

重審臺灣憲法法院的政治角色 ——以大法官釋字第 261 號為例

王金壽^{*}、宋昱嫻^{**}

摘 要

本文透過分析大法官釋字第 261 號出現的政治背景，重新檢視臺灣憲法法院在民主化過程中扮演的角色。釋字第 261 號長期以來被許多法律學者視為是推動臺灣民主化最重要的釋憲案。在這個釋憲案中，大法官為第一屆多年未被改選的中央民代設下了確切的退職期限，促成了國會全面改選。法律學者大多對此釋憲案有很高的評價，認為大法官展現了民主化的機能。本文挑戰這樣的觀點。我們透過分析憲法法院作成釋字第 261 號時的政治脈絡，論證大法官在民主化過程並非扮演民主倡議者的角色，反之，他們的角色較接近於政治潮流的旁觀者。即使沒有 261 號解釋文，臺灣的民主化進程並沒有太大的影響。我們同時論證 261 號解釋文有下列三個政治功能：第一、為

^{*} 國立成功大學政治系教授；美國北卡羅萊納大學教堂山分校社會學博士。

^{**} 南卡羅萊納大學政治系博士候選人。

兩位作者要特別感謝陳慧雯、郭銘松以及兩位審查人。雖然他們不同意本文的論點，但仍沒有保留的對本文提出批判與建議。我們珍惜這樣跨學界的對話。我們也感謝王舜民、孫郁琪、陳沁賢所給予研究上的協助以及交大法學評論助理編輯對於本篇文章編輯工作勞心勞力的付出。

投稿日：2021 年 2 月 9 日；採用日：2021 年 5 月 7 日

當時的執政者解決一個政治上的燙手山芋；第二、解決臺灣政治上的異常質；第三、合法化政治上的大趨勢。

關鍵詞：大法官、憲法法庭、261 號解釋、民主化、司法政治

Cite as: 9 NCTU L. REV., September 2021, at 1.

Reexamining the Role of the Constitutional Court in Taiwan’s Democratization — Evidence from the J.Y. Interpretation No. 261

Chin-Shou Wang^{*}, Yu-Hsien Sung^{**}

Abstract

Most Taiwan law scholars claimed that the Constitutional Court paved the way for Taiwan’s democratization and constitutional reforms. These legal studies consider the J.Y. Interpretation No. 261 as the most critical decision in Taiwan’s democratic transition as this decision provided the constitutional foundations for the retirement of the first-term national representatives and led to subsequent constitutional reforms. In this paper, we challenge this dominant view. We reexamine the political role of the Constitutional Court during the processes of Taiwanese democratization by citing J.Y. Interpretation No. 261 as a hard case. We argue that the Constitutional Court made little contribution to Taiwan’s democratization. This paper shows that the role of Taiwan’s Constitutional Court in the process of democratization has been far more complicated and far less promising than is commonly

^{*} Professor, Department of Political Science, National Cheng Kung University; Ph.D. in Sociology, University of North Carolina at Chapel Hill.

^{**} Ph.D. Candidate, Department of Political Science, University of South Carolina, United States.

thought. We also argue that J.Y. Interpretation No. 261 provides at least three political functions for the dominant party: first, it solved a political dilemma for the political elites; second, it helped the political elites to remove the political outliers. Third, it legitimated the ruling party's political agenda.

Keywords: Justice, Constitutional Court, J.Y. Interpretation No. 261, Democratization, Judicial Politics

1. 前言

關於法院與政治、社會改革之間的關係，一直是學界爭論不休的議題¹。本文不是要全面性處理這議題，而是要探討在臺灣民主化過程中憲法法院所扮演的角色。本文將焦點集中在司法院大法官釋字第 261 號（以下簡稱「261 號」）。我們將以本釋憲案為例，探討臺灣的大法官在政治轉型期中所扮演的角色，到底大法官的釋憲案是否有助於臺灣的民主化。

本文與過去法律學者論文有很大根本之不同。第一、就視角而言，過去法律學者以大法官解釋文為主要分析焦點，本文將把大法官放在臺灣政治體系中去觀察。也就是，到底在臺灣政治發展中，大法官扮演何種角色，而不是單單只看大法官的釋憲文。第二、就論點而言，我們跟法律學者也有根本性的不同。許多法律學者肯定大法官在臺灣民主化中扮演正面的角色，但我們將在本文挑戰這法律界主流看法。我們將論證，臺灣的大法官在民主化中，沒有扮演太多的角色。說得含蓄一點是，它是民主化的旁觀者；說得更嚴重一點的是，它妨礙了臺灣民主化進程與鞏固，261 號成為部分保守反動國民黨人士拖延國會改革的藉口。

本文並不是要全面性處理臺灣大法官在民主化過程中所有審理的案子，而是選擇法律學者所認為臺灣民主化中最重要的釋憲案 261 號作為例子，來

¹ See generally TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES (2003); Mark A. Graber, *Hollow Hopes and Exaggerated Fears: The Canon/Anticanon in Context*, 125 HARV. L. REV. F. 33 (2011); MICHAEL W. MCCANN, RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION (1994); GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991); 王金壽, 「台灣環境運動的法律動員：從三件環境相關判決談起」, 台灣政治學刊, 第 18 卷第 1 期, 頁 1-72 (2014); 吳佳樺, 「難以置信的真相：論釋字第 666 號解釋與社會變遷」, 臺北大學法學論叢, 第 84 期, 頁 71-183 (2012); 陳美華, 「性交易的罪與罰：論釋字第 666 號對性交易案件的法律實踐效果」, 臺灣民主季刊, 第 16 卷第 1 期, 頁 45-88 (2019)。

討論大法官在民主化過程中所扮演的角色²。因此，如果要挑戰法律學者的觀點，沒有比 261 號更適合的例子。也就是，我們把 261 號作為我們論點要解決的難題。如果我們能證明這個法律學者眼中最重要的大法官釋憲案，並不是如他們所宣稱的那麼重要，那麼法律學者對於臺灣大法官在民主化中扮演重要角色這個論點，應該要受到更大的質疑。臺灣的第五屆大法官於 1990 年 6 月 21 日決定了 261 號。在該解釋文中，大法官決定「第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權」。許多法律學者因此給予大法官對於民主化或是民主政治鞏固相當高的評價。而 1991 年 12 月 31 日也成為萬年國會退職的期限。

臺灣的法律學者大多認為此 261 號為臺灣法律史上最重要的釋憲案，乃為民主化憲政發展一重要的里程碑。本文認為，過去這類高度推崇 261 號的法律研究大多忽略了這個釋憲案產出時的政治因素與社會脈絡。這些法律學者的研究通常有一個特質：它們著重於釋憲文本本身法理的討論、以法律為中心，而忽略了大法官的個人立場、政治意識形態，以及大法官與政治菁英的互動關係。我們認為在這種去歷史化的研究觀點之下，法律學者塑造了一個大法官抗多數決的迷思，並且建構出 261 號崇高的歷史定位。本文認為這樣的觀點過度去脈絡化，我們需要重新檢視作成 261 號釋憲案的大法官的歷史重要性。本文立場和 Klarman 檢視美國 Marshall Court 一樣，我們重新去檢驗 261 號到底「有多偉大」（how great）³。

本文將提出一個新的研究視角，我們以政治學的角度出發，將大法官視為重要的「政治行動者」，並且將法院置入臺灣政治發展中去分析大法官在民主化過程中所扮演的角色。換句話說，我們分析 261 號釋憲案產出時的社會、政治背景，並且觀察該屆大法官與政治菁英的互動關係，以及當時執政

² 在釋字第 748 號（同性婚姻案）之前，對許多法律學者而言，261 號解釋是有史以來最重要的解釋文。

³ See generally Michael J. Klarman, *How Great Were the 'Great' Marshall Court Decisions?*, 87 VA. L. REV. 1111 (2001).

者所面臨的政治改革壓力。在這樣的研究取徑下，我們挑戰過往將大法官視為民主化「促進者」這樣的主流看法，我們認為，大法官在臺灣民主化過程中並沒有發揮太多的促進功能，反之，大法官所扮演的角色類似於民主化的旁觀者，甚至是阻礙者，因為此釋憲案成為國民黨拖延國會改革時間的藉口。

本文以下將先討論幾位重要法律學者、政治學者以及當年參與釋憲的大法官對於這件事的看法，接著進行法院在政治體系所扮演角色與功能的理論討論。之後，再將 261 號和國會全面改選放入臺灣政治發展歷史過程中進行討論，然後重建 261 號發生的過程。本文也將對於 261 號為何發生以及其功能提出和法律學者不同的替代解釋。

2. 法律學者、大法官與政治學者對於釋字第 261 號的看法

2.1 法律學者的看法

許多臺灣的法律學者主張司法院大法官在民主化的進程中，扮演了重要推動者的角色⁴。這些法律研究文獻認為關於第一屆中央民意代表退職與次屆民意代表選舉的釋字第 261 號，是最重要的指標性釋憲案，大法官為萬年國會的終結「踢出決定性的臨門一腳」，促進了臺灣的民主化⁵。在該解釋文一出後，法律學者給予 261 號高度的評價，認為此為臺灣法律史上最重要的釋

⁴ 參見葉俊榮，「轉型法院的自我定位：論憲法解釋對修憲機制的影響」，臺大法學論叢，第 32 卷第 6 期，頁 29-59 (2003)；Wen-Chen Chang, *The Role of Judicial Review in Consolidating Democracy: The Case of Taiwan*, 2 ASIA L. REV. 73 (2005); See generally Ming-Sung Kuo, *Moving Towards a Nominal Constitutional Court: Critical Reflections on the Shift from Judicial Activism to Constitutional Irrelevance in Taiwan's Constitutional Politics*, 25 WASH. INT'L L.J. 597 (2016); Chien-Chin Lin, *The Judicialization of Politics in Taiwan*, 3 ASIAN J.L. & SOC'Y 299 (2016).

⁵ 葉俊榮，「從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九至一九九八」，臺大法學論叢，第 28 卷第 2 期，頁 54 (1999)。

憲案，顯示出大法官協助排除了民主改革過程中的制度性障礙，是民主化憲政發展重要的里程碑⁶，「具有劃時代意義的重要解釋」⁷。

261 號的重要性在於，大法官處理了當時存在已久的政治僵局，第一屆中央民意代表無法改選的困境，隨著時間的推進逐漸加深了政治代表性不足的問題，也形成了當時國民黨的正當性危機。但首屆中央民代的持續在位，乃源由於釋字第 31 號解釋（以下簡稱「31 號」）的保障，具有其歷史背景下的合法性，也因此，萬年國會的退職議題成了當時執政黨難以處理的政治僵局。

自 261 號之後，由於國會全面改選帶來整體政治環境的改變，更多的民主化議題被帶進法院，大法官釋憲機能亦更加的活絡。也因此，多數法律學者認為 261 號是臺灣憲政史上重要的轉折點，啟動後續的憲政改革，亦為大法官展現民主化機能最具代表性的案例⁸。誠如葉俊榮在其回顧大法官的釋憲機能轉變的文章中指出：

隨著臺灣社會民主化腳步的快速邁進，大法官在民主化的過程中也漸漸發揮其功能，由以往阻擋者的角色逐漸轉化為推促者，**尤其是釋字第二六一號，更是臺灣民主化進程中相當重要的一號解釋，使臺灣的民主政治邁向一個新的里程碑**⁹。之後，隨著政治風氣的逐漸開放與大法官審理案件法的修正，使得聲請大法官解釋的管道比以前暢通。在一九八六年以後至今，大法官在民主化議題上就開始發揮較積極正面的功能¹⁰。

雖然葉俊榮也指出，261 號與當時執政黨的國民大會代表（以下簡稱「國代」）退職方案之規劃並無二致，並指出有文獻認為，大法官在 261 號

⁶ 同前註；*see generally* GINSBURG, *supra* note 1.

⁷ 陳慧雯，「在民主改革浪潮下，終結萬年國會：釋字第 261 號解釋檔案」，發表於「大法官與轉型正義：從 9 份解釋談起」研討會，頁 1（2020）。

⁸ 葉俊榮，前揭註 4、5。

⁹ 粗體為筆者們所加。

¹⁰ 葉俊榮，前揭註 5，頁 19。

中的角色可能僅僅是社會大趨勢的跟從者，但葉俊榮仍認為該解釋文在國會改選中，扮演決定性角色、有其重要貢獻，「此號解釋卻也使得往後民主改革與修憲工程加速進行，因此可以說是促進民主化的發展」¹¹。

對 261 號的高度推崇，在法律學文獻中幾乎是相當一致的。Ginsburg 在 *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* 一書中，關於臺灣憲法法院的章節裡也指出，「這釋憲案（261 號）無庸置疑的是大法官有史以來最重要的個案」¹²，「假設大法官並沒有做出此釋憲，臺灣的民主化進程恐怕會持續停滯，而政治改革也將延遲」¹³。

261 號處理的中央民代退職議題，源自於 31 號種下的政治僵局，31 號指出，在未能選出「全國性」的第二屆立法委員之前，第一屆立委可繼續行使職權。然而，政治現實上的不可能，導致了首屆民代持續居其位，與民主準則中的定期改選原則相衝突。在這樣的特殊脈絡下，學者主張 261 號乃為法院展現出協調國內衝突的機能一例（Domestic Harmonizing），大法官於釋憲文中展現處理政治僵局的高度智慧，當時的大法官必須在維持民主憲政原則、憲法準則，以及 31 號之間取得平衡¹⁴。於 261 號中，大法官指出民意代表的定期改選為反映民意以及貫徹民主憲政原則，並解釋 31 號為國家危急狀態下的結果，其原意並非使首屆民代無限期在位，回歸定期改選乃為維繫憲政體制最重要的準則¹⁵，並且在解釋文中明定了首屆民代的退職期限，實

¹¹ 同前註，頁 10。

¹² GINSBURG, *supra* note 1, at 145.

¹³ *Id.* at 146.

¹⁴ Wen-Chen Chang, *The Constitutional Court of Taiwan*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING* 641, 657 (András Jakab et al. eds., 2017).

