

法治國家原則之檢驗

陳新民 著



元照出版

法治國家原則之檢驗

陳新民 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法治國家原則之檢驗／陳新民著．-- 初版．--

臺北市：元照，2007 [民 96]

面：公分

ISBN 978-986-6842-08-5（平裝）

1. 憲法－論文，講詞等 2. 憲法－中華民國
－論文，講詞等

581.07

96006433

法治國家原則之檢驗

1D110PA

2007 年 7 月 初版第 1 刷

作 者 陳新民

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 480 元

訂購專線 (02)2375-6688

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6842-08-5

自序

2001年4月我在學林出版社出版了一本《法治國家論》，收錄探究法治國家理論的十篇論文。近幾年，我將研究的重心之一移向法治國家原則的實踐。按，一個國家能否成為法治國家，不是光靠存在於法律字面上的白紙黑字規範，也不是光有釋憲機制、法院組織，或是由當政者的倡言，國家便會變成一個法治國家。法治國家是必須經過檢驗。而檢驗的標準，便是憲法所揭櫫、所期待實踐的諸多原則，以及國外先進且足為援引的價值判斷。而被檢驗的標的，則是所有國家行為，包括：政府的行為、法律，及大法官的釋憲結果。作為探究憲法學的工作者，吾人則特別對大法官的釋憲解釋，寄以最大的關注。法治國家，是以「法」作為指導國家發展、拘束國家權力、保障人民權益的準則。為這個具有最高拘束力的「法」，加以界定其內容及拘束力範圍者，便是釋憲者。而在法治國家中，妥善地將可能造成國家分裂、內亂或其他流血事件的政治紛爭，引入到司法爭訟之內（例如：我們可以想像2004年總統大選前夕所產生槍擊案可能造成的嚴重後果），讓大法官的中立、理智的仲裁，能夠終局解決爭議，當是法治國家原則發揮功效的寫照。然而，要使這種釋憲結果獲得國民的信賴，便有賴這些解釋能通得過法治國家原則的檢驗，而且是「最嚴格」的檢驗。

法治國的原則，博大精深，且其原則內涵，也隨著國內與國外學理與憲法裁判實務的發展，而日新月異。時光荏苒，幾年來我在檢驗法治國家原則的論文，也有了十餘篇之多，新民學淺才

疏，敢野人獻曝地挑擇十三篇論文，輯印成冊，敬請學界先進朋友們指教。如果有一愚之見，能有利於我國今後「法治國家屬性」（Die Rechtsstaatlichkeit）的發展、增強一絲憲政生命，則為新民之萬幸也。

本論文能順利出版，應該歸功於我的助理黃丹茵及張瑋玲小姐的費心整理舊稿；以及元照出版公司所有同仁的熱誠投入，我理應在此致上最誠摯的謝意。

陳新民

於中央研究院，法律學研究所籌備處

2007年5月

目 錄

自 序

第一篇 憲政僵局的解決模式

——兼評「機關忠誠」的概念

壹、前言——監察委員改選引起的憲政僵局	3
貳、憲法機關忠誠的概念——仙克教授的理論	7
參、德國聯邦憲法法院援用憲法機關忠誠的情形	16
肆、憲法機關忠誠概念的檢討	21
伍、結論——易「憲法機關的忠誠」為「國家團結」 條款	48

第二篇 立法裁量權的界限

——試論NCC組織法的違憲性問題

壹、前言——侵犯七條憲法、構成違憲九大罪狀的 「罪法」	57
貳、NCC委員會產生程序的違憲性問題	59
參、NCC覆審權制度的檢驗	90
肆、結 論	95
附件 獨立機關的建制理念與原則	98

第三篇 檢討憲政慣例的地位與效力

——由總統的閣揆人事決定權談起兼論 德國聯邦憲法法院最近的「國會解 散案」判決

壹、前言——推動「內閣制修憲」之議再起	105
貳、成立「有效運作政府」的憲法義務——德國聯邦 憲法法院對解散國會案的判決	107

參、僵硬之文義解釋的例證——我國總統閣揆人事權 的「絕對裁量」之認知	114
肆、「憲法外」的補充法源——憲政慣例的適用	118
伍、不成文的憲法規定——由「憲法外」轉換到「憲 法內」的適用方式	123
陸、結 論	129

