

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Law
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis

灌香腸如何優雅——以正當立法程序為中心

**How to Make Sausages:
On Due Process of Lawmaking**

吳翰昇

Han-Sheng Wu

指導教授：許宗力 博士

Advisor: Dr. iur. Tzong-Li Hsu

中華民國 107 年 7 月

July 2018

謝 辭



有一天醒來突然問自己。
這就是未來嗎
這就是從前

所耿耿於懷的未來嗎

--夏宇〈同日而語〉

本篇論文口試完成於民國 105 年 1 月 22 日，由於生涯規劃的關係，先在工作苦海中浮沈了兩年，時至 107 年才又重新打開論文，稍微刪修。然而，在重新檢閱論文的同時，心中頗感五味雜陳。

脫離研究圈以及此研究題目好一陣子，始終帶著一種難以言喻的疏離感閱讀著本文的每一個字，有時甚至會想，當初在寫這篇論文的自己到底在想些什麼？這種對於本論文文字的略感陌生，乃至於對於過去自己的陌生，實在有種巴特「作者已死」之慨。想當初，也和大部分的研究生一樣，帶著一點傲氣與執著，選了一個自己有興趣的題目，希冀自己的論文能夠貢獻於未來的實務以及研究，但今日重讀論文後，非但沒有了當初的那種志氣，取而代之的反而是些微的羞愧以及不甘。

這種情緒轉換，來自於自己終於意識到對這篇論文的不滿意，大至論文結構、文獻整理，小至用字遣詞、敘述方式，都有許多自己可以改進的地方，甚至如果可以的話，希望能夠重寫整本論文（顯然主觀上與客觀上都不允許我這麼做）。也因此，在刪修的過程中，除了更深刻的體會到自己的能力不足外，更同時在反省自己是否寫壞了這個題目，或是否辜負了過去自己對未來的期許。

但反過來說，這篇論文除了承載著自己研究所時期的階段性成果外，也同時連繫著過去的那個自己，閱讀論文裡的字句，依舊可以感受到當時的壯志企圖，以及回想自己又是如何度過那段抑鬱卻充實的時光，彷彿唯有如此，才能攜著過去的期許，更努力於當時耿耿於懷的未來。

拉拉雜雜寫了一堆，快把謝辭當成個版來寫。但終究不免俗的還是要感謝我父母的養育；感謝我的指導許宗力老師，在論文的寫作上給我的幫助以及鼓勵，更重要的是，許老師待人處事的身教始終是我一直想要成為的典範之一；感謝口試委員張文貞老師以及陳淑芳老師，在口試時提供許多寶貴的意見。最後，同時

也許更重要的是，要感謝同組的夥伴：建瑋、亞蒨、羞昂，以及在我研究所時期與我相遇的每個朋友，你們是我過的最好的時光裡，最最溫暖的場景。



中文摘要



本文嘗試藉由憲法層次出發，推導論證出立法者所應遵循之正當立法程序內涵，而所謂之「正當」立法程序，乃是指立法者行使職權時所應符合的憲法要求或義務。也因為將「正當」之內涵限於憲法所要求的義務，故當然即屬於職司憲法守護者之司法機關得以審查之客體。本文主要藉由比較法之分析，選擇美國、德國以及南非之相關研究以及判決，分析比較外國實務所發展出之正當立法程序內涵以及審查模式後，提出本文所主張之正當立法程序內涵以及立法程序或準程序司法審查模式。

本文除了第一章的緒論外，第二章則先從學者以及審查實務所出現之立法程序及準程序內涵作簡單的定義以及區辨，再分別從憲法之法治原則、民主原則、共和原則以及基本權利之保障，論證正當立法程序之憲法基礎，即基於這些原則，憲法某程度上得以拘束立法者對於立法程序之安排，同時這些拘束的理由也就是司法審查正當立法程序之憲法基礎；最後再分別針對司法審查立法程序以及準立法程序之相關爭議進行分析與評釋。第三章則採取比較法之取徑方式分別從美國、德國以及南非之憲法規範、對立法程序之審查以及對準程序之審查，分析比較各國所發展出來的正當立法程序之內涵以及司法審查之實務運作，最後並分別以憲法文本之規範、權力分立以及社會經濟權利三個面向，分析各國對正當立法程序及司法審查實務之所以不同之處。第四章則延續對比較法分析的結果，回頭檢視台灣現行憲法規範以及大法官對立法程序審查之態度，並提出本文所主張之正當立法程序內涵，以及司法機關如何審查立法程序。第五章之結論，則主要檢討本文研究所不及之處以及未來研究可能之展望。

關鍵字：正當法律程序、正當立法程序、準程序司法審查、司法審查

英文摘要

This thesis tries to expound and prove what is due process of lawmaking from Constitution. The connotations of due process of lawmaking are obligations from Constitution, so they can be the object of judicial review.

This thesis compares Taiwan with United States, South Africa and Germany to show what is the “due process of lawmaking” and how the judicial organ reviews the process of legislation in these countries. Eventually, this thesis concludes that the due process of lawmaking should contain: procedural democracy, procedural equality and procedural rationality etc.

Key words: due process of law, due process of lawmaking, due process of legislation, legislative due process, semiprocedural judicial review, semisubstantive review, judicial review, rational legislating

目 錄



| | |
|--|---------------|
| 目 錄 | - 1 - |
| 第一章 緒論 | - 3 - |
| 第一節 研究動機與目的 | - 3 - |
| 第二節 文獻回顧與評析 | - 5 - |
| 第三節 研究範圍與本文架構 | - 8 - |
| 第二章 立法程序審查之憲法基礎與爭議 | - 10 - |
| 第一節 立法程序之定義及類型 | - 10 - |
| 第二節 正當立法程序的憲法基礎 | - 12 - |
| 一、 法治原則 | - 12 - |
| 二、 民主原則 | - 15 - |
| 三、 共和原則 | - 21 - |
| 四、 基本權利之保障 | - 25 - |
| 第三節 司法審查立法程序之憲法基礎與爭議 | - 27 - |
| 一、 憲法最高性原則 (CONSTITUTIONAL SUPREMACY JUSTIFICATIONS) | - 27 - |
| 二、 權力分立 (SEPARATION OF POWER) | - 29 - |
| 第四節 準程序司法審查之憲法基礎與爭議 | - 34 - |
| 一、 準程序司法審查之正當性爭議 | - 34 - |
| 二、 準程序司法審查與他種審查類型之比較 | - 38 - |
| 三、 小結 | - 40 - |
| 第三章 比較法中正當立法程序之內涵及司法審查 | - 41 - |
| 第一節 美國 | - 41 - |
| 一、 憲法規範 | - 41 - |
| 二、 立法程序之審查 | - 41 - |
| 三、 準程序之司法審查 | - 46 - |
| 四、 小結 | - 57 - |
| 第二節 德國 | - 62 - |
| 一、 基本法規範 | - 62 - |
| 二、 立法程序之審查 | - 63 - |



| | |
|---------------------------------------|----------------|
| 三、 準程序之司法審查 | - 65 - |
| 四、 小結 | - 68 - |
| 第三節 南非 | - 70 - |
| 一、 憲法規範 | - 70 - |
| 二、 立法程序之審查 | - 71 - |
| 三、 準程序司法審查：立法理性 | - 79 - |
| 四、 小結 | - 84 - |
| 第四節 各國比較分析結論 | - 86 - |
| 一、 各國正當立法程序之內涵 | - 86 - |
| 二、 各國（準）立法程序審查之差異因素比較 | - 89 - |
| | |
| 第四章 我國法下之正當立法程序 | - 91 - |
| 第一節 憲法規範 | - 91 - |
| 第二節 實務上立法程序之審查 | - 91 - |
| 第三節 正當立法程序內涵 | - 94 - |
| 一、 程序民主 | - 94 - |
| 二、 程序平等 | - 101 - |
| 三、 程序法治 | - 103 - |
| 四、 程序合理 | - 104 - |
| 第四節 司法審查 | - 105 - |
| 一、 重返釋字第 342 與 499：重大明顯瑕疵理論 | - 105 - |
| 二、 立法程序之審查 | - 106 - |
| 三、 準程序之司法審查 | - 109 - |
| 四、 其他可能違憲之立法程序 | - 117 - |
| 五、 宣告方式與效力 | - 127 - |
| | |
| 第五章 結論：困境與展望 | - 130 - |
| 第一節 薛丁格的貓 (SCHRODINGER'S CAT) | - 130 - |
| 第二節 將臨的民主 (DÉMOCRATIE À VENIR) | - 131 - |
| 第三節 國際法的潮流與實踐 | - 133 - |

第一章 緒論



“Gesetze sind wie Würste, man sollte besser nicht dabei sein, wenn sie gemacht werden.”

-- Otto von Bismarck (1815-1898)

第一節 研究動機與目的

自從德國首相俾斯麥說了一句關於立法與香腸的名言：「法律就跟香腸一樣，當它在製造的時候，人最好不要在旁邊」後，便開啟了立法程序與香腸的不解之緣。也因此，只要香腸在法學論述中出現，不是在食安法領域，就是在立法程序中。俾斯麥將立法過程比擬為灌香腸的製造過程，指的當然不是它有多優雅，而是用以人們對香腸的負面印象，加諸於立法程序中。或許正因俾斯麥「立法時不要在旁邊看」的呼籲，使得英、美憲法學者所合著之關於立法權探討的論文集，甚至用「The Least Examined Branch」，來描述立法權在憲法中所扮演的角色。

但為何有此誤解？在一本探討飲食哲學的書中，作者即訪問了他在義大利從事料理的親戚，並寫道：「舉我的一個義大利親戚來說。他會花上一整天的時間殺豬、切肉、做成義大利薩拉米香腸。但對他來說『豬是一種高貴又聰明的動物』。發自內心對動物的親暱感，使他更尊重動物。而現代都市生活讓這件事幾乎不可能發生。常聽人說，你要是知道香腸或臘腸裡面是什麼，你就不敢吃了。但最清楚狀況的人並不這麼認為」¹。因此，幾乎可說貶低香腸的刻板印象來自於我們對於料理程序的不了解。而將立法程序與之比擬，是否也是我們對於立法程序不了解或不關注的展現？

若從正當程序面向觀察，早在 13 世紀之英國即出現所謂「自然正義」(natural justice) 之思想基礎，指的即是任何人依據其理性即可判斷為正當者²，而其內涵根據英國 Ridge v. Baldwin 判決認為應包含三個要素：在公證法庭前聽審的權利、知悉指控內容之權利以及就指控進行答辯的權利³。因此可知，最早要求公權力行使應符合正當法律程序，乃出現在廣義的司法抑或審判權的領域之中。直至 19 世紀末以降，隨著市場的繁榮以及產業的發展，政府不得不介入管制並推行相關的經濟政策，於是同時既享有行政管制權、準立法權 (quasi-judicial) 以及準裁判權

¹ Julian Baggini 著、謝佩妏譯 (2014)，《吃的美德：餐桌上的哲學思考》，臺北：商周出版，頁 92。

² 司法院釋字第 610 號解釋許玉秀、許宗力及林子儀部分協同意見書；湯德宗 (2005)，〈論正當行政程序〉，收錄於《行政程序法論》，臺北：元照出版，頁 8。

³ Ridge v. Baldwin (No 1), [1963] UKHL 2 (14 March 1963).

(quasi-judicial)的獨立機關相繼出現，並迭遭實務與學者們的批評檢討，於是 1946 年美國終於制定了《聯邦行政程序法》(Administrative Procedure Act, APA)，加強對行政權行使的程序規範。而在同一時期的歐陸法系中，也開始針對行政程序立法管控，如：奧地利於 1948 年至 1991 年共三度修訂的《普通行政程序法》

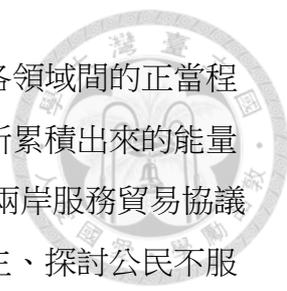
(Allgemeines Vewaltungsverfahrensgesetz)、西班牙於 1958 年所頒行的《行政程序法》(Ley de Procedimiento Administrativo)⁴、德國於 1977 年所施行的《聯邦行政程序法》(Verwaltungsverfahrensgesetz)等，進而掀起之後對於正當行政程序的關注。惟同樣作為傳統三權分立之下的立法權，儘管早已出現眾多對於議事規則的討論，然其重點乃著重於對於議事程序的效率、公平等，而較少從憲法高度關注，究竟憲法原則可以對立法程序產生何種指引或拘束的效果。

回到臺灣實務發展，也同樣可以清楚看出此一趨勢，即大法官解釋最剛開始明確提到「正當法律程序」，乃是在司法院釋字第 396 號解釋（但此並非最先引用「正當法律程序」概念之解釋），且其所涉及的乃為廣義的司法或審判權之範疇。在此之後，此一領域的正當法律程序，始終是臺灣司法審查中高密度的關懷重點⁵。而大法官解釋最先明確出現「正當行政程序」於解釋中，乃是司法院釋字第 663 號，以及之後較近期的釋字第 709 號解釋⁶。至於「正當立法程序」此一詞彙或概念，至今皆未曾出現於大法官解釋之用語中，而臺灣學者若欲從憲法角度檢討立法程序，則多集中於國安三法的釋字第 342 號解釋，以及涉及修憲案之釋字第 499 號解釋。不過，值得說明者為，在司法院釋字第 342 號解釋中，對於立法程序之爭議提出了「重大明顯瑕疵理論」，卻未明白言及正當立法程序之憲法基礎或其內涵。直到之後釋字第 499 號解釋，儘管其解釋標的為修憲案（或修憲程序），惟因在該解釋理由書中，大法官提及「修憲與立法之程序僅出席及可決人數有別，性質上並無不同」，是以本號所論證之正當修憲程序，應可作為正當立法程序論證之基礎。而無疑的，釋字第 499 號解釋在這條探尋「正當立法程序」的路上，確實走得比釋字第 342 號還遠，儘管其仍停留在憲法高度抽象的原則層次，但毋寧已是本文不可或缺之重要墊腳石。

⁴ 惟本法已被 1997 年所頒布之《國家行政機關組織與運作法》(Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado) 所廢止，不過仍有許多規定仍保留在該法中。

⁵ 如涉及憲法第 8 條人身自由之司法院釋字第 523 號、第 588 號、第 690 號以及第 710 號等；涉及憲法第 16 條訴訟權之司法院釋字第 396 號、第 418 號、第 582 號、第 654 號、第 710 號等。

⁶ 涉及「正當行政程序」並非僅限於此兩號解釋，有諸多援引此一概念卻未予以定名，如司法院釋字第 409 號解釋亦是一例。



總而言之，就行政、立法及司法之傳統三權分立中，對於各領域間的正當程序探討，就算立法領域的發展並非最晚，但無論在學說或實務所累積出來的能量與判例，毋寧是不成比例的稀少。再加上，2014年3月間，因兩岸服務貿易協議審議事件後，所爆發之社會運動，除了興起了一波深化審議民主、探討公民不服從（無論從刑法或憲法層次角度出發）等「後太陽花學運」研究風潮外，正當立法程序之研究也應該成為臺灣當今政治生態運作中不可忽視之一環。

因此，本文研究之動機與目的，在於建立一個從憲法原則所推導出來的正當法律程序，而由於此一正當立法程序之內涵，是來自於憲法之義務要求，當然也是司法機關得以審查的客體。誠然，本文不可能馬上填補臺灣在正當法律程序於立法領域中，最後一塊欠缺的拼圖，而僅僅希望透過比較法的方式，簡介當今國外學說與實務在此方面所累積的下來的成果，並試著依照我國立法與政治生態，提出一些粗淺、不成熟的想法與意見。

第二節 文獻回顧與評析

臺灣關於立法程序的研究，並不算少，然而卻多集中於立法學或立法技術之層面，如：針對特定立法程序議題為研究，抑或為社會科學式的實證研究等，以下茲舉與本文研究較為相關之文獻為主。

就臺灣學位論文的部分，以廣義立法程序為研究者有：1998年之《立法者的形成餘地與違憲審查》，儘管以審查密度理論為研究重心，然本文對於法律違憲之審查模式，區分為行為審查、程序審查與結果審查⁷，其中前兩者即本文所謂之準程序之審查以及立法程序之審查，因此此部分之範圍即與本文有重疊之處。2002年之《論議會自治之界限》，儘管顧名思義即以議會自治為研究中心，然而在對於議會自治之憲法界限的章節討論裡，仍提出幾個透過憲法原則所推導出來之界限，以作為司法者控制立法程序之內涵與範圍⁸。2009年之《現階段立法院黨團協商之研究（2008.2.1至2009.6.16）》，以解決立法爭議為目的，透過比較法之方式，檢討我國黨團協商制度⁹。2010年之《國際條約與兩岸協議之國會審議程序研究》乃

⁷ 蘇彥圖（1998），《立法者的形成餘地與違憲審查——審查密度理論的解析與檢討》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁104。

⁸ 王韻茹（2002），《論議會自治之界限——以釋憲權控制立法程序為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁77。

⁹ 周建邦（2009），《現階段立法院黨團協商之研究（2008.2.1至2009.6.16）》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，頁4。



針對我國政府簽署國際條約或兩岸協議，國會應如何審議為研究重心¹⁰。2010年之《形塑分裂社會的制度認同》則以分裂社會之民主理論出發，建構立法院「共識審議」的決策程序，並提出「擴大參與」、「充分審議」及「權力分享」三大基本原則¹¹。

而臺灣其他論文關於議事規則、議會自律之部分，則主要有：學者許宗力於1989年發表之〈國會議事規則與國會議事自治〉，以議事規則與議事自治為中心，其中並提及議事自治的憲法界限¹²。學者李鴻禧於1990年發表之〈議會自律之比較憲法底研究〉，則以比較法之方法論探討各國議會紀律秩序之自律問題¹³。學者李建良於1994年發表〈國會議事自律與違憲審查〉，則藉由評釋司法院釋字第342號解釋，探討議會自律之界限與司法機關事實認定權限範圍¹⁴；1995年則發表〈修憲程序、議事自律與違憲審查〉，主要藉由評析司法院釋字第381號解釋，探討修憲程序、議會自律與修憲界限等問題¹⁵。學者陳淑芳於1999年發表之〈國會議事規範之規範形式〉，則比較法律保留與議事自律兩種國會議事規範之優劣¹⁶，2002年則發表〈從法治國家觀點看我國立法之缺失〉，主要從法治國家觀點，檢討現今立法中程序上與實體上之缺失¹⁷。學者羅傳賢、朱蔚菁於2004年發表之〈分權原理下國會自律權之範圍與限制〉，同樣從國會自律之憲法法理出發，並透過比較法之方法探討立法權自律權之行使與司法審查間之關係¹⁸。

至於較直接的提及正當立法程序或正當修憲程序者，在我國學界討論不多，主要有：學者張文貞於2004年發表之〈憲改的正當程序〉，以國民主權與民主原

¹⁰ 廖祥順(2010)，〈國際條約與兩岸協議之國會審議程序研究〉，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，頁4。

¹¹ 賈文字(2010)，〈形塑分裂社會的制度認同——多數決困境下我國立法程序的再造〉，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁72。

¹² 許宗力(2006)，〈國會議事規則與國會議事自治〉，收錄於《法與國家權力(一)》，臺北：元照，頁318。

¹³ 李鴻禧(1997)，〈議會自律之比較憲法底研究——兼談地方議會議員之免責特權〉，收錄於《憲法與議會》，臺北：植根雜誌出版，頁323。

¹⁴ 李建良(2003)，〈國會議事自律與違憲審查——司法院大法官釋字第三四二號解釋評釋〉，收錄於《憲法理論與實踐(一)》，臺北：學林，頁225。

¹⁵ 李建良(2003)，〈修憲程序、議事自律與違憲審查——司法院大法官釋字第三八一號解釋評析〉，收錄於《憲法理論與實踐(一)》，臺北：學林，頁245。

¹⁶ 陳淑芳(2004)，〈國會議事規範之規範形式〉，收錄於《民主與法治》，臺北：元照出版，頁93。

¹⁷ 陳淑芳(2004)，〈從法治國家觀點看我國立法之缺失〉，收錄於《民主與法治》，臺北：元照出版，頁237。

¹⁸ 羅傳賢、朱蔚菁(2004)，〈分權原理下國會自律權之範圍與限制〉，《軍法專刊》第50卷第4期，頁4。

則出發，探討制憲／修憲正當程序的內涵與選擇¹⁹。學者許宗力於 2013 年在國立臺灣大學法學院公法研究中心所舉辦之第十三屆行政法理論與實務學術研討會中，專題演講：「從行政正當程序到立法正當程序」，提出了最低限度的審議原則，惟因屬口頭報告而尚未有紙本論文；但之後又於 2015 年發表〈最低生存保障與立法程序審查〉中，藉由評析德國聯邦憲法法院 Hartz IV 案，檢討司法審查從內容審查轉向至程序審查之相關問題²⁰。

至於外國針對正當立法程序之探討及其與司法審查間之關聯，比起在臺灣學術界的討論，顯得更蓬勃一些，以下茲舉數篇較為重要之文獻，如：中國有本由博士論文修改出版的《正當立法程序研究》，則從立法權的起源考察起，論證正當立法程序的正當性標準以及如何運用於立法過程之中²¹，惟該書較欠缺對於權力分立——尤其是與司法審查互動間之分析。而在英美語系的研究，也許不是最早但卻是最著名的乃是學者 Linde 於 1975 年所發表的“Due Process of Lawmaking”，主張立法程序是否正當主要是是基於其對事實的預測，以及立法判斷之手段與目的間是否符合理性之要求²²。而延續此一立法理性的要求，又可見學者 Martinez 於 2005 年所發表之“Rational Legislating”，同樣以立法的理性為主題，探討其與司法審查間之關聯，並檢討相關反對意見之立場²³。此外，除了立法理性外，學者 Goldfeld 於 2004 年之“Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics”，則以解決利益團體對於立法過程的影響為目的，力倡立法過程應經最低限度的審議²⁴。近期，關於司法審查立法程序之議題，研究甚深之學者則有 Bar-Siman-Tov，其於 2011 年發表“The Puzzling Resistance To Judicial Review of the Legislative Process”，以憲法實務以及理論分析並反駁反對司法審查立法程序之論點，強力主張司法者有義務對於立法程序進行更積極的審查²⁵；次年，則又發表“Semiprocedural Judicial

¹⁹ 張文貞（2004），〈憲改的正當程序：從國民主權與民主原則的面向來分析〉，發表於新世紀臺灣憲改學術研討會，頁 5。

²⁰ 許宗力（2015），〈最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法法院 Hartz IV 判決〉，《月旦法學雜誌》第 238 期，頁 117。

²¹ 易有祿（2009），《正當立法程序研究——以立法權正當行使的程序控制為視角》，北京：中國社會科學出版，頁 51 以下。

²² Hans A. Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 Neb. L. Rev. 197, 197 (1975-1976).

²³ John Martinez, *Rational Legislating*, 34 Stetson L. Rev. 547, 575 (2005).

²⁴ Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U. Law Review 367, 367 (2004).

²⁵ Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance To Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B. U. L. Review 1915, 1915 (2011).

Review”，以當今更具爭議的準程序之司法審查為研究主題²⁶。最後，則是由學者 Rose Ackerman、Egidy 及 Fowkes 合著之“The Law of Lawmaking”，以積極政治理論（Positive Political Theory）檢討美國、德國以及南非對於法律以及行政命令之程序管控²⁷，不過該文明顯濃縮至當年出版之專書²⁸。

整體而言，正當立法程序內涵，臺灣大多數文獻皆從國會自律論證起，即若屬國會自律之憲法界限，則屬司法得以審查之事項，此種方法等同於從權力分立之角度出發，消極的劃定憲法所要求立法者不得踰越之領域，且此一立法者不得踰越之憲法界限，儘管本文認為即屬正當立法程序之內涵，惟至今仍少有文獻或學者以此一名彙界定之。當然，除了正當立法程序之內涵外，另一個重點則是司法者如何審查的問題，這一部分在臺灣之研究則又更為欠缺，除了前揭之學者蘇彥圖以司法審查為題的學位論文中有所提及外，其他則較為散見的方式出現於前文所提及之期刊論文中，而未有較為系統性之整理。

而若再進一步將臺灣文獻與外國文獻比較分析，在外國文獻中近期的研究重點，出現於比立法程序審查更具爭議的準程序審查，臺灣除了學者許宗力以及蘇彥圖外，則仍尚未進入臺灣之學術領域討論。因此，這部分也將會是本文研究重點之一。

第三節 研究範圍與本文架構

本文研究範圍，希望藉由憲法層次出發，推導論證出立法者所應遵循之正當立法程序內涵，因此本文所謂「正當」的立法程序，乃是指立法者行使職權時所應符合的憲法要求或義務。也因為將「正當」之內涵限於憲法所要求的義務，故當然即屬於職司憲法守護者之司法機關得以審查之客體，至於如何審查則又關乎司法權與立法權間權力分立之互動，同時也是本文研究的重點之一。因此，從這個面向來看，本文的研究範圍應屬憲法學之範疇，即「正當」內涵來自憲法要求，同時司法審查之範圍也同樣受到憲法權力分立之限制；而別於此的則是如政治學

²⁶ Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6(3) *Legisprudence* 271, 271 (2012).

²⁷ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy, & James Fowkes (2016), *The Law of Lawmaking: Positive Political Theory in Comparative Public Law*, available: https://www.uni-muenster.de/Jura.tkr/oer/files/pdf/gastvortrag/2015/Rose_Ackerman_ji-GWconference.pdf (最後瀏覽日：2018/07/01)

²⁸ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy, & James Fowkes, *DUE PROCESS OF LAWMAKING: THE UNITED STATES, SOUTH AFRICA, GERMANY, AND THE EUROPEAN UNION*, London: Cambridge University Press, 15 (2015).



所探討之立法制度、程序或立法實證研究等，儘管在這個面向之研究中，仍提出過許多針對立法程序之寶貴改革建議，然而這仍舊牽涉到評斷立法程序是否良善的標準究竟何在？以及是否存在司法不得介入審查但卻是憲法要求的（正當）立法程序？本文以為，後者研究的評判標準多以政治學中之民主正當性、政黨政治現實抑或經濟分析等面向為主，而非以憲法之基本原則作為評斷標準。因此在本文之脈絡下，此種研究取徑乃屬立法學層次，基於此所提出的批判，也未必完全屬於司法機關得介入審查之客體，而可能為議會自律之範疇。

也因為本文將「正當」立法程序之「正當」標準，限於由憲法原則推導出來之司法機關得審查的憲法義務，因此本文的研究方法，也就從憲法規範與司法審查實務為主，由上而下（top-down）的方式形塑出正當立法程序之內涵，以及司法審查之界限。而比較法的部分，由於台灣法律研究多分別以美國法以及德國法為借鏡對象，因此本文亦以此兩國之法例及理論為比較研究之客體，此外在立法程序之審查上，近年來因南非在此部分之實踐亦有可取之處，故而也納入本文比較研究之範圍。

本文之架構，除了第一章的緒論外，第二章則先從學者以及審查實務所出現之立法程序及準程序內涵作簡單的定義以及區辨，再分別從憲法之法治原則、民主原則、共和原則以及基本權利之保障，論證正當立法程序之憲法基礎，即基於這些原則，憲法某程度上得以拘束立法者對於立法程序之安排，同時這些拘束的理由也就是正當立法程序之內涵；最後再分別針對司法審查立法程序以及準立法程序之相關爭議進行分析與評釋。第三章則採取比較法之取徑方式分別從美國、德國以及南非之憲法規範、對立法程序之審查以及對準程序之審查，分析比較各國所發展出來的正當立法程序之內涵以及司法審查之實務運作，最後並分別以憲法文本之規範、權力分立以及社會經濟權利三個面向，分析各國對正當立法程序及司法審查實務之所以不同之處。第四章則延續對比較法分析的結果，回頭檢視台灣現行憲法規範以及大法官對立法程序審查之態度，並提出本文所主張之正當立法程序內涵，以及司法機關如何審查立法程序。第五章之結論，則主要檢討本文研究所不及之處以及未來研究可能之展望。

第二章 立法程序審查之憲法基礎與爭議



第一節 立法程序之定義及類型

所謂的「程序」(procedure)一般乃相對於立法實質內容而言，其較著重於法律如何(how)產生，而非法律本身之內容為何(what)。更有學者定義，所謂的「程序」乃指「為達到一定目的或發生效果，所為多數法律的行為或系列活動、方法、流程之設定，並對於決定的作成予以一定過程之控制而言」²⁹。

若從立法權之職掌範圍再作區分，則又可分為廣義的立法程序與狹義的立法程序，前者乃指立法機關所有權力，如：制定法律、審查預(決)算、質詢、同意權行使等職權之行使程序；後者則專指法案制定程序而言，將其他立法權力排除於外，其中又或可包含：提案、委員會審查、政黨協商、院會三讀、覆議及行政命令之監督權等³⁰。

狹義的立法程序，在學術界與實務的運作下，大致又可區分兩種類型。這兩種類型皆是透過司法實務的審查，漸漸在學術界類型化與理論化後，才有較清楚的輪廓，因此此兩種針對立法程序審查類型之名稱都還尚未有穩定且統一的見解。其中一個類型較無爭議，特徵是完全無關乎立法內容，僅著重法案通過程序為何，而此種司法審查類型，有學者即稱為「立法程序之司法審查」(Judicial review of the legislative process, JRLP)³¹，諸如包括：法案是否經立法機關完成三讀程序、經通過之法案是否交由總統簽署公布之而生效等。但除了這些憲法所明文規定的立法程序外，現今此類型的研究重點，毋寧是從憲法文本中推導出的基本原則，是否應以及如何落實於立法程序之中，這些原則可能包含了：民主原則、最低限度之審議原則、平等原則或公平參與原則等。

別於針對純粹立法程序的司法審查類型，另外一類型之所以較為難以定義，乃因其某程度上介於實質內容審查以及純粹立法程序審查之間，但它所涉及的問題，並非如實質審查般探究系爭法律所為之限制，是否涉及憲法所保障的基本權利，以及該限制是否符合比例原則之要求，其毋寧是強調該限制在立法機關的決定過程，是否符合憲法原則，如：立法所採取的手段及目的間是否合理、立法機關針

²⁹ 羅傳賢(2012)，《立法程序與技術》，台北：五南圖書，頁337。

³⁰ 羅傳賢，同前註，頁338。

³¹ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 25, 1921.

對法案是否合理的決策判斷，所立基的基礎事實或研究證據是否充分、是否有足夠的審議程序以及充足之公眾參與等。而此種立法程序審查的類型，在不同學者的定義與理解或有不同，如學者 Linde 探討立法程序著名的文章中，並未再從狹義的立法程序中區分兩者之不同，而從其文章脈絡的討論可知，較接近後進學者所討論的第二種類型，惟在他的文章中卻一律稱作「制定法律之正當程序」(Due Process of Lawmaking)³²。

而較多學者將此種實體、程序交錯的立法審查類型，予以明確的命名、區分與定義。學者 Tribe 就在實質正義與正當程序外，再增加一種類型審查類型，並定義為「政策形成與適用的結構，以及被各種程序所適用的形式」(structures through which policies are both formed and applied, and formed in the very process of being applied)，並將此種類型稱為「結構性正當程序」(structural due process)³³。亦有學者認為此種類型是因為法院著重其所涉及之實質價值的重要性，因此提高對於法案通過程序管制的要求，而將之稱為「準實質司法審查」(semisubstantive review)，並認為此種審查類型具備以下特性：1. 審查的客體並非個案的程序爭議，而是法律或政策一般化呈現的合憲性問題；2. 因為立法者某些程序上不作為(omission)——而非法案內容實質上不可治癒的瑕疵——導致該法案因司法者的介入而被宣告無效；3. 此類型的憲法裁判本質上是臨時的(provisional)而非終局確定(conclusive)的，因此若補正被認為有瑕疵的程序要件，立法機關仍舊得以制定相同的法律；4. 法院基於自制原則，僅有在其認為法律涉及實質價值被認為是特別需要由司法介入保護之案件，方才適用準實質司法審查³⁴。

但另有學者較側重其程序審查的面向，認為此類型審查的客體終究為立法程序的要求(儘管與法案實質內容有所干涉)，而將之稱為「準程序審查」(semiprocedural judicial review)，並認為此種審查最大的特徵在於，司法者會從立法紀錄來檢視政策之決定是否有充足的立法調查基礎。而在準立法程序的審查，又可分為兩個階段：首先，法院先進行實質審查，檢視特定法律條文的內容並判斷是否干預憲法所保障的基本權利或價值；其次，法院再轉向檢驗立法程序以決定對憲法基本權利或價值干預的容許性(the permissibility of the infringement)³⁵。而其與純粹立法

³² Hans A. Linde, *Supra* note 22, 199.

³³ Laurence H. Tribe, *Structural Due Process*, 10 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 269, 269 (1975).

³⁴ Dan T. Coenen, *The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review*, 75 S. Cal. L. Rev. 1281, 1282-1283 (2001-2002).

³⁵ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 26, 272.



程序審查主要差別則在於，準程序審查只有在為了正當化法律涉及某些重要基本權利或憲法價值之案件時才適用，而純粹立法程序審查則無關乎法律之實質內容，一併適用³⁶。

因此，本文所稱的正當立法程序，乃指狹義的立法程序而言，且由於介於實體與交錯的準程序審查，在多數學者的分類中，皆劃歸為立法程序之範圍，因此本文亦一併探討之。此外，在探討正當立法程序時，因一方面涉及憲法原則對於立法程序的拘束，另一方面同時也宣示了這些憲法原則的違反是司法者得以審查的內涵——並同時劃定了司法審查介入立法程序的界限。是以正當立法程序內涵的探討與司法審查立法程序的界限，幾乎可說是同個事物的一體兩面，甚難劃清界限。但為了行文需要，本章以下仍區分並分別針對學術界對正當立法程序之憲法基礎，以及司法機關審查立法程序的憲法基礎分別論述之。

第二節 正當立法程序的憲法基礎

一、法治原則

對於正當法律程序的理解，可能因為不同法體系而有所差異。在普通法體系中，由於強調法律與現實生活的結合（個案正義的追求），因此要求從生活與適時脈絡中發掘法律原則與正義，同時也就較重視透過個案判決所累積的裁判形塑出來的法律圖像；至於歐陸法系則較側重體系性的成文法典作為法律的實質內涵。

而在此脈絡不同的影響下，從普通法體系中所發展出來的正當法律程序原則，乃是基於其上位「法治」（rule of law）之概念而來。「法治」原則所著眼者，則是透過「法院程序來落實人權保障」，既然希望透過由司法部門的裁決使實質正義得以獲得保障，自然就會要求法院裁決之程序應符合一定之正當性，是以其所發展出的正當法律程序，乃是希冀透過對於司法機關的正當程序之要求，以保障對於個人權利的維護³⁷。如美國在 1791 年後，陸續通過了憲法增修條文第 1 條至第 10 條，其中憲法增修條文第 5 條規定：「非經大陪審團提起公訴，人民不應受判處死罪或會因重罪而被剝奪部分公權之審判；惟於戰爭或社會動亂時期中，正在服役的陸海軍或民兵中發生的案件，不在此例；人民不得為同一罪行而兩次被置於危

³⁶ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 25, 1924.

³⁷ 黃舒芃 (2009),〈法治 (Rule of Law) 或法治國 (Rechtsstaat) 概念在臺灣的繼受〉,收錄於《變遷社會中的法學方法》,臺北:元照,頁 288。



及生命或肢體之處境；不得被強迫在任何刑事案件中自證其罪，不得不經過適當法律程序而被剝奪生命、自由或財產；人民私有產業，如無合理賠償，不得被徵為公用」。而在同時增訂的憲法增修條文第 10 條中，規定「本憲法所未授予美國政府或未禁止各州行使之權限，皆保留於各州或其人民。」因此本條既未明文規定適用於各邦，多數即認為系爭規定的規範對象乃針對聯邦機關而不及於各邦政府。且第 5 條的規範內涵只限於程序性的正當程序（procedural due process），即政府應確保以正當之程序來保護公民的自由、生命與財產等基本權利，而此一正當程序包含了當事人的知悉權、在聽證會中為自己辯護之權，以及中立第三者的裁決等。

惟第 5 條所揭櫫的「程序性正當法律程序」，是否適用於立法程序？而這也是許多學者批判司法者依正當法律程序審查立法程序是否正當的論點，即一般所理解的正當法律程序——無論實質性或程序性，皆依附於對人民生命、自由與財產等具體憲法利益或權利的剝奪，因此就程序性正當法律程序而言，也就僅適用於涉及具體個案的程序，如：司法程序或行政程序。立法程序乃是為了產生一般而抽象的法規範，別於司法裁判或行政處分是針對人民生命、自由與財產的個案且具體的限制，因此憲法增修條文第 5 條並無法證成憲法對於正當立法程序的要求³⁸。

然而，正當法律程序的要求之目的，即是透過法治原則（rule of law），要求政府各機關依據法律之限制行使公權力，以落實人民基本權利之保障。因此，立法作為國家公權力的行使，則法律產生自應由法律支配（make law is itself governed by law），因此可以想像憲法規定剝奪人民生命、自由或財產，不得沒有正當法律程序的先決條件，即使立法者制定抽象法規範亦應經過合理的程序³⁹；而憲法的規範模式亦可推導出此一目的，如：法定之出席人數、議決等，都是確保立法程序應遵循憲法以及其所揭示出的價值。因此問題僅在於，立法程序的正當價值該由誰決定，全然交由立法者制定內部之議事規程，抑或憲法得以扮演價值鎖定與指引的角色，並由司法者審查認定。

較側重體系性成文法典作為法律實質內涵的歐陸法系，早在 19 世紀即盛行「法

³⁸ Jesse H. Choper, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, 54 Duke L. J. 1457, 1505 (2005).

³⁹ 亦有判決直言看不出為何立法程序的特性不在剝奪人民生命、自由與財產應經的「正當法律程序」考量內，詳參 *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S.448 (1980)。另有學者亦持相同見解，詳見 Hans A. Linde, *Supra* note 32, 237.

治國」(Rechtsstaat)的概念，其發展背景來自於避免王權的侵害或國家專制的恣意行為，因此為了抵制王權對人民權利的不法侵害，要求君主王權在限制人民的財產與自由之前，必須獲得國會之同意。此一「透過國家法律之限制，以保障人民之基本權利」的訴求下，國會對於人民基本權利的保障即扮演著重要的角色。不過，在法治國原則之概念興起之初，多僅著重於法律必須遵守憲法所定之程序頒布、制定，而行政與司法則應受法律規定之拘束，而此即所謂的形式意義的法治。在此之下，法律作為公權力行使的依據與界限，進而又發展出「法律保留」(Vorbehalt des Gesetzes)原則；另一方面，法律也成為人民生活準則的依歸，因此被要求人民應得透過法律預測國家的公權力行使，而在這個強調「法安定性」的意義之下，則又發展出「法律明確性」與「信賴保護」原則。惟在形式意義下的法治原則，僅要求國家公權力之行使須有透過國會同意的法律外觀，而法律之內容是否正當則非所問，是以形式意義之法治仍可能造成諸多不正義之現象。

因此法治國發展至今，除了包含前述形式意義的法治之外，更要求法治之目的應以正義為理念，並追求公平、公正的人類生活為目標。而法律的功能也就不僅限於消極的限制國家公權力，應同時積極的形塑法秩序以實現正義保障人權，要言之，當代國家的角色已從「自由法治國」(liberaler Rechtsstaat)發展成「社會法治國」(sozialer Rechtsstaat)。此外更有學者指出，法治國家應符合如下之重要要素：基本權利之保障、權力分立、依法行政與依法審判、比例原則、司法審查制度、司法保障與訴訟上基本人權、法安定性之要求及法溯及既往之限制等⁴⁰。

但「社會法治國」的要求並不當然排斥「自由法治國」及最早形式意義法治國所蘊含的理想，三者間的關係毋寧是社會法治國原則同時包容了先前兩者類型的追求。因此，法律作為公權力行使的界限以及法律必須遵守憲法所定之程序制訂、頒布，即成為法治國原則最核心之內涵。而這也說明了，既然社會法治國得以積極要求國家形塑法秩序實現正義保障人權，對於法律內容與目標有著崇高的期許，當然也就得以針對法律的通過程序——此種較為形式且無關價值的事項為一定的控制與治理⁴¹。

而檢視我國憲法規定，則充分反映出作為一個繼受法國家對於各個法體系的

⁴⁰ 法治斌、董保城(2008)，《憲法新論》，臺北：元照出版，頁52。

⁴¹ 相同見解如美國學者將法治(rule of law)區分成「弱/形式概念」(thin/formal conception)與包含特定憲法實質價值的「強/實質概念」(thick/substantive conception)，並認為當代所追求的後者當然包含前者的理念，即：法律規範本身的創造與適用需經過某些程序事項的要求。See Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 25, 1932.

