

法政學報

--- 第十一期 ---

2000年8月

憲法變遷	許志雄
意志與限制：最高法院在美國民主政治中的角色 ...	謝秉憲
改革與革命的抉擇：以張君勱爲例的討論	薛化元
從政黨輪替談我國政府預算制度	李雪玉
法律明確性原則	李英毅
比較公共政策	陳銘祥

淡江大學

公共行政學系

公共政策研究所

台灣 淡水

ISSN 1023-2230

法政學報

---第十一期---

2000年8月

憲法變遷	許志雄
意志與限制：最高法院在美國民主政治中的角色 ...	謝秉憲
改革與革命的抉擇：以張君勱爲例的討論	薛化元
從政黨輪替談我國政府預算制度	李雪玉
法律明確性原則	李英毅
比較公共政策	陳銘祥

淡江大學 公共行政學系
公共政策研究所

台灣 淡水
ISSN 1023-2230

憲法變遷

許志雄*

摘要

本文首先釐清憲法變遷的概念，並強調法解釋學的憲法變遷與社會學的憲法變遷之區別。其次，論述德國、法國及日本有關理論的形成與發展。然後，針對憲法變遷的法律性格及方法論之問題，深入加以探討。最後，扼要指出憲法變遷理論有待進一步研究的課題，以及未來的展望。

關鍵詞：憲法變遷、修憲、耶林涅克（G. Jellinek）、成文憲法、憲法習慣、憲法解釋

* 淡江大學公共行政學系副教授

壹、憲法變遷的概念

一、用語界定

自從耶林涅克（G. Jellinek）的「憲法修改與憲法變遷」（*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906）論文發表後，「憲法變遷」（*Verfassungswandlung*）一語即廣為人知，並為憲法學界關心的對象。憲法變遷論為憲法變動論的重要一環，德、日有關研究相當豐富，而法國也在憲法習慣論下熱烈討論有關問題。相較之下，我國這面的研究十分貧乏，甚至何謂「憲法變遷」，學者的見解亦不一致，故有先予釐清的必要。

林紀東指出：「憲法之變遷一語，可分為三義：（一）指世界各國憲法，或某一國憲法發生或發展之經過而言。（二）指某一國憲法修改之經過而言。（三）指某一國之成文憲法，並未修改，由於解釋與慣例之變更，或國會之制定法律，使其實質上之含義變易而言。第一意義之變遷，實為憲法之沿革之意，第二意義之變遷，則為憲法之修改之意。茲所謂憲法之變遷，指其第三意而言」^{註1}。惟國內其他學者使用憲法變遷一語時，界定範圍相當分歧，未必與林紀東相同。例如，劉慶瑞將習慣、憲法解釋及憲法修改置於「憲法的變遷」一節中討論，認為三者都是憲法變遷的因素^{註2}，其界定的憲法變遷意涵顯然較林紀東為廣。此外，下列數例亦可顯示，國內學者有關憲法變遷的理解欠缺共識：「憲

註 1: 林紀東著，中華民國憲法釋論，大中國圖書公司，1984 年改訂第四十五版，頁 27。

註 2: 劉慶瑞著，中華民國憲法要義，三民書局，1975 年修訂九版，頁 17 以下。

法變遷的情況有二：第一種是由於情事的變遷，帶動了憲法意義的變化，而憲法的文字並無改變；第二種是由於情事的變遷，使憲法經由修正、解釋、慣例等方式而變遷^{註3}、「憲法的變遷，是在憲法既有文字上已不敷適應於社會之需要，而以司法機關之補充解釋；甚而由制憲或修憲機關對原有條文加以修改之謂。本文認為，憲法的適應在法條上未有改變，而憲法之變遷義（？）為憲法法條已然有所變革」^{註4}、「憲法變遷（Verfassungswandlung）者，即透過習慣或政府公權力之解釋的運用，逐漸使憲法之正文或憲法之原意內容產生變化之情形」^{註5}、「從實質的角度觀察，憲法的內涵正如同活的生物體一般，不時隨外在環境而相應變化，可以說是活的憲法（living constitution）。活的憲法不待憲法的形式修正，只要透過憲法的解釋便足以引發憲政規範的實質變化，其中尤以有權釋憲機關的解釋影響最為重大。當然，以憲法解釋的途徑所作的憲法變遷亦有其極致，如果外在的環境變化過鉅，非原本憲法形式軀殼所能包涵，而直逼憲法解釋的底線時，亦只有藉憲法修正方能順利達成憲法的變遷，此適與部分生物體的蛻殼相仿。不論是憲法解釋或憲法修正，都是憲法變遷的主要途徑」^{註6}。

如上所示，憲法變遷的意義不一，廣狹有別，其實際用法常

註 3: 馬起華著，憲法導論，漢苑出版社，1983 年，頁 84。

註 4: 陳陽德、衛芷言著，中華民國憲法動態新論，五南圖書出版公司，1997 年，頁 39。

註 5: 謝瑞智著，憲法新論，文笙書局，1999 年，頁 787。

註 6: 葉俊榮著，珍惜憲法時刻，元照出版公司，2000 年，頁 112。

因學者而異。最廣義的憲法變遷甚至可以泛指憲法所生之一切變化而言，除憲法的修改外，憲法的廢棄、廢止、破毀及停止亦皆包含在內。吾人認為，學術用語的界定，學者本身享有高度自由，只要定義清楚即可，並無科學上的對錯問題。惟本文探討的憲法變遷係承襲耶林涅克以來的用法，以相對於憲法修改的現象，亦即憲法的和平變更為限。申言之，憲法變動的方式具有多種，而憲法變遷屬於其中之一。本文所稱憲法變遷，係指憲法條文未修改，而現實上憲法規範的意涵在和平狀態中產生變化者。這種現象的特徵有三：第一，憲法的形式不變，條文未經全部修改或局部增刪修改，與依法定程序所為的憲法修改不同。第二，在現實的憲法生活中，透過習慣、慣行或有權機關的解釋，憲法規範的意義慢慢產生變化。第三，係和平的變動方式，異於用非合法實力對憲法所作的破壞，例如革命。

耶林涅克指出，憲法變遷中有一最高深的問題，即憲法秩序逐漸形成的根本變革。這種情形須經長時間與極大的歷史力量之作用，並非源於國家本身的急劇動盪；其結果使既存的國家秩序完全破壞，而創設全新的國家。如此「憲法的慢性死滅」(*der langsame Sterben der Verfassungen*) 雖極罕見、例外，但以前曾發生過，將來亦可能有之。例如，神聖羅馬帝國於一八〇六年法朗茲二世退位後，王位無人繼承，帝國終至瓦解。但是，這種變遷的極限狀態，不僅是完全異常的例外，而且涉及憲法根本規範的毀滅及交替，性質與一般憲法變遷不同，與其納入憲法變遷之內

考察，毋寧另外分類，稱之為「憲法的死滅」（或「枯死」）較妥^{註7}。基本上，憲法變遷係與憲法修改相對的概念，凡造成國家認同或憲法根本規範的變動者，皆超越修憲界限，不屬修憲概念所涵蓋的範圍，自不宜劃入憲法變遷概念的射程內。附帶一言，吾人曾經基於同一觀點，指出：「中華民國憲法乃以大中國為對象而制定的，自從中國大陸變色，中華人民共和國成立後，已喪失適用的可能性；在完全沒有實效性的情況下，其妥當性應不復存在，而整部憲法即使未經正式廢止，實際亦已歸於消滅……一九四九年後在台灣運作的乃是另一套新的憲法秩序，舊憲法的部分規定雖然繼續適用，但只能視為由新憲法重新賦予效力，屬於新秩序對舊法規的承繼或繼受，非謂舊憲法以原來的身分繼續有效」^{註8}。

二、概念區分

（一）廣義憲法變遷與狹義憲法變遷

憲法變遷概念即使採取上述界定方式，指不經修憲程序而生的憲法規範意義之變更，其範圍仍有廣狹之分。狹義的憲法變遷以 *contra legem* 為限，當國家機關的行為與慣行違反憲法，卻排開憲法規定，實際發生效力時屬之。廣義的憲法變遷尚包括 *praeter legem*，亦即實務上的行為與慣行符合憲法之場合^{註9}。

註 7: 小林直樹著，憲法秩序の理論，東京大學出版會，1986年，頁216、217。

註 8: 拙著，憲法的生命力，現代學術研究專刊 8，財團法人現代學術研究基金會出版，1997年，頁77。

註 9: 小林直樹著，同註 7，頁 217、218。

首先，就廣義憲法變遷的 *praeter legem* 部分言之。一般憲法規範具有抽象性，包含多種解釋的空間，而且成文憲法不可能完美無缺，難免會出現憲法漏洞（*Verfassungslücken*）。於是，往往要透過實務運作填補憲法漏洞，或者在既有的憲法規定框架內變更解釋，以因應實際需要。這種憲法變遷於法理上不成問題，但於社會學上意義重大。尤其，因憲法規定的高度抽象性之故，其解釋空間通常比下位規範大。兩種不同的解釋即使同屬該空間內，亦可能分佔光譜的兩端，實質意義南轅北轍。解釋若從其中一端移向另一端，勢必對憲法秩序造成影響。極端情形，其憲法秩序的性格可能因此從保守轉向進步，或從進步轉向保守，所以不容掉以輕心。

不過，法理上真正成爲問題且備受爭議的，係狹義的憲法變遷。通常情形，國家的行爲違反成文憲法規定時，構成違憲狀態，爲法理所不容。除非經由修憲程序，配合實務正式修改憲法內容，否則不能僅因國家的行爲具有實效性，即漠視憲法規定的存在。然而，該等憲法實例所以發生，係出於種種理由，並且其狀態長期持續時，可否據此認定憲法的規範意義業已改變？針對此事，憲法理論要如何因應？這是憲法變遷的核心問題，也是本文主要的關心對象。

（二）社會學的憲法變遷與法解釋學的憲法變遷

論者指出，因爲觀點及方法的不同，憲法變遷可分成「社會學的憲法變遷」與「法解釋學的憲法變遷」兩種概念。前者屬於

「認識」層次的問題，係一種社會事象，即客觀事實的呈現，發生於實際憲法狀態與憲法條文的規範內容分歧時。換言之，吾人從客觀認識的觀點，採取不含價值判斷的觀察方法，認知到某種逾越憲法框架之憲法實例具有一定的（社會）規範力時，即可認定「社會學的憲法變遷」的存在。該事實於什麼條件（原因）下發生，發揮何種影響力及作用（結果），也都在可以觀察、認識的範圍，於探討「社會學的憲法變遷」時，可一併納入考察。反之，後者屬於「實踐」的問題，涉及價值判斷的態度^{註10}。對於前述事象，若賦予規範評價，亦即承認成文的憲法規範「枯死」，由違背成文憲法規範的憲法實例取而代之，成為新的憲法規範，「法解釋學的憲法變遷」於焉產生^{註11}。

基於上述，「社會學的憲法變遷」與「法解釋學的憲法變遷」分屬不同層面的問題，在方法論上應分別處理，不待贅言。但是，由於二者都以「憲法變遷」為名，故往往出現混淆現象。論者的個別主張，抑且彼此間的討論，也常因對象未辨明或認知存有差異，而導致論述內涵曖昧，乃至產生不必要的誤解或爭議。為避免此等無謂的混亂，在探討憲法變遷問題時，首先必須釐清「社會學的憲法變遷」與「法解釋學的憲法變遷」概念的區別。

一般認為，「社會學的憲法變遷」乃可以客觀認識的事象，只要現實存在，任何人皆無法否認，在法學理論上會成為問題

註 10: 小林直樹著，同註 7，頁 218、219。

註 11: 川添利幸著，憲法變遷の意義と性格，收於小島和司編「憲法の争點（増補）」，有斐閣，1980年，頁 8。

的，應係「法解釋學的憲法變遷」。如後文所示，關於憲法變遷的法律性格，向有習慣法說、事實說與習律說三種不同主張，對於憲法變遷的認識與評價方面，亦有肯定說與否定說相互抗衡；其爭論的對象，無可置疑的就是「法解釋學的憲法變遷」。不過，「社會學的憲法變遷」與「法解釋學的憲法變遷」之研究方法是否截然不同，並非毫無商榷餘地。「社會學的憲法變遷」與單純違憲的憲法實例或憲法現實有無區別？如何區別？其成立的要件或認定標準如何？這些問題未必容易處理，論者的看法亦不盡相同，同樣有加以探討的必要。

從社會科學的角度觀之。有關「法解釋學的憲法變遷」的各種主張，皆有其實踐的立場與根據，不能毫無條件地斷定何者為「真實」，何者為「謬誤」。但是，何者以比較客觀的認識為基礎？按照一定的目的性基準（例如立憲民主制度的維持），何者具備較高的有效性？則有加以評斷的可能與必要^{註12}。本為著眼於此，嘗試進一步探討之。

註 12: 小林直樹著，同註 7，頁 219。

貳、憲法變遷論的源流與發展

一、德國憲法變遷論

(一) 憲法變遷論的成立

關於憲法變遷論的建構，毫無疑問，耶林涅克貢獻卓著，令人稱道。不過，最先提出憲法變遷概念者，卻非耶林涅克，而是另有其人。一八九五年，公法學界的概念法學代表性人物拉邦特（P. Laband）於「德意志帝國憲法的變遷」（Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung）一書，首度使用憲法變遷概念，藉以說明憲法條文未變更而德意志憲法實質上變更的現象。其後，拉氏復於「帝國建設以來帝國憲法的歷史變遷」（Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, in: JÖR. Bd.1, 1907, S. 1ff.）文中，運用同一概念，詳述德意志憲法變遷的各種過程。但是，拉氏僅嘗試就變遷的對象加以分類，而對憲法變遷的觀念本身並未進一步探討，更遑論建構井然有序的理論體系。關於憲法變遷的法律性格問題，拉邦特幾乎完全未予解答註¹³。

首先提出體系化的憲法變遷論者，公認非耶林涅克莫屬。耶氏以主張事實的規範力說著稱，其重視憲法變遷問題，乃相當自然之事。耶氏認為，法規事實上無法統治國家內部實力的分配，現實的政治力依其固有法則運作，不受制於任何法學上的形式；

註 13: 川添利幸著，《憲法變遷》Verfassungswandlung の法的性格，收於氏著「憲法保障の理論」，尙學社，1986年，頁51、52。

因此，即使成文的剛性憲法，對並行或對立的不成文憲法之發展，亦不能加以阻止。依其觀察，幾乎所有國家都可能且實際發生過憲法變遷。耶林涅克不僅從德國，並廣泛地從其他國家豐富的實例中探討憲法變遷，而嘗試作如下的分類^{註14}：

1.因議會、政府或法院之解釋而生的憲法變遷：包括違憲的法律、議事規則及判決等。例如，德意志帝國憲法不允許國會舉行秘密會議，但國會卻於議事規則中明定秘密會議，並付諸實行。巴登憲法有關君主赦免權的規定，政府原本認為包含大赦及特赦，嗣後變更解釋，限縮赦免權範圍，使君主僅能宣告減刑及復權。至於法院的判決，其導致憲法變遷的現象層出不窮，特別是設有違憲審查制度的國家，有關事例更不勝枚舉。

2.因政治上之必要而生的憲法變遷：依德意志帝國憲法第十二條至第十四條規定，聯邦參議院（Bundesrat）及帝國議會（Reichstag）的召集、開會、延會與閉會，其宣告權屬於皇帝（Kaiser），且兩院應每年召集。但是，聯邦參議院自一八八三年八月二十一日召集後即常設化，不再宣告閉會。其原因在於聯邦參議院的立法及行政任務繁重，非長期開會無法克盡厥職。又依帝國憲法第九條及第十六條規定，得出席帝國議會者，限於帝國議會議員、聯邦參議院議員或聯邦參議院委任的委員（Kommissar），而不包括帝國宰相（Reichskanzler）。惟帝國宰相亦為聯邦參議院的成員，原本得以聯邦參議院成員的身分出席

註 14: 美濃部達吉譯介，憲法の改正と憲法の變遷，收於氏譯「イェリネック 人權宣言論外三篇」，日本評論社，1945年，頁192以下。

帝國議會，卻因宰相有至帝國議會說明帝國政策的必要，而逸脫憲法的界限，以帝國宰相身分出席帝國議會。

3.因習律而生的憲法變遷：憲法通常僅對議會、君主及大臣等國家機關的權限加以規定，至於其權限如何行使，則未見明文。實際上，君主必由國會多屬黨中選任大臣；而且，當下議院通過不信任案時，大臣必須辭職。此種現象若長期繼續存在，非一時的性質，則形成習律，屬於一種彈性法（*nachgiebiges Recht*），亦即公法上的任意法（*dispositives Recht*），即使不遵守，亦不構成違法（*Rechtsbruch*）。

4.因國權不行使而生的憲法變遷：英國君主對國會通過的法律原本有不裁可權，但自安妮女王以來長久不行使。又許多國家憲法雖然設有大臣責任制度，卻因欠缺彈劾的程序規定，而長時間不行使，形同具文。

5.為填補憲法漏洞而生的憲法變遷：耶林涅克指出，對於長遠未來不可預見的事項，法律不可能事先加以規範；歷史經驗顯示，任何憲法皆有漏洞，而其漏洞往往經過長久時間後始出現，且依以往的解釋及類推手法無法加以填補。耶氏承認，為填補漏洞而產生的實例具有規範意義，屬於憲法變遷，但立法者必須認識漏洞的存在，蓋確實根本解決此種漏洞的方法，應為修憲。

6.因憲法根本精神或基本制度變化而生的憲法變遷：例如，神聖羅馬帝國於一八〇六年法朗茲二世退位後，王位無人繼承，帝國終至瓦解。美國國會兩院的權力逐漸轉移至委員會，特別是

財政委員會、預算委員會。

第一類著眼於造成憲法變遷的主體，亦即國家機關。第二類從變遷的原因切入。第三類及第五類則側重於憲法實例與實定規範的關係，其第三類與戴雪（A. V. Dicey）的「憲法習律」（conventions of the constitution）相當。至於第四類，依耶林涅克的看法，只是表面的憲法變遷，嚴格言之，尚非憲法變遷；蓋國權不行使並未意味著權限的消滅，故憲法不生任何變化^{註15}。第六類所舉神聖羅馬帝國一例，涉及國家及憲法根本規範的毀滅，性質與一般憲法變遷不同，納入憲法變遷之內考察，未盡合宜^{註16}。

耶林涅克撰寫憲法變遷論的目的何在，足以影響其理論的評價，宜先究明。論者認為，耶氏的變遷論以德意志帝國之政治條件為背景，立於特殊的意識型態上，可否作為一般理論，令人懷疑。而且，為政者不依公正意圖及正當程序，而以強權恣意改變憲法時，其變遷論實際上可能加以正當化，以致對民主憲政構成威脅。因此，從影響面觀之，該理論相當可怕^{註17}。但亦有論者指出，耶林涅克於其著作開頭就已表明，其目的係為認識憲法變遷

註 15: 惟徐道鄰認為，這種情形非權限的不行使，而係「行使不能」（Ummöglichkeit der Ausübung），憲法賦予特定法律主體的權限應已喪失，故發生憲法變遷。Hsü Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, 1932, S. 25. 引自小林直樹著，同註 7，頁 222。

註 16: 但有論者認為，耶林涅克的變遷論不是為了替變遷現象提供法的說明，而是為了掌握憲法政治的動態。從社會學（政治學）的變遷論立場觀之，處理第五及第六類的變遷現象，更能凸顯耶氏變遷論的學問性格。小林孝輔著，エリネクー「憲法變遷論」の概念と問題，收於氏編「ドイツ公法の理論」，一粒社，1992年，頁 77。

註 17: 小林孝輔著，憲法の改正と變遷，收於鈴木安藏編「憲法改正の基本問題」，勁草書房，1956年，頁 221、222。

的形態與作用，並無將恣意改變憲法的現象加以正當化之企圖，故上述對耶氏憲法變遷論的批判難謂允當^{註18}。吾人認為，對某種學說的評價，必須考慮該學說的形成背景，並從倡導者的學問體系中釐清其定位與意義，方能較為客觀。無疑地，耶林涅克身處德意志帝國的絕對主義時代，當時的公法學說為因應絕對帝制之氛圍，往往帶有「妥協理論」的色彩，耶氏學說亦不例外。德意志帝國憲法下，最重要的政治課題，在於強化君主權力、宰相權限及普魯士在聯邦的地位，藉以鞏固德意志帝國。惟帝國憲法內容無法滿足現實政治的需要，修憲又困難重重，為政者爰無視乎憲法規定，而逕行採取符合上開需要的措施。耶林涅克即使本身並無積極替為政者的偏差作法提供理論基礎之意圖，但其憲法變遷論客觀上可發揮此等作用，且主觀上應為耶氏所能預見者，由此認定耶氏憲法變遷論的反動性與保守性^{註19}，應非無的放矢。

從耶林涅克所舉的實例中，看不出耶氏對「憲法變遷」與「憲法解釋的變更」、「違憲」等概念的明確區分，主要原因在於其「憲法變遷」的定義有些曖昧。申言之，儘管耶林涅克對憲法變遷所作的定義備受矚目，但何謂「變遷」？變遷的「憲法」究何所指？並不清楚。「憲法變遷」與「憲法解釋的變更」、「違憲」相同的是，不變者皆為憲法條文，要無疑義，惟變化者究竟有何

註 18: 粕谷友介著，わが國における憲法變遷論の批判的考察（一），上智法學論集第 19 卷第 1 號，1975 年 11 月，頁 6、7。

註 19: 小林孝輔著，同註 17，頁 224~227。

不同，耶氏未予釐清，致生混同^{註20}。

耶林涅克舉出「無人表示異議或主張違憲」，做為憲法變遷的判斷基準。亦即，若既成事實與憲法條文的意義相左，卻無人對其合法性表示異議或主張違憲，則生憲法變遷。問題是，所謂無人表示異議或主張違憲，應如何認定，耶氏並未說明。另外，耶氏認為，對於偏離憲法的法或事實，欠缺抑止的法律手段時，也會發生憲法變遷。如此一來，在尚未設立違憲審查制度的國家，發生憲法變遷的可能性相當大。反之，在設有違憲審查制度的國家，是否即無憲法變遷？參照耶氏的舉例說明，（特別是美國聯邦最高法院判例），卻又不然。要之，關於憲法變遷的成立要件，耶林涅克並未提供確切的解答。

如前所述，耶林涅克舉出不少例子，用以證明憲法變遷事實的存在，但這些實例的分類未必形成完整體系。所以如此，其憲法變遷的定義不明確，應係原因之一。另一個關鍵在於，耶氏論文的重點係著眼於社會學層面，針對憲法變遷為「經驗的敘述」，而非建立「法學的理論」或探討憲法變遷的法律性格。不過，若謂耶林涅克的憲法變遷論完全忽略法理論的觀照，似乎不盡正確。川添利幸舉出下列三個理由，用以證明其論斷：第一，如前所述，關於因國權不行使而生的憲法變更，耶氏認為絕非意味著權限的消滅，故尚未構成憲法變遷。依其想法，呈現憲法變遷表象的實例中，可嚴格分為具備法律性格者與不具備法律性格者兩

註 20: 粕谷友介著，同註 18，頁 11。

類。第二，耶氏主張，因習律而生的憲法變遷，係公法上任意法的變遷。此一說明，可謂最直接觸及憲法變遷的法律性格問題者。第三，耶氏提倡事實的規範力說，且重視法的社會心理學基礎。若將此等根本立場與第二點理由合併考量，則可認為，耶氏係將憲法變遷現象當成法處理，要無疑問^{註21}。

（二）憲法變遷論的發展

憲法變遷概念經耶林涅克倡導後引起廣泛討論，尤其關於憲法變遷的法律性格，學說見解相當分歧，大體上可分成三大類型。其一為習慣法說，如帖茲納(Fr. Tezner)、本哈克(C. Bornhak)及紀舍(F. Giese)等人的主張，係以習慣法概念說明憲法變遷現象，而賦予完全的法律資格。其二為事實說，正好相反，全盤否定憲法變遷的法律性格，而單純以違法事實或法的破壞視之；純粹法學巨擘克爾生(H. Kelsen)堪稱此說的代表性學者。其三為習律說，介於前二者之間，以法的先行階段(Vorstadium)，亦即習律(Konventionalregeln)概念說明憲法變遷；哈傑克(J. Hatschek)力主此說。各說的內容及問題，留待次節「憲法變遷的法律性格」中論述。

此外，有必要一提的是席門特(R. Smend)之理論。席氏基於特異的統合理論及憲法觀，採取幾乎毫無限制的彈性解釋論，而認為憲法變遷正是憲法本質的具體表現，並非反常、例外的現象。依其見解，憲法的彈性解釋不僅可行，甚至是必要的；憲法

註 21: 川添利幸著，同註 13，頁 54、55。

變遷既非憲法的破壞，亦非單純的習律，而是法。如此一來，「憲法」的規範性變得相當薄弱，過度承認「變遷」的結果，將使憲法喪失存在理由^{註22}。論者指出，席氏學說帶有強烈的政治色彩，過度將「憲法變遷」正當化，與其稱為習慣法說、事實說及習律說之外的第四類型，毋寧應認係憲法變遷論的變質^{註23}。吾人認為，此一看法頗有見地，日本學者討論憲法變遷時，一般都將席氏學說排除在外，良有以也。

整體觀之，憲法變遷的議論在俾斯麥憲法及威瑪憲法時代頗為熱烈，到了基本法時代後，似乎逐漸沈寂。所以如此，有其政治因素、憲法體制及法學思潮等時代背景。申言之，一八九〇年以降，德意志帝國面臨世紀轉換期的憲政大震盪。德意志帝國憲法（俾斯麥憲法）體制內，蘊含君主主義原理與民主主義原理的矛盾、對立，而無法透過修憲加以克服，現實社會又有大地主與資本家、勞工與資本家的雙重階級對立，造成政治上的動盪不安。在這個憲法與政治、憲法與法律充滿矛盾、乖離現象的時代，憲法變遷論蓬勃發展。當時憲法變遷論的共通特色是，於方法論上以法律實證主義為基礎，於憲法概念上否定憲法的「實質最高法律性」，而且其理論直接間接呈現出一定的意識型態性格。因此，在探討德國憲法變遷論時，不能忽視這種時代背景的問題。

威瑪憲法時代，受到國內外政治、經濟及社會因素的影響，憲法體制陷於高度不穩定狀態。當時，法律實證主義仍佔居憲法

註 22: 小林直樹著，同註 7，頁 216。

註 23: 川添利幸著，同註 13，頁 77 以下。

學的主流地位，但以批判傳統法律實證主義為出發點的各種「新理論」，如史密特（C. Schmitt）的「決斷主義」理論及席門特的「統合」理論，陸續形成，在威瑪末期取得強大的影響力。此等「新理論」所主張的憲法變動論，其共通前提是在方法論上強烈意識到，單憑憲法解釋論無法理解憲法現象的總體，而且法與政治的統一把握不可或缺。史密特與席門特一樣，將憲法規範與政治結合，一方面有助於憲法動態的闡明，他方面卻有弱化憲法規範內涵的作用。不同的是，席門特如前所述過度承認憲法變遷並加以正當化，而史密特的憲法變動論中則獨缺憲法變遷概念。關鍵在於，史氏強調從主體論的角度掌握憲法現象，而將與主體的意思無關之客觀憲法現象排除於憲法概念之外，所以於憲法變動類型中未納入憲法變遷，乃論理上的必然結果^{註24}。

戰後進入基本法時代，因為導入憲法裁判制度，立法及執行權於適用憲法時變得更加審慎，尤其修憲頻繁，次數驚人，使得憲法變遷論的意義與過去不能相提並論，故往日有關討論的盛況不復可見。

二、法國憲法習慣論

（一）第三共和時期的憲法習慣論

德國憲法變遷論探討的事項，在法國以另一種形態，即「憲法習慣」（*coutume constitutionnelle*）^{註25}觀念呈現。特別是第三共

註 24: 篠原巖著，憲法の變遷，收於杉原泰雄編「憲法學の基礎概念 I」，勁草書房，1983年，頁223。

註 25: 此處所稱憲法習慣，原則上係指在既有的憲法下產生之憲法實例（*pratique*

和時期，有關憲法習慣的討論相當熱烈。所以如此，有其特殊背景。蓋所謂第三共和憲法，實際上係由三個具備實質憲法性質的法律（*lois constitutionnelles*）構成（即「一八七五年二月二十四日關於元老院組織之憲法性法律」、「一八七五年二月二十五日關於公權力組織之憲法性法律」與「一八七五年七月十六日關於公權力關係之憲法性法律」）該憲法由保皇派主導的議會制定，原本設為暫定性質，有「等待帝制的共和制」憲法之稱，內容僅概略規定立法部門與行政部門的組織、關係，而不含國民的權利事項。惟意想不到的，第三共和憲法卻存續長達六十五年之久，成為法國憲法史上的特例，並且經過實際運用確立以議會為中心的共和制，而在制定憲法與其應用的齟齬中，憲法習慣論順勢登場。

第三共和時期最具代表性的憲法習慣論，非卡皮坦（René Capitant）的見解莫屬^{註26}。在法源論或法的效力論方面，卡氏採取「社會學的實證主義」（*positivisme sociologique*）立場，主張制定者提示的法尚非「實定法」，現實適用的法才是「實定法」。

constitutionnelle) 或憲法習慣，與憲法制定前業已存在的憲法習慣不同。為了加以區別，後者宜稱為「習慣憲法」（*constitution coutumière*），例如，第三共和憲法不含有人權條款，而部分學者如狄驥（Léon Duguit），主張一七八九年人權宣言構成該憲法的一部分（依其見解，人權宣言甚至位居憲法之上，拘束修憲權），即屬之。應否承認習慣憲法，本身是個重大問題，但習慣憲法非憲法變遷論直接關心的對象，無可置疑。抑有進者，習慣憲法觀念的形成，目的殆為抑制立法部門的萬能性，其機能與憲法習慣觀念恰成對比。不過，法國學者討論有關問題時，對這兩個觀念未必嚴加區別。樋口陽一著，「憲法變遷」の觀念——憲法習慣論を中心として，收於和田英夫編，法學文獻選集第四卷「法と國家」，學陽書房，1972年出版，頁254。

註 26: 以下關於卡皮坦的憲法習慣論，參照樋口陽一著，現代民主主義の憲法思想，創文社，1977年，頁251以下。

換言之，規範的妥當性依存於規範的實效性，具實效性的規範同時取得妥當性，實效法（*wirksames Recht*）即妥當法（*geltendes Recht*），在卡氏的用法上，《*droit positif*》既是「實效法」，亦是「實定法」^{註27}。而且，依其見解，所謂「適用」，並非公權力的強制，而是民眾的服從，亦即民眾對規範的承認，或大多數人對規範的共識。因此，卡皮坦主張「不成文憲法論」，強調憲法直接由國民創出，不是藏在法典及判決集之中。基於此一前提，卡氏發展出極具特色的憲法習慣論。

卡皮坦的憲法習慣論，主要特點如下：第一，國民為主權者、制憲權的主體^{註28}；一切權力來自國民，受國民的意思拘束。所謂習慣，不外乎國民的意思，而憲法的淵源必然在於習慣。第二，一般習慣的成立，必須同時具備「物的要素」與「心理的要素」；換言之，必須某種實例繼續、反覆為之，而且人民對之存有法的

註 27: 樋口陽一著，近代立憲主義と現代國家，勁草書房，1977年第二刷，頁39。

註 28: 法國大革命時期的民主政治理論家與實踐家希葉斯（Emmanuel Joseph Sieyès）建立國民制憲權體系，為法國大革命提供理論基礎。葉氏主張「唯獨國民（*nation*）」擁有制憲權，而且國民的制憲權單一不可分，於實質上及程序上皆不受法的限制；「國民先於一切而存在，乃一切的泉源。其意思永遠合法，而且其意思本身就是法。立於其先，位於其上者，唯獨自然法而已」；「就國民的意思而言，其存在本身是合法性的必要條件，一切合法性的泉源。國民不僅不受憲法束縛，亦不能且不應受憲法束縛。總之，國民乃不受束縛者」；「只要是國民的意思，不論以何種方法或形式表示，皆屬於善，其意思常為至高無上之法」。依其見解，制憲權及國民皆具有超實定性，在自然法的規範下，國民可以不受任何程序限制，而運用制憲權制定任何法。關於葉氏的國民制憲權論，詳參拙著，制憲權的法理，收於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集「現代國家與憲法」，月旦出版社，1997年出版，頁134以下。迨法國邁入近代立憲主義確立期後，學界狀況改變。第三共和時期憲法學主流見解將超實定法的制憲權逐出法世界之外，代之以修憲權觀念。惟憲法習慣論再度將制憲權導入法世界，承認可以用不定形的方式修改憲法。樋口陽一著，同註26，頁257。

確信。但是，憲法習慣的成立，僅強調「心理的要素」，不重視「物的要素」，只要國民的意思承認之，縱使唯獨出現一次的實例，亦可成爲憲法習慣。第三，憲法習慣由國民直接作成，爲不成文憲法，不僅是實效規範，而且取得憲法法源地位，優於成文法，除了拘束普通立法權者、修憲權者外，甚至具有改廢成文憲法規範的效力。

（二）第五共和憲法下的憲法習慣論

一九四六年第四共和憲法成立，其內容延續議會中心主義傳統，規範的領域與第三共和憲法如出一轍，幾乎完全侷限於立法及行政等政治部門，既不含裁判部門，而且權利部分僅在前言略予提及。迨一九五八年第五共和憲法出現後，憲法的內容與精神大幅轉變，情況爲之改觀，促使憲法習慣論再度興起。

首先，第五共和憲法設置「憲法院」（Conseil Constitutionnel），建立違憲審查制度。憲法院的運作相當積極，特別是一九七〇年代起，藉由判例，使憲法前言簡單述及的人權規定發揮法律違憲審查功能。依此，一七八九年人權宣言、一九四六年憲法前言及共和國法律承認的基本原理，皆可做爲法律審查基準之用。再者，第五共和憲法運用主權原理，強化國民在政治過程上的地位。依據第三及第四共和憲法規定，國民雖然是主權者，但國民本身的意思表示原則上僅限於選舉國會議員時爲之（關於修憲，第四共和憲法有公民投票的例外規定）。反之，第五共和憲法除包含修憲公民投票的規定（第八十九條）外，並承

認總統對一定種類的法律案有交付公民投票權（第十一條），而且明顯放寬行使下議院解散權的要件（第十二條），一九六二年更透過修憲引進總統直選制（第六及第七條）。經由這些變化，國民在統治機構論上的地位顯著提升，與過去不可同日而語，憲法習慣論從而出現新的發展契機^{註29}。

如前所述，第三共和時期典型的憲法習慣論，主要對象係以議會為中心的政治部門所創造之憲法實例；論者將「國民（主權者、制憲者）的同意」引入其中，主張憲法習慣具有改廢實定憲法的效力。如今，總統由公民直選產生，對總統創造的憲法實例亦可援用「國民的同意」；而且，在公民投票的情況下，國民本身更可成為憲法實例的創造者。一九六二年引進總統直選制時，在戴高樂總統主導下，並非依據憲法第八十九條所定的修憲程序，而是援用憲法第十一條（關於公權力組織的法律案，總統有交付公民投票權）為之。嗣於一九六九年戴高樂總統為改革上議院及地方制度，以同一方法將憲法修正案交付公民投票（結果遭到否決，導致戴高樂總統辭職）時，產生一九六二年的實例是否可以稱為「憲法習慣」之爭^{註30}。

若循憲法第八十九條所定程序修憲，則修憲案必須經過議會審議。一九六二年戴高樂總統提出修憲案，引進總統直選制時，卻越過議會，依據憲法第十一條規定直接交付公民投票。對此作

註 29: 樋口陽一著，權力·個人·憲法學，學陽書房，1989年，頁201、202。

註 30: 樋口陽一著，同註29，頁202、203。

法，當時學界絕大多數採取違憲論^{註31}。惟戴高樂總統辯稱，關於總統的選舉方式，由公民投票決定，是最民主、最適當的方法；因為，國家的主權屬於人民，由人民決定憲法內容，顯然最符合主權原理。學者杜維傑（Maurice Duverger）原亦主張，依憲法第十一條修憲構成違憲，但同時援引第三條「國家之主權屬於人民，由人民透過代表或公民投票行使之」的規定，認為人民「同意」修憲案時，該公民投票的違法性即告治癒。一九六二年十一月六日上議院議長將該案送交憲法院，要求作成違憲判斷；憲法院同日判決卻以公民投票是「國民主權的直接表現」為由，認定憲法院不具審查的權限，而未直接作成合憲或違憲的判斷^{註32}。在此情況下，一九六九年修憲案再度引用憲法第十一條交付公民投票之際，關於一九六二年的實例究竟具有何種意義之問題，自然成為眾所關切的焦點^{註33}。

其中，最值得注意的是，費德爾（Georges Vedel）態度的巨幅轉變。費氏原本主張一九六二年的實例違憲，並且對憲法習慣採取批判的見解，認為如果可以從違反憲法規定的實例求取憲法法源，則法國法制度必須全盤改造，傳統憲法觀念非放棄不可。

註 31: 這種作法在法理上受批判的原因如下：(1)憲法第八十九條列於憲法的修改一章，而第十一條不然；(2)制憲時，未將第十一條預設為可供修憲之用；(3)如果可以適用第十一條，直接交付公民投票，則在第八十九條規定經過其他程序後才交付公民投票的複雜修憲程序，即無意義可言。Guy Carcassonne, *The Constraints on Constitutional Change in France*, in J. J. Hesse and N. Johnson(eds.), *Constitutional Policy and Change in Europe* (1995), p.167.

註 32: 關於該憲法院判決，詳參樋口陽一著，議會制の構造と動態，木鐸社，1973年，頁192以下。

註 33: 樋口陽一著，同註26，頁123、124。

然而，費氏於一九六八年十二月為文表示^{註34}：「當爭論發生在公權力機關之間時，僅從一次實例尚不足以消除憲法條文。一九六〇年總統拒絕召集臨時議會，引起爭議，最後在無裁定者的情況下不了了之，為其實際例子。但國民為意思表示時，不得作此推論。一九六二年，係以不適當的方式探求選民意思，惟彼等自由且完全光明正大地投票。結果，從該實例可以看出憲法習慣的基礎，亦即人民對法的確信（*opinio juris*）或共識，要難否認」。由此觀之，費德爾的憲法習慣肯定論以國民意思為中心，強調國民的主權者或制憲權主體地位，顯然承繼第三共和時期卡皮坦學說的譜系。

事實上，如杜維傑、歐留（*André Hauriou*）及普雷羅（*Marcel Prélot*）等學者，雖然不認為一九六二年的實例具備憲法習慣之要件，但對憲法習慣觀念本身皆持肯定見解，足可反映憲法習慣觀念在法國學界受支持的程度。基本上，第五共和時期的憲法習慣肯定論與第三共和時期一脈相傳，甚至將其特徵更加凸顯出來，茲說明如下^{註35}：

第一，當代法國憲法習慣論重視國民的意思，其程度尤逾於第三共和時期。原本，第三共和時期學者即從國民為主權者、制憲權主體的角度著眼，強調國民的合意是憲法習慣不可或缺的條件，惟當時這種「心理的要素」與議會中心主義結合，僅間接存在於國家機關所為的憲法實例中。今日情況改觀，總統由公民直

註 34: 引自樋口陽一著，同註 26，頁 125。

註 35: 樋口陽一著，同註 26，頁 126 以下；同註 29，頁 214、215。

接選舉產生，直接民主主義盛行，無論總統或公民投票產生的憲法實例，皆可顯現國民的意思，因此在憲法習慣論中國民意思的比重增強。

第二，關於憲法習慣的成立，第三共和時期不重視「物的要素」，未必將實例的反覆、繼續性視為必備要件。雖然學者如普雷羅不以為然，但第五共和時期學界隨著前述「心理的要素」之重視，而忽視「物的要素」之趨勢愈來愈明顯。雷飛（Denis Lévy）直截了當指出：「誠然，單僅發生一次，於私法關係範疇內尚不能成為習慣；但如果是全體人民所為的積極表示，用來顯示一種規範的存在，即已足夠。」

第三，一般討論習慣時，必然面臨一個問題，亦即習慣僅於彌補成文法（*lex*）之不足（*praeter legem*），方予承認^{註36}，或者縱使牴觸成文法（*contra legem*），亦可承認之？法國憲法習慣論一向主張習慣具有改廢成文憲法規範的效力，故明白承認《*contra legem*》的憲法習慣^{註37}。這種態度在第五共和時期更加確定，一

註 36: 司法院大法官於釋字第四一九號解釋理由書中指出「副總統兼任行政院院長不構成憲政慣例：按憲法慣例或憲法上之習慣法，其成立應有反覆發生之先例，並對一般人產生法之確性，始足當之。副總統兼任行政院院長以往雖有兩例，但均發生於動員戡亂及戒嚴時期，並非常態，且有違憲之疑義，自不能視為憲政慣例或習慣法」，似認為憲法習慣法的成立以《*praeter legem*》為限。

註 37: 惟《*praeter legem*》與《*contra legem*》的區別，會因解釋者價值判斷的不同，而結果出現歧異，所以未必黑白分明。制定憲法中未明定某制度時，有可能解釋為制定憲法對該制度的否定，亦有可能認係制定憲法蘊含「漏洞」。若藉實例建立該制度，則究竟屬於《*praeter legem*》或《*contra legem*》，不免產生爭議。例如，第三共和憲法未明定總理職位，實際上總理卻逐漸取代總統，成為掌握行政實權者。杜維傑以之為《*praeter legem*》的憲法習慣，但制定憲法中既無總理職位，不設總理何嘗不可解釋為制定憲法本身的要求，據此，設置總理即屬違反憲法。參照桶口陽一著，同註 27，頁 99-102。我

九六二年的公投修憲，堪稱最具代表性的實例。該次修憲循憲法第十一條規定為之，顯然與憲法第八十九條預定的修憲程序立於《contra legem》關係，而學者討論其憲法習慣性之成立與否時，一般基於共識，對《contra legem》關係並未加以質疑。

（三）憲法習慣論的論理構造與機能

首先，如上所述，法國憲法習慣論主張，當與制定憲法不符的憲法實例存在（=A）時，制定憲法的條文即使未經改廢，亦可產生與修憲相同的效果（=B）。任何國家皆有出現 A 事態的可能性，毋庸置疑；會有爭論的是，B 效果應否加以承認。A 乃關於憲法解釋的變化之「認識」問題，屬於憲法科學領域；B 則牽涉解釋規準的變遷，亦即具實效性的憲法實例可否成為憲法法源之問題，其本質屬於實踐上的主張，非科學命題。二者原本分屬不同層次，而憲法習慣肯定論將其結合在一起^{註38}。其中，涉及法學方法論的問題，與憲法變遷的法律性質息息相關，容後進一步探討。

其次，憲法習慣論重視「心理的要素」，但「心理的要素」具體所指為何，未必明確。例如，有的認係作成憲法實例之統治機關、有識之士、輿論、社會意識或被統治者未意識到該實例違反憲法，有的則認為單是消極欠缺違憲之意識尚嫌不足，而必須

國監察院及司法院是否得向立法院提出法律案，憲法無明文規定。部分論者依「省略規定之事項應認為有意省略」及「明示規定其一者應認排除其他」的拉丁法諺，主張否定說。惟司法院釋字第三號及第一百七十五號解釋以憲法有關文為由，採取肯定見解。其立場的差異，同樣反映出《praeter legem》與《contra legem》的區別實有困難之處。

註 38: 樋口陽一著，同註 27，頁 97。

積極意識到該實例具備拘束力方可。卡皮坦將「心理的要素」界定為國民的「承認」或「共識」，理論上似與國民主權及國民制憲權原理切合。但是，卡氏直接從憲法實例中讀取國民的「服從」，並從「服從」導出「承認」或「共識」，使得「承認」與「共識」僅具消極、被動、事後追認的性格。在國家機關擁有強大公權力、容易操縱輿論的今日，人民往往受制於國家機關，不得不「服從」公權力的運作。由此考量，憲法習慣恐有淪為國家機關的護身符之虞，制定憲法的效用將大打折扣，不無檢討的必要。尤有甚者，制定憲法源於「明確的主權者意思」，而憲法實例只是以「不明確且有爭論餘地的主權者意思」為依據，在憲法習慣論下，後者卻優於前者，無異於「剝奪憲法的存在理由」。憲法習慣論受到批判，勢所難免^{註39}。

此外，第三共和時期以來，憲法習慣論設定的對象，一般皆係政治部門作成的憲法實例。所謂政治部門，於第三共和及第四共和主要指議會，而第五共和則以總統為中心，是其不同之處。惟自一九七一年七月十六日憲法院判決結社法修正案違憲後，違憲審查制的機能幡然改貌，憲法院作成的憲法實例之重要性與日俱增。迄今法國憲法學界論及憲法習慣時，仍將對象侷限於政治部門所作成的實例，至於裁判部門的實例，則納入「判例的憲法法源性」問題範疇。但是，實際上二者的性質相同，關鍵皆在於憲法制定後出現的憲法實例能否具備憲法規範性？有無改廢制

註 39: 樋口陽一著，同註 26，頁 257。

定憲法的效力？德日等國的憲法變遷論將其一併涵蓋在內，非無道理。問題是，在法國二者區隔的前提下，如果相互發生牴觸情形，究以何者優先^{註40}？若強調憲法習慣為主權者或制憲權主體的意思表示，而憲法判例欠缺此一正當性根據，則前者似應優先於後者。反之，若重視形式意義的憲法之最高法規範性，認為違憲審查制的建立旨在確保該特性，則憲法判例毋寧應優於憲法習慣。就此角度觀之，無論憲法習慣或憲法判例皆有擴大憲法概念範圍的效果，不過前者使制定憲法的拘束力減弱，強烈帶有改變現狀的意味^{註41}，而後者使制定憲法的拘束力增強，多數具備維持現狀的意味，彼此恰成對比^{註42}。此事涉及憲法概念、憲法學的對象、憲法法源及違憲審查制的機能等問題，在法國頗具爭議，亦值得吾人深思。

