公民發動之公民投票提案的票決前司法審查（I）

— 違憲爭議的可司法性 *

蘇彥圖
中央研究院法律學研究所研究員

摘要

一項公民提案的違憲爭議，究竟可否在票決前受到司法審查？針對這項可司法性問題，比較直接民主法上大概有三種不同看法：反對審查論認為，票決前司法審查不該過問公民提案是否合於一般憲法規範。預防審查論主張，與其等到票決後才去審查一項公投決策是否合憲，法院反而更該在票決前，就對公民提案的合憲與否，進行預防性的審查控制。初篩審查論則是認為，法院在票決前，至多僅能截阻一項顯有違憲之虞的公民提案被交付票決。本文依序討論這三種理念型取徑的論理，也在台灣法的脈絡上，對於它們所帶來的制度選擇探問，提出初步看法。本文指出，這項可司法性問題的解答，是公民投票制度工程的一個環節，有待我們以全局、系統性的民主法理論觀點，做出妥適的制度選擇。本文肯定我國行政法院捨反對審查論而就初篩審查論的立場轉折；至於初篩審查論與預防審查論間的制度選擇，則留待後文討論。

關鍵詞：公民投票、司法審查、合憲性控制、可司法性、連署前審查

壹、前言
貳、反對審查論
參、預防審查論
肆、初篩審查論
伍、三種取徑的比較與選擇
陸、結論

* 本文是科技部專題研究計畫「直接民主的司法審查：一個台灣理論的建構」（109-2410-H-001-031-MY2）的部分研究成果。作者感謝謝孟庭協助本文研究資料的收集與整理。

壹、前言

根據我國現行的《公民投票法》，一項由公民發動的全國性公民投票提案（以下簡稱公民提案），在徵求到一定人數以上的提案人後，就可向主管機關中央選舉委員會（以下簡稱中選會）提出，而中選會則須在一定期間內，審查、認定該項提案是否合於規定。著眼於公民投票程序的進行流程，我們可以將這項由中選會負責執行的公民提案審核作業，稱為公民提案的連署前審查（pre-circulation review）；一項公民提案必須通過這項審查，才可進到下一階段的連署徵求[1]。中選會對於一項公民提案所做的連署前審查決定，容有被提起爭訟的可能，而這也意謂著一項公民提案的適法性爭議，有機會從行政程序轉進到司法程序，進而受到某種間接的或者直接的司法審查。著眼於司法介入的時際屬性，我們可以將這類涉及或針對尚未通過票決之公民提案的司法審查，稱為公民提案的票決前司法審查（pre-election judicial review）[2]。本系列論文將分析、檢討公民提案的票決前司法審查在我國的制度安排與實務經驗。本系列論文主要試圖探問：何種立法論與／或法解釋論（司法理論）上的制度／政策選擇，較能促成這項司法審查機制在台灣的適正運作，進而比較有助於台灣自由憲政民主的維繫乃至提升？

公民提案的票決前司法審查，可以被理解為是「公民投票的司法審查」的其中一個環節／次系統。不過，在公民投票的司法審查這項主題底下，向來比較受到論者重視的，似乎是它的另一個環節，也就是針對或涉及一項公民投票所為實體決策的票決後司法審查（post-election judicial review）[3]。儘管這兩個環節都是在對公民投票決策進行實體法的規範控制，二者在司法介入時點上的差異（票決前 v. 票決後），往往使得二者在實體法與訴訟法上，分別需要處理不盡相同的議題，或者需要做出不一樣的規範考量。對於司法審查在公民投票之前與之後所要扮演的功能角色，論者甚至往往抱持不同的規範期待—比如說，有的論者責成法院，在票決前得要嚴格把關，在票決後則須謙抑自持[4]；也有論者持相反意見，認為票決前審查宜從寬，票決後審查則應趨嚴[5]。本系列論文的出發點是，我們可以而且應

1 參見《公民投票法》第 10 條規定。關於公民投票提案的連署前審查機制的比較研究，另參見俞振華等，公民投票案提案審核機制與門檻之研究—以瑞士、美國、義大利、日本、法國法制與運作情形爲比較研究，中選會委託研究，2013 年 2 月；胡博硯等，公民投票適用事項、審核範圍及整體法制之研究，中選會補助研究，2018 年 12 月。

2 廣義的公民投票的票決前司法審查，另包括針對公民投票之選舉行政（election administration）的司法審查；*see, e.g.*, Daniel Hays Lowenstein, Richard L. Hasen & Daniel P. Tokaji, Election Law: Cases and Materials 391-397 (5th ed. 2012); Henry S. Noyes, The Law Of Direct Democracy 144-145 (2014) 。基於討論聚焦的需要，本系列論文僅討論針對公民提案實體內容的票決前司法審查。

3 廣義的公民投票的司法審查，另包括針對公民投票票決結果的選舉訴訟；參見例如吳志光，公民投票與司法審查，憲政時代，27 卷 2 期，2001 年 10 月，49-64 頁。基於討論聚焦的需要，本系列論文僅討論關於公民投票所爲實體決策的司法審查。

4 *See, e.g.*, HAREL ARNON, A THEORY OF DIRECT LEGISLATION (2008).

5 *See, e.g.* Julian N. Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 YALE L. J. 1503, 1503-1590 (1990).

