

法政學報

— 第八期目錄 —

- | | |
|-------------------------------------------|-----|
| 憲政轉換時期的認識與抉擇：國家定位與憲法走向的思考..... | 許志雄 |
| 二二八事件後的台灣省政府人事..... | 陳翠蓮 |
| 論個別行政領域行政程序法制之意義與課題：以社會福利行政程序法制為檢討對象..... | 蔡秀卿 |
| 日本產品責任法簡介：兼論我國產品責任制之運用與修正方向..... | 黃銘傑 |
| 馬克思的意識形態概念..... | 林瑞旭 |
| 跨國收養中的國籍問題研究..... | 蔣新苗 |

淡江大學公共行政學系

台灣 淡水

1997年8月

ISSN 1023-2230

憲政轉換時期的認識與抉擇

—國家定位與憲法走向的思考—

許志雄*

* 淡江大學公共行政學系專任副教授

目 次

- 壹·前言
- 貳·憲法共同社會的建立
 - 一·四個「八九年」的體驗
 - 二·立憲主義的「復權」
 - 三·人權價值的重新體認
- 參·國民國家的建構與變化
 - 一·近代國民國家的倫理
 - 二·國民國家的動搖？
 - 三·國民國家的再確認
- 肆·國家模式的選擇
 - 一·一般意思型國家模式
 - 二·多元主義型國家模式
 - 三·兩種國家模式的選擇
- 伍·市民權論的省思
 - 一·市民權論的發展契機
 - 二·市民概念的演變
 - 三·市民參與的擴大
 - 四·市民權論的時代意義
- 陸·結語

壹·前言

二十世紀接近尾聲，一個充滿變數的新時代即將來臨。我國立於歷史的轉捩點，正遭逢前所未有的變局。由於受到國際環境的劇烈衝擊，加上國內醞釀已久的各種問題陸續引爆，促使台灣必須認清現實，以前瞻性的眼光及做法，克服當前的困境，並規劃未來的發展。其中，最棘手且關係最重大的課題，自非國家定位與憲法走向莫屬。

近年來國內有關國家定位與憲法走向的討論頗多，但因多數囿於意識型態的對立，往往各執己見，欠缺交集，尠能進行理性的對話。統獨（獨併）之爭或制憲修憲之爭，就是典型的例子。誠然，如果純係個人主觀的價值取向或政策考量事項，本無必然的對錯問題，不妨各憑喜好，以定取捨。然而，國家定位與憲法走向的主張及抉擇，攸關人民的尊嚴與幸福，必須經得起憲法理論的檢驗，非可任意為之。

眾所周知，一九八〇年代末葉全球憲政出現地殼大變動，國家解體重建的現象層出不窮，憲法制廢更迭的動作亦此起彼落。放眼所見，立憲主義風靡各地，人權價值普獲重視，於是東方與西方形成「憲法共同社會」，殊為可喜。另一方面，隨著國際社會與地方分權的發展，國家主權及國民（人民）主權受到影響，而出現「國家相對化」傾向。近代以來立憲國家奉為圭臬的國民國家開始鬆動，必須重新檢討與探索；而在進行有關作業時，亦須一併思考國家模式的選擇問題。此外，市民權論興起另一股風潮，為國民國家的發展注入新活力，同樣值得關切。

不可諱言的，我國繼受歐美立憲主義較遲，在憲政發展上仍屬後進國家，有待急起直追。時值我國憲政轉型期，理當注意各國憲法理論與現實的動態，以做為借鏡，俾使今後的憲政發展步上正軌，而確保國家的長治久安。這是本文寫作的動機，也是筆者衷心的期盼。

貳·憲法共同社會的成立

一·四個「八九年」的體驗

在立憲政治發展史中，一六八九、一七八九、一八八九及一九八九年，是

四個具有特殊意義的「八九年」¹。每個「八九年」正好間隔一世紀，就人權保障及憲法與國家的關係而言，分別奠定里程碑，代表一個新時代的來臨。

著名的一七八九年法國人權宣言第十六條揭櫫：「權利之保障未臻確實，權力分立制度未予釐定之社會，不能謂為有憲法之社會。」眾所周知，此一條文明定，權利保障與權力分立為近代立憲主義憲法不可或缺的內容。不過，權利保障與權力分立具有久遠的歷史背景，並非近代憲法突然創造出來的。事實上，中世紀英國立憲主義傳統中，已可見到類似的觀念或制度；大憲章（Magna Carta, 1215）及身分制議會的存在，足資印證。當然，這種中世紀立憲主義以身分制社會構成原理作基礎，仍與強調個人尊嚴及平等的近代立憲主義有所差距。

迨一六八九年英國訂定「權利典章」（Bill of Rights），作為光榮革命的成果，近代立憲主義遂出現蓬勃發展的契機。基本上，該典章係以舊瓶裝新酒的方式，在身分制的自由與身分代表制議會中，注入近代立憲主義的精神。惟嚴格言之，其保障的權利，仍然只是英國人的「國民權」或「臣民權」，並非任何人與生俱來不可侵犯的「人權」，故與近代立憲主義不能劃上等號。必須一提的是，就近代立憲主義思想體系的建構而言，洛克居功厥偉。洛克為光榮革命提供理論基礎而著的「政府二論」（Two Treatises of Government, 1690），係以自然權、社會契約、信託、權力分立及抵抗權等觀念，建立憲政理論體系，對後世影響深遠²。無論一七七六年起制定的美國各州憲法，或者一七八九年誕生的法國人權宣言，都可明顯看出洛克理論的色彩。

一七八九年法國人權宣言承襲洛克自然法思想，並基於英美先前的憲法體驗，將近代立憲主義的新體系明文化。該宣言一掃身分制的色彩，揭示一般人的權利（人權），且設置代表國民的一院制國民議會，描繪出個人與集權國家的兩極構造，而建立近代國民國家的典範。換言之，其否定舊體制時代的身分制社會構成原理，強調人生而平等，皆享有財產權、精神自由及人身自由等不可侵犯的權利，並藉國民主權與權力分立保障這些權利。法國人權宣言舉世聞名，對各國憲法影響頗大，或謂「法國人權宣言的一頁，比圖書館還重，比拿破崙的軍隊還強」，一點也不誇張。

一百年後的一八八九年，日本受到列強壓力，推動近代化工程，而制定明治憲法（大日本帝國憲法），成為亞洲第一個實施憲政的國家。但是，明治憲

¹ 樋口陽一著，《近代國民國家の憲法構造》，東京大學出版會，1994年，頁35~38。

² 關於洛克的思想，詳參阿部照哉等著，《基本的人權の歴史》，有斐閣，1985年初版第四刷，頁6~10（種谷春洋執筆）；拙著，《憲法之基礎理論》，稻禾出版社，1993年初版第二刷，頁72以下。

法深受一八五〇年普魯士憲法影響，本質上採取神權君主制原理，充其量僅為表面立憲主義的憲法，儘管內含權利保障與權力分立兩大要素，卻無法發揮立憲主義應有的功能。迨第二次世界大戰後，日本於一九四六年制定新憲法，以實現近代立憲主義的價值，情況為之改觀。無論就日本或其他國家言之，明治憲法的成功與失敗，都可提供寶貴的教訓。

二十一世紀來臨的前夕，全球憲政發展出現戲劇性的變化，特別是一九八九年，憲政改造風起雲湧，在許多國家造成強烈震撼。中國北京六四天安門事件雖然以悲劇落幕，但以自由女神為象徵的民主運動，卻對中國日後的走向帶來深刻啟示。受蘇聯自由化影響，同年秋天匈牙利及波蘭政局大變動。十一月九日柏林圍牆倒塌，東德開始走入歷史的記憶中。到了年底，除阿爾巴尼亞外，整個東歐都瀰漫在變天的氛圍中。不久之後，蘇聯亦宣告解體。於是，共產黨政權頹敗，社會主義憲法的實驗最後證明失敗。一九八九年是個重要的時刻，這一年立憲主義大放異彩，人權的價值獲得全球重視，為人類文明發展史寫下不可抹滅的一頁。

二·立憲主義的「復權」

冷戰甫結束，東方陣營即邁入體制轉型期，各國紛紛制定新憲法，形成一股強勁的制憲熱潮。諸如波蘭與捷克等東歐國家、舊蘇聯的附庸國，甚至南非，先後都出現新憲法。不過，制憲熱潮固然令人矚目，而更重要的毋寧在於制憲熱潮所蘊含的實質意義，亦即立憲主義的「復權」與拓展。長久以來，立憲主義一直是西方世界奉行的價值，而無緣進入東方陣營。如今，立憲主義超越北大西洋各國的境界，適用領域不斷擴大，寢假成為全球性的共通價值³。關於此一現象，德國公法學者黑柏勒（Peter Häberle）指出，係東方「繼受」西方立憲主義，在「西」與「東」之間，形成一種「憲法共同社會」或「價值共同社會」⁴。

其實，「立憲主義」一語，具有多重意義；所謂立憲主義的「復權」與拓展，究何所指，必須釐清。例如，談及「立憲意義的憲法」時，係指前揭一七八九年法國人權宣言第十六條所定，以權利保障及權力分立為要素的憲法；對

³ 普羅斯指出，近年來大部分著名的「主義」皆普遍受到質疑，而立憲主義屬於少數例外之一；甚至可以說，立憲主義是當代唯一幾乎獲得全面認同的政治理念。Ulrich K. Preuss, *The Political Meaning of Constitutionalism*, in Richard Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives* (1996), p.11.

⁴ 引自樋口陽一著，《轉換期の憲法？》，敬文堂，1996年，頁3。

照之下，十九世紀德國普魯士憲法與日本明治憲法即屬「表面立憲主義」的憲法。日本明治憲法時代，民權學派與神權學派對峙。前者以美濃部達吉為首，認為「立憲政治即責任政治」，主張閣員須對議會負責；後者以穗積八束為代表，堅持抗拒「國會專制」的「三權分立」方為「立憲制的本旨」⁵。然而，當代討論的立憲主義，其特徵除了強調「權力應受限制」外，並將人權價值列為本質內容，同時為了確保人權，免於受權力或多數人的侵害，更包含違憲審查制的要素。實際上，舊蘇聯及東歐地區各國，於其新憲法典中，即普遍採用人權觀念，並引進違憲審查制⁶。

但是，黑柏勒亦注意到，不論東方或西方內部，都有一股民族主義的意識型態正在沸騰，對某種階層而言，這可用來填補流失的價值觀念，而其危險性相當重大，不容掉以輕心。抑有進者，在「南」與「北」的緊張、矛盾關係中，屬於「南」的第三世界國家，經常高唱文化相對性，認為「憲法共同社會」是文化帝國主義強迫推銷的產物，而嚴加抗拒⁷。因此，關於立憲主義的普遍性與文化相對性如何調和，實為一大難題。即使美國，堪稱立憲主義的先驅，近年來亦出現反立憲主義的聲浪，頗值注意。

眾所周知，美國於一七七六年獨立宣言昭示，人生而平等，享有不可讓與的天賦人權，時為法國人權宣言訂定前十三年。而且，美國聯邦最高法院於一八〇三年 *Marbury v. Madison* 一案，建立違憲審查制，奠定多數人亦不得以票決方式加以侵害的人權觀念。第二次大戰後，各國直接或間接受美國影響，導入違憲審查制度，尤其一九七〇年代起，歐洲各國違憲審查蓬勃發展，甚至有「違憲審查制革命」的說法。如前所述，當代立憲主義強調多數人亦不得侵害的人權觀念，並且重視擔負人權保障任務的違憲審查制，用以限制權力的運作；由此觀之，稱美國為立憲主義的先驅，實不為過。此外，美國一向熱中於體制的輸出，由於美國在國際政治經濟體系的特殊地位，所以美國憲法亦成為最重要的「輸出品」，影響世界各國⁸。

然而，立憲主義之下，可選擇的體制具有多種模式，例如美國與法國分屬兩種典型，優劣不可一概而論。不管立憲主義的「復權」或「憲法共同社會」的成立，皆非意味著各國採取同一模式的體制。更何況，憲政體制必須與社會配合，並非可以原封不動輸入的貨品。事實上，舊東方陣營在立憲主義復權後，所採取的體制只有部分受美國影響，非全盤移植美國模式。例如，美國對立憲

⁵ 同註4，頁4。

⁶ 阪口正二郎著，〈立憲主義と民主主義〉，法律時報第79卷第1號，1998年1月，頁47。

⁷ 同註4，頁4~6。

⁸ 同註6，頁47、48。

主義所作最大的貢獻不外乎違憲審查制，惟舊東方陣營於體制轉換時導入的違憲審查制，毋寧是歐洲模式，亦即歐陸型違憲審查制。一般而言，儘管美國在法治原則、人權保障及政治多元主義方面具有普遍的影響力，但各國進行體制設計時，反而較常以西歐國家為借鏡⁹。憲政內的個別制度如此，國家整體模式的抉擇上卻又未必盡然，後者可以化約為一般意思型國家模式（雅各賓模式）與多元主義型國家模式（美國模式）的對抗，有關問題容於後述。

此外，近來美國有關立憲主義的討論相當熱烈，對象不限於憲政內個別制度的選擇，甚至包含立憲主義本身的取捨問題。換言之，美國一向標榜自由、民主的國家，惟立憲主義與民主主義如何並存，自始備受爭議。尤其，司法審查的民主正當性問題，堪稱憲法學的焦點，有關探討未嘗間斷，形成美國憲政發展上的一大特徵。無論如何，通說認為立憲主義與民主主義之間雖有緊張、微妙關係，但是仍可並存。值得注意的是，最近對立憲主義抱持懷疑或批判態度的新世代憲法學者陸續出現，克拉曼（Michael J. Klarman）屬於其中一人。克氏以反立憲主義者（anticonstitutionalist）自居，明白宣稱無須對憲法「忠誠」（fidelity）。此處所謂憲法，重點不在於特定的憲法典，而是具有普遍性價值的立憲主義。克氏進一步指出：「對於爭議性的政策問題，吾人可自行透過政治鬥爭加以決定（如同世界上其他許多國家一樣），而非由久不在人間的制憲者或比較不須對選民負責的法官決定。¹⁰」其批判的不僅是制憲者意思對現代人之支配，更且包括多數人亦不得侵害的人權觀念，以及對現時多數人意思構成拘束的違憲審查制度。時值立憲主義逐漸成為全球共識之際，這種「反立憲主義宣言」竟然在立憲主義先驅的美國崛起，的確耐人尋味。

吾人認為，上述反立憲主義的見解固非全然無據，但過度倚重「民主」程序，輕忽人權本質，不免流於偏執，難獲認同。有關理論問題，牽涉複雜，在此不便深究。其實，僅從人類歷史的角度觀察，亦可得知，反立憲主義蘊含諸多危險性，經不起經驗的檢證。

最後值得一提的是，「憲法共同社會」的成員在進行憲政制度設計時，往往基於個別的政治、社會等因素，有其特殊考量，所以呈現出來的制度類型不一，即使類型相同，內容亦有出入。基本上，這是無可避免之事，不足為奇。重要的在於，制度無論如何變化，皆須以個人尊嚴及人權的維護為依歸；因為，畢竟這是立憲主義不可動搖的本質內涵。我國從事憲政改革，似乎欠缺此一體

⁹ Joachim Jens Hesse, *Constitutional Policy and Change in Europe: The Nature and Extent of the Challenges*, in Joachim Jens Hesse & Nevil Johnson (ed.), *Constitutional Policy and Change in Europe* (1995), p.5.

¹⁰ Michael J. Klarman, *Antifidelity*, 70 S. Cal. L. Rev. 412 (1997).

認，因此經常陷入制度表象之爭，而忽略制度背後的實質意涵。幾年來，透過憲政改革完成國會全面改選、統治機構的組織與職權調整、總統直選及地方制度法制化，變化不可謂不大；惟就立憲主義而言，這些變化究竟產生多少正面效果？是否達成應有的任務？實有認真檢討的必要。最明顯的是，憲政改革過程中，人權問題始終未受重視；僅著眼於此，亦可看出問題的嚴重性。

三·人權價值的重新體認

如同一七七六年美國獨立宣言、一七八九年法國人權宣言及一九四八年世界人權宣言等著名宣言所示，只要是人，皆享有人權。這種人權「普遍性」的觀念，植基於個人尊嚴原理，不待贅言。但是，人權的普遍性是一種思想、一種趨勢，並不意味著人權保障在任何時代、任何地域皆獲得實現。實際上，在人類歷史中，到處充滿人權迫害情形。而且，人權思想的確立，也是時遭橫逆，備極艱辛。試觀戰前法西斯主義國家，以及戰後社會主義國家及第三世界獨裁國家的人權狀況，就可充分體會。

其實，即使是法國人，對一七八九年人權宣言也不盡滿意。過去人權宣言主要受到下列三種批判：第一，保皇派從反革命的立場，否定人權宣言的意義；第二，英國派以英國型君主立憲制及身分制自由為典範，排拒人權普遍性的觀念；第三，馬克斯主義論者基於意識型態批判的立場，抨擊人權宣言的虛偽性，認為人權只是用來掩飾階級壓榨現象的意識型態罷了。前兩種批判論有其歷史的制約，不待贅言；第三種批判論原本盛行於社會主義國家，經過一九八九年的大變局後，亦近乎銷聲匿跡¹¹。惟就現代法國知識份子而言，擁有一部著名的人權宣言固然值得驕傲，卻仍不免懷疑，人權宣言只是作為掩飾資產階級壓榨無產階級、帝國主義掠奪第三世界或男性歧視女性的工具而已。過去，在法國憲法問題的討論以統治機構部分為限，並未將人權包含在內。此外，第五共和憲法本身欠缺人權條款，直到一九七一年透過憲法法院的判決，才將一七八九年人權宣言注入新的生命，使其具有裁判規範的性質。由「人權先進國」的這些現象可以看出，人權價值的認識與實現的確相當不容易。

所幸，由於近年蘇聯及東歐國家的解體、變天，以及一九八九年天安門事件的強烈衝擊，加上聯合國人權條約的推動，促使人權價值日益受到重視，寢假成為全球多數國家的共識。此一進展，無論就個人幸福或國際和平的追求觀之，都是可喜可賀之事。惟不可諱言的，當前許多後進國家依舊實施軍事獨裁、強權統治，其當權者動輒以「文化相對主義」為藉口，提出諸如「亞洲價值」

¹¹ 樋口陽一著，《自由と國家》，岩波書店，1993年第11刷，頁15、16。

一類的標語，據以否定人權價值的普遍性。另外，部分地區興起民族主義或部落主義（tribalism）熱潮，引發血腥暴力事件，令人怵目驚心，感慨萬千。凡此種種，都對人權造成嚴重的威脅與破壞，並妨礙國際和平的進展。有鑑於此，在後冷戰時期世界新秩序的建設過程中，人權問題十分重大，必須世人共同關切。基本上，從個人尊嚴出發，理解人權保障的必要性與必然性，而且從時代的流變中，肯定人權是人類歷史的結晶，這是當代人應有的體認，也是建立及維繫憲法共同社會不可或缺的前提。

我國自一九八〇年代後葉起，從事憲政改革，推動一連串民主化、自由化工程，為人權保障營造有利的環境與條件。但是，一般人的人權觀念仍然相當薄弱，甚至明顯偏差，以致人權保障的成效未能達到理想境地。追根究底，台灣未曾經歷市民革命的洗禮，固為一大原因，而憲法及人權教育失敗，更是癥結所在。國人在三民主義教條的填鴨式教育下，普遍誤信所謂「革命民權」，而欠缺應有的「天賦人權」信念，因此無法建立正確的人權觀。這是極端嚴重之事，必須儘速解決，否則憲政改革將徒勞無功，我國會跟不上重視人權價值的時代潮流。

參·國民國家的建構與變化

一·近代國民國家的論理

主權與人權互為犄角，構成近代憲法的二大要項。這兩個觀念以國民國家的成立為前提，屬於近代的產物。雖然權利保障與權力分立在中世紀立憲主義傳統中業已有跡可尋，但是一七八九年法國人權宣言第十六條所稱權利保障，乃一般個人權利的保障，亦即人權保障，必待主權國家成立，實行國民主權，將身分制解體，使個人獲得解放後，才有實現的可能。法國人權宣言所以獲得舉世公認的不朽地位，根本原因在此。

近代憲法設想的國民國家，奠基於社會契約說的論理上。無論洛克或盧梭的社會契約說都主張，國家係由個人（自然權的主體）所創設，目的在於保障人權。惟就實際過程觀之，國民國家源於西歐，屬於歷史的產物，係經由人為因素創設而成的，並非自有國家即已存在。而且，唯當集權的國民國家成立後，人權的主體（個人）方能真正存在。例如法國，係努力將多樣化的語言及文化統合，凝聚成「國民」意識後，方建立起近代國民國家的典範。為了建立及約束國民國家，近代憲法擔負神聖艱鉅的使命。近代憲法採取國民主權及人權保障原理，正與其使命相對應。換言之，憲法採取國民主權原理，正與由憲法建

立國民國家的思想契合；又憲法追求人權的保障，亦與憲法所負約束國民國家的任務契合¹²。

然而，近代國民國家(Nation State, Etat Nation, 以下為行文方便，有時簡稱 NS)的意義，未必受到正確理解。因為，nation 具有兩種不同意涵，極易混淆。或謂二十世紀經歷三次「戰後」，每次都是帝國崩潰，NS 時代接著到來。亦即，第一次大戰後鄂圖曼帝國瓦解，第二次大戰後英法殖民帝國沒落，以及冷戰結束蘇聯解體，先後都有諸多國家獨立。但是，就立憲政治的角度觀之，這些新興國家一般不僅未有效改善自身的環境，反而製造出更多棘手問題。蓋彼等主張的民族自決(national self-determination)，重點置於由語言、宗教、文化及血統所界定的「民族」(nation)，在這種意義上的 NS，強調的是民族與國家的密切關連性，而不是人民自主意志的結合。其藉由民族(ethnos)的自決建國，目的係為對抗外來影響，以維護民族的獨立性，並非為了對抗政治壓迫及社會不平等，以追求人民(demos)的政治自律與自由。此一 ethnos 的 nation 觀念與 demos 的 nation 觀念不同，係先於國家的存在，屬於自然形成者。反之，法國為近代國民國家的典型，強調 demos 的 nation 觀念。該觀念建立在社會契約的擬制上，屬於人為的結果。法國大革命時期透過第三階級制憲權的行使，確立法國的 nation 觀念，而 nation 的制憲意思力繫於參與制憲之全體個人，要非由超越個人的實體所形成¹³。國家統合的象徵，不是自然的「血與地」(Blut und Boden)，而是具有普遍價值的「自由、平等、博愛」(國籍法採取出生地主義，不採血統主義，為其實定法層次的反映)。是故，所謂近代立憲意義的 NS，係藉社會契約論理說明的國民國家(conception républicaine de l'Etat)，不是民族國家(conception nationale de l'Etat)；ethnos 是文化主體，demos 才是 NS 的要素；唯其如此，NS 可以成為個人基本權的屏障¹⁴。

立憲意義的國民國家將個人從民族神話解放出來，奠定個人無可取代的價值。若非對此有所體認，實不足以談論主權與人權的保障。試觀我國，近年來致力於憲政改革，已有相當成效，但在主權與人權的問題上卻面臨諸多障礙，未能順利克服。究其原因，不一而足，惟國人普遍欠缺國民國家觀念，恐係癥結所在。尤有甚者，政府論及兩岸關係時，往往無法超脫「一個中國」的思維模式，而不時出現「一個中國即是中華民國」、「一個中國，各自表述」、「一個國家兩個對等政治實體」、「中華民國主權及於全中國」、「中華民國主權及於中國，治權及於台澎金馬」、「一個分治的中國」、「一國兩治」、「一

¹² 同註 11，頁 206。

¹³ 樋口陽一著，〈「近代國民國家」再考〉，法律時報第 70 卷第 6 號，1998 年 5 月，頁 92。

¹⁴ 同註 4，頁 13、14。

國兩府」及「一國兩區」等說法。這些說法與國家概念格格不入，並且拘泥於語言、民族等自然因素，顯然完全漠視國民國家的論理。我國政府及民眾經常陷入國家定位與認同的迷思中，其來有自；這種現象嚴重影響憲政發展乃至國家安危，不容掉以輕心。最近李登輝總統發表兩岸之間為「特殊的國與國關係」看法後，「兩國論」受到高度關切，贊成者固然居多，反對者亦不在少數。此一問題的癥結，在於 ethnos 與 demos 的糾葛上。吾人認為，根本解決之道必須從國民國家的認識與確立著手，特別是在討論國家定位與認同時，須先解除 ethnos 的魔咒，建立 demos 的觀念與信念。

二·國民國家的動搖？

誠然，當代無論在國際或國內方面，國民國家皆呈現鬆動傾向。所謂「國家相對化」或「國家主權相對化」的說法盛行，適足以說明此一現象。此際再強調國民國家的重要性，並以國民國家作為解決我國國家定位與認同問題的關鍵，是否妥適？有無「時代錯誤」之嫌？此等疑問有待釐清，以下擬先就「國家相對化」、「國家主權相對化」的現象略加說明¹⁵，然後嘗試尋求解答。

首先，就國際方面觀之，二十世紀末葉經濟步入高度國際化時代，各國進行水平及垂直分工，保持密切關係。而且，隨著交通及資訊的發達，環境、和平及人權等問題，變成國際間共同關心的對象，必須以國際合作方式處理，各國不能獨斷獨行，自外於時代潮流。有關政策的主導權，未必掌握在個別國家手中，國家主權因此受到制約，在所難免。要之，不論多國籍企業活動、超級強國的軍事展現、網際網路世界及其他資訊媒體的發達，事實上都有突破國境障壁的效果，而對國民國家造成衝擊。

戰後國際組織蓬勃發展，聯合國固不待言，其他全球性或地區性國家間機構及非政府組織（IGO、RGO 及 NGO），亦陸續成立，發揮相當大的影響力。抑有進者，人權國際化乃現代人權思想的一大特徵，基於人權問題不再是單純國內管轄事項的觀念，聯合國或其他國際組織時而以人權問題為由，對有關國家進行干涉（例如，聯合國因庫德族人權問題，而對伊拉克採取強硬措施；北約組織因科索伏境內阿爾巴尼亞裔人權問題，而對南斯拉夫進行軍事制裁）。此外，各種國際組織經常作成決議、勸告、基準及宣言，藉以導引各國的決策與執行。即使這些國際性宣言等並無法律上的拘束力，卻因其內容代表該有關

¹⁵ 參照樋口陽一著，《憲法》，創文社，1992年，頁106~108；江橋崇著，〈國家·國民主權と國際社會〉，收於樋口陽一編《講座·憲法學第二卷：主權と國際社會》，日本評論社，1994年，頁44以下。

事項的國際水準，所以備受重視，主權國家通常不敢怠忽，更遑論公然違背。或謂當代國家主權因國際組織的活躍而事實上受到限制，亦不為過。

其次，在國家內部方面，地域主義儼然蔚為時代潮流。一九八〇年代起，全球步入「地方時代」，各國紛紛強調地方自治或地方分權，連具有中央集權傳統的法國，一九八二年亦在總統密特朗主導下，推動地方分權化改革，由此可見一斑¹⁶。地方分權的結果，國家主權必然會面臨一定的挑戰。

值得注意的是，西歐原係近代國民國家的發祥地，近年來一方面對外積極進行國際統合，成立歐盟（EU）；另一方面對內大力推動地方分權，並營造多元社會的環境，讓各種語言、族群、宗教及文化和平共存。尤其，歐洲人權法院可能判決一國的憲法或其他國內法違反歐洲人權條約，而要求該國修改法令制度。這種違憲審查制度的擴充，凸顯國家主權受限制的程度，具有深刻的意義。

三·國民國家的再確認

如上所述，當代國家呈現相對化走向，乃不爭的事實。這種現象是否意味著，伴隨國家相對化的發展，人民的自由成正比擴大？國民國家作為個人權利保障的角色，其歷史任務業已終結？無論十九世紀的價值中立性國家，抑或二十世紀的社會國家，都曾為了維護個人的自律性，而對宗教及經濟方面的社會權力加以規制，此等作用是否已經過時，不復重要？

吾人認為，在憲政上國家相對化的意義具有多重面向，未可一概而論。例如，由於國家相對化，外國人的人權保障可能日益提升，經濟管制可能鬆綁，因此有助於全球貿易的推展。對重視「國際化」的人而言，這是值得肯定的現象。但是，國家相對化未必等同於權力相對化。原本，近代國民國家以社會契約說為論理基礎，強調國家係個人意志的產物，既非自然生成，亦非神所創造的。「免於國家干預的自由」固然是國民國家重要的課題，惟其前提在於國家負有保護人民的義務，必須藉公權力排除宗教權力與經濟權力對個人的支配。如果國家放棄或怠於此等任務之履行，豈不意味著宗教權力與經濟權力將再度對個人的自由權利造成威脅¹⁷？事實上，今日世界各地宗教紛爭層出不窮，資本主義弊端揮之不去，尤其「民族」或「族群」的衝突此起彼落，不論在東方或西方，皆成為破壞人權的危險因素。面對這種現象，為了保障人權、落實立憲主義，殆有再度確認近代國民國家的意義與價值之必要。

¹⁶ 拙著，〈地方自治權的基本課題〉，月旦法學雜誌創刊號，1995年5月，頁8。

¹⁷ 同註13，頁91。

其實，歐洲於中世紀受羅馬教皇的權威籠罩，且有神聖羅馬帝國的存在；換言之，早在近代國民國家成立之前，歐洲已有一體性的先例。當時，封建諸侯各自統治領地，自由城市具備自治權，莫不顯示地域的自主性。有鑑於此，歐洲當前國民國家的相對化走向，實有其深遠的歷史傳統¹⁸。其他地區的國家並無這種歷史傳統，似不宜相提並論。而且，現階段國際社會對主權國家尚乏有效的法律強制手段，為了達成規制目的，往往僅能訴諸道德或現實的力量。無論如何，今日談到憲法及國家時，仍然不能排除主權概念。即使刻意規避主權概念，只要國家權力繼續存在，終究還是必須面對同樣的問題。國民國家所承擔的任務，在國家相對化的時代，不僅沒有消失，恐怕還有增無減。

在此必須重申的是，近代憲法設想的 NS，其所稱 nation 乃人為的產物，亦即 demos 意義的 nation，與既有的民族不同。NS 非民族國家，而是藉社會契約論理說明、藉建國（nation building）意識形成的國民國家。唯其如此，方能彰顯個人的存在價值，建立以個人為主體的人權體系。demos 的 nation，其法上的具體存在，不外為一七八九年法國人權宣言所定的「市民」（citoyen，此一概念的詮釋，詳於後述）。透過市民對主權的參與，個人的人權始得以確保。即使國家相對化的現象不容否認，市民參與公共事務的意義還是十分重大。此際，國民國家的任務毋寧更加吃重，一方面要防止經濟及文化國際化所可能衍生的弊端，以確保公正自由的競爭環境；另一方面要對抗密勒（J. S. Mill）所稱「社會專制」（social tyranny）加諸個人的有形無形箝制，以維護自由且自律的人權主體之存在。要之，若無市民，即無 NS；若無 NS，亦無市民。今日，重新思考盧梭所說的：「吾人成為市民（citoyen）之後，才能成為人（homme）」一語，當有更深一層的體會¹⁹。然而，我國一般人在思想上是否有此認知？法律制度及憲政運作是否恪遵此一精神？這些問題關係重大，在在都須檢討。當然，在思考個別制度之前，須先進行國家模式的選擇。法國允稱近代國民國家的典範，值得借鏡，固不待言。而美國模式與法國正好形成強烈對比，亦不容忽視。前者為一般意思型國家模式，後者為多元主義型國家模式，次節將予分析比較，提供取捨的參考。

¹⁸ 同註 4，頁 11。

¹⁹ 同註 13，頁 93、94。

肆·國家模式的選擇

一·一般意思型國家模式

十九世紀的馬克思觀察法國市民革命及階級鬥爭後表示，法國是「憲法史的實驗室」。二十世紀的史密特（C. Schmitt）對法國大革命之偉大驚嘆不已，強調法國是近代國家的典範。兩位德國學者分別從經濟及法學的觀點，將德國與法國對照比較，從而肯定法國在近代史上的特殊地位，頗耐人尋味。

依照史氏的看法，德國於政治上存有階級制度，法律上結社自由受保障，未能形成個人與集權國家的兩極構造，以致做為政治統一體的主權國家岌岌可危。反之，法國大革命徹底瓦解身分制的「中間團體」，從原理上否定多元主義，而建立個人與集權國家的兩極構造。原本在絕對君主時代業已出現的主權國家型態，因大革命而告底定，此後國民取代君主，甚至獲得更強的絕對性，故具有劃時代的意義²⁰。

思想史上，近代有關個人與國家兩極構造的描繪，霍布斯（Thomas Hobbes）的「巨鱗」（Leviathan）一書為其嚆矢，洛克承續之，所不同的是，霍布斯視維護個人的生存安全為國家首要任務，而洛克則將個人的自由置於最優先地位。法國於市民革命後依循洛克理論，建立個人與國家兩極構造。換言之，於經濟社會方面廢除領主土地所有制，於政治社會方面廢除身分制，從而將個人解放，同時將權力集中至國家手中。法國大革命徹底追求個人解放與國家集權，對介於個人與國家間的一切「中間團體」，抱持敵視態度。因為革命的中心課題在於瓦解當時的結社（身分制團體），建立以自由的個人為基礎之社會，所以一七八九年人權宣言中不含結社自由。

其實，英國承續霍布斯至洛克的譜系，亦可納入個人與國家兩極構造的範疇。不同的是，英國徹頭徹尾追求洛克所強調之「免於權力干涉的自由」，而法國卻又重視盧梭所揭示之「參與權力的自由」，認為人民參與國家一般意思的形成，乃能確保個人自由。這種雅各賓主義的觀念，正是使法國獨樹一幟，確立近代國家典範的關鍵。

申言之，一六八九年的英國繼續沿襲身分制自由及充滿身分色彩的兩院制，難免使個人與國家的兩極構造弱化。至於法國，一方面受洛克影響，建立個人與國家兩極構造，另一方面採行盧梭見解，重視「參與權力的自由」。如

²⁰ 樋口陽一著，同註 15 所揭書，頁 37。

法國人權宣言所示，國家係為維護以自由權為核心的自然權，乃能取得正當性；國家權力（主權）的行使，必須由全體市民參與；而保障人權的任務，由主權者本身擔負。此種場合下的市民，係指參與國家組織及運作的統治主體（個人），亦即具體的主權者之成員。如此，國家權力與主權結合，取得正統地位；地方分權及中間團體因為欠缺這種正統性，所以遭到忽視或排斥。在這種情況下，個人與國家的兩極構造益形穩固。

法國第三共和採行議會中心主義，視法律為一般意思的表現，享有最高規範性。至此，一般意思型國家模式於實定法秩序上屹立不搖。即使一九五八年第五共和憲法在戴高樂主導下，從議會中心主義向總統中心主義移動，其視法律為一般意思的表現，享有最高規範性的觀念，仍未動搖。差異在於，過去一般意思的決定權由議會獨佔，如今則重視一般意思的權威之泉源（國民），而將國民置於議會之上。一九六二年修憲後，總統經由公民直選產生，具備堅強的正當性。總統可透過公民投票，以尋求民意的方式對抗議會。實際上，從第三共和到第四共和期間，法國小黨林立，議會內未能形成穩定的多數派，對「一般意思」的決定而言，欠缺強力的主體。反之，第五共和時期，在總統中心主義的統治構造下，最初藉由戴高樂總統的威信，形成多數派，而後更因總統與議會多數派一致，奠定多數型民主政治，使一般意思型國家模式的機能得以有效發揮。惟一九七〇年代，尤其是八〇年代以後，情況發生變化，一般意思型國家模式開始動搖²¹，有關問題，詳如後述。

二．多元主義型國家模式

法國在雅各賓主義傳統下，否定中間團體的結社自由，對地方分權的態度冷淡，其描繪的社會呈「國家↔個人」兩極構造，並以國民主權為依據，僅承認國家權力的正當性。基於這種集權模式，法的創設由國家所獨佔，唯有立法機關制定的法律（loi），為一般意思的表現，方能享有法（droit）的地位。

美國多元主義的傳統，恰與法國形成強烈對比。早在制憲當時，麥迪遜（J. Madison）即於「聯邦論」（The Federalist, 1788）一書第十篇中指出：「文明國家內，由於需要產生了土地、製造業、商業、金融和其他方面的利益集團，由於不同感情與思想的激發，它們把社會分成了不同的階級。現代立法的主要任務，就是要對這些互相干擾的利益加以調節²²」。實際上，美國的確充滿多元社

²¹ 同註1，頁54、55。

²² 引自漢彌爾頓、麥迪遜、傑約翰著，謝叔斐譯，《聯邦論》，今日出版社，1985年再版，頁56。

會的特質，各種社會權力在結社自由保障下，以「輿論」為後盾，取得正統性。在立法過程中，遊說活動公然為之，司空見慣。在司法過程中，對判例法的形成，訴訟當事人及律師扮演重要角色。十九世紀中葉托克維爾（Alexis de Tocqueville）以法國人的眼光看美國，指出美國社會具有司法權機能強大、重視聯邦制與地方分權，以及喜好結社等三大特質，確有獨到的見地²³。

三·兩種國家模式的抉擇

一般意思型國家模式與多元主義型國家模式的對比鮮明，究以何者為優，不能遽下論斷。事實上，二者分別在法國與美國成立，各有其特殊背景，並非歷史的偶然。而且，二者表面看來針鋒相對，在思想的深處卻有重大的共通點。近年來法國因為憲政演變的結果，出現向美國模式靠近的跡象，更是值得注意。

法國大革命時期，為了打破身分制社會結構的束縛，不得不對中間團體採取排斥立場，藉個人與國家兩極構造強調個人的存在，進而確保個人的自由。一七八九年法國人權宣言未將結社自由納入保障，實有歷史的必然性。相對而言，美國係由移民至新大陸的個人所組成，自始沒有身分制團體（corps）的箝制，方有暢談自發性結社（association）的可能。如同美國獨立宣言所示，美國係參照洛克學說，循「個人的自然權→依契約成立的政府→以抵抗權制裁違反契約的政府」的革命論理建國。唯其如此，英國身分制立憲主義引進新大陸後，可以脫胎換骨，據以建立多元主義型國家模式。但是，無論如何，法國與美國都是個人主義的信奉者；所不同的是，法國採取反結社的個人主義，而美國傾向於親結社的個人主義，這正是法國大革命與美國獨立革命不同之處的反映²⁴。

時代改變，憲政體制與政治生態異動，國家模式亦可能出現變化。法國近年來的發展，就是典型的例子。尤其，法國自一九七〇年代起，憲法院的違憲審查功能提升，扮演重要角色；一九八〇年代起，推動地方分權改革，體驗左右共治（cohabitation）狀況，並且對集權及反結社的國家觀深入檢討，備受矚目。有趣的是，這些發展正好與十九世紀中葉托克維爾所描繪的美國社會三大特質對應。茲針對這些發展分述如下：

（一）依據一九五八年第五共和憲法設置的憲法院，最初並未發揮違憲審查機關應有的人權保障功能，迨一九七一年七月十六日年作成有關結社自由的著名判決後²⁵，情況改觀。該判決以憲法前言所稱「對一九四六年憲法前言確認

²³ 樋口陽一著，同註15所揭書，頁39。

²⁴ 同註1，頁64、65。

²⁵ 關於法人資格的取得，一九〇一年七月一日結社法原本採取單純申報制，後來該法修正案引進

並補充之一七八九年宣言……之摯愛」為著力點，承認一七八九年宣言、一九四六年憲法前言及「共和國法律所確認之基本原理」皆具有裁判規範性，可據以判斷法律的合憲性。因此，憲法院對一向被視為一般意思之表現的法律，可用裁判的方法審查其合憲性。如此一來，一般意思優越的原則遭到挑戰，近代法國集權國家的構造出現重新檢討的必要。

(二) 一九八一年密特朗政權成立後，相當重視地方分權，於一九八二年三月制定「關於鄉鎮市、縣及省之權利自由法」，正式推動分權化(décentralisation)改革；一九九二年二月制定「共和國地方行政指針法」，標榜「地域民主主義」(démocratie locale)；其中十年間復通過實施眾多相關法令，而有「法律革命」的說法²⁶，可見規模及影響層面之大。一九八二年法的改革內容主要為：(1)原則上廢止國家對地方自治團體的事前統制或監督，而只作事後適法性審查，以及由省會計院為財政上的監督；(2)將行政權賦予縣議會及省議會議長，使議長成為真正的地方行政首長；(3)將同一領域的事權統一分配予最適合之地方自治層級；(4)伴隨權限的分配，將有關財源一併移轉，並調整補助金制度，改善地方財政。一九九二年法基於行政透明化原理，強調地方自治團體的行政措施資訊公開；並基於住民參與原理，引進諮詢型住民投票制度²⁷。此番改革堪稱第三共和以降最大規模的地方制度改革，看似社會黨執政後的大膽嘗試，其實許多事項過去已經醞釀多時，逐漸取得共識。改革的結果，儘管出現諸多問題，有不盡理想之處，但是根據民意調查，絕大部分的法國人皆給予正面評價²⁸。無論如何，此次改革重視分權參與式民主，顯然與雅各賓主義傳統不符，對集權國家的憲法思想造成不少衝擊。

(三) 法國於一九八六年、一九九三年及一九九七年三度發生「左右共治」(cohabitation)。總統所屬黨派在國會未獲多數席次，不得不任命其他黨派者擔

結社適法性事前審查制，於國會審議時，經上議院三度否決，而下議院四度可決，依憲法第四十五條規定正式通過。上議院議長認有違憲之嫌，爰於一九七一年七月一日向憲法院聲請審查。憲法院指出，「共和國法律所確認之基本原理」中，包含結社自由的原則。依該原則，結社得自由為之，除特殊種類的結社另當別論外，僅能以事前申報為條件，無論行政權或司法權，皆不得對結社的適法性為事前之介入。參照樋口陽一著，《現代民主主義的憲法思想》，創文社，1977年，頁81、82。

²⁶ 中田晉自著，〈ミッテラン政權下における「地域民主主義」の形成〉，立命館法學第251號，1997年，頁164。

²⁷ 同註26，頁176。

²⁸ 大山禮子著，〈フランスの地方自治制度〉，法律時報第66卷第12號，1994年11月，頁52以下。

任總理職位，以致行政出現雙頭馬車現象。這種狀況下，各部門的協調工作顯得格外重要，由多數派民主朝向協合式民主（consociational democracy）發展，殆難避免。蓋多數派民主係以一定的社會同質性為基礎，藉兩大政黨（或兩大政黨聯盟）的政權輪替，確立政治責任，進而保障人民的自由。協合式民主則係意識到國內語言、宗教及民族的多樣性，而透過制度的設計，將其一併納入統治機構中，保持和平共存，避免引起社會的裂痕。英國為前者的典型，瑞士、荷蘭、比利時及奧地利為後者的代表例²⁹。法國第五共和獲得多數派民主的經驗，但「左右共治」時，政權輪替出現困難，非藉統治高層的協調無法使政治順利運作，故必須朝協合式民主發展。這種協合式民主與多元主義型國家模式較為契合，而與一般意思型國家模式多所扞格。法國輿論，一般對於「左右共治」經驗表示善意的回應；進一步，亦對多元社會團體之功能給予肯定的評價。

