

私立東海大學法律學研究所

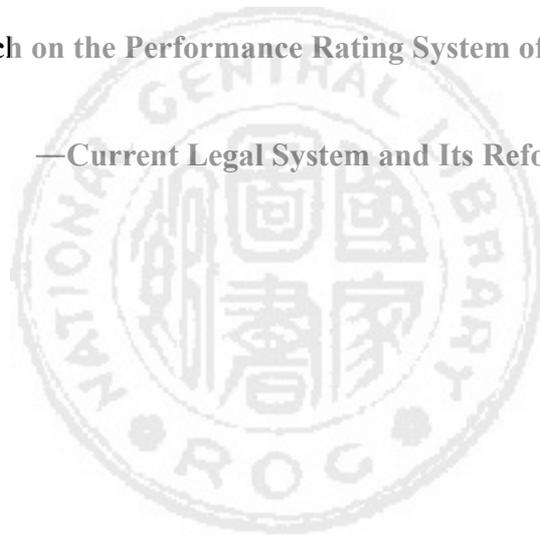
碩士論文

指導教授：李惠宗 博士

論我國法官考績制度  
—現行法制及其興革

**The Research on the Performance Rating System of Judges in R.O.C.**

**—Current Legal System and Its Reform**



研究生：林宇光



## 論文提要

本論文係圍繞在以下兩主題內之論證：一、法官考績制度與審判獨立之緊張關係。二、現行法官考績制度之批評與其興革。

在應然面，法官應為超然公正之審判，正義是靠法官的人格來保障的（奧地利法學家 Eugen Ehrlich 語），對法官考核或給予考績，似乎是對法官人格的懷疑，亦有影響審判獨立原則之嫌；但是，在實然面，基於我國法官的考用制度，與考量權力的制衡（絕對的權力，絕對的腐敗），應有法律保留之職務監督機制，以防法官濫權（法律保留又可防範行政不當干涉司法），俾保護人民之訴訟受益權。其次，觀之先進國家，猶未僅憑法官之人格與良心而免除法官之職務監督者，於是如何在立法政策上規劃我國法官之職務監督便成為司法改革重要事項，此或許是司法院大法官解釋出具有爭議之釋字五三〇號的原因之一；但是，現行法制將法官視為一般公務員？吾人彷彿回到德國一九七二年（四月十九日）法官法（Richtergesetz）公布以前的時代，「今夕何夕？」二十一世紀的台灣竟是德國的二十世紀的情境，如此的法治叢林亟待開墾；並且我國公務人員考績法，考核項目侵犯審判獨立，有違憲之嫌，法條規定內容相互矛盾，違背體系正義，是為一「惡法」，致法條之「綜覈名實、信賞必罰」形同具文，考核之主管既無法作「準確客觀之考核」，於是「寧可失之寬，不可失之嚴」，大作好人幾乎核給所屬全部甲等年終考績（以有滿額之考績獎金），因而勞駕到五院高層長官共同約定「自我約束」百分比之基準，而在二〇〇一年司法院不同意就法官考績之此種共同約定之「自我約束」百分比之標準，但亦勉為其難自行限定法官考績甲等比率不得超過百分之九十，導致法官年終考績獎金有百分之十的人，最少失掉了半個之俸給總額（還不論升等之俸給差額），且這些考核法官考績項目之分數亦乏「準確客觀」之標準，致每年年底評核法官年終考績，成為一場「夢魘」，評者心驚，被評者心慌，至少有百分之十的法官不服，突襲性的考績結果常優劣不分，致有失法官考績之正向目的—型塑法官優質倫理，達到公平效率之裁判，甚而影響部分考績乙等法官心情不佳，大嘆「不是說法官無大小？怎麼有甲乙等法官之區別呢？」認為不值得為審判努力付出（見司法院內部網頁論壇），於是形成其內情感之「自由心證」以乙等考績為「比例原則」之標準而審判案件（半額之考績獎金等於半額之審判品質），草草「一推了事」，人民司法受益權之保護亦從「甲等變為乙等」，形成不佳之裁判品質。

其次，攸關法官與國家關係之「重要性理論」，司法院大法官多次解釋在案，其引進德國理論，惟尚未完整建立本土化之體系，致有前後不一之情形（如釋字 243 及 298 號解釋），而公務人員保障法之限縮法官考績為管理措施（公務人員保障法第七十七條）僅能提起申訴即再申訴，使本為行政處分之法官考績喪失行政訴訟之權利，導致法官考績經非法

官之公務人員保障暨培訓委員會委員審議即為定案（實務上之處理是依司法院大法官會議釋字第266號解釋：「依公務人員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，依本院釋字第243號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。對於未改變公務員身分之其他考績結果有所不服，仍不許以行政訴訟請求救濟。惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟。」（如臺北高等行政法院民國89年12月22日89年度訴字第2265號判決）實任法官無考績免職，考列乙、丙等者因不具重要性，不得提起行政訴訟；但是何謂「不重要性」呢？）如此，似又違背權力分立原則—行政不得影響審判獨立（公務人員保障暨培訓委員會委員可以決定法官考績優劣，有可能涉入審判核心領域內之嫌）；另就與法官考績之行政處分依行政訴訟法得提起行政訴訟之規定容有未合，此又侵犯法官之基本權—訴訟權（憲法第16條）；且與法官自治精神不合；現行法由銓敘部審定法官考績，亦有違法官自治精神，亦是不合審判獨立之原則；而職司司法審查之行政法院，對於「感同身受」之同為法官之考績之裁判，還停留在特別權力關係之基礎與管理關係（或稱經營關係）之窠臼（釋字243號）中，不思突破，所以形成現今法官考績制度違背實體與程序法之規定，不符形式合法性與實質正當性；一個職司正義的法官，竟被如此不正義的對待，也是弔詭！司法女神（Goddess of Justice, Themis）竟成為一被蒙蔽雙眼的盲女（a blind whore）？（魔鬼遮蓋司法女神雙眼的畫，請參照洪謙德，法律社會學，2001年12月，頁336）

於是，本文認為現行實務上對法官與國家關係之法律定位有違法律及司法權之本質，法官不適用現行公務人員考績法，就此部分「惡法非法」應由大法官宣釋之，或者提案修改公務人員考績法第二十三條，加入「法官」使成為：「法官、教育人員及公營事業人員之考績，均另以法律定之。」）排除法官之適用公務人員考績法，並且另定法官法（規定法官考核方式）。再者，本文認為法官考績是一變體多階段行政處分，故現行法制法官為乙、丙等考績，不論是從考績獎金之財產重要性（財產權，憲法第十五條）或認為係行政處分，皆可提起行政訴訟，至於因為行政訴訟案件增多，導致行政法院法官負荷加重，因而考慮是否需繳訴訟費用，甚至明文限定此類案件不得提起行政訴訟（法律保留），係涉及立法政策之另一問題，除有憲法第二十三條之情事，非可當然限定法官之財產及訴訟基本權；而行政法院如何審查考績事項密度（尊重行政機關之行政保留至何種程度），係另一問題，有待司法形成判例，最重要者不能為維持「惡法亦法」的考績處分，而有彷彿回到過去之特別權力關係之匪夷所思等等之解釋。其次，為考績監督與審判獨立之範疇與界限，應由大法官解釋之，俾便利於行政機關之法院對考績之職務監督有所遵循。復次，法官考績制度是否廢除，係屬立法政策問題，法官職務監督一定要有考績制度嗎？由誰考評？考評項目有那些？考核基準在何處？本文認為，法官是法庭之法律，「從長遠觀察的結果，除了

法官的人格以外，正義是沒有任何保障的。」相信法官如同相信法律，所以應該廢除考核法官之考績制度；但是要廢除現行法官考績制度（如司法院法官法草案 2004 年 5 月 18 日版本所定）之前提是「司法為民所信」，所以在當前存廢之過渡期，應循序漸進，相關配套之職務監督措施（如任用高素質之法官，法官行為規範法、自律及他律之配套法規等等）應先立法，不適任的法官（例如貪污、草率、精神不正常、罹病不堪任職、專業知識缺乏等等）應加輔導或予遣離；當前立法政策首先在於重構法官與國家之法律關係，應該脫離現行公務人員考績法之適用；本文認為德國立法例，將考績制度與考績獎金脫鉤，或者如奧地利立法例，在該國法官職務法對候補、資淺、或表現欠佳之法官予以考績，值得參考；對於法官考績之爭議案件宜採德國法官法之「職務法庭」由法官開庭以判決書決定係爭爭點，以公開、透明方式行之，俾符法官自治之精神。

爰本論文之架構係從正義論（共通善之肯認）導出司法之本質、從事物之本質說到平等原則，從平等原則導出體系正義，從憲政主義之法治國導出權力分立，亦從法之本質導出司法獨立之必然性；司法獨立與行政一體性質不同，而認為在司法機關內平衡行政與司法之緊張關係，應釐清法官考核（含平時考核，專案、另予及年終考績）項目與審判獨立之界線；次論法官考績之定性，內容涉及法官與國家之關係、法官考績之法律性質及現行制度之檢討；其次，法官考績與法官自治精神之關係，以及介紹現行已由司法院訂定之行政規則及法官法草案中規定之評鑑（他律）與自律之相關規定；復次，以專章比較各國立法例，期他山之石，可以攻錯。為求多面向之觀察，不但從法律層面探討，亦從公共行政觀點探討，俾使法院組織提昇司法績效，學習型的組織，法院管理專業人才，恢弘各級組織領導人之胸襟與遠見，型塑法院之優質生態，使法院之菁英—法官，為法院同仁及人民所信任。



## 謝 辭

時光流逝，隨風而舞的蒲公英要單飛了，就讀五年的研究所要畢業了，但感覺上似仍未盡，法學種子應再萌芽，生生不息，薪火相傳，方無愧所學！而學海無涯，「吾生也有涯，而知也無涯」，個人尚待深入骨髓；法學浩瀚，如此多嬌，引無數英雄競折腰！

拜科技之進步，搜尋網路（如 google 搜尋引擎號稱無所不能）與法學系統之檢索，資料不虞匱乏，但是要將資料篩檢成資訊，有體系呈現問題，將外國優良之制度，吸取精華，轉化為適合國情之制度，如此鋪陳論文，方能顯現功力之所在；我有三歎：資料讀不盡，外語恨少，電腦之能力尚待加強；奧匈帝國作家卡夫卡（Franz Kafka, 1883-1924），在小說「審判」（the trial）裏描述鄉下人為進入法之大門與門警斡旋至死，終生不得其門而入（見黃書敬譯，志文出版社，1992年1月，頁189-197），想來或許我也是；然而我相信，人生譬如慢跑，只要「自認生活過得很有意思」（阿甘正傳語），有恆心、有毅力，終會接近目標。自從一九八一年自東海大學畢業，一九八四年經普考法院書記官及高考法制組考試及格，擔任公職以來，光陰似箭；能返回東海大學大度山上，法律研究所五年（另薦送參加公共行政班三年，共八年）—東海的美，老師的好，同學的情，能在大度山學習，是我一生中最美妙與幸福的一件事；因此使我留連忘返，而有藉口在研究所年限的最後一年才提出論文；記得當年研究所入學時，已經任公職十六年的我，回到離別近二十年大學畢業的母校，心情就如席慕蓉在「七里香」的詩中所描述的：

溪水急著要流向海洋

浪潮卻渴望重回土地

在綠樹白花的籬前

曾那樣輕易地揮手道別

而滄桑了二十年後

我們的魂魄卻夜夜歸來

微風拂過時

便化作滿園的郁香

如今，又再一次畢業，又再一次向東海揮手道別，猶記冬天上完課後踏月歸來，滿山松濤，空山月夜，激起無限的哲思，胡適的「依舊是月圓時，依舊是空山靜夜」，竟也重現；也許，四季輪迴有序，人間七月鳳凰花開，雖離情依依，只待異日魂魄歸來化作滿山的郁香，隨風拂散；此情此刻，是天心月圓，華枝春滿的時節了，是該向我所有的大度山上的師長朋友告別：「請珍重再見！」

在撰擬此篇論文期間，雖然年紀已近「知天命之年」，然而發覺自己個性上總有些缺憾，例如慵懶等等，在研究所求學撰擬論文期間，內人

明姿的諒解，小女鈺喬的督促（研究所期間，鈺喬已由幼稚園到小學，每次看到我在看電視，就會說：喔！爸爸趕快作功課！）孟薇和佑翔的乖巧，甜蜜在心頭；更使我沒齒難忘的是——二〇〇四年二月五日（為農曆正月十五日元宵節）和恩師全家相聚在大度山上的東籬農園放天燈祈福，師母偷偷的拿恩師的祈福詞給我看，「願世界免於侵害，願宇光早日完成論文。」在此，我除了感謝恩師李惠宗博士的指導外，也希望恩師的另一願望：「願世界免於侵害」能夠到來。而那日我放天燈的祝詞是：「願老師及我的家庭，闔第平安快樂」，此刻，我亦作如是祈願。

承蒙口試委員曾擔任法官（第九期）郭教授振恭老師，黃教授啟禎老師，在口試時對本論文的指正，精闢的見解，一針見血，啟發本人論文之盲點，甚至不厭其煩對論文的大綱、標點符號等等的指正，受益良多，銘感五內。

感謝以下的師長及學長（以姓氏筆劃排列）：

王教授仁祿、江教授大樹、呂院長太郎、沈院長守敬、吳教授庚、周前處長占春、周委員國隆、林教授水波、林院長大洋、林前副處長邦光、梁教授松雄、郭委員仁和、郭教授林勇、陳院長義雄、楊簡任秘書燕桐、蔡院長文貴；沈庭長應南、余教授致力、李講師介民、李秘書榮藝、林庭長宜民、林法官洲富、林醫師義龍、唐庭長光義、張書記官長芳惠、張教授甫任、張觀護人永全、許法官金釵、陳公證人心儀、陳醫師世杰、陳醫師志宏、陳助教美蘭、黃書記官文棟、黃教授久娟、黃醫師清濱、楊教授敏華、熊主任賢安、蔡助教耀州、蘇講師滿麗...（其他未具名的師長學長們，我會在內心默默感謝的，您們的關心與對我的好，亦將永遠飄香在我深深的舊夢中。）

其次要說明的是，本論文是在有限時間有壓力下的有限理性的產物，文中許多爭點是可再加以思索辯証的，並非「結論終結者」；謹以莎士比亞哈姆雷特的話，表明著者戒慎恐懼的心：

### Shakespeare's Hamlet, Act III

**Thus conscience does make cowards of us all,  
And thus the native hue of resolution,  
Is sicklied o'er with the pale cast of thought,  
And enterprises of great pitch and moment,  
With this regard their currents turn awry,  
And lose the name of action.**

如此的良知確實使我們成為膽怯者，

使這原本所下的決心，

成為顯現蒼白多病的思考，

在這需要努力推展事業的時刻，

竟成為逃逸而去的浪潮

終而喪失了所稱之行動。

如果沒有恩師 Der Doktorvater Professor Dr. Lee 的指導與鼓勵，「我的膽怯及蒼白的思考亦將喪失了寫論文之行動」，如果沒有老師每週的刪改論文，本論文是不能夠完成的，我內心由衷的感謝指導教授，在此謹脫帽致最高敬意；當然，文章內如有任何不妥或不周延的地方，應該由著者負完全之責任；本文的許多觀點僅是個人在學術領域的淺見，並不代表機關公務上的見解，「真理無長官，知識無上級」，文中如有不當之處，請多海涵。

最後，我的心有如 Hamlet 孺慕之情，要感謝育我養我，我最敬愛的父親—林輝先生，如果沒有您身體力行的尊崇法律與法官，我就不可能去讀法律，更不可能有此因緣一輩子在法院服務，這本論文焚寄給您，希望您在天之靈能笑閱。

林宇光 謹誌 2004/7



# 目 錄

## 簡 目

第一章 .....	問題之提出	1
第一節	研究動機與目的.....	1
第一項	研究動機.....	1
第二項	研究目的.....	18
第二節	研究問題之方法與範圍.....	20
第一項	研究方法.....	20
第二項	研究範圍.....	21
第二章 .....	理論基礎	25
第一節	正義論.....	26
第一項	概說.....	26
第二項	客觀與主觀正義.....	29
第三項	平均正義與分配正義.....	31
第四項	體系正義.....	33
第五項	司法正義.....	34
第六項	考績正義.....	38
第二節	權力分立原則.....	42
第一項	意義.....	42
第二項	權力分立原則.....	46
第三項	行政權、立法權與司法權之特質.....	49
第三節	司法權之本質與特性.....	58
第一項	概說.....	59
第二項	事物本質之意義.....	60
第三項	司法權之意義與範圍.....	62
第四項	司法權之本質.....	64
第五項	司法權之特性.....	66
第六項	審判獨立.....	73
第七項	法官之職務與責任.....	79
第四節	小結.....	100
第一項	法律與公共行政之扞格.....	100
第二項	司法獨立與行政一體之緊張關係.....	100

第三項	法官與其他公務員之平等問題.....	102
第四項	人與制度之爭議.....	102

### 第三章 .....法官考績之性質與檢討 105

第一節	現行法官考績制度.....	106
第一項	法官考績之種類.....	107
第二項	法官考績之程序.....	108
第三項	考績對法官的影響.....	109
第二節	法官與國家之關係.....	115
第一項	法官是否為公務員？.....	116
第二項	特別權力關係.....	118
第三項	公法上之職務關係.....	120
第四項	特別法律關係.....	129
第五項	法官特別任用關係.....	130
第三節	法官考績之定性.....	131
第一項	法官考績之本質係非競爭性的.....	131
第二項	法官考績甲等比例限制之問題.....	132
第三項	參與考績權.....	135
第四項	法官考績行政法上之定性.....	138
第五項	候補及試署法官之免職.....	151
第六項	法官考績存廢之問卷調查.....	152
第四節	現行法官考績制度之檢討.....	156
第一項	現行法官考績制度有違憲之嫌.....	156
第二項	法官考績之程序欠缺合法性.....	159
第三項	小結.....	165

### 第四章 .....法官考績與審判獨立之界限 169

第一節	法官考績與職務監督之關係.....	169
第二節	法官職務監督之學說.....	171
第一項	核心領域理論與批評.....	171
第二項	可避免理論與批評.....	176
第三項	義務違反理論與批評.....	177
第四項	法官確信理論與批評.....	178
第五項	禁止實質審查理論.....	179
第六項	我國實務見解.....	180
第七項	我國與各國法官職務監督制度之比較與檢討.....	188
第三節	本章案例擬答.....	189

### 第五章 .....法官考績與法官自治 191

第一節	前言.....	191
-----	---------	-----

第一項	概說.....	191
第二項	案例.....	192
第三項	法官法草案法官考核內容之比較與檢討.....	193
第二節	法官自治.....	198
第一項	法官自治涵義.....	198
第三節	法官評鑑.....	208
第一項	法官評鑑之目的.....	208
第二項	法官評鑑之性質與合法性.....	209
第三項	法官評鑑之對象.....	209
第四項	法官評鑑委員會之組織.....	209
第五項	小結.....	209
第四節	法官自律.....	210
第一項	法官自律之目的.....	210
第二項	法官自律委員會之目的.....	210
第三項	法官送交自律之原因.....	210
第四項	自律之程序.....	211
第五項	自律之處置.....	211

## 第六章 .....外國法制之比較研究 213

第一節	前言.....	214
第一項	比較法研究的可行性.....	214
第二項	法系.....	215
第三項	各國司法制度內容.....	217
第二節	德國法官之考核.....	218
第三節	奧地利法官考績.....	221
第四節	日本法官之考核.....	222
第五節	美國法官之績效評鑑.....	223
第六節	中華人民共和國.....	224
第一項	法官的考核.....	224
第二項	法官職務監督.....	225
第七節	小結.....	227
第一項	我國法官與德日美等國法官考核之異同.....	227
第二項	奧地利法官法職務法及德國職務法庭足供借鏡.....	228

## 第七章 .....由公共行政觀點看法官考績 231

第一節	前言.....	231
第二節	公共行政學與法官考績制度.....	232
第一項	公共行政學對法官考績制度之重要.....	232
第二項	法官與政治.....	235
第三項	公共行政學之意義與範圍.....	238

第三節	司法績效.....	242
第四節	從行政學看法官考績之理論.....	242
第一項	考績的目的.....	243
第二項	考績理論.....	244
第三項	法官考績制度之內容與目的.....	255
第五節	法官考績制度的變革.....	258
第一項	現行法官考績法制的特色.....	258
第二項	法官考績制度之爭議問題分析.....	260
第六節	小結.....	264

## 第八章 ..... 結 論 267

第一節	法官考績制度之展望.....	267
第一項	法官考績制度之建議.....	267
第二項	科際整合擬定法官考核制度.....	273
第二節	結語.....	277

參 考 文 獻 .....

名 詞 索 引 ..... 1





# 詳 目

## 第一章 ..... 問題之提出 1

第一節	研究動機與目的.....	1
第一項	研究動機.....	1
一、	重要且是有趣的問題.....	1
(一)	重要且亟需解決之問題.....	1
(二)	有趣之問題.....	6
1.	法律與公共行政之扞格.....	6
2.	法官考績制度與審判獨立之緊張關係.....	8
3.	法官與其他公務員之平等問題.....	9
二、	目前是法官考績制度存廢的關鍵時刻.....	10
(一)	廢除法官考績制度是法官充滿希望的春天？.....	10
(二)	廢除法官考績制度是人民絕望的冬天？.....	11
三、	釐清問題爭點以符公務需要.....	13
(一)	公務需要.....	13
(二)	問題爭點.....	15
1.	人與制度之爭議.....	15
2.	法官考績制度是否違憲.....	15
3.	法官考績與審判獨立之範圍與界限.....	16
第二項	研究目的.....	18
一、	有益司法改革.....	18
二、	提供立法參考.....	19
三、	健全法官人事制度.....	19
第二節	研究問題之方法與範圍.....	20
第一項	研究方法.....	20
一、	理論與實務並重.....	20
二、	微觀與宏觀並重.....	21
第二項	研究範圍.....	21
一、	本文法官之範圍.....	21
二、	本文法官考績之範圍.....	22

## 第二章 ..... 理論基礎 25

第一節	正義論.....	26
第一項	概說.....	26
一、	正義與法官同義.....	27
二、	「正義」與「差異原則」.....	28

第二項	客觀與主觀正義.....	29
第三項	平均正義與分配正義.....	31
一、	平均正義.....	31
二、	分配正義.....	32
第四項	體系正義.....	33
第五項	司法正義.....	34
一、	程序正義.....	36
二、	司法正義和程序正義的關係.....	36
三、	當前司法正義新作為.....	37
第六項	考績正義.....	38
一、	前言.....	38
二、	理論架構與基本假定.....	39
三、	考績正義的類型.....	40
(一)	分配正義.....	40
(二)	程序正義.....	41
第二節	權力分立原則.....	42
第一項	意義.....	42
第二項	權力分立原則.....	46
一、	從功能上、組織上及人員上三個層次分析.....	46
(一)	功能上的權力分立.....	46
(二)	組織上的權力分立.....	47
(三)	人員上的權力分立.....	47
二、	機關之憲法義務—注重功能上的權力分立.....	47
三、	判例與權力分立、審判獨立及人民訴訟權之關聯.....	48
(一)	現行判例制度之問題.....	48
(二)	適用判例之基本原則.....	48
四、	德國權力分立與制衡理論.....	49
第三項	行政權、立法權與司法權之特質.....	49
一、	行政權之特質.....	50
二、	立法權之特質.....	50
三、	司法權之特質.....	51
四、	行政、立法、司法三權交集且呈緊張關係狀態.....	51
五、	司法行政權之歸屬.....	53
六、	法院行政與司法行政之區分.....	56
第三節	司法權之本質與特性.....	58
第一項	概說.....	59
第二項	事物本質之意義.....	60
第三項	司法權之意義與範圍.....	62
一、	司法權之意義.....	62
二、	司法權之範圍.....	63

第四項	司法權之本質.....	64
一、	概說.....	64
二、	司法權之本質.....	65
第五項	司法權之特性.....	66
一、	司法權之獨立性.....	66
(一)	司法權獨立的意義.....	66
(二)	法官任期的保障.....	68
(三)	法官待遇之保障.....	69
(四)	避免利益衝突.....	69
(五)	法定法官原則.....	70
二、	司法權之中立性.....	70
三、	司法權之被動性.....	71
四、	司法權之公正性.....	72
五、	司法權之權威性.....	72
六、	司法權之審查性.....	72
(一)	違憲之憲法規範的審查.....	73
(二)	司法對行政行為之審查.....	73
第六項	審判獨立.....	73
一、	意義.....	73
二、	法官免責原則.....	76
(一)	法官免責原則之意義.....	76
(二)	法官免責原則之範圍.....	77
(三)	法官免責原則之界限.....	77
三、	「法官之獨立」與「法院之獨立」.....	78
第七項	法官之職務與責任.....	79
一、	前言.....	79
二、	法官的人格.....	82
三、	法官之職務.....	85
(一)	概說.....	85
(二)	法官的角色.....	86
(三)	法官的任務.....	86
(四)	司法院法官法草案之法官職務.....	87
1.	關於原則性規定方面.....	87
2.	關於司法業務及職務監督方面.....	87
3.	關於法官本身之義務方面.....	87
4.	關於外界對獨立審判應持有之態度及作用方面.....	88
四、	裁判的合致性.....	88
(一)	裁判的合法性.....	88
(二)	裁判的妥當性.....	89
(三)	裁判的效率性.....	89

五、	法官的責任.....	90
(一)	法官之行政責任.....	90
1.	法院組織法懲處規定之比較與檢討.....	91
2.	公務人員考績法懲處規定之比較與檢討.....	91
(二)	法官之懲戒、彈劾與監察.....	93
1.	司法特性.....	93
2.	與監察院關係.....	94
(三)	法官之刑事責任.....	96
(四)	國家賠償之問題.....	96
(五)	法官之民事責任.....	100
第四節	小結.....	100
第一項	法律與公共行政之扞格.....	100
第二項	司法獨立與行政一體之緊張關係.....	100
第三項	法官與其他公務員之平等問題.....	102
第四項	人與制度之爭議.....	102

## 第三章 ..... 法官考績之性質與檢討 105

第一節	現行法官考績制度.....	106
第一項	法官考績之種類.....	107
第二項	法官考績之程序.....	108
第三項	考績對法官的影響.....	109
一、	法官考績對法官審判外之影響.....	110
(一)	財產上的.....	110
(二)	非財產上的.....	112
二、	法官考績對法官審判的影響.....	113
第二節	法官與國家之關係.....	115
第一項	法官是否為公務員？.....	116
一、	最廣義之公務員.....	116
二、	廣義之公務員.....	116
三、	狹義之公務員.....	116
四、	最狹義之公務員.....	116
五、	小結.....	117
第二項	特別權力關係.....	118
第三項	公法上之職務關係.....	120
一、	公法上職務關係之時期.....	122
二、	公法上職務關係爭議案件之審查基準.....	122
(一)	法律保留原則（重要事項保留）.....	122
1.	重要性理論.....	123
2.	「重要事項」與「行政保留」.....	126
(1)	對當事人基本權之重要性.....	126

	(2)	對公共事務之重要性.....	127
	(二)	授權明確性原則.....	127
第四項		特別法律關係.....	129
第五項		法官特別任用關係.....	130
第三節		法官考績之定性.....	131
第一項		法官考績之本質係非競爭性的.....	131
第二項		法官考績甲等比例限制之問題.....	132
第三項		參與考績權.....	135
第四項		法官考績行政法上之定性.....	138
	一、	概說.....	138
	(一)	行政行為之學理上分類.....	138
	(二)	我國行政程序法分類.....	139
	二、	法官接到考績通知書是行政處分.....	140
	(一)	事實行為之階段.....	140
	(二)	行政處分之要件.....	141
		1. 行政機關一公權力主體.....	142
		2. 公法事件.....	142
		3. 特定或可得特定之具體事件.....	142
		4. 行政決定或其他公權力措施.....	142
		5. 對外發生法律效果.....	142
		6. 直接發生法律效果.....	143
		7. 單方行為.....	143
	(三)	書面通知法官考績等第之行為是行政處分.....	143
	(四)	是多階段行政處分？.....	143
		1. 獨立處分.....	143
		2. 需協力處分.....	144
		(1) 需當事人協力處分.....	144
		(2) 多階段行政處分.....	144
	(五)	法官考績實務上認是多階段行政處分.....	144
	(六)	學理上認是多階段行政處分之變體.....	145
	(七)	法官考績事項不得提起訴願.....	147
	(八)	法官不服考績乙丙等不得提起行政訴訟？.....	147
		1. 實務上認不得提起行政訴訟.....	147
		2. 學理上認應得提起行政訴訟.....	148
		3. 行政法院對考績行政行為之審查密度.....	148
		(1) 行政法院對於認定事實之審查.....	148
		(2) 行政法院對於法律解釋與適用之審查.....	149
第五項		候補及試署法官之免職.....	151
第六項		法官考績存廢之問卷調查.....	152
第四節		現行法官考績制度之檢討.....	156

第一項	現行法官考績制度有違憲之嫌.....	156
一、	行政官與法官本質不同.....	156
二、	公務人員考績法制之爭議.....	157
三、	公務人員考績內容之爭議—操行無法評量.....	158
四、	公務人員考績法違反體系正義.....	159
第二項	法官考績之程序欠缺合法性.....	159
一、	排除法官考績復審程序權利之違法.....	161
二、	法官考績之申訴與再申訴程序之不當.....	162
三、	法官考績不必經銓敘審定.....	163
四、	公務人員保障法不正當限定法官基本權.....	164
第三項	小結.....	165

## 第四章 .....法官考績與審判獨立之界限 169

第一節	法官考績與職務監督之關係.....	169
第二節	法官職務監督之學說.....	171
第一項	核心領域理論與批評.....	171
一、	核心領域理論.....	171
(一)	核心領域.....	171
(二)	外部秩序領域.....	172
二、	核心領域理論之批評.....	173
三、	德國職務法庭之見解.....	173
(一)	審判的核心領域.....	173
(二)	外在秩序領域.....	174
第二項	可避免理論與批評.....	176
一、	可避免理論.....	176
二、	可避免理論之批評.....	177
第三項	義務違反理論與批評.....	177
一、	義務違反理論.....	177
二、	義務違反理論之批評.....	178
第四項	法官確信理論與批評.....	178
一、	法官確信理論.....	178
二、	法官確信之批評.....	179
第五項	禁止實質審查理論.....	179
一、	禁止實質審查理論.....	179
二、	禁止實質審查理論批評.....	179
第六項	我國實務見解.....	180
一、	有「核心領域」之詞，無「核心領域理論」.....	180
二、	有「法官合理之確信」之詞，無「法官確信理論」.....	180
三、	理論基礎之建構.....	182
(一)	釋字第五七二號解釋文大法官楊仁壽協同意見書.....	183

	1. 「合理之確信」包括二個層面.....	183
	2. 客觀上形成確信法律為違憲.....	183
(二)	釋字第五七二號解釋大法官城仲模、許玉秀不同意見書	183
	1. 不同意見書之結論.....	183
	2. 裁判重要性原則之操作.....	184
	3. 解釋文暨解釋理由書皆未提出「客觀合理確信」之判斷標準.....	185
	4. 「客觀合理之違憲確信」之判斷.....	185
四、	法官認為職務監督影響其審判獨立職權之救濟問題....	186
第七項	我國與各國法官職務監督制度之比較與檢討.....	188
第三節	本章案例擬答.....	189

## 第五章 ..... 法官考績與法官自治 191

第一節	前言.....	191
第一項	概說.....	191
第二項	案例.....	192
一、	酒色法官.....	192
二、	財氣法官院長.....	192
三、	法官為妻作辯護活動.....	192
四、	平賀院長函請法官為國防事.....	193
第三項	法官法草案法官考核內容之比較與檢討.....	193
一、	法官法草案版本.....	193
二、	法官法草案有關法官考績.....	194
三、	司法院法官法草案有關法官考績歷次修正條文.....	196
四、	比較與檢討.....	197
第二節	法官自治.....	198
第一項	法官自治涵義.....	198
一、	法官自治意義.....	198
二、	法官自治民主化運動.....	199
	(一) 司法現代化宣言之提出.....	199
	(二) 「還我自治權」運動.....	200
	(三) 修憲請願.....	200
	(四) 聯合參選司法院司法改革委員會改革委員.....	201
	(五) 裁判書原本事後送閱制度之廢止.....	201
	(六) 司法院人事審議委員會法官代表扮演積極角色....	201
三、	法官自治之範圍.....	202
四、	法官自治的性質是什麼？.....	203
	(一) 法官自治精神或制度？.....	203
	(二) 法官自治是法律原則？.....	204

	(三) 法官自治權？.....	205
五、	釋字第五三〇、五三九及其不同意見書協同意見書....	206
六、	小結.....	207
第三節	法官評鑑.....	208
第一項	法官評鑑之目的.....	208
第二項	法官評鑑之性質與合法性.....	209
第三項	法官評鑑之對象.....	209
第四項	法官評鑑委員會之組織.....	209
第五項	小結.....	209
第四節	法官自律.....	210
第一項	法官自律之目的.....	210
第二項	法官自律委員會之目的.....	210
第三項	法官送交自律之原因.....	210
第四項	自律之程序.....	211
第五項	自律之處置.....	211

## 第六章 ..... 外國法制之比較研究 213

第一節	前言.....	214
第一項	比較法研究的可行性.....	214
第二項	法系.....	215
一、	英美法系.....	215
二、	大陸法系.....	216
第三項	各國司法制度內容.....	217
一、	各國司法制度特質.....	218
二、	各國司法組織結構.....	218
第二節	德國法官之考核.....	218
一、	考核之性質與目的.....	219
二、	考核之機關.....	219
三、	考核容許領域.....	220
四、	法官考核實例.....	220
五、	職務法庭.....	220
第三節	奧地利法官考績.....	221
第四節	日本法官之考核.....	222
第五節	美國法官之績效評鑑.....	223
第六節	中華人民共和國.....	224
第一項	法官的考核.....	224
第二項	法官職務監督.....	225
一、	法院體系內對法官職務監督之機制與法規範.....	225
二、	職務監督的範圍及方式.....	225
三、	不服職務監督之救濟.....	226

第七節	小結.....	227
第一項	我國法官與德日美等國法官考核之異同.....	227
第二項	奧地利法官法職務法及德國職務法庭足供借鏡.....	228

## 第七章 ..... 由公共行政觀點看法官考績 231

第一節	前言.....	231
第二節	公共行政學與法官考績制度.....	232
第一項	公共行政學對法官考績制度之重要.....	232
第二項	法官與政治.....	235
第三項	公共行政學之意義與範圍.....	238
一、	從政治、管理及公共政策、公共性的觀點來看行政學的 涵義	238
二、	範圍與內容.....	240
(一)	行政組織.....	240
(二)	行政運作.....	240
(三)	人事行政或公務人力資源管理.....	241
(四)	財務行政.....	241
(五)	公務及資訊管理.....	241
第三節	司法績效.....	242
第四節	從行政學看法官考績之理論.....	242
第一項	考績的目的.....	243
第二項	考績理論.....	244
一、	前言.....	244
二、	考績的六種理論.....	245
(一)	功能論.....	245
(二)	正確論.....	246
(三)	過程論.....	246
(四)	權變論.....	247
(五)	謬誤論.....	247
(六)	正義論.....	248
三、	考績的功能.....	248
(一)	考績功能.....	250
1.	行政性功能.....	250
2.	發展性功能.....	250
3.	綜合性功能.....	250
(二)	法官考績的特性.....	250
四、	考績評核的標準與方法.....	252
五、	考績制度執行時可能發生的問題.....	252
六、	考績制度面臨之挑戰.....	253
七、	考績上需先考慮的事項.....	254

第三項	法官考績制度之內容與目的.....	255
一、	考核機關.....	255
二、	容許之考核內容.....	256
三、	法官考績正面導向之目的.....	256
第五節	法官考績制度的變革.....	258
第一項	現行法官考績法制的特色.....	258
一、	以公務人員個人為考績標的.....	259
二、	考績方式一體適用.....	259
三、	考績與懲戒功能的局部競合.....	259
四、	考績結果運用廣泛.....	259
五、	偏重行政功能，輕忽發展功能.....	259
第二項	法官考績制度之爭議問題分析.....	260
一、	考績的類型與內容問題.....	260
(一)	考績類型的檢討.....	260
(二)	考核項目與考核標準的訂定問題.....	261
二、	考績制度的分權化問題.....	261
三、	績效衡量的問題.....	261
四、	考績的方法與程序問題.....	261
五、	考績的結果與救濟問題.....	262
(一)	考績結果的呈現方式.....	262
(二)	考績的法律效果：獎懲與淘汰問題.....	263
(三)	考績結果的救濟程序與範圍.....	263
(四)	考核程序的透明化.....	264
第六節	小結.....	264

## 第八章 ..... 結 論 267

第一節	法官考績制度之展望.....	267
第一項	法官考績制度之建議.....	267
一、	法官不適用現行公務人員考績法.....	267
(一)	現行規定無法使法官「考績應具有發展型功能」.....	267
(二)	現行考績標準的設計無法達到考績目的.....	267
(三)	法官平時考核無法落實.....	268
(四)	現行法官考績制度有違憲之嫌.....	268
(五)	法官考績獎金之負面作用.....	268
(六)	法官之勤務評定宜採合議制.....	270
(七)	建立法官職務法庭.....	270
二、	法官考績制度之立法政策與技術.....	272
第二項	科際整合擬定法官考核制度.....	273
(一)	從法律經濟學看法官考績制度.....	273
(二)	從法社會學看法官考績制度.....	274

	(三)	法官考績之人力資源策略.....	276
第二節	結語.....		277
參 考 文 獻	.....		<input type="checkbox"/>
名 詞 索 引	.....		<b>1</b>



# 第一章 問題之提出

◎「從長遠觀察的結果，除了法官的人格以外，正義是沒有任何保障的。」<sup>1</sup>

## 第一節 研究動機與目的

### 第一項 研究動機

#### 一、重要且是有趣的問題

##### (一) 重要且亟需解決之問題

亞里士多德(Aristotle, 384-322 BC)說：「人依其本性乃政治之動物」<sup>2</sup>，而「政治是管理眾人的事」<sup>3</sup>，爲了管理眾人的事，難免有衝突(conflict)與合作(cooperation)<sup>4</sup>，且因爲人之差異性(diversity)與物質資源之有限性(scarcity)，管理眾人之事就涉及到分配的問題，於是政治就是「價值的權威性分配」(authoritative allocation of values)<sup>5</sup>，而「政府」即成爲現代國家作爲分配權威的實體，更由於人民理性的發揚，基於立憲主義(Constitutionalism)<sup>6</sup>的原則，制定國家根本大法—憲法—已成爲權威合法性、與延續性的傳承根據了<sup>7</sup>。

<sup>1</sup>奧地利法學家埃利希(Eugen Ehrlich, 1862-1922)語，轉引自橫川敏雄著，謝瑞智譯，公正的審判，1993/5，頁11。

<sup>2</sup>在Aristotle所著政治學(Politics, 1)一書中。政治，英文Politics，其字源希臘字「polis」，意指城邦(city-state)，請參照Andrew Heywood, Politics, 楊日青等譯之政治學新論，2002/3，頁8。

<sup>3</sup>國父孫中山先生說：「政是眾人之事，集合眾人之事的大力量，便叫做政權，政權就可以說是民權。」「治是管理眾人之事，集合管理眾人之事的大力量，便叫做治權，治權就可以說是政府權。」，孫中山全集第9卷，1986年，頁345。

<sup>4</sup>衝突，意指各方敵對勢力間之競爭，它反映了意見、偏好、需求或利益等多樣性；合作，意指透過集體之力，攜手並進，達成目標。請參照Andrew Heywood, Politics, 楊日青等譯之政治學新論，2002/3，頁6。

<sup>5</sup>請參照David Easton, 政治生活的系統分析，王浦劬譯，大陸華夏出版社，1999年，頁6-7頁。

<sup>6</sup>立憲主義的意義，簡單的說就是「有限政府」(limited government)的理念。該理念乃源自於自然法，其旨即是要限制政府權力，以保障人民之自由權利，故而以分權制衡之原則，防範政府權力集中而導致濫權。美國立國之時，承繼英國立憲主義之精神，以成文立憲，明文規定以分權制衡之原則組織政府，藉以保障人民之自由權利，而爲現代立憲主義憲法之濫觴。請參照林子儀，權力分立與憲政發展，1993，頁6。

<sup>7</sup>美國政治學者伊斯頓(David Easton)在1979年發表「政治生活的系統分析」一書，提出系統政治學理論，並對政治下此定義：「價值的權威性分配」(authoritative allocation of values)；所謂「權威性分配」一詞之「權威(authority)」，是指合法運作的權力(Thomas

權力分立原則(Das Prinzip der Gewaltenteilung, doctrine of separation of powers)為現代民主<sup>8</sup>法治國家(Rechtsstaat)<sup>9</sup>憲法建構的基本原理,我國憲法以行政、立法、司法、考試、監察五權分立<sup>10</sup>,實施分權制衡(checks and balances)之原則<sup>11</sup>,其目的除成為有效能的政府外,最重要的是一防患政府權力過於集中而

---

R. Dye, *Power & Society*, 羅慎平等譯中譯本,五南書局,1996,頁65)。德國社會學家韋伯(Max Weber)曾提出三個合法性的基礎:一、傳統:人們長久以來就相信權威的神聖性和服從領袖的道德需求。二、領袖魅力(charisma):領袖個人的英雄氣質。三、法定的(legal):領導人與追隨者共同認可的規則所形成的制度,韋伯稱之為理性—法定的權威。權威的運作延續並鞏固了權威本身:權力結構形成了組織,組織產生了力量—經濟力、武力、制裁力、知識力與親密感,力量又進一步強化了權力結構,因而產生政治權力的男—目的一統治和剝削(Thomas R. Dye, *Power & Society*, 羅慎平等譯中譯本,五南書局,1996,頁60),並且權威乃為鞏固權威而行使:權威的存在不再是依附於社群的需求,而是具有權力本身的獨立價值。請參照 Andrew Heywood, *Politics*, 楊日青等譯之政治學新論,2002/3,頁8-9;並請參照蔡岱霖,司法裁判與解釋的政策功能,台灣基隆地方法院出版,2003/11,頁1。

<sup>8</sup>民主之英文字「democracy」,其希臘原文是由 *demos* 與 *kratos* 所組成,前者意指「群眾」(the mob or the rabble),後者則是「權力」或「治理」(power or rule),合而論之,民主乃有「多數治理」(rule by the majority)之謂。觀之我國憲法第1條規定:「中華民國基於三民主義,為民有民治民享之民主共和國。」民主為政體(政府的形式 Form of Government),共和為國體(國家的形式 Form of State)又「共和國」的英文 Republic 一詞本身便含有「公共」(Public)這個組成部分;請參照李惠宗,憲法要義,2002年10月,頁59-60。楊敏華,中華民國憲法釋論,2003/1,頁40-41。其次,我國憲法就國家組織係由1.民主國家原則2.共和國家原則3.法治國家原則所構成,詳請參照李惠宗,國家組織法的憲法解釋,收於氏著權力分立與基本權,1999/3,頁52-54。復次,民主制度需要成熟的國民,以多數法則為依據,是一種富有風險性的國家型態,但是亦唯有民主方足以確保法治國家,詳請參照 Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 劉幸義等譯之法律哲學,2000/7,頁298-299。陳怡如,當前我國憲政權力配置情形,有表列各國憲政體制,可供參考, <http://home.kimo.com.tw/jyfd1103/c00.htm>。

<sup>9</sup>「法治」除人民知法守法外,更重要的是國家要知法守法,「法治國家原則」之具體化為「依法行政原則」,係由「法律優位原則」與「法律保留原則」所構成,請參照李惠宗,憲法要義,2002年10月,頁62-63;又德國之「法治國家」(Rechtsstaat)意涵比所謂「法治」(rule of law)廣,它是德國基本法的核心原則,見廖元豪,走自己的路,台灣本土法學58期,2004/5,頁38。有關法治國家之專論,請參照陳慈陽,法治國理念之理論與實踐—以十九世紀末至二十世紀初期之德國國家法理論與政治現實為研究範圍,收於當代公法新論(上)翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集,2002/7,頁575-604。

<sup>10</sup>釋字第499號:「…保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則,具有本質之重要性,亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序,乃現行憲法賴以存立之基礎,凡憲法設置之機關均有遵守之義務。…」我國制憲者係以權力分立之內閣制為骨架,屏棄權能區分之理論,惟因政治妥協之結果,致維持五權憲法之外貌;見李惠宗,國家組織法的憲法解釋,收於氏著權力分立與基本權,1999/3,頁15。另有學者稱我國憲法為「舉世無雙的七權憲法」(指五權之外,加上國民大會與總統二個憲政機關。)見廖元豪,走自己的路,台灣本土法學58期,2004/5,頁39,該頁註解並稱:「『七權』用語聽來似有突兀之處,但其實早有學者使用過相似用語。如湯德宗,「權力分立原則」解釋案,收於湯傳宗,權力分立新論,183頁以下,185頁(我國憲法應正名為「七權分立」制)(2000年增訂二版)。」學者黃錦堂認為,我國現今中央政府體制為「雙首長制」,並且1.總統已成為權力的核心2.立法院遭到弱化等等內容,似有行政權優越之狀況,請參照黃錦堂,我國中央政府體制的現況與展望,載於月旦法學108期,2004/5,頁9-19。亦有學者李仁森認為,我國之五權憲法是違背權力分立原則的,見氏著,以制定台灣新憲法為前提—思考我國中央政府組織中「行政權」定位問題,載於月旦法學雜誌108期,2004/5,頁24-25。

<sup>11</sup>權力分立與制衡係屬憲法存立之基礎,不可變更,否則會有「憲法破毀」(Verfassungsdurchbrechung)之問題出現,我國大法官釋字第499號即明揭此旨,請參照李

濫權，致損害到人民的自由權利。其中「行政權是現代國家中最強而有力之權力」<sup>12</sup>；司法權，係決定有紛爭之具體個案與判決系爭權利最後歸屬之權力，定分止爭，用以理性化解暴力衝突；行政權與司法權關係密切；然最強而有力之行政權是否會伸入司法權，而干預審判致司法權式微呢？或者司法權本就需要行政權為後盾，而撐起司法權，方能使其順利運行呢？本文問題—法官的考績與法官的本職（審判），前者是行政權後者是司法權，即面臨此種難題。

法學家伏爾泰（Francois-Marie Arouet de Voltaire, 1694-1778）說：「司法有什麼權力，司法沒有權威的，司法沒有預算權，司法沒有質詢權，司法沒有部隊。」美國制憲者漢彌爾頓（Alexander Hamilton）、傑伊（John Jay）及麥迪遜（James Madison）三人合著之聯邦論（The Federalist Papers）中更指出：「行政部門不僅具有榮譽、地位之分配權，而且掌握社會的武力。立法機關不僅掌握財政權，而且可以制定公民權利與義務的準則。與此相反，司法部門既無軍權，又無財政權，不能支配社會的力量與財富，不能採取任何主動的行為。故可正確斷言，司法部門既無強制，又無意志，而只有判斷；而且為實施其判斷，亦需藉助於行政部門的力量」<sup>13</sup>，司法連動用警察都要行政支持，司法只能夠做判斷，所以司法是要靠各方面來支持與尊重，西方的正義女神（源自希臘神話叫 Themis）以布條矇住雙眼，一手持有衡量權利（或力）的天平，另一手持有為主張權利（或力）而準備的寶劍，無天平的寶劍是赤裸裸的暴力，無寶劍的天平則意味著法的軟弱可欺；天平與寶劍相互依存，正義女神揮舞寶劍的力量與操作天平的技巧得以均衡之處，恰恰是健全的法律狀態的所在，人們如果尊重她的話，她是個女神，如果不被尊重的話，她是個盲女，盲女是會被人欺負的！所以司法要靠各方面來尊重<sup>14</sup>，當然司法要被尊重，前提是司法值得被尊重（司法亂秤揮劍，濫用權力的暴力會被尊重嗎？）職司司法權之法官要值得被尊重<sup>15</sup>，此涉及到司法權的準確運用，法官的學養、道德與人格，自律與自制極為重要。

兩千多年前，羅馬政治家西塞羅（Marcus T. Cicero, 106-43 B. C.）就曾說

惠宗，對立法權制衡機制之探討，載於月旦法學第 109 期，2004/6，頁 90-91。

<sup>12</sup>Hans Peters 言「行政權是現代國家中最強而有力之權力」〈In den modernen Staaten ist die mächtigste Realität die Verwaltung〉，見程明修，論行政目的，收於城仲模編行政法之一般法律原則（二），1997/7，頁 3。

<sup>13</sup>轉引自蔡岱霖，司法裁判與解釋的政策功能，台灣基隆地方法院出版，2003/11，頁 84。此一立論，指出司法部門在政府權力構造的定位上，是處於「被動」的地位，而且僅止於從事「判斷」的活動；故司法部門在政府上層權力構造之制度設計上有定奪決斷事務正當性之權力，而無執行決策之權力，亦無主動制定政策之權力。此種權力分立制衡之制度設計，使得任何一權在行使其主要權力時，都需要獲得其他一權或二權之協力，否則將陷入政治上的僵局；也因此，縱然司法部門並非對於政策的制定及其執行有何名目上的參與適格，行政、立法在從事其權力的運作上，仍無可避免的考慮如何在司法部門得到支持，以避免形成政策運作之阻滯。

<sup>14</sup>請參照程春益，法官之職務獨立與職務監督，政治大學碩士論文，1988/6，頁 126。

<sup>15</sup>法官不能為民所信，為民敬重，是國家社會之病態；如台灣在二 00 四年總統選舉後，泛亞人力銀行針對一千個大企業，協理、副總經理以上等高階經理人進行電話訪問，成功訪得 579 家，統計結果法官的可信度（17.96%），也比不上命理、風水師老師（19.69%）的指點來得有分量，請參見 2004/4/27 星報 14 版。又有人「大罵法官一旦穿上法衣，就大搞其乩童欽財愚民勾當……」，請參見 1980/10/27 聯合報 2 版。

過：「法律拘束法官，法官統治人民。職是之故，法官是會說話的法律，法律則是沈默的法官。」美國制憲者漢彌爾頓(Alexander Hamilton,1755-1804)在前述聯邦論第二十二篇中就說：「若無法官思索、界定法律的真意與運作範圍，法律只會淪為死書而已。」美國最高法院侯姆斯大法官(Oliver W.Holmes,1841-1935)說：「法律，不過是法院實際上如何裁判的預測而已。」<sup>16</sup>法官依法所為之判決，應為公正<sup>17</sup>；吾人思及「法院判決」四字，不禁想起其德文字是 Rechtssprechung〈語根 Rechts 是法律之意，sprechung 是說話之意〉，所謂判決就是法律說話之意，誰有權代表國家讓法律說話？法官(die Richter；Judge；Justice)是也；所以法官的判決也稱法官說法，即德文 Richterspruch(語根 Richter 乃法官，spruch 乃判詞之意)；故綜言之，法官是開庭時的法律，法律是生活中的法官；法官是抽象法律規則的具體演繹者，應具有專精的法學素養，吾人應尊重法官如同尊崇法律一樣。

美國法律哲學家德沃金<sup>18</sup>(Ronald Dworkin,1931—)更指出：「法院就是法律帝國的首都，而法官是帝國的王侯。」表述了法官在法律帝國中的至高無上的地位。法官代表國家獨立行使司法權，為司法權之被付託者(德國基本法第九十二條<sup>19</sup>前段)，應依據法律獨立審判，不受任何干涉，依其良心獨立行使其職權(我國憲法第八十條<sup>20</sup>，德國基本法第九十七條一項<sup>21</sup>，奧地利聯邦憲法第八十七條第一項<sup>22</sup>、日本國憲法第七十六條第三項<sup>23</sup>、韓國憲法第七十七條

<sup>16</sup>請參照李念祖，法官與人民的法律感情，載於法官協會雜誌4卷1期，2002/3，頁96-97。

<sup>17</sup>請參照程春益，法官之職務獨立與職務監督，政大法律研究所碩士論文，1988/6，頁4。

<sup>18</sup>這是德沃金 Ronald Dworkin 的法律帝國(Law's Empire)的名言，Law's Empire 為法學經典名著，國內已有中譯本；在該書中，德沃金指出：「本書與法律中的理論爭論有關。其目的首先在於理解這種爭論屬於何種爭論，然後建構一個與恰當的法律根據有關的理論並為之辯護」。「理論爭論說」是目前德沃金法理學「實然分析」的理論基石，它開拓了當代西方法理學有關「法律性質」的分析的新空間，引起了法學界的廣泛興趣與爭論。我國實務上，前大法官吳庚在釋字第533號解釋協同意見書：「當代法律哲學家 R. Dworkin 曾謂法律乃解釋性之概念(interpretive concepts)，而解釋法律則有三種態度，所謂因襲主義(conventionalism 或譯慣例主義)、實用主義(pragmatism)及整體性(integrity)」並註解請參照 R. Dworkin, Law's Empire (Cambridge, Mass., 1986), 頁94-96；美國德沃金，在法律帝國第十一章法外之法：「什麼是法律？現在我又提出一種不同的答案。法律既不可能由任何原則或規則體系闡述得淋漓盡致，每種這樣的體系都有自己控制的具體行為的領域。任何官員與其權力也不可支配我們的生活。法律的帝國並非由疆界、權力或程序界定，而是由態度界定。我們主要在上訴法院中研究過那種態度，這種態度在那裡接受檢驗，然而如果它即使在法院也能很好地為我們服務，那麼它在我們的日常生活中也肯定會行得通。」(見366-367頁)；進一步閱讀可請參照顏厥安，基礎規則與法律詮釋，收於戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集，692頁以下；林立，法學方法論與德沃金。台北：學林，1990年；許家馨，法與道德-德沃京對法實證主義分離命題之批判，該論文並詳列德沃金(Ronald Dworkin)的著作可供參考，政治大學法律學系2000年碩士論文。

<sup>19</sup>德國基本法第92條：「司法權賦予法官，由聯邦憲法法院本基本法規定的聯邦法院和各州法院行使。」

<sup>20</sup>我國憲法第80條(法官依法獨立審判)「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」

<sup>21</sup>德國基本法第97條第1項：「法官是獨立的，只服從法律。」

<sup>22</sup>奧地利聯邦憲法第87條第1項：「法官獨立執行其司法職務。」

<sup>23</sup>日本國憲法第76條第3項：「所有法官依良心獨立行使職權，只受本憲法及法律的拘束。」

<sup>24</sup>)，即為維持法官審判之公正，因此審判獨立是司法權之本質，亦是普世之原則。其次，「法律乃善良及公平之藝術」(Jus est ars boni et aequi)，評斷並維護此善良及公平之藝術之人為法官，所以法官有「法律的喉舌」<sup>25</sup>之稱，法官為捍衛法律，公正的執法，必須審判獨立。誠如我國司法院大法官會議解釋(以下簡稱釋字)第五三〇號：「法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，…」，故審判獨立與法官在本質上是密不可分；另從法之本質來看，司法權賦予法官，法官依法審判，本就不受任何干涉，審判獨立係其必然之原則；由此觀之，法官審判獨立，係先於憲法存在之制度(ein vorkonstitutionelles institut)。

然而，既說「審判獨立、正義只有相信法官人格」云云，又說要有法官考績制度來考核法官，那麼「法官考績」四字一詞豈不自相矛盾？因此，吾人需要先對何謂法官考績，何謂「法官考績制度」(the performance rating system of judges)作一了解？所謂「法官考績制度」即是對法官工作成果以一定時間單位(如年或月等等)或特定具體事蹟加以考核，以為評定優劣的標準之謂<sup>26</sup>；我國法官考績(the performance rating of judges)，有專案考績(performance rating for special achievement or unacceptable behavior)、年終考績(annual performance rating)及另予考績(additional performance rating for employees)三種<sup>27</sup>(公務人員考績法第3條)；而何謂「制度」？吾人從法學角度認為，制度是「法規範之複合體」，即一種制度是多數法規範之集合體<sup>28</sup>；故所謂法官考績制度是「對法官在一定期間工作成果或特定具體事蹟加以考核，以為評定優劣之法規範之複合體」，在法律上是行政法的一個部門，精確的說是個別行政法<sup>29</sup>研究之專題，除有行政法總論的適用外，亦有法官個別行政法之特殊性；其次，法官考績制度也是司法制度<sup>30</sup>的一種，司法權價值之分配是

<sup>24</sup>韓國憲法第77條：「法官依憲法及法律，依其良心獨立審判。」

<sup>25</sup>英國17世紀大法官柯克(Sir Edward Coke, 1552-1634)言「法官乃法律的喉舌」，於是法官成為捍衛自己作為法律守護者的地位，並應對法律有高級的忠誠和信仰。見考文，美國憲法的高級法背景，強世功譯，大陸三聯出版社，頁26。另民意代表及傳播媒體(第四權)也常以「為民喉舌」來伸張正義。

<sup>26</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2002/10，頁581。

<sup>27</sup>專案、年終及另予考績之英文翻譯，係引自考試院出版之考銓詞彙。

<sup>28</sup>請參照陳春生，行政法學的未來發展與行政程序法，載於月旦法學雜誌100期，2003/9，頁190。

<sup>29</sup>個別行政法與行政法各論有別；行政法各論，係以屬性相關之數個或所有行政法律予以結合，並抽繹其共通之法現象、制度與支配性之原理，而以相關之理論形成其學說體系者。因此，欲建立某一行政法各論者，務必以該特殊行政法律領域(例如經濟行政法)之支配性原理，加上各種行政法各論之共同原理，亦即行政法總論之原理，方克有濟。如以林紀東教授所撰「行政法各論」一書為例，氏除於緒論中闡釋行政法各論之意義、內容與研究方法以外，其本論乃依次以警察行政法、統制行政法、公企業法、公物法、公用負擔法、財務行政法、軍事行政法及自治行政法為其範圍。每一部分均以基本理念之建立為先，次及於其特別制度之法理與相關之制度。見蔡志方，行政法之概念、對象及範圍，收於行政法爭議問題研究(上)，2000/12，頁23-24。

<sup>30</sup>所謂司法制度，係指國家規範司法機關的性質、任務、組織體系、訴訟程序和司法行政工作等制度的總稱，也是一種國家制度。具體來說，司法制度之內容，包括司法組織制度和司法

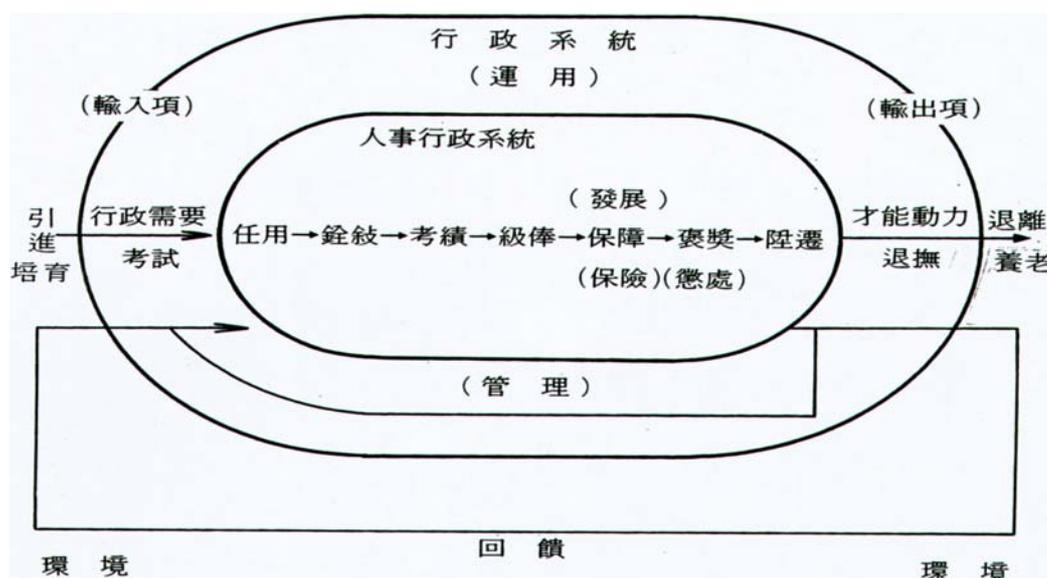
動態的<sup>31</sup>，法官考績制度的評核標準也是動態的，應與時而轉。

## (二) 有趣之問題

### 1. 法律與公共行政之扞格

法官考績制度從公共行政角度，是公共人事制度的一種，係運用法律、規則、組織和程序來表現組織正義價值之分配，探討法官考績制度，係研究有關法官考績多數法規之關係狀態；就公共行政組織理論而言，在一機關組織內，從人員的引進（input）到人員的退離（output），主官對於在機關內的人員從報到到離職，有忠實的職責<sup>32</sup>，監督考核教育訓練部屬之責，人事行政模型系統<sup>33</sup>及考績系統模型<sup>34</sup>如下圖：

人事行政模型系統圖



程序制度兩方面，前者係關於司法機關在整個國家體制中之性質、地位，司法機關之組織、編制、種類，司法機關職權以及行使職權之原則之問題之制度；後者則乃司法機關依法定程序，在適用各種實體法、程序法，以處理訴訟案件或非訟事件所應遵循之某些制度，如民、刑審判制度、檢察制度和仲裁、調解、律師、監所等制度。自古迄今，治國者莫不以司法制度，規範社會之秩序。是故司法制度為統治者安邦定國所倚重之工具，對保障人民私權，維護社會治安，確保民主法治，影響深遠。在採行權力分立之國家，將之視為對人民權利義務、違法適法裁判審酌之準則；在共產國家，雖認為司法制度是階級社會產物，性質上屬於階級社會上層建築之主要構成部分，但亦不否認其確為維護社會主義國家和廣大人民根本利益之重要制度。請參照鄭正忠，兩岸司法制度之比較與研析，1999/7，頁2。

<sup>31</sup>請參照翁岳生，司法權發展之趨勢，收於法治國家之行政法與司法，月旦出版社，1997/4，頁4-5。

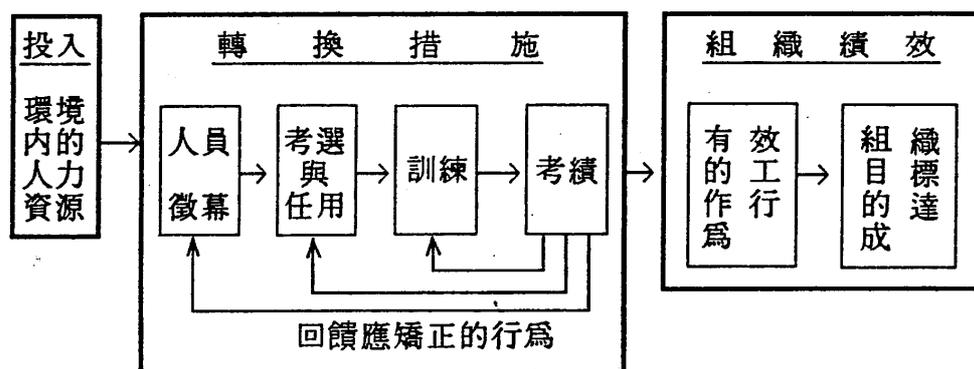
<sup>32</sup>公務員服務法第1條：「公務員應遵守誓言，忠誠努力，依法律命令所定，執行其職務。」長官對部屬也有忠實義務；並請參照考釋字第187號解釋理由書「人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。此項權利不應因其被任命為公務人，與國家發生公法上之忠勤服務關係而受影響。」

<sup>33</sup>引自繆全吉等著人事行政，空中大學出版，1989年，序言第5頁。

<sup>34</sup>引自林水波，考績制度—理論研析與經驗印證，1989/4，頁1。

在上圖人事行政模型系統圖，機關因業務需要引進新進人員，任用公務員，經由銓敘、考績、級俸、保障、獎勵、陞遷等等之人事行政系統運轉，到服務一定的期間後退離養老，考績制度為人事系統核心領域，因為考績制度為管理評比員工的重要依據，依據評比員工的績效的考績結果，決定其級俸獎勵陞遷，甚至退休金的多寡等等。

考績在人事系統中的模型圖



再由考績在人事系統中的模型圖可見，對於如何評估工作績效與指導組織內的人員依照一定的進度，達到組織所訂定之目標，就成為重要的；激勵與懲罰是為達成組織目標的手段，當表現特優或在一定的期間，主管就所屬人員平常工作績效表現，予以綜合考評，論功行賞，有過懲罰，淘汰不適任人員，即為考績制度，故考績與人員的陞遷、獎懲、待遇、訓練及發展有關係密切，考績位居人事行政制度核心關鍵地位。法官係國家為達成對人民司法給付之義務之受託者，國家為達成施政之目標，有必要考核其受託者之績效，在一定的期間予以總評，以其表現優劣作為激勵或懲罰之標準，以此手段導入國家目標俾免脫逸而有損人民之權益，由此觀點言，法官應受考核，且應有考績，俾能激勵與懲罰法官。

法院<sup>35</sup>為一機關組織（organization），係人、事、物的有機體<sup>36</sup>（organism），

<sup>35</sup>廣義的法院是指法院組織法上的法院，這法院之內設有民事、刑事庭等審判組織以外，還有辦理執行、公證等單位。狹義的法院是指訴訟法中的法院，指的是擔任審判案件的法官，在合議庭方面，是指請參照與這個合議庭審判的全體法官；在獨任制方面，就是指擔任審理這件案件的法官。釋字第 392 號解釋理由書以：…法院係職司審判（裁判）之機關，亦有廣狹兩義，狹義之法院乃指對具體案件由獨任或數人合議以實行審判事務，即行使審判權之機關，此即訴訟法上意義之法院；廣義之法院則指國家為裁判而設置之人及物之機關，此即組織法上意義之法院。故狹義之法院原則上係限於具有司法裁判之權限（審判權）者，亦即從事前述狹義司法之權限（審判權）而具備司法獨立（審判獨立）之內涵者，始屬當之；而在此一意義之法院執行審判事務（即行使審判權）之人即為法官，故構成狹義法院之成員僅限於法官，其於廣義法院之內，倘所從事者，並非直接關於審判權之行使，其成員固非法官，其機關亦非狹義之法院，故就審判之訴訟程序而言，法院（狹義法院）實與法官同義，均係指

有機體有一定的系統用作，除為達成組織目標外，維持組織之恒定性是其基本需求；法院主要目標是為求個案公平，並維持法秩序之安定性，法院管轄訴訟及非訟事件（法院組織法第2條，行政法院組織法第1條），法院行政事務，項目繁瑣，種類繁多，如法官事務分配、代理次序、合議審判法官的配置、遲延案件稽催、公文流程查考、公款公物發放保管、職務宿舍配借、公務車輛調度、經費收支稽核、人事管理等等（如考績、獎懲、升遷、人員調派）<sup>37</sup>。吾人都認為法院審判事務與行政事務，彼此具有密切關係：前者是由法官依法獨立行使審判權；後者是由行政人員，以配合審判事務順利進行為目的，法院之行政又可分司法行政（如書記處、公證處、提存所等等）與一般行政（人事室、會計室、統計室、政風室、資訊室等），法院的行政為審判獨立之後盾。

## 2. 法官考績制度與審判獨立之緊張關係

我國憲法第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」依該規定，法官審判之際，應合乎如下三要件：1.超出黨派。2.依據法律獨立審判。3.不受任何干涉。以法官獨立審判為中心，法官審判時不受任何干涉，包括政黨、各項公權力、私人力量，只依據法律審判。「法官依據法律獨立審判」，何謂法律？憲法第一七〇條規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」依中央法規標準法第四條規定：「法律應經立法院通過，總統公布。」依同法第二條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」依文義解釋，法官審判時並不受由特定機關，依一定程序，其一定名稱之「法律」(Gesetz)以外規範之拘束。依釋字第三八號稱：「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，與憲法或法律不相抵觸之有效規章，均行排斥而不用。」另外，依釋字第一三七號及第二一六號解釋，法官審判尚可引用行政命令。另依釋字第一八五、四六九、三七四、四四六等號解釋得知，法官尚依「司法見解之判例、公懲會案例及最高裁判法院聯席會議之見解」審判，換言之，法官是依法(Recht)或依法規範(Rechtsnorm)審判，包括成文法與不成文法，而非僅依憲法所指之法律審判<sup>38</sup>，故法官不能因法律沒有規定，就拒絕受理案件（如民法第1條：民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。）。審判獨立，不因行政權、立法權、監察權之濫用、不當之輿論、黨政協商、司法行政監督權、司法（或一般）行政之人事權、

---

行使審判權之機關，兩者原則上得予相互為替代之使用。因是法條本身若明定為「法官」，則除其係關於法官其「人」之規定外（如法官身分、地位之保障、法官之迴避等），關於審判權行使之事項，其所謂之法官當然即等於法院。憲法各條有關「法院」「法官」之規定，究何所指，當亦應依此予以判斷。此處指廣義之法院。

<sup>36</sup>本文借用對機關組織為一有機體之模型概念，易於了解；有機體是一種恒定的系統，它們由一定數量的要素組成，但是它們作為一個整體會維繫一種經由感觀而易認知的空間秩序(an order in space)；嚴格而言，「機關組織類比為有機體」之命題，有類比之缺點，如把社會解釋成一個有機體的觀點，會被用來支援等級制的觀點和威權主義的觀點，見<http://www.google.com.tw/search?q=cache:U5C-k2mOSjgJ:member.netease.com/~luolian/LawLegLb/node43.html+%E6%9C%89%E6%A9%9F%E9%AB%94&hl=zh-TW&ie=UTF-8>。

<sup>37</sup>法院行政事務種類，可請參照法院組織法、行政法院組織法，及其處務規程。

<sup>38</sup>請參照李震山，論法官依據法律獨立審判，收於法與義一書，2000/5，頁53-60；並請參照程春益，法官之職務獨立與職務監督，政大法研所碩士論文，1988/6，頁70-74。

司法官本身之道德勇氣與操守之問題<sup>39</sup>；即法官審判時無父亦無母，遑論長官之指示與命令，一切依法判決，所以法官應無長官。但是，在法官考績制度中，存在有某（些）長官，他（們）判斷法官的表現，考核法官的工作績效，決定是否給予法官獎金與未來陞遷，這些長官會不會影響甚至干涉審判獨立呢？此種法官審判獨立性（Unabhängigkeit）與考績制度之行政一體性本質上有矛盾之處，審判獨立與法官考績制度形成緊張關係。更擴大範圍說，司法獨立與行政一體亦存在緊張關係。

### 3. 法官與其他公務員之平等問題

綜觀我國公務員「依據法律獨立行使職權」之規定，在憲法規定者有：1. 法官（第 80 條）；2. 考試委員（第 88 條）；3. 監察委員（增修條文第 7 條第 5 項）；4. 軍人超然；憲法第一三八條：「全國陸海空軍，須超出個人、地域及黨派關係以外，效忠國家，愛護人民。」在法律規定者有：1. 大法官（司法院組織法第 5 條）2. 檢察官（法院組織法第 61 條檢察官對於法院，獨立行使職權。）3. 行政法院法官（行政法院組織法第 44 條「本章各條之規定，不影響審判權之獨立行使。」）4. 公務人員保障暨培訓委員會委員（公務人員保障暨培訓委員會組織法第 9 條第 3 項：本會委員於審議、決定有關公務人員再復審及再申訴案件時，應超出黨派，依據法律獨立行使職權。）5. 審計人員（審計法第 10 條（審計職權之獨立行使）審計人員依法獨立行使其審計職權，不受干涉。）6. 選舉委員會。（公職人員選舉罷免法第 8 條第 6 項：各級選舉委員會，應依據法令公正行使職權）；上述之公務員皆是依據法律獨立行使職權，假如說法官為維持其獨立不應有考績，那麼，同樣的依「依據法律獨立行使職權」之上述人員就不應該有考績？而且，公務人員考績法第二十三條：「教育人員及公營事業人員之考績，均另以法律定之。」之規定並未排除法官之適用，是有意省略？所以法官獨立於其他公務人員之外顯無法源依據，對其他公務人員亦不公平，其次，在同一法院內法官之外之公務人員（如法院之公設辯護人、公證人、提存所與登記處主任、觀護人、法官助理、書記官等等），就考績言並無法律之例外規定，實務上甲等百分比卻較高，是否有「一國兩制」之嫌？是否不符組織正義<sup>40</sup>？

故法官考績制度與法官審判獨立，有其本質上的矛盾與緊張關係，此種關係與界限如不釐清，有破壞權力分立原則之虞，如此對民主法治憲政有相當大的傷害。因此論述法官考績制度不僅要從司法權的觀點，且要從行政權之觀點來討論，如此論述法官考績制度之修正或廢除才有意義<sup>41</sup>。

<sup>39</sup>請參照林永謀，審判獨立之檢討，刊於國家政策研究資料中心出版，民間國建會特輯，改革司法，1990/4，頁 43-46。轉引自李震山，論法官依據法律獨立審判，收於法與義一書，2000/5，頁 56-57。

<sup>40</sup>請參照 Donald E. Klingner & John Nalbandian 著，江大樹等譯，人事行政新論，第 12 章「組織的正義」，2001 年，頁 447-494。

<sup>41</sup>否則就審判獨立言—法官不需要考核，就行政考核言—無人不能自外於被制衡監督，法官自不例外；易流於公說公有理之一方之見。

## 二、目前是法官考績制度存廢的關鍵時刻

### (一) 廢除法官考績制度是法官充滿希望的春天？

司法的未來是「充滿希望的春天」，還是「令人絕望的冬天」<sup>42</sup>，繫於目前的司法改革，其中「法官考績制度的存廢」是最重要的一環；社會制度，無法像自然科學作實驗，以對照組來比較其優劣及其假設是否正確，「烏托邦」<sup>43</sup>的國家制度，美麗新世界的到來，只是一種浪漫的理想；況且一個制度的存在必定有其道理，而「立法者更改三個字便會使得全國圖書館資料成為廢紙」<sup>44</sup>，擬廢除施行已五十五年之法官考績制度<sup>45</sup>（公務人員考績法初定於 1948 年 11 月 19 日，更早在中國夏虞書就有記載：「三載考績，三考黜陟幽明。」<sup>46</sup>）吾人能不慎乎？吾人從奧地利法學家埃利希（Eugen Ehrlich, 1862-1922）所說：「從長遠觀察的結果，除了法官的人格以外，正義是沒有任何保障的」<sup>47</sup>觀之，惟法官之人格是無法量化的，故法官的人格是無法考核評量的，且有認為法官考績制度對法官職務是具有負面導向的，所以法官考績制度應予廢除；另一方面，

<sup>42</sup>英國小說家狄更斯（Charles Dickens）於 1859 年的雙城記（Tale of Two Cities）開頭說：「那是最好的年代，也是最壞的年代；是智慧的歲月，也是愚蠢的歲月；是信仰的世紀，也是懷疑的世紀；是光明的季節，也是黑暗的季節；是充滿希望的春天，也是令人絕望的冬天；我們的前途擁有一切，我們的前途一無所有；我們正走向天堂，我們也走向地獄。」有如現階段台灣司法的嚴酷處境，這個處境的深度與廣度正牽引著這個時代的脈動，這一代的人，正在寫一頁台灣關鍵的司法史。

<sup>43</sup>烏托邦，係由 Sir Thomas More（1478—1535）在他的著作「De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia」，書中第一次使用，描述於十六世紀由一個勇於冒險的旅行者到一海島，發現了一個完美的政治實體，並對其政經社會文化有詳盡的想像描繪。烏托邦（Utopia）中有一名言，各盡所能，按需分配（From each according to his abilities, to each according to his needs.），為共產主義的最終目標；Utopia 一字組成自希臘字 eutopia（good place）和 outopia（no place），此後即成為對政治、社會想像中一個理想圓滿卻子虛烏有不曾存在的地方。現今為政治上之幻境（political romances）之代詞；在 1932 年英國詩人赫胥黎（Aldous Huxley）於「美麗新世界」（Brave new world）中，闡述「美麗新世界」起初呈現的似乎是一片美好人類生活景象，或稱一個完美、幸福的「烏托邦」，赫胥黎卻就此提出了相反的聲音：「烏托邦」生活充斥的是對人性的徹底扭曲，它顛覆人類文明中家庭、親情、有限生命、宗教信仰、知識真理的追求。與愛德華·田納不同的是，赫胥黎更強調科技技術對於人類文明、「人性價值」的直接衝擊。烏托邦概念發源自柏拉圖之理想國，該書開啟了西方「烏托邦文學」出現，其後乃有類似書籍相繼出現，例如本文 More 的烏托邦 Utopia（1516），以及本世紀希爾頓的失去的地平線 The Lost Horizon 等。中國則有陶淵明之桃花源記等等。另陳周旺著有「正義之善—論烏托邦的政治意義」專書，可供參照，大陸天津人民出版社，2003/2，頁 17-30。

<sup>44</sup>1847 年檢察官 Julius Hermann von Kirchmann 在柏林的法學會社舉辦一場演講，題目為「法理學作為『學術』的無價值性」。他說：「實證法之適用使法律人成為了，僅能靠腐朽木頭為生的蛆蟲；遠離健康的，僅棲息與活動在病態的木頭上。學術以偶發性為其對象，並使自己本身成為了偶發性；立法者更改三個字並使得全圖書館資料成為廢紙。」見 Fritjof Haft 著，蔡震榮等翻譯之法蹤尋幽，法學講座 25 期，2004/1，頁 173。

<sup>45</sup>司法院法官法草案（2003/7/31 職務法庭版），法官已排除公務人員考績法之適用，改由法院院長年終辦理法官之勤務評定（第 76 條），載於法官法草案研究彙編（12），2003/12 頁 900-901。2004/5/18 司法院法官法草案亦同。

<sup>46</sup>請參照陶天翼，考績源起初探，中央研究院歷史語言研究所集刊第 54 卷 2 期，1983/6，頁 113-127。

<sup>47</sup>Ehrlich 言，轉引自橫川敏雄著，謝瑞智譯，公正的審判，1993/5，頁 11。

學者<sup>48</sup>、實務界現任司法院長翁岳生，司法院前秘書長楊仁壽（現任大法官）、司法院前處長呂太郎（現任法院院長）均主張廢除法官考績制度<sup>49</sup>，惟主事多年後（其中楊呂二人現已離開行政職）迄今，法官考績制度卻依然存在，原因何在？立法院在多次會期過後仍未立法通過法官法，為什麼立法院多年來就此法案均未通過呢？這恐非一句「立法怠惰<sup>50</sup>」所可解釋。現今司法院法官法草案內容已廢除法官考績制度，惟考試院與行政院人事局仍持保留意見；吾人知道一種法律須符合體系正義（詳第二章），否則會窒礙難行，依法無法執行；法官考績更需符合形式合法性（釋字第 520 號解釋理由）與實質正當性（釋字第 523 號），欠缺其一，即欠缺合法性<sup>51</sup>，那麼除有立法之形式合法性外，更重要的是，廢除或保留法官考績制度是否符合實質正當性呢？此問題沒有釐清，縱然法官法通過，廢除法官考績制度，爭議還是繼續存在的。

## （二）廢除法官考績制度是人民絕望的冬天？

法官超然獨立於訴訟當事人之上，且須對訴訟爭點作判斷而生裁判，為訴訟事件之監督者，其直接審理依一般經驗及論理法則而得心證，旁人無從也無法置喙，所以法官有訴訟指揮權，因此所有職務法官會自我控制，故法官不需要監督考核，更遑論需要法官考績制度；那麼司法權暨其權力的行使人—法官就不需要監督考核了嗎？所謂「皇后的貞操是不容懷疑」<sup>52</sup>「法官是從事神的工作」即為正論；但是美國哈佛大學法律系教授德蕭維奇（Alan M. Dershowitz）曾說：「打開司法發展史，任何一部法典，從古老的央格魯撒克遜法典、卷帙浩瀚的羅馬律法、猶太聖典裡的爭論案例，到現代法院的裁判，您會看到許多

<sup>48</sup>學者陳新民亦主張應廢除法官考績制度，請參照氏著《中華民國憲法釋論》，1999/10 修訂三版，頁 605。

<sup>49</sup>翁岳生曾提出認「法官應不適用公務人員考績法」，見司法院印法官法草案研究彙編（一），1990/10，頁 608；另楊仁壽認：「考績施之於法官，或法官的升遷操在司法行政機關，除了我國之外，世界法治先進國家尚找不出有此制度。」，見審檢分隸應不僅是形式上的改革，1980/06/29，聯合報 2 版；呂太郎，法官考績與簽到應予廢除，1994/10/19，中國時報第 15 版。

<sup>50</sup>立法怠惰又稱立法不作為(gesetzberisches Unterlassen)，詳細可請參照「有關立法怠惰、立法裁量與司法審查之關係」，司法院大法官 89 年度學術研討會記錄，2001/12。

<sup>51</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2002/10，頁 16-18；並請參照照行政程序法第一章第六節。又可請參照 Carl Schmitt 論合法性(Legalitaet)與正當性(Legitimitaet)；Carl Schmitt, Legalitaet und Legitimitaet, 3. A., Berlin 1980 (1. A. 1932)；蔡宗珍，合法性與正當性的辯證，刊載於當代雜誌 124 期，1997/12 頁 18-31。

<sup>52</sup>「皇后的貞操是不容懷疑」的故事：「著名的凱撒，雖然是一代豪傑，可惜他的妻子龐貝亞卻不安於室。有一次，羅馬舉行節慶紀念波娜女神，依照規定，男人必須離開家中，龐貝亞的情夫克羅狄亞斯趁機溜進凱撒家中。不料，卻被侍女發現，消息轟傳羅馬城。凱撒馬上把龐貝亞休棄，克羅狄亞斯也因褻瀆神聖而受審。審判之時，凱撒被傳作證，出乎眾人意料之外，凱撒說他對克羅狄亞斯沒有任何指責（言下之意，不相信妻子與其有染）。起訴官於是質問凱撒為什麼離婚。凱撒回答：「我寧願我的妻子連被人懷疑（通姦）都沒有！」凱撒的邏輯相當有意思，一方面不承認妻子紅杏出牆，但是，當妻子的貞操被人懷疑時，只有離異一途。既顧全顏面，也否認綠雲罩頂的恥辱。雖然凱撒沒當過羅馬皇帝，他的妻子也不是皇后，但後人就引申出「皇后的貞操，不容懷疑」的說法。當皇后貞操受到懷疑時，依照凱撒的邏輯，即使皇后是清白的，已不能母儀天下，唯有廢后一途。見吳奚真譯，希臘羅馬名人傳下冊，頁 9 至 11；以上轉引自蔡兆誠，最好與最壞的時代，2000/4，頁 43。

冤屈，伸張正義公理的普通法總是建築在冤屈的基礎上。」<sup>53</sup>，所以有冤屈是當然的？放任法官而無考核及考績，會不會「草率的可以」<sup>54</sup>對「對老人及文盲不利」<sup>55</sup>，法官「審判會不會變成是一種野蠻遊戲？」甚至「法官成爲握著正義待價而沽的人」<sup>56</sup>，更成爲「魔鬼代言人的同路人」<sup>57</sup>，司法高層會不會「奸賢不分，善惡不明」<sup>58</sup>，人民受冤「會不會一路哭」<sup>59</sup>「六月飄雪」<sup>60</sup>，以民主法治國

<sup>53</sup>轉引自郭國楹，小說「灰」，收於青春的偷竊歲月，2003/11，頁264。

<sup>54</sup>作者在十七年前曾辦理「確認抵押權債權不存在之訴」一案上訴至最高法院（訴訟標的金額400萬元），某最高法院法官之整篇判決，除了引用上訴人及原審判決之理由外，就只寫下八個字——「原審判決並無違誤」，最高法院上訴駁回竟然沒看到法官寫下一個字的理由，該案即告確定，既判力竟創造如此正義，似乏說服力？難道只因為他是最高法院法官，就有此種權力？有法官考績監督就如此，那沒有考績制度，會不會更加嚴重呢？按民事訴訟法第467條：上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。第469條：有下列各款情形之一者，其判決當然為違背法令：六、判決不備理由或理由矛盾者。刑事訴訟法第377條：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。第379條：有左列情形之一者，其判決當然違背法令：一四、判決不載理由或所載理由矛盾者。皆僅規範至第二審以下，至於終審法官之判決似嫌放縱。另學者李惠宗曾說：在現代的權力分立理論中，司法對國家權力（含行政與立法）具有「合法性控制」的功能。而「合法」與否係「是非」，不是「好惡」的問題，故司法決定（法院判決或大法官解釋）需以符合邏輯的方式作成決定，並附具理由。見氏著憲法要義，2001/8，頁538-539；其實法官之判決，就是要給人民一個信服的說法，敗訴者知其然，勝訴者知其所以然。另蘇永欽教授所述：「我國的法官與其他公務員一樣，平時要接受『長官』的考核，年終還要受整體的績效考評。在司法改革的討論中，這個問題也不斷被提出來檢討，有人認為考績已成爲首長控制法官的工具，對審判獨立有相當大的傷害。也有人認為，法官的審判工作，根本不具有可考評性，以辦案統計的平均值作爲績效判斷準據，完全忽略了個案之間的差異性，對法官辦案反而會造成不當的引導。司法院從善如流，前施啟揚院長對法官年終考績的列等較過去放寬，除依法（主要是公務員考績法施行細則第四條第三項）不得考列甲等外，原則上都予甲等，並廢除了多年來用以計算辦案成績的考查實施要點，卻又招來另一方面的批評，說法官的判決自此「真的進入『草率可以』的完全領域」。引自蘇永欽，法官該不該考核，收於司法改革的再改革，1998/10，頁363。

<sup>55</sup>德國法官徐林克（Bernhard Shlink, 1944-），在「我願意為你朗讀」（Der Vorleser）一書中，描寫一位不識字的女子韓娜於第二次世界大戰因涉及屠殺猶太人，事實上並未有此情事時，只因是文盲，被法官審判入獄十多年後即將出獄卻自殺，其內容有複雜的道德問題、文盲對社會的恐懼和種種不便、以及時代悲劇，但也暴露出法官的草率；國內皇冠出版上有翻譯本。實際上男法官開庭時對於年輕貌美的妙齡女子與年老重聽的榮民是否會有不同的態度，致影響到裁判結果，是個有趣的問題。

<sup>56</sup>請參照 Gerry Spence, With Justice for None, 江雅綺譯，正義的神話，2001/11，頁168-270。

<sup>57</sup>「魔鬼代言人」（Devil's Advocate）是一部電影，內容簡而言之，是說及一個律師遭逢邪惡勢力的故事。（Advocate 一語雙關，既有『擁護者』之意，又有『律師』之意：律師成爲魔鬼的代言人。），強調律師倘若發現當事人確有違法之情形，應注重真實之發現，而不宜沉溺於訴訟成敗求取虛榮。莎士比亞之名言「善惡的區別，不在於聲名有無，一切品行在其本身，不在地位高下」，虛名浮利譬若掠影幻象，霎時如雲煙過往；篤愛良善好比光風霽月，恆互若春日煦煦。請參照 [http://www.ipeclaw.com.tw/movie/movie\\_06.shtm](http://www.ipeclaw.com.tw/movie/movie_06.shtm)。

<sup>58</sup>東漢王符撰、清汪繼培作箋、後人校正的潛夫論箋，論考績篇有「凡南面之大務，莫及於知賢，知賢之近途，莫急於考功，功誠考則治，亂暴而明，善惡信則直，賢不得見障蔽，而佞巧不得竄其奸以矣。」

<sup>59</sup>在法官辦案成績爲廢除前，某法官爲求辦案成績高分、不用寫判決書又不會被上訴，於是多要求當事人和解，不和解則推延反覆的開庭，甚至開庭說：「告什麼告！蔣中正丟掉了大陸，他也沒告毛澤東啊！你這麼小的案件還告，撤回！」當事人徒呼奈何！；另據「宋史范仲淹傳」記載，北宋參知政事范仲淹在用人上十分嚴謹、公正。仁宗當政期間，他在審查擔任各路按察使的人選時，每當看到名單上有不合格的人，便一筆勾之。有一次，旁邊的一位大臣勸他說：「一筆勾之甚易，焉知一家哭矣！」范仲淹說：「一家哭何如一路哭？能用一人的榮

家言法官會不會違背憲法所定司法給付義務（Justizgewahrungspflicht），造成司法拒絕保護（Justizverweigerung）損害到人民之司法受益權（憲法第 16 條，大法官釋字 530 號）呢？法官作為一訴訟事件之監督者，是否還要有其他監督者監督法官？甚至予以評估其審判績效（performance evaluation），而予以獎懲（甚而免職 removal）、淘汰之結果？而此種監督，應由誰監督呢（Who guard the guarder? or Who Watches the Watchmen?<sup>61</sup>）？如何監督（方法）才是合法正當呢？法官考績制度是否一種必要之惡（necessary evil）<sup>62</sup>呢？還是考績法是「惡法非法」呢？

### 三、釐清問題爭點以符公務需要

#### （一） 公務需要

本文研究動機之緣起，係因作者從事公務<sup>63</sup>所遇到的難題，是否法官考績與一般公務員考績不同？有那些不同？理論基礎呢？法官考績的效果是幫助法官審判之正面導向，還是牽制法官審判之負面導向？而現行法官考績制在程序上與實體上是否完善？或者是根本就應廢除，無存在之價值？

所以，作者認為研究法官考績除了應然（ought to, Sollen）理論與邏輯的之探討外，對於實然（is, Sein）的印證是非常重要的<sup>64</sup>，對於法官考績制度，如僅

祿使一路的百姓遭受危害麼？」

<sup>60</sup>元朝雜劇竇娥冤的六月雪，講述孝女節婦被奸人所害，寧死不屈，行刑之日，天地為之動容，六月飄雪，竇娥終與夫團聚。

<sup>61</sup>請參照 Cappelletti, Mauro, 「Who watches the watchmen?」 A Comparative Study on Judicial Responsibility, 31Am. J. Com. L. 1983, pp. 1-62。

<sup>62</sup>此處所謂「必要之惡」係指考績制度相對於法官濫權，後者之侵害人民權利遠大於前者，法官考績制度雖不完善，但其以惡制惡，達其損善最小；其實政府的成立亦是一種為「必要之惡」（necessary evil），所以憲法是對政府權力的明文限制，尤其政府公權力介入私權爭執，立法權、行政權或司法權之行使，都受到限制。而所謂「惡」之判別標準，德國法哲學家考夫曼先生指出法哲學的中心問題：1. 何謂正確之法；2. 如何認識以及實現正確之法。二者歸結到一點就是有關實在法的評價標準問題。關注社會之存在（Sein）和秩序（Ordnung），人法正義與自然正義的關係，以自然法為評價、判斷實在法規則的最高尺規，以確保生活終不至成為「惡法」的奴隸。見考夫曼著，「當代法律哲學和法律理論導論」，鄭永流譯，大陸法律出版社，2000，頁 51；在美國以司法審查為核心的憲政實質就是通過法律這樣一種人為理性的工具，依靠深厚的「自然正義」的普通法資源來合理限制作為「必要的惡」的政府之惡，以懲罰手段去對待侵害社會的成員是以惡制惡，但是，這種以惡制惡所產生的不正義，相對於放任實施罪行的人所產生的不正義，後者顯然要嚴重得多。因此，懲罰實施犯罪的社會成員是一種必要的惡。這是懲罰社會成員的一般性根據；並請參照 Donald E. Klingner & John Nalbandian 著，江大樹等譯，績效考核，人事行政新論，第 10 章，2001 年，頁 379-410。

<sup>63</sup>作者濫竽司法院暨所屬法院（司法院、台灣台中地方法院、台中高等行政法院及台灣高等法院台中分院）等人事單位近二十年。

<sup>64</sup>一種法律的制度必有其源泉（法官考績制度亦不例外），例如西方的十誡、自然法、中國的禮、道德規範等；此即應然與實然的對應（Recht ist die Entsprechung von sollen und sein），它的理念是正義，而對象是人。請參照 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 劉幸義等譯之法律哲學，2000/7，頁 148。並請參照李匡郎，人權、正義與法律，收於多元價值、寬容與法律一書，2004/5，頁 80。

有應然的論理，沒有實然的運作，只能說是紙上的法律條文<sup>65</sup>；誠如司法院翁岳生院長言：「法學的發展必須兼顧學理與實務，蓋法律的生命在於實用，若偏離實務，將失其意義。」<sup>66</sup>法官考績制度亦然，法官考績制度，不僅是理論的，也是實證的與公共的<sup>67</sup>。談起公共的，就不得不談公共行政（öffentliche Verwaltung），所以本論文亦有專章討論從公共行政觀點看法官考績。

司法獨立的目的是確保法官公正無私的解決爭端，保障司法獨立主要方式是保障法官職務獨立<sup>68</sup>，對司法獨立之要求有三個層次：個案審判獨立、訴訟程序獨立和法官集體獨立<sup>69</sup>，司法權委由法官行使，是否可以以行政權之考績考評法官工作績效，而予以懲處或淘汰嗎？其間矛盾與緊張關係之分析，涉及行政權與司法權之分際，即權力分立原則之界線之探討，亦即考績之行政權有否與司法權交集，得否涉入司法權核心範圍？而達到效率<sup>70</sup>與公正之裁判呢？

迄今法官考績制度迄今存在許多爭點，例如：法官是否應有考績呢？法官考績之存在是違憲的嗎？法官考績是否有競爭性而有甲等百分比之限制？在現在實務上，司法院內部因法官考績百分比引起極大的反彈與風暴，例如司法院指示要有考績乙等的法官，於是有法官請司法院長在打考績時派乙等法官到該法院來（因為該法院無考績乙等法官，亦無乙等法官審判乙等人民等等）<sup>71</sup>，使司法院長陷入困境且落淚<sup>72</sup>，於是司法院院長曾多次在主管會報指示相關單位研究<sup>73</sup>；加上法官百分之十的乙等考績，各法院標準不一，法官亦議論紛紛。最近司法院翁院長又在司法院主管會報指示相關處應研究法官考績與一般公務員考績有何不同，他說：「考績可能是法官間最容易有爭執的問題，若缺少溝通協調，易生誤解，以致產生不良後果。近年來，法官對當事人的態度一般而言已有進步，請不要因考績問題而影響法官審判態度，請人事處繼續研擬

<sup>65</sup>本用語出自德國法學家 Rudolf von Jhering (1818-1892)，「法律不是紙上的條文，而是含有生命的力量。」見 Rudolf von Jhering 著，薩孟武譯，法律的鬥爭，載於王澤鑑，民法總則，1990/10，頁 1。Jhering 主張「目的是一切法律的創造者」，又著有「為權利而奮鬥」，主張「在奮鬥中發現自己的權利」。

<sup>66</sup>轉引自月旦法學雜誌百期慶祝茶會編輯部報告書。

<sup>67</sup>法官考績制度是官僚法的一種，「官僚法既是實證的、也是公共的」見 Roberto Mangabeira Unger 著，王佳煌譯，現代社會的法律，2000/1，頁 59。

<sup>68</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 564。

<sup>69</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 566-568。

<sup>70</sup>台中地院法官張升星認：「及時的正義給付」應該是現階段最需要強調的！不過說明的是，所謂「及時的正義給付」應該不是為了滿足民粹心理的「速審速結」。社會正義的滿足，問題並不只在於速度的快慢與否，正義的生產線上，品質控管的齊一更屬必要。因此或許應該從消極面判斷，要求法官不得有「不合理」的遲延，較能切中審理延宕的病灶。至於如何判斷個案審理有無遲延？倘有遲延，是否具備「合理性」？因為司法裁判都是具體個案，複雜程度各不相同，單憑司法行政主管機關制定的行政管考規定，僅就辦案進度劃一標準，顯然未盡妥適，仍然應按具體個案逐步分析，以明責任歸屬。見張升星，司法改革與社會變遷—審判實務觀察報告與建議，收於公與義研討會論文，時報出版社，2004/3。

<sup>71</sup>見司法院內部網頁，「與院長有約」法官致函司法院長。

<sup>72</sup>聯合報 4 版，2001/12/30。

<sup>73</sup>司法院主管會報第 202 次會議第 4 項指示，見司法周刊期第一版，2004/2/1；司法院主管會報第 175 次會議第 9 項指示，見司法周刊期第一版，2003/5/28；司法院主管會報第 112 次會議第 8 項指示（2001/10/22），見司法周刊 1055 期第一版，2001/10/31。可見司法院對法官考績之正確性與合理性，亦在研究改進中。

讓法官能以較客觀、理性方式進行考績評比的方案。」<sup>74</sup>司法最高當局，已經發覺法官考績與審判有密切之關係，而考績對法官而言，是有那些正面導向或負面導向？是頗值探討的一個問題。

## (二) 問題爭點

### 1. 人與制度之爭議

主管擁有高度屬人性的判斷餘地去考核部屬，惟此種「判斷餘地」是否有考核標準，甚至量化而達到功績主義之績效考核呢？還是主管「只能做不能說」呢？第三人無法去瞭解與置喙的？

翁岳生院長在司法院內部網頁「與院長有約」回答南投地院某法官說：

至於有沒有一種人事制度，制定之後「好法官自然出頭」，「壞法官自然無所遁形」，答案是沒有，因為所有關於人事的制度、規章，都要靠「人」來操作，如果操作的人不問是非，任何制度都不能得出好結果。您在前封信說：「法院是斷人是非的地方，怎好留下是非讓外人去評斷？」本人要說：「法院是斷人是非的地方，法院內的事務不能沒有是非」。(2001年12月25日)

對照 Giovanni Sartori 所說：「制度不能取代人。庸才即使在正確的制度下也做不好。但是錯誤的制度卻會糟蹋人才。」<sup>75</sup>柏拉圖(Plato, 428-348 BC)說：「如果在一個秩序良好的國家安置一個不稱職的官吏去執行那些制定得良好的法律，那麼這些法律的價值便被剝奪了，並使得荒謬的事情大大增多，而且最嚴重的政治破壞和惡行也會從中滋長。」<sup>76</sup>那麼現行法官任用是否完備？考績制度是否完善？考評法官考績之「長官」的「人」是否綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核呢<sup>77</sup>？制度與人有四種排列組合：1. 制度完美，人又善良，為最高境界（司法改革之目標）；2. 制度錯誤（公共或立法政策錯誤），人善良；要廢除制度，因為「錯誤的制度卻會糟蹋人才」；3. 制度完美人有問題，應去除該人之職位（良好的國家安置一個不稱職的官吏）；4. 制度錯誤，人又醜惡；那麼如此組織必定崩潰。然而，吾人試問「制度有完美的嗎？人有完全善良的嗎？」

### 2. 法官考績制度是否違憲

法官考績制度是否違憲？有認為有違憲之嫌<sup>78</sup>；釋字第五三〇號認是司法行政監督司法的一種方法<sup>79</sup>？沒有法官考績制度，法官便會失控(out of control)？

<sup>74</sup>2004年5月19日司法院第一七五次主管會報指示，見司法周刊2003年5月28日第一版。

<sup>75</sup>見 Giovanni Sartori, comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes 158-159 (1994). 轉引自湯德宗，權力分立新論，2000/12，頁76。

<sup>76</sup>柏拉圖「法律篇」，何勤華譯，上海人民出版社2001年。

<sup>77</sup>請參照公務人員考績法第2條。

<sup>78</sup>請參照蔡玉玲法官認違反憲法80, 81條之嫌，見所著法官人事制度與司法預算，1989/7，頁11-13。

<sup>79</sup>學者李建良亦認法官的養成、任用、調遷、考績及其他人事室項（如院長或庭長的調充）等是司法行政權，請參照所著論審判獨立與司法行政命令權之關係，載於台灣本土法學32期，2002/3，頁52；作者認為是人事權，否則法官考績業務應由司法院司法行政廳辦理？

法官考績評量項目：工作、操行、學識、才能，是否有待檢討？應考量開庭準時嗎？看卷仔細嗎？調查認真嗎？要調卷核閱，對於聲請事項，有無一一詳加調查。裁判品質好嗎？責成庭長嚴加督導，認事用法，文理、事理、法理，詳加審核，鉅細無遺，填載於審閱單，定能大大提昇庭長制<sup>80</sup>的功能。維持率高嗎？折服率高嗎？案件久未進行嗎？問案態度和藹嗎？法律見解精闢嗎？準時交原本嗎？未結案多嗎？遲延案件多嗎？

法官人事權與法官考績權統操於司法行政機關，潛藏之最大危機，即為法官可能為避免受到不利之考核，或為求晉升，對監督權人卑屈服從或加以迎合，為避免此種危機，並促進法官之考核、晉任之公正性及妥當性，似有引進法官或其他超然之機關參與前開人事事項決定之機制。

依憲法第八十條「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」第八十一條接著規定「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。」上開身分保障之規定，乃緣於法官審判職務之特殊性（釋字第 539 號解釋），審判獨立之目的追求。因此，一個人只要被任命為辦理審判事務之文官，即為憲法上所謂之法官，即應受上開身分保障，享有較高之待遇。從而雖是法官資格卻辦些行政事務，其身分保障與高待遇的理由，將因而消失。是以，除非極其必要，應盡量減少法官參與行政事務。實務上，部分兼庭長的法官或一般法官，努力抓住參與行政的機會、用心為自己製造行政事務，又以行政工作忙碌為由減少審判工作，甚至違法地將份內的裁判書草擬工作交予法官助理，均是十分不當的。

### 3. 法官考績與審判獨立之範圍與界限

法官考績與審判獨立之範圍與界線，是個難題，雖經司法院釋字第五三〇、五三九、五七二號解釋作原則性之解釋，但仍未碰觸本問題之核心；兩者間如發生衝突時，將透過何種機制及何種程序解決？仍迫切須要規劃設計出一套較健全的機制及程序。舊法官法草案第二十七條第二項規定：「法官認為職務監督影響其獨立審判之權限時，得以書面敘明具體事實（理由），向司法院人事審議委員會聲明異議。」德國法官法第二章第三節設置由法官組成之聯邦職務法庭，並於六十一條規定法院院長及其常設代理人不得為職務法庭之成員，其立法意旨，乃因職務法庭具有兩方面的職能，除受理懲戒事項外，並受理法官主張職務監督措施影響其獨立審判，其既非單純的懲戒法庭，亦非由法定的司法行政官與由全體法官選出之委員所組成之司法院人事審議委員會兼辦之事項。

「任何組織不能全然依據禁令運作，而未有適當的誘因結構(structure of incentives)作為輔助。…國家組織較其他任何組織更需要以獎勵與懲罰，『善』

<sup>80</sup>釋字第 539 孫森焱大法官協同意見書：「庭長之職務與院長之職務有間，依司法院所屬首長考核要點訂定，考核首長之項目有工作、操行及學識三項。其中工作之考核有中心工作及督導工作二者，前者分（一）、審閱裁判書類是否負責。（二）、對於民、刑案件之進行，是否認真督促。（三）、督導辦理強制執行有無績效。後者則屬行政業務事項。關於學識才能亦視領導才能是否卓越，對司法業務有無具體建議改進。出席各項會議所發表之言論，有無創新意見。類此規定與司法院發布司法院所屬各級法院法官績（成）評定請參照考要點訂定辦理法官考績（成）所列請參照考事項，涉及審判事務，有所不同。」

誘與『嚇』阻形成結構，以維繫其運作方向。」<sup>81</sup>人需激勵，法官亦然，考績正面取向有激勵作用，並維持組織的正義，就此而言考績似有存在之必要，二〇〇〇年以前法官考績幾乎全部甲等似有待斟酌。司法改革以司法為民<sup>82</sup>為理念，那是否可由法官之長官、同事、審判之人民，問卷考核（所謂 360 度的考核）？亦有待探討；首要問題是如果要由法官以外的人對法官進行評鑑，才能有助於審判獨立的維護及優質司法的建立，那麼是否表示現行法官監督單位或個人，例如司法院、法院院長、庭長、法官自律委員會、法官會議<sup>83</sup>、人審會、監察院等，是否不能發揮其職責？

目前司法院法官法草案（2004 年 5 月 18 日版）廢除法官考績；然而法官沒有考績，會有法官「草率的可以<sup>84</sup>」，有失司法給付之義務嗎？於是司法機關研究再研究，然而爭議還是爭議，法官法還是沒完成立法，法官考績還是存在。

另外，著者在辦理法官考績時實際運作中，發現有部分法官之「主管」（庭長、院長）或考績委員會委員在考績會之行爲，似乎欠缺考績法規及行政法之觀念，對何謂「不確定的法律概念」與「高度屬人性之判斷餘地」之觀念（可參釋字第 553 號）似乏認識，因而有恣意（arbitrary）的考評法官考績之嫌，致考績之實體正義蒙上陰影；其次，考績委員會開會過程之現象光怪陸離，例如：有法官身分之考績委員主張，他是法官，司法獨立，不受行政法規如考績法規與上級行政命令（如不得考列甲等考績之規定）之拘束；有說「候補法官資淺，理應乙等考績」；有說「某法官剛調來本院，對本院貢獻比較其他法官小，應予乙等考績；某老法官因分案較少，較之其他法官，顯應為乙等考績」（致司法改革藍圖—金字塔型訴訟，最高法院法官不願調至地方法院）；亦有說「法官考績已經院長考評，考績會就不再討論」，於是考績會成爲橡皮圖章；復有說「法官考績分數不得高過庭長，庭長考績分數不得高過院長」等等（那不说如果某位院長考績 79 分，全院法官都要在 79 分以下？）；著者也曾參加過爲了復議二位法官考績乙等爲甲等之考績會，原先已在半小時內經議決維持原議：二位法官考績乙等，但是主席就是不散會，因而再三討論了十多小時，致諸位考績委員爲求散會，同意主席的提議「推翻原決議」；也曾參加過考核一百多位法官考績不到五分鐘的考績會議，顯現出考績會主席之議事技巧，也會左右法官考績之結果，試問法官考績之程序正義標準何在？程序正義亦蒙陰影。

再者，因爲法官爲追求較高之考績等第，往往會影響其審判態度與其他處理公務之方式，風行草偃，因而改變法院生態與文化，加上少部分法官之長官

<sup>81</sup> 見 Giovanni Sartori, comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes, 1994, 頁 203；轉引自湯德宗，權力分立新論，2000/12，頁 76。

<sup>82</sup> 請參照陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台灣大學碩士論文，2003/1，頁 16。

<sup>83</sup> 德國法官法第 50 條法官會議之組成「一、法官會議之組成如下：(一)於聯邦最高普通法院與聯邦專利法院：各選出五位法官組成之；(二)於聯邦行政法院，聯邦財務法院，聯邦勞工法院，聯邦社會法院與聯邦懲戒法院：各選出三位法官組成之。二、針對軍事懲戒法院之法官設置由三位經選出之法官所組成之法官會議。法官會議決定其軍事懲戒法院之設置地點。三、法院院長及其常設代理人不得為法官會議之成員。」

<sup>84</sup> 請參照蘇永欽，法官該不該考核，收於司法改革的再改革，1998 年 10 月，頁 363。

借權力而捭闔縱橫，引出一齣齣考績官場現形記紛紛呈現，致司法系統官僚體系之潛規則<sup>85</sup>有時高過可檢視之明文法規規定，「歷史的暗角」<sup>86</sup>隱生於法院，法官考績所衍生的問題變的不僅是法律問題，實際上異常複雜與嚴重，吾人乃更有必要探究法官考績制度之問題所在，並提出法官考績問題之爭點<sup>87</sup>，提出一得之愚外期能拋磚引玉，有益於公務。

## 第二項 研究目的

### 一、有益司法改革

台灣人民對現今司法的公正與公信力還有懷疑，部分人民存有司法公權力只為政治與當權者利益服務的疑懼，並對司法行政體系是否恪遵行政中立的疑懼始終未有稍減，如何扭轉公眾印象，重建人民對司法體系的信任，實現程序正義，保障弱勢與維護社會公義，實為司法改革當務之急；固然，司法外在環境如政府高層人員（當然包括總統、法務部長）、政黨暨其他利益團體、民意

---

<sup>85</sup>潛規則一詞為大陸學者吳思所創，所著「潛規則-中國歷史上的進退遊戲」，究竟出版社出版，2002/2。台灣版序頁7-15，說：「這個詞，來自我對當代中國的觀察和揣摩。中國人心裡都明白；明文規定的背後往往隱藏著一套不明說的規矩，一種可以稱為內部章程的規則，支配生活運行的經常是這套規矩，而不是冠冕堂皇的正式制度，不明白這一點就難免要吃虧。等到釘子碰多了，感覺到潛規則的存在了。」「潛規則的定義有五項要點：1. 潛規則是人們私下認可的行為規則。2. 這種行為為約束，依據當事各方的造福或加害能力，在具體的社會互動中自發生成，可以使互動各方的衝突減少，交易成本降低；3. 所謂約束，就是行為越界必將招致報復，對這種利害後果的共識，強化了互動各方對彼此行為的穩定預期。4. 這種在實際上得到遵從的規矩，背離了正義觀念或正式制度侵犯了主流意識形態或正式制度所代表的利益，因此不得不以隱蔽的形式存在，當事人對隱蔽形式本身也有明確的認可。5. 通過這種隱蔽，當事人將正式規則的利益代理人遮罩於局部互動之外，或者，將代理人拉入私下交易之中，憑藉這種私下的規則替換，獲取正式規則所不能提供的利益。」「一個縣太爺斷案，案情稍有模糊，他們就擁有很寬廣的合法選擇空間，可殺可放，可輕可重，『官斷十條路』，怎麼斷怎麼有理。」「你發現合法地製造麻煩或為害他人的權力是值錢的，也確實不斷地賣著大價錢，於是你給這種權力起了一個名字，叫做『合法傷害權』。因此，『合法傷害權』對社會和歷史的實際運行影響深遠，也是潛規則形成的根據。對暴力的掌控才是最終的根據。合法傷害權不過是對合法暴力的合法應用。」「在潛規則的生成過程中，當事人實際並不是兩方，而是三方：交易雙方再加上更高層次的正式制度代表。雙方進行私下交易的時候確實是兩個主體，但是，當他們隱蔽這種交易的時候，就變成與正式制度代表對局的一個聯盟，隱蔽高層次的正式制度代表，本身就是一種策略。」「馬基維利說，施恩能不能得到回報，取決於受益者的良心，而施恩者無法控制受益者的良心，加害者則可以單方面控制局面，因為加害只須依賴對方的恐懼，任何人都有恐懼，但不是任何人都有良心。當貪官污吏則是官吏最合算的選擇。這不是道德問題，而是利害格局決定的。這種利害格局又進一步決定了擠進官場的利潤很高，於是我們就看到無法遏止的官僚集團的膨脹。」法官人事制度如有潛規則的存在，那不是合法的強盜嗎？

<sup>86</sup>余秋雨，歷史的暗角，收於氏著山居筆記，1997/1，頁361-400；描寫並分類歷史的暗角的一群小人，如何興風作浪，如何狐假虎威，如何陷害忠良，如何劣幣驅除良幣，因而決定了歷史。文中「娼妓要比官場小人貞節」（頁378）蠻沉痛的一句話。

<sup>87</sup>在日常公務生裡面，看似平淡無奇的例行行為，往往隱藏重大的理論與哲理。吾人不禁想起三百年前，牛頓曾寫道：「我就像個在沙灘上玩耍的男孩，偶爾發現了一塊光滑的石子或美麗的貝殼，而在我面前的大海，卻蘊藏著無邊未經發掘的真相。」（本句話引自 Touch next 20 years and after, Michio Kaku, 大塊公司中譯本，1998/9 出版，序言）

代表及媒體要恪遵職守，尊重司法外，司法內部的改革也是重要的，其中法官考績制度係司法改革之重要一環，對於應否存在？也是見仁見智，贊成者與反對者有之<sup>88</sup>；如有存在之必要，則必須建構型塑優質之法官人事制度：例如，如何不干涉法官審判獨立，並使法官達成司法給付人民之責任；如無存在之必要，理由呢？是否就不加考評，相信法官之人格而完全付之法官良心？或是另有一種制度取代法官考績制度（例如，司法院法官法草案所採之自律、評鑑等等）？本文從司法之本質、法官考績之本質探討，目的是期望能型塑公正效率之優良裁判俾使人民信賴司法；另外也希望拋磚引玉促使主管機關與學術界研究法院之管理學（含審判管理學）<sup>89</sup>、法官法、法官學<sup>90</sup>（含法官倫理學<sup>91</sup>）等等，建立有系統有理論基礎之學科，使法制與實務運作更臻完備，達到司法改革之目的。

## 二、提供立法參考

本文探討法官考績制度之目的，期能對當前我國亟需立法之法官法，提供立法政策與立法技術之參考；法官法如不立法，法官人事制度永未臻理想，因其定位不清，易生流弊；先進國家（如德國、奧地利）之法官法早已施行，即採社會主義制度之中華人民共和國，法官法亦早已施行並經修訂（不但有法官法，亦有檢察官法），我國似應早日面對問題。

## 三、健全法官人事制度

我國目前及未來司法改革之方案均採首長制，由法院院長綜理全院行政事務，指揮監督全院人員，但是院長如何管理法院？如何領導所屬？如何防患於

<sup>88</sup>例如在司法院之法官法草案研究會議裏：贊成存在者：褚劍鴻、黃雅榜、王甲乙、張劍寒、林明德；反對存在者：翁岳生、楊建華（認長期言應廢止），見司法院印法官法草案研究彙編（一），1990/10，頁 608-620。

<sup>89</sup>一般而言，法院之管理，可分為審判之管理，與（司法）行政之管理，希能提昇法院組織內部之管理品質；有關審判管理學，已見有大陸學者李玉杰於著有專書，大陸法律出版社出版，2003/7，共 300 頁可資請參照。又英國業於 1960 年訂立「審判管理法」（Administration of Justice Act）以維護法庭之尊嚴，並於 1981 年修訂，以使第四權之新聞媒體在法庭有所遵循。另美國也曾於聯邦各區的司法會議設置「法院管理師」（court executive），為改革法院審判效率問題注入新力軍。見 <http://www.jrf.org.tw/line/focus.asp?SN=316>。

<sup>90</sup>優質之法官制度，法官法與法官學是重要的；如何規劃自法官之進入到離職能從事審判之公正與效率，除了法律以外，涉及到法官之行政。法官制度應具有成長性，與時而轉，「法律就像旅行一樣，必須為明天作準備。它必須具備成長的原則。」（美國聯邦法院法官 Benjamin Nathan Cardozo 語）。所以法官法與法官學應各自成為一獨立之學科。可惜的是，國內只聽到有法官法之研究，還沒見到有研究「法官學」之專書；法官法與法官學就如行政法與行政學應相輔相成，相互為用。另外學者林鈺雄著有檢察官論，內容深入，例如談檢察官之監督與制衡一兼論檢察一體之目的（檢察官論，頁 113）等等。而目前著者尚未見國內有「法官論」之專書，是否由司法最高機關聘請專家學者合著「法官論」呢，以期法官法早日形成共識？

<sup>91</sup>審判工作乃一良心事業，除了法官的人格以外，正義之實現，並無其他保障。常聽適任與否程度不一的法官都說：『我是依良心來審判。』此則關係著良心水準高低的問題；同一程度的法官，同樣地依良心來審判，確有不同的結論，此乃實證智識能否為倫理實踐之基礎的問題。是以在司法審判上，法官倫理乃一重要課題，應予關切並加以研究。

未然，見微知著<sup>92</sup>？如何建立法院行政典範，促成和諧之團隊，有學習型的組織，建立知識管理之資料庫（如資訊法學資料庫<sup>93</sup>），型塑優質之司法行政生態與文化呢？五千年文化勿論，建國已五十幾年，卻乏一套有體系之專論與法院願景；尤其是如德沃金所稱之法律帝國內的王侯－法官之研究－法官法與法官法學卻仍闕如，遑論其他司法之輔助人員<sup>94</sup>之專題研究（如法院之公設辯護人、公證人、提存所與登記處主任、觀護人、法官助理、書記官等等），全面性健全的司法人事制度，是達成司法美麗願景極重要的一環。

## 第二節 研究問題之方法與範圍

### 第一項 研究方法

#### 一、理論與實務並重

理論之應然與實務之實然之比較分析，是本文的特點；首先，在應然面：以現行考銓制度與法規為主要範圍，在憲法與行政法原理原則（含大法官會議解釋）下思辨，並溯及政治學、公共行政學、法律政治哲學之理論，以思考法律與制定法，自然法與實證法之差異；其次，在實然面：以當下我國法官考績實際運作之踳齟（法官考績年年過，年年法官人人難過），現行我國法官考績法規之合憲性及法官考績之行政救濟之優缺，救濟機關就法官考績爭訟之審查密度；並就我國考績法制史、各國制度作一縱向橫向之比較。

借助大量文獻，包含書籍論文期刊是必要的，關鍵主題網際網路的搜尋，更是無遠弗屆的，故現今獲取資訊不難，重要的如何整理成資料，以及如何將資料轉變成經過自己辨證過之論文，尤其將外國法制資料與我國法制之比較，其背後之文化背景亦需了解，談比較法之本土化才有意義；書籍論文期刊浩瀚，網際網路資訊無窮無盡，以有涯逐無涯，嚴格微觀的分析是很難的，尤其是在有限的研究年限內完成，是一項艱難之任務；當然借助前輩先進，踏在巨人肩膀是必要的，所幸個人的近二十年的實務經驗使我知道問題之輕重緩急；當然在知識經濟的時代，資料排山倒海澎湃湧來，就必須以科學的方法擷取相關的資料，所以方法論的講求是必要的，尤其是涉及本專題之法學與行政學的方法論。

<sup>92</sup>在行政學上，提出「蝴蝶效應」（Butterfly Effect），意謂一些渺小不起眼的事件或現象，在紛擾和不可預測的混沌之中，極大可能扮演具影響性的關鍵角色。又稱「混沌理論」（chaos theory），為氣象學家 Edward Lorenz 在 1963 一篇論文首先提出的。

<sup>93</sup>很欣慰的，司法院已在 2004 年 5 月間建立內部網路數位圖書館，踏出了第一步。

<sup>94</sup>「司法輔助人員」並非我國用語，此處借用澳門特別行政區之用語；澳門特別行政區司法機關由於原「司法人員通則」（自 1997 年起生效）的很多規定已不能回應實際工作的需要，因此起草了「司法輔助人員通則」，規定司法輔助人員之任用條件、招聘甄選、職權、責任、培訓活動、工作評核等主要原則。

## 二、微觀與宏觀並重

從微觀（microscope）到宏觀（macroscope）並重是本文的研究方法，誠如蘇軾在廬山詩：「橫看成嶺側成峰，遠近高低各不同，不識廬山真面目，只緣身在此山中。」本文避免此種情形，對於法官考績制度從司法權探討，亦從行政權論述，並嘗試從細微之法官考績個體到宏觀之法官考績制度，從具體之法官考績制度到抽象之法官法哲學，從個案申訴到救濟制度之檢討均予討論，期能窺其全貌，進入堂奧，以免見樹不見林。

### 第二項 研究範圍

#### 一、本文法官之範圍

本文法官之範圍，以憲法八十條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」之「法官」為範圍；憲法第七十七條及七十八條規定之司法權範圍，包括民事訴訟、刑事訴訟及行政訴訟之審判權、公務員懲戒權，及解釋憲法、統一解釋法律、命令之解釋權。行使上述司法權者，包括司法院大法官、公務員懲戒委員會委員、各級法院法官（釋字第 13、162 號參照），均依據憲法及法律，獨立審判或議決，不受任何干涉，屬憲法第八十條所稱之「法官」。而試署法官、候補法官（Richteramtsanwärter）亦依據法律獨立審判，不受任何干涉，與實任法官無異，亦屬法官之範疇；惟因司法院大法官、最高法院院長、最高行政法院院長及公務員懲戒會委員長均為特任官<sup>95</sup>，無考績之問題，不在本文討論之內；以下稱法官，係指上揭人員，文中如述及無考績之法官，會特別說明。另本文稱法官，而不稱司法官，係因「本條例稱司法官，指左列各款人員：一 最高法院院長、兼任庭長之法官、法官。二 最高法院檢察署檢察總長、主任檢察官、檢察官。三 高等法院以下各級法院及其分院兼任院長或庭長之法官、法官。四 高等法院以下各級法院及其分院檢察署檢察長、主任檢察官、檢察官。」（司法人員人事條例第 3 條），故司法官因包含法務部所屬檢察署之檢察官（長）<sup>96</sup>，係屬行政系統之司法人

<sup>95</sup> 中華民國憲法增修條文第 5 條：「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。司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定。」釋字第 396 解釋理由書以：「行使此向司法權之人員為大法官司法官。」；法院組織法第 50 條：「最高法院置院長一人，特任，綜理全院行政事務，並任法官。」行政法院組織法第 13 條：「最高行政法院置院長一人，特任，綜理全院行政事務，並任法官。」公務員懲戒委員會組織法：第 2 條「…；委員長一人，特任，並任委員。」。

<sup>96</sup> 法官法草案，有認為應係就法院之法官立法，亦有認為應就法官與檢察官一齊規定在內。檢察官之人事制度在我國學者亦頗為關注，有專書者如林鈺雄著檢察官論，2000/5；陳志龍主持，檢察官之偵查與檢察制度，法務部出版，1998/3，在該書第十四頁註 21 有：「在檢察官為偵查主體之偵查程序中，讓法官介入強制處分之決定，其用意乃在於排除某些個案有『不公正的檢察官』之危險，亦即透過制度的監督，以調合過度『權力分立』之危險，而求有個公正的、人權的偵查程序。基於類似的思惟，即在法官所為審判程序中，讓檢察官主動介入監督，其用意乃在於排除某些個案有『不公正的法官』之危險，亦即透過檢察官訴追、舉證、辯論的程序與實質監督，而能免於過度『法官至上』之危險，以削減有被告的辯護律師和法

員，其職務與法官之司法獨立有間，不在本文討論範圍。軍法官之考績（軍事審判法第 10 條第 2 項：本法稱軍法官者，謂軍事法院院長、庭長、軍事審判官、軍事法院檢察署檢察長、主任軍事檢察官、軍事檢察官。）有其特殊之國防性，亦不在本文討論範圍（軍法官考試規則第 7 條：本考試錄取人員須經訓練，訓練期滿經國防部核定成績及格，始完成考試程序，由國防部報請考試院發給考試及格證書，並由國防部分發任用。前項訓練計畫由國防部定之。）釋字第四三六號認：「因現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。至軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則。本於憲法保障人身自由、人民訴訟權及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。」「有關機關應於上開期限內，就涉及之關係法律，本此原則作必要之修正，並對訴訟救濟相關之審級制度為配合調整，且為貫徹審判獨立原則，關於軍事審判之審檢分立、參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障等事項，亦應一併檢討改進，併此指明。」涉及憲法八十條之「法官」，釋字第三八、一三七、一六二、二一六、三二五、三七一、四〇七、四三六、五三〇、五三九號可供參照。另法官助理<sup>97</sup>，係法院聘請協助法官工作之人員，並非法官，非本文之討論範圍。實務上有地方法院一審法官派至二審學習辦事者，稱之「助理法官」，係法官，為本文之法官範圍內。

## 二、本文法官考績之範圍

考績指一定時期工作績效之總結評定<sup>98</sup>，法官考績有年終考績、另予考績及專案考績三種<sup>99</sup>，本文中所稱知考績，含上揭三種，如有個別不同者，會特別註明。另候補法官，依規定<sup>100</sup>以考成稱之，而不稱考績。又實任法官不適用公務人員考績法關於免職之規定<sup>101</sup>，即考績丁等之免職及一次記二大過者之免

---

官因個人關係，而生「有私」疑慮的審判結果。」對於法官、檢察官與律師之互動有一說明。另林朝榮認，檢察權亦應檢察獨立，如無檢察獨立，則司法獨立失其基礎，檢察制度民主化之研究，1993/6，政大法研所博士論文，頁 303-309，。

<sup>97</sup>請參照司法院頒訂之司法院所屬各級法院法官助理管理要點。

<sup>98</sup>請參照徐有守，考銓制度，1997/7 修訂版，395 頁。

<sup>99</sup>公務人員考績法第 3 條：「一、年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年一至十二月任職期間之成績。二、另予考績：係指各官等人員，於同一考績年度內，任職不滿一年，而連續任職已達六個月者辦理之考績。三、專案考績：係指各官等人員，平時有重大功過時，隨時辦理之考績」。

<sup>100</sup>司法官候補規則第 3 條：「候補法官或候補檢察官，比照薦任第六職等至第八職等任用；並請參考公務人員考績法之規定，酌予考成、辦理考成升等。」

<sup>101</sup>司法人員人事條例第 32 條第 2 項規定：「公務人員考績法關於免職之規定，於實任司法官不適用之。但應依公務員懲戒法之規定移付懲戒。」

職，於實任法官不適用之；所應注意者，非實任法官之候補及試署法官，仍有公務人員考績法關於免職之適用。（按公務人員考績法有「免職」之規定，計有第 7.8.12.13.14.18 條）；另因公務人員考績法第五條第一項規定：「年終考績應以平時考核為依據。平時考核就其工作、操行、學識、才能行之。」所以「平時考核」亦在本文討論範圍之內。



## 第二章 理論基礎

### 引言與案例

◎法諺有云：「法官(或正義)不知父亦不知母，只顧真理。」(Justice knows neither father nor mother, but regards truth alone)<sup>102</sup>。拉丁法諺義說：「公正六親不認，只看事實。」(Justitia non novit patrem nec matrem; solam veritatem spectat justitia)；真理無上級，知識無長官，法官是掌握真理或是知識的代表？

### ◎案例：科克 (Sir Edward Coke, 1552-1634) 法官的回答

在英國，一六一六年六月，狂風呼嘯的下午，皇宮內國王詹姆士一世傳令王室法院的全體法官立即進宮。惱羞成怒的國王大聲的斥責法官們，因為他們竟敢違抗他的旨意，審判了一個他曾下旨停審的案子。他狂暴的說，這是叛逆不忠！是犯上作亂！法官們嚇得跪倒在地，請求國王寬恕。詹姆士挨個向抖縮在他面前的法官們發問，如果他再次指示要停審某個案子，他們應該怎麼做？法官們依次回答，將按照國王的旨令行事。最後，國王冷冷地盯住大法官科克，問他該怎麼做，科克院長擡頭望著國王，說道：「我將做那些適合於一個法官該做的事。」<sup>103</sup>在這之前，一六〇八年，國王詹姆士一世滿臉不快，也曾質問柯克大法官：「普天之下，莫非王土，這國家都在朕的統治之下，區區一樁案件，朕竟然無權駕親審，這是什麼道理？」柯克大法官回答說：「上帝的確賦予陛下極其豐富的知識和無與倫比的天賦，但是，陛下對於英格蘭王國的法律並不精通。法官要處理的案件動輒涉及臣民的生命、繼承、動產或不動產，只有自然理性是不可能處理好的，更需要人工理性；法律是一門藝術，在一個人能夠獲得對它的認識之前，需要長期的學習和實踐。」<sup>104</sup>

吾人好奇，有那些如此堅強之理論為後盾？使一血肉之區的法官，不畏強

<sup>102</sup>轉引自鄭正忠，我國現行審判獨立制度之探討，「司法制度概論」補充教材，載於第 300 期空大學訊—補充教材。

<sup>103</sup>科克大膽的回答使他丟了法官職位，不過他那模稜兩可的話使他保住了他的腦袋。歷史證明，科克的勇氣已經得到了肯定，三十年後，在英國法院，法官的地位及與國王的關係，正式進入了議會立法的內容。從近代到現代，司法獨立在西方國家中經歷了從無到有的歷程，至今已成為其經常引以為自豪的一項政治成就，一個法治學說、一種制度文明，並以其獨特的觀念和制度內涵而成為近代西方法律傳統中一道亮麗的風景，具有非凡的魅力。請參照美國 James E. Band 著；郭國汀譯：審判的藝術，中國政法大學出版社，1994 年，頁 1；轉引自中南財經政法大學法律史研究所編，中西法律傳統，2001/10，頁 291-292。

<sup>104</sup>賀衛方，柯克的故事，見

[http://www.google.com.tw/search?q=cache:QA\\_0\\_8H5H9QJ:www.gongfa.com/cokehewEIFang.htm+%E8%A9%B9%E5%A7%86%E6%96%AF++++%E8%8B%B1%E5%9C%8B++++%E5%9C%8B%E7%8E%8B&hl=zh-TW](http://www.google.com.tw/search?q=cache:QA_0_8H5H9QJ:www.gongfa.com/cokehewEIFang.htm+%E8%A9%B9%E5%A7%86%E6%96%AF++++%E8%8B%B1%E5%9C%8B++++%E5%9C%8B%E7%8E%8B&hl=zh-TW)

權暴力，化身為主持正義的「無敵鐵金鋼」？

司法正義論「從法律的角度看，正義是一切法律的基本原則，當人們思考何者為正確（正當）的法律（*Grichtiges Recht*），他們是在問『這個法律合乎正義嗎？』因為有時候合法的法律，並不完全合乎正義。法律的制度是為了落實與彰顯『不確定正義內涵的確定性』…」<sup>105</sup>，為了檢視法官考績制度是否正義，有必要探討何謂正義？

## 第一節 正義論

### 第一項 概說

追求正義是人類普世的原則，是一切法律秩序的基礎，也是人成爲人的生存與必要的條件<sup>106</sup>，正義關係人類命運，千百年來探討有關正義之問題層出不窮，文獻汗牛充棟，不勝枚舉<sup>107</sup>，而人們爲了實現正義<sup>108</sup>，有人理性和平的追求正義，更有以革命或戰爭來獲取正義<sup>109</sup>；正義是國家最重要的原則與要素，「如果國家沒有了正義，而只是坐大了的盜匪組織，那麼它還是個國家嗎？」<sup>110</sup>；然而實證主義不承認「惡法非法」，認爲國家的法律都是正當的，人民都必須遵守和服從的，人民沒有任何權利和武器對抗法律。但是，思想家還是從國家權力的縫隙中，爲公民找出了一種權利：市民不服從<sup>111</sup>（*civil disobedience*）。在法治國家裏，市民抵抗這種法律必須是公開的，和平的。這種方式制度化的結果主要是違憲審查。正是違憲審查，成功地實現了傳統自然法的普遍化和具體化。在今天，法官已經有了對抗違憲法律的技術手段，比如違憲審查，比如援用憲法作爲

<sup>105</sup>請參照李匡郎，人權、正義與法律，收於多元價值、寬容與法律一書，2004/5，頁91。

<sup>106</sup>請參照林文雄，探討自然法的意義，載於月旦法學64期，2000/9，頁53。

<sup>107</sup>在Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*，劉幸義等譯之法律哲學有列出德國文獻，2000/7，頁151-153。用「正義」二字，Google網路搜尋，有1200000個網頁宮請參照閱，當然這還不包括用外語（如德語*Gerechtigkeit*、英語*Justice*、日語正義之搜尋）；以中央圖書館博碩士論文資訊網搜尋，有3070筆論文資料可供請參照閱；我國大法官會議解釋在釋字第565號之內，有87號解釋涉及「正義」字眼，為熱門之專題，可見正義之重要。

<sup>108</sup>從血親復仇、同態復仇到神明裁判，從共誓滌罪制度到大小陪審制·從有罪推定到無罪推定，從重視口供到強調證據，從司法行政合一到司法獨立，從特權保護到平等保護，從多元主義到一主義再到多元一體化，都是人類由野蠻走向文明，由不正義走向正義，由較少正義走向充分正義，由簡單地要求形式正義走向實現實質正義的奮鬥歷程。整個司法發展史就是人類不斷追求公平、實現正義的歷史。見楊一平，*司法正義論*，1999/1，大陸法律出版社出版，該書封面之題詞。

<sup>109</sup>請參照有關戰爭與和平之論述，請參照Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*，劉幸義等譯之法律哲學，2000/7，頁248-262。

<sup>110</sup>請參照聖奧古斯丁，懺悔錄卷四，轉引自H. L. A Hart, *The Concept of law*，許家馨、李冠宜譯，2000/7，頁205。

<sup>111</sup>Rawls認爲政府若重大侵害「人人均享同等自由權原則」「公平的機均等原則」之明顯不正義措施，人民得以違法不服從方式向社會施加壓力，促其「普遍道德正義理念」之覺醒，而改變其政策，詳細論述請參照許宗力，釋論民主法治國家的「市民不服從」，收於氏著法與國家權力，1992/4，頁73-116。

判決依據，援用法律的基本原則等等，能夠儘量避免非正義的出現。

但是何謂正義？如何實現正義？卻是一項難題，說到正義，是要在哲學或法律哲學的範疇中加以探討<sup>112</sup>，本文不擬詳論「正義」，原因是探究不完，也非本論文之核心問題，所以選擇與法官考績制度相關之正義說明之。

有謂正義即公平<sup>113</sup>？有稱正義即平等<sup>114</sup>？有認正義係公理、公正的評判、公平對待之意，所謂「公道自在人心」<sup>115</sup>，然而如我國戲劇之台詞「你說你公道，我說我公道，公道不公道，只有天知道。」<sup>116</sup>，德文 Vater des Ehemannes（公說公有理，婆說婆有理；德文之公平、公道是 gerecht，字根 recht 係法律之意）亦同此義；可見古今中外對「正義」尊崇，但是何謂「正義」？卻是見仁見智，很難加以定義。雖然許多學者曾嘗試給正義下一定義<sup>117</sup>，但似乎很難有一完滿之定義，此不僅是法律語意學之問題，而是「正義」，是最起始的基本概念，無有一精確與最終的定義<sup>118</sup>。

### 一、正義與法官同義

在中文裏，正義有幾個含義相當的詞，如公平、公正、公道、公理、正當、合理等。在英文裏，justice 是正義最一般用詞，對應於拉丁語中的 justitia，justitia 有三層意思，即公平，正義；管轄權和法官職位（如美國首席法官叫 chief justice）。除了 justice 外，在英語中與「正義」密切相關的還有 equity、fairness、impartiality、reasonable、right、true 等。其中 equity、fairness 和的 impartiality 在法學中較為常見。在法律用語中，公平(equity、fairness)和公正 (impartiality)經常用來強調正義 (justice)的原則或特性。它可能是正義裏的特質，但並不完全等同於正義<sup>119</sup>。實際上，justice 的含義比之更為廣泛，並不僅僅限於正義。justice 至少含有以下六種意思：1.正義，公正，公正原則，公平；公道，公理；2.指英國高等

<sup>112</sup>請參照 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 劉幸義等譯之法律哲學, 2000/7, 頁 8-9。

<sup>113</sup>請參照「justice as Fairness」, John Rawls, A Theory of Justice, 黃丘陵譯, 結構群出版, 1900/2, 頁 1。

<sup>114</sup>請參照 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 劉幸義等譯之法律哲學, 2000/7, 頁 151 以下。

<sup>115</sup>曾意琇(樹德科大人類性學研究所), 「通姦除罪化」背後的正義之爭, <http://mail.nhu.edu.tw/~society/e-j/29/29-19.htm>。「正義在中國俗稱公道」, 見吳壽彭譯, 亞里士多德, 政治學, 大陸商務印書館, 1983 年, 頁 136 註腳。

<sup>116</sup>引自京劇「蘇三起解」一折中, 崇公道的道白。

<sup>117</sup>擬為正義下一定義之著作可請參照以下: John Rawls, A theory of justice, 黃丘陵譯, 1990/2, 第一章作為公平的正義, 頁 1-50; 洪遜欣, 法理學, 1991/12, 「正義的概念」, 頁 270-282。楊一平, 司法正義論, 1999/1, 大陸法律出版社出版, 頁 15-21; Dennis Lloyd, The idea of law, 張茂柏譯, 1992/2, 「什麼是正義」, 頁 106-125; Edgar Bodenheimer, Jurisprudence, 結構群編譯, 1990/10, 第十章 正義的探索, 頁 281-354; W. Friedmann, Legal Theory, 楊日然等 5 人翻譯, 司法院印, 1984/6, 第 28 章 正義之理念, 頁 357-397。Ruti G. Teitel, Transitional Justice, 變遷中的正義, 鄭純宜譯, 以刑事正義、歷史正義、補償正義、行政正義、憲法正義, 創造轉型期的正義加以論述。

<sup>118</sup>Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 劉幸義等譯之法律哲學, 2000/7, 頁 153。Kaufmann 指出正義在倫理學、法律哲學與社會哲學以及政治、社會、宗教與法律是一個不能再溯及的的基本概念。正義在哲學與神學的理解上是經由四項基本道德(即智慧、正義、勇敢與節制)之第二項來決定的。

<sup>119</sup>請參照楊一平, 司法正義論, 1999/1, 大陸法律出版社出版, 頁 10-12。

法院的法官和美國最高法院法官；3.司法審判，法律制裁；4.法官，治安法官；5.正當理由，合法，正確，確實；6.公平處理，公平待遇，應得的獎賞或懲罰<sup>120</sup>。最重要者 justice 正義，是與法官同義，故法與義法與義本是同義<sup>121</sup>；司法女神(Goddess of Justice)，亦稱正義女神，源自古希臘神話，名叫 Themis，她一手持劍，一手持著天秤，雙眼蒙著，任何案件在她天秤下衡量過後，她就揮劍斬殺罪有應得者，正因為她看不見對方是誰，所以毫不徇私留情。後來古羅馬承繼了古希臘文化，羅馬正義女神 Justitia 亦以同樣姿態出現，今天歐美不少法院仍然豎立著盲目正義像，以表態度公正。

在西元前五百多年 Pythagoras<sup>122</sup>用數學解釋正義的觀念，某數自乘 ( $a \times a = a^2$ ) 代表正義，實際上是回報的思維：它原來是什麼就再給它什麼，以解決判斷回報的困難<sup>123</sup>。

## 二、「正義」與「差異原則」

羅爾斯 (John Rawls, 1921-2002) 的正義論是從正義即公平 (justice as fairness) 說明正義兩原則：第一項原則 (自由權平等原則)：每一個人對於基本的自由，享有與他人相同的權利；第二項原則：社會與經濟的不平等，以如下的兩個原則予以調處：1. 機會均等原則：各種職位及地位必須在公平的機會均等條件下，對所有的人開放。2. 差異原則：使社會中處境最不利的成員獲得最大的利益。<sup>124</sup>

羅爾斯認為以上的兩項原則，適用於社會的基本結構，它們導引了權利和義務的賦予，並且約束社會與經濟利益的分配。首先，在第一項原則方面，就實務上的應用而言，即公民的基本自由權，諸如言論自由、私有財產權、法治之下的人身自由權等，此些權利皆應基於第一項原則獲得保障，亦即在一個正義的社會當中，公民對此享有平等的基本權利。其次，對於第二項原則，羅爾斯又稱之為差異原則 (difference principle)。關於此一原則的應用，羅爾斯認為應將之用於收入和財富的分配以及組織的設計之上，在權威、責任或指揮鍊 (chains of command) 中運用差異。他指出，收入和財富的分配無須平等，但必須使每一個人獲得利益，但在此同時，權威的地位 (positions of authority) 和指揮的職務 (offices of command)，應讓所有人皆有機會擔任。因此在實務上，人們可以透過職位對所有人開放此一原則，促成社會和經濟上的不平等，進而促使所有人皆能獲得利益。此一「劣勢者利益極大化」之主張，對功利主義而言乃是一種反動，意即公共行政應顧及社會中弱勢團體之利益，並在制定與弱勢團體有關之公共政策時，抱持促使該標的團體獲益最大的態度，即便此一政策對社會中多數人造成

<sup>120</sup> 請參照英漢法律辭典，1985，大陸法律出版社，頁 461。

<sup>121</sup> 李震山教授等合著「法與義」，五南圖書出版有限公司，2000/5。

<sup>122</sup> 約在紀元前 582 年出生畢氏定理的發現者 Pythagoras，早過柏拉圖 (427. B. C.) 及亞里士多德 (384 B. C.) 一個世紀到兩個世紀，畢氏是世界最早的數量學派，欲以數學解釋各種現象，他的宇宙觀是幾何式的均衡秩序。對正義的觀念也可用數字來表達。

<sup>123</sup> 請參照 A. Verdross-Drossberg, Grundlinien der Antiken Rechts und Staatsphilosophie, 1948, S. 26 ff.; 轉引自吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 178。

<sup>124</sup> John Rawls, A theory of justice, 黃丘隆譯，1990/2，頁 57-72。吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 179。

損失，仍然義無反顧。因之，社會之公平正義買現於扶弱濟貧，公共利益應該普遍考量社會中每一個階層的利益，摒棄化約論(reductionism)的量化觀點，意即避免將公共利益過度簡化成數理公式而予以衡量，形成社會中的「多數暴力」。支持羅爾斯公共行政除應確保憲政主義所揭示之自由權的平等之外，進而主張其所謂「差別原則」—劣勢者利益極大化。

哲學家戮力於正義問題的解決，反映了人類追求合乎公平與正義生活的願望。國家作為最高型態的政治社會，實現公平與正義可謂責無旁貸。羅爾斯假設初原情境(original position)中，參與議定「遊戲規則」者，在無知之幕(veil of ignorance)下，以不斷之思索進行反思的均衡(reflective equilibrium)，達成協議而建立正義兩原則，羅氏顯然是得自北美十三州制憲過程的啟發。其實如何實現正義原則，在憲法定後才是真正面臨的課題。亞里士多德及羅爾斯的正義類別中，都涵蓋了平等權的兩大類型：法律上形式的平等(formal equality)及實質的平等(substantive equality)，而畢氏的平方數正義原則，無非是依事務原來的數量，繼續維持其差距，這仍然是今天還承認的一種合乎「事物之本質」的不平等現象。我國憲法裏表現追求社會正義的規定，固不限於第七條，像基本國策章及增修條文第十條中，即有頗受近似「差異原則」的設計，惟仍以第七條與正義最為直接相關<sup>125</sup>。吳庚大法官認：得以正當化差別待遇，有三項標準：(一)是否在於追求正當目的，(二)是否為達成此一目的所必要，(三)與目的之價值成適當比例，以上標準正是比例原則的內涵；並認為比例原則與平等、正義本質是相通的<sup>126</sup>。平等原則之意涵為「等者等之，不等者不等之」(People who are similarly situated should be treated similarly, and people who are not similarly situated should not be treated similarly.)

