

調 查 意 見

一、在行政院組織中，長期欠缺超越各部會層級之高階法律顧問機制，對相關政府決議提出有關憲法及法律之諮詢意見與法理見解，致行政院依憲行政及法治實踐產生窒礙，影響憲政民主發展甚鉅，無論睽諸政府組織功能之架構及參鑒外國法制之比較分析，均有未當。

(一)我國民主政治發展至今，政黨政治已然健全，政黨輪替已成常態，為免於政黨競爭使國家發展陷於黨派圍見之弊，健全憲政主義之法治環境，至關重要。憲政主義係以法治（rule of law）原則為內涵（非僅是 rule by law），依據憲法優位性與民主程序正當性原則，體現有限政府（limited government）與分權制衡之憲政主義（constitutionalism）價值為前提，並落實人權保障及多數統治（majoritarian rule）原則之憲政民主原則。我國在 98 年 3 月 31 日，經立法院審議通過「公民與政治權利國際公約」、「經濟社會文化權利國際公約」（以下簡稱兩公約）及「兩公約施行法」，同年 4 月 22 日，總統公布「兩公約施行法」，同年 12 月 10 日（世界人權日）行政院正式施行。在此一前提下，政府之決策及法令之制（訂）定，當須與國際人權標準一致，並符合憲政主義之法治原則等基本要求。準此，建制超越部會層級之法治諮詢機制，以確保政府決策及法令之制（訂）定合乎憲政規範並符合人權標準，誠屬必要。此觀之世界各民主先進國家，均已設置超越部會層級之高階法治顧問機制及人員，此確係當今之民主世界潮

流。

- (二)反觀在我國現有制度下，凡涉及政府之法律事務，則分別由行政院法規委員會、法務部法律事務司、法規委員會等單位負責。查法務部組織法第1條規定：「行政院為辦理…法規諮商、行政院之法律事務，特設法務部」，同法第2條規定「行政院及其所屬機關法規研議、法規適用之諮商」為法務部之職掌事項。然而，無論行政院法規委員會或法務部法律事務司、法規委員會等，均係行政院及部會間之法制作業或法律諮詢幕僚單位，不具獨立機關地位，亦不具超然之獨立性，其主要任事之官員，係由司（處）層級之常任文官擔任，而法務部長亦不具備跨越部會層級之法律顧問功能。我國雖已設置檢察總長制度，依據法院組織法之規定，檢察總長為特任官，係由總統提名，經立法院同意任命之（法院組織法第66條）；檢察總長之職掌，係指揮監督最高法院檢察署檢察官及高等法院以下各級法院及分院檢察署檢察官（法院組織法第63條）。易言之，我國檢察總長之職責僅為檢察機構之最高指揮監督者，與英、美等國之檢察總長（Attorney General）同時兼具政府法律顧問及政府律師之角色，迥不相同。
- (三)自政府組織功能架構分析：我國現制下政府之法律事務，分別由行政院法規委員會、法務部法律事務司、法規委員會等單位負責，均屬幕僚性質，亦無如人事、主計、政風之一條鞭制度設計，如遇機關首長為恣意違背法治原則或違反人權規範，法制單位難以發揮由內部節制之中流砥柱功能。至於法規之制定、解釋、適用，亦欠缺合法性及合憲性之一體化內部審查機制；機關對外涉訟或為法律行為時

亦無機關內之專業代理人及專業意見可提供諮詢者，顯見當前法治實踐與法制機制之闕漏，其功能之不足甚明。在行政院院會決議過程中，尚無法發揮超越各部會層級之高階法律諮詢功能，對相關政府決議提出有關憲法優位性及法律之諮詢意見與法理見解，亦難以跨越部會間畛域之超然立場，以避免法規體系扞格及法規與政策出現違憲或侵犯人權疑義等情事。