由上述可知，一般意思型國家模式與多元主義型國家模式各具特色，與憲政運作情況息息相關。制定及解釋憲法時，究竟選擇何種模式的立場，難免對結果造成影響，故須審慎為之。論者認為，在人權領域上，若選擇一般意思型，則強調個人免於結社侵害的自由，會運用人權在私人間的效力理論，追求「免於法人侵害的自由」、「免於部分社會侵害的自由」；反之，若選擇多元主義型，則重視免於國家干涉的結社自由，會積極肯定「法人的人權」論，或依「部分社會」論，消極避免司法的介入。在統治機構領域上，一般意思型傾向於透過選舉選出「全體國民的代表」，且對地方分權較為冷漠；多元主義型則顧及現實、部分國民意思的代表，重視地方分權的機能³⁰。但是，依吾人我見，這種對比固然有其根據，但只是理論上相對的傾向而已，並非必然的結果。例如，美國為多元主義型國家，其對社會權力侵害人權的問題亦相當關心，曾透過判例建立「國家行為」（state action）理論，將人權規定適用到私人之間。

無論如何，兩個典型的模式各有千秋，對我國而言，究以何者較為可採，頗值探討。吾人認為，今日乃價值多樣化的時代，社會內部各種利害相互對立，勢難避免，所以多元社會的發展趨勢已成定局。在此一前提下，是否尚有「一般意思」存在的可能？如果有之，除了讓社會內的各種利益或價值主張皆能呈現，而在政治過程中經過辯駁、溝通及妥協後，最終以多數決方式決定，權且做為國家意思外，難道還有其他方式可循？因此，多元主義政治過程應為當代民主國家必然的選擇。當然，為維護多元主義政治過程的存續，必須保障社會成員平等參與的權利，並賦予落敗之角逐者最起碼的保障，以確保少數利益或價值主張經常存在的空間，以及討論、對話的機會。所謂最起碼的保障，不外

²⁹ 樋口陽一著，《權力·個人·憲法學》，學陽書房，1989年，頁107、108。

³⁰ 樋口陽一著，同註15所揭書，頁40、41。

乎多數決所不能剝奪的「人權」³¹。尤其須要考量的是，台灣不曾經歷過市民革命，過去長久之間人民在威權體制下生活，人權欠缺保障，結社自由受剝奪，並且未真正享有主權者的地位，而形成不折不扣的集權國家。如今，情勢改觀，人民開始有機會享受人權，行使主權者的權力。問題是，國家機器龐大無比，未經中間團體整合的個人如何駕馭國家？沒有社會權力分擔制衡國家權力的任務，又如何確保個人的自由權利？台灣內部存有多數族群，蘊含多元社會的契機，要徹底實現個人與國家兩極構造的法國傳統模式，似乎相當困難。職是之故，參酌多元主義的美國模式，以建立現代化的國民國家，似乎較為可行。不過，私人團體或社會權力一方面可緩和國家權力對個人的威脅，他方面本身亦有壓制人權的潛在危險性。如何防止私人團體或社會權力侵害個人，以及如何確保個人在國家意思形成上的主體性，以免被利益團體所僭奪，都是制度建構及運作時必須注意的課題³²。於此，問題又回到原點，亦即回到如何實現主權及人權保障的憲法原理面向上。

伍·市民權論的省思

一·市民權論的發展契機

在「國家相對化」議論下，重新思考國家與國民的定位，從而再度肯定近代國民國家的價值及必要性，殊有意義。然而，值得注意的是，近年來隨著國民國家的動搖，另外出現一個備受關心的議題。特別是一九八〇年代中葉以降，西歐各國對市民（citoyen）³³的地位、資格或市民權（citoyenneté, citizenship）之討論愈來愈熱烈。英法兩國素以具有悠久的市民社會自豪，不但未自外於這股熱潮，而且對有關課題的重視程度十分顯著。究其原因，主要在於歐洲進行統合後，歐洲市民權的問題自然浮上台面，不得不設法解決。進一步言之，國際化與地域化乃當代全球性的趨勢，促使各國必須超越國家、國民及國籍的藩籬，檢討傳統的市民概念，乃至思考「新市民權」或市民主權的可能性。

日本未曾經歷徹底的市民革命，市民社會是否已經成形，猶待商榷；惟可

³¹ 高橋和之著，〈「國民主權」の諸形態〉，法律時報第68卷第6號，1996年5月，頁28。

³² 毛利透著，〈國家意思形成の諸像と憲法理論〉，收於樋口陽一編《講座 憲法學第一卷 憲法と憲法學》，日本評論社，1995年，頁54。

³³ citoyen 譯作「市民」，有被誤解成「都市的住民」之虞，似乎難謂允當。我國一般將

確定的是，市民權及市民概念在日本仍然處於未定狀態，而近來「市民立法」、「市民主權」及「市民時代」等用語卻相當流行。基本上，日本最近一方面受到西歐各國影響，另一方面為因應實務上的變化與需要，逐漸對市民權的問題展開理論探討，以及進行對策的研擬。例如，長期居留日本的外國人應否賦予參政權一事，受到普遍關切，連帶引起國籍概念的檢討；阪神大地震時，民眾志願投入救災行動，促成市民非營利活動的積極發展，並引發民間非營利組織（non-profit organization, 簡稱 NPO）法的立法契機。在這種情況下，以市民主體取代國民主體的政治論點出現，而「現代市民社會」論亦成為法學及政治學界關注的焦點。憲法學者於進行主權論的檢討時，開始提出「市民主權」論的構想，並討論民主的意思形成過程中市民參與之方法問題³⁴。

反觀我國，對近代國民國家的觀念仍然十分生疏，在欠缺社會契約說的認知下，國家係由人民以意志建立，亦即「建國」（nation building）的意識相當薄弱，因此國民於國家中往往處於被動角色，所謂國民主權原理，自然無法落實。至於國家主權，由於政府的自我矮化，以及中華人民共和國在國際上的強力打壓，一直陷於難以伸張的窘境。基於此一前提，我國在面臨「國家相對化」的時代傾向時，有待解決的課題必然更加複雜、棘手。關於市民權問題，就是最典型的例子。

我國過去長期實施動員戡亂體制，中央民意代表四十幾年未改選，造成「萬年國會」的荒謬現象。迨一九九一年底起，中央民意代表全面改選，國民的參政權乃有實現的可能。因為一切尚在起步階段，國民參政權的問題已經窮於應付，豈有餘裕兼顧外國人的參政權問題？但是，我國近年來不斷引進外籍勞工，外籍女婿及媳婦抗議不公平待遇的聲浪亦時而可聞，由此可見，外國人參政權及國籍制度的爭議，遲早會成為政治的焦點。此外，國人的戒嚴心態逐漸消除，民眾參與公共事務或其他非營利活動的意願愈來愈提升，加上制定公民投票法及公投入憲的主張甚囂塵上，所以今後市民權的課題勢必無可規避。有鑑於此，下文擬針對市民概念、市民權論的動向及市民主權的可能性等相關議題加以討論。

³⁴ 辻村みよ子著，〈市民の政治参畫：國家像の變容と「市民主權」・NPOの可能性〉，ジュリスト第1133號，1998年5月，頁65。

二·市民概念的演變

demos 的國民概念屬於近代產物，構成國民主權原理的支柱，而其法上的具體存在形態，則為一七八九年法國人權宣言所稱的「市民」(citoyen)。惟市民概念具有歷史的可變性，古代與近代不同，現代亦與近代不可同日而語。

在希臘羅馬時代的城邦或都市國家(Polis, Civitas)，市民係指作為政治參與主體的公民，實際上即具有戰鬥能力的男性土地所有人。中世紀都市發達後，由都市住民構成的市民概念出現，此時所謂市民，等同於經濟上能夠自立的布爾喬亞階級(bourgeois, Bürger)。到了十六世紀，布丹(J. Bodin)建構君主主權論，在君主制國家的論理下，改以臣民的性質看待市民。迨法國大革命時期，普遍性人權觀念及國民主權原理確立，新的市民概念乃應運而生。

一七八九年法國人權宣言的正式名稱為「人及市民之權利宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)，顧名思義，其權利內容區分成「人(homme)的權利」及「市民(citoyen)的權利」兩大類。「人的權利」即一般人的自然權，包含自由(精神自由)、所有權(經濟自由)、安全(身體自由)及對專制的抵抗(第二條)四種。「市民的權利」則為直接或間接參與立法的權利(參政權)，以形成一般意思為目的(第六條)。依其規定，權利主體區分為「人」(homme)與「市民」(citoyen)；前者泛指一般人，亦即由身分制解放出來的個人；後者則指參與政治意思決定的主體，亦即享有參政權者而言。申言之，法國人權宣言表明，國家係為維護以上述自由權為核心的自然權，乃能取得正當性；國家權力(主權)的行使，必須由全體市民參與；而保障人權的任務，由主權者本身擔負。此種場合下的市民，係指參與國家組織及運作的統治主體(個人)，亦即具體的主權者之成員³⁵。

法國人權宣言的市民概念著眼於政治參與，明顯受到盧梭思想影響。盧梭於「社會契約論」一書中，藉社會契約說將自然狀態中的自由(liberté naturelle)轉化成社會中的自由(liberté civile)，並強調「法律」(loi)為人民「一般意思」(volonté générale)的表現，人人皆須服從。制定法律的主權者，全體合起來稱為「人民」(peuple)，分開來個別稱為「市民」(citoyen)，從服從法律的角度則稱為「臣民」(sujet)³⁶。盧梭曾謂：「吾人成為市民(citoyen)之後，才能成為人(homme)」，這句話適足以說明市民概念的重要性，並可彰顯盧

³⁵ 拙著，〈人權的「光」與「影」〉，月旦法學雜誌第44期，1999年1月，頁50。

³⁶ 拙著，同註2所揭書，頁115以下。

梭思想與人權宣言的淵源關係³⁷。

然而，法國於一七九一年憲法制定階段，藉希葉斯(Emmanuel Joseph Sieyès)的「主動市民」與「被動市民」區別論，使男性限制選舉正當化，並在解釋論上將人權宣言第六條的市民限定於「主動市民」(部分有產男性)。而且，一七九一年憲法中，市民概念與國民概念劃上等號，所謂法國市民，即法國國籍的保有者。其後，一七九二年八月廢止「主動市民」與「被動市民」的區別。一七九三年憲法標榜「人民(peuple)主權」，確立共和制與男性普通選舉制，並將市民界定為具備意思決定能力的個人，承認所有市民(男性)皆有參政權，為主權者。依該憲法規定，「主權屬於人民」(權利宣言第二十五條)，「主權者人民，為全體法國市民」(憲法第七條)，凡在法國出生且居住的二十一歲以上法國人(男性)，或符合一定要件的外國人(男性)，可行使法國市民的權利(憲法第四條)。準此，市民意指主權行使者或選舉人，顯與一七九一年的觀念不同。就市民概念的發展觀之，法國在第一共和制下遵循古典用法，從政治參與的角度界定市民，確立市民之公的性格(公民概念)³⁸。

反之，自近代以降，德英等國的市民概念逐漸去除前近代之身分色彩，而與國民概念結合。法國於十九世紀中葉後國籍法立法完備，國籍概念明確化，市民與國民概念亦有混同現象。

自二十世紀後葉起，市民概念呈現多元化，基本上包含下列三種用法：(1)指國籍保持者(國民)，(2)指政治權利的主體，(3)指私領域中具備自律性的個人。此外，九〇年代以降有關歐洲市民權議題的討論上，更出現兩個對照的概念。其一係將歐盟參加國的國民全體合稱為「歐洲市民」(馬斯垂克條約使用的概念)，其二係超越國籍概念的範疇，建立一種「新市民權」概念，亦即將永久居留的外國人納入市民概念中，甚至提出超越國境的「地球市民」構想。要之，市民的內涵擴大到外國人及私領域，可以說是現代市民概念的特徵。

綜上所述，市民概念的變化與人民擴大參與息息相關。從此一角度著眼，市民概念可化約為兩種：一是狹義市民，指在公領域參與政治的市民，一七八九年人權宣言中參與主權行使的自律性個人屬之；二是廣義市民，指在私領域參與政治社會的活動者。無論狹義市民或廣義市民，當代都同樣面臨應如何擴大其主體及參與管道的課題(關於市民參與，質的提昇同樣重要，但限於篇幅，

³⁷ 樋口陽一著，〈<citoyen>の可能性—「國家の相對化」の文脈のなかで〉，收於深瀬忠一教授退官記念《平和と國際協調の憲法學》，勁草書房，1990年，頁49。

³⁸ 辻村みよ子著，〈「市民」と「市民主權」の可能性—國家の相對化のなかでのシティズンシップ論議をめぐって〉，法律時報第70卷第8號，1998年7月，頁77、78。

下文討論以量的擴大為主)。

三·市民參與的擴大

首先，狹義市民為政治權利的主體，自古至今，其範圍不斷擴大。前近代的市民以具有特定身分及戰鬥能力者為限，近代廢除這種限制，但仍採取男性限制選舉制，一七八九年人權宣言區分主動市民與被動市民，即其著例。邁入現代後，始建立男女普通選舉制，廢除一切性別、種族及財產的限制。近年來，市民是否應進一步擴及已取得永久居留權的外國人，更成為各國關切的課題。

我國憲法採取普通選舉制，不分男女，原則上只要年滿二十歲即有選舉權，年滿二十三歲即有被選舉權。從擴大市民概念的觀點出發，似可仿效西歐國家通例，將選舉權資格年齡下降至十八歲。在野的民進黨及若干民間團體曾明白提出此等政策主張，頗符世界潮流。一九九九年第三屆國民大會第四次會議中，部分代表即提出修憲案，主張將選舉權資格年齡將低為十八歲（第四十一號修憲提案），但未獲通過。平心而論，我國學校教育偏差，一般十八歲之人是否業已具備健全的政治判斷力，非無商榷餘地。又被選舉權的本質若以候選自由為中心，則與選舉權相同，都是為落實主權而行使的權利，二者的資格年齡似宜一致³⁹，目前被選舉權資格年齡高於選舉權的規定未必允當，亦可考慮調降。此外，外國人的參政權問題在我國尚未獲得重視，但在外勞及外國居留台灣人數日漸增加的情況下，此一問題遲早會浮上檯面，實有未雨綢繆的必要。諸如：現行憲法下，有無承認外國人參政權的可能性？被選舉權、服公職權與國民主權的關係如何？中央與地方層級的參政性質不一，是否應分別處理？這些問題涉及理論、規範及實務等層面，相當複雜而棘手，皆須深入檢討。

其次，當代民主政治強調民意的忠實反映，重視主權者對國政主導權的確保。因此，就人民與民意代表的關係而言，已從「純粹代表」或「法定代表」向「半代表」或「社會學之代表」發展⁴⁰。在此前提下，調整選舉制度、建立資訊公開制度、改進國會組織結構及強化國會調查權等，都是不容忽視的課題。抑有進者，現代國家為求直接反映民意，以及矯正代議政治的弊端，通常引進「半直接制」⁴¹，亦即在代表制外，兼採直接民主制，特別是重視公民投票制度

³⁹ 辻村みよ子著，〈選舉と「市民の意思形成」〉，公法研究第59號，1997年，頁146。

⁴⁰ 拙著，〈全體國民之代表〉，月旦法學雜誌第29期，1997年10月，頁10、11。

⁴¹ 依據法國憲法學的分類，民主政治分為純粹代表制（le gouvernement représentatif pur）、半代表制（le gouvernement semi-représentatif）、半直接制（le gouvernement semi-direct, la démocratie semi-direct）及直接制（le gouvernement direct）四種類型。辻村みよ子著，〈レフェレンダム

的設計與實踐。論者甚至表示，左右一九九〇年代政治發展的關鍵，在於公民投票。吾人認為，這種說法一點也不為過。試觀蘇聯解體及歐洲統合等一連串的政治變局中，許多國家的憲法都連帶產生變動，而在這些發展過程中，公民投票顯然扮演舉足輕重的角色，由此可知上述說法有其道理。

就我國政治現實觀之，無論著眼於台灣與中國的關係，或者中央民意機關的政治生態，都可體認出直接民主的制度設計的重要性。事實上，我國現行憲法規範即採半直接制，除代表制外，並納入直接民主制，此從憲法第十七條規定「人民有創制複決之權」、第一百二十三條規定「縣民關於縣自治事項，依法律行使創制複決之權」及第一百三十六條規定「創制複決兩權之行使，以法律定之」，可以證明。僅就此點而言，我國憲法兼顧直接民主制，可謂與當代民主國家的發展趨勢若合符節。遺憾的是，我國迄今為止，由於立法怠惰，以致創制複決兩權欠缺法律依據，而無從行使。邇來有關制定公民投票法的主張甚囂塵上，亦因執政黨的排斥與反對，而未能付諸實現。這種背離時代潮流的心態與作法，應受嚴厲的批判、譴責。

至於廣義市民方面，其範圍未若狹義市民明確，法律上的定位亦較模糊。基本上，廣義市民的範圍應大於狹義市民，即使是未成年人或外國人，無法行使參政權，亦可能屬於廣義市民，得透過集會、遊行或請願，以從事一定的政治社會參與。不過，廣義市民既然是社會運動及市民活動的主體，自當具備判斷問題、決定事情及負責的能力，而為自律性的個人。

廣義市民參與的活動範圍極廣，除政治活動外，更包括各種社會活動。以日本為例，自八〇年代後葉起，公益性的非政府組織（NGO）及民間非營利組織（NPO）崛起，備受矚目。這些市民團體的活動性質，往往與民眾日常生活息息相關，具有強烈的公益色彩。日本為了促進此類團體及活動的發展，於一九九八年制定「特定非營利活動促進法」，對保健福祉、環境保護及國際合作等十二個領域的非營利團體提供法律上之保障，頗值注意。蓋於政府及企業之外，建構第三部門，由 NPO 這種市民團體提供社會服務，既可彌補政府機能的不足，又可監督政府的施政，減輕資本主義的流弊，而有助於多元市民社會的建立，以及民主政治的成熟。此一發展與日本正在推動的地方分權及行政改革方向一致，相當受到肯定，惟 NPO 要能成功，須賴各種條件的配合。NPO 本身體質健全，為首要前提，不俟贅言。此外，為確保 NPO 與政府部門在互動上的對等地位，應備齊各種相關機制。例如，讓 NPO 於行政計畫研擬之際即有參與

と議會の役割〉，ジュリスト第 1022 號，1993 年 5 月，頁 124；大石真著，《立憲民主制》，信山社，1996 年，頁 98 以下。

機會，建立資訊公開制度，以及建立 NPO 與政府間的意見交換及報告制度，都是不可欠缺的⁴²。

相較之下，我國這方面的發展顯得相當落後，不僅一般人的 NPO 觀念不足，即使近年來推動的地方自治及政府再造中，亦同樣缺乏此一考量，而有關法制付諸闕如，更不在話下。現行人民團體法雖有社會團體的規定，但其立法精神及內容與「動員戡亂時期人民團體法」乃至更早的「非常時期人民團體組織法」一脈相傳，完全側重管制而非保障，從結社自由的角度衡量，可議之處頗多。當然，想從人民團體法找出市民參與的精神或理念，簡直是緣木求魚。有鑑於此，如何從觀念、行政及法制的改進多管齊下，以擴大及強化市民參與，實乃當務之急。附帶一言，我國市民參與低落，而黑金政治猖獗，二者有如一體的兩面，值得深思。

在此，應注意的是，廣義市民參與和狹義市民參與必須兼籌並顧、相輔相成。甚至可以說，廣義市民參與的成功，係以狹義市民參與的健全為先決條件。換言之，若狹義市民參與不健全，而一味強調廣義市民參與，最後可能使廣義市民參與淪為替政府背書的橡皮圖章，或讓政府輕易卸責的藉口。

四·市民權論的時代意義

所謂「市民主權」，應建立在「人民主權」的基礎上。反過來講，當代「人民主權」必須藉助於「市民主權」的實踐，方能獲得新生命。「市民主權」與「人民主權」屬於並行不悖，而非相互排斥的原理，此從近年來法國有關的發展可以印證。蓋法國揭櫫人民主權原理，原本為典型的集權國家，採行一般意思型國家模式及一元型多數派民主，但在國際化及地方分權潮流下，亦不得不往多元化方向邁進。於是，身為人民主權主體的狹義市民，在國家意思的形成上，所扮演的角色更積極，所發揮的機能更強化。同時，廣義市民的社會參與亦逐漸擴大，與狹義市民的政治參與齊頭並進，共同作為落實人民主權的兩大途徑。

誠然，這種市民權論奠基於近代國民國家的架構上，難免受到反國民國家立場者的批判，共同體主義、民族主義、多元文化主義及女性主義論者時有反對聲浪，實非偶然⁴³。惟吾人認為，即使歐洲統合，地球村的理想漸受肯定，各種族群、文化及女性皆應受到尊重，但當前主權國家及政治權力仍然存在，是

⁴² 同註 33，頁 68、69。

⁴³ 同註 37，頁 78。

無法否認的事實。在這種情況下，做為主權與人權保障的前提之國民國家，必然有其不容忽視的意義與價值。於國民國家內如何落實主權原理，強化政治權力運作的民主性與合理性，仍是憲法理論的一大課題。市民權論及市民主權論的主張，就是嘗試提出一種有效的因應對策。法國在國民國家——人民主權——市民權的脈絡下，一方面維持既有的憲法原理，他方面掌握時代的需求，使憲法論推陳出新，足資借鏡。

如前所述，國家模式有一般意思型與多元主義型之分，民主政治有一元型多數派民主與多元型協合式民主之分。揆諸現今各國發展趨勢及國內政治條件，我國似以選擇多元型為宜。當然，無論選擇何種類型，都必須配置相對應的統治機構及法制，方能順利運行。但是，我國近年來推動的憲政改革及政府再造，顯然欠缺類型的認識，所以見不到整體的配套措施。就多元社會的建立而言，市民參與的擴大刻不容緩。惟放眼所見，狹義市民參與的擴大方面，僅有零星散落的討論，尚乏成果可言。至於廣義市民參與的擴大方面，更是遭到執政當局的忽視，毫無進展。凡此，皆係嚴重的問題，必須徹底檢討改進。

陸·結語

一九八〇年代末葉，東方與西方之間建立「憲法共同社會」，一掃冷戰時期的緊張對峙關係。這種劃時代的轉變，有其悠久的思想背景，以及深刻的理念基礎，絕非一時迸出的火花或偶然的結果。近代形成的主權及人權保障原理，歷經數百年的發展與考驗，成為主導當代國家定位與憲法走向的指標。作為主權及人權之前提的國民國家，雖然遭遇各種國內外因素的衝擊，但仍具有不可抹滅的價值與使命。「國家相對化」的現象應僅具相對意義，猶不足以動搖國民國家的根本。任何追求立憲主義的國家及人民，都不能忽視或排拒國民國家的論理。我國若要加入「憲法共同社會」，就須體認國民國家的重要性，從心態與行動上發揮國民國家的本質。

在國家模式方面，一般意思型與多元主義型各有千秋，形成鮮明的對比。從歷史背景及現實條件著眼，我國以採多元主義型為宜；惟鑑於「中間團體」亦有威脅或侵害人權的可能，故如何透過制度的建構及運作防止弊端，進而促成主權及人權保障原理的實現，同樣不容忽視。

近年來先進國家有關市民權的討論相當熱烈，藉市民概念的重新界定，以及市民在公私領域的擴大參與，讓國民國家脫胎換骨、活力再現，可以說是市民權論的一大重點。國內的注意力多未及於此，顯有須要省思之處。就我國而

言，為了凝聚國民國家的共識，建立多元社會的體制，應從市民權的角度多加思考，以找出正確、妥適的方針與措施。

總之，立於憲政轉換時期的我國，正面臨重要的抉擇關頭。無論關於國家定位或憲法走向的抉擇，都必須掌握一個原則，亦即以成為「憲法共同社會」的一員為目標。唯有透過各種努力達到此一目標，我國方能立足國際社會，而奠定長治久安的基礎。

參考書目

- 樋口陽一著，〈「近代國民國家」再考〉，法律時報第 70 卷第 6 號，1998 年 5 月。
- 樋口陽一著，〈〈citoyen〉の可能性—「國家の相對化」の文脈のなかで〉，收於深瀬忠一教授退官記念《平和と國際協調の憲法學》（勁草書房，1990 年）。
- 樋口陽一著，《自由と國家》（岩波書店，1993 年）。
- 樋口陽一著，《憲法》（創文社，1992 年）。
- 樋口陽一著，《權力・個人・憲法學》（學陽書房，1989 年）。
- 樋口陽一著，《近代國民國家の憲法構造》（東京大學出版會，1994 年）。
- 樋口陽一著，《現代民主主義の憲法思想》（創文社，1977 年）。
- 樋口陽一著，《轉換期の憲法？》（敬文堂，1996 年）。
- 辻村みよ子著，〈「市民」と「市民主權」の可能性—國家の相對化のなかでのシティズンシップ論議をめぐって〉，法律時報第 70 卷第 8 號，1998 年 7 月。
- 辻村みよ子著，〈市民の政治參畫——國家像の變容と「市民主權」・NPO の可能性〉，ジュリスト第 1133 號，1998 年 5 月。
- 辻村みよ子著，〈選舉と「市民の意思形成」〉，公法研究第 59 號，1997 年。
- 辻村みよ子著，〈レフェレンダムと議會の役割〉，ジュリスト第 1022 號，1993 年 5 月。
- 大山禮子著，〈フランスの地方自治制度〉，法律時報第 66 卷第 12 號，1994 年 11 月。
- 大石真著，《立憲民主制》（信山社，1996 年）。
- 中田晉自著，〈ミッテラン政權下における「地域民主主義」の形成〉，立命館法學第 251 號，1997 年。
- 毛利透著，〈國家意思形成の諸像と憲法理論〉，收於樋口陽一編「《講座・憲法學第一卷 憲法と憲法學》」（日本評論社，1995 年）。
- 阪口正二郎著，〈立憲主義と民主主義〉，法律時報第 79 卷第 1 號，1998 年 1 月。
- 阿部照哉等著，《基本的人權の歴史》（有斐閣，1985 年）。
- 高橋和之著，〈「國民主權」の諸形態〉，法律時報第 68 卷第 6 號，1996 年 5 月。

- 江橋崇著，〈國家·國民主權と國際社會〉，收於 口陽一編《講座·憲法學第二卷 主權と國際社會》（日本評論社，1994年）。
- 許志雄著，〈地方自治權的基本課題〉，月旦法學雜誌創刊號，1995年5月。
- 許志雄著，〈人權的「光」與「影」〉，月旦法學雜誌第44期，1999年1月。
- 許志雄著，〈全體國民之代表〉，月旦法學雜誌第29期，1997年10月。
- 許志雄著，《憲法之基礎理論》（稻禾出版社，1993年）。
- 漢彌爾頓、麥迪遜、傑約翰著，謝叔斐譯，《聯邦論》（今日出版社，1985年）。
- Joachim Jens Hesse, Constitutional Policy and Change in Europe: The Nature and Extent of the Challenges, in Joachim Jens Hesse & Nevil Johnson (ed.), Constitutional Policy and Change in Europe (1995).
- Michael J. Klarman, Antifidelity, 70 S. Cal. L. Rev. 412 (1997).
- Ulrich K. Preuss, The Political Meaning of Constitutionalism, in Richard Bellamy (ed.), Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives (1996)。

法政學報 第八期
1997年8月 第33頁～第62頁
Journal of Law and Political Science, No.8
August 1997 pp.33-62

二二八事件後的台灣省政府人事

陳翠蓮*

* 淡江大學公共行政學系副教授

目 次

- 壹· 緒言
- 貳· 二二八事件與陳儀去職的壓力
- 參· 陳儀與各政治派系的權位攻防
- 肆· 國民政府當局之決策考量
- 伍· 台灣省警備司令部與台灣省政府委員人事之定案
- 陸· 結論：代價與報償

壹·緒言

二次大戰結束後的幾年間，台灣政治情勢與制度變動急遽。1945年8月，日本戰敗投降，台灣重歸中國統治後施行特殊化的行政長官公署制，由陳儀出任台灣省行政長官，大權集於一身；不到兩年的時間爆發了全島性政治動亂，即二二八事件，事件後不久的1947年4月，台灣省改制為省政府制，由魏道明取代了陳儀出任首任台灣省主席。有關制度上的變革，學者嘗有深入論述，¹但對於人事上的安排運用，則鮮有人觸及。²

二二八事件的發生是促使戰後初期台灣省制與人事變動的主要因素，事件過程中代表人民一方的「二二八事件處理委員會」所提出的四十二條處理大綱中，政治要求幾乎就是環繞在「撤廢長官公署制」與「任用台人」這兩項議題之上。³前一項主張因台灣省政府改制，可以說得到具體的回應（至少在表面上是如此）；後一項主張則可由二二八事件後台灣省政府的人事安排來檢驗。政府最高當局如何回應民間的強烈籲求？「任用台人」的原則可曾被落實？這是相當耐人尋味的議題。

本文將檢視二二八事件後台灣省政府人事的爭議過程、政治派系的權位攻防，分析國民政府最高當局的決策邏輯，進而理解台灣民眾以上萬生命為代價所

¹ 關於戰後台灣政治體制的設置與變革問題，學者鄭梓的多篇文章論述完整，可參考鄭梓，〈國民政府對「收復台灣」之設計：台灣接管計劃之草擬、爭議與定案〉，《東海大學歷史學報》第9期，1988年7月，頁191-213。鄭梓，〈戰後台灣行政體系的接收與重建：以行政長官公署為中心之分析〉，《思與言》第29卷第4期，1991年12月，頁217-259。鄭梓，〈戰後台灣省制之變革：從行政長官公署到台灣省政府（1945-1949）〉，《思與言》第26卷第1期，1988年5月，頁133-146。

² 據筆者所知，僅有湯熙勇所為一文。見湯熙勇，〈戰後初期台灣省政府的成立及人事佈局〉，收錄於黃富三等主編，《台灣史研究一百年：回顧與研究》，台北：中央研究院台灣史研究所籌備處，1997年12月，頁125-150。

³ 四十二條處理大綱中的政治要求方面共三十條，制度上要求長官公署制改為省政府制、制定省自治法、縣市長民選等，人事上則要求省府處長職務三分之二以上、警察處長及各縣市警察局長、法制委員會委員半數以上、公營事業主管、各地方法院院長及首席檢察官、各法院推事檢察官以下司法人員之半數以上應由本省人擔任等。有關四十二條要求可參考「處委會闡明事件真相向中外廣播處理大綱」，收錄於鄧孔昭編，《二二八事件資料集》，台北：稻鄉出版社，1991年2月，頁271-278。

提出的呼籲換得了何種報償？文中除了以台灣省政府主席職位為焦點之外，也旁及台灣省警備司令、省府委員與處長的人事安排。

本文主要資料為中央研究院近代史研究所所出版的《二二八事件資料選輯》(一)、(二)，⁴ 國史館所出版之《國史館藏二二八檔案史料》(上冊)，⁵ 及美國國家檔案館(NATIONAL ARCHIVES)所藏國務院機密檔案中有關戰後初期台灣之史料。⁶

貳·二二八事件與陳儀去職的壓力

國民政府接收台灣後的統治政策中，最令台灣民眾在情感上、實質上難以接受的，首推迥異於中國其他各省的特殊化的「行政長官公署制」。根據「台灣省行政長官公署條例」的規定，行政長官集行政、立法、司法三權於一身，加上陳儀又被任命為台灣省警備總司令，軍權在握。其權力之大，冠於中國各省省主席，除了中央政府的監督之外，沒有任何機關可加以制衡。⁷ 甫從日本殖民統治下掙脫的台灣人民早對集權的「台灣總督府制」痛恨不已，新政權的制度設計不但承接了總督府的權力精髓，甚而變本加厲，使民眾產生殖民時期「總督府制復活」的錯覺，⁸ 台灣人民只要提到此制，莫不忿怒指責、搖頭歎氣，普遍稱呼長官公署為「新總督府」。⁹ 1946年7月，旅居上海的六個台灣人團體就已到南京向行政院、國防最高委員會、國民參政會及國民黨中央黨部等機關陳情請願，要求撤廢長官公署制，¹⁰ 但並未獲得具體回應。

其次，長官公署方面以台灣人民不能寫中文、不會講國語、不諳公文流程、

⁴ 中央研究院近代史研究所編，《二二八事件資料選輯》(一)，台北：中央研究院近代史研究所，1992年2月。中央研究院近代史研究所編，《二二八事件資料選輯》(二)，台北：中央研究院近代史研究所，1992年5月。

⁵ 侯坤宏主編，《國史館藏二二八檔案史料》(上冊)，台北：國史館，1997年2月。

⁶ 美國國家檔案館藏，國務院機密檔案，RG59，Department of State Decimal File 1945-1949。

⁷ 〈戰後台灣行政體系的接收與重建；以行政長官公署為中心之分析〉，頁235-241。

⁸ 連震東，〈台灣人的政治理想和對做官的觀念〉，《台灣民聲報》第9、10期合刊，1945年10月7日，收錄於張瑞成編輯，《抗戰時期收復台灣之重要言論》，台北：中國國民黨黨史會，1990年6月，頁327。

⁹ 關於台人對於長官公署制的反感情形，京滬地區媒體早在二二八事件前就多有報導而要求政府當局加以正視。參見鄭一禾，〈台灣的秘密〉，《新聞天地》第18期，1946年11月30日，頁3。〈隨時可以發生暴動的台灣局面〉，《觀察》第2卷第2期，1947年3月8日，頁18。

¹⁰ 楊肇嘉，《楊肇嘉回憶錄》(二)，台北：三民書局，1968年12月，頁354

缺乏有經驗的政治人才等理由，全面壟斷政府機關中上層職位。¹¹ 根據學者的統計，1946年3月以來，台籍公教人員人數驟減，相反的外省籍公教人員數目則持續上昇，¹² 其中，外省人職務以中上級為主，而台灣人則居於下級層次。¹³ 對於這樣的用人歧視政策所引發民眾的強烈不滿，台灣參議會議員屢屢在會議上力陳，呼籲多多任用台人，¹⁴ 但情形並未改善。

除了政治上的差別待遇，戰後台灣政治上貪污腐敗、經濟政策失當、社會問題叢生、加上文化差距所產生的衝突等種種問題，終於因取締私煙事件引發星火燎原，動亂全面爆發、不可收拾。¹⁵

事件擴大蔓延當時，3月6日，「二二八事件處理委員會」發表「告全國同胞書」，說明此次事件「目標在肅清貪官污吏，爭取本省政治的改革」；¹⁶ 同時，台灣省參議會議長黃朝琴、台灣省全體參政員亦分別致電國民政府當局，直陳台北暴動「實緣省署施政有失民心，積怨所致」、¹⁷「地方政府，民情隔膜，人員舞弊，人事制度紛亂，若干公警人員，不守法紀，輕視台省人才，省內外人任職，差別待遇」，¹⁸ 雖未明白要求陳儀下台，但失政罪責，無可旁貸。並且，台灣民眾已無法信任陳儀會對事件做妥善處置，電文中紛紛要求中央政府速派大員來台處理，以免事件擴大。¹⁹

同一時間內，島外台灣人各團體關切事件發展，奔走呼號。旅滬台灣同鄉會等六團體在上海緊急召開記者會，除了痛批陳儀當局違法濫權之外，更提出強烈訴求，指責「陳儀為慘案禍首，全台人民所痛心疾首之人」，「應請明令撤職嚴辦」；

¹¹ 梁辛仁，〈我們對不起台灣〉，《新聞天地》第22期，1947年4月1日，頁1。〈隨時可以發生暴動的台灣局面〉，頁18。

¹² 湯照勇，〈光復初期的公教人員任用及其相關問題〉，頁25。

¹³ 台灣省行政長官公署人事室編，《台灣一年來之人事行政》，台北：台灣省行政長官公署，1946年，頁7-8。

¹⁴ 台灣省參議會秘書處編印，《台灣省參議會第一屆第一次大會特輯》，台中：台灣省參議會秘書處，1946年5月，頁36、43、45等。

¹⁵ 陳儀深，〈論台灣二二八事件的原因〉，收錄於陳琰玉、胡慧玲編，《二二八學術研討會論文集》，台北：二二八民間研究小組等，1992年2月，頁27-76。李筱峰，〈二二八事件前的文化衝突〉，《思與言》第29卷第4期，1991年12月，頁185-215。

¹⁶ 《台灣新生報》，1947年3月7日。

¹⁷ 〈黃朝琴呈蔣主席三月魚電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁89-90。

¹⁸ 林德龍輯註，《二二八官方機密史料》，台北：自立晚報文化出版部，1992年2月，頁109-111。

¹⁹ 同註15、16。

²⁰ 「六百萬台灣同胞為求本身之生存，為爭取可貴之自由……非達驅逐陳儀、完成自治之目的，誓不休止」。²¹ 新生台灣建設會等二十八個旅外團體也向監察院陳情，要求「陳長官引咎善處，嚴重懲辦此次行兇之官吏，肅清貪污，以振官規」。²² 另外，旅滬台灣人意見領袖張邦傑、楊肇嘉、陳碧笙、陳重光等多人也組成「二二八慘案台胞慰問團」向監察院陳情，籲請「立將事變禍首陳儀撤職解京法辦，以懲其禍國殃民之罪」。²³

這些行動引起了中國大陸京滬地區新聞媒體對台灣事件的重視，報章雜誌陸續刊載文章，歷數陳儀上任以來的種種失政，及處理事件的乖戾不當，進而紛紛要求當局撤辦陳儀，以謝國人。²⁴

除了民間輿論強烈譴責，有志一同外，國民政府國防最高委員會也對陳儀的作為甚感不滿。3月5日，國防最高委員會第一次針對二二八事件召開會議，出席委員們對於出事已經一週，陳儀卻仍隱瞞消息，未向中央內政部、行政院、國防最高委員會等權責機關報告而深表氣忿，多人指責台灣所行制度政策與日本殖民當局無異，會議主席孫科更痛批陳儀集權、一手遮天，直言「陳長官非撤回來不可！」認為「內地人去台灣當主人，這是不對的，應當由台灣人自己來主持」。會議結果，「撤換陳儀」成為出席委員們的一致共識，並決定將此結論報告給國民政府主席蔣介石。²⁵

次日，國防最高委員會再召開會議，除了重複撤換陳儀，要求追究責任之外，會中並對做成「台灣事變處理辦法」三項決議，分別是（一）政府應派大員前往

²⁰ 〈旅滬台灣六團體二二八慘案聯合後援會聲明〉，收錄於陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷），台北：人間出版社，1992年2月，頁756-758。

²¹ 〈旅滬台灣各團體為二二八慘案告全國同胞書〉，收錄於陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷），頁754-756。

²² 〈新生台灣建設會等二十八團體為妥處台灣事件善後事致于右任呈〉，收錄於陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷），頁767-771。

²³ 〈二二八慘案台胞慰問團呈于右任關於處理台灣事件意見書〉，收錄於陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷），頁783-787。

²⁴ 如〈「正言報」載「喪國體、失民心，陳公俠何以自解：初論台北流血事件」〉、〈「立報」發表社論要求撤換陳儀〉、〈「文匯報」社論要求政府趕快解決台灣事件〉、〈「新中華報」社論「國家、人民、政客孰重？——論台灣民變的因果及解決方針」〉、〈「新民報」社論要求合理解決台灣事件〉等，均做如是要求，上述諸文及相關媒體報導與社論收錄於陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷），頁758-788。

²⁵ 中國國民黨黨史會提供，國防最高委員會常務會議第二二班至二二六次會議紀錄（一），第二二三次會，中央研究院檔案館保存。

該省宣慰；(二) 台灣省行政長官公署應依照省政府組織法改組為台灣省政府；(三) 改組時應儘量容納當地優秀人士。²⁶ 這三項決議成為後來政府當局處理善後的主要原則。

對於新附領土在自己統治下短短一年十個月後就發生驚天動地的劇變，民怨排山倒海而來，陳儀不可能不知道自己責無旁貸，但他仍未有毅然辭職的決心；在 3 月 6 日呈給蔣介石的電文上，他建議將長官公署改組為省政府，「但省政府主席一職務請鈞座另派賢能，必不得已，由職暫兼一時」，²⁷ 透露出仍想留任的打算。

更進一步來看，按照政治運作的慣例，即將去職的行政首長在未離職前僅是看守性質，將不對制度與人事做大幅更動，以尊重繼任的官員；但陳儀顯然不做此想。3 月 7 日，陳儀已著手籌備改設省政府的工作，欲啟用某些人士；²⁸ 3 月 11 日，陳儀更上電蔣介石，認為因台灣省情形異於大陸各省，而建議省府委員名額及各廳處之設置的增減變動，他請求蔣針對其多項建議即予核准，「俾可從速提出人選」、「著手改組」。²⁹ 這些動作都可以支持筆者上述的推論，即陳儀並未準備負起政治責任、辭職離台，相反的還希望接手改組後的台灣省政府，繼續留任。

熟悉台灣政情、並且隨後陪同白崇禧來台宣慰的監察委員丘念台，在他的回憶錄中證實了上述看法。丘念台說，陳儀原本強烈反對省政府制，但在事變之後，鑑於民意不可拂逆，不僅不再反對改制，並且希望繼續出任省主席，可惜為時晚矣。³⁰

參· 陳儀與各政治派系的權位攻防

台灣政情地動天搖，陳儀官位不保，國民黨內部各方政治勢力隨之蠢蠢欲動。

中國國民黨自創黨以來，黨內派系爭權從未間斷，尤其以 1930 年代末期至 1949 年這段期間達到最高峰。簡單的來說，國民黨內的政治系主要有以陳果夫、陳立

²⁶ 中國國民黨黨史會提供，國防最高委員會常務會議「台灣事變處理辦法」案，中央研究院檔案館保存。

²⁷ 〈陳儀呈蔣主席三月六日函〉，《二二八事件資料選輯》(二)，頁 78。

²⁸ 李翼中，〈帽簷述事：台灣二二八事件日錄〉，收錄於中央研究院近代史研究所編，《二二八事件資料選輯》(二)，台北：中央研究院近代史研究所，1992 年 5 月，頁 386。

²⁹ 〈陳儀呈蔣主席三月九日電〉，《二二八事件資料選輯》(二)，頁 144-145。

³⁰ 丘念台，《嶺海微風》，台北：中華日報社，1976 年 12 月，頁 286。

夫為首的「CC 派」、軍方特務系統的「軍統」、蔣經國、陳誠掌握的「三民主義青年團」、專業官僚的「政學系」、盤踞財經大權的「孔宋集團」等幾脈人馬。³¹ 抗戰勝利前夕，「政學系」勢力達到高峰，其中包括張群任國防最高委員會秘書長、吳鐵城任國民黨中央委員會秘書長、王世杰任外交部長、翁文灝任經濟部長、張嘉璈任交通部長、吳鼎昌任貴州省主席，戰後又確定由熊式輝赴東北、陳儀掌台灣、張治中到西北，引起其他派系的妒忌與不安。³²

台灣復歸中國統治，中國政府的政治生態被移植至台灣。被歸為「政學系」一員的陳儀，治台初期就因職位、權力與資源等因素而與各派系勢力一一交手。³³ 現在，陳儀釀成大禍，其他競逐的勢力自是不會坐視。

事件尚未平靜的 3 月 5 日，向來與陳儀不甚和睦的「CC 派」在台負責人、台灣省黨部主委李翼中主動往訪陳儀，並自請為使，赴中央請求協助，獲陳儀的同意。³⁴ 這項舉動於今看來是不懷好意，因為李翼中赴京後的 3 月 7 日就向將要奉派來台宣慰的國防部長白崇禧建議說：「台人厭之（按：指陳儀）矣，如愛陳儀不如速為去也！」³⁵ 陳儀的特使卻建議中央令陳儀速速去職，可見「CC 派」的居心。

