

the People

國立台灣大學法學叢書 114

憲法與法治國行政

Verfassung und rechtsstaatliche Verwaltung



許宗力 著



元照出版

國立台灣大學法學叢書 114

憲法與法治國行政



許宗力 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法與法治國行政／許宗力著．－ 二版．－

臺北市：元照，2006 [民 95]

面；公分．－（國立臺灣大學法學叢書：114）

含索引

ISBN 978-986-7279-85-9（精裝）

1.憲法 — 論文、講詞等

581.27

95014627

憲法與法治國行政

1D032GB

2007 年 01 月 二版第 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 580 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

海
外
用
書

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-7279-85-9

二版序

本書早於四、五年前即有再版計畫，因課務繁忙，加上期間因工作性質轉變，增添許多顧慮因素，導致遲遲未能付諸實施。經諸多學生、友人屢次詢問與催促，暨個人的再三考慮，而今終於下定決心，讓本書二版問世。二版基本上仍維持一版文章不變，另增加與一版文章密切相關之「憲法與未來一個中國」及「Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan」（附中文摘要）二文，以方便讀者進一步瞭解與思考。張桂芳小姐與元照公司多位同仁協助校對、編輯，備極辛勞，謹此致謝。

許宗力

二〇〇六年十月

從一位智利舊識談起——代序

前智利獨裁者皮諾契特將軍前些日子在英國遭到逮捕，引發英國、智利與西班牙外交關係緊張的消息，讓我的思緒回到一九八二年秋天的德國大學城哥廷根，想起了那個名字有點繞口的大鬍子學生帕特禮齊歐。帕特禮齊歐是我初到哥廷根大學讀書時，在語言班認識的一個智利學生。他留著滿臉落腮鬍，表情酷酷的，有點古巴革命英雄齊·蓋瓦拉的味道，顯露出和三十歲年齡不相稱的風霜與成熟。由於他名字太繞口，我戲稱他為蓋瓦拉，他不反對，甚至還很高興，因為蓋瓦拉是他的偶像。也許同是法律人的緣故，跟他還算有話可談，時常在下課後伴著幾杯啤酒，夾雜德、英文談法律、談人權、談智利與台灣的政治，談他的反美並且揶揄台灣的親美，偶爾也交換一些他比較不感興趣的在德國讀書拿學位的問題。從談話中我認識了 Junta（軍政府）這個新字，也得知他在故鄉已是一位律師，因熱衷政治，批評皮諾契特將軍的軍政府，而終不得不放棄優渥生活與美好前途逃亡國外，最後獲得德國的政治庇護（感謝德國基本法的政治庇護權，他說）來到哥廷根落腳尋求機會。在他口中皮諾契特將軍是個殺人不眨眼的惡魔，軍政府的所作所為，與他所學的自由、民主、人權、法治差了十萬八千里，讓他深刻感到作為法律人的無力感與挫折感，所以他說要不要在德國繼續攻讀法律，甚至繼續求學，都還在思考、觀望中。

一九八六年，我回到了台灣，加入公法學術的行列，雖然學術生涯剛起步時，也曾遭遇莫名的「白色恐怖」，但往後適逢台灣政治社會迅速朝向自由化與民主化發展，從解除戒嚴、修憲、停止動員戡亂到國會全面改選，言論不再動輒賈禍，組黨成為可能，身為法律人，我有幸積極參與並見證了時代的進步，雖然制度上還留有很多令人未盡滿意的地方，新的問題也接踵而至，但我已滿懷感激，因為我及我的同輩是何其幸運的一代，我們不用犧牲生命、不用坐牢、不用向外國申請政治庇護、不用當齊·蓋瓦拉，就坐享許許多多我認識與不認識的法律人或非法律人前輩，在不同崗位，以不同路徑努力、奮鬥、犧牲所換取的甜蜜果實。回顧這一切，有時我私下在想，如果那一天再碰到帕特禮齊歐，我應已可以很慶幸、很驕傲地告訴他說，台灣終於步上民主法治的正軌，送別那一晚所誇下要前仆後繼的海口，感謝上蒼，我已毋庸冒身家危險去兌現了。

我很珍惜台灣現有的成果，我們只能讓她更好，並全力防止倒退，所以我自己把現在台灣法律人的功能定位在民主、法治的鞏固與深化，進而延伸到社會正義的追求上面，而我也一直以是否有利於實現這個目標來要求、衡量自己法學研究的方向。本書所蒐集的幾篇學術文章跟短文，即是我近年來追求此一目標的另一階段性成果。當然，我必須自承，由於努力不夠，所以這本集子的成績還是相當有限的，但藉此錄下一路走來的痕跡，也有自我反省與鞭策的用意。本書得以付梓，要感謝很多人，除了感謝柯宜珊、蕭允強、李鴻維、黃士洲等諸位

