

# 憲法法院不同意見書制度之再思考

—以德國經驗為中心—

林佳和\*

## 目次

- 壹、前言：國民主權原則下的憲法法院—處於尷尬地位的不同意見書
- 貳、問題意識與觀察範圍設定—從我國憲法法院法官個別意見書制度與實務現況談起
- 參、德國憲法訴訟不同意見書制度演進—歷史考察
- 肆、不同意見書的幾個正反爭點—以德國學界為例
- 伍、晚期發展—1990年代德東各邦之制度形成過程
- 陸、本文觀點：司法權之民主正當性找尋作為基點
- 柒、結語

---

\* 政治大學法學院助理教授，台灣大學法學博士。

## 本文摘要

憲法法院解釋常見不同意見書，如併入協同意見書的話，則於我國釋憲實務上，不贊同多數意見決定或理由者並不在少。從憲法規範性之找尋、特別是憲法與社會現實之角度出發，更嚴謹與深刻的看待不同意見制度之功能與意義，德國憲法訴訟制度數十年來的發展，包括 1990 年代以後德東各邦憲法法院立法過程中之討論，重新展開相關問題的思考與辯論，可提供一定的參考。司法權的民主正當性，不在於法官選任的鎖鏈式民主內涵之引入，而在於法的拘束，就憲法訴訟而言，特別是透過憲法規範性的找尋，正面的回應社會現實與意識之變遷，適當的反映不同之社會力量與主張，展現多元的社會現實與相應之憲法開放性，有助於社會接下來的進一步發展，應是不同意見制度的關鍵所在。

**關鍵詞：**不同意見書、協同意見書、憲法法院、憲法訴訟、司法的民主正當性、法與社會現實

# Re-thinking Dissenting Opinions in Constitutional Courts – Perspective from the German Experience

*Lin, Chia-Ho* \*

## Abstract

“Dissenting” are frequent in our Justice of The Constitutional Court opinions. Along with concurring, many disagree with majority’s opinions or rationales. Searching with eye to the characteristics of constitution as statute, and the perspective of social reality, including 1990s legislating process of constitutional court law in Germany eastern states, the function and purposes of “dissenting” could be understood in a different way. The legitimate of judicial power dose not originate from the agreement of the appointment of judges by legislative power, but from the bidding power of law; as to constitutional litigation especially, it’s legitimate comes from the searching of constitution statute, responding the changing of society and reflecting different social group’s value and claims. The key goal of dissenting is to show the diversity of social facts and the possibility of constitution interpretation, and be helpful for social progress.

**Keywords:** Dissenting Opinions, Concurring Opinions, Constitutional Court, Constitutional Procedure, Democratic Legitimacy of Jurisdiction, Law and Social Reality

---

\* Assistant Professor, Department of Law, National Chengchi University ; Ph.D in Law of National Taiwan University.

## 壹、前言：國民主權原則下的憲法法院—處於尷尬地位的不同意見書

德國知名的政治與法律理論學者 Ingeborg Maus，向來對於憲法法院制度有尖銳之觀察與批評，他在最新的國民主權論中提到，當代民主的一項重大危機是：「只有透過民主程序所制定之法、方具有正當性」的基本假設，已嚴重地被推翻，取而代之的是「法院掌控法發展的主導權」，當代法院之自我認識，已經不再是作為民主意見與意志形成程序—它的基礎顯然是合憲程序規範與自由權之行使—所生結果的執行機關，而是跳過民主程序，直接實踐「前共識所定」(vorkonsentiert)、也就是早在民主共識形成前便已存在之憲法內容，在此，憲法法院與其他審級法院，藉由所宣稱「對於毫無疑問已存在之憲法內容」的「自主性解釋」，取代民主的意志形成，運用「專業官僚權限」(expertokratische Kompetenz)，冷眼旁觀的詮釋努力，做出最終具有拘束力之決定<sup>1</sup>。進一步的，依循著 Carl Schmitt 知名《威瑪憲法基本權篇與國家組織篇命定之矛盾，是以必須做出基本權清單獨大、壓制國家組織法程序規範》之講法<sup>2</sup>，Maus 認為，深受宗師影響之戰後德國公法學界，也當然包括同路人之憲法法院法官們，無疑的是以「基本權問題上之積極主義」(Aktivismus in Grundrechtsfragen) 為其特徵，根本忽視民主法治國程序面向之組織法部分，而其結

---

1 Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, 1. Aufl., 2011, S.27.

2 Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*(1932). Neudruck, 7. Aufl., 2005, S. 299f.

果，便是《將基本權獨立化之典型父權式國家象徵，故意掠過民主法治國之需求探索，改讓由上而下的、由專業專家官僚所推出之『已決定的法』(definierte Rechte)，直接作為憲法之內容》<sup>3</sup>。相同脈絡的，Bernhard Schlink 所批評的國家法學之「聯邦憲法法院實證主義」( Bundesverfassungsgerichtspositivismus )、Thomas Würtenberger 所提及之「聯邦憲法法院的釋憲其實都是在自我解釋」，無疑只是比較和緩的警語吧<sup>4</sup>。

哇，夠駭人聽聞的了，先不說 Maus 的批評是否完全正確。其實不只是政治理論的角度，即便是公法學者自己，也經常有類似的反省，例如 Gerd Roellecke 也不禁慨歎到：憲法法院之最後審判權，與國民主權不盡相符，而且法院所欲維護的秩序，也與政治的形成權不盡相容<sup>5</sup>。當然，以德國公法學界為例，既不可能接受諸如 Maus 之如此負面批評，但也當然不容民主程序之決定獨大-所謂「完全的立法形成自由」，讓以憲法法院為制度上最重要出口的「憲法事業」旁落他人，所以，不意外的，就必須經常透過深奧、甚至帶著某種隱晦風味的文字，來形容這一段複雜的論理過程；也許看看 Ernst-Wolfgang Böckenförde 的典型說法：

---

3 Ingeborg Maus, a.a.O.(Fn.1.), S.218f.

4 Bernhard Schlink, Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat*, 28-2, 1989, S.161; Thomas Würtenberger, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in Guggenberger/Würtenberger(Hrsg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik. Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, 1. Aufl., 1998, S.60.

5 Gerd Roellecke 著，張永明譯，〈不同意見書〉(Sondervoten)，《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集—國科會經典譯注計畫》，台北：聯經，2010年10月初版，403頁。

《憲法理論不是試著找出憲法的何種前概念（Vor-begriff），而是企圖得出—足以理解憲法之普遍特質、規範性目標與內容範圍之體系性的想法，一個有拘束性的憲法理論，重點不在它應該來自於主觀的前理解（Vorverständnis），或是理應本於政治共識或共識變遷所生，而是作為—從憲法中明示或隱含的、從憲法本文與憲法形成之中，藉由理解認識手段所得出之憲法理論》<sup>6</sup>。談得既清楚、又模糊，有時社會行動者的問題卻很簡單：請問法官們是如何從憲法中「讀出」這些內容呢？

為何要嘗試從國民主權、民主等角度，作為探討憲法法院不同意見書之開場白呢？作者一直在思索，應該選擇如何之向度，來談論有關憲法法院不同意見書之問題；不只早有違憲審查制度之歐美各國，即便在台灣，針對早行之多年的公布不同意見書，試圖再去拉回原初「應不應容許與開放？」法政策原點之辯論，其實已無甚意義，更無實際的影響與作用，而這也正好不是作者之意圖或暗示。個人一直關心「法之規範性」、特別是它與社會權力關係的關聯性這一組問題<sup>7</sup>，而顯然，國家，例如本文特定脈絡下的司法權，也當然是國家權力主體的一環；憲法的規範性內涵究竟為何，無疑的是公法學界最關注的核心任務，也正是憲法法院無可逃避的工作。在這樣的前提下，如同學者 Eberhard Schmidt 所說的：《法官的責任在於：當必須說出何謂法的時候，他說出來

---

6 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1. Aufl., 1991, S. 83f.

7 例如林佳和，〈勞動與勞動憲法〉，《部門憲法》，台北：元照，353-393 頁；林佳和，〈法的規範性與現實變遷：法學研究的新興或困局？〉，《思與言》，44 卷 3 期，台北：思與言雜誌社，2006 年 9 月，39-79 頁。

的確實是法，而非僅是取得擁有說話的權力》<sup>8</sup>；這無疑是個困局：究竟什麼是毫不含糊的「憲法內容」呢？如果憲法法院的法官們更是意見分歧，僅僅憑著甚至可能是簡單相對多數決而立下判決時，法秩序內的社會行動者，又該如何自處？在如此之基礎上，這篇文章希望來談談不同意見書，一個很明顯的、出自於同一憲法裁判主體、卻提供給人民「不同憲法規範性內涵」的司法行為，雖然它叫做「少數的意見」，而非憲法裁判的主文與理由。

這篇文章之目的，不是重新檢討是否應（繼續）實施不同意見書的古典問題，這幾乎不再是問題：孰人能想像我們回到沒有不同意見書的裁判時代呢？雖然說，本文還是會回顧昔日的一些意見辯論。作者毋寧是站在未來發展的視野上，回溯性地思考「憲法法院判決一併公布不同意見書」之理論問題，進而試圖提出可能的，但或許社會行動者未來沒有共識或根本認為不需要的程序模式，希望能適度的關照理論角度對於不同意見書制度的提醒。德國法學者 Rudolf Wiethölter，在他 1967 年著名的所謂「對法律的不愉快（Unbehagen am Recht）—黑森邦廣播電台法律 21 講」中，說過一段令人印象深刻的話：

《……我們講課的目的在於：描述今天法律所身處的死寂般的孤立，並且協助法律克服這樣的孤立。更具體一點的說：法律已逐漸衰竭，它不再是政治社會所帶來的貢獻，也不再能對政治社會發揮什麼功能，更不是一為人所重視的文化現象。今天吾人對法律的理解，已經無法藉著法律的自我認識中導出，因為法律根本不知道自己是什麼。我們的法律是無意識的，沒有人能逼迫

---

8 轉引自 Julius Federer, Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters, JZ, 23-15/16, 1968, S.521.

法律重新思考自己，因為它自己便拒絕自我思考。讓我們再進一步的說：《法律》這個病人，需要醫生，必須進醫院，從它目前的處境看來，沒有自我治療的可能，毫無自然痊癒的希望。對於法律的期待，與現實的落差越來越大。在《法律》這個文化領域中，挑戰與回應，永遠不符比例的失卻平衡……》<sup>9</sup>

這裡當然無意誇大 Wiethölter 在四十多年前的警示，但很弔詭的，當時的一些觀察與體驗，卻在從程序面向探討不同意見書制度的問題上，提供有趣的線索：在只可能有單一裁判結果的司法框架下（例如最簡單的雙元符碼：合憲、違憲），在可能直接挑戰民主法治國的民主程序籠罩下，順帶而難免突兀的告訴人民「本席有不同看法」之不同意見書，到底是治癒 Maus 所謂「憲法法院超實證法危機」之良藥<sup>10</sup>，克服法律之社會孤立的良方？還是可能更形惡化的催化劑？如果回答如此之問題，必須同時取決於不同之要件、例如不同之程序模式，那麼，它可能是什麼？或許，從民主理論出發，是一可以嘗試的路徑。

## 貳、問題意識與觀察範圍設定——從我國憲法法院法官個別意見書制度與實務現況談起

先讓我們將焦點放在國內的司法院大法官。事實上，吾人可粗略地這樣說：沒有經過太多辯論與思考的，大法官很早就有了

---

9 Ruldoph Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, 1. Aufl., 1986, S.26f.

10 憲法法院所製造出來之「超實證法的危機」，可參見 Ingeborg Maus, a.a.O.(Fn.1.), S.133.



公布不同意見書之權利，大法官也似乎視為理所當然，並未出現之後我們將看到的德國採納與否之激辯<sup>11</sup>。1948 至 1958 的第一個十年，亦即所謂的《司法院大法官會議規則》時期，並無任何有關不同意見書的規定，因此在這段期間所通過之共 79 號解釋中，遂理所當然的看不到有任何不同意見書的公布。至 1957 年立法院修訂《司法院組織法》，其中增訂第 6 條第 2 項之「大法官會議法另定之」，隨即立法院通過《大法官會議法》，於 1958 年 7 月 21 日正式施行，其中之第 17 條明文：「大法官會議決議之解釋文，應附具解釋理由書，連同各大法官對該解釋之不同意見書，一併由司法院公布之，並通知本案聲請人及其關係人」，是為我國採取不同意見書公布制度的濫觴，而同年 10 月 3 日所制定之《大法官會議施行細則》，其中第 7 條：「大法官對於解釋文草案有不同意見者，應於大法官全體審查會議通過後五日內補具理由書敘述要點，以便與解釋文一併公布，如不於五日內補提書面者，其口頭意見視為放棄。前項一併發表之不同意見書，謹記明其不同意見之人數」，是進一步規定提出不同意見書之期限（五日），惟仍提出當時已備受質疑、數年後即變更之隱名主義作法<sup>12</sup>。

---

11 例如林紀東大法官所稱「為使大法官之法律見解，予國人以共見，即尊重各大法官之職權，自宜將對解釋之不同意見書，併予公布」，即為其適例；轉引自陳俊榮，〈論司法院大法官解釋之不同意見書〉，《憲政時代》，11 卷 1 期，台北：中國憲法學會，1985 年 7 月，2 頁。

12 請參見法治斌，〈論憲法解釋中之不同意見〉，《政大法學評論》，21 期，台北：政大法律學院，1980 年 2 月，1 頁；王澤鑑，〈憲法法院法官解釋意見公開制度之改進〉，《法令月刊》，28 卷 11 期，台北：法令月刊社，1977 年 11 月，9 頁；劉鐵錚，〈憲法法院法官不同意見書之理論與實際〉，台北：三民，2003 年 5 月初版，19-21 頁；湯德宗，〈憲法法院法官解釋不同意見的實證研究〉，《憲政時代》，25 卷 1 期，台北：中

隨著 1977、1987 年兩度對於施行細則之修訂，不同意見書之公布有了更進一步的規範，而在 1993 年之由《司法院大法官會議法》更名後的《司法院大法官審理案件法》，便有了基本上適用至今日的法律基礎。該法第 17 條的 1 項明定：「大法官決議之解釋文，應附具解釋理由書，連同各大法官對該解釋之協同意見書或不同意見書，一併由司法院公布之，並通知本案聲請人及其關係人」，而隨即在同年 5 月 8 日修正發布之《司法院大法官審理案件法施行細則》第 18 條，即分三項而對不同意見書有詳細之規範：

- 大法官贊成解釋文草案之原則，而對其理由有補充或不同之法律意見者，得提出協同意見書。(第一項)
- 大法官對於解釋文草案之原則，曾表示不同之法律意見者，得提出一部或全部之不同意見書。(第二項)
- 前二項意見書，應於解釋文草案及解釋理由書草案經大法官全體審查會議審查通過後五日內提出。(第三項)

這便是目前施行之大法官不同意見書之面貌，它採取廣義之不同意見書的定義，意即包括僅是理由補充或不同、但贊同解釋文結論之協同意見（**Concurring Opinions**），以及不贊同多數大法官決議之狹義的不同意見（**Dissenting Opinions**），同樣規定提出之期限外，並搭配施行細則第 20 條第 2 項「大法官協同意見書或不同意見書，除逾期提出或提出後聲明不發表者外，應與前項解釋文及解釋理由書一併公布，並記明提出者之姓名」之明文，確立不同意見書之顯名主義，延續 1977 年修訂以來之作法<sup>13</sup>。事實

