

民主與法治

陳淑芳
著

公法論文集



元照出版

D911.01/24

2004

民主與法治

公法論文集

陳淑芳 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民主與法治：公法論文集 / 陳淑芳 著.- 初

版.- 臺北市：陳淑芳出版：元照總經銷，

2004〔民93〕

面：公分

ISBN 957-41-2242-5（精裝）

1. 憲法 - 論文, 講詞等

581.07

93018992

民主與法治——公法論文集

5D56GA

2004年11月 初版第1刷

作者 陳淑芳

出版者 陳淑芳

總經銷 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 450 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

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 957-41-2242-5

ISBN: 9789574122424

人民币价: 281.25

自序

於一九九八年從德國留學回國後，已匆匆地過了六年，而執教鞭也已六載。回顧這六年來的生活，只能用一個「忙」字來加以形容。一九八九年至一九九八年在德國留學期間，正值國內政局發生重大變革的時期，動員戡亂時期的終止、國會的全面改選、總統及副總統的直選，皆在此時期發生。回國後不僅須適應新的生活、新的人生，還須忙著找回那段自己缺席了將近九年的歷史。所幸在忙碌之餘，還留下此集結成書的諸篇文章，算是對於這段歲月也留下了一些紀錄。

本論文集所收錄之十五篇論文是近五年所寫成者。除「聯合政府之形成因素及其所帶來之法律問題」一文未曾在他處發表外，其餘皆曾在學術研討會（座談會）、學術期刊、祝壽論文集與專題論文中發表過。其中一篇介紹拉邦德的生平與思想，涉及法學思想。有十篇直接或間接涉及對於國會與立法權的規範，各有兩篇涉及對於司法權與行政權的規範。因為對於國會與立法權的規範交錯在民主與法治國家原則之間，對於司法權與行政權的規範著重在法治國家原則的要求，所以將此論文集定名為「民主與法治」。而「民主」與「法治」可謂是我國憲法架構的經與緯。關於司法權與行政權的規範及法治國家原則，國內多所論著，但對於國會與立法權的規範及民主原則的論述，國內較為缺乏。所以希望本論文集能對後者注入一些新的觀點。

本論文所收集的文章，大多是經人邀稿而寫成者。其中又以涉及國會的議題者居多。正因為是經邀稿寫成，受限於邀稿人所給的題目，所以各篇之間，就討論的議題，容有重疊之處。

在編輯此書時，也曾考慮刪去某些文章，或刪去某些文章的段落，但一來因為這些文章前後仍具有連貫性，二來因為這些文章仍各有其不同的重點所在，所以最後仍決定將其全部完整的保留下來。以「聯合政府體制與國會制度」一文為例，本文是經邀稿而寫成的，但寫完此文後，卻引發我寫成「聯合政府之形成因素及其所帶來之法律問題」與「反對黨在憲法上之地位與權利」二篇文章的興趣。又如「再造憲政運作的理想環境」、「國會改革及政黨陽光法案立法」與「國會改革五法實施之成效與檢討」三篇文章皆是針對目前國會的改革，並經邀稿寫成。乍看之下，三篇文章似有重疊之處，實則各篇仍有其不同的重點與進一步衍生出的議題。

每一篇文章的寫成皆有其時空的背景因素，從而凡不經修改而收錄於此論文集的文章，其時點仍以其最初刊登時為準。惟當時的法令今日如有修改時，係以「後記」方式補充之。若經略加修改的文章，則係以本論文集之出版日為其時點。

最後想藉此書感謝所有在我回國後，曾經幫助過我的師長與朋友。感謝您們幫我寫推薦函，給我機會與磨練。感謝花蓮大漢技術學校校長與財稅系給我生平的第一份工作，讓我得以進入學術界；也感謝淡江大學公行系的教師同仁，讓我有機會轉入本校與本系，繼續留在學術界。感謝永遠支持我與疼愛我的家人，每次想到你們，就覺得自己是一個很幸福的人。也感謝給我鼓勵與打氣的學生。您們的愛與友誼我永遠銘記在心，只是您們的名字，謹容我不一一地述及。