該深入探討票決前司法審查作為公民提案把關者（gatekeeper）的角色、機遇與挑戰，但是我們也必須正視其與票決後司法審查之間的連動關係，也就是系統論者所指稱的系統效應（systemic effect）；畢竟，論者往往是基於對票決後司法審查的某種規範設想，而去論證在公民投票程序還在進行中的時候，對於一項公民提案的適法性爭議，法院該做什麼，又該怎麼做。基於研究範圍的設定與限制，本系列論文不會深入檢討公民投票的票決後司法審查應該如何運作，也從而無法對公民投票的司法審查這項系統的整體運作表示意見，但是會設法從一個較為寬闊的系統理論視角，省思關於公民提案的票決前司法審查的制度／政策選擇。

隨著公民提案在 2018 年初《公民投票法》大幅修正後的倍數成長，針對中選會所為連署前審查處分的行政爭訟，近年來在我國也益趨熱絡；除了個案判決的是非對錯，公民提案的票決前司法審查這項機制本身的制度安排與功能定位，近來也受到了我國論者更多的關注與議論[6]。這類針對制度而非個案的檢討，尤其聚焦於可司法性、管轄法院與當事人適格／訴訟權能等幾項需要在法制設計以及司法實務上確立通案處置準則的訴訟法議題。這些議題各自都有做不同處置的議論空間，彼此之間又環環相扣；論者在其間所做的不同制度選擇，甚至可能還會投射出對於這項審查機制乃至對於整個公民投票程序該要如何運作的不同規範設想。就此而言，這些議題不只是訴訟法議題，也是（直接）民主法（law of（direct）democracy）的制度議題；我們就此所做的制度／政策選擇，從而也不能僅顧及司法程序，而是還要觀照到司法程序外的大局—特別是（或至少是）公民投票的制度實踐。本系列論文所採取的研究取徑，主要就是試圖以民主法作為應用民主理論（applied democratic theory）的分析工具與評價觀點，來析論、解答此等訴訟法問題。

作為本系列論文的第一篇，本文所要探討的議題是：一項公民提案的違憲爭議，究竟可否在「票決前」這個階段，受到直接或者間接的司法審查？若使用訴訟法的術語，本文是在討論一項公民提案違憲爭議的可司法性（justiciability）。這之所以是一個議題，一方面是因為我國現行的《公民投票法》，對於中選會與法院應該如何處置一項有違憲疑義的公民提案，並沒有明確的規範；連署前審查對於一項公民提案的實體內容，究竟在哪些規範基準下可以管控到什麼程度，在我國向來尤其備受各界爭議[7]。另一方面，在票決前這個階段，一項有違憲疑義的公民提案，畢竟還只不過是一個提案，而且最後可能未

6　參見例如賴又豪，從民主觀點論全國性公民投票之合憲性控制—以少數群體權利保障爲核心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2019 年；吳志光，公民投票提案的合憲性審查—以比較法的觀察及我國法制的檢討爲核心，憲政時代，45 卷 1 期，2019 年 7 月，1-42 頁；陳英鈞，公投法與政治，2021 年 9 月。

7　參見例如胡博硯，民主可被實質審查？—公民投票的審查程序與範圍，台灣法學雜誌，410 期，2021 年 2 月，85-96 頁；許玉秀等，「國民主權與公民投票」學術研討會第三場次：民主可被實質審查？—以公投法第 10 條第 3 項第 5 款爲例，台灣法學雜誌，410 期，2021 年 2 月，136-154 頁。

獲票決通過。在這樣的情況下，司法要不要介入、又要介入到什麼程度，毋寧都還有合理異議的空間，而比較直接民主法上的相關經驗，也不一而足[8]。我國的既有文獻，主要是在上述的第一個面向上，論辯(i)「公民提案可否牴觸現行憲法規範」以及(ii)「連署前審查機關可否以違憲為由駁回一項公民提案」等實體法上的權限問題，也在經歷一番波折之後，確立了(i)「體制內一般公民投票的提案不得牴觸、改變憲法規範」以及(ii)「中選會有審查公民提案合憲與否的一定權責」等初步的實務立場[9]。本文則是試圖將討論焦點轉移到上述的第二個面向，繼而對「在票決前審查公民提案的違憲爭議」這件事所會遭遇到的可司法性質疑，以及其在訴訟法理上的可能解法，展開進一步的分析與檢討。本文以為，補行這個訴訟法取向的考察，除了可以解答既往實體法的權限論述所無法回答的問題，還可以幫助我們更充分地審酌一個不論是對公民投票抑或是對司法審查來說都至為關鍵的變數：時間。

本文以下將依序簡述(i)反對審查論、(ii)預防審查論以及(iii)初篩審查論這三種關於公民提案違憲爭議之可司法性的不同理論主張（本文第二、三、四節）。這三種主張均是理念型的；本文基本上是先從比較直接民主法的相關理論與實務意見中，歸納出這三種不同看法／取徑，然後在我國法的脈絡下，推論它們各自可能提出的論理（rationale）。本文接著對這三種訴訟法的取徑展開進一步的分析與比較（本文第五節），之後再提出本文的初步結論（本文第六節）。這三種取徑對於公民提案的票決前司法審查，做有不同的角色設定，也對於公民投票的司法審查的整體系統運作，抱持不同看法。本文指出，這項可司法性問題的解答，是公民投票制度工程的一個環節，而我們就此要做的，則是一個容有合理異議的制度／政策選擇。本文肯定我國行政法院捨反對審查論而就初篩審查論的立場轉折，但是不擬深入討論初篩審查論與預防審查論間的制度選擇。

