

學術論文集

台灣法學新課題 (三)

社團法人台灣法學會 主編



憲法行政法學門：憲政改造工程——國會與政府之憲法關係定位

民事訴訟法學門：民事訴訟法修正後所面臨之新議題及其解決

智慧財產權法學門：智慧財產權之發展



元照出版

台灣法學新課題(三)



社團法人台灣法學會 主編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

台灣法學新課題／台灣法學會主編.-- 初版.
-- 台北市：台灣法學會出版：元照總經銷，
2003 - [民 92-]
冊：公分

ISBN 957-98897-5-9 (第 1 冊：平裝) ...
ISBN 957-98897-7-5 (第 2 冊：平裝) ...
ISBN 957-98897-8-3 (第 3 冊：平裝)

1 法律 - 論文, 講詞等
580.7

92008502

台灣法學新課題(三)

5D45PA

2005 年 11 月 初版第 1 刷

主 編 社團法人台灣法學會
出 版 者 社團法人台灣法學會
總 經 銷 元照出版有限公司
100 台北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新台幣 420 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：局版台業字第 1531 號

ISBN 957-98897-8-3

序

本書是集結台灣法學會2004年年度研討會主題演講、主題論文之論文集。該研討會係由理事會選出本年度最受矚目之法律議題作為研討會主題。2004年是總統大選年，有關憲法議題自然最受矚目，尤其是歷經過去四年總統任期中，朝小野大之局面，政治運作上紛爭迭起，顯示憲法體制有重新檢討之必要。因此特別請李鴻禧教授就「國會與政府憲法關係定位」發表主題演講，指陳我國目前憲法規範種種光怪陸離、破綻百出之歷史因素，更指出憲法必須隨國家之政治、經濟、社會、文化之進展而有更新變遷、或部分修改、或重新制定、或釐清解釋之必要。

民事訴訟法於2003年大幅修改，於施行屆滿一年之後加以檢討，自然極有意義。隨著科技進步，科技產品推陳出新，衍生的智慧財產權問題也日新月異，因此特別推出「智慧財產權之發展」之議題。公司治理為近年頗受矚目之議題，尤其是獨立董事之地位與功能均有待實務檢證，「董事會功能性分工之法制課題」對此提出了深入的討論。

在此感謝各位作者辛勞與配合，及秘書處全體同仁大力協助，並且特別感謝元照出版公司秉持對法學書籍經營的熱忱，將這些論文集結成冊，期盼本書的出版，能夠對台灣法學之研究與發展，有所貢獻。

理事長

黃瑞明

2005年10月17日

主題演講

理事長、各位貴賓、各位法學界先進：

再過兩個星期就是二〇〇五年了，距今半個世紀的一九五五年進台大，第一次接觸憲法，我就被迷住了；之後從研究憲法、講授憲法到推展台灣民主憲政；至今，驀然一回頭已過了五十年。回想這五十年來「憲法與我」的滄桑歷盡，確是令人感慨萬千，不勝噓吁。

在我們台灣法學會的前身，即中國比較法學會成立後，經過與會法界精英三十多年的努力，確也幫助了台灣各種法律和制度的研究和推展，使得台灣的法治能夠逐漸迎頭趕上歐美先進國家。然而，令人遺憾的，卻只有憲法的法學水準和憲政的實施推展，較諸世界各國依然低劣落伍，深受作為憲法基礎的實際政治之強有力影響。儘管如此，所幸最近，已有不少出諸世界名門學府的憲法行政法學者，學成回國進入各大學任教，或至各相關機關服務；我們能夠期待不久的將來，台灣的憲法逐漸正常化、憲政實施亦能健全發展。

去（二〇〇三）年十月十五日，兼任執政黨民主進步黨主席的陳水扁總統，希望組織一個制憲研究小組，來研究台灣未來如何制定一部新憲法，請我擔任這個小組的召集人。由於為台灣制定新憲而努力，是我一生最重要理想，所以不假思考就一口答應下來。嗣後，這個小組就開始研究幾個問題，第一、如何制定憲法，包括：（一）憲法的基本方向、基本思想價值、憲法的基本原理原則等，應如何設定。（二）憲法的根本架構和主要內容如何擬定。（三）如何選出制憲會議成員，其中學者專家、憲政實務經驗者、社會賢達、各政黨提名經

