維持總統憲政地位與司法公信力的關鍵時刻

●汪平雲／台灣智庫研究諮詢委員會諮詢委員

憲法第五十二條明文規定：「總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上之訴究。」這不僅是保護總統憲政職務與地位不受干涉的重要機制，也寓有保護普通司法避免捲入政治旋渦的憲政智慧。

然而，過去這段時間以來，不論是政論節目極盡煽動能事的「要檢察官站出來」，或是某律師「發起一人一信致檢察官」的運動，都在誘使檢察官基於本能的正義感，卻一步一步陷入政治鬥爭的風暴核心。台北地檢署就國務機要費一案起訴吳淑珍夫人，並在起訴書中將陳總統列名為共同正犯，已經違反了憲法第五十二條的規定。一場攸關台灣憲政體制與司法公信力的憲政危機，即將到來。

憲法第五十二條規定之意旨，首先在於避免妨礙憲法賦予總統之職權、地位與功能，一方面總統為國家元首，對內肩負統率全國陸海空軍、依法公布法律、任免文武官員等重要職責，為全國政治領袖；對外則代表國家，表示國家意志（如對外宣戰媾和、締結條約或接受外使呈遞到任國書），地位崇隆，其尊嚴自應受憲法所高度保障。另一方面，我國經歷次修憲後，不論學理上將現行中央政府體制定性為半總統制或傾向總統制的雙首長制等，總統皆具有行政首長之地位，擁有國家大政方針之政策制定、指揮與執行權。不論總統擔任國家元首或行政首長，其職權、地位與功能都應該受到憲法之保障。

進一步而言，鑒於總統憲政地位之重要性，所謂「避免妨礙憲法賦予總統之職權、地位與功能」之規範目的，應作最廣義的理解：不僅包括現實上或客觀上使總統完全不能行使職權之情形，如逮捕、拘提、羈押等有關人身自由之強制處分，亦包括各種造成總統行使職權之事實上干擾或妨礙，如傳喚、訊問、限制出境、搜索、扣押等。進一步言，法律責任追究本身，對於總統行使職務可能造成瞻前顧後之影響，以致減損其作成決策之自由空間，以及開啟刑事偵查與審判程序對於現任總統之「尊崇」與人民政治信任之不利影響，甚至偵查或審判程序本身對總統所造成之身心壓力，使其無法專心致力於國政，都應屬於「妨礙憲法賦予總統之職權、地位與功能」。

司法院釋字第三百八十八號解釋認為，憲法第五十二條規定之目的包括「（國家元首）特殊身分所為之尊崇與保障」。由大法官使用「尊崇與保障」一詞，對憲法

第五十二條之規範目的亦顯採廣義解釋，不限於「使總統完全不能行使職權」或「實際妨礙總統行使職權」之情形，而包括各種可能影響現任總統「尊崇」之「刑事上之訴究」在內，例如影響「總統代表國家」之象徵地位、總統職務上之尊嚴與人民之政治信任等等。簡言之，憲法第五十二條規定不僅保障總統實際上行使職權應有最大的政治判斷空間和自由度，也包括名譽、信任、尊崇等國家元首象徵地位之保障。

有許多人將憲法第五十二條扭曲為「帝制條款」，這與憲政先進國家的理解完全不符。又有些人頂著留美學者的頭銜，在報章上引用美國聯邦最高法院判決作為議論依據，但細查其內容，卻可發現這些人可能根本沒有讀過其所引用美國最高法院判決全文，以致於引喻失義，這對接受過「案例法」學術訓練的人，是連最基本的查證功夫和學術倫理都蕩然無存，令人心寒。

例如筆者在台灣法學會舉行的公開辯論會中，筆者引用1974年United States v. Nixon案[1]，來討論總統在以第三人為被告的刑事訴訟程序是否負有「證據提出義務」的問題。不料魏千峰律師竟然說，由United States v. Nixon 的案名就可知總統可以由檢察官起訴作為被告，實在是「張冠李戴」。