Arthur Kaufmann 在法律哲學說明正義，認廣義正義有三觀點：平等(狹義正義)、合目的性(依其他術語為社會或共同福祉正義)以及法律安定性(法律和諧或和平)。就平等而言是涉及到正義的形式，而合目的性是涉及正義之內容，以及就法律安定性則是涉及正義的作用。值得注意的是，民主亦是正義之基本形式：平等原則必須為其最高的指導原則。平等是民主最高的道德。事實上正義一直是同時存在形式、內容與作用。亦即實現平等與共同福祉是正義作用；平等原則如全無內容是無法想像的，還有「共同最好的」如無形式是無法確定的，法律安定性非為自找存在，因為只有法律應具安定，始能滿足下等原則與共同福祉原則。在此的對正義的劃分並非意謂對正義本質的劃分，而是寧可視為不同重點的強調。<sup>127</sup>

## 第二項 客觀與主觀正義

平等原則對司法之拘束力有三：1.合憲審查基準 2.類推適用的要求 3.見解變

<sup>125</sup>請參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 179-180。

<sup>126</sup>請參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 189。釋字 571 號大法官林子儀協同意見書。

<sup>127</sup>請參照 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 劉幸義等人翻譯之法律哲學, 2000/7, 頁 153-154。

更之要求<sup>128</sup>；但是何謂平等？平等權？平等原則？法官考績是否有平等原則之適用，而有主觀公權利呢？吾人有對客觀與主觀正義作一了解之必要；正義，傳統上區分為：1.客觀正義，作為規範秩序、社會制度與體系(如法律、國家、經濟、家庭…)正當化之最高原則。2.主觀正義，則是一依據長久以來在羅馬法中與由 Cicero 所印烙形式之道德「正義為一持久的意願，使人各得其權利」，以下首先是論及客觀正義。

大部分人對何者是正義的回答是：正義的核心是平等。但這亦是說：當平等被視為正義之核心時，則平等明顯不是正義的全部。就此在 Immanuel Kant (1724-1804)之後的時期，特別是實證論，將正義減縮到僅是平等原則，亦即此句話：平等是相同的事物應同等對待。不同事物應不同對待<sup>129</sup>。只有此一完全形式原則才被視為學科可確定的，而正義的內容相反地，正如人們所言，可能非科學的對象，而是屬於政治，此正如 Hans Kelsen (1881-1973) 所教授的，正義為何的問題對 Kelsen 而言是一修辭學的問題，如 Kelsen 所言：「我們不知其為何，也將不知其為何。」依此，法律哲學，正義理論則限於一形式。

對此一轉變是 Gustav Radbruch (1878-1949)<sup>130</sup> 開始以哲學來論述正義之內容。但 Radbruch 為新 Kant 學派，認為在學術上可確定的僅有其形式；關於內容他是與法律哲學與價值理論相對論一樣，有關法律理念不同層面與觀點以及其相對關係依 Radbruch 見解，非是一種認識，而是一種認知(更精確地說是學術已提供例如對正義內容的提出或決定一理性可能的答案)Radbruch 在以前明白說是一「法律理念的矛盾」。亦即 Radbruch 認為正義就是平等。但是其卻不停留在此。因為平等原則僅是一形式的本質，它還需要一實質原則，然 Radbruch 並不將其視為內涵於正義的概念，而是除平等與法律安定性外加上一不具聯繫性的「合目的性」的名稱—法律安定性是必要的，因為實質合目的性僅是相對的，依此其取決於權力的對其確定，此種力是在確定學術無法確定之事物。稍後 Radbruch 將其法律理念理論非不顯著的加以修正。在此其將正義(平等)、合目的性與法律安定性決定了法律理念的三層面，此共同支配了法所有層面，且其彼此之對立非是矛盾，而是正義自我的衝突；由此可看出 Radbruch 所認知的價值理念的位階秩序。

日本法官兼早稻田教授橫川敏雄曾說：「以裁判目的之正義(justice)是藉法

---

<sup>128</sup> 請參照李惠宗，憲法要義，2002年10月，頁130-132。

<sup>129</sup> 「等者等之，不等者不等之」之實質平等原則，即憲法上第7條、行政程序法第6條之平等原則，司法院大法官釋字第341號、第369號、第455號、第468號、第485號、第500號、第547號、第565號解釋已明揭斯旨。並請參照李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台灣大學法律研究所碩士論文，1987年。

<sup>130</sup> 法學家 Gustav Radbruch(1878-1949)就平等原則談到：「平等原則(相同的事物為相同處理，不同的事物相對的為不同處理)雖然絕對有效，但僅有形式的性質(formale Charakter)，它必須加上目的理念(Zweckidee)；這是實質、有效、但僅是相對的，因為平等原則與三個不同的法最高價值有不可分離的關係，處分上有其優先次序：個人主義的價值(der individualistische Wert)、超個人主義的價值(der Überindividualistische Wert)、超人格的價值(der transpersonale Wert)，為了維護法、定性的必要，應權威地設定法律內容」，Radbruch 的這段話是置重於一般的法安定性上，雖其後來修正他的實證論的觀點，將重點移置於「正義」的概念上，見李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，1988/6，頁83-84。

官在訴訟過程中，首先發現客觀正義之意。簡而言之，在訴訟中的兩當事人（在民事訴訟中有原告和被告，在刑事有檢察官和被告）基於公平競爭之精神，以攻擊與防禦之形成，在主觀性正義相互論爭之基礎下，由公正無私之法院，加以發現實現者，即為正義（justice）之謂。」<sup>131</sup>明白說出其間的關係。

### 第三項 平均正義與分配正義

柏拉圖與亞里士多德將正義區分為平均正義與分配正義，並且不認為正義可以自然的形成，而是國家(城邦)的事務，所謂即算術正義(Arithmetische Gerechtigkeit)或交換正義，法官審判民刑事案件要公平對待每一個人，把不正的事予以清除，便屬於平均正義(算術正義);分配正義又稱為幾何正義(Geometrische Gerechtigkeit)，也就是每個人得到其應得到者，應得多少就得多少，平均正義為現代「形式平等」之思想，分配正義為現代「實質平等」實踐之基礎思想<sup>132</sup>，亦為平等原則之立論基礎；但是亞里士多德並不反對不平等的存在，他認為這是一個英明的統治者應處理的事，不是單純理性所能解決<sup>133</sup>。法官考績與所有公務員是否應一視同仁，以符合平等與正義？此與平均正義與分配正義密切相關，說明如下：

#### 一、平均正義

平均正義，係亞里斯多德所謂狹義正義之一種，亦可稱為均衡正義或交易正義。所謂平均正義，係基於嚴格平等之原理，依照算術的此例，確定各個人之利益與不利益之應得分。換言之，以尊重各個人人格平等，為其成立根據之法價值理念，乃是平均正義。蓋組成文化世界之統一秩序，應以人格價值占有最高層地位之價值存在秩序為基準，原則上，著重人類內部各存在層之能促人類成為主體的、全體的自己存在（實現或充實整個人格的己存在）之程度。故完整人格的自己存在實現可能性之程度，本性上原屬相等之人，在法的文化世界中，應依同一秩序，得受嚴格平等之尊重；是即人格平等之原理，亦是平均正義之發生依據。如此，平均正義係以各個人基於純粹一己之立場，追求自己人格之實現為基點，而於任何一人所追求之個別特殊善<sup>134</sup>，與他人之個別特殊善發生關係時，依嚴格平等原理，定其各自利益與不利益之應得分。故受平均正義之適用的領域，主要為私法，若就權利而言，大致可舉為各人之人格權、生存權，以及對物、發明及他人勞務之權利，尤其是基於私人間之交換（互易）經濟的交易契約關係，而發生之各種請求權。於是，平均正義亦有交換正義、交易正義，或契約正義之稱。平均正義又係堅持嚴格平等之正義，自得為不當得利及損害賠償制度之基本原

<sup>131</sup>請參照橫川敏雄著，謝瑞智譯，公正的審判，1993/5，前言頁 11-12。

<sup>132</sup>請參照李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台灣大學法律研究所 1987 碩士論文，頁 1，註解 1。

<sup>133</sup>請參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 178-179。

<sup>134</sup>個別特殊善，旨具體而且實在的個人，追求其內部存在構造中各層存在之個別實存的目的而言；相對於共通善（共通善係人類一般所應協同追求之共通的特殊善，亦稱社會善）；見洪遜欣，法理學，1991/12，頁 264。

理，而令不當得利之受領人僅負返還其所實受利益之義務，或令加害人僅負賠償被害人所實受損害之責任而已；刑法學上之應報刑論，大體亦屬於專著重平均正義之思想。

惟應注意者，平均正義既屬於個人人格中心的正義，且個人人格中心的正義，因個人人格之實現，須由各人依藉共通善(Gemeinwohl,common goodness)<sup>135</sup>之輔助，以自己責任將其追求，始能期望，故除不許各人毀損自己及他人之人格外，尚與共通善（社會福祉）秩序及社會道德有密切關係。於是，私法上之法律行為，尤其契約，違反強行法規，或有背於公序良俗時，於法無效。又對於財產法上之生活關係，尤其損害賠償制度，貫徹平均正義者，有時或可與相互援助之共通善相牴觸。在此限度內，平均正義仍應受共通善之積極輔助，以及衡平理念之約束。

## 二、分配正義

所謂分配正義，係基於比例平等之原理，即依照幾何學的比例，確定各個人之利益與不利益之應得分。申言之，分配正義仍與平均正義，同係以尊重各個人之人格，為其成立根據的法價值理念。惟受分配正義之適用之物，不外為各個人之個別特殊善中，其已編入於共通善秩序之一部者，故依共通善秩序之性質，當受比例平等原理之支配。即人類之組成法的文化世界，係以謀求共通善之實現為基準，並以各社會成員，一方面依社會協同，彼此合作、互相促進各人實現或充實完整人格的自己存在之可能性，另一方面復亦藉此方法，間接追求各自之完整人格的自己存在，為其前提條件。其結果，在法的文化世界，尤須依立法程序，指示其組成之具體方案；且於立法時，不僅不得制定「損害社會存立基礎，致阻礙各個人人格實現可能性」之法律，而且須按照各社會成員對於共通善之實現，所予合作或合作能力之程度，亦須視每社會成員之各種能力、及其對於社會所為貢獻與所具價值等社會地位之異同，而組成足以具體指示各人之不同應得分的法秩序，始能竟其功。準此以解，分配正義之作用，在其督促統治權力，將共通善之實現上所必要的各種權利或義務，正當分配於生存在共通善秩序中之各個人或團體，俾其享受，或令其實行，藉以增進各個人或團體之福祉。故受分配正義適用者，主要為公法領域，其作用自係約束統治權力（尤其是國家的權威），若就較重要之個別情形而言，立法、行政、司法及其他掌握治權之機關，於量刑（基於目的刑論、尤其教育刑論之立場言之）、課稅、賦與公職之機會、授與榮譽、為物質的精神的待遇，及決定應否或應在何種程度由國庫資助時，皆應受分配正義之支配。其他加防止或除去偏頗之特權，實行社會政策、及整備各種社會設施等，無一非與分配正義，有密切關係。<sup>136</sup>

<sup>135</sup>所謂共通善，係人類一般所應協同追求之共通的特殊善，質言之，係指各社會成員相與協同，促令各自達成其實存上各種客觀目的，藉以獲得其提高完整人格的自己存在之實現可能性的效果而言。是即所謂相互援助，而其效果卸係社會福祉或共同福利。於此意義，共通善亦可謂係社會福祉或共同福利之追求或增進，而在其以社會協同為實現手段之點上，須藉用各社會成員之誠實信用，互負責任等道德價值理念之追求，始能發揚宏效。請參照洪遜欣，法理學，1991/12，頁 252。

<sup>136</sup>請參照洪遜欣，法理學，1991/12，頁 275-27。

即分配正義主要關注的是如何將權利、權力、義務和責任分配給一個社會或群體的成員的問題。在民主政體的國家中，分配正義通常是由人民選舉的立法機關執行的。在一些社會中，司法機關分享執行分配正義的這一特權，其表現是法官被賦予了制定一般規則的決定權。當一條分配正義的規範被一個社會成員違反時，平均正義便開始起作用。那麼，要求對過失作出賠償或剝奪一方當事人的不當得利，就成為勢在必然了。平均正義通常是由法院或其他被賦予了司法或准司法權力的機關執行的。它的主要適用範圍乃是合同、侵權和刑事犯罪等領域。一種違約行為將通過一個規定支付損害賠償費的判決而得到糾正，除非規定了某種其他救濟（諸如強制履行）。在侵權行為人使他人遭受故意或過失損害的場合下，於以恰當補償也是法官或陪審團的義務。在刑法領域中，平均正義問題則表現在確定給予罪犯以何種刑罰的方面<sup>137</sup>。

以此而關，現行法官考績經立法院制定，司法機關命令甲等考績不得超過百分之九十，是否符合分配、平均的正義呢？是否有共通善為基礎呢？

#### 第四項 體系正義

法官考績法規在立法時，是否因立法時法律實體內容即有矛盾呢？吾人有必要對體系正義作一了解。所謂體系正義（Systemgerechtigkeit）係源自平等原則拘束立法之原理，意指立法者應受其自行創造出來的法律原則之拘束，以維持法律體系之一慣性；亦即指規範審查之基準係由立法者本身所創設，司法審查只是運用該基準以檢討法規是否一致地貫徹立法者所揭櫫的原則而已。此種規範審查方式即為體系正義。體系正義原理，首先由德國法學家 Gerhard Leibholz (1901-1982) 於其一九二五年「法前平等論」的論文中所「發現」，直到一九七八年十一月二十七日德國聯邦憲法法院判決才明白提出「體系正義」的字眼，體系正義係自平等原則所導出的原則。蓋一般平等原則即是相同的事情應為相同處理之意，平等原則旨在禁止立法者的恣意（Willkürverbot）；而體系正義則在進一步使「恣意之禁止」能結構化（Strukturierung）與合理化（Rationalisierung）。

體系正義乃指立法者於第一次規範形成時固有其自由，唯一旦立法者形成一項「法則」（Sachgesetzlichkeit）時，此後立法者即應一貫地持其本身所確立的基本原則，否則就是破壞其本身的所建立的「法則」，即有違反平等原則之嫌。蓋整個法體系下，各個法規間都具有「意義及功能的關聯」（Sinn und Funktionszusammenhang），吾人不論解釋上或法規的審查上應儘量使價值決定（Wertentscheidung）趨於一致，儘量避免價值的矛盾。

因此，體系正義就是一般平等原則下立法者自我拘束的法理，也就是立法的一貫性（Folgerichtigkeit）的法理。以一定前提及原則所建構起來的實定法規，如因違反體系的「異素」「Fremdkörper」的侵入致其分解或其內在邏輯受到嚴重破壞，那麼該規定也就失去可支持性（Plausibilität）及一貫性，因此，也就喪失正義的價值（Gerechtigkeitswert）。體系正義不但是可作為法解釋學上體系解釋的上位概念，亦為聯邦憲法法院審查立法是否違憲的一項基準。其司法審查實務

<sup>137</sup>請參照博登海默，法理學-法哲學及其方法，大陸華夏出版社。1987年，頁254-256。

上運作頗為嫻熟，學說上亦已習慣此種用語。

至於某種法律的「體系」如何發現，G.Leibholz 稱；「首先度查明整體法規的客觀意旨（Sinn）及目的（Zweck），然後再檢查該各別法規於此一觀點下，客觀上是否可予合理化或有實質的合理性（sachlich Gerechtfertigt），抑或該受審查之法規以恣意的方式破壞了該法本身所樹立酌『法則』」，換言之，欲確立某法律的體系何在，應「客觀地」探索該法的目的及立法旨趣，不受立法者主觀意志的限制<sup>138</sup>。

體系主義適用的範圍：體系正義的堅持是立法者的義務，在體系正義的觀念下，立法者的義務包括制定法律和修改法律等都應受此二原則的拘束。亦即立法者於特定客觀的社會現實範疇下，於第一次制定法規時，所有這些範疇內相關的規範應符合該規定所由生的原則。同時，這些規範即是這些原則的表現。換言之，規範如果前後一貫就是合理的，而所謂一貫性係指新的規範與原先存在的規範內在的原則有脈絡相聯的關係，一貫性，於此也就是原則持續實現的意思，即「原則信賴」。立法者不但不得恣意，且應創設合理的體系，此乃以體系正義為開端的法治政策合理性所導出的結論。德國憲法法院指出，「立法者應一貫地堅持其一度所選定的基本原則」「法律之修改，應完整地適合於該法律的原來體系，才是無可指摘的」。體系正義又可分體系內與體系間之正義<sup>139</sup>。釋字第五〇一號解釋「有欠一致，應予檢討改進。」即係以體系正義作為違憲審查之基準<sup>140</sup>，現行法官所適用之公務人員考績法，其立法目的何在？是否符合體系內正義呢？亦即是否違憲呢？

## 第五項 司法正義

司法正義的邏輯前提是平均正義，司法正義的理論基礎是程序正義，司法正義的先決條件是司法獨立<sup>141</sup>；司法的作用是定紛止爭，它不僅是個人間爭執的公斷人，且是行政權、立法權的「憲法裁決人」。它是社會正義的最後一道防線，也是社會公共福祉的最終保障。司法判決的意義重大，不僅個案正義通過個案的判決來體現，而且整個社會的正義通過整個司法審判制度來體現，人民理解、尊重、熱愛、信仰法律的習慣也是從對司法判決的信服中產生。英國哲學家培根（Francis Bacon, 1561-1626）曾說過：「世上的一切苦難之中，最大的苦難無過於枉法」，因為「一次不公正的裁決，其惡果甚至超過十次犯罪」。「因為犯罪雖是冒犯法律——好比污染了水流，而不公正的審判，則毀壞法律——好比污染了水源。」<sup>142</sup>事實上，幾乎所有案件的判決都或多或少地涉及法官的自由裁

<sup>138</sup> 本部分主要參照李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討，憲政時代第 16 卷第 2 期，1990/10，頁 27。

<sup>139</sup> 請參照李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台灣大學法律研究所 1987 碩士論文，頁 98-102。

<sup>140</sup> 請參照李惠宗，憲法工作權保障系譜之再探，載於憲政時代，第 29 卷第 1 期，2003/7，頁 140-140。

<sup>141</sup> 請參照楊一平，司法正義論，1999/1，大陸法律出版社出版，頁 69-71。

<sup>142</sup> 請參照培根，論法律，見何新譯培根人生論，陝西師範大學出版社 2002 年第 216 頁、第 216 頁、第 220 頁。

量。法官在行使自由裁量時，應懷著一顆「赤子之心」，懷著對社會弱者的關懷、對自然法理念及公平、正義精神的追求，服從法律和自己的良心做出合法又合乎人性的合理判決。

柏拉圖（Plato, 428-348 B.C.）說：「如果在一個秩序良好的國家安置一個不稱職的官吏去執行那些制定得良好的法律，那麼這些法律的價值便被剝奪了，並使得荒謬的事情大大增多，而且最嚴重的政治破壞和惡行也會從中滋長。」<sup>143</sup>的結果。因此，在任何社會中，法官都應屬於「文化界的巨人」，「有一顆金子般的心」，被稱為「慈父般的人」。如果一個法官擁有尊貴的社會地位，他將其被任命為法官看成是其一生的輝煌事業的頂點，他必定會珍惜自己的聲譽做到恪守良知和潔身自好。但如果一個社會裏人人都可以成為法官——而不論他的學識、人品、性格、年齡等情況如何，法官僅僅是同公務員一樣是普通得不能再普通的職業<sup>144</sup>，那麼這個社會裏的法官的素質將不可避免地良莠混雜，法官的品質的流向往往是劣勝優汰，出現劣幣驅逐良幣的結果<sup>145</sup>。在這種情況下，讓法官自身產生職業的神聖和自豪感及讓整個社會珍重法官這個職業，會是個非常可笑的想法，最終的結果將是——「法官不被尊重，國家將會動盪衰亡」，因為如果一個社會裏連法官都不值得被尊重，這個社會裏值得尊重的東西幾乎趨於零。

司法權對實際運作者之法官而言，其行使司法權就是在行使人民所賦予的權力，因此，其應當信奉「人民的利益高於一切」的信念乃是必然的邏輯結論。當然，這裏的人民的觀念不僅包括作為抽象的集合體的人民，還應包括具體的人民，對法官來說就是具體到每一個案件中的所有的當事人。而且，這種代表應該是真正的代表而不是僅僅停留在形式上和口號上的代表。因為人民這個概念是個極容易被濫用的概念，歷史上不知有多少獨夫民賊打著人民的旗號幹過不知多少罪惡的勾當（誰都不會忘記，德國希特勒就是通過「人民選舉」而上臺的，其很多惡行都是通過「人民」和「法律」的名義進行的）。套用法國大革命時代的名言所說的「自由、自由，多少罪惡假汝之名而行」，那麼民粹主義之司法是否會有「人民、人民，多少罪惡假汝之名而行」之虞呢？

通過司法實現正義是以一種假設為前提的，即國家為司法機關提供了某種既定的法律規範，司法機關在行使職權時必須遵照執行。司法機關不可無法而去司法，是要依法司法。是先有立法，後有司法。即司法正義是以立法正義為前提的。不過，考慮到在實行判例法的國家裏，成為司法推理前提的並非只有由立法機關制定的法律，而且在制定法中又有實體法與程序法之分，加之在英美等普通法系國家裏，司法程序往往是由議會授權最高司法機關制定等因素，以立法正義作為司法正義的前提就有不夠準確和恰當之處。因此，準確地講，應把以實體法為基本內容的平均正義作為司法正義的邏輯前提，把為實現實體法的內容提供公平程序規則保障的程序正義作為司法正義的理論基礎。此外，根據現代社會的法治理論，司法正義的實現是以司法獨立為先決條件的，司法機關在適用法律時，有不受任何其他外在力量干預的自在自為的獨立性。沒有司法獨立，法院就不復

<sup>143</sup>請參照柏拉圖，法律篇，何勤華譯，上海人民出版社 2001 年，頁 7。

<sup>144</sup>請參照林文舟，我國法官地位、遷調及考核之檢討，收於民間司法改革白皮書，1997/7，頁 202。

<sup>145</sup>請參照賀衛方，司法公正需要合理的制度環境，大陸「檢察日報」1998 年 4 月 20 日。

存在，而沒有法院的司法正義是不可想像的。因此，司法正義乃是一種以司法獨立為先決條件，以實現平均正義為基本目標的程序正義。<sup>146</sup>

在正義的理論體系下，司法正義似乎是一個相對具體的問題。嚴格說來，它是平均正義、程序正義和法律正義所共同關注的一個基本範疇。從實質意義上來看，它有時還會涉及分配正義問題。在西方，司法正義是一個非常重要的問題。雖然在有些倫理學家和法學家的正義理論中並沒有正式使用司法正義這個概念，但是，在那些對程序公平或「法律的正當程序」甚至普通法傳統感興趣的人們所著述的文獻中，我們卻能發現有關司法正義的大量精彩論述。實際上，整個英美法學都是圍繞著司法正義問題而展開的，這主要表現為形式正義和實質正義兩種基本觀點的緊張關係。

## 一、程序正義

程序正義 (procedural justice) 涉及資訊收集和作出決定的方式。因此，當我們關注於收集資訊和作出決定的方式是否公平時，我們就是在處理程序正義問題。資訊的獲取也許來自一個涉嫌犯罪的人，例如，通過施刑或仔細認真而無偏見的調查。一項決定可以在允許所有對某個問題感興趣的人們發表意見之後作出，但也可以在不經過那種程式的情況下作出。重要的是要強調程序正義處理收集資訊或作出決定方式的公平，而不是收集什麼樣的資訊或作出什麼樣的決定。

## 二、司法正義和程序正義的關係

司法正義是集形式正義與實質正義於一體。程序正義則涉及如下考慮：以什麼樣的方式處死殺人犯呢？是通過血親復仇直接處死，還是經近代意義上的法院審判後由政府出面實施死刑？如果並沒有人親眼目睹殺人行為的發生，那麼要證明某個嫌疑分子是殺人犯就必須收集證據；什麼樣的證據才是有效的呢？如果在經過法院審判後，該殺人者得以免除死刑，而代之以其他刑罰，比如終身監禁、有期徒刑甚至拘役，那麼是否意味著其中的任意一種選擇都是合理合法呢？如果不是的話，是否意味著存在某種可供遵循的規則呢？如此等等都是程序正義所要考慮的問題。

程序正義考慮的問題在很大程度上也正是司法正義所考慮的問題。所以我們可以說，司法正義就是一種程序正義。但我們不能說，程序正義就是司法正義。因為其一，程序正義涉及的問題並不限於政府機構的法律活動，在諸如家庭、學校、共同體、商業和工業等私人事務中，它對於收集資訊和作出決定也是非常重要的；其二，程序正義也不限於司法活動，在立法程序和行政程序中同樣存在著程序正義問題。當然，司法正義無疑是程序正義體系中最核心的範疇。實際上，程序正義在過去相當長的歷史裏都只表現為司法正義，以致當人們在說程序正義時實際是在說司法正義，或者乾脆合起來說「司法程序正義」。

---

<sup>146</sup>請參照楊一平，司法正義論，1999/1，大陸法律出版社出版，頁 69-121。

### 三、當前司法正義新作為

司法院網站<sup>147</sup>，揭示當前司法正義新作為：「司法是社會正義的最後一道防線」，英文的「justice」便同時有「司法」及「正義」的意義，如果司法這一道防線失守，社會就不再有公平及正義。隨著全球國際化、民主化的潮流，這幾年來，我國的司法也朝向「司法國際化」及「司法民主化」的方向邁進。所謂「司法國際化」是司法保障人權的功能，要能與國際的人權保障趨勢接軌，我們的人權標準不能低於世界人權的標準，所以，我國的司法要強力而有效率地發揮保障人權的功能。而「司法民主化」，除了揭示「司法為民」的理念以外，人民更期待司法要公正、清廉、有效率、透明及便民。因此，司法院長久以來，就以「保障人權的司法」、「有效率的司法」、「便民的司法」、「透明的司法」、「公正的司法」及「清廉的司法」作為施政的重點，…」但要強調，誠如聖經中記載：「我們知道法律體現著正義，但這也要人能正確地運用它。」<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup><http://www.judicial.gov.tw/ByLaw/m01.html>。

<sup>148</sup>轉引自肖揚主編「當代司法體制」，中國政法大學出版社，1998年，頁4。

## 第六項 考績正義

### 一、前言

考績甲等及考績獎金涉及到競爭性之問題，亦即價值或資源的分配，分配本身及分配過程是否合乎正義，更關涉到社會的持續、變遷或重建。因此，正義的概念向為哲學家（尤其是法律哲學家）研究的對象，亦為社會制度所追求的第一至善。考績為機關組織內一項重要的社會制度，有關其正義問題當亦為機關組織的研究者、人事管理學者及法律學者所探究的領域<sup>149</sup>。

考核者的人格特質、認知的過程與判斷如何影響到考績謬誤的產生，應如何才能提昇考績的正確性，均是探究考績理論的焦點問題。事實上，受考者在考績過程上並未完全立於被動的地位，其對考績的主觀認知過程可能亦承擔考績受到接受與信任的角色。蓋一項考績決定，不論考核者如何以「如臨深淵，如履薄冰」的態度慎重其事，以免除可能的謬誤，而致正確考績的地步，但受考者如認為這樣的決定，非但在決定本身的分配上具有瑕疵，並未達到分配的正義，而在分配的過程上，又因為有些原則未被考核者遵守，而認定程序正義亦有所欠缺與不足，則考績制度要得到受考者的接受與信任，是非常困難的。亦即，任何考績制度的成敗，考績制度本身在過程上與謬誤防患上的健全性固然重要，但是受到考績影響的人，若其並不認為考績制度的正義性，則亦能致使考績制度功虧一簣。

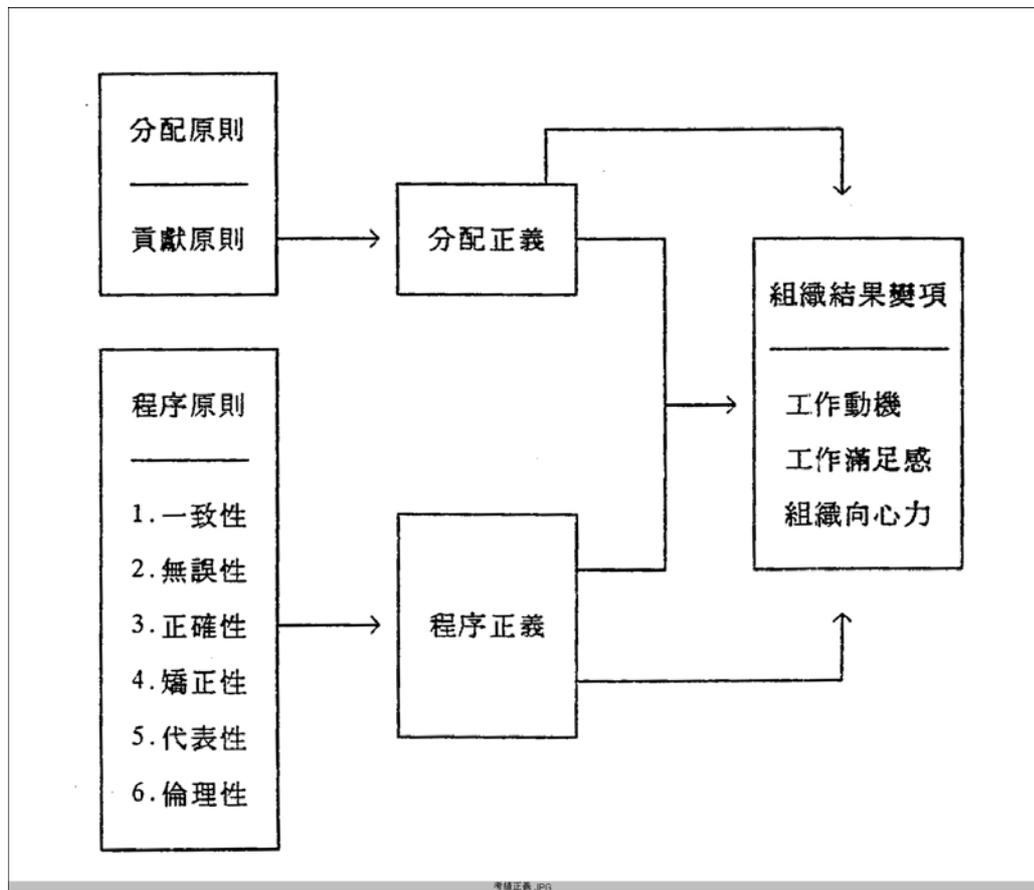
考績的正義論，乃是組織研究者認為：過去思想家所闡述的正義概念，若猶停留在抽象的理論層次，而無法將其落實在人類社會彼此互動的運作層面上，對追求正義的社會實在於事無補。基於這項體認，組織研究者不斷研究組織內有關正義的現象，及其對員工行為與組織運作的影響。他們首先研究功績制的待遇 (merit-pay system) 在工作動機、工作滿足感與組織向心力上所扮演的角色，然後再將研究的觸鬚伸展到考績正義的領域來，而建構了考績正義論，茲圖示如下<sup>150</sup>。

---

<sup>149</sup>請參照林水波，考績制度—理論研析與經驗印證，1989/4，頁 53-66。本項係參照林教授之上揭內容，作一概述。

<sup>150</sup>引自林水波，考績制度：理論研析與經驗印證，1989/4，頁 55。

### 考績正義論的理論架構



## 二、理論架構與基本假定

考績正義論乃從受考者對考績制度的評價為出發點，用以分析何謂考績的分配正義；根據何項分配的原則進行考績分配才能被認為具有正義；何謂程序正義，要達到程序正義，考核者在考績過程中應遵守那些程序的原則，才為受考者認為具有程序正義。再者，正義論乃探討了分配正義及程序正義在解釋組織結果變項：諸如工作動機、工作滿足感、組織向心力等各自及共同的力量有多強，何種正義的解釋力較強，何者軟弱。至於其理論架構有如下圖，而其立論的基礎有：

1. 人類對正義的追求與重視，亦顯現在組織生活中與考績制度的運作上，蓋正義不僅是人類思維的核心人類動機的中心面向，而且是社會制度所追求的至善。因之，不論考績制度設計如何精良可靠；若其未被認為是正義的，其可能甚難展現其應有的功能。

2. 組織內的員工，通常會應用不同的參照對象，諸如同機關內職司同業務或不同業務的同事，別機關執行同類業務者等，用以評定其所得到的考績等等，是否與他實際所應得的一致。換言之，員工以不同的參照對象及其考績等第來評定

其考績分配正義的程度。

3.組織內的員工，透過各自不同的社會化過程，形成一套特辣的參照架構，並以該套架構來衡平：自己實際所得的考績，是否與其所應得的程度配合。換言之，個人通常根據其所持的參照架構，對自己的年度考績設有一定的預期水準，並以該水準做為評比實際考績的基礎，並由這項評比的過程，顯現考績已達分配正義的程度。

4.組織內員工相當重視工作績效與考績等第，以及考績等第與升遷之間的配合。設若考績等第無法呈現工作績效的程度，升遷不以考績等第為主要依據時，員工會感到分配沒有正義。

5.員工考績的評定，往往要透過一系列的過程才能完成的這一系列過程中的每一階段，均會影響到：考績的評定是否被認為具有合理性。員工也對這一系列的過程，是否具有公平正義，十分加以關注。

6.員工也由自己的參考架構中導引出一套參照的過程，並以這一架構來衡定：考績決定之實際運作過程是否具有合理性。嗣經這一衡定的過程來決定考績所達程序正義的程度。

7.個人的認知乃是一項決定個人態度與行為的基礎。客觀的考績決定過程及其最終的考績等第，是否具有分配正義與程序正義，乃透過個人主觀的體認過程來加以認定。

這七個基本假定共同合理化正義論上各褻項間的關係。它們也提示：員工的工作動機、工作滿足感及組織向心力，可從以考績為基礎的正義上，得到部分的解釋<sup>151</sup>。

### 三、考績正義的類型

傳統的正義概念偏重在組織內分配正義的分析，後來注重程序正義的研究。

#### (一) 分配正義

分配正義的概念，原本是個人報賞的比例等於個人貢獻或投資的比例。後來成為：員工認為個人在工作上的投入和或所得的報酬，與其參照團體內的份子，所付出的投入和或所得的報酬相對等的程度。由此可知，分配正義上一項重要的分配原則為貢獻或功績原則；至於平等原則及需要原則，二者雖在不同的分配情境下，為求團體和諧及養成對團體的忠誠，而以之做為分配的基本原則，但該二原則無法適用在考績的情境，因為**畢竟考績無法給予每位員工相同的考績等第，或按個人需要而給予考績的評定**；如若勉強為之，將喪失考績原始的意義。不過，考績的評定要根據員工年度內的工作表現為之，而考績的優劣又可能是其他人事決定的基礎，因此根據功績原則的本質而言，考績的分配正義，乃指涉員工體認到工作績效的優劣，考績等第的高低，與隨後根據考績等第而作成的種種人事決定，三者之間彼此呼應配合的程度。換言之，組織內的某一位員工，自認自己平日的工作績效愈高，考核者對其所評定的考績也應較高；自己的考績等第

---

<sup>151</sup>請參照林水波，考績制度：理論研析與經驗印證，1989/4，頁 53-57。

若較高時，升遷或加薪的機會也應愈多，如此一來，考績才被認為具有較高程度的分配正義。

在運作的定義上來說，可由三方面衡量之：一、為考績的評定是否正確地反應出實際的工作表現，有無摻雜與工作表現無關的因素；二、為獎懲與工作表現一致的程度，獎懲與考績配合的情形；三、為考績與昇遷之間關連的程度。'

## (二) 程序正義

在價值的分配上，通常為了合理的分配起見，分配者每設定一套程序以資適用。因之，原本程序正義的內涵，乃泛指個人對社會組織用以規制分配過程的程序，認定其具公平的程度。然而，這個概念適用到考績的情境時，其乃泛指組織的員工，對組織決定考績所適用的程序，認為公平合理的程度。

G. S. Leventhal 在一九八〇年闡述傳統衡平論的缺失時，詳細建構了判定程序正義的六大程序原則。後繼的學者乃根技這六大原則來檢定組織內，決定考績所歷經的程序，其已具程序正義的程度。這六大原則為<sup>152</sup>：

1. 一致原則 (the consistency rule): 考績評定時，考核考者皆適用同樣的考核標準，不因人因時因地而異。假若一個人得到的考績有多好，要看他的人際關係有多好而定，則程序正義恐有不足。

2. 無謬誤原則 (the bias-suppression rule): 考績評定過後，考核者均未受到本身自利及過往先入為主的偏見所影響。

3. 評定有根據原則 (the accuracy rule): 考績評定應儘可能依接客觀的績效資訊及考核者彼此具有共識的意見為基礎。考績的程序正義最忌諱考核者但憑主觀的判斷或根據不正確或不妥當的相關資訊，而為考績的評定。

4. 有矯正機會原則 (the correctability rule): 考績評定過程中，任何相關的涉入者，如發現有任何的謬誤或疏失存在時，組織備有申訴的制度或表示異議的管道，賦與受考者矯正謬誤的機會。

5. 具有代表性原則 (the representative rule): 考績評定過程中的每一階段，在作成任何決定之前，與會者非但具有代表性，而且也能充分反映了其所代表的基本觀點、價值取向和對考績評定的展望。

6. 倫理原則 (the ethical rule): 考績評定過程中，考績等第不因特權人的關說或考核者與受考者的私人關係之厚薄而受到影響；受考者亦無法以投機取巧的方式，掩蔽本身平日拙劣的工作績效，而取得好的考績等第。

每一個組織的考績過程，其程序正義所具有的程度，受考者每以這六原則的任何組合方式來衡定之。經驗的研究亦依據這六大原則為核心，進行量表的設計，以為測量的基礎。

再者，這六大原則的切實遵守與履行，組織內必須有結構性的制度或安排相對應之，否則六大原則的有效執行就會受到限制。究竟有部些結構性的安排，可資提昇程序正義呢？一為資訊蒐集、儲存與調回機能的設置；二為設定眾所周知的績效目標與評核標準，三為建立考績最後決定的原則，四為申訴機構與制度的

<sup>152</sup>G. S. Leventhal, What should be done with equity theory? 1980 年；轉引自林水波，考績制度：理論研析與經驗印證，1989/4，頁 58-60。

設計，五為監察機構的安排，六為公正並有代表性的考績委員會之成立，七為變更考績過程的機制之擬訂。由這七個結構因素來補強六大程序原則，兩者環節相扣，以防患或減輕考績評定違背程序正義的可能性。

## 第二節 權力分立原則

### 第一項 意義

流行於十八、九世紀的牛頓主義(Newtonianism)<sup>153</sup>認為，一切物體之間均有互相牽引的力量，維持各物之間的均衡，是從自然界到人類社會穩定發展的前提條件；西方國家的憲政制度，其最初構想不在使政府有充分的效能，而是以限制政府權力，即建立所謂有限政府 (limited government)，俾能達到保障個人自由的目的。其方法之一便是將政府的權力，劃分為行政、立法與司法，使權力互相牽制，人民為對抗國家權力，以確保其有不受侵犯的自由空間，進而形成國家對人民有保護與服務義務，此亦是現代民主立憲國家之任務<sup>154</sup>。這種植根於自由主義的政治制度，與上述之牛頓主義可謂不謀而合；權力分立與制衡也因此被稱為政治的牛頓主義 (political Newtonianism)<sup>155</sup>。

權力的形式可區分為集權和分權：集權形式的內容是專制的統治力量，分權形式的內容是民主的統治力量。我國釋字第四一九號在理由書第六段引法國一七八九年人權宣言第十六條：「任何社會中，未貫徹權利保障，亦無明確之權力分立者，即無憲法」，可見權力分立 (Gewaltenteilung, separation of powers) 或權力分立原則 (Das Prinzip der Gewaltenteilung, doctrine of separation of powers) 為現代法治國家憲法建構之基本原理，以分權制衡之原則，防患政府權力集中而濫權，以達成確保人民自由權利之目的。德文 Gewaltenteilung 係權力劃分 (Teilung der Gewalt) 之意，與 Gewaltengliederung (權力區別) 相似。司法院大法官解釋自二八二、三二五、三二八、三二九、三四二、...至五五〇號共三十七號解釋均提及「權力分

<sup>153</sup> 嚴格而論，牛頓主義的含意十分複雜，而且相當有「彈性」，換句話說，在不同年代對不同的人，牛頓主義有不同的重點。牛頓主義包括科學、哲學、神學三個範疇，在十八世紀，牛頓主義被視為一種嶄新的科學方法，這種科學方法基於牛頓的兩部巨著：「數學原理」(Principia Mathematica) 和「光學」(Opticks)；在十九世紀牛頓主義幾乎等同古典力學 (classic mechanics)，就是那統攝萬象的萬有引力，當時基督徒科學家麥克斯韋 (John Maxwell) 研究電磁力，他認為自己的體系屬於牛頓主義；在二十世紀初期，牛頓主義被當成是跟愛因斯坦相對論分庭抗禮的宇宙觀；在二十世紀中期，提倡量子力學的波爾 (Niels Bohr) 則認為：牛頓主義是一種以因果關係去描述自然現象的科學哲學，跟量子力學打破傳統因果推論的哲學大相逕庭。請參照：

[http://www.google.com.tw/search?q=cache:\\_20rVwggP0cJ:seamonkey.ed.asu.edu/~alex/education/essays/religion/newton\\_trinity.html+%E7%89%9B%E9%A0%93%E4%B8%BB%E7%BE%A9&hl=zh-TW&lr=lang\\_zh-TW](http://www.google.com.tw/search?q=cache:_20rVwggP0cJ:seamonkey.ed.asu.edu/~alex/education/essays/religion/newton_trinity.html+%E7%89%9B%E9%A0%93%E4%B8%BB%E7%BE%A9&hl=zh-TW&lr=lang_zh-TW)

<sup>154</sup> 請參照陳慈陽，論權力分立原則在自由民主憲法秩序中之意義與定位，收於氏著人權保障與權力制衡，2001/3，頁 53-129。並請參照氏著，憲法學，2004/1，頁 205-208。

<sup>155</sup> 請參照 D. J. Manning, Liberalism, London, 1976, 頁 16；轉引自吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 52。

立」<sup>156</sup>，如釋字第四一九號解釋理由書第一項第九段：憲法之基本原則，諸如國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障。釋字第四九九號解釋文第二段：憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎。權力分立為法治國原則之核心要素<sup>157</sup>之一，為立憲主義及國家組織與權力運作的基本原則，而司法權任務之一即就權力分立原則之維護與定紛止爭。

權力分立有其歷史沿襲，三權分立政府體制主張，或可遠溯自亞里斯多德(Aristotle, 384-322 B. C.)於二千多年前對政府機構的看法，他認為任何國家的政府組，應有三個機關，即討論機關( deliberative organ )(其職權部分類似今日之立法機關)、執行機關( administrative organ )及司法機關( judicial organ )<sup>158</sup>；近代以來，十七世紀英國思想家洛克( John Locke, 1632-1704 )在一六八九年所著「政府論兩篇」( Two Treatises of Government )所提出之分權論一書闡述分權思想<sup>159</sup>，至十八世紀法國孟德斯鳩( C. L. de S. Montesquieu, 1689-1755 )集大成<sup>160</sup>，氏於一七四八年所著之「法意(或另譯為論法的精神)」( Del'esprit des lois ; The Spirit of Laws )認為國家權力須分為行政、立法、司法三權，分屬不同機關；盧梭( Rousseau, 1712-1778 )於一七六二年所發表之「社會契約論」( The Social Contract )所倡議權力分立( separation of governmental powers )之論說。權力分立乃是為了制衡，而非互相合作，因權力集中必然會導致濫權，三權分立而互相制衡，以保障人民自由。亦即「權力分立」乃為了「制衡」。此理論係建立在「國家權力如果未受控制，必定會濫用」的人類歷史經驗上；權力分立的哲學基礎是希望藉由權力分立而制衡將「國家權力應納入軌範」；美國潘恩( Thomas Paine, 1737-1809 )認政府權力由立法權與執行權組成，至於司法權責屬於行政權範圍內；美國漢米

<sup>156</sup>湯德宗著有，大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析，可供參考，收於氏著權力分立新論，2000/12，頁183-311。

<sup>157</sup>法治國原則之核心要素有：1. 憲法最高性。2. 基本權利之保障。3. 權力分立。4. 依法行政、依法立法、依法審判。5. 法安定性的維護。6. 比例原則。7. 權利之救濟。8. 罪刑法定原則。9. 誠實信用原則。請參照植憲，憲法精研(上)，雙榜補習班出版，2003/8，頁94-112。

<sup>158</sup>請參照遼扶東，西洋政治思想史，1991/11，頁83。

<sup>159</sup>惟其將政府權力，分為三部分：立法權( legislative power )、行政權( executive power )及外交權( federative power )。其尚未將司法權分出，因其認司法權也是做執行法律的工作，乃並置於行政權中。請參照遼扶東，西洋政治思想史，1991/11，頁281-282。

<sup>160</sup>孟德斯鳩的政治法律思想主要體現在其1748年出版的論法的精神( Del'esprit des lois )一書中。孟德斯鳩在論述自由、法律和三權分立的關係時說：「在民主國家裏，人民仿佛願意做什麼就做什麼，這是真的；然而政治自由並不是願意做什麼就做什麼。在一個國家裏，也就是說，在一個有法律的社會裏，自由僅僅是，一個人能夠做他應該做的事情，而不是被強迫去做他不應該做的事。」孟德斯鳩進一步解釋說：自由是做法律所許可的一切事情的權利；如果一個公民能夠做法律所禁止的事情，他就不再有了自由了，因為其他的人也同樣會有這個權利。孟德斯鳩在探討了自由與法律的關係之後，進一步探討了自由與國家政治制度的關係。在他看來，要保障自由，必須建立一個良好的政治體制限制政府權力，防止權力濫用和權力腐敗，必須建立三權分立並相互制約的機制，每一國家都有三種三種權力：立法權、行政權與司法權。見 Montesquieu, Del'esprit des lois, 張雁深翻譯，台灣商務，1998，頁152-164。

爾頓 (Alexander Hamilton, 1757-1804) 以三權分立草擬美國憲法<sup>161</sup>。故權力分立原則係現代民主法治國家 (Rechtsstaat) 組織上之最基本的原則<sup>162</sup>。

要注意的是，權力分立原則在上古時期的希臘、羅馬時 Aristoteles、Plato 與 Sokrates 等對國家本質與其行使權力正當性的論述中得知，此時國家權力是否會對人民有所侵害，以致因此須使其彼此間相互制衡的觀念幾乎是不存在的，唯一較值得注意的則是國家本質與統治正當性的探究—當然是以此些哲人理想性的國家秩序為基準，可以作為後來無論是在神學與專制君主支配下或是在世俗化自然法的國民主權統治立論下，國家權力行使是否具正當性的基準與國家在理性人的支配下「應有」之和諧秩序。其次，在進入中古神學支配時期及至專制國家形成的過程中，以國家權力為探究對象的重心亦非在制衡，而是在其行使正當性依據的尋找與強調，以及國家權力如何有效的行使的論述，然此時仍不能否認的是在十七、十八世紀亦已出現制衡理論斷斷續續的探討，但此論述的重心仍未脫離在權力分立立論根源的民主理念，此如 Althusius 與 Spinoza 等。直到 Rousseau 將民主理念予以在立論上的體系化分析後，而 Locke 與 Montesquieu 基於民主具體化基礎的人民權利保障之所必要，而更加將政治上權力之行使架構出一權力制衡的理論體系，此時始能稱為權力分立原則形成體系化的開始與雛形，然在此仍須強調的是此時期之前所累積的形成的動源才是此原則內容探究時最重要之論述基礎。此時自 Rousseau 以來所形成較具體系民主的論述及至 Locke 與 Montesquieu 對國民主權的確保要求下，嘗試將政治上的權力予以憲法上制度的拘束，依此國民主權與權力分立原則即形成一自由民主憲法國家不可或缺的存在要素。此種國家型態與因此所形成之國家權力行使正當性與模式一直延續到十九世紀末，由於在該世紀中社會與經濟狀態的遽變，使得國家任務不得不擴增，以致一民主立憲國傳統民主自由與法治的認知無法達成時代的需求，此表現最明顯的是德、法、英等國在十九世紀末對人民在社會與經濟的需求所為在立法上的反應，一直到二十世紀，此種需求的滿足始反應到憲法層次，此即是德國威瑪憲法的憲法或國家目的的規範，此時對國家而言，所代表的是其積極給付義務的具體化，而就國家權力行使上，非再是固守傳統為防止國家侵害所創設權力分立原則，而是使得此原則有新的時代內涵，此即是權力彼此間的相互作用與合作，亦即國家權力制衡毋寧是一極職權的分配，以達成國家更積極的服務目的。此種國家形態可以稱為一自由民主法治的社會國，其亦是自二次大戰後被德國憲法學者視為德國自由民主憲

---

<sup>161</sup> 漢米爾頓從人性出發，從人類自身不可避免的缺陷出發，來論證三權分立並制衡的理論的合理性。「如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使統治人，就不需要對政府有任何外來的或內在的控制了。在組織一個人統治人的政府時，最大的困難在於必須首先使政府管理被統治者，然後再使政府管理自身。毫無疑問，依靠人民是對政府的主要控制；但是，經驗教導人們，必須有輔助性的預防措施。見(美)潘恩，聯邦黨人文集，大陸商務印書館，1995年。頁264。漢米爾頓還主張司法權應當由法院行使，同時主張司法獨立和法官獨立。「司法獨立是限制代議機關越權及施加壓力的最好保證。」「法官獨立是保衛社會不受偶發的不良傾向影響的重要因素，並不是從其可能對憲法的侵犯方面考慮。有時，此種不良傾向的危害僅涉及某一不公正或帶偏見的法案對個別階層人民的傷害。在此種情況下，法官的堅定不阿在消除和限制不良法案的危害方面也有極為重要的作用。」為了保證司法獨立，漢米爾頓主張實行法官終身制，只要法官無不正當行為即可終身任職，同時，明確立法機關不得降低法官的薪棒。見(美)潘恩，聯邦黨人文集，大陸商務印書館，1995年。頁391，394-395。

<sup>162</sup> 請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁402-403。

法秩序的實質內容，以致德國聯邦憲法法院在判決中均以此為解釋憲法價值秩序的指針。

然在本世紀初，自德國威瑪共和時代提出「整合理論」的 Rudolf Smend(1882-1975)以來，不少國家法學者以國家與社會實際觀察對象，提出了實質憲法概念與一動態的憲法秩序理念，其中形成此理論最重要的要素即是多元化(Pluralismus)的要求，此被視為憲法秩序與社會團體融合要素(Integrationsfaktoren)。此最具代表性的是在憲政現實上的國家權力行使由單純的三權或五權，而轉變為多元複雜的各種政治力與社會力的交錯，此如政黨、社會團體、媒體與工會等。此使得功能單純的傳統權力制衡幾近喪失其作用空間(Funktionsspielraum)，而因此必須對此權力分立的權力概念賦予時代上的新內涵。依此，既是在一民主國家中，國家權力源自國民，則可由國民直接或間接的來行使，前者如形式上以參政權的方式為之，亦或以人民自組組織或團體對國家政治決定為一定影響作用，另一方面，國民則是透過憲法所特定的國家機關來行使屬於主權者所有的國家權力，此如立法、行政與司法機關等。此種一國憲法秩序中的多元化非僅是歷史演進而為事實觀察所得，而是邏輯上國民主權實踐的必然結果，因為如果主權者自我人格與價值無法依其自由意志決定與發展，則喪失主權者「應有」之地位與「權力」。如欲使主權者擁有自我發展之可能性與空間，則當然必須在一國法秩序中與社會中容忍各種不同自我形成與發展的模式(Selbstaugestaltung und Entfaltung)，此時所代表的即是多元化乃個人價值存在不受侵害之要件基礎。其次，多元化所帶給一國法秩序與社會的是持續不斷發展更新的動源，因為一憲法秩序或人所組成的團體中非是一靜態的整體，而是一確保一定持續的價值決定下，不斷演進成長具動態的集合體，依此其是促成一憲法秩序與其中社會團體的進步要素。因此在二十世紀中期以後，一具多元化社會的自由民主法治的社會國已成國家法學者所研究的重心與追求實踐的目標，而權力分立原則在此多元化的要求下，不僅含有傳統典型國家權力制衡與作用要素與在十九世紀末與二十世紀中因社會國理念所新增的內涵外，還須在此注意多元化要求下，使社會與政治上各種權力已夠精細與複雜的制衡與共同作用能更進一步促其再度的在質與量上的擴增。並使主權者的意志在一定價值持續下，隨時成為國家意志的決定，此才是「一民主國家之主權屬於國民全體」的真正實現<sup>163</sup>。

我國前大法官劉鐵錚卸職感言說：「每個國家都有憲法，但有憲法未必有憲政，憲法能夠真正拘束變動不受牽制的權力運作，才算有憲政」<sup>164</sup>，司法權依法（立法制定法律）審判，不受行政權牽制才算是憲政國家。我國於民國三十五年十二月二十五日制訂憲法，民國三十六年一月一日實施，從此確立實行政治、司

<sup>163</sup>請參照陳慈陽，論權力分立原則在自由民主憲法秩序中之意義與定位，收於氏著人權保障與權力制衡，2001/3，頁 53-129。並請參照氏著，憲法學，2004/1，頁 205-208。

<sup>164</sup>劉鐵錚，卸職感言，載於司法周刊 1153 期第 2 版，2003/10/1；另「只有考慮執政者權力的確保，而不以人民權利為意的憲法，不符合立憲主義憲法的意義，例如遜清宣統三年九月十三日所頒發之十九信條，雖稱為「憲法」，但該十九信條其實只是當時清國的「權力保障書」而已，與人民之權利無關，實非憲法。同理，修憲如果只考慮到權力分配，亦與立憲主義的精神有違，例如 1990 年代以還之歷次修憲，大部分不脫此一窠臼。立憲主義下的人民基本權利之限制，不可只基於確信統治權力的觀點，而應以促進更多數人的利益為出發點。」見李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 21。

法分治的權力分立制度，但是，實施憲政之後，曾有高等法院以下各級法院及分院仍隸屬於行政院之司法行政部，從今日來看，由行政院院長發布高院以下法官派令，由行政院院長考核高院以下法官審理案件之「工作績效」，與權力分立原則不符，因「行政、司法」合治的體制，恐會在政府組織上貽笑大方，但實際就是如此，嗣大法官會議在民國四十九年八月十五日第八十六號解釋：高等法院以下各級法院及分院，應隸屬於司法院；但台灣一直到民國六十九年才將審判體系，劃歸司法體系—司法院，所以說，自從孟德斯鳩(Montesquieu) 於十八世紀著法意一書，主張行政、立法、司法三權分立以來，迄今已將近三百年了，而台灣到二十世紀中葉，才實行政治、司法分治。算起來不過短短的二十幾年經驗而已。

## 第二項 權力分立原則

### 一、從功能上、組織上及人員上三個層次分析

權力分立可分為水平權力分立，如行政、立法、司法；另一為垂直權力分立，如德國之聯邦與各邦之權力分配，我國之中央政府與地方自治政府<sup>165</sup>等，本文討論之司法權係為水平權力分配之一。以下從另一種分類法，說明如下<sup>166</sup>：

#### (一) 功能上的權力分立

所謂「功能上權力分立」(Funktionale Gewaltenteilung)，係指國家設立各種機關，分別享有各種職權，各有其核心功能，這些權力作用的核心功能不應受到其他機關的干擾與逾越，例如立法機關作成抽象法規範之制定，行政機關僅能在法律授權明確的情形下，制定法規命令；法院依司法獨立原則，僅就個別案件作成最適當判決<sup>167</sup>。亦即任何一種基本功能之權力機關，不得行使其他權力機關之基本功能；其功能係屬憲法對統治權所進行「權限的劃分」，在作用上可以區別為行政、立法與司法，在事務上可區分為法律制定權、預算權、財政權等等。重要的是，任何一個機關沒有「至高無上的權限」，每一機關的權限都應被其他機關的權限所控制或對抗的可能性。蘇俊雄大法官在釋字第五二〇號解釋協同意見書即以「功能性的權力分立」闡釋行政部門對預算執行的義務，稍前氏於釋字第五一七號解釋不同意見書稱「今立法者逕以擬制方式一律斷定此項要件之滿足，毋寧亦不當限制了司法權的運作範圍，有違權力分立原則下立法者應為『合乎機關結構之功能分派』(der Grundsatz organsgerechter Funktionsverteilung und Zuordnung)的規範要求。」<sup>168</sup>以古典權力分立理論之建構目的旨在防止君主權力集中專斷以

<sup>165</sup> 詳細請參照陳慈陽著，憲法學，2004/1，第八、九章。

<sup>166</sup> 請參照吳明孝，地方自治與司法審查之研究，中山大學中山學術研究所碩士論文，2001/6，頁50-54)

<sup>167</sup> 請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁60-61。

<sup>168</sup> 蘇俊雄大法官在釋字第520號解釋協同意見書即以「功能性的權力分立」闡釋行政部門對預算執行的義務：「從這種權限分派秩序的觀點檢視本件爭議(核四預算釋憲案)所涉法理問題，則若將法定預算乃至預算法制上之相關規定，解為具有課予行政部門以執行義務之規範效力，無疑會混淆了行政權與立法權間的權限分際，而與『功能法觀點下的權力分立原則』有所牴觸。...

及因而侵害人民自由權利之原始目的以觀，權力分立原則尤其強調國家權力間「相互制衡」(checks and balances)之面向。此即權力分立原則在功能取向意義下的理解<sup>169</sup>。

## (二) 組織上的權力分立

所謂組織上的權力分立 (Organisatorische Gewaltenteilung)，其意義在於將不同的國家功能需交由不同的機關來行使，亦及憲法所創設的，且彼此分立的機關，行使由憲法所授與之不同權力。從「組織上的權力分立」觀念考察，事實上可以尋找出每一憲法機關之「核心領域」(Kernbereich)，藉由憲法上機關之設置與權限分配去進行理解，在個案中確認彼此行使權限之所在。亦即國家權力除要分離與制衡外，國家可以依權力的本質與國家機關組織的特性，加以判斷，而賦予機關正確的職能。如德國聯邦憲法法院所認為的權力分立原則是一基本法之主要組織原則(tragende Organisationsprinzip des Grundgesetzes)<sup>170</sup>

## (三) 人員上的權力分立

所謂人員上的權力分立 (Personelle Gewaltenteilung) 係指一個人不得擔任不相容 (Inkompatibilität) 功能機關成員，否則可能產生「功能上的權力分立」與「組織上的權力分立」一至高無上的權力，而無法予以控制或對抗。例如立法委員兼行政院長，法官兼行政院長等等。尤其是法官兼職，採嚴格限制之，立法例上大都明文訂之(如德國法官法等等)。我國司法院法官法草案(2004年5月18日版)第十六條規定：「法官不得兼任下列職務或業務：一、中央或地方各級民意代表。二、公務員服務法規所規定公務人員不得兼任之職務。三、司法機關以外其他機關之法規、訴願審議委員會委員或公務人員保障暨培訓委員會委員。四、各級私立學校董事、監察人或其他負責人。五、營利社團之董事、監察人、執行業務股東或其他負責人。六、經營商業、投機事業或其他以營利為目的之業務。七、其他足以影響法官獨立審判或與其職業倫理、職位尊嚴不相容之職務或業務。」

## 二、機關之憲法義務—注重功能上的權力分立

權力分立原則的積極理解是機關履行合作與忠誠之憲法義務，憲法將國家統治權 (Staatsgewalt) 分由不同國家機關來行使，分權促成各權力機關彼此合作 (Nebeneinander) 與競爭 (Konkurrenz)。此種合作與競爭關係也發生在中央政府

---

質言之，關於特定預算項目之授權與否的問題，法制上固可容認國會得以『同意權保留』之方式實施監督：惟已經授權之預算項目的執行決策，究屬行政權之核心事項，故國會所為預算監督，於此僅能追究其政治責任，而不能逕代行政部門決定。」又，氏於釋字第 517 號解釋不同意見書亦稱：「今立法者逕以擬制力式一律斷定此項要件之滿足，毋寧亦不當限制了司法權的運作範圍，有違權力分立原則下立法者應為『合乎機關結構之功能分派』(der Grundsatz Organsgerechter Funktionsverteilung und Zuordnung)的規範要求<sup>168</sup>。」三權分立，能本合乎機關結構之功能分派，合於事務之本質為法源，才是法治國。

<sup>169</sup>請參照湯德宗，美國權力分立理論與實務，權力分立新論，2000/12月，507頁以下。

<sup>170</sup>Vgl. BVerfGE 3, 225/247, 轉引自陳慈陽，人權保障與權力制衡，2001/3，頁 109，註 150。

與地方政府彼此間之權限劃分，即所謂垂直面向權力分立。至於中央政府內各機關與地方政府內各機關之權限劃分，學者則稱之為水平面向的權力分立<sup>171</sup>。我國憲法之基本決定不但在中央層級採取權力分立之理論，亦不單純限於組織上的權力分立，寧亦注重功能上的權力分立，近來大法官解釋頻頻強調「法律保留原則」及「法律授權明確性原則」即是功能上權力分立的體現。釋字第五二〇解釋理由書：「不信任案一旦通過，立法院可能遭受解散，則朝野黨派正可藉此改選機會，直接訴諸民意，此亦為代議民主制度下解決重大政治衝突習見之途徑」，此即「信任保留」作為權力制衡手段<sup>172</sup>；另在地方層級亦採所謂的垂直面向權力分立(釋字第 498 號)，以保障地方自治制度<sup>173</sup>。

### 三、判例與權力分立、審判獨立及人民訴訟權之關聯

釋字第五七六號與五八二號解釋對於權力分立與審判獨立有明白之解釋，最高法院之判例制度與基本人權之保護，大法官從憲法的守護者立場廢棄最高法院之違憲判例，衝擊審判獨立之最高法院；釋字第五七六號對於協同意見書大法官林子儀、許宗力及楊仁壽：就判例拘束力之憲法基礎、以及其與權力分立、審判獨立及人民訴訟權之關聯為何，說明「我國現行判例制度有歷史上之特殊成因，但是其發展已有違憲法權力分立與獨立審判原則之虞。即使在現行判例制度之下，判例之援用無論如何仍不能逸脫基礎事實，以免判例變質為抽象法規。本號解釋已為往後判例見解之拘束力與適用範圍提供一正面示範，法院實允宜儘速檢討現行判例制度，提供謹守分際而可資信賴的公平司法審判，使憲法保障人民訴訟權之意旨得以實現。」具有重大意義，闡明如下：

#### (一) 現行判例制度之問題

1.判例在我國雖出自法院就具體個案所表示之法律見解，但卻限於最高法院及最高行政法院少數判決始有成為判例之可能，且其形成方式乃由非屬審判機關之法官會議挑選、而非直接出於法院審判而來。

2.判例之拘束力已超越個案事實，而具備類似抽象法規之性格，如此一來，我國之整體判例制度遂成一由上而下之法律見解控制體制，而為變相的司法造法，與判決先例拘束力存續之正當基礎—「相同案件、相同處理」漸行漸遠，進而有違反權力分立與審判獨立之憲法上要求之虞。詳言之，判例來自不具備直接民主正當性之法院對於具體個案所表示之法律見解，此種見解如果沒有事實基礎之支撐，則其拘束力便失卻法理基礎，而質變為抽象法規。其結果不僅可能扭曲判例原意而成為錯誤的法律見解，更混淆司法判決與立法者角色之分際，亦使非審判機關，藉由單純的判例選列決議，而侵害法官獨立審判的權限。

#### (二) 適用判例之基本原則

<sup>171</sup>請參照湯德宗，權力分立新論，1998/3，頁 134。

<sup>172</sup>請參照詹鎮榮，半總統制下政府雙重信任基礎之維繫與難題，載於月旦法學月刊，2004/5，頁 39-41。

<sup>173</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 62。

(1)援用判例時，絕不能與基礎事實分離而片面割裂其判例要旨。

(2)判例之拘束力也不應超越其基礎事實類同者，否則根本無從判斷是否符合相同案件相同處理之原則。

法院判例之判例適用或判例之法位階之問題，「判決先例拘束原則」係指各級法院（法官）於審判具體案件時，基於憲法上之正當基礎（如比例原則、平等原則、信賴保護原則等等），且為維護法之安定性與可預測性，應遵守相同事件必須相同處理之形式上公平審判的要求，從而法院受已表示之法律見解的自我拘束，故對於相同之案件事實，應給予相同之裁判結果；但絕非指法院即因此具有抽象法規之制定權，形成法院造法，使法官必然應受既存判決先例之拘束。否則，仍將違反「權力分立」與「審判獨立」之憲法上的基本要求。

#### 四、德國權力分立與制衡理論

德國基本法第二十條第二項區分了行政、立法、司法三項國家權力(功能上分立)，並且分別歸屬於不同的國家機關(組織上分立)。權力分立與制衡乃基本法組織與功能原則，目的在於透國國家機關間的相互制衡，馴化國家權力，確保個人自由。不過權力分立與制衡還希望達到儘可能由最恰當的組織做成正確的國家決策，那些機關最恰當，應該由機關的組織、組成、功能及程序運作綜合判斷，何者具有最佳條件。權力分立只是憲法的一項原則，不可能機械性地切割，基本法並不要求絕對的權力分立，而是設計出權力之間的彼此控制、阻隔與馴服，亦即權力制衡體系。權力制衡導致某種權力的相互干預下可避免，問題是彼此權限分配如何劃定。德國採取議會內閣制，但聯邦憲法法院表示，不能從民主原則誤導出全面性國會保留形態的權力一元主義。國會以外的其他最高國家機關一樣具有民主正當性，基本法並未賦予國會在所有根本性決定上，優先於其他最高國家機關的權力。立法、行政與司法機關的制度與民主正當性，都源自於制憲者在基本法第二十條所表現出來的決定。當我們要討論，最高司法機關或司法行政機關對於訴訟法是否具有規則制定權限，或者司法行政監督是否會侵犯司法權時，首先應該注意，憲法上所規定的權限分配不能被破壞，「除了憲法明文規定之外，沒有任何權力可以凌駕其他權力。每一項權力都不能被剝奪其履行合憲義務的必要權限。...各個權力的核心領域（Kernbereich）容變更」。然而如同德國法學家 G.Jellinek 所言，權力分立並沒有放諸四海而皆準的公式可循。H.Heller 早在威瑪時代便曾指出「什麼事項應該屬於法律保留，什麼應該由立法決定，無法由邏輯推演或理論公式得出，而是傳統、合目的性、權力以及法意識共同界定法律保留的範圍」<sup>174</sup>。

#### 第三項 行政權、立法權與司法權之特質

孟德斯鳩：「司法權如果不與立法權與行政權分立，自由就不存在。因為司法權與立法權合而為一，將對公民生命與自由施行專政之權利，因為法官就是立法者。如果司法權與行政權合而為一，則法官將握有壓迫者的力量」。立法權逾

<sup>174</sup>陳英鈞，最高司法機關的規則制定權與司法行政監督，台灣本土法學 32 期，2002/3，頁 99。

越分際而入侵司法權領域時，司法權終將無法真正獨立行使，最後淪為議會至上，破壞三權分立之基礎。因此立法權與司法權自始需有釐清其分際始能各司其職。尤其狹義司法權之審判權。必須講究審判獨立以及藉由司法人員身份保障以避免政治干預司法權行使，就此憲法第八十條已明文規定自不待言。

## 一、行政權之特質

前已述及 Hans Peters 嘗謂「現代國家中最強而有力之權力，乃是行政權。」<sup>175</sup> (In den modernen Staaten ist die mächtigste Realität die Verwaltung) 此因行政之自主性與行政裁量為行政權主要的權力所在，行政行為形式（公法行政行為形式中之行政計畫、行政命令、行政規則、行政處分、行政契約、行政指導、自治規章，以及私法行政行為形式，包括私法形式之給付行政行為、行政輔助行為、行政營利行為；及行政消極不作為等等。）<sup>176</sup>之選擇即為裁量，行政裁量即成重要課題。（行政機關之行政處分得以行政契約代替之—德國聯邦程序法 54 條，我國行政程序法 135 條參照<sup>177</sup>）行政本質上的多樣性與複雜性，以特徵描述的作法，從各個不同的角度，觀察行政的內容與特色，或能賦與行政應有的面貌，且不致有所遺漏。尤有進者，行政特徵的描述，同時兼及行政總體理念及行政法總論的體系價值或建制原則，因此，行政特徵的掌握，對於行政法的理解，以及在個案的應用，均具有直接的關連性，值得重視。以下進一步加以說明：1.行政是廣泛、多樣、複雜且不斷形成社會生活的國家作用—形成性與整體性 2.行政是追求利益的國家作用 3.行政是積極主動的國家作用 4.行政應受法的支配—合法性與含目的性之兼顧 5.行政的運作應注重配合及溝通 6.行政係作成具體決定的國家作用<sup>178</sup>。

## 二、立法權之特質

依照權力分立理論，立法權係對於行政權、司法權而言，其與後二者性質顯有不同之處，經歸納學者之研究，有七大特質 1.立法決策之政治性 2.立法提案之主動性 3.立法程序之民主性 4.立法行為之主觀性 5.立法技術之統一性 6.立法過程之公開性 7.立法機關之自律性<sup>179</sup>。

行政與立法之關係：所謂五院間之制度上的均衡，憲法第六十三條稱重要事項，但因不夠精確而爭議連連；包括核四爭議、敬老年金需否法源、全民健保雙漲案行政院拒絕接受立法院預算審議之主決議<sup>180</sup>。

<sup>175</sup>請參照程明修，論行政目的，收城仲模編行政法之一般法律原則（二），1997/7，頁3。

<sup>176</sup>請參照張惠東，行政行為形式選擇，中興法研所碩士論文，1998。

<sup>177</sup>請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁420-421。

<sup>178</sup>請參照翁岳生，行政的概念與種類，收於行政法，2000/3，頁11-18。

<sup>179</sup>請參照羅傳賢，立法程序與技術，2001/5，頁11-17。

<sup>180</sup>見黃錦堂，「機關爭議問題釋憲方法之應用」，收錄於司法院大法官九十年學術研討會論文集。

### 三、司法權之特質

司法具有：「個案性」、「被動性」、「正確性」、「獨立性」、「權威性」等特質，將在第三節予以論述。

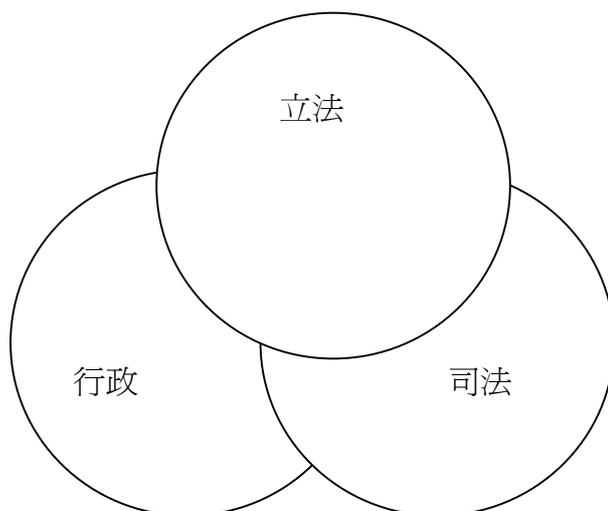
### 四、行政、立法、司法三權交集且呈緊張關係狀態

三權分立，立法、行政、司法三權之關係，係分開而獨立互不交集抑有重疊之處？（如立法解釋、委任立法、司法行政、法官造法<sup>181</sup>等等，是否有重疊？），本文以為應如下圖之關係，行政立法司法權各有其核心領域，亦各有其重疊之處；行政與司法權之重疊處，在司法權之部分是司法行政，在行政權之部分是行政司法（法務部）；法官考績權，以我國現行法而言不是司法行政，更不是行政司法，而是人事行政，這部分如設計在行政權內，對審判獨立有威脅之嫌，設計在司法權內，恐是較符合法官自治，問題是考核權由誰來行使人事，是為關鍵所在，首長制、會議制，法官會議，人事管理專家？還是人民投票？會不會有司法內部干涉審判獨立，這是值得探討的問題。

---

<sup>181</sup>請參照陳愛娥譯，Karl Larenz 著學方法論，第六章法官從事法的續造之方法，2000/10；吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 345-348。美國法學家龐德（Roscoe Pound）曾說：「法典之規條，可變為法律之原則，有得力於司法裁判者，有得力於法學著作者。法學推理之出發點，可於立法、判例、法學學說及著作中求之。在理論上，僅立法機關制定之法有拘束力。但實際上，則法院之判例，亦有高度之權威，往往形成法律之一種。至於法學著作，其權威亦屬相等」引自司法院翁岳生院長對法官協會雜誌發刊賀詞。

### 行政、立法、司法三權交集圖



德國聯邦憲法法院早在一九五三年十二月十八日之判決中即對於權力分立制度進行闡釋：「權力分立是基本法的一個主要的組織原則。它的意義在於政治上的權力區分、三權的相互交錯與由此產生的對於國家權力的抑制。但這個原則在任何國家都沒有被完完全全的實現過。毋寧，即令是承認權力分立原則的國家，在其憲法秩序裡頭，**某程度的功能重疊與一權對另一權的影響**，其實都是相當普遍的。」而後的判決也都陸續指出，憲法架構下所導出的權力分立，並不是絕對的權力區分，反而是相互的控制、牽制與抑制，只是這種權力的交疊，不能侵犯其他權力的「核心領域」<sup>182</sup>。所謂「權力核心領域理論」(Kernbereichslehre)乃指國家權力在彼此作用下，其具本質決定性的特徵不允許被侵犯，此一要求被視為是權力分立原則的基本要素，縱使其具有高度不確定性，但仍不失為維護權力分立原則所必要的制度性保障<sup>183</sup>。例如法律保留 (Gesetzesvorbehalt)、行政保留 (Verwaltungsvorbehalt) 及司法保留 (法官保留 Richtervorbehalt) 等是<sup>184</sup>。司法部門所進行之裁判、解釋活動，除非從純粹的法釋義學上的方法(完全的形式邏輯演繹，無須注入任何的合目的性考量)即可得到唯一正確的答案，否則在法規範的抽象性概念、法律規範的不整全的情況下，司法部門進行的裁判其實是在「寬闊的決定空間」中，挾雜著價值的取捨，尋找「非決定的」解釋。這種司法部門的價值取捨行動，與政策部門的政策制定活動，在在顯示著權力行使範疇的重疊性，並且司法部門對政策的詮釋與合法性控制，亦伸入了政策過程的領域。按照上述德國聯邦憲法法院所採之「核心領域」取向，司法部門這種參與政策過程的

<sup>182</sup> 引自許宗力，權力分立與機關忠誠—以德國聯邦憲法法院裁判為中心，司法院大法官九十年學術研討會「憲政體制與機關爭議之釋憲方法論」，收錄於憲政時代季刊，第 27 卷第 4 期，2002，頁 5。

<sup>183</sup> 陳慈陽，立法怠惰與司法審查，載於司法院大法官 89 年度學術研討會紀錄，2001，頁 330。

<sup>184</sup> 請參照張錕盛，從權力分立論司法對行政行為之審查密度，中興法研所碩士論文，1996，頁 41—46。

行動，本來即屬於權力分立制度下各項政府權力的交錯部分，只要不造成行政、立法部門權力核心領域的侵犯，司法部門的權力行使仍屬於憲政制度下的正當權限範圍，具有憲法上的合法性。<sup>185</sup>

其次，德國有所謂司法行政處分（Justizverwaltungsakt）之概念，依德國行政法院第一七九條規定，指司法官署在民法、商法、民事訴訟、非訟事件及刑事審判範圍內，或自由刑、少年矯治事件之執行、官署，就個別案件所為之措施、處分或其他處置而言。因上述行為發生爭執時由普通法院裁判，不適用行政訴訟程序，原則上並以一審終結，我國法制尚無司法行政處分之概念，遇有此類事件除依現行法規屬於普通法院受理者外，解釋上應視為行政處分而依訴願法及行政訴訟法定其管轄為宜<sup>186</sup>。

關於權力分立憲政制度之分析，功能論者強調行政、立法、司法三權間的制衡(checks and balances)，政府的組織設計只要不侵入各權力的核心功能及不影響各權力間的制衡關係，可承認各權之間有**重疊的領域**，為使政府能因應社會的變遷，應允許政府組織作彈性的設計，以維持有效率的政府體制。司法部門依其在憲政制度上之功能進行裁判及解釋之行動，無可避免具有政策過程之參進作用，此乃司法部門作用之本質使然，初無任何合法性之疑慮。憲法上的權力分立而各別存在是一項憲政價值，司法部門作為審查控制機制亦為憲法上所採取之價值，二者之間有重疊的領域，正如憲法保障言論自由權與保障隱私權二者間亦有重疊之領域一般；我們毋庸因價值領域重疊的扞格而否定其中任一價值取向之合法性，僅須在各衝突的價值之間進行適當之優先順序的配置，並保障任一項價值不會被其他衝突的價值所消滅。司法部門主要權力行使，乃在法規範下檢視各項彼此衝突價值的光譜，然而，司法部門的行動影響及於政策過程時，該行動的本身，亦將被置於光譜下進行檢視其合法性<sup>187</sup>。

## 五、司法行政權之歸屬

實務上對司法行政之歸屬不定，故歷次制憲之際，均曾試圖一勞永逸，將其歸屬加以明定。民國二十五年五月五日公布，通稱五五憲草第七十六條之規定為：「司法院為中央政府行使司法權之最高機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及司法行政」。司法院兼管司法行政即於法有據，毫無疑義。民國三十二年國民參政會憲政實施協進會對五五憲草之意見中，亦再一次重申「司法行政仍以隸屬司法院為宜」。惟至戰後由各黨派推舉菁英代表組成之政治協商會議中，卻改弦更張；決議修改憲草原則之一，即為「司法院即為國家最高法院，不兼管司法行政，由大法官若干人組織之」。依此決議所提出之憲法草案及其後由國民政府正式提出之憲法草案，遂分別於第八十三條及第八十二條規定司法院為國家最高審判機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及憲法之解釋。司法行政顯然已被排除在外，司法院將成為純粹之審判機關；既不再假手其他法院進行審判，也

<sup>185</sup>請參照蔡岱霖，司法裁判與解釋的政策功能，台灣基隆地方法院出版，2003/11，頁 151。

<sup>186</sup>請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 310。

<sup>187</sup>請參照蔡岱霖，司法裁判與解釋的政策功能，台灣基隆地方法院出版，2003/11，頁 149-150。

不再兼管司法行政之業務。制憲國民大會審查時，先是分組，由第四審查委員會負責。雖與會絕大多數之意見均主張「司法行政必須隸屬於司法院，以完成司法權之統一」，但因少數代表堅持原議，乃提出三種審查意見：一、司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。二、司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判、公務員之懲戒及各級法院法官之任用考核。三、司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判、公務員之懲戒、各級法院法官之任用考核及其他有關司法行政事項。自形式上觀察，似即可推知後二者係將司法人事行政或所有之司法行政業務皆劃歸司法院，而第一種則係將司法行政剔除於司法院職掌之外。惟於綜合審查委員會審查時，由於「中央有指示...原草案不必再提司法行政部屬於司法院」，故最後決定採用第一種修正意見，即司法行政不列入司法院職權之內。第四審查委員會之最後反撲，乃功虧一簣，無疾而終。政治協商會議於此之結論終於貫徹，得以正式納入憲法之中。易言之，司法院即係最高審判機關及解釋機關，由法官及大法官分別掌理之。司法行政則理當劃歸行政院之下。在一九八〇年七月審檢分隸之前，司法行政由行政院的司法行政部職掌。高等法院以下各級法院及分院，也隸屬於司法行政部。

因我國憲法對於司法行政權究應由誰職掌，並無明文規定。司法院大法官於一九六〇年八月十五日所作成的釋字第八六號解釋中，明言「憲法第七七條所定之司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟之審判，係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言。高等法院以下各級法院及分院，既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院。」一九八〇年七月審檢分隸，執行釋字第八六號解釋，將高等法院以下各級法院，改隸司法院，建立了憲政實務先例。（行政院司法行政部也改為法務部。）同時，一九九七年修憲，有關司法預算獨立編列的規定，也是一種對司法院擁有司法行政權的肯定與尊重。

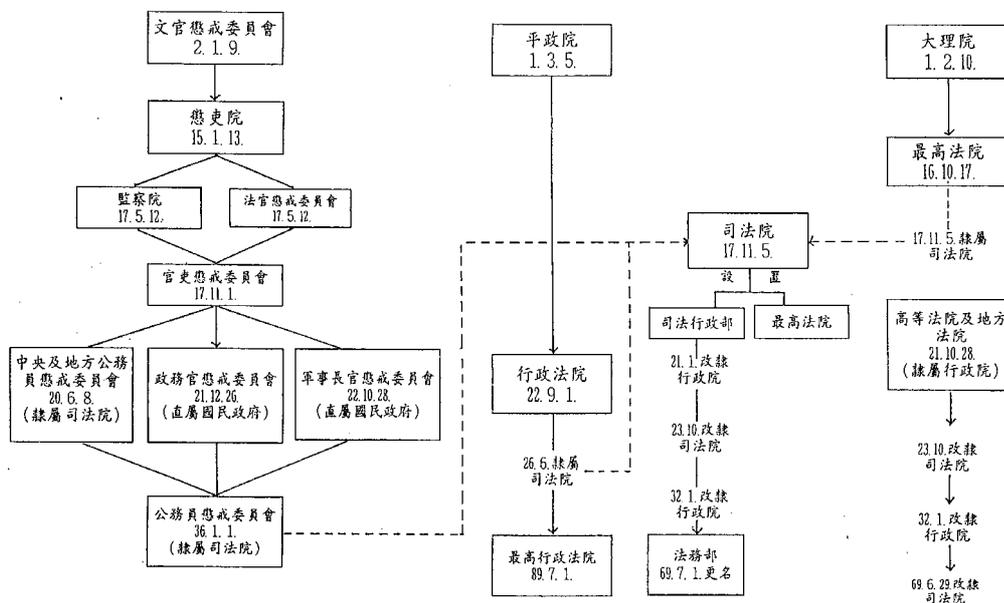
司法院於二〇〇一年十月五日公布之釋字第五三〇號解釋以「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。」並具體要求二年內檢討修正相關之各組織法，將最高行政機關與最高審判機關分割之現制加以根本之改造。如此不僅司法改革之阻力將大為減輕，且因大法官解釋具有拘束力，故司法院、立法院等機關亦有法定義務必須如期完成改制之要求<sup>188</sup>，惟很遺憾的是立法院並未依期完成。

釋字第五三〇號曾引起許多爭論，大法官彭鳳至在釋字五八二部分不同意見書：「…則大法官在釋字第五三〇號解釋後，可能將再一次面對不自量力之譏。無論發生怎樣的結果，損害的都是我國司法，以及人民被大法官未遵守程序規定而無法發揮救濟功能的解釋所無端燃起的希望，實在令人憂心，…」實務界公務員懲戒委員會委員柯慶賢等七位委員認為，到底應廢除司法院或廢三個最高終審法院應待斟酌，對釋字第五三〇號表示反對意見，在其「透視司法院釋字第五三

<sup>188</sup>請參照法治斌，司法行政與司法審判之分與合，載當代公法新論，2002/7，頁776-779。

○號解釋的效力—正視司法改革的合憲性」一文，整理出：

### 三個終審機關之設置及改制過程示意圖



文獻可貴，錄供參考，

各國司法行政組織，大概有 1.司法行政權隸屬於一般行政部門，並對國會負責：這類國家已採內閣制者居多，如德國多數邦，又可分為兩次類型：（1）設一統一的司法部，如奧地利。（2）因應多元審判體系而分由不同部會掌理其行政，如德國。2.從一般行政部門獨立出來的行政機關，不對國會負責，如義大利、西班牙等。3.在司法部門建立的行政組織，如美國；每一類型，可分為兩次類型，列表如下<sup>189</sup>，以供立法政策之參考：

**不同司法行政組織對相關憲法原則之調和表**

憲法原則 組織類型	法治 審判獨立	法治 司法給付	分權 權力制衡	分權 功能最適	民主 民意政治	民主 責任政治
Aa 隸屬行政體系 — 由司法部主管	低	高	低	低	高	高
Ab 隸屬行政體系 — 由不同部會主管	低	高	中	中	高	高
Ba 獨立於行政體系 — 法律專業自治	高	中	高	高	低	低
Bb 獨立於行政體系 — 混合專業與政界代表	中	中	高	中	中	中
Ca 自主司法部門 — 法官社群自治	高	中	高	中	低	低
Cb 自主司法部門 — 終審法院兼理	中	低	高	低	低	低

## 六、法院行政與司法行政之區分

法院行政，可分一般行政與司法行政；一般行政，如人事、會計、統計及政風（非如釋字第 530 號皆將之歸類於司法行政）；司法行政指除裁判以外，所有關於司法之行政事務；而法院行政則指為法院活動提供人力、物力之事務，或委託由法院行使之行政任務，例如授予登記許可、法律輔助之給予等是，故司法行政為法院行政之一種。對於法院行政與司法行政事務，法官之地位有如一般公務員，應接受上級長官之指示。是以法官得否享有職務獨立之保障，應視其所從事者為裁判行為，抑為一般或司法行政事務而定法官之監督。

實務上迄今為止，司法院人事處長，都是由具有法官身分來擔任，擔任行政官支給法官之俸給；觀之，其他類此之一條鞭體系之單位，如會計、統計、政風等處，都無由法官擔任處長之情事，是否合法妥當呢？本問題所涉「司法院人事處長」是司法行政官或是行政官？是司法行政官，則依釋字五三〇號解釋，「審

<sup>189</sup>轉引自蘇永欽，司法行政組織的發展趨勢，收於法治斌教授紀念論文集—法治與現代行政法學，2004/5，頁 64-71。

判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。」亦即是司法行政官，作為最高司法機關之司法院，自可任命人事處長，司法院內之人事處，依司法院處務規程第五十六至五十九條人事處之職掌，則為司法行政業務了，例如第五十八條：「人事處第三科之職掌如下：一 關於職員之考核、獎懲、考績（成）及控案處理事項。…」則為司法行政業務，「本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權」，所以就法官考績事項，司法院得就「最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。」所以法官考績不必為他機關之干涉，俾免影響審判獨立。但是，司法院之其他單位如大法官書記處、民事廳、刑事廳、行政訴訟及懲戒廳、少年及家事廳等等，謂之司法行政似尚無爭議，而司法院人事處是否為司法行政單位呢？實務上，形式任免權在考試院（銓敘部），考試院為考績法制之最高機關（憲法增修條文第 6 條第 1 項），法官又無例外規定，所以法官考績制度存廢之法制應由考試院研擬提案，司法院固有向立法院提出法律案（釋字 175 號：司法院為國家最高司法機關，基於五權分治彼此相維之憲政體制，就其所掌有關司法機關之組織及司法權行使之事項，得向立法院提出法律案。）但就此提案，是否逾越司法行政之範圍，逾越五權分立之憲法原則而侵入考試權？所以就司法院人事處長，亦類此法官考績之情事，造成司法權與考試權之緊張關係，而游移於理論與實務之暇隙之間，而有「人」治可介入之空間，例如考試院強勢任命非法官之人事處長，司法院得以違反法官自治精神，而予以抗拒乎？（司法院似應先就司法人事是司法行政，會計、統計、政風等處是否為司法行政作一說明）

德國法官法第四十二條規定「法官僅就司法上或法院行政上之工作具有兼任（職位之兼任，職務之兼任）之義務。」規定法官在司法內之兼職，以「司法上或法院行政上」，而德國法官法第四條規定法官不相容之職務如下「一、法官不得同時接掌審判權之職務與立法或行政權之職務。二、除審判權之職務外，法官卻得接掌下列之職務：（一）法院行政之職務（二）其他根據法律分配於法院或法官之職務（三）於學術性大專院校，公立教學機構或官方教學機構從事教學與研究之職務（四）考試事務（五）仲裁機構之主席與於聯邦員工代表法第一百零四條第二句規定意義下相類似之獨立機構之主席。」

一九九九年修正之奧地利法官職務法（Österreichisches Richterdienstgesetz）：

第六十三條（兼差）一、兼差(Nebenbeschäftigung)係指每一種法官在職務關係外與在可能之兼職外所從事之工作。二、法官不得從事與法官之職位尊嚴相抵觸，或對其職務之履行有妨礙，或可能引起懷疑其執行職務有偏頗，或可能危害其他公務上重要利益之兼差。在關係到兼差之從事時，除學術上之兼差外，法官應拒絕所有對其法官職務的指示，並且應留意不讓此類來自於其他方面的指示發生。三、凡兼差所花的時間或兼差的時間可能造成對職務義務之履行的妨礙，或在減少職務、局部任用或為照顧殘障之孩子而留職停薪的情況下，與減少職務、局部任用或留職停薪之原因相違背時，法官不得從事兼差。四、法官不得為以營利為目的之法人董事會、監察部門、行政部門或其他機關之成員。法官為其他法人之機關成員的情況，法官本人暨其他人不得因此項兼差而受有報酬。五、在職之法官不得登入由第一審法院院長所作成之鑑定人名單內。六、獲取收入兼差之接受、種類及範圍，以及其終止，均應立即報告服務機關。重要之變更同樣應立即通知。第六十三條之一（兼職）：一、兼職(Nebentätigkeit)係指每一種委託予法官，而與該法官審判及司法行政之職務任務沒有直接關係之其他在法律上以法官職位為其前提要件之工作。二、除兼職係由法官之服務機關所委託者外，委託前應取得服務機關之同意。未有該項同意，不得從事此類之兼職。應於減少職務或局部任用期間從事之兼職，同樣應取得服務機關之同意。三、若服務機關所代表的利益將受到損害時，應不予同意。四、法官只有當為聯邦從事兼職時，才能受有一九五六年俸給法第二十五條第一項所規定之報酬。可見，法官兼職是例外規定，非常慎重。

另外，日本法官兼早稻田教授橫川敏雄曾說：「司法行政，係在洞察裁判的本質，處於幕後，盡力而為，須以提供良好裁判而服務，絕不許有管理或支配法官之心理存在。『沒有任何事比法庭和裁判更為重要者。』凡在法院就職之全體人員都應奉行此項座右銘。假如此種乎凡而當然之事，未能充分的意識，就會將法院所精心設計之機構或組織及其整備，朝著失去法院原有特色之方向（譬如以司法行政為優越之方向）而發展。法院一向被稱為『正義之殿堂』，或者是『民主主義之最後城堡』應堅持其堅固的哲理，以免傷害到它的本名。在所有層面，不要使法院在背後被人罵為『已變成行政官署』為宜。」<sup>190</sup>是為法院行政所應具有之基本觀念。

### 第三節 司法權之本質與特性

——法官(或其他適用法律之人)同樣作為法律發現者，其本身也是法律發現過程的一部分。他使制定法開口講話，他使制定法說出其具體的，與個案關聯的意義，他引導出制定法革新的力量，他從制定法抽象僵硬的歷史存在中喚醒制定法。(In gleicher Weise ist auch der Richter (oder wer sonst Gesetze anwendet) als Rechtsfindender selbst ein Teil des Rechtsfindungsprozesses. Er erst bringt das Gesetz zum Sprechen, er

<sup>190</sup>請參照橫川敏雄著，謝瑞智譯，公正的審判，1993/5，前言頁13-14。

entlockt ihm se-inen konkreten, fallbezogenen Sinn, er bewirkt seine innovative Kraft, er erweckt es aus seiner abstrakten Starre zu geschichtlicher Existenz.)<sup>191</sup>

## 第一項 概說

有社會斯有法律<sup>192</sup>，為使法律權威性使社會關係有所遵循，以免自力救濟，爰有國家之產生，社會與國家於是分離<sup>193</sup>，而為制衡國家權力以保護人民，斯有權力分立之思想與原則<sup>194</sup>（Gewaltenteilung；separation of powers）—三權分立<sup>195</sup>乃是立法制定法律，行政執行法律，司法解釋法律；何謂司法權？「於當事人間，發生關涉具體事件的紛爭時；以當事人提起訟爭為前提，由獨立的法院基於國民的委託，憲法所賦予的治權，經過一定的訟爭程序，為解決紛爭而判斷權利之歸屬，以保障適用正當的法之作用。」構成這種司法概念的重要要素為；1.有「具體的訟爭」存在，2.遵守合乎「正當程序」要求之特別的程序（像言詞辯論、公開主義等，為傳統所認定以實現公正裁判為目的之各種原則。）3.可獨立裁判，4.是保障適用正當法律的作用等。其中第 1.有「具體的訟爭」存在的要素，正是司法權概念的核心所在，「具體的訟爭」是構成司法權概念之中心要件，也常被稱為具體案件性（或簡稱案件性）的要件。這與日本法院法第三條所定「一切法律上訟爭」，同其意義。判例上，將「法律的訟爭」的意義，解釋為限於：1.就當事人間，有關權利義務與法律關係存否（包括刑罰權的存否），產生之紛爭（因之，請求法院救濟，原則上，必須以自己的權利或依法可受保護的利益受到侵害做為要件）。而且，2.此種紛爭，能根據法律的適用做成終局的解決；所以 1.沒有具體案件性（亦即沒有權利侵害的要件），祇抽象的就法令的解釋及效力爭論。2.僅就事實的存否、個人主觀意見的當否、學問上與技術上的論爭等所為的訟爭。3.就純粹信仰對象的價值，和有關宗教教義的判斷本身，提出訴訟要求判斷者。<sup>196</sup>。亦即司法權係審查「價值的權威性分配」的形式合法性與實質正當性，並作一最後之決定。

<sup>191</sup> 引自 Arthur Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 類推與事物之本質著，吳從周譯，1999/11，頁 182-183，略加潤飾。

<sup>192</sup> 羅馬諺語稱：「有社會即有法律，有法律斯有社會。」（*Ubi societas ibi jus, Ubi jus, ibi societas*）；請參照林紀東，*法學緒論*，1978，頁 4。又人類為求生存，社會因 1. 生物競爭的法則 2. 人類社會的法則 3. 選擇必然性與法 4. 解決紛爭的司法，司法先國家而存在，見雷萬來，*論司法官與司法官彈劾制度第一章第一節司法權的本質*，1993/8，頁 1-5。此處之法律，不限於制定法 *Gesetz*，尚包含不成文法之法規範 *Recht*，德國基本法明文定之；非制定法（*Ungesetztes Recht*）可分為慣習法（*Gewohnheitsrecht*）和理法（*Vernunftsrecht*），見美濃部達吉，*在法之本質*林紀東譯，1998/3 版，頁 133。此之法律可說是自然法（*Naturrecht*；*lex naturae*）。

<sup>193</sup> 國家本質上是對社會關係之支配，請參照 Roberto Mangabeira Unger 著，王佳煌譯，*現代社會的法律*，頁 56-72，該文並說明官僚法之產生。

<sup>194</sup> 請參照李惠宗，*憲法要義*，2001/8，頁 402-403。

<sup>195</sup> 權力分立是在歷史演變係先有二權分立：立法權與執行權；次有三權分立；後有五權分立，五權有行政、立法、司法、考試、監察；另也有行政、立法、司法、環境、媒體五權。以政府對外的治權而論，以行政、立法、司法三權為當。

<sup>196</sup> 請參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，*憲法*，1995/12，頁 295-300。

立法、行政、司法三權必須分立以制衡（checks and balances），三權各有其核心領域，不容侵犯<sup>197</sup>；其中司法解釋，係就具體個案決定有紛爭之權力與決定權利之最後歸屬，以杜紛爭，而能以人之理性化解暴力衝突；司法權又稱第三權，是在紛爭時講最後一句話<sup>198</sup>，而那句話常具有判決既判力的效力（既判力創造正義），行政權不得不服從並且要據以執行，如此使在一定的空間內，人、事、時、地、物，重歸安定，而「時間吞食一切，空間也包攝所有存在的事物。<sup>199</sup>」因而定分止爭，重構社會秩序。所以司法權具有消極、中立與最終仲裁性質的國家權力。<sup>200</sup>

故美國著名法學家 William Rawle（1759-1836）即說道「國家絕不可缺少一個有確定權利，懲罰罪惡，裁判是非，保護無辜者不受侵害的司法機關」；而 John Kent 則謂「在沒有司法機關解釋法律，執行法律，裁判爭執，權利得以行使的國家，其政府如不因自身的腐爛而歸消滅，則政府其他各部門必將為滿足統治慾望而篡奪權利，使人民自由歸於消滅<sup>201</sup>」。為什麼司法權有那麼大的權力與效力？為什麼司法可以審查立法之違法或違反體系正義？為什麼司法可以審查行政政治問題<sup>202</sup>？行政之行政處分？那麼司法權的本質究竟是什麼？

## 第二項 事物本質之意義

司法權之本質是憲法學中一重要的問題，我國憲法<sup>203</sup>雖無明文定之，惟司法權之本質是構成司法權現象的基本要素的內在關聯，分析司法權之本質，必須從事物之本質（Natur der Sache, Natura Rerum, Nature of Things）<sup>204</sup>、法之本質<sup>205</sup>，以探詢司法現象之基本要素及其內在之聯繫。

<sup>197</sup>如法律保留、行政保留、司法審查等。

<sup>198</sup>翁岳生，司法權發展之趨勢，收法治國家之行政法與司法，月旦出版社，1997/4，頁4-5。

<sup>199</sup>柏格森（Henri Bergson）語，轉引自郭國楹，灰，收於青春的偷竊歲月，2003/11，頁206。

<sup>200</sup>請參照陳慈陽著，憲法學，2004/1，頁204。

<sup>201</sup>轉引自鄭正忠，司法權之意涵特質與發展趨勢，司法周刊994-996期，1990/8-9。

<sup>202</sup>如釋328、329、342、387、419、499、530號。

<sup>203</sup>我國憲法涉及「司法」之條文有：第8、77、78、79、82、99、107、114、115、117、171及173條，憲法增修條文第5及7條共計14條；但無「司法權之本質」之文字，惟大法官解釋多號提及事物之本質。

<sup>204</sup>「事物本質」作為一種法理，最近司法院大法官於釋字第460號解釋中，明白引用，該解釋理由書稱：「……法規之適用，除須依法條之明文外，尚應受事物本質內在限制……」。

<sup>205</sup>美濃部達吉，在法之本質緒論：「法的本質，學說紛紛，迄無定論！自然法學、歷史法學、宗教法學、分析法學、實證法學、利益法學等諸學派，對於法的本質，各有其特別的見解，一直至於現代，所謂新康德派、新黑格爾派、社會法學派、純粹法學派、新自然法學派等，猶是種種意見對立，不知所止。即如法的本質，是「存在」（sein）抑是「當為」（sollen）的根本問題，還是在意見不一致的狀態之中。曾經屢屢被人引用的康德：「法律學者，現在尚是在摸索法的概念底定義之中」的嘲笑，即在今日仍能適用。因為這個原故，法律學者中，很有想將「法的概念」棄置不論者，據 Bergbohm 所述 J. oudot 和 Lsid Muller 兩人，都以劃定「法的概念」，徒生混雜，寧是以除去為妙，即在最近 Fritztz Sander 還有：「法律學，老是對於法的概念，作無用摸索的事實，不可不趕速拋棄」之說；但是，假使承認法律學是以法為研究對象的學問，那麼，拋棄「法的概念」，即不外否認法律學的存在，何則？研究對象如果弄不明白，任何學問，將都沒有成立的餘地。」這樣看來，明瞭法的本質，對於法的概念，提出的確的定義，在研究法律學者，實極必要。」林紀東譯，1998/3版，頁1-2。

在界定司法權之本質前，有必要對「本質」（Wesen）一詞予以說明，本質一詞，可以用在個個方面，例如宇宙之本質（如整個宇宙太陽系、病毒、中子、質子）、人之本質（細胞、器官、組織，心性、靈性）、科學之本質、宗教之本質、國家權力之本質（權力義務說，形式合法、實質正當）<sup>206</sup>等等，本質是存在還是虛無<sup>207</sup>？事物之本質如何與法律接鉤？在哲學與法律哲學上有其歷史的發展與演變，例如 Larenz<sup>208</sup>認為，所謂的本質(Natur)，並非祇是某事物之事實上的特徵，更重要地是指著該事物的意涵與理念。綜觀「事物本質」在德國法學上的討論<sup>209</sup>，無非是涉及法哲學以及與方法論的問題。前者涉及自然法以及在二次戰後重新被提出之「實證法」與「正當法」間的關聯。後者則涉及「事物本質」在法律解釋與法官造法上的影響。而就此吾人所關心的方法論的問題言，肯定「事物本質」在法學上的影響的見解認為：過度偏離「事物本質」的規定，不僅其正當性將遭受質疑（法哲學上的問題），更影響當事人的合理期待（如 Maihofer, Bydlinski）和法律安定性（如 Bydlinski），而這在方法論上的影響是司法者將可能被迫從事與制定法相反的造法活動（如 Canaris）。至於「事物本質」在法律適用上的影響，首先可認為：Kaufmann 與 Disselhorst，尤其是後者，似乎是將「事物本質」作為一種詮釋學上先理解；而 Canaris 認為「事物本質」影響法律之解釋，或亦含有此義。至於它在造法方面的可能影響，就漏洞的補充（不論是類推適用或目的性限縮）而言，訴諸「事物本質」是重要的補充方法；而在此修正與調整某一規定的適用範圍，也同時涉及了「類型」的問題。又由於平等原則在漏洞的補充上扮演了重要的角色，因此吾人或可在此意義下，認為「事物本質」對於平等原則的適用亦有其影響。至於如何認定事物之「本質」？肯定說中雖各有不同，但無疑的「類型」在此扮演重要的角色（如 Larenz, Canaris, Kaufmann）。又不論如何，從結論言，肯定見解多明確地放棄自然法的觀點，不認為「事物本質」是永恆不變的，並且明白承認立法者仍擁有判斷的空間、而非絕對受制於「事物本質」。而這個結論，也減緩了和否定見解間的差別。至於否定見解中，有主張基於「事物本質」的論證其涵義過於模糊、易淪為法官恣意的判斷或為特定意識型態的工具，應予放

<sup>206</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 14-18。

<sup>207</sup>法是否有本質，法學界有兩種觀點。第一種觀點肯定法的本質的客觀實在性。第二種觀點認為，法律的本質是一個虛構的神話，否定法的本質的客觀性。法的本質到底是實在的還是虛幻的呢？沒有經過思辨即不附理由回答這個問題沒有什麼意義。從哲學史上看，肯定事物的本質的實在性或否定其實在性，其實的意義都不在於有關命題本身是不是正確，而在於不同的方式解釋世界，從而改變或影響世界（如我國大法官會議解釋）。通過探求事物（包括實在法）的本質，來認識事物的思想方法源遠流長，它在很大程度上表現為人類認識世界共同的必經之門，是人的認識能力達到一定程度後自然會顯現出來的一種方法論傾向。另對事物之本質，作為一種法學論辯的方式，在法學方法論及法哲學上有其思辨及其價值，有關德國法學上的發展與演變請參照林更盛，對於以「事物本質」作為法學論證的反思，收於黃宗樂教授六秩祝賀-基礎法學篇，2002/5，頁 235-266。

<sup>208</sup>Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in FS Nikisch (1958), S. 275 ff., S. 287 f.; ders Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 1991, S. 417 ff, 轉引自林更盛，對於以「事物本質」作為法學論證的反思，收於黃宗樂教授六秩祝賀-基礎法學篇，2002/5，頁 248。

<sup>209</sup>轉引自林更盛，對於以「事物本質」作為法學論證的反思，收於黃宗樂教授六秩祝賀-基礎法學篇，2002/5，頁 265-266。

棄。其中另有強調評價優先於「事物本質」的見解（如 Stratenwerth,Engisch，此亦為肯定說中 Coing 加以承認），認為基於「事物本質」的論證之說服力、取決於前者，維持價值判斷的一致。這種見解或與贊成肯定說的 Kaufmann 之強調「事物本質」<sup>210</sup>的關聯性的結論相距不遠。

### 第三項 司法權之意義與範圍

#### 一、司法權之意義

釋字第三九二號解釋以：「按所謂『司法』，觀念上係相對於立法、行政而言（我國之憲制則尚包括考試、監察）。概念上原屬多義之法律用語，有實質意義之司法、形式意義之司法與狹義司法、廣義司法之分。其實質之意義乃指國家基於法律對爭訟之具體事實所為宣示（即裁判）以及輔助裁判權行使之作用（即司法行政）；其形式之意義則凡法律上將之納入司法之權限予以推動之作用者均屬之一如現行制度之『公證』，其性質原非屬於司法之範疇；但仍將之歸於司法予以推動，即其一例。所謂狹義之司法、即固有意義之司法，原僅限於民刑事裁判之國家作用，其推動此項作用之權能，一般稱之為司法權或審判權，又因係專指民刑事之裁判權限，乃有稱之為裁判權者；惟我國之現制，行政訴訟、公務員懲戒、司法解釋與違憲政黨解散之審理等「國家裁判性之作用」應亦包括在內，亦即其具有司法權獨立之涵義者，均屬於此一意義之司法，故憲法第七章所規定之司法院地位、職權，即其第七十七條所稱司法院為國家最高「司法機關」、第七十八條之司法解釋權，與增修條文第四條第二項之審理政黨違憲之解散事項均可謂之為狹義司法。至於其為達成狹義司法之目的所關之國家作用（即具有司法性質之國家作用），則屬廣義司法之範圍。」

另外司法權有形式意義與實質意義之分類，形式意義的司法權，是指國家司法機關所行使之權限，係從憲法規定內容，探求司法權之範圍；實質意義之司法權有廣義與狹義之分，廣義司法權是指國家機關在法規範下為民、刑事所行使之一切權限，亦及廣義司法權包括狹義審判權外，還包括司法行政權在內<sup>211</sup>。

故綜言之，司法權（Judicial Power）之意義，分為最廣、廣、狹三義，說明如下：

（一）狹義之司法權指民事及刑事案件之審判權，所謂審判權，乃通過國家審判機關之審理判斷，而實現司法權作用之權能，在理論上審判應以社會關係之糾紛為對象，由有拘束力之法院依照法律規範加以判定。

（二）廣義之司法權是指國家機關在法規範之下為民事、刑事所行使之一切權限，即除狹義審判權外，還包括司法行政權在內，我國現今即是。

（三）最廣義則指審判權、檢察權、偵查權、公證人之公證，乃至法人登記等非訟事件之處理等司法行政權；檢察權非狹義之司法權，釋字第五三〇理由書

<sup>210</sup>請參照 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie，劉幸義等譯之法律哲學，2000/7，頁 35 以下。

<sup>211</sup>請參照請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 538-539；鄭正忠，兩岸司法制度之比較與評析，1999/7，頁 18-19。

「檢察官依刑事訴訟法行使偵查權所關之職務，例如實施偵查、提起公訴、實行公訴、擔當自訴、執行判決等，本於檢察一體之原則，在上開規定範圍內，係受檢察總長或其所屬檢察長之指揮監督，與法官之審判獨立尚屬有間」；另在大陸地區之實務上，司法權涵蓋審判權、檢察權、偵查權和司法行政權，這四項具體司法權分別由人民法院、人民檢察院、公安機關和司法行政機關執掌，其中最高人民法院並有司法解釋權<sup>212</sup>。

我國係採廣義之司法權，實務上由司法院掌管司法行政權，司法院所屬各法院掌理審判權；雖然法院組織法有將法務部檢察署列入，此係便宜之立法技術，非為我國採最廣義司法權，此觀之釋字第五三〇號可知。在一九八〇年後，審檢分立，至二〇〇一年十月五日公布之釋字第五三〇號解釋，將最高行政機關與最高審判機關分割之現制加以根本之改造，並具體要求二年內檢討修正相關之各組織法，因大法官解釋具有拘束力，故司法院、立法院等機關亦有法定義務必須如期完成改制之要求，惟立法院對此解釋及據此而修正之司法院組織法草案，頗多意見。然而大法官立論之主要依據，乃係所謂「司法院為最高審判機關之制憲本旨」，亦即其係依歷史解釋之方法，導出現制違憲之結論。就此，雖不乏肯定、支持之評論<sup>213</sup>，但亦有持質疑、批判之見解者<sup>214</sup>。惟可肯定者釋字第五三〇號解釋認司法權有審判權及司法行政權，採廣義見解。

另亦將司法權有分為形式意義與實質意義，認為司法權作為國家重要權力之一(西方國家為三權分立，我國為五權分立)，只是其形式之意義，凡法律上將之納入司法之權限予以推動之作用均屬之。而實質之意義，則指司法者依據法律，對爭訟之具體事實，在最可能正確的保障下作成權威的法的判斷之國家作用；又釋字第三九二號理由書，則將司法權解釋為：「所謂司法，觀念上係相對於立法、行政而言(我國之憲制則尚包括考試、監察)。概念上原屬多義之法律用語，有實質意義之司法、形式意義之司法與狹義司法、廣義司法之分。其實質之意義乃指國家基於法律對爭訟之具體事實所為宣示(即裁判)以及輔助裁判權行使之作用(即司法行政)；其形式之意義則凡法律上將之納入司法之權限予以推動之作用者均屬之一如現行制度之「公證」，其性質原非屬於司法之範疇；但仍將之歸於司法予以推動，即其一例。

## 二、司法權之範圍

司法權乃國家司法機關所行使之權能，其權力之行使，不宜漫無標準，是以基於保障人權觀點，國家司法權之行使宜有一定之範圍。目前我臺灣地區之司法

<sup>212</sup> 中華人民共和國人民法院組織法第三十三條；轉引自鄭正忠，司法權之意涵特質與發展趨勢，司法周刊 994-996 期，1990/8-9。

<sup>213</sup> 例如法治斌，司法行政與司法審判之分與合，載當代公法新論，2002/7，頁 773-824；張文貞、周志宏等學者，請參照見從釋字第 530 號解釋看司法院的規則發布權研討會議題討論，台灣本土法學雜誌第 32 期，2002/3，頁 145、146。

<sup>214</sup> 例如大法官越黃欽提出之不同意見書；程明修，司法院之組織定位，法學講座創刊號，頁 16-17，2002/3；蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範，月旦法學雜誌第 81 期，頁 52-53，2002/2；李建良教授則主張有關司法行政權之歸屬問題，我國憲法係採開放之立場，見台灣本土法學雜誌第 32 期，頁 125。

制度，係採廣義司法權之見解<sup>215</sup>，此因國父在創立五權憲法時，有鑑於三權憲法，立法干擾行政，使行政處於無能；行政牽制司法，使審判無法獨立，遂將治權分而為五，使五權分工而合作，將審判權與司法行政權納入司法權，不惟有合於機能一致之原則，把且無背於完整司法權之意涵。此完整統一之原則（The Principle of Integration），乃五權劃分之根據，足見五權憲法下之司法權，係包括審判權與司法行政、法務等權限；現行憲法第七十七條亦規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒」，除說明司法制度涵蓋之範圍外，更明列出我臺灣地區除普通法院負責民、刑案件審判外，另設有行政法院掌理行政訴訟之審判；一九九四年八月一日修正公布之憲法增修條文第四條第二項復明定「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理政黨違憲之解散事項」故我國司法制度係採大陸法系體制，與英法法系國家司法體制有別，即在司法制度之基本架構上，除普通法院職司民事及刑事案件之審判外，並設有行政法院、公務員懲戒委員會和司法院大法官會議，分別掌理行政訴訟之審判、公務員之懲戒及憲法與法令之統一解釋。此與英美各級法院對於私法事件、公法事件均有審判權，而其最高法院並有解釋憲法及統一解釋法令之權責不同，應加以區別。

在日本，法院「裁判一切法律上訟爭」（日本裁判所法第3條第1項），惟此原則有若干例外。主要的有 1.如國會議員資格訟爭的裁判（日本國憲法第55條）、彈劾法官的裁判（日本國憲法第64條）等，憲法因特別理由而明文認許由法院以外的機關裁判者。2.像國際法上的治外法權，或是依據條約而限制裁判權等，以國際法規定其裁判權者。3.諸如屬於國會及各議院的自律權（及自主權）之行爲，屬於行政機關及國會自由裁量之行爲，統治行爲<sup>216</sup>、團體內部事項之行爲（如地方議會之紀律、大學自治、政黨對黨員處分、宗教團體）等，雖然是法律上的爭訟，但是因事情的性質，被認為不適用於法院審查者等等<sup>217</sup>。

## 第四項 司法權之本質

### 一、概說

Rudolf von Jhering 嘗說「法律的目的是和平，而達到和平的手段則為鬥爭…，法律的生命是鬥爭，即民族的鬥爭，階級的鬥爭，個人的鬥爭。世界上一切法律都是經過鬥爭而後得到的。法律的重要原則無一不是由反對者的手中奪來。法律的任務在於保護權利，不問民族的權利或個人的權利，凡想保全權利，事前須有準備。法律不是紙上的條文，而是含有生命的力量…，這個鬥爭是由一方要

<sup>215</sup> 司法院除掌理司法解釋權、審判權、懲戒權外，還有司法行政權，見司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/>。

<sup>216</sup> 所謂統治行爲是「直接關涉國家統治的根本，而有高度政治性的國家行爲。」在理論上雖然可能做為法律的訟爭，而由法院作成法律的判斷；但是事情的性質，從司法審查對象予以除外的行爲。在美國則稱為政治問題（political question）。請參照請參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，1995/12，頁301-303。我國在大法官解釋243.328.329.387.419.499及520等七號解釋提及。

<sup>217</sup> 請參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，1995/12，頁300-305。

侵害法益，他方欲保護法益，而引起的。不問個人的權利或國家的權利、其對侵害，無不盡力防禦。蓋權利由權利人觀之，固然是他的利益，而由侵害人觀之，亦必以侵害權利為他的利益，所以鬥爭很難避免。上自國權，下至私權，莫不皆然。」<sup>218</sup>國家或人民因具體個案間的衝突與爭執，要求國家公權力介入而予以就該爭執事件，予以肯認或否定，以避免不理性之自力救濟或暴動產生，該公權力即為司法權；「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力能透過司法結果之宣示，予以具體化，並為法之續造（Fortbildung des Rechts）的一項國家權力」<sup>219</sup>。

## 二、司法權之本質

學者<sup>220</sup>認司法權之本質有：一、其所解決者為具體的爭議；二、須經當事人請求後始能發動作用；三、賦予當事人合於正當程序要求之程序保障；四、以客觀、中立的立場獨立作成決定；五、依據法律作成正確而具有權威性的決定，即司法之特性具有：「個案性」、「被動性」、「正確性」、「獨立性」、「權威性」等特性，此外，復有主張司法權另具有「拘束性」及「權力性」者。相較於行政，其典型特性有一、是社會塑造活動，二、其出發點是公共利益，三、主要是積極的、針對將來的塑造活動，四、是為處理事件而採取具體措施或者執行特定計畫的活動<sup>221</sup>，司法權係就其所審理的標的，為具體的個案，司法乃係針對具體「個案性」的國家作用，其次，司法作用必須以當事人提起訟爭為前提，此即所謂「不告不理」的原則（被動性），須經當事人請求後方得給予救濟，另外，為使司法者作成的法判斷保證其客觀、公正而正確（正確性），必須保障司法權之獨立。最後，司法者就訟爭之法律問題具有絕對的、最後的權威性，司法者作成的決定，除經由司法體系本身賦予的法律救濟途徑以外，包括對個案當事人及其他國家機關均具有拘束力（拘束性），至司法權之「權力性」，又稱政治性，乃以司法權為國家權力之一，勢必具有權力性格，加以近代立憲國家為了強化司法權以對抗行政權與立法權，紛紛採行違憲審查機制以確保立憲民主捍衛人權的核心價值不為侵犯，而違憲審查係以憲法（政治法）為操作標的，自使司法權無可避免的具有權力性。

其次，耶林(Rudolph von Jhering)在其名著「法的目的( Der Zweck im Recht )中所宣示的基本思想：「目的為法全體之創造者」，法之發生原理，以規範原理為名，法具有獨自治則性，此種思想，即意味著裁判官獨立之原則。換言之，司法權獨立之原則，實際上是由法本質所導出之原則，應該是超越三權分立論的自由主義之基礎，直接以法本質為基礎。因此，司法權之獨立，不能以裁判所不受外來拘束為已足，更進一步地，要在對外的保障之基礎，充分以實現客觀正確法之

<sup>218</sup> Rudolf von Jhering 著，薩孟武譯，法律的鬥爭，載於王澤鑑，民法總則，1990/10，頁 1。

<sup>219</sup> 請參照李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障，收於氏著權力分立與基本權保障一書，1999/3，頁 240。

<sup>220</sup> 陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台灣大學國發所碩士論文，2003/1，頁 18-19；湯德宗，在權力分立與違憲審查論文裏，認司法權的本質有被動性、正確性、獨立性和拘束性，收於氏著權力分立新論，2000/12，頁 141-145。

<sup>221</sup> 見 H. Maurer 著，高家偉譯，行政法學總論，台灣元照出版，2002/9，頁 6-7。

任務<sup>222</sup>。

由於司法權，係立於憲法及法律之下，由司法機關就具體個案為法律適用、判斷與執行之權力，透過司法程序，不僅可審查和裁決立法權和行政權是否違憲；並可維護法律制度之尊嚴及不可破壞性，以健全法制，貫徹法治精神。是故以司法權機能為重心之司法制度，其運作結果已凸顯與立法權、行政權迥然不同之特質，茲述明如下：

## 第五項 司法權之特性

### 一、司法權之獨立性

#### (一) 司法權獨立的意義

從權力分立或法之本質可以導出司法權獨立，已如前述，進一步說，為使裁判公正實施，確保人權的保障，擔任裁判的法官，必須不受任何外部壓力的干涉，以公正無私的立場完成其職責。因此，司法權獨立的原則，已成近代立憲主義的大原則，在世界各國的憲法上，廣受肯定。要求司法權獨立的原因，有 1.司法權並非政治權力，受政治性強之立法權與行政權侵害的危險性極大。2.司法權的職責在於透過裁判，來保護國民的權利，有必要排除政治權力的干涉，特別是謀求保護少數者等等；司法權獨立的原則，有兩個意義。其一是，司法權獨立於立法權與行政權（廣義的司法權獨立）。另一則是，法官在裁判時應獨立行使職權，又稱法官的職權獨立，即審判獨立。這種職權獨立才可說是司法權獨立的核心<sup>223</sup>。司法獨立，有三種不同的觀點。第一種認為司法機關只能是法院。「司法獨立僅指審判獨立」<sup>224</sup>第二種認為司法機關應該包括法院和檢察機關，「司法獨立包括審判獨立和檢察獨立」<sup>225</sup>第三種認為，法官、檢察官、司法警察三個機關在刑事訴訟中都是司法機關，因而應該是三者的獨立<sup>226</sup>。

司法權獨立的核心，是審判獨立，亦即法官在審判案件時，不受任何干涉或壓迫而僅依據法律獨立審判之謂。亦即，法官在裁判過程中，只需服從主權代表之立法者所制定之法律而為客觀的決定，對於案件事實之認定和法律適用，不受行政權、立法權之干涉，也不受上級法院或權威勢力之影響。日本憲法第七十六條第三項規定，「法官依其良心獨立行使職權，僅受本憲法及法律拘束。」於此所定之「良心」，不是法官個人主觀的良心，應解為客觀的良心。又，所謂「獨立行使職權」，乃是不受外來的任何指示與命令，只依據自己的判斷而作裁判，立法權與行政權固不待論，即令是司法機關內部的指示與命令，亦予排除。法官

<sup>222</sup>請參照李木貴，日本戰後司法改革有關裁判所組織架構變遷之研究，台灣基隆地方法院出版，2003/6，頁 75-76。

<sup>223</sup>請參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，1995/12，頁 314-315。

<sup>224</sup>「關於司法改革，司法公正及司法獨立」，載自法學前沿第 3 輯，大陸法律出版社，1999 年版，第 43 頁。

<sup>225</sup>請參照王利明，司法改革研究，大陸法律出版社，2000 年版，第 83 頁。

<sup>226</sup>李忠誠，陳剛，中國法學訴訟法學研究會 98 年會綜述，載於大陸中國法學，1999 年，第 1 期。

的職權獨立，不單是不受外來的指示與命令拘束；而且事實上，還包括不受其他機關對裁判之重大影響的要求在內。對法官自由形成判斷，給予事實上重大影響的行為，是會侵犯司法權的獨立的。對司法權的獨立侵害，有來自外面的勢力，亦有由司法機關內部產生的。而一般國民或大眾傳播的裁判批判，是否會侵害司法權獨立，也受到爭論，不過，這是意見自由的問題；因此，裁判批判之可以限制者，以對確保裁判之公正，會產生「明顯而立即的危險」時為限<sup>227</sup>。美國法官 judge Harry Edwards 也曾言：「司法獨立很容易被來自司法本身強力的階級組織與來自立法、行政之政府部門外在壓力所侵蝕。」(judicial independence may just easily be eroded by powerful hierarchies within the judiciary itself as by outside pressures from the legislative and executive branches of the government<sup>228</sup>.)