(四)自外國立法例之比較分析：無論自北歐國家所發展之法務總長（Chancellor of Justice）制度、英美等國之檢察總長（Attorney General）制度，乃至日本之內閣法制局長官制度，均有其共同之特色，諸如：超越黨派、地位獨立、對國會負責、政務職位階、超越部會層級之高階法律諮詢功能、以及人權維護之角色等，而北歐國家之法務總長及日本之內閣法制局長官，均係於法務部長（或司法大臣）外另設之職務。相較之下，我國當前法制單位之建制，包括行政院法規委員會、法務部法律事務司、法規委員會等單位，無論其主官層級、主官任命程序、地位獨立性、組織編制及運作模式等，有所不足；對相關政府決議，實難以提出有關憲法優位性及法律正當性之諮詢意見與法理見解，以落實高階法治顧問之功能。

(五)我國近年來相關實務運作之結果，已出現多起法案本身與整體法律體系發生扞格或出現違反人權之疑義等情事，行政院相關法制單位，無論對法案起草、審議，以及對立法機關之說明與溝通等，顯有未能克盡維護法治原則之闕失。茲舉我國近年來相關實例如后：

1、民法第14條、第15條等禁治產之規定於97年5

月 23 日之修正時，其修正理由謂「鑒於現行『禁治產』之用語，僅有『禁止管理自己財產』之意，無法顯示修法意旨，爰將本條『禁治產』，修正為『監護』。另第 15 條『禁治產人』，並配合修正為『受監護宣告之人』。」此一修正使民法中無行為能力之監護宣告與民法親屬編未成年人之監護，字同意異，使法律之文義解釋發生紊亂。

- 2、「原住民族傳統智慧創作保護條例」固為保護原住民族之傳統智慧創作之立法，立意良善，惟其保護之具體規定仍應與世界各國之智慧財產權保護法制在法理上一致，避免發生扞格，否則將生執行之窒礙。例如該條例第 15 條規定：「智慧創作專用權，應永久保護之」，除與智慧財產權法制法理不一外，亦可能阻礙原住民族在既有基礎上之創新，有礙人類智慧之永續發展。
- 3、「莫拉克颱風災後重建特別條例」、「災害防救法」等法中規定由檢察機關核發失蹤者死亡證明書之權限，固係權變之舉。然民法中失蹤人遭遇特別災難者，係由法院為死亡宣告，係屬司法權運作之結果，上開條例及災害防救法之規定即有行政權侵越司法權之疑義。
- 4、法務部起草，行政院院會通過送立法院審議之「個人資料保護法」草案所涉及之侵犯新聞自由與個人網路使用之自由，竟須經民意反對後，立法院動用「復議」程序始獲更正。
- 5、「會計師法」96 年 11 月 27 日三讀通過之條文第 39 條大舉擴展會計師的業務範圍，可從事專利代理、重整人、清算人、仲裁人、遺囑執行人等訴訟代理業務，與律師法之規定發生扞格，引發輿論批評，後經「復議」程序，將代理訴訟限定於

稅務行政訴訟上。

6、行政院大陸委員會在行政院對當前大陸政策作說明時，宣稱我政府立場為「不統、不獨、不武」，殊不知此係違背憲法基本原則、過於簡化之論述，與憲法增修條文之前言「為因應國家統一前之需要」有所牴觸。經社會議論後，始更正為「在中華民國憲法前提下，當前政策為不統、不獨、不武」。

二、行政院宜考慮設置高層之法治諮詢及維護專責機構，以避免政府決策違法、違憲，並解決法律適用相關問題。至於設置之方式，可在避免組織疊床架屋及不增加現有員額之前提下，設計規劃。至於具體方案，學者間容有不同見解，茲整合各方見解為二種組織調整之方案，謹供參考：

(一)行政院設置法治總長，並整合當前行政院法規委員會等相關單位。法治總長必須饒富法學背景及憲政知識，兼富清望，為特任職。在此一前提下，行政院法規委員會位階將予提升，並受法治總長之指揮節制。目前輿論所倡議之「政府律師」職務，亦由法治總長及法規委員會總體承擔此一任務。