貳、反對審查論

針對「負數票投票制」這項公民提案所受到的連署前審查處分，台北高等行政法院 107 年度訴字第 755 號判決（2019）基本上試圖以下述的規範命題，作為它的立論基礎：一項創制立法原則的公民提案縱使存有違憲疑慮，那也得等到整個直接立法程序已經全部走完—也就是該提案業經票決通過，而且其所要求制定的法律，復經立法程序而被制定、公布—之後，相關違憲爭議才有可能進入憲法訴訟程序，而由司法院大法官審查該項法律是否合憲[10]。做成本件判決的台北高等行政法院第六庭的法官，主要便是基於這項命題，認為中選會在對公民提案進行連署前審查

8　相關比較法研究，參見例如賴又豪，同註 6，151-174 頁；吳志光，同註 6，15-30 頁；陳英鈴同註 6，126-156 頁。

9　參見最高行政法院 109 年度判字第 476 號判決。

10　台北高等行政法院 107 年度訴字第 755 號判決。類似論述亦可見於台北高等行政法院 107 年度訴字第 931 號判決。

的時候，無權過問、審酌提案是否違憲。不過，與其說這項命題，如果成立的話，能夠毫無懸念地決定了誰有或沒有對公民提案（或公民投票的決策結果）進行違憲審查的權力，不如說，它可以而且比較適合被解讀成是一個關於司法審查介入時點的規範主張。如果改用反面表述的方式來說，它所試圖確立的規範原則是：在直接立法程序完結以前—尤其是在「票決前」這個階段，不論是憲法法院抑或是行政法院，都不應該介入審查一項公民提案的違憲爭議。我們可以將這項主張簡稱為反對審查論；更確切地說，它所要反對的，是針對公民提案實體違憲爭議的票決前司法審查。隨著北高行的這件判決日後被最高行政法院 109 年度判字第 476 號判決（2020）所廢棄，反對審查論在我國已成往事。不過，反對審查論向來可是美國直接民主法上的主流實務見解。在美國設有公民投票制度的 24 個州，多數的州法院原則上不會在票決前，介入並裁決公投提案的違憲爭議 [11]。

儘管北高行 107 年度訴字第 755 號判決並未申論其採取反對審查論的規範理由，我們多少可以藉由引介、轉譯這項理論在美國法上的理由構成，為我國法上的反對審查論，提出說理。概略而言，持反對審查論的美國州法院，主要是援引下述兩項訴訟法理論，否定一項公民提案違憲爭議在票決前的可司法性 [12]。(i) 諮詢意見（advisory opinions）之禁止：由於系爭提案能否通過票決，猶在未定之天，法院若在票決前論斷其合憲與否，形同是在對一項未必成真的假設性問題，提出諮詢意見；而諮詢意見的提供，基本上不是法院該做的事。(ii) 案件成熟理論（ripeness doctrine）：一項有違憲爭議的公民提案 (a) 有可能過不了票決這關，而且 (b) 就算獲得票決通過，也未必會被執法者適用於具體個案—在這個雙重的偶然底下，其所生損害均屬臆測，而且也不確定，所以法院對之為司法審查的時機，猶未臻成熟。在很大的程度上，這兩種論理，可說只是同一種規範與制度考量的不同表述方式。二者基本上都認為，針對公民提案實體違憲爭議的票決前司法審查，既非絕對必要，沒有非做不可的道理，又缺乏做成具體而適切的憲法裁判所需要的時間與資訊，也因而需要承擔較高的司法決策錯誤風險。基於此等考量，反對審查論者認為，法院在票決前審查公民提案的違憲爭議這件事，即便沒有逾越司法權在憲政秩序下的權力分際，至少也非司法經濟（judicial economy）考量上的明智之舉。

不少美國論者在論證、主張反對審查論的時候，還試圖借助於一項類推論理：在代議立法程序還在進行中的時候，法院是不得對一項法律案的合憲與否進行審查的；基於類似的道理，在公民投票這個直接立法程序還在進行中的時候，法院也不該去過問一項公民提案是否合憲 [13]。這項

11 *See generally*, Noyes, *supra* note 2, at 145-146.

12 *See* James D. Gordon III & David B. Magleby, *Pre-Election Judicial Review of Initiatives and Referendums*, 64 Notre Dame L. Rev. 298, 304-311 (1989).

13 *Id.*, at 308; *see also* Noyes, *supra* note 2, at 145.

類推論理並不完美。畢竟，代議立法程序跟直接立法程序的進行方式，確實存在若干顯著的差異，而這也使得針對代議立法與針對直接立法的司法審查，往往無法同日而語[14]。一項在美國法上顯而易見的分歧是：基於尊重議會自律等論理，法院不會在代議立法程序尚未完結的時候，就去審查一項法律案是否合於相關的程序、形式與實體規範，但是絕大多數公投州的州法院，則是在票決前這個階段，就會去審查一項公民提案是否合乎有關(a)程序、(b)提案形式與文字表述、(c)一案一事項規則（single-subject rule）以及(d)公投事項限制（subject matter restrictions）等公投規範[15]。反對審查論就此必須回答一個問題：為什麼關於(a)～(d)的票決前司法審查是合宜的，但是針對公民提案實體違憲爭議的票決前司法審查則否呢？在支持反對審查論的一篇經典論文中，James Gordon III & David Magleby 主要試圖以「法院所適用的，究係特別針對公民投票的規範，抑或是（拘束所有政府行為的）一般實體規範」這樣的區分，來解釋何以他們認為法院得以審查前者，但是不宜審查後者[16]。這是一個典型的劃線（line-drawing）嘗試。不論其是否成功，它反映了反對審查論者試圖縮限、節制公民提案所受票決前司法審查的用心與努力。他們尤其擔心，如果不這麼做的話，法院極易捲入公投程序中的政治紛擾—或者會被提案方指責其在打壓、阻撓直接立法，或者會被反對方控訴其在放水、護航違憲公投[17]。與其落得「兩邊不是人」，反對審查論者認為，法院應該選擇明哲保身之道，也就是在票決前這個階段，儘量運用一種範疇式的取徑（categorical approach），來讓自身與違憲爭議這個燙手山芋，保持距離。