事實上，耶林涅克提出憲法變遷論時，德國尚未建立違憲審查制，所以考察重點置於政治部門作成的憲法實例。類似情形亦出現於法國，其學者討論憲法習慣時，係以政治部門作成的憲法實例為素材，至於裁判部門的憲法實例，則未包含在內。關於判例的法律性格，法國一向在「判例的規範力」或「判例的法源」用語下論之。就公法領域而言，行政法院判例的法律定位如此處理之，憲法判例的問題亦不例外。惟如前所述，一般認為，憲法

註 40: 樋口陽一著，同註 26，132~134。

註 41: 例如，第三共和憲法由保皇派主導制定，內含奧爾良型議會內閣制原則，有「等待帝制的共和制」憲法之稱，惟後來經過實務運作，形成總統不行使解散權及設置首相職位等憲法習慣，而轉化為一元型內閣制。

註 42: 樋口陽一著，同註 29，頁 204~206。

變遷係指憲法條文未修改，而現實上憲法規範的意涵在和平狀態中產生變化者。準此，裁判部門行使違憲審查權，形成憲法判例，其性質按理應與政治部門透過憲法實例形成憲法習慣無異。當代德國憲法變遷論並未排除憲法判例，可以用以比較對照。用語的問題姑且不論，美國在憲法變遷問題上，更是早就以聯邦最高法院的判例為主要對象。戰後日本憲法學界明顯將最高法院判例視為憲法變遷的重要素材，不少學者甚至認為，必須最高法院形成判例，憲法變遷始告成就。法國學界的作法相當獨特，是否妥適，有待商榷。

三、日本憲法變遷論

(一) 憲法變遷論的開展與時代背景

日本自明治四十一年（1908年）美濃部達吉譯介耶林涅克的「憲法修改與憲法變遷」以降，憲法變遷的問題即廣受注意，有關研究相當豐富。在法理論上，美濃部對憲法變遷採取肯定立場，而佐佐木惣一則主張否定說，一開始就形成對立局面。

美濃部主張制定法可以由非制定法（習慣法、理法）加以變更，是其憲法變遷觀的大前提。美濃部採取非制定法論，認為法除了依權威作成外，事實上的習慣及社會正義意識本身亦可取得法的效力。依其見解，憲法在正文外另有社會意識、法的確信等構成要素，政治上的習慣、違憲的法律及違法的行為若長久持續和平為之，都可能成為習慣法，而使憲法變遷。反之，佐佐木雖然不否定習慣法的存在，卻不承認習慣法有改廢成文法的效力。

牴觸憲法的現象即使長期存在，亦不能改廢成文憲法。所謂稱憲法變遷，佐佐木稱之為「修憲的幻象」（Schein vom den Verfassungsänderung）^{註43}。

繼美濃部與佐佐木之後，學界對憲法變遷的探討更加深入、細緻，但見解分歧，迄無定論。儘管如此，學說基本上仍承襲美濃部與佐佐木涇渭分明的態勢，可分為肯定說與否定說兩大類；另外，蘆部信喜提出的折衷說（習律說）也備受重視。不過，各學者即使同樣採取肯定說或否定說，其理由與內容卻未必相同，若以百家爭鳴形容其盛況，亦不誇張。

第二次世界大戰後，日本學界對憲法變遷的討論所以如此熱烈，關鍵繫於新憲法第九條的問題。蓋新憲法揭櫫和平主義，於第二章標示「戰爭之放棄」，第九條明定非武裝原則。但是，一九五〇年韓戰爆發，日本未經修憲，即重新整軍經武。從警察預備隊到自衛隊，軍備不斷擴充，如今日本的軍力在世界各國中排行前幾名，乃有目共睹之事。最初，日本政府以擬制方式否認警察預備隊及自衛隊的「戰力」性質，據以主張其合憲性。不久之後，因軍隊急速擴充，此種擬制方式已不足以應付，政府乃改弦易轍，藉情事變更原則及憲法的從寬解釋主張合憲論，並藉「自衛隊法」（一九五四年）加以公定化^{註44}。其後，於一九六〇年締結日美安全保障條約，一九九二年制定「聯合國和平維持活動協

註 43: 粕谷友介著，同註 18，頁 21 以下；同氏著，憲法の解釋と憲法變動，有斐閣，1988 年，頁 7-9。

註 44: 長尾龍一著，憲法變遷論考，法學セミナー増刊「日本の防衛と憲法」，1981 年 3 月，頁 71。

力法」(PKO法),更使日本軍事力量及軍事活動日漸增強、擴充,對此現象,論者憂心忡忡,擔心其有扼殺立憲主義,再度造成「軍事獨行」之虞^{註45}。

事實上,日本新憲法成立後,憲法政治即風波不斷,從安保體制的形成、發展,到今天「海外派兵」與「國際貢獻」的倡議,在在衝擊日本的憲政體制。其間,出現許多與憲法規範矛盾的法令、判例及行政實務,而加深憲法問題的嚴重性。另一方面,自一九五〇年代開始,「明文改憲」之議就不斷出現,迄今歷久不衰。不過,由於修憲程序困難,使「明文改憲」始終無法實現。在這種情況下,「解釋改憲」變成爲政府辯護的一大法寶。於是,「解釋改憲」與「明文改憲」的主張或意見交互作用,對日本憲法變動現象及理論提供有力的發展契機。戰後日本憲法學界對憲法的概念與本質、新憲法的正當性及修憲的界限等問題十分關心,並展開熱烈的討論,其主要原因在此。憲法變遷問題備受矚目與爭論,也是出於同一背景。尤其,一九八〇年憲法學者橋本公亘於「日本國憲法」(有斐閣)一書中,以憲法變遷爲理由,主張憲法第九條解釋的變更,將其對自衛隊的立場從違憲說轉變成合憲說,造成學界震撼,更是引發憲法變遷論戰的導火線。

(二) 憲法第九條與憲法變遷

關於憲法第九條的解釋,於一九五二年前後曾經出現大變化^{註46}。制憲當時,政府解釋及學界壓倒性的多數說都一致認爲,在

註 45: 杉原泰雄著,憲法問題の見方,弘文堂,1995年,頁5-9。

註 46: 長谷川正安著,憲法問題の原點,新日本出版社,1981年,頁187-189。

憲法第九條之下，不得保有任何軍隊，且不得從事任何戰爭。其後，為配合再軍備的進展，京都學派的佐佐木惣一及大石義雄改變見解，認為憲法第九條允許自衛軍。一九五二年內閣法制局發表「關於『戰力』之統一見解」，強調「戰力」係指具備足以遂行近代戰爭之裝備與編制者，無論保安隊、警備隊或自衛隊皆不構成「戰力」。值得注意的是，政府的統一解釋與佐佐木學說都主張，其解釋內容乃憲法第九條原本具有的規範意義，而非第九條的意義有所變更。

到了一九八〇年，憲法第九條的解釋出現另一次大轉折^{註47}。橋本公互改變見解，以憲法變遷為由，公開倡議自衛隊合憲說。橋本表示：「所謂憲法變遷，係指未經成文憲法所定修改程序，而因法律、判決、議會及內閣等的行為、習慣或其他客觀情事的變更，導致憲法條文的意義發生變化者」（前揭書頁 48）、「當一般認識到憲法條款的客觀意義與過去不同時，乃發生憲法變遷。亦即，與過去不同的意義受到社會規範意識（或稱國民的法確信、民眾的同意）支持時，發生憲法變遷」（頁 49）。關於憲法第九條的變遷，橋本主張：1.憲法學通說正確理解到制憲當時第九條的規範意義。2.但是，其後國際情勢及日本的國際地位顯著變化，如今第九條的解釋有變更之必要。3.國民的規範意識亦承認，當前應保持自衛的戰力。4.因此，在上述限度內，不得不承認第九條意義的變遷。

註 47: 長谷川正安著，同註 46，頁 190 以下。

橋本的自衛隊合憲說提出後，立即遭到強烈質疑及抨擊。主要問題在於，橋本將憲法變遷界定為成文憲法條文規範意義的變化，過於單純，而對變化的原因及過程未做任何說明。實際上，憲法實施數十年，第九條的條文未變化，憲法學者多數的解釋也未變化，變化的是軍事制度及執政者的憲法意識。至於國民意識，則呈現分歧、複雜現象，難以確切掌握。橋本舉出國民的社會規範意識、國民的法確信或民眾的同意，做為憲法變遷的要素，但對其是否存在，卻未提出可信的證據。因此，論者認為，橋本所謂第九條變遷之說，用意與其在於確認變遷的事實，毋寧在於主張將「變遷」正當化。橋本承認，憲法變遷論如果輕易廣泛使用，必定會引起極端危險的作用。公權力所做的違憲事實，不容藉憲法變遷論加以合法化^{註48}。相當諷刺的是，橋本卻未自我警惕，而掉入憲法變遷論的陷阱。

長尾龍一感慨地表示：「耶林涅克引進憲法變遷概念，原本是爲了指出法無力對抗力與政治的事實。美濃部重新解釋，使力與政治成爲非制定法法源。藉由這種重新解釋，憲法變遷成爲戰後憲法學中的正當化概念、實踐的解釋論概念。耶林涅克爲嘲笑憲法學者的無力，借拉邦特的用語而創造之概念，在異國卻如同金科玉律。耶林涅克若地下有知，想必會暗自苦笑。此一憲法變遷概念的變遷現象趣味盎然，不下於憲法變遷本身。^{註49}」不過，

註 48: 橋本公互著，憲法變遷論，收於ジュリスト臨時增刊「日本國憲法—30年の軌跡と展望」，1977年5月，頁108。

註 49: 長尾龍一著，同註44，頁72。

值得注意的是，日本憲法學界受到橋本學說衝擊後，對憲法變遷問題的處理更加審慎，否定說固不待贅言，肯定說亦重視憲法變遷論隱含的危險性，特別強調憲法變遷的要件與界限，務期防止憲法變遷概念的濫用。

參、憲法變遷的法律性格

由德、法、日等國學說可以看出，關於憲法變遷的法律性格，學者的見解相當分歧，但大致可歸納為肯定說、否定說與折衷說三類。以下分別說明其大要，並檢討有關問題。

一、肯定說

憲法解釋乃實踐性的價值判斷作用，蘊含解釋者的主觀選擇，但解釋並非漫無邊際，至少憲法法典具備「框架」的功能，解釋者必須在憲法抽象規定容許的範圍內進行價值判斷。然而，為了取得說服力，解釋者原則上會將解釋擬制成客觀「法源」—憲法法典—的認識結果^{註50}。問題是，解釋如果超越憲法法典的「框架」，則這種認識的擬制陷入困難，非改弦易轍運用其他擬制方式不可，而憲法變遷肯定說正是此一現象下的產物。部分論者藉「憲法習慣」觀念讓抵觸憲法法典規定的憲法實例成為新「法

註 50: 樋口陽一著，憲法概念と憲法解釋，收於蘆部信喜、池田政章、杉原泰雄編「演習憲法」，青林書院新社，1979年初版十二刷，頁8。

源」，產生改廢舊法源 憲法條文 的效果。依其見解，憲法習慣的認定係新法源的「認識」。不過，這種擬制本質上屬於意識型態的作用，並非客觀分析說明法現象的科學觀念^{註51}。

除法國的憲法習慣論外，帖茲納（Fr. Tezner）、本哈克（C. Bornhak）及紀舍（F. Giese）亦以習慣法說明憲法變遷現象。對於習慣法說，學界出現多種批判之聲。例如，一說主張習慣法的存在必須依國家意思決定之，稱為「許容說」（Gestattungstheorie）。此說認為，習慣源於社會，固然與國家無關，但習慣能夠成為習慣法，係因國家加以承認，賦予法的效力。換言之，習慣法的成立，以取得國家某種明示或默示的許容為要件。未經國家許容者，只是單純的習慣，尚非習慣法。準此，違反法律的習慣不能成為法，習慣法只能補充成文法，而無改廢成文法的效力，習慣法說對憲法變遷的解釋，無法成立。另一說指出，稱作憲法變遷的現象，往往欠缺習慣法的要素：（一）繼續的慣行（dauernde Übung）、（二）法的確信（*opinio necessitatis*），不能成為習慣法；採取憲法變遷習慣法說者，輕易借用私法學中發展出來的習慣法概念，卻將不合習慣法要件的現象當作習慣法。此說排斥憲法習慣的習慣法性格，強調憲法變遷的「政治必然性」^{註52}。

川添利幸認為，德國早期公法學者援用私法概念，復將欠缺習慣法要素的現象當作習慣法，確有值得商榷之處，但如全面否

註 51: 樋口陽一著，憲法變遷，同註 50 所揭書，頁 39、40。

註 52: 川添利幸著，同註 13，頁 57~59。

定習慣法會產生憲法變遷的可能性，則礙難贊同；批判論披露習慣法說的盲點，有其不容忽視的意義，但如以「政治的必然性」原理作為肯定憲法變遷法性格之根據，則又失之浮濫，會使憲法的規範性稀釋掉。川添一方面肯定由習慣法產生憲法變遷的可能性，另一方面主張習慣法僅係憲法變遷現象的一部分。

詳言之，川添指出，一般所稱憲法習慣，依其內容及法的成熟度之不同，實際上可分為許多種類。首先，內容與成文憲法規範未抵觸的憲法習慣，非憲法變遷論關心的課題，姑且不論。成為問題的是與成文憲法規範矛盾的憲法習慣，此等憲法習慣有下列三種形態^{註53}：（一）屬於單純違憲行為的反覆為之者。例如，依照學界通說立場，日本國憲法第九條禁止一切戰力，自衛戰力亦不例外；在此前提下，自衛隊的存在不論延續多久，都只是單純違憲的國家行為之反覆繼續為之而已，不會產生法的性格。（二）係違憲的憲法習慣取得「習律」（Konventionalregeln）性格者。依據英國觀念，「憲法上的習律」（convetion of the constitution）與「憲法上的法律」（law of the constitution）不同，僅為事實上遵守的不完全法規範，非可由法院強制的法。在法的成熟度方面，習律固然向前跨越一步，但嚴格而言，習律尚處於法的「前階段」（Vorstadium），並非完全的法，故無改廢成文憲法規範的效力。（三）違憲的憲法習慣比習律更進一步，成為完全的法者，即憲法習慣法。

註 53: 川添利幸著，憲法の變遷と憲法習慣，收於氏著「憲法保障の理論」，尚學社，1986年，頁89、90。

基本上，川添承認習慣法具有改廢成文法的效力，主要理由出於下述觀點^{註54}。亦即，法效力包含兩個層面，一為規範面的妥當性（Gültigkeit），一為事實面的實效性（Wirksamkeit）若缺少其中任何一者，皆不能稱為有效的法。因此，即使是成文法，若完全喪失實效性，則告枯死。具有實效性的習慣規範繼之而起，經判決加以承認，可取得妥當性，成為完全的法，取代已枯死的成文法之地位。此一習慣法改廢成文法的理論，原則上亦可適用於憲法領域。儘管公法領域與私法領域相比，這種現象發生的頻率顯然較小，但彼此僅有量的差異，而無質的不同。

不過川添同時表示，在憲法領域中，習慣法改廢成文法的一般性理論仍不宜直接、機械式地適用。因為，具有實效性的習慣規範，於私法領域係出自民眾之手，而於憲法領域未必如此，毋寧通常係由國家機關主導。再者，法院判決的承認，於私法領域可以作為習慣法的標識，於憲法領域卻須有所保留。蓋縱使設有違憲審查制度，亦非所有憲法規範皆適合於訴訟中提出，而且判決本身同樣可能產生憲法變遷^{註55}。

本於上開基本立場，川添認為憲法習慣法改廢成文憲法規範的條件如下^{註56}：

第一，成文憲法規範業已枯死。此處所謂「枯死」，意指成文憲法規範完全喪失實效性。在嚴格意義上，當成文規範的內容

註 54: 川添，同註 53，頁 91、92。

註 55: 川添，同註 53，頁 92。

註 56: 川添，同註 53，頁 92~94。

不合理，無實現可能性時，方屬完全喪失實效性。至若成文規範的內容並非不合理，只因國家權力不遵守或不強制實施之，而導致該規範喪失實效性者，雖然也是一種實效性的喪失，但尚非真正的完全喪失實效性，不能說該成文規範已枯死。否則，國家權力可藉反覆、繼續的違憲行為踐踏成文憲法，使成文憲法對國家權力不能發揮限制作用，而規範性格盡失，顯然不當。

第二，憲法習慣法成立。一般習慣法的成立，須 1.已有先例存在、2.內容非不合理及 3.法的確信已形成。憲法習慣法的成立，同樣必須具備此等要件。其中，第 1 要件可依客觀標準認定，較無疑義。第 2 及第 3 難以客觀判定，能夠獲得承認者應屬少數。蓋憲法規範多與政治利害的對立息息相關，大概只有技術性的問題方面，其內容的合理性才會沒有置疑餘地，其法的確信也才會沒有爭執。因此，陷於政爭漩渦的憲法問題，殆難形成法解釋學上的憲法變遷。

第三，修憲困難。如過修憲容易，實無特意選擇迂迴曲折之路的道理。但此一條件與前述兩個條件不同，理論上並非不可或缺者。

吾人認為，憲法習慣法確有存在的可能性，但基於剛性成文憲法的精神，習慣法原則上應以補充成文憲法規定的不足為限。川添雖然認為憲法習慣法有改廢成文憲法規範的效力，但其前提是成文憲法規範業已枯死。實質上，此種情形與其說是憲法習慣法改廢憲法規範，毋寧應該說是成文憲法因規範的枯死而出現空

白或漏洞，藉由憲法習慣法加以補實，較合乎邏輯。

二、否定說

對徹底的法實證主義者或規範論理主義者而言，憲法變遷現象都不具有法的意味。依其見解，違憲的實務或習慣充其量只是一種「事實」，並無改廢制定法的效力。例如拉邦特，乃典型的法實證主義者，雖然未曾正面處理憲法變遷的法律性格問題，但在一般法源論上既然否認習慣法可以改廢成文法，則推測其將憲法變遷現象視為一種破壞憲法的事實，應屬合理。

克爾生從純粹法學的規範論理主義立場出發，明確採取事實說，否定憲法變遷的法律性格。眾所周知，克氏立足於新康德學派的方法論，嚴格區別當為與存在，強調法學的對象以當為世界為限，凡與當為不一致者，皆屬存在的領域，不列入法學考察範圍內。克氏主張，下位規範源於上位規範，不容許違反上位規範的下位規範存在；因此，違憲的實例終究只是「事實」，不具有規範的妥當性。當然，克爾生亦明白承認所謂「憲法變遷」的事實之存在，並指出類似現象在其他法律領域亦有之。對克氏而言，憲法變遷乃事實上對實定法秩序本身的排拒問題，純屬事實性質，與法學無涉。

事實說的特色在於，認識到「變遷」的各種事實，但拒絕對此等事實進行法學的建構，且不承認其具有法的意味。小林直樹認為，若於認識層面上無法否定「社會學的憲法變遷」，卻將現實上帶有重要法律意味的實務及慣行放逐到法理論之外，則該

法理論本身豈非殘缺不全？在法的實踐層面上，為尋求對策，以健全憲政秩序的運作，恐亦不應一味地規避問題。小林氏表示，事實說將憲法變遷加上「事實」的烙印，「嘗試以不解決的方式解決問題」，殊非科學的法理論應有之作法^{註57}。然而，此處所謂「法的意味」，究何所指？加以「承認」與否，屬於何種性質的精神作用？對於這些問題，小林氏並未提供說明^{註58}。

新正幸同樣基於純粹法學的立場，主張「違反規範的事實」可能存在，但「違反規範的規範」（normwidrige Norm）沒有立足餘地。因此，違憲的法律不能成立，當然亦不能容許以下位規範取代憲法法源的「變遷」。不過，新正幸另闢蹊徑，提出「規範篡奪」的觀念，對憲法變遷為進一步考察。依其見解，違憲的規範既無立足餘地，則只有在「合憲的下位規範」改廢上位的憲法規範，亦即發生「規範篡奪」的情形時，討論憲法變遷理論方有意義。當憲法規範喪失實效性，而下位的法律符合一定要件，獲得憲法法源的實效性時，出現真正的憲法變遷問題。新正幸認為，即使是憲法規範，在效力上亦受「實效性原則」（Das Prinzip der Wirksamkeit）制約，個個憲法規範與全體憲法秩序一樣，一旦喪失實效性，即喪失其效力；另一方面，一旦其他某種規範取而代之，獲得憲法規範的實效性，則將取得其效力^{註59}。

表面觀之，新正幸似與傳統規範論理主義不同，並未全盤否

註 57: 小林直樹著，同註 7，頁 232。

註 58: 高橋和之著，憲法變遷論にみられる混亂の若干の整理（上），ジュリスト 第 973 號，1991 年 2 月，頁 56。

註 59: 新正幸著，純粹法學と憲法理論，日本評論社，1992 年，頁 187~196。

認憲法變遷。但是，憲法變遷的核心問題存於 *contra legem* 上，而新正幸主張合憲的下位規範方有「規範篡奪」之可能，根本脫離變遷論固有的焦點^{註60}。所謂合憲的下位規範取代原憲法規範而成爲新的憲法法源，實質上究何所指，未臻明確，此一現象以「規範篡奪」稱之，在語意或語感上是否妥適，也有斟酌的必要。

另外，基於法律實踐或剛性憲法解釋論的立場，對憲法變遷採取否定說者亦不在少數。例如，杉原泰雄表示，從剛性憲法的論理及存在理由著眼，不可能承認改變憲法（法源）的「憲法變遷」觀念。申言之，剛性憲法爲國家最高法規範，藉定與其相矛盾的國家行爲，藉以維護法律生活的安定性及預測可能性。承認原本違憲的國家行爲可改變該憲法，轉化爲合憲，在法論理上絕對行不通，而且違反剛性憲法的存在理由。與憲法相矛盾的國家行爲，無論如何反覆繼續存在，都仍然不過是違憲國家行爲的反覆繼續存在。在剛性憲法下，民眾的意思並不當然形成最高的國家意思，唯有於憲法承認的限度內，亦即針對憲法容許的事項，依據憲法所定程序，民眾的意思才能成爲國家意思。因此，援用民眾的支持，以肯定「憲法變遷」觀念的作法，在法論理上不可行^{註61}。

樋口陽一同樣從立憲主義的角度出發，主張否定說^{註62}。樋口首先將現實適用、實現的規範，亦即憲法現實，稱作「實效憲法」

註 60: 小林直樹著，同註 7，頁 233。

註 61: 田上穰治編，憲法事典，青林書院新社，1981年初版第七刷，頁 170、171。

註 62: 樋口陽一著，同註 25，頁 253 以下。

(droit constitutionnel positif)^{註63}；同時指出，透過國家機關對制定憲法（法源憲法）的解釋適用，「實效憲法」可能經常變遷。「實效憲法」的變遷不需要其他條件，換言之，憲法實例是否繼續、反覆為之，憲法實例與制定憲法的關係究竟是 *contra legem* 或 *praeter legem*，以及憲法實例是否獲得民眾的意識支持，這些問題皆與「實效憲法」的變遷無關。「實效憲法」的存在屬於事實問題，為「認識」的對象，不因個人的實踐態度而受影響。由此可見，樋口所稱之「實效憲法」的變遷，牽涉的是社會學意義的憲法變遷。

其次，樋口強調，「實效憲法」問題與憲法法源問題不容混同。制定憲法（法源）乃既有、客觀的存在，不為解釋者的價值判斷所動搖。在解釋論上，與制定憲法不符的憲法實例應屬違憲，無改廢制定憲法的效果。憲法變遷的觀念，若指違憲的憲法實例可以取代制定憲法，成為憲法法源，亦即發生憲法法源的變遷，則不能說是法律科學的觀念。

三、折衷說

介於習慣法說與事實說之間，另有折衷的見解，稱為習律說。哈傑克主張^{註64}，憲法變遷現象既非單純的違法事實，亦不具有完全的法律性格，而是介於兩者之間，屬於法的先行階段之習律。依其見解，習律不是正式的法源，但可彌補法秩序的不足，

註 63: 「實效憲法」一語未必允當，蓋憲法現實有可能構成違憲狀態，不具法規範性或妥當性，卻以憲法稱之，容易引起誤解。

註 64: 關於哈氏學說，主要參考川添利幸著，同註 13，頁 65 以下。

或隨時伺機而動，準備一旦原有法規範衰滅，即取而代之。在公法領域中，因為法典未臻完備、行政機關的自由裁量空間大，以及最高國家機關之間欠缺調整機關等理由，所以最適合習律的發生。哈氏指出，習律包含下列七種形態：

1.最高國家機關不受司法統制，而越權制定法規：例如，於君主國中，君主的命令違憲，而無法加以爭執；因議會的議事規則而生之憲法變遷；聯邦制國家中，中央逾越應有的權限。

2.法的混同（Allonomie）：亦即，違背法規，將某一法域的規範類推適用於其他法域。例如，將民法總則適用於公法（特別是行政法）；原屬邦的法律，而充作聯邦機關的行為規範。

3.法的分歧（Rechtsspaltung）：基於法院的判例，產生與既有法秩序相矛盾之新的法秩序。英國衡平法院及衡平法的產生，為其適例。

4.類似組織（Organisationsparallelismus）：適用於某特定國家組織的法規，亦適用於具有類似構造的其他國家組織時，屬於此一類型。這種情形，或發生於國際間，例如德意志帝國議事規則不備，而借用英國的相關規定；或發生於一國之內，例如普魯士於行政訴訟程序準用民事訴訟程序規定。此外，法律的再生（Gesetzesanastase）及法的殘存（Übergangsrecht），亦歸屬此類。前者意指，法律業經廢止，嗣因同一或類似的國家組織有加以適用的實際必要，而告復活。後者發生於國家統治制度有所變革，而舊有的法律在新制度下繼續援用之場合。

5 形式的省略 (Formentartung)：憲法上須經兩個以上國家機關同意的場合，卻省略其中一道程序，改以憲法未承認的便宜程序代之，而各該國家機關皆未提出異議者。在普魯士，經議會同意的國際條約，而不以法律形式公布的情形，屬之。

6. 解釋的變化 (Interpretationswandel)：若變更解釋，使法條規定的意義變更，則其中存有戴上法律假面具的習律。

7. 法規與習律的必然結果 (Hypotaxe) 及平行影響 (Parataxe)：為實現既有的法規，而產生必要不可或缺之習律時，屬於前者。習律相互立於對等地位，而相互影響之形態，屬於後者。

哈傑克於區分習律之各種存在形態後，進一步歸納出習律之三點性質如下：第一，習律通常違反成文法，但為具有拘束力之規範；第二，其拘束力之根據，係從事實之規範力導出；第三，習律在某種程度上需要法規範之保護（但在這種場合，法規多遭誤用）。最後一點性質，正是法之習律與語言、宗教等其他習律區別之標幟。

另一方面，習律亦應與法規範區別。習律只是法之先行階段，價值低於法規範。法規範之作用在於對現在及未來之行為下達指示，故經常被遵守；相對而言，習律之目的只是為了事後將合乎先例之行為正當化，故未必被遵守。當然，哈傑克亦承認習律有進化為法之可能，但國法學一向過於輕易地將國家之慣行認定為法，哈氏頗不以為然。

關於憲法變遷現象的規範性格，蘆部信喜基本上採取與哈傑克相同的看法。蘆部首先指出，當憲法制度（憲法附屬法令、憲法習慣及判例）與憲法規範的意義出現差異，導致憲法規範喪失實效性時，若著眼於剛性憲法的規範性及憲法的本質意義，似應認定此種現象構成違憲狀態（憲法的破壞）。但是，蘆部反對這種看法，而認為該現象的某些部分發展至一定階段後，會帶有一種法律性格。蓋若堅持以憲法的形式概念作為憲法之本質標幟，則無論如何必須否定違憲狀態的法律性格。問題是，憲法的本質在其實質概念，並無完全的習慣憲法或成文憲法；因此，因應政治、經濟及社會動態而生的違憲狀態，亦即透過有權解釋而生的憲法制度，有時未必適合以憲法破壞的概念理解之。蘆部表示，違憲狀態在嚴格條件下，即符合長期反覆為之，有不變的相同意義，顯然不允許他種解釋，且國民有承認其具備規範價值的共識（規範意識或社會心理）等條件時，根據類似所謂事實規範力理論的想法，可承認其規範性格。惟此處所稱規範性格，相當於英國的習律，並不具有完全的憲法規範之性格。習律可以拘束國家機關，卻不能由法院執行，當然亦沒有改廢成文憲法規範的效力。定有特別修憲程序的成文剛性憲法，理論上應禁止以習慣變更憲法規範。職是之故，憲法變遷的法律效果絕對不可視同實質的修憲。憲法制度即使造成憲法規範意義的變化，也只是使既有憲法規範的效力一時麻痺而已，並非意味著憲法規範的變更^{註65}。

註 65: 蘆部信喜著，憲法制定權力，東京大學出版會，1984 年第二刷，頁 146-148。

對於習律論，反對者主要提出兩點批判。其一指出，憲法上的習律概念源於英國憲法之特殊性，而歐陸國家的法體系與英國截然不同，欠缺習律的背景條件，不可將習律一般化。其二懷疑，哈傑克的習律概念既然有別於法規範，不過是法的先行階段而已，則在該概念理解下的現象豈能成為法律學之對象？

誠然，哈傑克本身亦承認，其習律概念襲自英國憲法的 *conventions of the constitution*。將憲法分為 *law of the constitution* 與 *convention of the constitution* 的思想，自傅利曼 (E. A. Freeman) 首開嚆矢，繼由戴雪 (A. V. Dicey 提供理論基礎並加以體系化後，已成為英國法學的共有財產。憲法 (*constitutional law*) 一語，在英國包括「一切直接或間接影響國家內主權的分配與行使之規律 (rules)」，其內含較歐陸國家的用法廣泛，一些在歐陸國家自始不屬於憲法的習慣 (*habits*)、理解 (*understandings*) 及實例 (*practices*)，於英國都可納入憲法範圍^{註66}。因此，在英國憲法中，一部分規律具備可由法院加以強制實現的恆常性及不變性，符合英國嚴格意義的法 (*law*) 概念，其他部分則為彈性、可變、不能由法院強制的規則，爰有加以區別的必要，而將前者稱為 *law of the constitution*，後者稱為 *convention of the constitution*。其他國家的背景條件與英國不同，可否因襲英國的習律概念，確有值得斟酌之處。但是，任何國家都不例外，在最上級國家機關的活動領域中，存有某些非法規範所能涵蓋的規範，將這些法的先行

註 66: A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1979), pp. 23,24.

階段之規律稱作習律，似無不可。當然，各國因憲法存在形式及法概念的差異，對特定的個別規範究竟是法或習律，其認定結果未必一致。

關於上述第二點質疑，最為強調者，非克爾生莫屬。克氏基於規範與事實嚴格區別的立場，徹底反對習律說，同時認為有關研究應該屬於社會學而非法律學的範疇。不過，對哈傑克所觀察並予以體系化的事實，克爾生亦承認其重要性。其實，關於憲法變遷現象，哈氏首先從社會學的角度切入^{註67}；在法社會學已是法學重要領域之一的現代，堅持將事實或非嚴格意義的法規範問題排除於法學研究範疇之外，難免遭受時代錯誤之譏。

此外，粕谷指出，蘆部所以主張習律說，將憲法變遷置於事實與規範中間，認為既非完全的事實，亦非完全的規範，目的係為確保回歸成文憲法（法源）的可能性。惟粕谷認為，此一目的藉由憲法變遷的定義即可解決，無待乎習律概念的提出。依其見解，憲法變遷概念中的「憲法」，指成文憲法的實效性；所謂「變遷」，係成文憲法喪失實效性，由其他事實取得實效性。因此，即使成文憲法的妥當性與實效性一度分離，產生憲法變遷，只要以後情況變化，原來的憲法法源之妥當性與實效性仍有復活可能。亦即，有關憲法條款的實效性一度喪失，導致妥當性死滅，其後全體國民生活發生變化，只要該條款未經修改，其已死滅的妥當性即可能復甦^{註68}。

註 67: 川添利幸著，同註 13，頁 69、70。

註 68: 粕谷友介著，わが國における憲法變遷論の批判的考察（二），上智法學論

然而，藉由憲法變遷的定義，是否真能解決問題，令人懷疑。尤其，當憲法條款的重大意義內容產生變化，會不會造成憲法法源的變化，仍然是憲法學必須面對的問題^{註69}。而且，雖然法的妥當性與實效性有別，但在一定條件下，實效性的喪失會導致妥當性的死滅。當憲法條款的妥當性與實效性皆喪失時，該條款已然「枯死」，原本違憲狀態的性質改變，應不再構成違憲，似有形成憲法習慣的可能。粕谷上述論說未能顧及於此，難謂允當。

肆、憲法變遷的方法論問題

一、認識與實踐的區別

基於方法二元論的立場，認識與實踐（價值判斷）應嚴格區別。法科學的任務，在於客觀、正確認識法的現實。法解釋學的本質，則為一種實踐或價值判斷的作用，帶有主觀色彩。一般認為，社會學的憲法變遷屬於事實認識問題，法解釋學的憲法變遷屬於實踐或價值判斷問題，二者的研究方法迥異。然而，真正情形是否如此單純，不無商榷餘地。

首先，就憲法解釋的性質觀之。一般而言，法解釋為實踐的行為，不是法現象的科學認識，憲法解釋亦不例外，尤其強調目的論解釋時，更是如此。但若因此而認定憲法解釋完全屬於主觀

集第 20 卷第 1 號，1976 年 10 月，頁 90、91。

註 69: 蘆部信喜著，同註 65，頁 337。

的價值判斷，不含任何「客觀性」，恐亦有所偏差^{註70}。蓋憲法條文無論如何抽象，其規定的內含及外延畢竟仍有界限，解釋必須在界限內為之，不得恣意妄為。理論上，條文具有一定的框架，其框架屬於可以客觀認識的對象。就此以論，解釋學包含科學的一面，殆難否認。通常稱解釋為價值判斷，係著眼於解釋的核心或終極性質，非自始忽略或排斥認識作用的因素。

同樣，論者思考憲法變遷問題時，向來亦以憲法條文意涵之解釋具有一定客觀的框架為前提。基本想法認為，該框架至少在原理上具有認識的可能性，超越框架的「解釋」乃超越解釋學的範圍，不得為之；在框架內擇取某一可能的意涵，終極屬於價值判斷的問題^{註71}。法解釋學的憲法變遷亦即憲法法源的變遷，乃解釋論的問題，必以某種價值為前提，據以決定是否承認逾越憲法框架的實例可以取得憲法法源地位，故稱之為實踐或價值判斷問題，應係合理的說法。但是，法解釋學的憲法變遷也內含認識問題，不容忽視。

然而，縱使解釋之框架在原理上具有認識的可能性，實際操作時是否可以確保認識作用，而排除主觀的價值判斷，卻不無疑問^{註72}。尤其，憲法條文往往使用「不確定法律概念」，富有高度

註 70: 小林直樹著，〔新版〕憲法講義（上），東京大學出版會，1980年，頁69~73。

註 71: 高橋和之著，憲法變遷論にみられる混亂の若干の整理（下），ジュリスト第974號，1991年3月，頁50。

註 72: 論者即使主張法律解釋是一種認識作用，但也在「不確定法律概念」理論中承認「判斷餘地」，認為於「判斷餘地」可能存有數個對的答案，解釋者可以有所選擇。翁岳生著，行政法與現代法治國家 1989年九版，頁63以下；法治國家之行政法與司法，月旦出版社，1994

抽象性，所以在框架的的界定上要完全排除主觀價值判斷的介入，恐無可能。基於此一前提，所謂社會學的憲法變遷屬於事實認識問題之通說，似乎也有重新檢討的必要。

社會學的憲法變遷概念如果係指憲法實例或憲法現實之變更，亦即從 A 憲法實例或憲法現實轉變為 B 憲法實例或憲法現實，則其屬於客觀事實的認識問題，無可置疑。不過，論者使用社會學的憲法變遷一語時，強調的是某種逾越憲法框架的憲法實例具有一定的（社會）規範力。其涉及憲法解釋的框架問題，既然框架的界定難以排除主觀的價值判斷，如前所述，則將社會學的憲法變遷視為單純的事實認識問題，並不完全允當。

抑有進者，向來有關憲法變遷的討論，都以憲法解釋的框架固定不變為前提，而依憲法實例有無逾越該框架為準，認定憲法變遷是否存在。問題是，憲法解釋的框架未必固定不變。一般語言文字的意涵，受其出現時的歷史、政治及文化等因素影響，存有一定的界限。同樣，憲法條文所能包含的意義範圍，也有一定的界限，是為解釋的框架問題。但是，憲法解釋的框架可能隨時代而變動^{註73}，尤其採取「非原意主義」（non-originalism）立場，主張解釋適用憲法應探究憲法的「現意」，而非制憲者的「原意」時^{註74}，框架的變動可能性更是不言而喻。對有變動可能性的框架進行界定，究竟是認識或價值判斷作用？參照上述說明，認其原

年 1 版 2 刷，頁 94~96。解釋者既然可以有所選擇，則其中包含價值判斷，似難否認。

註 73: 高橋和之著，同註 71，頁 50。

註 74: 樋口陽一著，憲法，創文社，1992 年，頁 21、22 及 379。

理上屬於認識作用，但實際運作難以排除主觀的價值判斷，或屬可採。

總之，在方法二元論的前提下，法源變遷應屬解釋論的主張，非認識作用的結果。某條款喪失實效性、違憲實例為眾人所認同或法源變遷獲得社會同意，此等事項皆可作為認識的對象⁹（但未必易於認識），而且一旦觀察到該等「事實」，若還加以否認，即違背科學的態度。但是，無論如何認識到該等「事實」的存在，都無法從中導出「法源變遷」，或「認識」到「法源變遷」。是否承認「法源變遷」，乃解釋論的問題。以剛性憲法的理念為根據，否認法源變遷，在解釋論上毫無疑問可以成立^{註75}。

二、評價的基準

對於因解釋而生的憲法變遷，清宮四郎以憲法的內在為基準，賦予正邪兩種評價。於憲法框架內所為的解釋，稱作「正道解釋」；超越框架的解釋，則稱作「邪道解釋」或「偽裝解釋」。「正道解釋」合乎憲法規定，屬於理想的變遷。反之，「邪道解釋」或「偽裝解釋」所生的行為與憲法矛盾，造成憲法規範與現實的不一致，其規範力薄弱，屬於不理想的變遷。例如，針對日本憲法第九條所作的自衛隊合憲解釋，就是典型的「偽裝解釋」。「偽裝解釋」若大規模為之，會使憲法整個崩潰；即使零星出現，也可能造成憲法危機。有鑑於此，一切國家機關皆應正確解釋、運用憲法，法院（違憲審查機關）身為「憲法維護者」，尤應如

註 75: 高橋和之著，同註 58，頁 59。

此。但是，現實情形未必合乎此一要求，連法院都可能為「偽裝解釋」。為防止惡質變遷，必須強化國民的憲法意識及維護憲法的決心^{註76}。

以憲法的內在做為憲法變遷之評價基準，客觀性較高，是其優點。惟如前述，從解釋作用與價值判斷不可分的關聯性觀之，解釋作用包含主觀性，當然憲法內在的認定亦無法排除主觀因素。因此，以是否符合憲法的內在作為變遷正邪之評價基準，實際操作時並不保證客觀。何況，各國憲法典的內容未必完善，漠視人權及反民主者亦有之。如果解釋時追求人權及民主而超脫憲法框架，從立憲主義考量，應有「改邪歸正」的正面意義，但依此基準評價卻屬「偽裝解釋」，為不理想的變遷。堅持遵守憲法典，主張防制這種「惡質變遷」的說法，對期待實現民主主義的價值者而言，實為無法忍受的超級保守意識型態^{註77}。吾人認為，此等批評確有值得傾聽之處；但是，上文業已指出，從反對人權與民主向維護人權與民主變動，涉及憲法根本規範的變動，不宜納入憲法變遷概念範疇內，在這個前提下，有關批評不一定適切。其實，憲法框架內的解釋變更，是否應納入憲法變遷概念範疇，本有爭議。此點姑且不論，狹義的憲法變遷以 *contra legem* 為限，才是憲法變遷論的固有對象，要無疑義。依清宮的評價基準，一切憲法變遷論的固有對象都是不理想的憲法變遷，這種評價是否妥當，不無疑問。

註 76: 清宮四郎著，憲法の「變遷」，世界第 186 號，1961 年 6 月，頁 115~121。

註 77: 小林直樹著，同註 7，頁 243。

相對於憲法的內在基準論，另有學者提出自然法的基準論。海德（Freiherr von der Heydte）表示，隨著歷史狀況的變化，憲法當然亦須改變。修憲方法譬諸「封閉性鍋爐的氣瓣」，若欠缺或不能運作，為尋找出氣口，可能發生激烈的革命。「變遷」介於修憲與革命之間，具有「補充性氣瓣」的功能。憲法變遷藉憲法解釋而實現，故憲法解釋的課題在於，遵照永遠的價值，以導正受時代制約的實定法。面對憲法變遷時，應留意要不斷將法與倫理相結合。法學負有責任，須防止憲法變遷違背道義，迷失在政治的歧途中。

海德指出，在政治現實中，憲法變遷有陷入邪道之虞，為將憲法變遷導入正道，不得偏離永遠的價值，亦即絕對的倫理或道義。辨別變遷正邪的指標，不是法本身，而是不變的道義價值。問題是，這種超越法律的價值所指為何？同樣是自然法論者之間，對其具體實質內容的看法，恐怕也難期一致。因此，海德的主張只是提出內容空洞的自然法，不能成為現實有效的基準。不過，小林直樹認為，即使無法找出具有科學真理價值的基準及價值序列，但人類經過長久的歷史體驗，業已檢證出，人權乃具有高度普遍性的社會價值。以人權價值做為判定憲法變遷優劣的基準，凡壓制、縮減人權保障的變遷，即給予負面評價；反之，會增強人權保障的變遷，則給予正面評價，毋寧相當合理、方便且客觀^{註78}。吾人認為，此一見解符合現代實質憲法論的觀點，頗為

註 78: 小林直樹著，同註 7，頁 245。

可採。基本上，從個人尊嚴的維護出發，人權與國民主權都是憲法必須追求的價值，用為各個憲法變遷良窳的評價基準，應屬適當可行。

伍、憲法變遷論的課題與展望

由憲法變遷現象的考察可知，憲法變遷具有下列幾點特性：第一，事實性，即違憲的憲法實例與解釋正有效運作，實際發揮機能。第二，狹義的憲法變遷不依正式修憲程序為之，顯示異常性。第三，變遷現象帶有某種意義的規範性。由於事實性、異常性與規範性相互糾纏，所以形成憲法變遷獨特、複雜的法理問題^{註79}。

從耶林涅克的憲法變遷論發表迄今，已有近百年的歲月。其間，有關憲法變遷的研究推陳出新，問題點也不斷浮現，但多數尚未獲得圓滿解決。唯其如此，憲法變遷益發值得探討，有待學界投注更多的心力。茲就憲法變遷論應留意的課題，扼要臚列如下，以結束本文：

1. 社會學的憲法變遷與法解釋學的憲法變遷不同，應加以區別。對此，學者在抽象層次上通常已有共識，但在實際討論問題時，往往未予釐清，甚至在無意中出現混淆現象，使得論點模糊

註 79: 小林直樹著，同註 7，頁 224。

掉，容易引起無謂的誤解或爭議。為使憲法變遷的討論內容更清晰、更有建設性，理應嚴謹把握兩種憲法變遷概念的區別。

2. 一般認為，真正會發生爭議的是法解釋學的憲法變遷，不是社會學的憲法變遷，彷彿後者意義明確，性質單純，不至於造成問題。實際上，社會學的憲法變遷與單純違憲狀態或違憲實例有無區別？若無區別，則社會學的憲法變遷在某種程度上是否也有將單純違憲狀態與違憲實例正當化的作用？若有區別，其標準何在？應該具備何種要件始能構成社會學的憲法變遷？凡此皆有探討的必要。吾人認為，為避免社會學的憲法變遷淪為政治現實之合理化工具，其成立應該符合一定要件，俾與單純違憲狀態或違憲實例有所區隔。基本上，參照前述蘆部信喜有關習律說的主張，認為違憲狀態在嚴格條件下，即符合長期反覆為之，有不變的相同意義，顯然不允許他種解釋，且國民有承認其具備規範價值的共識（規範意識或社會心理）等條件時，始認定社會學的憲法變遷成立，或許較妥。

3. 憲法規定通常相當抽象，具有多種解釋的可能性，惟憲法解釋仍有一定的限制，必須在憲法規定所設框架內為之。於框架內所為的解釋變更，不生違憲問題，與超越框架的憲法變遷有別。但是，即使採取肯定說的立場，亦非認為一切超越框架的「解釋」都構成憲法變遷。換言之，該等「解釋」基本上仍屬違憲狀態，只有符合一定要件時，始能完成憲法變遷，而取代成文憲法規定，成為憲法法源。另一方面，否定說固然否認憲法變遷的法

律性格，卻非不承認透過框架內的解釋變更可以改變規範的意義。當然，規範意義的變化有其界限，正如同肯定說的憲法變遷有其要件一樣。因此，在某種程度上，二者會面臨相同的實質問題^{註80}。尤其，憲法解釋雖然受到框架限制，惟實際上框架如何界定，可能因人而異。因此，某特定憲法實例究為憲法解釋的變更、單純的違憲狀態或改變法源的憲法變遷，論者往往會有不同看法。此一問題的解決，相當重要，但也相當棘手，反映出憲法變動理論有待努力之處極多。

4. 憲法解釋有其界限，憲法習慣法受制於成文憲法，而憲法變遷的法律性格又備受質疑，所以在強調「活的憲法」之際，必須了解其潛在的問題。公權力往往以憲法變遷為當然之事，並藉「活的憲法」觀念掩飾其違憲行為，而逐漸腐蝕憲法規範。憲法變遷論的危險性由此可見，故須格外審慎。

5. 憲法變遷涉及法源論、法的概念及法解釋之性質等法學上的根本問題，十分複雜。今後為深化憲法變遷的研究，不可避免的，必須針對各該問題彼此的關聯性進一步加以探討。

註 80: 阿部照哉著，「憲法の變遷について」，收於大石義雄先生喜壽記念論文集「日本國憲法の再検討」，嵯峨野書院，1980年，頁612。

Constitutional Transformation

Chih-Hsiung Hsu

Abstract

This article clarifies, in the first place, the concept of constitutional transformation with an emphasis on the distinctions between that in the eye of legal hermeneutics and that in sociological terms. A discussion on the emergence and development of related theories in Germany, France, and Japan will be followed. This article then makes an in-depth inquiry into the legal characteristic of constitutional transformation and its problems regarding methodology. Finally, this article will point out topics for further research and their prospect.