李翼中並會同教育部長陳立夫、國防部長白崇禧研擬確定了〈處理台灣事件辦法〉一案，其要點包括改行政長官公署制為台灣省政府制、台灣警備總司令不由省主席兼任、省府委員及各廳處長儘量任用台人等七項。³⁶ 在此期間，中央方面傳出已內定朱一民為台灣省主席。³⁷ 朱一民，即朱紹良，江蘇武進人，日本振武學校、日本士官學校畢業，歷任軍職。³⁸ 從他的學歷出身來看，與蔣介石接近。

³¹ 關於國民黨內政治派系的問題，1999 至 1993 年的各期《傳記文學》刊載了許多派系中人的回憶記述；另可參考沈罪，《我知道的軍統內幕》（初版時地不詳），徐恩曾等著，《細說中統軍統》，台北：傳記文學出版社，1992 年 6 月，郭緒印主編，《國民黨派系鬥爭史》（上下冊），台北：桂冠圖書公司，1993 年 3 月等書。

³² 何廉，〈簡述國民黨的派系：何廉回憶錄之七〉，《傳記文學》第 62 卷 6 期，頁 88。

³³ 有關陳儀主台政之初與各派系間的糾葛可參考陳翠蓮，《派系鬥爭與權謀政治：二二八悲劇的另一面向》第四章第一、二節，台北：時報文化出版公司，1995 年 2 月。

³⁴ 〈帽簷述事：台灣二二八事件日錄〉，頁 381。

³⁵ 〈帽簷述事：台灣二二八事件日錄〉，頁 388。

³⁶ 〈白崇禧呈蔣主席三月四日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 129-132。〈帽簷述事：台灣二二八事件日錄〉，頁 386-388。

³⁷ 〈白崇禧呈蔣主席三月十三日呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 160。

³⁸ 中華民國人士錄編纂委員會編印，《中華民國人士錄》，台北：中國科學公司，1953 年 12 月，頁 61。

3月17日國防部長白崇禧蒞台宣慰的同一天，陳儀正式向蔣介石上了辭職書，表示對二二八事件的發生「不能防患於未然，深用負疚」，乞請蔣氏「念職衰老，不堪再膺繁劇，准予辭去台灣省行政長官兼警備總司令本兼各職，另選賢能接替，不勝感激」。³⁹

出人意料之外的是，表達辭意之餘，仍是待罪之身的陳儀，卻對繼任的台灣省主席人選有著強烈的主導意志。辭職的同一天，3月17日，他發出另一封電文，要求蔣介石審慎考量繼任人選，建議台灣省警備總司令由李良榮繼任，台灣省政府主席由蔣經國（按：時正隨白崇禧來台宣慰）或嚴家淦接任，並極其慎重的強調「鑑於台灣前途之危機，為使其永屬於中華民國，務請鈞座採納愚見，茲事關係國家，心所謂危，不敢不告」。⁴⁰ 李良榮及嚴家淦是陳儀擔任福建省主席以來的部屬，與陳儀關係深厚，這樣的人事建議有著濃厚的人脈屬性，至於提到蔣經國，恐怕只是虛晃一招。

3月18日，蔣介石迅速的批准了陳儀的請辭，不過，並無責備之意，還慰勉陳儀「收復台灣，勞苦功高，不幸變故突起，致告倦勤，殊為遺憾，現擬勉從尊意」。⁴¹ 確定去職了的陳儀，仍然頑強的要左右繼任的人事。也許耳聞了內定繼任人選的訊息，就在同一天，陳儀又致電蔣介石表示「聞將以朱一鳴（按：應為朱一民）兄充任台省政府主席，職實期期以為不可」，他列舉了三大理由，斷言朱一民將不適任。⁴² 因為一則朱氏「思想太舊，缺乏現代知識，昔在甘肅因甘肅經濟文化均甚落後，能消極的敷衍」，台灣則不然，非有真知卓見者，不能治理；二則現在長官公署各廳處主管人員皆一時俊逸，省主席倘不能志同道合，必渙然星散；三則台灣人對福州人感情極惡，朱氏生長於福州，恐難不用福州人。這封人事建言的函電甚為唐突，文中措詞毫不客氣、近乎攻訐；要求政務首長應配合部屬「志同道合」也殊無道理；而第三個理由更是牽強，因為陳儀治台的人馬主要就來治閩時期的班底，而長官公署以降所任用的外省籍公務人員中，正是以閩籍所佔比例最高。⁴³

同電文中，陳儀又再接再勵提出他認為的合適人選，他表示蔣經國已堅拒接任，苦思後推薦國民黨中央委員會秘書長吳鐵城擔任省主席，嚴家淦調任省府秘書長為佳。陳儀並且請求飛返南京以繼續貢獻他對於省府委員及各廳處長人選的

³⁹ 〈陳儀呈蔣主席三月條電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁193。

⁴⁰ 〈陳儀呈蔣主席三月電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁195。

⁴¹ 〈蔣主席致陳儀三月巧電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁196-197。

⁴² 〈陳儀呈蔣主席三月十八日函〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁200-204。

⁴³ 〈戰後初期台灣省政府的成立及人事佈局〉，頁132。

意見。⁴⁴ 吳鐵城與陳儀同是「政學系」樞面人物，嚴家淦更是陳共事多時的僚屬，陳儀力薦的人選充滿了同派系色彩，不願放棄對台灣影響力的意圖十分明顯。

而南京方面，則因陳儀的去職問題，演變成了激烈的政治派系權位攻防戰。3月中旬，國民黨六屆三中全會在南京召開，上海《觀察》周刊就稱此為「CC 攻擊政學系的大演出」。⁴⁵ 3月21日，主席團會議排定了「CC 派」劉文島等五十五人所提為台灣事變將陳儀撤職查辦之臨時動議案；並接受旅京台灣同鄉會等請願代表團體之請願案，為台灣省二二八事件應由行政長官陳儀負全責，提請撤辦並釋放被拘民眾。⁴⁶ 劉文島等五十五人的臨時動議引發派系攻防，雖然主席團有意壓下，但在「CC 派」袍手黃宇人等的堅持下延會討論，該案在第八次大會決議通過。⁴⁷

京滬地區的報刊更透露出這一波政治派系人事鬥爭的實際動態。據香港《華商報》轉載的〈陰森竄敗的南京〉一文中就指出，「為了掠奪中國第二經濟據點的台灣，CC 系與政學系之間展開了激烈的鬥爭。CC 系不只以自己的機關報攻擊陳儀，並利用被陳儀冷落的失意官吏在南京大大的批判陳儀」；「在上海、北京的台灣同鄉團體對陳儀一致攻擊，他們的要求正反映了台灣人的意向，他們之中極少數人被 CC 系例用，但不能以此而抹煞它們的運動」；「因為政學系不想簡單地對台灣放手，而有以吳鐵城取代陳儀的傳聞。但是因為 CC 系的強力反對，吳的任命乃成為問題」。⁴⁸

這波人事爭奪也引起美國駐南京大使館的注意，在發給美國國務院的電報中並附譯了一篇南京《新中華日報》所刊載標題為〈白崇禧將軍宣慰台灣的內幕〉的文章，文中透露白氏的台灣之行延遲了三天，在這段時間內，他接見了許多台灣人團體請願代表，深入瞭解台灣事變的情形，他因而要求國民政府中央在他赴台前就先召回陳儀。而包括陳誠、吳鐵城等人，則為陳儀請命，希望他留任至事件平息為止，為此，陳、吳二人還在白崇禧赴台前夕往訪白府深夜未去，全力說服白氏。文中還指出，國民政府方面原本準備以朱紹良取代陳儀、由蔣經國擔任台灣省警備總司令，但此構想為「政學系」所強烈反對，該系所提出的理由是，若因發生暴動就在此時撤回陳儀，將引起其它省份如青海、西康、安徽、內蒙的

⁴⁴ 〈陳儀呈蔣主席三月十八日函〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 200-204。

⁴⁵ 浦照修，〈國民黨三中全會記〉，《觀察》第 2 卷第 6 期，1947 年 4 月 5 日，頁 16-17。

⁴⁶ 中國國民黨黨史會提供，六屆三中全會主席團會議紀陸，中央研究院檔案館保存。

⁴⁷ 〈國民黨三中全會記〉，頁 16。〈劉文島等人提議將陳儀撤職查辦並迅速善後〉，《國史館藏二二八檔案史料》，頁 74-76。

⁴⁸ 轉引自丁果，〈台灣二二八事件新聞報道〉，《東洋學報》第 71 卷第 1、2 期，1989 年 12 月，頁 78-79。

相繼傲兀，如此一來無異鼓舞各省人民以行動來要求撤換首長，將嚴重危及政府威信。⁴⁹

3月22日，台灣旅滬六團體則在南京召開記者會，對政府處理台灣事件發表聲明，在所提出的對時局的建議中，認為要澄清台局除將陳儀立即撤職外，未來台灣省主席應在本省人士中選用。⁵⁰

正當「CC派」與「政學系」因人事爭議而動作頻頻，台胞團體呼籲台人主政之際，一股擁陳行動也熱熱鬧鬧展開。包括台灣省籍國大代、表國民參政員、台灣省參議會、嘉義市、新竹市、高雄縣等中央地方民代、台灣省憲政協進會、文化協進會、教育會等團體，都向國民政府主席蔣介石致電挽留陳儀。⁵¹而電文中所陳述的理由也都大同小異，大略不外稱贊陳儀治績卓著，「確有誠意建設三民主義之新台灣」；事變突起，陳儀處置得宜；而「事變中人民只有擁護陳長官改革台省政治要求，並無反對陳長官之表示，足見陳長官得民之心」；如今驚聞陳儀即將他調，「駭悉之下，人心惶惶」云云。

這些擁陳請願活動真正是出自台灣人民的意願嗎？「CC派」情報機構中統頭目葉秀峰呈給蔣介石的情報，戳穿了這齣陳儀自己一手導演的假劇，情報中指出「陳長官現策動游彌堅、劉啟光等發動聯名，向中央請求挽留，但威信已失，民心難服」；⁵²台灣旅滬六團體所得的消息也證實了上述情事，他們指「陳儀、周一鶚等指使劉啟光、黃朝琴、李萬居出面協迫國大代表、參政員等十七人，及省縣市參議會、各保甲長聯名通電挽留陳儀、此種盜竊民意之技倆，不值識者一笑」，而「最近由台來京之國大代表、立法委員黃國書，已向同鄉公開表示，聯名通電一事絕非其本人之意思。近陳儀更派李萬居來滬，遊說旅外台人，陰謀留陳儀運動」。⁵³刻正在台的監察委員丘念台也指出，在白崇禧尚未離台返京前，陳儀的智囊團們就已著手策動台籍人士聯名電呈中央，擁護陳儀出任改制後的台灣省主席，已簽署者十七位，並要求丘念台也致電中央表達擁戴之意，但被丘氏

⁴⁹ RG59, 1947年, No.637。

⁵⁰ 《大公報》，1947年3月23日。

⁵¹ 〈國民大會台灣省代表等電呈蔣主席盼陳儀繼續主持台政〉，〈嘉義市參議會電呈擁護陳儀續主省政〉，〈新竹市參議會電呈陳儀繼續掌台政〉，〈高雄縣參議會電請留任陳儀〉，〈台灣省憲政協進會等團體電呈挽留陳儀續主台政〉，收錄於侯坤宏主編，《國史館藏二二八檔案史料》（上冊），台北：國史館，1997年2月，頁64-72。

⁵² 〈葉秀峰呈蔣主席三月二十七、八日情報〉，《二二八事件資料選輯》（二），230。

⁵³ 台灣旅滬六團體，〈關於台灣事件報告書〉，收錄於《二二八真相》（編者、出版時地不詳），頁279。

托辭婉拒。⁵⁴

在諸多權位攻防的動作外，較特別的是監察委員何漢文的建議。事件後赴台調查的何漢文在 3 月 26 日電呈蔣介石，提出洋洋灑灑數十項台灣事件善後辦法，他也贊成將行政長官公署制改為省政府制，但認為「陳長官確係公正勤廉，惟以用人失當，決策失宜，致釀成大變，若突然悉予更調，恐前途困難更多」；因此主張在軍事防務上取消台灣省警備總司令部，將台灣、福建兩省及廣東之潮汕區另設國民政府主席東南行轅，辦公地址設於基隆或台北，並由陳儀充任東南行轅主任。⁵⁵ 這項建議可說是調動陳儀卻仍顧留其顏面的兩全之策，但並未被當局接納。

肆·國民政府當局之決策考量

如前文所述，蔣介石其實在 3 月 18 日即已明快批准陳儀辭職，但繼任的省政府人選卻遲遲未定。其中原因何在？湯熙勇先生認為與白崇禧正在台灣處理事件善後，及國民政府行政院改組影響所致。⁵⁶ 筆者認為除了這些時機因素的考量外，國民政府最高當局正陷於各政治派系如火如荼的權位爭奪拉鋸中；還有一個重要因素即來自美方的嚴重關切壓力。

戰後國民政府奉盟軍最高統率麥克阿瑟第一號指令接收台灣，⁵⁷ 短短的期間即發生動亂，政府高層人士其實十分的擔心國際視聽不佳、引起外國干涉。這樣的焦慮心情可以從國防最高委員會會議中多位出席委員的發言中得知。⁵⁸ 而美國方面對台灣情勢更是密切注視，從事件爆發後，3 月 1 日起，美國駐台領事館密集地發給南京大使館報告電文。⁵⁹

3 月 10 日，由美國駐台領事館副領事 George H. Kerr 執筆，向南京大使館分析了「中國在台灣政府的幾種解決方案」，方案中指出，蔣介石對台灣危機有兩

⁵⁴ 《嶺海微風》，頁 286。

⁵⁵ 〈何漢文呈蔣主席三月二十六日函〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 224-228。

⁵⁶ 〈戰後初期台灣省政府的成立及人事佈局〉，頁 133。

⁵⁷ 《台灣省通志》，卷十，光復志，南投：台灣省文獻委員會，1970 年，頁 30。

⁵⁸ 國防最高委員會常務會議二二三至二二六次會議紀錄。

⁵⁹ 國務院機密檔案，RG59，1947，NO.405，No.449，No.479，No.491，No.499，No.500。《Foreign Relations of the United States 1947》，Vol.VII，The Far East：China（Washington D. C.：Department of State Publication 8613，United States Government Printing Office，1972），以下簡稱 FRUS，頁 427-429，430-433。

種選擇，其一是支持陳儀在台統治，但若如此，國民政府勢必需在台灣投下鉅額軍事費用，台灣會成為中國在軍事上的重大負擔，其二是撤換陳儀，依照台人之請求進行政治改革；Kerr 並建議「最好由文人取代」，以防止繼續軍事鎮壓

引發諸多問題。⁶⁰ 11 日，領事館電告南京大使館稱台灣名望人士受逮捕處死，大使館乃以間接方式促使蔣介石注意此情勢。⁶¹ 同時，美國南京大使館還透過各種場合向中國政府官員，包括外交部長在內，傳達美方所知的訊息，提醒蔣介石以免做出錯誤偏頗的判斷。⁶²

面對美國方面對台灣事件的殷殷關切，起初，他採取了含混拖延的戰術。在一次美國駐南京大使司徒雷登與之討論台灣問題的場合，蔣氏表示他對台灣事件的詳情並不清楚，主動要求司徒雷登給他一份「書面報告」，此時已來到南京的 Kerr 乃因而執筆寫就「台灣情勢備忘錄」。⁶³ 備忘錄中除詳述事件發生之原因及過程外，並分析了軍事鎮壓可能引起經濟、社會方面的重大代價，敦促中國方面審慎處置等。⁶⁴

台灣事件的發生同時引起美方新聞媒體的報導與國會議員的關切。4 月 4 日，美國參議院議員鮑爾（Joseph H. Ball）致函副國務卿艾契遜，詢問美國某些媒體的報導是否屬實，進而要求美方應就此事向中國政府提出強烈抗議。⁶⁵ 4 月 19 日，鮑爾再次致函艾契遜，要求向中國政府抗議其在台之行政，並「最好向中國說明，如此的情形將不利於他們自國會取得援助」。⁶⁶ 艾契遜的覆函正好說明了美方對中國政府所施加壓力的情形，他說，美國駐南京大使館已在許多場合以口頭或非正式方式提醒蔣介石注意此問題，並準備了長篇報告交予蔣氏本人；大使館幕僚也利用各種機會告知中國官員有關事件之背景，包括外交部長在內；他確定至目前為止，「中國政府應已充份了解我方對此之嚴重關切與興趣」。⁶⁷

在 3 月下旬國民黨六屆三中全會通過劉文島等人所提臨時動議，決議將陳儀撤職查辦後，公文送達國民政府文官處轉陳辦理，4 月 2 日，文官處擬具給蔣介石的辦法中指出，依照中國國民黨黨章之規定，代行總理職權的蔣介石對於中央執行委員會之決議有最後決定之權，蔣氏可以依照三中全會之決議交行政院提出

⁶⁰ 國務院機密檔案，RG59，1947，No.45。

⁶¹ 國務院機密檔案，RG59，1947，No.539。

⁶² FRUS，1947，Vol.VII，頁 444。

⁶³ 陳榮成譯，George H. Kerr 著，《被出賣的台灣》，台北：前衛出版社，1991 年，頁 315。

⁶⁴ FRUS，Vol.VII，頁 453—455。《被出賣的台灣》，頁 315-316。

⁶⁵ 國務院機密檔案，RG59，1947，894A.00/4-447。

⁶⁶ 國務院機密檔案，RG59，1947，894A.00/4-1947。

⁶⁷ 國務院機密檔案，RG59，1947，894A.00/4-1947。

繼任人選，並將陳儀撤職查辦；或亦可以總裁身份行使黨章所賦予之最後決定權。

⁶⁸ 顯然在這個問題上，蔣介石採取了第二種辦法，他以本身所掌有的「最後決定權」，對六中全會撤查陳儀的決議一直擱置未予執行，繼任人選也懸而未決。

4月21日，蔣介石發電給陳儀，在行政院正式發佈人事任命之前，告知他「台灣省主席人選已決定為魏道明」，⁶⁹ 22日，行政院第七八四次例會決議撤銷台灣省行政長官公署，依照「省政府組織法」改制，並任命魏道明為台灣省政府首任省主席。⁷⁰

過去一個多月來，曾盛傳台灣省主席繼任人選為朱紹良、吳鐵城、商震，⁷¹ 並引起各方勢力爭逐動員，結果出乎各方意料之外。為何最後會由魏道明出線？台灣相關人士一致認為，中央派魏氏任省主席是「著眼於外交上的折衝，尤其台灣事變在美造成不良之輿論後，需要一熟習美國之人物」。⁷² 部份民間人士傳聞的訊息指出，魏道明透過其夫人鄭毓秀而與國民黨元老王寵惠交好，得宋子文兄妹知遇，曾任駐美大使；二二八事件引起美方關注，因此必需啟用在美方形象良好的魏氏。⁷³

不只台灣政界人士有此看法，美方也做類似的判斷。4月25日，司徒雷登大使發給國務院的電文中指出，「任命魏道明可能是為了顧及美國大眾輿論而做的安排」；文中並對魏氏的背景、人脈加以分析，指其為留美學生，曾任駐美大使，與同是受美式教育出身的宋子文關係良好，與王寵惠屬同派系。⁷⁴

在國民政府所發佈的魏氏略歷中則指出，魏道明為法國巴黎大學法學博士，曾任南京市長、行政院秘書長、駐美大使等職，現職為立法院副院長；中央宣傳部並表示，魏氏為文人，而非軍人，「蓋蔣主席認定解決戰後台灣之種種經濟、教育等迫切問題，需要一幹練之文人也」。⁷⁵ 前文曾提及，美方領使館對於台灣問題的解決方案中，就曾建議由文人取代軍人主持台政；蔣介石此項人事任命，呼應美方要求與期望的痕跡可說是十分明顯。

⁶⁸ 〈國民政府文官處擬陳儀撤職查辦意見〉，〈國民政府文官長吳鼎昌會呈撤查陳儀案〉，〈中國國民黨中央執行委魚會秘書處函請國府迅速處理陳儀撤職查辦書〉，收錄於《國史館藏二二八檔案史料》（上冊），頁77—86。

⁶⁹ 〈蔣主席致陳儀四月馬電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁258。

⁷⁰ 《申報》，1947年4月23日。《中央日報》，1947年4月23日。

⁷¹ 《二二八官方機密史料》，頁211。

⁷² 《二二八官方機密史料》，頁211。

⁷³ 吳濁流，《台灣連翹》，台北：前衛出版社，1988年9月，頁206，222。

⁷⁴ 國務院機密檔案，RG59，1947，No.893。

⁷⁵ 《中央日報》，1947年4月23日。

台灣事件引發的人事震盪、派系角力，至此塵埃落定；「CC 派」、「政學系」兩方都未如願，而由宋系、親美的魏道明坐收漁利。當時美國一媒體《亞美雜誌》（Amerasia）洞悉了其中奧妙，在 1947 年 5 月份所刊出的一篇〈國民黨在台灣的統治〉的文章中，不只分析了政治派系權力鬥爭的情況，並且指出，蔣介石一再擱置陳儀撤職案，模糊陳儀去留的決定，「這樣拖延不只表示他不願受 CC 派和政學系的支配，同時也說明了他把台灣人民的希望和需要列為次於他在黨內左右權力的問題」。⁷⁶

對國民政府最高當局而言，這項人事任命實有多重作用：一方面，對於內部政治派系洶湧的權位爭奪與運作，蔣介石始終掌穩最後決定權，不受制於任何派系；二方面，在應付來自美方的種種關切壓力時，先是含糊拖延，至美方要求改革台灣政治呼聲益高時，又借力使力，明快地任命文人出身、具親美色彩的魏道明出任首任台灣省主席；如此一來，不但能夠博得美方好感，抒解輿論壓力；又能平息黨內紛爭、化解對峙，真可謂一舉數得。

伍·台灣省警備司令部與台灣省政府委員人事之定案

有關台灣事件的善後原則，主要乃依據國防部長白崇禧、國民黨台灣省黨主委李翼中、教育部長陳立夫三人會同擬定之「處理台灣事件辦法」而來，該辦法要點共七項，政治方面包括改長官公署制為省政府制、台灣省警備總司令不由省主席兼任、省府委員及各廳處局長儘量任用台人等；⁷⁷ 3 月 17 日，白崇禧來台宣慰時據此發佈國防部宣字第一號佈告，昭告四項原則，即（一）、台灣地方政治制度之調整，改長官公署制為省政府制，縣市長提前民選；（二）、台灣地方人事之調整，台灣省警備總司令不由省主席兼任為原則，省府委員及各廳處局長盡先任用本省人士為原則，本省外省公務員待遇一律平等；（三）、經濟政策，民生工業之公營範圍儘量縮小；（四）、恢復台灣地方秩序。⁷⁸ 其中台灣政治制度之調整及人事爭奪已如前述，接著，再來看看警備總司令及省府委員人事定案的過程。

在台灣省主席人選未定之際，台灣省警備總司令一職也成為各方角逐的目標，其中包括了制度與人事的爭議。二二八事件發生前，陳儀就曾以憲法規定現

⁷⁶ 佚名譯，〈國民黨在台灣的統治〉，《台獨》月刊第 59、60 期，收錄於陳芳明編，《台灣戰後史資料選：二二八事件專輯》，台北：二二八和平日促進會，1991 年 3 月，頁 89-102。

⁷⁷ 〈白崇禧呈蔣主席三月十日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 129-132。

⁷⁸ 〈國防部宣字第一號佈告〉，收錄於鄧孔昭編，《二二八事件資料集》，台北：稻鄉出版社，1991 年 2 月，頁 347-348。

役軍人不得兼任文官及本身已達退役之齡為由，向蔣介石要求准辭台灣省警備總司令軍職，並推薦治閩與其關係良好的湯恩伯、李良榮擇一接任。⁷⁹此事尚未定案之際，旋即爆發二二八事件，之後台灣省主席不兼任警備總司令之原則乃告確定。

建議此項原則的國防部長白崇禧，在建議案獲蔣介石採納後，迫不急待地於3月13日推薦其下屬，國防部史料局中將局長吳石接任台灣省警備總司令一職，他稱許吳石「學資俱深，且富青年朝氣，忠勤廉能」，必能勝任愉快。⁸⁰但這項早來的人事提議並未獲青睞。不久後，白崇禧又簽請由陸軍總部副參謀長冷欣獲台灣省高雄要塞司令彭孟緝充任該職。⁸¹

事件彌平之初，陳儀除對繼掌台灣省政的人選有意見之外，對於警備總司令人選也有所堅持。3月18日，他以「孤島恐非少數兵力所能維持，必須選任有為之青年」為由，再度向蔣介石推薦李良榮為合適人選。⁸²

時任參謀總長的陳誠則對於台灣省設警備總司令部的編制有不同看法，對於人事安排也有定見。他先是主張將台灣省警備總司令部縮編；後建議將之撤銷，由開到台灣平定亂的整編二十一師師長劉雨卿兼任警備司令即可，而不另設機構。此外，陳誠並兩度建議由參謀本部陸軍中將林蔚擔任該職。⁸³針對此些制度上的變革，蔣介石的幕僚人員認為「似尚非其時」，因為「台變初平，奸黨莠民尚未肅清，又以駐台之陸海空及要塞部隊須有統帥機構，似仍以保留台灣警備總部為宜」；因此蔣介石乃在電文上批示，台灣省警備總司令「暫不撤銷，但可改為全省警備司令，而不加總字」。⁸⁴

值得注意的是，此時，蔣介石已屬意彭孟緝，他在批示中決定任彭孟緝為台灣省警備司令，但歸台灣省主席指揮。⁸⁵

蔣氏屬意彭孟緝應與白崇禧的力薦有關。前往台灣宣慰的白崇禧對在事件中以「將在外，君命有所不受」為辭，⁸⁶不顧陳儀禁令、率先發兵平定高雄亂事的彭孟緝讚賞有加，幾次上電推崇不已。3月下旬，白崇禧電蔣氏謂：「此次事變，

⁷⁹ 〈蔣主席致陳儀二月蒸電第一號之附件〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁59-62。

⁸⁰ 〈白崇禧呈蔣主席三月十三日呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁160-162。

⁸¹ 〈陳誠呈蔣主席四月十一日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁236。

⁸² 〈陳儀呈蔣主席三月電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁195。

⁸³ 〈陳誠呈蔣主席四月十一日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁235，262。

⁸⁴ 〈陳誠呈蔣主席四月十一日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁235。

⁸⁵ 〈陳誠呈蔣主席四月十一日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁235。

⁸⁶ 彭孟緝，〈台灣「二二八」事件回憶錄〉，收錄於中央研究院近代史研究所編，《二二八事件資料選輯》（一），台北：中央研究院近代史研究所，1992年2月，頁73。

高雄要塞司令彭孟緝、基隆要塞司令史宏燾、馬公要塞司令史文桂等，鎮壓最為得力」。⁸⁷ 4月17日，白崇禧再次上電稱許，並請與獎勵，他說：「查此次台灣事變中，高雄要塞司令彭孟緝獨斷應變，制敵機先，俘擄滋事暴徒四百餘人、各該員擬懇分別獎勵，以昭激勸」；同日，又再次推薦由彭孟緝擔任台省警備總司令。⁸⁸ 不過，侍從人員的看法則比較保留，在呈核意見中指出，台灣省警備總司令部按其組織規程統率駐台所有陸海空各部隊，在講究輩份的軍事體系中，「現駐台之整編二十一師師長劉雨卿（劉雨卿曾充師軍長副總司令），及馬公要塞司令史文桂資歷均深，以彭孟緝升充總司令，指揮上似有考慮」。⁸⁹ 尤其，要公開獎勵以軍隊鎮壓而德「高雄屠夫」⁹⁰ 罵名的彭孟緝等人，侍從室人員更有所顧慮，因為「台變乃為國家不幸事件……惟功勛之獎賞必須公佈，但如公佈則恐激動台人及國內反對派之反感，在給予勛賞之方式上，似應考慮行之」。⁹¹

幕僚人員對拔擢與獎勵彭孟緝的建議有所顧忌，這與當時受創的台灣社會、民眾輿情是比較貼近的；刻在南京請願的台灣旅滬六團體也嚴厲譴責彭孟緝等人的屠殺行為，認為應對屠殺罪行負全盤責任者為行政長官兼警備總司令陳儀、警總參謀長柯遠芬、基隆要塞司令史宏燾與高雄要塞司令彭孟緝，其中「殺人最多之部隊為陳儀私人或武力之警務大隊、別動總隊，與駐防基隆、高雄兩要塞之部隊」；因而要求對上述人等「依法起訴、處以極刑」；⁹² 而隨白崇禧來台宣慰的監察委員丘念台更直接向白氏提出意見，指與此次台省事變有關的軍政人員都應依據功罪有所更換，方可緩和台民情緒，尤其，「對於軍事長官的獎賞提升，似不宜在台灣就地升任為是，以免引起台人有不愉快的感覺」。⁹³ 但是，這些顧及台灣民心及感受的意見都被當局所忽視，5月5日，國民政府發佈將台灣省警備總司令部改制為警備司令部，司令一職由台人恨之甚深的高雄要塞司令彭孟緝調昇。⁹⁴

有關台灣省政府委員的人事佈局也值得檢視。在確定廢除長官公署改設台灣省政府之後，對於台灣省政府組織與人事的規劃安排也煞廢周章。原本依據「省政府組織法」的規定，省政府應採合議制，設置省府委員七至十一人，主席一人；

⁸⁷ 〈白崇禧呈蔣主席三月有電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁220。

⁸⁸ 〈白崇禧呈蔣主席四月十七日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁251-252。

⁸⁹ 〈白崇禧呈蔣主席四月十七日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁251。

⁹⁰ 《被出賣的台灣》，頁297。

⁹¹ 〈白崇禧呈蔣主席四月十七日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁252。

⁹² 〈關於台灣事件報告書〉，頁276-280。

⁹³ 《嶺海微風》，頁289。

⁹⁴ 《台灣新生報》，1947年5月5日。

機構編制上則設民政、財政、教育、建設、秘書、會計六個廳處。⁹⁵ 但台灣省政府的設置一開始就未依據法令而行，充滿了政治考量。

原本，在白崇禧與李翼中、陳立夫等人所擬就的「處理台灣事件辦法」中，關於台省改制的意見為設省府委員九至十一人，組織編制為四廳二處二室，依照當地需要可添設特殊機構等。⁹⁶ 但隨後的發展，台灣省政府的組織編制不斷擴大。

3月18日，蔣介石指示白崇禧有官台灣省之改制，「政府組織與各廳處長人選，請兄與公俠長官（按：陳儀字公俠）切商具體辦法呈報候核，以便發表」；⁹⁷ 21日，白氏回覆了陳儀所擬有關台灣省政府組織的具體意見，其中要點包括（一）、省府委員擴充為十五人，除主席外，本省籍外省籍各半；（二）、機構編制上設六廳三處二室一會；（三）、各廳處得設副廳處長一人；（四）、部分廳處局長以任用本省人為宜，如民政、警務、農林等。⁹⁸ 這些意見都與「省政府組織法」的規定不盡相同，尤其第三項，各廳處得設副職一事，陳儀解釋說是「根據台灣現狀及需要而擬緒」，因為在此過渡時期，省府人員由台籍與外省籍人員分別充任，用以培養台籍行政人員，並顧慮台籍人員因方言關係及對中央法令不甚諳悉之故。⁹⁹

但是，這種因地制宜的特殊考量並不受到台人所歡迎。台灣旅平津同鄉會團體就公開表示反對，他們認為「台省應與國內施行同一省制，不宜有特殊制度，或與他省有顯著之區別」，現以台省之特殊情形而擬增設省府委員及各副廳處長，看似對台灣特別優惠，但就像過去的長官公署制一樣，易引起台胞誤會為差別措施，實不宜適用於新改革的政制之內。¹⁰⁰

4月14日，白崇禧宣慰自台返京後，向蔣介石呈報的台政改革意見，再度確定台灣省政府擬增為十五人，並酌增必要廳處，各廳處增設副主官，選用台人以培養行政能力等原則。¹⁰¹ 4月22日，上述原則經行政院第七八四次會議決議通過，有關台灣省政府各廳處增設副首長一人之決議並轉陳國防最高委員會備案。¹⁰²

⁹⁵ 轉引自〈戰後台灣省制之變革：從行政長官公署到台灣省政府（1945-1947）〉，頁144。

⁹⁶ 〈蔣夢麟呈蔣主席三月二十五日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁222。

⁹⁷ 〈蔣主席致白崇禧三月巧電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁198。

⁹⁸ 〈白崇禧呈蔣主席三月馬電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁212-213。

⁹⁹ 〈白崇禧呈蔣主席三月馬電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁212-213。

¹⁰⁰ 台灣省旅平同鄉會等，〈台灣善後問題意見書〉，收錄於陳芳明編，《台灣戰後史資料選：二二八事件專輯》，台北：二二八和平日促進會，1991年3月，頁253-254。

¹⁰¹ 〈白崇禧呈蔣主席四月十四日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁238。

¹⁰² 〈行政院公函從查字第一〇九三一號〉，收錄於魏永竹主編，《二二八事件文獻續錄》，南投：台灣省文獻委員會，1992年2月，頁382。

其次，在台灣省政府委員及各廳處長的人事安排上，蔣介石也極其尊重陳儀的意見，而囑白崇禧與陳儀商議已如前述。陳儀先後兩次呈報了台省灣省政府委員的建議名單，第一次在4月2日，所開名單為可充任省府委員的台籍人選十二人，陳儀請就其中擇省府委員之半數（七至九名）任用，其名單如下：

姓名	背景	簡歷
丘念台（教育廳長）		現任監察委員
劉啟光（民政廳長）	日本明治大學畢業	曾任新竹長，現任華南銀行董事長
徐慶鐘（農林廳長或副廳長）	台北帝大農學博士	現任台灣大學授，兼土地銀行董事
林獻堂	老紳士	
謝東閔	中山大學法學院業	曾任高雄縣長，現任民政處副處長
游彌堅	日本大學經濟學士	現任台北市長
王民寧	日本士官學校畢業	現任警務處長
李連春	神戶商業學校畢業	現任糧食局長
韓石泉	台北醫專畢業	現任省參議員
南志信	高山族人	現任國大代表
劉明	東京高工畢業	現任大坪炭礦公司董事長
林頂立	明治大學畢業	現任長官公署參議

（表一、陳儀建議擔任省府委員之台籍人選名單）。

* 資料來源：〈白崇禧呈蔣主席四月十四日簽呈第六九號之附件〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁245—247。

儘管陳儀提出了推薦人選，但台灣省政府委員名單一直未能敲定，4月下旬，蔣介石原本準備只先發表台灣省政府主席人選，待赴台履新接觸實況後再任命廳處長與省府委員。但確定將出任省主席的魏道明對此別有顧慮，他擔心如此一來「當地人士將以為各廳委懸而待決，引起種種冀求過份之想，亦所不免勢難盡如人意」；所以主張省主席與省府人事同時發表，如此「則台人既達改組之目的，人事已成定局，當不致過事吹求」；而副廳處長人選則可從容研究人選，待法律程序完備後再任命。¹⁰³

受到魏道明意見的影響，蔣介石在魏道明電呈的同一天，4月21日去電陳儀，催促他速速提出省府委員與正副廳處長人選意見，俾能於4月23日以前發

¹⁰³ 〈魏道明呈蔣主席四月二十一日呈〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁260-261。

表。不過，同電文中，蔣氏卻又指示「原有各廳處長務望連任，不多變動，請待慰留。」¹⁰⁴於是，陳儀隨即第二次提出省府委員及廳處長名單。¹⁰⁵

姓名	簡歷	建議意見
劉啟光	半山，現華南銀行董事長	省府委員兼民政廳長
林獻堂	台籍，民間名望人士	省府委員
游彌堅	半山，現台北市長	省府委員
謝東閔	半山，現民政處副處長	省府委員
南志信	原住民，現國大代表	省府委員
李連春	台籍，現糧食局長	省府委員
劉青藜	台籍，不詳	省府委員兼農林廳長
周一鶚	福建，現民政處長	省府委員
嚴家淦	江蘇，現財政處長	省府委員
范壽康	浙江，現教育處長	省府委員
包可永	江蘇，現工礦處長	省府委員
任顯群	江蘇，現交通處長	省府委員
趙連芳	河南，現農林處長	省府委員
張延哲	福建，現秘書處長	省府委員
王民寧	半山，現警務處長	警務處長
王肇嘉	現會計處長	會計處長

（表二、陳儀所提台灣省政府委員及各廳處長人選名單）

* 資料來源：〈陳儀呈蔣主席四月箇電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 259，48。台灣省行政長官公署人事室編，《台灣省各機關職員錄》，台北：台灣省行政長官公署人事室，1946 年 7 月。中華民國人事錄編纂委員會，《中華民國人事錄》，台北：中國科學公司，1953 年 12 月。

從陳儀所提的兩次名單中稍做分析，可以看出，其所推薦的本省籍人士除了極少數例外，多是現任官員或是在二二八事件中為長官公署效力的半山份子；而其推薦的外省籍人選更百分之百都是其麾下僚屬，若以這些人選組織新成立的台灣省政府，其實是舊瓶裝新酒，換湯不換藥。

4 月 29 日，改組後的行政院首次召開政務會議，會中通過台灣省政府人事名單，十五名省府委員中，台籍佔七名，其名單如下：

¹⁰⁴ 〈蔣主席致陳儀四月馬電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 258。

¹⁰⁵ 〈陳儀呈蔣主席四月箇電〉，《二二八事件資料選輯》（二），頁 259，48。

姓名	籍貫	職務
魏道明	江西	省府委員兼省主席
丘念台	台灣(半山)	省府委員兼民政廳長
嚴家淦	江蘇	省府委員兼財政廳長
許格士	安徽	省府委員兼教育廳長
楊家瑜	江西	省府委員兼建設廳長
林獻堂	台灣	省府委員
朱佛定	江蘇	省府委員
杜聰明	台灣	省府委員
馬壽華	安徽	省府委員
劉兼善	台灣(半山)	省府委員
李翼中	廣東	省府委員兼社會處長
南志信	台灣	省府委員
游彌堅	台灣(半山)	省府委員
朱文伯	江蘇	省府委員
陳啟清	台灣	省府委員

(表三、改制後台灣省政府委員名單)

* 資料來源：《大公報》，1947年4月30日。《台灣新生報》，1947年5月16日、17日。

5月16日，魏道明就任第一任台灣省政府，各廳處首長名單終告確定：

姓名	籍貫	職務
魏道明	江西	省主席
徐道鄰	江蘇	秘書長
朱佛定	江蘇	民政廳長
嚴家淦	江蘇	財政廳長
許格士	安徽	教育廳長
楊家瑜	江西	建設廳長
徐慶鐘	台灣	農林處長
李翼中	廣東	社會處長
王民寧	台灣(半山)	警務處長
陳清文	福建	交通處長
林紫貴	福建	新聞處長
李連春	台灣	糧食局長
王肇嘉	江蘇	會計長
李植泉	北平	統計長
顏春輝	台灣	衛生處長
張國鍵	安徽	人事處長
林有壬	福建	民政廳副廳長
丘斌存	台灣(半山)	財政廳副廳長

謝東閔	台灣（半山）	教育廳副廳長
陳尚文	台灣（半山）	建設廳副廳長

（表四、改制後台灣省政府一級單位正副首長名單）

* 資料來源：《台灣新生報》，1947年5月16日、17日。鄭梓，〈戰後台灣省制之變革：從行政長官公署到台灣省政府（1945—1947）〉，頁143。

就表三與表四改制後的台灣省政府人事佈局分析，可以清楚的看到幾項特點：第一，台籍人士被任用的比例大幅提高，其中省府委員十五名，台籍七名，將近半數；一級首長十六名，台籍四名，佔25%（改制前台籍一級首長比例為0%）；副首長四名，台籍三名，佔75%。這是非常明顯的政治任用，旨在呼應二二八事件中「任用台人」的要求。

其次，台籍省府委員雖有七名，但無一人兼任行政首長，而民政、財政等重要主管職位也多由外省籍人士包辦，反而副首長四人中，台籍佔了三名，顯然，台籍人士在改制後的人事佈局中仍只是居於副手的樣板地位。這種以台人為副的用人政策自此確立，並且被沿用多時，成為台灣政壇的一大特色。

再者，被拔擢的台人中，缺乏真正具民間影響力者；或者說，台籍實力人士多已在二二八事件中被剷除，即便是具民間聲望的林獻堂，在事變中一直是站在委屈求全立場的。相對於此，民間不甚信任的所謂「半山」人士，包括游彌堅、王民寧、謝東閔、陳尚文等，則成為台籍官員的主力。

除此之外，長官公署時期原陳儀班底官員大幅退潮，除財政廳長嚴家淦、會計處長王肇嘉、人事處長張國鍵留任外，陳儀所舉薦的多人均未獲任用；反而在長官公署時期與陳儀處於對立狀態的「CC派」人馬——國民黨台灣省黨部人員陸續進入省府，如原省黨部主委李翼中為省府委員兼社會處長，原省黨部委員林紫貴任新聞處長，在加上國府所任命台灣民眾不甚熟悉的省政府新貴們，足令台灣政壇的政治生態與權力版圖重新調整劃分。

伍· 結論：代價與報償

二二八事件中，台灣人民付出上萬條性命、以血淚做為代價所提出「撤廢長官公署制」與「任用台人」的要求，得到實質的報償了嗎？

表面上來看，制度方面，長官公署制是撤廢了，台灣省改制成為省政府制，但這個省政府卻跨越了「省政府組織法」的規定，不但機構編制大幅膨脹擴充，職權上也由原本合議制趨近了首長制，關於制度上的扭曲，學者早有指陳。¹⁰⁶

¹⁰⁶ 請參考鄭梓，〈戰後台灣省制之變革：從行政長官公署到台灣省政府（1945-1947）〉，頁133-146。

而在人事方面，從台灣省政府主席、警備司令及台灣省政府委員與首長的選任過程來看，所謂「任用台人」或「台人治台」，更與事實相去甚遠。

二二八事件造成強大的陳儀去職的壓力，但陳儀本身強力抗拒，甚至發起挽留行動，至勢不可為時，則又力薦特定人選，不願放棄對台灣的影響力，台灣省主席一職乃成為政治派系動員角力的戰場。而國民政府最高當局坐視派系爭權，自始模糊立場，一直未對合適的首任台灣省政府主席人選提出明確看法；待美國方面關切壓力一波波湧現，又出人意表地驟然發佈魏道明接任，做為安撫美方不滿的手段，同時平息內部的派系爭奪。整個過程充滿了權力鬥爭、謀略運用，內政、外交的交替運作手法，但就是沒有看到真正合於台灣人民的冀求與需要的考量在過程中被納入。

台灣警備司令的人選方面，政府最高當局的處置更是赤裸裸的粗暴。因對高雄塞司令彭孟緝「制敵機先」有功，讚賞有加，不次拔擢，不但不採納幕僚人員與丘念台等人的勸阻意見，更毫不顧慮台灣人民對彭孟緝在二二八事件中血腥屠殺的反感與仇恨。

台灣省政府的人事安排，乍看之下，台籍人士被大幅吸納擔任省府官員，省府委員中台人佔 50%，明顯的充滿了政治標示作用。但是進一步分析，則台籍委員都是「光棍委員」，有銜無權，尤其在台灣省政府走向首長制後更是每下愈況。其次，在被拔擢的台籍人士中，不受台灣人民信任的「半山」人士成為政治新貴，台籍實力人士仍不獲青睞；再者，省府官員中台籍人士居於副手的比例甚高，台灣人成為台灣政壇的附屬品，富有裝飾門面的政治樣板功用。