不論是取向司法權限分際的規範考量，抑或是風險趨避（risk averse）的策略計算—反對審查論的立論理由，都不是美國直接民主法的獨家專利；在我國法的脈絡上，這些考量，毋寧也是能夠被理解與想像的。誠然，北高行 107 年度訴字第 755 號判決是藉由否定中選會有權審酌公民提案是否違憲一事，來達到讓相關爭議不受票決前司法審查的效果，而對此等爭議本身的可司法性問題，未置一詞。不過，在中選會是否有權審查公民提案的合憲性這件事的實體法論理容有議論空間的情況下，否定公民提案違憲爭議之可司法性的訴訟法論理（也就是反對審查論），或有可能引領、促使做成該判決的北高行第六庭的法官們，去選取其所採實體法立場。畢竟，一旦中選會的連署前審查可以及於公民提案的合憲性，反對審查論在我國就沒有立足之地了，因為中選會所為連署前審查處分，實在沒有可以不受司法審查的道理。在最高行 109 年度判字第 476 號判決後，反對審查論在我國就只具有立法論

14　關於代議立法程序與直接立法程序的差異，另參見蘇彥圖，公民投票時間，憲政時代，44 卷 3 期，2019 年 1 月，237-238 頁。

15　*See* Noyes, *supra* note 2, at 150-151; Gordon Ⅲ & Magleby, *supra* note 12, at 313-317.

16　*See* Gordon Ⅲ & Magleby, *supra* note 12, at 316-317.

17　*Id.* at 306.

的意義與效用了。不過，它所表彰的規範與制度考量，仍然值得我們認真看待；它至少可以幫助我們評量，在對公民提案的違憲爭議進行票決前司法審查的時候，我們的憲政社群可能需要承擔哪些風險，又要付出何種代價。

參、預防審查論

針對「司法審查應該如何應對直接民主」這個大哉問，有些論者的看法與反對審查論是截然相反的：與其等到票決後才去審查一項公民投票決策是否合憲，這些論者認為，法院反而更應該在票決前這個階段，就對公民提案進行某種先發制人式的合憲性控制，以期防患於未然。我們可以將這項主張界稱為預防審查論[18]。根據這項主張，針對公民提案違憲爭議的票決前司法審查，基本上應被理解、建置為一種「預防性規範審查」的制度實踐，而一旦這項制度獲得採用，反對審查論者所非議的那些可司法性問題，就不再成為問題與阻礙，而只不過是這項制度有別於事後型規範違憲審查的特徵所在。預防審查論者認為，如果一項公投提案所擬制定的規範，在假設已獲票決通過的情況下，應該被判定為違憲，那麼法院在對它進行票決前違憲審查的時候，就根本不該讓它過關，也就是不允許它被交付連署或票決。這麼做可說是將公民投票的司法審查的運作重心，從票決後前移至票決前。除了可以有效避免公民投票做出違憲決策，預防審查論者認為，這麼做也有助於舒緩、減輕公民投票的司法審查所要面對的民意壓力。在比較直接民主法上，義大利憲法法院就廢止型公民投票提案所為合憲性審查，還有德國多數邦的邦憲法法院就公民創制提案合憲性所為審查，均係採行預防審查論的著例[19]。作為一種制度選項與規範理論主張，預防審查論在這兩國以外的其他地方，也獲有不少論者支持，包括我國直接民主法的權威學者吳志光與陳英鈴[20]。

為什麼法院可以而且應該在票決前審查一項公民提案的實體合憲性，而且此種票決前的憲法審查，又應該要是一種預防性的規範審查呢？檢視預防審查論者就此所提出的核心論證（core case/arguments），我們大致上可以析離出用以證立這項主張的三項命題：(i) 體制內的公民投票決策必須受到憲法秩序的拘束與限制。而在採行司法憲政主義的國度，這也意謂著公民投票決策，無從豁免於司法違憲審查。(ii) 問題是，針對一項通過票決之公投決策的司法違憲審查，勢必會面臨到一個更為嚴峻的抗多數決困境。審查法院此際可能認為，其有必要給予公投決策更高程度的謙讓與／或尊重；審查法

18 本文以下有關預防審查論的論理討論，主要整理自吳志光，同註 6，24-25 頁；陳英鈴，同註 6，149-151 頁； Arnon, *supra* note 4, at 114-124。

19 關於義大利法制的介紹，參見吳志光，同註 6，27-29 頁；關於德國法制的介紹，參見吳志光，同註 6，23-27 頁；陳英鈴，同註 6，148-156 頁。

20 參見吳志光，同註 6，36-37 頁；陳英鈴，同註 6，157-158 頁；陳英鈴，公投法補正草案研究，收於：台灣智庫編，打造直接民主的新公義體系—法制與政治重大議題研究論文集，2011 年，203-204 頁。*See also* Arnon, *supra* note 4, at 114-124; Zoltán Tibor Pállinger, *Direct Democracy, the Rule of Law and the Protection of Minorities: The Case of Hungary*, *in* Direct Democracy and Minorities 91, 101 (Wilfried Marxer ed., 2012).