陳淑芳

2004年10月26日於木柵台北

目 錄

自 序

一、拉邦德

——德國公法學與概念法學的先驅者

壹、歷史背景.....	3
貳、生 平.....	5
參、重要學說.....	9
肆、所受之批評.....	18
伍、對後世之影響與貢獻.....	20
陸、拉邦德之主要著作.....	21

二、聯合政府體制與國會制度

壹、前 言.....	25
貳、產生聯合政府之憲政體制.....	25
參、在內閣制之政府體制下組成聯合政府之理由.....	28
肆、適宜組成聯合政府之國會結構與聯合模式.....	30
伍、採行聯合政府體制在國會內之配套機制.....	30
陸、結 論.....	35

三、聯合政府之形成因素及其所帶來之法律問題

壹、前 言.....	39
貳、聯合政府與聯合協定之概念.....	42
參、雙首長制下之組閣權問題.....	54

肆、聯合政府產生之背景因素.....	57
伍、聯合協定所帶來之法律問題.....	64
陸、聯合政府可能帶來之憲政上的危害.....	77
柒、結 論.....	88

四、國會議事規範之規範形式

壹、前 言.....	93
貳、兩種立法例.....	95
參、德國基本法承認國會議事自律權之法理基礎.....	95
肆、法律為民主法治國家中僅次於憲法之最重要的法規範	110
伍、「以法律定之」之立法例.....	112
陸、兩種立法例之優缺點.....	117
柒、以法律規範國會議事事項是否合憲之問題.....	120
捌、結 論.....	121

五、國會之資訊取得與法制

壹、前 言.....	127
貳、確保國會資訊取得的重要性.....	128
參、確保國會資訊取得法制之建構.....	131
肆、我國之現制與檢討.....	149
伍、結 論.....	154

六、再造憲政運作的理想環境

——選舉制度、國會運作與國會內協商機制的改革芻議

壹、前 言.....	159
貳、國會的法律性質.....	160
參、選舉制度.....	162
肆、國會運作.....	167

伍、國會內之協商機制	174
陸、現行法規之修訂	177
柒、結 論	178

七、國會改革及政黨陽光法案立法

——談國會席次、選舉制度、政黨法、政治獻金法

壹、前 言	183
貳、國會席次之減少	184
參、選舉制度	186
肆、政黨法之制定	188
伍、政治獻金法	195
陸、結 論	200
後 記	201

八、國會改革五法實施之成效與檢討

壹、前 言	207
貳、立法院之組織	209
參、立法院之議事運作	217
肆、立法委員之倫理規範	228
伍、國會改革立法一般性之缺失	233
陸、結 論	235

九、從法治國家觀點看我國立法之缺失

壹、前 言	239
貳、立法對法治國家實現的重要性	241
參、程序上之瑕疵	245
肆、實體上之瑕疵	256
伍、結 論	263

十、從體制觀點看立法院院長的角色

壹、前言——一國體制對國會議長角色之影響	267
貳、立法院院長的角色與功能	270
參、政黨政治對國會議長角色的影響	278
肆、結 論	280

十一、反對黨在憲法上之地位與權利

壹、前 言	285
貳、反對黨之概念	287
參、反對黨在憲法上之地位	292
肆、反對黨之任務與作用	296
伍、反對黨之權利	301
陸、結 論	304

十二、德國聯邦憲法法院法官之選任

壹、前 言	309
貳、德國選任聯邦憲法法院法官之制度	310
參、德國選任聯邦憲法法院法官制度之特色	315
肆、我國法制與德國之比較	318
伍、結 論	322

十三、法院判決之不同意見書

——德國法學界對此一問題之討論

壹、前 言	327
貳、反對採行不同意見書制度之理由	330
參、贊同採行不同意見書制度之理由	341

肆、適宜採行不同意見書制度之法院與審級.....	352
伍、採行不同意見書制度應注意事項.....	354
陸、結 論	357
後 記	360

十四、機關組織權與依法行政原則

——論政府再造在立法與行政間之權限劃分問題

壹、前 言	363
貳、機關組織權之概念	364
參、機關組織法之法律性質	366
肆、依法行政原則在機關組織領域之適用	368
伍、憲法增修條文第三條第三項與第四項之規範意旨	372
陸、結 論	374
後 記	375