一個學期後，這位智利的蓋瓦拉就轉學到漢堡，據他說那裡有較多與他遭遇相同的同胞，最後一次請他喝啤酒的時候，他說了很多回國後的「偉大計畫」，我祝他有志竟成，但不要成了烈士，他笑著說他沒有蓋瓦拉那麼偉大，他還要娶妻生子呢。那一晚我踏著積雪走回山上宿舍，想了很多事情，想自己、想台灣的種種，我尤其記得當晚的心情是相當沈重的，因為我也是來自民主、法治同樣未上軌道的國家——台灣，並且我在酒酣耳熱之際，為顯示台灣人的氣魄不輸智利人，也很豪邁地向帕特禮齊歐誇下海口，預告日後回國也要效法前輩前仆後繼的鼓吹自由、民主、法治。以後我就與這位智利的蓋瓦拉失去了聯絡，隨著時間經過，他也在我的記憶中逐漸褪色，只有在智利的新聞偶爾上了台灣報紙的國際版面時，才又會想起他來，惦記著他究竟是繼續在歐洲流浪著，或是在皮諾契特將軍「引退」後已回國當個安分守己的市民，或早就當了烈士……。

帕特禮齊歐曾說多數的智利法律人都是對軍政府持批判態度的，所以法律人中有蠻高的比例或下獄、或失蹤、或流亡海外，對照於許多我認識的德國法律人的拘謹與保守，我的一個初步發現是，民主、法治越不上軌道的國家，法律人因學科規範性格薰陶使然，多半傾向批判體制，企圖將實然拉向應然；反之，民主、法治越上軌道者，法律人就越趨保守，傾向捍衛實然與應然已合而為一的現行體制。而台灣的法律人，特別是七〇年代與八〇年代的台灣法律人，是該保守？還是該批判呢？

同學的參與協助校對，也要感謝童嘉，時常在小孩入睡後，強打起精神與我討論問題，且往往能從不同的角度，指出我們法律人的盲點，激發新的構想，其實，有時候我覺得她比我還適合讀法律呢！

許宗力

一九九九年一月

於台大法學院

目 錄

二版序

從一位智利舊識談起——代序

一、憲法與政治	1
二、憲法與公民投票——公投的合憲性分析與公投 法的建制	53
三、大法官釋憲權行使的程序及範圍——從大法官 審理案件法與修正草案之檢視談起	87
四、普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違 憲審查權？	131
五、Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan（台灣的違憲 審查制度）（附中文摘要）	153
六、基本權的功能與司法審查	181
七、訂定命令的裁量與司法審查	207
八、兩岸關係條例中的委任立法與國會監督	249
九、兩岸關係法律定位百年來的演變與最新發展 ——台灣的角度出發	267
十、憲法與未來「一個中國」	287
十一、中央與地方人事權的分際	301
十二、從行政與立法的分際談府會關係	315

十三、地方立法權相關問題之研究·····	327
十四、論規制私法的行政處分——以公行政對私法 行為的核准為中心·····	355
十五、行政程序的透明化與集中化·····	381
十六、行政院公平交易委員會行政程序建制原則之 研究·····	403
十七、國家的事業活動是否應受公平交易法的規範·····	437
十八、德國的資訊公開·····	469
十九、教育行政體制法治化之研究·····	481
附 錄	
一、兩岸關係的法律定位——現狀與未來發展·····	511
二、淺談立法怠惰·····	521
三、副總統不得兼任行政院長意見書·····	529
四、談省的重定位·····	535
五、淺談校務會議與校長的定位及職掌分際·····	538
六、民主多數決·····	541
七、違憲政黨的禁止·····	543
八、修憲的改革能量有多大？·····	545
九、國民大會是政權機關？·····	547
十、法官與政黨活動·····	549
名詞索引·····	551

憲法與政治

- 一、寫在前頭
- 二、從「政治法」的用語談起
- 三、憲法與政治的相互影響關係
- 四、憲法的「法律化」與「意識形態化」
- 五、憲法法官的「政治性」選任
- 六、憲法解釋的法釋義學與政治性格
- 七、解釋憲法應否作政治後果考察？
- 八、違憲審查的「政治」界限
- 九、結語

