

法學專論

憲政論衡

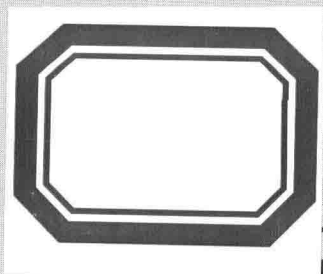
Constitutionalism on the verge

蘇永欽 著



一品文化

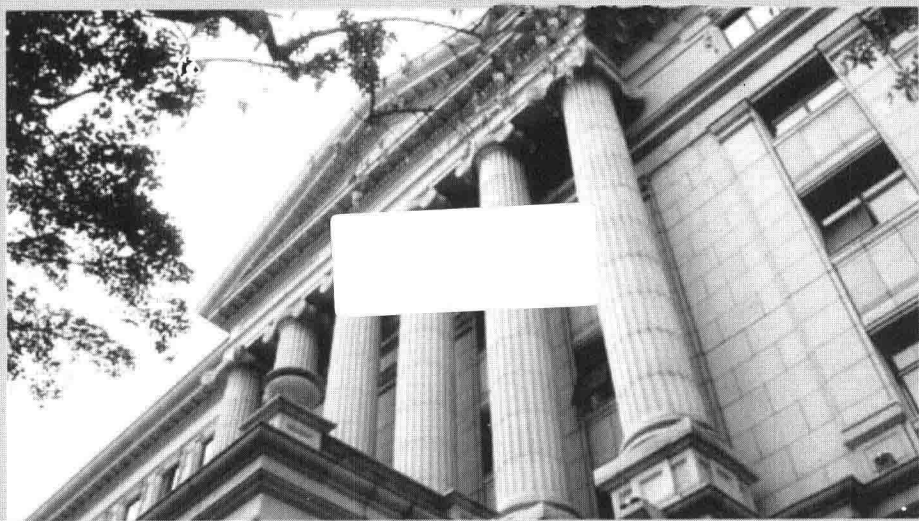
法學專論



憲政論衡

Constitutionalism on the verge

蘇永欽 著



一品文化

國家圖書館出版品預行編目資料

憲政論衡 / 蘇永欽作. -- 初版. -- [臺北市]

: 一品, 民97.12

面: 公分

ISBN 978-986-6721-30-4 (平裝)

1. 憲政主義 2. 民主政治 3. 文集
581.27

97019144

憲政論衡

作者／蘇永欽

發行人／鄭昆宜

封面設計／封面設計小組

發行所／一品文化出版社

客服專線／02-23759472

劃撥帳號：31526723 一品文化出版社

ATM帳號：0300717107822 一品文化出版社

初版／97年12月發行

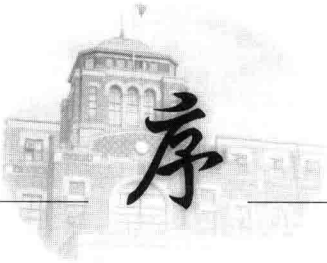
定價／400元

有著作權
翻印必究

法律顧問：簡榮宗 律師

住址：台北市八德路3段30號9樓

電話：02-25776123（法律諮詢）



序

朋友說我過去五年寫的憲政評論文章，聞得出不小的火氣，我自認每次下筆，雖沒有沐浴齋戒、焚香冥坐，總還是放了一把尺在心裡。現在就把這些看起來比較有失溫良恭儉讓的文章輯結成書，按主題分成三類，原文照錄並標明日期、出處重新出版，接受讀者的檢驗，也算為這段憲政亂流期留下一份私家的史錄。

這麼巧，三個主題——獨立機關、司法體制和公民投票——都和陳水扁先生有關，從陳先生離開總統府以後陸續曝光的、乃至他自己有意無意說出來的事實看來，這些憲政爭議直接間接都是由他而起，而且不可思議的，最後也都朝著他引導的方向發展。多數國人希望通過一個真正獨立的跨黨派調查委員會去調查發生在 2004 年 3 月 19 日台南市街道的「猶如便利超商小說情節」（紐約時報）、但確乎會對我國民主政治產生深遠影響的槍擊事件，結果立法通過建制的真調會立即遭到閹割。首長由行政院任命的新聞局，關閉了一家 E 新聞台（陳先生在離職後的一次電台訪問中坦承，原來的目標其實是 T 台），促使立法院通過的 NCC 組織法，刻意強調其組成應在專業性以外儘可能反映意識型態的多元性，藉以確保運作的獨立與公正，這樣的設計也被認為違反了「行政一體」原則，讓第一屆的 NCC 只能在羞辱中執行其管制媒體並保護言論自由的任務。然後就是國務機要費案件，一個已經由台北地方法院審理中的刑事案件，竟然可以在法官並未因為產生法律違憲確信而主動停止審判、聲請解釋的情形下，因為半個當事人的總統藉「憲法疑義解釋」程序，對已在審理中的個案提出嚴厲的違憲指摘，而違法受理