民選之代表等；及各應占制憲會議議員總額之百分比為多少。四、制憲會議如何釐定或修正原先制憲小組所擬之前述憲法基本原則與內容。第二、擬定比較明確的制憲進程之日程表；俾讓政府執政黨、在野黨以及社會民眾，都有一個心理準備，也可敦促政府、政黨與民眾，不要放緩制憲的腳步。殊不料最近二〇〇四年十二月國會大選，在野的國親兩黨出乎意外的，贏得國會過半數議席；他們一向反對制定新憲，以免台灣更成為名副其實的主權獨立國家；而在制定新憲的過程上，除了革命或軍事政變等激烈的國家政府變動外，依常態的制憲，包括制憲會議之組織與運營之相關法令，制憲會議制憲過程所需預算。憲法草案公布後之掀起各方議論，以至於最後就憲法草案之是否贊成通過，而舉行公民投票等事項；在在均須國會支持贊襄。從而，在今後三年間，制憲的前途必然崎嶇坎坷、不可樂觀。

然而，不論如何，若從世界憲法史和比較憲法學的觀點來看，在台灣實施中華民國憲法，畢竟都是光怪陸離、破綻百出，實在無法、也不應再讓這種情形再拖延下去；讓台灣淪陷李文斯坦（K. Loewen stein）所分類的「語戲憲法」（Semantic Constitution）的境域，使憲法徒具形骸、名存實亡。在現代世界一百九十多個國家中，目前仍然有六個國家沒有憲法。英國與以色列是採不成文憲法體制，沒有一部成文特定的憲法法典；我們很佩服英國有源遠流長、礎砒紮實的憲法文化，可以憑依不成文憲法而有優異亮麗的憲政斐績；也很訝異於以色列，怎麼膽敢東施效顰、學習英國以不成文憲法來實施憲法。雖然像梵諦崗公教國，因其在天主教上特殊地位與生態環境，不制定一般國家必有之成文憲法，應該不難理解而予認許；但是像沙烏地阿拉伯或利比亞等國家，堅持回教可蘭經至尊至上，國家社會之各種規範，必須

以可蘭經為其圭臬、定於此尊，因而不制定成文憲法以實施憲政，畢竟過分偏執宗教教義，在現代國家社會實在不足為法、不宜盲目贊許追隨。固然憲法法理上有句名諺謂「國家不是為憲法而存在」，但因此名諺的另一句銜接諺語則謂「憲法必須是為國家而存在」，從而，世界絕大多數國家都擁有自己的一部成文憲法，並以此為常態；一個國家社會不具有自己的一部成文憲法，當然會被視為異常或落後的狀態。由此看來，前此論敘台灣目前實施中華民國憲法之光怪陸離、破綻百出，應非無的放矢、徒託空言。

在世界比較憲法學之主流共識上，一般認為：一部憲法能夠現實地存在，並且能夠發揮其「規範憲政之效力」，使憲法不至淪為名實不符的「名目憲法」；至少必須具有三個前提：第一、此部憲法必須基於遵守這部憲法之全體民眾之公意（public will），來草擬制定，並經此全體國民公民投票贊成同意。第二、此部憲法必須能隨國家社會之政治、經濟、社會、文化之進展而更新變遷，或則部分修改、或則重新制定，或則能以法律之釐定與憲法之解釋，使現行憲法能隨行憲之生態環境，同步變遷、接踵發展。第三、憲法之內容與憲政之實施，雖能部分地因應本國之歷史文化、地理經濟及社會法制，而做必要而最少限度之調整；但是畢竟不能與現代世界比較憲法學所建立之憲法法理學、以及憲法之基本概念、重要原理原則，相互悖逆、差距太大。尤其像主權在民、民主共和、保障自由人權、實施社會福利、權力分立與制衡、天賦平等、司法之超然獨立及人道、公平、正義、理性等普世價值時，應視之為憲法內容上不可或缺的要素，與憲政實施時的指導原理。

