# 法 政 學 報

## 第一期

## 目 錄



淡江大學公共行政學系
中華民國八十二年七月

# 法政學報

## 第一期

發行人：林麗香
編輯委員會
召集委員：林麗香
編輯委員會 Chadwick F. Alger 朱武獻 李永熾 林國全 施正鋒
編輯委員：許志雄 許慶雄 黃 異 蔡茂寅(按姓氏筆劃序)
出版者：淡江大學公共行政學系
地址：淡水鎮英專路151號
電話：(02)6215656轉544
出版日期：中華民國八十二年七月三十一日
定價：個人及機關學校每期三百元，學生每期二百元

## 法政學報徵稿簡則

一、本學報爲學術性定期刊物，於每年六月十五日截稿，七月出版。
二、本學報以刊載有關法律、政治及行政等領域的學術論文及譯著爲主。
三、來稿得以中、外文撰寫。所有稿件均須附中、英文標題及作者姓名，並請附三百字以內之中文摘要。
四、來稿字數以一萬二千字至二萬字爲原則，請以稿紙繕寫。
五、來稿以未經發表之論文爲限，譯著請註明出處並附原文及翻譯授權書。稿件於本學報刊載後，未經同意，不得另於其他刊物發表。
六、來稿一經接受，本學報編輯委員會有權在文字及規格上酌予修改。若不願修改，請作者預先註明。
七、本學報暫無稿酬，來稿經刊登後，致贈當期學報三本及抽印本二十份。
八、來稿請寄：「淡水鎮淡江大學公共行政學系法政學報編輯委員會」。
九、本簡則經本系系務會議通過後施行。

# 法 政 學 報

## 第一期

## 目 錄



淡江大學公共行政學系
中華民國八十二年七月

# 法律類論文

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月 第1～19頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p. 1～19

# 有價證券公開發行之規制

林麗香*

# The Regulation of Public Offering of Securities

by
Lie-Hsyang Lin

目 次



* 淡江大學公共行政學系副教授兼系主任

# 壹、前言

關於證券交易法規制之目的於證交法第1條中已明白揭示「發展國民經濟」與「保障投資」。而二者間學者多認爲「保障投資」爲直接目的，「發展國民經濟」爲間接效果，所以其根本可謂仍於保障投資(註1)。從而規制內容包括於流通市場禁止不公正交易行爲例如內線交易，市場操縱等，而於發行市場對證券發行予以必要之規制以維護投資者之信心並確保投資之安全。

證券發行之管理可分爲申報制即「公開原則」與核准制即「實質管理原則」。所謂申報制指欲發行證券之企業，依規定事先將企業內容與當次發行證券之內容向主管機關申報並公開有關資料，而在一定期間內由主管機關就申報內容之正確性與完全性予以審查，除非發現任何缺失而命補正或逕退件外，於時間屆滿時申報自動生效，而生效後才能分銷。核准制指主管機關不僅對企業所公開情報之正確性與完全性，且對企業本身之實質內容加以審查，合於一定要件者才核准發行證券，所以主管機關有廣大之裁量權。因此，證券發行之管理，依申報制使企業內容能眞正的完全的公開，而投資者能以所公開之資料作爲投資判斷基礎，縱然該證券毫無投資價值，政府亦不能干涉，從而能確立投資者之自己責任；依核准制使政府行使裁量權，事前禁止體質不良企業發行證券，以確保證券之投資價值防止投資者受損(註2)。

就證券行政而言，關於投資者之保護當然後者較前者週到，但相對的主管機關對證券發行實施實質審查之故，必須投入大量人力物力。美國於經濟大恐慌後制定33年證券法，以投資者自己責任爲前提，認爲保護投資並非保障獲利，所以採申報制以公開制度爲基礎；而日本相同的亦以公開制度爲發行管理之架構。至於採核准制者有美國部分州與歐陸國家爲代表。

然而不論申報制或核准制，發行企業必須提出申請書及公開說明書等供主管機關審查，故必須製作詳細財務業務資料與證券情報並經會計師及其他專家之簽證，此乃成爲發行企業之重大負擔。且企業公開發行證券後

於流通市場仍然必須繼續的負擔公開義務，例如定期的每年提出年度財務報告書與半年度財務報告書，並每季終了後提出季報表與每月之營業報告書，又須不定期的於重大事實發生時應立即公告周知(註3)。甚而於核准制主管機關實施實質審查之故，常須牽延時日，致資金需求緩不濟急，對企業相當不利。是以，證券之公開發行管理固然基於投資者保護目的而實施但相對的能造成發行企業之重大負擔，從而企業爲避免負擔之產生故以非公開方式發行證券或以貸款方式籌措資金。然而事實上必須負擔合理才能鼓勵企業公開發行證券而使證券市場更加活潑與健全，並能促進國民經濟發展。

發行市場之管理以公開發行有價證券爲對象。因此「公開發行」與否成爲證券行政干涉之關鍵所在。而基於達成投資者保護之目的與發行企業負擔大小之權衡，「公開發行」之範圍應如何實值吾等探討之問題。本論文主要考察美日等證券法制先進國家關於公開發行之管理範圍及其理由與背景等，同時以此爲基礎檢討我國現有制度，冀對將來法令修改提供參考。

## 貳、美國之規制

美國發行證券依連邦證券法第5條、6條規定經「註册」後才能分銷，而註册時應提出記載法定事項之申報書，並將其中第一部分事項記載於公開說明書(註4)，直接交付投資者依此公開企業內容作爲投資者之投資判斷資料。但證券法第3 條(a)項規定之豁免證券得免除公開義務，豁免證券包括1993年7月27日前出售之證券，由聯邦與各級政府或銀行發行或保證之證券，9個月期間之短期商業票據，非營利宗教教育或慈善團體發行之證券，儲蓄貸款或建築貸款信用合作社及類似此等性質組織發行之證券，受州際商務委員會監督之運送人發行之證券，經法院許可由破產管理人發行之證券，受政府機關監督所發行之保險單或年金契約，基於發行人與證券持有人間自願的交換協定而發行之證券，公司重整時經法院或主管機關許可而發行之證券，州內發行之證券。此等證券或流通範圍有限或受政府主管機關監督保證之故，投資危險較低而能免除公開義務，此無礙於投資者保護

之目的。

又證券法第4條(2)項中規定「發行人從事非公開之分銷」(以下簡稱私募)無須註册。換言之企業依私募方式籌措資金時可免除主管機關干預，減輕負擔。但「私募」之定義於證券諸法無任何規定。而實務上SEC意見認爲公開發行(以下簡稱公募)本質爲一事實問題，應衡量諸般情況而決定之(註5)，所以決定公募•私募基準應包括多項因素。

## 一、公募，私募基準

美國之企業發行證券可免除註册者依證管會(SEC)之意見與法院判例認爲應依被勸誘者人數、被勸誘人之地位，投資目的與募集牽連性及其他等因素決定之(註6)。以下分別考察此等因素之內容與適用。

㈠被勸誘之人數

1.SEC意見——SEC於1935年證券法第285號訓令中稱「僅對少數投資人實施證券分銷時不可稱公募，且依證券法第4條2號之規定得免除註册者通常情形對約25名以下投資人銷售時難謂已對相當多數人公開發行」此意見中所稱投資人之人數僅爲受勸誘之人數而非實際應募購買證券之人數(註7)。

2.法院之判例——1959年SEC V. Ralston Purina案。Ralston Purina公司從事製造與供應飼料、穀物品等，其加工廠與經銷處分散美加各地，擁有7千名以上員工。公司實施員工持股政策而本案之爭執爲1947年至1951年五年間公司出售約值200萬美元之公司庫存股予員工，約有500名員工包括技術員，倉庫管理員，麵粉廠職員，股務負責人等各階層者，分佈於德州、加州等50個地域。而每次出售時公司未實施勸募行動，僅言明有興趣者得依市價向公司購買。SEC以該公司分銷股份卻未經註册之理由依第20條(6)項請求法院發佈禁止命令(註8)。地院認爲Ralsron Purnia之分銷行爲私募而駁回原告之訴，上訴審維持原判決，但最高法院認爲對員工募集爲「公募」故廢棄下級審判決。其判決中明白表示決定私募免除之註册義務非僅以「被勸誘人數」爲基準，即「不論對多數或少數投資人分銷時皆有證券法適用之可能，但對相當多數人銷售時幾乎不可能免除註册義務。主管機關對於企業發行證券決定是否免除無妨考量人數之多寡，但關於本法

之解釋若僅以人數爲基準並不適當」(註9)。

其後法院之判決多採Ralston Purina案之最高法院意見，但此並非意味被勸誘者人數於決定私募免除際已喪失重要性。事實上SEC於實務上對於證券發行，認爲若能符合私募免除其他要件而被勸誘人數又在25名以下者，該發行即可免除註册義務(註10)。

㈡被勸誘者之地位

1.SEC意見——前述SEC第285號令中亦作如下陳述「決定私募免除時，發行者與被勸誘者間之關係應亦爲重要考慮因素。所以對發行企業之內容具有特別知識者爲募集對象，與以不具有此一有利地位但人數相同之一般投資者爲對象相比較時，前者很難認爲公募。此一因素於發行企業對所屬之一般從業員分銷證券時，更顯重要」(註11)。因此，對不特定或不具有任何關係之一般投資者實施募集，即使基於該勸誘而購入證券者對發行企業內容相當瞭解，此亦無妨「公募」之成立。

2.法院之判決——(1)前述1959年SEC v. Ralston Purina案，最高法院認爲Ralston Purina公司對員工募集股份爲公募而廢棄下級審判決。其對私募決定之基準主要在於發行者與被勸誘者間之特別關係之存在與特別情報之獲悉與否，而非被勸誘者之人數。因此於判決中陳述「本法之目的在促進投資決定有關之必要情報完全公開，從而解釋私募免除基準時應依此目的爲之。而第4條(2)項免除與否之適用，應視受影響之特定種類當事人是否有依本法保護之必要。若以有能力保護自己利益之投資人爲對象時，該募集不可稱公募，所以本案調查重點於註册與否對被勸誘者保護之必要性如何(註12)，而本案以公司員工爲募集對象，但「若不能證明與公司具有特別關係而能獲知註册申請書所記載之情報時，則員工與公司之鄰居並無兩樣，皆爲一般投資者之"公衆"而已」(註13)(註14)。(2)1977年Doran v. Petrolen Management Corporation案(註15)，連邦上訴法院相同的強調被勸誘人與發行企業須具有特別關係例如公司內部者。所以發行企業必須證明可期待被勸誘人能實際運用其所有之特別地位獲取投資判斷之必要情報，才能免除公開義務。當然，被勸誘人之投資經驗與知識亦爲重要考慮因素，如此才能期待被勸誘人確實能取得情報。不過本案中亦表明若事實上發行企業能證明已提供必要之投資情報予被勸誘人，則所有被勸誘人與發行企

業未必須具有特別關係爲限(註16)，此一見解緩和了判例上強調「特別關係」存在才能適用第4條(2)項之標準。

㈢投資目的

1.現行法之規定——證券法第4條(1)項排除承銷人適用註册免除，而承銷人之定義於第2條(11)項明文指「基於證券分銷之目的，向發行人購入證券者或爲發行人分銷證券者」。因此證券購入者必須基於投資目的，私募免除才能成立。蓋若非基於投資目的，私募免除制度容易被利用成爲分銷手段，則法律保護投資者之意圖即無法達成。從而，證券銷售對象縱然僅爲少數人，或對證券買賣具有專門知識經驗而無須依公開制度予以保護者，但彼等若以分銷目的購入證券時，仍不能免除註册義務。

2.SEC意見——(1)實務上爲確保證券購入者之投資目的通常募集證券時應徵收投資確認書。但即使提出確認書卻仍然從事分銷時，SEC否認私募免除之適用，例如1957年Corwell－Collier Publishing案之SEC審決意見(註17)，本案中Crowell－Collier公司發行約300萬美金可轉換公司債，由於募集人數僅少數(25名以下)且已取得申購人之投資目的確認書而認爲可適用私募免除。然而事實上至少有9名之購買者早已對其他投資人實施銷售之勸誘。翌年公司又以相同方式發行可轉換公司債並賣予22名申購人，其中3名立即將取得之公司債轉買予15名投資人。最後，公司發行之轉換公司債至少轉至79名買主手中，而大部分買主行使轉換權將公司債轉成股份再行售出。SEC表示「發行人雖取得買主之投資確認書而請求免除註册，但仍不能免除是否構成公開發行情況之調查與檢討責任。蓋買主表示基於投資目的，但事實上卻將購入證券轉賣他人時，其意思表示完全沒有意義」(註18)。

(2)如上所述爲確認投資目的存在，通常須考量買主購入後之行爲與狀況。所以SEC以繼續保有一定期間之事實推定該買入乃基於投資目的(註19)。而於保有期間出售證券時可適用「情事變更原則」換言之若能證明證券取得當時所不能預見之重要情事發生而必須出售者，SEC以該出售認爲不違反取得當時之投資目的；至於證券市場價格之昇降或發行公司營業成績惡化等爲投資應負擔之危險，而無情事變更原則之適用(註20)。

(3)1972年SEC第5223號令公布規則144條，即出賣人依該規則所定條件

銷售證券者，不能視爲分銷換言之該出賣人當初購入證券乃基於投資目的，故可適用免除規定。而該條件之內容a.證券至少實質持有2年以上；b.銷售數量不超過已發行股份總數1%(但上市證券則不能超過已發行總數1%或銷售開始前四週內全交易所週平均交易量之任何一數額者)；c.透過一般經紀商出售；d.已提供投資者關於發行企業內容之情報；e.銷售同時應向SEC報備(註21)。

㈣募集之牽連性

決定公募或私募之際仍應視該銷售行爲是否爲一大型銷售計劃之一部分。如果二個分銷行爲間可視爲有牽連關係者，則不能免除註册。依SEC意見牽連有無之判斷應包括證券種類、銷售時間、價格與目的之同一性如何(註22)。

㈤規則**506**之規定

除上述因素外，SEC爲使私募免除之適用更具確定性，於不排除判例法之條件下，1982年制定章則D而於規則506中規定證券募集符合下列條件者即屬「私募」(註23)。a.發行人須有合理理由確信購買人不超過35人，但購買人具備受認可投資人資格時(註24)不計算在內；b.購買人不屬受認可投資人，而其本身或其代理人具備金融與商業知識與經驗，能評估投資計劃之可行性與風險。或於出售之際發行人有合理理由相信購買人具備此種能力；c.發行人須提供充分企業內容情報；d.禁止發行人或其代理人於招募時從事廣告或勸誘行爲例如刊登報章雜誌或利用電視、廣播等媒介；e.發行人應儘合理的注意義務以確保證券取得人遵守再次出售之限制；f.發行人依章則D適用免除而銷售證券時應於15日內向SEC報備。

## 二、證券之分銷行爲

證券之分銷依證券法第2條(3)項規定須爲有償行爲，故證券之贈與自不構成分銷但如與另一銷售(有償)行爲有牽連時，則能構成分銷(註25)。又法定準備金轉作資本對股東無償配股、股票股利、股份之分割或合併而發行新股，由於股東能無償取得股份，故不構成分銷。但以發放股票股利迴避註册義務者，依最高法院判決其視爲股票再分配而必須註册(註26)。

至於公司合併不論新設合併或消滅合併，消滅公司股東取得新公司或

存續公司之股份乃基於股東會之決議而非股東個人之投資決定。此外，no－sale理論之故，SEC認爲合併而發行證券者非屬公募，所以不必註册。不過，受到相當批評至1973年SEC公布規則145廢止No－sale理論(註27)以合併發行該當於分銷而依S－14樣式須提出註册。因此基於股東會決議而取得證券者亦可能構成分銷。

三、少額之免除

如前述發行企業遵守公開制度提供企業內容情報，須費相當人力物力同時辦理註册手續亦須費相當時日。若證券發行金額少量時，取得者人數有限，依公開制度保護實益較低，故與業者負擔之權衡下，證券法設有小額免除註册制度。依證券法第3條(b)項規定募集金額500萬以下者可免除註册(註28)並授權SEC制定有關規則。

依SEC所制定章則A之規定，適用小額免除時應向SEC提出1－A樣式通知，此爲許可免除與否之判斷依據，所以記載內容與決定投資價值之企業財務業務情報等無關。於通知書提出後10日或經SEC指定日期後才能開始分銷，而分銷時仍應交付投資者「募集概況書」以爲投資決定之參考資料，其記載內容之法定事項較通常公開說明書簡略，不過仍須經SEC審查以確保正確性與完全性(註29)。

此外SEC所定章則D中規則504與規則505關於少額免除之規定。凡合乎該規定者即可適用證券法第3條(b)項免除註册，相當便利與明確。規則504規定非投資公司或不受1934年證券交易法之提出報告規制之公司，12個月內招募金額不超過100萬美元者得免註册。而規則505規定在12個月內招募金額不超過500萬美元且發行人有合理理由確信購買人不超過35人(但購買人具備認可投資人之資格者(註30)不計算在內)得免除註册。

# 叁、日本之規制

日本之證券發行管理採申報制，依證交法第4條規定有價證券之「募集」與「賣出」應向大藏大臣申報。申報書提供大衆閱覽且與申報書之主要記載內容相同之公開說明書應直接交付投資者(註31)。依此公開制度使

投資者取得投資判斷資料。而有價證券之範圍採有限主義其內容包括國債、地方債、特殊法人發行之債券或出資證券、公司債、股票與新股認購憑證、受益證券、由外國法人發行而具有前述性質之證券或證書等(註32)。但證交法第3條有除外規定換言之國債、地方債、特殊法人發行之債券或出資證券經政府保證之公司債及其他法令規定者得免除申報。

**一、公募、私募基準**

依證交法第2條3項與4項規定「募集」指以均一條件對不特定多數者勸誘申購新發行之證券，「賣出」指以均一條件對不特定多數者勸誘申購已發行之證券或分銷已發行之證券。因此，不論新發行或已發行之證券，若以均一條件對不特定多數者勸誘時，皆應向大藏大臣申報。從而不符合「募集」「賣出」用語之定義者得免除公開義務(以下簡稱私募)。所以，日本之公募、私募之判斷仍依被勸誘人數、被勸誘者之特定性與均一條件等因素爲之。以下考察之。

㈠被勸誘人數

證券分銷時，投資被誘對象限於少數人時，該少數者通常與發行公司具有特別關係容易獲悉公司重部情報，因此適用申報制之實益低。但何種程度才稱爲少數者，1949年證管會已發表意見指「其人數僅數名之極少情況」，但至1956年之補充見解「……不特定多數者於法條上無明確規定，從來本會對50名以下者原則上認爲不符合不特定多數者之規定……」(註33)。

而此50名之見解於1971年證管會公布的「企業內容等公開處理準則」予以確認即「勸誘投資者申購股份時，其對象人數50名以上時該當於法第2條3項」。因此公司增資之際，縱使以股東、員工、客戶及其他一定範圍者爲對象，但由於人數已達50名以上程度之故，該當於募集。(註34)

㈡被勸誘者之特定性

對「不特定」多數者勸誘才能構成「募集」或「賣出」。但「不特定」之範圍如何，例如對發行公司之股東或員工發行證券者是否爲特定人。對此有肯定與否定見解存在。採否定說者認爲保護企業主之股東爲公司法之任務而證交法之任務爲保護現在尚非股東但正考慮進行投資之一般

投資者，所以關於股東認購而發行新股之規制應由公司法爲之；且有認購權之股東限於基準日股東名簿上之股東而已(註35)，故現實上股東爲特定對象而非不特定人，因此勸誘股東認購新股不可稱爲募集。他方採肯定說者認爲應考慮有價證券申報制度之目的，公司股東或員工通常未給予任何機會致不必依賴申報書或公開說明書之記載即能獲悉公司之營業情形與財務狀況。所以對彼等勸誘時不能免除申報制度之適用(註36)。而證管會於實務上亦採相同態度。前述1971年之處理準則即明定「……縱使以股東、員工、客戶及其他一定範圍者爲對象……該當於募集」。

㈢均一條件

公募時應以均一條件爲之。所謂均一條件指募集、賣出之價格、申購期間或方法等皆相同，換言之證券之購入條件不因各個投資者而有所差異。但若發行價格規定爲一定價格以上者，而順序的依申購價格高低賣出時，此並不違反均一條件(註37)。不過，投資者依當時市價申購證券時，此認爲各個投資者以個別條件而非均一條件取得證券故不該當於「募集」(註38)。而事實上證券發行數量龐大，爲使分銷容易之故，其處分通常以投資者申購時之市場價格或市場價格再予以一定折扣而決定之價格爲之，如此因不該當於「募集」之故而不適用申報制度從而能迴避公開義務。但是投資者依此方式申購證券時即無法受到法律保護，是否妥當實值商榷(註39)。而發行人或承銷商卻因販賣壓力採取此種分銷方式可能性很大。

## 二、公募、私募基準之檢討

依現行法規定被勸誘者人數未滿50名可免除申報，而此規制僅適用於個別交易階段。換言之發行企業對未滿50名投資者實施勸誘行爲無須負擔公開義務，而各該取得者又各對50名未滿者勸誘時，由於「50名未滿」之故不該當於「賣出」定義而不必申報，結果證券取得者可能早已超過50名，但發行企業卻始終不必負擔公開義務(註40)。如此容易迴避之故將使公開制度之意義喪失。所以，以人數爲公募、私募基準時，不應僅適用於個別交易階段而已，且應以一定期間統合計算證券取得者之人數，或對轉賣對象與轉賣期間予以限制(註41)。

又50名之人數基準並未考量投資者之屬性，因此投資者本身即使對於證券投資具有相當之專門知識與經驗，而人數爲50名以上時由於該當募集、賣出之故，發行企業仍然必須申報而履行公開義務。如此加重發行企業之負擔，是否妥當實值商榷。(註42)

因此，如上述指摘，最近證券交易法修正草案中除將50名之人數基準明文化外，同時重視投資者之屬性，換言之被勸誘對象符合省令所定「適格機關投資者」之範圍，其人數雖超過50名但仍可能免除申報，即以適格機關投資者爲勸誘對象且轉讓予適格機關投資者以外之人可能性很低時，無須申報；或以未滿50名爲勸誘對象且證券取得者無讓與他多數投資者之虞者亦得免除申報(註43)。從而，雖僅以適格機關投資者或未滿50名人數爲勸誘對象但證券取得者有轉讓之可能且該當於省令所定之基準時，則仍然不能免除申報(註44)。又草案第4條明白規定僅以適格機關投資者爲勸誘對象而其轉讓仍以省令所定之適格機關投資者爲對象時，其人數雖超過50名而該當於「賣出」，但不必申報；不過，以一般投資者爲轉賣對象時應提出申報才能爲之。因此，私募證券之轉賣若以適格機關投資者爲對象時能自由爲之而不受任何限制。

至於「均一條件」由於要求條件完全相同之故，發行企業實質上可將一個銷售行爲分割成數個條件互異之銷售，而每個銷售之對象人數只要未滿50名者即可免除申報(註45)。例如海外發行之證券於國內銷售時，其販賣通常依每日市場價格定之此並非均一，且將來逐漸出現之證券化金融商品之販賣價格因須反映市場金利之故，亦很難均一。如此以「非均一」之理由而迴避公開義務，相當不合理(註46)，因此修正草案中已將「均一條件」刪除而不能成爲決定公募、私募基準之因素。

### 三、證券之分銷行爲

募集、賣出指勸誘投資者申購或取得新發行或已發行之證券。而申購或取得應與美國之解釋相同爲有償行爲。所以證管會於「企業內容等公開處理準則」(註47)中明白規定依下列方式發行證券者不該當於募集而無須申報。即發起設立、勸誘對象未滿50名者、準備金轉作資本、股票股利、合併、可轉換之公司債或股票而行使轉換權、附新股認購權之公司債而行

使認購權、股份分割、股份合併、溢價部分轉作資本而發行新股。(註48)

合併而發行新股，如前述不該當於募集故無須申報，此或認爲合併時股東基於其地位於法律上當然取得股份而無須任何勸誘行爲故非募集(註49)。但持反對意見者認爲合併雖須經股東會之特別決議但合併結果對股東是否有利之判斷有關情報於現行法下可依開會通知所附參考書類取得，但與證券發行時所應提出之申報書或公開說明書記載內容相較仍較貧弱。所以爲確保股東能充分取得有關之判斷資料，仍應令合併發行須提出申報而履行公開義務。(註50)

**四、少額之免除**

爲減輕發行企業之經濟上與事務上之負擔，與美國相同設有少額免除制度。換言之募集或賣出價額之總額5億円以上者才須申報。又爲防止迴避申報而將發行總額分割成數次發行，所以採統合計算方式，以二年內同種有價證券募集或賣出金額達5億円爲準(註51)。而可轉換公司債與股票視爲同種證券須統合計算；又於發行申報登錄效力或申報效力被停止期間或延長生效期間內實施之募集或賣出則必須與被停止之募集或賣出統合計算總額以決定是否須提出申報(註52)。

募集、賣出總額未滿5億円時雖可免除申報但仍應向大藏省提出有價證券通知書。而此通知書之目的在於使大藏省能把握募集、賣出之實況並非公開制度之一環，因此記載內容不包括企業之業務與財務情報，故無提供大衆閱覽之實益。又少額募集或賣出依現行法規定對投資者無強制交付公開說明書之義務，除非發行企業自發的提供。否則投資者購入證券之際，完全無法取得投資到的資料，此是否妥當，實值商榷。(註53)

# 肆、我國之規制

證交法第22條1項規定「有價證券之募集與發行，非經主管機關核准或向主管機關申報生效後不得爲之」，提出核准或申報時發行企業應同時提出記載法定事項之申請書與公開說明書。不過，主管機關於審查期間未如美、日制度將申請書等提供閱覽，僅公開說明書於分銷時須直接交付投資

者而已。而有價證券之範圍包括政府債券、公司股票、公司債及政府核定之其他有價證券，新股認購權證書、新股權利證券及前述各種證券之繳款憑證或表明其權利之證書等。但其中政府債券或經財政部核定之證券依第22條1項規定得免除申報或核准。

## 一、公募、私募基準

證交法第7條規定「募集」指發起人於公司成立前或發行公司於發行前對非特定人公開招募股份或公司債行爲。第8條「發行」指發行人於募集後製作並交付有價證券行爲。所以「募集」爲「發行」之前階段行爲。唯募集之對象僅限於招募「股份或公司債」而已，與發行以「有價證券」爲對象似不能配合，且範圍過於狹隘，應爲立法之一疏失(註54)。而證券分銷時不符合「募集」或「發行」之定義者，依第22條1項規定當然不必申報或申請核准(以下簡稱私募)。所以「特定人」「公開招募」成爲決定公募、私募之基準。然而現行法或證管會對此二用語皆無任何定義規定或指示見解。而通常公開須以不特定人爲對象(註55)，故二用語爲一體兩面具關連性。依現行法規定主管機關事實上對「公開發行」之管理範圍遠較上述基準廣泛，以下考察之。

## 二、現行法之規定

㈠證交法第22條2項規定已依本法發行股票之公司於依公司法之規定發行新股而可不公開者仍應經主管機關核准或申報生效後才能爲之。而所謂公司法之規定指公司現金增資發行新股應保留10%至15%由員工承購，其餘向外公開發行或洽由特定人認購之10日前應公告及通知原有股東接照原有股份比例優先認購。又公司發行新股時除由原有股東及員工全部認定或由特定人協議認購而不公開發行者外應申請證券管理機關核准公開發行(註56)。所以依現行法之規定股東或員工應屬特定人由彼等認購完畢者爲不公開發行。但發行公司已依證交法發行股票者(以下簡稱公開公司)仍應受監督管理(註57)。

㈡發行新股除現金增資外，還包括盈餘或資本公積轉作資本、合併、股票股利、轉換公司債行使轉換權等。除轉換公司債外其他皆以原有股東

爲發行對象，而轉換公司債之行使權者亦限於公司債持有人，所以屬不公開發行但發行人本身若爲公開公司則仍應受管理。其中盈餘或資本公積適用申報制，其他則適用核准制。(註58)

㈢公司實收資本額達2億元或擬將已發行之股票上市或上櫃時應補辦公開發行程序。換言之應提出申報書及有關書類向證管會申報或申請核准而受公開發行之管理。(註59)

㈣已發行有價證券之分銷依證交法第22條3項規定亦應經申報或核准才能爲之即「第1項規定於出售所持有之公司股票公司債券或其價款繳款憑證、表明其權利之證書、或新股認購權利證書、新股權利證書而對非特定人公開招募者，準用之」。

# 伍、結論

證券主管機關爲保護投資者要求企業於證券公開發行時應提出申報或須經核準，違反者將科以刑罰，影響重大。所以美、日兩國對於公開發行之管理範圍除證交法本身之規定外，法院判例或證管會之行政命令已有相當具體之判斷基準已如前述。而與我國現行制度相比較，以下指摘之處，實值深思與檢討。

1.公開發行管理之範圍太過廣泛。「發行新股而不公開者」仍應申報或經核准(第22條1項)。從而使發行企業負擔很大，且資金取得遷延時日甚無法以應急需；他方主管機關本身之審查業務加重，足致影響審查品質。

2.證券發行以原有股東或員工爲募集對象時，主管機關依該發行公司是否爲公開公司而有不同處置。換言之曾公開發行股票者應提出申報或須經核准而未公開發行者則無此必要。關於此點美日兩國以公司之股東或員工超過一定人數時認爲與一般公衆相同不易取得公司重要情報，故要求公司須向證管會申報以確保企業內容之公開。所以我國之未公開公司募集新股若以股東或員工爲對象即使人數相當多數甚達數百名時亦無須申報而履行公開義務。此於投資者保護上是否妥當，實值商榷。而且股東或員工承購股份因發行企業是否爲公開公司而受證交法上公開制度之保護卻不同，其差異之存在實令人費解。

3.公積轉作資本之無償配股、股票股利等皆須經股東會特別決議，而股東依其地位當然可取得所發行之股份且其取得皆爲無償；又轉換公司債行使轉換權而發行新股，公司債持有人當然取新股。所以股東或公司債持有人並無須依證交法予以特別保護之必要。於美日兩國之制度下發行企業並無申報義務，但在本國之公開公司卻須向證管會申報或經核准才能爲之，此實徒增發行企業之負擔而卻無保護投資者之實益。

4.美日兩國皆有少額免除制度，即發行人募集未達一定金額時可不必公開企業內容以減輕負擔。但本國並無此制度存在，所以募集金額雖爲少數但發行人仍必須提出申報或經核准才能爲之，從而必須花費相當人力物力製作表册書類等。因此投資者保護之實益與發行人負擔之權衡，少額免除制度之導入確有其必要。

5.日本之新修訂法中對被勸誘之投資者納入「屬性」觀念。換言之投資者本身爲投資機關或具有投資專門知識與經驗者時認爲無須依證交法之公開制度予以特別保護，縱然爲不特定多數者但仍無須申報。所以爲減輕發行企業之負擔，公開招募對象之屬性觀念亦值參考。

6.爲避免利用私募方式達到分銷目的，同時可迴避申報公開義務，美日兩國對於私募皆設有限制。而我國對公開發行之管理範圍廣泛，依證交法第22條2項公開公司以私募方式發行新股時仍應申報或經核准，所以無美日兩國般發生迴避之弊害。不過，第22條2項不適用於未公開發行公司，故未公開發行公司發行新股亦可能利用私募方式達成分銷目的。因此仍有限制私募之必要。尤其募集股份以外之有價證券，例如公司債或其他權利證書，甚至將來逐漸出現之證券化金融商品採用私募方式可能性極高而此等商品並無適用第22條2項之餘地(註60)。主管機關無法予以監督管理，但卻能達成分銷之實使多數投資者取得證券。

## 註釋：

註 1：河本一郎＝鈴木竹雄，證券取引法(新版)，有斐閣(昭和59年)，41－43頁。

註 2：神崎克郎，證券取引規制の研究，神戶法學雙書(昭和43年)，41－45頁；賴源河，證券管理法規(修訂版)，39－41頁。

註 3：依證交法第36條規定公開公司於流通市場不僅繼續的、定期的公開公司財務報告，且不定期的對公司發生重大事實足以影響股東權益或證券價格應於2日內公告，並向主管機關申報。

註 4：因發行企業或發行證券種類不同而申報書之樣式亦不同，但最常用者爲from S－1，此分爲兩部分，第1部分有12項，應記載於公開說明書。參照ルイ、ロスニ矢澤惇監修，アメリカと日本の證券取引法(上卷)，商事法務研究會(昭和50年)，50－52頁；余雪明，證券管理(修訂本)，正中書局(民72年)，364、365頁。

註 5：SEC 1935年證券法第285號訓令及1962年第4552號訓令。參照前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，144頁。

註 6：同前(註5)。

註 7：SEC 1935年證券法第285號訓令及Wood「The Investment Dilemma in Secondary Transactions」39N. Y. V. L. Rev. 1043, 1047。參照前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，145頁。

註 8：ルイ、ロス(證券取引法研究會譯)現代米國證券取引法，363, 364, 365頁。

註 9：SEC v. Ralston purina Co, 346 U. S. 119, 125 73S. Ct.981, 985。參照前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，145頁。

註10：Iloss. Securities Regulation, 664(2d ed.1961)參照前(註9)，145頁。

註11：參照前(註9)，146頁。

註12：SEC v. Ralston Purina Co, 346 V. S. 119, 124, 125, 73S. Ct. 981, 985。

註13：同前(註12)

註14：關於"公衆"之意義1938年SEC v. Sunbeam Gold Mines Co.案中法院之說明如下「公衆用語之意義指一般民衆依其共同利益或特質區分而形成之人的集合體。然而此種區分未必能適合實際目的。例如對所有紅毛之人，或芝加哥、舊金山居民全體，或通用公司、美國電話電報公司之股東全體實施募集，其用語於現實意義上與對全世界人們實施募集並無差別皆"公的"。參照前(註9)，147頁。

註15：Petroleum Management Coporation(PMC)於俄亥明州挖掘油井而成立有限責任合夥事業，其構成員分成一般參加者與特別參加者而特別參加者之出資用於油井挖掘費用。本案原告Doran爲特別參加者，其出資除現金2萬5千美金外並承擔對Mid－Continent公司債務。PMC定期的對Doran寄送油井生產報告但1971年11月至72年8月油井量產超過限量之故，而遭封井致營業活動停止，損失慘重。因此Doran於1972年以違反證券法要求解約與損害賠償。地院認爲Doran爲具有財務知識之投資者，「特別參加者」之持股其募集該當於

私募，且PMC不實表示之證據並不存在等理由而駁回Doran之訴，因此Doran再提起上訴。參照前(註8)，367頁，368頁。

註16：同前(註8)。

註17：Crowell－Collier Publishing Co., Securities Act Release no. 3825(1957)。參照神崎克郎，證券取引法(新版)，青林書院(昭和62年)，161頁；余雪明，證券管理，303頁。

註18：同前(註17)，374頁，375頁。

註19：初期爲1年後延長爲3年。參照SEC 1938年第1862號訓令及Owen, The Private offering and Intrastate Eemptions under the Securities Act of 1933, 1967 ABA Law Notes (1967)，前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，150頁，158頁。

註20：Securities Act Release No. 4552 (1962); Gilligan, Will & Co. v. SEC 267 F. 2d 461, 468 (1959)。參照前(註4)ルイ、ロスニ矢澤淳，151頁。

註21：參照前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，149、150頁。證券取引法研究會「米國連邦證券法典案(17)」(インベストメント1979年2月)25頁，29頁－32頁。

註22：Secutities Act Release No. 4552(1962)。參照余雪明，證券管理，300頁，304頁。

註23：SEC於1974年公布規則146對「私募免除」提供客觀標準，但由於程序過於瑣碎複雜，且過於主觀，故反使發行人感到不便而受嚴厲批評。因此SEC於1982年公布章則D以簡化現有規制。凡符合章則D者可主張證券法第3條(b)項及第4條(2)項之豁免註册，但其他如反詐欺條款等則不能免除適用。章則D包括規則504, 505與506，其中規則506關於私募免除，因此取代規則146。

註24：依規則501(a)項規定其類型包括機構投資人，私人企業發展公司，免稅團體，發行人的內部者，自然人購買證券時其本身或與配偶共同淨資產超過100萬元，自然人在最近兩年內每年個人所得超過20萬美元或與配偶共同所得超過30萬美元且預期今年有相同水準，總資產超過500萬美元的信託財產而非專以取得有價證券爲目的，或股權所有人均具備受認可投資人資格的組織體。

註25：余雪明，證券管理，298頁。

註26：SEC v. Datronics Engineers Inc.案〔490 F. 2d 250(1973)〕最高法院維持原判。參照前(註25)299頁。

註27：Securities and Exchange Commission, Disclosure to Inventors; A Reappraisal of Federal Administrative Policties under h'33 and '34

Acts 251－296(967)。參照同前(註17)神崎，165頁，166頁。

註28：募集金額原本訂爲50萬美金，但1980年SEC公布規則242將金額提高爲500萬美金。

註29：同前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，177頁，181－186頁。

註30：參照前(註24)。

註31：日本證交法第13條2項與企業內容等公開有關省令第12條；證交法第15條2項。

註32：證交法第2條1項(9)號雖授權證管會指定"有價證券"，但日本採金融證券業務分離制度，致一經證管會指定爲證交法上之有價證券時，銀行業者即不能經營該種業務。爲避免業者之反彈，所以證管會從來未指定有價證券。

註33：1949年證發73號「有價證券通知書有關事務處理之委任」及日本經濟新聞「增資與證券通知書」(1959、10、1)。參照前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，153頁。

註34：企業內容等公開處理準則2－1。

註35：吉田昂「有價證券屆出制度的改善について商事法務85號，4頁；松元亘「有價證券屆出制度の若干の問題」一橋法學研究3號，140頁。

註36：鈴木竹雄「證券取引法と株式會社法」株式會社法講座1卷366頁；ルイ、ロスニ矢澤惇「目論見書制度的改正問題」商事法務研究81號，4頁；龍田節「證券取引的法的規制」現代的經濟構造と法，499頁。

註37：同前(註17)神崎，162頁。

註38：同前(註37)若林良一，有價證券屆出手續的解說，29頁。

註39：同前(註4)ルイ、ロスニ矢澤惇，156頁。

註40：神崎「公募、私募概念の再檢討」證券取引審議會基本問題研究會第1部分報告，267, 270頁；同前(註17)神崎，158－160頁；同前(註1)河本＝鈴竹，114頁、115頁。

註41：神崎「公募、私募概念的再檢討」，280－283頁。

註42：同前(註41)神崎，276, 277頁；「デイスクロージヤ－小委員會の報告書の論點」商事法務NO. 1250, 48頁；「デイスクロージヤ－制度をめぐる當面の課題」商事法務No. 1272, 56頁, 57頁。

註43：參照改正草案第2條3項2號。

註44：可知草案已對證券取得者之轉讓予以限制。

註45：參照前述日本之規制，公募、私募基準之因素。

註46：同前(註41)神崎，274, 275頁。

註47：同前(註17)神崎，164, 165頁；同前(註1)河本＝鈴木，119頁。

註48：發起設立，勸誘對象未滿50名，準備金轉作資本，股票股利及合併等應提出

有價證券通知書向證管會報備。參照企業公開等處理準則2－2, 4－23。

註49：福夫家慶，注釋會社法(5)，116頁。

註50：同前(註36)龍田，499頁；同前(註17)神崎，165, 166頁。

註51：堀口，最新證券取引法，106頁；前(註41)神崎，282, 283頁。

註52：企業內容等公開有關省令第2條參照。

註53：同前(註17)，173, 174頁。

註54：賴英照，證券交易法逐條釋義(第1回)，104－106頁。

註55：余雪明，證券交易法(證券商業務人員教育訓練教材)，50，51頁。

註56：參照公司法第267條，268條。

註57：不過，現行法爲使股權達到分散目的，要求公開公司於現金增資發行新股時，若股票未上市上櫃而股權分散未達主管機關所定標準，或股票已上市上櫃者皆應提出發行新股10%以時價向外公開銷售，因此事實上大部分公開公司發行新股皆能符合「募集」定義而應依第22條2項提出申報或申請核准。

註58：發行人募集與發行有價證券處理準則第13條。

註59：同前(註58)第21條，22條。

註60：同前(註46)。

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月 第21～49頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p.21～49

# 表現自由之界限與違憲審查基準
## ——司法院釋字第一〇五號解釋之評析

許志雄*

**Freedom of Expression and Judicial Review**

by
Chih-Hsiung Hsu

目 次



* 淡江大學公共行政學系副教授

# 壹、前言

人權不可侵犯，卻非漫無限制之權利。J. S. Mill曾謂：「個人自由必須有一個限制，就是任何人都不可以使自己妨害他人(註1)。」一七八九年法國人權宣言第四條規定：「自由，係於不妨害他人範圍內，得爲一切事項。因此，各人自然權之行使，除爲確保社會其他成員享有同種權利外，並無界限。此種界限，僅得以法律定之。」世界人權宣言第二十九條規定：「人人於行使其權利及自由時，僅應受法律所定之限制，且此種限制之唯一目的，應在確認及尊重他人之權利與自由，並謀合民主社會中道德、公共秩序及一般福利所需之公允條件。」我國憲法第二十三條亦明定：「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

誠然，人權具有界限，至爲明顯。但是，人權之不可侵犯性與界限間存有微妙關係，究應如何判別，乃相當棘手之問題。尤其，在憲法解釋上，各種人權之具體界限何在？人權之界限，是否因人權種類之不同而生差異，抑且一視同仁，互無軒輊？我國憲法第二十三條規定，意義如何？實務一向用以作爲限制人權之依據，學界亦乏異論，惟從違憲審查之角度觀之，實蘊藏嚴重問題，不容忽視。凡此種種，均牽涉人權保障原理，允屬當代憲法學之基本課題，有待深入探討。

我國司法院大法官會議曾於民國五十三年十月七日著成釋字第一〇五號解釋，解釋文稱：「出版法第四十條第四十一條所定定期停止發行或撤銷登記之處分，係爲憲法第二十三條所定必要情形，而對於出版自由所設之限制，由行政機關逕行處理，以貫徹其限制之目的，尚難認爲違憲。」本號解釋係釋憲機關明確援引憲法第二十三條作爲依據，以判斷法律合憲性之嚆矢(註2)，且其內容針對出版自由(表現自由，freedom of expression)而發，意義自然非比尋常(註3)。

然而，表現自由與人民政治意思之形成息息相關，堪稱民主政治之生命線。一七八九年法國人權宣言第十一條謳歌表現自由爲「人類最珍貴的權利之一」，一七七六年維吉尼亞權利典章第十二條認定限制表現自由之

政府爲「專制政府」，可見早在近代權利宣言誕生時期，表現自由就已備受重視。二十世紀之今日，學者或以「第一自由」(the first freedom)稱之，或以「一切自由之基礎」稱之。一八一四年法國憲法下倡導君主制之人士甚且表示「若無出版自由，憲法不過是個遊戲(jeu)」，「若無出版自由，立憲自由即不存在」，將表現自由視爲近代憲法中不可欠缺之要素(註4)。要之，於基本人權類目上，表現自由占有特殊之優越地位(preferred position)，理應獲得高度保障。釋字第一〇五號解釋能否符合此一精神，非無疑問，故有加以探究之必要。

關於表現自由之界限，涉及整體人權界限之法理問題，學說迭有爭論，值得比較研究。而表現自由之違憲審查基準，更涉及複雜之理論糾葛，惟美日等國學說、判例已有長足發展，諸如雙重基準(double standard)理論、事前抑制(prior restraint)禁止理論、明確性原則及明顯而立即之危險基準(clear and present danger test)，莫不受人矚目，可供借鏡。就此，本文嘗試從事法理之分析，以之作爲他山之石，藉以評析釋字第一〇五號解釋之利弊得失。

## 貳、釋字第一〇五號解釋之問題探索

釋字第一〇五號解釋，係依監察院之聲請爲之，在監察院之聲請函中，尚包括違警罰法有無違憲之疑義，惟大法官會議分開予以處理，另外著成釋字第一六六號解釋。茲就第一〇五號解釋有關部分，摘錄聲請函如下：

> ……憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。現行出版法第四十條及第四十一條所定，對於出版品得予以定期停止其發行及撤銷其登記之處分，雖得解爲係對於憲法第二十三條所規定「爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要」而設之處分，但此項處分之權，均操之於省縣市政府及內政部，

且其處分足以妨害出版人之營業與生存，其不經司法程序，而由行政官署直接爲之，難免擅專用事，使出版事業處於危殆地位，似與憲法保障出版自由之規定及精神相悖謬，且已超過憲法第二十三條規定之「必要」限度，並違反五權分立不相侵犯之精神……。

監察院認爲出版法第四十條及第四十一條違憲，原因在於『似與憲法保障出版自由之規定及精神相悖謬，且已超過憲法第二十三條規定之「必要」限度，並違反五權分立不相侵犯之精神』。但是，其理由未臻明確，大體存有下列幾項問題：

(1)出版人之營業與生存，涉及經濟自由與生存權(社會權)，而出版自由屬於表現自由，係外在精神自由之一環，在人權類目上相互有別，監察院將其混爲一談，殊欠妥當。而且，不同之人權，其界限及違憲審查基準是否應予區別，監察院更未計及。

(2)出版自由受保障之程度如何？界限何在？監察院未提出具體主張，惟從援引憲法第二十三條一點觀之，似乎認爲該條文可用以劃定出版自由之界限，或作爲出版自由之違憲審查基準。監察院復表示「……其不經司法程序，而由行政官署直接爲之，難免擅專用事，使出版事業處於危殆地位」，細究文義，實涉及事前抑制禁止理論與明確性原則問題。此等違憲審查基準與憲法第二十三條有何關係？進一步言之，憲法第二十三條規定能否直接作爲違憲審查基準，或導出表現自由之違憲審查基準，有待商榷。

(3)監察院認爲，出版法第四十條及第四十一條規定，違反五權分立不相侵犯之精神，惟其理由何在，並未具體言明。

大法官會議於釋字第一〇五解釋中，認定出版法第四十條及第四十一條並未違憲，其依據亦爲憲法第二十三條，解釋理由如下：

出版法第四十條及第四十一條所定，對於違法出版品定期停止發行或撤銷登記之處分，係依憲法第二十三條規定之必要情形，對於出版自由所設之限制，此點聲請解釋來文亦有相同之見解。而憲法對於違法出版品之處分方式並無限制，出版法爲貫徹其限制之目的，採用行政處分方式，尚難謂爲違憲。且上開各條

所規定之處分要件，甚爲嚴格，行政機關僅能根據各該條所列舉之要件，予以處分，受處分人尚得提起訴願及向行政法院提起行政訴訟，請求救濟，亦足以資保障。

上述解釋理由，顯然相當粗糙，至少包含下列問題：

(1)援引憲法第二十三條，作爲合憲判斷之依據，惟該條文之意涵如何？何以出版法有關條文符合其規定？本號解釋俱未說明，失諸籠統、草率(註5)。更根本之問題，如前所述，在於憲法第二十三條可否作爲違憲審查基準，必須審愼思考。

(2)解釋理由表示「憲法對於違法出版品之處分方式並無限制，出版法爲貫徹其限制之目的，採用行政處分方式，尚難認爲違憲」，這種解釋方式不免有流於「法條萬能主義」之嫌。一般而言，憲法規定多數傾向簡潔、抽象，解釋適用時通常必須藉助憲法原理或理論，不可斤斤計較於條文之有無，或條文之字句。司法機關進行違憲審查，應將合憲性之判斷基準(即違憲審查基準)予以「準則(rule)化」，俾使人權保障更加確實(註6)。對照第(1)個問題，可見大法官會議徒引憲法第二十三條作爲違憲審查依據，而未將其內容準則化。事實上，這種現象廣泛存在於各號解釋，而不以本號解釋爲限。

(3)關於出版法第四十條及第四十一條，本號解釋認爲「所規定之處分要件甚爲嚴格，行政機關僅能根據各該條所列舉之要件，予以處分，受處分人尚得提起訴願及向行政法院提起行政訴訟，請求救濟，亦足以資保障」，其見解與監察院大相逕庭，究以何者爲是，有待分析判斷。此一問題，主要牽涉事前抑制禁止理論與明確性原則，唯有透過該等理論與原則之檢證，方能獲得解答。

綜上所述，釋字第一〇五號解釋涉及之問題相當嚴重，值得檢討之層面十分廣泛。本文焦點置於表現自由之違憲審查基準，其餘問題不予論究，惟因人權之界限問題與違憲審查基準息息相關，甚至屬於必須釐清之前提問題，故在析述違憲審查基準之前，擬先提出討論。

## 叁、人權之界限

## 一、憲法保障與法律保障之弔詭

如前所述，人權不可侵犯，卻非漫無限制之權利。惟人權之界限何在，除取決於人權觀念之掌握外，亦與人權宣言所定保障方式有密切之關係。林紀東將各國人權保障方式分爲兩大類，一爲直接保障主義(憲法保障主義)，一爲間接保障主義(法律保障主義)。前者謂自由及其他權利，直接受憲法之保障，不僅行政或司法機關不得擅加限制，立法機關亦不得以法律擅加限制。後者謂行政或司法機關，對於人民之自由及其他權利，雖不得擅加限制，而立法機關則得以法律限制之(註7)。國內學者，一般亦採取此種分法。

關於人權保障方式，日本憲法學者宮澤俊義則認爲有絕對保障與相對保障兩種(註8)。蘆部信喜進一步予以充實，提出絕對保障型(美國憲法型)、相對保障型(威瑪憲法型)與折衷型(波昂基本法型)三分法，茲說明如次(註9)：

所謂絕對保障，係指人權由憲法本身加以保障，不得用單純之法律加以限制或設定例外，超過該人權內在制約之限制，非立法權範圍所及，須以修憲方式爲之。威瑪憲法時代之公法學者R. Thoma所稱「具有憲法效力」(verfassungskräftig)之基本權，該當於此。美國憲法之人權宣言，應屬絕對保障之典型例子。美國憲法修正第一條規定「國會不得制定關於下列事項之法律：一、確立宗教或禁止信教自由。二、剝奪人民言論或出版之自由。三、剝奪人民和平集會及向政府陳述救濟之請願權利」，最足以凸顯絕對保障型之特徵。我國學界慣稱之直接保障主義(憲法保障主義)，似與此一類型相當。

對照而言，所謂相對保障，係指人權雖由憲法保障，但承認有以法律加以限制之可能性。這種人權，藉用R. Thoma之用語，即「具有法律效力」(gesetzeskräftig)之基本權。戰前歐陸國家多採相對保障型，威瑪憲法即其著例，日本明治憲法及五五憲草亦皆屬之。此類憲法，通常規定「……自由(權利)，非依法律不得限制之」、「……自由(權利)，僅得以法律限制之」或「……自由(權利)，於法律範圍內保障之」。我國學界所稱間接保障主義(法律保障主義)，應即此一類型。本類型之特徵，在於採取「法律保留」(Vorbehalt des Gesetzes, Gesetzesvorbehalt)(註10)，惟縱

使採取「法律保留」，亦非當然意指法律可對人權課以任何限制。憲法若以天賦人權思想爲基礎，解釋上應如德國基本法第十九條第二項所定，「基本權於任何場合，其本質內容皆不得侵害之」；換言之，在「法律保留」規定下，立法權仍然受到一定限制(註11)。

介於絕對保障型與相對保障型之間，另有折衷型保障方式。第二次世界大戰後，德國波昂基本法一改傳統歐陸國家「以法律保障人權」之思想，轉而強調「保障人權免受法律侵害」之觀念。其人權保障方式頗具特色，原則上採取絕對保障型想法，但兼含相對保障型之規定；亦即，以美國憲法型爲基礎，同時融合威瑪憲法型之因素，故稱之爲折衷型。德國基本法於諸多條文明定「法律保留」，惟型式不一而足，有些因襲傳統作法，屬於「單純法律保留」，有些特別規定限制之根據及程度，符合此等前提條件時，始得以法律限制人權，稱爲「附條件法律保留」(註12)。這種新模式表現出戰後西歐民主憲法之特徵，值得注目。

國內通說認爲，我國憲法採取直接保障主義，惟莫不同時主張，於有憲法第二十三條所列四種情形時，得依法律限制人民自由權利(註13)。儘管通說將該四種情形解釋爲列舉規定，非例示規定，似有防杜法律限制範圍過於廣泛之意。但是，一方面列舉之說是否妥適，固有疑問(註14)；他方面無論「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」或「增進公共利益」，任何一種情形皆極抽象，如果用以作爲限制人權之基準，則立法權恐將不受實質拘束，無異淪爲法律保障主義或相對保障型，所謂我國憲法採取直接保障主義之見解，實無意義可言(註15)。釋字第一〇五號解釋所蘊含之問題，不亦如此？

近年來，公法學者積極引進德國「比例原則」理論(註16)，嘗試用來限制國家權力之行使，以保障人民之自由權利。論者除主張比例原則係憲法基本原則，淵源於「法治國家理念」及「基本人權之本質」，不待明文規定外，並認爲憲法第二十三條規定「……必要者外……」，即有比例原則之含義。吾人以爲，從憲法第二十三條規定，可否導出比例原則，值得研究；惟主張比例原則爲憲法基本原則，藉以規範憲法第二十三條之適用，並提昇人權保障一點，應予肯定。不過，比例原則畢竟只是憲法諸多原則之一，不足以解決一切人權問題。如果過度「迷信」比例原則之效

用，甚至將其當作違憲審查之唯一基準，反而會產生流弊。蓋適用比例原則時，難免涉及價值衡量，而在人權價值與其他(公益)價值比較時，前者容易遭到低估，致無形中受抑壓或侵害。在表現自由方面，這種疑慮尤其顯著。美日學說及判例廣泛討論之「限制較小之可選擇手段」(LRA)基準(註17)，與比例原則有異曲同工之妙，但就表現自由而言，LRA僅為多種違憲審查基準之一而已。

無論如何，為求貫徹憲法直接保障之精神，憲法第二十三條究應如何解釋，影響至鉅。類似情形，於日本憲法亦可發現。基本上，戰後日本新憲法採取絕對保障方式(美國憲法型)，惟其第十二條、第十三條、第二十二條及第二十九條，皆定有「公共福祉」之限制，形式上與美國憲法不同。因此，「公共福祉」之解釋方法相當重要，若有偏差，結果可能使人權宣言實質上淪為相對保障，而喪失原本之意義。數十年來，日本「公共福祉」論歷經多次變化，其發展軌跡及趨勢頗富啓發性，值得借鏡，故於次節略予介紹。

## 二、日本「公共福祉」論之借鏡

日本憲法第十二條規定：「國民應不斷努力，以維護本憲法所保障之國民自由及權利。國民對此自由及權利不得濫用，並應常負為公共福祉而予以利用之責任。」第十三條規定：「國民身為個人應受尊重。國民生命、自由及追求幸福之權利，以不違反公共福祉為限，在立法及其他國政上，應予最大之尊重。」第二十二條第一項規定：「任何人，以不違反公共福祉為限，有居住、遷徙及選擇職業之自由。」第二十九條第二項規定：「財產權之內容，須合於公共福祉，以法律定之。」除此之外，其他人權條款並無「公共福祉」之規定。因此，「公共福祉」之意義何在？與人權之關係如何？可否據以限制人權？這些問題遂為學說、判例關注之焦點，各方見解相當分歧，大致可以分成外在制約說(一元外在制約說)、二元說(內在外在二元制約說)及內在制約說(一元內在制約說)三種。

㈠外在制約說

日本新憲法施行後初期，無論學說或判例，殆皆採取外在制約說，認為依據憲法第十二條及第十三條規定，人權在與「公共福祉」調和之限度

內，始受尊重；「公共福祉」立於人權之外，得對一切人權加以制約。憲法第二十二條及第二十九條個別揭示「公共福祉」，不過重申此一原則，並無特殊意味。雖然亦有學說認爲，基於日本憲法之人權觀念，「公共福祉」對人權所作之制約，應有界限；但是，因爲「公共福祉」概念極其抽象，容易用來肯定法律對人權之限制，所以法律違憲之判斷殊難產生(註18)。

一般而言，外在制約說通常採取三段論法之邏輯形式。亦即，先設定大前提，強調依據憲法第十二條及第十三條規定，人權受「公共福祉」之限制。其次，對具體事件中合憲性受到爭議之法律，說明其管制規定係加諸何種自由權利上，然後認定該程度之管制係爲確保公共福祉所必要且合理的限制，而最後獲得結論，判定該法律並未違憲。一九五〇年代左右，採用此種三段論法，導出法律合憲之判例非常多(註19)。

要之，在外在制約說下，公共福祉與人權對立，甚至具有優於人權之價值，法律只要假公共福祉之名，就可輕易限制人權。如此一來，法院之違憲審查權難以發揮功能，日本憲法儘管形式上對人權採取絕對保障方式，實質上人權保障程度與明治憲法之「法律保留」幾無二致。學者批判外在制約說，謂其「公共福祉」概念對人權規定具有「生殺予奪」作用(註20)，非無道理。此說之最大癥結，與其說是「公共福祉」之內容不夠具體，毋寧在於將「公共福祉」當成一切人權之制約概念。同樣現象，亦發生在我國憲法第二十三條之解釋適用上。大法官會議作成解釋時，通常徒引第二十三條規定，而未就該條所列四種情形之內涵加以闡明，此種作法固然值得商榷，而學者爲了讓第二十三條之內容更明確，努力從事詮釋工作，精神可佩，惟究竟能夠化解多少問題，令人懷疑。根本解決之道，毋寧應從重新思考憲法第二十三條之定位著手。

㈡二元說

外在制約說呈現嚴重缺陷，對人權構成極大威脅。有鑑於此，早在日本新憲法施行後不久，學者即提出不同見解，其中最受矚目者，當屬東京大學法學協會編「註解日本國憲法」主張之二元說(註21)。此說認爲，受公共福祉限制之人權，以經濟自由及社會權爲限，其他權利自由僅有內在制約。迄今爲止，二元說仍然受到相當重視，對公共福祉論影響深遠。其

理論要點，大體如下(註22)：

(1)憲法第十二條指出國民應有之心態，第十三條表明國家權力應有之態度，屬於訓示性或倫理性規定，不具備法規範之意義，不得作爲限制人權之依據。

(2)憲法保障之權利自由，大別爲兩種，一者以排除國家權力之侵害爲主，一者以要求國家權力之保障爲主。因其性質不同，故權利自由之界限亦有差異，分成內在制約與外在制約兩種。

(3)免於國家干涉之自由(自由權)，除憲法第二十二條及第二十九條特別規定之情形外，不得用公共福祉加以限制。惟權利自由帶有社會性質，爲社會生活之所需，應受必要最小限度之限制，此乃權利之內在制約，有客觀界限存在，非立法者所能左右。

(4)要求國家保障之權利(社會權)，須國家積極介入，方能具體實現。這種權利本身，已預設國家權力管制之空間；因此，給予何種程度之保障，國家可基於公共福祉爲政策性考量。

準此，包括表現自由在內之精神活動自由，僅受內在制約，不得以公共福祉(公益)爲理由加以限制。依據二元說，表現自由似可獲得較高之保障，值得注意。惟論者指出，本說含有諸多問題，尚待斟酌。

第一，在現代人權體系中，自由權與社會權之區分僅具相對意義，上述第(2)個論點能否成立，不無疑問。

第二，日本憲法第十三條若解釋爲訓示性或倫理性規定，則無法作爲隱私權等新人權之依據，效用大爲喪失。

第三，內在制約之限度何在？內在制約與政策性制約如何劃定界線？所謂客觀性制約，內容未臻明確，其判斷基準仍須探求。

第四，立法者本於政策考量，以公共福祉爲根據限制人權時，非可任意爲之。依社會需要對人權加以制約，亦不可逾越一定限度，而該限度之判定基準須要釐清。

上述批評，是否全然允當，非無商榷餘地(註23)。不過，二元說下，承認政治部門對經濟政策與社會政策擁有廣泛裁量權，恐有造成經濟自由權與社會權的保障不周之虞。而且，不論內在制約或外在制約，當各個人權之限制有無違憲發生爭議時，判斷基準仍須進一步探討。

㈢內在制約說

外在制約說與二元說相互對立，且各有缺陷存在。一九五〇年代末期，宮澤俊義予以折衷，另外提出內在制約說(註24)，受到學界及法院熱烈回響。此說主要論點爲：

(1)日本國憲法以個人尊嚴爲指導理念，並無優先於個人之「全體」利益或價值存在。能與各個人權對抗之價值，唯有多數或少數他人之人權而已。「公共福祉」者，乃爲調節人權相互間產生之矛盾、衝突，以達實質公平之原理也。

(2)在自由國家理念下，爲公平保障自由權，依據公共福祉原理，僅允許作「必要最小限度」之管制；在社會國家(福利國家)理念下，爲實質保障社會權，依據公共福祉原理，可作「必要限度」之管制。

(3)社會國家理念下之公共福祉，係爲確保自由國家理念下之公共福祉而生，二者乃一體之兩面，依權利自由性質之差異，擔負不同之調節作用。

(4)公共福祉原理，邏輯上必然內含於一切人權中，不因憲法有無明文致生不同。

內在制約說之特色，其一在於強調公共福祉爲調節人權與人權相互間衝突之原理，故與外在制約說迥異；其二在於主張公共福祉原理構成一切人權之內在制約，故與二元說亦有不同，惟認爲制約形態或程度，隨著人權性質之差異而不同，則與二元說之旨趣一致。此說一方面迴避前揭二元說之問題點，他方面將精神自由之限制界定在內在制約上，可排除外在制約說之危險性，實有獨到之處(註25)。

一九六六年日本最高法院於全遞東京中郵事件判決中，採行內在制約說，形成判例史上一個分水嶺。該判決表示，即使勞動基本權，亦不具絕對性質，從國民生活整體利益保障觀點所作之限制，乃其當然之內在制約，惟具體上何種制約方屬合憲，必須考慮下列各點以決定之：

(1)尊重勞動基本權之必要，與維持國民生活整體利益之必要比較衡量，以保持二者之適當均衡爲目標，而其限制止於合理且必要最小限度範圍內。

(2)職務或業務之內容具有強烈公共性質，其停頓有危害國民生活整體

利益，造成國民生活重大障礙之虞，而對勞動基本權加以限制者，其限制以必要不得已之情況爲限。

(3)對違反限制者所課之不利益，不得逾越必要限度；尤其刑事制裁，限於必要不得已之情形。

(4)限制勞動基本權時，應採取相對之彌補措施。

然而，內在制約說仍有若干不夠明確之處，受到學者質疑。首先，關於人權界限之判斷基準，本說僅指出「必要最小限度」及「必要限度」等抽象原則，於具體判斷立法合憲性時，基準未臻明確，學理上若不針對個個人權進一步探究具體基準，結果可能與外在制約說如出一轍，帶有嚴重危險性。其次，基於福利國家原理，應承認一定之政策性管制，而依內在制約說，日本憲法第二十二條及第二十九條所定「公共福祉」乃明示內在制約之原理，則內在制約與外在制約之界線未必清楚，所謂「必要限度」之管制，毋寧具有政策考量性質(註26)。此外，以比較衡量手法調節人權相互之矛盾、衝突，釐清人權界限，使「公共福祉」原理具體化，就憲法解釋言之，誠屬不可或缺之手續；但是，如果將比較衡量當作決定一切人權界限之違憲審查基準，則一方面比較之基礎或對象可能不明確，他方面比較時有偏重公權力或國民生活整體利益之虞，恐將產生嚴重後遺症。因此，比較衡量可作爲解釋方法，於運用各種人權之違憲審查基準時，藉以解明審查基準之內涵，卻不宜逕行作爲一切人權之違憲審查基準(註27)。

總之，無論內在制約說或二元說，其目的皆稱允當，不過何謂內在制約，具體意義仍待釐清。各種人權受到一定制約，不論稱爲內在制約或外在制約，其問題皆非單純用「公共福祉」一個概念所能解決。爲了貫徹人權保障理念，應建構更具體明確之理論體系，尤其應針對各種人權類目、性質、管制目的及形態之不同，分別建立違憲審查基準，據以實際劃定人權之界限。我國學說及實務，慣常逕行援引憲法第二十三條作爲限制人權之依據，而未重視具體違憲審查基準之建立，顯然失當(註28)，此亦爲釋字第一〇五號解釋問題癥結之所在。反之，美國與日本基於上述問題意識，早已確立雙重基準理論，分就不同人權形成各種違憲審查基準，殊值借鏡。

# 肆、表現自由之違憲審查基準

## 一、雙重基準理論

### ㈠理論之意義

一九三八年美國聯邦最高法院於United States v. Carolene Products Co. (304 U.S. 144)一案，確立雙重基準理論，主張判斷立法合憲性時，應將精神自由與經濟自由分開，適用不同之審查基準。日本最高法院於一九七二年零售市場許可制合憲判決及一九七五年藥局距離限制違憲判決中，引進此一理論，雖然在具體案件之適用上尚不完整(註29)，但在學界已經受到廣泛重視與討論。