院也可能懍於強大的民意壓力，而未敢為所當為。不論原因與理由為何，票決後的司法審查，在預防審查論者看來，往往很難對公民投票決策提供最適的合憲性控制。（iii）有鑑於票決後司法審查所會面臨到的運作困境，確保公民投票決策不致違憲的最佳方法，就是將司法介入的時機「提前」至票決前—更確切地說，就是在公投提案內容定型後、公民經由票決做成決策前，就對公投提案的合憲性，進行預防性的違憲審查。在這三項命題中，命題（ii）是否成立，顯然還有很大的議論空間；比如說，反對審查論者就不這麼認為[21]。不過，假設我們同意了命題（ii），那麼命題（iii）所提出的解法—預防性審查，即便未必會是唯一解或最佳解，至少也會是一個合理的制度選項。由於預防性的票決前司法審查，可被視為票決後司法審查的前置、提前作業，其與票決後司法審查的差異，很可能只有司法介入時機的不同。換句話說，相較於票決後的憲法審查而言，預防性的票決前憲法審查，並不必然只會採取比較寬鬆、謙抑的審查標準[22]。

在發展上述的核心論證之餘，預防審查論者也試圖申論這項作法能夠對於公民投票程序帶來的益處。一個常見的論點是，藉由阻斷違憲公投提案進入連署或票決，預防性審查可為憲政社群省卻許多成本與麻煩。另一方面，如果預防性審查促使原提案人去重新提出一個無違憲瑕疵的類似提案，那麼這項機制毋寧也促成了該等提案的品質提升，進而提高了它獲得票決通過的機率[23]。由於相對於代議立法程序而言，公民投票程序比較僵固、無彈性，而且內建的除錯機制與否決關卡（veto gates）又比較不足，預防審查論者認為，倘若票決前司法審查能夠扮演好一個更為積極、嚴格的把關者角色，這對公民投票的制度實踐來說，應當也會有既除弊又興利的正面效益。

不過，預防性的票決前憲法審查要想發揮（i）替代票決後憲法審查以及（ii）管控提案品質等預期效益，還有待諸多制度條件的配合；在對於公民投票程序的不同制度安排底下，採行預防審查論的實際效益，恐怕也難以一概而論。以立法原則的創制這項我國制度為例，假使我們採行預防審查論的話，我們大概至少會面臨到兩重挑戰：（i）由於公民提案僅有擬創制的立法原則，並無具體法案條文，票決前的審查法院所得審查的憲法議題勢必相對有限，也從而較難產生替代票決後憲法審查的效果。（ii）如果審查法院是在公民提案經連署前審查定型後即介入審查，由於此際為時尚早，審查法院恐怕未必能夠取得足以讓其做成預防性審查判斷的事證與資訊。此外，預防審查論所設想的，有可能比較會是一個對於公民提案的合憲性管控

21　針對直接立法的票決後司法審查，其審查密度應否比照針對代議立法的司法審查，抑或應該來得更加寬鬆或者更爲嚴格—這在美國民主法已論辯多時；*see* Eule, *supra* note 5; Note, *Judicial Approaches to Direct Democracy*, 118 Harv. L. Rev. 2748, 2748-2769 (2005); Michael E. Solimine, *Judicial Review of Direct Democracy: A Reappraisal*, 104 Ky. L. J. 671, 671-697 (2016).

22　關於預防性審查的審查密度問題，另參見陳英鈴，同註 6，151-152 頁。

23　*See* Arnon, *supra* note 4, at 122.

較為嚴格的票決前司法審查。在現行《公民投票法》的基本結構不變的情況下，這個構想能否在我國現行的公民提案行政訴訟程序下獲得實現？或者另待訴訟法制做何調整、變革？這些問題，毋寧也需要做進一步的討論。不論如何，預防審查論與反對審查論的截然對立，大大開闊了我們對於公民投票的司法審查的理解與想像；作為一種立法論與／或法解釋論上的制度選項，預防審查論當然也值得我們認真看待。

肆、初篩審查論

在歷經一些波折以後，我國在《公民投票法》下漸次發展出來的一套關於公民提案合憲性之連署前審查與票決前司法審查的實務做法，其適法性總算於 2020 年時，獲得了最高行 109 年度判字第 476 號判決的認證。在這套我國現行的實務做法底下，中選會作為公民提案的連署前審查機關，得以公民提案之實體內容有違憲之虞為由，要求提案領銜人予以補正；倘若提案領銜人屆期未補正，或者補正後之提案內容仍有違憲之虞，中選會即須依《公民投票法》第 10 條第 3 項規定，做成駁回該項提案的行政處分；不服中選會之駁回處分的提案領銜人，則得依法提起行政訴訟。換句話說，中選會在對一項公民提案進行連署前審查的時候，負有判斷其是否有違憲疑慮的權責，而在中選會所為審查處分進入行政訴訟程序後，系爭公民提案是否有違憲之虞這件事，就有受到行政法院間接審查的可能。

