

憲政與國是

《法政瞭望系列》④

憲政與國是

作 者／李念祖

出 版／永然文化出版股份有限公司

發行人／李永然

總編輯／陳建忠

主 編／周美君

執行編輯／楊瑾瑜

封面設計／張文瓊

地 址／臺北市復興南路2段236號6樓之4

電 話／(02) 706-0336

傳 真 機／(02) 702-8669

郵撥帳號／1154455-0

出版日期／中華民國80年2月

印 刷／嘉信印刷事業股份有限公司

定 價：200元

I S B N／9 5 7 9 5 8 4 1 4 1

●版權聲明

本書有著作權，未獲書面同意，任何人不得以印刷、影印、磁碟、照相、錄影、錄音之任何方式，翻製（印）本書之部分或全部內容，否則依法嚴究。

憲政與國是



◎ 李念祖

著

是 國 與 政 憲

李 念 祖 著

馬序

憲法與憲政，原非同義，治憲法學者皆知其理。淺言之，憲法可僅指一部有條文之文書，如中華民國及美利堅合衆國之成文憲法；亦可指該部文書內之規定，其最要者如政府之制度與其運作，人民權利之保障等。至於憲政，在有成文憲法之國家，則可依據憲法規定或精神之施政而言，其中自必包含憲法條文之適用及解釋。按理，有憲法即應有憲政，但事實上不然。有憲法而無憲政之國家，比比皆是。不免使其憲法淪爲具文，而所謂民主法治亦徒負虛名而已。是可知切實維護憲法，端在促進憲政。憲政得張，民主法治之基礎乃能穩固。

念祖賢棣，曩在國立臺灣大學法律學研究所進修時，即對憲法深具興趣，而尤注意憲政觀念之發展。洎從余撰寫碩士論文，探討「動員戡亂時期條款在我國憲法上之地位」，亦係一本促進憲政之立場。且因所見不無獨到之處，頗爲林故大法官紀東先生所稱許。旋入

美國哈佛大學法學院碩士班深造，繼續鑽研憲法。卒業前後，次第考取我國及美國律師資格，並獲進卓著國際聲譽之理律法律事務所工作。民國七十五年起，在東吳大學法學院兼授中華民國及美國憲法課程，以迄於今。

國內自近年積極推動政治改革以還，引發不少憲法爭議，其中或久爲有心人士論辯之課題，或終成釋憲機關處理之對象。念祖本其熱心憲政發展之素志，對凡此有關國是之問題，每於報章刊物爲文表示己見。日久篇數積多，乃擬集印成冊，而卽以「憲政與國是」爲名，其目的當在廣受切磋之益。請爲作序，余甚嘉其學有成而致用，故樂綴數語以應。

馬 漢 寶

中華民國七十九年十二月二十五日憲法日

於台北思上書屋

自序

成文憲法，爲人類數千年歷史中最近兩百餘年之發明。自美利堅合衆國成文憲法誕生，不旋踵竟舉世風行。言其基本義理，則不過期以一紙文書，駕馭政治權力，從而屏障民權，此殆即所謂憲政精神者。然則權力動人，古今皆然，欲以一紙相繩，其設想也天真，其任務也艱鉅。蓋撰作憲法文書不易，堅守憲政精神尤難；以故各國憲法之治，傾踏爲常貌，持久爲偶然，其成敗利鈍，端視憲政精神得無深入人心。憲政精神果然倡行者，憲法即得持續規範政治，憲政於是乎在，國是於是乎定，而民權之屏障乃於是乎成。

我國自民國三十六年十二月二十五日起，嘗試人類此一天眞之發明，是爲行憲之開始。既乏憲政傳統，加以政局杌隉，早期不免文勝於質，憲政脈息微弱。雖然，執政者拳拳以維護憲法文書形式完整爲職志者，逾四十年，憲政精神卒得萌芽滋長，晚近殊有起色，憲政漸現曙光。既而改革之議大盛，客歲中樞召集國是會議研商之。會中卻生制憲與修憲之辯，前

者不惜毀憲以求憲法文書之完美，後者則講究憲政精神之謹守恪遵；爭論終席，猶未一致，可見培養憲政精神之不易。

本書爲作者近十年來觀察憲政、評論國是之文集，共收入長短論述六十九篇，近二十萬言，均曾先後發表於報刊。按政論文字本與學術著作有間，往往針對一時一事，卽興而發，或需夾敘夾議，或有語涉主觀，既難求研究之深入，更遑論引證之周詳，又因事過境遷，所論尙恐有不合時宜者。流傳價值，實爲有限。惟所無愧於衷者，每一設論，均自憲政精神之宏揚出發，以盡書生本分。當此憲政剝復關頭，集刊付梓，若能於憲政精神之伸張，生尺寸助益，毀譽實非所計。

刊行前夕，蒙恩師馬大法官襄武教授賜序，並重加提示憲法須有憲政始不落空之道理。按作者治學、講學及執業，心心以憲政精神爲念者，原本諸恩師之指引，此後仍將秉此南針，善盡本分，報答師恩。本書由同窗永然宗兄鼎力出版，駱冀耕同學悉心校對，併此致謝。

李 念 祖

識於中華民國八十年元旦

目 錄

馬序	三
自序	五
壹、行憲與修憲	一三
(一)九〇年代我國憲法成長的回顧與展望	一五
(二)我國行憲的困境及其解決之道	二四
(三)行憲四十週年回顧憲法臨時條款之憲法基礎	三〇
(四)臨時條款非廢不可？	四一
(五)美國修憲的故事	四七
(六)「基本法」基本上行不通	五八
(七)增訂憲法第十五章之可行性初探	六〇