雙重基準理論之基本論點係：(1)精神活動自由之管制，其合憲性應以嚴格基準審查之。(2)經濟活動自由之管制，應尊重立法部門之裁量，以寬鬆基準審查之(註30)。就美國聯邦最高法院而言，Carolene事件判決確立此一理論，代表法院態度之鉅幅轉變，具有重大意義。因爲，迄一九三〇年代末葉止，聯邦最高法院一向在經濟活動之管制領域固執司法積極主義(judicial activism)，不斷以經濟保守主義(放任主義)爲基礎，將新政(New Deal)下帶有濃厚福利國家色彩之經濟管制立法宣告違憲；反之，在精神活動領域方面堅持司法消極主義(judicial passivism)(註31)，對表現自由之管制立法，廣泛承認立法裁量，拒爲違憲無效之判決(註32)。而Carolene判決中，法院對經濟自由之管制立法改以「不干涉」政策爲基礎，採行合憲性推定原則及「合理性」判斷基準，同時在判決注腳四表明，限制政治過程(political processes)之立法，應採取較嚴格之司法審查。精神自由乃民主政治過程中不可欠缺之權利，其管制立法之合憲性自當從嚴審查，不能適用合憲性推定原則及「合理性」判斷基準(註33)。

日本學界受到美國憲法判例影響，亦極力提倡雙重基準理論。不僅如此，最高法院一九七二年零售市場許可制合憲判決及一九七五年藥局距離限制違憲判決，更先後基於雙重基準理論立場，明確表示精神自由與經濟自由之違憲審查基準應予區別。該二判決進一步將經濟自由之管制立法分爲積極管制與消極管制兩種，各自適用不同基準。積極管制係爲實施特定

社會政策或經濟政策而設，日本最高法院以尊重立法部門之裁量爲前提，採用「明白原則」，認爲只有在管制措施顯著不合理之情況，始能判定違憲(註34)。消極管制則係出於警察目的，旨在防止國民生命及健康之危險，日本最高法院認爲公權力介入之可能性較精神自由領域大，故應採取較寬鬆之違憲審查基準，但是若與上述積極管制衡量，其違憲審查基準又較嚴格，採取所謂「嚴格合理性基準」，亦即視管制措施是否爲「維護重要公共利益所必要且合理之措施」，以及有無「更緩和之管制足以達成該目的」而定(註35)。法院這種見解頗受學說支持，惟儘管同係經濟自由或精神自由，管制形態卻有多種，其違憲審查基準之寬嚴未可一概而論(註36)，須作更審愼之思考、探索。

㈡理論之根據

基於雙重基準理論，在憲法保障上，精神自由與經濟自由所受處理方式不同，而以前者優於後者爲原則。何以有此差別？主要根據有二，一者係因民主政治過程中，精神自由十分重要；一者係在經濟管制領域方面，司法之能力有限(註37)。

第一項論據屬於民主政治過程論之問題，先予說明。事實上，關於精神自由優越性之基礎，究竟應從法條、歷史、自然權思想或其他理由導出，相當具有爭議。但是，著眼於代議民主政治之過程，認爲精神自由乃不容或缺之權利，此一理由無疑是說服力最強且廣獲支持之見解。申言之，只要民主政治過程發揮正常功能，縱使管制經濟自由之立法有所不當，亦可藉由民主政治過程加以祛除或矯正，故允許違憲審查機關高度尊重立法部門之裁量，採取不干涉政策。反之，精神自由若受不當立法限制，或者少數人之表現自由遭到多數人以立法方式侵害，則民主政治過程必然因此扭曲或斷傷，難以期待透過政治過程將該等立法修正或廢止。此際，違憲審查機關如不積極介入，促使民主政治過程回復正常運作，則無法確保人權。職是之故，限制精神自由之立法，其合憲性應予嚴格審查。

第二項論據涉及經濟(社會)政策與司法能力之關係，強調違憲審查機關之自制態度。因爲，管制經濟自由之立法，多與經濟政策或社會政策有關，判斷合憲性時，必須考量各種複雜之利益調整，並爲政策取捨；就此，違憲審查機關顯然能力比較欠缺，不適合爲之。違憲審查機關允宜自

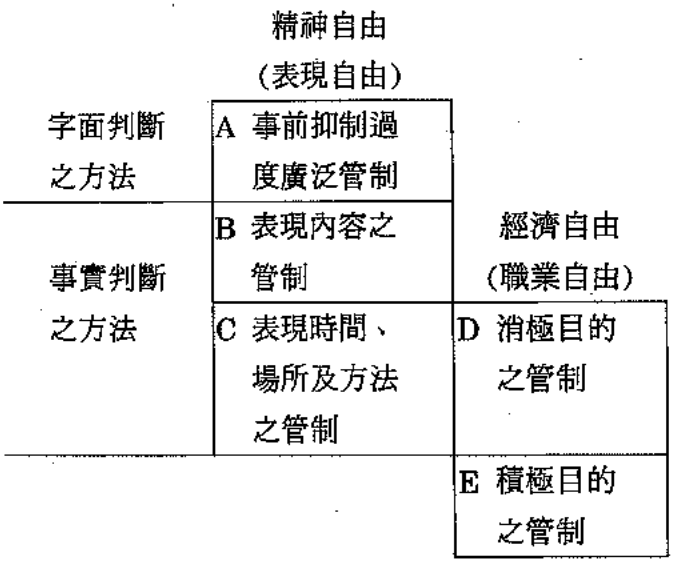
我克制，除非立法明顯違憲，否則即應尊重立法部門之判斷。

上述兩項論據，或有若干疑問。例如，若從民主政治過程之回復立場，主張嚴格審查限制精神自由之立法，則與民主政治過程並無直接關聯的思想與表現之自由，以及隱私權(privacy)，是否即不受嚴格保障？吾人認爲，表現自由等精神自由具有「自我實現」(self－fulfillment)及「自我統治」(self－government)之價值(註38)，兩者密不可分，皆爲民主政治之基礎，「個人尊嚴」之前提。某些精神自由，表面上似與民主政治過程無直接關聯，其實仍然休戚與共，爲建立民主政治所不可或缺之要素。因此，精神自由之保障應儘量廣泛，不以政治性之言論表現範圍爲限。其次，現代人權日趨豐富，性質益形複雜，能否採取精神自由與經濟自由嚴格二分法，非無疑義。某些自由權利兼具兩種性質，某些立法橫跨兩種領域之限制，合憲性如何審查，不易決定。勞動基本權及生存權，固然與經濟自由相關，卻不宜單純當作經濟自由問題處理，其違憲審查基準自須進一步探求。即使經濟自由領域，若過度強調司法自制，無形中將使違憲審查功能衰減，恐怕亦有未洽之處。從這個觀點論之，傳統雙重基準理論確有修正或補充之必要(註39)。儘管如此，雙重基準理論之基本論點，仍然十分重要，其理論價值無法抹煞。吾人認爲，以雙重基準理論爲基礎，針對各種人權之內容與管制方式，建立各種違憲審查基準，並儘量將違憲審查基準予以「準則化」，俾強化違憲審查功能，落實人權保障目的，實乃當代憲法學之重大課題。

我國憲法以代議民主政治爲主，並且包含濃厚之福利國家色彩，試觀第十三章「基本國策」規定，當可察覺，尤其該章第三節「國民經濟」及第四節「社會安全」，相當強調國家對國民經濟及社會生活之介入，若與前述雙重基準之理論根據一併思考，不難獲致我國適宜導入雙重基準理論之結論。但是，不僅釋字第一〇五號解釋欠缺此一觀念，綜觀其他有關解釋，亦如出一轍(註40)。民國七十三年十一月三十日釋字第一九一號解釋、七十五年六月二十日釋字第二〇六號解釋、七十六年四月十七日釋字第二一四號解釋、七十六年四月二十九日釋字第二一五號解釋、七十七年二月二十二日釋字第二二二號解釋及八十年六月二十八日釋字第二八一號解釋，可供對照比較。

㈡理論之內容

依據雙重基準理論，精神自由與經濟自由之保障程度不同，違憲審查基準寬嚴有別，惟此等自由權利之管制形態不一而足，其違憲審查基準可能因管制形態之不同致生差異，所以在某些領域上，精神自由與經濟自由之保障程度具有類似現象。日本憲法學者蘆部信喜以下圖表示其間之關係，並作精闢闡釋(註41)，以下主要參照蘆部學說，扼要說明。圖形左側為精神自由，分成三個領域，保障程度配合位置高低，依序為A＞B＞C；左側為經濟自由，分成D、E兩個領域，保障程度D＞E。違憲審查基準之嚴格程度亦同，即A＞B＞C, D＞E。C、D雖然分屬精神自由與經濟自由，但是位置並列，保障程度及違憲審查基準相近。




除保障程度及違憲審查基準外，A領域之憲法判斷方法亦與其他領域大相逕庭。A領域原則上僅就法律之字面上(on its face)加以審查，即可作成結論。反之，B以下領域，須針對具體事件認定事實(判決事實或司法事實adjudicative facts)，審查合憲性時，並須重視立法事實(legislative facts，作為立法基礎之社會經濟一般事實)之檢討、判斷。

至於各個領域應該適用何種違憲審查基準，問題相當複雜，本文限於

篇幅，以下僅能簡單敍述，無法一一詳加說明。惟表現自由之違憲審查基準，與釋字第一〇五號解釋具有密切關係，將於後文進一步討論。

1.精神自由

精神自由包括內在精神活動自由與外在精神活動自由兩部分。前者如思想良心自由、信仰自由及學術自由，應受絕對保障，不容以立法方式加以限制，自不生違憲審查基準之問題。後者以表現自由爲典型，依上圖所示，分三個領域適用不同之違憲審查基準。

A領域：就表現自由進行事前抑制，或限制表現自由之法條過度廣泛(overbroad)、曖昧不明(vague)時，將對表現自由造成「萎縮效果」或「寒慄效果」(chilling effect)，而危及憲法上當然應受保障之表現活動，故此際應運用字面判斷方法，逕行判定立法違憲無效。本領域之違憲審查基準，有事前抑制禁止理論與明確性原則兩種。

B領域：涉及表現內容之管制，嚴重影響表現自由之機能，原則上不得爲之，故有關立法應作嚴格審查，僅在一定範圍內允許例外存在。惟表現內容之性質不一，違憲審查基準未可一概而論。其中，最受矚目者，非「明顯而立即之危險」基準莫屬。該基準於政治性或非營利性表現方面，特別重要。此外，涉及性或妨害名譽之表現，宜適用「定義性衡量」(definitional balancing)基準。亦即，應先就表現自由與對立之社會價值加以衡量，然後據以嚴格界定猥褻及妨害名譽等概念，將不在定義範圍內之表現納入憲法保障範圍內。

C領域：僅就表現之時間、場所及方法加以管制，不涉及表現內容問題，其違憲審查基準應較B領域寬鬆，最具代表性者，係「限制較小之可選擇手段」(LRA)基準。依據該基準，立法目的即使與表現內容無直接關係，而追求一定之正當利益，其重要性受到肯定，但是如果使用之管制手段限制過大，仍應判定違憲。

2.經濟自由

如前所述，關於經濟自由之管制，以尊重立法部門之判斷爲前提，採用合憲性推定原則及「合理性」基準。亦即，立法事實推定存在，立法目的與手段之間推定具有合理性，凡主張違憲者，必須舉證，方能將其推翻。惟經濟自由之管制，依目的係爲實現福利國家之社會經濟政策，或維

護社會公共秩序與安全而分，有積極管制與消極管制兩種，違憲審查基準不完全一樣。

D領域：屬於消極目的之管制，以「嚴格合理性」基準判斷合憲性。本基準除要求審查立法目的之正當性外，並要求針對有無較緩和的管制手段足以達成該目的之問題，作具體實質之審查。就這點而言，「嚴格合理性」基準似與LRA基準相同；惟前者屬於經濟自由範疇，適用合憲性推定原則，後者不然，故前者之嚴格程度仍較後者稍低。

E領域：屬於積極目的之管制，以「明白原則」判斷合憲性。此一領域廣泛承認立法裁量，唯當立法部門逾越裁量權，採行顯不合理之管制措施時，始判定違憲。

## 二、表現自由之主要違憲審查基準

### (一)事前抑制禁止理論

表現之內容公諸於世前，由公權力先予審查，認爲不適當時，禁止其發表者，謂爲事前抑制(prior restraint, previous restraint)。此種方式，對表現活動之限制極具效果，在歷史上屢見不鮮。十六世紀羅馬教皇對異端書之檢查，即其著例。J. Milton指出，表現自由之本質與意義，在反抗事前抑制之鬥爭中，最能顯現。英國於一六九四年廢止出版之事前許可制度，而著名學者W. Blackstone認爲，出版自由之本質，即「對出版物不爲事前之抑制也」(註42)。

美國聯邦最高法院於一九三一年Near v. Minnesota(283 U.S. 697)判決中，明白採用事前抑制禁止理論，認定州法規定法院得禁止報紙之繼續發行，乃對出版之事前抑制，應屬違憲。該判決係美國聯邦最高法院採用事前抑制禁止理論之濫觴，深具意義(註43)。其後，事前抑制禁止理論歷久不衰，常爲法院判決之依據，一九七一年五角大廈機密文件案判決(New York Times Co. v. United States 403 U.S. 713)，即其著例。日本憲法第二十一條第一項規定，集會、結社、言論、出版及其他一切表現自由，應予保障；第二項規定，事前檢查，不得爲之。禁止事前審查之主體，是否包括法院在內，學說固然尚有爭論，但是行政機關在絕對禁止之列(監獄例外)，則爲通說見解。日本最高法院於一九八六年「北方雜誌」事件判決中

亦表明，行政權絕對不得從事前抑制，至於法院，僅在嚴格條件下方可例外爲之(註44)。

美國聯邦憲法中，並未明定事前抑制之概念，判例學說係從憲法修正第一條之精神，以及表現自由之優越地位，導出事前抑制禁止理論，故該理論屬於解釋論之產物。日本憲法第二十一條第二項明文禁止事前檢查，似與美國不同，惟最高法院於「北方雜誌」判決認爲，該項係絕對禁止行政機關爲事前檢查，而包括法院在內原則上禁止事前抑制之理論，則應以同條第一項有關表現自由之一般保障規定爲依據。因此，其法理基礎與美國並無二致。我國憲法雖無禁止事前抑制之明文，但是基於同一法理，該理論亦有加以適用，作爲表現自由的違憲審查基準之必要。

進一步言之，事前抑制禁止理論乃極嚴格之違憲審查基準，所以採之，理由在於事前抑制對表現自由之侵害程度，遠逾於事後之民事或刑事制裁。以下臚列數點，說明這種侵害之特質(註45)：

(1)不論表現之內容是否屬於憲法保障範圍內，亦即不論表現之內容是否可於事後加以處罰，一旦允許事前抑制，則審查之範圍必然大過可於事後處罰之範圍，使得原本合憲之表現亦受不當干擾。

(2)表現之內容，可能因爲公權力判斷之結果，受到抑制，以致無法到達表現「市場」，而喪失接受民衆判斷之機會。

(3)行政機關擁有廣泛裁量權，以簡易手續從事事前抑制，容易濫用權力，侵害表現自由。

依據事前抑制禁止理論，絕對禁止行政機關從事表現內容之事前抑制。所謂「事前」之認定時點，一般以「發表」爲準，但是今日表現自由之內涵業已擴充至知的權利，基此觀點，民衆能夠「受領」資訊前，毋寧皆應認定爲「事前」。而且，形式上雖似事後制裁，可是制裁方式爲禁止販賣或其他嚴苛之處罰，實質上已將一定之思想或書籍阻絕於自由市場外，此時仍然構成事前抑制，應在禁止之列(註46)。

我國出版法(舊)第四十條規定：「出版品有左列情形之一者，得定期停止其發行：一、出版品就應登記事項爲不實之陳述而發行者。二、不爲第十條或第十七條之聲請變更登記，而發行出版品者。三、出版品之記載違反第三十二條第一款之規定者。四、出版品之記載違反第三十二條第二

款及第三款之規定情節重大者。五、出版品之記載違反第三十四條之規定情節重大者。六、出版品經依第三十七條之規定連續三次警告無效者。前項定期停止發行處分，非經內政部(六十二年修正爲行政院新聞局)核定不得執行，其期間不得超過一年。違反第一項第三款之規定者，得同時扣押其出版品。」第四十一條規定：「出版品有左列情形之一者，由內政部(六十二年修正爲行政院新聞局)予以撤銷登記。一、出版品之記載觸犯或煽動他人觸犯內亂罪、外患罪情節重大，經依法判決確定者。二、出版品之記載以觸犯妨害風化罪爲主要內容，經予以三次定期停止發行處分，而繼續違反者。」上開規定，賦予行政機關(內政部或行政院新聞局)定期停止出版品發行，以及撤銷出版品登記之權限，將某種出版品阻絕於自由市場外，應已違反事前抑制禁止理論。縱使如釋字第一〇五號解釋理由所稱，受處分人不服行政機關之處分時，得提起訴願及向行政法院提起行政訴訟，請求救濟，然而事後救濟實無法彌補事前抑制對表現自由所造成之傷害。本號解釋完全欠缺事前抑制禁止理論之觀念，認定出版法第四十條及第四十一條並未違憲，殊值商榷。

㈡明確性原則

法律係一般性法規範，內容難免帶有抽象特徵，但是法律管制人民之行爲，影響人民之權利義務，自應維持相當程度之明確性，以保障預測可能性。尤其刑罰法規，在罪刑法定主義或正當法律程序(due process of law)要求下，強調明確性原則，凡法條內容曖昧不明者，皆屬無效(void for vagueness)。限制表現自由之立法，即使不含刑罰規定，惟基於表現自由之優越地位，爲防止「萎縮效果」或「寒慄效果」，亦應適用明確性原則，其法條明確程度之要求，高過一般法律。當法律含義不明，侵害到表現自由時，應宣告違憲無效，不得適用「法律之合憲解釋原則」(註47)，亦即不得運用限縮解釋方法，將違憲部分排除，而維持法律之效力。

明確性原則與事前抑制禁止理論一樣，採用字面判斷方法，審查法律之合憲性。美國聯邦最高法院於一九三一年Stromberg v. California (283 U. S. 359)一案，首先以法條規定曖昧不明爲由，宣告加州赤旗法(Red Flag Law)違憲無效(註48)，其後明確性原則即廣泛用爲表現自由之違憲審查基準。日本最高法院於一九七五年德島市公安條例事件及福岡縣青少年保護

條例(淫行處罰條例)事件，皆曾採用明確性原則，作爲違憲審查基準。惟日本最高法院認爲，「維持交通秩序」及「淫行」等規定皆未違反明確性原則，在明確性原則之適用上似乎不夠嚴謹，而遭到學者質疑(註49)。

嚴格言之，明確性原則係主張法律內容不明確者無效，與過度廣泛性理論應有區別。後者係於法律管制之對象及範圍過於廣泛，內容除了憲法上允許管制之表現外，亦包括憲法上保障之表現時，認爲該法律「過度廣泛而無效」(void for overbreadth)。適用過度廣泛性理論致遭違憲判斷之法律，其條文規定本身可能相當「明確」，依照狹義之明確性原則，未必可以判定違憲，由此可見，過度廣泛性理論與明確性原則有所差異。不過，二者皆屬字面審查基準，而且明確性原則適用之對象，往往係因法條文字不明確，適用時有擴大範圍以致侵及應受保障的表現之虞，爰爲違憲判斷，顯示明確性原則與過度廣泛性理論之本質相同(註50)。學者有時未予嚴格區別，原因在此。

依據我國出版法第四十條與第四十一條規定，以及引用同法第三十二條結果，出版品觸犯或煽動他人觸犯內亂罪、外患罪、妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪、褻瀆祀典罪或妨害風化罪者，可能受定期停止發行或撤銷登記之處罰。這些規定，前提認爲出版品可能觸犯各種罪名，其立法精神顯然缺乏表現自由應受高度保障之觀念。同時，以「煽動」爲要件，概念過於廣泛或欠缺明確性，極易遭到濫用，而侵害表現自由。基於明確性原則，這些規定似有違憲之嫌。釋字第一〇五號解釋理由認爲「…上開各條所規定之處分要件，甚爲嚴格…」，從而作成合憲判斷。大法官會議究竟有無明確性原則之觀念，單純從上述理由尚難論斷，惟綜觀整個解釋內容，對於表現自由的優越地位之認識，完全付諸闕如，因此答案似屬否定。再者，大法官會議認爲各該規定之要件甚爲嚴格，其見解亦有待商榷，不俟贅言。

我國過去戒嚴時期，依「台灣地區戒嚴時期出版物管制辦法」第三條規定，出版物不得「爲共匪宣傳」、「詆毀國家元首」、「違背反共國策」、「淆亂視聽，影響民心士氣或危害社會治安」、「挑撥政府與人民情感」、「內容猥褻有悖公序良俗或煽動他人犯罪」；違反者，軍事機關得將出版物扣押、查禁或停刊。該規定以極度廣泛及不明確之用語限制表

現自由，明顯違反明確性原則。

事實上現行法律中，違反明確性原則之規定仍然極多。廣播電視法第二十一規定：「廣播、電視節目內容，不得有左列情形之一：一、損害國家利益或民族尊嚴。二、違背反共復國國策或政府法令。三、煽惑他人犯罪或違背法令。四、傷害兒童身心健康。五、妨害公共秩序或善良風俗。六、散佈謠言、邪說或淆亂視聽。」即其著例，而社會秩序維護法中類似情形更多，不勝枚舉。為了維護表現自由，有關法律應該全面檢討修正。

㈢明顯而立即之危險基準

關於限制表現內容之立法，最具代表性之違憲審查基準，非明顯而立即之危險基準莫屬(註51)。該基準最早出現在一九一九年Schenk v. United States (249 U.S. 47)一案聯邦最高法院判決，由O. W. Holmes所寫之法庭意見中。當時，明顯而立即之危險基準只是運用在法令解釋適用上，作為具體行為是否構成犯罪之事實判斷基準；直到一九四〇年代，始進一步發展為表現自由之違憲審查基準。根據此一基準，必須符合下列四個要件，始得對表現內容加以限制：(1)引起實害之蓋然性(probability)相當明顯；(2)實害之發生在時間上具有迫切性 (imminency)；(3)實害具有重大性 (gravity)；(4)為了規避實害，有採取一定管制措施之必要性(necessity)(註52)。

惟一九五〇年代後，受到東西冷戰影響，明顯而立即之危險產生變質。美國聯邦最高法院於一九五一年Dennis v. United States (341 U.S. 494)一案判決，忽視前揭「迫切性」要件，認為危險即使在時間上欠缺迫切性，亦可就其言論加以管制。如此一來，明顯而立即之危險基準實質上精髓消失殆盡；變成「明顯而可能之危險」(clear and probable danger)基準(註53)，而與「比較衡量」(ad hoc balancing)基準大同小異。由於國家安全與個人自由衡量時，往往偏重前者，而導出合憲結論，顯然不利於表現自由之保障。迨一九六九年Brandenburg v. Ohio (398 U.S. 444)一案，聯邦最高法院再度強調「迫切性」要件，同時將處罰對象限定於「違法行為」之煽動，使得明顯而立即之危險基準脫胎換骨，重新受到矚目(註54)。

日本戰後受美國影響，學界對明顯而立即之危險基準十分重視，下級法院亦經常加以援用(註55)。但是，最高法院之態度迥異，似乎對該基準

視若無睹。學者批評，日本最高法院之判決，一般尚未充分維護表現自由之價值，須要檢討(註56)。

如前所述，我國出版法第三十二條、第四十條及第四十一條以「煽動」作爲處罰要件，似有違反明確性原則之嫌。縱使退一步，不認爲違反明確性原則，其規定從明顯而立即之危險基準觀之，亦有商榷餘地。衆所周知，凡是言論或出版(特別是政治性表現)，或多或少皆包含煽動之要素，僅因具有煽動要件，即加以處罰，無乃太過？吾人認爲，擬對煽動行爲加以處罰時，至少必須使法律要件更加明確，同時處罰之對象必須具有明顯而立即之危險，換言之，唯當表現行爲明顯可能引起急迫、重大之實質惡害，而且其惡害非採取一定管制手段無法有效防止者，方可立法限制之(註57)。準此，出版法各該規定，特別是煽動他人觸犯妨害公務罪，妨害投票罪及妨害秩序罪等部分，恐怕皆有違憲之嫌。釋字第一〇五號解釋未能就此論究，顯失妥當。

## 伍、結語

人權具有界限，毋庸置疑，惟人權乃維護個人尊嚴所不可或缺之要素，不得假借公共福祉或公益爲由，任意加以限制。尤其表現自由在人權體系中佔有優越地位，應受高度保障，僅於少數例外情形，始能加以限制。美日等國學說、判例，針對人權之界限及違憲審查基準，早已累積豐富成果，足供借鏡。在表現自由方面，雙重基準理論、事前抑制禁止理論、明確性原則及明顯而立即之危險基準，皆屬重要之理論或違憲審查基準，值得參酌採行。

惟國內傳統學說及司法院大法官會議囿於憲法第二十三條規定，過度強調人權之限制，導致憲法保障人權之精神隱晦不彰，立憲主義無法落實。這種現象必須徹底檢討，謀求改進。由於司法院釋字第一〇五號解釋涉及表現自由之保障問題，意義特殊，本文特別取作對象，加以剖析、探討，結果顯示，該解釋徒引憲法第二十三條爲依據，而欠缺具體合理之違憲審查基準，實與先進國家之水準相去甚遠。吾人認爲，爲了實現違憲審查功能，強化人權保障，今後大法官會議應致力於違憲審查基準之建立，

並將違憲審查基準加以「準則(rule)化」。

此外，出版法對表現自由之限制，超過容許之界限，無法通過事前抑制禁止理論、明確性原則及明顯而立即之危險基準的檢驗，理應儘速修正。現行其他與表現自由有關之法律，可能違憲者亦不在少數，須要通盤調整，俾使表現自由獲得應有之保障，進而確保個人尊嚴，奠定民主政治之基礎。

## 註釋：

註1：J. S. Mill著，郭志嵩譯，論自由及論代議政治，協志工業叢書出版公司，1974年3版，頁51。

註2：民國四十三年八月廿七日釋字第三十八號解釋謂：「……縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之依據，不得限制人民之自由權利」，顯然與憲法第二十三條有關。聲請解釋之宜蘭縣議會於代電中引用憲法第二十三條，行政院所附意見亦同，惟該解釋文未予明揭，且其內容僅涉及縣議會職權問題，尚與法律合憲性或違憲審查基準無關。

註3：林紀東依據重要性之高低，將大法官會議有關憲法之解釋分爲重要、次要及其他(內容較爲單純者)三類，釋字第一〇五號解釋劃歸第二類，亦即次要解釋。參照氏著，大法官會議憲法解釋析論，五南圖書出版公司，1983年初版。其分類之具體標準何在，未臻明確，惟第一〇五號解釋之歸類顯失妥當，此由本文之論述可以推知。

註4：蘆部信喜著，現代人權論，有斐閣，1981年初版10刷，頁95、96。

註5：林紀東指出「出版法第四十條及第四十一條之規定，究係由於憲法第二十三條何項，或何數項之必要，本號解釋，未予指明，遽執聲請文之語句，爲籠統之論斷，殊不足以昭愼重也」，惟氏認爲「本號解釋之說理，雖未必精當，其結論則甚爲正確也」。參照註3所揭書，頁195、196。吾人認爲，結論是否正確，猶待探討，而說理欠妥，則無可置疑。

註6：蘆部信喜著，人權の司法的救濟，收於「司法のあり方と人權」，東京大學出版會，1983年初版，頁71以下。

註7：林紀東著，中華民國憲法釋論，大中國圖書公司，1984年改訂45版，頁163、164。

註8：宮澤俊義著，憲法Ⅱ〔新版〕，有斐閣，1975年新版再版5刷，頁113～116。

註 9：蘆部信喜著，人權の限界(1)，法學教室第110號，1989年11月，頁63～65。

註10：「法律保留」包括兩種意涵，一如德國行政法學開山鼻祖O. Mayer以來習慣用法，指行政權限制國民權利時，非有法律依據不可；一如此處用法，指國民權利禁止以行政權加以侵犯，但不妨由立法權限制之。參照宮澤俊義著，「法律の留保」について，收於「憲法の原理」，岩波書店，1967年1刷，頁357以下。

註11：反之，如果採取所謂「革命民權」說，則認爲權利乃在法律容許之範圍內，始有其存在，而動輒援引我國憲法第二十三條規定，作爲立法限制人民權利之根據，應不足爲奇(如管歐著，憲法新論，五南圖書出版公司，1989年增訂20版，頁105、106及120)。惟「革命民權」說違背人權思潮，問題重重，要不足採，詳見拙著，憲法之基礎理論，稻禾出版社，1992年初版，頁56、57，註29。

註12：德國基本法依人權種類及性質之差異，而作各種不同之限制及保留，或稱之爲「區分式保留」(differenzierender Vorbehalt)。參照陳新民著，論憲法人民基本權利的限制，收於「憲法基本權利之基本理論」，三民書局，1992年3版，頁203。

註13：劉慶瑞著，中華民國憲法要義，三民書局，1976年修訂9版，頁117；林紀東著，中華民國憲法逐條釋義第一册，三民書局，1975年再版，頁341～345；董翔飛著，中國憲法與政府，自刊本，1991年大修訂21版，頁114、123；鄭彥棻著，五權憲法與中華民國憲法，收於「憲法論叢」，東大圖書公司，1980年初版，頁84、85。惟論者因有憲法第二十三條之規定，而謂『我國對人民自由權利採「憲法直接保障主義」原則下，兼採「法律保障主義」之例外』，復認爲「若以(憲法)第二十三條與第七條至第二十二條有關人民權利自由之規定，加以比較觀察，則第二十三條實居較高之位層及優先之效力，其與第二十三條規定衝突時，即應優先適用第二十三條，從而若說第二十三條是特別憲法之規定，亦不爲過」。參照耿雲卿著，中華民國憲法論(上册)，華欣文化事業中心，頁151、152。其論述前後矛盾，至爲明顯。蓋既主張憲法第二十三條爲「法律保障主義」之表現，又認爲該條效力優於其他人權條款，則結論應認定我國憲法採取「法律保障主義」，何來「憲法直接保障主義」原則下，兼採「法律保障主義」之說法。

註14：內野正幸認爲，限制自由之正當化事由，除爲實現社會政策或經濟政策之目的者，另當別論外，可舉出下列數種：
(1)確保他人之權利或利益(含治安、公共衛生等)。
(2)保護本人之客觀利益，例如規定駕機車須戴安全帽。
(3)確保公共道德，例如禁止賣春及虐待動物，規定侮辱宗教建築物罪及侵害屍體罪等。

(4)保護自然及文化環境，例如限制狩獵之自由。
(5)確保國家之正當統治及行政機能，例如規定公務中立性、裁判公正、犯罪之處罰及徵稅等。
參照氏著，「憲法上の自由」の範圍と限界，法律時報第60卷第9號，1988年8月，頁80。其中部分內容，非我國憲法第二十三條規定之四種情形所能涵蓋，尤其第(2)種事由，至爲顯然。

註15：薩孟武謂：『吾國憲法，又和美國憲法增補條文之規定不同，並沒有絕對禁止法律限制人民的自由權。憲法第二十三條，實開限制之門……，即有了①防止妨礙他人自由，②避免緊急危難，③維持社會秩序，④增進公共利益四種目的之一，法律才得限制人民的自由權利，而其限制，又以四種目的所必要者爲限，沒有這四種目的之一，或有了，而其所限制者，乃超過必要的範圍外，這種法律都是違憲的。人民的自由，確實受到保障了。不過吾人若研究四種目的，又可知道任何國家任何法律，苟欲限制人民的自由權利，均不能逃出這四種目的之外。五五憲草，於每條之中均加以「非依法律不得……」，「依法律有……」之言，國民大會把它刪去，而又保留上述條文，這何異於朝三暮四與朝四暮三之別。」薩氏此一見解是否正確，有待商榷。惟林紀東因爲五五憲草第二十五條之規定，與現行憲法第二十三條類似，而認爲「薩氏對於本條之解釋，自甚正確，謂其規定，與五五憲草間接保障之規定，並無差異，亦頗有理由」。引自林紀東著，註13所揭書，頁342。

註16：例如朱武獻著，言論自由之憲法保障，中美言論自由法制之比較研討會專刊，中國比較法學會印行，1986年10月，頁24以下；林錫堯著，西德公法上之比例原則，司法周刊第88期，1982年12月；李震山著，西德警察法上之比例原則與裁量原則，警政學報第9期，1986年6月，頁4以下；陳新民著，註12所揭，頁239以下；葉俊榮著，論比例原則與行政裁量權，憲政時代第11卷第3期，1986年1月，頁79以下。

註17：LRA爲less restrictive alternative之簡稱，該基準有時稱less drastic means, less intrusive alternative, less destructive measures, less invasive means, narrower means, less offensive alternative, less subversive alternative, less harmful means, alternative means，用語不一而足，意指爲達立法目的，有諸多手段可採用時，立法應選擇必要最小限度之手段，否則該立法即屬違憲。LRA適用之對象及範圍，相當具有爭論，詳見右崎正博著，「より制限的でない他の選びうる手段」の基準，收於蘆部信喜編「講座憲法訴訟」第2卷，有斐閣，1983年初版，頁197以下。

註18：蘆部信喜著，人權の限界(2)，法學教室第111號，1989年12月，頁82、83。

註19：蘆部信喜著，憲法判例を讀む，岩波書店，1987年第3刷，頁88。

註20：奧平康弘著，公共の福祉に關する立法及び判例の傾向，收於清宮四郎、佐藤功編集「憲法講座」第2卷，有斐閣，1979年初版23刷，頁18。

註21：法學協會編，註解日本國憲法，有斐閣，1957年初版10刷，頁293以下。

註22：參照蘆部信喜整理之大要，同註18，頁83；同註19，頁90。

註23：同註18，頁84。

註24：同註8，頁218以下；宮澤俊義著，蘆部信喜補訂，全訂日本國憲法，有斐閣，1980年2版4刷，頁198以下。

註25：同註18，頁85；同註19，頁92、93。

註26：同註18，頁85、86。

註27：蘆部信喜著，人權の限界(3)，法學教室第113號，1990年2 月，頁60～65。

註28：陳新民雖然主張憲法第二十三條內含比例原則，但是認爲該條屬於「概括公益保留」方式，顯示憲法對所有基本權利之保障乃一視同仁，無所偏頗。因而，立憲者對於每個基本權利之本質上的「可限制性」，除了散在各「特別公益」有所特別規定外，則是委由立法者自行限定。參照註12所揭，頁202。此一見解頗值商榷，理由可從後文有關論述進一步得知。

註29：奧平康弘著，「二重の基準」理論，收於奧平康弘、松原泰雄著「憲法演習教室」，有斐閣，1987年1版，頁72。

註30：同註19，頁98。

註31：司法積極主義與消極主義用語，學者之定義並不一致，此處參照蘆部信喜之見解，謂司法消極主義或司法自制論係指，行使違憲審查權之際，認爲「應對立法部門及行政部門等政策決定者(policy－makers)之決斷，採取最大限度的『謙讓與敬意』(modesty and deference)之立場者」。見氏著，司法の積極主義と消極主義，收於註6所揭書，頁94。這是司法哲學次元之概念，另有學者用在經驗分析次元上，藉以記述違憲審查權實際行使情形。惟使用在經驗分析層次時，違憲審查機關積極從事憲法判斷，卻消極爲違憲判斷(即積極爲合憲判斷)者，究屬積極主義或消極主義，學者見解互有出入。詳見中谷實著，司法消極主義こ司法積極主義，收於氏編著「憲法訴訟の基本問題」，法曹同人出版，1989年初版，頁19以下。

註32：同註29，頁75、76。

註33：蘆部信喜著，人權の限界(4)，法學教室第115號，1990年4月，頁

63、64。

註34：中村睦男著，社會經濟政策の手段としてなされる營業規制，收於蘆部信喜編「憲法判例百選Ⅰ」，有斐閣，1980年，頁51、52。

註35：山下健次著，職業の自由の制限(藥事法事件)，收於樋口陽一編「憲法の基本判例」，有斐閣，1985年，頁109～113。

註36：蘆部信喜著，憲法訴訟と「二重の基準」の理論，收於「憲法訴訟の現代的展開」，有斐閣，1982年初版2刷，頁66、67。

註37：同註33，頁65。

註38：蘆部信喜著，演習憲法〔新版〕，有斐閣，1988年新版1刷，頁136。

註39：同註6，頁86以下；同註33，頁65～68。

註40：法治斌指出，司法院大法官會議對於人民權利之保障，迄至一七一號解釋爲止，似可歸納爲財產權之地位反有凌駕其他權利之上之現象。參照氏著，憲法保障人民財產權與其他權利之標準，收於「憲法專論(一)」，三民書局，1985年初版，頁264。吾人認爲，有關精神自由之解釋太少，尙難作成完整比較，惟至今司法院解釋中仍無雙重基準理論存在，應可斷言。

註41：蘆部信喜著，人權の限界(5)，法學教室第117號，1990年6月，頁76以下；同註19，頁102以下。當然，由於現代人權之種類複雜化，管制形態多樣化，所以該圖及其說明僅能處理主要部分，無法面面俱到。

註42：濱田純一著，事前抑制の理論，收於註17所揭書，頁267、268。

註43：伊藤正己著，言論·出版の自由，岩波書局，1980年14刷，頁108以下。

註44：高野敏樹著，事前抑制·檢閱禁止の理論，收於註31所揭中谷實編著書，頁220、221。

註45：同註42，頁284。

註46：同註4，頁116。蘆部信喜著，表現の自由(2)，收於蘆部信喜等編「演習憲法」，青林書院新社，1979年初版12刷，頁264。

註47：李鴻禧著，違憲審查論，自刊本，1986年初版，頁205、206。

註48：藤井俊夫著，憲法訴訟の基礎理論，成文堂，1981年1刷，頁2。拙著，註11所揭書，頁242、243。

註49：同註19，頁232～235。

註50：藤井俊夫著，過度の廣汎性の理論および明確性の理論，收於註17所揭書，頁367。

註51：國內有關明顯而立即之危險基準的論述，主要有：劉慶瑞著，論「明白而立刻的危險」原則，收於「比較憲法研究」，三民書局，1958年初版，頁61以下；李鴻禧著，言論出版自由之民主憲政意義，收於「憲法與人權」，自刊本，1985年初版，頁403以下；林子儀著，言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋，收於「言論自由與新聞自由」，月旦出版社，1993年初版，頁163以下。

註52：同註19，頁188。

註53：浦部法穗著，明白かつ現在の危險，收於註17所揭書，頁256。

註54：同註19，頁190、191。

註55：浦部法穗著，違憲審查の基準，勁草書房，1985年1版1刷，頁58。

註56：同註54，頁244。

註57：同註41第一篇論文，頁77、78。

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月 第51～87頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p.51～87

# 論立法院的條約議決權
## ——兼論制定「條約締結法」的必要性

周志宏*

# The Power of Legislative Yuan on Treaty-Making Processes

by
Chih-Hung Chou

目 次



* 淡江大學公共行政學系講師

# 壹、前言

國家之外交事務主要係屬行政權之範圍，因而通常是由政府行政部門負責決定政策及執行。惟國會基於現代民主國家民主政治、責任政治及法治國家之原則，均應保有參與國家外交事務、監督政府外交行政之權力，以便於國會之監督與制衡。一般而言，國會對外交事務的參與及監督，除透過法律之制定、預算之審議、施政之質詢外，有關條約締結的事前的參與、授權或事後的審議、同意等制度，亦爲現代主要民主國家憲法，對國會參與及監督國家外交事務所設計之制度。但由於國家的外交事務，經常須講求積極、主動、及時，甚至於有時亦要求靈活性及機密性。因此，在推動外交事務上，國會的監督與行政效率的要求，不免會產生衝突，此在條約、協定等國際協議(註1)的簽定上，尤其顯著。因而，在制度上應如何一方面確保國會對國家外交事務之監督，另方面又能兼顧外交行政效率上的要求，便是本文所欲探討之問題。

此外，我國在現時對外關係的推動上，由於中華人民共和國的處處排擠與阻撓，以及海峽兩岸彼此間均堅持「一個中國」的主張，互相聲稱主權及於對方，以致於其他國家不得不被迫二者取一，選擇其中一方作爲「中國」之唯一合法政府。其結果造成承認中華民國之國家日益減少，而承認中華人民共和國者日增，使得我國在外交上陷於重大困境，故不得不力求在「實質外交」上進行突破。因此，在國家現時外交困境下，對於無邦交國家透過政府間或政府授權之民間團體間簽定「協定」(agreement)的方式來拓展「實質外交」，便顯示出其重要性。雖然，國際間協定劇增的現象早已存在(註2)，但是此種有邦交國家政府間，及無邦交國家政府或其授權之民間團體間，均可簽定的國際協議，是否須經國會事前的參與、授權，事後的審議、同意或監督，在學說及實務上均有爭議，且各國所採取之制度也都有若干差異，究以何種制度爲優，頗值得探討。我國憲法上對於立法院之條約議決權有所規定，其規定是否包括協定之議決權在內？我國現時之運作狀況爲何？是否合乎憲法之規範目的？均值得加以檢討。因此，本文也將對我國立法院之條約議決權與協定間之關係，以及「條約

締結法」制定之必要性，加以分析與檢討。

## 貳、條約與協定的概念

在國際法上，國際法主體與國際法主體間所締結之約定，而能發生法律上效果者，可統稱爲國際協議(international agreement)。惟其具體之名稱則有「條約」(treaty)、「公約」(convention, general treaty, general convention)、「協定」(agreement)、「行政協定」(executive agreement)、「議定書」(protocol, general act)、「最終議定書」(final act, final protocol)、「辦法」(arrangement)、「宣言」(declaration)、「盟約」(covenant)、「憲章」(charter)、「規約」或「規章」(statute)、「條款」(provisions)、「章程」(regulation)、「組織法」(constitution)、「過渡辦法」(modus vivendi)、「換文」(exchange of notes or letters)、「仲裁協定」(compromis)、「附加條款」(additional articals)、「同意紀錄」(agree minutes)、「議事紀錄」(proces－verbal)，以及「備忘錄」(memorandum)等(註3)。其中尤以「條約」與「協定」使用最爲普遍。然而，一般使用「條約」與「協定」之用語，其概念又具有廣義與狹義之不同意涵，且兩者間在概念上亦有重疊及差異之部分，以下便嘗試加以分析。

### 一、條約

條約具有廣義及狹義兩種不同內涵，其所指涉之對象有所不同，以下便分別加以說明：

㈠廣義的條約　依一九六九年維也納條約法公約第二條規定：「稱條約者，謂國家間所締結而以國際法爲準之國際書面協定，不論其載於一項單獨文書或兩項以上相互有關之文書內，亦不論其特定之名稱如何。」該公約雖只適用於國家與國家間之條約，但同公約第三條亦承認：「國家與國家以外之國際法主體間，以及國家以外之國際法主體相互間所締結之條約」，並不因此而影響其效力。此外，一九八六年「關於國家和國際組織間或國際組織相互間條約法的維也納公約」，亦採同一見解，該公約第二

條中規定「條約」係指：「一個或更多國家和一個或更多國際組織間，或國際組織相互間，以書面締結並受國際法支配的國際協議，不論其載於一項單獨文書或兩項或更多有關的文書內，也不論其特定之名稱爲何。」可見，廣義之條約，應包括國際法主體間所締結之各種形式及名稱的國際協議(註4)。

此外，學者間對條約之定義也多採廣義的解釋，有認爲：「條約是二個以上國際法主體所締結的協定而發生一定的法律效力者。」(註5)；有認爲條約是「二個或二個以上國家或國際法人，所締結而又受國際法規律的任何國際協定。」(註6)；亦有簡單定義爲「國家間形成之合意而具有法的約束力者。」(註7)此均係指廣義的條約概念。

㈡狹義之條約　狹義之條約，則係專指「形式莊嚴，內容重要而名爲treaty者」(註8)，亦即僅指以「條約」(treaty)爲名稱之國際協議而言(註9)。

## 二、協定

「協定」此一概念，通常係指國際協議中以「協定」(agreement)爲名稱者而言(註10)，此可稱之爲「狹義的協定」。至於我國及其他國家亦有將「協定」泛指正式的條約以外，形式較爲簡略之所有國際協議者，因此可稱爲「廣意之協定」。另外，在美國法上所發展出之「行政協定」(executive agreement)概念，因其泛指無須經過參議院之同意，而由總統單獨簽訂之國際協議(註11)，亦屬於「廣義的協定」之一種。

## 三、條約與協定的異同

廣義之條約包含協定在內，並無比較其異同之實益。惟狹義之條約與協定則有區別之必要。一般而言，條約與協定之差異主要有以下幾點：

㈠形式與內容

在形式與內容上，條約係最正式之外交文書，形式莊嚴，內容重要通常是關於永久性之問題，且多記載締約國就一般關係或特殊問題達成的廣泛協議，因此所具有之政治意義較大；協定則係一項或兩項以上之非正式文書，形式不像條約那樣莊嚴，內容則係比較次要或臨時性的問題，主要

著重於行政及執行方面，通常是記載締約國就一般日常事務達成之協議，政治上之意義較小，多用於僅具技術性、行政性事項之協議(註12)。

㈡締結名義

在締結名義上，條約通常係以國家元首名義締結；而協定則多以政府或政府部會名義締結。「聯合國憲章」第一〇二條將條約與協定之登記一併加以規定，其中「前者係指以最高行政當局(highest executive authority)的名義締結，規範締約國之間一般和實質(general and substantial)的關係；而後者則係以下級行政官署(subordinate executive authority)之名義締結，規範政府間的一般事務(ordinary government business)。」(註13)

㈢締結程序

在締結程序上，條約通常於簽署後尚需經過批准之手續協始能生效；而協定通常不需經過批准之手續，簽署後即發生效力。惟此並非絕對之差異，有時協定亦需經批准之手續(註14)。

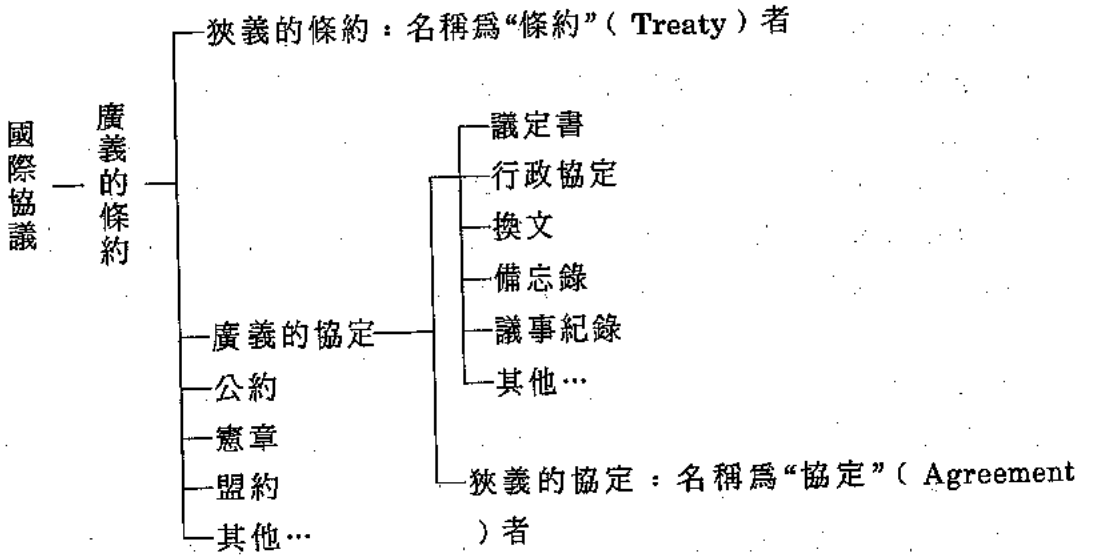
上述三方面之差異，僅係原則上之區別，實際均非絕對如此，仍有相當多之例外情形。

至於條約與協定相同之處，則在於兩者均爲國際法主體間所締結之具有法律效力之國際協議中的一種，在國際法上其效力相同，均適用一九六九年維也納條約法公約及一九八六年關於國家和國際組織間或國際組織相互間條約法的維也納公約。

因此，吾人可以說，條約與協定之區分，除顯示其在形式上及締結程序上之差異外，在實質的國際法效力上，則無太大區別。無怪乎有學者指出，條約與協定之區別，係一國國內憲法上之問題，而無國際法上之意義(註15)。

基於以上的認識，本文以下對於條約、協定之討論，主要是從各國國內法，特別是憲法的角度，來分析條約與協定之區別，以及各國國會對條約、協定締結權的民主控制方式。

附表一：




## 叁、各國憲法中國會對條約、協定的權限規定

如前所述，條約及協定之區別，在國內法上的意義，遠大於國際法上的意義。尤其是在憲法學上，條約與協定之區別，通常涉及一國行政權與立法權間，對於外交事務的權限劃分與制衡關係，並決定了國會對外交事務，尤其是條約、協定締結權的參與及監督程度。因此，各國憲法對於條約或協定之締結權以及國會關於條約或協定之權限，均有不同之規定與制度設計。各國的不同制度，如能予以介紹及比較，應有助於分析各國對條約與協定之區別、各國國會關於條約與協定之權限，以及各國如何調和外交行政上之效率要求與外交事務上之國會監督間的兩難關係。本文以下便就美國、日本、德國、法國及荷蘭等五個制度上各具特色之國家，來比較分析其制度設計上之異同，以作爲檢討我國現狀之參考。

### 一、美國

美國法上將國際協議區分爲兩類，一是「條約」(treaty)，一是「行政

協定」(executive agreement)。根據美國憲法第二條第二項：「總統經參議院之諮商及同意，並得該院出席議員三分之二贊成時，有締結條約之權。」(註16)因此，凡是條約均應經參議院出席議員三分之二以上之贊成，總統始得締結條約。然而，需經參議院同意之所謂「條約」，係一技術性的概念，並不以名稱爲「treaty」者爲限，凡是由總統經參議院之諮商及同意，且獲得該院出席議員三分之二贊成所締結之國際協議，均爲此處所稱之條約(註17)。至於行政協定，則是指總統依據法律或先前條約之授權，或依據其憲法上之使節接受權、統帥權，以及「監督法律之忠實履行」權等單獨的憲法權力所締結之國際協議(註18)。因此，行政協定應可區分爲三種類型(註19)：

(1)是「國會授權之行政協定」(Congressional－Executive Agreement)，即在具體事項上基於國會之立法授權締結之行政協定。

(2)是「履行條約之行政協定」(Treaty Inplementing Agreement)即根據已經參議院同意所締結之條約上的條款，爲履行該條約所締結之行政協定。

(3)是「單純之行政協定」(Pure Executive Agreement)即根據總統單獨之憲法上權力，例如前述之使節接受權、統帥權，以及「監督法律之忠實履行」權等，所締結之行政協定(註20)。

美國之所以發展出行政協定此一概念，主要係因爲國際關係之日益密切及複雜，使得締結國際協議之必要性大增。然而，條約之締結需經參議院同意，不但手續麻煩、曠日廢時，無法應付變化無常之國際情勢。而且，因爲需要參議院出席議員三分之二的同意，所以只要有三分之一的出席議員反對，條約便無法通過，使得少數議員無異有締結條約之否決權(註21)。因而美國總統便經常捨棄條約之形式，而以行政協定之形式締結國際協議。如此雖能顧及外交事務上之需要，但卻規避了國會對條約締結權的參與及同意。所以，長久以來，對於行政協定規避國會監督一事，在美國一直產生不少爭議。

國會對條約締結權的參與及同意，在締結條約之情形下，固不必論，即使在國會立法授權之行政協定，以及履行條約之行政協定之情形，國會

對於總統締結國際協議之權力，均可認爲已有適當之事前參與，所以比較沒有問題。比較有問題的是，在單純之行政協定的情形，由於此種行政協定完全是由總統依據其憲法上之權力單獨締結，國會對此種協定，除經由預算之控制外，無從過問及監督。此種情形在屬於「非自動履行」(non-self-executing)(註22)的單純行政協定，因其事後尚須經由國會之立法始能在美國發生國內法之效力，亦較不成問題。但是在「自動履行」(self-executing)之單純行政協定，一旦行政協定簽署生效，即在美國發生優於州法律甚至有時亦有優於聯邦法律之效力(註23)。因此，如無國會之適當監督或參與，將會造成總統之權力過於膨脹。所以美國國會亟思尋求有效方法對總統之締約權加以限制。

早在一九五〇年代，就有一般稱爲Bricker修正案的憲法修正案被提出，其目的在限制條約及行政協定之「自動履行」效果，並界定條約締結權與行政協定締結權。雖然在一九五二年至五七年間，前後曾有數個版本的Bricker修正案被提出，並且這些修正案主要目的均是希望加強國會對行政協定之監督，並使所有的國際協議在美國法之下，均成爲「非自動履行」的。這也就是說，這些國際協議要在美國法院中被適用前，必須要先經過國會「施行的立法」(implementing legislation)。例如，1953年參議院司法委員會所通過之修憲條文，其內容爲：

㈠條約條文與憲法牴觸者無效。

㈡條約非經過立法程序，不發生美國國內法之效力，而此項立法必須不必藉口於條約，亦得發生效力。

㈢美國與外國或國際組織所簽訂的任何行政協定，或其他協定，國會均有權干預，此類協定應受本條文加於條約上之限制。

㈣國會有權制定適當法律，以執行本條文(註24)。

然而，這些憲法修正案結果均未能在兩院中獲得三分之二的多數通過。不過，爲了應付國會對此一問題的關切，美國國務院發表了第一七五號通告(circular 175)，該份正式文件表明：「在決定一件正在談判中的國際協議將作爲行政協定或條約處理時，國務院將考慮此一國際協議對國家整體之影響、此一國際協議是否會影響到各州法律、此一國際協議是否可以是自動履行的、關於類似國際協議之相關成例、國會的偏好、此一國際

協議的正式性程度、此一國際協議預期之有效時間以及有關此一形式之國際協議在國際上的實踐。」(註25)

雖然如此，其後由於在越戰時期有幾件秘密行政協定被揭露，促使國會制定了「凱斯法」(Case Act)(註26)，要求行政部門在每一件國際協議生效之後，應於六十日內，立即將其原文送至國會查照(註27)，藉此監督行政部門所締結之行政協定。惟在於美國憲政之實際運作上，由於總統於條約簽署前常與參議院兩黨領袖或外交委員會議員作非正式諮商，而行政部門也常將國會議員納入國際協議之談判代表中，甚至在有關貿易事務等問題之國際性談判中，國會議員之參與，更已成爲法律所明文規定者(註28)。因此，美國國會實際上有許多途徑可參與及監督行政部門條約、協定之締結過程。

## 二、日本

日本在明治憲法時代，條約締結權專屬於天皇，不承認帝國議會的參與權。相反的，日本國憲法則根本改革過去的制度，將國家之條約締結權，置於國會的民主控制之下(註29)。因而，在日本國憲法第七十三條第三款中規定，「締結條約」是內閣的職務，「但應於事前，或視情形於事後經國會之承認。」然而，關於本條規定所稱之「條約」，係指所有的國際協議？或僅限於部分之國際協議？如係後者，則須經國會承認之「條約」與不須經國會承認而直接由行政部門締結之國際協議，應以何種基準加以劃分，便產生問題。

㈠學者的見解

日本學者對於日本國憲法第七十三條第三款之「條約」所指範圍爲何，通說見解認爲係指廣義的或實質意義的條約，即不限於名稱爲「條約」者，凡是協定、議定書、宣言等實質意義之條約皆包括在內(註30)。例如，小林直樹教授認爲，該條所規定之「條約」係指「廣義之實質上的條約(協約、協定、取極、議定書等)」(註31)，並且「由於廣義之條約包括國家之間的一切合意，因此，在憲法上全部應經國會的承認」(註32)。不過，小林教授也認爲：「若是單純以技術性的細節爲內容之行政協定，由於與委任命令有相同意義，若說不必經國會的承認也是可以的。但是，

如果行政協定的具體內容，與國民的權利義務有密切的關係，且具有超越行政權之專屬權限事項性質之規定不少的話，過度之包括性地委任，應該說是不得加以承認的。基於廣泛委任之條約所締結之行政協定，作爲實質上的條約，而不經『國會的承認』，很難說是合乎於要對條約施予民主控制之憲法精神。」(註33)他同時強調：「議會對條約之控制，由於對政府而言是麻煩的事，爲避免國會之審議，將實質之內容移到『行政協定』中的作法，在美國等國家可以看到已成爲顯著之頃向。但那是爲了使對條約的民主控制空洞化，可說是屬於脫法行爲的方法，以此種方法伴隨著無視議會與國民意思的愚民政策，特別是使內容侵害憲法基本原則之協定及備忘錄，免於國會之審議，將成爲大問題。」(註34)依小林教授的此種看法，似認爲除以技術性的細節爲內容之行政協定，係屬於行政權之專屬權限事項範圍內，由於與委任命令有相同的意義，因此不須經過國會之承認外，其他行政協定仍應經國會之承認，否則即屬一種違反憲法精神之脫法行爲。

除此之外，橋本公亘教授也認爲：「所謂條約係稱國家間以文書作成之合意。不限於具有『條約』之名稱者，亦包含稱爲協約、協定、取極、交換公文、宣言等名稱者。」(註35)但他也說：「國家間以文書作成之合意，並非全部都要經過國會承認，也就是說，就某一條約的實施，規定技術性的、事務性的細節者，不必一一經過國會的承認。在法律上可以承認委任命令及執行命令的同樣意義上，可解釋爲那是被允許的。但是，那並非意味著允許包括性的委任。就像假藉是爲實施條約所作之細則規定，卻締結實質性的重要條約，而不經國會承認者，必須說是違反憲法的。」(註36)其看法似乎僅承認爲實施條約而規定技術性的、事務性的細節者，不須國會之承認，但亦不允許以包括性的委任來簽定國際協議，逃避國會的民主控制。

另外，佐藤功教授則更進而主張日本不許有像美國一樣之行政協定。他認爲：首先，因爲美國參議院對於條約之同意，須該院議員三分之二以上之同意，亦即如有三分之一再加一人之反對，條約便不能通過，爲避免此種困難，才有行政協定制度之出現。但相反的，日本對於條約之承認，只須參衆兩院經議員過半數之承認便得通過。因此，美國那種不合理的情

形，不會在日本發生，所以日本沒有採取行政協定制度之必要。其次，美國之三權分立制，總統權力甚大，在統帥權及外交權方面尤然。但是日本則採責任內閣制，內閣只有在國會的支持下始能成立，故憲法第七十三條第三款所謂內閣「處理外交關係」之權限，不能解釋爲爲給予內閣和美國總統一樣地廣泛的外交權(註37)。

至於學者覺道豐治雖亦認爲：「此所謂條約，係廣泛指國家間書面之合意，其名稱爲條約、協約、協定、議定書、憲章、備忘錄等皆不論。」但是他也認爲：「基於條約之委任所締結之所謂的委任協定或行政協定，在其委任範圍適當之條件下，可以不必解釋爲此處所稱的條約。但是不應承認一般的、包括的委任，亦即所謂的白紙委任。此外，以實際施行條約規定所必要之細則規定爲其內容者，亦非此處所謂之條約，不須經國會之承認。並且，必須將來以條約將之具體化的政治性宣言，亦非此處所稱之條約。」(註38)其見解更進一步認爲政治性宣言，須將來的條約將之具體化，並非必須經國會承認之條約。

㈡行政部門的見解

雖然日本學者通說認爲，日本國憲法第七十三條第三款所稱之「條約」，係指廣義的及實質意義的條約。因此，凡是國家間以文書訂立之合意，除經條約委任或爲實施條約而就技術性、事務性事項作細節規定所締結之協定外，均應經國會之承認。然而，在實際運作上，則非如此。在一九七四年，日本衆議院外交委員會對政府提出兩點問題要求內閣研究後答復：

第一、是依憲法第七十三條第三款之規定，其締結應經國會承認之條約其範圍爲何？

第二、是對於不必經國會承認之國際協議(行政協定)中之一定部分，是否應向國會報告？

當時的外相大平正芳代表內閣報告時指出，日本憲法第七十三條第三款所稱之「條約」，雖不問其名稱爲何，但也不是指政府締結之所有國際協議。內閣認爲日本憲法上有必要經過國會承認之條約，可分爲三類：

(1)是包含法律事項之國際協議。此所謂「包含法律事項」，乃是指因爲某條約之締結，而產生有採取新的立法措施之必要的情形，以及爲施行

該條約，在條約有效期間，不得變更既存的法律，而有維持既存法律之必要的情形。此一範圍內之國際協議，由於包含了有關國會立法權之約定作爲其內容，所以有關於該國際協議之締結，有必要預先得到作爲國家唯一立法機關之國會的承認。像是領土及行政權之移轉，那種包含立法權而對整個國家主權產生直接影響之國際協議，也包括在此一範圍內。

(2)是包含財政事項之國際協議。那是使國家擔負在已通過的預算及法律以外之義務的國際協議。由於「國費支出，或使國家負擔債務，須經國會之議決。」(日本國憲法第八十五條)所以，締結此種國際協議應經國會之承認。此種範圍內之條約，包括賠償協定及跨越數年之經濟合作條約在內。

(3)是雖不含法律事項或財政事項，但由於將國家與相對國或其他國家間一般的基本關係加以法律性的規定，因此具有政治上重要性，而以批准爲其生效要件之國際協議。例如，「日中和平友好條約」，即屬之。

至於不在此三種範圍內之國際協議，行政部門得單獨締結。對於在已經經過國會承認之條約、國內法，以及經國會議決之預算範圍內，得實施之國際協議，其作爲一種行政協定，乃是日本憲法第七十三條第二款所稱「外交關係之處理」的一環，可單獨由行政部門來締結(註39)。

此外，關於第二個問題，大平外相則說：即使是行政協定，對於在國會承認之條約締結時，有關補充合意之作爲該條約實施細節的行政協定，政府從尊重國會條約審議權之意旨，在該條約審議之際，向來都將該行政協定，作爲參考資料而提出於國會。即使是條約經國會承認後所締結之同樣的行政協定，如認爲在國會掌握該條約之實施上有必要者，也將希望於締結後，儘可能地立刻向外交委員會提出資料(註40)。

以上日本外相代表內閣對國會所作的報告，可以看作是日本行政部門之代表性見解。其基本態度是認爲除涉及法律、預算事項及須經批准之國際協議外，在現存條約、法律及預算容許之範圍內，行政機關得單獨簽訂行政協定。但是爲了尊重國會之條約承認權，關於與條約有關的行政協定之資料，將基於尊重國會條約審議權之立場，儘可能於國會審議時或簽定後，立即向國會提出。

## 三、德國

德國爲聯邦制國家，其聯邦與邦均有締結條約之權。依基本法第三十二條之規定：「對外關係之處理，爲聯邦之事務。」(第一項)但是「各邦在其立法權限內，經聯邦政府之同意，得與外國締結條約。」(第三項)此外，依德國基本法第五十九條第二項之規定：「凡規律聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約(Staatsvertrage)，應以聯邦法律形式，經是時聯邦立法主管機關同意或參與。行政協定(Verwaltungsabkommen)，適用有關聯邦行政之規定。」由此可知，基本法是將條約與行政協定分別加以規定，凡是規律聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約，應由聯邦國會以聯邦法律形式制定同意法(Zustimmungsgesetz)(註41)。立法機關對國際法條約之同意，具有雙重作用，一方面是爲授權聯邦總統批准該條約，而對聯邦總統之國際法行爲作國會審查；另方面經此同意條約法便具有轉化之效力(Transformationswirkung)，賦予該條約內容國內法之效力(註42)。惟須經國會同意或參與之條約，僅限於「規律聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約」。除此之外，不須經聯邦國會之同意或參與。所謂「規律聯邦政治關係」之條約，依聯邦憲法法院之見解，係指涉及「國家之存立、國家領土的完整、國家的獨立，以及在國際社會秩序中國家之地位及重要性」的條約(註43)。但是條約若由於「對國內之政治、經濟或社會狀態產生影響」而具有政治意義者，「不因此就使該條約成爲憲法第五十九條第二項之意義上的政治性條約」(註44)從而政府得不經國會之同意，將其以條約或行政協定之形式來締結。此外，該條文中雖僅規定涉及聯邦立法事項之條約，須經聯邦國會之同意或參與，而未規定有關財政事項之條約。但由於聯邦租稅、預算等財政事項也必須以法律定之。因此，有關財政事項之條約也可包括在「涉及聯邦立法事項之條約」中(註45)。

至於行政協定(Verwaltungsabkommen)，則因爲是「關於無須立法者行爲之規定，係以無須有法律根據之行政處分處理的事項爲標的之條約。」(註46)因此，除聯邦在其權限內作成之行政協定無須聯邦總統之批准，而是由執行機關(聯邦政府)在國際法上便可有效締結外，各邦對其全部行政管轄權所及之事項，亦有締結行政協定之權限，且無須聯邦政府之同意(註47)。

由此可知，德國聯邦政府就基本法第五十九條第二項前段所列舉之「規律聯邦政治關係」與「涉及聯邦立法」事項以外之事務，與外國締結條約或行政協定時，無須國會以聯邦法律之形式表示同意。

**四、法國**

法國第五共和憲法(一九七四年最新修正)，對於條約及協定設有專章加以規定。在該憲法第六章「國際條約及協定」中，其第五十二條規定：「共和國總統談判並批准條約。凡無需批准之國際協定，其談判過程均須提請總統知悉。」首先區分出應經批准之條約及「無需批准之國際協定」(les accords internationaux non soumis a ratification)。此外在第五十三條中又更進一步規定：

