

學術論文集

憲邦異式

憲政法理學論文集

顏厥安 著



元照出版

D911.01-53/2

2005

憲邦異式

——憲政法理學論文集



顏厥安 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

憲邦異式：憲政法理學論文集 / 顏厥安著.

-- 初版 -- 台北市：元照 2005 [民 94]

面：公分

ISBN 986-7279-01-8 (精裝)

1. 憲法 - 哲學, 原理 - 論文, 講詞等

2. 政治制度 - 論文, 講詞等

581.01

94000664

憲邦異式——憲政法理學論文集 1D91GA

2005 年 6 月 初版第 1 刷

作 者 顏厥安

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 350 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 986-7279-01-8

那日漸擴大的矛盾——代序

Der Nahme für die Staatsverfassung Deutschlands macht der Staatsrechtslehre immer Mühe; diese Verfassung entspricht keiner der gewöhnlich aufgeführten Arten; sie ist weder Monarchi, noch Aristokratie, noch Demokratie.

— Hegel, G.W.F, Über die Reichsverfassung —

憲政法理學(constitutional jurisprudence)是個有待說明的概念。它與憲法釋義學(constitutional dogmatics)以及憲法理論(constitutional theory)都不同。也許最廣義的憲政法理學可以包括後兩者，但是如果要做個比較精緻的區分，憲法釋義學是對特定有效憲法之體系性解釋建構；憲法理論，則致力於探討憲法釋義學得以成立的國家學或政治理論前提。不同的憲法理論立場觀點，當然會導出不同的憲法釋義學建構發展方向。但是這兩者都是以「特定有效」(valid specifically)之憲法文本，或者說的更「實在」一點，是以憲法秩序的存在為前提。

可惜的是，特定有效憲法文本或憲法秩序的存在，從來就不是那麼「當然」的事。甚至毋寧更應該意識到，憲法秩序的出現在人類文明史中是個特殊狀態，即使在現代性的歷程裡，也是個充滿爭議的意識型態建構。而憲政法理學，就是在意識到「憲法秩序存在」的非必然性、高爭議性，甚至反常性後，所展開的批判性法學研究。

更有意思的是，在我們所身處的這個「地方」，台灣——

要堅持稱之為中華民國亦無妨——早就沒有憲法了。或者更正確地說，她從來就沒有過。之所以說「早就沒有」，是因為我們（也許尤其是憲法學者）一直還是認定或以為是有的。但是特別是在這個2005年的5月，不論是大法官專業加給的刪除、監察院的懸空、任務型國大職權行使的恣意，還是在野黨主席們的聯共與「一中」主張等等，在在顯現了台灣國家性與憲法秩序的不存在。

Carl Schmitt曾經在討論nomos概念（我目前傾向於將其翻譯為範域）時指出，雖然在古代已經發生了意義的變化，但是nomos概念原本絕非意指單純的設立(Setzung)，並將實然與應然區隔，將具體秩序的空間結構棄之不顧。相反的，此等使用方式是肇始於沈淪的時代(absinkende Zeit)，在這種時代裡，自身已經與起源脫鉤，再也無法將作為秩序與場域(Ortung)的根本法權(das fundamentale Recht)與實證法規的設立、命令或措施加以區隔。因此只有：

Posthume Machthaber hellenistischer und cäsaristischer Prägung, die nicht mehr konstituieren, sondern nur noch dirigieren, setzen sich in die noch vorhandenen Reste alter Ordnungen hinein, deren sie sich bedienen, um sich Gefolgschaft und Gehorsam zu verschaffen.¹

Schmitt當然從來沒有考察過中華民國或台灣的憲政問題，但是他的書寫——只要把希臘羅馬改為中華民國或中國——卻好

¹ 請參考Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot, 4. Aufl. 1997, S. 38 ff. 此段引文之大意是：只有扛著希臘羅馬旗幟的過氣政客，無能於組構政治實體，卻只能寄生於舊秩序的殘存法規，妄圖以指令的方式來獲得人民的服從。

像就是在批判著中華民國法統論述的虛妄性。Schmitt對nomos概念的解析，如果用比較簡明的方式來凸顯其中一個重點，那就是（法）規範秩序的實然與應然無法真正區分，一旦應然與實然徹底脫鉤，那就成了一種實證主義的法條。可惜的是，這似乎是當代的特色，Schmitt寫道：