(二)在法務部下設置法治總長一職，對於政府法規、行政命令及行政院院會之相關決策，承擔起合法性(legality)、正當性(legitimacy)及適法性(lawfulness)等諮詢任務，對於政府整體法治(rule of law)亦擔負監督與落實之責。至於一般法規事務，則交由法律事務司及法規委員會負責。法治總長比照檢察總長之任命程序，由總統提名，立法院同意任命之，為政務職。

三、行政院及各部會之法制單位及其功能，應予強化

行政院吳院長敦義曾於99年7月30日「中央廉

政委員會」第5次委員會議中裁示：具體推動各部會設置政府律師制度，並請法務部按既定規劃推動。惟因事涉公務員考試及任用法規之修正，並涉及考試院權責，未再積極進行。行政院實應值此政府組織調整之際，通盤檢討並強化各部會法制單位之功能，並評估具體需求，提出可行之規劃方案，並積極爭取考試院之支持。除健全政府法令案件之審查、研議、整理等事項外，亦對法令之解釋適用，提供專業諮詢意見，以發揮「政府律師」之專業功能，並落實國家長遠之法治建設。茲提擬具體建議如次：

- (一)各機關之法制人員之進用，宜採司法官、律師、法制人員考試一元化之模式。考試院98年5月14日考試院第11屆第35次會議決議通過，考選部擬具之「司法官及律師考試制度改進專案報告」乙案，並據以研擬制定高等考試法官檢察官律師考試條例草案，未來司法官及律師考試將合併舉行(規劃自103年實施)。惟鑑於法制人員之專業養成背景，與司法官、律師同需具備法學專長之基礎訓練，且考試之等級亦同為高考三級(或三等特考)以上之考試等級。基於此，為提升法制人員之專業需求，宜與司法官(含法官、檢察官)、律師採取同樣之考試程序、並經同類之訓練程序。於基本訓練完成之後，再依據「法官」、「檢察官」、「律師」及「法制人員」之不同需求，採取分殊化之專業訓練，以因應不同職務專業之所需。
- (二)司法官、律師、法制人員考試一元化後，凡經過考試訓練及格之人員，均取得同類之任用資格。人員之相互調任管道應予暢通，其適用之職組職系，亦應作適當之調整，俾利法律專業人員得於司法機關、行政機關間相互調用，彼此交流。此外，並可網

羅具律師資格者投入政府機關，以提升政府機關施政品質。

- (三)各機關之法制人員，應本其專業進用，結合考試類科取才、具備法律專業學術背景、並結合專業訓練，以澈底提升各部會之法律諮詢功能。目前行政院所屬部會計有內政部等 27 個機關於各該組織法規明定應設置法規委員會，且其中計有 25 個機關訂有法規委員會組織規程。查行政院人事行政局法規委員會組織規程第 5 條規定「本委員會置執行秘書一人，由本局參事一人兼任之，承主任委員之命綜理本委員會事務。副執行秘書一人，由本局企劃處副處長兼任之，襄助執行秘書處理本委員會事務。工作人員四人，由本局職員中具大學法律系所畢業資格者派兼之，受執行秘書之指揮監督，辦理所任事務。」依本條所定，法規委員會之工作人員須具有大學法律系所畢業資格者始得派兼之，然此項資格限制之組織規程在行政院其他部會之法規委員會組織規程中係屬特例，其他部會法規委員會之工作人員大抵皆無任何資格或專業背景之限制。目前公務人員考試高等考試設有法制類科、職組職系一覽表設有法制職系、法制人員之訓練亦於法務部司法官訓練所、行政院人事行政局公務人力發展中心設有相關訓練課程；然各部會法制人員之進用，依據各該機關法規委員會或訴願委員會之組織規程，卻無須與考試類科、訓練、職務歸系與專業背景結合為一之規定，致有不依專業調派之情形，此與專業人員專業任用之精神未盡相符，亟待改善。