「媾和條約、商務條約、有關國際組織之條約或協定、涉及國家財政之條約或協定、修改法律性條文之條約或協定、有關個人身分之條約或協定，以及有關領土讓與、交換或歸併之條約或協定，均須依法(法律形式，作者)批准或核可。」

「前項條約及協定非經批准或核可，不生效力。」

「領土之讓與、交換或歸併，非經當地人民之同意，不生效力。」(註48)

此規定不但將條約與協定並列，並且列舉出應以法律形式，經議會批准或核可(註49)之條約及協定包括：

㈠媾和條約。

㈡商務條約。

㈢有關國際組織之條約或協定。

㈣涉及國家財政之條約或協定。

㈤修改法律性條文之條約或協定。

㈥有關個人身分之條約或協定。

㈦有關領土之讓與、交換、歸併之條約或協定。

由此規定可見，僅有上述列舉之七種條約或協定，應由國會以法律形式加以批准或核可，其他條約及協定則僅需經總統之批准(註50)，甚至有些國際協定亦無需總統之批准，僅需於締結過程中讓總統知悉，此種無需

總統批准之國際協議，則批准權屬於總理(註51)。同時該規定亦顯示，縱使係以協定之形式締結國際協議，只要其內容涉及上述七類內容，亦應由國會以法律形式加以批准或認可；反之，雖以條約之形式締結國際協議，只要其內容不涉及上述七類內容，亦無庸國會以法律形式加以批准或核可。

不過，第五十三條規定之以法律批准或核可，其意義究竟如何？則有爭議。一說認爲批准限於正式的條約，須國會事前通過法律(授權批准之法律)爲之，而核可則係對於較簡略形式之協定，國會祇須於事後同意；另一說則認爲批准與核可只是放寬法國一九四六年憲法第二十七條上對條約應以法律批准之規定，以因應各種締約型態(註52)。

在實際運作上，法國國會爲兼顧效率上的要求，採取不經討論批准或核可之制度，特別對於內容上無問題之條約，可以提議採取不經討論批准或核可之程序，當審查條約案之委員會決定採取不經討論之程序時，在一定期間內無人提出異議的話，便不經討論批准或核可該條約。此一制度在法國廣泛的被使用，大多數條約均是依此方式加以批准或核可(註53)。

## 五、荷蘭

荷蘭王國之憲法，對於條約與協定之規定，是相當值得注意的。在該國一九五三年及一九五六年之兩次憲法修正案中，對於條約與協定之締結，作了最有系統及最詳細之規定(註54)。後來再經一九七二年憲法的採納及補充，便形成了荷蘭獨特的制度。在一九七二年之憲法中，第六十條第一項規定：「國王有權依國會之立法，與外國或國際組織締結國際協議(註55)，如國際協議有所規定，則應經由國王批准。」同條第二項又規定：「與外國締結之國際協議應儘速送交國會；非經國會同意，此一國際協議不生效力。」可見荷蘭之國王有國際協議締結權及批准權，而國會則有同意權，國際協議非經國會同意不生效力。此外，該憲法第六十一條又規定：「同意可分爲明示及默示。」「明示之同意應依國會之立法進行。」「國際協議送交國會後，在三十日內，如果無國會兩院之任何一院或任何一院議員五分之一之請求，要將國際協議提交國會議決時；或兩院在該項期限屆滿前，表示不必作成決議時，視爲已經同意。」「若國會在

休會期間，前項時間限制予以取銷。」明白規定了國會之同意，可以是明示的也可以是默示的。明示的同意須由國會經立法程序表示同意。如果國際協議送交國會之後，在國會開會期間，三十日之內，若無國會兩院之任何一院或任何一院議員五分之一以上之請求，要將此一國際協議提交大會決議時，或者國會兩院均在該項期間屆滿前表示不必作成決議時，視爲已經同意。但在國會休會期間則不在此限。實際上，荷蘭所締結之國際協議，有九成以上是經由國會以默示同意之方式表示同意，因爲希望國會以默示方式同意之國際協議，很少被以明示同意之方式來取代(註56)。

此外，該憲法也列舉國際協議無需國會同意之情形。依該憲法第六十二條之規定，國際協議有左列之情形者，無須送國會表示同意：

「㈠國際協議係根據法律之規定而締結者；

㈡完全爲執行國會同意之國際協議而締結之國際協議，而國會之同意未聲明有保留權者；

㈢國際協議並未給予荷蘭王國金錢負擔，並且適用期間不超過一年者；

㈣在特殊情形下，爲荷蘭王國之利益，須作緊急之國際協議，不容遲延者。

國會對第㈣款之國際協議具有保留權，如未獲國會同意，該國際協議即行失效。此項國際協議締結後，應立即提交國會同意，不得遲延。國會兩院之任何一院或任何一院議員五分之一以上提出請求時，於提出請求後三十日內須將該國際協議送請國會同意。

如適用第一項規定確屬有害國家之利益時，應不予適用。如發生此種情事時，國際協議應儘速提送國會，國會如不予同意，當國際協議容許時，該國際協議即予終止。」

上述規定將不需國會同意之國際協議予以明文列舉，並規定例外仍應經國會同意之情形，作爲今後憲法的一種發展傾向，實具有值得注意之處(註57)。

## 六、各國國會對條約及協定權限的分析

根據上述對各國制度之介紹，可以瞭解，美國是依「是否須經參議院之諮商與同意以及參議院議員三分之二贊成」爲標準，來區分條約與行政協定，惟實際上則是由總統(國務院)決定某一國際協議是否爲條約，須不須送參議院審議。其決定權完全操之於行政部門，國會僅得要求行政部門，在每一國際協議生效後六十日內送國會查照。雖然行政協定不須經參議院之諮商與同意，但除單純之行政協定外，國會仍可以透過法律或條約授權之方式，間接參與行政協定之締結。不過，即使是總統得依其憲法權力單獨締結之行政協定，目前依法仍應於生效後六十日內送國會備查，可見對單純之行政協定，國會仍可依法律作事後之監督。並且嚴格說來，究竟是否屬於單純之行政協定，仍須從其內容上是否爲總統依憲法所獨享之權力來加以判斷。國會仍可制定法律來限制行政部門的締約權，甚至明定國會對條約協定締結過程中的參與，對於已簽定之條約、協定內容，亦可以制定聯邦法律加以變更。故美國國會對於條約、協定之締結具有廣泛之參與及監督權。

在日本，則由於憲法上只規定了國會對條約之承認權，而對於協定是否應經國會之承認，則未規定。學說上皆認爲其憲法上所稱之「條約」係指廣義及實質上的條約，即包括協定等所有國際協議而言。惟亦承認某些相當於委任命令或執行命令性質之行政協定，可不必經國會之承認。至於在實際憲政運作上，則是以國際協議之內容是否包含法律事項、財政事項、或以批准爲生效要件，作爲是否須經國會承認之判斷標準，而非僅以名稱或有無批准條款來決定。

德國對於條約與協定在憲法條文上即加以區分，但僅限於規律聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約，才須國會以法律形式表示同意並將其轉換爲國內法。基本上亦是以內容作爲區別條約應否經國會同意之標準。

法國憲法上對於條約與協定係採併列之規定，而就條約與協定之內容是否涉及媾和、通商、國際組織、國家財務、修改法律、個人身份及領土之讓與、交換、歸併事項，來決定是否應經國會以法律批准或認可。並且採取不經討論批准或認可之制度，來簡化國會之批准或認可程序。

至於荷蘭憲法則對於條約與協定不作特別區分，而是從其內容決定是否須國會之同意，除特別列舉之情形(依法律規定締結、爲執行國會同意之國際協議而締結、未增加國家金錢負擔且期間不超過一年、具有特殊緊急性質者)外，所有國際協議均應經國會之同意。不過荷蘭憲法還特別考慮到外交行政上之效率與國會監督功能之平衡，而容許以明示同意、默示同意及無須同意之方式，簡化國會對條約與協定之民主的控制。

綜上所述，可以得到幾點結論：第一，國會對條約或協定是否應有批准、同意或承認等權力，應依該條約或協定之內容所涉及之事項來作決定，而不應簡單的依名稱及締結方式等形式上標準來判斷；第二，凡是涉及立法權事項(法律變更、財政預算等)或其他國家重要事務(領土變更、國際組織、國際地位等)之國際協議，不論其爲條約或協定，均應有國會之同意或參與；第三，各國間爲兼顧國會對條約或協定之民主控制與外交事務上講求之靈活及效率，已朝向簡化國會批准、同意或承認等程序之方式來進行國會對締約權之監督。

## 肆、我國立法院的條約議決權與協定的關係

我國立法院對於條約案之議決權是否包括協定在內？其行使方式如何？是否能兼顧外交行政上之靈活與效率與國會之民主控制？此在我國學說及實務運作上均尚有疑議，有待進一步釐清，因此值得深入加以分析。

### 一、憲法關於「條約」的規定

我國憲法上有關條約之規定共有四條，即憲法第三十八條、第五十八條、第六十三條以及第一百四十一條，此外憲法第四條雖未提及條約，但有關領土之變更多涉及條約之簽訂，故學者亦將其包括在內(註58)。依憲法第三十八條規定：「總統依本憲法之規定，行使締結條約及宣戰、媾和之權。」規定總統有締結條約及宣戰、媾和之權，其中媾和之權亦多以條約方式爲之，故亦屬條約締結權之一部分，僅因其影響較大，故特別標舉，表示鄭重(註59)。然而，總統上述權力需依憲法規定行使。此所謂憲法規定即是指憲法第四條規定之：「中華民國之領土非經國民大會之決

議，不得變更之。」、憲法第五十八條規定之：「行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及其他重要事項，或涉及各部會共同關係事項，提出於行政院會議議決之。」、憲法第六十三條規定之：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」以及憲法第一百四十一條規定之：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民利益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」(註60)由憲法的這些規定可知，總統行使條約締結權，應本於尊重條約及聯合國憲章之精神，並先經行政院會議通過，以及立法院之議決，始得締結條約。若是涉及領土變更之條約，更應經國民大會之決議。然而，值得探討的是，憲法上所謂之條約，係指廣義之條約或狹義之條約？各條文中所指之條約意義是否相同？關於後者，國內學者多未細究，一般認爲總統之條約締結權須經行政院會議決議，並提交立法院議決。似認爲憲法第三十八條、第五十八條及第六十三條中所稱之條約，其意義及範圍相同(註61)。至於憲法第一百四十一條所稱之條約，學者雖多未特別論及，然依本條之意旨及國際法上條約應遵守之原則(註62)，係指廣意之條約皆應遵守(註63)，自應解釋爲係指廣義之條約，始爲適當。關於前者，則似可從立法院條約議決權之範圍來探討。

## 二、憲法上「條約」的意義

如同前述，關於憲法上條約之意義究竟爲何？係指廣義之條約或狹義之條約？可從立法院對條約案之議決權來探討。對於立法院條約議決權之範圍，實務上及學說上之見解不一，立法院與行政部門之見解也不一致。

㈠立法院的見解

立法院在民國三十七年十一月九日，於第二會期第十八次會議曾通過決議，決定條約之四項標準如下：

1.凡具有『條約』名稱之國際協定不論其內容如何，均應認爲條約案。

2.凡載有批准條款之國際協定，雖未採用『條約』名稱，均

應認爲條約案。

3.一、二兩項所稱條約案，其設有批准條款者，應先經立法院審議通過，始得咨請總統頒發批准書，完成批准手續，其未設有批准條款者，其草約之主要內容，應先經立法院審議授權，始得簽訂。

4.凡未具條約名稱，亦無批准條款的國際協定，其內容如涉及國際組織，國家財政，變更現行法律，或具有特別重要性者，仍應先經立法院審議授權，始行簽訂，其無此種內容者，得由政府先行簽定，再報立法院。」

依立法院之此一單純決議，似認爲條約案所謂之「條約」，係指廣義之條約，包括名稱爲「條約」者及有批准條款者，而不僅限於以「條約」爲名稱者。此外，該決議亦認爲，雖無條約名稱或批准條款，凡內容涉及國際組織，國家財政，變更現行法律，或具有特別重要性者，其草約之主要內容，皆應先經立法院「審議」再授權政府簽訂，似又認爲「條約案」包括具有此類內容而非以條約爲名，且無批准條款之國際協議在內。至於部分不具這些特定內容之國際協定，雖得由政府先行簽定，但事後仍應報立法院處理。不過，此處所謂「再報立法院」究係指報立法院查照或審議，則不明確。無論如何，依立法院之決議，條約案所稱之條約當然包括協定在內。

而依我國行憲後之實踐，第一屆立法院在大陸的最初四個會期中所議決的條約案，其範圍不限於須批準之條約、協定，也有不須批准之協定亦送交立法院議決通過者(註64)，即爲例證。但值得注意的是，國府遷台後，則轉變爲除非協定本身載有批准條款，或協定的性質與內容很重要，須當作條約案處理(例如：美軍在華地位協定)，否則協定均不送立法院議決(註65)。

㈡行政部門的見解

我國行政部門對於條約案範圍的見解，則與立法院的看法不一致。基本上行政部門的見解，可以從行政院召開之「研商我與無邦交國家訂定之各種行政協定，是否應送立法院查照問題會議」之決議，及外交部訂定之「條約及協定處理準則」得知。

1.行政院八十年三月一日台八十外字第七六六二號函。

民國八十年二月八日，行政院曾召開研商「我與無邦交國家訂定之各種行政協定，是否應送立法院查照」問題會議。會中作成幾點決議包括：

(1)憲法第五十八條第二項及第六十三條所稱「條約案」之範圍，係指我國與他國所締結之條約協定，具有條約名稱者或雖無條約名稱，但載有批准條款者。「條約案」依憲法規定均應送立法院審查、議決。

(2)我國與他國締約，除前述條約案外，不論其締約之名稱與方式爲何，均屬於「協定」之範圍。我國與友邦國家所簽定之協定，除涉及國家機密者外，均應送立法院查照。

(3)我國與無邦交國家所簽定之協定，除涉及國家機密或外交顧慮者外，均應送立法院查照。

(4)因權宜以民間組織名義與無邦交國家簽定之協定，比照與無邦交國家簽定之協定辦理。

外交部便根據此次會議結論，擬定「條約及協定處理準則」，作爲我與外國間簽定條約或協定之處理準則。

2.條約及協定處理準則

外交部於八十一年二月十九日以外(81)條二字第八一三〇四〇八三號令，發布了「條約及協定處理準則」，用以釐定條約及協定之處理程序。該準則第三條規定：

「本準則所稱條約，係指具有條約之名稱或雖無條約之名稱但定有批准條款之國際書面協定。

本準則所稱協定，係指前項條約以外之國際書面協定，不論其名稱及方式爲何。」

本準則依照前述行政院召開之會議所作成之結論，將條約與協定之區別，採形式上之區分，而以有無條約之名稱及批准條款爲判斷之依據，而不從內容來加以區別。並且，該準則第八條規定：「條約案經簽署後，外交部應即報請行政院核轉立法院審議。」第九條第一項則規定：「協定應於簽署後，報請行政院核備；除內容涉及國家機密或有外交顧慮者外，並應於生效後，送立法院查照。」將內容涉及國家機密或有外交顧慮之協

定，不送立法院查照，使立法院無從瞭解及監督此類協定之簽訂。

行政院此種區分條約與協定之方法，完全依國際協議外在形式來區別是條約或協定，並藉此決定應否送請立法院審議。然而，條約之名稱或是否載有批准條款，實際上均係行政部門於談判或磋商國際協議之內容時，所可以決定的，如行政部門有意規避立法院之條約議決權，則可避免使用條約之名稱或不加入批准條款。因此，上述行政院所擬具之條約、協定區分方式，顯然有任意限制立法院條約議決權之嫌。此外，該準則以協定涉及國家機密或有外交顧慮爲由，不將協定送請立法院查照，其理由亦不充分。因爲，縱使屬於國家機密或有外交顧慮之協定，立法院仍然可以以密件方式處理，並召開密秘會議審議，並無妨害國家機密或引起外交顧慮之虞，否則國會又如何能審議有關國防機密或外交機密之預算案呢？因此，上述不送交立法院查照之理由並不合理。不過，由於目前並無法律規定協定必須送立法院查照，所以即使行政機關不送立院查照，立法院除以質詢權、預算審議權或政治運作之方式，迫使行政部門將特定協定送交立法院查照外，並無法要求行政機關必須將協定送立法院審議或查照，更別說在國際協議締結過程中之參與及監督了。

㈢學者的見解

我國學者林紀東認爲，應經立法院議決之「條約案」，係指廣義之條約，但其也認爲「關係較淺，純屬技術性之協定，爲求簡潔起見，似又不妨逕以行政協定行之。」(註66)似又承認我國容許有不須經立法院議決之行政協定存在。另外，學者丘宏達則同意立法院決議之條約具體標準，認爲「條約案」所稱之條約係指廣義之條約，且適用於非官方協定，至於不必經立法院批准或核可之協定，涉及國內法律或與其牴觸者，應先經立法院之授權，或事後請立法院核定(註67)。學者薩孟武則似採廣義條約說，認爲「我國爲一院制，憲法第六十三條只云：『立法院有議決條約之權』，未曾加以任何條件，所以應屬於上述第三種(行政機關與外國締結任何條約，均須提請國會兩院批准)，即任何條約都須提出於立法院，經立法院通過之後，才發生效力。」(註68)惟學者羅昌發則認爲憲法第六十三條所稱之條約，應指狹義之條約，亦即唯有以條約爲名者，始應經立法院之議決(註69)。但其又主張，爲節制行政機關利用行政協定規避立法院之議

決，可採用兩種方式：其一爲限制某些種類之國際協議必須用條約之名義締結，即關於領土變更事項、聯盟、媾和、引渡及法律規定應以條約訂定之事項，須以條約之形式締結(註70)；其二爲釐清行政協定之法源依據，即行政機關僅得基於固有權限、法律授權或實施條約，始得締結行政協定(註71)。此一見解似有若干困難之處，第一、我國不可能事先要求他國依我國法律規定以條約形式締結國際協議，此在無邦交國家尤其困難；第二、如規定僅在特定範圍內行政機關始得締結行政協定，而立法院之條約議決權又限於以條約爲名稱者，則既不屬應以條約規範之事項，又非行政機關得締結行政協定之事項者，究應以何種形式及名稱之國際協議來規範，又此種國際協議是否須經立法院之議決，亦將茲生疑義。惟其似亦肯定法律可以規定就特定事項簽訂國際協議時，應以條約形式締結。

㈣本文見解

依本文之見解，憲法上第五十八條、第六十三條及第一百四十一條所稱之條約，均是指包括協定在內之廣義的條約，因爲依憲法第五十八條及第六十三條之文義，這兩個條文中的「條約案」應具有相同的意義。而憲法第一百四十一條之「條約」，如同前述，基於條約應予遵守之國際法原則，也應是指廣義之條約。至於憲法第三十八條有關總統之條約締結權之規定，其所謂條約，則應做限縮解釋，僅指須經總統批准或以國家或國家元首名義締結之國際協議，而並不包括不須批准或以行政機關或其授權之團體或機構名義，與其他國家政府機關或其授權之團體所締結之國際協議在內。並且此所稱之「締結」，僅是指「形式上的締約權」，並不包括談判、簽字，而只包括指派全權代表、批准條約及協定，或公布條約及協定等程序而言。因爲我國憲法規定條約案應經行政院院會議決，再送立法院議決之後，始由總統頒發批准書，完成批准程序，而條約、協定公布時並應經行政院長與外交部長副署，具有內閣制之特色。故總統僅具有形式上之締約權，實際上之締約權則在行政院。此從實務運作上，少有總統親自參與條約之談判、簽署之例亦可以看出。

其次，立法院依憲法第六十三條規定，對於所有的條約及協定皆應具有議決之權，非僅限於有條約之名稱或有批准條款者。惟該條所謂之「議決」，不應限於以現行立法院議事規則所規定之二讀程序爲之(註72)。實

際上基於條約、協定在國內法之效力以及效率與靈活性之考量，所謂之議決，參照前述各國之制度，應該也可以包括採取以下之各種方式：

1.依單純決議方式事前同意授權。

2.事後依立法之三讀程序議決。

3.事後依一般條約案二讀程序議決。此又可採取：

(1)以不經討論之議決方式。

(2)採取默示同意之議決方式。

4.以事後送請查照，經適當期間內無一定人數之立法委員提出異議者，即視爲已經議決之方式。

來進行議決程序。因爲，我憲法之規定係重在立法院對條約或協定之監督與控制，至於在何時以何種方式來進行議決程序則非所問，立法院得依法律或議事規則之規定對不同形式、內容或特別具有重要性之條約或協定，以不同之議決程序處理，以便兼顧效率與民主控制之要求。所以，縱使是屬於行政機關之固有權限(註73)範圍內之事項，行政機關於決策及執行前固無需經立法院之授權或議決，但亦不得以此作爲免除國會事後監督、控制之理由。

故本文認爲，立法院應制定一項「條約締結法」(註74)，將條約定義爲包括一切形式之國際協議，並將國際協議之締結形式、程序、效力及立法院對於不同內容之國際協議如何以不同程序於事前或事後議決，以及行政機關或經授權之民間團體締結國際協議之授權規定和範圍加以規範。

## 三、我國近年來條約、協定締結狀況

近年來我國積極拓展對外關係，與有邦交國家及無邦交之國家均有國際協議之簽訂。由於無邦交國家與我國簽訂國際協議均不願使用較正式之條約形式。因此，幾乎所有與無邦交國家簽訂的國際協議，均爲非條約形式的國際協議，其中包括名稱爲協定、合作協議、換文、辦法、議事錄、備忘錄、議定書、信函等之國際協議，此均包含在一般所稱廣義的協定概念之內。至於與有邦交國家間所簽訂之國際協議，雖無上述之限制，但是行政部門爲求時效與方便，也多以廣義的協定形式來締結國際協議，而以正式的條約形式締結者反而是例外。在此情形下，立法院的條約議決權，

由於行政部門不認爲廣義的協定屬於條約案，均不送立法院審議，而送請立法院查照者，亦屬鳳毛麟爪，因而遭到架空。此種情形實值得審愼地加以檢討與改進。以下便就近五年(七十七年至八十一年)來，我國條約、協定之締結與立法院之參與情形，加以分析與檢討。

㈠近五年來我國條約、協定的締結與立法院的參與

近五年來，我國與有邦交國家或無邦交國家及國際組織所簽訂的國際協議，共有二百五十六項(參見附表二)。其中條約僅有五項，而廣義的協定卻高達兩百五十一項，占百分之九十八強，由此可見廣義的協定在我國對外關係上的重要性。而這些國際協議中，我國與無邦交國家或國際組織簽訂之廣義的協定，就有一百六十八項，占百分之六十八強；而與有邦交國家簽訂之條約及廣義的協定，則有八十八項，占百分之三十四強。由此也可看出與無邦交國家及國際組織間簽訂廣義的協定，係我國推展實質外交上相當重要的手段，其重要性甚至超過與有邦交國家所簽訂的國際協議。不過，在近五年來所簽訂的這些國際協議中，除五項條約及一項協定(註75)曾送立法院審議，以及七項廣義的協定曾送立法院查照外，其餘兩百四十三項國際協議均未送立法院，也就是說有高達百分之九十五弱的國際協議，不在立法院的參與及監督之下。(參見附表三)此足證立法院在外交事務上的參與地位低落，而且條約議決權也實質上被架空。

**附表二：**

| 時間 | 條約 * | 協定 ** | 合計 | 有邦交 | 無邦交 | 經立法院議決 | 送立法院查照 | 未經立法院 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 77年 | 1 | 34 | 35 | 15 | 20 | 1 | 0 | 34 |
| 78年 | 0 | 49 | 49 | 16 | 33 | 0 | 0 | 49 |
| 79年 | 2 | 73 | 75 | 22 | 53 | 2 | 1 | 72 |
| 80年 | 0 | 64 | 64 | 18 | 46 | 1*** | 3 | 60 |
| 81年 | 2 | 31 | 33 | 17 | 16 | 2 | 3 | 28 |
| 合計 | 5 | 250 | 256 | 88 | 168 | 6 | 7 | 243 |

* 此「條約」係指狹義的條約。
** 此「協定」係指廣義的協定，包括名稱爲協定、合作協議、換文、辦法、議事錄、備忘錄、議定書、信函等之國際協議。
***此爲行政院函請審議我國加入中美洲銀行經社發展基金之「加入協定」「基金章程」及「中美洲銀行新憲章」案。

資料來源：

1.立法院公報77卷至82卷。
2.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國七十七年外交年鑑(台北：外交部，民國78年)。
3.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國七十八、七十九年外交年鑑(台北：外交部，民國79年)。
4.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國八十年外交年鑑(台北：外交部，民國80年)。
5.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國八十一年外交年鑑(台北：外交部，民國81年)。
6.外交部條約法律司編，中外條約輯編索引(現行有效篇)(台北：外交部，民國82年)。

**附表三：**

| 締約名義 | 以政府或行政機關名議簽訂者 | | 以駐外代表機構名義簽訂者 | | 以民間團體或公司名義簽訂者 | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 締約對象 | 有邦交國家 | 無邦交國家 | 有邦交國家 | 無邦交國家 | 有邦交國家 | 無邦交國家 |
| 77年 | 15 | 10 | 0 | 10 | 0 | 0 |
| 78年 | 16 | 12 | 0 | 20 | 0 | 1 |
| 79年 | 22 | 22 | 0 | 25 | 0 | 6 |
| 80年 | 18 | 20 | 0 | 19 | 0 | 6 |
| 81年 | 17 | 4 | 0 | 12 | 0 | 0 |
| 合計 | 88 | 68 | 0 | 86 | 0 | 13 |

資料來源：

1.立法院公報77卷至82卷。
2.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國七十七年外交年鑑(台北：外交部，民國78年)。
3.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國七十八、七十九年外交年鑑(台北：外交部，民國79年)。
4.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國八十年外交年鑑(台北：外交部，民

國80年)。
5.外交部外交年鑑編輯委員會編，中華民國八十一年外交年鑑(台北：外交部，民國81年)。
6.外交部條約法律司編，中外條約輯編索引(現行有效篇)(台北：外交部，民國82年)。

(二)現況的檢討

以目前我國在締結國際協議的實踐上看，約可歸納出以下幾點問題值得檢討：

1.行政機關規避國會的監督

近五年來我國所簽訂的國際協議，由於行政部門規避立法院的參與及監督，使得將近九成五的國際協議，未送立法院審議或查照，以致引起了立法院與行政部門的嚴重爭議。尤其像頗具爭議性的一九八九年「北美事務協調會與美國在台協會間關於北太平洋公海流網漁捕作業協定」，允許美方登臨我方漁船查證捕撈活動，卻未送立法院審議，導致學者認爲有違憲法規定而向立法院請願(註76)。此外像一九九一年的「中菲海道通行協定暨濃漁業合作備忘錄」，也被立法委員認爲「喪權辱國」(註77)，但也未送立法院審議或查照。而一九八九年草簽的「中美著作權協定」及一九九二年的「中美關於保護智慧財產權之瞭解書」，也由於涉及我國著作權法之修正及我方答應美方要求「限期立法」之不合理約定，更引起立法委員的強烈質疑，認爲是侵害了立法權，要求應送立法院審議否則將抵觸新著作權法而無效(註78)。這些爭議之產生，均是由於在行政部門與外國簽訂國際協議之前，未能與立法院協商，或取得立法院之授權；事後又未送請立法院審議或查照。因此，產生立法院與行政部門間的重大摩擦。此種現象，如果能有一套規範國際協議之簽訂及立法院之議決與監督程序的法律制度，則上述之爭議即可避免。

2.以民間團體名義締結國際協議欠缺明文規範

此外，在近五年我國簽訂的國際協議中，有十三件廣義的協定係以民間團體或公司名義簽訂者(附表三)(註79)，這些民間團體或公司所簽訂的國際協議是否經行政機關之委託或授權？其程序爲何？是否有法律之依據？其效力如何？均值得檢討。尤其在兩岸「辜汪會談」中簽署之四項協

議，是否應送請立法院審議，更引起朝野極大之爭議。因其涉及由行政院大陸委員會授權談判之海峽交流基金會與對岸海峽交流協會所簽訂之協議，是否屬於國際協議的一種，而應送立法院審議或查照？或者只是一種行政命令，僅須送立法院查照(註80)？如認爲其屬於國際協議之一種，則應考慮其內容所涉及事項，是否應送請立法院審議。依本文之見解，兩岸海基會與海協會間所簽訂之協議，既係兩個對等的政治實體授權民間團體所簽訂，亦屬於國際法主體與國際法主體間所締結之約定，而能發生法律上之效果者，自應屬於國際協議之一種，仍應送立法院審議或查照。

這些由民間團體或公司與外國對等團體簽訂國際協議，雖是因應與無邦交國家或國際組織間，拓展實質外交關係所不可避免的手段。但是，亦應遵守依法行政之原則並尊重立法院的條約議決權，不但應有法令的依據或行政機關的授權，也應置於立法院的事前或事後的監督之下。

3.國際協議在國內法的效力問題仍有爭議

國際協議在我國國內是否具有國內法之效力？其國內法位階如何？尚有爭論。首先，就第一個問題而言，國內多數學者及實務上均認爲條約一經生效公佈，即具有國內法之效力(註81)。但也有學者認爲，「在我國，條約、協定亦應有區別自動履行與否之必要。」「非自動履行的條約在國內並無法的效力。」(註82)其次，就第二個問題而言，國內有學者及實務見解認爲條約效力優於法律(註83)；亦有學者及實務見解認爲條約與法律同一位階，並適用「後法優於前法」、「特別法優於普通法」之法律適用原則(註84)。

本文則認爲國際協議一經生效公佈，即具有國內法之效力，但僅有立法院依立法之三讀程序議決之國際協議，方有與法律同一位階之效力，兩者有衝突時，依一般法律適用之原則定其優先順序。因憲法第一百四十一條所稱「尊重條約」，僅指應根據「條約應遵守」之國際法原則履行條約，而非如法國第五共和憲法明定條約有優於法律之效力，因此自不能解釋爲在我國條約當然有優於法律之效力。況且如使簽定在前之條約效力仍優於制定在後之法律，則將造成以數十年前之條約拘束數十年後之立法者的不合理現象。至於其他未以三讀程序議決的國際協議，則應僅具有相當於授權命令(依法律或條約授權締結之國際協議)或職權命令(依行政機關之

固有職權締結之國際協議)之效力。

上述之三點，乃是我國目前在與其他國家或國際組織締結國際協議時，所存在之重要現象及問題。這些問題均應在「條約締結法」中加以規範，以便有效地加以解決。

**四、制定「條約締結法」的必要性及立法上的建議**

根據本文前述之探討，我國目前有關國際協議之締結，仍存在許多問題須加以解決。例如：條約案之範圍、立法院議決條約案之方式與程序、國際協議之締約名義與授權程序、國際協議之國內法效力與法位階等，均須以制定法律之方式加以規範，以去除長期以來行政部門與立法院間的認知差距，避免兩者之爭議影響外交事務之推展。因此，本文前述建議制定之「條約締結法」，基於立法政策上之考量，應有其必要性。

依本文之見解，立法院如制定前述之「條約締結法」，於其內容中，似應參照前述各國立法例，明定以下幾點內容：

㈠條約的定義：條約係指國家，或中央各機關，或中央各機關授權之機構，與外國政府、國際組織或外國政府授權之機構簽訂之國際書面協議。至於應經立法院議決之條約案，其範圍包括上述之所有形式及名稱之國際協議。

㈡條約的締結名義：明定條約非以國家或政府名義締結，而以行政機關或其授權之機構(民間團體或公司)名義締結者，應經合法之授權程序。

㈢條約締結的程序：明定條約之談判代表之授權、談判、草簽、正式簽署、批准、交換批准書、公布或加入及接受等程序，並規定在締約過程中應於事前諮商或報告立法院。

㈣條約案議決的方式與程序：立法院議決條約案之方式與程序，應區分爲：

1.應以立法之三讀程序議決者：凡是條約內容涉及國家財政負擔、變更現有法律規定、人民之權利義務或其他應以法律規定之事項，具有「自動履行」之性質，而須具有與法律同位階之國內法效力者，不論是否具有批准條款，均應經立法院以三讀程序議決(註85)。具有批准條款者，此一決議視同授權總統批准該條約。

2.應以二讀程序議決者：條約內容涉及宣戰、媾和、加入國際組織、變更領土，或具有批准條款者，除應以三讀程序議決者外，得以二讀程序議決，授權總統批准。但有關變更領土之條約，立法院於議決後應送請國民大會議決或交由公民複決(註86)。

3.應於事前以立法院之單純決議授權締結者：條約不具有批准條款者，除應以三讀程序議決者外，應於事前將草約內容送交立法院議決，由立法院以單純決議，授權行政機關締結，但因情況緊急不容遲延者，得於簽訂後送立法院追認，立法院於一個月內未議決者，視爲同意追認。

4.得先行簽訂而事後送請立法院查照之條約：凡是行政機關依其固有職權、或依據法律或已生效條約之授權，或爲執行條約之必要而締結之國際協議，行政機關得先行締結，但應於事後送請立法院查照，立法院於一個月內未交付審議者，視爲同意查照。

5.條約之議決不論採三讀或二讀程序，均得以不經討論逕行議決方式議決。

6.前述3.4.兩種議決方式，可依個別情形，經行政機關或立法委員之要求，變更爲1.2.兩種議決程序。但1.2.之程序不得變更爲3.4.之程序。

㈤條約之國內法效力及位階：明定條約一經生效公佈，即具有國內法之效力，但僅有立法院依立法之三讀程序議決之條約，方有與法律同一位階之效力，兩者有衝突時，依一般法律適用之原則，定其優先順序。其他條約，則僅具有相當於授權命令(依法律或條約授權締結之國際協議)或職權命令(依行政機關之固有職權締結之國際協議)之效力。

如能以此內容立法規範條約及協定之締結與監督，或可達到兼顧國會對締約權之監督控制與外交事務靈活性及效率之要求，以因應國際社會發展及國家對外關係之需要。

## 伍、結論

本文前述之探討，主要是期望從各國之不同法制設計中，檢討我國立法院之條約議決權之行使，以及尋找能兼顧國會對締約權之監督控制與外交事務靈活性及效率要求之方法。由於本問題所涉及之範圍既多且廣，難

以一一探討，故僅就初步心得及構想加以提出，以接受進一步之批判與建議。

綜合前述之探討，本文之幾點結論爲：

一、憲法上第五十八條、第六十三條及第一百四十一條所稱之條約，均是指包括協定在內之廣義的條約。

二、憲法第三十八條有關總統條約締結權之規定，其所謂「條約」，則應做限縮解釋，僅指須經總統批准或以國家或國家元首名義締結之國際協議。不包括無須批准的國際協議，以及以中央機關或其授權之團體、機構名義，與其他國家政府機關或其授權之團體、機構，所締結之國際協議在內。

三、總統之條約締結權，不包括談判、簽字，而僅指指派談判之全權代表、批准國際協議或公布國際協議等程序而言。

四、立法院依憲法第六十三條規定，對於所有之國際協議，皆應具有議決之權，非僅限於有條約之名稱或有批准條款者。

五、憲法第六十三條所謂之「議決」，應包括各種不同之方式及程序，以配合不同性質之國際協議，而能兼顧外交行政之效率與國會之監督。

六、立法院應制定「條約締結法」，將條約定義爲包括一切形式之國際協議，並將國際協議之締結形式、程序、效力及立法院對於不同內容之國際協議如何以不同程序於事前或事後議決，以及行政機關或經授權之民間團體締結國際協議之授權規定和範圍加以規範。

七、立法院對國際協議之議決方式，應依其內容所涉事項及重要性分別規定。

八、立法院對國際協議之議決權行使程序，基於效率之考量應儘可能予以簡化。

# 註釋

註 1：本文所稱國際協議(international agreement)係泛指包括條約或協定在內之一切國際法主體與國際法主體間所締結之約定，而能發生法律上效果者。有學者譯爲「國際協定」，但爲避免與「協

定」或「行政協定」混淆，故譯爲「國際協議」。參見彭明敏著，平時戰時國際公法，增訂初版(台北，作者出版，民國48年)，40頁；另見王鐵崖等編著，王人傑校訂，國際法，初版(台北：五南圖書出版有限公司，民國81年)，385頁以下。

註 2：有關協定劇增之現象及原因，參見柳井俊二著，條約締結況實際的要請と民主的統制，國際法外交雜誌，第78卷4號，1979年9月，41－55頁；陸潤康著，美國聯邦憲法論，增訂初版(台北：凱侖出版社，民國75年)，151－153頁；劉慶瑞著，論美國憲法上之條約締結權，收於氏著，比較憲法，三版(台北：作者出版，民國67年)，185－186頁。另有學者則將其視爲「簡略形式條約」(treaty in simplified form)增加之世界性趨勢的一部分。參見小川芳彥著，條約法の理論，初版(東京：東信堂，1989年)，41頁以下。

註 3：彭明敏，前揭著(註1)，頁26；丘宏達等著，現代國際法，三版(台北：三民書局，民國70年)，143頁；J. G. Starke, Introduction to International Law, 10th ed., (Singapore: Butterworths, 1989) p.440; B. Sen, A Diplomat's Handbook of International Law and Practice, 3rd. rev. ed., (Netherlands: Martinus Nijhoff, 1988) p.63。

註 4：蘇義雄著，平時國際法，修訂再版(台北：三民書局，民國80年)，28頁；1986年維也納公約原文引自，中國國際法學會等編，中國國際法與國際事務年報，第三卷，(台北：臺灣商務印書館，民國78年)，501頁。

註 5：彭明敏，同(註1)，26頁。

註 6：丘宏達等，同(註3)，105頁。

註 7：田畑茂二郎著，國際法新講(上)，初版(東京：東信堂，1990年)，327頁。

註 8：吳昆吾著，條約論，一版(台北：臺灣商務印書館，民國66年)，7頁。

註 9：田畑茂二郎，同(註7)，327頁。

註10：丘宏達等，同(註3)，111頁。

註11：彭明敏，同(註1)，40頁；劉慶瑞，同(註2)，185－186頁；另見董霖著，國際公法與國際組織，初版(台北：臺灣商務印書館，民國82年)，173頁；Hans Kelsen著，結構群編譯，國際法原理，初版(台北：結構群文化事業公司，民國81年)，329－330頁。

註12：彭明敏，同(註1)，40－41頁；劉慶瑞，同(註2)185－186頁；J. G. Starke, supra note 3, p.441。

註13：楊國棟著，中華民國條約與協定的批准制度，初版(台北：臺灣商務

印書館，民國62年)，16頁。

註14：同上註，37－38頁。J. G. Starke, supra note3, p.441。

註15：Research in International Law, Draft Convention on the Law of Treaties (Harvard Law School). p.653, 697。引自劉慶瑞，同(註2)，190頁。

註16：陸潤康，同(註2)，469頁。

註17：T. Buergenthal & H. C. Maier, Public International Law, 2nd. ed. (St. Paul, 1990) p.200。

註18：詳見Craig Mathews, The Constitutional Power of the President to Conclude International Agreements, 64 Yale L. J. 345 (1955)。

註19：一般著作均只區分爲「國會授權之行政協定」(Congressional Executive Agreements)以及「單純的行政協定」(Sole Executive Agreements)兩種。Louis Henkin, International Law, 2nd. ed. (St. Paul, 1987) pp.214－219; Lung－chu Chen, An Introduction to Contemporary International Law: a policy－oriented perspective, (New York, 1989) p.265。

註20：柳井俊二，同(註2)，79－80頁；小川芳彥，同(註2)，52－53頁。

註21：羅昌發著，立法機關參與締約過程之研究，外交部研究設計委員會委託研究，未發表(台北：外交部，民國80年)，22頁；Louis Henkin, supra note 19, p.215。

註22：T. Buergenthal & H. C. Maier,， supra note 17, pp.201－202。

註23：Ibid., p203。

註24：T. Buergenthal, International Human Rights, (St. Paul, 1988) pp.218－219。並詳見，劉慶瑞，同(註2)，202－208頁。

註25：T. Buergenthal & H. C. Maier, supra note 16, p.205。詳細內容參見羅昌發，同(註21)，55－56頁。

註26：本法制定於1972年，並於1977及1978年分別經修正。1 U. S. C. § 112(b)。

註27：Louis Henkin, supra note 19, p.222。

註28：詳見羅昌發，同(註21)，13－15頁。

註29：柳井俊二，同(註2)，63頁。

註30：佐藤功著，憲法解釋の諸問題，(東京：昭和28年)，220頁；稻田正次著，憲法提要，(東京：昭和31年)，279頁，轉引自林秋水著，日本國會權限研究，初版(台北：作者出版，民國59年)，233頁。

註31：小林直樹著，憲法講義(下)，初版(東京：東京大學出版會，1981

年），268頁。

註32：同上註，181頁。

註33：同上註，181－182頁。

註34：同上註，182頁。

註35：橋本公亘著，日本國憲法，初版（東京：有斐閣，昭和55年），527頁。

註36：同上註，529頁。

註37：佐藤功，同(註29)，244－247頁。

註38：覺道豐治執筆，有倉遼吉等編，基本法コンメンタール，憲法，第三版（東京：日本評論社，昭和61年），241頁；學者松澤浩一亦採相同見解，參見松澤浩一著，議會法，現代行政法學全集(11)，初版(東京：ぎょうせい，昭和62年)，96－97頁。

註39：柳井俊二，同(註2)，65－66頁。

註40：同上註，66頁。

註41：K. Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2., neubearb. Aufl. 1980, S. 194ff。亦有學者將此種法律稱之爲「條約法」(Vertragsgesetz)或者「轉換法」(Transformationsgesetz)者。

註42：T. Maunz u. R. Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 26., neubearb. Aufl. 1985, S. 127；小川芳彥，同(註2)，56頁。

註43：BVerfGE 1, 380f。

註44：E. Menzel, Die auswartige Gewalt der Bundesrepublik, Veroffentl. der Vereinigung der dt. Staatsrechtslehrer (VDStRL), Heft 12, 1954, S. 192。轉引自蘆部信喜著，條約の締結と國會の承認權，收於氏著，憲法と議會政，(東京：東京大學出版會，1971年)，191頁。

註45：柳井俊二，同(註2)，77頁。

註46：T. Maunz u. R. Zippelius, aaO., S. 125f。

註47：T. Maunz u. R. Zippelius, aaO., S. 126。

註48：條文譯文引自劉嘉甯著，法國憲政共治之研究，初版(台北：台灣商務印書館)，240頁。

註49：此處之「核可」日本學者譯爲「承認」，柳井俊二，同(註2)，76頁。其實在中文似譯爲「同意」較貼切。另外此處之「批准」與國際法上條約之批准不同，有學者認爲此實爲行使同意權之意，參見羅昌發，同(註21)，25頁；但亦有學者認爲此所謂批准應是指授權總統批准之意，參見Maurice Duverger著，齊祐譯，法國政治體

系，憲政譯叢(七)，初版(台北：國民大會憲政研討會，民國72年)，342頁。兩說應以後說爲當。

註50：山口俊夫著，概說フランス法(上)，1981年，頁191。總統依憲法第十一條，將有關權力組織或涉及共同組之協定，或國際條約之批准的法律草案提交公民複決，有時將減弱國會之條約批准及認可權。

註51：劉嘉甯，同(註47)，57－58頁。

註52：參見羅昌發，同(註21)，19－20頁。

註53：柳井俊二，同(註2)，75頁。

註54：柳井俊二，同(註2)，71頁。

註55：原憲法條文英譯本雖翻成agreement，但其意義決非僅指協定，而應包括條約在內，故於本文中暫譯爲國際協議，以包括條約及協定等在內。關於原憲法用語之意義及翻譯之探討，參見柳井俊二，同(註2)，88頁，原文註(38)。

註56：柳井俊二，同(註2)，71頁。

註57：蘆部信喜，同(註43)，194頁。

註58：林紀東著，中華民國憲法逐條釋義(二)，修訂初版(台北：三民書局，民國71年)，50頁。

註59：同上註，49頁。

註60：關於「依本憲法之規定」之意義，有認爲包括憲法第4、58、63、141條等四條者，林紀東，同上註，49－50頁；有認爲包括憲法第4、58、63條者，謝瀛洲著，中華民國憲法論，十五版(台北：作者出版，民國65年)，143頁；有認爲僅指憲法第58、63條者，羅志淵著，中國憲法釋論，三版(台北：台灣商務印書館，民國59年)，85頁，及薩孟武著，中國憲法新論，四版(台北：三民書局，民國74年)，317頁。

註61：劉慶瑞著，中華民國憲法要義，修訂十二版(台北：作者出版，民國70年)，145頁；謝瀛洲，同上註，143頁；羅志淵，同上註，85頁；薩孟武，同上註，317頁。

註62：1969年條約法公約第二十六條規定：「凡有效之條約對其各當事國有拘束力，必須由各該國善意履行。」而該公約所稱之條約係指廣義之條約。丘宏達等著，同(註3)，143頁。

註63：羅昌發，同(註21)，47頁。

註64：參見楊國棟著，同(註13)，58頁。

註65：同上註，59頁。

註66：林紀東，同(註58)，58頁。

註67：丘宏達著，立法院審議條約或國際協定權限及範圍，聯合報，79.1.15.，第四版。

註68：薩孟武，同(註60)，320頁。

註69：羅昌發，同(註21)，39頁。但依其見解，公約及涉及修改法律之協定均應送立法院審議，40、42頁；其理論似未一貫。

註70：同上註，40頁。

註71：同上註，41－43頁。

註72：立法院議事規則第三十七條第二項。

註73：嚴格來說，外交事務係國家整體之對外關係，而非如十八、十九世紀當時純屬君主之特權，今日民主立憲國家之外交係國民外交而非宮庭外交，故國際協議之締結，既涉及國家對外之事務，應無所謂行政固有權限之事項，因三權分立係對國家內部權力之分立與制衡，對外關係則國家權之整體對外行使，屬三權共同參與之事項，僅有內部三權分工如何？而無對外關係之三權分立可言。有關條約締結權之歷史發展及國會之參與方式，參見薩孟武著，政治學，增訂五版(台北：三民書局，民國80年)，346－351頁。

註74：依憲法第一〇七條第一項第一款規定，外交係屬中央立法並執行之事項。

註75：此爲行政院函請立法院審議我國加入中美洲銀行經社發展基金之「加入協定」「基金章程」及「中美洲銀行新憲章」案。但立法院外交委員會審查時，曾對此一「加入協定」之性質究竟應視爲條約或協定，應遊立法院審議或查照引起立法委員與外交部官員之爭論，詳見立法院外交財兩委員會第一次聯席會議記錄(第八十九會期)，立法院公報，第八十一卷，第四期，(台北：立法院，民國81年)，256頁以下。

註76：詳見立法院外交經濟兩委員會第一次聯席會議記錄(第八十四會期)，立法院公報，第七十九卷，第五十一期，(台北：立法院，民國79年)，329－343頁以下。有關此一協定之探討，參見張薰雅著，北太平洋鮭魚公海捕撈問題之探討——以一九八九年中美漁業協定爲研究中心，海洋學海洋研究所碩士論文，(台北：未出版，民國80年)。

註77：經濟日報，民國80年7月12日，二版。

註78：詳見立法院第二屆第一會期外交內政兩委員會第四次聯席會議記錄，立法院公報，第八十二卷，第三十九期，(台北：立法院，民國82年)，431－446頁以下。

註79：這些民間團體或公司包括：中華民國工商協進會、中華航空公司、

長榮航空公司、中華民國商務仲裁協會、中華民國對外貿易發展協會、台灣電力公司、台北市航空運輸商業同業工會、台北市進出口商業同業工會、中華民國專科學校國際合作小組。此類由行政機關授權，以民間團體公司名義與無邦交國家政府機關或其授權之機構、團體所簽定之國際協議，學者稱爲「非(準)官方協定」，並認爲其與一般國際法上的協定無異，具有國際協定之性質，我國法院應予適用。參見丘宏達著，國際慣例、條約、協定、非(準)官方協定在我國國內法上的地位，收於中國國際與國際事務年報(第二卷)，(台北：台灣商務印書館，民國77年)，24－25頁。

註80：關於此四協議之性質爲何，尚無定論。有主張「條約說」、「協定說」、「立法契約說」、「行政命令說」、「準行政命令說」、「準條約說」等，參見聯合報，82年5月22日，四版；中國時報，82年5月22日，二版。行政院則認爲應屬行政裁量權範圍，僅須送立法院查照，但立法則表決通過將四項協議中的「兩岸公證書使用查證協議」送內政等六委員會審議，其他三項協議則送相關委員會查照。中國時報，82年5月29日，一版。

註81：主張此說之實務見解有：最高法院63年台上字426號判決、最高法院72年台上字1412號判決、最高法院73年台非字69號判決；學者則有洪力生、劉慶瑞、湯武等人。參見丘宏達，同(註79)，17頁。

註82：羅昌發，同(註21)，45頁。

註83：最高法院23年上字1074號判決、司法院民國20年7月27日致前司法行政部訓字第459號訓令、法務部民國72年2月21日法(72)律字第1813號函，引自法務部民國77年11月19日法(77)參字第20108號函。另參見陳聰明著，條約與協定之法律地位，法令月刊，第四十四卷，第七期，(台北法令月刊社，民國82年)，12頁。

註84：主張此說之實務見解有：台北地院77年訴字第7089號民事判決，引自羅昌發，同(註21)，44頁；學者則有羅昌發，羅昌發，同(註21)，46頁，張薰雅，同(註76)，153頁。

註85：依立法院議事規則第三十七條規定：「法律案及預算案，應經三讀會議決之。前項以外之議案，應經二讀會議決之。」則具有相當於法律案及預算案之效力的條約案，似應採取相同之議決程序以示愼重，此外也可使條約案的議決具有類似德、法制度，使條約轉化爲國內法律之效果。實際上，在現行條約案之二讀程序上，再增加三讀程序，並不至於造成時效上的太大影響，因爲二讀完成後，如有必要仍可逕付三讀。

註86：依憲法第四條之規定，領土之變更應經國民大會議決。但領土之變更與該領土上之人民有極爲密切的關係，似應仿照法國憲法之規定，交由該地人民複決。

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月 第89～131頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p.89～131

# 從地方自治法制化談自治立法權理論之確立方向

張正修*

# On the Theory of Legislative Power of Local Government

by
Cheng-Shuh Chang

目 次



* 淡江大學公共行政學系兼任講師

# 壹、前言——混亂的地方自治法制與自治立法權

一九四七年十二月二十五日，由國民黨政府所公布實施的「中華民國憲法」，在其第十章「中央與地方之權限」與第十一章「地方制度」中，對地方自治有關之制度與內容，雖然有詳細的規定，但實施地方自治的基本法規——省縣自治通則，其多數條文於一九五〇年九月十五日經在台北的立法院完成二讀之後，即遭行政院加以擱置(註1)。因此造成了台灣所實施的地方自治在法體系上非常的混亂，例如：台灣省政府的組織係依據一九四四年政府所修正公布的「省政府組織法」及一九三四年國民政府所訂定的「省政府合署辦公暫行規程」以及依該規程所訂定的「省政府合署辦公施行細則」；而台灣省議會則依行政院核定之「台灣省議會組織規程」組織(註2)。然而「省政府組織法」係訓政時期所制訂之法律，與中華民國憲法之規定出入頗大，而現行台灣省政府組織所依據之「省政府合署辦公暫行規程」與「台灣省政府合署辦公施行細則」又與「省政府組織法」之規定頗多不同，因而台灣省政府實際上係依行政命令所組成，台灣省議會亦然(註3)。同樣的情形亦適用於台北市與高雄市二直轄市：北高二市係依

據國民政府於一九三〇年所訂定之「市組織法」與行政院於一九六七年所訂定之「台北市各級組織及實施地方自治綱要」與一九七九年所訂定之「高雄市各級組織及實施地方自治綱要」辦理所謂自治，該二市政府及市議會則依行政院依上述二自治綱要所核定之「台北市政府組織規程」、「高雄市政府組織規程」、「台北市議會組織規程」、「高雄市議會組織規程」組織並運作之(註4)。然而「市組織法」亦係訓政時期所制訂之法規，與憲法規定頗多出入，而北高二市所據以組織、運作之自治綱要、組織規程，亦與該法大異其趣，因此，北高二市之市政府、市議會係依行政命令而成立，而非依憲法與法律而組織。更有甚者，台灣省政府與北高二市政府皆非自治之政府，而係直屬於行政院之管轄，因此，省府與北高二市政府既非有自治權力之政府，其組織亦源於行政院所訂之行政命令(註5)。

至於台灣省轄區內，其縣(市)、鄉鎮市所實施之地方自治係依據台灣省政府於一九五〇年所擬定，報請行政院核定之「台灣省各縣市實施地方自治綱要」實施，該自治綱要係由台灣省議會所通過，因此較不同於省府。北高二市府純依行政命令而爲運作。惟其係於省議會通過後，由省府報行政院核定，因此，從整個國家法體系來看，自治綱要並非由中央之立法機關制訂之法律，而係行政院所轄之台灣省政府所擬訂而報行政院核定之行政命令。當然，如果從台灣省的自治法規體系來看，此一地方自治綱要是具有民意基礎的省議會所制定的省單行法規(註6)。

因此，國內目前的地方自治制度，實際上是僅有行政，而無行政法(註7)。連較有民意基礎的省單行法規「台灣省各縣市實施地方自治綱要」亦被含攝於行政命令體系內。整個體制，錯亂顚倒，在這種錯亂的體制中，地方自治立法權究竟有其理論發展的位置嗎？很顯然地，省法規既已被中央的行政命令所收攝，則縣規章，鄉鎮市規約之立法權理論自然無從發展，而且觀諸實際，各級議會所爲之決議常遭上級行政機關刪改，或以政治方式解決，因此，自治立法權理論自始即未發展。惟談及自治立法權時，實有必要先就國內法體系對地方行使立法權所制定之規範之名稱、類別加以分析。

中央政府所制定而一般適用的規範，如係由國會所制定者，其名稱爲

法律，而行政機關依法律之委任而制定者，稱爲行政命令。同樣地，地方政府亦有制定一般適用之規範之權限，這種權限，在自治權的理論中，被稱爲自治立法權或自主立法權。中華民國憲法在第一〇九條中規定了省得立法，並執行或交由縣執行之事項，已承認其對該條所規定事項有自治立法權，而一一三條二項亦規定：「省之立法權，由省議會行之。」此外，一〇八條二項亦規定省在不抵觸國家法律範圍內得就該條一項所列舉應由中央立法並執行或交由省縣執行之事項，制定單行法規。一一六條並規定：省法規與國家法律抵觸者無效。從上述憲法這些條文來看，省有自治立法權固無疑義，而省議會所制定者稱爲省法規亦無疑義，惟單行法規是否僅得由省議會制定，或亦得由省政府制定，則無法於憲法條文中得之，且單行法規是否僅爲省法規之一種，或即就是省法規之另一名稱，亦無從由憲法條文中得知。但根據台灣省政府於一九七四年所發布之「台灣省法規準則」第一條即明白規定省單行法規即省法規。因此，省所制定之一般適用規範，可稱爲省單行法規或省法規，並得依其性質稱爲規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則(台灣省法規準則第二條)(註8)。

至於縣的自治立法權，憲法第一百十條一項規定縣得立法並執行之事項，已承認縣對該條一項所列舉之事務有自治立法權；而一百二十四條二項亦規定：「屬於縣之立法權，由縣議會行之」。惟縣所制定一般適用之規範之名稱，則僅得於一百二十五條規定：「縣單行規章，與國家法律或省法抵觸者無效」中發現縣單行規章一詞。觀諸台北縣政府於一九七五年所發布之「台北縣單行規章準則」第一條之規定，顯然縣所制定一般適用之規範即稱爲縣單行規章(或簡稱縣規章)，並得依性質稱爲規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則(同準則第二條)(註9)。惟單行規章之制訂是否僅得由縣議會爲之？或亦得由縣政府爲之？則無法從憲法條文中得知。

至於鄉鎮市有無自治立法權？憲法中並無規定，惟根據「台灣省各縣市實施地方自治綱要」第三十條第一項第二款之規定：「鄉鎮縣轄市代表會之職權如左：二、議決鄉鎮縣轄市自治規約」來看，則鄉鎮市有制定一般適用規範之權限，其名爲自治規約(註10)。

省議會、縣市議會、鄉鎮市代表會得行使立法權以制定省單行法規、

縣單行規章、鄉鎮市自治規約固無問疑，但在現行違憲的自治法體系中，則省政府、縣市政府、鄉鎮市公所亦有制訂法規、規章、規約之權，而此一制度亦見諸於目前行政院正送立法院審議之省縣自治法草案，直轄市自治法草案中。因此，國內所謂自治立法權，至少在目前的地方自治法體系與新的二法草案中，會包括立法機關與行政機關所制定而適用於一般對象的規範(註11)。

事實上如同前述省法規、縣單行規章與鄉鎮市規約之制訂，在現行地方自治法體系內，係皆以行政命令爲最後依據，因此，地方之自治法規與法律命令間的關係如何？或下級之自治法規與上級之自治法規之關係如何呢？其彼此間有無分際？二者衝突時，應如何解決？此等更根本的問題實無從建立一套法體系與法理論去解決。

在混亂的地方自治法體系中，要建立地方自治有邏輯、有體系的理論，本身即相當困難；然而行政院既已草擬了「省縣自治法草案」、「直轄市自治法草案」送立法院審議，一旦地方自治完成法制化，則整套自治法體系與理論的建立即爲當務之急。本篇論文撰寫之目的，即在地方自治衆多的理論中，以自治立法權爲對象，經由國外理論發展的介紹，欲確立國內自治立法權理論的架構與基礎。

在正式討論自治立法權之理論前，有些用語必須先加以說明：

㈠國內對於省市、縣市、鄉鎮市有以自治單位稱呼者，亦有以地方政府稱呼者，至於日本則以普通地方公共團體之名字稱呼，而許多學術論著亦有以地方自治團體稱呼者，本文中，四者共用。

㈡本文有時使用法規一詞含括法律、省法規、單行規章、規約。

㈢所謂自治立法權係地方自治權之一種，其作用在於由地方之立法機關或行政機關所制定而適用於一般對象。這種立法權在日本，如係由地方議會制定者，稱爲條例，如係由地方行政首長制定，則稱爲規則(註12)。至於在國內由民意代表所組成之立法機關所制定之法規，在中央名爲法律，並得定名爲法、律、條例或規則，而在省則稱爲省法規，而在縣則稱爲規章，在鄉鎮市稱爲規約已如前述。惟地方與中央所不同者，中央由立法機關所制訂之一般規範——法律非行政機關所得訂定，行政機關所得訂定者稱爲命令，而地方之省法規、規章、規約則除立法機關所訂定之一般規

範，亦包括行政機關所訂定之一般規範，亦如前述。只是國內，名稱並未如同日本一般加以區別。本文中，言及日本自治立法權時，依其慣用名稱，而國內則依省法規，單行規章，鄉鎮市自治規約之名稱或以自治法規稱之。惟本文所談自治立法權，主要談上下級立法機關所制訂法規彼此間之關係，立法機關與行政機關所制定之法規彼此間之關係(亦即日本所謂條例與規則之關係)則除有關係的地方以外，暫不探討。

# 貳、地方自治團體自治地位之探討與自治立法權之本質

## 一、自治地位與自治立法權之關係

所謂地方自治，其意義係指以一定地區爲基礎之團體，以自己的機關處理自己的事務。一般而言，自治與官治是相對立的，國家在處理地方行政時，如係採官治方式，則係以自己所派出之機關或官吏處理之；如係採自治，則是由地方的居民以自己的機關處理地方的行政。而地方自治在理論的發展上，也產生了兩個理論要素，一爲住民自治(德文爲Bürgerliche Selbstverwaltung)，另一則爲團體自治(德文爲Körperliche Selbstverwaltung)，前者之意爲一定地區內之地方事務，應基於地方居民之意思，由地方居民自己或其代表，在自己之責任與創意下處理之，而後者則意味著：以一定地區爲基礎的地方團體，具有獨立於國家之外的法律人格，並具有自己的目的、事務與權能(亦即所謂的自治事務與自治權)，用自己的機關在自己的任責上，處理自己的事務(註13)。住民自治的思想是在英國地方自治的歷史中所蘊育產生的，其所強調的就是民主主義，地方公共事務的運作，必須基於民主政治之原則，由地方居民直接或間接參與，而團體自治的思想則是德國公法學的產物，這一思想，是思考國家與地方自治彼此關係的重要原理，也是地方自治權理論的基礎(註14)。地方自治的許多理論皆是以此二要素爲探討之出發點，也因此，地方政府是否具有自治之地位，便成爲探討自治權的基本前提，而地方自治立法權係地方自治權之一，當然地，探討地方自治立法權之有無前，必先確認地方政府是否具有自治之地位。

## 二、省市、縣市自治地位之探討

從憲法第十章「中央與地方之權限」與第十一章「地方制度」之規定來看，憲法是很明確保障省與縣的自治地位的。首先，憲法一〇八條第一項第一款規定：省縣自治通則爲中央立法之事項，而執行則分由中央或省縣爲之。同時，第一百一十二條規定：「省得召集省民代表大會，依據省縣自治通則，制定省自治法，但不得與憲法抵觸。」；而第一百二十二條亦規定：「縣得召集縣民代表大會，依據省縣自治通則，制定縣自治法，但不得與憲法及省自治法抵觸。」從上述這些條文的規定內容來看，中央制定「省縣自治通則」以爲省制定省自治法、縣制定縣自治法之依據，已是明顯保障省、縣爲自治單位之地位。這些規定在一九九二年第二屆國民大會臨時會的修憲過程中被凍結，而另以憲法增修條文第十七條之規定：「省、縣(市)地方制度，另以法律定之，不受憲法第一百〇八條第一項第一款，第一百十二條至第一百十五條及第一百二十二條之限制」取代之，但是省縣之自治地位，仍舊未變，此觀諸憲法第一百十條第一項第十一款：「其他依國家法律及省自治法賦予之事項」以及第一百二十一條：「縣實行縣自治。」之規定內容即可推知。

或有謂憲法第一百十條第一項第十一款所規定之省自治法應於增修條文第十七條通過後，已無適用之餘地。固然憲法第一百十條第一項第十一款規定中之省自治法，如依增修條文制訂前之憲法規定來看，應係指依憲法第一百一十二條規定由省民代表大會依據省縣自治通則所制定之省自治法而言，然憲法增修條文第十七條雖規定省之地方制度，另以法律定之，不受該條規定之限制，卻未對第一百十條第一項第十一款之規定加以修訂，顯然該文字當然應繼續適用，爲求法體系之完整性，並使法解釋無前後矛盾之現象出現，此處所謂省自治法應指省本身所爲之立法，亦即包括憲法第一〇九條所規定之省立法事項與憲法第一〇八條第二項所規定之省單行法規。也因此，省之自治地位受憲法保障，當然無可置疑。

至於省之外的直轄市，同樣地，也被憲法保障其自治之地位，從憲法第一百十八條之規定：「直轄市之自治，以法律定之。」來看，即可清楚知悉；同樣地，省轄市被保障其自治之地位，亦可由憲法第一百二十八條

規定：「市準用縣之規定。」知其自治地位之保障與縣並無不同。

由於省市、縣市之自治地位係由憲法加以保障，因此，中央是不得以法律任意剝奪其地位的。然而省市、縣市之自治地位雖受憲法保障，於何種情況下，可認爲其自治地位受中央立法之侵害，則因憲法規定、法律規定與理論發展會有不同之判斷與決論。

## 三、鄉鎮市自治地位之探討

有別於省市、縣市，對於鄉鎮市之自治地位，憲法及增修條文並未加以規定，但一九三九年國民政府所公布之「縣各級組織綱要」以及一九四一年所公布之「鄉鎮組織暫行條例」均規定鄉鎮實施地方自治，而依憲法第一〇八條規定由行政院送請立法院審議之「省縣自治通則草案」亦爲同樣規定(註15)。一九五〇年由台灣省政府擬訂，報行政院核定之「台灣省各縣市實施地方自治綱要」中，更將日本人所留下之市制包含在其規範對象內，規定鄉鎮市爲法人，辦理自治事項，並受上級政府指揮監督，執行委辦事項(註16)。也因此，經由上述內容之介紹，我們可清楚知悉，鄉鎮市之自治地位並無憲法上之保障，而係由省的單行法規賦予其自治地位。按法人之創設應由法律爲之，但國內卻以省法規賦予鄉鎮市法人之地位，可謂違法。惟鄉鎮市具有法人地位已有四十多年，雖曰僅實施有限之權限，但亦實施自治四十多年，因此「省縣自治法草案」亦於第二條中規定鄉鎮市均爲法人，依該法辦理自治事項，賦予其自治地位，因此，如「省縣自治法草案」通過之後，鄉鎮市將確實具有法律上自治之地位，惟不同於省市與縣市者的是鄉鎮市之自治地位非源於憲法，而係源於法律，其自治內涵將受法律變更甚大之影響。因此，探討鄉鎮市之自治立法權時，其與省市、縣市之自治立法權之內涵將有許多不同之處。

## 四、自治立法權之本質

如同前述，省(市)、縣(市)之地方自治與自治立法權，既然在憲法上被加以保障，則省(市)的法規制定權與縣(市)的規章制定權，係憲法上對省(市)、縣(市)所保障之自治立法權。在這種意義上，法規制定權，規章制定權(以下總稱爲自治法規制定權)，可稱爲自主立法權或自治立法權。