暫且不論我國現行實務所肯認之針對中選會所為連署前審查處分的行政訴訟，其到法院之路是否過於窄狹，這項現行實務做法，確實提供了某種機制，讓公民提案的違憲爭議，有機會受到票決前的司法審查。由於中選會與行政法院並沒有解釋、適用憲法的終局權威，這個機制所產出的審查結論，其效力當然無法與憲法法院的實體裁判相提並論。更直白地說，一項通過此種票決前憲法審查的公民提案，其所要做成的實體決策，就仍有可能在票決後的司法審查，被司法院大法官認定為違憲。由於中選會與行政法院不是專業的憲法法院，它們大概也很難仿效憲法法院的審查模式，而對公民提案的合憲與否，進行預防審查論者所期待的那種嚴格把關。就此而言，這項機制的核心任務或者功用，或許就只是把一些顯有違憲嫌疑的公民提案篩檢出來，不讓它們續行連署或票決程序。我們可以將這樣一種票決前憲法審查取徑，界稱為初篩審查論。除了可以用來描述與說明我國現行實務，初篩審查論也可以用來解釋美國少數公投州的州法院對於公民提案的票決前憲法審查這件事情所採取的立場與作法：這些少數州法院一方面肯認公民提案違憲爭議的可司法性，另一方面則強調，只有當一項公民提案明顯牴觸聯邦憲法或某些州憲規範時，法院才會出手干預，不讓它被交付票決 [24]。

24 *See*, Noyes, *supra* note 2, at 146-150; Gordon Ⅲ & Magleby, *supra* note 12, at 312-313; Scott Kafker & David Russcol, *The Eye of a Constitutional Storm: Preelection Review by the State Judiciary of Initiative Amendments to State Constitutions*, 2012 Mich. St. L. Rev. 1279, 1314-1326 (2012).

在我國法的脈絡下，行政法院在對一項公民提案的違憲爭議進行初篩審查時，無疑可以援引行政訴訟的基本法理，來回應、解消反對審查論者就此所會提出的可司法性質疑。畢竟，行政法院此際所要審查的，是中選會做成之連署前審查處分是否適法，而這項議題，顯然已是一項可受司法裁決的具體爭議，不是一個假設性問題。這項形式主義的法律論理，預設了一個有待論證的規範前提：一項公民提案是否違憲，就跟它是否違反《公民投票法》有關公民提案的各種程序與事項規範一樣，都是可以（甚至應該）在票決前就受到司法審查的議題；換句話說，如果我們認許了後者的可司法性，我們也可以基於相同的理由，肯認前者的可司法性。這項規範預設本身還有待進一步的論證，因為至少對反對審查論者來說，一項公民提案「是否違反一般憲法規範」以及「是否違反針對公民投票決策的特別規範」這兩件事，猶有區辨的可能與必要[25]。如果《公民投票法》有「公民投票提案內容不得違反憲法」這類的明文規定，這雖然多少有助於相對化「一般憲法規範 v. 公投特定規範」這樣的形式區分，卻還是無法改變一個事實：中選會與行政法院雖然有適用憲法的權責，卻沒有解釋憲法的終局權威，而這也意謂著它們所為的個案憲法審查決策，無法一槌定音般地定紛止爭（也就是英文用語“infallible”所形容的那種境界）[26]。作為初篩審查論者，Scott Kafker & David Russeol 並不試圖全盤否定「一般憲法規範 v. 公投特定規範」這組區分，而是嘗試建構一個針對顯然違憲之公民提案的例外論，也就是只有在公民提案明顯牴觸憲法的場合，才例外地肯認公民提案之違憲爭議於票決前的可司法性[27]。除了申論篩除明顯違憲提案之於公民投票決策與司法經濟的正面效應，這兩位初篩審查論者主張，這麼做也意在確保正式修憲的權責與程序，不被尋常公投架空；更確切地說，如果公投法制並不認許票決結果無拘束力的假投票（straw poll），那麼一項明顯試圖改變、卻又無權改變憲法秩序的公民提案，自始就不具備可被交付票決的資格條件[28]。

如果我們接受「明顯違憲的公民提案自始不應被交付票決」這項初篩審查論的基本主張，那麼我們接著或許就要追問：公民提案的連署前審查機關及其票決前的審查法院，應該如何判斷一項公民提案的實體內容，到底有或沒有明顯的違憲嫌疑呢？從操作初篩審查論的比較實務經驗中，我們不難注意到一個具有典型意義的常見做法：操作初篩審查論的審查機關／法院，往往會以功能意義上之憲法法院的判決先例作為審查基準，據以評判一項公民提案的實體內容，有無明顯的違憲之虞；倘若一項公民提案的實體內容，有牴觸憲法裁判法上某項先例的高度疑慮，則該項提案就會被認定為具有明顯違憲嫌疑，

25　參見註 16 所連結的內文討論。

26　Kafker & Russcol, *supra* note 24, at 1319.

27　*Id.* at 1319-1320.

28　*Id.* at 1323-1324.

