

「禁五星旗」全國性公民投票案

聽證議題鑑定意見

蘇彥圖*

2018年7月5日

聲明：

- (1) 本鑑定意見係由鑑定人以個人名義提出，不代表鑑定人所屬機構或其他個人或組織，並由鑑定人個人負完全責任。
- (2) 本鑑定意見係由鑑定人個人獨立作成，並未受委託人中央選舉委員會外之任何機關、團體或個人的資助或協助，亦未與本鑑定人外之任何人有任何之協調或合作關係。
- (3) 本鑑定人僅就「禁五星旗」全國性公民投票案（以下簡稱本提案）所涉及之適法性議題提出意見；本鑑定意見不討論無關本案適法與否之政策妥當性議題。

議題一：本案是否為公投法第 2 條第 2 項第 2 款所稱之立法原則之創制而有該條款之適用？

鑑定意見：

- 1.1. 基於司法院釋字第 445 號與第 644 號解釋的規範意旨，本提案有違反憲法第 11 條（表現自由之保障）、第 14 條（集會結社自由之保障）與第 23 條（比例原則）等規定之疑慮。

理由：

- (i) 中央選舉委員會（以下簡稱中選會）在根據公民投票法第 10 條規定審核一項公民投票提案時，有審查該提案是否合憲的權限與義務。這項關於中選會所為「（公投提案）連署前之審查」（pre-circulation review）的權限主

* 中央研究院法律學研究所副研究員。

張，雖然尚非司法院大法官或行政法院就公民投票法之相關規定所為的終局權威解釋，但已是中選會自 2018 年公民投票法修正以來所持的一貫立場。

(ii) 進一步需要討論與釐清的先決問題，是公投提案合憲性審查的審查密度，也就是「中選會究應採取何種審查標準，來判定一項公投提案是否合憲」這個問題。由於一項公投提案有可能通過比較寬鬆的合憲審查，但是通不過比較嚴格的合憲審查，為了確保公投提案合憲審查機制的公正，一國的公投提案合憲審查機關無疑應該致力於發展、確立其在行使這項審查權限時所要適用的審查標準與／或審查方法，並且致力於追求在審查密度上具有原則一致性可言的個案審查結果。從直接民主法的規範理論與比較實務經驗，本鑑定意見初步歸納整理出以下三種並未窮盡所有可能的理念型選項。這三種選項各有其合理性與優缺點，其間之取捨選擇，涉及多重的價值判斷，以及不同的制度或現實的脈絡考量，所以或許沒有放諸四海皆準的標準答案。中選會的現行實務做法似乎比較接近下述的(ii-3)。惟就合憲審查標準的一致性與可預測性而言，這項做法應該還有檢討與改進的空間。

(ii-1) 明顯違憲標準：如果採取這項審查標準，則只有在公投提案具有相當明顯的 (patent; palpable) 違憲情事時 (例如提案內容明白牴觸一項具體的憲法規則，或者明白違反一項憲法法院判決之意旨)，審查機關方得以違憲為由，否決該項公投提案 (Kafker and Russcol, 2012: 1317-26; Noyes, 2014: 145-6)。採取這項審查標準的主要考量，是為了盡可能成全公民投票權的行使，避免連署前審查產生積極錯誤。在審查機關並非憲法法院的場合，這項審查標準的操作也有決策成本較低的優點。不過，這項審查標準的適用，容易導致連署前審查的消極錯誤。

(ii-2) 非謙抑 (non-deferential) 審查：審查機關若是對於直接民主決策較不信任，或是在一定程度上擬以選前審查 (pre-election review) 替代或者避免憲法法院日後以違憲為由廢棄公投結果，基本上就會選擇對一項公投提案的合憲與否，進行比較實質、比較細密的審查把關；比如說，審查機關若有相當理由認為，系爭的公投提案如果獲得投票通過，還是有被憲法法院基於嚴格審查而宣告違憲無效的高度可能性，則採取這項做法的審查機關，就應以違憲 (或有高度的違憲之虞) 為由，否決該項公投提案 (Dubois and Feeney, 1998: 63-64; Arnon, 2008: 114-124; Pällinger, 2012: 101; Heußner, 2012: 139)。

(ii-3) 「疑則有利於人民」 (“*in dubio pro populo*”) 之逐案審查：合議型的審查

機關若選擇採取超多數決或共識決進行個案的審查決策，並進而以「疑則有利於人民」這項原則，作為打破僵局規則，則當違憲認定無法取得可決多數支持時，系爭公投提案的合憲性就不會被審查機關否定（Dubois and Feeney, 1998: 57; Christmann, 2012: 57）。採取此項決策模式的公投提案審查，其審查之寬嚴程度，理論上取決於審查機關內部的共識／分歧程度，所以有可能會比明顯違憲標準更為寬鬆，也有可能會相當於非謙抑審查。