Key Words: constitutional transformation, G. Jellinek, written constitution, constitutional custom, constitutional interpretation.

意志與限制： 最高法院在美國民主政治中的角色*

謝秉憲**

摘要

最高法院司法審查權在美國民主政治中的角色，一直是學者爭論的焦點。國內部分學者認為，民主政治的多數統治，會發生侵害少數者權利的情況，因而有以司法審查來限制多數意志的必要。然民主政治中的多數，是「多重少數形成的多數」，民主政治自身即內含保障少數者權利的機制。在民主政治下，具反多數、反民主本質的司法審查權，並無存在的正當性。而美國制憲者之所以主張賦予最高法院司法審查權，係因對人民的疑懼，及欲以之鞏固聯邦體制。目前美國最高法院的司法審查權，是政治鬥爭下的產物。其所以能存留至今，是因為最高法院在行使司法審查權時，以支持多數統治為常態。

關鍵詞：司法審查(Judicial Review)、多數統治(Majority Rule)、多重少數的統治(Minorities Rule)、司法自制(Judicial Restraint)、司法創制(Judicial Activism)、憲法(Constitution)、憲律(Constitutional Law)

*本文初稿曾以〈意志與限制：美國最高法院司法審查權的正當性基礎〉之名，於二000年五月十三日由台灣政治學會、中山大學舉辦之「第二屆全國政治學研究生論文發表會」中宣讀，會後經修改而成。

**東海政研所碩士

壹、前言

一、問題意識與研究目的

長期以來，我國部份學者及司法實務界人士，一直強調司法審查權(Judicial Review)具保障人權功能。^{註1}公法學者李鴻禧更認為，英美民主憲政成功之主因，在於有超然獨立於政治權力之外，以司法審查來保障自由、民主與人權的司法制度。^{註2}

然而，前述主張，卻非無疑。首先，憲法(Constitution)乃特定政治思想與價值衝突、妥協下的產物，而釋憲離不開政治價值的考量。^{註3}吾人若承認政治係「社會價值的權威性分配」，^{註4}則在釋憲必然影響社會價值分配的情形下，就無從否認司法審查過程是政治過程的一環。而司法審查機關，即一政治機構。^{註5}如此則其又何由能獨立於政治權力之外呢?再者，民主政治以「多數統治」(majority rule)為原則，^{註6}少數未經民選的法官，竟

註1: 呂亞力，政治學(台北：三民，一九九一年)，96；鄒念祖，〈司法〉，收於何思因編，美國(台北：政治大學國際關係研究中心，一九九二年)，99；翁岳生，〈憲法解釋與人民自由權利之保障〉(台北：第二屆憲法解釋之理論與實務學術研討會，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦，一九九九年三月)，25。

註2: 李鴻禧，〈違憲審查思想史之比較研究：戰前美、德、日、法之縱剖〉，收於氏著，違憲審查論(台北：作者自版，一九九〇年)，47。

註3: 許宗力，〈憲法與政治〉，收於氏著，憲法與法治國行政(台北：元照，一九九九年)，22。

註4: David Easton, *The Political System*(New York: Alfred A. Knopf, 1960), 129.

註5: 陳銘祥，〈違憲審查制度與民主政治〉，收於許志雄等著，現代憲法論(台北：元照，一九九九年)，339。

註6: Austin Ranney, *Governing: An introduction to Political Science*, 7th ed.(Upper

可宣告代表多數公民的議會，依多數決原則所制訂的法律違憲無效，實與民主政治多數決原則相悖。司法審查權此「反多數」(counter-majoritarian)、「反民主」(anti-democratic)的本質，使人不得不質疑其權力的正當性基礎。^{註7}換言之，強調限制(limit)多數意志(will)的司法審查權與民主政治之間，有著無可迴避的緊張關係。

但是，既然司法審查權具反民主、反多數之本質，何以其發源地美國，即歷兩世紀猶留存該機制，且自二十世紀中期以來，其行使頻率即不斷升高，甚成爲美國憲政民主(constitutional democracy)體制的一大特色？而經由司法審查權的行使，最高法院在美國的政治過程中，又扮演何種角色？此實爲當代憲政研究的重要課題，亦是本文研究之目的。

二、研究方法論

往昔國內的法學者在從事憲政研究時，強調憲法學爲法學的一支，主張探討憲法問題時，須採法律論，而非政治論，否則極易淪爲「官僚法學」或「御用法學」。^{註8}而所謂的法律論，實即採自然法學派或分析法學派的觀點，或視憲法爲自然法(natural law)此至高無上的道德律之體現，或視憲法的涵義，可由法學或法官經由三段式論證(syllogistic)，在不滲入個人主觀價

Saddle River, NJ.:Prentice-Hall International, Inc., 1996),97.

註7: 參見Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New Haven:Yale University Press, 1986),16-22.

註8: 許志雄，〈憲法與憲法學〉，收於許志雄等著，前揭書，7。

值下，清楚地得出其真義。因此以法律論研究司法審查時，注重的是法理的推演與分析。

但是，憲法是特定政治社群行使制憲權所制定的政治契約。^{註9}其內涵的規範與原則，無不是特定思想、價值與意識型態，經衝突、妥協後的表現。因而對憲法的解釋或憲政的研究，就不能無視於這些政治思想、價值或意識型態所存在的特定政治與社會背景因素。傳統的法律論研究途徑，卻刻意去除政治與社會背景因素，視法院的裁判，是在真空的環境下以機械式的方法做成。視法官是無個人意志、感情的「審判電腦」，而忽略了法官是生活在現實社會及政治環境下的活生生的人。^{註10}甚或以為只有法官或法學者，才能了解憲法的意涵與價值，而視他們如柏拉圖(Plato)筆下的「哲君」，有指導憲政運作的義務、責任及權威。因此法律論的研究途徑，不獨無法說明司法審查運作的實態，亦易鼓勵司法系統不顧社會運作及變遷的實態，導致其可能成為社會進步的阻力。雖然無可否認的，在威權統治時代，法律論研究途徑有鼓勵法官維護憲政運作的意義，但在民主政治下，法律論研究途徑在學術研究上的不足卻是明顯而不能忽視的。

職是，本文排除法律論的研究途徑，而採取夏比洛(Martin

註 9:Louis Henkin,*Contitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs* (New York:Columbia University, 1990),5.

註 10:Harry P.Stumpf,*American Judicial Politics* (New York:Harcourt Brace Jovanovich,Inc.,1988),30-31.

Shapiro)所稱「政治法理學」(Political Jurisprudence)研究途徑，著眼於美國最高法院的政治角色及司法審查過程的政治涵義。^{註11}政治法理學研究途徑起源於一九三〇年代的美國，當一九三五年及一九三六年時最高法院密集否決小羅斯福(Franklin D.Roosevelt)總統的「新政」(New Deal)立法，以致小羅斯福總統決定加以報復後，最高法院立即改變其立場轉而支持新政立法。最高法院立場的驟然轉變，顯示其運作受到政治及社會環境的深刻影響，亦顯示大法官個人的意識型態及社會價值，才是影響其判決的主因。因此，自然法學派及分析法學派對法官角色及其行爲的看法，顯然與最高法院的運作實態不符。因而學者認為，法律及法院的運作，必須被置於一更廣泛的政治社會關係中來理解。^{註12}即要瞭解司法審查的真正運作，焦點應置於其過程而非結果上。^{註13}

註11:Martin Shapiro,*Law and Politics in the Supreme Court:New Approaches to Political Jurisprudence* (New York:Free Press of Glencoe, 1964),6.

註12: Stumpf,op.cit.,21.

註13:Jack W. Paltason,*Federal Courts in the Political Process* (New York : Doubleday, 1955),1.

貳、司法審查權的創設與發展

一、制憲時的爭議

民主政治的根本基礎，是制定政府政策的最終權力歸屬於全體人民，而非人民中的某一部份人或一個人。^{註14}而不論是直接民主或代議民主，其決策方式皆應採多數決。蓋一致決(unanimity)將造成政府癱瘓；而若採少數決(minority rule)，不論其可決門檻為多少，皆違反選票等值原理，使少數者成為特權階級。故只有百分之五十加一的多數決，才是符合人民主權原理的民主決策方式。^{註15}

但是，在十九世紀前，社會組織簡單，主要的社會分歧只有「資產階級／無產階級」的區分，多數和少數的組成是固定不變的。^{註16}因而民主政治的多數統治原則引起資產階級的疑慮，深懼多數人民會侵奪他們的財產，故強調立憲主義(Constitutionalism)，欲以制訂成文憲法，來限制多數的權力。立憲主義的提出，本是為了限制專制君主的權力，強調君主權力應受自然法的限制。^{註17}惟立憲主義以一不可更易的先定約束(precommitment)來限制民主政府權力的行使，無異於否定民主

註14: Ranney, op.cit.,94.

註15: Ibid.,97.

註16: C.B. Macpherson, *The Life and Times of Liberal Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 1977),10.

註17: 菲利曼(David Fellman) 著，黃淑馨譯，〈立憲主義〉，收於觀念史大辭典：政治與法律卷(台北：幼獅，一九九一年)，117-128。

政治主權在民及多數統治的原則，使民主政治與立憲主義間形成一對立的緊張關係。

立憲主義者懼怕多數暴政，而要防止多數暴政，其方法不外如下：一是期待多數的自制，不侵犯少數者的權利。但誠如麥迪遜(James Madison)指出的，人性並不完美，期待有權力者的自制是不可能的。^{註18}二是以暴力革命推翻多數統治，但革命成功後，仍須面對新政府可能施行暴政的難題。三是立憲主義者主張的，設立一永世不可更易的制度來限制多數統治。但此是違反民主原則的。^{註19}四是少數經由努力，在未來成為多數。道爾(Robert A. Dahl)指出，民主社會是個多元分歧的社會，每個人或團體所關注的議題都有所不同，在特定議題上，相對於全體公民，關注該議題的人雖為少數，但因其掌控了與該議題相關的資訊，只要他們採取積極的行動，就能主導該議題的決策；因而經由社會中無數利益團體、黨派間的競爭與合作，及定期改選的機制，民主政治的多數統治，是「多重少數的統治」(minorities rule)。^{註20}職是民主社會本身，即含有保障少數者權

註18: 麥迪遜稱：「如果人是天使，就不需要任何的政府，如果是天使統治人，就無須對政府做任何外來的或內在的限制。」見James Madison, "Federalist No. 51," in Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, *The Federalist Papers*(New York:The New American Library of World Literature, Inc., 1961),322.

註19: See Thomas Jefferson, Letter to James Madison, September 6, 1789, in Adrienne Koch and William Peden eds., *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson* (New York:Random House, Inc., 1972),488-492.

註20: Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (Chicago: the University of

利的機制。只要現在的多數，不設下未來的多數不能變更現在的多數之決定的限制，現在的少數就可在多數統治的機制下，積極地尋求其他少數團體的支持而變成多數。^{註21}

道爾的研究，指出在防止暴政上，社會因素是最重要的。^{註22}但在美國建國時，開國先賢卻對人民有深刻的疑懼。亞當斯（John Adams）聲言人民是不負責任的，如把所有權力交給人民，多數人民將侵害少數者的自由。^{註23}漢彌爾頓(Alexander Hamilton)更言必須讓有財產者在政府中享有一直接與永久的地位，以抑制人民。^{註24}然而把所有的權力交給多數人，固會有多數壓迫少數的疑慮，把所有的權力交給少數人，卻一定發生少數壓迫多數的情況。為解決此困境，美國制憲者遂以麥迪遜式(Madisonian)的憲政共和(constitutional republic)理念，建構政府制度。

麥迪遜認為人生而自私，不論政府權力是由一個人、少數人或多數人掌握，也不論掌權者是由世襲、任命或選舉的方式取得權力，都可能形成暴政。^{註25}期待有權力者的自制是一種奢望。而人民的無知，使經常性的選舉不能防止暴政的產生。^{註26}

Chicago Press,1956),124-132.

註21: Ranney, *supra* note6, 96-99.

註22: Dahl,*supra* note20,82-84.

註23: Henry Steele Commager, *Majority Rule and Minority*

Rights(NewYork:Gloucester, Mass,Peter Smith, 1958),10-11.

註24: *Ibid.*,12.

註25: Madison, "Federalist No 47," in *Supra* note 18.

註26: Madison, "Federalist No.49," in *supra* note 18.

要防止暴政，就須有「輔助性預防措施」（auxiliary precautions），即實行分權制度，使權力彼此制衡並受到牽制。

註27

在此理念下，美國憲法將聯邦政府分立為立法、行政及司法三部門，立法部門再分為眾議院及參議院。其中只有眾議員由人民直接選出，任期二年。參議員則由各州議會間接選出，任期六年，每二年改選三分之一。總統由各州選舉人間接選出，任期四年。聯邦法院法官由總統提名，參議院同意後任命之，為終身職。各部門權力的行使，都須其它部門的合作。法律的制訂，須參眾兩院同時以多數通過。總統可以否決（veto）參眾兩多數通過的法律；參眾兩院則可以兩院三分之二反否決。經由眾議院、參議院及總統間的制衡，所謂的多數，不再是國會內的單一多數，而是各部門間妥協而成的少數聯盟（coalition of minorities）。^{註28}然而，在制憲者看來，這些限制只是增加多數形成的困難，並未能徹底地防止形成多數暴政的可能，故有必要採取進一步的預防措施，^{註29}授予最高法院審查法律是否違憲之權。麥迪遜稱：「法官有認定違反人民自己所制定的憲法之法律為無效之權」，^{註30}漢彌爾頓亦稱：「法官為

註27：Madison, "Federalist No. 51." in supra note 18.

註28：Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*(Chicago:the University of Chicago Press, 1983),8-9.

註29：Madison, "Federalist No. 48," and "Federalist No. 51," in supra note 18.

註30：引自 John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*(Ithaca, NY: Cornell University Press, 1984), 60.

人民與議會的中介，藉以制約後者，使其不致濫權」。^{註31}然而，若最高法院可以法律違憲為由，否決國會兩院制定而總統亦表同意的法律，國會與總統卻無反否決之權，只能由國會提案修憲對抗之，豈非使最高法院居於國會與總統之上？葉慈 (Robert Yates) 即批評此使最高法院可以依自己的好惡來形塑政府體制。^{註32}

為釋此疑，漢彌爾頓稱在立法、行政、司法三部門中，最高法院既不像國會可控制政府的「荷包」，亦不像總統可控制政府的「武力」，而只能進行「判斷」，故是「危險性最小的部門」(the least dangerous branch)；而最高法院宣告國會制定的法律違憲無效，並非表示司法權高於立法權，而是反映「人民的意思」之憲法，高於「人民的代表之意思」的法律；即使最高法院曲解憲法，國會仍可加以彈劾，最高法院當不致於冒險去侵犯國會權力。^{註33}

但是，漢彌爾頓的辯辭，有邏輯上的矛盾。蓋最高法院若為權力最小之部門，則當其否決國會制定而總統亦同意的法律時，何能迫使國會與總統遵守其判決？「人民的意思」固然高於「人民代表的意思」，但若定期改選，須接受民意檢驗的國

註31: Alexander Hamilton, "Federalist No.78," in *supra* note 18.

註32: Alpheus Thomas Mason and Donald Grier Stephenson, JR., *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*(Englewood Cliffs, NJ :Prentice-Hall, Inc., 1993),52-53.

註33: Hamilton,*supra* note 31.

會不能理解人民的意思，則非民選終身職的法官，又怎可能理解人民的意思？

事實上，在漢彌爾頓滔滔雄辯的背後，是對人民的疑懼，及欲藉司法審查權以鞏固聯邦權力的意圖。因此，雖然制憲代表中至少有二十五名，贊成法院對聯邦及各州的法律有審查權。^{註34}但在反聯邦派深怕一旦賦予最高法院司法審查權，其將憑己意釋憲而侵害州權下，司法審查權終未入憲。^{註35}

二、一七八九年至一八五七年

美國憲法第三條第一項規定，司法權屬於最高法院與由國會立法設立之初級法院。同條第二項第二款規定，最高法院對以大使、公使、領事、及各州為當事人之案件，有初審管轄權(Original Jurisdiction)，而其上訴管轄權(Appellate Jurisdiction)則由國會立法規範。一七八九年國會據之制訂〈司法條例〉(the Judiciary Act of 1789)，以聯邦黨人居多的國會，在該條例中規定最高法院為聯邦下級法院與州法院之上訴機關，有向政府官員下達令狀之權(第十三條)；對州法律是否違反聯邦憲法、條約與法律，最高法院有審查與裁定權(第二十五條)。^{註36}

註34:Charles Beard, *The Supreme Court and The Constitution*(Englewood Cliffs, NJ:Prentice-Hall, Inc., 1962),253.

註35:David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics:Struggle for Power and Governmental Accountability*(New York:W. W. Norton & Company, Inc., 1991),25-26.

註36: John A.Garraty, *Quarrels That Have Shape the Contitution* (New York:Harper & Row,Publishers,1964),85.

〈司法條例〉的制訂，使最高法院立即捲入黨派鬥爭的政治風暴中。聯邦黨人欲藉該條例第十三條及第二十五條之規定，透過最高法院來壓抑州權之企圖，昭然若顯。對此，反聯邦派曾有強烈的反對。而制憲時主張賦予法院司法審查權的麥迪遜，此時亦對〈司法條例〉的內容大加反對。蓋其認為美國憲法並未賦予司法權以凌駕於立法權的地位，亦未賦予任何一部門獨佔的憲法解釋權，但〈司法條例〉的規定，卻有賦予最高法院最終的憲法解釋權，使司法權凌駕於立法權之上的疑慮。^{註37}惟麥迪遜及反聯邦派的反對，無法阻擋國會執意通過該條例的意志。

雖然〈司法條例〉使最高法院取得對憲法的最終解釋權，但此卻是在掌控國會多數和總統的聯邦黨之支持下，最高法院才能取得該地位。當一八〇〇年民主共和黨擊敗聯邦黨，贏得總統大選並成為國會多數黨後，全由聯邦黨人組成的最高法院，其權力正當性立即受到嚴重質疑。

一八〇〇年聯邦黨在總統及國會兩院選舉中失利後，「跛鴨」(lame duck)總統亞當斯(John Adams)任命其國務卿馬歇爾(John Marshall)為最高法院首席大法官，圖以最高法院為堡壘，牽制民主共和黨的傑佛遜(Thomas Jefferson)總統及國會多數，而Marbury V. Madison(1803)案立即使馬歇爾陷入困境中。一方面，最高法院是聯邦黨人最後的堡壘，他必須彰顯其權

註37: Ibid.,60.

力；另一方面，最高法院如照馬柏里(William Marbury)所請，下達令狀要國務卿麥迪遜發給馬柏里任命狀，則傑佛遜總統必會拒絕執行。^{註38}

在該案判決中，馬歇爾先論稱最高法院有審查法律是否違憲的義務。再一方面聲稱馬柏里應得到其任命狀；另一方面又以〈司法條例〉第十三條違憲擴充最高法院初審管轄權之由，宣稱最高法院無權依馬柏里之請下達令狀。如此既迴避了與總統及國會多數的衝突，也彰顯了最高法院擁有司法審查權。

但是，馬歇爾的說法不無可疑之處。蓋美國憲法未明言司法部門有憲法解釋權，亦無法導出最高法院有司法審查權。^{註39}而就一七八九年〈司法條例〉言，變相擴充最高法院初審管轄權的，應是第二十五條。馬歇爾不但未把第二十五條宣告違憲，反據之受理本案；既受理本案，反又宣告第十三條違憲。

然而，傑佛遜總統及國會多數並未積極反對該案的判決，其原因有三：一是他們本就不願發給馬柏里任命狀，高法院拒絕依馬柏里之請下達令狀，正合他們的意思。二是他們原就反對一七八九年的〈司法條例〉，最高法院既宣告其部份條文違憲，他們也沒理由反對該判決。三是該判決未明言只有最高法

註38: Henry J. Abraham, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, 5th ed. (New York: Oxford University Press, 1986), 323-326.

註39: Otis H. Stephens, Jr. and John Scheb, II, *American Constitutional Law* (New York: West Publishing, 1993), 46.

院有憲法解釋權。

惟此並非意謂著，美國社會即承認司法權高於立法權。賓州法官吉本森(John B. Gibson)即言，最高法院否決國會立法的權威，不高於國會否決憲法判決的權威。^{註40}馬歇爾自己亦言，若國會不滿最高法院的憲法判決，可立法將之推翻。^{註41}

在馬歇爾法院時期，司法審查權的正當性一直受到嚴重質疑。傑克遜(Andrew Jackson)總統即強調，國會、總統和法院任一者的權威，都不高於其它兩部門。^{註42}對於最高法院不顧總統和國會的意志所做之判決，他說：「好吧，既然馬歇爾做了這樣的判決，那現在就讓他自己去執行吧！」^{註43}而進入十九世紀後，聯邦黨的勢力急速衰微甚至消失，使得以聯邦黨人爲主的馬歇爾法院得不到政治支援。自Marbury案後，馬歇爾法院再不敢否決國會立法。要到Dred Scott V. Sandford(1857)，最高法院才再否決國會立法。但此判決，即也間接引發了內戰。

三、一八五七年至一八九五年

最高法院於Dred Scott 案中，支持多數黨(民主黨)布迦南

註40: Ibid., 47.

註41: Louis Fisher and Neal Devins, *Political Dynamics of Constitutional Law*(St. Paul, Mn:West Publishing, 1992),17.

註42: Walter F.Murphy, "Constitutions, Contitutionalism, and Democracy," in Douglas Greenberg , Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero, and Steven C. Wheatley, eds., *Constitutionalism and Democracy* (New York:Oxford University Press,1993),16.

註43: 引自Christopher E. Smith, *Courts, Politics, and the Judicial Process*, 2th ed. (Chicago:Nelson-Hall Publishers,1997),301.

(James Buchanan)總統傾蓄奴的立場，打擊反對蓄奴者，^{註44}引起反蓄奴人士的激憤，使其深陷於政治風暴中。林肯(Abraham Lincoln)在一八六一年的就職演說中，即言：「如政府政策……最後由最高法院判決來確定……人民將不再是自己的統治者……而將政府實際上送給最高法院。」^{註45}

Dred Scott案使最高法院的威信蕩然無存。一八六一年五月，最高法院首席大法官唐尼(Roger Brooke Taney)為Ex Parte Merryman 案致函林肯，要求其戰時緊急措施不能抵觸憲法對人身自由的保障。林肯置之不理，反尋求國會的支持，而國會亦在該年七月立法，授權總統於戰時暫停人身保護令。^{註46}

但最高法院未察知到此不利的氛圍，反於戰後重建時期，頻頻運用司法審查權挑戰總統與國會多數。以致輿論為之譁然，批評最高法院是「司法專制」(judicial tyranny)。^{註47}國會議員亦群情激憤，提出取消最高法院對人身保護令的上訴管轄權、改組最高法院、彈劾大法官、修憲廢除最高法院等主張。^註

註44: John B. Gates, *The Supreme Court and Partisan Realignment* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1992), 2.

註45: 引自 Walter F. Murphy and G. Herman Pritchett, *Courts, Judges, and Politics: An Introduction to the Judicial Process* (New York: Random House, Inc., 1986), 307-308.

註46: Majorie G. Fribourg, *The Supreme Court in American History: Ten Great Decisions* (Philadelphia: Macrae Smith Company, 1965), 75-82.

註47: Walter F. Murphy, *Congress and the Court* (Chicago: the University of Chicago Press, 1962), 36-40.

⁴⁸為保權力，最高法院於一八六七年Mississippi V. Johnson 案中，全體一致支持詹森(Andrew Johnson)總統的戒嚴法。^{註49}但國會仍於隔年立法取消最高法院對人身保護令的上訴管轄權，其後在Ex Parte McCordle中，最高法院承認國會對其權力的限制。^{註50}

然而，一八六九年Hepburn V. Griswold案，最高法院又以四比三的票數，判決內戰時制訂的〈法幣法〉(Legal Tender Act)違憲。適巧此時有兩位大法官出缺，格蘭特(Ulysses Simpson Grant)總統遂藉任命大法官的機會，改變最高法院的組成。一年半後在knox V. Lee案，最高法院以五比四票數，推翻Hepburn案的判決。^{註51}

自一八六四年的徹斯(Salmon Portland Chase)法院開始，最高法院否決國會立法的情形即遽增，但也遭到政治多數的反擊，司法審查權的正當性受到嚴重質疑。直到魏特(Morrison R. Waite)接任首席大法官，情況才漸有改變。

魏特法院司法審查權的行使不受嚴重質疑的原因，是其否決的國會立法，都是制訂已四年以上的舊法律(表1)，而迴避了與當屆的國會與總統的衝突。而正如魏特所言：「要防止立法機關的濫權，人民應訴諸選舉而非法院。」^{註52}魏特法院不在重

註48: Ibid., 40.

註49: Ibid., 41.

註50: Stumpf, op.cit., 423.

註51: Murphy, supra note 47, 40-42.

註52: Herry J. Abraham, *The Judiciary: The Supreme Court in the Government Process*(Dubuque, IA: Wm. C. Brown Communication, Inc., 1994), 75.

要議題上挑戰當時的政治多數，更避免重陷Dred Scott案的困境。^{註53}此種支持時代主流價值的做法，遂逐漸建立司法審查的正當性。^{註54}

表1:最高法院否決或部份否決國會立法的情況(1801年至1888年)

法院名稱	案件名稱	被否決的國會立法之立法時間*
Marshall Court	Marbury V. Madison(1803)	1789
Taney Court	Scott V. Sandford(1857)	1820
Chase Court	Gordon V. United States(1865)	
	Ex Parte Garland(1867)	1865
	Reichart V. Felps(1868)	
	The Alicia (1869)	1864
	Hepburn V. Griswold(1870)	1862.1863
	The Justices V. Murray (1870)	1867
	United States V. Dewitt(1870)	1867
	United States V. Klein(1872)	1870
Waite Court	United States V. Reese(1876)	1870
	United States V. Fox(1878)	1867
	Trade-Mark Cases(1879)	1870
	United States V. Harris(1883)	1871
	Civil Rights Cases(1883)	1875
	Boyd V. United States(1886)	1874
	Baldwin V. Franks(1887)	
	Callan V. Wilson (1888)	1870

資料來源：Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, and Thomas G. Walker, eds., *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments*, 2th ed.(Washington, D. C.:Congressional Quarterly Inc., 1996),144.

*.Otis H. Stephens, Jr. and John Scheb, II, *American Constitutional Law*(New York:West Publishing, 1993),51.

註53: Stephens and Scheb, op.cit., 50.

註54: 普里傑特(C.H. Pritchett)著，陳秀峰譯，美國聯邦憲法制度(台北：文笙，一九九一年)，10.

四、一八九五年至一九三七年

內戰結束後，美國經濟迅速發展，但也發生貧富嚴重不均的現象，導致自由放任與政府管制、社會立法兩種政策思想競起，更因而造成政黨重組(*party realignment*)。但自一八九五年到一九三七年，最高法院卻一貫地站在保護資本家利益的立場，打擊政府反托辣斯(*anti-trust*)與保障工人的行動。

最高法院積極運用司法審查權，來保護資本家利益的做法，引起極大爭議。何姆斯(*Oliver Wendell Holmes*)大法官在 *Louchner V. New York* (1905)一案，即提出反對意見：「除非被提議的法規侵害到人民權益和法律的主要原則，否則，如僅憑憲法增修條文第十四條中『自由』去阻止多數意見的結晶，則『自由』一詞已被曲解和濫用。」^{註55}而反對司法創制(*Judicial Activism*)的行動。^{註56}老羅斯福(*Theodore Roosevelt*)總統更對最高法院打擊社會立法的做法不滿，主張社會立法若遭最高法院否決，則該判決應交人民複決。^{註57}

最高法院頻頻運用司法審查權，打擊保障勞工及反托辣斯的立法，顯示最高法院已扮演政策制訂者的角色，深深介入政治鬥爭中。最高法院捲入政治漩渦中，卻未受到嚴重的政治報

註55: 引自朱瑞祥，美國聯邦最高法院判例史程（台北：黎明，一九九〇年），234。

註56: *Stephens and Scheb, op.cit.*, 53.

註57: *Richard Hofstadter, William Miller, and Daniel Aaron, The American Republic, Vol.2 (Englewood Cliffs, NJ:Prentice-Hall, Inc., 1959),384.*

復，原因有三：首先，最高法院在進步主義者的壓力下，仍偶會支持保障勞工及反托辣斯的訴求。^{註58}再者，最高法院的行動，受到主張自由放任經濟的塔虎脫(William H. Taft)、哈定(Warren G. Harding)及柯立芝(Calvin Coolidge)等總統的支持。其次，在其它議題上，尤其是為數不多的公民權利訴訟上，最高法院採支持政府的立場，避免與國會、總統對立。^{註59}

五、新政的鬥爭

經濟大蕭條發生後，共和黨胡佛(Herbert Hoover)總統無力解決經濟困境，主張社會立法的民主黨遂又得勢。一九三三年民主黨小羅斯福當選總統，民主黨同時成為參眾兩院多數黨。

小羅斯福總統就任後，立即提出「新政」立法計劃，並得到國會全力支持。孰料最高法院於一九三五年到一九三六年，密集否決多項新政重要立法。小羅斯福總統雖感不滿，惟在主張放任經濟者支持最高法院的判決，主張激進改革者又認為新政立法過於溫和下，加上大選將至，小羅斯福對最高法院的司

註58: 如Northern Securities V. United States(1904)係在老羅斯福總統奔走全國，呼籲人民支持其反托辣斯行動，形成龐大社會壓力下，最高法院才以五比四票數判政府勝訴。見William Benton, ed., *The Annals of America*, Vol.12 (Chicago:Encyclopaedia Britannica, Inc., 1968),567-583.Muller V. Oregon (1908)則是在布蘭迪斯(Louis D. Brandeis)律師以中古騎士精神感性訴求下，才做出對女工有利的判決，見Alpheus Thomas Mason and William M. Beaney, *American Constitutional Law*, 4th ed.(Englewood Cliffs,NJ:Prentice-Hall,Inc.,1968),330.

註59: David G. Barnum, *The Supreme Court and American Democracy* (New York: St. Martin's Press,1993),300.

法創制也無可奈何。^{註60}

一九三六年底，小羅斯福以壓倒性優勢連任成功，開始挾民意反擊最高法院。一九三七年二月五日，其向國會提「填組法院計劃」(Court-Packing Plan)，即年逾七十歲的大法官，應在半年內退休，否則總統得任命年輕的大法官共同行使職權。^{註61}在三月七日的「爐邊談話」(fireside chat)，小羅斯福更嚴厲批評最高法院，將其填組法院計劃訴諸民意。^{註62}

雖然此時的首席大法官休斯(Charles Evans Hughes)曾言：「我們在憲法之下，但憲法是最高法院所說的憲法。」^{註63}但總統大選的結果，實無異於對最高法院的不信任投票。在此壓力下，於三月二十九日的West Coast Hotel V. Parrish(1937)，休斯與羅勃茲(Owen J. Roberts)大法官轉而支持新政立法，推翻最高法院九個月前在另一判決的見解。^{註64}

六、當代的運作

新政鬥爭的慘痛教訓，使最高法院再不敢在經濟議題上挑

註60: William E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*(New York: Oxford University Press, 1995), 82-131.

註61: Barnum, op.cit., 86-87.

註62: Ibid., 198.

註63: 引自Ralph A. Rossum and G. Alan Tarr, *American Constitutional Law: Cases and Interpretation*(New York: St. Martin's Press, Inc., 1991), 1.

註64: Henry J. Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*(New York: Oxford University Press, 1985), 209.

戰國會與總統，遂將重心轉至公民權利議題上。^{註65}但鑑於新政的經驗，一九四一年到一九五三年的史東法院(Stone Court)、文森法院(Vinson Court)，只敢在國會及總統較不關注的議題上，否決過三項國會立法。在Olsen V. Nebraska(1941)中，由道格拉斯(William O. Douglas)大法官主筆的全體一致意見稱：「立法是否睿智、需要、或適當，與法院無關。」^{註66}實為此時期最高法院司法自制(Judicial Restraint)寫照。

華倫(Earl Warren)首席大法官的第一個院期(一九五三年十一月至一九五四年六月)，在公民權利議題上仍持保守態度。^{註67}例外的是Brown V. Board of Education of Topeka (1954)，推翻Plessy V. Ferguson(1896)黑白「分隔而平等」(separate but equal)判決。^{註68}之後，華倫法院即積極運用司法審查權，介入公民權利議題。

華倫法院立場的不變，與政治氛圍的改變有關。華倫就任之初，美國正處於麥卡錫(Joseph R. McCarthy)反共狂熱中，任何對政府的怨言，都可能被視為共黨同路人而受到攻擊。華倫法

註65: Barnum, op.cit., 87.

註66: 引自法治斌，〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，收於氏著，人權保障與釋憲法制（台北：月旦，一九九三年），252。

註67: 於Barsky V. Board of Education of New York State (1954)，支持州政府吊銷拒絕國會調查的醫生的執照。於Irvine V. California(1954)，支持警方以非法搜索所得物品做起訴的證據。見Falter F. Murphy, op. cit., 80-81.

註68: Donald P. Kommers and John E. Finn, *American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes* (Belmont, CA.: Wadsworth Publishing Co., 1998), 85-87.

院初期在公民權利議題上的保守，顯示最高法院對麥卡錫主義的忌憚。要到一九五四年中麥卡錫主義戛然而止，美國重回溫和保守主義與自由主義對抗氛圍中，最高法院的立場才轉變。

Brown 案是華倫法院立場轉變的指標，但其判決，實延續 *Sipuel V. Board of Regents*(1948)的判決，^{註69}亦與艾森豪(Dwight D. Eisenhower)總統的立場相去不遠。^{註70}而民調顯示，對取消公立學校黑白隔離的提議，全國性的民意並未呈現強烈反對。^{註71}故艾森豪雖言要執行該判決有所困難，仍於一九五七年以武力執行之。^{註72}

華倫法院頻頻運用司法審查權，卻未在政治上遭到嚴重報復的原因有下：

首先，自一九四〇年代開始，美國社會認為應容忍異議與保障少數權利者的意見漸成為民意主流。華倫法院在公民權利上的積極創制，與民意趨勢若符節拍，使其行為有正當性。^{註73}

再者，部份判決雖與一般民意相悖，卻是迎合政治菁英的

註69: 在該案中，最高法院支持杜魯門(Harry S. Truman)總統的立場，宣告拒收黑人學生的奧克拉荷馬州立大學法學院敗訴，但未全面宣告公立學校種族隔離制度違憲。見Mason and Beaney, *op.cit.*, 380.

註70: 艾森豪總統的司法部部長布魯奈爾(Herbert Brownell)於一九五三年底，表示聯邦政府的立場係公立學校應取消黑白隔離，惟南方各州可暫緩一年實施。見Louis J. Barker and Twiley W. Barker, Jr., *Freedoms, Politics: Studies in Civil Liberties*(Englewood Cliffs, NJ:Prentice-Hall, Inc., 1965),166.

註71: Barnum, *op.cit.*, 292.

註72: Barnum, *op.cit.*, 205.

註73: Barnum, *op.cit.*, 301.

看法。如應否保障共黨人士的言論自由，據民調顯示，一九五四年時，只有百分之二八的受訪者贊成保障共黨人士的言論自由。^{註74}但同時間一項針對民選公職及社區領袖的調查卻顯示，有百分之五一的受訪者對該問題持贊成態度；後續的調查更顯示，此比例在持續上升中。^{註75}因而最高法院在Yates V. United States(1957)保障共黨人士言論自由的判決，雖與一般民意不符，卻符合多數政治菁英的態度。

其次，自一九六一年至一九六九年的甘迺迪(John F. Kennedy)及詹森(Lyndon B. Johnson)兩位總統，積極支持保障公民權利。華倫法院任內共二十三個否決國會立法的判決，就有十六個是在甘迺迪及詹森的總統任內宣告的，其中又多與保障公民權利有關。^{註76}

復次，華倫法院如在經濟議題上，全力支持國會與總統。在Ferguson V. Skrupa (1963)，即稱：「我們拒絕成為評量立法者智慧的太上立法機關。」^{註77}易言之，華倫法院多數的判決，係支持現行的法律與政策，此使其司法審查權的行使，不致受到

註74: Benjamin I. Page and Robert Y. Shapiro, *The Rational Public: Fifty Years of Trends in Americans' Policy Preferences*(Chicago:University of Chicago Press, 1992),81-90.

註75: Barnum, op.cit., 287.

註76: 參見Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, and Thomas G. Walker, *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments*, 2th ed.(Washington, D.C.:Congressional Quarterly, Inc.,1996),146.

註77: Kommers and Finn, op.cit., 425.

嚴重質疑。^{註78}

不過，華倫法院在部份議題(尤其是刑事被告的權利保障)的激進自由立場，也引起人民反感。一九六八年華倫宣佈退休後，首席大法官人選成爲該年總統大選的熱門議題。最後，嚴厲抨擊華倫法院對罪犯過於仁慈的尼克森(Richard M. Nixon)當選，民意趨勢可見一斑。

尼克森欲以任命新大法官的手法，來改變最高法院的立場。但在參議院多數黨(民主黨)的阻撓下，其意圖難以完全實現。^{註79}一九七五年道格拉斯大法官中風，因不願讓福特(Gerald Rudolph Ford)總統有任命保守派繼任其職位的機會，堅不退休。^{註80}可見大法官的人事。充滿意識型態及黨派的鬥爭。

不過，在飽受批評的保障刑事被告權利的議題上，最高法院開始迎合多數民意。以死刑是否合憲爲例，根據一九七二年的民調，有百分之五二點八的美國人，認爲應設死刑；而之後的各項民調都顯示，此比例逐年攀升。^{註81}在 *Furman V. Georgia*(1972)，柏格法院(Burger Court)以死刑屬憲法禁止的殘酷刑罰之由，宣告廢除死刑；之後，於 *Gregg V. Georgia*(1976)，柏格法院即改稱死刑非憲法所稱的殘酷刑罰。^{註82}據統計，柏格法

註78: Barnum, op.cit., 301.

註79: Abraham, supra note 64, 13.

註80: Robert A. Carp and Ronald Stidham, *Judicial Process in American*, 2th ed.(Washington, D.C.:Congressional Quarterly, Inc., 1993),266.D

註81: Epstein et al., op. cit., 682.

註82: Barnum, op. cit., 80, 209.

院在二十五個判決中，係推翻了華倫法院的二十八個判決；而被推翻的華倫法院判決，多與保障刑事被告有關。^{註83}

七、小結

至二十世紀中期後，最高法院既已經由司法審查權的行使，成爲一政策制定者，因而誠如包威爾(Lewis F. Powell, Jr.)大法官所言，最高法院實爲一政治部門。^{註84}最高法院的每一判決，都深深糾葛著政治利益與意識型態之爭。因而，大法官的人事，一再成爲鬥爭的角力場。一九八七年時，雷根(Ronald Reagen)總統欲任命反對墮胎的布克(Robert H. Bork)繼任包威爾大法官之職，但在支持墮胎合法化的利益團體動員遊說下，參議院以五八對四二票否決該任命。^{註85}

最高法院司法審查權的行使，既已深度介入政治鬥爭中，則雖其判決多能迎合某一陣營的立場，然其正當性卻受到對判決不滿的陣營的質疑。根據紐約時報(New York Times)的民調，認爲最法院太過自由或太過保守者，都遠超過認爲是適中者；而這個看法，也隨著最高法院在公民權利立場的改變，而有變化(表2)。

註83: 整理自 Epstein et al., op.cit., 183-187.

註84: Louis Fisher, *American Constitutional Law*, 2th ed. (New York: McGraw-Hill, Inc., 1995), 80.

註85: David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 3th ed. (New York: W. W. Norton & Company, 1993), 44.

表2:對最高法院立場之看法

單位：%

年 度	太過自由	太過保守	適 中	無意見
1973	35	26	17	22
1986	34	38	10	17
1987	38	38	8	18
1991	30	42	9	19

資料來源：Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, Harld J. Spaeth, and Thomas G. Walker, *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments*, 2th ed.(Washington, D.C. :Congressional Quarterly, Inc., 1996), 696.

而據哈里斯民調(Harris Poll)，自一九七一年到一九九四年，美國人民對最高法院的信任程度，一直在三成左右，但一九八九年因Texas V. Johnson案，最高法院不顧逾八成民意的反對，宣判焚毀國旗受憲法言論自由保障條款的保障，一度劇降到一成五。^{註86}顯然最高法院明顯的反多數統治行爲，引起人民極大反感。正因司法審查權反民主多數決的本質，使最高法院可能與多數相抗，因而在美國憲政運作上，設有種種控制最高法院司法審查權行使的機制。

參、對司法審查權的控制

一、總統與國會對司法審查權的控制

在憲政民主體制下，最高法院只有服膺民主政治多數統治

註86：Epstein et al., op.cit., 697.

的原則，其權力正當性才不受質疑。但在追求權力極大化的人性法則下，沒有人可保證最高法院會自動服從多數統治。為避免司法審查權掙脫民主政治多數決的約制，憲政民主體制遂有多種機制，使總統與國會能控制最高法院。

（一）大法官的政治任命

依美國憲法規定，最高法院大法官係由總統提名，經參議院同意後任命。據道爾的研究，平均每二十二個月就有一位大法官出缺，一個總統在其二任八年任期內，平均可任命四名以上的大法官，故總統可以之改變或加強最高法院的立場。^{註87}小羅斯福總統十二年任期內，共任命九位大法官，使最高法院在經濟議題上，由古典自由主義轉向福利國家立場。自尼克森至布希(George Bush)，二十四年間有二十年總統是共和黨人，共任命十一位大法官，使最高法院在人權議題的立場上由自由轉趨保守。^{註88}

提名權是總統形塑最高法院立場的重要武器，因而總統提名大法官時的首要考量因素，是被提名人的政治價值及政策偏好，是否與總統一致。^{註89}歷來共一百一十三次成功的任命中，只有十三次是跨黨提名，其比例為百分之一點九二。^{註90}但據

註87: Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker*(New York:Irvington Publishers, 1993),84-85.

註88: Barnum, op. cit., 238-242.

註89: Abraham, supra note 64,58.

註90: 其中有四位大法官被任命兩次(一次為同僚大法官，一次為首席大法官)。整理自 kommers and Finn,op. cit.,895-897.

席格力諾 (Robert Sigliano) 於一九七一年的統計，約有四分之一大法官的投票行爲，與其提名者的期望相悖。^{註91}職是，近年來總統於提名大法官時，多會先擬具一候補名單，列名其上者多爲法官，蓋可由其歷來的判決中，探知其在各議題上的立場，以減少大法官反對提名他的總統的政策之情況。^{註92}

擁有同意權的參議院，亦能對大法官人選有所影響。二百年來，總統所提名的大法官人選，共有二十九名遭參議院拒絕。一九〇一年至一九六七年，總統共提名四十二位大法官人選，只有一名被參議院拒絕；但一九六七年後，遭拒絕者遽增爲六位。^{註93}雖在傳統上，總統爲爭取參議院支持，當大法官出缺時，總統會向出缺大法官同一州的同黨參議員，徵詢其對繼任人選的建議。^{註94}但一九六九年後經常性的分裂政府狀態，使總統提名大法官的難度增加。

(二) 對最高法院組織及職權的立法控制

美國憲法對最高法院的規模及運作程序皆未規定，因而國會可以透過修法增減大法官人數，與改變最高法院憲法判決可決門檻、庭期、上訴管轄權範圍等方式，來控制最高法院。

以改變最高法院規模而言，一七八九年的〈司法條例〉規

註91: Robert Sigliano, *The Supreme Court and Presidency* (New York: The Free Press, 1971), 147.

註92: Barnum, *op. cit.*, 242-245.

註93: *kommers and Finn, op.cit.*, 12.

註94: Sigliano, *op.cit.*, 101.

定大法官為六人，一八〇一年降為五人，一八〇二年後為六人，一八〇七年增為七人，一八三七年再增為九人，一八六三年更增為十人，一八六五年復降為七人，至一八六九年變為九人後才未再改變。這幾次的變動，或為降低總統對最高法院的影響力，或對最高法院的判決有所不滿，而以增減大法官人數的方式來改變最高法院的立場。^{註95}

國會還可以改變最高法院憲法判決可決門檻的方式，來控制最高法院。一九二三年，國會曾有將最高法院通過表決的人數改為七人的提案，一九三六年時，亦有將其改為六人的主張，其目的皆在阻止保守派大法官行使司法審查權，否決國會的社會立法。^{註96}

國會尚可用改變最高法院庭期的方式，來牽制最高法院。一八〇二年時，國會為防止最高法院將新修改的〈司法條例〉宣告無效，便將最高法院的庭期延後十個月。^{註97}

據統計，最高法院每年審理的案件中，約有百分之九九點九來自於其上訴管轄權。^{註98}因此國會對上訴管轄權的立法規範權，成為控制最高法院權力行使範圍的有力武器。一八六八年

註95: Stumpf, op. cit., 129.

註96: Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 3th ed.(Washington, D.C.:Congressional Quarterly, Inc., 1989),228.