而無法通過初篩審查[29]。比如說，在 *Roe v. Wade*（1973） 與 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*（1992）還是既定（settled）判決先例的那個年代，美國奧克拉荷馬州與懷俄明州的最高法院，都曾引用這兩則判決先例，對反墮胎的公民創制提案，進行票決前的憲法審查[30]。我國中選會於 2018 年間援引司法院釋字第 748 號解釋審查「民法婚姻定義」公投提案的經驗，也是這項做法的一則近例[31]。我們或許可以從以下兩個觀點，解析這個初篩審查論的實務常態。首先，相對於許多抽象的憲法條款而言，憲法裁判法的先例無疑可為審查機關／法院提供更為具體、明確的規範指引，並從而在相當程度上減輕了它們從事初篩審查時的論證負擔。其次，有些公民提案，其動機就是在挑戰某項既定的憲法裁判先例，而審查機關／法院，毋寧也有相當理由，不去配合、認許這樣的政治操作[32]。

在既有憲法裁判法未能提供充分規範指引的情況下，採行初篩審查論的審查機關／法院，還是必須根據自身的規範判斷，評斷一項公民提案有無明顯的違憲嫌疑。比如說，在美國聯邦最高法院做出 *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*（1995） 這件判決之前，美國內華達州的最高法院，就曾認定一項意在建立該州國會議員任期限制的公民創制提案明顯違反美國聯邦憲法，而禁止其被交付票決[33]；不過同時期的美國奧克拉荷馬州最高法院，則認為這類公投提案的違憲嫌疑，還沒有到達通不過票決前憲法審查的那種嚴重程度[34]。Kafker & Russeol 支持美國奧克拉荷馬州最高法院的審慎做法[35]。本文則是認為，初篩審查的尺度拿捏，確實是對審查機關／法院的智慧的一大考驗。與其說「有明顯違憲之虞」這項篩選標準，有什麼簡單明瞭、一體適用的客觀審查公式可言，它毋寧就只是要求審查機關／法院，若要以有違憲之虞為由篩除一項公民提案，必須分外慎重。以我國有關「負數票投票制」這項公民提案的審查與爭訟經驗為例，一個相對而言比較積極進取的初篩審查，雖然可能在某個意義上阻斷了民主的試誤，卻也為憲政社群爭取到更多時間，讓我們得以對一項新穎的公民提案，進行更充分的思辯審議；這之間的取捨選擇，恐怕是沒有標準答案可言的[36]。

伍、三種取徑的比較與選擇

關於公民提案違憲爭議的可司法性問題，本文已分別討論了反對審查論、預防

---

29 *Id.* at 1322, 1325. 另參見吳志光，同註 6，31-32 頁。

30 *See*, *In re* Initiative Petition No. 349, 838 P.2d 1 (Okla. 1992); Wyoming National Abortion Rights Action League v. Karpan, 881 P.2d 281 (Wyo. 1994).

31 關於這項經驗的討論，參見吳志光，同註 6，31-32 頁；陳英鈴，同註 6，218-234 頁。

32 Kafker & Russcol, *supra* note 24, at 1324-1325.

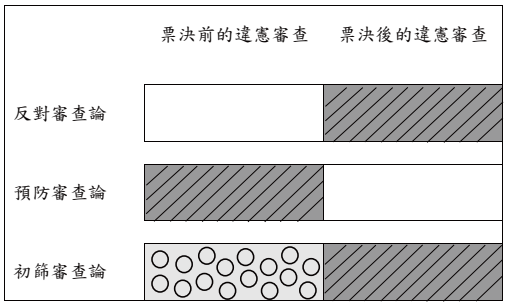
33 *See* Stumpf v. Lau, 839 P.2d 120 (Nev. 1992). 內華達州最高法院後來於 Herbst Gaming Inc. v. Sec'y of State, 141 P.3d 1224 (Nev. 2006) 一案判決推翻了這項判決先例，改採反對審查論。

34 *See In re* Initiative Petition No. 360, 879 P.2d 810 (Okla. 1994).

35 Kafker & Russcol, *supra* note 24, at 1318 (n. 325).

36 資訊揭露：本文作者曾經參與「負數票投票制」公民提案之連署前審查的聽證程序並提出鑑定意見；參見蘇彥圖，「負數票投票制」全國性公民投票案聽證議題鑑定意見，2018 年。

審查論以及初篩審查論這三種比較直接民主法上的不同取徑。這三種取徑對於這項可司法性問題提出了相當不同的解答：反對審查論主張，公民提案的違憲爭議基本上欠缺可司法性；預防審查論認為，反對審查論所在意的可司法性問題，實為預防性規範審查的特徵（features）而非錯誤（bugs），所以不成問題；初篩審查論則是一種折衷看法—它主張，在一項公民提案有明顯違憲之虞的場合，其違憲爭議的可司法性，應例外地獲得審查法院的肯認。基於這些不同主張，這三種取徑也對票決前司法審查作為公民提案把關者的功能角色，做有不同的設定（或者說期待）：反對審查論下的票決前司法審查，得以控管公民提案是否合於公投特定規範，但是不能過問其是否合於一般憲法規範；預防審查論責成法院在票決前，就要認真審查公民提案是否合憲；初篩審查論下的票決前司法審查，在合憲性控制這個面向上，則是僅會進行初步的、有限的篩檢，據以截阻一項顯有違憲疑慮的公民提案被交付票決。如圖(一)所示，這三種取徑的差異，還反映在它們就公民投票的違憲審查時機所做的不同設想：反對審查論認為，票決後的違憲審查方為正辦；預防審查論主張，票決前的違憲審查才是王道；初篩審查論則是認為，票決前與票決後的違憲審查，各有各的任務。