「包容」。無疑的，歐陸法體系所發展的法治國原則為我國憲法基本原則之一，應為學界⁴²與實務⁴³穩定之見解。而具有普通法色彩的且亦被我國大法官解釋⁴⁴多次援引的正當法律程序，其與法治國原則間的關係及其適用範圍儘管仍有所爭議⁴⁵，但其內涵仍保有兩者兼具，且原初的「依法而治」之概念。是以無論是普通法發展出的正當法律程序或歐陸法所發展出的法治國原則，雖因兩者法體系發展脈絡不同，而有不同的著重點，但其目的皆為以憲法／規範拘束公權力之行使，立法權作為國家權力分立之一環，自應要求立法程序遵循此一憲法價值與原則。

二、民主原則

或許，民主原則是當代憲政主義中最具分歧的共識，即各個社群皆肯認民主原則的價值，但其內涵為何以及該如何實踐，卻又南轅北轍。

而民主最扼要的目的即維護「主權在民」之目標，達到「統治者即被統治者」的要求。如美國憲法之序言寫道「我們合眾國人民（We the people），為建立更完善的聯邦，樹立正義，保障國內安寧，提供共同防務，促進公共福利，並使我們自己和後代得享自由的幸福，特為美利堅合眾國制定本憲法。」由是可知，該憲法制定之權力，以及憲法所創設之權力，源頭乃係由合眾國人民之授權。而德國基本法第 20 條第 2 項規定：「所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之」，除了明確規定國家的權力來自人民外，同時也表明了國家機關的民主正當性基礎來自人民的選舉與投票。而德國聯邦憲法法院，更進一步精要定義基本法中所揭櫫之「自由民主憲政秩序」乃指「一種法治國家的統治秩序，其排除任何的暴力或獨裁專制，而植基於自由、平等以及依據多數意志而作成之人民自我決定上」⁴⁶。至於我國，則規

⁴² 法治斌、董保城，前揭註 40，頁 49 以下；李惠宗（2009），《憲法要義》，臺北：元照出版，頁 64。

⁴³ 如：司法院釋字第 525 號解釋理由書：「法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守」、司法院釋字第 574 號解釋理由書：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守」等。

⁴⁴ 如司法院釋字第 396 號、第 418 號、第 582 號、第 654 號、第 710 號等。

⁴⁵ 如有學者將正當法律程序作為法治國原則的法定原則，而其下位概念又包含了法律優位、法律保留、信賴保護及法官保留等原則，詳參 司法院釋字第 574 號解釋許玉秀大法官協同意見書及司法院釋字第 610 號解釋許玉秀、林子儀及許宗力大法官部分協同意見書。另一個取徑方式則是從基本權利的功能面向出發，並認為其中組織暨程序保障功能的消極面向與美國法上的正當程序（due process）相當，詳參 許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，收錄於《憲法與法治國行政》，臺北：元照出版，頁 201。

⁴⁶ 法治斌、董保城，前揭註 40，頁 11。

定於憲法第 1 條：「中華民國為...民主共和國」，以及第 2 條：「中華民國之主權屬於國民全體」，亦同樣揭示出民主原則與主權在民原則。

然鑑於當代公共事務的龐大與複雜，要求共同體之成員親自參與每項公共事務或政策的制定實無可能，因此大多數國家皆採取間接形式之「代議民主」

(Representative Democracy) 制度，即國民——國家權力歸屬者，以民主之方式將其權力委任由民選政府執行。而此種將人民權力透過民主方式過渡給所選出來的政府執行，即面臨了人民與政府及代議士間之性質及關係為何之問題？對於此一「代表(權)」(representation) 議題的討論，可以追溯自代議制度興起以前，而這些理論又可略分成三種：法律性(juridical)、制度性(institutional)以及政治性(political) 探討面向。其中，以法律性代表理論最為久遠，同時也是之後所發展出之制度性代表理論的基礎，而此一取徑之所以稱為法律性代表理論，是因為此說認為代表者與被代表者間的代表關係之性質，就像私人間締結的委任關係

(private contract of commission)，而此種理論又產生兩個極端的立場，一個是盧梭學說中認為立法者之行為應受被代理者授權之拘束，另一個則是認為代議士之行為不必然應受被代理者的拘束，而採後者的有霍布斯(Hobbes)以及之後的西耶斯(Sieyes)和伯克(Burke)。不過無論何者，此一取徑皆將代表者與被代表者的關係，理解為個人且非政治(nonpolitical) 推論，都預設了投票者之所以支持某位代表者，乃是透過被選舉人的個人特質(qualities)而非政治上的理念或主張。

此種法律性代表理論的取徑，發展出之後制度性的代表理論，而制度性的代表理論，正是以自由的代議政府以及選舉式民主(electoral democracy)為主幹，並預設代表者與社會間的多元性，以建構代議者為中心的代表權理論。換言之，代表者之所以能夠代表社會行使公權力並取得正當性，乃是因為其間具有起碼的程序性連結，也就是選舉的授權。

不過，上開兩種代表理論的取徑，都預設了代表者應該要超越社會領域以確保法治原則(rule of law)的要求，且人民應隱藏自身的具體的社會身份，以選出能為公共事務做出公正之決定代表者。譬如法律性的代表理論所建構出來的選民，乃是空洞、抽象及匿名的集體概念，並由選民授權專業的政治家決定選民們所自願提交的公共事務。因此，這兩種理論取徑皆將代表者所處的政治領域劃分於授權者的社會領域之外，而兩者間形成無法互相滲透的系統，僅靠簡單的投票行為取得代表者的正當性。想當然爾，此種預設其實早已不符合當代政治運作的現實。

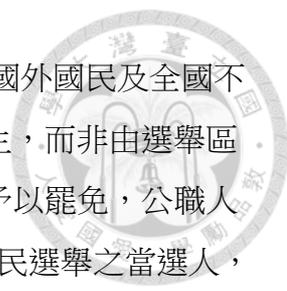


而當代的政治性代表理論，即打破此種二分的預設，其認為代表權並非先於國家實體或人民而存在，而是由選民自身所創造出來的政治性存在。此外，代表者的權限也並非如霍布斯所認為，是被代表者邏輯上（logically）的授予，而是一個透過政治程序不斷的製造與再現的流動過程。而政治性代表理論主張，政府之正當性來自於自由與定期的選舉，因此政治社群與社會間不斷的對話，乃是必要且基本的。在這樣的認知下，此說將存在政治（politics of presence）與意見政治（politics of ideas）視為是語言的產物，因此社會應不斷透過多重管道如：媒體、社會運動或政黨等方式，影響政治場域，以便形成所謂的社會政治（social political）。

不過，比較晚近的政治性代表理論，事實上也僅是立基制度性代表學說之上，進一步強調在法律制度外政治領域流動性的連結，而並非完全取代制度性代表理論之見解。而若進一步深究制度性代表理論，在臺灣學說探討中，則往往爰引德國就此議題所提出的三種學說：第一為委任代表說，又稱為「特別委任說」，此說認為議會中的每個議員都是各選區的受託人，而代議士與選民間的關係屬於一種**命令委任**（Das imperative Mandat），因此議員應以該選區選民的偏好與利益，代表選民在議會中主張之。第二則為法定代表說，也即所謂的「自由委任說」，此說認為代議士乃是全國人民的受託人，而代議士與選民間屬於**自由委任**（Das freie Mandat）的關係，簡言之，選區僅是選舉行政上的安排設計，代議士職位的取得主要是基於法律的規定，因此代議士不該被選民的利益與偏好拘束，而應基於自身獨立判斷做出那些對公益有利的決定。第三則是國家機關說，此說認為選民與議會同為國家之民意機關，只是前者職務為選舉，後者則為執行立法權，彼此間並無任何的委任或代表關係⁴⁷。

在一般的民主國家中，不論政治體制採總統制或內閣制，議員的地位原則上均以自由委任為基礎，也即議員行使職權的正當性，乃在於法律規定人民透過選舉賦予其正當性，而其應以全國人民而非選區選民之利益發聲，如德國基本法第 38 條第 1 項後段：「議員為全體人民之代表，不受命令與訓令之拘束，只服從其良心。」規定，即揭斯旨。惟在臺灣民意代表與人民間的關係究竟屬命令委任抑或自由委任，非無進一步探求的餘地，如憲法第 133 條規定「被選舉人得由原選舉區依法罷免之」，將對於被選舉人之罷免權賦予原選舉區之選民行使之，而司法院釋字第

⁴⁷ 李惠宗，前揭註 42，頁 526。



331 號解釋文謂：「依中華民國憲法增修條文第四條規定，僑居國外國民及全國不分區之中央民意代表，係按該次選舉政黨得票總數比例方式產生，而非由選舉區之選民逕以投票方式選出，自無從由選舉區之選民以投票方式予以罷免，公職人員選舉罷免法第六十九條第二項規定：『全國不分區、僑居國外國民選舉之當選人，不適用罷免之規定』，與憲法並無牴觸。惟此種民意代表如喪失其所由選出之政黨黨員資格時，自應喪失其中央民意代表之資格，方符憲法增設此一制度之本旨，其所遺缺額之遞補，應以法律定之。」等語，認僑居國外國民及全國不分區之中央民意代表若喪失黨籍即喪失民意代表之資格，而將僑居國外國民及全國不分區之中央民意代表之民意基礎與該民意代表之黨籍連動，雖該號解釋並未明言命令委任等語，然其將僑居國外國民及全國不分區之中央民意代表資格與黨籍身份連結，似也暗示著上開中央民意代表的民主正當性繫於其所屬之政黨，其內涵已與命令委任相去不遠。

惟民意代表與人民間之關係，是否應因罷免制度以及政黨推薦而一律採命令委任之立場，至今仍容有爭議。然不論台灣代議民主採行何種委任關係，代議制度的運作方式皆仍會產生兩個關鍵問題，即如何證成民選機關的正當性（legitimacy），以及如何對於民選機關問責（accountability）。

所謂民主正當性，有論者認為乃指國家之行為與國民間應具有不中斷的連結，而其傳遞模式則又分成三種：功能與制度之民主正當性、組織與人事之民主正當性，以及事務與內容之民主正當性。功能與制度之民主正當性基礎指的是，制憲者在憲法中建置立法權、行政權與司法權為各自獨立的功能與機關，而透過這些機關使得國民得以行使源自於國民本身的國家權力。組織與人事之民主正當性則是指，國家事務所委託的職務擔當者，與人民間應存在一定的民主正當性鎖鏈。事務與內容之民主正當性則是，國家公權力之行使內容，必須由國民主導或以國民之意志作為媒介⁴⁸。

因此，對於國會事務與內容之民主正當性之要求，應可作為正當立法程序的憲法基礎之一。一般對於國會事務與內容的民主要求，多著重在制定法律實質內容的正當性，應符合憲法所揭示的基本原則（即實質司法審查著重之面向）；然而此種見解所側重的實質正義、共善或其他道德原則等，有時因為每個人的理解不

⁴⁸ 張志偉（2007），〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》第 22 期，頁 181 以下。



同而有所歧異，難以適當的作為普遍法律正當性的基礎。是以，不少程序論者，即將法律制定的正當性基礎，從實質正義觀點轉往程序正義觀點，而強調立法程序所應具備的民主特質。如即有論者指出政策決定所遵循的過程是否平等，對於人們來說可能比結果本身更為重要⁴⁹，且亦有研究同時證實了如果立法程序採取較公平、民主的決策方式，將會顯著的影響人民對於國會立法結果與立法程序正當性的評估⁵⁰。因此，可以說事務與內容之民主正當性要求，除了要求國會所制訂之法律內容，應符合憲政主義民主秩序外，其所制訂法律之程序以及相關事務之進行，亦應遵循憲政主義民主秩序之價值與內涵。

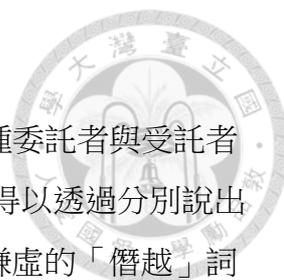
而另一個關於民選機關與代議士問責的難題，隨著當代民意代表與選民間背離與僭越的鴻溝漸增而問題越發尖銳。詳言之，在代議民主中具有多義性且佔據核心概念的「代表」(représenter)若是由單獨的某個人對另一人行使而完成時(近似於民法委任的概念)，這樣的狀況相對清楚；然而若是由某一群人授予權力給單獨一人時，則受任者即成為涂爾幹(Émile Durkheim, 1858-1917)學派常常提及的社會超驗性(transcendence du social)的某種化身。而委任代表的關係便因此掩蓋了代表關係中弔詭的真相：從表面上來看，是公民群體的授權造就了以他們的名義發言的受任者，事實上卻是受任者的行為形塑了其所代表的公民群體；因為代表者的存在，他「代表」了某些事物(某種象徵性的行動)，而群體被代表、象徵化，群體存在的同時也反過來使其代表者得以作為群體的代表而存在⁵¹。也因為代議民主之代表理念本身隱含著這種循環關係，因此代議者的存在本身理應追溯於公民的授權，但卻表現出如同「自生」(causa sui)的樣貌，而代議者本質上的轉變也就出現了「政治異化」的現象：許多個體在自我建構(或被建構)為群體的同時，卻也喪失了對於其所建構(或被建構)出來的群體的掌控。而「政治異化」的原因主要來自官僚化所帶來某種「卡里斯瑪」(charisma)般的魅力，而這種魅力給予了代議者「完整的行動權力」(plena potential agendi)以及「獲得認可的印記」(sigillum authenticum)⁵²，而這兩者不可或缺的工具，同時也加深了受任者「自

⁴⁹ Joseph L. Arvai, *Using Risk Communication to Disclose the Outcome of a Participatory Decision-Making Process: Effects on the Perceived Acceptability of Risk-Policy Decisions*, 23 Risk Analysis 281, 287-288 (2003).

⁵⁰ Amy Gangl, *Procedural Justice Theory and Evaluations of the Lawmaking Process*, 25 Pol. Behav. 119, 135 (2003).

⁵¹ Pierre Bourdieu 著、陳逸淳譯(2012)，〈委任代表與政治崇拜〉，《所述之言：布赫迪厄反思社會學文集》，台北：麥田出版，頁 292。

⁵² Pierre Bourdieu 著，前揭註 51，頁 294。



生」的特質。

也因為現實上運作產生出受託者「自生」的現象，於是此種委託者與受託者間的斷裂，使得受託者傾向於自我認可（*autoconsécration*），並得以透過分別說出「我就是群體」以及「我只透過群體而存在」之類隱含著穩重謙虛的「僭越」詞彙。也正因為受託者的「僭越」是如此的謙遜與含糊曖昧，因此代議者的象徵暴力（*symbolic violence*）也就建立在，群體所承認（*reconnaissance*）的合法權力以及群體對於暴力運用的無知（*méconnaissance*）之上⁵³。若說教育所產生的象徵暴力在於文化獨斷的再製，那麼代議制度所產生之受任者的象徵暴力則產生了真理的獨佔化（*monopolisation de la vérité collective*），而此處的矛盾及在於：受任者得自我宣稱「我」——群體所造就的人——就是群體（集體）的強制性、就是集體對其每個成員的強制性，同時「我」也是以群體本身的名義操弄著群體的人；「我」以群體為依據來自我授權而去對群體施加限制⁵⁴。而民主原則所強調的主權在民，於代議制度中早已將權力濃縮（*concentration*）於受託者的決策之中。

若將解決政治異化與受任人自生的情況，寄託在數年之後的定期選舉，或透過罷免之方式予以課責，此種僅僅透過投票活動表達單一偏好的弱民主運作方式，則又會面臨以下的困境：一、選民雖然可以在下一次的選舉中，換掉其所認為不適任的代議者，然而真正可替換的人選實際上卻非常有限，因此便沒有足夠的基礎能夠讓選民評估究竟該把票投給誰；而政治人物總是可以藉口於他們無法控制合議的決策程序，以開脫自己未做到先前所承諾之政見的責任。而根據相關調查顯示，選民在選擇代議者時多不會考量其具體的政治承諾，僅會在對政黨真正目的與立場不熟悉的狀況下，選擇自己契合的政黨之候選人，因此在政黨政治的運作下，雖然社會的利益與階級複雜，但事實上選民對於其代表者的選擇，卻只能侷限於臺面上政黨所推薦的政治人物，而此是否能真實反映社會各階層的聲音，確值懷疑⁵⁵。二、代議制度成為一種「循環過程」（*circular process*），也就是說我們並沒有其他的代議制度模式可供比較究竟要如何安排才更符合民主原則的要求，且事實上也並不存在一個純粹（*pure*）的代議機制，而是透過許多政治上的制度安排包裹定義而成的，如：選區劃分、選舉制度安排、選舉補助的設計等。但選區

⁵³ Pierre Bourdieu 著，前揭註 51，頁 301。

⁵⁴ Pierre Bourdieu 著，前揭註 51，頁 306。

⁵⁵ Paul Hirst, *Representative Democracy and Its Limits*, 59 *The Political Quarterly* 190, 202 (1988).

劃分可以透過對某政黨支持群眾的分佈，技巧性的設計成有利於該政黨的劃分⁵⁶，而選舉制度的安排如單一選區兩票制的選舉結果是否真的能夠反映選民們的選票比例亦有疑義⁵⁷；更重要的是，在現今社會公眾事務的分疏化，個人對每個議題的立場可能皆不相同，而在此種以政黨或代議者為客體的選舉制度安排下，似乎難以找到一個能夠完全符合自身利益或想法的政黨與代議者，是以代表正當性的傳遞也就簡化成了對於個人與政黨的支持與課責。因此在代議制度的整體設計與安排上，事實上隱含著諸多可能減損民主正當性的窒礙與民主課責的難行⁵⁸。

因此，為了解決上述問題，將濃縮於受託者決策中的主權在民之理想解放出來，避免民主淪為數年一次形式上的投票活動，在立法程序中課予民意代表更多民主原則下的正當性要求與問責可能性，便成為民意機關不可迴避的憲法義務及立法程序應扮演之重要功能。

三、共和原則

我國憲法第 1 條規定中華民國為民主共和國，復依司法院釋字第 499 號解釋理由書謂，「第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法基本原則之所在」；故共和國原則為我國憲法上之基本原則。惟其內涵究竟為何，各學者之定義仍有些許不同。有論者將之與民主原則一併觀之，認為「民主共和國」一詞，乃是同時規定了我國共和國的「國體」（國家之形式）與民主國的「政體」（政府之形式）⁵⁹；依學者陳新民之見解，是否為共和國之判準，是以國家元首的身分作為標準：國家元首若為世襲君主者為君主國，如國家元首由民選產生則為共和國⁶⁰。另學者陳慈陽則主張，在革命時代之時，共和乃指「拒絕君主體制」及「推翻君主專制」，然而隨著時代之演進，現今意義下的共和除了反對君主國之外，還反對任何以繼承方式產生國家元首的國家體制，要言之即要求國家元首應有任期⁶¹；與其相似的，學者法治斌、董保城亦認為今日所稱之「共和」，即為非君主

⁵⁶ 在美國重劃選區時出現的「傑利蠅螞」（Gerrymandering）以及愛爾蘭所出現的「塔利蠅螞」（Tullymandering），即是指少數人為了勝選操控選區的劃分以致於出現奇特之怪異形狀。

⁵⁷ 如我國關於政黨票 5% 門檻的限制及其合憲性問題，詳參 司法院釋字第 721 號解釋。

⁵⁸ Paul Hirst, *Supra* note 55, 203.

⁵⁹ 陳新民（2011），《憲法學釋論》，臺北：三民出版，頁 59。

⁶⁰ 陳新民，前揭註 59，頁 60-61；李惠宗，前揭註 42，頁 60。

⁶¹ 陳慈陽（2005），《憲法學》，臺北：元照出版，頁 161-162。

專制 (Monarchie)、非獨裁體制 (Diktatur)，因此共和的特徵即在於國家元首透過選舉產生，且有一定的任期⁶²。

綜上學者之見解，皆屬留德背景學者的看法，其多強調「對君主世襲制度的否定」而倡議「任期制度」。反之，學者林子儀、葉俊榮、黃昭元及張文貞等留美學者之見解，則隱含著當今「共和主義」(Republicanism) 的思維，強調「政治」是個人人格實踐的一部分，公眾事務的參與建立在個人藉由對彼此皆為社會性存在主體的尊重，決策乃是循溝通的方式作成⁶³，因此「政治」的目的乃是使成員透過思辨的過程中發展其人格，從這個角度觀之，共和主義的理念與強調平等參與的民主理念有共通之處。

而學者陳愛娥則整理了我國學者之見解，認為在我國已增訂總統產生方式與任期限制後（憲法增修條文第 1 條第 1 項及第 6 項），共和國原則在我國即喪失其意義，並批評美派學者見解賦予其「強調個人對公眾事務的參與」及「政治性自由權利的保障」之意義，無任何學理說明而不足採⁶⁴；因此在梳理德國憲法學界對共和國原則的闡述後，提出除了原先「對君主政體，乃至任何獨裁支配形式的否定」之意涵外，基於共和國原則的公益要求不僅及於國家，也要求自由之國民具有公共意識（「國家是他的任務」），認為亦應包含「對受委託執行職務者，要求其應依相關職務的要求，不參雜個人私益之考量，基於相關職務的要求而為決定」⁶⁵。

惟本文認為從形式上而言，我國學者多以「res publica」作為共和國原則的拉丁字源，此一單詞恰恰也與共和主義相同，應可認兩者間具有相同之起源⁶⁶。而「共和主義」(Republicanism) 思想源起始終存在著兩個分歧的傳統，第一種脈絡源自於希臘雅典民主中，亞里斯多德 (Aristotle) 就「城邦」(Polis) 論述所展開的「政治共同體」理論；另一者則為繼承亞氏理論進而發展於義大利城市共和國，由西賽羅 (Cicero) 延續的「公民人文主義」(civic humanism) ⁶⁷。

亞里斯多德的「政治共同體」理論中，強調「城邦」乃為追求「最高善」(highest of all goods) 的「政治社群」(political community)，而「政治社群」的基本要件乃

⁶² 法治斌、董保城，前揭註 40，頁 9-10；吳庚（2004），《憲法的解釋與適用》，臺北：三民出版，頁 38-39。

⁶³ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2008），《憲法——權力分立》，臺北：新學林出版，頁 15-16。

⁶⁴ 陳愛娥（2005），〈憲法基本原則：第三講 共和國原則〉，《月旦法學教室》第 33 期，頁 43。

⁶⁵ 陳愛娥，前揭註 64，頁 48。

⁶⁶ 陳慈陽，前揭註 61，頁 161。

⁶⁷ 劉岫靈（2010），〈共和主義的起源？—重返 Aristotle 與 Cicero 之比較—〉，《朝陽人文社會學刊》第 8 卷第 1 期，頁 336。

是「共同目的」、「理性言說」、「平等互治」及「正義原則」，因此可以簡短將之定義為「人類為追求共同目的，經由理性言說的機能所建構的一種團體組織，其成員彼此地位平等、相互關愛，並依循正義原則行事」⁶⁸。因此，在公共場域中，城邦提供了「公民參與及審議的實踐途徑」，公民透過參與政治事務時言行的具體表達、相互溝通與分享，使人的理性不斷發展，從而認識知識進而得到最高的善與幸福⁶⁹。

有別於亞里斯多德以「整體論」觀點來理解政治共同體，西賽羅則以羅馬法的方式重新進行詮釋，並以「人民」的概念推導出「人民法律」與「共和國」等內涵。在其所描述的國家中，即包含了三個要件：1. 國家作為人民依據一致的法與共同利益的集合、2. 人民集合乃是天性、3. 國家作為人民事務⁷⁰。詳言之，國家作為人民依據一致的法與共同利益的集合，乃是在強調一個政治共同體的聚合並非隨意，而需要某種共享的連結，「一致的法」與「共同利益」即為連結此共同體的成員樞紐；人民集合乃是天性，由於西賽羅認為，自然賦予每個人普遍的理性並使人皆能共享之，透過理性與實踐的發展進而成為法律，因此所有人民皆共享著必然蘊含一切品質且契合理性的「法」，是故人民基於「法」而集成共同體最根本的原因係基於人類理性的天性。

西賽羅共和國理念第三個要件：「國家作為人民事務」，觀諸前述學者主張「職務倫理之遵守」應從此處發展而來，因此最為重要；西賽羅所稱之「*res publica*」乃指涉「國家、人民、事務」之概念，也即「唯有人民掌握權力方有自由與幸福可言」⁷¹，因此民眾所掌握的權力就是「人民事務」本身，而自己掌握自己的權力方能保障自身之「自由」；是故在共和主義理想之下的自由，並非指「回歸自然狀態」下的自然自由，而是一種在法權狀態下的平等，而呈現出不作為任何人或任何權力附屬的且免於支配的狀態，簡言之即為免於奴役狀態下的「無支配自由」（*liberty as non-domination*）⁷²，由此亦可導出共和主義之下無支配的目標並非指「干涉的闕如」而是「專斷的闕如」⁷³。綜上所述，可將西賽羅的共和國理念總結為：「作為人民事務，人民的自我統治必定需要受到法律的約束以及審議的過程。」

⁶⁸ 劉岫靈，前揭註 67，頁 339-340。

⁶⁹ 劉岫靈，前揭註 67，頁 343。

⁷⁰ 劉岫靈，前揭註 67，頁 348。

⁷¹ 劉岫靈，前揭註 67，頁 352。

⁷² 劉岫靈，前揭註 67，頁 353。

⁷³ 劉岫靈，前揭註 67，頁 354。

在透過審議產生真實的法律而自我約束的基礎上完成自我統治進而達到無支配自由的目標，如此方能作為一真正的共同體，也即共和國」⁷⁴。

從上述共和主義發展的脈絡，可以發現一種「倫理—法權—制度」的軌跡，而這三個層次並非單純的在各個時期分別出現，而是交互影響進而形成共和主義的基本主張。首先，從亞里斯多德最高善的倫理要求作為實現積極自由的基石，而最高善的普遍擁有者一同形成「公民」，進而發展出「普遍法權」，同時德行則作為法權的基底。其次，人民透過法權的結合，享有平等的公民身分，進而組成共和國（制度），而共同體的最高目標則是「免於支配的自由」，因此制度設計則以此目標發展出法治原則、審議原則、主權在民等原則。所以，可以得出一個結論：制度層次中無操縱體系的建立乃是共和主義實現的第一目標，其次在法權層次創造出共同體的無支配自由狀態，最終方使得倫理學層次的積極自由漸進實現⁷⁵。

除了共和國原則與共和主義形式上詞源相同外，就實質內容觀之，學者所認共和國原則之內涵「專制之否定」及「職務倫理原則」，亦可由共和主義之「免於宰制」及「共善」等要求推導出來。是以，共和主義理應為我國共和國原則之內涵，惟在我國對於共和國原則的理解，卻僅殘留共和主義發展至今最為消極也最為空洞的「專制的否定」以及「職務倫理遵守」原則。如從「專制之否定」所導出來的元首任期制度，忽視了共和主義著重的來自社會／政治地位上不平等所受到的宰制問題；而「職務倫理原則」則又未強調國家應積極形塑公民社會與審議制度之義務，以及其他共和主義所強調之核心價值，如自主性（autonomy）、政治自由（political liberty）、平等（equality）、公民權（citizenship）、自治（self-government）、共善（common good）、政治作為所有成員參與審議（deliberation）的公共過程、愛國情操（patriotism）、公民德行（virtue）以及克服腐化（corruption）等⁷⁶。

如果依上述所揭櫫的理念去理解我國共和國原則，則在代議民主的制度之下，如何維持社群中少數族群在政治場域中的自由以及平等言說能動性，以避免多數人透過民主程序宰制少數族群的政治地位，被視為民意殿堂的立法機關即成為重

⁷⁴ 劉岫靈，前揭註 67，頁 355。

⁷⁵ 劉岫靈（2011），〈追尋「共和主義」的斷裂點——倫理、法權、制度的三層次分析架構底檢驗〉，《中華行政學報》第 9 期，頁 124。

⁷⁶ 石凌霜（2011），〈公民投票違反共和（主義）原則？——從政治思想史角度回應相關觀點〉，《北商學報》第 20 期，頁 4。

要的戰場，而這些憲法目標的達成，也唯有透過良善的立法程序安排，方得可能達成形塑積極之公民共善理念與公共審議之社會。



四、基本權利之保障

在憲政主義權力分立的架構之下，由立法機關行使立法權，而行政機關依法行政、司法機關依法審判，可以說所有的公權力或政策的施行，皆是在憲法以及法律所形塑的架構之下運行，因此也就不難理解為何早期不少學者將立法行為與主權的行使等同視之，而當代所強調的法治國原則，某程度上也同樣隱含著以「法律治理」的預設。

而從這個角度切入，國家每個政策的推行，都是行政機關與立法機關間，透過彼此制衡監督的方式，將之合法化並實施於眾，同時在合法化的過程中，基於法律保留原則的要求，幾乎所有的政策擬定皆需要不同程度的國會監督與立法規範。因此在政策合法化的過程中，立法機關實際上扮演著重要的角色，而立法權正當行使的重要性，國家政策的制定應具備民主原則以落實被「統治者即為統治者」的理想外，同時其政策內容也應符合憲政秩序之框架，避免對人權的侵害。

因此，若進一步論及人權之保障，大多會溯及至憲法中的基本人權條款，而此些列舉的基本權則又是透過人性尊嚴的價值所發展出來的，簡言之，這些基本人權乃是基於身而為人自身所應享有的目的。從基本人權的功能論，又可發展出主觀權利功能面向以及客觀規範功能面向，但這些基本權利的功能若要得到發揮，皆須藉由法律制度的形塑。如在基本權利功能中的客觀規範功能面向，其中包含了組織暨程序保障功能，而此一程序保障功能又可分成積極面向和消極面向。前者乃指國家有義務積極立法形塑適當的組織及程序以利基本權利的落實，如司法院釋字第 364 號解釋所涉及的電波頻率分配和「接近使用媒體權」即為適例；後者則指國家有義務消極的減少基本權侵害之發生，即在基本權侵害之前，應有適當的程序予以防止或降低侵害的發生，如司法院釋字第 491 號解釋理由書中謂，對於公務人員之免職處分前應踐行正當法律程序：「給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等」。因此亦有學者認為，組織暨程序保障功能的消極面向與美國法上的正當程序(due process)相當⁷⁷，且本文更進一步認為，此一正當程序之要求並不僅止於對於司法、行政具體個案

⁷⁷ 許宗力，前揭註 45，頁 201。



權利剝奪時所應遵循，而早在國會制定抽象一般法規範時便應遵守一定之正當立法程序。且既然所有的基本權利都具有組織暨程序保障之功能，則其所蘊含的正當程序理念自應適用至所有的基本權利之保障。

學者李震山更基於基本權利皆含有程序保障功能，而進一步主張將基本權利之程序保障功能一般化為程序基本權，並主張可以憲法第 22 條作為此項程序基本權之憲法上基礎，此有其大作〈程序基本權〉中所述：「每項基本權利的實踐，都內含著程序的內容（*Verfahrensgehalt der Grundrecht*），而有『程序保障』

（*Verfahrensgarantie*）的需求與功能，此乃從憲法保障個別基本權利之客觀功能面向中推導而出，進而據此課予公權力應有踐行正當法律程序（*Due Process of Law*），即公正、公開、參與等民主程序之義務。既然個別基本權利皆含有程序保障的需求與功能，吾人即得將性質相同之『程序保障』一般化為『程序基本權』，就如同平等權、人性尊嚴、一般人格權，其既內含於各項具體基本權利中，亦可外顯為憲法原則，作為個別基本權利保護範圍無法涵蓋時之補充依據，並支配所有公權力，包括行政、立法、司法等。……可以肯定的是，要求『程序保障』之權利以普遍存在，且對每個人自由之實現、人格之發展及尊嚴之維繫，皆不可或缺。因此，將個別基本權利內之程序保障功能，共通化為『程序基本權』，至少可植基於憲法第二十二條⁷⁸。」等語，將基於保護基本權利所發展出來之程序保障功能，進一步一般化及主觀化成憲法第 22 條所保障之基本權利，並且要求國家所有公權力之行使——及當然包含立法權，皆應踐行正當法律程序，且於國家公權力違反此一義務時，人民相對應有向國家請求之主觀權利。

不過，立法權與基本權利保障間的重要關係還不僅止於此，早在二次大戰結束之後，有不少學者開始質疑從本質論出發的基本權利論述，如鄂蘭（*Hannah Arendt, 1096-1975*）即言在「難民」（*refugee*）充斥的世界裡，這些人被摒除於社會制度的保障之外，同時也剝奪了身而為人所應具有或享有的基本權利。因此僅具有「人權」——而完全沒有其他建立在制度上的防衛權，好鞏固「人」權——的人類並不存在，且在任何實質意義上也都是難以想像的⁷⁹。因此在當代人類與主權間的關係，就如同阿岡本（*Giorgio Agamben, 1942-*）的描述，是一個從「純生

⁷⁸ 李震山（2007），〈程序基本權〉，收錄於《多元、寬容與人權保障——以憲法為列舉權之保障為中心》，台北：元照出版，頁 263-264。

⁷⁹ Zygmunt Bauman 著，何定照、高瑟儒譯（2011），《液態之愛：論人際紐帶的脆弱》，台北：商周出版，頁 231。

(zoē) 到式命 (bios)」的化約過程，簡言之即是從新生兒的裸命，進入到由國家主權所建制的權力體系之中⁸⁰。因此，唯有當人的生命包含於國家主權裡（程序參與即是一例），人們方得享有憲政主義下所發展出來的基本人權，否則將會落入無主權管理的非空間地帶，而維持在「社會性裸身」(social nakedness) 的狀態。

此種對於基本權利與立法過程的密不可分之特性，即有學者認為，立法程序的參與是一種「權利前的權利」(right of rights)⁸¹，更精確地說，便是平等參與社會（對權利）決策的權利。而在比較法的實務運作上，亦有不少判決指出，立法程序之保障乃是為了憲法上的基本權利保障。如德國聯邦憲法法院，從形式平等法裡推導出每位議員皆享有平等參與立法程序及表決之權利 (right to vote)。而以色列最高法院亦認為議員參與立法程序的參與原則 (principle of participation)，隱含著代議民主法理及公民政治平等與民主參與的權利。

是以，從基本權利的保護觀點來看，立法權正當行使的重要性已不全然來自於法律保留或基本權利功能等這些傳統上對立法權的著重，而更植基於當代人類處境的弔詭：若沒有國家的主權保護，則就沒有基本人權。於是，國內政策的合法化過程——不僅僅是涉及國家政策決定的民主原則，同時也涉及到基本權利存在與否——即是立法權正當行使的重要性之一。

第三節 司法審查立法程序之憲法基礎與爭議

一、憲法最高性原則 (Constitutional Supremacy Justifications)

現今各國比較法中多採行的憲政主義，最主要的特徵即在於制定一部得以約束公權力行使並保障基本人權的根本大法，而這部根本大法在一國的法體系中具有至高無上的效力與價值。而各機關公權力之行使是否有牴觸憲法之規範，則交由司法機關依據憲法規範為審查。

如德國基本法第 93 條第 2 項規定聯邦憲法法院得審判，關於聯邦法律或各邦法律與本基本法在形式上及實質上有無牴觸或各邦法律與其他聯邦法律有無牴觸、發生歧見或疑義之案件；南非憲法第 167 條第 5 款亦規定，由聯邦憲法法院決定

⁸⁰ Zygmunt Bauman 著，前揭註 79，頁 233。

⁸¹ Jeremy Waldron, *Participation: The Right of Rights*, 98 Proceedings of the Aristotelian Society 307, 307 (1998).

聯邦議會及各省議會所通過之法律以及總統之行為是否合憲⁸²。而我國憲法第 171 條及第 173 條亦規定法律與憲法牴觸者無效，且法律與憲法有無牴觸發生疑義及憲法之解釋應由司法院解釋之。至於屬於普通法體系的美國，儘管並沒有明文規定其享有針對憲法的違憲審查，但在著名的 *Madison* 案即確立了三項原則：1. 憲法效力高於並優於一般法律（legislative act）；2. 法律若牴觸憲法者無效；3. 法院不可以強迫（enforce）法律牴觸憲法⁸³；並為聯邦最高法院的司法審查權限立下了基礎。

此外，憲法的最高性原則，同時也在學說上得以細緻的發展。如奧地利法學家凱爾森（Hans Kelsen, 1881-1973）所發展出的純粹法學以及法階層理論，即認為法與道德的分離，是在於道德依據內容而有效，法則是依據其所制定的方式而有效⁸⁴。至於法制定的方式與內容，在法階層理論的關係是，「制定機關在制定下位階規範時，只有獲得上位階規範的授權，並且沒有違反上位階規範內容的限制，下位階規範制定機關的行為，才是有效的制定法行為」⁸⁵。而若不斷上溯上位規範的正當性來源，則會追溯至憲法規範，憲法的效力來源則為凱爾森所稱的「基本規範」（Grundnorm, basic norm）。因此主權者的造法行為，必須是主權者受基本規範或上位階層法律之授權，才能創造法律⁸⁶。於是，立法機關之正當性既來自於憲法，而其所制定的法律規範即屬憲法之下位階層，則其正當性基礎來自於憲法的授權，與此同時憲法規範也成為制定法律的界限。此一由憲法所劃定的授權架構，除了具有實質面向的基本權利保護與憲法價值鎖定外，同時當然也包含著立法制定程序的相關規範。

另外，被學者鍾芳樺認為深受凱爾森影響的美國法學家哈特（H. L. A. Hart, 1907-1992）⁸⁷，在其所發展的柔性實證法學理論中，提出了初級規則（primary rules）以及次級規則（secondary rules）。前者被用以使受其約束的人不管其意願，都被要求去作或不作某些行為；後者則指「寄生於第一種類型的規則之上，它們規定了

⁸² 原文為：“The Constitutional Court makes the final decision whether an Act of Parliament, a provincial Act or conduct of the President is constitutional, and must confirm any order of invalidity made by the Supreme Court of Appeal, the High Court of South Africa, or a court of similar status, before that order has any force.”

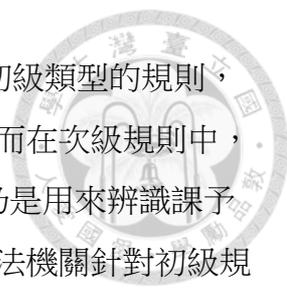
⁸³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁸⁴ 鍾芳樺（2011），〈凱爾生：《純粹法學第一版》導讀〉，《臺灣法學雜誌》第 187 期，頁 121。

⁸⁵ 鍾芳樺，前揭註 84，頁 123。

⁸⁶ 鍾芳樺，前揭註 84，頁 124。

⁸⁷ 鍾芳樺，前揭註 84，頁 119。



人類可以通過作或者說某些事，引入新的、取消或者修改舊的初級類型的規則，或者以各種方式確定它們的作用範圍，或者控制它們的運作」⁸⁸。而在次級規則中，最重要的毋寧是所謂的承認規則（rule of recognition），其功能乃是用來辨識課予義務的初級規則，並作為認定法體系的規則⁸⁹。其次則是授權司法機關針對初級規則是否違反，作出權威性決定的裁判規則（rules of adjudication）。而若司法機關欲判斷規則是否被違反，勢必先認定法體系的樣貌，即法是什麼。如有學者指出，在承認規則中，表明立法程序的規則（the rules which specify the procedure for legislating）至關重要，因為至少它提供了一個可供判別法體系的方法⁹⁰。因此，司法機關在確認法律的真實性及其概念化等，決定該審查客體是否是國會依特定程序「說」（spoken）出的法規範，檢視立法程序即屬必要⁹¹。

二、 權力分立（Separation of Power）

當然，儘管前一節已論述正當立法程序之憲法基礎，並認為基於憲法最高性原則以及司法違憲審查原則，或可證立司法機關得以審查立法機關之立法程序，但在實務上與學說上往往必須面臨幾個關於權力分立的限制或反對。基於權力分立原則，即各機關的事務與組織應獨立於其他機關，因此在比較憲法中，除了一些基本的立法程序外，多授權國會得自行訂定內部之議事規則⁹²，以排除其他機關之干涉。因此司法者介入審查立法程序，是否有干預立法權行使之虞，始終是本文相關議題最重要的核心爭點。

（一） 抗多數決困境（Counter-Majoritarian Difficulties）

由學者 Alexander Bickel 所提出來的抗多數決困境，主要點出了立法機關作為人民直接投票選舉出來的代表，並以多數決的方式決定國家之法律與政策，司法者既非具有直接民主正當性，如何推翻多數人之決定？當然，此一困境在之後許多學者的探討之下，已有豐富的且足夠的論述足以回答此一問題，並證立司法審查的正當性基礎。

⁸⁸ 陳景輝（2011），〈哈特《法律的概念》導讀〉，《臺灣法學雜誌》第 189 期，頁 35。

⁸⁹ 陳景輝，前揭註 88，頁 36。

⁹⁰ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 25, 1947.