亦即，省(市)、縣(市)就其自己之事務，與國家行政機關制訂行政命令不同，可不論法律根據之有無，而制定自治法規。省(市)法規、縣(市)規章係自主立法，與行政命令之爲國家法之性格不同，行政命令係以法律之委任爲基礎，而所謂法律之委任，係指將本來應由法律所訂定事項之一部分，承認行政機關得以行政命令之形式訂定之，而行政命令所定者即爲法律之補充，具有國家法之效力；而自治法規縱然係基於法律之委任而訂定，亦非爲法律之補充而具有國家法之效力，而係由法律對自主立法之委任。也就是說自治法規，有時會具有國家法的層面，但其本質則爲地方自治立法、地方自主立法(註17)。自治法規與行政命令不同之處，正是在此，而其與法律或上級法規衝突時之理論會與行政命令與法律衝突時之理論不同，即在於其本質爲自主立法之緣故。

此外，鄉鎮市之自治規約制定權，在憲法上雖未被保障其地位，但其爲自治立法權則與省法規，縣規章並無不同，只不過保障會有所不同罷了！

## 叁、自治立法權與地方權限、事務之關係

### 一、地方事務之分類

自治立法權所及範圍當然爲屬於地方權限之事務，因而有必要先了解中央地方權限分配之情況，才能知自治立法權所及範圍。在探討中央與地方之權限分配時，實宜先對地方事務之分類做一介紹，如此對中央與地方權限分配之了解，將有甚大之助益。一般來說，地方所要處理的事務可分爲①固有事務、委任事務、委辦事務。所謂固有事務係指地方自治團體爲增進其存立之目的——居民之福利——所提供之非權力性事務(例如，公共設施之設置、管理、事業之經營等)，及與地方自治團體本身之存立有關之事務(例如：關於其組織之事務，關於其財政之事務等)，而委任事務則係由法律或命令將國家之事務委任給地方自治團體，使其分擔部分之事務。此一事務在德國稱爲法定事務，而在日本被稱爲團體委任事務；因爲它是由國家以法律授權方式委由地方自治團體處理之事務。此一事務，基本上是隨著社會變化與國家事務多樣化、龐大化，而由中央制定法律加以

規範，其執行則適於地方自己執行，因此，本身即爲地方之事務。至於所謂委辦事務，原屬國家之事務，但由國家依法令將屬於其權限之事務委由地方行政首長管理執行。此一事務在日本稱爲機關委任事務，因它係委任地方行政首長，而非委任地方自治團體，並以地方行政首長爲國家手臂延伸之機關。在德國，此一事務稱爲委任事務(註18)。

在國內，固有事務與委任事務，皆由地方自治團體處理，故合稱爲自治事項，此與委辦事項係國家事務，委由地方行政首長以國家機關身分處理大不相同(註19)。這三種事務的區分，在探討何者爲國家事務，何者爲地方事務，以及中央在地方處理地方事務時之干預程度等時，是非常重要的理論前提。

## 二、中華民國憲法中的中央與地方之權限分配

從團體自治的觀念來看，地方自治團體有權處理屬於其團體之事務，已於第一章中加以說明，唯何者爲屬於地方自治團體有權處理之事務，則因憲法、法律之規定與理論之發展，而有不同的界定。地方自治團體既然擁有自治立法權，當然其立法所能規定的事項必須是屬於地方自治團體有權處理之事務。在探索此種自治事務理論發展之前，首先讓我們看一下中華民國憲法對於地方自治團體所得處理之事務所做之有關規定：

中華民國憲法第十章「中央與地方之權限」首先對中央與地方的事務區分爲四種：㈠中央立法並執行之事項(第一百零七條)；㈡中央立法並執行或交由省縣執行之事項(第一百零八條)；㈢省立法並執行或交由縣執行之事項(第一百零九條)；㈣縣立法並執行之事項(第一百十條)。而中央立法並執行之事項有：

一、外交。

二、國防與國防軍事。

三、國籍法及刑事、民事、商事之法律。

四、司法制度。

五、航空、國有鐵路、航政、郵政及電政。

六、中央財政與國稅。

七、國稅與省稅、縣稅之劃分。

八、國營經濟事業。

九、幣制及國家銀行。

十、度量衡。

十一、國際貿易政策。

十二、涉外之財政經濟事項。

十三、其它憲法所定關於中央之事項。

顯然地，上述這十三種事項可稱爲中央專屬事項，地方當然不得立法、處理。

至於中央立法並執行或交由省縣執行之事項有：

一、省縣自治通則。

二、行政區劃。

三、森林、工礦及商業。

四、教育制度。

五、銀行及交易所制度。

六、航業及海洋漁業。

七、公用事業。

八、合作事業。

九、二省以上之水路交通運輸。

十、二省以上之水利、河道及農牧事業。

十一、中央及地方官吏之銓敍、任用、糾察及保障。

十二、土地法。

十三、勞動法及其他社會立法。

十四、公用徵收。

十五、全國戶口調查及統計。

十六、移民及墾殖。

十七、警察制度。

十八、公共衛生。

十九、振濟、撫卹及失業救濟。

二十、有關文化之古籍、古物及古蹟之保存。

因此，很顯然地，一〇八條所規定之事項，全由中央立法，而執行則

分別由中央、省、縣執行。又在理論上，中央立法交由省、縣執行之事項，即爲前面所述之委任事務，其本身亦爲自治事務，但由於其事務一般應有全國一致性之規定、標準爲妥，故由中央立法後，全國性之事務由中央執行，而地方性之事務則交由省、縣執行。也由於此等事務，如係地方性之事務，則爲自治事務，所以一〇八條二項規定，省得就各款事務制定單行法規，惟不得抵觸法律。

至於省立法並執行或交由縣執行之事項依憲法一〇九條規定有：

一、省教育、衛生、實業及交通。

二、省財產之經營及處分。

三、省市政。

四、省公營事業。

五、省合作事業。

六、省農林、水利、漁牧及工程。

七、省財政及省稅。

八、省債。

九、省銀行。

十、省警政之實施。

十一、省慈善及公益事項。

十二、其他依國家法律賦予之事項。

該條規定之特質與憲法一〇八條有不同之處，蓋此處所規定之事務皆冠有「省」字，因此，這些事務，除十二款所規定其他依國家法律賦予之事項外，基本上應是省專屬之自治事務，自應由省立法，亦應由省執行。惟本條規定得由省立法交由縣執行之事務，當然亦應爲委任事務。惟中華民國憲法制定當時，此一規定並非制定的很妥當，因爲該條一項一款至十一款(第三款之省市政除外)所規定之事項與一百十條一項一款至十款所規定之事項同，所不同者爲一〇九條一項各款所規定之事項皆冠以「省」字，而一百十條一項各款所規定之事項則加上「縣」字，因此，很可能產生省立法交由縣執行之事務與縣立法並執行之事務重疊矛盾的現象。如同後面所述，一百十條一項各款事務既爲縣專屬事項，則一〇九條一項各款所規定省立法並交由縣執行之事項，應解釋爲省僅就各該款事

務，基於全省一致之性質加以立法，而其執行與各該縣對各該事項之詳細立法，則爲縣之專屬權限。

至於縣立法並執行之事項有：

一、縣教育、衛生、實業及交通。

二、縣財產之經營及處分。

三、縣公營事業。

四、縣合作事業。

五、縣農林、水利、漁牧及工程。

六、縣財政及縣稅。

七、縣債。

八、縣銀行。

九、縣警衛之實施。

十、縣慈善及公益事項。

十一、其他依國家法律及省自治法賦予之事項。

這些事務除第十一款「其他依國家法律及省自治法賦予之事項」外，可謂縣專屬之自治事項。

綜上所述，對於憲法一〇七條至一百十條之規定，如稍加整理，則我們可認爲中央的權限有①一〇七條所規定之中央專屬事務與②一〇八條所規定由中央立法並執行之事務。而屬於省權限的事務則有：①一〇九條第一項第一款至第十一款之專屬事務與②一〇八條由中央立法交由省執行之委任事務；③一〇九條第一項第十二款所規定之「其他依國家法律所賦予之事項」，此一事項有可能是固有事務，亦可能是委任事務。至於縣有權限之事務則有：①一百十條第一項第一款至第十款的專屬事務；②一〇八條由中央立法交由縣執行之委任事務；③一〇九條一項各款所規定由省立法並交由縣執行之委任事務；④一百十條第一項所規定之「其他依國家法律及省自治法賦予之事項」，此一事項可能是固有事務，亦可能是委任事務。

從上述規定來看，憲法對省、縣之自治事項係採列舉方式，並對中央得立法執行之事項特別列舉。至於上述列舉以外之事務，其歸屬則依事務性質決定之。依憲法一百十條之規定，事務有全國一致之性質者屬於中

央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣；但遇有爭議時，由立法院解決之。由於未列舉事項之歸屬係由立法院決定，則因立法院所爲之決定可使事務之性質有所變化，亦即有些事務可能成爲地方專屬事務，亦有可能成爲委任事務，亦有可能成爲中央事務而委交地方辦理成爲委辦事務。所以省、縣除憲法所賦予之專屬事項外，省亦可能有立法院依一〇八條規定所訂定之委任事務與依一百十一條、一〇九條一項十二款規定所賦予之固有事務(包含以立法列舉之專屬事項)與委任事務；而縣亦可能有立法院依一百十一條與一百十條一項十一款規定所賦予之固有事務(包含立法所列舉之事務)與委任事務，與省依一〇九條規定所立法並交由縣執行的委任事務及省依一百十條一項十一款規定所賦予之固有事務(含省立法所列舉之專屬事項)與委任事務。如以圖表列示省縣之權限與事務，則可以下表顯示之：

省
- 一、憲法上之專屬事項：一〇九條一項一款至十一款。
- 二、憲法上中央立法交其執行之委任事項：一〇八條一項一款至二十款。
- 三、中央立法賦予之固有事務(含列舉之專屬事項)與委任事務：一百十一條，一〇九條一項十二款。

縣
- 一、憲法上之專屬事項：一百十條一項第一款至十款。
- 二、憲法上中央立法交其執行之委任事項：一〇八條一項一款至二十款。
- 三、憲法上省立法交及執行之委任事項：一〇九條一項一款至十一款(省之立法應僅爲全省一致性之標準立法。
- 四、中央立法賦予之固有事務(含列舉之專屬事項)與委任事務：一百十一條、一百十條一項十一款。
- 五、省立法賦予之固有事務(含列舉之專屬事項)與委任事務：一百十條一項十一款。

從上表對省、縣事務之整理來看，省縣事務可從兩個層次來分析：一爲憲法上有明文列舉之專屬事項與委任事務，而另一則爲憲法上未明文列

舉，僅以抽象概括性原則所規定之事務，而此一事務係地方固有事務或委任事務，則憲法僅規定「由立法院解決」或「依法律或省自治法所賦予」之字眼，因此，上級立法機關對此一概括而未列舉之事務，具有很大之規範權限，其可採列舉方式於法律或省法規定省縣之專屬事務，亦可以以概括性原則全權賦予地方處理固有事務之權限，亦可以個別之法令或省法規將國家事務以委任事務之方式委由地方處理。事實上，探討地方自治團體之立法權時，必須依據此一分類去分析，如此，國內自治立法權之理論，將容易確立其體系，蓀L國外先進國家已有許多理論已依據上述之此種事務分類而確立，參考彼等理論之發展，將可對「省縣自治法草案」、「直轄市自治法草案」之規定提供適切的批判，並爲今後地方自治之發展提供整個理論基礎與架構(註20)。

## 三、「省縣自治法草案」中的地方事務規定

### ㈠省自治事項之規定方式及其範圍

地方自治團體既然擁有立法權，當然其立法所能規定的事項必須是與當該地方自治團體之事務有關事項，已如前述。關於這一點，「省縣自治法草案」分別於第十一條、第十二條、第十三條規定了省自治事項，縣(市)自治事項與鄉(鎮、市)自治事項。第十一條規定了下列各款爲省自治事項：

一、省教育、衛生、實業及交通。

二、省財產之經營及處分。

三、省市政。

四、省公營事業。

五、省合作事業。

六、省農林、水利、漁牧及工程。

七、省財政及省稅。

八、省債。

九、省銀行。

十、省警政之實施。

十一、省慈善及公益事項。

十二、其他依法律賦予或不牴觸中央法規之事項。

此一規定除第十二款在文字上與憲法一〇九條一項十二款之規定不同外，實際上是把憲法一〇九條一項一款至十一款之省專屬事項重抄一篇。「省縣自治法草案」這一個條文對於屬於省之權限之事務之規定有幾個特色與問題點：

(a)憲法一〇九條一項一款至十一款之事項，在憲法上係將之稱爲省立法並執行或交由縣執行之事項，而省縣自治法草案則將之稱爲自治事項，很顯然地，省縣自治法草案有縮小省自治權之嫌疑，蓋憲法一〇八條一項一款至二十款之事項，雖爲中央立法交由省執行之委任事務，然亦爲自治事項。事實上，憲法一〇八條一項二款至二十款之各項事務，目前皆以有法律、命令規定，然多屬集權之規定，早已違憲，草案中未加規定，似有意逃避憲法上之規範，以使違憲之法令繼續存在。

(b)草案第十一條十二款規定之方式爲：未列舉之事項，除法律所賦予者外，不抵觸中央法規之事務爲省之自治事項。因此，未列舉事項中，基本上是否爲地方事務，須先視有無法律賦予，如有法律賦予者應爲委任事務(蓋此一事務係由個別法規賦予)，而其他無法律規定者，則皆爲地方之事務，省得於不抵觸法律範圍內加以規範，此即德國所謂「全權性原則(Prinzip der Allzust ändigkeit)」(註21)。惟草案雖採所謂全權性原則之規定，表面上似忽賦予省相當大的自治權限，然而因未列舉之事務多已有法令規定存在，這使全權性原則之規定大失其意義，省能制訂的自治事務範圍實際上相當有限。

(c)草案中對固有事務與委任事務未加區分，如此一來，憲法中所規定屬省之專屬事項之固有事務，即可能被中央任意立法而遭到中央立法之侵害，草案中將省專屬事項僅如此規定爲自治事項，實有令中央以立法方式侵害省專屬權限之嫌疑。

㈡縣(市)自治事項之規定方式及其範圍

至於縣的自治事項，省縣自治法草案第十二條則規定了下列各款爲其自治事項：

一、縣(市)教育、衛生、實業及交通。

二、縣(市)財產之經營及處分。

三、縣(市)公營事業。

四、縣(市)合作事業。

五、縣(市)農林、水利、漁牧及工程。

六、縣(市)財政及縣(市)稅。

七、縣(市)債。

八、縣(市)銀行。

九、縣(市)警衛之實施。

十、縣(市)慈善及公益事項。

十一、其他依法律、省自治法規賦予或不牴觸中央法規、省自治法規之事項。

此一規定有下列的問題點與特色：

(a)憲法中對於省轄市之權限並未直接規定，僅於一百二十八條規定：「市準用縣之規定」。而本條則不僅只規定縣之自治事項，亦將縣之自治事項規定爲省轄市之自治事項，顯然是依據憲法一百二十八條之規定，將縣之自治事項準用於省轄市之自治事項上。

(b)本條實際上係將憲法一百十條一項一款至十一款由縣立法並執行之事項規定爲縣自治事項，而其十二款對一至十一款所列舉之自治事項以外之事項，基本上與對省未列舉之事項採同樣規定，其問題點詳見前述(b)之說明。

(c)憲法一〇八條一項一款至二十款之事，係由中央立法交由縣執行之委任事務，亦爲縣自治事項，而憲法一〇九條所規定由省立法交縣執行之事項亦然，然本條卻未對之加以規定，顯然有意縮小縣之自治權限。

(d)本條除列舉憲法所規定之「縣立法並執行之事項」爲縣自治事項外，並未對未列舉事項再特別列舉若干事項爲自治事項，相反地，本條規定如與「台灣省各縣市實施地方自治綱要」第十五條規定相比，反而顯示出省縣自治法草案不敢將自治綱要所規定之自治事項全數列入草案內。按自治綱要第十五條規定縣市之自治事項爲：

一、縣、市自治之規劃。

二、縣、市所屬行政區域之調整事項。

三、縣、市公職人員選舉罷免之執行事項。

四、縣、市辦理之地政事項。

五、縣、市教育文化事業。

六、縣、市衛生事業。

七、縣、市農、林、漁、牧事業。

八、縣、市水利事業。

九、縣、市交通事業。

十、縣、市公用及公營事業。

十一、縣、市公共造產及觀光事業。

十二、縣、市工商管理。

十三、縣、市建築管理。

十四、縣、市財政、縣、市稅及縣、市債。

十五、縣、市銀行。

十六、縣、市警衛之實施。

十七、縣、市戶籍登記與管理事項。

十八、縣、市國民住宅興建及管理事項。

十九、縣、市合作事業。

二十、縣、市公益慈善事業及社會救助與災害防救事項。

二十一、縣、市人民團體之輔導事項。

二十二、縣、市國民就業輔導事項。

二十三、縣、市勞工、婦幼、老人、殘障福利及其他社會福利事項。

二十四、縣、市社區發展事項。

二十五、縣、市有關文化之古籍、古物及古蹟保存之執行事項。

二十六、縣、市文獻編撰事項。

二十七、縣、市端正禮俗及心理建設推行事項。

二十八、縣、市新聞事業。

二十九、與其他縣、市合辦之事業。

三十、其他依法賦予之自治事項。

如將二者相比較，除實業、工程等字不見於自治綱要第十五之規定外，顯然地，自治綱要所規定之縣市自治事項超過草案之規定甚多。固然，自治綱要係行政命令，其所規定之自治事項雖多，但不能發揮實效，

固無疑問，但如果將之一一規定於法律中，則縣將可以之爲自治事項抗抵中央的侵害，中央如欲收回其權限，必須修改法律，其程序較爲複雜且不易完成修改。因此，對憲法未列舉之事項，採列舉方式並以全權限原則之規定相互配合，對地方自治之保障，可謂最佳。然而草案第十二條大幅縮小自治綱要所規定之自治事項，其意無非在於縮小縣的自治權限。

(e)草案中對固有事務與委任事務未加區分，如此很容易造成屬於憲法中所規定之縣專屬事項之固有事務，被中央或省任意立法以爲委任事務而加以侵害。

㈢鄉鎮市自治事項之規定方式及其範圍

鄉鎮市並未具備憲法上之地位，對於其自治事項，省縣自治法草案第十三條規定了下列各款爲自治事項：

一、鄉(鎮、市)教育、衛生及交通事項。

二、鄉(鎮、市)財產之經營及處分。

三、鄉(鎮、市)公營事業。

四、鄉(鎮、市)合作事業。

五、鄉(鎮、市)農林、水利、漁牧及工程。

六、鄉(鎮、市)財政事項。

七、鄉(鎮、市)慈善及公益事項。

八、其他依法律或省、縣自治法規賦予之事項。

該條規定的特色與問題點可歸納爲如下幾點：

(a)鄉鎮市的自治事項，完全是由法律授權所賦予，並無憲法上之保障；但省縣自治法草案既賦予其自治事項之管理權限，則鄉鎮市仍得據以對抗中央立法之侵害，中央如欲收回，仍必須修改該法才能爲之，此對防止中央之立法侵害，仍有相當之阻礙作用。

(b)鄉鎮市之自治事項完全採取所謂的列舉主義，該條一款至七款清楚具體列舉了地方自治事項，而對未列舉之事項，則不採「全權性原則」之規定方式，反係採完全的法律授權主義，亦即只有在法律或省、縣自治法規賦予時，鄉鎮市才有權限以之爲自治事項。此一規定已清楚顯示鄉鎮市只有在法律、省、縣自治法規有具體規定時，才有自治權限。

(c)由於省縣自治法草案未將自治事項清楚分爲固有事務與委任事務，

因此，中央、省、縣即可能任意以立法方式使之成爲委任事務而侵害其自治權限。

(d)本條列舉了七款鄉鎮市具體之自治事務，與縣之自治事務相比，少了鄉鎮市稅、公債、銀行、警衛之規定，固然公債、銀行是否得由鄉鎮市爲之，爭論較少，一般也較偏向否定的看法，但稅與警衛則未必全然如此，如此之規定，使得鄉鎮市角色大爲縮減，尤其在與「台灣省各縣市實施地方自治綱要」第十六條所規定之鄉鎮市自治事項相比時，其權限可謂更加縮小。綱要十六條規定下列各款爲鄉鎮市之自治事項：

一、鄉鎮縣轄市自治之規劃。

二、村里區域之調整事項。

三、鄉鎮縣轄市公職人員選舉罷免之執行事項。

四、鄉鎮縣轄市教育文化事業。

五、鄉鎮縣轄市衛生事業。

六、鄉鎮縣轄市農、林、漁、牧事業。

七、鄉鎮縣轄市水利事業。

八、鄉鎮縣轄市交通事業。

九、鄉鎮縣轄市公用及公營事業。

十、鄉鎮縣轄市公共造產及觀光事業。

十一、鄉鎮縣轄市財政事項。

十二、鄉鎮縣轄市合作事業。

十三、鄉鎮縣轄市公益慈善事業及社會救助與災害防救事項。

十四、鄉鎮縣轄市社區發展事業。

十五、於其他鄉鎮縣轄市合辦之事業。

十六、其他依法賦予之自治事項。

顯然地，鄉鎮市之社區事業、社會救助、災害防救、公共財產、觀光事業、公職人員選罷執行等皆已消失，因此，省縣自治法草案中的鄉鎮市地位已大幅萎縮。

㈣直轄市自治事項之規定方式及其範圍

至於直轄市，如同前述，雖具有憲法所保障之自治地位，但憲法並未規定其權限，而僅於一百十八條規定：「直轄市之自治，以法律定之。」

對於直轄市之自治事項，「直轄市自治法草案」第十條第一項規定了下列各款爲市自治事項：

一、市公職人員選舉罷免之實施事項。

二、市教育文化及新聞事項。

三、市衛生環保事項。

四、市農、林、漁、礦及水利事項。

五、市交通及觀光事項。

六、市財產之經營及處分。

七、市公用及公營事業。

八、市都市計劃、國民住宅、建築管理及工商管理事項。

九、市財政、市稅捐及市債。

十、市銀行及市合作事業。

十一、市警政及警衛之實施事項。

十二、市勞工行政及國民就業服務事項。

十三、市社會福利及人民團體之輔導事項。

十四、市禮俗及宗教輔導事項。

十五、與其他省(市)合辦之事業。

十六、其他依法律賦予或不牴觸中央法規之事項。

這條規定的特色與問題點，可歸納如下：

(a)直轄市之自治事項多於省之自治事項，例如市公職人員選罷之實施、市文化、新聞、觀光、公用事業、都市計劃、國民住宅、建築管理、工商管理、勞工行政、國民就業服務、人民團體之輔導、禮俗、宗教輔導、與其他省市合辦之事業等，皆爲市之自治事項，而省之自治事項則無此等事項之規定。

(b)該條對未列舉之市自治事項之規定方式與對省縣自治法草案第十一條之規定方式一樣，其問題點亦如前述。

(c)該條未區分固有事務與委任事務，其弊端已於前面有述，此處不再重複(註22)。

(d)由於直轄市之自治事項，未具憲法保障之地位，將會因個別法律之規定，而成爲委任事務，其遭中央立法之干涉，將大於省縣之自治事項。

(五)問題總結

透過上面對「省縣自治法草案」、「直轄市自治法草案」中有關省市、縣市、鄉鎮市自治事項之規定方式加以介紹後，此種規定方式有許多共同之問題點：

①委任事務、固有事務未區分清楚。

②未列舉之事項，除鄉鎮市外，採法律授權之方式賦予地方自治事項(主要爲委任事務)，未授權者才成爲地方之事務(此即全權性原則)。但由於現有法律規定已甚多，地方得自主決定之事務不多。

③憲法中對省、縣之委任事務未加規定爲自治事項。

④對鄉鎮市自治事務完全採法律授權方式，比照大陸法系國家所發展之全權性原則理論，可謂倒退之規定方式。

# 肆、聯邦國家權限分配理論之發展

## 一、聯邦制之特色與類型

聯邦國家之基本特質在於將統治權力分配給構成聯邦的各州與聯邦政府，因此，一般考慮聯邦制度不同的形態時，基本上會從下列三個項目去討論：(a)權力分配給聯邦政府與各州的方式；(b)對於聯邦政府與各州，加以確保憲法優位的機關爲何及其性質；(c)憲法修正時之程序。

如果從權力分配的方式來看，聯邦制基本上採下列兩種方式來分配權力：(a)規定聯邦政府所應擁有的權力，而剩餘未規定之權力則屬於各州；(b)而另一種方式則是規定各州所擁有之權力，而剩餘未規定之權力則歸屬聯邦。前者以美國、德國爲例，而後者則以加拿大爲例。不過，加拿大憲法以列舉方式限制、犧牲州的權力，已使其聯邦的要素減少甚多。不過，無論依前述之任何一種方式分配權力，聯邦與各州之立法機關都會受限，兩者皆未具有最高法規性，兩者之上，尚有最優位的憲法存在，聯邦或州所主張之權利與一方向他方要求義務履行時，皆不得超越憲法上所規定的領域；而監視憲法是否被遵守，並確保聯邦與州之均衡者，在一般屬於標準聯邦制的國家，都是最高法院，美國的聯邦最高法院、德國的憲法法院、加拿大的最高法院都是(註23)。由於憲法對聯邦與各州之權力會有

明確的規定，因此何種事務屬於聯邦的權限？何種事務屬於州的權限？自可以憲法爲依據決定之。聯邦不得侵犯州的權限，州亦不得侵犯聯邦之權限，任何一方侵犯他方權限之行爲即屬違憲而無效。而如果權限歸屬不清楚時，任何一方皆可尋求最高法院之裁判。而美國與德國皆採聯邦制，其憲法中明文規定了聯邦與州的權限分際，而其最高法院亦針對聯邦與州權限之衝突作出許多判例，並形成一個法理論之領域。

事實上，中華民國憲法對省縣權限之規定，是採取加拿大模式的，亦即對省縣權限採列舉主義，而未列舉者，則由立法院決定其歸屬。然既憲法對省、縣之權力加以分配並保障，則當然不允許中央立法對之加以侵害。因此，美國憲法與西德基本法的規定與其理論之發展，及其司法判例之累積正可以在國內省縣自治法草案通過後，成爲討論中央與地方權限分配的理論基礎。

## 二、美國聯邦政府與州政府之權限分配

美國係聯邦國家，而聯邦憲法則爲美國之基本法，根據該憲法增修第十條之規定：「聯邦僅具有憲法委任的權限，憲法所未委任或未特別禁止者，全部保留於州或人民」。換句話說，所有的權限基本上保留給州，此一權限即所謂的保留權限；而只有特別被委任之權限才歸屬於聯邦政府，亦即聯邦政府僅具有所謂的委任權限(Delegated Powers)。至於憲法委任給聯邦的權限則分爲①委任於聯邦議會者(第一條第八項第一款至第十七款)，委任於總統者(第二條第一項至第三項)，委任於聯邦法院者(第三條第二項第一款、第二款)。這些權限中，委任於聯邦議會之權限如下：

賦課並徵收直接稅、關稅、捐稅與消費稅，用以償付國債，建立合衆國的共同防禦，及增進公共福利；但所徵各種直接稅，關稅與消費稅，在合衆國境內，應全體統一；

以合衆國的信用貸款；

規定國際貿易和州際貿易，以及規定對印第安部落的貿易；

制定全國統一的歸化法規，制定全國統一的破產法；

貨幣之鑄造，對國內及國外貨幣價值之管制，及制定度量衡的標準；

制定關於僞造合衆國證券和通用貨幣的罰則；

設立郵政局和建築郵政公路；

爲促進科學與實用技藝的進步，給予著作家和發明家對其作品及發明物，於限定期間內，有專利權之保障；

設置最高法院以下的各級法院；

規定並懲罰在公海上所犯的海盜罪與重罪，和違反國際公法的犯罪；

宣戰、頒發捕獲敵船許可狀，並制定關於在陸地上和海面上捕獲的規則；

招募陸軍並供給陸軍軍需，但撥充該項用途的款項，其期限不得超過兩年；

設立海軍並提供軍需；

制定關於治理及規範陸海軍的各種規則；

規定民兵的召集，以執行聯邦的法律，鎮壓內亂、抵禦外侮；

規定民團的組織、裝備與訓練，以民兵爲合衆國服務時的管理辦法，惟任命軍官及依照國會所定軍紀訓練民兵之權，由各州保留；對由某州讓與，由國會接受，充作合衆國政府所在地的區域(其面積不超過10平方英里)，之一切事物得行使全部立法權；對經州立法機關同意，向州政府購買的，用以建築要塞、軍庫、兵工廠、船塢及其他必要建築物的地方，亦得行使同樣的權力；一一並且制定一切必須且適當的法律，以行使上述各項權力，及行使本憲法授予合衆國政府，或其各部門或其官員的種種權力。

上述①②③的權限一般被稱爲明示的委任權限，而在一八一九年以前，聯邦所得行使之權限，也限於這些明示的委任權限。不過一八一九年以後，由於聯邦最高法院做了一個判決，產生了所謂默示委任權限(Implied Powers)的理論。一八一九年，馬里蘭州對第二聯邦銀行巴爾地摩分行所發行之紙幣行使課稅權，而巴爾地摩分行因爲拒絕納稅而被起訴。在這個訴訟(McCulloch v. Maryland)裡，有兩個爭點：一、聯邦對非明示之委任權限——銀行之設立是否有許可權？二、州對於該銀行所發行的紙幣，是否有課稅權？判決對於後者，認爲課稅權含有破壞權，因此否認州有課稅權，但對前者，則認爲基於憲法第一條第八項第五款所謂「貨幣之鑄造、對國內及國外貨幣價值之管制」之明示權限，應認爲銀行之設立爲默示委任之權限。而這種默示委任權限之概念實際上即從第一條第八項之

解釋產生，這使得該條該項被稱爲彈性條款或必要而且正當之條款，該條款之內容即爲：爲了行使一條八項一至十七款之權限以及依憲法付與聯邦政府或政府機關或公務員之所有其他權限，得制定必要而且正當之所有法律。

上述所謂默示委任的權限，基本上有下列各個事項：

(a)有關銀行及其它法人設立之許可之賦予：此係與課稅、公債發行以及貿易管制等各種權限有關者；

(b)對於道路、學校、保健、都市開發等之財政支出：此係與郵政公路建設、戰爭、共同防衛、爲了公共福利所爲之課稅、貿易管制等各種權限有關者；

(c)陸海軍學校之設立：此係與陸軍及海軍之設置、維持等權限有關者；

(d)電力之開發以及供給：此係與戰爭、通商管制等之權限有關者；

(e)農業之輔助及管制：此係與爲了公共福利所爲之課稅，貿易管制等之權限有關者。

除了默示之委任權限外，與此相類者，尙有所謂「結果權限(Resultant Powers)」——亦即爲了確保法律之實效性，可對違反者課予罰金之權限。此外，聯邦憲法上有明文規定聯邦政府有關於外交關係之權限，因此，像宣戰公告、外交關係之建立、締結條約等有關之權限，縱然在憲法上未明示委任，但一般解釋則認爲這些權限係聯邦爲一主權國家在功能上所不可欠缺之權限，因此係聯邦之固有權限(Inherent Powers)。

至於州的權限，基本上未委任聯邦者皆屬之，因此其權限(亦即所謂的保留權限)比起聯邦來說，相當廣泛。當然州的權限，在憲法上還會受到其他限制，亦即聯邦憲法第一條第十項以及修正各條即都有對州的權限加以限制之規定，而這些限制的主要事項爲條約的締結，貨幣的鑄造，權利剝奪法之制定，溯及處罰之法律的制訂，損害契約之債務之法律之制訂，賜與貴族稱號，進出口稅之賦課，持平時期保有軍隊、軍艦，法律平等之否定，平等選舉權之否定等等。

除了委任於聯邦之權限與對州限制之權限外，州的保留權限是概括性的，要一一列舉不可能，不過最基本而且最重要的權限當中，即爲所謂的

警察權(Police Powers)。而州可基於此一權限，執行保健、安全、秩序以及一般福利有關事務，更具體來說，可執行交通管制、義務教育、傳染病預防、自然資源保護、通商管制等有關事務。此外，與州憲法以及州統治體制之確立有關之權限、與地方團體制度之確立有關之權限、與各種選舉之管理、執行有關之權限、與企業活動有關之權限、與聯邦憲法之修改批准有關之權限等，州亦擁有獨自之權限。

此外，必須注意的是，聯邦憲法上委任於聯邦的所有權限並非是完全排他地屬於聯邦，解釋上，性質上不適於州行使之權限才是聯邦政府的權限，因此，在聯邦憲法上是存在有許多權限，是聯邦的權限，也是州的權限，這些權限通稱爲共有權限(Concurrent Powers)，而其代表性者有：租稅之賦課徵收、公債的發行、銀行及其他法人之設立許可、法院之設立、法律之制定及執行，爲了一般福祉所爲之財政支出等皆是(註24)。

### 三、德國聯邦與州權限分配之方式

西德是聯邦國家，其成立之依據是德意志聯邦共和國基本法，依基本法之規定，德意志聯邦共合國的國家權力分配於聯邦(Bund)與州(Land)。而有關國家權能的行使與國家任務的施行，如果基本法無特別規定或無特別限制者，皆屬於州的權限(基本法三十條)。至於聯邦所具有的權限是：

(1)在立法權方面：立法管轄依照事物類別可分爲聯邦專屬立法(基本法七十一、七十三條)，聯邦與州競合立法(七十二條、七十四條)，聯邦原則立法(七十五條)與州的立法(七十條一項)。聯邦專屬立法的事項，是須要統一規範的法領域，例如國防、外交、鐵路、航空、營業保護、著作權、國籍、通貨、郵政、度量衡、電信電話、關稅、公賣等事項，這些事項如果沒有聯邦明示的授權，州的立法是被排斥的。至於競合立法事項主要是民法、商法、刑法、訴訟法、身分登記制度、公共救助、經濟法、勞工法等領域，對於這些事項，如果有必要以聯邦法規範時，則聯邦有其管轄權，如果聯邦未行使立法權時，則州的立法權是被承認的，不過，如果聯邦法被制定時，州法與聯邦法抵觸者無效。至於聯邦原則立法的事項是公務員、大學制度之一般原則、新聞、電影、狩獵、自然保護、土地分配、區域計劃、居民登記、身分證明等制度，聯邦就這些事項僅訂立基準，州

則依此基準立法。至於上述事項以外，只要基本法不以明文規定爲聯邦之立法管轄者，就屬於州的立法權限。

(2)在行政權方面：行政權分配依事項類別可分爲聯邦固有行政(八十六條～九十條)，州的委任行政(八十五條)，州的固有行政(八十三、八十四條)以及聯邦直屬的自治行政(八十七條二項、三項)。聯邦固有行政包含聯邦財政、聯邦鐵路、聯邦郵政、聯邦水路、船舶航行、航空、國防、國境警備等事項，這些事項是聯邦經由自己行政的下部機關來實施。至於州的委任行政則是指州接受聯邦之委任所實施之行政，此時，州須遵從聯邦的指示。至於社會保險方面，是由聯邦直屬的公法人施行自治行政，這就是聯邦直屬的自治行政。至於州的固有行政，則除了州法的執行之外，如果基本法未特別規定，也包含聯邦法的執行。

(3)在司法權方面，司法原則上是州的管轄事項，州經由區法院、地方法院、高等法院行使民事與刑事之司法裁判權(普通裁判權)，而就行政裁判權，財政裁判權，勞動裁判權、社會裁判權，州亦有各法院執司其權。相對地，聯邦設有聯邦憲法法院與五個聯邦上級法院——聯邦普通法院、聯邦行政法院、聯邦財政法院、聯邦勞動法院、聯邦社會法院，就憲法與各個領域行使最高的裁判權。

事實上，除了聯邦專屬立法權與聯邦、州之競合立法權外之所有事項，西德各州得自定憲法，並具有廣泛的立法權與司法權。至於就聯邦立法事項與聯邦固有行政事項，基本法也很明確的規定聯邦政府與州政府間彼此之關係，例如：

(1)有關聯邦專屬立法權之事項，如聯邦法律明示授權給州時，州在授權範圍內，具有立法權(七十條)。

(2)就聯邦原則立法之事項，州立法時不能脫離聯邦所訂基準，但州就此等事項制定州法並執行時，州不受聯邦政府之任何指示與監督，而逕以爲自己之固有事務執行之。

(3)州以聯邦法律爲州之固有事務執行時，聯邦政府得在聯邦參議院的同意下，制定一般行政規則，而且可監督州執行聯邦法律時是否合法，但對州執行聯邦立法是否合於目的，則聯邦無監督權。聯邦政府實施監督時，得派人至州最高行政機關或經州最高行政機關之同意(如果此同意被拒

絕時，得經聯邦參院之同意)，派人至州之下級行政機關。而且聯邦政府確認州執行聯邦立法有缺陷，且該缺陷未除去時，聯邦參院得依聯邦政府或州政府之申請，決定州是否違反法律。

此外，得到聯邦參院同意之聯邦法律，如果有該法律授權時，聯邦政府對州在執行聯邦法律時，得依特別情況給予個個指示，且該指示除了緊急情況外，必須對州最高行政機關爲之。

州以聯邦法律爲固有事務執行時，如果聯邦法律未取得聯邦參院之同意設定特別規定時，得自行規範行政機關與行政程序。

(4)州接受聯邦的委託執行聯邦法律時(亦即前述州之委任事務)，聯邦政府得經聯邦參院之同意，制定一般行政規則；聯邦政府並得就公務員與被雇用者之統一輔導與培育加以規律。而且聯邦政府可就州之執行，監督其是否合法且是否合目的，並且可要求提出報告以及文書之原本，並派人至所有的行政機關。州的中級行政機關之長必須取得聯邦政府的了解後，方得任命，而且州的行政機關須遵守管轄者——聯邦最高行政機關之指示，而該指示除緊急情況外，須對州最高行政機關爲之，州最高行政機關須遵守指示而執行。

不過，州接受聯邦委託而執行聯邦法律時，如聯邦法律未經聯邦參院同意設定特別規定時，制定行政機關之組織屬於州的權限。

(5)基本法爲了確保州對聯邦的自主性，於一〇六條、一〇七條有明文規定租稅收入對聯邦與州的分配(註25)。

顯然地，西德基本法在考慮聯邦政府與州的權限分配時，已很明顯地將地方事務之分類放入權限分配的規定當中，例如對固有事務的分類中有(Ⅰ)未屬於聯邦而保留於州的權限者；(Ⅱ)屬於聯邦原則立法之事務；(Ⅲ)以聯邦法律爲固有事務而執行之事務；此三種事務中(Ⅰ)(Ⅱ)即相當國內所謂的固有事務；而(Ⅲ)則爲國內所謂的委任事務，這三種事務中，(Ⅰ)(Ⅱ)之事務不必受聯邦政府之任何指示與監督，而(Ⅲ)則須受聯邦之合法性的監督。至於州接受聯邦委託執行聯邦法律時之委任事務，即爲國內所謂的委辦事務，此種事務須接受聯邦政府的合目的性監督。

中華民國憲法雖非採取完全的聯邦制，但卻有類似聯邦制的地方，尤其憲法一〇九條第一項一至十一款所規定之省專屬事項與憲法一百十條一

項一至十款所規定之縣專屬事項，絕非中央所可侵犯，如果未來省縣自治法草案通過以後，實應即刻清查目前所有現行中央法令，如有侵犯省專屬事務與縣專屬事務者，應即修改。而目前執司憲法之解釋者，爲司法院之大法官會議，依司法院大法官會議會法第三條一項二款之規定，大會官得就關於法律或命令有無抵觸憲法之事項，依據憲法加以解釋，而中央或地方機關依該法四條一項一款之規定亦得於①行使執權，適用憲法發生疑義；或②因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或③適用法律與命令，發生有抵觸憲法之疑義，皆得申請釋憲，因此，經由釋憲之路釐清中央地方之權限分際，將是地方自治落實的第一大步。不過，法律或命令經司法官大法官會議解釋違憲時，判決之效力如何？法律、命令之效力如何？顯然司法院大法官會議法皆未清楚規定，實爲一大缺失。

至於中華民國憲法中所規定的委任事務並未若西德基本法對相當於國內委任事之事務(此一事務在德國鄉鎮市稱爲法定事務)之規定詳細，但委任事務既屬自治事務，在不侵犯地方自治的精神，如何規範上下政府間之關係，基本法可提供我們參考。

## 伍、美國市憲章制度與自治立法權之關係

中華民國憲法對省、縣除以列舉方式規定其專屬權限外，未列舉之事務，則基本上由立法院與上級立法機關決定並賦予地方，因此，未列舉之事務即有可能成爲中央之事務，亦有可能成爲委任事務或固有事務，亦有可能成爲專屬事務(此事務當然成爲固有事務之一)。但省縣自治法草案與直轄市自治法草案對省市、縣市僅以自治事項一詞概稱地方所得處理之事務，而省縣自治法草案對鄉鎮市之地方事務，亦採同樣之規定方式。然則自治事項，有由該二法所列舉者，亦有由其他法律或上級自治法規所賦予者，亦有概括性之地方事務。然則曰自治事項，在法理論上究竟何意？中央或上級政府如侵害此等自治事項時，其效力如何？又如何判斷是否爲自治事項？此一問題似可分爲二個層次來看：㈠法律或上級自治法規以列舉方式規定某些事務地方之自治事項者，㈡法律或上級自治法規以委任事務方式各別賦予地方自治事項、或法律及上級自治法規未有規定而地方在不

抵觸中央法規、上級自治法規時其所具有之概括性自治事項。前者我們可於美國的市憲章制度，找到類似的理論發展，而後者則可於日本的條例理論中找到類似的理論發展。

然則談及美國之市憲章制度(City Charter)，則其係起源於美國十九世紀末之市政改革運動，此一制度係因美國獨立之後，由於權限移到州議會，造成州議會對地方自治團體過度的干涉，於是產生了市民運動，欲使都市之行政擺脫州議會過度之干涉，一八七五年，密蘇理州憲法就以不違反州憲法與州法爲條件，承認聖路易市可以制定市憲章。而市憲章制度的最大特色就是主張：對於地方性事務，地方自治團體有其固有不可侵犯之領域，以對抗州立法權之侵害(註26)。不過，市憲章制之賦予，並非全有州憲法所賦予，亦有由州法賦予者，其賦予方式，如歸納其來，大致有下列五種：

㈠普通憲章制(General Charters)：此制係由州議會制定一個通行於全州各市的市法典(Municipal Code)，使全州各市一體適用。這一方式實際上與一般國家的地方政府法沒有什麼差別。

㈡特別憲章制(Special Charters)：此制係由州議會根據各市實際情形或特殊需要，制定一種以某一市或少數市爲適用範圍的憲章。這一方式，實際上等於特別法。

㈢分類憲章制(Classified Charters)：此制係由州議會依各市人口、面積、財政等分爲若干類，每一類制定一種憲章，以頒給同類各市適用。

㈣選擇憲章制(Optional Charters)：此制係由州議會制定多種不同的憲章，而由各市自由選擇適合該市的一種制度。

㈤自治憲章制(Home Rule Charters)：此制係由州議會以立法授權或由州憲法授權各市自行制定憲章，以決定該市的組織體制及公共事務的處理。其由州議會以立法授權者，稱爲立法自治憲章制(Legislative Home Rule)。其由州憲法授權者，稱爲憲法自治憲章制(Constitutional Home Rule)。自治憲章制一方面可使各市人民有自行決定其政府組織體制的機會，另一方面也可減少州議會對地方立法的干涉(註27)。

在上述五種市憲章中，最有特色的就是自治憲章制。

如同前述，自治憲章制是地方自治團體，基於州憲法或州一般法(Ge-

neral Law)之規定，得按照一定程序所決擇之憲章，並基於憲章，自主訂定自己之權限與組織。至於此種憲章之內容與範圍、有各種類型，很難一概而論，如從一般性來說，章憲通常會有如下規定：(1)有關地方團體之區域範圍與邊界之描述；(2)地方團體之組織、形態；(3)市公務員之任命與選舉；(4)稅、預算、會計、財產取得、資產評估、財政組織、財政程序等財政事項；(5)職員之資格任用制度與人事管理；(6)憲章之修改與廢止；(7)經過措施；(8)創制、複決、罷免、計劃、使用分區制度、住宅、再開發、公用事業、財產保有…等諸多事項。而其詳細之規定則委諸地方自治法規(註28)。

在美國，立法權雖爲州政府所專有，但由於市憲章之制定，將立法權的一部分委任給地方自治團體的憲法或立法原則，已大致確立。縱然沒有明文規定，地方自治團體爲實現行政目的所必要的法規制定權是被承認。有關地方事項，不論州法或市憲章，有以一般性概括目的加以委任者，亦有以特別目的賦予權限者，一般而言，縱法律之規定爲默示性規定，地方自治團體，仍會被承認有一般附隨之權限，只要不違反州憲法、州法，則其被推定有合理的權限。

至於在與市憲章的關係上，自治法規得制定的事項被承認到什麼程度，在實務上是極重要的問題點，但關於此點，仍無明確的基準，只能說爲實現行政目的，地方自治團體被承認有合理範圍與合理關連的權限，惟基準仍須求諸判例。一般而言，與地方自治團體之行政、議會有關者，爲地方自治團體之權限，已無疑問，而有關公共衛生法、福利、法律之執行、教育、財政等，在州一般法與自治憲章，地方法規相衝突時，則係地方具優位之一般地方事務。

至於地方自治法規與法律之間的關係，也因市憲章制度的確立，而確立了：關於一般事項，地方法規固然不能違反州法，其效力劣於州法；但關於地方事項，則確立了純粹地方事務(Purely Local Concern, Municipal Affairs)之理論，亦即關於地方事務，市憲章、地方法規優於州法。不過，何者爲地方事務？何者爲州全體之事務？在認定上會有困難的問題發生，因爲這些概念如果不清楚，則難以決定地方事務與州一般事務之區別。

不過，市憲章、地方法規與州法抵觸時，縱使州憲法、州法、市憲章

等可決定地方事務或立法權授權之範圍時，仍然會產生州法與市憲章、地方法規抵觸的例子。至於如何區分地方事務或全州之事務，則有下列四個基準可供參考：

㈠包含都市街道用地、非都市街道用地、各個都市等有必要以州全體爲對象，且統一加以規範較宜者，係與州有關之事務，例如：有關交通之規範、電話費率之管制等，不是市的事務。

㈡決定對象事務是地方事務或州有關之事務，應考慮歷史因素所扮演之角色。例如：消防隊員上班時間之管制，從歷史上來看，因消防機關係市的機關，其組織、營運等皆是與市有關之事務，從這些觀點來說，它是市的事務。

㈢應考慮對都市區域外的人有無相關之影響。亦即其影響完全不及於自治市區域外的人時，則當該事務爲都市的事務；如對市區域外的多數人給予很大影響時，則應以之爲州有關之事務。例如，市警察不論對象之住所何在，有責任保護市區域內之所有生命、財產，因此，警察事務是與州全體有關係之事務。而且，公立學校、市立大學、保健衛生、電話公司費率的管制等，因與市區域外之居民利害密切相關，因此，不是都市的事務。

㈣須要政府相互合作或政府機關相互合作者，或是若無市區域外採適當之防止措施，則市區域內權限之行使很難達成目的者，是與州全體有關之事務。該當此項之事務者，有廣域之保健衛生、防火、防災、警察等事務(註29)。

顯然地，美國各州之地方自治團體，其市憲章制定之範圍、自治立法權之範圍，因各州、各地方自治團體之規定不同而有不同，無論在理論上或成文法上或判例上，很難明確劃分。在採取司法優位的美國，實際上對地方事務與一般事務之決定者，就是靠法院之判例。

而美國的自治憲章制度，實際上給國內的地方自治制度，有二種不同的啓示：(1)如果自治憲章爲州憲法所賦予，且其範圍內涵爲州憲法所明定者，則所謂純粹地方事務之理論則可適用於中華民國憲法中所規定省專屬事項與縣專屬事項；(2)如果自治憲章及其所規定之範圍、內涵爲州一般法所賦予者，則所謂純粹地方事務之理論可適用於省縣自治法草案與直轄市自治法中所謂自治事項之規定。尤其是固有事務之規定。如此，二法草案

一旦通過、適用，則除非立法院重新修法，否則不得由中央加以侵害。然由於國內之自治事項，尤其直轄市、鄉鎮市之自治事項，很可能被法律規定成委任事務，此時，應以保障自治之觀點，將地方事務與州事務區別之理論應用於此等事務上，用以防範中央或上級政府之侵害。

## 陸、日本中央地方事務分配之理論與法律條例衝突理論

### 一、日本中央與地方事務之分配

在日本，地方自治團體基本上能制訂條例的事項，當然必須是屬於地方自治團體權能之事務，亦即國內所謂的自治事項。唯地方自治團體之事務係相對於國家之事務而言，何者爲地方自治團體之事務？何者爲國家之事務？並非很清楚。因爲日本國憲法在其第八章中，規定了有關地方自治的四個條文，而其中第九十四條雖規定：「地方公共團體有管理其財產、處理其事務及執行行政之權能，並得在法律之範圍內，制定條例。」然何者爲地方之事務？何者爲國家之事務？並未清楚規定。而實際上，對國家事務與地方事務加以規定者，主要爲地方自治法，該法第二條第十項中有列舉了八項地方自治團體不能處理的國家事務：一、關於司法的事務；二、關於刑罰以及國家懲戒之事務；三、關於國家運輸、通信之事務；四、關於郵政之事務；五、關於國立教育以及研究設備之事務；六、關於國立醫院以及療養設備之事務；七、關於國家航行、氣象以及水路設備之事務；八、關於國立博物館以及圖書館之事務(註30)。

此外，什麼事務爲國家事務？在日本，一般尚無完全的定論，而要以一般性的方式說明國家事務也有困難，因爲各個法令的宗旨、目的如有不同，或對地方自治的評價方式有所不同，則具體的解釋與認定也會有所不同。不過，如果就通說所認爲的國家事務加以略述的話，則所謂事務的性質上，應由國家法令以全國性觀點訂定之事務皆屬於國家事務，例如：(a)刑事犯的創設；(b)與全體國民社會共同生活之基本有關者，諸如私法上之制度以及私法秩序應有之規範而應以法律訂者；(c)國家整體上應採行劃一性制度較好者，諸如義務教育制度，社會保障制度，與勞動條件有關之制

度；(d)所規範之對象不只關係一地區之利害，甚且關係全國者；或規範之影響所及之範圍超越一地區而及於全國者皆是(註31)。

然而上述對國家事務之界定，仍甚爲含糊曖昧；相對地，如果我們從地方自治法對地方事務的規定手法來看時，則反而可以更清楚知道日本對地方事務與國家事務並無清楚的界定標準。事實上，地方事務可隨時被國家法律吸收成爲國家事務。依地方自治法第二條第二項規定：「普通地方公共團體，除公共事務以及依法律或政令屬於普通地方公共團體之事務者外，仍得處理其區域內之其他不屬國家事務之行政事務。」亦即本項係規定普通地方公共團體得處理之事務有三：(1)公共事務；(2)委任事務：亦即依法律或政令之規定而屬於普通地方公共團體之事務；(3)行政事務。所謂行政事務係指爲維持公共福利而對居民之權利、自由加以限制之事務，此等屬地方之事務而不屬於國家事務者，地方得處理之。

對於前述三種事務，地方自治法第二條三項並加以例示規定，並於該法最後以附表詳細羅列之。也因此，地方自治法對地方事務之規定，似乎非常詳細，但是這些由二條三項所例示之事務，實際上卻因爲二條三項但書之規定可隨時會被吸收成國家事務。二條三項規定：「前項事務例示之，則大致如下列各款(註：本項各款於法條中另立一大項，由於包含款項太多，此處不列)。但法律或以法律爲根據所定之政令另有規定者，不在此限。」顯然地，即使是二條三項所列舉之地方事務，亦可能隨時因法律或政令之規定，被吸收成國家事務。而一旦成爲國家事務，國家即可以機關委任方式(亦即國內所稱委辦方式)，委交地方首長處理，而地方首長於此時，即具有國家機關之地位，受委辦機關之指揮監督(註32)。

也因此，日本對於地方事務或國家事務之區分，完全委由法律定之，而兩者間的互動，也會隨著法律規定不同而有不同。

事實上，日本對地方事務亦有公共事務、團體委任事務、機關委任事務之區分，此三者即相當於國內所謂的固有事務、委任事務、委辦事務。然而，由於日本的法律可隨時將地方之事務加以規範變成團體委任事務或吸收成國家事務，因此，公共事務以及團體委任事務的區分已無意義。而地方事務之範圍也隨著法律規定而不定。這種情形，其實就是承認國家有最高的權限，決定何者爲地方事務，何者爲國家事務，地方在憲法上並無

被保障之地位，亦無法律上列舉之地方權限對抗中央法令或上級政府之自治法規。

這種情形，如果適用於國內法體系來看，則下列與日本的情形是相類似或一樣的：

(a)立法院依憲法一百十一條與一〇九條一項十二款之規定，依法律決定省之事務與國家事務時；

(b)立法院依省縣自治法草案第十一條第十二項與直轄市自治法草案第十條第一項十六款之規定賦予省(市)自治事項時；

(c)立法院依憲法一百十一條與一百十條一項十一款之規定決定國家、省、縣之事務時；

(d)立法院依省縣自治法草案第十二條第十一款之規定賦予縣市自治事項時；

(e)省依憲法第一百十條一項十一款之規定賦予縣自治事項時；

(f)省依省縣自治法草案第十二條第十一款之規定賦予縣市自治事項時；

(g)立法院、省、縣依省縣自治法草案第十三條第八款之規定賦予鄉鎮市自治事項時；

在上述這些情況下，所謂未列舉之自治事項即是由中央或上級政府可任意決定。

而未來這些未列舉之事務，何時可由地方訂定自治法規？或地方所訂定之自治法規如亦有中央或上級之法規時，怎樣才算不抵觸？這些問題在國內的理論上可謂尚未發展之領域，而實務上，地方政府在未有法律規定時亦不敢自訂自治法規，顯見國內對於自治概念理解之膚淺。

## 二、自治法規與法律、上級自治法規之衝突——省縣自治法草案與直轄市自治法草案中之規定

省縣自治法草案與直轄市自治法草案對於自治法規與憲法、上位法規衝突時，應如何解決，究竟採什麼態度呢？

綜觀「省縣自治法草案」與「直轄市自治法草案」中之規定，則與此有關之規定，似乎爲「省縣自治法草案」第二十五條之規定：「省議會議

決事項與中央法規牴觸者無效。縣(市)議會議決事項與中央法規、省法規抵觸者無效。鄉(鎮、市)民代表會議決事項與中央法規、省法規及縣(市)規章牴觸者無效。前三項議決事項無效者，應由各該自治監督機關予以函告。」

第五十條之規定：「省政府辦理委辦事項違背中央法令、逾越權限或有其他不當情形者，由中央主管機關報請行政院予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。省政府辦理自治事項違背中央法規者，由中央主管機關報請行政院予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。」

第十九條第一項：「縣(市)政府辦理委辦事項違背中央或省法令、逾越權限或有其他不當情形者，由省政府予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。縣(市)政府辦理自治事項違背中央或省法規者，由省政府予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。鄉(鎮)市公所辦理委辦事項違背中央或省法令、逾越權限或有其他不當情形者，由縣政府予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。鄉(鎮)市公所辦理自治事項違背中央或省法規、縣規章者，由縣政府予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。」

以及「直轄市自治法草案」第十九條規定：「市議會議決事項與中央法規牴觸者無效。前項議決事項無效者，應由行政院予以函告。」

與第四十條之規定：「市政府辦理委辦事項違背中央法令、逾越權限或有其他不當情形，由中央主管機關報請行政院予以撤銷、變更、廢止或停止其執事。」「市政府辦理自治事項違背中央法規者，由中央主管機關報請行政院予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。」

顯然地，依「省縣自治法草案」與「直轄市自治法草案」之規定，地方自治議會議決之事項與上級法規抵觸者無效；而地方自治團體之行政機關辦理自治事項違背上級法令者，得由主管機關予以撤銷、變更、廢止或停止其執行。議會議決之事項，有屬於法規者，亦有非屬於省法規者，議會議決之自治法規違反上級法規者依上述規定固然無效，然由行政機關所制之法規違反上級法規時，是否無效？抑或由主管機關予以撤銷、變更、廢止或停止其執行？顯然「省縣自治法草案」與「直轄市自治法草案」採取第二種做法(註33)。此種對地方立法機關與行政機關所訂法規有違反法律或上級自治法規之處理有所不同，是否合理，因篇幅之緣故，無法詳

談，惟何種情況，地方議會議決係抵觸中央法規或上級地方政府之自治法規？在何種情況下，地方政府辦理自治事項係違背中央法規或上級地方政府之法規？則於省縣自治法草案與直轄市自治法草案中並無法得知，因此，日本在這方面的理論發展與實務發展，值得我們參考。

## 三、日本之法律條例衝突理論

相對於國內法律與自治法規之衝突，未有任何理論之發展，而日本學界對於條例是否違反法令，有做過標準的分類，而其分類基本上是分爲(1)不違反法令與(2)違反法令兩個層面來討論何種情況下，條例的規定違不違反法令。以下，我們亦以此分類爲基準，介紹日本學界對條例與法令之關係所做的整理與見解：

(1)條例被認爲係不違反法令的情況

實際上，何種情況不違反法令之判斷，相當困難，但如以通說所認定的標準來看，則下列情況可認爲不違反法令：

(Ⅰ)並無任何國家法令規範當該事項，而由條例對此種在國家法令上完全處於空白狀態之事項加以規範時。

對於此種情況，我們又可分成下列幾種情形來加以探討：

(a)從來就無法令加以規範現在亦無法令加以規範者，以條例加以規範當無不可。

(b)本來有法令加以規範，但現在並無法令加以規範者：

(α)如果當該法令被廢止之意旨與所欲制定之條例之意旨不同時，就此種事務制定條例是可能的。

(β)如果該當法令廢止之意旨係認爲已無法令加以規範之必要時：

(ㄅ)法令之廢止若係認爲國家整體已無以法令加以規範之必要者，不得以條例再加以規範。例如：通姦罪已因刑法修正而廢止，則地方公共團體當然不得以條例取締之。

(ㄆ)法令之廢止若係認爲已無全國性加以統一規範之必要而廢止法令，但基於地方特殊情形而允許地方自由規範時，則條例之制定當然無不可。

(Ⅱ)對國家法令所規範的事項(對象)，條例如基於與當該國家法令不

同之目的，加以規範時，這是被允許的。例如所謂的狂犬病預防法與畜犬取締條例二者間的關係，即是一例。狂犬病預防法制定之目的在於防止狗對人畜造成危害，而畜犬取締條例雖亦以狗爲規範對象，但該條例制定之目的在於保護居民使其不受狗所造成的噪音之危害。

(Ⅲ)條例之制定的目的與國家法令所規範的目的相同，但卻就國家法令所規範範圍外之事項、對象，由條例加以規範，此一情況，日本法學界將之稱爲「橫逸規制」(日文爲「横出し規制」)。

此種場合，亦可分爲下列幾種情形加以討論：

(a)如果當該法令制定之旨趣也考慮到其鄰接領域，並很明顯地僅以其中一定事項、對象爲規範對象時，則條例之制定是不被許可的。

(b)如果當該法令制定之旨趣係認爲僅當該事項及其鄰接領域中事項有全國性加以規範之必要，其他則很明顯承認地方可自由規範時，則條例之制定是被承認的。例如厚生部基於衛生法所爲之公告中並未定有標準、規格之特殊食品，地方基於地方之必要性對之以條例訂定其標準、規格時即屬於本項之情況。

(2)條例被認爲違反法令的情況

(Ⅰ)條例的規定積極違反法令之規定者：此一情況更可細分如下：

(a)條例的規定很明確地抵觸法令明文之規定，例如對地方自治法第二條十項所規定之國家事務，地方制定條例加以規範時，已明確抵觸法令明文規定。

(b)國家之法令設立一定之標準加以規範時，條例在與國家法令同一之目的下，就同一事項，設立比當該國家法令更高之標準。

(c)國家之法令就一定之事項加以管制，而條例在與國家法令同一目的下，對當該事項爲比國家法令所規定之管制更強形態之管制。

(d)有法律之特別委任授權時，條例之規定超越其委任授權之界限。

(e)法令指定依政令、省令、規則等特定形式訂定細目的補充規定時，條例不得對法律所指定之事項加以規範。

(Ⅱ)條例的規定雖未積極與法令之規定矛盾抵觸，然如果從法令之旨趣、法體系整體的觀點等來看，如條例若就被認爲屬於法令先占領域的事項加以規範時則爲違背法令(註34)。

事實上，法律或上級自治法規未列舉之事務，地方不抵觸法律或上級自治法規之規定，則地方政府乃有權立法，然縱然已爲國家或上級政府之事務，或法律或上級自治法規規定爲委任事務者，地方仍可依此一理論，尋找其自主立法之空間。

## 柒、結論

在討論過中華民國憲法第十章「中央與地方之權限」與「省縣自治法草案」、「直轄市自治法草案」暨現行有關地方自治之規定，並經由國外理論的介紹後，我們似乎可以以下列的條列方式將未來在憲法、省縣自治法、直轄市自治法下的自治立法權理論加以確立，並對目前行政院所提之「省縣自治法草案」、「直轄市自制法草案」提出若干修正之建議：

㈠屬於省專屬之事項、縣專屬之事項，不得由中央立法侵犯。省專屬事項、縣專屬事項，不受中央侵犯，應即建立有效之憲法保障制度。

㈡中華民國憲法一〇八條及一〇九條一項一款至十款所規定之委任事務，基本上仍係屬於地方之自治事項，法律或上級自治法規不得逾越地方權限將地方事務劃規中央執行，而中央對地方事務執行之監督得參考德國之例，僅限於合法性監督。

㈢立法院或上級自治法規就未列舉事務對地方賦予其權限時，應分爲下列幾個情況探討：

(Ⅰ)如係以列舉專屬事項授權地方者，則美國所謂純粹地方事務理論可茲利用，除非立法修改，否則上級政府不可侵害。省縣自治法草案與直轄市自治法草案基本上許多列舉方式賦予地方自治事項，當然可引用美國之此一理論。

(Ⅱ)如係以個別法規賦予者，則甚多將爲委任事務，此時，德國法定事務之理論可茲引用，而就委任事務，地方可依日本之法令條例衝突理論與美國共同權限理論制定地方事務之法規。

(Ⅲ)以「不抵觸法規」之字眼概括授予地方事務者，則依全權性原則，地方當可全權處理，此一原則實與所謂州權主義之保留權限相近，尤其在社會變遷，新事務不斷產生而中央常無法立即因應處理之情況下，此

一原則當然可適用於此等事務上。

(Ⅳ)省縣自治法草案與直轄市自治法草案中所規定之自治事項與國家事務衝突時，可參考美國市憲章制所產生的比較基準。

(Ⅴ)憲法一百十條規定立法院得解決憲法第十章未列舉事項之爭議，此時，立法院宜釐清確屬地方一致性之事務，即應歸爲地方專屬事項，使其具有類似憲法專屬事項之地位。如若事項有必要訂定全國一致之標準者，則宜以清楚之標準列舉爲專屬事項或規定爲委任事務。如立法院未有規定時，則對憲法一百十條之規定實宜用全權性原則一凡屬地方性之事務應全部規地方處理一之理論加以解決，用以約束中央，以免中央任意侵害。這種解決方法，或訟L有人認爲不宜，然憲法上既保障省縣之自治地位，則從自治二字之義，即可導出全權性原則之憲法法理，此恆諸德國、日本理論之發展即可實證。

(Ⅵ)「省縣自治法草案」、「直轄市自治法草案」中對省市、縣市之自治事項，皆於最後之自治事項中加上「其他依法律(、省自治法規)賦予或不抵觸中央法規(、省自治法規)之事項」之概括字句。此一概括字句基本上包含二種意義：

㈠由法律(或省自治法規)所賦予之事項，應係指委任事務。㈡不抵觸中央法規或省自治法規之事項則已意謂「全權性原則」，亦即在不抵觸中央法規或省自治法規之範圍內，地方可處理地方自己所有的事務。此種規定基本上，可謂承襲自德國公法學理論之規定方法，唯其保障係憲法上之保障或法律上之保障，自會有有所差異，如果參考前述憲法對省、縣之保障理論，則在解釋立法院所制定之法律與省縣自治法規之衝突時，應從憲法上所保障之自治二字去解釋，而對鄉鎮市雖無法從憲法上加以解釋予於保障，但卻給引用學說、理論之發展加以解釋，以保障鄉鎮市之自治，尤其，有關地方自治理論之發展，基本上已朝向以人權保障爲基礎之方向上，中央與地方基本上都是國家機關，而國家機關本身的目的，本來就在保障國民的基本權利，因此，在國法體系上兩者並非對立的。地方如果更能保障人權，在國法體系上，並不必然就比中央居於低劣、從屬的地位，兩者的關係地位應比照憲法的價值去決定。在這種意義上，決定地方自治法規與上級法規之衝突與否應比照此一理論去決定，有關這一方面，日本

學界已發展出新的理論，相當龐大，須另文討論，於此因篇幅緣故，暫且割愛(註35)。

此外，在此必須說明的是，中華民國憲法的中央地方層級是中央——省市——縣市加上實際行使地方自治的鄉鎮市，一共是四級，這種四級制在台灣實施的結果已有許多弊病，因此，國內自國是會議以後之憲政改革呼聲中，即有廢省之建議或廢除鄉鎮市採省縣二級制等種種看法，筆者亦不贊成採用省市、縣市、鄉鎮市之地方三級制，但在目前法體系結構下，筆者仍以現行有效之法規爲探討對象，用以建立地方自治法之體系。當然本文所研究之對象爲尙未經立法院審議通過之省縣自治法草案與直轄市自治草案，如該二法草案被修正通過，而內容有所變更時，則本文之說明與理論闡釋，將有所變更，尙祈注意。

## 註釋：

註 1：張正修，中央與地方的權限分配，發表於民間憲政會議，1991.5.25－1991.5.26。

註 2：內政法令解釋彙編民政類，內政部法規委員會，頁87～106。

註 3：同註1，頁16。

註 4：同註2，頁111～157。

註 5：同註1，頁16。

註 6：同註1，頁16。

註 7：同註1，頁16。

註 8：台灣省法規彙編第二册，台灣省政府，民78，頁3。

註 9：台北縣單行規章彙編，台北縣政府，民79，頁41。

註10：地方自治相關法令彙編，內政部，民81，頁128。

註11：目前，台灣省政府內部，對於應以法規規定之事項主要訂爲：憲法、中央法規或省法規有明文規定應以法規定之者；及人民之權利、義務者；關於省屬機關之組織者；關於省屬事業機構之組織者；其他重要事項應以法規定之者。至於不須訂定法規之事項則有：無需專任人員及預算之任務編組事項；機關內部之作業程序事項；上級機關對下級機關之指示事項；機關相互關之聯繫協調事項。

至於法規應由省議會訂定或由省政府訂定；則顯然地省議會得訂定法規之事項爲涉及人民權利、義務或依法令應送省議會審議之事項，而此外之事項則得由省政府逕行訂定。此觀諸台灣省法規準則第七條規定：「省法規之訂定，應提經本府委員會通過，其涉及人民權利、義務或依法令應送省議會審議者，並應由本府送請省議會審議。」則甚爲明白。

這種將法規制定權限分屬行政、立法部門，並對立法部門審議法規之權限給與限定者之作法，可謂是目前地方體制共同的制度，縣市層級中，若以台北縣爲例，觀其「台北縣單行規章準則」之規定內容，則甚爲清楚。「台北縣單行規章準」第四條規定應以規章訂定之事項爲：憲法、中央法規、省法規或縣規章有明文規定應以規章定之者；涉及人民之權利、義務者；關於縣屬機關之組織者；關於縣屬事業機構之組織者；其他重要事項應以縣規章定之者。至於不須以規章訂定之事項，「台北縣單行規章準則」第五條規定爲：無需專任人員及預算之任務編組事項；機關內部之作業程序事項；上級機關對下級機關之指示事項；機關相互間處務上之聯繫協調事項。與台灣省法規準則之規定相同地，「台北縣單行規章準則」第七條規定：「縣規章之訂定，應提經本府縣務會議通過，其涉及人民權利、義務或依法令應送縣議會審議者，並應由本府送請縣議會審議。」所不同者爲省政府之省府委員會基本上採合議制，而縣務會議則採首長制。因此，除依法應送縣議會審議者之外，縣府得自行規範之。請參考同註9書，頁41～42；台灣省法制業務手册，台灣省政府法規委員會，民78，頁603～604。

註12：小六法，有斐閣，昭和49，頁182。

註13：久世公堯，地方自治制度，第一法規出版株式會社，昭和45，頁1；神崎治一郎，條例規則直接請求，第一法規出版株式會社，昭和45，11版發行，頁8；同註1，頁3。

註14：久世公堯，地方自治制度，第一法規出版株式會社，昭和45，11版發行，頁7。

註15：同註10，頁158。

註16：同註10，頁117。

註17：張正修，法律と條例との關係について－公害規制行政を中心として，東京大學法學政治學研究所修士論文，1981，頁10～11；杉村章三郎，逐條解說自治要覽，光文書院，頁58；兼子仁、室力井編，別册法學セミナー36號，地方自治法，頁46。田中二郎，條例の性質及び效力，收於「法律による行政の原理」，酒井書店，昭和29，頁336、343。

註18：小高岡、原野翹、阿部泰隆、村上武則合著，地方自治法入門，有

斐閣，1978；後藤一郎編彙，各國の地方自治制度，敬文堂，1977再版發行，頁351。

註19：薄慶玖，地方政府與自治，五南圖書出版公司，民80，初版2刷，頁138, 139。

註20：同註10，頁17～24；41～42。

註21：宮崎辰雄，歐米地方自治權の研究，勁草書房，昭和55，頁87。

註22：第參章第三節之內容主要參考立法院議案關係文書院總第1544號，政府提案第4607號，民82印發。

註23：現行比較政治制度概觀，國立國會圖書館調查立法考查局，昭和34，頁71～74。

註24：金子善次郎，米國連邦制度——州と方團體，良書普及會，頁211～218；同註1，頁5。

註25：同註1，頁6～7；JARASS / PIEROTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar 2 Auflage, C. H. BECK' SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG MÜNCHEN, 1992。

註26：同註21，頁107。

註27：同註2，頁160～161；張麗堂、唐學斌等合著，市政學(上)，五南圖書出版公司，民72，頁191～193。

註28：成田賴明，「地方自治の保障」，收於「日本國憲法體系」第五卷，有斐閣，昭和51，頁192。

註29：同註21，頁111～114。

註30：同註12，頁177。

註31：同註18，頁109～111。

註32：同註17，頁24～26。

註33：第陸章第二節主要參考註22。

註34：成田賴明，法律と條例，收於「文獻選集日本國憲法に地方自治」，'三省堂，1977，頁112～114；久世公堯，法律と條例，收於「總合判例研究叢書，憲法4」，有斐閣，昭和35，頁107～110；田上穣治編，體系憲法事典，青林書院新社，1988，頁663；頁7～71。

註35：詳註3及註11。

# 政治暨行政類論文

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月 第133～147頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p.133～147

# Strong State as an Explanatory Variable of Economic Development: With a Focus on the Case of Taiwan

by
Cheng-Feng Shih*

# 以「強有力的國家」來解釋經濟發展——以台灣爲例

施正鋒

## 摘 要

在國際政治經濟理論中，國家統制論者(statists)以「強有力的國家」(strong state)所扮演的角色，來解釋爲什麼一些國家在倚賴的情況下能達成經濟發展，尤其是亞洲的新興工業化國家。也就是說，一個自主的「強國」能夠抵擋社會中支配性團體的需求，才能進一步推動它認爲對國家整體利益最適合的政策。從本體論的角度來看，他們並未說明到底是國際體系，抑或內部因素在支配經濟變化的過程。從理論來看，他們並未探討國家與社會內部的關係爲何。從實證的角度來看，他們對於「強國」並未認眞地提出任何可以操作的定義；其想當然爾的定義與其他相關名詞幾乎不可辨認，比如威權式政權或軍事政權，甚至有流於循環定義之嫌。

* 淡江大學公共行政學系副教授

# INTRODUCTION

There has been no lack of self-applauding publications on the part of the Kuomintang (or Chinese Nationalist Party, hereafter KMT) government that attribute "Taiwan's Miracle" to the proper guidance of the "Big and Capable" government (Ta-yo-wei de Cheng-fu). Equally frustrating are those attempts at preventing the KMT from receiving any due credit in the developmental process. However, the picture seems to have dramatically changed since the late 1970s.