¹⁵ 261 號中指出：「惟民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑。前述中央民意代表之繼續行使職權，係因應當時情勢，維繫憲政體制所必要。……第一屆中央民意代表繼續行使職權已達三十餘年。但該解釋並無使第一屆立法委員、監察委員得無限期繼續行使職權或變更其任期之意，而憲法第二十八條第一項已明定：『國民大會代表每六年改選一次』，其第二項之規定顯係為避免政權機關職權之行使因改選而中輟，並非謂國民大會代表得無限期延長任期。」

現中央民代的全面改選，向社會傳達出民主準則為優先的訊息。

此外，法律學者更認為 261 號顯示出大法官功能的轉變：大法官開始積極的參與政治改革議程，法院透過釋憲展現政治民主化機能。在 261 號之前，大法官屬於消極的行動者，鮮少介入民主化議題，甚至曾時為民主化的阻擋者。舉例而言，形成萬年國會根源的釋字第 31 號，便是一個大法官在威權政府時期回應執政者政治需求做出合憲性解釋的例子；除此之外，釋字第 117 號關於國民大會代表出缺遞補補充條例，亦為大法官為回應執政者統治需求做出的合憲性解釋¹⁶。然而，261 號其後，顯示出大法官自我定位的轉變。不同於過去扮演民主的阻擋者，大法官開始作為積極的行動者，主動回應當時社會對於民主改革的要求，成為臺灣民主轉型過程中最重要的行為者¹⁷。如同葉俊榮在其文指出，大法官的釋憲開始回應社會的期待，具有政治民主化的機能：

大法官藉由釋字第二六一號解釋，除了廢止釋字第三十一號之外，**更主動回應了社會對於民主化的期待**¹⁸，雖與政治部門先前的規劃並無二致，但的確為萬年國會的終結踢出決定性的臨門一腳，為臺灣的民主化向前推進了一大步，真正做到民主正當性的要求¹⁹。

同樣的，Kuo 也認為，臺灣憲法法院在民主轉型期間乃為重要的行為者，顯現司法積極主義（Judicial activism）的特徵：

臺灣憲法法院雖然在國民黨威權時期曾擔任橡皮圖章的角色，但自 1990 年早期，臺灣的憲法法院即演變為民主轉型的推促者（facilitator）；另一方面，自 1996 年總統大選之後，如同其他的新興法院，臺灣的憲法法院更被推崇為新民主政體守衛者（guardian），為首次政黨輪替的民選總統鋪路²⁰。

¹⁶ 參見葉俊榮，前揭註 5，頁 1-63。

¹⁷ See generally Chang, *supra* note 4; Kuo, *supra* note 4.

¹⁸ 粗體為筆者們所加。

¹⁹ 葉俊榮，前揭註 5，頁 14。

²⁰ Kuo, *supra* note 4, at 598.

關於大法官在民主轉型中的釋憲風格，葉俊榮則提出轉型法院模式（Transitional-Court Model）的解釋，其認為法院在轉型的過程中扮演「漸進式引導」的角色，以提出國會改革的框架，取代做零和式價值性判斷；在轉型法院的模式中，法院常自我定位為訊息的傳遞者，著重與政治部門以及社會大眾互動對話的功能，並且保留與政治部門的回應空間²¹。葉俊榮主張：

釋字二六一解釋的特色在於大法官著眼於建立足以維繫憲政體制正常運作的國會改革方向，與一般司法判決或解釋充滿濃厚的價值判斷有所不同。……大法官僅抽象的闡述憲法中所蘊含的民主原則，並同時強調維繫憲政秩序繼續運作的必要性，合理化「萬年國會」體制所賴以存續的規範基礎。另一方面，大法官對於「萬年國會」體制的解套之道，並非單純的要求其立刻解職。相反的，大法官與解釋理由書中指出：「中央政府自應依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，妥為規劃，在自由地區適時辦理含有全國不分區名額之次屆中央民意代表選舉」相當於為無法依憲法第二十六條、第四十六條及九十條舉行全面改選之國會改革制度，劃下其應遵循的基本框架²²。

此外，法律學者亦主張 261 號為一關鍵的轉折點，啟動了其後修憲工程，並帶動民主化。如同 Ginsburg 指出，「毫無疑問的，此釋憲案劃下了一重要的轉折點，提供了臺灣持續民主化的權威性宣示」²³。在 261 號之前，臺灣的憲法有很長時間的未能修改，原因在於動員戡亂時期，修憲被視為挑戰國民黨政權的象徵，政府以實行動員戡亂臨時條款的形式來賦予行政權應

²¹ 參見葉俊榮，「從『轉型法院』到『常態法院』：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡」，臺大法學論叢，第 31 卷第 2 期，頁 59-96（2002）。

²² 同前註，頁 87。

²³ “There is no doubt the decision marked a significant turning point, providing an authoritative pronouncement of the continued democratization of the ROC.” See GINSBURG, *supra* note 1, at 146.

變的權力，而當政治上需要修憲時，替代性方案則是以釋憲代替修憲²⁴。1990 年，司法院大法官做出 261 號之後，隨即迎來了自 1946 年以降的第一次修憲，其後的十年間總共進行了六次修憲，對比之前長時間的停滯，司法院大法官開始成為活躍的行動者。法律學者將 261 號視為重要的催化劑，啟動了修憲工程。總的來說，法律學者主張，大法官在民主化的進程中扮演了重要的角色，透過 261 號，大法官積極的參與政治改革的議程，甚至展現司法積極主義，作為改革的引導者，向社會釋放出民主改革的訊息，啟動了其後的憲改工程²⁵。

幾乎大部分的法律學者給予 261 號極高的評價，對它的批判不多。即使是陳慧雯批判第五屆大法官是「保守法院」，但在最後她還是說：「換句話說，做出釋字第 261 號的大法官雖然不是時代的開創者，但仍在臺灣的民主化過程中扮演臨門一腳的關鍵性角色」²⁶。

總結而言，不管這些法律學者之間有多大的差異，但他們都有下列的特點，而這些特點都是相連貫的。第一、以法律為中心，特別是大法官釋憲文本本身法理的討論。第二、缺乏社會政治面向的討論。他們經常完全忽略了政治和社會因素與大法官釋憲案的互相影響。如 Klarman 所言，這些把大法官當作抗多數決英雄這個虛構迷思，多少要歸因於法官以及學者們以「去歷史化」方式去理解這世界，忽略了釋憲是在複雜的背景脈絡做出的²⁷。第三、

²⁴ 參見葉俊榮，前揭註 4。

²⁵ 臺灣法律學者對於大法官給予這麼高的評價，不限於 261 號解釋文。最近這幾年最引人注目的是釋字第 748 號（同性兩人婚姻自由案）。748 號解釋文一出來不到一年，就有三篇法律學者論文。他們對於 748 號解釋文的讚揚和之前法律學者對於 261 號解釋文的讚揚，有過之而無不及。法律學者甚至把 748 號解釋文某種程度的類比為美國的布朗案（*Brown v. Board of Education of Topeka*）。這部分討論：See generally Ming-Sung Kuo & Hui-Wen Chen, *The Brown Moment in Taiwan: Making Sense of the Law and Politics of the Taiwanese Same-Sex Marriage Case in a Comparative Light*, 31 COLUM. J. ASIAN L. 72 (2017).

²⁶ 陳慧雯，前揭註 7，頁 26。

²⁷ See generally Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolu-*

過度誇大釋憲案所帶來的效果。這些學者假設大法官釋憲出來，各政治勢力或是社會團體都會接受釋憲，但實際上卻不是如此。大法官的釋憲案經常是被其他政治勢力忽略或是挑戰²⁸。第四、這些學者都沒討論其他機關或是團體，可以解決或是參與此政治改革的可能性和角色。臺灣這幾位公法學者和美國公法學者一樣，認為只有大法官可以解決這些憲政問題²⁹。第五、缺乏對大法官作為一個政治機構成員的研究。這些法律學者的研究都是把這些大法官當作「法律的嘴巴」(the mouth of the law)。也就是這些大法官的個人特質、政黨立場或是意識形態，甚至是他們與政治人物的關係，都不是他們研究的重點。這最明顯的就是對第五屆大法官的研究。這批大法官是在威權時期任命(1985年)，如果第五屆大法官如這些法律學者所言對臺灣民主化貢獻那麼大，那就必須回答為何這些大法官沒有一上任就進行改革，而是等到1990年，經過黨禁、報禁的解除、大規模社會運動出現(特別是野百合學運)之後，才出現261號解釋文³⁰。我們沒有資料去看當年第五屆大法官在

tions, 82 VA. L. REV. 1 (1996); Michael J. Klarman, *Social Reform Litigation and It's Challenges: An Essay in honor of Justice Ruth Bader Ginsburg*, 32 HARV. J.L. & GENDER 252 (2009).

28 MARTIN J. SWEET, *MERELY JUDGMENT: IGNORING, EVADING, AND TRUMPING THE SUPREME COURT* (2010).

29 See generally Mark A. Graber, *Judicial Supremacy Revisited: Independent Constitutional Authority in American Constitutional Law and Practice*, 58 WM & MARY L. REV. 1549 (2017). 關於美國民權運動法律訴訟的反省，請見 Derrick A. Bell, Jr., *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 YALE L.J. 470, 512-13 (1976).

30 依照 Balkin 與 Sanford (2001) 的研究，憲政革命發生最主要一個因素是大法官人選的替代與改變。See generally Jack M. Balkin & Levinson Sanford, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001). 而就 261 號的個案而言，並沒有發生大法官人選重組的事情發生。可以跟這個比較的是釋字第 748 號案。如果沒有許宗力等人進入大法官，748 號案是否會發生，是相當有疑問。在臺北市政府和祁家威提出釋憲申請後，經過兩次新任大法官的提名、任命，一共更換了 11 位大法官，這部分討論請參考官曉薇，「婚姻平權與法律動員：釋字第 748 號前之立法與訴訟

任命過程中發生何事，但至少第六屆大法官在尋求國代通過任命支持時，並沒有顯示出太多的風骨。在「新新聞」的報導中，描繪了第六屆大法官如何拜票「准大法官彎腰斟酒眾國代唱一杯一票：為通過國大的人事同意權，施啟揚領著準大法官分區座談開啟了神聖大法官屈膝向國代拜票的時代」³¹。當然第五屆大法官並沒有出現類似的拜票行為，但當時還是尚未解嚴，國民黨仍控制司法（包括大法官）³²，而 15 位大法官中，也只有馬漢寶 1 位無黨籍。這些國民黨黨籍大法官被當時司法院長林洋港邀請參與國民黨的修憲會議，當時的記者以帶有諷刺的口語說「幾乎是黨籍的大法官都在受邀之列，不過參與的大概只有楊建華等五位左右」³³。這 5 位大法官是翁岳生、楊日然、鄭建才、吳庚、張特生。當時的一位記者引用國民黨憲改小組成員的話來諷刺這些大法官：「他們總是哭喪著臉，像小學生不願意上學一樣」、「像啞巴一樣」³⁴。或者以葉俊榮的「轉型法院模式」為例，他並沒有提出一個好論點去解釋為何法院會轉型，特別是在大法官的組成並沒有變化之下。難道是這些大法官一夕之間突然良心發現，從威權政體的擁護者變成自由民主政治的推動者？總結而論，這些法律學者的研究多少是立基於過

行動」，臺灣民主季刊，第 16 卷第 1 期，頁 22（2019）。第五屆大法官他們在戒嚴時期被任命，而且除了馬漢寶一位之外，全部是國民黨籍。而且就任命過程而言，第五屆大法官要先經過五人小組提名小組（副總統、監察院長、司法院長、總統府秘書長、國民黨秘書長），再送國民黨中常會，再由總統核定提名，再送監察院通過。關於大法官提名任命的討論請參見，陳俊榮，大法官（1999）。簡而言之，第五屆大法官提名，國民黨完全可以控制。

³¹ 陳東豪，「準大法官彎腰斟酒 眾國代合唱一杯一票」，新新聞周刊，第 389 期，頁 48-49（1994）。

³² 陳俊榮，前揭註 30，頁 39-55。

³³ 林瑩秋，「憲法法庭裡有一座傾斜很久的天平 現任大法官黨籍隸屬比例對憲法法庭的負面影響」，新新聞周刊，第 292 期，頁 74-75（1992）。

³⁴ 陳柔縉，「林洋港點名『入學』，大法官裝啞『上課』」，新新聞周刊，第 188 期，頁 41（1990）。

度地「英雄化」大法官³⁵、「浪漫化法院」(Romancing the Court)³⁶，也同時對於民主和社會運動的不信任³⁷，才會高度評價法院在社會改革的角色。

2.2 第五屆大法官們自己的評價

不過相對於後來的法律學者這樣給予 261 號如此高的評價，當年參與釋憲的大法官顯然不這麼認為。雖然不是很完整的、全面性的訪問這 15 位大法官，但司法院的「臺灣法界耆宿口述歷史」一系列訪談中，有下列幾位大法官接受訪談。訪談者幾乎問到每個大法官覺得他們任內最重要的釋憲案為何、對於 261 號的看法³⁸。

張特生大法官認為 261 號「延續了國家憲政的命脈，為國家永續發展奠定堅實基礎、普受國人肯定。可說是第五屆大法官對國家的最大貢獻」³⁹。

³⁵ Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, *supra* note 27, at 18-19.

³⁶ See generally Gerald N. Rosenberg, *Romancing the Court*, 89 BOS. UNIV. L. REV. 563 (2009); Frederick Schauer, *Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 UNIV. CIN. L. REV. 615, 624 (2000); MARTIN SHAPIRO, FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW 43 (1966).

³⁷ 雖然政治學者例如 Gerald Rosenberg, Mark Graber 等都有對此提出批判，但對法律學者這種心態提出最大批判的還是來自法律學者 Roberto Mangabeira Unger 和 Jeremy Waldron。他們稱這種心態是法律學者的「骯髒小秘密」(dirty little secret)。這部分討論請參見：See generally Rosenberg, *id.*; Graber, *supra* note 1; ROBERTO MANGABEIRA UNGER, WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME (1996); Jeremy Waldron, *Dirty Little Secret*, 98 COLUM. L. REV. 510 (1998).