第四篇 論法定預算的性質

——由釋字第520號解釋檢視我國憲法的 預算法制

壹、前言——核四風暴下的釋憲	135
貳、國會的預算審議權	136
參、預算案的法律性質	145
肆、結論——釋字第520號解釋與德國古典預算法學 者的「奇妙巧合」	179

第五篇 宗教良心自由與服役正義

——釋字第490號解釋與社會役

壹、前 言	185
貳、釋字第490號的解釋	186
參、評 釋	189
肆、本案根本解決之道——社會役制度之建立	201
伍、結 論	211

第六篇 憲法宗教自由的立法界限

——評「宗教團體法」草案的立法方式

壹、前 言	215
貳、憲法宗教自由的保障範圍	217
參、宗教自由與立法限制	219
肆、宗教立法的規範方式	225
伍、結論——國家規範宗教的基本原則	237

附件 宗教團體法草案總說明	241
附錄 宗教團體法草案	243

第七篇 憲法財產權保障的陰暗角落 ——論徵收的買回權問題

壹、前言	261
貳、德國徵收回復權的意義轉變——「回復徵收」概念的檢討	263
參、被徵收人回復權的制度分析	277
肆、結論	294

第八篇 立法院召開臨時會的憲法問題

壹、前言	301
貳、總統咨請臨時會的權限問題	301
參、立法院與總統咨請的關係	305
肆、結論	307

第九篇 我國立委聲請釋憲制度的「質變」？ ——兼談所謂的「預防式的違憲審查權」 制度的改正

壹、前言	311
貳、我國引進立委聲請釋憲制度的理由	311
參、我國實施法規違憲審查制度的情況	312
肆、結論	323

第十篇 社會主義法治國之概念 ——由越南及東德的經驗談起

壹、前言——共產制度最大的變革	329
貳、越南憲法採納的法治原則	330
參、東德建國前關於法治國概念的探討	335
肆、德意志民主共和國法治國概念之演變	350
伍、結論	374

第十一篇 動盪時期法治國原則的檢驗

——菲律賓最高法院若干判例的研究

壹、前言	381
貳、總統繼位問題——艾斯特拉達去職代行案	383
參、憲法對第三者效力理論、本國人優先原則 ——馬尼拉飯店出售案的判決	397
肆、選舉訴訟的原則與程序	410
伍、結論——實施法治的「和平土壤」	421

第十二篇 雨過天青麗日來

——談中國大陸行政法發展與台灣 行政法學的影響

壹、前言	427
貳、中國大陸行政法發展之回顧	428
參、中國大陸行政法學的發展	436
肆、兩岸行政法交流	440
伍、結論	444

第十三篇 一個東方版的法治國家

——新加坡法治主義之研究

壹、李光耀的法治觀——以中國法家思想來驗證	447
貳、新加坡的鞭刑制度	475
參、新加坡法院審判制度的幾點特色	484
肆、結論——一個成功的東方式法治國家	489

第一篇

憲政僵局的解決模式 ——兼評「機關忠誠」的概念

壹、前言——監察委員改選引起的憲政僵局

貳、憲法機關忠誠的概念——仙克教授的
理論

一、關於憲法機關忠誠概念的定義

二、理論的淵源

三、與權力分立原則之關係

四、本理論與聯邦忠誠之區別

五、與誠信原則及禁止權力濫用理論之差別

六、憲法機關忠誠理論的功能

七、關於本理論的實用性問題

參、德國聯邦憲法法院援用憲法機關忠誠的
情形

肆、憲法機關忠誠概念的檢討

一、過於狹隘的理論適用對象——憲法機關
的專屬理論？

二、概念的淵源問題——整合論的商榷

- 三、機關忠誠及聯邦忠誠概念的關聯
- 四、機關忠誠與憲法忠誠的關聯
- 五、釋憲者的角色
- 六、機關忠誠的屬性——不成文憲法原則
- 伍、結論——易「憲法機關的忠誠」為
「國家團結」條款