註97: Elder Witt,ed., *Congressional Quarterly Guide to the U.S. Supreme Court* (Washington, D.C.:Congressional Quarterly, Inc.,1990).

註98: Sheldon Goldman and Thomas P. Jahnige, *The Federal Courts as a Political System*, 3th ed.(New York:Harper & Row, publishers, 1985),90.

時，國會立法限制最高法院不得審理關於人身保護令的上訴案。自一九七一年到一九八五年，國會議員共提出一百二十八件限制最高法院上訴管轄權的法案，雖皆未通過，卻迫使最高法院不得不調整其立場。^{註99}

（三）對大法官薪俸的控制

憲法第三條第一項雖規定，國會不得減少大法官薪俸，但國會卻得以用不調薪或減少調薪幅度的方法，來打擊大法官。一九六四年，國會為表達對Reynold V. Sims(1964)案有關選區重劃判決的不滿，於審核預算時，決議大法官年薪的漲幅低於其他聯邦法官年薪的漲幅。^{註100}

（四）彈劾大法官

美國憲法第二條第四項規定：「總統、副總統及合眾國文官，受叛國罪、賄賂罪、或其他重罪輕罪的彈劾而定讞時，應受免職處分。」第一條第二項第四款規定彈劾案由眾議院提出；第一條第三項第六款則規定彈劾案由參議院審判之，並應有出席議員三分之二同意，彈劾案才能成立。

美國制憲以來，未有大法官受到彈劾。一八〇四年由民主共和黨主控的眾議院，曾對屬於聯邦黨的徹斯(Samuel Chase)大

註99: Jeffery A. Segal, "Courts, Executive, and Legislators," in John B. Gates and Charles A. Johnson, eds., *The American Courts: A Critical Assessment* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1991), 385-387.

註100: Barnum, op. cit., 207.

法官提出彈劾，但未獲參議院通過。^{註101}華倫法院時期，亦有大量試圖彈劾華倫首席大法官的行動，但卻都未能進入投票階段。^{註102}尼克森當選總統後，為扭轉最高法院的激進自由立場，對自由派大法官的操守進行調查。結果，被媒體舉發收賄進行司法關說的福塔斯(Abe Fortas)大法官，為避免受彈劾而在尼克森就職前辭職。^{註103}而道格拉斯大法官被查出於賭場兼職，但在道格拉斯退還不法所得後，對他的彈劾並未成功。^{註104}

國會彈劾權之所以未經常使用，與縱然使用卻未曾成功，原因在其是最激烈的手段。在國會仍擁有其它有力的手段下，實無使用彈劾的必要。再者，憲法規定須在大法官犯罪的情形下，方能對其彈劾，因而若純以政治立場不同，即欲彈劾大法官，就難獲社會認同。此亦是何以尼克森時代共和黨的彈劾行動，只針對操守有虧的大法官，而不及於其他自由派大法官。其次，彈劾若不能得到過半數眾議員及三分之二參議員同意，就難以成功。綜觀美國歷史，自一八二九年至一九九八年，有六十六年為分裂政府狀態，其中更有三十年國會兩院分由兩黨掌控多數。^{註105}在一致性政府期間，國會與總統大可經其它機制

註101: O'Brein, *supra* note 85, 393.

註102: *rum*, *op.cit.*, 203-204.

註103: Biskupic and Elder Witt, *The Supreme Court and the Powers of the American Government* (Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1997), 368.

註104: *Ibid.*, 331-332.

註105: 參見吳重禮，〈美國「分立性政府」與「一致性政府」體制運作之比較與評析〉，*政治科學論叢*，第九期(一九九八年六月)，63。

來控制最高法院；在分裂政府時期（尤其是國會分由兩黨掌控多數時），政治上缺乏一致性的多數，使彈劾難上加難。

（五）拒絕配合

在最高法院沒有自行執行其判決的權力之情形下，總統的配合與否成爲最高法院憲法判決能否落實的關鍵。包姆(David G. Barnum)即指出，總統的不配合雖很少能影響到最高法院的憲法判決，卻會使其判決難以執行。^{註106}

國會也可運用其權力，以配合或不配合最高法院判決的方式，來控制司法審查權的運作。由於對Roe V. Wade(1973)判決的不滿，自一九七六年起，國會即決議，除非是出於不得已的理由而非墮胎不可，否則政府的貧民醫療補助不得支付墮胎費用。一九八〇年時，國會更通過〈海德反墮胎修正案〉(Hyde Amendment)來落實該限制。^{註107}

國會亦可能會支持最高法院的判決。例如國會制訂的〈公民權利法〉(the Civil Rights Act of 1964)，將實施種族隔離的學區排除於聯邦預算補助外，此實爲Brown 案判決得以落實的主要原因。^{註108}史帝漢與卡波(Ronald Stidham and Robert S. Carp)更指出，國會的立法支持，使一九六四年後聯邦下級法院在該

註106: Bornum, op. cit., 205.Ibid.

註107: Stumpf, op. cit., 426.

註108: Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*(Chicago:University of Chicago Press, 1991), Ch.1.

議題上的判決，較從前更傾向自由派的立場。^{註109}

(六) 立法否決最高法院的憲法判決

在民主政治裡，政府權力的正當性(legitimacy)來自人民的賦予。而隨著成文憲法或不成文憲法體制的不同，各憲法機關的地位亦不同。在不成文憲法的國家，國會的立法即等同於憲法，只有國會自身才能以再立法的方式將之變更。法院雖能以判決補充、闡釋國會立法，卻無權否決國會立法。在成文憲法國家，人民對政府的同意及對國家應有發展方向的想法，具體化於憲法此一政治契約中。根據憲法規定，人民選出代表組成國會，再由國會依據憲法的授權，制訂規範政府權力運作之實質與程序的規定。這些規定具備補充、闡釋憲法的作用，即是憲律(Constitutional Law)。憲律的正當性來自於憲法，其位階低於憲法。而除國會的制定法外，法院的憲法判決亦屬憲律。以美國而言，至一九九五年止，最高法院在一百七十個判決中，推翻其先前的二百二十四個判決。^{註110}若謂最高法院的憲法判決等同憲法，則何以其能不經修憲程序，推翻先前的判決？

正因最高法院的憲法判決只是憲律，而非憲法，故國會可以亦屬憲律的國會制定法，來否決最高法院的憲法判決。卡斯皮爾(Jonathan D. Casper)統計，最高法院宣告法律無效的判決，約有半數遭國會再立法將之否決。^{註111}惟葛立克(Henry r. Glick)指

註109: Barnum, op. cit., 206.

註110: Epstein et. al., op. cit., 175-189.

註111: Jonathan D. Casper, "The Supreme Court and National Policy-

出，近年來由於長期的分裂政府狀態，政治上難以形成一致的多數，故國會立法否決最高法院憲法判決的情形明顯減少。^{註112}另一項研究則指出，當最高法院憲法判決受到輿論或總統的反對時，國會立法將之否決的可能性就大增。^{註113}

(七) 修憲

最高法院的憲法判決屬於憲律，位階低於憲法。因此，國會得以提案修憲的方式，否決最高法院的憲法判決。在二十七個憲法增修條文中，就有五個否決了最高法院的判決（表3）。

表3:否決最高法院判決的憲法增修條文

條 文 自 次	通過時間	所否決的判決
增修條文第十一條	2/7/1795	Chisholm V. Georgia(1793)
增修條文第十三條	12/6/1865	Scott V. Sandford(1857)
增修條文第十四條	7/9/1868	Scott V. Sandford (1857)
增修條文第十六條	2/3/1913	Pollock V. Farmer's Loan And Trust Co.(1895)
增修條文第二十六條	7/1/1971	Oregon V. Mitchell(1970)

資料來源：Lee Epstein Jeffery A. Segal, Harold J. Spaeth, Thomas G. Walker, *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments*, 2th ed. (Washington, D.C: Congressional Quarterly, Inc., 1996), 608.

憲法增修條文內容等同憲法，最高法院無加以審查的權力，固不待言。而對於修憲程序，最高法院亦無權審查。在

Making," *American Political Science Review*, 70(1976), 53.

註112: Henry R. Glick, *Courts, Politics, and Justice*, 3th ed. (New York: McGraw-Hill, Inc., 1993), 409.

註 113: James Mermik and Joseph Ignagni, "Judicial Review and Coordinate Construction of the Constitution," *American Journal of Political*, Vol.41, No.2(April, 1997), 463.

Coleman V. Miller(1939)案中，最高法院即稱修憲程序的爭議屬「政治問題」，最高法院無權置喙。^{註114}

二、司法審查權的自我抑制

依憲法第三條第二項規定，司法權僅及於「案件(cases)與爭議(controversies)」的裁判。因此，司法審查權的行使，必須受到下列原則的制約。

(一) 必須有具體爭議的案件

休斯首席大法官在 *Aetra Life Insurance Company V. Haworth*(1937)中稱，最高法院審查的案件，必須是當事人具有對立的法定利益(legal interests)。^{註115}亦即華倫首席大法官所稱的

註114: Biskupic and Witt, op.cit., 136-137; Fisher, supra note 84, 1359. 我國大法官會議於釋字第四九九號解釋中稱：「Coleman 案中最高法院對修憲程序是否均為政治性問題而不予司法審查，或仍可能屬於一般憲法問題得由法院予以解釋，在美國並未形成多數意見。一九八四年美國聯邦最高法院在關於加州公民提議修改聯邦憲法之有關事件中，大法官Rehnquist 表達該院之見解，認為不能以Coleman 一案，即論斷一切修憲程序均屬政治問題，而排除於法院審查之外(Uhler V. AFL-CIO, 468 U.S. 1310(1984))，顯見美國法院對修憲程序仍得斟酌憲法之意旨而為適當之審查。」然而，細察Uhler V. American Federation of Labor –Congress of Industrial Organization et al.(1984)判決，最高法院並未推翻Coleman 案判決，只是宣稱在該件加州公民提出的修憲創制案(Initiative)的爭議中，由於參與創制投票的「選民」(Voters)非憲法第五條所稱之州立法機關，與公民創制案非加州憲法所規定的「制定法」(Statutes)，而只是「提案」(Resolution)，無強制加州議會接受並執行之效力，因而該修憲創制案，非屬美國憲法所規定的修憲程序，故法院可加以審查。易言之，只要是美國憲法所規定的修憲程序，法院即無加以審查的權力。

註115: Biskupic and witt, op.cit., 35.

「可司法性」(justiciability)。^{註116}在此原則下，最高法院不能向其它部門，提出不具解決具體爭訟事件功能的「諮詢意見」(advisory opinion)。一七九三年時，華盛頓總統徵詢最高法院對於外交條約的意見，最高法院以此有違聯邦政府權力分立原則加以婉拒。^{註117}一九一一年，針對一項國會將通過的有關印地安人的法律，最高法院亦以權力分立之由，不受理法律諮詢請求。^{註118}

再者，最高法院也不審判「友好訴訟」(friendly suits) 即當事人雙方之間並無真正利益的爭執，但同意進行訴訟以獲知法院的觀點。^{註119}

其次，最高法院行使司法審查權的時機(timing)必須適當，對「未成熟」(ripeness)及「過熟」(mootness)的案件，不予受理。易言之，當事人未受到傷害或尚有其它救濟手段時，與因事實或法律的變遷，致使不再有真正的他照(adverseness)或真實的案件、爭議時，不得行使司法審查權。^{註120}

在United Public Workers V. Mitchell(1947)中，針對一群公務員宣稱〈黑斯法〉(Hatch Act)禁止公務員參與政治運作與選舉活動的規定，將使他們失去工作及言論集會自由的控訴，最高法

註116: O'Brien, op. cit., 210.

註117: Bickel, op. cit. 113-114.

註118: Biskupic and Witt, op. ot., 35-36.

註119: O'Brien, supra note 85., 210.

註120: Ibid., 217.

院以其所言乃「假設性的威脅」(hypothetical threat)，案件未達成熟之由，拒絕受理。^{註121}而當一名白人學生聲稱其因法律學校的種族配額制度，致其無法得到入學許可，然最高法院審查該案時，該生早已順利入學，最高法院遂以該案「過熟」為由，不予受理。^{註122}

復次，司法審查權的行使，須受「當事人適格」(standing to sue)原則約束，即當事人須已遭受(或立即將遭受)直接與明顯的侵害。^{註123}

但是，在實際運作上，當事人適格原則的約束範圍，常因最高法院立場的不同而有變化。在Frothingham V. Mellon (1923)中，針對納稅人聲稱國會撥款計劃損及其利益的控訴，塔虎脫法院(Taft Court)以不適格之由拒絕受理。^{註124}然在Flast V. Cohen(1968)中，華倫法院卻認為納稅人挑戰聯邦領算分配的訴訟，符合當事人適格原則，而予受理。^{註125}而在United States V. Richardson (1974)，柏格法院認為納稅人沒資格針對聯邦預算提出訴訟。^{註126}

註121: Ibid., 217-218.

註122: Biskupic and Witt, op.cit., 36-37.

註123: Carp and Stidham, op. cit.,133.

註124: O' Brien, supra note 85., 212-213.

註125: David W. Neubauer, *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*; 2th ed.(Fort Worth:Harcourt Brace College Publishers, 1997),429.

註126: Louis Fisher, supra note 84,117-119.

〈二〉政治問題原則

在憲政民主體制中，各權力部門各有職責。法院對國會與總統的職權範圍，不能干涉。在Marbury V. Madison(1803)中，馬歇爾首席大法官即言：「法院之職責，僅限於判定個人的權利，而非對行政部門或行政官員具裁量權之事務如何運作，加以判斷。具政治本質的問題，或依憲法或依法律為行政部門職掌之問題，不得向法院提出訴訟。」^{註127}

但是，由於大法官個人的司法哲學和政策偏好，會深深地影響其認知，也因而會使政治問題的界限有所變化。^{註128}最戲劇化的，是有關各州州議會選區劃分和議席分配的爭議。在Colegrove V. Green (1946)，最高法院認為選區劃分爭議為政治問題，最高法院無權審理。但在Baker V. Carr(1962)，面對同樣的爭議，最高法院卻推翻先前的判決，而加以審理。^{註129}

正因Baker 案的改變立場，必招致強烈批評。故最高法亦在該案判決中，嘗試將政治問題定義明確化。認為政治問題係：憲法明白而直接地規定由國會和總統加以處理的問題；司法上解決標準付諸闕如的問題；只有非司法性的政策決定方能解決的問題；由法院處理將可能造成對國會或總統明顯不尊重的問題；涉及毫無疑問須遵守既定政策的問題；可能陷入國會、總

註127: Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 11th ed.(New York:The Foundation Press, Inc., 1985),2-10.

註128: Goldman and Jahnige, op. cit., 93.

註129: Biskupic and Witt, op.cit., 41.

統和法院判決相互衝突之困境的問題。^{註130}這個判準，雖然仍嫌模糊，卻也顯然縮限了政治問題的空間，使法院在介入公民權利議題上有其正當性。^{註131}但任何公民權利的議題，皆涉及價值的判斷與分配，故實應是以政治協商的手段而非司法的手段來解決。而就實際運作言，華倫法院和柏格法院許多在公民權利議題上的判決，更引起社會與政治上激烈的對立，足證司法手段的有限性。

肆、司法審查權正當性的虛像與實像

一、司法審查權正當性的虛像

國內部份學者認為司法審查權是保障民主、自由與人權不可少的機制，認為美國最高法院司法審查權的正當性，來自於其獨立超然、公平正義的特色。^{註132}法律學者因而對美國政府各部門對其最高法院判決的抗拒，感到憂慮。^{註133}惟此種論點，卻有待商榷。

註130: Gunther, *op.cit.*, 1617-1621.

註131: Neubauer, *op.cit.*, 431.

註132: 李鴻禧，〈美國司法審查制度之虛像與實像：其形成與發展之理論〉，收於氏著，前揭書，154-155.

註133: 法治斌，〈美國政府各機對其最高法審判之遵循與抗拒〉，收於氏著，人權保障與司法審查（台北：月旦，一九九六年），143。

首先，若言司法審查權為保障民主、自由與人權的必要機制，則無異於謂凡有司法審查制度的國家，其人權保障程度必較無該制度之國家為高；而無該制度之國家，人權必不能獲得保障。但據李帕特(Arend Lijphart)的研究，在當代二十一個國家的二十二個民主政體中，有九個政體沒有司法審查制度。^{註134}而這些國家對人權保障與民主穩定的程度之高，卻是不爭的事實。

而縱然設置司法審查制度，也不見得就能落實人權保障。以拉丁美洲國家為例，設有司法審查制度的秘魯、巴拉圭、墨西哥及瓜地馬拉等國家，人權保障程度遠落後於無該制度的哥斯大黎加和多米尼加。^{註135}

就美國本身而言，最高法院在人權問題上的態度也頗有爭議。在黑人民權上，一直到一九四六年的Morgan V. Virginia，最高法院猶支持對黑人的歧視。^{註136}對工人權益的漠視和打壓，是十九世紀末至二十世紀三〇年代初期，最高法院判決的一大特色。當代最高法院所關注的刑事被告權利保障及墮胎合法化議題，更是飽受爭議。蓋對刑事犯罪者的過度保障，將傷及被害

註134: Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries*(New Haven: Yale University Press, 1984), 169-186, 192-194.

註135: 任冀平、謝秉憲，〈政治或司法：我國違憲審查權定位之研究〉（台中：跨世紀的政治願景學術研討會，東海大學政治學系主辦，一九九九年十二月），23-24。

註136: Mason and Beaney, op. cit., 205-207.

人和社會；而尊重孕婦的選擇權，卻也必然帶來胎兒生命權受侵害的結果。

人權的相對性，使任何人權項目的保障與否，及縱予保障其界限為何，都充滿利益的糾葛，其解決過程，也就必須循政治手段而非司法手段。自Roe 案後，最高法院數度欲尋出一可被各方接受的，能平衡孕婦選擇權與胎兒生命權的判準而不可得，實已顯示出司法審查權的窘境。

再者，若說最高法院具獨立超然、公平正義的特色，則其在類似問題上的立場，應是前後一致。但據統計，自一七八九年至一九九五年，最高法院在一百七十個判決中，推翻其先前的二百二十四個判決；而在這二百二十四個被最高法院自己所推翻的判決中，有二十五個係做出未滿四年的新判決；而歷來的各個法院，更共做出四十四個推翻同一法院先前判決的判決。^{註137}最高法院在同一問題立場上的搖擺不定，實難令人相信其超然公正性。

而若言最高法院具獨立超然的特色，則大法官個人亦應具此特質。但是據對大法官個人投票行為的分析，可發現其表現出強烈的意識型態與政策偏好 (表4)。

註137: 整理自 Epstein, et al., op.cit.,175-189.

表4: Vison. Warren. Burger. Rehnquist等法院大法官的意識型態傾向

姓名	任期	Segal/Cover*	Schubert**	
			(C)	(E)
Hugo L. Black	1937-1971	0.75	9	2
Stanley F. Reed	1938-1957	0.45	20	8
Felix Frankfurter	1939-1962	0.33	12.5	19
William O. Douglas	1939-1975	0.46	3	4
Frank Murphy	1940-1949	1.00	1	3
Robert H. Jackson	1941-1954	1.00	14.5	20
Wiley B. Rutledge	1943-1949	1.00	2	1
Harold H. Burton	1945-1958	-0.44	16	15.5
Fred M. Vinson	1946-1953	0.50	17	9
Tom C. Clark	1949-1967	0.00	18	10
Sherman Minton	1949-1956	0.44	19	6.5
Earl Warren	1953-1969	0.50	6	5
John Marshall Harlan	1955-1971	0.75	14.5	17.5
William J. Brennan	1956-1990	1.00	7	6.5
Charles E. Whittaker	1957-1962	0.00	12.5	17.5
Potter Stewart	1958-1981	0.50	11	15.5
Byron R. White	1962-1993	0.00	10	11
Arthur J. Goldberg	1962-1965	0.50	8	12.5
Abe Fortas	1965-1969	1.00	4	12.5
Thurgood Marshall	1967-1991	1.00	5	14
Warren E. Burger	1969-1986	-0.77	—	—
Harry A. Blackman	1970-1994	-0.77	—	—
Lewis Powell, Jr.	1972-1987	-0.67	—	—
William H. Rehnquist	1972-1986	-0.91	—	—
John Paul Stevens	1975-	-0.50	—	—
Sandra Day O'Connor	1981-	-0.17	—	—
William H. Rehnquist	1986-	-0.91	—	—
Antonin Scalia	1986-	-1.00	—	—
Anthony M. Kennedy	1988-	-0.27	—	—
David H. Souter	1990-	-0.34	—	—
Clarence Thomas	1991-	-0.68	—	—
Ruth Bader Ginsburg	1993-	0.36	—	—
Stephen G. Breyer	1994-	-0.05	—	—

*說明：指數1指非常自由，指數-1.00指非常保守，此指數係整理自大法官被提名時，媒體對大法官意識型態取向的評論。

資料來源：Jeffrey A. Segal and Albert D. Cover, "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices," *American Political Science Review* 83(1989),560; Jeffrey A. Segal, Lee Epstein, Charles M. Cameron, and Harold J. Spaeth, "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited," *The Journal of Politics* 57(1995),816.

**說明：(C)指公民自由(civil liberties)，(E)指經濟自由(economic liberties)。指數1指非常支持該項自由，20指非常不支持該項自由。此指數來自分析大法官在未呈現全體一致意見的判決中所持立場。

資料來源：Glendon Schubert, *The Judicial Mind Revisited* (New York:Oxford University Press, 1974),60.

進而言之，大法官個人在相同議題上的投票行為，也會因外在因素而改變。在Muller V. Oregon(1908)，大法官們即在布蘭迪斯(Louis D. Brandeis)律師以騎士精神號召下，一改先前打壓勞工的立場，轉而宣判女工勝訴。在小羅斯福總統「填組法院計劃」威脅下，休斯首席大法官和羅勃茲大法官即轉而支持新政立法。

大法官個人的意識型態與政策偏好，深刻地影響其投票行為，使得最高法院內部形成對立的集團。^{註138}據統計，大法官對最高法院判決的「意見分歧率」(dissent rate)，自一七八九年至一九四一年，平均為百分之一三點三；自一九四一年至一九四六年，平均為百分之四九；自一九四六年至一九五三年，劇增為百分之七五。而自第二次世界大戰以後，大法官的意見分歧率平均都在百分之六〇以上。^{註139}自一八〇〇年至一九四五年，最高法院的判決呈五比四或四比三的強烈分歧狀態次數，達該年判決總數一成以上者，只有四年；但由一九四六年到一九九四年的四十九年間，就有三十七年呈此種狀態，且其中有十二年的強烈分歧比例達二成以上。^{註140}

最高法院的司法審查權，不是在政治真空的環境中運作。^註

註138: Barnum, op.cit., 229-230.

註139: David Adamany, "The Supreme Court," in John B. Gates and Charles A. Johnson eds, supra note 99,23.

註140: 整理自Epstein et al., op.cit., 205-209.

¹⁴¹大法官也不是獨立超然的，而是秉持自身的意識型態與政偏好來投票。所謂的公平正義，因大法個人價值認知的不同而有極大差異。故憲法學者馬道衛(Gary McDowell)即稱，最高法院判決與大法官個人正義感的關係，更勝於與憲法的關係。^{註142}職是，最高法院超然獨立、公平正義的虛像，並不能賦予最高法院行使司法審查權的正當性。其正當性，由寧是來自和最高法院判決立場一致者的支持。

二、司法審查權正當性的實像

在以多數統治為原則的民主政治中，司法審查權的運作若常與多數民意對抗，則縱然得到少數人的支持，其正當性仍會受到嚴重質疑。職是，最高法院行使司法審查權時，必須以合理化多數統治的做法，來確保其正當性。

據統計，自一八〇三年到一九九〇年，最高法院共否決了一百二十六項國會制定法，但同一期間國會共制訂六萬多項法律，相較之下，最高法院所否決的國會立法，可說微乎其微。^註
¹⁴³若就第二次世界大戰後的運作來看，自一九四七年到一九九〇年，國會共制訂二萬四千四百一十七項法律，平均每年通過五百五十五項法律；而最高法院每年所否決的國會立法數，平均

註141: Barnum, op.cit.,197.

註142: Christopher E. Smith, *Politics in Constitutional Law: Cases and Questions*(Chicago:Nelson-Hall, Inc., 1992),40.

註143: Baum,op.cit., 186.

只有國會每年制訂法律件數的百分之零點一。^{註144}

最高法院所否決的國會立法少之又少，而就最高法院的判決方向來看，也不以否決國會立法為主。自一八〇〇年到一九九四年，最高法院共做成二萬四千五百七十八個判決，其中否決國會立法的判決，只有一百二十九個，佔判決總數的百分之零點五二(表5)。從一九四七年到一九九四年，最高法院共做成四千八百六十個判決，其中否決國會立法的，有六十二個判決，佔判決總數的百分之一點二八。^{註145}

表5:最高法院判決總數與否決國會立法及地方法案的判決數(1800-1994)

年	判決總數	否決國會立法的判決數 (佔判決總數之比例)	否決地方法案的判決數 (佔判決總數之比例)
1800-1809	125	1(0.8%)	1(0.8%)
1810-1819	330	0(0%)	7(2.12%)
1820-1829	350	0(0%)	8(2.29%)
1830-1839	434	0(0%)	3(0.69%)
1840-1849	364	0(0%)	9(2.47%)
1850-1859	861	1(0.12%)	7(0.81%)
1860-1869	886	4(0.45%)	23(2.60%)
1870-1879	1,805	7(0.39%)	36(1.99%)
1880-1889	2,737	4(0.15%)	46(1.68%)
1890-1899	2,341	5(0.21%)	36(1.54%)
1900-1809	1,896	9(0.47%)	40(2.11%)
1910-1919	2,242	6(0.27%)	118(5.26%)
1920-1929	1,902	15(0.79%)	139(7.31%)
1930-1939	1,520	13(0.86%)	93(6.12%)
1940-1949	1,336	2(0.15%)	57(4.27%)
1950-1959	1,034	5(0.48%)	61(5.90%)
1960-1969	1,144	16(1.40%)	149(13.02%)
1970-1979	1,416	20(1.41%)	193(13.63%)
1980-1989	1,449	18(1.24%)	164(11.32%)

註144: Harold W. Stanley and Richard G. Neim, *Vital Statistics on American Politics*(Washington, D.C.:Congressional Quarterly, Inc., 1992),216.

註145: 整理自Epstein et al., op.cit., 145-147,208-209.

1990-1994	506	3(0.59%)	30(5.93%)
合計	24,578	129(0.52%)	1,220(4.96%)

資料來源：整理自Lee Epstein,Jeffery A.Segal,Harold J.Spaeth,and Thomas G.Walker,eds.,*The Supreme Court Compendium:Data,Decision,and Developments*,2thed.(Washington,D.C.:Congressional Quarterly,1996),143-174,193-194.

在為數極少的否決國會立法的判決中，所否決的法律，雖有百分之四四為制訂未滿四年的新法律，然其中又有半數被國會重新立法推翻，^{註146}而最高法院也不得不尊重政治多數所展現的最新意志。最高法院亦不能系統地否決國會立法，惟一的例外是一九三五年、一九三六年對新政立法的密集否決，但在小羅斯福總統展現報復的意志後，最高法院即轉而支持新政，更從此極力避免和政治多數在經濟議題上有所捍格。

具反民主、反多數本質的司法審查權，在實際運作上卻少和政治多數有所衝突的原因，在於最高法院若恣意運用司法審查權來對抗政治多數，必遭嚴厲的報復。而據道爾的研究，長期以來最高法院一直扮演為立法多數(lawmaking majority)辯護的角色。^{註147}只有在總統和國會立場分歧甚至嚴重對立時，最高法院才能伺機介入國會和總統間的鬥爭，否決國會立法。^{註148}

除了合理化立法多數的決定外，最高法院司法審查權更有維護聯邦體制的功能。而此亦是制憲時，聯邦派主張賦予最高

註146: Dahl, *supra* note 87., 596,598.

註147: Robert A. Dahl, "The Supreme Court's Role in National Policy-Making," in Sheldon Goldman and Austin Starat, eds., *American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior*, 2th ed.(New York:Longman, 1989),593-598.

註148: Dahl, *supra* note 87, 293-294.

法院司法審查權的主要原因。

就整個最高法院司法審查權行使歷史來看，自一八〇〇年到一九九四年，最高法院共否決一百二十九項國會立法，但同時卻否決了一千二百二十項地方法案。而在力行司法自制的一九四〇年代，最高法院只否決二項國會立法，卻否決五十七項地方法案(表5)。顯見審查地方立法在最高法院司法審查權行使中的重要性，及其在維持聯邦體制中的作用。誠如何姆斯大法官所言：「我不認為如我們失去宣告國會立法無效的權力，美國就會垮掉。但我認為如我們不能宣告各州法律無效，美國將陷於危險中。」^{註149}

總言之，具反民主，反多數本質的司法審查權，之所以能獲得正當性，乃因其在實際行使上，以合理化多數統治為常態。在水平的層面上，其經常性地辯護、支持立法多數；在垂直的層面上，其支持全國性的統治多數而壓抑地方性、局部性的統治多數，發揮維持聯邦法律的功能。

司法審查權的正當性與聯邦體制密不可分。李帕特的研究指出，在21個民主國家中，6個聯邦制國家中即有5個設置司法審查制度；15個單一制國家裡，則只有8個設立司法審查制度。

^{註150}道爾更指出，司法審查制度是聯邦國家的共同特徵。^{註151}

註149: 引自Bernard Schwartz, *History of the Supreme Court*(New York: Oxford University Press, 1993), 43.

註150: Lijphart, op.cit., 169-186,192-194.

註151: 道爾(Robert A. Dahl)著，李柏光、林猛譯，論民主(台北：聯經，一九九九

伍、結言

當代政治學者對於主政治的本質，多有爭論。然不論是菁英民主或參與式民主，民主政府的權力正當性，皆應來自民意的支持與認可。而擁有更直接、更廣泛的民意基礎，其正當性就越高。是故，人類何時有政府組織的出現，雖已不可考，但民主政治的肇建，必以民選國會的出現為起端。在代議民主下，國會是民主政治運作的核心，是擁有最高與最直接民主正當性的部門。只有人民，才能對國會的行為加以政治審判。憲政民主體制雖然強調國會的行為應受憲法的限制，但這個限制係建立在立法、行政兩權的分立制衡上，雙方皆擁有對憲法的解釋權。而只有雙方見解一致，形成立法多數的形況下，法律才能通過，政策才能推動。一旦行政、立法兩部門間形成對立難解的僵局，或立法多數的決定是符合多數民意的立場，皆由人民經由定期改選的機制，做最後的判斷。

真正的民主政治，須立基於多元民主的社會基礎上；而多元民主社會自身即內涵保障少數者權利的機制，並無須借重具反民主、反多數本質的司法審查權來保障少數者權利。反之，若在一非多元民主的環境中，則縱設置司法審查制度，亦無法保證司法審查機關必然站在保障少數者權利的立場；縱然司法審查的結果係保障少數者權利，但若政治多數沒有保障少數者

權利的想法，拒不執行司法審查的結果，司法審查權亦不能發揮任何保障少數者權利的功能。

美國最高法院之所以擁有司法審查權，乃源於其特殊的政治背景。漢彌爾頓等制憲先賢欲賦予最高法院司法審查權的理由，實是因於對人民的不信任，與欲建構一強有力的聯邦以保障資產階級的利益。現在美國最高法院的司法審查權，更純粹是政治鬥爭下的產物。而隨著美國由憲政共和轉變到憲政民主，司法審查權與民主政治的矛盾也日漸突顯。為避免因正當性受質疑而危及其合法性，最高法院在行使司法審查權時，以合理化多數統治為目的。國內部份研究者不察，竟謂當司法審查權限制多數統治的功能發揮的愈徹底時，即其正當性愈高之時。^{註152}其謬所在，彰彰明甚。

註152: 林超駿，〈從美國違憲審查權之反多數決理論，看終局釋憲法官選任程序〉（碩士論文，政治大學法律研究所，一九九六年六月），5-6。

參考書目

任冀平、謝秉憲

- 1999年 〈政治或司法：我國違憲審查權定位之研究〉，台中：跨世紀的政治願景學術研討會，東海大學政治學系主辦。

朱瑞祥

- 1990年 《美國聯邦最高法院判例史程》，台北：黎明。

吳重禮

- 1998年 〈美國「分立性政府」與「一致性政府」體制運作之比較與評析〉，《政治科學論叢》，第九期，頁61-90。

呂亞力

- 1991年 《政治學》，台北：三民。

李鴻禧

- 1990年 〈美國司法審查制度之虛像與實像：其形成與發展之理論〉，收於氏著，《違憲審查論》，台北：作者自版，頁151-180。
- 1990年 〈違憲審查思想史之比較研究〉，收於氏著，《違憲審查論》，台北：作者自版，頁45-88。

林超駿

- 1996年 〈從美國違憲審查權之反多數決理論，看終局釋憲法官選任程序〉碩士論文，政治大學法律研究所。

法治斌

- 1993年 〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，收於氏著，《人權保障與釋憲法制》，台北：月旦，頁227-271。
- 1996年 〈美國政府各機對其最高法審判之遵循與抗拒〉，收於氏著，《人權保障與司法審查》，台北：月旦，頁141-158。

翁岳生

- 1999年 〈憲法解釋與人民自由權利之保障〉，台北：第二屆憲法解釋之理論與實務學術研討會，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦。

許志雄

- 1999年 〈憲法與憲法學〉，收於許志雄等著，《現代憲法論》，台北：元照。

許宗力

- 1999年 〈憲法與政治〉，收於氏著，《憲法與法治國行政》，台北：元照，頁1-52。

陳銘祥

- 1999年 〈違憲審查制度與民主政治〉，收於許志雄等著，《現代憲法論》，台北：元照。

普里傑特(C.H. Pritchett)著，陳秀峰譯

- 1991年 《美國聯邦憲法制度》，台北：文笙。

菲利曼(David Fellman)著，黃淑馨譯

1991年 〈立憲主義〉，收於《觀念史大辭典：政治與法律卷》，台北：幼獅。

道爾(Robert A. Dahl)著，李柏光、林猛譯

1999年 《論民主》，台北：聯經。

鄒念祖

1992年 〈司法〉，收於何恩因編，《美國》，台北：政治大學國際關係研究中心，頁83-118。

Abraham, Henry J.

1985年 *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*. New York: Oxford University Press.

1986年 *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*. New York: Oxford University Press.

1994年 *The Judiciary: The Supreme Court in the Government Process*. Dubuque, IA: Wm. C. Brown Communication, Inc..

Adamany, David

1991年 "The Supreme Court." in John B. Gates and Charles A. Johnson eds., *The American Courts: A Critical Assessment*. Washington, D.C.: Congressional

Quarterly, Inc.pp.5-33.

Agresto, John

1984年 *The Supreme Court and Constitutional Democracy*.
Ithaca, NY: Cornell University Press.

Barker, Louis J. and Twiley W. Barker, Jr.

1965年 *Freedoms, Politics: Studies in Civil Liberties*. Englewood
Cliffs, NJ: Prentice-Hall, Inc..

Barnum, David G.

1993年 *The Supreme Court and American Democracy*. New
York: St. Martin's Press.

Baum, Lawrence

1989年 *The Supreme Court*. Washington, D.C.: Congressional
Quarterly, Inc.

Beard, Charles

1962年 *The Supreme Court and The Constitution*. Englewood
Cliffs, NJ: Prentice-Hall, Inc.

Benton, William, ed.

1968年 *The Annals of America*, Vol.12. Chicago:
Encyclopaedia Britannica, Inc.

Bickel, Alexander M.

1986年 *The Least Dangerous Branch*. New Haven:
Yale University Press.

Biskupic, Joan and Elder Witt

1997年 *The Supreme Court and the Powers of the American Government.* Washington, D.C.:Congressional Quarterly, Inc..

Carp, Robert A. and Ronald Stidham

1993年 *Judicial Process in American.* Washington, D.C.:Congressional Quarterly, Inc..

Casper, Jonathan D.

1976年 "The Supreme Court and National Policy-Making"
American Political Science Review,pp.50-63.

Choper, Jesse H.

1983年 *Judicial Review and the National Political Process.*
Chicago:the University of Chicago Press.

Commager, Henry Steele

1958年 *Majority Rule and Minority Rights.*
New York:Gloucester, Mass,Peter Smith.

Dahl, Robert A.

1956年 *A Preface to Democratic Theory.*Chicago:
the University of Chicago Press.

1989年 "The Supreme Court's Role in National Policy-Making," in Sheldon Goldman and Austin Starat, eds., *American Court Systems:Readings in Judicial Process and Behavior.* New York:Longman,pp.593-598.

- 1993年 *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker*. New York: Irvington Publishers.
- Easton, David
- 1960年 *The Political System*. New York: Alfred A. Knopf.
- Epstein, Lee, Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, and Thomas G. Walker
- 1996年 *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1996.
- Fisher, Louis
- 1995年 *American constitutional Law*. New York: McGraw-Hill, Inc..
- Fisher, Louis and Neal Devins
- 1992年 *Political Dynamics of Constitutional Law*. St. Paul, MN: West Publishing.
- Fribourg, Majorie G.
- 1965年 *The Supreme Court in American History: Ten Great Decisions*. Philadelphia: Macrae Smith Company.
- Gates, John B.
- 1992年 *The Supreme Court and Partisan Realignment*. Boulder, Colorado: Westview Press.

Glick, Henry R.

1993年 *Courts, Politics, and Justice*. New York:McGraw-Hill, Inc..

Goldman, Sheldon and Thomas P. Jahnige

1985年 *The Federal Courts as a Political System* . New York:Harper & Row, publishers.

Gunther, Gerald

1985年 *Constitutional Law*. New York:The Foundation Press, Inc..

Hamilton, Alexander

1961年 "Federalist No.78," in Alexander Hamilton, James Madison., and John Jay, *The Federalist Papers*. New York:The New American Library of World Literature, Inc..

Henkin, Louis

1990年 *Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs*. New York:Columbia University Press.

Hofstadter, Richard, William Miller, and Daniel Aaron

1959年 *The American Republic*, Vol.2 .Englewood Cliffs, NJ:Prentice-Hall, Inc..

Koch, Adrienne and William Peden eds.

1972年 *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. New York:Random House, Inc..

Kommers, Donald P. and John E. Finn

1998年 *American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes*. Belmont, CA:Wadsworth Publishing Co.,

Leuchtenburg, William E.

1995年 *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*. New York:Oxford Univeristy Press.

Lijphart, Arend

1984年 *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-one Countries*. New Haven:Yale University Press.

Macpherson, C.B.

1977年 *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press.

Madison, James

1961年 "Federalist No.47,48,49,51," in Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, *The Federalist Papers*. New York:The New American Library of World Literature, Inc..

Mason, Alpheus Thomas and Donald Grier Stephenson, JR.

1993年 *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*. Englewood Cliffs, NJ :Prentice-

Hall, Inc..

Mason, Alpheus Thomas and William M. Beaney

1968年 *American Constitutional Law*.Englewood Cliffs,
NJ:Prentice-Hall,Inc..

Mermik, James and Joseph Ignagni

1997年 "Judicial Review and Coordinate Construction of the
Constitution" *American Journal of Political*, Vol.41,
No.2,pp.447-467.

Murphy, Falter F.

1962年 *Congress and the Court*. Chicago:the University
of Chicago Press.

Murphy, Walter F.

1993年 "Contitutions,Constitutionalism,and Democracy,"
in Douglas Greenberg,Stanley N. Katz,Melanie Beth
Oliviero,andSteven C.Wheatley,eds.,*Contitutionalism
and Democracy* .New York:Oxford University
Press,pp.3-27.

Murphy, Falter F.and G.Herman Pritchett

1986年 *Courts,Judges,and Politics:An Introduction to the
Judicial Process*.New York:random House,Inc..

Neubauer, David W.

1997年 *Judiaial Process:Law, Courts, and Politics in the
United States*. Fort Worth :Harcourt Brace College

Publishers.

O'Brien, David M.

1991年 *Constitutional Law and Politics:Struggle for Power and Governmental Accountability*. New York:W. W. Norton & Company, Inc..

1993年 *Storm Cetner:The Supreme Court in American Politics*. New York and London:W. W. Norton & Company.

Page, Benjamin I. and Robert Y. Shapiro

1992年 *The Rational Public:Fifty Years of Trends in Americans' Policy Preferences*. Chicago:University of Chicago Press.

Paltason,Jack W.

1955年 *Federal Courts in the Political Process*. New York:Doubleday.

Ranney, Austin

1996年 *Governing:An Introduction to Political Science*. Upper Saddle River, NJ:Prentice-Hall International, Inc..

Rosenberg, Gerald N.

1991年 *The Hollow Hope:Can Courts Bring about Social Change ?*. Chicago:University of Chicago Press.

Rossum, Ralph A. and G. Alan Tarr

1991年 *American Constitutional Law:Cases and Interpretation*. New York:St. Martin's Press, Inc..

Schubert, Glendon

1974年 *The Judicial Mind Revisited*. New York: Oxford University Press.

Schwartz, Bernard

1993年 *History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press.

Segal, Jeffery A.

1991年 "Courts, Executive, and Legislators," in John B. Gates and Charles A. Johnson, eds., *The American Courts: A Critical Assessment*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., pp.373-391.

Segal, Jeffrey A. and Albert D. Cover

1989年 "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices" *American Political Science Review*, pp.557-565.

Segal, Jeffrey A., Lee Epstein, Charles M. Cameron, and Harold J. Spaeth

1995年 "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited" *The Journal of Politics*, pp.813-823.

Shapiro, Martin

1964年 *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*. New York: Free Press of Glencoe.

Sigliano, Robert

1971年 *The Supreme Court and Presidency*. New York: The Free Press.

Smith, Christopher E.

1992年 *Politics in Constitutional Law: Cases and Questions*. Chicago: Nelson-Hall, Inc..

1997年 *Courts, Politics, and the Judicial Process*. Chicago: Nelson-Hall Publishers.

Stanley, Harold W. and Richard G. Neim

1992年 *Vital Statistics on American Politics*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc., 1992.

Stephens, Otis H., Jr. and John Scheb, II

1993年 *American Constitutional Law*. New York: West Publishing.

Stumpf, Harry P.

1988年 *American Judicial Process*. New York: Harcourt Brace, Jovanovich, Inc..

Witt, Elder, ed.

1990年 *Congressional Quarterly Guide to the U.S. Supreme Court*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, Inc..

Will and Limit :
The Role of the Judicial Review of the Supreme Court
in American Democracy

Ping-Hsien Hsieh

Abstract

The role of the judicial review of the Supreme Court in American democracy is subject to many disputes amongst academics. A part of Taiwan's scholars think that the majority rule in democracy will invade minority's rights so that it is necessary to limit majority's will by means of judicial review. Nevertheless, the majority rule in democracy is equal to the "minorities rule," and democracy itself should contain a mechanism of protecting minority. In democracy, there is no legitimacy for the anti-majority rule and anti-democratic judicial review. The American Supreme Court is endowed with judicial review power by the Constitution's founders for the reason of the fear of people and the necessity of consolidating federation. The present judicial review power of the Court is the product of political struggle. The reason why it has been preserving is that the Supreme Court often exercises the judicial review power to support the majority rule.

Keywords: Judicial Review, Majority Rule, Minorities Rule, Judicial self-restraint, Judicial Activism, U.S. Constitution, Constitutional Law.