在西元十七、八世紀三權分立制度未明確建立前，許多民主國家成立之初一般均將人權之維護交由行政權來行使，然根據歷史經驗，行政權代表國家追求公共利益，往往容易忽略個人利益，為確保個人權利不受侵犯，人民逐漸將其自由、權利之維護，託由議會來保障，在此時期人民對國會是比較信賴的。但第二次世界大戰以後，此種觀念已有一些修正，因為人民過度信賴的民意機關，竟造成出賣人民之結果，尤其在一九九三年德國威瑪憲法時代，希特勒根據該憲法第四、十八條獲得國會充分授權後，反而實施集權專制，過度擴張軍國主義結果，釀成大戰，此種痛苦經驗，使許多國家體認到國會不一定可靠，人民為保障其權利，乃將目標轉移到司法權，將司法權委託法官，透過健全司法制度，以保障憲法所規定人民之自由和權利，所以現代民主國家，率皆採行司法審判獨立制度。英國科克法官 (Sir Edward Coke, 1552-1634) 曾謂：「人民權利之保障，繫於法院之能獨立。」；美國著名法政學者 Henry T. Lummis 則稱：「為維護國民之自由，司法獨立有其絕對之必要性。若法官不能獨立，則無人能謂其已擁有權利。蓋公平正義之形象將遭受扭曲，法官將為以眾暴寡者、富人、強權或假藉公平正義之名而遂行其統治之魔神及陰謀家而效力」。是對於司法獨立審判與避免干涉，已成為各國法學家不斷深入之課題。

司法體系是良善還是邪惡，端賴於是否具有公平正義的靈魂，而這一靈魂只能安頓在一顆僅僅遵從法律，沒有任何力量可以干涉，具有司法自主意志<sup>229</sup>，亦即司法獨立的健全頭顱之中。儘管司法的獨立並非等同於司法的公正，但司法的公正卻只能在司法獨立中存活和生長。德國在一八八七年，將「法官獨立」寫進了法院組織法中；再一九一九年，在由德國人威瑪憲法中，「司法獨立」即成為了一個重要的原則。而司法獨立的要旨，不僅是在於司法體系服從法律的唯一性——這只是司法獨立的一個面——另一個面，即司法體系對於外界力量的排斥性更為重要。德國學者在論及司法的獨立性時，曾歸結為：整個司法體系都應當

<sup>227</sup> 請參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，1995/12，頁 314-316。

<sup>228</sup> Michael J. Gerhardt, *The Constitutional Limits to Impeachment and Its Alternatives*, 68 *Texas Law Review* 1, 1989 年，頁 67；轉引自陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台灣大學國發所碩士論文，1993/1，頁 56。

<sup>229</sup> 司法獨立的自主性，請參照釋字第 530：「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；」

獨立於國家和社會間的各種勢力，獨立於上級官署，獨立於政府，獨立於議會，獨立於政黨，獨立於新聞輿論，獨立于國民時尚與時好，獨立於自我偏好、偏見與激情<sup>230</sup>。

十九世紀末，司法獨立的思想輸入中國。一九〇二年（清末光緒二十八年），清廷諭派沈家本與伍廷芳兩人為修訂法律大臣，負責參酌各國法律，修訂現行律例。清朝從此展開法制的革新，西洋法律與訴訟制度也因而開始引入中國。一九〇九年制定的「法院編制法」中，第一次寫入司法獨立的原則。這個法律還沒有頒行，清王朝就滅亡了。司法獨立出師不利。正式確立司法獨立原則的法律是辛亥革命（一九一一年）後的中華民國臨時約法。民國建立後，在清朝既有的基礎上，繼續纂制新律與增設新式的法院（引進歐陸法制<sup>231</sup>）。一九一二年（民國元年）在草擬制定中華民國臨時約法時，對於理想中的司法制度，就明文提出司法獨立的基本原則。按照臨時約法第四十八條的規定，法院由大總統與司法總長任命的法官組成。法院依法律審判民、刑事訴訟（中華民國臨時約法第 49 條第 2 項），且法院的審判須公開之（中華民國臨時約法第 50 條）。對於法官行使職權，臨時約法特別明文加以保障，「法官獨立審判，不受上級官廳之干涉」。此外，法官在任中，不得減俸或轉職，且非依法律受刑之宣告，或應受免除職務的懲戒處分，不得解職（中華民國臨時約法第 52 條）。一九一三年，中華民國約法正式頒佈時，相同的條文也完全保留在約法第六章有關「司法權」的條文內<sup>232</sup>。後來的北洋軍閥政府和國民黨政府都相繼標榜司法獨立，但在軍閥獨裁和一黨專權的壓制下徒有其名。台灣在日據時代，經歷了一段抗爭<sup>233</sup>，政府遷台之後，經我國大法官對依法獨立審判有釋字第三、一三七、二一六、五三〇、五三九號解釋在案，現已落實司法獨立制度。為了確保裁判之正確性，各國皆保障司法獨立。司法獨立表現在許多方面，包括下列的制度：

## （二） 法官任期的保障

美國聯邦憲法規定聯邦法官為終身職，除因行為不檢遭國會彈劾外，不能強迫其去職。德國基本法規定實任法官(原則上為終身職)非經法院判決，不得予以免職、停職或轉任。聯邦憲法法院法官任期十二年，不得連任。我國憲法第八十一條明定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，非

<sup>230</sup>請參照史尚寬，憲法論叢，1973年，頁329。

<sup>231</sup>請參照那思陸及歐陽正合著，中國司法制度史，2001/2，頁4-5。

<sup>232</sup>請參照那思陸及歐陽正合著，中國司法制度史，2001/2，頁360。

<sup>233</sup>司法獨立會因時空不同而有不同效果如：「日本統治期間的政治措施中，日本建立的司法制度對台灣也有相當的影響。早在武宮總督乃木時代，便曾爆發所謂的「高野孟矩事件」(1897)，擔任高等法院院長的高野，在其任內揭發了一連串的弊索，不僅高級官員多人被鋪，設教任官中也有多人家中遭到搜索，並導致總督府人事大變動。可是高野本人卻不但被免去總督府法務部長的兼職，連高等法院的本職也被以違憲的命令停職。他執意上班，甚至被警察逐出。為了支持高野，包括地方法院院長在內，多位法官辭職抗議。此一事件的發生，是因為在「六三法體制」下，日本本土依具憲法保障法官地位的制度，在台灣並不適用所致。雖然如此，日治時期的法官仍然時有依法獨立審判，對抗總督府體制的行動。1924年著名的「治警事件」中，對於此一因位要求設置議會而遭到起新的案件，一審庭畏不僅依據法理批駁與犯罪事實無關的政治指控，而且一審判決被告全部被判無罪。這是日治時期台灣司法史上，值得一提的事情。」請參照薛化元等著，中國現代史，1999/10，頁156。

依法律不得停職、轉任或減俸。」釋字一六二、五三九亦有解釋；司法院組織法第五條第二項原規定，大法官任期每屆為九年，未限制連任次數。民國八十六年修憲後增修條文第五條第二項將大法官任期減少為八年，且明定不得連任，固可減輕「大法官未有連任限制恐影響其事實獨立」之顧慮，惟增修條文同一條項並規定「為院長、副院長之大法官，不受任期之保障」，則有商榷之必要。蓋如以兼院長、兼副院長之大法官為政務官，非為法官，故不予任期保障，則至少應維持現制，使院長、副院長不由大法官兼任，不得參與釋憲決定；反之，既規定院長、副院長由大法官兼任，而得參與釋憲決定，卻不保障其任期，豈非使其無法獨立？此種明白干涉司法獨立之立法例，堪稱舉世民主國家憲法所僅見！

### (三) 法官待遇之保障

我國憲法第八十一條規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」。美國聯邦憲法第三條，亦規定聯邦法官於任職期間不得減俸。

### (四) 避免利益衝突

為求客觀公正之裁判，所謂「球員不得兼裁判」，或「任何人不得自斷其案」(no man can be a judge in his own cause)的觀念，無人能於自己案件擔任法官(Nemo Judex in re sua)此為「自然正義」(natural justice)的一部份。因此，法官對於與其自身有利害關係的案件當然應該迴避；甚至，對於可能啓人以利益衝突疑竇(疑似利益衝突)的活動，皆應注意避免。我國憲法第八十條明定：「法官應超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」良有以也。又基於司法權的被動性，不告不理，當然不能自告自理，自為原告兼法官，否則即失法官公正(justice)之本質；此亦法官應自制<sup>234</sup>之處。

司法獨立之內涵、法官集體獨立(集體獨立或司法權的獨立)、法官職務獨立(或實質獨立)，以及身分獨立等四個層面論述之，認司法獨立具有以下三個層次：一、個案審判獨立，二、訴訟程序獨立(以上二個層次的司法獨立均是人民訴訟權保障的前提，亦是人民訴訟權的內涵)，三、法官集體獨立(從制度面觀察，涉及法官集體獨立之制度有法官人事制度與司法預算制度)；亦即司法獨立包括：一、法官集體獨立(或稱集體獨立、或司法權的獨立，包括法官預算、法官人

<sup>234</sup>此處法官自制與司法自治不同；所謂的司法自制(judicial self-restraint)，係指法院以其自身發展的法律原則，拒絕受理案件或拒絕針對案件所涉之爭議，作出裁判(self-denying policies to avoid reaching issues in the cases)。這些法院自己發展用來拒絕受理案件或處理案件所涉爭議的法律原則，包括「判決先例拘束原則」(stare decisis)、「案件爭議可司法性原則」(justiciability)、「政治問題不受理原則」(political question)、「聯邦議題原則」(substantial federal question)...等等。不過，也正因為「司法自制」的相關原則是由法院自己發展出來的，其內涵並非確定，適用標準各異，類同的政治問題，法院時而加以受理，時而高舉「司法自制」的標幟而不予受理。從而，學說上，遂將法院經常且嚴格適用前述司法自制原則的情形，冠上「消極」(passive)之名(著名美國憲法學者 Alexander M. Bickel 甚至正面肯認此種司法消極(passive virtues)，認為適當的司法消極態度是保障司法正當性的不二法門)，相反地，當法院較不受前述「司法自制原則」的拘束時，則稱為司法之積極(active)。引自葉俊榮、張文貞，轉型法院與法治主義，收於行政法實務與理論(一)。

事之獨立，以及司法機關規則制訂權、法官自治等制度)，二、法官職務獨立(或稱審判獨立或實質獨立，包括外部獨立、內部獨立與內心獨立)，三、身分獨立，四、訴訟程序之獨立等四方面。<sup>235</sup>

我國釋字第五三九號解釋、釋字第五三〇號解釋、釋字第四三六號解釋、釋字第三九二號解釋、釋字第四〇七號解釋、釋字第三七一號解釋、釋字第二一六號解釋、釋字第一三七號解釋、釋字第三十八號解釋等號解釋中，均論及「司法獨立」或「審判獨立」等概念。其中，釋字第五三九號解釋另已論及「法官自治」的相關概念（協同意見書中大法官孫森焱表示：關於合議審判法官之配置係屬法官自治事項）。

### (五) 法定法官原則

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。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，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，但由於這些「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，也是人民訴訟基本權的隱形劊子手<sup>236</sup>。

## 二、司法權之中立性

司法機關職司審判，須就訟爭案件，判明是非曲直，以實現法律正義，但法官在裁判過程中，雖得主持公道，但無權決定公道之內容，此與從前專制時代，帝王同時握有立法及司法大權，由其一人好惡來作決定大不相同。近代公道標準，即是國家法律，必須由代表民意之立法機關制定，法院非特不能置喙，亦不容予以曲解。故法院之於法律，只有適用問題，法官對於法律之態度是客觀而中立的，不得以法律之不完善為藉口而拒絕適用。蓋法律之正當與否，乃屬於立法權之範圍，非司法者所宜過問，否則有悖於立法、司法分立之體制；況法律之訂立，是否適當、完善，究無一定客觀標準，如允許法官有審查法律之權限，則國家法律之效力，任由法官個人取捨，不但失去效力，甚至造成剛愎專橫，單憑一

<sup>235</sup>請參照李惠宗，司法預算與司法獨立，收於權力分立與基本權保障，1999/3，頁211-213；陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台大國發所碩士論文，2003/1，頁36-39。

<sup>236</sup>請參照李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障，收於氏著權力分立與基本權保障書，1999/3，頁239-243。

己好惡裁判案件之結果，所以除法律形式違憲得拒絕適用外，凡未經宣布無效之法律，一般法官均不得拒絕適用。英國著名法官韋利斯(George Willes)曾謂：「我人承認國會所通過之法案乃我國法律，我人坐此席，實為女王陛下及立法者之臣僕。若國會之法案不甚適當，惟立法者可予糾正及予以撤銷。法律在其仍為法律之日，法院就只有服從」，此正代表英國對司法制度之共同態度。所以法律之制定、公布是否週全、妥適，輿論可以批判，立法者可以修正，學者可以加以探究，但法官之職責只在執行法律、適用法律、不得否定法律之效力，而拒絕適用，致違背司法裁判是非，定分止爭之功能。故職司審判工作之人員，務需自我期許，堅守「僅主持公道而不決定公道內容」之防線，妥當適用法律，以彰顯司法制度內「司法權中立性」之本質。

### 三、司法權之被動性

司法權之發動與行政權之積極主動有極大差別，此因行政是追求國家利益的作用，除了要具備合法性外之，還要兼具合目的性，以執行公務，實現法律規定的任務；而司法所追求之目的，為「正確為法的判斷」，以保障人民權益，基此，行政應依職權、主動適用法令，不必等待人民之申請，而法官則要嚴守不告不理原則，消極被動行使職權，所以從其作用來看，司法制度之另一明顯特質，即其被動性，只有在被請求時，才發揮作用，亦即「無訴即無裁判」。所謂被動行使職權，表現在下列幾個方面，(一)無論民事或刑事案件，非經當事人提起訴訟，法院不能自動審理，係採取不干涉主義。(二)當事人除須自行起訴外，有關的證據資料及訴之聲明等均須由當事人自行主張，除有特別規定外，法院不得就未聲明之事項而為判決(三)對於法令之解釋，非經聲請，則無提供解釋之義務。蓋司法機關並不能主動地適用或解釋法律，惟有法律爭訟事件提出於法院，法院方得加以審理，此在民事訴訟「不告不理」原則下，固無論矣；在刑事訴訟上，法院固可依職權調查證據，以期發現真實，但審判程序之進行，仍須以自訴人提起自訴或檢察官提起公訴為前提；至於法令的解釋力面，縱如我國設有大法官會議，職司憲法之解釋，並有統一解釋法律及命令之權(憲法第 78, 79 條第 2 項)然亦非有其他機關或人民依法定程序提出聲請，則不予解釋。司法活動最高的價值在於實現正義(justice)。正義雖有不同的觀點與定義，但恆牽涉「對與錯」(right and wrong)「真與假」的判斷。法院的任務向來就在平亭曲直、評斷是非。追求正確乃「司法部門」(「司法」)與「政治部門」(包括「行政」、「立法」)之重要區別。誠然，法律與政治(law and politics)因互動頻繁，彼此間的區別已日漸模糊，但終究還有若干根本的差異。政治人物可以(實際上也常常)主張正義，但卻無須以正義為行事之圭臬。政治人物一般只需努力實現「民之所欲」，僅僅因為其為「民之所欲」，即可；相較之下，法官僅有判斷何者為正確(just)的權力，而且須恪遵為指導其權限行使所訂定的程序規範(Procedural norms)，才能獲得此一判斷的權力。為追求正確，就不能模稜兩可；司法講求正確(故曰「裁判」)遂與政治講求妥協(故曰「藝術」)者不同。準此理解，司法絕非萬能，有些事務(特別是沒有對錯可言者)法院是無能為力的。「正確性」與上述的「獨立性」構成司法裁判正當性(legitimacy)的基礎。

## 四、司法權之公正性

司法制度之第四個本質，乃司法權運作過程之公正性，而公正（Justice）一詞，本具有公平、正義、正當的意思。通常以訴訟作為解決爭議之方法，實際上也就是在當事人間合理地分配程序性和實體性權利和義務之過程，它本質上應以實現公平、正義作為最高價值。訴訟的進行，係以權利和義務發生爭議為基礎的，此種爭議之存在，卸意味著當事人間權利義務關係的扭曲和混亂，訴訟旨在對其加以矯正，為了實現此一目的，該矯正手段，當然應具備公正性，只有公正的裁判，才能體現法律正義的內涵，解決當事人爭議。為達司法運作之公正性，所以要有訴訟法作詳細的程序規定，以保證公開審理、公開辯論、詳實證據調查及給予當事人充分發表意見之機會；法官在裁判時，應本吾心如秤之態度，超然於原告與被告之外，依法而為客觀審理，評斷是非曲直，以維繫司法之公正；對於裁判之結果，更應設有審級制度，以保護人民權益及法院認事用法之正確性，庶免人為疏失影響司法之公正和客觀。綜上可見，公正價值對於司法權而言，尤屬重要，不公正的訴訟過程，無法貫徹實體法之規定及其所彰顯法律正義之實現，會弱化公眾的守法意識，使人民不信賴司法，最終在社會上增添更多不良示範，所以我們可以說確保訴訟公正與程序保障，厥為司法運作之靈魂和生命。

## 五、司法權之權威性

司法權乃是對所有案件，就法之認識、決定所宣告何者為正當之作用，故在法的標準下，法官皆有其審查案件可能性，該項審查具有「最後拘束性」，其他國家權力機關不得加以變更。是以，本於三權分立原則，對於具體法律問題，司法機關是最後一道防線，其所作成的裁判或解釋是最後的、最權威的。在講求私法自治之現代社會中，人民在進入司法程序尋求保障個人權益時，常先利用其他救濟程序，如民事調解、調處程序、仲裁程序和解程序；對於行政事件，更有訴願或行政訴訟等程序，以解決私人間或私人與公法人間之爭議，但不可否認的，上開行政機關或法律授權之機關，雖可本於職權，作成決定，但最後仍可能被司法機關或其上級機關加以撤銷。然而司法機關之決定，除司法機關本身之審級救濟等制度外，原則上不被其他機關所變更；換言之，憲法保障關於法律問題，司法機關獨有說最後一句話的權限，亦即作最後決定之權限，具有最高的權威性。

## 六、司法權之審查性

司法權原本是國家權力中很弱的一環，依孟德斯鳩理論，其當時談到司法應從執行權中獨立出來時，其所指的司法是民、刑事訴訟之審判，所以，其雖認為司法要獨立，可是卻又認為司法權在某些情形下幾乎等於不存在，其除了提倡三權分立之外，又倡導制衡的觀念，而由制衡的觀點看來，他認為司法沒有辦法制衡行政及立法，他所提出的制衡，是指行政和立法之間的制衡，而不是由司法對立法或行政之制衡，就制衡這一點，他認為司法是等於零，但自美國聯邦最高法院院長馬歇爾( John Marshall )於一八〇三年審理 *Marbury V. Madison* 一案時，確立了違憲審查制以後，司法權乃因之被賦予憲法維護者的角色，司法者在此負有

守護國家最高法律規範的重責大任，因違憲審查制度的建立，司法擔綱起解釋憲法與法律的責任，此種趨勢，因行政訴訟亦列入司法權之範圍，使司法權對行政權有一定程度的合法性審查權，更形強化，此種變化，使司法權的實質意義內涵由單純的「具體的法律適用」，演變成包括「抽象的法之發現權」<sup>237</sup>。

司法權有其法律意義，亦有其政治意義。法律功能上的發揮在於司法權中的審判權，而政治功能上的發揮則在於司法權中的釋憲權。我國司法院大法官釋憲制度係採併行抽象及具體集中型（釋憲權與審判權分開）的審查模式，因而益發突顯其政治功能，惟釋憲權既規制於司法權之一環，則於功能的發揮上即須兼顧其司法權的本質—被動性、正確性、獨立性與權威性，秉持功能結構的觀點，基於保障基本人權及維護憲政秩序的使命與任務，以為事後合憲性的控制。

### （一） 違憲之憲法規範的審查

美國 Marbury V. Madison 一案，確立了違憲審查制，違憲審查顧名思義原是指審查位階低於憲法的規範，諸如法律、條約或命令等有無牴觸憲法。以修改憲法程序制定的修憲條文或變更憲法的法律，與憲法同一位階，理論上不發生憲法違背憲法的問題。不過在實際的經驗中，違憲之憲法規範(Verfassungswidriger Verfassungsnorm)的出現，也非罕見。所謂違憲的憲法規範，不是單指修憲條文與憲法本文規定的內容不同，這是當然之事(如果相同何必修憲?)，而是指新制定憲法條文悖離憲法原本的精神或基本原則，當修憲機關以正常修憲程序制定這類憲法條文時，便是所謂憲法破毀(Verfassungsdurchbrechung)。違憲的憲法規範在威瑪憲法時期首先出現，當時憲法學理上也予容認。戰後西德基本法為避免威瑪時期憲法破毀的重現，始有基本法第七十九條第三項之設：基本法第一條保障人性、德國人享有不容剝奪不得讓與之人權，基本權利並有直接拘束立法、行政及司法的效力；基本法第二十條民主國、社會的聯邦國、國民主權、三權分立及反抗權，均不得以修憲方式變更。上述基本法的規定顯然是受戰前史密特修憲應有界限學說的影響。

### （二） 司法對行政行為之審查

司法對行政行為之審查是以行政法院事後審查政府行政權之行使是否合法，以保障人民權益，此亦明文規定於我國行政訴訟法第一條。

## 第六項 審判獨立

### 一、 意義

審判獨立為司法獨立之核心，根據一九八二年十月二十二日在印度新德里由國際法曹協會（The International Bar Association），所通過之「司法獨立之最低標準法」（The International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial

<sup>237</sup>請參照翁岳生，司法權發展之趨勢，收法治國家之行政法與司法，1987/4，頁 336-340；李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 538。

Independence)」，認為完整之審判獨立概念，應當包括四個不可分割之基本內涵，即實質獨立、身分獨立、內部獨立及集體獨立。

一、實質獨立 (substantive independence)，乃法官在履行審判職能以及制作司法裁判過程中，只能服從法律之要求與其良心之干涉。

二、法官之身分獨立 (personal independence)，是指法官執行審判職務之任期和條件應當得到充分保障，以確保法官個人不受行政機關之控制。

三、是法官之內部獨立 (internal Independence)。所謂「內部獨立」，是指法官在執行審判職務過程中，應獨立於其同事和上級法院法官。「國際法曹協會司法獨立最低標準法」第四十七條亦規定：「法官在做成裁判過程中，應獨立於其同僚及其監督者。」。

四、審判獨立之最後一個概念為集體獨立 (collective Independence)，按審判獨立要求法官不僅免受行政機關之控制和其他政治壓力，而且也不能受到任何可能對其執行司法職能產生影響之經濟或財務方面之干涉或限制。法諺有云：「裁判不知父亦不知母，只顧真理和正義。」(Justice knows neither father nor mother, but regards truth alone.)<sup>238</sup>為維持法官審判獨立，法官免責原則亦極為重要。

我國釋字第五三〇「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，…」。

所謂審判獨立，係指法官應依自己之自主判斷，本於良知確信<sup>239</sup>，適用法律，不受任何干涉；亦即法官所為之裁判，除應依據法律為之者外，其在職務上完全獨立，關於訟爭之具體案件，不受訓令拘束，亦不受其他權威勢力影響。法官審判獨立有認為<sup>240</sup>有以下內涵：(一)對法院內之獨立 1.獨立於職務監督長官 2.獨立於上級法院 3.既定之事務分配不可變更 (二)對法院外之獨立 1.獨立於行政機關 2.獨立於立法機關 3.獨立於監察機關 4.獨立於考試機關 5.獨立於當事人 6.獨立於一般人民 7.獨立於新聞媒體 8.獨立於利益團體 9.獨立於政黨。此種分類，較傾向實務性；依英國學者 Stephen 教授之見解，認為「一個只根據法律實現正義，而不受政府政策和傾向性影響的司法機關，才是獨立的司法審判機關。」芬蘭學者 Taipale 教授則認為審判獨立之最基本要求，在於「司法機構只根據法律實現正義，只有法律才是影響其判決內容的唯一因素。其他任何政府機構，無論其地位多崇高，都不能對司法機關所作之判決予以干涉。司法獨立是確保公民法律安全之一道屏障。」上述學者之觀點雖指出，審判獨立原則之重心在於要求法院判決形成過程中，應抱持獨立自主之立場；此種意義之審判獨立原則儘管相當重要，但它只是司法獨立概念的一部分，即只是法院之實質獨立，而非審判獨立內涵之全部，如同美國學者 Shimon Shetreet 教授所謂：「現代意義之審判應包括司法機關整體上之獨立。同樣審判獨立也不僅僅只在確保法官免受行政

<sup>238</sup>轉引自鄭正忠，我國現行審判獨立制度之探討，「司法制度概論」補充教材，載於第300期空大訊—補充教材。

<sup>239</sup>如德國法官法第三十八條(法官之誓言)法官應於法院之公開法庭宣誓，其誓詞如左。「余誓以至誠，恪遵德意志聯邦共和國基本法及法律，忠實執行法官職務，全憑良知良心，摒除人事關係，唯真實及正義是從。上帝明鑒，謹誓。」；另釋字第530有「憲法第八十條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。」亦同旨意。

<sup>240</sup>見司法院法官法草案研究彙編(一)，1990/10，頁370-371。

機關壓力，或立法機關干涉，它也應包括法院之內部獨立，即法官獨立於其同事或上級。」我國法官守則「法官應超然公正，依據憲法及法律，獨立審判，不受及不為任何關說或干涉。」即為此義。我官大法官會議解釋，有提到司法或審判獨立者計有一百五十號<sup>241</sup>，可見其重要性。

法官審判獨立之保障，並非給予法官所有之恣意行為，亦即並非以人為指向，而係以行為為指向之保障，其範圍限於法官之裁判行為，法院行政與司法行政則不與焉。蓋獨立非法官之特權：本身無自我目的，而僅是為使法官得以超然、客觀地自由裁判故也<sup>242</sup>。

裁判行為包括 1.固有之審判行為 2.所有與發現法律有直接、間接關聯而為裁判作準備之行為，例如期日之指定、傳喚、期間之延長與縮短 3.審理過程中所實施之行為，例如訊問證人或，鑑定人、實施法庭警察 4.裁判後之行為，例如判決之更正等是。亦即凡與法官之發現法律及維護法律和平任務有關者，均為裁判行為，其標準乃視該事務是否以法官事務（richterliches Geschäft）被執行，亦即是否以法官之資格從事而定，因此非訟事件與司法年度事務分配會議，本質上雖非裁判行為，但均係以法官事務被執行，故實可歸入裁判行為之範疇。法官之職務保障

我國憲法第八十一條前段規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職」，又公務人員退休法第十六條亦規定：「本法所規定之命令退休，不適用於法官，但法官合於本法第五條第一項規定情形之一者，亦得自願退休」，則法官終身職之意義為何？法官之免職原因，依上規定，固有刑事處分、懲戒處分，以及受禁治產宣告三者，惟以上之免職原因，究係列舉規定或係例示規定？如係列舉規定，法官非具有上述三種原因之一，不得將其免職，反之，如係例示規定，則於具有與上述相當之原因，認為法官不能繼續執行職務之時，於一定條件之下，亦可將其免職，主張其為列舉者，認為以上三種免職原因為憲法之直接規定，其他法律不能另創其他任何原因，以為法官免職之理由，若無上述原因之一種或數種，即不得予法官免職處分，而主張後說看法者，有基於憲法之法條有限，規律之事實無窮，社會現象復變化多端，不容拘泥文義，為過於機械之解釋，而認為：憲法之規定，多具有綱領性，恆採取重點主義，擇尤例示，故除特殊重要之規定（如憲法第二十三條之規定）外，以視為例示規定為宜，亦有自「人性尊嚴」、「國民主權」、「制度機能論」與「制度性保障<sup>243</sup>」等觀

<sup>241</sup> 法學檢索系統搜尋結果。

<sup>242</sup> 請參照程春益，法官之職務獨立與職務監督，政大法研所碩士論文，1988/6，頁 69。

<sup>243</sup> 最早提出「制度性保障」一詞者，可以 Carl Schmitt 見解為代表，氏認為「制度性保障」者，乃指在憲法的規範之下，某些具有一定範疇、任務及目的之制度為國家憲法所承認，應受到憲法的特別保護，而非立法者所能加以廢除者。而 Carl Schmitt 所以特別提出「制度性保障」之理論，乃係因十九世紀末二十世紀初的憲法理論，關於憲法中人民基本權利之規定只是一種「綱領條款」，對於立法者而言，僅是一種政治上的宣示規定，對之並無拘束力。是故，藉由「制度性保障」理論之提出，用以和基本權利相區別，以突破立法者不受基本權利拘束之藩籬。而德國早期學說與憲法法院受到 Carl Schmitt 影響，咸認為制度保障所稱之制度，指的是規範具有制度特徵之特定基本權利所保障社會生活事實之法規範總和，而制度保障指的是保障這些制度中具典型特徵的傳統核心原則，免於遭受立法者的侵犯。所以 Carl Schmitt 的制度保障所保障的，只是一種「現狀的擔保」而已，並未課與國家積極創設一理想制度之義務。德國自二次戰後，基本權

點，贊同上開條文僅為例示之規定，並解釋法官終身職之意義，為「法官在退休年齡屆滿前，非有法定原因，並經法定程序，不得將其解職」，而非「法官終其一生，永遠為法官」者；以上二說，基於司法權係為國民存在之意義，本文以為國民應享有完善之訴訟基本權利，而法官亦應提供高品質之司法給付義務，是於法官之身心狀況與汲取新知之能力，走向下坡時，固應設有法官強制退休之制，以維裁判之高品質，並藉以帶動司法之新陳代謝，惟「退休」與「免職」有別，其等之法律效果，雖均係去職務、去職位以及去官銜，但退休制度，並非在使不適格之人員去其職位，而是在使人事上得以新陳代謝，同時並啟後進之路，此外尚具有崇德報功，敬重老人之作用，故對於退休人員給與退休金，而免職人員則否，因此，退休與免職不僅作用各有不同，且就受領退休金與否也有重大差別，二者乃分屬不同之概念，不能因其皆有去職、去官之效果而混為一談，準此，將來立法命令法官退休，不能因有憲法第八十一條列舉法官免職之原因規定，而指其有違憲之嫌，是上開免職原因，縱將之解為列舉規定，因無礙於法官命令退休制度之建立，不致害及人民之訴訟基本權利，故宜將之解釋為列舉規定，以維護司法獨立，並保障法官之身分。至法官為終身職之意義，並非終身任職或任職至死亡之意，而是其任期不受一定時間之限制，但所謂任期不受一定時間之限制，必須以法官之身體與心智能勝任審判職務為前提，否則終身職之保障，將變成毫無意義。國家賦予法官較一般公務員多之保障，但是如何防止外力與內部之干涉審判獨立，於是有法官自治之需要，藉由司法獨立與法官自律，達成國民給付之義務。

## 二、法官免責原則

### (一) 法官免責原則之意義

自法官身分獨立之理論言，為實現法官身分之獨立，不僅應排除對於法官之不適當行政控制及其潛在壓力，尚應同時免除法官對於其所處理特定案件時當事人或利害關係人所施予之潛在壓力，即應免除法官因執行審判職務之作為或不作為所引起之訴訟及作證之職務原則，此謂之法官免責原則<sup>244</sup>(Principle of judicial immunity)，為現代法治國家所承認，國際法曹協會司法獨立最低標準法第四十四條以及一九八三年蒙特利司法獨立世界宣言第二之二十四條分別明文定有：「法官對於其執行法官職務之有關事務，應享有不受訴訟及不出庭作證之免責權」，

---

利之理論幡然改貌，基本權利除了具有主觀的權利性質，同時亦蘊含有客觀的價值決定。德國實務及學說在闡釋「基本權利客觀功能」之具體內容時，將「制度性保障」的觀念視作基本權利的客觀面向，使之成為基本權利的內涵之一。易言之，「制度性保障」已非如當初 Carl Schmitt 的原始構想為相對立之概念，而是合而為一，故一般稱為「基本權利之制度性保障」。且新的制度保障功能不再只是消極的現狀擔保，同時也課與立法者積極去形成、保護之義務。<sup>243</sup>早期將像公務員制度、地方自治等公法性質者稱「制度性保障」；婚姻、家庭等私法上的建制稱「制度保障」。不過後來使用上述兩種概念，則不再加以嚴格區分，但也有不少文獻以「建制保障」來總括制度性或制度保障。參閱吳庚，憲法的解釋與適，2003/4，頁 120。李建良，論學術自由與大學自治之憲法保障，收於憲法理論與實踐（一），1999/7，頁 164-165。許宗力，基本權的功能與司法審查，收於憲法與法治國行政，1999/3，頁 176。

<sup>244</sup>請參照陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台大國發所碩士論文，1993/1，頁 63-66。

及「法官因執行職務之作爲或不作爲，應享有不受訴訟或騷擾之免責權」，因法官身分獨立爲權力分立理論下之必然結果，法官免責原則又爲司法獨立中必要之內容，是法官免責具有優先性，在司法獨立爲憲法明文保障之國家裡，具有憲法之利益，因此，追究法官之責任，自應受此原則之限制，如同憲法保障國會議員之言論免責權一般，任何對於法官責任之法律規定，均不能與此原則牴觸，對於法官科以責任之法律，只有在不違背此原則下始能成立，故將此原則法律化，將能使法官更無懼於其職務之執行，蓋因如未限制不滿判決結果之當事人或利害關係人，恣意對法官提起訴訟，致使法官暴露在易受訴迫之危險中，不免使法官必生動輒得咎之威，而餒於對訟爭作出判斷，機巧尋倖之人，尤可藉對法官提起滋擾訴訟(vexatious action)<sup>245</sup>，羞辱法官、或干預、延滯、影響法官心證之形成及法律之適用<sup>246</sup>，而所謂之訴訟應指民事、刑事、行政及懲戒訴訟而言，至於各國憲法中追究法官政治責任所設計之彈劾制度，因屬於權力分立理論下政治制衡之基本假設，自不應包括在內。

## (二) 法官免責原則之範圍

法官免責原則，旨在免除法官因執行審判職務之作爲或不作爲所引起之訴訟及作證之職務原則，該原則適用範圍之判定，即應建立於適用該責任之原則，是否足以妨礙法官自由、活潑及獨立的執行其審判職務，因此，法官免責原則，係以法官執行其審判職務之行爲(裁判行爲)爲其範圍，而所謂裁判行爲，包括一、固有之審判行爲；二、所有與發現法律有直接、間接關聯而爲裁判作準備之行爲，例如：期日之指定、傳喚、期間之延長與縮短；三、審理過程中所實施之行爲，例如：訊問證人或鑑定人、實施法庭警察權；四、裁判後之行爲，例如：判決之更正等，亦即凡與法官之發現法律及維護法律和平任務有關者，均爲裁判行爲，其標準乃視該事務是否以法官事務被執行，亦即是否以法官之資格從事而定，至於非裁判行爲(例如：司法行政與法院行政)，並非法官執行審判職務之行爲，自非法官免責原則適用之範疇。

## (三) 法官免責原則之界限

古代法官誤判的責任：在古羅馬初期，當事人不服判決可以請求同法官進行決鬥。到了羅馬帝國以後，通過上訴制度，原判決一經被推翻，原審法官要受刑事處罰<sup>246</sup>。十三世紀以前，在法國廣泛使用司法決鬥，不僅當事人之間、當事人與證人之間可以提出以決鬥來判定是非、證明公正，而且當事人或證人也可以在判決宣佈時立即提出請求同法官進行決鬥<sup>247</sup>。中國古代司法的特點是司法、行政合一，官吏們除負有行政職責以外，還行使司法審判權。爲了保證法律的正確執行，各朝代對官吏在審判方面的法律責任都有規定。在漢代，官吏聽訟斷獄出入人罪的，都要受到法律制裁。「吏釋罪人，疑以爲縱出，則急誅之。」對故縱謀

<sup>245</sup>請參照蔡新毅，論法官之職務監督，載法官協會雜誌第3卷第2期，頁443。

<sup>246</sup>請參照周柵，羅馬法原論，大陸商務印書館，1994年，頁923；轉引自王盼、程政舉著，審判獨立與司法公正，2001/7，頁374。

<sup>247</sup>請參照陳盛清，外國法制史，北京大學出版社，1982年，頁96；轉引自王盼、程政舉著，審判獨立與司法公正，2001/7，中國人民公安大學出版，頁374。

反的，要加重處罰。唐律的「斷獄律」對司法官吏的審判責任作了十分詳細的規定：司法官拷訊囚致死者，司法官徒二年<sup>248</sup>。

然為免影響法官之獨立審判，法官執行其審判職務之行爲(裁判行爲)，雖有法官免責原則之適用，然上揭原則，並非法官之特權，如法官因故意或重大過失違背其應負之裁判行爲時，亦有以上原則之適用，法官仍可不必負任何之責？若是，不但違反權利伴生責任原則，亦與前述國民主權原理之司法意義相背，故法官如因故意或重大過失違背其應負之裁判行爲時，即不得阻卻其責任，因故意違背其應負之裁判行爲，已故意違背法官應依據法律獨立審判之基本義務，既屬違法，不論民、刑、行政責任，自不能免責，另法官重大過失之行爲，其違失既達重大而明顯之程度，稍加注意即可避免之，應認其嚴重違背依據法律謹慎執行職務之基本義務，而不受保障，例如：在英國，依通說，只要係在其管轄權內之司法行爲，法官享有司法免責權，但其惡意行爲則可能被訴，如顯然因適用法律錯誤或不合理之事實錯誤，致行權限外行爲，則須負侵權之責；至於對於法律問題之不同意見，如係基於法官之確信，縱與既成之判例見解不同，除依審級程序加以救濟外，尚不能認其係故意違反依據法律之義務，而予追究。我國亦採此種見解。

### 三、「法官之獨立」與「法院之獨立」

「法官之獨立」與「法院之獨立」有區別之必要，僅言「審判之獨立」固尚不足以釐清存於合議制審判與獨任制審判間之問題層面，尤不宜在此改用「法院之獨立」的概念。按：德國之法院組織法第一條固然明定「審判權由法院依據法律，獨立行使。」是由「法院」獨立行使，而與其基本法第九十二條、第九十七條等規定以「法官」之獨立指稱者或其法官法第一條謂職業「法官」及名譽「法官」等情形，有所不同；此外，並有主張宜使用「法院之獨立」一詞之論者認為，應以「法官之獨立」，而非以「法院之獨立」為問題對象。不過，在此須特別強調應優先保障者乃「法官」之獨立，而不應僅滿足於保障「法院」之獨立為貫徹憲法上保障法官獨立審判之意旨，非惟須著重於強調保障「法官之獨立」逾於「法院之獨立」，同時也應該適當處理或重新調整職務監督權、人事考核權之行使與法官獨立保障等相互間之緊張關係與拮抗關係。此外，應認知：為了貫徹法官獨立之原則，一方面於制訂法官法時，固然亦有必要明文保障「法官」獨立審判。且應適度節制庭長即審判長對庭員之人事行政權及考核權，使同審級法官(含合議庭之審判長及庭員)之地位趨於完全平等。亦即，承認同審級法官相互間祇有審判基能上之角色分配，而無人事地位上之等差。為保障法官真正獨立，不宜承認院長、庭長無須經由民主程序之權限賦予，即可在人事上當然處於上位。準以此觀，無條件賦予非經民主程序產生之法院院長或參與合議審判之庭長有考績權之規定，因不合憲法保障法官審判獨立之精神，尚有商榷之餘地<sup>249</sup>。德國法官

<sup>248</sup>請參照王盼、程政舉著，審判獨立與司法公正，2001/7，頁374。

<sup>249</sup>請參照邱聯恭，現代律師之使命、任務、功能，收於氏著司法之現代化與程序法，1999/9初版六刷，頁62-64。許正順，我國法官職務監督之研究-以職務法庭之設立為中心，2003/1，世新大學法學碩士論文，頁12-14。

法第三十九條「法官無論在其職務內或職務外之行爲，暨在政治活動中之行爲，應不得損及對其獨立性之信賴。」係規定法官有獨立性之確保之特別義務。「法官是法律世界的國王，除了法律就沒有別的上司。」<sup>250</sup>法官沒有上司才能獨立；故司法獨立不僅是指法院獨立，更重要的是指法官獨立。完整意義的司法獨立當包含法院獨立與法官獨立兩種意思：法院獨立是法官獨立的有力保障，法官獨立是法院獨立的終極目標。

中華人民共和國現今法官不獨立，法院獨立之制度<sup>251</sup>，認為法院審判獨立與法官審判獨立不同，獨立不是基於分權制衡之原則而來，而是根據社會主義法制統一原則而來，所實施的是民主集中制(人民法院組織法第 11 條第 1 款)，故稱法院審判獨立而非法官審判獨立，法院內設審判委員會討論、決定重大疑難案件，與一般所謂的「法官審判獨立」強調法官個人只服從法律，按自由心證裁判案件者不同，此種民主集中制之審判設計，造成審判工作行政化。在中華人民共和國人民法院審判案件不受行政機關、社會團體或個人之干涉，在院內採民主集中制，設審判委員會討論院內重大或疑難之案件，就法官個人而言，並無謂審判獨立。審判委員會在庭外決定裁判內容，亦與直接審理之原則相抵觸。在中華人民共和國實務上常見法官向庭長、院長請示，院長如不能決定，交審判委員會討論或向上級法院請示，在在均使審判工作行政化<sup>252</sup>。

## 第七項 法官之職務與責任

### 一、前言

吾人不禁問起：國家設官分職，各有所司<sup>253</sup>，法官所掌之司法權力那麼重大，關係人民之生命、自由、財產權等，而「權力有腐化的傾向；絕對的權力，絕對的腐化」<sup>254</sup>。那麼，國家設法官一職，是否具有必要性？

在古代人事單純，法條又簡單明確，例如西元前一九五〇年，漢穆拉比法典就明確規定：「如果某人毀壞了另一個人的眼睛，他們將毀壞他的眼睛」(If a man destroy the eye of another, they shall destroy his eye.)；又如西元前二〇六年，漢王劉邦進入關中後，約法三章：「殺人者死，傷人及盜抵罪」，這種「以眼還

<sup>250</sup> 德國哲學家和社会主義理論家卡爾·馬克思名言 (Karl Marx, 1815-1883)，Marx 於 1848 年完成共產黨宣言，1867 年完成資本論第一卷。

<sup>251</sup> 見中華人民共和國憲法第 126 條：人民法院依照法律規定獨立行使審判權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉。大陸法院內部有一「審判委員會」，對判決結論有直接的指導權，請參照詳見台中高分院 2003 年赴大陸考察報告，第 6 章，頁 6-9 頁。大陸法院有考評委員會指導對法官的培訓、考核、評譯工作（大陸法官法第 21、48 條）；另可請參照鄭正忠，海峽兩岸審判獨立制度之比較與評析，2001/1，法學叢刊 第 181 期 頁 1-31。

<sup>252</sup> 請參照許惠祐，論具有中國特色的大陸司法制度，載於法官協會雜誌 5 卷 1 期，2003/6，頁 95-109。

<sup>253</sup> 在「周禮·天官·冢宰」開宗明義言：「惟王建國，辨方正位，體國經野，設官分職，以為民極。」強調建國首在辨方以定朝廷宗廟之位，次而分國野疆域使內外別異，然後廣設百官分職施事以為治；「禮運第九」也記載：「設制度，故國有禮，官有御，事有職，禮有序。」；梁啟超論立法權（1902/2/22）：「故設官分職，各司其事，必當使互相牽制，不使互相侵越。」

<sup>254</sup> 「權力有腐化的傾向；絕對的權力，絕對的腐化」為政治學者葉桐(Lord Acton)所言，原文是 Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely。

眼，以牙還牙」(eye for an eye, tooth for a tooth)的簡單法則，所作機械式的判決，行政官兼任法官，足足有餘；又如在歐洲西元五世紀早期日爾曼人的生活中，法院的職能是由民衆大會承擔的。作為法院的民衆大會，有定期召開的，也有臨時性的集會。前者的主持人一般是由司宰擔任的首長（非法律專家），他作為「巡迴法官」巡迴審判各類案件。但作出判決的是出席民衆大會的全體民衆。當然，氏族貴族在其中起著支配作用。法院的訴訟具有當事人主義、辯論主義和形式主義的特徵。開始訴訟是原告的事，「無原告就無法官」(Wo kein klager da kein richter)是當時的訴訟原則。具體言之，被告由原告傳喚，訴訟也由原告提起。被告對原告的起訴內容必須一句一句如實回答。在原被告辯論結束以後，由民衆大會作出判決。如果被告承認自己的行為違法，則被命令支付贖罪金；如果被告不肯服罪，則必須提供無罪的證據，即舉證的責任在被告一方。而證據中最重要的是被告的誓言。宣誓除了被告之外，一般都還有輔助其宣誓的人，其人數根據案件的不同而多寡，有三人、五人、七人的，也有十二人以上的。輔助宣誓的內容一般為：「被告的宣誓是純真的，沒有作偽證」。換言之，這是一種對被告的人格保證。與宣誓相並列還有神判，主要是自然力審判，其中尤以火審為多，如「盟審探開水」、「(燒熱)鋤刀步行」、「手握灼熱的鐵塊」等等。此外，水審也常被使用，如將人投入水內，如果無法浮上來者，就被認為是有罪。此外，在早期日爾曼法上，決鬥(Duell)也開始流行。開始，決鬥僅僅限於原被告之間，後來也允許當事人雇傭傭兵來進行決鬥，但必須事先提出「決鬥之訴」(Kampfklage)的申請。日爾曼早期訴訟法上的決鬥，事實上是當時日爾曼人尚武和戰爭習俗的表現<sup>255</sup>。如此時代，似乎法律專家或者所謂的法官無存在之必要。

中國是有著幾千年人治傳統的國家，司法權與行政權一直合二為一，發展法治還是近一世紀的事；我國法官一詞最早見於戰國時期法家商鞅（390—338 B.C.）所著「商君書」（又稱商子）第二十六篇「定分」：「天子置三法官，殿中一法官，御史置二法官及吏，丞相置一法官。諸侯郡縣，皆各為置一法官及吏。」法官掌管法令，「吏民欲知法令者，皆問法官」，「吏遇民不循法，則問法官，法官即以法之罪告之，民即以法官之言正告之吏。吏知其如此，故吏不敢以非法遇民，民又不敢犯法。如此，則天下之吏民，雖有賢良辯慧，不敢開一言以枉法；雖有千金，不能以用一銖。故知軸賢能皆作而為善，皆務自治奉公，民愚則易治也。此皆生於法明白易知而必行。」以後就一直以法官作為司法官員的通稱。歷代司法官員的官稱，有廷尉、大理、推官、判官、司理、司法，近代的推事、承審員、審判員、陪審員等等；在中國古代，沒有終身職的法官，司法審判機關作為行政官僚機構的一個組成部分，其成員總是處在不停的流轉升遷之中，似乎很難從官僚階層中劃分出一個法官集團。然而，當法官一直是古代官僚的重要職責，中國古代官僚的特性很大程度上是在充當法官時顯露出來的。民間百姓提到「官」，就很容易聯想起「法官」；在我國傳統戲曲、小說中，法官往往是主角，公案戲、清官戲至今仍盛演不衰，以至於在人們印象中，古代的官就是坐大堂、拍驚堂木的況鍾、海瑞，包拯。把古代無數個官員定格在法官角色的瞬間連接起

<sup>255</sup>請參照 Heinrich Mitteis，德意志法制史概說，頁 59、70、72；轉引自何勤華，德國法律發達史，2000/1，大陸法律出版社，頁 6-7。

來，可以像電影一樣映出古代官僚階層的一個極重要的面相。中國古代號稱「德主刑輔」，法律不受重視，法官的地位也日趨低下，他們的生平事蹟大多不見於正史記載，而傳統戲曲、小說中的法官，往往又是人民藉以寄託願望、加以理想化的形象，所以研究中國古代法官材料的搜集就很費周折；似乎僅能從歷代正史的刑法誌、職官誌及有關人員的傳記中搜集資料。另一主要資料來源是古代的一些法律著作，如歷代的法典、法規，古代法官的判集、政牘等等，最重要的是折獄龜鑿、洗冤集錄、名公書判清明集、福惠全書、汪龍莊遺書、歷代刑法考、沈寄怡先生遺書，近代法制史著作中，瞿同祖先生的中國法律與中國社會，以及清代州縣審判衙門，中國封建官吏贓罪考察和漢魏晉南北朝司法審判制度初考等等<sup>256</sup>。

時序至近代，因權力分立原則的確立，司法權的存在是必要且重要的（其實司法權的存在應早於權力分立原則，並先於憲法存在之制度 ein vorkonstitutionelles institut）；人事變化無窮，法條判例有限，正義也隨時空環境而變遷，就如四百多年前莎士比亞所描述的法官審理之充滿矛盾衝突「割肉不許流血」的著名弔詭案例<sup>257</sup>一樣，法官所審判的每一個個案都是唯一的（以微觀而論），各有其獨特性（所以法官第一件要學的事，就是比較個案與判例有何不同<sup>258</sup>），從事司法權之審判工作又無法委由電腦或具有人工智慧之機器人來執行<sup>259</sup>，法學成爲一門非

<sup>256</sup>請參照郭建，古代法官面面觀，上海新華書店，1993/12，頁 211。

<sup>257</sup>「割肉卻不能流血」之判決的故事是，出自英國戲劇家莎士比亞（1564—1616）寫於 1596 年至 1597 年的「威尼斯商人」，劇中人安東尼奧為幫助巴薩尼奧求婚而向有宿怨的夏洛克借 3000 塊錢，卻不能照約償還，於是夏洛克借機報復，要割取安東尼奧一磅肉。夏洛克手中的武器是法律，按照當時的法律規定，夏洛克的的要求是完全合法的，從這裏可看出舊法律的沿襲與新法律的建立之間的矛盾。同時，割一磅肉的要求與當時人道慈悲的原則又是格格不入的。作為人文主義作家，莎士比亞認爲人道的原則是高於法律的原則之上的，所以他讓鮑西婭利用契約中的唯一漏洞——割一磅肉卻不能流血——才算解決了這一矛盾。這樣既不違反法律的原則，又不違反人道的原則，這也是莎士比亞所要著重表現的。其實，以今日的觀點，該契約違反善良風俗，依我國民法第 72 條：法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。借錢不還割肉還債之契約是無效的。

<sup>258</sup>美國法官 Cardozo 曾言：「法官第一步工作，為比較待辦案件與歷來判例異同之點。」，引自氏著，王世熊譯，判案方法之性質(The Nature of the Judicial Process)，載於上海東吳大學法學雜誌，10 卷 3 期，1938/1，頁 106(卷總頁 392)以下；轉引自李木貴，日本戰後司法改革有關裁判所組織架構變遷之研究，台灣基隆地方法院出版，2003/6，頁 144。大法官釋字第 576 號林大法官子儀、許大法官宗力與楊大法官仁壽共同提出之協同意見書，亦有稱：「蓋法官於個案裁判中一方面須回顧過去法院曾表示之法律見解，仔細區辨個案基礎事實之異同；他方面則須顧及對社會環境之變遷，以及法律見解是否應與時俱進、有所變更，以綜合決定現下是否應受既存判決先例之拘束。」「法官乃是『傾聽過去的聲音而向未來對話』」。

<sup>259</sup>如果有一種具有人工智慧之電腦或機器人，遇有紛爭，將所有爭點輸入(input)，其龐大的資料庫是連結世界(或宇宙)的所有已確定之判決，用最精確的分析(如用質量分析)，而結果(output)是否就符合公平正義？如有，則可以取代法官，也就不需要人來當法官，遑論法官考績制度，但是事實上似乎不可能；對此問題的探討林山田，可請參照照刑法通論(下)，2001/12，頁 428，註 118；許金釵，新近科技於司法實務之研究，司法研究年報第 14 輯(下)，1994 年，頁 1324-1338。此因為電腦的世界是一種擇一的世界，而人事間的事情常不是二擇一，不是只有 0 與 1，0 與 1 在這個多元的世界是可以並存的，那是否有一天會有「多元論的電腦」呢？見 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 劉幸義等譯之法律哲學，2000/7，頁 301-302。另有所謂虛擬法官，虛擬法院、或者所謂的電子法院、無紙化法院、完全數位化訴訟程式，是一個無需實際法院建築的糾紛解決機構，它運用資訊技術在虛擬空間設置網站，通過數位技術

常專業「帝王之學<sup>260</sup>」，法官是一種受過嚴謹之非常專業的職業，法官對於法律解釋成爲案件之關鍵（釋字第 576 號協同意見書參照），縱如法院審判採用陪審制或參審制，也需法官指揮訴訟及作最後之裁判，因此司法權一定要付託具有法律專業的人—法官來行使，法官的存在就顯得非常重要，所以法官在一個國家中是必須設置的。

我國憲法第八十一條規定：「法官爲終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。」旨在透過法官的身分保障來保障法官審判獨立之職權，法官任期與待遇的保障，已如前述（見司法權之獨立性），學者也有論述<sup>261</sup>，不再贅言。憲法第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，法律之解釋與適用，本係法官之職責；梅理曼教授（J. Merryman）就此曾有一段鞭辟入裡的解釋，稱：「解釋法律之法定權限，在於以民、刑訴訟等以最高法院爲頂點之普通法院體系，並非在憲法法院。因此，依照通說，憲法法院不能同時兼有法律合憲性判斷，以及法律有權解釋這種權限」等語，可謂一言中的。其對我國目前現行制度，具有啓示性，不言可喻。

憲法第七十七條規定：「司法院爲最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒」及第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」可知，具體案件之審判，不僅係法官之職權，且責無旁貸。本此以論，法律之解釋及適用，既係審判之核心，則釋字第三七一號解釋：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認爲有抵觸憲法之疑義者．．．」中，所指「法官」乃係一適任的法官，亦即善盡職責之法官，殆無可疑。此與擬制之第三人，在理論上，適相吻合，僅一爲現實之法官，一爲擬制之法官，如此而已。做爲一位法官，其學養自須隨時保持與「擬制之法官」同一或以上之程度，始能勝任，不言自明<sup>262</sup>。

## 二、法官的人格

先賢對法官人格的特質有如下的論述。

一、十三世紀開始風行德國之法學論著 Schwabenspiegel 曾揭示法官須具備：

---

等進行訴訟程式。其全新景象可構想如下：原告以電子方式起訴和預付訴訟費用；被告以電子方式應訴；當事人、律師、法院之間訴訟文書通過通過安全驗證的電子郵件傳遞；傳喚證人及證據開示等審前準備採用電子方式進行；利用視頻會議調查取證、開庭審理，對證人的交叉詢問及法庭辯論在遠端進行；甚至對證據的採信和事實證明也通過人工智慧，運用電腦程式進行司法證明；以先進軟體協助判決製作；法官可在線對案卷和資訊進行搜索，隨時在任何地點作出判決；判決送達採取電子方式；當事人不服判決可提起電子上訴；上訴法院調閱一審法院數位化案卷；如不予執行終審判決，可通過電子方式送達執行令，在電子銀行從被執行人信用卡等電子帳號中扣劃，如無法扣劃或者需實際執行時，才由法院官員執行。可請參照徐昕，司法的數位化生存，大陸清華大學法律評論，2002/2。

<sup>260</sup> 韓非法家學說，或名「形名之學」，或「法術之學」，或為「帝王之學」。此處借用其語，謂一般人不容易學到的學問。

<sup>261</sup> 請參照鍾鳳玲，從西德法官法論我國法官身份保障應有之取向，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1989年。蔡秀卿，法官評鑑與法官身分保障，憲政時代第26卷第1期，2000/7，頁47-60。

<sup>262</sup> 釋字第572號解釋文楊仁壽大法官協同意見書。

正義、賢明、剛毅、節制等四種德性。

二、英國法學家霍布斯認為良好法官的條件是：（一）須對自然律之公道原則有正確之瞭解；此不在乎多讀書，而在乎頭腦清醒，深思明辯。（二）須有富貴不能移之精神。（三）須能超然於一切愛惡懼怒感情之影響。（四）聽訟須有耐性，有注意力，有良好之記憶，且能分析處理其所聞焉。

三、而美國的大法官法蘭克福特則認為最高法院的大法官最重要的品質只有三個：哲學家、歷史學家、預言家的品質（對此，大法官 Brennan 增加了第四項：非凡的耐心）。

四、中華人民共和國學者孫笑俠、傅蔚岡認為，法官的人格應當由剛毅、謹慎、平和以及勤勉四個方面構成。

五、法官須具公正、中立( Neutralitat )及獨立性( Unabhangigkeit )之特性，而法院判決之權威性及折服力亦繫乎人民對於此之信賴基礎之上。在早期，人民只要求法官具有公正及中立性之形象，因當時司法尚未自行政權獨立而出，法官如同一般公務人員，為統治者服務。一般的公務人員亦須具備公正及中立性之形象<sup>263</sup>，但須受上級長官之命令指揮監督，而法官除須具備公正及中立性之形象外，於法官審判職務上更須具有不受指示命令之自由( Freiheit Von Weisungen )之獨立性，德國基本法( Grundgesetz )第九十七條第一項規定「法官應獨立行使職權，並只服從法律及法。」德國法官法第二十五條規定「法官是獨立的，以及僅遵從法律。」進而於法官法第三十九條規定「法官於職務內、外以及政治活動中，應採取其獨立性之信賴不被危害之態度。」奧地利法官職務法( Österreichisches Richterdienstgesetz )第五十七條第三項規定：「法官在職務上及職務外之行爲舉止，應避免被指摘，且不得有任何可能危害對法官職務行爲之信賴或法官職務尊嚴之行爲。」<sup>264</sup>

六、法官須具備（一）必須具備剛毅而獨立的性格—美國聯邦最高法院法官何姆斯(Holmes)謂：「受僅遵守法律與良心長期職業訓練之法官，無論在任何國家，都應比一般人更剛毅不屈。」（二）德國學者伯爾、吉蘭(Paul Guelland)列舉了下列法官之獨立對象：1.獨立於國家與社會間之各種權力。2.獨立於上級機關。3.獨立於議會。4.獨立於政黨。5.獨立於新聞。6.獨立於國民之聲望。7.獨立於自我，偏見及激情。8.須具備一定水準的學識與能力—法官為事實之認定，當然須具備一定之學識與能力；於事實認定後，適用法律時，必須探討各個法律之立法意旨所在，自當具備相當程度之法學素養。（三）獲得人民的信賴—司法審判是否能發揮功能，端賴法官是否獲得人民的信賴，故法官獲得人民的信賴，為第一要素。法官必須保持廉潔的風範，不應有非分之想，更不得從事足以危害其

<sup>263</sup>BGH Deutsche Richterzeitung (德國法官雜誌，縮寫為 DRiZ) 1995. S. 335ff. Das Richterbild in Belgien-Konvergenzen zum deutschen Richterbild. von Andre' Henkes. 轉引自劉鑫楨，法官職務監督之研究，2000/10，頁 8。

<sup>264</sup>Österreichisches Richterdienstgesetz §57 (3) Der Richter sich im und ausser Dienst vorwurfsfrei zu benehmen und alles zu unterlassen, was das Vertrauen im die richterlichen Amtshandlung oder die Achtung vor dem Richterstande schmaelern koennte. Es ist ihm verboten, einer auslaendischen, politische Zweck verfolgenden Gesellschaft anzugehoeren. 轉引自劉鑫楨，法官職務監督之研究，2000/10，頁 9。

獨立性之信賴的活動<sup>265</sup>。

七、專業之法學素養及正確客觀之邏輯推衍：釋字第三七一號解釋所指「法官」，乃係一「善盡職責之法官」，在理論上，法官職司平亭獄訟，定分止爭，每位法官均須善盡職責，始能達成使命，因此責成其聲請大法官解釋時，須善盡其責「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，乃屬當然。惟如何始得謂為客觀？其標準為何？宜有準繩可據，此為「補充解釋」旨趣之所在。按法學屬於社會科學之一種，自亦具科學之性格，有其客觀性之一面，絕不能背離邏輯關係，而成其為科學。大法官違憲審查，為求其具客觀性，於憲法價值之判斷外，以邏輯的分析方法，為其操作方式，亦即以憲法或憲法原則為大前提，法律規範為小前提，運用演繹的邏輯方式，以三段論法（Syllogismus）推論，並基於民主原則及權力分立等自由民主憲政秩序原理，依法律合憲性解釋之原則（the interpretation of constitutionality）導出結論。而如前所述，法律之解釋與適用，係屬法官之職責，惟法律解釋與法律適用，並非同義。前者端在發現或形成一般法律規範，以為裁判之大前提；而後者則以所發現或形成之一般法律規範為大前提，以所認定之事實為小前提，運用「演繹」的邏輯方式，導出結論。其操作方式與大法官之違憲審查，可謂雷同。所不同者，僅法官之法律適用，係以法律規範為大前提，以所認定之事實為小前提；而大法官之「違憲審查」，則以憲法或憲法原則為大前提，以法律規範為小前提，如是而已。二者均可導致結論具有客觀性，則無異致。

因之，鑒於法官應已熟諳「法律適用」之三段論法，遂仿德國聯憲法法院「具體法規審查」（Konkrete Normenkontrolle）實務上作法，將提出「客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，「具體化」為提出「違憲審查」之三段論法，允屬至當。事實上，自民國八十四年一月二十日本院釋字第三七一號解釋公布以來，不啻已肯定各級法院於審理具體個案時，享有對應適用之法律「審查」其是否有效存在之權限，祇是不認法官有逕行拒絕適用違憲法律或宣告其違憲無效之「非難權」，須向大法官聲請解釋憲法而已。亦即法院於「審查」應適用之法律後，如認為有效時，應以之為大前提予以適用。反之，於「審查」應適用之法律後，如確信其抵觸憲法無效時，不得以無效為理由逕行拒絕適用或宣告其無效，而應裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋憲法。因此，其對於違憲審查之「審查權」，所應用之操作方式，應亦不陌生。擬加以說明者，三段論法係將「法律規範」置於憲法之下，以獲致合憲或違憲之思維過程，必須經過涵攝（Subsumtion），始能導出結論。而成功的涵攝，則必須具備兩個要素，其一為「外部正當性」（aussere Rechtfertigung），其任務端在對所使用的大、小前提進行說明；其二為「內部正當性」（innere Rechtfertigung），則須成功的「說服」及「推演」大、小前提間之聯繫關係，俾維持其邏輯之一貫性。本件解釋稱：本院釋字第三七一號解釋所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明（按：指涵攝之外部正當性），並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證（按：指涵攝之內部正當性）云云，實即係對「違憲審查」三段論法涵攝之文

<sup>265</sup> 雷萬來著，論司法官與司法官彈劾制度，1993/8，頁163-171。

字說明。又三段論法祇能描述違憲之基本結構，其並非可如數學般能夠計算出精準的結論。在涵攝的過程中，仍包含著評價的要素，亦有目的論的考量，甚至個人之價值觀及世界觀，亦難免摻入其中。故法官之論證祇須在客觀上無明顯之錯誤，即已足夠，無須多事強求。如僅對法律是否違憲發生疑義（按：指未涵攝），或未詳敘其對系爭違憲法律之解釋及對據以審查之憲法規範意涵之說明（按：指未具備涵攝之外部正當性），或系爭法律有合憲解釋之可能，個案審判法院未善盡解釋與適用法律之職責（按：指未具備涵攝之內部正當性），皆不能謂已描述「違憲審查」三段論法之基本結構，自不能認為已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由<sup>266</sup>。

八、審判者之節制：審查者心中總有一把尺，然此把審查之標準尺難免淪為主觀標準，此不惟大法官，即各級法院法官亦然。裁判者難免自命為「合理審慎之人」，此種擬制有一標準人之標準，呈現掌握權力者之權力盲點，有權之人往往將自身及其同類之人，標舉為「合理審慎之人」，其持不同意見者即非合理審慎之人，此與當權者要求他人與自己一般，具有正確思想，否則即為異端邪說，如出一轍。使用「合理審慎之人」判斷合理與否，非但未將應屬「客觀判斷依據」之「合理」進一步客觀化，反委由「合理審慎之人」之主觀判斷，以決定他人之確信是否合理。何謂「合理審慎之人」？該用語本身即為一有待價值判斷之概念，需要其他準據以決定其內涵，又如何援為判斷之準據？至今民、刑法或行政法中仍有善良管理人、平均人、行為人等標準，惟此等標準乃人類開發判斷準則之過渡產物，於二十世紀七十年代以後，較有反省能力之論著已少使用，蓋因學術研究已漸能獲得某些客觀標準。本號解釋以尚有未足回應聲請理由，恐遭懷疑為自認係「合理審慎之人」，而遭權力傲慢之誤解<sup>267</sup>。

是否法官不符合上述人個特質，即為不合格法官？或為不適任法官？似也未必，此涉及國家之選用法官與法官倫理之問題，國家與人民對法官暨法官自覺之所至之人格程度，其實在優秀與低劣之人格特質外，也有不優不劣之人格，而如何型塑優質之生態，使法官趨向優良之人格，是為司法主管機官之職責。

九、法官應本於良心、超然、獨立、公正、勤慎、不受干涉等原則執行職務。其職司審判，務須自律，遵循一定言行品位之「法官守則」<sup>268</sup>。

### 三、法官之職務

#### （一）概說

司法權委由法官行使，意即司法權應為法官所獨占( Richtermonopol )，或保留予法官行使，及確立任何法律爭議最後必定得以向適任之法官請求裁判，法官應為法律爭議的最後決定者，亦即就法律問題，法官獨有說最後一句話

<sup>266</sup>釋字第 572 號解釋文楊仁壽大法官協同意見書。

<sup>267</sup>釋字第 572 號解釋大法官城仲模、許玉秀不同意見書。

<sup>268</sup>司法院法官法草案（職務法庭版），2003/7/31 擬，載於法官法草案研究彙編（12），2003/12 頁 840。2004 年 5 月 18 日版司法院法官法草案亦有此規定。

(Monopol des letzten Wortes)的權限<sup>269</sup>；此外，由於司法權授予法官，為法治國家原則中之權力分立原則之具體化，是以在採行權力分立之立憲法治國家中，法官亦被期待能於個案之裁判中，善盡保障人權，審查行政行為合法性，監督立法行為合憲性之職責，發揮維護憲法秩序、發現法律、調整實定法、促使法律發展之功能。<sup>270</sup>

法官的職務( sachlicher Richter )，也就是司法審判職務( Rechtsprechung )，就其在整個國家權力的功能性而言，由於三權分立原則之實行，其有別於行政權( vollziehende Gewalt )及立法權( gesetzgebende Gewalt )，學者或稱之為第三權力( dritte Gewalt )，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，由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。」第三項規定「立法權應受憲法之限制，行政權應受立法權之限制，司法是受法律及法之限制。」足見立法、行政、司法三權分立存在，彼此間的任務各不相同，並可由此導出職務的不相容性(unvereinbarkeit Aufgabe)，也就是法官不能同時擔任立法權職務或行政權職務。國際法曹協會司法獨立最低標準法第二條規定「司法整體應享有自治及對於行政機關之集體獨立。」又世界司法獨立會議全球司法獨立宣言第二章國內法官二·0 四規定「司法機關應獨立於行政機關及立法機關之外。」

## (二) 法官的角色

法官的角色就其在國家社會的功能性而言，其係處於第三之立場，調查事實，依據法律，本於其自己的確信，判斷兩造間之法律糾紛，足見法官係具有其獨特的角色，依世界司法獨立會議全球司法獨立宣言第二章國內法官之目的及功能：二·0 一：司法機關之目的及功能：1.對於人民間或人民與政府間之紛爭，公正的執行法律；2.在司法功能範圍內，實現並維護人權；3.在法治原則之下，確保人民生活安全。」

## (三) 法官的任務

法官的任務，一方面援用法律，另一方面則創造法律。美國人相信，美國法律制度下的法官處理各類型的案件時，無可避免的須將法律理論運用到新的案件上，由此而使法律充實了新的內容，其理由乃因美國政府係根據一種基本原則(或基本前提)，即政府的權力應分屬不同機關(或團體)，藉以互相牽制而取得均衡，在這樣的體制內，讓法官擁有一部分權力以及遵循某些規律運用此權力，似乎係自然而明智之舉。美國雖繼受英國的法律制度和法律觀念，但因時代背景以及社會環境的不同而有所變革，其中美國革命以後不久所頒布的成文憲法，聯邦憲法於一七八九年生效，使美國的法院負起鉅大的新責任。憲法對其賦予政府的權力都有限制。憲法對個人的保障，個人有權請求法院要政府(行政機關)執行這些保障。其結果是美國總統或各州長命令採取的行動(行政處分)，很可能被法院宣告違憲，因而失其效力；尤其立法機關通過的法規(或國會的立法)，都可能會被

<sup>269</sup>請參照翁岳生，司法權發展之趨勢，收法治國家之行政法與司法，月旦出版社，1997/4，頁4-5。

<sup>270</sup>請參照蔡新毅，論法官之職務監督，法官協會雜誌第三卷第二期，2001/12，頁440。

法院宣告違憲，因而該法規不能執行。這種使法規失效的司法審查制度，是英國所沒有的。但司法審查制度有一個前提要件，即除非受害人對於濫用職權之公務人員或侵犯基本保障之行爲，能夠直接提出控訴外，否則所謂限制政府權力，終將難以實現，故美國法律制度的特色是受害人無須到什麼特別法庭去提出控訴，只要在普通法院普通訴訟中即可進行。再者，判決理由之記載以及公布之，早期在歐陸國家，認爲法官不應有所貢獻，法官的責任只在引用別人制定的法律，法官洩露判決的理由，可能受罰，即使不受罰，也會被認爲不妥當。但自十九世紀起，許多國家均意識到，法官將判決理由公布，可以限制法官權力的運用，此外還可以使敗訴的一方與社會人士對於判決的折服，而且判決理由記錄公布，也可提供將來一些指導。另外，判決理由應有其延續性和一貫性，假如同一問題只因時間不同或當事人不同而作出不同的判決結果，便令人迷惑不解，而且往往似乎有失公平。對受判決影響的人們來說，一貫性是一種重要的品質，非但因爲其容許人們作一種預測，而且如此似乎較公平，亦即相同的案件應作相同的判決，此種觀念似乎在任何法律制度都可確立之原則。美國法官的角色簡而言之，1.適用法律(或判例 precedent)。2.創造法律。3.司法審查。4.判決須附理由並公布，以節制法官的權力<sup>271</sup>。

#### (四) 司法院法官法草案之法官職務

司法院法官法草案（2004年5月18日版）第十三條規定：「法官應依據憲法及法律，本於良心，超然、獨立、公正、勤慎執行審判職務，不受任何干涉。法官應遵守法官守則，法官守則由司法院定。」茲析述法官之職務執行如下<sup>272</sup>：

##### 1. 關於原則性規定方面

(1) 法官執行職務時地位獨立，惟憲法、法律與正義是從。

(2) 法官於執行職務時，不受行政命令之拘束，仍得依據法律表示適當之不同見解。司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，法官於審判案件時，不受其拘束。

##### 2. 關於司法業務及職務監督方面

(1) 法官執行職務時，除法律別有規定者外，不受上級法院之拘束。

(2) 司法年度既定之事務分配不可變更。但有法定之特殊原因者，不在此限。

(3) 法官僅於不侵害其獨立審判之限度內受職務監督。職務監督在前項限制下，包括制止法官違法執行職務及督促法官合法迅速執行職務。法官認爲職務監督之處分侵害其獨立性時，應定適當之制度解決其爭議。

##### 3. 關於法官本身之義務方面

(1) 法官對於中華民國負有忠誠之義務，應以全副力量與熱誠貢獻於職務，執行職務時並應謹慎、公正、不謀個人利益、對公益上之利益作最佳之判斷，對

<sup>271</sup> 劉鑫楨，法官職務監督之研究，2000/10，頁14-18。

<sup>272</sup> 司法制度研究修正委員會第十次會議討論「法官之職務執行」之綜合意見（司法院法官法草案研究彙編（一），1990/10，頁371-。

繫屬於法院中之事件，須儘速處理完畢。

(2)法官應避免在職務上及職務外受到指摘，對於任何有損於法官職務行為之信任，或法官職業尊嚴之行為均應避免。

(3)法官對於評議及表決之過程，於其離職後仍須嚴守秘密。

(4)法官在非行使其法官職權時，應遵守上級長官職務上之命令。

#### 4. 關於外界對獨立審判應持有之態度及作用

##### 方面

(1)監察委員對於繫屬於法院尚未終結之案件，不得調查，已調查之案件繫屬於法院者，宜於法院終結該案前停止調查。對於法官承辦案件有無違法失職為調查，應於該案終結後為之。

(2)立法委員對於審判中之案件，不得干涉。(憲法第六十七條第二項可賀參考)

(3)人民請願事項，不得干涉審判。(參照請願法第三條)

(4)出版品或廣播電視節目對於尚在審判中之案件或承辦該案件之司法人員或與案件有關之訴訟關係人，不得評論，並不得為不實之登載或報導。亦不得登載或報導禁止公開訴訟案件之辯論。(出版法第三十三條、廣播電視法第二十二條參照)

(5)法官考績應與考績獎金脫鉤，亦應從等同於檢察官之人事制度漸離。

(6)保障愈多，義務越高，責任越重，應列入考慮。

## 四、裁判的合致性

### (一) 裁判的合法性

裁判的合法性即判決程序與實體合法性<sup>273</sup>：一、正確的判決，不以具備形式的合法性為已足，同時也須兼具實質的妥當性。當代美國法學家，社會法學的提倡者 R.Pound 曾經指出司法過程包含五個階段：1.調查事實 2.探究法律 3.解釋法律 4.適用法律 5.判決；Pound 所描述的司法過程雖然符合判決的邏輯構造，但不能說明判決所由產生的心理過程。依據美國較為年輕一輩的法學者所主張的現實主義法學的理論，法官在調查事實的階段，當瞭解事實的真相後，僅憑其多年辦案的經驗，早已在心目中產生判決的初步構想。所謂尋找法律或適用法律，祇不過把法律當作事後使其判決合理化的手段而已。「法律與現代精神」(The Law and the Modern Mind,1931)一書的作者，J.Frank 即曾持此觀點，強調法官對具體案件的判決，判決的合法性僅為達到正確的判決的必要條件，而非其充分條件。這乃因為判決的合法性的要求，祇重視判決與其法律前提之間的邏輯關係，並不過問法律前提本身的妥當性。判決的合法性，僅在對判決所援用的法律前提毫無選擇的餘地。而且其法律前提的內容已臻明確，並無再予解釋之必要時。方可排除妥當性的考慮，單獨用來支持判決。在這種情形下，法官對具體案件的裁判，恆有多數

<sup>273</sup>請參照楊日然，判決之形式妥當性與實質妥當性；判決的合法性與妥當性；收於氏著法理學論文集，1997/1，頁 515-557；604-608。

個法律前提的以及多數法律解釋的選擇可能性，在多數個可能援用的法律前提之中，選擇其中一項法律前提作為判決的大前提的操作，並非單純邏輯演繹的作用，而是對其所產生的結果之目的論的考量。當法律秩序所欲實現的目的相當明確時，這種基於目的論的考慮所作的選擇，也許還有相當的客觀性，但當法律秩序的目的本身發生見仁見智的情形時，這種目的論的考慮必然包含著法官個人的主觀的評價。問題是對於法學上這種無法避免的目的論的考慮，如何減少法官的恣意擅斷，增加法律判斷的客觀性？這已涉及判決的妥當性的問題。

## (二) 裁判的妥當性

法律的目的在於藉由公正的程序，實現實體的正義，正義可說為法律的理念。但何謂正義？德國著名的法哲者 G.Radbruch 在其大著《法哲學》中討論法的理念時，曾提出正義，合目的性，與法的安定性三要素作為法理念的要害，並指出這三要素之間存有相剋相成的關係存在。在我看來，判決的妥當性也須兼顧這三個要素。

1. 正義的要素要求公平性，即對同等的事物要求以同等的待遇。法官在其體案件的裁判中，應審慎區別具體案件的情況，對於具有同類性質的案件，應選擇同樣的法律前提。作成同樣的判決。反之。對性質不相同的案件。即須分別依其性質選擇不同的法律前提裁判，不可強求一致。

2. 目的性的考慮一要求法官對各個不同的法律前提可能產生的社會效果先加以預測，而後再依據法律或社會秩序的目的，包括公共福祉的增進與社會正義的實現等加以目的論的考察衡量。

3. 法的安定性乃以法秩序的體系性、統一性為前提，法官在選擇法律前提時，須考慮法律內在的體系性的關聯，尤其應考慮到其所選擇的前提是否符合一般的法律原理與憲法原則。

## (三) 裁判的效率性

二十世紀一九六〇年代在美國興起的經濟分析法學把效率(效益)原則作為研究和解決法律問題的核心。美國聯邦法院法官波斯納 (Richard A. Posner) 指出，「從最近的法律經濟學研究中獲得的一個最重要的發現是，法本身—它的規範、程序和制度—極大地注重於促進經濟效益。」<sup>274</sup>而且「正義的第二種涵義—也許是最普通的涵義—是效率。」<sup>275</sup>司法效率，包括兩項，一項指訴訟的有效率而不遲延，另一方面指節約訴訟成本，提高訴訟效益。司法效率要求法院和法官履行司法職責時，認真、及時、有效地工作，嚴格遵守各項法律規定，儘可能地縮短訴訟期間，降低訴訟成本，力求在法定審判期限內儘早結案，取得最大的法律效

<sup>274</sup> Richard A. Posner: *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1977, p. 517。  
轉引自孫國華、馮玉軍著《現代法治的價值追求：公正與效率的最佳結合》；收於《公正與效率的法理研究》，人民法院出版社，2002/4，頁 40。

<sup>275</sup> (美)波斯納 (Richard A. Posner): 「法律的經濟分析」，蔣兆康譯，中國大百科全書出版社 1997 年版，頁 31。轉引自孫國華、馮玉軍著《現代法治的價值追求：公正與效率的最佳結合》；收於《公正與效率的法理研究》，人民法院出版社，2002/4，頁 41。

果和經濟效果<sup>276</sup>。人民要求「速審速結」、要求「及時的正義」，我們是不是該捫心自問：「司法的團隊中，是否有怠惰的法官、有不負責任的法官，讓人民看不到正義的曙光？」<sup>277</sup>

## 五、法官的責任

查行政程序法第四條及公務員服務法第一條，均規定「行政機關」及「公務員」應依法律、命令及法理「依法行政」（如依行政程序法第九條應就有利不利情形一律注意、第十條應就其裁量權合宜行使等），如未依法行政者，自應負起行政責任及法律責任（憲法第二十四條、公務員服務法第二十二條、懲戒法第二條等可資參照）。就中，公務員所屬服務機關尚須依法負起代位性質的國家賠償責任或行政損失補償責任（國家賠償法第二條、行政程序法第一百二十條、訴願法第八十三條、第八十四條等可資參照）。茲就上開「公務員」及「行政機關」之責任型態，尤其是前者「公務員」之應負責任，詳述如下：就「公務員」違法、失職或廢弛職務之責任型態而言，包括：（一）懲處；（二）糾舉或彈劾；（三）懲戒；（四）刑事及民事責任等。以「懲處」而言，違法、失職或廢弛職務之公務員依公務人員考績法之規定，可受免職、記大過、記過、申誡、扣薪、減薪等不利行政處分。以「糾舉或彈劾」而言，違法、失職或廢弛職務之公務員如依監察法之規定，另可因監察院之糾舉或彈劾，而依法分別送交其服務機關或公務員懲戒委員會而受懲處或懲戒。以「懲戒」責任而言，無論是公務員服務機關（或主管機關、監督機關）主動移送或因彈劾成立而移送給公務員懲戒委員會者，公懲會作為司法機關另得依公務員懲戒法而採取撤職、休職、降級、減俸、記過及申誡等各種司法判決。就「刑事」責任而言，公務員服務機關（或主管機關、監督機關）以及公務員懲戒委員會，另得將違法、失職或廢弛職務之公務員移送司法機關究辦，並令其負起相關的刑事責任，如受瀆職罪、妨害名譽罪之訴究及處罰。另就「民事」責任而言，違法、失職或廢弛職務之公務員還須依民法第一百八十四條、第一百九十五條等相關規定而負回復原狀（含名譽）或民事賠償。最後，以「行政機關」之違法或失職之責任而言，除政治責任、輿論評價不論外，行政機關則須負國家賠償責任或行政上損失補償責任。其中，國家賠償責任在國家賠償法、訴願法（如該法第八十三條、第八十四條）及特別賠償法制中均設規定；至於行政上損失補償責任則在行政程序法（如該法第一百二十條）與各該專業法律業予規範。

本節專題已超出法官免責原則，應給予法官負面之評價。即說明法官之行政責任、懲戒、刑事責任、民事責任、國家賠償責任。

### （一）法官之行政責任

我國與法官之關係，實務上採「公法上的職務關係」說，因法官非政務官無

<sup>276</sup> 金俊銀、呂方、陳海光，論法院公正與效率，收於公正與效率的法理研究，人民法院出版社，2002/4，頁615。有效率的裁判才能實現正義，公正與效率(Guaranteeing judicial impartiality and judicial efficiency)是當前法院的主要課題。

<sup>277</sup> 翁岳生院長主持各級法院法官自律委員會委員會議致詞，司法周刊 No. 1117，2003/1/15。

政治責任，其行政責任說明如下：

### 1. 法院組織法懲處規定之比較與檢討

我國法院組織法於第一百十二條<sup>278</sup>及行政法院組織法第四十二條<sup>279</sup>定有監督權人對於被監督權人職務上之事項，得發命令使之注意，以及對於有廢弛職務，越權限或行為不檢者，得加以警告之規定；比照上開各國之立法例，僅有德國於其法官法第二十六條<sup>280</sup>第二項定有職務監督權人得行使其監督權，對法官予以告誡或督促合法及時完成職務之類似規定，其餘諸國均無此規定，對照之下，可知，德國法制係將告誡或督促規範在法官法第二十六條職務監督之範疇，而我國於本文第一章依學者之解釋雖認為警告或今飭注意在性質上亦屬懲處處分，而「懲處」概念之提出，如前所述，當時與「懲戒」一語，並無區別，目前僅在作為區隔「司法懲戒」而已，所謂懲處，法律上並無定義，學理上亦不多見，通說上均以其為依據公務人員考績法及其相關法令之規定，而對違法失職公務人員所為不利之處罰而言，惟在我國法上，依本文第五章第一節第二項第二款第三目之說明，亦有學者主張上開規定之「命令」及「警告」，乃為職務監督之措施，解釋上，應認為「命令」及「警告」為法所允許最嚴重之監督措施者，是警告或命令應歸類於懲處之領域？或職務監督之範疇？不免生有疑義，此為德國法制上所沒有之問題，以上之區別，有何實益？或僅係分類說明之便利而已？我國法制有否採德國之制，將之歸類於職務監督範疇之必要，又如將之歸類於職務監督之範疇，則法官職務監督與職務獨立發生爭議時，其救濟之途如何，亦應一併考慮。

### 2. 公務人員考績法懲處規定之比較與檢討

有關法官之懲處，依公務人員考績法第七條第一項第四款、第八條、第十二條第一項第二款第二目、第一項第一款之規定，該法所規定之懲處範疇：包括(一)年終考績考列丁等之免職、(二)另予考績考列丁等之免職、(三)專案考績一次記二大過之免職、(四)記大過、記過、申誡等，除實任法官因受憲法第八十一條之身分保障，依司法人員人事條例第三十二條第二項之規定，公務人員考績法關於免職之規定，於實任司法官不適用外，其餘之規定均適用於我國法官。綜言之，依公務人員考績法第七條及第十二條之規定，法官之懲處處分種類計有：免職（實任司法官不適用）、記大過、記過集申誡四種。

相較於各國法官之人事制度，除德國於法官法第六十四條第一項定有職務長官得對於聯邦法官為申誡處分之類似規定外，其餘各國並無類似我國公務人員考績法上所規範之懲處制度，觀諸德國法官法之上揭規定，職務長官得行使之懲戒權力，僅有申誡一項，該國法制如此規定，是否意味，職務長官縱有對法官行使懲處之權，而其權力，應僅止於「有限度」之懲處處分，以免影響法官之內心獨

<sup>278</sup>第 112 條（行政監督權之行使）依前二條規定有監督權者，對於被監督之人員得為左列處分：一、關於職務上之事項，得發命令使之注意。二、有廢弛職務，侵越權限或行為不檢者，加以警告。

<sup>279</sup>第 42 條「依前條規定有監督權者，對於被監督之人員得為下列處分：一、關於職務上之事項，得發命令使之注意。二、有廢弛職務、逾越權限或行為不檢者，加以警告。」

<sup>280</sup>第 26 條「職務監督一、法官僅於其獨立性不受影響之範圍內，受職務之監督。二、於第一項之前提下，職務監督亦包括制止執行職務上之違法行為與督促合法及時完成職務之權限。三、法官主張職務監督上之處置影響其獨立性時，依法官之聲請由法院依本法之規定裁判之。」

立或僅係輕微之申誡，即已可能影響法官之職務獨立，尤其內心之獨立。有認為基於保障法官獨立性之觀點，對法官所為不利之處分，唯有經法院始得為之，且因在進行懲戒處分前之事實調查階段，也不免發生職務監督範圍之界定問題，蓋因職務長官之懲戒處分權本即是伴隨職務監督權而來，但於調查事實時，如何始為職務監督上所允許，而不涉及法官獨立性，實值深思，故而有主張唯有經法院始可為懲戒處分者，但撇開上述缺失，實則經由職務長官為懲戒處分亦有為法官利益考慮之一面，即其使輕微之失職行為，無庸由須受到正式的懲戒程序，可免煩擾，且因所有的懲戒處分均有受職務法庭審查之可能(聯邦公務員懲戒法第三十一條第三、四項)，職務法庭經審查該懲戒處分之合法性後，得予以維持、撤銷或變更(聯邦公務員懲戒法第三十一條第四項第四、五款)，故無損及法官獨立性或涉及職務監督範圍之疑慮<sup>281</sup>。

反觀，我國考績法上之上開規定，雖稱考績猶言考課，自古行之，春秋繁露載：考績之法，考其所績也，尚書舜典：三載考績，黜陟幽明，據史料記載：漢行考功課之法，唐制，尚書考功，掌內外文武官吏之考課，凡應考之官，具錄當年功過行能，本司及本州長對眾讀，議其優劣，定為九等參事，然後送省，凡考課之法，有四善二十七最，各據以為黜陟，自是以後，歷朝皆詳訂官吏考課之法，可知無論考課，或考績，均須經過一定期間，如一年或三年，就此期間內功過行能而為考核，議其優劣，定其等級，以為黜陟之據，我國現今之平時考核及年終考績，即沿此制；茲為了解歷代考績制度，列表如下：

中國歷代考績法規

朝代	法規	朝代	法規
西周	「大計法」 「三宅三俊」	唐	「四善二十七最」 「流外官四等法」 「開皇考課令」 「京朝官考課三等第法」 「知州考課四善四最法」
秦	「效律」 「為吏之道」		
漢	「上計律」 「考功課吏法」	宋	「守令課法」 「縣令課四課」 「監司考課格」 「監司七事考課」
魏晉	「都官考課七十二法」 「五條郡縣法」		
北魏	「三等之課」	元	「五事三等考課升殿法」 「通制條格」

<sup>281</sup> 請參照鍾鳳玲，從西德法官法論我國法官身分保障應有之取向，政治大學碩士論文，1989/6，頁194。

北周	「六條詔書」	明	「考滿法」 「考察法」
隋	「計課」	清	「考成法」 「京察法：四格八法」 「大計法」 「欽定磨勘簡明條例」

(資料來源：張晉藩「中國古代行政管理體制研究」第 141 頁;引自邱寶林和吳仕龍合著中國歷代官員考核第 207 頁，1996 年 9 月，雲南教育出版社)

但於公務人員考績法上所增之「專案考績」，遇有重大功過時，隨時辦理，乃係就專案個別處理，考其所突發或偶發事件，而非「考其所績」，顯逾越考績法所應包舉之範圍，已不無可議<sup>282</sup>，又有關公務人員考績法關於免職之規定，僅於實任法官不適用，而對於同樣職司審判工作之試署及候補法官仍有適用，如此規定，是否欠妥？再上開公務人員考績法上所規範之免職、記大過、記過、申誡等懲處，均有其一定之法效果，且均由司法行政機關對法官行之，又無如德國法制，有受職務法庭審查之可能下，如此規範是否會因之影響法官內心之獨立，而有背於法官職務之獨立？又依釋字第二四三號、二九八號及四九一號解釋之見解，僅認為公務人員考績法中之一次記二大過專案考績免職或年終考績考列丁等免職處分之懲處處，屬於公務人員保障法第十八條所稱之行政處分，允許受處分人提起復審、再復審及行政訴訟救濟，至於其他對於公務人員無重大影響所為之懲處處分，包括記大過、記過、申誡等應解為僅得依公務人員保障法第二十三條規定，提出申訴、再申訴，不得提起司法救濟程序之情形下，如規範司法行政機關擁有較輕之申誡處分，是否亦會有影響法官內心獨立之可能？如是，亦即是否意謂著法官無懲處規定之適用問題？以上問題，均待多角度之思考，俾免害及懲戒法官之旨。尤其，院長對不良之法官如何情形要移付行政懲處或懲戒裁量權，應有明文定之。

## (二) 法官之懲戒、彈劾與監察

### 1. 司法特性

現行公務員懲戒委員會有司法特性，隸屬於司法院，為一純粹之司法機關，雖採委員會制，仍充分具有司法之特性。在收案方面，非經有權責之機關移送，不得主動審案。關於案件之審議，與法院評議同審，議決書之製作與裁判書相似，有關迴避、調查、送達等事項，則準用刑事訴訟法之規定。委員之任用資格偏重司法官之經歷，且經大法官會議解釋為憲法上之法官（見釋字第一六二號解釋），有憲法第八十條、第八十一條關於法官審判立、身分保障等規定之適用，凡此均所以表現其為司法性格。

<sup>282</sup> 姜仁脩，公務員懲戒與懲處制度之比較研究，文化大學碩士論文，1986/6，頁 48。

## 2. 與監察院關係

公務員懲戒權之行使，與監察院關係較為密切。懲戒案件之來源，彈劾係其中之一，彈劾案，由監察院提出後移送公務員懲戒委員會審議。公務員懲戒委員會審議處於被動地位，依不告不理原則，未經彈劾，即無懲戒之審議。公務員之違失行為縱係該管主管長官所發覺，其屬簡任以上之人員，仍應由主管長官移送監察院審查，決定應否成立彈劾案，再行移送懲戒。

有關司法權監督機制，實乃包含自律與他律兩大層面。在自律監督方面，不外乎司法行政監督機制，目前尚有所謂的法官評鑑制度。在他律監督方面，舉凡置外於司法體系之一切憲政權力及民間社會力所為之監督，均可含括在內。監察權對司法權之監督即屬此種他律監督的部分，監察實務近年來對司法權（狹義）監督之案型，學者整理如下：

監察實務近年來對司法權（狹義）監督之案型<sup>283</sup>

職務內 行為	非屬審判核心範圍 之實體部分 (此行為理所當然 會影響司法信譽)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 心證形成違反經驗法則或論理法則</li> <li>2. 其他違法情事</li> </ol>
	程序部分 (此行為理所當然 會影響司法信譽)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 濫行羈押</li> <li>2. 違法拘提</li> <li>3. 違法緩刑</li> <li>4. 無視強制辯護案件案卷內有關公設辯護人之記載有遺漏、失誤或矛盾而逕行判決</li> <li>5. 強制當事人和解</li> <li>6. 怠於查證</li> <li>7. 積壓案件</li> <li>8. 延宕審判</li> <li>9. 失誤時效</li> <li>10. 問案態度不佳</li> <li>11. 對當事人陳情案件置之不理</li> <li>12. 其他違法情事</li> </ol>
職務外 行為	與職務具直接相關 性 (此行為理所當然 會影響司法信譽)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 接受或向人關說</li> <li>2. 指導脫罪</li> <li>3. 利用職權身分詐財或收賄</li> <li>4. 與訴訟當事人交往應酬</li> <li>5. 與轄區內執業律師交往應酬</li> <li>6. 其他違法情事</li> </ol>
	利用職務圖利-與 職務具間接相關性 (此行為理所當然 會影響司法信譽)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 浪費公帑</li> <li>2. 利用職權身分於轄區內向多家金融機構申辦鉅額信貸</li> <li>3. 利用上班時間買股票</li> <li>4. 利用職權身分非法經營商業或投機事業</li> <li>5. 其他違法情事</li> </ol>
	與職務不具相關性 但會影響司法信譽	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 財產申報不實</li> <li>2. 與游走犯罪或其邊緣者往來</li> <li>3. 和風月場所女子有染或進出入特種營業場所</li> <li>4. 和婚外女子有染或姘居生子</li> <li>5. 其他違法情事</li> </ol>

<sup>283</sup> 引自陳怡如，我國監察權對司法權監督界限之實證觀察，  
<http://home.kimo.com.tw/jyfd6113/cvj0.htm>。；並請參照陳怡如，監察權對司法權監督界限  
 之分析與建構，載於憲政時代第 29 卷第 2 期，2003/10，頁 211-248。

(資料來源：本資料係陳怡如蒐集民國八十二年二月至民國九十一年十二月監察院公報有關監察院對法官彈劾公告整理而成。)

機關首長與司法院人審會對法官何者違失行為應予考績行政懲處，何者違失行為應予司法懲戒之界線未予明確界定，致影響考績之效果不同，裁量基準應明確化，以符平等原則與比例原則<sup>284</sup>。

宜另立規範以終結當前援用公務員服務法與法官守則搭配使用的情況：法官雖屬「受有俸給之文職公務員」，惟其審判業務上乃具獨立性之本質，究與一般公務員上下隸屬關係有所不同，故實宜將之另予一套規範，並將「審判核心範圍」與自律、他律監督機制的裁量原則予以明確規定，以符司法權事物本質，俾更符合權力分立原則。

宜切合當前國民對司法文化的期待，並隨時代變遷因應修正：世界各國對法官之期許因國情差異各有不同，或置重於政治責任上，或置重於法律責任上，更有置重於對憲法的忠誠者。我國雖標榜自由民主憲政國家，惟解嚴至今不過十幾年，人治文化、人情關說等積習仍未完全根除，自實務亦可窺出整個司法體系仍不乏有此等危害司法風紀的情事發生，此對人民的生命、自由、財產與整個國家的法治文化均會造成嚴重的殺傷力。因此，針對我國的國情文化，在不侵害「審判核心範圍」的前提下，規範設計在針對法官有關職務內外、公私領域監督射程與界限上，要如何建構始能使人民對司法產生信賴感，即須將此等文化現況納入考量，如此監督司法權以確保審判獨立性與公正性上，將更能發揮其應有的效用。懲戒論著頗多<sup>285</sup>。

### (三) 法官之刑事責任

可分為職務犯，係指以法官身分所犯之職務罪，如刑法第一二〇條至一三三條之瀆職罪，又貪污治罪條例優先於刑法適用，此乃特別法優於普通法；準職務犯，係指法官以外之一般人民亦得違犯之犯罪，如刑法第一三四條。

### (四) 國家賠償之問題

憲法第二十四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」除就公務員個人應負之責任，有所規定外，並明文揭櫫國家之賠償責任，所採者為隻重責任制。條文中僅曰凡公務員「違法」侵害人民之自由或權利，國家即應負賠償責任，並未提及故意或過失之問題。是本條所採者，究為無過失責任主義，抑過失責任主義，非無爭議，姑採通說，以過失責任主義為立論基礎。而憲法第二十四條僅曰「凡公務員」違法侵害人民之自由或權利，國家即應負賠償責任，並未區別公務員之類別，此因公務員種類繁多，職務各異，性質有殊，實難一一劃分，惟於其有故意或過失不法侵害人民權益，構成侵權行為，人民遭受損害時，則其結果相同。為符合憲法保障人民權利之意旨，貫徹國家賠償

<sup>284</sup>請參照吳庚，「比例原則與平等原則……互通」，憲法的解釋與適用，2003/9，頁189。

<sup>285</sup>如林燦都，我國法官懲戒制度一從視行政制及其興出發，中正大學碩士論文，2001年；柯慶賢，公務員彈劾懲戒懲處之理應與實務，司法研究年報第22輯，2002年；可供參考，不再贅述。

法制之精神，國家自均應負賠償責任，此不僅為法理之當然，亦為公平正義之要求。蓋國家在公法關係上，與人民雖立於上下統屬（權力）關係，但在私法關係上，卻與人民立於平行對等關係，私人侵害他人自由或權利，國家以法律命其負賠償責任；今國家本身侵害人民之自由或權利，國家卻因該等公務員非故意（未構成犯罪，並判刑確定），而推卸國家責任，此豈事理之平，不僅擅改憲法上之過失責任主義為故意責任主義，且也混淆民事與刑事責任之區別，更是違背有權利即有救濟(Ubi jus, ibi remedium)、有損害就有賠償(Ubi cumpe est injuria, ibi damum sequitur)之法諺。

此外，釋字第四九一號解釋之協同意見書指出：懲戒與懲處併行為訓政時期所建立，是先憲法存在之制度。憲法第七十七條規定，公務員之懲戒為司法院職權之一，第八十三條則定有考試院掌理考績等事項之權，憲法作此規定，足以顯示制憲當時並無變更既存制度之用意。至於現制之良窳，固有仁智之見，若謂法律對考績賦予賞罰之效果，則構成違憲，並非確論。或謂考績雖得附加獎懲，但不得一次記大過兩次免職，以免侵奪司法機關懲戒之權限，然年終考績累計達兩大過者，依法仍須免職時，應作何理解？又或謂懲處不妨維持，惟應仿刑法上有期徒刑不能因加重而成無期徒刑，拘役亦不得變為有期徒刑之例（中國舊律之加贓亦有類此法則），無論記大過若干次，均不應升級為免職，果如此，現行賞優黜劣之考績功能將喪失殆盡，相關制度既須全盤重新設計，已超越掌理規範審查之釋憲機關的權限範圍。矧考績懲處之合憲性業經本院認定有案：釋字第二四三號解釋稱：「公務人員考績法記大過處分，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，上開各判例（指行政法院之舊例）不許其以訴訟請求救濟，與憲法尚無抵觸」。其前提自是承認懲處之設為憲法之所許。釋字第二九八號解釋則稱：「公務員之懲戒乃國家對其違法、失職行為之制裁，此項懲戒為維持長官監督權所必要，自得視懲戒處分之性質，於合理範圍內，以法律規定由長官為之」（該號解釋理由書中段），此段解釋意旨符合行政法學久已存在之一項原則：「行政機關對懲戒法規之執行享有優先權」(das Vorrecht der Verwaltungsbehoerde zur Verfolgung und Androhung von Disziplinarrecht)，而與懲戒性質相當之懲處其合憲性經由此號解釋已無容置疑。目前有關機關正依釋字第二九八號及其他相關解釋進行公務員懲戒法及有關法規之修正，若僅執免職處分既相當於懲戒，則應回歸公務員懲戒法規定，遽指現制為違憲，不僅其理由有欠充分，倘釋憲機關在數年之間出爾反爾，亦將使制度之檢討修正無所適從。

依昔日「特別權力關係」理論，為規範公務員或學生等類人員之行為，服務機關或學校得發布「特別規則」，不受法律保留原則之拘束，違反「特別規則者」，應受懲戒罰。現時學理上已普遍放棄上述理論，凡涉及基本權之重要事項，應受法律保留原則之支配，亦即採所謂重要性理論(Wesentlichkeitstheorie)，本院釋字第三八〇號解釋宣告大學法施行細則部分條文違憲，殆係基於同一法理。本件解釋文所稱：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之」。其揚棄「特別權力關係」之相關理論，尤為明顯。惟法律保留之規範密度常視事項性質不同而定，形成層級化之保留體系(System des

abgestuften Vorbehalts), 釋字第四四三號解釋理由書首段所述, 亦係闡釋此項意旨。在揚棄特別規則之理論下, 公務員權利之保障, 與一般人民初無軒輊, 但無論如何, 對公務員之保留密度不能超過一般人民, 因此凡法律上評價相同之事項, 對人民允許以明確授權之法規命令予以規範者, 對公務員當然亦得以發布授權命令為之, 而授權發布命令之法律條款, 應符合明確性原則, 則屬當然。又公務人員違法失職行為, 而應成立懲戒(處)罰者, 其構成要件應以法律定之, 固為本解釋所強調之重點, 然事實上無法達到與應受刑罰制裁之犯罪構成要件, 所受罪刑法定主義之約束同等嚴格的程度, 故由法律直接規定之要件, 仍須借助概括條款或空白處罰規定, 此乃各國立法例均無法避免之現象<sup>286</sup>。釋字第四三三號解釋亦基於相同理由, 認懲戒處分僅設概括規定, 與憲法並無抵觸。不寧惟是, 專門職業人員所遵守之職業上規範, 與公務員之紀律守則, 性質相當, 同樣不能以法律明定其構成要件, 而不待其他法規之補充。是以會計師法第十七條規定: 「會計師不得對於指定或委託事件, 有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務」, 其中何者為會計師業務應盡之義務, 並不限於該法本身之規定, 其他依法令所課加義務, 會計師如有違背, 仍應成立懲戒責任, 本院釋字第四三二號解釋, 所闡釋者即係此一意旨。本件解釋文下述文字: 「懲處處分之構成要件法律以抽象概念表示者, 其意義須非難以理解, 且為受規範者所得預見, 並可經司法審查加以確認, 方符法律明確性原則」, 便是出自釋字第四三二號解釋, 蓋公務員紀律與專門職業人員之職業規範, 均屬於所謂職業及身分義務 (Berufs und Standespflichten), 在法理上有其共通之處。

而釋字第二二八號解釋認為, 國家賠償法第十三條規定: 「有審判或追訴職務之公務員, 因執行職務侵害人民自由或權利, 就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪, 經判決有罪確定者, 適用本法規定。」係針對審判與追訴職務之特性所為之特別規定, 尚未逾越立法裁量範圍, 與憲法並無抵觸。另外, 釋字第四三三號解釋理由書也補充: 國家為公法人, 其意思及行為係經由充當國家機關之公務員為之。公務員與國家之間係為公法上職務關係, 國家對公務員有給予俸給、退休金等照顧其生活及保障其權益之義務, 公務員對國家亦負有忠誠、執行職務等義務。為維護公務員之紀律, 國家於公務員有違法、廢弛職務或其他失職行為時, 得予以懲戒。此一懲戒權之行使既係基於國家與公務員間公法上之權利義務關係, 與國家對人民犯罪行為所科處之刑罰不盡相同, 而懲戒權行使要件及效果應受法律嚴格規範之要求, 其程度與刑罰之適用罪刑法定主義, 對各個罪名皆明定其構成要件及法律效果者, 亦非完全一致。

又釋字第四六九號解釋另指出, 憲法第二十四條規定公務員違法侵害人民之自由或權利, 人民得依法律向國家請求賠償, 係對國家損害賠償義務所作原則性之揭示, 立法機關應本此意旨對國家責任制定適當之法律, 且在法律規範之前提下, 行政機關並得因職能擴大, 為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害, 以及科技設施所引發之危險, 而採取危險防止或危險管理之措施, 以增進國民生活之安全保障。倘國家責任成立之要件, 從法律規定中已堪認

<sup>286</sup>請參照 H. J. Wollf, Otto Bachof, R. Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, §115 Rn. 8ff.; G. Kuscko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht, 1985, S. 4.。

定，則適用法律時不應限縮解釋，以免人民依法應享有之權利無從實現。

釋字第四八七號解釋：冤獄賠償法為國家賠償責任之特別立法，憲法第二十四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」，立法機關據此有制定有關國家賠償法律之義務，而此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則。該號解釋之不同意見書另指出，國家所負冤獄賠償責任係無過失責任國家司法機關為實行刑罰權，由檢察官代表國家追訴犯罪，並設法院職司審判，以確定刑罰權之有無。羈押則為保全訴訟之進行為目的，於偵審中拘束犯罪嫌疑人之身體自由，為侵害人身自由最深刻之強制處分。由於制裁犯罪乃國家司法機關基於維護公共利益而為，以維護社會秩序為目的。羈押被告如能獲得確定終局有罪判決，固能達刑事訴訟程序中羈押被告當時預期的效果；倘偵查結果經檢察官為不起訴處分，或經法院審理後為無罪之判決確定，則一方面證明刑事訴訟程序進行中訴訟機能發揮正確之作用，使無辜的被告獲得清白；惟一方面則因被告受羈押乃司法機關為社會全體之利益而行使公權力之過程中，對其個人權利加以侵害，自不宜由被告個人負擔全部損害。冤獄賠償法第一條規定被害人得依該法請求國家賠償，即係基於無過失責任之危險責任而來。

釋字第二二八號認為「憲法所定平等原則，並不禁止法律因國家機關功能之差別，而對國家賠償責任為合理之不同規定。國家賠償法針對審判及追訴不受外界干擾所必要，尚未逾越立法裁量權範圍。」惟國家賠償法乃為保障人民權利不受國家不法侵害，以期符合民主法治而訂定，不應將國家賠償法與獨立行使審判及追訴工作之維護混為一談，即不應以國家賠償法之例外嚴格之構成要件規定，來保障司法權之獨立。國內學者亦認為國家賠償法第十三條有超越立法裁量範圍之嫌。國家賠償法第十三條對於法治國家要求對人民權利實質保障之原則，有著如何的影響與衝擊，應有待學說多加探討。現行國家賠償法第十三條之立法理由須以「尊重裁判實質確定力、維護法安定性」為主軸，修正條文將「原裁判廢棄」之要件加入，並刪除「犯職務上之罪經有罪判決確定者」始可請求國家賠償之要件，蓋因此乃增加憲法所規定之限制，對保障人民之權益尚屬不周<sup>287</sup>。

<sup>287</sup> 學者認為，此一解釋不無商榷之餘地。蓋「為維護審判獨立及追訴不受外界干擾」，與其限縮人民得請求國家賠償責任，不如限制賠償義務機關對審檢人員之求償權較為妥適。請參照李惠宗，行政法要義，2002/10，頁 702-703；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 2 期，1990 年 10 月，頁 26 以下。並請參照蔡志方，從立法裁量權之界限，論國家賠償法第十三條之合憲性，收於氏著，行政救濟與行政法學（二），1993 年，頁 301 以下。再者，大法官劉鐵錚亦提出不同意見書，有一段話，頗有見地：「憲法第二十四條僅曰『凡公務員』違法侵害人民之自由或權利，國家即應負賠償責任，並未區別公務員之類別，此因公務員種類繁多，職務各異，性質有殊，實難一一劃分，惟於其有故意或過失不法侵害人民權益，構成侵權行為，人民遭受損害時，則其結果相同。為符合憲法保障人民權利之意旨，貫徹國家賠償法制之精神，國家自均應負賠償責任，此不僅為法理之當然，亦為公平正義之要求。蓋國家在公法關係上，與人民雖立於上下統屬（權力）關係，但在私法關係上，卻與人民立於平行對等關係，私人侵害他人自由或權利，國家以法律命其負賠償責任；今國家本身侵害人民之自由或權利，國家卻因該等公務員非故意（未構成犯罪，並判刑確定），而推卸國家責任，此豈事理之平，不僅擅改憲法上之過失責任主義為故意責任主義，且也混淆民事與刑事責任之區別，更是違背有權利即有救濟（Ubi jus, ibi remedium）、有損害就有賠

## (五) 法官之民事責任

「民事」責任而言，違法、失職或廢弛職務之公務員還須依民法第一百八十六條等相關規定而負回復原狀（含名譽）或民事賠償。

### 第四節 小結

在本文第一章第一節第一項提出了所謂「有趣的問題」，經過上述理論基礎的說明與檢討，以及實然與應然的對照，探討如下：

#### 第一項 法律與公共行政之扞格

法官審判追求個案之公平正義，法院行政追求國家之公共利益<sup>288</sup>，兼行政之法官（庭長、法官），或者法官從事院內行政（釋字第 530 號），應有「共好<sup>289</sup>」之觀念，行政非如審判，輸贏立判，你死我活（其實審判也不是趨向於當事人進行主義，求得當事人最大利益，民刑事審判如是，就連政府與人民之行政訴訟也有和解），行政工作者為求公共利益，將行政資源用在最需要的地方，獲得最大之效益，非「零和」之結果；否則兼行政之法官辦理行政，有所差池，回歸審判，似也非當；而司法行政和司法審判能相輔相成，成為組織共同體，一起為司法努力。

#### 第二項 司法獨立與行政一體之緊張關係

德國海德堡大學德國與歐洲行政法研究所所長史密特阿司曼（Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Schmidt-Aßmann）曾說：「法治國家的內涵，除了法院救濟(保

---

償(Ubicunque est injuria, ibi damnum sequitur)之法諺。」。

<sup>288</sup>對於「公共利益」是否存在的問題，林子儀教授認為應可透過反面推論的方式為之，亦即，應可先行思考 1、若不承認某種公益之主張並對之加以保護的話，是否會；2、對誰（必須有特定人或可得確定範圍之不特定人）、3、以何種方式產生傷害？若此三方面的問題均能清楚的答案，則不但可以間接推論出系爭「公益」之主張確有其必要性，且也可同時限定該公益的範疇，如此方不致使得公益的主張淪為空洞、行政法官必須要求有該項主張者或認定於公益有重大損害者，必須作成主觀的宣示。相關之主觀宣示，也可便利於一般人以及司法審查該主張或法官之裁判是否符合比例原則之要求時的具體判斷。參照釋字第 479 號，臺灣法學會（原名中國比較法學會）代表人林子儀聲請書。轉引自

<http://wjirs.judicial.gov.tw:8000/bin/yas/judge4.asp?key=%A4%BD%AFq&cname=司法解釋&dbnm=43IHF4ER01&sn=5>。該聲請書清楚的說明：公益主體仍為一般人民，公益主張絕非為國家機關服務，亦非基於行政管理之便利。轉引自參汪宗仁，公法上職務關係之實務與理論-評行政法院判決對公法上職務關係之怠為與應為，收於行政法實務與理論（一），頁 509-554。

<sup>289</sup>「共好」係指，「了解自己扮演的角色，就會發現自己的工作有其正當性，而這種正當性是促進共好的必要條件。」「成功完全繫於一個人的態度、能量、平衡，以及與他人之間的關連，最棒的是，只要你嚐到箇中滋味，就會開始將之四處散佈，與人分享；成功就像愛一樣，給的越多，得到的也越多。」「達到成功的最大秘訣，就是找出一般人通常做事的方法，然後想辦法讓組織的運作配合這種自然的行為」；請參照肯·布蘭佳（Ken Blanchard），雪爾登·包樂斯（Sheldon Bowles），「共好」，1998/6，郭菀玲，哈佛企業管理公司出版，序言。