In der heutigen Weltlage bringt es nur noch die Künstlichkeit des bloß positivistisch Gesetzen und Gesollten zum Ausdruck, d.h. den bloßen Willen zur Durchsetzung, oder-in der soziologischen Ausdrucksweise Max Webers- den Willen zur Realisierung einer Erzwingungschance.²

如果運用到台灣當前的狀況，我們可以說：當憲法成為純粹的應然時，憲法就真的僅僅是實證憲法法條，而不再是憲法或憲政秩序。因此當台灣的「憲法」可以被各自表述地這麼分歧，可以被掌權者(Machthaber)如此恣意玩弄時，憲法就僅僅是空洞的應然表述。用我的理論語言來說，就是縫隙(gap)。在這種空洞的應然表述雜叢中，憲法論述出現各種有意義的，甚至是具有某種融貫性的胡言亂語，也就不足為奇。例如以「神聖羅馬帝國」式的法學解釋方法，死抱著過往大法官解釋的文字，大刺刺地論述主張中國共產黨是一中憲法下的政黨，老實說，也是蠻「言之成理」的。

關於這些相關現象的憲政法理學解析，還有太多可以談的。但是回到本書所收集的論文，我卻必須坦承，這些文章寫作的時候，雖然有憲政法理學的問題意識，但是卻還未能清楚地產生前述的思考意識。我僅是長期地「直覺」台灣的憲政問題，與青年黑格爾所看到的帝國憲法(Reichsverfassung)問題非常

² Schmitt, a.a.O., S. 39.

類似。那個帝國，就是早已名存實亡的神聖羅馬帝國。而什麼叫名存實亡呢？就是憲法依舊在，邦國早逝遠。這也不正是「中華民國」嗎？當然，我在寫作這些文章的時候，通常都必須as if中華民國憲法正常地存在著。直到最近，我才清楚地想到，根本沒有這種normality，而台灣的abnormality，可能才是我們的正常存有狀態。如果我的看法是對的，那麼台灣除了在as if憲政秩序存在前提下的憲法釋義學與憲法理論外，可能更需要憲法法理學的論述。而本書的文章，也是在有點陰錯陽差下所產出的相關論述。

本書的出版，得力於元照出版公司的專業協助以及林宗翰先生的詳密校對，在此我要表達最深的謝意。我也要感謝臺大法律學院的環境，讓我能夠於法理學之外，進入憲法相關學術的廣大園地。特別要致謝的一位朋友，是蔡宗珍教授。與這位傑出女性公法學者的多年討論，讓我大大增長了對相關問題的領悟與識見。

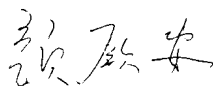
替論文集寫序，往往具有跋的性質，因為都是事後的補充說明。黑格爾在〈德意志憲法論〉文末的斷簡手稿“Der immer sich vergrößernde Widerspruch...”（那日漸擴大的矛盾……）中寫道：

Der Stand des Menschen, den die Zeit in eine innere Welt vertrieben hat, kan, entweder wenn er sich in dieser erhalten will, nur ein immerwährender Tod, oder wenn die Nature ihn zum Leben treibt, nur ein Bestreben seyn, in ihr finden und geniessen, um leben zu können.³

³ 有些德文的拼法是黑格爾時代的舊拼法。前面的引文亦同。

此段大意是說，被時代驅趕入內心世界的人們有兩個選擇，或者是駐留於彼處而成為永恆的死亡，或者以自然活力來尋覓發現與享受，讓自己能夠活下去。這幾乎是個存在主義式的陳述，但竟然是在談憲法問題。其實這也不足為奇，因為憲法是國家的法權表彰，而國家是現代人無可迴避的存有樣態之要素環節。你可以不喜歡他，厭惡他，想要消滅他，但是，你不能不先「面對」他，不論這個他是個暴力機器、倫理實體，還是父權象徵秩序。

當然，對我來說，即使「有」了個國家，生與死的存在主義議題還是不會告終，因為「能夠活下去」(leben zu können)也意味著能死(sterben zu können)。這些都是憲政法理學的艱深議題，而也正好是這本青澀的集子所無能處理的。



2005年5月20日 謁岸後

目 錄

那日漸擴大的矛盾——代序

一、國民主權與憲政國家.....	1
二、規則、理性與法治.....	55
三、道德、政治與法律——由對現代性法學之觀察反思 緊急命令體制.....	111
四、憲政體制與語言的困境.....	143
五、凱撒管得了上帝嗎？——由法管制理論檢討宗教立法	163
六、憲法文本與中央政府體制.....	181
七、由核四預算爭議談建設性憲政忠誠原則與權力分立	207
八、緊急命令的性質——一個初步看法.....	221
附錄一 除了喜愛之物，人們別無認識——評吳庚著 《憲法的解釋與適用》.....	233
附錄二 釋字第四五〇號聲請書.....	243
參考文獻.....	261
原文出處.....	275