二二八事件後台灣省政府改制的人事佈局塵埃落定，過程中台灣民眾的想法與要求從未被徵詢、重視或認真考慮，雖然善後處理方針中確立了「任用台人」的原則，實際運作上仍只是虛有其表，未見實質改革，全省動亂換得如此的報價，斯土斯民的慘痛代價不可謂不大！

參考書目

- 〈二二八慘案台胞慰問團呈于右任關於處理台灣事件意見書〉，收錄於陳興主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷）（台北：人間出版社，1992）。
- 〈白崇禧呈蔣主席三月十日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）（台北：中央研究院近代史研究所，1992）。
- 〈白崇禧呈蔣主席三月十三日呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈白崇禧呈蔣主席三月四日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈白崇禧呈蔣主席三月有電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈白崇禧呈蔣主席三月馬電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈白崇禧呈蔣主席四月十四日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈白崇禧呈蔣主席四月十七日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈行政院公函從壹字第一〇九三一號〉，收錄於魏永竹主編，《二二八事件文獻續錄》（南投：台灣省文獻委員會，1992）。
- 〈何漢文呈蔣主席三月二十六日函〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈旅滬台灣六團體二二八慘案聯合後援會聲明〉，收錄於陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷）。
- 〈國防部宣字第一號佈告〉，收錄於鄧孔昭編，《二二八事件資料集》（台北：稻鄉出版社，1991）。
- 〈陳儀呈蔣主席三月六日函〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈陳儀呈蔣主席三月十八日函〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈陳誠呈蔣主席四月十一日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈陳儀呈蔣主席三月尤電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈陳儀呈蔣主席三月條電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈陳儀呈蔣主席三月霰電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈陳儀呈蔣主席四月箇電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈新生台灣建設會等二十八團體為妥處台灣事件善後事致于右任呈〉，收錄於陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷）。
- 〈葉秀峰呈蔣主席三月二十七、八日情報〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈劉文島等人提議將陳儀撤職查辦並迅速善後〉，《國史館藏二二八檔案史料》。
- 〈蔣主席致白崇禧三月巧電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈蔣主席致陳儀二月蒸電第一號之附件〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈蔣主席致陳儀三月巧電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。

- 〈蔣主席致陳儀四月馬電〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈蔣夢麟呈蔣主席三月二十五日簽呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 〈魏道明呈蔣主席四月二十一日呈〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 《大公報》，1947年3月23日。
- 《中央日報》，1947年4月23日。
- 《台灣省通志》，卷十，光復志（南投：台灣省文獻委員會，1970）。
- 《台灣新生報》，1947年3月7日。
- 《台灣新生報》，1947年5月5日。
- 《申報》，1947年4月23日。
- 丁果著，〈台灣二二八事件新聞報道〉，《東洋學報》第71卷第1、2期，1989年12月。
- 中央研究院近代史研究所編，《二二八事件資料選輯》（一）（台北：中央研究院近代史研究所，1992）。
- 中央研究院近代史研究所編，《二二八事件資料選輯》（二）（台北：中央研究院近代史研究所，1992）。
- 中國國民黨黨史會，六屆三中全會主席團會議紀陸，中央研究院檔案館保存。
- 中國國民黨黨史會，國防最高委員會常務會議「台灣事變處理辦法」案，中央研究院檔案館保存。
- 中國國民黨黨史會，國防最高委員會常務會議第二二班至二二六次會議紀錄（一），第二二三次會，中央研究院檔案館保存。
- 中華民國人士錄編纂委員會編印，《中華民國人士錄》（台北：中國科學公司，1953）。
- 丘念台著，《嶺海微飆》（台北：中華日報社，1976）。
- 台灣省行政長官公署人事室編，《台灣一年來之人事行政》（台北：台灣省行政長官公署，1946）。
- 台灣省旅平同鄉會等，〈台灣善後問題意見書〉，收錄於陳芳明編，《台灣戰後史資料選：二二八事件專輯》（台北：二二八和平日促進會）。
- 台灣省參議會秘書處編印，《台灣省參議會第一屆第一次大會特輯》（台中：台灣省參議會秘書處，1946）。
- 台灣旅滬六團體，〈關於台灣事件報告書〉，收錄於《二二八真相》（編者、出版時地不詳）。
- 何廉著，〈簡述國民黨的派系：何廉回憶錄之七〉《傳記文學》第62卷6期。
- 佚名譯，〈國民黨在台灣的統治〉，《台獨》月刊第59、60期，收錄於陳芳明編，《台灣戰後史資料選：二二八事件專輯》（台北：二二八和平日促進會，1991）。

- 吳濁流著，《台灣連翹》（台北：前衛出版社，1988）。
- 李筱峰著，〈二二八事件前的文化衝突〉，《思與言》第29卷第4期，1991年12月。
- 李翼中著，〈帽簷述事：台灣二二八事件日錄〉，《二二八事件資料選輯》（二）。
- 林德龍輯註，《二二八官方機密史料》（台北：自立晚報文化出版部，1992）。
- 侯坤宏主編，《國史館藏二二八檔案史料》（上冊）（台北：國史館，1997）。
- 美國國家檔案館藏，國務院機密檔案，RG59，Department of State Decimal File，1945-1949。
- 徐恩曾等著，《細說中統軍統》（台北：傳記文學出版社，1992）。
- 浦熙修著，〈國民黨三中全會記〉，《觀察》第2卷第6期，1947年4月。
- 國防最高委員會常務會議二二三至二二六次會議紀錄。
- 國務院機密檔案，RG59，《Foreign Relations of the United States 1947》Vol.VII，The Far East：China（Washington D. C.：Department of State Publication 8613，United States Government Printing Office，1972）。
- 梁辛仁著，〈我們對不起台灣〉，《新聞天地》第22期，1947年4月。
- 連震東著，〈台灣人的政治理想和對做官的觀念〉，《台灣民聲報》第9、10期合刊，1945年10月7日，收錄於張瑞成編輯，《抗戰時期收復台灣之重要言論》（台北：中國國民黨黨史會，1990）。
- 郭緒印主編，《國民黨派系鬥爭史》（上下冊）（台北：桂冠圖書公司，1993）。
- 陳榮成譯，George H. Kerr 著，《被出賣的台灣》（台北：前衛出版社，1991）。
- 陳興唐主編，《台灣二、二八事件檔案史料》（下卷）（台北：人間出版社，1992）。
- 陳翠蓮著，《派系鬥爭與權謀政治：二二八悲劇的另一面向》（台北：時報文化出版公司，1995）。
- 陳儀深著，〈論台灣二二八事件的原因〉，收錄於陳琰玉、胡慧玲編，《二二八學術研討會論文集》（台北：二二八民間研究小組等，1992）。
- 彭孟緝著，〈台灣「二二八」事件回憶錄〉，《二二八事件資料選輯》（一）。
- 湯熙勇著，〈戰後初期台灣省政府的成立及人事佈局〉，收錄於黃富三等主編，《台灣史研究一百年：回顧與研究》（台北：中央研究院台灣史研究所籌備處，1997）。
- 楊肇嘉著，《楊肇嘉回憶錄》（二）（台北：三民書局，1968）。
- 鄭一禾著，〈台灣的秘密〉，《新聞天地》第18期，1946年11月。
- 鄭一禾著，〈隨時可以發生暴動的台灣局面〉，《觀察》第2卷第2期，1947年3月。
- 鄭梓著，〈國民政府對「收復台灣」之設計：台灣接管計劃之草擬、爭議與定

案》，《東海大學歷史學報》第9期，1988年7。

鄭梓著，〈戰後台灣行政體系的接收與重建：以行政長官公署為中心之分析〉，

《思與言》第29卷第4期，1991年12月。

鄭梓著，〈戰後台灣省制之變革：從行政長官公署到台灣省政府(1945-1949)〉，

《思與言》第26卷第1期，1988年5月。

鄧孔昭編，《二二八事件資料集》（台北：稻鄉出版社，1991）。

論個別行政領域行政程序法制之意義與課題
——以社會福利行政程序法制為檢討對象——

**The Meaning and Subject about Administrative Procedure of Each
Administrative Realm : Social Security Procedure**

蔡秀卿*

Shiow-Ching Tsay

* 淡江大學公共行政學系助理教授

目 次

- 壹· 問題意識
- 貳· 個別行政領域行政程序法制之意義
 - 一· 「行政領域論」在行政法學方法論中之意義與定位
 - (一) 行政法學方法論
 - (二) 「行政領域論」之意義與必要性
 - 二· 個別行政領域行政程序法制之意義
- 參· 社會福利行政程序法制之意義
 - 一· 社會福利行政
 - 二· 社會福利行政程序之特徵
- 肆· 我國社會福利行政程序法制之現況與課題
 - 一· 申請以前
 - 二· 申請階段
 - 三· 調查階段
 - 四· 決定階段
 - 五· 委託給付
- 伍· 代結論

關鍵字: 行政程序, 行政手續, 社會福利, 社會福利行政程序

Keyword : administrative procedure, social security, social security procedure

壹·問題意識

我國行政程序法草案，於 1995 年(民國 84 年)經行政院定稿，移請立法院審議。草案之內容，僅就「行政處分」及「行政契約」兩種行政手法予以規範，其適用範圍之狹隘，是否足以充分保障國民權益，固待訾議。甚且，就連行政程序核心部分之行政處分中之聽證規定(草案第九十一條)，亦僅係流於掩人耳目之規定，更待非議。蓋該條規定：行政機關舉行聽證，只有在「法規明文規定應舉行聽證者」或「行政機關認為有舉行聽證之必要者」兩種情形而已，而前者之情形，在我國長期以來，行政法規之立法學上嚴重欠缺「行政之民主的統制」觀念，以致法制化之重點幾乎偏重於實體規定，而偏廢於行政活動之正當法律程序規定。行政法規中，除了行政計畫法規中有意見陳述規定(例如都市計畫法第十九條、第二十三條、第二十八條、區域計畫法施行細則第七條等)，及環境影響評估法上有公開說明會規定(第八條)等等外，大體而言，我國個別行政領域，如警察行政、社會福利行政、勞動行政、教育行政、經濟行政、財政等等之行政法規中，對於正當法律程序規定，可謂缺漏之至，似亦無聽證規定。職是之故，舉行聽證與否，幾乎僅有適用後者之情形，其結果，則近似全委由行政機關之裁量，無異給予行政機關得以假藉形式的法治主義，行廣泛的行政裁量以排除適用之包裝設計，與第一條所定本法之趣旨係「保障人民權益」之意旨大相逕庭，自不待言。

此等我國個別行政領域行政程序法制之缺漏，與日本法制之情形相較，更可以析出兩國問題狀況之迥異。日本行政手續法於 1993 年 11 月 12 日公布，1994 年 10 月 1 日施行。從該法制定史來看，從 1952 年「國家行政運營法案」開始、歷經 1964 年第一次臨時行政調查會報告「行政手續法草案」、1983 年第一次臨時行政改革推進審議會第一次行政手續法研究會報告「行政手續法律要綱案」、1989 年第二次臨時行政改革推進審議會第二次行政手續法研究會中間報告、1991 年第三次臨時行政改革推進審議會公正透明的行政手續部會「行政手續法要綱案」，至 1993 年行政手續法成立，長達 40 餘年。其遲遲無法法制化之原因，官僚阻力之強大，固不待言，此外，尚有法制整理技術上之問題。即行政手續法成立之前，各行政領域行政法規中，如財政、教育、厚生、農林水產、經濟、交通、郵政、勞動、建設、自治法規中，早已存在為數相當龐大之有關聽證、公聽會、明示理由、陳述意見等正當法律程序規定，此等個別法之正當法律程序規定與統一行政手續法之關係，自須予以整理與釐清。職是，統一行政手續法制化作業之際，除了界定統一行政手續法之適用範圍之外，同時，對於個別法之正當法律程序規定

與統一行政手續法之適用關係亦全面性的加以整理，乃於行政手續法成立之同日，並公布「行政手續法施行後關係法律整備法」。該法多達 360 條(並有附則 18 條)，包括總理府、法務省、外務省、大藏省、文部省、厚生省、農林水產省、通產省、運輸省、郵政省、勞動省、建設省、自治省關係法規中有關正當法律程序規定之適用整理規定，其各行政領域行政手續規定之龐雜，可見一斑。

筆者認為：統一行政程序法之制定，就其係最低限度之行政程序保障規範來看，固屬必要，惟從保障國民基本人權之觀點，個別行政領域，如警察行政、環境行政、社會福利行政、勞動行政、教育行政、經濟行政、財政等，各有其固有的行政價值(例如積極行政或消極行政之性質)，依其固有的行政價值，個別行政領域行政程序自應各具有特質。因此，個別行政領域行政程序所具之特質部分，殊難以統一行政程序法作一般性的規範，此即個別行政領域行政程序法制之意義。從行政程序法制之長期的發展方向來看，針對個別行政領域之特質而健全個別行政領域行政程序法制，應是最重要之課題。

惟國內行政程序法制化之議論，似均偏重於統一行政程序法規範之內容，罕見針對個別行政領域之特質而展開之行政程序法制理論，亦少有統一行政程序法與個別行政領域行政程序法制之關係為基礎所為之立論¹。吾人認為，即使於議論統一行政程序法制，欲確定統一行政程序法在行政程序法制中之意義與定位時，亦應以其與個別行政領域行政程序法制之關係為基礎，作整體性檢視後，方可論斷。統一行政程序法，雖應是最低限度之行政程序保障，惟此最低限度之內涵，應依個別行政領域行政程序法制完備與否及程序保障優劣程度之情形，而為不同之認定。

在個別特定的行政領域行政程序法制比較完備或保障程度較優厚之情形，統一行政程序法，應只是將未為行政程序保障之行政領域予以一般的最低限度之行政程序保障而已，因此，於個別特定的行政領域行政程序法制中有較優厚保障之規定，或依行政領域之特質，難以統一行政程序法作一般性的規範者，自得排除於統一行政程序法規範之外，而架構及維持特定的行政領域行政程序法制體系，統一行政程序法也許可以將此最低限度之指標予以降低，但非謂程序保障程度之降低，日本統一行政手續法，即是偏向於此種立法政策。反之，在個別行政領域行政程序法制比較不完備甚至相當缺漏之情形，統一行政程序法之最低限度之行政程序保障之意義雖更具重大，惟在認定最低限度之尺度時，有難以顧及特定的行政領域行政程序之特質之缺點，我國目前即處於此種狀況。

鑑於我國尚未制定統一行政程序法及個別行政領域行政程序法制之相當缺漏

¹ 葉俊榮《環境行政的正當法律程序》(國立台灣大學法學叢書編輯委員會，1993年)一書，是在筆者問題意識中珍貴少有的論著。

之雙重事實，筆者認為，我國行政程序法制化之課題，除了需要一部規範包括積極行政與消極行政、權力行政與非權力行政、利益行政與不利益行政等所有行政活動之統一行政程序法之制定外，同時，各依其行政領域之特質而充實個別行政領域行政程序法制，更屬須要。職是之故，本文借用行政法學方法論之「行政領域論」，除了闡明我國個別行政領域行政程序法制之意義外，並具體地以典型的積極行政之社會福利行政為例，檢討我國社會福利行政程序法制化之課題。

貳·個別行政領域行政程序法制之意義

一·「行政領域論」在行政法學方法論中之意義與定位

(一) 行政法學方法論

日本行政法學界，在 1960 年代後半以來，隨著高度經濟成長，行政之多樣化、複雜化、肥大化之現象顯著，特別是環境、社會福利、住宅開發、消費者保護等領域，非權力的行政活動擴增，產生諸多在以權力關係為中心及警察法的思考方式為內容之「傳統的行政法學」體系理論下，難以解決之行政法現象。除了認識這些新興行政法現象外，並從保障國民權益之觀點，探討如何具體克服解決，成為「現代行政法學」之課題。於處理此新的課題時，學界不約而同的傾向於對於「傳統的行政法學」下，例如，公私法二元論、形式的法治主義等問題予以批評。就在批評「傳統的行政法學」之際，各學者對於如何有效地掌握現代行政法現象，及以如何之角度來看行政法學之性格，所持論理相當殊異，引發了行政法學方法論或體系論之爭議。

行政法學方法論中，較受注目者，有渡邊洋三教授之「私法特別法論」、今村成和教授之「行政特有法論」、高柳信一教授之「市民公法論」、兼子仁教授之「特殊法論」遠藤博也教授與鹽野宏教授之「行政過程論」、及室井力教授之「行政領域論」。

1990 年代以後，出現了阿部泰隆教授及木佐茂男教授提倡所謂「立法政策論」或「法務政策論」。其提倡背景，係以法解釋論為中心之學界的抽象理論，與實務運作情形脫節甚鉅，此為學界理論對實務實態不關心所致，造成理念式的學界理論，難以有效解決改善現實的實務問題，乃主張打破從前的行政法學方法論，代之以立法政策或實踐性之觀點來探討分析行政法制度²。

² 阿部泰隆教授之最新行政法教科書為《行政の法システム(上)(下)(新版)》(有斐閣、1997)·其

惟筆者認為，此「立法政策論」或「法務政策論」，在行政法學方法論之定位如何，誠屬疑問。蓋立法論或立法政策論，在 1970 年代輩出之各種行政法學方法論議中，並未被排除在外(例如「行政領域論」之設計範圍亦包括立法論)，且該等議論係以維持傳統的行政法學之基本體系為前提，只不過加入新視點，對傳統的行政法學予以批判，以圖說明與解釋新的行政法現象；而反觀 1990 年代出現之「立法政策論」或「法務政策論」，充其量只不過為實踐論或機能論，與如何接近行政法之方法論，誠屬有別。亦因此，尚難為日本行政法學界肯定。

綜觀上述行政法學方法論議，「私法特別法論」、「行政特有法論」及「市民公法論」三者，理論上有諸多問題點，已被明確指出³，時至今日，其影響力已銳減甚多；1990 年代提倡之「立法政策論」或「法務政策論」，其是否為行政法學方法論之問題，已如前述；而現今仍各有其一席之地者，由其各自以其方法論為基礎而編寫之行政法教科書之體系看來⁴，可謂僅有「特殊法論」、「行政過程論」及「行政領域論」，尤其是「行政領域論」更受支持與肯定。

構成包括「行政法學之課題」、「行政法制度與行政手法」、「事前手續」、「行政事務・主體・組織」及「法治行政」，並從日本行政法運用實態來具體分析探討解決改善之立法政策論著眼。阿部教授之其他著作，尚有《政策法務かけの提言》(日本評論社、1993)。又，木佐茂男教授亦從自治體法務實態著手，提倡「自治體法務」及「法務政策論」之必要性。木佐茂男〈自治體法務のかけ現場〉判例地方自治 105 號(1993 年)、〈政策法務の自治體〉自治體學研究 47 號(1990 年)、〈自治體法務と論〉總研ジカ分析 59 號(1995 年)、〈自治體法務の課題〉地方自治ジカ研究 208 號(1995 年)。

³ 「私法特別法論」與「行政特有法論」所設想之行政法現象，並非全部行政法現象，僅以非權力行政，來說明行政法為私法的特別法，尚難謂接近法學之手法；「市民公法論」雖係以行政法為公法為前提，並將市民社會中之行政公法原理，解釋為由市民社會=資本主義社會之論理導出的，然而行政法之特有的法原理，畢竟係現代國家形成之特有的法體系原理，並非必然由市民社會之原理導出等，其論理之牽強，已被指摘。詳閱室井力《行政改革的法理》(學陽書房、1982 年)186~189 頁。

⁴ 持「特殊法論」之兼子仁教授，在其最新的行政法教科書『行政法學』裡，已將其「特殊法論」體系性地整理完成。其構成包括：「一般行政法學」(或稱「手續法的行政法學」)、「自治體行政法學」及「特殊法總論」(即行政關係法的特殊的法理體系)，體系上，自成一格。兼子仁《行政法學》(岩波書店，1997)。

持「行政過程論」之鹽野宏教授，在其行政法教科書中，係以「行政法之基礎」、「行政過程論」、「行政救濟論」、「行政手段論」為其內容，「行政過程論」又包括「行政的行為形式論」、「行政上之一般制度」及「行政過程中之私人」。鹽野宏《行政法 I 第二版》(有斐閣、1994 年)、《行政法 II 第二版》(有斐閣、1994 年)、《行政法 III》(有斐閣、1995 年)。持「行政領域論」之室井力教授，在其編寫之行政法教科書，係以「行政法之基本原理」、「行政作用」、「行政救濟」、「行政組織」及「主要的行政領域」為其內容。室井力編《現代行政法入門(1)第 4 版》(法律文化社、1995 年)、《現代行政法入門(2)第 4 版》(法律文化社、1995 年)。

(二)「行政領域論」之意義與必要性

在傳統行政法學裡，各行政領域行政作用法之內容，依田中二郎教授所架構的體系，僅止於「警察法」、「規制法」、「公企業法」、「公用負擔法」及「財政法」，且將其定位為行政法各論。惟隨著高度經濟成長，現代行政活動之多樣化已無法抗拒，例如環境行政、社會福利行政、勞動行政、消費者保護行政、教育行政等，在行政活動中之比重日益增大，在這些新的現代行政法現象中，各自發展出其獨立的法體系，例如環境法、社會保障法、勞動法、消費者保護法、教育法。同時，傳統的行政法學之基本原理下，已無法有效解決這些新的行政法現象，對於傳統行政法學應如何予以新解釋、檢討等，成為現代行政法學之課題。而在檢討傳統的行政法學議論中，多數學者僅止於將傳統的行政法學之基本原理予以形式上之修正，或僅執著於形式的法治主義觀，以圖說明現代行政法現象。鑑此，室井力教授早於 1970 年代，提倡所謂「行政領域論」。其立論主要係基於各種行政領域本身有不同的固有的行政價值，例如積極推論至固有的行政價值相異之其他行政領域，因此行政作用法若僅行政之環境行政與消極行政之警察行政，兩者之行政價值應有不同，因此解釋論或立法論之展開，當亦殊異。據此，個別行政領域之行政作用法，亦僅在其固有的行政價值之法體系下始稱合理正當，難以止於一般論，難以解決說明行政價值多樣化之個別行政領域之行政法現象，必須與具體的個別行政領域之緊張關係一併列入檢討。

「行政領域論」，是在客觀地認識現代國家行政機能之前提下，透過法解釋論或立法論，以達析出行政特有的法原理、原則及有效地具體實現之目的。為達其目的，行政本身之目的，即公益、公共性之分析，當為必要之課題。亦即，因公益而受保護之權益，與受規制、侵害之權益間之對峙關係予以客觀認識，並就兩者間權益之價值順序予以分析⁵。

總之，「行政領域論」之內容係就國家行政權與國民權益之間的緊張關係予以分析，且以此緊張關係為基礎之行政法原理、概念，予以整序、釐清。如此，以與國民權益之緊張關係為基礎而整序出行政權之論理構造，從其論理構造予以確認行政權之一般原理，再就各行政領域之具體的特質原理予以析出。

⁵ 室井力等編《現代國家の公共性分析》(日本評論社、1990)一書即為「公共性分析」之具體著作。

二·個別行政領域行政程序法制之意義

「行政領域論」之意義，除行政作用法外，行政手續法·行政程序法、行政組織法、行政救濟法亦原則上應均有其妥當性。因此，若以「行政領域論」來分析行政程序法構造，應包括下列內容：先就行政程序與國民權益間之緊張關係予以分析，且以此緊張關係為基礎之行政程序法予以整序，如此，以與國民權益之緊張關係為基礎而整序之行政程序法之論理構造，從其論理構造予以確認行政程序法之一般原理原則，再就各行政領域之具體的行政程序原理予以析出。

參·社會福利行政程序法制之意義

以上述「行政領域論」之分析方法，擬說明社會福利行政程序法制之意義，並檢視我國社會福利行政程序法制之現況與課題。

一·社會福利行政

嚴格來說，「社會福利」之內容及概念，於學理上，尚有爭議，則關於社會福利之行政(=「社會福利行政」)之內容及概念，亦尚未有定論。不過，於此，僅依最大公約數式的見解說明之。

社會福利行政，係國家或地方自治團體，對於因發生「保障事由」(生活不能、生活危險或生活障礙)而難以維持生活或無法維持生活者，直接的提供金錢或非金錢的給付之政策或制度。詳言之，社會福利行政，係針對因有不測事故，例如疾病、傷害、死亡失業等，而致生活困難者，為滿足因此等事故而產生特定的國民需要，或為健全或維持國民最低限度(national minimum)生活水準，予以公責任化，施以一定的給付，因而被稱為給付行政⁶。其主要目的無非係憲法上保

⁶ 村上武則「給付行政諸の問題」雄川一郎等編《現代行政法大系1》(有斐閣，1983年)81~119頁。「給付行政」，原係與「侵害行政」或「秩序維持行政」概念對比而慣用之概念，即兩者係以對立關係為基礎，實以說明現代行政之特徵為從「侵害行政」轉換成「給付行政」。惟現代行政，傳統的「侵害行政」裡亦有以非權力的手段達成行政目的者，同樣地，「給付行政」裡亦不乏「侵害行政」之形式，因此，「給付行政」與「侵害行政」，只不過係各自顯示其基本性質，且僅係將「給付行政」積極強調為現代行政之特徵之一部分而產生之特殊政治思想概念而已，難謂為法概念。室井力「給付行政と侵害行政」《現代行政法の原理》(勁草書房、1973)所收。

障之生存權之確保(例如憲法原第十五條、增修第十條第五、七項)。因此,社會福利行政,在對於生活困難者予以扶助此點來看,有預防及救濟貧困之機能,且從對於無法生產以致無所得的障礙者、高齡者等,以公費負擔的資金調度方式間接的將全所得再予分配角度來看,亦有所得再分配之機能。再者,對於經濟景氣後退停滯時期所發生之失業等予以扶助,或對於低所得者予以救助,促進其購買力,亦可刺激市場需要,推動經濟成長,故亦有維持經濟安定及促進經濟成長之機能。更廣而言之,生活陷於困難者,大都有不滿情緒,社會福利可以對於這些生活困難者予以救助,可緩和不滿情緒,有維持社會安定之機能。

社會福利行政之內容及種類,依保障方法(是否須先經提撥)、保障目的(是否為所得保障)之特性,法制度上可分為「社會保險」、「公共扶助」、「社會津貼」及「社會福利服務」⁷。

「社會保險」,係被保障者(被保險者)因發生生活危險事故,透過保險技術之所得保障方法。社會保險之對象之生活危險事故為定型式(疾病、老齡、身體障礙、死亡等),且有一定之事故發生率,對之為一定之給付,其給付係由集團基於相互扶助之理念,先經提撥儲存之社會相互扶助制度。社會保險之種類,通常,依其適用對象為基準,有以全國國民為適用對象之「國民保險」、以特定僱用關係之受僱者或受僱者以外者為適用對象之「職業保險」;依給付內容為基準,有「醫療保險」及「年金保險」。「公共扶助」,係對於未達維持最低生活條件者(其判斷要素為「資力調查」,判斷基準為「補充性原則」),不以先經提撥儲存為要件,就未達維持最低生活條件之部份,以公的負擔而為之所得保障制度。「社會津貼」,係對於定型式的生活危險事故,不以先經提撥儲存為要件,以定型式的給付而為之所得保障制度。「社會福利服務」,係對於生活障礙者,不以先經提撥儲存為要件,且所得保障制度亦難以滿足先天性的生活障礙者之需要,而以非金錢的服務提供之社會扶助制度。

社會福利行政,以「社會保障受給權」之特質為著眼點,具有下列兩項特徵。其一,社會福利行政,從其係實現憲法所保障生存權為目的之觀點而言,係屬積極行政,即行政機關對於情報資訊之提供、國民需要之掌握調查、最理想服務之提供,皆應積極主動為之。不過從其增進受給者積極的自立、主體性之回復為目的之觀點來看,非無消極行政之層面,例如,為判斷是否符合給付要件該當性所為之資力調查過程中,受給者之隱私權等恐有受侵害之虞,因而為防止該等權利受害,行使的消極性亦被要求。其二,社會福利行政,係以金錢或非金錢給付為內容,其本質上不宜如以命令、強制之權力的行為為之,而以契約、勸導、指導

⁷ 國內學者亦有將「公共扶助」或「社會救助」與「社會津貼」合稱為「社會扶助」者,如郝鳳鳴〈我國社會法之現況與展望〉輔仁法學 15 期 99 頁。

等非權力的行為為妥。不過，在日本，為了將行政機關與受給者間之法律關係予以明確化，或為保護受給者之權益，將有關受給權之成立、發生、實施過程、消滅、廢止之行政決定，以法律或解釋而構成「行政處分」（稱為「形式的行政行為」）之情形亦存在⁸。又，為達法制度之目的，對於不遵循一定程序規定者，施以權力的行為，例如予以不利益處分或課以行政罰，以擔保其實效性之情形亦同時存在⁹。

二．社會福利行政程序之特徵

從上述社會福利行政之特徵，依社會福利之給付手續過程，可以看出社會福利行政程序，具有下列特徵。

（1）申請以前一資訊情報提供義務

在申請給付規定之情形，係以要保障者之自發性、行政機關為被動或消極性為前提，要保障者類皆經濟上或身心上之弱者，對於複雜的社會福利制度、給付要件或申請程序等，往往未知或難以熟知。且鑑於為實現憲法所保障之生存權，應以適時迅速提供給付為必要，行政機關對於社會福利制度之內容、實體的給付請求權、給付申請程序等資訊情報，於申請以前，應主動地、積極地全面的（要保障者為全體）或個別的（要保障者為個人）公開、公布、通知、接受指導、查詢等，並非等待要保障者申請後才提供。

（2）申請階段一申請給付主義為主，職權給付主義為輔

社會福利行政程序中，針對提供給付程序之開始，係基於行政機關依職權為之或依要保障者之申請為之來分，有職權給付主義與申請給付主義。原則上，應以申請給付主義為主，職權給付主義為補充性質。法政策上若採申請給付主義者，法文上應以明文規定為宜，但從社會福利行政之積極性特質來看，申請給付主義只不過係尊重要保障者自己是否行使實體的給付請求權之判斷權而已，不論有無明文規定，皆不妨礙要保障者之實體的給付請求權之存在。

反之，要保障者之實體的給付請求權之雖存在，但要保障者欠缺意思決定能

⁸ 惟此種將本來非屬「行政處分」之行政行為，透過法律明定或解釋操作予以「行政處分化」，其結果受給者之權益是否果真受到保護，實有疑義。蓋予以「行政處分化」後，其程序當然受行政訴訟制度之限制，例如起訴期間之限制，執行不停止原則之限制，這些限制在民事程序上本無存在，卻因被視為行政處分，而受到限制反而不利於受給者，自不待言。參照室井力〈形式的行政處分にズク〉《現代行政法の展開》（有斐閣、1978）所收。

⁹ 室井力編《現代行政法入門》（2）第4版（法律文化社、1995年）。247、248頁。

力，或意思決定能力不充分而無法或難以申請時，職權給付主義則為補充性之對策。惟從社會福利行政之積極性特質來看，職權給付主義並非給予行政機關依職權得為不給付之裁量，對要保障者而言，係社會保障給付請求權之補充性質，當不得排除實體的給付請求權之存在。

又，且申請手續應以簡易為原則，不宜課以要保障者之重擔，因此，非專家無法申請之手續應避免，繁瑣費時之手續亦應排除。至以書面形式或口頭形式，應以委由要保障者之選擇為宜。再者，經要保障者申請後，行政機關有受理申請，且應迅速及時為給付與否之決定之義務，不得放置拖延。

(3) 調查階段—最低限度之合理必要原則

由於行政機關對於要保障者是否符合給付要件該當性，均應調查與審查。惟此調查，往往侵害要保障者之隱私權、私生活自由、人格尊嚴等，故應在尊重該等權利為前提，於最低限度之合理必要範圍內為之。此為社會福利行政除了積極性為其本質外，亦存在消極性之層面之最佳例證。

(4) 決定階段—標準審查期間、書面主義、理由明示主義、聽證或意見陳述

在申請給付之情形，鑑於為實現憲法所保障之生存權，應以適時迅速提供給付為必要，主管機關對於依法申請之案件，自當適時迅速審查，並為給付或不給付之決定。

為確保適時處理及決定，自應在合理期間內為之，故有必要明定審查期間之限制規定，資以杜絕遲遲不予決定之弊病。逾越合理的審查期間而未為准駁者，亦應有「視為不給付決定」之規定，作為日後行政爭訟處分性之認定之根據。

尤其是在職權給付之情形，行政機關依職權為不予給付決定時，往往對外不為表示，對要保障者而言，造成事後爭訟上之不便尤甚，對要保障者之權益保護，當屬不周，自應對主管機關課以答覆之義務。且若標準審查期間內，主管機關未為准駁者，亦應有「視為不給付決定」之規定。

又，特別是行政機關在為不給付決定之前，為確保決定過程之公平、透明性，並防止事後爭議之擾，應有讓申請者意見陳述或舉行聽證之必要。

至於給付或不給付決定之形式，為確保決定之公正性與透明性，應以書面為之，且應明示理由。尤其是在不給付決定之情形，除了明確的法律根據外，判斷不予給付之決定之論理及具體的理由，皆應陳明。

綜觀上述社會福利給付手續過程中之各階段程序之特徵，可以看出社會福利行政程序具有下列綜合性的特徵：

其一，從社會福利行政程序法與統一行政程序法之關係來看，一般而言，統一行政程序法所意圖保護之權利，類皆以經濟自由為中心；而社會福利行政程序

法所意圖保護之權利，係順應被保障者個別的需要而為金錢或非金錢給付之權利。換言之，統一行政程序法，係以行政機關與被處分人之對立關係為前提，重視防範機能，因此行政程序法的運作，係基於被處分人之自發性與行政機關之被動性而為；而社會福利行政程序法，係以行政機關與被處分人之協調關係為前提，重視形成機能，因此行政機關對於資訊情報之提供、國民需要之掌握、最理想服務之提供，並不以要保障者之自發性為要，而應積極主動行使正當法律程序。不過，社會福利行政程序法固重視形成機能，惟並不排除防範機能之可能性，例如，行政機關與被保障者間關於受給權之有無發生爭議時，行政機關所為不予認定受給權之決定，適用一般行政程序法原理原則，當可發揮防範機能。

因此，社會福利行政程序法與統一行政程序法性質之異同，難以一般論言之，應就各階段之特徵，具體分析之，方可論斷。

其二，從社會福利行政之保障方法及給付目的之特性來看，由於受給權之法律關係非常多樣化，若欲以社會福利行政程序法之一般原理原則來說明所有法律關係，實有困難之處。例如社會保險之法律關係，全由法律規定之，法律關係之成立與否，受給權之發生與否，其中並不介入處分，亦無為處分時之裁量性，因此僅有比較單純的事實認定之程序。但其他社會福利行政中關於給付要件之法律規定，多為抽象簡單，且為順應受給者之需要，關於給付內容之規定亦類皆多樣化，因此程序法之規範，則應具以高度專門性為必要之事實認定之程序，及以社會價值判斷為前提之財政資源分配之程序¹⁰。

肆·我國社會福利行政程序法制之現況與課題

我國社會福利行政法規，例如「全民健康保險法」、「社會救助法」、「兒童福利法」、「少年福利法」、「老人福利法」、「身心障礙者保護法」等中之正當法律程序規定，欠缺簡陋之至，難以言喻。以下，依前述社會福利之給付手續過程之特徵，檢討該等社會福利行政程序法規之問題點，並提出社會福利行政程序法制化應有之課題。

一·申請以前：缺乏行政機關提供資訊情報等之義務規定

如前所述，在申請給付規定之情形，係以要保障者之自發性、行政機關為被

¹⁰ 室井力·紙野健二編著《地方自治體と行政手續》(新日本法規、1996年)251~253頁、本多滝夫執筆)

動或消極性為前提，要保障者類皆經濟上或身心上之弱者，例如老齡者、身心障礙者，對於複雜的社會福利制度、給付要件或申請程序等，往往未知或難以熟知。且鑑於為實現憲法所保障之生存權，應以適時迅速提供給付為必要，主管機關對於社會福利制度之內容(例如社會救助法規定之四種社會救助)、實體的給付請求權、給付申請程序等資訊情報，於申請以前，應主動地、積極地針對要保障者(例如老齡者、身心障礙者)之需要予以公開、公布、通知、接受指導、查詢等。惟按我國上開社會福利行政法規中，關於此等主管機關積極提供資訊情報等之義務規定，付之闕如。

二．申請階段：職權給付主義與申請給付主義

如前所述，社會福利行政程序法制中，針對提供給付程序之開始，係基於行政機關依職權為之或依要保障者之申請為之來分，有職權給付主義與申請給付主義。我國社會福利行政程序法制係兼採職權給付主義與申請給付主義。採申請給付主義者，例如社會救助法規定之四種社會救助(生活扶助、醫療補助、急難救助與災害救助)中，就前三者採「申請給付主義」(社會救助法第六條第一項、第十一條與第十四條)，此外，兒童福利法第十七條(該條規定兒童因家庭發生重大變故，致無法正常生活於其家庭者，其父母、養父母、監護人、利害關係人或兒童福利機構，得申請當地主管機關安置或輔助)、少年福利法第二十四條(該條規定少年有從事足以危害或影響身心發展之行為而不知悔改者，不服教養管理滋生事端者，或品行頑劣浪蕩成性者，經其父母或監護人申請或同意，由當地主管機關協調適當之少年福利機構予以輔導或保護)、老人福利法第十七條、第二十五條及第二十七條等等，亦均採「申請給付主義」(惟老人福利法第二十五條及第二十七條兼採職權給付主義)。

至於採職權給付主義者，例如社會救助法中之災害救助(該法第十七條)、兒童福利法第十五條、第三十七條及第四十二條、少年福利法第十條、老人福利法第二十五條及第二十七條、身心障礙者保護法等等。

筆者認為，採職權給付主義，只不過係立法政策基於要保護事由之急迫性、緊急性或重要性，或要保障者欠缺意思決定能力，或意思決定能力不充分而無法或難以申請時，而為補充性或便利上之設計而已。採申請給付主義，亦只不過係尊重重要保障者自己是否行使實體的給付請求權之判斷權而已，從社會福利行政係實現憲法所保障生存權為目的之積極行政之觀點來看，不論職權給付主義或申請給付主義，兩者皆為保障給付請求權之根據，且與保障給付請求權的權利性之強弱無關，即申請給付主義，在受給者之程序保護上，也許容易被想成較受優厚保護，其實，採職權給付主義，尤其是在要保障者為無相當的意思決定能力者之情

形(如兒童,兒童福利法第十五條、第三十七條),受有較優厚之程序保護。不過,採職權給付主義者,由於主管機關不為給付時,對外不為具有法效果之決定,以致無處分存在,造成事後請求救濟之困難。又倘職權給付與申請給付兩者皆無規定之情形,從社會福利行政及社會福利行政程序之特徵來看,似亦應解為職權給付。

三·調查階段：最低限度之合理必要原則

不論職權給付或申請給付,主管機關對於要保障者是否符合給付要件該當性,均應調查與審查。關於給付要件,社會救助法上有「生活扶助要件」、「醫療補助要件」、「急難救助要件」及「災害救助要件」。(1)「生活扶助要件」之審查,為主管機關對於生活扶助申請者,是否符合「家庭每年總收入依該家庭人數平均計算之金額低於低收入標準」,應於五日內派員調查其家庭環境、經濟狀況等,必要時得授權鄉(鎮、市、區)公所為之(第六條第二項);主管機關每年應定期辦理低收入者調查,同時得收受生活扶助之申請(第八條)。(2)「醫療補助要件」之審查,為主管機關對於醫療補助申請者,是否符合「低收入之傷病患者」、「救助設施所收容之傷病患者」、「患嚴重傷病所需醫療費用非其本人或扶養義務人所能負擔者」(第十一條)予以審查。(3)「急難救助要件」之審查,主管機關對於急難救助申請者,是否符合「負家庭主要生計責任者,因長期患病、遭遇意外傷亡或其他原因致家庭生活陷於困境」要件(第十四條),或「死亡而無遺囑與遺產」要件(第十六條),予以審查。(4)「災害救助要件」之審查,為主管機關對於申請者是否符合「遭受水、火、風、雹、旱、地震及其他災害,致損害重大,影響生活」(第十七條)要件予以審查。

兒童福利法上有「受給福利措施要件」規定,例如對於無力撫育未滿十二歲之子女者,予以「家庭生活扶助或醫療補助」(第十三條第四款),主管機關須審查是否符合第十四條所列要件(=「家庭生活扶助或醫療補助」要件);對於應予緊急保護、安置之兒童,主管機關須審查是否符合第十五條所列要件;對於家庭發生重大變故致無法正常生活於其家庭之兒童之安置或輔助,主管機關須審查是否符合該項要件(第十五條)(=「接受安置或輔助」要件)。甚且,主管機關就本法規定事項,必要時得自行或委託其他機關或兒童福利有關機構進行訪視、調查(第三十六條第一項)。

少年福利法上關於(1)「接受安置或輔助」要件,為「少年因家庭發生重大變故致無法生活於其家庭」(第九條第一項), (2)「接受保護與安置」要件,為「少年之父母、養父母、或監護人有第九條第二項各款情形之一或有事實足認有該項

各款情形之虞」(第九條第二項)，(3)「生活扶助或醫療補助」要件，為「無謀生能力或在學之少年，無扶養義務人或扶養義務人無力維持其生活」(第十條)，(4)「福利機構入居要件」，為少年有「違反從事足以危害或影響身心發展之行為之禁止規定不知悔改」，「不服教養管理滋生事端」，或「品行頑劣、浪蕩成性」情形之一(第二十四條)。

老人福利法上關於(1)「受領生活津貼」要件，為中低收入且未接受收容安置之老人(第十七條)，(2)「接受短期保護與安置」要件，為「老人直系血親卑親屬對其有疏於照料、虐待、遺棄等情事致其有生命、身體、健康或自由之危難」(第二十五條)，(3)「接受適當安置」要件，為「老人因無人撫養致其有生命、身體之危難或生活陷於困境」(第二十七條)。

由於行政機關對於要保障者是否符合給付要件該當性所為之調查，往往侵害要保障者之隱私權、私生活自由、人格尊嚴等，故應在尊重該等權利為前提，於最低限度之合理必要範圍內為之，已如前述。惟按我國上開社會福利行政法規中，除了兒童福利法第十九條規定對於保護、安置、訪視、調查、輔導兒童或其家庭所建立之個案資料，及因職務知悉之秘密或隱私及所製作或持有之文書應予保密外，其他關於主管機關於調查老人或少年之身心、生活狀況、或於調查社會救助法上生活扶助申請者之低收入者等時，應遵守之最低限度之合理必要原則規定，均屬缺漏。

四·決定階段：缺乏標準審查期間、書面主義、理由明示主義、陳述意見、聽證、行政救濟規定

首先，主管機關為「給付決定」或「不給付決定」時，是否在統一行政程序法草案中有關「行政處分」定義範圍內而受該章程序規定之拘束，應先確認。按統一行政程序法草案第七十六條將「行政處分」之定義規定為「行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」，係以權力的行政行為為內容，且查該章規定，類皆為不利益處分或利益處分之撤銷、廢止等所為之規定，應解為，係以行政機關與被處分人之對立關係為前提，因此行政程序法的運作，係基於被處分人之自發性與行政機關之被動性而為，重視防範機能；此與社會福利行政程序法係以行政機關與被處分人之協調關係為前提，重視形成機能者，性質上迥然不同，似應不在「行政處分」定義範圍內而受該章程序規定之拘束。

