

公投問題有爭議，投不投票任你選

台南市歸仁區劉小姐問：上次您曾提及政府機關做事，也要符合行政法上『依法行政原則』、『比例原則』的觀念，既然我們的總統是依照『公投法第十七條』發動三二〇公投，為何仍有人說是違法？

答：

目前最熱門的選舉話題，莫過於政府辦公投是否合法，人民可否拒絕投票等等，贊同與反對者或基於各自的政黨立場，展開一場唇槍舌劍激烈的辯論，並企圖以各種不同角度去說服對方，這些以政治為出發點的思考模式，卻都忘了我們最起碼還是一法治社會，任何具有法律意義的紛爭或問題，終究還是得「依法論法」解決。公投雖是很敏感的政治話題，一不小心就會被扣上帽子，但我仍試圖從法上來看待這次公投。

首先，我們要檢驗政府的行政機關所做的事情是否違法，要從「行政法」著手，此法是規範行政機關如何做事情的指導原則。行政法規定，行政機關做事不得違反法律條文規定，專業術語稱為「法律優位原則」，簡單說，立法院所訂的法律條文比行政機關所做的行政命令、行政處分還大，若二者想法不是很一樣，原則上應以立法院的意思為標準；另外，行政機關做事要有法律條文的根據（指會侵犯到人民的生命、身體、健康、財產的重要事情），叫做「法律保留原則」；把「法律優位原則」加上「法律保留原則」，就是「依法行政原則」的理念。

就以此次三二〇公投而言，總統固然是依據公投法第十七條所發動，且似乎也無任何法條禁止行政機關辦理公民投票，所以從條文形式、外觀看起來，似乎符合「依法行政原則」的理念。但若從條文實質、內容上來討論，就有不同看法，亦屬有爭議的熱門話題。由於公投法條文內容是死板板的，但事實的發生則是活生生的，贊成與反對的各有不同的想法，一點也不足為奇。公投法十七條「國家遭受外力威脅，致國家主權有改變之虞」這十八個字，對上有衛星照片為證的「大陸正以四百九十六枚飛彈對準台灣」的事實，兩者主要爭議點即在於「大陸正以四百九十六枚飛彈對準台灣」的事實，是否符合「國家遭受外力威脅，致國家主權有改變之虞」的條文內容；或有人認為大陸飛彈對準台灣的事實，早在一九九六年台海危機時即存在，又不是現在才發生，應不算是「國家遭受外力威脅」。但也有人認為大陸飛彈正對準台灣，就像是你的仇家已伸手要打了，只是還沒打下去而已，應算是已有威脅，並具傷害之虞，況且，若待飛彈飛過來，才被視為「國家遭受外力威脅」，再來辦公投，恐怕為時已晚，屆時台灣都沒了，人民那還有命去投票。換言之，三二〇公投是否符合「依法行政原則」是有爭議的，既然有爭議，持不同意見的機關（如立法院），可考慮請大法官出面解釋，也讓正反兩方有個標準可尋。

其次，行政機關採取以舉辦公投為手段，縱使符合前面所提依法行政原則的理念。姑且不論其目的（或基於展現臺灣人民的總意志是反飛彈、要和平抑或基於……）為何，應考量其手段與目的是否符「比例原則」的有效性、必要性、衡平性。所謂「比例原則」，又叫做「禁止過度原則」，是在說國家政府、主事的行政機關公務員，如果要採取這種行政措施為方法，以遂保護多數人好處」的目的，應符合有效性、必要性、衡平性。也就是一般人所說不能拿大砲來轟小鳥，即「殺雞焉須用牛刀」。從經濟學的觀點，就是國家、政府、主事的公務員要有一個想法，就是用最小的代價，獲得最大的收入；簡單講，就是如何善用公權力來處理事情的理念。易言之，主事公務員做事情，有沒有符合「比例原則」，（屬憲法、行政法的層次，可拘束國家任何公權力的措施），必須經有效性、必要性、衡平性三個層次檢驗。

就以有效性來說，即採取的手段，要能達成目的，稱「比例原則的有效性」。例如，要抓樹上的小鳥，方法有架網捕捉、拿彈弓打、拿手槍射、拿機關槍、搬大砲轟，或拿水管噴鳥等等。我們知道拿水管噴不能捉到小鳥，所以此措施根本不符合「目的達成性」，自應排除。再談必要性，在上述多個可以捉到鳥的方法中，選擇一個損害最小的，稱「比例原則的必要性」。持彈弓、拿手槍、拿機關槍、搬大砲等等方法之中，那種手段所造成的損害會最小？若以經濟成本觀念衡量，當然是拿彈弓最便宜，且所造成的損害也最小。其他的措施，可能就不具「損害最小性」。一般稱不以大砲轟小鳥，就是說這個道理。最後是衡平性，以上例抓鳥而言，若你抓到樹上的那隻鳥，假設無論死鳥活鳥都可賣得至少一萬元，而你採取用彈弓這個手段，可能僅須帶來付出一百元的損害，即目的所獲得的好處、利益，須大於方法所帶來的壞處、損害，即稱「比例原則的衡平性」。套句俗語：犧牲小我（損害你我個人的利益），完成大我（保護多數人利益）。

此次行政機關採取以舉辦三二〇公投為方法，其所欲達成的目的為何？若是基於向國際社會宣示臺灣人民反對大陸飛彈威脅的目的，固然是符合比例原則「有效性」，因它確能引起國際媒體某程度的報導，而引起國際社會的關注；但若是基於對大陸施壓而促使其撤除飛彈，似有緣木求魚、對牛彈琴，恐怕就會有爭議。至於是否符合「必要性」，恐是最值得引人討論之處。畢竟是否尚有其他方法（除了舉辦公投以外）可供選擇，且亦可達成上述之目的（國際宣示或撤除飛彈）？縱使公投的確符合「比例原則」的有效性、必要性，但你認為以公投為方法，可能對人民所造成的損害（或許：…花費人民的納稅錢：. …有戰爭的危險：. …），是否與其所擬達成的目的（國際宣示或撤除飛彈），給人民所帶來的好處（或許……象徵主權的獨立……和平的期望），是否符合衡平性？

至於，人民要去投票或不去投票，基於憲法上國民主權原理，應屬人民的基本權（Human rights）。況且，投票與否又不是像納稅、當兵，是屬於人民的義務，應無涉違法與否的問題。

總之，行政機關舉辦此次三二〇公投，從條文形式上來看，雖似依法有據，但從條文內容而言，確屬有爭議。既有爭議，似宜由持不同意見的機關（如立法

院)，請大法官出面說一下話。至於，行政機關採取以舉辦公投為手段的為何？縱使找出了目的，其手段與目的是否符合比例原則的「有效性」、「必要性」、「衡平性」？當然，行政機關的行政行為違法與否，絕不是你我說了算，還是得以司法機關的大法官說的為準。但在大法官尚未表示看法，基於行政法上「公定力」或「存續力」（行政機關所做的行政行為，在未經司法機關認定其違法之前，均應推定其為合法有效），似仍應尊重行政機關所做的行政措施。至於，投票固屬落實憲法所賦予我們的基本人權；但對於不投票，基於民主的價值相對寬容，我們也應尊重其選擇不投票的基本人權。畢竟，臺灣社會現在最需要的東西：不是誰要去投票或不去投票，而是相互的寬容與尊重。

- 相關法條：公投法第 17 條及行政程序法第 4 條、第 7 條至第 9 條