國民主權與憲政國家

壹、前言

貳、修憲權界限的歷史經驗考察

- 一、以國民主權為制憲力之基礎
- 二、憲政國家的顛覆
- 三、議會主權的危機——以戴高樂公投修憲為例

參、修憲權界限的國家學理論基礎——憲政國家內無主權者

- 一、主權者備位化還是主權者常設化？
 - (一)（國民）議會主權化
 - (二)議會至上化
 - (三)公投至上化
 - (四)統治機制獨裁化
 - (五)憲政國家之自我毀滅機制
- 二、德國對於國民參政權的討論
- 三、透過修憲達成制憲？

肆、修憲權界限的法理學理論檢討

- 一、對“No Right Answer”以及“Majority Premise”的討論
- 二、國民主權之溝通程序化
- 三、綜合討論

伍、我國憲法的修憲界限問題

一、立法委員是否有權提出釋憲聲請？

二、我國憲法之修憲界限問題

(一)憲法第二條的意義

(二)憲法第二十五條的問題

(三)釋憲機關對於此一問題的見解

(四)我國憲法的修憲界限

陸、本次修憲條文是否逾越修憲界限？

一、不宜以修憲程序的瑕疵來質疑其效力

二、民主原則是支持還是反對本次的修憲案？

三、增修條文第一條第三項是否牴觸定期改選原則？

四、滑坡理論的必要性與侷限性

五、廢棄民主原則的修憲與違反民主原則的修憲

六、民主原則結合法治國原則——憲法保留原則的運用

七、比例代表制的問題

八、小結：大法官可以採取的解釋方案

柒、結論：正義作為一種志業

Eine Diktatur insbesondere ist nur auf demokratischer
Grundlage möglich.

(獨裁體制更可能建立在民主的基礎之上)

—Carl Schmitt—

壹、前 言

本文原爲一九九九年十一月二十五日，筆者出席司法院大法官釋憲審查會的法律意見鑑定書。該次審查會審查之標的，乃是同年九月四日第三屆國民大會三讀通過之中華民國憲法增修條文第一條以及第四條的修正案。其主因是因爲系爭條文中，包含了頗富爭議的國代延任條款以及國大全額政黨比例代表制規定，尤其是前者引起社會廣泛的關切與極大的爭議。反對此一修憲案者，在彼時即已透過立法委員提出幾份釋憲聲請書，想要澄清此一修憲案是否有違憲無效的問題。¹司法院大法官經過縝密周詳的考慮斟酌後，於二〇〇〇年三月二十四日公布了釋字第四九九號解釋，其中宣告：「第三屆國民大會於八十八年九月四日第四次會議第十八次大會以無記名投票方式表決通過憲法增修條文第

¹ 民國88年9月15日公布的憲法增修條文，修正對象包括有增修條文第1、4、9、10各條。不過立法委員主要針對第1條第3項與第4條第3項提出釋憲案。乃是因爲這兩條修正案，分別涉及了對第3屆國民大會代表以及第4屆立法委員任期之延長。至於另外兩個引起注意之處乃是第1條第1項國大代表全額政黨比例代表產生方式是否違憲，以及該次修憲程序是否違憲的問題。

一條、第四條、第九條暨第十條之修正，其程序違背公開透明原則及當時適用之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，其瑕疵已達明顯重大之程度，違反修憲條文發生效力之基本規範；其中第一條第一項至第三項、第四條第三項內容並與憲法中具有本質重要性而為規範秩序賴以存立之基礎，產生規範衝突，為自由民主憲政秩序所不許。上開修正之第一條、第四條、第九條暨第十條應自本解釋公布之日起失其效力，八十六年七月二十一日修正公布之原增修條文繼續適用。」（強調部分為筆者所加）此一解釋等於宣告該次修憲條文全部失效，一切回到修憲前的原點（亦即一九九七年修改後之增修條文）。此號解釋公布前數日，由於內容業經走漏，遂引發當時民主進步黨黨主席林義雄先生的批判²。公布之後，自然更引起政壇軒然大波。其主因可能有二：第一，政府、各政黨與全國人民方才結束了一場為期甚久極為艱辛的總統選戰，卻要在總統就職與新政府成立前的重要政權交接階段，再次舉辦一次普遍認為無甚意義的國民大會選舉，勞民傷財甚鉅。第二，甫勝選的民主進步黨與慘敗而一團混亂的中國國民黨，非常擔心以宋楚瑜先生為首的親民黨，挾著宋先生四百六十多萬的選票一鼓作氣，利用國大選舉一舉奠定其政治基礎。因此在廢國大已成全民願望以及民、國兩黨的實際政治利益考量下，朝野政黨遂迅速達成共識，於二〇〇〇年四月八日召開國民大會，並於四月二十四日修正通過了將國大「任務型」化的修正案（四月二十五日公布）。