政治對抗猶如軍事對抗，有時候是不可或缺的，它使我們得到了鍛鍊與實踐，學會捍衛自由與財產權的藝術。

1819年，美國總統湯瑪斯·傑佛遜

我相信建立溝通的橋樑絕對有益處，但我們應該做的，便是——修建橋在我們的這一頭。

1967年，美國總統李察·尼克森

壹、前言——監察委員改選引起的憲政僵局

二〇〇四年十二月二十日，立法院接獲總統府提名新任監察院院長及副院長等二十九名委員名單。反對黨占優勢的立法院以陳水扁總統任命監察委員遴選委員的方式不滿，包括延聘具有爭議，且涉入監院調查案件的人士擔任遴選委員會成員，以及只有一週左右的時間不及審查為藉口，在二〇〇四年十二月三十日第五屆立委最後一個會期結束前，便一反往例，拒絕行使同意權，退回總統府提送的名單，要求重新提名。總統府當即回絕。二〇〇五年二月第六屆立委第一會期開始，依立法院職權行使法第13條（二〇〇二年一月二十五日）及大法官釋字第585號所揭示「屆期不連續」為由，要求總統府再次提名，總統府也認為無屆期不連續的問題，拒絕重新提名¹。

¹ 總統府秘書長游錫堃與立法院王院長晤談時表示，認為從法律體系觀察，屆期不連續原則是指立法院職權行使法第二章有關「議案審議」的規定，規範的對象是議案。該法第7條並明確指出所稱議案的範圍為立法院依憲法第63條規定所議決的議案；而有關監察委員同意權的行使，則應依該法第四章「同意權之行使」相關規定來處理，該章規定的憲法依據係憲法增修條文第7條第2項，由以上法律規定，可知監察委員同意權的行使不屬立法院職權行使法第13條所稱議案範圍，並無「屆期不連續」的問題，2005年3月23日，http://lifelonglearn.cpa.gov.tw/policy_detail.php?no=2534。然而，依大法官釋字第585號的解釋，屆期不連續的原則，也包括了立法院對於人事的決定，例如本案所提到的真調會委員的任命問題，並作為相關法條違憲的理由。不過，以屆期不連續原則作為「法案清倉」的執行原則，似乎應該認為只限於

這場立法院與總統府角力的結果，迄本文完成，第六屆第一會期已結束時（二〇〇五年八月中旬）甚至本論文出版（二〇〇七年五月），都沒有任何進展，以致於自二〇〇五年二月起，監察院舊監察委員已去職，新任監察委員未產生，形成監察院無院長、副院長及監委，只剩下秘書長持續空轉的局面。監察院的空轉表示出我國只剩下四權，形成我國政府遷台以來最嚴重的憲政失序。然而，卻沒有獲得到國人應有的重視，即連以維護孫中山先生五權體制為使命的中國國民黨也未寄以特殊之關切，更遑論主張三權體制的民進黨及陳水扁總統！

使得一個憲法機關的正常功能受到影響，便可以稱為是憲政僵局；而類似我國目前監察院完全喪失了功能，這已經達到了「憲政危機」（*Verfassungskrisen*）的程度，已經不是低層度的機關摩擦、中程度憲政僵局所可比擬。這個產生在總統與立法院之間的嚴重衝突，使得我國憲法本有設計的調解機制，完全失效。例如：憲法第44條明白規定，總統得召集有關各院院長會商解決院與院間的爭執。這是憲法賦予總統作為國家元首之超然於五院外的「大仲裁者」的角色，可以以政治智慧、公正無私的立場及國家崇榮的元首地位，來解決最高憲法機關間的摩擦。

當總統喪失憲法所賦予調解的職權後，剩下來的只剩下大法官的釋憲權了。對於監察院的空轉，導因於立法院的有意不行使職權。這種行為是民主憲政體制賦予國會的監督或制衡權限？抑或是違反憲法義務，侵犯了監察制度的「怠於行使職權」？以及可否援引大法官在判定行政機關因執行職務而沒有任何裁量餘地，所揭諸的「裁量萎縮至零」理論（釋字第469號），而認為立法院今後在任何的人事同意權，必須在任期開始前完成同意權的行使，甚至是否也及於立法院在任何會計年度開始前有將預算通過的憲法義務？甚至可以援引被稱為「司法權核心」（釋字第585號及第599號解釋）制度的暫時處分權，延長監委的任期，直

到新任監委選出為止？

因為立法院遲遲不行使同意權，引起了執政黨提出釋憲。有一個在國內已經開始有學者加以探討²，甚至國家考試也一度成為考題的理論——機關忠誠論³，是否可以成為課予憲法機關為特定機關的理論依據？便引起注意。