因此，在無統一行政程序法之規範下，在申請給付之情形，鑑於為實現憲法所保障之生存權，應以適時迅速提供給付為必要，主管機關對於依法申請之案件，

自當適時迅速審查，並為給付或不給付之決定。為確保適時處理及決定，自應在合理期間內為之，故有必要明定審查期間之限制規定，資以杜絕遲遲不予決定之弊病。惟我國社會福利行政法規中，對於依法申請之案件，並無標準審查期間之限制規定，易造成主管機關拖延不決定，無法滿足要保障者需要之弊病，因此不但應明定審查期間規定，且為貫徹審查期間限制之意旨，超過合理的審查期間而未為准駁者，亦應有「視為不給付決定」之規定，作為日後行政爭訟處分性之認定之根據。尤其是在職權給付之情形，行政機關依職權為不予給付決定時，往往對外不為表示，對要保障者而言，造成事後爭訟上之不便尤甚，自應同樣地應對主管機關課以答覆之義務，且若標準審查期間內，主管機關未為准駁者，亦應有「視為不給付決定」之規定。

惟社會福利行政法規中，應為給付決定之明文規定者，僅有社會救助法第六條之「核定」規定。其他在申請給付規定之情形，均無應為給付決定之明文規定¹¹，遑論職權給付規定之情形，均係立法上之疏漏。

主管機關認定不符合給付要件者，自應為不給付決定，惟社會福利行政法規中，不給付決定前，讓申請人陳述意見或舉行聽證之規定，甚至不給付決定後，受不給付決定者之行政救濟規定等，均一片空白。且關於不給付決定方式(書面或其他)，不給付決定時，明確的法律根據、判斷不予給付之決定之論理及具體的理由等之理由記載等，亦均付之闕如¹²。

伍·委託給付

主管機關為給付決定時，所採用之行政手法，除了上述之行政行為外，以行政契約為之者亦存在。如兒童福利法第十五條及第十七條第一項所定對於兒童之安置，主管機關得辦理家庭寄養或交付適當之兒童福利機構收容教養(第十七條第二項)；少年福利法第九條第一項及第二項所定對於少年之安置，主管機關得辦理家庭寄養(第九條第三項)；第二十四條所定對於少年之輔導或保護，主管機關協調適當之少年福利機構為之(第二十四條)；老人福利法第二十五條第一項所定對於老人之短期保護與安置等等即是。

¹¹ 不過，主管機關為給付決定時，依其給付性質，有應附加期限者(如兒童福利法第十六條規定，保護安置原則上不得超過七十二小時，例外則為非七十二小時以上之安置不足以保護兒童者，得聲請法院裁定繼續安置，繼續安置以三個月為限，必要時法院得裁定延長一次)，及得附加期限者(如老人福利法第二十五條「接受保護與安置」，及第二十七條「接受適當安置」)之規定。

¹² 在日本之情形，多係主管機關勸導申請人撤回申請。

此等手法，係行政機關與私立福利機構、家庭等締結委任契約，委任私立福利機構、家庭提供安置、收容教養、寄養、輔導或保護等等福利服務。私立福利機構、家庭等提供如何之福利服務，概由委任契約內容定之。此契約內容之重要部分，應受各社會福利行政法規所規範，細節部份則由當事人定之即可。

此類以行政契約方式為給付決定者，與以行政行為為之者相較，更具有社會福利行政程序法之特徵。蓋主管機關之所以與私立福利機構、家庭等締結委任契約，委任私立福利機構、家庭提供安置、收容教養、寄養、輔導或保護等等福利服務，係針對社會福利行政手法，從其本質而言，為行政機關須掌握要保障者之需要而須積極為之，為了真正符合要保障者之需要，行政機關與要保障者之關係，非對立，係以協調關係為前提，重視形成機能，不宜如以命令、強制之權力的行為為之，而以契約、勸導、指導等非權力的行為為妥。

因此，此類以行政契約方式所為之給付決定，以受行政契約程序法規範為宜。問題是，我國上開社會福利行政法規中，有關締結行政契約程序(或實體)規定，全付之闕如。至與統一行政程序法草案中有關「行政契約」規定之適用關係為何，有檢討之必要。惟礙於稿量限制，本文無法於此分析檢討。

陸·代結論

我國行政法學之成立與發展，由於長期以來飽受威權統治及官僚體制之影響，並承襲日本傳統的行政法學理論體系下的警察法的思考模式，行政法學流於如何強化行政權之「官僚法學」，「民主的行政法學」思想並不存在。目前正在立法院審議中之「行政程序法草案」之殘缺不全、研議中之「政府資訊公開法草案」之諸多問題、及個別行政領域行政法規中有關正當法律程序規定之嚴重欠缺情形等等，即為鐵證。尤其是，行政官僚普遍欠缺「程序的正義」觀，抱有「行政程序僅為拘束行政機關本身之障礙物」之迂腐思想，縱使總統直選制度誕生之今日，行政機關本身仍持強烈的優越感，且似有愈演愈烈之虞，行政與國民之關係，亦仍停留在「強制」、「命令」之權力關係為中心思考方式等等，均係阻礙行政程序法制化及「民主的行政法學」發展之要因。殊不知國家權力之一之行政權，係在國民主權原理下，經國民授權始可行使的，行政權既然只不過係受任行使權力而已，當然必須接受主權者之國民之監督與統制。尤其是面對現代行政日益肥大化、多樣化現象，如何對於行政權加以充分的法的統制與民主的統制，當是現代行政法學最重要之課題。

本文即在此行政之民主的統制理念下，借用「行政領域論」，除了強調個別行政領域論之意義外，並具體地以典型的非權力行政的社會福利行政為例，透過法解釋論及立法論，探討我國社會福利行政程序法制之課題。惟社會福利行政之

行政法學的課題，除了本文檢討之手續的權利外，保障請求權等實體的權利、與憲法保障之生存權之理論緊張關係等，亦均為本文無法檢討之重要課題。

參考書目

- 〈自治體法務の課題〉地方自治，208號(1995年)。
〈政策法務の自治體〉自治體學研究 47號(1990年)。
木佐茂男著，〈自治體法務の現場〉判例地方自治 105號(1993年)。
村上武則著，〈給付行政の諸問題〉，收錄於雄川一郎等編《現代行政法大系I》(有斐閣，1983年)。
阿部泰隆著，《行政の法システム(上)(下)(新版)》(有斐閣，1997年)。
室井力著，《現代行政法の展開》(有斐閣 1978)。
室井力著，《現代行政法の原理》(勁草書房，1973年)。
室井力著，《行政改革の法理》(學陽書房，1982年)。
室井力・紙野健二編著，《地方自治體 行政手續》(新日本法規，1996年)。
室井力等編，《現代國家の公共性分析》(日本評論社，1990年)。
室井力編，《現代行政法入門(1)第4版》(法律文化社，1995年)。
室井力編，《現代行政法入門(2)第4版》(法律文化社，1995年)。
兼子仁著，《行政法學》(岩波書店，1997年)。
郝鳳鳴著，〈我國社會法之現況與展望〉輔仁法學 15期。
葉俊榮著，《環境行政的正當法律程序》(國立台灣大學法學叢書編輯委員會，1993年)。
鹽野宏著，《行政法Ⅰ第二版》(有斐閣，1994)。
鹽野宏著，《行政法Ⅱ第二版》(有斐閣，1994)。
鹽野宏著，《行政法Ⅲ》(有斐閣，1995)。

法政學報 第八期

1997年8月 第85頁～第106頁

Journal of Law and Political Science, No.8

August 1997 pp.85～106

日本產品責任法簡介

—兼論我國產品責任法制之運用與修正方向—

A Comparative Study on Taiwan and Japan's Product Liability Laws

黃銘傑*

Huang, Ming-Jye

* 日本一橋大學法學博士，現任淡江大學日本研究所副教授

摘要

近年，在世界性的消費者保護之浪潮下，各國紛紛制定產品責任法，我國與日本亦於一九九四年一月及六月相繼成立產品責任規範。本文主要以日本產品責任法之規範內容為檢討對象，並同時對我國消費者保護法中有關產品責任之規定加以檢討。經由此等探討，本文發現中日兩國的產品責任法制，於規範原理原則上有著相當類似的想法，惟在此等類似點外，二項法制於實體規定或手續運作上各自具有其本身之特色和優劣之處。在將二種法制相互作一比較之後，本文嘗試提示出我國現行產品責任法制的相關規定之問題點和實際運作時應注意之事項。

關鍵詞：消費者保護，產品責任，無過失責任，商品缺陷。

Keyword：consumer protection，product liability，liability without fault，products' defects。

目 次

壹·前言

貳·日本產品責任法

一·立法背景與沿革

二·法律規定之內容

三·實務運作之問題點及其因應對策

參·我國產品責任法制

肆·代結論：我國法制之運用與修正方向

壹·前言

在大量生產、大規模地運用宣傳媒體以及流通管道進行商品銷售的現代社會中，居於生產、流通階段末端的消費者在不少情形下係基於對商品製造人、總經銷商或輸入業者的信賴，而作其商品選購之決定。此際，若因商品本身之「缺陷」¹致使消費者之生命、身體、健康、財產受有損害時，則消費者向上述商品製造人等請求賠償一事，理屬當然。在傳統的民法規定之下，消費者向與其並無直接契約關係的商品製造人等追究責任、請求賠償之重要手段，是為該等製造人因之所負的侵權行為責任。

然而，傳統的侵權行為責任法理所欲規範之典型事例，乃為單一個人與單一個人或少數私人間的權利侵害紛爭，此種法理對於因大量生產、大量消費的現代消費關係所引起之複雜的、社會性的法律問題有多少的適用可能性，實屬疑問。而且，在過失責任的原則下，侵權行為訴訟中的被告不僅只對其行為存有「過失」時，始負損害賠償之責；原告亦必須舉證被告之過失、該項過失與損害間之因果關係後，始得求償。然因有關生產過程之資訊幾乎全為被告之製造業者等所有，在此資訊不對稱性(asymmetry)的情形下，屬原告之消費者擁有多少的舉證能力，亦屬疑問。更者，因為製造業者可將付出之賠償金額算入製造成本中，且可以藉由保險分散該等風險，故若商品存有缺陷則不問是否與有過失，令製造業者負擔該項責任方可謂為符合公平之理²。

若此，則吾人實有必要在傳統的侵權行為責任法理之外，另闢蹊徑，以確實保護、救濟因現代消費社會的特性而往往居於弱勢地位的廣大消費者群。在此一時代的要求之下，基於無過失責任原則的產品責任(Product Liability)法(理)遂應運而生³。美國總統甘乃迪於一九六二年發表的消費者特別咨文中，明白地揭示出消費者的四大基本權利：追求安全之權利、被告知事實真相之權利、選擇

¹ 本文所謂之「缺陷」，與我國民法第三百五十四條規定中之「瑕疵」有別。瑕疵者，係指使商品之價值、通常效用或契約預定之效用，發生減失或減少作用之情形而言，而本文所謂缺陷者，係指商品中所存足以危害人之生命、身體、健康、財產的原因事實。參照朱柏松，1991，《商品製造人侵權行為責任法之比較研究》，頁24，台北：五南圖書公司。

² 從而，此時之責任分配原則乃從傳統的「買主危險負擔」(caveat emptor)原則，變更為現代「賣主危險負擔」(caveat venditor)之原則。

³ 本文將 Product Liability 譯成產品責任，同樣之原文國內亦有譯為商品製造人責任、製造商責任或商品責任等。

之權利、意見受尊重之權利；而所謂產品責任（Product Liability, PL）法制基本上即是為保障消費者之第一項「追求安全之權利」而產生。在消費意識高昇、消費者保護浪潮披靡的現在，各主要工業國家莫不紛紛制定相關產品責任法制，以因應國內保護消費者運動之要求，並配合其他國家消費者保護之水平，以求得國際法制的調和。在此國際情勢之下，現今擁有產品責任法制的國家約三十有餘，我國與日本亦先後在一九九四年年初與年中成立產品責任法制。惟與日本係將產品責任法單獨立法不同，我國有關產品責任法制係規範於消費者保護法的一節（第二章第一節）中。

對於此幾乎於同一時期成立的二個法制，從比較法的觀點上看來，研究其中異同之處，不僅於學術研究上有其意義，就實務運作而言亦可收他山之石之功。在此想法之下，本文乃以日本產品責任法之規範內容為主要檢討對象，而同時亦對我國消費者保護法中有關產品責任之規定加以檢討。經由此等探討，本文發現中日兩國的產品責任法制，於規範原理原則上有著相當類似的想法，惟在此等類似點外，二項法制於實體規定或手續運作上各自具有其本身之特色和優劣之處。在將二種法制相互作一比較之後，本文嘗試提示出我國現行產品責任法制的相關規定之問題點和實際運作時應注意之事項。

貳·日本之產品責任法

一·立法背景與沿革

前已述及，產品責任法之生成係為因應大量生產、大規模宣傳與銷售之社會經濟結構的轉變，以及因此而發生之保護消費者的必要性；以日本現今之經濟發展狀況，其符合此等要件一事殆無疑慮，而產品責任法之制定乃成為勢在必行之舉。事實上，早自一九五〇年代後半經濟發展高度起飛時期起，日本即因食品、藥品等的製造上的缺陷而陸續引發大規模的消費者受害事件⁴。在此等事件的訴訟中，判例實務逐漸地擴大傳統的侵權行為要件中之「過失」概念，結果使得有關產品責任之判例法上「過失」責任實質上幾近於「無過失」責任概念，甚至有論者謂，縱令不制定成文的產品責任法，在日本法上亦可以依無過失責任原則請求缺陷商品之損害賠償⁵。

⁴有關產品責任法制定前之各種受害事件以及法體系關於此之因應之道，參照朱柏松，前揭書（註一），第二章。

⁵參照內田貴，1992，〈管見《製造物責任》（一）～（四）〉，NBL四九四至四九七號。

雖然如此，但除如上述傳統的侵權行為法理實難完全符合救濟大規模的消費者受害事件之需求外，如何減輕消費者有關產品製造人之過失、其與損害間之因果關係等的舉證責任以及如何確定生產、銷售各階段之責任主體……等問題，並非單是靠法解釋論就可以完全解決的，仍須以明確的法律規定加以釐清。而當歐洲共同體（EC）於一九八五年七月二十五日採行了有關產品責任之指令(Directive)後⁶，日本國內要求制定產品責任立法的聲浪更為高漲⁷，同時並存有產品責任研究會案、公明黨案、東京律師公會消費者問題特別委員會案及一九九〇年私法學會報告人團體案等四種立法提案。

在此國際性的法制調和與國內的強力要求之雙重壓力下，日本內閣於幾經躊躇與延宕後，終於在一九九四年四月十二日決議向國會提出「產品責任法」（原文為「製造物責任法」）之政府草案。而因為產品責任法制定之必要性與迫切性已在日本國民間形成共識，該草案乃在異常快速的國會審議下，並於參眾兩院皆獲得全體一致的贊成，而於同年六月二十二日正式成立，七月一日公布⁸。且為了使產業界有足夠的準備、因應時間，該法附則第一條乃訂定一年的緩衝期間，令該法自公布後一年起施行。職是之故，日本之產品責任法乃於一九九五年七月一日起正式施行。

二・法律規定之內容

與立法前之迂迴曲折的情事相較之下，成立之產品責任法（以下稱「本法」）的內容就顯得很簡潔，全文僅由六條規定與附則（二條）構成。以下謹就各條規定內容加以簡單的解說⁹。

⁶ Council Directive 85/374 of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

⁷ 實際上，最終成立之產品責任法受上述 EC 指令之影響頗深，反而與促使產品責任法制化之最初要素的美國相關法制有一線之隔。參照好美清光著，〈製造物責任法の構造と特質：主として EU 法との對比において〉，《判例タイムズ》，八六二號，1995。

⁸ 本法成立之經緯，參照加藤雅信編著，1995，《製造物責任法總覽》，頁 901 以下，東京：商事法務研究會。

⁹ 以下有關產品責任法之解說，主要參照小林秀之，1995，《製造物責任法》，東京：新世社；經濟企畫廳國民生活局消費者行政第一課，1994，《逐條解說製造物責任法》，東京：商事法務研究會。

(一) 立法目的

本法第一條規定首先就本法立法目的作一闡釋。

第一條（目的）

為規律因產品之缺陷致使人之生命、身體、財產遭受損害時，製造業者等應負之損害賠償責任，以保護受害人，進而安定、提昇國民生活水平、促進國民經濟的健全發展，特制定本法。

本條規定明示出本法之直接目的與最終目的。申言之，本法之直接目的係藉由課缺陷產品之製造人以損害賠償責任，以保護因此等產品而於生命、身體、財產等方面遭受損害之受害人；而其最終目的乃係希冀藉由此一責任之課處，加強企業與消費雙方對於產品安全性的重視與關心，提昇國民全體生活品質，從而促進國民經濟整體的健全發展。

本條規定較值得注意的是，本法所保護之受害主體並非僅止於缺陷產品的消費者個人而已，而係普遍及於因該缺陷產品而於生命、財產等發生損害之「受害人」¹⁰。當然，消費者為本法所欲保護之主要對象一事自不待言，惟雖非消費者但因該缺陷產品而受有損害之人亦時有之；例如，因汽車之缺陷，致使車上之乘客或路上之行人遭受損害者是也。此際，亦應使缺陷車之製造廠商負擔賠償責任，方可謂為適當且足以充分地保護到受害人之權益。另外，所謂「受害人」並不僅限於自然人，法人事業亦包括在內；例如，因機械的缺陷致使工人受傷而工廠停工時，不僅工人得以求償，企業本身亦可向該缺陷機械的製造人請求損害賠償。

(二) 產品的範圍、缺陷、責任主體

本法第二條規定對「產品」、「缺陷」、「製造業者等」加以定義，第一項首先定義出「產品」之範圍。

¹⁰ 因本條規定未明示出以保護「消費者」為目的，而係以「受害人」為被保護客體，因此有擔心本法保護消費者之美意或將因此而受到忽視；但一般認為消費者當然包含在「受害人」概念之中，且以「受害人」為被保護對象之概念，不僅不會損及消費者權益，對於與消費者地位類似、同是居於弱勢地位的小規模企業亦可依據本法加以救濟。參照座談會，〈製造物責任法（PL法）の検討：立法から施行1年後までを振り返って〉，《判例タイムズ》，九〇七號，頁5-8，1996。

第二條（定義）

本法所稱「產品」，指經製造或加工之動產而言。

所謂「動產」，簡言之，就是不動產以外之有體物¹¹。因本項規定將產品限定於經「製造或加工」之動產，從而屬於第一次產業之農林漁牧產品等，因係利用自然之力生產，而非經人為加工或處理者，故不在本法所稱之「產品」範圍內¹²。判斷特定產品是否有經過「製造或加工」，原則上係以該產品是否因為該製造或加工程序而導致其屬性變更為標準，故而未變更產品屬性之修理、設置、組合、維修等工作，乃非本法所稱之「製造或加工」。而因為將「產品」定義為經製造或加工之動產的結果，使得零件、原料、中古品等亦在本法所稱之產品範圍內¹³。

本條規定第二項就「缺陷」之意涵加以定義。

本法所稱「缺陷」，係指考量該當產品之特性、其通常可預見之使用型態、製造業者等交付該當產品之時期及其他有關該當產品之事項後，該當產品欠缺通常所應具有之安全性而言。

因為缺陷之有無的判斷，係以該產品是否「欠缺通常所應具有之安全性」為基準，從而無關於產品安全性之單純的品質上的瑕疵，並不該當於本法所稱「缺陷」。而在作具體的認定時，吾人應綜合考量(1)產品之特性；(2)其通常可預見之使用型態；(3)產品交付之時期；(4)其他有關該產品之事項等要素後，始下判斷。有關(1)之要素尚可分為產品的功效（效能）、經濟性、損害發生的或然率及程度、產品的耐用期間等；(2)係關於使用產品是之考慮事項，包含產品的標示、合理的可預見之使用方式、使用者防止損害發生之可能性等；(3)乃指製造業者等交付該

¹¹ 惟亦有見解以為，不動產、尤其是建售住宅實際上亦為一「產品」，因此立法上亦應將之納入規範對象。參照松本恆雄著，〈製造物の意義と範圍〉，《ジュリスト》，一〇五一號，1994；加藤雅信，〈《製造物責任法案》とその問題點：よりよき法のための修正を求めて〉，《判例タイムズ》，八四二號，1994。

¹² 但亦有學說主張，農林漁牧產品不論其有無經過加工處理，皆應視之為本法中之「產品」，始符合本法規範之目的。松本恆雄，同前註，頁24。

¹³ 另外，在立法審議過程中，有關是否應將血液製劑納入「產品」之定義範圍內，曾引起相當大的爭議。此一爭議起因於前些年日本曾發生過不少血友病患者在接受治療時，因輸入含有愛滋病毒的血液製劑而不性感染愛滋病，引致大規模地追究製藥廠商國家主管機關之監督責任的訴訟。職是之故，製藥業界對將血液製劑納入本法規範範圍內相當地排斥，惟因血液製劑亦為加工產品，實無特殊理由將之排除於產品的定義範圍外，從而成立之法律並未針對血液製劑定有除外適用之規定，血液製劑亦受本法之適用。有關血液製劑與產品責任法之關係，參照淡路剛久著，〈血液製劑とPL法〉，《ジュリスト》，一〇九七號，1996。

當產品時，社會一般對該產品安全性的認識、技術上實現、採用之可能性等要素；(4)之其他相關事項含括該項缺陷是否為明白且周知者、是否因天災等不可抗力之因素導致損害發生等。惟本項所謂「通常」之意義，係指包括製造業者、消費者……等社會一般對該產品所抱有之期待內容。

一般而言，產品之缺陷可大致分為製造上的缺陷、設計上的缺陷以及指示、警告上的缺陷三種。製造上的缺陷指產品未依原來設計內容進行製造而產生之缺陷產品，原始設計內容雖於安全上毫無疑慮，但此等製造過程中所發生的缺陷產品並未合乎原始設計的安全標準，故乃欠缺通常所應具有之安全性。設計上的缺陷指產品本身的設計即欠缺其通常所應具有之安全性，相對於上述之製造上的缺陷僅以一定比率發生於製造過程中，因設計上的缺陷所製造之產品擴及於所有依該設計製造之產品。指示、警告上的缺陷乃因沒有或欠缺適當的使用說明書或警告標示等所產生之缺陷，與設計上的缺陷一樣發生於產品全體。上述三種缺陷解釋上皆為本法所稱之「缺陷」¹⁴。

本條第三項就依本法應負損害賠償責任之主體加以規定。

本法所稱「製造業者等」，指該當於下列各款之一者而言：

- 一、以製造、加工、輸入該當產品為業者（以下簡稱為「製造業者」）。
- 二、自行以該當產品製造業者之身分，而於該當產品上為姓名、商號、商標及其他標示（以下稱「姓名等之標示」）者，或為足以使人誤認其為該當產品之製造業者的姓名等之標示者。
- 三、除前款所揭者外，自該當產品製造、加工、輸入、銷售之型態及其他情事觀之，所為之姓名等之標示足以認定其為該當產品的實質製造業者之人。

本項規定首先應注意者，第一款因將「製造業者」定義為以製造、加工、輸入該當產品為業者，從而專事輸入之業者亦與製造業者負擔同樣的產品責任。如此規定之理由，係考慮到受害人等直接對國外的製造業者提起訴訟之困難性、並希望藉由此之規定促使輸入業者得以從更有信譽之國外廠商處進口更安全之產品。而所謂以製造等「為業」者，指以商品製造、輸入等為事業而繼續、重複地實施同樣之行為而言，因此，僅於業餘休閒時所做出之物並非本法所稱產品。且本法所稱「為業」者，不問其是否以營利或非以營利為目的。

本項規定雖未將一般銷售業者列為本法的責任主體，然有鑑於最近大規模的流通、量販業者自行開發新產品後委託他人製造，並在商品上附上自己之商標或商號等（所謂原廠委託製造(OEM)產品或無印良品等），而消費者於多數情形亦係

¹⁴ 雖有見解主張，或可於法律中將此三種類型的缺陷具體地規定出來，但如此明文規定之方式或會導致受害人必須具體地舉證出加害之缺陷類型，而使得救濟平添困難，故此種建議不為立法者所採。參照座談會，前揭註（十），頁23-25。

基於對此等大型流通、銷售業者的信賴購買該等商品，此時亦應令此等流通、銷售業者負擔本法之產品責任，始符合公平之理。因此，本項規定第二、三款乃將雖非製造、加工或輸入之人，但外觀上足以使人認其為製造業者之人亦定義為本法所稱之製造業者等。第二款前段針對自行將本身標示為製造業者之人加以規範，同款後段則對雖非直接、明確地標示自己為製造業者，但其標示足以使人誤認其為製造業者之人加以規範。第三款之規範則針對雖未有第二款之標示或誤認之標示，但其標示足以使人認為其對該當產品的設計或製造發揮相當大的影響力，而信其為「實質的製造業者」之情形。惟流通或銷售業者縱依第二、三款規定成為本法之責任主體，真正的製造業者仍須依第一款規定負擔損害賠償責任；此際，兩者間成立不真正的連帶債務關係。

(三) 無過失責任

本法第三條就製造業者等因其產品之缺陷應負之無過失損害賠償責任加以規定¹⁵。

第三條（產品責任）

製造業者等因自己交付之本身所製造、加工、輸入或所為前條第三項第二款或第三款之姓名等之標示的產品之缺陷，致侵害他人生命、身體或財產時，應就此所生之損害負賠償責任。但該項損害僅止於該當產品本身時，不在此限。

依據本條規定，製造業者負無過失損害賠償責任之具體要件如下：(1)製造業者等本身交付該當產品；(2)該當產品存有缺陷；(3)侵害到他人生命、身體或財產；(4)有損害之發生；(5)缺陷與損害間有因果關係的存在。(1)所謂之「交付」，指移轉佔有之意。一般而言，只要是出貨或將產品置於流通階段上，即可謂為交付。且不論該項交付是為有償、或為無償，都為本條規定所謂之交付。(2)之缺陷，係指製造業者等交付該當產品時（該當產品脫離製造業者等之支配時），存在於該產品上之缺陷而言。因此，(5)之有關缺陷與損害之因果關係，即指因該當產品交付時所存在之缺陷導致損害發生者而言；若缺陷係於製造業者等交付之後方始發生，製造業者等對因此所發生之損害不負賠償責任。受害人於要求損害賠償時，應就此缺陷之存在時期進行舉證。

¹⁵ 惟對於產品責任是否為一無過失責任，而與向來的過失責任於法律性質上有所差異，或者產品責任與向來的過失責任間具有連續性，其實質為一嚴格的過失責任，學說之間有爭議。參照松本克美著，〈缺陷責任と安全確保義務：製造物責任法解釋の規範的判斷枠組〉，《神奈川大學法學研究所年報》，一五號，1997。

本條但書規定係指，除該產品外別無其他人的貨物的損害發生時，製造業者等不負本法所規定之產品責任；惟消費者仍可依民法有關瑕疵擔保責任或債務不履行責任要求賠償。然而，當損害擴及於該當產品以外時，則損害賠償的對象除其他人的、物的損害外，亦包含該當產品。

(四) 免責事由

本法第四條就製造業者等得以免除本法所定之產品責任的二種情形加以規定。第一款首先規定有關「開發危險之抗辯」的免責事由。

第四條（免責事由）

製造業者等證明下列各款所揭之情事存在者，得免負前條所規定之賠償責任。

- 一、依製造業者等交付該當產品時之相關科技知識水準，無法認知到該當產品存有缺陷。

所謂「開發危險」，指依照產品交付時之相關科技水準，無法發現或除去而內藏於該產品本身之缺陷（危險）而言。於此開發危險存在時，若仍令製造業者等負擔產品責任，將使製造業者等對於新產品或新技術之開發裹足不前，妨礙到科技的發展與進步。因此，乃有必要賦予製造業者等以抗辯之權利，以免除因開發危險所生之損害；而此一開發危險抗辯權的賦予亦符合本法第一條所定「安定、提昇國民生活水平、促進國民經濟的健全發展」之最終目的。

本款所謂「相關科技知識水準」，只要是對缺陷存在之有無的判斷於一定程度上會產生影響的知識皆包括在內；因此，非僅限於特定人之知識，而係涵蓋客觀地存在於社會上的所有知識之總體而言。從而，個個業者所擁有之科技知識水準或該產業中平均的科技知識水準並非本款所謂之「相關科技知識水準」，而必須是產品交付當時所可能獲得之最高的科技知識水準始符合本款之要件。蓋，若不作此限定而僅依一般科技知識水準即承認製造業者等享有抗辯權利的話，將會減低本法創制無過失損害賠償責任的意義。

本條第二款規定有關「零件、原料製造業者之抗辯」。

- 二、該當產品作為他產品之零件或原料被使用時，其缺陷係因遵循他產品製造人有關設計之指示所生，且本身於缺陷之生成並無過失。

成品製造業者與零件、原料製造業者，通常多係居於定作、承攬之關係，後者於不少情形下很難拒絕前者之要求或指示；而且，零件、原料製造業者對於產品整體之狀況並無法確實掌握，其與成品製造業者間對於損害發生之可歸責性於程度上有別。從而，若因只是遵照成品製造業者之指示而生有缺陷時，亦令零件、原料業者負擔產品責任的話，則從賠償責任的公平負擔之觀點來看，實有問題。基於此等考量，本法乃承認零件、原料製造業者於符合本款規定之情形下，得免

除本法所定之產品責任。當然，零件、原料製造業者雖然依本款規定得以免責，受害人仍可向成品製造業者追究產品責任。

(五) 消滅時效與除斥期間

本法第五條規定有關產品責任之損害賠償請求權的消滅時效及除斥期間。

第五條（期間之限制）

第三條規定之損害賠償請求權，自受害人或其法定代理人知有損害及賠償義務人時起，三年間不行使而消滅。自製造業者等交付該當產品時起，逾十年者亦同。前項後段之期間，於累積在人體內後始危害人體健康之物質所致之損害或經過一定之潛伏期間始生症狀之損害之情形，自損害發生時起起算。

本條第一項前段規定，本法產品責任的損害賠償請求權之消滅時效為三年；因此，受害人或其法定代理人在知悉損害或賠償義務人後，三年內不行使該項損害賠償請求權的話，該請求權將因之而消滅。但是，若僅將該請求權之消滅限定於受害人等「知有損害及賠償義務人」之情形，則受害人不知該項損害或賠償義務人時，製造業者等勢將永久擔負此一產品責任。一般而言，產品有其合理的使用期間或耐用期間，使用期間愈長則發生損害之危險性愈高。因此，若大幅度地超過該當產品的耐用期間繼續使用，而對此所引起之損害仍課製造業者責任的話，將有欠公平。在此考量之下，本條第一項後段乃設定十年的除斥期間，規定在產品交付後逾十年時，不得在依本法追究製造業者等之產品責任。

然而，在如醫藥品的副作用等之情形，其損害之發生乃經過長年的累積或潛伏，對此情形若仍以十年的除斥期間來限制受害人行使其請求權的話，則顯得不合理。因此，本條第二項乃規定在此情形下，其期間之計算自損害發生時起開始起算。

(六) 民法之適用

本法為民法之特別法，故本法未有規定或不適用時，應適用民法之規定，本法第六條特就此加以規定。

第六條（民法之適用）

有關產品缺陷時製造業者等之損害賠償責任，本法未規定者，適用民法之規定。

本條規定有兩層的意義：第一、基於本法行使請求權時，本法未規定之部分，得補充地適用相關民法之規定，如有關過失相抵、共同侵權行為等民法規定；第二、依本法為請求的同時，亦可基於民法規定請求賠償，例如，本法成立前一般多以侵權行為之規定請求賠償，本法成立後並未排除此一請求的可能性，此時，

將會發生請求權的競合。

三·實務運作之問題點及其因應對策

本法雖然僅是由上述六條條文所構成之小型立法，但已就產品、缺陷、責任主體等加以定義、創制基於產品缺陷之無過失責任、容許開發危險抗辯等之免責事由、限制損害賠償請求權行使期間等，從實體規定來看，其立法內容可為完備。惟在立法過程中，消費者團體及學界團體所要求之推定缺陷於交付時存在、缺陷與損害間因果關係存在的推定、製造業者公開其產品之相關資訊與情報等手續法上的條文，皆未為立法者所採納。此等有關缺陷、因果關係之立證，實係消費者依本法提起訴訟時，事先必須跨過之門檻，此一門檻設定之高低關係著本法是否會為消費者有效利用之根本要素¹⁶。

然而，因為本法未將上述有關「推定」之條文納入，使得消費者於提起訴訟時，須自行負起缺陷、因果關係等之舉證責任，加重消費者的負擔、提高訴訟之門檻，從而有減低消費者依本法請求損害賠償的意願之虞。立法者本身亦注意到此一問題，故於表決通過本法時，亦附帶決議要求政府對於此採取適當的補救措施，其謂：「關於缺陷的存在、缺陷與損害間之因果關係等，為求減輕受害人之舉證責任，除應充實國家和地方政府的檢驗機構、國民生活中心、消費者生活中心以及公平且中立的民間檢驗機關等之檢驗體制外，並應相互協調，以強化得以查明各種不同事故發生原因之功能」¹⁷。在此方針之下，或由通產省輔導成立、或由業界團體自行成立，各主要產業都擁有其各自的原因查明機構，協助消費者究明事故之原因或產品之缺陷。惟此種機構在運作上不免會有偏向業界利益之傾向，因此，充實公平且中立的民間之事故原因查明機構乃成為未來法律施行的緊要之務。

另外，為使受害人得以迅速地獲得救濟與賠償，以當事人自主的合意為基礎而利用司法制度以外之替代性的紛爭解決制度(Alternative Dispute Resolution, ADR)亦為良策。尤其是受害金額不多的事件，此一 ADR 制度更是有其用武之地。事實上，在本法成立前，不少有關產品責任之事件，都是經由國民生活中心或消費

¹⁶ 有關此等舉證責任所牽涉之各項問題，參照春日偉知郎著，〈證明責任〉，《ジュリスト》，一〇五一號，1994。

¹⁷ 參照一九九四年六月十六日、一九九四年六月二十二日眾議院、參議院通過產品責任法草案時之附帶決議第三項、第二項。

者中心等 ADR 機構居中斡旋、調停而獲得圓滿解決的。本法成立後，有關產品責任之爭議將會更形增加，此等 ADR 機構也就有更加充實之必要；而立法者在法案的附帶決議中亦明言，充實此等 ADR 制度為政府爾後努力之目標¹⁸。實務運作上，包括汽車、家電等主要產業在內，亦都設置有此類 ADR 機構¹⁹。此等 ADR 機構或將成為未來處理產品責任糾紛的主流，而其地位、功能的強化與中立性的確保亦將成為未來努力之目標²⁰。

無論如何，本法成立後，並未如立法前部分人是所擔心地，訴訟案件將因本法之成立而遽增、甚或形成氾濫之舉。實際上，本法成立後，有關產品責任之訴訟案件並未有顯著的增加。究其因，似可歸納為下列三項理由²¹：(1) 企業本身採取了諸多因應的對策，特別是在警告標示上更是有長足的進步；(2) 於產品責任事件發生時，企業方面多會迅速地對應，且時常在作出大幅度讓步的情況下，透過 ADR 機構尋求裁判外的和解；(3) 以產品責任為專業之律師人數少，利用本法求償一事於制度上受到限制。雖然存有第三項之負面因素，但從第一、二項因素中亦可看出，產品責任法的制定使得日本企業更加重視其產品之安全性，而在面對因產品所生之責任問題時，企業界更是積極、迅速地加以對應，時而經由企業本身或產業公會中所設置之 PL 中心謀求和解之道，以維持企業本身的形象，此一作法間接地促使消費者利益受到相當程度的保障。

參·我國之產品責任法制

我國有關產品責任之法制係規定於民國八十三年一月十一日成立、同日公布、並於同月十三日起正式施行的「消費者保護法」（以下簡稱為「消保法」）第二章（消費者權益）第一節「健康與安全保障」中，共計由四條條文（第七條至第十條）所組成²²。

¹⁸ 同前註之決議第四項、第三項。

¹⁹ 一般多稱此種 ADR 機構為「PL 中心」。

²⁰ 上述事故原因查明機構、替代性紛爭解決制度等的詳細說明，參照太田勝造，〈製造物被害の救済システム：裁判外紛爭解決、原因究明、情報蒐集・分析提供等の制度〉，《ジュリスト》，一〇五一號，1994。

²¹ 參照座談會，前揭註（十），頁 13-15。

²² 有關我國產品責任規定之解釋，參照朱柏松，1994，1995，〈消費者保護法商品製造人責任規定之適用與解釋（上）（下）〉，《台大法律論叢》，第二四卷第一、二期；邱聰智，1996，〈消費者保護法上商品責任之探討〉，行政院消費者保護委員會編，《消費者保護研究第二輯》。

一·無過失責任

消保法第七條規定，企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險（缺陷），若因商品或服務之危險致生損害於消費者或第三人時，應負無過失損害賠償責任。

第七條

從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。

商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。

企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。

本條規定之特色在於，應負無過失損害賠償責任者，不僅包括設計、生產、製造商品之人，亦及於提供服務之人。對於服務業者全盤性地適用以無過失損害賠償責任之制度，即令非常重視消費者保護之美國亦尚未採行，僅就此點而言，我國或可謂為消費者保護的「先進國家？」²³。其次，本條所謂「商品」，依「消費者保護法施行細則」（以下簡稱為「施行細則」）第四條規定，指「不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件」；且因本條第一項有「生產」之語，使得「製造」之外的農林漁牧等第一次產業所生產之產品，亦得以納入本條規定所稱之「商品」²⁴。此種擴大「商品」定義之範圍，令農林漁牧業者等亦負擔無過失損害賠償責任的立法方式，是否得當，實屬疑問；而若農林漁牧業者在不知其會因此而被納入消保法的規範對象，從而未在立法過程或施行細則訂定過程中陳述意見的話，則此一規定的妥當性就更可疑了。

消保法本身並未就產品或服務之「危險」的意涵加以定義，而係於施行細則第五條第一項規定中予以闡明。依此規定，所謂「危險」，指「商品於其流通進入市場，或服務於其提供時，未具有通常可合理期待之安全性者」而言。而依同條第二項規定，認定安全性之基準可有下列三項：(1)商品或服務之標示說明；(2)商品或服務可期待之合理使用或接受；(3)商品或服務流通進入市場或提供之時

²³ 有關將服務列為本法規範客體之相關問題，參照林慧貞，1997，〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，《月旦法學雜誌》，第二六期，。

²⁴ 「施行細則」第四條的立法理由謂：「農、林、漁、牧產品與消費生活息息相關，為確保消費者權益，故從事農林漁牧之企業經營者所提供之農、林、漁、牧產品仍有本法之適用」。

期。此一定義，基本上與日本產品責任法第二條第二項有關「缺陷」之定義，並無大的差異；而本條所謂之危險，亦含括前節所述製造上的缺陷、設計上的缺陷、指示、警告上的缺陷等三種情形。

最後，施行細則第五條第一項但書規定，亦承認有關之企業經營者可享有「開發危險之抗辯」。其謂，「商品或服務已符合當時科技或專業水準者」，即不得謂該商品或服務有安全或衛生上的危險。

二．經銷業者之中間責任

消保法第八條規定經銷業者以「中間責任」之基礎，與前條之企業經營者連帶負損害賠償責任。

第八條

從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任。但其對於損害之防免已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，不在此限。

前項之企業經營者，改裝、分裝商品或變更服務內容者，視為前條之企業經營者。

日本產品責任法並未將經銷業者全部視為無過失責任主體，而僅對在商品上標示自己之商號、商標等致使他人（誤）認其為該商品之製造人的擬制製造業者（第二條第三項第二款）或實質的製造業者（同項第三款）加以規範。我國的消保法對經銷業者亦課以損害賠償責任，但僅在此等業者對損害之防止未盡相當之注意時始課責；因此，經銷業者所負之責任與前條業者所負之無過失責任不同，係為一中間（損害賠償）責任。在此情形下，若設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者無法特定，而經銷商又以其已克盡相當注意之由免除責任時，消費者將無從求償，而有損本法有關無過失責任之立法美意。且對農林漁牧業者課以無過失責任，而對經銷業者僅課以過失責任，亦似有欠均衡。解決之道，或可仿 EC 之立法，限定在設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者無法特定時，令經銷業者負無過失責任²⁵。另外，經銷業者改裝、分裝商品或變更服務內容時，將被視為前條之企業經營者，而負無過失責任。

三．輸入業者之責任

消保法第九條規定，輸入業者亦應負無過失損害賠償責任。

²⁵ 參照前揭註（六），EC 產品責任指令第三條第三項規定。

第九條

輸入商品或服務之企業經營者，視為該商品之設計、生產、製造者或服務之提供者，負本法第七條之製造者責任。

本條規定立意至為清楚，無庸多加解釋。惟於文言上有疑問者，最後一句為何僅限定於「製造者責任」，而非「製造者與服務提供者責任」或僅概括稱為「企業經營者責任」。此一遺漏，恐係立法之疏失。

四·回收義務

消保法第十條規定，企業經營者發現其商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收商品、停止服務。

第十條

企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。

商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示，並附載危險之緊急處理方法者，准用前項規定。

本條規定之理念在於，若可防範事故於未然，則應課企業經營者予此種積極防範事故發生的義務。因此，企業經營者發覺其提供之商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞時，應立即回收該當商品或停止該項服務、或為足以除去該項危害之必要處理²⁶。本條規定在實務上可能會產生爭議者厥為，消費者可否以商品之回收或服務之停止等情事，作為推定「危險」存在的證據方法。為了鼓勵企業經營者積極回收或停止具有危險性之商品或服務，且依施行細則第五條第三項「商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為有安全或衛生之危險」規定之旨趣，回收商品或停止服務應不得作為推定「危險」存在之證據。

最後，在手續法方面²⁷，消保法除規定有司法訴訟外，並要求政府扶植、獎助消費者團體、省（市）及縣（市）政府設置消費者服務中心、消費者保護官、直轄市及縣（市）設置消費爭議調解委員會，令消費者得以向這些團體和機構進行申訴或申請調解，隱含有 ADR 制度之理念，惟業界團體本身若能自行成立類

²⁶ 另外，依據消保法第三十六條規定，直轄市或縣（市）政府經調查後，發現商品或服務有導致損害發生之可能性時，亦可令相關之企業經營者採取回收等必要措施，並以罰鍰（參照同法第五十八條）確保該行政命令之有效性。

²⁷ 參照王甲乙，1996，〈消費者保護爭議事件之處理：簡介消費者保護法第五章消費爭議之處理〉，行政院消費者保護委員會編，《消費者保護研究第二輯》。

似之接受申訴、調解爭議之機構，或更具有意義且增加消費者與業者之溝通協調管道，而於不少情形下亦能針對問題點加以迅速且有效地解決。另一方面，消保法雖賦予消費者團體及地方政府有檢驗商品之權，但有關事故原因查明之功能應由誰來擔負，並未規定。為減輕消費者之舉證責任，消費者團體或縣（市）政府之消費者服務中心應擔當此一功能，或另外扶植公平且中立的事故原因查明機構。