十五、中央與地方因地方自治監督所生之爭議

——評司法院大法官釋字第五五三號解釋

壹、背景事實	379
貳、解釋要旨	380
參、評 析	381
肆、結 論	406

拉邦德——德國公法學與概念法學的先驅者

壹、歷史背景

貳、生平

參、重要學說

一、研究方法

二、研究的議題

(一)法律概念、法源與預算法的法律性質

(二)代理理論

(三)國家的概念

(四)基本權利

肆、所受之批評

伍、對後世之影響與貢獻

陸、拉邦德之主要著作

壹、歷史背景

在德國對於公法學或國家法學的研究¹，得以一八六六年作爲一個分水嶺²。一八六六年這一年經過普奧戰爭後，阻礙德國統一且爲德國邦聯（Deutscher Bund, 1815-1866年）一員的奧地利退出德國的歷史，在一心想完成德國統一之俾斯麥（當時爲普魯士王國之首相）的策劃下，由普魯士結合了邁河（Main）以北，共二十二個王國建立了北德邦聯（Norddeutscher Bund），並在一八六七年四月十六日制定公布了北德邦聯憲法。俾斯麥爲使南部之南德邦聯的諸王國（南德邦聯爲德國邦聯的存續組織）能加入德國的統一工作，遂設計使法國對德國宣戰，希冀在與南方諸國結成同盟，同仇敵愾一致對外下，完成德國的統一。普法戰爭的結果，普魯士打敗法國，也完成德國的統一，而於一八七一年建立德意志帝國（Deutsches Reich, 1871-1918年），並於同年四月十六日制定公布了德意志帝國憲法（又稱爲俾斯麥憲法）。

國家法的研究無疑地需有一個適用此一國家法理論的實體——即國家——存在。因爲在一八六六年前，德國並不是一個統一的國家，也沒有一部對全德國諸王國皆適用的憲法。而在一八四九年三月二十八日於法蘭克福保羅教堂所制定，欲對全德國適用之德意志帝國憲法（又稱爲保羅教堂憲法），最後並沒有實行。所以在一八六六年前，在德國對於國家法的研究通常只涉及各王國的憲法，尙稱不上有所謂的「德國國家法」。在一八四八至一八六六年這段期間涉及國家法領域的著作，即使其所討論者不限於各王國的國家法，都具有濃厚的政治意味，國家法與政治之間的

¹ 在德國公法包括國家法與行政法。國家法包括憲法與具有憲法位階的法規，例如：憲法機關之組織法（在我國如五院之組織法）。

² Vgl. P. Zorn, Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1907, S. 47 ff. (57 ff.).

界線模糊不清，而作者也常將其主觀上的政治觀點當作是法律的論述來加以闡述，此種純粹主觀的研究方法得以布倫屈理（J. K. Bluntschli）為代表。在當時國家法此一學科並不受到實務法律人與大學教育的重視。而與其他法律領域相較，尤其是與民法相較，當時對國家法之研究著實少的可憐。薩維尼（F. C. v. Savigny, 1779-1861年）所創始之歷史法學派激起了十九世紀對於（無論是羅馬或日爾曼）民法的研究，就在當時對於民法的研究已有豐碩的成果之際，對於國家法的研究卻尚未開始。在十九世紀六十年代以前，各大學根本談不上有國家法學的研究³。而在十九世紀中葉改變此一局勢最重要的二位國家法學者，一位是格貝爾（C. F. v. Gerber, 1823-1891年），另一位就是拉邦德（Paul Laband, 1838-1918年）⁴。格貝爾引入研究民法的方法來研究國家法，即開始以法學方法來研究國家法。其重要著作為「德國國家法體系的基本特徵（Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts）」一書（第一版，1865年；第二版，1869年；第三版，1880年）。拉邦德曾稱格貝爾為當時之國家法學之父⁵。拉邦德承續格貝爾之此種研究方法，並以實定的憲法——即一八七一年的德意志帝國憲法為本，以法釋義學的方法來研究國家法。拉邦德在一八七六年出版了「德意志帝國國家法」一書（第一版三冊：第一冊1876年、第二冊1878年、第三冊1882年出版；二版及三版時二冊；第四版起四冊，至1914年共出了五版），在此書中他幾乎處理

³ Vgl. P. Zorn, a.a.O. (Fn. 2), S. 47 ff. (49 ff.).