解釋，讓本想獨立審判的法官在強大壓力下根本無法進行下去。最後當然是三次的公投綁大選，把仍然稚嫩的直接民主當成自殺炸彈，丟進也還有待鞏固的代議民主戰場。

所有這些製造出來的憲政爭議，最後都交給憲法守護神操刀解決：從第 585、613、627 到 645 號解釋。這中間還發生釋憲史上從未有的、院長因為寫信勸阻立法、副院長則涉電話遊說立法疑雲而雙雙迴避的先例。我們當然不能從嗣後揭開陳先生在任職期間累積龐然權力的同時也聚斂了驚人財富的事實，回溯否定所有這些解釋中法理的正确性；同樣的，我們也沒有任何理由去懷疑這十幾位素負清望的法律人自棄立場。但為什麼這些「法理」剛好都那麼牽強呢？為什麼努力了幾十年，亟欲擺脫政治影響的司法，怎麼看都好像還在政治人物的股掌之中呢？在我看來，這只印證了一件事，就是法律人在登上前所未有的權力高峰時才赫然發現，他們根本還沒有準備好，怎樣從抽象得近乎空白的憲法條文中，找到足以合理控制政治人物的法理。2005 年 4 月我有幸在南韓憲法法院大禮堂演講「台灣的違憲審查與政治」，就指出大法官們盡力在惡水上的吊橋閃跳，最後還是全身濕透。

我們當然沒有悲觀的權利，用憲法來規範民主政治的想法很美，但真正付諸實踐，又有哪個民主國家的憲法司法機關已經聽不到噓聲？至少在亞洲，還不只是中國人生活的地區，我們已經走在領先群。只是我們顯然還需要大大提昇，尤其是在經過這八年少數統治的憲政亂流之後。提昇需要法律人以更開闊的視野看問題，更嚴謹的方法分析問題、詮釋憲法，以及更誠實的態度進行對話。我讀大學的時候，讀的還是紙上憲法，和那個時代比起來，今天的進步當然已經是不可以道里計。但我們還有太多的功課要作，這是我結束公職，立刻回到學校的

原因：在走到耳順、出現痴呆徵兆之前，把想作還沒有作的東西趕出來。時不我予！

這本書，我特別想和我的許多學生分享，多年來他們一直是推動我學習最大的動力。我也要感謝在過去兩年半奉職於通傳會期間，公務私誼上都給了我很多幫助的兩位辦公室同事，葉寧先生和張麗真小姐。一品文化出版社的鄭昆宜董事長願意為我出版這本文集，在此一併誌謝。

蘇永欽 序於政大研究室

2008年10月20日

憲法論衡

目錄

■ 壹、獨立機關 /1

- I 喬太守式的分權，灑狗血般的人權——簡評政治壓力鍋煮出來的第 585 號解釋 /3
- II 國家通訊傳播委員會組織法的合憲性 /33
- III 國家通訊傳播委員會組織法釋憲案補充意見書——敬駁行政院補充理由書 /77
- IV 沒有方法的解釋只是一個政治決定——簡評司法院第 613 號解釋 /95
- V 獨立行政機關委員的停職問題 /119

■ 貳、司法分權 /139

- VI 司法權的分權問題——司法院第 620 號解釋方法論的商榷 /141
- VII 再論司法權的分權問題——司法院第 627 號解釋程序法上的商榷 /181
- VIII 新司法院面對的制度困境 /211
- IX 同院同級不同酬？——司法院改制後必須面對的俸給法問