其實該案是因為在John Mitchell等人之刑事審判程序中（尼克森總統並非該案之刑事被告），法院依檢察官之聲請對尼克森總統核發交出相關錄音帶之「第三人書證提出命令」（a third-party subpoena duces tecum），尼克森總統則向法院聲請撤銷該命令（Motion to quash a subpoena），主張該等錄音帶上所載其與幕僚間之對話，屬於總統得行使秘匿特權（privilege）之範圍等理由，拒絕交出該錄音帶。在哥倫比亞特區聯邦地方法院（District Court for the District of Columbia）駁回尼克森之聲請，命其交出錄音帶後[2]，尼克森總統向哥倫比亞特區巡迴上訴法院（Court of Appeals for the District of Columbia Circuit）提起上訴。鑑於本案之重要性與急迫性，在聯邦巡迴上訴法院為審理前，聯邦最高法院即許可由檢察官聲請之上訴（petition for certiorari before judgment），判斷下級法院核發之「第三人書證提出命令」（a third-party subpoena duces tecum）是否違憲。尼克森總統在水門事件中，從來沒有被檢察官或大陪審團起訴。

又如政大法律學系廖元豪助理教授，也在接受中國時報訪問時引用1974年United States v. Nixon案，批評民進黨不應將「行政特權」硬坳成「絕對化」[3]。其實，不負責任隨便批評的是廖元豪助理教授自己，他顯然既沒有看過民進黨團釋憲聲請書的內容，也沒有仔細讀完1974年United States v. Nixon的判決全文。

民進黨團釋憲聲請書的主張，白紙黑字這樣寫著：「現任總統是否負有證據提出義務，應依首長特權（行政特權）」（Executive Privilege）理論個案衡量，若基於國家安全或外交機密，現任總統不負有證據提出義務。」根本沒有所謂將「行政特權」理論「絕對化」，廖元豪的公開批評是無的放矢，有失學者基本學術倫理。更重要的是，在1974年United States v. Nixon的判決全文中指出，就涉及「軍事、外交或敏感之國家安全機密」（military, diplomatic, or sensitive national security secrets），聯邦最

高法院表示並不適用一般之個案具體權衡操作模式，而有必要給予此類資訊特別之保護[4]。質言之，縱使檢察官證明在系爭案件中有利用此類證物之需求，亦不足以突破總統得拒絕提出此類證物之特權保護。總統就此類證物所得主張者，並非僅係一般的「相對特權」（qualified privilege），而係「絕對特權」（absolute privilege），蓋繼續維持此類資訊秘密性所具有之公共利益，已遠遠地超越命揭露此項資訊在系爭個案中所得獲致之利益，從而無須再由法院進行任何的個案利益權衡[5]。

在陳瑞仁檢察官的起訴書中，最嚴重侵犯憲法第五十二條意旨者，就是形式上雖未起訴陳總統，但已明確將陳水扁總統列為共同正犯。公元二千年美國司法部的檢察總長備忘錄，即形容這種事實上被起訴而無法受審判之情形，等於逼迫總統玩「俄羅斯輪盤」的死亡遊戲[6]。對總統「個人」而言，其如欲獲得任何一般刑事被告均應享有之「儘速接受審判」（Right to A Speedy Trial）之正當法律程序保障，在不容許總統拋棄其刑事豁免權之憲政秩序下，僅有主動辭職下台一途。如此形同於徹底地空洞化憲法所設置之彈劾機制，使全國任何一位「個別的檢察官」均得僭越憲法所原欲專屬地保留「由立法機關『集體地』發動、由憲法法庭『合議地』審理」之權力，根本地破壞憲法所建立之「總統因法律責任去職所應遵循的憲法程序」。在此情形下，被列名為「未經起訴正犯」的總統，將陷入「憲法上無可容忍之兩難」（constitutionally intolerable dilemma）——「繼續忍受犯罪標籤之烏雲罩頂」抑或「任由檢察官僭越憲法設置之彈劾機制而自行去職」[7]。因此，即便我們相信陳瑞仁檢察官完全客觀中立，但就憲政層次而言，其偵查現任總統以及在起訴書中將現任總統列為共同正犯的作法，已經使檢察官一職成為政治反對勢力的打手，逼迫總統下台的工具。