---

國憲法學會，1999 年 7 月，40 頁。

13 劉鐵錚，《憲法院法官不同意見書之理論與實際》，26-27 頁。

上，大法官們也確實廣泛運用著撰寫並公布不同意見書之權限，令人印象深刻；單以 2003 年 10 月以後就任、亦即根據中華民國憲法增修條文第 5 條新規定任命之大法官為例，在其所作出之共 151 件解釋中（第 567 號-第 717 號），在 118 件解釋案中，大法官提出了數目不一的協同與不同意見書，合計共 482 件，其中包括 251 件全部的協同意見書、89 件全部的不同意見書，以及 27 件部分協同意見書、64 件部分不同意見書（包括一部不同意見書）、51 件部分協同部分不同意見書（包括一部協同與部分不同意見書）。如果單以狹義的不同意見書為觀察範圍，亦即反對多數大法官之解釋文者，則在 151 件解釋中，亦有 125 件有全部或部分的不同意見書，即便只計算全部不同意見書，亦達 66 件，換言之，有 82.7%，也就是超過八成的案件，有大法官不贊同多數大法官所作成之決議，而至少有 43.7%，超過三分之一而接近一半的大法官解釋，是有其他的大法官全部表示反對者。在有協同或不同意見書併同公布的解釋中，平均每一解釋附有 4.08 份的其他大法官意見，最多者為司法院釋字第 689 號與第 709 號解釋，前者共有 6 份協同意見書，1 份部分不同意見書，3 份部分協同部分不同意見書，後者則更形詭譎，除同樣有 6 份協同意見書外，尚有各 1 份之部分協同部分不同、協同部分不同、一部不同、部分不同，換言之，在 15 位大法官中，兩號解釋中均共有 10 位之多，一定程度的「不滿意」或甚至「不接受」大法官之最終決定，另有 6 件解釋附上 9 份協同不同意見書（670、687、691、708、710、717），5 件含 8 份協同不同意見書（603、684、694、696、703），而亦有 9 件解釋中一併提出多達 7 份不同或協同意見書

(604、656、678、700、704、705、711、714、715)<sup>14</sup>。

比較一下德國聯邦憲法法院在不同時期的數字，以觀察台灣大法官之「是否偏好運用不同意見書」，雖然或許只有一定侷限性的比較價值。德國聯邦憲法法院在不同的階段，其提出完全不同意見書之數目與比例為<sup>15</sup>：

- 1971-1979：621 判決之案件，在 56 件中共提出 72 份不同意見書，有提出不同意見書之案件比例為 9%；
- 1980-1989：664 判決之案件，在 35 件中共提出 46 份不同意見書，有提出不同意見書之案件比例為 5.3%；
- 1990-1999：436 判決之案件，在 23 件中共提出 30 份不同意見書，有提出不同意見書之案件比例亦約為 5.3%。

吾人幾乎可以明確地說：至少相對於德國聯邦憲法法院，台灣的司法院大法官，頻率明顯較高的，會隨著有拘束力之憲法解釋而出現不同意見書；43.7%與 5.3%之比-如果暫且容忍比對之基準時期不一致的話<sup>16</sup>，應該再清晰也不過，相差八倍。誠然，量的意義有其侷限，無法用來解讀質的面向之提問，例如是否德國

---

14 請參見司法院，〈提出協同意見書、不同意見書及部分協同、部分不同意見書憲法法院法官姓名一覽表：92.10 起就任憲法法院法官所作解釋之統計〉，載於：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p05.asp>（最後瀏覽日 2014.03.01）。

15 Christian Eggeling, *Das Sondervotum in der Verfassungsgerichtsbarkeit der neuen Bundesländer*, 1. Aufl., 2006, S.95ff.

16 如果一定要加入同時期比較之因素，或許德國觀察者所謂「1971 年施行不同意見書公布制度以降，聯邦憲法法院明顯的越來越少運用之」，可以當作一項參考之指標；參見 Ebd., S.97.

聯邦憲法法院專庭 8 名憲法法院法官之共識較高、法律見解較一致、政治立場似乎相近，或甚至多數做出之判決素質較高、不同意見之憲法法院法官們較自我節制等，進而做出台灣大法官是否可能均呈現相反軌跡之推論；不，量的數據無法完全用來解釋與回答這些提問，更多的問題必須透過更細緻的研究、特別是個別解釋之不同情況，加以細膩的觀察，吾人至多只能說：「台灣的司法院大法官們，較之在德國的同僚，有更高更強烈之意願，發表其異於多數決定與理由之不同意見」，如此而已。

### 參、德國憲法訴訟不同意見書制度演進—歷史考察

比我國憲法法院法官要晚上 12 年的，透過 1970 年 12 月 21 日《聯邦憲法法院法》（BVerfGG）之修正，德國亦正式引入了不同意見書制度（Sondervotum, dissenting vote），雖然說，不論在邦或聯邦的憲法法院之實務上，不同意見書都不是真正的創舉。事實上，早在 1949-1951 年《聯邦憲法法院法草案》之討論階段中，即有非常熱烈的辯論，簡單而言，左派的德國社會民主黨主張應公布不同意見書，而右派的執政黨則堅決反對，之後通過的法律便維持了執政當局的想法，或許我們得以當時聯邦議會法制委員會召集人之說法為例，觀察其時的意念氛圍：

《對於司法的信賴，以及特別是憲法裁判的威信，都不足以讓我們排除政治過程中，來自公眾之不悅與可能危及憲法訴訟制度之負面反應，如果有法官在旁邊說：也許我們可以不一樣判的話……當然，不同意見書的制度，同樣有著古老之德國法根源，但數百年來，在德國的眾邦國中，法院一向作為隱名之機關，至

少我們可以這麼說：特別是憲法法院，更應該跟德國法公布不同意見書之傳統決裂，換言之，如果真要實施不同意見書制度，那就至少應先放過聯邦憲法法院，以避免傷及法院的威信》<sup>17</sup>

《聯邦憲法法院法》之最終條文，終究沒有採納不同意見書制度。然而，在聯邦憲法法院頭二十年的審判實務中，亦曾出現多次的分離投票（*Separatvoten*）：不同意判決主文或理由的憲法法院法官，可以提出他們的不同意見，但並不隨同憲法法院判決而公布之，同時也不附卷，因此也不可能讓當事人藉由閱卷而知曉可能存在的不同意見，重點在於，這裡是真正的隱名：在案件評議過程中，不同意見的憲法法院法官當可提出，但不登載於評議紀錄中，而是由提出之憲法法院法官自行整理與保管，在法院之正式判決文書中，只有一個判決主文，一個一致而無不同內容的理由<sup>18</sup>。識者以為，原因應在於《德國法官法》（*DRiG*）第 43 條所彰顯之評議秘密原則：「關於評議與決定之過程，法官有保持緘默之義務，其職務關係消滅後亦同」<sup>19</sup>。值得注意的是，在此年間，聯邦憲法法院亦曾多次透過全院會議之場合，共同研討是否開放不同意見書之公布，例如<sup>20</sup>：

---

17 Dr. Wahl in BT-Protokolle, S.4415, 轉引自 Julius Federer, a.a.O.(Fn.8.), S. 517.

18 Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge, *BVerfGG*, Stand: 23. Lieferung, 2004, § 30 Rn. 4.

19 Etwa Egbert Paul, Für und Wider das Minderheitsvotum, *DöV*, 21-15/16, 1968, S.513.

20 以下內容請參見：Karl Georg Zierlein, Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, *DöV*, 34-3, 1981, S.85f.

- 1952 年 4 月 3 日會議：憲法法院法官們一致認為，「聯邦憲法法院應該先建立自己的名聲威望，再來考慮不同意見書之問題」；
- 1956 年 7 月 5 日會議：以 14：8 之票數，認為「所有任何形式之公布不同意見書，包括隱名方式者，以及公開決議表決結果，均抵觸《聯邦憲法法院法》第 30 條之規定」；
- 1961 年 2 月 8 日會議：在討論 Julius Federer 憲法法院法官所提出之研究報告後，與會者針對「是否應該實施不同意見書制度」之問題，投下 9：9 之票數；數年後的 1967 年 5 月 23 日，憲法法院法官們以 9：6 通過贊成不同意見書制度，但認為應由立法者先行立法，方得為之。

雖然不是沒有一定的突破，但是在 1970 年的修法之前，於聯邦憲法法院實務上，至多只有未顯名之公布不同意見內容，或是贊成反對之投票結果而已<sup>21</sup>，算是在法官法評議秘密原則下的些許突破<sup>22</sup>，但這當然不代表法官們對於所有的判決均無不同想法，而只是在評議秘密原則之前提下，由法官個別提出其不同意見予庭長，雖附卷，但卻另行保管，不讓訴訟當事人得以知悉，不論如何，直至 1970 年以前，基本上均無顯名之不同意見書的併同法院判決公布，唯一的例外是聯邦憲法法院 1952 年 12 月 8 日的裁定：身為知名之公法學者的憲法法院法官 Willi Geiger，在判

---

21 例如 1967 年 4 月的聯邦憲法法院第二庭之判決：BVerfGE 21, 312, 312.

22 例如在知名的明鏡周刊案中（BVerfGE 20, 162），法院即同時公布贊成與抱持不同意見憲法法院法官們之論證理由，但同樣未顯名；請參見 Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge, a.a.O.(Fn.18.), § 30 Rn. 5.

決之後一併顯名的公布其不同意見，是憲法法院前二十年階段中僅見之特例<sup>23</sup>。

當然，即便在「評議秘密原則究竟是否為德國法的傳統？」，這項可能根本就不存在的前提下<sup>24</sup>，在德國憲法法院實務上，也並非完全沒有公布不同意見之例，二次大戰後的巴伐利亞邦（Land Bayern）與布萊梅邦（Land Bremen）即是兩個知名的先驅：1948年5月24日施行之《巴伐利亞邦憲法法院處務規程》（GOBayVerfG）即明定，法官有權將其不同於法院判決之意見，附理由而列入案件卷宗之中，而如憲法法院選錄附有不同意見書之判決於判決彙編內，則該不同意見書併同公布之（規程第7條第f款、第8條第6項），雖然，由於判決彙編中並未載明作成各判決之法官姓名，所以自然也沒有發表不同意見書之法官顯名<sup>25</sup>。隨後1990年修正之《巴伐利亞邦憲法法院法》（BayVerfGHG）第25條第5項規定，憲法法院法官有權提出「附於判決之上、但不公布姓名」之不同意見，且同法第19條第4項同時排除於卷宗閱覽權之外，換言之，經法官簽署提出之不

---

23 Karl Georg Zierlein, a.a.O.(Fn.20.), S.86.

24 曾任德國聯邦憲法法院法官的 Julius Federer 就認為不是：秘密評議與秘密投票，毋寧是來自羅馬法、特別是教會法的傳統，但在日耳曼人繼受羅馬法之後，根本就未堅守這項原則，反而在數百年來都有形式與程度不一之公開評議結果與不同意見；請參見 Federer(Fn.8.), S.512ff.。從另一角度來說，一句德國司法界的常見諺語：「德國的法院藉由其判決而發聲」，其中便隱含「法官自己欲對此所為之判決而表達意見」的內涵，亦相同此意旨； dazu Martin W. Huff, Wie Rechtsprechung der Öffentlichkeit vermittelt wird, in Deutscher Richterbund(Hrsg.), *Justiz und Recht im Wandel der Zeit. FG 100 Jahre Deutscher Richterbund*, 1. Aufl., 2009, S.151.

25 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.101f.



同意見書，將另行特別保管，不讓當事人得以閱覽得知；無疑的，這是一項值得注意的線索，甚至直到聯邦憲法法院採行不同意見書制度的二十年後，巴伐利亞邦仍然不願意改變行之有年的隱名主義，即便看得到不同意見書內容，但仍無從知悉作成之法官姓名。

德國憲法法院實務上，首次顯名發表之不同意見書者，見諸於布萊梅邦：在同樣規定有評議秘密原則的前提下，該邦 1956 年 3 月 17 日施行之《國事法院程序規程》(VerfO) 第 13 條第 3 項第 3 句，卻有一值得注意的特別明文：國事法院就特定憲法問題提出鑑定書 (Gutachten) 者，法官即有將其不同意見連同鑑定書一併公布之權利<sup>26</sup>。最為人所知的，是德國共產黨員 (KPD) 得否繼續擔任布萊梅邦邦議會與布萊梅市市議會議員的案子：在聯邦憲法法院 1956 年 8 月 17 日之德國共產黨違憲判決後<sup>27</sup>，作為城市國家 (Stadtstaat) 的布萊梅邦，便同時面臨邦議會與市議會黨籍議員是否喪失資格的問題。1957 年 1 月 5 日，布萊梅邦國事法院判決，以 4 比 3 之多數，法院認為共產黨籍之議員，應喪失邦議會、但不喪失市議會議員資格；在 7 位法官中，有 3 位針對喪失邦議會議員之多數意見，提出不同意見書，但另亦有 3 位就喪失市議會議員資格部分，同樣表達反對的意見，結果是：總計僅有 1 位法官，是毫無保留的同意法院最終判決。法院援引前開程序規程之規定，認此「決定」性質上應屬鑑定書，但又同時以

---

26 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.103。

27 BVerfGE 5, 85, 85ff.。相關之討論亦請見：林佳和，《德國基本法基本權剝奪制度之研究》，政治大學法律學研究所碩士論文，1993 年 6 月，35 頁。

「鑑定書亦為《布萊梅邦國事法院法》(BremStGHG)第 1 條所稱判決」為由，認該鑑定書具有同法第 8 條第 1 項之拘束效力<sup>28</sup>。邦國事法院的作法，引起廣泛的批評：許多觀察者認為，法院完全是策略性的運用，先是故意將判決稱之為鑑定書，再說鑑定書亦為判決、同樣具有判決效力，遂大啟法官顯名的公開不同意見書之門，使法院之「多數見解」反被淹沒<sup>29</sup>；從程序上來說，不論是《布萊梅邦憲法》或《布萊梅邦國事法院法》，都從未有「鑑定書」之文字出現，是即便可以此方式為之，亦當不能擁有判決一般之效力<sup>30</sup>。

憲法法院可以作成並提出鑑定書？這確實是一有趣的觀點與問題。在前述布萊梅邦共產黨議員資格案上，連身為法官之一的 **Karl Gillner**，自己也忍不住撰文反對：**Gillner** 法官引了一段聯邦憲法法院院長於 1954 年 12 月 23 日寫給聯邦司法部長的信函，認為「原則上來說，提出鑑定書根本與憲法法院之任務不合，它會帶來法院威信的減損，理由很簡單：既然鑑定書沒有對外效力，那麼其他的憲法機關或法院就不需要受鑑定書法律見解的拘束，請問何來憲法法院的威信可言呢？」<sup>31</sup>。暫且不論鑑定書形式是否適當，布萊梅邦國事法院之作法卻屬迂迴無疑：刻意用邦憲法與法律均無、但奇特的程序規程卻有之鑑定書，將之連結至不同

---

28 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.104.

29 Heyde, Minderheitsvotum, S.101, 106ff.，轉引自 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.104.

30 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.104f.

31 Karl Gillner, Gutachten und namentliche Bekanntgabe der abweichenden Meinung (dissenting opinion). Aus der Praxis des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen, *DöV*, 11-4/5, 1958, S.107.

