


國立台灣大學法學叢書 157

法與國家權力 (二)

Recht und Staatsgewalt



許宗力 著

 元照出版

國立台灣大學法學叢書 157

法與國家權力(二)



許宗力 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法與國家權力(二)／許宗力著.-- 初版.--
臺北市：元照，2006 [民 95]
面：公分.-- (國立臺灣大學法學叢書
；157)

ISBN 978-986-7279-87-3 (精裝)

1.政治-論文,講詞等 2.法律-論文,講詞等

570.7

95016679

法與國家權力(二)

1D101GA

2007年01月 初版第1刷

作者	許宗力
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 560 元
訂購專線	(02)2375-6688 轉 503 (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 978-986-7279-87-3

序

本書收錄作者近年來有關憲法論文十餘篇。大致可分為違憲審查、基本權利、權力分立與行政革新等四類。第一、二篇是較新的文章，屬違憲審查類，可說是作者新近從事實務工作累積的初步心得，期盼能因此有助於違憲審查論證品質的提升，並經由所提若干建議，為身處藍、綠激烈對抗中的釋憲機關尋求生路。

第三至第七篇屬基本權類，討論比例原則、平等原則、言論自由與正當程序等基本權重要議題，德國法與美國法處理這些議題的手法有極大差異，本土觀點則持續在形成中，作者對此議題之探討或未能圓滿兼顧不同論點，但提供解決問題之參考，或仍有可觀之處。

第八至第十二篇是權力分立類，政治部門相互間產生權限爭議，原乃雙元民主之常，分裂政府只是致使爭端愈趨激烈的觸媒，司法部門如何解決紛爭，又不至於因此碰觸紅線，陷入政爭，永遠是憲法學的棘手問題，本文蒐集的幾篇文章，雖是作者一己觀察，然對問題之釐清與研究之深化，或亦能提供些許助益。

最後三篇則屬政府再造脈絡下的行政革新類，雖屬行政制度的變革，於憲法卻有密切關係，故亦一併納入本書，以記述行政制度變革涉及的憲法界限。

本書之問世，張桂芳小姐功不可沒，元照出版公司諸位同仁精心編輯，也都是不可缺的幕後功臣，均謹此致上作者無盡謝意。作者能力有限，本書內容有疏誤之處，在所難免，尚祈各方賢達不吝賜正。

2006年10月

目 錄

序

集中、抽象違憲審查的起源、發展與成功條件

一、前 言	3
二、集中、抽象違憲審查制度之產生	4
三、二次戰後的西歐（德、奧、義、西）： 集中、抽象審查模型的第一波浪潮	8
四、集中、抽象審查制度的可能隱憂	12
五、西歐憲法法院如何成功？	15
六、1989年後的東歐：集中、抽象審查模型的 第二波浪潮	19
七、東歐後共產國家憲法法院的不同發展與原因	22
八、結 語	37

違憲審查程序之事實調查

一、前 言	43
二、違憲審查與個案事實之調查	44
三、違憲審查與立法事實之調查	48
四、代結語	74

比例原則與法規違憲審查

一、前 言	77
二、國內學說	77
三、大法官相關解釋	82
四、幾點看法	88
五、結 語	93

Taiwanische Verfassungsrechtswissenschaft als Arena der deutschen und amerikanischen Verfassungsrechtslehre

——Dargestellt am Beispiel der Interpretation des
taiwanischen Verhältnismäßigkeitsprinzips
(作為德、美兩國憲法理論競技場之台灣憲法學
——以比例原則之解釋為例)

I . Vorwort	97
II . Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Ansicht der taiwanischen Verfassungsrechtler	99
III . Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Ansicht der Hohen Richter	102
IV . Einige kritische Bemerkungen	111
V . Schlußwort	115
中文摘要	117

比例原則之操作試論

一、概 說	121
二、大法官見解	121
三、德國模型	122
四、美國模型	137
五、結 語	139

從大法官解釋看平等原則與違憲審查

一、前 言	143
二、大法官關於平等審查的重要解釋	145
三、幾個重要問題的檢討	163
四、平等審查模式的建構——代結論	190

談言論自由的幾個問題

一、前 言	195
二、言論自由的保護範圍	195
三、對言論自由的限制	205
四、限制之合憲性審查的問題	206
五、結 語	225

大法官釋字第四六二號解釋評析

一、有關教評會評審的定性部分	229
二、有關教評會評審標準與程序部分	232
三、結語	239

基本權程序保障功能的最新發展

——大法官釋字第四八八號解釋評析

一、案例事實	247
二、解釋要旨	248
三、評析	249
四、結語	259

Die Idee der Gewaltenteilung in China

——Unter besonderer Berücksichtigung der Lehre von
Dr. Sun Yat-sen (中國的權力分立理念——以
孫文學說為中心)