⁹¹ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 25, 1949.

⁹² 美國憲法第 1 條第 5 項、德國基本法第 40 條第 1 項以及第 52 條第 3 項、南非憲法第 57 條以及第 70 條等。

有學者即指出，欲從民意正當化司法審查本身，即存在著思考上根本的錯誤，因司法審查的正當性乃來至於憲政國家本身的內在邏輯。若政治乃受作為基本規範的憲法理性所拘束，則必然存在一種機制，可透過對於最高規範的解釋與適用，落實此一實質正當程序與憲法拘束之理想。因此，司法審查即是為了此一目的而存在，而其正當性基礎亦可從制憲權力（即憲法對國家權力之安排）推導出來⁹³。

除此之外，正當化司法審查的理論取徑，又或可進一步區分成兩大類，其中一類是實體論的取徑方式，主要是認為司法違憲審查代表憲法並宣示更高的規範價值，而具有正當性；另一類則是程序論，並強調司法違憲審查更能夠強化民主政治，因而取得正當性⁹⁴。當然兩說各有見地，而其中若採取實體論的取徑方式，可能會落入學者認為「立法程序的司法審查並未涉及到個人基本權利之保護而不具正當性」的批評⁹⁵。此一批評儘管精準的掌握了憲政主義對於基本權利保障的目標，但也忽略了立法程序與基本權利息息相關甚至密不可分（詳參本文第二章第二節四、之部分），以及當代對於程序價值的重視：即民主參與與政治平等並不只在選舉時被保障，同時也應反應在立法程序的控制中，而基於司法者對立法程序的審查，即是保障公民對於立法過程的民主參與與政治平等地位的保障。

因此，與本文較契合的取徑應是基於程序論的論述。如學者 Ely 即提出著名的「代表性補強」（representation-reinforcing）理論，認為當民主決定侵犯了人民參與政治的基本權利，或基於歧視、偏見而侵犯社會上「分散又隔離的少數族群」（discrete and insular minorities）使之無法正當參與民主程序，則司法審查的介入即具正當性⁹⁶，因此司法審查的目的並非在推翻多數決的價值，而是在促進、強化代議民主的運作。另一個論述類型則來自共和主義的立場，其認為司法審查權可以有著「非屬於自然權利」的共同目標圖像預設⁹⁷，詳言之，共和主義之自由觀有別於自由主義認為自由乃自然權利的觀點，其所認為之自由，乃帶有積極性的思辨與對話，是以法院的角色在積極促進並改善民主，而不只是在消極保護少數族

⁹³ Fritz Ossenbühl 著、吳信華譯（2010），〈聯邦憲法法院與立法〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（上冊）》，臺北：聯經出版，頁 38。

⁹⁴ 詳參 黃昭元（2003），〈司法違憲審查的正當性爭議——理論基礎與方法論的初步檢討〉，《臺大法學論叢》第 32 卷第 6 期，頁 113 以下。

⁹⁵ Jesse H. Choper, *Supra* note 38, 1468 (2005).

⁹⁶ John H. Ely 著、劉靜怡等譯（2005），〈民主與不信任：美國司法違憲審查理論〉，臺北：商周出版，頁 238。

⁹⁷ 劉岫靈（2008），〈「古典共和主義」脈絡下的司法違憲審查〉，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，頁 107。



群的政治參與權利。共和主義論者主張將憲法價值與民主政治結合，並以民主政治為優先途徑來實現憲法價值，其理想則為：「只要能出現思辯民主（deliberative democracy），憲法價值的實踐自在其中」⁹⁸。因此，違憲審查的目的應是促進民主思辯，提升民主決策過程及結果的品質。

因此在強調程序論的理論中，司法審查的正當性來自於建構一個更平等、民主的政治程序與場域。本文認為，實質司法違憲審查，推翻由形式民主程序所通過的法案內容，都可以從憲法最高性之規範價值取得正當性基礎；則立法程序的司法審查，針對立法機關制定法律與決策的程序，予以合憲性的控制以確保立法過程的良善，且其宣告之法律效果並不若實質司法審查如此終局且確定。兩者相較之下，若前者得以克服抗多數決困境的指摘，則後者針對立法程序的審查類型，自應比前者更具審查的正當性。

（二） 政治問題原則（Political Question Doctrine）

政治問題原則亦是從權力分立原則之下，所發展出來的判準。在Baker v. Carr案中，大法官Brennan於判決中對政治問題有一番堪稱經典的論述，而經Brennan的闡述與美國學者的分類與歸納，最後得出了政治問題的六大判準，而此一判準又被稱為「布倫南準則」（Brennan Test），其內涵為：1. 憲法明文將該問題委諸於其他等同政治部門予以處理；2. 欠缺該問題所需之司法上可創獲或可操作的標準；3. 需有明顯非屬司法裁量的先決政策決定，始足以做出司法判斷；4. 法院如為獨立的解釋，勢必構成對其他同等政治部門的不尊重；5. 確有特殊需要，需毫無猶豫地遵循已經做成的政治決定；6. 因不同部門之間就同一問題發表不同意見而可能發生尷尬局面⁹⁹。不過，布倫南準則儘管對於政治問題有較清楚的描述，但其內涵仍舊稍嫌模糊且多有重疊之處，有學者即指出其實只有三個標準：1. 憲法明文將該問題委諸其他聯邦政府部門者；2. 法院缺乏解決問題的裁判準則；3. 基於對棘手問題的審慎態度¹⁰⁰。

⁹⁸ 黃昭元，前揭註94，頁130。

⁹⁹ Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

¹⁰⁰ 李建良（2003），〈論司法審查的政治界限——美國「政治問題原則」初探〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，臺北：學林出版，頁285。

而除了不少學者是基於立法機關及其程序的政治性，進而反對立法程序的司法審查外¹⁰¹，在美國實務上政治問題原則亦是立法程序爭議被排除於司法審查大門外的主要理由¹⁰²，其中更有判決明言，那些被認為短視或令人反感的決策，憲法都假定，「最終將會由民主程序所修正，而無論法院認為政治部門之決定多麼的不智，介入其中原則上都是不具正當性的」¹⁰³，因此政治問題應交由政治機關透過政治程序解決之。

然而，立法程序之爭議究竟是否完全屬於政治問題，而司法完全不得介入，實有值得商榷之餘地。因基於前述的憲法所推導出來的基本原則，以及憲法最高性之特性，皆有充分的理由可說明立法程序應遵循一定的憲法價值。而立法程序是否正當的司法審查，問題即在於該立法決策程序是否符合憲法規範的要求，因此必須面臨憲法中的正當立法程序內涵為何、該立法決策是否符合憲法之要求以及如何評價不符合憲法要求的「法律」（有效之成文法的要件為何）？而這三個爭議問題皆牽涉到對於憲法的解釋與適用，司法機關既然是憲法的解釋機關與守護者，當然有解決此類爭議的正當性。而法院是否缺乏解決問題的裁判準則，則牽涉到司法機關與學術界是否得以整理出一個可理解及可操作的正當立法程序內涵，而此部分的學說、實務整理，以及本文之見解，將於第參章與第四章第三節中論述。總之，本文認為儘管對於正當立法程序的具體內涵仍容有爭議，且在操作上仍具有不確定性，然而這是所有具有憲法高度之抽象判準所必然具有的特性（如正當司法程序與正當行政程序之內涵在學說上與實務上亦有爭議），而非全面否決司法介入審查立法程序的理由。

最後，則是面對立法程序棘手的審慎態度，若回到布倫南準則應可知所謂「棘手」應是來自於第4點可能不受其他政治部門尊重，及第6點不同部門之間就同一問題發表不同意見而可能發生尷尬局面。但這些造成問題如此棘手的來源，說穿了就只是認為司法介入審查此類問題的正當性不足以使其他機關信服。不過正如前文所述，如果憲法得以從基本原則推導出拘束立法程序的正當要求，那麼立法程序是否正當是一個憲法問題，而非政治問題；而司法機關作為解釋憲法的權責機關，便有足夠的正當性介入審查。

¹⁰¹ Jesse H. Choper, *Supra* note 38, 1505-07.

¹⁰² 著名判例如：Field v. Clark, 143 U.S. 649 (1892)、Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)等。

¹⁰³ Vance v. Bradley, 440 U.S. 93 (1979).



(三) 國會自治 (Parlamentsautonomie)

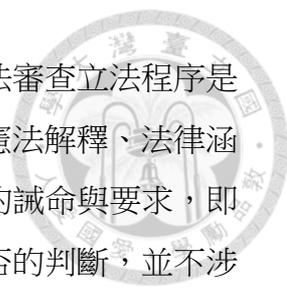
相較於前兩個論點屬於美派的探討方式，國會自治原則相較之下就顯得德派。而此原則認為基於憲法民主的代表原則以及權力分立要求，國會應享有某些排除行政、司法介入的事務領域¹⁰⁴。就代表原則的取徑主要來自我國憲法第62條規定立法院代表行使立法權，因此立法院應排除其他機關的干預，獨立代表人民行使立法權，而議事程序安排本身即為立法權行使的方式與內涵，因此議會的獨立本身即包含著議事規則制定的自主性。而權力分立的取徑，主要強調權力區分與權力制衡，既然憲法將權力區分成立法、司法與行政三權，則分別掌握國家權力的機關，在其權力行使的範圍之內，則應享有自主、獨立且負責的職權，方能達成區分之目的；至於權力制衡，則是透過權力間的干預與限制，避免造成一權獨大的情況。然而其制衡之權仍有其內在界限，即機關對於其權限各自擁有一不可侵犯與不可割讓的核心權限，而議事規則的制定即屬立法權的核心領域之一。更進一步具體言之，國會自治的範圍包含了：議事程序的制定，其內容應涵蓋所有與國會內部議事有關的事項，如議事程序（如：議決門檻與人數、讀會次數等）、委員會組織與國會紀律程序等，且亦擴及至對於議事規則的解釋、規避與爭議認定等¹⁰⁵。

因此，難題即在於，究竟何種事項屬於政治問題或國會自治的範疇，屬於司法者不得介入審查，而何種事項則屬於司法者得審查介入之領域。多數學者對此問題，多以憲法所規定的制定權出發，認為既然立法權的主體為人民，而立法機關僅依憲法規定代人民行使立法權，因此立法機關作為憲法所制定之權力，本身即應遵守憲法之規範。而目前多數學者從民主原則出發，認為若議事機關違反「多數原則」，或以多數暴力壓制少數並剝奪少數的發言權利，而違反「少數保護」時，即違反憲法之誡命。此外，若立法程序實質掏空二讀會中對於議案的實質討論，亦可能不符合憲法第63條的「議決」之要件。

本文肯認上述學者所提出之見解，惟基於前文之論述，本文認為不只民主原則得作為憲法上所劃定國會自治的界限，自從司法院釋字第499號解釋所言之修憲／立法程序應「經由國民意見表達及意思形成之溝通程序」、「應公開透明以滿足理性溝通之條件」，因此若不符合憲法所推導出之程序民主、程序平等、程序

¹⁰⁴ 許宗力，前揭註 12，頁 306。但亦有學者認為國會自治沒有法律上理由，僅是為了合目的性之考量，詳參 陳淑芳，前揭註 16，頁 101。

¹⁰⁵ 許宗力，前揭註 12，頁 315；王韻茹，前揭註 8，頁 49。



法治或程序合理者，司法機關皆有介入審查之正當性。因此司法審查立法程序是否會違反政治問題或國會自律原則，本文認為司法者既然職司憲法解釋、法律涵攝或爭端解決的審判機關，則針對立法程序是否正當符合憲法的誠命與要求，即為審判者的權限內容，因此對有爭議的立法行為，作出合憲與否的判斷，並不涉及議會自治核心領域：議事規則與立法程序內容的制定與干預。而立法程序的問題本身即隱含著政治性格，對於棘手問題的謹慎態度並非指司法者對於憲法守護的棄守，而是在審查密度或效力宣告的方式，基於權力間平等相維的原則，給予適當的尊重。

第四節 準程序司法審查之憲法基礎與爭議

一、準程序司法審查之正當性爭議

準程序司法審查的正當性，首先即來自憲法文本或憲法義務的批判。由於不像純粹立法程序審查般，有憲法明文規定的要件，或是可以較直接地由「自由民主憲政秩序」推導出來，因此其正當性也就更顯爭議。如有學者指出，在證立準程序司法審查所面臨的最大問題，即在於能夠證成「最適的立法方法是一種憲法義務」（“optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht”），而有論者認為目前贊成論述從憲法民主原則、法治原則或基本權利程序要求的取徑，皆已對憲法規範作了「過度詮釋」¹⁰⁶。針對此一批判，有學者回應認為這無關緊要，因憲法文本本來就僅針對大原則的事項有所規範，而規範密度也是眾所皆知的寬鬆，因此只要透過司法實務以符合憲法原則的解釋方式，慢慢將抽象的憲法規範具體化適用於個案，藉由案例的累積將可以慢慢融合於當今的憲法秩序中。事實上，此批判也並非僅有準程序司法審查才會出現，同時也出現在現行運作的實質審查中，如美國最高法院從憲法增修條文第 1 條言論自由之審查中發展出「公共論壇」（public forums）此一概念，在平等原則審查中區分「嫌疑分類」（suspect classifications）而決定不同審查密度等，這些在憲法文本中皆付之闕如，而是透過憲法解釋之判例慢慢累積而成。且亦殊難想像假如法院堅持要求立法手段與目的間須具備實質關聯抑或嚴密剪裁關聯，而只准許法院審查立法的實質結果，而不

¹⁰⁶ 蘇彥圖，前揭註 7，頁 115。

去考量決策程序本身是否謹慎¹⁰⁷。此外，準程序司法審查亦非如學者批判之「最適之立法方法」，誠然準程序審查的介入程度高於一般立法程序之審查，然而其所要求並非立法者以客觀上最合適的立法方法制定法律，毋寧仍是立法者自行決定其立法程序與方法（國會自律下的當然解釋），僅有在其所使用之方法有違反憲法之正當立法程序時，司法者方有介入審查的正當性。且實務上也尚未出現過司法者完全推翻立法者所採擇之立法方法而宣告其違憲的案例，頂多僅有在此一方法下產生的瑕疵違反憲法之要求。總以言之，準程序司法審查所要求的並非「最適立法方法的憲法義務」，而是「合憲立法方法的憲法義務」。

其次，有學者批判準程序司法審查並未有一個明確的判準，因此司法者的介入非但極度不恰當，甚至是種司法權的濫用¹⁰⁸。而此一論點主要著眼於關乎憲法長久以來的爭論，即法律原則充滿不確定時，將可能造成司法過度介入的可能性。但曾有學者希冀能透過對於美國判決之準程序司法審查的整理分析，提出一個準程序司法審查法理的宏觀憲法理論（*grand theory of constitutional law*），然而最後卻以失敗告終，並承認最高法院乃針對不同法領域內的需求提出不同的準程序審查規則¹⁰⁹。不過就算肯認了準程序司法審查相較之下更為依賴立法所涉之領域以及立法事實，批判準程序司法審查充滿不確定性的論點，事實上本身也不具有說服力，如在通商條款案件的審查，最高法院即承認在分辨是否為「商業或非商業」（*commercial or noncommercial*），將導致法律的不確定性，而此一不確定性毋寧是憲法所賦予的¹¹⁰。況且在實質審查中，無論是審查密度的採擇，乃至於更根本一點的比例原則內涵為何，至今仍疊生爭議。因此不確定性的批判與其說是針對準程序司法審查，不如說是憲法高度抽象性所導致的必然現象。是以，並無正當理由再進一步說明，究竟為何兩者同樣具有不確定性，但可以接受實質審查卻無法接受準程序司法審查？

再者，另一個批判則來自於準程序司法審查，是建立在過度簡化及理想化的立法程序之上。簡言之即，準程序司法審查所要求的憲法內涵，在現今繁忙與各種利益交錯的立法制定現實中，是個太過高估的期待。更有學者直言，高度要求立

¹⁰⁷ Dan T. Coenen, *The Pros and Cons of Politically Reversible "Semisubstantive" Constitutional Rules*, 77 *Fordham Law Review* 2835, 2854 (2009).

¹⁰⁸ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 874–78 (1988) (Scalia, J., dissenting).

¹⁰⁹ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2863.

¹¹⁰ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

法者在立法程序做立法事實調查與研究，會錯誤地將其同等於行政機關¹¹¹。惟此一批判本文認為太過著重於立法程序的現實面，即憲法作為國家之最高法規範，事實上皆不難找出要求立法機關透過公共利益、起碼的事實調查與審議的立法程序通過法案¹¹²。既然作為國家公權力行使的一環，自應遵守憲法原則所要求的誠命，而實不應該將政治現實的實然與憲法規範的應然混為一談。

最後，若從內閣制的權力分立角度觀察，現今大多數的法律案皆是由行政部門所提出，而議會決議過程限於議員自身的專業能力以及政治利益交換等，則立法事實調查該由誰承擔¹¹³？這個質疑主要有幾點可以進一步分析，首先是國會有別於行政與司法所具備特殊的政治（交換）性格是否適合司法者介入，而這點與前文第二章第三節二、（二）所討論的政治問題原則不謀而合；其次則訴諸議員專業能力的限制，而此一主張若進一步延伸，則可變成常見的「司法者難具有判斷立法調查與審議是否足夠的專業能力」。

針對第一點立法機關中政治性格複雜性與特殊性的質疑，事實上也會出現於實質審查之中，或更精確一點的說，所有的司法審查都會面臨立法機關的獨特政治性格與妥協性格。是以議員政治利益的交換，是否就足以正當化法律對於基本權利的違憲剝奪，這部分在多數國家實務與學者肯認了司法實質審查時，便已明白表示了否定的立場，而同理當然亦不得作為正當化違反憲法義務的立法程序。

至於第二點對於司法機關能力的質疑，亦非為不能克服的障礙。因司法者在判斷立法調查或審議是否足夠，並非完全基於立法事務所涉及的專業本身及其預測是否正確，而毋寧是檢視立法者所為的立法判斷，其所建立的論據是否理性，因此司法者的審查乃是創造一個「強制趨近理性」（Zwang zur Rationalität）的情境，使立法者對立法事實的調查及其判斷盡可能的理性，以提升決策的品質¹¹⁴。因此，司法者判斷的標準並非完全立基於國會調查專業內容本身的正確性，而是根據憲法判準檢視立法者搜集資料與預測判斷是否符合理性要求。故在實務的操作上，審議足夠與否以及立法調查的充足與否，審查的密度與深度皆頗為寬鬆，幾乎可說是以瀏覽乃至於點到為止的審查方式。反而相較之下，實質審查模式對於立法

¹¹¹ Harold J. Krent, *Turning Congress into an Agency: The Propriety of Requiring Legislative Findings*, 46 Case W. Res. L. Rev. 731, 746 (1996).

¹¹² Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2890.

¹¹³ 蘇彥圖，前揭註7，頁115。

¹¹⁴ 許宗力（2007），〈違憲審查程序之事實調查〉，收錄於《法與國家權力（二）》，臺北：元照出版，頁50。

者目的與手段間的關聯，雖然要求不同密度的舉證責任，但卻更深入作成「手段是否有助達成目的」、「手段是否為最小侵害性」或「手段與其所欲達成之目的是否符合狹義比例原則」（或「所追求目的是否為相應重要之公益」、「手段與目的間是否具備相應之關聯」）等法律內容或結果之專業領域的判斷。除此之外，在我們肯認行政機關比起立法機關更為專業的前提之下，則值得比較的是，在涉及行政專業之判斷餘地，司法者同樣也享有審查之權限，只不過僅限於程序瑕疵之事項，而同樣的準程序司法審查也是一種程序瑕疵，僅僅是因為立法程序與行政程序之不同，而有不同的審查標的，但不變的仍是司法者並不因為專業能力比不上其他機關，即棄守審查其他機關是否依法而治的審查權限。

而若比較實質審查以及純粹立法程序審查，則準程序司法審查亦存在著不少優勢。以實質審查作為比較的立論基礎，由於準程序司法審查考量到法案所涉及的基本權利，因此支持此類型審查的學者，最主要的理由即是準程序司法審查可以作為有效保護基本權利的工具¹¹⁵，而此亦為支持實質審查最主要的論據。不僅如此，準程序司法審查更可以緩解實質審查的抗多數決困境，因為比起實質審查其更尊重國會對法律與社會價值的實質判斷，而將審查對象轉至立法程序的正當審議，便將關於法律的權利與利益交由給多數人民決定。縱使法律被宣告違憲而無效，準程序司法審查暫時的（provisional）特性，比起實質審查帶有「最終、不可逆」的效果，暗示了立法者如果透過改善其立法決策過程並藉此再度審查（second look）立法內容，仍舊可以制定相同之法律¹¹⁶。也因準程序司法審查具有暫時之特性，因此保留了決定法律實質內容的空間，並藉由再立法的機制讓立法機關與司法機關間達成動態平衡式的對話，並讓國會更著重於立法程序中對於基本權利與少數保護的審議與辯論，因此從對話民主理論來看，準程序司法審查反而可以增加社會間彼此的對話質量（dialogic quality）¹¹⁷。

反之，若以立法程序審查作為比較的立論基礎，準程序司法審查則與純粹立法程序審查，共享保護程序性民主所提倡之原則的正當性，如：參與、透明、課責與審議等。但由於其審查標準又較純粹立法程序嚴格，因此有學者認為若立法程序審查是司法者對立法機關的「程序控制」（procedural regularity），則準程序司法

¹¹⁵ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 26, 279; Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2854.

¹¹⁶ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 26, 282.

¹¹⁷ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2839.

審查即是對立法機關「程序理性」(procedural rationality)的要求¹¹⁸。因此其所著重的已不單單只是消極地程序民主之面向，而更積極地建立一個審議民主的公民社會。除此之外，不少論者批評立法程序審查，欠缺對於憲法基本權利保護之功能，此說主要依據在於司法權的民主正當性較國會來得低，因此憲法價值與人權保障是司法權正當性的重要來源。但此批判將因為準程序司法審查中帶有憲法基本權利考量因此具有保護人權之功能，而顯得薄弱。

二、準程序司法審查與他種審查類型之比較

然而，準程序司法審查並不若表面上揉合程序審查與實質審查優點般那樣美好，就如雙面刃般，準程序司法審查的雙重性格，同時也使其自身招致分別來自實質審查及程序審查觀點的批判。

(一) 立法程序審查面向的爭議

在立法程序審查方面的爭議，主要來自本章第三節所述，即程序面向的審查皆是透過評估決策過程是否適當，以決定系爭法規範的效力，但此舉往往被強力批判，將司法審查介入立法權內部之運作，並且干預立法神聖特權中最神聖的領域¹¹⁹。而支持程序面向審查的論者，回覆此一批評時多主張，程序審查帶有暫時的(provisional)特性並且尊重立法者所作的實質判斷，因此比起實質審查與立法權間的互動關係，並沒有更侵犯立法之權限¹²⁰。此外，支持準程序司法審查的學者更進一步主張，此種審查模式涉及到憲法基本權利與價值的保護，是以又比單純之立法程序審查更具正當性。且在操作上，比起立法程序審查是一個標準自由的穿梭於各種情形¹²¹，準程序司法審查的操作反而能夠囿於個案的限制，僅有在涉及到較值得保護的憲法價值與權利時才會發動。

但不可否認的是，儘管準程序司法審查具有保護憲法基本權利的正當性，但在程序審查面向，要求立法機關適當的審議與事實調查等，相較之下也比單純立法程序審查要求更多。而這所產生的問題在於，立法程序審查事實上多可從憲法本文的明文規範找到依據(如法定人數、兩院制、總統簽署等)，甚至若從憲法基本

¹¹⁸ Patricia Popelier, *Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs*, 6 *Legisprudence* 257, 262 (2012).

¹¹⁹ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 877 (1988) (Scalia, J., dissenting).

¹²⁰ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2871-2872; H.A. Linde, *Supra* note 22, 243.

¹²¹ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2869-2870.

原則推導，從一般所理解的民主內涵即可證立。但準程序審查內涵對於立法者進一步的義務要求，則又涉及到更深遠的實踐理性或溝通理性、多元民主或共和民主、菁英民主或審議民主的論爭與反省¹²²。除此之外，相較於立法程序審查的客體，多為是否由國會（或兩院）通過、法定人數或總統簽署等較形式之事項，準程序司法審查則涉及立法調查與適當審議的判斷，司法者是否得以應付立法程序的特殊性與複雜性，乃至於決定代替立法者「審議」與「調查」是否足夠之判斷的正當性¹²³，皆不無疑問。

而立法程序優勢之一的「暫時性」，到了準程序審查的操作上，也同時顯得較為不具有說服力，因準程序審查內涵對於國會決策程序要求的提高，也將導致國會在重新議決被宣告違憲的法案時，必須踐行較高的程序義務如適當審議或立法調查，而這些多出來的成本將遠高於單純因立法程序被宣告違憲所付出的成本，因此某程度上也削弱了暫時之特性的優勢¹²⁴。

（二） 實質審查面向的爭議

而更多對於準程序司法審查的批判，主要來自於實質審查的觀點，認為準程序審查一方面涉及憲法價值與基本權利評估，一方面又加入了對於立法程序的評價，因此對於立法權的干涉可說是更甚以往。

如實質司法審查所面臨的抗多數決困境，立法程序之審查僅著重於決策程序，而將立法實質內容交由立法權之多數決定，某程度上即可以緩和司法機關民主正當性不足的難題。然而此一主張適用到準程序司法審查中，即受到某程度上的限縮，理由在於它並未完全取代實質審查，而僅僅是作為另一種對立法權制衡的補充手段，誠如上文所述，準程序司法審查中的第一步驟，即是確認是否有違反憲法基本權的情形，而此完全與實質審查相同，因此當「正當的立法程序」內涵與其所涉及的「基本權利侵犯的容許性」（*permissibility of infringement*）相關聯甚至連動時，留給立法者的選擇空間事實上並沒有比實質審查還有彈性¹²⁵。而當實質觀點仍主宰著對權利侵犯容許性程度之範圍，法院即仍有介入國會對社會價值選擇的空間，而這些包含了如：憲法價值、權利與利益的恰當平衡、特定目標的正

¹²² 蘇彥圖，前揭註7，頁115。

¹²³ 蘇彥圖，前揭註7，頁115。

¹²⁴ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 26, 284.

¹²⁵ 蘇彥圖，前揭註7，頁115-116。



當性以及特定手段的容許性等。

再者，準程序司法審查中，法院在第一步驟中判斷哪些基本權利或憲法價值必須經過更嚴格的程序要求之保護，本身就足以使司法機關代替立法機關成為社會價值形塑的領航者，而這始終是不少學者對於實質審查的重要批判。就連致力於發展「價值中立」(value-neutral) 程序憲法理論的學者 Ely，也觀察到就算是純粹立法程序審查事實上也充滿著價值判斷，差別只在於前者是判斷究竟哪些程序性價值利益 (procedural values merit) 值得被保護，準程序司法審查則還要再加上判斷實質價值利益 (substantive values merit) 值得被保護的程度。而這個差別之所以重要，是因為如第二章第二節二、中所述，不少政治理論與心理經驗研究多顯示，適當的程序比起實質價值對民眾判斷是否正當時更為重要。因此，準程序司法審查作為實質審查的補充手段，將會造成司法者代替立法者先行作出實質判斷。

三、小結

若照前文敘述，準程序司法審查彷彿具備了狄更斯《雙城記》中的那個時代的矛盾，即這是一個「最好的審查模式，同時也是個最壞的審查模式」。然而就如同純粹程序與純粹實質審查所面臨的困境一樣，這些批判並非導致審查模式全有或全無的二元思考，毋寧是針對各個模式的優劣，發展出各自適用的審查時機與操作方式。

本文認為，儘管準程序審查比起純粹程序審查，確實提高對立法者的程序義務要求，因此僅有在保護價值積聚較高的基本權利以及憲法原則時，方具有準程序審查之正當性。儘管，如學者指出的，準程序審查減弱了程序審查面向的暫時性之特性，並增加立法機關重新立法的成本，但若與準程序審查所欲保障的較高價值積聚之基本權利相比，這些社會成本的付出應該是值得的。

第三章 比較法中正當立法程序之內涵及司法審查



第一節 美國

一、憲法規範

在美國聯邦憲法中，針對立法程序所應經之程序，主要規定於第1條第1項至第10項中。而其中該條第1項規定，「憲法所授予之立法權，均屬於參議院與眾議院所組成之美國國會」，是以美國的立法機關乃是所謂的「兩院制」(Bicameral System)；復依同條第7項規定「凡眾議院及參議院所通過之法案，於成為法律前，應咨送美國總統，總統如批准該法案，應即簽署之」。因此，在美國法案(bill)若要成為有效的法律(law)，乃指經參眾兩院通過並由美國總統批准簽署之，而此亦為美國多數學者較無太大爭議之正當立法程序的內涵¹²⁶。而若總統對兩院所通過之法案有異議，則應附具異議書，交還給提出法案之議院進行覆議，若兩院皆以該院議員三分之二人數同意通過該項法案，則該項法案即成為法律(請參美國聯邦憲法第1條第7項之規定)。

至於其他與立法程序之相關規範，如第1條第3項規定每「一參議員有一表決權」，但由美國副總統兼任的參議院議長，僅在該院參議員可否同票時，方得行使表決權。而議會之進程序，依第1條第5項規定兩院「議員出席過半數即構成決議之法定人數」、「各議員對於任何問題之贊成與反對投票，經出席議員五分之一之請求，應載入紀錄」。此外，議員之言論免責權，則規定於同條第6項：「兩院議員，除犯有叛國罪、重罪及妨害治安之罪者外，在各該院開會期間及往返於各該院之途中，不受逮捕，各該院議員不因其於在議院內所發表之言論而於議院外受詢」。至於詳細的立法程序，則由本條第5項授權各院訂定之。

二、立法程序之審查

在立法程序審查中，幾乎很少有案件因為不符合憲法規定，即法律應由兩院通過並由總統簽署，而被宣告違憲。此外，針對其他立法程序相關議題，則多以政治問題原則(political question doctrine)而不被受理，因此針對立法程序，原則

¹²⁶ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 31.

上司法機關甚少介入或表示意見。再加上，美國憲法第1條第6項所規定的言論免責條款和最高法院自己發展出來的「已歸檔之法案規則」(Enrolled Bill Doctrine)，限制了司法機關對立法檔案審查的權限。因此可以說，美國最高法院非常尊重國會對法律是否通過的認定權限。惟本節仍針對在立法程序司法審查中所曾出現的相關爭議：送呈條款、言論免責條款、已歸檔之法案規則以及法定人數等，加以分析介紹。

(一) 兩院制 (Bicameral) 與送呈條款 (Presentment Clause)

總統條項否決權 (Line Item Veto) 主要涉及的爭議在於，美國聯邦憲法第1條第7項規定法案應由兩院表決通過並由總統簽署發布，否則應由總統附異議書交還給提出法案之議會進行覆議；此即為送呈條款 (Presentment Clause)。惟在1996年3月參、眾兩院分別通過了《總統條項否決法》(Line Item Veto Act)，並於同年4月由總統簽署生效。儘管在該法中並未使用憲法所稱「否決」(Veto)一詞，然而卻賦予總統在某些特定的條件下，得以「刪除」(cancel)經憲法第1條第7項生效後之法案裡的特定支出和稅收優惠措施(spending and tax benefit measures)¹²⁷。而在該法案中投下否決票的幾位參、眾議員，認為本法剝奪了國會在憲法上的立法權限，以及憲法上行政機關與立法機關間的權力平衡關係(the constitutional balance of powers)。

在Clinton v. City of New York案中，法院宣告《總統條項否決法》上開規定違憲¹²⁸。本案的爭點，儘管涉及到先前在Raines v. Byrd案，上訴人聲請是否具有可司法性(justiciable)的問題¹²⁹，以及權力分立不同立場間的爭論。但著重於本文所關心的正當立法程序的問題，在本案中最高法院認為「相關的歷史資料充分的支撐著一個結論：法案通過的程序僅能在『單一的精心構思與詳盡考量的程序』(a

¹²⁷ 該法中詳細規定為：“[T]he President may, with respect to any bill or joint resolution that has been signed into law pursuant to Article I, section 7, of the Constitution of the United States, cancel in whole- (1) any dollar amount of discretionary budget authority; (2) any item of new direct spending; or (3) any limited tax benefit; if the President- (A) determines that such cancellation will- (i) reduce the Federal budget deficit; (ii) not impair any essential Government functions; and (iii) not harm the national interest; and (B) notifies the Congress of such cancellation by transmitting a special message ... within five calendar days (excluding Sundays) after the enactment of the law [to which the cancellation applies].”

¹²⁸ 針對本案的背景、事實及脈絡，詳參 李奕廷、吳重禮 (2013)，〈美國總統款項否決權的爭議：聯邦最高法院 Clinton v. City of New York 一案之判決及其影響〉，《政治學報》第 55 期，頁 9 以下。

¹²⁹ 詳參本文第參章第一節四、司法審查。

single, finely wrought and exhaustively considered, procedure) 下進行」¹³⁰，但本案中的情形，由於總統條項否決權的介入，導致系爭被總統刪減的法律(*Balanced Budget Act and the Taxpayer Relief Act*)，並非經過立憲者所預設精心構思(*finely wrought*) 的程序，而是原本「應由兩院通過」此一程序被刪減(*truncated*) 後版本。但立法程序究竟要具備何種特質或過程，才稱得上「單一的精心構思與詳盡考量的程序」，法院並未進一步定義。反而法院在本案中維持一貫的立場，不過度涉入關於立法程序的爭議，因此在本案中，法院又不厭其煩地再三強調其並未提出任何關於系爭法案(立法) 程序的相關意見，僅僅是因為如果本法案是可以被接受的，則表示授權總統創造一個不被兩院表決通過的法律內容，而這違反了憲法第1條第7項的規範¹³¹。

若想繼續探求「單一的精心構思與詳盡考量的程序」內涵，則回溯該段文字乃是引用於本案之前，針對立法否決權(*Legislative veto*) 爭議所表示之見解。該案事實略為：於《移民和國籍法》(*Immigration and Nationality Act*) 中規定，參議院或眾議院得以決議之方式，使檢察總長(*Attorney General*) 針對個案所作成之驅逐出境之決定無效¹³²、¹³³。最高法院最終於 *Chadha v. I.N.S.* 案中¹³⁴，宣告該法 244(c)(2) 條立法否決權的部分違憲，本案爭議當然同樣涉及到權力分立，惟針對立法程序之論述，法院認為根據憲法第1條第1項及第7項規定，即立法權歸屬於兩院，和送呈條款乃為制憲者設計立法權之行使應以「單一的精心構思與詳盡考量的程序」下進行，且此一程序為憲法權力分立中的必要部分。本案，國會機關所否決的，乃是檢察總長暫緩驅逐當事人的決定，而與系爭法律中國會僅得推翻檢察總長驅逐出境之處分的規定不符；且本案否決權的行使之目的與效果，本質上屬於立法行為(*legislative action*)，按憲法第1條第7項規定應由兩院表決通過，惟系爭

¹³⁰ “Familiar historical materials provide abundant support for the conclusion that the power to enact statutes may only ‘be exercised in accord with a single, finely wrought and exhaustively considered, procedure’.” *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417 (1998).

¹³¹ *Id.*

¹³² 該法第 244(c)(2) 條中規定：“(2) In the case of an alien specified in paragraph (1) of subsection (a) of this subsection-- if during the session of the Congress at which a case is reported, or prior to the close of the session of the Congress next following the session at which a case is reported, either the Senate or the House of Representatives passes a resolution stating in substance that it does not favor the suspension of such deportation, the Attorney General shall thereupon deport such alien or authorize the alien's voluntary departure at his own expense under the order of deportation in the manner provided by law. If, within the time above specified, neither the Senate nor the House of Representatives shall pass such a resolution, the Attorney General shall cancel deportation proceedings.”

¹³³ 本案事實背景及脈絡，詳參 湯德宗 (1986)，〈三權憲法、四權政府與立法否決權——美國聯邦最高法院 *INS v. Chadha* 案評釋〉，《美國研究》第 16 卷第 2 期，頁 28 以下。

¹³⁴ *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

規定卻僅要求其中一院表決否決即可。因此在立法授權國會得對檢察總長的權限為限制或改變前，國會應尊重檢察總長的權限，而否決權的立法特性只有在立憲者單獨授權單一議院或排除兩院制體制時方得合憲¹³⁵。

由此兩個判決可知，只要被認為修改法律規範內容之行為，即可能被認為是憲法意義上的立法行為，而其應經過立憲者所制定之「單一的精心構思與詳盡考量的程序」，即經兩院審議表決通過，由總統簽署發布。此為美國最高法院實務上所肯認的正當立法程序內涵之一。

（二） 已歸檔之法案規則（Enrolled Bill Doctrine）

此原則的憲法基礎，除了來自司法針對立法程序審查所面臨的權力分立的問題所衍伸而來外，亦與前文所提之送呈條款相關。最早提出此原則的指標案件，乃為Field v. Clark案，此案件亦為我國司法院釋字第342號解釋理由書中，援引外國法以作為論證基礎的判決之一。本案事實略以：原告主張系爭被歸檔的法案與實際經由國會通過的法案內容不同，根據議會議事錄、委員會報告及其他由國會授權所製作的文書記載，其應已按照法定立法程序通過的某些章節，卻在被歸檔的法案中遺漏了。而所謂的歸檔法案（Enrolled Bill）乃指最後經由兩院發言人（the Speaker）與參議院主席簽署，並送交呈給總統簽署、發布，並留存於國務院（Department of State）中；而此程序之意義在於，作為該法案已經國會通過批准為有效法律的宣示¹³⁶。

惟在本案中，法院認為司法機關不該質疑已歸檔法案的效力，且其他國會紀錄或證據效力，亦不該優於經歸檔程序之法案。因此，當法案已被批准並公布於眾，即被證明已經過國會通過，則該法案應被視為「完整且無可指摘的」（complete and unimpeachable）。且由於總統並沒有批准未經國會通過之法案的權限，因此歸檔的層層程序，即莊嚴的確保了每個法案分別賦予了國會通過法律、行政機關執行法律的憲法職責¹³⁷。

從本案的案例事實可知，已歸檔之法案原則發展之初，乃是針對立法內容遣詞（wordings）正確性為爭執，後續則漸漸發展法院不應針對法案的遣詞（wordings）、投票的步驟或法定程序為審查，且此一原則至今仍被實務所接受¹³⁸。此一原則主

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Field v. Clark, 143 U.S. 649 (1892).