護)要素外，尚包含有下列內容：基本人權之存在，尤其是自由權。承認立法、行政與司法之權力分立。確保法院與法官之獨立性。行政權受法與法律之拘束。所有上述這些保障內涵，全部皆由一個理念所決定著：意即所有國家權力必須經由法律予以規範。法治國家的種種要素並非互相獨立，互不關聯；相反的，這些要素乃共同架構成一個「效力結構體」(Wirkungsgfüge)，而且彼此相互支援著。但是，法治國家之各種要素彼此間，亦可能產生緊張關係。這種緊張關係也給法治國家的理念帶來一種綜合現象：在某些情況下，法治國家的理念要求『對立性』思考。從而法治國家之理念，亦如同其他憲法原則一般，須經由衡量後予以具體化。憲法是一個如此的『意義結構』：意即在個別給予保障之條文解釋，也不應該破壞其他憲法規範條文或其他憲法原則。」<sup>290</sup>司法獨立與行政一體之緊張關係乃權力分立之必然，法律與權力型關係之間本就處於一種緊張關係的狀態。一方面，法律與權力的目的有某些相同之處。霍布斯認為，法律只不過是掌權者的命令，這個觀點可暫不予考慮。但是，不能否認，法律需要掌權者的支援。因為，法律需要依靠國家的力量來使其懲罰在不被遵守時得以實現。法律並不僅僅是用來維護統治階級權力的一整套規則。不過，只要法律的首要目標是建立社會的和平和秩序，法律的價值觀與統治階級的價值觀之間就沒有衝突。社會穩定也是統治者的利益，只要統治者想要保持對社會的控制，他們就不會允許混亂得以蔓延。另一方面，在權力型關係當中，掌權者不願手中的權力受到限制，而法律的宗旨又恰在於使權力的使用人屬於固定的規則，從而控制一切權力的行使。如果掌權者接受這些規則，他們與其臣民之間的關係也就不再是純粹的權力型關係了。因為，如果規則具有效力，那麼，臣民們在認為統治者濫用手中權力的時候，就可以援用這些規則，以求對抗。所以，只要權力型關係以純粹的形式存在；統治者與被統治者間的關係就永遠無法用法律來調整。

此外，在統治者與被統治者之間的關係方面，依公平適用的正當法律程式解決相互間的矛盾，這是符合統治者的利益的。假如被統治者知道自己與統治者之間的關係是建立在正義而不是專制的基礎之上，那麼，他們將會為自己所處的環境而感到滿意，而不會去想改變它。如果統治者為被統治者制定一套以公平為基礎的私法法律體系，那麼對統治者來說是利多弊少。被統治者內部相互之間的關係並沒有受到觸動。不幸的是，即使是在這一方面，統治者也總是企圖干涉法律的事務。任何一般性的規則都會面臨某些偶然的難題。如果統治者本身處於法律管轄之外、不受法律的限制的話，那些認為自己在私法規則的適用方面受到了不公平對待的人，就會向統治者提出申訴。統治者可以便申訴方免於法律管轄，或頒佈特別的法律豁免令，以此作為補救措施。這種做法也許會對案件產生一種比適用法律更公正的結果。實際上，作為一個開明君主，普魯士的斐特烈大帝將此看作自己的義務，當法律的適用不夠公正時，就以自己司法權力取代法律。不過，統治者的這種做法，必然會毀壞法律，也會削弱公眾把法律當作非人格化的「全然不看適用物件是誰」的正義的化身這種觀念。因此，權力型關係與法律之

<sup>290</sup>Prof. Dr. Dr. h. c. Eberhard Schmidt-Aßmann, 林明鏘譯，憲法理念對行政訴訟之影響，頁，翁教授岳生先生七秩誕辰文集，頁 379。

間基本上是互不相容的<sup>291</sup>。

### 第三項 法官與其他公務員之平等問題

法官與其他公務員有何不同呢？考試委員、監察委員、軍人、檢察官、公務人員保障暨培訓委員會委員、審計人員及選舉委員會等等，亦多依法獨立行使職權，為何獨有「法官優越」呢？吾人從上述司法權之本質，司法事物之本質，唯有司法獨立、審判獨立，司法及法官才有存在之必要，依「等者等之，不等者不等之」之實質平等原則，即憲法上第七條、行政程序法第六條之平等原則，司法院大法官釋字第三四一號、第三六九號、第四五五號、第四六八號、第四八五號、第五〇〇號、第五四七號、第五六五號解釋，凡與審判獨立核心領域，任何外在權力不可侵入（憲法第八十條），所以為求合憲之「完全獨立」，就此部分，法官是優越其他公務人員，此無違平權與平等原則；依此推衍說明：上述「依據法律獨立行使職權」之人員，監察委員是行使準立法權<sup>292</sup>，法官是行使司法權，其他人員都是行使行政權（包含考試委員）。法官是司法權之受託者，國家法律的捍衛者，行政是政府執行的運作者，行政權之某種職位因工作性質之不同，可以從原隸屬的事物中保持行政超然之立場以行使其職權（如行政中立等等），但畢竟是在行使行政權，與法官之行使司法權不同；所以法官之審判獨立與行政權或準立法權之上述公務員之獨立行使其職權，是不同的。

但是，司法獨立並非司法自認優越（位），而壓迫其他行政、立法、考試及監察之工具，此為權力分立制衡之原理（司法優越與司法自制有所關聯，司法優越，是由其他四權來尊重）；審判獨立更非是法官階層壓迫其他階層之工具，主政者非僅是法官之長官，係機關全體員工之長官，廓然大公，氣度決定格局，主政者或兼行政之法官要有這種氣度，才能引起其他員工從內心肅然起敬，由這些穿公務制服的人民（機關同仁）相信法官，再由這些人推展至一般人民，這是司法為民，最經濟的行銷方法。

### 第四項 人與制度之爭議

「人之所欲無窮，而物之可以足吾欲者有盡，美惡之辨戰於中，而去取之擇交乎前」<sup>293</sup>，社會複雜，人會受到情緒與理性之糾纏，常在所謂客觀正義與公平合理理念中，展現主觀的情緒與好惡；由於理性的要求與情緒的好惡經常處於難以抉擇的困境，故人類希望社會建立各種「制度」，期藉由一定「程序」，將與事物本質無關的感情要素盡可能地濾除，而留存理性，但如果程序本身已經不理

<sup>291</sup>(英)彼得·斯坦、約翰·香德，西方社會的法律價值，中國人民公安大學出版社，1990 年版第 33-34 頁。

<sup>292</sup>監察權主要指彈劾（糾舉）、糾正與審計，為準立法權，學者認宜回歸立法院；請參照湯德宗，新世紀憲改藍圖，載於月旦法學雜誌第 109 期，2004/6，頁 87-88。學者進一步指出，監察院之性質頗為複雜，所行使之「監察權」，除具有「準司法權」、「準立法權」外，亦具有實質之行政作用之「行政監督作用」，此為其「準行政權」之作用；請參照李惠宗，行政法要義，2002/10，頁 81。

<sup>293</sup>蘇軾，超然台記。

性，制度的理性即無由呈現出來<sup>294</sup>。所以法官人事（含考勤）制度，應建立合憲性的制度性保障<sup>295</sup>，法官考績或職務監督應合於體系正義之建構，優質之制度，職務長官（採首長制或合意制），均有制度可循，並慎選具有行政專才之各法院院長及庭長人選，「君子之德風，小人之德草，草上之風必偃」（論語、顏淵篇），司法裁判或行政解釋對職務監督與審判獨立之爭點，細膩的邏輯思考推衍，建立縝密的判例及解釋例，俾有遵循；如此，人治有制度遵循，可以濟制度之僵，制度之建立，可以制人性之劣，而所有制度的建立，其目的在型塑法官職業的倫理，達成完全給付人民之司法受益權。

---

<sup>294</sup> 請參照李惠宗，對立法權制衡機制之探討，載於月旦法學第 109 期，2004/6，頁 89。

<sup>295</sup> 制度性保障之傳統意義，最早提出「制度性保障」一詞者，可以 Carl Schmitt 見解為代表，氏認為「制度性保障」者，乃指在憲法的規範之下，某些具有一定範疇、任務及目的之制度為國家憲法所承認，應受到憲法的特別保護，而非立法者所能加以廢除者。而 Carl Schmitt 所以特別提出「制度性保障」之理論，乃係因十九世紀末二十世紀初的憲法理論，關於憲法中人民基本權利之規定只是一種「綱領條款」，對於立法者而言，僅是一種政治上的宣示規定，對之並無拘束力。是故，藉由「制度性保障」理論之提出，用以和基本權利相區別，以突破立法者不受基本權利拘束之藩籬。而德國早期學說與憲法法院受到 Carl Schmitt 影響，咸認為制度保障所稱之制度，指的是規範具有制度特徵之特定基本權所保障社會生活事實之法規範總和，而制度保障指的是保障這些制度中具典型特徵的傳統核心原則，免於遭受立法者的侵犯。所以 Carl Schmitt 的制度保障所保障的，只是一種「現狀的擔保」而已，並未課與國家積極創設一理想制度之義務。制度性保障之現代意義，德國自二次戰後，基本權利之理論幡然改貌，基本權利除了具有主觀的權利性質，同時亦蘊含有客觀的價值決定。德國實務及學說在闡釋「基本權利客觀功能」之具體內容時，將「制度性保障」的觀念視作基本權利的客觀面向，使之成為基本權利的內涵之一。易言之，「制度性保障」已非如當初 Carl Schmitt 的原始構想為相對立之概念，而是合而為一，故一般稱為「基本權利之制度性保障」。且新的制度保障功能不再只是消極的現狀擔保，同時也課與立法者積極去形成、保護之義務。請參照參閱吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4 初版，頁 120。李建良，論學術自由與大學自治之憲法保障，憲法理論與實踐（一），1999/7，頁 164-165。許宗力，基本權的功能與司法審查，憲法與法治國行政，1999/3，頁 176。



## 第三章 法官考績之性質與檢討

### 引言與案例

◎司法行政就是管理「一個全是酋長的族群」<sup>296</sup>，而法官考績就像是大酋長給小酋長打分數。問題是：大酋長知道小酋長部落的圖騰（totem<sup>297</sup>）嗎？

◎法官考績再申訴案例<sup>298</sup>

#### 事實

某候補法官林○○，因不服九十年年終考績經臺中地院考列乙等，向該院提出申訴，嗣不服申訴函復，向保障培訓委員會提出再申訴。

#### 再申訴意旨

一、再申訴人考績係經考績委員會與其他法官相較，**比較優劣結果**，認為再申訴人裁判品質有待加強等等，此與事實有重大出入且嚴重影響人格及聲譽，再申訴人深知法官職權之行使影響當事人權益至鉅，兢兢業業、審慎衡酌，斷無裁判品質不佳情事。本院考績委員會囿於**考績等次比例之限制**，暨審判事務因社會現象無窮，案件繁簡及法律見解不一等考量，加深考績考評之難度與疑慮，惟以裁判品質為考評依據，易因個人喜惡有失偏頗，亦不免有**侵害司法審判之核心範圍及干預法官獨立審判之嫌**。

二、考績會於召開之前要求各庭呈報不列為甲等之人選，若未呈報則逕列該庭未結案件總數為高之法官為人選，再申訴人承辦之股別不易結案，自九十年接辦時起即為該庭案件最多者，仍經縝密思考，未敢輕忽。對於被考評以裁判品質有待加強深感錯愕。又**考績會考評過程，未提供再申訴人申辯機會**。

三、法官應依法獨立審判、不受干涉，**同為職掌審判事務之法官實無從比較優劣**，故依職務性質，僅得個別考核，始符合考績制度綜覈名實、信賞必罰之本旨，**不應在同一機關定有考績等次人數比例之限制**。若依比例限制進行考評，應就各法官裁判品質、人格素養、辦案嚴謹程度等個別評比，並公開評比結果。評比若因屬人事機密未便公開，亦應私下通知考列乙等人員與會申辯，以維受考人基本權益。

#### 再申訴決定書理由

一、司法人員人事條例，對於司法人員年終考績應如何評擬、初核、覆核並無規定，自應**適用公務人員考績法**之相關規定。而按公務人員考績法第十四條第一項規定：「各機關對於公務人員之考績，應由主管人員就考績表項目評擬，

<sup>296</sup> 本句話是美國法官 Clifford Wallace 說的，請參照所撰 Judicial Administration in a System of Independents: A tribe with only Chiefs, 1978 B. Y. U. L. REV. 39, 55-58 (1978)；轉引自蘇永欽，司法行政組織的發展趨勢，收於法治斌教授紀念論文集—法治與現代行政法學，頁 46。

<sup>297</sup> 圖騰 totem 源自北美印第安人的語詞，人類學家用以指與特定氏族或部族有特殊關係的一種動物或植物。圖騰制曾被視為原始宗教的主要特徵之一。此處隱喻為法官審判（核心）領域或法律保留的部分。

<sup>298</sup> 本案例是公務人員保障暨培訓委員會民國 92 年 1 月 21 日(九二)公申決字第 000 八號再申訴案件考績事件林○○再申訴決定書。

遞送考績委員會初核，機關長官覆核，經由主管機關或授權之所屬機關核定，送銓敘部銓敘審定。」卷查本案再申訴人九十年年終考績之辦理程序，係由臺中地院臺中簡易庭主管人員以平時考核為依據，按考績表所列差假及獎懲紀錄，就其**工作、操行、學識、才能**各項分別評分後，送經該院考績委員會初核、院長覆核，函報司法院核定，及送銓敘部銓敘審定。核其辦理考績作業程序，與上開規定合致，尚無程序上之瑕疵。

二、次按公務人員考績法施行細則第四條規定……，類此考評工作，富**高度屬人性**，**主管長官對部屬考評之判斷餘地**，除辦理考績業務，對事實認定有違誤、未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事件無關之考慮牽涉在內及有違反平等原則等情事外，應予尊重。

三、卷查本案再申訴人九十年公務人員考績表內，工作、操行、學識、才能四項評分：**工作計得三十九分、操行十六分、學識十二分、才能十二分，合計七十九分**，茲有再申訴人九十年公務人員考績表影本附卷可稽。且再申訴人亦未提出其考績應評列甲等之具體事蹟；復依臺中地院再申訴答復意旨，再申訴人九十年年終考績經該院依公務人員考績法及其施行細則等相關規定辦理，因再申訴人**未結件數偏多，且對於案情爭點掌握之能力尚須努力**，該院爰綜合考量再申訴人上述情節後，予以九十年年終考績考列乙等七十九分，於法尚無不合。綜上，本案該院辦理考績作業，並無對事實認定有違誤、未遵守一般公認價值判斷之標準、與事件無關之考慮牽涉在內及違反平等原則等情事，是以，該院核布再申訴人九十年年終考績考列乙等之結果，核無違法或不當之處，該院主管長官對再申訴人考評之判斷餘地爰應予尊重。

**結果：**再申訴駁回。

## 第一節 現行法官考績制度

我國現行法官考績制度，與一般公務人員相同，有其主管（庭長或院長）予以考評，法規明文規定不得考列甲等之消極事由；考績委員會有非法官人員之考績委員予以評價法官，似有不當。對於所辦案件之類型，質與量之比較，付之缺如，無從比較，且法院內法官甲等百分比之限制（目前限定甲等不得超過 90%），有失公平，法官職司平亭，講求審判個案之公平正義，卻因考績對被不公平正義對待，也是弔詭。

其次，對法官作績效考核，到底有沒有違反憲法第八十條：「法官…，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」亦即法官考績制度是否違憲呢？

法官所為之裁判，除應依據法律為之者外，其在職務上完全獨立，關於訟爭之具體案件，不受訓令拘束，亦不受其他權威勢力影響，是為審判獨立；惟如無司法優良之制度，引進素質低的法官又無監督考核的機制，那麼「審判獨立」可能流於「獨斷審判」「恣意的審判」「有錢判生，無錢判死」屆時人性的負面缺失：如偏狹、迂腐、錯誤、無知、濫情、恣意等流弊即無從防止，法官考績是否可以有預防或監督上揭流弊呢？

法官考績制度如果去除年終考績獎金與官職等之晉級外，相信多數法官們不要法官考績制度（這也是司法院法官法草案所擬之方案），法官誰也不願被考核與監督；實務上，過去曾以法官辦案成績為主要參考標準；法官辦案成績廢除後，法官人數較少者之法院，有以協調或抽籤定之；亦有以因減少辦理案件、上訴維持率低、上級審法院考核分數低、非常上訴撤銷所辦案件、遲延案件、未結案件數多、請事病假超出規定日期（超過 14 日者<sup>299</sup>）、記過以上處分者、曾受刑事或懲戒處分者等等事由，當作被考列乙等之參考標準。目前考核法官的項目有：案件收結表、視為不遲延<sup>300</sup>月報表、宣告緩刑比例月報表、列管案件未結通知表、案件停滯明細表、重大刑案月報表（或管制表）、還有其他每月定期稽催的公文等等，是足以影響法官辦案的。這些資料會被採為法官考績的參考資料。其他如法官考績（成），有無故遲延交付裁判原本達兩個月者。一年內累計遲延交付裁判原本達一八〇日，而情節重大者。辦理審判或其它業務，態度嚴重不良或顯然怠惰，有損司法形象者。辦案有重大違失可歸責於辦案之法官者。有違反法官守則<sup>301</sup>之具體事實，依其情節足認考列甲等顯不適當者；而該具體事實之認定，由該法院法官自律委員會議決後，移送該法院考績委員會處理<sup>302</sup>。

## 第一項 法官考績之種類

考績指一定時期工作績效之總結評定<sup>303</sup>，法官考績有「年終考績」、「另予考績」及「專案考績」三種<sup>304</sup>；另予考績，係指受考之法官於同一考績年度內，任職不滿一年，而連續任職已達六個月者，或將離職（辭職、退休、資遣、死亡或留職停薪）或甫再任（公務人員考績法施行細則第 7 條第三項）；不滿一年之平時考核累積之結果，無晉級升等之問題，影響個人權益較小；專案考績則指法

<sup>299</sup> 見公務人員考績法施行細則第 4 條第 3 項。

<sup>300</sup> 所謂視為不遲延案件，係指法院案件雖已逾辦案期限，但符合「各級法院辦案期限實施要點」規定簽報院長核可不列為遲延案件者，則稱視為不遲延案件。

<sup>301</sup> 「法官守則」旨在要求法官於執行職務或個人行為上，嚴守高標準的規範，藉以提昇民眾對司法的信賴與尊重。其內容性質與美國全美律師協會（American Bar Association）訂定的「司法行為守則」（Code of Judicial Conduct）相類（按美國全美律師協會於 1972 年 8 月 16 日訂定「司法行為守則」，許多州議會承認該守則為州之法律。美國聯邦司法會議（Judicial Conference of the United States）於 1973 年 4 月 5 日亦採用該守則，訂名為「美國司法行為守則」（Code of Judicial Conduct of the United States），作為聯邦法官的行為規範。嗣於 1987 年 3 月修正名稱為「美國法官行為守則」（Code of Conduct for United States Judges），1992 年 9 月 22 日部分修正（請參照蔣次寧，司法改革的方向與實踐，收於司法院司法改革委員會會議實錄上輯，1996/5，頁 56。）我國現行法官守則規定：（1999 年 12 月 18 日修正）一 法官應保有高尚品格，謹言慎行、廉潔自持，避免不當或易被認為不當的行為。二 法官應超然公正，依據憲法及法律，獨立審判，不受及不為任何關說或干涉。三 法官應避免請參照加政治活動，並不得從事與法官身分不相容的事務或活動。四 法官應勤慎篤實地執行職務，尊重人民司法上的權利。五 法官應隨時汲取新知，掌握時代脈動，精進裁判品質。

<sup>302</sup> 司法院所屬各級法院法官考績（成）評定請參照考要點亦有規定不得考列甲等之項目。

<sup>303</sup> 請參照徐有守，考銓制度，1997/7 月修訂版，頁 395。

<sup>304</sup> 年終考績、另予考績、專案考績在公務人員考績法第 3 條有定義：一 年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年一至十二月任職期間之成績。二 另予考績：係指各官等人員，於同一考績年度內，任職不滿一年，而連續任職已達六個月者辦理之考績。三 專案考績：係指各官等人員，平時有重大功過時，隨時辦理之考績。

官有重大功過事蹟時予以隨時辦理之考績，其性質幾乎就是事由處分，因需符合一定要件<sup>305</sup>，似較稀有，對法官而言影響也小；至於年終考績，乃一般法官每年年終任職之績效總評，以一年之平時考核之累積評定結果，對法官權益影響較大，值得討論，以下除有特別敘明外，所謂法官考績係指法官年終考績而言。

法官考績之考評項目（Standards of Performance Rating），分為工作、操行、學識、才能<sup>306</sup>，目前司法院暨所屬機關並未對法官另訂細目，故仍依公務人員考績法施行細則第三條及銓敘部所定之考績表，其評分細目及百分比（Performance Rating Scores）如下：1.工作：分為質量、時效、方法、主動、負責、勤勉、協調、研究、創造、便民十細目，佔考績總分數百分之五十。2.操行：分為忠誠、廉正、性情、好尚四細目，佔考績總分數百分之二十。3.學識：分為學識、見解、進修三細目，佔考績總分數百分之十五。4.才能：分為表達、實踐、體能三細目，佔考績總分數百分之十五。上述考核細目不確定法律概念居多，包含法官職務（例如工作：分為質量、時效、方法、主動、負責、勤勉、協調、研究、創造、便民十細目）與非職務監督（例如操行之項目，性情、好尚等等），是有侵害審判獨立之嫌；依法院組織法、行政法院組織法及司法院頒訂之法官守則二：「法官應超然公正，依據憲法及法律，獨立審判，不受及不為任何關說或干涉。」考績之「職務監督」項目與「獨立審判，不受及不為任何干涉」範疇與界限，應予釐清。

## 第二項 法官考績之程序

法官考績於每年年終由人事主管人員查明受考人數，並分別填具考績表有關項目（工作、操行、學識、才能<sup>307</sup>），送經單位主管（法官經由庭長，庭長經由院長）評擬，檢同受考人全年平時成績考核紀錄，依規定加註意見後（所謂加註意見即彙總法官自律委員會、政風室、統計室、研考科及人事室之全年平時成績考核紀錄），予以逐級評分簽章，彙送法官會議<sup>308</sup>後交考績委員會初核，法院院長覆核，經由司法院核定，送銓敘部審定。法官兼院長則逕送其上級機關核定。

法官考績（成）之辦理，在考績年度內有下列情形之一者，不得考列甲等：辦理審判或其它業務，態度嚴重不良或顯然怠惰，有損司法形象者；辦案有重大違失可歸責於辦案之法官者；有違反法官守則之具體事實，依其情節足認考列甲等顯不適當者；曾受刑事或懲戒處分者；平時考核獎懲抵銷後，累積達記過以上

<sup>305</sup>該要件在公務人員考績法施行細則第14條有列舉之：一、針對時弊，研擬改進措施，經採行確有重大成效者。二、對主辦業務，提出重大革新具體方案，經採行確具成效者。三、察舉不法，維護政府聲譽或權益，有卓越貢獻者。四、適時消弭意外事件，或重大變故之發生，或已發生而措置得宜，能予有效控制，免遭嚴重損害者。五、遇案情重大案件，不為利誘，不為勢劫，而秉持立場，為國家或機關增進榮譽，有具體事實者。另一次記兩大過或考列丁等之免職於責任法官不適用之，司法人事條例32條2項定有明文；筆者濫竽司法人事單位近二十年，未曾辦過專案考績。

<sup>306</sup>公務人員考績法第5條暨施行細則第3條第1項；司法院「司法院暨所屬各機關人員平時考核實施要點」要點4之2項。

<sup>307</sup>公務人員考績法施行細則第3條第1項；司法院「司法院暨所屬各機關人員平時考核實施要點」，內分工作、操行、學識、才能等考核。

<sup>308</sup>法官會議實施要點第3點。

處分者；無故曠職一日或累積達二日者；請事、病假合計超過十四日者；曾依法官評鑑辦法評鑑確定，認有損及司法信譽之事實者；全年停止辦理案件（即優遇人員）、服兵役，或出國進修或研究（不含因公奉派出國）逾六個月以上者，不得考列甲等<sup>309</sup>。

### 第三項 考績對法官的影響

法官被課予較一般公務員較高的道德要求，如法官守則等等；在考評法官考績時，如果程序不夠合法化（如僅由院長決定）與實體缺乏正當性（如法官行政工作之考量大於審判工作），考核分數量化沒有基準，或有基準不夠精確，很容易使法官考績流於形式化，法官被當作考核標的，而有被工具化，不被尊重的感覺，法官之人性尊嚴<sup>310</sup>因而感覺被傷害，加上考核不公或不準確，將一優秀之法官列為乙等以下，其一年之努力，千辛萬苦一筆勾，對其精神之打擊不可謂輕，於是有法官審判工作情緒低落，有者離職開業律師或出國進修。

自民國八十六年至八十九年法官考績甲等比率較同一法院其他人員高（因無甲等百分比之限制），惟自民國九十年起法官考績甲等比率司法院默示不超過百分之九十，致法官群起紛擾，迄今未休<sup>311</sup>。

依法院組織法第一百十二條、第一百十三條條之規定，監督長官得發注意命令之範圍，係關於職務上之事項，且得以被監督人廢弛職務為由，依公務人員考績法及公務員懲戒法加以處分，此所謂職務上之事項，並無何法律加以限制，是以縱屬與法官審判工作有關之事項，仍為「職務上之事項」文義所涵攝，從而於現行法下，我國法官得受職務監督之行為，範圍甚廣，幾至毫無限制之程度可言。德國法官法第二十六條第二項就職務監督之事項，其規定為：「職務監督在前項限制（按指不得侵害審判獨立）下，包括制止法官違法執行職務及督促法官合法迅速執行職務。」與我國前開規定相比，似簡明許多；德國聯邦最高法院復就職務監督之範圍，將法官職務行為劃分為核心領域及外部秩序領域兩部分，認為核心領域範圍內之職務行為，包括判決行為本身、直接、間接為準備判決及接續判決等行為，除了屬於顯著之違誤（*Offensichtlich Fehlerhafte Amtausübung*），否則不得為職務監督，外部秩序範圍之行為，則屬距離核心領域遙遠之行為，得受職務監督。此種見解被稱為核心領域理論，自提出以來，漸成為德國關於法官

<sup>309</sup> 見司法院所屬各級法院法官考績（成）評定參考要點。

<sup>310</sup> 學者 Güter Dürig 即將「人性尊嚴」定義為：「人性尊嚴與時間及空間均無關，而是應在法律上被實現的東西。它的存立基礎在於：人之所以為人乃基於其心智；這種心智使其有能力自非人的本質脫離，並基於自己的決定去意識自我、決定自我、形成自我。」。而一般認為「人性尊嚴」之核心內涵即為，個人之「自治」與「自決」；且按釋字第 372 號解釋文（摘錄）：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」可推知，大法官似亦傾向將「人性尊嚴」定位為基本權利之上位概念，為我國憲法當然的保障內涵。並請參照李惠宗，憲法要義，2002 年 10 月，頁 80-83，以人之主體性及人之自由意志應受尊重為人性尊嚴之兩內涵。

<sup>311</sup> 「政治，如同經濟一般，人們時時為爭取稀少資源而競爭。」Green 和 Shapiro 以此作為其著作「Pathologies of Rational Choice Theory」的引言（Green & Shapiro, 1994, 頁 1）。從此角度觀之，考績制度，如同政治與經濟生活一般，公務人員們無時無刻不在為爭取有限的資源（考列甲等）而競爭？轉引自黃弘君，考績甲等比例限制之研究—賽局觀點，人事月刊第 38 卷第 1 期，2004/1，頁 42。

職務監督範圍之通說。核心領域理論固然居於德國通說之地位，不過對於如何界分核心領域與外部秩序，核心領域理論其實並未提供具體而明確之判斷標準，致其實用性屢遭質疑。大法官們在釋字第五三〇號解釋中，試著去碰觸這個問題（理由書第二段<sup>312</sup>），不過似未不能有效劃出考績監督與審判獨立之界線；以下為方便說明起見，就考績影響法官以審判為界作粗略之區分，依現行法規說明之。

## 一、法官考績對法官審判外之影響

釋字第五三〇號理由解釋闡述以，法官違反司法行政監督：「或就法官審判職務以外之司法行政事務，例如參加法院工作會報或其他事務性會議等行使監督權，均未涉審判核心之範圍，亦無妨害審判獨立問題。」所以如果法官違反司法行政監督或司法院訂定之行政規則，即會受到司法行政監督權之監督因而影響考績；人的生活需要消費以供給食衣住行育樂所需，法官自不例外，國家給付法官的待遇，應足供日常生活所需，以避絕其不正當收入（法官需依法申報財產），法官的待遇制度設計極為重要（憲法 81 條有明文規定），亦即報酬應有法定給與，如薪俸、加班費、津貼、獎金、福利等等，非依法律不得減俸，以保障法官之地位，此為司法獨立之一部份。

法官報酬的範圍<sup>313</sup>可分為：

### （一）財產上的

- 1.財物的：俸給、加班費、各種津貼、各種獎金、福利。
- 2.非財物的：較好的辦公環境(如辦公室設備與大小)、固定停車位、保健計畫、供應官舍、各種帶薪假期。

### （二）非財產上的

參與決策、較多自由裁量權、較大的自主性、較合興趣的工作、主管的肯定、較快的陞遷(候補、試署、實授；兼庭長、兼院長；廳處長、副秘書長等等)茲說明如下：

### （一）財產上的

考績等次（level of performance rating）結果之執行有晉陞俸級、發給考績獎金、取得晉陞職等或官等資格。法官因年終考績考列乙等者，晉本俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金，即考績獎金為月俸給總額之半；考列甲等者晉

<sup>312</sup>內容如下：司法行政機關為使人民之司法受益權獲得充分而有效之保障，對法官之職務於不違反審判獨立原則之範圍內，自得為必要之監督。法官於受理之案件，負有合法、公正、妥速及時處理之義務，其執行職務如有違反，或就職務之執行有所懈怠，應依法促其注意、警告或予以懲處。諸如：裁判適用已廢止之法令、於合議庭行言詞辯論時無正當理由逕行退庭致審理程序不能進行、拖延訴訟積案不結及裁判原本之製作有顯著之遲延等等。至承審法官就辦理案件遲未進行提出說明，亦屬必要之監督方式，與審判獨立原則無違。對法官之辦案績效、工作勤惰等，以一定之客觀標準予以考查，或就法官審判職務以外之司法行政事務，例如請參照加法院工作會報或其他事務性會議等行使監督權，均未涉審判核心之範圍，亦無妨害審判獨立問題。並請參照李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障，收於權力分立與基本權一書，1999/3，頁 271。

<sup>313</sup>請參照趙其文，人事行政，華視公司出版，1993/8 修正版，頁 341。

本俸一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金<sup>314</sup>，俸給總額（俸額＋專業加給＋主管職務加給公務人員考績法規定計算考績獎金之俸給總額包括項目一覽表）差半個月，甲等：晉本俸一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金；乙等：晉本俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金；又如有一年乙等，則需三年才能晉升高一職等（二年甲等即能晉升高一職等）<sup>315</sup>茲舉例如下：

例一：設某法官現敘薦任八職等本俸一級 445 俸點，如考績甲等，可晉陞薦任九職等本俸一級 490 俸點，月俸 112125 元，若考績乙等則僅能進一級即薦任八職等本俸二級 460 俸點，月俸 108145 元；故其甲乙等考績獎金相差 3980 元，一年未晉升九職等差額 47760（【112125－108145】×12）元，共計 51740 元。

例二：設某法官現敘簡任十三職等本俸一級 710 俸點，如考績甲等可晉陞簡任十四職 800 俸點等，月俸 173460 元，若考績乙等則僅能進一級即簡任十三職等本俸二級 730 俸點，月俸 162135 元，故其甲乙等考績獎金相差 11325 元，一年未晉升十四職職等差額 135900（【173460－162135】×12）元，計 124575 元。

只因甲乙等考績，以考績獎金及晉升職等之損失，差距從五萬到十幾萬元，以目前國民所得及國民薪資所得而言，不可謂不大，故考列乙等考績之法官之財產損失當有利害關係。

且由上例可知，職等愈高金額差距愈大，是否法官兼院長之考評者也為避免擴大財產損失，而均予列甲等？（筆者亦從未聽聞院長考績乙等者，縱然事後經公懲會懲戒者<sup>316</sup>）而若考績法修正案優等二個月考績獎金，法官兼院長之考績更不敢輕易給予非優等，俾免擴大財產損失，此法院院長亦均考列優等，是否如皇后的貞操不容懷疑，院長之甲等考績如皇后之既得利益？此舉是否符合考績法第二條之「應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核」意旨，似有疑問。

晉陞官等者影響金額更大；按公務人員任用法第十七條二項「公務人員具有左列資格之一，並經銓敘部銓敘審定合格實授現任薦任第九職等職務，最近三年年終考績二年列甲等、一年列乙等以上，敘薦任第九職等本俸最高級，且經晉升簡任官等訓練合格者，取得升任簡任第十職等任用資格」；設有薦任第九職等本俸四級 535 俸點之法官，未符合「最近三年年終考績二年列甲等、一年列乙等以上」之要件，其因考績乙等，晉薦任第九職等本俸五級與簡任第十職等本俸一級 590 俸點，每月差額【36795＋87585＋11060】－【34290＋73410＋8190】即每

<sup>314</sup>法官考績適用公務人員考績法，該法第 7 條「年終考績獎懲之結果有：一、甲等：晉本俸一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金；已達所敘職等本俸最高俸級或已敘年功俸級者，晉年功俸一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金；已敘年功俸最高俸級者，給與二個月俸給總額之一次獎金。二、乙等：晉本俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金；已達所敘職等本俸最高俸級或已敘年功俸級者，晉年功俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金；已敘年功俸最高俸級者，給與一個半月俸給總額之一次獎金。三、丙等：留原俸級。四、丁等：免職。前項所稱俸給總額，指公務人員俸給法所定之本俸、年功俸及其他法定加給。另丁等免職之規定於實任法官不適用之，司法人事條例 32 條 2 項定有明文。」

<sup>315</sup>如何才能取得同官等高一職等之任用資格？公務人員考績法第 11 條有規定：「各機關請參照加考績人員任本職等年終考績，具有左列各款情形之一者，取得同官等高一職等之任用資格：一、二年列甲等者。二、一年列甲等二年列乙等者。」

<sup>316</sup>如某法院院長在其任內以不正當之方法，三年中其財產遽增四千四百餘萬元，明知應依法申報財產故意不據實申報；被監察院 86.08.05（86）院台壹乙字第 860701779 號彈劾，公懲會於 86.12.31 議決休職期間五年，而該法院院長在彈劾前退休，其考績歷年均為甲等。

月差額 19550 元，一年差額 234600 元，比起前例差距更大。考績甲等晉升高一職等，其每小時加班費，必高於考列乙等未晉升職等者，其他如加班費、各種津貼、年終工作獎金、退休金有密切關聯，金額有差距自不待言。

對法官考績有影響之現行法有那些？表列如下（依序對照，即可知影響那些項目，爲了簡明以 § 表法規第○條，I 表第一項等）：

### 對法官考績有影響之現行法規表

考績功能	相 關 法 令
獎金福利	公務人員考績法 (§7; §8; §12) 中央公教人員購置住宅輔助要點(規定於該要點附件一)
淘 汰	公務人員考績法 (§7; §8; §12) 公務人員任用法 (29 II)
晉級升等	公務人員考績法 (§7; §11) 公務人員俸給法 (§16 I) 公務人員陞遷法 (§7 I; §11 I; §12) 公務人員任用法 (§9 I; 17 II、III) 公務人員升官等考試法 (§7) 人才儲備作業要點 (§6) 法院庭長、法官、委員遴選要點 (§2; §5) 高等法院及其分院法官、庭長暨高等行政法院、地方法院及其分院庭長遴選資格標準 (§§2-5)
褒 獎	獎章條例施行細則 (§5) 公務人員品德修養及工作潛能激勵辦法 (§8)
訓練進修	公務人員訓練進修法 (§9) 公務人員訓練進修法施行細則 (§13) 公務人員行政中立訓練辦法 (§10) 選送公務人員出國專題研究實施計畫 (§5) 薦任公務人員晉升簡任官等訓練辦法 (§5 I)

由此可知，考績對法官在財產上影響重大。

### (二) 非財產上的

能夠參與法院決策、較多自由裁量權、較大的自主性、較合興趣的工作、長官的肯定、較快的陞遷（如由候補、試署到實授；法官、兼庭長到兼院長），這些均屬非物質上的報酬。

釋字第五三九號雖有「兼任庭長之法官固比其他未兼行政職務之法官具有較

多之職責<sup>317</sup>，兼任庭長者之職等起敘雖亦較法官為高，然二者就法官本職所得晉敘之最高職等並無軒輊，其在法律上得享有之權利及利益皆無差異。」惟實務上法官兼庭長、兼院長者，審判案件少，曾有院長不分案者。致勞役不均，並且考績大都是甲等，所以法官爭取當庭長、院長，可避免多辦案，又可甲等考績，事實上曾有法官為求庭長職，而有唐伯虎庭長之譏<sup>318</sup>。實務上也有法官兼書記官長而減分案的實例。而擬當庭長之前提，考績優良<sup>319</sup>。故當庭長「職責較多」（釋字 539 號），相對的亦有較多之利益（例如較大之辦公室、庭長之職稱頭銜等等，至少有反射利益<sup>320</sup>，釋字 530 號孫大法官森焱協同意見書，亦提起，『庭長對本庭庭員既居考核、監督之地位，其品德、學識、才能及工作績效等，理論上應較庭員為優。』）此從庭長積延多案未辦，庭長調任法官，此種庭長職務遭免除形同處罰之例<sup>321</sup>，可見一般。

目前在法院分配刑庭是法官們的無奈，其壓力比其他庭為大，刑庭法官承受較大的審判壓力（如羈押人犯是否過期、不應緩刑而予緩刑、非常上訴及實施交互詰問，全面合議等等重大挑戰），一有疏失，輕者懲處，重者懲戒，其考績非甲等機率較高。而通常事務分配之選擇，考績優良者可以優先選擇。

## 二、法官考績對法官審判的影響

二〇〇四年五月十九日司法院翁院長又在司法院主管會報指示：「考績可能是法官間最容易有爭執的問題，若缺少溝通協調，易生誤解，以致產生不良後果。近年來，法官對當事人的態度一般而言已有進步，請不要因考績問題而影響法官審判態度，請人事處繼續研擬讓法官能以較客觀、理性方式進行考績評比的方案。」<sup>322</sup>，可知司法當局也了解到因考績問題而影響法官審判態度，理想的考

<sup>317</sup> 行政法院庭長之職責如下：「一、本庭事務之監督。二、本庭評議之主持。三、本庭評議簿之保管。四、本庭關於訴訟進行文件之判行。五、本庭法官所擬裁判書之核定。六、年終會議決議及院長交辦事項之處理。七、本庭法官工作之考核與獎懲之擬議。八、對調辦法法官之督導考核。九、配置本庭法官助理及其他職員工作之指揮及操行、學識、能力之考核監督與獎懲之擬議。一〇、人民陳訴事件之調查及擬議。一一、法律問題之研究。一二、抽籤或電腦分案事務之主持。一三、有關業務改進建議事項。一四、其他有關庭務之處理。前項規定，於未設庭長之審判長準用之。」

<sup>318</sup> 請參照陳憲裕法官在台灣大學上課紀錄，有如下的說法：法官送長官唐伯虎名畫，果真如願派任庭長，法官同仁戲稱唐伯虎名畫是他家畫的。見林端，法律人與台灣司法改革，<http://www.social.ntu.edu.tw/~linduan/law.htm>。

<sup>319</sup> 法院庭長、法官、委員遴選要點二：司法院除依前三項之各項推薦名單外，因業務上特殊需要，並得就符合遴選資格標準規定而未獲推薦之人員中，擇品德、學識、工作、才能優良者，合併造具候選人名冊，再按年資、期別、考績並請參照考選調志願等項，擬具與擬補職缺同額之選調人員建議名單，連同候選人名冊，由司法院院長提請司法院人事審議委員會審議。

<sup>320</sup> 反射利益，即事實上之利益，請參照李惠宗，主觀公權利、法律上利益與反射利益之區別，收於行政法爭議問題研究（上），2000/12，頁 165-166。

<sup>321</sup> 金門地方法院庭長〇〇因積延多案未進行，且辦案有重大違失，司法院人事審議委員會議決記小過一次，並免除庭長職務，調任台南地方法院法官。這是第一次有庭長因辦案太慢被處分；本案是由金門地院法官自律委員會提出，該自律委員會成員包括院長及二位法官，自律委員會原建議記兩小過，但司法院人審會討論後，認為朱的庭長職務同時遭免除，已有處罰，因此改記一小過。

<sup>322</sup> 2004 年 5 月 19 日司法院第 175 次主管會報指示，見司法周刊 2003/5/28 第一版。

績制度，在積極面是促使審判公正有效率，消極上不可侵犯審判獨立，釋字第五三〇理由解釋闡述以：

（一）法官違反審判職務者：司法行政機關為使人民之司法受益權獲得充分而有效之保障，對法官之職務於不違反審判獨立原則之範圍內，自得為必要之監督。法官於受理之案件，負有合法、公正、妥速及時處理之義務，其執行職務如有違反，或就職務之執行有所懈怠，應依法促其注意、警告或予以懲處。諸如：裁判適用已廢止之法令、於合議庭行言詞辯論時無正當理由逕行退庭致審理程序不能進行、拖延訴訟積案不結及裁判原本之製作有顯著之遲延等等。至承審法官就辦理案件遲未進行提出說明，亦屬必要之監督方式，與審判獨立原則無違。對法官之辦案績效、工作勤惰等，以一定之客觀標準予以考查，

（二）法官違反司法院頒訂之上開規則：司法院本於司法行政監督權之行使，發布「辦理民事訴訟事件應行注意事項」、「辦理強制執行事件應行注意事項」、「民事保全程序事件處理要點」、「法院辦理民事調解暨簡易訴訟事件應行注意事項」（中華民國七十九年八月二十日發布，八十九年四月八日因配合修正「辦理民事訴訟事件應行注意事項」而廢止）、「法院辦理民事事件證人鑑定人日費旅費及鑑定費支給要點」、「法院適用鄉鎮市調解條例應行注意事項」、「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」、「法院辦理刑事訴訟案件被告具保責付要點」、「法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項」、「各級法院辦案期限實施要點」、「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」、「未繼承登記不動產辦理強制執行聯繫要點」，為各級法院及分院受理民、刑訴訟事件、非訟事件，就有關職務上之事項，發布命令，若僅係促其注意，俾業務之執行臻於適法、妥當及具有效率，避免法官因個人之認知有誤，發生偏頗之結果，於未違背法律之規定，對於人民權利未增加法律所無之限制範圍內，與憲法方無牴觸。各該命令究竟有無違背本解釋意旨，應隨時檢討修正，以維審判獨立之原則。至司法院發布「家事事件處理辦法」、「各級法院律師閱卷規則」、「台灣地區土地房屋強制執行聯繫辦法」，如涉及人民權利之限制者，則須有法律具體明確之授權依據，並應依中央法規標準法第三條規定之程序發布，乃屬當然。

所以如果法官違反明顯違反審判職務、違反司法行政監督或司法院訂定之規則，即會受到司法行政監督權之監督因而影響考績；其他如違反法官守則，公務員服務法甚或刑法等規定亦會影響考績；一般認為法官考核之任務，在督促法官合義務地行使其職權，以擔保國民訴訟權實現之可能性；至於法官在個案中依其確信認定事實、適用法律正確性、妥當性之擔保，為審級制度之任務，而非職務監督之任務。換言之，職務監督與審級制度之任務，固皆在確保國家給付司法義務（Justizgewahrungspflicht）之實現，惟前者所重者，為人民在程序上獲得公正第三人依法迅速裁判之機會，而非取代審級制度逐案追求裁判結果之正確與妥當，因此曩昔實施之裁判書類事前送閱制，及現今依舊可見之量刑或緩刑提示、裁判督導等職務監督措施，實以裁判結果為監督之對象，司法行政機關為之，識者多期期以為不可，良有以也。

平時考核為年終考績之主要依據，平時成績紀錄及獎懲，應為考績評定分數

之重要依據<sup>323</sup>。平時獎懲更顯重要<sup>324</sup>；實務上，有未加減獎懲分數者，被保障陪訓委員會撤銷已審定乙等考績之案例。

在平時考核方面，司法院訂有「司法院暨所屬各機關人員平時考核實施要點」，內分工作、操行、學識、才能等考核，其中工作考核對法官而言「應以其當年度辦案成績為主要資料」（要點 4 之 2 項），至於辦案成績，過去是依「法院法官辦案成績考查實施要點」，及歷年發布有關法官辦案成績計算方法的命令來辦理，相當複雜，基本上考查項目包括：結案件數、結案速度、當事人折服率、辦案維持率及調解成立率等五項。後因不少法官質疑此一考查方式客觀但未必合理，對法官的裁判行為造成相當的扭曲，業已廢除。

評議，在合議裁判之案件，雖須透過評議作成裁判，然於評議時各法官之意見等值，以過半數之意見決定之，且於評議之過程中，為確保資淺年少者陳述意見之自由，避免其因先聞審判長或資深法官意見而不敢陳述或堅持自己之意見，造成評議之形骸化，法院組織法第一百零四條並明定評議陳述意見之次序，以資淺者為先，資同以年少者為先，遞至審判長為終。

審判長如是庭長對合議庭的其他法官，具有對該停法官考核權，合議庭的法官是否因為求優良之考績而屈服於審判長庭長之意見而不敢表示或堅持其法律見解？<sup>325</sup>審判長若是比其他法官法律素養高，對審判案件尚無害，但是實務尚未必如此，始作俑者，考績未能準確客觀，難辭其咎。上級審之法官考核下級審之法官，亦有此問題（上級審之判決一定比下級審判決正確？）。

## 第二節 法官與國家之關係

法官與國家之關係，是上對下之權力關係還是立於平等的法律關係呢？國家任用法官是行政處分還是行政契約呢？行政契約關係，趨向互相平等的（視契約內容而定），還是當法官，就要服不定量勤務之審判工作呢？在討論法官與國家之關係前，首先要討論的是法官是不是公務員？其次，再探討我國公務員與國家之關係。

<sup>323</sup> 公務人員考 5 條：年終考績應以平時考核為依據。平時考核就其工作、操行、學識、才能行之。第 13 條 平時成績紀錄及獎懲，應為考績評定分數之重要依據。平時考核之功過，除依前條規定抵銷或免職者外，曾記二大功人員，考績不得列乙等以下；曾記一大功人員，考績不得列丙等以下；曾記一大過人員，考績不得列乙等以上。

<sup>324</sup> 公務人員考績法施行細則第 15 條 「本法第十二條第一項第一款所稱平時考核獎懲得互相抵銷，指嘉獎、記功、記大功與申誡、記過、記大過得互相抵銷。前項獎懲，嘉獎三次作為記功一次；記功三次作為記一大功；申誡三次作為記過一次；記過三次作為記一大過。」

<sup>325</sup> 以往之高等法院並未落實評議制度，陪席法官僅是「陪席」，所有案件係由庭長主導，致有庭長對陪席法官說：「我未讓你背黑鍋，就已經很不錯了」云云；見法官法草案研究彙編（6），頁 350，黃立教授發言資料。

## 第一項 法官是否為公務員？

法官，是否為公務員？首需了解何謂公務員<sup>326</sup>？公務員之概念，可分為學理與法律上之公務員，學理上之公務員，指經國家或地方自治團體任用，並與國家或地方自治團體發生公法上職務及忠實關係之人員<sup>327</sup>；法律上之公務員概念，現行法律上無單一之定義，由於規範對象之不同，其範圍不一致，可分為最廣義、廣義、狹義及最狹義四類<sup>328</sup>：

### 一、最廣義之公務員

即刑法第十條第二項、國家賠償法第二條第一項、貪污治罪條例第二條所稱之：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員」。因之，職員、吏員，及其他依法令從事於公務之議員，固為公務員，即中央或地方政府任命之學校校長，乃至司法警察、村里長、及服務於國營事業機構之人員，舉凡依法令從事於公務者，均為刑法上之公務員，至於此等人員是否由選舉而來，為任用、派用、聘用或雇用，抑或有無俸給，為文職或武職，為政務官或事務官，對於公務員之構成要件，並無影響，其圍至為廣泛，是為最廣義之公務員<sup>329</sup>。

### 二、廣義之公務員

即公務員務法二十四條所定：「本法於受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務人員，均適用之。」所稱俸給，不僅指現行公務人員俸給法所定之俸給而言，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之；又不以由國家預算內開支者為限，其由或鄉鎮自治經費內開支之公務員，亦包括在內。因之，凡受有俸給者，即為公務員服務法之公務員，如非受俸給者，則不在適用該項規定之列，較前者之涵義為狹<sup>330</sup>。

### 三、狹義之公務員

即公務員懲戒法上之公務員，係指官等為特任、簡任、薦任、或委任之文職人，員包括事務官及政務官在內，為狹義之公務員。

### 四、最狹義之公務員

即公務人員任用法所稱之公務員，專指文職人員<sup>331</sup>，定有職稱而官等為簡

<sup>326</sup> 公務員與公務人員有區別，兩者所指涉對象範圍，有大小之別（公務員範圍較大，為公務人員之上位概念），可請參照憲法第 85 條，第 86 條；釋字第 278 號及考試院之公務員基準法草案第 3 條，第 5 條。並請參照陳敏，行政法總論，1999/12，頁 934。

<sup>327</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 217。

<sup>328</sup> 李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 353。

<sup>329</sup> 請參照釋字第 8、73。

<sup>330</sup> 釋字第 24、27、92、101、305、308 可請參照。

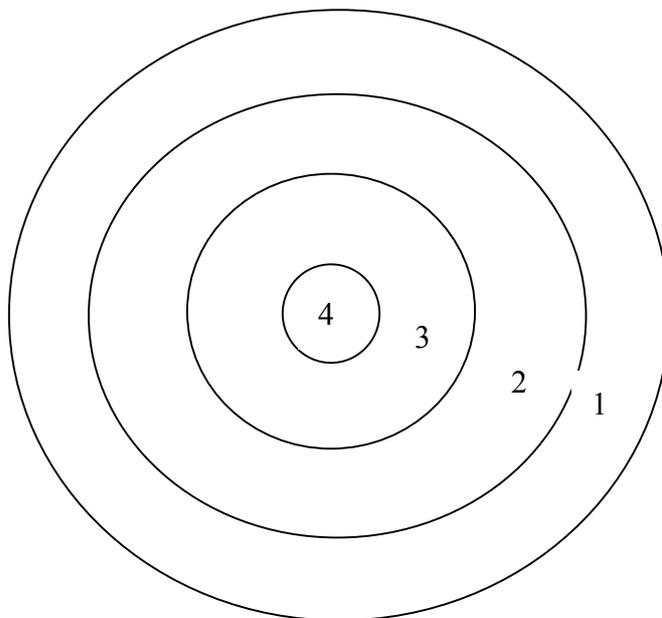
<sup>331</sup> 公務員之分類：依「事務職」而分，係指協助政策規劃並負責事務執行，或依據法令從事特定法定職務之公務員，依其性質而言，可分為「文職人員」與「武職人員」。其中，（一）「文職人員」均係依法考選、銓敘產生，惟復可依其從事職務之不同，而可分為「行政職」（國家

任、薦任或委任及職等第一至第十四職等之事務官，為最狹義之公務員<sup>332</sup>。

## 五、小結

### 我國公務員範圍之圖示

(1 表最廣義之公務員 2 表廣義之公務員 3. 狹義之公務員 4. 最狹義之公務員)



依法院組織法及行政法院組織法<sup>333</sup>，法官定有職稱而有官職等（為簡任、薦任及職等第六至第十四職等），為公務人員任用法所稱之公務員即最狹義之公務員，故法官在我國當前屬最狹義之公務員。既為最狹義之公務員，當然也屬於狹義之公務員、廣義之公務員、最廣義之公務員。

「司法權付託於法官」<sup>334</sup>，在英美法系國家，司法係屬獨立於行政及立法權外之體系，法官之職位超然，受到人民之尊重，地位崇高，與一般行政系統之公務人員不同，故而英美法之公務員並不包括法官。而在大陸法系國家，傳統上即認法官僅係從事審判工作之公務員，例如德國於一九六一年法官法公佈以前，法官均被視為是公務員，是從事審判之公務員，與公務員無本質上之不同，僅係從事審判工作有其特殊性，但仍屬於公務員之範疇故而認法官與一般公務員無異

---

文官)與「司法職」(另可細分為審判職與檢察職，前者即為法官，後者即是檢察官，目前統稱為「司法官」)。至於，(二)「武職人員」則可依其職務功能取向之不同，而分為「警察職」與「軍職」(另可細分為志願軍職人員與義務軍職人員)，釋字第 250 對此亦有解釋可請參照。故法官是文職公務員。其他分類有行政官與法官，政務官與事務官，任用派用聘任僱用人員。

<sup>332</sup>請參照釋字第 455 號，翁岳生協同意見書，認軍人亦屬公務員退休法之公務員，不因志願役或義務役而有所不同。

<sup>333</sup>依法院組織法§§12. 13. 15. 16. 27. 28. 34. 35. 36. 43. 44. 51 及行政法院組織法§§8. 9. 10. 14. 15。

<sup>334</sup>本句話是德國基本法第 92 條前段，全文是：「司法權付託於法官；由聯邦憲法法院(Bundesverfassungsgericht)、本基本法所規定之各聯邦法院(Bundesgerichte)。及各邦法院(Gerichte der Länder)分別行使之。」

<sup>335</sup>。惟自二次世界大戰後，德國亦體認司法獨立於行政、立法權外之重要性，故而於一九七二年制定法官法，明確規定法官的資格、任用、調動及退休等內容，並給予特別之保障，與一般公務員有所差別。日本亦參酌英美法之精神，於憲法規定最高法院有規則制定權外，另定法官身分法及法官彈劾法，以確保司法之審判獨立<sup>336</sup>。因我國係屬大陸法系國家，依我國現行法規通說認為法官是公務員<sup>337</sup>，法官與一般公務員與國家關係相同。國家任用法官是一種行政處分（協力之行政處分 Mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt<sup>338</sup>），非如聘用人員（如法官助理）之行政契約（Verwaltungsvertrag, contrat administratif）關係<sup>339</sup>。

惟所謂公務員係指任職於公法人（juristische Personen öffentlichen Rechts），包括具法人資格之社團、財團或營造物，非本於契約，係本於高權行為中之任命的行政處分而產生，具有公法上職務及忠誠關係之自然人<sup>340</sup>，處於「階級中的指示命令關係」，而法官僅服從於法律，並享受身分上及審判上之獨立性<sup>341</sup>，有高度之獨立性，其任用資格、培養方式、執行職務之方式、升遷以及懲戒等均與一般公務人員有別，應不屬於一般公務人員之範疇。因法官有如上不同於公務員之特性，德國基本法（Grundgesetz）第九十八條第一項，乃將法官自公務員中分出，認其為特殊之公務員（為「從事審判工作的公務員」Richtergesetz Beamte），並規定立法者應制定法官法以規範其法律地位。一九七二年制定之德國法官法，即規定法官的資格、任用、獨立性、保障、調動、懲戒及退休等，對法官加以特別之保障，自此德國學者咸認法官與國家間成立法官關係（Richterverhältnis）<sup>342</sup>，與公務員之關係有著本質上之差異。

## 第二項 特別權力關係

我國公務員與國家之關係，此種關係在我國是個漫長而有爭議過程，以下說明從特別權力關係到公法上職務關係<sup>343</sup>。

<sup>335</sup>請參照翁岳生，司法權發展之趨勢，收於法治國家之行政法與司法，1997/4，頁10。

<sup>336</sup>請參照許正順，我國法官職務監督之研究，世新大學法學院碩士論文，2003/1，頁1。

<sup>337</sup>當然，也有學者認為法官非公務員，如呂太郎。

<sup>338</sup>協力之行政處分，可分為「需申請之處分」、「需同意之處分」及「基於順從之處分」，法官任命之行政處分，需被任命為法官之當事人同意，故為「需同意之行政處分」，請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁349-351；425-426。及李惠宗，行政法要義，2002/10，頁351。

<sup>339</sup>行政契約之要素有三：1. 係法律行為 2. 係雙方法律行為 3. 發生公法上之效果；我國行政程序法第135條本文規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。」，政府機關公法上之僱傭關係，如法官助理之依聘用人員聘用條例聘用，請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁445。又公務人員保障法第3條：「本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。前項公務人員不包括政務人員及民選公職人員。」第102條：「下列人員準用本法之規定：…四 各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。」，吳庚認，公務員不具有公法上職務關係者，如法官助理，與公務員有別，請參照吳庚上揭著，頁218。

<sup>340</sup>Alber Aschl, Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon, 3. Aufl., 1982, S. 133, 引自鍾鳳玲，從西德法官法論我國法官身分保障應有之取向，政大碩士論文，1989/6，頁9。

<sup>341</sup>Wagner, Sind Richter Beamte? DV 1955, S. 167. 引自胡方新，德國之法官人事制度（上），憲政時代第十四卷第一期，頁79。

<sup>342</sup>翁岳生，司法權發展之趨勢，收於法治國家之行政法與司法，1997/4，頁340。

<sup>343</sup>我國釋字第396號解釋，正式以公法上職務關係之用語，描述公務員關係之性質；並請參照汪

特別權力關係理論起源於十九世紀德國國家法學家 Paul Laband 提出「官吏與國家之關係」。後由 Otto Mayer 發揚光大，擴張為「為達成國家的特殊任務，使特殊的人無法享有一般人之人權之關係」。公務員與其服務主體（國家或自治團體間）之法律關係，稱為公務員關係；公務員關係為典型之特別權力關係（Das besondere Gewaltverhältnis）又稱特別服從關係（Das sondere Subjektionsverhältnis），有別於人民與國家或自治團體間之一般權力關係（Das allgemeines Gewaltverhältnis）<sup>344</sup>；所謂特別權力關係係指基於特別之法律上原因（法律之規定或本人之同意等），為達成公法上之特定目的，於必要之範圍內，一方取得支配他方之權能，他方負有服從義務之關係。特別權力關係理論認為在此特別權力關係內，排除依法行政原則尤其法律保留原則之適用，作為特別權力主體之行政機關，即使欠缺個別具體之法律根據，亦得對於處特別權力關係內部之人發動公權力，加以命令強制之並實施必要的業務。其立論之依據有自願阻卻違法（volent non fit iniuria）及提出特別命令（Sonderverordnung）兩理論。<sup>345</sup>

特別權力關係有五項特徵：1.當事人地位不對等。2.義務不確定。特別權力之相對人，其義務無確定分量，係概括性地權力服從關係，凡國家之命令和強制概應服從。3.有特別規則，行政主體或營造物得訂定特別規則拘束相對人，且無須法律授權，公權力對屬於特別權力關係的私人，在無法律根據情況下，限制其一般國民所享有之權利。4.有懲戒權。公權力擁有概括之支配權（命令權、懲戒權）對違反義務者，得加以懲罰。5.不得爭訟。<sup>346</sup>

特別權力關係事項在於早期德國法制並非全然不得爭訟，為釐清是否許可提起爭訟之界限，在一九五六年 C.H.Ule 即提出基礎關係（Grundverhältnis）與管理關係（Betriebsverhältnis 或譯經營關係）之二分法。主張凡屬於前者之行政上處置，應視為行政處分，如有不服得提起訴訟；屬於後者範圍內之事項，則不得提起訴訟。至於何謂基礎關係，依 Ule 之解說，係指與設定、變更及終結特別權力關係有關聯之一切法律關係，例如公務員之任命、免職、命令退休、轉任，學生之入學、退學、開除、休學、拒絕授與學位等；而管理關係則指「單純之管理措施：諸如公務員之任務分派，中小學或大專學生之授課或學習安排有關事項，並非行政處分。蓋此等措施並非法之規範，不涉及相對人之個人身分，其法律地位亦不受影響。」<sup>347</sup>，我國釋字第二四三、二六六採之；惟目前德國聯邦憲法法院已不採取基礎關係與管理關係作為尺度。主要原因在於此一區分標準並不明顯，同時整個發展趨勢毋寧是特別權力關係日益受到質疑，而基礎關係與管理關係二分法，直接目的雖在解決法律救濟問題，但亦寓有維護特別權力關係之用意，「在特定之歷史情結中固有其實用價值」<sup>348</sup>，以目前情況而言，已喪失其學術上說服

宗仁，公法上職務關係之實務與理論-評行政法院判決對公法上職務關係之怠為與應為，收於行政法實務與理論（一），頁 509-554。

<sup>344</sup>請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 220。並請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 118-120。

<sup>345</sup>詳請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 226。

<sup>346</sup>請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 224。

<sup>347</sup>C. H. Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., 1987, S. 193. 轉引自吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 229。

<sup>348</sup>請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 228。

力。就聯邦行政法院處理調職事件而言，不再以是否屬於基礎抑管理關係為判斷依據，而係以相關措施是否產生某種法律效果，足以影響個人地位為準。故職位平調，薪水未減，均不視為可提起爭訟之事件；反之，主管職位轉任為非主管職位，或者調職顯有差別對待之情形，則又認為有行政處分之存在，而許其爭訟<sup>349</sup>。可是，如何區分何種事項屬基本關係，何種事項屬經營關係，在理論上雖有其概念定義，但是，在行政實務上，常常會對某種行政管理措施有無影響當事人之權益，產生認知與判斷上不易釐清之標準<sup>350</sup>。

特別權力關係曾被不同之學者譏為「法治國家前期之叢林事物」、「法治國家前期隔代遺傳之退化器官」、「法治國家所陌生之殘渣」等，因此主張將其拋入海中；更有高乎：「再會罷！特別權力關係」。<sup>351</sup>

特別權力關係在我國既非憲法所明定，亦非具憲法位階之法律原則，充其量僅勉強可以「習慣法」之理由為依據（尤其是經由行政法院之裁定、判決、判例累積而成），卻能排除法位階（法律優位）、法律保留原則以及授權明確性原則之適用，可說是司法權尊重行政權下之典型產物<sup>352</sup>。

我國一九八四年五月十八日釋字第一八七號解釋公布以前是完全排除於司法救濟之時期，行政法院對於公務人員基於特別權力關係所受處分，包括任用、升遷、記過、調職、免職、身分職位、獎懲等，甚至對於公法上財產給付請求權，如請求核計年資、補發薪津、退休年資、申請退職金、請求給付撫慰金等所為處分，均認為「純屬於行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比」，而拒絕予以行政救濟或司法審查。遂使公務員關係的一切爭訟事件完全排除於司法救濟之外。

### 第三項 公法上之職務關係

釋字第一八七、二〇一、二四三、二六六、二九八、三二三、三三八、三九六、四〇三、四三〇、四九一等解釋之公布，已漸漸改變公務員與國家關係之基本理論<sup>353</sup>。

大法官會議作成釋字第一八七號解釋，突破前述公務員行政爭訟權之限制，有學者謂之：「廢止傳統特別權力關係理論的第一聲號角。」<sup>354</sup>及「本號之大法官會議解釋，雖僅就特別權力關係，開啓一道救濟之窄門，然在觀念之突破上，則無異為劃時代之功業。」<sup>355</sup>。該號解釋謂：「公務員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服

<sup>349</sup>請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁228。

<sup>350</sup>公務人員因記過或記功等行政懲處與獎勵，影響當事人年度之考績與獎金，因此，記過或記功等事項固屬行政管理之措施，但是，應屬公務人員權益之重要事項。

<sup>351</sup>見吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁240-242。

<sup>352</sup>我國行政實務所謂之行政倫理強調部屬應犧牲小我完成大我，覆巢之下無完卵，君臣之義，食果子拜樹頭。傳統之道德觀念，在人事法規於實務之運作下，常認為公務員對長官之命令應有服從、忠誠、不計個人因素為長官分憂解勞，此種觀念在公務員服務法之條文中，亦多能發現。

<sup>353</sup>請參照李惠宗，行政法要義，2002/10，頁194。

<sup>354</sup>陳新民，「基本人權保障五十年」，月旦法學雜誌，第36期，1998年5月，頁125。

<sup>355</sup>陳敏，「所謂特別權力關係中之行政爭訟權」，憲政時代第10卷第1期，民國73年7月，頁1-15。

務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟」。

自從司法院大法官作成釋字第一八七號解釋後，在公務人員與國家間之特別權力關係才產生重要但只是部分之變革。之後大法官自民國七十五年至八十六年作成諸多有關解釋，如釋字第二〇一號（公務人員依法辦理退休請領退休金事項）、釋字第二四三號（公務人員依公務人員考績法或相關法規之規定受免職處分）、釋字第二六六號（公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求）、釋字第二九八號（關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分事項）、釋字第三一二號（公務人員依據法令規定請領福利互助金或其他公法上財產之請求）、釋字第三二三（人事主管機關對公務人員任用資格審查，認為不合格或降低原擬任之官職等）、釋字第三三八號（公務人員對人事主管機關審定之級俸有爭執）、釋字第三九五（公務員懲戒委員會案例，對於公務員訴訟上之權利為逾越法律規定之限制部分，有違憲法第二十三條法律保留原則之規定。）、釋字第四三〇號（因公務員身分受有行政處分得否提起行政爭訟，應視其處分內容而定）。其中民國七十八年七月十九日公佈之釋字第二四三號解釋，具有里程碑意義，依該號解釋意旨，公務員之行政爭訟權有三個不同層次：

1.免職處分直接影響其憲法所保障之服公職權利，可以提出各種爭訟（類似訴願或復審之救濟及行政訴訟）。

2.記大過處分而未達免職程度者，尚未改變公務員身分關係，不直接影響其服公職權利，仍不得提起行政訴訟，但並未排除類似訴願之救濟。（按「記大過」處分，司法院「公務員懲戒法」草案第五十八條第二項規定：「公務員因其他法令受記大過以上處分或停職之處置，經向公務人員保障暨培訓委員會請求救濟，仍不服其決定者，得自決定書送達之次日起二個月內聲請覆審。」顯係肯認「記大過」「停職」為釋字第二九八號解釋所指之「對於公務員有重大影響之懲戒處分」，而得向掌理懲戒事項之司法機關請求救濟。又關於「停職」，公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）亦曾配合行政院 85 判字 1036 號判決<sup>356</sup>見解均予受理再復審。

3.上級機關所發布之職務命令，並非影響公務員身分關係之不利益處分，公務員不得訴請救濟。（此部份係新制行政院法官應否介入審查最須探討之領域，然而四個行政院至今尚未介入審查，均以程序要件不符之理由駁回原告之訴。如果具體個案之職務命令構成「足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響」之處分要件者，行政院若不予審理，即構成違法怠為判決行為。）

至於民國八十一年六月十二日公佈之釋字第二九八號解釋，主要係補充釋字第二四三號之免職處分而來，區分為懲戒性質及非懲戒性質之免職處分，後者仍依釋字第二四三號解釋提起行政爭訟；前者應向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，且更進一步將範圍擴大至所有「足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響」之懲戒處分，受處分人均得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服。

因此，自釋字第二四三號允許公務人員免職事項提起行政爭訟以來，行政院對受理案件，最初仍以司法院大法官會議之解釋作為標準，凡非屬解釋之事

<sup>356</sup>請參照見保訓會保障案件決定書彙編第二輯，1998年6月，頁59-79。

項，即不就其「是否直接影響憲法所保障其服公職的權利」作實質審查，而以程序駁回。如81裁602號即認為，停職處分不影響公務員之身分，無侵害其憲法所保障之服公職權利，而否認公務員有提起訴願及訴訟之權。

然自釋字第三一二、三二三、三三八號解釋擴大公務人員權利救濟範圍後，行政法院 85 判 1036 號認為公務人員受停職處分，因為不得連續服勤，不受考績，不能晉級，較受降低官等或審定之級俸處分對公務人員所生之損害並無差異，不能謂非於其憲法所保障服公職之權利有重大影響；且停止其薪給，亦難謂非其公法上之財產請求權遭受損害，應許其提起訴願及行政訴訟。是目前我國實務界對公務人員勤務關係之行政爭訟權，除公法上財產請求權及歷次大法官解釋事項均許其提起行政爭訟外，其他事項行政法院自應本於「是否直接影響其憲法所保障之服公職權利」、「是否為足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分」等標準作實質審查，使公務員憲法或法律所保障之權利能有保障或救濟之途。在趨勢上亦有接受基礎關係及管理關係區分之理論，甚至重要性理論之參考，亦有其軌跡。

## 一、公法上職務關係之時期

釋字第三九五、四三〇、四三三，提出「公法上之職務關係」，釋字第三九五理由書說：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。至於訴訟救濟應循之相關程序，則由立法機關衡量訴訟性質以法律妥為合理之規定，而有憲法第二十三條法律保留原則之適用。公務員憲法上保障之權利，雖基於公法上之職務關係，在其職務上服從義務範圍內，受有相當之限制。惟除此情形外，公務員因權益受損害而尋求法律救濟之權，如有必要加以限制時，應以法律為之，尚不得以「案例」為逾越法律之限制。」故所謂公法上職務關係理論，強調涉及公務員基本權利之限制者，應有法律依據，不能只憑行政命令即加以限制者；且對於是否侵犯公務員權利而引起爭議者，亦允許公務員提起行政爭訟，以資救濟。

## 二、公法上職務關係爭議案件之審查基準

在具體個案審查時，法律保留原則與授權明確性原則兩個最基本之法律原則，成為司法機關裁判上最重要之基本要求。

### （一）法律保留原則（重要事項保留）

在法律保留的理論發展有七種不同的學說：列舉立法事項保留說、干預保留說、全面保留說、權力保留說、社會權保留說、重要性理論說及機關功能說；其中重要性理論（重要事項保留學說）為德國聯邦憲法法院及學者通說，其標準係以行政行為所產生之法律效果，是否足以影響個人基本權利為準。而此一範圍必須經由司法機關對具體個案之判決累積，才能對「重要事項」產生共同之認識，有共識後再經由立法者依立法程序予以法典化。

## 1. 重要性理論

重要性理論係德國聯邦憲法法院在一九七二年所為之判決，並已為德國學者通說，其意義是指：「重要事項，立法者應保留由法律加以規定。」亦即，行政行為須否適用法律保留原則，應以該行為是否具有「原則上之重要性」為斷。所謂「重要性」？關於此，我國學說有認為可參考憲法第六十三條規定「立法院有議決法律案、預算案……及國家其他重要事項之權」。此「重要事項」可件為我國參考之法理。惟可謂「重要事項」仍有不夠確定概念之缺失。實務上，釋字第二九八號解釋「關於足以改變公務員身分或對於公務員有**重大影響**之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。」釋字第四九一號解釋亦採此種見解：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務人員所為免職之懲處處分，為限制其服公職之權利，實質上屬於懲戒處分。其構成要件應由法律定之，方符憲法第二十三條規定之意旨。」行政機關得以命令對法律作必要的補充或使其更具體外，在「目的合理限制之限度」內，承認雖無法律授權行政主體亦得訂立行政命令，或可稱之為職權命令，應屬正當；涉及**國家事務的「重要事項」**，無論是干預行政，抑或給付行政就必須由立法者以立法方式來限制，不可讓由行政權力自行決定。

吳庚教授認為：「傳統之所謂特別權力關係理論，認為公務員、學生、軍人及受刑人等與國家或其他行政主體間，僅屬內部關係，較諸人民與國家外部關係不同，基本上視此等人員為『行政機器中之小齒輪』，不生侵害權利之問題，故排除法律保留原則在此一範圍之適用。上述意義之特別權力關係理論，今日已不被接受，公務員及學生等在任何情形下均屬權利主體，憲法上之基本權利應受保障，故凡攸關相對人之基本權利者，不應排除法律保留原則之適用，……至於在所謂特別權力關係範圍內，何種事項必須由法律自行規定，德國實務上仍以重要性理論（Wesentlichkeitstheorie）作為判斷之標準。」<sup>357</sup>，又吳庚大法官在釋字第四九一號協同意見書「依昔日『特別權力關係』理論，為規範公務員或學生等類人員之行為，服務機關或學校得發布「特別規則」，不受法律保留原則之拘束，違反『特別規則者』，應受懲戒罰。現時學理上已普遍放棄上述理論，凡涉及基本權之重要事項，應受法律保留原則之支配，亦即採所謂重要性理論（Wesentlichkeitstheorie），本院釋字第三八〇號解釋宣告大學法施行細則部分條文違憲，殆係基於同一法理。」

重要性理論固可稱得上德國的通說，卻也遭到學者猛烈的批評<sup>358</sup>。重要性理論要求「重要」事項應保留由立法者作決定。有學者認為如果這就是所謂「重要性理論」的核心內容，則重要性理論根本就沒有資格稱為「理論」，因其所陳述者只是老生常談、內容空洞的自明之理罷了。此外，多位學者一致指出，重要性理論的致命弱點在於「重要」與否的判斷根本就缺乏明確標準可循，極易引發爭端。例如 Eckart Pieske 即悲觀地認為尋找區分重要與否的標準，注定要無功而

<sup>357</sup> 見吳庚，行政法之理論與實用，1997年8月增訂三版，頁85-86。惟在2003/8版此段文字已不見。

<sup>358</sup> 以下請參照許宗力，論法律保留原則，收於氏著法與國家權力，1992/4，頁158-179。

返。Michael Kloepfe 則直接了當指出，所謂重要性理論其實只不過是法院合理化其自由心證所披的一層理論外衣罷了，因為重要與否，到最後還不是聯邦憲法法院所認為的算數( Wesentlich ist, was das BverfG dafür hält )，而 Hans-Jürgen Papier 亦認為法律保留原則具有法律與政治上重要的權限區分功能，其內涵因此非有相當明確的輪廓不可，用「重要性」這種極為抽象、粗糙與「大口徑」的公式根本無法適當解決複雜的憲法問題，其背後隱藏的其實只不過是解釋者主觀的價值偏好而已。

到底什麼是「重要」，聯邦憲法法院有補充的說明，謂「重要」係指對基本權利的實現「重要」，或「重要地」涉及人民自由與平等領域而言。但這項補充被批評為並無多大助益，且有循環論證之嫌，因「重要」一詞到最後主要還是要靠「重要」的概念來解釋。總之，依聯邦憲法法院的見解，國家措施涉及人民的基本權利，似乎並不必然即屬「重要」，充其量只能視為重要性存在的間接情況證據而已。另有學者提議以「政治的爭議性」作為重要與否的判斷標準，亦遭致猛烈批評，因一項決定或事務是否在政治上有爭議，太容易被操縱，對法的安定性亦會帶來嚴重傷害。試想，昨日沒有爭議者。今日則極可能引發爭議或被蓄意製造出爭議；而今日引起激烈爭議者，也可能一夕之間就已引不起眾人絲毫的興趣。若政治的爭議性可引為判斷標準，不啻意謂立法與行政兩權的權限分配秩序將不時隨著政治風向機動調整，則政局之阡陌不安勢必指日可期。何況政治的爭議性須達到如何嚴重地步，始可視為重要，亦乏明確標準可循，是否幾個議員在議會提出質詢，或報紙闢為頭條或人民上街頭示威抗議即可視為重要？這必然又是個眾說紛云，棘手難解的問題。若改以「政治的重要性」取代「政治的爭議性」，或稍可緩和批評的聲浪，因「爭議性」的存在與否可以被操縱、製造，「重要性」則較少這方面的顧慮，它主要是認定、判斷的問題。但不容否認的是，判斷一項決定或事務在政治上是否重要，同樣無法排除找不到明確標準的困擾。

惟重要性理論縱有前述的不足與缺失，在我國憲法有其蹤影，如第六十三條規定「立法院有議決法律案，預算案、戒嚴案……及國家其他重要事項之權」，似隱約看得到重要性理論的影子，因如果「其他重要事項」乃有關立法院職權的補遺性概括規定，即表示法律案、預算案與戒嚴案等之所以應由立法院議決，乃因其重要、屬國家重要事項之故，且論理上亦非不能進一步解為國家重要事項中非屬預算案，戒嚴案等之範疇，而有以法律規範之可能者，均應由立法院以法律定之。若此解釋無誤，則重要性理論的存在更是呼之欲出了。且吾人若進一步把立法程序相較於命令訂定程序的正式、繁瑣、謹慎與公開討論、表決的特殊性考慮在內，益發有理由證明重要事項應有保留由立法者透過立法程序加以決定的必要。當然，重要性理論的確還有判斷標準不夠明確的缺失，但抽象、不明確並非重要性理論獨有的缺陷，許多法學上重要的原理原則如平等、比例原則、信賴保護原則以及無數散見於各法律條文中的不確定法律概念，無不因其高度的抽象與不明確性使得以講究精確為尚的法律人受到痛苦的折磨。惟法律人既然容忍得下這些價值取向的不確定概念，又如何有足夠理由獨對重要性理論大加撻伐聲討？如果除了標準不夠明確的缺點外，沒有其他更堅強的論據足以駁斥重要性理論的正當性，本文以為就只剩研究如何把重要性標準進一步具體化或類型化的問題。

以提升法的安定性。基本上，重要性標準。無論是法院所主張的基本權利重要性標準或學界所建議的政治重要性標準，甚或若能經久透過法院判決的累積與修正，再配合學界以批判及建議者地位從旁協助、補強，未嘗不能逐漸安定下來。然吾人尚須留意的是，一項決定或事務，若如重要性理論所主張，只因符合重要性標準，被認定屬「重要」，就一律納入法律保留範圍，仍不免失之偏頗。重要事項為何應一律保留由立法者以法律定之，依德國聯邦憲法法院的解釋，主要乃是立法者擁有直接民主正當性的緣故。但這種見解有片面凸顯立法權優越地位之嫌，似與強調所有國家權力彼此間基本上立於平等地位的權力分立原則有所抵觸。聯邦憲法法院在新近的卡爾卡判決與飛彈部署判決也意識到這一點，乃改口指出，立法權縱具直接的民主正當性基礎，也不能否認行政權仍擁有間接民主正當性的事實，何況制憲者於憲法中(基本法第二十條第二、三項)亦已明白宣示行政權擁有與立法權對等之直接憲法制度與功能的地位，職是，吾人實不宜由民主原則錯誤地導出立法權的權力一元化(falschlich abgeleitete Gewaltenmonismus)，從而破壞權力區分與權力平衡的憲法秩序。聯邦憲法法院這種「重要事項不必然由有直接民主正當性基礎的國會壟斷」的新見解，縱挪到我國，亦可尋獲憲法上的佐證。如我國憲法第五十七條第二款規定「立法院對於行政院之重要政策不贊同時，得以決議移請行政院變更之」，即間接表示行政院對國家重要事項亦有決定之權，並不必然自始即應由立法院以法律定之。縱直接民主正當性的因素排除不論，根據立法程序的正式、繁瑣、謹慎與公開等特性。亦不宜導出一切重要事項均由立法者壟斷的結論。因相對於立法程序前述特性，行政權所實施的命令訂定程序亦擁有寫立法程序所無之專業、機動、快速與效率等特性，故吾人亦不能排除重要事項也有因配合其他因素的需要而適合以命令定之的可能。

綜上述，重要性理論的缺失究其實除了判斷標準的不明確外，亦在於過度凸顯立法權的直接民主正當性與議事程序的特殊性，忽略了行政權基本上乃與立法權立於彼此平等、相互獨立之地位的事實，同時對行政決定程序的特殊性也未能給予適當的尊重。

重要性理論 (Wesentlichkeitstheorie)重要性理論對行政權與立法權間權限分配之影響，以及是否形成行政保留存在之障礙<sup>359</sup>。

就德國聯邦憲法法院之判決為理解，所謂重要性理論係針對在基本權利關係重大之領域而言，「重要」之認定則以「對基本權利的實現重要」(wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte)為依據，學者或稱之為基本權利重要性理論(Grundrechtswesentlichkeit)；雖以聯邦憲法法院一系列之重要性判決所發展之重要性理論可算是德國之通說。但重要性理論之缺陷仍受到學者無情之批評，或認為該理論僅不過係一理論雛型 (Theorienskizze)、粗略公式(Großformel)，或認重要性不過是空洞且無內容 (inhaltsleer und nichtssagend)之概念，因為理論適用標準進一步具體化的工作正是法律人責無旁貸之作，不應以理論之抽象而完全否定理論之存在。因依基本法之規定有關基本權利多已有明文之特別法律保留，亦即僅得依法律或法律之授權始得形成或限制該等基本權利，而作為一般法律保留原則適用標準的重要性理論，在基本權利領域方面，即顯多餘，同時使得許多本可依委

<sup>359</sup>請參照康立平，論行政保留，輔大法研所碩士論文，1996/6，頁 21-23。

任立法規律之事項，經聯邦憲法法院判定為基本權利重要事項(Grundrechtsrelevanz)，而無法依授權條款(即基本法第八十條第一項第一句之內容、目的、範圍條款)授權行政命令為有關基本權利之規範，上述之批評若屬正確，則一般的法律保留原則將僅適用於基本權利領域外之事項，而依倡導從國家機關的功能與結構關係推論法律保留原則憲法理論依據之代表性學者Frist Ossenbühl之見解，其亦放棄以重要性理論為法律保留原則適用之標準，而另以「適當功能之機關結構」(funktionsgerechte Organstruktur)標準取代之，亦即如聯邦憲法法院於飛彈部署判決所言，國家事務決定應達到「儘可能正確」(möglichst richtig)，故國家事務之決定應由在內部組織、組成方式、功能與程序方面具備最佳條件之機關為之，綜合上述可知，重要性理論並無存在之必要，而此種看法，亦不會導致人民基本權利之削弱，且導正國家事務依重要性區分之觀念，在此可得一初步結論，國家事務即使具重要性亦可能分配於行政權決定，行政保留之意義並非自始限於國家瑣碎之事務。

學理上之「重要性理論」是否得於我國運用？學者廖元豪指出：「『法律保留』與其相關之『授權明確性』原則，為我國公法學界襲自德國之理論。但大法官雖在表面上接受學界之建議，引進這兩個理論。然而進一步具體分析，卻可發現大法官在以下方面，並未完全接受德國理論，而走向修正的本土化之路：第一大法官用「規範密度」的切入點，把法律保留、授權明確性，以及在德國未必相關的「法律明確性」三原則，冶於一爐，通統整合在憲法第二十三條之下。第二大法官對於違反授權明確性之『法律』，多半點頭放過，而僅以此理論非難行政『命令』。此種較為溫和之途徑，亦與德國憲法法院之主要方向有所出入。第三大法官逐漸地發表出本土式的『層級化法律保留』，依據事物性質之不同，對於不同之案型要求不等程度之『法律規範密度』。於各種寬嚴不同之要求上，並不當然符合德國通說見解。並且大法官在德國理論基礎上發展出來的法律保留原則，卻與美國的實務有高度的相似性。」<sup>360</sup>

即使承認限制基本權的法律保留原則上並不禁止立法者授權行政機關以行政命令進行基本權的具體限制規定，仍必須嚴格遵守立法者授權明確性要求，行政機關並不得逾越授權範圍而對人民的自由權加以限制（見釋字第三一三號解釋、第三九〇號解釋、第四〇二號解釋、第四一四號解釋、第四二三號解釋及第四二六、四七九、四九一、五六三號解釋）。我國釋字二四三號有C.H.Ule職中說之色彩，釋字二九八始採重要性理論，但似應予以本土化與體系化。

## 2. 「重要事項」與「行政保留」

而何謂「重要」？故重要性與否之判斷標準：1.對公眾之重要性 2.對公益影響之強度 3.與基本權利之實現是否有關 4.國家行為之強度(侵犯性、持續性) 5.政治衝突之強度(爭論性)。歸納之可由以下兩點加以說明：

### (1) 對當事人基本權之重要性

人事行為或行政管理措施涉及公務人員之基本權者，原則上便應認為屬重要

<sup>360</sup>請參照廖元豪，走自己的路——大法官「法律保留本土化」之路，載於台灣本土法學 58 期，2004/5，頁 21-40。

事項。其中涉及生命、身體固屬重要，而對於人格、工作與生存權之事項亦屬極重要之事項。

## (2) 對公共事務之重要性

在涉及公益之人事行政事務領域中，如屬重要事項者，仍應適用嚴格的法律保留原則，其幾個判斷標準如下：

1. 受規範者範圍的大小。例如職位競爭之公務人員陞遷法。
2. 影響作用之久暫。公務人員之評鑑與考核，人格能力之判斷與記載，不僅影響公務人員之人格形成，對機關組織之生態亦有極大的影響。
3. 對國家財政影響的大小。
4. 公共爭議性的強弱。
5. 對現狀變革幅度的大小。
6. 與現行法相比較。

藉助「重要性理論」，從基本權利與公共事務兩個重要性事項的關聯上，使具最重要性質者，屬「國會保留」範圍，次要者則以法律保留<sup>361</sup>（授權明確性原則）。基於重要事項理論之發展，對於實務上例如：考試、甄試成績，公務員考績評定、職務調動、記大過、記過等傳統上認為屬於特別權利關係範圍之事項，顯然都是影響公務人員公職生涯所涉及之各種權利或利益，屬於公務人員職務關係之重大事項，藉由我國憲法二十三條人權限制之必要條件，所謂基礎與經營（管理）關係應有必要廢止<sup>362</sup>，重要性理論亦有必要作一檢討，此乃我國法治路程上未來應作為之途徑與方向。

## (二) 授權明確性原則

我國最早處理授權明確性原則者為釋字第三一三號解釋。該解釋宣告民用航空運輸業管理規則第二十九條第一項規定，及依同規則第四十六條，適用民用航空法第八十七條第七款規定處罰部分，因法律授權之依據有欠明確，故而失其效力。因民用航空法僅規定「違反本法授權所發布之命令」應受罰責，故行政機關只要任意或恣意於行政命令中增加條文，即可回歸母法加以處罰，完全不符合授權明確性之原則。可知，任何處罰性之規定，其構成要件本應明確，不可有空白條款，此為法治國家所應然。因此，釋字第三一三<sup>363</sup>號解釋對於建立我國一般

<sup>361</sup> 中央法規標準法第 5 條及第 6 條乃現行法上法律保留之依據。

<sup>362</sup> 公務人員基準法草案第九條亦規定：公務人員自就職之日起，與國家發生公法上職務關係，並依法行使權利及履行義務。故昔日特別權力關係理論之公務員已不被接受，公務員與國家之公法關係，應是以職務為前提，有相對之權利與義務。

<sup>363</sup> 釋字第 313 號 82/02/12 對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。民用航空運輸業管理規則雖係依據民用航空法第九十二條而訂定，惟其中因違反該規則第二十九條第一項規定，而依同規則第四十六條適用民用航空法第八十七條第七款規定處罰部分，法律授權之依據，有欠明確，與前述意旨不符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。

法律關係下之法律原則非常重要。又釋字第三四五號解釋<sup>364</sup>將法律授權區分為概括授權與具體明確之授權：1.概括授權，例如規定：「本法施行細則由．．．機關決定之」。概括授權只能就有關技術性之事項，授權以命令規定；2.而所謂具體明確之授權，例如：稅捐稽徵法規定，納稅義務人欠稅達一定數額者限制其出境。前項欠稅限制出境辦法，由財政部訂定之。因此財政部只能訂定金額（目前為 100 萬元），有關其他事項，法已明定，財政部不得訂定相關構成要之內容。

法治國家之公務人員的權利與義務均應由公法所規範，其性質屬公法上的權利與義務，也就是說，公務人員的權利與義務，是經由公法上的權利義務規定加以形成、限制或改變。亦即，公務人員在公法上的權利與義務因法律之明文而有別於一般人民。

具體而言，一般人民享有公法權利，例如依法罷工、組織工會、從事輔選或助選活動等，公務員都依據法律之明文規定而受到相當程度的限制；然而卻也享受一些一般人民所不能主張的公法權利，例如依法領取俸給、退休金或撫卹金等。我國依照現有之法律或行政命令，公務人員的權利可區為三類：

（一）經濟方面的權利：此一部份為公務員主要的權利所在，其中俸給權、退休金權、撫卹金權、參加考績權、公保給付等五項，係現行人事法律所規定的權利；職務上使用公物公款權則為會計法規與事務管理規則的規定；至於享受生活照顧權（例如退休人員 18% 優惠存款利率）係指福利事項而言，目前多屬行政命令規定，並無法律依據。

（二）身分方面的權利：包括 1、任職保障權，2、執行職務權，3、請假及休假權，4、受獎勵權，5、使用官及職稱權。6、參與政治活動權。7、健康維護權等七項。目前任職保障權，執行職務權係規定於公務人員保障法，受獎勵權則分別規定於獎章條例及公務人員考績法，這些權利均有法律的依據。而請假及休假權規定於公務人員請假規則；使用官銜及職稱係附隨於身分權的法理，未來將於公務員基準法草案中明定。參與政治活動權原係憲法規定一般人民均享有的公法上權利，但公務員基於行政中立法或政治中立之基本要求下，許多政治權利均遭到剝奪或限制，一般認為在法律沒有明確限制的剩餘範圍，仍應允許公務員有參與政治活動的權利，至於健康維護權原係公務員的專屬權利，但民國八十三年八月全民健康保險法公布施行後，此一權利已為全國人民所共享，不再專屬於公務員。

（三）救濟方面的權利：大致有 1、請願、訴願及訴訟權 2、復審、再復審與再審議權 3、申訴、再申訴權 4、因公涉訟輔助權等四項。均應有法律之依據。

至於一般人民應履行的公法義務，公務員大致上應依法履行。依現行法律規定，我國公務員大致有：1、忠實守法 2、執行職務 3、服從命令 4、嚴守秘密 5、保持品格 6、申報財產 7、利益衝突迴避 8、行政中立 9、不為一定行為 10、參加

<sup>364</sup>釋字第 345 號 83/05/06 行政院於中華民國七十三年七月十日修正發布之「限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施辦法」，係依稅捐稽徵法第二十四條第三項及關稅法第二十五條之一第三項之授權所訂定，其第二條第一項之規定，並未逾越上開法律授權之目的及範圍，且依同辦法第五條規定，有該條所定六款情形之一時，應即解除其出境限制，已兼顧納稅義務人之權益。上開辦法為確保稅收，增進公共利益所必要，與憲法尚無抵觸。

公務人員保險暨退休撫卹基金的義務。

考試院所研擬的「公務人員基準法草案」中明確指出，公務人員經國家選任後，自身所具有的基本人權，並不隨之喪失。因而，該草案將公務人員與國家間的法律關係，定位為「公法上職務關係」<sup>365</sup>。其實釋字第四三〇號<sup>366</sup>與四三三號解釋文或解釋理由書中，早已明定公務人員與國家為「公法上職務關係」。因此，公務人員依法履行義務，並享有法律上應有之權利，於憲法或法律上權利受到不法之侵害時，自得依法定程序尋求司法救濟。

目前法官與國家之關係是公法上職務關係，吳庚大法官在銓敘部開會時曾說：「本屆（第六屆）大法官會議解釋對公務員與國家關係，已經作出公法上職務關係之解釋，大法官任期即至，長日將近，不會輕易再有進一步超越公法上職務關係之解釋，因為其影響極大而其效果將比當年阿姆斯壯登陸月球更具震撼力。」<sup>367</sup>。雖然「公務員服務法」修正重點一有：公務員長官與屬官間服從命令之責任及義務，並增列依法律獨立審判之法官及獨立行使職權之考試委員、監察委員或民選地方首長依法辦理地方自治事項時無服從命令之義務（第二條規定公務員對長官監督範圍內所發之命令有服從之義務。公務員有正當理由認為長官命令違法者，應負口頭或書面報告之義務。受報告之長官如堅持其命令未違法時，以書面再次下達，公務員應即無異議服從，以期命令得以貫徹執行；惟此時責任係歸屬於長官）。明定公務人員休職、停職與留職停薪期間身分（新增第二十四條之一）。另公務人員保障法亦本此精神於二〇〇三年五月二十八日總統公布修正第十七條<sup>368</sup>。

#### 第四項 特別法律關係

學者提出以「特別法律關係」代替特別權力關係<sup>369</sup>，作為公務員關係之法理基礎，雖然奧地利學者 A. Merkl 認為「特別權力關係實際上係一種特別法律關係」

<sup>365</sup> 基於公法上職務關係，國家對於公務員的義務要求與權利給予，係基於公務員的身分與職務而來，這種特別法律關係的義務要求與權利給予，是對人民的公法權利加以變更調與調整，屬於公務員基於職務上的權利義務範圍。給予的權利，固非全部為法律所明定；但要求的義務，在「法律保留」的原則下，均應以法律加以規定，而不能以行政命令規範，始符法治之本旨。

<sup>366</sup> 釋字第四三〇號解釋中指出「軍人為廣義之公務員，與國家間具有公法上之職務關係」。又釋字第四三六號更明白指出「現役軍人是人民」。舉重以明輕，一般公務員自屬於憲法中所稱之人民（第八條至第十八條及第二十二條）、中華民國人民（第七條）及中華民國國民（第三條），而當然為憲法基本權利之主體，殆無疑義。因此，除非依法律或依法律明白授權之行政命令，對公務員基本權利為合比例性之限制者外，公務員即應享有與一般國民同等基本權利保障。

<sup>367</sup> 吳庚，銓敘部會議，2003年。

<sup>368</sup> 公務人員保障法第 17 條條文如下：公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。

<sup>369</sup> 請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 240-243。並請參照吳庚等，公務員基準法之研究，前引報告，頁 9 以下；吳庚，重建公務員關係之法理基礎，法令月刊，第四十卷第八期，1989年8月，頁 5。德國、奧國、學者陳敏、林明鏞、蔡茂寅等行政法學者也採用此說，見吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 242，註 61。

<sup>370</sup>，為本文所不採；茲將「特別法律關係」概念特徵如下：

1.特別法律關係與其他公法上法律關係，諸如國家與人民之關係（即所謂一般權力關係）、公法上契約關係等，本質並無不同，有當事人之對立及相互間權利義務存在，不再以單方面之「權力」為其特色。

2.作為相對人之公務員固然對國家負有較重之義務，此種義務的履行與權利之享有，也不具有絕對的對價關係，換言之，義務之履行應優先於權利之享有。但加諸公務員之義務不僅應有法的依據，抑且必須明確，故傳統的義務不確定論應予修正。

3.為維持公務有效運作，所謂「特別規則」的存在，仍然不可避免，但這類行政體系內部之規章，必須符合兩項要件；一係目的合理，一係構成公務員基本權利限制之重要事項，仍受「法律保留」原則之支配。至於公務員之違法失職，自仍得依法科予懲戒罰，但懲戒罰構成要件之規定應符合法律明確性原則，又懲戒罰之實施應踐行正當法律程序。

4.公務員權益受侵害時，並非不得爭訟，尤其當公務員憲法上所保障之權利受到不法侵害，得依法定程序尋求訴訟救濟，不因公務員身分而受影響。

## 第五項 法官特別任用關係

法官代表國家獨立行使職權，地位崇高、責任重大，與一般公務員有異，與國家之關係為法官特別任用關係（Richterverhältnis）。係採德國之立法例。德國法官之地位與國會議員具有共通性，而迥異於公務員。蓋法官與議員於行使各自之職權時，均不受束於任何之指示，但公務員則須接受上級長官之指令，不得有所逾越故也。德國之法官關係，為法官之職務關係和效忠關係（Dienst und Treueverhältnis），是法官權利（非權力）和義務的基礎，當法官和法院在合義務性集合目的性下運作，始可確保法官義務之完全履行，法院業務之功能完全實現<sup>371</sup>。我國憲法八十、八十一條，特別就法官地位予以保障，惟未就法官之定義予以界定，通說認為八十、八十一條之法官其涵蓋範圍應相同，係指所有行使司法權之人<sup>372</sup>。蓋法官並非所謂「從事審判工作之公務員」（richterliche Beamte），亦即法官與國家之關係並非公務員關係（Dienstverhältnis），而是一種特殊之法官關係（Richterverhältnis），如同掌握立法權之議員無法歸類於公務員一般，從事審判工作之法官，亦與行使行政權之公務員有別。公務員重在權力服從，而法官卻是依法獨立審判，不受任何干涉，其間差異，不言可喻。公務人員考績法，立法於特別權力關係時期，修法於公法上職務關係之中，仍脫不了行政一體，科層體制之官僚體系，與憲法所委託之法官行使司法權之依據法律獨立審判畢竟不同，致生紛擾。故公法上職務關係對法官而言，仍未妥當。法官法草案，提出法官與國家之關係為法官特別任用關係，係參酌德國基本法第九十八條第一項之規定，明定法官與國家之關係為特別任用關係，彰顯其有別於指揮服從之公務員法律關係的

<sup>370</sup>Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, Berlin 1927, S. 82, 130。轉引自吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 240，註 53。

<sup>371</sup>請參照胡方新，法官之職務監督與審判獨立，載於法官協會雜誌第 4 卷 1 期，2002/6，頁 196。

<sup>372</sup>請參照程春益，法官之職務獨立與職務監督，政大法研所碩士論文，1988/6，頁 5-10。

特殊性，以期促進司法獨立，進而達成審判公正的目標。

### 第三節 法官考績之定性

法官考績是組織內部的一種行政權<sup>373</sup>，考評者與被考評者在我國實務上是長官與部屬的關係，主管是有高度屬人性的判斷餘地<sup>374</sup>，而非平等之關係。

#### 第一項 法官考績之本質係非競爭性的

考績不僅是評價過去的表現，同時也寓有改變行為、發展未來的目的性。但隨著吾人對考績目的之定位不同，也決定了不同的考績功能、運作與效果的下層結構。就此，目前有兩個方向可以討論：第一個是現行非競爭性的考績制度，不但沒有所謂同官等比較，也不應該有等第比例限制。在非競爭性的原則下，考績對象是個人，比較客體是自己過去的績效。另一個方向是競爭性的考績制度，其基本精神就是比較，因此必須有比較的基礎，例如個人方面可能是在同官等、同職等、同職系，或同一單位內進行比較，團體方面則可能就性質相近的單位、機關，或專案計畫之間進行比較。從人力資源管理的角度來看，組織目標的達成和個人發展的依據，都可藉由考績來進行。但根據考績法對於考績制度的目的定

<sup>373</sup> 組織意義上的行政是指行政組織，由行政主體、行政機關和其他行政設施構成。實質意義上的行政是指行政活動，即以執行行政事務為目標的國家活動。形式意義上的行政是指行政機關所實施活動的總稱，而不考慮其是否符合實質意義上的行政的特徵。實質意義上的行政與組織意義上的行政的區別是基礎性的。其意義在於將特定國家活動分配給特定國家機關的分權原則。這兩個概念形成了兩個相互交叉的領域，都不完全符合實際情況。行政任務主要而並非全部都由行政機關執行。在特定情況下，議會（議會行政、預算事務、計畫行為）和法院（司法行政、非訟案件主管權）也可以以行政的方式進行活動；另一方面，在特定條件下，行政機關可以立法（制定法規命令）。行政機關進行司法活動雖然在理論上是可以理解的，以前也曾有其例，但這種規定已經被排除，德國基本法第 92 條將司法權排他性地賦予了法院。組織意義上的行政通過本身非常複雜、但對外界限分明的國家行政組織得以界定。與此相應，形式意義上的行政可以從行政組織的角度得以明確界定。但是，有關實質意義上行政的概念理解卻充滿了問題和爭議。見 H. Maurer 著，高家偉譯，行政法學總論，台灣元照出版，2002/9，頁 3-4。

<sup>374</sup> 可請參照閩翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，法令月刊 44 卷 11 期 3-7 頁，1993/11/1。按「判斷餘地」（Beurteilungsspielraum），係由德國學者 Bachof 率先提出的詞彙，氏乃將「不確定法律概念」（按每一個法律條文之概念大抵上都有「概念核心」與「概念外圍」，前者為概念內容之絕對確定部分，亦即對其概念屬性毫無疑義部分；但後者為概念內容之不明確部分，亦即對其概念屬性常有疑問而須認定之部分）區分為「價值概念」與「經驗概念」兩個部分而分別說明其均有「判斷餘地」存在之可能。亦即，「判斷餘地」的存在法律領域並不以「價值概念」為限，於「經驗概念」中亦得存有「判斷餘地」，允許法定機關或法定專業組織作進一步之認定。是以，「判斷餘地」乃依附於「不確定法律概念」（或概括條款）而存在，如揆諸司法院大法官釋字第四百三十二號之意旨，可知：法律雖以抽象概念表示，不論其為不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。惟法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。爰此，「判斷餘地」係法律所允許的專業判斷領域。請參照陳誠

[http://mypaper3.ttimes.com.tw/user/macotochen/file\\_combine.php?File=2509772\\_2003-03-25\\_12-50-45](http://mypaper3.ttimes.com.tw/user/macotochen/file_combine.php?File=2509772_2003-03-25_12-50-45)。

位，乃是「綜覈名實、信賞必罰」，其實也就是考績法第七條和第八條的獎懲，因此考績的目的究竟是為了評公務人員個人的過去表現，還是鑑其未來發展潛能？或是為了評價是否適才適所？是否善於協調溝通？是否能參與團隊合作？是否需要加強學識才能？是否具備其它潛力或領導才能？這些基本理念均影響到未來整套制度的修正方向。誠如 Bruns and Mckinnon (1992) 所強調員工之考績應明確訂定其工作要求以便達成其工作預期績效。他認為考績之目的在於：1. 測量及判斷績效表現；2. 瞭解個人績效與組織目標之關係；3. 促進受考者能力與成長；4. 激勵受考者在工作上的衝勁；5. 增加主管與部屬的溝通管道；6. 作為給予薪資與陞遷的準則；第七，提供作為組織控制與整合的建議。

考績法第九條反映的是競爭性的原則，但分數規定又反映非競爭性的作法。但現行考績法第六條和其它條文出現許多杆格，包括：考績法第九條的同官等比較，反映的是公務人員之間彼此**競爭**的原則，但分數規定是根據個人表現優劣加以評鑑，反映的卻是**非競爭性**的原則。

## 第二項 法官考績甲等比例限制之問題

公務員考績甲等比率應否設限，有肯定說、否定說、與目的說，肯定說：從我國人情特性觀察，認為由於目前公務人員之考績以甲等為多數，產生考列甲等者不認為自己的工作績效獲得肯定，而考列乙等者則認為工作績效遭受否定或受不公平對待之物議<sup>375</sup>；否定說：認為早期即因限制甲等比例，產生輪流、抽籤等弊病而決定修法取消限制<sup>376</sup>；目的說：認為無論是否限制甲等比例，應先考量考績制度目的是否具競爭性，方可有所論斷<sup>377</sup>。

否定說並強調：主張應限制甲等考績比例，並非新創辦法，而是屢試屢廢措施，其癥結即在採行名額限制，無法達到「綜覈名實」之要求，按一九六二年修正公布之公務人員考績法即有考列一等（及現行之甲等）人數，不得超過受考人三分之一之限制，由於名額所限，若干表現優異之公務同仁無法考列一等，主管為平息爭議採輪流者有之，考績獎金平均分配者有之，而最為詬病者則為考列一等者多為高階主管或資深人員，基層或資淺者難有考列一等之機會，形成士氣之嚴重打擊，一九六九年公務機關實施職位分類強調以事為中心，在考績方面尤重綜覈名實，而取消名額限制，但因當時並未訂定考列甲等條件，為免過於寬濫，一九七一年總統府及五院秘書長第五十八次會談中，訂定考績列甲等者以三分之一為原則，最多不超過二分之一。迨一九八七年實施新人事制度，取消甲等人數比例限制，當年的變化最為明顯，此後呈現逐年遞增的趨勢，隨後有關甲等比例是否設限的問題，即不斷引發爭議與討論。至一九九〇年時全國公務人員考列甲等比例更高達 86.9%之譜，機關內更有甲等人數百分之百之情形，使甲等考績過

<sup>375</sup> 肯定說者有：吳泰成，公務人員考績制度改進芻議，考銓季刊 5 期，1998 年。曾瑞育，淺談考績評列甲等限制人數，今日海關雜誌第 7 期，1998 年 1 月。施金山，我國公務人員考績制度之研究—兼論行政機關績效獎金制度，私立東海大學公共行政研究所碩士論文，2003 年；李西潭、翁萱民「我國現行考績制度之檢討與展望」，國立政治大學中山人文社會科學研究所：「全球化下之我國文官體制發展與評估」學術研討會，2003 年。

<sup>376</sup> 否定說者有：許毓園，公務人員考績豈可脫法設限，國家政策論壇 1 卷 8 期，2001 年 10 月。

<sup>377</sup> 余致力主持「公務人員考績制度改進之研究」，考試院研究發展委員會，2003 年。

於寬濫之問題再度浮現；一九九〇年修正考績法時，一度增列考績甲等比例限制，然在立法院法制委員會審查時，因多所考量而作罷。民國九十年修正的考績法第七條，將甲等與乙等之間的獎勵差距縮小，已預留未來為甲等比例設限的伏筆。二〇〇一年九月行政院和考試院獲得共識，將該年度的考績甲等比例訂在三分之一至二分之一間，但後因考量以行政命令明定甲等比例恐有牴觸母法之嫌，故在修法前，考試院銓敘部與行政院人事行政局採「道德勸說」方式，請各機關首長在考列甲等比例上以 50% 為原則，最高不超過 75%，對於若干甲等比例超過 75% 的機關<sup>378</sup>，銓敘部不予審定，採退回要求重審的方式因應，但重審結果若仍維持原比例，銓敘部是否有權不予審定，恐有疑義。

這項政策實施後即出現有公務人員雖累記數十小功與嘉獎但考績只獲得乙等，如此還原記功嘉獎所加分數後的原始分數可能只有六十分，因此我們可以合理懷疑這是受甲等比例所限，以致出現這種狀況。學者研究認為，以往各機關在限制甲等比例的情況下，實際執行考績列等情形可分成五類：「排除」（將新進人員、當年已陞遷者、請產假者列為優先考列乙等之對象）、「抽籤」、「輪流」、「交換」及「政治因素考量」五種，並指出「我國考績制度在執行上之困境與考績謬誤已成常態」<sup>379</sup>；何況現行考績法並沒有針對各等第予以設限，其等第與分數並行的設計雖有矛盾，但若不採修法而以行政命令或所謂「道德勸說」方式行之，都會引發爭議。另一方面，設若以修法方式訂定等第比例限制，也應修改考績法其他條文配合，避免產生矛盾。最近發覺，個人績效與團體績效都是績效考核所應重視的兩大層面，且隨著事務的複雜化，許多行政計畫都必須靠通力合作，甚至需要跨組織、跨部會的協調合作才能竟其功。尤其團隊合作可以在共享的價值和彼此信任的基礎上，發揮一加一大於二的綜效，因此如何進行團體績效的衡量和機關考成，使其反映團隊合作的本質、誘導團隊績效的發揮，此重要性乃與日俱增。未來似可考量此一趨勢與現實，將團體績效納入考績的一部份。

由於整體考績制度已無法符合各機關首長考核屬員的需要，考試院於是針對現行「公務人員考績法」做大幅度的修正，期能發揮公務人員考績制度的積極性功能。依據考試院於二〇〇二年八月二十八日以考台組貳一字第 0910007261 號函送立法院審議之公文，可知目前送立法院審議的考績法修正案中已明訂增列考績比例限制。依據考試院所提之修正說明，其所以增列考列甲等限制之理由，是因為目前絕大多數公務人員考績列為甲等，使考列甲等人員並不覺得自身工作績效獲得肯定，反而讓考列乙等的人員認為不公平及工作績效遭到否定，造成機關內部優劣難分的現象(考績法修正草案對照表第九條說明)。

司法院原已取銷法官甲等考績百分比之限制，至二〇〇一年法官考績才勉強恢復百分比之情形，係肇因行政院決定九十年公務員甲等考績不得超過百分之七十五後，司法院即向當時人事行政局長朱武獻反映，指憲法保障法官審判獨立，希望法官的甲等考績比率高於其他公務員，但不為朱局長接受；司法院為爭取到

<sup>378</sup> 見銓敘部長吳容明與行政院人事行政局局長朱武獻於 2001 年 9 月 13 日發給各機關首長之聯名函。

<sup>379</sup> 見李西潭、翁萱民「我國現行考績制度之檢討與展望」，國立政治大學中山人文社會科學研究所：「全球化下之我國文官體制發展與評估」學術研討會，2003 年。

比一般公務員高百分之十五的甲等考績比率，院長翁岳生邀請朱局長到司法院當面溝通，朱局長認為法官雖然審判獨立，但考績沒有獨立的問題，故亦要受限，然翁院長因而提出憲法規定，朱局長才勉強表示回局裡再研究溝通。到了五院協商時，司法院發現朱局長仍堅持法官考績同受甲等比率限制，其他院代表也反對法官考績異於其他公務員，司法院孤掌難鳴，當時總統府秘書長游錫堃適時為司法院講話，認同法官因審判獨立，性質比較特殊，拜託大家支持司法院，其他四院才勉強同意，讓法官享有百分之九十的甲等考績<sup>380</sup>。

實務運作上，行政機關運用「總量管制」的方式，前將甲等「限制」在八成五左右，如今又以「道德勸說」的形式，將其限制在四分之二到四分之三之間，司法院勉將法官考績甲等限制不得超過百分之九十於是所謂分數云云，就成為具文，成為先打等次後補分數的情況。何況第九條的規定沒有罰則，在現行法體系之下也無從舉證違法，如此一來，該條文形同虛設，也失去了實質的效力。

公務人員考績法第九條（考績之比較範圍）：「公務人員之考績，除機關首長由上級機關長官考績外，其餘人員應以同官等為考績之比較範圍。」反映的是競爭性的原則，但第六條<sup>381</sup>之分數規定是根據個人表現優劣加以評鑑，反映的是非競爭性的作法，於是競爭性和非競爭性條文出現許多杆格；尤其實務運作上，行政機關運用「總量管制」的方式，前將甲等「限制」在八成五左右，如今又以「道德勸說」的形式，將其限制在四分之二到四分之三之間，司法院勉將法官考績甲等限制不得超過百分之九十，於是所謂分數云云，就成為具文，成為先打等次後補分數的情況。何況第九條的規定沒有罰則，在現行法體系之下也無從舉證違法，如此一來，該條文形同虛設，也失去了實質的效力，實務上亦無以法官官等作為比較之範圍。

行政程序法第三條第二項第七款雖規定對「公務員所為之人事行政行為」不適用該法程序之規定，但主管機關法務部前已作成解釋「...對公務員權利或法律上利益有重大影響之人事行政行為，或基於公務員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害者，仍應依行政程序法之規定為之」，復查行政程序法第一五〇條第二項明定「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神」。公務人員考績法第六條第二項僅規定「考列甲等及丁等之條件，應明訂於本法施行細則中，以資應用」。並未授權得訂定甲等人數比率，同法施行細則既已依據本法之授權訂定考列甲等條件，自無以行政規則另作人數比率限制之餘地，且公務人員考績甲等人數比率設限，自屬對公務員在法律上利益有重大影響之人事行政行為，在依法行政的原則下，似不能以行政命令做脫法限制。且多年來由於高等教育發達，勵行考試用人，公務人員素質已大幅提高，在要求

<sup>380</sup> 見 2001-12-30/聯合報/4 版/政治。

<sup>381</sup> 公務人員考績法第 6 條：年終考績以一百分為滿分，分甲、乙、丙、丁四等，各等分數如左：甲等：八十分以上。乙等：七十分以上，不滿八十分。丙等：六十分以上，不滿七十分。丁等：不滿六十分。考列甲等之條件，應於施行細則中明定之。除本法另有規定者外，受考人在考績年度內，非有左列情形之一者，不得考列丁等：一、挑撥離間或誣控濫告，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。二、不聽指揮，破壞紀律，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。三、怠忽職守，稽延公務，造成重大不良後果，有確實證據者。四、品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據者。

政府服務效能與品質提昇及持續推動行政人力精簡之前提下，公務人員之職責已相對加重，工作績效亦已大幅提昇，如將考列甲等人數作嚴格之限制，將可預見以往流弊與缺失必將重現，且亦打擊公務人員士氣，對提昇工作效能實無助益。復依地方制度法規定，各級地方政府在不牴觸憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例之情形下，均可本其地方自治職權訂定自治法規，考績甲等人數在無法律授權情形下以行政命令設限，地方機關如不遵令執行，必將形成爭議或一國多制，徒增處理之紛擾<sup>382</sup>。民國七十九年考試院曾提出考績法修正案，擬增列考列甲等人數以五分之二為原則，最多不超過五分之四為限，（即百分之六十至八十）但為立法院否決，認為人數設限，難免遺珠之憾，且難避免執行偏差，應信任機關首長公正客觀之考評。如今擬再重回設限老路，就法制上言，立法院已否決之修正案，行政部門能否以行政命令作更嚴格之規定？實值主管機關深思。

法官的天職是盡己之力依良心審判，所以法官考績之本質是非競爭性的，既非競爭性，則不應有百分比的限制，所以應如德國立法例，將考績獎金與考績之結果分離。

### 第三項 參與考績權

法官考績是法官之權利或義務？如是權利，可否拋棄？

所謂考績，乃公務員任職滿一定時期，由機關考核其成績，亦即機關對公務員在一定時期具體執行公法上職務所為之評價，以為獎懲之依據，考績結果，涉及到薪給、晉升等權利，如合於考績之規定者，即有要求參加考績之權，法官雖不得要求機關必予獎勵，然得要求參加考績，應認為一種權利，此種權利非公務員之基本人權產生，而是基於職位所生之權利，除參與考績權外，俸給權、退休金權、撫恤金權、保險金權、職務上費用返還請求權、身分保障權、工作安全保障權及休假權<sup>383</sup>，此屬「制度性保障」所應建構之事項<sup>384</sup>。

雖評價結果亦有懲處，如降級或免職，惟大都為晉升之法定途徑，如合於考績之規定者（公務人員考績法第 4 條），即有要求參加考績之權，公務員雖不得要求機關必予獎勵，然得要求參加考績，故應認為一種權利，故法官有參與考績之權利；權利範圍的界定是法學核心的問題之一，區別主觀公權利、法律上利益與反射利益，是非常重要的<sup>385</sup>；依釋字第二六六號解釋：「依公務人員考績法所為

<sup>382</sup>請參照許毓園，公務人員考績豈可脫法設限，國家政策論壇 1 卷 8 期，2001 年 10 月。

<sup>383</sup>請參照李惠宗，行政法要義，2002/10 二版，頁 211-213。

<sup>384</sup>請參照李惠宗，行政法要義，2002/10 二版，頁 212。

<sup>385</sup>請參照李惠宗，主觀公權利、法律上利益與反射利益之區別，收於行政法爭議問題研究（上），2000/12，頁 141-168。在該論文：主觀公權利，係指人民基於公法法規所賦予之法律上力量，而可為自己之利益，請求國家機關為特定作為、容忍或不作為之地位，相對的，行政機關即因負有一定之義務；利益分為法律上與事實上利益二種，「法律上利益」則指國家賦予行政機關之職權，雖直接目的在促進社會共同體之公共利益，但因各該職務之執行，與人民之生命、身體、財產等重要法益有重要關係，且人民此些權利之保護相當依賴此些行政機關職務之正當執行，為免此些重要法益遭遇到不可回復之損害，乃賦予人民對此些職權之行使有訴訟上之請求權，以督促行政機關「依法行政」。但此些「法律上利益」非「實體法上權利」，其母寧為「訴訟上的權能」，亦即，旨在透過訴訟上的權力制衡的機制，使行政機關積極適正地行使職權，

之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，依本院釋字第二四三號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。對於未改變公務員身分之其他考績結果有所不服，仍不許以行政訴訟請求救濟。惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權。參酌本院釋字第一八七號及釋字第二〇一號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟。」法官參與考績權是「客觀法規範」(objective Rechtsnorm)抑是「主觀公權利」(subjektives Recht)？

按客觀法規範性質乃指，對國家權力之作用，無論是立法權、司法權或行政權，皆具有拘束力。主觀權利之性質，係指權利可以要求透過國家制度予以實現，亦即當權利受到侵害時，可以請求司法救濟。即法諺：「無救濟，非權利」<sup>386</sup>。參與考績權為公務人員考績法（公務人員考績法第 4 條）所明定，法官受考人有權請求予以年終或另予考績，故法官參與考績權是具有「客觀法規範」及「主觀的權利」，但非法官之權力（power）。法官有被機關予以考評之義務。

既然法官有參與考績權，可否拒絕機關與以考評，而拋棄參與考績權呢？亦即當受考之公務員自覺有受不公平之評價之虞，如考列丙等（法官不適用丁等免職之規定）之可能性，而事先拋棄參與考績權呢？甚至，對當事人不利之依考績法規定之行政懲處，均預先予以拋棄，免生不利之結果？此涉及行政法律關係之強度<sup>387</sup>，即是否承認參與法律關係之權利主體有一定形成自由<sup>388</sup>？行政法法律關係

---

間接地使人民權利免於受到不可回復的損害；特別是經由特定程序的遵守，使人民權利有獲得保障的可能性。此種法律上利益係基於實體權利所衍生出之功能，在行政訴訟法上，使該訴訟具有正當性（行政訴訟法§41）。換言之，法律上之利益係以防止實體權利遭受不可回復的損害而設，而此種利益往往賴行政機關適正嚴謹之執法，始可達到。若人民尚可依自己的識見或力量規避行政權力所不及的風險，則尚不足以構成「法律上利益」（釋字第 469 號解釋）；法律上之利益，可能源自行政裁量限縮至零，亦有源自於行政機關對行政程序的遵守義務者，故從行政訴訟的觀點來看，法律上利益與主觀公權利所產生的訴訟權能屬於同一。但在權利的本質上，法律上利益不盡然即為實體權利本身。法律上利益特別為「第三人訴訟」提供了一個理論基礎。「第三人訴訟」類型包括「鄰人訴訟」、「競爭者訴訟」。至於是否進一步採取公眾訴訟（如現行行政訴訟法第 9 條），已非法律上利益的問題，而屬如何落實公眾監督的立法政策的問題。事實上利益即稱為「反射利益」，反射利益不具有「可訴訟」的特性，「權利」乃是一種法律地位，具有兩種特質：一是「於法有據」；二是「可訴訟性」。「法律上利益」雖非實體的權利，但由於訴訟法上賦予「訴訟權能」，使其具有「準權利」的性質，故其與權利在訴訟法的地位，可以相提並論。但並非具有「可訴訟性」的事件，皆屬主觀公權利或法律上利益。除非符合公眾訴訟（公益訴訟）要件，反射利益則僅能作為訴願，不得作為行政訴訟之標的，但此另屬落實公眾監督的機制。並請參照釋字第 568 號解釋。

<sup>386</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 83-84。德文 Recht 既有法(law)也有權利(right)的意義，為了區別，加上主觀表示權利，若加上客觀就表示法。見吳庚，憲法的解釋與適用，2003/4，頁 103。

<sup>387</sup>請參照賴恆盈，劉宗德指導，行政法律關係論之研究－行政法學方法論評析，國立政治大學法律學系博士論文，2002 年。

<sup>388</sup>請參照賴恆盈，行政法律關係論之研究，2002/6，頁 115-116。該文在法律關係之本質要素有：「各種「法規範所決定(Determination)之法律關係」之不同強度：此一決定相應於法律關係之「他律性(heteronom)」因素與「自律性(autonom)」因素，又可區分為「完全決定」與「部分決定」。前者指法律關係完全以法規範他律的形成，後者承認請參照與法律關係之權利主體有一定形成自由（如契約自由之締約自由與內容自由）。另請參照陳敏，行政法總論，1999/12，頁 190-196。又請參照 Hartmut Maurer 著高家偉譯，行政法學總論，2002/9，頁 156-160。該書 159 頁譯者注：關於行政法學的中心概念是行政行為、行政法律關係還是行政權，德國行政法學

之形成原因有：一、依法律直接創設行政法之權利義務：由於法律具普遍性與抽象性，在法律已明確指明適用對象及其法律效果時發生法律關係。二、經行政處分：由行政機關依抽象法律之規定，於具體個案確定特定人或可得確定多數人之權利義務(單方行為)。三、依行政契約：人民依己意與行政主體締結之契約，有拘束雙方當事人權利義務之效力(雙方行為)。四、因事實行為：事實行為亦可能發生行政法上之權利義務關係。例如無因管理、不當得利。公務員依公務人員考績法 4 之規定：「公務人員任現職，經銓敘審定合格實授至年終滿一年者，予以年終考績；」以依該規定創設行政法之權利義務，受考人有被機關予以考評之義務，應不得拋棄或拒絕。又法官接受考評之義務，考核項目**工作、操行、學識、才能**，是否會侵害法官之自由權、隱私權或工作權之基本人權，而損及法官之人格尊嚴？本問題涉及基本權之衝突，法益衡量之問題，而與考核項目相關。故參照釋字第 266、243、201 及 181 號及最高法院民國八三年四月份庭長評事聯席會議決議<sup>389</sup>，本文認為法官之考績權，符合 1. 公務人員考績法使法院負有作成法官考績等第之義務；2. 公務人員考績法同時具有保護法官利益之目的；3. 公務人員考績法授予法官貫徹其利益之法律上之力。<sup>390</sup>故被考人(法官)考績有公法上財產之請求權，係一主觀公權利。

---

者存在著不同的看法。迪特爾·洛倫茨(Dieter Lorez)教授認為：行政行為是傳統行政法學的中心概念。行政行為包含了行政法的所有因素，因此以行政行為為中心構築行政法學，有助於揭示行政法的全貌。但是，行政行為也存在著缺陷，其中主要是單方面性，缺乏民主性和合意性，不符合現代民主行政的要求，尤其不能反映行政合同普遍存在的現實。行政法律關係避免了行政行為的缺陷，不但可以包容各種形式的行政管理方式(行政行為、行政合同和事實行為等)，而且可以反映現代民主行政的內涵。行政權不能成為行政法學的中心概念，因為權力只是行政的一個因素，權力行政只是行政的一個方面。毛雷爾教授認為，行政法學存在多個中心概念，其中包括行政行為、行為法律關係等等。行政權在行政法領域體現為主權，不是行政法的中心概念。如果一定要指出一個中心概念，這個中心概念應當是行政活動。關於毛雷爾教授的觀點，朱維究教授、米健教授、邵建東教授、鄭永流教授、馬懷德教授、楊建順教授均認為，行政活動是動詞意義上的「行政」，因此，行政法的中心概念實際上就是「行政」，行政法就是有關行政的法。譯者進一步認為，「行政」的含義又是「管理」，因此，可以進一步推論，行政法的中心概念是「管理」，行政法是「管理法」，行政法是有關管理的法，所謂行政法的現代化和民主化，與行政「管理」的現代化和民主化對應一致。從這一點來看，「管理論」、「平衡論」以及其他觀點均看到了「管理」現代化和民主化的趨勢，具有異曲同工之妙。

<sup>389</sup>最高法院民國 83 年 4 月份庭長評事聯席會議決議：「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。此項權利不應因其被任命為公務人員而受影響。公務人員之財產權，不論其係基於公法關係或私法關係而發生，國家均應予保障，如其遭受損害，依憲法第 16 條規定，自許循訴訟途徑以資救濟。公務人員請求發給每月工作補助費、不休假加班費及考績獎金，乃屬公法上之財產請求權。公務人員如於復職後請求補發因考績丁等停職期間未發給之每月工作補助費、不休假加班費、考績獎金，而遭有關機關拒絕，將影響其憲法所保障之財產權，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟。本院七十六年十月份庭長評事聯席會議決議應予變更。」