Since the publication of Amsden's pioneering article in 1979, more than ten years have lapsed. And it is becoming a vogue to explain Taiwan's growth-and-equity as a result of a "strong state." Here, we are certainly not interested in those pseudo studies hastily produced by Taiwanese[1] upper case scholars who have perceived the change of wind. As the literature in English seems to have accumulated to such a degree that Skocpol (1985: 7) claims that "a paradigmatic shift seems to be underway," it is time that we assess duly how valuable this approach is in understanding economic development in the Third World, especially Taiwan.

I shall scrutinize the main thesis of the statist approach, drawing mainly upon the studies in Bring the State Back In (1985). Before doing so, a brief introduction of the intellectual roots of statism is in order. The main body of this study will be devoted to the assessment of how adequate the conceptual framework is as empirically applied to the case of Taiwan. I shall look into the theoretical validity of the approach, and then juxtapose it with the case of Taiwan by examining two specific policies, the land reforms and the policy shift from import-substitution to export-promotion.

## INTELLECTUAL ROOTS

It must be pointed out that statism is not a holistic entity. Rather, it is assigned to those studies with heterogeneous intellectual roots that in various ways elevate the state to the highest status. Thus, as the forerunner of statism, Amsden (1979) may not have any dependency predisposition in her study, except concluding that dependency theories are inadequate in explaining Taiwan's story[2]. Similarly, Cumings' article (1984) on the development of Northeast Asian economies, mostly often cited by statists, is actually based on the economic theory of product cycles and on the analysis of authoritarian regimes. On the other hand, taking the vein of dependency theories, Crane (1982) argues that ascent in the world system is possible if the state plays an active role. Dissatisfies by vulgar interpretation of dependency theories, Evans (1987) sets out to reinterpret them by adding some factors that have thus far been neglected.

Although basically a synthesis of both modernization and dependency theories, statism leans heavily on the latter, since most of its proponents, explicitly or implicitly, take the tenet that dependency will ultimately lead to underdevelopment. In the case of Asian NICs (New Industrializing Countries), the structure of the world system provides a favorable environment for development (Crane, 1982). More narrowly, it is the benign capitalist core that dictates the general direction of their developmental process. At times, American aid officials formed alliance with Western-trained technocrats and adopted what strategies they deemed appropriate.

Nonetheless, the statist prediction is less deterministic, in that the gloomy destiny dictated by external factors may be changed by the state under certain circumstances. To the extreme, Haggard (1986) claims that the ultimate decision is made domestically. Accordingly, it shares some commonality with theory of modernization by accepting that some internal

factors can not be dismissed. However, by so doing, it is surely undermining the theoretical purity of dependency theories.

Having recognized that decision-makers in Taiwan are by no means true believers in laissez-faire, statists judge that Taiwan's success was not the result of free market, as neo-classical economists have celebrated. They are equally dissatisfied with the apologetic, or defensive attitude assumed by dependentistas, who tend to dismiss it as a deviant, if not unique, case and thus refuse to take it into account. It is concluded that the failure of dependency theories lies in their exclusive weight assigned to such external variables as imperialism. Instead, endogenous productive and social relations are posited to be the primary explanatory variables (Amsden 1979; Evans, 1987). The novel approach is thus an attempt to improve dependency theories by adding the active, if not interventionalist, role played by the state.

In the academic arena, it is not uncommon for an one-time defeated approach to resurrect by integrating certain elements from competing approaches. To be ontologically consistent and faithful, statists must specify outright what they believe to be the ultimate determinant of changes. It could be either the systemic factor or the internal factor. They could also take a dialectic perspective: It is the interaction between the two sets of factors that determine changes (Wendt, 1987).

It appears that statists never pay attention to the agent-structure problem. Therefore, while holding that external factors largely decide the fate of the state, they claim that the strong state may play an active role in national development. It is not clear in their discussion as to which factor dominates. Nor do I ascertain any implication that the relation is interactive. However, as long as the revised theory is coherently constructed and is not hastily amalgamated, I am willing to evaluate its explanatory validity.

## MAIN THESES

Realizing that the original context within which dependency theories were formulated is too parochial, statists believe that more universal regularities may be generalized by taking lessons from economic performance in NICs. They contend that dependent development is possible if the state plays a more active role in the process of economic development. More specifically, negative consequences from dependency may be mediated by state intervention. Moreover, growth and equity may be reached with proper manipulation of strategies. All these are based on the existence of a strong state.

Since the concept of strong state is generally taken for granted by statists, there is no serious attempt at defining it. It is not surprising that some confused it with the concept of strong bureaucracy (Barret and Whyte, 1982), authoritarian regime[3] (Clark, 1987; Cumings, 1984; Gold, 1986), or military regime[4]. Some time, it is reduced to the existence of a "cohesive vanguard" political party behind the scene (Evans, 1987: 212; Huang, 1989). Such a narrower conceptualization makes the strong state lose all its independent explanatory power. In other words, we are not sure whether it is actually the "strong" state, or the "strong" party, or simply political suppression of the authoritarian regime that has contributed to economic development.

There is another flaw inherent in this unrefined conceptualization. By portraying the strong state as an omnipotent one, it neglects the existence of other social forces and treats the society as passive. Moreover, in terms of empirical observation, by grossly classifying states into the dichotomy of relatively strong and weak ones, it lacks the sophistication needed to discriminate diverse degrees of economic development, which makes cross-national comparison less tenable. I have come to discover that most hasty application of the concept of strong state fall into this category.

A more satisfactory definition is derived indirectly. Skocpol (1985: 9) defines state autonomy as the degree to which states "formulate and pursue goals not simply reflective of the demand or interests of social groups, classes, or society." By equating the strength of the state with its autonomy, the definition points out that the strength of the state is not only determined by its organizational coherence but also by its relations with social forces. Hence a generally accepted theoretical definition of state autonomy: the extent to which the state is able to insulate itself from domestic dominant classes and to contain, or even suppress, their interests in policy-making.

By Skocpol's definition, the strength of the state is determined by the strength of the society. State autonomy is thus a relative phenomenon. And it allows for only either a strong state or a strong society. Consequently, it is difficult to measure the strength of the state without simultaneously comparing it with that of the society. As a result, a feasible yardstick of the strength of the state, or of state autonomy, turns out to be policy efficacy. A strong state is one that has witnessed successful economic development. And what has contributed to the success ? It is the strong state !

Further, it leaves no room for the situation when both the state and the society are strong at the same time. Under such a circumstance, the state is not qualified as strong, since it fails to dominate the society. The situation when both are week becomes irrelevant and is thus neglected here.

Moreover, there is no agreement as to whose interests the state should contain. Ideally, according to Skocpol, it should include all interest groups. But most studies focus on the dominant class, especially the capitalist class. Since class stratification may not be significant in all NICs, the emphasis of class cleavage may be misleading. Failure to recognize the existence of such social cleavages as ethnic ones may render the notion of state autonomy useless, since policies may be pursued in the guise of national interests but is actually for the benefit of the dominant ethnic group.

In the case of Taiwan, while class had never been a useful concept until

the beginning of the 1980s, ethnic cleavages between the dominant Mainlanders and the subordinate Taiwanese have been the most important, if not the only, underlying factor dictating major policy debates[5]. There is no so-called dominant class other than a dominant ethnic group. The only exception is the piece by Rueschemeyer and Evans (1985), which cautions that ethnic cleavages may penetrate the state apparatus and thus "delitate" the state. However, under such a circumstance, the so-called strong state ceases to be an independent explanatory variable.

There is no lack of more sophisticated formulation of the intertwined relationship between the state and the society[6]. Migdal (1988), for instance, generalizes some conditions for the creation of a strong state. In the case of Taiwan, Evans (1987) argues that the state was relatively autonomous owing to the fact that foreign capitalists lacked interests, that the landlord class have been eliminated, and that the local capitalist class was weak. In his parsimonious triple-alliance model, the state uses local capitalists to counter international capitalists. Applying Evans' model, Gold (1986) finds that the division of labor among the state, local capitalists, and international capitalists, has made Taiwan devoid of negative consequences from structural dependency.

To conclude, by including all those variables, statists are undermining their own alleged domination of the strong state. Statists may argue that as long as the state is strong, or the state dominates all social forces, their prediction of dependent development still prevails. However, since state autonomy is further conditioned by the strength of the society, the independent explanatory power of the strong state is lost.

# POLICY ANALYSIS

Judging from Taiwan's engagement in international trade[7] and reception of foreign investment, statists assign it the status of being dependent[8].

According to the prediction of dependency theories, underdevelopment should follow. However, why has Taiwan witnessed both growth and equity in the past forty years[9]? They claim that it is the state, including the Japanese colonial government and the KMT regime, that have mediated the negative impacts of foreign manipulation. For instance, Amsden (1979) credits the state as "the key agent" in capital accumulation, which is supposed to be rendered impossible under condition of dependency.

In retrospect, we must agree that most policies implemented by the KMT seemed to have been par excellence somehow. But many questions remain to be answered. Why did the state decide to undertake all those policies, such as land reforms, or the decision to move from import-substitution to export-promotion? More bluntly, did the KMT state actively pursue them or was it pressed to adopt them? How did it succeed in formulating and implementing these? And, more specifically, what capacities did the state possess to accomplish all these? I shall endeavor to answer these questions by examining two crucial policies pursued by the KMT in the past, land reforms and export-promotion.

There is little dispute that land reforms were the major accomplishment of the KMT, which provided capital needed for industrialization, and contributed to the more egalitarian distribution of wealth. But why did it decide to embark on such programs, which are usually unsuccessful in the Third World? It is usually explained away that the KMT did not want to repeat its failure in mainland China. To defuse the threat from the peasants, the justification goes, it had no choice but to undertake the reforms. However, as Amsden had rightly observes, the tenant-landlord relationships were not so sever as the KMT had exaggerated[10]. Therefore, there must have been other reasons.

One goal was to destroy the economic base of the emerging Taiwanese middle class, who took the lead in the 1947 uprisings. After the reforms, most landlords became bankruptcy and had no choice but to become farmers or

proletarians[11]. Further, by eliminating the Taiwanese landlords, the KMT was able to collect taxes directly from the peasants. The squeeze of the agricultural sector under the KMT, which was more sever than that under the Japanese colonialism, may have paved the way for industrialization by providing for cheap food and hence cheap labor. Still, the original goal could be to support the sudden inflow of Mainlander refugees, who constituted the hard core of the KMT regime. My argument is based on the fact that all direct and hidden taxes were required to pay in kind. In a word, the original goal may not have been so much for deliberate accumulation of capital desperately needed for industrialization than for the survival of the regime, or of the Mainlander ethnic group as a whole, although later on the KMT may have discovered that the two converged.

Hence, I am arguing that there may have been no long-term linear policy-planning and that those developmental strategies were but muddling-through piecemeal as a result of push and pull. Those ad hoc problem-solving policies, although locally optimal, were never meant for long-term planning. In reality, with its obsession of retaking mainland China, the KMT never really sincerely intended to develop Taiwan, not at least until the mid-1970s, when Chiang Kai-shek deceased[12]. Judging from its conservative nature, which was developed from its past experience in the civil war with the Chinese Communist, I discount the active role played by the KMT in promoting economic development. And the demarcation of the various stages of economic development is nothing but post hoc explanation ustified from current rational viewpoint[13].

The same questions may be raised as to why export-promotion was initiated after the first stage of import-substitution was accomplished. In retrospect, the policy shift seemed to have been consciously promoted by the KMT. Since further import-substitution was not feasible for such a small island as Taiwan, the market of which was easily saturated, export-promotion appeared to be a rational choice.

As statists tend to use policy efficacy to evaluate state autonomy (Rueschemeyer and Evans, 1985), the capacity the state possesses is indispensable. Amsden (1979), for instance, uses the capacity of the state to interfere or guide economic activities, more specifically, the capacity to extract agricultural surplus as an indicator of a strong state. In terms of policy capacities, it is generally recognized that the bureaucracy implanted from China was relatively well-developed. Further, with the confiscation of all Japanese enterprises and assets, the KMT was able to intervene in economic activities at will. But monopoly of political or economic power by the state is not equivalent to state autonomy. Nor can the possession of capacities guarantee its insulation from the society.

I am ready to accept that those who took refugee in Taiwan, rather than in Hong Kong or the United States, as true believers of Sun Yat-sen's "Three Principles of People" and equipped with the virtue of traditional intellectuals, were truly dedicated to the development of the country. But they did not constitute a holistic and unified whole. Not all involved in the decision-making were convinced by the seemingly obvious rationale, not at least those who believed in mercantilism and were against entanglement with the capitalist world economy. In fact, there was heated debate and Chiang made the final decision.

My knowledge of traditional Chinese politics tells me that there are some competing elitist perspectives for explanation: factionalism, leader-in-command, and ideological-line. If we accept the assumption that the state, in some way, could have the perfect knowledge as to what is the best for the well-being of the country, then we have to neglect the inner maneuvering among bureaucracies, factions, or lines, who had their own interests as a group, and treat it as a black box. This reductionism provides no more insight than dependency theories do.

Even if we assume that the state is a holistic oneness with superior knowledge, perhaps dominated by Chiang, it may not have had any chance

to arrive at the policy at is will. We should not neglect the role played by American advisers, who, as they did in land reforms, threatened to cut aids if the KMT did not comply. Out of nationalistic consideration, the KMT was certainly reluctant to admit any maneuver behind the scene. If so, the autonomy of a strong state is confined to the case in facing domestic interest groups. In other words, a state may still be strong even though it has to yield to foreign pressure, as long as it can insulated itself from domestic pressure. Thus this type of state autonomy can not explain domestic development sufficiently.

# CONCLUSIONS

By bringing the state back, statists endeavor to explain why some countries, especially the Asian NICs, are able to achieve dependent development under dependency. They argue that it is because of the active role that the strong state plays. Being autonomous, the strong state is able to insulate itself from the demands of the dominant group of the society, and thus to actively formulate any policy that it deems optimal for the general interests of the country as a whole.

Ontologically, statists fail to address the question as to whether systemic or internal factors dominate in the process of change. If they claim that the strong state is the most important determinant, they share the same intellectual root with modernists. If they believe that the strong state can only operate within the framework delineated by external factors, state autonomy loses most of its explanatory power. I have come to discover that statists take the latter position.

Theoretically, statist explanation is incomplete without further considering the relationship between the state and the society. The degree to which a state is strong is not only determined by its own organizational coherency, but also by the strength of the society. A more fruitful discussion of change

should include the dialectic relation between the state and, for instance, class. Then, they both should enjoy the same degree of attention. In other words, by bringing other social forces into the perspective, statism has lost its theoretic parsimony.

Empirically, an intuitive definition of strong state makes it indistinguishable from such concepts as authoritarian regime or military regime. Since it is a relative concept, the strength of a state can not be measured simply by adding up its capacities. Rather, it has to be adjusted by the strength of the society. But no feasible operational definition is ever seriously provided. A strong state is thus observed indirectly from that of state autonomy, which is eventually measured by policy efficacy of the state. It turns into a circular argument: The policy is successful owing to the strong state; the state is strong because its policy is successful.

# ENDNOTES

1. At this juncture, I am using the term in the Western convention to denote those residing in Taiwan, rather than those who deem themselves native Taiwanese. Later on, when it is necessary to mention the two major ethnic groups, I shall adopt the Mainlander–Taiwanese dichotomy.

2. A revision of this article collected in the volume edited by Evans et al. (1985) still does not share the same degree of commitment to dependency theories as do other writers in it.

3. The recent flourishing discussion of "Neo–Authoritarianism" and its relation with economic development by Chinese scholars is indicative of the failure to distinguish between a strong state and an authoritarian regime.

4. In her revision of the 1979 piece, Amsden (1985) attempts to characterize the KMT as a military regime without providing adequate evidence. Although the Chiangs were in uniform for some periods, the final saying has never been decided by the military, who is relatively under tight control by the party. Even if we accept her characterization, I caution that a strong military regime can not guarantee a strong state.

5. This line of argument will be elaborated in my next paper, which

is intended to evaluate Taiwan's economic performance from a more comprehensive perspective.

6. Although Amsden ( 1979 ) mentions the importance to include social factors into consideration, she fails to do. The same weakness is found in Cumings' piece ( 1984 ), where the society is simply characterized as weak.

7. Amsden goes so far as to characterize Taiwan's economy as one of the "the most open to foreign trade" among the Third World country ( p. 372 ), which contradicts her own earlier observation.

8. Judging from all improvements undertaken and from the living standards of the Taiwanese under the Japanese rule as revealed by her, it is difficult to relegate Taiwan as a periphery of the core. At best, it was a periphery within the core.

9. Let me just leave aside the controversy regarding the real degree of growth and equity for now. And I also must caution that we qualify the time frame of this discussion, since things have changed since the early 1980s.

10. Since the traditional three-tier tenancy system had been reformed by the Japanese in the early twentieth century, the remaining were the tenant landlord and the cultivator ( or subtenant ), who usually were relatives. Moreover, the contract was usually permanent rather than temporary as the KMT had alleged ( Apthorpe, 1979 ).

11. Although there were payments for these forced transfers, the price of the land was undervalued since there was no longer demand, and the stocks were overvalued. And the ensuing monetary reforms also deprived the former landlords of what were left over. Those who prospered later in the process of industrialization were the few large families that cooperated with the KMT politically, as they did with the colonial Japanese, and were spared. The only family that defied the Nationalist rule was the Lins of Wu-feng in Taichung, which disintegrated after their leader Lin Hsien-t'ang exiled himself in Japan.

12. For instance, the developmental plans of Taipei and of Taichung are based on those formulated by the Japanese colonialists. Chiang was said to repeatedly reject proposals to develop Taiwan, on the ground that they should wait until the mainland was retaken.

13. Staff in the Council for Economic Planning and Development, the main bureau credited for economic planning, used to ridicule themselves as economic story-tellers, rather than economic planners, in that they just

figured out what the private sector had performed and then fitted the trend.

## BIBLIOGRAPHY


Amsden, Alice H. 1985. "The State and Taiwan's Economic Development." In Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer, and Theda Skocpol, eds. Bringing the State Back In. pp. 78–106. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

———. 1979. "Taiwan's Economic History: A Case of Etatisme and a Challenge to Dependency Theory." Modern China. Vol. 5, No. 3, pp. 341–80.

Apthorpe, Raymond. 1979. "The Burden of Land Reform in Taiwan: An Asian Model Land Reform Re-analysed." World Development. Vol. 7, pp. 519–30.

Arnold, Walter. 1989. "Bureaucratic Politics, State Capacity, and Taiwan's Automobile Industrial Policy." Modern China. Vol. 15, No. 2, pp. 178–214.

Clark, Cal. 1987. "The Taiwan Exception: Implications for Contending Political Economy Paradigms." International Studies Quarterly. Vol. 31, No. 3, pp. 327–56.

Crane, George T. 1982. "The Taiwanese Ascent: System, State, and Movement in the World-Economy." In Edward Friedman, ed. Ascent and Decline in the World-System. pp. 93–113. Beverly Hills, Calif.: Sage.

Cumings, Bruce. 1984. "The Origins and Development of the Northeast Asian Political Economy: Industrial Sectors, Product Cycles, and Political Consequences." International Organization. Vol. 38, No. 1, pp. 1–40.

Evans, Peter. 1987. "Class, State, and Dependence in East Asia: Lessons for Latin Americanists." In Frederic C. Deyo, ed. The Political Economy of the New Asian Industrialism. pp. 203–26. Ithaca: Cornell Univ. Press.

Gold, Thomas B. 1986. State and Society in the Taiwan Miracle. Armonk, N. Y.: M. E. Sharpe.

Haggard, Stephan. 1986. "The Newly Industrializing Countries in the International System." World Politics. Vol. 38, pp. 343–70.

———,and Tun-jen Cheng. 1987. "State and Foreign Capital in East Asian

NICs." In Frederic C. Deyo, ed. The Political Economy of the New Asian Industrialism. pp. 84–135. Ithaca: Cornell Univ. Press.

Huang, Chi. 1989. "The State and Foreign Investment: The Case of Taiwan and Singapore." Comparative Political Studies. Vol. 22, No. 1, pp. 93–121.

Krasner, Stephen D. 1985. Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism. Berkeley, Calif.: Univ. of California Press.

———. 1978. Defending the National Interest: Raw Materials Investment and U.S. Foreign Policy. Princeton, N.J.: Princeton Univ. Press.

Migdal, Joel S. 1988. Strong Societies and Weak States: State–Society Relations and Capabilities in the Third World. Princeton, N.J.: Princeton Univ. Press.

Rueschemeyer, Dietrich, and Peter B. Evans. 1985. "The State and Economic Transformation: Toward an Analysis of the Conditions Underlying Effective Intervention." In Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer, and Theda Skocpol, eds. Bringing the State Back In. pp. 44–77. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

Skocpol, Theda. 1985. "Bringing the State Back in: Strategies of Analysis in Current Research." In Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer, and Theda Skocpol, eds. Bringing the State Back In. pp. 3–43. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

Wendt, Alexander E. 1987. "The Agent–Structure Problem in International Relations Theory." International Organization. Vol. 41, No. 3. pp. 335–70.

法 政 學 報 第 一 期
民國八十二年七月 第149～172頁
Journal of Law and Political Science No.1
July 1993, p.149～172

# 張君勱對「中國前途」看法之研究（1949～1969）*

薛化元**

# A Study on Carsun Chang's Perspectives of "China's Future"

by
Hua－Yuan Hsueh

## 摘　要

本文係以中國民主社會黨的創黨主席張君勱先生對「中國前途」的看法作爲研究主題。首先探討「中國前途」問題提出的時空背景。次就張君勱對在台灣的中華民國政府的批評與支持加以分析，討論他在解決「中國問題」的思想架構中，如何定位在台灣之中華民國的角色。最後，則探討張君勱對解決「中國問題」的相關主張，並作成結論。

* 承蒙張敦華小姐、顧紹昌先生提供資料，周夢如代爲影印資料，使本文順利完成，特此誌謝。

**交通大學共同科副教授

民國三十八(西元一九四九)年，中國的政局發生了戲劇性的改變，中國國民黨主政的中華民國政府失去了中國大陸，而被其視爲叛亂的中國共產黨在北京成立了中華人民共和國政府，控制了中國大陸。(註1)所謂「中國問題」正式浮現在國際舞台，在現實政治上，它不僅指涉著哪個政權是中國主權的代表者，也深深影響了台灣的發展。這一個問題，牽涉到國際法的理論與現實國際政治舞台的運作，對中國的知識份子而言，與「中國文化」的認同，也有著不易切斷的關係。(註2)

針對這一個錯綜複雜的問題，張君勱的思想是極富代表性的。雖然，民國三十八年以後，張氏便沒有到過台灣，(註3)不過，他卻是當時隨中國國民黨遷台的兩個在野黨之一——中國民主社會黨——的創黨主席。因此，他的主張可以視爲在台灣的中國在野黨的意見代表。(註4)更重要的是，張君勱不只是一個政治人物而已，他也是一個精通國際法的政治學者，(註5)更是強烈認同「中國文化」的當代新儒家代表人物之一。(註6)而這種文化認同與國際法原則之間，又存在著某種程度的緊張關係。(註7)所以，選擇張君勱對「中國前途」的看法作爲研究主題，基本上可以涵蓋此一錯綜複雜問題的各個面向，也可以提供台灣海峽兩岸的執政者之外的另一種聲音。藉此，我們可以掌握一個受過現代政治學科班訓練的新儒家代表人物，如何在兩個矛盾的思考型態中，看待「中國前途」，又如何提出「中國問題」的解決方法。而這無疑是四十多年來中國政治思想史脈絡中，一個尚待釐清的問題。

## 壹、「中國前途」問題的提出

中國大陸局勢逆轉以後，張君勱固然反對中國共產黨政權，對在台灣的中華民國政府也抱持著強烈批判的態度。當時，張氏本人傾向國、共兩黨(或是兩個既有政權)之外，力闢解決「中國前途」問題的途徑。因此，他所領導的黨中央雖隨著中華民國政府遷台，他個人卻不顧中國國民黨方面的警告與反對，(註8)決意雖要繼續反共，繼續追求中國民主憲政的落實，卻不願把希望完全寄託在台灣執政的中國國民黨。(註9)所以，張君勱便積極與香港的中國在野人士，及不支持蔣介石總裁的中國國民黨黨員，

籌組中國自由民主戰鬥同盟，也就是以後所謂的中國第三勢力的成形。(註10)

但是，所謂中國第三勢力雖然成形，其組成人士既非現實政治舞台上的有力人士，又侷限於香港一隅，欲以此爲主體，改變中國的局勢，在客觀環境的限制下十分困難。因此，張君勱遂以在野之身，一方面先與美國駐港使館保持聯絡，繼之則受第三勢力之託遠赴美國，希望能得到以美國爲首的民主國家之協助，在中國大陸重建民主政府。(註11)

張君勱抵美以後，在進行遊說之時，於民國四十一(一九五二)年出版了《中國第三勢力》(The Third Force in China)一書，對於中國當時的狀況以及未來，提出了個人的主張。針對台灣海峽兩岸當時存在兩個政府一事，張君勱表示：(註12)

兩個政府(authority)，一個在大陸的共產黨政府，以及一個在台灣的國民黨政府，必須在現階段維持其存在。

他之所以如此主張，主要是著眼於當時國際間有一股氣氛，認爲應該使中華人民共和國加入聯合國，甚至把台灣視爲共產中國的一部份。張君勱爲此呼籲：要求保持台灣海峽兩岸的現狀，使台灣免於被中共政權統治，而成爲非共產中國的最後據點，既是一個自由中國的象徵，也是四億五千萬中國人重獲獨立自由希望之所寄。(註13)當然，對張氏而言，這個主張是階段性的，而整個「中國前途」的問題，仍然必須解決。非常清楚地，爲了中國人民未來的希望，他非常反對由中共主導下完成中國的統一。他進一步指出：自民國三十八年以後，中國共產黨「所殘忍推行極權主義式的激進型態」，固然不能解決中國的問題；中國國民黨在民國三十八年以前「所推行極權主義式的保守型態」，也不能解決中國的問題。而第三勢力的目標，正是要「建立一個立基於民主憲政原則的新中國」。(註14)

在當時的歷史時空條件下，張君勱明白地支持一個存立於中共政權之外的自由中國政府——在台灣的中華民國政府。不過，這個舉動絕不是他所自稱，仿效春秋申包胥哭秦庭的的故事，(註15)單純地尋求美國恢復中國國民黨主政的政府在中國大陸的政權。相對地，則是第三勢力尋求美國協助，希望在中國大陸建立民主憲政的「新中國」。

因此，在針對「中國問題」初次提出解答之時，張君勱技巧地迴避了國際法的主權概念，希望藉由階段性維持台海兩岸兩個既有政府的主張，使台灣免於成爲中共政權領土的一部份，以保持四億五千萬中國人追求獨立、自由的希望。如此的主張，在短時間或許不是問題，時間一旦拖長，國際政治舞台的遊戲規則，勢必使張氏的主張遭到強大的衝擊。

另一方面，台灣現狀的維持，對他而言，既然是「自由中國」的象徵，則他以自由、民主、憲政的理念來要求在台灣中華民國的當權者，是邏輯上的「應然」。而在日後的發展上，張君勱也往往根據前述的原則，對當權者求全責備，更以此作爲是否與當權者合作的衡量標準。(註16)這樣的態度在當時，是很容易被詮釋爲「攻擊政府」的。更何況，他自居爲第三勢力，企圖在既有政權之外，另闢建立「新中國」的途徑，自然更難使當權者接受。(註17)

姑且不論歷史時空後續的發展，張君勱在一九五二年提出對「中國前途」的見解，成爲其後他個人言論的基礎，大抵上是可以確定的。(註18)也由於他基本上不相信中共政權有開創民主、自由「新中國」的可能，贊同「中共政權絕對不能代表中國人民，彼等不過代表一種與中國文化傳統絕不相容之暴力，及大陸之霸佔而已」的意見，(註19)，因此在思考「中國前途」時，中共政權並不是主體。相對地，海外的國際政治舞台，以及在台灣的中華民國，才是他可能著力點的所在。下節便基於此一認知，分別加以討論。

## 貳、對台灣的批評與支持

張君勱在處理「中國前途」的大原則上，既然希望維持一個不受中共政權支配的自由中國政府，因此，基本上他應該支持任何使台灣免受中共政權武力犯台的措施。但是，由於張君勱是將在台灣的中華民國政府視爲自由中國的象徵，在主觀意願上便是把民主、憲政視爲他與政府合作的前提，包括是否支持前述的相當措施，也必須具有選擇性。

### 一、國是會議問題

民國四十二(一九五三)年五月，中國國民黨七屆三中全會決議：「建立反共救國聯合陣線」，建議「政府於適當時期召開反共救國會議」。(註20)同年十月九日，行政院長陳誠在立法院報告施政時指出：政府決定召開反共救國會議。第二天，蔣介石總統在＜告全國軍民同胞書＞中，正式宣示「從速籌開反共救國會議」。(註21)這個會議的召開，執政者當然希望海內外反對中共政權的政治人物都能同襄盛舉。其中，二個「合法」在野黨領導人之一，又是第三勢力代表人物的張君勱，自是執政者積極運作的對象之一。張氏友人故舊二十八人，便聯名致函張氏，表示：「大陸袍澤，水深火熱，待救孔急，政府爲團結反共，籌開救國會議，意至誠懇……並懇屆時賁臨，襄贊大計」。(註22)結果，張氏在民國四十三(一九五四)年二月八日回了一封信。在信中，他批評蔣介石總統「容納衆流，妙選人才之大關節，曾未有一二件見諸行事」，「所恃以爲親信者獨有自己兒子蔣經國一人」，「且抱一包辦外交之念，不令反共人士稍盡遊說奔走之勞」。而當權者希望的是，不過是反共大業必須由台灣的執政者來主導。張氏進而質疑反共救國會議，乃是一「點綴門面之舉」。因此，他明白表示：「與其跋涉道途，或爭吵而無所成就，反不如靜坐斗室讀書之爲得矣」。(註23)雖然，反共救國會議並沒有正式開鑼，張君勱抵制的態度已經十分明顯。(註24)而這種態度，在他日後的行爲並沒有太大的變化。對他而言，可以與在台灣執政的中國國民黨一起反共，但是，執政黨必須開放政權，和在野人士共商大計，不可以意圖一手包辦。

到了民國五十(一九六一)年，中華民國政府正式召開陽明山談話會的前夕，張君勱也不肯參加，並直言如果談話會性質如執政者所設計，「則此項談話會，乃無關痛癢之集會」，根本「無益於國事」。雖然杯葛會議，他仍然希望會議的性質能有大幅度的轉變，透過開會能夠產生「朝野一致之政綱」。(註25)事實上，這並不只是張君勱個人的意見，連傾向支持中國國民黨的胡適與《聯合報》，對會議的定位，都有過類似的意見。(註26)。

問題是：張君勱杯葛的是中國國民黨主導下一切的國是會議，還是只是有條件的杯葛而已？而如果張氏決心與中國國民黨決裂也就罷了，反之他若存與中國國民黨主政的中華民國政府合作之一念，又要如何進行？

張君勱相對於中共政權，並不排除與中國國民黨合作，但是他的合作方式，很明顯地與中國國民黨的意願不合。在民國四十七(一九五八)年追悼徐傅霖的文章中，他回憶自己如何和這位多年的老同志衝突時，指出：「公(按指徐氏)以爲反共復國，應以政府意旨爲依歸；我則以反共大業，應以民主爲方針。」(註27)張氏既反對單純以政府的意旨爲依歸，他心目的方案，便是召開具有「聯合各黨派，製定共同綱領，以新人物新面貌與世界見面」性質的「救國會議」。(註28)甚至只要政府「有意將國事公開討論，先將題目列出」，他不僅不杯葛，而且「自願幫忙」。(註29)

因此，民國五十四(一九六五)年，張君勱起草了＜自由中國協會緣起＞一文，雖然強烈批判中共政權及「國民政府」，強調自由中國協會的大宗旨在於：「推翻獨裁，建立民主憲法國家」。協會將在既有體制之外，推動國人，「本各人之自由與負責之心，發爲言論，制爲法律，定爲政策，方爲大家信守」。至於協會本身，則「綜觀內外，收集材料，作平心靜氣之研究，再發爲文字，以待國人採擇」，希望藉此落實民主憲政。但是，在體制外，在流亡海外的情況，他還是希望國、共雙方「覺其爲之不足救國，大澈大悟」，以利中國早日順利成爲民主憲法國家。(註30)

在這樣脈絡下，才可以了解已經發起自由中國協會的張君勱，何以在兩年後，又發表＜全國各民主黨派大合作定止亂圖治之方針＞一文。在文中他強調：建國者應有三種精神：(1)公開政權，(2)遵守憲法，(3)人民自由之保障。而這三者正是民主國的「起碼條件」。但是，因爲中國處於「存亡危岌之日」，因此「應以民主黨派之大合作，作爲應付內外問題之方法」。(註31)至於合作方法，則是各黨派互相妥協，「議定一種共同綱領，爲各方所共信守」。(註32)

如前所述，這個「共同綱領」的主張，張君勱並不是突然提出的。早在民國五十(一九六一)年，張氏便曾呼應楊毓滋的說法，提出各黨派如何依「共同綱領」來共同治國了。他說：(註33)

> 在全國未能總選舉以前(按：即國會未全面改選之前)，救濟之方，唯有以共同綱領爲準則，以各方代表之聚會，公平量裁，某政策不合宜，某事不公道，某事不合法，某人用之不得其當。可以由合作之團體，公平客觀的建議進止或黜陟。除原有三

黨(按：指國、民、青三黨)外，再加上其他代表。

張君勱認爲這種「共同綱領」式的共同治國，與抗戰勝利以後，三黨共同合作的例子相類。(註34)而事實上，此一主張與張氏在民國二十(一九三一)年「九一八」以後，提出的「修正的民主政治」頗爲相似，在同舟各濟的外貌下，存在著欠缺民主政治「制衡」設計的危險。(註35)

根據前述的討論，國是會議曾是張君勱與中國國民黨，尋求解決「中國前途」的交集之一。但是，張氏既把各黨派合作及民主憲政的落實，作爲他與中華民國政府的前提，自也排斥唯執政者馬首是瞻的會議。這也使得張氏的想法與中華民國政府官方的主觀意願，存在著相當的歧異，終張氏有生之年，中國國民黨也沒有舉辦過張氏心目中的國是會議。循國是會議團結海內外各黨派，共同戮力解決「中國前途」問題的理想，終究仍是泡影。正如他自己指出的：失去了土地、人民；在野者只有尋求外援，以求復國之一日。(註36)並在海外提出理想，供國人採擇一途。

## 二、落實憲政與結合在野力量問題

張氏固然堅決反對中共主導下的統一，要求使台灣免除於中共政權的支配。他最主要的理由，便在於台灣能作爲自由中國的象徵。加上他身爲《中華民國憲法》的起草人，對於促成憲法的通過，有關鍵性的影響。也曾爲了堅持這部憲法可能落實，與張東蓀、羅隆基等人，在政治上決裂(註37)。因此，他在思考「中國前途」問題時，便十分注意在台灣的中華民國政府，有沒有落實憲法，以推動民主憲政。

作爲憲法專家，又堅持民主憲政的張君勱，在民國三十八年以後，便常常以《中華民國憲法》的規定來批評政府施政。特別是民國四十二(一九五三)年，蔣介石總統因府院爭執，在未要求行政院院長副署的情況下，免除王世杰總統府秘書長職務以後，他更常常以中華民國憲政體制爲責任內閣制，來批評蔣介石總統違憲越權。(註38)在民國四十五(一九五六)年，藉著胡適向《中央日報》社長胡健中，質疑改造後的中國國民黨「擔不起救國之責任」的機會。(註39)張君勱更明白地批評蔣介石總統，聲明「與其說國民黨負不起這個責任，不如說蔣介石負不起這個責任」。(註40)當時，他個人傾向要蔣介石總統「退避賢路」，但他也深知此舉在現實上不

可能。(註41)因此，張君勱表示「可讓一步不提蔣氏退位」，但是「蔣氏當總統，軍財外交大權交託行政院，實行責任內閣制，此內閣或以一黨擔任，或各黨聯合任之，或爲超黨派之聯合內閣」。(註42)

張氏之所以要求實施責任內閣制(註43)，一方面著眼於他早已反對蔣介石總統獨攬大權及主導反共大業；(註44)另一方面，張君勱爲首的在野黨派及第三勢力，爲了避免遭到金錢與權位的分化，在聲明傾向願意考慮與中國國民黨合作時，便提出以遵守憲法、政黨政治作爲條件。(註45)

但是僅僅實行憲法上所謂的責任內閣制，並不足以爲憲政體制正常運作背書。所以，張君勱強調實施責任內閣制之前，要求在台灣的中華民國政府必須先實施五個先提條件：(註46)

(一)國庫養黨之習慣停止。

(二)各辦黨報，自籌經費。

(三)特務隊改組。

(四)軍隊國家化。

(五)政訓所與訓練班停止。

由於這些要求，皆嚴重影響到既有政權的基礎，在台灣的中華民國政府及執政的中國國民黨，皆沒有有效回應。而張氏也採取提出這些條件時的對策——「不合作」。

(一)對美援的批評

當然一心要投入反共大業的張君勱，並沒有就此放棄。他發現中國國民黨之所以不讓步，多少是得力於冷戰時代美國的軍事、經濟援助，縱使沒有他們在野人士支持，在台灣的中華民國政府，並不會受到太大影響。因此在民國四十一(一九五二)年便正式主張自由世界至少必須階段性維持台灣海峽兩岸局勢，避免中共併吞台灣的張君勱單單在民國四十六(一九五七)年，卻發表了好幾篇抨擊美國軍援中華民國政府的文章。他指出：(註47)

> 財政出於人民所納之租稅，則政治之惡劣，可以引起人民之反抗，此政府所以不能不顧到民心之理由也。
>
> 自美國政府對於東亞反共國家，予以軍援。於是此等國家之元首得裝備數十萬軍隊，而不出於人民之負擔，此等元首自覺其

地位鞏固，權力強大，置憲法條文於不顧，視行政院負責大員如一家之僕役，法庭審判成爲貪贓枉法之保護者。……其心目中久已不知有民心之向背，與立法院之信任爲何物矣。

他質疑美國政策下「軍援之後果，非所以促成民主，反造成專制，其爲美國之利益與否，正未可知」。縱使這些國家「口口聲聲以親美爲政策，然爲永久計，未必眞爲美國之利」。(註48)張君勱特別針對台灣進一步指出：「軍援所及於台灣之影響，使蔣氏得以款項來自美國，則立法院自無從行使其同意權，而憲政之目的無法貫澈」。(註49)另一方面，張氏也批評中華民國接受美國援助，無論是接受援助的過程，乃至援助使用的過程，都有違背《中華民國憲法》規定之處。他認爲「爲符合於民主政治原則」，美國政府應該詢問中華民國政府，美援的接受與使用過程，是否合憲，有無立法委員參加，使民意機關得以監督。(註50)

張君勱這種主張，在當時的時空條件下，自然是十分激進的。但是，正如民國四十一(一九五二)年張氏提出「中國前途」問題時，希望民主國家能夠維持在台灣的中華民國政府一樣，對美國援助台灣，他依然是心存感念的。(註51)因此，他並不是眞的要美國切斷對台灣的援助，相對地，他要求負有「領導世界走向民主之責任」的美國政府，必須要研究補救的措施，使美援的結果不致傷害中華民國的民主憲政體制。(註52)當然，這並不意味著美援只要消極地傷害中華民國的憲政體制，即合乎張氏的主張。因爲，他事實上期待美援能夠正面推動中國的民主化。因此，在民國四十七(一九五八)年，作爲民族主義者的張君勱，爲了追求在台灣能眞正落實民主憲政，他便要求美國應該在一定程度內，介入受援國事務，而由美國國會議會和教授共同組成一個「私人機關」，指導美國各軍事、經濟受援國，如何落實民主政治，促成其政治的安定。(註53)

現實歷史的發展，在世界冷戰的時代，美國並沒有在實施圍堵政策，對各友好國家提供援助之時，仔細考量「民主」的標準。而另一方面，張君勱迅速地也發現，美國雖然願意援助中華民國政府，甚至協防台灣，但是，卻不願意協助武裝反攻中國大陸。更且，以美國爲中心的正式國際組織，基本上也排斥在台灣的中華民國成爲正式的會員國。(註54)

㈡反攻受阻下對民主的要求

基於對國際情勢的認知，張君勱指出，中華民國政府與其「日日高呼反攻而失信於民」，應該進行內部的政治改革，使「世界民主國家對台之觀感爲之一變」。而整個「反共大業」，也「應有持久之計」，不能依賴「口號」。(註55)因此，他一再要求中華民國政府，「應誠誠實實向國中民意代表」說明反攻大陸事實上受到限制。(註56)基於這樣的認識，張氏便對中華民國政府當時的狀況，持續大力地批評，認爲根本上是蔣介石總統「蔑視憲法」，而「一黨專政繼續下去，無法喚起國際之同情與誘致大陸人民之傾心嚮往」。(註57)張氏在確認在台灣的中華民國政府囿於國際情勢，無法取得民主國家支持，以武力「反攻大陸」(甚至被限制難以反攻)之際，在民國四十六、七年之間，他整合過去對國是的建言，繼續以言論爲他所主張的民主憲政而努力。

張君勱認爲中華民國政府事實既然無法反政，特別在中美協防條約生效以後，處境便十分困難。因爲「不反政，無以維繫人心；欲反攻，則受美國牽制」。所以，「與其政府人民之間互相欺蒙，不如誠實揭開內幕」。(註58)也就是說，政府必須開誠佈公，明白表示反攻受制。(註59)他以爲官方既然簽訂協防條約，便無法和美國討論反攻中國大陸，在此種情形下，必須由民間組織向美國爭取。當然，整個反共的策略，也不可以如過去由「一人一派」的主觀來決定，執政者「應集合黨派不同之人平情研究」。(註60)對於當時國內希望南韓、南越、菲律賓派兵「輔助台灣共同反共」的說法，他也從國際現勢反覆推敲，提出「倘台灣意中以爲此三國可能成爲同盟之戰友，此猶男女戀愛中之『單相思』而已。並主張執政者「在反共抗俄目標之下」，應該扭轉「專好從外交著想，而不肯從內治著想」的政策。(註61)只要「政治基於民主，用人以賢能爲本位」，全國人民「可以與政府同心反共，而國基自然鞏固」。(註62)而在「內治上改革，使政治煥然一新」，可以改變「世界民主國家對台之觀感」，進而提升國家地位。(註63)

既然以內政作爲根本，張君勱進一步指出，「台方政府誠有意於反共」，首先便應先實行「民主政治」。他以美國大使藍欽(K. L. Rankin)在雙十節發表的聲明內容，向執政者施壓，要求依據《中華民國憲法》，組成由行政院長主導人事、政策的「責任政府」，並落實立法院功能、職權

的「代議政府」。(註64)正如他在民國四十五(一九四六)年明確的主張一樣，要求實施民主，要求遵循憲法，基本上傾向於在此條件下，各黨派能夠有共同參與國是之機會。因此，在此時期，張君勱也藉著《自由中國》及胡適的言論，強調在憲政體制之下，在野黨公開從事政治活動的自由，應該得到保障，而不可任意加以壓制。(註65)接著，他進一步明白要求：在國家有重大難題的狀況下，「政府應公開政權，請反對黨參加」，否則執政者若「不與反對黨合作，則反對黨唯有挺而走險」。(註66)

由於在現實政治運作下，張君勱的意見並未被執政者接受，在民國四十七(一九五八)年初，他又再一次對蔣介石總統展開嚴厲的批評。張氏首先明白反對以「修憲」爲手段，使蔣介石總統得以三連任，繼續掌握政權的主張。(註67)進而要求蔣介石總統放棄培植蔣經國，勿使「黨治之中」，更「雜以家治」。(註68)當年三月二十九日蔣介石總統發表青年節文告，提出對於「反共復國」與民主、自由的看法後，(註69)張君勱從四月五日起，更一連發表數篇文章，大加攻擊。蔣介石總統在文告中強調：必須先摧毀中共政權，然後能夠使全國人民享有自由、民主，否則民主將成爲共黨同路人破壞國家法紀的工具，而自由也會成爲旁觀政客爭取政權的資本。他的主張與張君勱前述的意見，幾乎沒有交集可言。

張君勱認爲自己的主張是「民主反共」，而蔣介石總統的文告則是「獨裁反共」，「唯恐他人他黨之分其權、奪其利」。(註70)他批評文告的內容是「以爲一黨一己獨裁爲有是無非；而民主人士所希望之收拾人心，容納賢才，遵守憲法等等，無一不有非無是」，完全不能記取中國歷史上「失國後之復國者，未有不下詔罪己，煥然刷新政治」的教訓。(註71)根本是以「獨佔政權之私心，而以惡劣動機推測他人言行」。(註72)他更反過來，以軍隊中仍有黨部，且在無法源的情況下創設新的國防組織，與軍事預算未列詳目送立法院審議，及行政院無政策、膽氣而總統越權四大項，辯駁執政者自己才「破壞法紀」。(註73)至於他與中國青年黨的李璜、左舜生在「國民黨聯俄容共之時，即已開始反共」，「國民政府退出大陸之際」，他們既沒有「隨張治中、邵力子、黃紹雄等國民黨黨員之後而附共；又不隨民主同盟之後而靠攏」，在此時絕不會起「縮小反共」之心，而「賣身投靠」中共。根本上，是在台灣的「政府黨」，「拒人千

里」，將「團結反共力量」，當成招牌。(註74)

雖然，張君勱在此嚴厲地攻擊蔣介石總統及國民黨，但是，其批判的目的仍著眼於要求在台灣的中華民國政府落實民主憲政。因此，同年「八二三」砲戰告一段落，中共派章士釗至香港發動「和談攻勢」時，他也一仍「民主反共」的態度，堅決主張「粉碎」中共的「陰謀」。反過來，張氏以爲必須「隨時隨地」進行政治反攻，至於軍事反攻，則仍期待國際局勢的改觀，由在台灣的國民黨來主導。(註75)因此，維持台灣海峽兩岸現況的基本格局之外，如果政治局面改變，張君勱在兩個「攻府」之間必須作一選擇，則在台灣的中華民國無疑是他支持的對象。(下一節中將針對中華民國政府問題，作進一步的分析)所以，在這個基本的架構下，當蔣介石總統修改《臨條條款》，尋求三連任的動作明顯化以後，無論是公開或私下，他採取的也都是嚴厲的批判。(註76)

問題是：縱然中華民國政府有心落實民主憲政，張君勱也勢必面對中央民意代表機關任期早已超過法定時間的根本問題，否則在既有結構下，不僅民意機關欠缺民意，在野黨派欲參與台灣現實政治，將有相當的困難。對此，張君勱曾經先後提出兩種解決方法。首先，是以維持原有憲法機關的權限與運作爲前提，但中央民意代表必須全面改選。他認爲當時明顯沒有「回大陸舉行選舉之望」，因此建議減少中央民意代表的總額，「以在台各省人民爲投票人，分省選出代表，以爲新陳代謝之計」。(註77)其次，則是稍後於民國五十(一九六一)年提出的，在國會未能全面改選之前，以各黨派「合意」的「共同綱領爲準則，以各方代表之聚會，公平量裁」。(註78)就後者而言，則傾向凍結既有的國會，甚至改變既有的憲法機關之結構。此二項主張，當然很容易被指爲「破壞法統」，或是破壞憲法。但是，對張氏而言，這並不與其主張落實民主憲政矛盾。早在前一年，《工商日報》發表攻擊海外發動民意及「臨時政府」的論調時，張氏便表示「發動民意正可以維持法統」，而左舜生「臨時政府」的主張，「其意在於收縮現時政府之龐大機構」，並沒有「摧毀現時法統之意」。(註79)因此，在他個人的認知中，「遵守憲法」也仍可以是其始終一貫的訴求。(註80)

不過，張君勱的主張與見解，在戒嚴體制下的台灣，當時也不是最激

進的。民國四十八(一九五九)年，《聯合報》便曾以＜社論＞明白表示：「政府既不能有效管轄大部份的國土，則全國民意代表之改選就無法嚴格依照憲法的文字」，爲了「法統的持續」，應該以「國是會議」的方式，「從權」地以「替代辦法」，進行國會全面改選。(註81)次年，青年黨籍的台灣省議員李萬居，在省議會除了再一次表達他個人要求國會(立法委員)全面改選之外，並要求台灣省民至少要佔百分之五十以上的名額，不可以和人口比例太不成比例。(註82)而對於張君勱國是會議或共同綱領的主張，《聯合報》的＜社論＞，更明白表示：國是會議的召開，固然是爲了「以政治的均衡力量來維護憲法」，更是「憲法制定權」再一次的行使。(註83)

整體而言，張君勱對於在台灣的中華民國政府是有條件的支持，希望阻絕中共政權主導下的中國統一。他以爲在台灣落實民主憲政，以國是會議或其他相類方式團結各民主黨派，是「民主反共」的基本前提。而在他認知「反攻大陸」至少短期間不可能以後，則更強調前述主張的落實，才能夠對內「鞏固國基」，對外得到國際的同情與支持，進而創造在中國建立民主憲政體制的契機。

## 叁、「中國問題」的糾葛與解決

上一節中，主要是以張君勱對台灣的批評與支持爲中心，討論他在解決「中國問題」的思想架構中，如何定位在台灣的中華民國政府之角色。但是，對他而言，在現實上，要解決「中國問題」，並不是台灣與中國大陸的問題而已，特別是要在國際環境不利的狀況下，如何不使中共政權破壞台灣海峽兩岸的現狀，甚至進而推翻中共政權，國際政治的演變，更是一大關鍵。而國際政治舞台的現實運作與趨向，又往往反應在對中國主權的看法。因此，在本節中擬以此爲重心，進一步討論張君勱相關的主張。

### 一、對「兩個中國」的批評

根據前面的討論，張君勱在民國四十一(一九五二)年《中國第三勢力》中，提出台灣海峽兩岸的兩個政府至少必須階段性地維持現狀。當

時，張氏主張的提出與國際情勢有相當密切的關係。由於有一些國家已經承認了中華人民共和國，主張她必須進入聯合國，成爲安理會的一員，甚至要求將台灣視爲她的一部份，而在對日和約中明白加以規定。(註84)爲了反對這些論調，並便利在美國進行宣傳，張氏以英文著作，明確地表達維持現狀的立場。問題是：兩個政府並存，在國際法上將如何定位？主權的爭議又要如何解決？他並沒有對此提出說明。而所謂的維持現狀，在當時的歷史時空下，不只是意味著台灣不致成爲共產中國的一部份，以及在現實上承認中華人民共和國的存在而已。更重要的是，雖然中華民國政府失去對中國大陸的實際統治權力，但是，在當時的國際政治舞台，特別是在聯合國，中華民國是中國唯一的代表。而實際領有中國大陸的中共政權，在國際上，則連正式的國家名份，都未被普遍接受，僅僅是一個「政治實體」。

在此狀況下，不承認或反對中共政權有資格代表中國的張君勱，有相當長的時間，可以迴避主權問題。他思考的中心，乃是如何反攻，或如何在中國大陸建立民主憲政體制。但是，至少在民國四十六(一九五七)年開始，張君勱已經注意到：美國主張承認中共政權的聲音，逐漸浮上檯面。從此開始，他便一方面反對美國政治人物承認中共政權的論調(註85)，一方面駁斥台灣以「公民投票」的「民族自決方法」解決台灣海峽兩岸問題的可行性。(註86)。

雖然，張君勱用力反對，歷史的發展，卻是美國官方也透露了相類的訊息。民國四十八(一九四九)年底，張君勱舉證歷歷，批評美國正在考慮採用承認「兩個中國的政策」。在司法方面，聯邦地方法院的判決書中指稱「台灣不是個國家」；而艾森豪(D. Eisenhower)總統在記者招待會中，公開提出「台灣共和國」(國務院稍後解釋：所謂的「台灣共和國」指的是「以台北爲首都的中華民國」)；而在國會方面，參議院公佈的「康隆報告」(Cohen Note)主張以連續的步驟，「使共產中國進入聯合國；美國予以外交承認；在台灣的自由中國則改爲『台灣共和國』」；而在外交上，艾森豪曾面詢赫魯雪夫(N. Khrushchev)，「德國既可分爲二，何以中國不能分爲兩個？」(註87)

基本上，張君勱反對的並不只是中華民國被改爲台灣共和國而已。縱

使國號未改，只要「允許中共政權進入聯合國」，取代中華民國安理會常任理事國的席次，而只保留聯合國大會議席的中華民國，不論名稱是否改變，對他而言，已經流爲「台灣共和國」。(註88)與他民國四十一年的主張相較之下，當時美國官方的主張，是達到其主張台灣海峽兩個政府維持其存在的階段性目標。不過，在此美國官方承認在中國大陸的中華人民共和國作爲主權獨立的國家，則是他反對的重點。透過張君勱對美國官方意見的反應，他原先主張維持現狀，乃意欲保障中華民國的存在，而中共政權則是定位在「政治實體」的狀況下，便得到進一步的證實。

張君勱認爲，「中華民國是個獨立主權國家」，而實際領有中國大陸的中共政權，則根本上是不具正當性，並未擁有中國的主權。因爲，他們是受「蘇俄的訓練，違背中國人民的意旨，妨害中國人民的幸福，圖謀以共產主義奴役世界」。因此，對他而言，兩個中國的方式並不能眞正解決「中國問題」，問題的解決只可以透過「變更中國政府體制」的方式進行，而「獨裁政體必須終止，民主政府必須建立」。至於整個「重建中國的計劃」，美國應該「開誠坦率與蘇俄討論」，以尋求實現的機會。(註89)

他的立場既是如此，對於眞正要更改中華民國國號的「兩個中國」，自然更不能接受。(註90)因爲現狀或許沒有改變，但是，「中華民國之名一旦消滅，可以使反攻大陸之主體歸於烏有」。至於他試圖說服美國政府的主要理由，則在於此舉不能眞正解決「美國與中共爭執」，「徒開罪愛護民國之人士，而更不能免於中共帝國主義之責備」。(註91)

## 二、國際法與傳統文化觀的互動

不過，精研國際法及中國傳統學問的張君勱，並非完全不明國際情勢的「民族主義」者。他對於西方國際舞台的遊戲規則相當熟悉，也了解他的主張必須面對的挑戰。他公開表示：「吾人誠心希望台灣維持其正統心理，此心一日存在，即反攻復國之志願猶可以維繫」。但他也了解，這只是主觀願望。他指出，在朱熹處理歷史時，固然可以將正統視爲「天經地義」。但是，「自居正統」終究只是「名義」，是否「佔領土地」有效行使統治權，則是「事實」。如果「不在事實上下工夫」，依西方政治的運

作，中華民國「恐不能長保此名義之分而不變」。(註92)他主觀意願所希望的，是「西德以統一的德國爲象徵，南韓以統一的韓國爲象徵，南越以統一的越南爲象徵」，在台灣的中華民國政府也能如她們一樣，仍被視爲「自由中國之象徵」。(註93)但是，象徵之外的「事實」，則非其處理問題的重點。

面對這種「名義」與「事實」的困局，張君勱不僅有相當程度的認知，也努力思考解決的方法。早在民國四十六(一九五七)年，在國內幾乎完全沒有「分裂國家」聲音的年代，他便指出：在二次世界大戰以後，形成了四個「分裂國家」。包括了東德與西德、南韓與北韓、南越與北越及「台灣國方(國民政府)與大陸上中共政權」。(註94)試圖以「分裂國家」來定位台灣海峽兩岸的現實狀態。遺憾的是，他並沒有針對所謂的「分裂國家」，進行進一步國際法上的討論。不過，從前述他對「兩個中國」政策的批評論述中，可以發現，既然反對國際政治舞台承認中共政權，「分裂國家」對他而言，與其說是國際法上的論述，毋寧是更偏重對現狀的描述。

民國五十四(一九六五)年，由於不滿意中華民國政府在台灣的實際作爲，張君勱更在美國沿襲「第三勢力」的基本方向，發起「自由中國協會」。就在「自由中國協會緣起」一文中，張氏的主張有進一步的發展。首先，他明白指出：中華民國必須承認，自中國大陸撤退，在事實上就失去了中國大陸的「土地、人民、主權」，而且在現實上，事實上無法立刻以武力反攻。其中，提出失去中國大陸「主權」的觀點，是過去沒有的。進一步，他又要求中華民國政府在政策上必須放棄朱熹《通鑑綱目》的「正統」思想。他批評以「正統」思想作爲國家的政策，是不利於救國大計的。因爲如此一來「分國內之人與國際言論之附和我者爲忠爲正，不附和我者爲奸爲邪。則當局於耳目之聰明先自蔽塞，人才之登進，趨於狹窄，何能大開門戶，廣求人才，爲救國之大計」。因此，必須掌握「一國之興盛衰亡，在乎自己就事實上努力而不在乎名義之縛人」的基本原則。(註95)進而放棄「年年歲歲，呼號反攻而失信於民」的政策，戮力於在國內「整頓立國規模，力求與國平等之成績」。(註96)不過，基於對台灣海峽兩岸「政治與經濟制度」發展的觀察，此時，他除了持續反共的

基本立場外，對於在台灣的中華民國政府也不抱希望。因此，決定「發起自由中國協會」，以「推翻獨裁，建立民主憲法國家」爲「大宗旨」，認定此爲「今後中華民族之出路」。爲了此一目標，「自由中國協會」，將進行相關研究，將研究結果「發爲文字，以待國人採擇」。至於既有的政權，如能「大澈大悟」，自然就有利於「國事」了。(註97)

在某種意義上，除了在主權及「正統」思想的看法上有突破之外，張君勱的主張與《中國第三勢力》書中的意見，有十分貌似而沿襲之處。只是，既不承認中共政權是一個主權獨立的國家，又認爲中華民國政府失去了中國大陸的主權，到底中國的主權何在呢？

## 肆、結論

基本上，民國三十八(一九四九)年以後，張君勱一直反對中共政權，因此，在現實上他傾向支持在台灣的中華民國政府的存續。作爲一個「民族主義」者，在情感上他堅決反對「兩個中國」。換言之，認知、接受台灣海峽兩岸存在兩個政府的事實，不過，拒絕在法理上承認國際舞台上存在「兩個中國」。當時，在台灣的中華民國政府是國際主要舞台上，中國惟一的代表。張君勱強烈批判國際上「兩個中國」的論調，在主觀意願上，是希望維持中華民國的正統地位，或是希望排除中共政權在國際舞台上正式被承認的國家地位，更反對中共政權成爲中國惟一的代表。不過，在主觀意願之外，雖然當時中華民國政府在國際舞台上明顯居於上風，但是，他基於對國際政治的認知，以及其國際法的學養，已經了解客觀情勢的轉移趨勢。因此，爲了避免中共政權成爲中國惟一的代表，在不明白牴觸其「一個中國」信念的前提下，他先是提出必須階段性維持台灣海峽兩岸兩個政府的現狀，繼而提出「分裂國家」的想法。他並且一再提醒在台灣的執政者，必須認清在西方國際政治運作下，現狀無法突破，可能終究連作爲中國惟一代表的「名義」都難保。爲了國家的尊嚴與發展，中華民國政府應該將「現實」昭告國人，而不是開口閉口反攻，反而延宕在台灣便可以開始進行的「實在的建國工作」。(註98)

不過，他對在台灣的中華民國政府，並不是無條件的支持，而是希望

與執政者在「民主反共」的前提下合作。因此，張君勱一再要求執政者必須落實民主憲政，開放政權與各黨派合作。在現實發展與其主觀願望出現相當落差之下，他除了嚴厲批評蔣介石總統與國民黨，甚至連美援也目爲破壞台灣民主憲政的幫兇，要求美國政府改善對台軍援的方式。事實上，也由於對蔣介石總統和國民黨的不信任，一方面支持中華民國政府的存續，另一方面張君勱先是參加「第三勢力」，繼而希望發起「民主中國運動」，(註99)最後甚至在表明中華民國政府已失去中國大陸主權的狀況下，推動「自由中國協會」。雖然如此，到最後，他基本上在反共之外，仍不排除在台灣的執政者願意開放政權，與各黨派議定「共同綱領」的條件下，共同致力於「止亂圖治」的工作。(註100)

相對於現實政治主張的變動，張君勱對於中國主權問題的主張，又有何變化呢？基本上，他在提出「中國前途」問題時，是希望在局勢不利於在台灣的中華民國政府之時，能夠先維持現狀，不急於立刻解決中國代表權問題，以避免中共政權主導下的統一。而在世界冷戰體系形成後，維持現狀也就意味著在台灣的中華民國政府，作爲中國惟一代表的狀況得以維持。這種狀況下，雖然未明顯觸及主權問題，事實上卻不僅不正式承認中共政權在中國大陸的主權，而且在形式上默認在台灣的中華民國政府在「名義」上主權及於中國大陸。這與國際法上定義主權必須具有排他的有效管轄權要件(註101)並不相合。張君勱對此也有相當的認知，對此亦提出他個人的意見。他先是以文化傳統及人民的意願及幸福試圖解消中共政權擁有中國大陸主權的正當性，強調受蘇俄扶植的中共政權不是中國人民所願接受而支持的。而中國人雖不滿意在台灣的中華民國政府，但她「代表中華民族的傳統文化，故海內外六萬萬餘人，人心十分之九，傾向於自由中國」。(註102)換言之，他試圖綜合傳統文化觀及近代主權屬於國民的民主理念來建構中華民國作爲中國惟一代表的正當性。

不過，以人民的意願和幸福來決定主權歸屬的正當性，也存在著解消既有政權之主權正當性的可能。因此，到了晚期，當張君勱以傳統國際法的觀點，要求在台灣的中華民國必須承認失去中國大陸主權的事實時，固然在事實上不再認定中華民國是中國主權的代表，也仍然不願意承認中共政權是中國主權的代表。對他而言，既有的政權既然不擁有主權(正當

性)，兩個政權以外的「第三勢力」，自然可以提出主張，爭取中國人民的支持，以建立中國的民主憲政。由於此舉乃希望取得主權擁有者——中國人民——支持，進行建國工作，其正當性也就不言可喻了。

## 註釋：

註1：參見郭廷以，《近代中國史綱》(香港，中文大學，1979)，第十九章。

註2：雖然有許多人認爲台灣與「中國問題」並不相涉，但是，由於中華民國政府自二次大戰後即有效統治台灣，因此，在現實上，包括所謂「中國代表權」的爭議，在在都影響了台灣的發展。而許多中國人由於深受傳統影響，在看待國際間「中國問題」的演變時，往往難以眞切掌握國際外交舞台的脈動，張君勱對此也曾加以說明，參見張君勱，<自由中國協會緣起>，《自由鐘》(美國版)一卷一期(1965,3)，頁1；<兩個中國>，《世界日報》(美國)1958,3,4。不過，張氏個人有時也以「文化」認同，來處理「中國問題」，張君勱，美東《世界日報》(雙語版)，《世界日報》(美國)1956,1,10，收入薛化元編，《一九四九年以後張君勱言論集》冊五(台北，稻鄉出版社，民78)，頁36－37。

註3：程文熙編錄，《張君勱先生年譜初稿》，收入《張君勱先生九秩誕辰紀念冊》(台北，中國民主社會黨中央總部印行，民65)，頁82。張氏的女公子張敦華女士向筆者引介的楊永乾先生，亦以晚年張氏親密弟子的身份，證明此說。

註4：伍憲子，《中國民主憲政黨黨史》(香港，1952)，頁144；薛化元，《民主憲政與民族主義的辯證發展——張君勱思想研究》(台北，稻禾出版社，民82)，頁51。

註5：張氏早年畢業於日本早稻田大學即是攻讀法政，以後到德國柏林大學仍是攻讀政治，其間國際法便是他一直研讀的學科之一。張君勱，<我從社會科學跳到哲學的經過>，引自《中華民國獨立自主與亞洲前途》(香港，自由出版社，民44)，頁212－13。

註6：有關張君勱與新儒家的關係，參看薛化元，前引書，頁62－67。

註7：此一緊張關係，乃在於中國傳統的「正統」思想，與國際法上主權概念之間，存有相當大的矛盾。參見：張君勱，<自由中國協會緣起>，頁1；松井芳郎等著，《國際法》(東京，有斐閣，1988)，頁78, 103－105。

註8：雷震，一九五一年二月五日日記，傅正主編，《第一個十年》冊

三(台北，桂冠公司，1990)，頁29－34。

註 9：C. Chang, The Third Force in China (New York: Bookman Associates, 1952), p.14.