³⁸ 雖然司法院「臺灣法界耆宿口述歷史」此一系列叢書，是由翁岳生擔任司法院長時推動，但翁岳生本人並沒有列入此口述歷史系列，翁岳生後來出了一本口述歷史。翁岳生高度肯定 261 號。請參見：翁岳生、李建良，憶往述懷：我的司法人生（2021）；翁岳生，「司法院大法官解釋與臺灣民主政治及法治主義之發展」，台灣法學雜誌，第 178 期，頁 1-22（2011）。

³⁹ 司法院司法行政廳，臺灣法界耆宿口述歷史第 2 輯，頁 45（2006）。張特生另外出版了一本小書，但只有討論他一般的司法經驗，沒有特別提到任何釋憲案。請參見，張特生，談人生說司法：一個司法工作者的人生體驗（1997）。

馬漢寶大法官：「坦白說，過去是國民黨一黨主政的局面，問題不大，因為大家可以說都是黨員。事實上我任大法官期間只有我一人不是國民黨黨員。據我所知，過去倒沒有發生過政治力顯然介入大法官會議之事，我覺得大法官們都能站在公正客觀的立場行使職權」⁴⁰。馬漢寶的訪談中，有提到 282 號、329 號和 342 號，但沒提到 261 號。吳庚提到老監委因為 261 號要彈劾大法官 13 人（除了 2 人反對之外）⁴¹。林洋港用政治手腕解決彈劾問題，他讓監委和職員看資料，但不能帶走。監察院職員一直拖，老監委無法自己寫彈劾文。拖到年底，老監委退職，彈劾案就不了了之⁴²。吳庚同時指出在他擔任大法官任內，國民黨用書面指示大法官，至少兩次，而其中的一次是針對 260 號解釋⁴³。雖然吳庚提到 261 號兩次，但都不是針對解釋文內容和其重要性，不過吳庚認為 261 號是「深受社會重視、影響重大」的幾個釋憲文之一⁴⁴。史錫恩提到，261 號是由李志鵬主辦、史錫恩和李鐘聲研討，隔日提出審查報告，同月 18 日決定受理、6 月 21 日通過，「本件解釋公布後，朝野各方均甚稱許……大家稱讚臺灣經過寧靜革命，完成了政治上的民主，這號解釋提供了重大的貢獻」⁴⁵。陳瑞堂的口述歷史表示，第四屆大法官由臺灣省籍法官出身的只有陳世榮，陳瑞堂去接他當第五屆。最深刻的是 242

⁴⁰ 同前註，頁 123。

⁴¹ 李志鵬與李鐘聲是兩位投反對票的大法官。李志鵬提出不同意見書，主張選出第二屆中央民代才可終止職權。李鐘聲未提不同意見書，但認為應該在 1992 年終止職權。嚴格來說，他們兩位並沒有反對國會全面改選。只是對於達成國會全面改選的方式和時間有不同看法。請見陳東豪，「大法官臨門一腳，法學界判他越位」，新新聞周刊，第 172 期，頁 94-95（1990）。

⁴² 司法院司法行政廳，臺灣法界耆宿口述歷史第 3 輯，頁 150-151（2007）。

⁴³ 同前註，頁 154-155。國民黨干涉 260 號解釋案，可以在楊與齡的回憶錄得到證實，請見楊與齡，楊與齡大法官回憶錄：六十年司法改革真相，頁 190-192（2018）。吳庚並沒有提到 261 號解釋是否受到國民黨的指示與干涉。

⁴⁴ 司法院司法行政廳，前揭註 42，頁 155。

⁴⁵ 司法院司法行政廳，臺灣法界耆宿口述歷史第 6 輯，頁 79（2011）。

號鄧元貞重婚案⁴⁶，他完全沒提到 261 號。張承韜提到最深刻的五件釋憲，因為提出不同意見書，而這五件並沒有包括 261 號⁴⁷。司法院所出版的楊與齡口述歷史提到 261 號退職本來是兩年緩衝期，但因為民進黨要求最多一年，後改為一年半。老民代判斷錯誤，認為大法官不可能做出不利他們的決定。後來利用監察院要彈劾大法官。同時全國不分區這個方案由他提出來⁴⁸。

楊與齡除了口述歷史外，寫了一篇「大法官第二六一號解釋與我國憲政發展——『萬年國會』的形成與終結」⁴⁹。在這篇文章中，楊與齡除了描述 261 號部分審理過程以及後續發展，他花了相當篇幅整理了各界（包括執政黨、反對黨、重要政治人物、學界人士、新聞媒體等）的看法。楊與齡後來出版了一本回憶錄，對於 261 號的評價和之前文章沒有太大差別⁵⁰。翁岳生後來也出版了一本口述史，他用了約四頁來討論 261 號，但並沒有提出新的資料⁵¹。他提到他的立場是資深中央民代「應立即退職或越早越好」，但為了顧全大局妥協接受最後的退職時間⁵²。

很顯然的，在 261 號剛出爐時，臺灣社會各界的反應並沒有如現在法律學者給予那麼高的反應，也不如參與 261 號的史錫恩大法官所稱「朝野各方均甚稱許」或是張特生大法官認為的「普受國人肯定」。中國時報社論：「充滿了妥協性，如停止職權之時間要拖到一年半之後……令人感嘆」；自立晚報社論：「但是國民黨的兩年三階段方案是黨內政治力量運作的結果，二六一號解釋選擇了八十年代作為老民代退職的最後期限，難道也是政治力

46 司法院司法行政廳，臺灣法界耆宿口述歷史第 1 輯，頁 194-200（2004）。

47 同前註，頁 146。

48 司法院司法行政廳，前揭註 46，頁 79-80。

49 楊與齡，「大法官第二六一號解釋與我國憲政發展——『萬年國會』的形成與終結」，憲政時代，第 23 卷第 3 期，頁 3-21（1997）。

50 楊與齡，前揭註 43。楊與齡的回憶錄是在司法院公布 261 號相關會議資料之前，透露最多 261 號大法官會議過程資訊的文獻。

51 翁岳生、李建良，前揭註 38，頁 330-333。

52 同前註，頁 331。

運作的結果」。政治學者丘宏達：「第二六一號釋憲文規定資深中央民代有固定的退職期限，等於是保障他們的任期到民國八十年底，資深民代如在今年底完全退職，才是比較妥當的方式」。政治學者朱雲漢：「二六一號解釋可以說是一個遲來的正義」。日後擔任大法官的法律學者林子儀：「資深民代職權終止決定毫無法理可說，根本是一種政治的妥協。在八十年底前終止職權，顯然是配合執政黨的改革方案，依我的看法是自解釋之日起，第一屆資深民代就應自然終止職權」。同樣也是未來大法官的法律學者陳新民：「這次的釋令主要是基於政治考量，利用『可畏的民氣』，一舉解決第一屆中央民代盤根錯節的問題，而放棄憲政專業考慮，使得釋令的正當性超過合法性」⁵³。

2.3 政治學者的看法

政治學界一些關於民主化的研究，很少注意到司法所扮演的角色，即使是法律學者認為最重要的 261 號⁵⁴。這些民主化的研究經常強調社會運動、中產階級、社經結構的轉變、國際潮流、蔣經國、甚至是美國的壓力等因素，但很少會談及法院在推動民主化過程中所扮演的角色。例如若林正丈在他的研究中，討論了民主化的各種因素與歷史過程後，最後說：「國會改革問題在這種壓力之下，終於由司法院大法官會議在九〇年六月釋憲：『第一屆中央民意代表』 = 『萬年議員』的任期在九一年底終了」⁵⁵。他只是將此事件作一單純的歷史事件描述，不帶有任何重要意涵。一些討論臺灣民主化的研究，甚至沒有提及 261 號。即使政治學者知道第一屆的老立委和老國代，因為此釋憲文而退職，卻也很少記得此釋憲文的號碼。

對於臺灣民主化以及政治轉型，社會科學界有相當豐富的研究。雖然他

⁵³ 楊與齡，前揭註 49，頁 10-12。

⁵⁴ 下面這個例子，顯示出臺灣政治學者對於大法官在民主化中角色的看法。十幾年前，筆者和一位當時中生代的學者請教討論臺灣的司法政治與憲法改革相關議題，筆者請教這位學者對於 261 號的看法，他當下的反應是：「什麼 261？」

⁵⁵ 若林正丈著，洪金珠、許佩賢譯，臺灣：分裂國家與民主化，頁 224（1994）。

們各有不同的討論重點，但幾乎沒有學者會強調 261 號的角色。在 1989 年這一年政治學界和社會學界有三篇重要談論臺灣民主化以及政治轉型的文章。吳乃德發表「搜尋民主化動力——兼談民主轉型研究取向」⁵⁶及 Tun-Jen Cheng（鄭敦仁）發表「Democratizing the Quasi-Leninist Regime in Taiwan」⁵⁷，王振寰發表「臺灣的政治轉型與社會運動」⁵⁸。這三篇論文都發表於 261 號之前，當然不可能提及 261 號。但這幾篇文章中，也沒提及大法官對民主化有任何正面的功能。

吳乃德後來發表另一篇關於臺灣民主化的重要著作「人的精神理念在歷史變革中的作用：美麗島事件和臺灣民主化」⁵⁹，雖然該文的重點是美麗島事件，但在他對於民主化的文獻中也未見對於大法官的討論。同樣的，朱雲漢和林繼文合寫的「Political Development in the 20th-Century Taiwan: State Building, Regime Transformation and the Construction of National Identity」⁶⁰一文中，不僅正文中沒討論 261 號，在該文所列政治發展里程碑的大事紀中，也沒提到 261 號⁶¹。吳乃德以下這段話，或許是最扼要的方式，表達一般政治學界對於民主化的立場：「反對黨可以自由組織、活動，和執政黨公平競爭，是民主化的門檻。過了這個門檻，民主轉型大致完成。剩下的工作只是整理威權統治的遺緒，例如修改或是廢除不合民主原則的法律和制度

⁵⁶ 吳乃德，「搜尋民主化的動力——兼談民主轉型的研究取向」，台灣社會研究季刊，第 2 卷第 1 期，頁 145-161（1989）。

⁵⁷ See generally Tun-Jen Cheng, *Democratizing the Quasi-Leninist Regime in Taiwan*, 41 WORLD POL. 471 (1989).

⁵⁸ 王振寰，「臺灣的政治轉型與社會運動」，台灣社會研究季刊，第 2 卷第 1 期，頁 71-116（1989）。

⁵⁹ 吳乃德，「人的精神理念在歷史變革中的作用：美麗島事件和臺灣民主化」，台灣政治學刊，第 4 期，頁 57-104（2000）。

⁶⁰ See generally Yun-Han Chu & Jih-Wen Lin, *Political Development in the 20th-Century Taiwan: State Building, Regime Transformation and the Construction of National Identity*, 165 CHINA Q. 102 (2001).

⁶¹ 可以作為比較的是，「廢除刑法一百條」被兩位作者列入政治發展的里程碑。See *id.* at 127.

等」⁶²。簡而言之，政治學者在討論臺灣民主化和民主鞏固時，對於大法官所扮演的角色，如果不是認為不重要，就是完全忽略、不討論。也許是他們認為司法根本不重要，所以不值得討論。然而，這樣的忽略將會妨礙我們對於臺灣民主化以及民主政治進一步的討論。我們只有把司法（包括法院和檢察體系）放進臺灣政治體系中，才能更仔細觀察到臺灣的政治發展與司法政治的脈絡。

3. 以政治為中心的觀點

本文的理論基礎是奠基於美國司法政治研究的傳統，自 Robert Dahl、Martin Shapiro 到 Mark Graber 等人的研究與理論之上⁶³。這些研究有些共同點：不以法律為中心、同時將法院的角色置入政治發展中去看。臺灣在民主化之後一段時間，對於臺灣政治發展有相當豐富的研究成果⁶⁴，但最近這幾年較少看到這方面的研究。同時，這些臺灣政治發展研究很少把司法帶進政治發展中討論。本文將嘗試將法院放到整個政治體系去考察法院所扮演的角色。

Robert Dahl 在 1957 年出版他第一篇（也是最後一篇）司法政治文章「Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker」⁶⁵。當時美國法律學界主流（主要是 legal process），視美國

⁶² 吳乃德，臺灣最好的時刻，1977-1987：民族記憶美麗島，頁 278（2020）。

⁶³ THE SUPREME COURT AND AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT (Ronald Kahn & Ken I. Kersch eds., 2006); THE SUPREME COURT IN AMERICAN POLITICS: NEW INSTITUTIONALIST INTERPRETATIONS (Howard Gillman & Cornell Clayton eds., 1999).

雖然筆者們是以美國司法政治相關理論為基礎，但不代表筆者們完全同意或是接受美國學者的立場與理論。

⁶⁴ See Chu & Lin, *supra* note 60. 在這一重要且經常被引用的文章，對於司法體系在政治發展中的角色幾乎沒有太多的討論。

⁶⁵ 這篇文章至今仍常被學者所引用。關於這篇文章對於後來司法政治的影響，請參考：Gerald N. Rosenberg, *The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 50 EMOREY L.J. 613, 619

Supreme Court 為一法律制度 (legal institution) 與國會或是行政部門作為一個政治制度成強烈對比，同時要求大法官必須超越政治、具備理性法律論理能力。「把 Supreme Court 嚴謹的視為一個法律制度，低估了它在美國政治體系的重要性。它同時也是一個政治制度，也就是說，作為一個制度，它可以對於國家政策的爭論問題做出決定。」⁶⁶也就是說，美國 Supreme Court 不是一個有時剛好有政治效應的法律制度，而是一個以法律為工具的政治制度⁶⁷。

Robert Dahl 這篇論文回答一個重要問題：是否如當時的主流意見所說一般 Supreme Court 主要的功能是保護少數群族和弱勢團體。他的回答和法律學者或是律師很不一樣，他認為：「Supreme Court 不可避免的是國家支配聯盟 (the dominant national alliance) 的一部分。作為支配聯盟政治領導權的基本組成之一，它當然支持這個聯盟的主要政策。」⁶⁸法院不太可能成功阻擋一個堅決多數所主張的主要政策。它只有在少數和短暫的情況下可以對抗一個脆弱、不穩定、或是過渡時期的多數。也就是說，只有當舊的支配聯盟開始瓦解、新的支配聯盟還沒有控制政治制度時，法院才有可能對抗多數、主導政策。而大部分的時候，法院是配合或是加強支配聯盟所信仰的價值、規範或是政策。

Martin Shapiro 的政治法理學 (political jurisprudence)⁶⁹是讓公法學者由

(2001); See generally David Adamany & Stephen Meinhold, *Robert Dahl: Democracy, Judicial Review, and the Study of Law and Courts*, in THE PIONEERS OF JUDICIAL BEHAVIOR 361 (Nancy Maveety ed., 2003).

⁶⁶ Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a Nation Policy Maker*, 6 J. PUB. L. 279, 279 (1957).

⁶⁷ Rosenberg, *supra* note 65.

⁶⁸ Dahl, *supra* note 66, at 293.

⁶⁹ See generally Martin Shapiro, *Political Jurisprudence*, 52 KY. L.J. 294 (1964); MARTIN SHAPIRO, *LAW AND POLITICS IN THE SUPREME COURT* (1964).