改革與革命的抉擇 以張君勱為例的討論(1911-1949)

薛化元*

摘要

改革與革命是中國近代思想史研究的重要課題，也是政治發展歷程中兩條不同的路線，此一現象自晚清以降，直到民國建立，仍可看到其延續的一面。不過二者之間是否決然的對抗，還是其內部的成員在政治路線的選擇上，仍有相當挪移的空間呢？以梁啟超政治事業主要繼承人的張君勱為例，在民國政治舞台上，他素來被認為是主張體制內漸進改革的政治路線，而不贊成武力、革命路線。但是，從歷史實然的發展來看，卻有相當的史料，說明張氏不僅曾有武裝革命的主張，更有走向體制外改革，或「推翻」既有體制的舉動。換言之，從各個不同政治事件中，以及他的政治作為來看，張君勱政治取向時有面對改革與革命的抉擇。

本文即是透過史料的爬梳，嘗試說明張君勱的政治路線是否仍採漸進改革的基調，以及分析當他採取不同的政治路線，究竟是基於何種因素。並以此為基礎，釐清張君勱在改革與革命之間抉擇時，所採取的基本立場。希望此研究課題，能對進一步研究民國以後梁啟超系統的政治人物，在政治上的作為及其意義，有一定的助益。

*國立政治大學歷史系副教授

壹、緣起

作為清末民初重量級的政治人物與知識份子，梁啓超的政治立場雖然屢經轉變，然而，大抵上無論是清末立憲的主張，或是民國以後擁護共和體制，追求立憲，漸進的改革似乎是梁啓超理想的「正途」。問題是：民國成立以後，相對於以孫中山為首的革命派，梁啓超雖然較傾向於體制內的改革，不過他在護國軍之役採取討袁的立場與支持段祺瑞討伐張勳復辟，其政治作為卻與所謂的漸進改革的方式「殊途」，反而呈現明顯的革命色彩。^{註1}換句話說，梁啓超做為中國現代史上採取改革路線的代表性人物，在現實政治路線的選擇，有時候仍然出現在改革與革命中搖擺的現象。然而，梁啓超並不是單打獨鬥、沒有派系的政壇「孤鳥」，相對的，他隱然是革命派之外另一個政治傳統或政治派系的代表人物，縱使他過世了，他的政治事業在後繼者努力下，依然不絕如縷，在民國三十八(一九四九)年以前的政治舞台，扮演一定的角色。因此，筆者擬以既有對梁啓超的研究為基礎，進一步考察其政治事業後繼者政治路線的選擇，並討論其在改革與革命之間遊走的歷史意義。而其政治事業的後繼者中，採取組織政黨的具體行動，追求制訂憲法的政治目標的，可以中國民主社會黨（及其前身中國國家社會黨）創黨黨魁，同時也是現行中華民國憲法草案起草人的張君勱最具代表性。^{註2}

註 1: 參見張朋園，〈自序〉，《梁啓超與民國政治》(台北：食貨，民國 67 年)，頁 1-2。本研究問題意識的提出，以及筆者個人對此問題的初步認識，皆受到張教授研究成果的啓發，不敢掠美，特此說明，並致謝忱。

註 2: 本文以筆者前撰作品為基礎，另行擬構，希望可以更清楚地呈題張君勱一生參與政治活動的意義，參見：薛化元《民主憲政與民主主義的辯證發展》(台

張君勱與梁啟超在政治上結緣，並受到梁啟超的影響，可以溯及戊戌政變期間。本來在中日甲午戰後，中國知識界瀰漫在一片救亡圖存的風氣中，張君勱奉母命於光緒二十三（一八九七）年進入廣方言館就讀，次年適逢戊戌政變，張君勱看到廣方言館門口懸掛通緝康梁的照片，留下了很深的印象。^{註3}這個印象對張君勱以後投身政治有究竟多大的影響，當然可以再評估，不過，配合其後張君勱對於自己人生規劃的抉擇來看，可以確定的是，對他而言，這一印象似乎並非孤立的偶發事件。事實上，他在離開廣方言館以後，就因為讀了梁啟超〈祝震旦學院之前途〉一文，受到影響，使得原本在廣方言館讀書每月可領津貼一兩的張君勱，便設法籌湊一百多兩的學費，進入震旦學院就讀。^{註4}由前述的討論，可以得知：在留學日本以前，張君勱雖然未與梁啟超認識，在認知與行動上，卻已相當信服梁氏，因此，他日後追隨梁啟超，在此時實已可看出端倪。

光緒三十二（一九〇六）年，張君勱以他積蓄的四百多（銀）元，和得到寶山縣公費留日的獎助，踏上旅日的行程。^{註5}到了日本求學，碰巧光緒三十三（一九〇七）年梁啟超組織政聞社，張

北：稻禾出版社，民國 82 年）；關於拙著出版後，中國及英語學界也出現不少相關論著，在此不詳討論，可參見。潘光哲：〈「張君勱研究」前景的反思——以兩部新著為例〉，《新史學》，第 10 卷第 1 期（台北：1999 年 3 月），頁 147-161。

註 3：程文熙，〈君勱先生之言行〉，《再生》總 248 期（民國 38 年 1 月），頁 8。

註 4：張君勱，〈我的學生時代〉，《再生》總 239 期（民國 37 年 11 月），頁 7~8。

註 5：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，民國 65 年），頁 4~5；張君勱，〈我的學生時代〉，《再生》總 239 期，頁 8，則說係以積蓄留學，但事實上留學之初則應係公費的資助為主因，參見許紀霖，《無窮的困惑》（北京，三聯書店，1988 年），頁 25。

君勳便加入其中，不久更成爲正式追隨梁啓超的重要份子，一直到梁啓超過世爲止。^{註6}同時，他也向《新民叢報》投稿，賺取因公費中斷所需起碼的生活費，直到其停刊爲止。^{註7}而就在此時，張君勳在某些時候已經開始成爲梁啓超的私人代表，代表梁啓超返國進行政黨、立憲活動。^{註8}在此階段，張氏與梁氏建立了深厚關係，成爲他日後繼承梁啓超政治事業的重要原因。^{註9}以下擬以從此後張君勳的政治主張著手，考察其政治路線的選擇及其意義。

貳、追隨梁啓超時期

張君勳曾說他自己的政治路線是「英國的」，^{註10}其所指涉的是他在法國大革命模式與英國漸進改革之間的抉擇，因爲「英人種政治之天才，在善通舊制以適新需，故雖無赫赫之名，而善舉幸福之實」。^{註11}此一選擇與他生命本身的保守一面較能相契，也

註 6: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 267~270；程文熙，〈張君勳先生與梁任公先生〉，《再生（台北版）》3:1（民國 62 年 1 月）。

註 7: 張君勳，〈我的學生時代〉，《再生》總 239 期，頁 8。

註 8: 張朋園，《梁啓超與清季革命》（台北，中研院近史所，民國 58 年），頁 185~187；程文熙編錄〈張君勳先生年譜初稿〉，頁 8。

註 9: 張朋園是國內研究者中，指出張君勳一輩繼承了梁啓超的意志，在梁啓超之後，這一派知識份子在民國使上將繼續扮演其所擔任的角色。張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 270。並請參考：R. B. Jeans, Jr., *Democracy and Socialism in Republican China: The Politics of Zhang Junmai (Carsun Chang), 1906-1941* (Lan Ham, Marland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997), ch.1.

註 10: 參閱程文熙，〈張君勳先生的十大政治譯著〉，《傳記文學》28:3（民國 65 年 3 月），頁 11。

註 11 張君勳，〈穆勒約翰議院政治論〉，原載《新民叢報》，引自《開國前後言論集》

是他的政治導師梁啟超立憲主義立場下的選擇。而光緒三十二（一九〇六）年他研讀穆勒（J. S. Mill）的思想（主要是《論代議政治》〔*Considerations on Representative Government*〕），不僅提供改革政制的條件，也提供反革命派的理論基礎。因為穆勒的思想透過張君勱的詮釋，表現了下列的概念：政體必須與「國民之性情行誼」互相配合，而且只有人民的「行動力足以維持」的條件下，才得以「永續」。^{註12}而在處理多數漢族受少數滿族統治，究竟應該如何看待滿族問題上，他認為事實上滿族已被「同化」，已和漢族同在「苦樂榮辱」與共的歷史傳統之內，面對中國的危急存亡，應該共同戮力於改革專制腐敗政府的政治革命，而實現立憲政治的目的，相形之下進行種（民）族革命則是不必要的「復仇主義」。換言之，對他而言「驅逐韃虜，恢復中華」根本是不必要之舉，所須努力的只是體制內的改革。可是當主政者無意推動改革，或是民眾的程度不足之時，改革工作又要如何推動？此一問題是張君勱所必須面對，並有所決定的。^{註13}

事實上，當面對清廷立憲召開國會之舉遲遲沒有進展之時，光緒三十三（一九〇七）年，張君勱也從其所理解的自由主義中，找到行動的理論依據。他強調從歷史發展的觀點來看，立憲成功與落實，必須以國民的要求為原動力，因為「國民之能力增一度，

（台北，正中書局，民國 60 年），頁 1；江勇振，〈張君勱思想評述〉（台北，師大史研所碩士論文，民國 64 年），頁 21。

註 12：張君勱，〈穆勒約翰議院政治論〉，原載《新民叢報》，引自《開國前後言論集》，頁 4。

註 13：參見江勇振，〈張君勱思想評述〉，頁 23；張君勱，〈穆勒約翰議院政治論〉，原載《新民叢報》，引自《開國前後言論集》，頁 19。

則政府之壓制縮一度」。^{註14}就此一思考理路而言，國民的思想和能力似乎成了達成立憲目的的最重要因素。^{註15}但是，就在國會是否應該立即召開，在中國國內立憲團體中都議論紛紛莫衷一是之際，張君勳固然是正反俱陳，對二派主張都有所批評，但對國民的要求之重要性，則並未強調。在應然的層面，如上所述，只要國民的程度具備了一定的水準，以有「能力」國民的要求為原動力，促成立憲的成功與落實，最合乎張君勳的理想。不過，在實然的層面，他所面臨的卻是國民程度不足，又需要召開國會推動改革的兩難。張氏表示，要求速開國會的主張，並沒有注意在中國的落後與人民程度不足的情況下，召開國會的危險：首先，中國正求「力固國本，以禦外侮」，是否禁得起開國會以後「內閣更迭」頻頻；其次，一旦開國會，本來抱持「革命主義者」將轉而求「執議院政策」，不僅難免「政爭之局」，更造成「國事之危殆」；最後，國會初開的中國，以「散沙亂石，漫無紀律之數百代議士，以當政府」，必易陷於「買收運動」等「歷史上之惡習」的困境。不過，他也指出教育的改革與人民知識的提高，並不是召開國會的前提。^{註16}張君勳以為，「立憲政治之行，不必定俟國民權利觀念之發達」，「國民思想之改良，非旦夕可期」，因此，國家政治「無論其改革前改革後」，皆必須由少數菁英「主持而

註 14: 張君勳，〈論今後民黨之進行〉，原載《新民叢報》，引自《開國前後言論集》，頁 30。

註 15: 江勇振，〈張君勳思想評述〉，頁 23。

註 16: 張君勳，〈論今後民黨之進行〉，原載《新民叢報》，引自《開國前後言論集》，頁 36~38。

提倡之」。因此，中國當務之急便是以「少數先覺之士」主導，從速奠定立憲政治，「以開發全國國民，圖永久之社會改良」。^{註17}

根據前述的討論，在推動政治改革的過程中，張君勱雖然也曾斷斷續續強調國民教育水準的重要，不過依其前述的理路來看，縱使國民水準尚未提升，當有機會進行體制的改革或創建時，他則傾向把握時機，遂行改革的理想。所以，此一思考模式，比起強調以國民知識水準作為改革的指標，更能表現出張君勱的實際行為取向。換言之，在他思想中，文化層面的條件如果能配合制度層面的改革與創建，自然是最理想，當二者不能配合時，他固然強調必須在前者下工夫，比以求建構制度的有利文化條件，不過，若有機會尋求制度的建立或改革，張君勱亦會戮力以赴。^{註18}從「召開國會」的討論中，也可以看出張君勱希望能具足、強化、建立制度所須的文化條件，而在安定中進行政治建設的價值追求。

辛亥革命發生後，張君勱的實際政治行動也展現了前述的價值取向。他除了返鄉擔任寶山縣議會的議長，並和其弟張公權「發起籌備『神州大學』和成立『國民協（進）會』」，希望從教育與社會事業著手提升國民的能力與習慣。^{註19}但是，在歷史現實上，他則在政治運作上用了更多力，國民協進會也成為民主黨的前

註 17: 張君勱，〈論今後民黨之進行〉，原載《新民叢報》，引自《開國前後言論集》，頁 37~38。

註 18: 許紀霖比較張君勱與黃炎培二人的主張後，便指出張氏救國的主張著重在「變革政制」，而黃氏則是啓發民智，許紀霖，《無窮的困惑》，頁 32。

註 19: 轉見江勇振，《張君勱思想評述》，頁 29。但其註中所引的丁文江編《梁任公先生年譜長編（初稿）》（台北，世界書局，民國 61 年），則未見此一資料。

身。^{註20}更重要的是，在帝制即將傾覆，共和國已成為中國新國體之際，原本主張君主立憲的他，除了政治路線何去何從的抉擇外，還必須面臨如何選擇新的合作對象的問題。基本上，民國體制的建立，雖非梁啟超、張君勱諸人本來的願望，但是鑑於國家體制不堪一再反覆，因此轉而求其次，希望在民國政治體制下進行政治建設。然而，此一主張的轉變，並不只是消極的無奈，反過來說，張君勱基於在既有體制下改革的信念，當國體已然變動的狀況下，他已轉而成為民國共和體制的維護者。^{註21}他於民國元年（一九一二）年初，清帝尚未退位之際，致函梁啟超表示：孫中山、袁世凱的兩派勢力都不是能夠建設今後中國的力量，即使與他們聯合也沒有益處，故而應該超然獨立於此二黨之外，先不斤斤計較政權的得失，而另行揭櫫政綱以等待天下輿論的歸向；但在實際政治運作上，民主憲政體制下的政黨是必須爭選舉、爭議席的，爲了壯大、發展黨勢，因此必須選擇其一合作，而其中袁派較孫派適合「建設之業」，故主張「聯袁，以造成一大黨」。雖然，他曾表明：「聯合之目的，並非在爭政權，藉力以發展支部於各省，數年之後雖不欲不聽命於我，安可得焉」，^{註22}最後使袁必須依舊立憲派的意旨而施政。整體而言，前述政治路線選擇的重點則在於張君勱主張藉權力核心而推動政治建設的意圖。問題

註 20: 國民協進會合併改組成民主黨一事，見姚崧齡編著，《張公權先生年譜初稿》（台北，傳記文學出版社，民國 71 年），頁 16~17。

註 21: 丁文江編，《梁任公年譜長編(初稿)》，頁 372~3；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）》1:12（1967 年 2 月），頁 4。

註 22: 丁文江編，《梁任公年譜長編(初稿)》，頁 372~3。

是選擇現實政治上的「實力在握者」，固然是推動體制改革改革的正面條件，但是，「實力在握者」是否真能與改革派合作，推動改革，則是此一主張的問題點所在。^{註23}

基於追求體制內改革的理念，與變更國體的主張有嚴重矛盾，民國建立後，梁啟超、張君勱看待意圖推翻民國，帝制自為或復辟的主張，在某種意義上，與他們在清末看待革命派的態度，是相似的。而當袁世凱以後欲變更國體回到君主立憲體制時，梁啟超、張君勱等人的反袁行動也與此一信念相關。不過，張君勱之所以在同儕之中最早展開反袁的行動，倒不是因為他看出袁氏有帝制自為的野心，而是因為袁氏的對外政策表現出默認蒙古脫離中華民國的態度。^{註24}張君勱與梁啟超一樣是大民族主義者，主張漢族與各族同化成一「國族」，^{註25}他過去反對革命的重要理由之一，便是「革命雖成，滿蒙必失」。^{註26}他本來主張聯袁的重要立論之一，也就在於袁氏較革命黨穩健。但是，袁氏當政的結果，卻與張君勱的期待有相當落差，使蒙古脫離中國的隱涵危機浮上檯面，因此，張君勱便在《少年中國》發表「袁世凱十大罪」，^{註27}強烈批評袁世凱。

奈何袁世凱主政下之新民國，一仍滿清政府不尊重人民言論

註 23: 張朋園，《梁啟超與民國政治》，頁 2。

註 24: 郭廷以，《近代中國史綱》（香港，中文大學，1979 年），頁 440。

註 25: 張君勱，〈穆勒約翰議院政治論〉，原載《新民叢報》，引自《開國前後言論集》，頁 19。

註 26: 張君勱，〈吾國政黨發展之回顧與吾黨之將來〉，《再生》總 109 期，轉見許紀霖，《無窮的困惑》，頁 41。

註 27: 張君勱，〈我從社會科學跳到哲學的經過〉，原載《宇宙旬刊》3：11，引自《中華民國獨立自主與亞洲前途》，頁 208。

自由的舊慣，張君勳以言賈禍，不得不在梁啓超等人的鼓勵下，赴德國留學成爲自我流亡海外的異議份子。^{註28}至於梁啓超此時對與袁世凱的合作仍未斷念，縱使袁世凱解除國民黨議員資格，國會停開，梁啓超及進步黨被迫失去政治舞台，梁啓超仍未採取強力反袁的態度^{註29}。直到袁世凱推動帝制，才採取實際的反對行動。而當中國國內蔡鍔等人發動護國軍，討伐袁世凱稱帝變更國體的行爲，梁啓超便電召張君勳返國參與討袁工作。^{註30}雖然梁、張二人立場相近，但在對袁世凱的態度上，仍可以看出張君勳比起梁啓超，一旦既有體制內的結盟者未能落實結盟的本然目的，更富有起而對抗，以維持落實理想初衷的行爲取向。而在討袁期間，梁啓超便與北洋派實力人物段祺瑞、馮國璋結合，而且支持馮國璋擔任副總統、段祺瑞出任國務總理。^{註31}

張君勳在這次留歐期間，適逢歐戰爆發，他不僅未如留學生一般匆促返國，反而不斷觀察戰局變化，考察戰時各國的制度與國情。^{註32}經過用心的觀察，最後張君勳認爲戰爭「德國必歸失敗」。^{註33}由於認爲德國終將戰敗，張君勳便傾向中國協約國一方，以求在德、奧戰敗後成爲戰勝國。張氏返國以後，意圖落實前述的想法，這也成爲他再一次介入政局核心的重要引子。

註 28: 程文熙編錄，《張君勳先生年譜初稿》，頁 11。

註 29: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 33。

註 30: 蔣勻田，〈張君勳先生一生大事記〉，《傳記文學》14:4（民國 58 年 4 月），頁 83；許紀霖，《無窮的困惑》，頁 68。

註 31: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 91、93。

註 32: 程文熙編錄，《張君勳先生年譜初稿》，頁 11~13；江勇振，《張君勳思想評述》，頁 37~40。

註 33: 張君勳，〈我的學生時代〉，《再生》總 239 期，頁 8。

民國五（一九一六）年四月張君勳回到中國後，並沒有能夠趕往協助蔡鍔，而被呂公望留在浙江，參與浙江獨立的工作，^{註34}並且不久就負責與梁啓超淵源甚深的《時事新報》筆政。^{註35}在同年的五月到十二月，張君勳與梁啓超往來十分密切，期間對於國事的未來，亦應有相當的討論進而採取相類的態度。十二月梁啓超與張君勳至北京時，他們已經公開主張對德宣戰。^{註36}爲了落實政治理想，他們在政治上的結盟對象，則是袁世凱死後，擔任總理的北洋派實力派人物段祺瑞。張君勳力主對德國宣戰，乃是認定德國必將失敗，希望藉此舉來挽回中國的利權，^{註37}而此一主張主要透過梁啓超影響了段祺瑞，民國六（一九一七）年初段氏力主參戰以後，則使雙方關係更爲密切。^{註38}

但是，參戰與否卻引發當時中國政壇上的無數爭論。大總統黎元洪持反對的意見，國會也不贊成，加上段祺瑞又欲強力威迫國會通過，最後遂演變成黎元洪召張勳入京，造成清帝復辟的結局。^{註39}梁啓超及張君勳雖未必完全同意段祺瑞的作爲，但是爲了對抗復辟，他們甚至主動激勵段氏必須起兵討伐，張君勳更奔走南北，四處遊說。等到復辟失敗，梁啓超等人用力既多，也成爲新的政治利益重新分配的得利者，^{註40}張君勳也應馮國璋的邀請，

註 34: 吳相湘，《民國百人傳》第三冊（台北，傳記文學，民國 68 年），頁 8；程文熙編錄，《張君勳先生年譜初稿》，頁 13。

註 35: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 289。

註 36: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 139~140。

註 37: 程文熙編錄，《張君勳先生年譜初稿》，頁 14。

註 38: 張朋園，《梁啓超與民國革命》，頁 91、143。

註 39: 參見郭廷以，《近代中國史綱》，頁 466~467。

註 40: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 92；江勇振，《張君勳思想評述》，頁 44。

擔任總統府的秘書。^{註41}

討伐復辟，使梁啓超等人與段祺瑞在政治上成爲密切攜手的政治伙伴。^{註42}而梁啓超、張君勱等人襄贊「再造共和」以後，認爲根據過去的經驗，在國會運作與國民黨嚴重衝突，沒有合作建國的可能，而「再造共和」既給予其主導未來政治發展，落實理想的可能，遂支持段祺瑞排斥國民黨占多數的舊國會，而以舊國會已被解散爲由，主張另立法統，成立臨時參議會，欲藉此使研究系主導國會。但是，研究系與段祺瑞及皖系的聯盟並未穩固，既有政治立場的歧見，且有現實利益的衝突，結果在徐樹錚聯合交通系的財力強力運作下，無法如願。而梁氏雖然續長財部，但是遭到百般掣肘，最後隨段內閣的垮台而去職。梁與張君勱參與實際政治，卻因遭到相當的打擊而退出政治舞台。^{註43}

雖然，參加現實政治的結局並不愉快，但在這一段短短的政治行動中，可以隱約掌握到張君勱在現實上的行爲取向。首先，張君勱追隨梁啓超，以段祺瑞作爲這一段時期的主要合作對象，在某種程度上，正與民國初年選擇實力者袁世凱，有異曲同工之處。這種不放棄藉政治權力核心企圖實現自己政治主張的傾向，終其一生，始終不變。其次，張君勱固然如前所述，基本上是改革派，希望在既有體制上進行改革，但是，只要國體不變，與此

註 41: 程文熙編錄《張君勱先生年譜初稿》，頁 14。許紀霖提及梁啓超本欲把中國商銀總裁由張君勱擔任，但張氏則推薦學財經原本在該行任職的張公權接任，《無窮的困惑》，頁 70，但事實上張公權擔任的是副總裁。姚崧齡編著，《張公權先生年譜初稿》，頁 12、34。

註 42: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 92。

註 43: 參照張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 94~100、119~120。

次梁啓超主導的政治選擇相類，以後也有可能採取另立法統建立制度以進行改革。

現實政治雖然失利，但是張君勱仍然相當積極於組織工作。民國七（一九一八）年一月，張君勱去函梁啓超，主張必須以精神結合同志，組織以紀念蔡松坡爲名的「松社」，社員「人數極少，僅以平日能相信者爲限，合軍人政客於一堂」。^{註44}這種團體縱使未具現實的政治性，至少也是潛在的政治團體。同時，張君勱雖然退出政治舞台，對國事依然關心。因而同年十月張君勱去日本考察後，回國便致書徐世昌總統，討論未來如何應付和會事宜。同時，又因梁啓超前已催促他同赴歐洲考察，他遂由北京南下上海，參加這個具有中國出席和會代表團顧問性質的考察團。

註45

自加入政聞社以後，張君勱正式追隨梁啓超，以改革派的角色，進行思想與政治活動。在此一期間內，他雖然接觸到西方的法政學科，但無論在現實政治或政治思想方面，都尚未正式成爲袖型人物。不過，此時他的思想已經展露出一些重要的特點，貫穿了以後不同時期的主張。除了改革的政治態度外，首先，是透過穆勒代議政治的詮釋，表現了其思想中嚴復式追求富強的自由主義面貌。其次，雖然自由主義下個人的角色十分重要，但在個人(國民)能力未能具足前，張君勱明白選擇了菁英主義，強調菁

註 44: 丁文江編，《梁任公年譜長編(初稿)》，頁 541~542。

註 45: 程文熙編錄《張君勱先生年譜初稿》，頁 16；張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 152。

英主導的重要性與關鍵性，並表現了與強者(袁世凱、段祺瑞)結盟，藉著與權力核心的政治人物合作，希望能促成改革理想的實現。

參、張君勱自我主導的階段

民國七年以後，梁啓超退出現實政治舞台，^{註46}張君勱在政治路線選擇上的主體性也更加凸顯。民國九（一九二〇）年一月，張君勱在飽受巴黎和會的刺激後，陪梁啓超等人去見倭伊鏗（R. Eucken）。在與倭氏的談話過程中，他受到倭氏本人生命力展現的直接衝擊，加上由於倭氏答應梁啓超寫的新舊唯心論的比較，在梁啓超一行返回柏林時已經寄達，更使張君勱感動，並對倭氏的人生觀與哲學深感佩服，便決定留德從倭氏學哲學。^{註47}此時，由於與實力派結盟推動政治改革的行動遭到頓挫，張君勱對現實政治舞台無從著力，因此張君勱在寫給林宰平（志鈞）的信中所述，曾決然地表示對作為他第二生命的政治斷念，而歸向「學問國」。^{註48}但是，此種選擇與其說是毅然脫離現實政治舞台，不如說是當推行現實政治改革幾無入手之處，而選擇從文化層面著

註 46: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 4-5。

註 47: 張君勱，〈我從社會科學跳到哲學的經過〉，原載《宇宙旬刊》3：11，引自《中華民國獨立自主與亞洲前途》，頁 211；張君勱，〈學術方法上之管見〉，《改造》4：5（民國 11 年 1 月），頁 2。並參見：鄭大華，《張君勱傳》（北京：中華書局，1997），頁 65-71。

註 48: 張君勱，〈致林宰平函〉，《改造》3:4（民國 9 年 12 月），頁 101。

手，希望建構理想的文化條件，以利未來理想政治體制的建構。就此而言，倒與他留日之時，思考「開國會」問題的理路前後呼應。因為，就在見過倭氏而梁啟超尚未返國之際，張君勳便去函向國內同志表示「所念念不忘者，在延攬同志而已。惟內地吾黨旗幟不鮮明，則招致新人才之舉，無由著手」，並希望設法送人到德國留學。^{註49}而且轉到哲學也是要探求民族立國的最根本力量，努力從此入手，來進行救國。^{註50}在此期間，他雖然放出重話，表示「以政治活動改良政治，則中國必不救」，^{註51}並對「現實之政譚」表示敬謝不敏，而欲與「加富洱（C. Cavour）、卑士麥（O. von Bismarck）、格蘭斯頓（W. Gladstone）」暫別，將與「康德（I. Kant）、黑格爾（F. Hegel）」等哲學家「為儔侶」，只有在同志「出生入死之舉，以急國家之難」，才會「赴湯蹈火、決不人後」。^{註52}不過，就從民國九年開始，他就十分熱心地觀察德國、俄國在戰後的發展，在《解放與改造》、《改造》發表一序列的通訊與文章，討論中國的未來走向和介紹德、俄等國的新制度及轉變。^{註53}到了民國十（一九二一）年底更總結其在此次留歐期間對各種政治、

註 49: 丁文江編，《梁任公年譜長編(初稿)》，頁 571~572。

註 50: 張君勳，〈我從社會科學跳到哲學的經過〉，原載《宇宙旬刊》3：11，引自《中華民國獨立自主與亞洲前途》，頁 213、220。

註 51: 張君勳，〈政治活動足以救中國耶〉，《改造》3:6（民國 10 年 2 月），頁 1。

註 52: 張君勳，〈致林宰平函〉，《改造》3:4，頁 102。

註 53: 這些文章至少包括〈德國革命論〉（《解放與改造》2:3-4、〈德意志國憲法全文〉（《解放與改造》2:8）、〈德國新共和憲法評〉、〈記法國總選舉及總統選舉〉（《解放與改造》2:9）、〈中國之前途：德國乎？俄國乎？〉（《解放與改造》2:14）、〈讀六星期之俄國〉（《改造》3:1-2）、〈德國工務會議法之成立及其施行情形〉（《改造》3：9-11）、〈德國工務會議法律譯文〉（《改造》3:10-11）、〈社會所有之意義及德國煤礦所有法草案〉（《改造》3:11）、〈歐戰後世界外交之大勢及中國之方針〉（《改造》4:1）。

社會制度的心得，寫下〈懸擬之社會改造同志會意見書〉，^{註54}第一次提出較全面性的國家基本藍圖雛形。

值得注意的是，此次留歐期間，張君勳表現了許多富有「革命」衝動的主張。前述提及如果同志有「出生入死之舉，以急國家之難」，則他「赴湯蹈火，決不人後」^{註55}的說法，對照當時中國並無國難，張君勳的說法乍見之下，不免令人有突兀之感。但如果和他寄給張東蓀的信函相對照，張君勳的革命意圖就清楚了。因為在提出前述言論之前，張君勳由於眼見中國南北政府議和的僵局，便在給張東蓀的信中直言，必須把希望寄託在「多數有覺悟、有紀律之青年與公民」來「推翻」現狀，為此，他固然主張張東蓀等同志應當「懸此為大目的」，而他自己也表明為此「願為執鞭者」。^{註56}

這並不是一時衝動之下所留下的孤證，因為縱使比較德、俄兩國的發展，選擇德國威瑪共和的改革途徑，反對列寧式的革命之時，張君勳也還明白指出，「凡屬革命，不論其所爭為思想、為政治、為民族、為社會，吾以為當一概歡迎之，輸入之」。^{註57}他同時表示革命之舉「為可暫而不可常，可偶而不可久」，表現出他傳入革命思想、分析革命史的意圖，卻未必是支持以革命作為改造中國的「經常性」途徑。而在作為國家基本藍圖雛形的「懸

註 54: 文載《改造》4:3 (民國 10 年 11 月)。

註 55: 張君勳，〈致林宰平函〉，《改造》3:4 (民國 9 年 12 月)，頁 102。

註 56: 張君勳，〈與張東蓀書〉，《解放與改造》1:6 (民國 8 年 11 月)，頁 42。

註 57: 張君勳、張東蓀，〈中國之前途：德國乎？俄國乎？〉，《解放與改造》2:7 (民國 9 年 7 月)，頁 2。

擬之社會改造同志會意見書」中，他等於總結這段旅歐期間對革命的看法。他清楚地承認：在人類數千年的進化過程中，以「一線光明，時時照耀」，維繫希望的，正是「思想界、行為界之少數革命豪傑」。^{註58}這並非只是言辭中表示贊美而已，他在分析議會路線與革命路線以後，雖然強調「以平日之鼓吹言之，則不能少議會政略」，但是臨時的作用，「則不能少革命手段」。^{註59}換句話說，他至少未反對革命的「奇兵」作用。

當然，從既有文獻來分析，可以發現這些主張乃集中在這段留歐期間，也正是他受倭伊鏗思想洗禮的時候。張君勳這種革命的傾向，或許與倭氏的「衝動說」，^{註60}有某種程度的相關。

大體上，這次留歐使得張君勳開始重視哲學，可以說是他「不因哲學而忘政治，不因政治而忘哲學」的真正開始。^{註61}另一方面，張君勳除了起草「國憲草案」以外，^{註62}對於中國憲政的發展，也寄以相當的關心。隨著聯省自治運動的失敗，他又把目光集中在中國當時力量較大的北京政府，希望北京政府先制定憲法再選舉總統^{註63}。但是，在現實政治層面，為了解決當時中國南北政府對立的情形，於民國十二（一九二三）年直系逼宮之際，他也曾提出另造法統成立所謂「國民委員會」，以各方領袖張謇、蔡元培、

註 58：張君勳，〈懸擬之社會改造同志會意見書〉，《改造》4:3（民國 10 年 12 月），頁 3。

註 59：張君勳，〈懸擬之社會改造同志會意見書〉，《改造》4:3，頁 12。

註 60：張君勳，〈學術方法上之管見〉，《改造》4:5，頁 2。

註 61：程文熙編錄《張君勳先生年譜初稿》，頁 24。

註 62：參見薛化元，《民主憲政與民族主義的辯證發展》，頁 135-137。

註 63：張君勳，〈時局關鍵〉，《申報》，民國 12 年 6 月 11 日。

汪精衛、吳佩孚、孫中山諸人爲委員來解決時局。^{註64}這種基於現實政治的考量，希望在既有體制外另起爐灶，以化解政治僵局進行政治改革，在某種層面上，正是「再造法統」改革方式的再次提出。

張君勱的提議對現實並未發生作用。在實際掌控北京政局的直系支持下，直系領袖曹錕公然賄選，當選大總統。對曹錕賄選的醜聞，張君勱雖嚴詞譴責，表示不承認曹錕領導下政府的合法性。^{註65}但是，在國會通過「曹錕憲法」以後，使得民國成立以來的憲政體制建構工作，得到具體的成果，甚至使得依循憲法規定推動政治建設，成爲可能時，就像他過去看待民國共和體制的成立一般，他對於受到本人主張影響很深的新憲法體制，便主張加以擁贊，而要求政府遵行，而表現出他願意在體制內進行改革的基調。不過，這一部中華民國憲法並沒有真正施行，甚至連曹錕本人也在第二次直奉戰爭中垮台。中國政局進入新的階段，必須等到國民黨北伐。^{註66}

由於國民黨提出「一黨訓政」的主張，北伐的進展對張君勱個人而言，即是面對一個除非放棄原有的主張，否則幾無可能合作共同促進中國民主憲政發展的新局。而在國民革命軍北伐之初，由於當時的「聯俄容共」政策，使張君勱認爲可能造成共產主義在中國的得勢，而與其他舊研究系要角蔣百里、丁文江等人

註 64: 程文熙編錄《張君勱先生年譜初稿》，頁 20-21。

註 65: 張君勱，〈我心理上國會之死刑宣告〉，《申報》，民國 12 年 10 月 10 日。

註 66: 張君勱，〈論憲法公佈〉，《申報》，民國 12 年 10 月 11 日。許紀霖，《無窮的困惑》，頁 87。

選擇協助孫傳芳，對抗國民黨。^{註67}後來張君勳到武漢考察，雖然稍微改變他對國民黨強烈的敵視態度，但是對於國民黨以黨建國及訓政的主張，則懷抱著國民革命可能以新的專制取代舊專政的疑懼。^{註68}加上，國民革命軍接收他的學校，甚至連掛他自己的名字的書都不准出版，更使其對一黨專政下中國民主憲政的未來感到憂心。因此，在他與李璜合辦的《新路》雜誌中，有一半以上的文章，張君勳都集中焦點，直接向新的一黨專政體制挑戰。^{註69}在「黨外」活動的張君勳遭到相當的打壓，甚至遭到「綁票」，遂再次赴德。^{註70}

張君勳這次出國本來就不得已，因此在德國講學一年多後，主持燕京大學的司徒雷登（L. Stuart）邀請他至燕大時，他便離開耶那大學，取道蘇俄返回中國，其間並考察史達林五年計劃的成果，而於民國二十（一九三一）年「九一八」前夕返國。^{註71}他返國以後，碰巧張東蓀也在燕京大學教學，二張遂聯絡梁秋水、羅隆基等人在同年十月成立「再生社」，作為組黨的準備^{註72}。事

註 67: 張朋園，《梁啟超與民國政治》，頁 266；丁文江編，《梁任公年譜長編（初稿）》，頁 709。張朋園係根據藍晒本校正世界書局版，故原文應以張著為準。

註 68: 張君勳，《武漢見聞》（上海，國立政治大學，民國 15 年），轉見許紀霖，《無窮的困惑》，頁 99。

註 69: 從《新路》雜誌刊登的文章來看，張君勳批判一黨專政體制的文章，就佔其文章的絕大多數。

註 70: C. Chang, *The Third Force in China* (New York: Bookman Associates Inc., 1952), pp.24-25; 參見: R. B. Jeans, Jr., *Democracy and Socialism in Republican China: The Politics of Zhang Junmai (Carsun Chang), 1906-1941*, ch.5.。

註 71: 程文熙編錄《張君勳先生年譜初稿》，頁 29。

註 72: 許紀霖，《無窮的困惑》，頁 113。根據筆者與來台的老國社黨員的對談，他們也曾指出是先有「再生社」，再有國社黨，此意蓋指國社黨正式舉行大會是在再生社成立之後。

實上，張君勳反對梁啓超晚年提出的「虛總部」^{註73}後，組黨的努力始終沒有放棄。他出國期間，張東蓀、胡石青、湯住心、徐君勉、王搏沙本來就不斷洽商成立憲政黨，而他亦自德國來函要蔣勻田、馮今白等人赴北平從事組黨的事務工作。回國後，張君勳與同志會商後，認為憲政黨名義太舊，主張代以國家社會黨，而得到支持。^{註74}由於「九一八」以後，國難當頭，已經成為黨魁的張君勳，並未依一般政黨原則，採取爭取政權的路線，反而強調應該組成「舉國一致」政府，以對付外來的威脅。對他或國社黨而言，此一主張也意味著加入既有政治體制，共赴國難的意向。

然而，「舉國一致」雖是張氏在此時最重要的政治理念，^{註75}但是在一黨專政體制下，他的政治主張根本是「異端」，欠缺實踐的可能性。而他對一黨專政亦深表不滿，對於所謂訓政與孫中山直接民權的主張，也認為將阻礙中國民主政治的發展。^{註76}這固然是主張民主政治的在野黨必然的立場，但從其思想理路來看，若一黨專政壓制「異黨」的局面未能改善，他心目中聯合各黨派組合「舉國一致」政府的理念，也沒有實現之途。也因此，張君勳的國社黨雖然曾得到桂系和陳濟棠的同情，^{註77}在南方積極發展黨

註 73: 張朋園，《梁啓超與民國政治》，頁 219；丁文江編，《梁任公年譜長編(初稿)》，頁 749。

註 74: 程文熙編錄《張君勳先生年譜初稿》，頁 30。

註 75: 從〈我們所要說的話〉，直到〈立國之道〉此為他設計國家基本藍圖的一貫理念。

註 76: 如張君勳，〈國民黨黨政之新歧路〉，《再生(北平版)》1:2，(民國 21 年 6 月)，即為文章題目最露骨的一篇。

註 77: 以前研究者因為學海書院的關係，從而注意到陳濟棠的支持，如許紀霖，《無窮的困惑》，頁 115。

務，並在香港辦《宇宙旬刊》，^{註78}不過，國民政府平服陳濟棠以後，他及同志的經營乃大受打擊，學校被封。^{註79}

國社黨與陳濟棠等人往來，固然表現了張君勳意欲托庇於不服中央的地方既有勢力之下，以發展黨務的態度，而這與民國初年他主張藉袁世凱的既有勢力來發展黨勢，也頗為相類。不過，當時相對於國民黨中央，兩廣的抗日色彩則更明顯。^{註80}這與張氏當時力主抗日的行動，不致有太大的矛盾。事實上，也正是因為日本侵略行動日益激烈，張君勳參加了對日抗戰前夕廬山談話會。^{註81}而到民國二十七（一九三八）年國民黨全國代表大會通過「抗戰建國綱領」，正式允許所謂抗日救國的結社自由，^{註82}才有其後互換函件的行動。而原有備受執政黨打壓的局面，直到張君勳與蔣介石、汪精衛交換「私人函件」，在某種意義上國民政府承認國社黨的存在後，才稍有好轉。^{註83}而張君勳的《立國之道（國家社會主義）》的出版，更是明示另一種主張，在國民政府允許下發行，這也是一黨專政體制下容忍的表現。^{註84}

註 78: 程文熙編錄《張君勳先生年譜初稿》，頁 38。關於此段國社黨在中國南方的活動情形，則係筆者訪談當時《宇宙旬刊》主要負責人楊毓滋，得到的資訊。

註 79: 張君勳，〈二十餘年來世界政潮激盪中我們的立場〉，《中國民主社會黨》，頁 92。

註 80: 吳相湘，《第二次中日戰爭史》上冊（台北，綜合月刊社，民國 62 年），頁 260～261。

註 81: 程文熙編錄，《張君勳先生年譜初稿》，頁 39。

註 82: 郭廷以，《近代中國史綱》，頁 693～694。

註 83: 程文熙編錄《張君勳先生年譜初稿》，頁 39～43。一般人多指稱此為兩黨互換函件，但蔣、汪的回函則有意不用任何職稱，也未明白提及國社黨，因此實為私人信函的性質。吳相湘，《第二次中日戰爭史》上冊（台北，綜合月刊社，民國 62 年），頁 260～261。

註 84: 張君勳，〈『立國之道』新版序〉，《立國之道》（台北，民社黨中央總部，民國 58 年），頁 1。

雖然參加抗戰，張君勱與國民黨當局的關係並不十分融洽。特別在有關如何推動憲政，檢討既有體制方面更是如此。民國二十八(一九三九)年九月第一屆參政會第四次大會通過張君勱、左舜生、章伯鈞等人的提案，要求政府明令定期召集國民大會，制定憲法，實行憲政。^{註85}而中國國民黨的五屆六中全會，亦決議在二十九年十一月二十日召集國民大會，^{註86}表示具有實質決定國家政策權力的執政黨接受國民參政會的決議。但是，不僅國民大會沒有如期召集，作為國防最高委員會代表的蔣介石，在第二屆參政會第一次大會的演講中，反而重申「一黨訓政」，取消原本的決議。^{註87}這對希望在國民參政會追求民主憲政的張君勱等人，^{註88}自然是一大刺激。加上同年(民國三十年)一月發生新四軍事件，^{註89}以及稍早第二屆參政員名單中將章伯鈞等人除名，使國共以外所謂民主黨派成員為了調停國共兩黨，並繼續結合以追求民主，便成立了中國民主政團同盟。^{註90}其後，並在民國三十三(一九四四)年九月，發展成為中國民主同盟。^{註91}其間以這些在野人士為主體

註 85: 李璜,《學鈍室回憶錄》下冊,頁 564;孟廣涵主編,《國民參政會紀實》(重慶,重慶出版社,1985年),頁 584~588。

註 86: 李璜,《學鈍室回憶錄》下冊,頁 564。

註 87: 李璜,《學鈍室回憶錄》下冊,頁 569。

註 88: C. Chang, *The Third Force in China*, pp.112-114.

註 89: 郭廷以,《近代中國史綱》,頁 704。

註 90: 平野正,《中國民主同盟 研究》(東京,研文出版,1983年),頁 29~31,對民主政團同盟成立的原因,亦有相當的說明;李璜,《學鈍室回憶錄》下冊,頁 569~572;張君勱對於同盟成立時間的回憶,則與統一建國同志會混淆了,中國民主同盟中央文史資料委員會編,《中國民主同盟歷史文獻》(北京,文史資料出版社,1983年),頁 1;C. Chang, op. Cit., p.114.

註 91: 平野正,《中國民主同盟 研究》,頁 62~65,其中並討論了二者性質的轉變。

的中間力量，一直主張國共必須趕快用政治協商來解決糾紛。^{註92}而這種政治路線，基本上即上尋求在國民政府訓政體制之外，以政治的方法，另求建立新體制。

抗戰末期，張君勳對抗戰即將結束抱持非常的信心，因此對於戰後國共問題能否順利解決非常關切。^{註93}但是，在他內心，對此能否藉由中國內部的政治勢力來協調解決，基本上抱持非常悲觀的看法。因此，雖然民主（政團）同盟的成立本來就有調和雙方的用意，^{註94}張君勳於民國三十三（一九四四）年年底赴美以後，作為國家（社會）主義政黨的黨魁，仍然認為非由美國介入不能解決，而在與美國官員交換意見時，主張美方派遣代表（類似以後馬歇爾的地位）至中國，積極化解國共的爭執。^{註95}而在戰後四年中，張君勳也始終想要調停雙方，促成中國的和平建國。民主同盟等第三方面從抗戰結束，歷經政治協商會議，以及其後調停國共，從事的也是此一方向的努力。^{註96}儘管最後和談破裂，國共終究以兵戎相見解決爭端。張君勳率領其追隨者在其間，如同民國初年基於現實考量選擇了袁世凱一般，雖然此刻抉擇更為兩難，他終究捨棄了革命的共產黨，脫離民主同盟的陣營，戮力於

註 92: 李璜,《學鈍室回憶錄》下冊,頁 585。

註 93: 張君勳在民國 34 年 1 月,便針對此在《民憲》1:11 發表了〈國共問題公開報告〉以後。

註 94: 李璜,《學鈍室回憶錄》下冊(香港,明報月刊社,1979 年),頁 571~572; C. Chang, *op. cit.*, p.113。

註 95: 《張君勳手稿日記》,1945 年 11 月 21 日。

註 96: 也是因為調停不成,才造成第三方面的分裂,蔣勻田,《中國近代史轉捩點》(香港,友聯出版社,1976 年),頁 150; 李璜,《學鈍室回憶錄》下冊,頁 621。

中華民國的制憲大業。

由於欲結束訓政進入憲政，並調和國共兩黨，而在民國三十五（一九四六）年召開的政治協商會議，本身就是既在既有體制之外，尋求政治解決的可能。張君勱在協商過程中，反對原本根據國民黨一黨訓政體制產生之不具民意的國民大會代表，及其擁有自由意志制憲的權力，反而要求承認政治協商會議結果對制憲國民大會制憲的內容，應有實質約束力。^{註97}雖然這些主張在民主理論上都有一定程度正當性的基礎，但是，這並非循國民政府體制內正常政治體系運作來推動改革，也是事實。

但是，參加共產黨及民盟抵制的制憲固然重要，對他而言，如有可能亦不願放棄和平建國。特別是在制憲之後，政府動員戡亂並不順利，和平建國的希望固然破滅，甚至連以武力壓制共產黨，建立依憲法推動民主憲政在現實上都面臨失敗的可能。如何在既有體制外尋求「和平建國」的可能，成為張君勱意向之所在。因此，在國共內戰擴大以後，張君勱便是原本支持國民黨執政的朝野人士中，率先去函蔣介石總統，表示爲了和平的可能，希望蔣氏能夠辭職下野。^{註98}而他所領導的民社黨（由國社黨與伍憲子領導的海外憲政黨合併而成），也曾公開表示，爲了能夠有和平解決爭議的可能，願意重新檢討已經頒佈施行的中華民國憲法。^{註99}這種態度基本上是在不變更國體的方式下，可以以新造法

註 97: 薛化元，《民主憲政與民族主義的辯證發展》，頁 187。

註 98: 蔣勻田，《中國近代史轉捩點》，頁 153；雷震 1949 年 1 月 21 日日記，傅正主編，《第一個十年》冊一（台北，桂冠公司，1989 年），頁 125。

註 99: 蔣勻田，《中國近代史轉捩點》，頁 161。

統的方式，來進行改革建國。而且此一行爲取向並不突兀，無論是在支持段祺瑞解散舊國會，另開新國會的梁啓超、張君勱，或是參加政治協商會議的張君勱，都曾抱持相類的立場。

總之，抗戰後張君勱追求中國民主憲政體制的建立與落實，希望在此一前提下和平建國，因此，從政治協商開始，他努力調和各方意見，擬就了「政協憲草」。奈何國共談判的破裂，既使其制憲與和平建國出現兩難。如同民國成立時選擇袁世凱一般，民國三十五（一九四六）年底他選擇較具實力且溫和的國民黨，參加制憲。但是，誰知剛依憲法成立政府不久，中共的武力就日漸壯大，他在民國三十七（一九四八）年底便去函蔣介石總統，建議蔣氏下野，也願意不堅持既有的中華民國憲法，以再造和平解決中國內戰的可能。

問題是：掌握優勢的中共根本無意和談，所謂的和談對其而言，就是如何和平接管。^{註100}而張君勱本人更與蔣介石同列中共提出的戰犯名單之林。^{註101}這種現實迫使原本即抱持反共態度的張君勱，^{註102}在中國大陸易手之後，雖對國民黨當局未能落實憲法有所不滿，但是大體上仍是有條件支持在台灣的中華民國政府反共，^{註103}一再爲文反對各國承認中共政權，^{註104}反對兩個中國，^{註105}反對

註 100: 郭廷以,《近代中國史綱》,頁 786~787。

註 101: 郭廷以,《中華民國史事日記》冊四(台北,中研院近史所,民國 74 年),頁 818。

註 102: C. Chang, *The Third Force in China*, p.310.