註10：<中國自由民主戰鬥同盟宣言>，《再生》總三二七期(民44,3)，頁14；雷震，一九五一年九月六日日記，傅正主編，《第一個十年》冊三，頁277。

註11：張君勱，<告民主社會黨同仁之辭>，《再生》總三八三期(民48,9)，頁1；<致台灣民社黨黨員函(民40,10,11)>，《一九四九年以後張君勱言論集》冊五，頁9；<梁朝威致張君勱先生書(民43,7,23)>，同書，頁33；張君勱，<悼徐夢巖>，《民主潮》第八卷第四期(民47,2)，頁25。

註12：同註9，p.310。

註13：同上，pp.310－11。

註14：同上，p.14。

註15：E. Hunter，<中國第三勢力之聲>，《再生》總三四三期(民42,10)，頁49。

註16：參見：薛化元，前引書，頁53；<陽明山談話會>，《歷史月刊》第三十期(民79,7)，頁49。

註17：前引<梁朝威致張君勱先生書>，頁30；<徐傳霖答張君勱先生書(民43,7,11)>，《一九四九年以後張君勱言論集》冊五，頁35。由中國國民黨支持的紐約《美洲日報》更在1953,9,14<社評>中，批評「張君勱在可誅可殺之列」，轉引自《一九四九年以後張君勱言論集》冊一，頁1－2。

註18：薛化元，前引書，頁53。

註19：張君勱，<僑團對印抗議以外的積極辦法>，《世界日報》(美國)，1956,12,25，收入《一九四九年以後張君勱言論集》冊一，頁16。

註20：<當前國際形勢與反共聯合戰線>，《自由中國》第八卷第十一期(民42,6)，頁3。

註21：《中央日報》，民42,10,10。

註22：轉引自張君勱，<覆台友廿八人論台灣召集反共救國會議公函>，《再生》總三四七期(民43,2)，頁6。

註23：同上註，頁7－8。

註24：薛正良(化元)，<陽明山談話會>，頁49。

註25：張君勱，<國事豈談話所能了>，《民主中國》(復刊)第四卷第十

二期(民50,6)，頁3。

註26：薛正良(化元)，<陽明山談話會>，頁51－52。

註27：張君勱，<悼徐夢巖>，頁25。

註28：張君勱，<美國在台駐軍問題>，《世界日報》(美國)，1957,6,5。

註29：張君勱，<答《中華新報》「所以阻止傀儡國之承認」>，《民主中國》(復刊)第四卷第十六期(民50,8)，頁5。

註30：張君勱，<自由中國協會緣起>，頁3－4。

註31：張君勱，<全國各民主黨派大合作定止亂圖治之方針>，《自由鐘》(美國版)第二卷第十二期(1967,2)，頁3。

註32：同上註，頁4。

註33：張君勱，<論共同綱領>，《民主中國》(復刊)第四卷第十九期(民50,10)，頁4。

註34：同上註，頁3－4。

註35：參看：薛化元，前引書，頁166－67。

註36：張君勱，<論反共救國之道並忠告國民黨當局>，《再生》總三八三期(民48,9)，頁1。

註37：張君勱，<羅努生哀辭>，《一九四九年以後張君勱言論集》冊五，頁234。

註38：張君勱，<台灣政潮>，《再生》總三四五期(民42,12)，頁8。值得得注意的是，張君勱此時堅持責任內閣制的憲政體制，或許與蔣介石總統過度掌權有關，因爲，張氏早年也承認中華民國的憲政體制與英、法(第四共和)的責任內閣制有相當差異。參看：薛化元，前引書，第四章第二、四節相關的討論。

註39：轉見張君勱，<僑團對印抗議以外的積極辦法>，頁16。

註40：張君勱，<胡適名言>，《世界日報》(美國)，1956,12,28，轉引自《一九四九年以後張君勱言論集》冊一，頁17。

註41：同註39。

註42：同註40，頁19。

註43：這裡所謂憲法上的責任內閣制，如註38所言，與一般法政學者的責任(議會)內閣制不同，其著重點在於總統不應越過行政院，直接指揮各部會施政，而不是純然使總統成爲毫無實權的虛位元首。參見：雷震，《制憲述要》(香港，自由出版社，1957)，頁30－31，35。

註44：張君勱，<台灣政潮>，頁10。

註45：張君勱，<我國政治領袖之間相互戲弄>，《世界日報》(美國)，

1956,12,4，轉引自《一九四九年以後張君勱言論集》冊一，頁12。

註46：同註42，頁19－20。

註47：張君勱，<軍援鞏固台灣專制>，《世界日報》(美國)，1957,5,28。

註48：同上。

註49：張君勱，<軍援破壞台灣憲政>，《世界日報》(美國)，1957,9,13。

註50：張君勱，<美國軍援與中國憲法>，《世界日報》(美國)，1957,6,15，轉引自《一九四九年以後張君勱言論集》頁37－38。

註51：同上，頁38。

註52：張君勱，<軍援破壞台灣憲政>。

註53：張君勱，<美國軍援經援背後之基本問題>，《世界日報》(美國)，1958,3,26。

註54：參見張君勱，<亞洲反共協會之主張>，《世界日報》(美國)，1957,7,22，<台灣反共問題核心>，《世界日報》(美國)，1957,8,27；<反攻復國應以自己振作下手>，《民主中國》(復刊)第二卷第十六期(民48,8)，頁6。

註55：張君勱，<亞洲反共協會之主張>。

註56：張君勱，<反共在協防條約中根據何在>，《世界日報》(美國)，1957,10,4。

註57：張君勱，<台灣反共問題核心>，<軍援破壞台灣憲政>。

註58：張君勱，<與葉部長說老實話>，《世界日報》(美國)，1957,10,2。

註59：同註56。

註60：張君勱，<民主中國運動商榷>，《世界日報》(美國)，1957,9,19。而張氏一仍其基本立場，雖支持在台灣的中華民國政府，卻也未把希望完全放在她身上。因此，他在此也主張，海外同情民主人士，應互相結合，發起民主中國運動。

註61：張君勱，<蔣岸兩氏會談公告>，《世界日報》(美國)，1957,6,8；<蔣氏反共戰略藍圖>，《世界日報》(美國)，1957,7,1。

註62：張君勱，<蔣氏釋和平共存意義>，《世界日報》(美國)，1957,7,12。

註63：張君勱，<亞洲反共協會之主張>，<蔣岸兩氏會談公告>。

註64：張君勱，<藍欽氏改良政治之忠告>，《世界日報》(美國)，1957,10,16。

註65：張君勱，<胡適代表中國說話>，《世界日報》(美國)，1957,10,1。

註66：張君勱，<反對黨與政府之關係>，《世界日報》(美國)，1957,11,14。

註67：張君勱，<對於台灣改憲之忠告>，《世界日報》(美國)，1958,1,3，轉引自《一九四九年以後張君勱言論集》冊一，頁89－90。

註68：張君勱，<陳誠與蔣經國>，《世界日報》(美國)，1958,3,27。

註69：參見民47,3,29台北各報的報導。

註70：張君勱，<蔣介石口中「政治資本」四字眞義>，《世界日報》(美國)，1958,4,5。

註71：張君勱，<蔣介石氏之復國工作>，《世界日報》(美國)，1958,4,7。

註72：張君勱，<蔣介石氏論旁觀政客>，《世界日報》(美國)，1958,4,8。

註73：張君勱，<蔣介石氏破壞國家法紀說>，《世界日報》(美國)，1958,4,9。

註74：張君勱，<台灣黨報中論民主反共人士>，《世界日報》(美國)，1958,4,10。

註75：江浩然記，<張君勱先生過港答客問>，《民主中國》(復刊)第一卷第四期(民47,11)，頁3。

註76：張君勱，<致蔣總統函>，轉引自《一九四九年以後張君勱言論集》冊五，頁132－33；張君勱等，<我們對毀憲策動者的警告>，《自由中國》第二十二卷第五期(民49,3)，頁6；張君勱，<致同仁論憲政函>，《再生》總三八九期(民49,3)，頁1。頁89－90。

註77：張君勱，<論反共救國之道並忠告國民黨當局>，頁3。在民77(1988)年前後討論中央民意代表改選時，便有以類似張君勱的主張來選舉所謂的「大陸代表」。

註78：張君勱，<論共同綱領>，頁4。

註79：張君勱，<答覆《工商日報》《爭取獨立國地位》社論>，<民主中國》(復刊)第三卷第二期(民49,1)，頁15。

註80：參見註31。張君勱到了民56(1967)年仍念念不忘以「遵守憲法」作爲解決「中國問題」的重要前提。

註81：<國是會議與法統>，《聯合報》民48,4,8。

註82：《省議會第一屆第一次大會專輯》，頁208。

註83：<我們何以主張召開國是會議>，《聯合報》民48,3,26。

註84：同註9，p.310。

註85：目前看到最早的文獻是：張君勱，<致上議員富氏一封公開信>，

《世界日報》(美國)，1957,6,20，收入《一九四九年以後張君勱言論集》，册五，頁40－41。

註 86：張君勱，<羅勃臣氏與卜勒司氏>，《世界日報》(美國)，1958,4,2。

註 87：張君勱著，蔣匀田譯，<論兩個中國政策>，《民主中國》(復刊)第二卷第二十四期(民48,12)，頁3。

註 88：同上註。

註 89：同上註，頁4。

註 90：張君勱，<駁斥史加拉屏諾(R. Scalapino)對中國問題的主張>，《民主中國》(復刊)第四卷第十二期(民50,6)，頁3－4。

註 91：張君勱，<爲消滅中華民國名號向美國抗議>，《民主中國》(復刊)第四卷第十三期(民50,7)，頁4。

註 92：張君勱，<兩個中國>，《世界日報》(美國)，1958,3,4。

註 93：張君勱，<事實與虛構>，《民主中國》(復刊)第四卷第八期(民50,4)，頁3。

註 94：張君勱，<四個分裂國家>，《世界日報》(美國)，1957,5,18。

註 95：張君勱，<自由中國協會緣起>，頁1－2。

註 96：同上註，頁2。

註 97：同上註，頁4。

註 98：張君勱，<台灣與東南亞同盟會議>，《世界日報》(美國)，1958,1,15，收入《一九四九年以後張君勱言論集》，册一，頁93－94。

註 99：張君勱，<民主中國運動商榷>。

註100：張君勱，<全國各民主黨派大合作定止亂圖治之方針>，頁4。

註101：松井芳郎等著，前引書，頁103。

註102：張君勱，<事實與虛構>。

法 政 學 報 第 一 期
民國八十二年七月 第173～186頁
Journal of Law and Political Science No.1
July 1993, p.173～186

# 政治經濟學的法理基礎
# ——一個社會學的分析

陳禹成*

# Jurisprudence of Political Economy
# -- A Sociological Analysis

by
Yu－Chen Chen

## 摘　　要

國家機關／民間社會的連結關係，作爲政治經濟學的分析架構，經常忽略了分析對象的歷史與文化特質，而成爲一種無關痛癢的循環論證。事實上，公權力發展的軌跡，才是了解國家／社會連結關係最好的方式；而且，建立於憲法政治上的基本人權以及人性尊嚴的考慮，才能防止統合主義變成軟性威權政體的官商勾結金權政治。

*清華大學通識教育中心兼任副教授

所有的體系都意味著奴役，包括有完整的「市場秩序的」自然體系。在這種體系裡，所有的人除了保衛一些由故弄玄虛的經濟顧問發現的遊戲規則外，就無事可爲了！

Ralph Dahrendorf
英國牛津大學聖安東尼學院院長

# 壹、政經變遷與法理思考

一九八九年後的東歐，在社會主義的旗幟倒下來以後，原來蘇聯所控制的國家，幾乎都面臨自己的社會何去何從的問題。波蘭的一個知識份子有感於其母國面臨舊體制崩潰而新體制如何建立的問題茲事體大，於是趁著牛津大學社會學者Ralph Dahrendorf教授訪問波蘭的時候，請教了有關建立波蘭新的政治經濟體系的方向(Dahrendorf, 1993: 2—5)。

經過一番深思熟慮，Dahrendorf的回答著重在市場經濟對國家的社會結構有何影響以及新的社會如何才能建立法治。這兩個重要的思考，前者屬政治經濟學的範疇，後者屬法律社會學的對象，在傳統的學術研究上並不一定有密切的關聯；但是，在實際的社會面臨轉型的國家(例如：東歐的波蘭、東亞的台灣)，其政經變遷和法治發展卻又是一個需要同時面對的問題。Dahrendorf給了他依據自己憲政自由主義(Constitutional Liberalism)的立場(註1)的答案，作者則補充了自由主義之外的批判。

Dahrendorf奉勸波蘭要建立一個開放的社會。這個「開放的社會」是根據Karl Popper在1945年所出版的The Open Society and Its Enemies的理念而加以引伸；特別是在東歐國家放棄共產主義而熱烈地期待建立自由市場經濟的政體和社會之時，有豐富的實際政治經驗，並觀察、討論過歐洲的變遷過程的這位德裔牛津學者，很冷靜地告訴他的讀者，任何規範的建立，需要有兩個層面的法理思考。第一個層面是憲法政治(Constitutional Politics)，第二個層面是常規政治(Normal Politics)(註2)。

憲法政治是基於海耶克(Friedich Von Hayek)所鼓吹的自由憲章(Constitution of Liberty)理念，在國家憲政的基礎上，把一個社會所需要建立的秩序、互動的模式(例如：契約如何形成、財產權如何被公權力保護)以

及制度，建立在自由主義(Liberalism)的信念上；相對的，常規政治就是在憲法政治的基本架構之下，各個市民或利益團體所從事的政治活動。

從另一個角度來看，常規政治也就是一般政治經濟學所熱衷分析的對象。它並不去討論憲法政治的問題，從而，政治經濟分析也無法在面對轉型社會的法治建設上，作出任何實際並且有效可行的方案；但是，這並不表示政經分析沒有價值。

以Dahrendorf的觀點來看，他認爲「如何劃分憲法政治的準則與常規政治法則之間的界限，從而區別不同觀點的範疇以便它們在各自的範疇內即可得到徹底的解決，這個問題的答案將是歐洲社會民主化前景的一個關鍵」(Dahrendorf, 1993: 41－42)。在上述的「準則」和「法則」之間有一個可以聯結這兩個看似獨立(或者對立)的範疇，從而在政治經濟分析的研究中更可以具體的解決問題的脈絡，那就是——法理思考。

換句話說，政治經濟分析裡的國家機關(The State)需要憲法政治的準則在制度的基礎上來執行她的政策(註3)；而民間社會(Civil Society)需要常規政治的法則來規範市民的活動以及組織的規則。從大陸法系的國家來看，也就是公法和私法各自規範的範疇；從英美法系的國家來看，就是法理對國家社會的制度化的深層思考。

作者認爲法理的思考才能聯結政治經濟學裡的國家與社會的關係。大陸法系公法與私法的截然劃分，在政治經濟學上的意義是把社會的菁英往上送進國家機器，從而在國家機關(行政、立法、司法)的「稟賦」裡，利用公權力來處理民主政治裡的事物。這樣子的模式，卻正好符合了要整合政治與經濟的「結構性觀點」(註4)。本文第二節將就此再加申論。

另外，法理的思考相對於實證法學(即大陸法系的法律系統)，較能夠把歷史以及文化的因素納入制度的考慮。本文第三節(歷史)及第四節(理性)將就此兩個面向，在政治經濟分析與法理思考之間作一綜合性的討論。

在第五節，本文將討論作爲一個社會理論的政經分析觀點，其缺失將如何由法理思考來彌補。結論的部份，本文將引進批判及解構的觀點，作一可能的前瞻。

## 貳、結構分析與台灣社會研究

結構分析是政治經濟學時髦的工具，在最近研究台灣社會的論述裡，也被用來作爲政策分析的利器(註5)。但是，在政治分析裡，結構到底是什麼並沒有被弄清楚。舉例來說，在台灣工會政策的政治經濟分析(李允傑民81: 25－29)一書中，作者的所謂「結構性的觀點」，有點讓讀者摸不著頭緒。下面這段引述可以作爲討論的例子。

「基本上，行爲者的立場與稟賦直接影響其政治、經濟行爲的內容與方向；就整體社會而言，各種層次及各個行爲者相互的立場及稟賦的關係與互動，則影響整體社會經濟理性邏輯與政治權力邏輯的運作內容與方向。換言之，行爲者的立場與稟賦一方面展現這種多面向的結構性靜態關係；另一方面，行爲者間的政治、經濟互動關係也顯示以結構性靜態關係爲基礎，而導致此結構關係的動態變遷」(李允傑，民81: 28)

以上的政治經濟「結構分析」的觀點，有點像古典美國社會學裡Parsons的結構能論，既有「結構」來「引發」個人行動，又有「功能」來「要求」個人採取行動(Staniland, 1979: 149)。這種一廂情願的結構觀點，「許多學者認爲這不僅流於形而上的空談，簡直就是典型的學術詐欺」(Staniland, 1979: 149)。

在這裡，我們很清楚地說明了學術研究態度的嚴肅性。在政治經濟學的分析裡，結構的觀點並不是沒有，但絕不是像前述所引那段話的鬆散。原本在討論結構的時候，是在討論國家的功能，但是國家還是享有某一個程度的自主權(Staniland, 1979: 148)。換句話說，國家的自主性是有限的，它最大的限制來自於社會結構。

相對於原來的結構的意義，在分析台灣的工會政策時(註6)，作者把國家的自主性無限擴大，完全曲解了社會結構對國家機關的限制。這樣一來，民間社會做爲民主政治同意(consent)政府暫時的政治運作的權力就顯得毫無憲政意義。當然，無知的研究者也會再加上一個事實觀察的陳述——台灣社會一直到1987年才解嚴！如果一定要如此強詞奪理，那解嚴以後的社會力量奔放如洶湧浪濤要如何解釋？解嚴以前的政治壓迫以及白色恐怖，難道都是國家機關的「稟賦」(endowment)？有這樣子的社會科學家，作爲台灣社會知識份子的一員，我們也就能了解爲何台灣社會不曾

發生過民權運動(Civil Rights Movement)；因爲，我們沒有社會運動的智慧(Intellectual Base)，而不是沒有不怕死的政治犯！

如果我們要更進一步探討這種國家自主性的錯誤認知，Theda Skocpol所著的State and Social Revolutions是一個很重要的資料來源(Skocpol, 1979)。她在分析社會革命的方法上，認爲光是社會結構決定論(Social Strutural Determinist Perspective)是不足以完全解釋社會革命的成因(Skocpol, 1979: 28－29)。根據Skocpol教授對歷史(historical realities)的觀察，社會革命的過程，不只是社會資源重新分配和社會力量的展現而已；事實上，革命團體還要利用國家結構的新的形式去相互爭鬥。結果，社會革命改變了階級關係、社會價值、社會制度，同時也改變了國家結構。而且，革命以後對該國家的經濟、社會及政治的發展，不僅受到新的階級結構的影響，同時也被新的國家結構和功能限制(註7)

Skocpol教授的看法是，要了解社會革命後的改變(transformations)，研究者需要把國家機關當成一個鉅視結構(macro－structure)來處理。她接下去解釋的原因，也就造成了國家的自主性的誤解(蕭全政，民77：83)。台灣的威權政體，被引用爲Skocpol教授認爲要妥善處理國家機關(take the State seriously)的肯定，從而，威權政體的「自主性」，也因此而被無中生有了(註8)！

Skocpol教授所謂的國家自主性是指國家機關不受到掌權階級的直接控制。這個階級可以是有產階級也可以是無產階級，而且這種國家機關主要是以組織(Organizations)的形式來表現她的自主性。這樣的觀點，應該是比較接近Max Weber的Bureaucracy(行政科層制不受階級或意識型態的影響)的觀念；沒有想到，台灣的政治經濟學者竟然因此創造了國家的「天賦異稟」以及國家在戒嚴體制下的神奇力量！

## 叁、歷史過程中的國家／社會關係—公權力的發展

國家機關的自主性，在臺灣被形容成「基於國家公權力，國家機關因而具有特定的立場，特定的利害關係，即特定而與民間任何利益團體不同

的結構性地位」(蕭全政，民77: 83)。這樣子的說法，是不了解公權力在國家與社會關係的歷史過程；同時，也更不了解戒嚴時期的臺灣，政府的「公權力」根本不是基於憲法政治的法理，而只是政治強人的個人意志。

哈佛大學法理學教授Roberto M. Unger對公權力的來源，有較持平的解釋。他說，公權力(Public Rules)和國家與社會關係的發展，跟一個社會特殊的變遷和其所引起的組織形式以及個人對社會生活的見解有關(註9)。Unger教授進一步申論公權力的兩個來源：第一，它來自社會意識(Social Consciousness)的進化演變而成。第二，它源自社會組織的改變。

從社會學上的意義來說，社會意識和社會組織都是社會結構的一部份，而公權力會受到社會結構改變的影響。既然公權力也會因結構而改變，基於公權力而存在的國家機關也就不一定會在結構上有「特定」的地位；所以，國家機構的自主性其實還是要受限於特定社會的社會結構或者階級關係。

Unger教授也並不否認國家機關在短期內操縱人民社會生活的權力，但長期來說國家機關的權力應該還是決定於社會團體間的權力關係。除此之外，人民的自由意志所形成的社會意識也可以形成社會結構，來限制國家機關的權力。解嚴以後的臺灣社會，各種獨立的(相對於受政府操縱的)社會組織大增；另外，各種新的觀念或新的思潮快速地被引進臺灣，造成國家機關權力相對降低，就是活生生的例子。

有趣的是，臺灣在邁向新的民主法治社會的過程中，公權力卻一再被踐踏，這似乎並不符合法治原則。如果我們能稍微平心靜氣地回想，公權力過去在威權體系下，是如何被人民看待，我們現在自然不會懷疑政府公權力的基礎是建立在社會結構(也就是社會意識)之上，公權力之所以現在不被人民信任，其實是過去政府濫用了公權力而得不到社會的認同。如此，我們再一次說明了社會結構對公權力的限制，依附於公權力的國家機關，也一樣要受制於社會結構，如此一來，國家機關在結構上的「特定」地位也只是研究者的主觀期待，而不一定是客觀存在了！

政經學者傾向於無限擴大公權力而社會學者持保留態度的看法還有其思想史上的証據。哈佛的Unger教授再次提供了答案(Unger, 1976: 3－6)。

在傳統的思想史上，政治思想與社會思想的不同，在於他們對人性與歷史的關係(relation between human nature and history)有不同的看法。政治思想假設人性有它的普遍性，即使在不同的歷史位置，人性的善惡是不變的。政治家的任務就在設計出隱惡揚善的制度。

社會理論的目的，卻在於了解人與人之間互動的本質，其形式以及因此而形成的社會生活或共識。它強調的是有特定歷史意義之下的共同理念所形成的文化。比起政治思想恆古不變的人性假設，社會思想把人性活潑化了許多，也因此，歷史感(sense of history)比起一成不變的人性，對社會學的研究要重要的多。

基於以上所述思想史上關於人性與歷史的看法，政治學比較傾向靜態的觀點，而社會學比較傾向動態的觀點。也正因如此，政治學上的「結構」觀念絕對無法想像市民的集體意識(colletive consciousness)也可以是「結構」，而有約束國家機關的力量。

事實上，如果社會意識可以是一種社會結構，社會關係可以是一種社會結構，那麼，規範社會制度或社會生活的法理思考也可以看成是社會結構。與公權力在國家與社會之間發展的軌跡一樣，法理思考也一樣可以找出它在結構的歷史位置。我們接著要談的，是法理思考的理性面向，因爲，這不只是政治經濟分析最無法解決的問題，也是實際社會生活與國家法律互動過程中，需要了解的因素之一。

## 肆、社會統合主義與公共選擇——理性的道路

在討論過鉅視(Macro)的結構觀點後，法理思考在微視(Micro)的層次也需要論及，以便完成一個較具綜合性的討論。從Dahrendorf教授指出的憲法政治與常規政治的觀點，我們利用公共選擇(public choice)與法理思考之間的關係，來解決公法與私法之間，或者國家與社會如何聯結而達成公共政策的效果。

運用上述的技巧，是爲了解決兩個問題。第一，是政治經濟學者的難題。第二，是自由主義學者的困擾。

政治經濟學者在討論國家／社會機關的時候所專注的是如何安置政治

權力。在傳統的專制君主制和現代的威權體制，這個問題只是統治權力(Governing Power)合法性的考慮，但是到了工業化以後的民主政治，社會力量以及人民的同意成爲權力的來源；這使得政治經濟學者急急忙忙又趕快修正了爲維護國家機關存亡的統合主義 (Corporatism)。(Staniland,1979: 72)。

統合主義泛指政府機關和民間社團爲了完成特定的政策目標(譬如：經濟發展)的「組合」。以臺灣的發展「奇蹟」來說，各派學者即使意見紛紛，但也不外乎政府、民間功勞的比例，或者「成功」的模式探討。比較有良心的學者還會在民間社會找出組織的力量(例如，工會)來奉勸政府要和勞工、企業界合作，來達到(因爲共生共存而不得不合作的)公共政策目標(徐正光，民76)。如此一來，學者又把統合主義分成國家統合主義和社會統合主義(註10)，意謂著國家與社會互動過程中權力的源頭。

這種追隨現象而來創造概念的學術方法，就是社會科學家最被嘲笑以及最不被信任的「瞎子摸象」。如果跟隨著臺灣的民主化而來說臺灣的勞工政策應該由國家統合主義改爲社會統合主義，那頂多也只是有點高明的循環論證。事實上，人民的力量透過理性的抉擇，會如何在法理思考和法政制度上發揮民主的威力，才是學者應該思考的方向。可惜，過去臺灣的大多數知識份子，是噤若寒蟬了一點！

另一方面，不少關心臺灣人民「民主價值取向」的自由派學者，一直擔心「自由主義的核心價值」不被人民接受，而大力要求政府要讓人民有良性的「政治社會化」(自立早報，民82,7.24,5版)。這些核心價值包括市民的人身自由、言論自由、信仰自由、結社自由、集會與遊行的自由等等，也就是Dahrendorf教授所主張的開放社會裡憲法政治所保障的基本人權。

我們當然很希望政府能夠了解學者的苦口婆心，但這也就是自由主義最早被攻擊的地方－什麼事都要政府來做，總有一天會把政府拖跨。老實說，在政府爲著上一任的行政院長好大喜功而留下鉅額的財政赤字正忙的焦頭爛額之際，那會有多餘的精力來管這種不是全方位的抽象思考；另一方面，我們也不怎麼相信政府會有這種智慧來了解議題的重要性。這些，本來就是知識份子的責任，只要在常規政治裡找尋聯結憲法政治的法理脈絡即可。

舉一個實例來說，前幾年臺灣由於政府的貨幣政策不當，導致工資上揚，勞工短缺。財務上支撐不住的中小型工廠紛紛宣佈關廠或把工廠遷到海外工資較低的地方。整個關廠或遷廠的過程，吃虧最大的就是屬弱勢團體的勞工。在制度上，法官限於實証法系的權限，只能依法條辦案，而無法按法理造法。負責立法的立法院又是在永遠作不完的政治秀上浪費了大部份的時間，即使有心，也不一定了解民間疾苦和社會脈動。有社會正義感的自由主義學者說這是政治經濟分析裡的「生產關係斷裂」(徐正光，民80)，除此之外，也就沒有其他的聲音了！

事實上，自由主義所要求的社會秩序需要透過契約權和財產權的保障，才能發揮她的精神。雖然臺灣社會號稱是(或者正在追求)自由交換的市場經濟，有幾個法律學者知道在勞資爭議的問題上，來研究契約權(例如，團體協商)和財產權(例如，雇主坐享數十年的土地增值如何與勞工分享)的法理。透過這些常規政治所凝聚的智慧，再在公共政策或者憲法政治的層面，讓人民作理性的抉擇(註11)，這樣，是不是比空洞的「社會統合主義」或者「生產關係斷裂」來的實際？

## 伍、一個未盡成功的社會理論－政治經濟分析？

Martin Staniland教授認爲政治經濟學是社會理論(Social Theory)的一個學派，它研究的基本問題在於政治與經濟的關係(Staniland, 1979: 3)。從我們以上各節的分析，我們可以發現政治經濟學者對臺灣社會的分析不夠深入，他們沒有去探討權力的本質、人性的問題、結構的意義，更不要說歷史和文化的思考了！

除此之外，我們也替政治經濟學作了一點社會學和法理學的補充，以期待學術方法的反省與回應。事實上，當今臺灣社會方興未艾的社會運動(例如，勞工運動、女權運動)根本不是政治經濟學體系化的循環論証所可以分析及有效解決的。對於臺灣的歷史和文化如何帶進研究的領域，政治經濟學者也是束手無策(Staniland, 1979: 185)。事實上，別的學術領域(如社會學、法理學)正好可以彌補政經分析所需的文化背景和理性的研究態度的不足(註12)，以下我們再就「結構」的問題，作更具體的說明。

德國社會學家Harbermas的批判理論對被政治經濟學家所扭曲的結構問題，最具有澄清的洞悉力(林鍾沂，民80: 42)。他認爲特定的生產關係和國家結構與政策所形成的扭曲(例如，對於所得與財富的懸殊差距所作的隱瞞性辯護，爲了保護專業權力而對大衆的無知加以操縱，和基於血緣、種族和性別所進行的迫害)都是政治的人爲做作(林鍾沂，民80: 42)，這種精緻的將生產關係和國家結構作巧妙的安排，而來達到扭曲效果的方式是(1)在擴張權力的同時，將自己合法化並使之永久不墜(2)基於經濟、種族或性別立場，將某一被界定爲特定的團體系統地排除在決策制定過程之外(3)推展政治和道德幻覺，認爲科技若能經由專家的管道，將可「解決」政治問題(4)對於那些不利於既得利益者的所有權、財富和權力的政策選擇的方案，均限制其公開的政治論證、參與動員(林鍾沂，民80: 42)。

臺灣在邁向法治化的過程中，是否也有政客(或其御用學者)在作同樣的扭曲社會生活與政經結構關聯的事情？我們只要看看如雨後春筍般地各種研究基金會不斷的設立，社會弱勢團體被立法委員有意無意間忽略，媒體的淪爲政治的宣傳工具以及利益團體(大財團)的代理人紛紛進駐立法院財政委員會等等現象，大概就有一定的答案了！

在社會的批判之外，法學研究也興起了批判法學運動(The Critical Legal Studies Movement)。這是60年代美國學生運動領袖在20年後成爲各主要大學(哈佛·耶魯·史丹佛)的法學教授以後，所興起的一股新的法學思潮。他們的主要論點在於法律制度或法理思考裡面，隱藏著太多政治勢力的壓迫；就像批判社會學對政經結構的被扭曲不滿一樣，批判法學也要找出被政治勢力侵蝕的法理思考。譬如，在邁向女性主義的國家理論(Toward A Feminist Theory of the State)一書中，作者Mckingly教授(Stanford大學)就利用對權力如何在制度上被運用來歧視女性，作一次法理學上的思辯。她的重點就在於現行的制度本身即帶有性別歧視的意含，而一般人都相信法律或制度都是公正的。要推翻上述的偏見，非得要重新塑造一個新的國家權力基礎的理論不可。

英國劍橋大學法理學教授Matthew Kramer更利用解構的手法(Decon-structive Apporach)來告訴我們結構分析的謬誤(註13)，但這個方法論的探討已經超越了我們對政治經濟學關於臺灣社會研究的批判。我們的重點

在於，政治經濟學在無法找到自己學術研究的正確方向以前，時常會倒果爲因，利用現實的政治現象來處理政治權力歸屬的問題，表現在對「結構」的誤解和扭曲就是一個最好的例子。就這個層面來說，社會學和法理學都可以伸出援手，作一個綜合性的討論。換句話說，作爲一個社會理論，光是政治與經濟的整合，是無法了解並處理臺灣社會現在及未來可能的實際問題。

另外，值得一提的是，國際政治經濟學對權力的解釋已經不再是經濟實力和軍事強權了！學者Samnuel P.Huntington就指出現今國際新的區域性強權，靠的是文化的凝聚力，而不是傳統的軍事與經濟(Huntington, 1993)。而臺灣的政經學者又大多數從不重視歷史和文化的因素，現在，是否也需要向其它的學門借用分析的工具呢？也許，是臺灣政治經濟學研究該向本土文化認同的時候了！

## 陸、結語

本文很簡單扼要說明了法理思考以及社會學分析如何能夠幫助政治經濟學對臺灣社會以及其公共政策研究所造成的缺失。

由英國牛津大學的社會學者的啓示，本文先架構出憲法政治和常規政治的範疇，再去尋找公權力的發展如何能夠結合鉅視和微視的觀點，爲迷失在結構分析裡的政治經濟學者指點迷津。

在民主社會的公民需要面對如何作理性抉擇的基礎上，本文介紹了公共選擇與法律之間的關係。爲了防止軟性威權主義政治，企業界或利益團體利用政府的力量來達成其利潤目標，法律的形成實在有賴市民的集思廣益。在那些可能被扭曲的結構裡，批判理論正好可以提供人民，社會統合主義所可能造成的民主假象的形式。

最後，本文再次指出臺灣社會新興的社會運動，已經不是政治經濟分析的循環論證可以處理，而需要借助法理學以及社會學的幫助。

## 跋(後記)

1993年春天，作者在文化大學勞工研究所講授「政治經濟學專題：政治經濟學的法理基礎」。課程的主要內容，是反省政治經濟變革中的社會，其可能依據的法理基礎。之所以要作這種反省，是筆者從1988年春天返臺兼任清華大學英美法理學教職五年後的感想。因爲，臺灣大部份的社會科學家不太能適應本土的歷史與文化。他們所引用的分析架構，絕大部份都是其所寫博士論文的延長。稍微用心一點的人，所整合出來的架構，卻超越了時空(即本土的歷史與文化)，比西方人類學者看臺灣社會還要「外國人化」。

這種學術研究方法，遲早終將被淘汰。因爲，在臺灣本土化的過程中，社會科學的新生代研究者基於對本土的認同，將不會倒果爲因，硬拿臺灣社會歷史過程的瑣碎資料去塡補西方社會科學的分析架構。事實上，西方社會科學的發展，有他們自己的歷史與文化背景，如果不去深刻了解其哲學基礎，生吞活剝地就拿來作爲在臺灣學術市場立足的工具，就會像是Dahrendorf教授所說的「故弄玄虛」。

這篇文章，就做爲筆者到淡江大學授課的開場白吧！

# 註釋

註 1：Dahrendorf認爲憲政自由主義和社會改革需要建立一種新的同盟關係。見Dahrendorf , 1993, p.97。

註 2：Dahrendorf認爲憲章政治是一種框架，它容納社會秩序、社會契約及制度形式。常規政治則是這個框架範圍內受利益支配的活動。見Dahrendorf, 1993, p.39。

註 3：在討論State的自主性或者「稟賦」的時候，政治經濟學家很容易忽略這一點。

註 4：「所謂結構性觀點，即從客觀存在於社會結構中，各種政治行爲者的結構性地位以及他們爲追求利益而發生的互動中，掌握政治現象特質的觀點。」見蕭全政，民77，頁82－83。

註 5：本文舉《臺灣工會政策的政治經濟分析》一書爲例。我們並不是針對此書或者其作者批評，而是提出有關這類分析的反省。

註 6：作者說「就臺灣地區工會政策的演變發展而言，我們觀察到一個擁有龐大稟賦的行爲者——國家機關，如何透過其強大的國家職能與高度的自主性，來重塑內部的政治、經濟、社會結構關係，完成其

特定的利益與目標」，見李允傑，民81，頁28－29。

註 7：爲了區別另外一位研究對Skocpol的了解並交待讀者她的原意，請參考下段原文。

〝And, the efffects of social revolutions upon the subsequent economic and sociopolitical development of the nations that they have transformed have been due not not only to the changes in class structures， but also to the changes in state structures and functions that the revolutions accomplished。〞見Skocpol, 1979, p.29。

註 8：讀者可以自行比較蕭全政，民77，頁73中間全段的文字和Skocpol, 1979, p.29中間全段的英文原文，就可以知道臺灣版的「國家自主性」被創造過程，此處不贅述。

註 9：原文如下：

〝The development of public rules and of the state－society dichotomy is connected with particular changes in the way society is organized and in individuals' conceptions of social life〞，見Unger, 1976, p.61。

註10：李允傑，民81，頁14。

註11：有關這方面的學術研究，其代表作請參考Farber & Fricker, 1991。

註12：見Staniland, 1979, p.185「文化對政治經濟的影響」。

註13：「Efforts to "apply" stuctures in order to produce concrete results will always have already exploded into double binds of regression without surcease」見Kramer, 1991, p.3。

# 參考書目


李允傑。民81。《臺灣工會政策的政治經濟分析》。台北：巨流出版公司。

林鐘沂編譯。民80。《公共政策與批判理論》。台北：遠流出版公司。

徐光正。民76。《統合政策下的臺灣勞工》。第一屆勞資關係研討會論文。台北：勞資關係協進會暨臺灣大學。

徐光正。民80。《生產關係的斷裂：關廠的政治經濟的分析》。勞動市場與勞資關係研討會。台北：中央研究院。

蕭全正。民77。《政治與經濟的整合》。台北：桂冠圖書公司。

自立早報。民82,7,24。《請建立一個以臺灣爲主的民主政治文化》。五版。

Dahrendorf, Ralph. 1993. Reflections on the Revolution in Europe: In a Letter Intended to Have Been Sent to a Gentleman in Warsaw.楊純譯《新歐洲四論—寄到華沙的信》。台北：臺灣商務印書館。

Farber, Daniel A., and Fickey, Philp p. 1991. Law and Public Choice—A Critical Introduction. Chicago: University of Chicago Press.

Huntington, Samnuel. 1993. "The Crash of Civilizations？" Foreign Affairs. Vol. 72, No.3

Kramer, Mattew H. 1991. Legal Theory, Political Theory and Deconstruction. Bloomington: Indiana University Press.

Mackinnon, Catharine A. 1989f. Toward A Feminisit Theory of the State. Boston: Havrard University Press.

Skocpol, Theda. 1979. State and Social Revolutions: A Comparative Analysis of France, Russia and China. Cambridge University Press.

Staniland, Matin. 1979. What is Political Economy？ A Study of Social Theory and Underdevelopment.胡祖慶譯《政治經濟學導論》。台北：五南圖書出版公司。

Unger, Roberto M. 1976. Law in Modern Society—Toward A Criticism of Social Theory. New York: Free Press.

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月 第187～202頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p.187～202

# 歐洲新政黨組織結構之探討——德國綠黨的案例

林聰吉*

# The Organization of European New Parties -- The Case of German Greens

by
Tsong-Jyi Lin

## 摘 要

自1980年代以來，由新社會運動者所組織的新政黨陸續在歐洲各民主國家崛起。這些新政黨的主要特色之一，就是企圖建立一個以草根民主爲原則的組織型態。本文即擬以德國綠黨爲例來說明新政黨的組織結構，同時探討新政黨黨組織的原始設計以及實際運作上的差距。結果發現，新政黨許多理想性的組織規範皆難以付諸實施。實際上，經過多年的運作後，新政黨的組織型態已成爲一個「舊」政黨及「新」社會運動的集合體。

* 淡江大學公共行政學系講師

# 壹、前言

社經結構的分析一直是研究政黨的學者所重視的主要課題之一。從早期Duverger所提出幹部型／群衆型政黨(cadre／mass parties)的分類(Duverger, 1955)，到後來Kirchheimer指出，二次大戰後全民政黨(catch－all parties)在西方民主國家的普遍崛起(Kircheimer, 1966)。這些研究都顯示出：社經環境的變遷影響了選民的結構，進而造成政黨組織的轉型。隨著時序的推移，近一、二十年來，西方各民主國家社經環境的變遷也未曾稍歇。各國國內安定的政治情勢、富裕的經濟水平，使得戰後出生的一代在追求物質享受之餘，已開始去重視社會平等、生態保護等後物質主義的價值(post－materialistic values)。於是一場以價值變遷爲主軸的無聲革命(silent revolution)已悄然對西方社會產生重大的衝擊(Inglehart, 1977)。

從1970年代開始興起的新社會運動(new social movements)正是上述社會價值變遷的產物之一。這些以反核、爭取女權等議題爲主要訴求的新社會運動，不僅在議題上與傳統的社會運動(例如，農民或勞工運動)迴異，而且在組織結構及策略運用等方面，也大相逕庭(Dalton et al., 1990: 10－16; Klandermans & Tarrow, 1988)。在1970年代末期，新社會運動的風潮在歐洲各民主國家已得到愈來愈多的迴響。從北歐的芬蘭、瑞典；西歐的德國、法國；以至南歐的義大利等國皆有新社會運動組織的興起(Müller－Rommel, 1989)。更有甚者，部分新社會運動組織在獲致初步的發展後，即開始籌組政黨，投入各級選舉，企圖將選舉過程及議會政治視爲另一個舞台，以吸納更多的運動資源。值得注意的是，在特定意識型態的主導下，這些由新社會運動組織所轉型而成的政黨，無論在組織及策略上也與傳統的歐洲民主國家政黨不同。爲研究之便，許多學者皆將前者稱之爲「新政黨」(new parties)，並統稱後者爲「既有政黨」(established parties)(Müller－Rommel, 1990; Kvistad, 1988; Poguntke, 1987; Bürklin, 1985)。本文即擬以歐洲的新政黨爲研究標的，並舉德國綠黨(German Greens)爲主要的觀察案例。此外，限於篇幅，研究範圍則將僅及於對新政黨組織結構的探討，希望藉著本文能釐清：新政黨原始的黨組織設計與現實的運作上，

是否有所落差？其原因爲何？當然，透過這樣的探討，我們也可以來檢視，歐洲的政黨體制是否已因另一次的社經變遷，而有了結構性的變化。

## 貳、綠黨黨組織的原始設計

形式上，德國綠黨的組織結構與歐洲其他民主國家既有政黨的組織並無太大差異。綠黨內部章程上所規定聯邦層級的最高權力機構是聯邦黨員代表大會，而實際的黨務推動則由常設的聯邦行政委員會負責，另在聯邦議會(Bundestag)則設議會黨團。其次，地方層次的黨組織亦與上述類似。各地設有地方黨部綜理黨務；各級議會，包括邦(Landtag)及更下級的地方議會，皆設有議會黨團；各地方並定期召開區域黨員大會(註1)。

綠黨的黨組織在形式上雖與其他既有政黨無異，不過，由於綠黨以新政黨自許，在組織建構上強調對寡頭鐵律(Iron Law of Oligarchy)的絕對拒斥，因此，在標舉實踐草根民主(grassroots democracy) 的原則下，綠黨對黨組織的運作設下了許多規定，企圖創造出一個有別於其他政黨的黨組織型態。從黨員大會、黨行政組織到議會黨團，這些規定包括：

### 一、黨員大會

㈠如綠黨黨綱所指陳，草根民主政策是指「地方分權和直接民主更充分的實現」，「小國寡民的基層分權單位(地方社區，行政區)應取得進一步自主及自治的權利」(綠黨黨綱序言)。因此，綠黨認爲：各基層的黨員大會才是黨的最高決策核心。至於對應於黨員大會的各級黨行政組織及議會黨團，則僅是黨員大會的執行機關，本身並無決策權力。

㈡爲落實直接民主的理想，綠黨黨員大會是以個別的地方社區或小行政區內的黨員爲對象，開會次數則爲半個月或一個月一次。希望透過黨員頻繁的參與以及面對面的溝通，培養出參與者共有的社區意識(sense of community) (Goodin, 1992: 151 )。

(三)在黨大會的討論過程中，綠黨強調，少數人的觀點不可被排除於政策內容之外，因此，所有議題都必須被充分的討論溝通。理想上，所有議題應在出席人員皆無異議的情況下，方停止討論，這就是所謂的「共識

主義」(consensualism)(Langguth, 1986: 71)。在原始構想中，綠黨黨大會必須使所有出席人員皆能暢所欲言，且相互說服，以便在最大的共識基礎上，提出黨的決策方針。不過，如果某一議案始終無法得到共識，綠黨亦不排除以投票表決的方式來解決歧見。但是綠黨堅持無論正反意見，皆必須得到絕對多數的支持方被接受。絕對多數的標準視個別議案而有不同，有些議案要求出席人數的2／3，有些則高達9／10 (Goodin, 1992: 141)。觀其用意，不啻希望所有決策皆儘可能地在最大的民意基礎下定案。

除了基層的黨員大會之外，在邦或聯邦層級的黨員代表大會則由各地黨員選舉代表參加。不過由於對代議政治的不信任，邦或聯邦的黨員代表大會也開放給一般黨員參加(無投票權)，以進行監督。除此之外，依綠黨黨章規定，各級黨部及議會黨團的內部會議也對所有黨員開放(綠黨黨章5.1)。

由上舉的幾項特徵可知，綠黨的草根民主理想必須建立在黨員皆能高度參與黨員大會的假設之上，因此綠黨對黨員的認定標準也是建立在評估黨員本身對綠黨活動的參與程度。雖然綠黨規定，入黨要經一定程序的申請及審核，但某些高度參與綠黨活動，或者積極參與其他社會運動的非黨員，也會被賦予與黨員完全相同的權利(Frankland, 1989: 393; Capra & Spretnak, 1986: 45)。

## 二、黨行政組織

㈠各級黨部的黨工皆由黨員選舉產生。聯邦層級的黨工最多可有四年任期，若任期欲超過四年，則其間必須要有一年以上離職(Poguntke, 1987: 614)。各邦及邦以下的黨工任期則各有不同，一任任期限制由兩年到六年不等，不過，皆限制黨工最多以連任一次爲限(Hülsberg, 1988: 120)。

㈡實際上，各級黨部專職的黨工並不多，以層級最高的聯邦行政委員會爲例，僅有十二名專職黨工及若干無給職的義務人員來負責執行黨內行政事務(Poguntke, 1987: 615)。部分地方黨部的黨工甚至皆屬無給職的義工。即使是專職且領薪的黨工，依綠黨內部規定，其薪資一律不得超過一般技術工人的平均所得(Poguntke, 1987: 615)。此外，各級黨部皆採集體領導制，所有黨務推動的程序皆透過黨工共同決定。就聯邦行政委員會而

言，其內部雖公推三名代表對外代表黨組織，但這三名代表只是發言人(speakers)而非領導人(leaders)。當然，設三名代表的用意，也在於使他們能相互牽制，避免有人利用職務之便而擴張權力。

綜合上述可知，綠黨對黨內行政職務的設計，不但致力於減低黨職對一般黨員的的物質誘因，而且透過任期制、集體領導及黨發言人的相互制約，綠黨也企圖將黨職的權力誘因降到最低。其根本意圖無非是希望能吸引眞正有志投入社會改造、不圖名利的黨員來擔任黨職。此外，由落實草根民主的觀點視之，綠黨也認爲，唯有塑造弱勢的黨行政組織，才能使所有權力集中於基層的黨員大會，讓前者單純地成爲後者的執行機關。

**三、議會黨團**

㈠綠黨各級議會黨團也是採集體領導制，並設有三名職權相等的發言人對外代表黨團。其次，黨籍議員所領到國家發給的薪資，亦僅能比照專職黨工，領取相當於一般技術工人所得的金額，其他餘額均必須歸公(Hulsberg, 1988: 120)。

㈡各級議會的黨籍議員皆採輪替制(rotation)。以四年一任的聯邦議會議會議員爲例，獲得當選的議員，必須在就任兩年後辭職，並由另一位預定的黨員繼任餘下的兩年任期。這位接任的黨員在頭兩年會先在黨團擔任助理工任，以協助及熟稔議會事務。而卸任的議員則在後兩年接替助理工作。不過，無論是擔任議員或助理的職務，二者的薪資報酬及黨內地位均完全相等(Frankland, 1989: 400)。

㈢對於各級選舉的候選人及輪替繼任者，綠黨事先皆透過民主程序來擬定名單。其甄選標準並非個人才能或政治經驗，而是著重於性別的平等及弱勢團體的代表性，甚至某些未具黨員身份的人士，也會被綠黨列入名單之內。此外，爲了貫徹輪替制，凡是擔任過議員者，皆不得再尋求另一次任期(Offe, 1990: 243－244)。

㈣一如黨行政組織，各級議會黨團也只是黨員大會的執行機關。綠黨議員與其選民的關係是一種命令的委任(imperatives Mandat)，理論上，黨團本身並未被賦予任何決策權力。

㈤綠黨禁止黨籍議員同時兼任黨內其他行政組織之職務。

綜合上述可知：綠黨加諸於各級議會黨團的限制，其意仍在防止議會黨團有寡頭擅權的傾向，進而取代草根群衆，而成爲黨內決策的主導者。綠黨此一反精英主義(anti－elitism)的意圖一再反映在其內部對黨行政組織及議會黨團所設計的制度化約制。一如Michels在政黨(Political Parties)一書中所指陳的：在現代政黨的組織中，最易形成黨內寡頭集團的即是黨內行政人員(executives)及黨籍民代(representatives)，尤其隨著黨組織的膨脹以及政黨選民基礎的增加，此一寡頭的傾向亦會隨之增強(Michels, 1959: 32－36)。無疑地，自許爲一個新政黨，綠黨正有意擺脫Michels此一針對一般政黨所提出的「寡頭鐵律」。

透過對於黨員大會、黨行政組織以及議會黨團的職權設計，很明顯地，相較於其他既有政黨的組成份子，綠黨的黨員，黨工及議員在黨內的角色地位也有不同。若詳加區分，二者的差異如表1所示。

表1.歐洲民主國家既有政黨黨內成員及德國綠黨黨內成員角色地位比較表

| | 既有政黨 | 德國綠黨 |
|---|---|---|
| 黨員 | * 黨員身份的認定有一正式標準(formal criteria)，即是否辦理入黨手續及繳交黨費 | * 黨員身份的認定標準，是以對政黨活動參與度的高低爲主 |
| 黨工 | * 在黨內擁有極大政治份量(political weight)，尤其是若再身兼議會議員<br>* 往往成爲專職黨工，並循組織官僚體制升遷<br>* 具黨內決策權 | * 無政治份量，禁止再兼議會議員<br>* 僅被允許短期在任<br>* 未具決策權，僅能從事例行的行政事務 |
| 黨籍議員 | * 往往長期在任，將議員職位視爲其政治職業(political career)<br>* 議員與選民是建立在自由的委任(freies Mandat)關係 | * 採輪替制。由政治生手(political amateur)擔任<br>* 議員與選民是建立在命令的委任(imperatives Mandat)關係 |

資料來源：參考自Kitschelt, 1988: 131

# 叁、綠黨黨組織的實際運作

從新社會運動到新政黨，綠黨自1980年正式建黨並投入選舉，迄今已歷十餘年。而當初具濃厚理想性格的黨組織設計，在經過多年的實驗後，是否能與原始構想相符，正是本文亟欲探討的主題。以下即循前節架構，逐一討論綠黨黨組織的實際運作。

## 一、黨員大會

綠黨黨員大會強調共識主義，希望與會者充分發言並相互說服，藉此來凝聚共識以取代表決。不幸地，這一理想卻使得絕大多數的黨員大會充斥著無休止的討論，而難以獲得決議(Goodin, 1992: 140; Hülsberg, 1988: 123)。縱使黨員大會最後企圖以訴諸表決的方式來達成結論，但絕對多數決的限制，卻使得大多數的議案因無法得到高標準的絕對多數支持，而仍然得不到具體的決議。正如Langguth所指出：共識主義的初衷在於顧及少數人的意見，但是最後卻可能成爲抹殺多數人意見的工具(Langguth, 1985: 75)。

其次，即使黨員大會能以表決的方式達成決議，但其決議的正當性亦引起諸多質疑。因爲黨員大會強調討論及相互說服，因此大會往往持續一整天，甚或數天。但是與會者可能只是特別關心某一議題，或是限於個人時間安排，無法全程參與大會討論。此外，如前提及，綠黨對黨員的認定並不一定以正式的入黨程序爲準，所以許多非黨員亦得以參與黨員大會。上述各種的情況使得大會的決策過程充滿了不確定性：黨員大會成員複雜，流動性大，會期期間每天參與的成員可能皆有不同，於是許多先前已討論過的論點，可能被後來的出席者再重新提起；議案付諸表決的時間點變得格外重要，因爲與會者的流動性太大，造成在會場中正反雙方的支持者可能時有不同；最嚴重的是，縱使達成了共識或者經過投票得到決議，這些決策也因整個決策制定過程充滿太多的不確定性，而難以找出決策的責任所屬(Kitschelt, 1988: 136－137)。

除了內部的議事規則造成黨員大會決策困難之外，實際上，綠黨黨員在黨員大會的出席率並不高。若干研究指出，基層的黨員大會大概平均只有10%－30%的出席率(Frankland, 1989: 405; Poguntke, 1987: 622)。另一個研究也估計，黨員大會的出席率在30%－40%左右(Kitschelt, 1990: 194)。此一黨員參與意願低落的現象，對標榜草根參與的綠黨而言，無疑是一大諷刺。

若再深入探討綠黨的黨員基礎，相較於德國其他政黨，綠黨將支持者組織化的程度顯然偏低。在歷次國會選舉中，綠黨大約能得到5%－8% 的選民支持，但是眞正加入綠黨而成爲黨員的人數，卻與綠黨的選民數相差懸殊。根據一項調查顯示：相較於基民黨(CDU)的1：20，基社黨(CSU)的1：23，社民黨(SPD)的1：16及自民黨(FDP)的1：34，綠黨黨員與選民的比例僅是1：87 (Hülsberg, 1988: 108)。

造成上述結果的主因，可由綠黨本身缺乏吸引民衆參與政黨活動的誘因來解釋。Clark及Wilson曾歸納出：吸引個人參加組織的誘因有三：物質性誘因(material incentives)、凝聚性誘因(solidary incentives)及目的性誘因(purposive incentives)。物質性誘因是指金錢，或者可以轉換成金錢的其他價值；凝聚性誘因包括組織成員彼此的認同感、愉悅(conviviality)，以及志趣相投(congeniality)；目的性誘因則指成員是否認同組織所標舉的目標(Clark & Wilson, 1961: 134－36)。從前文可知：綠黨所具備的物質性誘因極爲稀少，縱使是擔任黨工或者議會議員，其物質報酬僅相當於一個技術性工人所得。更有甚者，大部分的黨工皆屬無給職的義工，參與者不但得不到物質報酬，而且必須犧牲時間去投入政黨活動。相同的原因也可解釋爲什麼綠黨黨員大會的出席率一直無法提昇。因爲即使綠黨的支持者有心成爲黨員(甚或黨工)，但是現實生計的壓力，使得民衆對參與黨員大會望而卻步。Hülsberg就指出：除非是自雇者(self－employed)或者是無業者，否則一般民衆實不可能全程參加次數頻繁、且持續整日甚或數日的黨員大會，或者投入常務性的黨行政工作(Hülsberg, 1988: 123－24)。

其次，就凝聚性誘因而言，綠黨在選舉時所吸引的選民，大部分是屬於擁護反核，爭取女權等後物質主義價值的年輕知識份子。這類的選民團體往往具強烈的反組織意識(anti－organizational sense)，心理上對於組織

歸屬感的需求不高(Kitschelt, 1990: 191)，因此，凝聚性誘因難以構成一個吸引他們參與政黨活動的重大誘因。

最後，相較於前兩者，綠黨所揭櫫的目標可能是一個較強的誘因。不過，在經過多年實際的運作後，綠黨當初的理想已和現實產生了許多扞格之處，例如前述黨員大會議而不決的情形，可能已使得許多有心建言的黨員逐漸失去耐性。此外，議會黨團的逐漸集權化(詳見後述)，也使得抱持草根民主理想的黨員對綠黨萌生失望。

## 二、黨行政組織

相較於黨員大會實際運作的變質，綠黨各級黨部卻一如原始的制度設計，成功地被矮化爲弱勢的機構。各級黨部僅被允許從事黨內日常的行政工作，例如寄發黨員通訊、籌辦黨員大會、建立黨員大會發言記錄等。此外，在一般大衆眼中，黨工往往被認爲有藉職務之便而專權的傾向，這一刻板印象在強調反寡頭的綠黨黨員之間，尤其明顯。因此，綠黨內部普遍對黨工存在一種強烈的不信任文化(culture of distrust) (Kitschelt, 1983: 440)。綜合上述，綠黨黨工不但要負擔繁瑣的行政事務，而且可能還必須忍受黨內同志的敵意，同時，如前文所指，擔任綠黨黨工幾無物質或權力報酬。在這些不利因素的影響下，綠黨黨工成爲一個乏人問津的職位，鮮有優秀的人才願意投身黨務工作。對綠黨而言，上述結果當然排除了黨工可能成爲黨內寡頭階級的疑慮，但是，在草根民主難以落實，黨行政組織權力又被徹底壓抑的情況下，卻使得某些黨內的勢力有更多的政治空間，一躍成爲綠黨眞正的決策核心，其中各級議會黨團就是最明顯的例證。

## 三、議會黨團

無論是以社會運動或以政黨的型式出現，綠黨一直以改造既有的社經體制爲職志。因此，在創建一個「新政黨」的同時，綠黨本身即企圖：不僅黨的組織要打破其他既有政黨的窠臼，而且還要以這個新的政黨爲工具，進入議會去顚覆現存的議會政治體制。而在綠黨的眼中，議會政治的改革則僅是其改造所有既存體制的一環。在這一前提下，綠黨自始即採取了以社會運動爲主，議會政治爲輔的雙重策略。職是之故，前所述及綠黨

對議會黨團的種種設限，不但著眼於防止議會黨團成爲黨內的寡頭集團，其主因還在於綠黨認爲，議會黨團應只是扮演一個協助黨來推展社會運動的角色。因此，所有的綠黨黨團將是各級議會中基本的反對黨(fundamental opposition)，對於黨內既定的政策原則絕不容妥協，同時也拒絕與其他黨派組聯合政府，分享政治權力(註2)。詳言之，綠黨議會黨團的任務包括：吸引媒體的焦點以喚起民衆對特定問題的注意；運用議事手段，迫使其他政黨接納其提案等。而這些作爲無非是想藉著各級議會來創造更多的政治機會，以累積更多的政治資源，俾從事議會外的社會運動路線(Frankland, 1989: 390－93)。

依照綠黨上述的策略及原始的內部運作設計，在1980年代初期，綠黨甫進入各級議會之際，各議會黨團確實皆能完全依照黨員大會的決議來行事，而其他如議員輪替制等規範，也能爲黨籍議員所遵守。此外，綠黨議員更是時以各種突兀的手段來干擾議事，突顯訴求(Frankland, 1989: 401)。然而，隨著綠黨參與議會政治的時間愈久，以及綠黨在各級議會議席的增加，綠黨黨團原有的定位及運作方式也隨之變質，取而代之的結果是：雖然綠黨仍將社會運動視爲黨的主要策略，但是議會黨團卻被吸納進議會政治既有的體制運作之內。最後，綠黨的草根群衆逐漸無力控制議會黨團，使得議會黨團在綠黨內成爲一個獨立行使職權的團體。