舊制度論邁向新制度論⁷⁰。他曾批評：「雖然 Supreme Court 的政治角色廣泛但羞恥地被認知到，但當討論到憲法時，所有關於實際政治的知識就消失了。」⁷¹ 政治法理學的一個基本立場是：Supreme Court 是個政府機構，也是美國政治一部分，而不是由一群傲慢的法律技術人員（imperiously legal technicians）所組成的一個超越政治的機關⁷²。「The Supreme Court 首先是作為國家的政治法院，也要先以政治的項目來檢驗。」⁷³ 而作為政治法院的一份子，大法官也是個政治人物。法院與法官是政府與政治整體的一部分，在政府與政治體系外部，他們就是沒有意義也沒有功能，因此他們就是政府機構與政治行動者。因此，我們應該以研究其他政治機構的方式來研究法院，也應該以研究其他政治菁英的方式來研究大法官。也同時必須研究法院與其他政治機構互補與替代的功能。如 Tamir Moustafa 所說：「司法制度對於促進經濟發展和保障人權可以是很重要的工具，但它的效率與命運很根本性與政治衝突的結果和任何特定政治體系內部的權力結構做相連結。」⁷⁴ 不管在民主政體或是威權政體，法院一直都是政治體系的一部分⁷⁵。

如果我們能採取上面的理論觀點，或許我們就會對大法官的政治角色，

⁷⁰ 關於 Shapiro 對於司法政治研究的貢獻，See generally Howard Gillman, *Martin Shapiro and the Movement 'Old' to 'New' Institutional Studies in Public Law Scholarship*, 7 ANN. REV. POL. SCI. 363 (2004); Herbert M. Kritzer, *Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism*, in THE PIONEERS OF JUDICIAL BEHAVIOR 387 (Nancy Maveety ed., 2003).

⁷¹ SHAPIRO, *supra* note 36, at 17.

⁷² SHAPIRO, LAW AND POLITICS IN THE SUPREME COURT, *supra* note 69, at 15.

⁷³ *Id.* at 17.

⁷⁴ TAMIR MOUSTAFA, THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL POWER: LAW, POLITICS, AND ECONOMIC REFORM IN EGYPT 220 (2007).

⁷⁵ See generally RULE BY LAW: THE POLITICS OF COURTS IN AUTHORITARIAN REGIMES (Tom Ginsburg & Tamir Moustafa eds., 2008); Peter H. Solomon, Jr., *Courts and Judges in Authoritarian Regimes*, 60 WORLD POL. 122 (2007); Jose J. Toharia, *Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain*, 9 L. & SOC'Y REV. 475 (1975); Gretchen Helmke & Frances Rosenbluth, *Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective*, 12 ANN. REV. POL. SCI. 345 (2009).

有比較貼近現實的理解。也不會對大法官改革社會有過高的期待（hollow hope），或是對它抗多數決的特性有過度的恐懼（exaggerated fear）⁷⁶。從美國憲法生效到羅斯福新政之間發生的美國民主革命，司法只是一個旁觀者（bystander）⁷⁷。或者如 Keith E. Whittington 所說：「民主政治發生在一般政治共識的邊緣；而違憲審查只能在那邊緣的邊緣被行使。」⁷⁸不管是法治、司法獨立、甚至是司法至上主義（judicial supremacy），都是要有堅強的政治基礎才能穩固，而且有時候是出自於政治人物自利動機和行動才達成這些目標⁷⁹。

4. 261 號釋憲過程

4.1 釋憲過程

本節要討論 261 的釋憲過程。在當時的政治氛圍下，一方面國民黨已經提出兩年三階段的立委退職方案；另一方面，萬年立委在立法院處境越來越困難。1990 年 4 月 3 號在立委陳水扁主導下，提出朝野共 26 位立委的聲請

⁷⁶ See generally Graber, *supra* note 1.

⁷⁷ Mark A. Graber, *From Republic to Democracy: The Judiciary and the Political Process*, in INSTITUTION OF DEMOCRACY: THE JUDICIAL BRANCH 401, 405 (Kermit Hall & Kevin McGuire eds., 2005).

⁷⁸ Keith E. Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C. L. REV. 773, 839 (2002).

原文如下：“Democratic politics occurs at the margins of a general political consensus, with judicial review being exercised at the margins of that margin.” Whittington 延續 Robert G. McCloskey 這一派學者的立場：“The Court’s greatest’ successes have been achieved when I operated nears the margins rather than in the center of political controversy, when it has nudged and gently tugged the nation, instead of trying to rule it.” ROBERT G. McCLOSKEY, THE AMERICAN SUPREME COURT 264 (2000).

⁷⁹ See generally Barry Weingast, *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law*, 91 AM. POL. SCI. REV. 245 (1997); KEITH E. WHITTINGTON, POLITICAL FOUNDATIONS OF JUDICIAL SUPREMACY (2007).

釋憲提案⁸⁰。此提案的聲請人以及當時立法院討論過程，可以讓我們知道當時的政治菁英如何思考這件事，以及當時候立法院的權力結構。以下的歷史描述可以顯示出，在立法院送出釋憲的提案，是先經過兩大黨的溝通，之後在院會經過熱烈的討論，幾乎在無異議下通過。這一方面顯示出，國會全面改選已經是增額立委的共識，也顯示出老立委在立院的無力。

提出聲請釋憲案的提案人有：陳水扁、余政憲、彭百顯、張博雅、邱聯輝、葉菊蘭、黃天生、田在庭、鄭余鎮、張俊雄、許國泰、盧修一、謝深山、黃正一、趙少康、王志雄、王聰松、謝長廷、黃主文、李慶雄、戴振耀、吳勇雄、魏耀乾、陳定南、林正杰、劉文雄。這個名單有幾個特色：第一、包含了各黨派。不僅有民進黨、國民黨，也有無黨籍立委。同時更重要的是，即使當時國民黨黨內衝突最激烈的次級團體「集思會」（如黃主文）和「新國民黨連線」（如趙少康）都有成員連署這次提案。當時連署的謝深山還有國民黨中常委的身分。兩大黨團幹部（陳水扁、黃正一）也連署了。第二、這個提案是事先經過兩大政黨黨團協調溝通過所提出。第三、沒有資深立委連署這份提案。

我們再來看在當時立法院討論此提案的發言情況。這提案在立院發言相當踴躍討論一個小時左右⁸¹。一共有下列立法委員發言：陳水扁、李勝峰、李宗仁、趙少康、饒穎奇、謝長廷、黃明和、盧修一、林志嘉、張博雅、李慶雄、王天競、楊寶琳。這些發言立委中，只有楊寶琳是資深立委，也同時是唯一發言反對聲請釋憲的立委。李勝峰表示：「……尤其在做成決議之

⁸⁰ 一位審查人提出，如果 261 號是幫忙李登輝解決政治上的難題，那為何陳水扁等民進黨政治人物要主動提出這釋憲案？我們認為國會全面改選本來就是自黨外到民進黨以來長期努力的目標，同時如果國會全面改選，那是民進黨另一次擴大權力的大好機會，所以陳水扁提出此議案也是為了民進黨的政治目的。另一個可能更複雜的因素是李登輝個人與民進黨之間的關係。李登輝在檯面上有時批評民進黨、有時與民進黨競爭又合作，但同時曾經私底下協助民進黨，請見「李登輝執政告白實錄」一書，這個議題已經遠遠超過本文的研究範圍了。請參考：鄒景雯，李登輝執政告白實錄，頁 330-331（2001）。

⁸¹ 立法院公報，第 79 卷第 27 期，頁 55-66，1990 年 4 月。

後，即使資深委員反對，至少它代表朝野增額委員共同的意見。本席認為這一點很重要。」⁸²李宗仁也有類似的意見。陳水扁把和國民黨協調過程講出來：「此一臨時案，原擬於上星期提出，但為求慎重起見，我們曾和國民黨的黨鞭交換過幾次意見，並知會過他們。後因林委員棟有意見，他希望我們在國民大會第八次會議閉幕之後再行提出，為此，我們特別延遲了一個星期的時間提出。在此之前，我們也曾和饒書記長穎奇、黃副書記長正一交換過意見，他們認為這個案子提出之後，絕對可以順利通過。」⁸³趙少康強調他連署代表他個人的看法，不代表新國民黨連線的立場。擔任國民黨立院黨團書記長饒穎奇說的話，或許代表了國民黨的立場。他首先證實了與陳水扁事先協商過，接著說：「本席同意由陳委員提出這個案子，但不曾阻礙過任何一位國民黨籍的委員來反對這個案子；但本席並未說過代表執政黨同意的話，本席只是說，這件事可以拿出來討論，相信黨籍委員中很多人願意表示支持。」⁸⁴饒穎奇的發言引起謝長廷的不滿，為何已經講好的事，突然又出現不同的聲音⁸⁵。資深立委楊寶琳是最後一位發言，也是唯一反對的聲音：「本席也知道最近有部分國民黨籍增額委員與民進黨籍委員聯合打擊資深同志……今天政局混亂的原因，不外是國民黨『內亂』，以資深委員同志所作所為皆是為國為民，增額委員同志實無理由聯合民進黨來打擊我們，如果增額委員一味批評國民黨過去的所作所為，其他人又如何肯定國民黨過去所作的貢獻？基於上述理由，本席反對本提案。」⁸⁶楊寶琳最後的反對聲音，沒有得到任何響應，這顯示出資深立委不僅在臺灣社會幾乎沒有任何政治支持，更顯示出即使在立法院他們也已經沒有太多的力量。最後，擔任立法院長的資深立委梁肅戎，對於立法院聲請司法院大法官解釋一事，表示「可能有點問題」，但他最後還是做出下列的建議：「是不是這樣：本案原則通

82 同前註，頁 59。

83 同前註，頁 60-61。

84 同前註，頁 62。

85 同前註，頁 63。

86 同前註，頁 65-66。

過，有關聲請書中，文字之增減由提案委員饒委員穎奇、黃委員明和、陳委員水扁邀集發言委員再行研商後報提院會。」⁸⁷

立法院院會於 4 月 3 號通過提案，4 月 16 日以最速件處理。司法院受理後，由輪分大法官三人審查小組（李志鵬主辦、史錫恩和李鐘聲研討）。僅用了一天這審查小組就提出審查報告（這可能大法官有史以來最快的審查報告）。過了兩天，4 月 19 日大法官全體審查會議表決通過受理，並開始進行審查。司法院大法官經過五次會議，於 6 月 21 日做出 261 號。從司法院接到立法院的釋憲聲請到做出決定一共只花了 67 天⁸⁸。

這中間有三件事特別值得討論。第一、當時的司法院長林洋港，雖然不能參加討論，但是擔任大法官會議的主席。他認為自己對於釋憲內容無法干預，但承認「我唯一的建議，只是希望大法官們在國是會議前有所決定而已」⁸⁹。這個時間點對於國是會議的討論過程與結論將有重大的影響。我們在後面會討論。第二、如林洋港所願，261 號在國是會議召開（1990 年 6 月 26 日至 7 月 4 日）前決定。第三、雖然幾乎所有大法官不願意（至少就他們的口述歷史而言）承認有國民黨介入⁹⁰，但至少一位重要政治人物卻指明了「李登輝干預大法官解釋」。當時候的立法院長（同時也是資深立委）梁肅

⁸⁷ 同前註，頁 66。比較有趣的是，在大法官楊與齡的回憶錄提到，張承韜大法官在 4 月 11 日表示，梁肅戎不會送出此案。請參考楊與齡，前揭註 43，頁 196。

⁸⁸ 楊與齡，同前註，頁 196。

⁸⁹ 轉引自楊與齡，前揭註 49，頁 13。

依據促轉會所公布的司法院檔案（關於 261 號），林洋港至少在兩次關鍵議題上發言。關於林洋港在 261 號解釋過程中的角色，請參考陳慧雯，前揭註 7，頁 27-28；楊與齡，前揭註 43，頁 197-202。

⁹⁰ 雖然有三次最重要的審查會採取秘密會議而無留下會議紀錄，但由司法院 261 號的檔案還可以得知大法官們很清楚國民黨「兩年三階段退職方案」，同時在決定 261 號中的退職時間時，也一直提到國民黨退職時間底線，請見陳慧雯，前揭註 7，頁 16-17。一個很有趣的現象是，多位大法官希望 261 號規定的退職時間早於國民黨的退職時間。甚至，有七位大法官早在 4 月 7 號提出部分草案，主張「第一屆未定期改選之中央民意代表應自本解釋公布之日起一年內停止執行職權」。為何這些大法官後來會更改立場？只能有待更多的歷史資料出土來回答這問題。

戎在其回憶錄指出：

最初大法官解釋時，黨內七人小組是四對三贊成到八十一年年底退職，十五位大法官中有十二位主張到八十一年年底以符合臨時條款的明文規定。我必須對此做政治上、良心上的說明，這是李主席運用他的政治影響力，導致提前一年退職。

他在大法官開會前夕，把司法院長林洋港找去中央黨部，要求老代表、老委員到八十年五月退職，後來接受林洋港建議折衷到年底。中央運用黨政關係，指示大法官解釋中央級民意代表在八十年十二月三十一日以前退職。這件事實在歷史上應會記錄⁹¹。

相對梁肅戎這樣公開嚴厲的指謫，李登輝卻對此事保持相當的沉默，或許他不願意承認做過此事，也有可能他認為 261 號對於他的政權並不是那麼重要。「李登輝執政告白實錄」一書裡面，只提到一次 261 號，且只把它當作歷史背景⁹²。相反的，這書花了相當的篇幅討論萬年國會的問題。它指出李登輝思考用「體制外的力量來解決」這問題⁹³。這本書後面的李登輝執政大事記，也沒提到 261 號。

4.2 後續發展

261 號釋憲之後，有兩個主要發展。第一、引起部分資深民代的反彈，但這些反彈並沒有太大作用。第二、261 號釋憲在國是會議開會前，原本多個政治解決方案討論被 261 號給侷限住。261 號變成國民黨部分人士拖延國會全面改選的藉口。

資深民代的反彈是可以預期的。但在政治上，卻沒有多大的力量和效用。同時，也並不是所有的資深立委都反對退職。在政治上，這些資深立委本來就沒有多大的社會支持，而且這些資深立委相對於國代和監委，面對著更大的政治和社會壓力。況且當初是由立法院提出聲請案。所以老立委並沒

⁹¹ 梁肅戎，大是大非：梁肅戎回憶錄，頁 229（1995）。

⁹² 鄒景雯，前揭註 80，頁 334。

⁹³ 同前註。

有反彈聲浪和行動。

相反的，老監察委員和國代，則是有些政治行動。但他們也沒有多大的社會支持，所以能進行的政治動作也很有限。這些資深民代也只能把箭頭指向司法院⁹⁴。

監察委員要彈劾 13 位大法官⁹⁵，因為有 2 位反對 261 號解釋。監察委員要到大法官會議閱卷。林洋港想出一個方法，請監委到貴賓室看卷，但不得帶走。同時，因為這些老監委已經沒有能力撰寫彈劾文，而監察院職員就一直拖延到 1991 年 12 月 31 日。這案子就無疾而終、不了了之⁹⁶。

資深國代的行動也是針對司法院。資深國代李鴻儒等 66 人要求司法院長林洋港列席國民大會憲研會，「說明二六一號解釋令文用意何在？或請以書面解答，應如何遵從憲法明文規定，速謀補救、以安民心、而維國本，免貽後患」⁹⁷。司法院收到後，院長林洋港也只是交秘書處第二科印送國大的邀函給大法官閱覽，未做任何進一步處理⁹⁸，這件事也不了了之。簡而言之，老監委與老國代的反彈力量小到只需要「政治能手」（吳庚用語）林洋港的裝死不回應，就處理掉⁹⁹。

但 261 號對於臺灣民主化中一個重大事件，卻帶來負面的影響。261 號這個「法的誘惑」（Law's Allure）¹⁰⁰扼殺了政治上許多可能性。而 261 號變成保守反動、延遲國會全面改選的政治上的最大藉口。

因為 1990 年 3 月野百合學運的關係，李登輝總統召開了國是會議。而在這國是會議上第一個重要議題就是「國會改革問題」。而幕僚單位所給的

⁹⁴ 楊與齡，前揭註 43，頁 205-206。

⁹⁵ 司法院司法行政廳，前揭註 42，頁 150-151；楊與齡，前揭註 49，頁 14-15。

⁹⁶ 司法院司法行政廳，同前註，頁 151。

⁹⁷ 楊與齡，前揭註 49，頁 16。

⁹⁸ 同前註。

⁹⁹ 司法院司法行政廳，前揭註 42，頁 151。

¹⁰⁰ See generally GORDON SILVERSTEIN, LAW'S ALLURE: HOW LAW SHAPES, CONSTRAINS, SAVES, AND KILLS POLITICS (2009).