意見書制度，而且是顯名又公開內容，但既然針對受理之案件必須做出具有拘束力之判決，顯然基於一定之政治或其他社會影響考量，又形成「應該公開所有意見」的共識，最後只好倉皇的選擇鑑定書形式，又一定程度牽強的連接到「鑑定書亦屬具有效力之判決類型」，尷尬的同時解決公開不同意見書與具判決效力之問題。雖然說，憲法法院之鑑定書並非完全不能想像，而其效力也不見得絕對不可能—德國聯邦憲法法院 1952 年 12 月 8 日的一則裁定似乎就明指這一點<sup>32</sup>，但是，至少在探討不同意見書制度的脈絡上，它仍然迴避了一項核心爭點：為何只要是具有效力的判決，「公開不同意見」就可能是不宜的？這背後顯然有具體明確的指涉。

到了 1960 年代末期，特別是在幾位與英美學界有密切接觸的憲法法院法官，例如 Willi Geiger、Gerhard Leibholz、Hans Heinrich Rupp 等之倡議下<sup>33</sup>，公法學界漸漸形成了應實施不同意見書制度之多數見解，當然，之後我們將介紹的 1968 年第 47 屆德國法律人年會（47. DJT）之討論盛況，扮演著一定的重要角色。就在 1968 年會之後，大聯合的聯邦政府遂提出所謂《聯邦憲法法院法第四次修正法草案》，其中即賦予法官提出公開之不同意見書的權利；有趣的是，在 1969 年 2 月的第一次國會委員會審查中，社會民主黨議員 C. Arndt，有一相當重要的談話，他說：《讓

---

32 該則裁定說道：「即便聯邦憲法法院的鑑定書沒有法律意義上的拘束效力，然而，法院跟聯邦司法部國務秘書 Strauss 博士之看法相同，這樣的鑑定書仍有其威信與意義，換言之，不論立法機關或例如聯邦政府，可以主動的去承擔不遵守此鑑定書之責任」；轉引自 Gillner, a.a.O.(Fn.31.), S. 107.

33 Karl Georg Zierlein, a.a.O.(Fn.20.), S.86.

不同意見書制度與憲法法院法官之得連任共同實施，將是不適當的，即便是擁有強而有力人格特質之法官，都可能在任期即將屆滿之際，為了得到遴選委員會之青睞而受誤導，例如斜眼偷瞄一下本來欲廢棄之判決<sup>34</sup>。Arndt 的這項提醒非常重要：在實施不同意見書制度與憲法法院法官得連任之間，在相關之法政策討論上，形成一定程度的緊張關係，許多的辯論都顯示，如果法官不能連任，那麼公布不同意見書就比較容易被接受，這當然是一項值得關注的線索。

1969 年 12 月，新就任的聯邦政府，基於會期不連續，向聯邦議會提出略為修改後之新《聯邦憲法法院法第四次修正法草案》，立法理由中並說明應實施不同意見書制度之思考，包括：對於法之繼續發展尤其重要的憲法而言，不同意見書有其貢獻，而即使在嚴格之憲法拘束下，關於法事實之認識、憲法上價值決定之填補，法官們經常有相互歧異之判斷，藉由不同意見書制度，可以提供一深入之論證辯論平台，間接促使立法者得以辨識法律規範之弱點與問題，並進而加以修正排除，再者，不同意見書經常隱含著法院見解即將變更的徵兆，那麼，在將來發生變更時，便會因為之前的不同意見書而順暢的接續，不致於受到突兀的衝擊，最後，不同意見書之公布將有助於強化法院判決過程之開放性，這顯然是民主原則所希望達成的<sup>35</sup>。在國會法制委員會審查中，共邀請 4 位憲法法院法官出席，表達對實施不同意見書制度

---

34 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 5 Wahlperiode, Bd. 69, S. 117674(A)。相關內容亦請參見 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.89.

35 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.89f.

之個人看法<sup>36</sup>：

- 時任聯邦憲法法院法官的 **Gerhard Müller**，極力反對不同意見書制度，認為經由不同意見書以及表決結果之公布，將使公眾知悉個別憲法法院法官之態度，如此將危害法官的獨立性，而眾所要求之司法透明性，事實上亦可藉由判決理由中之正反意見並列，加以解決，無須假借不同意見書制度。而如果真要採行，則萬不得已，必須同時考慮排除法官連任之可能性，如此才可能確保審判之獨立；
- 當時的聯邦憲法法院副院長 **Walter Seuffert**，以及兩位出席之憲法法院法官 **Gerhard Leibholz** 與 **Willi Geiger**，均贊同實施不同意見書制度，其中 **Leibholz** 認為，硬要將不同意見書與憲法法院法官連任的問題牽扯在一起，無非是企圖從制度上出發，任意誇大人性之弱點，這當然有可能，但卻非制度上所應關心或擔憂所在；而 **Geiger** 則強調，由於聯邦憲法法院自己就是最終審，因此必須借助不同意見書制度來扮演重要的自我矯正功能。

最後，國會法制委員會採納了肯定之意見，贊同修法納入不同意見書制度，但卻也同時考量了 **Müller** 院長提出之擔憂，做了最終決定：將聯邦憲法法院的法官任期，由 8 年延長為 12 年，但刪除原有得連任之規定，以排除法官藉由不同意見書之提出，意圖使自己獲得青睞而連任，或反因之而受排斥致無法連任之情形發生<sup>37</sup>。隨後的 1970 年 12 月 2 日，該草案在聯邦議會獲得通

---

36 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.90f.

37 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.91；中文方面的介紹亦請見李建良，

過，同月 21 日將修正條文納入《聯邦憲法法院法》中，數日後的 12 月 25 日正式施行；當時的聯邦司法部長 Gerhard Jahn 的話很具代表性：《個人的認知，公共的控制，是民主國家的核心原則》，無疑的，此即為理解德國憲法訴訟不同意見書制度演進的貫穿紅線，企圖在法官個人獨立認知，以及判決透明、公共得以掌握控制之間，求取一定程度的平衡。

### 肆、不同意見書的幾個正反爭點——以德國學界為例

從前述德國憲法法院不同意見書制度的發展演進，其實便可看出相關行動者的一些思考，吾人可觀察到的關鍵概念，例如法官的獨立性，司法裁判的透明性，民主的要求，憲法之續造等等。在這個段落中，本文將再聚焦這些發展過程中所看到過的不同政策思維線索<sup>38</sup>。

概括的來說，以 Karl Georg Zierlein 綜合戰後至 1980 年論戰內容整理為例，如果試圖將指涉對象類似之理由並列，贊成與反

---

〈不同意見書與釋憲制度——德國與我國法制實務的比較研究〉，《憲政時代》，25 卷 1 期，台北：中國憲法學會，1999 年 7 月，75 頁。

38 相關討論之中文獻，亦請參見陳淑芳，〈法院判決之不同意見書——德國法學界對此一問題之討論〉，《政大法學評論》，62 期，台北：政大法律學院，1999 年 12 月，105 頁以下；William J. Brennan Jr. 著，法治斌譯，〈為不同意見書辯護〉（In Defense of Dissents），《憲政時代》，12 卷 4 期，台北：政大法律學院，1987 年 4 月，39 頁以下；劉鐵錚，《憲法法院法官不同意見書之理論與實際》，12 頁以下。

對實施不同意見書制度者，各自提出下列之優缺點<sup>39</sup>：

觀點/指涉	優點	缺點
德國法傳統	-	不同意見書制度與德國法傳統不符
法的續造發展	不同意見書將有助於法的續造與發展，特別在憲法上尤其明顯	-
法院見解之變更	透過不同意見書，可以及早辨識到司法裁判之將來可能之轉向，或至少新的重點，由美國聯邦最高法院之經驗可資確定 <sup>40</sup>	-
找法（Rechtsfindung）與民主誠命	不同意見書將強化找法的開放性，這是民主原則所要求或至少希望的	-
法院與法官威信	不同意見書強化法官與法院之威信，使兩者均得擺脫過時之隱名性	不同意見書制度有損法院形象與威信。對於司法與憲法裁判的信賴，如果旁邊有不同之判決選擇，將不足以排除政治過程中，來自公眾之不悅與可能危及憲法訴訟制度之負面反應。法院是隱名之制度，一旦採取不同意見書制度，勢將蕩然無存，依傳統見解，對外而言，每一法院的判決都應視為單一的意思決定，別無分歧
憲法與開放社會/法官獨立性	不同意見書制度符合當代憲法與開放社會之精神，告別落伍之評議秘密原則	容許不同意見書，將破壞評議秘密原則，危及法官的獨立性
評議與裁判品質	不同意見書制度將提高並強化評議之進行，多數與少數都將被迫盡最大努力地做好論證，	藉由不同意見書之實施，在評議過程中，對於原本所傾向之見解，法官將可能不再積極地

39 Karl Georg Zierlein, a.a.O.(Fn.20.), S.87；類似的整理亦可參見 Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge, a.a.O.(Fn.18.), § 30 Rn. 6；Julius Federer, a.a.O.(Fn.8.), S.520；Martin Baring, Wider die dissenter, *DVBf*, 83-16, 1968, S.609ff.

40 事實上，德國聯邦憲法法院亦有不少之案例，顯現出這種「帶領未來判決走向」之機能；dazu Klaus Schlaich/Stephan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., 2004, S.40f.

	如此將提升憲法法院裁判的整體品質	捍衛與主張，不再試圖賦予更強的說服力，而寧願準備之後的不同意見書 <sup>41</sup>
學術研究	不同意見書制度將有助於學術研究，使之更順利地尋找出法官個人可能隱藏之思維來源	-
敗訴之一方	對於敗訴之一方而言，公布之不同意見書具有安撫之作用	-
法意識之形成	不同意見書制度有助於在公眾之中，形成務實主義的法意識	-

德國數十年眾多正反看法的來來去去，某個程度使文獻之完整掌握變得相當困難，但其實亦不見得有其必要；或許第 47 屆德國法律人年會之集中討論，是一可以選擇的切入觀察點。1968 年 9 月，年會於紐倫堡召開，在一般訴訟法小組之主題為：《於德國訴訟法中，引入少數法官不同意見書之公布，是否適當？》（*Empfiehl es sich, die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters (Dissenting Opinion) in den deutschen Verfahrensordnungen zuzulassen?*）；就此問題，大會邀請杜賓根大學教授、前任聯邦憲法法院第一庭法官的學者 Konrad Zweigert 提出鑑定報告，再由聯邦最高法院法官 Rudolf Pehle、波昂大學公法學教授 Ernst Friesenhahn 各做一份引言報告，最後交由與會者討論並表決。Zweigert 的基本論點是<sup>42</sup>：

- 在一民主體制中，公開與秘密，必須維持原則與例外關係，而此一「民主的基本真實」精神，要與法院組織法有關合議法院中評議與表決之嚴格秘密原則相容，則必須存在著特別重大之群體利益，使嚴守秘密為不可或缺者，方足當之；

41 同樣看法亦見聯邦最高法院法官 Egbert Paul, a.a.O.(Fn.19.), S.514.

42 Egbert Paul, a.a.O.(Fn.19.), S.513.



在當前，並不存在此一前提。換言之，吾人應藉著不同意見書制度的優點，使司法告別其隱名性，使之更能預見，提高進一步法律發展之機會，透過「法與正義內涵之相對性與時代侷限性」之訊息傳遞，提高人民一般的法律感情，協助人民克服法律的疏離，使法官個人得以彰顯，促進對於法院發現與找法（*Rechtsfindung*）過程之學術研究，提高法官的責任意識，解放法官的良心與良知，使評議更密集更有效率，改善裁判品質，提供更具理性的心證基礎<sup>43</sup>。

被譽為「勇敢的法界代表」之 *Pehle* 法官，則提出大致上不脫前述反對派的一些論點<sup>44</sup>，包括不同意見書制度不符合德國法傳統；不論從憲法民主國或法治國原則出發，都得出必須要有不同意見書之結論，諸不見現代民主體制中仍有許多秘密評議與秘密投票之制度設計，並沒有完全的透明；不應過度強調法的相對性，相反地，法官之造法續造等本來就有其界限；令法官簽署於本人所反對之判決上，並無違背其良心的問題，因為簽署代表對於審判過程的參與，不能完全等同於同意判決結論，因為在合議制法院中，如眾人所知的係多數決定，本質上便無絕對一致見解之假設。*Pehle* 認為，之所以要反對不同意見書制度的最重要理由，無非捍衛法官的獨立性：單單這個制度的存在，就會讓法官備受威脅與壓力，因為許多外在的力量、特別是支持特定法官上任之背後的政治社會勢力，就某些爭執議題，便有「該法官應表達特定見解、尤其是不同意見書」之期待，尤有甚者，在特別的

---

43 類似的整理亦請見 *Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.82f.* ; *Julius Federer, a.a.O(Fn.8.), S.520.*

44 以下之論點轉引自 *Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.84f.*

危機時刻，政府或國會甚至會拿特定法官當犧牲品與代罪羔羊，承擔判決所可能引發之政治後果；Pehle 說道：只要容許不同意見書制度，就等於侵門踏戶的直接踩進法院的評議室中。必須注意的是，Pehle 法官最後卻認為，前述反對不同意見書制度之理由，可能只適用於一般法院、而不適用於憲法法院之上，他特別強調：「在一個做出如此重要而指向未來之決定的憲法法院，不同意見書應該可作為法官權力優勢的內在制衡」，雖然 Pehle 同時提醒憲法法院法官任期的可能關聯，因此主張法官應終身職，或至少不能連任、不讓他有連任壓力之問題，如此前提下之實施不同意見書制度，方有其期待<sup>45</sup>。

相對的，學者 Friesenhahn 則大力支持不同意見書制度的實施。自詡為「改革派法律人」的 Friesenhahn，更大刀闊斧的以為，只要是合議制法院，不論是否為憲法法院，也不管是職業法官或榮譽職法官，都應該全面實施不同意見書制度。氏以為，這個問題的重點，根本不是什麼德國法傳統與否的質疑，而是「何謂基本法民主法治國體制下的司法與法官之地位」；對於經常所提出之反對理由，Friesenhahn 做了如下的駁斥<sup>46</sup>：

- 實施不同意見書制度不致於危害法官的獨立審判，殊不見，以實施該制度之國家為例，鮮明、強而有力、獨立公正之憲法法院法官，不正是常見的特徵嗎？相對的，透過不同意見書之保障法官個人確信之自由，維護其作為司法權主體之個人尊嚴，反而才是真正審判獨立之呈現；

---

45 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.86f.

46 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.86f.