⁴ 對於改變此一局勢，另一位經常被提及的國家法學者是邁埃爾（O. Mejer）及其所著之「德國國家法導論（Einleitung in das Deutsche Staatsrecht）」（1861）一書。邁埃爾與格貝爾兩人前揭之著作被認為是將19世紀前之「舊」國家法引入「新」國家法的橋樑。Vgl. P. Zorn, a.a.O. (Fn. 2), S. 47 ff. (52); K. Stern, "Staatsrecht", in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Band 5, 1989, Sp. 218 ff. (218).

⁵ Vgl. P. Zorn, a.a.O. (Fn. 2), S. 47 ff. (53).

了所有國家法領域的重要問題，而此書也開啓了寫憲法逐條釋義此類書籍的風氣。他是首位對德意志帝國憲法作有系統研究的人，所以有人稱拉邦德爲德意志帝國國家法學的創始者⁶。因爲拉邦德的學術與政治生涯幾乎與德意志帝國的存在同期（拉邦德在1918年3月23日逝世，而德意志帝國在同年11月滅亡），從而有人認爲拉邦德不僅是德國國家法學史，且也是德意志帝國史的一位重要人物⁷。

貳、生平⁸

拉邦德於一八三八年五月二十四日在布雷斯老（Breslau，今天位於波蘭）出生，是猶太人。父親是醫生。只是拉邦德在其後來的回憶錄中，始終沒有提及其猶太人的血統，並與當時許多上流及受高等教育的猶太法律人一樣，在一八五七年十一月二十八日，十九歲時，於布雷斯老改信天主教，並更改姓名⁹。拉邦

⁶ Vgl. H. Hof, Paul Laband, in: G. Kleinheyder/J. Schröder (Hrsg.), Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., Heidelberg 1996, S. 238 ff. (239).

⁷ Vgl. G. Anschütz, Paul Laband, DJZ 23 (1918), Sp. 265 ff. (269).

⁸ 關於拉邦德的生平，vgl. O. Liebmann, Paul Laband, in: DJZ 13 (1908), Sp. 497 ff. (499 ff.); G. Anschütz, a.a.O. (Fn. 7), Sp. 265 ff. (265 ff.); M. Friedrich, in: NDB 13 (1982), S. 362 ff. (362 ff.); W. Pauly, Paul Laband (1838-1918), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: H. Heinrichs u.a. (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 301 ff. (305 ff.); ders., Paul Laband, in: M. Stolleis (Hrsg.), Juristen – ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2001, S. 374 (375); H. Hof, a.a.O. (Fn. 6), S. 238 ff.; M. Herberger, Laband, Paul, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, 1978, Sp. 1328 ff. (1328 ff.); M. Stolleis, Geschichte, Bd. II, S. 341 ff. (341); W. R. Beyer, Paul Laband: ein Pionier des öffentlichen Rechts, NJW 1988, S. 2227 (2227); B. Schlink, Laband als Politiker, Der Staat 31, 1992, S. 553 ff.

⁹ 拉邦德受洗的文件今天存放在柯布倫茲(Koblenz)的聯邦檔案中。Vgl. Bundesarchiv Koblenz, Nachlaß Laband, NL 319/2. 當時猶太人爲求能融入