「議題分析資料」裡面，一共提出了 8 個方案。其中甲案：立即終止案。也就是透過一些程序之後，立即終止資深民代。甲案的方式又分成制憲、修憲、緊急處分、終止動員戡亂，這 4 種方案來立即終止資深民代職權的問題。乙案：逐漸終止案。又分成 3 個方案：修法逼退、政治逼退、政治勸退。最後是丙案：順其自然案。「即維持現狀、使資深中央民代依生理界線，民意壓迫自然終止其職權」。這個調查報告也提到，東海大學社會研究所在 1989 年所公布調查結果，只有 15.9% 不贊同或非常不贊同國會全面改選；而且有 44.4% 贊同或是非常贊同「立即」全面改選。民意調查基金會所做的另一份調查更顯示出，只有 1.5% 認為不應該讓資深代表退職。國是會議的幕僚還特別強調，「此一相對溫和的民意在七十九年國大第八次會議之後，又有了顯著的變化」¹⁰¹。也就是經過國民黨 2 月政爭以及 3 月野百合學運之後，支持這些資深代表的民意支持度只有更低。

然而，這些政治方案，卻在 261 號出來之後，整個討論空間被壓縮。更嚴重的是，261 號變成保守派延緩國會全面改選的護身符。我們可以說，林洋港當初堅持要在國是會議開會前將釋憲案出來的時間點，已經達到他所期待的政治目的。261 號所設下資深委員退職的時間點，最後變成國是會議的主流意見。

國是會議一共分成 5 組，而第一個議題就是「國會改革問題」。國是會議在 261 號出來一星期後的 6 月 28 日舉行。各分組討論做完決議，再各自派出人選宣讀該組決議。之後再作成總結報告。各分組報告如下：

第一分組：

首先，當然就是資深中央民代退職的時間問題。多數的意見傾向於以釋字第二六一號所定期限——八十年十二月卅一日——為退職底線，在此之前，只能採取政治措施促其儘速退職（十九位），但也有人認為釋字第二六一號在時間上留有迴轉空間，並非只能延至八十年底，且全盤憲政問題的解決仍須透過制憲，為準備制憲，資深中央民代應

¹⁰¹ 國是會議編輯小組，國是會議實錄（下輯），頁 3108-3109（1990）。

在七十九年底以前（八位）或八十年七月底以前（二位）全部退職¹⁰²。

同時在附件表列（頁 481）對於「第一屆中央民代何時退職最好？」認為 79 年 12 月 31 日 4 人；80 年 7 月 31 日 0 人；80 年 12 月 31 日 10 人；無意見 14 人。

第二分組：

本分組於資深民代必須全面退職、國會全面改選一節，有完全共識。唯於限期以何年、何月為宜，略見分歧，多數主張以大法官會議第二六一號解釋為準，其他則有主張於明年六月底前全部退職、今年底以前退職等。至於新國會之建立，有主張於八十年七月底前完成者，有主張二年內完成者，意見略顯差距¹⁰³。

同時在附件（頁 473）表列：主張按照司法院大法官第 261 號解釋，於明年 12 月底以前退職 17 人；今年底以前退職 5 人；明年底以前退職 3 人；儘速退職 2 人。

第三分組：

第一、國會改革是存在多年的問題，而原始問題的核心，厥為第一屆中央民意代表在職數十年而未能改選。從而積漸造成國會功能不彰、政治失序以及群情嘩然，普遍要求其儘早退職的問題。前此以往，政府及執政黨由於久為政治的歷史情結所困，所以一直未能有效地突破退職難題的瓶頸。現在由於大法官會議釋字第二六一號解釋，宣告第一屆中央民代應於八十年十二月底以前，終止行使職權，遂使得此一難題，獲得確定的解決。本組同仁，對於資深中央民代退職問題，二十人的意見中，雖有十一人，表示支持大法官會議第二六一號解釋，但也有九人，希望資深民代在八十年六月底之前退職，甚至有人主張應立即退職者。對此問題之菁英民意，於此已可窺豹一斑¹⁰⁴。

102 國是會議編輯小組，國是會議實錄（上輯），頁 468（1990）。

103 同前註，頁 470。

104 同前註，頁 474。

第四分組：

1. 主張七十九年十二月三十一日前三個國會的老代表全部退職者計四位，以增、補選方式來完成過渡期時期之職責，或在八十年七月一日前產生新國會。
2. 主張八十年七月三十一日前全部退職者僅一位，其在八十年七月一日產生新國會外，並無於同年七月三十一日全部退職之建議。
3. 主張八十年十二月三十一日全部退職者有十位，堪稱佔大多數，其理由為大法官會議第二六一號解釋，已符合憲法解釋的功能，並無悖於情理¹⁰⁵。

第五分組：

「資深民代應儘速退職」，是我們第五組共同一致的主張，沒有任何異議。只是對於究應於何時退職問題，有三種不同意見：一是贊成在明（八十）年年底退職者十四人，二是贊成在今（七十九）年年底退職者八人，三是贊成在明年七月底退職者二人¹⁰⁶。

總結報告由傅正、蘇永欽、洪冬桂撰寫，康寧詳報告：

我們所有與會人員，都認為第一屆資深中央民意代表應該全部退職。但在退職的期限上，有四種不同的意見：主張「儘速退職」者有十六人，主張「應在今（七十九）年底退職」者有二十五人，主張「明（八十）年七月底退職」者十三人，主張「依大法官會議解釋至遲在明年底退職」者有七十一人。但也有不少人特別指出，大法官會議在民國七十九年六月廿一日做成的釋字第二六一號解釋，是認定「應於民國八十年十二月卅一日以前終止行使職權」，不是非拖到明年底不可，應不排除各方採取政治性的措施，促使資深中央民代儘速在此期限之前退職，資深民代尤應善體民意，儘早退職¹⁰⁷。

¹⁰⁵ 同前註，頁 476。

¹⁰⁶ 同前註，頁 479。

¹⁰⁷ 同前註，頁 1325。

國是會議討論紀錄可以顯示出幾個重點：第一、討論非常踴躍、同時發言支持 261 號解釋期限的並不是占絕對多數。第二、一些參與國是會議者立場的有些改變。這其中最明顯的是第一組原本有 14 人對於退職無意見，但這些人在總結報告中更改立場。第三、在總結報告中，支持 261 號解釋時間的人占絕對多數（71：125），但也有高達 54 人希望資深委員更早退職。第四、即使是支持 261 號的期限，但仍不排除以其他政治方式促使或是逼退這些資深立委。第五、也是最重要的一點，在總結報告中 4 個退職時間方案中，261 號解釋的期限是最晚的。

261 號如果有任何重大政治效應，就是讓部分國民黨政治人物找到延緩國會全面改選的理由¹⁰⁸。雖然當時候民進黨籍、無黨籍以及部分國民黨籍政治人物支持資深立委應該立即退職，但這在幾個分組討論中，都有一些人以 261 號為理由，而支持到 1991 年底退職。例如王昭明、李念祖等人。最能代表這樣發言的是胡志強：

- (一)資深中央民代之退職全民已有共識，自應儘速辦理，以符合民意要求，進行國會全面改革。
- (二)然退職之事頗為複雜，自宜以合情、合理、合法之方式進行之。目前已有大法官會議通過之第二六一號釋憲案，建立了解決此事之最高原則，不能輕言背離，否則等於違法行事，法律原則蕩然無存，社會必會付出極大成本。
- (三)吾人應一致努力，儘量促成中央民代在明年底以前退職，以符合第二六一號釋憲案之真義¹⁰⁹。

同樣的在全體會議時，多個發言人有類似的立場：一方面承認整體臺灣社會希望資深代表越快退職越好。另一方面，以 261 號為最後的權威。例如

¹⁰⁸ 果然 261 號變成部分資深中央民代拒絕提早退職的藉口，例如梁肅戎。即使梁肅戎多次被要求提前退職（立法院八十七會期開議前、八十八會期開議前、以及 1990 年 12 月 25 日），他仍以 261 號為由拒絕提前退職。何智霖，立法院院長梁肅戎傳記，頁 265（2004）。

¹⁰⁹ 國是會議編輯小組，前揭註 101，頁 458。

李念祖發言：「第二六一號解釋本文中所定的退職期限，可視為是一種法律上的『猶豫期間』，給予新國會規劃與成立的時間……尊重司法乃是憲政的基本。」¹¹⁰蔡政文說：「為了修憲，最簡單的辦法，是依據執政黨的政策及大法官會議第二六一號解釋……不過，由於一般民眾普遍希望能早日修憲，執政黨有必要促使資深代表在明年年底前退職，最好能在明年夏天。」¹¹¹葉金鳳發言：「資深中央民代之退職應依大法官會議釋字第二六一號解釋辦理，但也企盼資深民代能回應民意，儘早自動退職。」¹¹²

1990年國是會議決定了很多臺灣未來的政治走向以及憲政改革。五大議題（國會改革、地方制度、中央政府體制、憲法修訂方式、大陸政策與兩岸問題）中，國會改革問題被排在第一位。同時，對於達到國會全面改選這個目標最沒有爭議。本來在國是會議討論有各種政治上的可能性，但卻因為261號被排除了。

雖然261號給予國民黨保守派推延國會改革的時間，也同時給予資深中央民代強迫退職的「合法性」，但大法官的解釋並沒有完全終止這糾紛。對於民進黨而言，只要資深中央民代還沒退職，那就可以拿此議題作為政治上抗爭的理由¹¹³。同樣的，國民黨還是繼續必須付出相當的政治代價。所以，國民黨還是想盡各種辦法要這些中央資深民代盡快退職。例如，即使剩下沒幾天，國民黨還是對資深立委逼退，希望在12月25日退職，而不是12月31日退職。此被梁肅戎等人所拒絕¹¹⁴。梁肅戎相當感嘆的說：「老委員近來

¹¹⁰ 同前註，頁1112。

¹¹¹ 同前註，頁1120-1121。

¹¹² 同前註，頁1118。

¹¹³ 蔡玲、馬若孟，中國第一個民主體系，頁230-232（1998）。立法院八十六會期後半段民進黨繼續杯葛、癱瘓議事。1991年1月11日，朝野黨團簽下備忘錄，國民黨為了換取民進黨不杯葛議事，承諾在八十七會期開會前，兩年三階段尚未退職的28位資深立委，全部退職完畢。這個除了顯示出，退職問題並沒有隨著261號的出現而得到平息。同時也證明，「政治上」的方案是可能完全解決退職問題。請參考：何智霖，前揭註108，頁265。

¹¹⁴ 梁肅戎，前揭註91，頁306。

有的死，有的病，有的退，而且今年底都將全部退職，朝野增額立委再拿這件事大作文章，實在沒有意義。」¹¹⁵也就是說，逼退行動並沒有因為 261 號而終止。

5. 如果没有 261 號？

本文的論點與許多法律學者非常不一樣，我們認為 261 號對臺灣的民主政治發展的進程不會有太大的改變。要支持這個論點，必須回答兩個假設性的問題¹¹⁶。第一、如果 261 號做出相反的結果，沒有推翻 31 號解釋文，而繼續合法化萬年國會的正當性，那臺灣民主進展會有哪些影響？第二、如果根本沒有 261 號的出現，那萬年國會的問題真的沒有辦法解決嗎？那臺灣的民主進展是否會受到延誤？

第一個問題相對來說，比較容易回答。因為在 261 號出來幾個月前，才剛發生，國民大會自行通過「臨時條款修正案」將 1986 年所選出之增額代表任期延長一案，引起社會大眾之反彈，特別是所謂的三月學運。如果大法官做出繼續合法化萬年國會的存在，那不僅是國民大會、立法院和監察院這三個機構會繼續受到臺灣社會的不滿和抗議，連司法院和大法官也會受到臺灣

¹¹⁵ 同前註，頁 303。

¹¹⁶ 本文是一篇社會科學分析，是要去證明 261 號與臺灣民主化之間的「因果關係」。我們與本文所引用到的法律學者不僅論點不一樣，研究方法上也有很大的差異。這些法律學者並沒有提出一個研究方法上與資料上去證明兩者之間的因果關係，而是想當然的宣稱這因果關係存在。他們把兩個事件（261 號與臺灣民主化）放在一起，就認為這證明他們有因果關係的存在。本文承認我們無法克服社會科學研究因果推論不確定性問題，我們也很難評估到底單一事件是否有如此重要性。社會科學面對此一問題的其中一個方法是作「反事實分析」（counterfactual analysis）：如果沒有 261 號解釋文的話，那臺灣的民主政治將會如何發展？關於這問題的討論見 GARY KING, ROBERT O. KEOHANE & SIDNEY VERBA, *DESIGNING SOCIAL INQUIRY: SCIENTIFIC INFERENCE IN QUALITATIVE RESEARCH* 10-11 (1994). 簡而言之，在社會科學研究中，無論研究設計如何完美都無法完全克服這難題。但至少本文盡力去證明 261 號與臺灣民主化之間是否有任何因果關係。