- 基於對法官之信任，畏懼法官會濫用不同意見書，顯然失其所據；
- 不同意見書不會危害法院的威信：所謂法官們一致的法律見解，根本就不可能存在，也無人當真或相信，法院之威信與否，重點在於理由論證的說服力，是以如得公開不同意見，讓公眾知悉許多艱難案件其實難以作成決定，反而會提高法官與法院之威信；
- 不同意見書制度將有助於司法權的公共性與可控制性，符合法治民主原則之主要目的；
- 不同意見書將強化評議功能，得作為阻止非實質專業思考滲入之防火牆；
- 不同意見書會刺激學術上的討論研究，導往裁判見解未來的可能變更，亦會促使立法者之改革行動；
- 針對不同意見書制度是否可能被濫用，特別是基於連任考量之顧慮，Friesenhahn 建議，要不就將憲法法院法官改為終身職，要不就延長其任期後再禁止連任，如此便能防堵這項可能的弊病。

在包括之後三篇來自司法部官員、勞動法院與社會法院、以及中下級審法院代表所提出之引言後，年會之一般訴訟法小組成員進行了熱烈的討論，但相關論點基本上都不超脫之前所述。觀察者以為，贊成與反對者壁壘分明，具有聯邦各級法院法官身分之參與者，多肯定 Pehle 法官所代表之反對見解，但多數的與會者顯然較為同意 Zweigert 與 Friesenhahn 之看法，認為實施不同意

見書應有其必要，但兩邊陣營似乎顯現立場之爭，亦即單純的政策抉擇問題，而非理論上真正關鍵實質觀點之辯論<sup>47</sup>。不論如何，最後的投票結果顯示，絕大多數的與會者，均贊成在憲法法院（371 對 31 票）以及聯邦層級法院之共同或大審判庭（356 對 94 票）實施不同意見書制度，即便在聯邦層級法院之一般判決中，多數亦贊同實施公布不同意見書之作法（289 對 163 票），如果是在上訴審法院，則只有稍微多數之參與者贊成（237 對 223 票），而相對的，超過六成者均反對在所有合議制法院中採行不同意見書制度（292 對 170 票）<sup>48</sup>。顯然，聯邦政府深受第 47 屆法律人年會討論結果之激勵，隨即提出前述之法律修正案，正式準備在聯邦憲法法院實施不同意見書制度，已是後話。

不同意見書制度的正反看法，臚列於前，大致上已沒有特別新的思考與論述了，重點是，應該如何評斷這些說法，而不淪為只是單純的主觀臆測呢<sup>49</sup>？如果整理前述之論點，基本上可以歸類出六項可能的層次，包括

- 德國法與英美法的不同傳統；
- 民主正當性與透明性之需求；
- 法官個人之獨立性與獨特性；
- 法院之威信與判決之說服力；

---

47 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.88.

48 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.88.

49 關於這些問題，試圖從德國學界角度評估各自觀點之正確性者，可參見學者李建良，〈不同意見書與釋憲制度—德國與我國法制實務的比較研究〉，88 頁以下。

- 刺激憲法續造與憲法學發展；
- 實務與程序技術層次之考察。

進一步企圖去類型化不同觀點，還是可以篩檢出或許較為次要之問題，比方說：提供學術研究素材，刺激憲法學發展，重點或許不在「是否確實發揮此功能」—公法學者 Hans Heinrich Rupp 顯然就不太以為然<sup>50</sup>、聯邦憲法法院庭長 Martin Baring 認為「法之發展根本是患多而不患少」<sup>51</sup>、而聯邦最高法院法官 Egbert Paul 甚至警告「別忘了法院之功能不在創造而在憲法實證」<sup>52</sup>，就算有這些質疑存在，也可能各自之觀察角度與結果不同，難以一概而論。而即便在促進憲法續造，形成一未來憲法法院見解轉向之風向球與指引的功能上，眼望眾所欽羨的美國聯邦最高法院，論者也不吝指出：要不所言差矣，不然就是誇大其詞，根本沒有幾件如此戲劇性之作<sup>53</sup>。作者的意思是：這項功能，至少從學術研究的角度觀之，當然重要，不論在德國或台灣，對於憲法法院/司法院大法官不同意見書之學術關注，不需要辯論，早就不是新聞，它無疑扮演著提供研究素材，刺激進一步發展之契機，不論其現實上之具體影響程度為何，例如至少在像美國聯邦最高法院

---

50 例如 Rupp 便直接評論到：「說不同意見或協同意見之具有語言語詞上之力量、法律上之精采度、論證方法上的嚴謹，乃至於論述上的準確精湛，以至於使法學理論與法律實務受益匪淺，老實說，實在看不出來」； dazu Hans Heinrich Rupp, Wandlungen im Rechtsprechungsstil des Bundesverfassungsgerichts, *DöV*, 29-20, 1976, S.694.

51 Martin Baring, a.a.O.(Fn.39.), S.614.

52 Egbert Paul, a.a.o.(Fn.19.), S.514.

53 Brennan Jr.著，法治斌譯，〈為不同意見書辯護〉，41 頁。

曾經出現過的「蓄黑奴不違憲」，憲法院法官所曾提出之嚴厲不同意見書、致「引發」之後改變見解的例子，吾人可以看到，這不但想像上有可能，實踐上也「找得出來」，但它是否應作為評斷該不該實施不同意見書制度的線索，或許就有些重點錯置。從憲法院之「司法裁判行為」而言，以不同意見書有助於或無助於憲法學之發展，無異取另一相關但卻指涉甚遠之「知識領域需求」為據，拿來作為贊成與否之理由，恐怕力有未逮；而就是否可能成為之後新的見解，重點毋寧更在於社會時空環境條件等之變化，恐亦與不同意見書之公諸與否無直接關聯，從另一角度言之，如果關鍵性影響來自於法院內部，亦即多數法官法意識與理論見解之轉變，致之前的不同意見書成為之後的多數意見，則於法院內部評議時表達之，或甚至附卷但不公布之，應可能達到類似的效果，未必與不同意見書制度有直接關係。

另一常見之爭點，亦即將法官之任期-連任之意圖與相應行為，跟不同意見書制度之採行與否連結起來，應屬與不同意見書本身之功能不相干，但卻可能一假設確實存在反對者所主張之關聯性的話一產生「想像中非真正不同意見書」的實務問題，例如刻意以不同意見書彰顯本人，或是採納特定見解以投射欲爭取支持之政治力量<sup>54</sup>，換言之，關鍵在於「對法官個人之不信任」。類似的質疑，亦出現在不同意見書是否會破壞合議制評議之進行，傷害法院同僚們之和諧，將使法官不盡力與其他同僚達成共識，形成一致的論理與評議結果，而是只忙著準備足以彰顯自己的不

---

54 聯邦最高法院法官 Paul 便提出如此之擔憂；請參見 Egbert Paul, a.a.O.(Fn.19.), S.515.

同意見書<sup>55</sup>，甚至經常是「充滿感情煽動，文字、語言與風格上的攻擊性，只是製造朋友-敵人之政治對峙漩渦」<sup>56</sup>等批評之上；同樣的，這一類屬於實務暨程序方面的技術性考察，完全來自於對法官個人可能濫用的畏懼，某種程度而言，這又跟那些片斷而主觀的正面期許，認為「完全的秘密評議，全體一致的承認與讚許，將會使法官養成愈來愈懶惰之習慣，愈會採取一種妥協之合議方式」(Piero Calamandrei)，或主張「如不採不同意見書制度，法官們基於許多非常不同之理由，將合議工作視為是一種日常熟練之工作，而不肯費心去評議」(Willi Geiger)，乃至於推斷「不同意見書之提出，將能強迫多數法官就其裁判小心說理，並在合議時，詳加分析所有論點」、甚而「不同意見書可以避免法官做一個未經仔細思考之不經意裁判」(Hans Georg Rupp)，「可以避免人云亦云之投票現象，或用左手投票之現象」(Konrad Zweigert)等<sup>57</sup>，沒有本質上的不同：這些都是觀察者主觀猜測，在有無不同意見書制度之前提下，法官們究竟會如何進行司法裁判行為之主觀態度。有趣的是，相互對立之論點，同樣來自於公法學者與憲法法院實務界，而身兼雙重身分者，彼此之看法與臆測又顯然經常相左，各自成理，卻也難以放諸四海；個人以為，在企圖於抽象層次的評斷不同意見書制度，實無必要跳入落入此泥淖之

---

55 Egbert Paul, a.a.O.(Fn.19.), S.514f.

56 提示可能有人提出如此嚴厲指控者：Hans Heinrich Rupp, a.a.O.(Fn.50.), S. 694.

57 以上多位學者之說法，轉引自 Wilhelm Karl Geck 著，朱武獻譯，〈德國邦憲法法院不同意見書之未來法制方向(上)〉(Sondervoten bei Landesverfassungsgerichten de lege ferenda)，《輔仁法學》，4期，台北：輔大法律學院，1989年7月，169-170頁。

中，流於各人主觀論戰辯論。道理很簡單，好的制度無法排除糟糕的執行與演出，但它卻至少保留著往好的方向發展之開放性，而壞的制度也可能因為行動者之克制而無傷大雅，然而卻封阻了自身發揮更積極作用的可能性；本質與現象必須區分，試圖探索不同意見書制度之本質者，未必需要停留於現象層次上的爭辯，是以，本文也不認為程序與實務面向上的考慮與質疑，有其重要性。

再就法官個人的獨立性與獨特性，所謂法官人格特質的問題，其實可以分為兩個次內涵，其一：在合議法院之合議原則下（*Kollegialgerichte im Kollegialprinzip*），法官究否藉由不同意見書公布之顯名，進而破壞法院內部之「同僚評議和諧」<sup>58</sup>？或甚至不採此制度者，法官將因參與並簽署合議之最終決定，亦即本於該外觀上的法院一致性決定，而違背自己良心，侵害該等法官之良心自由<sup>59</sup>？一定程度而言，這兩者都是假議題：在合議法院之情形，究其基本設計，多數意見便是合議庭法院的整體意見，在這項假設與效力不可能被推翻的前提下，即便顯名的公布不同意見書，既不可動搖此原則與法律效果，則自無不同意見書制度本質上與合議法院合議原則不相容的問題，自所當然，諸如 *Egbert Paul* 所警告之「合議法院判決之說服力，會因為是一致或多數決

---

58 參見 *Martin Baring, a.a.O.(Fn.39.), S.617.*

59 例如 *Zweigert* 在第 47 屆法律人年會上就提到：「我們一方面承認言論與良心自由，是一種較高的憲法價值，另一方面，卻又期待法官採取一種其認為違法或違憲，而且會發展成不幸之結果之法律見解」，這自然有良心自由的問題；轉引自 *Wilhelm Karl Geck* 著，朱武獻譯，〈德國邦憲法院不同意見書之未來法制方向（上）〉，173 頁。



定而差很大，是判決是否形成一足以信賴之基礎的關鍵」<sup>60</sup>，則無非立基於一虛惘的假設，同時將判決一致與否之形式與實質正確性混淆，問題相同，至所謂「破壞同僚評議和諧」，則屬於前一段落提及之觀察者的主觀猜測，同樣無須認真以對<sup>61</sup>。而在法官良心自由的部分，曾任德國聯邦勞動法院與聯邦憲法法院法官的 **Hugo Berger**，對此有著相當精闢的分析，氏認，只要法官依其良心而進行評議與表決，即便居於少數，也毫無所謂良心與外在行為之衝突問題，真正的問題毋寧是：如果藉著不同意見書的公布，法官向外表示：個人不在其列，則可能傷害的只是合議法院的威信，更準確地說：根本只是多數法官的威信，何來良心之問題？是以，居於少數之法官簽署於法院判決之上，應屬可以期待<sup>62</sup>。這裡的問題應該理解為：不實施不同意見書制度，也不至於侵害少數法官之良心自由，即便其同列合議法院之林，而反過來說，實施不同意見書的情形下，當更無此問題，總而言之，良心與否並非重點。

有關法官個人獨立性與獨特性的第二個面向，便是許多觀察者提及之所謂德國法傳統：是否真如 **Egbert Paul** 所說的「德國的

---

60 Egbert Paul, a.a.O.(Fn.19.), S.514.

61 當然，曾任布萊梅邦國事法院法官的 **Karl Gillner**，就有比較尖銳的負面評價，甚至認為「在合議法院的決定時，不能想像還能讓個別法官精神上的獨立性，以及其個人的決定，一起曝露在外」，**Gillner** 進一步所警告的「法官在重大的憲法問題上，會利用不同意見書來製造自己的不在場證明」，就顯得有些情緒指控了；參見 **Karl Gillner**, a.a.O.(Fn.31.), S.108.

62 **Hugo Berger**, *Empfiehl sich die Bekanntgabe abweichender Meinungen überstimmter Richter?*, *NJW*, 21-21, 1968, S.965.

法官沒有主宰性的，只有服務性的任務」<sup>63</sup>，在互久的日耳曼秘密評議原則與制度下，不彰顯個別法官，諸如不採行不同意見書制度，才是德國法的傳統<sup>64</sup>？或是如 Karl Gillner 所言，不，即使在評議秘密原則下，德國法仍有不同意見書之傳統，然而「自從將法官列入公務員身分保障，進而排除法官之個人責任後，不同意見書制度已無甚意義，這顯然跟英美法之情形不同，關鍵在於法官之身分地位不同，而英美司法體制也不同」<sup>65</sup>。這裡有兩點可以思考：首先，有趣的是，即使在聯邦憲法法院法官 Julius Federer 詳盡的證明「德國法確實存在不同意見書之傳統」，只不過因受羅馬法與教會法相異之影響而略有「變動」後<sup>66</sup>，仍有論者堅持相反看法<sup>67</sup>，形成有趣的對比；如果批評者無從反駁像 Federer 法官所提出之諸多歷史證據，只是一味地繼續堅持己見，那麼如此之論戰即屬無益。

當然，第二個面向或許方為重要：究竟英美法不同意見書傳統下的鮮明法官圖像，到底是英美法體制使然，易言之，德國法制本質上不相容？還是因為德國 1970 年代之前尚無不同意見書制度，因此無從出現如英美一般獨特之個別法官？這是一個必須加以深論的艱難問題，但卻不見得重要；如同知名公法學者暨聯邦憲法法院法官 Ernst-Wolfgang Böckenförde 所最景仰之業師<sup>68</sup>，同

---

63 Egbert Paul, a.a.O.(Fn.19.), S.515.

64 標準的說法例如 Martin Baring, a.a.O.(Fn.39.), S.616.

65 Karl Gillner, a.a.O.(Fn.31.), S.108.

66 這部分的詳細討論請見 Julius Federer, a.a.O.(Fn.8.), S.512ff.

67 典型之說法例如 Egbert Paul, a.a.O.(Fn.19.), S.514.

68 此可從 Böckenförde 的訪談錄中看到；dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde,

為理論實務雙棲之 Adolf Arndt 在聯邦議會中的發言：《請不要再說，在德國實施這樣的制度，時機尚未成熟，因為追求自由與進步，人們永遠都已成熟》<sup>69</sup>，道理很簡單：在當代自由民主體制之中，如果是一項已證立為好的制度，為何要以「不具此項制度之傳統」而任加排斥，更何況此一前提可能根本就不存在呢？在至今看不到任何有意義之「歐陸/德國法系不相容於不同意見書制度」的論證下，以此角度反對實施，恐有隔靴搔癢之嫌，同樣無須作為重要之論斷依據。

綜上所述，贊成與反對實施不同意見書制度的理由，經過一定的討論，作者認為，核心關鍵應該只剩下兩項：民主正當性與透明性之需求，法院之威信與判決之說服力，雖然這兩者也經常難以避免各說各話與主觀猜測<sup>70</sup>。在無意以「是否應該繼續維持或廢除憲法法院不同意見書制度？」為問題意識的情形下，如此之討論要有意義，顯然跟掌握該制度之核心精神與目的，乃至於進行一定程度之改革或形成思考，有著密不可分的關係。由於在這兩項爭點上，德國學界的辯論不脫前述所面所整理的各家說法，特別是第 47 屆法律人年會上的臚列，因此作者在此先打住，

---

*Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 1. Aufl., 2011, S.408ff.