德在布雷斯老、海德堡及柏林等大學唸法律（1855-1858年）。曾受教於Vangerow, v. Mohl, Renaud（在海德堡），Gneist與Stahl（在柏林）等大師。在一八五八年五月一日即已在布雷斯老拿到博士學位（博士論文題目是「妻為保護嫁妝之擔保特權（Die Pfandprivilegien der Ehefrau zum Schutze ihrer Mitgift）」），並馬上有學術性的文章對外發表。他首次發表的文章，是刊登在1859/60年貝塞勒德國法期刊（Beselers Zeitschrift für deutsches Recht）之有關「海運提貨單與經紀人」的文章（第十九期與第二十期），當時他還在布雷斯老（通過第一次國家考試）候補官員的時期（1858-1861年）。拉邦德為了早點進入學術界，最後放棄參加第二次國家考試。一八六一年在海德堡以「斯瓦比亞法典之研究（Beiträge zur Kunde des Schwabenspiegels）」的論文獲得升等，為海德堡大學的講師。「十四世紀中葉馬德堡——布雷斯老體系之陪審法」的專論與「阿瑪菲的海洋法（Das Seerecht von Amalfi）」一文（ZHR 7 (1864), S. 296 ff.），即係出於海德堡時期。一八六四年被柯尼斯貝克（Königsberg）大學聘為副教授，一八六六年升為教授。一八七二年離開柯尼斯貝克。在柯尼斯貝克時期拉邦德即已寫了一些對後世影響極為深遠的文章。一八六九年所寫成之「依中世紀薩克森法源的財產法訴訟」，就是這一個時期的作品，也是另一個全新的寫作方向。一八六五年，他受到商法鼻祖果德斯密德（L. Goldschmidt, 1829-1897年）的青睞，而邀他作「全商法期刊（Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht）」的共同編輯（直到一八九八年，拉邦德一直是該期刊的編輯）。在此期刊中，拉邦德也發表了許多文章。其中最值得一提的，除了前述的海洋法外，就是「代理理論」（1866年）

德國的社會，為上流社會與高層所接受，會改信天主教與更改姓名。Vgl. W. Pauly, Paul Laband (1838-1918), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, a.a.O. (Fn. 8), S. 301 ff. (305 f.); B. Schlink, a.a.O. (Fn. 8), S. 553 ff. (555 f.)

與「公司理論之研究」(1885年)此兩篇文章。由此也可以看出，拉邦德即使是在商法的領域，也有驚人的創作能力。Staub 即曾說過：「假如拉邦德後來沒有變成國家法學者的話，他或許將是亙古至今最偉大的商法學者。」在此一時期他也開始參與「民法實務檔案 (Archiv für die zivilistische Praxis)」期刊的編纂工作。其有關十四世紀普魯士王國法 (Iura Prutenorum, 1866年) 與「依普魯士憲法法典之規定的預算法」(1870年)¹⁰的作品也是出於此一時期。而後一個作品是他發表公法文章的開始。拉邦德對此文稍後曾表示：「從此文起，國家法是我真正的研究領域。」惟當他發表此篇文章時，當時為商會法律顧問，後來成為國會議員的邁亞 (Alex. Meyer) 還在布雷斯老的報紙上批評他，說：「拉邦德是國家法的Karlchen Mießnik。」但是拉邦德作為國家法學者的才華很早就被學術界識出，所以在他拒絕弗萊堡 (Freiburg) 大學的邀聘之後，於一八七二年十月接受當時新成立，屬於帝國之斯特拉斯堡 (Straßburg) 大學的教授聘約 (該大學自一八七七年以國王威廉的名字命名)¹¹。終其一生，拉邦德堅持留在斯特拉斯堡，也忠於斯特拉斯堡大學，直到他退休為止。在這期間許多大學與政府要職都曾聘請他前去任教與任職，但拉邦德始終不為所動，此例如杜賓根大學，一八七九年帝國法

¹⁰ 本文最先刊登在 Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 4 (1870), S. 625 ff. 而於1871年又出版了單行本，本文「陸、拉邦德之主要著作」所列者為後者。

¹¹ 普法戰爭法國戰敗後，原屬法國之亞爾薩斯與洛林兩省歸還德國 (1648年以前該兩省屬於德國所有)，而斯特拉斯堡是該兩省內的重要城市。該兩省在第一次世界大戰後，因德國戰敗，又歸給法國。1940年至1945年，在第二次世界大戰中，被德國占領。今天亞爾薩斯、洛林與斯特拉斯堡位於法國。在1871年至1918年間，亞爾薩斯與洛林並非聯邦中的一個邦 (Bundesstaat)，而是直屬於帝國 (聯邦) 的行政區 (Reichsland)。同時斯特拉斯堡大學是屬於帝國 (聯邦) 而非邦的大學。