題 /217

X The constitutional review and politics in Taiwan /225

■ 參、公民投票 /261

XI 公民投票的跨國考察 /263

XII 分裂國家的主權與公投問題 /291

XIII 從曇花一現的任務型國大看當前的憲政問題 /313

XIV 公投好好玩？ /321

XV 簡評司法院第一件公投法解釋—寬審基本的分權規範，嚴審工具的組織規範 /327

■ 本書各篇論文出處索引 /349

壹、獨立機關

Constitutionalism on the verge

憲政論衡

I 喬太守式的分權，灑狗血般的人權

——簡評政治壓力鍋煮出來的釋字 585 號解釋——

目次

- 一、前言
- 二、從圍魏救趙到指鹿為馬
- 三、五院之外可否另有機關？
- 四、人權天平往有權者偏斜
- 五、結語

喬太守道：「我作了主，誰敢不肯！你快回家引兒子過來，我差人去喚徐雅帶女兒來當堂匹配。」

醒世恆言第八卷—喬太守亂點鴛鴦譜

一、前言

司法院大法官針對民國 93 年 9 月 24 日總統公布的「三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例」（下稱真調會條例）違憲爭議，所做的釋字第 585 號解釋，實體上同時涉及政府體制的分權問題，和人權問題，程序上則有解釋程序可否為暫時處分的問題，審理中還創下院長、副院長迴避審理，先後開兩次言詞辯論庭，其中一次且由立法院以關係機關到庭說明的紀錄，自然引起各界矚目。解釋案的背景，是爭取連任的總統在選舉前一天遭到槍擊，以致選舉結果大翻盤，民眾群集抗議，要求調查包括總統在內的全部事件真相，遂有這樣罕見的個案立法，支持總統的立法委員聲請解釋，又把滾燙的山芋，丟給十五位一年前才由該總統提名，經過該立法院同意的大法官。戲劇張力之強，超過之前的副總統兼任行政院長案和核四停建案，這也許可以解第 585 號內容諸多令人拍案驚奇之處。司法什麼時候會再度陷入政治風暴，誰也不知道，但在我國極有問題的大法官提名制度下¹，專業社群的嚴厲監督，可能已經是維護解釋獨立的最後一道「制度性保障」。本此一念，本文才嘗試從解釋方法和原則的一致性，去檢視這件高度政治性的司法解釋²。

¹ 有關我國憲法上提名同意制度的檢討，可參蘇永欽，從監察院空轉看提名、同意權的行使，法令月刊，第 56 卷，3 期，2005，頁 4～11。

² Cass R. Sunstein 不相信司法可以躲避政治，或用政治化來回應，也不相信有什麼法律理論可以通盤的解決現代多元社會司法面對政治衝突的窘境，唯一的辦法就是堅持法律的一些基本思路，經由規則和類比，去處理一個個的案件，可參所著

二、從圍魏救趙到指鹿為馬

本件解釋所以會讓眼鏡跌碎一地，就在對真調會的定位。聲請人主張「真調會無法歸屬於憲法規定之任何憲法機關，亦不受五院體制之限制，卻可同時行使司法權、監察權、立法院文件調閱權及行政權，是違憲之混合機關」，相關機關立法院則認為：「我國憲法無行政保留領域，未明文禁止類似真調會之機構，立法院有權為此種立法。在憲法五院之外，介於國家與私人間之公法人既能夠存在，國家公權力能委託私人行使，則原則上應容許因特定任務，暫時性成立之真調會」。足見參與辯論兩造對於真調會為設於五院之外的特別組織，並無異議，只是聲請一方的立法委員就此做出違憲的判斷，代表多數立法委員的立法院則認為尚非憲法所不許。孰料大法官最後沒有就雙方有歧見的合憲與否做出判斷，反而就沒有歧見的屬性做出截然不同的認定：「真調會並非不屬任何憲法機關之組織，亦非同時行使立法權、行政權、司法權及監察權之混合機關」，而「應屬於協助立法院行使調查權之特別委員會」。聲請人的攻擊撲了空，立法院的防禦也白忙一場。解釋程序的職權主義性格，真是發揮到了百分百。

大法官撇開有爭議的憲法問題，上溯到沒有爭議的「前提」去做憲法上的判斷，這倒不是第一次。釋字第 530 號解釋聲請人爭執的也只是司法院及法務部在無法律授權之下，發布「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」、「檢察機關辦理刑事被告具保責付辦法」等，涉及人民的訴訟權利或其他人權，是否違反憲法第 23 條法律保留原則，結果解釋自動提升到沒有爭議的司法院機關定位問題，並且做出「為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨，司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制」的宣告，讓提出聲請的監察委