一、寫在前頭

憲法與政治是永恆的話題。正視兩者間的密切關係，雖說是憲法學入門的馬步功夫，但其間關係錯綜複雜，全面性的釐清格外不易，其爭議性之大，更是周知的事實。所以投入這個課題，對法律人而言，委實說是莫大挑戰。我們的壽星李師不畏挑戰，長期以來一直就浸淫於這方面的研究，並累積可觀成果¹，令人敬佩。本文之作，只是繼踵前輩足跡，希望藉此對李師研究、提倡憲法學的熱忱，以及對台灣民主化的貢獻表達個人的敬意。進入正文之前，有兩點有必要先說明清楚：首先是本文對「政治」的定義問題。政治一詞是多義性的概念，學說上有界定為公共事務、衆人之事或國家事務者，有界定為敵我之分者，有界定為國家之領導、治理者，也有界定為國家之自保者，不一而足²。這些不同定義，倘細究之，其實也可發現當中還是存有若干相通之處，並非完全不相容，之所以會呈現多義現象，基本上可說純因觀察角度與重點設置不同所致。不過，基於整篇文章的問題意識，本文主要還是擬引用韋伯(Max Weber)見解，將所稱政治界定為對權力的競逐，或者說對權力分配的控制或影響的競逐³。其次一點是本文的研究範圍。憲法與政治的關係有多端，本文沒有野心也沒有能力在一

1. 比如李師堂堂六百頁的鉅作「違憲審查論」，所處理者即典型的憲法與政治關係之釐清的問題。

2. 德國學者伊森塞(Josef Isensee, Verfassungsrecht als "politisches Recht", in: HStR VII, § 162 Rn. 7 n20.)對政治一詞的各種不同理解與說法有完整的分析。其中把政治界定為敵我之分，是Carl Schmitt獨到見解，詳請參閱吳庚，政治的新浪漫主義——卡爾史密特政治哲學之研究，五南，70年。

篇短文裡面一一去探究，只能選擇其中幾個較具爭議性與現實意義的面向切入，倘能拋磚引玉，激起更多討論，無論是支持或反對的意見，目的達矣。

二、從「政治法」的用語談起

憲法具強烈政治性格，向有「政治法」之稱。然或許由於「政治」一詞本身就多義的緣故，所以大家對「政治法」的理解也就未必一致。早期許多人之所以稱憲法為「政治法」，乃有鑒於憲法因欠缺憲法裁判制度，沒有制裁力，以致徒具政治與道德拘束力，而談不上絲毫法拘束力的事實，藉「政治法」一詞以凸顯對憲法之法性質的質疑⁴。今日，對許多崇尚或排斥政治理性的法律人或非法律人來說，稱憲法是「政治法」，主要指的則是憲法相較於其他法律所呈現出來的較弱的規範效力，也就是對於政治力一定程度的退讓；或是違憲審查權在特定具高度政治性的行為領域的不適用；或是傳統法學方法論在憲法領域的局部修正，特別是要求同時對「政治的關照」（Rücksicht auf das Politische）等等⁵。不過我們在此稱憲法為「政治法」，尚不具應然面的評價味道，主要目的只是用來描述凸顯憲法與政治的特殊密切關係而已，至於較具爭論性的評價問題我們則寧願留待後文討論。這種僅具描述性的「政治

3. Max Weber, Politik als Beruf, in: ders., Gesammelte Politische Schriften, 1921, S.396f., zit. bei Isensee, ebenda, Rn.10.

4. 以此觀點對憲法之法性質提出質疑，頗類似於今日很多人對國際法之法性質的質疑般。

法」的用法，更確切說應係指「關聯到政治的法」或「針對政治的法」，基本上較近似於柏肯菲德（ E.-W. Böckenförde ）所稱的 politikbezogenes Recht⁶，或史登（ K. Stern ）所稱的 Recht für das "Politische"⁷。何以見得憲法與政治關係密切，而值得「政治法」的稱呼，至少可以分從兩個層面說明：

憲法與政治關係的密切，首先可從憲法的規範對象看出端倪：憲法是以國家的政治生活為規範對象。從政治權力的競逐、運作方式、程序，到運作的界限，或簡言之，整個國家政治意志形成與開展的過程，都無不受到憲法的規範。憲法因具有此種政治性格而難免經常成為政治關注與聚訟的焦點。當然，這種說法並不就表示像刑法、經濟法、勞工法、社會法或智慧財產權法等其他法律領域一點也不具政治性。事實上這些所謂的「民生法律（案）」，其規範對象固與政治不直接相干，但只要有所爭議，就也有可能成為政治關注與聚訟焦點，因而在此特定意義上可謂具有政治性格。他們跟憲法不同的地