<sup>390</sup>請參照李惠宗，主觀公權利、法律上利益與反射利益之區別，收於行政法爭議問題研究(上)，2000/12，頁 150-152。

## 第四項 法官考績行政法上之定性

### 一、 概說

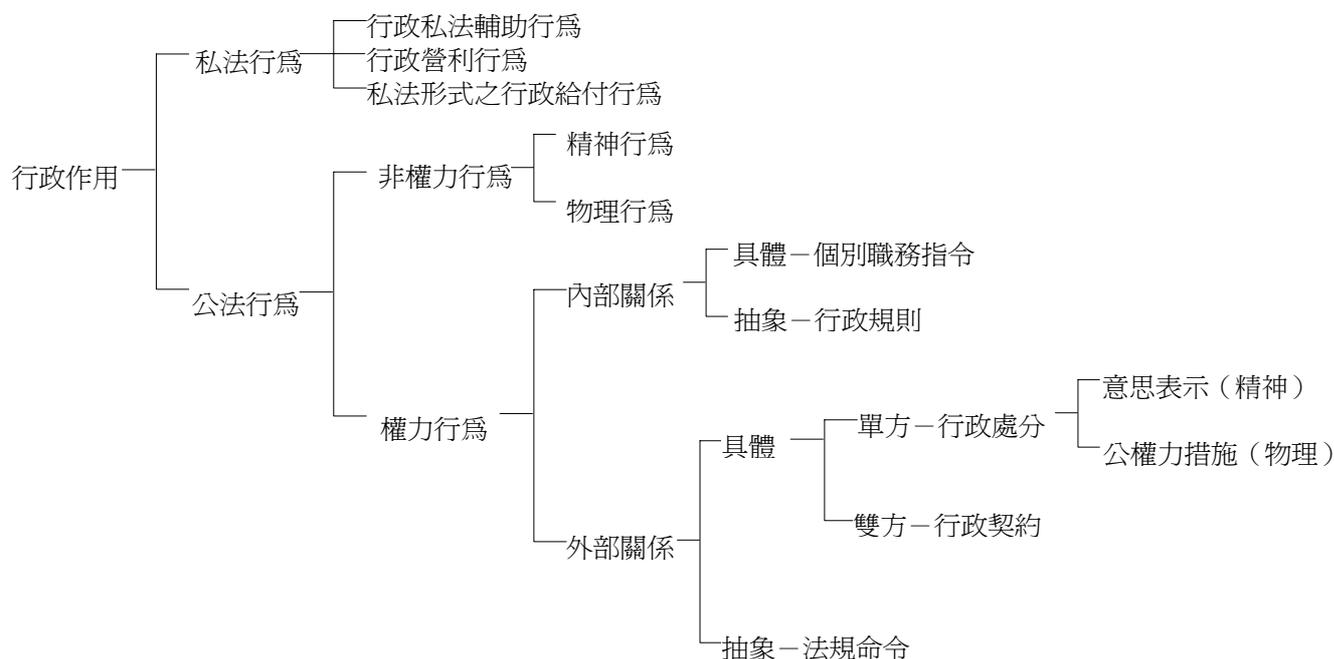
#### (一) 行政行為之學理上分類

法官是公務員的一種，其考績與一般公務人員考績適用相同法規，而行政法大略可分行政組織法與行政作用法，不能依作用法編制機關員額，不能依組織法行使對人民之行政作用，法官考績，考績委員會組織規程係行政組織法，公務人員考績法係行政作用法，依釋字第五三五號解釋理由：「查行政機關行使職權，固不應僅以組織法有無相關職掌規定為準，更應以行為法（作用法）之授權為依據，始符合依法行政之原則」；行政作用之概念究係指行政行為(Verwaltungshandeln, Verwaltungshandlung)亦或該行為之形式(Handlungsform)，或兩者兼具，有不同見解。從其行為形式出發，將行政作用界定為，行政主體為達成行政目的，本於行政權所為一切行為而言，其當然非以傳統公法行為中以意思表示發生法律效果之行政行為為限。行政作用係一集合概念，若能運用類型理論(Typologie)予以歸類，在說明上應有其實益。行政作用之分類，從其適用法規之性質而言，約可大別為公法行為或私法行為。在公法行為中，從作用之是否發生法律效果，可分為權力行為或非權力行為。權力行為中依行政內外部關係，又可分為外部行為(如行政處分、法規命令)，內部行為(如行政規則、個別指令)。從作用表示之方式，可分為意思表示之精神作用及以行動表示之物理作用。從參與行政作用者是否單方面，分為單方行為(行政命令、行政處分)，及非單方行為(行政契約、行政合同)<sup>391</sup>。

---

<sup>391</sup>請參照李震山，行政法導論，1999/10，頁 215-249。另請參照 Hartmut Maurer 著高家偉譯，行政法學總論，2002/9，頁 169。

行政行為學理上之分類圖示如下：



## (二) 我國行政程序法分類

我國行政程序法將行政作用分為行政處分、行政契約、行政命令及事實行為；行政處分之意義，依行政程序法第九十二條規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。（第二項）前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」依此規定，行政處分之要素，包括（一）行政機關、（二）公法事件、（三）特定或可得特定之具體事件、（四）行政決定或其他公權力措施、（五）對外發生法律效果、（六）直接發生法律效果、（七）單方行政行為<sup>392</sup>。行政契約之概念，行政契約又稱為行政法上契約或公法契約，行政契約指兩個以上之當事人，就公法上權利義務設定、變更或廢止所訂立之契約。當事人為行政主體與私人間者稱為隸（從）屬關係契約或垂直契約，當事人均為行政主體者稱為平等關係契約或水平契約，至於私人相互間在理論上亦有成立公法契約之可能，惟鮮少可舉之實際事例<sup>393</sup>。行政命令依行政程序法可分法規命令及行政規則二種，所謂法規命令係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。（行政程序法第 150 條）所謂行政規則係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。行政規則包括下列各款之規定：（一）關於機關內部之組織、事務之分

<sup>392</sup> 請參照李惠宗，行政法要義，2002/10，頁 328-329。

<sup>393</sup> 請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 413。

配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。(二)為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。(行政程序法第 159 條)。

所謂事實行為指行政主體直接發生事實上效果之行為，其與行政處分或其他基於意思表示之行為不同者，在於後者以對外發生法律效果；事實行為包羅甚廣，舉凡行政機關之內部行為，對外所作之報導、勸告、建議等所謂行政指導行為、興建公共設施、實施教育及訓練等均屬其範圍。以物理上之強制力為手段的執行行為及與行政處分不易分辨之觀念通知，亦應歸之於事實行為。行政上之事實行為態樣繁多，可歸類有下列數種；(一)內部行為；行政機關相互間或行政機關內部單位間意見之交換、文書之往來；或有隸屬關係之公務員間簽呈或指示等均屬之。(二)認知表示：所謂認知表示乃有別於意思表示，亦可稱之為通知行為，在我國實務上常見之觀念通知即屬於此類。行政程序法第 165 條以下所規定之行政指導，既已將其界定為：「行政機關在其職權範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促使特定人為一定之作為或不作為」(行政程序法第 165 條)，則與因意思表示而直接發生法律效力者，並不相同，亦可歸入此類。(三)實施行為：通常指實施行政處分或行政計畫之行為，例如課稅處分確定，稽徵機關收受稅款之繳納，或溢繳稅款由稽徵機關退還之行為；又如行政執行程序中，依行政處分有作為或不作為義務之人，主管機關所為之執行行為或代執行行為(行政執行法§2 第 2 項)，均屬對行政處分之實施；實施行政計畫之行為實例亦不在少數，例如農地重劃計畫書公告確定(農地重劃條例第 7 條，主管機關所從事之重劃工程(同條例§13 以下)，又如依都市計畫法第 23 條規定，細部計畫核定實施後，應豎立樁誌、座標、辦理測量等工作，再如道路建設計畫確定後，整地及施工等均屬之。(四)強制措施：指行政機關(尤其警察機關)運用物理的強制力，以實現行政處分內容，或逕行執行法令之行為。行政執行程序中之直接強制(指以實力直接實現行政處分內容之方法)、即時強制(包括人的管束、對物之扣留、使用及處分等、對家宅及處所之侵入)為最典型之強制措施。除此之外，下列行為亦均屬之；依集會遊行法對不服從解散命令者之強制驅離(集會遊行法第 25 條第 2 項)。強制措施種類甚多，其中有被稱為行政檢查者，在生活經驗中經常發生，值得注意<sup>394</sup>。

## 二、 法官接到考績通知書是行政處分

### (一) 事實行為之階段

法官年終考績之過程：於每年年終由人事主管人員查明受考人數，並分別填具考績表有關項目(工作、操行、學識、才能<sup>395</sup>)，送經單位主管(法官經由庭長，庭長經由院長)評擬，檢同受考人全年平時成績考核紀錄，依規定加註意見後(所謂加註意見即彙總法官自律委員、政風室、統計室、研考科及人事室之全

<sup>394</sup>請參照吳庚，行政法之理論與實用，2001/8，頁 423-425。

<sup>395</sup>「公務人員考績法施行細則」第 3 條第 1 項及司法院「司法院暨所屬各機關人員平時考核實施要點」，內分工作、操行、學識、才能等考核。

年平時成績考核紀錄），予以逐級評分簽章，彙送法官會議後交考績委員會初核，法院院長覆核，經由司法院核定，送銓敘部銓敘審定（公務人員考績法§14 參照）。法官兼院長則逕送其上級機關核定，送銓敘部銓敘審定。法院收到銓敘部銓敘審定之法官考績，再據以書面通知受考人考績結果（公務人員考績法施行細則§21）。故著者認為，自人事主管人員查明受考人數至銓敘部銓敘審定復之考核機關，無對外發生法律效果，非行政處分，係行政機關相互間或行政機關內部單位間意見之交換、文書之往來；或有隸屬關係之公務員間簽呈或指示之內部行為，是一事實行為。亦即在機關內部行為：各機關人事主管人員送達公務人員之考績表，應由 1、主管人員就考績表項目評擬，遞送 2、考績委員會初核，3、機關長官覆核。機關外部行為：1、主管機關或授權之所屬機關核定。2、銓敘部銓敘審定。在機關內部行為是一事實行為。

## （二） 行政處分之要件

行政處分之要件（或要素 Element），指構成行政處分概念<sup>396</sup>之特徵，依行政程序法第九十二條規定，有：1.行政機關、2.公法事件、3.特定或可得特定之具體事件、4.行政決定或其他公權力措施、5.對外發生法律效果、6.直接發生法律效果、7.單方行政行為。<sup>397</sup>；具備上揭七種要件，方構成行政處分，茲分述如下：

<sup>396</sup> 相當於我國行政處分之概念者，在日本稱為行政行為，奧國之用語稱之為裁決（Bescheid），戰後德國大多以行政行為（Verwaltungsakt）之用語取代行政處分，如一九七六之聯邦行政程序法第三十五條將「行政行為」界定為：「官署為處理公法上之具體案件，所為之處分、決定或其他公權力之措施，而對外直接發生法律效果者而言。」目前在法律上仍使用行政處分為名稱者，除我國之外，尚有瑞士。我國於一九七〇年十二月二十三日修正公布之訴願法，對行政處分之定義，該法第二條第一項規定：「本法所稱行政處分，謂中央或地方機關基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行政行為。」此一立法方式與前述各國均不相同：日本及奧國並未以法律對所謂行政行為或裁決之定義作明確之規定；瑞士則保持行政處分固有之名稱及實質；德國以「處分」、「決定（Entscheidung）及「措施（Massnahme 或譯為處置）」作為「行政行為」之例示；我訴願法則反其道而行，用「單方行政行為」充當「行政處分」之上位概念，亦可謂別創一格。上述訴願法同條第二項規定：「中央或地方機關對於人民依法聲請之案件，於法定期限內應作為而不作為，致損害人民權利或利益者，視同行政處分。」，亦屬 1970 年修改時所增列，可稱之為擬制行政處分。惟前開舊訴願法對行政處分定義所作規定，無論用語或內涵皆有未盡周延之處，起草行政程序法時遂加以改正，即該法第九十二條，其全文如下：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。」新修正之訴願法第三條亦配合行政程序法，採用幾近相同之文字，並將舊訴願法第二條第二項之擬制處分刪除。兩種法律用語與德國聯邦行政程序法第三十五條全文，頗多雷同，自係仿效得來。行政程序法第九十二條第一項行政處分之定義，按常用之折述方法可寫成：（一）行政處分乃行政機關所為之單方行政行為，（二）行政處分乃行政機關就公法上其體事件所為之單方行為，（三）行政處分乃行政機關所為直接對外之行為，（四）行政處分乃行政機關所為發生法律效果之行為。請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁 305-307。

<sup>397</sup> 請參照李惠宗，行政法要義，2002/10 二版，頁 328-329。及氏著超速的陷阱之實例研習，台灣本土法學 44 期，頁 115-122。

## 1. 行政機關—公權力主體

行政處分之第一要件為行政機關，即「公權力主體」或「行政主體」。判斷某一單位是否為作成行政處分之行政主體，應以「行政作用法」為準，而非單以「行政組織法」的角度觀察。所謂「行政主體」，須具有獨立對外發布該行政處分之地位，指國家、行政機關、公法人，包括受委託行使公權力之個人或團體(行政程序法第二條)，若屬內部諮詢單位，則其所作成之決定雖然對該獨立機關有實質拘束力，仍非行政機關。本文之法官隸屬法院，就法官考績而言法院具有行政機關之地位，應無爭議。

## 2. 公法事件

某一事件是否為公法事件，雖迄今尚難有一完美之理論可解決公私法區辨的問題，但屬於較具通說者為「修正主體說」。此說認為「只要法規有以公權力主體作為規範之相對人，該法即屬公法」。故行政機關依法規執行職務，除非明白顯示其選擇私法行為為手段外，應推定其為公法性質。行政機關之行政行為，包括其行政決定之作成程序及其內容，若非可自由決定而均須受法規之拘束者，實已具備公法行為的性質。本文之書面通知受考法官考績結果，顯屬公法事件，並無疑義。

## 3. 特定或可得特定之具體事件

就本要件而言，又分為兩種：具體行政處分與一般處分；所謂特定具體事件，亦即事件的個案，包括「人的要素」、「事的要素」須至少可得特定。此為區分行政處分命令及行政規則的重要標準。「人」係指公權力作用相對人之「人」；「事」指法律適用的結果所形成的具體法律效果。本文「人」為法官，「事」為考績項目，為特定之具體事件。

## 4. 行政決定或其他公權力措施

行政決定或其他公權力措施作為行政處分之二要件（素），係指其行為具有公權力的「規制性效果」(regelnde Wirkung)。所謂「行政決定」亦屬公權力措施的一種形態，係指行政機關針對人民直接依據法規的規定，將抽象的法律規定予以具體化的意思表示，其形式包括處分、下命、裁決、確認、核准、許可等；「其他公權力措施」則指行政機關僅作某種事實的確認或形成，但其法律效果則另依法規而定之情形。屬於其他公權力措施者，通常為機關的行為，雖未明確將某種法律效果具體化表現於外，但因法規已就特定情形明文規定其法律效果，故該公權力措施即與各該規定之法律效果自動連結，從而產生規制(regeln)或形成的作用。本文下命法官考績等第之效果，屬一種具有規制性的行政決定。

## 5. 對外發生法律效果

行政處分之對外效力係指行政機關以該公權力決定，對行政主體外之人之權利與義務關係發生規制的作用，從而產生創設、變更或消滅各該法律關係之效果。行政處分之對外性應以「行政作用法」為準，而非以「行政組織法」的為準。我國自釋字第三九六與四三〇正式告別「特別權力關係」改採「供法上職務關係」，釋字第四九一並在強調上述意指，強調考績法之免職懲處處分，事實上屬於懲戒

處分，應有法律保留原則的適用。法院立於行政機關之地位（行政程序法第 2 條）對法官之人事處分即屬行政監督作用，例如調職、記過等，縱使該作用係屬「經營關係」，仍不得否認其為行政處分<sup>398</sup>，本文法院對法官規制考績等第之效果，而法官係穿著制服之國民<sup>399</sup>（Staatsbürger in Uniform）此一規制性法律效果發生對外之效力，故符合此一要件。

## 6. 直接發生法律效果

行政處分之第六個要素是：法律效果之「直接性」，判斷行政機關之行爲是否具有「直接的規制效果」，係以該措施是否產生人民法律地位變動的結果爲斷，而此之法律結果不論爲確認性的或形成性的，在所不問。行政處分之「直接」法效力是一種依「三段論法」的辯證程序所獲致之結論，如果係居於三段論法之「結論」位置者，即具有「價值判斷性」，此係行政處分與行政命令最核心的區別。本文法官考績等第，已直接對法官產生限制性的形成效果，即創設考績等第及其獎金之多寡與官職等之升遷，故該考績案之通知書確已直接發生規制性法律效果。

## 7. 單方行爲

行政處分係行政機關之單方行爲，所謂單方行爲即不須相對人之同意即會發生直接法律效果之行爲。本文之法官考績明顯屬單方行政行爲。故法院考績案經司法院核定送銓敘部銓敘審定後，法院以書面通知法官，是法院之單方行爲。

### （三） 書面通知法官考績等第之行爲是行政處分

機關書面通知法官考績等第之行爲是行政處分；依公務人員考績法第十四條第一項前段規定：「各機關對於公務人員之考績，應由主管人員就考績表項目評擬，遞送考績委員會初核，機關長官覆核，經由主管機關或授權之所屬機關核定，送銓敘部銓敘審定。」並依公務人員考績法施行細則第二十一條第三項：「各機關考績案經主管機關核定送銓敘部銓敘審定後，應以書面通知受考人。」亦即法院考績案經司法院核定送銓敘部銓敘審定後，以書面通知受考法官，係法院行使行政權力之對外關係，且是法院具體單方之意思表示及公權力措施，法院立於行政機關之地位將法官考績審定結果以書面通知法官考績等第之行爲，與上揭行政處分要件均爲符合，故法官考績行爲是行政處分。

### （四） 是多階段行政處分？

以行政處分之成立及生效是否需要當事人或其他機關的同意或協力，可分爲獨立行政處分及需協力之行政處分。

#### 1. 獨立處分

由行政機關主動發動行政職權，作成行政處分，稱爲「獨立處分」。一般行

<sup>398</sup>Vgl. Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl., §42, Rn. 88ff. 轉引自李惠宗，行政法要義，2002/10，頁 342。

<sup>399</sup>請參照李建良，公務人員保障法復審及申訴標的之探討，月但法學 90 期，頁 140。

政處分屬之，例如警察取締並告發超速車輛或取締未戴安全帽者。

## 2. 需協力處分

現代國家行政事務，由於日益繁雜與行政組織之多元化與專業化，基於行政目的與程序經濟之要求，往往一個行政事項之決定，須在行政程序中，藉由其他的機關的不同程度之參與或協力（Beteiligung und Mitwirkung），始能作成一個合法的行政處分。此類的行政事務與處分程序，因為涉及到二個以上的機關之參與，因此，不僅關係到各個機關之權限與組織之運作，而且，也關係到行政程序之進行，甚至，影響到當事人採取行政救濟之途徑的正確運作<sup>400</sup>。協力有來自於當事人，有來自於其他機關者。來自其他機關協力之行政處分，稱為多階段行政處分（mehrstufige Verwaltungsakt；multiple administration act）。

### (1) 需當事人協力處分

行政處分之作成，需當事人協力者，稱需當事人協力處分（Mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt），又可分為「需申請之處分」及「需同意之處分」，前者例如建築許可、商標專用權之許可；後者如公務員任命之行政處分。欠缺當事人之協力，係行政處分不生效力，而非無效。需當事人協力之處分，除申請及同意外，尚包括其他協力義務，例如證據協力義務，例如稅務行政上，當事人如未提出對其有利之證據，且稅務機關無法依職權調查獲知時，稅務機關即得依「認定事實準則」之行政規則，自行核定或比照同業標準加以推定。故當事人未盡協力義務又非行政機關之主動職權時，行政機關作成對其不利益之處分之效果，應歸屬於人民。又如土地增值稅之徵收，應依照土地漲價總數額，減去土地所有權人為改良土地已支付之全部費用（平均地權第36條），但「已支付之改良土地費」如何證明，當事人即有提出之協力義務。

### (2) 多階段行政處分

多階段行政處分係指行政處分之作成，需有其他機關之協力，否則該行政處分不生效力者。多階段行政處分係屬「內部行政權力分立」（Inneradministrative Gewaltenteilung）的表現，以各行政機關之決定作為前提要件，其各階段之行為，應僅視為一種內部行為，尚未對外發生法律效果，基於行政處分之直接法效果性，「多階段行政處分」之前階段各種行為，應否認其具有行政處分性。多階段行政處分除有垂直監督關係所需要之核准或核定或同意外，尚有平行機關間之協力或會同，欠缺各種該協力之行政處分，亦屬其有違法性。行政法院對多階段行政處分（mehrstufige Verwaltungsakt）中之各前階行為，基本上亦否認其具有直接法律效果。多階段行政處分其效力之發生繫乎其他機關之協力，在未獲得協力前，該行政處分效力未定，若職權機關將之以獨立之行政處分發布或逕為執行，則屬違法。<sup>401</sup>

### (五) 法官考績實務上認是多階段行政處分

<sup>400</sup> 陳永福，多階段行政處分之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，1999/6，頁1。

<sup>401</sup> 請參照李惠宗，行政法要義，2002/10，頁350-353。

法官考績之過程，細析之，可分：在機關內部：各法院對於法官之考績，應由 1、庭長就考績表項目評擬，2、遞送考績委員會初核，3、法院院長覆核。機關外部：1、主管機關司法院核定。2、銓敘部銓敘審定。3、機關通知受考法官考績結果：於是，在考績過程中何機關所為者屬行政處分？有原服務機關之法院、司法院、銓敘部等機關參與，則何者之行爲才是行政處分？

最高行政法院二〇〇一年九月二十七日裁判九〇年度判字第一七三三號：「關於公務人員之考績及依考績晉敘之行政處分，原則上應由主管機關核定，送銓敘部銓敘審定，銓敘部銓敘審定後，各機關始得以書面通知受考人，而對外發生法律上效果，是爲二個機關本於各自職權，先後參與作成行政處分之所謂多階段行政處分，此際爲後階段行爲之機關，固應依法尊重先階段之行爲，不能自爲變更先階段行政行爲之內容；而具有行政處分性質者，則爲後階段之行爲，既非二機關分別作成核定、審定處分，亦非二機關共同作成核定、審定處分，而係以主管機關核定爲基礎，而由銓敘部審定完成之單一行政處分。」即認爲「銓敘部審定」是先階段行爲之機關，「各機關以書面通知受考人」是後階段行爲之機關所爲之行政處分，整體而言是爲多階段單一行政處分。

之後，最高行政法院二〇〇二年十二月十九日裁判九一年度判字第二三一九號進一步說明：「行政處分之作成，須二個以上機關本於各自職權共同參與者，爲多階段行政處分。此際具有行政處分性質者，原則上爲最後階段之行政行爲，即直接對外發生法律效果部分。人民對多階段行政處分如有不服，固不妨對最後作成行政處分之機關提起訴訟，惟行政法院審查之範圍，則包含各個階段行政行爲是否適法，且原則上應對各個階段行政行爲之權責機關進行調查，始符合正當程序原則。」

又最高行政法院裁定二〇〇二年度裁字第一〇七九號認爲先前階段之行爲如具備一定要件德提起行政訴訟，裁定主旨：「又行政機關做成之處分須其他機關參與並提供協力者，爲多階段行政處分，先前階段之行爲如具備：一、爲作成處分之機關（即最後階段行爲之機關）依法應予尊重，且不可能有所變更者，換言之，當事人權益受損害實質上係因先前階段行爲所致；二、爲先前階段之行爲具備行政處分之其他要素；三、爲以直接送達或以他法使當事人知悉者，則應許當事人直接對先前階段段之行爲，提起救濟。」

#### (六) 學理上認是多階段行政處分之變體

實務上認爲是多階段行政處分<sup>402</sup>，已如上述；但又認如先前階段符合下列條件，則得以前機關爲爭訟對象：(一)爲作成處分之機關，依法應尊重前機關之判斷；(二)先前階段之行爲具備行政處分之其他要素(僅欠缺顯名之要件)；(三)爲已直接送達或以他法使當事人知悉者，則應許當事人直接對先前之行爲提起救濟<sup>403</sup>。惟所謂多階段行政處分，即行政機關作成之處分需其他機關參與並提供協力者稱之，以及其救濟方式。對多階段行政處分提起爭訟，原則上應以顯名之機關爲對象。多階段行政處分須對外直接發生法律效果者才是，若只是過程中的一部

<sup>402</sup> 見最高行政法院民國 90/9/27 九十年判字第 1733 號。

<sup>403</sup> 請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003 年 8 月增訂 8 版，頁 351-354。

分，而未直接對當事人發生法律效果者，即非多階段行政處分；故有主張此為多階段行政處分之變體，將內部過程行為視為行政處分，實務上採此見解，吳庚教授亦表贊同<sup>404</sup>。

法官考績之核定，是由銓敘部核定，最高行政法院認為銓敘部所為考績審定行為是行政處分<sup>405</sup>（司法院則反對此說），惟 1、銓敘部並非實際上之考核機關，無從據實考核受考核者之行為，只能從書面上審查其是否符合年度考績之要件，故若行政法院撤銷銓敘部之行政處分，其原考績仍在；2、又因採多階段行政處分之理論，不認原機關所為可對外直接發生法律效果，故不能一併撤銷原機關所為之考核（核定）；此與訴願不同，實務上此作法實無意義，欠缺實益。故將之視為多階段行政處分變體的理論，認實際上作成行政處分者為原服務機關，較為妥當；關於此部分吳庚教授以為<sup>406</sup>，「…個人認為，法律為實用之理性，非純粹之理性，只要有實用價值的合理性理論，可解決問題，即可採行，同時也可解決法院積案的問題。學者認為歐洲大陸法律之適用，在求體系之完整；而英美法係國家法律之適用，則求個案之正確，由個案中歸納出基本原則（即吾人所謂一般法律原理原則），釋字第四〇〇號解釋關於公用地役關係之創，也是依據一般法律原理原則，而非實證法上之規定。公務人員考績法第十四條規定有核定、審定，同法施行細則第二十二條規定銓敘部依本法第十六條規定，對公務人員考績案，如發現有違反考績法規情事，於退還原考績機關另為適法之處理時，或主管機關依本法第十九條規定，查明各機關辦理考績人員有不公或徇私舞弊情事，通知原考績機關對受考人重加考績時，原考績機關應於文到十五日內處理。逾限不處理者，其主管機關必要時得調卷或派員查核；對考績等次、分數或獎懲，得逕予變更。其審定過程為實質過程，或許制度面有其不合理之處，惟法律既如此規定，司法院所為之核定，是否即發生對外之法律效果，頗有疑問。蓋若銓敘部加以更改，結果即會不同，故司法院核定考績時，會同時通知原服務機關，惟此性質上僅為一單純通知，其對外發生法律效果，仍有待銓敘部之核定，發給考績通知書。本問題之發生可能是，考績通知書發出時，當事人始表示不服，司法院認其不服逾期，此一則考慮當事人權利之保護，再則多階段行政處分，應以最終階段行政處分對外發生法律效果時，其行政處分始告完成。而大法官彭鳳至認以銓敘部之行政處分為最終行政處分，將其撤銷並不影響司法院原先之核定，此見解實不同於大法官大著所持之見解—『多階段行政處分，其審查是將其多個階段行為一併審查，如其撤銷理由認原核定之階段亦有誤時，其核定階段仍應受本撤銷法律見解所拘束，而非只得撤銷最終階段之行政處分』，從實用性合理角度來看，個人認為，當事人於司法院為核定之通知時，即可表示不服，而不是於當事

<sup>404</sup>請參照吳庚，人事爭訟之基本問題，載於人事爭訟與實務，2003/7，頁 209-222。

<sup>405</sup>行政法院民國 83 年 4 月份庭長評事聯席會議決議：「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。此項權利不應因其被任命為公務人員而受影響。公務人員之財產權，不論其係基於公法關係或私法關係而發生，國家均應予保障，如其遭受損害，依憲法第 16 條規定，自許循訴訟途徑以資救濟。公務人員請求發給每月工作補助費、不休假加班費及考績獎金，乃屬公法上之財產請求權。公務人員如於復職後請求補發因考績丁等停職期間未發給之每月工作補助費、不休假加班費、考績獎金，而遭有關機關拒絕，將影響其憲法所保障之財產權，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟。本院七十六年十月份庭長評事聯席會議決議應予變更。」

<sup>406</sup>請參照吳庚，人事爭訟之基本問題，載於人事爭訟與實務，2003/7，頁 209-222。

人接獲考績通知書後表示不服，司法院再以逾期為理由，予以駁回。如此或較妥適。何者才是處分機關？最高行政法院曾為退休問題，與銓敘部人員交換意見，最後認定銓敘部為最終處分機關，而非由最高行政法院逕為認定。上例會牽涉到管轄問題，實務上認銓敘部為最終處分機關，有關考績之行政訴訟，都集中由臺北高等行政法院管轄，使該院不勝負荷<sup>407</sup>。」甚有見地。

### (七) 法官考績事項不得提起訴願

訴願法第一條第一項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」是人民因認機關之行政處分損害其權利或利益而欲請求救濟者，如其他法律另有規定時，即不得依訴願法之規定提起訴願。而依公務人員保障法第一條規定：「為保障公務人員之權益，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」同法第四條第一項規定：「公務人員權益之救濟，依本法所定復審、申訴、再申訴之程序行之。」故有關公務人員權益之保障，公務人員保障法已有特別規定，公務人員如認其權益遭受損害而欲請求救濟，自應優先適用公務人員保障法所定之程序處理，不得再主張依訴願法之規定請求救濟。第九十一條第一項：「保訓會所為保障事件之決定確定後，有拘束各關係機關之效力；其經保訓會作成調處書者，亦同。」規定，公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）係再申訴案件之最終審理機關，一經該會為再申訴決定，案件即告確定，任何人不得以同一事由更為爭執，亦即不得對之再依訴願或再申訴等程序請求救濟<sup>408</sup>。

### (八) 法官不服考績乙丙等不得提起行政訴訟？

#### 1. 實務上認不得提起行政訴訟

司法院大法官會議釋字第二六六號解釋：「依公務人員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，依本院釋字第二四三號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。對於未改變公務員身分之其他考績結果有所不服，仍不許以行政訴訟請求救濟。惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟。」

行政法院一九九四年四月份庭長評事聯席會議決議：人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。此項權利不應因其被任命為公務人員而受影響。公務人員之財產權，不論其係基於公法關係或私法關係而發生，國家均應予保障，如其遭受損害，依憲法第十六條規定，自許循訴訟途徑以資救濟。公務人員請求

<sup>407</sup>吳庚，人事爭訟之基本問題，載於人事爭訟與實務，2003/7，頁 213。吳庚教授認為：「本問題在司法院印行，九十一年十一月版，「行政訴訟論文彙編」第三輯一書中，錄有不同見解之判決，可見實務上也非一致認定銓敘部即為最終處分機關，此與方才彭法官所提意見不同。惟個人亦贊同彭法官所提見解，如認銓敘部為處分機關，則於撤銷判決上應一併指出原服務機關、核定機關所為之考績行為，均失其附麗。」

<sup>408</sup>請參照考試院民國 92 年 8 月 8 日（九二）考台訴決字第一三九號決定書。

發給每月工作補助費、不休假加班費及考績獎金，乃屬公法上之財產請求權。公務人員如於復職後請求補發因考績丁等停職期間未發給之每月工作補助費、不休假加班費、考績獎金，而遭有關機關拒絕，將影響其憲法所保障之財產權，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟。本院七十六年十月份庭長評事聯席會議決議應予變更。

## 2. 學理上認應得提起行政訴訟

法官考績既是行政處分，已如前述，則依行政訴訟法第四條之規定，自可提起行政訴訟，本文認為考績獎金易涉及法官之財產權，不管是重要性理論或重要事項說均與法官之財產權相關，自可提起訴訟，無剝奪法官考績訴訟權之憲法保留權利，保障法就此部分，應予修改。並應准予進行行政訴訟，至於行政法院審查法官考績之密度如何，係另一問題。（涉及法院尊重行政保留之程度）。

## 3. 行政法院對考績行政行為之審查密度

不論是行政機關之執行法律或是行政法院之司法審查皆係法適用之行為<sup>409</sup>。而法適用有四個過程：事實之調查與確認，一般稱之為「認定事實」；法律構成要件內容之解釋與確認；涵攝(事實是否符合法律構成要件)；法律效果之確認。而由於法律之規定並不一定清楚地劃分為構成要件與法律效果，如結合規定(或稱聯結式規定，或混合要件，皆形成了不確定法律概念與裁量之交流現象，但其皆係在「適用法律」。故在探討行政法院對行政行為之具體個案審查時，可區分為認定事實、適用法律及涵攝三部分來予以探討，以期有較清楚的分析。<sup>410</sup>行政法院對行政行為之審查密度(Kontrolldichte)，係尊重行政機關之「判斷餘地」。

### (1) 行政法院對於認定事實之審查

原本基於人民訴訟權之權利保護有效性的要求，當一個事件已經提起訴訟時，法院應立於法的基礎上，對侵害行為就法律及事實兩方面為概括之審查。而一個在先行行政程序所為之事實認定或評價的拘束，基本上是要被排除而不拘束法院的。蓋司法審查必須包括親作為行政之基礎的事實資料亦審查之，其不得僅侷限於單純法律上瑕疵之審查。就行政而言，其被授權而有判斷或裁量餘地的同時，其作為基礎之事實認定，並不具有確認事實之權限。蓋高權行為合理事實的確認，並不能交由行政如裁量般地為之。故法院原則上仍須就「作為行政機關認定之基礎事實」予以審查。

然而，法院就涉及高度技術或學術性之事實的審查，如計畫、預測決定之衡量，或預測基礎之審查部分，其或許得就許可機關所依據而為決定之資料基礎是否已充分加以釐清，且亦得藉由調查證據來予以釐清。但涉及事實之發現不能明確時，是否捨棄行政機關之專門知識，而由法院自行認定之，實有疑問。蓋就事實而言，其原本應該只有一個答案，但事實的發現卻有其現實上的困難，而此時，若逕認為法院有對事實之最後認定權，則其是否係最可能為正確認定者，殊有疑義。故本文以為，原則上法院對於事實部分得為完全之審查，其得就決定所

<sup>409</sup>請參照張錕盛，從權力分立論司法對行政行為之審查密度，中興法研所碩士論文，1996，頁158-174。

<sup>410</sup>翔請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁119。

依據之資料基礎藉由調查證據予以釐清，但若其所調查證據之結果仍未能確定地為一個真正事實的發現，則在依「最符合功能之組織結構」的考量下，行政較司法可能為正確之認定時，仍應尊重行政所為之事實認定。而此種「充分的資料基礎」亦顯示出行政機關在認定事實上有一定之判斷餘地之存在。而司法之審查亦受到一定之限制。換言之，若行政法院得藉其所為之法的認識(調查證據)而判斷出一義性的結果，則得為完全之審查。否則，在行政較可能為正確認定時，應尊重行政機關之認定。

## (2) 行政法院對於法律解釋與適用之審查

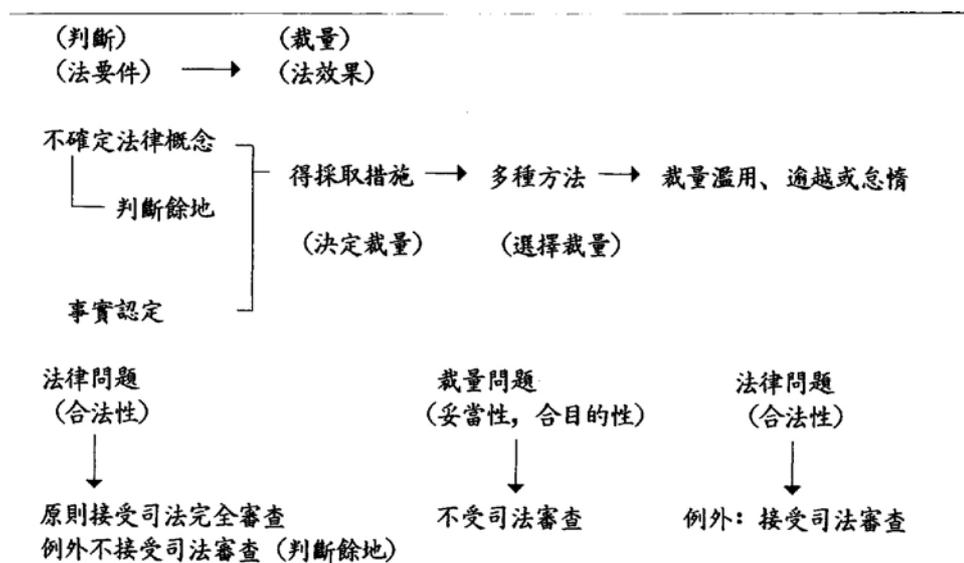
原本法律之具體化乃是基於不同之決定形勢，由行政與行政法院依不同的處理方式來予以實現。而司法對於行政行為之審查乃嚴格從屬於法律，其判斷標準原則上與行政一致，故其對行政權而言，具有準則給予者之任務。也因此，學者一般皆認為法律要件的解釋皆屬於司法之權限。而應由行政法院為完全的審查。然而，行政機關在適用法律涵攝於具體事實時，首先即應確定法律概念，此即無法避免地須就法律面予以解釋。特別是就法律概念之解釋涉及以主觀之價值判斷，行政機關具有選擇或判斷可能性，或非單純以法律上標準為構成要件內容時，從權限分配的觀點而言，司法未必能較行政為可能的正確認識或適用，此時若一味以為司法具有最後決定權，則未必能做出最可能正確的決定。故應在行政可能為較正確之認識或適用時，尊重其所為之解釋與適用。傳統之法律規定多以構成要件及法律效果之條件形式規定之，但晚近有以目的手段(Zweck-Mittel)之形式規定者，如計劃法規定。又立法者以法律以外之標準作為構成要件在科學昌盛的今日漸增多。故本文在探討行政法院對行政機關在具體個案中對行政機關之法律解釋與適用之審查時，即就法律規定之構成要件，法律效果及特殊型態之考試、計畫、預測及風險評估等分別探討之。

司法權有其實定法之最後確定及人民權利護之任務。而其具體表現乃在於其「合法性審查」之權限，其藉此權力之行使，以維護客觀法秩序，進而保障人民之權利。而其不論是基於實定法的最後確定抑或是人民權利之保護，皆應使司法保有說最後一句話之權力，即由其來宣示何者為「法」之最後決定權。因此，司法應得就法律面及事實面為完全之審查。而行政，在權力分立下，有其執行法律之功能，其因此有適用法律而為行政行為之權限。而其基於此權限，而有對法之判斷可能性及行為之選擇可能性，因此，其有某種程度之行政餘地。而關於行政擁有如何之行政餘地。傳統之裁量理論忽略法律適用與裁量之差異，且其原則上認為裁量不能審查，與法治國家之司法審查之要求不符。判斷餘地理論，將法律規定區分為構成要件與法律效果，而認為裁量僅限於後者；前者則原則法律得為完全審查，但例外的行政機關有判斷餘地。但其以法官不得以自己之主觀價值判斷代替行政機關之價值概念時，並未說明何以行政之價值判斷優於法官之價值判斷，其憲法與法律的依據為何。規範授權理論則以為立法者得以實體法授權行政機關為最後決定，其一則提出判斷餘地之法律依據，一則解釋構成要件與法律效果有時不易辨明之困境。但立法是否有權授與行政或司法為最後決定，其授權

是否有違權力分立原則，又具以法律排除司法審查權，似乎又違反憲法保障人員訴訟權之意旨。功能說，從權限分配之角度出發，認為應將最後決定權力配給最可能為正確決定的機關，卻忽略了權力制衡的要求。因此，論述司法審查密度，應同時就權限分配及權力制衡分別思考，司法有其「合法性審查」之權限，其目的亦另在為「法之發現」。而權力制衡之限制權力應受限制以免剝奪或減失分配權限。故司法之監督權，亦應僅限於「合法性」的監督，而不及於「合目性」監督。除此之外，司法之監督不得侵害行政之核心範圍，此包括其審查自治行政行為應符合自治行政之本旨，而其不得以自己之行為代替行政處分。又就其本身之限制而言，其應本於不告不理原則，僅就申請案件為審查。而其欠缺未來性，應尊重行政權對未來發展所為之預測、風險評估、計畫等；又具乃是為法的判斷，故僅在有法的判斷標準存在時，得為完全審查，其在僅涉及主觀之價值判斷時，若行政較可能為正確決定應尊重行政之決定，反之，若價值判斷具有客觀之評價標準，則司法應為完全審查，蓋此時已形成法的判斷標準，乃屬司法之權限。

至於行政之行為餘地之存在，傳統學說僅以裁量與涵攝有其存在餘地，但主觀價值判斷之存在，於認定事實，法律解釋亦相同地存在，不得作差別的對待。故其應建立一個統一的審查標準。往昔之行政法學者將所有行政機關之適用法律過程予以分割，而各自建立不同的審查方式。但以認定事實、法律之解釋，涵攝而言，其都是認識作用，判斷作用。何以僅有涵攝行政機關有判斷之權限，而認定事實、法律解釋則無，其皆可能涉及主觀之價值判斷，而以僅限於涵攝，行政機關有決定權，殊有疑義。蓋事實之認定，行政機關亦可能較司法為可能之認定；法律之解釋，特別以法律以外之標準為構成要件要素者，行政亦可能較司法為正確之解釋，足見傳統理論有其瑕疵或偏頗。

行政法院對不確定法律概念與判斷餘地之審查表



學者張錕盛曾說：「而誠如德國學者 Sendler 引述曾在盧森堡歐洲法院任職之

德國籍法官 Ulbrich Everling 所言；當我援用德國行政法院審查經濟上及技術上概念之理論，在盧森堡之法院發言時，我深感孤單而無助。足見其繁瑣之理論，已遠離其他歐洲國家之共同精神財產(Gemeingut)，故如何建立一個令法官得以適用之理論至為重要。故本文以為，法官之任務乃在『法之認識』，其目的亦在為『法之發現』，簡言之，法官乃在作法的判斷，故其僅在作法的判斷。而其亦僅在法的範圍內具有權威，故若一個具體案件存在法的判斷標準，法院得為完全審查。否則，在其他國家權力有較可能為正確決定時，其應自制的不予審查，以尊重其他國家權力之決定。」<sup>411</sup>我國行政法院審查法官考績之行政行為，是否尊重行政機關主管之高度屬人性的判斷餘地，自制的不予審查，還是予以完全之審查，端視未來法官裁判之形成見解。

### 第五項 候補及試署法官之免職

非實任司法官之候補及試署法官之免職，在民國三十五年制憲會議時，對於公務員懲戒委員會的性質及隸屬問題頗多爭議，最後仍決定為司法機關<sup>412</sup>，於是憲法第七十七條明定司法院掌理公務員之懲戒，民國三十七年修正之公務員懲戒規定，由公務員懲戒委員會行使公務員懲戒事宜，但荐任職以下公務員之記過、申誠得逕由主管長官行之（參照原條文第十二條）。惟行政機關認為行政主管長官所能懲戒之對象並不及於該管之簡任官，且僅止於記過與申誠之處分，影響其領導統御及澄清吏治之效果，因此行政院在民國三十九年十月提出公務員懲戒法修正案，建議主管長官對所轄部屬不論官階高低皆享有記過與申誠之懲戒權，然該案未獲通過。行政機關乃轉思在考績法擴大其行政監督權，公務人員考績法自民國三十八年立法以來，歷次修正均維持年終考績區分等第，最末等免職之規定；民國五十六年六月八日公布分類職位公務人員考績法，於年終考績，另設專案考績，並於五十七年一月及五十八年八月二十五日兩度修正，就專案考績部分規定可隨時辦理，平時記大功、大過二次或累積達兩次者，即隨時辦理專案考績，記二大過者免職。民國七十五年七月十一日制定「分類職位」與「簡荐委」兩制合一的公務人員考績法，仍承襲此年終與專案考績並存之規定沿用至今<sup>413</sup>此種隨時得行之專案考績，援與行政長官以考績之名而行懲戒之實，至此公務員行政懲處與司法懲戒並存。惟由於考績權與懲戒權隸屬機關不同，兩者之權限又各自行使，互無關聯，因此實務上常發生公務員基於同一事實，不但依考績法受行政懲處，尚且接受司法之懲戒；為解決此問題，司法院與考試院乃於民國七十七年二月十五日會銜發布「稽核公務員懲戒處分執行辦法」，就同一事件經主管長官已為處分後，復移送公務員懲戒委員會審議者，其原處分失其效力（參見該辦法第七條）。

有學者認為行政機關長官對其所屬公務員應擁有全部之懲戒權，包括撤職

<sup>411</sup>請參照張錕盛，從權力分立論司法對行政行為之審查密度，中興大學法研所碩士論文，1996/7，頁 173-174。

<sup>412</sup>蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，1994/3，頁 223。

<sup>413</sup>蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，1994/3，頁 224-229。

(或稱免職)在內。<sup>414</sup>因懲戒權本屬行政權，劃入司法權乃是以司法程序來保障公務員的權益<sup>415</sup>惟通說認為公務人員考績法所稱之「懲處」實應係「懲戒」，憲法第七十七條雖將對公務員的所有懲戒行為交由司法機關為之，但於「公務員懲戒法」立法時，仍考量基於行政效率及主管長官始能真正了解所屬公務員之行為，故例外承認對於荐任職等中等以下公務員，就較輕微案件，賦予主管長官一定的權力。<sup>416</sup>而釋字第二九八號解釋也確認此旨。<sup>417</sup>

惟考績法之免職懲處，至民國七十八年釋字第二四三號解釋，認為「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所屬之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。」釋字第四九一號解釋認一次記二大過免職，應有法律保留之依據，至此公務員服公職不受恣意免職之權利方受到充分保障。

所以實務上現今以法官考績甲乙丙等，因等第之申訴，不得提起行政訴訟；候補試署法官之考列丁等免職處分，認為行政處分得提起復審及行政訴訟。其次，公務人員考績法第十二條規定「平時考核獎懲得相互抵銷，無獎懲抵銷而累積達二大過者，年終考績應列丁等」同法第七條年終考績「丁等：免職」，設若非實任司法官之候補及試署法官被機關懲處而累積達二大過者，即應免職，依目前實務見解只能申訴之考績變成可以行政訴訟之行政處分，「量增變為質變」，在理論上亦有可議之處。

## 第六項 法官考績存廢之問卷調查

法官協會秘書處在二〇〇二年三月間將對一〇八六法官問卷調查關於法官考績之存廢問題<sup>418</sup>：

1. 司法院版：以考核取代傳統之考績制度，且設有考核獎金之制度，援考績制之例，依甲、乙、丙等給與考核獎金（第五十六條）。贊同者占 6.59%。

2. 法官協會版：刪除此規定，明定「法官不適用公務員考績法之規定，其俸級每年晉一級，但經依本法懲戒或停職者，不得晉級」。（法官協會版第七十八條）贊同者占 88.69%。

修改理由：基於憲法對法官審判獨立職權之保障，對法官之管考不可以一般公務員之方式，來加以思考，實應明定排除一般公務員考績制度之適用，使法官與一般公務員之人事制度分流，也可免除「早年司法首長假借考績之名，為干涉審判之實」之疑慮，至表現與人民期待落差較大，未能或難期改善者，即不擔任法官，宜由職務法庭所建立之淘汰機制，予以淘汰。至法官依往例可期待領取之考績獎金，則按比例併入薪資中，是以本會主張配合此一修改，將本法附表所

<sup>414</sup>黃一鑫，從五權憲法之觀點論我國公務員之懲戒制度，憲政時代，第 10 卷第 4 期，頁 26。

<sup>415</sup>蔡震榮，公務人員懲戒權與考績權之研究，憲政時代，第 18 卷第 1 期，頁 18。

<sup>416</sup>城仲模，公務員懲戒制度之研究，月旦法學雜誌，第 32 期，1998/1，頁 25。及王廷懋，我國公務員懲戒問題之研究，司法院研究年報第 18 輯，第 23 篇，民 87 年 6 月，頁 351-353。

<sup>417</sup>該號解釋謂：「憲法第七十七條規定，公務員之懲戒屬司法院掌理事項。此項懲戒得視其性質於合理範圍內以法律規定由長官為之…。」

<sup>418</sup>見法官協會雜誌第 4 卷 1 期，2002/6，頁 468-471。

示俸給之俸點數額按比例提高。

**法官考績問卷統計表**

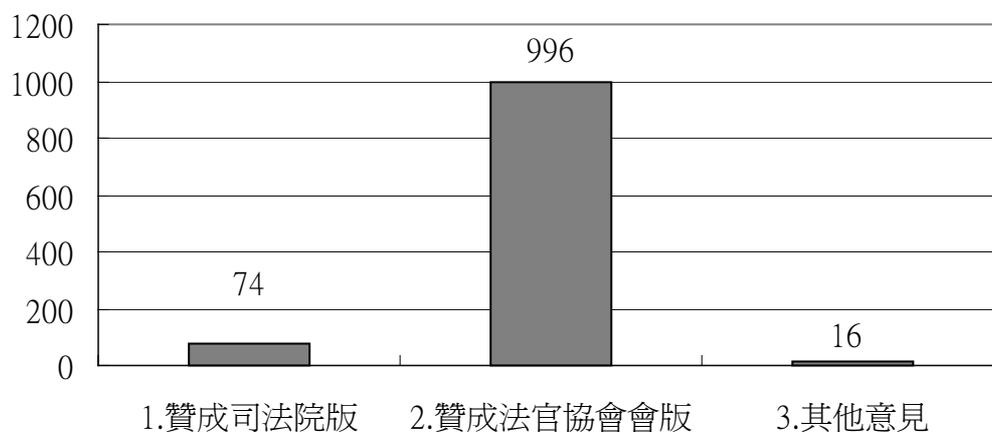
	1. 贊成司法院版	2. 贊成法官協會會版	3. 其他意見	總計
人數	74	996	16	1086
比例	6.81%	91.71%	1.47%	

統計編號	其他意見部分
AX1	目前司法院配合行政院之要求，將法官之考績甲等比例設限，激發法官之間的惡性競爭，爭先恐後的結果，使得人性向下沈淪，實在令人心痛，更加印證「法官不適用公務員考績法」的急迫性。
Z15	在適任與不適任須淘汰的中間地帶是否應另訂定規範。
P3	皆可。
M29	贊成本會版，惟應刪除但書。
M14	但在目前檢察官比照法官之情形下，是否會因此使院檢薪資不同導致修改的困難。
U25	前提是法官俸級獨立設置，並且此部份晉級與前開俸級晉升不重疊。
C25	本會版立意固好，惟調薪仍屬人事行政局之權限，實施日久，若其他機關調薪百分比高時，或年終獎金加發月數較高時，法官即吃虧，故亦有缺點。
E20	六十五歲停止辦案之後，未退休前，得從事何工作？
Z2	不贊成（本會版）。一年一進，表現差予以淘汰，以官官相護之心態，難期效果，終致形成勤奮與怠惰均有獎之現象。
022	法官本有優劣，有人聰明，有人反應較慢，有人肯用功，有人記性差，對工作之態度不同，有人以己作為人生全部，有人認為工作與家庭同等重要，人生本無齊一，以客觀標準分甲、乙等，以促進大家工作努力，分好壞、別獎懲，有其大用，但是法官持法律欲對付「強權者」，反面，強權者無所不用其極要影響控制法官，及法官，任何行政行政營利，尤其業績，均是攻入此核心的最佳途徑，為了隔絕時時想入侵之外力干涉，培養法官「看不起」強權豪強之氣度，為小老百姓主持正義，不宜把法官當成小公務員看，要培養其眼界，給予最大資源，不要為了借錢、投資而有求與人。考績可保留，但事先頁面列表，排除人為介入「沙灘上城堡」，若是沙作成的，不必浪、太陽照射就垮了，即使水泥城堡也經不起浪掏沙，基礎鬆了，城堡也會傾倒，只有日日維護，才仍保障獨立的城堡！內在的淘汰，外在的維護，才有獨立的司法。
C13	若取消考績或考核，則法官勢必無法依考績法規定領得考績獎金，將影響法官之權益至鉅。
V26	贊成本會版，依年資審級，但可設考核獎金（以季為單位），以獎金鼓勵客觀上表現較優之法官。
X35	若無法取消，未從事實際審判事務之司法行政官，因領取法官專業加級，但其對司法之貢獻與一般審判法官有別，亦應加以規定，否則其等，與庭長事少責輕，年年考績"甲"，有失公平。

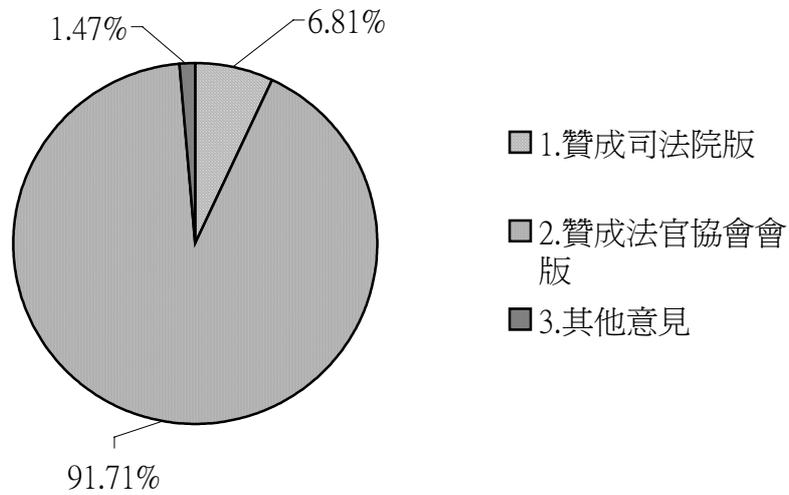
S11	贊成法官無考績制度，但如考試院、人事行政局不同意提高俸級之俸點，如何處理，宜慎重考慮，否則影響法官權益。
K25	任何職務均不可能以二分法決定，法官亦然。動輒以適任不適任區分，僅流於口號而不切實際，絕無可能造成自律自治之理想。
V14	非常贊成廢除考績、考核或類似制度。
K26	無級可晉時，如何處理？
T26	是否明定「初任法官者之職級不在此限」。亦即原有公職之年資仍予併計，以鼓勵進修應試。
K13	不好的法官非極少數，應建立更完善的汰劣制度。
A29	憑何認為得憑「往例」，併入薪資。考績既不合理，逕刪除即可，是否檢討薪資，當屬其他問題。
E24	法官僅有適任與不適任二種，不應適用一般公務員之管考。
V10	法官之間確實存有勤、惰，認真與否之差別，廢止考績後，對於還不至不適任的法官，如何區別良窳，亦有再建立制度參考之必要。
G36	所謂考核獎金難期公平、允當，且法官位尊在於自我實現，俸給本應相當，獎金為無謂之名目，不宜以此為考核工具，易扭曲審判工作。
I19	請再深入研究。
H22	應建立公正、考核制度，且防止院長及司法行政體系介入。

	贊成司法院版	贊成法官協會版	其他意見	總計
人數	74	996	16	1086
比例	6.81%	91.71%	1.47%	

圖一、關於法官考績之存廢問題調查統計



圖二、關於法官考績之存廢問題調查統計



法官問卷統計表顯現出法官大部分認為應廢除法官考績制度；惟調查之母體未能擴及到非法官人員，有失客觀性，是為遺憾。

## 第四節 現行法官考績制度之檢討

### 第一項 現行法官考績制度有違憲之嫌

#### 一、行政官與法官本質不同

行政官與法官本質畢竟不同，有如下之區別：1、獨立性不同：行政官執行職務須受上級指揮監督（行政一體）。法官依據法律獨立審判，不受任何干涉。2、保障不同：行政官享有一般身分保障權，惟非終身職。法官為終身職。3、遷調：行政官一須服從上級長官之命令。法官一依據法律獨立審判，不受任何干涉。非依法律不得停職、轉任或減俸。其中法官與一般公務員最重要之區別，乃在於法官之獨立性；公務員執行職務時，因其處於行政一體階級服從，故應服從其長官之指揮監督，以為行為之準據；惟法官，無論其配置何級法院，於從事審判職務時，一律獨立自主，不受任何干涉指示，於法律規定之範圍內，依其自我之知識與良知，以自己之責任作成裁判。因此其因裁判所生之一切責任，法官必須獨自承擔，非如公務員般得主張其僅係遵守上級長官之指示，而上級長官連帶負責。將法官視為行政官，易有侵犯審判獨立之情事發生，對法官心理獨立有不良影響，故現行法官考績制度是有侵害審判獨立之嫌<sup>419</sup>。

其次，法官職務監督受有憲法與普通法律之雙重限制（法律保留及授權明確性原則），亦即唯有於憲法允許下之職務監督，才得以普通法律所訂之方式為之。我國僅於憲法第八十條規定「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」釋字第三八、一三七、一六二、二一六、三二五、四〇七、四三六、五三〇、五三九、五七二、五七六等十一號解釋對「獨立審判」迭所釋示，惟仍無法確切界定之，此或許是保訓會不敢碰觸之處，而採取隻字不提的原因。但對於法官再申訴案，是最後救濟審，未就爭點並說明理由逕予駁回，似乏權威，令人遺憾。此亦暴露出保訓會對法官考績之避重就輕，不願輕易碰觸問題核心，至法官就其乙等考績，已有同時提起申訴及復審之案例，復審駁回，俾保有向行政法院提起訴訟之機會。

附帶說明的是，本件考績申訴之法官可否以保障培訓委員會之上開決定一應調查證據而未予調查，決定不付理由而予以司法審查與規制，並論予藐視法官罪（Contempt of Judge）？按權力分立原則下，立法權依憲法制定法律，行政權及司法權一法律行使權力，法官為司法權之託付者，審判獨立不受任何干涉，本件考績申訴再申訴案，係屬人事行政權，非關干涉審判獨立之案件（至於考績考核項目是否涉及審判獨立之範疇係另一件事）；且為求客觀公正之裁判，無人能於自己案件擔任法官（Nemo Judex in re sua），縱為行政法院之法官，遇有自己提起之行政訴訟案件亦應迴避；又基於司法權的被動性，不告不理，當然不能自告自

<sup>419</sup>請參照 Baur, Fritz Die Beurteilung des Richters und seine Unabhängigkeit, DRiZ 1973. 異同此見解（Fritz 認對法官造成心理壓力的考核有違憲之虞）。

理，自為原告兼法官，否則即失法官公正（justice）之本質；復法官應自制<sup>420</sup>，無法律之根據，不可逾越職權代為保障培訓委員會之上級長官，本件考績乙等之再申訴決定，已無提起行政訴訟救濟之可能，行政法院亦無司法審查之權限，惟如符合規定自可請求司法院大法官違憲審查（釋字第 445 號參照）。

公務人員考績法初定於一九四八年十一月十九日，最近一次修正為二〇〇一年六月二十日，均未將行政官與法官分列，有違權力分立原則，實感遺憾！

## 二、公務人員考績法制之爭議

我國憲法對於公務員法制之規範，最重要的特色可說即在於行政院與考試院並為我國當前公務員相關事項之主管院，公務員法制實務上許多爭議亦由此而生。

我國憲法係採特殊的五權分立國家體制，除立法院、行政院、司法院外，另設有監察院與考試院。原本依據憲法第八三條之規定，考試院作為全國最高考試機關，係掌理「考試、任用、銓敘、考績、級俸、陞遷、保障、褒獎、撫恤、退休、養老等事項」，簡言之，舉凡與公務員之資格得喪、身分保障、獎懲考核、管理及相關權利義務等行政事項，皆由考試院掌理，與行政院無涉。就此種設計而言，考試院的角色可說即是一種「人事行政院」，而因為全國公務員皆歸由考試院主管，也可說屬於所謂「一條鞭」的我國憲法對於公務員法制之規範，最重要的特色可說即在於行政院與考試院並為我國當前公務員相關事項之主管院，憲法上兩院間之權限雖有分工，亦有重疊難分之處，公務員法制實務上許多爭議亦由此而生。

我國憲法係採特殊的五權分立國家體制，除立法院、行政院、司法院外，另設有監察院與考試院。原本依據憲法第八十三條之規定，考試院作為全國最高考試機關，係掌理「考試、任用、銓敘、考績、級俸、陞遷、保障、褒獎、撫恤、退休、養老等事項」，簡言之，舉凡與公務員之資格得喪、身分保障、獎懲考核、管理及相關權利義務等行政事項，皆由考試院掌理，與行政院無涉。就此種設計而言，考試院的角色可說即是一種「人事行政院」，而因為全國公務員皆歸由考試院主管，也可說屬於所謂「一條鞭」的人事制度。

然而，除地方公務員外，絕大多數公務員所執行之職務均係行政院之職權與管轄範圍，也就是說，除地方政府外，行政院可說是最主要的公務員任用機關。

<sup>420</sup> 此處法官自制與司法自治不同；所謂的司法自制(judicial self-restraint)，係指法院以其自身發展的法律原則，拒絕受理案件或拒絕針對案件所涉之爭議，作出裁判(self-denying policies to avoid reaching issues in the cases)。這些法院自己發展用來拒絕受理案件或處理案件所涉爭議的法律原則，包括「判決先例拘束原則」(stare decisis)、「案件爭議可司法性原則」(justiciability)、「政治問題不受理原則」(political question)、「聯邦議題原則」(substantial federal question)...等等。不過，也正因為「司法自制」的相關原則是由法院自己發展出來的，其內涵並非確定，適用標準各異，類同的政治問題，法院時而加以受理，時而高舉「司法自制」的標幟而不予受理。從而，學說上，遂將法院經常且嚴格適用前述司法自制原則的情形，冠上「消極」(passive)之名，著名美國憲法學者 Alexander M. Bickel 甚至正面肯認此種司法消極(passive virtues)，認為適當的司法消極態度是保障司法正當性的不二法門，相反地，當法院較不受前述「司法自制原則」的拘束時，則稱為司法之積極(active)。引自葉俊榮、張文貞，轉型法院與法治主義，收於行政法實務與理論（一）。

若依照憲法本文之設計，凡是公務員身分、管理等相關事項均歸考試院掌理，其結果將使得公務員所屬行政機關不但無法決定公務員之具體任用、職務安排與職位陞遷，甚至將無法進行考績事宜，反而須由行政體系外的「人事行政院」——考試院全權處理。此等將公務員之權利義務、考核等事項，與公務員職務之進行區隔開來的制度設計，在實務上空礙難行，難以藉之有效管理公務員之困境不難理解。因此，早於民國五十六年行政院即依據動員戡亂時期臨時條款第三次修正案之授權規定，設置了人事行政局，實質取得了原屬考試院憲法上職權的人事管理權限。行政院人事行政局的設置可說仍屬於「人事一條鞭」的制度，只不過執鞭者由憲法所定的考試院移轉到行政院的人事行政局。

動員戡亂時期臨時條款廢止後，依據憲法增修條文第六條第一項之規定，考試院為國家最高考試機關，掌理（1）考試；（2）公務人員之銓敘、保障、撫恤、退休；（3）公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。另外，依據憲法第八七條之規定，考試院就其所掌事項得向立法院提出法律案。依此，可得出以下幾點論斷：

（一）考試院仍為考試、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休等事項之主管機關。主管權限除法制研擬外，當然包括執行性權限。

（二）有關公務人員之任免、考績、級俸、陞遷、褒獎等事項，考試院僅存「法制事項」的職權，非法制事項部分，則歸屬全國各用人機關。

（三）有關公務人員之所有法制事項之立法權，當然仍屬立法院，但考試院擁有憲法明定的法案提出權。依理而言，行政院作為憲法明定之最高行政機關，原本應享有一切行政事務之法案提出權，但在我國考試院的特殊設計下，尤其為了因應行憲之後實況而修憲縮減考試院職權後，若無意實質架空考試院之憲法職權，則解釋上凡是考試院享有法案提出權的範圍內，至少應排除行政院獨立提出公務員法案之權。

### 三、公務人員考績內容之爭議—操行無法評量

法官考績考核法官工作、操行、學識、才能，考核之細目，由銓敘機關訂定。但性質特殊職務之考核得視各職務需要，由各機關訂定，並送銓敘機關備查。目前司法院暨所屬機關並未對法官另訂細目，故仍依該法施行細則第三條及銓敘部所定之考績表，其評分細目及百分比如：1.工作：分為質量、時效、方法、主動、負責、勤勉、協調、研究、創造、便民十細目，佔考績總分數百分之五十。2.操行：分為忠誠、廉正、性情、好尚四細目，佔考績總分數百分之二十。3.學識：分為學識、見解、進修三細目，佔考績總分數百分之十五。4.才能：分為表達、實踐、體能三細目，佔考績總分數百分之十五。上述考核細目包含法官職務與非職務監督，就以「操行」而論，法院院長、庭長及上級機關之「長官」的品格，未必優於被考核之法官。因為本質上，品格或道德的問題係根本無從評價的，例如吾人無法評定孔子操行應得幾分，唐太宗的操行較諸孔子優或劣；又如，吾人可以從歷史的觀點評價蔣介石對國家制度的影響究竟如何，但實在無法評價其操行應得幾分。是以「操行制度」係不應存在於法官考績制度之中。操行制度只是表示台灣曾經處於專制時代的一種標記而已，此制度對公務員產生

「鎮制」與「壓抑」的功能，似遠大於其教育的功能。吾人認為，廢除操行制度不致於會使法官或公務員「變壞」，也不表示道德教育應予忽視，只是回復人性尊嚴應有本質而已。長官本應敬業以盡其本分，部屬犯錯仍應予糾正並予適度的處罰，但欲以操行制度將性格與品格完全予以量化，根本是個錯誤的制度<sup>421</sup>。

#### 四、公務人員考績法違反體系正義

體系正義是以立法者為出發點的立法自我拘束的法理，係平等原則下規範審查的一項基準，係指立法者應一貫的堅持其曾經所建立起來的法則，非有特殊理由，不得任意突破「體系」，否則即係違反立法的一貫性，而有違反平等之虞。此原理原由德國聯邦憲法法院所發展出來，使其他違憲審查基準更具客觀性，故頗可引用於我國的司法審查的運作上。以體系正義來檢討各種原則規定與例外規定，吾人將可發現許多例外規定的確是有不符合「體系」之處，但並非任何突破體系的例外規定皆會導致違憲，故此種原理毋寧說是具有彈性的拘束，唯仍須具有枉堅強的合理化事由。我國的法律體系，由於時空背景及法學基礎尚不深厚，故多未注意立法原別的一貫性<sup>422</sup>，現行公務人員考績法亦有此種缺失。

#### 第二項 法官考績之程序欠缺合法性

行政行為須符合形式合法性（釋字第 520 解釋理由）與實質正當性（釋字第 523），形式合法性應注意法律保留原則等等原則之適用；實質正當性則有法律優位原則，明確性原則，不當聯結禁止，比例原則等等原則之適用；法律制訂固然重要，執行法令更為重要，程序的正義應加注意，而非如考績法所定之保守秘密。

我國自古從代以來在文官體制中即存有人事考核制度並沿用至今，或許因時空的交替、物換星移而制度的設計有所變革，但是考績制度是政府效率及公務員服務品質的考核，所以在文官體制是不可或缺的（必要之惡<sup>423</sup>）。但是，目前我國的考績制度到底是制度的設計不當或是人為的因素使其發揮不了應有的功能，而淪為例行性的表面工作或單純只是變成發放考績獎金的依據，甚至成為機關首長個人好惡的工具？所以在此提出加以探討，希望在政府再造的過程中，考績制度的變革能成為政府再造的助力並且在我國要成為真正法治國家的過程中能更重視考績制度中人權的保障。

考績制度適用正當法律程序之範圍：釋字第四九一號解釋係針對專案考績免職須踐行正當法律程序明白的揭示，然考績制度中之其他部分之適用範圍並未申請解釋，所以司法係站在被動的立場當然對未申請解釋之部分，並未一併指明適用之程度如何。惟正當法律程序從首見諸於釋字第三八四號解釋至四九一號解釋，已有十號解釋引用此概念，儼然可看出正當法律程序已成為我國憲法所保障

<sup>421</sup>請參照行政法要義，2002/10，頁 82-85。

<sup>422</sup>請參照李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討，憲政時代第十六卷第二期，1990/10，頁 27。

<sup>423</sup>請參照 Donald E. Klingner & John Nalbandian 著，江大樹等譯，績效考核，人事行政新論，第 10 章，2001，頁 409。

之程序基本權，並且國家公務員和一般人民一樣皆應受到憲法所賦予基本權之保障，也因此正當法律程序之要求也應該擴及考績制度中之其他範疇。此時又衍生出另一問題，即公務員乃行政組織之一部份，考績制度為重要之人事行政行為，且其中包括負擔處分及受益處分，所以正當法律程序的規範密度是否在每一部份皆無分軒輊，不無疑問。行政機關講求效率的目的與機關首長能夠有效的領導統馭，使政府的服務效能達到最高，皆是行政行為的重要宗旨，若是正當法律程序規範密度無分軒輊的在每一行政環節嚴格要求，將使政府體制變的效能緩慢如同老牛拉車，此結果與目前政府再造之目標並不符合，故正當法律程序的要求與行政效能之間須合理的找到平衡點。學者有謂<sup>424</sup>以行政程序法第一百零二條規定作為參數指標，可做出一區分點，蓋行政程序法第一〇二條規定：「行政機關做成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除以依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」姑且不論行政程序法是否適用於人事行政行為，此項規定對於做成行政處分是否應踐行「給予相對人陳述意見」程序，係以「是否限制或剝奪人民自由或權利」為基準，而就懲處處分而言，除免職處分外，其餘如記大過、記過或申誡，在性質上難謂不是「限制」公務員權利之處分，自此觀之，其他懲處處分似應踐行此項程序要求<sup>425</sup>。但也有主張記過<sup>426</sup>以上之懲處才適用正當法律程序者，甚或以記大過以上才適用者<sup>427</sup>，亦有之。若以站在保障公務員權利之論點思考，愚意以為似應全面適用於懲處處分較符合前述意旨。至於結果如何，則有待將來立法者去解決。

「有權利必有救濟，有救濟斯為權利」（Ubi jus, ibi remedium; Ubi remedium, ibi jus），客觀制度面上的，便是「權利的程序保障」（Verfahrensgarantie）概念（參釋字第 396 號解釋之說明），在主觀上相對的則給予每個人民在其實體上之自由權利受到他力侵害時，得在組織公正的法院下藉由正當的法律程序（due process of law）尋求救濟的權利，亦即「概括的權利保護請求權」。法官考績應作如是觀。

不服考績結果之救濟程序：釋字第四九一號解釋揭示須教示救濟程序，救濟程序的完備亦是法治國家保障人民權利之一環，現行考績制度中之救濟程序依公務員保障法分為復審及申訴兩種管道，其架構乃採「基礎關係」與「管理（或稱經營）關係」二分法，雖然公務員保障法的制定可謂特別權力關係被揚棄的一重要里程碑，但如此分類卻又隱含著特別權力關係的意味。<sup>428</sup>復審程序相當於基本

<sup>424</sup>學者如此論證過程，愚意以為立論尚佳，所以予以摘錄，惟最後結論卻認為正當法律程序應只適用在免職處分。詳細內容請參閱李建良，析論司法院大法官第釋字第 491 號解釋，台灣本土法學雜誌第 10 期，2000 年五月，頁 59-60。

<sup>425</sup>學者主張應適用在所有的懲處處分者有林明鏘，行政懲處與司法懲戒－評司法院大法官第釋字第 491 號解釋，月旦法學雜誌第 57 期，2000 年二月，頁 165。

<sup>426</sup>請參閱前大法官吳庚釋字第 491 號解釋協同意見書。

<sup>427</sup>請參閱董保城，「釋字第四九一號」之評釋，台灣本土法學雜誌第 6 期，2000 年 1 月，頁 42。

<sup>428</sup>特別權力關係事項並非全然不得爭訟，以存在於早期德國法制。為釐清是否可提起爭訟的界限，在 1956 年 C. H. Ule 提出基礎關係與管理關係之二分法。主張於前者之行政上處置，應視為行政處分，如有不服得提起訴訟；屬於後者範圍內之事項，則不得提起訴訟。至於何謂基礎關係，依 Ule 之解說，係指與設定、變更、及終結特別權力關係有關之一切法律關係；而管理關係則

關係所生之糾紛；可提起司法救濟，申訴程序相當於管理關係所生爭議之處理程序，故不准其提起司法救濟。此種架構已違反有權利即有救濟之基本原則，以下茲就兩種程序在目前實務上產生之問題分別討論之：<sup>429</sup>

### 一、排除法官考績復審程序權利之違法

公務員保障法第二十五條：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。」明白揭示復審之標的為行政處分。首先應澄清保障法上對於行政處分之概念是採訴願法上廣義之概念（訴願法三條第一項：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」）或是採取大法官例次解釋之狹義概念（指公務人員服務機關或人事主管機關就具體事件對公務人員所為足以改變其身分關係，於其權益有重大影響之決定，或關於其公法上財產請求權事項之單方行政行為。）<sup>430</sup>保障案件實務上採狹義行政處分之概念<sup>431</sup>，因此保訓會於復審案例中只認為考績法上之年終考績、專案考績免職才是合法標的，其理由除遵照大法官歷年來之解釋無其他堅強理由，雖然有顧及行政上業務負荷過重之考量，但顯然是漠視訴願法之規定。目前大法官未就全面性之問題提出解釋，係就具體個案提出可否提起司法救濟，萬一將來就其他問題做出解釋，是否就其範圍又須變更。所以在保障法中明定其所指之行政處分範圍才是最佳解決之道，保障法二十五條將來可增訂：「本法所稱行政處分係指公務人員服務機關就具體事件對公務人員所為足以改變身分關係、於其權利有重大影響之決定，或關於其公法上財產請求權事項之單方行政行為。」再透過保障法第一條之位階規定，得以優先於訴願法之規定適用。至於是否要將此種人事處分之行政保留，不付之法院司法審查，係在立法政策上之問題<sup>432</sup>。

其次，目前實務界有怠為審查公法上職務關係<sup>433</sup>，特別權力關係理論仍然在法官的意識中；例如大法官<sup>434</sup>解釋法律違憲<sup>435</sup>方式創設了『違憲但不立即無效』之

---

指單純之管理措施，並非行政處分，蓋此等措施並非法之規範，不涉及相對人之個人身分，其法律地位亦不受影響。請參閱吳庚，行政法之理論與實用，2003/8月，頁220-243。

<sup>429</sup>請參閱林明鏞，我國公務員保障法之研究，公務員法研究（一），台灣大學法學叢書，一版2000/3，頁157-170。

<sup>430</sup>請參照釋字第298及313解釋。

<sup>431</sup>請參照見86年公保字第05386號函。

<sup>432</sup>請參照李惠宗，行政法要義，2002/10，頁342。

<sup>433</sup>請參照汪宗仁，公法上職務關係之理論與實務-評行政法院判決對公法上職務關係之怠為與應為，收於行政法實務與理論（一），頁509-554。

<sup>434</sup>台灣與美國大法官制度最大弊病是大法官之智慧及專長有限，而法律問題極為複雜專業，均難竟其功，美國聯邦最高法院只有大法官九人且是終身職，卻要制作全世界各色各樣之判例，早晨以全世界最著名之專家之角色制作反傾銷判例，中午制作移民判例，晚上解釋國際法，明晨又是刑法專家，幾月內變成全世界一百種以上之「至高無上」之法律專家，絕不可能。台灣大法官雖有十餘名，同樣的也不可能達此目的。

<sup>435</sup>現行大法官會議審理法限制人民只能就「確定」「終局」「裁判」「所適用之法令」「有疑義」時才能聲請法律違憲，致全國百分之九十以上之違憲案，均無法符合上開五條件。例如整件裁判違憲，卻因大部分法官「不適用法令」而不得解釋，且許多大法官有空兼課兼職、到處演講、

違憲法律仍然有效之惡法亦法解釋，造成行政法院仍以違憲之法律作為判決之依據，致使人民對憲法之信賴遭受摧毀<sup>436</sup>。最高行政法院考試院依據公務人員考績法第二十四條與大法官會議解釋不同，令人懷疑相信司法之公正、正確與品質<sup>437</sup>。臺北高等行政法院八十九年度訴字第一四〇三號裁定<sup>438</sup>，公務人員保障法第二十三條並無限制訴訟權之規定，法官竟然無視於確認訴訟以及一般給付訴訟之新增訴訟種類之明文依據？<sup>439</sup>

## 二、法官考績之申訴與再申訴程序之不當

依公務員保障法第二十三條第一項規定：「公務人員對於服務機關所提供之工作條件及管理措施認為不當者，得依本法提起申訴再申訴。」則申訴與再申訴之標的為工作條件及管理措施。然何謂工作條件？管理措施？實務上透過保訓會之解釋<sup>440</sup>管理措施幾乎包括所有工作條件，在申訴案件中以考績評定（考績乙丙

---

參加會議，聲請案卻一放兩年至四年半。四九一號解釋就是當事人在 84 年行政法院駁回後，依法聲請釋憲，經過四年多漫長的等待才在 88.10.15 作成解釋。

<sup>436</sup> 所謂現代憲法體系的精神，指的就是法治價值（the virtue of the Rule of Law）。在遠古社會，法律的目的是為了少數統治者而服務，多數被統治者只能按照統治者的法意志來行動。至於司法案件的審理，則往往根據統治者個人的主觀好惡來決斷，使得受規範者的言行舉止動輒得咎、無所適從。在人治（rule by men）社會裡，公權力的行使大多是為了滿足統治者的個人私慾或統治集團之利益，以遂行其嚴密控制的政治目的。從而法治觀念的形成，就是為擺脫人治社會的陰影，建立一個公平保障人民權益的法律社會。台灣逐漸踏向法治的路程中，特別權力關係之遺毒與人治恣意文化，明顯仍是殘留在有權力者（包括行政、立法與司法權之掌權者）之心版上。我國現階段地方自治之人治行政文化尤其明顯。

<sup>437</sup> 司法要有尊嚴，最重要的要素便是公信力的建立。在許多著名的案件中，由於司法判決與人民認知落差過大，造成人民普遍對司法結果的公正性、正確性抱持懷疑態度。如果人民普遍不信任司法，甚至鄙視或畏懼司法人員，這種司法毫無尊嚴可言（昔日一級一審之行政法院長期以來被稱為駁回法院，新制實施後二級二審之四個行政法院在未來是否仍然享有此一封號，諸法官應隨時自省，避免司法尊嚴再一次蕩然無存）。從另一方面來說，一個欠缺司法尊嚴的國家，將很難想像人民會去遵守法律，因為到頭來守法的人反而會「吃虧」，成為「傻瓜」。司法尊嚴應儘速建立，否則長此以往，社會將更形紊亂不安。

<sup>438</sup> 本件被告辦理八十七學年度第二學期國小校長人事調動案，當時原告具「國民教育法修正施行前，經台灣省甄選儲訓合格之國民小學（下稱國小）校長候選人」資格，符合參加校長遴選之資格。該項校長事調動案，被告經由遴選程序完成校長遴選作業，並以被告八十八年二月二十二日八八府人一字第一一三一八號令任用十三位國小校長，未派用原告出任校長。原告乃向被告申請補派擔任被告所屬國小校長，並質疑被告於八十八年二月辦理之校長遴選存諸多疑義云云，被告亦分別函復欲出任校長須依規定參加遴選，並檢附被告所屬國小校長遴選相關資料，歡迎渠前來參加被告所屬國小校長之遴選等語。原告不服，提出訴願、行政訴訟。

<sup>439</sup> 自釋字第 243 號允許公務人員免職事項提起行政爭訟以來，行政法院對受理案件，至今仍以司法院大法官會議之解釋作為標準，凡非屬解釋之事項，即不就其「是否直接影響憲法所保障其服公職之權利」作實質審查，而以程序駁回。雖然大法官自釋字 312、323、338 號解釋以後便逐漸擴大公務人員權利救濟範圍，可是目前我國司法實務界對公務人員職務關係之行政爭訟權，除公法上財產請求權以及歷次經大法官個案解釋之事項均許其提起行政爭訟外，其他尚未解釋之工作條件以及管理措施等所謂申訴，再申訴事項。行政法院至今尚未本於（換言之，就是怠為。白話，就是多一事不如少一事）「是否直接影響其憲法所保障之服公職權利」、「是否為足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分」等標準作實質審查，使公務員憲法或法律之權利保障或救濟之途，沿路上仍是石頭遍地，障礙重重。參照吳庚大法官在行政爭訟法論一書第十六頁註十四宋朝楊萬里桂源鋪詩中所云：「萬山不許一溪奔，攔得溪聲日夜喧」，不知何時才能：「到得前頭山腳盡，堂堂溪水出前村」。

<sup>440</sup> 請參照見 86 公申決字第 0011 號決定。

等)、懲戒處分(記過事件)為大宗,而考績等第、或記過事件雖然被實務上列為管理措施,但影響公務員之權利仍然不小,例如考績等第之間之差異即可能影響到考績獎金之發放及職等之晉敘,釋字第二六六號解釋認為公務員基於確定考績為財產上請求,如不允許救濟,對人民之財產權影響甚鉅,故允許提起訴願及行政爭訟。惟大法官在解釋當時並無公務員保障法之制定,到底目前確定考績引起之財產權救濟應利用復審?申訴?或訴願?為大哉問?實務界看法認為考績的評定既為申訴,則考績獎金的救濟當然也是申訴,因為依前述實務上復審制度標的的看法來說須影響公務員身分關係,無庸置疑的對於考績獎金不服之救濟,應適用申訴途徑救濟。但依大法官解釋內容保障人民財產權之意旨來看,應賦予公務員司法上之救濟權利,惟目前申訴、再申訴之後並無司法救濟途徑,對於再申訴制度是否須再開放司法救濟管道?似應令吾人深思?比較法上,德國對考績評定是否為行政處分?或機關內部之行為,尚未明朗。但卻允許對考績評定提起行政爭訟。德國聯邦行政法院之所以肯認公務員對於「非行政處分」仍得提起主張救濟之主要理由,乃係基於德國基本法第十九條第四項之意旨<sup>441</sup>,凡是公務員或人民之權利受公權力侵害時,都留有司法救濟途徑,以保障公務員或人民權利。但是行政法院傳統上除就某些事項<sup>442</sup>予以審查外,原則上仍尊重機關首長之判斷餘地,所以在實際結果上,考績評定鮮少被行政法院推翻。<sup>443</sup>可以看出德國法形式保障之意義,似乎勝過實質。其對於人權保障之重視,值得我國效法。因此,我國應考慮在再申訴之後賦予司法救濟途徑,惟若目前全面開放似乎將造成司法機關負擔過重,公務人員也可能濫用救濟途徑,故目前宜開放部分具體的「違法」之管理措施,亦得請求司法救濟,以彌補目前復審制度限縮行政處分之概念,致本為行政處分之機關措施,如:考績評定丙等(留原俸級),無行政訴訟救濟之缺憾。考核項目侵犯審判獨立,有違憲之嫌,法條規定內容相互矛盾,違背體系正義,「裁量」共同約定百分比之基準有違平等原則與法律保留原則、權力濫用之嫌。

### 三、法官考績不必經銓敘審定

依公務人員考績法第十四條之規定<sup>444</sup>,銓敘機關對考績之銓敘審定,考績事

<sup>441</sup>德國基本法第十九條第四項規定:「任何人之權利受行政機關侵害時,得提起訴訟。如別無其他受理之管轄法院時,得向普通法院起訴。但本法第十條第二項後段之規定,不因此而受影響。」

<sup>442</sup>德國行政法院於審理案件時得加以審查之事項—1.行政所適用之概念或法規,是否有自由彈性空間;2.所確定之事實是否有錯誤?;3.是否遵守一般有效之價值標準?;4.是否考量與事實無關之因素?(如:性別、種族等);5.是否未遵守程序規定?

<sup>443</sup>請參閱林明鏘,我國公務員保障法之研究,公務員法研究(一),國立台大法學叢書,一版2000年3月,頁191。

<sup>444</sup>第14條各機關對於公務人員之考績,應由主管人員就考績表項目評擬,遞送考績委員會初核,機關長官覆核,經由主管機關或授權之所屬機關核定,送銓敘部銓敘審定。但非於年終辦理之另予考績或長官僅有一級,或因特殊情形報經上級機關核准不設置考績委員會時,除考績免職人員應送經上級機關考績委員會考核外,得逕由其長官考核。

考績委員會對於考績案件,認為有疑義時,得調閱有關考核紀錄及案卷,並得向有關人員查詢。考績委員會對於擬予考績列丁等及一次記二大過人員,處分前應給予當事人陳述及申辯之機會。

第一項所稱主管機關為總統府、國民大會、國家安全會議、五院、各部(會、處、局、署與

項，憲法增修條文第六條，應僅限於法制事項，若銓敘審定為實質決定之處分，則似乎非屬形式審查的法制事項。因此，是否符合憲法之規定，容有疑義。依當時公聽會銓敘部代表發言表示，新修正的考績決定，銓敘部並不作實質審查，但因考績決定後，仍頗送銓敘部銓敘，因此。銓敘審定之規定，係為銓敘之方便而設。但將銓敘事項規定在考績法上，實易使人產生混淆<sup>445</sup>。

依公務人員考績法第十四條之規定，在考績程序中，庭長具相當決定性，而考績委員會成員主要係由機關首長決定之。在考評程序中考績委員會雖有初核權，但機關長官仍享有覆核之權，得對其加以變更。因此，考績之決定權實質上掌握於法院庭長和院長手中。除了上述原因外，法官自律委員會已初步決定法官考績，考績委員會，尤其是非法官之考績委員，更不予置評，而予背書通過。

#### 四、公務人員保障法不正當限定法官基本權

考績法第二十四條之授權應屬合法，因為考績法第十二條已有免職處罰之規定，而有關於執行方面，要屬行政機關最為瞭解，因此，有關技術性、細節性等授權行政機關為之，應屬合憲。但由於免職事宜涉及公務員權益甚重，由授權命令設定若干構成要件時，應合乎授權之目的，是屬必要。因此，在此進一步探討的是，是否公務人員考績法施行細則第十四條第一項第二款所規定的若干構成要件不夠明確，諸如第七目所稱挑撥離間或破壞紀律，情節重大者，是否因而違反明確性之要求，尤其這些構成要件涉及公務人員權利甚為重大，是否亦應嚴格要求明確性。上述「特別權力關係」早已被實體法的「公法上職務關係」所取代之改變與發展下，目前最高行政法院以及高等行政法院對於不僅對於公務人員保障法第七十七條（民國 92 年 5 月 28 日修正）所規定之「工作條件」及「所為之管理」不予審查<sup>446</sup>。甚至對憲法或法律所保障之訴訟權（修正後之行政訴訟法第六條、第八條、第七條及第十二條所規定之新型態之訴訟種類）亦不予受理，此種拒絕或限制行政爭訟之司法實務似有檢討之餘地。

人事行政業務中大量存在的施行細則均本於概括授權甚至缺乏授權依據，造成授權不明確之問題，不幸的是，行政程序法第一五九條第二項第一款所謂之人事管理規則，造成此一問題在未來的人事行政業務中需要法官慎重的審查。人事行政行為中有著相當大的行政領域至今未得到行政法院的介入與審查，在這些領域中，公務人員實際上舊處於專斷的行政裁量或人事管理的恣意支配之下。如果要扼制住這種侵蝕法治的趨向，迫切需要新設置的行政法院，由它來受理所有相關案件的訴訟請求，此一領域，行政法院違法怠為的時間已經太久，期待現在就

---

同層級之機關）、省政府、省諮議會、直轄市政府、直轄市議會、縣（市）政府及縣（市）議會。

<sup>445</sup>請參照蔡震榮，由專案考績免職評論釋字第四九一號。並請參照李惠宗，行政法要義，2002/10 二版，頁 208，註 14。

<sup>446</sup>二級二審之行政法院仍固守純屬於行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比或純屬於行政管理措施，非屬行政處分的理由。這些理由，讓公務人員完全無法信賴行政法院之品質與專業權威。此時行政法院所能固守的不過是一種職位權威而已。司法實務上原告或被告，最常聽到的以白話文是：「你如果不服判決或裁定的話，可以去上訴、抗告或是去聲請大法官會議解釋」。

應有更多依法應為的判決出現。自釋字第二四三號允許公務人員免職事項提起行政爭訟以來，行政法院對受理案件，至今仍以司法院大法官會議之解釋作為標準，凡非屬解釋之事項，即不就其「是否直接影響憲法所保障其服公職的權利」作實質審查，而以程序駁回。雖然大法官自釋字第三一二、三二三、三三八號解釋以後便逐漸擴大公務人員權利救濟範圍，可是目前我國司法實務界對公務人員職務關係之行政爭訟權，除公法上財產請求權以及歷次經大法官個案解釋之事項均許其提起行政爭訟外，其他尚未解釋之工作條件以及管理措施等所謂申訴，再申訴事項。行政法院至今尚未本於「是否直接影響其憲法所保障之服公職權利」、「是否為足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分」等標準作實質審查，使公務員憲法或法律之權利保障或救濟之途，沿路上仍是石頭遍地，障礙重重。參照吳庚大法官在行政爭訟法論一書第十六頁註十四引用宋朝楊萬里桂源舖詩中所云：「萬山不許一溪奔，攔得溪聲日夜喧」，不知何時才能：「到得前頭山腳盡，堂堂溪水出前村」<sup>447</sup>。

### 第三項 小結

本文建議司法院應：

- (一) 向大法官聲請解釋法官適用公務人員考績法違憲。
- (二) 向大法官聲請解釋法官職務監督之範圍與界限。
- (三) 應廢除法官考績甲等一律百分之九十之限制。

在一個法院內依法官職務性質不同（例如在刑事庭、在民事庭等），事先建立考評標準及項目，項目與標準應由法官會議設定；院長、庭長與法官應保持良性互動、對考核者（院長、庭長）應施以行政訓練、適度地強調績效考核對法官職務發展方面的功能、考核結果應予以有效運用以提昇公務人員之外在滿足，法院應重視知識管理與分享制度，使法官在審判工作獲得滿足與尊榮，以型塑法院組織之認同感等<sup>448</sup>。而法官考績之實務運作，如自律委員會、法官會議，宜明文規定人事主管列席。

重視主管之行政專業與領導才能：法官兼院長、兼庭長應以審判為主、行政為輔，且應先經行政訓練甄試合格者方可兼任；現況之法官兼院長、兼庭長以行政為主、審判為輔，本末倒置，有失立法之法官之本職；甚而未經行政訓練之法院院長，以民刑事審判之經驗來「類推適用」行政法學之問題，用以考核所屬法官之考績，似有不當，亦似寓有以法院為其行政之試驗所，置法院行政於不穩定之狀態；兼行政主管之法官宜具憲法素養，熟爛行政法，以避免發生法官考績謬誤。宜就有意歷練行政職之法官，及選擇適任行政職之具有領導人格特質之法官（且應具有理性、冷靜、自制之人格特質，不可憑個人主觀之好惡而考核其他法官。）加以訓練，按部就班派任，方為正的。在立法上，亦可增設非法官爛熟行

<sup>447</sup> 以下請參照汪宗仁，公法上職務關係之實務與理論—評行政法院判決對公法上職務關係之怠為與應為，收於行政法實務與理論（一），頁 509-554。

<sup>448</sup> 請參照陳照世哲，公務人員績效考核公平與工作態度之研究—以高雄市政府所屬警察、醫療、稅務人員為對象，國立中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2001/07/26。法條判例有限，人事變化無窮，正義亦隨時空環境變遷

政經驗之副院長負責司法行政事務，而非如現今之襄閱庭長實際上擔任副院長職務，致耗費其任審判之時間與經力。

特任官之院長一如司法院長、最高法院院長、最高行政法院院長及公務員懲戒委員會委員長，是特任官而非政務官<sup>449</sup>，應維護法院行政中立及審判獨立<sup>450</sup>，現行法官考績宜採功績制（merit system），對於不服從其政策（訓令例如因法務部所屬之監獄人滿為患，應對被告予以緩刑）之法官，涉及法官對個案之心証與裁量，不可列入考績參考；其他如貫徹兩性工作平等法，使男女法官，不因性別，而對考績有所影響（依司法院統計現全國法官在 2002 年有 1631 人（男法官有 1060 人，女法官有 571 人）；司法院暨其所屬人員共 7477 人<sup>451</sup>。

「政治，如同經濟一般，人們時時為爭取稀少資源而競爭。」<sup>452</sup>，從此角度觀之，考績制度，如同政治與經濟生活一般，法官們無時無刻不在為爭取有限的資源(考列甲等)而競爭？其他非法官之法院同仁考績甲等比例不得超過百分之七在同一法院內，如同經濟一般法院行政資源法官佔大多數，兼行政之法官形成新階層<sup>453</sup>（著者極不願意用階級這個名詞），其他階層人員，如公設辯護人、書記官長、書記官、通譯、主任公證人、公證人、公證佐理員、主任觀護人、觀護人、提存所主任、提存佐理員、登記處主任、登記佐理員、法警長、副法警長、法警、執達員等等，是否會有不平之感呢？避免法院內部單位間之不良互動，如積極反對（沒有經費）或消極抵制（開庭筆錄鍵字很慢）法官審判之需求，因而影響法官審判績效。甚而厚黑之學、潛規則、血酬文化<sup>454</sup>橫行，致法院內部上級（院長、庭長、審判長、其他行政主管）對下級有不正利益；基層之法警、庭務員、工友對因案係屬法院之人民索取不正利益，弱肉強食，產生病態之官僚文化。

但在司法權實務運作下，是三方面（法院、雙方當事人間），判決還有對普世的拘束力；情境二法官的良心受不了現實的誘惑？是人性弱點？還是人事制度使然？是中國政治文化的厚黑學<sup>455</sup>，還是中國官場的「潛規則」「血酬定律」<sup>456</sup>，虛

<sup>449</sup>雖政務人員退職酬勞金給與條例第 2 條 本條例適用範圍，指下列人員：「…三 特任、特派之人員。…」；而楊建華，獨立行使職權的大法官是「法官」，絕非「政務官」，司法周刊第 644 期第 5 版，1993 年 10 月 22 日。考試院擬定之政務人員退職撫恤條例草案（2003/7/30）亦認大法官是政務官，為司法院所反對，本文見解與司法院、楊建華同。

<sup>450</sup>而非如某政治人物所說的：法院是那一黨開的。

<sup>451</sup>全國公務人員（不含教師）389957 人，見 <http://www.mocs.gov.tw/S00/books.html>）。

<sup>452</sup>Green 和 Shapiro 以此作為其著作「Pathologies of Rational Choice Theory」的引言（Green & Shapiro, 1994:1）。轉引自黃弘君，考績甲等比例限制之研究—賽局觀點，人事月刊第 38 卷第 1 期，2004 年 1 月，頁 42。

<sup>453</sup>法官如果沒有智慧、同情和正義感，隨著法官的專業化、獨立化的加強，加上司法活動的專業術語和複雜的程序，使一般人無法了解，並由於法官自主權及自治權的擴大，社會漸無法監控。

<sup>454</sup>血酬文化，即大陸學者吳思，在「血酬定律——中國歷史中的生存遊戲」說：所謂血酬，即流血拼命所得的酬報，體現著生命與生存資源的交換關係。從晚清到民國，吃這碗飯的人比產業工人多得多。血酬的價值，取決於所拼搶的東西，這就是「血酬定律」。這個道理很淺顯，卻可以推出許多驚人的結論。見「血酬定律——中國歷史中的生存遊戲」，大陸中國工人出版社，2003 年 8 月；哲學家叔本華說，「從本質上講，人是一個野獸，一個殘忍恐怖的畜生。」吳思說，「在古人觀念中，官吏和食肉動物一樣，另是一個物種。」這是一種弱肉強食的獸性行為，為民主國家法治社會所唾棄

<sup>455</sup>厚黑學，清朝李宗吾（1879—1944）所著，他說：「一部二十四史，可一以貫之：「厚黑而已。」」

偽的官僚而排擠淘汰清官呢<sup>457</sup>？

推行知識法學，型塑法官考績制度，使法官達成給付人民司法之義務，達到

「厚黑學共分三步功夫，第一步是「厚如城牆，黑如煤炭」。第二步是「厚而硬，黑而亮」。第三步是「厚而無形，黑而無色」。」「總之，由三代以至於今，王侯將相，豪傑聖賢，不可勝數，苟其事之有成，無一不出于此；」

<sup>456</sup>吳思，潛規則—中國歷史上的進退遊戲，究竟出版社出版，2002/2。台灣版序頁 7-15，他說：「這個詞，來自我對當代中國的觀察和揣摩。中國人心裡都明白；明文規定的背後往往隱藏著一套不明說的規矩，一種可以稱為內部章程的規則，支配生活運行的經常是這套規矩，而不是冠冕堂皇的正式制度，不明白這一點就難免要吃虧。等到釘子碰多了，感覺到潛規則的存在了。」「潛規則的定義有五項要點：1. 潛規則是人們私下認可的行為規則。2. 這種行為約束，依據當事各方的造福或加害能力，在具體的社會互動中自發生成，可以使互動各方的衝突減少，交易成本降低；3. 所謂約束，就是行為越界必將招致報復，對這種利害後果的共識，強化了互動各方對彼此行為的穩定預期。4. 這種在實際上得到遵從的規矩，背離了正義觀念或正式制度侵犯了主流意識形態或正式制度所代表的利益，因此不得不以隱蔽的形式存在，當事人對隱蔽形式本身也有明確的認可。5. 通過這種隱蔽，當事人將正式規則的利益代理人遮罩於局部互動之外，或者，將代理人拉入私下交易之中，憑藉這種私下的規則替換，獲取正式規則所不能提供的利益。」「一個縣太爺斷案，案情稍有模糊，他們就擁有很寬廣的合法選擇空間，可殺可放，可輕可重，『官斷十條路』，怎麼斷怎麼有理。」「你發現合法地製造麻煩或為害他人的權力是值錢的，也確實不斷地賣著大價錢，於是你給這種權力起了一個名字，叫做『合法傷害權』。因此，『合法傷害權』對社會和歷史的實際運行影響深遠，也是潛規則形成的根據。對暴力的掌控才是最終的根據。合法傷害權不過是對合法暴力的合法應用。」「在潛規則的生成過程中，當事人實際並不是兩方，而是三方：交易雙方再加上更高層次的正式制度代表。雙方進行私下交易的時候確實是兩個主體，但是，當他們隱蔽這種交易的時候，就變成與正式制度代表對局的一個聯盟，隱蔽高層次的正式制度代表，本身就是一種策略。」「馬基維利說，施恩能不能得到回報，取決於受益者的良心，而施恩者無法控制受益者的良心，加害者則可以單方面控制局面，因為加害只須依賴對方的恐懼，任何人都有恐懼，但不是任何人都良心。當貪官污吏則是官吏最合算的選擇。這不是道德問題，而是利害格局決定的。這種利害格局又進一步決定了擠進官場的利潤很高，於是我們就看到無法遏止的官僚集團的膨脹。」法官人事制度如有潛規則的存在，那不是合法的強盜嗎？又請參照吳思，血酬定律：中國歷史上的生存遊戲，2003/7，從皇帝到小民，每個階層各有不同的利害考量與自身獨特的生存策略。在治亂興衰的歷史表相下，其實有一些潛藏運作的法則在暗中操控一切，它形塑了社會制度的樣貌，也深深地影響著人類的行為與思考模式。十二篇以明清歷史為本，請參照現代時事的文章，不僅探討了歷史上不同層級人們的生存妙法，更為我們揭開了中國社會表面現象下的真實面貌，以及隱藏在規則背後的終極規則。另「很多司法機關之所以辦事效率不高結案率低，很重要的原因之一就是取證難。好些中國人只要與嫌犯稍沾一點關係，根本算不上家屬親友，也開口就是偽證，沒有幾句真話。甚至父親替兒子承擔過失，兒子為父親遮掩罪行的現象也屢有發生。這種「見熟就護」的官官之間、民民之間、官民之間的情理習俗，往往導致司法機構在財力、物力和人力方面的大量消耗，導致懸案、呆案和死案的大量積壓。這絲毫不差的就是幾千年前孔子故鄉「法不減親」的情大於法、情重於法的文化傳續。」見馬慶鈺，潛規則的政治文化，氏著告別西西弗斯：中國政治文化分析與展望，第六章，2002/8，頁 222。

<sup>457</sup>「梁啟超曾說：『好偽之極，至於如今日中國人，真天下所希聞，古今所未有也。君之使其臣，臣之事其君；長之率其屬，屬之奉其長；官之治其民，民之伺其官；士之結其羈，友之交其朋，無論何人，無論何事，無論何地，無論何時，而皆以偽之一字行之。奏章之所報者，無一非為偽事；條告之所頒者，無一非為偽文；應對之所接者，無一非為偽語；...一部律例，十有九不遵行，有律如無律，謂之偽律。』這一有關傳統人格中虛假與欺騙的結論，客觀說來未免有過言絕對之處。但就總體看，切中了權威主義人格的一個要害。不是說國人人品格天生如此，胎裏便是好虛好偽好騙，而是由這種家長制本位的政治環境脅迫而成的行為取向。家長本位的利益分配格局一天不變，在這個制度內端飯碗的人就沒有一天不以家長的好惡行事，並進而生發出與此緊密相關的形式主義和虛飾好偽習慣來。」見馬慶鈺，告別西西弗斯—中國政治文化分析與展望，2002/8，頁 131。梁啟超上述話語，見梁啟超，中國積弱溯源論，飲冰室合集文集二，上海：中華書局，1932，第 209 頁。

符合公平與效率之原則，進而達到法官裁判之優良品質，是法官考績制度之主要目的。

## 第四章 法官考績與審判獨立之界限

### 引言與案例

◎德國前聯邦憲法法院院長 Limbach 女士名言：「為本身權責的範圍訂出精密的規範作為界線，是依據憲法監督國家權力分配的國家機關，理所當然的義務。」

<sup>458</sup>

◎有趣的案例：

一、（本件是虛擬案例）某國總統選舉，候選人在選舉後以些微之票數落選，爰向法院提出當選無效之訴，新總統就任，選舉訴訟持續進行中，訴訟係屬法院院長，某日中午在法院餐廳用餐，巧遇承審法官，一起用餐，席間，院長說：「我們現在能夠安全舒適的吃飯聊天，全是現任總統德高望重，領導有方，換另一個總統，那就不一定囉！」「前幾天我到○院面見長官，長官說，他教導有方，學生比他職位還高，青出於藍，這是法律人的驕傲；如果非法律人當總統，那就要寒風起自天末一變天了！」又說：「這個案子你好好判，維持社會之安定，必定功在國家；判完後，為了慰勞你的辛苦，我會推薦你當模範公務員<sup>459</sup>，到時候放榮譽假用獎金買喜歡的東西，好好休息一下，回來後年終考績也不用擔心，因為本年度你有具體優良事蹟。」請問承審法官可以主張審判獨立被侵犯了嗎？

二、某法官由所屬法院院長作職務考評，對他的判決或定庭期做法表示批評，或當法官認為考評包含客觀上不正確的資料，例如：結案數或辦案期間，致於年終考績考列乙等，該法官可否以院長侵犯其審判獨立為原因，提起行政訴訟嗎？

三、某法官所配屬的書記官（Schriftführer）發生爭執，並要求法院行政單位替換為另一位書記官。因為這位書記官的工作事實上做得不錯，並沒有什麼可歸責的事由，法院行政單位拒絕了請求，這位法官於是以侵犯其審判獨立為原因，提起行政訴訟嗎？有理由嗎？

### 第一節 法官考績與職務監督之關係

法官考績制度是法官職務監督之一種監督方法，是機關內部行政上的規制，所以法官職務監督之理論與界限，可適用於法官考績與審判獨立之關係。法官有職務監督外，亦包含法官非職務監督<sup>460</sup>（參德國基本法第 98 條）；所謂

<sup>458</sup>轉引自釋字 582 號大法官彭鳳至部分不同意見書之結語。

<sup>459</sup>依據公務人員品德修養及工作潛能激勵辦法第 11 條：「各主辦機關應公開表揚獲選之各模範公務人員，頒給獎狀乙幀及獎金新台幣五萬元，並給公假五天。」

<sup>460</sup>「法官職務行為」係指依法律或命令直接由法官審理之司法裁判工作，如民刑行政訴訟或非訟等案件，至於司法行政或人事考核之事項，則非屬法官職務行為；請參照陳邦豪，論法官

法官職務監督 (Dienstaufsicht über Richter)，乃由國家授權之機關監視法官是否符合義務地執行職務，並採取必要措施之權限與行為承認法官職務監督之國家，德國法官法第二十五條「法官之地位獨立而僅服從法律。」第二十六條「一、法官僅於其獨立性不受影響之範圍內，受職務之監督。二、於第一項之前提下，職務監督亦包括制止執行職務上之違法行為與督促合法及時完成職務之權限。三、法官主張職務監督上之處置影響其獨立性時，依法官之聲請由法院依本法之規定裁判之。」法官職務監督類多於其國法律規定「法官於不損及獨立之前提下，有服從職務監督之義務」「司法行政監督，不影響於審判權之行使」，據此乃無異宣示職務監督為一種法律制度，並為職務監督權人之一種權限。職務監督本質上既為一種行政，則無論監督機關是否由具有法官資格者擔任，均在行使行政權；法官職務監督為免侵害到司法權獨立，大都在憲法明文定之，而非僅以法律定之。

職務監督行為通常可分為監視 (Beobachtung) 及糾正 (Berichtigung) 兩種行為。監視行為乃職務監督機關之觀察法官是否合義務地執行職務；監視行為之緣起可能為監督機關本身之自動，亦可能為其他人之申訴，通常乃以業務檢查、索閱檔案文件、要求報告等方式行之。糾正行為乃監視行為之反應，具體內涵則視事務之種類而異，或僅反應於職務監督權人之心理，例如形成法官考核之心證；惟實際上則交互運用，互相影響，以致分辨不易。於此應加說明者，為職務監督行為雖可分作監視與糾正行為，並有其不同而繁雜之內涵，但並不意味所有監視與糾正行為，均為法所容許之行為，事實上憲法或普通法律可能只允許當中部分之行為，而禁止其他。

我國法院職務監督權之行使，規定在法院組織法第一一〇、一一二、一一三條，第一一四條規定行政監督不可影響審判權之行使；行政法院組織法第四一、四二、四三條，第四四條亦有相同之規定。釋字第五三〇號解釋以：「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。惟各該命令之內容不得抵觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制；若有涉及審判上之法律見解者，法官於審判案件時，並不受其拘束，業經本院釋字第二一六號解釋在案。司法院本於司法行政監督權之行使所發布之各注意事項及實施要點等，亦不得有違審判獨立之原則。」說明司法院之法規訂定權。

一般而言，職務監督係指法院之領導、組織及管理以及職務的正常執行。

必須加以區別者為人事及組織的職務監督，人事上的職務監督包含所有在法院工作之人，而不論其職務法上的地位。具有執行職務監督權限的法官—院長及庭長，則在法院行政範圍內為之，而非行使法官之職務。在此範圍內受到上級職務監關機關指示之拘束<sup>461</sup>。

## 第二節 法官職務監督之學說

對於法官職務監督為何，以及基於憲法上所保障的法官獨立性、職務監督的界限為何，眾說紛紜，足供參考與慎思，以下就德國學說（有五說：核心領域理論、可避免理論、義務違反理論、法官確信理論及禁止實質審查理論）說明如下<sup>462</sup>：

### 第一項 核心領域理論與批評

#### 一、核心領域理論

核心領域理論 (Kernbereichslehre) 乃德國聯邦最高普通法院 (Bundesgerichtshof, 簡稱 BGH) 以職務法庭 (Dienstgericht des Bundes) 之資格所形成之劃分職務獨立與職務監督之理論，該理論雖未獲得德國學術界之一致認同，然卻已為多數學者所支持，而成為德國劃分職務獨立與職務監督之通說。依其見解，法官之裁判行為可分為核心領域 (Kernbereich) 與外部秩序領域 (äußere Ordnungsbereich) 兩部分。

##### (一) 核心領域

於核心領域，任何涉及裁判內容之職務監督措施，均侵害法官之職務獨立而不應允許，而任何對於個案之評價均危及核心領域。核心領域之範圍不僅包括固有之判決行為本身，尚且涵蓋所有直接、間接為準備判決及接續判決之行為，故判決理由之草擬、審判上和解與必要之處分、程序進行中決定是否以及如何取得事務協助、法庭警察措施及裁定舉證等均屬之。以德國言，所有涉及到法官行為之核心領域，則不存在職務監督，亦即禁止為職務監督。任何針對法官裁判內容的職務監督措施皆是不合法的。此不僅適用於結束審級的裁判，亦適用於附屬裁判，例如訴訟救助程序或移送裁定。與作成裁判具有直接關聯的事物亦受保護，例如：言詞辯論的準備與進行、指示調查證據或其執行、使用法警以及筆錄之內容及記錄的方式及種類，皆屬之；可以要求者為書記官的職位，但不能要求將此任務給特定的公務員。在法官沒有書記官可用下，對於

<sup>461</sup> 請參照 Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 陳敏等譯德國行政法院法逐條釋義, 2002/10, 頁 174-175。

<sup>462</sup> 請參照程春益, 法官之職務獨立與職務監督, 政大法研所碩士論文, 1988/6, 頁 144-154; 並參照蔡炯墩, 審判獨立與職務監督, 2004/2, 頁 103-114。

法官因而取消庭期的指責，並不許可。屬於法官行為之核心領域者，如提供與訴訟繫屬相關的法律與職務協助，榮譽職法官之宣誓，及在迴避程序中職務上的發言。期日確定之順序及繫屬爭訟之解決順序亦不受職務監督之評價，因此職務長官要求立即處理特定的爭訟事件，則已逾越了法律的界限。要求法官舉行比目前為止更多的庭期，亦不許可。在審判庭中的行為亦是法官行為；因此所有與裁判內容有關的職務監督措施皆不得為之。指出可能的違法情形，亦不許可，即使該項程序已終結。蓋此行為可被視為要求在相類似的案例中採取另一項法律見解。在裁判範圍內對法律的解釋乃是法官固有的任務，職務長官任何的影響，皆不許可<sup>463</sup>。

於核心領域，德國聯邦最高普通法院雖然認為完全不得為職務監督，但仍承認有一例外情形，亦即法官如有明顯錯誤之職務行為時，仍得加以職務監督。所謂「明顯錯誤」，乃謂該種錯誤甚為明顯，而無任何懷疑存在者而言，例如適用已廢止之法律是。僅是適用法律不正確或是未依照時間進程序，則尚未存在明顯的錯誤。而是在沒有任何理性的懷疑下，明顯的錯誤下才允許職務長官指責法官的行為並未忠於法律核心領域中之顯然錯誤之職務行為，乃視同外部秩序領域處理，因此得加以職務監督<sup>464</sup>。

## (二) 外部秩序領域

至於外部秩序領域，則是所有距離核心領域相當遙遠之裁判行為，以致其不需要職務獨立之保障者，此類法官行為是如此地遠離核心領域，以致於無法主張德國基本法第九十七條第一項之保障。外部秩序領域有那些？德國通說認為<sup>465</sup>，法官拒絕參與言詞辯論，而此項工作依事務分配計劃係由其管轄時，則屬之。訓練通過第一次國考者之義務、拒絕為執行證據調查而至國外出差，要求準時開庭以及督促遵守法定期限，特別是在言詞辯論後，及時完成判決，皆屬於外部秩序之領域。累積未結案件的統計，要求在年終通報仍繫屬的案件並附上簡短理由說明無法終結之原因以及比較結案數目皆是許可的。得為此項措施，係直接來自德國法官法第二十六條第二項之規定，其明確要求立即完成職務行為。取得並穿戴法袍之義務亦屬於外在秩序領域。亦得要求法官使用法院所採用的表格，除非該表格對於法官的決定自由有所影響。法官必須使用由法院行政部門於所預定的開庭日所提供的法庭。分配特定的辦公場所與設備亦屬於秩序領域。若涉及到司法上輔助工具之準備時，則必須加以區分。拒絕提供法官履行任務必要所需的法律條文，則係侵害法官的獨立性，蓋影響其決定行為；此項提供並不須要直接在工作場所實現；集中的保管，例如放置在法院圖書館即已足夠。相反地不能要求在一般慣用的標準著作外，提供專業書籍供使用。若法官在判決中以客觀的方式指出，其無法審查當事人基於某註解書所提

<sup>463</sup>請參照 Eyer mann, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 陳敏等譯德國行政法院法逐條釋義, 2002/10, 頁 177-178。

<sup>464</sup>請參照 Eyer mann, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 陳敏等譯德國行政法院法逐條釋義, 2002/10, 頁 179。

<sup>465</sup>請參照 Eyer mann, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 陳敏等譯德國行政法院法逐條釋義, 2002/10, 頁 178-179。

出的意見，因為法院行政基於有限的預算並無法購買該註解書，則此處涉及法官行為的核心領域；職務監督上的責難係不許可的。沒有爭議的是基於控制預算所為自動記錄公務商談電話號碼的指示。例行性法官報告之業務檢查，即使沒有預先通知，亦是許可的。職務長官指示法官相對於媒體應注意保密義務，在法律上並無可非難之處對於外部秩序領域可加以職務監督，惟仍必須受法律規定之限制。惟關於外部秩序領域與核心領域之具體劃分標準，德國聯邦最高普通法院尚未發展出確實有效之方法，以劃分其界限。

## 二、核心領域理論之批評

對於核心領域理論之批評，首先在於該理論之將裁判行為分為外部秩序領域與核心領域。根據學者分析，德國聯邦最高普通法院做此區分並無憲法上之依據，且不無為配合德國法官法第二十六條第二項，德國行政法院法第三十八條第一項<sup>466</sup>適用於所有法院，第三十八條第二項<sup>467</sup>包含對於行政法院的特別規定，惟此種解釋以普通法律解釋憲法，在法學方法上有待斟酌。其次此種區分理論之實用性亦堪懷疑，蓋那些行為屬於核心領域，那些屬於外部秩序領域，並無一明確標準，最後可能產生以所企望之結果而主張如何劃分之危險，導致法之不安定性。

復次，核心領域理論將顯然錯誤之職務行為，自核心領域劃出，而視同外部秩序領域處理，亦有不當之處。因法官獨立為一體不可分，依行為之品質而異其保護程度，並非可行，否則此種理論最後將導致唯有法官裁判正確，方能享有獨立之保護，而裁判是否正確則取決於職務監督機關之危險。

## 三、德國職務法庭之見解

以下係整理自 Volker Öhlich（德國漢堡地方法院院長，President des Landgerichts Hamburg）二〇〇三年十一月二十四日在台北之演講。

### （一） 審判的核心領域

什麼屬於法官活動的核心領域？首先是審判活動，也就是裁判和先前的審理。所有只是間接與法的發現相關的程序和實體裁判都算，因為這些都是為準備或附隨於裁判（參見聯邦最高法院民事裁判彙編第 42 冊，第 163 頁以下、第 169 頁；第 47 冊，第 275 頁以下、第 286 頁；聯邦最高法院實務見解，載於德國法官通訊第 84 期，第 239 頁以下）。

簡要例示下述活動：

1. 言詞辯論的準備（聯邦最高法院實務見解，載於德國法官通訊第 84 期，第 365 頁以下）
2. 法庭警察權的行使（聯邦最高法院民事裁判彙編第 67 冊，第 184 頁以下、第 188 頁）

<sup>466</sup> 德國行政法院法第 38 條第 1 項：「法院院長對於法官、公務員、雇員及工友為職務上之監督。」

<sup>467</sup> 第 38 條第 2 項：「高等行政法院院長為行政法院之上級職務監督機關。」

- 3.證據調查(聯邦最高法院實務見解，載於德國法官通訊第 83 期，第 415 頁)
- 4.筆錄記載方式和筆錄內容(聯邦最高法院實務見解，載於德國法官通訊第 78 七八期，第 281 二八一頁)
- 5.提供行政協助，基本法第三十五條(聯邦最高法院民事裁判彙編第 51 冊，第 193 頁)
- 6.促成和解(聯邦最高法院民事裁判彙編第 47 冊，第 275 頁以下、第 284 頁)或因法官的職務上表示，而以有偏頗之虞聲請拒卻(聯邦最高法院民事裁判彙編第 77 冊，第 70 頁)。

職務法庭的實務見解一如同前述一關於法官活動的核心領域並不屈從於職務監督的原則，在錯誤行使職權情形明顯的案件曾經出現例外。

聯邦職務法庭在下列案例首次肯定這樣的例外：

在言詞辯論中，訴訟代理人某律師以有偏頗之虞拒卻審判長，並且持續打斷他做口授筆錄；在被禁止發言後，這位律師仍然繼續干擾，因此遭審判長下令趕出法庭。

職務法庭認為，本件法官因明顯違反法庭警察權的規定(法院組織法第 177 條、第 188 條)，得以職務監督方式加以制止，他的行為並不合法(聯邦最高法院民事裁判彙編第 67 冊，第 184 頁以下、第 187 頁)。也就是法官忠於法律和法是對於獨立性不可放棄的補充要素，這點也應該以職務監督方式加以審查。

但是，職務法庭在上述判決中已表明，即使法官違法的情形，職務監督處分只有在錯誤明顯時才准許，存疑時仍不准許。

職務法庭在其他有關法官活動核心領域的裁判中，有時候必須處理法院裁判的用語選擇問題。聯邦職務法庭針對法官在罰鍰程序中，以「愚蠢無恥的謊言」形容申請辯護的案例中，認為用語選擇應維持在與訴訟舉止中行為相當的評價範圍內(聯邦最高法院民事裁判彙編第 70 冊，第 1 頁以下、第 6 頁)。聯邦職務法庭也在其他法官遭譴責用語失當的案例裁判中，表現類似的節制態度(參見聯邦最高法院實務見解，載於新法學週報第 87 冊，第 2441 頁以下)。

## (二) 外在秩序領域

外在秩序領域涉及法官在法官活動的核心領域以外執行公務的方式(參見聯邦最高法院民事裁判彙編第 42 冊，第 163 頁、第 169 頁以下)，除了普通的要求如準時、遵守法定期間和期日以外，在非屬法官裁量範圍內的，還包含在可支配使用法庭和在各法院事務分配計畫所預定的庭期開庭，適當對待當事人、訴訟代理人、證人或其他關係人以及當然還有法院的女性、男性同仁。至於屬於外在秩序領域的，也包含注意開庭合乎規定，例如：注意將當事人或被告和律師或辯護人隔開，並和鑑定人、證人和聽眾隔開(參見 Zweibrücken 職務法庭實務見解，載於德國法官通訊第 88 期，第 21 頁以下)。

此外，根據職務法庭實務見解，下列事項也屬於外在秩序領域：

- 1.拒絕出差到外國調查證據(聯邦最高法院民事裁判彙編第 71 冊，第 9 頁)
- 2.在年終報告未結案件，並附具簡要理由說明未結原因(聯邦最高法院實務見解，載於德國法官通訊第 78 期，第 185 頁)

- 3.比較結案數量，並列舉結案方式(聯邦最高法院實務見解，載於德國法月刊第 78 期，第 488 頁;聯邦最高法院實務見解，載於新法學周報第 84 期，第 2535 頁)
- 4.法官工作部門的例行性業務檢查(聯邦最高法院實務見解，載於新法學周報第 88 期，第 418 頁以下)
- 5.有相當原因所作業務檢查(1988 年 8 月 16 日聯邦最高法院判決，載於 Schmidt-Räntsch，前揭書，第 26 條邊碼 23)
- 6.列舉積案遲延情形(聯邦最高法院實務見解，載於新法學周報第 88 期，第 419 頁以下)
- 7.職務監督機關敦促法官每星期增加一吹庭期(聯邦最高法院實務見解，載於德國法月刊第 88 期，第 141 一頁以下)
- 8.區法院法官違反民事訴訟法第四百九十五條或第二百七十二條第二項的定期實務(聯邦最高法院實務見解，載於德國法月刊第 85 期，第 933 頁以下)。

在所有上述案例中，職務法庭都准許為職務監督處分。

聯邦職務法庭更進一步的，對於指責舊案拖延定期和所定宣判期日過長的情形，認為是可准許的職務監督處分，因為這種指責和個案或案件類型的裁判無關，也不觸及法官的裁判自由(聯邦最高法院民事裁判彙編第 90 冊，第 41 頁以下、第 45 頁)。

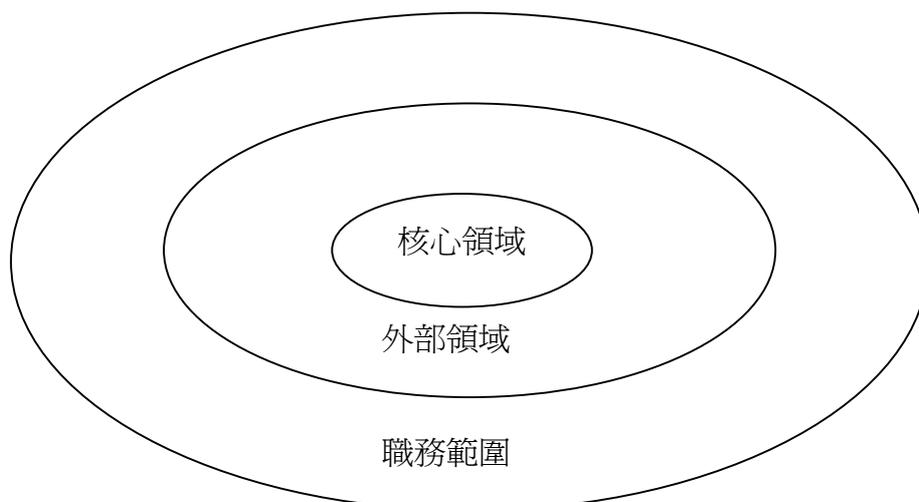
另一方面，聯邦職務法庭-如同前述-固然認為，職務監督機關敦促法官每星期增加一次庭期，是許可的職務監督處分，但對於法官不照敦促來做有所指責，則認為侵犯獨立性而不准許(聯邦最高法院實務見解，載於德國法月刊第 88 期，第 141 頁)。

在一系列裁判中，職務法庭都審究有關法官處理所繫屬案件的次序，是否屬於法官活動的核心領域或外在秩序領域的問題。

聯邦職務法庭在其向來實務見解中發展了下列原則：法官依法官獨立原則決定工作業務的處理次序(聯邦最高法院實務見解，載於新法學周報第 87 期，第 1197 頁以下)。另一方面，根據同樣是聯邦職務法庭向來的實務見解，職務監督應注意程序的進行時間無不適宜的情形(聯邦最高法院實務見解，載於新法學周報第 88 期，第 422 頁以下)根據這個見解，職務監督不得促使某個案的處理應優先於其他同樣需處理的案件。

很明顯的，特別在工作高度負擔的時期，這樣的實務見解對獨立性形成了危險，因為透過最後所提到職務監督法上介入的可能性，會對法官形成至少是間接的壓力，也就是對於最強勢而可能向職務監督主管機關投訴，或馬上向這些機關求助的提起訴訟的人而言，他們的案件會優先獲得處理。據我所知，到目前為止職務法庭還沒有判決過這樣的案件。有疑義時，應認為職務法庭將會退回由其向來實務見解所發展的原則中，也就是職務監督處分在有疑義時應該暫停(聯邦最高法院民事裁判彙編第 67 冊，第 184 頁以下、第 188 頁;第 76 冊，第 288 頁以下、第 291 頁)。

### 核心理論範圍之圖示



## 第二項 可避免理論與批評

### 一、可避免理論

可避免理論(Vermeidbarkeitslehre)乃由 Winfried Funk 首創<sup>468</sup>，意謂凡對於法官裁判行為之職務監督措施為可避免者，一旦為之，即侵犯法官職務獨立而不應許可；倘為不可避免者，即屬合憲之監督措施。所謂可避免之監督措施，乃指對於國家履行其有秩序、有效率之司法給付義務，並非強制必要之措施；至於不可避免之措施，則指對於國家履行前述義務為必要不可缺者而言。惟職務監督措施是否為可避免，並無一定之公式可資遵循，最後只能以個案決之，但仍，有一些原則足供認定之參考。

首先乃應先區別一般監督措施之可避免性及具體監督措施之可避免性。對於決定一般監督措施之可避免性，應先省視職務監督之意義與目的。職務監督並非與一般法院審級並行之審級，或是用以取代一般法院審級之代替審級，勿毋寧在於履行法治國家所負擔之司法給付義務。惟司法給付義務只提供國民一個由公正第三人，根據訴訟規則與實體法律，由法院程序給付司法之可能而已，並不擔保當事人於每一個案均能獲得一個於程序上與實體上均為正確之裁判。因此個案裁判之錯誤，或法官於具體案件之通常錯誤行為，並不能正當化對於裁判行為之干涉；唯有法官之行為已超出個案以外，而使多數當事人均無法得到依程序法與實體法所應得到之裁判，或至少有如此可能性之具體危險時，方能使干涉措施具有不可避免性，而此則以有顯然錯誤之適用法律行為為前提。蓋因此才會破壞或危及國家之司法給付義務。不過單純具備此種要件尚

<sup>468</sup>Winfried Funk 於 1978 年以 Grenzen der Dienstaufsicht über Richter 乙文發表於德國法官雜誌 (DRiZ 1978. S. 357-S. 363)。轉引自劉鑫楨，法官職務監督之研究，2000/10，頁 29。