員諸公差點沒連眼珠子都掉出來³。

不過大法官在釋字第 530 號解釋，最後丟出沒有爭執的機關定位問題，不管是否構成「訴外解釋」⁴，迂迴攻擊的目的倒是非常清楚。至少就發布有關訴訟程序的行政規則而言，大法官已經為規則制訂權找到了憲法第 80 條的審判獨立原則作法理基礎：「為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權」，等於認定它是憲法保留給審判機關的權限。然而從這個前提出發，在現行司法體制下，有權發布「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」等規則的，便應該是最高法院，而不是非審判機關的司法院。如果找不到其他憲法基礎，大法官只好認定司法院發布這些規則已越權而無效。惟此時大法官筆鋒一轉，以民國 36 年的一段立法史，作為司法院自己承擔終審才符合制憲意旨的依據，從而只要上游機關定位的違憲狀態一除，下游的規則違憲，也就自動癒合了。我們或許可以把大法官發明的這種奇特解釋方法，稱之為「圍魏救趙法」⁵。和釋字第 585 號解釋比起來，釋字第 530 號解釋圍魏至少還是為了救趙⁶，也就是最後回到有違憲爭議的規範，讓它合了憲，因

³ 可參黃越欽大法官的不同意見書：「誠不知在法理不清、目標不明之情形下，應由何機關、循何原則、朝何方向檢討修正之。惜乎上述解釋文似乎自始即陷入組織法體系之巷弄中，才會得出如此自我侷促之結論。」黃大法官在轉任大法官前是監察委員，聲請書正是出自他的手筆。

⁴ 嚴厲指責可參陳愛娥，違憲審查與司法政策的關係—由程序法的觀點評論司法院大法官第 530 號解釋，收於法治斌教授紀念論文集：法治與現代行政法學，民國 93 年，頁 145～163。

⁵ 對釋字第 530 號解釋在方法上的批評，詳見蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範—輕描淡寫改變了整個司法體制的釋字第 530 號解釋，走入新世紀的憲政主義，民國 91 年，頁 369～400。

⁶ 此一迂迴攻擊，除了訴外解釋的味道太濃外，若說還有什麼不妥，就是這些由非審判機關的司法院發布的規則，在兩年修補期限屆滿，立法院沒有完成司法院相關組織法的修正時，也只好一起陷入非常尷尬的情境。司法院平白背上違憲名義，而非審判機關的司法院發布的審判規則，雖沒有直接宣告違憲，依解釋意旨也變成妾身不明，頗有賠了夫人又折兵的味道。

此勉強可以歸類於廣義「合憲法律解釋」方法的一種——經由機關的重新定位來使權限規範合憲。

釋字第 585 號解釋讓人完全不能理解的，就在這裡。第一，兩派立法委員共同認知真調會不隸屬於五院中的任一院，請大法官判斷的，正是這樣的組織是否與憲政體制相容，大法官卻自始至終沒有對這個爭點做出判斷。和釋字第 530 號解釋剛好相反，後者是組織沒有爭議，大法官自己製造爭議，釋字第 585 號解釋卻是規避了最主要的組織爭議。第二，大法官對真調會屬性做出和提案及所有贊成、反對立委都不同的認定，卻又不是為了讓真調會的存在或運作好過一點，至少從結果看剛好相反，真調會的壽命反而因此必須和立法院的屆期綁在一起，實際上只能運作不到四個月⁷。也因為屬於立法調查，真調會條例有關真調會借調檢察官、專屬管轄、移交卷證、向監察院提出報告等規定，當然就違反了權力分立。甚至還因為涉及行政立法的特殊分權考量，而在調查權上要受到「行政特權」的限制。換言之，如果大法官依兩派立法委員對真調會屬性的共同認知，對於真正的爭點——可否立法設置這樣的機關——做出判斷，而且如果認定合憲的話，所有這些違反分權的瑕疵，根本都不會發生。因此釋字第 585 號解釋不是圍魏救趙，根本是全亂了套，道理已經不知道從何講起了！

機關的定位，不同於單純事實認知，當然是一個規範解釋的問題，而且解釋機關的定位，也不同於解釋民事契約，不能只探究當事人的真意。從而即使不在爭點範圍，而只是爭點的前提，大法官如果要做先決事項的不同認定，不能說他一定無權。只是這裡不能不質疑的是，在一個機關的設置法沒有明確規定其隸屬的情形下，如果該法提案者及議決者對其屬性有明確的共識，而且該機關已經依照此一共

⁷ 依真調會條例組成的真調會是在民國 93 年 10 月 4 日第一次集會，參見其「三一九槍擊案調查報告」，提出於民國 94 年 1 月 17 日，頁 15。

識開始運作⁸，大法官還有多大的空間，去做不同的隸屬認定，乃至規避了真正的爭點？大法官只用了很簡單的幾句話，就認定了真調會應該是隸屬立法院的特別調查委員會：「真調會條例係立法院為調查三一九槍擊事件真相，專案設置真調會所為之特別立法。依真調會條例第二條第一項、第二項、第十六條與第十七條規定觀之，真調會係由立法院籌設組成。依組織與權限不應分離，以符責任政治原理之憲政常規，真調會應屬於協助立法院行使調查權之特別委員會。同條例第十二條第一項規定真調會向立法院報告之義務，亦足資佐證」。