令人遺憾的，在台灣適用中華民國憲法，五、六十年於茲，正與前述憲法之存在與有效之生理，確是相去天壤，反

而到處呈現憲法與憲政之病理病癥。主要的病理病癥在於：第一、中華民國憲法係於一九四六年在中國南京，由中國國民黨（執政黨）與中國青年黨、中國民社黨等在野黨，經政治協商會議妥協制定，而由制憲國代表決通過；台灣人民殆無參與制憲又未經台灣人民公投決定，欠缺必須奉行此部憲法之全體國民之公意基礎。從而，此部憲法顯然是已和台灣沒有統治關係五十年之中國，帶來台灣並用強大武力之鎮壓與厲行恐怖統治，強制台灣民眾接受之「外來憲法」；這是最嚴重最根本之病灶所在。第二、假若中華民國憲法是一部理論體系井然不紊，憲法內容也大致能符現代憲法思潮；即令台灣被迫實施此一外來憲法，那還可說不幸中之大幸；有如戰後占領敗戰日本之遠東盟軍司令部，強迫日本制定新憲，而使日憲內容遠比當時日本國民所期待的，還來得民主自由、保障人權、講求社會福利；讓日本人民樂於接受。無如國民黨政權依遠東盟軍司令部之囑託，暫時接管台灣之心態企圖，與美軍占領日本，旨在促進日本建立自由民主、憲政體制之態度用心，相去天壤。而中華民國憲法本身，在理論上既已眾說混淆、錯綜複雜；實施起來又因國民黨政權一向藐視憲法應有之尊嚴與安定，經常輕易地封錮、變更憲法；使得憲法變形變質、徒留形骸、名存實亡。

中華民國憲法的基本思想與價值，大體說來，是以孫文所獨創之三民主義、五權憲法，和在野黨派張君勱、李璜等人新主張的三權分立、內閣制度，互相辯難、妥協，政治協商而形成的。孫文的三民主義五權憲法本身，把原就水火不容、不共戴天的民主主義憲法和共產主義憲法，方柄圓鑿地拼湊一起；換言之，在設有國民大會實施人民民主集中制之同時，卻有權力分立、牽制均衡的內容。抑且，孫文又把應屬人民所擁有，祇是交給其所選出之代表或代理人——議

員、行政首長與司法人員——去行使之政治主權，亦即立法權、行政權與司法權，界定為應歸廣義政府（包括議會與法院）；祇留給人民以選舉權、罷免權、創制權與複決權等四種參政權；希冀人民借行使選舉、罷免、創制、複決等四種人權——人民的權利，去管理監督政府之行政、立法、司法等國權——國家的權力；卻把這些應屬人民之國家權力全劃歸國家機關，讓國家機關據以統治人民。這種讓國家主權者之人民，祇能享有基本人權之參政權利，卻把國家之行政、立法、司法等國家權力交給國家；亦即人民祇有權利（Right）而非擁有終極權力（Power）之思想是與現代法政思想之根本價值、思想，背道而馳的。孫文把「權」（？）分為政權和治權，政權是天賦人權的權利（Right），治權卻是國家統治權之權力（Power），兩者性質、本義、運營都大相迥異；理論上，豈能由一個「權」（Right或Power，或Right's Power？）分出權利與權力兩種南轅北轍截然不同的「權」（？）來。蓋在現代民主先進國家莫不奉行「主權在民」之民主共和體制，也都讓人民擁有國家權力與天賦權利，國家機關別無自己權力，而是由人民選出民意代表或機關首長，代表人民行使人民所擁有之國家權力而已。孫文將中國古代封建專制時代之「治人者」與「治於人者」之反民主思維，用「權能區分」和「人民民主集中制」思維，來使之移花接木、借屍還魂；這是無法存留在現代世界的。

然而，較諸理論體系的紊亂和破綻百出，中華民國憲法之憲政運營，更是嚴重違背了立憲主義的基本原理原則。一九四七年十二月底中華民國憲法才正式制頒實施，不到半年之翌年五月，國民黨政權就在發布戒嚴同時，制頒實施效力等同憲法修正之「動員勘亂時期臨時條款」。他們一方面，把憲法最重要內涵之保障基本人權規定，借戒嚴的緊急體制

「凍結」起來；同時，另一方面，利用臨時條款之一再增修，使總統權力一再遞增不已；迺使憲法另一重要內涵之權力分立制衡之規定，也被「封錮」起來。在比較憲法史上，從法國在一七九一年發布人權宣言以來，其第十六條所揭櫫的「一個國家如果沒有保障基本人權、實施權力分立，就不能算是有憲法」，殆已成為人類的通說共識。殊不料，國民黨政府在兩蔣專制、國民黨一黨獨裁的情況下，竟使戒嚴令發布了三十八年，臨時條款延續了四十一年；才在一九八〇年代全球性民主潮流洶湧澎湃，世界各獨裁專制政權紛紛崩潰，台灣人民強烈反對戒嚴緊急體制之大環境下，被迫解除戒嚴、廢止臨時條款。