註 103: 薛化元,〈戰後中華民國政治史における「第三勢力論」——中華民國憲法の起草者=張君勱の主張を中心として〉,《大阪國際大學國際研究論叢》第 10 卷第 3・4 合併號,1997 年,頁 131~144

註 104: 張君勱早在 *The Third Force in China* 一書中就反對各國正式承認中共,此一

美國傾向一中一台的外交政策。^{註106}

肆、結語

根據前述討論，我們可以發現，民國成立以後，無論梁啟超或是其政治事業的繼承人張君勱，在政治舞台上的角色，以相對於革命派的改革派著稱。但是，與除了辛亥革命之際，由君主立憲主張轉而支持共和立憲，歷經體制鼎革，仍然在體制內改革的政治路線，並在國體不變，政體可變的立場下討伐帝制自為的袁世凱外，與一般認知的體制內改革的主張並不相類。循體制外途徑改革體制，或是建構新的體制之政治路線，亦是他們「曾經」的政治選擇，其中再造法統式的改革主張，在現實政治的僵局無法突破時，也常常會表現出來。當支持段祺瑞擊敗復辟，「再造共和」，不肯恢復「舊國會」，而另立法統，第一次直奉戰爭以後，眼見北方各路人馬分頭角逐總統職位，卻無力真正化解中國軍閥割據與南北分立的局面，張君勱主張成立由各路代表人物組成的

立場也始終未變。E. O. Reischauer,〈中國混亂局勢的客觀分析〉，《再生》總 339 期（民國 42 年 6 月），頁 66。

註 105: 對張君勱而言，兩個中國主張實現後，無論中華民國國號是否不變，在實質上便是「台灣共和國」。張君勱，〈論兩個中國政策〉，《民主中國》復刊 3:2（民國 49 年 1 月），頁 3。

註 106: 這樣的言論在民國 48（1959）年美國官方露出一中一台的外交政策走向後，一再地出現。參見對張君勱而言，兩個中國主張實現後，無論中華民國國號是否不變，在實質上便是「台灣共和國」。張君勱，〈論兩個中國政策〉，《民主中國》復刊 3:2（民國 49 年 1 月），頁 3。薛化元主編，《一九四九年以後張君勱言論集》冊一，頁 137~172。

委員會，取代中華民國總統的職權，皆是如此，抗戰之後，主張並參加政治協商會議，亦是在既有體制之外，尋求政治解決的可能。縱使三黨合作通過了憲法，由於中共與民主同盟的抵制，加上中共在武力上逐漸取得上風，又堅決不肯承認既有憲法的正當性，使得政治上的解決越趨困難。張君勳基於政治的考量，先是去函蔣介石總統，要求其下野以利和談，繼之其領導的民社黨則表示願意將中華民國憲法列入和談的內容。這些固然也是迫於政治現實，但也是基於現實的考量，尋求以體制外的方式建立新的政治體制。

前述抗戰後張君勳的表現基本上已經和與革命相對立的改革派概念，有了一定的差距。不過，兩次之間也有不同，前者乃是為了便利改革，在國體不變的狀況下，以「憲法革命」的方式，建立新的憲政體制。後者則是因為既有體制面臨中國國內敵對力量的強大挑戰，為了尋求和平解決的契機，在現實環境的限制下所做的政治抉擇，張君勳個人的主觀意願並不明顯。

除此之外，歐戰後赴歐的張君勳，在民國八年至民國十年之間，陸續發表主張，直接「肯定」革命，則更是在改革基調上顯得突兀。不過，這正是他在既有體制內無從入手的時期，也剛經歷與體制內有力者合作後遭排斥的挫折。為了尋求政治改革的空間，或真正取得參與現實政治的可能，非常的手段因而也必須納入考量。因此，張君勳才會表示革命之舉「為可暫而不可常，可偶而不可久」。並指出「以平日之鼓吹言之，則不能少議會政略」，

但是臨時的作用，「則不能少革命手段」。

但是，前面討論的結果，並不足以完全推翻張君勳作為改革派的面貌，相對地只是說明改革派思想底層的革命傾向。因為以張君勳為例，留日期間追隨梁啟超，以及受了穆勒政治思想的影響，他在英國式的改革及法國式的革命之間，選擇了改革的路線。他所追求的，乃是在既有體制（國體不變）下進行改革的工作。民國十七（一九二八）年，藉著介紹拉斯基（H.Laski）的理論，他一方面指出國家最終的決定權，是操之在一個個人之手，因此終極必須承認國民有革命的權利。但是，在實際的改造計劃中，則認為應持改良的方針，視革命家的意見為改造的障礙。這種改良的方針，也就是英、美國民性中的「零星改良」、「淑世主義」。^{註107}

對張君勳而言，漸進式改革仍有其整體目標，而非僅以零星式的改良為足。他在民國十年，便在漸進改革之外，標舉出「澈底」的重要。^{註108}民國三十六年，透過討論民社黨的路線，他對二者作了清楚的整合：因為民社黨是一個有主義的政黨，須追求主義的實現，所以雖然要走和平政黨，採漸進改革的路線，但目標仍在於「進化式的革命」（Evolutionary Revolution）。^{註109}當然，進化式的革命雖然也有「革命」，卻與中國一般所謂的革命不同，強調其有終極的目標。因此，張君勳也曾一再強調：革命的心理

註 107: 張君勳，〈英國現代政治學者賴司幾氏學說〉，《新路》1：7（民國 17 年 5 月），頁 60～61。

註 108: 張君勳，〈懸擬之社會改造同志會意見書〉，《改造》4:3，頁 12。

註 109: 張君勳，〈民主社會黨的任務〉，《再生》總 160 期（民國 36 年 4 月），頁 5。

與建國的心理是不同的，前者是破壞，是靠「奮不顧身的精神」，是靠武力與戰爭；後者則是「有思想、有經驗的建設」，是靠「冷靜的頭腦」，是靠和平與法治。^{註110}

然而，張君勱也清楚意識到，反對革命的建國路線，必須有政權公開、遵守憲法、保障人民自由等先決條件。民國三十八年以後，他的政治行動也都在企圖藉著民主黨派合作來進行建國大業。因此，主張「與其自居於革命派而陷於欲速不達，而起內部之爭。反不如議會政治派循序漸進之為得計」。^{註111}在革命與改革兩分的狀況下，他仍然選擇了改革。他所不能解決的問題是：建國路線的先決條件完全不是他所能決定的，而由於先決條件不具備，沒有政治舞台，只能選擇自我放逐。而自外於既有體制，他的改革理念更全然失去著力點，所有的訴求與行為，雖是改革的理念在引導，但卻全在體制之外。

換句話說，由於未取得既有體制當權者的支持，張君勱的改革根本上是一種體制外的改革，與一般所謂循既有體制進行的改革路線不同。不過他改革的目的雖是企圖在既有體制之外，建立落實民主憲政的新體制，然而，「民國」的體制本來就應該是民主憲政體制，在此觀點下，他所訴求的也不過是改革而已。

註 110: 張君勱，《憲法十講》(台北：宇宙雜誌社，民國 73 年)，頁 1~2。

註 111: 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）》2：12（1967 年 2 月），頁 7。

Discussion about Carsun Chang as an Example (1911-1949)

Hua-yuan Hsueh

Abstract

Reformation and Revolution are important issues in the research field of history of modern Chinese thoughts, as well as two different lines in the development of Chinese politics. The difference of these two lines lasted through late Qing Dynasty to the beginning of ROC. Nevertheless, do reformers and revolutionists absolutely oppose to each other? Or do some of the members waver between reformation and revolution while choosing political lines? In the case of Carsun Chang, the successor of Liang, Chi-Chao in politics, he has been seen as a reformer, standing for gradual reformation within the system and opposing force of arms and revolution. However, there are considerably historical materials showing that Mr. Chang not only stood for armed revolution but also acted to “reform” outside the system and to “overthrow” the existing system. In other words, by reviewing Mr. Chang’s political deeds and different political events, Carsun Chang often faced the choices between reformation and revolution.

By examining historical records, this article attempts to demonstrate that whether Carsun Chang’s political attitude consistently maintains gradual reformation, and to analyze what reasons Mr. Chang based on while choosing different political lines. By doing so, the article clarifies Carsun Chang’s basic position when choosing between reformation and revolution. Hopefully, this study is helpful to further research in the political figures of the Liang, Chi-Chao group after the establishment of ROC.

從政黨輪替談我國政府預算制度

李雪玉*

摘要

我國政府在近幾年民主化風潮帶動下，於民國八十九年五月二十日第十任總統就職，首次政黨輪替，執政權由「中國國民黨」轉移至「民主進步黨」。由於政府長期以來均為同一政黨執政，且執政黨亦為國會多數黨，選舉效應及預算問題並未十分明顯，「九十年中央政府總預算案」首次面對換黨執政，且國會多數黨為在野黨，其預算籌編、審議與執行變革，正考驗著我國預算制度的健全性。

政府預算制度乃原則性規範於「預算法」，該法自民國二十六年訂頒以來歷經七次修正，最近一次為八十七年十月二十九日大幅修正，其中「會計年度」由「七月制」修正為「曆年制」，政府的預算週期隨之調整，對政黨輪替產生顯著衝擊。九十年為預算法修正後按「曆年制」編列預算的開始，又適逢政黨輪替，國會在野多數黨倍加重視新政府預算的適法性，以致立法院「在野黨聯盟」在八十九年十一月快速修正「預算法」有關「預算審議未如期完成（預算法第五十四條）」及「政府對民間機構投資、捐助效益評估（預算法第四十一條第三項）」相關條文，並對行政院所提「決算法修正案」加速審議修正通過，其主要修正目的不外提高「立法機關加強監督行政機關」之立法審議權限。

由於朝野政黨角色互換三個多月後，彼此心態均尚未全然調適，即須面對九十年中央政府總預算審議，選舉效應勢所難免：行政院長施政報告及為落實選舉政見之施政計畫，受強有力的在野黨質疑與批評，使新政府在執政三、四個月期間內，已更換了行政院正、副首長及財政部長，立法監督壓力可見一般。為使政黨首次輪替所付出之代價，具有民主化過程之最大意義，朝野各政黨及全體國民，均應以健康的心態，正視此一政局之實質價值，深切省思，以為國家開創未來之新局。

* 東吳大學會計學研究所碩士，現為立法院預算中心副主任。

壹、前言

我國政府在民國八十九年五月二十日第十任總統就職，首次政黨輪替，執政權由「中國國民黨」轉移至「民主進步黨」。新執政黨所組成的政府團隊，在五月二十日上任，立即面臨新（九十）年度「中央政府總預算案」的編製，為實踐競選政見，掌握行政資源的支配權，對原政府團隊已籌編約六至七個月的總預算案，理應重行檢討編列，惟因新執政團隊初次成軍，團隊的默契、政務現況的認知與新政務之規劃均需時間；而政務之推動，卻不容許有學習階段，因此，凸顯不同政黨的新舊政府交替，新政府所需發揮的執政經驗與團隊合作精神，遠高於相同政黨的延續執政，尤以我國政府長期以來均為同一政黨執政，選舉效應及預算問題並未十分明顯，「九十年度中央政府總預算案」首次面對換黨執政，其預算籌編、審議與執行之變革，正考驗著我國預算制度的健全性。茲就我國現行預算制度在政黨輪替產生的若干問題析述如次：

貳、預算週期與政黨輪替

我國政府預算每一會計年度辦理一次，八十七年十月二十九日新修正之「預算法」將會計年度由「七月制」（每年七月一日至次年六月三十日）修正為「曆年制」（每年一月一日至十二月三十一日），

政府的預算週期隨之調整異動，因此，八十八年下半年及八十九年度總預算依據預算法第九十九條規定編製一次「一年六個月」之預算以資調整，自九十年度開始按曆年制每一會計年度辦理一次。政府總預算之籌編，依據預算法規定，始於會計年度開始九個月前（即四月一日前）訂定下年度施政方針；九十年度施政方針係於八十八年十一月初行政院主計處研提全國總資源供需初步估測資料開始籌辦，亦即實務上總預算之籌劃係提前於會計年度開始十四個月前，並依法至會計年度開始四個月前（即九月一日前）編成「總預算案」，提出立法院審議，編製期間計十個月；立法機關依法應於會計年度開始一個月前（即十二月一日前）議決，審議時間三個月，並於會計年度開始十五日前（即十二月十六日前）由總統公布，次年一月一日開始執行至十二月三十一日終了，構成二年二個月之預算週期，週而復始循環不已。茲將新舊制預算法所定預算週期比較如下：

會計年度 週期	舊制（七月制）	期間	新制（曆年制）	期間
預算編製 期程	每年六月至次年三月	十個月	每年十一月至次年八月	十個月
預算審議 期程	（次年）四月至五月底	二個月	（次年）九月至十一月底	三個月
預算公布 日期	（次年）六月十五日前	一個月 *	（次年）十二月十六日前	一個月 *
預算執行 期程	次年七月一日至 再次年六月三十日	一年	再次年一月一日至 再次年十二月三十一日	一年
預算週期 （合計）	每年六月至 再次年六月三十日	二年 一個月	每年十一月至 再次年十二月三十一日	二年 二個月

* 預算自審議完成至預算執行開始，期間隔一個月，除由總統公布中央政府總預算外，各機關並按其法定預算編造分配預算遞轉中央主計機關核定之。

由上述新舊制預算法所規範預算週期比較顯示，總統五月二十日就職，在「舊制預算週期」，適逢「下年度中央政府總預算案」「審議期程」即將完成立法審議階段，及「下下年度中央政府總預算案」「編製期程」開始階段，總統競選承諾或政見僅能納入下下年度總預算，因此，新執政團隊有一年延續舊執政團隊施政計畫之緩衝期，使行政機關與國會間得有適度的溝通時空，對施政理念之立即或直接衝突均能趨緩。在「新制預算週期」，五月二十日適逢「下年度中央政府總預算案」籌編已進行六個月至七個月階段，尚有三個多月的編製期間，新執政團隊得以將總統競選承諾或政見及時納入新年度總預算案，並適度調整施政重點，惟因三個多月時間要調整已完成六、七個月的預算編製結果，似過於倉促，若非經驗、默契十足的執政團隊，恐難達成令人滿意的預算調整。緊接著，又面臨「預算審議階段」，每年九月至十二月的立法院第二次會期，按「新制預算週期」，須進行「預算審議」，在選舉激情熱度尚未降溫，新執政團隊與國會面對總預算之審議，難免有政黨間之不同意見與爭議，而新執政黨在國會若非多數席次，所需表現之協商技巧與溝通誠意，應更靈活與懇切，執政團隊合作默契與經驗倍加重要。

我國預算制度，在「預算週期」變革後，「新制預算週期」對政黨輪替之直接影響，在本（第十）屆總統上任首次面對，加以國會多數黨為原執政團隊所屬政黨，其「預算審議」所產生之問題，迅即考驗了新執政團隊、國會各政黨及全體國民的智慧。在高度民主化國家，「政黨輪替」係屬常態，未來我國政治體制，「政黨輪替」應可

預期；而首次政黨輪替之經驗，亦可提示各政黨及全體國民，應持續為國家永續健全發展，預作充分準備與明智之抉擇。

參、財政收支劃分與補助制度在政黨輪替之效應

我國各級政府預算，歲入來源別與歲出政事別科目與「財政收支劃分法」（以下簡稱「財劃法」）息息相關，而「財劃法」係依據我國憲法「第十章中央與地方權限」、「第十三章基本國策」有關條文制定，其立法目的旨在規範各級政府財政收支之劃分、調劑及分類。現行財劃法將全國財政收支系統劃分為「中央、直轄市、縣（市）及鄉鎮（市）」，主要內容在對各財政收支系統之「收入」與「支出」作原則性規範，其中涉及中央政府與地方政府間爭議最多的是「中央統籌分配稅款」及「中央補助款」之分配。我國雖長期致力於城鄉均衡發展，惟尚未有十足成效，致地方政府自主財政收支不一，中央政府仍須持續扮演最重要的監督、調節角色，因此「中央統籌分配稅款」及「補助制度」成為財劃法中維護地方財政收支均衡的重要工具，也成為各級政府財源籌措關注之焦點。

我國在八十七年十月二十八日頒布「台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例」正式將「台灣省」變革為非地方自治團體，實質「精省」，原省政府對各縣（市）的監督職掌改歸中央。本次政黨輪替，係精省後首次中央政府直接對北、高兩直轄市及各縣（市）政府組成

之新財政收支體系（舊財政收支體系中，省政府可統合、協調直轄市以外之地方政府），作「中央統籌分配稅款」及「補助款」分配，難免發生比舊制棘手的分配爭議，茲將新執政團隊九十年度預算，在財政收支劃分及補助制度所產生的相關問題簡析如下：

一、中央統籌分配稅款分配不均，引發地方政府反彈，另以「一般補助」支出變相挹注，適法性有爭議

中央統籌分配稅款設置之目的，主要在於調劑地方財政盈虛，均衡區域發展，其分配方式，自八十八年一月財劃法修正公布、同年七月一日中央統籌分配稅款分配辦法訂頒施行以來，頗受各界討論與關注，由於分配比例不均，地方政府間迭有不平之鳴，為使九十年度中央統籌分配稅款進一步發揮功能，行政院乃回歸財劃法立法意旨並就地方財政現況予以通盤檢討，依據財劃法第十六條之一規定，將中央統籌分配稅款總額百分之六列為「特別統籌分配稅款」，供未來支應地方政府緊急及其他重大事項所需經費，其餘百分之九十四列為「普通統籌分配稅款」，以一定比例 43%、39%及 12%（八十九年度為 47%、35%及 12%）分配直轄市、縣（市）及鄉（鎮、市），而依修正後比例加計特別統籌分配稅款合併考量，據行政院總預算案分析：「直轄市將介於 43%與 49%之間，地方縣市將介於 39%與 45%之間，分配比例最低水準雖不能讓各個地方政府滿意，但最高水準已回應各個地方政府的主張，至最後分配比例究竟從高或從低，需視九十年度地方實際發生之天然災害，以及其他臨時性緊急或重大需求而定」^{註1}。

註1：摘自九十年度中央政府總預算案總說明。

九十年度中央統籌分配稅款分配方式，除分配各級地方政府比例有所調整外，其餘技術性層面亦有所修正，例如增訂計算公式中「土地面積定義」、省轄市「基準財政需要額」加重 15% 計算、「基準財政需要額」計列項目增列基本辦公費、金門及連江二縣基本財政收支差短加重 20% 計算以減少菸酒專賣改制後衝擊等，惟中央統籌分配稅款的修正分配，仍無法全然解決地方財力不足問題，九十年度遂另增加對各縣市之「一般補助款」，以儘可能滿足地方財政基本需求^{註2}。

財政收支劃分法自八十八年一月修正公布尚未滿兩年，即發生分配不均之爭，徒增社會成本之負擔，考其主要癥結在於財劃法第十六條之一對「中央統籌分配稅款分配辦法」授權財政部洽商中央主計機關及受分配地方政府擬訂，而該辦法又設有適用期間一年之落日條款，雖然財劃法中已明訂分配原則，又有「中央統籌分配稅款分配辦法」，進一步界定執行之細部規範，惟在當前政黨輪替風潮已然形成之際，預留過大的變更「分配辦法」彈性空間，使中央政府與地方政府每年均須為修訂「中央統籌分配稅款分配辦法」爭取財源而爭議，難免花費無謂之社會成本，唯有取消該辦法之落日條款或研訂具體可行且明確的分配公式，納入法律規範，方能建立中央與地方政府一致遵行之長遠制度。

另，九十年度以增加對各縣市之「一般補助款」，來彌平地方財政基本需求之缺口，無異是在財政收支劃分法規範的中央統籌分配稅款之外，變相增加「統籌分配款」，適法性值得商榷：

註2：摘自九十年度中央政府總預算案總說明。

依據財政收支劃分法第三十條規定：

「中央為謀全國之經濟平衡發展，得酌予補助地方政府，但以下列事項為限：

- (一)計畫效益涵蓋面廣，且具整體性之計畫項目。
- (二)跨越直轄市、縣（市）或二以上縣（市）之建設計畫。
- (三)具有示範性作用之重大建設計畫。
- (四)因應中央重大政策或建設，需由地方政府配合辦理之事項。」

依據地方制度法第六十九條規定：

「各上級政府為謀地方均衡發展，對於財力較差之地方政府應酌予補助；對財力較優之地方政府，得取得協助金。

各級地方政府有依法得徵收之財源而不徵收時，其上級政府得酌減其補助款；對於努力開闢財源具有績效者，其上級政府得酌增其補助款。

第一項補助須明定補助項目、補助對象、補助比率及處理原則；其補助辦法，分別由行政院或縣定之。」

以上有關中央對地方政府補助條文，均緣於憲法第一百四十七條：

「中央為謀省與省間之經濟平衡發展，對於貧瘠之省，應酌予補助。省為謀縣與縣間之經濟平衡發展，對於貧瘠之縣，應酌予補助。」

九十年度中央政府總預算案，對地方政府之補助分一般性補助款及計畫型補助款兩類，並訂定補助辦法，其中一般補助款編列九九四・七億元（補助台灣省各縣市九七一・七億元、補助金門及連江縣政府一三・九億元及補助高雄市政府九・一億元），作為地方教育、人事、

設施、農健保費補助等財源^{註3}，補助對象、補助比率均未明確，補助計畫亦未明定，尤其是預算編列直接以「省市地方政府」為主管機關科目、「補助台灣省各縣市政府」為執行機關科目、「台灣省各縣市XX補助」為業務計畫科目勉強編列「歲出機關別預算表」納入中央政府總預算案^{註4}，未編列相關單位預算，更無各項「歲出計畫提要與分支計畫概況表」，如此仿造單位預算編列「歲出機關別預算表」，卻未實質編列單位預算（類似「第二預備金」編列方式），顯已違反預算法第十七條第二項：「總預算歲入歲出應以『各單位預算』之歲入、歲出總額及附屬單位預算歲入、歲出之應編入部分，彙整編成之。」，又預算法第三十八條規定：「『各機關單位』補助地方政府之經費，應予總預算案中彙總列表說明」，該筆約九九五億元直撥地方政府的補助支出，並非『各機關單位』補助地方之計畫型經費，卻含混列入九十年對地方政府補助經費表，顯非得宜，且亦違反前列財政收支劃分法第三十條之規定。新執政團隊以「一般補助款」名義籠統編列補助款，表面上是革新對地方政府補助制度，但實質上已走回頭路，且適法性有爭議，預算法、財劃法已被扭曲運用，失去政府預算籌編、審議之實質意義。

二、「補助制度」之變革，能否提昇補助績效，值得觀察

行政院鑒於長期以來縣（市）政府財政自主率一向偏低，基本財

註3：摘自九十年度中央政府總預算案總說明。

註4：參據九十年度中央政府總預算案歲出機關別預算表。

政收入無法滿足基本財政需求，均須仰賴中央統籌分配稅款及補助款挹注，而中央編列對地方之補助款多屬計畫型補助款或指定用途，其中不乏應屬地方基本財政需求事項；又因補助款之項目眾多且性質互異，中央各部會往往未能訂定客觀與明確之分配與補助標準，造成各地方政府為爭取補助款而逕提計畫，事前既未能縝密規劃評估可行性及計畫需求之過度擴張，執行時發生困難亦無法即時研謀解決，致計畫及經費執行成效欠佳。此外，以往中央各部會計畫型補助款大多要求受補助地方政府設置專戶，並以代收代付方式執行，使得補助款無法在受補助地方政府預算內完整表達，此亦使地方政府得以虛列補助收入以掩飾其預算赤字^{註5}。

為有效改善以上情形，並逐步落實地方自治，自九十年度起，已就各部會編列對地方之經常性支出補助款檢討調整為一般性補助款，以協助縣（市）彌平其基本財政收支差短，另有關各部會原編列對地方之基本設施或小型建設等計畫型補助款，亦採逐年漸進方式收回，依各項客觀公正指標設算定額之基本設施經費予以補助，俾維持縣（市）興建各項基本設施之能力。上述補助款均將直接透列預算撥付地方，由地方政府依輕重緩急順序自主運用。至中央對地方之計畫型補助款，則回歸財政收支劃分法第三十條所定，以具整體性、示範性、跨越二以上縣市及配合中央重大政策等計畫為限，各部會於分配補助款時，應訂定明確及客觀之審核標準，其審查過程應透明、公開，並加強查核、管考工作。又為強化地方財政自我負責精神，並訂定鼓

註5：摘自九十年度中央政府總預算案總說明。

勵地方開源節流之機制^{註6}。

爲使上述對地方之補助制度有所依據，並落實執行，行政院亦依據財政收支劃分法第三十條第二項及地方制度法第六十九條第三項規定，本落實地方財政自主原則，訂定「中央對直轄市及縣（市）政府補助辦法」^{註7}。上開補助制度之變革經研析如下：

縣（市）政府基本財政收入無法滿足基本財政需求，長期須仰賴「中央統籌分配稅款及補助款」挹注，中央政府與地方政府均有責任共同深入檢討解決，尤以財政收支劃分法、地方制度法均係於八十八年一月訂頒或修正，公布未達兩年，地方財政自主率偏低問題再度浮現，當非屬中央政府單方面問題，行政院應再積極調查研究，引發財政收支劃分不均的主要問題癥結，究竟是地方無自主能力或中央集權又集錢，抑或是過度泛政治化，徹底與地方政府共同研究，謀求有效解決方案。

其次，補助制度之變革方面，往昔中央政府編列對地方之補助款多屬計畫型補助款或指定用途，由中央編列預算，撥入地方執行，爲提高補助款運用效率，採代收代付制，毋須透過地方歲出預算重複編列與審議，應屬中央主動推展全國一致性事務有計畫運用補助款的負責任機制，其程序與制度均屬合法，九十年度中央補助款分「一般補助款」與「計畫型補助款」，其中計畫型補助款編列於各機關，一般補助款統籌編列予總預算案，均須再透過地方政府編列預算方能運

註6：摘自九十年度中央政府總預算案總說明。

註7：摘自九十年度中央政府總預算案總說明。

用，如此重複編列、審議預算，無疑是將中央對地方之補助支出，僅視為地方的財政收入來源，由地方另行自主編列計畫納入地方預算執行；「補助款」性質已淪為中央與地方財政收支的重分配，而非中央依政策推動縮短城鄉差距之計畫型補助，如此在財劃法之外運用不合預算法的歲出編列方式，自行將中央與地方財源重劃分，能否提昇補助績效，值得觀察，且未來中央總預算歲出額度，可能因地方財政基本需求的持續增加，任地方宰割，導致地方財政問題未能有效解決，中央財政問題相對產生，值得重視與檢討。

政黨輪替會牽動預算制度之變革，但仍應以遵行法律為依歸，深入探討原有制度形成之始末，再作審慎之新革，適度修正律法以維法制精神，方不致產生變革後無可彌補之缺憾。

肆、政黨輪替與預算審議

一、總預算案之施政計畫報告

立法院審議總預算案之程序，依據預算法規定，首先由行政院長、主計長及財政部長列席，分別報告施政計畫及歲入、歲出預算編製之經過^{註8}。本次政黨輪替，朝野政黨角色互換，三個多月期間，彼

註8：參據預算法第四十八條條文。

註9：參據八十九年五月二十四日立法院第四屆第三會期財政委員會「三三三政策與財源籌措問題」內政部說明資料：陳總統競選期間所提之「三三三專案」包括發放六十五歲

此心態尚未全然調適，即須面對九十年度中央政府總預算審議，選舉效應勢所難免；行政院長施政報告，受在野政黨之質疑與批評，乃民主化多黨政治之常態，惟 總統選舉剛結束，落實選舉政見之施政計畫，面對多數席次且有執政經驗之在野政黨，其阻力更鉅，由「三三三福利政策^{註9}」到「核四」存廢之攻防，已使社會付出極大的成本（經濟面與政治面之動盪），也損兵折將的在短短三、四個月期間，更換了行政院正、副院長、財政部長；為使政黨首次輪替所付出之代價，具有民主化過程之最大意義，朝野各政黨及全體國民，均應以健康的心態，正視此一政局之實質價值，深切省思，以為國家開創未來之新局。

二、預算審議未如期完成之因應

依據預算法規定，總預算案應於會計年度開始一個月前（即十一月底前）由立法院議決，並於會計年度開始十五日前（即十二月十六日前）由總統公布之^{註10}；惟九十年度中央政府總預算案，因國會在野黨與新執政團隊的政策理念分歧，又缺乏能達成共識之協商溝通機制，以致發生在總預算案審議期間異更換閣揆，行政院主動撤回總預算案重編，延誤立法審議時效，也形成我國中央政府總預算案首次未如期完成審議。

以上老人每人每月三千元津貼、三歲以下兒童醫療免費、首次購屋貸款年息三%（九十年內政部單位預算案僅編列後兩項，約二十七億餘元）。

註10：預算法第五十一條條文。

依據新修正預算法第五十四條規定：

「總預算案之審議，如有部分未經通過，致總預算全案不能依第五十一條期限完成時，各機關預算之執行，依下列規定為之：

(一)收入部分暫依上年度標準及實際發生數，覈實收入。

(二)支出部分：

1.新興資本支出及新增科目，須俟本年度預算完成審議程序後始得動支。但依第八十八條規定辦理者，不在此限。

2.前目以外之科目得依已獲授權之原訂計畫或上年度執行數，覈實動支。

(三)履行其他法定義務之收支。

(四)因應前三款收支調度需要之債務舉借，覈實辦理。」

依據舊制預算法第四十九條規定：

「總預算案之審議，如有一部分未經通過，致總預算全案不能依前條期限完成時，由立法院議定補救辦法，通知行政院。前項補救辦法包括總預算未成立前之執行條款及繼續完成法定總預算之程序。」

由上述新舊制比較顯示，總預算案未能依法定期限完成審議時，新制預算法已明確界定未成立前之執行條款，對行政機關較具積極正面意義；就立法機關而言，僅能在「繼續完成法定總預算之程序」與行政機關所提「新興計畫」上有主動運作彈性機制，否則即須修法因應。為兼顧立法審議效能及滿足人民對政府施政之需求，如何善用新制預算法第五十一條規定，立法部門與行政部門均應審慎研究因應，尤其本條文立法要旨在於規範國會未如期完成總預算審議時，行政部

門仍能不受影響而順利推動政務，因此，在執政黨與國會多數黨不一致的政治體制下，凸顯立法部門的運作技巧及行政部門預算編列技術的重要性。

伍、政府預算之其他適法性問題

預算法自八十七年十月二十九日修正頒行迄今兩年，期間配合會計年度由七月制改為曆年制，已依據第九十九條規定編製並執行一年半之預算，本(九十)年度為新制預算法施行後第二年度編列總預算，除補助款變革不適法問題已如前述外，仍有下列幾項重要不合預算法或未善加運用預算法規範之問題：

一、「未來承諾之授權」未妥善適法運用

依據預算法規定：政府機關於未來四個會計年度所需支用之經費，立法機關得為「未來承諾之授權」（立法機關授權行政機關，於預算當期會計年度，得為國庫負擔債務之法律行為，而承諾於未來會計年度支付經費），並應以一定之金額於預算內表達^{註11}；亦即中央政府機關之繼續經費（如特別預算或中長程計畫預算），自九十年度至九十三年度間所需支用之經費，若有需要在九十年度一次對外簽定四年以內之長期契約，則可將其契約需求總金額以「一定金額」於預算

註11：預算法第七條及第八條條文。

內表達，經立法機關審議通過，即可授權行政機關在九十年度向相對人簽約承諾於未來四個會計年度內支付經費。

上列「未來承諾之授權」的規定，係新制預算法為使預算編列更具前瞻性，並落實「權責發生制」精神，使實務上執行繼續經費難免發生之長期契約得以適法執行，且不致發生長期契約因分年預算部分年度未獲通過而無法履約支付經費之問題，係各機關中長程計畫有效執行的最佳預算功能，惟在新制預算法實施兩年半的中央政府總預算及各機關單位預算，雖有跨年度之中長期委辦或資本支出計畫與預算之編列，惟均未提出「未來承諾之授權」需求「一定金額」，致立法機關無從審議與授權，該新增條文未能發揮實質功能，應予深入檢討與善用，方不致再發生類似核四執行期間因政黨輪替，終止原有契約，產生施政延續性與預算執行適法性之爭議。

二、「債務之償還」預算編列未盡適法

依據預算法規定，政府每一會計年度各就其歲入與歲出、債務之舉借與以前年度歲計贖餘之移用及債務之償還全部所編之預算，為總預算^{註12}。顯見總預算內應編列當年度政府償還債務之全部數額，惟查本（九十）年度到期債務應還本二、五五七億元，總預算僅編列一、五五七億元^{註13}，另一千億元移至債務基金，採舉新債（發行公債）還舊債之以債養債方式籌措財源償還債本^{註14}，而政府償還債本預算並未

註12：預算法第十七條條文。

註13：參據九十年度中央政府總預算案總說明。

註14：參據九十年度債務基金附屬單位預算案。

全部編入總預算，違反預算法之規定，且因誤列融資財源調度情形，使舉債額度得以符合公共債務法第四條第四項：「各級政府每年舉債額度不得超過各該政府總預算及特別預算之百分之十五」上限之規定（本年度原編占 14.36%，若加計移至債務基金發行公債還本之一千億元，則舉債額度占預算比率為 18.85% 超過法定上限），如此為符合公共債務法而違反預算法第十七條之預算編列方式，顯示預算法制不受重視，公共債務法之規範亦難以控管政府債務。

三、「各部門投資之事業及政府捐助之財團法人」未依預算法規定適時將營運及資金運用計畫編送立法院

依據預算法第四十一條第三項規定：「各部門（參照第二項規定應指各國營事業機關所屬）投資或經營之其他事業及政府捐助之財團法人，每年應分別編製營運及資金運用計畫送立法院」。查預算法雖未明文規定其營運及資金運用計畫送達立法院日期，惟由於該條文係規定於預算法第二章「預算之籌劃及擬編」中，與規範各機關預算送達主管機關期限及附送分預算等規定併列，因此有關各部門投資或經營之其他事業及政府捐助之財團法人，每年應編製營運及資金運用計畫送立法院的期限，自應以隨同總預算案送立法院供審議預算之參酌為主要立法意旨，而九十年度總預算案於八十九年九月一日送達立法院，各部門投資或經營之其他事業及政府捐助之財團法人，每年應分別編製之營運及資金運用計畫並未見同步附送，顯示預算制度實務運作，存有伺機行事之投機現象，換黨執政並未見改善。

另，預算法第四十一條第三項條文，立法院在野黨主動提案，於

本（八十九）年十一月二十四日三讀通過修正為：「各部門投資或經營之其他事業及政府捐助之財團法人，每年應由各該主管機關就以前年度投資或捐助效益評估，併入決算辦理後，分別編製營運及資金運用計畫送立法院」，使各該主管機關對所管國營事業轉投資經營之其他事業或所捐助之財團法人，有更積極之法定監督機制；每年在各該主管機關之決算，均應編列相關投資或捐助效益評估成果，此為國會在野多數黨監督政府投資、捐助效益之新作為。

四、「重要公共工程及重大施政計畫」選擇方案及替代方案之成本效益分析報告在概算編列及預算案送達立法院時，未同步依法配合造送

依據預算法第三十四條規定：「重要公共工程建設及重大施政計畫，應先行製作選擇方案及替代方案之成本效益分析報告，並提供財源籌措及資金運用之說明，始得編列概算及預算案，並送立法院備查。」其立法本意在於規範行政機關對重要公共工程建設及重大施政計畫應審慎規劃、籌措財源及運用資金，尤其應重視成本效益分析，而立法機關亦應參酌其成本效益分析報告慎重審議計畫及預算。為達成該條文立法意旨，成本效益分析報告送達立法院期程，應配合立法院審議總預算案之需，由行政機關主動造送，惟九十年度總預算案，行政機關並未造送，使該條文形同虛設，嚴重影響立法機關審議效率，也顯示行政部門施政計畫規劃過程，有逃避立法監督心態，計畫成本效益分析經不起考驗，或根本未評估。

五、歲出概算與總預算案，均未依法排列優先順序，供立法院審議之

參考

依據預算法第預算之四十三條規定：「各主管機關應將其機關單位之歲出概算，排列優先順序，供立法院審議之參考。前項規定，於中央主計機關編列中央政府總預算案時，準用之。」其立法本意在於落實零基預算資源分配之精神，俾使各機關對計畫資源更有效分配，立法審議更合理，惟查九十年度各主管機關並未將其機關單位之歲出分支計畫概算排列優先順序，依法適時造送立法院審議預算參考，中央主計機關亦未將總預算案，歲出計畫排列優先順序，依法適時供立法院審議預算參酌，雖經立法機關發函索取，仍有部分機關不知如何排列優先順序，顯見行政機關預算作業並未落實政府預算制度，間接影響立法審議績效，新執政團隊在政黨輪替後，似未全然重視預算法之規範。

六、政府預算表件中，衡量公務績效之「已具績效要件計畫分析表」

本年度預算首次刪除，無法落實預算法第三十七條之規定，適法性值得商榷

預算法第三十七條規定：「各機關單位預算，歲入應按來源別科目編製之，歲出應按政事別、計畫或業務別與用途別科目編製之，各項計畫，除工作量無法計算者外，應分別選定工作衡量單位，計算公務成本編列」。其立法目的旨在落實績效預算制度，控制公務成本，衡量公務績效，將政府的有限資源得以有效管理運用，惟多年來編列在單位預算內，用來衡量公務單位成本的「已具績效要件計畫分析表」

本年度預算首次刪除，各類單位預算書表亦無表達（編列）每單位公務成本，顯示新政府各項支出並不重視公務績效衡量，各項計畫均視為工作量無法量化，難以衡量績效者，使未來預算執行結果是否浪費，無法有效評估，除適法性值得商榷外，在政府財源拮据，資源應更有效運用之際，如何表彰績效團隊，有效提出施政成績單，公務成本之管制考核當屬必要。該表在舊政府時代已因立法機關未予重視，逐年被簡化、忽略，終至九十年新政府將其完全刪除，為建立廉能政府，仍應有新的公務成本衡量制度或表件取代，將公務成本績效透明化、公開化，以資適法且有效運用人民之血汗錢。

陸、結語

我國預算制度逐年賡續改進，但近數年改革方向，受民主化影響，預算彈性與政府職能運作彈性均同步放大，導致預算制度在「法制面」與「實務面」產生落差，雖在八十七年修正預算法，但其前瞻性變革，政府行政部門配合革新腳步仍嫌遲緩，其他相關財務法規，如會計法並未相對深入檢討修正，以致政黨輪替產生之財政脫序現象，無法有合理的數據，讓社會大眾認清其原委。

新制預算法歲入、歲出定義的修正，與舊制預算法相較，移出政府「融資性收支」，將「債務舉借、償還」、「移用歲計賸餘」分立

表達^{註 15}，已潛在的縮減總預算收支規模，也隱藏了政府實質歲計賸餘；政府年年以控制歲出規模表彰預算編製績效，意義不大，財政日益惡化，在預算制度上應實質反映，普通基金與特種基金之財務收支管理機制，均應以財政健全為依歸，過度重視預算執行彈性，忽略預算的財政功能，是近幾年政府特種基金大幅成長，破壞國庫統收統支機制，又經常運用「預算法第八十八條」超預算執行之彈性，成為政府財源流失之黑洞及財政惡化的根源之一，新執政團隊應在預算制度健全發展上，持續有效的檢討精進，以達政府職能與財政兼顧的政績。

註15：預算法第六條條文。

**On Budgetary System—
From the perspective of power transition among political parties**

Hsueh-Yu Lee

Abstract

Under the trend of democratization, the Republic of China successfully underwent its first peaceful power transition of political parties with a new president from the Democratic Progressive Party assuming office on May 20, 2000 and leading his party to replace the Kuomintang, or KMT, to become the new ruling party. Since the KMT had long been the ruling party in the past and had enjoyed the majority seats in the Legislature, the election impact and the problems concerning national budget had never been obviously challenged. The compiling, the reviewing, and the executing of the general budget of the central government for the year of 2001, however, have been facing the most serious tests due to the change of the ruling party and a Legislature controlled by the opposition parties.

The “Budget Law,” which in principle sets the norms for the governmental budget system, had been revised seven times since 1937. It went through a major amendment again on Oct. 29, 1998, when the “fiscal year” was transformed from “July System” into “Calendar Year System.” The Cycle of the governmental budget is to be adjusted accordingly, causing obvious impact on the transition of power. The year of 2001 marks the beginning of the compilation of the new budget under the “Calendar Year System.” Since it coincides as well with the transition of power, the opposition parties in the Legislature pay so much more attention to the

applicability of the new government's budget that the "Alliance of the Opposition Parties" swiftly revised in November, 2000 the articles of "In Case the Budget Review Was Not Finished as Scheduled" and "Government's Evaluation on the Civil Investments and Effectiveness of Governmental Donation" of the Budget Law. The alliance also expedited the reviewing of and passed the "Amendment to the Final Account Law." The purpose of these efforts are aimed at enhancing the "Legislature's supervision of the Executive Branch" in a bid to enlarge the Legislature's reviewing power of the bill.

Because both the ruling party and the opposition party have to face the reviewing of the central government's general budget for the year of 2001 at a time when neither party has adjusted well enough their mentalities even three months after the presidential election, the effectiveness of the election is prevailing and inevitable. The Premier's administration report as well as his administration plans designed to carry out the new president's campaign promises have been questioned and criticized so severely by the opposition parties that the new government has been forced to replace a premier, a vice premier, and a finance minister within four months, well revealing the strength of pressure from the Legislature. In order that the price paid for the very first transition of power makes the utmost sense in the process of democratization, both of the ruling and opposition parties as well as the whole citizenry should bear a sound mentality and correctly discern the real value of the current political reality so as to open a brand new phase for the country after everybody's careful reflections.

法律明確性原則

李英毅

摘要

不確定法律概念的使用，是成文法所難以避免的，但法律明確性原則是憲法上基本原則之一，因此不確定法律念是否符合法律明確性原則，在違憲審查實務上具有相當重要性。雖然法律明確性原則經常被理論與實務援引，但其概念仍有待釐清，其憲法基礎為何？尤其是違憲審查時所用的明確性標準為何？事實上仍有待進一步檢討。本文以德國理論與實務上的文獻為基礎，提出法律明確性原則的三個發展方向：法治國取向、法律保留取向與明確操作取向，並說明其不同的判斷方式，強調一個一般性標準的建立，是難以達成，而應在解釋中說明判斷的各項明確性考量參數，及各項參數間的比重關係，並建立基本的操作方式，才能有助於法律明確性原則相關問題的解決。

關鍵字：法律明確性、法治國、法律保留

* 國立台灣大學法律學研究所博士候選人，淡江大學公共行政學系兼任講師。

壹、前言

立法者必須使用不確定法律概念來規範生活事實，在實證法國家是無法避免的趨勢，在各個法律中均可見到不確定法律概念蹤影。何謂不確定法律概念？其本身即是一個充滿爭議性的問題^{註1}，但與此相關的另一個法學爭點，則是憲法上的法律明確性原則（Bestimmtheitsgebot，或譯法律明確性要求）問題，法律明確性原則是一個經常在違憲審查上使用，但其輪廓卻非已經被清楚描繪，其憲法基礎為何？尤其是具體審查時所用的明確性標準為何？事實上仍有待進一步檢討。由於國內大法官會議對於法律明確性原則的解釋尚處於累積階段，學說上對此問題的探討亦嫌不足，反觀德國聯邦憲法法院就法律明確性原則有相當多的判決，從其判決中可以歸納出基本的判斷方式與標準，學說上對此亦多所檢討，故本文乃以德國理論與實務上的發展作為探討內容，期能指出法律明確性原則問題的概貌。

在憲法基礎上，法律明確性原則主要有三種取向：其一、是以法治國原則作為其憲法基礎，其二、是以法律保留原則作為其憲法基礎，連帶也產生不同的法律明確性審查標準，其三、是明確性操作取向，為一種轉向明確性操作的新傾向。本文以下分別

註1：尤其在行政法領域內，不確定法律概念更是法學與司法百年來如浪潮移動般處理之問題，牽動判斷餘地、裁量、審查密度等行政法重要內容的發展，請參閱，翁岳生，論「不確定法律概念」與行政裁量的關係，收於氏著，行政法與現代法治國家，台大法學叢書，1982，37頁以下；盛子龍，行政法上不確定法概念具體化之司法審查密度，台大博士論文，1998，7頁以下。

介紹此三種取向的法律明確性原則，說明、檢討其憲法基礎與明確性標準，藉以瞭解法律明確性原則在德國發展的脈絡，希望對尚處在發展階段的我國，能提供一些相關問題探討的助益。

貳、法治國原則取向

一、憲法基礎

在憲法釋義學上，學說與實務上通常是以法治國原則作為法律明確性原則的基礎，法治國原則與共和國原則、民主國原則、社會國原則等，同為憲法永恆保障的基本結構決定，在內容上是由一系列下位原則所共同構成：權力分立原則、依法行政原則、公權力對基本權侵害的權利保護、個人的基本權保障與法安定性原則^{註2}等。

從法治國諸下位原則中，可以導出法治國的法律明確性原則：從法安定性而言，要求國家行為的可預見性，法律是否明白與確定，特別攸關人民對國家行為的預見可能性，尤其在作為負擔處分的法律依據時，只有在法律對所規範的生活事實、法律效果、行政干預權限等，有某種程度的明確規定時，人民才能預見國家所賦予的負擔，並因而調整其行為；從權力分立而言，要求

註 2：Vgl. T. Maunz/R. Zippellius, Deutsches Staatsrecht, 26. Aufl., 1985, S. 89ff.