造成是項結果的主因在於，運動政治(movement politics)及議會政治因本質不同而衍生出運作邏輯上的差異。Offe曾指出二者的主要差異表現在議題(discourses)及策略(strategies)兩方面。運動政治通常是因應單一的事件而發(event－generated)，因此在運動中所提出的訴求往往是在短期內所凝聚而成，並且循攤牌式的邏輯(confrontational logic)提出：黑白分明，不容討價還價，要求對方立即回應。具體的手段則是示威、靜坐等方式。至於議會政治則由既定議程所發動(agenda generated)，因此其主要訴求往往已透過政黨事先規劃，內容著重於議案可能造成的長期影響及財政負擔等問題。至於政治的手段則講究敵我雙方的妥協及交易，不同的政黨可能因單一議題而尋求臨時性的結盟(Offe, 1990: 244－45)。

這種運動政治與議會政治運作方式的差異，使得原本仍以社會運動者自居的綠黨議員，在長期投入議事後，不得不逐漸調整自己的角色。首

先，綠黨議員每天必須面對的是繁複的議案審查，議員不可能對每件議案皆採激烈的議事杯葛。而爲了換取他黨議員在特定議案的支持，綠黨議員必須開始學習與其他政黨相互妥協及交易。尤其在1980年代中期以後，綠黨逐漸於各級選舉中獲得更多選票，議會中的綠黨議席日益增多，上述議事折衝的手段更不得不成爲綠黨議會黨團的主要策略。

其次，綠黨草根民主的原則強調命令的委任關係，要求黨團僅能依黨員大會的決議在議會中行使職權，禁止黨團有自行決定政策的權力。不過，如前文所述，各級黨員大會因運作上的困難，往往決議費時，或最後只能提出一個無明確細節的結論，無論是前者或後者，所謂的委任命令都給予議會黨團自行解釋決策細節的空間。實際上，議會各項法案細節龐雜，而且議事過程中，敵我情勢多變，身居第一線的議會黨團實不可能事事請示黨員大會。漸漸地，議會黨團就由自行決定議事細節，進而掌握黨內在議會中的決策權，自此，議會黨團已脫離了黨的草根控制，而成爲黨在議會中眞正的權力核心了。

第三，綠黨實行議會議員輪替制，但在短暫的實驗後，綠黨也漸感到，在既有的議會政治體制下，輪替制實有窒礙之處。輪替制造成綠黨在任的議員永遠都是議會的生手，議員對於議事技巧不夠熟稔，使得綠黨在議會中的影響力大打折扣。此外，黨團議員與助理間互調的方式，也造成了二者心理調適上的困難，甚至產生不必要的競爭及衝突(Frankland, 1989: 401; Capra & Spretnak, 1986: 47－48)。因此在1983年的聯邦黨代表大會中就通過一項折衷案，規定各邦黨部有權決定他們的國會議員是否可以做完一個任期，或者必須在任期中被輪替。如果各邦黨員大會有百分之七十以上黨員支持前者，那麼該議員即可不被輪替(Capra & Spretnak, 1986: 48)。結果，截至1986年爲止，所有的聯邦議員皆已被解除輪替制的限制，而大部分的邦議會黨團也陸續廢止輪替制(Frankland, 1989: 401)。至於更低層級的郡或市議會，由於議員濫權的可能性極小，所以輪替制自始即未被實施(Capra & Spretnak, 1986: 46)。此外，綠黨要求議員不得尋求連任的規定也難以落實。根據統計，在1987年就任的44位綠黨聯邦議員中，就有11位是前任的議員(Frankland, 1989: 405)。

第四，綠黨議會黨團的逐漸被「議會化」(parliamentarized)，使得綠

黨黨團與其他政黨的黨團在功能及運作上幾已無異。不過，由於黨組織設計的不同，相較於其他政黨黨團，綠黨議會黨團的權力可能更爲膨脹。Duverger在觀察歐洲社會黨的發展過程後曾指出，爲了防止黨籍議員的專權，黨內行政組織往往是一個有效抑制議會黨團權力的機構。藉著對黨內資源的掌控，黨工可以和黨籍議員在權力鬥爭中，維持某種程度的緊張及平衡(Duverger, 1955: 190)。但是，很明顯地，綠黨黨內並不存在像傳統社會黨這樣的權力平衡機制。如前面述及，綠黨的行政組織只是純粹辦理行政事務的服務性機構。相對地，歐洲傳統社會黨的群衆型政黨組織型態，往往賦予黨行政組織吸收黨員、選舉動員等任務，因此其擁有的政治資源當然非綠黨的各級黨部所能比擬。在這種情況下，就綠黨而言，一個極度弱勢的黨行政組織必然難以和日益壯大的議會黨團分庭抗禮了。

## 肆、社會運動組織化的困境

理想上，綠黨的組織特徵應包括：參與度高的草根群衆、提供密集且面對面溝通機會的各級黨員大會，以及無權但能忠實執行黨員大會決議的黨行政組織及議會黨團。因此，對綠黨黨員而言，黨組織是一個具高度開放性(openness)，且強調水平式協調動員(horizontally coordinated mobilization)的機制(Kitschelt, 1990: 185)。然而，在經過數年的實驗後可知，綠黨的草根群衆參與度不高且流動性太大；黨員大會的決議往往缺乏明確性，而且其正當性堪憂；各級黨行政組織黨工流失。最重要的是，在正式參與議會政治的運作後，綠黨的議會黨團已逐漸被「議會化」，同時脫離了草根群衆的控制。綜合言之，綠黨實際上已不再是一個「新」政黨，而是一個「舊」政黨(議會黨團)加上一個「新」社會運動的集合體了。長期以來綠黨內部所興起教義派(Fundis)及務實派(Realos)的爭議，正反映出上述綠黨在組織轉型上的困境(Hülsberg, 1985; Kvistad, 1988)。究竟綠黨是要成爲一個反體制的社會運動團體，或是一個涉入體制內議會政治的(既有)政黨？至今仍是黨內紛擾不休的問題。

綠黨黨組織逐漸變質的原因，已在前文各節中有所述及。若從另一個角度來觀察可知，實際上綠黨在規劃其組織架構之初，就忽略了社會運動

組織化過程中的若干要件。綠黨是由許多社會運動者所創建，社會運動在追求運動目標的考量下，是否必然要走上組織化，至今許多學者仍有不同的看法(Piven & Cloward, 1992: 314－20)。但是，如果一個社會運動自覺必須要自我轉型爲一個正式的組織(formal organization)，那麼，如Roth所指出，至少有三個基本的組織要件應先被建立。第一、尋求固定的組織經費來源。這一點意味著組織不能再將偶發的捐款(occassional donations)視爲唯一的財源，而應致力開發固定的經費來源，以確保組織發展的持續性。第二、釐清會員／非會員、會員／領導者之間的角色分野，以確認組織成員在組織中的權利義務關係。第三、設立一套解決組織內部衝突的程序(procedure)，確保成員能有持續性的溝通，以消弭組織運作過程中可能的岐見(Roth, 1988。轉引自Offe, 1990: 239－40)。若以Roth這三項標準來檢視綠黨由社會運動轉型爲政黨的組織化過程，我們可以發覺：綠黨仍未能突破若干結構上的限制。首先，相較於第二及第三要件，經費的籌措並未構成綠黨組織化的主要障礙。綠黨的經費除了來自個人捐款及黨員黨費的收入外，主要的來源則是德國政黨法所規定，政府對政黨參加選舉的經費補助。大抵而言，綠黨的經費來源尚稱穩定(Hülsberg, 1988: 121－122)。

其次，綠黨對黨員／非黨員、黨員／領導者的角色認定仍十分模糊，尤其是後兩者的關係。從綠黨的組織原則來看，基本上，綠黨根本不承認有領導者角色的存在，所有黨員均無組織層級的隸屬關係。第三、無論是黨員大會本身，或者是黨員大會／黨行政組織／議會黨團三者之間，綠黨皆未能建立一套解決衝突可行機制。前述黨大會決議的難產、黨大會對議會黨團的無力控制，以及黨行政組織難以在黨內扮演協調及制衡的角色等情形，皆是綠黨黨內缺乏制度化溝通途徑的例証。很明顯地，在企圖創建一個新政黨型態的同時，綠黨卻忽略了社會運動組織化所應具有的基本轉型條件，因而使得組織的實際運作和原始設計愈行愈遠了。

## 伍、結論

無論做爲一個社會運動或是政黨，新政黨所揭櫫的訴求已在許多歐洲民主國家得到了重視。愈來愈多的民衆已逐漸正視生態保護及社會正義等

問題，而意識型態較爲保守的各國既有政黨，也開始選擇性地將新政黨的若干訴求列入政綱。不過，在另一方面，新政黨所標榜的草根民主組織型態，卻仍無力去改變國內既有的政治體制，反之，如本文所指，在陷入既有體制的運作規範之後，新政黨正爲自身的組織轉型感到進退兩難。此一情形不僅在德國如此，在其他出現新政黨的國家亦然(Kitschelt, 1990; Müller－Rommel, 1989)。面對變遷中的社經環境，如何去調整訴求目標，策略及組織結構，將是任何一個新興政黨或新興社會運動所必須正視的課題。

## 註釋

註1：實際上，在聯邦層級另設有監督委員會及仲裁法庭等其他機構。而在邦及更下級的地方黨組織，則由於綠黨強調各地方黨部的自主性，因此個別地方黨組織的結構各有不同。此處及以下所討論的內容，僅能以綠黨所有各級黨組織的基本型態爲範疇，因此將擇定黨員大會，黨行政組織及議會黨團爲本文主要研究目標。

註2：不過這些原則很快就被綠黨本身打破。在1985年召開的綠黨聯邦黨代表大會中，即通過「准許綠黨與他黨合組聯合政府」的提案。詳見葉陽明，民79: 264－65。至於造成是項結果的原因，可參見本文後述。

## 參考書目


林正杰譯。民78。《綠色烏托邦－西德綠黨黨綱》，二版。台北：前進出版社。

葉陽明。民79。《西德政黨論》。台北：黎明文化事業股份有限公司。

Capra, Fritjof, and Charlene Spretnak. 1986。楊祖珺、蔡式淵譯，《綠色的抗議》。台北：前進出版社。

Bürklin, Wilhelm P. 1987. "The German Greens: The Post－Industrial Non－Established and the Party System." International Political Science Review, Vol. 6, No. 4, pp.463－81.

Clark, Peter B., and Jame Q. Wilson. 1961. "Incentive System: A Theory of Organizations." Administrative Science Quarterly, No. 6, pp.129－66.

Dalton, Russell J., Manfred Kuechler, and Wilhelm Burklin. 1990. "The Challenge of New Social Movements." In Challenging the Political Order, pp.3－22, edited by Russell J. Dalton and Manfred Kuechler.

New York: Oxford University Press.

Duverger, Maurice. 1955. Political Parties——Their Organization and Activity in the Modern State. 2nd ed. Translated by Barbara and Rovert North. New York: John Wiley & Son.

Frankland, E Gene. 1989. "Parliamentary Politics and the Development of the Green Party in West Germany." The Review of Politics, Summer: pp.386—411.

Goodin, Robert E. 1992. Green Poliical Theory. Cambridge, UK: Polity Press.

Hülsberg, Werner 1985. "The Greens at the Crossroads." New Left Review, August: pp.5—29.

Hülsberg, Werner. 1988. The German Greens. London: Biddles.

Inglehart, Ronald. 1977. The Silent Revolution: Changing Values and Political Styles among Western Public. Princeton. NJ: Priceton University Press.

Kirchheimer, Otto. 1966. "The Transformation of the Western European Party Systems". In Politicial Parties and Political Development. 177—200, edited by Joseph LaPalombaba and Myron Weiner. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

Kitschelt, Herbert. 1988. "Organization and Strategy of Belgian and West German Ecology Parties." Comparative Politics, Vol. 20, pp.127—54.

Kitschelt, Herbert. 1990. "New Social Movements and the Decline of Party Organization". In Challenging the Political Order, 179—208, edited by Russell J. Dalton and Manfred Kuechler. New York: Oxford University Press.

Klandermans, Bert, and Sidney, Tarrow. 1987. "Mobilization into Social Movements: Synthesizing European and American Approaches." International Social Movement Research, Vol. 1, pp. 1—38.

Kvistad, Gregg O. 1988. "Between State and Society: Green Political Ideology in the Mid—1980s". West European Politics, Vol. 10, No.2, pp.211—25.

Langguth, Gerd. 1986. Green Factor in German Politics: From Protest Movement to Political Party. Boulder, Colo.: Westview Press.

Michels, Robert. 1959. Political Parties. Translated by Eden and Cedar Paul. New York: Dover Publications.

Müller—Rommel, Ferdinand. 1989. New Politics in Western Europe: The Rise and the Success of Gereen Parties and Alternative Lists Boulder.

Colo.: Westview Press.

Müller－Rommel, Ferdinand. 1990. "New Political Movements and New Political Parties in Western Europe". In Challenging the Political Order, 209－231, edited by Russell J. Dalton and Manfred Kuechler. New York: Oxford University Press.

Offe, Claus. 1990. "Reflecttions on the Institutional Self－transformation of Movement Politics: A Tentative Stage Model." In Challenging the Political Order, pp.232－50, edited by Russell J. Dalton and Manfred Kuechler. New York: Oxford University Press.

Poguntke, Thomas. 1987. "The Organization of a Participatory Party－－the German Greens." European Journal of Political Research, Vol. 15, pp. 609－33

Piven, Frances Fox, and Richard A. Cloward. 1922. "Normalizing Collective Protest." In Frontiers in Social Movement Theory, pp.301－25, edited by Aldon D. Morris and Carol McClurg Mueller. New Haven: Yale University Press.

Roth, Roland. 1988. "In und gegen Institutionen: Anmerkungen zur paradoxen Situation neuer sozialer Bewegungen." In Politik und Reprasentation, edited by W. Luthardt and A. Waschkuhn. Marburg: SP－Verlag.

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月 第203～239頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p.203～239

# 合議制行政組織的類型分析

江大樹*

# An Analysis on Typology of Administrative Commissions and Committees

by
Ta-Shu Chiang

## 摘 要

隨著政治民主化與福利國家理念的興起，強調參與決策和專業理性，是現代政府運作的重要特徵之一，也造成合議制行政組織普遍存在，其角色、功能咸獲先進民主國家所肯定。行政法學上所稱「行政委員會」，因界定模糊且各種類型不一，倘未加區分，則難適確評斷其功過得失。

本文將合議制行政組織歸納爲四大類型：

①諮詢協調、②獨立管制、③參與審議、④首長執行性委員會。並分別從①設置目的、②組織結構、③運作程序、④功能評估等不同層面，說明並比較彼此間內涵與特質差異所在。

「類型區分不明確」、「組織結構欠完善」、「運作程序形式化」、和「功能評估未落實」等，是國內此類組織的通病。作者提出「成本效益」設置觀、制定「行政機關組織通則」和「行政程序法」、強化獨立型委員會之自主性、和採用「日落條款」式定期評估制度等改革建議。

* 國家政策研究中心研究員，台灣大學政治學研究所博士候選人

# 壹、導論

明朝名相張居正曾謂：「天下之事，慮之貴詳，行之貴力，謀在於衆，斷在於獨。」西諺亦云：「付諸行動是一人之事，深思熟慮是衆人之事。」(To act is the function of one, to deliberate is that of several.)古今中外，運用合議方式來達成特定決策功能，早具悠久歷史傳統。如我國堯舜時代的「諸侯會議」，兩漢以降有「廷議」、「朝議」、和「三府會議」、「中朝官議」等；歐美經驗則可遠溯安格魯撒克遜王朝之「智(賢)人會議」(Council of wise men)，嗣後演變爲「大會議(Great Council)、「小會議」(Little Council)、「常設會議」(Permanent Council)，以及「樞密院」(Privy Council)與「內閣會議」(Cabinet Council)等，更進而發展到銜接民主共和國家興起後的「議會——內閣制」政府體系(黃振成，1977:14－21)。因此，所謂「聯合政府」(Coalition Government)與「共同領導」(Collegial Leadership)之由委員會治理Governing By Committee)的政治現象，在先進社會中，是相當普遍的(Baylis, 1989)。非但英國政府曾被稱爲「委員會的政府」(Government by Committee)(Wheare, 1955: 37)；美國著名行政學者狄馬克夫婦(Dimock & Dimock)也強調「美國公共行政是由委員會所統治的」(1969: 447)。

組織運作採取合議制(委員會)型態，無疑和「制衡」(checks and balances)原則最有直接關係(Phiffner & Presthus, 1967: 167)，此乃早期民主政治與內閣制度發展的具體表現。不過，倘若從權力分立和責任政治的角度以觀，合議決策固係立法與司法部門運作常態，卻與行政部門應採獨任制之基本原理相互違背。故合議制行政組織數量之遽增，除係反映民主政治重視參與和溝通外；事實上，更應由二十世紀以來行政權因強調福利國家理念而大幅擴張，加上科技發達，專業分工使委任立法與行政司法日漸普遍，方能適確理解行政組織的此一重要趨勢(林紀東，1982: 144－45)。

受到數千年來專制政體的影響，我國合議制組織從古至今，大多僅扮演輔助性幕僚角色，未若西方之委員會常具積極性決策功能(黃振成，1977: 21)。但是，隨著台灣經濟發展與政治民主化，近年來國內合議

制行政組織卻也在一直大量增設中。大家耳熟能詳者，如：總統府國家統一委員會、行政院公平交易委員會、行政院振興經濟方案政策會報、行政院大陸工作策劃小組、智慧財產權跨部會小組、肅清煙毒工作督導會報……等等；以及頗受爭議之總統府國家安全會議、行政院公共建設督導會報(據聞將改爲公共工程委員會)、行政院研究「二二八事件」小組……等等。此類組織不僅性質頗多歧異(後詳)，數量更因常屬臨時性編組，而多得難以正確統計(華力進，1988: 31)。據官方資料顯示，除法定正式機構之設置外，中央機關臨時性組織約佔單位總數四分之一左右，且常皆以委員會、小組、會報或中心等合議制形式名稱存在(國安會，1987: 32－33)。

國內學者對這種組織發展，看法各有不同。華力進教授認爲「政府機關爲了博採衆議、尊重專家，成立許多常設性或臨時性諮詢性質的委員會或任務小組，許多部會改革案皆採納自這些委員會的建議，故此類制度值得推行」(1988: 30)。許介鱗教授則持相反評價，他指出「行政院的特設委員會與臨編小組，原本是因既有部會無法處理特定問題或執行特殊任務而成立，但是不斷設置卻甚少廢棄，此種『有生無滅』現象，導致行政院組織呈現非常態的膨脹與扭曲，更在行政體制上造成編制重疊、運作繁複，且與部會權責不清，嚴重弱化了政府行政效能」(1990, 59－60)。

當然，華、許二人都僅概括地分別從正、負功能出發，評估現有合議制行政組織(強調焦點皆偏重臨時性委員會)的存在價值。並未更就此類組織的不同類型、設置目的、結構安排、運作程序與功能監督等各面向，做進一步分析說明。舉例而言：爲何在「國統會」、「陸委會」、「海基會」以外，行政院還須再設「大陸工作策劃小組」？落實行政革新實施方案，行政院有無必要成立「行政革新會報」及跨部會任務編組的「行政革新推動小組」？究竟行政首長適不適宜兼任各級「選委會」主任委員？爲什麼？在決定裁撤「行政院青輔會」的同時，主張另設「青年工作諮詢委員會」之用意安在？農委會」主委與「經建會」主委角色有何差異？公平會」怎可或怎會撤銷「退輔會」所屬事業對液化石油氣之獨占權？「政黨審議委員會」從隸屬行政院改歸內政部，其轉變道理何在？這麼多的合議制行政組織在個別名稱上適當嗎？眞有設置必要嗎？其結構、功能如何評估？又應由誰來決定其存廢去留？

這麼一連串複雜問題的探索，正是本文研究旨趣所在。當然，企圖列出國內現存合議制行政組織之念頭，確曾浮現作者腦海；只是逐項檢討、評估個別不同案例，除力有未逮外，恐亦非明智之舉。反之，倘能將此類量多質雜的各級政府所設合議制行政組織，依其屬性給予適確歸類，並援引外國相關經驗來比較分析，再列舉若干具體指標，當成觀察、評估此類組織運作良窳的理論基礎。以下擬在第二節先對合議制行政組織的相關概念、名稱做類型化區分，釐清其特質與屬性；嗣於第三至第六節扼要地從設置目的、組織結構、運作程序與功能評估等具體關察面向，敘述各類型內涵之不同特質；第七節則以整體觀點，綜合比較、檢討既存合議制行政組織的重大缺失，並提出若干改進方向；最後，第八節是結論，回顧本文主要研究發現並列舉革新方案建議。

## 貳、名詞解釋與類型區分

如上所述各種合議制行政組織，其名稱從委員會、小組委員會、任務編組、會報、(跨部會，特別)小組，甚至會議、中心、專案(矩陣)組織……等等，不僅名稱琳瑯滿目，性質不易瞭解，有時連設置依據、權責單位或有無定期集會、專屬幕僚……等，也難以精確掌握。這現象肇因於我國尚未制訂「行政機關組織通則」，致無法使各機關組織得以全盤法制化和結構標準化(國安會，1987: 53－54)。另一方面，學界對此向來亦少深究，遑論形成共識。雖「行政院研考會」曾經結合學者專家，共同完成上項法律草案研擬(1987)，其中第五條：「行政機關採首長制，非有必要不得採委員制。」第四十七條：「行政機關內部委員會之設立，以掌理審議、協調、研究、諮詢之事項為限。」二條文皆與本文課題密切相關，惜迄今遲未進入立法議程，遑論通過、實施。

行政學上，以機關單位最高負責人的人數為標準，將行政組織決策型態分成「首長制」(department form)和「委員制」(commission or board form)兩種，前者亦名獨任制或部長制，後者另稱合議制或委員會制；二種組織形式各具優缺點，端視其運用是否得當而定，甚至還可以按實際需要採行各種不同方式之「混合制」(張金鑑，1991: 228－31)。雖然如此，但

本文題目未直接採用「行政委員會」爲名稱，主要原因係此一名詞在行政法學上早有特定意涵——「行政委員會，乃在行政機關內所設置之合議制組織，以掌理各種準立法、準司法、及其他技術性、專門性事項之機構。其委員，不限於行政機關之職員，有時包括各科專家及民間團體代表。而且該會在一定範圍內，獨立行使職權，不受主管長官之指揮監督。」(林紀東，1982: 144)。然則，此一名詞定義，具體適用於實務運作上，屢見扞格不入，應有重新釐清之必要。

所謂「組織」，在中文的原始意義，是「將絲麻製成布帛」，引申爲將一物的各構成部份，組合成一整體；而英文的組織(organization)則淵源於器官(organ)一詞，器官乃自成系統且具特定功能的細胞結構，故牛津大辭典解釋爲「爲特定目的而作之有系統的安排」(雷飛龍，1979: 22)。而「合議制」乃相對於「獨任制」，主要係指「三人以上，共謀而產生組織意思之決策型態」；雖然純就理論而言，兩個人即可構成組織，也有共謀現象，惟因政府組織常涉及權責關係，合議時爲避免經常陷入可否同數之決策僵局，實際上所稱合議制組織，一般皆有三位以上之構成員(山內一夫，1965: 123)。至於，「行政」組織，本文係採三權分立之觀點，即暫時排除探討立法與司法部門之合議制組織，專以行政部門內各種合議制組織爲研究對象。另外，依照學理和實務而言，雖我國現行憲法謂「行政院爲國家最高行政機關」(第五十七條)，但總統也並非完全「虛位」之國家元首而已，故總統府所設類似組織，仍包括在本研究範圍內。

「合議」決策之組織型態，原本又可區分爲兩大類——會議(convention, ference, meeting)與委員會(commission, committee, council, board)，其結構與功能頗有差別。前者較屬原則性、一般性、協調性、業務性、組織性及固定性功能，雖有固定成員參與，但彼此互動關係比較鬆懈；後者則爲問題性、特殊性、研究性、偶發性等之事件處理(李長貴，1983: 242)。其次，兩類復各有所謂常設性與臨時性二種運作模式，前者定期集會，處理例行性業務；後者因某種特定目的而召開，任務完成後即告解散(同上：243)。但目前實務運作上，「會議」一詞常被視爲是「短暫集會」的代名詞，而不屬於行政「組織」的類型，除非是憲法特別明定如「國家安全會議」(增修條文第九條)及「行政院會議」(第五十八

條)等；否則，即使是非正式或臨時性的合議制組織，也大多使用「會報」或「會談」的名稱，例如：「行政院振興經濟方案政策會報」、「高層政風督導會報」、及「高層首長會談」、「財經會談」等。至於，其它性質較特殊之合議制組織，常叫做「任務編組」、「工作或專案小組」、「聯繫或協調小組」等，並多簡稱爲「xx小組」(taskforce, workingparty)，是否因其未具「委員會」名稱而須逕排除於「行政委員會」外，本文較持保留態度，理由詳見第三節。

其實，總體來說，用「行政委員會」爲名，來統稱各類合議制行政組織(許慶復等，1992)，應無不當。因爲，如前所述，此類組織一般已甚少使用「會議」這樣的字眼；同時，在實務運作的名稱選擇上，不但「委員會」一詞早有悠久歷史傳統而較受偏愛，且英文原先單字雖有不同(見前)，但中譯時多叫委員會，已形成慣例。再者，國內學者無論介紹相關學理(彭文賢，1987)，美國經驗(曹俊漢，1977；雷飛龍，1972)、或實證研究(陳志華，1987)時，率皆逕以委員會之名稱，概括所有合議制行政組織。所以，雖本文認爲，理想上應先針對各類不同性質的合議制行政組織，給予適當名稱，再據以合理區隔其設置、結構、運作與評估之不同模式。惟一方面在學術理論上或外國經驗中，少見相同論述，或許此種區隔尚非迫切需要；另一方面，國內數以百計的合議制行政組織(許慶復等，1992: 173－74, 190－93, 381－403；國安會，1987: 32－33)，實在不容易一一論斷其屬性，並適確更改名稱以符學理，事實上，恐亦無此必要。

不過，爲了行政效能與組織精簡，若能將各種類型的合議制行政組織，根據其特質之大同小異，歸納爲幾種類型，用以掌握從設置目的、組織結構、運作程序到功能評估，是否合乎學理原則與實務需求，此就推動政府革新而言，當仍有可取之處。否則，對於雖兎同籠或良莠不齊的既存組織現象，非但不易進行全面性具體改造；即便是針對個案爲行政監督，亦將缺乏客觀、有效的評估標準。只是，我們究竟該從何種角度來做類型區分呢？

以委員會「在組織運作中發揮何種特殊功能」爲標準與名稱，來區別其類型屬性，是論者最常用之劃分方式。如前述行政院研考會「行政機關組織通則草案之研究」即主張內部委員會之設立以掌理①審議、②協調、

③研究、④諮詢四類事項爲限(1987: 70)。又陳志華教授之實證研究，係依照各委員會職掌，分成①諮詢研究、②聯繫協調、③共同執行(行政)、④審議裁決(準司法權)等(1987: 92－104)。另彭文賢教授則以計劃委員會爲例，從設立目的區分成①控制委員會、②協調及討論委員會、③調查和顧問委員會、④報導及教育委員會、⑤司法委員會等五種(1987: 79－80)。雖然此種功能分類法，頗能掌握各類型合議制行政組織之原始設置目的；但缺點則是，通常任何一個委員會，大多兼有二種以上的角色功能，或者實務運作上有名實不符合之情形，因而不易明確判斷其類型歸屬，遑論更進一步評估其結構安排與運作方式的妥當與否。

另一種區別方式，是依「合議結果有無法定效力」，而做截然二分法。如①正式委員會與②非正式委員會，其判準在有無首長授權？有無負責對象？有無法定設置依據？(彭文賢，1987: 78)張金鑑教授在說明美國行政委員會組織時，也僅區分爲①管制性、②服務(行政)性兩種，主要差異在其組織地位與決策效力的不同(1967: 112)。日本學者一般則在①行政委員會(即美國之獨立管制委員會)及②諮問機關(屬顧問與協調性質的各種委員會)之中，再另列③參與機關(法定職司政策審議之委員會)，來區分其決策效力的差異性(山內一夫，1965: 123－26)。

當然，無論是「行政學」學者常偏好的第一種「功能」分類法，或「行政法」學者所使用的第二種「效力」分類法，就我國當前實況而言，無疑皆僅停留在所謂的「理念型」(ideal type)區分法，不能眞正做到絕對互斥。不過，倘欲求法治與革新，自須先從權責分明著手，較能精確評估各類型之應然組織運作模式。故本文原則上係選擇採用第二種區別方式，特別是日本學者的分類法。另外，由於國內若干合議制組織，本質原應屬首長制執行機關，卻囿於某些特殊原因未能合理建構，值得提出檢討，故特予另立一種類型，俾利區隔與說明。以下即依序分別敍述①諮詢——協調型、②獨立——管制型、③參與——審議型、④首長——執行型四大類的合議制行政組織。爲行文簡便，除非有明確區分之必要，否則以下將多以「(行政)委員會」來取代「合議制行政組織」一詞，或二者交互使用，特先在此說明。

## 叁、諮詢——協調型

此類委員會是起源最早、最爲常見、數量最多、功能也最分化的合議制行政組織。其主要角色係在機關決策或執行過程中，發揮特定之幕僚(staff)功能，以利組織目標的順利達成。本文以「諮詢——協調型」爲名稱，綜括相關性質的行政委員會，並非有意忽視其它不同功能如研究、調查、顧問……等，目的毋寧是列舉最具代表性的功能，俾能舉一反三，把近似組織歸納爲同一類型。

㈠設置目的

以美國經驗爲例：早從一七九四年華盛頓總統在Whiskey Rebellion一案中，曾徵詢一個由若干特定人士所組成之委員會的意見，而做成相關決策以來，美國聯邦諮詢委員會(Federal Advisory Committees or Commissions)這種團體組織，對聯邦政府各項政策或特定方案之形成，一直扮演十分重要的角色，其效果多元化且貢獻良多(G. S. A., 1990)。根據統計，目前全美有近六千個此類諮詢性組織，依其存續可分爲常設性(permanent)、持續性(continuing)和臨時性(ad hoc)三種；按照組織歸屬則有隸屬於總統、國會、行政部會、各級政府或不同機關間；名稱不一，如：Board、Panel、Task Force、Commission、Council、Conference、Committee等；主要功能則有商議性(consultative)、協調性(coordinating)、研究性(research)、諮詢性(advisory)、調查性(investigative)的區別(Batten and Dresser, 1989: Preface)。其中，因美國是總統制國家，故由總統所設的此類委員會，最具代表性，其組織結構、運作概況、與功能評估等，經常成爲學者研究焦點所在(Wolanin, 1975; Tutchings, 1979; Flitner, 1986；雷飛龍，1972；紐先鍾，1973；曹俊漢，1977)。

諮詢——協調型委員會雖起源於英國皇家委員會(Royal Commissions)，但其之所以頻繁設置，可說是福利國家理念興起後，政府職能大量擴張下的產物。因爲面對日趨複雜化與專業化政經社環境，行政首長常須博諮衆議、集思廣益，憑藉專家知識和各界參與，俾能正確決策或有效執行。所以，尤其愈是在高科技或與民衆福祉息息相關的政策領域內，此類組織愈常設置(Tatchings, 1979: 22)。國內亦然，如：行政院除有常設的「國家

科學委員會」外，又另外成立「科技顧問組」、「太空科技長程計畫規劃小組」、「太空科技推動指導小組」等任務編組；過去頗受重視的「環保小組」(現已裁撤)、「治安會報」及新設之「參與聯合國決策小組」、「南海小組」、「振興經濟方案政策會報」、「智慧財產跨部會小組」等，皆是民衆最關注、具時效性的「應景」組織。

然而，此類合議制行政組織之設置，是否需要有法律依據？即其是否屬於「中央法規標準法」第五條第三項，所規定「關於國家各機關之組織，應以法律定之」的範圍內？就國內實務運作而言，一般係以是否爲「常設機關」？來決定有無法定設置依據之必要。如：前述行政院國科會有「組織條例」，其餘三個臨時性諮詢——協調型委員會，則無法定設置依據。

進一步言，倘一個行政委員會其並未「常設性」運作，在組織地位上又非屬「機關」層次，則除極少數(如教育部或財政部某些委員會)外，是不必有特定法律(實體法)授權，只須依所屬機關組織法或行政命令即可設置；而其本身組織法規，則多稱爲「組織規程」或「設置辦法」等(許慶復等，1992: 241－246)。此種設置上採「職權彈性主義」方式，符合時代潮流強調「委任立法」及「組織自主」之專家行政和責任政治精神。並與美國絕大部份總統顧問委員會，係依職權命令(Announcement)或行政命令(Executive order)，僅有少數係依法律(Statute)而設置(Wolanin, 1979: 63)，情況大致相似。至於，日本早期雖曾採取嚴格法定主義，卻也在1983年修正「國家行政組織法」後，大幅放寬爲依「政令」亦可設置各種屬諮詢性質的審議會(許慶復等，1992: 132)。

㈡組織結構

諮詢協調性委員會的設置，一般可分①程序取向(procedure－oriented)、②情勢取向 (situation－oriented)、③危機取向 (crisis－oriented)三種，目的分別在①追求效率的考量、②影響問題或政策走向、③針對特定事件作緊急處理(Flitner, 1986: 28－29)。故在委員的組成如人數、背景上，會因功能發揮取向的不同，而有特殊的安排。不過，通常在三人到二十五人之間，且以五人至十五人左右最爲常見；而委員選取上也須包括主要相關行爲者或團體代表，俾保障能有較公平而周詳的政策建議。基於

前述「職權彈性主義」，一般在委員人數之規定上，也不會給予嚴格限制，若非逕未明定，即採「xx人至xx人」之方式，保留相當彈性空間。不過，也因而經常產生委員人數太多，尚須另設「核心委員會」之現象(陳志華，1987: 259)。

至於委員的組成方式，或對委員的資格需求，此類委員會也多無具體、嚴格的規範。以研究、諮詢、顧問性質而言，必須多納入學者專家與社會賢達；倘著重聯繫、協調功能，則以各有司機關官員或相關利益團體代表爲主。另外，較具爭議性的是，應否納入國會議員或各級民意代表？亦即此類委員會有無必要考慮黨派平衡的問題？

在老牌民主國家——英國，除非是專業性質，否則多強調委員會須是超(跨)黨派(impartial)，自然不會刻意排除國會議員(Cartwright, 1975: 62－76)。美國總統顧問委員會亦常有國會兩院議員參與(Flitner, 1986: 46)，頗負盛名的兩次胡佛委員會(Hoover Commissions, 1947－49 and 1953－55)，即十分重視委員會組成的黨派平衡問題(Moe, 1982: 25－26, 83－84；朱武，1972: 6－7)。不過，在我國，民意代表參與此類組織的現象甚少；而所謂「委員會須黨派平衡」的考量，也因在野黨派力量直到最近幾年才漸茁壯，且此類委員會本質上偏屬「行政」性，故問題未如以下兩節所述獨立——管制型與參與——審議型委員會，那般受到社會重視。

其次，委員會固係合議制決策，惟仍須有對內召集並主持會議，對外代表組織的形式首長，名稱則有主任(召集)委員，召集人、主席、或委員長等等。主委的產生方式，大致可區分爲三種：①由主管機關指定或聘任、②由組織法規明定、③由委員互選產生。如純就委員之參與意願，或被平等尊重的感覺而言，互選主委應係較佳方式，特別是研究或調查性質的委員會最應如此，以保持其客觀、超然，各委員皆可竭盡所能。不過，倘欲藉主委之聲望來突顯委員會形象，或維持內部運作之效能，也經常採取上級「指定」或由機關首長「兼任」主委的方式。美國許多委員會皆以其主委之名傳聞於社會，如：前述胡佛委員會，即爲顯例。當然，也有批評者認爲此常淪爲首長政治性或酬庸性任命，或所謂「藍色(榮譽)勳章」(blue ribbon)的授與，以爭取該知名人士的政治支持而已(Nelson, 1989: 1061)。國內情況，則大多由主管機關首長或副首長兼任主委，一方

面因其設置目的多偏重協調或諮詢；另一方面，恐怕也是威權政體下，所謂「官大學問大」之行政文化的必然現象。

再者，委員會組織結構的另一重要部份，乃其幕僚(事務)單位與人員。通常其規模大小不一，除非是少數常設性委員會有固定專屬的職員外，一般此類組織因多係臨時編組，故幕僚人員非但人數不多，同樣也常臨時從相關單位抽調人員，成立專案(矩陣)式任務編組，來協助委員會之各項工作如：資料蒐集、議程安排、會議記錄、草擬報告……等，俾能順利完成組織目標。

最後，須附帶一提的是：委員的專職性、任期、及待遇等問題。此類諮詢——協調性委員會，因屬幕僚功能，且常爲臨時編組，其委員以「兼職」方式居多；故有時所謂「熟面孔」到處存在，屢見不鮮。任期上，除因特殊個案性質而組成之委員會，在任務完成後即告終止外，大多並未有明確任期規定，縱使有任期限制，也大多能一再連任(許慶復等，1992: 269－270)。兼職委員一般僅支領「車馬費」或「出席費」，惟各機關的支領標準並未明確統一，有時易遭「變相加薪」或「利益分贓」之譏評。

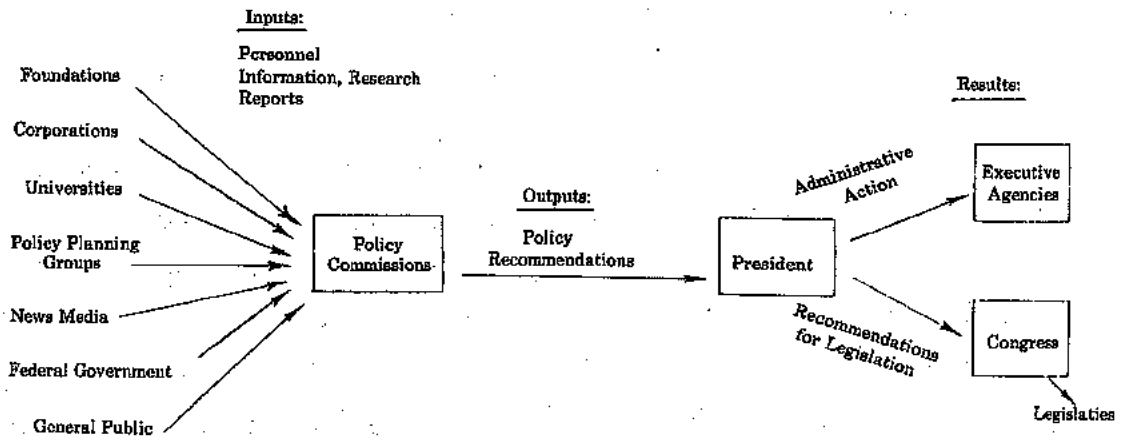
㈢運作程序

諮詢——協調委員會設置目的既在發揮特定幕僚功能，故其通常並不密集或定期集會。美國有些此類臨時性委員會，甚至只開一次或數次(但：每次通常會持續二、三天)即告完成組織任務(Nelson, 1989: 1062)。至於，常設性委員會之集會，則可分爲「定期會」及「臨時會」兩種。一般而言，定期會大多每月或每三月召開一次，當然，也有些並未明確規定，完全由主委或幕僚人員決定集會之時間與頻率(許慶復等，1992: 278)。臨時會亦多由主委召開，不過，也有規定「一定比例以上之委員要求或連署，即得召開臨時會(同上：279)。

會議主席幾乎皆由主委擔任，主委缺席時，則由副主委代替或委員互選產生臨時主席。在決定出席與可決人數上，由於此類委員會決議效力僅供首長參酌，故多無明確限制之規定。由於其參與成員除若干是代表私益(利益團體)外，大多著重社會公益，故在集會討論過程中，往往係以相互妥協來獲取結論；縱有不同意見，也可採附註方式處理，甚少逕行表決以排除異見(Popper, 1970: 33；紐先鍾，1973: 156)。

開會程序，以美國聯邦諮詢委員會爲例，大多依決定任務、分組調查、公開聽證、草擬建議案、集合討論、共同議決、撰寫報告等順序進行，其理想的運作過程如(圖一)所示。國內若干重要個案如「行政院組織法研修小組」、「行政院研究二二八事件小組」、也大多採用如此愼重程序。不過，值得一提的是美國因有「行政程序法」(Administrative Procedure Act, 1946)」、「資訊自由法」(Freedom of Information Act, 1966)及「政府陽光法」(Government in Sunshine Act, 1974)等法案，委員會之運作過程如：集會時間、地點、書面開會通知或公告、會議公開、保留記錄……等等，皆須依照特定程序規範行之(羅傳賢，1985)。我國以往甚少有類似規範，會議過程也多未公開，不僅有害民衆「知」的權利，也無法對其組織運作做有效監督。

**圖一：理想的政策（諮詢）委員會運作過程**




（資料來源：Tutchings, 1979: 15）

最後，是委員會所作決議或報告的處理方式。美國總統顧問委員會，若係調查或研究性質，通常會有期中報告與期末報告兩種，前者在策略上係藉以激發社會各界對特定議題之注意，俾能回應組織設置需求；後者，才是對整個任務目標，給予完整建議(Wolanin, 1975: 101－11)。當然，委員會提供的意見或所爲決定「貢獻」大小，端視主管機關首長是否採行而

定；甚至，倘首長認爲其決議不當，也可能逕予糾正或棄置不用。因爲，畢竟此類組織的存在與運作，都只係充當機關首長決策的幕僚角色而已，其功能僅在協助、而非決策本身。

㈣功能評估

行政院研考會曾經針對「行政院暨所屬各機關建立諮詢制度」，委任學者進行相關研究，其結果指出：儘管在認知上，行政首長和一般職員對諮詢顧問之專業素質評價不差，但在實務運作上，決策者仍以親信智囊或機要人員意見爲主，往往忽略委員意見；當然，諮詢委員會本身建議內容之品質，有時也會因①委員陣容水準不佳、②委員囿於學識所限或機關提供資料不完整，故對問題瞭解不夠深入、③委員以客卿態度自限，僅消極性參與；而有欠缺可行性或未具參考價值等問題(鄭興弟，1981: 30－43)。

美國經驗也顯示，行之有年的聯邦諮詢委員會同樣地利弊互見，給人一般印象不佳，覺得其報告大多束諸高閣，只在浪費錢而已(Wolanin, 1975: 3; Tutchings, 1979: 13)。論其好處如：

①對特定議題，可引起公衆注意；②由專家組成，較行政人員具獨立性並能有創意；③意見較能符合廣大民意，而可贏取普遍支持；④易羅致不願常任行政職務但負全國盛名的學者來共同參與；⑤資料蒐集上較有系統，而可得出具體建議；⑥作爲公信力來源，有助政策推動(曹俊漢，1977: 105－106)；甚且，有時「創設」本身即是一件特殊成就，如：避免危機或公民教育等等(Wolanin, 1975: 143－145)。惟其困難則在：①組成份子複雜，致集會討論不易；②經費拮据，無法充份支援；③暫時性設置方式，對後續執行缺乏監督力量等(曹俊漢，1977: 106－108)。

國內協調性委員會設置目的，主要在求機關或單位間的合作，以利行政效能之整合。有時則係行政首長用以突顯施政重點，標榜個人形象的產物。例如：郝伯村內閣所成立的「治安會報」、「公共建設督導會報」，與連戰內閣的「振興經濟方案政策會報」、「參與聯合國決策小組」皆十足反映不同行政院長之政策理念與革新焦點。但是，「人存政舉，人亡政息」，最是此類組織的致命傷。當然，一般而言，既重在聯繫協調，本身即爲應付特殊政策環境之需求，一旦時過境遷，本身存在的意義便不大了。

有時候，則因委員會對委員的資格，以及會議的出席規定，都有不當之處，以致原先規定由各相關機關首長參加之委員會，經常淪爲「全代會」—— 即全部由各機關實際承辦業務的職員(或主管單位長官)，代表機關首長出席會議。遂使委員會之運作，因各機關代表經常所獲授權不足而須凡事保留或不斷請示，所謂協調功能，即大打折扣。此種現象，不僅在臨時編組的委員會運作，早已司空見慣；即便是常設性委員會，運作時間一久，也同樣難脫困境，「行政院大陸委員會」便是明例(中國時報，1993, 6, 23: 2版；林瑩秋，1993a: 40－41)；無怪乎，其上更須另設「行政院大陸工作策劃小組」，由副院長擔任召集人，來輔助陸委會委員會議的決策功能(中國時報，1993, 6, 27: 2版)。

最後，此類委員會最遭詬病的是，設置情況過多、過濫，且有增無減。學理上，組織乃有機體，除非有重大外來壓力，否則，在「本位主義」下，經常是日益擴張編制與職掌，甚少任其萎縮或輕易裁撤。這種情形即使在美國，同樣也面臨監督上的難題(G. A. O., 1988: 6－7)。遑論仍處威權輕型期的台灣，既無像美國「聯邦諮詢委員會法」(Federal Advisory Committee Act, 1972)以爲控制工具(G. S. A., 1990)；行政首長集權式決策風格，猶未隨民主政治發展，轉而強調「分層負責」，因此，體制外的任務編組，經常變成消弭體制內既存部會組織，無法解決問題時之臨時工具。然而，此與強調政府減肥與行政革新，甚至組織制度化、法治化等精神，似乎有所矛盾。

由專責機關(如行政院研考會)詳加列管，並採取「日落條款」(Sunset Clause)定期檢討，且藉會議程序與結果之公諸於衆，或許能使此類組織的前述負功能大幅降低。原則上，基於首長決策需求，在權責明確的情況下，應無嚴苛管制其設置諮詢—— 協調性委員會之必要，以免有害其幕僚功能的有效運用。不過，適時、適當的行政與立法監督，避免無謂浪費公帑、甚至紊亂行政體制，進而積極導引此類組織運作趨向合理化、正常化，無疑應是當務之急。

## 肆、獨立——管制型

有別於諮詢——協調型委員會之幕僚性角色與功能，獨立——管制型委員會之獨立性角色與管制性功能，的確是一種十分特殊的行政機關組織建制模式。此類委員會即一般行政法學(尤其日本行政法)上所通稱之「行政委員會」，其有特殊發生背景——僅在美、日兩國得到機關地位之肯認，惟數量不多，法理上也時生爭議。不過，因爲我國行政法制頗多繼受或學習美、日兩國相關制度與立法例，此類獨立管制委員會能否也在台灣生根、發展？值得觀察。

㈠設置目的

獨立——管制委員會(Independent Regulatory Commissions，以下簡稱IRCs)之創設，起源於十九世紀中葉的美國。就其歷史背景與政治生態而言，強調自由放任式的經濟活動與三權分立的聯邦政府體制，無疑是造成此類委員會興起的兩大原因。一方面，在面臨因資本主義急速擴張所造成的獨占經營、惡性競爭，及販賣人口、剝削勞工等市場失靈現象和社會問題叢生，國會因各州立法、司法與行政三權皆無法有效制訂、適用與執行相關法律，來遏止並解決日趨嚴重的各種失序、不當行爲，遂先後創設了一連串新的行政機關來專門職司其事(陳水亮，1986: 114－15)。另一方面，爲防範當時聯邦政府因分贓制度(Spoils System) 使行政權未能中立，而立法權與司法權又囿於專業性不足，皆無法迅速、公平、有效地運作；故國會特別把各該專業領域內的所有一切職掌(包括立法權、司法權與行政權)，全部交由此類獨立性委員會來管理，又其主要任務係在管制不當經濟活動之發生，故合稱「獨立管制委員會」。正因如此，ICRs可說是兼具三權於一身，並超然運作於其他行政機關之外，角色特殊且功能重要，更有「政府第四權」(Fourth Branch of Government)或「獨立的迷你政府」(Miniature Independent Government)之美名(Cushman, 1972: 19)。

IRCs此種三權合一的特殊組織型態，就強調權力分立(seperation of powers)與制衡原則的美國政府而言，的確曾有「違憲」的質疑。不過，在立法授權上，經最高法院法官何姆斯(O. W. Holmes)巧妙地以一個「準」字加以柔化(softened by a "quasi")，來給予IRCs有正當的立法權

限(Schwartz, 1971: 32)。在準司法權上，則以「立法所創設之法院」(legislative courts)有別於「憲法所規定之法院」(constitutional courts)爲由，承認IRCs可擁有特定之司法權限(Cushman, 1972: 432－33)。亦即美國聯邦最高法院認爲，只要將某些立法權與司法權冠上「準」字，就可以授權行政部門，而不違反憲法的分權原則。此種見解，係基於以下事實之考量。在準立法權方面：①行政機關比國會更具專業知識來解決技術性問題；②即使國會有專業知識，也無足夠時間去訂立詳細而適當的法令，以適應快速變遷社會現象的實際需求；③在法律之有效行使上，行政部門比國會運作更富有彈性(Hathorn et al., 1966: 384)。在準司法權方面則是：①行政機關在其特殊職務領域內，比法官在普通範圍及事實認定上，更具專業知識；②行政人員對所主管的特殊問題，較容易理解其經濟與社會的事理(philosophy)；③行政機關比法院更能採用非正式的司法程序，既省時又省錢，並可允許對新問題與特別程序有較大的試驗空間(Ferguson & McHenry, 1964: 203)。正因爲這些理由，故IRCs之三權混合，在1935年Humphrey's Executive v. United States一案後，即未再引起激烈爭辯；而且事實上，IRCs之所有權力行使，最終仍要接受嚴格的司法審查，自然毋須擔心其過度「行政專制」(administrative absolutism) (Cushman, 1972: 426－30)。

這麼特殊的行政機關類型，自然也有相對應的組織結構安排，俾保障其目標的達成，容後再述。而日本戰後廣泛地採用此種「行政委員會」制度，並非自生產物，而是一種以美國經驗爲原型之移入法制(川上勝己，1979: 204；許慶復等，1992: 98－126)。基本上，隨著經濟自由化與政治民主化的腳步，受美國影響甚深的台灣，亦已出現類似組織的設置，「行政院公平交易委員會」與「中央選舉委員會」即是明顯實例；而「中央銀行」、甚至「考試院」、「財政部證券管理委員會」等，依學者研究，也皆有參考美、日制度，成爲獨立管制委員會之必要性或可能性(許永煌，1980；許慶復等，1992: Chap. 5；蕭全政等，1993: 77－96)。

㈡組織結構

美國IRCs獲得獨立地位，本意在於：①管制政策較不易受總統之影響或干涉，而可保有其一貫性；②能具備特殊專業性質(Landis, 1966:

113－15)。亦即IRCs之建制在求能保障社會公益，避免受到不同黨派政治力量介入，俾可有較多機會，來維持政策的一致性，並公正無私地執行管制任務。而國會立法設置IRCs時，主要是藉由委員的任命方式，及賦予獨立的人事、預算權，來確保其獨立地位。

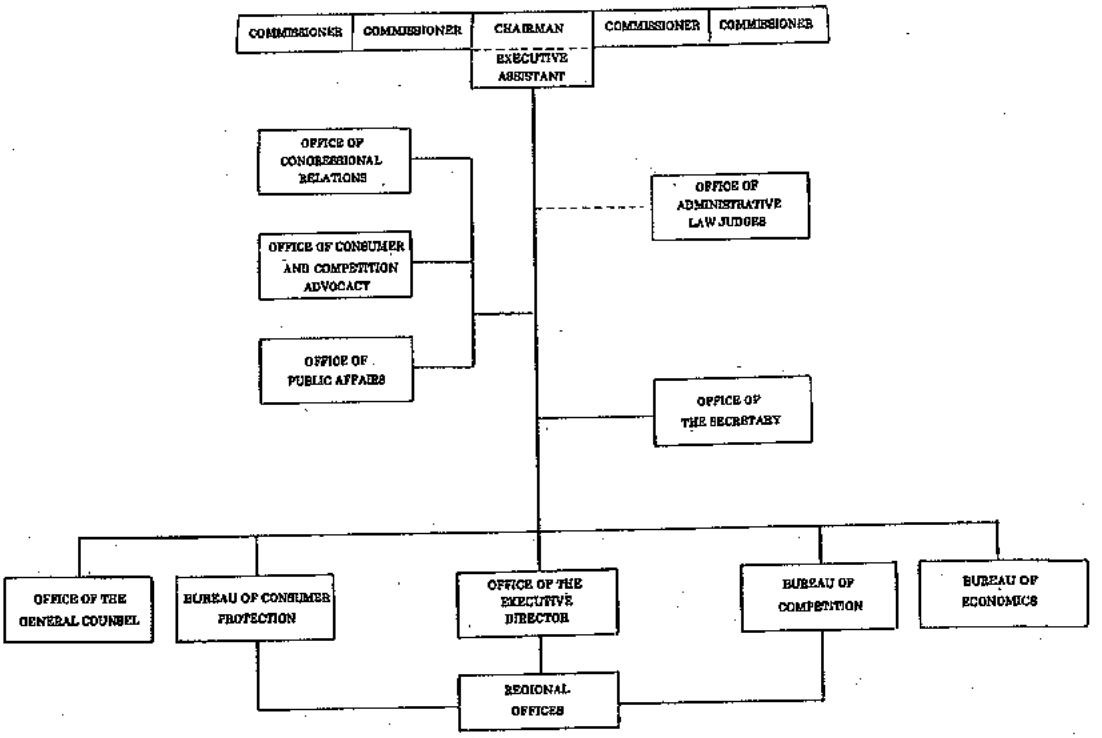
首先，IRCs之委員雖和一般部會首長同樣由總統提名，但如經參院同意任命後，即取得固定任期(fixed term)的保障，非因不能勝任(inefficency)、懈怠職責或品行不端等原因，不得予以免職。亦即總統不得任意罷黜IRCs之委員，除非是有法定原因(陸潤康，1986: 168－169)。同時，委員法定任期通常皆比總統任期(四年)爲長，一般係在五至七年左右，也有長達九年或十四年者；且大多採取「交錯任期」(staggered term)方式，故總統雖有提名權，但在他任內所能提名、任命者，畢竟只占少數，自然不易全盤操控IRCs之政策方向。

其次，爲了使各個IRCs內部能公正、超然運作，也特別明文規定總統提名委員時，必須顧及委員會組成的黨派平衡，即任何政黨所屬同黨委員不得超過總數的二分之一。而且，委員的資格須合乎專業需求，不能濫竽充數，否則不易通過參議院所舉行的任命聽證會。

再者，IRCs是眞正的「合議制」行政組織，各委員之法律地位相同；雖設有主席，但其僅對行政業務上，有較多實質權力與運作影響而已。委員人數通常是五人(另有三人、六人、十一人之特例)，單數以利表決。主席一職雖多由總統指定(少數係互選產生)，但任期通常限制在一年或二年，俾全部委員皆有輪流擔任主席的機會。

最後，IRCs在委員會議之下，另置常設性專屬事務部門(日文稱「事務局」)，其組織和一般行政機關相同，依業務特質或運作需要，劃分成各實作或幕僚單位。較爲特殊的是，爲統籌事務局運作，通常設有「執行長」(executive director)一名，由主席提名經委員會同意而任命，負責所有業務如：監督內部職員、案件處理優先順序安排、相關政策規劃與執行、行政資源有效配置、對國會及預算管理局的聯絡……等。又因美國領土幅員遼闊，通常IRCs會在各大都市設置地區辦事處，以便就近執行相關業務。(圖二)以美國聯邦交易委員會(FTC)爲例，即屬一典型的IRCs組織架構模式。

## 圖二：美國聯邦交易委員會的組織結構




(資料來源 ： O. F. R. The United States Government Manual 1991/92: 599)

㈢運作程序

最能突顯IRCs的組織特徵者，即其經國會授權、獨立行使的專業性管制權。爲了完成對某類事務有效管制的組織設置目標，IRCs有權自行制定各種標準或規則(準立法權)，以規範特殊企業、團體或個人之未來行爲；並可具體執行這些規則(行政權)；且對於違規案件，也享有裁判權(準司法權)。其中，除一般執行權外，準立法權與準司法權的主要決策，核心皆在委員會議。因此，IRCs之定期集會較諮詢——協調性委員會來得頻繁(每

周至少一次)而重要(常用表決)，故委員皆爲專職，待遇佳且有保障。

委員會議一般只須半數出席，並有簡單多數同意，即可作成決定。但由於IRCs委員人數不多，並採取交錯任期制，加上時有委員須對特殊(利害相關)案件迴避，故常發生無法全體委員皆出席會議或參與投票的情事。曾經引發的爭議是，只有三人以下參與投票之決議是否有效？在1976年FTC v. Foitill Product Co., Inc.一案中，因FTC爲某一決議時，有兩位委員因故無法參與投票，遂僅由其餘三人逕對議案作成決定，故遭聯邦第九巡迴上訴法院以「FTC之命令必須有三個委員之同意，才能構成有效之命令，兩個委員是太少了」爲理由，裁定上述FTC之決議不生效力。不過，最高法院則隨即駁斥此種看法，認爲FTC不一定要有三人以上之多數，才能運作(Ward, 1988: 2－12；林騰鷂，1990: 186－87)。

就IRCs行政權的運作而言，除執行法律之「行政功能」外，尚有所謂「調查功能」與「計劃功能」(Binkley & Moos, 1952: 359)。以FTC爲例，其行政權的範圍包括調查權、傳審權、資料接近權、民事調查請求權，訊問權、政策計劃權、行政指導權、廣告管理權等許多權限。其中，調查權是IRCs最經常使用的一種行政權，目的在改善現行管制工作，以促進管制目標的實現(Steiner, 1953: 361)。政策計劃權則使IRCs能從事相關研究，並可隨時向國會提出建議或忠告，以作爲改善管制政策時修法之參考(Cushman, 1972: 728)。另值得一提的是，「年度報告」的對外公開與接受諮詢的行政指導，也是IRCs功能發揮的重要方式。

在準立法權的運作上，除不得超越國會授權範圍外，IRCs更須依照1946年行政程序法的相關規定，以保障其立法的民主性，避免武斷。其具體的步驟規範如下：①制定規則以前，應先將事由登載於「聯邦政府公報」(Federal Register)，公告周知，內容包括會議日期、時間、地點、法定依據、規則草案或相關立法背景說明等；②公告後，應給利害關係人有提出參考資料、書面意見或口頭辯論等參與程序的機會；③一個已制定完成的實體法規，在生效之前，必須至少在三十天前公布或送達；④給利害關係人對已公布之法規，有機會提出修改或廢除的建議(羅傳賢，1985: 326－27)。

最後，IRCs在執行管制法令時，對具體的違法案件，經過行政上調

查、糾正後，更有審查、裁判之權限。雖然，IRCs之審判並非最高、或最終結果，如有不服者，尚可向聯邦法院請求司法審查以爲救濟。不過，一般實務上，法院通常只就法律問題加以審查；而對IRCs所認定之事實，因多屬專門性與技術性，法院皆會給予相當尊重。申言之，法院原則上，只是「法律審」，IRCs則有「事實審」的重要功能。只有在IRCs有不當或越權的裁決下，才受法院監督，否則即使最高法院也沒權主動干涉其行政裁決(Hathorn et al., 1966: 388)。

㈣功能評估

IRCs之組織與地位，異於行政各部，但卻對全國性經濟，甚至政治、社會若干特殊事務之發展，扮演十分重要的「管制性」角色。不過，儘管其建制之創設，被視爲是一種良好的「處方」(Dimock & Dimock, 1969: 457)；惟正如同其他機關一樣，並非十全十美，乃是從很多立法的試誤中，不斷摸索出來的結果(Jacob, 1966: 83)。也正因爲其「獨立性」、「管制性」與「合議制組織型態」的三種特質，與行政系統關係或其組織內部本身，皆難免會產生若干難題。

首先，IRCs之陸續設立，除了管制職務外，有很多純屬行政工作也被納入，造成行政系統的破碎混亂與政策協調的扞格困難。其獨立地位，常形成行政上「沒有責任的地帶」(areas of unaccountability)，此種有權「無責」(irresponsible)，恐有破壞民主制衡理念之嫌；並產生各自爲政而變成所謂「無頭的第四個政府部門」(headless fourth branch of government)，皆是組織運作困難所在(White, 1955: 119; Lindsay, 1937: 3; Redford, 1952：292)。

其次，就準司法權運作而言，IRCs同時擔負行政、立法、控制與裁決四項職掌於一身，的確有損司法上「當事人不得在自己的案件中擔任法官」(no man shall be judge in his own case)的正義原則(Landis, 1966: 92)。而國會所希望於IRCs能採取較非正式的裁決方法，藉IRCs之專業人才，對法院無法迅速裁決的案件，進行有效處理，以免曠日費時的司法程序緩不濟急，此目的經常也囿於若干問題，而無法有效落實(Corson & Harris, 1963: 141)。國內「中選會」在去年(81年)立委選舉所產生的「花蓮弊案」中，無法及時補行公告黃信介當選一例，即爲明證(江大樹，1993)。令

外，因太偏重司法程序及裁決個案，常使IRCs的政策規劃工作難以有效開展，目前「行政院公平會」之困境，也在於此(許慶復等，1992: 166－169；蕭全政等，1993: 81－82)。有關IRCs制度在國內運作之其它缺失，將留待第七節再一併檢討。

最後，IRCs強調合議制決策，造成權力多元但責任分散，經常在重要政策問題上，不易作成最後決定，致影響管理效率及運作效能(Berstein, 1955: 172; Katzmann, 1981)。而強調黨派平衡，常使委員間發生觀念衝突而相互對立的僵持情勢，進而有抗衡主席行政權的現象，導致組織的消極無能。

美國IRCs制度的評估與革新，從1937年「布朗羅委員會」(Brownlow Committee)、1939年「司法部長行政程序委員會」到1947年「第一次胡佛委員會」及1953年「第二次胡佛委員會」，皆曾對此問題加以研究並提出改革建議(陳永烜，1974: Chap.4；陳鉅堂，1975: Chap.7；朱武，1972: 86－90)。經歷了一連串的修正，IRCs之組織與運作不斷更趨成熟，並得以有效回應美國現實環境之需求，存在歷史已達百年(1887－)之久，可謂已達穩定狀態。而且，因此種組織模式的運作成功，在美國實務上，也有若干非經濟性管制業務如：文官制度、民權保障、交通安全……等，國會也一再立法創設性質類似之獨立委員會，來專責其事(張金鑑，1967: 112－13；羅傳賢，1985: 34－35；許慶復等，1992: 74－76, 88－92)。

值得附帶一提的是，從美國移入日本的「行政委員會」，由於日本戰後憲法係採議會——內閣制，而獨立性委員會同樣曾遭「違憲」與否之爭議。目前，法理上殆已定案，除數量略有減少外，仍有若干政策領域尚採IRCs之組織建制模式，如「公正取引(交易)委員會」、「內閣人事院」、「國家公安委員會」、「全國選舉管理委員會」……等，顯示仍有其存在的價值與運作之可能性(許慶復等，1992: 98－126; 367－80)。

## 伍、參與——審議型

諮詢——協調性委員會與獨立——管制性委員會，可說是合議制行政組織的兩種基本類型。前者是幕僚機構(單位)，多係臨時編組，目的在協

助主管機關正確決策或有效行動；後者則屬機關性質，有獨立權限，功能爲三權合一以統合管制性業務。本節之參與——審議委員會(簡稱參與委員會)和下節的首長——執行委員會，應算是合議制行政組織運作上的「變型」或「混合型」。以參與——審議型而言，顧名思義是：行政機關中，特別爲參與某些政策審議任務而設的委員會組織。按理其角色應雷同於諮詢——協調型之幕僚性質，蓋經常只是個案參與特定事件裁決或政策擬定，並非機關地位，也甚少常設，故與所謂協調、研究、諮詢事項，常被歸爲同一類型之行政組織(行政院研考會，1987: 70)。不過，在組織功能的發揮上，其有特定「實體法」爲設置依據，又強調學者專家之專業性與代表性，且經常擁有某種程度的準立法與準司法權限，設置作用無疑和獨立——管制委員會十分相近，只是未具常設性機關地位而已。

㈠設置目的

參與委員會，乃某一法令明確規定，爲審議特殊行政事項，該主管機關內部必須設置職司其事的合議制組織，來參與政策決定過程，俾能獲致較佳決策品質。例如：區域計畫法第四條第二項規定，各級主管機關爲審議區域計畫，應設立「區域計畫委員會」；又外國人投資條例第七條規定，外國人依本條例所爲之投資，由「經濟部投資審議委員會」審議及處理之。

這類委員會又有下列各種不同功能：①參與認可或許可行政處分、②訴願性質之行政救濟、③對特定之職業人員(如會計師、建築師)之懲戒或評議、④營準司法作用之調解、仲裁或評審鑑定等(許慶復等，1992: 8－9, 275)。以下對本型之組織結構、運作程序和功能評估，將用經濟部投資審議委員會(簡稱投審會)與改制前的「行政院政黨審議委員會」(成立於民國78年5月，並在81年9月裁撤，另於內政部新設相同名稱與職能的組織，簡稱黨審會)二者爲例，來簡單說明其各項特質或問題所在，並與前二類型委員會略加比較。