不足以使干涉措施始終具有不可避免性。當事人如可依其他方法，例如上訴，獲得正確之裁判者，則干涉措施即不具一般不可避免性。職務監督措施對其他獲得正確裁判之方法而言且僅具有次要性，而因此具有可避免性。至於當事人是否利用其他方法以獲得正確之裁判，則無關緊要。故職務監督措施唯有於對國家履行司法給付義務無其他可供利用之方法，且對國家履行此種義務為必要不可缺實，始具備一般之不可避免性。

惟具備一般監督措施之不可避免性，並不因此同時使具體監督措施成為合法。蓋措施之種類及程度對於決定可避免性之問題亦深具重要，而個中尤以比例原則為最。職務監督措施依某種類及程度，必須與所欲達成之目的成一比例，於具體個案中，不得逾越為履行國家司法給付義務所必要之方法與程度。因此儘管監督措施具有一般不可避免性，但可能因為於具體個案逾越履行司法給付義務所必要之程度而具有具體監督措施之可避免性，致侵及法官之職務獨立而不應加以允許。

## 二、可避免理論之批評

可避免理論之最大缺點在於，那些監督措施為可避免，那些為不可避免，並無一客觀標準，最後必然由監督機關自行認定，無異仰賴監督機關之施捨，嚴重危及法官職務獨立。此外，具體監督措施之符合比例原則中所謂必要之種類與程度，同樣無法客觀認定，導致本理論最後均取決於監督機關之自我決定，引起法之不安定性。

### 第三項 義務違反理論與批評

#### 一、義務違反理論

義務違反理論(Pflichtverletzungslehre)為 Herbert Arndt 首創<sup>469</sup>，氏認為要劃清獨立與監督之界限，唯有考慮法官之義務及法官獨立之概念與意義才能達成。氏以為法官獨立只意味司法行政不得廢棄或改變法官之裁判(此為法院審級之權限)，及不得對將來繫屬之案件給予指示而已，惟於已終結之案件，倘法官有違反義務之情形，即得加以職務監督，甚至於監督權人不違法干涉裁判及程序進行之條件下，對於繫屬中之案件，法官如有違法情事，亦得以謀種方法加以監督。蓋法官獨立並非違法之正當化或免責事由故也。

按法官之義務有一般之職務義務與個案之法律適用之義務。法官之一般職務義務為服務法所要求，與個案之法律適用並無關聯，其違反當不得因法官獨

<sup>469</sup>Herbert Arndt 分別於 1974 年、1978 年，各以 Grenzen der Dienstaufsicht über Richter Zur Dienstaufsicht über Richter 乙文及 Die Dienstaufsicht über Richter in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 發表於德國法官雜誌(Deutsche Richter Zeitung；Herbert Arndt, Zur Dienstaufsicht über Richter, DRiZ, 1978, S. 78.；Herbert Arndt, Die Dienstaufsicht über Richter in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 1978, S. 298 — S. 303.)；轉引自劉鑫楨，法官職務監督之研究，2000/10，頁 27-28。

立而免於非難。因獨立在使法官於將來之案件免於指示與干涉，而此種一般職務義務通常只是要求法官準時、謹慎地執行職務而已，與獨立無涉，故對於一般職務義務違反之監督，可無限制為之。至於法官個案之發現、適用法律，雖因涉及法官獨立而使監督應謹慎行之，但並非完全排除，因法官獨立非在免除法官之責任，也不在使法官得以違反法律，倘法官有責地違反法律時，即違反法官應依據法律獨立審判之義務，而得加以監督。

總之，因違反法律即同時構成義務違反，故只要法官違反法律，即得加以職務監督，即使該行為屬於德國聯邦最高普通法院所主張之核心領域亦然，惟不得對將來應如何處理案件有所指示，否則即侵及法官獨立。

## 二、義務違反理論之批評

義務違反理論之致命傷乃在其主張一切有責之違法行為均得加以職務監督，一方面不無鼓勵監督機關積極審核法官是否違法，主動介入裁判行為之嫌；另一方面亦忽視正常法院審級之功能。蓋審級之設乃以裁判可能產生錯誤為前提，且對於審級救濟而言，職務監督應行退讓，不得並行，更不能取代。再者，於核心領域理論下之核心領域，德國聯邦最高普通法院只例外地認為於有顯然錯誤之職務行為時，得施以職務監督，而本理論卻主張一旦法官違法，原則上部得加以監督，顯係過分擴大職務監督之範圍，致觸及裁判行為之每一部分。

## 第四項 法官確信理論與批評

### 一、法官確信理論

Kurt Rudolf 認為<sup>470</sup>法官獨立非法官之特權，亦不在保障沒有責任心之法官，更無絕對之自我價值，強迫其他促成司法給付義務之條件退讓，毋寧只是為使法官自由不受干涉之確信，以形成裁判與程序。因此以法官確信作為獨立與監督之劃分標準實為至當，據此倘不涉及法官確信之行為，即得加以職務監督，明顯之例為法官枉法，法官違反自己之法律確信所作之裁判，及法官忽視應謹慎執行職務之義務而草率漫不經心，以致其裁判根本非出於其確信。惟法官之裁判倘係根據其確信而作成者，即使職務監督權人認為裁判錯誤，亦不得加以干涉，而且不論程序已未終結均同。此外，德國聯邦最高普通法院所認為得加以職務監督措施之顯然錯誤之職務行為，因涉及法官確信，亦不得加以監督。

<sup>470</sup>Kurt Rudolf 於 1978 年以 *Zur Dienstaufsicht über Richter* 乙文發表於德國法官雜誌 (Kurt Rudolph, *Zur Dienstaufsicht über Richter*, DRiZ 1978, S. 146S. 147)，其主張法官獨立性並非法官之特權，亦非保障沒有責任感的法官，而係為了確保使法官能依其自由意志不受干涉、指示，以形成裁判及程序，故應以法官的確信作為法官獨立性與職務監督之劃分標準。Kurt Rudolf 之主張最足以確保法官的獨立性，但於實務上操作運用即有不切實際感，因為法官的確信係內在的確信，牽涉主觀的認識，只要法官主張其本於確信而裁判，則職務監督制度即失其功能性。轉引自劉鑫楨，*法官職務監督之研究*，2000/10，頁 29。

## 二、法官確信之批評

法官確信理論於理論上固足以保護法官之獨立審判，惟適用於現實社會，則有不切實際之感。因此種理論涉及法官之內在確信，於實際上甚難認定，因而不無有導致每個法官均宣稱其行為乃根據其確信所作成之可能，如此無異於事實上放棄職務監督之行使，幾乎等於不承認職務監督之制度。

### 第五項 禁止實質審查理論

#### 一、禁止實質審查理論

禁止實質審查理論(Lehre vom Verbot sachlicher Nachprüfung)為 Ruth Schmidt-Räntsch 所主張<sup>471</sup>，氏認為於法官之合法執行職務及迅速完成職務發生問題時，得加以職務監督，至於法官裁判行為之實質審查，則在禁止之列，此種原則對於所有裁判行為，無論是否為德國聯邦最高普通法院所主張之核心領域，均有其適用。氏之立論基礎乃依據德國法官法第二十六條<sup>472</sup>第二項，於不影響審判獨立之前提下，職務監督亦包括制止執行職務上之違法行為與督促合法及時完成職務之權限。氏認為依該項規定推論，當職務監督行為只涉及裁判行為之「方式」(Wie)與「時機」(Wann)部分時，均得為之；惟如涉及裁判行為之「實質內容」(Was)時，則非法之所許。蓋德國法官法第二十六條第二項規定，職務監督得制止法官之違法執行職務，並督促法官迅速合法執行職務，其中之「違法」及「合法」乃涉及裁判行為之「方式」；而「迅速」則涉及「時機」之商權也。

據此氏認為於審查監督措施之容許性時，不必過問措施係涉及裁判行為中之核心或外部秩序領域，因為監督措施之容許與否與行為之種類無關；毋寧應問監督權人所欲干涉者為何。倘監督權人欲干涉裁判之實質內容，則不應許可，蓋裁判之實質內容應由上級審加以控制故也。惟如涉及裁判行為之方式與時機，則於不逾越普通法律之限制範圍時，應為許可。

#### 二、禁止實質審查理論批評

禁止實質審查理論乃以德國法官法第二十六條第二項為立論之依據，惟解釋憲法不得以法律規定為前提，為眾所週知，本理論之缺點乃在先承認法官法第二十六條之合憲性前提下，劃分獨立與監督之界限。惟法律所定標準可能違憲，是以此種理論因前提不固而難謂至當。再者，要求法官立即處理某件案件，乃對於裁判行為時機之監督，依據本理論應為許可，惟卻經 BGH 確認其

<sup>471</sup>Ruth Schmidt-Räntsch 於 1985 所著 Dienstaufsicht über Richter 書中主張。轉引自劉鑫楨，法官職務監督之研究，2000/10，頁 30。

<sup>472</sup>德國法官法第 26 條 一、法官僅於其獨立性不受影響之範圍內，受職務之監督。二、於第一項之前提下，職務監督亦包括制止執行職務上之違法行為與督促合法及時完成職務之權限。三、法官主張職務監督上之處置影響其獨立性時，依法官之聲請由法院依本法之規定裁判之。

不法；且裁判行為之方式與時機有時亦涉及實質內容而無法截然劃分，例如法官決定何時以如何方式證明某事，通常關乎法官之心證，而入於實質內容之部分，因此以裁判行為之方式、時機與實質內容決定其可否職務監督，非必無爭議。

## 第六項 我國實務見解

我國法院職務監督權之行使，規定在法院組織法第一一〇、一一二、一一三條，第一一四條規定行政監督不可審判權之行使；行政法院組織法第四一、四二、四三條，第四四條規定亦有相同之規定。可惜的是，我國實務上有職務監督之實，無職務監督之理論基礎，對核心領域理論、可避免理論、義務違反理論、法官確信理論及禁止實質審查理論，均付闕如，致未釐清對職務監督與審判獨立之界線，而使兩者緊張關係繼續存在。以下就具有「拘束全國各機關及人民之效力」<sup>473</sup>之大法官會議解釋說明之。

### 一、有「核心領域」之詞，無「核心領域理論」

本文所探討法官考績考核項目是否可侵入核心領域？是「核心領域理論」擬解決之問題，釋字第五三〇重點應在釐清審判獨立與司法行政職務監督權之分際，遺憾的是，未就審判獨立與職務監督之界限與加以說明，亦未揭示我國所採取之原則；雖釋字第五三〇黃大法官越欽不同意見書以：「法官之審判行為可分為核心部分與外緣，對於法官審判行為之核心部分，不允許為任何影響與干預，…」惟不同意見書不具有拘束力，僅是黃大法官越欽個人意見。故迄今我國實務上，雖有「核心領域」之詞，但無核心領域理論；茲就涉及「核心領域」之大法官解釋臚列如下：1. 地方自治團體自主權核心領域－釋字第五五〇號。2. 行政權之核心領域－釋字第五四七號、釋字第五二〇號。3. 人民基本權利之核心領域－釋字第四九一號大法官董翔飛反對意見書、釋字第四三六號大法官董翔飛協同意見書。4. 憲法原則之核心領域－釋字第四〇五號大法官蘇俊雄不同意見書、釋字第三九六號理由書、釋字第三九三號大法官林永謀協同意見書。

### 二、有「法官合理之確信」之詞，無「法官確信理論」

就釋字第五七二號及釋字第三七一號解釋以說明：（一）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，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，業經釋字第三七一號解釋在案。

（二）所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；

（三）所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意

<sup>473</sup>請參照釋字第 185、188 及 177 號。

涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。本院釋字第三七一號解釋，應予補充。

上揭說明「法官合理之確信」，維繫法官就審理案件有無法律違憲之爭議，與職務監督上屬有間。

事實案例：某高等行政法院院長以某法官助理，在大專院校兼課四小時未經其核准，予以解聘，該法官助理不服，循序向公務人員保障暨培訓委員會提起復審<sup>474</sup>，遭駁回後，復提起行政訴訟<sup>475</sup>（該行政訴訟審理法院恰巧是該法官助理員原服務法院），該法官助理除主張聘用人員不適用公務人員服務法外，對該法院解聘之行政處分違反比例原則、差別待遇（平等原則）及其他瑕疵處分，多所指摘。承審法官以：為免該法官助理在對行政法院之調查已有疑慮情況下，對行政法院自身行政事件有球員兼裁判之譏及難期對法官助理為公平審判之疑慮之理由，聲請最高行政法院指定管轄，經最高行政法院以：**行使審判權之法官應依據法律獨立審判**，為憲法所明定，**法院之其他人員不得加以干涉**。本件高等行政法院雖係當事人，惟該院法官除依法應行迴避者外，**仍應依法審判，不受該行政法院之干涉**，當無難期審判公平之虞，於公安亦無何影響（與行政訴訟法第十六條第一項第三款之規定不符），最高行政法院認為，該高等行政法院聲請指定管轄，顯無理由，爰遭駁回<sup>476</sup>。

**案例的省思**：本案例涉及法官審判獨立與院長行政處分之緊張關係；試想，如果承審法官果然駁回該案，該審法官在年終考績是否院長覆核時有加分的效果？對考績獎金、官職等之晉級、晉升庭長及其他法院行政資源之分配（如宿舍、出國進修、權力的分配等等）即有助益；如果是撤銷該解聘之行政處分呢？那不是擺明了指摘行政法院院長所作之行政處分違法，對承審法官年終考績是否有減分之效果？如此是否會影響審判獨立呢？（至少是否造成心理不獨立呢？）上揭院長擁有之行政資源會不會造成承審法官之實際損害呢？是法官審判獨立還是法院獨立力量較大呢？其次，**該庭法官確信已難有公平審判之疑慮（法官確信說），卻遭駁回，那麼實務上對於審判獨立與職務監督之界限（Berührungspunkt）何在？**復次，承審法官要司法審查行政處分之密度至何程度（即尊重行政保留至何程度），考績會之組織、過程與法院院長調查事實經過、行政處分之心證（是否違反毒果樹原則、權力濫用等等之審查），為符合程序正當性，法官是否應否傳訊考績會主席及法院院長以更了解實情（但本案例之考績會主席恰巧是該庭庭長），甚至請法院院長和原告舉行言詞辯論呢？如此，似才符合探究該解聘之行政處分是否符合形式合法性與實質正當性，而得審判之心證，以寫下有品質之審判獨立之判決。本實際案例，法官、審判長、合議庭，是審判職務；參加考績會之法官、庭長及院長為行政職務；

<sup>474</sup> 本案復審係公務人員保障暨培訓委員會民國 92 年 8 月 26 日(92)公審決字第 0165，全文請參照 [http://www.csptc.gov.tw/ptc/ptc254HTML.asp?in\\_id=5107&K1=&K2=&K3=](http://www.csptc.gov.tw/ptc/ptc254HTML.asp?in_id=5107&K1=&K2=&K3=)。

<sup>475</sup> 台中高等行政法院 92 訴字 890 號。

<sup>476</sup> 最高行政法院民國 92 年 12 月 26 日 92 裁聲字第 33 號，全文請參照 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

法院既是司法機關也是行政機關；如果，審判職務與行政職務並任，如本案之庭長考績會主席並為審判長，會不會產生「混同」<sup>477</sup>致生混淆之虞<sup>478</sup>？法官是要以法官個人（簡易案件）或合議庭（普通案件）之審判獨立，還是以院長為首之「法院獨立」為重呢？本案經歷了數月，迄今尚未判決，於是該庭法官在眾多的案件中又增多了一件未結之「非常熟悉」案件。本案於二〇〇四年七月駁回原告之訴<sup>479</sup>，刻正上訴最高行政法院中。

### 三、理論基礎之建構

職務監督之權力基礎，既不能適用、更無法準用，那麼可以類推適用釋字第五七二號解釋，而認吾國採用「法官確信理論」嗎？因無類推適用之基礎，以否定說為是；而「法官確信」在我國大法官解釋也有正反二意見，整理如下，供吾人思辨參考：

#### 大法官解釋要旨

1. 釋字第三七一號解釋所稱，各級法院得以其裁判上所應適用之法律是否違憲為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法，其中所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言。如系爭法律已修正或廢止，而於原因案件應適用新法；或原因案件之

<sup>477</sup> 「混同」原為民法第 344 條規定：「債權與債務同歸於一人時，債之關係消滅。」，又商標法第 37 條第 1 項第 12 款規定：「商標圖樣有相同或近似他人同一商品或同類商品之註冊商標者，不得申請註冊，」，所謂「近似」則係指總括其全部分以隔離的觀察有混同或誤認之虞者而言（請參照行政院 89/05/2589 年度判字第 1659 號判決）。本處借用「混同」之字面意思，指法官兼行政官，若其所行使行政行為與審判行為為相關（甚或相同），有使人誤認「行政權與司法權」同歸於一人，或有「混同或誤認之虞者」；法官本職是審判，法官兼任行政職係屬行使行政權，德國法官法第四條規定法官不相容之職務，第一項規定：一位法官不容許同時履行（擔任）司法權之職務及立法權之職務或行政權之職務（Ein Richter darf Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und Aufgaben der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt nicht zugleich wahrnehmen），第二項第一款規定：然而一位法官除審判權之職務外，得履行法院行政職務（Aufgaben der Gerichtsverwaltung）（譯成司法行政職務（Justizverwaltung），恐非的論，法條原文係 Aufgaben der Gerichtsverwaltung）。德國法官法第三十六條第二項規定「法官接受被選入德國聯邦眾議院或邦之立法機關，或法官於其同意之下被任命為聯邦政府或邦政府之成員，如此即無須有依法律規定之法院裁判，其法官職務之權利及義務即告終止。」，法官於其同意之下被任命為聯邦政府或邦政府之成員，其法官職務之權利及義務即當然終止，無庸經法院依法裁判。乃因既經其同意且已被任命為聯邦政府或邦政府之成員（各聯邦法院，包括聯邦最高法院 obersten Bundesgerichte 在內，皆受其各主管之聯邦部長之監督，其已轉任為聯邦政府或邦政府之成員（依其新職銜敘），其法官職務之權利及義務已因法律規定而不存在。其不再執行法官職務，且不再擁有法官之職稱，亦不受法官之職務獨立及身分獨立之保障。世界司法獨立會議全球司法獨立宣言（international judges definition）第二章國家法官資格之喪失：2.26：「法官不得兼任行政或立法事務。但此等事務為不可分且無礙於司法獨立者，不在此限。」（Judges may not serve in an executive or a legislative capacity unless it is clear that these function are combined without compromising judicial independence. 司法院第四廳 1990/10 編輯之奧地利法官職務法有關司法獨立之文獻第 116 頁、第 154 頁）。

<sup>478</sup> 司法權的運作形態，是法院（裁判者）、相對雙方當事人（行政訴訟是政府機關與人民；如果政府機關與法院混同而歸一，則失司法權之本質。有關司法權之三角對抗場域，請參照蔡岱霖，司法裁判與解釋的政策功能，台灣基隆地方法院出版，2003/11，頁 4。

<sup>479</sup> 全文請參照 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

事實不明，無從認定應否適用系爭法律者，皆難謂系爭法律是否違憲，為原因案件裁判上之先決問題。

2. 釋字第五七二號解釋：釋字第三七一號解釋所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。

#### (一) 釋字第五七二號解釋文大法官楊仁壽協同意見書

關於「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」部分，僅點到為止，隱晦不明，提出協同意見如後：

##### 1. 「合理之確信」包括二個層面

(1) 第一個層面，必須審理案件之法官，對於應適用之法律，認為有牴觸憲法疑義，已獲得其主觀之確信。

(2) 第二個層面，則應保障其「主觀之確信」合理化，亦即須從「擬制之第三人」立場，加以研判，法官所認應適用之法律牴觸憲法之疑義，有合理性者，始足當之。換言之，在主觀之確信的共同概念下，為確保其有某程度之客觀性，乃以擬制第三人之能力，調和主觀之確信與客觀之蓋然性，使之折衷，作為確信之基準。此項「主觀之確信」所受之拘束，無可諱言者，乃係一內在、假設之命題。從理論上言，所得假定之第三人，大別之，有三：1. 深思熟慮之第三人。2. 合理之平均人。3. 善盡職責之法官。

##### 2. 客觀上形成確信法律為違憲

所謂「客觀上形成確信法律為違憲」，究指由何種「擬制第三人」之標準來認定，此一問題，不僅攸關法官聲請違憲審查之意願甚鉅，且與司改進程，亦有關聯。如對之限制過嚴，法官必望而卻步。其結果，鼓勵法官聲請違憲審查之美意，將無由以達。反之，如限制過於寬鬆，則少數欠缺敬業精神之法官，可能假聲請解釋憲法之名，行拖延不結案件之實，或不用心思考其所應適用之法律，只要認其有違憲之疑義，即將此一問題，函送大法官處理，此何啻將大法官視同為其法律諮詢機關。以上二種情形，不論屬於何者，均有違釋字第三七一號解釋之初衷。所謂「鼓勵法官」提出法律違憲審查之制度，不但未見其利，反受其害，自非所樂見，故釋字第三七一號解釋有更一步補充解釋之必要。（此與大法官審理案件法草案，兩不關涉，更無發生誤會之可言）

#### (二) 釋字第五七二號解釋大法官城仲模、許玉秀不同意見書

##### 1. 不同意見書之結論

(1) 本院釋字第三七一號解釋，原為我國釋憲史上一大重要創舉，就各級法院法官憲法意識之培養、憲法教育之深耕、合憲規範環境之構建，以及人民

權益之保障，皆有不可磨滅之貢獻。

(2)司法院於九十一年十月完成之司法院大法官審理案件法草案第十九條第一項第四款及第二項中，已將該號解釋予以明文，依該規定第一項第四款：「有下列情形之一者，得聲請解釋憲法：…四、法官就其受理之案件，確信有牴觸憲法之疑義者。」第二項：「聲請解釋憲法之法官於聲請解釋憲法之同時，得就其受理之案件，以裁定停止訴訟程序。」該草案刻正於立法院審議中，如認該草案規定尚不周延，理應撤回重新擬議，而非於立法機關尚未完成立法程序之前，採取任何可能引起誤會之舉措。

(3)綜上論述，不問於法律技術層面，抑或於釋憲制度之政策層面，本號解釋皆無法自圓其說。提出不同意見書如上。

## 2. 裁判重要性原則之操作

就所謂裁判重要性，本號解釋文謂「先決問題，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言」，其中「顯然於該案件之裁判結果有影響者」究應如何理解，多數意見解釋理由書先列舉二反面例證，一為系爭法律已修正或廢止，而應適用新法者，二為原因案件事實不明，無從認定應否適用系爭法律者，而後不相關聯地解釋本案為「法院對原因案件仍應依現行法為裁判」。按第一種情形，屬於法律變更，應適用之法律已非聲請理由所請求解釋之客體。第二種情形屬於證據調查未完成，或法律見解未確定，應適用之法律因而不明之情形。查釋憲程序與原訴訟程序，乃各自獨立之程序，具體規範審查程序為一客觀之憲法法院程序，目的不在於保護訴訟當事人之主觀權利。釋憲機關基於裁判重要性原則，對於原訴訟程序案件應謹守憲法管轄權補充原則（Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit），而不應介入原訴訟程序之程序當中。依此原則，反面而言，聲請法院亦不得藉釋憲程序進行原訴訟程序之證據調查，除非應適用之法律是否違憲，與事實是否調查清楚無涉。第三種情形，即本號解釋指摘本案之情形，本號解釋認為於判決結果有無影響，非依判決具體結論而定，乃依法官是否仍應適用系爭法律而為裁判以為斷。前兩種情形，嚴格言之，亦可屬於邏輯論證有效與否之問題，第三種情形方為典型之具體規範審查啟動條件之問題。

查憲法管轄之補充原則，乃具體規範審查程序之限制規則，其目的無非在於遵守立法權與司法權分立之分權原則，亦即尊重立法者之立法形成自由權，以及減輕釋憲機關之訴訟負擔，節省司法資源。惟以系爭法律是否仍應適用，作為是否有裁判重要性之準據，於我國現行憲政環境中，必將過度限制此一機制之運用。由於我國現制對於宣告規範違憲之效力問題，迄今仍採奧地利法制，而於違憲宣告之同時附加落日條款或為僅不溯及既往地立即失效之宣告，因此系爭法律即便遭宣告為違憲，裁判仍應予以適用，如此一來，具體規範審查機制豈非永無啟動之機會？如將來增採德國法制，亦有違憲效力溯及既往者（ex-tunc-Nichtigkeit），則豈非必須重新作成另一號新解釋以廢棄本號解釋？

其實裁判重要性原則之關鍵所在，乃判決結論是否因而有所不同，此乃一純粹假設之問題，而不以實際上已有不同為斷。德國法制即便原則上採取溯及失效

之制，於裁判重要性原則之說明，亦非以現行法仍應適用作為判斷標準，而描述為「以原訴訟程序之裁判是否因系爭規範之有效與否而不同」，否則於例外為定期失效之違憲宣告者，豈非無法行具體規範審查？而究竟應為溯及失效或定期失效之宣告，於程序審查時，理論上尚無法判斷，必為實體審理之後方能得知。

由此觀之，德國基本法第一百條第一項第一句所規定之「裁判重要性」原則究應如何適用，於該國實務與學說上尚有不少爭議，我國於繼受過程，實應謹慎將事。如能依司法院大法官審理案件法第十條第一項規定，遇有適用本號解釋不受理理由之案件，以決定為之，保留個案審酌空間，任由釋憲實務發展出其他有助具體規範審查機制之運作條件，方屬穩健之策。

### 3. 解釋文暨解釋理由書皆未提出「客觀合理確信」之判斷標準

四項標準不明：針對本院釋字第三七一號解釋文所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，本號多數意見之解釋文暨解釋理由所闡明之內容有四：（一）所涉憲法規範之意涵應予說明；（二）詳細解釋系爭違憲法律；（三）提出系爭法律違反憲法規範之論證；（四）論證客觀上無明顯錯誤。解釋文所闡示之前三點內容，乃聲請理由書之三段論證格式。首應說明審查之大前提，即憲法規定或基本原則為何，次說明小前提，即系爭法律規範之具體內容，而後提出結論，即系爭法律違反憲法規範之論證。換言之，解釋文說明之前三點，乃在於提醒聲請法官應提出符合三段論證格式之聲請書，此點即便不予闡明，法官為職司審判之法律專業人員，其於平日裁判書之製作，如未符合此種三段論證格式，其裁判根本無維持之可能。因此該三點說明，僅屬闡明法官率皆能理解並實踐之釋憲聲請程序。至於第四點「論證客觀上無明顯錯誤」，應係說明聲請理由書非但應具備三段論證格式，且論證過程無明顯錯誤方可，至於何謂論證客觀上無明顯錯誤，解釋文暨解釋理由並無一言及之，如若均將倚賴大法官於個案逐步解釋，則本號解釋顯屬多餘。

反面例證並未明白指示法官應如何證明其確信，如何善盡解釋與適用法律並作合憲解釋之責。德國實務經驗中，每於個案個別說明法官之確信是否不足，是否善盡合憲解釋之責，是否針對學說和實務合憲見解表達個人看法，惟各該不受理理由，皆與具體個案結合，透過個案，較易使法官明瞭該不受理理由之具體涵攝範圍。縱使如此，有德國學說仍然認為要求聲請法院不僅注意本身違憲推論是否邏輯上連貫（schlussig, conclusive），尚須盡全力尋求合憲解釋，已超越該國聯邦基本法第一百條第一項對合法聲請之明顯要求。本號解釋於未有先例累積之情況下，摘取該國個案一二不受理理由，作成具有憲法拘束力之通則，未免過於冒進，尤難免於各級法院產生寒蟬效應，阻絕法官就個案聲請釋憲之勇氣，並進而阻絕其對憲法之反思，而大不利於憲法知識與憲法基本精神之傳佈。

### 4. 「客觀合理之違憲確信」之判斷

程序審查與實體審查之區別：本號多數意見解釋文暨解釋理由所揭示之反面例證，看似為程序上之檢驗標準，惟檢驗聲請理由是否已有詳細說明及論

證、是否論證有明顯錯誤之際，皆可能已涉及實體檢驗。有德國憲法法院判決認為對憲法規範為明顯錯誤之詮釋者，其釋憲之聲請不合法，而遭學說批評謂德國聯邦憲法法院法第八十條與基本法第一百條，皆未要求確信之形成必須推論正確方可，因此，並非對作為審查標準之憲法規範為錯誤之詮釋時，即無違憲確信可言，聲請法院對憲法之見解是否正確，僅得於實體法律審查時審酌。換言之，必須先行受理，方才能駁斥聲請人錯誤之憲法見解。如謂有合憲解釋可能，即難謂聲請法官已提出客觀形成之違憲確信，依反面解釋，則必無合憲解釋之可能，方得謂已提出客觀形成之違憲確信，以此而論，凡受理聲請之案件，豈非皆必然為違憲之解釋？或者欲為違憲解釋之案件，方予以受理？則顯然已先行為實體之斟酌。設非如此，即需一程序檢驗標準，用以決定是否已無合憲解釋之可能，蓋受理與否，乃程序事項，其檢驗標準亦必須為一程序要件，大法官會議進行審查時，亦僅應為程序之審查，如涉及實體上檢驗法官對法規之理解是否妥適，則已屬對於法官之具體規範違憲聲請為實體之回應，實不應引為不受理決定之依據。本號多數意見解釋文暨解釋理由所揭示之反面例證，其實皆易引發究竟為程序審理或實體審理之質疑，以之為闡明本院釋字第三七一號解釋之示例，非但無法發揮澄清合法聲請界限之功能，反將引致更大之爭議。

#### 四、法官認為職務監督影響其審判獨立職權之救濟問題

法官協會調查<sup>480</sup>是否贊成在法官法中規定：「法官認為職務監督之處置影響其獨立審判時，得請求職務法庭，以裁判除去之。」（法官協會調查版第二十七條）

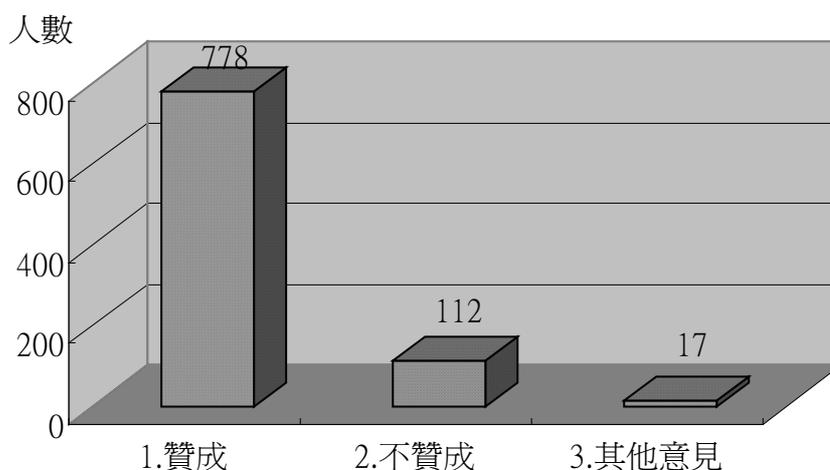
	1. 贊成	2. 不贊成	3. 其他意見	總計
人數	778	112	17	907
比例	69.28%	9.97%	1.51%	

統計編號	其他意見部分
M4	何謂職務監督之處置？宜舉例說明。
Y12	不解意義。
B35	法官本身應該具備抗拒不當監督的能力，否則就沒有資格擔任法官。
C31	無意見。
O18	1. 影響獨立審判未具體化。2. 此種請求是否為形成權？職務法庭可否不受理？3. 若職務法庭不允許，認不影響獨立審判，得否救濟？向何機關救濟？
R20	未深入研究。
S5	廢除之。
G36	法官的獨立性在於其人格自發捍衛，由職務法官介入易造成怠惰的法官。

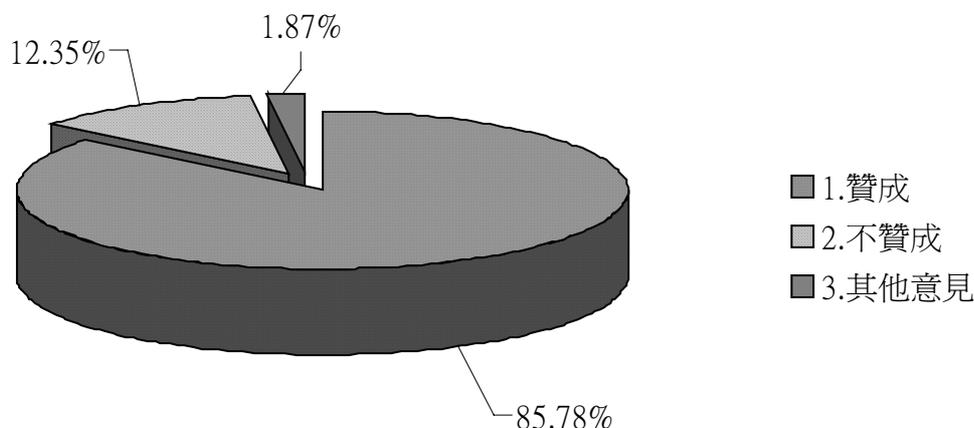
<sup>480</sup>引自法官協會雜誌第4卷第1期，2002/6，頁456-457。

P14	但須有相當限制。
25	法官獨大心態不除，職務法庭將忙翻天！
V10	除去標的為何？文義不明。但立法方向贊同。
E34	審判中之案件如發生承辦法官請求職務法庭裁判時，職務法庭調查時，該案件正常進行必受影響，人民權益亦將受影響，如何設計確保人民權益？
A5	意旨不明，所指情形為何未見說明，亦難想像（兼職或工作會報占有太多時間，請求除去兼職或免參加工作會報？）無法作答。
K6	此條之內容語焉不詳，無從選擇。
L18	以裁判除去，之後呢？
L32	關於職務法庭之組成人員是否應先有所規定？
H22	如院長有嚴重濫用職權，及干涉審判，宜設假處分制，停止院長之職務。
H1	增列應依職權主動將不當影響人或機關移送偵查、懲處或糾舉。

圖一、「法官認為職務監督之處置影響其獨立審判時，得請求職務法庭，以裁判除去之。」之問卷結果



圖二、「法官認為職務監督之處置影響其獨立審判時，得請求職務法庭，以裁判除去之。」之問卷結果



由圖示知多數法官認應設立職務法庭。

## 第七項 我國與各國法官職務監督制度之比較與檢討

德國法官法第二十六條第一項規定：法官僅於其獨立性不受影響之範圍內，受職務之監督，日本裁判所法第八十一條規定：監督權不得影響或限制裁判官之裁判權，而我國法院組織法第一百四條則規定：司法行政之監督，不得影響審判權之行使，可知，有關職務監督不得侵害法官之審判權之規定，德、日與我國之立法例均同，惟日本裁判所法第六編之司法行政，則無有關德國法官法第二十六條第二項所規定之告誡與督促，或我國法院組織法第一百十二條第一、二款命令及警告等之類似規定，至於法官如認為監督權人之職務監督侵害其審判獨立性時，究應如何救濟之問題，德國法官法第二十六條第三項，賦予法官得向職務法庭提起審判獨立妨害之訴之訴權，而我國及日本就此部分則均無明文，解釋上暨實務操作上自均有疑義。

「督促依法迅速執行職務」等職務監督」<sup>481</sup>，係仿德國立法例。

### 第三節 本章案例擬答

一、擬答：德國法官法第二十六條第三項的管轄權範圍也因此涵蓋相當廣泛。職務法庭認為，職務監督主管單位只是間接影響法官活動，例如：以可感知的無價值內容加以詢問，向上級主管報告，告知對第三人的疑慮，或在薪資或職務外領域施以心理上影響(參見 Schmidt-Räntsch，德國法官法註釋，第 5 版，第 26 條邊碼 35)。總結來說，可以肯定職庭法庭本身攬有廣泛的審查權：所有由職務監督機關所作的處分，都應就是否侵入法官藉由獨立性而受保護的區域加以審查(參見聯邦最高法院民事裁判彙編第 42 冊，第 163 頁)<sup>482</sup>。故本件法官主張審判獨立被侵犯了，為有理由。又司法權獨立之審判獨立，是為國民而存在，非為國家而存在<sup>483</sup>。本件在我國應是相同見解。

二、擬答：德國法官於初始職位階段，在特定期間內都要由所屬法院院長作職務考評。很明顯的，這樣的考評屬於法官法第二十六條第一項的職務監督處分。當法官認為考評侵害其獨立性時—比如說對他的判決或定庭期做法表示批評，得請求召開職務法庭。當法官認為考評包含客觀上不正確的資料，例如：結案數或辦案期間，又該如何處理?在這種情形，早期職務法庭實務見解認為，職務法庭也可因客觀上審查考評的正確性而召開(參見聯邦最高法院民事裁判彙編第 57 冊，第 344 頁以下、第 350 頁;聯邦最高法院實務見解，載於德國法官通訊第 76 期，第 317 頁;第 78 期，第 88 頁以下)。聯邦職務法庭在一九八四年一月三十一日的判決(參見聯邦最高法院民事裁判彙編第 90 冊，第 41 頁以下、第 48 頁以下)推翻了這種見解，並指出客觀上正確性的審查應由行政法院管轄。這既對於要就職務考評採取行動的法官，也對於作考評的職務單位而言，因為法院審判權分歧的關係，都是糟糕的結果<sup>484</sup>。故本件無關審判獨立之爭點，職務法庭不予受理。

三、擬答：同一位法官後來又和所配屬的一位女事務人員發生爭執，並要求法院行政單位替換為另一位女同仁。因為這位女事務人員的工作事實上做得不錯，並沒有什麼可歸責的事由，法院行政單位拒絕了請求，這位法官於是提起訴訟。這個案例應由行政法院審理，因為本件涉及未侵害法官獨立的法院組織的措施。這個案件無法和解，這位法官在一審行政法院和二審高等行政法院的訴訟都輸了。故本件，法官請求為無理由。

<sup>481</sup> 司法院法官法草案(職務法庭版)，2003/7/31 擬，載於法官法草案研究彙編(12)，2003/12 頁 841-842。

<sup>482</sup> 引自 Volker Ölrich (德國漢堡地方法院院長，President des Landgerichts Hamburg) 2003/11/24 演講稿。

<sup>483</sup> 請參照長谷川正安，司法權之獨立，新日本出版社，1971/10，頁 110 以下；轉引自李木貴，日本戰後司法改革有關裁判所組織架構變遷之研究，台灣基隆地方法院出版，2003/6，頁 72。

<sup>484</sup> 引自 Volker Ölrich (德國漢堡地方法院院長，President des Landgerichts Hamburg) 2003/11/24 演講稿。



## 第五章 法官考績與法官自治

法官考績之結果是司法行政主管機關之內部考核評估結果，與監察權之彈劾、公務員懲戒委員會之懲戒和部分外部法官評鑑不同，在司法院法官法草案，以法官評鑑法官自治與法官職務監督，取代了法官考績制度；目前，因為法官法尚未立法，司法院自訂法規命令，將法官評鑑、法官自治與法官職務監督納入，亦即法官考績與法官評鑑、法官自治、法官職務監督並存。以下說明法官自治、法官評鑑，能否取代法官考績制度？並兼評法官法草案。

### 第一節 前言

#### 第一項 概說

法官自治、評鑑與法官考績都是法官在法院內部之紀律問題，涉及到移送法院外之違法失職責任，如監察院之彈劾、移送公務員懲戒委員會懲戒、國家賠償責任<sup>485</sup>（釋字第 487 號參照）或刑事責任，則非本章討論範圍之內。

按司法院所屬各級法院法官考績（成）評定參考要點<sup>486</sup>，有關法官自治、評鑑與法官考績相關規定，歸納之有下列四項：考績（成）在考績年度內有下列情形之一者不得考列甲等：一、曾依法官評鑑辦法評鑑確定，認有損及司法信譽之事實者。二、辦理審判或其它業務，態度嚴重不良或顯然怠惰，有損司法形象者。三、辦案有重大違失可歸責於辦案之法官者，其具體事實之認定，由該法院法官自律委員會議決後，移送該法院考績委員會依規定處理。四、有違反法官守則之具體事實，依其情節足認考列甲等顯不適當者，其具體事實之認定，由該法院法官自律委員會議決後，移送該法院考績委員會依規定處理。次查法官評鑑辦法規定，「法官品德操守有損司法信譽、嚴重違反辦案程序或

<sup>485</sup>此部份可請參照李嘉慧，審檢人員國家賠償責任之研究——以國家賠償法第十三條為中心，2002 年國立臺灣師範大學三民主義研究所碩士論文。

<sup>486</sup>司法院所屬各級法院法官考績（成）評定請參照考要點（民國 90 年 7 月 12 日修正）：法官考績（成）之辦理，除法令另有規定外，應依下列原則辦理。一、在考績年度內有左列情形之一者，不得考列甲等：（一）曾受刑事或懲戒處分者。（二）平時考核獎懲抵銷後，累積達記過以上處分者。（三）無故曠職一日或累積達二日者。（四）請事、病假合計超過十四日者。（五）曾依法官評鑑辦法評鑑確定，認有損及司法信譽之事實者。（六）無故遲延交付裁判原本達兩個月者。（七）一年內累計遲延交付裁判原本達一八〇日，而情節重大者。（八）辦理審判或其它業務，態度嚴重不良或顯然怠惰，有損司法形象者。（九）辦案有重大違失可歸責於辦案之法官者。（一〇）有違反法官守則之具體事實，依其情節足認考列甲等顯不適當者。前項（六）（七）（八）（九）（一〇）具體事實之認定，由該法院法官自律委員會議決後，移送該法院考績委員會依規定處理。二、全年停止辦理案件（即優遇人員）、服兵役，或出國進修或研究（不含因公奉派出國）逾六個月以上者，不得考列甲等。前項期間有跨越不同年度而均未屆滿者，併入最後年度計算。

開庭態度嚴重不良有損司法形象事項」移請法官評鑑委員會評鑑；再查法官守則有一、法官應保有高尚品格，謹言慎行、廉潔自持，避免不當或易被認為不當的行為。二、法官應超然公正，依據憲法及法律，獨立審判，不受及不為任何關說或干涉。三、法官應避免參加政治活動，並不得從事與法官身分不相容的事務或活動。四、法官應勤慎篤實地執行職務，尊重人民司法上的權利。五、法官應隨時汲取新知，掌握時代脈動，精進裁判品質。此即法官考績與法官自治、評鑑之法規依據。吾人先看以下五個案例：

## 第二項 案例

### 一、酒色法官

美國德州休士頓有名法官舉止怪異，在審案中喜歡喝酒、撫摸女律師的身體。有一次在審理一件醉酒駕車案件後，他居然把檢察官提出的證物半瓶酒喝掉了，事後還說：「我真高興你輸了，所以這項證物我就不必保存起來。」<sup>487</sup>

### 二、財氣法官院長

前公務員懲戒委員會委員○人，任職○地方法院院長期間，利用院長身分和職權從事房地產投機，牟取暴利；○人在○地院院長期間，向訴訟當事人金融機關申辦貸款高達一億二千多萬元，並由部屬做連帶保證人；隱匿財產故意不申報；三年間財產驟增四千四百萬元，且財產來路不明，監察委員瞿宗泉指出，○人的作為已開創法官不法牟利的新手法，行為手段，極為惡劣，三年間，財產遽增四千四百萬餘元，來路不明，可見品行有嚴重問題。○人此種不法牟利行為，誘發○地區多位法官效尤，紛紛從事此種貸款和房地產投機，對司法信譽傷害深重，造成的損害和影響，也是台灣司法界前所未有的惡例<sup>488</sup>。

### 三、法官為妻作辯護活動

日本，二〇〇一年三月古川法官為其妻之訴訟事件，將被強制搜索及起訴，為免被搜索起見，從福岡地檢處檢察長獲得搜索情報，作成搜索狀況分析，提供其妻及辯護律師，同時說明避免強制搜索及起訴之途徑等，為其妻訴案做擁護，此項行為，超過法官公正、中立之限度，裁決申戒處分。最高法院法官十五人中，十二票對三票通過判決。依日本法官懲戒法第二條規定「申戒」

<sup>487</sup>1995-12-31/聯合報/38 版。

<sup>488</sup>1998-01-10/聯合報/07 版。本案結果：○人，任職○地方法院院長期間，利用院長身分和職權從事房地產投機，牟取暴利，遭監察院彈劾((86)院臺壹乙字第 860701780 號 86.8.5)後由公務員懲戒會議決休職五年處分，○人在公務員懲戒會議決前退休，現從事律師業務。參 1998-01-10/聯合報/07 版；監察院前院長王作榮曾說：「比如司法院○人的案子，我們在彈劾前一天他聽到我們要彈劾，就辦退休，就派人到考試院銓敘部坐在那裡辦退休，你彈劾了老半天，卻已經退休了，這打了空包彈嘛！」見 <http://www.new7.com.tw/weekly/old/565/article022.html>。

處分。古川法官對媒體發表正式歉意承認過錯，並誠懇接受最高法院之嚴肅處分，本人行為嚴重損害國民對司法權及法官之信賴聲譽，深刻反省，特為向全國國民「深表歉意」。古川法官同日向最高法院提出辭職，最高法院獲得情報「有國民向國會聲請快速成立追訴委員會審理古川違失事件」，所以最高法院認為國會組織「法官彈劾法院」審判以前，暫不進行准予辭職。本案少數意見書認為「古川以夫的立場對妻避免受強制搜索或起訴的行為，乃為人倫之常理，其行為雖然違反法官守則，但可以寬恕」。五十嵐二葉律師謂：「身為法官，職司審判事務，理應保持高度品德操守標準，自動自愛，其言行舉止應端正謹慎，啟人敬重，知所檢點，避免不當或外觀上亦被認為不當之行為，以維護國人及司法之聲譽與形象：古川法官行為明顯背離「法官守則」<sup>489</sup>。

#### 四、平賀院長函請法官為國防事

昭和四十四年（1970年）日本防衛廳計畫在北海道長沼町設置飛彈基地，由農林大臣就該地國有林木，解除為非保安林木，擬以砍伐。當地農民以保安林之改變勢必影響農牧，且設置飛彈基地必然影響地方的安全，而自衛隊之設置本身係違憲爭議的問題，乃提起行政訴訟，要求取消此一指定解除處分，並停止執行。當時受理此訴訟的札幌地方法院院長平賀健太，竟然寫了一封信函給承辦這案件案子的審判長福島重雄，受命法官平田浩等，略謂法院對自衛隊是否違反憲法第九條一事無權判斷，而且要求停止執行解除保安林之指定之必要性並不充分，理應做政府勝訴之判決等等，並就重要之法律見解一一寫明。福島審判長認為事關司法審判獨立問題，乃向札幌地院最高機關之法官會議提出報告，該會議認為平賀院長確有干涉審判之嫌，決議予以「嚴重注意」處分，最高法院亦基於監督權也對平賀院長做「注意」處分。這就是俗稱「平賀書簡問題事件」<sup>490</sup>。

上揭案例，都是法官負面之行為，如何事前防範事後監督呢？

### 第三項 法官法草案法官考核內容之比較與檢討

#### 一、法官法草案版本

法官法草案版本與立法院會期，臚列如下

（一）司法院版：草案刻正會考試院，尚未以司法院名義提立法院。目前最新版法官法草案係二〇〇四年五月十八日版。

（二）立法委員版

<sup>489</sup> 2001/3/31，讀賣新聞，13版，頁1；轉引自章瑞卿，日本福岡高院古川法官被申誡事件，載於司法周刊1056期3版，2001/11/7；本案結果是：最高法院懲戒裁判於二〇〇一年三月三十日裁決：福岡高院古川龍一法官（四十八歲）事實上為其妻作辯護活動，違反法官公正、中立性，損害國民對司法之信賴，決定申戒處分。

<sup>490</sup> 見潮見俊隆著，平賀事件 飯守所信，載於法律時報，489號，頁64-68；轉引自章瑞卿，從日本札幌地院院長平賀事件與台南地院院長王興仁事件論法官審判獨立原則，載於刑事法雜誌，1991/8，頁81-82。

1、一九九八年八月：(1)謝委員啓大等提案名稱(簡稱謝委員版)；(2)葛委員雨琴等提案名稱(簡稱葛委員版)；(3)曹委員爾忠等提案名稱(簡稱曹委員版)；(4)陳委員瓊讚等提案名稱(簡稱陳委員版)；

2、一九九九年(立法院 04 屆會期)：曹爾忠(主提案 1999/12/24)；邱太三(主提案)謝啓大(主提案)高育仁(主提案 1999/12/07)；彭紹瑾(主提案)邱太三(主提案)蔡明憲(主提案 1999/03/05)

3、二〇〇二年(立法院 05 屆會期)：邱太三(主提案 2002/04/02)

## 二、法官法草案有關法官考績

法官法草案有關法官考績的部分司法院於一九八九年四月六日開議<sup>491</sup>，歷時多年研擬，內部開會已近百次，並先後多次邀集法務部、民間司改會、檢改會、立法委員多人共同研商，彙整司法院、法務部、民間司改會、檢改會等四種草案版本，始完成草案，於一九九九年十二月一日委請立法委員提案。該草案重要內容，諸如法官與國家之關係為法官特別任用關係，以別於一般公務員；法官、檢察官、律師三者考訓合一，按志願及成績分發；法官不設官職等，俸給改採俸點制，一、二、三審法官均可按年資達最高俸點；並為提高審判效能，落實法官自治，將法官年度司法事務分配，交由法官會議議決；建立法官評鑑制度，藉以淘汰不適任法官；復為順應多元化社會快速變遷，規定法官每年均應從事在職進修，以汲取新知，精進裁判品質；以及建立法官休假制度，規定法官每服務滿七年，得休假一年，從事進修或研究工作，以提升裁判效能。鑒於法官法草案提案前，雖經整合各機關意見，惟仍有歧見，為順利完成立法，司法院於二〇〇〇年八月十日成立「法官法推動立法小組」，由秘書長為該小組召集人，另聘請本院四位業務廳廳長、人事處長、公關室主任為委員，並邀請考試院、法務部、人事行政局、民間司改會、檢改會、律師公會全國聯合會、台北律師公會及立法委員多人與會，共同協商討論如何推動法官法立法。為迄今尚未完全定案，亦未以司法院名義提案立法院。對法官考績部分，已擬廢除，仍保留考核部分，就法官考績制度之變動不可謂不大。

司法院版二〇〇〇年法官法草案法官考核之總說明：

「法官之考核：法院之主要職權即為審判，而審判復為法官之職責，其他行政人員均以支援法官審判為目的而設，且應受法官之指揮。因此，法官執行職務之績效如何，無法同其他人員予以評定，故就法官之考績委員會之組成及考核辦法設特別規定(第五十六條第三項)<sup>492</sup>。」

<sup>491</sup>1989年4月6日，於司法院會議室；認法官應有考績：汪道淵、褚劍鴻，黃雅榜、王甲乙、張劍寒(對法官另訂考績法)、王玉成(在法官法中重新訂定考核辦法)法官不應有考績：鄭健才(平時考績不適用於法官)、黃雅榜(專案考績不適用於法官)、楊建華(不贊成法官適用公務人員考績法，廢止法官考績制度，立評鑑制度)、法官長期不應有考績，短期有考績：張劍寒、翁岳生。主席結論以法官考績問題：(一)考績制度保留，其項目、層次、組織應經改進後，於法官法內列專章定之。(二)公務人員考績法內一般規定如可適用於法官者，仍適用之。

<sup>492</sup>司法院 2000 年 10 月法官法草案第 56 第 3 項設法官考績委員會，見法官法草案彙編第 10 冊，頁. 254-255。

條文如下

### 二〇〇〇年法官法草案法官考核條文對照表

法官法草案條文對照表	
條 文	立 法 理 由
<p>第九章 法官之給與</p> <p>第五十六條 法官不列官等、職等，其俸級依附表之規定。</p> <p>法官之年終考核為甲等者，晉一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金，但已敘至一級以上者，給與二個月俸額總額之一次獎金；考列乙等者，晉一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金。但已敘至一級以上者，給與一個月俸給總額之一次獎金；考列丙等者留原俸級，二年內不得晉級。</p> <p>各級法院及其分院法官考核委員會，分別由該法院及其分院之院長、庭長及法官組成，公務員懲戒委員會之考核委員會，由該委員會之委員長及委員組成，掌理前項初考事宜。其組織規程及考核辦法由司法院定之。</p>	<p>按法官獨立行使職權，不受任何干涉，與一般公務人員應服從上級長官之命令者，迥不相同。因此，各國法例中，鮮有官等、職等之設，均以年資、俸點為計算俸級之基本原則。現行法律將法官與一般公務人員等視，適用官職等，有違各國之體例，致各審級間之差距明顯，資深法官不易留任下級審，以致於上訴案件之比例，遠超乎各國，致民怨迭起，影響司法之功能甚鉅，有識之士早以為憂，而全國司法改革會議亦達成員應予研究調整之共識。爰於第一項規定法官不設官等、職等，其俸給改採俸點制。</p> <p>又我國各級法院法官並非經由民選或民意機關之同意，基於民主之原理，法官執行職務之績效如何，仍應受適當之考核。現行考績法對於一般公務人員之考績，雖設有規定，但本法既不採法官官職等之設計，故有關考績法中之晉級及獎金部分，自應另為規定。為使法官執行職務能受有效監督，本法對法官雖不適用公務人員考績法相關之規定，但另設考核制度，爰於第二項明定考核經列甲等、乙等者之晉級及獎金，及列丙等者，二年內雖仍應與考核，但不得晉級（即使於次年經考列甲等亦然，但於第二年再考列甲等者，於第三年仍依一般原則晉級）。</p> <p>再者，法院之主要職權即為審判，而審判復為法官之職責，其他行政人員均以支援法官審判為目的而設，且應受法官之指揮。因此，法官執行職務之績效如何，無法由其他人員予以評定，故於第</p>

三項就法官之考核委員會之組成及考核辦法為特別規定。
---------------------------

### 三、 司法院法官法草案有關法官考績歷次修正條文

項目 編號	法案提出年 月	條號及意旨	冊頁數	提案機關 (或單位)	備考
1	1990 年 1 月	§§53-57 第九章 §53 法官考績之計算 §54 事實審法官考績之人員 §55 法官考績之項目 §56 最高級法官之考績 §57 高院以下院長之考績	第二冊 p. p. 31-34	司法院第四廳	
2	1991 年 2 月	§§46-52 第九章 §46 法官考績之項目及評定標準 §47 事實審法官考績之人員 §48 地區行政法院法官考績之準用 §49 最高法院等法官之考績 §50 高院以下院長之考績 §51 法官年終考績之獎懲 §52 另予考績法官之獎懲	第二冊 p. p. 323-329	司法院司法制度研究修正委員會	
3	1994 年 5 月	§§46-52 (條文要旨同上)	第四冊 p. p. 239-241	司法行政廳	
4	1997 年 1 月	§§40-46 第七章 法官之考績 §40 法官考績之考核項目 §41 法官考績評定標準及等級 §42 法官年終考績之獎懲 §43 法官另予考績之獎懲 §45 高院以下院長之考績 §46 公務人員考績法懲處不適用於法官	第七冊 p. p. 653-660	司法制度研究修正委員會	
5	1998 年 2 月	§§50-60 第八章 法官之考績 §50 法官考績之項目 §51 法官考績之評定標準	第八冊 p. p. 352-358	司法 行政 會銜版 考試	

		§52 法官年終考試獎懲 §53 法官另予考績之獎懲 §54 法官考績委員會 §55 院長考績之評核 §56 公務人員考績法懲處不適用於法官			
6	1999 年 2 月	§56 法官考核設特別規定有別一般公務人員	第九冊 p. p. 288-290	司法院版	
7	2000 年 10 月	§56Ⅲ設法官考績委員會	第十冊 p. p. 254-255	司法院版	
8	2003 年 7 月	§67 法院院長年終評定法官勤務	第十二冊 p. p. 900-901	司法院版	
9	2004 年 5 月	§68 法院院長年終評定法官勤務	司法院內部網頁	司法院版	

二〇〇四年五月十八日法官法草案條文：第六十八條「法官任職至年終滿一年，經勤務評定為適任，且未受有刑事處罰、懲戒處分者，晉一級，並給與一個月俸給總額之獎金；已晉至俸級一級者，給與二個月俸給總額之獎金。但任職不滿一年已達六個月，未受有刑事處罰、懲戒處分者，獎金折半發給。」

立法理由：一、明定法官任職至年終滿一年經勤務評定為適任且未具所定消極條件者，予以晉級及給與獎金。二、年終獎金比照全國公務人員核發，不計入獎金中。

#### 四、比較與檢討

法官法草案條文第七十八條第二項（法官考核），法官不適用公務員考績法之規定，其俸級每年晉一級，但經依本法懲戒或停職者，不得晉級。（本條項係針對司法院八十八年十一月三十日版草案第五十六條第二、三項原規定：「法官之年終考核為甲等者，晉一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金，但已敘至一級以上者，給與二個月俸額總額之一次獎金；考列乙等者，晉一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金。但已敘至一級以上者，給與一個月俸給總額之一次獎金；考列丙等者留原俸級，二年內不得晉級。各級法院及其分院法官考核委員會，分別由該法院及其分院之院長、庭長及法官組成，公務員懲戒委員會之考核委員會，由該委員會之委員長及委員組成，掌理前項初考事宜。其組織規程及考核辦法由司法院定之。」所提出之修正條文）

有關法官考核方面，二〇〇〇年司法院版法官法草案基於：法官既已排除公務人員考績法之適用，有關實任法官之平時考核，經參酌候補法官及試署法官之服務成績考查項目，乃於該草案第五十八條訂定實任法官之勤務評定項

目，並將其評定結果做為法官人事作業之參考；而法官協會版法官法草案，除於草案中第七十八條第二項明文定有法官不適用公務人員考績法之規定，其俸級每年晉一級，但經懲戒或停職，不得晉級外，則未見該草案中有任何關於法官考核之相關規定。

以上之二種版本，就法官之考核應無公務人員考績法之適用方面，具有高度之共識，值得肯定，惟法官無公務人員考績法之適用後，是否宜另訂一套與公務人員考績法不同之法官考核之制度？或完全取消任何之法官考核措施？彼此間則有不同之看法，此一觀點之不同，自衍生以上不同之規範版本，即除了法官懲戒機制外，法官是否尚應有考核之制？若有，其內容應該如何規範，始符合法官職務之特殊性？尤其，考核之目的能否達到促進訴訟進行，保障國民訴訟基本權之目的，及考核之法效果是否會影響法官內心之獨立，暨與法官內心獨立間之界限應如何劃分，亦是法官考核制度設計時應予費心之處。

司法院就法官之考核，認為法官既已排除公務人員考績法之適用，有關實任法官之平時考核，爰參酌候補法官及試署法官之服務成績考查項目，訂定實任法官之勤務評定項目，其評定結果做為法官人事作業之參考（第 67 條）<sup>493</sup>。

## 第二節 法官自治

### 第一項 法官自治涵義

#### 一、法官自治意義

因司法獨立之原則，要求行政機關對司法行政之控制減至最低程度，以免司法行政影響司法審判，且司法之重心在審判，法官最瞭解審判與何種司法行政相互密切配合之故<sup>494</sup>，是以所謂法官自治係指法院一切行政事務之決策操縱在法官之手<sup>495</sup>。所謂司法行政者，通常係指「審判權」作用以外，具有輔助裁判權行使功能的一切作用或措施，亦即使司法權(裁判權)得以順遂運作的相關措施及制度，包括事務上及人事上的措施，其範圍甚廣，約有如下數類：一、司法預算的編列，二、年度事務的分配，三、法庭的設置、席位布置及旁聽等事項，四、法官的養成、任用、調遷、考績及其他人事事項(例如：院長或庭長的調允)等，五、法院內部職員的任用或雇用，六、對法官行使職務監督；除上述與「司法權」行使有所關聯的作用與措施外，在法院或法官所為決定中，亦有若干與實質司法權的行使並無關聯者，對此德國學說另以「司法上的行政措

<sup>493</sup> 司法院法官法草案（職務法庭版），2003/7/31 擬，載於法官法草案研究彙編（12），2003/12 頁 851。

<sup>494</sup> 請參照章瑞卿，試論我國法官自治制度之發展趨勢，律師通訊 206 期 11 月號，1996/11/15，頁 39。

<sup>495</sup> 請參照陳新民，中華民國憲法釋論，1999/10 修訂三版，頁 609。

施<sup>496</sup>」稱之，例如律師登錄或准予當事人閱覽卷宗的決定等，法院對於以上司法行政事項所作決定或措施，並非以「裁判主體」的身分，而是居於行政機關的地位，在性質上亦屬於行政權的作用，以上司法行政範圍，是否均屬於法官自治之範疇，亦即是否均應直接由法官來參與決定？不免因各國典章制度、歷史背景以及法官參與司法行政深度、廣度程度之不同，而有所不同，我國法官自治制度之形成，同樣亦有來自以上因素之影響<sup>497</sup>。

「法官自治」一詞，在現行有效規章有：釋字第五三九號孫大法官森焱於九一年二月六日協同意見書及司法院九〇年十月十一日(90)院台廳司一字第24977號函各級法院法官辦理民刑事及特殊專業類型案件、年度司法事務分配辦法總說，另二〇〇〇年法官法草案亦有提及（法官法草案總說明九、法官之遴任及遷調程序：有關法官內部人力調節事項，為使其遴任、遷調符合法官自治精神，明文規定各級法院庭長之遴任及各級法院、公務員懲戒委員會相互間法官、委員之遷調，應本於法官自治之精神辦理『草案第十八條』。）上述除司法院函示外，並無法之效力。

## 二、法官自治民主化運動

我國各級法院行政事物，因採首長制，由院長一人全權負責，以致法官較少有參與決定行政事務之機會，在一九九三年以前，部分法院院長掌控法官會議之事務分配，再加上迄今還有之考績權，形成一權力核心之階層（如考績會主席、人審會委員），親權力核心階級組織者，常常因為權力之分贓<sup>498</sup>，致考績甲等、辦想辦類型之法律案件，法院之行政資源均可享有（如基層員工之引進、宿舍之配住、公務車之使用、差假之准有等等），雖有法官自治之名，然是院長權利階層之威權領導，致生不平，風起雲湧，致有法官自治民主化運動。法官自治運動以具體事件做為分點我國法官自治史，可分為<sup>499</sup>：

### （一）司法現代化宣言之提出

一九九二年四月六日，最高法院刑事庭庭長及台灣高等法院台中分院民事庭庭長等人聯合發表「司法現代化宣言」，聲明「法官選院長，為法官自治之

<sup>496</sup> 惟我國法制尚無司法行政處分之概念，請參照吳庚，行政法之理論與實用，2003/8，頁310。

<sup>497</sup> 請參照陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台大國發所碩士論文，1993/1，頁47-48。

<sup>498</sup> 公共組織的公共性，必須經由憲政體制方能體現。申言之，民主政治的制度，係基於「防止濫權」的概念而建構。政治學者葉桐(Lord Acton)嘗言：「權力有腐化的傾向；絕對的權力，絕對的腐化」(Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely)。該項敘述，堪稱民主政治理論的最佳註解。民主國家為了防止權力過度集中濫用，所以設計了分權(separation of power)與制衡(check and balance)的憲政體制，作為治國的依據。在分權制衡的憲政體制下，權力核心呈現多元而分散的現象。因此，公共組織必須面對不同的權力核心。給予適當回應，方能順利運作。公共組織不僅要面對相關行政部門的競爭抗衡，也要接受立法部門的質詢監督。晚近，司法部門也經由訴訟以及釋憲的過程，對公共組織產生牽制作用。（引自江岷欽、林鍾沂，公共組織理論，1997/1，頁13）

<sup>499</sup> 請參照陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台大國發所碩士論文，1993/1，頁48-52；陳英姿，我國法官自治運動國立臺灣大學新聞研究所碩士論文，1995；馬欲為，台灣法官自治發達史2000/10；及章瑞卿，試論我國法官自治制度之發展趨勢，載於立法院聞，1998/12，頁53-62。

基礎；法官自治，為司法現代化之始；司法現代化之方向鵠的，為國家化、民主化、開明化、獨立性、中立性、超然性」等語，並要求憲法增訂法官自治條款，擬具法官自治條例，明定「院長由法官選舉」，於是各法院參與聯署法官(含庭長)總數一百七十六人，並有九十四位國民大會代表聯署，正式成為國民大會的臨時提案，針對上揭連署，當時之司法院長林洋港於表示尊重法官自治原則，不過，亦表示由法官選院長，可能產生選舉心結，司法行政監督權無法有效行使，及過度忽略司法倫理等弊端，嗣經當時執政的國民黨從中運作國民大會代表撤簽之結果於同年四月十五日易為一般提案，由無黨籍國代重新提出該案，於同年月二十八日，一讀時遭封殺，司法現代化之首戰至此告終。

惟司法院為回應法官自治之聲音，於一九九二年十一月二十日修正司法院組織法第二十條規定，將原二十一名委員申當然委員人數十四人(司法院正副院長、正副祕書長、四個廳廳長、人事處長、公懲會委員長、行政法院院長最高法院院長、台灣高等法院院長、台北地院院長)，去掉副祕書長、人事處長、台北地院院長三人，降低當然委員人數為十一人，同時提高各級法院法官代表人數，由原來最高法院一人、高等法院二人及地方法院四人，提高為最高法院一人、高等法院二人及地方法院七人，並改變法官代表的產生方式，於一九九三年五月訂頒「司法院人事審議委員會委員各級法院法官代表互選要點」，由原首長指定方式改為法官無記名單記法方式互選，自一九九三年八月一日起開始生效實施。

## (二) 「還我自治權」運動

針對法院組織法(一九三二年十月二十八日公布，一九三五年七月一日施行)施行以來，法官年度事務分配，依該法第七十九條規定應由法官會議決定，迄未能落實情形，台中地方法院法官呂太郎等人於一九九三年十二月十六日要求「法官自治」，發表「我們的心聲」一文，要求院長將分配法官審理案件之行政權，回歸由法官會議決定，使事務分配過程民主化、透明化，促成審判獨立，並草擬法官年終會議作業要點草案，以信函分送台灣各級法院法官，請求簽名響應。此一訴求，迅即成為各地法官間之熱門話題，贊成與否，各地法官反應不一，惟多表示樂觀其成，而部分院長則強調年度事務分配均已充分溝通，當時之司法院院長林洋港針對上開運動，表示：「只要是對的，對司法革新有幫助的，就要去做，但是要慎重的處理」，並指示司法行政廳，不妨召集各級法院院長及法官代表，開會研商法官自治權問題，且於同年月二十二日以(八二)院台廳同一字第二三五二三號函各級法院：「各法院下年度司法事務之分配，應即確實依照法院組織法等有關規定，於年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議預為決定，並將會議決議情形報院備查。」立法院亦於一九九四年五月三十一日預算審查會議之院會決議通過「各級法院之事務分配及代理次序，應確實依據法院組織法第七十九條之規定，由法官會議全權決定之，不得由院長專擅，以貫徹法官自治之精神」。

## (三) 修憲請願

一九九四年三月二十六日，來自台北、台中及雲林各地方法院之法官十四

人於溪頭聚會，決議：(一)於國民大會修憲期間，連絡全國法官上陽明山請願。(二)請願均依法為之，不作政治形式之抗爭。(三)請願內容為於憲法上明定：法官自治、預算獨立。同年四月二十日由台灣高等法院暨台中、高雄高等法院分院，以及各地方法院法官共計六十七位法官連署擔任發起人，這是憲法制定後，台灣法官第一次之請願活動，擬定之請願內容為：(一)司法預算獨立、(二)法官自治及(三)大法官互選司法院長，此一請願案經全台五百七十二位法官之連署，於一九九四年五月二十五日，由法官代表帶著全台五百七十二位法官之連署書，向國民大會請願，上述三項修憲案，均已達提案法定人數，預算獨立案且經國民大會完成一讀，惟同年六月十六日二讀會時遭國民黨封殺，致未進入二讀。鑑於第一次請願活動已為預算獨立建立相當共識，中華民國法官協會乃於一九九七年三月國民大會召開會議期間，聯合民間司法改革基金會、台灣法學會、台北律師公會、律師公會全國聯合會，繼續推動於憲法增訂「司法預算獨立」條款，在民間司法改革基金會之聯繫安排下，上開團體代表於同年五月八日晉見總統李登輝，獲允全力支持列入國民黨版修憲案內，終於在同年七月二十一日國民大會以接近百分之九十八的贊成率通過，於憲法增修條文第五條第六項增訂「司法院所提出之年度司法概算，行政院不得刪減，但得加註意見，編入中央政府總預算案，送立法院審議。」

#### (四) 聯合參選司法院司法改革委員會改革委員

司法院於一九九四年九月一日施殷揚院長就職當日，召開司法改革委員會第一次預備會議，其中地方法院法官代表部分，依司法院於同年九月十三日頒布之「司法院司法改革委員會委員各級法院法官代表互選要點」第一點規定，地方法院應選法官代表名額三人，積極參與為期一年之司法改革委員會會議。

#### (五) 裁判書原本事後送閱制度之廢止

我國法官將宣判後之判決原本，連同相關卷證，裝入送閱箱，送請庭長及院長審閱之裁判書事後送閱制，台中地方法院法官認為有違憲法第八十條規定之審判獨立，於一九九五年九月二十六日，發起「箱子還您，獨立還我」運動，經司法院於同年十月十二日向全國各級法院法官實施問卷調查後，總計投票之六百九十八位法官中，有超過半數之三百八十七名法官主張廢止(但最高法院及行政法院贊成廢止者，僅十八人，主張維持原本送閱之現制者有六十八人)，乃於同年十月二十一日司法改革會議中通過廢止責任及試署法官之裁判書原本事後送閱制度，並自一九九六年一月一日起實施<sup>500</sup>。

#### (六) 司法院人事審議委員會法官代表扮演積極角色

司法院人事審議委員會法官代表之產生，如上所述，自一九九三年八月一日開始由原首長指定方式改為法官無記名單記法方式互選後，翌年，即一九九

<sup>500</sup>請參照李惠宗，裁判送閱制度應予廢除，1995/10/4，中國時報第 11 版。

四年七月一日，雲林地方法院法官康樹正、台中地方法院法官林輝煌，鑑於部分選出之委員，於人事審議時，未發揮應有之功能，乃發表共同聲明，聯合競選司法院人事審議委員會法官代表，主張應本於公開、公平原則審議法官、庭長及院長人事案，並均於同年七月七日選舉結果分獲第一、二高票當選，同年八月十九日，上開二位法官與另外一人人事審議委員會委員即台北地方法院法官黃瑞華，為使司法民主化有最大之空間，忠實反應法官們之意見，共同發布新聞稿，辦理地方法院院長評鑑及法官限量分案意見調查表，評鑑結果並送司法院，以為院長人事調動之參考。自該年起迄一九九九年止，六年時間，地方法院法官持續以聯合競選方式參選(亦有少數係所謂之獨立參選)，惟二〇〇〇年以後之人事審議委員會法官代表選舉即未見法官以聯合競選方式參選，然由地方法院選出之法官代表七人仍全數同意續辦地方法院院長評鑑，並以法官對院長之滿意度，對外公布調查結果，另在「民選」法官代表，諸多人事案，甚至制度之建立，均頗能在會議中獲得充分討論，發揮一定之法官自治功能，司法院人事審議委員會不僅「量變」自己有了明顯之「質變」。其影響司法改革迄今仍具力量，法官考績亦校民主化、較可預期性。

### 三、法官自治之範圍

法官自治之範圍？如上所述，因各國典章制度、歷史背景以及法官實際參與司法行政情形之不同，而有所不同，揆諸各國法官自治<sup>501</sup>之情形，日本法官依裁判所法第十二條、第二十條及第二十九條之規定，最高裁判所、各高等裁判所、各地方裁判所，依最高裁判所、各高等裁判所、各地方裁判所裁判官會議之決議執行最高裁判所、各高等裁判所、各地方裁判所司法行政事務，由最高裁判所、各高等裁判所、各地方裁判所長官綜理之，最高裁判所、各高等裁判所、各地方裁判所裁判官會議由全體裁判官組織之，以最高裁判所、各高等裁判所、各地方裁判所長官為議長，又依同法第八十條第一項規定，最高裁判所監督下級裁判所及其職員，可知，日本最高裁判所裁判官會議，乃係上開制度最高司法行政機關司法行政之核心主體；在德國，依德國法官法第四十九條第一款，第七十二條及第七十三條規定，聯邦或各邦都有法官會議的設置，以法官為其成員，由所有法官以直接，不記名方式票選之，任期四年，聯邦法院法官會議的任務是參與法官的一般社會事務，另有由院長與法官代表組成之首長諮議會，參與法官任用等人事事項；而與本文相關法官彈劾、懲戒、調遷、考績及對法官行使職務監督等司法行政事項論之，上開事項是否均屬於法官自治之範圍？按各國法制規範之內容，各有不同，亦各具特色，惟較無爭議者有二：第一，法官彈劾制度，在英、美、德、日及瑞典等國向來被視為國會的權力，本質上屬於「民主的罷免」因不屬於司法行政權之範疇，自不在法官自治之範圍；第二，法官自治之理念之於懲戒，即有所謂「法官懲戒法官」原則，蓋法官之懲戒，應由獨立於行政機關之機關處理或為國會為之，行政機關不得參與懲戒之成立，行政機關至多僅有提出控訴之權，以避免行政機關參與法官

<sup>501</sup>法官自治各國立法例因與法官考績關係較遠，不一一列舉。詳細可請參照章瑞卿，試論我國法官自治制度之發展趨勢，載於立法院聞，1998/12，頁 53-62。

之懲戒造成法官身分獨立之侵害，因此排除行政機關對法官懲戒法庭之控制，包括排除擁有司法行政作用之法官監督權人之控制，對於法官身分之保障自有必要，國際法曹協會司法獨立最低標準法第三十一條即規定：對法官之懲戒或免職，應由永久性之法庭為之，該法庭之組成，法官應為多數，但立法機關有權對法官懲戒或免職者不在此限，於德國聯邦法官之懲戒，依法官法第六十一條第一、二項之規定，係由聯邦最高普通法院職務法庭為之，至聯邦憲法法院法官之懲戒，則係依德國聯邦憲法法院法第一〇五條規定，由聯邦憲法法院全體法官組成合議庭為之。於日本，依裁判官分限法第三條之規定，各高等裁判所其管轄區域內之地方裁判所、家事裁判所及簡易裁判所法官之懲戒，由各高等裁判所組成五人合議庭審理，各高等裁判所及最高裁判所法官之懲戒，則由最高裁判所裁判，由十五法官組成大法庭審理之，均明揭此一原則。至於法官之調遷、考績及職務監督等是否屬於法官自治之範圍，則仍有相當大之爭議。

於我國，歷經前所述一段法官自發性之自治歷史，司法院於八十三年九月一日至八十四年十月三十日司法改革委員會會議結束後，先後在八十六年十一月二十四日及八十八年十二月七日發布「各級法院法官自律委員會實施要點」及「法官會議實施要點」設置法官自律委員會及法官會議，前者，由法官代表組成(院長為當然委員)，受理法院法官之自律事件，並依個案情形提出獎懲或不適任之建議，後者，則由各該法院全體法官組成，以院長為主席，議決：一、法官年度司法事務之分配、代理次序及合議審判時法官之配置事項；二、法官考績、考成之建議事項；三、法官獎懲之建議事項；四、對法官為行政監督處分之建議事項；法院人事、預算及其他院務行政上之建議事項，另外，如前所述，得依「司法院人事審議委員會委員各級法院法官代表互選要點」，選舉產生人事評議委員會委員，顯見我國法官自治之範圍，除有議決：法官年度司法事務之分配、代理次序及合議審判時法官配置事項之權限外，其餘之自治事項均屬於建議權限，尚非最後決定之權，故我國現行法官擁有「法官自治」權之範圍，仍十分有限。

#### 四、法官自治的性質是什麼？

法官自治已成法律原則嗎？（釋字第 539 號孫大法官森焱於九一年二月六日協同意見書）是一種權利？是司法制度？還是精神（法官法草案總說明）或運動？法官自治與地方自治、大學自治之「自治」法律效力是否相同？

##### （一）法官自治精神或制度？

查我國法院組織法自民國二十一年公布，二十四年施行以來，已逾五十年。其間雖經七度修正，惟法官兼法院院長，早有明文；司法院組織法係民國三十六年三月三十一日國民政府公布，經過民國三十六年十二月，民國四十六年十二月，民國六十九年六月，民國八十一年十一月修正四次。第二十條設置人事審議委員會，其主要事務為依法審議各級法院法官及公懲會委員之任免、轉任、遷調、考核、獎懲事項。係司法官人事任免事務之核心機構，影響法官權益最重要機關，是為法官自治。在最近一次（90.05.23）修正理由：為增進法官人

事制度民主化，修正增加票選法官代表人數，使其名額不少於委員總額二分之一。另最高法院院長特任並任法官（法院組織法第 50 條）、公務員懲戒委員會委員長應具有法官身分（公務員懲戒委員會組織法第 4 條）、最高行政法院院長為特任並任院長（行政法院組織法第 13 條），惟司法院組織法第八條司法院院長、司法院副院長，第九條秘書長副秘書長，第十六條各廳廳長、第十九條人事處處長；均未限定由法官兼任，所以法官自治尚未成為司法制度，稱法官自治精神，較為妥當。

法官自治之理論學者：我國最早提倡「法官自治」之理論學者蔡志方教授謂「今之法官既有法律之專業知識，為求司法之公平，乃須儘且自行管理業務（法官自治之意），此使法治國家中司法獨立功能，得以實現。法院院長有事務管理自主權，而該機關有制度及執行內部程序之權能，但此係為保障法院，而非法官個人，此乃基於民主原則，故由法官與院長，庭長共同組成法院之組織，乃最好之途徑，此外，人事之異動，亦應本於民主之原則，使法官有參與意見及決定之權。」<sup>502</sup>又謂：「司法革新之目的，在於提高司法之獨立，公正及效率，而法院自治（法官自治之意）正所以提高其責任心、使命感，使不致事事猶豫觀望或有外來干涉之虞。但並非為所欲為，而在法之理念之下，履行法律及憲法所託負之使命也。」<sup>503</sup>民國七十九年四月，翁岳生大法官謂：「司法自治意即法官自己管理法院內部之事務，而法官之事務不受法官以外之人管理，法官的事務由法官自己管理。」又謂：「首先是法官得對其法院法官的任用，及一般或福利事業表示意見，亦即參與法官的人事及總務事項之決定。在德國，依據法官法，每個最高法院都設有由法官代表組織的法官諮議會（Richterrat）及院長與法官代表組成之首長諮議會（Prasidialrat），後者參與法官任用等人事事項。前者參與法官一般事務與福利事項之處理。」<sup>504</sup>又謂：「司法行政權的觀念在戰後也有很大的改變，過去的司法行政權是在管制法官，監督法官，但是現在的司法行政不以管制法官為主要任務，就司法行政或者是法院行政而冒，院長掌有一部分的行政權，此項權限在大陸法系國家尚包含有懲戒權，亦即首長對其所屬之法官具有懲戒權，但其懲戒權目前已相當有限。在日本，司法首長的懲戒權只限於申誡和處一萬元以下的罰鍰，不能如同其他行政首長，對其部屬行使降級、休職、免職等懲戒處分。」<sup>505</sup>

## （二） 法官自治是法律原則？

一般法律原則又稱為「超實證法」，亦即先於實證法而存在之根本法律規範，構成法律內容之指導原則，亦得作為法院審查之依據<sup>506</sup>。因為法律內部一

<sup>502</sup>請參照蔡志方教授著「法治國家中司法任務」載於台灣大學法律研究所碩士論文，1981/6，頁 156。

<sup>503</sup>請參照蔡志方教授著「法治國家中司法任務」載於台灣大學法律研究所碩士論文，1981/6，頁 157。

<sup>504</sup>請參照翁岳生，司法發展之趨勢，載於社會科學論叢，第 38 期，頁 9-10，台大法學叢書，1990/4 出版。

<sup>505</sup>請參照翁岳生，司法發展之趨勢，載於法治國家之行政法與司法，1994/6，頁 341-342。

<sup>506</sup>請參照葉俊榮，行政程序法與一般法律原則，收錄於行政院經建會委託臺灣大學法律學研究所，行政程序法之研究，1990/12，頁 25。

致性植基於一般法律原則，故其在整個法律領域內，不只在法律解釋上，甚至在法律補充上均有形或無形地、直接或間接地、有意或無意地扮演相當重要的角色，故法規制定時應注意掌握其含義，以符合法治國原理。亦即立法者應受「超立法原理」之限制。「超立法原理」(Metal-legal Doctrine)或政治理想(political ideal)之治，亦即所謂「法後的規律」，其意義是指超越國會立法之上，而為關於「法律內容應該是什麼」的一種拘束立法者的政治理想，如果我們就法律體系的位階來看，法律在命令之上，憲法在法律之上，而超立法原理或法後規律則是在憲法之上，為整個法律體系之內容是否合乎法治理想之準據；此即違憲審查制度之法理基礎<sup>507</sup>。我國行政程序法第四條亦有明文規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」，一般法律原則學者<sup>508</sup>及大法官解釋頗多。法官自治尚未成為法律原則，稱法官自治為原則（如釋字第 539 號孫大法官森焱於九一年二月六日協同意見書）就我國現行法制而言，尚非妥當。

### (三) 法官自治權？

法官自治權純在否？法官自治、地方自治、大學自治，之「自治」是否相同？所謂地方自治：「地方自治為憲法所保障之制度。基於住民自治之理念與垂直分權之功能，地方自治團體設有地方行政機關及立法機關，其首長與民意代表均由自治區域內之人民依法選舉產生，分別綜理地方自治團體之地方事務，或行使地方立法機關之職權，地方行政機關與地方立法機關間依法並有權責制衡之關係。中央政府或其他上級政府對地方自治團體辦理自治事項、委辦事項，依法僅得按事項之性質，為適法或適當與否之監督。地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予以尊重。立法院所設各種委員會，依憲法第六十七條第二項規定，雖得邀請地方自治團體行政機關有關人員到會備詢，但基於地方自治團體具有自主、獨立之地位，以及中央與地方各設有立法機關之層級體制，地方自治團體行政機關公務員，除法律明定應到會備詢者外，得衡酌到會說明之必要性，決定是否到會。於此情形，地方自治團體行政機關之公務員未到會備詢時，立法院不得因此據以為刪減或擱置中央機關對地方自治團體補助款預算之理由，以確保地方自治之有效運作，及符合憲法所定中央與地方權限劃分之均權原則。」(釋字第 498 號解釋)；我國地方自治依據憲法，制定地方制度法，具有法之效力<sup>509</sup>。

<sup>507</sup>請參照羅傳賢，立法程序與技術 2001/5 二版，頁 61-72。

<sup>508</sup>如城仲模主編行政法之一般法律原則；李惠宗，行政法要義，2002 年 10 月二版，103-137。李惠宗，憲法要義，2001 年 8 月，元照出版。李惠宗，權力分立與基本權保障，1999 年 3 月初版。李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，國立台灣大學法律研究所 1987 碩士論文；論行政不作為之國家賠償責任—台中地方法院八十六年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第四六九，2000/6，台灣本土法學雜誌 第 11 期 35-60 頁；李惠宗，論因情事變更之行政處分廢止，2001/7，台灣本土法學雜誌 第 24 期 48-55 頁；李惠宗，繳清罰鍰才能換行照嗎？2002/1，台灣本土法學雜誌 第 30 期 91 頁等等。

<sup>509</sup>此部份可請參照，李惠宗，地方自治之本質及地方自治團體之法律地位之研究，憲政時代，第 22 卷 4 期，1997/7，頁 4-19。

大學自治<sup>510</sup>：「大學自治屬於憲法第十一條講學自由之保障範圍，舉凡教學、學習自由有關之重要事項，均屬大學自治之項目，又國家對大學之監督除應以法律明定外，其訂定亦應符合大學自治之原則，業經本院釋字第三八〇號解釋釋示在案。大學於上開教學研究相關之範圍內，就其內部組織亦應享有相當程度之自主組織權。各大學如依其自主之決策認有提供學生修習軍訓或護理課程之必要者，自得設置與課程相關之單位，並依法聘任適當之教學人員。」（釋字第四五〇號解釋），可知大學自治亦具有憲法位階之效力。

地方自治及大學自治皆有憲法及大法官解釋之法效力，雖然憲法增修條文第五條修正司法院長為大法官<sup>511</sup>，惟仍未提及法官自治之名詞，目前司法院所提法律案之司法院組織法草案、法官法草案，希能立法制定之。故迄今法官自治，未有法之效力，亦尚未成為法官之權利，法官自治權似乏依據，僅能說是法官倫理範疇內之一環。

司法自治：法官法草案總說明十、高等法院以下各級法院院長、庭長之任期為促進司法人員人事新陳代謝，爰明定高等法院以下各級法院院長、庭長之任期及連任。為落實司法自治精神，明文規定司法院應尊重各級法院法官對各該院院長、庭長任期屆滿宜否繼續連任之相關意見（第十九條）。

律師自治：何謂律師自治？即由優秀執業律師組成的律師協會，對律師進行自我服務、自我約束。從世界範圍內看，絕大多數發達國家和一部分發展中國家，對律師的管理主要或完全由律師行業組織來進行，律師自治程度不斷加強。律師法於民國八十一年終獲大幅修訂，首次納入律師的使命、職責、自治、職前訓練等等指標性相關條文。一面肯認律師的自治自律，一面明示律師的使命與職責<sup>512</sup>。

## 五、釋字第五三〇、五三九及其不同意見書協同意見書

釋字第五三〇：「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。」孫大法官森焱協同意見書：「司法機關應有其自主性，其內容包括法官之獨立、司法行政權及規則制定權。其中有關規則制定權係指訴訟（或非訟）案件之審理，最高司法機關得由所屬審判成員就技術性、細節性事項制訂規則，以期使訴訟程序公正、迅速進行，達成保障人民司法受益權之目的。「類此注意事項訂定之內容，如與法律牴觸，

<sup>510</sup> 此部份可請參照，李惠宗，從學術自由及大學自治行政權論大學退學制度之合憲性，台灣本土法學雜誌第 32 期，2002/3，頁 27。

<sup>511</sup> 楊建華認大法官為特任官，非政務官，見氏著，獨立行使職權的大法官是否為政務官之商榷，人事月刊 109 期，1994/9，頁 18-19。

<sup>512</sup> 邱聯恭，現代律師之使命、任務、功能，收於氏著司法之現代化與程序法，1999/9 初版六刷，頁 182-193。

法院並不受其拘束，有關法律見解仍以最高法院裁判上表示之意見為依歸。由此可知，司法審判所採法律見解不受司法行政之指導」黃大法官越欽不同意見書「最高司法機關就審理事項並有發布規則之權」，本席認為此項見解欠缺法源依據，違反憲法第二十三條法律保留原則。」「法官獨立審判係指法官為審判主體，不受命令指揮。審判獨立之擔保端在排除任何影響，任何行政命令如其對象為法院，而內容又係針對法院之審判行為，不論在外觀上是否係以行政規則之形式出之，或以內規形式假以其他名目如：「有拘束性的釋示」、「注意事項」、「要點」等隱藏，均在排除之列」司法權依法應專屬於審判機關，而非司法行政機關，舉凡法庭規則、法官內部自律事項等與人民權益無直接關係之司法權內部事項，其辦法或規則亦應有法律授權，由司法審判機關自行制定。目前實務上於審判權運作必要之規則或辦法，既無法律授權，亦非由審判機關自訂，仍交職掌司法行政之司法院頒佈，形成主從易位現象。又法官之審判行為可分為核心部分與外緣，對於法官審判行為之核心部分，不允許為任何影響與干預，個案中具體判決固然，即使訴訟程序中之準備程序、判決前後有關之各種手續，諸如：期日期間之酌定、法庭內警察權之行使、證據調查、裁判書類上之簽名等，亦均屬之」

釋字第五三九號：「凡足以影響因法官身分及其所應享有權利或法律上利益之人事行政行為，固須依據法律始得為之，惟不以憲法明定者為限。若未涉及法官身分及其應有權益之人事行政行為，於不違反審判獨立原則範圍內，尚非不得以司法行政監督權而為合理之措置。」「為貫徹憲法第八十二條法院組織之法律保留原則，建立審判獨立之完備司法體制，有關庭長之遴選及任免等相關人事行政事項，仍以本於維護審判獨立之司法自主性（本院釋字第五三〇號解釋參照），作通盤規劃，以法律規定為宜，併此指明。」孫大法官森焱協同意見書「司法行政之監督，既以維護人民之司法受益權為最終目的，與憲法第八十條明文揭示法官獨立審判原則之意旨相同。」「院長之工作重心既在法院之行政監督，與庭長在合議審判時，當然充任審判長之情形有別，從而法院院長之職期調任雖有不得連任之限制，亦不得因此推論庭長之職期亦應為相同規定。」

## 六、小結

法官自治精神，尚未成為法律原則，故無法律上拘束力，在我國五權憲法之考試權下，要法官自治成為原則恐尚有間，且法官以外之人員亦未形成共識<sup>513</sup>；另外，司法院定頒所屬各級法院法官考績（成）評定參考要點，「辦理審判或其它業務，態度嚴重不良或顯然怠惰，有損司法形象者。」「辦案有重大違失可歸責於辦案之法官者，其具體事實之認定，由該法院法官自律委員會議決後，移送該法院考績委員會依規定處理。」為法官免責原則之例外；至於違反法官守則「法官應隨時汲取新知，掌握時代脈動，精進裁判品質。」；依此規定，誰願意首先提出同為法官之不良事蹟，而提會討論呢？再加上，法官每年

<sup>513</sup> 蘇永欽，司法行政組織的發展趨勢，收於法治斌教授紀念論文集—法治與現代行政法學，頁 79-82。

評鑑院長，院長會主動就法官之不良事蹟提出？法規內容許多不確定之法律概念，有無可比較之基準，似訓示規定，「綜覈名實，信賞必罰」，在現今實務上，恐很難執行。

### 第三節 法官評鑑

鑑於法官自治與自律同等重要，而辦理法官評鑑<sup>514</sup>，屬於加強自律的具體做法，司法院司法改革委員會第三研究小組衡酌現實情況，參採類似於德例職務法庭模式，針對受評鑑者範圍、受評項目及評鑑組織與程序等項，研擬「法官評鑑試行要點」一種，於民國八十四年八月十九日該委員會第十四次會議通過，並經司法院於民國八十五年一月三十日以(八五)院台人一字第2567號函發布「法官評鑑辦法」，同日(八五)院台人一字第2569號函頒「法官個案評鑑作業注意事項」，遴聘法官及法學教授，遇案組成評鑑委員會，對於法官品德操守有損司法信譽或嚴重違反辦案程序事項，辦理個案評鑑，期能有效維護優良風紀，提昇人民對司法之信賴，改善司法形象，嗣於民國八十八年七月八日全國司法改革會議，與會人員對於法官評鑑制度之設立，均表贊同，司法院並於所擬之具體措施中指出：「為貫徹憲法有關法官為終身職，非依法律不得停職、轉任或減俸之規定，並為維護良好司法風氣、提高司法公信力，淘汰不適任之法官，本院將於法官法中專章規定評鑑制度」，且於民國九十三年五月十八日司法院版本之法官法草案中，在第五章即自第二十七條至三十六條規範有「法官評鑑」一章，擬將法官評鑑予以法制化。另外，關心司法改革之「財團法人民間司法改革基金會」認司法院之法官評鑑制度功能不彰，無以發揮淘汰不適任法官之作用，另以問卷方式，自行評鑑法官，對外公布，其評鑑之性質與司法院所頒之「法官評鑑辦法」之評鑑性質迥異，非屬針對具體事件之職務監督，而是律師主觀上對法官概括印象之調查，屬於意見調查之性質，為司法行政體系外之評鑑，非本文論述之重心，以下所述，係指上開司法院所發布「法官評鑑辦法」之法官評鑑而言。

#### 第一項 法官評鑑之目的

依司法院發布之法官評鑑辦法第二條規定：「高等法院及其分院、高等行政法院各設法官評鑑委員會，掌理關於該院及其訴訟轄區內各法院法官品德操守有損司法信譽、嚴重違反辦案程序或開庭態度嚴重不良有損司法形象事項之個案評鑑，但司法院認有必要時，得定期命上開評鑑委員會為地區，性之全面評鑑」，據此規定可知，司法院設法官評鑑制度之主要目的，乃在個案糾正法官之偏差行為，藉以維護司法信譽及形象，此外，若司法院認有必要時，亦得對特定地區之法官，做全面評鑑，藉以明瞭法官之評價。又法官法草案（2004

<sup>514</sup> 以下法官評鑑與法官自律，依司法院班定之法規陳述並請參照陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台大國發所碩士論文，1993/1，頁124-130。

年 5 月 18 日司法院版本) 第二十七條：「法官有下列情事之一者，應付評鑑：一、濫用權力致侵害人權者。二、品德操守、敬業精神或問案態度，有損司法信譽者。三、嚴重違反辦案程序事項者。四、長期執行職務不力者。」

## 第二項 法官評鑑之性質與合法性

以上之法官評鑑，主要係針對各法院法官品德操守有損司法信譽、嚴重違反辦案程序或開庭態度嚴重不良有損司法形象，就個案評鑑法官審判上及非審判上之違法、不當行為，其性質應屬法官之職務監督，又此項評鑑，係上述司法行政監督執行方式之一，法官之職務監督，其執行本不拘形式，且隨時進行，原則上雖由該法院院長為之，但司法行政之上級機關或該院長亦得將監督權委由他人行使，此之「法官評鑑委員會」即屬司法院指定之職務監督機關，該委員會之設置及其權限之行使，其適法性應無疑義。

## 第三項 法官評鑑之對象

依法官評鑑辦法第一條之規定受評鑑之法官，包括左列各款人員：一、各級法院法官。二、公務員懲戒委員會委員，可知，評鑑之對象並不包括大法官在內。

## 第四項 法官評鑑委員會之組織

法官評鑑委員會之組織，依法官評鑑辦法第二條第一項前段、第二項規定，高等法院及其分院、高等行政法院各設法官評鑑委員會，前項法官評鑑委員會由高等法院及其分院、高等行政法院分別召集之，委員五人，由各該法院遴聘法官及法學教授擔任，委員會主席由委員互相推選之。同條第三至五項規定，司法院設法官評鑑委員會，掌理關於最高法院法官、最高行政法院法官、公務員懲戒委員會委員之評鑑，及第一項法官評鑑之覆審事項。前項法官評鑑委員會，司法院委由最高法院召集之，委員九人，亦委由最高法院遴聘法官及法學教授擔任，委員會主席由委員互相推選之。法官評鑑委員會委員應於每件第一吹開會前遴聘之，評鑑委員至少應有一名與受評鑑人為同一審級之法官。

## 第五項 小結

誰願意當評鑑之發動者？Who guard the guardian？誰又有勇氣，為了組織正義評鑑他法官？院長受法官之績效評鑑（非官方），院長有勇氣提出應評鑑之法官？以吾國現在司法文化與生態，以上問題恐趨於否定，如此評鑑則失其效力，此亦是評鑑辦法施行以來，評鑑案件極少之原因。不可諱言的，現今台灣在權力分立原則下司法權之本質與機能仍存在些問題，就如同行政之發展一樣，在從近代化演進到現代化之先進國家之眼中，台灣近年來的演變，幾乎是近代化與現代化同時進行，雖有現代化法制度之外觀，但在晉昇到現代化國家

所需的民主素養之落實、自治教育之紮根等基本條件，卻未見進展，在這種背景下，對於司法之改革，法制度上也許可能呈現民主司法之外觀，這種從上之改革(來自於國家元首或政治考量?)，並非來自於司法內部自發自主性之改革，更非來自於全民自主自治需求的改革，縱然法官法草案能完成立法，又有若干之實質意義?法官自治文化若不建立，或法官之民主素養若不改善，法官身分保障將成爲反民主的特權待遇，法官評鑑亦可能被惡用<sup>515</sup>。

## 第四節 法官自律

關於我國法官紀律責任監督之制，實務上，另有一透過法院內部法官彼此間之自律，對職務上或職務外有不當行爲之所屬法官以今議多數決方式予以運作之機制，即所謂之法官自律，以有別於他律之制度設計，該制之始係由司法院首先於民國八十六年十一月二十四日，以(V 六)院台廳司一字第二五六一九號函發布「法官自律委員會試辦要點」乙則，嗣於民國八十八年六月三十日修正爲「各級法院法官自律委員會實施要點」，再於民國八十九年一月二十一日、同年七月十八日、同年十二月二十六日及九十年十一月二十二日修正上開要點內容，以下所述，乃係依司法院於九十年十一月二十二日以(九 0)院台廳司一字第二八六一八號令修正發布之「各級法院法官自律委員會實施要點」。惟法官法草案(2004年5月18日司法院版本)並無法關自律之規定(第44條違反法官守則情節重大移付懲戒之規定，並非法官自律)。

### 第一項 法官自律之目的

各級法院及分院應設法官自律委員會，受理本院法官之自律事件，以維護法官優良之品德操守、敬業精神及問案態度(各級法院法官自律委員會實施要點第一點)。

### 第二項 法官自律委員會之目的

法官自律委員會，由法官代表組成，院長爲當然委員。法院法官人數在十人以下者，以法官代表三人(包括院長)爲法官自律委員會委員；法院法官人數逾十人者，每逾十人，增加委員一人，零數未滿十人者，以十人計。委員至多不得逾九人。前二項委員，三分之二由法官全體以無記名祕密投票方式推選產生，三分之一由法院院長指定，非整數時，以四捨五入方式計算。委員任期一年，得連任之。委員辭職，應經法院院長核可後始生效力。

### 第三項 法官送交自律之原因

依上開實施要點第五點之規定:「法院法官有下列情形之一者，法院院長應

<sup>515</sup>請參照蔡秀卿，法官評鑑與法官身分保障，憲政時代第26卷第1期，2000/7，頁47-60。

檢具相關資料，送交法官自律委員會評議；法官三人以上，亦得檢具相關資料，送交法官自律委員會評議：一、品德操守不佳，有損司法信譽者。二、不當社交、理財或言行不檢，有損司法信譽者。三、無正當理由，洩漏職務上應守祕密之事項，有損司法信譽者。四、接受他人關說訴訟案件者。五、為人關說訴訟案件者。六、參加政黨或其他政治團體之活動者。七、為政黨、政治團體或個人作政治上之助選者。八、辦理今議案件，未依法評議者。九、確定裁判經非常上訴判決撤銷，其疏失情節嚴重者。十、上級審發現原審法官之辦案有草率情形者。十一、遲延交付裁判原本或未依法於所定宣示裁判期日宣示裁判，並其再開辯論之裁定，自應宣示裁判之日起算未交付達二十日以上；或半年內遲延交付或未交付達七日以上，且累計達其宣示及應宣示件數百分之十以上，而無正當理由者。十二、無正當理由，稽延案件不進行，達四個月以上者。十三、稽延案件不結，已逾各級法院辦案期限實施要點或各級行政法院辦案期限規則所定期限兩個月以上，經通知改善，而無正當理由不改善者。十四、以無關案情之事項，辱罵當事人者。十五、生活奢靡、敬業精神不足或問案態度不良，有損司法信譽者。法院法官辦案績效優良或依法有應受獎勵之事由者，亦同。第一項第一款至第五款情形，其自律事實之送交，應自事實終了之日起五年內為之，第一項第六款至第十五款及第二項情形，應自事實終了之日起一年內為之。但自律事實涉及法官承辦中案件者，自律委員會得中止進行，於中止原因消滅後續行之。」

以上之自律事由，其中第一項第十款、第十五款及第二項，於九十二年一月六日司法院召開之「各級法院法官自律委員會委員會會議」，分別將之修正為：「上級審發現原審法官之辦案『顯』有草率情形者。」「『審』案態度不良」及「第一項第一款至第五款情形，其自律事實之送交，應自事實終了之日起五年內為之，第一項第六款至第十五款及第二項情形，應自事實終了之日起『二』年內為之。但自律事實『所』涉及『之』案件，『尚未終結』者，自律委員會得中止進行，於中止原因消滅後續行之。」以強化法官自律之功能。

#### 第四項 自律之程序

法官自律委員會會議，由法院院長召集，每三個月至少集會一次，委員二人以上亦得以書面請求院長召集，開會時由院長擔任主席(各級法院法官自律委員會實施要點第六點第一項)。法官自律委員會開會時，應通知被付評議之法官列席或提出書面說明；並得通知被付評議之法官所屬庭長或其他相關人員列席或提出書面說明(各級法院法官自律委員會實施要點第八點)。法官自律委員會會議之決議，應有委員總額過半數之出席，出席委員過半數之同意行之，可否同數時，取決於主席(各級法院法官自律委員會實施要點第六點第二項)。

#### 第五項 自律之處置

依各級法院法官自律委員會實施要點第九點規定：「法官自律委員會經評議認為法官有法官自律委員會實施要點第五點第一項之情形者，應議決為下列各

款之處置:一、由院長口頭勸誡。二、由法官自律委員會書面勸誡。三、建議行政監督長官依法院組織法第一百十二條、第一百十三條處理。四、建議移送法官評鑑委員會評鑑。五、建議司法院懲處。法官自律委員會經評議認為法官有應受獎勵之事由者，應作成建議司法院獎勵之議決。為第一項第一款、第二款議決時，應依情形定兩個月至四個月之改善期限，屆期如未改善者，即應建議司法院懲處。依第一項第四款、第五款或第二項議決時，並應提出具體懲處或不適任之建議。第一項、第二項之議決結果，應以書面送該法院考績委員會作年終考績之參考。但被付評議之法官為高等法院分院暨地方法院及其分院院長時，送高等法院院長;為其餘法院院長時，送司法院作年終考績之參考。法官自律委員會經評議認為不符第五點情形者，應議決不付處置。第一項至第三項及第六項之議決結果，應以書面通知被付評議之法官，並陳報司法院。」

## 第六章 外國法制之比較研究

### 引言與案例

◎ 「比較法的研究必須以『提出問題』為起點，以『解決問題』為目的，其間並須有可以比較的基礎<sup>516</sup>。」比較外國法官考績制度亦同。

◎ 案例一：日本大津事件（又稱大津湖南事件）—法官是為國家而存在？

在一八九一年(明治二四年)，俄羅斯皇太子尼古拉二世訪日時，五月十一日遊琵琶湖後，在大津，遭警備隊員津田三藏拔刀刺傷頭部事件，當時日本內閣遭受俄羅斯壓力，主張以舊刑法第一一六條危害皇室罪處以死刑，司法省原普遍認為以普通殺人未遂罪處罰，首相松方召見大審院(相當於最高法院)院長兒島惟謙，告以：「國家存在始有法律存在，國家不存在，則法律不存在，生命亦蕪，故有國家始有法律，法律沒有比國家更重大的理由」。五月十九日大審院所組之七人法庭，因應內閣要求，裁定該事件由大審院管轄(按:即以適用危害皇室罪為前提)。當時日本舉國感受到俄羅斯可能侵略而亡國的氣氛中。同日，承辦此事件特別法庭之七名裁判官，與兒島惟謙同往晉見天皇，天皇告以：「此為國家之大事，應該注意迅速處理」。可是，兒島惟謙雖非裁判官成員，卻以鞏固神聖獨立之司法權、法之信用、國家威信等理由，強調受內閣之干涉與壓迫，是法官意志薄弱的軟弱行為，會造成真正的「司法權之危機」，危害皇室罪並未規範到外國皇室，應遵守罪刑法定主義及危害皇室罪規定應嚴格解釋之立場，甚至責之以「諸位是否要欺瞞天下國家、貪圖一己之安？」終於說服了其中五名裁判官，五月二七日在大津地方裁判所所開的大審院特別法庭，宣判被告謀殺未遂，處無期徒刑。此事件從發生到判決的過程，通稱「大津事件」。一般認為大津事件，為日本現代司法權獨立之里程碑、轉捩點或橋頭堡，並以此事件尊兒島惟謙為「護法之神」或「護法巨人」<sup>517</sup>。

案例二：院長當面指摘法官之判決不當事件

一九九〇年六月間，〇〇縣南錕鯨代天府發生派系糾紛，競選代天府管理委員會副主任委員陳〇〇失敗，在總幹事陳〇〇就職儀式中指摘選舉不公，又召開記者會指代天府香客村工程品質不佳，帳目不清；又說總幹事陳〇〇冒領旅費，營謀私利云云。總幹事陳〇〇不堪被辱，向〇〇地方法院自訴副主任委員陳〇〇妨害名譽。根據〇〇地院有關人員透露，這件官司由刑庭法官謝〇〇審理時，副主任委員陳〇〇找監委謝〇〇及張〇〇向王〇〇院長關說要求判無罪，王〇〇於是找來法官謝〇〇，除表達張〇〇與謝〇〇意見外，並指本案自訴人陳〇〇相當惡劣，希望謝〇〇不要捲入派系糾紛。謝〇〇未置可否，表示她會斟酌謝〇〇於二月六日審結，並定十三日宣判，她連夜趕完判決書，於十三日早上送張〇〇庭長審閱，張庭長字斟句酌，認為法官謝說容判決陳新教有

<sup>516</sup>請參照翁岳生，比較法學之理念與實踐，月旦法學，2003/7，頁8-9。

<sup>517</sup>李木貴，日本戰後司法改革有關裁判所組織架構變遷之研究，台灣基隆地方法院出版，2003/6，頁72-73。

罪，認事用法並無不當，在蓋章後送院長核閱。王院長看到陳○○有罪判決後，命工友找來法官謝○○，指責判決書一無是處，並命法官謝○○拿回重寫，但謝○○拒絕，王院長見謝○○相當堅持，又命工友找來張○○庭長，指責張庭長是否詳細看過判決書。張庭長表示支持法官謝○○的意見，並反問王院長：「如果有人指責院長在與建院舍時品質不佳，院長有何感受」。張庭長又問王院長「是不是要判陳新教無罪？還是認為徒刑太重？還是應當判處罰金？」在王院長猶豫之間，法官謝○○表示她願意道歉，不過她無法改判陳○○無罪。王院長見事情無轉機。向謝○○表示不必道歉，謝○○即退出辦公室。這時王院長對張庭長說：「謝○○這孩子不能辦刑案，他要將謝○○調職，且要填寫本案審閱單。」據有關辦公室同仁透露，法官謝○○在院長辦公室時曾飲泣，走出院長室回到她辦公室時，則嚎啕大哭，驚動不少同事。前述經過，王院長向張庭長謝○○施壓力的過程均遭到錄音。○○地方法院王院長承認監察委員張○○向他關說，但表示張委員只希望他督促承辦法官詳細查證，至於謝委員則未跟他接觸<sup>518</sup>。

## 第一節 前言

### 第一項 比較法研究的可行性

台灣固有其本來法制，惟目前多數的法律制度是繼受自國外。早期以德、日等大陸法系國家的架構為宗，晚近則兼容英美法系的理念與規範。因此，比較法學的研究在我國顯得格外重要。而比較法學的運用，一方面在於理解外國的法制，另一方面是與本國法制進行比較，將相互間的近似性與差異點呈現出來。此一功夫不宜僅侷限在對法規的抽象性、一般性比對，還必須在各該法律制度的脈絡下，找出可資參照、師法的法律規範與原則。其次，吾人在從事法學比較時，必須注意到概念用語的問題，因為相同的表達方式與用詞，在不同

<sup>518</sup>1991/2/22 聯合報第七版，轉引自章瑞卿，從日本札幌地院院長平賀事件與○地院院長王○事件論法官審判獨立原則，載於刑事法雜誌，1991/8，頁 86-87。並有錄音帶，是爭執過程部分內容(可見 1991-02-23/聯合報/07 版。)；本案結果是：1991 年 3 月 4 日司法院人事審議委員會，由司法院長林○親自主持。會中通過對○地院行政監督風波的處理辦法如下：1. ○地院王○院長，依據法官候補規則及法院辦案書類及文卷審查實施要點等規定，王院長與候補法官謝說容研討判決內容，尚未逾越輔導候補法官之範圍，且曾邀請庭長張國彬共同參與，並於宣判前，通知謝法官仍依原判決之主文宣判，依這些情節以觀，尚難認王院長有侵犯獨立審判的事實。但王院長未依審查要點第六條規定自填審閱表，解決與謝法官間相異的意見，其行政處理招致外界批評，為避免人地不宜，將王院長調任嘉義地方法院院長。2. 張○庭長對於所屬候補法官，依規定本有輔導之責，卻於候補法官謝說容就前述發生爭議案件與王院長研討判決時，授意謝法官暗藏錄音，其行有失光明正大，非法官應有的風範。錄音後當謝法官交與錄音帶保管時，不循行政監督管道向台灣高等法院或司法院申述意見，竟自行對外洩露錄音內容，其結果招致社會非議、破壞司法信譽，有違公務員應忠誠謹慎之義務，應予申誡一次。3. 謝○法官，雖因秉承張庭長的指示秘密錄音，但有違誠信待人之道，其行為仍非可取。參 1991-03-05/聯合報/02 版)

的法秩序中可能具有不同的意涵，也就是經常會有「同語異義」的情形。因此，在比較各國法制與理論時，宜探求各該法律概念的真實意涵，切莫拘泥於概念用語，致以辭害義。減損法學比較研究的功能。再者，在沿襲外國法制時，須考量本國社會的需要，審酌繼受的必要性，切勿盲目移植，隨意插枝。換言之，法學的比較研究必須以「提出問題」為起點，以「解決問題」為目的。最後，各國法制的比較研究，除了歸整法律條文及理論體系外，還必須關照各該國家的文化背景與社會基礎，因為法律與社會通常是相互連動、密不可分的<sup>519</sup>。亦即比較法須有可比較的基礎。

## 第二項 法系

今日世界有許多法系<sup>520</sup>，其中有三個主要的法系：大陸法系（continental law system or civil law system，或稱歐陸法系、成文法系），英大法系（common law or Anglo-American 普通法系或稱習慣法系）和社會主義法系（socialist law）。「法系」並非「法制」。這是兩種截然不同的觀念，所謂「法制」，它是泛指執法機構，法律程序和規章。照此定義，美國具有一個聯邦法制和五十個州法制。其他各國之內亦均有其不同的法制。歐洲共同市場或聯合國等組織之內，亦有其不同的法制。世界上有許多國家，國家內或又有許多不同的組織。法制便因為這些國家和組織而存在<sup>521</sup>。以下就不同法系不同法官人事制度作一鳥瞰。

### 一、英美法系

英美法系係透過歸納法，經由法官基於個案審理而建立了一種法學體制。「依循判例（stare decisis）」原則（意即對類似的案子須作類似的判決）約束後來的法官。法學傳統於是在法官的手中產生、成長和發展的。英美法系法學，代表著一種經由法官創設、定型的法律。立法的作用祇在補充法律之不足。在美國，以司法機構審查行政機構的措施（judicial review），即美國法官有權宣佈一項法律無效，因為它與憲法相抵觸。法官行使著很大的解釋法律的權力，即使是合法而有效的法規，或行政措施，亦能加以詮釋。英美法系法官基於不同的原因，或被任命，或被選舉擔任司法職務，可能是因為他們在執業時成就輝煌，在律師界享譽甚隆，也可能是對政治甚具影響力。被任命或被選舉擔任此一職務，認為是晚年的一項榮譽。這項職務，公認是一種榮耀和尊崇。法官的待遇豐厚，假若他任職於高等法院，他會有不少秘書和助理。如果他是一州最高法院的法官，或是聯邦法院的法官，那麼，他的名字將家喻戶曉。他的判決意見將會在報上公開討論，在法學刊物上被分析，被批評。總之，他是位地位崇高的人物。

<sup>519</sup>請參照翁岳生，比較法學之理念與實踐，月旦法學，2003/7，頁 8-9。

<sup>520</sup>如法國 René David 將法系分為羅馬日耳曼法系、社會主義法系、普通法系、其他法系（伊斯蘭法、印度法、中國法、日本法），詳請參照漆竹生譯，當代主要法律體系，1990/9，目錄 1-6。

<sup>521</sup>請參照 John H. Merryman, The Civil Law Tradition, 章孝慈譯，1988/12 再版，頁 1。

## 二、大陸法系

大陸法系的法官，其形象與英法法系大異其趣。法官是位公務員，是位官吏。雖然，這種形象可能因地而異，但是，大致的情形則如下述：法官，是一位剛從大學法律系畢業出來的學生，所面臨的數種選擇中的一種。在他畢業後不久，若他想從事司法事務，他要參加一項，專為有志於司法職務的人而設的國家考試。若順利通過，則被任命為資淺法官。不須太久，他會被派為某地基層法院的法官。資歷夠了，將被提升。提升的條件，一方面決定於能力表現，一方面也要有足移的年資。他將按照事先已經預算好的方式逐漸加薪，屬於一種法官體系的成員。

到了晚年才進入司法界的例子很少。雖然，有些大陸法系的國家，也有條文規定任命傑出的律師或教授為高等法院法官的例子，但絕大多數的司法職務，即使在最高層，都是由專業的司法人員按年資升任的。高等法院的法官享有大眾的尊敬，但此種尊敬，與其他政府官員所享受到的尊敬並無不同。

大陸法系的法官，其地位之所以如此顯著不同，主要是因為基於不同的司法傳統，此一傳統，早在羅馬時代即已開始。羅馬的「法官」並非法學專家。在羅馬帝國之前，事實上，他祇是個普通人，根據民選長官（Praetor）所提供的辦法來解決一項爭執。這位「法官」並不一定要精通法律。他的權力也很有限。若需要法律力面的意見，他可以轉向法學顧問咨商。到了後來，在羅馬帝國時代，對於爭端的處理，漸漸由政府官員來負責。他們曾經研究過法律，但當時，清楚地規定了他們的職責，不外是依照帝王的意思來辦事。法官並無制定法律之權。中古時代，法官的地位一樣的受到限制。法國司法制度的特徵之一，也就是革命前後被攻擊和改革的對象，那便是，當時的法官功能，已遠離了傳統的大陸法系的形象，反而與普通法法系接近。他們曾經主動地解釋法律，建立起一套與法國中央集權政府相衝突的法律，甚至默默地發展出一套「依循判例」的原則來。

法國，經過大革命，加上三權分立的澈底實行，司法功能受到嚴格的限制。依照革命的理論，祇有代議的立法機構才能制定法律。也就是說，無論是直接的或間接的，法律不能經由法官來制定。於是表現出的情況是，要求法官在審理案子時，祇能引用現有的法律，換言之，他不能依照以前的判決來審理此案。他不必採納所謂「依循判決」的原則。另外，由於徹底實行三權分立之說，法官不可以對於不完整、矛盾或晦澀的法律發表自己解說性的意見。他們祇能將那些問題交付立法機關作一有效的詮釋。但通常，那種情況不多，經過一段時間，幾乎所有的問題都會迎刃而解，進一步送至立法機關要求解釋的情況顯無必要。

由此表現出來的司法程序，變得祇是樁例行公事。法官成爲一個資深的辦事員。除非在極特殊的情形下，現有的法律幾乎可以解決他所面臨的任何問題。他的職責，僅僅是找出一條正確的法律條文，使它和實際情況謀合，然後作成判決。它似乎祇是一種制度下的自然產物，不見個人主張。全部的司法程序，爲的是要使之符合一種公式化的邏輯。最重要的部份是法律條文。案件的實在情況，反而變得次要。祇有在遇看特殊的案子，法官才進行較為複雜的思

考工作。他引用法律，必須遵循已經定好的方面，而其所作的解釋，也不能超越一定的範圍。簡言之，法官就像是一位操作員，在操縱看一部經由立法者所設計建造而成的機器。他的作用是機械化的。在大陸法系的國家，享有盛名的人物不是法官，而是立法者，和其他十九至二十世紀歐洲和拉丁美洲的學者。大陸法傳統的國家的法官，不是英雄人物，也不具嚴父的形象。但在普通法法學傳統中，對我們而言，法官即是那樣的。大陸法傳統的法官，祇是個普通公務員，職務固然重要，但實質上確無創意。

由於背景因素的不同，必然的結果是，大陸法傳統的法官不很出名，即使對律師之言，亦是如此（當然並非絕對如此）。別人不會爲了，要想知道他的思想而研究他的著作。雖然也有例外，這情形是因爲高等法院的判決，其本身具有約束力。判決的作成，並不經過法官表決的程序，在大多數情形下，附合或反對的意見，均不作成記錄或予以公布。即便有反對票，亦不記錄下來。其趨向是，法院的意見是全體一致的。

雖然，大陸法系和普通法法系的法官，表面上的作用看來相似，但照其所擔任的職務而言，卻有實質上的差異。某方面而言，現代的大陸法系的法官，承繼看一種角色，執行一種任務，可以追溯到羅馬帝國時代已經確立的傳統。依照此一傳統，法官從來就沒有被認爲要扮演積極的角色。而法國革命，反對司法濫權的意識形態，產生了三權分立的原則，又將此一傳統再度予以肯定。因而，大陸法系的法官扮演看一個要較普通法法系的法官來得溫和得多的角色。在大陸法系，選任法官的制度，與此一在性質上截然不同的司法職位正相契合。

在一些大陸法系國家，採用剛性憲法，並設有機構以審查立法行爲是否違憲，似已改變了大陸法系法官的傳統形象。有些國家（如意大利、德國）有特別的憲法法庭。這些法庭，並非普通司法制度的一部份，也不是經由普通的司法人員組成。其之設立，合乎大陸法法學傳統，意即法官，不具制定法律的權力。這些特別法庭的設立，因爲由特別指定的法官來擔任，所以此一傳統，在形式上是保住了。事實上，一些大陸法系的極端分子主張，那些法庭不能稱爲法庭，而其成員亦不能稱爲法官。因爲法官是無權制定法律的。理由是，假若認定某項法律不合法而無效，正等於賦予了制定法律的權力。所以，這些成員顯然不是法官，而這些機構亦不是一般的法院。即使有的地力，例如在拉丁美洲，一般法院擁有審查立法的權力，但總盡力維持著大陸法系傳統的形象。司法職務無異於一般公務。法官是官吏，是公務員。司法功能是狹隘、機械而不具創意的<sup>522</sup>。

### 第三項 各國司法制度內容

理論上，研究外國法官考績制度的比較研究，必須關照各該國家的政治、社會文化背景與現況，法官考績制度受各國歷史經驗、政治體制與社會文化等因素的影響深遠；亦即法官考績制度，必須著眼於各國憲法上，政治上、歷史

<sup>522</sup> 以上請參照 John H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 章孝慈譯, 1988/12 再版, 頁 41-46。

上所確立的原理原則或架構，始能掌握其要領與精髓<sup>523</sup>。而本文在實際上與篇幅上，無法做到如前述理論上之完備，僅能就比較國之司法制度，以了解其司法概括背景，再論該國之法官考績（核）制度，附帶的談該國之一般公務員考績（核）制度，以供我國現制之參考。司法制度是一、各國司法制度特質；二、各國司法組織結構；以及 三、各國司法審查制。其主要內容在<sup>524</sup>：

### 一、各國司法制度特質

（一）英美法系從普通法引伸而來，由判例彙集而成。大陸法系從制訂法而來，要有完整的法典，以備遵循。

（二）是保障個人自由權利為著眼點，還是保障整體社會安全福祉。其所採用的審判訴訟制度便不同，前者是辯論式的訴訟制（adversarial system），後者是審問式的訴訟制（inquisitorial system）

（三）是司法一元制，還是二元制。一元制指只有普通法院體系，二元制是除普通法院體系外，尚有行政法院體系。

（四）如果是聯邦國家，其司法制度又有不同特性，有一元制如奧國，有二元制如美國，有折衷制如德國。一元制指雖是聯邦國，但司法制度如同單一國。二元制指聯邦與各邦，各有各的司法體系，折衷制指下級法院體系各邦不同，但到最高法院則共同為聯邦最高法院。

（五）是否有司法審查制，英國沒有司法評審制，法、美、日、德則有。

### 二、各國司法組織結構

各國之法院組織均成為層級系統，各有各的司法體系。法官的來源亦不相同，考核的方式亦不同。以下就以大陸法系（civil law system）之德國、奧地利、日本；普通法系（common law）之美國；社會主義法系（socialist law）之中華人民共和國，說明之。

## 第二節 德國法官之考核

德國法官分為職業法官與榮譽職法官（德國法官法第 1 條：審判權由職業法官與榮譽職法官行使之）；法官職務之法律形式，可分為終身職，定期職，試用職或委任職之法官（德國法官法第 8 條法官僅得以終身職，定期職，試用職或委任職法官之形式任用之）；德國公務員（Beamte）之定義，與我國公務員之概念不完全相同，最明顯的，自一九七二年四月十九日德國法官法（Richtergesetz）公布以後，法官已不再稱為「從事審判工作的公務員」（Richtergesetz Beamte），而是根據法官關係（Richterverhältnis）任命，與公務員性質不同之人員，雖然聯邦公務員法仍有些規定適用於法官，但職司審判權

<sup>523</sup>請參照翁岳生，比較法學之理念與實踐，月旦法學，2003/7，頁 8-9。

<sup>524</sup>請參照張世賢、陳恒鈞，比較政府，1999/9，頁 269-306。

之法官，已與職司行政權之公務員明確劃分。以下說明德國法官之考核<sup>525</sup>：

### 一、考核之性質與目的

在德國，所謂 Dienstliche Beurteilung，有將之翻譯為職務考核，亦有將之翻譯為職務評定者，本文從前者之譯名，稱之為考核，惟不論如何翻譯，均認為 Dienstliche Beurteilung 係法官職務監督之措施之一，就此部分，德國法官法雖無直接明文，惟依該法第四十六條規定：「在本法無其他規定下，任職於聯邦之法官，其法律關係，除有特別規定外，準用關於聯邦公務員法之規定。」是有關德國聯邦法官之考核，於該國之實務，係依聯邦公務員法有關考核之規定辦理<sup>526</sup>，而各邦法官法關於法官考核之規定，或如德國法官法第四十六條之立法例，或直接定有法官職務考核者<sup>527</sup>；其考核具有三方面之目的：(一)選擇的功能：藉由考核，主管可瞭解部屬執行勤務情形，並進一步瞭解處事之能力，以作為將來任用的參考。(二)領導及溝通的功能：長官之考核，係公開與被考核者溝通，使考核透明化，公務員不會淪為考核之客體，減少彼此的摩擦。(三)保護的功能：透過考核使公務員適才適所，確保其權益，並促使行政效率之提高，考核結果非屬行政處分，除在評定被考核人之適格能力及工作成績外，尚且作為未來升遷之參考資料，但不產生直接之法效果，而影響被考核人之身分、財產關係，考核權與懲戒權儼然分明，各有所司<sup>528</sup>。

### 二、考核之機關

有關法官考核之機關，究應由法官之職務監督權人(通常為法院院長及其所授權之庭長)進行考核？或將法官之考核委由其他單位為之？德國學者 Herbert Arntz 及 Joachim Hermann 認為由職務權人為考核，將使法官之任命、升遷事實上掌握於監督權人手中，而此將被用以使法官同質化，法官為奉承考核權人，有可能放棄自己之見解，養成法官曲從之精神，損害法官之獨立，而且於考核權人亦參與評議之情形，因其本身亦有評議意見，實無法客觀考核他法官之表現，甚至有黨同伐異之情事發生，此外，考核權人往往授權庭長為各該庭員進行考核，而考核權人通常照單全收，如此，考核權人之考核實無異道聽塗說，因此建議應由獨立之委員會進行考核為妥者，就此問題，亦有主張應改採奧地利法官考核之模式，交由院長、副院長與選舉產生之法官代表組織人事庭行使考核權者，目前實務上德國聯邦憲法法院對於由職務監督權人(通常為法院院長及其所授權之庭長)所進行之考核，認為係法之所許。

<sup>525</sup> 以下請參照陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台大國發所碩士論文，1993/1，頁 115-117。

<sup>526</sup> 請參照劉君毅，法官適格問題之探討，中正碩士論文，2001/6，頁 71。

<sup>527</sup> 請參照劉鑫楨，法官職務監督之研究，司法院八十九年度出國專題研究報告，2000/10，頁 56。

<sup>528</sup> 請參照蔡震榮，公務人員懲戒權與考績權之研究，收於行政法理論與基本人權之保障，1999/5 二版，頁 221-224。

### 三、考核容許領域

考核，為職務監督措施之一種，屬於監督權人之監督權限，法官之職務監督，依上說明，雖有其合憲性與必要性，然既屬職務監督措施之一，自應適用有關職務監督之限制理論，法官考核之機關不論係由監督權人(如法院院長或其授權之庭長)或由獨立之委員會行之，考核均應從個案脫離，而就法官一般之能力，例如：法律知識、事實之掌握能力、程序之控制能力等為之，考核之內容僅在評價法官過去之行爲，不得因此影響法官將來之行爲，故考核內容不得經由心理之影響而給予法官直接、間接之指示，要求法官於將來應如何進行訴訟或作成裁判。