社會的不滿和抗議¹¹⁷。很有可能的是，不僅是反對黨會持續動員抗議，更嚴重的是，有可能再度引起學生們的抗議，引起另一波的學生運動¹¹⁸。

第二個問題比較難回答。我們需花比較大的篇幅來討論。我們將先描述萬年國會如何產生、而國民黨和反對黨又如何回應這問題，以及萬年國會當時的運作真實狀況。

5.1 國民黨如何回應萬年國會的問題

萬年國會不是到臺灣民主化前後才發生，而是當國民政府迫遷到臺灣時，就已經種下萬年國會的種子。國民黨顯然在 1949 年後，無法立即返回大陸，那就無法立即改選中央民代。國民黨顯然很清楚這問題，在內部進行過研究討論，也知道外界有一部分聲音是支持改選、反對延長任期¹¹⁹。

國民黨不願意正式面對政權合法性和民主化的問題，以拖待變，使用各種政治和司法手段，讓中央民代不用改選¹²⁰。在 1948 年選出的第一屆立委，即將任期到期時，以立法權不能中斷為由，1950 年由蔣介石諮請立委繼續行使職權一年，之後繼續幾年每年延長期限一年。到了 1953 年，蔣介石批准行政院 305 次會議決議：「第一屆國代任期自應適用憲法第二十八條第二項規定，至次屆國民大會開會之日為止。」除了國代之外，還有監委與立委

¹¹⁷ 這一點大法官們很清楚。有一位大法官在審查會議時表示，擔心如果 261 號訂的期限比國民黨的期限還要晚的話，「那大法官會議功能與價值將受到質疑？本會豈不是更成為令人指責對象」。請見：陳慧雯，前揭註 7，頁 25。

¹¹⁸ 事實上，261 號前後一兩年臺灣學生運動和社會運動的能量相當高。除了野百合學運，同年有「反軍人干政」運動，隔年有「獨臺會」案、「廢除刑法一百條」運動。

¹¹⁹ 蔡育倫，臺灣民主化歷程中政治菁英、選舉機制及媒體角色探討——以第一屆立法委員退職歷程為個案，國立中山大學政治學研究所碩士論文，頁 25（2002）。1950 年國民黨中央改造委員會第 59 次會議討論此議題，在該次會議將支持和反對任期延長的理由都列出（該會議紀錄，請見蔡育倫，前揭文，頁 110）。

¹²⁰ 關於國會全面改選的歷史過程，請參考張世賢，從萬年國會到全面改選——臺灣民主化過程的一個面向，國立政治大學臺灣史研究所碩士論文，頁 117-120（2010）。特別是該文圖表一：國會全面改選年表。以及請參考蔡育倫，同前註。

改選問題，所以到 1954 年，大法官做出 31 號解釋文，全面合法化萬年國會。到 1960 年做出釋字第 85 號：「憲法所稱國民大會代表總額，在當前情形，應以依法選出而能應召集會之國民大會代表人數為計算標準。」至此，萬年國會體制完全鞏固¹²¹。

隨著時間越來越久，萬年國會的問題慢慢浮現。1966 年，國大通過授權總統對於中央公職人員得訂頒辦法實施增選或補選。但這一次只是一次性、且是很表面化的。1969 年舉辦增補選，所選出來的中央民代，與原來的立委、國代擁有相同的權力。例如，當年當選立委黃信介也擁有萬年立委的身分、不需面對改選。

但這樣的改變，顯然無法滿足社會。接著自 1972 年開始舉辦國代、立委增額選舉，之後每次增額補選立委及國代的人數逐漸增加，其占國大、立法院的比例也逐漸增加。需要定期改選與不需要定期改選的比例，國大代表自 1972 年的 53：1374 增加到 1990 年（261 號前）84：668；立委則是由 51：404 到 1989 年的 130：153¹²²。所以，即使沒有其他重大社會政治因素（國民黨的其他政治方案、261 號或是野百合學運），增額中央民代的人數還是會越來越多。特別是立法院，在 1989 年已經到 130：153。我們可以很客觀的預估，即使沒有 261 號，在 1992 年的立委選舉，增額立委的人數和所占的比例都會超過資深立委。

但臺灣社會對於資深中央民意代表的不滿，給國民黨帶來相當的壓力。這樣慢慢地增加改選人數，顯然無法滿足臺灣人民對於民主改革的需求。因此，國民黨在 1986 年 12 屆三中全會上通過政治革新案。六大政治革新議題中包括了「充實中央民意機關」。依照當時候國民黨高層李煥的說法，蔣經國已經要他完成「國會全面改選」¹²³。

¹²¹ 張世賢，同前註，頁 10-22。

¹²² 同前註，頁 122-123。

¹²³ 陶涵（Taylor, Jay）著，林添貴譯，蔣經國傳：臺灣現代化的推手，頁 462（2000）。如果蔣經國活得夠久的話，那就可以驗證蔣經國是否真心、有此決心，以及這些資深中央民代是否有力量對抗蔣經國的意志。假設蔣經國是真心要推動國

在國民黨推動下，1989年初立法院通過「第一屆資深中央民意代表自願退職條例」。但因為這條例對於資深中央民代沒有強制性，所以國民黨在同年4月通過「貫徹第一屆中央民意代表自願退職辦法」（又稱「兩年三階段」辦法）。第一階段：年滿90歲資深立委先行退職；第二階段：夫妻兩人同為資深民代者，其中一人（擔任立委者）先行退職；第三階段：兩年內，所有資深民代全部退職。

國民黨對於在「政治上」如何讓資深民代退職，相當用心，亦對於增額國代安排好出路規劃。同時，在秘書長宋楚瑜的指示下，中央政策委員會1989年11月提出五類立法委員列入「宜考慮自退者」。接著，在1991年2月依照兩年三階段辦法，提出各階段的退職名單¹²⁴。也就是，每個資深立委該何時退職，國民黨都有規劃。這不僅是規劃，國民黨利用各種政治、經濟力量去勸退這些資深民代。例如，為資深國代退職金「補差額」¹²⁵。

回到我們這節一開始的問題。如果沒有261號，國民黨還是有可能用各種政治、經濟手段威脅利誘，讓這些資深中央民代退職。當然，歷史只能發生一次，我們無法確定到底哪一種情況會發生。但可以確定的是，即使有了261號解釋文，國民黨仍然動員了許多政治、經濟資源去解決這問題。或者如梁肅戎所說，國民黨對這些資深民代是「無情的逼退」¹²⁶。

會全面改選，且活得夠久，那是否真的還需要261號來逼迫這些資深民代退職，是可以值得思考的問題。關於蔣經國在臺灣民主化中所扮演的角色，請見吳乃德，「回憶蔣經國、懷念蔣經國」，胡建國編，二十世紀臺灣民主發展，頁467-502（2004）。

¹²⁴ 宋楚瑜（方鵬程採訪整理），從威權邁向開放民主：臺灣民主化關鍵歷程（1988-1993），頁428-39（2019）。

¹²⁵ 依照宋楚瑜的說法，這筆差額由楊天生所付，但並不是百分百的確定。請見同前註，頁437。

¹²⁶ 梁肅戎，前揭註91，頁297-308。

5.2 反對運動和社會團體對於萬年國會的看法和抗爭

不管國民黨花了多少政治、經濟資源去解決萬年國會問題，國民黨是這問題的始作俑者。真正對萬年國會不滿者，主要來自臺灣社會，特別是反對團體。這些合理化萬年國會的政治和法律措施，並不是沒有引起反對的聲音。即使面對國民黨的威權政體，當時的省議會、在野勢力、雜誌，都發出強烈的反對聲音。自 1958 年開始，省議員郭秋煌、李萬居、李秋遠、郭雨新等人多次提出全面改選國會。但反對聲音最大的是「自由中國」雜誌。它早在 1957 年就主張立委全部定期改選¹²⁷。

在這裡我們無法全面處理這問題¹²⁸，但自省議會議員、彭明敏等 3 人、自由中國雜誌、大學雜誌到美麗島雜誌都提出強烈要求國會全面改選的訴求¹²⁹。而這其中最關鍵力量之一是反對黨的力量和聲音。當黨外運動開始時到 1992 年，國會全面改選一直都是黨外人士和反對黨主要訴求之一。1978 年 10 月當黃信介等人成立「臺灣黨外人士助選團」，其所提出的「十二大政治建設」的共同政見之一是要要求國會全面改選。同年 12 位黨外人士連署「黨外人士國是聲明」，呼籲政府依照憲法規定，全面改選中央民意代表。隔年 6 月，「黨外候選人聯誼會」促請政府儘速恢復選舉；11 月張俊宏、林義雄等 13 位非國民黨籍省議員聯合質詢，主張中央級民意代表應全面改選。1983 年後「黨外中央後援會」提出共同政見，其中之一就是「全面普選中央民意代表、廢除遴選、重組國會」。

1986 年民進黨正式成立。該年底選舉，提出競選綱領，其中一條就是要中央民代全面改選。民進黨把國會全面改選列為最主要選舉、運動策略之一，對於國會全面改選的抗爭提升到另一層次：在國會、在街頭進行抗爭。1987 年，民進黨在立法院杯葛、干擾癱瘓議事，抗議國會結構不公平。同年

¹²⁷ 彭明敏、魏廷朝、謝聰敏在 1960 年所寫的「臺灣人民自救宣言」中強烈批評蔣介石政權（包括中央民意機構）的正當性。

¹²⁸ 請見張世賢，前揭註 120。

¹²⁹ 參見蔡育倫，前揭註 119。

10月，民進黨在全島舉辦「民主聖火」，推廣國會全面改選運動。同年12月25日，再次發動國會全面改選運動，發動數萬人包圍國民大會議場中山堂，同時導致鐵路被癱瘓。這是臺灣有史以來第一次因為抗爭導致西門町南北鐵路中斷¹³⁰。1989年，民進黨黨主席黃信介發動群眾抗議退職條例，同時要求國會全面改選。1990年3月民進黨一樣發起群眾運動抗議國代的擴權以及國大結構的不合理。只是這一波的抗議後來被野百合學運所掩蓋。

本文要強調的是，臺灣社會自1950年開始，就一直有要求國會全面改選的聲音。特別是反對運動開始出現時，國會全面改選就變成選舉時的競選主軸之一，也是推動反對運動和社會運動的主要策略之一。相反的，大法官是合法化萬年國會的主要推手。回到本節一開始的問題，如果沒有261號解釋文，臺灣社會要求國會全面的聲音並不會因此消失。而這股力量一直是推動臺灣民主化以及國會全面改選的最大功臣。自由中國雜誌、大學雜誌、黨外運動、美麗島雜誌、民進黨、學生運動比起大法官推動國會全面改選更有貢獻；雷震、陳少廷、黃信介、施明德、參與街頭抗議的群眾、以及在野百合學運時捐錢給學生的老百姓比起第五屆大法官們更值得被肯定與記住。

5.3 當年中央民意機構的實際狀況

這一小節的目的是描述當年中央民意機構，特別是立院的情況。我們的論點是，資深中央的民代在當時政治上已經不太有重要性、也不太有影響力。即使資深立委一直存在，只會繼續變成國民黨的燙手山芋、民進黨的政治提款機。

自民進黨正式成立以後，以及在1986年底選舉取得相當的席次之後，整個國會運作與生態，產生根本性的改變。例如，新當選的民進黨立委朱高正，因為肢體動作較多（或是被一些媒體稱為「暴力問政」），而被稱為「民主戰艦」。朱高正曾經在立院對當時立法院長劉闊才毆打，以及以各種方式羞辱資深立委（例如以「怪老子訪問團」前往內湖大湖山莊「拜訪」資

¹³⁰ 邱萬興，台灣民主印象：邱萬興攝影集1986-2016，頁63（2019）。

深中央民代)¹³¹。資深民代對於國民黨不僅在立院，特別在選舉時，已經變成沉重的政治包袱。當然資深立委並不是沒有反擊，但這反擊相當短暫且力量很小。

1987 年之前，對於國會全面改選問題，立委發言很少。但 1987 年開始激增，而且資深與增額立委立場互相對立。增額立委發言支持國會全面改選有 96%；資深立委發言反對國會全面改選有 77%。資深立委過去幾乎很少對這議題發言，但因為增額立委在立院的對於這議題的討論與行動，引起資深立委的反彈，才增加發言次數。但這樣的反彈維持不久。1990~1991 年資深立委發言反對國會全面改選的只剩下一位青年黨籍的，而國民黨籍的立委則是百分百支持國會全面改選。這是因為國民黨籍發言的全是增額立委。也就是國民黨籍的資深立委全部保持沉默，連一點反擊的聲音都沒有¹³²。

當時，國會全面改選已經成為臺灣社會人民絕對多數的意見，反對黨也持續以此議題攻擊國民黨數十年，而當時國民黨的一些政治人物不僅沒有幫這些老立委、老國代辯護，相反地有時候還加入反對黨的陣營攻擊這些老立委和老國大。這些老立委、老國大，除了所謂「法統」之外，幾乎沒有得到任何社會和政治上的支持。在 1989 年選舉後，已經變成由增額立委主導立院的情況了。不僅如此，後來演變成國民黨增額立委與民進黨增額立委合作，逼退資深立委的情形。1989 年選舉後，雖然資深立委還有 153 人，比增額立委 130 人還多。但事實上，許多資深立委已經無法出席開會，所以實際開會的人數遠比增額立委少¹³³。更不用說，想要主導議案。而在黨內，資深中央民代已經變成國民黨敗選的主要因素之一。國民黨黨內，特別是增額立委，

¹³¹ 民進黨國大在 1989 年年底，利用出席光復大陸設計委員會年會時，以打扮成年老行動不變的老國代，手提尿袋、需要醫生護士照料來演出嘲諷的行動劇。

¹³² 蔡育倫，前揭註 119，頁 63-66。

¹³³ 國民黨秘書長宋楚瑜面對 1989 年底選舉失利，公開允諾在 1990 年 2 月 1 號前，說服 33 位不能開會的老立委退職。這可看出當時有相當比例的資深立委無法出席開會。另一個例子是，當時立法院法制委員會有 6 個資深立委，但經常出席的只有「兩個半」。請見宋楚瑜，前揭註 124，頁 429；翁文靜，「法統已近黃昏，法制志堪凋零」，新新聞周刊，第 162 期，頁 72-73（1990）。

把箭頭指向這些資深中央民代¹³⁴。簡而言之，在當時的立法院，資深立委對於制訂政策與法律已經沒有主導能力、且其影響力快速地消退中。類似的情形也發生在國代身上。即使那是少數資深國代可以繼續反擊的機會，在 1991 年國代臨時會時，國民黨的國大黨部副秘書長陳璽安就表示，占全部國代中有八成四是資深國代，而他們「八成以上都是忠黨愛國的，他們會遵奉黨國的指示」。只有一成意見較多需要加強溝通¹³⁵。