I . Einleitung	267
II . Die Lehre der Gewaltenteilung von Dr. Sun Yat-sen	269
III . Modifizierte Rezeption der Lehre von Dr. Sun Yat-sen in der Verfassung der Republik China	276
IV . Einige kritische Bemerkungen	281
V . Schlußwort	287
中文摘要	289

權力分立與機關忠誠

——以德國聯邦憲法法院裁判為中心

一、前 言	293
二、權力分立	295
三、機關忠誠	320
四、結 語	338

憲法違憲乎？

——評釋字第四九九號解釋

一、案例事實	343
二、解釋要旨與爭點	343
三、評 析	346
四、結 語	366

迎接立法國的到來？！

——評釋字第五二〇號解釋

一、射程與基調	385
二、創造新的遊戲規則，並使其溯及既往	387
三、創造立法國，使行政、立法兩權嚴重失衡	391
四、有待進一步釐清的問題	397
五、結 語	399

從九二一震災看緊急命令相關問題

一、緊急命令的制度功能	411
二、因應九二一震災，是否有發布緊急命令之必要？	412
三、緊急命令權限的歸屬	413
四、立法院對緊急命令的追認	414
五、緊急命令的法位階與界限	416
六、訂定執行要點或另頒補充性緊急命令？	417
七、執行要點是否須送立法院審查？ 立法院如何處理？	419
八、立法院可否制定與緊急命令牴觸的特別法？	420
九、立法院可否亡羊補牢，制定緊急命令法？	421
十、緊急命令與執行要點是否具有可司法性？	422
十一、結語	423

論行政任務的民營化

一、前言	427
二、民營化的概念	427
三、民營化的類型	431
四、民營化在憲法上的容許性	439
五、民營化與法律保留	443
六、民營化的決定方式與選定相對人的程序	447
七、「後民營化」的國家管制義務與賠償責任	454
八、結語	458

國家機關的法人化

——行政組織再造的另一選擇途徑

一、前 言	463
二、爲何要法人化？	465
三、法人化與法律保留	470
四、特殊法人的定性	474
五、特殊法人的任務	477
六、特殊法人的配備	479
七、國家對特殊法人的業務監督	482
八、特殊法人的救濟權？	485
九、特殊法人與人民的關係	486
十、結 語	487

再論機關的法人化

一、前 言	491
二、行政法人的建置理念	492
三、行政法人的設置與法律保留	498
四、行政法人的任務	500
五、行政法人是否不區分類型？	505
六、對行政法人之監督	507
七、結 語	512

索 引	515
-----	-----

釋字解釋號索引	526
---------	-----

集中、抽象違憲審查的 起源、發展與成功條件



- 一、前 言
- 二、集中、抽象違憲審查制度之產生
- 三、二次戰後的西歐（德、奧、義、西）：集中、抽象
審查模型的第一波浪潮
- 四、集中、抽象審查制度的可能隱憂
- 五、西歐憲法法院如何成功？
- 六、1989年後的東歐：集中、抽象審查模型的第二波
浪潮
- 七、東歐後共產國家憲法法院的不同發展與原因
 - (一)違憲審查發展艱困國家
 - (二)違憲審查發展有成國家
- 八、結 語

一、前言

法院擁有法律違憲審查權，乃肇始於1803年美國最高法院 *Marbury v. Madison* 一案，是稱美國為法律違憲審查制度之母國，應不為過。其特色，如所周知，是分散、具體的審查制度，亦即每一個普通法院審理每一個具體個案時，都有權附帶審查所適用之法律的合憲性，並於認定違憲時拒絕予以適用。與之相對的是源自於歐陸的集中、抽象審查制度，其特色是法律違憲審查專屬於一個特別設置之憲法法院為之，並與具體案件完全抽離，僅「抽象地」（*in abstracto*）就法律的合憲性進行審查。