### 四、法官考核實例

有關德國法官之考核情形，以德國薩克森邦之法官考核辦法為例，依該辦法將考核之項目分為九項：專業知識、理解能力、言語表達能力、文字表達能力、處理能力、待人接物、溝通技巧、貫徹能力及吃苦耐勞，並分別依：1＝遠遠高於平均，2＝遠高於平均，3＝高於平均，4＝平均有餘，5＝平均，6＝低於平均且遠低於平均，六種等第來給分，加總得到總成績，再評定為：極為適任、非常適任、相當適任、適任、不太適任、不適任等六種等第。德國有法官考績，但無考績獎金。

### 五、職務法庭

一九七二年四月十九日德國法官法(Deutsches Richtergesetz (DRiG))公布(二〇〇二年七月十一日法律教育改革法第一條修正)在該法第三節規定聯邦職務法庭：第六十一條 職務法庭之組織，第六十三條懲戒程序，第六十四條懲戒措施，第六十五條調職程序，第六十六條審查程序，第六十七條審查程序之判決形式<sup>529</sup>。其中應特說明的是第六十二條 職務法庭之管轄權：一、聯邦職務法庭就下列之事項有終局裁判權：(一)懲戒事項，亦包括退休法官之懲戒事項；(二)為司法利益之調職；(三)在終身職或定期職法官關於 1. 任命之無效；2. 任命之撤銷；3. 免職；4. 因不堪勝任職務之強迫退休；(四)撤銷 1. 因法院組織變更之處置；2. 根據第三十七條第三項所為之法官借調；3. 免除試用職或委任職法官職務之處分，撤銷其任命或確認其任命無效之處分，或因不堪勝任職務而令其退休之處分；4. 派任兼職之處分；5. 職務監督上之處置基於第二十六條第三項之理由；6. 根據第四十八條之一或第四十八條之二所為酌減職務或休假之處分。二、針對邦職務法庭之判決所提起之上訴(第七十九條)亦由聯邦職務法庭裁判之。

德國之職務法庭作為法官職務之權益之救濟機關，為一進步之立法，我國司法院擬定之法官法草案(2004年5月18日司法院版本)採德國之立法例。

<sup>529</sup>詳請參照司法院，德國法官法，2003/11，頁20-23。胡方新，法官之職務監督與審判獨立，載於法官協會雜誌4卷1期，2002/6，頁191-247。許正順，我國法官職務監督之研究-以職務法庭之設立為中心，2003/1，世新大學法學碩士論文，頁53-59。

### 第三節 奧地利法官考績

奧地利法官考績規定在奧地利法官職務法（Österreichisches Richterdienstgesetz，1999 年）：

#### 一、候補法官（Richteramtsanwärter）考績

（一）對於候補法官，應於每一年之前三個月，為其前一年作成考績。  
 （二）對於屬於俸給第一級之法官，應於任命後第二年之前三個月，為其前一年作成考績。此後，在其支薪達到俸給第七級之年，應予考績。對於邦高等法院之法官，亦應於其任命後第二年之前三個月，為其前一年作成考績。  
 （三）法院院長（包括區法院院長）在其認為所屬法官可能獲得與前次考績總評分不同之總評分時，得隨時聲請對於所屬法官予以考績。如對於其考績總評分是否仍能屬「良好」（gut）有懷疑時，則應聲請對於所屬法官予以考績。  
 （四）法官主張其能獲得前次考績總評分較好之總評分，且距前次考績年度，至少已屆滿一年時，應依其聲請予以考績。  
 （五）考績總評分如未達「良好」之法官，每年均應予以考績。  
 （六）法官如在一考績年度內任職未滿六個月時，不予以考績。此時該法官如無不予考績之原因時應在次一年予以考績，但以在該年度尚未依第二項至第五項之規定給予考績時為限。  
 （七）如法官之服務成績純係由於不可歸責之事由暫時降低時，則得不予考績。此時該法官如無不予考績之原因時應在次一年度予以考績，但以在該年度尚未依第二項至第五項之規定給予考績時為限<sup>530</sup>。

#### 二、考績之權限

（一）考績之權限依下列各款之規定：1.對於在第一審法院及所屬區法院服務之法官，除院長及副院長外，由第一審法院之人事庭作成考績；2.對於第一審法院之院長及副院長以及在邦高等法院服務之法官，除院長、副院長外，由邦高等法院之人事庭作成考績；3.對於邦高等法院之院長及副院長以及在最高法院服務之法官，除院長、副院長外，由最高法院之人事庭作成考績。  
 （二）對於完全在維也納或格拉茲（Graz）民事地方法院所屬之區法院服務或主要辦理刑事案件之法官，不適用第一項第一款之規定，而由維也納或格拉茲刑事地方法院之人事庭作成考績。  
 （三）對於候補法官，應由其在過去一年服務最久之第一審法院之人事庭作成考績。人事庭作成考績<sup>531</sup>。

#### 三、考績之草擬及確定

（一）人事庭之報告員應按第五十四條規定之各點，以書面草擬考績。  
 （二）人事庭應於審核前項書面草案後，核定考績如人事庭認為有補充說明之必要，得逕行為其認為必要之調查。  
 （三）對於在區法院服務之法官，在作成其考績決定前應聽取區法院院長之意見，必要時，並應與受理抗告法庭之審判長磋商。  
 （四）對於法官，因其在考績期間內之某一行為，而正進行懲戒程序時（第一二三條第六項），人事庭之考績程序，於懲戒程序確定終結之前，應

<sup>530</sup> 奧地利法官職務法第 51 條。

<sup>531</sup> 奧地利法官職務法第 52 條。

停止進行<sup>532</sup>。

#### 四、考績總評分

(一) 作成考績時應注意下列各事項：1.專業知識，特別是為執行職務所需之法規。2.能力及見解；3.努力、堅毅、認真仔細、可靠、決斷力及追求目標堅定力；4.人際交流能力及與當事人溝通之能力；5.德文（書面及口頭）之表達能力，職務所必須之外語能力；6.職務上之行爲，特別是對上司、同事及當事人之行爲，以及對職務發生影響之職務外之行爲；7.對於被任命為主管職位或可能被任命為該類職位之法官，其是否適任該種職位；8.工作成果。

(二) 對考績有決定性之特別事況應明確記載。

(三) 考績總評分等級如下：1.特優 (ausgezeichnet)：具有非常傑出之知識、能力及工作成績者；2.優良 (sehr gut)：具有通常之知識、能力及工作成績者；3.良好 (gut)：具有通常之知識、能力及工作成績者；4.及格 (entsprechend)：經常達到依規定執行職務所要求最低限度之工作成績者；5.不及格 (nicht entsprechend)：未達依規定執行職務所要求最低限度之工作成績者<sup>533</sup>。

#### 五、考績總評分之通知及法律救濟途徑

(一) 考績總評分應以秘密方式書面通知被考績人。(二) 被考績人有權利向職務單位查閱及抄錄考績。(三) 被考績人對於考績總評分得於通知後二星期內向上級法院之人事庭聲明不服。(四) 由人事庭主席親自簽名之考績正本一份，應送交保存人事資料卡之單位，以附於人事資料卡中<sup>534</sup>。(奧地利法官職務法第 55 條)

#### 六、經由其他官署作成考績

在法院以外之其他官署股務之法官及候補法官，應依各該官署適用之考績規定，對其在該官署股務之期間，作成考績<sup>535</sup>。

## 第四節 日本法官之考核

日本之一般國家公務員，依國家公務員法第七十二條規定，設有職務評定制度，即對公務員之工作考核，以為日後調動及陞遷之依據，惟日本法官乃國家特別公務員，與一般國家特別公務員有別，並無準用該法之依據，故而在適用上即發生問題，但實務上既要決定法官之陞遷及調動事宜，其最重要之參考資料，仍然是以平日對法官之考核報告為斷，目前雖無法令依據<sup>536</sup>，惟一般學界則認為應由最高法院儘速訂定法官人事評價規則，以為適用之依據，實務上，日本對於法官之考核，依慣例每年均由庭長及院長(裁判所所長)填載勤務評定表，送由最高法院事務總局彙存，為法官遷調之重要參考資料，並祕密存

<sup>532</sup> 奧地利法官職務法第 53 條。

<sup>533</sup> 奧地利法官職務法第 54 條。

<sup>534</sup> 奧地利法官職務法第 55 條。

<sup>535</sup> 奧地利法官職務法第 56 條。

<sup>536</sup> 請參照許正順，日本法官職務監督之研究，法官協會雜誌，2002/6，頁 158。

檔，該勤務評定表之內容，目前雖係採自由記載之方式，惟在平成十年（西元 1998 年）之前，該評定表係有一定之格式，其內容大致上亦可分為對法官：（一）執行職務之能力：1、工作效率（例如對案件處理之正確性、辦案速度及指揮法庭之熟練度）；2、督導能力（即對一般職員之督導，及是否有擔當庭長之能力等）；3、法律學識及學養。（二）健康情形。（三）人格性格特徵。（四）綜合評定等之考核。現今對於上開評定表雖不再作形式之規定，惟為了能對法官之考核符合公平客觀之原則，記載之重點，仍與上揭內容大致相符，至日本法官之考核機關，原係以法官會議為司法行政主體，然因法官忙於辦案，反而形成大權旁落事務單位之畸形現象，現又重歸院長行使<sup>537</sup>。日本法官亦無考績，但有就法官之辦案能力、法律見解、領導能力等項目，由庭長及院長考核。

## 第五節 美國法官之績效評鑑

美國法官無考績制度，亦無上級審視察下及審之制。美國之司法體系原無嚴格意義之司法行政，但自二十世紀之二十年代開始，司法行政運動(judicial administration movement)蔚為風潮，最高法院院長推動組設聯邦司法會議，乃開始有司法行政的雛型，六十年代美國法院的案件激增，Burger 院長遂倡導專業化的法院管理(court management)，其中一個要項就是績效評鑑(performance evaluation)，包括法院整體績效的評鑑與個別法官的評鑑，因為美國法官不是以選舉產生，就是由總統或州長的政治任命，一旦出任法官，多數留任到退休，評鑑似無用武之地，然而推動評鑑者之看法卻剛好相反，認為正因為法官是選舉或任命產生，客觀、專業的評鑑更不可或缺，於該年代裡，美國就出現許多法院觀察團體(court watching groups)<sup>538</sup>。

嗣於西元一九六二年及一九六六年透過兩次司法條款修正案之實施，使首席大法官對於任何疏忽職守、積案太多之法官得採取有效之督導措施，再由該州法官適格委員會(Commission on Judicial Qualifications)，充分發揮監督考核之功能，以督促法官克盡厥職。其後某些州甚至由法官自己對於其審判行為、行政管理、法學研究、溝通技巧及社群關係等項為自我評量，於與法院其他同事溝通及比較檢討後，將該評量結果作為提昇工作質量之參考，而各州考核評鑑法官表現之方法殊異，但評鑑方法顯與人民參與法庭活動之頻率有相當關聯，雖然上開評鑑僅供法院管理者參考，但評鑑與懲戒程序完全分開，評鑑資料不得供懲戒程序使用，然而，透過績效(工作質量)之評比，仍可間接影響法官之行為，防止其懈怠、草率，並提供積極任事之誘因<sup>539</sup>。

<sup>537</sup>請參照司法院印，考察日、韓兩國司法制度報告，收於司法院暨所屬機關出國考察報告彙編（二），1982，頁 70。

<sup>538</sup>請參照蘇永欽，法官該不該考核，收於氏著司法改革的再改革，1998/10，頁 369。

<sup>539</sup>請參照劉君毅，法官適格問題之探討，中正碩士論文，2001/6，頁 85。

美國對法官之績效評鑑，係採取類似服務業評鑑的方法，不僅在評鑑標準上，納入「消費者」的觀點，如禮民、便民、信賴等，而且評鑑者不以法院內部為限，所據資料也不以法院的統計、裁判文書為範圍。在紐澤西州評鑑的工作交給退休法官組成的委員會，伊里諾州則請心理學家訓練一批法官，使其具有績效評鑑的專長，稱之為「司法績效促成者」(judicial performance facilitators)，評鑑並參考對律師、陪審員、當事人等所作的問卷，增強外部考核與內部考核之互補作用。

美國法官職務上之行爲，以加州為例，其最高法院訂有加州法官行爲規範 (California code of judicial conduct) 可供參考，加州最高法院就該州之法官進行職務監督，於一九六一年設置司法委員會 (commission on judicial performance) 可以調查加州任一位違法或失職之法官<sup>540</sup>。

## 第六節 中華人民共和國

中華人民共和國是社會主義法治國家<sup>541</sup>。

### 第一項 法官的考核

中華人民共和國法官的考核規定在法官法 (1995 年 2 月 28 日通過，現予公佈，自 1995 年 7 月 1 日起施行) 第八章(考核)：第十九條 對法官的考核，由所在人民法院組織實施。第二十條 對法官的考核，應當客觀公正，實行領導和群眾相結合，平時考核和年度考核相結合。第二十一條 對法官的考核內容包括：審判工作實績，思想品德，審判業務和法學理論水平，工作態度和審判作風。重點考核審判工作實績。第二十二條 年度考核結果分為優秀、稱職、不稱職三個等次。考核結果作為對法官獎懲、培訓、辭退以及調整等級和工資的依據。第二十三條 考核結果以書面形式通知本人。本人對考核結果如有異議，可以申請復議。可知：法官的考核有平時考核和年度考核，與我國相似。

---

<sup>540</sup>請參照黃程暉，美國法之法官職務監督及審判獨立，載於法官協會雜誌 4 卷 1 期，2002/6，頁 127-153。

<sup>541</sup>中華人民共和國立法法第一章總則第一條「為了規範立法活動，健全國家立法制度，建立和完善有中國特色社會主義法律體系，保障和發展社會主義民主，推進依法治國，建設社會主義法治國家，根據憲法，制定本法。」；憲法第五條就規定，中華人民共和國實行依法治國、建設社會主義法治國家。

## 第二項 法官職務監督

### 一、法院體系內對法官職務監督之機制與法規範

中華人民共和國法院體系內對法官職務監督之機制與法規範<sup>542</sup>，是於中華人民共和國法官法中規定，由法官所屬人民法院所設之法官考評委員會以考核的方式，就法官審判工作實績，思想品德，審判業務和法學理論水平，工作態度和審判作風，重點考核法官的審判工作實績。結合平時考核與年度考核結果，分為優秀、稱職、不稱職三個等次，作為對法官獎懲、培訓、免職、辭退以及調整等級和工資的依據。依據中共法官法第二十一條規定：「對法官的考核，由所在人民法院組織實施。」本條明確規範，對人民法院法官的考核，由法官所屬人民法院組織實施。按中共對法官的考核制度，是指人民法院依照法定的管理權限，根據法官法和其他有關法律規定所確定的考核內容、原則、方法、形式和程序對所屬的人民法院法官進行考察和評價的一項制度。而所謂其他有關法律規定，於實務運作上係指參照國家公務員考核的有關規定。

### 二、職務監督的範圍及方式。

例如案件是否稽延？判決有無違法？指揮訴訟是否不當？及法官品操等。其處理方式？除了上述對法官的平時及年度審判工作考核監督機制外，並於法官法中明列十三項法官職務上的禁止行為，以加強對於法官職務上的監督。對於一般違反審判紀律而尚未達構成犯罪的行為，給予警告、記過、記大過、降級、撤職和開除等行政處分。而關於職務上的行為已經構成犯罪的，則依法追究刑事責任。

按法官是代表國家依據法律對各類案件做出正確裁判的執法者，此一工作性質要求法官本身必須具備優良的品德和素質，必須作到紀律嚴明，遵紀守法，清正廉潔，剛正不阿。這是保證法官履行職務的基本要求。因此中共法官法除對法官平時及年度考核機制外，並於第三十二條明確規定十三項法官所不得有的行為，以監督法官：「法官不得有下列行為：一、有損國家聲譽的言論，參加非法組織，參加旨在反對國家的集會、遊行、示威等活動，參加罷工；二、貪污受賄；三、徇私枉法；四、刑訊逼供；五、隱瞞證據或者偽造證據；六、洩漏國家秘密或者審判工作秘密；七、濫用職權，侵犯自然人、法人或者其他組織的合法權益；八、玩忽職守，造成錯案或者給當事人造成嚴重損失；九、拖延辦案，貽誤工作；十、利用職權為自己或者他人謀取私利；十一、從事營利性的經營活動；十二、私自會見當事人及其代理人，接受當事人及其代理人的請客送禮；十三、其他違法亂紀的行為。」

上述禁止行為包括法官是否拖延辦案、判決是否違法、法官品德操守等職務上的行為，以條列方式明定對於法官職務監督的範圍。另依據該法第三十三

<sup>542</sup> 以下係參照司法院陳廳長宗鎮等六人 2002 年度大陸司法制度考察報告，載於司法院暨所屬機關出國考察報告彙編。

條規定：「法官有本法第三十二條所列行為之一的，應當給予處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任。」亦即當法官違反上述職務上禁止之行為時，若已經構成犯罪者，依刑法有關規定追究刑事責任，若其行為尚未達構成犯罪的程度，而違反一般法官之審判紀律時，則給予行政處分。依本法第三十四條規定：「處分分爲：警告、記過、記大過、降級、撤職、開除。受撤職處分的，同時降低工資和等級。」這六種行政處分是根據違反審判紀律行為的輕重程度，由輕到重加以規定的。對於那些尚未構成犯罪，情節輕微，或是初犯並未造成後果的，爲了教育本人和對其他人的警示，根據具體情況分別給予警告、記過、記大過的處分。而對於尚未構成犯罪，但情節嚴重並造成一定後果，特別是其所犯的錯誤與其所擔任的職務顯不相稱，不給予降級、撤職、開除處分不足以懲戒這類違紀行為和達到教育本人的目的，爲確保法官的廉潔及維護司法公正性，應給予較嚴厲的處分。

爲落實法官法中對於法官職務監督的實施，中共最高人民法院於一九九八年九月七日頒布了人民法院審判紀律處分辦法，根據該辦法規定，對於違反審判紀律的審判人員，應當根據錯誤事實、錯誤性質、主觀過錯、情節輕重、危害大小分別情況給予不同之行政處分。該辦法根據法官法的規定，將對於違反審判紀律的審判人員的處分，作了具體的規定。而有關處分的權限和程序依法官法第三十五條規定按照有關規定辦理。處分的權限一般是按照行政管理權限的劃分來確定。至於那一層級有甚麼樣的處分權力，都要根據有關規定來嚴格執行。關於處分所進行的程序，一般是由犯了錯誤的法官所屬行政部門的主管領導，根據具體情況，在規定的權限內，經集體研究後，向所在單位的紀律檢察部門提出處分意見，由紀律檢察部門審核批准，然後根據情況採取適當的方式將處分決定通知本人。

### 三、不服職務監督之救濟

中共法官法第四十四條規定：「法官對人民法院關於本人的處分、處理不服的，自收到處分、處理決定之日起三十日內可以向原處分、處理機關申請復議，並有權向原處分、處理機關的上級機關申訴。受理申訴的機關必須按照規定做出處理。」所謂復議，是指法官對人民法院做出的涉及本人權益的人事處理決定不服，向上級人民法院提出意見和要求。涉及本人的人事處分、處理決定包括對法官本人的處分、降職、免職、辭退、年度考核定爲不稱職、降低工資等級、取消福利等行政處理決定。由於對法官本人的處分、處理決定屬於人民法院的內部事務，法官如果對決定不服，應當向原處理的人民法院或其上級人民法院申請復議或者提出申訴。原處分、處理機關在接獲法官遞交的復議申請書後，應指定原承辦人以外的人員進行復議，原處分、處理機關應當在三十日內作出復議決定，並以書面形式通知申請復議的法官。法官對復議決定不服，可以向其上級機關申訴。

上級機關對法官提出的申訴，應在接獲申訴書後三十日內，區別不同情況，作出如下處理：一、予以受理；二、不予受理；三、限期補正。對於予以受理的申訴，受理申機關應於六十日內，作出處理決定。而在復議和申訴期

間，不停止對法官處分、處理決定的執行。

## 第七節 小結

### 第一項 我國法官與德日美等國法官考核之異同

一、德國：有考績但無考績獎金；考核之目的在評定被考核人之適格能力及工作成績，以為將來陞遷之參考，但不直接產生法效果，致影響被考核人之身分、財產關係，考核權與懲戒權界限分明。

二、日本：無考績，有勤務評定在決定法官之陞遷與調動。

三、美國：亦無考績制度，亦無上級審視察下及審之制。

四、我國：考績之等第(甲、乙、丙、丁)，影響法官之陞遷、晉俸、晉級以及年終獎金之多寡。

對照德、日二國與我國法官之考績(考核)制度，可知，德、日二國法官之考績(考核)制度，其法效果僅在陞遷或調動，影響十分有限，然我國法官之考績因與公務人員同樣適用公務人員考績法之結果，其不但影響法官之陞遷且影響法官財產權之問題，產生之法效果相當強，於此情形下，法官是否為迎合考核權人之喜好，因之影響其於審判時內心之獨立，自不無疑義，故有關公務人員考績法之規定應否適用於法官向具爭議，主張應不適用於法官者，有認為；(一)法官係依據法律獨立審判，即以其良知與法律見解，表達其對系爭案件之意志，此意志無須與上級法院的見解一致，如果法官有類似於公務員之考績制度，不免對法官的裁判品質，做了「公權力的宣示」，也會引發法界、當事人與社會對頗為考績不良之法官，為人格與價值上的不當誤解，所以對於法官的考績制度，應予廢止<sup>543</sup>。(二)有認為對法官加以考核，無異使法官之調動、升遷，事實上掌握在監督權人手中，極易養成法官對監督權人卑屈曲從之性格，有害法官之獨立，並且如由監督權人單獨對全體法官考核，事實上無法期待其客觀實在，而如授權庭長等進行考核，其不同考核權人之考核標準亦不易求得同一，且有黨同伐異之弊，因此對法官不宜有考績制度<sup>544</sup>，(三)有認為考績可以使法官不升俸級，不升職等，或不升官等，達到實質減俸之目的，足以左右受考績者的意思決定，可見考績制度與憲法要求審判獨立與保障法官身分獨立之精神格格不入<sup>545</sup>，反之，主張公務人員考績法應適用於法官者，則認為法官之一般能力、專業能力、特長及人格傾向等資料對於事務之分配，擔任何種職位及升遷之參考，都有實際之需要，並且對於促進司法效率及避免遲延正義亦有必要<sup>546</sup>。除此之外，我國法官乏考績如不適用公務人員考績法，渠時，法官

<sup>543</sup>陳新民，中華民國憲法釋論，修正三版，1999/10，頁 605。

<sup>544</sup>程春益，法官之職務獨立與職務監督，政大碩士論文，1987/6，頁 143。

<sup>545</sup>林文舟，我國法官角色與地位之檢討，臺灣基隆地方法院八十一年度研究報告，1992/6 月，頁 53。

<sup>546</sup>該說引自黃-鑫，法官人事制度之比較研究，收於司法院研究年報第十輯下冊，司法院印行，

是完全沒有了考核制度?或另建立一套,如德、日法官般,僅適用於法官之考核制度?如是,該制度應如何建構?均值得吾人思考再三。

例如德國終身職法官及委託職法官之任用、調遷等人事決定,得經由法院院長、副院長、主席團成員及選舉所產生之法官代表等共同組成之首長諮議會(Praesidialrat,亦譯為法官審議會或法官評議會)以書面表示意見,奧地利則是以人事庭(Personalsenate)參與法官人事之決定,法官之任命,則須經由法院之人事庭提名後,始得任命,又非依懲戒法庭判決或職務法庭裁定所為之調職,如係屬於同一高等法院轄區內之調職,應諮詢邦高等法院人事庭之意見,如係其他情形,應諮詢最高法院人事庭之決定,又法官考績之作成,專屬法院人事庭之權限,每一法院均應設置人事庭,以法院之院長及副院長為當然委員,與以法官互選產生之選任委員共同組成之,第一審及第二審法院人事庭選任委員之數額應超過當然委員數額一名,最高法院人事庭選任委員之數額為六名<sup>547</sup>,惟此種制度是似不適用於平時考核?而以法官遭受懲戒或對考績提起救濟較妥,否則法庭之型態而予法官平時或年終考績,又違權力分立之原則。

另外,中華人民共和國雖無法官審判獨立之實,但在法院管理與制度上努力進展,亦值得吾人關注。

## 第二項 奧地利法官法職務法及德國職務法庭足供借鏡

奧地利司法雖採司法一元制,惟其法官之考用,與我國相同,對候補或資遣或表現不良之法官,予以考績,在對優良之法官與需督促教導之法官,頗為適當;德國職務法庭,符合法官自治精神,程序透明,為一進步之立法例。

司法院翁院長指出:「展望未來,台灣法治國建立須政府恪遵法律尤以行政法學的發展,應注意以下幾個議題:一、行政法的本土化首先,要重視繼受外國法制之後的消化工作。每個國家都有其傳統文化與政治經濟的特殊背景與結構,因此,在仿效外國理論與相關法律之後,應該透過司法裁判與學說詮釋,持續不斷地落實與探化,並進一步發展出合於台灣社會需要的行政法,特別是依法行政原則的內涵,應留有具體形成的空間。這種行政法「本土化」、「精緻化」的功夫,一方面可以表現在行政法總論的法律解釋上,另一方面也可以落實在行政法各論的立法與修法上。當然,本土化並不表示要脫離國際潮流,而是要積極符合國際社會的人權標準。二、行政法的專業化三、大陸法系與英美法系的兼容與調和:台灣行政法早期主要繼受大陸法系的理念與架構,晚近則補充英美法系的聽證、陽光法案、協商式糾紛解決途徑等觀念。由於台灣有相當多的中高階行政官員留學美國,加上語文上的便利(英文),台灣將來勢必還會繼續吸收英美法系的學理與法制(特別是行政法各論方面),因此,如何調和此兩大法系的體系與內涵,並兼取所長,應是台灣行政法未來發展的重要課題。四、憲法理念的落實:行政法為具體的憲法,故憲法基本權利規定及

1990/6,頁 819,至係何人所主張則未見說明。

<sup>547</sup>請參照見法官協會對法官法草案意見。

其所蘊含的人性尊嚴與立國精神等價值基礎，應構成行政法學研究的重心，並透過立法、行政與司法等方式，不斷地闡微與落實。換言之，行政法並非只是行政機關執法的工具，因此，不論是行政法總論或是各論，其內涵皆需與憲法的理念與價值相互呼應，以符合法治國的實質精神。五、行政效能的重視與兼顧：最後，行政法固然應具有保障人民權利的功能，但行政效率與效能的提高，亦不容忽視。就此部分，行政法學必須向行政學取經，尤其是提高行政效能與達成行政目的等相關理論，應構成行政法學研究的一環。總之，像是『解除管制』、『組織再造』、『政府瘦身』等與行政合理性有關的問題，將是台灣行政法學往後發展所不容忽略的議題。<sup>548</sup>法官考績制度是個別行政法，法官的考核制度，甚至法官法的立法宗旨，於此段話涵括殆盡。

---

<sup>548</sup>翁岳生，台灣近年來行政法之發展，法令月刊 52 卷 3 期，2001/3。



## 第七章 由公共行政觀點看法官考績

### 引言

◎「Show me the money or show me the ethics?」<sup>549</sup>，給法官考績獎金還是給法官公務倫理呢？

### 第一節 前言

如果沒有一套良好的制度以規制法官審判權，浸蔚成法官審判的優質文化，正義只靠法官的人格，未免太單薄？除非是在烏托邦與桃花源內，問題是在烏托邦與桃花源內，還有需要法官的存在嗎？正義的保障，除了依靠法官的人格外，更應有組織的制度與力量作為其後盾。日本國憲法第七十六條第三項規定：「法官依其良心，獨立地行使職權，並只受本憲法及法律的約束。」法官依其感官認定事實，在雙方都提出證據時有自由心證之權，涵攝到法律構成要件，又因其解釋方法而有不同的法律適用，不同的法官人格特質，不同的法官對法學有不同的詮釋，可能產生同一案件，在不同的法官，或同一法官在不同的情境下，就會有不同的裁判結果；法官是法律的代言人，問題是同樣的法條，卻有不同代言，則人民如何信服？何謂良心（conscience）？何謂人格？人性本善還是人性本惡？

此即涉及馬斯洛的需求層次論與 XYZ 理論：一九六九年，Abraham Maslow（1908-1970）在 *Journal of Transpersonal Psychology* 的創刊號提供了兩篇文章：「The Farther Reaches of Human Nature」以及「Various Meanings of Transcendence」。僅由這些篇名不難看出 Maslow 的思想已經由人本進化到超個人了。他在第一篇中寫道：「……第三心理學逐漸讓位給第四(勢力)，『超人本心理學』著眼於超越性的經驗，及超越性的價值……這新運動的另一個特色便是再度神聖化，再度靈性化。價值中立的科學有意剔除神聖性，將一切東西中性化，力求實證性，它只取可用的部份，也就足感官可以捕捉的資料；超人本思想則為我們帶來了嶄新的一面，當你打開了價值及高峰或超越性經驗的那一扇門，整個嶄新的可能性便出現在眼前，有待你去發掘……我們所面對的是人的新形象，這是關鍵所在，其餘一切會隨之開展。」

Maslow 自從由純人本的層面演進到超個人及超人本觀點後，他開始修正他最有名的「需求層次」論，我們都知道在一九五四年，身為人本心理學中流砥柱的 Maslow 出版了影響深遠的鉅著動機與人格（*Motivation and Personality*），書中提出了他的需求層次論，由下而上地列出了人性需求：1.生理的需求 2.安

<sup>549</sup>法官的工作環境沒有改善，綿綿無盡的工作量，過勞的壓力，給予獎金即可慰勞？請參照林宜諱，品德管理，載於遠見雜誌，2004/6，頁 175-182。

全的需求 3.愛與隸屬的需求 4.受人尊重的需求 5.自我實現的需求。

然而進入了一九六〇年代前後，Maslow 開始感到這一層次架構不夠完整，人本心理學的最高理想：自我實現，並不能成爲人的終極目標。他愈來愈意識到，一味強調自我實現的層次，會導向不健康的個人主義，甚至於自我中心的傾向。我們應記得他說過「缺乏超越的及超個人的層面，我們會生病……我們需要『比我們更大的』東西……」人們需要超越自我實現，人們需要超越自我，因此 Maslow 在去世前一年，一九六九，發表了一篇重要的文章 Theory Z，他在文中重新反省他多年來發展出來的需求理論，可歸納爲三個次理論，即「X 理論」「Y 理論」及「Z 理論」，構成了下面的體系：

Z 理論	6.認知需求（超越性靈需求）
Y 理論	5.自我實現的需求
Y 理論	4.受人尊重的需求
Y 理論	3.愛與隸屬的需求
X 理論	2.安全的需求
X 理論	1.生理的需求

Maslow 試用不同的字眼來描述新加的最高需求（屬於 Z 理論），例如：超個人、超越、靈性、超人性、超越自我、神秘的、有道的、超人本(不再以人類爲中心，而以宇宙爲中心)、天人合一等等<sup>550</sup>。Maslow 在一九六五年出版「健全心理管理」（Eupschian Management）提出 1.開明管理 2.自我實現的工作環境 3.權變觀點 4.高綜效的組織 5.管理的 Z 理論；對後世管理學界產生極大影響，Peter Drucker 即推崇此種管理思想<sup>551</sup>。

思考上述情境案例，我國法官考績制度之設計，對於法官的人性需求，是採用何種理論呢？採 X 理論，滿足法官基本需求以激勵其盡職，顯然是不夠的；採 Z 理論，是理想，但是適合我國嗎？掌管司法之行政人員（尤其是兼院長、兼庭長之法官）應該知道上述理論，才能領導司法<sup>552</sup>。

## 第二節 公共行政學與法官考績制度

### 第一項 公共行政學對法官考績制度之重要

本文之法律研究所的法官考績論文爲什麼會涉及到公共行政呢？因爲，這

<sup>550</sup>請參照 <http://www.vbqa.com/gurdjieff/psy/maslow3.html>。

<sup>551</sup>請參照行政學名家選粹（一），2004/5，空中大學發行，頁 53-90。

<sup>552</sup>請參照陳建順，淺談如何甄選優秀司法行政管理人才—跳脫司法困境的不二法門。載於法官協會雜誌第 3 卷第 2 期，2001/12，頁 425-436。

不僅僅是多元化的社會，知識經濟的時代<sup>553</sup>，從科技整合的觀點，以不同的角度來看法官考績問題，而且是考績基本上就是政府為達成施政目標，評估績效，講求效率所設計出來的一種公共行政技術，考績不管在公部門或私部門在人事行政或人力資源管理上，是在職人員考核制度的重要環節，對政府部門的在職法官，亦不例外的，應有考核制度，以求達成國家給付司法人民的義務（Justizgewahrungspflicht）。

行政法本來就與公共行政學源出同流關係密切，相輔相成<sup>554</sup>，司法院院長翁岳生教授曾說：「行政法固然應具有保障人民權利的功能，但行政效率與效能的提高，亦不容忽視。就此部分，行政法學必須向行政學取經，尤其是提高行政效能與達成行政目的等相關理論，應構成行政法學研究的一環。總之，像是『解除管制』、『組織再造』、『政府瘦身』等與行政合理性有關的問題，將是台灣行政法學往後發展所不容忽略的議題<sup>555</sup>。」；從公共行政學看法官考績制度可以看到整體架構，而非僅看到法律之層面。

法官考績除了涉及法律層面外，亦涉及公共行政層面，多數論文多從公共行政探討考績之問題，論法官考績亦應從公共行政層面予以探討；公共行政係研究如何有效處理公務機關中人、財、事、物、時間、空間的系統性知識，亦稱行政學。溯其創始之初，原隸屬於政治學的一環，直至二十世紀，才脫離政治學而成為一項專門的學科。行政學是一門綜合性、交叉性的學科，它廣泛運用政治學、經濟學、社會學、管理學、心理學、統計學、法學、財政學、系統學、資訊學等學科的基本原理；但又具有獨立的研究對象、內容，成為一門獨立的學科。行政學是從政治學衍生出來的，研究國家行政管理現象，具有鮮明的政治性。行政學也是管理學的一個分支，管理研究的目的是要提高組織的

<sup>553</sup> 司法院長翁岳生於 2004 年 6 月 7 日各級法院首長司法業務座談會中，提出「二十一世紀知識經濟時代的司法，以科技整合的宏觀視野，結合具體應用的微觀實例，建構出以『人』為中心的司法改革藍圖」，與本文之觀點，不謀而合。見司法周刊 1188 期，2004/6/10，第一版。

<sup>554</sup> 例如德國 Hans J. Wolff；Otto Bachof；Rolf Stober 所著之行政法 Verwaltungsrecht (Band 1；München 1999)，一開始即以一百多頁（該書第一編 公共行政）闡述公共行政（學）；德文 Verwaltungsrecht，verwaltung 即管理之意、recht 即法律、正義之意，討論管理的法律即是行政法；行政學，德文 Verwaltungswissenschaft，verwaltung 即管理之意，wissenschaft 即探討知識的科學，行政學是一門探討管理的科學；可知其關係密切；在該書有：「行政法和公共行政是許多其他學科的研究對象、課題、方法和概念。為了防止因先入為主而排除某些視角，應當擴大科學研究的範圍。行政學是從總體角度把握、調查、整理和解決行政中的問題、特點、表現形式和結構的科學，其出發點是現代行政的整體結構，而非單純的以法定方式執行法定任務的活動。除了法律的側面之外，行政學還要研究大量的非法律課題。因此，行政學的著眼點是公民、行政主體和國際社會相互之間的多元化需要。」（見高家偉譯，2002/8，頁 97）「行政法學是一種積極的、理念性的科學，以憲法、習慣法、正式法律和法規命令以及行政機關和法院的實踐為根據，對現行有效的行政法進行系統性、結構性和解釋性的研究，以揭示行政法的精神和理性，分為總論和分論兩個部分。總論研究行政法的法律淵源、行政的法律地位，行政法的主體（包括行政組織），行政活動，行政法上的權利義務，行政法上的賠償，行政法律救濟等頓分論研究公務員法等。」（見高家偉譯，2002/8，頁 101）。另廖義銘，行政法基本理論之改革，2002/10，該書強調行政學之新公共管理與行政法之關係，該一開頭便引用 M. J. Breger，1996. 說：「We live in an age of reconceptualization of administrative law……」（我們生活在一個重新建構行政法概念的時代），頗值深思。

<sup>555</sup> 見翁院長岳生，台灣近年來行政法之發展，法令月刊 52 卷 3 期，2001/3。

工作效率，獲取特定的經濟效益和社會效益。公共與效率的強調，政治與經濟的均衡，理論與實務（解決問題）的兼顧是公共行政學的特色。法律固為國家制度之一環，但僅從法律看法官考績制度，易流於狹隘，見樹不見林，在當前多元化的社會，開放的組織系統（渾沌理論），鐘擺理論，網絡社會的興起，流動的空間與時間，法官考績制度如果閉關自守，雖可形成茶壺裏的風暴，但無視週遭大系統環境，恐難蔚成潮流。甚至衍生不良之效果，如憲政危機<sup>556</sup>或司法危機。

行政法學上所探討的組織基本上是以「行政主體」及「行政機關」等權利義務主體或法定組織(含行政機關、內部單位、公營事業及公營造物等)為主；不同於此，公共行政學上的組織則是一個開放的系統觀念。而且，行政法上所講的組織發展是以組織改造（例如：行政院的組織重組）之法制面為中心，從而去研究「行政保留」、「組織保留」與行政組織法、公務員法等概念或領域；但不同於此，公共行政學上的組織發展概念之基本隱喻則是，仍視組織為一個「開放系統」，其分析單元有個人、團體和組織（層級），其干預或探討的方法及內容包括組織成員的觀念和價值、組織過程、組織結構及整個系統的改變等；至於，組織發展的主要核心價值係促使組織成員學習合作及參與，以互相促進改變，亦即實施有計畫的變革目的，進而增進組織的效能及健全。

吾人會發現法律人與行政人（或政治人）之間似乎是不具可對話性的。不過，我們若進一步反省，應該發現兩者之間(行政法學及公共行政學的上組織)可以是密切關聯的，只不過他們看問題的角度所有不同而已（再我看來，其實是心態的問題）。例如依吳庚教授的見解，所謂「行政主體」若廣義言之，就是指公法人及其所屬機關；狹義而言，則單指公法人。在此，無論採廣義說或狹義說之見解，行政組織進一步就是指公法人及其所屬機關暨成員的總稱。那麼這樣的說法，與公共行政學所講的，行政組織作為開放系統，包含組織、團體及個人三個層次，實在已看不出有何特別重大的差別。關鍵反而在於，既然公共行政學把「行政組織」當作一個「開放系統」來看待，那行政法學難道就把「行政組織」當作一個「封閉系統」來看待嗎？我想，答案應該是否定的！為什麼？因為：

（一）組織必須為某種形式的社會組織；蓋任何個人包括行政機關中的公務員都不能單獨作為行政組織的主體，只有某種形式的社會組織在具備法定的要件下，才有資格成為行政組織的主體。而行政組織主體的存在目的，就是為了實現以「人性尊嚴」為中心的「行政價值」，包括：權力控制（如權力分立與制衡）、福利資源分配及社會正義的找尋，藉以保障人民的基本權利。如此一來，行政法上的行政組織還有辦法為封閉的系統嗎？

（二）行政組織依法行政的形式，除事實行為外如為法律行為者，均將直接對外發生法律效果，如法規命令的發布、行政處分的作成與行政契約的簽訂等。而此處的「對外」，就是指對「組織系統」的外部「標的人口」（無論是不特定多數人或特定當事人）進行拘束與互動。基此，組織如果是一個封閉系統，何德何能可以對外發生法律拘束力呢？

<sup>556</sup>請參照李惠宗，國家組織法的憲法解釋，台大法學論叢，Vol. 26No. 4，1997/7，頁 13-75。

既然，經由上述的論證，我們似可以確認行政組織為一個「開放的系統」，剩下來的問題就是該「開放的系統」的層次（層級）問題了。一般而言，行政組織作為開放系統仍係由三個層級組合而成，第一個總體層級就是組織的總體層次，也就是公法人的整體概念，用霍布斯（Hobbes）的語言來說，就是大大小小的「巨靈」（Leviathan），例如國家、地方自治團體及其他行政主體（像是農田水利會或未來的行政法人等）；需要具像定義的人，可以參考我國行政程序法第二條的規定。第二個層級則是組織內的「團體」，「團體」一詞在公共行政學上可以是法定的人群及制度之集合（如組織內之機關、單位等），亦可指涉非正式的人群集合（如組織內的派系）；對照於此，此處行政法學所講的「團體」恐怕須以前者（即組織內之機關、單位等）為是，因為後者（即組織內的派系）已屬「法外空間」的蠻荒領域了。至於，第三個層級則是組織內的「成員」，就行政法學的角度來說，就是指有關行政主體的職務擔當人，也就是「公務員」的概念了。

## 第二項 法官與政治

初期的行政學認為行政即政治，涉及行政即涉及政治，法官在司法行政官僚體系內，亦難免不涉及政治，甚至認為法官要以國家利益為審判之標準，凡涉及國家利益，縱係人民之基本權亦要犧牲，在歷史上最有名的是，納粹時期的法官<sup>557</sup>。

關於政治的內涵，有三種主要的觀點。第一種是「制度說」，流行於第一次世界大戰前後。主要代表人物有伊利諾斯州立大學政治學教授迎納（Ganer J. Wilbord）等。他在一九二八年所著「政治科學與政府」一書中提出，國家現象及其各方面關係構成政治學的主題。另一位政治學家捷特爾（Raymond G. Gettell）也認為，政治學可簡捷地定義為國家理論；第二種是「權力說」，著名代表人物是芝加哥學派創始人之一拉斯韋爾。一九三〇年他在「政治學與精神病理學」一書中提出，研究政治就是研究有影響力的人物。一九五〇年他更直接提出研究政治就是研究權力的形成和分享；第三種是「分配說」，代表人物是伊斯頓，他於一九五三年在「政治系統」和一九六五年的「政治分析綱要」中確立了這一觀點。

三種觀點，三個角度，各有側重。其中的「分配說」對於說明本文關於統治階層之所以對政治採取主動態度，具有較強的解釋性。這種觀點認為，政治是涉及為社會進行的價值物的權威性分配的那一部分社會交往。按照美國學者傑克遜（Donald W. Jackson）的解釋，所謂「價值物」是指一切對人們的物質和精神生活有價值的東西，如權力、地位、尊榮、福利、財產、機會等，或者說是一切人們希望得到但又總是供不應求的東西；「分配」是給予或者剝奪某些價值物的行為；「為社會進行的」，是指這種對價值物分配的決定在範圍、規模、權威性方面都達到一定的公共程度；「權威性」是指在合法性和強制性基礎上，這種為社會的價值物分配的決定被一較為持久和有目的的社會組織中的

<sup>557</sup>請參照德國穆勒著，王勇譯，恐怖的法官，北京政法大學出版，2000/9，頁12以下。

成員所承認。

按照伊斯頓的觀點，政治，說到底就是一種關於社會價值物分配權的歸屬問題、是社會價值物的分配方式與標準問題。它可以是公眾參與的、民主程序的、儘量公正的一種，也可以是家長獨裁的、排斥大眾的、沒有公正的一種。在中國既定的封建專制的文化基線上，社會價值物的分配當然是後一種類型。通過對這一權力的完全佔有，統治階層隨心所欲地對社會的一切有價之物進行以自己利益為標準的切割與分配，他們不需要考慮公眾的想法，也不需要顧及合理化的程式，這種方式所帶給他們的物質與精神的滿足感、優越感和特權感正是使他們牢牢把住專制車轅的根據，也是他們的政治價值指向的物質基礎<sup>558</sup>。

所以法官應該了解政治與司法權之關係，並建立免於政治干涉之司法制度，司法之所以為民所信賴之權利，是因為法官在憲法即法律下，本其良心，分配爭執價值標的物，而促成社會之安定性。所以法官為避免使人懷疑，不可加入政黨<sup>559</sup>，涉及政治問題<sup>560</sup>（統治行為），法官應具有敏感性，免得法院淪為非法律之政治工具。

我國憲法第八十條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」是否法官依循制定法而為裁判，即為完美無誤，對其評價即應給予優等呢？考績即應甲等呢？所謂依據「法律」獨立審判，是制定法，實證法，還是包含自然法呢？最著名的案例—紐倫堡大審 Judgment at Nuremberg：第二次世界大戰結束時，戰勝國根據一九四五年八月八日簽定的「歐洲國際軍事法庭規章」成立了歐洲國際軍事法庭，對前納粹領導人進行審判。紐倫堡大審起訴書包括四個罪狀：反和平罪，危害人類罪，戰爭罪及侵略罪。此次審判特點在於：改變過去視戰爭為合法行為的習慣，並引進了侵略戰爭的概念；改變了

<sup>558</sup> 馬慶鈺，告別西西弗斯：中國政治文化分析與展望，2002/8，頁 95-96。

<sup>559</sup> 一、奧地利對於法官政治活動於奧地利法官職務法第五十七條規定的一般義務第三項明確規定「法官在職務內及職務外應保持其舉止行為不被指摘，且不能為任何有可能損及對法官職務行為之信賴或法官職位尊嚴之行為。法官禁止隸屬於外國的或追求政治目的之社團。」。亦即明文禁止法官請參照加政治政黨，則當然也就不得從事政黨政治活動。二、義大利憲法第九十八條第三項規定「法律得限制法官、現役軍人、警察及塑察人員、及駐外國之外交官、領事，加入政黨之權利。」三、西班牙的憲法第一百二十七條第一項前段規定「法官、裁判官及檢察官於執行職務中，不得擔任其他公職，亦不得隸屬於政黨或工商團體。」四、美國律師協會於一九七二年採用司法人員行為準則，代替原訂之司法人員倫理守則。劉鑫楨，法官與政黨—研究西方民主社會之法官與政黨活動之關係，收於司法院出國考察報告彙編（四）1997/6，頁 291。

<sup>560</sup> 「統治行為」乙語，係日本學者自法國法上之 Acte de Gouvernement 翻譯而來，而法國法上之 Acte de Gouvernement 並非成文法上之概念，係判例法上之概念，且其所謂 Acte de Gouvernement 係單指行政立法司法三權中屬於行政權之行為而言，並不包括議會行為（Acte Parlementaire）在內。雖然，在法國議會行為亦不受法院裁判，但其理由與統治行為有異，因為法國體制係以立法權居於優越之地位，司法權從屬於立法權，對於法律並不享有違憲審查權，形成所謂「立法國家」（gesetzgebungsstaat）。議會行為不受法院裁判係基於此項理論而來，其與統治行為分別建立在不同之理論上，而同時均可排斥法院的司法審查。統治行為在美國判例法上，則用「政治問題」（Political Question）乙語出之。由於美國各級法院享有法律違憲審查權，並未區分行政行為與議會行為之觀念，二者均統一在「政治問題」之概念下。請參照林錫堯，統治行為，1981/3，頁一。

過去只能指控國家而不得指控個人觸犯戰爭罪和危害人類罪的作法，換言之，不得以違反國家主權為由，阻礙對國家涉案人的法律追究。審判最後，國際法庭的各國法官終於取得協議，決定以四種罪名來進行判決，即「密謀侵略」、「侵略」、「指揮戰爭」、「殘害人群」。其中對納粹時期的法官予以有罪判決<sup>561</sup>。

一項法律由有權制定的機關，依照一定的程序制定公布，就具備形式合法性。但是，如果該法律的內容侵害憲法所保障的權利與自由，或不公正的設定義務，或違反人類之所以建立社會過群居生活的目的時，就不具有實質合法性，換言之，不具有正當性<sup>562</sup>。例如納粹時代，曾經由立法機關依照法定程序，制定公布法律，可以消滅「無生存價值的生命」，Hitler 就藉法律迫害猶太人與政治反對者當法律被獨裁者或極權政權利用為不法之工具時，法官即使不是政治法官，在採極端法律實證論的情形下，他自然而然也成為獨裁者或極權政權的工具，自稱一切依法審判，事實上卻是依不法之法來審判，鞏固獨裁與極權的不法狀態。在不法之法的情形，法律安定性轉變成為不法安定性。在不同的政治、法律秩序中，法官可能經常處於一尷尬情況之下：法官一方面受讚揚，當他完全摒棄自己個人的道德觀念與良知而只服從制定法，因為唯有制定法擔保秩序與法律和平。另一方面，法官也正因服從制定法之故而被輕視，而且社會上許多人期望他有人格、良知反抗（不正的）制定法，因為唯有正當法能對抗赤裸裸的權力而獲得勝利。法官職業的理想非常崇高，係法治國家中不可或缺的一大支柱，正因如此，不同的期望與見解就對法官加上不同的責任。<sup>563</sup>

在法治國觀念之下，最主要的是要求國家行使公權力必須具備合法性。司法方面，依法審判，是指審判的人必須具有法官資格，禁止例外法庭，進行訴訟要符合法定程序，裁判要有法律與法理上的根據。若「依法審判」的「法」僅指制定法時，則當法律（制定法）內容不公正、違反正義，或因而成為政治權力工具時，法官「依法審判」反而使他自己成為創造與執行不義的「共犯」之一，也使他成為政治工具。

極端的法律實證論在法律上造成一可能性，使處於不法制度下的法官由於「法律就是法律」而成為獨裁者及其不法制度的僕役，並且負有義務適用不法之法。如果我們要使法官成為實踐正義的人，在法律上就不能使他必須受「不法之法」所拘束。在一不法國家中，當法官認為一制定法為不法時，也不能以他的職位極可能被獨裁者或其幫手侵害為理由，而主張法官受制定法拘束也包括「不法之法」在內，因為由法官的任務來看，適用「不法之法」正是違反他

<sup>561</sup>請參照英戈·穆勒著，王勇譯，恐怖的法官—納粹時期的司法，2000/9，北京政法大學出版，第3章第8節「對法官的審判」，頁255以下。

<sup>562</sup>請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，國家權力的形式合法性與實質正當性，頁16-18；並請參照釋字第523、520；499；392、445、400、425、440、516、436。

<sup>563</sup>請參照見 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel. 2. Aufl., Köln 1984, S. 131f.；轉引自劉幸義，政治對司法之影響，民間國建會特輯(2)—司法改革，1990年，頁105-127。

效勞正義的義務<sup>564</sup>。

我國依大法官釋字第三八、一三七、二一六、三七一、四〇七、四三六、五三、及五三九號，可導出以下之結論：法官「依法」審判，並非純只依形式之制定法(Gesetz)，如憲法形式之法(Verfassungsgesetz)及一般形式之法(allgemeines formliches Gesetz)，尚且包括非形式(不成文)之法(Recht)，其合法原則(Rechtsprinzip)在內<sup>565</sup>。

當年，法國思想家托克維爾在觀察美國社會時，曾指出在美國，幾乎所有的政治問題都要變成司法問題。這意味著司法權的影響力不僅及於狹義的法律領域，而且是整個政治權力格局中的重要力量。我國司法亦正面臨此種問題，法官不勝其擾，第四權之媒體亦多有報導。

事實上，行政與政治不可能分離，「政治中立」一詞，僅及於公務人員政治行為之中立，未能涵括更為重要之依法行政、執法公正，並易遭誤解為要求公務人員應放棄其政治立場，及憲法所保障之集會結社等基本權利。依考試院擬定之公務人員行政中立法草案(考試院 2004 年 9 月 19 日函送立法院版本)，「行政中立」它包括下列三點意義：1.公務人員在職期間應盡忠職守、盡心盡力，推動政府政策，造福社會大眾。2.公務人員在處理公務上，其立場應超然、客觀、公正，一視同仁，既無偏愛也無偏惡。3.公務人員在日常活動中不介入地方派系或政治紛爭，只盡心盡力為國為民服務。換言之，「行政中立」乃指公務人員應大公無私，造福全民，不得偏倚之意。旨在要求公務人員應依法行政、執法公正並建立公務人員之政治活動規範。所以以「行政中立」用語較「政治中立」妥當。法官原則上仍應適用該法，惟依該草案之規定，其他法律有更嚴格規定者，從其較嚴之規定。司法院擬定之法官法草案(2004 年 5 月 18 日司法院版本)第十五條「法官於任職期間不得參加政黨，任職前已參加者，應退出政黨。法官參與各項公職人員選舉，應於各該公職人員任期屆滿一年以前或參與補選登記前，辭去其職務或依法退休、資遣。法官違反前項規定者，不得登記為公職人員選舉候選人。」即其更嚴格規定。所以法官應遵守審判獨立與行政中立之原則<sup>566</sup>。

### 第三項 公共行政學之意義與範圍

#### 一、從政治、管理及公共政策、公共性的觀點來看行政學的涵義

自一八八七年威爾遜(Woodeow Wilson)發表「行政的研究」(the study of administration)以來，公共行政的發展也有一百一十年以上的歷史；而行政並非

<sup>564</sup> Franz Wieacker, *Ausgewählte Schriften*, Band 2, *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*. Frankfurt a.M. 1983, S.177ff, 轉引自劉幸義，政治對司法之影響，民間國建會特輯(2)——司法改革，1990年，頁105-127。

<sup>565</sup> 請參照李震山，論法官依據法律獨立審判，收於法與義，2000/5，頁10。

<sup>566</sup> 請參照劉昊洲，司法獨立與行政中立，2004年5月13日，載於司法周刊第1184期3版。

僅指政府的行政部門所管轄的事務，而是指整個政府各公務機關推動政務所採取的一切作為。廣義的說，行政就是政府各部門各機關政務的推動。行政學不相同時期不同主題<sup>567</sup>，茲以政治、管理、公共政策及公共性等觀點來說明行政的含義：

#### 一、政治觀點下的行政：

可分成二種觀點即：1.以三權分立為基礎，視行政就是行政部門所管轄的事務。2.以政治行政分開為基礎，即將行政包含在政治之內，政治範圍較大。層次高；而行政範圍較小，層次較低。

#### 二、管理觀點下的行政：

從管理觀點來說，行政實為對公務作有效處理的方法與技術，所以應該注重組織、計畫，領導、人事、協調、監管及財務等方面的運用，也就是以最大的努力完成政府或公眾團體的任務與使命。

#### 三、公共政策觀點的行政：

視政府是政策的擬訂者與執行者，其政策的規劃與執行的結果，這一連串的過程就是行政。所以行政與公共政策實為不可分割的一體兩面，無論在政策的認定、規劃，或是政策的執行與評估，在在涉及政府的行政效能。

#### 四、「公共性」的觀點：

公共性的觀點和一九六八年在美國發展的「新公共行政運動」有著密不可分的关系。一九七〇年代後期的美國公共行政學界開始反省，認為當前行政研究和理論已漸偏離了民主社會所應關切的公平、正義、自由等倫理價值，不但無助於實現公益的目標，更喪失了使命感與方向感。因此要想從根本性，規範性與價值面的角度來瞭解行政的意義，必須先理解公共行政的獨特性質，即公共性的意義。所謂「公共性」，在於公共行政為公共福祉與公共利益服務，其目標在實現公共目的，也就是對公眾的願望與需求負起積極的責任。所以公共性指的是公共行政為彰顯公益，實踐公共目的，並積極負責的一種特性。

由上述四種觀點界定行政，可瞭解到行政乃是政府主要職能之一，在於維護並創造公共利益，並實現公共目的。對此，發揮「效率」、「回應」、「前瞻」三種角色功能。其中：一、效率觀的公共行政：即公共行政是有關於如何建構與操作一組織，以便有效率地完成工作。二、反應力觀的公共行政：即公共行政必須與民主社會配合，並反應民眾的需求。三、前瞻力觀的公共行政：即公共行政要有推動社會多遷，主導政治經濟，文化發展的能力。在當前公共行政學的應用科技和方法理論已有相當的進展，朝向多元典範的途徑。尤其在組織理論和資訊科學方面，突飛猛進，日新月異，速度與效率決定一切成果。公共行政的躍進與組織理論，組織之考績，甚至是法官考績，亦有相當大的進展，係成一專業之學科<sup>568</sup>。經以上分析後，綜合行政的含義歸納如下：1.與公眾有關的事務，須由政府或公共團體處理者。2.涉及政府部門的組織與人員。3.政策的形成、執行與評估。4.運用管理的方法以完成政府機關的任務與使命。5.以公法為基礎的藝理藝術。6.以達成公共福祉與公共利益為目的。

<sup>567</sup> 翔請參 <http://www.cc.chu.edu.tw/~ma/ChiaNanYeh-Web/administration-summary.htm>。

<sup>568</sup> 如林水波，考績制度：理論研析與經驗印證，1989/4，內容精湛，理論清晰，殊值讚嘆。

## 二、範圍與內容

行政學是對各種行政現象作有系統、有組織的研究所獲致的具體知識，行政學的範圍與內容，以行政現象的種類作為分類的標準，有下列五大部份<sup>569</sup>：

### (一) 行政組織

行政現象最基本的問題就是組織，自有人類以來，組織就扮演了最重要的角色，從簡單的家庭組織，到複雜的社會組織，人之所以成為萬物之靈，就在於會運用組織，而政府組織或企業組織（如公司、工廠）乃是人們為了完成特定目的時所共同結合而成的一個有機的完整體。行政學的一項主要內容就在於研究政府組織的各種現象與問題，包括：

一、組織理論：對組織的基本概念加以探討，研究組織到底是什麼的一套理論架構，從行政學的發展來看，有傳統時期及行為科學式人群關係時期的組織理論（又稱先系統研究法時期的組織理論，及系統研究時期的組織理論）。其主要的差異在於「先系統研究法」係以組織內在因素為研究重點，而系統研究則注意組織外在環境因素及其與組織的互動關係。

二、組織結構：就組織的縱向與橫向的分工狀態來研究組織問題，所謂「層級化」與「分部化」的現象，即為組織結構的基本面向，而傳統的結構在面對快速變遷的社會環境下，又將如何的適應？像「矩陣式」一類的組織的出現，即為一例。

三、組織動態：以組織人員的互動現象為研究重點，組織構成的最基本單位是「人」，但人是社會的動物，自必與他人發生互動的關係，尤以在同一組織中的互動最為頻繁，互動的結果有正面的，也有負面的，像合作協調的行為就是正面的結果，而衝突抵制的行為則為負面的結果，組織動態即在於研究這些問題。

四、組織發展：組織如何因應社會變遷而不斷的成長與發展？尤其在此科技衝擊與知識爆發的時代，組織的人員必須時時吸收新知識並改進個人的行為，如此方能使組織的目標及人員的目標均得以達成。

### (二) 行政運作

這一部份在研究行政的動態現象，也稱行政行為，即對政府政策的制定過程及人員的領導、溝通、激勵等加以研究，並涉及到公眾關係。包括：

一、行政領導與行政監督：一個健全的組織，不僅要有合理的權責分配關係，同時還要有正確而有效的領導與監督。但是領導所涉及的内容又有很多，例如領導的研究法、領導的基礎、領導的方式與技術、領導的條件等，這些皆是行政學者所樂於探究的問題。

二、行政計劃與行政決定：即一個機關於事前決定應作何事及如何去做的一套學問。凡有完善周詳的計劃者，其機關的使命必易於達成，但是如何作計

<sup>569</sup> 以下請參照張潤書，行政學，1998/3，頁 12-15。

劃卻不是一件簡單的事，它涉及到許多因素。

三、行政授權：機關的事務不可能由首長一人來完全處理，必須要授予各級人員以一定的事權與責任，這就是行政授權，它包含了授權的原則、時機、障礙、及技巧等。

四、行政溝通與協調：溝通與協調實為一體之兩面，溝通在求思想、意見的交流與一致；協調則在求行動的配合，唯有在人員思想一致的情況下，才能消除本位主義，彼此互助合作、共赴事助，完成機關的任務。

五、行政運作的新觀念 自一九八〇年代以後，對於行政運作又有了新的觀念與作法，它們和原來的一些看法有著相當大的差異，例如：新政府運動(reinventing government)、組織再造(organization re-engineering)等，特別注重政府功能的調整、公務人員工作態度的改變、及公務流程的重新規劃等；又如：企業型政府、全面品質管理(total quality management)，及危機管理等，皆賦予行政運作以新的生命與力量。

### (三) 人事行政或公務人力資源管理

人事行政亦可稱為公務員制度或文官制度，它是指政府為完成其使命時，對其工作人員作最適切、最有效的選拔、任用，以及管理的方法與知識，其目的在使「人盡其才」、「事竟其功」。人事行政所包括的內容也很廣泛，即：公務員的考選、銓敘、任用、薪俸、職位分類、考績、獎懲、訓練、升遷、福利、保險、撫卹，及退休養老等項目。不僅內容複雜，而且處理特別困難，因為人是萬物之靈，有思想、有感情、也有理智，絕不能以管理事物的方法來處理人事問題，必須運用心理學、倫理學，甚至經濟學的觀點，瞭解人性，尊重人格，所以人事行政已不再是一種單純的技術性的學問，它還要注重「人群關係」(Human Relations)的問題。晚近以來，「人事行政」名詞已漸為「公務人力資源管理」所取代。

### (四) 財務行政

政府要推動政務、完成使命，除了要有健全的組織與優秀的人才外，還必須配備充份的經費，但是如何將這些經費運用得當，不致發生浪費或吝嗇的現象，則又必須有一套完善的制度來加以管理，這就是財務行政的內涵，它所包括的有四項內容：預算制度、會計制度、決算制度、及審計制度等。

### (五) 公務及資訊管理

這一部份在研究行政機關辦公時的各種技術及其改進，包括：辦公廳的佈置與安排、自動化、環境與空間管理、資訊管理、案卷管理等。其目的在提供、良好的工作環境以提高人員的工作情緒。

### 第三節 司法績效

行政學一百多年來的發展，各時期或各典範所討論的主題各不相同，但主要目的都一樣，即在於提高「行政績效」(administrative performance)。「司法績效」目前亦成爲熱門課題，所謂「遲來的正義非正義」，審判案件應在合理期間結案，不可遲延，俾免勞民傷財，此從法律經濟成本之考量，法律的經濟分析，就是由效率的觀點來看問題，效率能不能取代傳統的正義？還有爭論，但是法律的經濟分析卻也道出一個重點，應注重司法績效；日本近年來積極推動司法改革，其首相並於近日提出「裁判迅速化法」草案送議會審議中，該草案規定所有的一審判決均應在二年內審結；美國也定有加速審判進程的類似法律；德國亦曾發生因法院審判進度過慢遭人民向歐洲人權法院提出訴訟的案例，後來因此制定促進迅速審判的法律。司法院院近年來推動民、刑事訴訟法的修正，修法意旨之一部是希望能加快案件的審結速度，讓案件能早日真正確定<sup>570</sup>。

故在多元化的社會中，探討法官考績亦應從法院之行政組織、行政運作、人事行政或公務人力資源管理、財務行政公務及資訊管理來分析，俾得完整之考績體系。

### 第四節 從行政學看法官考績之理論

法官考績制度爲監督法官制度之一，因其考核項目，可能有職務與非職務上之監督，是一種機關內部的行政監督，機關組織正義的紀律要求，以求產生良好績效，俾給付人民之司法義務；當前最有疑問者？法官考績制度是否惡制，法官考績法規是否惡法非法？或是必要之惡？還是良制優法，具有正面導向？

一般而言考績與人員的陞遷、獎懲、待遇、訓練及發展有關係密切，位居人事行政制度核心關鍵地位。<sup>571</sup>我國公務人員考績法雖已規定：公務人員之考績應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核，惟在法令規章、制度設計與實務運用上，仍有許多問題<sup>572</sup>；當前法官考績制度與一般公務人員考績制

<sup>570</sup>請參照司法周刊第 1141 期，2003/7/9，第一版。

<sup>571</sup>以下請參照余致力主持，公務人員考績制度改進之研究，2003/8，頁 47-98。

<sup>572</sup>施能傑（1992 年）從考績謬誤的理論角度出發再佐以實證資料指出我國公務人員考績制度所存在的一些考績謬誤，如考績等第偏高、考績以偏概全、考績結果受到受考者個人的特性影響、以及考績輪流等。而其中考績等第偏高，考績評分過於寬濫的考績謬誤，也就是各機關年終考績評列甲等人數常在百分之八十五以上的現象，可說是當前我國公務人員考績制度中最嚴重的問題（徐有守，1997 年）。丘昌泰（1998 年，頁 124）便痛陳：「現行考績制度根本淪於『形式化』、『輪流制』，是一種公開的『分贓條款』，不僅『官位愈高，領得愈多』，而且『活得愈久，領得愈久』，完全失去以工作績效頒發獎金，激勵士氣的用意。此外，甲等人數比例過高，丙等人數有日漸下降趨勢，都顯示考績獎金是一種政府機關首長的『恩惠』，不是一種『鼓勵』。更嚴重為：每年的考績獎金幾乎已視爲『薪俸結構』重要部分，根本談不上激勵作用（關中，1997 年：285-286）。」此外，針對我國公務人員考績制度的建制與

度相同，但因司法權<sup>573</sup>與行政權性質不同，問題更多，爰有司法院廢法官考績之擬議。

## 第一項 考績的目的

考績不僅是評價過去的表現，同時也寓有改變行為、發展未來的目的性。但隨著吾人對考績目的之定位不同，也決定了不同的考績功能、運作與效果的下層結構。就此，目前有兩個方向可以討論：第一個是現行非競爭性的考績制度，不但沒有所謂同官等比較，也不應該有等第比例限制。在非競爭性的原則下，考績對象是個人，比較客體是自己過去的績效。另一個方向是競爭性的考績制度，其基本精神就是比較，因此必須有比較的基礎，例如個人方面可能是在同官等、同職等、同職系，或同一單位內進行比較，團體方面則可能就性質相近的單位、機關，或專案計畫之間進行比較。從人力資源管理的角度來看，組織目標的達成和個人發展的依據，都可藉由考績來進行。但根據考績法對於考績制度的目的定位，乃是「綜覈名實、信賞必罰」，其實也就是考績法第七條和第八條的獎懲，因此考績的目的究竟是為了評公務人員個人的過去表現，還是鑑其未來發展潛能？或是為了評價是否適才適所？是否善於協調溝通？是否能參與團隊合作？是否需要加強學識才能？是否具備其它潛力或領導才能？這些基本理念均影響到未來整套制度的修正方向。誠如 Bruns and Mckinnon (1992) 所強調員工之考績應明確訂定其工作要求以便達成其工作預期績效。他認為考績之目的在於：第一，測量及判斷績效表現；第二，瞭解個人績效與組織目標之關係；第三，促進受考者能力與成長；第四，激勵受考者在工作上的衝勁；第五，增加主管與部屬的溝通管道；第六，作為給予薪資與陞遷的準則；第七，提供作為組織控制與整合的建議<sup>574</sup>。

---

執行的弊病進行檢討與批判的論文更涵蓋：考績制度的相關法規與整體制度設計（例如：黃臺生，1991、1994、1996年；劉文隆，1998年）、考績的標準與方法（例如：施能傑，1993年；王金源，1993年）、考績的謬誤（例如：溫嬪容，1994年）、懲處和懲戒的關係（例如：蔡震榮，1992年；蔡秀涓、施能傑，2000年）、以及考績結果之救濟等（例如：蔡庭榕，1999年；湯德宗，2000年；李建良，2000年；劉淑範，2000年）。就實務檢討與改進部分而言，司法院大法官曾針對考績懲處的法律效果與法律保留等爭點，分別做出釋字第 243 號、釋字第 266 號、釋字第 298 號及釋字第 491 號等解釋。

<sup>573</sup>我們追求司法獨立，並不是否認對司法進行監督的重大意義。孟德斯鳩早已論述了這種必要性，「一切有權力的人都容易濫用權力，這是萬古不易的一條經驗」，「要防止濫用權力，就必須以權力約束權力」。但對司法進行監督又不能干擾司法獨立，不能以監督為名行幹擾之實，因此，要處理好司法獨立與權力監督之間的關係。一方面使司法權在應有的程度內充分獨立，一方面不該廢棄對任何權力（包括司法權）的監督。總而言之，在堅持司法獨立的前提下，完善對司法的監督。柏拉圖所說的「如果在一個秩序良好的國家安置一個不稱職的官吏去執行那些制定得良好的法律，那麼這些法律的價值便被剝奪了，並使得荒謬的事情大大增多，而且最嚴重的政治破壞和惡行也會從中滋長」，柏拉圖「法律篇」，何勤華譯，上海人民出版社 2001 年，頁 17。

<sup>574</sup>請參照余致力等著，我國公務人員考績制度改進之研究，考試院，2003 年，頁 56-57；<http://www.exam.gov.tw/>。

## 第二項 考績理論

### 一、前言

公務人員績效考核制度之規劃與執行，攸關施政品質之良窳及行政機關之效能高低。依現行公務人員考績法之規定，考績應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核。然而，由於現行公務人員考績法對於考列甲等積極條件規定失諸過寬，消極條件未盡嚴謹，同時亦未明文規定考列各等次之比例，各級主管人員於辦理年終考績時，復囿於人情壓力而未能切實考評，導致在實務上各機關考列甲等比例有逐年顯著攀高之現象，甚至趨於過於寬鬆之情形，根據銓敘統計資料顯示，在人事制度實施前之民國七十五年全國公務人員考列甲等人數平均比例為 51%；新人事制度實施後之七十六年提升為 79%；迄至八十九年已高達 87%，不僅未能彰顯綜覈名實、信賞必罰及獎優汰劣之功能，同時，也引致社會之批評，認為與公務人員服務績效之評價，顯有落差。衡諸當前政經環境，人民期待政府機關能夠提供高效能及優質服務更為殷切的情況下，及公務人員之工作績效迭受質疑與批評之際，如何發展一套健全的績效導向的考核制度，使考績結果更為公正客觀，進而發揮考績獎優汰劣之功能，實為當務之急。

有鑑於此，行政院於民國九十年二月所舉辦之全國行政革新會議，在「行政文化」議題總結報告中，提出「以訂定政府機關施政績效與成果評估辦法、建構機關考核評估指標、改革考績制度及實施績效獎金制度等作法，強化政府績效管理制度」之具體建議。行政院相關機關，爰參訪國內台積電公司、台塑企業、國泰人壽及中鋼等經營績效良好之公民營企業績效考核制度，期能借鏡民間企業結合績效管理與公務人員考核之經驗，提出相關建議，作為績效管理制度興革之參考。而後，行政院研究發展考核委員會於九十年五月十七日訂定發布「行政院所屬各機關施政績效評估要點」，並製作「行政院所屬各機關施政績效評估作業手冊」，期望藉以建立績效評估制度；行政院人事行政局也訂定「行政院暨所屬各級行政機關績效獎金實施計畫」，並自民國九十一年一月一日起實施，同時檢討相關公務人員考績制度，期能落實全國行政會議之決議。上述相關制度能否落實，各行政機關施政績效與公務人員考績應如何結合，始能發揮相乘之效果，均有待進一步觀察。另一方面，考試院也積極檢討現行公務人員考績制度值得興革之處，爰進行「公務人員考績制度改進之研究」。新世紀績效管理的特色為何？公務人員之考績與政府績效之管理及提昇之間有何關係？考績制度的目的與功能為何？應用何種方法評核公務人員考績？用哪一些標準評核較為妥適？是否有一些配套措施值得推展？考績制度未來將面對哪一些挑戰？考試院並提出修改現形公務人員考績法之草案，送請立法院進行修法程序<sup>575</sup>，惟並未通過。

<sup>575</sup> 立法院立法程序，1. 提案：提案是立法的第一個步驟。提案的來源為：行政院、司法院、考試院、監察院及立法委員（含符合立法院組織法規定之黨團）。提案先送程序委員會，由秘書長編擬議事日程，經程序委員會審定後付印。2. 一讀：政府機關或立法委員提出之法律案

考績結果可作為後綴人事政策決定的依據，其結果的正確與否影響著組織的整體人事發展，過去有許多學者針對考績作研究，通常他們的研究焦點都放置於考績理論，藉由對考績理論的討論從中衍伸出考績原則與應用技巧<sup>576</sup>。

## 二、考績的六種理論

理論可以引導實務，是實務運作的基礎，過去有關考績理論的研究相當的多。本文主要依據學者林水波的主張，認為有關考績的理論包括：功能論、正義論、過程論、權變論、謬誤論及正義論六種，每個理論都有不同的著眼點及論點，以下分別描述之：

### (一) 功能論

考績制度的設立，是組織用來控制的主要工具之一，因此，考績因組織設立且目的的不同，會有不同功能的發揮。當組我要制訂考績政策時，首先要確定所欲達到的目的為何，然後依此目的設計考績政策及應用技巧，如此所建構的考績政策才能達到既定的目標。大體上，考績的目的通常可分為三種：

1. 評估性：指評定員供一期間內工作表現的優劣，並且考核組裁所設立的目標，經員工努力後達成的程度。
2. 發展性：指經由考績評定，瞭解員工在各個工作項目的表現優劣，以改善或增進員工未來的工作績效。
3. 綜合性：指員工的考績評定，不僅是對過去工作作評定同時也以過去的得失，作為未來設定目標、精進生產力的依據。

根據上述考績目的，可衍伸出此理論的主要論點

1. 考績目的的不同會影響考核者對受考者行為的觀察及建認行為的方式。
2. 考績目的的殊異會影響考核者對有關受考者資訊的蒐集。
3. 考績目的的差異會影響考核者正確評定考績的動機。
4. 因所需資訊不同，一種考時可能無法同時完成評估性及發展性功能。
5. 評估性功能可能是考績最基本的功能，亦是考績最常被使用的用途，而發展性的功能次之，綜合性功能又次之。

綜上所述，可以瞭解考績功能論的貢獻在於，強調考績的正功能，即考績制度居於人事管理的中樞地位，其結果足以影響或左右其他各項的人事決定，同時點出考績的功能或目的為決定考績的有效性因素之一，亦可能影響考核者

---

列入議程報告事項，於院會中朗讀標題後，即應交付有關委員會審查或逕付二讀。3. 二讀：二讀會討論經各委員會審查完畢或經院會決議逕付二讀之議案。二讀時先朗讀議案，再依次進行廣泛討論及逐條討論。二讀會是相當重要的一個環節，對於議案之深入討論、修正、重付審查、撤銷、撤回等，均是在這個階段作成決議。4. 三讀：經過二讀之議案，應於下次會議進行三讀；但如有出席委員提議，三十人以上連署或附議，經表決通過，也可以繼續進行三讀。三讀除發現議案內容有互相抵觸，或與憲法、其他法律相抵觸外，祇得為文字之修正。5. 總統公布：完成三讀之法律案由立法院咨請總統公布並函送行政院。總統應於收到後十日內公布之，或依憲法增修條文第三條規定之程序，由行政院移請立法院覆議。

<sup>576</sup> 請參照戴燕珠，我國公共人事政策應用生涯發展理論之研究，1998/6，頁 86-92。

正確評定考績的動機，最後提醒組織在設計考績制度時，必須先斟酌所要達到的組按目的為何，再安排·妥通的考績工具，才能達到考績所欲達到的目標。

## (二) 正確論

考績正功能的發揮繫於正確地評定員工的工作績效，並以之為後續各項組織運作上的決定之基礎。此理論的研究焦點在於到底有哪些因素會影響到考績結果的正確性，T. De Cotiis 與 A. Petit(1978)針對過去的考績文獻，建立了一個相當周全的理論架構，詳細鋪陳影響考績正確性的諸因素，認為考核者正確評定考績的動機與考核者評定考績的能力會直接影響到考績正確性，而考時標準妥透過其本身對考核者動機與能力的影孚，間接影響到考績的正確性。

此理論主要的論點如下：

1.考核者正確評定考績的動機愈強，使用妥適的考績標準，並根據這些標準正確解釋或評定受考者的工作能力時，愈能獲得正確的考績。

2.當下列情況發生時，考核者正確評定考績的動機會增強：考績目的旨在進行研究；考績結果不為受考者所知；考核者需將結果回餽給受考者或考核者需給受考者有建設性的見解時。

3.當考績工具具有下列四種特性，一為立基於與工作相關的資料上，二為易為考核者所知悉或瞭解，三為有益於考績目的的達成，四為考績工具為有系統的設定，則會增強考核者正確評定考績的動機。

4.考核者若有較多的機會觀察受考者的行為，且所觀察到的行為愈具有正確性，或與受考者的層級愈接近，則愈有能力正確評定考績。

5.有關考核標準的妥當性方面，當有下列情況發生時，考績的正確性程度較高：工作特性與考核者所使用的標準愈吻合；所使用的考核標準愈能納入不同模式的工作；考核內容與工作內容吻合程度愈高；考績程序與機關內的管理哲學愈相同；考核者要對其所評定的考績負責。

正確論是體系取向，是人際間互相評斷的過程，其以鉅觀的方式，將過去的文獻作系統性的整合，有助於掌握考績正確性的因素，及對增進考績正確性提出實務上的建議作法，諸如對制度重新設計或是對考核者施以對症下藥的訓練。

## (三) 過程論

此理論著重於整個考績過程的掌握，研究一項理想考績必須經過哪些過程，這些過程的主要內涵為何?彼此的關係又如何?主要的論點有下列：

1.為了增加考核者觀察行為的正確性，對考核者施以妥通的訓練，以免除認知謬誤，並教導蒐集及整理資訊的方法，以觀察、記錄受考者具體的工作行為。

2.考績目的會影響考核者正確評定考績的動機，且有助於考核者蒐集及儲存員工工作行為資訊。

3.考核者的先入為主偏見，會以不同的參考架構來蒐集與解釋受考者的工作行為資訊。

4.考核者多以受考者的整體印象為考評依據，且受考者的工作行為若與考核者的參考架構不一致時，其突出的表現易為考核的準據。

5.考核者對易於從記憶中調出的資訊賦予較高的比重，且對於負面的資訊所賦予的比重往往高於正面。

過程論是檢視考績在理論上、邏輯上及經驗上的基礎而建立的。其考慮到考核績效時，考核者與受考者所扮演的角色，考績所在的環境系絡，評定時所使用的工具、評定的過程及考核者個人的認知過程等因素，與這些因素彼此間的互動情形，有助於瞭解考績的本質，及作為後續研究的指引

#### (四) 權變論

此理論認為天下沒有唯一最佳的執行策略。只要能配合適當的政策環境，任何執行策略都是有效的，所謂「殊途同歸性」。因此，M. Keeley 乃應用組織理論中的權變觀念，建構考績的權變理論。主要論點有四：

1.組織結構、工作任務與員工工作自主性的不同，會影響到不同考績制度的採行。

2.每一項考績技術若能與情境因素配合都能發揮功用。

3.工作任務、員工特性與考績技術的權變性配合，能使考績既能促進績效，又提昇滿足感。

4.共識的行為、目標及判斷三類考績技術建立的基礎。

權變論為增進考績的妥適性或有效性，應用原本的權變概念來分析、認定與闡明組織在何種情境下，應採行何種考績技術，才能達到考績目的，並為後續的人事管理措施提供妥通的起點，奠定增進組織績效的前提要件。

#### (五) 謬誤論

考績是考核者、受考者與績效層面的互動，如果考核者的評定未依據受考者之間、績效層面之間，或上述二者之間的實際差異，就有可能產生種種的謬誤。此理論過往著重在各項謬誤驗證的工作，決定考核者、受考者及績效面向三者各自或互動影響考績的程度。今後應從事積極驗證的方向有七：

1.考核者人格特質的不同對所犯考績謬誤的異同影響。

2.考核者回饋制度的建立對考核者經驗學習的影響，及對考績正確性的衝擊，彼此間是否有正相關存在。

3.對考核者的考績正確性評估，匯兌考核者正確評定考績的動機，產生何種影響

4.考績過寬的情形，現在比過去嚴重，尤其對職等高與居主管職位者的考核。

5.考績頻率的高低影響到初期或近期印象謬誤的可能性。

6.考績正確性與員工工作動機、工作滿足感與組織向心力的影響。

7.考績目的的不同影響到所犯謬誤的不同，如評估性目的造成過寬、趨中與以偽概全的謬誤較發展性目的為嚴重。

謬誤論提供了一面「鏡子」，顯示組織在考績作業上究竟犯了哪些謬誤，使得實務者和研究人員可在合理範圍內估計考績正確性的程度，同時又指出人

類判斷過程的主觀性與個別差異性，促使注意個人人格、背景或能力上差異的事實。

### (六) 正義論

正義論以受考者立於主動的地位來思考考績的分配及程序正義，此理論的論點約有下列六點：

1.考績制度不但要求可靠性與正確性，更要求可接受性，正義論提供分配及程序正義的觀點，可作為衡量受考者對考績制度信任的程度。

2.修改考績制度使其更符合正義程度，將可提昇工作滿足感、工作動機及組織向心力。

3.所有的社會互動方式，均以相互交換的方式為之，貢獻應與報酬成正比。

4.不論考績制度設計得多精密，只要不被認為符合正義就無法展現功能。

5.員工會依其職位高低、職務類別，而有不同的年度考績預期水準，並依該預期水準來評比考績是否符合正義。

6.個人的認知乃是一項決定個人態度與行為的基礎，考績過程與最後的考績等第，是否具有分配正義及程序正義。乃透過個人主觀認定。

正義論的提出，將原居於幕後的受考者提至幕前，使我們能更進一步瞭解組織內員工的態度或行為，同時其所提供的知識，又有助於我們擴大對組織行為與組織運作的瞭解。正義論提供了極有價值的見解，使我們可用以檢定現行考績評定過程的長短處，研擬增進正義之道，構思調整考績制度的良策。

以上是目前大多數學者所提到的考績理論。由於這六種考績理論各有不同的理論模型、假定，可資驗證的命題等，因此，若研究者採取不同觀點，則所得出考績制度的類型就不相同。

晚近我國有關考績制度的研究多以上述一程或多種理論為基礎，得出理想考績制度應具有的作用，從而檢討我國考績制度的任缺點，並提出未來應修正方向。司法院法官法草案終結法官考績制度，就此理論部分並未提及，似待在修法理由說明之。

### 三、考績的功能

公共部門績效管理良窳與政府行政改革成敗有密不可分的關係。另一方面，公共部門最重要的任務就是達成政府的施政目標，而公務人員正是執行政府施政計畫與方案的重要關鍵，因此，使公務人員瞭解施政目標、進而有效規劃並執行施政計畫，並定期確認公務人員執行公共部門計畫與方案的程度與成效，自然成為公務人力資源管理體系中不可或缺的一環，此即考績為組織所提供有效之回饋機制。誠如 Wyatt (1996)所指出，考績提供組織瞭解不同角色需求及與組織團隊間互動之機會，諸如，使主管瞭解受考者個人績效與工作團隊績效之關係、使主管作成與績效有關之決策、給予團隊成員及工作團隊不斷改善之機會、使受考者及工作團隊瞭解組織之價值觀、瞭解受考者之教育需求及解決薪資等問題。我們分析 Wyatt 所指涉公共部門績效管理之功能，發現績效

管理除應反映組織之價值、目標、發展策略之外，同時，應與受考者之工作表現、調薪、教育發展需求相互關聯。從上述的說明可以看出，一方面，理論上考績之功能在於提供組織及受考者工作表現的回饋與溝通機制，使受考者瞭解組織之價值及對其之期待，進而提供受考者未來努力之方向；另一方面，考績資訊如準確並為受考者所信服，考績結果尚得以在人力資源管理與發展上，發揮積極之功能<sup>577</sup>，茲就行政功能與發展功能兩大方向說明如下：

（一）行政功能方面：

1、考績資訊可作為同仁陞遷、調職、資遣等相關工作指派之參據：凡工作表現優異者，即予以陞遷；工作表現拙劣者，即予以降調或資遣，另亦得針對其優缺點，重新指派工作，俾適才適所，凡此種種，均需建立具有信度與效度的考績制度，始能確實地評量同仁的工作績效。

2、考績資訊作為發給獎金、福利措施及調整薪資參考：為有效激勵與滿足組織內的同仁，領導者對其部屬的獎賞應與其對組織的貢獻具有正向、直接的關聯性，而健全的考績制度，即為辨識部屬工作表現優異與否及貢獻高低之主要工具。其中由於考績與待遇間之關係密切且複雜，本研究將在下一章中詳述。

三、檢討相關人力資源管理措施，諸如甄選方式及其所使用的標準等：完善的考績制度為評斷受考者在工作上成功與否的標準，因此，在人員甄選時，可採用考績標準，作為衡量組織在人才甄選作業上效能的基礎，鑑定人才選用功能效度的基準，據以建立甄選標準及設計甄選方法，俾利於觀察應試者目前所具有的特性（包括所表現出來的行為）預測其將來在工作上的績效。在工會組織運作成熟之國家，由於在工會人力資源管理決策過程中，扮演重要的角色，因此，在作成有關同仁之薪資、陞遷、調職等決策時，均深受年資、與工會關係等因素之影響；相對地，考績結果之行政功能（作成陞遷、薪資、調職等決策）就未能發揮預期效果。

（二）發展功能方面

- 1、界定訓練需要：經由考績結果所產生之資訊，提供受考者回饋，使其瞭解：
- （1）目前工作表現之優缺點與長短處；
  - （2）為有效地執行目前工作或完成現階段之任務，受考者尚待補強的技能、經驗或知識；
  - （3）為了要執行將來指派的工作，受考者所需具備的知識與技能；以及
  - （4）為了要培養受考者有效地擔任將來所指派的工作，目前應賦與的責任類別。這一些資訊就可以轉化為訓練目標，以作為擬訂補救行動計畫或發展行動計劃之基礎。
- 2、增進同仁潛能：藉由對受考者過去一段期間內之工作績效之考評，瞭解受考者工作潛能及推動工作所面對之障礙與瓶頸，經由主管協助其瞭解過去之工作成果及協助其研擬補救措施，排除工作障礙，並設定未來工作目標，提昇受考者之生產力，並使其具更高之工作滿足感與對組織之向心力。
- 3、協助同仁建立生涯目標：一方面考核者依據受考者的工作表現、工作潛

<sup>577</sup>請參照 Bernardin & Beatty, 1984; Cumming, Schwab & Rosen, 1971; Dorfman, Stephan, & Loveland, 1986; Muczyk, Schwartz & Smith, 1984; Murphy & Cleveland, 1995。轉引自余致力 等，我國公務人員考績制度改進之研究，考試院，2003 年；<http://www.exam.gov.tw/>。

能，協助受考者自我評估，瞭解其興趣、能力、價值觀等，另一方面，提供陞遷路徑與訓練計劃等相關資訊，協助受考者擬定將來事業生涯發展的方向。

4、協助建立組織之人力計劃：藉由考績所提供資訊，瞭解組織內現有人力供給面之質量，復瞭解目前人力需求，並預測未來人力供需，進而將組織人力供需與未來人力供需作差異分析，據以作成組織人力計劃。

### (一) 考績功能

考績制度之設立，主要在綜覈名實、信賞必罰，其結果並作為人事管理決策之重要依據，以發展公務員工作能力，並導正工作不佳之公務員提升工作績效。理想考績制度之設計、執行過程及考績結果應具有下列功能：<sup>578</sup>

#### 1. 行政性功能

考績之行政性功能是評鑑公務員已完成的工作績效。考績結果僅作為員工調薪、獎金給予、升遷、調職、提高生產力等之依據。

#### 2. 發展性功能

考績之發展性功能是藉著適當之訓練計劃來改善公務員工作能力和生涯規劃。考績結果用以了解員工之優缺點，以提升其工作能力，其重點是注重未來工作績效之改進。

#### 3. 綜合性功能

考績的綜合性功能是除了上述行政性功能及發展性功能外，並具有增進主管與部屬的共同了解，另外考績亦具有矯治性功能以維持或發展公務員的工作能力。雖然考績制度有其正面之功能，但也有其負面功能，諸如考績是否造成公務員間的鉤心鬥角，引發不滿，使努力工作者受氣等等。考績之所以能產生正面的功能，最基本的基礎應建立在考績的可靠性、公平性及有效性。由於考績本身是一種判斷的過程，如未有充分的客觀資料佐證，難免有偏誤存在，要達到真正的可靠性、公平性及有效性不太容易，於是負面功能產生的現象極其可能。

法官考績制度如具有上述之功能，則應繼續執行之；若無，則修正或廢止之。法官法草案所規範之內容，例如：（一）法官跳脫公務員體系；（二）法官無職等；（三）法官無考績，均係司法院版與民間版普遍之共識；德國法官法第二十六條（職務監督）：「法官僅於不受侵害其獨立審判之限度內受職務監督。職務監督在前項限制之下，包括制止法官違法執行職務及督促法官合法迅速執行職務。法官認為職務監督之處分侵害其獨立性時，得依法院之規定請求法庭裁判。」德國於一九九九年十二月二十二日通過強化法官及法院獨立法（Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und Gerichte），我國司法制度仍待加強。

### (二) 法官考績的特性

<sup>578</sup>整理至洪國平，中華明國考績制度之研究，政治大學公共行政研究所碩士論文，1998年7月，頁16-18。

法官考績是人事行政權，司法院除掌理司法解釋權、審判權、懲戒權外，還有司法行政權，由司法院院長、副院長，督同秘書長、副秘書長及各廳、處長，行使司法行政權，監督所屬各機關，依法行使職權，並謀求司法制度之健全、司法業務績效提升、司法工作條件充實與裁判品質之提高<sup>579</sup>。行政權內即掌理法官之人事權<sup>580</sup>。

法官考績制度，學者認為<sup>581</sup>，理想之考績制度應具備十個特性：

一、功能性：考績制度之設立，主要在於綜覈名實、信賞必罰，用以達成人事妥當管理之目的，因此，考績制度應儘可能防止其負功能之產生，否則正負功能相抵消，有失設立此制度之原意及理論基礎。

二、正確性：考績正功能之發揮，乃繫於考績結果之相對正確性或分配正義性，即考績之評定應儘可能按員工實際之績效程度，給與相互對應之等第。唯有如此，考績所具之激勵作用，始能衍生與茁壯，否則，這種作用恐會逐漸凋萎。

三、識別性：考績後之各項人事管理措施，其成就目標之根本前提，在於考績之結果，得以區辨各員工之間的績效差異性，或每位員工在每一績效層面上之優劣，再根據這些差異性，做成合理之決定。

四、一致性：考績之崇高理想，乃在於不同之考核者對同一受考評者所評定之考績，大體上是一致的，並沒有太大的差異，一般而言，如對同一受考評者，不同考核人有了不同之評定，這種評定很可能是反映了不同考核之態度取向，而非受考評者真正實績。

五、相關性：考績制度之所以有價值，考核者在評定考績時，應只評定導致工作績效之作爲，不應將與工作績效無關之作爲，納入評定考量範圍之內。

六、根據性：年度考績所依據之資料，有賴翔實平時考核記錄爲依據。平時考核記錄如付之闕如或不確實，則年度考績難求客觀、正確與公平，更難令人信服，恐致使平日努力工作者受氣。

七、權變性：不同之組織結構、不同之工作特性、以及員工不同之自主性需求，需要不同之考績制度，如不論前述諸層面間之殊異，而一體適用同樣之考績制度，恐難求其無誤或呈現區辨力。

八、程序正義：考績之過程，受考評者得以呈現年度工作記錄，對初步評定之考績有表示意見或異議的可能，具有平等參與考績委員會之機會，每位委員並能充分反映受考評者之實際績效，而爲合理的評定考績。

九、教育性：考績因涉及考核者之認知判斷過程，但由於人類均有認知上、時間上與資料上之限制，要求考績完全無誤，並不太可能。不過，考績制度本身如設有評定考核品質的安排，得以提供回饋之資料，俾使考核者知悉自己之考核品質，背離所有參與考核者所達成之共識有多大或在那些考核層面，如此一來，考核者獲致經驗學習之機會，促成考績正確性的提高。

<sup>579</sup>請參照司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/>。

<sup>580</sup>羅志淵，中國憲法史，台灣商務印書館，1967/4，頁 242。

<sup>581</sup>請參照林水波，考績制度：理論研析與經驗印證，1989/4，頁 64-66。請參照洪國平，中華民國公務人員考績制度之研究，1997 政大公共行政研究所碩士論文，頁 14-16。

十、配合性：考績是一種敦促其他人事行動之組織機制，因此考績一旦有所評定，後續的人事行動必須與之配合，方能達成另一層面的分配正義，以揮宏激勵之作用，維繫組織的活力、持續與效能。

我國法官考績制度是否符合上揭原則呢？恐怕差距尚遠。

#### 四、考績評核的標準與方法

考績之評定為一種判斷過程，影響此一決策正確性的因素，除了工作因素（如非例行性工作，難以正確設定標準，亦難以衡量）之外，主要取決於三個要素，第一是考核者具有正確考核的動機，第二為組織備有妥適的考績制度或標準，第三則為考核者具有充足的考核能力<sup>582</sup>。

#### 五、考績制度執行時可能發生的問題

徒法不足以自行，考績制度設計得再周延，執行偏差或面臨問題依舊可以使良法美意付諸流水。誠如公務人員保障暨培訓委員會於二〇〇〇年所作成之函釋所宣示之意旨，考績制度在執行時，所發生法定程序上的瑕疵、對事實認定有違誤、考績委員會之審議未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事實無關之考慮牽涉在內，及有違平等原則等情事，以致於公務人員保障暨培訓委員會對考績所提再申訴案件仍得予審就並予撤銷之案件時有所聞。由於考核者是有情緒的人，因此在思考考績究竟能否發揮管理功能或僅為管理者控制的工具時，應先兼顧考核過程中人性動態面的考量，始能瞭解其中全貌。

相關的文獻指出自利因素的確左右著考評的過程，例如 Longenecker(1987) 針對六十位高階主管深入研究，發現除了受考者實際表現外，尚有許多其他因素成為影響受考者的考績結果，其中的因素並不是考評程序本身不健全，或是考核者沒有被告知或參加相關考核者訓練，不懂得應該或如何正確地考評受考者的工作表現，而是考核者會放棄那些所謂系統上應遵循的正確考評原則，並且運用自己的人事裁量權，選擇遵循自己訂定的規則進行考評。研究中發現有 70% 的考核者，認為他們會基於以下原因高估受考者的績效：

一、考核者認為如果真實呈現受考者績效，可能對於受考者工作意願與績效造成損害。

二、希望藉此提高受考者工作適任能力。

三、當書面考核報告需要被他人檢視時，過高的考評結果能夠避免組織中不良的事件被公開。

四、負面的考評紀錄可能對受考者未來發展造成不良之影響，所以希望避免留下不良紀錄。

五、希望能夠保護因人事問題而受到困擾的表現優良之受考者。

六、即使工作績效不如預期，考核者仍希望能藉此回饋那些工作盡力的受考者。

七、希望避免和那些難以管理的受考者發生衝突。

<sup>582</sup> 林水波，1989 年；Carroll & Schneier, 1982。

八、希望將某些表現不好但又不能得罪的人員，以陞遷方式將其轉到其他單位。

另一方面，考核者不只會高估受考者考評結果，也可能發生低估的情形，不過礙於低估考評結果可能產生適法性、倫理道德和激勵動機上之負面影響，考評者常面臨兩難，根據研究顯示考核者低估受考者考績結果的原因為：

- 一、爲了顯示考評者的權威、優秀。
- 二、源於害怕受考者有傑出表現。
- 三、爲了懲罰難以管理的受考者。
- 四、爲了讓有問題的受考者辭職。
- 五、爲了計畫性的解僱員工而找出強而有力的證據。
- 六、低估受考者的績效表現，能盡量減少組織因考績評定而需給予的額外報酬。
- 七、爲了順應機關的規定。

由上述說明得知，考核者沒有依據正當程序執行考評時，往往考量其他因素，儘管這樣不確實的考評，可能對組織或受考者的績效產生負面影響，然而有些管理者仍認爲這樣做比做出正確評估結果的影響還有益。無論學術界或實務界，未來對考績的焦點已逐漸從考績制度或程序逐漸轉移至考核者身上，換句話說，在考績中最重要的倫理議題，應該是考核者有無意願爲受考者提供正確且誠實的考績結果。

## 六、考績制度面臨之挑戰

隨著現代化組織型態的轉變趨勢，過去適用制式階層組織的考績制度也面臨挑戰，由於工作型態轉變，機關對政府受僱者不再像過去一樣擁有強勢的約束力，所以想要藉由回饋和報酬機制影響政府受僱者較不可能。對於臨時、兼職性質的員工而言，考績結果的影響越來越小。再者，政府業務委外及民營化的結果使政府不必再評估各機構、單位及公營事業人員的績效良窳，而需要監督委外機構及民營化機構是否遵行契約運作。扁平化組織型態挑戰著過去上下階層間的考評方式，過多的控制幅度阻礙了考核者對受考者的觀察；再者，組織運作也由個人工作轉變到強調團隊工作型態，顯示考績也要以多元方法因應此種改變。

另一方面，由於主觀考績結果容易以性別、年資等與工作無關之因素作爲考績評定之標準，此種考績決定充滿偏頗的個人意識、不具效率或是容易導致衝突的結果。有鑑於此，現代考評方法便試圖發展出更能夠清楚描繪出受考者對組織貢獻的技巧，以便讓受考者能清楚瞭解組織期待及考評標準，這就是所謂的「客觀的考績制度」。如果以考績制度與工作表現相關性高低爲一組變數，另一組變數則是考評標準之明確性，此兩個變數並交織成一個具有四個象限的矩陣，則客觀的考績制度或落入儘可能擴大考績制度與工作表現相關性高及考評標準之明確性高的象限，然而此種客觀的考績制度仍面臨以下兩種挑戰：第一，有時難以衡量哪些是影響生產力的行爲。例如某一受考者具有生產力，

但他卻會分化其他受考者，使彼此間存在著不信任的氣氛；而另一位受考者雖然生產力較低，對於團隊成員而言卻是一位極具影響力的人，諸如此類因素難以列入考評之中。

第二，考評過程無法將能夠提高工作環境品質，但卻對提高生產力無直接相關之因素納入考評範圍中，例如善於傾聽或樂於助人的受考者之特質。

Banner and Cooke (1984) 歸納以下五項常發生於考評過程中的倫理難題：

- 一、以個人特色趨向和主觀判斷為考評標準。
- 二、在考評標準及測量指標的文字書寫上發生困擾。
- 三、在同一個組織中，不同的考績系統同時運行。
- 四、考評結果如何被運用。
- 五、由誰來決定考績的客觀標準。

總之，若僅強調考績制度應與工作表現相關性高及考評標準之明確性高的原則，就像一部缺了油的機器一般，無法回應並獎勵實際上對工作有貢獻的受考者，但考核者將這些影響工作品質和生產力的隱性因素考慮進去，又可能會錯誤的把受考者虛偽的態度列入考評結果，此種兩難情形將是考績制度規劃及執行者難以避免的挑戰。

法官考績的本身存有若干問題，如對此種問題未有真正的瞭解或解決，自會影響及考績的措施與效果。

## 七、考績上需先考慮的事項

一、考績之目標為何：考績目標，應為澄清對工作的希望是什麼(規定滿意工作的標準)，加強及改進屬員的工作(認定屬員工作的缺點)，改進遴選人員的規定(以考績結果作為檢討原定資格條件及考選等是否正確的依據)，及建立人事措施的客觀基礎(作為升連調任、進修訓練、核獎及免職、資遣等之基礎)。各組織所辦理之考績，多係要求主管對所屬工作及言行作平時的考核與定期的考績，提出書面考績表件，憑作辦理晉薪、獎金或免職之依據。此種考績作法能否達到上述目標，殊屬疑問，因此工作標準的建立，考績時對員工工作優缺點的認定，使考績結果在考試、任用、訓練、獎懲等多方面的運用，殊有必要。

二、定期考績是否適當：一年一度的考績，主管人員只注意及辦理考績時屬員的工作與言行，而疏忽考績前之該年度的工作與言行，致考績不夠確實。因此有者謂索性廢止形式的定期考績，而改在員工陞遷調任時、調整工作指派時、遇有特優特劣事蹟時始予辦理考績，頗值考慮。

三、考績需否作成總評或總分：一般的考績，係就員工的工作及言行等項目經考核結果，作成總評或總分，以便與他人相比較，此種方式有其缺點。因員工在某一項目上有缺陷時，可能在其他方面有表現，善於文筆的員工不一定就有口才，對考績需作成總評或總分時，則會抹煞了此種優點與缺點；再一般員工會接受部分缺點的批評，但不願接受整個無能或無用的總評。故考績於分項考評後，似不需作成總評或總分，而仍保留各種優點與缺點的資料，作為指派或調整工作之參考。

四、需考核些什麼：以往考績重點偏向於屬員的個人條件與特性，而非屬員在工作上的表現與成就；現今則趨向於考核屬員在工作上的具體成就或在工作上所表現出的行爲，而非屬員的人格特徵。因此，考績標準及表格，似需按職務類型及工作特性，分別設計，並重視工作上所表現出之具體績效，如工作數量、工作素質、工作態度、工作時效等。

五、考績是否客觀與其有效度：如根據涉及工作成敗的因素，訂定工作標準，考績時以實有工作情況與既定工作標準相比較定其優劣，此種考績方法頗爲客觀、公平、確實與具有有效度，准工作標準的制訂應使員工參與。再如嚴謹的遴選主管人員，對主管經常給予監督技術的訓練，亦有助於考績之趨於的客觀、公平、確實與具有有效度。

六、考績需否公開：以往的考績資料均屬機密，但考績如對受考者完全保持機密，則受考者不知工作上之優點與缺點何在。更不知往後應如何改進，故關於此部分之考績資料，應以口頭方式告知受考人。至有關受考人之潛能的考核或需否升遷的考核資料，因只係一種看法，似不需公開<sup>583</sup>。

### 第三項 法官考績制度之內容與目的

大法官楊仁壽在釋字第五七二協同意見書就法官之職權與責任說：「憲法第八十條規定：『法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉』，法律之解釋與適用，本係法官之職責，其對法律之合憲性若存有疑義，則應進一步運用其學養，詳加思考判斷。必竭盡所能，認其所應適用之法律，有客觀上之理由，相信該法律已然違憲，且對之依『合憲性解釋原則』（Verfassungskonforme Auslegung）解釋，亦無法獲致合憲之可能性，始可裁定停止訴訟程序」，其實不僅是合憲性解釋，對於所有裁判，也都要合於法解釋之方法邏輯推衍<sup>584</sup>，如果法官沒有竭盡所能，疏延怠惰，就是拒絕公正，有失法官職責，誠如拉丁法諺有云：「公正處理應該是免費的，因為沒有什麼東西比可以收買公正更加不公正了；公正處理應該是完全的，因為公正處理不應該躊躇不前；公正處理應該是迅速的，因為拖延就是拒絕公正處理。」（Justitia debet esse libera, quia nihil iniquius venali justitia; plena, quia justitia non debet claudicare; et celeris, quia dilatio est quaedam negatio.<sup>585</sup>）；在當前法治國下既賦予法官審判獨立之權力，要求法官之公正迅速處理訴訟，也是當然；職務監督或法官考核爲一種手段，其目的在求法官的裁判應具有合法性、妥當性與效率性。

#### 一、考核機關

考核爲職務監督措施之一種，自應由職務監督權人行之（通常爲法院院長及其所授權之庭長）。惟有學者認爲由職務監督權人爲考核，將使法官之任命、升

<sup>583</sup>請參照傅肅良，人事管理，1994/8，頁 323-324。

<sup>584</sup>此部分請參照釋字第 572 大法官城仲模、許玉秀之不同意見書。

<sup>585</sup>請參照元照英美法辭典，2003/5，頁 417。

遷事實上掌握於監督權人手中，而此將被用以使法官同質化，法官為奉承考核權人，有可能放棄自己之見解，養成法曹曲從之精神，損害法官之獨立；而且於考核權人亦參與合議之情形，因其本身亦有評議意見，實無法客觀考核他法官之表現，甚至有黨同伐異之情事產生；此外，考核權人往往授權庭長為各該庭員進行考核，而考核權人通常照單全收，如此考核權人之考核實無異道聽塗說，因此有建議應由獨立之委員會(Gremium)進行考核為妥者，惟因委員會對於各庭法官之表現實難親身探知，事實上由之為考核亦有其困難之處，且德國聯邦憲法法院認為現行由職務監督權人進行之考核，乃為法所容許之行爲。

## 二、容許之考核內容

不確定法律概念之使用，在於具體個案適用法律之際，能涵蓋更多法律事實，但若其規定過於概括，而無所不包時，則將失其意義，並導致給予執法者過大之權限。因此，是否對於這些概念可進一步限縮，此為在此探討之目的。吾人以挑撥離間或破壞紀律，情節重大等概念為例，而何謂紀律，則會因辦不同案件有所差異。至於挑撥離間情節重大，究竟係侵害何種法益，而嚴重導致免職處分之結果，是否該規定違反比例原則，亦即，保護法益與被剝奪法益間是否不成比例，在此，施行細則之規定確實不夠明確。該條第一項第二款第六目「侮辱、誣告或脅迫長官，情節重大者」，概念亦屬過於概括，易給予長官濫用之嫌。縱上條文觀之，吾人略可得知，該施行有關免職之規定，似乎較著重於公法上之務以及長官之領導統禦權，而將其與公務員之工作權視為同等重要之法益。事實上，法律之授權命令為之，尤其是施行細則，係為了執行上之方便，因此，施行細則之規定通常應具體明確，始合於授權之目的，而該施行細則第一項第二款第六目與第七目之規定不夠具體明確，至為明顯。

## 三、法官考績正面導向之目的

我國為了達到司法現代化的目標，貫徹司法權獨立之相關制度，吾人已有確保司法預算獨立<sup>586</sup>，承認最高司法機關之規則制訂權（釋字第 530 號）。而基於司法權之自主性，循司法自治之建立制度，使司法行政不受行政機關之干預或牽制；法官倫理新建立：法官守則五、「法官應隨時汲取新知，掌握時代脈動，精進裁判品質。」訓示規定，非關期別，非關職務長官，「法官無言一切以判決書為準」法院之實質獨立，而非審判獨立內涵之全部，如同美國學者 Shimon Shetreet 教授所謂：「現代意義之審判應包括司法機關整體上之獨立。同樣審判獨立也不僅僅只在確保法官免受行政機關壓力，或立法機關干涉，它也應包括法院之內部獨立，即法官獨立於其同事或上級。」司法優良之倫理與法官自律之建立，成為當務之急，亦為法官考績正面導向之目的。

關於法官之考核、考績或獎懲，是否能有助於發揮司法裁判之現代機能，而無悖於國民主權之原理，並非取決於形式上有無設置人事審議委員會(如：

<sup>586</sup>請參照李惠宗，司法預算與司法獨立，收於氏著權力分立與基本權保障，1999/3，頁 209-235。並請參照考預算法第 93 條：「司法院得獨立編列司法概算。」

我國之司法院組織法第二十條所定者)或是否承認上級法院法官對法官人事有參與之地位。重要的是，有關法官人事職掌者(該類委員會成員)之產生程序及其審議運作之程序，是否在客觀制度上足以讓國民(或：可認為代表國民之通常意識觀念者)相信其遵循國民主權之原理－國民監控可能之要求(如：無導致司法寡頭制『judicial oligarchy』之虞)<sup>587</sup>、公開之要求(如：程序處於可受檢檢之狀態)、平等之要求(如：禁止以黨政上之理由為差別處理；非處於可能受特定黨政勢力控制、影響之狀態)、公正吏要求(如：對於受差別處遇者，賦予請求救濟之機會)及確保法官適才適任之要求(如：法官之任用、法院首長之遴任係以確保司法權吏獨立及法官之獨立為著眼點－以社會人民之需求為標準，此項標準非單由可能受黨政勢力影響之司法官僚所擬定)等。如此法官考績才有存在之目的，法官自治方有存在之必要。

公務人員考績制度規劃與執行之良窳，不僅關係著公務人員工作士氣、工作績效之提昇，以及公務生涯發展，同時也影響機關組織績效管理之落實，以及政府施政績效之高低。本文爰從考績制度與政府績效關係、考績之功能面、制度設計面、考評時考核者之人性面及考績制度未來面對之挑戰等諸多面向剝切分析，從上述的探討中，得到以下的結論：

第一，無論從理論的發展或美國績效管理制度之設計觀之，績效管理是政府再造的重要一環，因此在制度設計上，考績之目的、標準、步驟、方法、項目及其獎勵都緊密的扣合著機關策略目標。以美國績效管理制度為例，績效管理的目的在於機關策略目標之踐行；考績項目即緊密扣合著機關策略計畫、年度績效目標，以及機關應服務顧客之標準，在這一種精神之下，新世紀之績效管理已將重點轉移至團隊，雖然法律仍規定必須衡量公務人員個人績效，故仍需建立衡量個人的績效基準，然而，新世紀團體績效管理已有凌駕個人績效管理之上的趨勢；就步驟而言，美國聯邦政府績效管理制度即由「規劃」、「管制」、「發展」、「考核」及「獎懲」環環相扣的步驟所組成；同時，績效衡量方式也更強調目標導向，而取代過去重視個別職務績效的評估；在獎懲方面，除將焦點由懲處績效不彰者，轉而表揚績效卓著者外，同時，也賦予機關更大彈性，設計各種有效措施，俾激勵公務人員，以型塑組織預期的行為，進一步提昇組織績效。

第二，考績制度的設計，其目的與功能、方法與程序、項目與標準、考核結果是否具有信度與效度及考績之法律效果，各項之間並非孤立之存在而是需要系統且整體設計，否則不僅在邏輯上產生矛盾，在實際執行上，也可能引發不必要的困境與爭議。

第三，考績制度無論要發揮強調機關內資源分配的行政性功能或強調提昇人力資源之發展性功能，其前提在於考績評定結果兼具信度與效度，始能讓受考者接受與信服。換言之，具有正確性與正當性的考績結果，不僅讓受考者信服，同時也更能發揮考績應有的功能，而影響考績評定結果正確性之因素，除了機關是否具備妥適的考核項目、標準、程序及方法之外，考核者是否具備正

<sup>587</sup>請參照邱聯恭，現代律師之使命、任務、功能，收於氏著司法之現代化與程序法，1999/9 初版六刷，頁 29-30。

確的動機，以及有沒有充分的考核能力，也都是不容忽視的因素。

第四，符合程序正義的考績制度，對於考績結果之正確性、正當性及受考者之接受性，都有正面影響，根據國外實證研究結果顯示：受考者參與建立考績標準、三百六十度全方位績效評量、考績面談制度之實施，以及對考核者施以評估者訓練，對於考績結果程序正義之提昇，都有正面影響。

第五，考績制度之執行不應忽略考核者人性動態面之因素。考核者在進行績效考核之時，除了受限於技術因素外，考核者人為動機更影響考核結果之正確性。在理論上，公務人員考績應該是系統的、客觀的、理性的，然而實際上，考核者或受限於環境因素，或為了避免衝突，甚至為了生存，考核者可能以自利的觀點，運用全力選擇自己所想要的結果，考核受考者。

第六，隨著政府業務委外及民營化之結果、工作型態的改變、扁平化組織之設計、強調團隊績效之時代趨勢等諸多因素影響，新世紀考績制度也面臨諸多挑戰。政府業務委外及民營化使得政府不必再評估哪一些公營事業績效高低；對於臨時性、兼職性之工作者而言，考績結果之影響與獎懲之效果愈來愈小；扁平化之組織設計挑戰著過去上下層級間的考評方式，同時較大的控制幅度也使得主管更難正確觀察受考者之行爲與成果；強調團體績效之考評，使得客觀正確衡量個人對組織的貢獻，以及決定哪一些是影響生產力高低的行爲更爲困難，這一些都將是新世紀考績制度規劃者與執行者難以避免的挑戰。

總之，考績結果要發揮「綜覈名實、信賞必罰」，進而發揮人力資源及提昇組織效能等預期功能，除了在制度上應考量其系統性、整體性及明確性之外，執行者之動機及人性因素更不容忽視，面對新世紀政府職能、組織設計、工作型態等諸多變化趨勢，在在挑戰著考績制度設計者及執行者之智慧，期待本章的分析能對於考績制度之規劃者與執行者有所助益。最後，從本章分析可知績效管理能否落實，來自激勵理論的運用是否得當，而這和待遇管理之間實爲息息相關，因此下一章特別就考績制度與待遇制度的結合爲主題，探討如何建立有效能的績效待遇制度，使考績制度能夠發揮更大的激勵功能。法官考績長久看應廢除考績，在法官考績未廢除前應注意上述之理論與原則。

## 第五節 法官考績制度的變革

現行公務人員考績法係一九八六年公布，一九八七年一月十六日開始施行，雖然迭經一九九〇年、一九九七年與二〇〇一年三次修正，但修憲以後有關公務人員考績事項的改變，仍未反映在上述諸次修法的內容中，因此在法制事項與執行事項的劃分上，或可發現模糊地帶的出現。

### 第一項 現行法官考績法制的特色

從現行法官考績法制來分析，它是一部以公務人員個人爲考績標的，且一體適用中央與地方其它所有行政機關公務人員之法律。在有關懲處的部份，其和懲戒法的懲戒規定出現局部競和之現象，雖然考績結果的運用相當廣泛，但

主要偏重行政功能，輕忽發展功能，茲分別說明這五點特色如下。

### 一、以公務人員個人為考績標的

目前的考績制度既然以「公務人員考績法」為中心，因此整套制度均建立在個人考績上，而未觸及團體績效的考核。在此架構下，工作、操行、學識、才能這四項法定考核項目，係偏向個人的綜合評價，而非限於工作表現。

### 二、考績方式一體適用

除教育人員和公營事業人員之考績外，我國考績制度採集權化的方式，適用中央與地方其它所有行政機關的公務人員。以考績表格式為例，雖然考績法施行細則第三條規定各機關得視業務特殊需要另行訂定，報銓敘部備查，但各機關並沒有實際誘因，願意為了增加考績的信度與效度而另行訂定考績表。因此，目前的考績程序、內容、標準，都是無差別的一體適用，彈性化的空間反而很小。

### 三、考績與懲戒功能的局部競合

考績制度和懲戒制度形成並行而存有若干競合的關係〈參釋字 491 號〉，歷年來已有許多文獻就此主題加以探討，此處僅特別指出考績法和懲戒法兩者，均有改變公務人員身分關係的處分（免職與撤職）。此外，懲戒法第九條賦予主管長官對九職等以下公務員的記過與申誡，和考績法平時考核的記過、申誡處分，其法律效果雖然不同，但主管長官對於同一事實，可選擇懲戒或懲處兩種不同處分方式。依公務員懲戒法第十五條規定，記過，自記過之日起一年內不得晉敘、升職或調任主管職務。至於考績法平時考核所為之記過，考績時減總分三分，因此記過懲戒處分的不利影響較考績法還嚴重。但如今隨著公務人員權益保障的重視與救濟途徑的完備化，使得懲處與懲戒之間的界線益發模糊。

### 四、考績結果運用廣泛

就現行考績制度的功能中，包括獎金福利、晉級升等、褒獎、淘汰與訓練進修等，可謂眾多人事行政的內涵，均和考績制度有關，這產生兩點影響。第一，考績是人事行政或人力資源管理中的重要一環，它可做為管理者評估工作人力、進行工作分配、決定組織發展的依據，也可使受考者藉此回饋其工作表現，並做為個人職業生涯發展的依據。第二，由於考績功能眾多，主管在評定考績時，為顧及單位內部和諧、避免同仁反彈，而採「寧寬勿緊」的原則，無形中增加考績的偏差。

### 五、偏重行政功能，輕忽發展功能

目前的訓練進修制度，若有涉及考績者，皆以鼓勵表現較優良者或具有往上陞遷發展潛力者為優先，但對於考績不良的工作人力，卻沒有相應的訓練、

輔導、矯正措施。此外，現行的訓練進修相關法令，在公務人員訓練進修法公布施行後，雖已建立一套較為完善的法律體系，唯其內容並非完全以考績結果為主體，使得考績與培訓結合的機制尚缺有效的連結與配套，有待進一步補強。

## 第二項 法官考績制度之爭議問題分析

以上所述側重於制度面、法規面的觀點，接下來，則希望從經驗、動態層面，論述當前考績制度在實務運作上所面臨的難題。狹義來看，考績是人事行政的一項工具，它本著「綜覈名實、信賞必罰」之旨，希望激勵公務人員昂勉任事，進而提昇行政機關的績效。但從公部門價值的角度來看，考績制度除具備個人價值與專業價值外，它還要能促進組織價值、法治價值與公益價值的實現。尤其近年來無論是政府、學界或產業界，都不斷提倡政府再造、行政改革、提昇競爭力的重要性，考績制度當然也不能自外於這樣的潮流，甚至更應該以策略管理的角度，思考如何配套與整合，以收宏觀戰略之效。

目前考績制度的運作，實則建立在一個假定之上，亦即考績具備一定的效度與信度，因此可以成為各項人事功能的依據。但多年來公務人員考列甲等比例多在八成以上，甚至達 87%，引發許多爭議，而且有關考績制度的探討和改進建議相當之多，可知這樣的假定尚有待驗證。

### 一、考績的類型與內容問題

#### (一) 考績類型的檢討

所謂類型化，是根據一定的標準進行分類，並符合完整性(inclusiveness)與互斥性(mutual exclusiveness)兩個原則。目前考績法第 3 條規定考績區分為年終考績、另予考績與專案考績三種，存在三個問題。

第一，考績類型之間並非互斥。因為年終考績與另予考績屬於考績時間長短的差別，但都屬於綜合性的考績，和專案考績針對「事件」的作法，有其重疊性，也有分類標準的不一致性。

第二，考績類型分類並不完整。根據目的不同、標準不同，還可以有不同的分類，例如年終考績與平時考核是一種分類方式、個人考績與團體考成是一種分類方式。

第三，由於另予考績結果不涉及是否晉升俸級，因此參加另予考績的人員，考列乙等的比例就較高。近年來中央與地方公務人員另予考績人員甲等比例約佔三分之二，乙等比例約佔三分之一，但年終（另予）考績甲等比例均超過五分之四，乙等比例不到五分之一，兩者顯有差距。

從理論上來看，考績類型涉及考績目的與功能的「上游」界定，以及考績時間與考績程序的「下游」界定。如果考績目的只是為了發給獎金、晉級升等，那麼現有考績分類自然足以發揮功能，但如果要將考績結果用於更具積極功能的人力資源發展與策略管理，就有必要檢討目前的考績類型是否無法因應各機關的特殊需求，或無法有效發揮考績的目的與功能。

## (二) 考核項目與考核標準的訂定問題

考績表的訂定，雖然准許各機關依據其特性訂之，但實際上卻成爲「一表適用」的狀況，導致考績結果缺乏內容效度。若逐項檢討的話，操行、學識、才能這三項具有共通性，尚可訂定同一的評分細目與配分，但就「工作」一項，因爲每個機關的屬性、職掌、作業流程都不相同，如果一定要訂定相同的評分細項，一來這些細項必須高度抽象化，不符合組織的現實與需要；二者失去彈性，管理者沒有變通的空間；三者目前各細目配分加總的方法，和考績法第十三條的規定矛盾。

## 二、考績制度的分權化問題

憲法增修條文第六條第一項第三款規定，考績的法制事項屬於考試院的權限。至於在實質運作層面，行政院人事行政局就其權限範圍所辦理的各項人事行政業務，也會影響到全體的公務人員。其次就考績的進行而言，又屬各機關首長、主管的權限。但從整體架構來看，由於法制事項(特別是考績表的部份)訂定密度過高，加上整套制度的功能運作，並不是爲了增加主管的領導權限，主管沒有誘因利用考績做爲領導統御的工具，以致考績和領導兩者似乎成爲脫鉤之局，使組織績效與發展亦受連帶影響。

## 三、績效衡量的問題

現行考績法講究的是一體適用的公平性，是以全體公務人員爲比較的範圍，而非以單位或機關爲比較範圍。前者增加公務人員心理上的公平感受，但容易產生績效衡量上的問題。後者易使不同機關或單位員工產生不公平的感受，但卻較能提昇考績的效度，也較易根據機關的特性訂定績效指標。此外，目前的評量項目包括工作、操行、學識、才能四者，以個人人格特質爲主，屬於學理上所謂「個人導向的評量制度」(person-based rating system)，相較於「績效導向的評量制度」(performance-based rating system)而言，須根據員工特質、組織目標、資源多寡、外在環境等標準進行評量，前者固然較爲簡便且固定，但也比較無法直接做爲改變行爲、提升團隊績效的工具。

考績的本質既是績效的評估與考核，且其目的又是爲了提昇生產力，促進組織目標的達成，因此就評估問題而言，若欲構成完善的績效指標，不僅內部作業階段、對外服務階段，以及服務產出階段，都應該有所評估，而且亦可考慮 360 度評估的精神，以增加考績的正確性與相對客觀性。

## 四、考績的方法與程序問題

### 一、考績比較對象的範圍

考績法第九條規定以同官等爲考績的比較範圍，但以民國八十七年爲例，銓敘部統計發現各官等中考列甲等之比例，簡任人員爲 95.82%，薦任人員爲 88.74%，委任人員爲 83.78%，呈現官等愈高者，考列甲等比例也愈高，顯然該

條文形同具文，但依現行法而言，又無法舉證違法。由於這涉及考績是採競爭式的原則（有一定的比較範圍，有比例限制）或非競爭式的原則（無比較範圍，無比例限制），因此有待進一步釐清。

## 二、考績的正當法律程序

二〇〇一年六月考績法修正之前，原十二條第一項第二款規定各機關辦理公務人員之專案考績，一次記二大過者免職；第二項復規定一次二大過之標準由銓敘部定之。由於此項免職處分限制了人民服公職的權利（憲法第 18 條），實質上屬於懲戒處分。據此，司法院大法官作成釋字第 491 號解釋，除認為上述規定有違法律保留原則之外，並指出：「懲處處分的構成要件，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法明確性原則。」所以解釋文明確揭示公務人員之免職處分應設有相關制度予以保障，以踐行正當法律程序，其內涵包括：

### （一）作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議

從解釋理由書可知此處所指涉的是考績委員會，其中隱含兩點意義。第一，委員會之組成由機關首長指定者及由票選產生之人數比例應求相當，但根據考試院公布之考績委員會組織規程第二條第三項規定：「前項委員，每滿三人應有一人由本機關人員票選產生之。」即不符合所謂的「相當」。其次，解釋文所謂的「決議」，就字面意義而言應有一定的拘束力，但現行考績委員會只擁有「初核」功能，因此考績委員會在考績程序中，可能尚須加以明確定位。

### （二）處分前應給予受處分人陳述及申辯之機會

此處所謂「處分前」，至少應指機關首長核定之前，針對擬予免職人員有陳述及申辯之機會，而非學理上所謂的「考績面談」（也就是在考績評定前，讓受考績者參與面談）。蓋前者已接近考績最後定案階段，而後者則是考績程序初期階段進行。但為求程序上的周延性，考績面談（含受考人自評）的制度，似可增加考績結果的相對客觀性。

### （三）處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關

事實上公務員保障法已建立復審，或申訴、再申訴的管道，可供公務人員在不服考績結果時提出，因此此處的教示程序，應可普及至各類考績結果上。

## 五、考績的結果與救濟問題

### （一）考績結果的呈現方式

考績法第九條反映的是競爭性的原則，但分數規定又反映非競爭性的作法。但現行考績法第六條和其它條文出現許多扞格，包括：

（一）考績法第九條的同官等比較，反映的是公務人員之間彼此競爭的原則，但分數規定是根據個人表現優劣加以評鑑，反映的卻是非競爭性的原則。尤其實務運作上，行政機關運用「總量管制」的方式，將甲等「限制」在八成五左右，如今又以「道德勸說」的形式，將其限制在四分之二到四分之三之間，於是所謂分數云云，就成為具文，成為先打等第後補分數的情況。何況第九條的

規定沒有罰則，在現行法體系之下也無從舉證違法，如此一來，該條文形同虛設，也失去了實質的效力。

(二) 考績法第十二條第一項第一款規定平時考核累積達二大過者，年終考績應列丁等，是以平時考核結果和分數多寡形成適法上的矛盾。

(三) 考績法第十三條規定：「曾記二大功人員，考績不得列乙等以下；曾記一大功人員，考績不得列丙等以下；曾記一大過人員，考績不得列乙等以上。」這是以平時考核的功過限定年終以及另予考績之等第結果，假設有人記有二大功，但年終根據考績表所打出來的考績分數卻不足八十分，同樣造成適法上的矛盾，因此實際上同樣是根據等第來決定分數，而非根據分數決定等第。