另外一個被法律學者所遺忘的因素是「生理因素」。這些老立委、老國代，其年紀都相當大了。即使司法和政治不解決這問題，「生命」也會解決這些問題，隨著這些老立委、老國代的凋零，這問題需要一點的時間，但不至於太長，也許幾年之內終究會被解決。依照張世賢的統計，在「第一屆資深中央民意代表自願退職條例」（自 1989 年 2 月 3 日開始）屆滿半週年時，自願退職與亡故的資深立委的人數分別是 10 人與 8 人（這可能是最能凸顯自然生理因素的半年）、滿一週年是 28 人與 4 人、滿一年半是 20 人與 1 人、滿兩週年是 15 人與 2 人、滿兩週年半是 25 人與 0 人、兩週年等到 1991 年底是 25 人與 1 人。也就是說，在不到三年期間，已經有 16 位資深立委死亡¹³⁶。最凸顯自然生理力量的時間點是退職條例通過後半年，那時還沒有 261 號解釋。但在那半年，資深中央民代有 41 位退職，因自然死亡除籍的卻高達 22 位，因死亡除籍的還高於自願退職的一半。這顯示出退職條例成效不彰¹³⁷。但不可否認的是，這些資深民代都已經年紀甚高，其凋零的速度非常地快。

或許梁肅戎當時的評估，可以作為我們的參考。1989 年國民黨立委選舉表現不理想，國民黨立院黨團舉辦輔選工作檢討會，在會中多位增額立委指出資深中央民意代表退職問題是選戰失利的主因，梁肅戎不滿地表示：「事

¹³⁴ 張世賢，前揭註 120，頁 76；梁肅戎，前揭註 91，頁 300。

¹³⁵ 蔡玲、馬若孟，前揭註 113，頁 230。

¹³⁶ 張世賢，前揭註 120，頁 125。張世賢只統計以中央民代自願提出退職為標準。因 261 號退職不列入採計。

¹³⁷ 同前註，頁 76。

實上國會改革問題，立法院在三年內自然可以解決；不出六年，七百位國大代表也將自然凋謝，問題也可以解決。何必就此話題大做文章？我最無法釋懷的是，民進黨以『退職問題』為攻擊對象還有話說，何以國民黨自己人也要苦苦相逼，予以限期和侮辱¹³⁸？」作為一位外省菁英，梁肅戎無法體會臺灣人民對於民主的渴望與追求以及對外來政權和萬年國會的不滿，他的說法也可能只是推託之詞。但梁肅戎的評估不是完全沒有道理。在當時資深立委已經沒有掌握實權，且快速凋零中，即使沒有 261 號的解釋，他們也無法阻擋臺灣社會追求民主的意志。

6. 重審 261 號

我們在前面已經論證，261 號成為國民黨拖延國會改革時間、扼殺其他政治改革方案的藉口。我們也同時論證，即使沒有 261 號，臺灣的民主化與鞏固（特別是國會全面改選）根本不會有太大的影響。但無論如何，終究 261 號還是發生，那我們就必須面對如何解釋它以及評估它的功能與效果。這一節我們將大法官放進臺灣的政治體系與民主發展過程，來對 261 號提出一不同於法律學者和政治學者的看法。

如果 261 號有任何政治上的重要性，並不是解決了萬年國會這問題，也不是促進了臺灣的民主化，它最重要的功能而是替李登輝和國民黨主流派解決一個政治上的難題¹³⁹。對於這些政治人物而言，讓司法來解決政治問題，其中一個利益是他們不想負擔這些爭議問題的政治責任。因此，他們經常「有意」迴避這些問題或是「主動」的讓司法來介入解決這些紛爭¹⁴⁰。誠如

¹³⁸ 梁肅戎，前揭註 91，頁 300-301。

¹³⁹ 這一部分論點引自王金壽，「台灣司法政治的興起」，台灣政治學刊，第 16 卷第 1 期，頁 72（2012）。

¹⁴⁰ *See generally* GEORGE T. LOVELL, LEGISLATIVE DEFERRALS: STATUTORY AMBIGUITY, JUDICIAL POWER, AND AMERICAN DEMOCRACY (2003); C. Neal Tate, *Why the Expansion of Judicial Power?*, in THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER 28, 32 (C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995); WHITTINGTON, *supra* note 79, at 144, 295.

Mark A. Graber 所言：

美國選舉出身的政府官員鼓勵或是策略性的支持司法政策制定（judicial policymaking），一方面這樣可以去避免因為對做出困難的決定而必須負的政治責任，另一方面，可以追求，他們無法透過公開的立法和選舉政治來追求的爭議性政策目標。大法官們已經被證實對於這樣的邀請（介入政治議題）是相當敏銳的，特別是當這些大法官們和支配政治聯盟的菁英或是總統分支共享同一價值時¹⁴¹。

也就是，當選舉出身的政治人物（如總統或是國會議員），面對一個相當有爭議性的議題，可能因為對此議題表態或做出決定，而須付出政治代價時，那麼對於這些政治人物一個較好的政治策略，便是將此議題交由司法部門處理，以迴避政治責任。換句話說，政治人物常常因為不願意或是無力在政治領域解決某一公共議題時，就會把此問題交由司法來處理。Grabers 認為過去幾個美國大法官對抗主流政治的議題，如蓄奴、反托拉斯和墮胎，都是政治部門不願意處理這議題，而交由司法部門決定。而政治人物為何會把政治議題交由司法處理，其一個政治處境，就是當時處在一個脆弱或是缺乏一個一致性意識形態的政治聯盟¹⁴²，特別是這個政治議題可能引起政治聯盟部分成員的反彈。

交由司法機構來處理這燙手山芋，對於政治人物有一個好處。政治人物

¹⁴¹ Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35, 37 (1993). 原文如下：“Elected officials in the United States encourage or tacitly support judicial policymaking both as a means of avoiding political responsibility for making tough decisions and as a means of pursuing controversial policy goals that they cannot publicly advance through open legislative and electoral politics. The Supreme Court has proven receptive to these invitations, particularly when the justices share the values of the elite or presidential wing of the dominant national coalition.”

¹⁴² *Id.*; see generally Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Court*, 11 ANN. REV. POL. SCI. 93 (2008); Keith E. Whittington, “Interpose Your Friendly Hand”: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court, 99 AM. POL. SCI. REV. 583 (2005).

可以利用司法機構的專業與非政治化的形象（public image as professional and apolitical decision-making bodies）¹⁴³，同時也可以讓他對於此政治決策保持距離，進而迴避其政治責任和部分政治聯盟的反抗與責難。同時，法院的判決經常是必須符合統治菁英的利益，否則這些政治菁英可以拒絕接受和執行這些法院判決¹⁴⁴。

雖然如 Ran Hirschl 所言，這些政治人物的動機相當難確認，也缺少足夠的書面資料可以證實。他們也很少願意承認政治計算，反而是用高貴的理由來當藉口¹⁴⁵。但是，261 號還是可以由這樣的理論來解釋。對於當時以李登輝為首的國民黨主流派而言，面臨一個政治上的兩難。一方面，國會全面改選已經是臺灣民間社會的主流意見，任何阻擋此一潮流的人肯定會付出一些政治代價¹⁴⁶。但另一方面，他們必須面臨老國代和老立委的反彈，及其所帶來的政治後果。因此，即使國民黨內部已經準備了「兩年三階段」的退職辦法，但最好的政治計算和策略還是交由司法部門來解決此問題，以迴避任何的政治責任。第五屆大法官還是國民黨提名任命，國民黨在當時還是有絕對的掌控權，交由大法官來解決這一政治問題，顯然是一相當保險且不用負責的政治策略。反過來說，某種程度來說，臺灣的大法官就像俄羅斯轉型期的法院一樣，其功能之一是服務統治者¹⁴⁷。

261 號可能的第二個功能是解決掉臺灣政治上的異常質（outliner）：資深中央民代。司法機構的判決經常是將政治體系中跟主流政治不合的團體除掉，或是將他們帶進主流、同化他們¹⁴⁸。如 Klarman 所說：「法院經常站在

¹⁴³ Hirschl, *supra* note 142, at 107.

¹⁴⁴ See generally ALEXI TROCHEV, JUDGING RUSSIA: CONSTITUTIONAL COURT IN RUSSIAN POLITICS 1990-2006 (2008).

¹⁴⁵ Hirschl, *supra* note 142, at 108.

¹⁴⁶ 依照楊與齡的回憶錄，隔年（1991）資深立委林棟宴請全體大法官。當時國民黨秘書長宋楚瑜也參加。在宴會中，宋楚瑜表示：「如無該解釋，執政黨將無戲可唱，今年選舉必敗，憲改至少延後一年」。楊與齡，前揭註 43，頁 210。

¹⁴⁷ TROCHEV, *supra* note 144, at 40-41.

¹⁴⁸ See generally LUCAS A. POWE, THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS (2002); LU-

一個國家的堅強共識立場、把這些共識強加在相對孤立的異常質團體上。」¹⁴⁹在當時臺灣社會對於國會全面改選已經是共識之下，這些資深中央民代，不僅在整個臺灣社會中，即使在政治團體中，都算是非常孤立、且是非常少數的異常質團體。如梁肅戎所說：「現在卻成為過街老鼠，人人喊打。連黨（國民黨）的機關報亦大肆批評，情何以堪？」¹⁵⁰但我們必須強調的是，即使沒有 261 號，臺灣其他政治、社會力量還是可以解決這些少數孤立的異常質團體。

261 號可能的第三個功能，是合法化政治大趨勢¹⁵¹。即使在美國司法權如此獨立與強大，且有時會做出抗多數決的判決¹⁵²，但在大部分的時候大法官所做出的判決經常是符合大多數人民的意見。即使他們偶爾會做出跟多數民意相反的判決，但不久終歸會回到主流的民意¹⁵³。當時整個臺灣社會和政治上的趨勢和共識，就是盡快進行國會全面改選，而 261 號只是合法化這些政治上的大趨勢¹⁵⁴。如 Dahl 所說，美國的大法官是統治聯盟的一部分。它基本上幾乎維持著這統治聯盟的政策與利益。如果統治聯盟的多數有很強的政治共識，而美國大法官要去挑戰它的話，那常會帶來災難性的

CAS A. POWE, *THE SUPREME COURT AND THE AMERICAN ELITE 1789-2008* (2009); Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, *supra* note 27.

¹⁴⁹ Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, *supra* note 27, at 6.

¹⁵⁰ 夏珍，「梁肅戎保證絕不讓立法院議事再陷入混亂」，中國時報，第 2 版，1991 年 3 月 5 日。

¹⁵¹ Dahl, *supra* note 66, at 294; WHITTINGTON, *supra* note 79, at 155.

¹⁵² *See generally* ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962).

¹⁵³ JEFFREY ROSEN, *THE MOST DEMOCRATIC BRANCH* 185 (2006); BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE* 375-76 (2009).

¹⁵⁴ 某種程度這類似 Judicial Majoritarianism 或是 Majoritarian judicial review。See generally Matthew E. K. Hall & Joseph Daniel Ura, *Judicial Majoritarianism*, 77 J. POL. 818 (2015); Chien-Chin Lin, *Majoritarian Judicial Review: The Case of Taiwan*, 9 NAT'L TAIWAN UNIV. L. REV. 103 (2014).

後果。雖然法院作為統治聯盟的一部分，但它絕不只是統治聯盟的代理人。它自己幾乎是也無力去影響一個國家政策，但它有制度上的特殊責任和權力。「美國大法官的主要工作就是對成功的統治聯盟的基本政策授予正當性（legitimacy）¹⁵⁵」，當統治聯盟對於國家的主要政策缺乏共識時，法院能有干預的空間，甚至可以建立政策。然而，法院成功建立政策的例子，多半出現在當法院的行動是順從（conform）或者是強化（reinforce）政治領導權所廣泛支持的政策規範時。如果法院敢公然地反對統治聯盟的主要政策，那會危害到法院自己的正當性¹⁵⁶。

7. 結論

261 號剛出來時，並沒有那麼高的評價。不管是政治實務者或是法律學者對它有很多的批評。但後來 261 號的崇高地位是慢慢被法律學者創造與神化出來的¹⁵⁷。這些被創造出來的迷思累積變成日後大法官的正當性以及政治資本。在這個意義下，261 號的最大的獲利者是臺灣的大法官。

本文的目的不在於打破這個迷思，而是重新探討 261 號的真實情況。不同於法律學者，只注重釋憲文本本身，本研究把大法官放進臺灣政治體系中，考察它在臺灣民主政治發展下的功能與角色。而不是把法院獨立出來研究。本文反駁這些法律學者的觀點，261 號並沒有影響了臺灣民主化的進程或是鞏固。有沒有 261 號，對於臺灣政治民主化發展的大方向，不會有太大的影響。相反的，261 號扼殺了其他政治行動的可能性，它成為國民黨保守勢力

¹⁵⁵ Dahl, *supra* note 66, at 294.

¹⁵⁶ *Id.* at 293.

¹⁵⁷ 違憲審查裡的 *Marbury vs. Madison* 的歷史地位如何被創造出來，*see generally* Keith E. Whittington & Amanda Rinderle, *Making a Mountain Out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*, 39 HASTINGS CONST. L.Q. 823 (2012). 重新檢驗反省宣判該案 Marshall Court 的歷史重要性，*See generally* Gordon S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More Out of Less*, 56 WASH. & LEE L. REV. 787 (1999); and *see generally* Klarman, *supra* note 3.