將國家權力依其功能或任務分為行政、立法與司法三者，且配置於組織結構適宜的機關，並強調權力間的制衡，當立法者對某生活事實制定簡略的規定，無疑是將該生活事實的決定移轉給法院承擔，此將導致行政最後將只是與司法分立，但行政既被司法的決定所規制，同時也受司法的審查，原來行政與司法、立法間的關係即受破壞，故權力分立須要求立法者本身為重要決定，制定內容明確的法律；從依法行政而言，法律優越要求行政必須受法律拘束，當法律未作明確的規定時，適用法律的行政將有廣泛解釋可能性，此種拘束亦將因而鬆動，而從法律保留原則而言，立法者不能任意藉由不確定法律概念，將重要事項的決定轉移給行政及司法承擔，此也會限制法律不明確的程度；從有效權利保護而言，當個人基本權受到公權力行為干預時，應有其救濟途徑，並受到法院無漏洞的保護，故法院應審查公權力行為是否符合法律或是否侵害基本權，對於此種審查，立法者亦應在法律上提供法院一個可以使用及明確的標準，當法律內容不明確時，法院難以得到一個可供審查的標準，有效的權利保護即可能受危害；從基本權保障而言，由於憲法對基本權的規定均相當簡略，其內容或限制必須由立法者進一步加以具體化，當立法者的具體化是以不明確的方式來表達時，將致使基本權主體無法估算其行使基本權的結果，基本權保障亦無法達成^{註3}。

註3：Vgl. H.-J.Papier/J.Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine
ursetzung, AöR, 1997, S. 179ff.; P.Kunig Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 396ff.。

二、明確性標準

(一) 規定對象、規定強度及規範目的之衡量

在聯邦憲法法院的判決中，對於法律明確性的要求有兩個基本表達方式，經常為其他判決所引用：其一、「不確定法律概念的使用，原則是憲法許可的，個案中何種明確性標準應被要求，必須考量規定對象的特殊性及規定強度」^{註4}；其二、「法治國原則對法律明確性的要求，並不強制立法者一定要以可精確掌握的標準描來述構成要件，但立法者有義務在依所欲規範生活事實的性質及考量規範目的的可能範圍內，明確地制定法律規定。在個案中何種明確性標準應被要求，必須考量該規定對關係人影響的程度，受法律規制者須能以預測的方式，確認法規範中法律效果的要件是否存在」^{註5}。形式上兩者差別僅在於後者增加規範目的之考量而已，但事實上在考量規定對象決定應否使用不確定法律概念時，亦必須考量規範目的，故實質上並無差異。聯邦憲法法院此種陳述除已表明在法治國原則下，一個一般性的明確性標準並不存在外，也說明法律明確性原則至少應考量規定對象與規定強度，以決定明確性的程度。

(二) 規定對象——明確可能性之衡量

因規定對象性質的特殊，往往致使使用明確的法律概念，係屬不能或不宜之事，在德國聯邦憲法法院對於規定對象的考量中，各判決所舉事項不一，且判決數目眾多，無法一一列舉，以

註4：BVerfGE48,210(221f.)；49,89(133)；62,203(210)。

註5：BVerfGE49,168(181)；59,104(114)；78,205(212)。

下即就判決中曾經被提出的規定對象加以介紹，並輔以經常被引用的判決加以說明：

1. 生活事實的性質 (die Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte) :

在原子能法第七條第二項第三款規定：「依科學及技術之標準，對因設施之建立與營運所生之損害，已採取必要防護措施」，作為原子能設施的許可要件。「依科學與技術之標準」是一個不確定法律概念，聯邦憲法法院認為其並不違反法律明確性的要求，因為原子能法第七條第二項第三款的規定屬於科技安全法的領域，為避免個人或公眾受到危害，立法者要為法律規定時，將面臨因規定對象性質所衍生的特殊困難。即使在極少數科技上認識標準或發展標準可以被暫時決定的情形，由於科技問題、程序等的多面性與複雜性，要在科技安全的要求上，確立一個可適用於個個設施或對象的整體性標準，通常是不可能的。在核能和平使用的領域，由於核能科技的迅速發展，新的發展必須經常被考慮到，立法者必須將進行中的發展帶入最新的標準中。當然，立法者要使規範的制定跟上科學與技術的發展，有許多可能性可供使用，該不同可能性間雖有差異，但亦有共通之處，亦即藉由不確定法律概念的使用，或多或少地將具體化的困難與對科學技術發展的持續適應，轉移至行政或司法的領域，行政機關與法院必須彌補規範層面上的虧空。原子能法第七條第二項第三款者使用「依科學與技術之標準」的不確定法律概念，可使法律規定跟上

科學與技術發展的腳步，同時也有助於動的基本權保護（dynamischen Grundrechtsschutz），法律明確性的要求固然有助於法安定性的保障，但並不意味對每一個規定對象皆須以相同程度的要求來實現，否則即是對明確性要求的誤解。法安定性的減弱可藉由行政實務與判決日後在一定範圍內加以彌補，若法安定性致使立法者制定不能適用的規定或完全放棄規定時，反而將形成基本權保護的壓力，故此時法安定性的減弱應被容忍^{註6}。於此判決中，聯邦憲法法院考量原子能法規定對象的特殊性質，當作爲法律規定對象的生活事實，有變遷特別迅速特性或完全無法預見時，不確定法律概念的使用是被允許的，且亦有助於動的基本權保護，學說上對此也廣泛地加以承認^{註7}。由於在科技法及環境法上「依科學及技術之標準」，是經常被立法作爲危險防禦與風險預防的要件，此判決自具有相當的重要性。

2. 生活的多樣性（Vielgestaltigkeit des lebens）^{註8}：

在刑法的領域內，聯邦憲法法院經常使用「生活的多樣性」，來說明法律明確性原則的問題。論述的內容通常是如下表示：基本法第一〇三條第二項^{註9}不僅是刑法規定溯及效力的禁止，更使立法者有義務具體化描述可罰性的要件，使刑法構成要件的適用

註 6：BVerfGE 49, 89 (133 ff.)。

註 7：Vgl. A. Roßnagel, Wie dynamisch ist der 'dynamische Grundrechtsschutz' des Atom-rechts? NvWZ, 1984, S. 177 ff.

註 8：判決中聯邦憲法法院有時是使用或關係的多樣性（Vielgestaltigkeit der Verhältnisse）一語，如 BVerfGE 9, 137 (151)。

註 9：基本法第一〇三條第二項規定：「一行為唯有其可罰性在違犯前明定於法律者，始得科處刑罰。」，亦即罪刑法定主義的規定。

範圍與效果可從字義或解釋被確定。此立法者義務有助於雙重目的，一方面保障受規範者能預見何種行為被禁止或有受刑罰處罰之虞，另一方面是使可罰行為事先由立法者決定，而非事後由行政權或司法權決定，在此範圍內，基本法第一〇三條第二項的規定包含一個嚴格的法律保留，限制刑事法院只能在法律適用的範圍內。當然，此並不排除立法者在特殊範圍內使用須要法官闡釋的概念，在刑法領域內，立法者亦有必要考量「生活的多樣性」，且由於刑罰規範的一般性與抽象性，個案中一個行為是否該當法律構成要件，無可避免地仍會有所疑慮，但至少受規範者一般必須能由法律規定，預見一個行為是否可罰，在邊際案件，至少必須能由法律規定，預見其行為有被處罰的風險。依法律明確性的要求，刑事法院也禁止以類推或習慣法來構成處罰要件，此處的類推非狹義法學方法上的類推，而是每一個超過法律制裁規範內容的法律適用。因為法律明確性解釋的對象只能是法律文本、法律的可能字義便成為決定性的標準，並構成法官合理解釋的最外部界線，基本法第一〇三條第二項保障受規範者對刑法規定的可預見性，此界線應從受規範者的觀點來決定。立法者也必須決定是否以及在如何範圍內，藉由刑法方式捍衛一個其認為重要而值得保護的法益，至於法院則不能修正立法者的決定，縱使該行為類如其他刑法上的行為是值得加以處罰的，若經由一個超出可得認識字義的解釋，方能得出行為可罰性的結論，法院也必須宣告行為人無罪，因為是否要讓可罰性的漏洞存在或以新規定來填補

漏洞，此屬立法者應該決定之事^{註10}。不僅是刑法規定而已，相同的論述，在關於秩序罰的罰鍰規定是否符合法律明確性原則的判決中，亦可見之^{註11}。由此類判決中認為基於「生活的多樣性」，在刑法領域使用不確定法律概念亦是受允許的，法官也可以在字義範圍內為解釋，但受規範者必須能遇見其行為是可罰或有受處罰之虞，始符合對刑法規定的明確性要求。

3. 行政任務的多樣性 (Vielheit der Verwaltungsaufgaben) :

在外國人法 (Ausländergesetz) 第二條第一項第二句及第七條第二項第二句中，將外國人居留許可的延長取決於「德意志聯邦共和國之利益」 (Belange der Bundesrepublik Deutschland) ，聯邦憲法法院認為此不確定法律概念的使用，並不違反法律明確性的要求。蓋基於「行政任務的多樣性」，並不能完全以具有清楚輪廓的概念來描繪該行政任務，概括條款及不確定法律概念的使用是受允許的，但立法者有義務在依所欲規範生活事實性質及考量規範目的之可能範圍內下，明確地制定法律規定，故法治國的明確性要求不能被一般性的確定，例如在刑法構成要件的明確性要求，是比行政法來的高，因為行政機關因行政任務的要求，必須考量多數不能被預先規定的觀點。於此，法治國的程序（特別是經由法院的權利保護）是舉足輕重的，透過程序及法院的審

註 10：BVerfGE92,1(12f.)。此判決是關於靜坐封鎖示威是否構成德國刑法第二四〇條第一項強制罪問題，聯邦憲法法院認為構成要件上的「暴力」概念，尚不違反基本法第一〇三條第二項的規定，但形式法院對「暴力」概念的解釋則違反同條項規定。其他如 BVerfGE4,352(358)。

註 11：BVerfGE71,108(114f.)。

查，不明確法律規定的不利益得以被彌補。外國人的居留能夠多方影響到德意志聯邦共和國的利益，且其居留必然影響到德意志聯邦共和國的經濟面貌與社會面貌，並使國家部門或其他部門在重要領域內（教育、勞動市場、公共安全與秩序等）面臨有時難以解決的課題。於此，有理由限制外國人較長的居留，但要接近完整地列出此種理由的目錄，是相當困難的，若不藉助有待解釋補充的不確定法律概念，也幾乎難以達成，且為因應經濟情勢、經濟發展援助及外交關係的變更，亦須要主管機關彈性的行為，故「德意志聯邦共和國之利益」應被視為具有充分的明確性^{註12}。此說明基於行政任務的要求，不確定法律概念得以被使用，但須以程序來彌補使用不確定法律概念的不利益。

4.個案決定內容的正確性（inhaltlichen Richtigkeit einer Einzel-fallentscheidung）：

在聯邦憲法法院的判決中，亦曾提出「個案中決定內容的正確性」作為不確定法律概念使用必要性的說明，如依關於企業組織法（Betriebsverfassungsgesetz）第五條第三項第三款的規定，受雇人「基本上以自己之責任，履行對企業發展與存續具有重要意義之職務，而該職務是在考量其特殊經驗與知識下所賦予者」，為主管性的受雇人（leitende Angestellte），勞工參決的規定對其不適用。該規定否符合法律明確性的要求，聯邦憲法法院在其判決中表示該規定在字義上雖非單義，但原則上與其他憲法

註 12：BVerfGE49,168(181ff.)。

或行政法上所使用的概括條款並無區別，此類條款在民法及勞動法上亦是不可或缺，此條款使個案中的決定能達到內容正確與實質正義的要求，而此要求亦可從法治國原則中導出。接著，聯邦憲法法院認為該條款的欠缺法安定性，是因規定生活事實的性質所致，為規定目的之考量下所不可避免，因為企業結構在私經濟性秩序中的相異性，一個一致的主管性受雇人概念，對整個或部份經濟秩序而言，都是不可能的。在規定強度的考量下，個別受雇人地位的不明確，只有在例外的情況下，始有較大重要性，如影響到企業工會委員會的選舉結果，故聯邦憲法法院認為該條款符合法律明確性原則^{註13}。

（三）規定強度---基本權干預程度之衡量

如在德國散佈危害青少年刊物法（GjS）第六條所規定「明顯將在善良風俗上嚴重危害青少年」，其是否符合法律明確性的要求？聯邦憲法法院認為法律規定必須使當事人具體瞭解其受法律規範及法律狀況，並藉而調整其行為。法律明確性的要求隨著相關規定干預基本權的強度而提昇，然而，此並不導致規範根本無須解釋問題的結果，當解釋問題能以向來的法學方法加以克服時，明確性的要求即已足夠。散佈危害青少年刊物法（GjS）第六條的規定滿足這個要求，其構成要件要素藉由解釋的具體化，已能滿足基本法第一〇三條第二項的明確性要求^{註14}。在此判決中，聯邦憲法法院提出一項「愈...，愈....」（Je--desto）的法

註 13：BverfGE59,104(114f.)。

註 14：BVerfGE83,130(145)。

律明確性審查標準，即「應審查規範對基本權的干預愈強，明確性的要求愈高」，負擔性法律--不論是授權行政為負擔處分或法律本身自為干預，類如基本法第八十條第一項第二句的授權明確性規定，其內容、範圍、目的均應明確^{註15}，特別嚴格的是對刑法規定明確性的要求。文獻上有時亦取決於何種基本權被干預，如干預職業執行自由的法律明確性要求，要比干預職業選擇自由低^{註16}，但此種考量似乎並未在聯邦憲法法院的判決中顯現。

三、檢討

(一) 憲法基礎

法安定性、權力分立、依法行政、有效權利保護、基本權保障等法治國原則的下位原則，的確是多方指向立法者應制訂明確法律，故以法治國原則作為法律明確性原則憲法的基礎，基本上並無不當。然而，法治國可以分為形式意義的概念與實質意義的法治國概念，法安定性、權力分立、依法行政、有效權利保護、基本權保障等屬於形式意義的法治國概念，內容符合正義則是屬於實質意義的法治國概念^{註17}，不能僅偏重形式意義的法治國概念來導出法律明確性原則^{註18}。與法安性相對，為使決定內容符合正義，必須無漏洞地掌握需要規範的生活事實，考慮個案的特殊

註 15：BVerfGE8,274(325)。

註 16：Vgl,P.Kunig,a.a.O.,s.424f.。

註 17：Vgl,E.Schmidt-Aßmann,Der Rechtsstaat,in:Isensee/Kirchhof(Hrsg.),Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,Bd. I,1987,S.997。

註 18：聯邦行政法院曾經為此種表示，但不為聯邦憲法法院所採，BVerwGE2,114(117)。

性，並使法律規定對社會與經濟關係的變遷具有適應能力，因此內容符合正義的法治國概念要求一個廣泛、彈性、相對及開放的法律規定^{註19}，故形式與實質的法治國概念間存在著一個緊張關係，此在以法治國原則為憲法基礎時，亦應加以重視，非可完全著重於形式意義的法治國概念而已。當正義成為法律明確性的反向要求時，首先影響使各個形式意義法治國概念中的考量參數相對化，並使得法律明確性原則成為一個開放的衡量過程，但在法安定性之外，由於其他形式意義法治國概念中的考量參數加入，卻也使得正義與法安定性的緊張關係緩和。由此不難瞭解聯邦憲法法院在為法律明確性原則的審查時，往往於個案審查中盡力加入權力分立、依法行政、有效權利保護、基本權保障等不同的說明，以取得與實質意義法治國概念間的平衡。

（二）明確性標準

聯邦憲法法院以法治國原則作為基礎，在個案中審查法律明確性原則時，只有在例外情況始為違憲的認定，多數均是肯認不確定法律概念的合憲性。在為數不少的判決中，似乎隱約地可歸納出一個判斷的脈絡，即通常是先論證使用不確定法律概念的必要性，此時須從規定對象的特殊性質，檢討法律概念於此種規定對象上的明確困難性，並反溯規範目的加以省視，若肯定此種規定對象使用不確定法律概念是不可避免的，再進而檢視該不確定法律概念所產生的解釋問題，是否在法律實務上已經解決或可以

註 19： Vgl. W. Braun, Offene Kompetenznormen - ein geeignetes und zulässiges Regulativ im Wirtschaftsverwaltungsrecht?, VerwArch. 76, 1985, S. 53.

經由傳統法學方法加以克服^{註20}，若屬不能解決或克服，則再反省干預強度是否重大，最後以基本權保障（如動的基本權保護）、行政程序或法院的權利保護，探討因使用不確定法律概念所產生的法安定性減低是否可被彌補。然而，此脈絡並非穩固，在不同個案中常有不同的判斷方式，但至少可以指出聯邦憲法法院的基本操作方式。由於在明確性標準上，由於各個法治國考量參數的相互作用與相對化，使得標準難以清楚具體化，也使得憲法法院的判決屢受質疑^{註21}，此也是不可否認的現象。或許規定對象或規定強度，其比重與相互影響的程度如何，難以有一般性的標準答案，亦為法律明確性原則審查上所無法避免的結果，此時經常性判斷模式的建立，更顯現出其意義。

註 20：當立法者使用不確定法律概念的時候，不確定性與法安定性的減弱並非已成定局，而是必須藉法律的適用，由行政機關或法院加以解決或減低，立法者也必須在一定期間的試驗階段後，也負有修正的義務，Vgl.H.-Papier/J.Möller,a.a.O.,S.190。

註 21：如就「生活的多樣性」而言，每一個法律均適用於不特定的生活事實，如果法律所要規範的生活事實過多，立法者必須以較多的明確法律規定來規制該繁雜的生活事實，只要此種可能性存在，立法者就不能要求受規範者接受因法律不明確所帶來的不安定性，只有對個別被區劃出來的部分生活事實，一個較詳細的規定無法仍是不可能時，才能減低法律明確性要求；就「行政任務的多樣性」而言，強調為避免行政機關淪於不能勝任其任務的地位，立法者必須使用不明確的表達方式，但行政任務是由立法者賦予的，若再依立法者所賦予的行政任務，正當化立法者使用不明確的表達方式，不免有循環論證之嫌；就「個案決定內容的正確性」而言，對不確定法概念的質疑理由，即在於其使個案決定內容的正確性無法被回答，又以個案決定內容的正確性說明不確定法律概念的必要性，也有循環論證之嫌；就「基本權干預愈強，明確性要求愈高」而言，是過度簡化法律明確性原則與基本權間的問題，如果法律不涉及對基本權的干預，是否意謂不須有法律明確性的要求？同時，有時愈明確的法律反而不利於基本權保障，例如科技法上的科技標準或環境法領域的環境標準，往往對基本權有重大影響，使用確定標準反而有害於「動的基本權保護」，Vgl.H.-J.Papier/J.Möller,a.a.O.,S.186 ;P.Kunig,a.a.O.,S.407。

參、法律保留原則取向

一、憲法基礎

自從德國聯邦憲法法院在一九七二年三月十四日的「受刑人基本權判決」中提出重要性理論以來，雖然仍有不少批判^{註22}，但該理論已成為法律保留的主流見解。在重要性理論之下，凡與基本權關係重大的領域，通常可認為是重要的，故重要者乃指對基本權利的實現重要者^{註23}或重要地涉及人民自由與平等領域而言^{註24}。屬於重要事項者，須由法律自行加以規定，此不僅是對是否（Ob）為立法決定的要求，也是對如何（Wie）為立法決定的要求，故重要性理論要求法律應有足夠的規範密度，並限制使用不確定法律概念與裁量規定，使對重要事項的決定不致轉移至行政之手^{註25}。基此，法律明確性原則與法律保留也產生直接的關連，因為法律明確性原則將轉變成法律保留在內容上的強度問題。法律保留原則與法律明確性原則的關連點，原在於基本法第八十條第一項的規定，該條項第一句的規定，原是要要求行政命令的訂定，形式上須有法律授權，同條項第二句則屬法律明確性原則的部份規定，要求授權母法必須明確規定授權的內容、範圍與目的，若法律授權的規定過於籠統，即未符合此項授權明確性要

註 22：德國學說上的批評，請參閱許宗力，論法律保留原則，收於氏著，法與國家權力，月旦，1993年4月，二版，59頁。

註 23：BVerfGE47,46(78f.)。

註 24：BVerfGE49,89(126f.)。

註 25：Vgl.M.Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetz im Wandel,JZ,1984,S.691。

求，但聯邦憲法法院曾在判決中，概括地將基本法第八十條第一項的規定，認為是對一般法律保留原則的塑造^{註26}，或者論述法律明確性的要求，是法律保留原則「必要的補充與具體化」^{註27}。因此，學說上即有據此認為法律保留原則與授權明確性的要求其實是二而一的同樣問題^{註28}，部份學說因而建議將法律明確性原則分為基於法治國原則的法律明確性原則及基於基本法第八十條第一項第二句法律保留所生的授權明確性原則^{註29}，甚至在解釋上直接將法律明確性原則，完全歸屬為法律保留的問題^{註30}，而以法律保留作為法律明確性原則的憲法依據。

二、明確性標準

若將法律明確性原則歸屬於法律保留問題，在個案中何種程度的法律明確性應被達到，產生於立法者對於基本權實現的重要事項，應親自採取決定，在立法者應為如何決定，亦即法律明確性的標準上，應依重要性標準來判斷，此無疑將導出「愈重要，愈明確」（Je wesentlicher, um so bestimmter）的基本公式，易言之，重要與否的判斷，除涉及是否應由立法者親自決定外，也涉

註 26：BVerfGE49,89(127)。

註 27：BVerfGE58,257(258)。

註 28：Vgl, R. Geitmann, Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen, 1971, S.84。國內論述行政命令授權明確性的憲法基礎時，也有認為是法治國原則中的法律保留原則，請參閱許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，收於氏著，前揭書，222 頁以下。

註 29：Vgl, M. Lehner, Zur Bestimmtheit von Rechtsnormen-am Beispiel einer Entscheidung des Österreichischen VerfGH, NJW, 1991, S.892。

註 30：Vgl, L. Osterloh, Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze, 1992, S.113ff.。

及該規定應達到如何的明確程度。即使站在傳統法治國的法律明確性原則下，也可能加入法律保留取向的標準，得出如W.Braun所稱：法律明確性原則的標準「應在法治國自由、法安定性與正義的尊重下，隨民主的重要性理論觀點而調整」^{註31}。

三、檢討

(一) 憲法基礎

以法律保留原則作為法律明確性原則的憲法基礎，在論證上必須面臨一些挑戰。首先，法律保留是涉及授權禁止（Delegationsverbot），要求立法者應負起立法任務，屬於國會保留部份，不得任意授權轉嫁予行政，相對地基本法第八十條第一項卻是在憲法上允許法律授權行政機關制定行政命令，兩者間存在的緊張關係，自不言而喻，故將基本法第八十條第一項作為一般法律保留的塑造，並非適當^{註32}，進而也無據此進一步導出以法律保留作為法律明確性原則依據的可能。其次，法律保留與法律明確性是二個不同的憲法要求^{註33}，在依法律保留原則無須以法律規定，但立法者仍以法律加以規定時，該法律仍有法律明確性要求的適用，且法律保留只是針對法律制定，但法律明確性原則更擴及於行政與司法的法律適用^{註34}，聯邦憲法法院亦認為法律的構

註 31：Vgl,W.Braun,a.a.o.,S.54。

註 32：M.Kloepfer 認為此是聯邦憲法法院對此種緊張關係的掩飾說法，
Vgl,M.Kloepfer,a.a.O.,S.693。

註 33：H.-J.papier 即特別強調「授權禁止」與「明確性必要」的區分，
Vgl,H.-J.papier,Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche
Demokratieprinzip,1973,S.71ff.。

註 34：Vgl,M.Kloepfer,a.a.O.,S.691。

成要件呈現某種模糊性，若再以不精確的方式被解釋，將擴大受規範者的不肯定性，導致離法律明確性的理想更遠^{註35}，故判決在具體化不確定法律概念時，亦應受法律明確性原則的拘束，必須減低立法者使用不確定法律概念所帶來的不安定性。若單以法律保留作為法律明確性的憲法基礎，對司法應受法律明確性原則的拘束，恐難加以說明。

（二）明確性標準

「愈重要，愈明確」的公式，使法律規定愈重要時，有愈高的明確性要求，法律規定愈不重要時，相對地明確性要求亦減低。然而，如此淺顯地闡釋法律保留密度，並連結重要性與明確性，極易誤入歧途。同時，當以重要理論決定某事項屬於重要者，且是國會保留範圍時，又須在完成的重要性衡量中，再度區分重要的等級，決定內容保留的密度，尤其如M.Kloepfer認為所謂重要性理論不過是聯邦憲法法院合理化其自由心證所披上的理論外衣時^{註36}，此種結果無亦將更加深對聯邦憲法法院主觀心證的質疑。因此，「愈重要，愈明確」的明確性衡量公式，是否可以作為具體的明確性標準，應再從法律保留的憲法基礎，即法律保留的民主國與法治國基礎，進一步加以探究，而非單憑重要性理論導出。

1. 法律保留的民主國基礎：

從法律保留的民主國基礎來看，國會保留的任務在於確保某

註 35：BVerfGE92,2(18)。

註 36：Vgl,L.Osterloh,a.a.O.,S.692。

些國家決定具有直接民主正當性，故對於基本權實現是重要的決定，也應要求一個直接的民主正當性。但重要性理論原來主要是用來擴張傳統法律保留原則的理解，因傳統理解將法律保留僅適用於干預人民自由、財產的範圍，以確保立法者的權限不被行政所侵奪，但另一方面，重要性理論也構成對立法者的限制，在國會保留的範圍內，立法者應親自採取決定，而國會亦限於重要事項始有立法的義務，使立法者可以免去細節問題的負擔，而集中於重要問題上，藉而強化國會的決策決定能力。在基本權實現的重要事項上，立法者能夠藉由公開討論決定者，亦應僅限於原則問題（Grundsatzfrage），不及於各種細節問題（Detailprobleme）。因此，從法律保留的民主功能來說，並不能直接導出「愈重要，愈明確」的明確性要求，可以導出者僅是不重要的問題不必由國會詳細決定，以及國會的決定是較少明確性的綱領式陳述時，非即意謂是民主原則的違背^{註37}。

2. 法律保留的法治國基礎：

從法律保留的法治國基礎來看，法安定性與實質正義同是法治國的要素，且常有矛盾對立的關係。基於法安定性的要求，立法者必須以明確而可預見的形式來制定法律，並確保其持久性與拘束性，使其具有理性化、穩定化的效果。然而，基於實質正義的要求，為了在個案中能得到內容公平與目的正當的決定，採用不確定法律概念反而是一個必要惡，為了經由個案中的實質正義

註 37：Vgl. L. Osterloh, a.a.O., S. 122f.。

促進法治國基本權保障之目的，法律規定的不確定性能夠是一個憲法上適當的手段，例如刑法對於基本權的影響較大，一般認為基本法第一〇三條第二項是要求刑法規範有較高的明確性，但刑法中仍有許多不確定法律概念，聯邦憲法法院對刑法中使用概括條款、須價值補充的不確定法律概念原則上仍認為合憲，尤其是在經濟刑法及政治刑法上，更有相對較低的明確性要求^{註38}。若單從實質正義考量，此將導致基本法第一〇三條第二項淪為純粹理想而不具有憲法重要性，但若單從法安定性考量，也將導致許多刑法規範因而被宣告違憲，故對於人民自由限制較嚴重的刑法，就必須放棄單以法安定性或實質正義作為明確性要求的法治國理由，以避免產生兩極化的結果。從而，憲法上所要求的充分明確性，是作為調合法安定性與實質正義兩個法治國目的之手段，並不能為「愈重要，愈明確」提供法治國的理由基礎^{註39}。再者，從基本權保障而言，基本權保障與法律明確性原則並非必然成正比關係，有時明確的法律規定反而有害於基本權的保障，如設立核電廠所生的風險，攸關人民的生命、身體與健康等自由，其設立許可要件不可謂不重要，但也不必然導致不能使用「依科學與技術之發展」的概念。況且，從有效的基本權保護而言，要求法律必須具有充分的明確性，以使有效的司法審查能夠進行，但如果藉由被承認的解釋方法加以解決，並由法院在其傳統任務範圍內加以具體化，也不被認為是違反法律明確性原則，尤其不能忽

註 38：BVerfGE45,363(372f.);48,48(57ff.);75,329(341ff.)。

註 39：Vgl.L.Osterloh,a.a.O.,S.128。

略行政程序及法院訴訟程序的彌補功能，故基本權保障與有效的權利保護也不能為「愈重要，愈明確」的標準，提供足夠的支撐基礎。

肆、明確操作取向

一、憲法基礎

相較於法治國原則取向與法律保留原則取向，是從法律明確性原則的憲法基礎，導出各自的明確性標準。法治國原則取向主要是「規定對象、規定強度及規範目的之衡量」，當因規定對象性質而有使用不確定法律概念的必要時，進而衡量該規範對基本權的干預強度，干預程度愈強，要求的明確性程度愈高。法律保留原則取向，則藉助重要性理論，導出「愈重要，愈明確」的判斷方式，但不論何者，均未提供令人滿意的答案。當面對法律明確性標準時，立法者明確立法的困難與基本權主體的保護需要，總是相互對立，明確性的標準在此兩極之間游移，致使解釋上往往會任意採取中間路線，尋求一個折衷結果，但很難避免恣意性的質疑。因此，部份學說放棄從憲法基礎導出明確性標準的思考方式，另闢途徑詮釋法律明確性原則。就憲法基礎而言，基本上仍不脫以民主國原則或法治國原則為依據，此部份的說明、檢討已如前述，故不再贅述。不過，在明確性標準上則有截然不同的

思考，如L.Osterloh的「充分明確」或H.-J.Papier/J.Möller的「正當化理由」，與其說是建立新的明確性標準，不如說是強調憲法法院在審查是否違反明確性要求時，應說明其對法律明確性原則的操作，闡述「充分明確」或「正當化理由」何在，而歸納為明確操作取向。

二、明確性標準

(一) 充分明確

L.Osterloh認為法律明確性原則是一個一般性憲法原則，此憲法原則是要求「法律必須充分明確」，就「充分」的標準而言，並未表達任何重要資訊，故「開放性」(Offenheit)為此憲法原則的重要特徵。就此重要特徵而言，相當類似另一個一般性憲法原則，亦即平等原則，因為平等原則是要求「性質相同事物應為相同處遇、性質不同事物應為相異處遇」，就比較標準而言，也未表達任何重要資訊，具有類似的「開放性」，只有在具體個案中，當有差別處遇存在時，考量法律上是否應被相同或不同處遇，並以「充分理由」作為差別處遇在憲法上的正當化理由時，一般性平等原則才具有實用的內容(als pragmatischer Gehalt)。相同的，作為一般性憲法原則的法律明確性原則，只是要求「法律應有充分的明確性」，什麼是充分明確性並非從法律明確要求本身產生，而是從其憲法脈絡中，亦即從其憲法基礎(如民主國與法治國原則)中產生。在適用上如同平等原則，法律的不明確性必須有充分理由，充分明確性即是有充分理由的不明確性。

L.Osterloh認為此種操作方式符合聯邦憲法法院只有在例外情況下，始認定法律違反明確性要求而違憲的傾向，因為在法安定性與實質正義的緊張關係中，立法者依其裁量決定何者優先，亦為立法者的義務，具有開放性的法律明確性原則，亦具有法安定性與實質正義的矛盾，聯邦憲法法院應採取自制的態度，法律明確性原則即成為恣意審查，只要有充分的理由足以正當化法律的不明確性即足夠^{註40}。換言之，所謂「充分明確」是援引平等原則的思考模式，在使用不確定法律概念時，必須有合理的理由，始可認為該規定已經「充分明確」，違憲審查時，也應說明其是否有合理理由，以作為合憲與否的支稱。

（二）正當化理由

H.-J.Papier/J.Möller則認為法律明確性原則的明確操作，應從基本權開始著手，因為基本權在憲法中具有核心意義，立法者亦負有保護基本權的義務，明確性對基本權實現的重要性，應該作為明確性操作的始點。涉及基本權塑造或限制的立法，必須創造足夠的法安定性，法律規定的不明確將使基本權主體無法清楚地得悉基本權實施的要件與結果，因而難以實施基本權。從傳統意義的基本權干預而言，必須是一個具備強制性（Imperativität）、目的性（Finalität）、直接性（Unmittelbarkeit）的法律行為，事實上或間接的影響並不包括在內，但此種干預概念對基本權的保護不足，須擴及至其他基本權影響（Grundrechtsbeeinträchtigung）

註 40：Vgl,L.Osterloh,a.a.O.,S.133ff.。

註⁴¹，只要該基本權影響是由國家行為間具有因果關係，即須在憲法上具有正當化理由（Rechtfertigungsgrund），始屬合憲。當法律規定不明確時，固然非傳統意義的基本權干預，但至少是一個事實上的基本權影響，故該法律不明確性即須要正當化理由。從此基本立場，H.-J.Papier/J.Möller認為立法者在具體化基本權時，必須衡量其立法技術上的可能性，當立法技術上可達到某種明確性程度，但立法者落在實際上可達到明確性程度之後時，即是一個基本權影響，此基本權影響須要一個正當化理由，正當化的理由在於考量規定對象的特殊性時，是否仍有明確可能性，尤其在規定對象是立法者的新大陸、性質上變遷特別迅速或完全無法預見等情況，如果在立法技術上可能且是所規範領域適宜時，立法者不能被要求有更高的明確性。此時明確性操作方式固然會有餘存的法律不安定性，但此種餘存的法律不安定性只有實際上不重要的影響，並不阻礙基本權利的行使，無須再予正當化理由的審查^{註⁴²}。易言之，此種觀點乃是將不確定法律概念的使用，當作是一種立法者的基本權干預，與其他基本權干預相同，是否合憲以該干預是否有「正當化事由」為斷，違憲審查時，應說明「正當化事由」是否存在，以決定合憲與否的理由。

三、檢討

所謂明確操作取向，固然形式上轉而要求就使用不確定法律

註 41：關於基本權影響請參閱，M.Sachs, Die relevanten Grundrechtsbeeinträchtigungen, JuS, 1995, S.303ff.。

註 42：H.-J.Papier/J.Möller, a.a.O., S.199f.。

概念，說明其是否有「充分明確」的合理理由或是否有「正當化理由」，但實質上並未提供一個可資憑據的標準。因為平等原則的判斷，其抽象性與複雜性原即不比法律明確性的判斷為低，違憲審查實務上對差別處遇是否出於恣意，也未有一個一致標準^註43，援引平等原則的判斷方式，並無助於法律明確性問題的解決。同時，「正當化事由」的判斷，不過回到民主國原則或法治國原則的說理，與法治國取向或法律保留原則取向的衡量，並無太大不同，說理時亦將遭遇相同的困境。至於明確性的操作，如前所述，德國聯邦憲法法院已隱約發展出一套依法治国原則取向的操作模式，如該模式將來被確立，已足以符合明確操作的要求，故另創思考模式並無太大實益，惟就強調明確性操作而言，對於法律明確性原則應是一個可供參考的積極方向。

伍、結論

由前述可知，法律明確性原則的發展軌跡，第一個取向，是從法治國原則的實質正義與法安定性的緊張關係開始，隨著其他法治國原則下位原則的滲入，使得各個法治國下的明確性標準被相對化，標準也更加難以捉摸。第二個取向，是自聯邦憲法法院

註 43：請參閱許宗力，從大法官會議看平等原則與違憲審查，收於第二屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會會議論文（一），1999年3月。

提出重要性理論以後，重要性判斷的不僅是是否應為立法，也包括應為如何立法，法律明確性原則有時變為法律保留的判斷，但此不僅理論上有所疑義，也不能提供一個明確標準。第三個取向，是轉向明確性的操作，以「充分理由」、「正當化理由」作為明確性的標準，試圖建立一個審查新方向。本文基本上傾向以法治國原則作為法律明確性原則的憲法依據，也贊同該取向下的明確性標準，但在德國的發展脈絡中，亦瞭解到一個一般性明確性標準建立是相當困難，與其要求大法官會議致力於一個一般性標準的建立，不如要求其在解釋中說明判斷的各項明確性考量參數，及各項參數間的比重關係，並建立明確的操作方式，充分說明理由，才能有助於將來法律明確性原則的解決，並避免流於主觀自由心證的批評^{註44}。同時，如何在解釋中如何釐清法律保留與法律明確性原則的關係，也是一項重要課題，否則在重要性理論的發展下，將使兩者逐漸結合，並簡化對法律明確性原則的判斷。當然，法律明確性原則的清楚輪廓，是難以立即確立，須賴理論發展與案例累積，始有逐漸釐清可能，此有賴國內學說與理論的進一步努力。

註 44：大法官會議釋字第四四五號解釋中，基於法律明確性原則，宣告集會遊行法第十一條第二款「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞」與第三款「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損害之虞者」的不予許可事由違憲，但其僅表明以法律限制集會、遊行之權利，除應遵守憲法第二三條必要原則外，尚須符合明確性原則，使主管機關於決定是否限制人民此項權利時，有明確規定其要件之法律為依據，人民亦得據此，依正當法律程序陳述己見，以維護憲法所保障之權利，但對明確性要求的憲法基礎、明確性標準並未為充分論述，也無從瞭解其操作方式，事實上並未提供法律明確性原則判斷上的有效基準，不免有所遺憾。

The Principle of Unambiguous Law

Yin-I Lee

Abstract

Using uncertain conceptions of law in interpretation is somehow unavoidable in statutory law. However, the principle of unambiguous law is one of the most significant foundations of the Constitution. As a result, whether the employment of uncertain conceptions of law will be consistent with the principle of unambiguous law is very important for judicial review practices. Although the principle of unambiguous law has been frequently employed both in theoretical debates and in the resolution of judicial review problems, the identification of its foundation in the Constitution, particularly the question as to what the clear and definite standard employed in judicial review means, is worthy of further discussions. This Paper analyzes German law literature and points out there are three models for the development of the principle of unambiguous law : the rule of law model, the legislative delegation model, as well as the clear interpretation model. By doing so, this Paper argues that it is almost impossible to generally set up a clear and definite standard for all cases. However, it is worthwhile for the judiciary to consider that in their decisions, clearly pointing out what the parameters for their judgment of clear and definite standard in the

decisions are, what the specific proportion among all the parameters utilized looks like, and therefore establishing a workable model for the application of the principle of unambiguous law, will be helpful for them to resolve the difficult problems of applying the principle of unambiguous law and those of the clarification of its relevant issues.

Keywords: the principle of unambiguous law ; rule of law ; rule of legislative delegation .

比較公共政策

陳銘祥*

摘要

公共政策之研究和跨國之比較研究，二者間的主要交會是在於比較不同國家間之公共政策，即公共政策的跨國分析、比較。跨國公共政策之分析，乃以不同國家的公共政策為比較之對象或個案，用以發展出一般性、概括性之理論，就此而言，比較政治有關比較法之原則以及研究設計之邏輯，在比較公共政策上，亦應有所適用。本文之目的，即在從公共政策之研究開始，探索比較公共政策成為公共政策研究的重要一環之沿革，其研究內容與方法上之特質與限制，最後則探討比較法適用在公共政策之研究上之相關問題，並試圖提出未來前景之方向。

關鍵詞： 公共政策、比較公共政策、比較法

* 淡江大學公共行政學系副教授兼系主任。

壹、前言

公共政策之研究和國與國間之比較研究，二者間有其交會之處，主要的交會在於比較不同國家間之公共政策，即比較公共政策（comparative public policy）。惟比較公共政策之研究和比較政治之研究有重大不同之處，現今的比較政治之研究著重在理論之發展與驗證，因此重點在於跨國分析（cross-nation analysis）。比較公共政策之研究則朝向兩個相反的極端發展，一個極端和比較政治之研究相同，朝向跨國分析之方向，以不同國家之公共政策為比較之對象或個案，用以發展出一般性、概括性之理論；另一個極端則是走上個案分析之方向，認為公共政策有很強之地域性、文化性，比較公共政策之研究應針對個別國家，深入探究該國之政策或與政策有關之制度、現象，跨國的比較分析意義不大。這兩種研究方向其實並不互相牴觸，只不過二者之目的與背後之邏輯，各有著重之處，同時也各有其方法上之限制。本文之用意，即在從公共政策之研究開始，探索比較公共政策成為公共政策研究的重要一環之沿革，其研究內容與方法上之特質與限制，最後則探討比較法適用在公共政策之研究上的相關問題，並試圖就方法之使用提出全面性之說明。

貳、公共政策之研究

和政治學其他次領域（如政治理論、比較政治、國際關係）相較，公共政策在政治學之研究領域中，其產生或形成係屬於較晚的時期，一直要到十八、九世紀，有系統的觀察政府行爲、政策，才成爲一個特定的學門^{註1}。不過，公共政策真正開始成爲一個具有獨特領域、結構，甚至特有的學門名稱，要一直遲至兩次大戰期間的著名政治學家麥里安（Charles Merriam）以及其學生——二十世紀最偉大之政治學家——拉斯威爾（Harold Lasswell）的相繼努力後，才逐漸形成、成形。麥里安是少數最早引導政治學走向行爲主義方向之政治學家，同時也是最早強調政治學中解決問題（problem-solving）之功用的學者，強調政治學應該是一種科學，而科學應該是要發揮實用、應用之功能。接下來到了拉斯威爾的時代，拉斯威爾於四十年代首創提出政策科學（policy sciences）一詞，附屬於政治學的一部分，除了延續其師麥里安之公共政策要解決問題之主張外，還強調民主理念在公共決策之重要性，認爲好的公共決策是經由討論與經驗而得到的^{註2}。至此，公共政策已逐漸在政治學的學門中，取得相當的一席之地，往後又有眾多學者、著作加入此一領域，在前人建立之基礎上，持續發展，至今公共政策已成爲政治學中的一個重要單元，有多種專

註1：Ferrel Heady, *Public Administration: A Comparative Perspective* (Englewood Cliff, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1966), p. 1.

註2：Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann, eds., *A New Handbook of Political Science* (New York: Oxford University Press, 1966), pp. 558-562.

為公共政策而設的學術期刊^{註3}，美國甚至有許多大學在政治學系之外，另設公共政策、公共行政學系、研究所者。

一、公共政策之研究領域

公共政策成爲一個獨特之研究領域，乃歷經七、八十年之演進、發展而成，在這多年之演變、發展期間，許多新的觀念、新的問題、新的方法，漸次出現，不斷被包容進來，並對原有的公共政策之研究領域有所改變。因此，今天所謂公共政策之研究實是一個內涵甚廣、學派林立的研究領域或次領域。事實上，此種公共政策研究的多元特色，正恰反映在學者因側重之處不同，而對公共政策一詞持有眾多不同之定義。有的學者強調「公共」層面，將公共政策界定爲「從重大公共議題的觀點，來分析政府活動的一種研究政治之方式」；還有的學者則強調在「政策」層面，認爲「政策乃行爲者所遵循，用以解決所關切問題的有目的之行爲途徑，而所謂公共政策即係由政府機構或人員所發展者」；更有學者從政策過程（policy process）之角度，對公共政策加以定義，「公共政策因其影響及於人們的生活，乃指政府活動之總和，不論是直接由政府所爲或是透過其代理人」；尚有學者強調政策過程中解決問題之特性，將公共決策分爲五個步驟：從混沌不清之狀態到問題之認定，再到制定數個可能之解決方案及預期各方案施行之結果，最後則對所偏好之解決方案測試其施行效果。^{註4}

註 3：Ibid., p. 557.

註 4：Ibid., pp. 554-556.

從以上對公共政策各有所著重之眾多定義，可以得知公共政策研究內容之廣泛與多元，因而使得其研究領域也變得林林總總，在相當程度內，缺少共同性與同一性，惟吾人仍可從其廣泛與多元之研究內容中，歸納出數個共通（非共同）之處：整體勝過組成部分之總和，個人、機構、互動與意識形態皆有其重要性。更進一步說，公共政策之研究內容、研究領域的主要意圖在於實現四個規律（imperative）：整體性（holism）、結果取向（consequences）、實用性（usefulness）、民主（democracy）之重要性。^{註5}

就政治學之研究而言，整體性並非是公共政策所獨有，其他研究領域或主題，如利益團體、菁英主義、階級理論等，也都嘗試掌握住層次較高之社會組織，然而研究公共政策所強調之整體性，有其獨特之處，即在於其具有明確與具體之目標——發展出一個或數個有關政府決策過程之理論，並本於此等理論，進一步了解國家與社會之關係。針對公共政策整體性之研究，又可分為兩大類，一類著重在政府功能上，其結果是將政府的整體政策過程理解成所謂的政策週期（policy cycle），將政策過程分為幾個不同階段：議題設定（agenda-setting）、決策（decision-making）、執行（implementation）、評估（evaluation）、終止（termination）。另一類研究之注意焦點則放在對公共問題之分類上，認為政府處理公共問題之方式可從分析問題之類型而得，亦即「政策決定政

註 5：Ibid., pp.556-558

治」，不同類型之政策等於是各種不同利益之組合，深入研究此等利益之組合，即可了解公共問題與政策間之因果關係。^{註6}

公共政策之研究又特別重視政府作為對人民之影響，許許多多公共政策之研究試圖要回答如下的問題：「對什麼人發生了什麼？為什麼？」（What happens to which people and why?）。最常見的此類研究即是針對政府的社會支出（social spending）所為者，有一派學者從短期的觀點出發，試圖發展出政府社會支出的模型，用來說明政治對政府決策之結果有重大影響，亦即政府之公共政策多半是經濟上利益的具體化表現，政府部門在社會支出領域的政策輸出，其實是政治與經濟機構、程序糾纏不清的產物。另有一派學者本於對政府社會支出的興趣，轉而探討福利國家之起源，尋求政府設法在就業、收入、照顧家庭間，維持平衡的政策做法，亦即以長期的國家與社會觀點，研究公共政策，試圖回答經濟上財富的水平、土地持有的狀態、行政中立、特許制與產業結構等等有關政府財經政策之問題。^{註7}

設計較好的政治制度是研究公共政策所追求的目的之一，因此公共政策之研究應創造出有用的知識，許多公共政策學界的宗師級學者，如麥里安以及拉斯威爾，皆有此一認知，終其一生，不但致身於學術研究，也樂於擔任政府公職，親身參與建立較好的決策程序與政府機制。這種講究實用性、強調理論應用的態度，反應在公共政策之研究上，形成決策者之三大基本態度——

註 6：Ibid., pp. 567-568.