其實，就算不參照其他國家的憲政思考與經驗，檢察官不能偵訊現任總統，早就是國內學者的共識。早期憲法學者如林紀東教授、薩孟武教授解釋憲法第五十二條的意義，都指出：「所謂刑事上之訴究，指檢察官對犯罪嫌疑者之偵查訊問…」[8]。而國內刑事訴訟法學者見解也莫不如此，查蔡墩銘[9]、褚劍鴻[10]、林山田[11]、黃朝義[12]、林俊益[13]、林國賢與李春福[14]等學者之著作，均將憲法第五十二條作為「刑事訴訟法對人效力之界限」。要之，刑事訴訟法不適用於在位的總統（除犯內亂、外患罪時），因此檢察官對於總統並無依刑事訴訟法為偵查、起訴、不起訴處分之權力。

甚至法務部與高檢署也都明確表示過相同意見：「若有人對總統提出刑事告訴，檢察官對此類案件應以依憲法一時無法進行偵查為理由，由內部暫時報結，俟總統卸任後，再行分案偵辦。」[15]如今，陳瑞仁檢察官卻不僅偵訊總統，還在起訴書中指明總統為共同正犯，這種行為應屬違憲，難道還不夠明確嗎？

【註釋】

1. 參 United States v. Nixon, 418 U.S. 683（1974）。
2. 參United States v. John Mitchell et al., 377 F.Supp. 1326 (1974)。
3. 中國時報，2006年12月15日A4版。
4. 參United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 706 (“Absent a claim of need to protect military, diplomatic, or sensitive national security

secrets, we find it difficult to accept the argument that even the very important interest in confidentiality of Presidential communications is significantly diminished by production of such material for in camera inspection with all the protection that a district court will be obliged to provide.”)。

5.參MURL A. LARKIN, FEDERAL TESTIMONIAL PRIVILEGES § 6.01[1] (1998) (“To the extent that the lkmaterial sought to be protected extends to military, diplomatic, or sensitive national security interests, it is absolutely protected under an executive privilege that covers such matters.”)。

6.Given the realities of modern politics and mass media, and the delicacy of the political relationships which surround the Presidency both foreign and domestic, there would be a Russian roulette aspect to the course of indicting the President but postponing trial, hoping in the meantime that the power to govern could survive. MEMORANDUM FOR THE ATTORNEY GENERAL October 16, 2000. available at http://www.usdoj.gov/olc/sitting_president.him。

7.誠如曾在陸文斯基案中協助Kenneth Starr調查之助理檢察官Kavanaugh所言：「總統並非僅是一個個人，它是非常特殊的…如果我們無法免除總統去職所將造成之負面傷害，亦不應讓產生此負面效應的決定來自於一個檢察官──不論其係檢察總長或特別檢察官──與一個陪審團。起訴或不起訴一個總統，其本身即注定無可避免地成為一個政治行為。即是因為如此，憲法才會安排…將此決定交由國會作成」。參Brett M. Kavanaugh, *The President and The Independent Counsel*, 86 GEO. L.J. 2153, 2159 (1998) (“The President is not simply another individual. He is unique. … Those repercussions, if they are to occur, should not result from the judgment of a single prosecutor — whether it be the Attorney General or special counsel — and a single jury. Prosecution or nonprosecution of a President is, in short, inevitably and unavoidably a political act. Thus, as the Constitution suggests, the decision . . . should be made in the Congress of the United States.”)。Kavanaugh於2006年5月經任命為聯邦巡迴上訴法院法官。

8.林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第二冊），頁167；薩孟武，中國憲法新論，頁213。

9.蔡墩銘，刑事訴訟法論，第2版，1993年，頁31。

10.褚劍鴻，刑事訴訟法論，第4版，2000年12月，頁25。

11.林山田，刑事程序法，增訂4版，2001年9月，頁98。

12.黃朝義，刑事訴訟法，2006年8月初版，頁38。

13.林俊益，刑事訴訟法概論（上），第2版，2002年8月，頁41。

14.林國賢、李春福合著，刑事訴訟法論（上冊），2006年1月增訂版，頁35至36。

15.法務部公報第199期56頁至57頁。 ◎