讓人扼腕嘆息、感慨萬千的，則是臨時條款甫一廢除，國民黨政權隨即發動增修憲法條文，挾其從中國帶來終身不必改選的「萬年國代」居國民大會絕對多數之優勢，來增修憲法條文，迅速地使臨時條款的部分重要條文，移花接木、借屍還魂，依然維持其效力而產生凍結禁錮憲法本文之效力。這種憲法增修方式，不但在理論上荒誕不經，在實踐上尤多自我矛盾。按美國憲法增修條文，其主要目的在增補憲法本文之不足，條文內容因焉與憲法本文相輔相成，抑且不可有所牴觸。唯獨中華民國憲法之增修條文，不僅一再不斷地增修，而且增修條文類多與憲法條文牴觸矛盾，逼使憲法原文被大幅度地凍結封錮，失去其效力，這種憲法原文與增修條文之前後矛盾，造成的混淆錯亂，隨著增修條文的一再增修，憲法原文應有之「母法底尊嚴」也愈益衰頹崩潰，終致憲法反淪為國家社會法政秩序混淆錯亂之癥結所在。更嚴重的是，純依中華民國憲法本文而觀，依憲法第五十三條、第五十五條、第五十七條及第三十七條之規定，行政院是國家最高行政機關；行政院院長由總統提名經立法院同意任

命；行政院必須依第五十七條規定對立法院負責；總統公布法律、發布命令，須經行政院長或與部會首長副署。這些條文明顯表明中華民國憲法原文所定之憲政體制是內閣制，而有信任制度、責任制度與副署制度之規定；總統應該祇是內閣制中虛擁其位、無為而治之虛位元首。可是不論在臨時條款或增修條文之修改憲法，都使國家元首之總統，擁有相當大幅度的總統制中之總統實權，抑且隨一再增修而遞增不已；浸假產生由量變形成質變的結果，總統變得有權無責，相對之下，行政院長變成有責無權；這種比較憲法上甚少見的光怪陸離現象，到了最後增修憲法條文，把憲法五十五條修改為行政院長由總統任命、無須經立法院同意時，更毀掉了內閣制礎砬的「信任制度」，卻仍保留憲法第三十七條、第五十五條及第五十七條之「副署制度」、「責任制度」，並使由人民直選之總統仍留居虛位元首地位；反讓不經人民票選、僅由總統任命之行政院長，仍磐據國家最高行政首長地位。像這樣比較憲法史上空前、恐怕也會絕後的荒誕不經現象，已夠造成台灣憲政的自律背反、葛藤纏糾的混亂；如果再加上像蔣經國行政院長之唯我獨尊、嚴家淦總統之虛位元首之「人治」運營；台灣怎能不陷入憲法與憲政之阿修羅地獄，徒讓民主憲政之提倡成為今日台灣的天方夜譚。

盱衡戰後台灣憲法史底展開，很顯然的，是以一部不倫不類的憲法做基礎，卻以實施戒嚴的緊急體制，予以凍結封緘；然後再以臨時條款增修五次，增修憲法本文六次的修憲方式，試圖頭痛醫頭、腳痛醫腳，不顧憲法之有機體系而祇做局部因應；終於使台灣的立憲政治變得荒謬怪誕、一蹋糊塗；成為國家社會法政秩序崩蝕潰壞之病理病灶所在。甚至時至今日，台灣仍因當前憲法所定之憲政體制，既非內閣制亦非總統制，以致當政府——包括總統與行政院——與國會

（立法院）分屬不同政黨統轄，而彼此又言語道斷、勢不兩立形成僵局時；既不能如內閣制可以不信投票或解散國會來解套，也不能如總統制可借總統行使否決權來緩衝；又不能透過公民投票，來讓全體國民裁斷黨派爭執之孰是孰非。祇能眼巴巴地坐看法政紊亂、國家社會日趨衰頹。