5. Vgl. dazu J. Isensee, Verfassungsrecht als "politisches Recht", Rn. 1ff. m. w. N. 關於這層意義上的政治法的用語，瑞士憲法學者凱基（ Werner Kägi ）的觀察最具代表性，氏很早就已憂心的指出，許多人都是基於法律理性應對政治理性退讓的觀念，而稱憲法為政治法，其意謂的就是憲法規範力的弱化，對政治力只能作有限度的約束，因而慨嘆「憲法的黃昏」，憲法的淪落為「政治的奴婢」。參閱氏著經典名著 *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, passim, besonders S.146ff., 149.

6. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt/a. M. 1992, S.15.

7. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, S.13. 瑞士憲法學者埃森貝格（ Kurt Eichenberger ）稱憲法為 "Recht für die Politik"（ Sinn und Bedeutung einer Verfassung, in: *Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag*, Basel 1991, S.229），亦同此旨趣。

方僅僅在於，正如 Böckenförde⁸ 所言，它們只是偶而、個案地才成為政治焦點，但憲法成為政治關注焦點，卻是經常性、必然性與本質性的。

兩者關係的密切，其次表現在憲法產生的根由上。憲法是純粹政治力的產物，其內含的任何規範與原則都無不是特定政治思想、意識形態，乃至政治妥協的表現⁹，而每一個憲法制度也都無不是人類「在歷史洪流中嘗試解決特定政治問題的嘗試」¹⁰，此從諸如民主、自由、平等、人權、法治、自由民主憲政秩序、代議制度、違憲政黨禁止、總統制、內閣制，乃至近來屢為聚訟焦點的雙首長制等基本憲法概念與制度所富含的濃厚政治意識形態色彩，就可輕易看得出來。

三、憲法與政治的相互影響關係

前面說明，指出憲法一方面有規範政治權力之運作的功能，另方面卻又是政治力的產物，這一個事實就已約略點出了憲法與政治兩者間一定程度的緊張關係。如果我們如前述般把政治界定為追求權力、追求對權力分配的控制或影響，就會更進一步體會到政治與憲法是處於某種本質上的矛盾關係。因政治既意謂權力的追逐，勢必要求最大的、儘可能不受限制的自由空間，以便機動地採取一切適合的手段來貫徹既定的目的。

8. Böckenförde, Die Eigenart des Staatsrechts, S.15f.

9. Dieter Grimm 的名言：法是政治的目的、產物與工具 (Grimm, Recht und Politik, JuS 1969, S.501ff.)。

10. Richard Thoma, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1930, § 1. S.5.

所以自由、機動與合目的性考量可說是政治固有的特徵。相反的，憲法則代表一種靜態的法秩序，意在規範、限制政治活動，為政治活動設定準則，繩其於一定軌道上，甚至設計具制裁效果的違憲審查與其他憲法保護機制，以防其越軌。所以，就此而言，憲法的固有特徵在於秩序、穩定與合法性考量，與前述政治者可謂迥不相同、大異其趣¹¹。

憲法與政治的這種矛盾關係是本質上存在的。既然無法排除，就只能正視它的存在，再設法把它調和在一定的平衡點上，絕不能像權力至上論者或權威法律主義論者般一廂情願地把憲法與政治放在零和的互殲關係上看待。因為有憲法而沒有政治，就像有導航員卻沒有海；有政治而沒有憲法，則與航海而沒有羅盤無異¹²，兩者都難以想像。然而，實際上又該如何調和兩者的關係？

先就憲法這方面來看。憲法的目的固然在於規範政治生活，但也須預留政治運作與發展的彈性空間，才能適應人類生活關係的複雜性及不斷變遷之社會生活關係的需求。為達此目的，憲法就宜使用較多開放性與抽象性概念，俾釋憲者能有足夠寬闊的游移空間，作出合乎時代需求的解釋。這也是為什麼有的國家制定於三輪馬車時代的憲法，猶能生存於太空梭時代，不至於淪為進步絆腳石的原因所在。萬一憲法使用的概念

11. 德國前聯邦憲法法院法官萊布荷茲（Gerhard Leibholz）很早就已指出憲法與政治的對立性，據氏的理解，政治具有「動態、不理性」（Dynamisch-Irrationale）的特徵，反之憲法則是「靜態、理性」（Statisch-Rationale）。vgl. Leibholz, Bundesverfassungsgesetz zwischen Politik und Recht, DVBl. 1974, S.396ff.

12. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S.16.