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); Public Citizen, Appellant v. United States District Court for the

要是避免人民之權利因為法案受到些微影響，便以立法程序微不足道的瑕疵提起訴訟；另一方面則是基於權力分立而尊重立法機關的權威性，以免司法審查深入立法程序之內¹³⁹。但這應並不表示美國最高法院完全棄守對於立法紀錄的任何調查，如在本案之後的 *Baker v. Carr* 案中，法院表示如果已歸檔的法令欠缺生效日期，則法院將會毫不猶豫的調查相關立法紀錄以維護其通過之效力¹⁴⁰。因此，法院絕少調查立法紀錄的原因，並非立法紀錄屬於國會機關內不可侵犯與質疑的領域，而是為了避免以立法紀錄推翻現行有效的法律，以尊重立法權之行使，是以當立法紀錄的調查有助於釐清或證立法案之通過，法院仍舊得以調查之。職此，有學者認為，在 *Field v. Clark* 案，法院之所以拒絕以議事錄作為證據，乃是因為避免議事人員所製作之文書效力勝於由民選之議員所承認之文書效力，故只是「舉證困難」罷了¹⁴¹。

（三） 法定人數（Quorum）

國會中議決的法定人數，規定於憲法第1條第5項。而在著名的案件 *U.S. v. Ballin* 中，原告主張系爭法案通過的投票結果為：贊成138票、否決3票及未投189人，因此有投票者（141人）並未超過議會總額的一半，有違憲法中法定人數之規定¹⁴²。儘管，在本案中法院強調了憲法第1條第5項規定，乃是指有多數（majority）議員於議會出席方得行使職權，因此建立國會議事地位的是多數議員的在場（present），而非議員們同意與否的意向¹⁴³。但憲法並未規定應以何種方法（methods）確認或查明當時是否具備多數議員的出席，因此無論是透過唱名（roll-call）、由計票員（teller）、發言人（speaker）或書記人員（clerk）在法案投票時統計人數，或是簽到簿裡所公告的出席名字等，基於同條後段授權各院自訂議事規則，只要能夠合理的查明是否有多數議員在場的事實，且該方法並未違反憲法的限制或是侵犯基本權利，基本上都是可接受且應該要尊重的¹⁴⁴。

因此本案既然在國會中按其議事規則所製作的議事錄裡，記載當時已有過半的議員出席，則立法權並不僅因在場的議員沈默（silence）或不投票（inaction）而中止¹⁴⁵，是以不採信原告之說詞，而肯認系爭立法行為之有效性。

District of Columbia, Appellee, 486 F.3d 1342 (D.C. Cir. 2007).

¹³⁹ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 50.

¹⁴⁰ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

¹⁴¹ 李建良，前揭註 100，頁 301。

¹⁴² *United States v. Ballin*, 144 U.S. 1 (1892).

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*



三、準程序之司法審查

儘管美國最高法院針對立法程序的審查相當節制，然而在特定領域的立法，司法者基於基本權利的保障，以及限制聯邦權力等目的，則會在法律說理（reason-giving）的部分，課予立法機關較高的舉證責任。而此類型的審查案件雖然名義上是針對法律內容的實質審查，但法院在審查的過程中，卻同時隱含著對立法者事實調查（fact-finding）的程序，為是否符合理性（rational）之判斷，因此屬於實質審查與（立法）程序審查兼具的準程序司法審查。

（一）手段與目的間的合理性（Means/Ends Rationality）

因準程序司法審查的特色，即在於混合立法內容的實質審查以及立法程序的事實認定，因此在原告的聲明中，除了會主張法律內容限制對基本權利的侵害外，同時亦會訴諸於該立法的限制手段，違反憲法增修條文第14條之正當程序（Due Process Clause）與平等權保護條款（Equal Protection Clause）。而在立法程序方面，則表現於系爭立法手段與其所欲追求的目的間，是否具有合理性（rationality），而該合理性的要求程度究竟為何，則應視該法律所涉及的基本權利為何，即其所對應到的審查密度為何而有不同。

不過，美國聯邦最高法院對於此種手段與目的間理性關聯的審查，其基本立場依然可說是相當的節制。如在Williamson v. Lee Optical, Inc.案中，法院所表現出來的態度：本案爭點在於奧克拉荷馬州（Oklahoma）對於僅有州政府所核發具有配鏡師（optometrist）及眼科醫師（ophthalmologist）執照者，方可替人調整（fit）、更換（replace）或重製（duplicate）鏡片（lenses）及其他光學器具（optical appliances），是否違反憲法增修條文第14條之正當程序及平等條款¹⁴⁶。法院首先肯認系爭規定的立法目的在於保護人民的健康福祉（health and welfare of the people），屬於公眾利益（public interest）無誤。但該限制手段將造成眼鏡行（optician）在沒有配鏡師與眼科醫師的處方下，無法替人民將舊鏡片安裝於新的鏡框，或是提供新的鏡片——無論是全新的或是由於遺失或損壞而再製替代的鏡片；是以在此面向，立法所採取的手段與該目的間欠缺「合理關聯與必要」（neither reasonably necessary）

¹⁴⁶ Williamson v. Lee Optical, Inc., 348 U.S. 483 (1955).

nor reasonably related) ¹⁴⁷。但儘管該法之要求在許多情形下是不必要且多餘的 (needless, wasteful)，然而衡量立法手段之利與弊 (advantages and disadvantages) 的職責在於立法機關而非法院；因此雖然在許多狀況下系爭手段造成了不必要的限制，然而立法過程也顯示了在某些特定的視力缺陷與矯正眼部情況 (particular defects of vision or alleviate the eye condition)，處方籤的內容對鏡片的配置是必要的，則立法者針對這些特殊情況發生的頻率，即足以正當化對於鏡片配置的管制手段¹⁴⁸。

最後，法院再度重申，法律無需在各方面皆與憲法意旨邏輯上一致，只要有可以更正該缺失 (evil) 的手段即已足夠，而立法手段即是一個修正它的合理方法。因此，由法院透過憲法增修條文第14條正當程序指摘州法無效的那個不智且短視的時代已經過去了，避免立法權的濫用必須訴諸於社會的民意，而非法院¹⁴⁹。

而若是依據科學研究資料所為的立法，法院也不會要求立法者證實所有的科學資料及其所判斷是完全可信賴的。如在 *Jacobson v. Massachusetts* 案中，系爭法律強制孩童與部分成人接種疫苗，以避免天花的擴散，然而原告卻主張強制接種疫苗並不是預防天花擴散最有效的方法，系爭法案被指控未考量到相反意見所提出來的理論，且被迫在這兩個不同手段中選擇其一¹⁵⁰。然而法院其司法審查的任務乃在於，針對那些手段與公共利益（健康、道德或安全）間欠缺真正、實質的關聯，且毫無疑問的明顯侵犯憲法所保障之基本權利的法律；因此面對此類案件，法院必須假定立法機關知悉這些反對的論點，且並非被迫在兩者間擇一，此外法院也並非判斷兩者間究竟何者為免於疾病最有效之手段的最終機關，此任務應由立法機關在所有資訊的公開下做抉擇，縱算選擇的不是最好的手段，僅要對抑制天花疫情有所益助即為已足¹⁵¹。

而法院針對立法理性與否的審查如此自制，是因為：「憲法假定那些缺乏理由 (reason) 而被認為是反感 (antipathy) 甚或短視 (improvident) 的決策，最終

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ “But the law need not be in every respect logically consistent with its aims to be constitutional. It is enough that there is an evil at hand for correction, and that it might be thought that the particular legislative measure was a rational way to correct it. The day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions because they may be unwise, improvident... [F]or protection against abuses by legislatures, the people must resort to the polls, not to the courts.” *See Williamson v. Lee Optical, Inc.*, 348 U.S. 483 (1955).

¹⁵⁰ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

¹⁵¹ *Id.*

將會由民主程序所修正，而無論法院認為政治部門之決定多麼的不智(*unwisely*)，介入其中原則上都是不具正當性的(*unwarranted*)」，除非「立法行為差別對待不同群體或個人無關於其所追求的合法目標，而被法院認定是不合理的(*irrational*)」¹⁵²，方得推翻該法律之效力。若立法程序對於邏輯或科學上的缺陷最後未被修正，法院也應該尊重其決定，否則將會太過期望立法機關的精確性。

總之，基於權力分立原則，法院不太會審查法案通過的品質(*merits*)，即立法政策所基於的科學證據，除非當事人聲稱系爭法規侵犯其基本權利。而亦有學者認為，美國立法程序所通過的實體法，未必都符合邏輯、體系一貫或採取可有效達到目的的手段，因此法院也無需要求法律應遵循這些價值¹⁵³。且若要求探詢政策形成的目標本身亦是虛幻的，因為政策的形成乃是透過成員間相互矛盾的利益中彼此競爭的結果，或者僅僅只是一利換一弊罷了¹⁵⁴。

(二) 中度(較高)審查標準(*heightened scrutiny*)

雖然法院對立法事實或立法資料採取消極的審查，但若涉及到基於種族的差別待遇則會採取較嚴格(*heightened scrutiny*)的標準(不過究竟何時採較嚴格的標準，其實也未必有一定的準則)，而此時立法機關則須負較大的舉證責任證明其立法之事實與資訊的有效性。法院之所以可以嚴格審查，雖然其並未明言憲法上的依據為何，但學者認為乃是基於民主正當性而來¹⁵⁵；質言之，立法程序的價值乃在於其屬於政治程序，如同公共論壇一般選民或議員可以透過立法過程或投票表達自身的意見進而形塑出共識與政策，而當賦予司法者審查權限時，立法機關為了避免其所產生的共識遭到被宣告無效的疑慮，因此將會審慎的完備政治領域的立法程序。直接的影響是立法者會更用心檢視法律對於公益性的追求，間接則是立法過程會經過更完善的檢視¹⁵⁶。

A 言論自由(*freedom of speech*)

言論自由之保障，規定於美國憲法增修條文第1條，且憲法用語使用了「不得立法」(*no law*)，如此強烈的字眼，使得言論自由在美國有著神聖的權利(*sacred*)

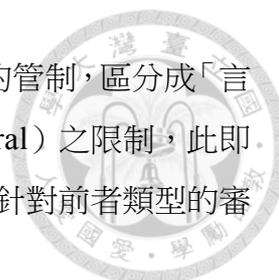
¹⁵² *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93 (1979).

¹⁵³ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 58.

¹⁵⁴ Hans A. Linde, *Supra* note 22, 212.

¹⁵⁵ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 58.

¹⁵⁶ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 60.



right) 之稱¹⁵⁷。而在最高法院長期發展之下，又將針對言論自由的管制，區分成「言論內容」(content-based) 之限制以及「內容中立」(content-neutral) 之限制，此即我國學說通稱之「雙軌理論」(Two-track Theory)¹⁵⁸。原則上，針對前者類型的審查會較後者為嚴格¹⁵⁹。

而在著名的 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC* 案中，國會通過《有線電視消費者保護及競爭法》(Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992)，其中第 4、5 節之部分要求有線電視系統，應提供一部分的頻道給地方及公共無線電視台。而上訴人認為此種必載 (must-carry) 的規定有違憲法言論自由之保障¹⁶⁰。法院認為此規定之限制乃屬「內容中立」之類型，應適用中度審查標準 (intermediate level of scrutiny)。其中，法院進一步指出，政府必須證明列舉若未有此一法律措施會造成什麼樣的危害，而此一規定在事實上又會如何直接地減輕此一危害。因此，政府必須充分地顯示出地方性的廣播電視台面臨了何種真正的危險使得必須藉由必載措施去防範¹⁶¹。

本案判決中法院指出了在通過系爭規定前，國會已經針對有線電視產業的結構與運作等問題，陸續進行了三年的聽證程序。其中國會報告指出，目前全國有六成家庭透過有線電視接收節目，而這些裝了有線電視裝置的用戶，即無法用傳統的天線接收裝置收看以無線傳輸訊號的電視台節目。因此基於這些研究，國會總結的認為，由於有線傳輸的物理特性，以及有線電視經濟力量的密集發展之下，已經嚴重危害到無線廣播傳輸吸引收聽者的競爭力，因此透過必載規定的管制措施，修正此一不平衡的競爭關係是必要的¹⁶²。

當然，法院充分理解國會的立法過程涉及到對於現狀的掌握以及未來的預測，而國會也沒有義務在制定法律的過程中，作成如同行政機關或司法機關般可靠的紀錄。但司法者對於立法者預測判斷的實質尊重，並不表示就因此完全免於司法審查的介入。尤其本案涉及到憲法增修條文第 1 條所保障的言論自由，因此本案的立法調查過程並不能排除 (foreclose) 司法者對此承載憲法爭議的事實，具有獨

¹⁵⁷ Elisabeth Zoller, *Foreword: Freedom of Expression: "Precious Right" in Europe, "Sacred Right" in the United States?*, 84 *Indiana Law Journal* 803, 805 (2009).

¹⁵⁸ 其中，非針對言論內容之限制乃指對表意時間、地點及方式之限制 (time, place, and manner restrictions)。詳見 *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972)。

¹⁵⁹ 因針對內容的審查又涉及到言論內容之類型，而有不同之審查標準 (此即為「雙階理論」)，但因非本文之重點，故不再深論。

¹⁶⁰ *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994).

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*



立判斷的權限。而司法權的介入，也並不代表重新評估所有的立法資料，或是替代國會作出事實預測，毋寧是確保立法判斷的作成，國會是否基於實質的證據作出合理的推斷¹⁶³。

因此，進一步檢視立法過程的調查報告，法院認為政府所依據的由 FCC 於 1988 年所作成的研究指出，有將近 20% 的有線電視業者拒絕登載（carriage）一個或數個地方無線頻道。然而報告沒指出的，在這時間範圍中，有多少無線頻道的下架只是暫時的，因為在一樣是由 FCC 作成的報告中顯示，有 23% 的有線電視經營者的下架僅是為了調整地方無線廣播台的頻道位置，而此舉是為了「市場」的理由而非國會所稱的「技術」理由¹⁶⁴。且國會所依據的研究，並未進一步顯示若無線電台沒有必載保護的規定，將會面臨如何的經濟上之困境。除了立法紀錄在現今無線電視是否面臨以及面臨如何的危險處境，缺乏相關事實調查外；關於必載對有線電視營運商所造成的言論自由之限制，也欠缺相關的事實調查，如：必載將對電視營運商現行的頻道編排造成什麼程度的影響、要撥出多少空間必載地方無線台等等。因此除非國會能進一步指出，必載規定在事實上什麼程度內造成言論自由的侵害，否則法院很難認定其與確保無線電視之生存間具有實質關聯，且立法紀錄亦未提供任何關於在達成政府重要利益範圍內，立法者選擇了「憲法可接受較小侵害」手段的有效與說服力的調查結果。因此，最後系爭法律遭受到被宣告無效之命運。

B 正當程序條款（Due Process）

正當程序條款規定於美國聯邦憲法增修條文第 5 條¹⁶⁵及 14 條¹⁶⁶，簡言之即聯邦及各州，非經正當法律程序，不得剝奪人民之自由與財產。但此條款在聯邦最高法院的實務操作，卻排除了立法行為的正當程序，而僅限於在行政或司法程序，對人民具體之自由或財產的剝奪，應遵循相關之正當程序。

如在 *Londoner v. Denver* 案中，原告主張科羅拉多州（Colorado）某個關於稅法的修正制定程序，未向土地所有權人（landowners）舉行聽證（hearing），有違

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ 原文為：“nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”

¹⁶⁶ 原文為：“nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”

憲法所保障之正當程序¹⁶⁷。然而法院認為，立法程序未有舉行諮詢或聽證程序，與正當程序條款並無違背，並認為憲法增修條文第14條沒有授權法院審查此類案件¹⁶⁸。而同樣也發生於科羅拉多州的另一個案子Bi-Metallic Investment Co.中，原告為某地不動產之所有人，並主張科羅拉多州稅務委員會（Colorado Tax Commission）平均調漲40%稅收的規定，未給納稅人任何表達意見的機會，有違憲法增修條文第14條正當程序¹⁶⁹。然而，法院認為規則適用於多數人時，若要求每個受影響之人的意見都應被採納，是完全不可行的（impracticable），憲法並不會要求所有的公共行為（public acts）應在全民大會中實施。因此抽象法規在各州的權限範圍內，未給個人財產受影響之人予以聽證的機會下被通過，並不違反憲法規範；而在複雜社會中，人民權利的保護途徑只能夠透過間接或直接的方式，影響立法者的立法。是以在本案中，如果此一條件已被滿足，即難認定違反憲法增修條文第14條正當程序條款¹⁷⁰。

先前兩個案件，都是涉及對財產權之限制法規範的立法程序，未給予受影響之人聽證乃至於表達意見的機會，是否有違正當法律程序之案件。另外在關於女性的墮胎權議題上，針對立法判斷所立基的科學證據，最高法院卻較嚴格的審查其調查是否充足。在Stenberg v. Carhart案中，內布拉斯加州（Nebraska）立法禁止任何的「半生產式墮胎」（partial-birth abortion），除非是為了拯救生產者的生命¹⁷¹。此一規定是否違反憲法所賦予之墮胎權，原則上不限制懷孕初期三月內之墮胎且婦女具有墮胎之決定權，以及此種毫無例外的規定是否造成女性墮胎的「不當負擔」（undue burden）¹⁷²。而針對如此限縮「部分生產式墮胎」手術，州政府基於相關的科學資料提出8項論點¹⁷³，以正當化州法律的規定，但法院認為這8點抗辯皆不足以（insufficient）論證系爭法律無需其他健康因素的例外考量，並一一論證

¹⁶⁷ Londoner v. Denver, 210 U.S. 373 (1908).

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization, 239 U.S. 441 (1915).

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000).

¹⁷² Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁷³ 一、系爭法規限制的D&X墮胎方式並非常見；二、且僅有極少數（handful）醫生在使用；三、D&E與人工引產（Labor induction）是安全的替代方式；四、政府的鑑定專家指出，限制D&X墮胎並不會增加婦女罕見墮胎併發症的風險；五、D&X墮胎方式某些部分會造成特別的風險；六、沒有任何醫學研究確立D&X墮胎方式的安全性，並且比較與D&E墮胎方式的風險程度；七、美國醫學協會（American Medical Association）曾聲明「沒有任何特定情況是只有適合透過完整D&X墮胎方式（intact D&X）」；八、美國婦產科學院（American College of Obstetricians and Gynecologists）指出，並沒有跡象指出D&X是任何挽救生命或保護婦女健康情形下唯一最好或最適當的選擇。

反駁之¹⁷⁴，不過法院也提到，這些論點對本案的爭議來說，皆屬於旁論性質而非主要爭點¹⁷⁵。最後並宣告內布拉斯加州系爭法律違反憲法與判決先例。

不過此種針對立法基礎之科學證據的審查，也遭到不同意見法官的強烈批判，如Kennedy大法官在本案的不同意見書即提到，法院欠缺評估特定手術程序相關價值的知識，而立法者針對這部分的事實調查（fact-finding）能力遠高於法院，因此不宜審查乃至推翻立法者所為的立法調查，以及其所基於此作出的價值判斷¹⁷⁶。

C 平等保護（equal protection）

美國的平等保護條款，規定於憲法增修條文第14條：「不得否定管轄區內任何人法律上平等保護之權利¹⁷⁷」。而其中，關於平等保護最著名的一段論述，莫過於Carolene Products¹⁷⁸中由Stone大法官所主筆的判決中的註腳（Footnote）4，其中提到若涉及美國憲法增修條文前10條所保障之基本權利、政治性權利（如投票權、資訊傳播、政治結社與和平集會），以及直接涉及到宗教與種族上的少數群體，特別是因為分離而隔絕少數之偏見（prejudice against discrete and insular minorities），導致減弱了正常情況下得以政治程序得到保障之少數的平等權問題，法院皆應從嚴審查。儘管這段論述深深影響之後對於實質平等（substantive equal）理論的發展，且著重於保護政治上無影響力以及欠缺代表的團體，但有論者認為法院並未因此精緻化或因此進一步審查立法程序，並質疑直接審查立法程序是否即可改變此少數地位保護之情況¹⁷⁹。

因此，在平等保護案件裡，對立法程序的審查，最高法院仍然非常的謹慎與保守。如在FCC v. Beach Communications, Inc.案中，上訴法院認為《有線傳輸政策法》（The Cable Communications Policy Act of 1984）中授權地方政府得特許有線

¹⁷⁴ 一、少見並無法成為限制的理由，因需每位孕婦都可能會遭遇需透過D&X墮胎的罕見疾病，因此多數人不需要它並不能成為限制的理由；二、立法調查無法得知D&X方法極少被使用究竟是因為現今婦產科技術的發展，導致相對少於第二期墮胎方式（second term abortions），還是真如政府所言D&X墮胎方式不實用（utility）；三、地方法院認為D&E與人工引產是個安全的方式，但在某些情況D&X墮胎比D&E與人工引產更為安全；四、地方法院只簡單的引述另一位專家證詞，證稱「完整的D&E墮胎方式可以消除女性血液流入腦組織造成栓塞的風險」；五、美國婦產科學院在法庭之友意見書中指出，其他的替代方式對於子宮頸或子宮造成類似傷害的風險更大；六、最高法院不爭執並認為政府主張是對的；七、最高法院同樣不否認此主張；八、但該份法庭之友同樣也點出在某些潛在的健康需求上需要D&X。

¹⁷⁵ Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000).

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ 原文為：“nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

¹⁷⁸ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

¹⁷⁹ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 65.



電視系統——即衛星電視共用天線（SMATV）系統——之使用，惟若收聽者在共有的建物中以一個或多個單位接收訊號，而非以公開方式傳播，即可免除政府之特許。本案之上訴法院認為立法者之差別待遇，並沒有合理的依據（*rational basis*），因此違反憲法增修條文第5條所保障的平等保護¹⁸⁰。惟最高法院並未維持上訴法院的見解，認為此一區分並不違反憲法的規範。其理由在於本法屬於社會經濟（*social and economic*）政策領域的立法，如果未涉及到憲法中的嫌疑分類或是明文保障的基本權利，只要在事實上具有合理明顯（*conceivable*）的理性基礎，該分類基本上都是可被接受的。因此在分類標準是否具有合理基礎的審查上，若是該分類非上述所言而屬憲法強力推定有效的分類，則原告必須舉證否定所有的該分類標準可能具備的合理基礎。且立法機關制定法規時無須明確表達其理由（*articulate its reasons for enacting a statute*），而系爭分類是否真的基於明顯的理性動機，事實上是無關於憲法目標（*constitutional purposes*）的。因此，在立法紀錄中缺乏立法事實說明差別待遇的理由，其實無關乎理性基礎與否的分析¹⁸¹。是以立法選擇並非法院事實認定的對象，且可以是基於毫無證據或實際數據的理性猜測（*rational speculation unsupported by evidence or empirical data*）。而這樣的立場，乃是透過對於司法審查的限制，確保立法機關合法獨立與運作功能¹⁸²。

但在平等保護的案件中，卻仍有幾件因為立法調查不完備，而被宣告無效之案件。如在涉及平等權保護的 *Kimel v. Florida Board of Regents* 案中，事實略以：就業年齡歧視法（*The Age Discrimination in Employment Act of 1967, ADEA*）中規定，僱主及政府不得基於年齡歧視拒絕聘僱或解僱員工，而本案三位聲請人認為自己遭受年齡歧視，依系爭法律向州政府單位請求損害賠償，但皆因為美國憲法增修條文第 11 條¹⁸³之各州訴訟豁免權而遭駁回¹⁸⁴。在平等權的審查中，法院認為以年齡做分類並非先例所認為之嫌疑（*suspect*）分類，因此應適用最寬鬆的合理審查標準。但本案爭點與涉及 ADA 的 *Garrett* 案相同，即 ADEA 是否是憲法增修條文第 14 條第 5 項所稱之執行正當程序、平等保護的適當法律（*appropriate*

¹⁸⁰ *FCC v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307 (1993).

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ 原文為：“The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state.”

¹⁸⁴ *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).

legislation)，而排除憲法增修條文第 11 條各州訴訟豁免權之適用¹⁸⁵。

針對這個問題，法院援引判決先例 *City of Boerne* 案中，所提出來的「一致且合比例」的判準（congruence and proportionality test），該判準在原案中的審查主要有兩個步驟：是否一致（congruence）的判準指的是，立法紀錄僅能提供非常少量的證據，顯示系爭法規實質規範的違憲行為存在，即國會僅揭露出「軼聞式的證據」（anecdotal evidence），而未揭示出普遍針對某種特質的歧視圖像（pattern）；比例性（proportionality）則是指作為防免此一違憲行為的救濟及預防措施必須符合比例性¹⁸⁶。

而在法院進一步檢視 ADEA 立法過程之紀錄，發現在州政府具有普遍年齡歧視的證據，幾乎完全分散於大會辯論或立法報告中，而其中較有說服力的證據，還只是引用報紙上的文章。此外，國會儘管抗辯立法過程曾考量過 1966 年由加州政府所提出之一份公部門年齡歧視的報告，但加州這份報告如同大會辯論與立法紀錄一樣，無法充分呈現各州有發生違憲年齡歧視的情形。且事實上，該報告指出州政府對於年齡限制的工作大部分集中在法律執行與消防業務領域，而這些限制同時也是 ADEA 所允許的¹⁸⁷。最後，國會主張其發現在私人企業有嚴重的年齡歧視，惟從此一結論擴張論斷州政府聘僱情形也出現違憲的年齡歧視，仍欠缺足夠的證據認定州政府具有普遍年齡歧視的圖像（pattern）¹⁸⁸。

之後，在另一個關於身心障礙者平等保護的 *Garrett* 案中，則涉及美國身心障礙者法（Americans with Disabilities Act of 1990, ADA）。案例事實略以：兩個原因案件的當事人，分別因為癌症及氣喘等疾病，遭公家機關之部門解雇，認為機關違反美國身心障礙者法中，禁止特定雇主及州政府基於身心障礙為歧視之規定，向先前之聘僱單位請求懲罰性損害賠償¹⁸⁹。而被告機關則抗辯，此訴訟違反美國憲法增修條文第 11 條規定之各州訴訟豁免權。在本判決中，法院援引先前認為智能遲滯（mental retardation）並非平等保護中的準嫌疑分類（quasi-suspect），因此身心障礙的差別待遇，僅能適用合理審查標準，且特別的調整措施之請求，只能要求立法機關積極立法而不得透過憲法平等條款主張¹⁹⁰。

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).

¹⁸⁹ *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001).

¹⁹⁰ *Id.*



法院進一步論證，憲法增修條文第14條第1項僅有在基於種族的分類才有適用，若國會欲依同條第5項以適當立法實踐正當程序或平等保障，並排除各州訴訟豁免權之適用，則必須先確認州政府歷史上存在著對於身心障礙者違憲的雇用歧視圖像（*pattern*）。儘管國會對於系爭法律的報告顯示，在歷史上或社會中，對於分離而隔絕的身心障礙者——儘管情況已有些改善——的歧視仍是嚴重且普遍的社會現象¹⁹¹。而儘管在立法紀錄中，國會嘗試以許多例證支持此一論點，但大多數的事件都與州政府之行為無關。儘管有些州政府零星歧視身心障礙者的案件，不過這些去脈絡化的案件描述是否具說服力，仍有疑義。且國會針對ADA的立法資料也顯示全美大約有4300萬身心障礙者，但1990年光各州政府就已經聘用450萬人。因此國會先前所舉的零星歧視案例，只是少數行為而已，而無法擘畫出州政府長期對於身心障礙者違憲雇用的歧視圖像¹⁹²。

D 限制聯邦權力

在美國聯邦政府與各邦之間的權限分配，除了憲法第1條第8項所列舉的事項以及其他相關條文外，依憲法增修條文第10條之規定：「本憲法所未授予美國政府或未禁止各州行使之權限，皆保留於各州或其人民¹⁹³」；職是除非憲法明文規定或得透過解釋為聯邦權限者，其他事項皆為各邦之權。但此一規範卻由於1930年代新政（*New Deal*）的實施，大幅擴張聯邦政府的權限，直至1990年後，最高法院針對諸多涉及聯邦與各邦間權限的案件，採取了較為嚴格的解釋方式，進而造成了實質的憲法變遷（*constitutional change*），大幅限縮了聯邦政府的權限，並改變了聯邦與各州權限間的判準與分配¹⁹⁴。

因此若系爭法律涉及擴張聯邦政府之權限，法院通常會提高審查標準，並進一步針對立法紀錄或所基於的資訊為審查，但此舉不但在最高法院內多有爭議，通常都是以5比4的微小差距通過，另外也多遭到論者批評，認為侵犯了權力分立

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ 原文為：「The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.」

¹⁹⁴ 張文貞（2004），〈邁向整合的崎嶇路——美國最高法院對聯邦權限的緊縮〉，《歐美研究》第34卷第2期，頁269-270。

及混淆立法程序與行政、司法程序的本質，畢竟立法者較容易從國家機關中收集資訊，並反映社會的公眾態度與傾向，且立法者乃為資料分析的第一手¹⁹⁵。

如在Lopez案中，國會在其所通過的校園槍枝安全管制法（Gun-Free School Zones Act of 1990）中，規定校園內禁止攜帶槍械（firearm），而本案爭點主要在於系爭規定是否超出憲法第1條第8項第3款的洲際通商條款（Commerce Clause）¹⁹⁶。而本文所關注的，即立法之手段與其所追求之目的間是否具實質關聯，儘管法院一樣重申其在憲法洲際通商條款下，獨立考量了國會的立法或委員會的調查結果，但如同政府所承認的，無論在成文法中或立法紀錄中，都沒有關於限制校園內持槍的規定與洲際通商間的關聯¹⁹⁷。就算判決先例中不斷肯認國會毋需為立法作特別的調查（“Congress need not make **particularized findings** in order to legislate”）¹⁹⁸，但在本案某程度上國會調查之情形得以讓法院認為，其針對槍枝管制對洲際通商間是否具有實質影響（substantially affected）的立法判斷是有問題的，甚至就算從肉眼來觀察（visible to the naked eye）都會覺得這兩者間是缺乏實質影響的¹⁹⁹。

而在Morrison案中，當事人主張在《婦女暴力防治法》（Violence Against Women Act of 1994）中的第13981節規定，若是基於性別動機而為的暴力犯罪（crime of violence motivated by gender），被害人得請求補償性或賠償性損害賠償，及其他法院認為適當的回復方法；系爭規定違反憲法增修條文第5條之平等原則與憲法第1條第8項第3款的洲際通商條款²⁰⁰。而本案中，法院重申先前在Lopez案中所提對於洲際通商條款的要件與定義，並將兩案的案例事實作比較，認為Lopez案立法程序，兩院欠缺任何的立法調查（congressional findings），但在本案中有許多的調查結果是可以支持針對性別動機的暴力犯罪，足以對被害人及其家屬產生嚴重的影響²⁰¹。但話鋒一轉，法院卻又認為光立法調查本身並不足以使系爭法律符合洲際通商條款而取得合憲之正當性，因為立法調查所依據的論理方法，實質上削弱了憲法列舉聯邦權力的規範意旨，而這些調查的結果，正如在Lopez案中所

¹⁹⁵ Board of Trustees of Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U.S. 356 (2001).

¹⁹⁶ United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ Perez v. Campbell, 402 U.S. 637 (1971).

¹⁹⁹ United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).

²⁰⁰ United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

²⁰¹ *Id.*

言，是國會透過州際通商條款的運用，減損了憲法區分聯邦與各邦權力的規範，此為憲法所不允許²⁰²。

而在最近的Holder案中，主要涉及訂立於1965年的《投票權法》（The Voting Rights Act of 1965），系爭法律訂定於種族歧視與對立甚為嚴重的60年代，主要為了確保南方各州不會在程序上干擾非裔美國人及其他有色人種的投票權利，因此其中第5條授權各州若要通過關於投票之相關法律，須經聯邦政府之許可，及其相關規定的第4條，是否違反憲法增修條文第10條的聯邦主義（Federalism）以及增修條文第15條對公民投票權之保障²⁰³。法院在本案的審查中，重申了2009年同樣是Holder案中所提出的「法律現今所施加的負擔，必須藉由現今的需求所正當化」（“the Act imposes current burdens and must be justified by current needs”）憲法誡命²⁰⁴。同時，法院認為在立法當時，南方部分州黑人的投票情形，皆遠低於50%以及白人的投票率；然而，系爭法律經多次的延長後——最近一次則是2006年由布希總統延長了25年，歷經近了50年的演變，情況早已有了戲劇性的發展。尤其法院所引的2006年為了延長系爭法律效力，國會所作的調查報告指出，少數族群的投票障礙至今已大幅消除，且國會、立法機關或其他民選職位，亦有不少少數族群的代表，而此現象是從1982年開始顯著呈現，甚至在某些地區，亞裔美國人註冊投票的數目還比同地白人還多²⁰⁵。法院並不質疑本法對消除種族歧視與促進少數族群投票權的貢獻，但在2006年時國會延長系爭法律的權限，並未注意到非裔美國人投票權在現實上的發展，卻還以著重於舊的基礎資料處理過時的問題，而非基於當代的基礎反映當代的需求²⁰⁶。因此最後宣告系爭法律違憲。

四、小結

（一） 立法程序之審查

立法程序事項的司法審查，最大的爭議點仍舊是對美國聯邦憲法中權力分立的解讀。而在前文所述的送呈條款、言論免責條款或已歸檔之法案規則之運作下，美國聯邦最高法院對立法程序爭議基本上相當克制，幾乎對立法機關的認定照單全收。

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. ____ (2013).

²⁰⁴ *Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009).

²⁰⁵ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. ____ (2013).

²⁰⁶ *Id.*

有些例外則出現在非議員之第三人所聲請的立法程序案件，如在United States v. Smith案裡，主要爭點涉及到總統人事同意權行使的議事規則，最高法院放寬了United States v. Ballin案的見解，認為如果對於議事規則內涵的解釋爭議，影響到國會議員以外之人，則該問題即有司法介入的必要²⁰⁷。在之後的Christoffel v. United States案，聲請人被控告在委員會作證時的不實陳述違反了偽證罪，其主張當時的聽證程序出席人數不足法定數額，因此該委員會並非得以舉辦聽證程序的「權限機構」（competent tribunal）；法院認為當時是否到達法定人數乃是聲請人有無違犯偽證罪的先決要件，因此在涉及到非議員之權利的刑事案件中，審理聲請人所提出之問題是適當的²⁰⁸。此外，同樣是由非議員所聲請的Yellin v. United States案中，聲請人因為拒絕在國會委員會下的非美人員活動小組委員會（Subcommittee of the House Committee on Un-American Activities）中作證回答問題，而被判藐視國會（contempt of Congress）；聲請人主張國會自己並未遵守自己所訂立的議事規則，其中規定委員會應考量證人的名譽決定是否舉行審議或公開審議²⁰⁹。儘管法院強調了國會自己解釋議事規則權限的重要性，但同時也點出系爭規則乃是國會保護證人利益的手段，因此法院就算無法替國會決定何時應舉行審議或是否公開審議，但聲請人享有國會適用系爭規則並考量其情況的權利²¹⁰。

儘管隨著判例的累積，最高法院針對立法程序審查，看似有擴張至權利受影響的非議員之第三人，但此舉也並非完全沒有爭議，如在Christoffel案及Yallin案，皆有大法官提出意見書批評此舉涉及國會執行審議法案的權限，且此類案件的標的為議事規則的解釋與事實認定，而非憲法文本及相關原則，因此有逾越司法審查界限之虞²¹¹。不過整體而言，美國最高法院對立法程序的審查，依舊相當的消極與保守，如在近幾年的Carrigan案中，亦再再顯示法院不想介入立法程序之爭議²¹²。在其他眾多案例中，法院多以系爭案件不具有審判權（Jurisdiction）、可司法性（Justiciability）或當事人適格（Standing）²¹³，駁回聲請人從憲法針對國會立法

²⁰⁷ United States v. Smith, 286 U.S. 6 (1932).

²⁰⁸ Christoffel v. United States, 338 U.S. 84 (1949).

²⁰⁹ Yellin v. United States, 374 U.S. 109 (1963).

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ Christoffel v. United States, 338 U.S. 84 (1949) (Jackson, J., dissenting); Yellin v. United States, 374 U.S. 109 (1963) (White, J., with whom Clark, J., Harlan, J., Stewart, J. join, dissenting).

²¹² Nevada Comm. on Ethics v. Carrigan, 564 U.S. ____ (2011).

²¹³ 審判權乃指「原告基於聯邦法律是否有權利得以主張」；可司法性則指「法院是否有不違反權力分立的正當性解決此一紛爭」；當事人適格認定法院的立場為：「法律並未明確規定得提起訴訟之當事人，惟在肯認議會有權決定自己內部立法程序的前提之下，若其決定或主張侵害他人，則該

程序的挑戰，就算受理也多不會推翻原先的立法結果，縱算是聲請人勝訴，法院論述取徑多是基於系爭規則侵犯個人基本權利，而非立法程序欠缺民主正當性²¹⁴。

基本上在立法程序的部分，比較沒有爭議的只有憲法第1條第7項法案應由兩院通過及總統簽署發布之送呈條款。至於其他相關爭議如決議時是否達到憲法第5項之議決法定人數的事實問題，以及法律內容遣詞用字的正確性問題，皆非常尊重國會機關的認定。再加上，對於議事規則的方法和模式的採擇，與其所欲求之目標僅需有合理關聯即可，即知此為非常寬鬆之審查標準。

（二） 準程序之司法審查

針對介於實質與程序間的準程序司法審查，有學者分析美國判決實務之操作後，整理出了五種類型，包含了：「如何」（How）、「為何」（Why）、「何時」（When）以及「制定者」（Who）²¹⁵。「如何」此一類型，乃指司法審查法律如何被制定出來，此類型也是大多數學者文章所討論之重點，而本文先文所分析的案例也多屬於此類型。更具體而言，美國最高法院在針對此一類型的審查，多集中在立法過程是否有足夠的事實調查與研究（adequate findings or study），以支撐其所為之立法判斷²¹⁶。

至於針對「為何」的準程序司法審查類型，簡言之即審查立法者的立法動機，而法律是否有效，某程度上決定於立法者的「心理程序」（mental process）是否符合憲法的要求。如在Hunter v. Underwood案中，涉及到阿拉巴馬州（Alabama）法律規定，若違犯法律列舉之相關「傷風敗俗」（moral turpitude）的犯罪，則會被剝奪公民權。法院認為儘管系爭規定表面上看來是中立的，但其立法動機乃是為了增加非裔美國人公民權行使之限制，此時若該法律被證明「實質上」（substantial）或「動機上」（motivating）帶有種族歧視的因素，則此時舉證責任應轉換由立法者證明其所頒布的法律並沒有此一因素²¹⁷。最後，聯邦最高法院仍維持聯邦上訴法院對系爭法律違法平等條款之違憲宣告。

受害者或有爭議之人可提起救濟」。著名案件如 Raines v. Byrd, 521 U.S. 811 (1997)。

²¹⁴ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 54.

²¹⁵ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2842.

²¹⁶ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2845.

²¹⁷ Hunter v. Underwood, 471 U.S. 222 (1985).



而對於「何時」的審查，則主要針對某些不合時宜（out-of-date）的法律，如前文所提的Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder案外，在Griswold v. Connecticut案中，則主要處理某個禁止避孕措施的法律，而系爭法律乃施行於1879年，某程度上反映了當時社會認為無生殖目的之交媾乃是悖德的行為。聯邦最高法院最後宣告系爭法律違憲，乃是因為並未有嚴肅的論證避孕是個不道德的行為²¹⁸。換言之，並非所有基於老舊價值觀的立法，皆會遭受到法院不合時宜的指摘，毋寧是，法院要求立法者應隨時檢視立法目的之正當性，而若當代的立法機關重新檢視新的社會情境，並得出老舊之立法目的仍有其正當性，則法院亦應接受立法者之結論²¹⁹。又如在關於幫助自殺禁止的案件中，法院認為立法者在近幾年重新思考了系爭法律的正當性並重新評估其價值²²⁰，因此並非屬過時的法律。

最後，在審查「制定者」的類型中，主要涉及究竟系爭法律規範之內容，應由何者機關制定最為適當，因此某程度上又與權力分立關聯。如前文所舉之關於聯邦權力限制之案例等，都揭糞了國會所訂立之法規，應屬各邦之權限。此外在Bakke案中，聯邦最高法院宣告州層級的醫學院所施行的優惠性差別入學計畫無效，乃因為矯正歷史上的憲法錯誤，應屬於更有責任之州政府的權力，而非個別大學的事務²²¹。

儘管，有學者整理出美國實務上，針對準程序司法審查可歸類為以上四種類型。然而，若再進一步思考，針對立法者制定法律的「心理程序」或「動機」的審查，似乎可以在一般違憲審查中的立法目的作確認，即法律所追求的目的若依照合理之審查模式，最少也應該要符合合法之政府利益。因此，問題將又會回到，立法者該如何舉證或證明，系爭法律乃是在追求合法的政府利益，而非其他不純正之動機。而事實上，即有不少學者認為，最高法院對於立法紀錄的審查，是為了要確認真正的立法目的²²²。因此，立法動機似乎可以涵蓋於對於立法目的的立法紀錄審查之中。

同樣的，針對不合時宜的法律，要求法律之正當性應隨著現實情況與時俱進，也可以被涵蓋於要求立法程序之事實調查與研究的與時俱進中。而最後的「制定

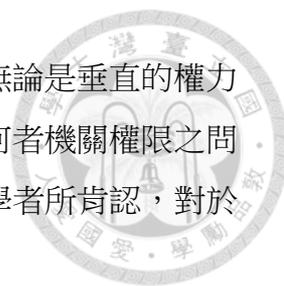
²¹⁸ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

²¹⁹ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2849.