最早提出機關忠誠的用語為蘇俊雄大法官。蘇俊雄大法官在一篇討論釋憲權效力的論文中，認為釋字第185號解釋宣示大法官解釋具有拘束全國各機關及人民的效力，即與德國的機關忠誠的概念相符，蘇大法官認為德國憲法法院基於憲法之至高性與統一完整性，要求其他國家機關對憲法有忠誠之義務，並引述德國聯邦憲法法院判決（BVerfGE, 29, 225/233）作為支持之依據⁴。

蘇大法官乃藉著憲法忠誠的概念，認為每個憲法機關都對憲法負有忠誠的義務，從而透過有權解釋憲法的大法官，作出釋憲解釋後，即使憲法或法律沒有對此解釋的效力或範圍有何明確的規定，其他憲法機關也必須本於對於憲法忠誠的義務，而受到大法官釋憲的拘束，所以機關忠誠乃是憲法忠誠的表現。

至於蘇大法官所引述德國聯邦憲法法院上述判決，是否有對於機關忠誠加以討論，文章內並未加以詳論。

討論機關忠誠較詳盡者為許宗力教授，在前述所撰寫的論文中⁵。討論了司法者如何來解決政治部門發生權限爭議。該文大

² 如許宗力，權利分立與機關忠誠——以德國聯邦憲法法院裁判為中心，刊載於憲政時代季刊，第27卷第4期，第3頁以下，2002年4月。拙文本係作者2001年10月13日參加「司法院大法官民國90年學術討論會」，擔任許教授該篇論文之評論而撰寫，現重新改寫而成，也更正了若干先前所未及深思的論點。

³ 2002年律師考試第二題便有這個題目：試從權力分立說明「憲法機關忠誠」。在我國司法院大法官歷年解釋中可否找出類似「憲法機關忠誠」之軌跡？

⁴ 參見蘇俊雄，從「整合理論」（Integrationlehre）之觀點論個案憲法解釋之規範效力與其界限，刊載於憲法解釋之理論與實務，第一冊，第12頁，註25，第28頁，中央研究院社科所，1997年。

⁵ 見註2文。

意為：除了運用權力分立原則外，還有機關忠誠的原則，可充作釋憲之準則。所謂的機關忠誠或可稱為憲法機關忠誠，指憲法機關彼此間所負得相互扶助、尊重與體諒的義務。並指出聯邦憲法法院若干案例說明，並確認機關忠誠具有不成文憲法原則的特性、淵源於Smend的整合論。同時在結論中也認為過去大法官在釋字第520號解釋，將立法權推到高峰，今後大法官是否應該踩煞車，停、聽、看一下，在現階段行政、立法兩權關係，是否不應當主持公道過頭，易言之，似乎主張抑制立法權；提出權力分立原則作為機關忠誠的法源，以及釋字第3號所稱的：「五權分治，平等相維」中的「平等相維」部分，可以透過機關忠誠的理解來「填塞」之⁶。

許宗力教授所提出的論點，例如各憲法機關間的互相友好與協力關係、機關忠誠論在德國被視為憲法不成文原則、以及所舉德國聯邦憲法法院的若干判例，頗為清晰深入，也形成國內對機關忠誠概念的見解⁷。

所以和蘇大法官對於機關忠誠所依據的為憲法忠誠不同，許宗力教授的機關忠誠乃基於權力分立，但兩者都主張淵源於西門教授的整合論，則無不同。

倘若我們由上述機關忠誠的概念可以獲得到一個清晰的內涵，並且有足夠的拘束力依據（不成文憲法原則），並且認為這個「舶來品」原則，可以有效援引到我國來解決憲法機關間複雜

⁶ 許宗力，前註2文，第27頁。

⁷ 例如依坊間對2002年律師考試（見前註3處）較流行的試題解答，便對這題的答案為：「這個原則充作解決機關權限爭議的憲法原則，不但可作為憲法機關不成文的行為義務與權力的法源，並且具有權限行使界限（限制權力濫用），更可在司法審查上，扮演『一般解釋原則』的功能。此機關忠誠的憲法依據為權力分立之原則，大法官釋字第3號（五權分治，平等相維）；釋字第325號（立法院文件調閱權與監察院調查權對其他國家機關獨立職權的尊重）；釋字第342號（司法審查應尊重議會自律）；釋字第520號解釋（行政院尊重立法院對國家重要事項之參與決策權）。」高點憲法·行政法歷屆試題詳解，第91-22頁，2004年。