上述矛盾之所以未被凸顯出來，究其原因固然是因為目前的考績作業並未依法行事，而是在非正式的比例限制下，由各機關單位按照比例決定各等第人數後，反其道而行再依次給予總分與細目分數。這反映出現行考績法存有很大的作假空間，甚至是作假的「必要」，否則就無法執行。但這個問題仍應該在下次修法時解決，而不能只是將限制甲等比例視為獨立的一個問題，否則將再度凸顯考績法第六條、第九條、第十二條和第十三條之間的矛盾性。

## (二) 考績的法律效果：獎懲與淘汰問題

在實務運作上，根據公務員懲戒法所做出的淘汰決定，由於程序較為周密，且違法或不當的事實證據通常較為明確，故其主要爭議在於懲戒權的歸屬、懲戒的法律正當程序，以及懲戒機關的組織體制。但專案考績免職的部份，由於其要件和法律效果，和經由懲戒撤職之間有著高度的重疊性，因此有學者認為應併至懲戒法的架構下，可進行較周延的審理，同時增加當事人的權益保障。

上述問題所面臨的是法益衡量的問題，蓋要求踐行法律正當程序可加強保障人民服公職之權，但賦予機關首長更多獎懲與淘汰權限，則可提升公務人員的素質與政府效能。前者是個人權益，利益集中，故受影響者勢必有強烈誘因改變可能遭到免職的結果；後者是其他全體國民的權益，利益分散，故多數人沒有太大誘因會「計較」這樣的事件。因此持平而論，利用考績淘汰機制，確實可平衡這樣的法益。考績法於民國九十年修正後，有關考績丁等與一次記二大過的免職處分條件已提升至法律位階，使其納入法律保留的範疇中，增加公務人員的權利保障。至於在考績丁等方面，目前一般主管很少透過考績丁等的方式淘汰所屬公務人員。歷年來考績丁等人員的比例，大約都在百分之零點零一至零點零三左右，可謂微乎其微。未來隨著救濟管道的健全化，公務人員權利意識的抬頭，除非公務人員以專案考績一次記二大過或年終考績丁等的依據有具體事證，否則考績淘汰的功能將益發式微，如此將不利於公務機關獎優汰劣與新陳代謝的進行，故未來有必要從法制面研擬因應之道。

## (三) 考績結果的救濟程序與範圍

就考績結果而言，目前公務人員有二種救濟管道，第一種是針對考績丁等免職者以及專案考績一次記二大過免職者，可根據公務人員保障法第二十五條

的規定，提起復審與行政訴訟。第二種則限於記過以下的處分，可向服務機關及保訓會提起申訴、再申訴，但無法進行行政爭訟。

憲法第十六條規定人民有訴訟之權，但在公務人員法制中，有關內部管理和公務人員權益保障之間的界限並非全然明確，同時法律保留的範圍也存有模糊空間，因此實務上的變動性也相對增加。根據釋字第243號、釋字第266號、釋字第298號、釋字第四九一號的解釋，可發現有關公務人員的法律關係，已逐步脫離特別權力關係的窠臼，更加重視公務人員的權利保障和程序正義。其中，釋字第243號確立依考績法所做之免職處分，應許其提起行政訴訟，至於未改變公務員之身分關係的記大過處分，則不包括在內；釋字第266號允許公務人員基於已確立之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒者，可提起訴願或行政訴訟；釋字第298號係補充釋字第243號；釋字第四九一號從制度保障的觀點，指出依考績法或相關法規所為免職之懲處處分，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之。

綜觀保訓會所作出的再申訴、復審決定書，其駁回案件的主要理由，均係基於考評工作富高度屬人性，對於主管長官的「判斷餘地」應予以尊重。有關再申訴案的撤銷決定上，主要理由係「辦理考績業務有法定程序上之瑕疵、對事實認定有違誤、考績委員會之審議未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事件無關之考慮牽涉在內及有違反平等原則等情事。」至於有關再復審案件的決定，則側重證據法則的審理，須有「確實證據」，始得為免職之懲處。由上觀之，隨著公務人員保障、救濟制度的完備化，考績結果才能做為更有效的管理工具，同時避免公務人員受制於內部管理措施的名義，而無法獲得充分的權益保障。

#### (四) 考核程序的透明化

考績法第二十條規定辦理考績人員對考績過程應嚴守祕密，原有避免關說與困擾的用意，希望辦理考績人員在沒有壓力的情況下，做出客觀公正的考績結果。但這樣的作法會出現幾個問題：第一，受考者無法從考績過程中獲得有關工作付出的回饋；第二，缺乏透明化的結果，將無法符合程序正義的要求，使受考者以持平態度看待自己的考績結果。

## 第六節 小結

對於考績的本質和走向，雖然還存有不少爭議，但誠如公務人員基準法草案第五二條第一項與第二項規定：「公務人員之考核，除政務人員及民選地方首長外，應本綜覈名實、獎優汰劣、培育人才之旨，兼顧受考人工作及品德，適時作公正客觀之考評。前項考核結果，除應依法予以適當之獎懲外，並應作為辦理陞遷、調職、指派受訓、薦送進修、調整工作項目及裁汰冗劣之重要依據。…」似乎已經為未來的考績法制改革定下方向，而且是擴大考績功能、兼顧行政功能與發展功能的方向。但在這樣的展望下，吾人從本章的探討中可得

到以下幾點結論：

第一，在檢討我國考績制度的問題成因時，往往面臨的一個難題在於：究竟是制度面的影響較大，抑或執行面的影響較大？制度面的修正是否可以矯正執行面的缺失，而提升執行能力是否又能彌補制度本身的不足？本章同時探討考績法制與實務運作上的問題，不僅發現法制本身出現矛盾或不合理的設計，同時執行面也常面臨政治考量（如地方首長爲了選舉）、文化因素（如重視人和、避免衝突），而造成執行落差(implementation gap)的現象。此結果印證了Julnes & Holzer(2001)的實證發現：有關績效評估的政策形成，受到理性與技術面的理論影響較大；但在實際執行考績時，則受到較多政治與文化因素的影響。因此，認爲考績制度不良者，基本上反映的是理性觀與工具觀，至於認爲考績制度沒有問題，而係由於執行時出現扭曲者，基本上反映的是政治觀與文化觀。經過本章的檢視，我國的公務人員考績同時出現制度上和執行上的缺失，且由於制度面和執行面原本無法分開以觀，兩者往往會形成交互作用的影響，故在提出興革意見時，應同時關照這兩個層面。

第二，對許多行政機關的主管與首長而言，考績常常成爲他們的負擔，而非領導統御的工具，更不是權力，且實踐結果也無法成爲有效的人事管理與發展之憑藉。同時，主管與首長一方面缺乏考績評鑑的認知與能力訓練，一方面現行考績制度缺乏強烈誘因促使他們做到「綜覈名實」的目標，以致考績制度的兩個層次：放手讓管理者管理(let manager manage)和要求管理者管理(make manager manage)都無法達成，因此若欲透過考績達成行政課責的目標，恐怕還有一段距離。

第三，現行考績制度由於偏向採用非競爭性的考績原則，以及由於考績結果影響獎金與升等的效果甚大，於是各機關首長與主管多採「多多益善」的態度，導致考列甲等的比例年年增加，同時執行面也出現無法綜覈名實的現象。另一方面，考績法雖經歷年修改，但均採取漸進式的方法，卻未配合憲法增修條文對考試院職權的修正進行全面檢討，也對法律本身出現的矛盾視而不見，而若干實際所需的相關功能或措施，又無法加以整合（如績效獎金、機關考成），因此恐怕無助於考績制度的健全發展。

第四，目前考績法的對象侷限於公務人員個人，比較無法做爲組織目標管理、團隊合作的基礎。從民國九十年的修法來看，除了強化公務人員權利保障的趨勢相當明顯外，其餘針對組織績效提升的問題，卻尚未體現在考績法制中。此亦可證明我國的考績法制無論是朝向漸進式的「健全化」，抑或全面改革式的「脫胎換骨」，都相當大有可爲。若是前者，可循短、中、長程的方式，分從考績表、施行細則和法律本身進行修正；後者則有賴以績效管理爲導向，以策略目標爲中心，進行個人課責的要求、計畫的發展、績效的評估、訓練與發展的配合，而這便已涉及考績法的大幅改革了。

總之，現行考績制度受限於法制架構、政治考量、文化制約、執行能力等因素的影響，再加上相關課題如課責的追求、行政效能的增進、領導統御的配合，雖使考績制度的改革之路困難重重，但其中存在的改革空間，卻值得吾人繼續努力與突破。下一章將根據理論觀點，特別是從管理面的理想性著手，以

瞭解一套具有可欲性的考績制度，應如何強化績效管理落實、應如何確立考績的目的與功能，以及應如何避免執行面可能遭遇的問題，藉以提供我們思考考績制度改進的相關論證基礎。

## 第八章 結 論

### 引言

◎ M. J. Breger：「我們生活在一個重新建構行政法概念的時代！」（We live in an age of reconceptualization of Administrative law…）<sup>588</sup>

### 第一節 法官考績制度之展望

就法官考績，本文看法如下：

#### 第一項 法官考績制度之建議

##### 一、法官不適用現行公務人員考績法

有關機關（考試院或司法院）應提案修改公務人員考績法第二十三條，加入「法官」使成爲：「法官、教育人員及公營事業人員之考績，均另以法律定之。」排除法官之適用公務人員考績法，並且另定法官法（規定法官考核方式）。此部份銓敘部擬定之公務人員考績法修正草案並未列入<sup>589</sup>，司法院似有和其加強溝通協調之必要。

##### （一） 現行規定無法使法官「考績應具有發展型功能」

目前我國考績制度無法發揮功能，絕大多數的原因出自於我國考績結果的運用是屬於行政性功能。依考績法第二條規定僅表明考績應本於綜覈名實、信賞必罰之旨，作爲準確客觀之考核，並未說明考績之發展性目的。另外在考績等次及獎懲上，又只訂立考績用作獎金發給、升等規定，僅就工作、操行、學識、才能等作評分，並沒有主管對員工之日後發展、訓練規劃作總評。所以，在行政性功能主導下，考評者就常常會犯考績謬誤，諸如，爲避免得罪員工造成甲等比例過高或寬容等。<sup>590</sup>現行法官考績亦面臨此種問題。

##### （二） 現行考績標準的設計無法達到考績目的

<sup>588</sup>Breger. M. J., 1996, The Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act: Past and Prologue: Regulatory Flexibility and the Administrative State, in: 32 Tulsa Law Journal, 頁 325. ; 轉引自廖義銘, 行政法基本理論之改革, 2002/10, 頁 1。

<sup>589</sup>請參照 2003/4/16 銓敘部長吳容明在立法院法制委員會之公務人員考績法之口頭報告書。

<sup>590</sup>詳細內容請見戴燕珠, 我國公共人事政策應用生涯發展理論之研究—考績、訓練與升遷制度面檢視, 政治大學公共行政研究所碩士論文, 1998/6, 頁 97-98。

依考績法第五條就考核之細目係由銓敘機關訂定，但性質特殊職務之考核，得視各職務之需要由各機關訂定，惟目前多數機關並無自行訂定。考績標準上應使評估標準多樣化，考績衡量面向必須具備工作相關性，應適應工作性質、職務高低、工作年資等因素而設定不同的衡量標準，由機關自行訂定才能真正配合機關需要，以避免標準過於籠統，無法顧及到各機關業務的特殊性，否則容易使主觀分數加重影響力，造成考績結果流於不正確、不公平，而無法達到考績之功能。<sup>591</sup>現行考績法考核項目，對法官不適用之。

### (三) 法官平時考核無法落實

在考績法第五條中明文年終考績應以平時考核為依據，但實際上平時考核常被忽略。就一般公務員，主管對屬人員的平時工作加以詳實的紀錄，以作為年終考績、人事決定的參考基礎。但實際上多數主管平日並未做好評考核的工作，到了年終要評分時，只能憑刻板印象或近期印象打分數，造成評分流於主觀，並且對平時努力工作而不懂得投機取巧的公務員不公平（懂得投機取巧的人平日或許總是偷懶，只要在打考績之前夕，頻頻在主管面前表現良好，分數自然不差），因此，為力求考績結果的公平性，平時考核務必要落實。但就法官而言，遑論法官是否應有長官，縱有長官對其審判核心恐亦有距離，無法落實考核。

### (四) 現行法官考績制度有違憲之嫌

此部份詳如第三章第四節，於此不再贅述。

### (五) 法官考績獎金之負面作用

考績制度中，考績獎金之發放，亦是重要的一環。依據公務人員考績法之規定，只有年終考績或另與考績考列甲等、乙等及專案考績一次記兩大功人員，才可支領考績獎金，其數額從半個月至兩個月俸給總額不等，相當於受考者半個月或兩個月的薪水。在過去生活物資較缺乏之年代，考績獎金的發放，對於生活清苦、勤奮工作的公務員無非是一項鼓勵。但隨著時代的演變，考績制度的目的似乎已變成發放獎金之依據，公務員也視考績獎金的發放成為他們的既得權，考績制度原本有職務遷調、人才培育、晉升、訓練、發展等功能，也因並未真正落實平時考核，到了年終考核時，單位主管僅憑印象或以輪流甲等之方式辦理考績，未能達到公平公正的考核目的。所以有學者倡導應廢除考績獎金制度改採「績效待遇制度」。所謂績效待遇是基於將「待遇與工作績效結合將可達到優越表現」的信念，以個人或團體之工作表現決定個人待遇。其具體做法是員工除了支領固定之薪俸，個人或所屬團體之工作績效將影響下一次個人基本薪俸的調整幅度或獎金多寡<sup>592</sup>。有論者認為我國的考績獎金的給予也是績效待遇制度的一種，但事實上我國的俸給政策最大的缺失，即是未建立

<sup>591</sup> 請參閱戴燕珠，我國公共人事政策應用生涯發展理論之研究—考績、訓練與升遷制度面檢視，政治大學公共行政研究所碩士論文，1998/6，頁 98-99。

<sup>592</sup> 請參閱余致力、黃東益，有效激勵績優人力之策略：為我國績效待遇制度催生，人事月刊第二十九卷第二期，頁 32-35。

績效導向的俸給政策，發考績獎金變成例行性的措施，並且考績委員會中並非在進行考評，而是在分配各單位甲等人數，甲等也是由機關同仁輪流，大家也覺得公平。因此，努力工作者與渾渾噩噩者的薪俸沒有差別，考績一樣的機率也很大，或者有很多偷懶成性但卻會逢迎、體恤上意的人物，考績成績或許更好，則公務員的士氣如何不低落，行政效率又如何提高？所以引進西方的績效待遇制度廢除考績獎金制度呼聲越來越高。

現行法官考績制度，主管有高度屬人性之判斷餘地，容易流於主管之恣意與濫權，考核項目有工作、操行、學識、才能<sup>593</sup>，有影響審判獨立之嫌；且依公務人員考績法第六、七、八條有關年終考績、另予考績之等級及其各等級間不同之晉俸晉級、獎金，並依同法第十一條規定因考績等第之不同，而決定是否取得同官等高一職等任用資格等相關規定，可知，我國公務人員考績法之規定係以獎金、晉俸、晉級及升等為重心，其結果自直接影響法官之財產權，復有自民國九十年起法官考績甲等比例限制之問題，益見現行法官之考績不僅係在評價其過去表現，同時亦寓有改變行為、發展未來之目的，如此，具有一定法律效果之規範內容，不但係在評價法官過去行為，並因有考績甲等之比例限制，於法效果強大及趨吉避凶之人性心理下，不免已達影響法官之心理程度，進而可能經由該心理因素而影響法官將來應為或可能應為之裁判行為，顯違法官內心獨立理論<sup>594</sup>。

再依公務人員考績法施行細則第十六條規定：「公務人員平時考核，應併入年終考績增減總分。嘉獎或申誡一吹者，考績時增減其總分一分；記功或記過一次者，增減其總分三分；記一大功或一大過者，增減其總分九分」，而依同法施行細則第十三條第一項第一款第一目：「執行重要政令，克服艱難，圓滿達成使命者。」一次記一大功；另同法第十四條第一項第二款第二、三、六目：「執行國家政策不力」、「違抗政府重大政令」及「侮辱長官，情節重大」者，記二大過等之規定，亦知考績制度重在政策之貫徹執行，建立在「階級中的指示命令關係」，與法官僅服從於法律（對於行政機關之政策非但無配合之義務，反負有審查政策合憲性、合法性與否之義務），與國家間之關係為法官之特別任用關係，顯不相容；加上公法上職務關係之進展，法官考績應由法官合議制決定（法官自治），法院院長應無變更考績之職權（採機關首長制之例外情形）；綜觀整個公務人員考績法，法條內容相，有違體系正義。所以修改或廢除現行法官考績制度，勢在必行。

依公務人員考績法第十四條第一項前段、公務人員考績法施行細則第十九條第一項辦理考績之程序，以及依考績委員會組織規程第二條第二、三項有關考績委員會組成成員之規定，擁有考績權之人，為各法院院長，而組成各法院考績委員會之成員，亦有不少非具有法官身分之司法行政人員（如書記官、法警等），惟法官考核之機關不論係採由職務監督權人（如法院院長或其授權之庭

<sup>593</sup> 公務人員考績法施行細則第 3 條第 1 項；司法院「司法院暨所屬各機關人員平時考核實施要點」，內分工作、操行、學識、才能等考核。

<sup>594</sup> 余致力、蔡宗珍、陳志瑋，〈公務人員考績制度的問題與對策〉，當前文官體制重要問題之探討研討會，2001/11/2 日頁 6。轉引自陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，2003/1，頁 185-187。

長)之垂直考核或由法官組成獨立之委員會為水平之考核，其成員均應具有法官之身分，以維法官職務之獨立，甚至法官考績之救濟程序亦應均由法官審議（如德國之職務法庭，非如我國之保障培訓委員會），而不應由非法官人員決議，以符法官自治精神。然而，依上開辦理考績之程序，法官之考績仍有司法行政人員身分之考績委員直接參與法官考績之情形，亦甚為不妥。

法官考績制度為司法改革重要一環，或有評鑑、自律而無考績，與現行制度相差太大；如果說法官只有適任與不適任，一經評鑑有問題，即為不適任，此又與比例原則不符，造成國家培育人才之成本不經濟，對法官言亦不公平。司法院法官法草案（2004年5月18日版）第六十八條：「法官任職至年終滿一年，經勤務評定為適任，且未受有刑事處罰、懲戒處分者，晉一級，並給與一個月俸給總額之獎金；已晉至俸級一級者，給與二個月俸給總額之獎金。但任職不滿一年已達六個月，未受有刑事處罰、懲戒處分者，獎金折半發給。」或許可仿德國立法例，法官仍有考績，甲等沒有百分比之限制，但考績不與考績獎金陞遷等等相結合（已併入其薪俸中）。

#### （六） 法官之勤務評定宜採合議制

司法院法官法草案（2004年5月18日版）第六十九條：「法官現辦事務所在之法院院長應於每年年終，辦理法官之勤務評定，報送司法院。法院院長評定時，應先徵詢該法院相關庭長、法官之意見。法官之勤務評定包括學識能力、品德言行及裁判品質。其評定之項目、程序及規則由司法院定之。」由院長（機關首長）單獨評定法官之勤務結果，似有所不妥，除了機關首長是否具備單獨評定法官之勤務正確結果之能力外，並避免流於法院審判官僚化，產生對立之階層外，宜採合議制，由法院內委員制（法官會議或法官考績委員會，雖然司法院法官法草案第二十條：司法院、各法院及法院分院設法官會議，議決下列事項：二、辦理法官考核之建議事項。三、法官獎懲之建議事項。四、法院組織法第一百四十六條所定對法官為監督處分之建議事項。法條用語「建議」似嫌模糊，到底是訓示規定？還是強制規定？另外「考核」與「勤務評定」之關係如何？）合議評擬（相關單位如統計、研考、人事、政風應提供完整資料），並明定受評法官當事人可提起救濟。程序方面，司法院為最終審定機關，以符法官自治精神，不送銓敘部審定。或亦可仿奧地利法官，對候補、試署及表現非優等之法官，予以考績，其他優良之法官就不必每年予以考績，以示尊崇。

#### （七） 建立法官職務法庭

釋字第五三〇號大法官越欽不同意見書以「多數意見認為「司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標」，本席認為此種見解陳義雖高，但內容空洞，原因在於行政監督權能否發揮維護審判獨立之目標，端視法制上法官能否對妨害審判獨立之行政命令，循訴訟途徑予以廢棄，蓋行政監督與干涉審判之間極易混淆，必須有明確之界線及救濟程序。按司法行政機關為司法行政運作上之必要，固得為輔助司法審判，依職權規範司法人事、行政監督、會計、秘書作業等與人民權益無關而屬於司法行政運作事項，惟仍不

得對五權政府中各權分立而制衡之司法權獨立產生妨礙。司法權依法應專屬於審判機關，而非司法行政機關，舉凡法庭規則、法官內部自律事項等與人民權益無直接關係之司法權內部事項，其辦法或規則亦應有法律授權，由司法審判機關自行制定。目前實務上於審判權運作必要之規則或辦法，既無法律授權，亦非由審判機關自訂，仍交職掌司法行政之司法院頒佈，形成主從易位現象。又法官之審判行為可分為核心部分與外緣，對於法官審判行為之核心部分，不允許為任何影響與干預，個案中具體判決固然，即使訴訟程序中之準備程序、判決前後有關之各種手續，諸如：期日期間之酌定、法庭內警察權之行使、證據調查、裁判書類上之簽名等，亦均屬之。其對訴訟進行審理及判決有影響之「引導」或「建議」預先予以規範者，已不僅為獨立審判之妨害，而係獨立審判之危害。只有對法官審判行為之「外緣」依事理所不能避免者，司法行政始得觸及之，例如執行方面技術性、輔助措施之類，或基於憲法之其他理由，例如國家之司法人事權。司法行政機關與法官間固然有其職務監督關係，例如為維持法院運作之秩序以及確保法院業務正常運行，在行政上有監督責任之機關當然得以懲戒法之規範，對違反義務之法官加以警告。監督機關有權亦有義務制止法官違法執行職務，督促法官合法迅速執行職務。惟，法官僅於其獨立審判不受侵害之限度內受職務監督。質言之，基於行政、司法分立之憲政原則，職務監督之界線有疑義時，應由法院以裁判決定之，不得由行政機關片面決定。為此德國法官法並首開先例，在該法第二十六條第三項創設出一項訴權，法官得提起「審判獨立妨害之訴」，此外根據其基本法第十九條第四項並有「人民為司法受益權受侵害時提起訴願制度」（Justizgewahrspruch der Bürger）之設。」

司法院「人事審議委員會」無法取代「職務法庭」；人事審議委員會與職務法庭之主要差別有四：一、成員不同：依司法院版第四條規定，人審會除司法院院長及其指定之人為當然委員外，應有過半數之票選法官代表參加。依法官協會整合版第四十一條規定，職務法庭則採二級二審制，組成人員均為法官。二、程序不同：人審會之討論不公開；職務法庭則以法庭之形式，調查證據、行言詞辯論。三、做成結論方式不同：人審會以投票方式決議；職務法庭之法官，須行評議程序，在判決書上具名負責。四、有無附理由：人審會之決議，只有結果，不附理由；職務法庭之判決應附理由。五、是否可供社會大眾公評；法官呂淑玲認「職務法庭除了督促法官，能適時、適法執行法官職務外，其第二項功能，仍應該保障法官執行審判職務時，不受司法行政監督者不當之侵害，可以判決撤銷或排除該等不當侵害。此二種功能，缺一不可，若缺其一，猶如折翼之鷹，無法翱翔天際。說職務法庭是法官素質的安全網，審判獨立的守護神，一點也不為過，...」<sup>595</sup>又說「如果能夠區辨『職務法庭』的功能，及它所可能帶來司法環境改善的願景時，就很難讓人回頭去接受司法院為我們規劃、設計的制度。此無關乎法官出身是考試出身或遴選而來，而是現階段實存法官對司法未來的選擇。法官法是全國各審級法官均一體適用的根本大法，若未能符合大多數法官的期望，就的算勉強通過立法，亦猶如沙丘上的城

<sup>595</sup>臺灣台北地方法院法官呂淑玲致司法院長信，載於司法院內部網頁與院長有約，2002/04/08。

堡，虛假脆弱；猶如失去靈魂的軀殼，有形無神。」依「法官自治」之精神，設計一前瞻性，適合我國國情之法官職務法庭是必要的。在立法上，法官職務法庭、行政法院、保障培訓委員會及考試院（之訴願）審理範圍應予區別，俾免混淆。

二〇〇三年舊法官法草案第六十七條：「法官既已排除公務人員考績法之適用，有關實任法官之平時考核，爰參酌候補法官及試署法官之服務成績考查項目，訂定實任法官之勤務評定項目，其評定結果做為法官人事作業之參考。<sup>596</sup>」是為正確之立法。司法院法官法草案（2004年5月18日版）第七章職務法庭，共二十三各法條規定之，是為一進步之立法。

## 二、法官考績制度之立法政策與技術

現行法官之人事法規，散見法院組織法、司法人員人事條例、司法院組織法、行政法院組織法、公務員懲戒法及一般公務員之相關法規，以致法官與一般公務人員之界限模糊，所謂審判獨立之保障，亦顯得隱晦不清。司法院自民國七十七年即著手制定法官法，然而由於各方對於法官法的內容意見分歧，以致迄今未能完成立法工作。本文認為法官法之重點一、釐清法官與一般公務員之分際；應早脫離特別與公法上權力關係，進入特別的法律關係，非權力之關係而是權利之關係。尤其在建構合於本國民情之法官與國家關係之理論（如捨棄重要性理論等等）。二、慎選法官；三、加強法官自治；四、建構法官評鑑及懲戒機制，保障法官審判獨立職權，淘汰不適任法官；五、保障法官合理待遇。目前規範法官定位、人事、保障、評鑑、懲戒等等之法官法草案，還未正式進入立法院大會，面對所有法官制度、保障的基本法尚未擬定，現今如何能建立起有效的法官淘汰及保障制度？因為制度的建立是保障好法官、淘汰不適任法官的重要機制！

其次，如何集思廣益與專家學者（邀請學術界—法律經濟學者、法律社會學及其他相關學者；相關機關—如考試院、人事行政局等相關機關）與法官共同擬訂法官法草案），參考外國立法例，擷取其精華融入我國之本土化<sup>597</sup>，似仍待努力；現今司法院法官法草案似乏當代公共行政之理念，有待公共行政專

<sup>596</sup> 司法院法官法草案（職務法庭版），2003/7/31 擬，載於法官法草案研究彙編（12），2003/12 頁 851。

<sup>597</sup> 在高家偉，翻譯德國 Hans J. Wolff；Otto Bachof；Rolf Stober 所著之行政法 Verwaltungsrecht (Band 1；München 1999) 行政法，譯者後記，2002/8，頁 523：法律應當首先是民族的法律，它根植於一個民族的歷史和政治、經濟、科技、文化、宗教的生活條件之中。借鑒德國的法治經驗不能為中得法制之間的形式類似性所迷惑。「中國北方的糖炒栗子非常好吃，頗有些名氣。每當秋季許多小攤販沿街叫買，問津的人很多。在德國許多地方的公共綠地裏也生長著類似的栗子樹，秋季時栗子成熟落地，果實飽滿，著實令人喜歡，可無人收集。有一天譯者在德雷斯頓散步時發現了這個情況，高興極了，收集了許多，回家埋鍋造飯，來個糖煮栗子！做飯時譯者心想，德國的物產真是豐富，有那麼多栗子竟然沒有人吃，也許是德國人不知道這個東西好吃？越想，心中的感覺就越美，這可是個新大陸，千萬不能告訴別人！約半個小時之後，估計時辰已到，撈出一大碗，準備美食一頓，可結果大出所料，張口一嘗，原來是苦的！連續嘗幾個，味道一樣，譯者啼笑皆非，好把"糖煮栗子"全部倒掉，重新埋鍋造飯。不但竹籃子打水一場空，而且把籃子也搭了進去！」

家之加入，且法官法草案應是人事制度的一種法律，自應有精通人事制度及組織法之專家參與討論才是，但在各法院之人事主管無被徵詢過意見，更遑論參加會議討論，似有遺珠之憾。

復次，法官法考績之立法技術似待檢討；二〇〇〇年前後之司法改革，司法院有邀請各界人士座談，然而遺憾的是，就法官法草案立法過程似乏司法界菁英以外之人士參加或舉行公聽會<sup>598</sup>，又如缺乏法則的研究法與事實的研究法、靜態的研究與動態的研究、比較的研究與個案的研究、詮釋理論的研究(interpretive theory approach) 批判理論的研究(critical theory approach)均付闕如，此種缺乏全面性整合之討論，恐失周延。

再者，歷史法學派的德國法學家薩維尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861)認為法律是民族精神的產物，它具有民族性，各民族均有其各自的習慣法，各自的習慣法顯現各民族的民族精神，而成爲各民族的法律。雖然薩維尼的學說主要是針對民法而言，但事實上對於其他法律，薩維尼的態度也是一樣的。歷史法學派的學說雖有缺陷與錯誤，但仍有其不可磨滅的價值。例如一九一二年(民國初年)，我國移植先進的歐陸法制過於匆忙，並未充分考慮到我國的習慣法、民族性以及政治、經濟與社會條件的問題，此次的移植歐陸法制成爲急就章式的，而適應不良。揆其原因乃是民國初年的引進歐陸法制是「超前立法」；「超前立法」是早熟的立法，它雖然有引導國家社會進步的積極作用，但因爲它是移植來的法制，沒有歷史與文化的基礎，也沒有與之配合的政治、經濟與社會條件，它對國人而言是陌生的，所以儘管它是先進的法律，但是施行在落後的中國，很遺憾的，它發生適應不良的情形，成效也大大受到影響<sup>599</sup>。我國從古以來，國人普遍認爲司法機關「司法不公」(原因有二：一是司法風紀不良，二是法律規定不公平與不合理，與人民觀念有所歧異)，此爲中國傳統法制沿襲之民族性與歐陸法制不同<sup>600</sup>，司法院提案修正法官考績制度應與各機關(尤其是考試院與行政院)獲得立法共識，並盱衡民情，立法內容應避免上述缺失。

## 第二項 科際整合擬定法官考核制度

### (一) 從法律經濟學看法官考績制度

法官考績制度即將改革，「制度的改革，是有形的；制度內在的文化意涵與法制的精神是無形的，如何使無形的內涵與精神及有形的制度能相互配合，是改革者的重大的挑戰，如果處理不得宜將是一種危機。」<sup>601</sup>美國聯邦首席法

<sup>598</sup>法官法草案曾在 2003 年 5 月 26、28 及 29 日由立法委員蘇盈貴擔任主席在立法舉行公聽會，該公聽會其實是假法官法草案之名，實際上是討論大法官資格審查及同意權行使程序，而大法官之提名人卻無一到場，請參照司法院，法官法草案研究彙編(12)，頁 559-757。

<sup>599</sup>請參照那思陸及歐陽正合著，中國司法制度史，2001/2，頁 5。我國家庭暴力防治法似亦有此問題。

<sup>600</sup>請參照那思陸及歐陽正合著，中國司法制度史，2001/2，頁 6。

<sup>601</sup>引自周處長占春，建立尊重人性尊嚴的社會，載於邁向公與義的社會，2000/2，頁 301。

官兼芝加哥大學法學院教授波斯納 (R. Posner) 在一篇論文以「法官最終在追求什麼？」(What do judges maximize?) 為篇名<sup>602</sup>，在這篇論文裡，波斯納教授的問題很簡單：「一般人基於自利心，會追求事業上的名或金錢上的利。可是，(美國聯邦)法官是終身職，可以懶惰、粗糙、誤用法條、誤判、把隱私性資訊透露給媒體、因為道德上的疏忽而被糾正；這些理由足以使同樣享有終身職的公務員或大學教授被炒魷魚，卻絲毫動不了法官。那麼，法官何必要兢兢業業、盡忠職守；法官追求的到底是什麼<sup>603</sup>？」同樣的，我國的司法生態是否建構一種使法官熱愛審判工作的環境，使法官受到應有的尊重呢？(例如工作量、審判的後備資源等等) 是否在「威權體制下的司法，工具性大於維護基本人權的功能。」<sup>604</sup>誠值吾人深思；本文認為，行政人員除依法行政，免於違法失職外，追求的是公共利益 Public Interest 的實現，公共利益是「集體之善」，是公眾而非少數人之利益。而公共利益即公眾民意，執行公共利益即以民意觀點執行公務俾能實現公共價值(Public Value)，公共價值包含手段(效率、效能)、道德、民眾、市場與任務 (5M; means、morality、multitude、market、mission) (此即美國新公共行政之黑堡宣言 Blacksberg Manifesto)；而法官追求的是個案正義的實現，個案正義與公共利益，其實目的是一樣的，然而在執行上可能會有衝突，以及司法行政之領導者所應致力的工作。如今，司法當局已使法官的判決書上網，公開裁判確定後之評議簿，促使司法透明化，除了使法官自律外，學者更可了解實務見解(採取之學說)；本文更建議大法官解釋之會議記錄也應予公開，除了可供檢驗大法官之意見外，亦可供學術研究；美國 Bob Woodward & Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court* (我國喬周出版社有譯本，最高法院的兄弟們，2001年9月版)，描述聯邦最高法院九位大法官自一九六九年至一九七六年大法官開會的過程，解釋憲法，憲法守護者，「一夫當關，萬夫莫敵」，而為民所信賴，為民所景仰；而我國呢？似尚有一段距離。

## (二) 從法社會學看法官考績制度

一個有競爭力的國家，應該有一優質之政府，為人民積極行政與依法行政，亦即政府應具有公共行政與行政法之理念與原則，據以施政而為民所需；如有公共行政而無行政法，容易使政府之領導人為求目的不擇手段，行政失控 (out of control) 而濫權；如有行政法而無公共行政，易流於消極而無積極行政作為，所謂「徒法不足以自行」；國家要先可愛，人民才會愛之<sup>605</sup>，國家要可愛，政府要先可愛，可愛的政府即要有一優質的政府，以服務人民。(優質之政府與萬能之政府有間)。

作為正義的最後一道防線之司法，亦為政府機關之一，亦應依公共行政與行政法之理念與原則行使法定職權，法官為司法權之受託者，自應依憲法及法

<sup>602</sup>請參照波斯納 Richard A. Posner, *Overcoming Law*, 蘇力譯, 2001/11, 第三章, 頁 126-167, 大陸政法大學出版,

<sup>603</sup>請參照熊秉元, 追求司法女神, 頁 269; 筆者註: 此即法官免責原則。

<sup>604</sup>引自周占春, 建立尊重人性尊嚴的社會, 載於邁向公與義的社會, 2000/2, 頁 300。

<sup>605</sup>請參照李惠宗, 憲法要義, 2001/8, 第三版自序, 第 21 章人民之基本義務, 頁 384。

律審判；司法要先可信，人民才會信之，否則獨立審判之法官所作裁判，當事人及律師無期待可能性，法官突襲之裁判使人民無法信服（法官不食人間煙火或採取少數說的特立獨行是危險的<sup>606</sup>），人民不信賴司法，最後的防線失陷，社會毫無正義可言，國家勢必動盪不安。

立法者（未必僅是司法機關<sup>607</sup>）在設計規劃法官制度，應具有法官學與法官法之原理原則，經過立法技術與程序，才有先進之法官法，未有法官學之體系分析與理念，拼湊出來的法官法亦必凌亂而無體系正義可言；若是立法原則有所偏差，差之毫釐失之千里，法官不成爲法官（有權力之獨夫），則「政策的失誤，比貪污可怕」，不可不慎。

法官法之制定爲我國司法改革者之目標，但十多年之討論擬訂了草案，也委請立法委員送立法院審議，但均未提立法院院會，立法院議事效率不彰固爲原因之一，但並非其充分條件原因，立法委員及人民未完全認同法官法即爲原因之一<sup>608</sup>。

美國 Holmes 大法官曾說：「法律的生命是經驗而不是邏輯」邏輯與經驗都有其存在的合理性，二者的相互依存是永恆的。法官考績之修正亦同。英國法學家梅因所說：「社會需要和社會見解總是或多或少地走在法律的前面，我們可能非常接近地達到它們之間的缺口結合處，然而現在卻有一種重新拉開差距的永恆趨勢。」所以說，在現實生活中，並不是任何具體案件都能以邏輯演繹的方式加以合理解決的，在經驗主義法律觀看來，法律的生命在於經驗，邏輯並不是法律發展中惟一起作用的力量，儘管法律可以按照一整套合乎邏輯的方法確立相應的概念、規則，但法律時時受到社會不規則因素的影響，且它是歷史的產物。因此，在實際生活中，法律除了被當作抽象的邏輯以外，更重要的是一種社會體驗，即法官根據時代的需要、盛行的道德、社會習慣、公共政策、法律知識等方面的直覺知識和經驗，在各種相互衝突的利益中加以權衡，作出明智的選擇，從而確定處理案件的具體規則。既然法律總是存在漏洞或不符合社會發展的地方，那麼法官在處理具體案件時遇到上述情形，放棄找法的努力，而根據其知識經驗所支撐的價值思維創立相應的法律規則或者通過自己的見解對法律漏洞加以補充，就不僅是合理的，而且是應當的。否則就如海耶

<sup>606</sup>請參照橫川敏雄著，謝瑞智譯，公正的審判，1993/5，頁 99-101。

<sup>607</sup>請參照蘇永欽，新司法院面對的制度困境，台灣本土法學，2003/7，頁 1-2。

<sup>608</sup>司法院翁院長主持各級法院法官自律委員會委員會議有如此語重心長致詞：

「自八十六年十一月發布實施『各級法院法官自律委員會實施要點』以來，今天首次召開全國各級法院自律委員會委員會議，意義十分重大。這一段時間以來，各位已經從報章雜誌和電視上，看到立法院朝野立委對我們楊秘書長強烈的質詢，可說是砲聲隆隆、責難泉湧，對法院辦案遲延的不滿，如雷貫耳。記得多年前，各法院法官為貫徹「審判獨立」原則，努力爭取「純淨的審判空間」，一時之間，蔚為風尚，確實也掃除了若干干涉審判之疑慮。可是曾幾何時，部份法官卻不瞭解「獨立審判」的真意，在純淨的象牙塔裡，無視於人民「速審速結」的要求，甚至指責法院相關管考的規定，以為辦案可以慢慢來，不顧當事人的感受。而這一波改革的呼聲，顯然來自人民——要求「速審速結」、要求「及時的正義」。最近，經由高雄市議會的賄選案件，人民對司法長期以來，積延重大案件的不滿情緒，再度引爆，甚而對近年來司改的成效產生質疑。面對這樣的輿論，令我輾轉反側、徹夜難眠，我們是不是該捫心自問：「司法的團隊中，是否有怠惰的法官、有不負責任的法官，讓人民看不到正義的曙光？」（載於司法周刊 No. 1117，2003/1/15）

克 (Friedrich A. Hayek, 1899-1992) 所感嘆的：「法律保護自由，而法條卻謀殺自由」 (Recht Schützt Freiheit, Gesetze röten sie)<sup>609</sup>

### (三) 法官考績之人力資源策略

一九八三年六月，由聯合國經濟及社會理事會主導，在加拿大舉行關於司法獨立議題的全球大會，通過一項宣言，其中第「二·四四」明白表示：法院首長關於行政事務得對法官行使監督權 (The head of the court may exercise supervisory powers over judges on administrative matters.) 法官的審判獨立，與司法行政監督權之間及人事考績，呈現了敏感而緊張關係，應講求分際，相互尊重<sup>610</sup>。所以法官考績是行政權 (人事權)，非司法行政權，釋字第五三〇就此似待斟酌。

立法例及學說認為與司法獨立得併存之司法行政監督，其目的與公務人員考績制度不司，無法以公務人員考績制度替代司法行政監督。申言之，保障法官獨立之際，為避免法官違法或遲延履行司法給付義務，侵害國民或國家之利益，不得不承認有限度之司法行政監督，有謂此為「獨立與負責之權衡」。德國法官法第二十六條規定：「一、法官僅於不侵害其獨立審判之限度內受職務監督。二、職務監督在前項限制之下，包括告誡法官違法執行職務及督促法官合法迅速執行職務。三、法官認為職務監督之處分侵害其獨立性時，得依本法之規定請求法庭裁判。」此規定首先揭示司法行政監督之前題為「不得侵害獨立審判」，且為避免行使監督權者逾越權限，復規定法官得請求法庭以「裁判」方式救濟，其維護法官獨立之用心不因承認司法行政監督而稍有鬆懈。且該條文認可之司法行政監督所得採取之最嚴厲措施為「告誡」 (Vorhalt) 及督促 (Ermahnung)。吾國法院組織法第十一章亦有司法行政監督之明文，其中第一百十四條揭示司法行政監督之前題要件「不影響審判權之行使」，第一百十二條條明定監督措施為「發命令使之注意」及「警告」，與德國法制相同，惟無司法行政監督逾越權限之救濟規定，就維護法官獨立之觀點而言，尚欠完備。由上述規定，可見司法行政監督所得採取之措施，其強制性均低，原因乃避免造成法官過多之心理壓力，影響審判獨立—此乃民主國家最基本且不可侵犯之原則。反觀吾國之公務人員考績制度，其目的在確保「上令下從」關係之有效運作，以達行政機關擬定施政政策之貫徹，故除誘之以利 (如記功、給予獎金等)，嚇之以罰 (如記過、免職等外，並配合公務人員俸給制度，直接控制公務員之生計，其強制力極大，可有效地左右受考績者之意思決定。此種制度若適用於法官工作，顯有侵害審判獨立之嫌，已超越司法行政監督之容忍限度—不得影響審判獨立。是故，縱承認司法行政監督存在之必要性，亦無法使法官適用吾國公務人員考績制度獲得合理化之依據。

綜上所述，吾國公務人員考績制度係為行政機關貫徹政策執行而設計之由上往下控制之服從體系，其執行政策之目的與司法獨立之精神有背，其建立

<sup>609</sup> 轉引自洪謙德，法律社會學，2001年12月，頁5。

<sup>610</sup> 請參照朱石炎，司法獨立的維護，收於司法院司法改革委員會會議實錄上輯，1996/5，頁16-20。

上下服從關係之方法與審判工作之本質不合，又其獎懲之結果直接影響俸給，更甚而可為免職之依據，與保障審判獨立及身分獨立之立憲本意有違。從而，法官適用公務員考績法之規定，使法官須依考績升等，及司法人員人事條例第三十二條第二項：「公務人員考績法關於免職之規定，於實任司法官不適用之。」之規定均有違反憲法第八十條及第八十一條之嫌<sup>611</sup>。

## 第二節 結語

包括司法權力在內的國家權力乃是「必要之惡」，國家及其權力是「必要之惡」是現代政治的重要觀念。國家及其權力具有兩重性，它能夠滿足人民對政府力量的要求，但同時也會給人民的自由帶來巨大的威脅。國家曾給數不清的人帶來了苦難和毀滅，但它也為數不清的人的生活和富裕提供了保障，而沒有它，人類在歷史上那種從一定意義上說是有條不紊的發展，便是不可能的。「國家同人所創造的一切事務一樣具有兩重性。它同人自身一樣具有兩重性<sup>612</sup>」。司法權是一項國家權力，但這項權力具有一定的特殊性，即它既具有懲罰犯罪、維護社會秩序的功能，同時又具有遏止其他國家權力特別是行政權對人權施以侵害的作用。但是司法權也會限制或剝奪人民生命、自由、財產等權利，孟德斯鳩說：「任何刑罰，只要它不是絕對必要的，都是專制的」；所以司法權是一種必要之惡，亦具有前述之雙重性。

那麼，誰來監督必要之惡—行使司法權之法官呢？以我國而言，在司法機關內部的監督：如行政監督（評鑑、自治、獎懲、考績）、司法監督（懲戒、刑責、民事賠償）；另外司法機關外部的監督：如新聞輿論監督（第四權）、社會團體（律師公會、民間司改會）和人民群眾監督等等。至於法官自律乃道德問題。「誰來監督制衡者？」有自律及他律兩制衡力量<sup>613</sup>；現在如果說日本法官在職務上有瀆職情事，會被指為「開玩笑，不可能的事」或未曾聽聞<sup>614</sup>。為確保法官的能力、品德、素質，單靠法體制內的監督體系(包括司法權體系內之司法行政監督、任期制，司法權體系外的最高法院法官國民審查、裁判官彈劾制度)，是不足以造成目前普遍受日本社會肯定的裁判官。最重要的，還是在於法體制外，對於裁判官的嚴格要求與期待，以及裁判官們的自我要求，並且，彼此間相互影響，法體制外對裁判官的監督，具有正面作用，也是促成日本裁判法學的發達的重要因素之一。國民監督中，在裁判之認定事實及法律適用當否，最重要的監督為學者，一般國民及媒體的關注，也是不可或缺的監督力量<sup>615</sup>。

<sup>611</sup> 請參照蔡玉玲，法官人事制度與司法預算，1989/7，頁 11-13。

<sup>612</sup> 德國羅曼·赫爾佐克著，古代的國家的起源和統治形式，北京大學出版社 1998 年，頁 2。轉引自郭成傳、宋英輝，當代司法體制研究，2002/11，頁 31-32。

<sup>613</sup> 詳細可請參照李惠宗，對立法權制衡機制之探討，載於月旦法學第 109 期，2004/6，頁 94-97。

<sup>614</sup> 李木貴，日本戰後司法改革有關裁判所組織架構變遷之研究，台灣基隆地方法院出版，2003/6，頁 80。

<sup>615</sup> 李木貴，日本戰後司法改革有關裁判所組織架構變遷之研究，台灣基隆地方法院出版，

作為法官，為司法權之託付者與執行者，審判獨立以保護司法免於受到外來之干涉，就法官予以評鑑考核，並不當然侵犯法官之人性尊嚴。

但是，公務人員考績法的立法設計是以行政一體，上令下從為原則，而其立法技術競爭性與非競爭性之法條同列，互有矛盾，有違體系正義；法官裁判，本應無父無母一視同仁，為法是從，遑論有長官之指示，司法本就非如行政機關之上令下從，法官考績的本質，與現行公務人員考績法的立法意旨，本就不同，以法官之職位硬要適用行政官之考績制度，南轅北轍，未免有削足適屨之感。以法官之行政事務作為全部之考績結果，以偏概全，失之客觀。加上行政命令百分比之限制，其裁量基準無從檢驗，形成推波助瀾，火上加油，失掉考績之目的。所以法官應不適用現行公務人員考績法。

故應由有關機關提案修法（考試院或司法院），修改公務人員考績法第二十三條「教育人員及公營事業人員之考績，均另以法律定之。」加入「法官」修正為：「法官、教育人員及公營事業人員之考績，均另以法律定之。」或者另立法（法官法）定之；其次，司法院應就法官之考績之適用是否違憲聲請大法官解釋？並法官職務監督之範圍與界限要明白表示意見；如此方有義於<sup>616</sup>吾國司法。

法官是考績的主體，而非客體，考績所考核者是法官職務上與非職務上之績效評估，是機關內部紀律管理的一種手段，目的是為達成司法給付之義務，而非將法官當作考核客體，將考績當成目的，甚至當作上對下的箝制工具，此及違反法官之主體性與自由意志，而違反人性尊嚴<sup>617</sup>。現行公務人員考績法之規定，容有上對下之侵犯審判獨立之空間，有違憲之嫌，應予改進。

另外，附帶說明，我國的刑事司法是以司法警察、檢察官為最主要的入口管制者（input），因此只有審判法官的獨立當然不夠，偵查犯罪的司法警察、起訴的檢察官如果因為行政的干預而瞻顧，甚至變成政治工具，因司法權的被動性—不告不理，司法的天平仍然是傾斜的，民眾對司法仍然無法信賴。司法權究竟該如何組織，似無標準答案，法治發達的多數歐洲國家，百年來都是以司法部管理司法，只要有足夠的身分保障，法官、檢察官也敢於對抗不當的行政干預，未必有礙於偵審的獨立與民眾的信賴；如此才可使在刑事下游的司法審判資源不會被濫用，而為人民所信賴。

美國前大法官 Cardozo 在 *The Nature of the Judicial Process* 一書就指出：法律的（論證）方法，包括哲學（就是邏輯、體系等）、歷史、社會學等方法；「綜合」這些東西，做出有說服力的論證，就是我們該做的事情<sup>618</sup>。法律不僅是一門科學，是一種維護正義的力量，也是一種生活的藝術，「法律乃善良及公平

---

2003/6，頁 90-91。

<sup>616</sup> 孟子見梁惠王：梁惠王問孟子不遠千里而來，有何利於吾國乎？孟子答曰：王何必曰利，上下交征，則國危矣。孟子企圖以利與價值遊說梁惠王，因為梁惠王是權力的所在，所以孟子不遠千里而來拜會他。價值與利益、強權與價值時有衝突，司法的價值如何取捨呢？

<sup>617</sup> 請參照李惠宗，憲法要義，2001/8，頁 80-83。城仲模，認為人性尊嚴最簡單的概念是「人要把其他的人當作人看」，見城仲模，人性尊嚴與法治社會，公務人員月刊，2003/10，頁 53。

<sup>618</sup> 見 <http://mypaper.pchome.com.tw/news/liaobruce/3/1235005191/20040116160236/>。

之藝術」(Jus est ars boni et aequi)，維護藝術之美之最基本的需求之依據乃法律，詩人藝評家波特萊爾(Ch. Baudelaire, 1821-1867)說：「樹叢、群山、流水與房舍所謂的風景，令人覺得美，並非其自身的美，乃是有我；我的幽雅與加上的思維與情感，於是畫出了風景的美」，同樣的法條無法自成藝術，要有法官的思維與情感，法律才能成為藝術，善良及公平之藝術為人生中追求真善美之基點，法治國家，不僅是由法官在法庭講法，而是讓法治成為生活的態度，司法引導人民，裁判教育人民，以具體個案宣示法之尊嚴，法官成為法律藝術家，對於所製作之作品一裁判，能給人民信服，吾人希望不用考績制度之手段(因為現行考績制度副作用極大)而達到考績之效果，法官為人民所信賴，如此司法天平才會公平，法官案牘勞形才有價值，須知人民給法官的考績(或評價)才是最重要的，司法是為人民而存在的，最終，也是由人民來裁判法官(At last, the people judge the judge.)<sup>619</sup>而不僅僅是「長官」評價的考績(勤)而已。

---

<sup>619</sup>美國作家阿爾伯特·哈伯德(Elbert Hubbard, 1856~1915)語。



# 參 考 文 獻

## 中 文

### 書 籍

- 公務員懲戒制度研究修正資料彙編，司法院，1999年6月。
- 公務員懲戒制度研究修正資料彙編（二），司法院，2000年12月。
- 公務員懲戒委員會決議案例要旨彙編（一），公務員懲戒委員會，1967年6月。
- 公務員懲戒委員會決議案例要旨彙編（二），公務員懲戒委員會，1980年8月。
- 公務員懲戒委員會決議案例要旨彙編（三），公務員懲戒委員會，1993年6月。
- 王廷懋，我國公務員懲戒問題之研究，司法研究年報第十八輯第二三篇，司法院，1998年6月。
- 史慶璞，行政行為與美國行政爭訟制度之研究，三民書局，2001年4月。
- 史慶璞，美國憲法與政府權力，三民書局，2001年4月。
- 史錫恩，司法院掌理審判之研究，收於：司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，司法院編印，1988年9月出版。
- 立法院法制委員會，行政程序法案，法律專輯，第二百五十二輯，2000年7月。
- 朱武獻，公法專題研究（一），1991年1月2版。
- 朱武獻，公務人力績效管理制度，考試院，2003年。
- 朱瑞祥，美國最高法院判例史程，黎明文化事業公司，1990年7月。
- 江大樹，國家發展與文官政策。憬藝，1997年。
- 江大樹、呂育誠、陳志瑋譯，人事行政新論（上）（下），韋伯文化，2001年。
- 江岷欽、林鍾沂，公共組織理論，國立空中大學，1995。
- 江岷欽、劉坤億，企業型政府—理念·實務·省思，智勝，1999年5月。
- 江明修、許文傑與梅高文，新世紀的行政理論與實務—張潤書教授榮退紀念論文集。三民，民90。
- 考試院編印，考銓要覽，考試院，2001年。
- 行政院人事行政局，各國行政改革之動向，人事行政局，2000年。
- 行政院人事行政局，行政院暨地方各級行政機關九十二年實施績效獎金計畫作業手冊，人事行政局，2002年9月，頁1-32。
- 行政院人事行政局，歐美國家公務員制度概要—美英德法之現狀。人事行政局，2000年。
- 行政院研考會，行政革新方案。行政院研究發展考核委員會編印，1997年。
- 何永福、楊國安，人力資源策略管理，三民書局，2001年。
- 吳定、張潤書、陳德禹、賴維堯，行政學上下冊，國立空中大學，1996年9月。
- 吳庚，行政法之理論與實用，自印，2003年8月增訂8版。
- 吳庚，憲法的解釋與適用，三民書局，2003年4月初版。

- 吳庚，行政爭訟法，三民書局，1999年5月。
- 吳秉恩，分享式人力資源管理：理念、程序與實務，台北：翰蘆圖書，1999年11月。
- 吳堯峰，革新公務人員考績、培訓與升遷制度之研究，「文官制度與國家發展研討會會議實錄」，考選部，1998年。
- 吳復新，人力資源管理，國立空中大學，1998年8月。
- 吳瓊恩，行政學，三民書局，2002年。
- 吳瓊恩、李允傑、陳銘薰，公共管理，國立空中大學，2000年2月。
- 呂基弘，法官身分保障之研究，司法研究年報第二輯，司法院，1982年3月。
- 改革司法，民間國建會特輯（二），林永謀、甘添貴、黃瑞明、蔡墩銘、洪禎雄等，國家政策研究資料中心出版，1990年4月。
- 李念祖，論我國法院法官之違憲審查義務，蒐錄於氏著「司法者的憲法」，五南出版社，2000年8月初版。
- 李長貴，績效管理與績效評估，華泰書局，1997年。
- 李長貴，人力資源管理－組織的生產力與競爭力，華泰，2000年。
- 李建良，憲法理論與實踐（一）（二）學林文化事業公司，2000年7月。
- 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2002年10月，初版第三刷。
- 李惠宗，權力分立與基本權保障，韋伯文化事業出版，1999年5月。
- 李華民，各國人事制度，五南圖書，1993年。
- 李誠，人力資源管理的十二堂課，天下遠見，2001年12月。
- 李漢雄，人力資源策略管理，揚智文化，2000年8月。
- 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版公司，2000年2月。
- 李震山，行政法導論，三民書局，1999年10月再修訂初版。
- 李震山，論法官依據法律獨立審判，蒐錄於李震山等著「法與義」，五南圖書出版有限公司，2000年5月。
- 李鴻禧，違憲審查論，元照出版公司，1999年12月，初版。
- 李鴻禧譯，蘆部信喜著，憲法，元照出版公司，2001年4月。
- 林子儀，權力分立與憲政發展，月旦出版社發行，1993年4月。
- 林月娥，公務員懲戒制度之研究，司法院，1996年6月。
- 林水波，考績制度－理論研析與經驗驗證，五南圖書，1989年4月。
- 林水波、張世賢，公共政策，五南，1996年。
- 林明德等，歷年公務員懲戒案件之分析研究，司法研究年報第五輯，司法院，1985年3月。
- 林明鏘，公務人員研究（一），自版，2000年3月。
- 林國賢，五權憲法與現行憲法，自印，1986年6月。
- 林錫堯，行政法要義，自印，1999年8月第二次增訂版。
- 司法院，法官法草案研究彙編（一），1990年10月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（二），1992年5月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（三），1993年6月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（四），1994年6月。

- 司法院，法官法草案研究彙編（五），1995年6月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（六），1996年6月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（七），1997年5月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（八），1998年5月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（九），2000年7月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（十），2001年9月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（十一），2002年11月。
- 司法院，法官法草案研究彙編（十二），2003年12月。
- 法治斌，人權保障與司法審查，月旦出版，1994年1月。
- 法治斌，司法行政與司法審判之分與合一評司法院釋字第530號解之功與過，收於：翁岳生教授祝壽論文編輯委員會（主編），「當代公法新論（上）」，台北元照，2002年。
- 法治斌，蒐集、編譯美國公務人員保障制度法規專案研究報告，保訓會，1999年5月。
- 法治斌、董保城，中華民國憲法，國立空中大學，2001年2月。
- 法務部，行政程序解釋及咨詢小組會議記錄彙編（二），法務部印行，2002年12月。
- 法務部，行政程序解釋及咨詢小組會議記錄彙編，法務部印行，2001年12月。
- 邱聯恭，司法之現代化與程序法，自印，1999年9月。
- 邱聯恭，民事程序理論與實務，三民書局，2000年9月。
- 邱聯恭著，爭點整理方法論，三民書局，2002年。
- 城仲模，行政法之基礎理論，三民書局，1999年3月。
- 施能傑，美國政府人事管理，商鼎文化出版，1999年4月。
- 施啟揚，西德聯邦憲法法院論，台灣商務印書館發行，1976年10月出版。
- 孫本初，公共管理，著者自印，2001年。
- 孫本初、江岷欽，公共管理論文精選（I），元照出版公司，1999年10月。
- 徐有守，考銓制度，商務文化，1997年。
- 翁岳生，行政法與現代法治國家，國立台灣大學法學叢書編輯委員會，1990年9月十一版。
- 翁岳生，法治國家之行政與司法，月旦出版公司，1995年11月。
- 翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，2003年，五南圖書出版公司。
- 翁岳生編，行政法（上）（下），自印，2000年3月。
- 耿雲卿，憲法與法學論叢（上），自印，1989年3月
- 高翠霜譯，Peter F. Drucker等原著，績效評估，天下遠見，2000年。
- 張特生，在我國憲政體制中司法制度上的幾個重要問題，收於：司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，頁239至261，司法院編印，1988年9月出版。
- 張嘉尹，基本權理論、基本權功能及基本權之客觀面向收錄於翁岳生教授，七秩華誕祝壽論文集，當代公法新論，元照出版公司，2002年7月。
- 張潤書，行政學，三民，1998年。
- 張火燦，策略性人力資源管理，揚智文化，2000年1月。

- 曹俊漢，公共政策，三民，1990年。
- 許志雄，日本公務員法制概述收錄於公務員基準法之研究，行政院研考會，1994年7月。
- 許志雄，違憲審查制度與民主政治，蒐錄於許志雄等著，現代憲法論，元照出版公司，1999年9月，初版。
- 許志雄，憲法保障與違憲的憲法規範，蒐錄於「憲法秩序之變動」，元照出版公司，2000年10月，初版。
- 許志雄等合著，現代憲法論，元照出版公司，2000年3月。
- 許宗力，法與國家權力，台大法學叢書編輯委員會編輯，月旦出版，1996年12月。
- 許宗力，普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權，蒐錄於氏著「憲法與法治國行政」，元照出版公司，1999年3月。
- 許宗力，憲法與法治國行政，元照出版公司，1999年3月。
- 許南雄，人事行政學。商鼎文化事業公司，1993年。
- 許南雄，各國人事制度，商鼎文化，2002年3月。
- 許南雄，考銓制度概論，商鼎文化，1997年。
- 許南雄，行政學概論，商鼎文化，2000年8月。
- 許慶雄，憲法入門，元照出版公司，2000年9月。
- 許濱松，人事行政，華視文化，1996年8月。
- 許濱松，各國人事制度，華視文化，2001年2月。
- 許濱松，論激勵管理與人力資源的有效運用，七友，1985。
- 郭介恆，正當法律程序—美國法制比較研究，收錄於城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，憲法體制與法治行政，三民書局，1997年7月。
- 陳金貴，中華民國、美國、英國三國文官制度改革之比較研究，「文官體制之比較研究」，中央研究院歐美研究所編印，1996年。
- 陳金貴，各機關績效考核制度之研究，銓敘部，1998年2月，頁15-42。
- 陳金貴、丘昌泰，各機關績效考核制度之研究，銓敘部委託研究，1999年。
- 陳俊榮，大法官會議研究，台灣商務印書館發行，1989年出版。
- 陳春生，蒐集、編譯德國公務人員保障制度及法規專案委託案，保訓會，1999年6月。
- 陳起雲，日本公務人員考績制度考察心得報告，考試院，1997年。頁103-28。
- 陳敏，行政法總論，自印，2001年1月。
- 陳慈陽，行政法總論，神州出版社，2001年12月。
- 陳慈陽，基本權核心理論之實證及其難題，翰蘆圖書出版公司，1997年11月
- 陳慈陽，憲法學，元照出版公司，2004年1月。
- 陳愛娥，公務人員保障案件的調處制度，保訓會編印，2000年9月。
- 陳愛娥，基本權作為客觀規範—以「組織與程序保障功能為例，檢討其衍生問題」，中央研究院中山人文社會科學研究計畫專書，2000年8月。
- 陳新民，中華民國憲法釋論，自印，1999年10月。
- 陳新民，行政法，空中大學用書，2002年8月。

- 陳新民，行政法學總論，自印，2000年8月。
- 陳新民，德國公務員法制概述收錄於公務員基準法之研究，行政院研考會，1997年7月。
- 陳新民，憲法基本權利之基本理論（上冊），三民書局，1999年1月。
- 陳新民，憲法基本權利之基本理論（下冊），三民書局，1999年1月。
- 陸潤康，美國聯邦憲法論，凱倫出版社，1986年9月增訂出版。
- 傅肅良，人事行政學，三民書局，1995年1月。
- 傅肅良，人事管理。三民，1990年。各國人事制度。台北：三民，1994年。
- 博登海默著，法理學-法哲學及其方法，結構群出版社編譯。
- 彭錦鵬，文官體制之比較研究，中央研究院歐美研究所，1996年。
- 湯德宗，行政程序法論，元照出版公司，2001年9月。
- 湯德宗，權力分立新論，元照出版公司，2000年12月，增訂2版。
- 黃一鑫，法官人事制度之比較研究，司法研究年報第十輯，司法院，1990年6月。
- 黃茂榮，法學方法與現代民法，臺大法學叢書，1982年再版。
- 黃英忠，現代人力資源管理。華泰書局，1995年。
- 黃國益，立法裁量與違憲審查，司法院八十八年度研究發展項目研究報告，2000年11月出版。
- 傅肅良，各國人事制度，三民書局，1994年。
- 葉俊榮，環境行政的正當法律程序，翰蘆圖書出版公司，2002年11月。
- 詹中原，新公共管理—政府再造的理論與實務，五南圖書，2000年6月。
- 詹中原等，公共政策。國立空中大學，1992年。新公共管理—公共行政的管理主義途徑。五南，1999。
- 雷萬來·論司法官與司法官彈劾制度，自印，1993年8月。
- 趙其文，人力資源管理，華視文化，1995年2月。
- 趙其文，人事行政，華視文化，1997年。
- 趙其文，人事行政學：兼論現行考銓制度，華泰文化，2001年4月。
- 劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究專書，1998年6月。
- 劉宗德，日本違憲審查制度之研究，蒐錄於氏著「當代公法理論」，月旦出版社，1993年5月。
- 劉宗德、賴恒盈譯，鹽野宏著，行政法1，月旦出版公司，1996年。
- Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 劉幸義等譯之法律哲學，2000/7。
- 劉鑫楨，法官職務監督，司法院八十九年出國專題研究報告，最高行政法院，2000年10月。
- 蔡文斌，考詮行政與正當法律程序，學林文化事業公司，2000年4月。
- 蔡文斌，行政訴訟先程序研究，神州出版社，2001年6月。
- 蔡志方，行政法三十六講，1997年，自印。
- 蔡良文，人事行政學：論現行考銓制度，五南圖書公司，1999年6月。
- 蔡茂寅等，行政程序法實用，元照出版，2001年2月。

- 蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，五南出版公司，1999年5月。
- 戴燕珠，我國公共人事政策應用生涯發展理論之研究—考績訓練與升遷制度面  
檢視」，國立政治大學公共行政研究所碩士論文，1998年6月。
- 繆全吉、蔡良文、彭錦鵬等，人事行政，國立空中大學，1989年。
- 關中，改革文官制度，力行行政革新：價值抉擇與政策方向，「行政管理論文  
選輯」，第十一輯（1997年4月），頁562-563。
- 蘆部信喜，李鴻禧譯，憲法，月旦出版社，1995年12月。
- 蘇永欽，司法改革的再改革，元照出版公司，1998年10月。
- 期刊論文
- B. Kennedy、蔡兆誠，談法官評鑑—一個美國律師的觀點，律師雜誌 第 231 期  
43-48 頁，1998 年 12 月 15 日。
- 人事管理社，相關釋憲須先釐清考績與懲戒的分際—對大法官會議釋字第四九  
一號解釋的評析，人事管理 第 36 卷 10-11 期 2-3 頁，1999 年 11 月。
- 中國憲法學會、政大法，「各級普通法院法官及行政法院評事是否應有違憲審查  
權」研究會，憲政時代 第 18 卷 3 期 3-48 頁，1993 年 1 月 00 日。
- 尹章華，司法院大法官會議釋字第三九二號解釋試評，法律評論 第 1329 期 12  
頁，1998 年 3 月 1 日。
- 王文，論大法官會議解釋判例及案例之權源與對憲政之影響—試評大法官會議  
釋字第 154 號及第 395 號解釋，輔仁法學 第 16 期 63 頁，1997 年 6 月  
00 日。
- 王文忠，試評大法官會議釋字第四九一號解釋，人事月刊 第 30 卷 4 期 28-34  
頁，2000 年 4 月 1 日。
- 王以禮，論律師評鑑法官，全國律師第 12 月號 49 頁，1998 年 12 月 15 日。
- 王廷懋，公務員懲戒制度改革芻議，司法週刊第九三八期，1999 年 7 月 21 日。
- 王廷懋，公務員懲戒權與權力分立論，全國律師 1999 年 5 月號，1999 年 5 月  
15 十五日。
- 王廷懋，我國公務員彈劾懲戒問題，全國律師 2000 年 1 月號，2000 年 1 月 15  
日。
- 王廷懋，我國公務員懲戒制度之問題與改革，法官協會雜誌第一卷一期，1999  
年 6 月。
- 王廷懋，法官品德、審判獨立與行政監督，司法週刊第四二一期，1989 年 6 月  
14 日。
- 王廷懋，法官懲罰制度變革之探討，公務人員月刊第八期，1987 年 2 月 5 日。
- 王廷懋，審判獨立與行政監督，司法週刊第四二〇期，1989 年 6 月 7 日。
- 王剛 林大洋 江幸垠，法、德司法制度考察報告（上）（含法官會議、法官自律、  
庭長制度概要），司法周刊 第 737 期 2 頁，1995 年 8 月 16 日。
- 王剛 林大洋 江幸垠，法、德司法制度考察報告（中）（含法官會議、法官自律、  
庭長制度概要），司法周刊 第 738 期 2 頁，1995 年 8 月 23 日。
- 王剛 林大洋 江幸垠，法、德司法制度考察報告（下）（含法官會議、法官自律、  
庭長制度概要），司法周刊 第 739 期 3 頁，1995 年 8 月 30 日。

- 司法周刊社論，加強法官自律及法官評鑑以提昇司法信譽，1997年10月1日，司法周刊第846期1版。
- 司法周刊社論，法官評鑑制度之推行—兼有寄望於評鑑委員會，1996年4月3日。
- 司法周刊社論，亟盼法官法能順利立法早日誕生，1998年1月14日，司法周刊第861期1版。
- 司法周刊社論，從法官與律師的互動論司法革新，1997年7月30日，司法周刊第837期1版。
- 司法周刊社論，第763期1頁，開創我國司法史的新頁—法官評鑑制度之實施，1996年2月14日。
- 司法周刊社論，論法官的中立角色與減輕負擔，1997年5月7日，司法周刊第429期1版。
- 司法周刊社論第846期1版，加強法官自律及法官評鑑以提昇司法信譽，1997年10月1日。
- 朱石炎，公務員懲戒制度之探討，月旦法學雜誌第三十二期，1997年1月。
- 朱石炎，德國法官法，法學叢刊第十三卷第一期，1968年1月。
- 朱武獻，法官之身分與保障，憲政時代第二十二卷第三期，1997年1月。
- 江大樹，我國公務人員身分關係理論與實務演進，法政學報，第六期，1996年7月。
- 余致力、蔡宗珍、陳志瑋，公務人員考績制度的問題與對策，人事行政，第138期，2002年3月，頁11-24。
- 余致力，激勵士氣？打擊士氣？行政機關實施績效獎金制度之評估，人事月刊，第53卷第5期，2002年，頁45-60。
- 余致力，淺談考績的發展性功能，公務人員月刊，第84期，2003年06月，頁2-3。
- 余致力等，我國公務人員考績制度改進之研究，考試院，2003年；<http://www.exam.gov.tw/>。
- 余致力，我國公務人員考績制度改進之研究，公務人員月刊第89期，2003年11月，頁9-30。
- 林文燦，建構我國行政機關績效獎金制度之芻議—活化待遇制度的策略，人事月刊，第30卷第5期，2000年，頁19-35。
- 林文燦，行政機關推動績效獎金制度的策略與作法，人事月刊，第35卷2期，2002年8月，頁6-27。
- 林文燦，落實績效獎金及績效管理制度的參考作法—建立一套兼具效度及公信力的績效評核機制，人事月刊，第36卷5期，2002年，頁15-33。
- 吳巡龍，「相當理由」與「合理懷疑」之區別—兼評大法官會議釋字第五三五號解釋，刑事法學雜誌第46卷4期56頁，2002年8月。
- 吳庚，二〇〇二年公法學在實務上的發展，台灣本土法學雜誌第51期43-51頁，2003年10月。
- 吳庚，公務員法制的今昔比較，法學講座第8期1頁，2002年8月00日。

- 吳庚，充分發揮司法在政治體系中的功能，1984年2月18日，聯合報第2版。
- 吳庚，依法行政與公務行為，人事月刊第5卷第6期第4頁，1987年12月。
- 吳庚，法治主義與人事行政，人事月刊第2卷第2期第17頁，1986年2月16日。
- 吳庚，重建公務員關係的法理基礎，法令月刊第40卷第8期第3頁，1989年8月1日。
- 吳庚，特別權力關係與特別命令，憲政思潮第61期第19頁，1983年3月。
- 吳庚，從憲法的觀點談國家與次級統治團體權力之劃分，人與社會第8卷第2期第56頁，1981年6月。
- 吳庚，違憲審查制度之起源功能及發展，法官協會雜誌第3卷2期1頁，2001年12月。
- 吳庚，論行政法上之事實行為，法令月刊第43卷第7期第3頁，1992年7月1日。
- 吳庚，憲法法院的起源，司法周刊第644期第8版，1993年10月22日。
- 吳庚，憲法審判機關的結構與功能，法律評論第53卷第10期第2頁，1987年10月1日。
- 吳信華，大法官會議議決不受理事由案件選評，法令月刊第52卷7期3-9頁，2001年7月。
- 吳信華，法治國家原則（一），月旦法學雜誌第四六期，八十八年三月
- 呂太郎，「法官法草案」完成的意義，1997年2月5日公務人員月刊第8期42-47頁。
- 呂太郎，臺灣之審判獨立與司法行政，法官協會雜誌第二卷第二期，2000年9月12日。
- 李建良，國會議事自律與違憲審查（上）—大法官會議釋字第三四二號解釋評釋，司法週刊第676期第2版，1994年6月8日。
- 李建良，國會議事自律與違憲審查（下）—大法官會議釋字第三四二號解釋評釋，司法週刊第677期第2版，1994年6月15日。
- 李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討——以釋字第二二八號解釋為素材，憲政時代16卷第2期第26頁，1990年10月。
- 李惠宗，平等權之概念，憲政時代第14卷第1期第12頁，1988年7月。
- 李惠宗，行政不作為之國家賠償責任—臺中地方法院八十六年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第四六九號，臺灣本土法學雜誌第11期35-60頁，2000年6月。
- 李惠宗，行政法院對「一般法律原則」適用之研究—行政程序法施行後的檢討，行政契約與新行政法第387-408頁，2002年6月。
- 李惠宗，行政處分概念之變動，輔仁法學第18期65-94頁，1999年6月。
- 李惠宗，國家組織法的憲法解釋，台大法律論叢第26卷4期13-76頁，1997年7月。

- 李惠宗，從大法官釋字第 453 號解釋論司法審查在建立專業證照法制上的功能，東海大學法學研究 第 13 期 1 頁，1998 年 12 月 30 日。
- 李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1988 年。
- 李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟平等權，東海法學研究 第 9 期 121-149 頁，1995 年 9 月 15 日。
- 李惠宗，從學術自由及大學自治行政權論大學退學制度之合憲性，台灣本土法學雜誌 第 32 期 27 頁，2002 年 3 月。
- 李惠宗，就平等立法之原理論合理差別之基準(上)，軍法專刊 第 36 卷第 7 期第 19 頁，1990 年 7 月 1 日。
- 李惠宗，就平等立法之原理論合理差別之基準(中)，軍法專刊 第 36 卷第 8 期第 14 頁，1990 年 8 月 1 日。
- 李惠宗，就平等立法之原理論合理差別之基準(下)，軍法專刊 第 36 卷第 9 期第 18 頁，1990 年 9 月 1 日。
- 李惠宗，裁判送閱制度應予廢除，1995 年 10 月 4 日，中國時報 第 11 版。
- 李惠宗，超速的陷阱—交通速限標誌與照相測速器之法律問題，台灣本土法學雜誌 第 44 期 115-122 頁，2003 年 3 月。
- 李惠宗，臺灣本土法學雜誌 第 5 期 39 頁，論宗教信仰自由及國家保護義務—評司法院大法官釋字第四九〇號解釋—，1999 年 12 月。
- 李惠宗，談憲法的價值體系—評釋字第四九九號解釋及第六次憲法增修條文，月旦法學雜誌 第 61 期 142-156 頁，2000 年 6 月 1 日。
- 李惠宗，論比例原則作為刑事立法的界限—大法官釋字第五一七號解釋評釋，台灣本土法學雜誌第 18 期 23-28 頁，2001 年 1 月。
- 李惠宗，論平等權拘束立法之原理，憲政時代 第 14 卷第 2 期第 14 頁，1988 年 10 月。
- 李惠宗，論因情事變更之行政處分廢止，台灣本土法學雜誌第 24 期 48-55 頁，2001 年 7 月 00 日。
- 李惠宗，論宗教信仰自由及國家保護義務—評司法院大法官釋字第四九〇號解釋—，臺灣本土法學雜誌第 5 期 39 頁，1999 年 12 月。
- 李惠宗，論國軍老舊眷村改建條例的多重不平等—從體系正義觀點評大法官議決釋字第四八五號解釋，臺灣本土法學雜誌第 4 期 73-86 頁，1999 年 10 月。
- 李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突—愛滋病學童案，臺灣本土法學雜誌第 3 期 162 頁，1999 年 8 月。
- 李惠宗，論營業許可基準之司法審查——兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢第 5 期第 227 頁，1990 年 1 月。
- 李惠宗，憲法工作權保障體系之再探—以司法院大法官解釋為中心，憲政時代 第 29 卷 1 期 121-158 頁，2003 年 7 月。
- 李震山，訴願先行程序與人民訴願權之保障，月旦法學雜誌第六六期，2000 年 11 月。

- 李震洲，法官檢察官律師三合一考試制度評析，全國律師 第 4 卷 5 期 84-91 頁，2000 年 5 月 15 日。
- 陳金貴，人力資源管理應用在公部門的探討（上、中、下），人事月刊，第 21 卷第 3 期，1995 年，頁 33-37 暨第 4 期，頁 20-25 暨期 5，頁 18-23。
- 陳嘉碩，人力資源管理的績效評估對改進公部門考績制度之啟發—南投地區政府機關的觀點，國立暨南國際大學公共行政與政策學系碩士論文，2002 年 6 月。
- 郭昱瑩，政府機關績效評估探討，研考雙月刊，第 25 卷第 4 期，2001 年 8 月，頁 30-38。
- 蔡宗珍、陳土瑋，新修正公務人員考績法之分析，考銓季刊，第 29 期，頁 82-90。
- 蔡聰泳，我國民營銀行消費金融員工績效評估之研究，元智大學管理研究所碩士論文，2001 年。
- 蔡勝男，新世紀組織的人力資源管理策略革新：績效提升的觀點，考銓季刊，第 26 期，2001 年 4 月，頁 59-82。
- 江汶珠，我國公務人員考績制度：理論觀點的反省，國立政治大學公共行政研究所碩士論文，1997 年。
- 任可怡，以成果導向的績效衡量制度—美國聯邦政府公務人員績效衡量制度，人事月刊，第 34 卷第 2 期，2002 年，頁 7-23 頁。
- 任可怡，公務人員考績制度定位、功能及考核方法之研究，人事行政，第 139 期，2002 年 4 月，頁 21-32。
- 江岷欽，企業型政府的理念與行政革新，政策月刊，第 18 期，1996 年 7 月，頁 20-23。
- 江岷欽，功績制度新詮：美國人事制度革新之啟示，空大行政學報，第 8 期，1998 年 5 月，頁 47-76。
- 江岷欽、劉坤億，企業型政府的省思—從美國行政革新經驗談起，人事月刊，第 25 卷第 4 期，1997 年 10 月，頁 34-45。
- 江岷欽、丘昌泰、陳柏羽，績效薪俸制度之理論與實務：英、經驗（上、下），公務人員月刊，2001 年，期 62，頁 16-23 暨期 63，頁 40-51。
- 沈志明，行政機關績效評估機制之研究，行政管理論文選輯，第十六輯，銓敘部，2002 年。
- 呂春風，我國公務人員考績法制之評析，銘傳大學公共管理與社區發展研究所碩士在職專班碩士論文，2003 年 6 月。
- 李允傑，公部門績效評估，人事月刊，第 29 卷第 4 期，1997 年，頁 5-14。
- 李明輝，考績制度運作與組織成員對考績接受認知之探討—公營企業個案實證研究，國立中山大學企業管理研究所碩士論文，1993 年。
- 李鴻禧，評「大法官審理案件法與修正草案之檢視」，大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄 第 295-302 頁，1999 年 4 月。
- 李鴻禧，認識彈劾與懲戒之真議，中國論壇第八卷第七期，1979 年 7 月。
- 李鴻禧，論公務員之懲戒，憲政思潮第五十八期，1982 年 6 月。
- 汪孝倫，中日公務員懲戒與懲處制度之比較，興大法研所碩士論文，1994 年 6

- 月。
- 谷湘儀，論監察院調查權，臺大法研所碩士論文，1994年6月
- 辛學祥，試論獨立審判之精神，憲政時代第二卷第四期，1977年4月。
- 周占春，法官之身分與保障，憲政時代第二十二卷第三期，1997年1月。
- 周志宏，日本最高裁判所規則制定權之探討—兼評大法官釋字第五三〇號解釋，台灣本土法學雜誌 第32期 60頁，2002年3月。
- 周金芳，公務員懲戒處分之救濟—再審議制度之探討，法令月刊第四十七卷第三期，1996年3月1日
- 周金芳，再論公務員懲戒處分之救濟，法令月刊第四十七卷第六期，1996年6月1日。
- 周金芳，論公務員考績懲處制度，軍法專刊第四十二卷第九期，1996年9月。
- 周金芳，論我國法官懲戒制度—兼評法官法草案之懲戒規定，警專學報第七期，1994年6月。
- 林三欽，考績懲處「免職」合憲性之檢討—大法官釋字第四九一號解釋之評析，全國律師 第4卷1期 41-51頁，2000年1月15日。
- 林三欽，試論「行政爭訟實益」之欠缺（下）—兼評大法官釋字第五四六號解釋，台灣本土法學雜誌 第43期 13頁，2003年2月。
- 林子儀，評「國家發展與憲法變遷：大法官的釋憲機能」，大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄 第469-474頁，1999年4月。
- 林永頌，律師雜誌 第231期 39-42頁，法官評鑑的省思，1998年12月15日。
- 林志明，相對主義與典範說—評許政賢法官「法學認識的典範變遷—試以『懲治盜匪條例的效力問題』為例」，2000年4月15日，全國律師 89年4月號 第92-96頁。
- 林明德、丁傳恩，現行公務員懲戒制度之沿革及懲戒法修正之經過，法律評論 第五十一卷第十一期，1985年11月。
- 林明鏘，行政規則變動與信賴保護原則—兼評最高行政法院八九年判字第一八四二號判決與大法官釋字第五二五號解釋，行政法實務與理論（一）第577頁，2003年3月。
- 林明鏘，行政懲處與司法懲戒—評司法院大法官釋字第四九一號解釋，月旦法學雜誌 第57期 160-169頁，2000年1月15日。
- 林明鏘，建立司法官之調動制度，1997年4月15日，全國律師 4月號 第37-43頁。
- 林明鏘，評大法官釋字第四六二號解釋，台灣本土法學雜誌 第3期 112頁，1999年8月。
- 林海清，公務人員績效評估制度之探討，人事月刊，第33卷第6期，2001年12月，頁6-18。
- 周佩芳，績效薪俸制度之省思，人事行政，第139期，2002年4月，頁33-41。
- 吳安妮，績效評估新趨勢，會計研究月刊，第133期，1996年12月，頁11-16。
- 吳泰成，公務人員考績制度改進芻議，考銓季刊，第五期，1996年1月，頁9-16。

- 吳曉慧，我國公務人員考績制度之探討—從績效評估的觀點，私立中國文化大學碩士論文，2000年12月。
- 吳慶輝，從美國國家績效評估 NPR—看我國政府再造工程，立法院院聞，第二十八卷六期，2000年6月。
- 邵敬箴，我國公務人員考績制度改進之探討，國立政治大學公共行政學研究所碩士論文，2001年12月。
- 洪國平，中華民國公務人員考績制度之研究，國立政治大學公共行政研究所碩士論文，1998年。
- 洪國平，我國公務人員考績制度之研究，人事行政，127期，1999年，頁69。
- 洪榮烈，兩岸公務人員考績制度之比較分析，南華大學公共行政與政策研究所碩士論文，2002年12月。
- 施能傑，考績謬誤的類型與原因——理論闡釋與經驗分析(上)，人事月刊，14卷3期，1992年，頁4-12。
- 施能傑，〈考績謬誤的類型與原因——理論闡釋與經驗分析〉(下)，人事月刊，14卷4期，1992年，頁4-16。
- 施能傑，考績方法相關問題的討論，人事月刊，第16卷第1期，1994年，頁26-33。
- 施能傑，縣市政府公務人力資源管理問題，中國地方自治，第50卷第11期，1997年12月，頁27-40。
- 施能傑，政府的績效管理改革，人事月刊，第26卷第5期，1998年，頁35-51。
- 施能傑，文官人力資源變革迫切性課題，人事月刊，第31卷第3期，2000年9月。
- 施能傑，建構行政生產力衡量方式之芻議，中國行政第69期，2001年3月，頁15-46。
- 胡至沛，績效管理：政府人事管理目前的趨勢，考銓季刊第 期，2001年4月，頁83-95。
- 范祥偉、王崇斌，政府績效管理：分析架構與實務策略，中國行政評論，第10卷第1期，2000年12月，頁155-182。
- 范祥偉，當前英國文官制度之研究，人事行政，第122期，中國人事行政學會，1997年。
- 姚蕙君，政府績效管理之理論與實務—英美實務探究與我國現況分析，國立台北大學公共行政暨政策學系碩士論文，2001年7月。
- 孫本初，美國政府績效評估制度之研析—以政府績效與成果法案（GPRA）為例，研考雙月刊，第24卷第2期，2000年4月，頁27-35。
- 孫本初，多元評估模式之研究，人事月刊，第31卷第5期，2000年，頁8-20。
- 孫本初，政府績效管理的新思維，考銓，第29期，2002年1月，頁38-46。
- 孫本初，課責與績效管理，人事月刊，第31卷第3期，1999年9月，頁28-32。
- 徐木蘭，360度績效評估是政府部門的胎盤素，考銓季刊，第18卷，1999年，頁28-32。
- 徐有守，俸給與考績制度中的幾個問題，公務人員月刊，第11期，1997年5

- 月，頁 55-67。
- 許世雨，美國新政府運動發展與問題之探討，華岡社科學報，第 14 期，2000 年 6 月，頁 131-155。
- 許濱松，從英美經驗談公部門功績獎勵問題（上、下），公務人員月刊，第 16 期 1997 年，頁 24-34 暨，17 期，頁 29-42。
- 陳金貴，行政機關績效考核與公務人員績效獎金之相關研究，人事行政，第 132 期，2000 年，頁 39-53。
- 陳金貴，公務人員再造的省思，公務人員月刊，第 68 期，2002 年 2 月，頁 2-3。
- 陳金貴，我國公務人員激勵問題的探討，人事月刊，第 53 卷第 5 期，2002 年，頁 29-36。
- 黃臺生，整建考績制度以提昇公務生產力，考銓季刊，第 8 期，1996 年，頁 37-47。
- 黃臺生、黃新福，邁向 21 世紀的公共管理：組織設計的新原則，行政管理論文選輯，第 10 輯，銓敘部主編，1996 年 5 月，頁 181-208。
- 黃臺生，公務人員考績的理論與實際（上），人事行政，第 107 期，1993 年，頁 58-67。
- 黃臺生，公務人員考績的理論與實際（下），人事行政，第 108 期，1993 年，頁 47-58。
- 楊艾俐，陳一姍，兩岸文官角力——一場輸不起的競爭，天下雜誌，第 273 期，2003 年），頁 96。
- 楊佳慧，公部門績效管理之初探，研習論壇，第 1 期，2000 年 1 月，頁 30-37。
- 楊智喬，從企業精神論我國公務人員考績制度，台灣大學國家發展研究所碩士論文，2003 年 1 月。
- 林敏澤，司法改革速成一法官評鑑，全國律師創刊號 第 79-80 頁，1997 年 1 月 15 日。
- 林朝榮，檢察制度民主化之研究，政大法研所博士論文，1993 年 6 月
- 林瑞富，瑕疵乎？梁木乎？——評大法官會議釋字第 520 號核四釋憲文，律師雜誌第 257 期 77-83 頁，2001 年 2 月 15 日。
- 林燦都，我國法官懲戒制度——從視行政制及其興出發，中正大學碩士論文，2001 年。
- 法治斌，保障言論自由的遲來正義——評司法院大法官釋字第五〇九號，月旦法學雜誌 第 65 期 148-155 頁，2000 年 10 月 1 日。
- 法治斌，解釋已無必要？——評司法院大法官釋字第四六三號及第四八一號解釋，月旦法學雜誌 第 62 期 139-144 頁，2000 年 7 月 1 日。
- 法治斌，獨立於大法官解釋外之司法審查——評台北高等行政法院八十九年度訴字第一八三三號判決，台灣本土法學雜誌 第 29 期 47 頁，2001 年 12 月。
- 邱垂泰、梁世武，評析司法院大法官會議釋字第三九一號解釋，立法院院聞 第 28 卷 8 期 20-30 頁，1996 年 8 月。
- 邱財彰，我國司法人員人事法制之研究，碩士論文，南華大學公共行與暨政策研究所，2001 年。

- 邱聯恭，司法之現代化與律師之任務（四）——兼評法官法草案，律師通訊 第 138 期第 8 頁，1991 年 3 月 5 日。
- 洪力生，憲法對於法官獨立審判的保障，憲政時代第一卷第一期，1975 年 10 月。
- 洪文玲，論我國公務員懲戒制度—從大法官會議相關解釋，警學叢刊第二十四卷第三期，1994 年 3 月
- 洪家殷，「從監察院之地位，論監察權對司法權行使之界限—以彈劾權行使之原因為對象」，憲政時代第二十期第期，1994 年 7 月
- 胡方新，從德國法官法論我國法官人事制度之檢討改進，輔仁大學法律研究所碩士論文，1988 年 6 月。
- 胡方新，德國法官人事制度，憲政時代第十四卷第三期，1989 年 1 月
- 胡經明，彈劾權與懲戒權，憲政評論第十四卷第二期。
- 范光群，法官評鑑，1995 年 11 月 15 日，月旦法學雜誌 第 7 期 22-24 頁。
- 翁岳生，日本法官之人事制度，憲政論壇第二十六卷第十期，1981 年 12 月。
- 翁岳生，司法權發展之趨勢，社會科學論叢第三十八輯，1990 年 4 月。
- 翁岳生，美國法官之人事制度，憲政論壇第二十六卷第六期，1981 年 11 月。
- 耿雲卿，德法日各國司法官律師考試及訓練制度（上），法令月刊 第 42 卷第 3 期第 7 頁，，1991 年 3 月 1 日。
- 耿雲卿，德法日各國司法官律師考試及訓練制度（中），法令月刊 第 42 卷第 4 期第 7 頁，1991 年 4 月 1 日。
- 耿雲卿，德法日各國司法官律師考試及訓練制度（下），法令月刊 第 42 卷第 5 期第 14 頁，，1991 年 5 月 1 日。
- 袁再興，從提高裁判品質談起—兼論法官應提升人文素養及建立正確之價值觀論，2000 年 3 月 22 日，司法周刊 第 972 期 2 版。
- 張升星，「法官評鑑」的多元面相，律師雜誌 第 231 期 35-38 頁，1998 年 12 月 15 日。
- 張文貞，台灣本土法學雜誌 第 32 期 70 頁，美國司法規則制度權的理論與實際—兼評大法官釋字第五三〇號解釋，2002 年 3 月 00 日。
- 張文郁，法官評鑑與法官獨立，憲政時代 第 26 卷 第 1 期 第 4-15 頁，2000 年 7 月。
- 張永明，法官地位、身分保障與法官評鑑，憲政時代 第 26 卷 第 1 期 第 15-37 頁，2000 年 7 月。
- 張桐銳，審判獨立與司法行政監督，法學講座創刊號，2002 年 1 月
- 張雯峰，美國法官懲戒制度研究—兼對我國現行法之檢討，輔大法研所碩士論文，1992 年 6 月
- 張劍男，法官裁判，由「心」做起民國，1999 年 12 月，法官協會雜誌 第 1 卷 2 期 179 頁。
- 張錕盛，從權力分立論司法對行政行為之審查密度，興大法研所碩士論文，1996 年 7 月。
- 許文傑，建立策略性的升遷制度，人力發展月刊，第 60 期，1999 年 1 月，頁

51-66。

許文義，從憲法規範觀點論公務員懲戒制度與實際，憲政時代第二十五卷第四期

許文義、尤啟南合著，從法規範觀點論公務員懲戒（處）制度之理論與實務，警大法學論集第五期，2000年3月。

許正順，我國法官職務監督之研究—以職務法庭之設立為中心，世新大學法律研究所碩士論文，2002年。

許志雄，權力分立之理論與現實，臺大法研所碩士論文，1982年6月。

許宗力，大法官釋字第四六二號評析，臺灣本土法學雜誌第3期100頁，1999年8月。

許宗力，普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權？憲法與法治國行政第131-152頁，1999年3月。

郭樹英，我國現行特別人事制度之研究—以司法官與警察人員人事制度之研究，政治大學公共行政研究所碩士論文，1991年。

陳世民，法國公務員懲戒制度之研究，司法週刊第七三八期，1995年8月23日。

陳志祥，評大法官第四七六號解釋，律師雜誌第251期43-68頁，2000年8月15日。

陳邦豪，從司法為民論我國法官之監督，台灣大學國家發展研究所碩士論文，2002年。

陳怡如，司法院大法官釋憲權與國民大會修憲權之關係—兼評第五次修憲之「國大延任案」，法律評論第1338期20-39頁，2000年6月1日。

陳英鈴，「自由法治國」與「社會法治國」的制度選擇—評釋字第四七二與四七三號大法官會議解釋，臺灣本土法學雜誌第4期87頁，1999年10月。

陳清秀，違憲判決亦屬大法官會議審查對象——評釋字第242號解釋，植根雜誌第5卷第7期第13頁，1989年7月20日。

陳愛娥，言論免責權、不受逮捕特權及議會自律原則—兼評司法院大法官釋字第四三五號解釋，月旦法學雜誌第31期109-124頁，1997年11月15日。

陳愛娥，法官評鑑與身分保障，憲政時代第26卷第1期第37-47頁，2000年7月。

陳愛娥，法官評鑑與身分保障，憲政時代第二十六卷第一期，2000年1月。

章瑞卿，中日法官彈劾制度對司法獨立之影響，軍法專刊第四十六卷第三期，2000年3月。

章瑞卿，日本司法行政監督對審判獨立之界限，軍法專刊第四十七卷第十期，2001年10月。

章瑞卿，從日本札幌地院院長平賀事件與台南地院院長王興仁事件論法官審判獨立原則，刑事法雜誌第三十五卷第四期，1991年8月。

傅岳邦，績效管理的理論與實務—以中國大陸公部門的考核制度為例，人事月

- 刊，第35卷6期，2002年12月，頁6-21。
- 傅岳邦，建立以能力為基礎的公部門人力資源管理，考銓季刊，第29期，2002年1月。
- 趙其文，甲等設限與績效獎金。公務人員月刊，第64期，2001年10月，頁2-3。
- 歐陽修，我國公務人員考績制度之研究與改革，私立大葉工學院事業經營研究所碩士論文，1995年7月。
- 鄭美華，績效管理—人力資源發展的利器，人力發展月刊，第66期，1999年7月，頁8-18。
- 鄭勝分，失落的連結—公部門績效評估與激勵制度之研究，研考雙月刊，第25卷第5期，2001年10月，頁86-97。
- 鄭錫鏞，企業性政府與人事行政革新，國立政治大學公共行政學報，第1期，1997年1月，頁67-89。
- 劉文隆，從行政革新論考績制度之整建，國立政治大學公共行政學報，第2期，1998年1月，頁101-120。
- 劉家宗，員工對績效考核的認知與工作態度之相關研究—台電公司某發電廠為實證研究對象，私立逢甲大學企業管理研究所碩士論文，1999年6月。
- 蔡世琛，我國地方公務人員績效評估制度之研究，大葉大學事業經營研究所碩士論文，2002年6月。
- 蔡秀涓，我國政府部門主管處理績效不佳員工的實證分析，公共行政學報，第七期，2001年12月，頁99-134。
- 羅開仁，如何改進公務人員平時考核以落實建立完善考績制度之研究，人事行政，第114期，1995年8月，頁56-67。
- 羅淑惠，我國公務人員考績制度的研究，國立政治大學公共行政研究所碩士論文，1987年。
- 鐘金玉，公務人員績效考核與工作態度之研究—以高雄市政府所屬警察、醫療、稅務人員為對象，國立中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2001年。
- 嚴秀茹，360度績效評估方法的初探，企管研討會，1997年，24-29。
- 游瑞德，中日公務員懲戒制度之比較研究，政大法研所碩士論文，1981年6月。
- 湯德宗，論公務員不利人事處分的正當程序—司法院大法官釋字第四九一號解釋評析，台灣本土法學雜誌第10期27-49頁，2000年5月。
- 程春益，法官之職務獨立與職務監督，政大法研所碩士論文，1988年6月。
- 程春益，論法官之身分與保障，憲政時代第二十二卷第三期，1997年1月。
- 程春益，論法官之職務獨立及其後盾，憲政時代第十四卷第二期，1988年10月。
- 黃宏全，德國之公務員懲戒制度，司法週刊第六七五期，1994年6月1日。
- 黃怡君，試評有關非常上訴大法官會議第一四六號、第一八一號、第二三八號解釋——兼論政策因素對於法律解釋之影響，刑事法雜誌第34卷第5期第36頁，1990年10月00日。
- 黃俊杰，合議庭法官聲請釋憲—評大法官會議第1153次會議之不受理決議，全國律師2月號34-46頁，2001年2月15日。

- 黃建輝，法律闡釋與類型思惟——兼評大法官會議釋字第 372 號解釋，月旦法學雜誌第 5 期 65-70 頁，1995 年 9 月 5 日。
- 黃啟禎，干涉行政法上責任人之探討，當代公法新論（中）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集 第 289-322 頁，民國 2002 年 7 月。
- 黃啟禎，內部行政行為與行政訴訟，東海學報 第 7 期 57-65 頁，1993 年 2 月 15 日。
- 黃啟禎，行政處分之廢止，台灣本土法學雜誌 第 24 期 41-47 頁，2001 年 7 月。
- 黃啟禎，德國訴願制度，東海學報 第 8 期 27-48 頁，1995 年 9 月 4 日。
- 黃啟禎，衛爾康火災應成立國家賠償責任，1995 年 3 月 22 日自由時報 第 7 版。
- 黃錦堂，論立法院之預算審議權——評釋字第三九一號解釋並兼論司法院大法官應有之功能定位與解釋立場，台大法學論叢 第 27 卷 3 期 1 頁，1998 年 4 月。
- 黃鴻昌，議「民間司改會」所謂之「法官評鑑」，律師雜誌 第 231 期 22-34 頁，1998 年 12 月 15 日。
- 楊大器，論我國公務員懲戒制度，憲政時代第十卷第四期，1985 年 4 月。
- 楊建華，憲法上審判獨立之研究，憲政時代第二卷第二期，1976 年 10 月。
- 萬國法律社論，評法官評鑑，萬國法律 第 81 期 1-2 頁，1995 年 6 月 1 日。
- 葛義才，我國公務員懲戒制度之運作及改進之檢討，法律評論第六十一卷第一、二期合刊
- 董保城，評「大法官有關行政、立法兩權關係主要解釋析論」大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄 第 173-182 頁，1999 年 4 月。
- 董保城，課程自主、考試評量與學術自由——以司法院大法官第三八〇、三八二號解釋為題，教育法與學術自由 第 9-104 頁，1997 年 5 月。
- 董翔飛，從國家永續及分權制衡觀點論副總統可否兼任行政院院長——兼評司法院大法官釋字第四一九號解釋，法律評論 第 63 卷 1-3 期 2-5 頁，1997 年 3 月 1 日。
- 廖元豪，月旦法學雜誌第 44 期 117 頁，參選門檻之「以價制量」——大法官釋字第四六八號解釋之評論，1999 年 1 月。
- 廖義男，大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄 第 105-110 頁，評「財產權的保障與大法官解釋」，1999 年 4 月。
- 劉君毅，法官適格問題之探討，碩士論文，中正大學法律研究所，2001 年。
- 劉宏恩，司法違憲審查與「政治問題」（Political Question）——大法官會議釋字第三二八號評析，法律評論 第 61 卷 1、2 期 24-38 頁，1995 年 2 月 1 日。
- 劉宏恩，司法違憲審查與「政治問題」——大法官會議字三二八號評析，法律評論 第 61 卷 1、2 期 24 頁，1995 年 2 月 1 日。
- 劉幸義，評大法官會議釋字第三四二號解釋之二——權力分立與制衡，自立晚報 第 3 版，1994 年 4 月 10 日。

- 劉幸義，評大法官會議釋字第三四二號解釋之三—總統的法案審查權，自立晚報 第 2 版，1994 年 4 月 11 日。
- 劉幸義，評大法官會議釋字第三四二號解釋之四—法律論證方法邏輯不相干謬誤，自立晚報 第三版，1994 年 4 月 13 日。
- 劉淑範，自大法官相關解釋淺談考績免職懲處之司法救濟問題，台灣本土法學雜誌 第 10 期 68-76 頁，2000 年 5 月 00 日。
- 蔡志方，司法院「法官法草案初稿」試評（上），植根雜誌 第 7 卷第 11 期第 25 頁，1991 年 11 月 27 日。
- 蔡志方，司法院「法官法草案初稿」試評（下），植根雜誌 第 7 卷第 12 期第 1 頁，1991 年 12 月 20 日。
- 蔡志方，從監察院之地位論監察權對司法權行使之界限，憲政時代第二十期第一期，1994 年 7 月。
- 蔡秀卿，法官評鑑與法官身分保障，憲政時代 第 26 卷 第 1 期 第 47-60 頁，2000 年 7 月。
- 蔡秀卿，法官評鑑與法官身分保障，憲政時代第二十六卷第一期，2000 年 1 月。
- 蔡秀卿，論公務人員人事行政程序之保障，人事行政，第一三二期，中國人事行政學協會編，2000 年 7 月。月旦法學雜誌（3）公法篇，2000 年 2 月。
- 蔡秀娟、施能傑，公務人懲處制度變革的反省—策略性管理觀點，月旦法學雜誌，第五十七期，2000 年 2 月。
- 蔡茂寅，大專教師升等紛爭之救濟—大法官釋字第四六二號解釋評釋，臺灣本土法學雜誌 第 3 期 116 頁，1999 年 8 月。
- 蔡墩銘，循法官評鑑途徑淘汰不適任法官，自由時報 第 7 版，1995 年 12 月 23 日。
- 蔡震榮，公務員懲戒權與考績權之研究，憲政時代第十八卷第一期，1992 年 7 月。
- 鄭文祺，由法官工作負擔看提升裁判品質，出版日期：1996 年 11 月 00 日。新竹律師會刊 第 1 卷 4 期 4-8 頁。
- 鄭正忠，審判獨立之真諦（上），法務通訊第一七六〇期，1996 年 1 月 10 日。
- 鄭明德，外交協定與國會監督—評析司法院大法官釋字第三二九號解釋，立法院院聞第 28 卷 10 期 66-74 頁，2000 年 10 月 00 日。
- 鄭傑夫，臺灣法學會法官法草案「法官之評鑑」章「法官之懲戒」章逐條說明，律師通訊 第 206 期 30-38 頁，1996 年 11 月。
- 鄭惠心，我國公務員懲戒權與考績權之研究，中央警官學校警政研究所碩士論文，1993 年 6 月
- 鄭惠心，我國公務員懲戒權與考績權之研究，中央警官學校警政研究所碩士論文，1993 年 6 月。
- 蕭淑芬，日本最高法院法官之任命制度與改革方向，月旦法學雜誌 第 101 期 第 35-39 頁，2003 年 9 月 15 日。
- 蕭淑芬，由「日本行政法」談授益行政處分之廢止，台灣本土法學雜誌 第 24 期 56-62 頁，2001 年 7 月。

- 蕭淑芬，從日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（上）——兼論生存權之程序保障的可能性，東海大學法學研究第 13 期 101 頁，1998 年 12 月 30 日。
- 蕭淑芬，從日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）——兼論生存權之程序保障的可能性，東海大學法學研究第 14 期 109 頁，1999 年 12 月 30 日。
- 蕭淑芬譯，市川正人著，日本違憲審查制之軌跡與特徵，月旦法學雜誌第 98 期第 76-86 頁，2003 年 6 月 15 日。
- 蕭淑芬譯，初宿正典著，人權保障理論之新展開——以基本權私人間適用的問題為中心，月旦法學雜誌第 98 期第 43-48 頁，2003 年 6 月 15 日。
- 蕭淑芬譯，阿部泰隆主講，「日本大災害法制對策的不足與法律體備的努力」演講紀錄，東海大學法學研究第 15 期 315-348 頁，2000 年 11 月。部謝在全等八人，臺灣高等法院所屬法官日、韓司法業務考察報告，司法院暨所屬機關出國考察報告彙編(二)第 163-204 頁，1991 年 00 月 00 日。
- 謝松濤，論法官職務與職位之保障，憲政時代第四卷第三期，1979 年 1 月學位論文
- 謝康雄，司法官地位保障之研究，臺大法研所碩士論文，1971 年 6 月
- 鍾鳳玲，從西德法官法論我國法官身分保障應有之取向，政大法研所碩士論文，1989 年 6 月
- 蘇友辰，法官自治與司法民主化——從票選最高法院院長談起，出版日期：1997 年 10 月 29 日，司法周刊第 850 期 4 版。
- 蘇友辰，從司法官「台鳳宴」的懲戒，探討監察院調查及審查程序辯護制度的建立民國 2000 年 1 月 15 日，全國律師 2000 年 01 月號第 52 頁。
- 蘇永欽，分裂國家的主權和公投問題，2004 年 1 月 15 日，法令月刊第 55 卷第 1 期第 4-15 頁。
- 蘇永欽，反思臺灣司法改革的經驗，民國 2002 年 10 月，走入新世紀的憲政主義第 317-342 頁。
- 蘇永欽，司法改革該誰管——掌握政治與法律的分際，1996 年 6 月 3 日，聯合報第 11 版
- 蘇永欽，司法改革需跳出專業主義窠臼，民國 1995 年 2 月，現代法律第 150 期 8-9 頁。
- 蘇永欽，立法裁量與司法審查，2002 年 10 月，走入新世紀的憲政主義第 5-90 頁。
- 蘇永欽，同院同級不同酬？——司法院改制後必須面對的俸給法問題，2003 年 8 月 15 日，法令月刊第 54 卷第 8 期第 4-7 頁。
- 蘇永欽，合憲法律解釋原則——從功能法上考量其運用界限與效力問題，1994 年 1 月，憲政時代第 19 卷 3 期 50-84 頁。
- 蘇永欽，合憲法律解釋原則——從功能法上考量其運用界限與效力問題，1995 年 6 月，合憲性控制的理論與實際第 77-142 頁。

- 蘇永欽，法官是否應有法律違憲審查權，1995年6月，合憲性控制的理論與實際 第179-198頁。
- 蘇永欽，法律作為一種學問，民國2003年6月15日，月旦法學雜誌 第98期 第178-182頁。
- 蘇永欽，金字塔的理念與迷思—何不以金字塔群來取代金字塔，大幅降低無謂的改制成本？民國91年10月，走入新世紀的憲政主義 第299-316頁。
- 蘇永欽，核四停建釋憲案意見書，2002年10月，走入新世紀的憲政主義 第175-186頁。
- 蘇永欽，追念法治斌教授—一個有人味的法律人，2003年7月15日，月旦法學雜誌 第99期 第8-9頁。
- 蘇永欽，從五二〇號解釋看行政立法關係，2002年10月，走入新世紀的憲政主義 第187-206頁。
- 蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和，2003年3月，月旦民商法雜誌（特刊號） 第74-106頁。
- 蘇永欽，從體系功能觀點談大法官會議改革方向，1995年6月，合憲性控制的理論與實際 第143-178頁。
- 蘇永欽，現代國家的正義分配問題，1988年7月，法學叢刊 第33卷第3期 第51頁。
- 蘇永欽，部門憲法—憲法釋義學的新路徑？2002年10月，走入新世紀的憲政主義 第421-456頁。
- 蘇永欽，評吳庚「憲法的解釋與適用」，2003年10月，憲政時代 第29卷第2期 第285-294頁。
- 蘇永欽，憲法在臺灣的國家發展過程中的角色—為臺灣的憲法學催生，民國91年10月，走入新世紀的憲政主義 第457頁。
- 蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範—輕描淡寫改變了整個司法體制的第五三〇號解釋，2002年10月，走入新世紀的憲政主義 第369-402頁。
- 蘇永欽，憲政主義與國家認同，2002年10月，走入新世紀的憲政主義 第153-174頁。
- 蘇永欽，飄移在兩種司法理念間的司法改革，2001年11月，台灣本土法學雜誌 第28期 1頁。
- 蘇永欽，飄移在兩種司法理念間的司法改革—臺灣司法改革的社經背景與法制基礎，2002年10月，走入新世紀的憲政主義 第343-368頁。
- 蘇永欽、王正偉，我國人民在法律與政治上認知及行為的關聯性初探，民國87年12月00日，政大法學評論 第60期 153頁。
- 顧錦才，從大法官解釋例析評一、二審庭長任期制之合憲性，憲政時代 第27卷第1期 第74-79頁，2001年7月。

## 外 文

### 德文

- Fritz Ossenbuehl Staatshaftungsrecht, 1989.  
Hans Peter Bull Allgemeines Verwaltungsrecht 5.Aufl., 1997.  
Hartmut Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht 10.Aufl., 1995.  
Richter. Schuppert. Bumke Casebook Verfassungsrecht, 4Aufl., 200.  
Steffen Detterbeck Allgemeines Verwaltungsrecht 2002.

### 英文

- Dale E. Casper, Due process and Public Administration Actions-Recent Laws and Rulings, Journal Articles : ( Monticello, ill. : Vance Bibliographies, 1989)。  
David H. Rosenbloom , Public Administration and Law ( New York : Marcel Dekker, Inc., 1997)。  
Denning, Alfred. Thompson, The Due Process of Law ( London : Butter Worths, 1980)。  
Dennis L. Dresang, Public Personnel Management and Public Policy. ( New York & London : Longman, 1991. )。  
Dowding Keith, The Civil Service ( Routledge : New York, 1995 )  
Ernest Gellhorn and Barry B. Boyer, Administrative Law and Process ( St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1982)。  
Galligan Denis Janes, Due Process and Fair Procedures-A Study of Administrative Procedures ( Oxford : Clarendon press ; New York : Oxford University press, 1996)。  
Redish, Martin H, The Federal Courts In The Political Order—Judicial Jurisdiction and American Political Theory ( Durham, N. C. : Carolina Academic press, c1991)。  
Richard J. Pierce, Administrative Law and Process ( N.Y. : Foundation press, 1999)。  
William W. Huddleston Mark W. and Boyer, The Higher Civil Service In The United States—Quest for Reform ( PA : University of Pittsburgh press, 1996)。

### 日文

- 戶松秀典著,平等原則と司法審査,有斐閣,1990年。  
浦部法穂著,憲法學教室,日本評論社,1996年。  
高橋和之、大石真編,憲法の争點,有斐閣,1999年。  
粕谷友介著,基本的人權の保障,北樹出版,1997年。  
奥平康弘著,憲法が保障する權利,有斐閣,1993年。  
樋口陽一、栗城壽夫著,憲法と裁判,法律文化社,1988年。

## 名詞索引

- XYZ 理論, 231  
大陸法系, 64, 117, 204, 214, 215, 216, 217, 218, 228  
不確定的法律概念, 17  
公共行政, 6, 14, 20, 28, 100, 132, 231, 232, 233, 234, 235, 238, 239, 250, 251, 267, 268, 272, 274, ⑤, ⑥, ⑩, ⑫, ⑮, ⑯  
公法上的職務關係, 90  
公務員, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 21, 22, 31, 35, 47, 54, 56, 62, 64, 76, 82, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 109, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 140, 141, 144, 147, 151, 152, 153, 分配正義, 31, 32, 33, 36, 39, 40  
方法論, 4, 20, 51, 52, 61, 136, ③  
比例原則, 22, 29, 43, 49, 96, 99, 100, 124, 159, 177, 181, 256, 270, ⑨  
牛頓主義, 42  
功能論, 53, 65, 70, 110, 245, ⑨  
功績主義, 15  
可避免理論, 171, 176, 177, 180  
司法一元制, 218, 228  
司法正義, 26, 27, 34, 35, 36  
司法自主性, 54, 57, 67, 170, 206, 207, 270  
司法行政, 5, 8, 11, 14, 15, 16, 18, 20, 26, 46, 49, 51, 53, 54, 56, 58, 62, 63, 64, 75, 77, 87, 93, 94, 100, 105, 110, 114, 131, 153, 154, 166, 169, 170, 177, 180, 182, 188, 191, 196, 198, 199, 200, 202, 204, 206, 207, 208, 209, 223, 232, 235, 251, 256, 269, 270, 271, 274, 276, 277, ③, ⑧, ⑭, ⑮  
司法改革, 10, 12, 14, 15, 17, 18, 19, 35, 54, 66, 70, 81, 107, 113, 189, 195, 201, 202, 203, 208, 213, 223, 233, 237, 238, 242, 270, 273, 275, 276, 277, ⑥, ⑬, ⑰, ⑳  
司法效率, 89, 227  
司法績效, 224, 242  
司法權, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 13, 14, 21, 33, 35, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 94, 95, 96, 99, 101, 102, 117, 118, 120, 130, 131, 136, 149, 152, 156, 162, 166, 170, 182, 184, 189, 193, 198, 207, 209, 213, 236, 238, 243, 256, 257, 271, 274, 277, 278, ⑭, ⑱  
司法權獨立, 62, 66, 67, 213  
另予考績, 5, 22, 91, 107, 136, 163, 196, 260, 263, 269  
外部秩序領域, 109, 171, 172, 173, 179  
市民不服從, 26  
平均正義, 31, 32, 33, 34, 35, 36  
平時考核, 23, 92, 106, 107, 108, 114, 115, 140, 152, 191, 197, 198, 224, 225, 228, 251, 259, 260, 263, 268, 269, 272, ⑯  
平等, 2, 9, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 40, 49, 61, 78, 96, 99, 102, 106, 115, 124, 125, 131, 139, 159, 163,

- 166, 181, 205, 251, 252, 257, 264,  
⑧, ⑨, 22  
平等原則, 29, 30, 33, 61, 102  
必要之惡, 13, 159, 242, 277  
正義, 1, 3, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 17,  
18, 19, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32,  
33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42,  
58, 60, 67, 69, 70, 71, 72, 74, 81, 83,  
87, 89, 90, 97, 99, 100, 101, 102, 106,  
153, 159, 163, 165, 166, 167, 209,  
227, 231, 233, 234, 237, 239, 242,  
245, 248, 251, 252, 258, 264, 269,  
274, 275, 278, ⑧, ⑨, ⑬, ⑳  
正義論, 38, 39, 245, 248  
正確論, 246  
民粹主義, 35  
立法技術, 19, 50, 63, 273, 275, 278  
立法怠惰, 11, 52  
立法政策, 15, 19, 56, 136, 161, 272  
立法權, 3, 8, 13, 34, 43, 44, 47, 49,  
50, 59, 65, 66, 70, 79, 86, 102, 103,  
117, 125, 130, 136, 156, 158, 182,  
184, 236, 277  
先於憲法存在之制度, 5, 81  
共好, 100  
共通善, 31, 32, 33  
合目的性, 29, 30, 49, 52, 71, 89, 130  
多元化, 45, 144, 194, 233, 234, 242  
多階段行政處分, 144, 145  
年終考績, 5, 12, 22, 91, 92, 93, 97,  
105, 106, 107, 110, 111, 114, 115,  
134, 137, 140, 151, 152, 161, 169,  
181, 196, 212, 228, 242, 244, 260,  
263, 268, 269  
百分比, 9, 14, 106, 108, 109, 133,  
135, 153, 158, 163, 270, 278  
考評項目, 108  
考課, 92  
考績委員會, 17, 42, 105, 106, 107,  
108, 138, 141, 143, 145, 163, 164,  
191, 194, 196, 197, 207, 212, 251,  
252, 262, 264, 269  
自然正義, 13  
自然法, 1, 13, 20, 26, 35, 44, 59, 60,  
61, 236  
血酬文化, 166  
行政一體, 9, 100, 101, 130, 156, 278  
行政生態, 20  
行政契約, 50, 115, 118, 137, 138,  
139, 234, ⑧  
行政處分, 50, 53, 60, 86, 90, 93, 115,  
118, 119, 121, 137, 138, 139, 140,  
141, 142, 143, 144, 145, 146, 147,  
148, 150, 152, 160, 161, 163, 164,  
181, 205, 219, 225, 226, 234, ⑧, ⑨,  
⑰, ⑱  
行政裁量, 50, 136, 164  
行政訴訟, 21, 53, 57, 62, 64, 72, 73,  
82, 93, 100, 101, 121, 122, 136, 137,  
146, 147, 148, 152, 156, 162, 163,  
164, 169, 181, 182, 193, 264, ③, ⑤,  
⑰  
行政權, 2, 3, 8, 9, 13, 14, 15, 21, 34,  
43, 44, 45, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 56,  
57, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 71, 73,  
78, 80, 83, 86, 101, 102, 120, 123,  
125, 126, 130, 131, 136, 138, 143,  
144, 149, 150, 152, 156, 170, 180,  
182, 199, 200, 202, 204, 206, 219,  
236, 243, 251, 276, 277, ⑨  
免職, 13, 16, 22, 68, 69, 75, 82, 90,  
91, 93, 97, 108, 111, 115, 119, 120,  
121, 123, 135, 136, 142, 147, 151,  
152, 159, 160, 161, 162, 163, 164,  
165, 203, 204, 220, 225, 226, 254,  
256, 259, 262, 263, 276, 277, ⑪, ⑱  
判例, 8, 35, 48, 49, 51, 59, 78, 81, 87,  
97, 103, 120, 161, 165, 215, 216, 218,  
236, ①, ⑥  
判斷餘地, 15, 17, 106, 131, 148, 149,  
150, 151, 163, 264, 269

- 形式的平等, 29
- 決鬥之訴, 80
- 事物之本質, 29, 59, 60, 61, 102
- 事物本質, 60, 61, 96, 102
- 制衡, 1, 2, 3, 5, 9, 19, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 53, 54, 57, 59, 60, 67, 72, 74, 77, 79, 102, 103, 135, 150, 170, 199, 205, 206, 234, 271, 277, ⑰
- 法制史, 20, 77, 80, 81
- 法官, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 126, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 140, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 242, 243, 248, 250, 251, 252, 254, 255, 256, 258, 260, 262, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, ①, ②, ③, ④, ⑤, ⑥, ⑦, ⑧, ⑨, ⑩, ⑪, ⑬, ⑭, ⑮, ⑯,
- ⑰, ⑱, ⑲, ⑳
- 法官考績, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 31, 51, 57, 81, 103, 106, 107, 108, 109, 133, 135, 137, 138, 141, 142, 143, 146, 148, 151, 152, 155, 156, 158, 164, 165, 168, 169, 191, 194, 196, 202, 203, 207, 217, 220, 228, 233, 242, 243, 248, 256, 257, 258, 269, 270, 275, 276, 278
- 法官自治, 51, 57, 70, 76, 191, 194, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 210, 228, 257, 269, 270, 272
- 法官自律, 17, 76, 107, 108, 113, 140, 191, 203, 207, 208, 210, 211, 256, 274, 277, ⑥
- 法官助理, 9, 16, 20, 22, 113, 118, 181
- 法官法, 10, 11, 16, 17, 19, 20, 21, 47, 57, 78, 79, 83, 85, 87, 91, 107, 109, 115, 117, 118, 130, 170, 172, 179, 182, 186, 188, 189, 191, 194, 197, 198, 199, 202, 203, 204, 206, 208, 210, 218, 219, 220, 224, 225, 226, 228, 229, 238, 248, 250, 267, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 278, ⑩
- 法官評鑑, 82, 109, 191, 194, 208, 209, 210, 212, 272, ⑦, ⑭
- 法官確信理論, 171, 180
- 法官學, 19, 275
- 法官獨立, 8, 9, 44, 47, 48, 68, 75, 78, 92, 105, 171, 175, 177, 178, 189, 207, 256, 276, ⑭
- 法官關係, 118, 130, 218
- 法治國, 2, 6, 26, 42, 43, 44, 47, 60, 73, 76, 86, 99, 100, 103, 118, 120, 127, 128, 149, 159, 160, 176, 204, 205, 224, 228, 237, 255, 279, ③, ④, ⑧, ⑮, ⑲

法律安定性, 29, 30, 61, 237  
法律保留, 2, 48, 49, 52, 60, 97, 105, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 143, 152, 159, 163, 207, 243, 262, 263, 264  
法律漏洞, 275  
法院, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 25, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 97, 99, 100, 102, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 130, 131, 133, 134, 135, 137, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 233, 236, 238, 242, 243, 244, 248, 250, 251, 255, 256, 257, 262, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, ①, ②, ③, ④, ⑤, ⑥, ⑧, ⑨, ⑪, ⑫, ⑬, ⑮, ⑯, ⑰, ⑱, ⑲  
法院獨立, 79, 181, 250  
信賴保護原則, 49, 124, ⑪  
保障陪訓委員會, 115  
既判力, 12, 60

英美法系, 64, 117, 214, 215, 216, 218, 228  
重要性理論, 97, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 148, 272  
首長制, 2, 19, 51, 103, 199, 269  
候補法官, 17, 21, 22, 93, 197, 198, 214, 221, 222, 272  
唐伯虎庭長, 113  
差異原則, 28, 29  
核心領域, 7, 47, 49, 51, 52, 60, 102, 109, 171, 172, 173, 174, 175, 178, 179, 180, 188  
核心領域理論, 52, 109, 180  
特別權力關係, 97, 118, 119, 120, 121, 123, 127, 129, 130, 142, 160, 161, 162, 164, 264, ⑧  
紐倫堡大審, 236  
馬斯洛的需求層次論, 231  
商君書, 80  
國家賠償, 90, 96, 97, 98, 99, 116, 191, 205, ⑧, ⑰  
基本權, 2, 28, 43, 45, 65, 70, 73, 75, 76, 97, 103, 105, 109, 110, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 137, 160, 164, 180, 198, 205, 228, 234, 235, 238, 256, ②, ③, ④, ⑤, ⑨, ⑲  
基礎關係, 119, 122, 160  
執行落差, 265  
專案考績, 5, 22, 91, 93, 107, 108, 151, 159, 161, 164, 194, 260, 262, 263, 268  
授權明確性, 48, 120, 122, 126, 127  
涵攝, 84, 109, 148, 149, 150, 185, 231  
規則制定權, 49, 118, 206, ⑪  
惡法非法, 13, 26, 242  
渾沌理論, 20, 234  
滋擾訴訟, 77  
程序正義, 17, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 248, 258

- 裁判的合法性, 88  
 裁判的妥當性, 89  
 評議, 88, 93, 113, 115, 203, 211, 219, 228, 256, 271, 274  
 訴願, 47, 53, 72, 90, 121, 122, 128, 136, 137, 141, 146, 147, 148, 152, 161, 162, 163, 264, 271, 272, ⑨, ⑰  
 量增變為質變, 152  
 奧地利法官職務法, 83, 182, 221, 236  
 禁止實質審查理論, 171, 179, 180  
 義務違反理論, 171, 177, 178, 180  
 試署法官, 21, 23, 151, 152, 197, 198, 201, 272  
 違憲, 14, 15, 26, 33, 34, 48, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 71, 72, 73, 76, 84, 86, 97, 99, 106, 121, 123, 156, 157, 159, 161, 163, 165, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 193, 201, 205, 217, 236, 255, 268, 278, ②, ④, ⑤, ⑥, ⑧, ⑮, ⑰, ⑲, ⑳  
 過程論, 245, 246, 247  
 實然, 4, 13, 20, 100  
 實質正當性, 11, 59, 159, 181, 237  
 實質的平等, 29  
 實證法, 10, 20, 60, 61, 146, 204, 236  
 管理關係, 119, 122, 160, 161  
 緊張, 9, 14, 36, 51, 57, 78, 100, 101, 181, 276  
 緊張關係, 8, 9, 101  
 需協力之行政處分, 143  
 審判獨立, 5, 7, 8, 9, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 22, 25, 48, 49, 50, 51, 54, 57, 63, 66, 67, 69, 70, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 96, 99, 102, 103, 106, 108, 109, 110, 114, 118, 130, 133, 152, 156, 163, 166, 169, 170, 171, 179, 180, 181, 186, 188, 189, 193, 200, 201, 206, 207, 214, 220, 224, 227, 228, 238, 255, 256, 269, 270, 271, 272, 275, 276, 277, 278, ⑥, ⑧, ⑭, ⑮, ⑰, ⑱  
 審查密度, 20, 52, 148, 150, 151, ⑭  
 潛規則, 18, 166, 167  
 憲法破毀, 2, 73  
 操行, 16, 23, 106, 108, 113, 115, 137, 140, 158, 259, 261, 267, 269  
 整合理論, 45  
 歷代考績制度, 92  
 歷史的暗角, 18  
 應然, 13, 20, 100, 127  
 檢察官法, 19  
 職務法庭, 10, 16, 78, 85, 92, 93, 152, 171, 173, 174, 175, 186, 187, 188, 189, 198, 203, 208, 220, 228, 270, 271, 272, ⑮  
 職務的不相容性, 86  
 職務監督, 3, 4, 8, 16, 70, 74, 75, 77, 78, 83, 86, 87, 91, 92, 103, 108, 109, 114, 118, 130, 156, 158, 165, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 186, 188, 189, 191, 198, 202, 208, 209, 219, 220, 222, 224, 225, 226, 227, 250, 255, 269, 271, 276, 278, ⑤, ⑮, ⑯  
 謬誤論, 245, 247  
 類型化, 124, 260  
 競爭性, 14, 38, 131, 132, 134, 135, 243, 262, 265, 278  
 鐘擺理論, 234  
 權力分立, 1, 2, 3, 5, 6, 9, 12, 14, 15, 17, 21, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 57, 59, 65, 66, 67, 70, 74, 77, 81, 84, 86, 96, 101, 102, 110, 125, 144, 148, 149, 151, 156, 157, 170, 205, 206, 209, 228, 234, 256, ②, ⑤, ⑥, ⑭, ⑮, ⑰  
 權利即有救濟, 97, 99, 161  
 權變論, 245, 247

體系正義, 11, 33, 34, 103, 159