肆·代結論：我國法制之運用與修正方向

從以上日本與台灣之產品責任法制的敘述中，吾人可以得知，約早於日本產品責任法五個半月制定的我國消保法中有關產品責任之制度，在將服務業納入規範對象、規定經銷業者亦以中間責任為基礎負有連帶賠償責任、明訂企業經營者對於危險之商品或服務有回收或停止之義務、賦予消費者團體檢驗權、訂定訴訟外之消費爭議的申訴及調解程序等，都可謂為比日本更進步的作法。但不可否認地，日本產品責任法之規定與實務作法，亦有不少可以作為我國法制借鏡之處。以下，僅就此分為六點加以申述，以作為本文之結語。

一、有鑑於我國產業界間，所謂 OEM 與 ODM（原廠委託設計製造）最近亦頗為盛行，對此等委託他人製造而在該商品上冠之以自有品牌、商標名稱等之業者，鑑於消費者多數係因對此等委託業者的信賴而進行選購之情事，亦應有必要令其負擔產品責任。惟現行消保法第七條規定之責任主體僅限於從事設計、生產、製造之業者，而未對委託製造業者加以規範；而第八條第一項對所有經銷業者僅課以過失責任。於此，似有必要仿日本產品責任法第二條第三項第二、三款之規定，使擬制製造業者或實質的製造業者負擔無過失損害賠償責任。

二、消保法中所謂「商品」，包括最終產品、半成品、原料與零組件，職是，原料與零組件業者與成品業者間並無區別，而需同樣負擔無過失損害賠償責任。然而，在原料或零組件業者係專依成品業者之設計與指示而進行生產時，亦令此等業者負擔賠償責任實有欠公允。於此，似亦有必要仿日本產品責任法第四條第二款規定，令此等僅是遵循成品業者之設計上的指示而從事製造之原料與零組件業者得享有免除產品責任之抗辯權。

三、從產品責任發展之沿革與其規範原理之觀點來看，產品責任制度主要是賠償因缺陷商品致消費者或第三人之「生命、身體、健康、財產」產生損害者；若此，則僅止於商品本身之損害不應包括在本處所謂之「財產」定義內。而且，若承認僅有商品本身受損即可依產品責任要求賠償，則有可能導致濫用訴訟之

虞。於此，似亦有必要仿日本產品責任法第三條但書規定，將僅止於商品本身之損害排除在產品責任的賠償請求權外，而令受損之消費者等依民法債務不履行或瑕疵擔保責任之一般原則請求賠償。

四、消保法本身並未規定損害賠償請求權之消滅時效及除斥期間，從而有關消滅時效及除斥期間就必須依照民法侵權行為之規定。依據民法第一百九十七條第一項，「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾十年者亦同」。因此，消保法之無過失損害賠償請求權之消滅時效為二年，除斥期間為十年。惟此侵權行為時效之一般原則，並未考慮到產品責任的某些特性，最重要者厥為，損害需長期間累積於人體內或經過一定期間的潛伏期方始發生時，上述之消滅時效或除斥期間對因此而受害之人將無法予以有效地救濟。於此，似亦有必要仿日本產品責任法第五條第二項規定，對此種特別性質的損害之期間計算，令自損害症狀發生時起起算。

五、消保法擴大商品之定義令其及於農林漁牧產品，從而使農林漁牧業者亦成為該法產品責任之主體。對在自然環境中從事生產之農林漁牧業者課以如此高度的危險管理責任，是否合理，實有再加以檢討之必要。

六、日本產品責任法在運用實務上，有各種不同的事故原因查明機構協助消費者確定產品缺陷之內容及其存在時期，藉以減輕產品責任訴訟時消費者之舉證責任，而亦可藉由此等機構公平、中立的立場，促使企業經營者在訴訟外進行賠償。因此，為充分保障消費者之權益，使消費者得以迅速、簡單、有效地獲得救濟，我國似亦有仿日本積極協助成立公平且中立的事故原因查明機構之必要。

七、與前項之關連下，日本各產業之主管機關、尤其是通產省不僅於立法時密切地參與草案的擬定過程，在法案正式成立後並積極地輔導產業設置相關之事故原因查明機構或 ADR 機構，盡力協助產業界將產品責任所可能帶來的衝擊減至最低限度。相對於此，我國行政機關除行政院消費者保護委員會之宣導工作外，其他機關對於產品責任法制與其主管事業間的關連性，似乎尚無清晰的認識，罕見有各種積極輔導、協助之動作。惟消保會囿於職權及人力所限，可為之事亦不多。在此情況下，或許未來消保會宣導工作的重點對象應在於其他行政機關，促使其重視產品責任對各個產業所可能帶來的影響，並教育其所屬產業有關產品責任之規範內容，儘早地作出因應之道。

參考書目

- 一九九四年六月十六日、一九九四年六月二十二日眾議院、參議院通過產品責任法草案時之附帶決議。
- 小林秀之著，《逐條解說製造物責任法》（東京：商事法務研究會，1994）。
- 小林秀之著，《製造物責任法》（東京：新世社；經濟企畫廳國民生活局消費者行政第一課，1995）。
- 內田貴著，〈管見《製造物責任》（一）～（四）〉，NBL 四九四至四九七號，1992。
- 太田勝造著，〈製造物被害の救済システム：裁判外紛争解決、原因究明、情報蒐集・分析提供等の制度〉，《ジュリスト》，一〇五一號，1994。
- 王甲乙著，〈消費者保護爭議事件之處理：簡介消費者保護法第五章消費爭議之處理〉，行政院消費者保護委員會編，《消費者保護研究第二輯》，1996。
- 加藤雅信，〈《製造物責任法案》とその問題點：よりよき法のための修正を求めて〉，《判例タイムズ》，八四二號，1994。
- 加藤雅信編著，1995，《製造物責任法總覽》（東京：商事法務研究會，1995）。
- 好美清光著，〈製造物責任法の構造と特質：主として EU 法との對比において〉，《判例タイムズ》，八六二號，1995。
- 朱柏松著，《商品製造人侵權行為責任法之比較研究》（台北：五南圖書公司，1991）。
- 朱柏松著，〈消費者保護法商品製造人責任規定之適用與解釋（上）（下）〉，《台大法學論叢》，第二四卷第一、二期，1994-1995。
- 林慧貞著，〈論消費者保護法之服務無過失責任〉，《月旦法學雜誌》，第二六期，1997。
- 松本克美著，〈缺陷責任と安全確保義務：製造物責任法解釋の規範的判斷 組〉，《神奈川大學法學研究所年報》，一五號，1997。
- 松本恆雄著，〈製造物の意義と範圍〉，《ジュリスト》，一〇五一號，1994。
- 邱聰智著，〈消費者保護法上商品責任之探討〉，行政院消費者保護委員會編，《消費者保護研究第二輯》，1996。
- 春日偉知郎著，〈證明責任〉，《ジュリスト》，一〇五一號，1994。
- 座談會，〈製造物責任法（PL 法）の検討：立法から施行 1 年後までを振り返って〉，《判例タイムズ》，九〇七號，頁 5-8，1996。
- 淡路剛久著，〈血液製劑と PL 法〉，《ジュイリスト》，一〇九七號，1996。

Council Directive on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products ,
85/374 of July 1985.

馬克思的意識型態概念

林瑞旭*

* 致理商專共同科副教授

摘要

馬克思的意識型態觀念內容有一貫的意義：指對「實在的扭曲」。但這內容本身隨著馬克思理論工作的發展而有不一樣的面貌。這一八四五年所寫的《德意志意識型態》止，意識型態是與「實在」相對峙的。意識型態指的不是不實在，就是抽象。基督宗教與黑格爾思想為其原型。一八四五年馬克思確定他的唯物論，即「感性的人的活動，即實踐」之後，意識型態作為實踐的產物，其內容便不再是「抽象」與「現實」的對立。意識型態成了對現實活動的「掩飾」，按照馬克思的考察，人類實踐活動的界域——即歷史本身總是循辯證的規律在運行，資本主義社會亦不例外地正在趨向崩解，但資本主義社會中的意識型態：政治經濟學與法權觀念，卻以永恆規律的面貌掩飾其崩解。

關鍵詞：意識型態. 唯物論. 實踐. 宗教. 黑格爾。

目 次

- 壹·前言
- 貳·馬克思意識型態概念的初步內容
 - 一·基督宗教
 - 二·黑格爾的哲學
 - 三·費爾巴哈
- 參·馬克思的唯物論
 - 一·馬克思的唯物論的兩項假設
 - (一) 社會存有論
 - (二) 哲學人類學
 - 二·馬克思的唯物論
- 肆·意識型態的第二概念
 - 一·「掩飾真實」的意識型態
 - 二·否定式的歷史演變規律
 - 三·資本主義社會中的意識型態
 - (一) 古典政治經濟學
 - (二) 法權狀態
- 伍·結論

壹·前言

「意識型態」(Ideology)由觀念(idea)和道理(logos)兩個字所湊成,原意指的是「觀念的科學」。它是法國啟蒙運動時期的思想家德特拉西(Antoine Destutt De Tracy, 1754-1836)在1796年所創造的。德特拉西創用它時,懷抱兩個目的:第一,用來指涉知識活動的概念,欲將之作為「所有知識的知識(le savior de tous les savoirs)」(Foucault, 1966: 253-256),「意識型態將滿足科學的統一或一個普遍的科學體系此一古老的企求。」(Kennedy, 1978: 48);其次,用以指導具體的道德、政治活動。「它是最偉大的藝術。使得人們可以藉之找到最好的幫助,並且就其自身而言最不致於遭遇困擾,要成功地以這樣的方式規範社會,那就得與意識型態合作。」(Ibid., : 47)因此,對德特拉西而言,「意識型態是肯定的(positive),有用的(useful),並且具有嚴格的準確性。」(Ibid.)與當今人們所認為的,是「偏見(bias)、過於簡單化、是情感用語、或者說,是適合大眾的偏見」(prejudice)。(Geertz, 1973:193)的看法,完全相反,現代一般人在談到它的時候,總是用輕蔑、貶損的態度。

而意識型態這個概念的意義從正面翻轉成反面,其所以形成的原因,則肇始於德特拉西與拿破崙(Napoleon)二者之間對政治和宗教問題所持的立場與態度的衝突。德特拉西和同夥被拿破崙以帶著輕蔑的口吻,呼之為「意識型態家」(Ideologue),意識型態概念連帶著被斥之為「邪惡的形上字」(tenebreuse metaphysique)。¹「意識型態」在目前來說成了「幻想」的代名詞這個結果,拿破崙對之起的是帶頭的作用,而其關鍵點則在馬克思與恩格斯的用法。

本文擬就馬克思的整個思想脈絡(context)說明他的意識型態概念資料處理方面,《馬恩全集》中,恩格斯對意識型態的說明,在他與馬克思合寫的著作中分清是誰寫的,便予以明示,如《神聖家族》一書便是;分不清誰寫的,如《德意志意識型態》一書的情形,本文基於他二人四十年合作生涯未有意見相左這個理由,便將之當成是馬克思的意見。

貳·馬克思意識型態概念的初步內容

法國學者呂格爾(Ricoeur)曾經提到過:馬克思的早期著作,目的就是要說明:

¹ 德特拉西與拿破崙雙方的關係,請參閱Barth(1974:13-31)。拿破崙的斥責,參閱該書P.27,另外相關說法,請參閱Kennedy(1978:80)

什麼是現實(real)?而意識型態便全然不是這個「實在(reality)」。(Ricoeur, 1986: 21) 意識型態不止不實在而已,它甚至倒過來主宰「實在」本身。馬克思在《德意志意識型態》序言中一開始便提到:「人們今總是為自己造出關於自己本身、關於自己是何物或應當成為何物的種種虛假觀念(falsche, Vorstellung)。他們按照自己關於神,關於模範人等等觀念來建立自己的關係。他們頭腦的產物就統治他們。他們這些創造者就屈從於自己的創造物。」(全,三:15)

在馬克思看來,人作為主體、作為生產者與人自身的產物,如思想、觀念,甚至具體的勞動產品之間的關係,總應當保有「主動」的地位,儘管人畢竟是有限存在物。而意識型態則剝奪了人的「能動性」,不只如此,還倒過來全盤宰制人活動。

意識型態與具能動性的人之間的這種「異化」(Entausserung, Ent-fremdung)現象,在馬克思看來,有兩個原型(當然、本質上可以說是一個):宗教、尤其是基督宗教與黑格爾(Hegel)的哲學。

一·基督宗教

就以《聖經》²所載的內容來說,其中提到:「起初,上帝創造天地」(創,一:1),上帝用了六天的時間創造了天地以及其中的一切,最後一天創造人,「神說,我們要照著我們的形像(imaginem),按著我們的樣式(similitudinem)造人,使他們管理海裡的魚,空中的鳥,地上的牲畜和全地,並地上所爬的一切昆蟲」(創,一:26),人在被造出來後,安置在伊甸園中,逍遙自在地生活;可是,由於蛇,也就是魔鬼化身的引誘,人類的始祖亞當和夏娃偷吃了上帝禁止他們吃的善惡果,因而人墮落了,從此「必汗流滿面才得餬口,直到歸了土」(創,三:19)人類後代也就這樣帶著「原罪」過活,直到有一天,上帝按照計劃使童女馬利亞「從聖靈懷了孕」(太,一:18),所生的孩子,「要給他起名叫耶穌,因他要將自己的百姓從罪惡裡救出來」(太,二十七:33-36;二十八:1-10)從此,人們只要相信耶穌代替他釘十字架並復活,就得以與神和好,回到神的身邊;但是人的這項回歸並非直接像耶穌一樣升天(徒,一:6-11),而是人類通過耶穌的升天後,和上帝派下來的聖靈進行交往。(徒,二:1-4)信徒只要受洗禮,信了耶穌,儘管仍得在塵世中度过一生,但死後卻得以進天堂與神同在;反之,不信的,則下地獄與魔鬼一起在末世大審中「被扔在火湖裡」(啟,二十:15)滅亡。

² 基督教《聖經》引文(太,八:22)指馬太福音第八章第22節,不另標註。所用版本係香港聖經公會於一九六九年印發之《新舊約全書》(聖經的另一個名稱)。

目前這個世界，神容允它存在，但時間一到，這個世界將被神所毀滅，由一個「新天新地」（啟，二十一：1）所取代。至於要成為一個信徒，則要求符應二項儀式：1、受洗，表示與耶穌一同受死，滌去罪惡，成為新造的人並與神合一（羅，六：3-5）；2、參加教會所舉行的聖餐禮，以示對耶穌救贖的接受與紀念（林前，十一：23-26）。

從上述有關《聖經》所記載的教義當中，重要的論述包括了：天地形成的原因；人與其它生物的區別，即人在受造物中的特殊地位；人類於現世受苦的原因；以及，人類和這個世界未來的結果。這些論述的重心在於，具超越性（transcendentality）的上帝與人類這個有限的存在物之間的關係；至於這一套教義所陳述的，像是童女生子、復活、升天，「新天新地」……等特徵，不僅是違反了一般人的常識經驗，甚且是以檢證。因此，信與不信，純然就是個人自由的抉擇。值得特別注意的是，這一套教義是以「真實可信的」、「我（寫《啟示錄》的耶穌的十二個門徒之一，約翰）所聽見所看見的」（啟，二十二：6，8）此類斷言，來對人們提出信仰的要求，換言之，信仰的先驅們依他們所感知的經驗，來要求人們相信超感覺的世界。

因此，宗教——起碼以基督教來說——將世界分成了「此岸與彼岸」；此岸的一切命定要消逝、滅亡；彼岸則是永續地存在下去，此岸的一切既然是要被取消掉，那麼，歸究到底，它是虛無的（nihil），至於真正實在的，則是屬於具永恆性的超感覺的彼岸世界。這項觀念所致的結果，就會出現吉慈（Geertz）所說的如下狀況：「受苦（suffering）成為一項宗教問題，弔詭地，並不是如何避免（avoid）受苦，而是如何去受苦，如何使得肉體的痛苦、個人的損失、言詞挫敗（wordly defeat），或者對他人苦難的無益沈思，都成為某種可以忍受的事物。」（Geertz，1973：104）這正是馬克思在《德意志意識型態》中所指涉的意識型態的特徵。（全，三：15）

二·黑格爾的哲學

黑格爾整個思想是以龐大的體系(System)面貌出現的，他的《哲學科學百科全書(Enzyklopaedie der philosophischen Wissenschaften)》正是這個體系的代表。該書引用亞里斯多德（Aristotle）在《形上學》（Metaphysics）中所寫的一段話作為結束，我們可以用這段話代表黑格爾思想所要完成的工作：「思想本身處理的是自身中最好的一切，也就是最高境界的思想，思想最高境界的東西。而且，思想自身是因為它把握了所思對象的性質，因為思想變成它所要接觸的對象，同時又思考這個對象，因此，思想和所思的對象是同一的，因為思想能容

受所思的對象(即本質)，且當它擁有這個對象時，它是能動的。對象較之思想本身來說，是思想所欲包容的神聖要素，而沈思的活動則是最令人快樂，也是最好的，如果上帝是經常處於我們偶而擁有的那種善的境界，這足以令我們驚奇。如果有更好的境界，則我們會更驚異。而上帝事實上就是在一更好的境界中，且生命是屬於上帝的，因為思想的現實性就是生命，上帝就是那個現實性，且上帝的基本現實性就是至善與永恆的生命。我們因此說，上帝是一個活生生的存有、永恆、至善。因之，生命綿延的持續和永恆均屬上帝。因為祂就是生命與永恆。」(Hegel, 十：395)

黑格爾認為哲學「必須是一個總體(Totalitaet)」(Hegel, 八：60)，哲學的目標、工作和目的，即在於「達到概念的概念，自己回復自己，自己滿足自己」(Ibid., : 63)。而黑格爾的哲學，實際上就是「轉用」前面所引的亞里斯多德的那段話所建構出來的，亦即，哲學所描述的是上帝自身的顯現。亞里斯多德的上帝有兩個屬性：1.「永恆性」，即不變的形式，黑格爾轉成「絕對理念」；2.「生命綿延的持續」，黑格爾把它換成「絕對精神」³。對黑格爾而言哲學所要考察的就是「絕對」本身，表現為形式的「理念」，以及表現為主體的「精神」的運動。用黑格爾自己的話說，就是：「從判斷(Urteil)的立場來看，理念最初(zunaechst)只是一個普遍的實體(Substanz)，但就它的發展的、真正的實在性而言，理念乃是主體(Subjekt)，並且乃是精神」(Hegel, 八：368)。因之，在黑格爾的哲學中，有一個絕對的起點(absolute beginning)(Gadamer, 1976：79)作為預設，此即基督宗教式的「上帝」。

黑格爾哲學產生的結果與基督教一樣，現實的人的思活動所創造

³ 亞里斯多德的「上帝，神(theos)」與基督宗教的「上帝，神」(黑格爾本人是個基督教路德會信徒[Lutheraner]: Hegel, 十八：94)，基本上，有兩點不同處：一，亞里斯多德的神是作為他的形上學的基礎所提出的，沈清松明白指出：「就物理學而言，形質論指出必須肯定一個純粹形式；潛能與實現說指出必須肯定一個純粹實現；運動理論指出必須肯定一個第一不被動的主動者。對於亞里斯多德而言：這純粹形式、純粹實現和第一不被動的主动者，就是神(theos, God)。」(沈清松, 1991: 126)這種神不是主體，沒有「位格(Person)」。不像基督教的神，會對人說：「我是自有永有的(Ich werde sein, der ich sein werde)。」(出，三：14)二，亞里斯多德的神不像基督教的神，是宇宙的「創造者」(創，一：1~二：7)，黑格爾在《哲學史講演錄》中指出：亞里斯多德的「神作為有生命的神就是宇宙(Universum)；在宇宙裡面，神作為有生命的神，顯現出他自身。」(Hegel, 十九：167)

的「絕對精神」框住了現實的人的思想活動。著名的「理性的狡計」(List der Vernunft)⁴的觀念便是直接的證據。

三·費爾巴哈

費爾巴哈的思想在馬克思的意識型態概念中，具有相當的關鍵性。原因是費爾巴哈嚴厲地批判基督宗教與黑格爾的哲學，因此，表面上看來，費爾巴哈的思想與基督宗教和黑格爾哲學中呈現的意識型態應該是對峙的，可是，在馬克思看來，費爾巴哈的思想一樣是「意識型態」。

馬克思在一八四三年底所寫的《黑格爾法哲學批判導言》中，一開始斷言：「就德國來說，對宗教的批判實際上已經結束。」(全，一：452)指的就是馬克思認為，對宗教問題的批判處理，費爾巴哈已經做出具決定性的成果了。同時，在《一八四四年經濟學哲學手稿》中，馬克思更進一步肯定：「費爾巴哈是唯一對黑格爾辯證法採取嚴肅的、批判的態度的人；只有他在這個領域內做出了真正的發現，總之，他真正克服了舊哲學。」(全，四十二：157-158)

費爾巴哈的做法是：將黑格爾哲學與基督教神學串在一起，從而指出二者在性質上是一致的。費爾巴哈說：「誰沒放棄黑格爾哲學就是沒有放棄神學。黑格爾的教條認為實在(Realitaet)是由理念(Idee)所規定的，這不過是，自然是由上帝所創造的，這個神學教條的理性表達。」(Loewith,1969：90)勒維特指出：費爾巴哈認為，理念規定

⁴ 黑格爾在《哲學科學百科全書》中，處理「概念」(Begriff)的目的論(Teleologie)時，指出：「理性是有狡計的」(Listig)，同時也是有力量的(machtig)。理性的狡計一般來講表現在一種利用工具的活動裡(in der vermittelnden Taetigkeit)。這種理性的活動一方面讓事物依照它們的自己的本性(Natur)，彼此互相影響，彼此互相抵銷，而它自身並不直接參與其間，但同時卻正好實現它自己的目的。在這意義下，上帝的計劃(Vorsehung)對於世界及其歷程可說是有絕對的狡計。上帝放任人們縱其特殊情慾，謀其個別利益，但所達到的結果，不是完成他們的意圖(Absichten)，而是完成祂的目的，而上帝的目的與祂所利用的人們原來想努力追尋的目的是大不相同的。」(Hegel，八：365)類似的說明，請參閱黑格爾的《歷史哲學講演錄(Vorlesungen ueber die Philosophie der Geschichte)》(Hegel，十二：49)

實在，如同上帝創造自然一樣，都是一種「欺騙」(Täuschung)。而哲學所搞的欺騙技倆就是認為：自足的思想(sich selbst genuegenden Denkens)，即精神可以以自身當基礎，而自然——世界的自然與人的自然——則是精神所決定的。這個「觀念論」(Idealismus)或「精神論」(Spiritualismus)的人學預設(Anthropologische Voraussetzung)，便是將思想家孤立的的存在方式當成一個思想家，黑格爾儘管將所有的對立予以揚棄，仍然是一個極端的唯心論者(Idealist)。(Ibid., : 89)這也就是說：黑格爾把現實的思想家生活的方式抽象化了，因此，是不實在的。費爾巴哈認為：「哲學家必須將黑格爾放在註腳中的東西納入哲學的本文。」(Ibid.)換言之，哲學必須重新奠立它的出發點，而這個出發點，在費爾巴哈看來，正是：「感性的直觀」。

在基督宗教方面，費爾巴哈的觀點，可以用他寫的一句簡短的名言予以概括：「神學的奧秘就是人學」(das Geheimnis der Theologie ist die Anthropologie.)。(Loewith,1969 : 363)如馬克思所說的：「費爾巴哈把宗教的本質歸結於人的本質。」(全，三：7)

至於費爾巴哈的思想之所以成為意識型態的原因，在於馬克思認為：費爾巴哈沒有了解到，人之為人，必須是具體實在地置於一定的時空條件下，才是「現實」的。馬克思指出：「人的本質並不是單個人所固有的抽象物，實際上，它是一切社會關係的總和。」(全，三：7)換言之，一個人如果不是某個國家的國民、公民，他太太的丈夫，他父母的孩子，他小孩的父親或母親，他朋友的朋友，他學生的老師……等，那我們就弄不清這個人是什麼樣的人？雖然我們可以精確地描述他的相貌形容，但這跟描繪一條狗，一顆石頭……等，有何差別？人的本質何在？馬克思認為：「費爾巴哈不是對這種現實的本質進行批判，所以他不得不撇開歷史的進程，孤立地觀察宗教感情，並假定出一種抽象的——孤立的——人體的個體(Individuum)。所以，本質只能被理解為『類』(Gattung)，理解為一種內在的、無聲的、把許多個人自然地(natuerlich)聯繫起來的共同性。」(全，三：7-8)

也就是說，費爾巴哈所考察的人，其現實性只具有生理學的意義而已。因此，恩格斯就提到：如果宗教(Religion)的原始字義指的是「聯繫」(religare)(全，二十一：327)那麼費爾巴哈對宗教的改進，以為所謂的宗教，正是「現實的人」的聯繫的話，「性愛即使不是他的新宗教藉以實現的最高形式，也是最高形式之一。」(全，二十一，326)，因為在費爾巴哈那裡，現實的人是一個具體的「不可分割的個體」(Individuum)。⁵但這個個體卻是停留在「直接性」(unmittelbarkeit)

⁵Individuum 與 In-dividuum 二者，德國新康德學派(Neo-Kantian School)將之

當中，換言之，從個體出發後，進一步費爾巴哈除了用肉體的、自然的方式說明人的聯繫外，人與人之間彼此交往的多樣性，也是現實的人彼此發生關係所顯現的特定形式，費爾巴哈便訴諸抽象的「理論」去了。馬克思說：「費爾巴哈沒看到『宗教感性』本身是社會的產物，而他所分析的抽象的個人是屬於一定的社會形式的。」（全，三：8）在馬克思看來：「什麼是人？」這個問題必須由現實的人互相交往所產生的特定關係，即確定的社會形式來決定。而費爾巴哈則在確定了「感性的人」之後，人便「孤立地」（isoliert）被抽象成「類」（Gattung），然後透過想像去設定人們的交往方式。恩格斯針對這一點就說：「費爾巴哈在每一項上都宣傳感性，宣傳專心研究具體的東西，研究現實，可是這同一個費爾巴哈，一談到某種人們之間的純粹性關係更進一步的關係，就變成完全抽象的了」（全，二十一：329）

其次，馬克思認為費爾巴哈沒有發現，現實的人所進行的交往因而表現出來的形式，會隨著「歷史」的發展而轉換、改變它的樣態。費爾巴哈談到的是「人自身」而不是「現實的歷史的人」。「他沒有看到，他周圍的感性世界決不是某種開天闢地以來就已存在的、始終如一的東西，而是工業和社會狀況的產物，是歷史的產物，是世世代代活動的結果，其中每一代都在前一代所達到的基礎上繼續發展前一代的工業和交往方式，並隨著需要的改變而改變它的社會制度。」（全，三：48-49）

結果，就像費爾巴哈在批判宗教時，目的不是要摧毀基督教神學，而是以一個宗教的「人學」（Anthropologie）形式「保存基督教的本質」（Loewith, 1969: 361）一樣，費爾巴哈的批判跟黑格爾哲學同樣「抽象」，同是「意識型態」。意識型態在宗教，黑格爾哲學和費爾巴哈的思想中，以「虛假意識」（falsche Vorstellung，或譯為錯誤的表象）的面貌出現，現實的人與虛假意識之間是一種異化的關係，換言之，意識型態「扭曲」（distort）了「實在」（reality）。

可是意識型態作為「對實在的扭曲」，在馬克思的思想中，只是一個初步的概念而已。被意識型態所扭曲的「實在」到底是什麼？「實在」是如何被意識型態扭曲的？是否有可能「實在」本身根本就是扭曲著的，意識型態只是「反映」而已？如果這樣，那「實在」的「真實性」（authenticity）又是怎麼個面貌？因此，有必要進一步釐清「實在」的意義。

做出區分，目的是要標示歷史科學所特有的價值位階的特性，前者如「一堆煤炭」，後者則像「一顆鑽石」（Rickert, 1986: xxiv）本文採用它而做的區別是：前者是機械的，手錶拆開再組合，還是會動；後者是有機的，把活人大卸八塊，再組合起來是不會動的屍體。

參· 馬克思的唯物論

如前面所說的，意識型態扭曲了實在，而這個被扭曲了的實在，在《德意志意識型態》中，正是以「唯物主義歷史觀」的名義被描繪出來。而對於「什麼是實在？」這於個問題的理解，實際上，就是要理解馬克思的唯物論。

用中文「唯物論」翻譯Materialism，這個譯名本身便具有形上學的意涵。好像唯物論是在考察宇宙最後的決定要素，也就是「第一因」(causa sui)。唯物論主張「物質」(matter)是第一因；相對的，唯心論(Idealism)則主張「精神」(mind)才是第一因。當然，時至今日，人們仍然認為：「因為形上學專心一意地處理存有者(being)的謎(enigma)、世界的、總體、生命、自在(in itself)，或者任何它可以描述的對象，它就期望能為行動(action)做出肯定的結論。」(Horkheimer, 1972: 17-18)換言之，今天，人們仍然企圖透過存有論來為人們各式各樣的思想與活動尋找根據。

用這種方式來理解馬克思的唯物論，並不完全正確，甚至可以說是錯誤的，這只須提出馬克思引述過的一個問題就夠了：「物質能不能思維？」(全，二：163)回答不能，那麼存在的一切都是僵死無意義的；能，那麼問題又回到起點，物質／思維，那一個決定那一個？那一個是「第一因？」

馬克思的唯物論有其特殊內涵，以下主要將根據被思格斯視為「包含著新世界觀的天才萌芽的第一個文件」(全，二十一：412)即〈費爾巴哈提綱〉來說明馬克思的唯物論的兩個基本的立足點：社會存有論(social ontology)與哲學人類學(philosophical anthropology)。

一· 馬克思的唯物論的兩項預設

(一) 社會存有論

首先處理馬克思的唯物論中的「社會存有論」。⁶如果「社會存有論」問的是：

⁶「社會存有論」(Sozial Ontologie)這個詞是從當代德國哲學家托尹尼生(Michael Theunissen)的著作：Der Andere: Studien zur Sozialontologie der Gegenwart, 2 Auflage (Berlin: Walter de Gruyter, 1977)裡借用出來的。托尹尼生在該書中，針對當代先驗哲學(Transzendentalphilosophie)與對談哲學(die Philosophie des dialogs)對「另一個」(Der Andere)的說法，提出比較說明。他說明用《對當代社會存有論的研究》做副標題的原因是：社會「存有論」一詞不僅用來表示「另

「先有人，還是先有社會？」也就是「個人決定社會的存在，還是社會決定個人的存在？」這個問題。

、主張個人優先於社會，或者主張社會優先於個人，以之做出發點闡明理論的思想家，各有其代表人物，如盧梭（Rousseau）、洛克（Locke）便是前者的代表；亞里斯多德（Aristotle）則是後者典型的代表。但是，社會存有論除了「個人」、「社會」這兩個據點以外，還有另外一個出發點，就是黑格爾哲學中所著重的：「關係」（die Beziehungen, die Relationen）。也就是說，對「社會存有」（social being）進行探討時，出發點既不在「個人」，也不在「社會」，而是二者彼此間的「關係」。當我們提到「個人」時，實際上，已經「同時」預設了「社會」的存在，反之亦然。可以說，「個人」與「社會」二者彼此以對方的存在作為自身存在的條件。沒有「個人」，不會有「社會」；沒有「社會」，「個人」作為「個人」這個詞彙的表述是空洞無意義的。就像講到「男人」時，「女人」已經存在了。蛋生雞，還是雞生蛋的問題，也是一樣。托尹尼生（Theunissen）在處理「社會存有論」的基本問題：「另一個」（der Andere）時⁷，最後轉向黑格爾哲學，便是發現到問題不能從對立的任何一方下手解決。黑格爾哲學中，所謂的「關係」，與他的辯證法有關。

這可以從黑格爾所謂的構成科學內容的出發點說起，高達美認為：「黑格爾的邏輯的根本問題從有的觀念（idea of Being）開始，它與無（Nothing）的同一，有與無兩個對立觀念的綜合（synthesis），稱之為變（Becoming）」（Gadamer, 1976：86）在黑格爾看來，任何開端（beginning）性質上都是辯證的。當我們說「有」的時候，這個「有」如果是直接的（immediate）、不加以規定的（indeterminate），

一個」這個今天已經觸及到的第一哲學（die Erste Philosophie），它同時足以將我們所探討的主題與一般的社會哲學以及個別的社會科學所處理的對象區分開來；其次，用「社會」存有論的目的是要和經驗社會學以及為社會學建立哲學基礎的做法劃清界限。（Theunissen, 1977：6）本文採用「社會存有論」的原因，如托尹尼生所指：「它完全適宜符應一個“社會”概念的意義，即能夠延伸至與“另一個”的關係的所有形態，包括前社會的關係（Vorgesellschaftliche Verhaeltnis）」（Ibid.,：7）馬克思思想中，人與自然，人與人……總而言之，與「另一個」的關係，在他的唯物論中是基本的內容，有關的說明，詳見本文。

⁷ 托尹尼生認為：黑格爾《邏輯學》中，為人們面對「另一個」（andere）時，提供了「規範的理想」（normative Ideal），從而確立「溝通的自由（kommunikative Freiheit），也就是將另一個當成本身自我實現的可能性條件，而不是界限（Grenze）」（Theunissen, 1980：45-46）

也就是空洞無內容的。那麼作為觀念它就等於是「無」，而「無」本身也是一個「有」，即，有一個「無」。「有」與「無」從它們自身作為純思想（Pure thought）來看，彼此都從對方辨視不出自身。（Ibid., : 87）可是「有」作為「無」的規定，「無」作為「有」的規定，二者實際上，已經跳出〔burst forth〕自身的純思想的狀態，「有」變成了（becomes）「無」，而「無」亦是一樣變成了「有」，二者從「存在」（existence）的角度來看，就有了規定性，「變成因此導致存在」（Becoming thus leads to Existence）。〔Ibid.〕因此，從綜合的也就是具有規定性這個基點來看，「有」與「無」二者，就以對方作為自身存在的條件與規定。

馬克思的唯物論中所具有的「社會存有論」必須從黑格爾所提出的「關係」這個角度出發來理解。在馬克思的唯物論中，個人與社會二者雙方都不是固定不變的，而且，沒有任何一方可以絕對決定對方。馬克思在《費爾巴哈提綱》中說到：「舊唯物主義的立腳點是市民社會，新唯物主義的立腳點是人類社會或社會的人類〔die menschliche Gesellschaft oder die gesellschaftliche Menschheit〕。」（全，三：8）換言之，馬克思的唯物論是人與社會彼此穿透，共同規定出來的結果。

但是，實際上，對於馬克思的社會存有論不能狹隘地理解為人與「社會」的「關係」而已。勿寧說，該當把它擴充到人作為主體（subject）而與「另一個」〔Andere〕⁸所產生的各種「關係」。商品交換就是個明顯的例子，馬克思說：只是個人 B 用商品 b 為個人 A 的需要服務的時候，並且只是由於這一原因，個人 A 才用商品 a 為個人 B 的需要服務。反過來也一樣。每個人為另一個人服務，目的是為自己服務；每一個人都把另一個人當做自己的手段互相利用。這兩種情況在兩個人的意識中是這樣出現的：1）每個人只有作為另一個人（Andren）的手般（Mittels）才能達到自己的目的（Zweck）；2）每個人只有作為自我目的「自為的存在」（Sein fuer Andres）；3）每個人是手段同時又是目的，而且只有成為手段才能達到自己的目的，只有把自己當做自我目的才能成為手段，也就是說，這個人只有為自己而存在才把自己變成為這個人而存在，—這種相互關聯（Wechselseitigkeit）是一個必然的事實（Notwendiges Fact），它作為交換的自然條件（Naturliche Bedingung des Austausch）是交換的前提，但是這種相互關聯本身，對交換主體（Subjekte）雙方中的任何一方來說，都是他們毫不關心的，只有就這種相互關聯把他的利益當作排斥他人的利益，不顧他人的利益而加以滿足這一點來說，才和他有利害關係。（全，四十六上：196）

⁸在此，不說：主體與對象（object），而說主體與「另一個」，是因為「對象」有可能是「另一個」主體。用「另一個」在範圍上比起用「對象」來得寬廣，而且講「對象」（Object）時，多少有「被動」的涵義，對於黑格爾式的「關係」內容的理解，容易產生偏差。

在這段話中，很明白地，「關係」對於進行交往的主體雙方（beides subjekte）是一個「第三者」。

（二）哲學人類學

在處理到馬克思唯物論中所預設的「社會存有論」後，進一步要說明構成「關係」，也就是與「另一個」進行互動的主體，即「人」本身。換言之，接下來要敘述馬克思的「哲學人類學」（philosophical anthropology），也就是馬克思對「什麼是人？」這個問題的說明。

馬克思在《一八四四年經濟學哲學手稿》中，對「人的本質」（Wesen）做了三個規定：1、「人直接地是自然存在物（Der Mensch unmittelbar Naturwesen）。……也就是說，人是肉體的、有自然力的、有生命力的、現實的、感性的、對象性的存在物。」（全，四十二：167-168）；2、「人是類存在物（Gattungswesen），不僅因為人在實……踐上和理論上都把類--自身的類以及其他的類--當做自己的對象；而且因為人把自身當作現有的、有生命的類來對待，當做普遍的（universeller）因而也是自由的存在物來對待。」（Ibid., : 95）；3、「個人是社會的存在物（Das Individuum ist das gesellschaftliche Wesen）。因此，他的生命表現，即使不採取共同的（gemeinschaftlichen）、同其他人一起完成的生命表現這種直接的形式，也是社會生活的（gesellschaftlichen）表現和確認。」（Ibid., : 122-123）三者之間的關係則是：社會將作為「自然界一分子」的人聯繫在一起，「社會是人同自然界的完成了的本質的統一」。而人作為「類存在物」與作為「社會存在物」二者之間的關係，馬克思寫道：「作為類意識（Gattungsbewusstsein），人確證自己的現實的社會生活（Gesellschaftsleben），並且只是在思維中復現自己的現實存在；反之，類存在（Gattungssein）則在類意識中確證自己，並且在自己的普遍性（Allgemeinheit）中作為思維著的存在物自為地存在著。」（全，四十二：123）

二·馬克思的唯物論

證明馬克思的唯物論不是西方傳統形上學對「第一因」的裁斷，即「物質或精神是存有最後根據？」這個問題的回答，並且指出他的唯物論的兩個基本預設——社會存有論及哲學人類學——後，現在直接處理他的「唯物論」本身。馬克思在《費爾巴哈提綱》第一個提綱中直接指出：「迄今為止的一切唯物主義（包括費爾巴哈的唯物主義）主要缺點是：對對象（Gegenstand）、實在（Wirklichkeit）、感性

(Sinnlichkeit)、只是從客體的或者直觀的形式 (Form des Objekts oder der Anschauung) 去理解，而不是把它當作感性的人的活動，當作實踐 (sinnlich-menschliche Taetigkeit, Praxis) 去理解，不是從主觀面 (Subjektiv) 去理解。所以，和唯物主義相反，能動的 (taetige) 方面被唯心主義抽象地 (abstrakt) 發展了，當然，唯心主義是不知道真正現實的，感性的活動的。」(全，三：6，譯文稍有改動)

馬克思反對「機械的唯物論」，也就是「反映式的唯物論」，這種唯物論，英國哲學家霍布斯 (Hobbes) 的思想是一直接的例子。霍布斯認為：在人的思想中所出現的一切都是客體 (object) 在我們人的感覺 (sense) 所形成的表象 (representation) 或外觀 (appearance)，這個「客體」作為一個物體 (body) 是獨立存在於我們之外的 (without us)，外在於我們的物體 (external body)，客體直接或間接地形成了我們的感覺。味覺、觸覺是直接的，看、聽、聞則是間接的。客體是一個東西 (one thing)，想像或幻想 (image or fancy) 是另外一個東西，「因此，在所有的情況底下，感覺只不過是原始的幻想。」(Hobbes, 1981: 85-87) 客體本身獨立存在於我們，即主體之外，這些客體對我們這個有機體造成壓力 (pressure)，促使我們對之進行反映，而反映出來的結果，並不同於客體本身的呈現 (presentation)，而是表象 (representation)。因此，在主體心靈中所形成的圖像，便全然是被動的，它只能以「形式」的方式再現 (re-present) 客體本身。換言之，霍布斯認為，主體與客體之間的關係是一個主從的關係，人的思想只能被動地對受到人體之外的某物施加於他身上的壓力做出反映而已，而且這個反映不是改造客體，它只是在腦袋中再現出客體的性質 (quality)，因此，結果也只是形式性的。這個結果，如馬克思所說的：「如果我們的感覺是我們一切知識的泉源，那麼觀念、思想、意念等等，就不外乎是多少擺脫了感性形式的實體世界的幻影。」(全，二：164) 實際上，這個實體世界的幻影，在霍布斯那裡正是以感性形式表現的，不然，人們要問：「觀念、思想、意念等等」要以什麼方式表現出來呢？

《費爾巴哈提綱》第一條當中馬克思實際上已經以最精要的方式說出他的唯物論內容了。那就是：從主觀方面，也就是從能動性加以理解的「感性的人的活動，即實踐。」、「感性的人」，必須從前面所提的：自然的，類的，社會的存在物這三個規定來認識。而感性的人的「活動」，按照馬克思說法，它同時具有兩個方面：理論領域與實踐領域。馬克思說：「無論是在人那裡還是在動物那裡，類生活從

肉體方面來說，就在於：人（和動物一樣）靠無機界生活，而人比動物越有普遍性，人賴以生活的無機界的範圍就越廣闊。從理論領域說來，動物、植物、石頭、空氣、光等等，一方面作為自然科學的對象，一方面作為藝術的對象，都是人的意識的一部分，是人的精神的無機界，是人必須事先進行加工以便享用和消化的精神糧食；同樣，從實踐領域說來，這些東西也是人的生活 and 人的活動的一部分。人在肉體上只有靠這些自然產品才能生活，不管這些產品是以食物、燃料、衣著的形式還是以住屋等等的形式表現出來。在實踐上，人的普遍性正表現在把整個自然界——首先作為人的直接的生活資料，其次作為人的生命活動的材料、對象和工具——變成人的無機的身體。」（全，四十二：95）

因此，感性的人的活動，即實踐所涵蓋的範圍，對人作為人而言，是全面性的；且是具體、現實的。奠基於哲學家人類學與社會存有論上的馬克思的唯物論可以用阿干本（Agamben）的一段話總結：事實上，實踐不是某種需要一個辯證媒介，以便在上層建築形式中以肯定方式被表象出來的某物，而是從一開始就是真實的(what truly is)，並且一起始就擁有整全性和具體性(wholeness and concreteness)。如果人在實踐中發現他的人性(humanity)，不只因為是在實踐他的生產工作，同時也在一個上層建築中（透過思想、作詩……等）超越並且發展這些活動；如果人是人(man is human)——如果他是一個類存在物，一個本質是類的存在物——他的人性和他的類本質必須整全地(integrally)出現在他生產他的物質生活的方式，也就是實踐裡。馬克思取消了動物與理性(ratio)，自然與文化，物質和形式的形上區分(metaphysical distinction)，以便指出，在實踐中，動物性就是人性，自然就是文化，物質即形式。(Agamben, 1993:119-120)

在這段話中，使得注意的是「辯證的媒介」的問題。阿干本所指出來的是說，馬克思並不是把它取消掉，而是以「另一個」(andere)的方式把它涵蓋到人具體物質活動裡，「思想、作詩……等」不是「自在地」抽象地發生作用，而是人現實活動的一部份。