69 轉引自 Julius Federer, a.a.O.(Fn.8.), S.521.

70 例如 Wilhelm Karl Geck 即承認「各種不同職業之法律人認為：邦憲法法院之不同意見書制度，對於該法院之威信及法官之形象似乎沒有積極或消極的特殊影響」，字裡行間，同樣是主觀的猜測，談不上學理上的思辨；相關討論請參見 Geck 著，朱武獻譯，〈憲法法院之不同意見書對憲法法院之威信及其裁判之影響〉（*Die Auswirkungen von Sondervoten in Verfassungsgerichten auf die Autorität der Gerichte und ihrer Entscheidungen*），《輔仁法學》，4 期，台北：輔大法律學院，1989 年 7 月，91 頁。

不進行那些理由的討論，留待之後提出本文理論向度時，再加分

## 伍、晚期發展——1990 年代德東各邦之制度形成過程

基本上觀之，德國有關特別是憲法法院是否應實施不同意見書的討論，不管是理論或實踐，都大致出現在 1970 年代之前，也就是聯邦憲法法院成立的前二十年，隨著 1970 年的開始施行，自然累積了一些經驗與觀察<sup>71</sup>。引發作者興趣的是，隨著 1980 年代末期的東歐政權垮台，1990 年伊始，新加入聯邦德國的德東地區各邦，亦紛紛建立起各自的邦憲法法院法制架構，理所當然的，「憲法法院應否、如何實施不同意見書制度」亦成為重要的議題之一。作者的問題意識是：自 1970 至 1990 的約 20 年光景，聯邦憲法法院已累積不短時光的不同意見書制度運作經驗，如果極為正面或無甚爭議，那麼德東各邦之法政策形成過程中，就應該較無障礙的順暢銜接，而假使實際情況非盡如想像，那麼原因究竟出在哪裡？藉著德東各邦法制準備過程之觀察，或許可以看出一些端倪。當然，即便同屬憲法法院，聯邦與邦之層級仍然有其差異，未必考慮因素相同，例如曾任德國薩爾蘭邦憲法法院法官的憲法學教授 Wilhelm Karl Geck，即認為：《為採納不同意見書制度，法官應遠離提名之政治團體，以避免危害法官之中立性，及

---

71 中文部分的討論文獻，請參見李建良，〈不同意見書與釋憲制度——德國與我國法制實務的比較研究〉，86 頁以下；陳淑芳，〈法院判決之不同意見書——德國法學界對此一問題之討論〉，126-127 頁；Geck 著，朱武獻譯，〈德國邦憲法法院不同意見書之未來法制方向（上）〉，168 頁以下。

危害保障其中立性之法官獨立性，概括看來，其對邦憲法法院法官危害之程度，似乎較其對聯邦憲法法院危害之程度大》<sup>72</sup>，這當然與邦憲法法院法官「通常」沒有任期限制，同時因為地域因素，而在實務上較易察覺出「法官與政治團體勢力接近」的現象有關。然而，在德東各邦的法制建構過程中，從之後的論述可以看到，此一角度即便有關，但卻掩飾不了「立法者仍然回顧憲法法院實施不同意見書制度之原始爭點」的特徵，也因此，在聯邦憲法法院實施該制度二十年後，如此之觀察特別有其意義。

另一作者想要提出的觀點是，走過社會主義而邁入資本主義體制法秩序之社會，包括屬於東歐陣營之舊東德各邦，在其新興的憲法改革/革命浪潮中，在這裡所討論之不同意見書制度上，究竟有無可能滋生不同的思維？有著不一樣的法政策思考路徑？當然，由於東德係採行「各邦獨自加入」原西德之聯邦德國體制，畢竟與東歐各國之全面建構新的憲法秩序不同，也因此，至少在我們的問題脈絡下，可能看到的只是西德經驗的全然複製，包括思路與具體形成，但是作者仍想透過些許討論，企圖找出一定的回答。假如說，1989年起的東歐社會主義政權垮台，隨後興起的立憲運動，能夠帶給我們什麼啟示的話，Ulrich K. Preuß 說得很好，就是憲法不只是一要用來創設新的制度。當時的人們為了要追求改造經濟體制，深深的體認到，社會所需要的憲法規範體制，

---

72 Geck 著，朱武獻譯，〈德國邦憲法法院不同意見書之未來法制方向（上）〉，192頁。直接針對邦憲法法院之不同特性，以至於影響實施不同意見書制度的一些考慮，亦可參見更詳細的 Christian Starck, Sondervotum überstimmter Richter und Bekanntgabe des Abstimmungsverhältnisses – de lege lata, in Starck/Stern/Bachof/Geck/Schmidt (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Bd.1, 1. Aufl., 1983, S.155。

或許不只是不應該壓制社會自主形成的力量，而是更應進一步的思索，如何協助社會的力量釋放出自己的創造性<sup>73</sup>。換言之，觀察憲法秩序核心之「國家與社會關係」的概念，從古典自由主義的二分法，到社會主義的「混同法」，Preuß 提醒說，或許我們應該找到另外一條道路，就是把憲法定義為「提供社會自我形成、自我理解過程的法律理性形式」，讓社會能夠透過這樣的過程，以在權力的對抗關係中追逐權力的方式，尋求不同的政治選擇，實現不一樣的社會進步，而且是在憲法適當的反映社會在各該當時的狀態之下，也就是憲法必須承認社會發展的現實，憲法不偽稱中立，不否認社會差異，但也不是自許萬能，宣告自己有解決所有社會系統內部問題的能力，而是要反思與反映社會之現實，提供社會的力量對抗過程一個理性的制度條件與管道<sup>74</sup>。也就是說，從東歐憲法革命之經驗看來，憲法雖然透過法律的形式，提供社會一個穩定的、可計算的、可重複的、可維繫的制度基礎，但是重點卻應該在於：憲法也同時釋放了「追求不斷變更與改造的動力」，讓社會得以在憲法作為理性基礎的前提下，自由的尋求自己不同的生存形式。也就是說：一個符合新時代需求的憲法理解與憲法形式，應該是並重安定性與社會的自我變更能力與可能性，而貫穿的主軸則是「追求社會進步的持續性」（Kontinuität des Fortschritts）<sup>75</sup>。個人以為，這是一項觀察

---

73 Ulrich K. Preuß, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, 1. Aufl., 1994, S.11f., 27f.

74 Ebd.

75 Ulrich K. Preuß, Zu einem neuen Verfassungsverständnis. Wie kann der Geist der Revolution institutionalisiert werden? in Frankenberg(Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, 1. Aufl., 1994. S.117f.; ähnlich auch

相關問題的重要基點：究竟德東各邦在建置邦憲法法院的過程中，是否仍然只聚焦於昔日德國法院傳統或法院/法官威信的陳舊思考，還是眼望同時期之東歐憲法革命與憲政秩序之重組發展，意識到新興憲法任務之改變，因而從社會回想法律與制度，替憲法法院的不同意見書制度找尋一應有的規範性座落？。

限於篇幅與時間，本文不一一介紹所有建立憲法法院系統的德東各邦，只準備聚焦於麥佛邦（Land Mecklenburg-Vorpommern）與薩克森邦（Land Sachsen），前者是實施不同意見書制度的典型，立法形成過程中有較詳細的論辯，而後者最終否決設立之。在《麥佛邦憲法法院法》之立法過程中<sup>76</sup>，原先邦政府於1994年2月所提出之草案（LVerfGG MV），並未有任何不同意見書制度之明文，也未容許公布表決結果，相反地，草案第26條卻同時規定：「憲法法院法官對評議之作成與表決，均有緘默之義務」。邦議會法制委員會針對令人意外的邦政府草案，特別召開專家諮詢會議，徵求各方意見；以下是幾位主要鑑定人之看法<sup>77</sup>：

- 麥佛邦行政法院院長 Klaus Haack，反對實施不同意見書制度，亦不贊同公開憲法法院的表決結果，因為全體法官必須共同承擔合議法院之判決結果，否則「將有害法院威信與法院判決之效力」，因為一旦公布，將使法官畏懼公眾與政治勢力之批評，是以必須「避免讓法官效命於特定的利益團體與政黨」，以至於

---

Karl-Heinz Ladeur, Postmoderne Verfassungstheorie, in Preuß(Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, 1. Aufl., 1994, S.304ff.

76 以下之介紹主要參見 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.114ff.

77 以下意見整理均請參見 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.115f.

利用不同意見書之公布作為手段，當然，**Haack** 院長認為當無必要不准法官向法院內部提出不同意見，易言之，重點在於「不應公布」，不應為外界所知悉，不論是表決結果或個別法官之批評多數意見；

- 麥佛邦法院院長 **Rainer Hausmann**，雖然承認憲法法院之公布不同意見與表決結果，係「現代法律思考的表徵」，但是「合乎現代不代表就是與本質相容」。**Hausmann** 院長以為，如果可以公開的表達法院內部之歧異性，那麼法院的判決就很難期待發揮安定作用，而只有憲法法院遭逢艱難重大的政治問題，法官將面臨外界的政治壓力，實施不同意見書公布制度，將只會使法官選擇向支持他的力量表態，進而做出違背實質的成見之爭。最後，針對不同意見書可以刺激學術發展的觀點，**Hausmann** 院長表示難以理解，並建議只要在法院判決中同時臚列並衡量不同之觀點論證，無須假借不同意見書，亦可達到相同的目的；
- 哥廷根大學（**Universität Göttingen**）公法學教授 **Christian Starck** 則提出，個人雖不反對不同意見書制度，但在建構麥佛邦憲法法院之問題上，他卻表示保留：或許邦憲法法院應該先運行一段時間，例如 15 到 20 年，觀察究竟會有多少的案件進入憲法法院，逐步建立起自己的形象與威信，如果這樣的目標與想法可以被支持，那麼「建立起邦憲法法院的一開始，就實施不同意見書制度，讓少數的法官藉由不同意見而立刻挑戰法院判決，實屬不智」。**Starck** 教授亦認為，賦予法官們公布不同意見書之權利，確實存在著為突顯其個人，進而怠於追求同僚們共



識之危險<sup>78</sup>；

- 漢堡邦（Land Hamburg）憲法法院院長 **Helmut Plambeck**，認為憲法法院畢竟與其他一般法院不同：本於憲法法院的特殊地位與任務，不同意見書應該是法政策上重要的工具與手段，以便穩定憲法發展，指引未來方向。**Plambeck** 院長亦以自己在漢堡邦憲法法院之經驗為例，認為從未有「法官被政黨綁架」之情形發生，反而是法官一經任命，便展現與提名之政黨保持距離的獨立性，因此實無須過度擔憂不同意見書制度會損及法官獨立之問題，但同時，**Plambeck** 院長卻認為並無公布表決結果之必要性；
- 漢堡大學（Universität Hamburg）公法學教授 **Ulrich Karpen**，建議麥佛邦法制委員會的成員們，應仿效聯邦憲法法院之經驗，制定類似《聯邦憲法法院法》第 30 條第 2 項的不同意見書制度。**Karpen** 教授以為，就因為是憲法法院，所以不應假裝而執著於一致見解的外觀，因為當事人根本就知曉相關問題與程序之豐富政治性，高度爭議性；再者，不同意見書確實有指引未來發展方向的功能，例如聯邦憲法法院多件案例即可證明，總而言之，至少在聯邦憲法法院之上，看不出法官間之和諧、法院判決之一體性，有因不同意見書而受到任何的危害；
- 基爾大學（Universität Kiel）公法學教授 **Albert von Mutius**，贊

---

78 有趣的是，**Christian Starck** 教授同時身為邦國事法院法官的下薩克森邦（Niedersachsen），甚至在德東地區諸邦之後，直到 1996 年方修法通過實施不同意見書制度，就在四個月之後，**Starck** 教授自己提出了下薩克森邦國事法院史上的第一份不同意見書（StGH Nds MBl. 1996, 1854ff.）；相關討論請參見 **Christian Eggeling**, a.a.O.(Fn.15.), S.127f.

同同時實施不同意見書與公開評議結果。從聯邦憲法法院之經驗出發，法院判決之威信、說服力與接受度，都沒有受到絲毫的損傷，而說法官可能受所來自之政治社會力量之影響，公布不同意見將使之喪失獨立性等說法，von Mutius 教授認為從未看到過，相反地，隨著選舉的結束，法官反而經常自我調整功能與論證方式，以便表示自己不受民意、不受新的政黨政治路線之牽引。

經過多次的委員會與院會之討論，多數見解慢慢傾向於贊成不同意見書制度，多所肯定它對於憲法發展之積極貢獻，之後的辯論焦點，逐漸轉為「是否應於法院成立同時立即實施？」，顯然，Starck 教授的警示起了一些作用。雖然在委員會的階段中（1994年6月），曾做出「草案第26條增列第5項，規定法官得公布不同意見書，但該項應自2002年1月1日起施行」決議，換言之，依照 Starck 建議般的先推遲相當時日以建立憲法法院威信，但最後在1995年元月的院會中，邦政府提出同樣立即施行的該條第5項增訂條文，立法理由中特別寫道：《沒有理由認為，邦憲法法院之成員，不應在法院成立之同時，以負責任之態度與不損及法院形象之方式，公布自己之不同意見書》，最後，得到院會之表決通過，正式納入《麥佛邦憲法法院法》之中<sup>79</sup>。

與麥佛邦一開始類似的，薩克森邦政府1992年11月提出之《薩克森邦憲法法院法》（SächsVerfGHG）草案中，第13條即明文不採取不同意見書與評議表決結果之公布制度，也就是清楚的決定不準備移植《聯邦憲法法院法》第30條第2項的作法。在立

---

79 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.118f.

法理由中，邦政府說明：「在憲法法院創建之初，貿然實施這兩項制度，只會相對化、而非強化法院判決之威信，看看聯邦憲法法院也是在創立 20 年後方施行之，而大部分的各邦憲法法院，亦未跟隨聯邦憲法法院之後塵」<sup>80</sup>。同樣在邦議會法制委員會的審查中，有數位專家受邀列席提供意見，包括<sup>81</sup>：

- 布萊梅大學（Universität Bremen）公法學教授、也是布萊梅邦憲法法院法官的 Alfred Rinke，極力支持不同意見書制度，認為「它是合乎民主的、溝通言說的法律理解之象徵」，不同意見書之公布，將得以戳破公眾早就不相信之所謂單一的正確假設，同時使審理過程更加透明，提昇對於法院之公共控制的可能性。面對經常出現之「憲法法院法官會濫用不同意見書以爭取連任」質疑，Rinke 以為，即便真的有如此之顧慮，那麼只要在制度上，讓邦憲法法院法官類同於聯邦憲法法院同僚們之保障，例如較長的選任期間、三分之二較高的評議通過門檻、分段任期的設計、禁止連任等，就應該得以排除這種可能性，而《薩克森邦憲法法院法草案》之設計，除了得以連任這一點外，其他均與聯邦憲法法院相同，是以，實施不同意見書制度而遭濫用的機會，著實不大；
- 柏林邦（Land Berlin）內政與體育部長、公法學教授 Erhart Körting 則以為，由於邦憲法法院之判決向來受忽視，因此反而可以藉由不同意見書之公布，刺激邦憲法之繼續發展，同時，社會既然多元，憲法法院法官之來源亦是多元，則正好應該藉

---

80 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.119.

81 以下專家之見解整理均請參見 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.120f.