²²⁰ Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

²²¹ Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

²²² Victor Goldfeld, *Supra* note 24, 400.



者」的類型，與其說是立法程序之要求，不如放在權力分立（無論是垂直的權力分立或水平的權力分立）的脈絡下，探討某立法內容究竟屬於何者機關權限之問題。因此，對於美國準程序審查之探討，本文仍舊集中於多數學者所肯認，對於立法程序事實調查與研究充足與否此一面向。

而從前文的整理中可知，美國實務在準程序之審查，主要涉及立法手段與其所追求目的間的關聯是否合理，不過也由於準程序審查的特徵乃為，其審查標的介於實體與程序之間，因此此類型的案件，多伴隨著憲法權利受到侵害的主張。然而相較於實體權利侵害的論證，立法是否合理往往僅在判決中扮演旁論的角色。一般而言，法院大多不願意介入準程序之審查，並認為這並非憲法所要求的原則。但若介入審查立法資料，也都非常寬鬆並尊重立法機關的立法判斷。

有個與下文德國法遇到相似的問題，但卻少見美國學者討論者為，究竟手段與目的間合理關聯此一審查模式，是屬實質內容審查，抑或準程序之審查類型？這問題在德國法脈絡下則出現在可支持性審查標準的定性上。就本文之觀察，在適用寬鬆的合理審查標準時，實質審查所判斷的重點在於第一步驟即其目的本身是否屬政府利益，也由於此一標準相當之寬鬆，因此通常都會順利通過。其次在判斷其手段與目的間是否具備合理關聯時，法院則會透過立法資料探求，兩者間之關聯本身是否合理以及其決策過程是否合理。因此，審查重點從目的是否為政府利益的實質判斷，轉移至決策程序是否合理，以作為法律侵犯手段是否合理的要件，此便意味著基本權利的侵犯並非全有或全無的二分，而是必須經過合理的判斷以及合理的手段安排。

至於在某些涉及特殊條款之案件，法院對於立法的基礎事實調查，與其所作的立法判斷間的關聯，儘管並未有明白表示較合理關聯為高，但卻明顯更為嚴格的檢視立法調查紀錄以及方法。而究竟何時會提高準程序審查的標準，美國聯邦最高法院並未提出一可操作之判準，目前僅靠學者整理出案件類型，如有涉及言論自由、正當程序條款、平等保護及限制聯邦權力之案件。但在這些類型中，如前文所呈現的，也並非所有案件皆當然適用較嚴格之審查標準，仍要視案件所涉及的基本權而定（如：對廣播電視內容中立之管制、墮胎自主權、身心障礙者權利、洲際通商條款等）。很概略的說，若系爭法律所涉及的基本權利侵害，對應到的是中度審查標準，則法院也比較願意介入立法紀錄與程序，進行較嚴格的審查。



第二節 德國

一、基本法規範

與他國憲法文本規範類似，德國的基本法針對立法程序的規定，僅著重於外部程序，而不及於內部決定作成的過程以及國會立法的方法，而相關規範主要訂定於第7章聯邦立法（Die Gesetzgebung des Bundes）中。德國聯邦的立法權限，分屬聯邦議會（Bundestag）以及聯邦參議院（Bundesrat），分別規範於基本法第3章與第4章中。聯邦議會的議員，依基本法第38條之規定「依普通、直接、自由、平等及秘密選舉法選舉之。議員為全體人民之代表，不受命令與訓令之拘束，只服從其良心」。聯邦參議院之議員，依基本法第51條第1項規定，「聯邦參議院由各邦政府任命及徵召之各該邦政府委員組織之，此等參議員得由各該邦政府之其他委員代表之」。

此外，基本法第76條第1項規定「法案應由聯邦政府、聯邦議會議員或聯邦參議院提出於聯邦議會」，第77條第1項規定「聯邦法律應由聯邦議會通過」，並由聯邦議會議長提交聯邦參議院，聯邦參議院收到法律議決後，依同條第2項規定「得於收到法律決議三週內，請求召開聯邦議會議員與聯邦參議院參議員所組成之委員會，聯席審查該議案」，此聯席委員會（Vermittlungsausschuss）之組織與程序「由議事規則規定之」，議事規則由「聯邦議會議決並經聯邦參議院同意」。此時，若法律無需經參議院同意者，則適用同條第3項規定，於聯席委員會聯席審查該議案完成後，「聯邦參議院得於二週內對聯邦議會所通過之法律提出異議」；若該法案須經聯邦參議院同意者，同條第2-1項規定「如未依第二項前段請求召開聯席委員會，或調停程序並未建議修改法律決議即告終結，聯邦參議院應於相當期間內為同意之決議。」由國會所同意通過的法律，必須依第58條第1項之規定「經聯邦總理或聯邦主管部長副署始生效力」，副署後則須依第82條第1項規定「由聯邦總統繕成正本，並公布於聯邦公報（Bundesgesetzblatt）」。

至於聯邦議會與聯邦參議院同樣享有內部立法程序的議事規則訂定權，分別訂於基本法第40條第1項以及第52條第3項。



二、立法程序之審查

儘管，基本法授權聯邦議會與聯邦參議院得自行訂定議事規則，然而此種內部議事規則僅屬組織上的需要，而非法律強制要求。因此實務與多數學者皆認為，若立法程序違反內部議事規則，該立法行為並不當然無效，除非違反議事規則的情事同時違反了基本法的規範或基本原則²²³。此外，在聯邦議會議事規則第126條規定，「在個別且並不牴觸基本法規定的情況下，議事規則的規定得經出席議員三分之二決議予以偏離」，以排除議事規則或個別規範的限制。

而立法程序應遵守者，除了明定於基本法的外部程序之外，尚有透過德國聯邦憲法法院之憲法解釋，所建立起來的憲法基本原則。如在2012年的EFSF案中，聯邦議會為了歐元區的紓困案，成立了一個9人的歐元穩定基金(European Financial Stability Facility, EFSF)委員會，然而該委員會卻被法院宣告違憲²²⁴。在判決中，法院透過基本法第38條第1項，論證出代議民主原則(Prinzip der repräsentativen Demokratie)，其內涵乃為每個國會議員皆自由的行使其職權，並基於平等的地位代表全國國民。儘管代議士所得選票與其被賦予的職權立場結構不盡相同，然而考量到其為國會成員的地位，為了達到投票權平等此一特別理由，基本法仍將每個議員的地位等同視之。基於此，德國議院的組織設計，若涉及到將權力授權給特定議員或強烈的侵犯個別議員基本平等地位的權利(fundamentally equal status rights)，皆應受到憲法法院嚴格的檢視；而本案議院將針對紓困方案的監督權限交由9位議員所組成的委員會，儘管立法機關聲稱此一事項具有敏感性與急迫性，但考量到就連性質類似的預算委員會都有14位成員，此種大範圍的侵犯其他611位議員權力地位的嚴重影響，是無法被本案情形正當化的²²⁵。

法院進步言之，若此委員會專職立法準備之程序，則在憲法上無可厚非，然而針對委員會成員的組成，法院又從代議民主原則推導出「鏡像原則」

(Spiegelbildlichkeit, the principle of the mirror image)，即委員會的成員比例應忠實反映大會政黨的比例²²⁶。由於委員會或議會的附屬單位，乃是由議會本身所授權行使職權，而議員本身的組成則是反映選民的選票結構，因此鏡像原則的基礎除了為了使委員會成為議會的縮影外，同時也是議員與團體間平等與自由地位的

²²³ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 172.

²²⁴ 130 BVerfGE 318 (2012).

²²⁵ *Id.*

²²⁶ *Id.*

要求。不過法院亦同時強調，儘管鏡像原則是憲法要求，但如何從議會成員比例換算成委員會或附屬單位的比例之方法與公式，並非基本法38條第1項的規範對象，而是由議會內自行決定之。惟鏡像原則的修正也並非沒有限制，若其與多數決原則相衝突，如在議會中的多數派組成了政府，則必須使該多數派的比例維持最起碼的多數（smaller approximations），是以應該審慎衡量鏡像原則與其他憲法原則所造成的衝突²²⁷。

回溯最早提出鏡像原則的判決，乃是涉及聯席審查會的席次分配，法院認為儘管聯席審查會並非聯邦參議院下屬的委員會，然而其成員乃是由聯邦議會與聯邦參議院所組成的，同樣基於基本法第38條第1項每位議員權利地位平等的要求，因此仍有鏡像原則的適用²²⁸。不過，別於議會下屬委員會，聯席審查會之存在目的乃是為了針對立法程序事項公開且自由的協商（open and free negotiations），因此其成員無需完全複製議會中多數派的優勢²²⁹。

而此針對參議院議員的投票方式，法院根據基本法第51條第3項規定：「各邦之票只能集體行使之，並只能由出席之參議員或其代表行使之」，聯邦參議院中相同邦之代表議員，其投票意向必須一致（uniform casting of the votes）²³⁰。儘管法院並未明說此一憲法要求是基於何種原則，然而法院提到參議員之成員乃是以邦為單位代表各邦之人民，因此此一代表性無法再被分割。而違反基本法第51條第3項規定，同一邦的代表無全體投票，則必須假定該州代表的意思表示內容是不完全的，此即表示該州全體代表拒絕同意（refuse to consent）²³¹。

另外，在針對武器法（Waffengesetz）一案的判決中，法院似認為對於議事程序之偏離，是否即違反憲法代議民主原則，並不以形式上特別多數之議員是否表決決議偏離議事規則而定。簡言之，在本案中，議會外之當事人認武器法案在議會表決時，僅有50位議員在場（當時聯邦議會議員總員額為496人），違反當時聯邦議會議事規則第45條第1項「有半數議員在場」，方具議決能力之規定。但法院認為當時並無議員或黨團依據同法第45條第2項針對議決能力之事項提出異議，因此與代議民主原則無違，而不影響該法之效力²³²。

²²⁷ *Id.*

²²⁸ 112 BVerfGE 118 (2004).

²²⁹ *Id.*

²³⁰ 106 BVerfGE 310 (2001).

²³¹ *Id.*

²³² 陳淑芳，前揭註17，頁251。

最後，法院常常根據基本法第38條：「議員為全體人民之代表，不受命令與訓令之拘束，只服從其良心」，而一再重申質詢的議事規則應充分確保議員言說、質詢與取得資訊之權利（speak, question, and ask for information）²³³。



三、準程序之司法審查

在準程序的審查上，同樣也涉及了實質審查與程序審查，而在立法程序審查的面向，則主要表現於對立法過程事實調查的資料，以及其所附具的理由是否符合系爭法律所侵害之基本權，所選擇的審查標準。簡言之，在我們所熟悉的德派比例原則審查，其包含了三個子原則分別是：適當性、必要性與狹義比例性，內涵分別為系爭立法手段是否有助於達成目的、是否是最小侵害的手段、是否目的與手段間顯然失衡，乃是比例原則實體審查的內涵。至於司法機關之審查密度則需視立法的手段所涉及的基本權為何，又可分為：明顯性審查（Evidenzkontrolle）、可支持性審查（Vertretbarkeitskontrolle）與強烈內容審查（intensive Inhaltskontrolle）標準。在明顯性審查中，系爭法律並非明顯、清楚、無疑的違反憲法，則即可通過此一標準，是以在明顯性的審查之下，甚至無須進一步考慮任何立法調查事實，以判斷立法者是否符合比例原則。而可支持性審查則要求，立法者在判斷該法律是否符合比例原則的三個子原則時，須提出可支持的調查結果以及論理，此時即出現了轉向程序性的立法要求，即針對程序與立法行為的審查²³⁴。強烈內容審查，除了立法事實調查的密度與說理要求得更加強外，還賦予立法機關相當的舉證責任，以證明系爭法律符合憲法的要求²³⁵。

然而，比例原則的審查，原則是運用在法律手段屬於干預行政領域中，而對人民的基本權造成限制的情況之下。但在傳統上立法者享有較廣泛的立法裁量空間的社會或經濟法領域中，儘管其手段之定性多屬給付行政，法院的審查密度通常也較為寬鬆。不過，當涉及到人民最根本的生命與尊嚴的維繫，國家若有怠於保護義務或給付時，則憲法法院儘管在實體上尊重立法者享有廣大的立法裁量空間，但仍有轉向從專業能力（technical competence）與程序審查切入，審查立法的事實調查基礎與決定作成之程序之趨勢。

²³³ 如：10 BVerfGE 4 (1959), 13 BVerfGE 123 (1961), 67 BVerfGE 100 (1984), 70 BVerfGE 324 (1986), 80 BVerfGE 188 (1989)，轉引自 Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 174.

²³⁴ 蘇彥圖，前揭註7，頁102。

²³⁵ 審查標準與立法事實調查間的關聯，詳參 許宗力，前揭註114，頁58以下。



如在 2010 年著名的 Hartz IV 案中，德國聯邦憲法法院即介入審查立法者訂定生活救助內容，所為的立法事實調查與方法。該法案主要規範有工作能力者失業，所能請領的失業金（Arbeitslosengeld），以及其共同生活之家屬所得請求之社會津貼（Sozialgeld）內容。該法的憲法基礎，為基本法第 1 條之人性尊嚴與第 20 條的社會國原則，同時界定最低生存標準之內涵，擴及於保障人民最低限度參與政治、社會與文化的生活²³⁶。同樣的，由於本案之法規涉及社會權領域之立法，法院肯認立法機關享有廣大的裁量空間，因此採用寬鬆的明顯性審查，僅有在立法者的給付明顯不足的情況下，法院方得介入。但儘管社會立法涉及到國家資源的分配以及社會狀態的多變，因此仍要求針對當今的生活狀況與條件，立法內容亦應與時俱進並且切合實際。至於給付內容的核算，立法者得自由決定採用何種統計模式計算福利補助標準，惟在選定後的方法計算上，則須在可靠的數據、充足的資料與合理的計算方式，以一貫且透明的程序，全面評估一個人的所有必要支出費用²³⁷。

而在本案例中，法院之所以認為法案一個月給予德西各邦居民 345 歐元的救助違憲，乃是因為該法的標準給付表之數據，聲稱是根據德國聯邦統計局每 5 年 1 次收入與支出的樣本調查所採統計模型，將社會救助受領者外的其他樣本家戶依收入予以分級，最後以當中最低收入的 20% 家戶之消費支出狀況為基礎。然而，在標準給付表中，諸多不給付的項目如：露營用品、藝術品支出以及稅務顧問費；或僅支出一半之費用如傳真機之購入等列為不給付之決定，並非來自調查最低收入戶 20% 家庭的支出結果，而是欠缺任何事實調查基礎的決定；此欠缺一貫性的偏離先前立法者自己所採取的統計方式，亦無任何詳實的理由得以支持。因此法院最後得出了違憲之結論²³⁸。

另外在給付請領人的子女方面，則規定 7 歲以下得請領成人給付的 60%，7 至 14 歲則可領 70%，14 歲以上之未成年則可領 80%。此一規定法院認為立法者將子女的社會津貼，依成人請領的數額依定額的百分比計算，欠缺相關的數據與統計資料，而完全是基於年齡為區分標準的「隨機預測」，但兒童並非縮小版大人，基於對於兒童發展與人性尊嚴的保障，立法者在安排對未成年的救助給付，應以

²³⁶ 關於最低生存標準與社會權內涵之探討並非本文之重點，更多分析詳參 許宗力，前揭註 20，頁 111 以下。

²³⁷ 125 BVerfGE 175 (2010).

²³⁸ *Id.*

該年齡生活、個性發展所必須之支出作為最低生存標準之內涵。是以此種以百分比簡略劃分的立法，並無任何經驗性與（統計）方法的基礎²³⁹。

在 Hartz IV 兩年後難民庇護救濟法（Asylbewerberleistungsgesetz, Asylum Seekers Benefits Act）一案中，同樣也是涉及到最低生存標準的生活救助給付之審查，不過這次適用對象為難民。法院一樣採取最寬鬆的明顯性審查標準，但還是宣告該法的救助給付金額明顯不足而違憲²⁴⁰。本案與先前的 Hartz IV 一樣，以基本法第 1 條的人性尊嚴及第 20 條的社會國原則論證，認為有尊嚴的最低生存標準屬於一個普遍的人權，因此無論是德國人或居住於德國的外國人皆得享有之。但該給付內容自從系爭法律 1993 年訂定以來，從未改變過，與德國國民的社會救助相比，非但短少了 54-27%不等（因每個年齡層的給付不同），且根據聯合國難民委員（United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR）的資料顯示，自 1993 年來難民的生活成本至少增加了 30%左右²⁴¹。

法院再度重申，針對社會給付的立法，由於事涉預算與資源等分配，因此立法者享有廣泛的立法裁量空間，然而在決定給付內容的立法程序中，基本法第 76 條以下要求立法決定過程應確保透明公開，儘管基本法並未進一步指示立法程序究竟該符合何種之理性與計算，且同時允許立法過程包含某程度的協商與政治承諾。但是，法院仍舊得以審查救助內容是否基於可靠的數據、正確及完整的事實，在立法者所採之具有正當性的程序與框架原則之下，以合理的方法進行估算，以便符合現今之需求²⁴²。

而本案中，對於外國人與本國人救助給付金額的差別待遇，並不存在可以正當化的事實基礎。在立法決策時，並未顯示出立法者採取過適當且透明的方法，估算、測量外國短期居民實際之需求，而僅僅以居留時間預測支出的數額，惟此預測並不符合基於可靠數據的要求²⁴³。

從上述兩則判決分析可知，在針對社會權領域的立法，儘管司法者的審查密度應較為寬鬆，但德國聯邦憲法法院仍然發展出兩個對於立法程序的要求，即一貫性（consistency）與透明性（transparency）。而此二原則乃是運用在對於立法評

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ 132 BVerfGE 134 (2012).

²⁴¹ *Id.*

²⁴² *Id.*

²⁴³ *Id.*

估的判斷上，且此一評估或估算，仍須基於詳實的事實基礎、可靠數據，以及合理的方法。

就一貫性原則的內涵，在德文中乃是強調邏輯上的一貫要求（*Folgerichtigkeitsgebot*），即在立法者既然選擇了統計最低收入的20%家戶之消費支出狀況作為估算方法，則無論在條列給付項目或是衡量未成年人之給付額度，同樣也要一貫的使用此一立法者以選擇的方法，除非立法者有正當理由為不同的考量，否則皆有可能被法院認為欠缺可靠的事實調查基礎。也因此對於估算方法上的背離，有學者認為與其說是違反一貫性要求，不如說是實證調查要求²⁴⁴，確有見地。如在之後的難民庇護救濟法一案中，法院針對立法者就本國人與外國人之最低生存標準之給付，容有差別待遇的給予，即認為對於後者的給付明顯不足，且在立法程序上亦未有任何的立法實證調查與合理估算方法的採用，僅單純的基於外國人之居留時間短於本國人，因此給付金額便少於本國人，此即凸顯立法實證調查的詳實性與正確性，確實為憲法之正當立法程序的要求。

至於透明性之要求（*Transparenzgebot*），則強調立法者基於詳實的立法事實調查後，所為的估算方法與步驟，應公開透明，使人民得以知悉，無論是最低生存標準的計算方式，或是給付內容的擇定，究竟從何而來。不過值得一提的是，此兩者針對準程序審查事項，所提出來的原則判準，其憲法基礎仍舊是實體基本權利，而非以民主正當性（*democratic legitimacy*）之取逕論證²⁴⁵。

四、小結

（一） 立法程序之審查

德國違憲審查之權限屬於德國聯邦憲法法院，其審判權範圍主要規定於基本法第93條，且與美國不同的是，除了憲法訴願之外，乃是針對法規範作抽象之違憲審查。前述針對立法程序之案例，除了武器法一案是由非議員之第三人提起外，其他案件皆為各院依第93條第2項由（參）議院議員三分之一提起之。

前段對於立法程序審查的判決整理，可以得知作為議會自治之限制的基本法原則，主要來自基本法中的代議民主原則，其內涵尚可略分為：一、議決應以多數決之方式為之；二、由於聯邦議會議員皆代表全國人民，因此其各議員間地位

²⁴⁴ 許宗力，前揭註 20，頁 118。

²⁴⁵ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 178.

與權利義務應為平等，而此中包含同等之質詢、審議及資訊取得權，且議員行使職權時應以良心為依歸；三、議會下屬組織應忠實反映議會議員政黨組成之比例（即鏡像原則）。簡言之，即議事規則的程序，應由議院多數議員決定之，惟決定之過程，基於議員權義平等之原則，全體議員（尤其是少數議員）應享有同等的質詢、審議或取得資訊之機會。

而上述代議民主原則所推導出來的正當立法程序，作為國會自治的界限，則兩者間的衡平關係即可被描述成：若未違反正當立法程序下的議事規則之偏離，且未有議員或黨團提出異議，則意味著議員或黨團對於法案之內容已獲得共識，即少數議員之權利並未受到侵害，事後若有議會以外之人針對此一偏離提起訴訟，憲法法院基於國會自治原則應予尊重²⁴⁶，如武器法一案即屬此例。

而若議事規則之偏離同時亦違反自由民主之憲政秩序與代議民主之原則等正當立法程序內涵要求，無論少數議員或黨團是否表示異議，憲法法院基於憲法最高性原則以及憲法守護者之角色，自應介入審查之。

（二） 準程序之司法審查

準程序之審查標準，又或可區分成兩類。其中一類即是比例原則之審查，如有學者即認為明顯性審查標準與可支持性審查標準，除了在審查密度的提升外，其審查內容也更介入立法程序之過程。而在判斷立法內容是否可支持比例原則中的各項判準，勢必連結到「立法事實調查是否完備」、「立法預測評估是否理性」、「立法過程審議是否充足」等行為（*Verhalten*）模式之審查²⁴⁷，而在美派學者定義中即屬於準程序審查之範疇。緊接而來的問題則是，審查標準與審查類型間的關係，即三種不同密度的審查標準（明顯性、可支持性與強烈內容審查）與三種審查類型（程序審查、行為審查與實質審查）間，究竟該如何配對？最常見的配對主要有二：將三項審查標準皆定性為「實質審查」；或僅將「可支持性審查」另外連結至「行為審查」（及準程序司法審查），而其他兩者仍屬實質審查。儘管，多屬學者對於行為審查類型（準程序司法審查）的容許性多有質疑，然而在第二章對於準程序司法審查正當性的探討與分析後，本文認為準程序之司法審查

²⁴⁶ 陳淑芳，前揭註 17，頁 247。

²⁴⁷ 蘇彥圖，前揭註 7，頁 107。

應可在憲政主義與權力分立下找到合適的發揮空間，因此主張第二種配對方式並無不可。而此一配對模式也正好反應出準程序審查適用的時機及其正當性²⁴⁸。

而另一種類型則是前文所引的Hartz IV及難民庇護救難法所揭示的審查模式，相較於前一類比例原則多用於侵益性的公權力作為，此類則屬涉及社會經濟權利之給付立法。而對此領域之審查，往往被認為立法者享有較廣泛之立法形成自由，司法者原則上應採取司法自制（Judicial self-restraint）之基本立場²⁴⁹，縱使介入審查基本上密度也是相當的寬鬆。至於，此類型之審查，主要著重於立法調查或所基於之立法資料，是否符合一貫性原則與透明性原則。而有學者即質疑此一標準比立法決定是否恣意武斷還要嚴格²⁵⁰，甚至究竟屬於寬鬆審查抑或是嚴格審查亦起人疑竇²⁵¹。然此種比較是否公允仍有待商榷，因前者比「恣意武斷」還要嚴格的批判，乃是來自於司法審查具有極大爭議性且福利制度相較之下較不完備的美國實務標準；而後者與可支持性標準相比，儘管本文肯認其在審查密度上的觀察，並可進一步與比例原則審查模式中，準程序司法審查發動的時機相一致（皆屬中度審查密度），但兩者終究為不同之審查內涵，仍不可不辨。

第三節 南非

一、憲法規範

南非共和國的憲政體制，同樣屬於兩院制。其國會根據南非共和國憲法第42條規定，由參議院（National Council of Provinces）與眾議院（National Assembly）組成。而在第57條以及第70條中，分別眾議院及參議院得以訂定各院內部之議事規則，至於涉及到兩院共同事務時，則依第45條規定由兩院議員所組成的聯合規則委員會（Joint Rules Committee），訂定程序以促進立法進程。

而第72條第1項規定，所有的法案皆應提交於眾議院通過，而如果該法案涉及到地方省級事項，則依同條第5項規定應提交於參議院議決。經由國會議決後的法案，則需依第84條第2項之規定，由總統同意並簽署，方得成為有效之法律。

雖然前述之南非憲法所規範的立法程序，在比較法上與其他國家並沒有太大的不同。不過，特別的是憲法第59條第1項第1款規定，「眾議院應促進立法及議

²⁴⁸ 詳參本文第肆章第四節三、部分。

²⁴⁹ 黃舒芃（2013），〈違憲審查中之立法形成空間〉，收錄於《框架秩序下的國家權力——公法學術論文集》，臺北：新學林，頁397。

²⁵⁰ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 182.

²⁵¹ 許宗力，前揭註20，頁118。

院與委員會其他程序之公眾參與」²⁵²，並於同條規定職權之行使應以適當、合理的方式公開，如：使媒體能進入議會與委員會採訪、立法資料以公開為原則等，且不得排除公眾（包含媒體）出席委員會，除非拒絕之理由在公開的民主社會中是合理且正當的。而此一參與、公開要求強於其他國家的規範，在憲法第72條以及第118條規定，亦適用於參議院以及地方省政府立法機關。

應先說明者為，儘管不少學者皆認為，決策過程之審議或公眾參與是否足夠，屬於準程序司法審查之範疇，然而觀諸南非憲法規範方式，該公眾參與之憲法義務乃擴及於所有層級的民意機關及其內部程序，因此可算是所有立法程序皆應具備的憲法要求。惟不同的是，在審查立法程序是否已滿足公眾參與之要求，卻又依個案之脈絡判斷之，這部分確實又帶有點準程序審查考量法案實質內容之色彩。但本文認為，事實上所有涉及廣義立法程序之司法審查，很難脫離個案式的脈絡，因此以下關於立法程序之審查，仍將會著重於立法程序究竟該以何種方式促進公共參與之案件為主。

二、立法程序之審查

（一）健康四法案（Doctors for Life International）

在著名的Doctors for Life International案中，法院開宗明義認為本案涉及憲政民主的核心問題，即公眾在立法程序中所扮演的角色，針對此一問題，法院必須面對三個相關的問題：一、憲法上立法機關應促進公眾參與立法程序與委員會的義務之本質及範圍為何，若未遵守此義務則會產生什麼後果；二、為了強迫立法機關達到促進公眾參與此一義務，法院究竟能介入多少，尤其是法院是否有能力介入仍在議會中被總統簽署成法律前的立法程序；三、憲法法院是否是唯一能審酌本案爭議的法院。

本案案例事實略以，聲請人主張國會在通過四個與健康相關的法案時²⁵³，地方之省議會與參議會所踐行的立法程序，未達成憲法第72條與第118條所要求之公眾參與的義務。值得比較的是，聲請人在本案中同時認為系爭四個法案在眾議院的立法程序符合憲法促進公眾參與義務之要求，是因為眾議員有邀請公眾提供書

²⁵² 原文為：“The National Assembly must (a) facilitate public involvement in the legislative and other processes of the Assembly and its committees.”

²⁵³ 四個法案分別為：the Choice on Termination of Pregnancy Amendment Act 38 of 2004 (“the CTOP Amendment Act”); the Sterilisation Amendment Act 3 of 2005; the Traditional Health Practitioners Act 35 of 2004 (“the THP Act”); and the Dental Technicians Amendment Act 24 of 2004.

面意見給委員會，並曾召開公開之聽證會。惟相關機關雖然承認憲法要求立法程序應促進公眾參與之義務，但卻抗辯該義務之範圍僅限於在國家立法程序中的某些爭點，給予陳述書面或口頭意見的機會（the opportunity to make either written or oral submissions at some point in the national legislative process）²⁵⁴。

由於南非憲法第39條明文規定法院在解釋基本人權章節時，應考量國際法且得參考外國法，因此本案中法院在論證國會促進民眾參與立法程序之義務時，援引了《公民權利和政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）中第25條²⁵⁵及第19條第2款²⁵⁶，認為公民政治參與之權利（The right to political participation），在本公約中不但保障公民的積極參與政治權利，同時也課予國家在公共事務的運作中促進公眾參與的義務，以確保該權利的實現。此外，並同時旁徵博引了非洲聯盟（African Union, AU）所簽訂，而南非共和國亦簽署加入的《非洲人權與民族權利憲章》（African Charter on Human and Peoples' Rights）第9條、第13條與第25條；以及《美洲人權公約》（American Convention on Human Rights）、《哈拉雷英聯邦宣言》（Harare Commonwealth Declaration of 1991）與《美洲民主憲章》（Inter-American Democratic Charter）等國際法中的相關規定，加強公民政治參與的正當性²⁵⁷。

不過，法院也承認，公民政治參與權精確的本質與保障的範圍，仍要視各國的法律與政策而定，而賦予各國權利保障之政策裁量權的見解，也同樣被《公民權利和政治權利國際公約》第25號一般意見書（Human Rights Committee General Comment No. 25）肯認。法院進一步認為，儘管正因為政治參與權的內涵與範圍需視各國法律政策、歷史與文化經驗的脈絡而定，因此屬於具有開放性特質的框架權利，若其內涵被具體化則權利將會因此受到限縮，是以人權保障的條件，將會隨著正義與平等的理念發展，人權的概念也將會隨之被賦予新的脈絡與意義。

²⁵⁴ Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others (CCT12/05) [2006] ZACC 11; 2006 (6) SA 416 (CC).

²⁵⁵ 原文為：“Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors; (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.”

²⁵⁶ 原文為：“Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.”

²⁵⁷ Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others (CCT12/05) [2006] ZACC 11; 2006 (6) SA 416 (CC).

基於此一立場，法院認為ICCPR第25條之規範，主流見解皆認為保障的除了是透過選舉選出代表的間接參與（indirect participation），同時也保障直接參與（direct participation）的形式。所謂的直接參與，則指公民得以直接參與公眾事務，無論是透過關於選舉代表、公投或創制權的公眾對話或審議，或者透過自發性組織行使言論、集會或結社之基本權利。

而回到南非自身的歷史、文化經驗，公民參與公眾事務並非一個全新的概念，而是南非自身的政治傳統，並且被廣泛地運用在政府與公共論壇中，因此傳統的公眾參與模式是南非民主程序的一部分，而此一民主程序即為參與式民主（Participatory Democracy）。此外，從南非的憲法規範體系觀之，其前言宣示致力於建立一個基於民主價值、社會正義與基本人權保障的社會，而第1條同時也揭示了，南非的憲政民主隱含了「多黨制的民主政府，以確保問責、熱誠與公開（“a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness”）」之價值。而此所蘊含的，即不只有代議制度同時也包括特定的參與要素，甚至某程度的參與立法決定的程序。同時法院進一步解釋到，代議制度的根本——普選（general elections）——若沒有廣大的選民則會喪失其意涵，是以公眾的參與乃在持續提供代議民主運作的正當性²⁵⁸。

回到憲法第72與第118條的「促進公眾參與」（facilitate public involvement）之要件，法院認為其涵蓋的比在國際法上常用的「公眾參與」（public involvement/public participation）還要廣泛。而在探尋牛津英文字典的辭義，以作為文義解釋之基礎後，最後法院定義「促進立法程序之公眾參與」最淺白的意思即：採取確保公眾得參與立法程序之措施（taking steps to ensure that the public participate in the legislative process）。不過，法院進一步指出，在憲法規範框架的民主理念下，達到代議與參與元素兩者間關係的平衡，立法機關享有相當大的形成空間，以決定採取何種最佳之方式，但在廣闊的裁量餘地中，法院在適當的案件中，可以——也將會——在某程度上檢視是否符合憲法的要求²⁵⁹。

但鑑於立法程序與領域的多變與繁雜，在衡量立法者是否採取合理（reasonableness）的手段，促進公眾對立法程序的參與，以達成憲法所要求的義務，應視相關立法程序與個案的脈絡而定，而未有一個絕對的標準。於是法院提

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ *Id.*

出了，數個衡量立法者是否達成該義務所應考量的因素：一、系爭法律的本質與重要性及其影響公眾的強度；二、立法程序之效率以及公眾參與所付出之時間、費用等成本間的衡量（然而單單為了節省時間費用，並無法正當化賦予公眾參與機會的不足）；三、法院應尊重立法者對法案內容、重要性與急迫性，和適當之公眾參與間的衡量。最重要的是，若立法者提供公眾有效參與立法程序之機會，同時必須符合兩個面向的義務：一、提供公眾一個有意義的機會（*meaningful opportunities*）參與立法程序，以及二、必須採取措施以確保人民有能力享有參與機會所提供的利益（*people have the ability to take advantage of the opportunities provided*）²⁶⁰。

更具體一點，法院又再指出促進公眾參與義務所應採取的手段，如：國會必須通知並提供立法與程序參與的相關資訊，因為這些資訊乃是使一般民眾學習並瞭解立法程序與事務的必要手段，而這才能促使公民有意義的參與。其他方式如透過巡迴宣講（*road shows*）、地方工作室（*regional workshops*）、廣播節目、出版等，以致力於教育並傳播影響國會之相關管道的資訊。同時，無須贅言的是亦應符合憲法第69條及第70條明文規定的參與程序，如：在召集任何人參與程序前給予輔助與程序之相關文件、要求任何單位或個人報告相關資訊，以及接受認和有興趣之人或機構所提的請願與異議等²⁶¹。

之後，法院一一涵攝上開列舉之抽象標準於本案所涉及的四個健康法案中，《傳統醫療從業人員法》（*the Traditional Health Practitioners Act 35 of 2004, the THP Act*）在參議院的立法過程中，有九個省代表中的六個省認為本法案應召開公聽會（*public hearing*），但卻只有其中的三個省有踐行公聽會的程序。而未踐行公聽會程序的理由，有些省代表認為參議院給的期限過短，且有傳統醫療從業人員認為無法在短時間內研究完龐雜的資料並給予適當的意見；亦有其他省在省代表交出對該法案的意向後，才舉行公聽會，而這些情形皆被法院認為非前述有意義的參與機會。考量到本案之目的乃在於弭平以往對於傳統醫療業者的長期歧視，且當今社會有80%人民（特別是鄉村地區）在生病初期是採取傳統的醫療方式，因此本案涉及到人民的醫療照顧權既深且廣。而在政府公布草案之初，亦有大量的相關組織提出書面意見，顯示大眾對於該法案的關心程度。因此，在本案中清楚顯示

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ *Id.*

出無論參議院或作為省代表之議員皆認為公聽會對本法案是個促進公眾參與程序的合適方式，則有六個省並未舉辦公聽會也沒有廣邀相關組織或民眾提供書面意見，且亦未提出任何可正當化的合理理由，因此不符合憲法促進公眾參與立法程序之要求²⁶²。而《選擇墮胎法》之修正案（the Choice on Termination of Pregnancy Amendment Act, CTOP act）法院亦採同樣的見解認為，既然當初參議院已決定要交由各省舉辦公聽會——至少也應要邀請利益團體表達意見，即表示國會選擇了自己認為最合適的促進民眾參與的方法。但最後卻未給利益團體足夠的時間研究與陳述，甚至僅有其中的一省舉辦公聽會，而在國會沒有合理的理由之下，乃是未盡到憲法第72條促進公眾參與之義務，應而違憲²⁶³。

至於另外的《牙醫技師法》修正案（the Dental Technicians Amendment Act 24 of 2004），由於該法案提出之時，根本沒有引起任何公眾的關注，且沒有任何相關組織提出書面意見。儘管在林波波省（Limpopo）有曾針對此案舉辦公聽會，但觀諸立法紀錄乃是為了與其他三個法案合併舉行的。因此考量到上述情況，法院認為參議院未舉辦公聽會並非不合理，因此符合憲法之規定²⁶⁴。

（二） 馬塔蒂勒自治區（Matatiele Municipality）案及其後續

馬塔蒂勒自治區（Matatiele Municipality）案主要涉及南非憲法第12次修憲案（Constitution Twelfth Amendment Act of 2005）的合憲性問題，其內容大略涉及將馬塔蒂勒自治區從在原本的誇祖魯－納塔爾省（KwaZulu-Natal）劃規至鄰旁的東開普省（Eastern Cape）管轄。而若聚焦在本文所關注的立法程序——在本案即憲法修正案之程序，針對聲請人主張此修正案之通過，程序不符合憲法第74條關於憲法修正案之規定，國會及其他相對人乃抗辯本次修正案因極端的急迫且事關國家利益（extreme urgency and national interest），因此才加快聽證程序的進行；且本件系爭法案的通過完全符合憲法的要求²⁶⁵。

詳言之，第74條的修憲程序，若涉及到地方各省的轄區劃分、權力、功能或編制，則除了要經參議院以2/3多數同意外，尚須經過參議院中至少6個省的代表同意。且同條第8項復規定，若該法案明確涉及到特定的省份，則亦應經該省之立法

²⁶² *Id.*

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ *Id.*

²⁶⁵ *Matatiele Municipality and Others v. President of the Republic of South Africa and Others* (1) (CCT73/05) [2006] ZACC 2; 2006 (5) BCLR 622 (CC); 2006 (5) SA 47 (CC).

機構批准²⁶⁶。此一設計最主要的目的，乃在於省的權利義務變動，應經由該省代表之同意，而規範目的當然也包含了（省）領土的完整性。因此，本案程序上的爭點及在於憲法第74條第8款中各省批准（considering and approving）憲法修正案之規定，是否為憲法第118條規定的「立法程序」（legislative process）或「其他程序」（other process），而應滿足促進公眾參與之義務²⁶⁷。

法院對此一問題答案傾向是肯定的，並且比較了其他省的程序皆有給居民書面與口頭陳述的機會，甚至有些省議會還開了公聽會，唯獨本修憲案影響甚鉅的誇祖魯－納塔爾省完全沒有給予居民——尤其是馬塔蒂勒自治區的居民，表示意見的管道。但由於剛好涉及到地方自治的選舉，因此在還沒有給相關機關機會答覆以前，在本案判決中法院僅宣示本案的爭點以及未來的審理方向，更多的論證則要到之後的第二個判決（Matatiele II）。

在Matatiele II案中，法院補足了本案第一個判決中論證的不足，認為從憲法規範的整體架構來看，認為只要涉及國家層級的立法程序，如由參議院代表授權的投票或是本案影響到省級邊界劃分的修正案，皆應符合憲法規定的促進公眾參與立法程序之義務。而在判斷是否符合促進公眾參與立法程序義務之內涵，本判決承襲了原則上先前Doctors for Life International一案所提出來的判準。並認為誇祖魯－納塔爾省未邀請各方對憲法修正案提出書面意見亦無舉行公聽會，為誇祖魯－納塔爾省副議長所承認，至於此未達成促進公眾參與立法程序義務之立法行為，是否具有合理（reasonable）的理由。針對此問題，法院也持否定的見解，論證基礎主要有二：一、參酌其他省議會對此修正案所採取的促進公眾參與之手段，以及在誇祖魯－納塔爾省內議員和委員會多有舉辦公聽會乃至於將本修憲案交付公投（referendum）的聲音，可知未邀請書面意見與舉辦公聽會是否是促進公眾參與之有效手段已有疑義；二、在考量到本修憲案將馬塔蒂勒從誇祖魯－納塔爾省劃歸到東開普省，儘管街道設施不會有變化，但卻會影響當地居民對家鄉的歷史情感，以及憲法上保障居民無論貧富皆有決定遷入、移居國內任何地方的遷徙自由之基本權利，更具體而言，還影響了福利體系、健康保險與教育等面向的生活品

²⁶⁶ Matatiele Municipality and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (2) (CCT73/05A) [2006] ZACC 12; 2007 (1) BCLR 47 (CC).

²⁶⁷ Matatiele Municipality and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (1) (CCT73/05) [2006] ZACC 2; 2006 (5) BCLR 622 (CC); 2006 (5) SA 47 (CC).