提到基督宗教，黑格爾以及費爾巴哈等人的思想作為「意識型態」，這些意識型態以「虛假觀念」(Falsche Vorstellung)的面貌出現，它們是虛幻、抽象的。馬克思對之進行批判，是根據與之相對立的「實在」(real)的概念。而馬克思所肯定的「實在」，正是目前所討論的馬克思的唯物論，即「感性的人的活動，即實踐」。

肆・意識型態的第二概念

一・「掩飾真實」的意識型態

馬克思的唯物論如果誠如阿干本所說的，感性的人的活動即實踐「從一開始就是真實的，並且一起始就擁有整全性和具體性。」那麼，意識型態就不可能發生「扭曲」真實的作用。意識型態作為人的實踐，也就是思想活動的產物，如果產生扭曲結果，那麼，可以說，人類的活動一開始，只要用到「語言」，便全盤扭曲了。馬克思說到：「思想、觀念、意識的生產最初是直接與人們的物質活動與人們的物質的交往，與現實生活的語言交織在一起的。觀念、思維、人們的精神交往在這裡是人們物質關係的直接產物。」（全，三：29）透過語言、符號（sign）表達的觀念、思想是人類實踐的結果，也就是實在的產物。因此，思想、觀念、意識「本身」不可能是不實在的，它本身甚至「反映」了真實的實踐活動。

意識型態擺在馬克思的唯物論脈絡中考察，可以發現它已經變了面貌。意識型態不再是與「實在」相對峙，後而「扭曲」實在，而是實在的反映，甚至支撐起「實在」本身的存續。黑格爾，費爾巴哈這些人作為德意志意識型態的代表，馬克思說：「如果這些個人的現實關係的有意識的表現是虛幻的，如果他們在自己的觀念中把自己的現實顛倒過來，那麼這還是由於他們的物質活動方式的侷限性，以及由此而來的他們狹隘的社會關係所造成的。」（全，三：29）換言之，黑格爾、費爾巴哈的思想正確地反映了德國的現實狀態。

就此，如果意識型態一貫地在發揮扭曲的作用，那麼扭曲的方式便不再是之前所說的抽象與現實對立起來之間的異化關係，而是「現實本身」在發展的過程中產生落差，與之相應的思想、觀念對應不起來的現象。馬克思說：「德國的國家哲學和法哲學在黑格爾的著作中得到了最系統、最豐富和最完整的闡述。……如果說，思辨的法哲學，這種關於現代國家（它的現實還是彼世，雖然這個彼此不過只在萊茵河彼岸）的抽象的脫離生活的思維只在德國才有可能產生，那麼反過來說，德國人之所以有可能從現實人抽象出現代國家的思想形像，也只是因為現代國家本身是從現實人抽象出來的，或者只是幻想地滿足所有的人。德國人在政治上考慮過的正是其他國家做過的事情。……它的思維的抽象和自大總是同它的現實的片面性和低下並列。」（全，一：460）

現實生活情況的落後、低下，轉從理論的超前來獲得慰藉、補充，從而就在幻想中得到自滿，而對現實的改變，也是實踐，因之也

就裹足不前。換言之，意識型態仍然在「扭曲」現實，但這個扭曲現在是以「掩飾」真實的方式出現的。感性的人的活動所構成的現實生活本身的真實性被意識型態所扭曲，真實性被掩飾了，後而阻撓了現實本身真正的發現。

二·否定式的歷史演變規律

將馬克思的唯物論，也就是「感性的人的活動」置入「時間」的界域中，構成所謂的歷史唯物論，現實的人的歷史(Geschichte)，是人實踐的顯現(Geschehen)，不是外在於人的某物，如「命運」(Geschick)，或黑格爾所謂「理性的狡計」所操控、利用的工具。重要的是：這種歷史的發展本身具有「規律」，而且，這個規律不斷地以「自我否定」，或者說：辯證的方式作用於人的歷史發展。馬克思說：「人們在自己生活的社會生產(Produktion)中發生一定的、必然的、不以他們的意志為轉移的(von ihrem Willen unabhangige)關係，即同他們的物質生產力的一定發展階段相適合的生產關係。這生產關係的總和構成社會的經濟結構，即有法律的和政治的上層建築(Ueberbau)豎立其上並有一定的社會意識形式(Bewusstseinsformen)與之相適應(entsprechen)的現實基礎(reale Basis)。物質生活的生產方式制約著(bedingt)整個社會生活、政治生活和精神生活的過程。社會的物質生產力發展到一定階段，便同它們一直在其中活動的現存生產關係或財產關係(這是生產關係的法律用語)發生矛盾(Widerspruch)。於是這些關係便由生產力的發展形式變成生產力的桎梏。那時社會革命的時代就到來了。資產階級的生產關係是社會生產過程的最後一個對抗形式(Antagonistische Form)，這裡所說的對抗，不指個人的對抗，而是指從個人的社會生活條件中生長出來的對抗；但是，在資產階級社會胎胞裡發展的生產力，同時又創造著解決這種對抗的物質條件。因此，人類社會的史前時期(Vorgeschichte)就以這種社會形態而告終。(全，十三：8-9)」

循著辯證的規律，資本主義就會必然如同過去的各個歷史發展階段一樣，產生自我矛盾後而走向崩潰，這在馬克思看來是「以鐵的必然性發生作用並且正在實現的趨勢」。(全，二十三：8)

三·資本主義社會中的意識型態

如同黑格爾哲學「掩飾」德國落後的現實，資本主義社會中的意識型態正在發揮其掩飾「資本主義社會必然崩潰」這個現實的作用。這種意識型態如羅恩

塔（Lowenthal）所說的：「意識型態是一個意識的內容（content of consciousness），這個內容有這樣的作用（function）：掩飾矛盾並且以和諧的外觀取代對於社會對立（antagonisms）的認識。」（Dubiel, 1985：160）在資本主義生產方式下，意識型態發揮的正是這種「掩飾矛盾」，並且以「和諧的外觀取代對於社會對立的認識」的功能。這種掩飾以下面兩種方式表現出來。

（一）古典政治經濟學

除了法國的經濟學家以外，馬克思認為亞當·史密斯（Adam Smith）可以說是對經濟現象進行分析的先驅⁹。皮林（Pilling）指出：「對資本主義生產方式進行抽象分析，史密斯是抱有這個企圖的先驅，他要研究這個生產方式發展的法則（laws），也就是它的規律（regularities）。」（1980：16）史密斯的整個工作，在馬克思看來：「史密斯本人非常天真地活動於不斷的矛盾之中。一方面，他探索各種經濟範疇的內在聯繫，或者說，資產階級經濟制度的隱密結構。另一方面，他同時又按照聯繫在競爭現象中表面上所表現的那個樣子，也就是按照它在非科學的觀察者眼中，同樣在那些被實際捲入資產階級生產過程並同這一過程有實際利害關係的人們眼中所表現的樣子，把聯繫提出來。這是兩種理解方法，一種是深入研究資產階級制度的內在聯繫，可以說是深入研究資產階級制度的生理學，另一種則只是把生活過程中外部表現出來東西，按照它表現出來的樣子加以描寫、分類、敘述並歸入簡單概括的概念之中。這兩種理解方法在史密斯的著作中不僅安然並存，而且互相交錯，不斷自相矛盾。」（全，二十六 II：

⁹「每個人盡最大的力量，運用他的資本維護國內工業，並據之指導那個工業生產最大的價值；每個人必然盡他所能為那個社會創造（render）最大的年度收入。誠然，一般來說，他既不想促進公共利益，也不知他究竟促進了多少公共利益。較之外國工業，他偏好支持本國工業，他想要的只是他的安全；而指導工業的方式在於那個工業可以生產最大的價值，他想要的是自己獲利，而就像其他許多情事一樣，他就在此被一隻看不見的手領向與他的企求（intention）無關（no part）的目的。社會也不會因此無關而變得更壞。在追求他自己的利益時，對社會的貢獻（promotes）比他真正有意貢獻，總是有效得多。」（Smith, 1976：477-478）

181-182)」

也就是說，史密斯一方面探討獨立於個人目的之外的經濟活動規律，比方像「看不見的手」(invisible hand)概念，另一方面又不管這些經濟關係的「內在」(inner)結構，而去處理經濟活動直接表現出來的外部現象，像是：競爭(competition)。而其結果就會出現矛盾。馬克思說這是「天真的二分法」(naive duality)(Pilling, 1980: 16)。史密斯的困難明顯出現在他的價值的概念：史密斯有時認為商品的價值取決於生產這些商品的勞動量，殺一隻海狸花的勞動是殺一隻鹿的兩倍，一隻海狸就值兩隻鹿；但有時又認為交換價值是由工資的水平所決定，「任何商品的價值...等於個人能支配(command)的勞動量。」這樣工資、利潤、地租「這三個要素」對價值就共同在起作用。(Ibid., : 16-17)馬克思認為，史密斯的後繼者就在這種矛盾中打轉，直到五十年後，馬克思寫道：「李嘉圖(Ricardo)終於在這些人中間出現了。他向科學大喝一聲：『站住！』資產階級制度的生理學——對這個制度的內在有機聯繫和生活過程的理解——的基礎、出發點，是價值決定於勞動時間這一規定。李嘉圖從這一點出發，迫使科學拋棄原來的陳規舊套，要科學講清楚：它所闡明和提出的其餘範疇——生產關係和交往關係——同這個基礎，這個出發點適合或矛盾到什麼程度；一般說來，只是反映、再現過程的表現形式的科學以及這些表現本身，同資產階級社會的內在聯繫即現實生理學所依據的，或者說成為它的出發點的那個基礎適合到什麼程度；一般說來，這個制度的表面運動和它的實際運動之間的矛盾是怎麼回事。」(全，二十六 II：183)

這也就是說，在馬克思看來，李嘉圖在史密斯的基礎上，提出「價值決定於勞動時間」的看法，在政治經濟學的科學性發展上，跨了一大步。但資產階級制度的「表面運動和它的實際運動之間的矛盾」，以史密斯為首的這些「從事意識型態工作的階級」(馬克思, 1975: 170)無法解決，不但無法解決，甚至在掩飾這個矛盾。馬克思認為，古典經濟學在處理問題所用的方法上，「往往試圖不指示中介環節就直接進行這種還原和證明不同形式的泉源的同—性。.....它感興趣的不是從起源來說明各種不同的形式，而是通過分析來把它們還原為它們的統一性，因為它是從把它們作為已知的前提出發的地步。所以辯護論就在於偽造最簡單的經濟關係，特別是在於不顧對立而硬說是統一。」(全，二十六 II：570-571)

馬克思進一步指出：「只有那種把資本主義生產形式當作生產的絕對形式，因而當作生產的永久的自然的形式來看的資產階級的狹隘眼界，才會把從資本的觀點看什麼是生產勞動的問題，和什麼勞動一般說來是生產的，一般說來什麼是生產勞動的問題混為一談。」（馬克思，1975：443）

古典政治經濟學家用他們的「永恆規律」來為必然崩潰的資本主義社會粉飾太平。不但如此，政治經濟學家也就在同時無意中成了資本家的走狗。馬克思在論及到「大伙所謂『高級』勞動者——例如官吏、軍人、藝術家、醫生、牧師、法官、律師等等」時，提到：「那些非生產勞動者在他們不創造任何享受品，其購買因此完全要看生產當事人怎樣支出他的工資或他的利潤而定的限度內，或者說，在他們成為必要或讓自己成為必要，不過人們因為有身體上的缺陷（例如醫生），或因為人們有精神上的缺陷（例如牧師），或因為在人們中間有個人利益的衝突和民族利益的衝突（例如官吏、一切法官、警察、兵士）的限度內，在亞當·史密斯看來，就和在產業資本家自己和勞動階級看來一樣，不過是生產上的一種雜費，所以應當盡可能減少到最必要的最小限度，並應當盡可能便宜地提供出來。資產階級社會，雖然曾經在這一切的封建形式或專制形式上，對它們進行鬥爭，現在卻要在它自己的形式上把它們再生產出來。因此，從理論方面甚至為非生產勞動者中這個單純寄生的部分恢復地位，並且為其中不可缺少的部分過分要求進行辯護，對那些對這個社會，特別是對這個社會的上層階級諂媚奉承的人來說，就成了一個首要的任務。這在事實上就是從事意識型態工作的階級等等已經從屬於資本家的宣告。」（馬克思，1975：169-170）

（二）法權狀態

資本主義社會中的政治經濟學把按照歷史運動規律運轉結果該當被否定掉的資本主義生產方式，當成自然的永恆的經濟規律的「表現」¹⁰，從而掩飾了這個生產方式「內在的」實質的矛盾；而政治經

¹⁰馬克思說：「資產階級經濟學家們在考察資產階級社會的一切經濟規律時都陷入這種誤解，在他們看來，這些規律是『自然規律』，因而也表現為歷史上最初的東西。」（全，二十六 II：168）

濟學家也就在自認為是在揭發經濟運動的永恆規律的同時，無意中成了資產階級的代言人。資本主義社會的法權狀態同古典政治經濟學一樣，以「天賦人權」(Natural Right)的名義矯飾整個資本主義生產方式內在的不仁道後果及現實的危機。

馬克思在《資本論》中揭發「工資的祕密」時，從「剩餘價值」這個概念(全，三十：266)出發，指出：「假定一個普通工作日是十二小時，勞動力的日價值是三先令，而這三先令是體驗了六個勞動小時的價值的貨幣表現。如果工人獲得了三先令，他就獲得了他的在十二小時內執行職能的勞動力的價值。現在如果勞動力的這個日價值當作日勞動的價值來表現，那就會得出這樣一個公式：十二小時的勞動有三先令的價值。……在十二小時內執行職能的勞動力的價值是三先令，為了再生產這一價值，勞動力需要執行職能六小時。可是勞動力的價值產品是六先令，因為勞動力實際上執行職能十二小時，而勞動力的價值產品不是由勞動力本身的價值來決定的，而是由勞動執行職能的時間長短來決定的。這樣，我們就會得到一個一看就是荒謬的結果：創造六先令價值的勞動有三先令價值。……體現工作日的有酬部分即六小時勞動的三先令價值，表現為包含六小時無酬勞動在內的整個十二小時工作日的價值或價格。於是，工資的形式消滅了工作日分為必要勞動和剩餘勞動、分為有酬勞動和無酬勞動的一切痕跡。全部勞動都表現為有酬勞動。……這種表現形式掩蓋了現實關係，正好顯示出它的反面。工人和資本家的一切法權觀念，資本主義生產方式的一切神秘性，這一生產方式所產生的一切自由幻覺，庸俗經濟學的一切辯護遁詞，都是以這個表現形式為依據的。」(全，二十三：589-591)

資本家玩這個戲法所用的道具則是本質上是商品，卻在商品交換過程中「起等價物的作用」(Ibid., : 86)的「貨幣」。貨幣作為商品交換的普遍媒介物，通約了各種商品本身「質」的差異，從而掩飾了商品本身因質的差異而必然產生的實質矛盾。馬克思指出：「在雇傭勞動下，貨幣關係掩蓋了雇傭工人的無償勞動。……資本和勞動的交換，在人們的感覺上，最初完全同其他一切商品的買賣一樣。買者付出一定量的貨幣，賣者付出與貨幣不同的物品。在這裡，法權意識至多只認識物質的區別，這種區別表現在法權上對等的公式中：我給，為了你給；我給，為了你做；我做，為了你給；我做，為了你做。」(Ibid., : 591)

馬克思說：「價值表現的祕密，即一切勞動由於而且只是由於都

是一般人類勞動而具有的等同性和同等意義，只有在人類平等概念已經成為國民的牢固的成見的時候，才能揭示出來。」(Ibid., : 24-75) 真實的關係掩蓋在不知不覺地發生作用的法權意識裡。現實的商品交換直接依據的是「法權上對等的公式」。「平等的觀念」保證了資本家運用貨幣騙取工人無償勞動的「合理性」。這樣說來，法權觀念是現實經濟活動的前提。可是正好相反，在馬克思看來，自由和平等是「流通中發展起來的交換價值過程.....的產物，它是自由和平等的現實基礎。作為純粹概念，自由和平等是交換價值過程的各種要素的一種理想化的表現；作為在法律的、政治的和社會的關係上發展了的東西，自由和平等不過是另一次方上的再生產物而已。這種情形也已為歷史所證實，建立在這一基礎上的所有權、自由和平等的三位一體，不僅在理論上首先是由十七和十八世紀的義大利的、英國的法國的經濟學家們加以論述的。而且這種三位一體也只是在現代的資產階級社會中才得到實現。」(全，四十六下：477；四十六上：197)

所有權、自由和平等，合在一起稱之為「天賦人權」(Natural Right)¹¹。它是資本主義社會中，一切人作為「有主權的人.....有最高權力的人」(全，一：434)可以操控的內容。「<人權和公民權宣言>第二條：這些權利(自然的和不可剝奪的權利)是：平等、自由、安全、財產。」(Ibid., : 437)這是現代民主國家積極要加以保障、維護的對象。是從專制政府下鬥爭得到的珍貴寶物。

可是，在馬克思看來，「所謂人權」(droits de l'homme)，在資本主義生產方式下，本質上，「無非是市民社會的成員的權利，即脫離了人的本質和共同體的利己主義的人的權利。」(Ibid.)形式上，表現出來的外觀是：正如馬克思在《資本論》中所說的「勞動力的買和賣是在流通領域或商品交換領域的界限以內進行的，這個領域確實是天賦人權的真正樂園。那裡占統治地位的只是自由、平等，所有權和邊沁(Bentham)。自由！因為商品例如勞動力的買者和賣者，只取決於自己的自由意志。他們是作為自由的、在法律上平等的人締結契約的。

¹¹利奧·史特勞斯(Leo Strauss)在他所寫的名著《自然權利與歷史》(Natural Right and History)中，對「自然權利」這個概念做了清楚的解析。這個概念本身源遠流長，早在柏拉圖時就被提出討論了，(Strauss, 1953: 85)發展出來的內容面貌繁多：理想的、古典的、現代的，同時還可以加以細部區分。本文在此所用的意義指：「可以用人類理性辨識出，且被普遍承認的權利」，「沒有不變的(immutable)公道原則就不是自然權利。」(Ibid., :9)

契約是他們的意志藉以得到共同的法律表現的最後結果。平等！因為他們彼此只是作為商品所有者發生關係，用等價物交換等價物。所有權！因為他們都只支配自己的東西。邊沁！因為雙方都只顧自己。使他們連在一起並發生關係的唯一力量，是他們的利己心，是他們的特殊利益，是他們的私人利益。正因為人人只顧自己，誰也不管別人，所以大家都是在事物的預定的和諧下，或者說，在全能的神的保佑下，完成著互惠互利、共同有益、全體有利的事業。」（全，二十三：199）

可是，在一片詳和的外觀下，實質上，資本家正藉著「天賦人權」，「自然地」（naturally）從事榨取工人血汗的勾當。如馬克思所說：「自由的工人，這裡所說的自由，具有雙重意義：一方面，工人是自由人，能夠把自己的勞動力當作自己的商品來支配，另一方面，他沒有別的商品可以出賣，自由得一無所有，沒有任何實現自己的勞動力所必須的東西。」（Ibid., : 192）這樣，工人的「自由」在求生存的現實考量下，變成「必然」；必須要出賣勞動力給資本家才能換取維持生存所需要的麵包。馬克思說：「先生們，不要用自由這個抽象字眼來欺騙自己吧！這是誰的自由呢？這不是每個人在對待別人的關係上的自由。這是資本榨取工人最後脂膏的自由。」（全，四：457）惡劣的榨取行為，馬克思在《資本論》中引了不少當時英國工廠視察員的報告、和報刊的報導予以證實¹²。這種現實惡劣的榨取工人的情況演變下去的結果很明顯：資產階級在生產「它自身的掘墓人」。

資本主義生產方式下的「自由」註定要以與自身對立的面貌出現從而遭到否定、淘汰。像亞當·史密斯所提出的「看不見的手」在發生作用一般。馬克思說：「如果說，在自由競爭的範圍內，個人通過單純追求他們的私人利益而實現公共的利益，或更確切些說，實現普遍的利益，那麼，這只是意味著，在資本主義生產的條件下他們相

¹²舉馬克思在《資本論》中引用的兩個具代表性的例子：「1860年1月14日……九歲到十四歲的孩子，在大清早二、三、四、點鐘就從骯髒的床上被拉起來，為了勉強糊口，不得不一直幹到夜裡十、十一、十二點鐘。他們四肢瘦弱，身軀萎縮，神態呆痴，麻木得像石頭人一樣，使人看一眼都感到不寒而慄。《資本家》馬勒特先生和別的工廠主起來抗議討論這類事情。」（全，二十三：272）「當1848年議會通過十小時工作日法案時，分散在多爾塞特和索美塞特兩郡交界處的農村麻紡廠的工廠主們，強迫一些正規工人接受一份反對這項法案的請願書，請願書中有這樣的話：（我們這些向你們請願的人，作為父母，認為增加一小時閑蕩的時間，結果只會使我們的孩子道德敗壞，因為懶惰是萬惡之源。）」（ibid., : 255）。

互壓榨，因而他們的相互衝突本身也只不過是這種相互作用所依據的條件的再創造。不過，一旦把競爭看作自由個性的所謂絕對形式這種幻想消失了，那麼這種情況就證明，競爭的條件，即以資本為基礎的生產的條件，已經被人們當作限制(Schranken)而感覺到和考慮到了，因而這些條件已經成為(sind)而且越來越成為這樣的限制了。(全，四十六下：161)」

換言之，資本主義生產方式的末日快到了。而隨著資本主義社會的崩潰，構建在生產方式這個基礎之上的整個法權狀態也將改換它的面貌與內容。

伍·結論

意識型態不管是以「照相機黑箱中倒立的影像」(camera obscura)(全，三：29)方式在扭曲真實，或是以「掩飾」的方式阻撓現實的發展，馬克思認定的意識型態概念總是「否定式」的，換言之，是他進行批判後，而要將之取消掉的對象。但這個工作有它明顯的困難。

基本上，馬克思認為：意識型態的主要現象就是觀念、意識、思想主導、宰制了人的現實活動。這在他來說是不應該、且是錯誤的。可是批判這樣的意識型態，這個「批判本身」就擔保不會變成他所批判的意識型態意義的意識型態呢？畢竟批判這個活動總得透過意識、思想才能表現出來。

其次，對意識型態概念的分析，從不同的角度切入可以得出不一樣的理解。韋伯(Weber)從統治(Herrschaft)的觀點下手，意識型態發揮的就正是「正當性」(legitimacy)訴求的作用；吉慈(Geertz)從社會整合(integration)的角度出發，意識型態發揮了「象徵化」(symbolization)的作用。(Ricoeur, 1968: 254-255)馬克思的看法只是意識型態概念諸多面貌之一而已。

不過，我們不得不肯定馬克思的意識型態概念確實有它的實獻：起碼，他提醒我們面對形形色色的觀念，我們總得保持警覺，別成為觀念、思想、這些人的創造物的犧牲者，在觀念，思想前將人的尊嚴給降了級。

參考書目

- 《馬克思·恩格斯全集》第一~四十六卷，中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局譯（北京：人民出版社，一九五六~一九八二）。
- 馬克思（1975）《剩餘價值學說》，第一卷，郭大力譯（北京：人民出版社）。
- 沈清松（1991）《物理之後／形上學的發展》，（台北：牛頓出版社）。
- 聖經（1969）（香港：聖經公會）。
- Agamben, Giorgio (1993) *Infancy and History* trans. by Liz Heron (London : Verso)
- Arato, A. and E. Gebhardt (ed.) (1982) *The Essential Frankfurt School Reader* (New York : Continuum)
- Barth, Hans(1974) *Wahrheit und Ideologie* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp)
- Dubiel, Helmut (1985) *Theory and Politics : Studies in the Development of Critical Theory* trans. by Benjamin Gregg with an introduction by Martin Jay (Massachusetts : The MIT Press)
- Foucault, Michel (1966) *Les Mots et les Choses* (Paris : Gallimard)
- Gadamer, Hans-Georg (1976) *Hegel's Dialectic* trans. by P. Christopher Smith (New Haven : Yale University Press)
- Geertz, Clifford (1973) *The Interpretation of Culture* (New York : Basic Books)
- Hegel, G.W.F. *Werke* in 20 Bänden, Reduktion von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel (Frankfurt am Main : Suhrkamp Verlag, 1971)
- Hobbes, Thomas (1981) *Leviathan* ed. with an introduction by C.B. Macpherson (Harmondsworth : Penguin Books)
- Horkheimer, Max (1972) *Critical Theory* trans. by Matthew J. O'Connell and others (New York : Continuum)
- Kennedy, Emmet (1978) *A Philosopher in the Age of Revolution : Destutt De Tracy and the Origins of "Ideology"* (Philadelphia : The American Philosophical Society)
- Loewith, Karl (1969) *Von Hegel zu Nietzsche* (Stuttgart : S.Fisher)
- Pilling, Geoffrey (1980) *Marx's Capital* (London :Routledge & Kegan Paul)
- Rickert, Heinrich (1986) *The Limits of Concept Formation in Natural Science* ed. and trans. by Guy Oakes (Cambridge : Cambridge University Press)
- Ricoeur, Paul (1986) *Lectures on Ideology and Utopia* ed. by G.H. Taylor (New

York :Columbia University Press)

Smith, Adam (1976) An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (Chicago :The University of Chicago Press)

Strauss, Leo (1953) Natural Right and History (Chicago :The University of Chicago Press)

Theunissen, Michael (1977) Der Andere :Studien Zur Sozialontologie der Gegenwart 2 Auflage (Berlin :Walter de Gruyter)

Theunissen, Michael (1980) Sein und Schein :Die kritische Funktion der Hegelschen Logik (Frankfurt a. m.: Suhrkamp)

法政學報 第八期
1997年8月 第135頁~第160頁
Journal of Law and Political Science, No.8
August 1997, pp.135~160

跨國收養中的國籍問題研究

Studies on the Problems of the Nationality of Inter-Country Adoption

蔣 新 苗 *

Jiang Xinmiao

*蔣新苗，武漢大學法學院國際私法博士，現任湖南師範大學法學院副教授，國際法學碩士生導師。

摘要

跨國收養是當今國際社會十分引人注目的一種社會現象，它的產生和發展使法學界面臨著許多嶄新的課題。其中，被收養人國籍問題就直接關係到跨國收養的效力，涉及到被收養兒童權益的維護以及能否完全融入養家。本文在透視跨國收養的發生與發展機制的基礎上，探討了世界各主要國家有關被收養人的出籍與入籍模式的不同理論與實踐，闡析了國際公約或條約在這方面的統一化成果。

最後，鑑於國籍問題與移民政策緊密相關，本文還特別分析了移民法對收養人出籍與入籍的影響。

ABSTRACT

Inter-country adoption is a conspicuous social phenomenon in modern international society. Its occurrence and development lead to many brand-new subjects for the scholars in the legal circles. The problem of the nationality of the adopted person is closely linked with the effect of the inter-country adoption and it involves the legal rights and interests of the adopted child and whether the adopted child could be completely integrated into the adoptive family.

By means of penetrating the occurrence and development mechanism of inter-country adoption, this essay explores various theory and practice concerning the loss of the original nationality and the acquisition of the nationality of the receiving country for the adoption child in different countries. Furthermore, it clarifies the international unification process of the norms in this direction.

Finally, owing to the close connection of the problems of the nationality with the policy and law of immigration, in particular, this essay analyzes the influence that immigration laws have on the loss and acquisition of nationality of the adopted.

目 次

- 壹· 跨國收養的發展歷程與現狀
- 貳· 跨國收養中的出籍與入籍模式
 - 一· 各國法律關於被收養人的出籍與入籍的規定
 - 二· 國際公約或條約的有關規定
- 參· 移民法對被收養人國籍的影響
- 肆· 結束語：我國大陸有關涉外收養的出籍和入籍模式立法的反思與展望

隨著人類社會的發展，不斷從封閉走向開放，不同地區、不同國家之間的合作與交流日益加強。在各國之間經濟貿易往來的基礎上，不同國家與地區之間的政治、文化乃至宗教等方面的聯繫越來越密切，不同國家與地區之間的人員流動日益頻繁而且規模不斷擴大，各國人民之間相互雜居的現象增多，這樣便產生了跨國或跨地區的收養關係。這種跨國或跨地區的收養關係又統稱涉外收養或國際收養，一般有廣義和狹義之分。廣義的「涉外收養」是指凡具有涉外因素的收養關係，即在收養關係的各要素中，有一種或數種要素超出一國或一定地區的範圍，與其它國家或地區有一定聯繫的收養關係，便屬於廣義的涉外收養；狹義的「涉外收養」是指收養人與被收養人屬於不同國家或慣常居住於不同國家的收養關係，即超國籍或國境的收養關係，通常稱為跨國收養。

在跨國收養過程中，被收養兒童的出籍與入籍問題，直接影響著跨國收養的有效成立和兒童權益的維護。因此，有必要深入研究跨國收養的國籍問題，為更好地保護兒童權利與促進跨國收養的健康、有序發展提供理論依據。本文在這方面所作的一些嘗試性研究，期望能起到拋磚引玉的作用，引起國內和國際社會各界共同關注該問題並進行更深入的探究。

壹·跨國收養的發展歷程與現狀

跨國收養現象在收養制度產生之時便伴隨出現，但在相當長的一段時間內還不常見，直到第二次世界大戰結束後，跨國收養才獲得了廣泛的發展。現代社會最先開展大範圍的跨國收養的可能要算美國。第二次世界大戰結束以後，美國許多家庭收養了不少歐洲兒童，特別是收養了不少德國、義大利和希臘等國的兒童。美國也有一些家庭從亞洲的日本和中國收養兒童。在戰爭期間，美國軍隊在歐洲戰場橫衝直撞，不只是打了許多勝戰，同時也在歐洲留下了無數非婚生子女。另外，美國軍人還在戰爭中與一些孤兒和一些無力撫養自己子女而願意出養子女的家庭建立了聯繫，這就為第二次世界大戰結束後的跨國收養埋下了伏筆。因而，在第二次世界大戰結束後不久，跨國收養發展非常迅速。

隨著歐洲逐漸從第二次世界大戰的創傷中恢復過來，重振家園和復興經濟，再加上美國人在這些國家的數量逐漸減少，美國從歐洲收養兒童的數量也呈下降趨勢。而與之相反，美國人在亞洲收養兒童的數量卻在不斷上升。隨著朝鮮戰爭的發生，南朝鮮出現了許多無家可歸的兒童，美國跨國收養的

重心又轉移到了南朝鮮。這時，在跨國收養中又出現了一種新現象，即出現了私人設立的負責在不同國家和地區進行中介活動的跨國收養機構。其中美國人Harry Holt建立的私人跨國收養機構就在促進跨國收養的發展中發揮了重要作用。該組織最初的宗旨就是為南朝鮮的無數孤兒在美國尋找收養的家庭。根據有關統計資料表明，在1953年到1981年，由美國家庭收養的南朝鮮兒童的數量高達38,000多名。這是很不容易的，因為，當時北美社會發展變化的情況很不利於收養外國兒童。「剛開始的一段時期，美國的種族歧視態度又死灰復燃，法院的判決也出現了漠視消除種族隔離的政策，50年代後期民權運動(the Civil Rights Movement)的成果也受到了踐踏，60年代初形成的有利於收養外國兒童的社會環境也面臨破壞和威脅。」¹可見，如果沒有Harry Holt這類私人設立的跨國收養組織的活動，美國是不可能收養如此多的南朝鮮兒童的。

二十世紀六十年代，除了大量南朝鮮兒童因收養而移民到美國外，世界其它地區也出現了兒童因收養而移居他國的問題。當時，歐洲範圍內的這種趨勢也表現得比較突出。因此，1960年10月在海牙召開的第九屆海牙國際私法會議，決定起草有關收養的國際私法方面的公約，主要解決在歐洲範圍內的兒童收養和移民問題。於是，在1964年10月召開的第十屆海牙國際私法會議上制定了《收養的管轄權、法律適用和判決承認的公約》。隨後，歐洲理事會(the Council of Europe)又在1967年起草了《關於兒童收養的歐洲公約》。到二十世紀六十年代末，形勢急轉直下，歐洲內部的收養數量大量減少。但與歐洲的情況相反，並正如海牙國際私法會議所預言的那樣，世界範圍內的跨國收養必將蓬勃興起。大約從1970年開始，大部分工業化國家的可收養兒童的數量急劇下降，主要原因在於社會的發展變化使人口因素也發生了很大的變化。歐洲各國的出生率開始下降，控制生育逐漸為人們和社會所接受，墮胎也開始走向合法化，社會也不再歧視單親家庭和無子女的獨身者，甚至一些國家的社會福利政策還向單親家庭傾斜。隨著社會的進步和發展，收養制度逐漸得到廣泛的認可和推行。但恰恰在此時，可供收養的兒童卻越來越少。隨著人口出生率的下降、控制生育和社會價值觀念的變化，工業化國家要求進行跨國收養的願望、動機和動力也具有制度性特點。按照制度學派的理論，當某些國家出現大量可以為外國收養的兒童時，即存在「結構上的供應」(a structural supply)，而另外一些國家有要求收養外國兒童的需要時，即存在「結構上的需求」(a structural demand)，那麼，兩者結合到一起，勢必產生跨國收養。依制度學派的經濟觀來分析跨國收養問題，不僅可以從理論上

¹ R. A. C. Hoksbergen and S. D. Gokhale (eds.), *Adoption in Worldwide Perspective*, Lisse, 1986, p. 2.

證明其存在的合理性，而且在實踐中也是可行的。² 只是跨國收養並不簡單，而是一個相當複雜的、容易引起爭議的社會問題。

二十世紀中期，美越戰爭的爆發，造成了無數無家可歸的兒童，引起了世界的普遍關注。這一情況，最先是通過電視傳播到歐洲和美國的許多家庭。在美國，又掀起了一場收養外國兒童的熱潮。從1963年到1976年，美國收養的越南兒童超過了3,000名。「與收養南朝鮮兒童不同的是，收養越南兒童在美國引起了激烈的爭論。許多人反對收養越南兒童，他們認為不應該使越南兒童背井離鄉，因為許多越南兒童只是暫時失去了同親生父母的聯繫或暫時脫離了家庭。當時這些反對意見對收養越南兒童產生了相當大的阻力，影響了美國收養越南兒童的速度和數量。」³ 事實上，美國收養的越南兒童還不到其收養的南朝鮮兒童的十分之一。

越南戰爭期間，不只是美國許多家庭收養了越南兒童，歐洲一些家庭也在越南收養了不少兒童。當時越南的情況，也引起了歐洲許多工業化國家的關注和興趣。歐洲也開始介入東南亞的發展中國家的跨國收養，與美國爭奪地盤。德國、法國、荷蘭、比利時、瑞士、英國及其它一些歐洲國家，先後從越南、印度尼西亞、泰國和南朝鮮等國收養了不少兒童。在二十世紀七十年代初期，澳大利亞也加入了從東南亞收養兒童的行列。

雖然各國對從國外收養的兒童數量缺乏準確的統計數字，但毫無疑問，美國、加拿大、澳大利亞以及歐洲許多國家從東南亞收養了大量兒童是客觀存在的事實。在相當長的一段時間內，南朝鮮是提供可收養兒童的一個主要國家，「1980年以來，美國夫婦收養的南朝鮮兒童的數量在四萬人以上。」⁴ 然而，因為南朝鮮政府改變了政策和態度，限制外國人在南朝鮮收養子女，從而使南朝鮮因收養而移民國外的兒童數量大幅度下降。越南西貢政府也在1975年改變了政策，使得在越南的跨國收養嘎然而止。西貢政府1975年出台的措施「限制了美國軍人和越南婦女生育的非婚生子女向美國移民。因為大部分這類兒童在美國是被其它家庭領養或收養，而不是與其美國的親生父親生活在一起。」⁵ 但是，後來越南政局的大變動，又使跨國收養在越南重新恢復。隨著越南參加海牙國際私法會議的專門委員會，討論了設立跨國收養的「中央主管機關」(the Central Authority)問題，於是，越南政府便根據海牙

² 蔣新苗著：《國際收養法律制度》，武漢大學法學院博士論文（1997年），第23頁。

³ A. R. Silverman and D. E. Weitzman, "Nonrelative Adoption in the United States: A Brief Survey", in *Adoption in Worldwide Perspective*, Lisse, 1986. p. 4.

⁴ See *New York Times*, 12 February 1990, p. A15.

⁵ R. A. C. Hoksbergen and S. D. Gokhale (eds.), *Adoption in Worldwide Perspective*, Lisse, 1986, p. 4.

國際私法會議的精神在1993年建立了「跨國收養事務所」，同時還專門頒布了一些關於跨國收養的國際私法方面的法規，為跨國收養創造了良好的生長環境。

在孟加拉國，1972年曾頒布了一部有礙於收養的《遺棄兒童特別條例》，但隨著公眾的抗議和反對，孟加拉國政府又在1982年廢除了這一條例。而印度尼西亞法律早在1979年就規定了涉外收養制度，跨國收養在印度尼西亞得到了承認和發展。但是，到1983年，印度尼西亞政府又採取嚴格限制跨國收養的政策。當時，除了印度尼西亞政府嚴格限制跨國收養外，斯里蘭卡實際上也停止了所有的跨國收養活動，只是後來在斯里蘭卡內戰的影響下，其政策才有所改變。此外，東南亞還有一些國家，如印度、泰國、菲律賓也允許跨國收養，但要求非常嚴格，只有在達到某些特定條件時，才允許外國人在其國內收養無家可歸的兒童。⁶

中國為了方便外國人在華的收養，制定了一系列政策法規，對涉外收養規定了特別的程序，以保證跨國收養在中國的順利進行和健康發展。1978年改革開放以後，隨著對外開放和交流的發展，中國涉外收養的數量有所增加。一方面，長期居住國外的華僑和外籍華人，為了「養兒防老」、慰娛晚年或尋找遺產繼承人，要求收養在國內的親友的子女或其它兒童、少年甚至青年，從而使得我國的涉外收養呈現發展勢頭；另一方面，一些在華工作的外國人(包括外國的政府官員、企業和商界人士、教師等)因婚後無子女，希望收養中國兒童，加上一些外國留學生也加入了收養中國兒童的隊伍，使得中國的涉外收養數量不斷增長。這種狀況在1989年以前還算平緩。據司法部有關統計資料表明，自1981年至1989年，外國人、外籍華人、華僑、港澳同胞在中國辦理的涉外收養(含涉港澳台收養)的公證約10,000件。另據美國全國收養委員會的有關統計，1982年至1989年，該組織經手收養的中國兒童就有200多人。⁷ 1989年以後，中國的涉外收養呈現出突飛猛進的勢頭，在世界「收養潮」的推動下，不只是在中國居住的外籍教師、留學生和工作人員要求收養中國兒童，其它一些未在中國居住的外國人也加入了這支收養大軍，從而使得中國的涉外收養數量迅速增加，每年輸送出去的兒童從1989年的1,000名增加到1993年的近3,000名。因1993年中國政府開始在一定程度上限制涉外收養並著手籌備「中國收養組織」，使1994年的中國涉外收養數量有所下降，僅1,000多件。經過這一短暫的低谷期，中國的涉外收養數量又迅速回升並沖高至1995年的3,300多件，1996年的發展則更為猛烈，輸送出去的兒童高達5,000多名，而1997

⁶ 蔣新苗著：《國際收養法律制度》，武漢大學法學院博士論文（1997年），第24頁。

⁷ 胡杏蘭：《海牙國際私法會議通過〈跨國收養方面保護兒童及合作公約〉》，載《中國國際法年刊》（1993年）第359頁。

年則接近6,000名。可以說，進入九十年代，中國境內發生的跨國收養日新月異，數量不斷增加，而來中國收養兒童的人員也呈現多樣化，來中國收養兒童的外國人所屬國家的範圍也越來越多，已有美國、加拿大、瑞典、挪威、丹麥、芬蘭、荷蘭、英國、比利時、西班牙和澳大利亞等十餘個國家的人員在中國進行過收養。新加坡前些年曾在中國收養過一些兒童，但因其法律規定需經過試養期並要經過法院頒發收養令後收養才能生效，中國政府以其與中國法律有衝突而不允許辦理新加坡人收養中國兒童的跨國收養。這樣，中國與新加坡之間的跨國收養一直處於停滯狀態。⁸ 總的來說，中國的跨國收養從無到有，從小到大，進入九十年代已初具規模並有可能進一步發展。

在拉丁美洲，二十世紀七十年代初期，世界其它地區通過跨國收養在這裡收養兒童的數量相當少。「從1948年到1962年，美國人在南美洲收養兒童僅15例；只有到1963年以後才略有增長，不過也不多。1963年至1975年，美國人在南美洲收養的兒童也只有1,205例。」⁹ 在拉丁美洲，跨國收養大幅度增長是在1975年左右。從1976年到1981年，美國人在南美洲收養的兒童數量高達5,000名，而且幾乎80%集中在哥倫比亞。隨後，加拿大、以色列、澳大利亞以及歐洲一些國家也接踵而至，加入到南美洲的跨國收養大軍。根據對現有的一些資料的研究，可以發現當時的收養潮流具有這麼一種特點：墨西哥和薩爾瓦多是美國跨國收養兒童的主要來源地，它們很少為歐洲國家提供可收養的兒童；而哥倫比亞和南朝鮮一樣，不僅是美國而且也是歐洲國家的跨國收養兒童的主要供應地；在二十世紀七十年代末期，智利的大量兒童主要為歐洲國家所收養，只是到1980年以後，智利兒童才成為美國跨國收養的主要對象。實際上，這一時期還有大量的厄瓜多爾、秘魯和巴西等國的兒童被美國和歐洲一些國家所收養。但是，當時在拉丁美洲的古巴、阿根廷、委內瑞拉、烏拉圭和巴拉圭等國，很少出現跨國收養現象，美國和歐洲一些國家的人也很少到這些國家收養兒童。¹⁰

過去，跨國收養在非洲和大洋洲幾乎很少出現。與亞洲和拉丁美洲相比，西方國家的人在非洲和大洋洲收養兒童的事件十分罕見。只有歐洲一些國家以前的殖民地，如馬達加斯加和塞內加爾等國，有少量的兒童被歐洲人收養，成為這些地區跨國收養的點綴。由於埃塞俄比亞國內戰爭的影響，埃塞俄比

⁸ 蔣新苗著：《比較收養法》，湖南人民出版社1998年版，第99頁。

⁹ R. A. C. Hoksbergen and S. D. Gokhale (eds.), *Adoption in Worldwide Perspective*, Lisse, 1986, p.5.

¹⁰ See F. J. Pilotti, "Inter-Country Adoption: A View from Latin America", in R. A. C. Hoksbergen and S. A. Gokhale (eds.), Lisse, 1986. pp. 143-149.