實際上只要翻查這些條文就知道，第 2 條第 1、2 項僅規定真調會的委員由立法院各黨團按比例推薦公正人士出任，類此的組成方式，常見於歐洲的各種獨立委員會，目的在確保其行使職權不致由特定政黨把持⁹，絕無因此視為國會委員會，否則即違反責任政治之理。即使在我國，最近也還有公民投票法第 35 條規定的行政院公民投票審議委員會，產生方式與此相同，卻隸屬於行政院。第 16 條看不出與立法院的關連，第 17 條也只說到「本會成立前之各項籌備事宜，由立法院籌備辦理」，顯然只是要為一個「獨立」機關從無到有，在現有機關中找一個適合的「籌備者」而已。從這樣一個規定在法律結尾的籌備成立規定，要推出理應開宗明義規定在法律之始的「機關隸屬」，怎麼說都太牽強。尤其對照第 2 條第 3 項的規定：「本會委員不得由現任立法委員、監察委員或其他任職於行政、考試機關或公營事業機構之人員出任」，成員刻意排除包括現任立法委員在內的所有公職人員；第 3 條的規定：「本會應於本條例公布後十日內自行集會，

⁸ 一直到民國 93 年 12 月 15 日解釋公布之前，真調會都是獨立運作，自籌經費及承租辦公室，參其調查報告，前註，頁 21。

⁹ 比如德國依選舉法組成的選舉委員會原則上即依前次聯邦議會選舉結果的政黨比例產生委員（德國聯邦選舉法第 4 條第 2 項），奧地利廣播台管理委員會三十位委員中有六位政黨代表，也是由政黨按比例推薦組成（奧地利廣播台設立法第 7 條第 1 項第 1 款）。

互選出召集委員；其後之委員會由召集委員召集之」，讓真調會開會完全自主；乃至第 11 條的規定：「調查委員之辦公處所及行政事務，由本會籌辦。本會召集委員並應指派或以契約方式進用適當人員兼充協同調查人員」，使其內部行政及人事完全自主。在在都顯示立法者是要把真調會獨立於所有機關，至於第 12 條向立法院報告的規定，僅從其同時要向監察院報告就知道，不可能是下屬機關對上級機關的報告，否則真調會豈不是要同時隸屬立法院和監察院？此外，第 4 條宣示的獨立行使職權原則：「本會及本會委員須超出黨派以外，依法公正獨立行使職權，對全國人民負責，不受其他機關之指揮監督，亦不受任何干涉」，更是「足資佐證」真調會獨立於所有憲法機關的定性。現制下隸屬行政院의獨立委員會如公平交易委員會、金融監督管理委員會等，其獨立保障的條文用語都還只是「依法獨立行使職權」，如公平交易法第 28 條、行政院金融監督管理委員會組織法第 9 條等，因此行政院都還是這些機關所做處分的訴願機關，像這樣在獨立外還特別強調「對全國人民負責」，而「不受其他機關之指揮監督」的規定，如何還能硬拗為隸屬於立法院，甚至要受立法院監督，對立法院負責，大法官的解釋真的已經到了指鹿為馬的地步¹⁰。

指鹿為馬，如果是因為憲法不容許馬而只容許鹿存在，還可以勉強說是「合憲性」解釋¹¹。十三位大法官中唯一堅持鹿就是鹿的許宗力大法官，便明白指出：「多數意見將真調會定性為行使國會調查權之機關，爭取本件合憲性解釋的最大空間」，「多數意見為挽救真調會組織免於被宣告違憲之命運，才善意地朝國會調查權方向解釋」，而

¹⁰ 大法官在引用第 12 條第 1 項時，硬是用「…」來掩蓋在立法院以外還要向監察院報告的規定，接著再把第 4 條不受其他機關指揮監督解釋為「不受立法院以外機關之指揮監督」，硬拗的本事，令人嘆為觀止。

¹¹ 但仍然是合憲性解釋方法的一種濫用，可參蘇永欽，民事裁判中的人權保障，憲政時代，第 30 卷，2 期，民國 93 年，頁 144～146，分析了三種濫用的情形。