由不同意見書來形式與實質上顯現多元。但相對的，杜賓根大學（Universität Tübingen）公法學教授 Hans von Mangoldt 卻提出相反的觀察，認為邦憲法之發展，相當程度取決於豐富的邦憲法法院裁判，而像薩克森邦這樣都是兼職或甚至榮譽職之法官，事實上根本難以期待，特別是非法律人之榮譽職法官，恐怕來自於單純的政治觀點，充斥著不合格之憲法論述的不同意見書，將是貿然實施的可能弊病。至於「不同意見書展現多元」之論點，Hans von Mangoldt 以為根本弄錯重點，多元應該在法院內部評議程序中展現，而非透過對外之判決。

在接下來數個月的多次冗長辯論中，左右兩派政黨不斷的重複上述正反觀點：社會民主黨極力強調不同意見書之好處，同時警告應放棄「脫離現實之判決無瑕疵與單一正確性的假設」，「切勿回到威權式國家的司法理解」，因此應該實施公布不同意見書的作法。相對的，執政的基民黨則不斷堅持，認為評議秘密原則仍然應該固守，貿然的容許公布不同意見，只會傷害法院威信，降低判決之公信力，再者，真正脫離現實的，應該是「不同意見書居然會給法官與當事人帶來和諧與安撫之作用」。最後，與前述麥佛邦，乃至於其他德東地區之柏林邦、布蘭登堡邦（Land Brandenburg）、圖林根邦（Land Thüringen）、薩克森安罕邦（Land Sachsen-Anhalt）不同的，薩克森邦擁有唯一無不同意見書制度的邦憲法法院體系<sup>82</sup>。

吾人可以清楚的看到，德東各邦在邦憲法法院創立之際，在有關是否應實施不同意見書制度的辯論上，再加入知名公法學者

---

82 Christian Eggeling, a.a.O.(Fn.15.), S.125f.

與現在憲法法院法官之諮詢鑑定，令人印象深刻的，基本上均未超脫 1960 年代末期之爭點議題，特別是對相同事項的主觀評價之差異，這究竟本於發言者個人之主觀想像、印象或甚至偏見？抑或來自於各人自身的觀察整理，不論本人是否擔任憲法法院法官？換言之，觀察至少前述麥佛邦與薩克森邦之立法形成過程（其他各邦則幾無稍有意義之辯論），「對於不同意見書制度的主觀好惡」，可能仍然是不同觀點立場之貫穿主軸，如確屬如此，則未必有太大意義試圖從客觀理論的角度，去認真的思辨該制度之正當性。作者必須遺憾的說，聚焦於德東各邦之經驗，在德國公法學界之場域上，我們似乎仍難看到更進一步的思索不同意見書之問題關聯：贊成者，並沒有更深入的試圖探索，找尋出不同意見書制度在全球化當代之制度性功能，進而提出或許需要的續造發展之建議路徑，而反對者，雖已少見諸如過去「不同意見書不合德國法傳統、秘密評議制度不容破壞」的講法，但也拿不出更強而有力的、特別是符合時代精神與氛圍的排斥理由。這些現象當然可能有其實務反思之原因，例如聯邦憲法法院顯然在運用上的相當克制<sup>83</sup>，或是某個曾令人印象深刻的負面例子，但是在理論層次上，仍應有必要與意義，去探討當代不同意見書制度的體制上功能與作用（如果有的話），乃至於可能存在或內含的正當性；可惜的是，德東經驗沒有帶給吾人太多的積極性啟發，套用前述 Ulrich K. Preuß 的概念：「追求社會進步的持續性」，沒有，在邦憲法法院創建之形成過程上，我們看不到如此角度之反省與思索。

---

83 類似的觀察例如 Klaus Schlaich/Stephan Koriath, a.a.O.(Fn.40.), S.38f.

## 陸、本文觀點：司法權之民主正當性找尋作為基點

從前述德國學界與立法形成過程中看到的爭辯，可以發現，除卻主觀上之特別是針對法官個人態度立場之臆測，真正不同意見書制度的核心內涵，其實無非「民主與透明需求」、「法院/法官/判決威信」兩項，而這兩者之間復呈現微妙的牽連關係。換言之，雖然在許多尤其是反對實施不同意見書制度的論述中，都一定程度的隱含「藉由不同意見書所達成之民主需求的滿足，將仍然不敵對於法院及其判決威信之傷害」，也就是將兩者作內在結構上的對立，維護其一就必然損害其他，而雖然不反對民主，但卻同時在權衡比重上著手，明示暗示著一旦法院與其判決之威信不保，則無異同樣損及民主，或說：如此之符合民主需求，又有何益？然而，或許問題的真正關鍵就在於：

- 法院的威信，是否必須要靠外觀上一致而無異議的判決？
- 法院的威信，是否反而可能來自於一定程度的反映民主？
- 法院的威信與民主的需求，是否可能根本是一體的兩面？
- 將法院威信與民主需求對立，是否立基於一錯誤的前提？
- 錯誤前提，是否來自不正確的當代法律所處環境之認識？
- 應該找尋何一向度（Dimension），重新建構憲法訴訟任務？

顯然迥異於普通法院，必須面對尖銳之重大政治性議題，直接挑戰包括具備民主正當性之立法權的國家公權力，掌握抽象卻又對於社會發展有著關鍵意義之憲法條文的解釋、憲法規範性的推衍，毫無疑問的，憲法法院必須放在不同的脈絡下去看待與觀

察，特別是它面對美國學者 Alexander Bickels 所提出的著名概念「反多數決困境」(counter-majoritarian difficulty) 之時<sup>84</sup>。簡言之，承載法與政治間最重要橋樑的憲法法院，既不能完全屈從於政治，喪失自我維護憲法規範性之認知，但也無法自限自許為單純的法院，眼中只有威信與一致性表徵的權威，甚至變成眾所畏懼的「司法國」<sup>85</sup>，進而忽略 Otto Depenheuer 所說的「國民的憲法意識」，而僅記得法院自己的憲法認識<sup>86</sup>，相對的，如同流亡美國之猶太裔德國憲法學者 Karl Loewenstein 所言：「美國聯邦最高法院之分裂投票，正顯示出，法院不但有活力，對於社會波動感同身受，甚至自身參與社會之進展，而公共意見就在這些波動與進展中。在快速變遷的當代，只有一個聲音，絕對是最高法院應貼近現實的最壞徵兆」<sup>87</sup>，這或許才是問題的真正關鍵。「法與政

---

84 Bickel 在他的 *The Least Dangerous Branch-The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962 中，提出此著名概念；參見 Ulrich H. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, 1. Aufl., 1998, S.21.

85 Ernst-Wolfgang Böckenförde 的名言：「從議會的立法國到憲法法院的司法國」，相關討論亦見 Wolfgang Knies, *Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“? Das Bundesverfassungsgericht und die gewaltenteilende Kompetenzordnung des Grundgesetzes*, in Burmeister(Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: FS Klaus Stern*, 1. Aufl., 1997, S. 1157。

86 Otto Depenheuer, *Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? Das Verfassungsbewußtsein der Bürger als Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in Ziemske/Langheid/Wilms/Haverkate(Hrsg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik: FS Martin Kriele*, 1. Aufl., 1997, S.485.

87 轉引自 Julius Federer, a.a.O.(Fn.8.), S.521.

治」、「法與社會」的論題，應該是吾人討論不同意見書制度的重要向度，只有清楚的掌握之，方能周全的回答有關民主需求與法院威信之看似矛盾對立、實則必須一體觀之的疑問，這樣的問題顯然會在歐陸法體系中尤顯其艱難，因為掌握在憲法適用者手中之抽象的憲法規範，如何在國民主權原則下，與國民意志、民主維繫一應有的關係，不致於落入所謂的「使國民噤聲/幼稚化」（Entmündigung des Volkes）、「令國民主權與真正的國民脫離」，進而形成「德國基本法實踐，在國民之政治意志形成上，留下令人遺憾的漏洞」之結果？<sup>88</sup>如同 Rudolf Smend 所評價的：德國國家法學，在憲法的核心結構中，沒有提供令人滿意的民主理論，事實上，民主變成德國國家理論令人頭疼的問題子女（Schmerzenskind）<sup>89</sup>，這是客氣的講法了，它無異告訴我們：憲法事實上沒有提供多少民主的核心內涵與軌跡。

可以從兩個角度來看憲法與社會現實之相互關連問題：首先，聚焦於憲法法院之任務，無非在於運用對憲法條文文義的理解，去做具有拘束力的最終評斷，是以，出發點當是「憲法條文」。公法學者 Friedrich Müller 便認為，要處理憲法文義/條文與社會現實之間的關係，就必須區別所謂的「規範條文」（Normtext）與「規範」「Norm」的不同。「規範」復包括兩個部分，一為「規範指向」（Normprogramm），它是一種規範性意涵上的標準，其中清楚的明列構成要件與法律效果，透過對於規範條文的所有語言資訊上的處理與整合——換言之：透過「解釋」——

---

88 這是 Peter Cornelius Mayer-Tasch 的說法，轉引自 Ulrich H. Haltern, a.a.O.(Fn.84.), S.23.

89 轉引自 Ulrich H. Haltern, a.a.O.(Fn.84.), S.23.



法律的適用者可以得出此「規範指向」。「規範」的另一部分稱之為「規範領域」(Normbereich)，它則是透過對於事實的觀察、檢視與評價，所得出之對於許多事實變數的經驗分析。「規範領域」必須取決於「規範指向」，也就是說：「規範指向」必須找尋出建立「實踐規範性」(praktische Normativität)所需要的「規範領域」，換言之，「規範領域」是「規範指向」所找尋出來的作為自己描述對象之社會現實，是以，只有在「規範指向」的基礎上，方有可能進行符合法學方式的「規範領域」之描述與分析，而成為整體法規範具體化的組成部分之一<sup>90</sup>。Müller 的說法告訴我們一個重要的基本問題：「社會現實」當然應是憲法規範性所應涵及的範圍，兩者不能彼此超脫分離：吾人既不能誤認憲法規範性是一回事，社會事實只是冷眼旁觀的另一層次，亦不能誤會憲法規範性當然可以左右或主宰社會現實，或甚至等於社會現實。其實更精確一點的講法應該是說：「規範領域」與「規範指向」的辯證式關係的理解。法律來自於社會現實，以對之的一定評價為基礎，建立自己體系的規範性，或套用 Müller 的概念：也建構自己的規範指向，然後在一「相互考察」的結構中理出規範領域，但此規範指向本身保持一定的開放性，容許規範領域再「反思」回來的可能性，否則就只有碰到臨界點時之修法問題。到此，我們可清楚的看到，既使在當代的公法學方法論中，亦已看到「規範性與事實」的複雜關係，而早早捨棄「規範性的單向描述方式；但 Müller 的詮釋也正好告訴我們一個核心點：切勿遺忘規範性對社會現實的「篩檢作用」，也莫忽略社會現實對規範性的「反思作用」。

---

90 Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 6. Aufl., 1995, S.266ff.

另一個角度，則無非「法律來自於社會基底」的問題：整體法律規範體系，當然是因應社會生活需求之用，它必須建立在對於社會事實的一定評價與定性基礎上，然後方得利用它的技術性結構與設計（不同層級的法源、法釋義學工具、法律適用者及行動者之角色及功能分派等），去規制社會生活，或說：去提供社會成員穩定的行為規則體系。然而，無可諱言的，「對於社會事實的一定評價與定性」，對社會行為作含帶價值判斷的檢驗與預測，這些工作無疑的既是法律的出發點，整個規範體系的基礎，卻也是它的阿基里斯腱，因為，法律必然是接受一套「某種社會力量」所賦予的評價結果，它的整體建築才有立基灌漿營造的可能，法律本身的「內造」功夫，不管它的來源是叫做「正義<sup>91</sup>、自然法<sup>92</sup>」或其他種種，其實皆無違於「法與社會體系」的這一層譜系學關聯，因為它只是法律的理論家們，在如此之「社會力所形塑之基礎與結構中」，去作贊同性或批判性的推衍知識功夫而已。無可否認的，從實証考察的觀點上來看，法律結構的基於特定前提，基於法律體系本身所難以或甚至無法挑戰、懷疑與動搖的基礎假設，卻是相當清晰明白的，這也就是 Christoph Degenhart

---

91 例如 John Rawls 的正義論，就經常遭批評其犯下合理化現實狀態的毛病，是否是其理論上的詮釋必然，頗值討論，關於對其批評，可參閱社會學方面的著作 Johano Strasser, *Leben oder Überleben- Wider die Zurichtung des Menschen zu einem Element des Marktes*, 1. Aufl., 2001, S. 65ff. Rawls 對自己的辯護，可參考其較新之論著：John Rawls, *Politischer Liberalismus*, 1. Aufl., 2003, S.404ff., 494ff.

92 Ingeborg Maus 極力批評法律人、特別是憲法法院的愛用自然法論證，一種「比實證法更優的超實證法偏好」；參見 Ingeborg Maus, a.a.O.(Fn.1.), S. 62ff.

所稱的「法之體系忠誠性」<sup>93</sup>：法律來自特定的體系，建立、運作於該體系之內，就必須有符合體系的邏輯與理性。如果這樣的觀察是正確的，那麼一項不論稱之為「法律體系內」或「法律體系外」之基本問題，可能就不免誕生：假如作為法規範體系基礎的社會事實評價，所謂規範性的描述與方向設定，被社會體系、不同的社會力量所質疑、挑戰，或甚至企圖推翻時，法律如何面對？法律究竟應該如何反思（**Reflexion**）社會的變化，如何解讀自己被命定無法改變的基礎條件？在憲法法釋義學的工作領域中，此一問題尤其明顯：假如法律、法學本身無法處理作為背後基礎的社會現實，應該這麼說：如果無法藉著法釋義學的工具，去「價值性的」判讀社會現實之變遷或演化，那麼，法釋義學的工作如何能持續下去？既然不能中斷，那麼，法律是否只有在接受一個特定「外部」，也就是法律以外的社會、經濟、政治、文化等領域之「答案輸入」的情況之下，才有回溯法律系統內繼續忠於本分的可能？Habermas 的名言：「現代的法已經脫離理性的理性法（rationales Vernunftsrecht）的世界，從 Marx 到 Luhmann，社會都不再是由法，而是法由社會來理解」<sup>94</sup>，其實，早已點出了相同的問題。

從以上簡單的討論可發現，「法與社會現實」這一組特別的問題關聯，在整個法秩序中，著眼於抽象普遍法規範層次上之最終拘束力裁決者，顯然就是憲法法院。掌握著有限、抽象、甚至保

---

93 Christoph Degenhart, *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, 1. Aufl., 1976, passim.

94 Jürgen Habermas, *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter*, *KJ*, 22-2, 1989, S.143.

留空白的憲法條文，處於相對明確的制度框架，卻又要眼望未來社會之發展，提供一定程度的開放性，身兼控制者與調控者之雙重角色，複雜的面對 Friedrich Müller 所言之「規範指向」與「規範領域」，憲法法院之任務確實艱鉅。憲法其實未必提供清楚的規範指向，或說：準確的規範性內涵與指標，如同法學者 Dieter Simon 所說的：「有關法官應受法律之拘束，原則上並不存在法技術上的、方法論上的、或是制度上的確保機制」<sup>95</sup>，亦即，面臨如此複雜的憲法適用工作，自限於「憲法法院之應受憲法拘束」，只是複誦一根本無須深究的基本原則，因為困難既不在此，遭逢的質疑與批判，也未必能穿透證立憲法法院的「失職」，最後僅停留於各說各話：殊不見論文一開始所引據之法哲學家 Hart 之語：「終審法院對法律是什麼，有最後的決定權，一旦作出表示，任何指摘法院錯誤之說法，在體制內皆不能產生作用，因為沒有任何人之權利或義務因而有所變動」<sup>96</sup>？作者的意思是：正因為憲法法院「處於憲法與社會現實複雜辯證關係」的如此特性，過度強調「憲法法院本身作為法院之威信、特別是建立在所謂評議秘密原則與一致性決定基礎之上之權威」，恐怕不是緣木求魚，就是過份簡化了法院與法官之承載能力，更可能是出發點的根本錯誤。

作者的企圖已昭然若揭：個人以為，要探索憲法法院不同意見書制度之本質，必須聚焦於民主要求，也就是民主原則之拘束上，就如同著名的民法與羅馬法學者 Helmut Coing 之所謂

---

95 Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1. Aufl., 1975, S. 88; zitiert nach Karl Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1. Aufl., 1979, S.153.