亞也採取政策向外國開放收養，允許外國人收養埃塞俄比亞的兒童，使得非洲地區的跨國收養也有所增加。

過去，在歐洲大陸內部，跨國收養也不多見，尤其是歐洲北部地區的國家(如瑞典)收養歐洲南部地區的國家(如希臘和葡萄牙)的兒童更為罕見。不過，到二十世紀九十年代初期，在歐洲東西部之間開始出現了少量跨國收養，主要是西歐國家收養東歐國家(如波蘭、匈牙利和羅馬尼亞)的兒童。然而，隨著冷戰的結束，歐洲大陸內部之間的跨國收養出現了出人意料的變化，數量劇增。1989年羅馬尼亞事件發生以後，跨國收養問題立即成為羅馬尼亞國內的一個焦點。無數兒童的生活條件越來越差，特別是一些殘疾兒童的處境日益惡劣。這些兒童過去通常安置在國家的養育機構中，其生活環境和條件一直不夠理想，而政局的動蕩使之變得更加不如人意。因此，貧困的羅馬尼亞人面臨著撫育子女的困難，政局的變動和經濟狀況的惡化，使得許多無法撫養自己子女的羅馬尼亞人想將子女送給生活條件好一點的外國人收養。正如1991年的一份報道所指出的：「羅馬尼亞又需要大量的養父母，……不過，需要收養的未成年兒童和剛出生的嬰兒，大約一半不是來自國家的育兒機構，而是來自羅馬尼亞人的家庭。」¹¹ 這種狀況通過新聞媒體的傳播，引起了無數收養組織和個人的興趣，它們迅速將跨國收養的重心轉移到羅馬尼亞，在羅馬尼亞物色可收養的對象。一些組織或個人為了盡快達到收養目的或收養健康、漂亮的兒童，甚至不惜提供金錢或物質補償。羅馬尼亞的跨國收養獲得了空前絕後的發展。據統計，1990年8月至1991年7月，大約有10,000名羅馬尼亞兒童被外國人收養，幾乎佔全球跨國收養總數的三分之一。羅馬尼亞出現的這種大規模的跨國收養，聯合國兒童基金會稱之為「收養潮」(adoption rush)，並提議加強政府干預和管理。¹² 根據1990年6月海牙國際私法會議特別委員會第一次會議的精神，當時羅馬尼亞也派代表參加了這次會議，羅馬尼亞政府在會後採取了一系列行動：設立了管理跨國收養的中央機構，制定了許多規範跨國收養的法律法規以及其它行政措施。儘管羅馬尼亞為改善跨國收養環境做了不少工作，實際情況也有所改變，但是，在實際生活中，涉及到跨國收養的具體實踐，仍然存在一些嚴重問題，甚至還出現了一些非法的收養行為。¹³ 這不只是羅馬尼亞的個別情況，在阿爾巴尼亞、摩爾瓦多、波蘭、和俄羅斯以及其它一些國家的跨國收養中同樣存在。這些國

¹¹ See J. Harwin, "Adoption Policy and Practice in Russia", in 16 *Adoption and Fostering*, No. 1(1992), pp. 16-22.

¹² See Elizer D. Jaffe, *Intercountry Adoption*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 42.

¹³ See Defence for Children International and International Social Service, *Romanian, The Adoption of Romanian Children by Foreigners*, Report of a Group of Experts, Geneva, April 1991.

家以及東歐其它一些國家，都在研究如何規範跨國收養行為的問題，希望跨國收養能得到順利、健康的發展。¹⁴

對於跨國收養產生與發展的情況，不少學者和社會工作者進行了深入、廣泛的調查研究。Saralee Kane 通過對收養國的跨國收養的調查後，在1993年發表的一份調查統計報告中揭示：「最近十年，通過跨國收養至少收養了17至18萬名兒童。跨國收養在這段時期增長了62%，而收養的兒童90%集中在10個送養國。在這段時期內，有6至8個送養國是確定的，到1980年，送養國的數量大增，固定的送養國高達22個。儘管這些有效的統計數據只是根據14個收養國的情況統計的，但根據有關研究資料表明，至少有20個收養國是固定的。從研究中可以發現，亞洲是跨國收養的主要送養兒童的地區，但是，如果按現有模式繼續下去，南美洲很快就會取代亞洲而成為世界的主要送養兒童的地區。除了亞洲以外，世界其它地區不僅在跨國收養的數量上增長較快，而且在範圍上也有所擴大，承擔的工作量和責任也會不斷增加。」¹⁵ 而 R.A.C.Hoksbergen 則通過對當今世界範圍的跨國收養調查研究後指出：「據不完全统计，跨國收養的兒童每年至少在15,000名至20,000名左右。」¹⁶ H.Van Loon 則認為：「自二十世紀80年代初期開始，每年將近二萬名兒童因跨國收養而移民到西歐、北美、以色列以及澳大利亞，這些兒童大多來自發展中國家。近年來，東歐為跨國收養輸送的兒童不斷增加。……跨國收養逐漸成為一種帶有普遍性的世界現象。」¹⁷ 聯合國經社理事會的一項統計進一步應證了跨國收養處於不斷發展中的結論：「1986年以來，法國每年有6,500件收養，其中2,500件屬於跨國收養；美國每年有51,157件，其中10,019件屬於跨國收養。」¹⁸ 《時代》雜誌1990年公布的一份統計資料表明：「在1989年的跨國收養中，部分兒童原住國送養的兒童數為：哥倫比亞5,000名、南朝鮮3,000名、羅馬尼亞3,000名、巴西2,000名、印度1,500名、秘魯1,500名、瓜地馬拉1,000名；部分收養國收養的外國兒童數為：美國8,000名、法國3,000名、義大利2,100名、德國1,000名、瑞典1,000名、英國800名、丹麥700名。」¹⁹ 可見，跨國收養已

¹⁴ See J. Harwin, "Adoption Policy and Practice in Russia", in 16 *Adoption and Fostering*, No. 1(1992), pp. 16-22.

¹⁵ See Saralee Kane, "The Movement of Children for International Adoption: An Epidemiologic Perspective", in *The Social Science Journal*, Vol. 30, No.4, pp. 323-339.

¹⁶ See R. A. C.Hoksbergen et.al., *Adopted Children at Home and at School*, Lisse, 1987, p. 3.

¹⁷ Hans Van Loon, "Hague Convention of 29 may 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption", in *The International Journal of Children's Rights* 3, 1995, p. 463.

¹⁸ Laura J. Schwartz, "Models for Parenthood in Adoption Laws: The French Conception", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 28, 1995, p. 1082.

¹⁹ *Expreso Newspaper*, Guayaquil, Ecuador, February 16. 1992.

在現代國際社會獲得了廣泛的天地，成為一種非常普遍的社會現象，而且發展速度也是相當驚人的。

不過，跨國收養的兒童「來源國」(Source Countries)的數量並不是總是呈直線上升，而是處於不斷的波動狀態。某個國家可能關閉跨國收養的大門或嚴格限制跨國收養，但另一個國家則可能會在此時打開了大門，採取了放任政策，允許外國人在其國內收養；有些國家可能只允許外國人收養年齡非常小的兒童或嬰兒，而另一些國家則可能只允許收養年齡較大的兒童或殘疾兒童。從總體上看，跨國收養在整個世界的發展趨勢表現為：如果可收養兒童，特別是一些健康的未成年人，能在國內被收養，那麼，一般會限制外國人收養或縮小跨國收養的範圍。但無論如何，跨國收養在當今世界的發展趨勢是難以人為地遏制的。

貳·跨國收養中的出籍與入籍模式

在跨國收養過程中，涉及兒童利益的一個十分重要的問題就是被收養兒童的國籍的喪失與取得。跨國收養是否必然導致被收養兒童喪失原住國的國籍和取得收養國的國籍？這兩者是同時進行的還是有先後之分或者互為前提和條件？被收養兒童會不會出現同時擁有兩個以上國家的國籍的積極衝突或不具有任何一個國家的國籍的消極衝突現象呢？一旦出現又如何解決呢？各國的學說和法律規定並不一致。例如，依英國1976年《收養法》第40條第1款規定，即「對於收養非聯合王國及殖民地公民的兒童，如果收養人或在夫妻共同收養情形下的養父為聯合王國及殖民地的公民，那麼，養子女自收養令頒發之日起便成為聯合王國及殖民地的公民」，英國人收養的外國兒童毫無疑問會取得英國國籍。但對奧地利和以色列來說，外國人收養其本國兒童，該兒童仍不喪失其原有國籍。奧地利《國籍法》第11條規定：收養並不影響國籍。因而，當一個英國人收養一奧地利兒童為養子女時，依英國法的規定，該被收養兒童即取得英國的國籍；而依奧地利法的規定，該被收養兒童並不因收養而喪失其奧地利國籍，從而導致該被收養兒童既具有英國國籍又擁有奧地利國籍，出現國籍的積極衝突。除此以外，收養也同樣會造成被收養兒童成為無國籍人，出現國籍的消極衝突。例如朝鮮的法律規定，朝鮮兒童被外國人收養便自動喪失其原有國籍；而以色列法則沒有明確規定被收養的外國兒童必然取得以色列的國籍。因此，當一個以色列人收養一朝鮮兒童時，該被收養兒童會因收養而喪失其原有的朝鮮國籍，但卻並不一定會因以色列人的收養而必然取得以色列的國籍。這樣，該被收養的朝鮮兒童很可能成為無國籍人，出現國籍的消極衝突。不論因收養所引起的國籍衝突是積極衝突

還是消極衝突，都會給跨國收養中的當事人帶來諸多不便，特別是對被收養兒童的利益影響最大。因為對具有雙重國籍或多重國籍者，各有關國家都要求他們履行對本國的義務，都要對之行使外交保護，這不僅容易引起國家之間的糾紛甚至妨礙國際社會的安定，而且被收養人究竟享受哪國法律所賦予的權利及履行哪國法律所規定的義務，常常難以取捨。如果這些國家的法律的規定各異或者衝突甚大時，究竟應服從何國法律呢？因此，國籍的積極衝突會使被收養兒童遇到無數難以克服的困難。而當出現國籍的消極衝突時，由於無國籍人既不享受原國籍國的公民的權利又不具有居住國公民的資格，有可能使得被收養兒童得不到任何一國的外交保護，其權利義務難以確定，妨礙被收養兒童融入養家和在收養國的生活，嚴重影響兒童的利益。可見，國籍問題直接影響跨國收養的效力和兒童的切身利益，是跨國收養中不容忽視的關鍵性問題。解決好跨國收養中被收養兒童的國籍問題，對於保護兒童利益和促進跨國收養的健康、有序發展至關重要。

一·各國法律關於被收養人的出籍與入籍的規定

對於跨國收養中被收養兒童的國籍問題的規定，各國法律並不一致。國籍法方面的專家H·希克爾(H·Hecher)對175個國家有關因收養而入籍或出籍的法律規定進行了全面、系統的比較分析，發現很難將它們統一起來，「各國的規定千差萬別，幾乎找不到單一的模式，在這方面形成統一的法律行動相當困難。」²⁰

對因跨國收養而喪失國籍的問題，很少有國家以明確的法律條文作出規定。絕大部分國家的法律沒有明文規定兒童被外國人收養後必然喪失原住國的國籍。甚至較早期的一些國家的立法還明確規定收養對國籍的喪失和取得都不發生影響。例如，羅馬尼亞1952年的《關於公民籍的法令》第4條規定：「羅馬尼亞人民共和國公民籍不能因婚姻或收養而取得或喪失。」挪威1980年的《收養法》第14條第1款明文規定：「養子女的國籍不因收養而改變。」而1973年的法國《國籍法》則是從必然性的角度來考慮簡單收養在國籍方面的效力，直接規定：「單純收養對國籍不產生任何當然效果。」²¹此外，奧地利1949年《國籍法》第11條、墨西哥1934年《國籍和入籍法》第43條第1項都有大體類似的規定。儘管部分國家對這些規定做了不同程度的修改，但大

²⁰ See H. Hecker, "Einfluss der Adoption auf die Staatsangehörigkeit", in 6 Das Ständesamt, 1985, pp. 153-163.

²¹ [法]亨利·巴蒂福爾·保羅·拉加德著《國際私法總論》，陳洪武等譯，中國對外翻譯出版公司1989年版，第124—125頁。

部分國家仍沒有對因收養而引起的國籍喪失問題作出具體、明確的規定。由於沒有明確的法律依據，可以認為被收養兒童並不必然喪失其原住國的國籍。雖然世界各國法律對被收養兒童國籍的喪失缺乏明文規定，但是，像希臘一樣，還是有少數國家的法律規定了取消被收養兒童的國籍的程序。另外，還有少數幾個國家的法律，如朝鮮法，則規定兒童被外國人收養後便自動喪失其原有國籍。

與被收養兒童國籍的喪失問題不同，世界絕大部分國家的法律對因收養而取得國籍的問題作了明確規定。只有少數國家的法律，如以色列法和奧地利法在這方面缺乏明文規定。對於以色列和奧地利，跨國收養並不具有賦予被收養兒童取得收養國國籍的效力。然而，世界大多數國家的法律明確規定或在具體實踐中允許承認跨國收養具有賦予被收養兒童取得收養國的國籍的效力。²²不過，各國法律關於被收養的外國兒童的入籍方式和程序又不盡相同，歸納起來主要有以下三種方式：

1、鼓勵或方便入籍的程序(a facilitated naturalization procedure)，即允許在免除法律規定的某些條件下申請入籍，或以聲明請求給予收養國的國籍。不過，「這種享有優惠入籍條件或以聲明取得內國（收養國）國籍的養子女，一般須是未成年人或在一定年齡以下。」²³ 例如，日本1985年1月1日實施的經過修訂的《國籍法》第8條第2項規定：「對符合下列各項之一的外國人，即使有些人不具備第5條第1款第1項、第2項及第4項規定的條件，法務大臣也可以準許其歸化（入籍）……。為日本國民的養子女，連續3年以上在日本有住所，而且在收養時按本國法律尚屬未成年的」。而該法第5條第1款第1項、第2項和第4項所規定的條件是：「法務大臣對不具備下列條件的外國人，不得準許其歸化（入籍）：（一）繼續五年以上在日本有住所的；（二）年齡在20歲以上，根據本國法律認為有能力的；……（四）依靠自己或共同生活的配偶及其他親屬的資產或技能，能夠謀生的……。」²⁴ 美國和瑞士也採用了類似的立法例。美國1990年的《移民與國籍法》（INA）第341條b項明確規定：「被收養兒童在具備以下條件時可立即授予美國國籍：（1）被收養兒童在加入美國國籍時，養父母雙方必須是美國籍公民；（2）要求入籍的被收養兒童必須未滿18歲；（3）該兒童是在16週歲以前被收養的，且收養時預期養父母必須有一方已取得美國國籍；（4）在美國享有永久居住權的養父母在對被收養兒童行使監護權期間，該兒童必須居住於美國。」不僅如此，

²² 蔣新苗著：《比較收養法》，湖南人民出版社1998年版，第76—78頁。

²³ 李浩培著：《國籍問題比較研究》，商務印書館1979年版，第128頁。

²⁴ 參見《日本國籍法》[昭和59年（1984年）]法律第45號最後修正，載《法學譯叢》1985年第3期，第66—68頁。

美國法律對收養孤兒的入籍條件的要求更低。²⁵ 雖然美國1996年4月10日通過的《移民管制和財政責任法》(Immigration Control and Financial Responsibility Act)在許多方面對外來移民取得國籍作了更嚴格的限制,但對被收養兒童的入籍仍採取比較寬鬆的政策。此外,阿爾巴尼亞1946年的《國籍法》第8條、保加利亞1948年《國籍法》第3條、匈牙利1957年的《國籍法》第7條也都規定養子女可享受優惠的入籍條件,只是它們給予養子女寬鬆的入籍條件主要表現在年齡、一定的在內國居住期間以及放棄原國籍的條件等方面,不包括免除「足夠維持生活的經濟來源」的條件。

這種入籍方式和程序有利于收養國對整個收養過程的管理和規範,有效地防止藉「跨國收養」之名而行「移民」之實的行為,把好移民與國籍關。其缺陷在於增加了跨國收養的難度和複雜性,多了一道入籍障礙,甚至造成在兒童原住國已成立了的跨國收養,在收養國難以成立或無法使被收養兒童取得收養國的國籍,出現「跛足收養」或被收養兒童陷入國籍的消極衝突的困境。

2、選擇入籍的方式(*optional acquisition of nationality*),即給予被收養人選擇國籍權,允許其在被收養時或達到一定年齡後通過本人的意思表示選擇保留原國籍或加入養父母任何一方的國籍。這種方式以尊重被收養人決定獲取何種國籍的自願為原則。許多同時採用完全收養(*adoptio plena*)和簡單收養(*adoptio minus plena*)形式的國家,一般主張簡單收養的被收養人可以自主選擇國籍。例如,盧森堡1986年修訂後的《國籍法》第19條明文規定:「如果被盧森堡人簡單收養的兒童在收養時未喪失其國籍,則可由被收養人選擇國籍」。只是該法第20條要求被收養人必須在盧森堡連續居住5年並且年齡在18歲至25歲之間才可作出選擇國籍的聲明。²⁶ 現行法國法則規定簡單收養的被收養人在18歲以下並於申請國籍時居住在法國,有權選擇加入法國籍。²⁷ 就目前世界各國的立法來看,採用這種選擇或任意入籍方式確定被收養人國籍的主要限于簡單收養,很少將其適用於完全收養,只有西班牙法規定,收養是在被收養人成年以後才進行的,該被收養的外國人可自行決定是否加入西班牙籍,但必須在收養後2年內決定。²⁸ 大部分國家的立法規定完全收養

²⁵ See Billong Hing, *Handling Immigration Cases*, Zed: Vol.2, John Wiley and Sons, Inc, 1995, P. 77.

²⁶ See Paul Gulbenkian et al, *Immigration Law and Business in Europe*, John Wiley and Sons Inc, 1993, pp. 104—106.

²⁷ See Paul Gulbenkian et al, *Immigration Law and Business in Europe*, John Wiley and Sons Inc, 1993, pp. 104—106.

²⁸ See Paul Gulbenkian et al, *Immigration Law and Business in Europe*, John Wiley and Sons Inc, 1993, pp. 126—163.

的被收養人國籍要麼按方便或鼓勵入籍方式處理，要麼依自動入籍辦法確定。在跨國收養的實踐中，採用選擇入籍的方式有利於維護兒童權益和充分尊重被收養人的意願，而且有助於消除國籍的積極衝突，即雙重或多重國籍，使被收養人盡可能申請符合本人要求的國籍。不過，該方式也有不足之處，既增加了兒童原住國和收養國對被收養人管理上的難度，也有可能使養家成為多國籍人組成的「國際家庭」。

3、自動入籍方式(automatic acquisition of nationality)，就是指法律規定具有外國國籍的兒童成為內國國民的養子女時便因收養而自動地取得內國國籍。歐洲和非洲的部分國家的法律對跨國收養規定了這種入籍方式。例如荷蘭1985年的《國籍法》第2條和《外國養子女安置法》規定荷蘭人收養的外國兒童可自動取得荷蘭籍。西班牙法則規定西班牙國民收養的未滿18歲的外國兒童自動取得西班牙國籍。而丹麥法規定丹麥人收養的外國兒童必須在12歲以下才能自動取得丹麥國籍。²⁹ 此外，愛爾蘭法以及英國1981年《國籍法》和1976年《收養法》也都主張被收養人可自動入籍。³⁰ 因此，自動入籍的方式可以說是跨國收養中強化收養效力的一種最典型的制度，儘管它歐洲和非洲已出現多時，但在亞洲和美洲並不常見。總的來看，自動入籍的制度在跨國收養中佔據著較為重要的地位，有的國家以「確保收養人與被收養人各方面力求協調一致」的理念為指導，在承認外國收養時也適用自動入籍的方式。例如，法國對法國人在國外成立的收養外國兒童的跨國收養關係，只要屬於完全並得到法國的承認，該外國兒童就可自動取得法國的國籍。³¹

儘管許多國家實行了因收養而自動取得收養國的國籍的制度，但是，將自動取得國籍作為收養的一個結果的作法，仍然引起了不少專家學者和實務部門工作者的批評和指責。³² 因為，自動取得國籍的制度實際上把被收養兒童能否取得收養國的國籍的權力全部交給了宣告收養成立的法院或行政主管機關，由主管收養的行政機關或法院決定被收養兒童的國籍，不僅使得專門負責國籍方面工作的主管當局被架空了，而且也使被收養人缺乏選擇國籍的自主權。另一方面，就國籍根據法律所賦予人們的利益方面考慮，國籍對世界大多數國家而言是如此重要，以致於如果不讓被收養兒童享有取得收養國的國籍的權利，那麼必定違背收養的目的或者至少是違背完全收養的意圖

²⁹ See Paul Gulbenkian et al, *Immigration Law and Business in Europe*, John Wiley and Sons Inc, 1993, pp. 26—163.

³⁰ See Nasree Pearce, *Adoption: The Law and Practice*, Fourmat Publishing, London, 1991, pp. 161-187.

³¹ See E. Poisson Drocourt, "L'adoption internationale", *Revue Critique de droit international priv*, 1987, pp. 701-703.

³² 李浩培著：《國籍問題的比較研究》，商務印書館1979年版，第129-130頁。

的，因而，在跨國收養中自動或當然取得國籍易於引發國籍的積極衝突的弊端，使雙重或多重國籍現象泛濫。雖然如此，但歐洲大部分國家仍採用了自動入籍的模式。這也正是導致《關於兒童收養的歐洲公約》的締約國大部分沒有嚴格遵守和執行該公約第11條的原因所在。歐洲收養公約沒有明文規定自動入籍的制度，而只是簡單地規定了方便或鼓勵入籍的制度。這與歐洲大部分國家的實際作法存在較大的差距，而且也不完全符合以保護兒童利益為最高宗旨的跨國收養的目的。

總而言之，世界各國對跨國收養中國籍的取得和喪失的法律規定不盡一致，有個別國家甚至還對被收養兒童強制入籍或實行剝奪國籍的制度，³³ 在具體操作和行動上更是千姿百態，程序和方法各種各樣。因而，一方面，有必要加強各國在這方面的合作和協調，促進各國的國內收養法朝著一致化的方向發展，盡可能接近一致或趨同。另一方面，急需加強跨國收養法的統一化工作，通過國際公約或雙邊乃至多邊條約形成共同遵守的國際規範。

二·國際公約或條約的有關規定

通過國際條約或公約來對跨國收養中有關國籍的取得或喪失問題作出統一規定的，最早可能要算1930年海牙國際私法會議通過的《關於國籍法衝突的若干問題的公約》。澳大利亞、比利時、巴西、加拿大、中國、印度、萊索托、馬耳他、摩洛哥、荷蘭、挪威、巴基斯坦、波蘭、瑞典、瑞士和英國等締約國於1930年4月12日在海牙訂立了《關於國籍法衝突的若干問題的公約》。該公約第17條對收養在國籍方面的效力作了明確的規定：「如果一國的法律認為國籍得因收養而喪失，此項國籍的喪失應以被收養人按照收養人所屬國家關於收養影響國籍的法律而取得收養人的國籍為條件。」³⁴ 這一規定為解決跨國收養中的國籍問題提供了一個國際性範例。不少國家在跨國收養中照章行事或以此作為國內收養立法的參照系。

除了1930年的海牙國際私法會議通過的《關於國籍法衝突的若干問題的公約》對收養所引起的國籍問題規定了明確的解決辦法外，1967年簽訂的《關於兒童收養的歐洲公約》也對因收養而產生的國籍問題作了具體規定。該公約第11條明確規定：「1.如果被收養兒童與收養人的國籍不同，或者在已婚夫婦雙方共同收養的情形下，被收養兒童與養父母不具有共同的國籍，那麼，對締約國的國民為收養人的，各締約國應為被收養兒童取得養父母的國籍提

³³ 李浩培著：《國籍問題的比較研究》，商務印書館1979年版，第147-180頁。

³⁴ 韓德培、李雙元主編：《國際私法教學參考資料選編》，武漢大學出版社1991年版，第443頁。

供一切方便。2.因收養而導致被收養兒童喪失原有國籍的前提條件是該兒童擁有或已取得另一國家的國籍。」

雖然歐洲收養公約只規定了方便入籍的程序(a facilitated naturalization process)，並未規定自動取得國籍的制度，還算不上十分完善、先進的國際立法，但是，歐洲收養公約關於因跨國收養而喪失或取得國籍的規定，在當時可以算得上最明確、最具體的國際規範了。

由於國籍在跨國收養中所處的地位如此重要，引起了許多國際組織的關注和重視。國際法學會在1973年9月14日向聯合國提交的一份報告中指出：「各成員國的主管當局應採取一切措施促使被收養的未成年人取得收養人的國籍，完善和健全這方面的法規、程序和方法。」因為「收養人與被收養人的國籍不一致是收養家庭協調和統一的最大障礙。」³⁵ 國際法學會的這一觀點對聯合國1986年的兒童宣言產生了深遠的影響。聯合國1986年通過的《關於兒童保護和兒童福利特別是國內和國際寄養與收養辦法的社會和法律原則宣言》對收養中的國籍問題作了進一步的規定，該宣言第8條明確規定：「無論何時，兒童都必須擁有姓名、國籍和法定代理人，即使是在寄養、收養或採取其它措施安置兒童時，也不得隨意剝奪兒童的原有姓名、國籍或法定代理人，除非該兒童已獲得了新的姓名、國籍或法定代理人。」這實際上指出，在跨國收養中，各國不得造成被收養兒童的無國籍狀態。

聯合國1989年的《兒童權利公約》也未忽視跨國收養的國籍問題，它在第7條中明文規定：「1.兒童出生後應立即登記，並有自出生起獲得姓名的權利，有獲得國籍的權利，以及盡可能知道誰是其父母並受其父母照料的權利。2.締約國應確保這些權利按照本國法律及其根據有關國際文書在這一領域承擔的義務予以實施，尤應注意不如此兒童即無國籍之情形。」

聯合國兒童權利公約的這一規定，從普遍意義上對兒童在國籍方面的權利作了闡述，對各國處理跨國收養問題具有普遍性指導意義，是各國解決收養中的國籍問題的行為準則。

對於跨國收養中的國籍問題，海牙國際私法會議在制訂《跨國收養方面及保護兒童合作公約》的過程中一直較為重視。海牙國際私法會議常設局在1993年討論制定跨國收養公約之初就提出了跨國收養中的國籍問題，希望將跨國收養中被收養兒童國籍的喪失與取得問題作為一個主要議題加以討論。³⁶ 但是，在第十七屆海牙國際私法會議1993年5月28日最後通過《海牙跨國收養方面保護兒童及合作公約》時，並未在這方面作出明確、具體的規定，主要

³⁵ Session du centenaire, Rome, 1973, p. 800.

³⁶ See Hague Conference, Proceedings of the Seventeenth Session, Vol. II, 1994, pp. 9-10.

是因為大部分締約國認為在公約中不便對收養所引起的國籍問題作出統一的規定。這也可以說是海牙跨國收養公約的欠缺所在。不過海牙跨國收養公約在整體上還是體現了這一精神：依公約的程序所成立的跨國收養一旦生效，或者是收養國所承認的完全收養，或者是簡單收養經收養國承認後轉換為完全收養，那麼，被收養兒童應取得收養國的國籍。³⁷這也是海牙跨國收養公約在實施過程中須堅持的一條基本原則。

參· 移民法對被收養人國籍的影響

縱觀當今跨國收養的具體理論與實踐，被收養人的國籍的取得與喪失還直接與收養國的移民法密切相關。一些國家的移民法在整個跨國收養過程中起主導和支配作用，直接決定著被收養人的國籍；而另一些國家的移民法則僅處於從屬地位，並不起主導和支配作用，它對被收養人的國籍的取得與喪失的影響不大。

在跨國收養中，移民法佔據主導地位和起支配作用的國家，最典型的便是美國。根據美國的法律，被收養兒童在常住國取得護照以後，當且僅當符合美國聯邦移民法的規定時才可取得美國領事館或大使館的簽證，隨後，該兒童才可以「合法居住的外國人」的身份進入美國並取得「綠卡」(green card)。儘管美國聯邦政府的官員無權批准收養，但是，他們必須對收養進行審查並作出行政裁定，「以便保證：(1)跨國收養既符合養父母居住地所在州的法律又符合兒童常住國的法律；(2)依據國內的特別家庭情況調查研究所提供的證據表明養父母是合格的；(3)依美國移民法的規定，被收養兒童屬於孤兒……。」³⁸

有學者指出：「聯邦政府的官員在作出這類裁定的過程中，很有可能只是重覆法院的判決，但又是必不可少的，因為聯邦移民局作出同意收養的裁定的根本效力在於賦予被收養兒童具有進入美國的移民資格。」³⁹美國對因收養而入境的兒童所採取的這一基本的準入制度，使得美國移民局在跨國收養的整個過程中特別是取得美國國籍起關鍵性作用。而美國的駐外使館或領事館則在跨國收養過程中發揮積極作用，重點負責對那些為美國人所收養的外國兒童進行審查和調控，以保證跨國收養正常、合法地完成。美國的這種

³⁷ 蔣新苗著：《比較收養法》，湖南人民出版社1998年版，第79頁。

³⁸ See E. Bartholet, "International Adoption: Overview", in J. H. Hollinger (ed.), *Adoption Law and Practice*, 1994, Chap.10, pp. 10-30.

³⁹ See R. R. Carlson, "Transnational Adoption of Children", in 23 *Tulsa Law Journal*, 1988, p. 342.

作法在防止國際拐賣兒童方面起到了比較好的作用，特別是對那些在防止國際拐賣兒童方面顯得力不從心的兒童原住國的地方當局幫助較大，保證美國人所進行的跨國收養與收養目的相符合，不違背被收養兒童親生父母的意願。雖然，在美國同樣存在國際拐賣兒童的現象，但是，通過美國政府對跨國收養所採取的這一系列措施，在一定程度上得到了控制。美國在跨國收養中將其移民法擺在首要位置，儘管不完全合理，而且為被收養兒童加入美國籍多設置了一道障礙，增加了跨國收養的難度，但在防止國際拐賣兒童方面的貢獻和作用也是不可忽視的。

在法國、瑞士和德國，移民法並未在跨國收養中佔據主導地位，也不對被收養兒童國籍的取得起支配作用。德國法規定，未滿16歲的兒童進入德國不需要簽證；法國法雖然規定兒童入境也需簽證，但並不要求經過特別批准程序，而且法國法還規定「未滿18歲的兒童不適用驅逐出境」，即未滿18歲的兒童在這方面享有豁免權，承認其隨養父母入籍的整體效力，不得被驅逐出法國。⁴⁰

隨著某些國家的移民法日趨嚴格，對外來移民和取得國籍限制越來越多，使得移民法在跨國收養中的地位和作用變得越來越顯著和重要。這一發展趨勢在荷蘭法中表現得較典型。荷蘭1989年實施的《安置外國養子女法》明文規定：「應優先適用外國人法中有關入境許可和居住的規定。」荷蘭在處理跨國收養的國籍問題時，要求必須遵循外國人法(the Aliens Act)，不得違反該法的規定。然而，深入分析，荷蘭的這種作法仍不夠完善，存在的問題不少。因為，移民法與收養法的目的並不一致，硬將它們攪和到一起，或者以移民法取代或支配收養法，難免遇到種種困難。移民法主要從國家利益的角度來規定入境許可的條件，主要目的在於維護國家利益，而收養法的根本目的則在於保護兒童利益。因而，在實踐中，以移民法支配收養法，常常出現不可避免的矛盾或陷入進退維谷的尷尬處境。有時，儘管移民局或者行政主管機關拒絕或否決了兒童入籍或要求留在該國的申請，但是，法院卻頒發了收養令或承認了外國收養令。面對這類難題，英國上訴法院則採取了一種折衷的解決辦法。英國上訴法院主張：「顯而易見，法院在處理跨國收養案件時必須著重考慮國家『移民政策』等因素，尤其是不可忽視公共政策以及國家安全問題。只是不得濫用這方面的權利，而且國籍問題也不應作為跨國收養中的核心或決定性問題。在跨國收養過程中，兒童利益應擺到首要位置。儘管它不是所有因素中必須作為第一位考慮的，但兒童利益的地位至少超過其中的大部分因素。如果法院有足夠的證據證明收養的真實目的是為了取得英國

⁴⁰ [法]亨利·巴蒂福爾·保羅·拉加德著《國際私法總論》，陳洪武等譯，中國對外翻譯出版公司1989年版，第124-125頁。

國籍和在英國的居住權，而不是為了保護未成年人的一般利益，那麼，法院完全有權不頒發收養令。但是，若收養的動機，至少動機中的大部分是源於感情或心理方面的起因或者為了維護兒童的社會和法律權益，……那麼，法院可依法頒發收養令，而且這種收養令的效力可以優於國家的移民政策或民法的規定。不僅如此，在跨國收養過程中，還存在一個兒童福利與公共政策的協調問題。從公共政策的含義和範圍來看，它不應該凌駕於保護兒童利益這一原則之上。」⁴¹

對英國上訴法院的這一觀點，P.R.波蒙特(P.R.Beaumont)認為還不夠明確、具體，他在《跨國收養》一文中進一步指出：「如果被收養兒童已成年，那麼，兒童利益的保護不應在處理跨國收養時佔據主要地位。這也就是說，保護兒童利益的原則只適用於那些依然屬於兒童的被收養人。」

隨著跨國收養在世界各國的發展和完善，國際法特別是國際人權法的原則和制度對跨國收養的影響和滲透越來越深遠、廣泛，它對限制移民的政策和法律形成了巨大的挑戰。一些國家所採取的那種嚴格限制跨國收養中的兒童入籍和長期居住的措施或規定，正面臨著國際法特別是國際人權法的嚴重挑戰和衝擊。少數國家已在著手修正有關政策或民法，以適應跨國收養發展的客觀需要，力求與國際人權條約或公約相符合。事實上，在某種情況下，拒絕同意那些已在外國有效成立收養關係的兒童入籍和入境，是對家庭生活方面權利的侵犯。這些權利是《歐洲人權公約》所明確規定的。保護人權和基本自由權的《歐洲人權公約》第8條第1款明確規定：「人人有權使他的私人 and 家庭生活、他的家庭和通信受到尊重。」依據歐洲人權公約的這一條款，荷蘭最高法院判決荷蘭政府不得驅逐一個在土耳其已有效成立了跨國收養關係的兒童出境。該兒童在土耳其被收養後，已與養父母在荷蘭共同生活了一段時期。而荷蘭政府主管移民工作的機關卻認定這一被收養的土耳其兒童為非法入境者而須驅逐出境，為此引起訴訟並上訴到荷蘭最高法院，最後，荷蘭最高法院基於保護兒童利益的原則和歐洲人權公約的有關規定，判決荷蘭政府不得將該兒童驅逐出境，並主張授予其荷蘭國籍。⁴²

不僅僅是歐洲人權公約對被收養人的融入養家的家庭生活權和取得一致的國籍等作了規定，聯合國1986年的《關於兒童保護和兒童福利特別是國內和國際寄養與收養辦法的社會和法律原則宣言》以及海牙國際私法會議1993年的《跨國收養方面保護兒童及合作公約》都有類似的規定，而且規定得更為詳盡、具體。1986年的聯合國兒童宣言第22條明確規定：「如果無法保證兒童可以合法地、自由地被收養，不可能取得有效成立收養關係所必需的文

⁴¹ See Nasreen Pearce, *Adoption: The Law and Practice*, London, 1991, pp. 271-274.

⁴² Hoge Road, 12 December 1986, *Nederlands Jurisprudentie*, 1988, 188.

件，諸如主管當局同意收養的批文，那麼，不得考慮成立跨國收養。只有在這些條件都具備以後才可以成立跨國收養，而且必須確保被收養兒童能夠遷居和融入養父母家庭並可取得養父母的國籍。」顯然，這一規定不僅針對兒童原住國，同時也針對收養國，是收養國與兒童原住國都必須共同遵守的。海牙國際私法會議1993年通過的公約則比1986年的聯合國兒童宣言又前進了一大步。海牙跨國收養公約不僅強調兒童原住國與收養國應在跨國收養方面加強合作，而且要求兒童原住國與收養國在對待被收養兒童的移民和國籍問題上也應盡可能協調一致，努力實現各國移民政策的趨同或接近一致，促進跨國收養的健康、有序發展。

肆・結束語：

我國大陸有關涉外收養的出籍和入籍模式立法的反思與展望。

對於被外國人收養的中國兒童的國籍問題，《中華人民共和國國籍法》第10條和第14條作了規定，被收養的中國公民可以根據收養人及已成年的被收養人的願望，保留或申請退出中國國籍，但如果收養人為定居在我國的無國籍或國籍不明的人，依據國籍法第6條的精神，被收養人一般具有中國國籍。這也是我國部分學者所持的態度，他們主張「為外國人收養的中國兒童仍保留中國國籍，只有依法辦理出籍手續，才得變更國籍。收養人如欲帶領被收養的中國兒童出境必須得到我國政府的批准。」⁴³《中華人民共和國收養法（草案）》曾經專章對涉外收養作出規定時，不僅規定了被收養人的國籍問題，而且明確規定涉外收養的效力適用收養人住所地法律。⁴⁴但1991年最後通過的《收養法》將該章刪除，僅用一條籠籠統統地對涉外收養作了規定，即《中華人民共和國收養法》第20條規定：「外國人依照本法可以在中華人民共和國收養子女。外國人在中華人民共和國收養子女，應當提供收養人的年齡、婚姻、職業、財產、健康、有無受過刑事處罰等狀況的證明材料，該證明材料須經其所在國公證機構或公證人公證，並經中華人民共和國駐該國使領館認證，該收養人應當與送養人訂立書面協議，親自向民政部門登記，並到指定的公證處辦理公證。收養關係自公證證明之日起成立。」

關於跨國收養中的國籍問題，因學者意見及各國立法例不統一，至今尚無定論。

⁴³ 王常營主編，《中國國際私法理論與實踐》，人民法院出版社1993年版，第375頁。

⁴⁴ 蔡誠，《關於〈中華人民共和國收養法（草案）〉的說明》，載《婚姻與收養法規選編》，人民法院出版社1994年版，第98頁。

在具體實踐中，當今世界各國對因跨國收養而喪失國籍的立法有明文規定的極少，加之，現行有關因跨國收養而取得國籍的方便入籍、選擇入籍和自動入籍的三大模式各有利弊，因而，究竟選擇何種出籍與入籍的模式或程序才有利於跨國收養的有效成立並全方位地維護被收養兒童的權益，有待更深入的理論研究和實踐探索。不論採用何種立法例或學說，關鍵是必須把握好不得導致無國籍現象或多重國籍現象的泛濫。各國立法者以及從事國際社會法律統一化的工作者，應本著科學的態度解決好跨國收養中的國籍積極衝突或消極衝突。歐洲理事會 1997 年 11 月 6 日訂立的《歐洲國籍公約》堪稱較為成功的範例。該公約第 6 條第 4 款就明文規定：各締約國的國內法應為下列人取得國籍提供便利……(d)其國民收養的子女……而在該公約第 7 條第 1 款中則進一步規定：「各締約國的國內法只應在下列情形下允許喪失國籍或依法剝奪國籍……(g)兒童因收養而取得外國養父母的國籍。」⁴⁵ 這種要求不僅是歐洲理事會成員國的國內立法所應接受和遵循的，而且也是歐洲理事會非成員國以及其他區域性或全球性公約可資借鑑和納入的。就我國的涉外收養立法而言，其意義顯得尤為重要。由於我國的涉外收養制度，特別是有關被收養人國籍的立法仍處於發展階段，尚無全面系統的立法，即使有一些零散的規定，也不夠成熟和完善，甚至還存在不少缺失。所有這些均需要在跨國收養的具體實踐中不斷修正和彌補，需要有更多關心兒童利益的專家學者進行更全面、更深層次的研究並提供科學的理論依據和指導，需要司法部門和立法部門高度重視並努力加強和完善我國有關涉外收養的出籍與入籍方面的立法和司法實踐，保證和促進我國的涉外收養沿著健康、合法、有序的軌道發展，既注重本國特色又能做到與國際社會的通行作法接軌，順應當今國際社會蓬勃發展和日益興旺的跨國收養大趨勢。

⁴⁵ European Convention on Nationality, art. 6 par. 4, art 7 par. 1.

參考書目

- 王常營主編，《中國國際私法理論與實踐》（人民法院出版社，1993年）。
- 李浩培著，《國籍問題比較研究》（商務印書館，1979年）。
- 胡杏蘭著，〈海牙國際私法會議通過「跨國收養方面保護兒童及合作公約」〉，載於《中國國際法年刊》，1993年。
- 蔣新苗著，《比較收養法》（湖南人民出版社，1998年版）。
- 蔣新苗著，〈國際收養法律制度〉，武漢大學法學院博士論文，1997年。
- 蔡誠著，〈關於「中華人民共和國收養法（草案）」的說明〉，載於《婚姻與收養法規選編》（人民法院出版社，1994年）。
- 韓德培、李雙元主編：《國際私法教學參考資料選編》（武漢大學出版社，1991年）。
- [法]亨利·巴蒂福爾·保羅·拉加德著，《國際私法總論》，陳洪武等譯（中國對外翻譯出版公司，1989年）。
- 〈日本國籍法〉[昭和59年（1984年）]法律第45號最後修正，載於《法學譯叢》，1985年第3期。
- A. R. Silverman and D. E. Weitzman, "Nonrelative Adoption in the United States: A Brief Survey", in *Adoption in Worldwide Perspective*, Lisse, 1986.
- Billong Hing, *Handling Immigration Cases*, Zed: Vol.2, John Wiley and Sons, Inc, 1995.
- Defence for Children International and International Social Service, Romanian, *The Adoption of Romanian Children by Foreigners, Report of a Group of Experts*, Geneva, April 1991.
- E. Bartholet, "International Adoption: Overview", in J. H. Hollinger (ed.), *Adoption Law and Practice*, 1994.
- E. Poisson Drocourt, "L'adoption internationale", *Revue Critique de droit international privé*, 1987.
- Elizer D. Jaffe, *Intercountry Adoption*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- European Convention on Nationality, art. 6 par. 4, art 7 par. 1.
- Expreso Newspaper, Guayaquil, Ecuador, February 16. 1992.
- F. J. Pilotti, "Inter-Country Adoption: A View from Latin America", in R. A. C. Hoksbergen and S. A. Gokhale (eds.), Lisse, 1986. pp. 143-149.

- H. Hecker, "Einfluss der Adoption auf die Staatsangehörigkeit", in 6 Das Standesamt, 1985.
- Hague Conference, Proceedings of the Seventeenth Session, Vol. II. 1994.
- Hans Van Loon, "Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption", in The International Journal of Children's Rights 3, 1995.
- Hoge Road, Nederlands Jurisprudentie, 1988.
- J. Harwin, "Adoption Policy and Practice in Russia", in 16 Adoption and Fostering, No. 1(1992).
- Laura J. Schwertz, "Models for Parenthood in Adoption Laws: The French Conception", in Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 28, 1995.
- Nasreen Pearce, Adoption: The Law and Practice, London, 1991.
- New York Times, 12 February 1990, p. A15.
- Paul Gulbenkian et al, Immigration Law and Business in Europe, John Wiley and Sons Inc, 1993.
- R. A. C. Hoksbergen and S. D. Gokhale (eds.), Adoption in Worldwide Perspective, Lisse, 1986.
- R. A. C. Hoksbergen et al., Adopted Children at Home and at School, Lisse, 1987.
- R. R. Carlson, "Transnational Adoption of Children", in 23 Tulsa Law Journal, 1988.
- Saralee Kane, "The Movement of Children for International Adoption: An Epidemiologic Perspective", in The Social Science Journal, Vol. 30, No.4. Session du centenaire, Rome, 1973.

法政學報

—第八期 1997 年 8 月—

發行人：許志雄

編輯委員：周志宏、林聰吉、林麗香、李培元、施正鋒、張人傑、許志雄、
陳恆鈞、陳翠蓮、陳銘祥、蔡秀卿、蔡宗珍、羅清俊。

召集委員：許志雄

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：02-26215656 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）本學報以刊載有關法律學、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。所有稿件均須附中、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）來稿字數以一萬二千字至二萬字為原則，超過者自付印刷成本；請自行打字，如以電腦做文書處理，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份。
- 八）來稿請寄：「淡江大學公共行政學系法政學報編輯委員會」。