質。因此，針對此一重大影響馬塔蒂勒當地居民的事務，自應賦予馬塔蒂勒居民直接參與決策形成的過程²⁶⁸。

最後，法院同樣援引先前Doctors for Life International一案之見解，認為本案之憲法修正案之通過，既然與憲法規範第74條第8項以及第118條所規定之程序不符，應不生效力²⁶⁹。

而在憲法第12次修正案被法院宣告違憲而無效後，國會又再度提出幾乎相同內容的第13次修正案（Constitution Thirteenth Amendment Act of 2007）。這次，參議院及誇祖魯－納塔爾省議會踐行了書面意見蒐集與公聽會的程序，然而聲請人認為國會與省議會的動機僅僅只是為了要符合憲法上公眾參與的要求，而未在程序中誠心（good faith）考量被提出來的意見，並爭執被質疑的修正案通過程序，是一個被政治支配且預先被決定的產物，因此立法程序是不理性且與憲法規範不符的²⁷⁰。

法院認為在這次修正案的通過程序上，國會留有在各地舉辦國家層級或地方省級的公聽會紀錄副本，因此符合立法者自己決定適當的促進公眾參與立法程序之方法，並採納人權委員會所提出來的報告，顯示在立法審議階段已經充分讓聲請人以及其他異議團體有充分提出意見的機會，合於憲法的要求²⁷¹。

至於聲請人指控這些書面意見的蒐集以及公聽會的召開，都只是單純為了符合憲法的要求，作為已經作成重劃馬塔蒂勒之決定，假裝形式上踐行的憲法程序。儘管法院承認立法程序時應給公眾表達意見的機會，且立法機關應以開放的立場（open mind）考量公眾所提出來的爭議，並且認為若立法機關缺乏意願去檢視公眾所提出來的各種意見，則公眾參與將會淪為沒有意義。但在立法程序中的書面意見蒐集以及公聽會，皆讓聲請人有足夠的時間陳述意見，並且委員會還針對聲請人所提的意見作成報告回應，而這也是聲請人所不爭執的。因此，並無法因為公眾參與之後的最終決定與自身意見不合，就指摘立法機關未盡促進公眾參與立法程序之義務。儘管立法機關有聽取公眾意見的義務，但並不代表其最終決定應

²⁶⁸ Matatiele Municipality and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (2) (CCT73/05A) [2006] ZACC 12; 2007 (1) BCLR 47 (CC).

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ Poverty Alleviation Network and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (CCT86/08) [2010] ZACC 5; 2010 (6) BCLR 520 (CC).

²⁷¹ *Id.*

該必然的受到輿論所影響。因此在本案中，尚難論斷國會或省議會未盡憲法中促進公眾參與立法程序之義務²⁷²。



(三) 其他案件

至於其他涉及到立法程序之審查的案件，尚有如Merafong Demarcation Forum案。本案案例事實略以：前文所提及的憲法第12次修正案，同時涉及了Merafong自治區邊界的重劃，聲請人認為豪登省（Gauteng）對於修正案的通過，不符合憲法促進公眾參與義務的要求²⁷³。本案例中法院對於促進公眾參與立法程序義務的解釋，仍然援引先前的Doctors for Life International和Matatiele II兩案的論述，但比較先前案例事實不同的是，聲請人另外指控豪登省議會因為政治的壓力，從授權協商（承諾地方居民不將Merafong劃入豪登省）時到授權投票（投下贊成本次修憲案）時改變了立場，而這個問題則牽涉到，立法者在促進民眾參與立法程序義務中，是否有保持開放的態度聆聽各方不同的觀點與立場²⁷⁴。但法院並不採信聲請人的說法，主要是根據在最終投票時的紀錄，有記載議員針對相關問題有相當細緻的討論，且認為並沒有任何明顯的證據顯示修憲案的通過與否，直接或間接的受到執政黨政策預先的框架限制。而如同先前Matatiele II重申的，促進參與立法義務並不代表某種特定的立場一定可以取得優勢，是以針對代議者在這幾天內的立場變更，未再讓當地居民表示意見或再次審議，是否不符合公眾參與的義務？法院認為該義務的主要目的乃是讓公眾觀點能針對法案的主要議題被提出於立法機關，而並不是在特定的構想在法律上明確的拘束代議者（accurate formulation of a legally binding mandate）之決策，因而認定本案的立法程序符合憲法公眾參與之義務²⁷⁵。

而在Oriani-Ambrosini案中，眾議院中的少數議員，認為眾議院所定之議事規則裡，針對議員的提案權設有限制，侵犯了個別議員的權利。而議事規則規定，議員所提之法案，須先呈交一份備忘錄（memorandum）給Private Members' Committee審核決定是否繼續將該法案提交給院會，或逕自予以拒絕（refuse）。而判斷該法案是否具有可取性（desirability）得以提交到議會審議，則規定在議事規

²⁷² *Id.*

²⁷³ Merafong Demarcation Forum and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (CCT 41/07) [2008] ZACC 10; 2008 (5) SA 171 (CC).

²⁷⁴ *Id.*

²⁷⁵ *Id.*

則第234條、第235條、第236條及第237條²⁷⁶。法院先從憲法第1條所揭示的「多黨制民主、代議與參與民主、審議、問責與公開的原則」以及憲法課予立法機關促進公眾參與立法程序義務等規定，認為這些原則之內涵，應體現於議會運作的事務中，因此法案提案程序應明確且包含多數的同意以及適當的公眾參與，而由少數議員組成的委員會，即可決定某議員的提案是否該被審議，與憲法第1條之基本原則不符，更可能使代表社會少數成員之議員，無法有效的在議會替他們發聲²⁷⁷。

此外，本判決進一步分析認為，儘管憲法第57條賦予眾議會得以自行決定及控制其內部的安排、議程與程序（arrangements, proceedings and procedures），但僅能制定規則限制立法過程或形式（process and form），而不得及於立法內容與實體（content and substance）。前述在議事規則中，賦予委員會審查議員提案的備忘錄，並得決定是要呈交給院會或予以拒絕，乃是針對法案內容與實體的限制，因此被法院認為違反憲法規定而無效²⁷⁸。

三、準程序司法審查：立法理性

（一）手段與目的間的合理性（Rationality）

南非在準程序司法審查案件裡，又可再進一步區分兩個的面向。首先即是決策決定與程序是否合理（rationality），其基本目的乃在於要求國家公權力的行使不可恣意武斷，而應符合合理的要求。而此一審查標準最常運用在針對行政行為的審查中，在南非類似我國行政程序法的《行政正義促進法》（Promotion of Administrative Justice Act, PAJA）中，第6條即規定了行政行為不得武斷（arbitrarily）或基於惡意的動機（bad faith），且應合於合理之要求。而在論證本條規定的正當性時，南非憲法法院訴諸了憲法民主正當性原則（principle of legality）以及法治原則（the rule of law）等價值，並在判決中進一步說明此一要求並非僅針對行政權的拘束，而是及於所有公權力的行使，因此亦包含立法程序與行為²⁷⁹。

而合理性標準的內涵主要是審查法律是否合理的與正當政府目標有所關連（connected），具體操作又可再進一步區分下列兩層次：其一為對「目的的要求」

²⁷⁶ Oriani-Ambrosini, MP v. Sisulu, MP Speaker of the National Assembly (CCT 16/12) [2012] ZACC 27; 2012 (6) SA 588 (CC).

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ *Id.*

²⁷⁹ Albutt v. Centre for the Study of Violence and Reconciliation and Others (CCT 54/09) [2010] ZACC 4; 2010 (3) SA 293 (CC); 2010 (2) SACR 101 (CC); 2010 (5) BCLR 391 (CC).

(purpose requirement)，即法律與公權力是否（試圖）追求合法的政府目的（legitimate government purpose）；其次則為「結果的要求」，即法律或公權力事實上是否以符合憲法合理標準之方式，追求前揭之目的。此一審查判準與美國違憲審查中的手段與目的間關聯——尤其是在合理的審查標準中，判斷兩者間須具備合理關聯的內涵，幾乎如出一轍，因此在南非合理標準審查究竟屬於立法內容的實質審查，或是準法律程序的審查，學者間的見解仍有歧異²⁸⁰。

而此一標準運用於立法程序的審查案件中，如前文已提及的Merafong Demarcation Forum案與Poverty Alleviation Network案²⁸¹，兩者同樣都是涉及憲法修正案以及自治區邊界規劃的方式。前者涉及的Merafong自治區原本位處豪登省（Gauteng）與西北省（North West）的交界處，最後卻被劃歸為豪登省內——但當地居民卻比較希望劃歸於西北省²⁸²。而法院之所以認為該修正案符合合理性要求，乃是因為：一、本案廢除跨省份自治區（cross-boundary）乃是為了追求改善施政的傳遞與管理此一合法政府目的；二、此一目的可透過將Merafong自治區全部劃歸於豪登省或西北省此手段實現之；三、至於在這兩個合理的選項中選擇是立法機關的責任而非法院²⁸³。

而後者案例則涉及馬塔蒂勒自治區（Matatiele Municipality）的重劃，法院也同樣認為該法案符合合理性，其主要理由可以總結成：一、馬塔蒂勒自治區以政治與經濟的複雜程度來說，其本質與其他跨省份自治區的情況類似；二、改善跨省份自治區政經上的困難屬於合法政府目標；三、此一目的可以透過劃歸至東開普省（Eastern Cape）或是在誇祖魯－納塔爾省（KwaZulu-Natal）仔細地重新規劃而達成²⁸⁴。同樣的，至於在兩個合理手段間選擇何者，是立法者的責任而非法院。

²⁸⁰ 認為屬於準立法程序審查者，如：Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 140；認為屬於立法內容的實質審查，如：Alistair Price, *Rationality Review Of Legislation And Executive Decisions: Poverty Alleviation Network And Albutt*, 127 S. African L.J. 580, 582 (2010).

²⁸¹ Merafong Demarcation Forum 案事實詳見本文第參章第三節二、(三)；Poverty Alleviation Network 案事實詳見本文第參章第三節二、(二)。

²⁸² Merafong Demarcation Forum and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (CCT 41/07) [2008] ZACC 10; 2008 (5) SA 171 (CC).

²⁸³ *Id.*

²⁸⁴ Poverty Alleviation Network and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (CCT86/08) [2010] ZACC 5; 2010 (6) BCLR 520 (CC).



(二) 理性 (Reasonableness) 判準

此外，在南非的司法實務中，另一類屬於準程序司法審查，乃是立法決策是否理性 (reasonableness)。關於理性立法 (reasonable legislative) 的規定，主要散見於社會與經濟權利等此種實踐關乎國家資源的權利條文中。如南非憲法第24條第2項、第25條第5項、第26條第2項及第27條第2項，分別針對環境權、財產權、居住權以及「健保、食物、水和社會安全」等權利，課予國家採理性立法與其他措施 (other measures)。整體而言，司法者對於決策過程的理性要求內涵，比前文所提之是否合理的要求內涵還來得嚴格。不過，究竟何時須審查立法過程與內容是否理性，法院依舊視個案脈絡而定，目前尚未歸納出一定之標準或類型，但此種審查模式確為法院維持政府透明性與課責性的重要機制。且與德國類似的是，運用此一判準較著名的案件，多出現 (但不限於) 在社會經濟權利的立法審查中。

在著名的Grootboom案中，主要涉及南非憲法第26條之居住權，憲法法院即對理性立法與其他措施有所闡釋。在本判決中，法院明示在考量相關措施或立法是否理性時，並不會審查是否存有更適當或更明智的手段，或者是預算是否得以被更有效的運用。因此，必須體認到立法與行政機關在享有眾多可以達成憲法權利實現的手段中，只要該手段是具有理性的，便符合憲法的要求。而這些立法政策之手段，除了在規劃上須具備理性外，在政策的執行上也必須被合理 (reasonably) 的執行²⁸⁵。本案中，判斷政府的解決居住問題的政策是否理性，必須從社會、經濟與歷史脈絡，以及機關負責的執行政策的能力綜合判斷之，同時也須考量基本權利章節整體脈絡。而本件所涉及的居住權，乃是基於人性尊嚴、自由與平等的價值並且確保提供人類生存最基本的需求。為了確保符合理性，所採行的措施即不得忽視待致力解決之居無定所家庭的數量及質量，以及哪些家庭針對享有基本權利能力的程度是否屬於最迫切危險的。因此，僅僅在統計數字上的改善而疏於回應那些最迫切需要者的需求，並無法滿足理性的標準，因為憲法所要求的是每個人都必須受到照顧與關懷的對待²⁸⁶。

²⁸⁵ Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169.

²⁸⁶ *Id.*

而在Mazibuko案中，法院援引了先前涉及居住權的Grootboom案及Treatment Action Campaign No 2案²⁸⁷等判決，否認在經濟社會權利上個人有單獨向國家請求「最低核心」(minimum core)給付的權利，而僅能審查國家在決定最低給付的過程是否合理(reasonableness)的立場²⁸⁸。但在論述審查理性立法的憲法基礎，法院進一步援引憲法第1條第4項為基礎，認為政府運作應符合問責、熱誠(responsive)與公開等價值，因此公民有權利監督政府的表現並且在執政未達標準時給予政治課責，並賦權(empower)公民當認為社經權利的措施或標準不符合理性時，得以透過法律層面的挑戰對政府問責²⁸⁹。而政府對於人民針對社經權利政策是否符合理性，必須提供決定政策時所考量的資訊為何以及所遵循的程序為何，若立法機關所遵循的程序具有缺陷(flawed)或所收集的資訊明顯(obviously)不足或不完整，即可能無法滿足理性的要求²⁹⁰。本案，聲請人質疑《都市基本用水免費政策》(City's Free Basic Water policy)不符憲法之合理要求，主要提出4點質疑：1. 該政策並未有排富條款，而一併給予相同的免費基本水量；2. 該政策是以如每戶每月給予6000公升水量而非以人口數計算水量補助；3. 該政策並沒有提供基本免費水量的依據；4. 每戶每月6000公升的基本免費水量，對人數較多的大家庭來說是不足夠的²⁹¹。惟法院在審酌雙方的主張後，分別以如下的理由認定該政策的制定符合憲法的理性要求：1. 法院在衡量聲請人所提出的貧窮住戶登記制度(indigent registration policy)以及現施行的統一數額供給制度兩者間的優劣後，認為由於政府已充分了解兩者間的利弊，並持續的搜集相關資料與資訊，已不斷的檢視或修正現行的免費供水政策，因此難謂政府的政策不符理性的要求；2. 政府提出具有說服力的證據說服法院，若在每次分配基本免費水量時統計每戶人家的人口數，將會造成行政成本的重大負擔；3. 南非憲法針對社會經濟權賦予政府的義務，並無法導出給予一定特定數額的「最低核心」給付，而僅賦予政府實施理性的手段以促進權利的實現；4. 政府提供了具有信服法院的資料，即若採取每次分配水量時依每戶人口比例分配的方式，將會造成政府極大的負擔與成本²⁹²。

²⁸⁷ Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033.

²⁸⁸ Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others (CCT 39/09) [2009] ZACC 28; 2010 (3) BCLR 239 (CC); 2010 (4) SA 1 (CC).

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Id.*

此外在涉及居住權的Blue Moonlight案中，有86位窮困的居民侵占私人土地而被驅逐，因此訴求當地政府應依憲法第26條居住權之規定，提供住處緊急安置居民。儘管本案主要涉及中央與地方政府間的義務權限分配，然在本判決中，法院認為政府的政策違反憲法原則的區分從私人土地被驅逐的人民，並給予不當的區別待遇，即未提供「臨時緊急住所」（temporary emergency accommodation）²⁹³。而法院進一步強調，在判斷政策在可使用的資源下是否理性，並不受政府預算編列的影響，因為預算編列可能是對憲法義務誤解的結果，若該給付內涵真的是憲法規範所應實現的義務，則政府未適當的編列預算即是不足夠的²⁹⁴。在回應政府針對預算的抗辯後，法院進一步闡釋政策是否合理，指的是政府不得武斷的決定政策，且法院也僅僅考量該政策是否合理，而不會因有更值得或有利的政策便認為原政策是不合理的。本案政府對於臨時住所的提供在「由政府搬遷」及「從私人土地被驅離」間劃了一條僵硬的線，並僅限於前者原因政府方提供臨時住所。但提供臨時住所此一憲法義務乃是確保居無定所之人不會因此產生災難性的後果——尤其是老人與小孩，是以不論什麼原因造成他們無家可歸，都可能面臨同樣的風險，而政府此一否准提供因「被私人土地所有人驅逐」而至流離失所之人臨時性住所，欠缺有意義與理性的理由，且亦不符合Grootboom案中給予急需幫助之人適當且應有之對待²⁹⁵。

總言之，比起合理的審查標準，理性立法的要求更進一步審查國會應解釋其所作的決策，其中包含相關資料已被充分考量、並遵守相關決策之程序，因此國會應揭露「遵照何種程序」及「制定政策前作了哪些調查與研究、多元考量」和「選擇此一政策的依據」。而在應遵照的程序方面，則著重於決策過程的與多元意見的互動（responsiveness）、觀點考量的全面性（inclusiveness）與調查研究的一致性（coherence）²⁹⁶。

²⁹³ City of Johannesburg Metropolitan Municipality v. Blue Moonlight Properties 39 (Pty) Ltd and Another (CC) [2011] ZACC 33; 2012 (2) BCLR 150 (CC); 2012 (2) SA 104 (CC).

²⁹⁴ *Id.*

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 148.



四、小結

(一) 立法程序之審查

回到前一節健康四法案中，有個頗值得說明的問題是，在通過國會立法程序，但未經總統簽署公布生效的法律，是否為司法機關得以審查立法程序之客體？而之所以有這個疑問，乃因在健康四法中的《節育法》修正案(Sterilisation Amendment Bill)即是前述之情形。針對這個問題，南非憲法法院分析了南非憲法之相關規定，其中南非憲法第79條第1項規定：「總統得同意並簽署(assent to and sign)國會所通過之法案，而若總統認為其所通過之法案有合憲性之疑義，則應送回眾議院重新審議(reconsideration)」；以及第167條第4項5款規定：「憲法法院僅能決定國會或總統是否未盡其憲法義務」。得出若法案僅由國會通過，而尚未經總統同意及簽署，則此時總統負有檢視系爭法律是否具備合憲性的憲法義務，若此時憲法法院介入審查立法程序，則將會侵犯總統之此一憲法權限，因此在此階段之法案憲法法院並無審查權²⁹⁷。

至於違反憲法中促進公眾參與立法程序之義務的法案，其效力究竟為何？國會針對此一問題即抗辯道，法院不該宣告系爭法案無效，否則將侵犯憲法之權力分立原則。法院則肯認每個憲法機關的職權行使不得侵犯他機關之權限，然而同時也強調這並不當然表示法院即不得或不應作出影響其他政府機關領域(the domain of the other branches of government)之裁決，如國會的立法程序的合憲性被挑戰，則法院即應依憲法考量國會是否致力於憲法所賦予之義務。因此，權力分立作為憲政民主中重要的原則，則法院基於其職權領域內的權力，自應確保憲法受到自身憲法之保障(protect the Constitution are derived from the Constitution)，此亦為法院不可迴避之責任。而促進公眾參與為立法程序即為根本之一環，因此若立法機關未滿足此一憲法義務，則將可能導致法律無效²⁹⁸。最後，憲法法院考量到應給予國會補救此缺陷的機會，因此給予18個月定期失效之期限，要求國會以符合憲法之方式重新制定系爭法律²⁹⁹。

事實上，南非要求立法程序應符合促進公眾參與的憲法義務，從南非憲法文本規範來看，確實應屬於立法程序所應具備之內涵。然而在比較法上，甚少有其

²⁹⁷ Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others (CCT12/05) [2006] ZACC 11; 2006 (6) SA 416 (CC).

²⁹⁸ *Id.*

²⁹⁹ *Id.*

他憲法如南非憲法般規定的如此積極，因此在不少對於立法程序公眾參與的討論，多會放置在準程序司法審查的脈絡之下。此乃為南非憲法文本規範與其他憲法文本規範差異所致，應特別強調之。此外，亦有學者認為，由於案件涉及立法程序之「公眾參與義務」的案件仍不多，因此憲法法院尚未有機會進一步闡釋或精緻化「促進公眾參與」的憲法義務內涵究竟為何。且事實上南非判決所採的立場也許比想像中的還不基進（radical），畢竟只是將立法者已經作的或是也覺得應該要作（但卻還沒作）的程序予以義務化（或說強制化），而並非自行創設一個可能遭致立法機關反抗的新的憲法義務³⁰⁰。

（二） 準程序之司法審查

南非在準程序司法審查之實務上，主要有兩個標準已如前述，其一是較為寬鬆之手段與目的間的合理性，其次則是較為嚴格的「理性立法」之要求。前者合理性的判斷，內涵幾乎與美國實質審查之寬鬆審查標準如出一轍，而其相關討論前文亦已提及。

而有別於美國及德國，由於南非憲法在社會及經濟權利條文中，皆明確規範政府應理性立法並採取其他適當的措施，因此在此領域的準程序司法審查，有別於德國實質審查的比例原則，或美國式的司法審查標準，而逕自開創一條「理性立法」之準程序司法審查的內涵與操作。但又別於德國聯邦憲法法院在Hartz IV案中提出如一貫性或透明性等原則，在相關判決整理分析中似乎很難找出法院試圖提出一個規範性的審查標準，因此法院之審查多視個案脈絡而定，誠如南非憲法法院所言「必須從社會、經濟與歷史脈絡，以及機關負責的執行政策的能力綜合判斷之，同時也需考量基本權利章節整體脈絡³⁰¹」。

但至少可知，理性立法要求國會在制定相關法律時，應公開其「遵照何種程序」及「制定政策前作了哪些調查與研究、多元考量」和「選擇此一政策的依據」，並應全面考量對於經濟資源需求之分佈，尤其是急需社會協助的弱勢民眾，已妥善分配政府的有限資源。

³⁰⁰ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 27, 19.

³⁰¹ Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169.



第四節 各國比較分析結論

一、各國正當立法程序之內涵

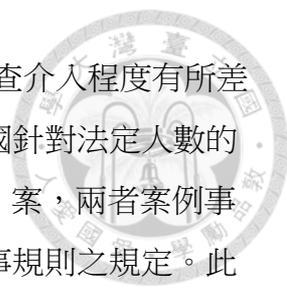
(一) 立法程序之審查

從透過比較美國、德國與南非憲法規範以及司法審查實務後可知：一般來說，實務所肯認的「正當立法程序」內涵，都以憲法明文規範或是得以推導出來之框架性的重要原則。

如美國實務所發展出來的正當立法程序，基本上就與美國憲法第1條第1項所揭櫫之兩院制、同條第7項交由總統批准簽署之送呈制度，以及同法第5項之出席法定人數。而德國則由憲法規範論證出代議民主原則，具體而言則出現於國會下之組織應符合院會政黨比例組成的鏡像原則；此外，透過基本法第38條第1項自由委任之法理，強調每位議員享有平等之權利義務的法律地位，並一再重申質詢的議事規則應充分確保議員言說、質詢與取得資訊之權利。南非的情形則比較特殊，由於南非憲法規定無論是參議院、眾議院乃至於地方自治層級的省議會，其立法程序皆應促進公眾之參與，因此在南非的憲法規範脈絡之下，其仍屬本文之正當立法程序。惟由於南非憲法法院針對此議題的判決數量仍不夠多，因此許多問題仍有待發展。

至於對於立法程序審查的審查標準，則是另一個難題。立法程序的審查與一般所理解之司法審查針對內容實質審查不同，後者針對立法內容所涉及的事務、基本權及其範圍程度，在各國實務上皆漸漸發展出類型化的審查密度或標準。惟針對立法程序的審查，其本身之許可性即存有爭議，再加上立法程序樣態多變，同時又高度展現立法過程的政治性、妥協性與不確定性，因此司法者究竟該如何拿捏介入的時機與密度，即成為一門法律技術與政治藝術。

從前文對三國比較分析，原則上美國聯邦最高法院對於立法程序審查的介入是最為克制，甚至可說幾乎不涉及國會內部之立法程序，反而比較像是國會與總統間權限之權力分立問題的界定。而德國則又再更進一步，針對議院內的組織成員以及議員間的關係，提出憲法義務上的要求。介入甚深的南非，甚至對於立法程序應否開公聽會以及是否應搜集民眾意見，都認為是憲法所要求的義務。



不過，除了憲法文本規範本身的不同，所導致司法機關審查介入程度有所差異外，也許從幾個比較法上的判決，可以得出某些結論。即美國針對法定人數的Ballin案，以及德國同樣涉及法定人數的武器法（Waffengesetz）案，兩者案例事實皆在爭執法律表決時，在場的出席之原額數不符合憲法或議事規則之規定。此兩案相同之處在於，法定出席人數是無爭議之事實，而在場是否符合法定人數之規定，事實上可用各種方式以為精準的確認或調查，前開兩判決皆未進行任何的事實調查，即尊重立法者本身已達法定出席人數的認定結果。但兩案仍有不可不辨的差別是，美國的Ballin案的法定人數規定，是在憲法層次；而德國武器法案則是在議事規則層次。因此若在德國發生如美國憲法層次般的法定人數爭議，德國憲法法院是否仍會基於議會自律，尊重立法者的認定結果，則就不得而知。

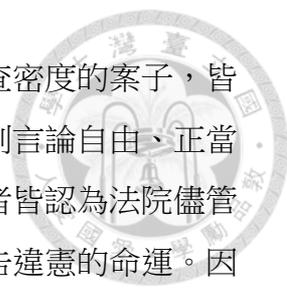
儘管美國對於憲法上法定人數的審查，基本上不會作事實調查以推翻立法者的認定，但在少數例外如涉及到國會議員以外之第三人，是否涉及偽證罪或藐視國會等之認定上，仍可能較積極的介入作事實審查。不過，與先前Ballin案又有所不同的地方則是，有時聯邦最高法院介入審查的，可能只是關於議會內部議事規則違反之事項而已。因此，違反規範之層級或許是影響司法審查介入程度的因素之一，然而更重要的也許是，系爭違反議事程序若涉及到他人之權利或法律上利益，則司法者也更加願意介入審查。

但整體而言，司法者對於立法程序之審查，基於尊重國會自律以及國會權限等權力分立之要求，其審查標準應屬極為寬鬆。而此一寬鬆的標準主要反映於，尊重立法機關的裁量認定（如是否已達法定出席人數），以及甚少對審查立法程序之案子做進一步的事實調查。

（二） 準程序之司法審查

準程序之司法審查，無論是憲法基礎、內涵等，目前無論在學說或實務上，皆未有被系統性的整理，或者有不少學者皆作出體系性整理的嘗試，但至今在學界的討論仍有許多之爭議。

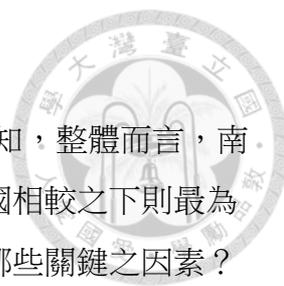
如在美國的實務運作中，有學者即認為聯邦最高法院在審查立法是否合理時，對立法紀錄所為的調查，即屬準程序審查之一種。也因為此一審查標準為台灣所理解的最寬鬆的合理審查模式，故此標準為我們所理解的目的應符合政府之利益，以及手段與目的間應符合合理關聯，與合理的實質審查之差別，似乎僅在於是否



有針對立法過程之資料進行調查。也因此似乎所有適用此一審查密度的案子，皆有可能為準程序審查的適用案件。除此之外，在另外少數涉及到言論自由、正當法律程序條款、平等保護條款或限制聯邦權力之案件，多數學者皆認為法院儘管並未明講，但確實提高了審查標準，進而某些法律遭受到被宣告違憲的命運。因此，美國在準程序司法審查，不若德國或南非在社會經濟權利領域中，發展出獨立的審查內涵，而僅僅在原先的實質審查架構之下，進一步以審查立法資料之方式，論證系爭法律是否符合實質審查所應具備的要求。

至於德國在準程序司法審查的實務中，由於其實質審查架構為與美國不同之比例原則，且審查密度的內涵亦有差異，因此在類似美國之中度審查的可支持性審查中，才出現司法機關針對立法資料調查立法過程是否提出可支持性的論述，作為符合比例原則的立法判斷基礎。儘管，可支持性審查究竟算是實質審查（立法結果審查）抑或是準程序司法審查（行為審查）仍有爭議，但此一爭議也同時說明了，僅有在可支持性審查密度時，方有具備準程序司法審查的特徵或性質。除了傳統對基本權利限制的比例原則審查外，德國在社會經濟權利的立法，也發展出另外一套準程序司法審查架構。儘管在Hartz IV判決中，法院認為針對此一領域之審查應限於明顯瑕疵或不足時，但其所提出的一貫性原則與透明性原則，以及其最後的審查結果，事實上密度與中度的可支持性相當。而這也與比例原則審查模式之架構相符。

最後在南非的司法審查實務，其實質審查架構究竟較接近德派或美派，儘管本文尚未作系統性的分析研究，也並非本文重點所在。惟在準程序司法審查中，同樣出現與美國審查標準相同之合理審查內涵，即目的是否為政府利益以及手段與目的間是否具備合理關聯。除此之外，準程序司法審查則出現於，憲法關於社會經濟權利規定立法者或政府機關應理性立法以及採取適當措施的要求中。而合理立法的內涵，由於目前仍缺乏更多的判決讓南非憲法法院闡述，目前經學者整理主要為：必須提供決定政策時所考量的資訊為何以及所遵循的程序為何，若立法機關所遵循的程序具有缺陷（flawed）或所收集的資訊明顯（obviously）不足或不完整，則可能難認符合合理之要求。



二、各國（準）立法程序審查之差異因素比較

從前文對於比較法在審查（準）立法程序的實務分析中可知，整體而言，南非憲法法院較願意介入立法程序之審查，而德國介於中間，美國相較之下則最為保守。究竟司法者在決定是否介入（準）審查立法程序時，有哪些關鍵之因素？

首先，有學者認為政府體制的安排——總統制或內閣制，可能會影響司法者是否介入以及介入立法程序到何種程度。但此一論點雖然看似與審查立法程序的核心議題——權力分立有所關連，不過學者提出此一主張，卻是以政治理論的角度切入。其認為在內閣制的體制安排下，國會的多數黨組成職司行政權的內閣，再加上多數法案皆由此一多數政黨或聯盟所推動，因此法案通過程序有著行政團隊專業的後盾，因此比起總統制較可要求立法過程的一貫以及合邏輯。相反的，在總統制的運作下，行政權與立法權嚴格的被區分，再加上如美國的體制，立法提案權僅限於議員，而行政權僅能被動參與如聽證會等調查程序，因此反而著重於立法過程的事實調查（*finding*）是否完備³⁰²。

其次，則是各國的憲法規範之密度有別。從制憲史的角度而言，美國憲法為世界上首部成文憲法，因此在本文中多著重於聯邦政府水平間之權力分立以及聯邦與各邦間垂直權限分配問題，而近代對於基本權利保障入憲，則要等到1791年後才出現於憲法增修條款。但相較於德國以及南非，對於各項基本權利明文列示的保障程度，則又稍不及之。至於德國與南非，則是經歷了如納粹以及種族隔離制度的慘絕人寰的歷史後，對於基本權利與人性尊嚴的重視，才更著重於憲法保障人權此一功能，以避免重蹈歷史的覆轍³⁰³。而此一差異展現於，在美國僅有涉及少數權利如平等原則或正當法律程序遭侵害時，法院才比較願意介入準程序之審查。

再者，憲法文本的另一個差異，則來自於對社會經濟權利規範的密度。這部分的保障幾乎不曾出現在美國憲法文本中，但南非憲法卻是用一個獨立章節明文保障社會經濟權利，而德國第20條第1項也明文「德意志聯邦共和國為民主、社會之聯邦國家」，其中社會國原則更是成為憲法基本原則之一。因此，在有憲法高度的保障之下，憲法法院較有正當性也較願意介入審查對於此部分的立法程序，而其中又因南非的規範密度高於德國基本法，因此南非除了與德國一樣發展出社

³⁰² Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 21-22.

³⁰³ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy & James Fowkes, *Supra* note 28, 25.

會經濟權利領域的立法審查標準外，更進一步的甚至會介入行政機關對有限資源分配，要求其應考量急迫需求者的需要。

最後，另一個關於憲法文本的差異，則是對於國際條約與公約的援引。在南非憲法第39條規定，法院在解釋基本權利章節時，具有考慮國際法(international law)的憲法義務之下，南非憲法法院在解釋「立法程序應促進公眾參與」，則援引了不少較為進步的國際或地域性的公約、條約，作為參與民主的論證基礎。而在有這些憲法以外之文本作為法院介入的依據後，憲法法院對於立法程序的審查上，也將更具正當性基礎。

是以，若以上述因素分析臺灣之法制，儘管臺灣在政府體制上較接近總統制，但與美國總統制不同者為，臺灣除了立法委員有法案提案權外，憲法第58條及第87條賦予行政機關與考試院法案提案權，而司法院釋字第3號解釋及釋字第175號解釋，又分別賦予監察院及司法院法案提案權。因此在這部分的體制安排上，反而更接近於德國的內閣制，即有不少法案皆是由行政機關基於專業知識所草擬之。其次，儘管現行憲法對於基本權利以及第三代社會經濟權利規範密度不若南非詳盡，但由於現行憲法規範基本權利方式乃與德國威瑪憲法相似，且社會國原則同時亦為臺灣多數學者肯認之憲法基本原則。是以，在準程序審查中所要求的立法事實調查與說理義務，在有行政機關作為立法提案的專業後盾下，臺灣應與德國及南非較為相似，因此司法介入審查之空間亦較為廣泛；而在基本權利權利保障上，密度幾乎與德國、南非相當並優於美國，惟社會經濟權利的保障，與德國相似，高於美國卻不如南非。因此，總體而言，有了憲法文本的依據，在準程序審查上，基本權利保護應是個相當正當的理由，且在經濟社會領域之立法，司法機關亦有較大的空間得以介入審查，乃至於像德國一樣發展出一套別於比例原則的準程序審查內涵。

第四章 我國法下之正當立法程序



第一節 憲法規範

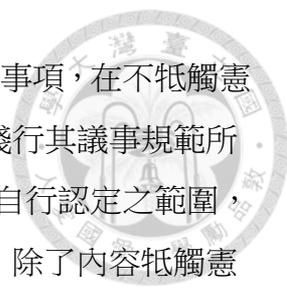
我國憲法對於正當立法程序之內涵，並無夠明確的規範。一般性的立法程序規定在憲法第63條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權」，其中「議決」之內涵應可區分成審議與表決，但其內涵為何仍難謂具體。此外，從憲法第72條規定：「立法院法律案通過後，移送總統及行政院，總統應於收到後十日內公布之，但總統得依照本憲法第五十七條之規定辦理」，可知由立法院通過之法律案，總統應於收到後十日內公布，但若行政院認法律案、預算案、條約案有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議，立法院對於行政院移請覆議案，應於送達十五日內作成決議，且如經全體立法委員二分之一以上決議維持原案，行政院院長應即接受該決議。

而就特別的立法程序，如憲法增修條文第4條第5項規定，領土變更案之提出應經「全體立法委員四分之一之提議，全體立法委員四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議」；同條第7項則規定「總統、副總統之彈劾案，須經全體立法委員二分之一以上之提議，全體立法委員三分之二以上之決議」。憲法增修條文第12條則規定，立法院之憲法修正案的提起須經「立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議」。

是以，綜觀我國憲法對於正當立法程序之規範，原則上需經立法院議決後，由總統公布之，即憲法第170條之規定，而至於特殊之程序如憲法修正案、領土變更案或提出總統及副總統彈劾案，則僅對形式之議決之出席人數與表決人數為規定，至於在表決前究竟應經其他何種程序，憲法規範則付之闕如。

第二節 實務上立法程序之審查

除了我國現行有效憲法之規範，對於正當立法程序僅有「議決」之要求，而我國針對立法程序解釋的案件並不多見，主要有司法院釋字第342號解釋，以及針對修憲行為的司法院釋字第499號解釋。



司法院釋字第342號解釋理由書指出，國會行使立法之程序事項，在不牴觸憲法規範內，屬於國會自治的範疇，而審議法律案過程中，曾否踐行其議事規範所定程序乃其內部事項，除牴觸憲法者外，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象。此外，本號解釋亦承認法律之無效，除了內容牴觸憲法外，若其立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法之重大瑕疵者（如未經憲法第63條之議決程序），則釋憲機關仍得宣告其為無效。而所謂的不待調查，乃指事實明顯且無爭議之謂，並於理由書中指明，大法官解釋所準用的言詞辯論限於法律問題之爭議，而不及於客觀事實之認定。

司法院釋字 499 號解釋宣告該次修憲案違憲無效的理由，乃基於國民主權、民主原則及法治國原則，並以憲法本文形塑出的憲政秩序，作為修憲的界限。該號解釋認為，「國民大會依修改憲法程序制定憲法增修條文，須符合公開透明原則，並應遵守憲法第一百七十四條及國民大會議事規則之規定，俾副全國國民之合理期待與信賴。蓋基於國民主權原則（憲法第 2 條），國民主權必須經由國民意見表達及意思形成之溝通程序予以確保。易言之，國民主權之行使，表現於憲政制度及其運作之際，應公開透明以滿足理性溝通之條件，方能賦予憲政國家之正當性基礎」。並進一步針對司法院釋字第 342 號解釋所提出的「明顯重大瑕疵」之判準提出解釋，即「所謂明顯，係指事實不待調查即可認定；所謂重大，就議事程序而言則指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，而違反修憲條文成立或效力之基本規範」。而在大法官整理此次修憲的諸多瑕疵包含「（一）二讀及三讀會採無記名投票，（二）復議案之處理未遵守議事規則，（三）散會動議既經成立未依規定優先處理，（四）已否決之修憲案重行表決與一般議事規範不符，（五）二讀會後之文字整理逾越範圍等」後，認「本件國民大會於八十八年九月四日議決通過之憲法增修條文，其二讀及三讀程序，依第三屆國民大會第四次會議第十八次大會議事錄記載，係採無記名投票方式，微論已與前述公開透明原則有所牴觸，即衡諸會議時所適用之國民大會議事規則第三十八條第二項，亦顯屬有違」；是以認為「二讀及三讀程序採無記名投票，國民因而不能知悉國民大會代表如何行使修憲職權，國民大會代表依憲法第一百三十三條規定或本院釋字第三三一號解釋對選區選民或所屬政黨所負政治責任之憲法意旨，亦無從貫徹。此項修憲行為有明顯重大瑕疵，已違反修憲條文發生效力之基本規範」。

因此，透過此兩號解釋相互分析，第一個問題即是：正當立法程序與正當修



憲程序是否有別？在司法院釋字第 499 號解釋理由書中，認為「按修改憲法及制定法律之權限由同一機關（即國會）行使之國家（如德國、奧地利、義大利、土耳其等），修憲與立法之程序僅出席及可決人數有別，性質上並無不同，修憲程序一旦發生疑義時，憲法法院得予審查，為應邀到院多數鑑定人所肯認，相關機關對此亦無異詞」。儘管我國先前之法制，修憲與立法權的行使機關分別為國民大會以及立法院，而非屬同一機關，然而本文認為若從憲法此一規範高度觀之，從國民主權以及民主原則所推導出來的正當修憲／立法程序，其目的乃是在於將國內法規的正當性聯繫於國民，因此憲法與立法既然皆為國民主權行使的一環，自應有相同憲法位階之正當程序要求。況且現行有效的憲法規範，已將修憲權與立法權之行使皆賦予給同一立法機關（即立法院），因此本號解釋所引用之比較法例，即有參考之價值。而本文認為，若真要區分修憲程序與立法程序之不同，也應在審查密度上調整，而非零和式的全有或全無二分。

其次，則是重大明顯瑕疵判準內涵，在這兩號解釋中所產生的變化。重大明顯瑕疵之判準，事實上隱含了兩種意義，其一為程序之瑕疵程度，必須為違反憲法之基本原則，而使立法之程序不具有正當性；其二則為審查密度，也即不需調查且無爭議的明顯瑕疵。在釋字 342 號解釋中，雖然提出了此一判準，但卻未對此判準作進一步的論述，甚至對於在憲法位階之正當立法程序內涵，僅止於「重大」瑕疵此種負面詞彙的描述，至於何種瑕疵屬於使立法程序不具正當性的「重大」瑕疵，皆未有具體的闡明。而在釋字第 499 號解釋中，除了針對重大瑕疵有進一步論述外，更積極的言明憲法所要求的正當修憲／立法程序應「經由國民意見表達及意思形成之溝程序」（即民主原則的基本內涵），且此一溝程序應滿足「公開透明」及「理性溝通」之條件。但究竟對這些要素的違反，到何種程度才屬重大瑕疵，在本號解釋中僅能得知若應記名投票而未記名者，已達重大之程度，至於其他要素，如：應讓國民意見表達與意思形成到何種程度？應如何公開透明？以及怎樣才算理性的溝通？大法官皆未進一步闡述，實有不足之憾。