註 7：Ibid., pp. 574-576.

對問題有真正的興趣、對所追尋答案的充分懷疑、等待結果出現的意願。此三大基本態度之具體表現為：許多研究試圖教導決策者如何才能作成正確的政治判斷；或是基於經由實施暫行性政策方案而得之經驗，提出擴大施行至大規模地區或眾多個案之策略；或是儘可能發展出新的分析工具，使決策者得以判斷理論或過去經驗移植至未來或其他地區之可行性。^{註8}

根據拉斯威爾，公共政策之目的應有助於民主的人本主義（democratic humanism），鼓勵公共政策學者探究公共政策可以促進民主價值、人性尊嚴的途徑。這又可分為實證面與價值判斷面兩方面。自實證面而言，雖然學者間對民主價值、人性尊嚴是否真正有助於制定出良好的政策，有不同意見，但皆同意一國之為民主政治或非民主政治，對該國之政策有所影響（Democracy matters.），比較政治中有關各國經濟發展之理論，探究開發中國家經濟發展與其政治制度、文官體系間之關係，即係著例。此外，探討民主政治、民主原則的眾多個別層面，對公共政策之影響的研究，更是種類、數量繁多，例如：研究婦女參政權高低與政府政策之關係；德國有關墮胎之爭論是如何受過去納粹之影響以及又會對今日德國的民主政治有何影響。自價值判斷面而言，民主政治、民主原則成為評斷、判斷公共政策好壞之標準，一公共政策即便具有非凡功效，但如未能恪遵民主政治之原則，亦不應採行。^{註9}

註 8：Ibid., pp. 577-580.

註 9：Ibid., pp. 581-583.

二、研究公共政策之派別

以上是針對公共政策研究內容之廣大與其確切範疇之多元，所作之鳥瞰與巡禮，而此種內容廣大、範疇多元之現象，除了使得學者不易發展出大致上能為多數人所接受之相關定義外，在研究方向、研究方法上，更是有許多著重點不同、方法南轅北轍的研究、理論。這種研究內容、方法多元化的現象，在政治學之其他次領域中，亦可見及，只不過在相當程度內，公共政策可稱之為其中之最，因此公共政策之研究方向、方法實屬政出多門、不一而足。對公共政策學門之研究進行深入了解，在作法、方法上，可以自許多不同觀點從事觀察與研究，以很概略之說法而言，公共政策學門之研究大抵上可歸類為以下四種：政治學派、分析工具學派、內容分析學派、超決策分析學派。^{註10}

（一）政治學派

吾人可以集中焦點於決策者或參與決策之人，以及此等人所代表之利益上，類此研究可歸類於政策之政治研究（the study of the politics of public policy），重點在利用決策者及其所代表之利益，以理解、解釋公共政策。究其實，此一研究公共政策之方法即為政治行為之研究，研究者以公共政策之制定、執行之過程做為研究對象，試圖探究、理解特定公共政策制定之原因，發展出一般化之理論，以便解釋事實現象，同時日後也可以之預測未來

註 10：Steve Leach & John Stewart eds., *Approaches in Public Policy* (London: George Allen & Unwin, 1982), p. 1.

事實之走向、發展。

(二) 分析工具學派

公共政策之研究還可以從所使用有助於決策之分析工具 (tools of analysis)，加以理解，類此研究之用意在於發現決策分析工具被使用或被濫用之情形，進而釐清正確之使用法為何，此一部分其實即是公共政策之方法論。

(三) 內容分析學派

研究特定政策之政策內容 (content analysis)，亦可使吾人深入了解該一公共政策，事實上此一方法為最普遍、最傳統的公共政策研究方法。傳統上，了解了特定公共政策的政策內容，即等於掌握了該特定公共政策之一切。

(四) 超決策分析學派

最後，吾人還可以從一組織所發展出用以決策之程序的觀點，來研究公共政策，關心焦點在於決策程序之設計上，強調辨識公共政策議題、排列解決方案、執行評估與監測等之程序，此一研究觀點因著眼於如何決定政策制定之過程，而稱為超決策 (metapolicymaking) 分析研究。

至於在研究方法上，公共政策之研究基本上仍屬於社會科學研究之範疇，因此傳統上適用於社會科學研究之方法，如準實驗法、統計分析方法、比較法、個案分析法、文獻分析法 (hermeneutics)、比較文獻分析法等，亦皆有適用。當然，眾多研究方法之選擇，主要是取決於研究的課題、研究的目的以及資

料的來源與類型。其中將比較法應用於不同國家或地區間公共政策之研究上，單純就研究方法之觀點而言，即係比較公共政策。

參、比較法與比較之研究設計

比較政治以及比較公共政策在各自發展的初期，其研究對象都是在於外國政治或其他國家之公共政策，其研究目的則都是在於深入探討外國之制，並藉著對外國制度、政策之了解，反映出本國制度或政策之特色。究其實，類此深入探討外國政治、政策之研究，本非比較政治或比較公共政策，蓋其根本無所謂之「比較」，而只是將個別針對不同國家（主要是外國）之制度、政策，一一加以探究，未曾試圖加以比較，至多只能稱之為各國政府、各國公共政策，或外國政府、外國公共政策。此種深入探討外國制度、政策之作法，使得研究者對於外國之政治制度與公共政策能有詳盡之了解，過去在幫助本國學者了解他國之制度、政策上，貢獻極大。時至今日，此等單純探討外國制度、政策而不加以比較之作法，固然仍有其重要性與價值性，但已漸漸不能再滿足比較政治學者之胃納，跨國（cross-nation）之比較分析，逐漸成為比較政治之主流。在比較公共政策之領域，雖未達到比較政治之程度（如本文前言所言），但已可看見越來越多不同國家間

公共政策之研究，亦有類似於比較政治之發展趨勢。

一、比較法與政治學之研究

現今比較法（comparative method）用於政治學研究之主要目的，大抵是在發展一般性之理論，而以各國（或不同地區）之制度或政治現象、公共政策做為研究之素材。比較法之所以在政治學之研究佔有一席之地，主要是社會科學在研究上所受到之先天限制，即無法隨心所欲（和自然科學相較）創造出研究所需之環境，或複製與外界相似之實驗室內環境。

詳言之，自行為主義、實證主義支配了政治學界後，政治學所要研究、探討的對象乃事實現象（phenomenon），而非應然或理應的事理，政治學所要研究、探討的理論，本質上即係因果法則，而非二十世紀初年的規範政治學所探討的當為法則（就此而言，過去的政治學之研究和法律學如出一轍），因此現時最常見的的政治的理論多半是某某現象受到某某因素的影響，或是為何會有此等政治現象（即此等政治現象受何等因素所影響）。當然，這並不是說目前的政治學就完全沒有規範式（normative）的研究，但無可否認的，二次大戰後政治學的發展即是朝向實證主義，朝向和自然科學（所以政治學的英文叫 political science）的研究相同之方向——探討事實現象，發掘因果法則。既然實證主義政治學的研究目的在於發現因果法則，以便解釋、乃至預測事實現象，在研究方法上自然與傳統的規範式政治學不同，就實證主義政治學之方法論的觀點而言，比較法其實是準實驗法

(quasi-experimentation) 和統計方法的一種替代方法^{註11}。因為最適合探討因果法則的方法是實驗法或準實驗法，然而政治學研究之領域，在現實中多半不可能適用實驗法或準實驗法，因為事實上的困難不可克服，或道德上不容許。在準實驗法不可得，退而求其次，可利用統計方法，當樣本夠多時，其結果也相當可靠。但在研究對象是國家的場合，樣本不可能太多，蓋全世界只有一百八十個左右國家，扣掉不合用、不適宜，或因語言問題致資料取得困難之國家，再考慮研究者人力、時間等資源之限制，一般跨國之分析研究多半只能包含十個不到之個案，然則統計方法也往往不能適用。再退而求其次，只有適用比較法。如能審慎進行研究設計，強化比較法之使用邏輯，採取多重的比較，並慎選比較之個案，則比較法有時也能得到合理之成果。申言之，比較法之抉擇與使用，完全取決於研究者之意圖與目的，並無任何邏輯上之限制，只要能適當處理「變項太多，個案太少」之先天限制即可。為了使結果更具有說服力，研究者宜將比較相同法及比較相異法二者併同使用^{註12}，加強研究設計之邏輯，然則，雖研究的個案數目不多，仍能有較大的說服力。

二、應用比較法之邏輯

比較者，比較異同也。從最基本的觀點而言，比較法有兩大類，即比較相同法 (method of agreement) 以及比較相異法 (method

註 11：Ada W. Finifter, ed., *Political Science: The State of the Discipline II* (Washington, D.C.:The American Political Science Association, 1993), p. 106.

註 12：詳下述。

of difference)^{註13}。前者之用，在於找出兩組事物之共通點（即相同之處），以便說明此兩組事物何以呈現出相同之現象。後者之用，則在於找出兩組事物各異之處，以便說明此兩組事物何以呈現出不同之現象。詳言之，應用比較法首先要有兩組或多組事物，一般是兩組間進行比較，較繁複之比較研究設計，才會有兩組以上之比較。使用比較法之邏輯，和實驗設計或準實驗設計之藉比較以顯示共變關係（covariation），其實是相同的。實驗設計或準實驗設計是將接受實驗的目標群體分為實驗組和控制組，實驗組係指接受特定處理（treatment）的標的，而控制組則是未接受特定處理的標的。藉此比較兩個分組，如果特定結果只出現在實驗組身上，就證明該特定處理確有成效，即為引起特定結果發生之原因。

上述實驗比較之邏輯適用於比較法上，即將做為研究對象的個案，依特定制度（依統計學的術語，即係自變項）之不同分為兩組，如果研究的結果顯示要驗證之特定政治現象或公共政策（依統計學的術語，即係因變項），在一組有之，而另一組無之，即可說明該特定制度乃導致該特定政治現象或公共政策之原因。此乃比較相異法之運用，比較相同法亦可類推得出，即將做為研究對象的個案，依特定制度之不同而加以分組或單獨進行比較，如果研究的結果顯示要驗證之特定政治現象或公共政策，在各組皆有之或皆無之，即可說明該特定制度乃導致該特定政治現

註 13：Roy C. MacRidies and Bernard E. Brown, *Comparative Politics: Notes and Readings* (Pacific Grove, CA:Brooks/Cole Publishing Company, 1980), pp.17-20.

象或公共政策之原因（各組皆有之的情形），或非導致該特定政治現象或公共政策之原因（各組皆無之的情形）。將比較法用於政治學之研究上，可以有多種目的與變化，可以比較制度相近的兩國，藉以了解是何因素導致兩國制度很接近，或是在接近之餘，是否以及為何還會有細部差異。換言之，比較相同法與比較相異法可以併用、重複使用，亦可分開使用，完全視研究者之需要以及研究者比較之目的而定，但不論使用何者、或如何的重複或分開使用，比較法使用的原則不會改變，即用比較相同法驗證兩組事物何以呈現出相同之現象（希望能找出兩組事物在重要關鍵之處相同或雷同，如此一來即可將其相同之現象歸因於該重要之關鍵因素），用比較相異法驗證兩組事物何以呈現出不同之現象（希望能找出兩組事物在重要關鍵之處不同，如此一來即可將其不同之現象歸因於該重要之關鍵因素）。

在實際運用上，比較政治學者常將各國之制加以分類，不同之分類標準將形成不同之分類結果、類型，其目的除了為說明、解釋方便外，其實更是為了要應用比較法。比較政治研究從事分類（*typology*），其主要原因在於分類本身乃是概念化（*conceptualization*）的過程，甚至可以說是概念化的開始、第一步，經過分類的過程，辨識、歸納、歸類出各國制度及其運作的類型，研究者對各國制度及其運作之了解才可能跳脫個別國家，進入概念化的層次。然而，比較政治學者在從事分類，和其進行各國政治制度之比較相同，並非是為比較而比較，為分類而分

類，而是有目的、有意圖的分類、比較，其分類、比較之目的或意圖，大抵皆在建構理論、驗證假設。屬於同一類型之國家若呈現出相同之現象，則依照上述比較法之邏輯，或可推論出該做為分類標準之因素，即為引起該現象之原因，此即比較相同法之應用。再就比較相異法而言，屬於不同類型之國家若呈現出不同之現象，則依照上述比較法之邏輯，或可推論出該做為分類標準之因素，即為引起該現象之原因，此即比較相異法之應用。單獨的使用比較相同法或比較相異法，說服力自然不足，因此比較政治學者在使用比較法時，多半是二者交互使用，甚至不只各使用一次。

三、比較法之限制

比較法在應用上的最大限制，來自於「變項太多，個案太少」(many variables, small N)之先天缺陷，前曾言及，比較法應用在政治或公共政策之研究上，主要之研究對象是國家，而全世界國家之數目不可能太多，因此比較政治或比較公共政策之研究，能做為其研究對象之個案數目先天上即趨向少數。另一方面，不同國家之制度或現象，差別極大，不同之處遠遠多過相同之處，不同之程度遠遠大過相同之程度。上述兩種情形同時存在於比較法應用在政治現象或公共政策之研究上，一方面研究能涵蓋之個案太少，他方面導致各個個案不同之因素又太多，當這兩種情形同時存在時，根本就無法在邏輯、推理上，利用比較法以發展或驗證一般性的理論，蓋論理上，若使用兩個個案（已是最少者）

作比較，只能處理一個變數，如要處理二個變數，至少需要三個個案，以下依此類推，比較的個案越多，比較的結果越可靠（其他條件恆定時）。申言之，在比較研究的設計上，不論使用比較相同法或比較相異法，除了做為自變項、待驗證之因素外，其他因素在不同組別的個案中，應儘可能相同，或是應儘可能不相同（詳下述），藉著比較不同組別的個案，以便將自變項以外之不相同因素予以中性化，否則即便比較後得到肯定的結果（即在比較相同法之場合，自變項在不同組別的個案中，皆有其存在，在比較相異法之場合，自變項在不同組別的個案中，存在與否各異），亦無法得出該因素乃引起結果之原因，蓋有可能是其他不同、未被中性化之因素所引起的，因而無法自圓其說。況且在比較個案為國家之場合，吾人幾乎找不到眾多因素相同的數個國家供比較之用，因此變數之數目眾多，有限的國家個案實不足一一予以處理，使得比較法有英雄無用武之憾。

比較法之應用，除了須講究比較相同法與比較相異法之交互運用、供比較之個案數目外，還要慎選做為研究、比較對象的個案（cases）。研究個案的選擇，主要當然是取決於待驗證的因果法則（即理論），待驗證的理論可以說決定了整個比較政治研究之基本研究設計（research design），理論之內容、特性不同，其相應之研究設計自亦不同。詳言之，比較之研究設計在考量比較相同法以及比較相異法之餘，在取樣上亦應有縝密之方法、原則，而所謂取樣之方法、原則，大體上有兩種：「最大相似系統」

設計（"most similar systems" design）與「最大相異系統」設計（"most different systems" design）。^{註14}

「最大相似系統」設計之原理，主要是認為在各方面儘可能接近、在各特質上儘可能相似之體系或系統，構成最佳的比較研究之對象（即除了做為自變項、待驗證之因素外，其他因素在不同的個案中，應儘可能相同），蓋在此情況之下，類此只有某些重要之處不同、所有其他現象皆相似之個案的組合，將可大大減少導致不同現象的因素之數目，從而增強不同因素這部分的解釋能力。「最大相似系統」設計之注意焦點，在於體系間或系統間的相似及不同（intersystemic similarities and intersystemic differences），體系或系統構成比較之層級，而體系或系統內所存在之差異，就委由體系或系統內共同之因素加以解釋，換言之，體系或系統內的共同之處即屬「被加以控制者」，而不同體系或系統間的不同之處即被視為解釋因素（explanatory variables）。

「最大相似系統」設計之原則，即體系或系統內的共同之處力求最大化，而不同體系或系統間的不同之處則力求最小化，依此一比較設計所得到或驗證之理論，大抵類似如下論證：在具有○○○特質的×××類型國家中，就◇◇◇現象之不同而言，可歸因於▽▽▽因素。^{註15}

「最大相異系統」設計主要適用於體系或系統之下的層級，

註 14：Adam Przeworski and Henry Teune, *The Logic of Comparative Social Inquiry* (Malabar, FL: Robert E. Krieger Publishing Company, 1907), p.32.

註 15：Ibid., pp32-34.

通常即為個案本身，但亦有可能是團體、地方政府、社會階層、職業集團等。「最大相異系統」設計之目標與「最大相似系統」設計相同，只是系統化的因素在所有可能因素中，並未給予特別處置。此一設計之基本假設是當個案係從同一母體取出，即系統化的因素不具有解釋個別不同之能力，嗣後的分析便屬於體系間或系統間的層級。「最大相異系統」設計之第一步，在於辨識出不妨害母體同質性（homogeneous）的自變項，如此一來，即便樣本係選自不同體系或系統，亦可視為來自具有同質性的母體。依照此方法而選自不同體系或系統之樣本，若在因變項上並無不同，則不同體系間或系統間之不同，對結果之差異即不具重要性。試舉一例說明之，假設吾人針對三個不同系統之國家——瑞士、印度、日本——研究其自殺率係受何因素所影響，如初步研究結果顯示三個國家之自殺率相彷彿，則不同系統間之差異對一國自殺率並無影響，影響一國自殺率之自變項不存在於系統間之差異。從以上說明可知：「最大相異系統」設計之長處在於消除與結果無關的系統化因素。^{註16}

除了上述研究設計上的要求外，比較個案之選擇，也須考慮到實際的因素，如時間、資源、研究者外語能力、資料取得上之限制。申言之，研究者的時間與資源往往有限，而比較政治或比較公共政策之研究涉及他國、外國之政治、政府、文化等眾多層面的事物或現象，因此研究者在多半的情形下，或是缺乏足夠之

註 16：Ibid., pp34-38.

資源、人力，或是缺少多國之語文能力，或是單純的因資料取得之困難，往往無法涵蓋太多個案，無法採取隨機取樣方式，任意涵蓋研究之個案。在此等先天條件限制下，研究者只有儘可能依循上述比較研究設計之原則，選取最「佳」組合之研究個案。^{註17}

肆、比較公共政策

和研究外國政府與政治的比較政治之研究相同，研究公共政策之學者也將比較法應用於公共政策之研究上，其結果即是比較公共政策。所謂比較公共政策者，簡單地說，就是針對跨越不同時間或不同管轄區域之政府活動的產出（含公共政策），研究其間之系統化變化差異的學問、知識，亦即了解不同政府如何、為何採取特定作為或不作為，以及此等作為或不作為達成何等效果之研究。申言之，比較公共政策試圖要解答的問題，主要是政府所制定之公共政策，受到決策時所處之經濟、社會情況，如何或何種程度之影響。更具體地說，比較公共政策所要回答的是諸如以下各問題：富裕國家比起經濟發展較差的國家，是否較傾向於提供社會福利給其人民？中央集權國家是否比地方分權國家較易於採取經濟保護政策？權力融合的國家（內閣制國家）是否比權力分立的國家（總統制國家）較易於制定政策意圖明確、內容

註 17：Ibid., pp32.

一致之公共政策？一國之政黨政治是否會影響其政府之政策制定？即一國屬於兩黨制國家或多黨制國家，是否會增強或打擊其採取有效公共政策之能力？一國之屬於合意的政治文化（consensual culture）或衝突的政治文化（conflictual culture）是否會影響其國政府執行公共政策之能力？換言之，將公共政策之研究所要實現的四個規律——整體性、結果取向、實用性、民主之重要性——放在跨越不同時間或不同管轄區域之背景，加以研究、探討者，即為比較公共政策之研究。

一個社會科學之學門或其下之領域（field）、次領域（subfield），是否夠格成爲一個真正擁有獨特王國之學門、領域、次領域，取決於三個條件是否具備：理論（theory）、實質內容（substance）、研究技術（research technology）。^{註18}就此一觀點而言，比較公共政策之研究已足以成爲一個獨特、擁有自身研究特質的研究領域或次領域。以下針對比較公共政策之研究理論、比較公共政策之研究領域、比較公共政策之研究方法三項，一一加以說明。

一、比較公共政策之研究理論

前曾言及，當前政治學研究之主流在於探究、解釋事實現象，發展一般性理論，而比較法是學者們較常使用的方法之一。現今公共政策之研究，亦符合政治學研究之大勢所趨，也走向實

註 18：Goodin and Kligemann, eds., *A New Handbook of Political Science*, p.606.

證、探究事實現象之方向，因此比較法也為研究公共政策之學者所採行，比較公共政策遂成為研究公共政策的一個部門，逐漸在公共政策領域中，佔有一席之地。本於以上認知，比較法適用在公共政策之研究上，主要有兩大原因及目的：比較做為一種解釋之方式（*comparison as a means of explanation*）；比較做為一種探索之模式（*comparison as a mode of exploration*）。

先就比較做為一種解釋之方式而言，一九七〇年代以前，學者研究公共政策的注意焦點往往集中在政策和產出，而無法提出有效的實證上解釋。準此而言，七〇年代以前公共政策之研究具有三項特點。首先，前此時期之研究傾向從事敘述性、描述性之研究，詳細探討特定國家所採特定政策之內容與功能，完全無法說明何以一國會採取特定政策，而另一國又採取不同政策。其次，此等研究大抵試圖去理解一國採行特定公共政策的相關現象，基本上是將此等現象當成歷史研究對待，不免流於對象過度特定、已然決定論（*pre-determinism*）的立場。第三，即便有少數試圖發展出較一般性、具有解釋能力理論之研究，也多半把顯示出各國差異之實證證據，轉變成為各國共通發展趨勢之理論，陷入循環論證（*tautology*）的陷阱。七〇年代以後，隨著比較法應用在比較政治上的逐漸普遍，以及量化方法、統計分析方法適用於政治學研究的成熟，跨國的公共政策研究逐漸形成、成形，經由跨國間之比較分析，研究者可以同時專注於相同與不同之處，因此能針對一國的獨特之點以及其吻合一般趨勢之處，從事

分析，並得到結果。^{註19}更確切地說，跨國的公共政策之比較研究成爲常見的公共政策研究，主要得力於三樣研究工具之整合應用：比較法提供了研究的邏輯（logic），數量分析提供了研究的資料（data），應用統計則提供了研究的方法（method）。^{註20}比較法的應用，如前所述，使得吾人了解如何確認變數與變數間之關係；數量分析的使用，方便變數得以量化，並顯示出其間之變化差異；應用統計的使用，可以讓吾人找出存在於變數與變數間的系統化之差異，亦即找出變數與變數間之共變關係（covariation）。因此，透過比較可以對事物之因果關係，提出說明與解釋，而比較公共政策的此一目的，亦正吻合前述比較法做爲準實驗法和統計方法的一種替代方法之說法^{註21}。

再就比較做爲一種探索之模式而言，比較公共政策非徒在解釋、說明過去已發生之事實現象，猶在發掘、探索未盡爲吾人所知曉之事實現象。申言之，比較公共政策固然能使吾人找出變數與變數間的系統化差異，但在社會科學的領域裡，系統化規律之外往往存在著例外、或是不符合系統化規律的個案，而有待進一步的調查、研究。因此，比較法之適用在公共政策研究的主要目的，固然是在發現眾多個案間之系統化規律，但如能發現有不符系統化規律的個案，則可針對該個案進行深入探討，藉以探究何以該個案會偏離系統化規律，此等研究顯然非統計資料之跨國

註 19：Francis G. Castles, ed., *The Comparative History of Public Policy* (Cambridge, UK.: Polity Press, 1989), pp. 3-5.

註 20：Ibid., p. 5.

註 21：見參、一部份。

分析所能達成。類此探究個案所以會偏離系統化規律之原因的研究，不同於一般的個案研究，並非針對個案做全面深入探討，而只針對該個案不同於系統化規律之可能因素，從事探究，在研究操作上較為可行，如果吾人能從中找出該個案偏離系統化規律之模式或態樣，將有助於理論之建構。大體上言，此種探究個案偏離系統化規律之研究，有兩個方向或是兩個不同的注意焦點。其一，研究之注意焦點可以放在人們有目的、有意識的抉擇或是策略性的選擇，蓋公共政策往往並非全是受制於客觀、非人爲因素，完全是被動、被迫的行爲，吾人不能排除人們有意識、有目的的策略性抉擇，因此，透過比較公共政策之研究，吾人或能發現出特定個案偏離系統化規律之原因，乃在於政治人物或人們有意識、有目的的策略性抉擇。其二，研究之注意焦點也可以放在決策之環境、情境的因素之上，尤其是制度方面或結構性因素可藉著此等研究而融入公共政策的研究之內，蓋如果吾人認同新制度論之說法，認爲制度對人們的行爲或現象的結果是有影響的（*Institution matters.*），則當發生偏離系統化規律的個案時，如能適當地將制度方面或結構性因素融入，或可將偏離之發生歸因於制度方面或結構性因素，如此一來，亦可以得到令人滿意之理論。^{註22}

二、比較公共政策之研究領域

從以上比較公共政策之兩大目的向下引申，比較公共政策之

註 22：Castle, ed., *History of Public Policy*, pp. 9-12.

研究大體上可分為四類問題領域：理論上之爭議問題、方法上之爭議問題、研究之組織上爭議問題、政策相關性問題。^{註23}雖然在實際情況下，這四個問題領域其實是互有關聯的，惟為說明方便起見，爰一一分述如次。

就理論上之爭議問題而言，比較公共政策的研究往往面臨著一個兩難之境：理論上嚴謹性之妥協與理論上之分歧、不易累積。一方面，探討各國公共政策的政策相關性（policy relevance）之研究，往往犧牲了理論上的嚴謹性，蓋跨越國界之公共政策能有政策相關性，勢必在概念上較抽象，或是在政策之其他相關因素上，採取較彈性、較不嚴格之認定標準，否則不同國家之公共政策將不可能有太大政策相關性；他方面，理論上的分歧與概念上的支離破碎，阻礙了比較公共政策研究之知識累積，因為不同研究發展出截然不同或本質上差異甚大之理論、概念，以致於不同理論或概念間無法溝通、連接，不能累積。因此，研究者必須界定各別個案在理論上之地位與意涵，以便明瞭研究之發現是否真正符合或違反理論，或是否能進一步澄清原本模糊不清之理論。

方法上之爭議問題並非只有比較公共政策才須面對的，政治學其他領域，甚乃比較政治亦皆有之，惟比較公共政策所面臨的方法上之主要問題，在於比較公共政策討論方法論問題時，大抵

註 23：Meinolf Diekes, Hans N. Weiler, and Ariane berthoin Antal, eds., *Comparative Policy Research: Learning from Experience* (New York: St. Martins's Press, 1987), pp. 21-22.

皆側重於探討跨國比較或跨文化（cross-culture）的比較中，特定衡量（measurements）之有效性，換言之，截至目前為止，比較公共政策之方法論爭議，主要是針對不同國家各類量化資料之取得以及此等資料之統計分析，進一步說，從事不同國家量化資料之統計分析，一個困擾研究者的重大關鍵問題便是跨領域（cross section）資料是否具有有效性，可以在同一基準上進行比較。無可諱言，現今跨國公共政策之比較，多半係分析各國公共政策量化之資料，因此，比較公共政策之方法上爭議也多半集中於此，至於針對跨國公共政策之比較方法，尤其是比較法之應用邏輯，則顯然較少學者著墨。

跨國公共政策之研究固然重視研究之組織架構，只是研究者多半將注意焦點集中於如何在同一基準上，來比較不同國家之政策，往往強調政策之實質內容，而忽略了如何克服研究之組織架構上之困難與錯誤，以便能提升比較設計之有效性。申言之，比較之研究設計非徒只有比較基準的問題，研究之組織架構尤其重要，如何強化比較之邏輯以及比較相同或相異之關係，對比較公共政策研究之進行，亦有不可忽略之必要性。

政策相關性之問題即將研究結果適用或移植至其他國家之可行性問題，就此點而言，有學者認為每一個國家皆有其獨特之文化背景，因此自一國習得之知識、經驗不可能適用到另一個環境、氛圍，^{註24}要能適用，只有提高抽象化程度才可能跨越環境與

註 24：見壹部份。

氛圍之鴻溝，而可以適用於其他國家。比較公共政策研究的使命之一，即在於確認既有研究在何等之抽象程度下，對其他國家之政策具有相關性，以及何等條件將有助於政策相關性之存在。

總之，比較公共政策之研究有兩大目的：比較做為一種解釋之方式以及比較做為一種探索之模式，從這兩大目的導引出比較公共政策研究之四類問題領域。就前一目的（即比較做為一種解釋之方式）而言，研究者試圖透過不同國家、地區個案之比較，以便解釋和公共政策有關之事實現象，所以比較法與其應用、研究之組織架構（比較之研究設計）乃成為比較公共政策之兩大研究領域；就後一目的（即比較做為一種探索之模式）而言，研究者在建立一般化、系統化規律之餘，猶試圖探討特定個案偏離此系統化規律之原因，所以理論上之爭議問題、政策相關性問題乃成為比較公共政策研究之另外兩個領域。

三、比較公共政策之研究方法

談到研究方法，有兩個前提性的認知必須先釐清。首先，研究方法只是工具，是供研究者使用以達到研究目的之工具，研究方法非是研究之目的或主體，不應主宰研究者之研究或思維，相反的，應該是研究者、研究目的主宰研究方法。其次，研究方法既是工具，便具有所謂的合目的性，研究者在選擇、採用何種研究方法之際，須考慮該方法是否適合其研究需要、是否能達成其研究目的。因此，吾人在探究所謂研究方法、方法論之際，萬萬不能忽略研究方法之從屬性質，研究方法、方法論最終仍須和研

究本身掛鉤，以研究本旨為依歸，研究者切不可沈迷在研究方法、方法論之探究上，而和實際上之研究脫節。

從狹義之觀點而言，比較公共政策之研究方法自是非比較法莫屬了，惟吾人在從事公共政策之研究時，所須使用或可能使用之研究方法，則絕不限於比較法。因此，自廣義之觀點而言，比較公共政策之研究，除了比較法外，還兼及其他多種研究方法。前曾提及，比較法提供了比較公共政策研究之邏輯，數量分析提供了研究之資料，應用統計則提供了研究之分析方法^{註25}。申言之，比較公共政策之研究當然是以比較法之邏輯、設計為骨幹，然而骨幹是骨幹，除了比較法之邏輯骨幹外，仍須有其他資料做為血肉，文獻探討法、統計分析法、實地調查（field survey）法等，皆可成為蒐集、取得比較法所需資料之方法，例如利用文獻探討法所得到有關數國之資料，依照已定之比較研究設計，進行比較分析，或是實地去訪查做為研究個案之數個國家，再以所得有關各國之第一手資料，依照既定之比較研究設計、邏輯骨幹，從事比較分析。另外，如所蒐集與使用之資料乃量化之數值，則統計分析方法應可順利加以應用上去；如所蒐集與使用者乃非量化之資料，則須使用個案分析法、文獻解釋法等分析方法。因此，比較公共政策之研究方法，也可從研究之邏輯架構、資料之取得、資料之分析方法這三方面加以觀察、說明。應注意者，將比較公共政策之研究方法分為三方面，乃係為了說明方便起見，並

註 25：見肆、一部份。

不意味著比較公共政策之研究方法可割裂為三個部分，在實際研究之進行時，往往在研究之邏輯架構、資料之取得、資料之分析方法間，互有關連，一個部分確定之後，其他部分每每亦告確定。

（一）研究之邏輯架構

首先，比較公共政策研究之邏輯架構，自然是比較法，而需要使用到比較法之研究，其目的多半是要探討因果法則，找出自變項與因變項之關係。就此而言，比較公共政策研究之研究設計和一般比較政治之研究設計，其實是相同的，即在研究設計之構想裡，存在著實驗組、對照組、處理、比較結果等，和實驗之研究方法相似，只不過因為比較公共政策之研究屬於社會科學之範疇，在許多場合下，不可能造出類似實驗室內完全受控制之環境，因此退而求其次，以仿造實驗法藉比較實驗組、對照組而驗證因果關係之邏輯，利用比較法而設法「逼近」因果法則之驗證。

前已言及，比較公共政策之研究乃以比較法做為研究之設計骨幹，比較之研究設計在實際操作上須先確定研究之問題，通常是一個有關自變項和因變項之間關係的命題，亦即研究者之研究目的在於試圖回答一個因果法則之問題，如一國之政黨政治（自變項）是否會影響其國之政策制定或政策內容（因變項），此一研究之最終成果（理論）應是類似以下之陳述：基本上一國之政黨制度會影響其國之政策制定，如其他因素不計，一國如屬於兩黨政治，則其公共政策之制定傾向黨對黨折衝方式；如屬於多黨

政治，則公共政策之制定傾向最小多數模式。^{註26}類此問題與理論可以利用比較之研究設計，加以完成。最典型之比較研究設計，即是重複採行比較相同法與比較相異法，選擇數個屬於兩黨政治之國家（即比較之個案），劃歸一組，另再選擇數個屬於多黨政治之國家，劃歸另一組，如此一來，政黨政治（自變項）在屬於同一組的個案中，即屬相同。屬於同一組的個案之間，先以比較相同法予以比較，理想之結果將是各個個案在公共政策之制定上，皆呈現出不同組各自相同之傾向，即屬於兩黨政治的一組呈現出黨對黨折衝之傾向，而屬於多黨政治的一組則呈現出最小多數模式之傾向，如此一來，政策制定（因變項）在屬於同一組的個案中，亦屬相同。不同的兩組間再以比較相異法，進行比較，理想之結果將是不同兩組在公共政策之制定上，呈現出不同之傾向。此一比較研究設計之邏輯，在於經由不同組各一次（共計兩次）比較相同法之使用，可以表明屬於相同組之個案皆呈現出同一傾向，而屬於不同組之個案皆呈現出不同傾向，將可較合理推論出政黨政治（自變項）即是影響政策制定（因變項）之因素的結論。單純的使用比較相同法或比較相異法，即便得出理想之結果，恐較不易令人信服，重複地分別使用比較相同法與比較相異法，將較具有說服力。

另外，比較公共政策之研究除了比較之研究設計外，在選擇個案時，猶應詳加考慮所謂「最大相似系統」與「最大相異系統」

註 26：以上理論純屬虛構，未經驗證。

之方式與原則。^{註27}

(二) 資料之取得方法

其次，在比較公共政策研究之領域，所需之資料主要有兩大類：量化資料（quantified data）與質化資料（quality data），而不同類別的資料往往有較適宜之取得方法。一般而言，資料之取得通常有四種方法：文獻探討法、深入訪談法、問卷調查法、實地觀察法，而不論是何者，只要使用得當，皆可用以取得質化或量化資料。例如，利用文獻探討法固然可以得到質化資料，惟如果所使用之文獻含有眾多可用之數字記錄、統計數據等，則未嘗不可將文獻探討法做為取得量化資料之方法，此一用法在從事政府政策效果之評估時，尤其常見，蓋政府執行機關皆會蒐集、保存有關其執行政策之各項記錄、數據，構成政策評估之最主要資料來源。和文獻探討法不同者，問卷調查法多半是用來取得量化資料之方法，但如採用的是開放式問卷，則亦可從受調查者處，得到許多非量化之資料。再以實地觀察法而言，研究者可觀察事實之進行，並一一記錄下所觀察事件之發生數目或頻率，所得結果即為量化資料；研究者亦可觀察事實之進行狀況，並記錄下所觀察事件發生始末、變化，乃至事件與事件間之關連或交互影響，此等觀察、記錄結果即為質化資料。因此，採用實地觀察法，量化資料、質化資料二者皆可取得。再以深入訪談法為例，最常見的作法是針對個別受訪者，進行深入、一對一，甚至是面對面

註 27：見參、三部份。

的互動式對話，最適於取得質化資料，惟如訪談之對象夠多（通常不太可能），亦不妨將深訪而得之眾多個案資料，當成一筆一筆的個案資料，經過轉換、量化後，成為量化資料。

換言之，量化資料、質化資料二者之間，在許多情形下，其實是可以互換的。在質化資料之情形，只要質化資料之數量夠多（蓋數量如不夠多，則沒有意義轉化為量化資料），具有相同格式、基準，經過適當之轉換公式或換算表，即可轉換成量化之數值，惟在此一量化過程中，應特別小心處理該轉換公式或換算表，以避免在轉換過程中，不當地簡化了原本質化之資料，因而使得量化後之結果產生實質之偏差。在量化資料之情形，量化之數值經過適當詮釋、解讀後，可以轉成為質化之資料，惟在此一質化過程中，應注意詮釋之標準一致、合理，同時不同數值之量化資料應分別導引至不同之詮釋結果，亦即不同之量化資料應分別轉化成不同之質化資料，否則即變成重要細節在轉換過程中消失了，將造成研究結果之重大偏差，甚至是誤謬。

（三）資料之分析方法

有了比較法做為研究之邏輯架構，並利用上述各種資料取得之方法，取得研究所需資料，比較公共政策之研究還須要有資料之分析方法。資料分析方法之選擇，大抵上取決於資料之性質、類別，以及研究之目的、理論之內容。最常用之資料分析方法，主要有三種：文獻分析法（hermeneutics）、統計分析法、個案分析法（case analysis），其中文獻分析法適用於質化資料，而統計

分析法則適用於量化資料。至於個案分析法在方法學上分類，較不明確^{註28}，可以將之定位在研究之邏輯架構，和比較法相對；惟個案分析法亦可用來整合圍繞在特定個案、來源眾多、具有顯著性質上差異的資料，而形成對該個案詳細、完整之論述，因此個案分析法亦不妨視為一種資料分析、組織資料之方法。本文不將個案分析法視為單獨之研究方法，而將之歸類為分析資料之方法，主要是因為個案分析法輒被批評為過於特定，無法發展出一般化之理論。簡單地說，個案分析法係指針對單一個體（unit）所為的分析，此一單一個體並非是在實驗室下，以人為方式建構出來，而是自然形成的。個案分析法之目的在於深入了解，尤其是強調整體性以及窮盡（holistic and exhaustive），此種了解對掌握事件、現象之發生情境而言，乃屬不可或缺。使用個案分析法，必須蒐集各式各類資料（包括量化資料及非量化資料），在分析過程中，不同資料互相比對、互相印證，最終凝聚成能完整代表該單一個案，並以文字加以呈現出來之分析結果。^{註29}

文獻分析法主要適用於非量化資料，以及以文件、文獻方式存在之資料。所謂文獻分析法，顧名思義，即係解釋、詮釋文件、文案之方法，其目的是要形成對文件適當、完整的解讀，換言之，研究者在使用文獻分析法後所得到之解讀結果，應可構成一個前後一致、連貫，同時在所有關鍵之細節處，均和原文互相緊密結

註 28：Adam Kuper and Jessica Kuper, *The Social Science Encyclopedia*, 2nd Ed. (London: Routledge, 1996), p.75.

註 29：ibid., p.76.

合、符合原文意義之文字陳述。^{註30}文獻分析法不僅僅在探求文件、文獻之字面上、表面上意義，猶在探討文件、文獻更深層之意涵，如文件或文獻是由誰人所作，而作者製作該文件、文獻之用意或目的何在，必要時甚至還須了解作者所處之時代、社會，以及作者之生平、背景等，以便能真正體現該文件、文獻之真正原意。比較公共政策之研究往往須使用大量之官方報告，國會立法說明、公聽記錄，與民間團體之研究報告或意見書，而此等文件、文獻多半是在不完全中性或政策中立之環境下完成的，有相當偏差存在，爲了忠實地重現該文件、文獻之原意，研究者須透過文獻分析法之適當使用，再造該文件、文獻完成當時之境，以形成對該等文件、文獻之完整解讀。否則原始資料解讀錯誤，嗣後之比較研究設計再合乎邏輯，亦難得到正確之結果。

統計分析法乃應用統計學之理論與原理，解讀、分析量化資料所代表之意義，其最具代表性，同時也最重要之分析方法厥爲迴歸分析法（*regression analysis*）。迴歸分析法的主要目的在求得一個錯誤最小的方法，找出自變項與因變項之關係，並以自變項預測因變項之數值。最簡單之迴歸分析方法是直線之情況，此時自變項只有一個，稱爲線性迴歸，自變項與因變項之間呈現出直線關係。當自變項不止一個或自變項非單純地爲一次方（可能是二次方以上或開根號、對數）時，則自變項與因變項之關係不可能用直線表示，屬於曲線之情形，故稱非線性迴歸。統計分析

註 30: Paul Diesing, *How Does Science Work? Reflection on Practice* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1991), p. 110.

法所分析之資料限於量化資料，因此做為自變項的因素以及做為因變項的因素，如果原本非屬數值型、非屬量化形態者，必須先轉換成為量化資料，方能適用統計分析法加以分析。將非量化資料轉換為量化資料，涉及轉換方式、公式之效度與信度問題，在實際操作上，須非常注意，否則轉換結果將與原先非量化資料有重大偏差，統計分析法勢必無法得到可靠結果。即便原本即屬於量化資料者，為求統計分析結果之合理或可靠，量化資料之衡量（measurements）必須儘可能求其準確，不但具有效度，信度方面亦須相當可靠。凡此衡量的問題、效度及信度的考量等等，皆構成研究者在使用統計分析法之重大挑戰。

總之，資料分析方法之選擇與使用，主要取決於資料之性質以及研究之理論內容，而每一種資料分析之方法皆有其應用上之限制，研究者應注意避免不當或過度地伸展資料分析方法之分析能力。

四、小結

比較公共政策之研究，發展迄今，已在公共政策領域中有了其一席之地，有其雛形具備、結構紮實之研究理論、研究領域以及研究方法。在研究理論方面，比較法提供了比較公共政策之研究骨幹，比較之概念應用在公共政策之研究上，其理論上之主要用意在於做為一種解釋之方式以及做為一種探索之模式，並進一步從此二個主要意圖產生比較公共政策研究之四個問題領域：比較法與其應用、研究之組織架構、理論上之爭議問題、政策相關性

問題。在研究方法方面，比較公共政策之研究方法，則可從研究之邏輯架構、資料之取得、資料之分析方法等三方面予以說明。從比較公共政策之研究理論、研究領域、研究方法三方面，加以觀察、檢驗，吾人可以發覺比較公共政策之研究有其一己固有的研究理論或意圖，同時其研究之問題領域也相對明確且確定，另外在研究方法方面，各類不同之社會科學研究方法皆可契合適用。因此，比較公共政策確實可以成爲一個具備固有研究特質之學門領域或次領域。

伍、結論

利用比較方法來研究不同國家、地區之公共政策，於今日之觀點而言，實在是再平常不過了，許多有關公共政策之研究，往往涉及本國與他國制度、政策之比較。本文從公共政策之研究著手，介紹公共政策此一領域之發展沿革、派別與成就，接著再探究比較法在政治學研究之應用情形，以及比較法之貢獻與其限制。對公共政策之研究以及比較法之應用於政治學研究，有了大致理解後，本文轉而探討比較法應用於公共政策之研究，亦即比較公共政策之研究。本文從研究理論、研究領域、研究方法等三方面，對比較公共政策此一次學門(subdiscipline)作整體之巡禮，就此而言，本文其實即是有關比較公共政策之學門概況(state of

the discipline) 之作。類此學門概況之作，能使吾人以較超然、較全面、較完整之觀點，了解比較公共政策之現況、發展與前景，無疑有相當之意義。

現今比較公共政策之研究，非常普遍，前已言及，惟越是常見、越是尋常之事，往往也最不容易做好。許多學者、政府機構研究人員常常從事比較公共政策之研究，往往卻因為在方法上不得其門而入，以至於投入研究之資源與研究成果有相當落差。有鑑於此，本文特別強調比較公共政策研究之進行方式，認為比較公共政策之研究應先從所要研究之問題著手，對所研究問題之性質、定位，有了大致上了解之後，再事先預想欲發展之理論內容，若所研究之問題、所欲發展之理論屬於因果法則之範疇，則可設法利用比較法之研究設計，尋找適合之個案，蒐集所需資料，依比較研究設計之邏輯，加以比較不同個案，得到想要之結果。研究者如在比較之研究設計以及比較法之使用上，多加注意，謹慎推展，當可產生更可觀之研究成果。

Comparative Public Policy

Mingsiang Chen

Abstract

The study of public policy and the research of cross-national analysis intertwine together which becomes the comparative study of cross-national public policy. The analysis of cross-national public policy seeks to develop generalized and abstract theories by using public policies of various countries as comparing cases. In this sense, the comparative principles and the logic of comparative research design in the area of comparative politics can and should be employed in the study of comparative public policy. The purpose of this paper is to inquire into the process and background of the study of public policy becoming an important facet of the study of public policy, and to find out the traits and limits of the comparative method used in this arena. The ultimate goal is to provide some vision and direction for any future study of comparative public policy.

Key Words: public policy, comparative public policy, comparative method.

法政學報

— 第十一期 2000 年 8 月 —

發行人：陳銘祥

編輯委員：呂育誠、李培元、周志宏、林聰吉、林麗香、施正鋒、張人傑、陳志民、
陳恆鈞、陳銘祥、陳翠蓮、許志雄、蔡宗珍、蔡秀卿、韓 釗、羅清俊

召集委員：陳銘祥

出版單位：淡江大學公共行政學系

地址：台北縣淡水鎮英專路 151 號

電話：0226215656 轉 2544.2554

E-MAIL: mp1124@mail.tku.edu.tw

傳真：02-26209743

(本學報定價：個人及機關學校每期三百元；學生每期二百元)

徵稿簡則

- 一) 本學報為學術性定期刊物，每年出版兩期。
- 二) 本學以刊載有關法律學、政治學及行政學等領域的學術論文及譯著為主。
- 三) 來稿得以中、外文撰寫。所有稿件均需附中、英文標題及作者姓名，並請附三百字內之中文摘要或目次。
- 四) 來稿自述以一萬兩千字至兩萬字為原則，超過者自付印刷成本；請自行打字，如以電腦作文書處理，並請附檔案磁片。
- 五) 來稿以未經發表於期刊或書籍之論文為先，譯者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，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，致贈當期學報五本及抽印本二十本。
- 八) 來稿請寄：「淡江大學公共行政系法政學報編輯委員會。」