綜觀前述台灣戰後憲政史近六十年的變遷遞移，為去病除疴、重啟新生；當今之計，唯有廢止制頒於六十年前、以百餘年前錯誤百出的孫文憲法為主軸的中華民國憲法；由台灣人民依據現代憲法思潮之主流通說共識，制定適時適用於台灣之新憲法；並努力依新憲法來推展新憲政，庶幾能以新的母法來定紛止爭、結束台灣六十年來的憲政亂象。在現代法學、政治學之普世價值中，咸認：憲法是為國家而存在，而不是國家是為憲法而存在，台灣為主權獨立的國家，乃是客觀存在於世界的歷史事實，既無法否認、也不容否認；台灣人民自應努力奮鬥，排除國內外反對台灣制定新憲之惡勢力；讓台灣邁向民主憲政之康莊大道。

李鴻禧 教授

目 錄

序 黃瑞明

主題演講..... 李鴻禧

第一場 憲法行政法學門：憲政改造工程——國會與政府之憲法關係定位

(一)新世紀憲政工程——「弱勢總統
制」改進方案 湯德宗 ... 1

第二場 民事訴訟法學門：民事訴訟法修正後所面臨之新議題及其解決

(一)民事訴訟上當事人與法院之任務
分擔——以民事訴訟法之修正為
中心 許士宦 ... 47

(二)訴訟上非負舉證責任一造當事人
之事案解明義務 姜世明 ... 93

第三場 智慧財產權法學門：智慧財產權之發展

(一)我國著作權業務之現況與願景……陳淑美 …169

(二)智慧財產權最新國際發展之評析……王美花 …205

第四場 財經法學門：董事會功能性分工之法制課題

(一)董事會功能性分工之法制課題……王志誠 …251

(二)董事會功能性分工之法制課題

——經營權功能之強化與監控

機制之設計 ……………林仁光 …335

新世紀憲改工程

——「弱勢總統制」改進方案

湯德宗*

目 次

壹、前 言	二、完備國會彈劾權
貳、從現制出發	三、完備國會調查權
一、現制為「弱勢總統制」	四、監察院宜改制為常設的 獨立檢察官群
二、「弱勢總統制」評估	伍、行政權整併方案（行政、 考試兩院關係調整）
三、現制的環境考量	一、「人事行政」應回歸行 政院
參、總統弱勢補強方案（行 政、立法兩院關係調整）	二、「考試行政」亦應回歸 行政院
一、提升政府效能	三、公務員保障應相對獨立 於行政院之內
二、提升總統制衡力量	陸、結 語
三、其 他	
肆、國會改造方案（立法、 監察兩院關係調整）	
一、釐清總統之「罷免」與 「彈劾」	

* 中央研究院法律學研究所研究員兼籌備處主任，台灣大學國家發展研究所法律組合聘教授。

壹、前言

我國從一九九一年進行「憲政改革」以來，已六次修改憲法。一九九七年第四次修憲前夕李前總統登輝信誓旦旦的保證（「這次修憲可保國家三十年長治久安」）言猶在耳，今年八月二十三日立法院已通過最新憲法增修條文草案¹，預計明年三月選舉首屆（也是末屆）「任務型」國大，進行憲法複決。由於草案內容具有相當共識，一般預料將可順利通過，而成爲第七次修憲。二〇〇三年九月二十八日陳水扁總統於以民進黨主席身分，在該黨十七週年黨慶大會上宣示：將在二〇〇六年催生台灣新憲法，並於二〇〇八年實施。²

這一連串頻繁的憲改，不僅令人目不暇接，也讓人有不知伊於胡底的感覺。憲改工程好比下坡的列車，一時間是煞不住的。乘客固然不明白列車要駛向何處，現在恐怕連司機也沒有把握。回顧過去，關於爲何修憲，領導人從來不曾講清楚、說明白；如今何以又要催生新憲？究竟是循制憲還是修憲達成？同樣「盡在不言中」，任人心領神會。我不是政治人物，沒有所謂「選舉語言可不必當真」的特權，唯有一本憲法專業與公民良知，從事理性討論。縱然，憲法的修改（或制定）實際上未必是（多半不是）依循理性抉擇的結果！

本文擬由確認現制出發，盱衡當前國內政治生態與國際政治現實，提出一套變動幅度相對較小，從而社會共識相對較高的修憲方案。

¹ 全文參見，立法院公報第93卷第37期，2004年9月13日，頁121-123。

² 參見各大報2003年9月29日相關報導。