而明顯性的判準，在釋字第 499 號解釋中，亦有不同含義的運用。在先前的釋字第 342 號解釋，認為若該瑕疵有爭議即不符合「明顯」之判準，且程序是否符合議事規則之事實認定，屬於議會自治之範疇應由立法院自行認定之。然而，在之後的釋字第 499 號解釋裡，大法官卻以「議事錄及速紀錄」作為瑕疵是否重大的事實認定基礎，且甚至深及國民大會議決時的出席狀況與表決結果，無怪乎

引來學者許宗力³⁰⁴與黃昭元³⁰⁵「表面上寬鬆但具體上嚴格」之批判。是以，在立法程序案件中的事實認定，得否以議事錄為認定的標準？或者針對不同立法程序的違反樣態是否有所不同？

簡言之，我國實務上大法官透過這兩號解釋，揭櫫了憲法上的正當立法程序以及審查標準。正當立法程序之內涵，應包含民主原則中「由國民行意見表達與意思形成之程序」，而此一程序須符合「公開透明」與「理性溝通」之要素。而審查標準則是最寬鬆的「明顯」性審查，但在運作上卻又有諸多的出入與衝突。

第三節 正當立法程序內涵

延續前文透過比較法對正當立法程序之分析，以及我國現今對於正當立法程序之運作，本文認為正當立法程序應包含下列四種主要內涵：程序民主、程序平等、程序法治與程序理性。而這些原則皆是無論所通過之法律內容涉及到何種基本權利或憲法價值，其決策程序皆應具備之內涵。至於準程序司法審查，可能因所涉及的基本權利或憲法價值，調整對於立法程序內涵的要求，以及司法審查的密度，則留待本章第四節中說明。

一、程序民主

（一）多數決原則與少數保護

從前一章比較法判決的分析中，以民主原則論證正當立法程序的內涵，主要有德國與南非，不過這兩者的取徑方式仍有些許不同，南非憲法法院是以民主問責(*accountability*)的方式論證，建構出一包含向民眾公開與參與的正當立法程序。而德國聯邦憲法法院則是偏向民主正當性(*legitimacy*)的論證方式，得出在代議民主之下，其於委員會審議的議員政黨比例應與全體議員比例一致，或來自同一邦的議員不得分割投票等等，以確保選民所選出的意見能夠忠實的呈現於議場之中。

³⁰⁴ 許宗力(2007)，〈憲法違憲乎？〉，《法與國家權力(二)》，臺北：元照出版，頁350。

³⁰⁵ 黃昭元(2000)，〈掬客與靈媒的本尊之爭—釋字第四九九號解釋評析一〉，《臺灣本土法學》第12期，頁32。

至於我國，從憲法第1條的民主國原則，以及司法院釋字第499號解釋謂正當修憲程序應「充分反映民意」以及遵守「國民主權」原則應可推導出，立法程序應遵守民主原則。而民主原則最形式也最根本的內涵之一，便是多數決原則³⁰⁶。

惟多數決亦不得無限上綱，以之成為民主之內涵的全部，早有不少文獻批判「形式」且「無限制」的多數決運作，極有成為『多數暴政』的可能（the tyranny of majority）。因此有學者認為多數決的良善運作，應具備其他條件如：團體之同質性與政治基本共識、言論自由與公共意見、權力改變之機會及多數決定之可變動性³⁰⁷。除此之外，亦不能忽略對於少數的保護機制。當然，保護少數並非指其得單獨決定決議內容或是破壞議場秩序阻止多數表決，毋寧是保障少數有機會和時間發表意見影響國會決議內容，以及參與各委員會議事機會之均等³⁰⁸。

而其中基於民主原則，我國學者多提出了一個更具體的判準，即第二讀會是法案在立法程序中，唯一一次得以逐條實體討論的審議階段，而若以多數決規避之，非但使議員喪失對法案內容實質交換意見的機會，同時也剝奪了少數議員以不同意見影響法案的權利，因此違反民主原則之要求³⁰⁹。

（二） 最低限度的審議（least a minimal level of deliberation）

正當立法程序符合民主原則，應包含多數決以及對少數的保護，在學說中較無爭議。惟隨著審議民主的討論漸漸成為顯學，有學者即提出最低限度的審議作為正當立法程序之內涵。然此一主張的正當性基礎何在？

從憲法的基本原則出發，或可從民主原則以及共和原則中推導出來。儘管當代對於民主的論述汗牛充棟，然而，若兩者合併觀之，共和原則的積極公民權論述、對政治社群公共事務參與的要求，以及理性言說的重視，皆可成為支持審議作為民主運作根本內涵的理論基礎；也即民主絕對不是僅止於比人頭數目的多寡，而是在於社群間彼此溝通、改變偏好、形成共識的過程。而我國憲法第63條亦規定立法院有「議決」法律案之權，即彰彰顯示法律的通過不能僅有表決，事前的審議應同等重要。在司法院釋字第499號解釋亦再度重申，正當修憲程序「須經由

³⁰⁶ 許宗力，前揭註12，頁322；李建良，前揭註14，頁231；王韻茹，前揭註8，頁78。

³⁰⁷ 王韻茹，前揭註8，頁79。

³⁰⁸ 陳淑芳，前揭註17，頁247。

³⁰⁹ 許宗力，前揭註12，頁324；李建良，前揭註14，頁234；王韻茹，前揭註8，頁79-80。

國民意見表達及意思形成之溝通程序予以確保」且「應公開透明以滿足理性溝通之條件」。是以，應可視為審議溝通作為立法程序中民主原則的必要要素。

而除了憲法基本原則的推導，「審議」民主程序中亦有重要的價值。因審議本身即是一種自我揭露³¹⁰，即針對某項議題表達自身的意見，此一言說行為不同於表決僅能傳達支持或反對簡化的二元立場，它同時揭露了言說者對於偏好選擇所立基的理由（reason）。當然，在經驗研究中，言說者可能會以公益為訴求包裝自己的私慾偏好³¹¹，但此項缺失，比起僅透過投票表達正反立場，至少多了可以檢驗代議者立場之理由的可能性。因此，正當立法程序的審議要求，其功能便在於促進國會政策制定之品質，以及助於縮小化特定利益團體玩弄立法程序的能力³¹²。至於其他的價值尚有：降低或克服有限理性的影響、迫使或鼓勵一種證明自己的需求與主張合理的特定方法、使最終的選擇在團體成員的眼中具有合法性，以促進團體凝聚力或改善決策的執行、改善參與者的道德與知識素質等等³¹³。

然而，並非所有的語言表達都屬於政治學上的審議，而究竟立法程序中的討論該具備何種特質才能被認定符合審議的要件？由於立法程序具有多變的情境，因此實難周全的考量各種要素後提出一個規範性、可操作的判準，而僅能試圖捕捉其模糊的樣貌。有學者主張，在理想的審議程序中，每個參與者是自由的，同時也認為其他的參與者也是自由的，而這自由主要展現於這個社會「合理多元」的前提預設，並體認到任何全面性的道德觀或宗教立場都無法提出明確的參與條件限制，即每個參與者得自由的參與審議過程。也因為每個參與者是自由的，所以在形式上與實質上都同樣平等：形式上的平等乃指在審議過程中享有同樣的權利與義務，實質上平等則指現行權力與資源分配並不會影響參與者參與審議的機會，而這些分配也不會在審議過程中扮演權威性角色（authoritative role）。最後則是基於「合理多元」的事實前提，當審議之參與者是用其他（自由且平等）的參與者「有理由接受」（have reason to accept）的理據討論，則就可以被認為是理性（reasonable）的³¹⁴。

³¹⁰ James D. Fearon 著、李宗義、許雅淑譯（2010），〈討論即審議〉，收錄於《審議民主》，台北：群學出版，頁 64-69。

³¹¹ Gerry Mackie 著、李宗義、許雅淑譯（2010），〈人都會說謊：民主沒有意義嗎？〉，收錄於《審議民主》，台北：群學出版，頁 121 以下。

³¹² Victor Goldfeld, *Supra* note 24, 369.

³¹³ James D. Fearon 著，前揭註 310，頁 69 以下。

³¹⁴ Joshua Cohen 著、李宗義、許雅淑譯（2010），〈民主與自由〉，收錄於《審議民主》，台北：群學出版，頁 269 以下。

但究竟何謂理性？如學者 Joshua 認為一個好的社群，假如它要避免受到支配的話，「其政治體制必須能夠表現一個理性的規則，同時此民主要能夠展現一個深思熟慮（deliberative）的特質、而不是一個討價還價（bargaining）的特質」³¹⁵，理性之蘊含或可認為是基於自身利益而討價還價的否定，簡言之即對「恣意」的否定。不過，亦有學者為了避免「理性」一詞所帶有的單一世界觀之色彩，因此轉而強調人們「彼此間的肯定」此一概念。而此概念則建立於康德之社群裡的「共通的感覺」（*gemeinschaftlicher Sinn*）與公共性的論證上³¹⁶，因此「彼此間的證明」便已成為審議概念的一個核心原則。是以在判斷言說過程是否符合「理性溝通」的審議時，應著重於對話情境與對話主體間彼此的是否提出可相互檢驗或可信的理由，也唯有提出理由（*reason-giving*），公共論壇的參與者方能針對理由彼此論辯，相互理解彼此的立場以追求達成共識的可能。而依據上開原則，即有學者提出判斷是否進行理性討論的四個判準：（一）論述是否可能以臺灣社會中具有共識的政治價值或原則為基礎；（二）為某一意見辯護時是否向社群提供理由；（三）在擁護某個政策或表達某個理由時是否考慮到，對受到這些政策／理由影響的群體而言，這些政策／理由也是合理的；（四）論理是否符合社會通行的常識，遵守沒有爭議的推論原則與證據法則³¹⁷。

當然，以上對於審議的要求，某程度上都是在最理想化的情況之下所希望能達成之目標，然而當今國會法案眾多，議員間彼此立場又極度分歧，若以此標準檢視每個法案的立法過程，則幾乎所有法案都可能會遭受到違憲之命運。因此，本文認為對於國會審議法案的期待，同時也應顧及到立法效率以及現實政治情況，就算現實立法程序無法達到審議民主對於審議過程的要求，然而理性溝通既然作為現今實務肯認之正當立法／修憲之內涵，則應要求立法程序應經過最低限度的審議。最低限度的審議作為正當立法程序之內涵，乃指若立法決策過程的各個階段中，若沒有任何證據顯示立法者有針對法案內容相關利益，進行辯論、事實調查或各種形式的討論，即有違憲法最低限度審議的要求³¹⁸。

³¹⁵ 陳閔翔（2003），《公民德性、政治社群與民主精神：Michael J. Sandel 政治哲學研究》，國立中山大學政治學研究所碩士論文，頁 94。

³¹⁶ 牧野英二著、廖欽彬譯（2014），〈康德理性批判的兩個功能——後現代主義以後批判哲學的可能性〉，《中國文哲研究通訊》第 24 卷第 1 期，頁 14。

³¹⁷ 李仰桓（2011），〈公共理性與臺灣的民主化進程〉，《臺灣人權學刊》第 1 卷第 1 期，頁 217 以下。

³¹⁸ Victor Goldfeld, *Supra* note 24, 386.



(三) 立法程序的公開性

誠如司法院釋字第499號所揭示的，從憲法可推導出立法／修憲程序，應符合「公開透明」之要求。且公開透明同時也是民主原則的重要因素，一方面人民方能親眼見證自己的意志如何在立法程序中發揮功能，使得法規對於社會更具正當性；同時也可以監督其所選出的代議者，是否符合自身的期待，以作為下次選舉或政治咎責的依據，以達民主的課責目標。

其中，在司法院釋字第499號解釋，則涉及了該次修憲二讀與三讀程序採不記名投票，是否違反憲法基本原則？大法官在本號解釋指出：「修憲乃最直接體現國民主權之行為，依國民大會先後歷經九次修憲，包括動員戡亂時期臨時條款及增修條文之制定與修改，未有使用無記名投票修憲之先例，此亦屬上開原則之表現；國民大會代表及其所屬政黨並藉此公開透明之程序，對國民負責，國民復可經由罷免或改選程序追究其政治責任。是現行國民大會議事規則第三十八條第二項關於無記名投票之規定，於通過憲法修改案之讀會並無適用餘地。蓋通過憲法修改案之讀會，其踐行不僅應嚴格遵守憲法之規定，其適用之程序規範尤應符合自由民主憲政秩序之意旨（參照本院釋字第三八一號闡釋有案）。」認為不記名投票將無法追究代表之政治責任，而有違民主原則要求之公開透明程序。針對此點，無論當時提供意見的鑑定學者，抑或事後撰文批判的學者，皆有認為民主原則並不必然可以導出投票公開義務，並認為本號解釋大法官若只因為表決不公開就宣告修憲無效，有擴張司法權之虞³¹⁹。

本文肯認學者之見解，認為無記名投票確實不當然是民主原則所要求之公開程序的一環，基於審議民主的觀點，判斷立法程序是否具有民主所追求之價值，毋寧是在形成共識乃至於統計多數決以前之審議溝通過程是否公開、理性與充分。因此，若在表決前不同立場的代表針對議題已有充分且公開的管道表達並相互溝通，則即應符合民主原則所要求的公開程序，而表決是否記名相較之下似乎並不這麼要緊。而此主張同時也可以達至本號解釋所認，公開程序乃是為了民主問責此一目的。亦如同學者許宗力所言：程序是否公開導致得否滿足民主問責的「關鍵在於何種情形、何種條件下允許討論與投票不公開的制度設計，以及准許民眾、

³¹⁹ 許宗力，前揭註 304，頁 352。

媒體進入議場旁聽觀察³²⁰」。因此，毋寧仍是需要將個案脈絡，置於整體議事程序的安排中觀察，無法如此單一的切割如「不記名投票」即當然違反民主公開程序。

而立法程序是否符合民主公開程序，本文認為主要可分為下列三個面向綜合觀察³²¹：

1. 立法資訊與資料的公開：資訊公開的對象除了議員應享有平等對於資訊分享及獲取的權利外，根據政府資訊公開法第6條規定，「與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，以主動公開為原則，並應適時為之」，因此立法相關資料應已向人民公開為原則，除非具備同法第18條所規定之例外情形，方得限制公開或不予提供。而公開立法資訊與資料的目的，即在於使公眾有機會了解特定立法的背景並且參與立法形成的過程，是以應公開的資料應包含：立法依據的相關資料、立法草案及理由說明、議會資訊、會議紀錄、公聽會報告以及公民參與的途徑及方式等。
2. 立法過程的公開：立法過程的公開乃指，在會議前的適當期間，應公布其開議公告與議程，其中包含：參與會議的成員、議會的審議內容、開會的時間與地點。此外，在審議的過程，應設置轉播機制，使公民有全程參與的管道，同時也應該開放公眾旁聽，並且允許媒體採訪報導。
3. 立法結果的公開：立法結果的公開，一部分是來自憲法法治國原則之要求，即國家依法行政與依法審判的依據，來自於經立法院三讀通過並由總統公布之有效法律，因此法律的通過與公開，方使國家與人民能夠理解法規範之秩序，並遵守之與形塑自身生活。然而，在我國更有實益的，應是對於議會過程中決議的公開，即每個讀會或審議結果的明確公布與紀錄，應讓人民得以確知審議的結果究竟為何。雖然，此一階段性的立法結果並未產生對外的法律效力，但仍可基於民主國原則，肯認人民有得知法案審議的進度，進而對其程序加以監督。

³²⁰ 許宗力，前揭註 304，頁 351。

³²¹ 易有祿，前揭註 21，頁 140-141。



(四) 立法程序的參與性

依司法院釋字第499號解釋，立法／修憲程序應符合「經由國民意見表達及意思形成之溝通程序」。而從先前比較法上的觀察，由於南非憲法本身即規範立法程序應確保公民參與，因此憲法法院對此部分的審查也就更具正當性。而在我國儘管缺乏與南非憲法同樣的明文規定，但若從前文對民主、共和原則的論述以及對於代議民主制度不足之批判，本文主張立法程序的參與，不僅限於因投票而取得正當性的國會議員之平等參與，而應擴及對於人民參與立法程序的程度予以考量。

人民參與立法程序的管道，主要可以透過主動提供各委員辦公室資料、遊說或陳情等，或是由委員依立法院職權行使法第55條經輪值召委同意，或經各委員會全體委員三分之一以上之連署或附議並議決舉行公聽會。此外在憲法位階中，卻少被人民使用的參與形式，則是憲法第17條的創制權與複決權，其具體運作程序依憲法第136條之立法委託，規定於公民投票法之中。整體而言，事前讓人民有管道得以參與立法程序，除了提高法律的正當性基礎外，更將事後政治責任追究的反饋模式，提前至立法形成的前階段，以減少錯誤立法所產生的社會成本。

評價立法程序之公眾參與是否足夠的標準，也許可以從兩個面向觀察：其一為公眾參與的廣度，指的是人民通過各種途徑參與立法形成並試圖影響立法結果數量上的多寡。在理想情況中，是所有受到立法結果影響之公民，皆應有參與制定立法過程的權利，然而此一情況在當代的民主社會殆無可能，除非由行使公民憲法所賦予的創制或複決權，經由公民投票前的辯論審議程序以及多數決的表決。因此，在公眾參與廣度的判斷，似乎僅能依據公民針對法案過程中，在公開言論市場的爭辯與討論的熱烈程度判斷之。簡言之，若是一法案的內容，具有高度的爭議性與關注性，在無論新聞、評論或公共論壇中皆有廣泛的討論與爭辯³²²。

其二，則是公眾參與的深度，此指的除了是人民對於立法結果的實質影響外，更重要的是，在立法形成的過程中人民是否有足夠的管道接近立法過程。而此即有別於先前參與廣度多於公共論壇中辯論，公眾是否得以透過管道無論是向立委辦公室提供資料、遊說，乃至於更重要的公聽會的召開或直接行使對法案同意與否的表決權（創制或複決的行使）等，皆是較更具深度參與模式³²³。

³²² 易有祿，前揭註 21，頁 137。

³²³ 易有祿，前揭註 21，頁 137。

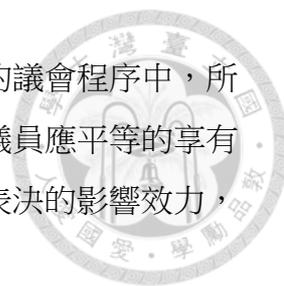
當然，雖然在行文的方便上，將參與的深度與廣度兩者分別論述，然而在實務的判斷上兩者其實難以割裂判斷。本文甚至認為在判斷民眾參與的程度以及如何參與等事項上，國會皆享有很寬足的裁量與自治空間。不過，在前一章南非憲法法院的實務運作中，一般而言若系爭法案在立法過程中，具有高度的爭議性而使得公民社會對法案的爭辯有極高的興趣，則同時也會要求立法者在立法的過程中，應召開公聽會以增加公民參與對立法程序影響的深度；反之若法案形成過程乏人問津，則立法機關就算未召開公聽會，依舊不違反憲法之要求。因此民眾參與的深度與廣度間的關係，便是立法者對社會參與的廣度，應給予相對應足夠的參與深度（管道）。

而前文所提及南非之健康四法案判決中，法院所提出的衡量立法者是否達成該義務所應考量之因素，亦可供我國參考：一、系爭法律的本質與重要性及其影響公眾的強度；二、立法程序之效率以及公眾參與所付出之時間、費用等成本間的衡量（然而單單為了節省時間費用，並無法正當化賦予公眾參與機會的不足）；三、法院應尊重立法者對法案內容、重要性與急迫性，和適當之公眾參與間的衡量。最重要的是，若立法者提供公眾有效參與立法程序之機會，同時必須符合兩個面向的義務：一、提供公眾一個有意義的機會（*meaningful opportunities*）參與立法程序，以及二、採取措施以確保人民有能力享有參與機會所提供的利益（*people have the ability to take advantage of the opportunities provided*）。此外，同樣值得我國參考者為，葡萄牙憲法法院亦曾有關於勞工事項之立法，因未依憲法規定提交勞工委員會（*Workers' Commissions*）審查而被宣告違憲之案例，並在判決中提出三個原則定義參與立法程序權之範圍：一、對於立法主要內容具有實質影響（*real influence*）的可能性；二、工人組織（或相關組織）正式參與（*formal involvement*）立法程序；三、充分表達（*adequate publicity*）參與程序的過程³²⁴。

二、程序平等

所謂的程序平等，其中一個面向即是參與程序之議員的主體間的平等。而此一平等的憲法基礎，乃在於議員作為人民之代表，基於自由委任的法理，若所有議員皆代表所有國民，則每個議員在議會的程序地位皆應平等。而此一平等地位

³²⁴ *Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others* (CCT12/05) [2006] ZACC 11; 2006 (6) SA 416 (CC).



內涵同時包含了權利平等與義務平等，即在所有形成公共意志的議會程序中，所有議員皆有相同的機會發表意見以影響決策的作成³²⁵。如所有議員應平等的享有提案權、發言權、質詢權與要求提供資訊的權利，以及對議案表決的影響效力，亦應遵守票票等值的原則。

此外，從共和原則對於審議與言說地位平等的重視，同時也可以推導出議會程序暴力的禁止。如漢娜·鄂蘭將人類行為分成勞動（labour）、製造（work）與行動（action）三種類型，並認為所謂的行動，是指雙方（或所有）參與者都能自由互動，因此是最具人性與自由的行為方式，也是「最卓越的政治活動」³²⁶。而言說（logos）作為自古以來免於宰制之行動最主要的表徵方式，與其反面則是暴力，在其理論中暴力所對應的是勞力，根據其定義暴力指的是「工具性之物理力量的粹然使用」，且暴力是「沉默無言」（mute）的。因此，本文認為，若在議事場中使用暴力佔領主席台或對其他議員施加物理腕力者，除了違反議事規則或刑事法規而有違程序法治外，其所造成的乃是以暴力對其他議員言說地位的宰制，而此一宰制造成了彼此間由上而下政治地位的不平等，因此亦違反程序平等之原則。

無獨有偶，洪席耶亦認為言說是人類政治動物目的中最高明的作法，且所有人皆共享某種理解話語的能力，因此在這個思考主體的面向上，人類自始皆為平等，其所舉的例子即：社會秩序中，有些人命令，有些人服從命令。但服從命令的前提是你必須理解命令並且了解應該服從，而要達到此一條件，事實上已與命令的人平等³²⁷。而不平等的來源則是如奴隸般，有能力了解話語卻不擁有此話語能力的人，即可以透過感受（aisthesis）的形式成為語言的共同體，卻無法占有（hexis）語言³²⁸。因此，程序平等除了形式上所有議員權利與義務的平等外，更應追求在實質上，所有議員皆屬代表全國人民屬於國會的一份子，自應享有國會程序中，言說地位的實質平等。

在此前提之下，鄂蘭即認為理想的議事制度應包含如下特點：A. 由於權力存在於人與人之間，惟其「並非垂直的由上而下或是由下而上，而是水平指向」³²⁹，因此其所展現的權力特性，應為人們聯合行動、共建社群生活的潛力，而非由上

³²⁵ 王韻茹，前揭註 8，頁 83。

³²⁶ Michael H. Lessnoff 著、楊慧玲譯（2005），《政治思想 11 巨擘》，臺北：韋伯文化，頁 86。

³²⁷ Jacques Rancière 著、劉紀蕙等譯（2011），《歧義：政治與哲學》，臺北：麥田出版，頁 41。

³²⁸ Jacques Rancière 著，前揭註 327，頁 42。

³²⁹ Hannah Arendt, *CRISES OF THE REPUBLIC*, London: Harcourt Brace Jovanovich, 230 (1972).

而下的強制力；B. 在議事程序中個人的政治地位完全平等，不受出身、階級、性別、黨派等限制，因此議事為一種超階級的組織，而此一特性也證立其具有廣泛的民意／正當性基礎；C. 在議事的討論過程中，人們各抒己見並傾聽他人的見解、相互辯論，不同於自由主義式的議會，鄂蘭對於議士們提出了政治美德的要求，及每個人辯論發言所追求的並非個人或特定團體的利益，而是涉及全體社群的公共利益與幸福³³⁰。因此，平等的政治地位本身同時也是民主正當性的證立基礎。

三、程序法治

法治原則為憲法基本原則已如前述，而其內涵反應在立法程序的運作中，當然是要求立法程序的安排能夠達到由法律治理（governed by law）而減少人治的恣意妄為。因此具體而言又包含了立法程序應具明確性與可預測性，以及程序之中立性。

前者如立法者應「遵守」公開的議事規則，使得一般民眾得以得知立法程序的運作。同時也應該受憲法原則及議事規則拘束，使人民或立法者得以依照事前所公布的規範，安排與理解立法程序，如公聽會或讀會的召開，應在適當期間前公布議程、列席人員、時間與地點，使得會議進行對參與會議者能夠具有可預測性；同樣的，讀會或院會中的休會，也應事前告知休會的時間長度，以使各委員能夠依法行使職權。

立法程序之中立，又可包含兩個面向：程序本身設計的中立，以及程序主持者的中立。程序本身的中立，即**不論黨派與立場**，每個議員皆應享有同等的權利與義務，且參與程序如質詢時間、發言時間或取得資訊的權利等應有相同之對待。程序主持者的中立，則指主持會議的議員，應遵守中立議事規則程序的規範，如：公聽會應邀請正反雙方的專家學者、每位發言者的發言時間應相等，若在場者對程序有爭議，其對權宜問題亦應依議事規則之規定，給予公平的裁示³³¹。

此外，本文認為對前章南非四法案判決，要求省議會以及參議院應踐行聽證會以及其他給予民眾表達意見之管道，同時也是程序法治的實踐。詳言之，儘管目前多數學者以及實務皆認為，違反國會自訂之議事規則，並不當然違反憲法上的正當立法程序義務，而仍應回歸憲法之義務要求論證之。本文基本上肯認此一

³³⁰ 陳偉（2008），《阿倫特與政治的復歸》，北京：法律出版，頁 179。

³³¹ 易有祿，前揭註 321，頁 253。



基本立場，但違反國會所自訂之議事規則此一行為本身（先撇除其所違反議事規則之內容），真的完全與憲法無關？儘管，社會通念皆認為立法程序富有高度的政治與妥協性格，然而若法治國原則要求所有國家公權力皆應依法而治，則對於議事規則的遵守，也不該僅僅是議會自律事項而成為法治原則適用的化外之地。因此，若國會已經議事規則並符合憲法要求之程序，達成某些法案應經何種程序審議、聽證之決議（或合議），在經過另一個符合憲法民主憲政方式的程序推翻以前，皆應遵守前開決議之拘束。

回到南非健康四法案中，儘管有批判判決結果並未想象中基進，而只是要求國會應行其原先自行所認應行之程序。然此一觀點同時也點出，或許南非憲法法院並未再進一步具體申論「促進公眾參與立法程序」義務之內涵，但至少肯認了，國會對於議事程序的合議，有可能成為憲法義務的內涵。而若無正當理由或未經正當程序，而予以悖離，皆違反正當立法程序之要求。

四、程序合理

立法程序中的說理義務，其依據來自大法官在釋字第 499 號中的「理性溝通」，簡言之，其不但要求立法過程在表決前，應經過適當的審議，同時也要求，此一審議的過程，應具備合理性。

但本文認為程序理性的要求，不應僅限於溝通的過程。如在前文透過比較法所顯示的，美國及南非在準程序司法審查中，包含了對於手段與目的間合理的審查。然本文認為，若合理審查的運用為最低密度的審查標準，則所有對於基本權利之侵害或權力分立之平衡最起碼都要通過合理的要求。因此儘管合理之審查標準揉合對實體與程序的審查而屬於準程序司法審查之類型，然此一標準毋寧應該一體適用於所有的立法程序。至於其他涉及更高價值的基本權利或憲法原則保護時，再提高審查準程序司法審查的要求至美國的中度審查標準、德國的可支持性審查標準／一貫性、透明性原則或南非的理性立法標準。

因此程序理性對於立法程序的要求，則是對於公權力武斷與恣意的禁止：首先是對立法「目的的要求」（purpose requirement），應符合追求合法的政府目的；其次是對「結果的要求」，即法律或公權力事實上應以符合憲法合理標準之方式，追求前揭之目的。



第四節 司法審查

一、重返釋字第 342 與 499：重大明顯瑕疵理論

如前所述，從釋字第342號解釋到釋字第499號解釋，大法官除了進一步論述重大明顯瑕疵理論外，更一改釋字第342號未針對立法程序進行事實調查，而以議事紀錄作為宣告修憲程序違憲之依據。而此一改變則被學者認為，是改採較嚴格的審查標準，然而本文認為無記名投票是否屬重大瑕疵屬於法律涵攝與判斷的問題，或許容有爭論的空間，惟其在本案中是否屬於「明顯」的，即不待調查即可認定，觀諸釋字第499號解釋的操作，則可清楚發現確實已變更原釋字第342號之審查標準。

本文認為相較之下，釋字第499號之操作模式應較可採。理由在於釋字第342號對於明顯性的判準，為「如尚有爭議，並有待調查者」即非明顯；然而，司法機關作為事實與法律判斷者，其所處理的案子必皆為當事人雙方有爭執，才具有可爭訟性，司法者方有介入之必要。而對於雙方所爭執之點，司法者亦有義務調查事實加以認定，並以此作為法律涵攝的基準。因此，本文認為，實務上應不會出現未有爭議之案子，而事實調查又作為司法者判斷法律問題的前提，可說是司法審查的固有權限內涵。若再進一步分析釋字第342號解釋，拒絕調查立法程序是否具備重大瑕疵之理由，並拒卻以議事錄作為事實調查的證據之一，乃是基於權力分立中的議會自治原則而來。然而，在本號解釋理由書中所引用的美國憲法法院判決Field v. Clark一案，雖然確實在美國法中發展出已歸檔之法案規則（Enrolled Bill Rule），但同時卻不否認在其他極端的案子中，司法者得以審查立法程序的正當性，且正如同部分學者及該號解釋不同意見書所言，Field v. Clark案中的事實乃是針對「議事錄以及已通過法案內容不一致」而為的爭執，與本案針對「法案是否經正當立法程序通過而具有法律效力」有別³³²。

本文認為，儘管我國違憲審查制度採的是抽象且集中的模式，但大法官作為違憲審查機制的唯一審判機關，事實之調查與認定本身即是司法者固有之權限，若大法官不做最起碼的事實認定之工作，則又該如何進行之後的法律解釋與涵攝呢？而多數學者也多肯認我國大法官無論在政黨違憲解散案件或憲法解釋案件具有事實調查的權限，則立法程序是否違憲的案例，自應不該排除大法官的事實調

³³² 李建良，前揭註 14，頁 229。



查權。外國法所提出的政治問題或議會自律原則，基本上對司法權的限制，應僅在對立法程序審查的密度以及瑕疵程度的認定上有別，而非在事實調查之權限有無上為零和的劃分。

二、立法程序之審查

在我國單純的立法程序審查之標的，一部分來自於憲法的明文規範，如憲法增修條文第4條對於領土變更案、憲法修正案或總統副總統罷免案、彈劾案等所為之法定人數規範外。基本上仍要回歸憲法基本原則所推導出來的憲法價值，對憲法第63條法案「議決」內涵之要求。

本文主張，前一節所提之正當立法程序內涵，乃為我國憲法基本原則推導出，對於國會自律行使之界限，即所有立法程序皆應符合前揭之憲法價值內涵；因此，應該一體適用於所有的立法程序之中，且在審查密度的選擇上，原則上應採最寬鬆的審查模式：即立法過程或行為，明顯違反憲法所要求之正當立法程序為標準。之所以如此主張，理由在於：維持最寬鬆的審查標準，可以確保司法干預立法程序限於在最小（*minimum*）且必要情況，而一體適用於所有之立法程序，也同時避免司法者自行決定哪些利益較值得保護而過度侵犯立法權³³³。

然而，亦並非所有案件皆適合適用最寬鬆的審查標準，本文認為，在涉及以下三種情況時，司法者得更積極的介入做事實調查，而不應受國會事實認定所拘束：一、保護少數議員權利者；二、憲法明文特別規定者；三、涉及他人基本權利侵害者。

保護少數議員權利作為司法者得更介入審查的因素，本身即是正當立法程序中程序平等的展現，而最形式的區分方式即，系爭立法程序爭議之提起，是由少數議員提出，抑或是由國會以外之第三人所提出。若為前者，則司法審查作為落實立法程序中議員地位平等的最後救濟管道，則司法者自應較為積極的介入為起碼的事實調查，以促進議員間地位之實質平等。

憲法明文特別規定者，在我國主要為憲法增修條文第4條對於領土變更案、憲法修正案或總統副總統罷免案、彈劾案等所為之特別多數法定人數規範。其理由在於司法審查的正當性，一般來說來自於憲法之授權，而憲法對於特定事項之議決有特別多數之法定人數要求，即可認制／修憲者對於這些特別事項之通過，所

³³³ Victor Goldfield, *Supra* note 24, 388.

經之程序比一般其他事項應更具有嚴謹性與正當性。基於此一原理，為了達到制／修憲者對於特別事項所要求的特別程序，因此針對憲法有明文特別規定者，司法機關也應較為積極介入為事實之調查。

最後，涉及他人基本權利侵害，主要曾出現在美國判決中，即如果當事人被判以藐視國會或偽證罪，而爭執當時委員會人數未到法定人數，而非法律上適格之組織時，則法院也較願意基於保障當事人之權利，而介入事實調查。但這部分由於我國與美國國會制度不同，以及並沒有藐視國會、偽證罪等課予當事人不利處分之權限，因此這部分在我國目前（但不排除未來可能有）應該較無參考價值。

是以，在法定人數的審查中，對於一般法律案審議之法定人數規定，別於美國、德國或南非皆於憲法層次中規範，在我國僅規範於立法院職權行使法或立法院議事規則中，因此涉及到立法院內自身決定議決法案的法定人數，此時對於立法院的憲法拘束僅來自於程序民主中的多數決原則，故對於法定人數本身的規定以及審議時是否已達法定人數之爭議，司法者皆應尊重立法者的判斷。惟對於法案通過時是否符合法定人數的爭議，又可再區分是由立法委員外的第三人或由少數議員本身提起。若屬於前者，立法委員本身對於是否達到法定人數並無爭議，而是由其他第三人所爭執，則此時應尊重立法院自身對於法定人數的認定，不得以其他方式推翻之。而若是經由少數議員依立法院議事規則第41條：「院會進行中，出席委員對於在場人數提出疑問，經清點不足法定人數時，不得進行表決」，清點後發現不足法定人數而多數議員仍執意表決，則涉及到對於少數議員平等地位的保護，應可認屬對憲法層次之正當立法程序的違反。此時，司法者於審查時，應屬於多數議員（立法院）與少數議員間的程序爭議問題，若完全聽從立法院多數之主張，則有可能助長議事程序中多數暴力（儘管是非物理性之狹義暴力之意）之現況，並疏於保護立法院少數議員之平等地位，是以應以其他證據方法，調查法定人數是否符合議事規則之規定。

此外，若涉及我國憲法增修條文第4條所規定之特別多數決之法定人數，由於其有別於一般法律案之議決，可視為制／修憲者對於立法院程序安排的特別要求，同時也是制／修憲者所認定特別值得保障之事項，因此亦得為適當之事實調查，以釐清表決時是否符合法定人數。是以，司法院釋字第499號解釋，以議事錄作為依據宣告該次修憲程序之瑕疵不符合憲法原則，儘管被不少學者批評悖離原先釋字第342號解釋所提出來之重大明顯瑕疵之判準。然而本文認為，在釋字第499號

解釋的審查模式，適用在別於一般立法程序的修憲程序，應是值得讚許的。惟其是否仍可稱為「重大明顯瑕疵判準」，抑或為了體系上的區辨應給予另外一個名稱定性其審查標準，則是另一個值得思考的問題。而事實上，這在比較法上並非缺乏適例，如以色列的Bergman案中，系爭法案實質上涉及基本法（Basic Law）對選舉平等（equal elections）保障的侵犯，法院便提高標準介入調查，並認為系爭法案之立法程序三讀時並未按規定有特別多數議員在場投票，進而宣告系爭法律違憲³³⁴。

而在針對立法程序中，是否已踐行最低限度之審議的司法審查，則較有爭議。因臺灣不若南非憲法明文規定立法程序應促進公眾參與，使得司法審查有較高介入審查之正當性。在臺灣僅能從憲法民主共和原則、第63條「議」決法律案以及司法院釋字第499號解釋，方得推導出立法程序應具備最低限度的審議，因此，在憲法規範密度上即有差別。本文主張，在臺灣司法機關在審查國會立法程序是否符合最低限度審議之憲法義務時，聲請人應負擔高度的舉證責任，證明立法程序嚴重欠缺任何的審議程序，而反之國會在此則享有高度推定合憲的特權³³⁵。因此，若是對應到傳統實質審查標準，則應相當於美派的合理審查或德派的明顯性審查密度。

當然，判斷立法程序是否符合最低限度的審議，完全應視立法程序的整體情況而定，惟既然司法者採取最寬鬆的審查，則如果國會針對整個法案已充分考量，即不得因為某些條款欠缺審議而指摘其無效，因立法事務繁雜無法期待國會作太過微觀的考量。至於，審議程度是否以立法紀錄作為判斷標準，本文認為應無不可，儘管會議紀錄並無法呈現法案之通過是否真的經過正當立法程序，然而它卻可以刺激議員間的討論，促使決策過程更為透明。

最後，應值得一提者為，儘管在當今立法院運作實務下，確實有不少法案不符合本文所主張之正當立法程序，尤其是最低限度之審議此一要件。惟由於司法審查不告不理的被動特性，在少數立委依司法院大法官審理案法第5條第1項第3款聲請大法官解釋前，通常都不會成為憲法爭議。而若成為憲法爭議，則因「議會內對程序問題的爭議經常是對議決內容上有爭議的表徵」³³⁶，此時大多同時涉及

³³⁴ HCJ 98/69 Bergman v. Minister of Finance [1969] IsrSC 23(1) 693.

³³⁵ Victor Goldfield, *Supra* note 24, 386.

³³⁶ 陳淑芳，前揭註 17，頁 248。

立法程序對於少數議員地位之保護，即是否充分使少數議員參與立法決策過程讓其表達其反對意見，因此司法者基於對少數議員之保護，應有較積極介入之空間。



三、準程序之司法審查

(一) 準程序司法審查之界定

準程序司法審查之定義，本文採取的見解與學者 Bar-Siman-Tov 相近，即：首先，法院先進行實質審查，檢視特定法律條文的內容並判斷是否干預憲法所保障的基本權利或價值；其次，法院再轉向檢驗立法程序以決定對憲法基本權利或價值干預的容許性（the permissibility of the infringement）。簡言之，準程序之審查，主要發動於涉及特定基本權利與憲法價值的案件，此與單純之立法程序有所不同。此外，由於基本權利之保障並非絕對，既然需與其他憲法價值作平衡，則在這個平衡過程立法者享有某程度的裁量空間，因此準程序的司法審查，主要針對立法者對於憲法所賦予其之裁量空間是否有濫用之情事。基於此，別於實質司法審查，直接論證某些對基本權利侵犯本身（*per se*）即為憲法所不許有所不同，此亦為準程序司法審查具有暫時性（provisional），實質審查具有終局性（conclusive）之意。

然而，值得進一步說明者為，準程序司法審查之內涵，主要集中於系爭法律的事實調查（fact-finding）與說理義務（reason-giving），而其中究竟立法事實調查與準程序司法審查中立法程序的事實調查，有何差別與關聯？對於「立法事實」有較理論化的闡述，最早或可見學者 Davis 的論文，其中他將行政機關基於不同角色所運用的事實，區分成裁決事實（adjudicative fact）以及立法事實（legislative fact），前者乃指裁決個案中涉及兩造之事實，後者則指機關作成決策所立基之基礎事實³³⁷。其中，針對立法事實的部分，又可再進一步區分成兩個類型，其一為法院在違憲審查過程中對憲法議題作成判斷所依據的基礎事實，而該等事實通常是以立法者制定法律時所依據的事實為基礎，因此又可稱為「憲法事實」（constitutional fact）³³⁸。而若比較德國學者對於違憲審查之立法事實調查，其乃指「一般事實」（generelle Tatsache），內涵為制定個別法律所根據之社會生活事實，或者說政治、經濟、社

³³⁷ Kenneth Culp Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 *Harvard Law Review* 364, 402 (1942).