㈡組織結構

投審會的常設性與黨審會的任務編組，是參與性委員會兩類截然不同的組織型態。投審會依其組織規程(本型委員會雖多有作用法爲設置依據，惟少有正式通過組織法者)第二條，委員包括經濟、財政、外交、交通、內

政、僑委會、央行、經建會、陸委會等業務相關之中央部會之「次長」，以及省建設廳長和北、高兩市建設局長等十二人，由經濟部次長爲主任委員。內部組織設有秘書、稅務、外匯、輸出入、工商行政及投資考核等六組，並置執行秘書一人，承主委之命綜理本會事務。其職員由各業務主管機關派駐，以合署辦公方式兼任各組工作。由此組織結構可知，投審會之功能，兼含對特定業務之審議、協調與執行。

黨審會組織規程第三條規定，本會置委員九人至十五人，均爲無給職，任期三年，由行政院院長提請總統派充之，並指定一人爲主委(註：由行政院副院長擔任)，執行委員會決議，綜理本會事務並指揮所屬職員；委員由社會公正人士組成，其具有同一黨籍者，不得超過總額二分之一。綜觀其內容，可謂全係「中選會」組織模式之翻版；有關此種設計之運作缺失，併於次項說明。委員有任期保障和考量黨派平衡，無疑係強調「獨立性」特質，而與投審會所重視之「協調性」有別。在事務局上，雖編制數十名幕僚人員，但實務上卻因管轄業務少，多由行政院秘書處職員調兼，僅一人專職而已(許慶復等，1992: 164)。

㈢運作程序

黨審會會議以二個月舉行一次爲原則，必要時得召開臨時會議，均由主委召集，並任主席。開會須有全體委員過半數之出席，表決則以出席委員過半數爲之，可否同數則取決於主席；但對解散政黨的表決，應以出席委員三分之二以上的同意行之。黨審會主要職掌在對內政部移請政黨處分案作審決，故偏屬準司法權之功能，且程序也有明定合議制與多數決。但性質屬「參與性」角色，所做裁決仍須移由政黨業務之主管機關(內政部)據以爲行政處分。正因如此程序設計，法理上便生扞格不入之處：蓋行政院黨審會地位上本屬內政部上級機關，但其決議後行政處分卻須交由內政部作成；倘有不服此一處分者，僅能向內政部提起訴願，則無異下級機關有權審理、甚至交更上級機關的決定，的確有所不當。而黨審會成立不到三年，便因審議「民進黨台獨黨綱案」，而迭遭批評(謝瑞智，1992；林子儀，1992)。故憲法增修條文第十三條第二項特別規定，應由憲法法庭審理政黨違憲之解散事項。除此，其它輕微的政黨處分之審議，今已改由內政部另設內部參與性組織(仍名黨審會)接掌相關功能。

投審會歷經數十年之運作(成立於民國49年)，已呈常設性行政組織。故雖規定每二星期召開委員會一次；且除委員參加外，並得邀請其它有關機關或專家列席。但事實上，除非特殊個案或重大政策之決定，一般委員會議甚少如期召開；反而多由該會執行秘書承主委之命，或甚至直接由經濟部長以主管機關首長身份，逕予決策。委員會議與各組職員，主要負責的只是聯繫、協調與執行的例行工作而已。

㈣功能評估

不論是投審會或黨審會，以及其他類似組織，由於其並非機關地位，獨立性本就不易確保。縱然有法律明文規定其特殊專屬權限，但在缺乏適當組織結構與運作程序下，以往各主管機關倘能偶而給予若干「參與」空間，尊重其客觀或專業的「審議」功能，即十分難得；遑論其能眞正擺脫「橡皮圖章」之批評；發揮決定性影響。黨審會改隸內政部後，一年內只開兩次會議，安靜得教人幾乎忘了它的存在(林瑩秋，1993b: 46－51)，就是顯例。

不過，隨著行政專業化與政治民主化的腳步，政府機關必須重視專家意見和大衆參與，已是可預見之不爭趨勢。尤其是「行政程序法」完成立法後，此類參與——審議型委員會之角色，必然會益形重要，且數量愈來愈多。屆時，其與諮詢——協調型或獨立——管制型兩類委員會之角色與功能分際，便將因此而更加明朗化。

## 陸、首長——執行型

正如參與——審議性委員會，在地位上有時不易與諮詢——協調性委員會明確區分，在功能上卻又近似獨立——管制型委員會；首長——執行性委員會，通常合議制組織設置當初，也是偏向爲協調處理特定事務而成立，然因組織運作上並無定期檢討，經常時間一久，即蛻變爲首長制決策型態，且將原屬臨時性協調或諮詢任務，予以常態化執行。按組織學理而言，此種合議制機關係行政功能分化的產物；惟其囿於組織惰性且欠缺國會監督，未能適時調整本身決策型態，致結構安排上頗爲突兀。此與「行政機關採首長制，非有必要不得採委員制」(行政院研考會，1987: 27－28)

的組織建制原則，非但形式上扞格不入，實務運作也迭遭批評。

㈠設置目的

嚴格說來，此類委員會之創設，大多是歷史發展的偶然，本非刻意安排所致。故理應爲數不多，奈何以往我國政府組織結構，向來歷史包袱甚重，不僅機關組織法治化(中央法規標準法第五條第三項)無法有效落實，「黑機關」現象甚多(中國時報，1993, 7, 6: 4版)；各機關內部組織結構是否合理？更長期缺乏深入評估和適時改進。舉例而言，本類型委員會不論其組織地位層級，可說屢見不鮮。如：八部二會中蒙藏委員會與僑務委員會、即將改制爲部的行政院農業委員會與勞工委員會、存廢頗生爭議的行政院青輔會與退輔會，以及經濟部能源委員會與內政部著作權委員會等行政院各部會所屬下級機關或單位……等等。

政治號召與歷史傳承，是蒙藏會與僑委會長期存續的主要原因，此二機關採取合議制組織型態，完全是形式上考慮納入各民族或各地域之代表，參與決策過程，藉提供委員名額以收攬人心，俾維持政府統治的正當性(蕭全政等，1993: 45－55)。農委會與勞委會成立之初，未逕設部或採取首長制二級行政機關(農業署、勞工署)之主要原因，則係政府當局囿於「行政院維持八部二會之組織架構，也是一種法統，不宜輕言擴張」的政治迷思，在立法院所妥協產生的組織模式(同上：22－28；行政院組織法研修小組，1988: 176－79, 238－42)。青輔會與退輔會，乃針對特定時空與對象所設，功能本屬協調性委員會，嗣後，逐步發展成執行性機關組織型態(蕭全政等，1993: 7－8; 97－102)。能源會與著權會則係適應新生事務，原主管機關在未成立新的法定組織專司其事前，所採取之任務編組式部內委員會。

以上，雖然各個委員會的設置背景、機關層級，或許有所差異，但其以合議制組織型態，選取得組織地位之正當性，進而發展爲首長——執行性運作模式，則演進情況皆大同小異。故本文特別予以歸納成同一類型。以下，再分從組織結構、運作程序與功能評估等各層面，來略述其建制理念，及與其它類型合議制行政組織的不同特質，俾能掌握類型區分上關鍵所在。

㈡組織結構

主委法定地位高於副主委和一般委員，且委員人數與任用資格未嚴格限制，是首長——執行性委員會組織上的兩大特色。如：蒙、僑二委員長爲特任(且爲行政院政務委員)，但其委員人數衆多，前者爲27至35人(簡任)，後者更多達90至180人(無給職)；另農委會與勞委會除主委與副主委係專職外，委員(7至11人)多爲兼任、無給職。另事務局組織健全，分工與運作模式與一般首長制機關幾無差異，也是此類委員會以「執行」功能爲主的必然現象。

㈢運作程序

本類型委員會所規定之開會次數，頻率不一，如：僑委會每年一次，青輔會與退輔會每三個月一次，蒙藏會、農委會和勞委會皆每個月一次，甚至著作權與能源會，二者在組織規程中並未明定。但是，形式意義重於實務效果，是此類委員會的主要特徵。其中，除蒙藏、僑務兩委原會因尙有政治號召意涵外，其餘各委員會幾乎皆由主委綜攬會務，甚至必須負擔政治責任。集會(多未按時定期召開)目的除必要性的協調事項外，幾乎皆係「橡皮圖章」。因爲，實務運作中，委員多係由主委遴聘、兼任，扮演諮詢角色之成分更重於實際參與決策，也甚少有所謂採取「多數決」之合議決策行爲。

㈣功能評估

既然因特殊創制背景而設置，完全否定此類委員會的合議決策模式與組織存在價值，似無必要。相反地，針對個案具體檢討其改爲首長制之必要性和可行性，毋寧是較佳革新方案。首先，以政治號召爲主要目的者(蒙藏、僑務二會)，其合議形式應較無不當，所要評估者反而是政治號召之作用是否眞正恰當？有效達成？亦即委員會組織名稱結構與運作程序的改善問題。其次，囿於政治迷思(農委會和勞委會)或官僚惰性(著權會和能源會)，二者無疑皆應合理改制爲一般首長制行政機關。至於，原爲輔導特定對象所設之委員會(青輔會與退輔會)，因其原功能在採合議制以協調各有關機關共同達成特定目標，故於階段性任務完成後，似應僅存定期諮詢——協調功能，而將實際「執行」業務回歸原屬各主管機關，方爲正常行政機關組織、運作之道；此即行政院組織調整上，論者主張應裁撤「行政院青輔會」，改於教育部內設「青輔會」，行政院僅置「青少年問題諮

詢委員會」(屬第一種類型)的道理所在(行政院組織法研修小組，1988: 203－209)。

## 柒、檢討與建議

委員會組織型態，在行政學理上，優點是：

①集思廣益並反映民意，可獲得社會各界支持、②彼此相互牽制監督，不易營私舞弊、③對特殊事務或問題，考慮周詳而面面俱到、④不受上級長官過分干涉，合乎參與和民主精神；缺點卻爲：①權責不明確，常爭功諉過、②委員地位相同，易有傾軋排擠、③力量不集中而行動遲緩，效率降低致貽誤事機、④多人參與討論，難能保守機密(張金鑑，1991: 228－229)。就行政機關內部規劃上運用而言，採委員會組織型態也是利弊互見，好處係：①各種協調活動的有用媒介、②傳播新訊息並加速其流通、③衆人判斷比個人決策較完美、④聚集更多不同的學識與專業背景、⑤給屬員有參與感而容易支持政策、⑥可用於拖延行動或避免危機、⑦權責分散不全繫於單一個人、⑧它是訓練次級主管的最佳場所；短處則有：①行動遲緩且費用高昂、②妥協決策致夷平功能、③責任平分會推諉塞責、④常被少數個人所控制，形成「一人委員會」、⑤被用於不適當的目的，如監督屬下等(彭文賢，1987: 82－83)。事實上，不同設置目的、組織結構、運作程序的各種類型委員會，其正、負功能之產生必由相對應特殊機制所造成。因此，合議制行政組織的模式，並無絕對利害得失，端視其能否適當運作而定。

從美、日、德等先進國家的相關經驗可知：各國皆大量設置、頻繁使用合議制行政組織(尤其是諮詢性與參與性委員會)，其背後所反映的時代精神是「參與決策」和「理性行政」等政治民主化與行政專業化趨勢；且基於法律安定性的考量，各國對這些行政委員會的組織結構與運作程序，多儘量予以法治化，並有適當的控制與監督(許慶復等，1992: Chaps.2, 3, 4; 297－99)。(表一)是參考各國法制，以學術觀點從「理念型」(ideal type)角度出發，就四類合議制行政組織的各項特質，分別列表比較。俾供檢證不同個案的屬性定位，並據以適確評估其組織設置的目標與手段間，有無

未盡合理、一致現象？期能妥適改進國內缺失，發揮「行政委員會」的最佳效果。

**表1.合議制行政組織的四種類型***

| 類型區分 | 諮詢——協調 | 獨立——管制 | 參與——審議 | 首長——執行 |
|---|---|---|---|---|
| 設置依據 | 行政命令 | 法律 | 法律 | 法律 |
| 組織法源 | 規程 | 條例 | 規程 | 條例 |
| 地位屬性 | 單位 | 機關 | 單位 | 機關 |
| 委員組成 | 行政官員 | 學者專家 | 各方代表 | 行政官員 |
| 人數限制 | 不拘 | 5人 | 不拘 | 不拘 |
| 任期規定 | 不拘 | 六年 | 一年 | 不拘 |
| 考取與否 | 兼任 | 專任 | 兼任 | 兼任 |
| 任命資格 | 業務相關 | 公正專業 | 公正專業 | 業務相關 |
| 黨派比例 | 不拘 | 平衡 | 平衡 | 不拘 |
| 準立法權 | 有 | 有 | 有 | 有 |
| 準司法權 | 無 | 有 | 有 | 無 |
| 行 政 權 | 無 | 有 | 無 | 有 |
| 主任委員 | 首長兼任 | 委員互選 | 委員互選 | 首長指派 |
| 專屬幕僚 | 無 | 有 | 無 | 有 |
| 開會次數 | 不拘 | 每週一次 | 不拘 | 不拘 |
| 議決方式 | 首長制 | 多數決 | 多數次 | 首長制 |
| 功能定位 | 政策建議 | 超然掌理 | 公正裁決 | 施政協調 |

*本文採理念型（ideal type）分類法，實務上或有若干扞格，主要在取其重要特質加以歸納。

至於，究竟當前國內相關問題安在？一般運作現象有何缺失？應該由誰負責控制、監督？怎麼去從事改革？又有哪些具體方案？以下擬再分項擇要論述之。

首先，「類型區分不明確」是國內合議制行政組織的主要問題關鍵所

在。長時期的威權政體已習於集權式行政運作，機關首長多採獨任決策方式，縱然偶有設置合議制行政組織，通常目的僅供作爲顧問諮詢或協調聯繫的運作機制，甚至用以分散行政責任而當成「橡皮圖章」般背書工具，負面影響遠大於正面功能。當然，民主、法治未具體落實，是往昔「行政委員會」類型未明確，且多屬於諮詢協調型(臨時性)與首長執行型(常設性)的主要原因。雖間有若干參與審議型委員會，在法定權限或形式程序上確具準司法功能，但常因組織結構未盡合理，實務運作上不易充分發揮客觀、專業的具體功能。更遑論獨立管制型委員會，能享有公正、超然的運作空間，即使是「千呼萬喚始出來」的中選會與公平會，無論在組織設計或實務運作上，也頗難與美、日兩國類似組織之「獨立性」自主程度相提並論(蕭全政等，1993: 77－84)。故參與審議型和獨立管制型，被囿於諮詢協調功能，甚至淪爲首長執行性質，即爲我國「行政委員會」制度尚未合理發展的明顯指標。

其次，「組織結構欠完善」造成委員會設置目的無法有效達成。就委員組成而言，「同質性」太高是普遍化的缺失所在，經常造成「團體思考症」(group－think)，此乃合議功能的致命傷，更是政策失敗的重要原因(Hart, 1990)。委員欠缺專業人數太多與熟面孔一再出現，必然導致合議功能流於形式化，讓主席能夠專擅，幕僚容易僭越。其中，諮詢協調性委員會向由主管機關首長擔任主委(若干常設性除外)，委員或爲「客卿」、或爲「部下」，會議品質難脫「一言堂」，加上缺乏專屬幕僚，實際運作上多流於「顧問」、「聯繫」而已。獨立管制性委員會則委員組成雖有黨派限制，但過多比例的無黨籍人士與缺乏主要反對黨參與，加上委員非由國會同意任命，而主委係兼任(中選會)或指派(公平會)、與其它委員間地位並非眞正平等，在在都影響其客觀公正形象的建立(許慶復等，1992: Chap.5)。另獨立管制性委員會理應有較長(六年以上)任期之保障，國內卻只訂在三年一任，又無「交錯任期」之運用，將不利於政策連續性與經驗傳承。

再者，「運作程序形式化」致合議功能屢遭質疑。諮詢協調型委員會因爲毫無節制地不斷設置，使相關會議多如牛毛，而各行政首長疲於奔命，經常委由部屬「代打」，更因此造成授權不足，故「會而不議，議而

不決」徒勞無功現象屢見不鮮，甚至更有「會後翻案」情事(陳志華，1987: 10)。參與審議型與部分獨立管制型委員會則因委員係爲兼職，且由主管機關行政首長所聘任，多僅能消極、被動地參加會議；而且，主管機關首長(擔任主席)除了會前資料與會中議程的刻意安排、積極主導外，會後也不一定即完全接受該委員會所做的決議事項。幕僚作業太過簡略、缺乏聽證制度，也是各類委員會運作多屬非正式程序的原因之一，使多數決流於形式，合議過程經常呈現「虛假共識」(false consensus) 的結果(許慶復等，1992: 329)。

最後，「功能評估未落實」使行政委員會體制始終績效不彰。其實，對於前述各類型合議制行政組織的許多缺失，國內學界(張潤書，1986: 339－47； 陳志華，1987, 1989；黃振成，1977)與實務界(鄭興弟，1981；國安會，1987；行政院研考會，1987)已有不少檢討與建議。誠如美國學者Phillip T. Copper所言，委員會皆同樣會歷經孕育發展、成熟、老化等生命週期(1988: 265－67)。獨立管制委員會的委員亦然(Eckert, 1981)。以往各有司機關未能合理導引，反多阻礙其正常運作，使合議制組織功能流於形式，無法有效達成設置目標。行政學大師Herbert A. Simon更謂：「如果委員會組織，沒有眞正存在的理由，或者委員會的主席主持無方，或者秘書人員的準備工作做得不夠，或者在其工作完成之後仍舊存在，那麼委員會便是個費錢費事的組織」(雷飛龍譯，1967: 273)。印證國內現象，情況的確如此。缺乏明確主管機關、沒有有效管理規範、未能定期徹底檢討、無法客觀評估成敗，凡此皆亟待積極改善。

隨著憲政改革日漸落實，從威權獨裁到民主法治，已是今後政府運作的必然趨向。未來國內合議制行政組織一定會再繼續擴增，功能也將更加重要。針對上述四項體制缺失，以下擬未雨綢繆地提出幾點革新芻議，期能有助今後行政委員會的良性發展：

㈠組織創設應有「資產vs.負債」觀念(李長貴，1983: 243)。各類型行政委員會皆有獨特功能，但運用不當則適得其反。從成本效益的具體評估出發，需設就設，當廢則廢，才是理性行政的應有作法。

㈡制定「行政機關組織通則」(行政院研考會，1987)。將合議制行政組織的設置標準明文規定，以杜浮濫、浪費情事。其中，非但類型應予明

確區分，組織結構更須具體規範。

㈢早日通過「行政程序法」(翁岳生等，1990)。讓各機關組織運作程序明確化、公開化、避免委員會議過度受到主席或幕僚人員的操控，而失去眞正合議的功能。至有關如何使會議進行程序能更有效率，也應參考學理(Tropman, 1979, 1980；李長貴，1983；彭文賢，1987)擬定一套標準規範，供參考與依循。

㈣獨立性委員會須具有完整的行政權與準立法權、準司法權(許慶復等，1992: Chap.5；蕭全政等，1993: 77－96)。委員人數以五人爲當，由最高行政首長提名，經國會同意後任命；委員任期有較長(六年)之保障，並須確實維持眞正黨派平衡。其人事權與預算權也應給予適度保障。

㈤其它類型委員會，由行政院研考會統一編册列管(許慶復等，1992: Chaps.8,9)。實施以二年爲限的「日落條款」制度規範，定期檢討並公開評估其設置目的、組織結構、運作程序與具體功能，做爲主管機關行政監督的參考與各委員會存廢之依據。

## 捌、結論

合議制行政組織數量日漸增多、角色益形重要，可說是現代福利國家強調參與民主和行政專業化的必然現象。藉由集合學者專家，社會賢達、利益團體代表與行政機關官員等各種不同背景人士，採委員會式決策型態，使政府政策和實際行動，能夠符合民意並有效完成任務。不過，並非每一個合議制行政組織皆可如願以償，從設置目的、組織結構、運作程序到功能評估，每個環節必須緊密相扣，方能達到預期效果。愈是先進民主國家，無疑愈能將此種異於首長制常態的行政組織運用裕如，使合議制度的功能充分發揮。

反觀國內有關此項課題，在實務上，雖設置與運作也頗頻繁，但績效似乎未見彰顯。在學理上，也多僅停留於一般化原則之引介，或直接對不同功能做區隔說明，似乎無法提供一個較完整的分析架構，藉以具體評估各委員會之成敗得失。而究其原因，主要是未能有效分類，導致難免同籠，欲明辨個別屬性已頗不易，自難進一步深入檢討缺失成因所在，而能

提出合理可行的具體革新方案。

因此，本文兼從法定地位與功能取向兩種角度出發，先將既存合議制行政組織區分爲①諮詢——協調、②獨立——管制、③參與——審議、④首長——執行等四種不同類型。並根據學理和外國經驗，各別從設置目的組織結構運作程序功能評估等四個面向，說明其組織特質並比較彼此差異。再據以綜合檢討國內現況，最後提出若干改進建議。

歸納我國當前合議制行政組織之缺失，主要有四：①類型區分不明確、②組織結構欠完善、③運作程序形式化、④功能評估未落實。這樣的組織病象，其實係肇因於往昔威權政體之集權式(或稱獨裁式)決策風格，非但行政機關內部無力自我檢討、有效調整，來自國會的外部監督，也大多軟弱無力、似有若無。

然而，憲政改革逐步落實後，民主化與法治化將使行政革新益形迫切，「行政委員會」制度所強調的多元參與和專業理性，必然日漸受到重視。特別是近年來政黨政治的良性發展，使行政與立法兩部門間制衡關係更加明確制度化。各類型合議制行政組織如何合理設置？有效運作？未來應該會更成爲一個受關注的課題。因此，本文提出五項主要改革建議：①設置時應有成本效益觀、②制訂「行政機關組織通則」、③儘速通過「行政程序法」、④強化獨立型委員會之公正性、⑤定期評估幕僚型委員會之組織結構與運作功能。

總之，合議制行政組織是一種「中性」的政策工具，其成敗得失端視能否正確設置、有效運用而定。本文從類型分析爲出發點，輔以英、美、日等先進國家相關經驗，期盼對國內當前各類行政委員會之複雜、失序現象，提供一個比較清晰、完整的分析架構。

# 參考文獻

## 一、中文(含日文)部份

川上勝己。1979。<獨立行政委員會の今日的課題>，《法學セミナー增刊》，總合特集ミリースド，頁204－11。

山內一夫。1965。《行政法論考》。東京：一粒社。

《中國時報》。1993報6，23，二版。

《中國時報》。1993。6，27，二版。

《中國時報》。1993。7，6，四版。

江大樹。1993。<花蓮弊案應由中選會善後>，《民衆日報》(1993，3，12，三版)。

朱　武。1972。《美國胡佛委員會報告之研究》。台北：嘉新水泥公司文化基金會研究論文，第227種。

行政院研考會。1987。《行政機關組織通則草案之研究》。台北：行政院研究發展考核委員會。

行政院組織法研修小組。1988。《行政院組織法研究修正專案小組總報告》。台北：行政院組織法研究修正專案小組。

李長貴。1983。<會議及委員會團體過程之探討>，《社會科學論叢》，第三十一輯，頁241－57。

林子儀。1992。<政黨審議委員會應如何定位>，《自立晚報》(1992，2，19，二版)。

林紀東。1982。《行政法》。台北：三民書局。

林瑩秋。1993a。<連內閣全方位施政目標的困境>，《新新聞周刊》(1993，7,4～7,10)，頁40－41。

林瑩秋。1993b。<政黨審議委員會改隸後的功能及未來動態>，《新新聞周刊》(1993,8,1～8,7)，頁46～51。

林騰鶴。1990。《美國聯邦交易委員會之研究》。台北：行政院經建會經社法規研究報告，第4008號。

紐先鍾譯。1973。《美國總統顧問體制》。台北：國防部編譯局。

翁岳生等。1990。《行政程序法之研究》。台北：行政院經建會經社法規研究報告，第1007號。

陳水亮。1986。<美國聯邦獨立管制委員會>，《美國月刊》，第一卷第三期，頁113－20。

陳永烜。1974。<美國獨立管制委員會體系的研究>，政治大學公行所碩士論文。

陳志華。1987。<內政財政經濟交通四部專設委員會的組織與運作>，台灣大學政研所博士論文。1989。

陳志華。<各部所屬部際委員會的運用與變遷>，《行政學報》，第二十一期，頁31－50。

陳鉅堂。1975。<美國獨立管制委員會之研究>，台灣大學政研所碩士論

文。

許介麟。1990。<中央行政體制之探討——由日本的行政改革經驗論起>，收於蕭全政主編，《民間國建會特輯——重建行政體制》，頁51－70。

許永煌。1990。<美、日行政委員會之研究>，中興大學法研所碩士論文。

國安會。1987。《行政機關組織與員額之研究》。台北：國家安全會議編印。

張金鑑。1967。《美國政府》。台北：三民書局。1991，《行政學典範》。台北：中國行政學會。

張潤書。1986。《行政學》。台北：三民書局。

曹俊漢。1977。<評析美國總統諮詢委員會的政策使命>，《美國研究》，第七卷第二期，頁99－123。

黃振成。1977。<行政機關中委員會的功能及其運用之研究>，政治大學公行所碩士論文。

陸潤康。1986。《美國聯邦憲法論》。台北：凱倫出版社。

許慶復等。1992。《行政委員會組織與功能之研究》。台北：行政院研究發展考核委員會。

華力進。1988。<中華民國的行政發展>，收於銓敘部主編，《行政管理論文選輯(第三輯)》，頁15－33。

彭文賢。1987。<委員會的設計與功能>，《行政學報》，第十九期，頁77－91。

雷飛龍譯。1969。《行政學》(Herbert A. Simon等著)。台北：正中書局。

雷飛龍。1972。《美國總統的幕僚機關》。台北：商務印書館。

雷飛龍。1979。<行政組織的意義>，收於張金鑑主編，《雲五社會科學大辭典(第七册)——行政學》，頁22－23。

鄭興弟。1981。《行政院暨所屬各主管機關建立諮詢制度之研究》。台北：行政院研究發展考核委員會。

謝瑞智。1992。<政黨之處分宜由憲法法院處理>，《中國時報》(1992，2，19，四版)。

羅傳賢。1985。《美國行政程序法論》。台北：五南圖書出版公司。

蕭全政等。1993。《行政院組織法修正案論文集》。台北：國家政策研究中心。

## 二、英文部分


Batten, Donna, and Peter D. Dresser. 1988. Encyclopedia of Governmental Advisory Organizations 1990－91. 7th ed. Gale Research.

Baylis, Thomas. A. 1989. Governing By Committee: Collegial Leadership In Advanced Societies. Albany, N. Y.: State University of New York Press.

Berstein, Marver. H. 1955. Regulatory Business by Independent Commission. Princeton: Princeton University Press.

Cartwright, T. J. 1975. Royal Commissions and Departmental Committees in Britain: A Case－Study in Institutional Adaptiveness and Public Participation in Government. London: Hodder and Stoughton.

Cooper, Phillip J. 1988. Public Law and Public Administration. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice－Hall.

Corson, John J., and Joseph P. Harris. 1963. Public Administration in Modern Society. New York: McGraw－Hall Book.

Cushman, Robert E. 1972. The Independent Regulatory Commissions. New York: Octagon Books.

Dimock, Marshall E. and Gladys O. Dimock. 1969. Public Administration. New York: Holt, Rinchart and Winston.

Eckert, Ross D. 1981. " The Life Cycle of Regulatory Commissioners." The Journal of Law and Economics, Vol. 24, No.1, pp.113－20.

Ferguson, John H., and Dean E. McHenry. 1964. Elements of American Government. New York: McGraw－Hill Book.

Flitner, Jr. David. 1986. The Politics of Presidential Commissions. Dobbs Ferry, New York: Transnational Publishers.

G. A. O. 1988. Federal Advisory Committee Act: General Service Administration's Management of Advisory Committee Activities. U. S. General Accounting Office.

G. S. A. 1990. The Federal Advisory Committee Act: An Overview. U. S. General Service Administration Committee Management Secretariat.

Hart, Paul't. 1990. Groupthink in Government: A study of small Groups and Policy Failure. Amsterdam: Swets & Zeitlinger.

Hathorn, Guy B., Howard R. Penniman and Mark F. Ferber. 1966. Government and Politics in the United States. Princeton: D.Van Nostrand.

Jacob, Charles E. 1966. Policy and Bureaucracy. Princeton: D. Van Nostrand.

Katzmann, Robert A. 1981. Regulatory Bureaucracy: The Federal Trade Commission and Antitrust Policy. Cambridge, Mass.: MIT Press.

Ladis, James M. 1966. The Administrative Process. New Haven: Yale University Press.

Lindsay, Rogers. 1937. " The Independent Regulatory Commision." Political Science Quarterly, Vol. 7, pp.1~ 11.

Moe, Ronald C. 1982. The Hoover Commissions Revisited. Boulder, Colo.: Westview Press.

Nelson, Michael, eds. 1981. Congressional Quarterly's Guide to the Presidency. Congressional Quarterly.

O. F. R. 1991. The Unieted States Government Manual 1991 / 92. Office of the Federal Register / National Archives and Records Administration.

Phiffner, J. M., and R. Prethus. 1967. Public Administration. Englewood Cliffs, N. J.: Prentice— Hall.

Popper, Frank. 1970. The President's Commissions. New York: Twentieth Century Fund.

Redford, Emmette S. 1952. Administration of National Economic Control. New York: Macmillan Co.

Schwartz, Bernard. 1977. Administrative Law: A Case Book. Boston: Little, Brown & Co.

Steiner, George A. 1953. Government Role in Economic Life. New York: McGraw— Hill.

Tropman, John E., Harold R. Johnson, and Elmer J. Tropman. 1979. The Essentials of Committee Management, Chicago: Nelson— Hall.

Tropman, John E., with the assistance of Bronwyn Mills. 1980. Effective Meetings: Improving Group Decision— Making. Beverly Hills, Calif.: Sage Publications.

Tutchings, Terrence R. 1979. Rhetoric and Reality: Presidential Colo.: and the Making of Public Policy. Blouder, Colorado: Westview Press, Inc.

Ward, Peter C. 1988. Federal Trade Commission: Law, Practice and Procedure. New York: Law Journal Seminars Press.

Wheare, Kenneth C. 1955. Government by Committee. Oxford: Clarendon Press.

White, Leonard D. 1955. Introduction to the Study of Public Administration. New York: Macmillan.

Wolanin, Thomas R. 1975. Presidential Advisory Commissions: Truman to Nixon. Madison, Wis.: The University of Wisconsin Press.

法 政 學 報 第一期
民國八十二年七月第241～257頁
Journal of Law and Political Science No. 1
July 1993, p.241～257

# 國土規畫實施策略之探討*

張人傑**

# Thesis on the Implementing Policies of National Planning

by
Karl J. Chang

## 摘　要

八〇年代以來由於實質環境的惡化，亦即以住宅問題和土地問題爲代表的都市、環保、城鄉差距等問題的日益尖銳，使得國土規畫受到空前重視而成爲政府施政的重點。然而國土規畫做爲一種資源與權力分配的空間干預手段，事實上係透過社會、經濟的干預與政治過程才得以實現，並非單一的部門、法規或政策所可克竟其功。

本文的主旨在探尋「規畫規畫紙上畫畫墻上掛掛」背後的問題，診斷現行體制的缺失及不良現象，並針對實施規畫相關的法規和組織提出整體性的建議，說明國家的定位、社會的公平、民衆的參與是迫切的議題，而國土專職機構的變革、行政層級的精簡、土地交易的規範、重大工程的合理配置、行政機能的分散、空間法規的整合和落實，是當局實現規畫和政策所須面對的重大挑戰。

---

* 本文初稿於1992年11月10日至11日在台北國際會議中心「一九九二國土規畫研討會」宣讀，謹向原主辦單位致謝。
爲免行文過於細瑣，僅列參考文獻和部分註解。
**國家政策研究中心研究員、東海大學社會學研究所博士候選人。

# 壹、我國的國土規畫及其一般狀況

「國土規畫」是一種空間性的定義，大致是指政府透過對發展過程的影響和管理，以達成干預、控制全國範圍環境變遷的一種行政過程和設計；這種全國性規畫(National Planning)在我國的規畫層級和尺度上，相當於「台灣地區綜合開發計畫」(綜開計畫)。

嚴格的說，我國並沒有國土規畫，因爲綜開計畫的規畫權力和法律地位至今仍妾身未明，但是不論規畫尺度大小，最終都必然要落實在實施策略(Implementing Policies)和土地使用計畫上，因此在有關國土規畫的討論中，多將綜開計畫、區域計畫與下位的縣市綜合發展計畫、都市計畫等實質計畫一併探討，或是將綜開計畫與其他全國性的政策如經建計畫、重大建設等參照比較。

本文將以規畫的實施爲中心，選擇性的討論相關的議題，但這並不意味本文將漫無目的或沒有立場，相反的。我們認爲(1)規畫是一種連續的過程，是不斷反復修正的；(2)規畫的實施受制於外在政治經濟條件，必須溝通、說服乃至爭取才能實現；(3)規畫是一連串的選擇和決策；(4)規畫必須是行動和執行取向的去面對各種不確定性；(5)規畫必然有其目標，此目標不但是技術性的更可能有意識型態和倫理動機；(6)所有目標都須以最佳手段來加以執行，因此手段—目的關係與倫理—事實判斷之間都會決定規畫的可行性(Bristow, 1984: 5－7)。

規畫做爲一種過程，有其特定歷史性和時間上不易截然分割的性質，但是如以實施的過程而言可大分爲兩個過程，一是形成規畫目標和架構的意志和環境，一是執行規畫內容的條件和制度，我們的討論將著重在後者，也就是國土規畫成爲一種意象、目標、決策甚至法律後，如何轉化、展現在實質國土空間上的問題。

國土規畫做爲政治決策或法律，必須透過政策工具(Instrument)以政策方法(Measures)來加以實現，一般而言主要的政策工具可大分爲四類：(1)實質工具，包括公共投資與土地使用的管理；(2)財政工具，包括經濟政策與賦稅、預算政策；(3)法制工具，包括對環境的管理與社會經濟活

動的規畫；(4)組織工具，包括行政機關與公私法人的關係。

政策方法主要指具體的政策行動方案，以及各種權宜措施和調查、諮商、協議等，本文討論的對象將以政策工具爲主，在進行國土規畫問題的討論前，我們將先說明國土問題和國土規畫實施的問題。

## 貳、國土問題和國土規畫問題

如同我們的國家面臨的是一個詭譎多變合縱連橫的世界一樣，規畫者面臨的常是一個錯綜複雜的社會和不可知的未來，決策環境的不確定性和規畫體系的無力感常是國土規畫的困境和限制。

雖然國土規畫的問題與近年來日漸凸顯的國土問題(空間問題、都市問題)關係爲何，或者規畫理念、決策目標與社會事實間是否存在「認知落差」，已經無關宏旨；因爲國土問題經由民衆、民代與社團的指陳，政府與專家學者的爭辯與處置，以及媒體的報導討論，國土問題已經成爲家喻戶曉的社會問題甚至國家問題，既是政府的重大施政問題同時也形成國土規畫的挑戰；國土問題大致可歸納如下。

(1)土地利益分配和貧富差距問題；土地利益大部份歸私，帶動土地投機囤積和壟斷，包含不動產的貧富差距擴大到近廿倍，加深社會不公，地主階級以土地暴利掌握政治資源，受薪階級購屋無望(林子瑜，1990: 4)。

(2)敏感土地破壞嚴重，國民生命安全堪慮；山坡地過度開發，非農業使用者達十萬公頃以上，水土沖蝕流失危及居住安全；沿海土地利用泛濫，海岸地層下陷、土地流失、鹽化嚴重。

(3)土地污染及生態破壞嚴重，生活及生態環境惡化；化學及重金屬污染破壞降低土地使用價值，家庭及事業廢棄物處理成爲地方政府之癌，水源污染危及飲用和工業用水，河川及沿海生態即將滅絕。

(4)土地取得困難，公共建設及工業投資受阻；公共投資受阻於土地取得，耗費鉅額經費又延緩建設時效，工業興辦人無力取得必要設廠用地，住宅、交通、遊憩、服務設施供應不足，無法支持生活和生產活動所需。

(5)土地使用衝突及效率不佳，造成國力浪費及民衆損失；工業用地閒置者達四分之一，部份地區轉用爲住商用途者泛濫，人頭農民充斥且農地

廢耕、休耕頗多。

土地問題是國土規畫的最大癥結，也是國土問題和國家發展的關鍵，土地問題不合理解決，則工業不能生根經濟發展受困，公共建設受阻則社會經濟轉型遲滯，國民大衆居處困難生活品質難以維持，生態環境惡化人類生存備受威脅，這些源自土地問題的危機或困境，直接威脅國土安全，也使國土規畫必須積極使用政策工具去加以克服，另外還有間接性的政策工具所要面對的重大公共投資和都市與區域問題，可以統稱爲國土規畫問題。

(1)重大公共建設決策略嫌粗疏，基礎研究及整體協調顯然不足；以國建六年計畫爲代表的歷次重大公共建設決策過程均過於匆促，可行性評估及財務計畫均過於粗糙，也未充份溝通以建立社會共識和認同，各主管部會和各項投資間的合作和相容性亦不足。

(2)重大建設的實施和執行能力不足，工程品質和效率堪疑；甚多工程的技術層次及工程規模過鉅，現有行政、營造及技術能力均待提昇，發包、監造、審計　勞力等問題和制度亟待改善。

(3)公共投資偏重生產性設施，消費性、服務性、社會性投資比重不足；十二項建設以來雖然社會性投資有其一席之地，但是國宅、休閒及消費服務及供應仍不足，經建投資方面，次級產業的優先性應兼顧三級產業的發展。

(4)公共設施和基本設施質量不佳，服務品質和機能不良；下水道、公園綠地、道路面積過少，教育、醫療、文化設施分布不均，墳墓、垃圾處理、遊憩設施不佳，各項公共設施使用效率和空間結構有待調整。

(5)人口、行政機能和產業過度集中，區域發展不均衡；就業機會、工業產值、公共投資均偏重西部南北兩端，歷來各項分散措施成效有限，人口和都市問題並未紓解，政治權力機關集中於北部，行政管理也未依層級分散。

(6)都會持續成長，都會問題和城鄉差距更加惡化；都會人口持續成長且有單極化集中現象，人口負成長範圍相對擴大，造成都會自然和社會環境負荷過重，如飲水、垃圾、居住密度、地價等問題，使都會機能的轉型、提昇困難，鄉村和偏遠地區人口外流嚴重，就業、生產和服務機能日

衰，農村生活環境品質不佳。

(7)社會及開發活動強度和範圍擴大，生態和自然保育措施仍待加強；雖然環保措施和保育意識日漸提昇，但在工商擴張和社會活動的強大壓力下，河川、海域、天空的使用日漸頻繁，高爾夫球場、水壩、碼頭、農工設施和其他社會活動的陸續發展，亟待有效規範和管理。

(8)中央與地方的分工不盡合理，規畫的推動、實施體系運作不良；地方政府的空間管理機能及財務能力明顯不足，規畫設計角色和執行能力常流於形式，上位計畫和上級決策常與地方政府意願扞搁或不符地方所需，上下計畫連貫困難，且人民參與不足造成實施的困擾。

(9)部門計畫缺少整體協調，計畫間時常相互衝突或脫落孤立，如工業區開發計畫和遊憩區甚至自然生態保育區位競爭，新市鎮計畫缺乏對外交通系統與財務支持。

(10)上位計畫地位職能不明，逾時過久尚未檢討且與重大建設脫節；綜開計畫僅以行政命令地位勉強協調運作且行政職能也不明確，區域計畫十餘年來尚未檢討，加以社會經濟變遷及各種重大建設陸續實施或完成，綜開計畫與區域計畫之內容、構想與國家實際時空條件的差距頗大(陳定南，1992)。

(11)規畫體系職能與實際權責落差太大，甚至專業與行政角色均嫌不足；橫向的專業角色與主管權責，以及縱向的指導、規範或執行功能不彰，與規畫體系平行的審議制度仍待改善，以提高規畫的週延和合法性。

(12)外部政經環境變化極鉅，國土規畫體系之職能相對萎縮；國內政治結構、權力關係變化極大，國家的國際競爭壓力日增，但國土規畫能力及措施卻過度保守相形落後。

## 叁、國土規畫實施條件與環境的議題

國土規畫做爲一個不斷回饋、修正、爭議和檢討的過程，其每一階段都是在實現一種目標，同時也爲下一階段的目標舖路，因而政策的制訂必須先釐清其政策目標，並綜合考量其政策實施的條件和環境，才能以最佳的手段去追求、體現其目標。

精神上而言綜開計畫是國家實質建設計畫的最高指導發展計畫，實際上則其計畫目標可以看成是定位在國家整體資源分配和國家整體意象和發展方向的建構上，因此，國家意象的思考是國土計畫不可推卻的議題，至少也應將其視爲國土規畫實施的外部環境，否則規畫實施目標的迷失將造成規畫時空環境的錯亂。

(1)我國是在國際政經體系下競爭的一個行動主體；雖然正式外交關係極其有限，但是我國的中小企業家和經貿官員仍遍佈世界各角落，活躍的國人在許多國際組織中有既定的地位，政府也和各國維持一定程度的經政關係，特別是在後冷戰時期國際政治日漸舒緩的今天，國際舞台空間日益寬廣，而區域性政治經濟合作也逐漸抬頭。

(2)外向型的經濟型態正面臨考驗；特出的貿易依存度是台灣社會經濟體質的最佳說明，在國際資金流動方向上，我們已從資金的吸收者逐漸變成資金的供應者，相對的經濟型態也由進口替代轉變成出口與內需並重，而經濟成長掛帥也將由國民福祉優先所替代，國際經濟競爭能力則必須靠產業轉型和技術昇級來維持。

(3)須以履行國際責任來確保國際人格；由於環保意識與資訊傳播的世界普同性日增，諸如蒙特婁公約的陰影以及國際版權公約都已轉化成國內政經問題，環境保護、資訊維護、市場開放乃至海外援助已經成爲我國難以推卻的義務和權利。

(4)兩岸互動方興未艾禍福未卜；我們和大陸文化、地理上的淵源頗深，加上生產基地和消費市場的依賴，使得雙方的吸引力似乎與日俱增，但是政治體制、國家認同與國際關係則是大陸所難以克服的難題，如何與大陸往來而不喪失自主性是我們的一大考驗，尤其是在香港進入九七大限後，我們的壓力和機會都將大增。

(5)威權體制轉型使國土規畫環境丕變；在強人政治和國家資本主義時代所建立的國土規畫目標和體系，和在野勢力興起及自由經濟抬頭的今天，國家的處境、民衆的要求和政治權力的分配都已有改觀，國土規畫的目標須轉向社會取向和生活價值，實施策略上須顧及地方分權和民衆權利之要求，並賦與社區組織、專業團體和中介團體等私法人執行權責，以適應多元民主之趨勢。

(6)政治資源再分配及國家認同的重新建構；本土認同躍居主流意識型態，在野政治勢力已佔據並鞏固部份地方政權、國家權力機關內部及中央與地方的政治權力重組過程漸入高潮，不同政治信仰之間的抗衡及現實權力政治的競爭，或將反映在下一波的政治競爭及憲政改革上，並形成新的國家意象和基本國策。

## 肆、國土規畫體系和國土發展政策

在七〇年代擬議、提出的綜開計畫之目標訂定爲：1.人口與經濟活動之合理分布；2.生活與工作環境之改善；3.資源之保育與開發。其構想在以地方生活圈建設及經濟發展手段，以增加地方就業機會來減少人口外流並縮小生活差距，藉由均衡策略以健全都市體系，促使區域均衡發展，以減少公共投資浪費，增進國民福祉及國土的有效利用。

綜開計畫的成效如何，在實施十餘年尚未完成通盤檢討的情況下，要做有效、具體的評估顯然不甚可行，但是，如果說台灣的國土規畫或國土政策是屬於聊備一格或不置一詞(Non－decision)的眞空放任狀態，顯然對主管機關和規畫體系長期的工作有失公允；在規畫成效不明朗的狀況下，我們不妨從規畫主體內部的屬性和制度來加以檢討，即綜開計畫制度屬性是什麼？形成綜開計畫的決策和其賴以實現的政策工具又分別是什麼？

現行國土規畫或開發體系，以台灣地區綜合開發計畫而言，是指導台灣地區土地使用、實質環境建設之最高原則；其下有四個區域計畫，指出區域發展之方向及產業之分配；縣市綜合發展計畫則是指導各縣市中長期整體發展方向及資源分配的一個架構；再其下都市計畫之市鎮計畫及鄉街計畫則是實質落實各地方環境發展之計畫。目前台灣地區綜合開發計畫並無法定地位，只是指導性之原則；縣市綜合發展計畫亦無法定地位，只能在各縣市推動其觀念及其計畫。這種「跳躍式」的體系，一方面使得整個規畫體系的各層級間難以銜接，另一方面則是綜開計畫和縣市計畫的地位倍形曖昧。

直到今天，綜開計畫應否立法仍有見仁見智的主張，而綜開計畫如依主管機關所言，是一種協調性的政策或指導性原則，而不具有審議、規畫

的權責，則如《促進產業升級條例》所規定的「會同綜合開發計畫及區域計畫主管機關，研訂工業區設置方針，報請行政院核定」，不啻是將法律置於行政裁量下，使得國土規畫和法律相互制肘而徒具形式實施無期。

即使不論十二項建設、國建六年計畫和其他重大建設的貿然提出，及海埔新生地計畫、能源計畫等部門計畫視綜開計畫如無物，如果行政院和主管的經建會確實能夠賦予綜開計畫優先的政策地位，國土規畫體系的完整性仍然是不足的，因爲，如果綜開計畫僅是政策，則是否能擔負全國性規畫的重責呢？綜開計畫應儘速通盤檢討並立法成爲法定計畫，否則，似可制訂新的全國性國土開發計畫以取代瀕於癱瘓的綜開計畫。在修訂綜開計畫或制訂全國性國土開發計畫前，中央政府應先擬訂國土發展政策做爲國土建設的方針，提供國民討論、溝通、參與的基礎，這樣的國土發展政策至少應達成下列功能(林子瑜，1990)：(1)形成國民國土建設的共識；(2)建構國家的長期發展意象；(3)創造健全的國土發展環境；(4)維護國土資源的永續利用；(5)促進國家的國際生存競爭能力；(6)建立發展均衡的社會；(7)分配指引空間建設資源；(8)指引公私部門投資區位。

## 伍、實質性政策工具之擬議

在國土規畫的規範指導下，需要思考各項實施政策，其中政府對國土空間最直接而有效的干預手段，首推土地使用管制與重大公共建設這兩種實質性的政策工具，最近正在全國各地大興土木的國建六年計畫以及土地政策的激烈論爭，都可明顯看出實質性政策工具的敏感角色。

現行國家建設六年計畫，仍以經建計畫爲主，同時有部分的社會、文化等的建設，但觀其內容，儼然爲中、短程國土綜合開發計畫綱要及建設方案，其內容共計有775項計畫，所需經費爲8兆2382億元。由於計畫規模及所需資金極爲龐大，對國家未來發展將有極大的影響，國土空間所受之衝擊可說空前鉅大，可能帶來諸多負面效果，如：(1)短期集中的多項重大工程，會造成環境難以負荷及民衆生活之不便；(2)會加深地方對中央之依賴，影響地方自治；(3)龐大及集中的中央與地方經費支出，會拖垮中央與地方財政；(4)工期集中且規模龐大，設計、監工及營造施工難以負荷，工

程品質亦難確保；(5)政商關係可能愈趨惡質化，中小企業在競爭上居於劣勢；(6)工程技術層次複雜，招標、審計規定不盡實際。

土地取得問題則是重要建設的最大阻礙，據統計目前有六成五的計畫因爲土地取得困難而影響工程進度，土地取得程序繁瑣、預算不足所造成問題，使得土地問題成爲公共工程建設的瓶頸，土地的順利、合理取得將是國土發展和國民生活品質的一大考驗。

實質性的國土規畫政策，檢其重要者簡述如下。

(1)加強重要建設間的延續性、整體性配置；各項計畫應擬定優先順序，統籌資源分配，使有限資源發揮最大效率，宜制訂國家公共工程規畫管理制度，評估各項完成與實施中之建設計畫，以便調整後續計畫之年期、區位及規模。

(2)以長期性、均衡性原則規畫實施國家重要建設；國建六年計畫完成後，各項建設不應就此停頓，應藉由長期整體性規畫制度之建立、持續推動建設計畫，各年度之投資規模避免差距過大。

(3)重大建設確實納入國土計畫審議；個別或部門建設扭曲區域計畫或自然環境保護計畫的情形，宜速導正確立國土計畫的優先地位，所有重大建設須經國土規畫機關同意，必要時國土計畫得進行特別檢討，並在合理修訂後才准許重大建設之實施，以落實重大建設納入國土規畫實施之環節中。

(4)鼓勵民間參與公共建設；除應先塑造良好投資環境外，尚必須從立法上著眼訂定辦法，提高投資誘因，給予實質獎勵等具體措施吸引民間力量的投入，營建統包制度、替代設計獎勵辦法，籌組財團法人負責興建營運、聯合開發等均值得推廣。

(5)擬訂招標辦法；現行退輔條例與營繕工程招標注意事項不盡合理，對營建工程品質與營造業的經營存在有不良影響，應早日訂定「招標辦法」建立規範以確保公平、合理的工程發包。

(6)統一徵收補償標準，以正常實際市價補償業主；實現土地自然增值歸公的政策目標，以抑制地價不合理的上漲，如此作爲補償依據之公告現值才可能反映正常買賣市價，業主亦不致於感到地價補償偏低而阻擾徵收作業。

(7)儘速擬訂市鄉規畫法，統合地用法規的分歧；目前都市計畫區由建設或工務單位主管，非都市的平地部份由地政單位主管，非都市的山坡地則屬農業單位主管，各有其法令依據和執行體系，造成本位主義和實施上的漏洞，只有將都市計畫以及非都市土地使用管制，和山坡地、工業地、邊際土地等部門規畫置於統一的市鄉規畫法的規範之下，以解決地用管制的弊病。

## 陸、財政政策手段之擬議

規畫的實現須有足夠的資源支持配合，在權力、技術、人力和財力等各種資源中，財政手段在不患寡而患不均，且預算分配乖離規畫體系的情況下，財政政策有必要改絃易轍以支應規畫的實現。

雖然國土規畫本質上是一種合理分配國家資源的手段，但在現實運作上我國的國土規畫是錯置的，倒反過來成爲上位者支配地方、政治支持的交換酬庸以及地方政客牟利的工具，使得規畫的實施大打折扣，區域間及區域內的財政差距相去頗遠，全省三百餘鄉鎮中，入不敷出者達四分之三，有三分之一以上縣份財政困難且各縣自籌財政能力薄弱。

各地方政府在左支右絀的限制下，連經常門支出都無力維持，當然談不上資本門的建設，對規畫的實施和實質建設也只有仰賴上級政府的補助；中央政府財政較爲寬裕，但預算控制與建設經費籌措仍頗值注意，以準備工作較爲充份的十項建設爲例，雖然採行複式預算制度、編列資金來源表、分析本益比例、計算內部報酬率等，到1981年已耗去2034.6億元，爲計畫估算數941.4億元的二·二倍之多，其中如中鋼一期投資原擬預算34.2億元，完成結算數竟高達364億元之多，差額爲十倍；此次國建計畫對財政收支，實質經濟和貨幣金融的衝擊，仍然是社會的一大隱憂，而預算控制如重蹈十大建設覆轍，則後果不堪設想。

如何在規畫架構指導下合理分配公共預算，並適度引進、引導民間資源，是財政政策必須思考的方向；試略述如下。

(1)規畫決策須參考重大建設效益評估；以往重大建設計畫缺乏完整的社會成本效益分析，常有公共投資計畫執行決策在前，評估作業在後的不

合理現象，而既有建設的效益評估也不受重視，應將已完成和擬訂中計畫的社會成本和社會利益等無形效果，連同經濟效果一併評估，做爲規畫決策選擇參考。

(2)賦予都市和區域主管部門建設經費審核、分配權責；由於區域計畫主管機關，對於各建設計畫的主辦機關無監督、考核之權，在建設經費上既無補助款亦無審核權，因此，在區域建設之推動工作上大多流於形式而已，都市計畫部門淪爲工務、建設單位之附庸，連規畫階段的財務都無法自主，對實施以及管理維護更無法置喙，配合規畫部門業務的自立，宜賦予建設經費的審議權並建立預算分配使用制度。

(3)修訂財政收支劃分法，強化地方自籌財政能力；各縣多需上級政府財政補助，有高達歲入總預算一半以上者，地方受經費所限無力實施建設計畫，宜配合行政體制改革，給予地方財政自主以強化實質規畫之實施效率，對都市計畫法七十七及七十八條規定實施都市計畫所需經費之籌措方式，應協助地方政府擴大辦理，並授與地方政府適度的租稅立法權。

(4)國建計畫財政包袱過重，可獎勵民間參與、合作辦理；國建計畫普通預算和特別預算編列之公債發行額達60157億元，到1997年公債餘額預計將達到GNP的74%，使國民經濟、財政負擔和金融市場的負荷都極度偏高，除部份建設項目可延緩外，可以民營化的建設，如高速公路、大學、電力等宜考慮優先民營化。

(5)落實國家建設財務計畫，建立中長期預算制度；公共建設投資年期頗長，爲有效控制預算支出，應在現行預算編審制度外，另行建立中長期預算並逐年依預算執行。

(6)以特定區域發展法制度化掖注偏遠地區財政；在經濟弱勢地區，其財源難以支持地方發展所需，而如台灣省的充實地方財政方案並不能確保地方財政之自主和補助之公平合理，宜由國家立法給予特定地區長期性之財政支持。

## 柒、法制性政策工具之擬議

從時序上來看，我國的規畫體系的成長是由下而上的，即都市計畫先

於區域計畫，綜開計畫後於區域計畫，規畫立法的發展和規畫體系相似，只不過脫落、不全的情況嚴重，尤其是全國性的國土規畫迄未立法，而土地立法又逸脫於國土規畫之外，使得國土規畫法系本末倒置，又虛懸於土地之外而未能落實。

空間立法的整理、修正已是刻不容緩的事，以土地徵收補償爲例，各種法規的歧異形成六種以上的不同補償標準，造成各項建設的厚此薄彼，則地主的疑竇爭議自然是在所難免，重大建設又如何能夠取得地主的信服與配合。

公共建設法規層級過低，無法適應管理先進技術、組織的要求，也難以處理大規模工程的發包施工；在目前積極推動地方生活圈計畫的目標下，地方的行政、財政能力，和民衆的參與、社區的自主都比以往更需重視和強化。舉其重要者如下。

(1)憲法的基本國策中應規定國土發展政策與國土規畫事項；憲法有關發展農業與地方經濟平衡發展之條款，其立意雖佳但內容已不合時宜，可以社會經濟發展和國土開發條款加以修正取代。

(2)全國性綜開計畫與縣市綜合發展計畫之立法；沒有法定地位的規畫是跛腳式的政策，現行綜開計畫與縣市綜合發展計畫是國土規畫之主體，宜儘速立法，區域計畫及區域計畫法則無存在之必要，綜開計畫亦可重擬爲國土開發計畫。

(3)土地法須修正並確實實施；規定發展權、發展捐、地用變更稅等制度，採行市地及公共建設用地儲備制度、土地增值稅之稅基改依實際交易價格課徵，或開徵土地交易所得稅；在徵稅方式上應設立土地交易所，統一經理土地交易事項；用地徵收以實際市價補償業主。

(4)規定土地主管機關提報土地施政年度報告；內政部已擬議公布土地白書，其內容和定位仍值斟酌，宜於土地法中規定主管機關須逐年公布土地施政報告，除政策措施外，地價、地權、地用動態均應整理公告。

(5)擬訂公共工程法，制訂各種公共工程管理規則；健全公共工程與營建管理政策，對公共工程計畫效益之綜合評估及工程之實施，公共建設之使用，管理、維護等，均須要完整之規範，以提升工程品質及營造業水準。

(6)制訂地方自治法，保障地方自治、社區自主及人民參與；省縣自治通則立法難以完成，宜直接推動地方自治法，賦與地方人事、財政立法權，上級之政策、規畫與地方相關部份須經地方複決，有爭議時則以公民投票決定，建立社區的自治法人地位，社區動員和民衆參與審議、決策、經營、管理之管道應保障，以落實體制的民主化。

(7)特別區域發展法全面加強偏遠地區開發；除財政的支援外，在行政組織、農工技術、租稅立法等方面都應採特別措施以促進偏遠地區經濟活動和人民生活的提昇，減少區域間差距。

## 捌、組織性政策工具之擬議

在行政院組織法的修正草案中，國土規畫受到矮化和社會福利不受重視，引起社會各界極大的失望和不滿，從中央政府組織建制的安排，我們不難看出國土問題的發生原因所在，以及國土規畫業務將繼續受到抑制的徵兆。

類似萬能政府、管理社會的隱憂，當然不會是國人所樂於見到的，但是維繫國土綜合開發和永續發展的國土規畫，其業務屬性和職能的定位是整體性而具有跨部會和優先性的特質，其主管層級和權責理應設定在部會級，否則一味拘泥於權力分化和平衡的顧慮下，犧牲的將只是國民的生活環境安全和國家的長期均衡發展。

以全國空間爲範圍的國土規畫，必須有相稱的部會主管機關來支配、統籌國土的開發管理，各層級計畫也必須配屬相當的主管、執行機關，否則在空有計畫沒有資源的情況下，規畫必將流於宣示性、象徵性的書面作業形式，而不可能轉化爲實質性的空間形體；現在的情況可說是「經營不夠管理更差」的困境，也就是行政組織的規模能力不足，而法律制度也不健全的情況，以名義上主管綜開計畫的經建會而言，實際負責的只是編制四三人的都住處，其法定職責也只限於研究審議，實際掌理「全國土地綜合開發計畫」的內政部營建署綜合計畫組，雖具有法定權責，其編制及臨時人員合計不到廿名，顯然難以負擔國土大計。

在國土問題嚴重的今天，中央政府組織和行政體制的變革，將是提振

國土規畫的第一步；茲將相關問題簡述如下。

(1)省府虛級化或完全廢除，四級制政府改爲三級制的行政體系；在地小人稠的台灣，四級政府體制似疊床架屋不合效率，宜廢除省級，在中央之下置十至廿個地方自治體，並將鄉鎮合併、減編至一百個以內的次級自治單位，賦與鄰里社區性的自治職能，配合建立國土綜開計畫、縣市綜合發展計畫和都市計畫、鄉村計畫的三級規畫。

(2)中央設立國土部或國土開發委員會，綜理國土總體規畫功能；整合中央政府國土利用、運輸、水資源、國宅等規畫、管理、經營事項，並就其各項主管業務設立對等之審議委員會，成員由下級政府、中介及專業團體、民衆代表組成，並建立資訊和審議公開制度，以收匯聚民意、監督行政和建立合法性的目的。

(3)縣市地方政府設國土規畫局，相應於國土部之規畫職能；地方政府的規畫決策權應整合提昇，並與中央政府國土部相承接，雖鄉鎮級之規畫功能整編至縣市，使其規模合理化並降低政治磨擦，縣市規畫局直接對社區作業，並建立各項規畫平行之審議委員會以利民衆參與。

(4)公共建設委員會以定位在工程考核、研究上爲宜，並受國土部審議、指導；公共建設委員會之研考案須受國土部審議，以避免現在各自爲政的情況，且須積極推動重大工程的民營化和公私合作計畫，促進公共建設效率和國家總體資源的利用。

(5)設立土地交易所，掌握土地資源流向；二次土改的爭議似以技術問題爲核心，實際上則掩飾了土地交易的核心技術問題，即土地的轉手流程之討論，如能設立獨立之土地交易所，可藉由不動產流向之建檔而建立詳實之國土資訊，並由土地交易所的認證保護交易秩序，建立健全之土地市場。

(6)分散行政機能，促進權力和服務體系均衡；公私部門管理機能過度集中都會中心區，加速單極集中和都市問題惡化，應投資交通、資訊和生活基礎設施，引導行政機能和機關至中小型都市，確實難以遷移之機關亦應疏散至都會周邊，並將部份部門分散至各地，以減緩人才、資訊和服務機能的不合理分布和空間的競爭。

## 玖、國土規畫實施策略的綜合建議

綜合本文略嫌繁雜的討論，或可擇要簡化成下列的綱要性建議：

(1)我國需要建立在國家定位上的國土規畫和國土立法，以實現國家目標和國土發展政策。

(2)以國土發展政策描繪國家意象，並說明國家的生存、發展計畫和國土的永續利用原則。

(3)土地法制須全盤翻修，以確實稅去土地利得、加強土地使用效率、設立土地交易所等方法促進社會公平。

(4)實施市鄉規畫法，統一地用管理；制訂特別區域發展法，開發偏遠地區；研擬公共工程法，規範重大工程和營造水準。

(5)擬訂地方自治法，強化地方政府能力和權責，並設計社區自主、公民投票、民衆參與等民主制度。

(6)各項規畫、法案可以草案大綱提供民衆討論，重大工程和土地施政應逐年公布成果和計畫。

(7)行政院應設國土部以執行國土規畫和土地管理業務，裁編省和鄉鎮，擴大縣級職能並以縣綜合發展計畫爲實施重心。

(8)重大建設應審愼評估，並注重延續性、整體性和規模、年期的適度分散。

(9)創造投資誘因以鼓勵民間參與公共建設，並加強公共工程的財務和營運管理。

(10)邊際土地與生態、環境敏感地區，在市鄉規畫法下擬訂特定管制規則。

## 參考文獻

王鴻楷。1989。<都市設計與都市計畫之關係>，推動台灣地區都市設計制度研討會論文。

王鴻楷。1990。<如何面對台灣空間發展的挑戰>，《國策摘要》，No. 3。

王雪玉。1985。<台灣地區都會區發展之檢討>，中華民國都市計畫學會

第十二次會員大會論文。

中華顧問工程司。1976。《都市發展分析與預測》，交通部運輸計畫委員會。

行政院經濟建設委員會都市及住宅發展處。1988。《台灣地區環境敏感地區管理制度之研究》，作者出版。

行政院經濟建設委員會都市及住宅發展處。1990。《重大工程建設用地取得之研究》，作者出版。

行政院經濟建設委員會都市及住宅發展處。1989。《推動台灣地區都市設計制度之研究》，作者出版。

民主進步黨政策研究中心。1992。《民主進步黨政策白皮書草案——綱領篇》，作者出版。

辛晚教。1991。《都市及區域計畫》，中國地政研究所。

林子瑜。1990。《國土發展政策研究》，手稿。

林子瑜。1984。<地方生活圈規畫與實施問題之研究>，《都市與計畫》，第十一卷。

林建元。1991。<高速鐵路與區域均衡>，中華民國都市計畫學會第十八次會員大會學術研討會論文。

卓聰哲。1989。<都市設計實施體制之建立>，推動台灣地區都市設計制度研討會論文。

夏鑄九、張景森。1989。<台灣國土規畫制度的歷史回顧>，民間國建會論文。

夏鑄九。1989。<台灣地區實施都市設計之必要性：都市問題、都市政策與參與性的都市設計制度>，推動台灣地區都市設計制度研討會論文。

陳定南。1992。<從土地使用管制看區域計畫>，國土規畫學術研討會論文。

國立台灣大學土木工程研究所編。1991。《如何落實國家建設六年計畫實質建設研討會實錄》，行政院經濟建設委員會。

黃書禮、楊賀雯。1992。<國土規畫之生態經濟觀>，國土規畫學術研討會論文。

馮正民、林峰田等。1990。《北部區域計畫非都市土地使用分區檢討之研究》，中華民國區域科學學會。

張景森。1992。<台灣的區域與都市發展政策之檢討>，國土規畫學術研討會論文。

葉俊榮。1991。<國家建設計畫與行政程序>，中華民國都市計畫學會第18次會員大會學術研討會論文。

華昌宜。1989。<有效利用空間資源：從速進行二次土改>，民間國建會論文。

楊重信。1991。<國土綜合開發之回顧與期望>，全國民間經濟會議論文。

劉泰英、杜文謙等。1990。《國內推動重大公共工程相關典章制度之研究》，台灣經濟研究院。

蔡勳雄，郭翡玉。1985。<台灣地區綜合開發計畫之檢討>，中華民國都市計畫學會第十二次會員大會論文。

鄭欽龍。1992。<永續發展與六年國建之水、土資源開發>，國土規畫學術研討會論文。

蕭家興。1985。<台灣實施區域計畫之檢討>，中華民國都市計畫學會第十二次會員大會論文。

羅惠斌。1990。<城鄉均衡發展的理論與實踐>，中華民國區域科學學會七九年度年會論文。

Bristow, R. 1984. Land－use Planning in Hong Kong: History, Policies and Procedures. Oxford University Press.

Higgott, R. 1983. Political Development Theory. Routledge.

Needham, B. 1982. Choosing the Right Policy Instruments. Gower House.

Thornley, A. 1991. Urban Planning under Thatcherism: the Challenge of the Market. Routledge.

# Journal of Law and Political Science

No.1 July 1993

## Contents



Published by
Department of Public Administration, Tamkang University
Tamsui, Taiwan