筆者曾經在另一篇文章中將這一次的修憲／釋憲／修憲的鬧

² 依據中時晚報的報導(89/03/22)，林義雄主席認為，司法院僅能解釋憲法，釋憲者必須承認憲法條文之存在及其正當性，依條文內容加以闡述發揮，不能否定現行條文之存在，或指其無效。如司法院將國民大會制定之條文指為違憲，等於是高於國民大會之太上機關，不符現行憲政體制。

劇，借用黑格爾的說法稱之為理性的狡獪(die List der Vernunft)³。其實若回顧（至少）從九七年以來的憲法變遷，其中理性施展其狡獪的部分還為數不少。例如九七修憲時，學界與民進黨之間有關於「權責不符／解決僵局」的爭論，於今看來，陳水扁總統也好，民進黨也好，正身受憲政體制權責不清，既無法施展改革又無法解決僵局的痛苦，理性之狡獪莫此為甚。然而也正因為台灣憲法變遷與憲政改革——正如同所有其他國家——之深層意義，只能透過歷史與理性的辯證架構始能把握，因此要站在如今這個「事後」的位置，重新檢視一九九九／二〇〇〇年的憲法變遷事件，勢必要以完全不同於「事前」的視野(perspective)來提出全新的論述。此一論述也勢必包含了遠超出原本釋憲鑑定意見書考量範圍的諸多因素。亦即如果以事後的視野來改寫該份鑑定書，必將導致該份論述面目全非，完全失去意義的後果。因此本文以下除了文字與行文的修正潤飾，並參酌多位學界先進的指正意見加以補強修改外，並不打算進行視野的變換，而仍是以事前針對釋憲案提出意見的角度與位置來進行論述，以維持此篇文字在特定時空下的獨立意義。⁴

本文以下主要分為幾個部分。第貳部分主要藉由法國大革命的背景，來進行修憲權界限的歷史經驗考察。第參部分，則由國家學理論來闡述為何憲政國家內無主權者。第肆部分則嘗試由法理學理論探討修憲界限問題，其中包括了對於法律解釋是否可有正確答案的討論。第伍部分則討論我國憲法的修憲界限問題。第陸部分則嘗試在前述的討論基礎上回答本次修憲條文是否違憲的

³ 顏厥安(2000b: 40-50, 40)。不過此一版本刪除了原文中談修憲歷史背景的第貳部分。

⁴ 當然，由於自去年11月底迄今所增加的時間資源，使得筆者能夠較為充裕地參酌了一些當時所未能處理的觀點與文獻，因此在引用文獻上並不一定限於早於釋字第499號之文獻，因此重要的仍是論述觀點的事前性。

問題。其中包括了反對以程序瑕疵來否定其效力，以及對修憲條文合憲性調整的具體建議。此一建議現在雖然已經沒有具體的作用，但是仍保留以做為參考。

貳、修憲權界限的歷史經驗考察

修憲權是否有界限的問題，當然是一個憲法學、國家學、法理學等領域的理論問題，但是任何的理論問題都有其歷史的淵源脈絡可尋。透過歷史場景的還原，我們往往可以穿透理論討論的抽象性，而獲致歷史具象的生命力。由於修憲權的問題涉及近代國家的興起、主權概念、國家理性等問題，因此如果要上溯其歷史淵源，至少可追溯到十五／十六世紀馬基維利時代的義大利，或者十七世紀霍布斯時代的宗教戰爭。但是筆者在此不想做過度的探源，而想直接以十八世紀末法國大革命的經驗為例來說明修憲權界限的問題。正如Martin Kriele所指出的，法國大革命的歷程提供了所有民主模式一次實驗的機會，因此它是近代國家民主發展史的起點，但是也同時是其後不少基本錯誤(fundamentale Fehler)的起源。⁵

一、以國民主權為制憲力之基礎

依照Kriele的說法，大致上我們可以將法國大革命區分為兩個革命：一個是支持憲政國家的革命，另一個則是反對憲政國家的革命。

在第一個階段，並不是要建立一個民主主權（Souveränitätsdemokratie，或譯為內含主權者的民主），而是要建立一個民主的憲政國家(demokratischer Verfassungsstaat)。國民議會

⁵ Kriele (1990: 259-260).