又發生頻率甚高的憲政危機，當是令人鼓舞的學術創見；而且由前述我國學界的討論，似乎也導出一個司法積極論的結論，認為甚至鼓舞大法官可以勇敢的援用機關忠誠理論，課予各憲法機關應有一定作為或是不作為憲法義務，是否符合德國學界的看法？當是這種「樂觀論」的前提也。

誠如許宗力教授在文中所言，即使德國對於機關忠誠的概念討論不多，是否這個理論已經發展成熟到了成為一個可資運用的準則且有可以令人信服的論據，並可以進而在以後類似的憲政僵局中被援引，而不是變成「個案判斷」的一方理論，是為本文撰寫的主要動機。

貳、憲法機關忠誠的概念——仙克教授的理論

德國討論機關忠誠，或是憲法機關忠誠的文章甚少，最經典之著作迄今似乎只有仙克教授（Wolf-Rüdiger Schenke）在一九七七年所出版的《憲法機關忠誠》一書（Die Verfassungsorgantreue, Dunker&Humboldt, 1977），以後絕少看到類似題材的專論。許宗力教授的論點主要也源於本書。故作者特別將仙克教授的大作瀏覽一遍，發現仙克教授的見解倒有不少地方前人所未言，堪稱獨特。

仙克教授在本論文的序言一開頭便提到他撰寫本論文的動機是聆聽了德國總統謝爾（Walter Shell）在慶祝德國聯邦憲法法院成立二十五周年的慶典（一九七六年十一月十八日）上所作的演講，深深的感觸後才開始撰寫這篇論文。謝爾總統在此慶典上發表的演說中，極力推崇德國憲法法院在過去成立後二十五年，給新生的德意志聯邦共和國及基本法提供了最好的保障。然而不可避免的，當然也引起了該院與其他憲法機關發生齟齬的情形。而且隨著國家的發展與民主的進步，這個衝突發生的頻率越來越多，情況也越漸嚴重。謝爾總統便在結論語重心長提出了：「各憲法機關必須顧及其他憲法機關的職權，以及在執行自己之職務

時應該『自我節制』的義務。」故謝爾總統提出這個「顧及義務」及「自我節制義務」，給各憲法機關作為共勉。

仙克受到謝爾總統一席話的感召，即就此論點加以發展形成一個憲法的學理，賦予此兩個義務一個法律原則的特性，便產生了憲法機關的忠誠義務。易言之，仙克將每個憲法機關必須「顧及」（Rücksichtnahme）其他機關之職權，並且在自己法定職權內執行時，也要「自我節制」，創造出類似機關的權限規定一樣，成為具有拘束力的規範。這就是憲法機關忠誠的立意。

為了完整的瞭解仙克教授整篇論文所架構的理論體制，下文謹用綜合式，以要點方法闡論仙克的理論結構：

一、關於憲法機關忠誠概念的定義

本概念是為規範國家憲法機關間關係所產生，也就是侷限於憲法機關在權限內行為如何行使，而使其他憲法機關不致於感到其權力受到侵犯，而獲得國家一統的秩序。仙克之所以使用「憲法機關忠誠」之用語，而取代「機關忠誠」的用語，乃是強調其「位階性」，即只有憲法層次位階的機關間才有討論其忠誠關係的必要。

二、理論的淵源

憲法機關忠誠的理論依據乃源於西門教授（Rudlf Smend）的「整合論」（Integrationslehre）。特別是西門教授在一九二八年出版的〈憲法及憲律〉（Verfassung und Verfassungerecht）一文所強調的，為了避免國家各個權力機關（政府、國會）各自為政、各自杯葛對方，使國家陷入分崩離析（Desintegration），必須解釋上承認一個可以填補實證法所欠缺權限規範。且是一個不成文憲法的「忠誠合作」原則，這不像行政機關間的機關合作問題⁸，而是憲法機關相互「統合」成為國家意志的憲法義務。

⁸ 這是行政程序法上所稱的「機關協力」義務問題。