96 轉引自 William J. Brennan Jr. 著，法治斌譯，〈為不同意見書辯護〉，40 頁。

《justitia protectiva》—正義的要求，提醒「所有人之於他人的權力，都必須加以限制，無限制的權力，根本就牴觸法律」<sup>97</sup>，問題自然直指司法、特別是憲法法院的民主正當性與民主拘束。這並非新興的議題，如果只聚焦於晚近之學理研究，或可以下面兩份較新之分析為例，重新回顧此一年代已久的古典問題。Axel Tschentscher 在其名為《第三權之民主正當性》(Demokratische Legitimation der dritten Gewalt) 的升等教授資格論文中，先以聯邦憲法法院所建構之民主內涵為據，分析顯然德國公法學界同樣遵循的所謂「民主正當性的組織—形式模式」(organisatorisch-formales Modell demokratischer Legitimation)，其中又分為三個不同層次的模組，包括人事—組織上的正當性、功能—制度上的正當性、實體—內容上的正當性，指涉五項民主正當性的結構要素，係指高權行為作為對象、國民作為主體、形式上的權責歸屬作為手段、代議制與多數決原則作為實踐、政治公民權作為必要的條件等<sup>98</sup>。

Tschentscher 以為，建立在聯邦憲法法院裁判實務上的國家公權力之民主正當性理解，在特別是地方自治團體以及其他功能性之自治領域中，具有相當之說服力，但相對的，於性質上屬於獨立機關、亦即不存在選舉產生權源之場合，最明顯的例子自然是作為第三權的法院，則顯然捉襟見肘，因為如果這些機關獨立行使職權，享有充分的決定自由，又要如何從民主的角度上自圓其

---

97 轉引自 Karl Larenz, a.a.O.(Fn.95.), S.144.

98 Axel Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 1. Aufl., 2006, S.51ff.

說：這些獨立機關還是受國民意志之拘束<sup>99</sup>？雖然聯邦憲法法院並非沒有試圖緩頰<sup>100</sup>，但 Tschentscher 仍然正確地指出其缺憾，因此發展出另一所謂的「民主正當性的控制模式」（Kontrollmodell demokratischer Legitimation）：直接站在審議民主（deliberative Demokratie）之立場，提出「以溝通言說之控制（diskursive Kontrolle）來滿足高權行為的正當性需求」<sup>101</sup>。他提出一很重要的論點：對司法的民主正當性控制，首在「潛在之內容控制」（potentielle Inhaltskontrolle），易言之，在「組織—形式模式」中最重要之人事—組織上的正當性，例如憲法法院法官之經過政治提名、同意與任命，顯然其重要性就必須退讓（雖然同樣必須繼續滿足），取而代之的自然是實體—內容層次上的正當性問題，在此，憲法法院是否具有民主正當性，關鍵在於「是否受憲法實體內容上的拘束」，例如簡單的公式：「法律調控效力越強，判決與其他司法行為的民主正當性需求程度就越高；法律拘束越弱，則司法之正當性要求就越低」，防止司法專擅之監督手段，就必須搭配特定的程序條件，例如最重要的論證義務與程序開放性<sup>102</sup>；這是一項非常重要的參考線索。

---

99 Ebd., S.107f.

100 例如在知名的馬斯垂克判決中，對於顯然是獨立機關的歐洲央行，聯邦憲法法院有些尷尬地說：雖然德國聯邦議會與其選民，幾乎完全喪失監督權限，不過「依然存在得在規範上限制其權限的嚴格標準」，可見在獨立機關的場合，法院似乎只看到實體—內容上之正當性問題； dazu BVerfGE 89, 155(207f.) - Maastricht。相關討論亦見 Axel Tschentscher, a.a.O.(Fn.98.), S.110.

101 Axel Tschentscher, a.a.O.(Fn.98.), S.123.

102 Axel Tschentscher, a.a.O.(Fn.98.), S.224f., 226, 377.

Christoph Möllers 也在一本觀察聯邦憲法法院 60 年發展過程之論文合輯中，以《聯邦憲法法院之合法性、正當性與正當化》（*Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*）論文，直接探索憲法法院之民主正當性問題<sup>103</sup>。Möllers 分析道，學理上大致出現有六種詮釋聯邦憲法法院正當性之嘗試，包括：

- 以民主合法性來正當化憲法法院：因為法院應受憲法及「民主之法」的拘束，所以應具正當性，然而在憲法法院的場合，顯然特別的弱，例如聯邦憲法法院經常不尊重修憲立法者之目的原意<sup>104</sup>；
- 以民主程序之保障來取得正當性：這個主要來自於美國聯邦最高法院之所謂《代表—鞏固理論》（*representation-reinforcement theory*），雖然原始是為了保障少數之參與民主程序，亦即法院必須特別留意與嚴格，如果攸關「在民主程序中較少被代表之少數族群的事務」的話。在德國則引申為「所有政治共同體成員平等參與民主過程之保障」，惟在實踐中，經常出現批判者所說轉為「父權模式」的危險傾向：法院忽視了民主體系形成之動態與開放性<sup>105</sup>；
- 以保障聯邦體制之獨立性而正當化<sup>106</sup>；

---

103 Christoph Möllers, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in Schönberger u.a.(Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 1. Aufl., 2011, S.281ff.

104 Ebd., S.329f., 332.

105 Christoph Möllers, a.a.O.(Fn.103.), S. 333f., 337.

106 這項嘗試顯然在本文的脈絡中不太重要；dazu auch Christoph Möllers,

- 以自許「身為少數之保障者」而產生正當性：基於納粹的慘痛經驗，制憲者早認為，應給予包括反對黨與個人之少數，比較高程度的保護，是以在必要之時，聯邦憲法法院不但應對立法多數、甚至對修憲多數設限。惟少數保障的這個法院任務，一方面不見得與基本權有關，另一方面畢竟仍與普遍層次的正當性建構有別，是以僅能適用於特定問題關聯上的闡釋<sup>107</sup>；
- 以保障基本權而取得民主正當性：眾所周知的，聯邦憲法法院在維護人民基本權的工作上，成效卓著，特別是藉由憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）之運作。然而，識者不斷的警告，由於基本權的客觀法面向儼然成為憲法法院的最愛，佔據主流位置的顯然是所謂「去主觀化的基本權理解」（das ent-subjektivierte Grundrechtsverständnis），是以，Möllers 直言說，反而使得法院越趨政治化、需要越高的正當性，進而弔詭的，法院的論證就越形脫離憲法訴願的程序結構，換言之，從主觀法更走向客觀法、而從客觀法回頭解決主觀法之問題<sup>108</sup>；

---

a.a.O.(Fn. 103.), S.338ff.

107 Christoph Möllers, a.a.O.(Fn.103.), S.344.

108 Christoph Möllers, a.a.O.(Fn.103.), S.344, 350. 這種所謂去主觀化的基本權理解，支持者甚眾，例如公法學者 Ulrich K. Preuß 就有很精準的觀察，氏認市民法社會存在一先天的弔詭：整個法秩序都傾向於以「我的主觀權利」在描述著，透過如此的主觀權利結構，主宰著社會資源利益的分配，個人的自由權以「權力權限」（Machtbefugnis）的形式，建構社會關係，然而整個法卻是在規範個人相互間的社會與生活關係，如此的描述方式無異是採取「相互排除與區隔」的方法，又相互關聯又相互排拒，結果就是將社會的生活財，轉換為「排他的、可處分的、可轉讓的主觀權利」，以便在各該脈絡下得以具體化個人的利益，他認為這種透過主觀權利的結構而將「主體內部化」（Internalisierung des Subjekts）



最後，近年來出現所謂的審議與專家鑑定之正當化 (Legitimation durch Deliberation und Expertise)，亦即透過法官、法院、乃至於政黨間之獨立自主的政治性意見交換，也就是藉由公開交換贊成與反對之見解，在審議式民主之主軸上，使憲法法院擁有其正當性。當然，Möllers 提醒道，如此正當性模式仍有其疑慮，例如「所有利害關係人均應參與溝通言說」之假設，根本無法實現，同時也不符法院的制式程序，再者，如此模式只會更使憲法法院更加獨大，而非反之，最後，審議式民主的是否、以及如何受法的拘束，恐怕難以釐清<sup>109</sup>。

觀察 Axel Tschentscher 與 Christoph Möllers 對憲法法院民主正當性的探討，吾人可以發現，重點還是必須回到「憲法法院之作為獨立機關」的結構性特徵上，是以，除去最外顯而明確的民主程序聯繫—政治提名選任，其他唯一剩下來的正當性問題與泉源—兩者其實同一，就是「司法行為之憲法拘束」，換言之，裁判的實體內容；不論是基本權保障、少數族群保護、乃至於就立法者修憲者相應行為的合憲審查，憲法法院欲在整體民主體制中取得正當地位，唯一的途徑就是「對於憲法之理解與適用未逾越憲

---

之影響，就是變成一完全以權利交易作為結構的社會，進而喪失得以發揮整合功能的社會關聯，無從實踐社會正義，因此他主張一「以人性尊嚴為核心的價值秩序」，作為政治統治的形式，決定社會資源的分配與分享，形成自己的社會正義規則；請參見 Ulrich K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, 1. Aufl., 1979, S.11ff., 17, 282, 294f.

109 Christoph Möllers, a.a.O.(Fn.103.), S.351f.。類似的批評亦常見諸於政治學上的討論，例如 Chantal Mouffe, *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*, 1. Aufl., 2005, S.10.

法界限」，偏偏弔詭的是：至於憲法內涵與界限是什麼，由憲法法院自己決定之。到了最後，就如同 Tschentscher 所說的，既然憲法之「實體」由法院自己講，那麼意圖對之作民主正當性的控制，就只能試圖「透過對決定程序的控制，來間接控制實體內容」，答案自然就是法官的論證義務與程序的開放性，個人以為，不同意見書的公布，正好就是這兩者的重要表徵與助力，這就是作者所企圖論述的，必須從憲法法院民主正當性之建構工程中，找到不同意見書制度的功能性基礎。從政治學討論民主正當性的一些脈絡中，其實也可看到類似的軌跡：傳統的正當性思維下之正當性找尋，係循所謂的「順從模式」(Folgebereitschafts- bzw. Compliance-Modell)，亦即社會學家韋伯 (Max Weber) 提出之定義：人民非因暴力威脅而自願遵從統治秩序，也就是正當性的確信<sup>110</sup>，取代制裁、乃至於暴力手段的運用，成為統治維繫與功能發揮的關鍵，這也是聯邦憲法法院、以及德國公法學所揭諸之「不中斷的民主正當性連鎖」(ununterbrochene demokratische Legitimationskette)，背後所依循之理論基礎與思維<sup>111</sup>。然而，這種過度強調形式主義的說法，在當代蒙受很大的質疑與非難，於是學理上出現了諸多不同理解與定義民主正當性的嘗試，例如 Frank Nullmeier/Martin Nonhoff 便整理出三種常見的策略<sup>112</sup>：

---

110 同樣採取此說法者，如林依仁，〈民主正當性成分與其程度〉，《政大法學評論》，129 期，台北：政大法律學院，2012 年 10 月，79 頁。

111 Ernst-Wolfgang Böckenförde, a.a.O.(Fn.6.), S.299, 302。類似的說法亦見 Roman Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, 1. Aufl., 1971, S.214.

112 Frank Nullmeier/Martin Nonhoff, *Der Wandel des Legitimationsdenkens*, in Nullmeier u.a., *Prekäre Legitimitäten. Rechtfertigung von Herrschaft in der postnationalen Konstellation*, 1. Aufl., 2010, S.28f.

- 來自於人民作為主權體的正當性來源之外，也將例如「是否促進人民福祉」作為判斷標準，觀察有無「解決問題之權限」的「產出」(Output)，亦屬是否具備民主正當性的重要線索；
- 是否存在足以取代「選舉之民主過程」的其他功能上等值等價的機制，而這些機制同樣可以達成「選擇、控制、合理化義務」等民主功能，例如近年來最常被提及的手段：審議；
- 或甚至更根本地，在民主中找出其他足資與國民主權相當的其他價值，例如審議、少數保護、制衡、對抗個人私益與促進公益等。

前述所提到的詮釋民主正當性之新興策略，顯然有別於傳統透過「人民觀感與印象之蒐羅」所進行之實證性質的正當性研究，而因其偏向作質性的評價工作，經歸類為所謂《規範性的評價模式》(normatives Bewertungsmodell)<sup>113</sup>，不論強調與著眼的是正當性的投入 (Input)、過程 (Procedure) 或是產出 (Output)，重點都在於規範性的觀察與評估<sup>114</sup>。聚焦於本文所著眼之憲法法院、憲法訴訟制度，在同樣植基於「不中斷之正當性連鎖」，特別是本於憲法法院法官之提名、國會同意權行使與任命等程序性事項，進而得出其當然具備民主正當性的古典說法之餘，如此從規範性之評價角度所進行的正當性建構嘗試，當更具啟發。至於如何評價憲法訴訟制度，路徑顯然要回到憲法法院法官的主要工作：運用憲法以面對社會。曾任聯邦憲法法院法官的

---

113 Ebd., S.30f.

114 同樣提出這一點者，例如 Ingolfur Blühdorn, *Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*, 1. Aufl., 2013, S.219.

公法學者 Dieter Grimm 認為，不應以制定法之想像去理解憲法，憲法的最大功能，其實在於穩固「持續與變遷」(Kontinuität und Wechsel)，它藉由原則與程序，去保障更高程度的持續性，換言之，憲法的功能不在阻撓變遷，而是提升對於共識及正當性的要求，同時發揮拖延程序與決定的效果<sup>115</sup>，就像聯邦憲法法院自己多次說過的：《當在某一憲法條文所指涉的領域內，產生新的、過去所無法預見之構成要件，或是原先既存的構成要件，基於被捲入某一發展之整體過程中，進而以新的關係或面貌出現時》<sup>116</sup>，那麼，憲法條文的意義變遷就是可以、而且應該被接受的；一個特定時點頒布的憲法，面對每日層出不窮的社會現實，也只有如此，才有維繫自己的正當性，順暢實踐自己命定的任務。連結至前述「憲法法院作為法與政治之中介」的分析，法與現實既有如此微妙而複雜的辯證關係，而在最抽象與普遍層次負責說出「什麼是法？」的憲法法院，就必須更強烈的落實其論證義務，同時在拋棄「判決一致性」的虛惘假設與誠命下，正面的回應社會現實之多樣面—不論實體或意識，因為社會既在持續性的多元發展，憲法法院又能如何在相反而立基點上，固守其至少外觀上的單一見解，而沒有適度的反思社會變遷呢？審議式民主的形式有當代的重要意涵，但在撞見像憲法法院之類的獨立機關時，必須選擇不同內容的實踐；換言之，在這個脈絡下，重點可能不是什麼「所有利害關係人之參與」—這即便在憲法訴訟的層級上，仍

---

115 Dieter Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in Grimm(Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1. Aufl., 1996, S.633.