集中、抽象違憲審查制度肇始於歐陸的奧地利，興盛於二次戰後的德國、奧地利、義大利、法國與西班牙等西歐國家，其中德國聯邦憲法法院的運作尤其成功，無論是人權保障或權限分配爭議上之定分止爭，都備受稱道。1989年以還，東歐共產國家開始自由化與民主化，絕多數國家紛紛仿效其西歐的兄弟設置憲法法院，實施集中、抽象違憲審查制度，只是一路下來，多數都走得有點艱苦，其運作與發展並不如西歐憲法法院那樣順遂。由於我國司法院大法官職司的憲法解釋制度也是典型的集中、抽象審查制度，甚至在若干細部建制上，也都以被視為當代抽象、集中審查制度之典範的德國聯邦憲法法院為師¹，本文因此擬就集中、抽象違憲審查制度係基於何種背景而產生？有何長處？有何侷限？如果作為集中、抽象審查制度典範之德國聯邦憲法法院的經驗可說是成功的話，其成功的條件為何？東歐國家當初既是從零開始，又是基於何種理由摒棄美式分散、具體的審查制度，而寧

¹ 例如三分之一立委可以聲請釋憲，違憲政黨解散與總統、副總統彈劾案件之審議就是不折不扣德國制度的移植。

願選擇抽象、集中審查制度？其運作如果發生困難，原因又是甚麼？等問題加以討論，或藉此他山之石，可收攻錯之功。

二、集中、抽象違憲審查制度之產生

如前述，美國早於1803年的Marbury v. Madison一案，就發展出違憲審查制度。可是這個「美國經驗」並沒有回過頭來影響作為其文化源頭之歐洲，歐洲產生違憲審查制度可說比美國慢了超過一百年以上，所發展出來的違憲審查制度甚至還是與美國者有異的集中、抽象審查制度。何以如此？

法國大革命以來，在羅馬法影響下的歐陸國家，實定法傳統上被視為國民總意志（*volonté générale*），或者說國家主權的具體表現，它既不可能犯錯，也是至高無上，不可能被審查，法官與法學的任務自始被界定為替實定法服務，負責執行、適用、解釋法律，而不能質疑法律，只有在法律規定不明或有漏洞的有限情形，才被允許在極小範圍內「造法」，在這種情況下，要承認非民選的法官可以對民選議會所制定之法律作違憲審查，進而拒絕適用其認為違憲之法律，是難以想像的事²。美國學者畢克（Alexander Bickel）提出的「反民主」、「反多數決困境」（Counter-Majoritarian Difficulty）³正可以說明何以歐陸沒有像美

² Alec Stone, *The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe*, 19 *Policy Study Journal* 82 (1990); R. Wahl, *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates*, HStR I, Rdnr. 32-37; W. Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in HStR II, Rn. 51.

³ 「反多數決困境」是美國學者Alexander Bickel創造出來的用語，See Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 16 (1962).

國一樣，很早就發展出法律違憲審查的原因所在。且即使十八、九世紀以來，歐陸君主封建國家陸續制定憲法，憲法相對於法律之優先性也還沒有確立⁴，憲法即使有規定基本權保障，基本權條款對議會而言，充其量只具方針條款之意義，它不僅對議會沒有法拘束力，甚至要透過法律的具體化，始發生效力，拘束行政與司法，在此基本權理解下，當然也不可能發展出法院對法律的違憲審查權⁵。自十九世紀後半葉開始，歐陸國家的公法學逐漸發展，學界支持違憲審查的聲音逐漸出現，1920年代，甚至一度發展出跨國性運動，使違憲審查成為公法學界一致關心的重要議題。但這個運動最後還是失敗了，其原因，在法國，因為很長一段時間法官是保守、反動象徵，並貪污、腐敗，法官職位甚至可以為買賣、出租之標的物，故社會地位極其低落，遑論擁有抗拒政治權威干預的獨立地位⁶，因此如賦予法官違憲審查權，將引發社會公憤，且當時有學者提到美國的司法審查制度導致「法官政府」，主政者更不可能賦予法官違憲審查權⁷。在德國，則1918年以前，議會議員相對於法官，顯得保守，不願其所制定之法律受法官審查，威瑪時代，情況剛好反過來，反而法官相對於國會議員，顯得保守，議會同樣不歡迎法官擁有違憲審查⁸。據學者觀察，還有一個政治背景，即當時大部分歐洲國家的左翼社會主義政黨

⁴ 普魯士暨威瑪時代的憲法學者安緒芝（Gehard Anschütz）有句名言可以作為代表：「憲法不在立法之上，反而應受立法支配」（Die Verfassung steht nicht über der Legislative, sondern zu ihrer Disposition.）Dazu vgl. *Wahl* (Fn. 2), Rn. 35 f.

⁵ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 107.

⁶ Bojan Bugaric, *Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition*, 42 Harv. Int'l L.J. 247, 253 (2001).

⁷ Stone, *supra* note 2, at 82.

⁸ *Schlaich/Korioth* (Fn. 5), Rn. 108.