圖（一）：關於公民投票的違憲審查的不同系統觀

這三種路徑各自言之成理，也各有不同的挑戰需要克服。綜觀存在於它們之間的分歧與論辯，我們可以說，公民提案違憲爭議的可司法性問題，在相當程度上，其實是在探問：我們就此要做出何種制度選擇？做出一個妥適、允當的制度選擇，首先當然會是立法者的責任。不過如果立法者並沒有做出具體、清楚的選擇決定，這個任務與責任，就會落到司法者身上。在最高行 109 年度判字第 476 號判決中，最高行政法院指摘原審判決，認為其有關中選會無權對公民提案合憲與否進行連署前審查的說理，「容係將上訴人［中選會］[……] 進行之事前審查，與日後公投案通過，[……] 提案人之領銜人得聲請司法院解釋之事後審查功能混為一談 [……]」[37]。不過，與其說原審判決就此在法律的解釋與適用上有所違誤，不如說原審法院與上訴審法院，就此做了不同的制度選擇：北高行採取的是反對審查論，而最高行則是改採初篩審查論。這樣的制

37　最高行政法院 109 年度判字第 476 號判決。

度選擇或許隱晦，但是終究還是一種制度選擇，也應當被如此看待與評價。

那麼，在我國現行公民投票法制的基本制度安排維持不變的情況底下，哪一種取徑比較適合台灣呢？由於預防審查論的本土操作，可能需要進一步的法制變革（例如建置公民提案的票決前憲法訴訟程序），才更能發揮它的預期效用，我們或許可以暫時先擱置不論這個選項。讓我們先考慮反對審查論。北高行 107 年度訴字第 755 號判決顯示，反對審查論在我國現行法制下，確實是一個可能的選項。問題是，在台灣法的脈絡上，它是一個好的選項嗎？我們或許可以藉由一個對相關美國法與台灣法的簡單比較，來進一步檢討這個問題。美國公投州的州法院，針對公民提案是否合於一案一事項規則等公投特定規範的票決前司法審查，幾乎都有相當豐富的實務經驗 [38]；美國公投州法院與聯邦法院針對公投決策的票決後司法審查所累積的裁判法，尤其可觀 [39]。在這樣的情境底下，反對審查論會獲得美國多數公投州法院的支持，應該是不難理解的事；畢竟，我們很難說，它們非在票決前介入審查公民提案合憲性不可。相形之下，我國公民提案的票決前司法審查實務仍在起步階段；我國迄今，也還未曾有過關於公投決策之票決後司法審查的運作經驗。由於無法擔保公投決策的違憲爭議日後會獲得妥適的裁決，還會削弱現制下公民提案所受到的有限規範控制，反對審查論對於現階段的台灣來說，恐怕就比較難獲得論者的認同與支持。儘管最高行 109 年度判字第 476 號判決對於何以應捨反對審查論而就初篩審查論，也有說理未盡周延、充足之憾，這項實務立場的轉折發展，應該值得我們給予正面評價。

當然，在我國現制下所得實踐的初篩審查論，是否已足以回應關於公民提案違憲風險控管的現實需求與規範期待，又或者只不過是一個讓我們在法制改革前湊合、將就著用的次佳方案—這還有待我們做更進一步的討論。本系列論文的第二篇，將會針對這些問題，展開立法論層次的檢討與評估。在此之前，本文僅能提出一個提醒：我們所要面對、處理的，是一項直接民主法的複雜制度工程。在眾多考量因素中，與其強調、偏重某些單項考量，我們或許更應宏觀省思，我們所要追尋與實踐的，究竟是什麼樣的直接民主？

陸、結論

雖然論者大多同意，體制內的一般公民投票決策，不得牴觸、變更憲法，法院可否在票決前就去審查一項公民提案的違憲爭議—這在比較直接民主法上，還是一個言人人殊的爭議問題。這項可司法性爭議，不僅關涉訴訟法理，也牽動公民投票的制度實踐，有待我們以全局、系統性的

38 *See* generally, Noyes, *supra* note 2, at 150-151. 關於美國直接民主法上應用一案一事項規則的司法審查，*see also* Robert D. Cooter & Michael D. Gilbert, *A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule*, 110 Colum. L. Rev. 687, 687-730 (2010); John G. Matsusaka & Richard L. Hasen, *Aggressive Enforcement of the Single Subject Rule*, 9 Election L. J. 399, 399-419 (2010).

39 *See generally* Kenneth P. Miller, Direct Democracy And The Courts (2009).

民主法理論觀點，做出妥適的制度選擇。本文依序分析、討論了反對審查論、預防審查論與初篩審查論這三種理念型取徑，也在台灣法的脈絡上，對於它們所帶來的制度選擇探問，提出本文的初步看法。本文指出，這三種取徑對於公民提案的票決前司法審查，做有不同的功能／角色設定，也對公民投票的司法審查的整體系統運作，抱持不同看法。考量到我國公民投票的司法審查的實務發展狀況，在現行《公民投票法》的基本結構不變的情況下，本文認為，以截阻顯有違憲疑慮之公民提案被交付票決為其核心任務的初篩審查論，會比否定公投提案違憲爭議之可司法性的反對審查論，來得有說服力；至於我國應否透過進一步的法制改革改採預防審查論，則還有待評估。儘管我們就此所要做的制度／政策選擇，容有合理異議的空間，我們有責任在通盤考量各種利弊得失後，為台灣的自由憲政民主，做出一個好的決斷。