116 BVerfGE 2, 380, 401; BVerfGE 3, 407, 422; BVerfGE 7, 342, 351.

難以完全想像一，而是必須開啟與結合憲法的雙重開放性：內容形成與變遷的開放性，以及決定作成與論辯的開放性，前者是憲法規範性的論述與適用工作，後者則是意見意志形成過程的開放、不同論證立場的展現與交互影響，而兩者的重大交集，正好就是不同意見書制度。在如此的思維下，反而才有法院之威信可言，才有裁判之說服力與公信力的建立；個人認為，此方為今天思考不同意見書制度的關鍵所在。

## 柒、結語

回顧一下前述法學者 Rudolf Wiethölder 的話《……法律所身處的死寂般的孤立……法律已逐漸衰竭，它不再是政治社會所帶來的貢獻，也不再能對政治社會發揮什麼功能，更不是一為人所重視的文化現象。今天吾人對法律的理解，已經無法藉著法律的自我認識中導出，因為法律根本不知道自己是什麼。我們的法律是無意識的》；作者認為，對於解決這些問題更加責無旁貸的憲法法院，台灣的司法院大法官，無疑責任艱鉅而重大，雖然並非不可能的任務。在此目的下，大法官們的不同意見書，應該可以發揮正面的助力與輔助功能，透過更詳細的論證、更細膩的與多數意見進行對話—當然，多數意見也必須同樣報李投桃，更重要的：與社會不同力量做溝通言說，取代昔日「Hart 所稱最終決定權在手之後的虛妄、淪為威權式的權威」，如此一來，不只不同意見書制度會受肯定，不會影響所謂法院/憲法法院法官之威信，更加滿足司法之正當性需求，所謂憲法的法治國與民主國秩序，方得更進一步。Dolf Sternberger 的所謂《憲法愛國主義》

(Verfassungspatriotismus)：現代公民的國家認同，不是靠文化、借由族群，當然更不是靠有權力的法官們之一致判決，而是憑藉對於憲法價值與原則的共識<sup>117</sup>，如果有的話，作為德國人民最信賴與喜愛之憲法機關的聯邦憲法法院，或許可以給吾人一個借鏡的目標，例如在相關問題的思考上，例如在某些制度的實踐上。當然，特別是在反多數決困境下的尷尬處境中，德國學界所曾經出現之反省，例如論文一開始提到的 Ingeborg Maus，例如不斷聽到的「相對於制定法之法官法的氾濫」、「法院解釋法律的恣意」、「應該回到法律，應該回到法律的權威性與規範性」之討論<sup>118</sup>，這一些，台灣的大法官們也同樣必須面對，無從倖免。

當然，即便不同意見書制度應屬助力，也不代表所有的不同意見書都是適當的，某個程度而言，像 Schlaich/Korioth 所說的「動機、風格與意圖的不一致」，根本就不是真正的問題<sup>119</sup>。個人以為，應該把握前述不同意見書所應扮演的制度性角度與功能，在投射社會與憲法開放性之前提下，意圖指向不同的憲法規範性內涵，則不同意見書之數量，恐怕亦非應該擔憂的事情。在我國

---

117 Müller, Verfassungspatriotismus, 2010, S.31ff., zitiert nach Schönberger Christoph, Anmerkungen zu Karlsruhe, in dersl. u.a., a.a.O.(Fn.103.), S.46.

118 Peter Häberle, Bedeutungsgehalte und Funktionen des Parlamentsgesetzes im Verfassungsstaat, in Häberle, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1. Aufl., 1996, S.521.

119 例如 Schlaich/Korioth 就提到，有些提出不同意見書的憲法法院法官，是藉此而突顯個人倫理或學術觀點上的不同或特性，有些則其實是單純學理論述方式的差異，因此經常見諸於針對理由而非主文，另外亦可看到企圖向公眾訴求一未來可能、而且應該有的法政策走向，不一而足；相關討論請參見 Klaus Schlaich/Stephan Korioth, a.a.O.(Fn.40.), S.40.

大法官似乎呈現較多協同、不同意見書的趨勢下，如果真有思索未來走向之念頭，作者認為，重點仍不在絕對數量之層次上，毋寧在於實質內容以及與此相關之找尋憲法規範性的貢獻、或說論辯，因為社會多元，反思的向度與強度相互歧異，主流與非主流、核心與邊緣、多數與少數、暫時之決定與開放之未來，既然可能游移，當隨社會權力關係與霸權爭奪的變化而更迭，那麼，不同意見書顯然就應該自許為多數的相對另一方，重點不在大法官個人妙思或巧語，也當非法學論理的莫測與高深，而在於「社會性」，這個大法官秉持憲法規範性下所不得不關注與回應的對象。在此前提下，與前述論證義務與程序開放性之思考類似的，未必不能透過一定的程序改革，去有助於實體目的之促進，必須要重複的是，重點不在「法院應有一致性的決定」，而是在於「確實的呈現容有分歧的、反思一定相關聯之社會面向的不同意見」，關鍵不在「人民看到如此多之協同不同意見書，倍感混淆與疑惑」，而是在於「這麼多的協同不同意見書，為什麼未必連接得到有意義的社會意識與憲法價值」。

在如此之思考下，或許可以「憲法法院裁判形式與內容」之未來式想法，一起思索；作者粗略的想像是：

- 明確化憲法法院裁判既判力範圍（「主文」）；
- 明確化憲法法院裁判之論證內容（理由）— 得以納入與臚列單純理由構成差異的協同意見，在其內進行與多數意見的對話，這對於憲法規範性內涵、社會共識、未來發展指向、裁判續造、司法公信力、多元與民主原則，乃至於憲法學發展來說，都具重要意義；

- 最後再明確化不同意見書之應有範疇，在掌握同前段合目的性之前提下，獨立為不同意見。

司法院在 2013 年 1 月 7 日的第 147 次院會中，通過《司法院大法官審理案件法修正草案》，將現行法 35 條條文修正為 109 條，以「期許透過提高規範密度，以助於提升審理案件之效率，使釋憲制度更能發揮維護憲政秩序及保障人權之功能」，雖然其後再回復現有法律名稱，更易為《司法院大法官審理案件法修正草案》，但相同的是其中第 34 條之規定：「大法官贊成裁判之主文，而對其理由有補充或不同之法律意見者，得提出協同意見書（第 1 項）。大法官對於裁判之主文，曾於評議時表示不同之法律意見者，得提出部分或全部之不同意見書（第 2 項）」。<sup>10</sup>更令人引頸期盼的，應該是本文所提到的不同意見書所展現之社會反思性，所可能扮演的民主正當性助力，一個當代的憲法訴訟制度與其憲法法院，所未可逃避的任務與挑戰，個人之見，這才是探討相關制度的關鍵所在，也應是所有社會行動者對於這份草案、乃至於未來憲法法院法官的深自期許。不同意見書之重要，不在於它的不同，未必彰顯於其獨特，而是在於它是社會性的一部分，所以也當為憲法開放性的一部分。

*Coram induce et in alto mari sumus in manu dei.....*

於法院前，臨大海上，我們都在上帝的手中.....



airiti  
參考文獻

## 一、中文文獻

## (一) 專書

劉鐵錚，《憲法法院法官不同意見書之理論與實際》，台北：三民，2003年5月初版。

## (二) 期刊論文

王澤鑑，〈憲法法院法官解釋意見公開制度之改進〉，《法令月刊》，28卷11期，台北：法令月刊社，1977年11月。

Wilhelm Karl Geck 著，朱武獻譯，〈憲法法院之不同意見書對憲法法院之威信及其裁判之影響〉（Die Auswirkungen von Sondervoten in Verfassungsgerichten auf die Autorität der Gerichte und ihrer Entscheidungen），《輔仁法學》，4期，台北：輔大法律學院，1989年7月。

Wilhelm Karl Geck 著，朱武獻譯，〈德國邦憲法法院不同意見書之未來法制方向（上）〉（Sondervoten bei Landesverfassungsgerichten de lege ferenda），《輔仁法學》，4期，台北：輔大法律學院，1989年7月。

法治斌，〈論憲法解釋中之不同意見〉，《政大法學評論》，21期，台北：政大法律學院，1980年2月。

William J. Brennan Jr. 著，法治斌譯，〈為不同意見書辯護〉（In Defense of Dissents），《憲政時代》，12卷4期，台北：政大法律學院，1987年4月。

李建良，〈不同意見書與釋憲制度—德國與我國法制實務的比較研究〉，《憲政時代》，25卷1期，台北：中國憲法學會，1999年7月。

陳俊榮，〈論司法院大法官解釋之不同意見書〉，《憲政時代》，11卷1期，台北：中國憲法學會，1985年7月。

陳淑芳，〈法院判決之不同意見書—德國法學界對此一問題之討論〉，《政大法學評論》，62期，台北：政大法律學院，1999年12月。

湯德宗，〈憲法法院法官解釋不同意見的實證研究〉，《憲政時代》，25卷1期，台北：中國憲法學會，1999年7月。

林依仁，〈民主正當性成分與其程度〉，《政大法學評論》，129期，台北：政大法律學院，2012年10月。

林佳和，〈法的規範性與現實變遷：法學研究的新興或困局？〉，《思與言》，44卷3期，台北：思與言雜誌社，2006年9月。

### (三) 專書論文

林佳和，〈勞動與勞動憲法〉，《部門憲法》，台北：元照，2006年1月1版。

Gerd Roellecke 著，張永明譯，〈不同意見書〉（Sondervoten），《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集—國科會經典譯注計畫》，台北：聯經，2010年10月初版。

### (四) 學位論文

林佳和，《德國基本法基本權剝奪制度之研究》，政治大學法律學研究所碩士論文，1993年6月。

### (五) 網頁文獻

司法院，〈提出協同意見書、不同意見書及部分協同、部分不同意見書憲法法院法官姓名一覽表：92.10起就任憲法法院法官所作解釋之統計〉，載於：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p05.asp>（最後瀏覽日2014.03.01）。

## 二、德文文獻

### (一) 專書

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1. Aufl., 1991.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 1. Aufl., 2011.

Blühdorn, Ingolfur, *Simulative Demokratie. Neue Politik nach der postdemokratischen Wende*, 1. Aufl., 2013.

Degenhart, Christoph, *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, 1. Aufl., 1976.

Eggeling, Christian, *Das Sondervotum in der Verfassungsgerichtsbarkeit der neuen Bundesländer*, 1. Aufl., 2006.

Halter, Ulrich H., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, 1. Aufl., 1998.

Herzog, Roman, *Allgemeine Staatslehre*, 1. Aufl., 1971.

Larenz, Karl, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, 1. Aufl., 1979.

Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert, *BVerfGG*, Stand: 23. Lieferung, 2004.

Maus, Ingeborg, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, 1. Aufl., 2011.

Mouffe, Chantal, *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*, 1. Aufl., 2005.

Müller, Friedrich, *Juristische Methodik*. 6. Aufl., 1995.

Preuß, Ulrich K., *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, 1. Aufl., 1979.

Preuß, Ulrich K., *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, 1. Aufl., 1994.

Rawls, John, *Politischer Liberalismus*, 1. Aufl., 2003.

Schlaich, Klaus/Korioth, Stephan, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., 2004.

Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität(1932)*, Neudruck, 7. Aufl., 2005.

Strasser, Johano, *Leben oder Überleben- Wider die Zurichtung des Menschen zu einem Element des Marktes*, 1. Aufl., 2001.

Tschentscher, Axel, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 1. Aufl., 2006.

Wiethölter, Ruldoph, *Rechtswissenschaft*, 1. Aufl., 1986.

## (二) 期刊論文

Baring, Martin, *Wider die dissenter*, *DVBf*, 83-16, 1968.

Berger, Hugo, Empfiehlt sich die Bekanntgabe abweichender Meinungen überstimmter Richter? *NJW*, 21-21, 1968.

Federer, Julius, Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters, *JZ*, 23-15/16, 1968.

Gillner, Karl, Gutachten und namentliche Bekanntgabe der abweichenden Meinung (dissenting opinion). Aus der Praxis des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen, *DöV*, 11-4/5, 1958.

Habermas, Jürgen, Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter, *KJ*, 22-2, 1989.

Paul, Egbert, Für und Wider das Minderheitsvotum, *DöV*, 21-15/16, 1968.

Rupp, Hans Heinrich, Wandlungen im Rechtsprechungsstil des Bundesverfassungsgerichts, *DöV*, 29-20, 1976.

Schlink, Bernhard, Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat*, 28-2, 1989.

Zierlein, Karl Georg, Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, *DöV*, 34-3, 1981.

### (三) 專書論文

Depenheuer, Otto, Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit? Das Verfassungsbewußtsein der Bürger als Schranke der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Ziemske/Langheid/Wilms/Haverkate(Hrsg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik: FS Martin Kriele*, 1. Aufl., 1997.

Grimm, Dieter, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in Grimm(Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1. Aufl., 1996.

Huff, Martin W., Wie Rechtsprechung der Öffentlichkeit vermittelt wird, in Deutscher Richterbund(Hrsg.), *Justiz und Recht im Wandel der Zeit. FG 100 Jahre Deutscher Richterbund*, 1. Aufl., 2009.

Häberle, Peter, Bedeutungsgehalte und Funktionen des Parlamentsgesetzes im Verfassungsstaat, in Häberle, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1. Aufl., 1996.

Knies, Wolfgang, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“? Das Bundesverfassungsgericht und die gewaltenteilende Kompetenzordnung des Grundgesetzes, in Burmeister(Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: FS Klaus Stern*, 1. Aufl.,

1997.

Ladeur, Karl-Heinz, Postmoderne Verfassungstheorie, in Preuß(Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, 1. Aufl., 1994.

Möllers, Christoph, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in Schönberger u.a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 1. Aufl., 2011.

Nullmeier, Frank/Nonhoff, Martin, Der Wandel des Legitimationsdenkens, in Nullmeier u.a., *Prekäre Legitimitäten. Rechtfertigung von Herrschaft in der postnationalen Konstellation*, 1. Aufl., 2010.

Preuß, Ulrich K., Zu einem neuen Verfassungsverständnis. Wie kann der Geist der Revolution institutionalisiert werden? in Frankenberg(Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, 1. Aufl., 1994.

Starck, Christian, Sondervotum überstimmter Richter und Bekanntgabe des Abstimmungsverhältnisses – de lege lata, in Starck/Stern/Bachof/Geck/Schmidt(Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Teilband 1, 1. Aufl., 1983.

Schönberger, Christoph, Anmerkungen zu Karlsruhe, in Schönberger u.a., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 1. Aufl., 2011.

Württemberg, Thomas, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in Guggenberger/ Württemberg(Hrsg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik. Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, 1. Aufl., 1998.