(iii) 如採明顯違憲標準，則中選會應有相當理由，可以認定本提案內容有違憲法對於言論自由與集會結社自由之保障。

(iii-1) 司法院釋字第 445 號（1998）與第 644 號（2008）解釋均明白肯認，「共產主義或分裂國土」之主張，係受憲法保障之政治言論。從上述二號解釋之規範意旨，並且參酌我國於 1991-1992 年廢止懲治叛亂條例、修正刑法第 100 條及於 2011 年刪除國家安全法第 2 條規定等相關憲政發展歷程，我們應可推論出存在於我國現行自由民主憲政秩序的一項憲法原則：除非該等叛亂言論之表達已涉及強暴或脅迫，並從而會對國家安全或自由民主憲政秩序之存續構成立即而且明顯之危險，否則國家不得予以限制。

(iii-2) 本提案所擬禁止公開展示及懸掛之「代表中華人民共和國之五星旗幟」，既係用以表達特定政治立場／意見的象徵，則其公開展示或懸掛，無疑也是一種政治言論，且與上揭二號解釋所論及者，在內涵與性質上高度重疊。本提案理由書之第二段，似在主張「揮舞代表中華人民共和國之五星旗幟」，並不受憲法言論自由之保障。這項主張明顯抵觸司法院釋字第 445 號與第 644 號解釋的規範意旨。本提案既主張立法禁止特定觀點、特定形式的政治言論表達，且係基於該等言論之若干「惡劣傾向」而作此主張，亦明顯有違上述憲法原則。

(iii-3) 在比較法上，有一些中、東歐的後共產國家，基於維護過往極權政權下之受害者的尊嚴以及防衛民主、避免極權復辟等考量，有禁止公開展示、使用過往極權共產政權之象徵的立法例。惟波蘭、匈牙利與摩爾多瓦等國的憲法法院，已先後將此類禁制宣告違憲無效；歐洲人權法院也於 *Vajnai v. Hungary* (2008)¹、*Fratanoló v. Hungary* (2011) 與 *Fáber v. Hungary* (2012) 等案判決，再三認定系爭的匈牙利法違反歐洲人權公約（Belavusau, 2014; Fijalkowski, 2014; Gliszczynska-Grabias and Baranowska, 2016; Kozyraska, 2016; Bílková, 2016）。這些案例顯示，在特定的歷史脈絡下，有些民主國家可能

¹ 本判決之中文翻譯，參見廖福特（節譯），*Vajnai v. Hungary*（禁止使用紅星案），歐洲人權法院第二庭於 2008/7/8 之裁判，收於司法院印行，歐洲人權法院裁判選譯（三），2013 年，頁 195-202。

會有將若干反自由 (illberal) 之極權象徵視為仇恨言論 (hate speech) 加以管制的正當事由，可是這類管制立法，基本上還是必須通過極為嚴格的司法審查，方得合憲地限制人民的言論自由。由於我國並沒有受到中華人民共和國統治的歷史經驗，而且我國主權與自由民主憲政秩序受到中華人民共和國威脅之程度 (包括嚴重性與可能性)，還存在有相當的不確定性，在此等情況下，本提案恐難比附援引上述仇恨言論管制的立法例 (包括本提案理由所引用之德國立法例)，而毋寧在性質上比較近似於南韓依其國家安全法第 7 條第 5 項規定對北韓旗幟等物品所為禁止。惟南韓的這項立法例常被論者指為威權遺緒 (Cho, 1997; Kraft, 2006; Amnesty International, 2012)，且除非(iii-1)所述憲法原則有所變動調整，否則我國並無採取類似做法的合憲空間。

(iv) 由於存在上述之明顯違憲嫌疑，本提案亦無從通過非謙抑審查，並從而另有違反憲法第 23 條規定之嫌疑。

(v) 我國自民主轉型以來所確立之高度保障反 (中華民國) 體制言論之自由的憲法原則，是否需要隨著中華人民共和國對我國主權與自由民主憲政秩序之威脅日增而有所調整，無疑是一項可以而且值得討論的課題。由於立法委員之修法提案毋須通過行政機關之事前合憲審查，本提案之立法構想如果是由立法委員提出並獲國會多數支持，仍有機會完成立法程序；而司法院大法官於事後審查該項法律之合憲性時，亦得斟酌是否變更或補充其先前所為解釋。惟在中選會負有審查公民投票提案是否合憲之權限與義務的法制設計下，中選會恐已無許可本提案進入連署階段的裁量空間。中選會這項審查權限的行使，雖然勢必會縮限經由公民創制程序進行憲法變遷的可能性，但是可以確保相關公共議論不致受到短促之公民投票時程的壓縮。