(八)制衡與修憲——非常時期的非常問題……………六四

(九)修憲與憲法變遷……………六九

貳、人權的保障與限制……………七一

(一)普通法院不具有違憲審查權嗎？……………七三

(二)言論自由與政治實踐……………七九

(三)要維護司法尊嚴，也要保障言論自由……………八一

(四)「爲匪宣傳罪」的憲法評價……………八七

(五)從憲政理念談人團法立法方向……………九〇

(六)馬曉濱辯護案的憲法論證……………九五

(七)國立大學限制專任教師兼職之憲法評價……………一〇二

(八)從世台會入境案談國家安全與遷徙自由的平衡……………一〇八

(九)從憲法上平等原則及比例原則評釋字第二二二號解釋……………一一五

(十)發動憲法救濟如何？——由鄧元貞案檢視我國司法與立法之關係……………一二一

叁、國會改革的途徑與方向……………一二九

(一)人統？地統？法統？——談更新國會的觀念與合法途徑……………一三一

(二)推動資深民代退職不容更事瞻顧拖延.....	一三五
(三)國民大會不應定期集會行使兩權.....	一三九
(四)國是會議的憲法基礎與功能.....	一四五
(五)資深民代任期釋憲案蠡測.....	一五〇
(六)釋字第二六一號解釋啓動憲政改革.....	一五六
肆、中央政制的安排與選擇.....	一六一
(一)內閣制是我國憲政的必然嗎？.....	一六三
(二)從「總統制」、「內閣制」爭議談憲法臨時條款的制衡設計.....	一六九
(三)應釐清總統與行政院的憲政分工.....	一七四
(四)覆議制度的政治走向.....	一七九
(五)國家統一委員會與憲政結構規劃.....	一八一
(六)立委刪除司法預算之憲法評價.....	一八三
(七)憲法問題最宜司法解決——爲立、監兩院權限爭議借箸代籌.....	一八六
(八)從「先例拘束」看我國司法與立法的分際.....	一九二
(九)法律主治與司法獨立.....	一九四

伍、立法權的運作與界限……………一九七

(一)民意代表言論免責權範圍評議……………一九九

(二)嚴譴立法院中政黨暴力抗爭再開惡例……………二〇五

(三)二二〇事件議場內外兩種情境……………二〇九

(四)立法院迫切需要程序正義的觀念……………二一一

(五)立法院預算審查權的憲法界限……………二一四

(六)落實民主之道——民意、政策與法律同步……………二一七

陸、司法尊嚴與司法革新……………二二三

(一)莫低估憲法守護神的智慧……………二二五

(二)修正法律以加強釋憲功能……………二三〇

(三)淺論司法的功能……………二三四

(四)尊重司法在民主政治中的功能……………二三七

(五)從政法分離論談司法者對政治問題的判斷……………二四四

(六)司法正義與政治是非……………二四七

(七)不信司法救不回——請從徹底摒除「重行政、輕審判」的觀念做起……………二五一

(v) 無為的行政才能造就有為的司法	二五九
(vi) 樹立司法尊嚴，需要以審判為中心的司法——有感於全國司法會議閉幕	二六三
(vi) 促進司法的自主與自尊	二六六
柒、兩岸關係與國家統一	二七一
(一) 中共憲法質疑	二七三
(二) 從嘉駿案談「資匪罪」的認定	二八〇
(三) 淺析兩岸經貿關係的法律架構	二八八
(四) 兼顧民意、法律，釐清大陸政策	二九三
(五) 國是會議不必避躑統獨問題	二九六
(六) 「一國兩區」與「法律衝突論」	二九九
(七) 國家統一委員會的憲政意義試析	三〇二
(八) 「二新訴求」的憲政評價	三〇六
(九) 「事實主權論」的當為問題	三〇八
捌、法治的現狀與未來	三一
(一) 政治舞弊的正本清源之道	三一三

(二)憲政教育與憲政社會·····	三一七
(三)國父思想、憲法教育爭論平議·····	三一九
(四)強制仲裁立法有欠周延——從臺達案談勞工立法方向·····	三二一
(五)由律師法研擬修正談律師職能的加強·····	三三二
(六)爲律師考試制度與利除弊·····	三三六
(七)談律師在美國的社會地位與影響·····	三四二
(八)從法治看人治的罪與贖·····	三五二
(九)知識分子不怕當少數——對國是會議與會各方的期待·····	三五四
(十)國是會議決議不能逕付公民表決·····	三五六

壹、行憲與修憲

九〇年代我國憲法成長的回顧與展望

憲法與政治及社會生活的對應關係甚為複雜，一方面，憲法具有領導政治與社會生活的功能，並且被期待要發揮規範政治與奠定社會生活基本秩序的效用；一方面，憲法又是實際政治與社會生活的反映，憲法的運作，經常受到實際政治與社會生活的影響。在兩者交互作用的過程中，有一點是可以確定的，憲法必須對應於政治與社會生活的變化而變遷、成長；在政治與社會生活發生急遽變化的時候，尤其如此。

憲法成長的二種途徑

最近短短的數年間，我國從解嚴到開放報禁，從開放大陸探親到正式開展政黨政治，政治與社會生活發生的變化，不謂不大，憲法自不能不有所調適；其因而隨之發生明顯的變遷