(Nationalversammlung)宣稱自己是「制憲會議」(Assemblée Constituante)並且議決通過了一七九一年的憲法，在這部憲法裡，所有的主權者，包括國民主權，全部都取消(aufgehoben)。⁶

依照這種看法，國民主權僅僅表現在憲法本身的討論表決通過而已，因為只要憲法尚未表決通過，「民主」就只能表現為「國民主權」。但真正重要的是，「主權」本身並不是目的，而是在建立憲政國家之前，所不得不採取的手段。也就是為了要在王室正當性消失後建立新的憲政國家秩序，此一憲政秩序取得正當性的最好方式，就是建立在國民主權的原則之上。

這也是當時法國憲政思想家Sieyès區分制憲力(pouvoir constituant)與憲政權(pouvoir constitué)⁷的具體歷史實踐。制憲力本身尚未受到憲法規範的拘束，它是先於憲法的權力，是一種絕對的立法權，以拉丁文來表達，就是*legibus absolutus*。這也是主權概念在理論上的必然後果，因為主權者至上，不受任何法規範的拘束。但是一旦制憲完成後，主權者就放棄了他的主權，進入了憲政秩序之中，也因此一七九一年的法國憲法中才會有一條條文

⁶ A.a.O. 260.

⁷ 這兩個法文概念的翻譯方式頗值討論，傳統上將其譯成制憲權與修憲權並不妥當。這主要又可以分為兩部分。第一，pouvoir此處主要是一種實力或力量的意思，至少，它絕不是規範意義的「權利」，尤其是pouvoir constituant基本上是一種「事實」層面的問題，經由它所產生的憲法之所以會有規範上的拘束力，是來自於「實效原則」(Effektivitätsprinzip)。因此翻譯成「制憲力」(陳新民教授即如此翻譯)較好。第二，pouvoir constitué並不單指修憲權，而是指所有依據憲法所產生的，由憲法所建構的權力。也就是後於憲法，受憲法的規範力所拘束的權力，修憲權當然也屬於其中之一。因此筆者將其簡短譯為「憲政權(力)」，表示是在憲政秩序之下才擁有的權力。由此亦可知，修憲權其實只是憲法法規或憲律(Verfassungsgesetz)的修改權。Schmitt (1988 (1928): 98).

規定：「國民議會在此宣告，憲法已經議決通過，國民議會不能再加以修改。」⁸

也因此進入憲法秩序後依憲法成立而受憲法拘束的議會，都不能擁有主權。所以在法國大革命的第一階段，人們所了解的國民主權，都只是憲法所賴以成立的，可追本溯源的民主正當性基礎，而不是任何依照憲法所選舉產生的，超乎憲法之上，甚至可以廢棄憲法的議會。亦即，主權經過制憲權的行使之後，即自我解消，而轉變成各種由憲法所建構的權力。因此國民主權僅僅在制憲時發生作用，也就是經由某個具有統一性的主體——nation（此為法文，德文則為Volk，中文翻譯為人民或國民較妥，翻譯為民族則易導致誤解）——所做成的決定來制憲，賦予這個憲政秩序一個直接來自於人民的正當性，而不是來自於上帝、君主或君主與議會的協定。透過此種正當性所建立的國家，就是民主國家。

因此法國透過一七八九年的革命，而於一七九一年始制定完成的憲法就有兩個重要的特色。第一：「主權為單一、不可分、不可讓渡以及永恆的。它屬於人民所有。」，此一條文清楚地表現了國民主權原理，我國憲法第二條也是源自於相同的思想。但是更重要的是，第二，在這部憲法中也規定：「沒有一個機關可以行使(ausüben)不明文來自於主權的權威。」、「國民的任何部分或任何單一個人，都不能將主權的行使歸為己有。」以及「法國國內沒有任何一個權威高於法律。國王亦只能依據法律統治。國王也只服從法律。」這幾個條文告訴我們許多非常有趣的觀念。

首先，國王仍然是存在的，也就是依據國民主權原理，建立在民主正當性的憲政秩序，並不一定要完全排斥君主制度。當然此處國王的權力就是來自於憲法，而不是任何固有的權力或特

⁸ Ebenda.