1.2. 由於本提案屬於立法原則之創制，中選會尚無從以法律明確性或構成要件明確性等原則審查本提案之合憲性。

說明：

(i) 由於本提案內容事涉言論自由與刑罰規範，本提案如獲公投通過並完成立法，司法院大法官尚有可能以過於空泛、未盡明確為由，認定該項法律違憲。

(ii) 惟由於公民投票法所認許之公民創制，僅限於立法原則與重大政策之創制，並不要求提案人提出所擬創制之具體條文內容，中選會尚無從以法律

明確性或構成要件明確性等原則，審查本提案所擬創制之立法原則是否合憲。

議題二：本案提案內容是否不能瞭解其提案真意？

鑑定意見：

2. 本提案之主文應載明「刑罰」一詞，以明確提案意旨。

說明：

(i) 本提案之主文並未提及「刑罰」一詞，但本提案之理由書則明白主張「應修正我國刑法或制定相關法規，並於法規中明訂刑罰等罰則」。就此而言，本提案之真意，應係以刑罰規範「禁止公開展示及懸掛代表中華人民共和國之五星旗幟」，亦即對違反此項禁止規範的行為人，課以刑罰。

(ii) 由於刑罰並非禁止規範的唯一管制工具，為避免投票者有所誤會，並為確定所有同意本提案之投票者，均贊同以刑罰而非其他手段（例如行政罰）達成本提案所擬創制之立法的目的，爰建議中選會要求本提案之主文，載明「刑罰」一詞。

參考文獻

Amnesty International. “The National Security Law: Curtailing Freedom of Expression and Association in The Name of Security in The Republic of Korea.” <https://www.amnesty.org/en/documents/asa25/006/2012/en/> (accessed June 29, 2018).

Aron, Harel. *A Theory of Direct Legislation*. New York, NY: LFB Scholarly Publishing LLC, 2008.

Belavusau, Uladzislau. “Hate Speech and Constitutional Democracy in Eastern Europe:

Transitional and Militant? (Czech Republic, Hungary and Poland).” *Israel Law Review* 47, no.1 (2014): 27-61.

Bílková, Veronika. “Symbols of Illiberalism in the World of Liberal States.” *Baltic Yearbook of International Law Online* 15, no. 1 (2016).
<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/22115897-90000069>.

Cho, Kuk. “Tension Between the National Security Law and Constitutionalism in South Korea: Security for What.” *Boston University International Law Journal* 15, no. 1 (1997): 125-174.

Christmann, Anna. “Direct Democracy and the Rule of Law - Assessing a Tense Relationship.” In *Direct Democracy and Minorities*, edited by Wilfried Marxer, 47-63. New York, NY: Springer Publishing Company, 2012.

Dubois, Philip L., and Floyd Feeney. *Lawmaking by Initiative: Issues, Options and Comparisons*. Bronx, NY: Agathon Press, 1998.

Fijalkowski, Agata. “The Criminalisation of Symbols of the Past: Expression, Law and Memory.” *International Journal of Law in Context* 10, no. 3 (2014): 295-314.

Gliszczyńska–Grabias, Aleksandra, and Grażyna Baranowska. “The European Court of Human Rights on Nazi and Soviet Past in Central and Eastern Europe.” *Polish Political Science Yearbook* 45 (2016):117-129.

Heußner, Hermann K. “Minorities and Direct Democracy in the USA: Direct Legislation Concerning Minorities and Instruments of Minority Protection.” In *Direct Democracy and Minorities*, edited by Wilfried Marxer, 123-144. New York, NY: Springer Publishing Company, 2012.

Kafker, Scott L., and David A. Russcol. “The Eye of a Constitutional Storm: Pre-Election Review by the State Judiciary of Initiative Amendments to State Constitutions.” *Michigan State Law Review* 2012 (2012): 1279-1329.

Kozyrska, Antonina. “Decommunisation of the Public Space in Post-Euromaidan Ukraine.” *Polish Political Science Yearbook* 45 (2016): 130-144.

Kraft, Diane. "South Korea's National Security Law: A Tool of Oppression in an Insecure World." *Wisconsin International Law Journal* 24, no. 2 (2006): 627-659.

Noyes, Henry S. *The Law of Direct Democracy*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2014.

Pállinger, Zoltán Tibor. "Direct Democracy, the Rule of Law and the Protection of Minorities: The Case of Hungary." In *Direct Democracy and Minorities*, edited by Wilfried Marxer, 91-105. New York, NY: Springer Publishing Company, 2012.

廖福特 (2013), *Vajnai v. Hungary (禁止使用紅星案)* 歐洲人權法院第二庭於 2008/7/8 之裁判, 收於: 司法院大法官書記處編, 2013 歐洲人權法院裁判選譯 (三), 頁 195-202, 臺北: 司法院。