拖延國會全面改選時程的最大藉口。

本文也不同于過去政治學者的研究，他們有意無意地忽略了司法的政治功能。本文指出，261 號至少有三個政治功能：幫李登輝與國民黨解決了一個政治上的燙手山芋、解決掉政治上的少數異質團體、合法化臺灣民主化大趨勢。

本文也主張學者在研究法院、政治與社會改革關係時，仍須將法院重新放回三權分立的框架之下來研究。當我們忽略了法院判決產出的政治脈絡時，我們很容易對於法院的積極功能有著過高的期待：我們期待大法官能夠獨立完成改革、甚至期待由法院領導社會進步。在這樣的迷思下，我們很容易忽略了政治改革的動力來自於「群眾」。在不不論是 261 號的案例，或者 2017 年 748 號解釋文的案例中，大法官的行動之所以可能，乃是立基於民間社會給予執政者政治壓力，政治部門主動明示、或者間接暗示法院代為處理這些政治上的難題。當法院失去群眾作為後盾時，一個最直接的困境乃是，誰來確保法院判決能夠得以施行？當行政機關、立法機關不願意遵從判決時，法院的判決很可能會被束之高閣。

臺灣的政治學者經常忽略了司法的政治角色與功能；而法律學者則是有意無意淡化政治部門對於司法發展的影響。本文希望能在這兩者之間的隔離，建立起一個對話的橋樑。唯有把法院也當成政治體系的一部分時，我們才能進一步的理解臺灣的政治發展以及司法所扮演的政治角色與功能。當過度推崇法院的積極功能時，我們可能會對法院與行政權、立法權的互動關係有所誤解。一個最常見的觀點是去過度強調法院「挑戰」行政權或者立法權。然而，在政治現實上，換句話說，法院挑戰政權主流其實是相當罕見的。本文希望透過將法院判決放回政治脈絡來檢視，以期對法院的功能、對民主政治的發展有一個更全面的理解。

參考文獻

中文書籍

- 司法院司法行政廳，《臺灣法界耆宿口述歷史第1輯》，司法院，臺北（2004）。
- 司法院司法行政廳，《臺灣法界耆宿口述歷史第2輯》，司法院，臺北（2006）。
- 司法院司法行政廳，《臺灣法界耆宿口述歷史第3輯》，司法院，臺北（2007）。
- 司法院司法行政廳，《臺灣法界耆宿口述歷史第6輯》，司法院，臺北（2011）。
- 吳乃德，《臺灣最好的時刻，1977-1987：民族記憶美麗島》，春山出版，臺北（2020）。
- 何智霖，《立法院院長梁肅戎傳記》，立法院議政博物館，臺北（2004）。
- 宋楚瑜（方鵬程採訪整理），《從威權邁向開放民主：臺灣民主化關鍵歷程（1988-1993）》，商周出版，臺北（2019）。
- 邱萬興，《台灣民主印象：邱萬興攝影集 1986-2016》，典藏文創，臺北（2019）。
- 若林正丈著，洪金珠、許佩賢譯，《臺灣：分裂國家與民主化》，月旦出版，臺北（1994）。
- 張特生，《談人生說司法：一個司法工作者的人生體驗》，植根出版，臺北（1997）。
- 翁岳生、李建良，《憶往述懷：我的司法人生》，遠流出版，臺北（2021）。
- 國是會議編輯小組，《國是會議實錄（上輯）》，國是會議秘書處，臺北（1990）。
- 國是會議編輯小組，《國是會議實錄（下輯）》，國是會議秘書處，臺北（1990）。
- 陳俊榮，《大法官》，揚智文化，臺北（1999）。
- 陶涵（Taylor, Jay）著，林添貴譯，《蔣經國傳：臺灣現代化的推手》，時報文化出版，臺北（2000）。
- 梁肅戎，《大是大非：梁肅戎回憶錄》，天下文化出版，臺北（1995）。
- 鄒景雯，《李登輝執政告白實錄》，印刻出版，臺北（2001）。
- 楊與齡，《楊與齡大法官回憶錄：六十年司法改革真相》，三民出版，臺北（2018）。
- 蔡玲、馬若孟，《中國第一個民主體系》，三民出版，臺北（1998）。

中文期刊

- 王金壽，〈台灣司法政治的興起〉，《台灣政治學刊》，第 16 卷第 1 期，頁 61-119，2012 年 6 月。
- 王金壽，〈台灣環境運動的法律動員：從三件環境相關判決談起〉，《台灣政治學刊》，第 18 卷第 1 期，頁 1-72，2014 年 6 月。
- 王振寰，〈臺灣的政治轉型與社會運動〉，《台灣社會研究季刊》，第 2 卷第 1 期，頁 71-116，1989 年 7 月。
- 吳乃德，〈搜尋民主化的動力——兼談民主轉型的研究取向〉，《台灣社會研究季刊》，第 2 卷第 1 期，頁 145-161，1989 年 7 月。
- 吳乃德，〈人的精神理念在歷史變革中的作用：美麗島事件和臺灣民主化〉，《台灣政治學刊》，第 4 期，頁 57-104，2000 年 12 月。
- 吳佳樺，〈難以置信的真相：論釋字第 666 號解釋與社會變遷〉，《臺北大學法學論叢》，第 84 期，頁 71-183，2012 年 12 月。
- 官曉薇，〈婚姻平權與法律動員：釋字第 748 號前之立法與訴訟行動〉，《臺灣民主季刊》，第 16 卷第 1 期，頁 1-44，2019 年 3 月。
- 翁岳生，〈司法院大法官解釋與臺灣民主政治及法治主義之發展〉，《台灣法學雜誌》，第 178 期，頁 1-22，2011 年 6 月。
- 陳美華，〈性交易的罪與罰：論釋字第 666 號對性交易案件的法律實踐效果〉，《臺灣民主季刊》，第 16 卷第 1 期，頁 45-88，2019 年 3 月。
- 楊與齡，〈大法官第二六一號解釋與我國憲政發展——「萬年國會」的形成與終結〉，《憲政時代》，第 23 卷 3 期，頁 3-21，1997 年 1 月。
- 葉俊榮，〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：一九四九至一九九八〉，《臺大法學論叢》，第 28 卷第 2 期，頁 1-63，1999 年 1 月。
- 葉俊榮，〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第 261 號與第 499 號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《臺大法學論叢》，第 31 卷第 2 期，頁 59-96，2002 年 3 月。
- 葉俊榮，〈轉型法院的自我定位：論憲法解釋對修憲機制的影響〉，《臺大法學論叢》，第 32 卷第 6 期，頁 29-59，2003 年 11 月。

中文學位論文

張世賢，《從萬年國會到全面改選——臺灣民主化過程的一個面向》，國立政治大學臺灣史研究所碩士論文，2010 年 10 月。

蔡育倫，《臺灣民主化歷程中政治菁英、選舉機制及媒體角色探討——以第一屆立法委員退職歷程為個案》，國立中山大學政治學研究所碩士論文，2002 年 7 月。

中文論文集

吳乃德，〈回憶蔣經國、懷念蔣經國〉，胡建國編，《二十世紀臺灣民主發展》，頁 467-502，國史館，臺北（2004）。

中文研討會論文

陳慧雯，〈在民主改革浪潮下，終結萬年國會：釋字第 261 號解釋檔案〉，發表於「大法官與轉型正義：從 9 份解釋談起」研討會，促進轉型正義委員會舉辦，臺北（2020）。

其他中文參考文獻

立法院公報，第 79 卷第 27 期，1990 年 4 月。

林瑩秋，憲法法庭裡有一座傾斜很久的天平——現任大法官黨籍隸屬比例對憲法法庭的負面影響，新新聞周刊，第 292 期，頁 74-75，1992 年。

翁文靜，法統已近黃昏，法制怎堪凋零，新新聞周刊，第 162 期，頁 72-73，1990 年。

夏珍，梁肅戎保證絕不讓立院議事再陷入混亂，中國時報，第 2 版，1991 年 3 月 5 日。

陳東豪，大法官臨門一腳，法學界判他越位，新新聞周刊，第 172 期，頁 94-95，1990 年。

陳東豪，準大法官彎腰斟酒——眾國代合唱一杯一票，新新聞周刊，第 389 期，頁 48-49，1994 年。

陳柔縉，林洋港點名「入學」，大法官裝啞「上課」，新新聞周刊，第 188 期，頁 41，1990 年。

英文書籍

- BICKEL, ALEXANDER M., *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962).
- FRIEDMAN, BARRY, *THE WILL OF THE PEOPLE* (2009).
- GINSBURG, TOM, *JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES* (2003).
- KING, GARY, ROBERT O. KEOHANE & SIDNEY VERBA, *DESIGNING SOCIAL INQUIRY: SCIENTIFIC INFERENCE IN QUALITATIVE RESEARCH* (1994).
- LOVELL, GEORGE T., *LEGISLATIVE DEFERRALS: STATUTORY AMBIGUITY, JUDICIAL POWER, AND AMERICAN DEMOCRACY* (2003).
- MCCANN, MICHAEL W., *RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION* (1994).
- MCCLOSKEY, ROBERT G., *THE AMERICAN SUPREME COURT* (2000).
- MOUSTAFA, TAMIR, *THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL POWER: LAW, POLITICS, AND ECONOMIC REFORM IN EGYPT* (2007).
- POWE, LUCAS A., *THE WARREN COURT AND AMERICAN POLITICS* (2002).
- POWE, LUCAS A., *THE SUPREME COURT AND THE AMERICAN ELITE 1789-2008* (2009).
- ROSEN, JEFFREY, *THE MOST DEMOCRATIC BRANCH* (2006).
- ROSENBERG, GERALD N., *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (1991).
- RULE BY LAW: THE POLITICS OF COURTS IN AUTHORITARIAN REGIMES* (Tom Ginsburg & Tamir Moustafa eds., 2008).
- SHAPIRO, MARTIN, *LAW AND POLITICS IN THE SUPREME COURT* (1964).
- SHAPIRO, MARTIN, *FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW* (1966).
- SILVERSTEIN, GORDON, *LAW'S ALLURE: HOW LAW SHAPES, CONSTRAINS, SAVES, AND KILLS POLITICS* (2009).

- SWEET, MARTIN J., *MERELY JUDGEMENT: IGNORING, EVADING, AND TRUMPING THE SUPREME COURT* (2010).
- THE SUPREME COURT AND AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT (Ronald Kahn & Ken I. Kersch eds., 2006).
- THE SUPREME COURT IN AMERICAN POLITICS: NEW INSTITUTIONALIST INTERPRETATIONS (Howard Gillman & Cornell Clayton eds., 1999).
- TROCHEV, ALEXI, *JUDGING RUSSIA: CONSTITUTIONAL COURT IN RUSSIAN POLITICS 1990-2006* (2008).
- UNGER, ROBERTO MANGABEIRA, *WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME* (1996).
- WHITTINGTON, KEITH E., *POLITICAL FOUNDATIONS OF JUDICIAL SUPREMACY* (2007).

英文期刊

- Balkin, Jack M. & Levinson Sanford, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001).
- Bell, Derrick A., Jr., *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 YALE L.J. 470 (1976).
- Chang, Wen-Chen, *The Role of Judicial Review in Consolidating Democracy: The Case of Taiwan*, 2 ASIA L. REV. 73 (2005).
- Cheng, Tun-Jen, *Democratizing the Quasi-Leninist Regime in Taiwan*, 41 WORLD POL. 471 (1989).
- Chu, Yun-Han & Jih-Wen Lin, *Political Development in the 20th-Century Taiwan: State Building, Regime Transformation and the Construction of National Identity*, 165 CHINA Q. 102 (2001).
- Dahl, Robert, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a Nation Policy Maker*, 6 J. PUB. L. 279 (1957).
- Gillman, Howard, *Martin Shapiro and the Movement 'Old' to 'New' Institutional Studies in Public Law Scholarship*, 7 ANN. REV. POL. SCI. 363 (2004).

- Graber, Mark A., *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35 (1993).
- Graber, Mark A., *Hollow Hopes and Exaggerated Fears: The Canon/Anticanon in Context*, 125 HARV. L. REV. F. 33 (2011).
- Graber, Mark A., *Judicial Supremacy Revisited: Independent Constitutional Authority in American Constitutional Law and Practice*, 58 WM & MARY L. REV. 1549 (2017).
- Hall, Matthew E. K. & Joseph Daniel Ura, *Judicial Majoritarianism*, 77 J. POL. 818 (2015).
- Helmke, Gretchen & Frances Rosenbluth, *Regimes and the Rule of Law: Judicial Independence in Comparative Perspective*, 12 ANN. REV. POL. SCI. 345 (2009).
- Hirschl, Ran, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Politic Court*, 11 ANN. REV. POL. SCI. 93 (2008).
- Klarman, Michael J., *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 VA. L. REV. 1 (1996).
- Klarman, Michael J., *How Great Were the 'Great' Marshall Court Decisions?*, 87 VA. L. REV. 1111 (2001).
- Klarman, Michael J., *Social Reform Litigation and Its Challenges: An Essay in honor of Justice Ruth Bader Ginsburg*, 32 HARV. J.L. & GENDER 252 (2009).
- Kuo, Ming-Sung, *Moving Towards a Nominal Constitutional Court: Critical Reflections on the Shift from Judicial Activism to Constitutional Irrelevance in Taiwan's Constitutional Politics*, 25 WASH. INT'L L.J. 597 (2016).
- Kuo, Ming-Sung & Hui-Wen Chen, *The Brown Moment in Taiwan: Making Sense of the Law and Politics of the Taiwanese Same-Sex Marriage Case in a Comparative Light*, 31 COLUM. J. ASIAN L. 72 (2017).
- Lin, Chien-Chin, *Majoritarian Judicial Review: The Case of Taiwan*, 9 NAT'L TAIWAN UNIV. L. REV. 103 (2014).
- Lin, Chien-Chin, *The Judicialization of Politics in Taiwan*, 3 ASIAN J.L. & SOC'Y 299 (2016).

- Rosenberg, Gerald N., *The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 50 EMOREY L.J. 613 (2001).
- Rosenberg, Gerald N., *Romancing the Court*, 89 BOS. UNIV. L. REV. 563 (2009).
- Schauer, Frederick, *Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 UNIV. CIN. L. REV. 615 (2000).
- Shapiro, Martin, *Political Jurisprudence*, 52 KY. L.J. 294 (1964).
- Solomon, Peter H., Jr., *Courts and Judges in Authoritarian Regimes*, 60 WORLD POL. 122 (2007).
- Toharia, Jose J., *Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain*, 9 L. & SOC'Y REV. 475 (1975).
- Waldron, Jeremy, *Dirty Little Secret*, 98 COLUM. L. REV. 510 (1998).
- Weingast, Barry, *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law*, 91 AM. POL. SCI. REV. 245 (1997).
- Whittington, Keith E., *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 N.C. L. REV. 773 (2002).
- Whittington, Keith E., *"Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court*, 99 AM. POL. SCI. REV. 583 (2005).
- Whittington, Keith E. & Amanda Rinderle, *Making a Mountain Out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*, 39 HASTINGS CONST. L.Q. 823 (2012).
- Wood, Gordon S., *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More Out of Less*, 56 WASH. & LEE L. REV. 787 (1999).

英文論文集

- Adamany, David & Stephen Meinhold, *Robert Dahl: Democracy, Judicial Review, and the Study of Law and Courts*, in THE PIONEERS OF JUDICIAL BEHAVIOR 361 (Nancy Maveety ed., 2003).

Chang, Wen-Chen, *The Constitutional Court of Taiwan*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING 641 (András Jakab et al. eds., 2017).

Graber, Mark A., *From Republic to Democracy: The Judiciary and the Political Process*, in INSTITUTION OF DEMOCRACY: THE JUDICIAL BRANCH 401 (Kermit Hall & Kevin McGuire eds., 2005).

Kritzer, Herbert M., *Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism*, in THE PIONEERS OF JUDICIAL BEHAVIOR 387 (Nancy Maveety ed., 2003).

Tate, C. Neal, *Why the Expansion of Judicial Power?*, in THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER 28 (C. Neal Tate & Torbjorn Vallinder eds., 1995).