³³⁸ Kenneth Culp Davis, *Supra* note 337, 403.

會與文化現象³³⁹，因此兩者應無不同。不過，在美國判例法的發展之下，另一個立法事實的類型，則為法制定（**judicial legislation**）活動中法院在造法判斷上所依據之經驗性事實基礎³⁴⁰。而這兩種不同類型的立法事實，最大的差異即在於，前者所謂的「憲法事實」以及「一般事實」，在司法審查中乃是與法規合併被審查的「審查標的」。而後一類型的立法事實，則屬於司法者在法制定的過程，用以決定三段論法中作為大前提之規則³⁴¹。

茲舉兩個類似的案例試圖說明。如在 *Lochner v. New York* 案中，涉及爭點主要為紐約州規定麵包及糕餅業最低工時，是否侵犯業者實質正當法律程序（**substantive due process**）中的契約自由³⁴²？立法者主張系爭規定目的在於勞工保障與衛生安全。但聯邦最高法院卻認為，立法者並未提出事實依據說明：麵包及糕餅業工人是群需要特別被保護的群體（締約地位上的不平等），同時亦未指出長工時（每天超過 10 小時）會對工人健康或糕餅製造的衛生安全造成何種傷害。因此，在當時司法積極主義立場，要求立法者應負擔論證社會經濟領域立法中，（管制）手段與（立法）目的間合理性的舉證責任的氛圍中，美國聯邦最高法院宣告系爭法律違憲³⁴³。本案立法事實在司法審查中所扮演的角色，即與系爭法規範本身相同，作為違憲審查之客體。而系爭規範之所以被宣告違憲，則是因立法者在制定法律過程中，並未提出足夠的事實調查，論證並舉證社會經濟立法合理性所應具備的要件（本案三段論法中的大前提）：特定群體需要特別被保護以及長工時是否對衛生安全造成傷害。因此，本案的審查模式，應屬本文所定義之準程序司法審查。

而與 *Lochner* 案例相似的 *Muller* 案，則涉及奧勒岡州（Oregon）立法限制女工每日最高工時不得超過 10 小時之規定是否合憲³⁴⁴。在本案中，當時代表被告的律師 Brandeis 提出一份 113 頁的報告，包含官方統計資料、勞檢所與衛生主管單位報告等作成的社經調查資料，作為說明高工時對婦女確實有害的具體證據。法院最後根據這些經驗性調查資料，認定系爭法律合憲³⁴⁵。不過，這兩個案例的比

³³⁹ 許宗力，前揭註 114，頁 48。

³⁴⁰ Kenneth Culp Davis, *Supra* note 337, 402.

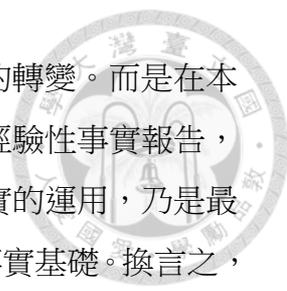
³⁴¹ 邱文聰（2008），〈被忽略的（立法）事實：探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第 584 號解釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》第 37 卷第 2 期，頁 245。

³⁴² *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³⁴³ *Id.*

³⁴⁴ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

³⁴⁵ *Id.*



較，在本文的脈絡下，重點並非最高法院對於限制高工時見解的轉變。而是在本文中關鍵的經驗事實資料是在司法審查程序中由律師所提出的經驗性事實報告，並非立法過程時所作的立法調查。因此，在本文中對於立法事實的運用，乃是最高法院對於婦女最高工時限制此一法律問題合憲判斷，立基的事實基礎。換言之，Brandeis 所提出之報告，乃為法院在論證對特定族群為特別之工時限制時，究竟應具備何種具體傷害，政府才有介入管控的合憲性基礎。是以，該報告在脈絡上雖然也被稱之為立法事實，但因無關係爭法律通過之立法調查，亦非本案的審查客體，反而比較接近司法者在論證三段論法中之大前提本身正確性的「外部證立」事實基礎。故 Muller 案並非本文所定義之準程序審查。

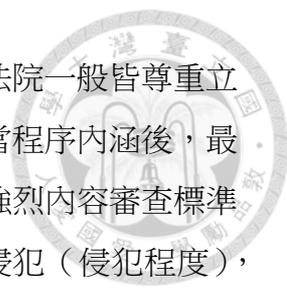
（二） 審查時機與密度

在比較法例中，儘管有不少學者將美國與南非合理審查標準，視為是準程序審查之一環。或許是因司法者在不少雖然是最寬鬆的合理審查標準，但仍針對立法紀錄為調查。然而關諸此種立法紀錄的調查，在司法程序中多為確認立法者的真正的立法目的（legislative purpose）為何³⁴⁶，而與判斷手段與目的間合理性本身較無關聯。因此，究竟立法合理之要求，是否屬本文所定義之準程序司法審查，並非完全無議。本文認為合理審查標準應屬實質審查，而非本文所定義之準程序審查。此外，若要因其涉及立法程序之紀錄審查，將之歸為具有立法程序面向之司法審查，則本文認為，合理審查標準既然是所有司法審查標準最低最起碼的要求，應可劃歸於純粹正當立法程序之內涵，即所有在決定法律內容之「目的與手段間關聯」的立法過程，應具備合理性而不得由國會武斷妄為。

因此，本文所認為的準程序司法審查，乃是基於比合理審查標準之審查客體，更為重要的基本權利或憲法價值之保障，進而相對應提升對於立法程序的正當要求。因此在審查步驟上，首先，法院先進行實質審查，評估系爭法律所涉及的基本權利侵犯的類型及嚴重性；其次，再轉向檢驗立法程序以決定對憲法基本權利或價值干預的容許性（the permissibility of the infringement）。

至於，究竟何時法院才可介入準程序之司法審查？本文認為僅有在第一步驟法院進行實質審查時，被歸類到應適用中度審查標準或可支持性審查標準時，方得進一步啟動準程序之司法審查。其主要理由在於，若侵犯之基本權利僅適用寬

³⁴⁶ Victor Goldfeld, *Supra* note 24, 400.



鬆或明顯之審查標準時，則除非在出現非常極端的案件，否則法院一般皆尊重立法者之立法判斷，且在本文將立法合理要求視為所有法律之正當程序內涵後，最起碼應可排除極端不合理的案件。而之所以也排除嚴格審查與強烈內容審查標準適用的案件，因為此類案件皆可能對憲法保障之基本權利嚴重侵犯（侵犯程度），或侵犯極為重要的基本人權（高價值積聚的基本權利），而此一侵犯究竟是否為憲法所許，司法者應對憲法價值與權利作實質的論證。因此，在嚴格審查的案件中，並不存在只要立法程序符合一定的立法調查、公眾參與、審議或辯論，即取得對基本權利或價值「侵犯之容許性」的評價餘地（margin of appreciation）。

因此，將準程序司法審查限於對應到中度審查或可支持性審查的案件，除了在第一步驟中法院得對該基本權利內涵進行解釋與涵攝，同時對於此種有點嚴重的基本權利侵犯，則又可以透過對準程序審查之控制，尊重政治場域所享有之分歧、廣泛的評價餘地。在宣告法律因違反違反準程序審查而被宣告違憲後，又可促進決策程序廣邀公眾參與及辯論，增加該法律制定的民主正當性，並達成立法政策被「再度審查」（second look）的對話功能。

除了上述一般對於基本權利限制審查的案件外，德國與南非所發展出來的社會經濟權利法案的審查，亦是準程序適用的領域之一。理由如同上述，社會經濟權利法案一方面行政機關或立法機關享有廣大的立法形成自由，但另一方面若涉及到最低生存標準的給付，則又可上溯憲法對於人性尊嚴與生命權的保障。因此，在兩者間的權衡下，從結果審查轉向至立法程序的控制未必不是一個適當的解決方式。而另外一個尚未出現在比較法或臺灣判決實務中的，則是關於經濟管制面向的立法審查，簡言之，對於社會、經濟風險管制的立法，往往需要有專業的事前風險評估，且在管制的程度與手段上，政治部門同樣享有極大的形成自由空間。是以，在經濟管制立法領域中，本文認為在尊重立法形成自由以及行政機關官僚專業的特性，司法部門在介入審查時，宜以準程序審查之面向介入，審查其立法過程之專業研究、立法調查以及說理義務等，以避免直接透過實質審查取代功能更適當之行政部門與立法部門的決策權。

再回到第壹章第四節二、對於準程序審查正當性的分析，本文認為，對於較高價值之基本權利保障，得以正當化其比純粹立法程序更深入決策程序的審查；同時也可以正當化比純粹立法程序更高的「再度審查」（second look）重新立法的

成本付出；轉向程序控制亦避免司法者替立法者作出實質判斷遭遇到抗多數決之困境。



(三) 審查內容

準程序司法審查之內涵，有學者主張應著重於決策者決策之程序（如法案制定前的研究），且此一程序應符合以下要件（1）決策者無論如何都應經常利用（*utilize*）；（2）具有被廣泛的認知為提高審議程序的作用；（3）被運用於所有代議與多數決決策時情況中³⁴⁷。因此，應包含了對於國會調查（*fact-finding*）是否完備，其中當然涉及了資料是否正確、與時俱進、是否給予相關人士足夠的參與管道，以及立法過程審議是否充足等。

而有了足夠的科學或事實資料，在作成立法價值判斷間，同樣也要經過理性或可支持的推理，而在事實與規範間的理由為何，則是國會的說理義務（*reason-giving*）。包含了推理方法需具備一貫性與透明性，且應提出詳實的理由（*factual justification*）。而南非憲法法院則認為立法理性應包含提供的資料（事實調查）已被充分考量、在決定的過程中程序已被遵守，因此機關應揭露「遵照何種程序」及「制定政策前作了哪些調查與研究」（事實調查）、「多元考量」和「選擇此一政策的依據」，並應充分檢視考量立法程序的互動、全面性與一致性。

而審查立法過程的事實調查、說理義務及審議程度，最後都是要回到比例原則或美派審查模式，判斷立法機關所踐行的立法程序，是否可支持其所作出的立法判斷；或是其所追求的目的與其所選擇的手段間，是否可理性的判斷兩者間具備實質關聯。

但較有疑義者為，在正當立法程序內涵中，有學者主張國會應經過最低限度的審議，而如前文所述，本文認為除非涉及到保護他人權利、憲法明文規範以及對於少數議員地位的保護，否則在審查密度上以最寬鬆的明顯性審查為原則，簡言之即國會享有高度的合憲推定權利。惟在準程序司法審查中，對於立法過程的審議要求，理論上來說應較一般正當立法程序之最低限度審議來得高，但究竟要怎樣的審議才符合準程序審查中對審議法案的要求，這部分幾乎沒有任何文獻進一步提出規範性的主張，而本文亦認為若真的要進一步更具體化此一標準，可能會忽略法案內容與立法過程牽涉面向千變萬化而流於僵化死板，但至少比起最低

³⁴⁷ Dan T. Coenen, *Supra* note 107, 2867.

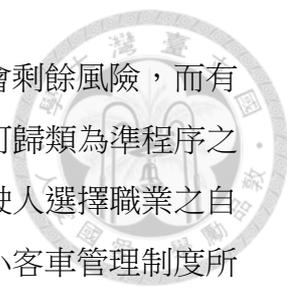
限度的審議要求，應可要求至少要針對法案重要之點予以起碼的討論與關注，以及給予少數黨委員適當之表達意見的管道。因此，本文主張既然準程序審查僅有在涉及較高價值積聚的基本權利或憲法價值方有審查的正當性，同時也應該相較於一般立法程序之審查，提高其審查密度，以取代無法提出統一判準的不足。是則，在準程序審查中，審查是否符合憲法對於立法程序審議的要求，原則上應相當於可支持性的審查標準，即司法者應可調閱議事錄以及傳喚相關人證，以釐清立法程序之審議是否已足。而若在事實調查方面，若無法達到可支持性審查標準所要求的心證程度，本文認為基於對國會主權與自律的尊重，應仍推定系爭立法程序符合憲法正當立法程序之要求，或至少應維持其有效法律之效力，至多僅能給予警告性之宣告。

若回到臺灣實務運作，似乎找不到明確屬於準程序審查之解釋，而較與此相關者為針對立法事實調查的案件。在臺灣學術討論中，涉及司法權立法事實調查，主要為司法院釋字第584號解釋。當然，本號解釋被學者批判的理由，並非對於立法事實的調查，而是立法事實在司法審查中所應扮演的角色。如學者邱文聰認為本號解釋並未論證高累再犯率之前科者究竟是「剩餘風險」亦或是「危險」，若欲回答此問題，則需檢討：一、計程車此一行業是否較諸其他行業更容易使前科者犯罪，以及二、對一般人而言搭乘計程車是否比其他社會活動更具被前科者加害之風險³⁴⁸。而學者黃舒芃的批判，則主要來自於該號解釋之論證，太著重於統計數字所呈現出的「實然」現象，而忽略了大法官既然職司司法審查，則應更強調於對憲法規範的論證，即「何以乘客生命身體財產安全優於犯特定之罪者職業自由的考量」³⁴⁹。當然，上開兩者的批判皆有見地。不過，在本文的脈絡，若要定性本案的立法事實調查，則由於其所論證之事實基礎，多引用法務部與內政部警政署所提供之統計資料³⁵⁰，因此並非以立法程序時所立基之事實調查為審查客體，故本案之事實立法調查仍屬於實質審查之範圍。簡言之，若釋字584號論證所立基於之再犯率的統計資料，為立法機關於制定法律程序時所考量之事實調查，而司法者亦認為立法者作出之立法判斷，可支持或具有實質關聯，則或可屬準程序之審查。此外，若多數意見採取學者邱文聰之見解，認為系爭法律針對特定犯

³⁴⁸ 邱文聰，前揭註341，頁264。

³⁴⁹ 黃舒芃(2009)，〈數字會說話？——從大法官釋字第五八四號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位〉，收錄於《變遷社會中的法學方法》，臺北：元照出版，頁146以下。

³⁵⁰ 司法院釋字第584號解釋理由書參照。

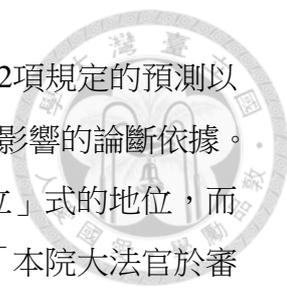


罪者從事特定行業，立法機關未調查說明為何具有高於一般社會剩餘風險，而有應特別立法限制之社會危險，進而宣告系爭法律違憲，則抑或可歸類為準程序之審查。不過，在本號解釋的最後說到：「以限制營業小客車駕駛人選擇職業之自由，作為保障乘客安全、預防犯罪之方法，乃基於現階段營業小客車管理制度所採取之不得已措施，但究屬人民職業選擇自由之限制，自應隨營業小客車管理，犯罪預防制度之發展或其他制度之健全，就其他較小限制替代措施之建立，**隨時檢討改進**；且若已有方法證明曾犯此等犯罪之人對乘客安全不具特別危險時，即應適時解除其駕駛營業小客車執業之限制，俾於維護公共福祉之範圍內，更能貫徹憲法人民工作權之保障及平等原則之意旨，併此指明」，則要求立法者必須針對犯罪預防制度以及其他制度發展之健全，隨時檢討並適時解除其駕駛營業小客車執業之限制，屬要求立法機關對於系爭法規範的立法調查以及事實基礎，應同相關制度或社會現實與時俱進，則屬本文準程序司法審查之宣告方式。

同樣的，司法院釋字第603號解釋，也有針對系爭法規範之審查作立法事實調查，如開言詞辯論庭以及請相關機關表達意見等。大法官在論述相關機關所提之目的，並不足以正當化要求按捺指紋的正當性時，提到就「『防止冒領國民身分證』之目的言，主管機關未曾提出冒領身分證之確切統計數據，是無從評估因此防範冒領所獲得之潛在公共利益與實際效果」，確實有明言系爭法規範至少在立法目的的事實調查是不足夠的，惟此一審查對象卻是針對違憲審查程序中相關機關所提出來的答辯證據，而非對立法程序針對此部分所作的立法事實調查欠缺之指責，故嚴格來說本案並非屬準程序司法審查。

不過，在本號解釋由城仲模大法官所提之協同意見書寫道：「立法者在作一般、抽象法規範的制定工作時，其必須調查、確定待規整之事實，並對欲規範的事實做出預測性的評估。釋憲機關於從事違憲審查之際，就立法機關對於『事實的確定』與『事實的預測』應作如何程度的審查，必須根據**立法計畫、立法政策與立法定制後影響基本權的深度與廣度、預測事物的內涵，及立法規整所欲追求的整體目標等因素加以判斷**³⁵¹」，最後認為本案就戶籍法第8條第2項之本文規範以及立法者對於事實之確定與預測，「尚難斷言必將對個人隱私權發生如何之負面影響」，而認本案應採取最寬鬆的審查標準。是以，在城仲模大法官的論述中，對立法程序的事實調查，應是作為決定採取何種密度之審查標準的因素之一，雖

³⁵¹ 司法院釋字第603號解釋城仲模大法官協同意見書參照。

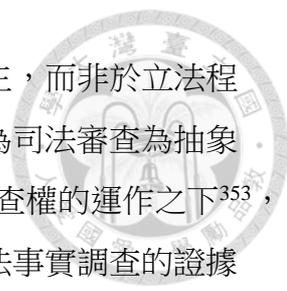


然似乎這兩者的關係並非很明確，但立法者對於戶籍法第8條第2項規定的預測以及系爭規定本身，似乎是城仲模大法官認為不對隱私權發生負面影響的論斷依據。因此，城大法官運用立法事實調查的面向，似較接近「外部證立」式的地位，而非單純的違憲審查客體。不過，在此之後，城大法官又寫道：「本院大法官於審理案件時，基於憲法所賦予之違憲審查的職責，亦須依職權判斷立法者所根據之事實的真偽。本案立法者對於其所欲規範事實之調查推估，基於上開理由，除經專業人士科學研究鑑定後發現有明顯、重大不符事實之情況外，應為較低密度的審查，而以其所認之事實為正確，如此，方為現代公務機關效能管理上必然的歸趨」。似亦不否認立法者所依據的調查事實得作為審查客體，不過由於城大法官認為本案應適用最寬鬆之合理審查模式，故依據本文的見解，此應屬所有法律皆應具備之正當立法程序內涵，而城大法官所主張的審查密度為「專業人士科學研究鑑定後發現有明顯、重大不符事實之情況」，也與本主張應從寬審查不謀而合。

另外值得一提者為，林子儀大法官在本號解釋所提出的協同意見書中，寫道：「本案令人尤其疑懼之處，在於立法部門對此一影響重大的決策欠缺民主程序中必要的審議思辯在先，而行政部門亦難以提出得確保資訊安全管理及正當使用的機制在後³⁵²」，似認為系爭法律於立法機關通過之程序，並不符合林大法官心目中民主程序所必要的審議思辯。首先，針對本案實質審查所採擇的審查標準，相當於中度的實質審查或可支持性審查，因此屬於本文所主張之適合適用準程序審查之案件，而抑或等同於林大法官所謂之「重大的決策」。其次，關於轉向立法程序之審查，林大法官提及到的「審議思辯」，此一見解與國外學者以及實務認審議為準程序司法審查的內涵之一相同，殊值肯定。惟審議思辯的內涵或標準究竟為何？林大法官未多作論述，殊為可惜。本文以為，由於準程序司法審查並非如單純立法程序之審查一體適用所有的立法過程，再加上之所以容許準程序審查的存在，乃是因為其涉及更高的基本權利或憲法價值之保護，因此其對於審議思辯的要求，應比正當立法程序中最低限度的審議要求來得高。惟究竟國會要到何種審議程度，才符合憲法正當立法程序之要求，至今皆未有學者以及實務判決，給出一個明確的界限或判準。

總之，在臺灣實務上，準程序司法審查似乎並不多見。或者更精確地說，基本上司法者得否對立法事實進行調查，在我國學說或是實務應較無爭議，惟在實

³⁵² 司法院釋字第603號解釋林子儀大法官協同意見書參照。



務的審查客體，多為由行政部門相關機關所提出之專業數據為主，而非於立法程序中國會所考量的立法調查或專業報告。究其原因，或因臺灣為司法審查為抽象集中制，因此較著重於客觀法規範之保護，在大法官負有職權調查權的運作之下³⁵³，多委由專業機關或學者提供鑑定或相關意見，是以在運作上立法事實調查的證據提供，以立法程序本身以外由相關機關提供者為重，反而少見對於立法程序事實調查本身的審查。不過，至少從上述相關實務的論述中可知，至少在我國運用準程序司法審查，應仍可包含如司法院釋字第584號解釋，對於立法事實調查（fact-finding）之調查，其中當然包含應以與時俱進的資料與社會情勢為基礎；以及立法機關基於事實調查所為之立法判斷的論理（reason-giving），此如司法院釋字第603號解釋林子儀大法官所提之協同意見書言：「立法部門之所以必須就蒐集資料之目的與範圍，事先予以明確界定。……更重要的是，只有事前確立的明確立法目的、並以此而就資訊蒐集之範圍及資訊運用之方式予以明確授權和管制，國家對人民才算已盡最低限度的告知義務³⁵⁴」。而論理義務除了如林大法官所言，須先確定系爭法律的目的與範圍外，更同時應告知國民基於何種目的，因此劃定何種範圍的理由為何。最後，則是林大法官於釋字第603號解釋所言之「民主程序中必要的審議思辯」。

四、其他有違憲疑義之立法程序

以下，本文將以先前提出之正當立法程序，以及審查步驟和判準，試著分析現行立法實務上可能的違憲樣態及其理由。

（一）消極不審議法案

立法院享有憲法第63規定之議決事項，以及憲法增修條文第5條第1項和第7條第2項規定之司法大法官、監察委員之同意權。而司法院釋字第632號解釋理由書又稱，「立法院消極不行使同意權，致監察院無從行使職權、發揮功能，國家憲政制度之完整因而遭受破壞，自為憲法所不許」，可知若立法院消極不行使人事同意權，為違反憲法之規定。然而，若立法院消極的不議決某些特定的法案，是否即當然違反正當法律程序？

³⁵³ 參照 大法官審理案件法第13條：「大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料，並得依請求或逕行通知聲請人、關係人及有關機關說明，或為調查。」

³⁵⁴ 司法院釋字第603號解釋林子儀大法官協同意見書參照。

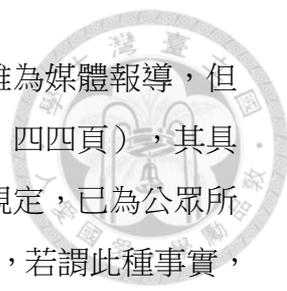


首先，應區辨者為，釋字第632號解釋所涉及的人事任命權，關乎另一憲法機關之正常運作，而此為立法院消極不議決某些特定法案此一例子所無之情況。而按照現行運作之議事規則，向程序委員會提出法律案後，依立法院職權行使法第8條第2項之規定提報院會朗讀後，即應交付相關之委員會審查。而程序委員會之權限即包含：各種提案程序是否完備，內容是否符合本院職權之審定、關於議案之合併、分類及其次序之變更、關於院會所交與議事程序有關問題之處理。因此，法律案除非提案人按職權行使法第12條之規定，於二讀會前經院會同意撤回原案，否則基本上立法院即有審查之義務，然而究竟應何時審查，其次序該優先或列後，則完全屬於程序委員會之職權。而在實務上亦多會透過政黨協商之機制，排列哪些法案該優先審議哪些則否，此一優先與否的考量因素，則可能關乎於法案的重要性或社會的關注程度。因此，在判斷究竟哪些法案該優先考量，哪些法案則否的問題上，立法院的組織與程序安排，如：陳情、遊說等，較司法者更為最適，也更為能夠達到較為正確的境地。因此，僅要立法機關有將法律案，排至在審查的議程中，縱算因議案中多而導致在該屆期無法順利審查完畢，而依職權行使法第13條之規定導致下屆不予繼續審議，也難謂立法者未積極的審議法案，而司法者更不應因此干預立法者的議案排序與審議進度³⁵⁵。

（二） 國安三法案：釋字第 342 號解釋

儘管，釋字第342號解釋在涵攝其所提出的「明顯重大瑕疵」判準後，認為國安三法的通過符合正當立法程序，因而合憲。姑且不批判明顯重大瑕疵此一判準，單單從這個標準來看，即或可得出違憲之結論，而楊建華大法官在本號解釋所提出的不同意見書中，即認為「公眾週知而於社會上已顯著之事實，行使司法權者，即應據以認定該顯著之事實，不容再加爭議，亦無須再作證據調查，此為程序法上之原則（例如立法院長為劉松藩先生，若有人爭議實為連戰先生，豈非世外之人）。立法院於八十二年十二月三十日中午之全院委員會議，完全未朗讀三法案之內容，更未經任何討論，無『議』之可言，混亂中亦不知表決結果，即逕由主席宣示『通過』，此種狀況，當晚臺北各電視台均作現場報導，國人有目共睹，

³⁵⁵ 另有相似見解認為，司法者僅有在憲法課予立法者有立法或修法義務時之立法怠惰，方有介入審查之正當性，如「無關憲法上的義務，而全然繫諸政策考量的合目的性觀點，則即令立法者遲不立法，造成『法案大塞車』，不管理理由為何，也都不構成本文所指稱的立法怠惰」。詳參 許宗力（2007），〈淺談立法怠惰〉，收錄於《憲法與法治國行政》，臺北：元照出版，頁 521。



翌日臺北各大報紙均將此『未議未決』之情形，大幅刊登，此雖為媒體報導，但立法院本身出版之公報，亦有類此之記載（八十三卷二期四三、四四頁），其具有未經『議決』之明顯重大瑕疵之事實，欠缺法律成立之基本規定，已為公眾所週知，於社會上極為顯著，大法官為社會一份子，當非視而不見，若謂此種事實，尚有『爭議』，『並非明顯』，仍待調查認定，本席實未敢同意」。

而本文除了重複先前之主張，認為大法官應具有證據調查的權限，而得以調閱議事錄調查立法議決的情形外。在本案中，經表決者僅為饒穎奇委員等三十六人，依當時的立法院議事規則第二十條提議變更議程，將「國家安全會議組織法草案」、「國家安全局組織法草案」、「行政院人事行政局組織條例草案」等三案，改列為討論事項第一、二、三案併案討論，並請以記名表決逕付二讀。而在是否逕付二讀的投票過後，主席王金平即在混亂的情形下，逕宣布上開三法表決通過。首先，針對法案是否經立院三讀表決通過，本身即是本案的爭議問題之所在，然而觀諸主席宣布通過的同時，議場顯然失去應有的秩序，使得社會對於「是否依法通過」這件事存有高度之疑慮，因此在混亂的情形下通過法案，本身的程序問題即是，系爭立法行為欠缺是否有效的明確性，以及程序究竟進行到何處的可預測性，而有違前文所提出之程序法治原則。在本文中，本文主張司法機關應實質介入調查的理由在於，本案乃為少數議員所聲請之案件，因此爭議的解決本身即是實踐對於少數議員地位的保護管道，若司法機關消極的對立院多數主張之事實照單全收，則有流於助長多數暴力之嫌。

退步言之，若國安三法的通過，真如其議事錄和新聞所言，則本案不只不符合法治原則。進步言之，國安三法在進行具有實質逐條審查的第二讀會前，即由院長王金平宣布此案三讀通過，等同於由院長的意志取代了國會的審議與表決程序，應可認不符合憲法第63條之規定之「議決」，而與程序民主中多數決原則以及最低限度的審議有違。同時，觀諸當時針對國安三法之內容，存有高度的憲政與社會爭議，但立法過程卻直接跳過可以召開公聽會，廣泛聽取正反意見的第二讀會，亦不符合民眾參與之要求。

最後，卻也未必不重要的爭點，則為三讀程序是否為正當法律程序之內涵，亦即若法案未經完整的三讀程序，是否當然違憲？學者李建良認為除非憲法已明文規定，否則基於議事程序經濟以及議事效率的考量，三讀會的程序是否合理且

必要，並非無檢討的餘地，充其量僅可視為一種憲法慣例³⁵⁶。因此，判斷立法程序是否符合憲法規範，重點並非在於是否完全踐行三次讀會程序，而是在於立法程序是否符合「自由民主憲政秩序」，以及是否踐行具有貫徹民主原則、少數保護原則要素的第二讀會程序³⁵⁷。本文原則上肯認上述見解，然而三讀會程序對於立法程序正當與否判斷是否真的如此次要，本文認為仍有商榷之餘地。如將三讀會程序視為憲法慣例，若按司法院釋字第419號解釋之見解認：「憲政慣例在不成文憲法國家，恆居重要地位，其規範效力亦不容置疑。至於在成文憲法之下，雖亦有憲政慣例之概念，但僅具補充成文憲法之作用，尚不能與前者相提並論。所謂慣例係指反覆發生之慣行，其經歷長久時間仍受遵循，而被確信具有拘束行為之效力時，始屬不成文規範之一種」。因此縱使三讀會程序在臺灣成文憲法的規範制度下，僅有補充成文憲法之作用，但若經長期遵守而具被確信有拘束力之效力時，則應視為對憲法第63條之如何「議決」的補充性地位的程序內涵。既然如此，則基於法治國原則以及前文所主張之程序法治之內涵，若國會以不符合「自由民主憲政秩序」之方式，規避三讀會之程序，則其違反三讀程序本身仍可能不符合正當立法程序之要求。

綜上所述，國安三法草案的立法程序，是否符合正當立法程序而合憲，實存有高度之可議性。

（三） 黨團協商制度

黨團協商此一制度，在我國不乏學者撰文討論，甚至可說是立法程序研究領域中，最熱門的議題之一。若整理相關文獻可發現，黨團協商之問題主要為：1. 淪為密室政治、2. 架空委員會權力、3. 弱化二讀會之權力、4. 給予小黨杯葛、延宕立法之機會等。

儘管社會民眾早已對政治人物為己之私或黨派利益交換，而不以公眾利益為依歸的政治現實感到不滿，然而更重要的則是所謂「密室」的現象。根據立法院職權行使法第70條第3項規定「議案進行協商時，由秘書長派員支援，全程錄影、錄音、紀錄，併同協商結論，刊登公報」，及第4項規定「協商結論如與審查會之決議或原提案條文有明顯差異時，應由提出修正之黨團或提案委員，以書面附具

³⁵⁶ 李建良，前揭註 15，頁 262；另有認為讀會次數之安排屬國會議事自治之範疇，詳參 許宗力，前揭註 12，頁 319。

³⁵⁷ 李建良，前揭註 15，頁 263。

條文及立法理由，併同協商結論，刊登公報」。可知政黨協商應為一公開之程序，然而在現實上的政黨協商卻僅選擇性地公開、刊登公報，也未將協商過程之錄影、錄音公開給民眾監督，因而違反了上開規定。同時在憲法層次的正當立法程序要求，立法過程應公開並適度讓民眾參與，此一目的即在於對於法案的修正，民眾得以知悉立法過程的折衝或民意代表的立場，亦作為下次選舉的參考或事後政治責任的追究，此即為代議民主與責任政治之核心。因此，未公開政黨協商過程與結論，有違正當立法程序中程序民主。

架空委員會與弱化二讀會之權力，兩者的疑慮相似；只是前者是從組織面向切入，後者則是從立法程序切入。由於設計委員會之目的，有一部分即希望針對特定法案由特定的委員會審查，以確保法案審議的專業性，而政黨協商即將法案交付給各個政黨間的協商程序，而架空了經由專業委員會審查之可能，此部分對立法合理性將有所減損。此外，民眾參與的重要機制之一公聽會，其召開的主體為委員會，若由政黨協商直接決定法案內容，即剝奪了召開公聽會廣納人民意見的可能性。而弱化二讀會，則在於二讀會「依次或逐條提付討論」的特性，尤其是依立法院職權行使法第72條第1項及第2項之規定，政黨協商之結論若經院會同意，對於全體委員發生效力，則二讀會所應經的實質討論亦被架空。當然，更重要的仍是前文所述，架空委員會組織與二讀會程序的，是一個不公開不透明的密室政治協商。因此，政黨協商制度實有高度違反正當立法程序之嫌。

最後，針對政黨協商給予小黨杯葛之機會，主要來自於立法院組織法第33條規定「每屆立法委員選舉當選席次達三席且席次較多之五個政黨得各組成黨團；席次相同時，以抽籤決定組成之。立法委員依其所屬政黨參加黨團。每一政黨以組成一黨團為限；每一黨團至少須維持三人以上」，即只要有三席立委席次之政黨即可組成黨團。而黨團協商的成員則依據立法院職權行使法第70條規定「議案交由黨團協商時，由該議案之院會說明人所屬黨團負責召集，通知各黨團書面簽名指派代表二人參加，該院會說明人為當然代表，並由其擔任協商主席」，因此造成了小黨黨團在黨團協商時與大黨團同樣有兩個參加的席位。而此一現象有學者即批判造成小黨取得大於其應有的委任權力，進而得以綁架大黨，有違代議制度之民主原則³⁵⁸。然而，本文認為黨團協商制度的參與人數之安排，屬於議會自治之事項，簡言之，關於政黨協商的制度設計，規定於職權行使法中，而立法院

³⁵⁸ 陳淑芳（2004），〈國會改革五法實施之成效與檢討〉，收錄於《民主與法治》，頁235。

本身即可針對此一不合理之規定，進行修正。但觀諸其立法內涵，似乎是要將政黨協商機制定性為政治協商的模式，而以黨團間的共識決取代民主的多數決，此一制度的選擇若多數黨甘願讓利給少數黨，似乎亦無不可³⁵⁹。然而，黨團協商之組成，依立法院組織法第33條規定，係以政黨為單位，其組成排除無政黨屬性之立法委員，非但無法正確反映民意而有違民主原則，且剝奪無政黨屬性之立法委員之參與權利，亦有違程序平等原則，因此系爭規定是否符合正當立法程序，本文認為值得進一步商榷。

而若要改善政黨協商所造成的弊端，主要需從密室協商與架空二讀會、委員會兩部分著手。而要解決「密室」，唯一的途徑便是打開門讓陽光得以照耀，因此立法院按照職權行使法之規定，將政黨協商過程錄音、錄影，並將結論及其修改理由刊登於公報上，應是較佳的解決之道。而架空原本的二讀會與委員會，可能違反程序民主中之參與性、最低限度的審議，以及程序合理等正當立法程序要求，本文認為學者陳淑芳主張，政黨得協商事項應僅限於立法程序事項，而不及於法案內容³⁶⁰，此一見解實值贊同。一方面，法案的實質內容應回歸於專業之委員會與二讀程序，使得民眾有參與立法程序之機會，並使多數委員能對法案內容進行審議，及由委員會發揮合理立法之功能；另一方面，若各政黨對於法案程序事項爭議難以紓解，則議事程序將可能造成嚴重的延宕，不利於立院的立法效率，是以，政黨協商此一政治性格強烈機制，或可成為緩解程序事項衝突的解決方法。同時，亦或可解決立法院長期不遵守職權行使法，公開政黨協商過程與結論所帶來的憲政衝擊。

（四） 趕場通過法律

每當會期即將結束，便可見立法院開始挑燈夜戰，對聚集在院會議事大廳，由主席朗讀案由後，逕付二讀，再付三讀通過法案。而此一情形，只要並非如司法院釋字第342號之情形，似乎難認其未經三讀程序，而否定該法案之效力。

然而，誠如本文先前所強調者，立法程序在經表決前，應經過最低限度的審議，而此種趕場通過法案，並未對法案內容有過最低限度的審議、討論，應難認定符合憲法第63條「議決」中，審議之要件。此外，從民主原則所推導出來的，

³⁵⁹ 類似見解參照 112 BVerfGE 118 (2004).

³⁶⁰ 陳淑芳，前揭註 17，頁 261。

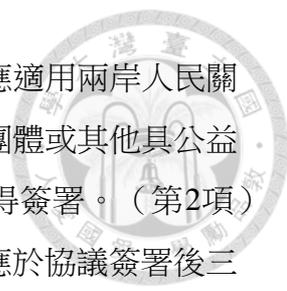


正當立法程序應具備民眾參與之可能性，而法案的草率通過，基本上使得立法程序截短至人民就算知悉該法案之修改，卻無任何管道如透過陳情乃至於公聽會之召開以表達意見，進而使委員的立場在社會的公評之下受到監督；誠如司法院釋字第314號解釋理由書謂：「憲法之修改關係憲政秩序之安定及國民之福祉至鉅，應使全國國民預知其修改之目的並有表達意見之機會，國民大會代表亦得藉此瞭解民意之所在，俾其行使職權能符合全國國民之合理期待與信賴」。縱或憲法修改與立法程序容有不同法位階而是否有不同適用情形之爭議，然而具體形塑我國法秩序之法律，又何嘗不該使人民事前有知悉修改、通過，程序中有得參與法案內容形成的管道。若言重一些，法案的草率通過，乃是對於其他院所提法案的照單全收，基本上可說是棄絕憲法賦予立法院行使立法權中監督、議決等核心權限，將自身貶低為他院的立法局，亦有違反權力分立之虞。

(五) 服務貿易 30 秒之爭議

2014年3月17日因委員張慶忠，於委員會中用30秒宣布：「出席人數52人，已達法定人數，開會，進行討論事項，海峽兩岸服貿協議已逾3個月期限，依法視為已經審查，送院會存查，散會」。於是作為壓倒駱駝的最後一根稻草，爆發了群眾佔領立法院的太陽花學運，服貿協議之相關爭議於是開始在社會中發酵。對於服貿協議審查的程序的瑕疵，事實上牽涉甚廣，而本文亦無能力一一分析涵攝，僅舉當中可能違憲之立法程序與行為，簡要說明之。

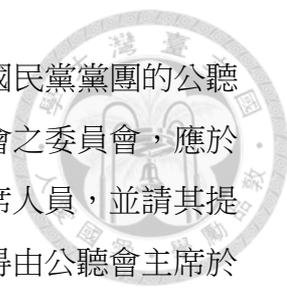
針對張慶忠委員所謂「海峽兩岸服貿協議已逾3個月期限，依法視為已經審查」，指的是立法院職權行使法第61條之規定「各委員會審查行政命令，應於院會交付審查後三個月內完成之；逾期未完成者，視為已經審查」。此外，另一個爭議即是，儘管司法院釋字第329號解釋稱「名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者外，亦應送立法院審議。其無須送立法院審議之國際書面協定，以及其他由主管機關或其授權之機構或團體簽訂而不屬於條約案之協定，應視其性質，由主管機關依訂定法規之程序，或一般行政程序處理」，惟「……臺灣地區與大陸地區間訂定之協議，因非本解釋所稱之國際書面協定，應否送請立法院審議，不在本件解釋之範圍……」，因此兩岸間的協議究竟該是用



何種程序審議，本號解釋並未給出答案。而當時國民黨團主張應適用兩岸人民關係條例第5條：「（第1項）……受委託簽署協議之機構、民間團體或其他具公益性質之法人，應將協議草案報經委託機關陳報行政院同意，始得簽署。（第2項）協議之內容涉及法律之修正或應以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核轉立法院審議；其內容未涉及法律之修正或無須另以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核定，並送立法院備查，其程序，必要時以機密方式處理」。因此，服貿協議究竟是否屬於「未涉及法律之修正或無須另以法律定」之兩岸協議，以及是否即應視為「行政命令」而得適用立法院職權行使法第61條之規定，本身即是本案重大之爭議。

而若觀諸2013年6月25日，立法院朝野黨團協商決議內容：「海峽兩岸服務貿易協議本文應經立法院逐條審查，逐條表決；服務貿易協議特定承諾表應逐項審查、逐項表決，不得予以包裹表決，非經立法院實質審查通過，不得啟動生效條款」，似可認至少針對此一問題，立法院應實質審查其條款而不得僅以備查之方式通過，且「非經立法院實質審查通過，不得啟動生效條款」也等同排除了職權行使法第61條「三個月未完成，視同已經審查」之適用。是以此次的服貿30秒案，一方面將不應為法規命令之事項，適用於法規命令的審查程序，而剝奪了少數黨立委繼續依法實質審查本案之權利，而有違反少數保護之原則。另一方面，按照先前的黨團協商，既然所有黨團皆有實質審查服貿的共識，則張慶忠委員突然棄協商而不顧，逕行宣布視為已審查完畢，使得在場其他委員對於程序的轉換，不具有可預測性與透明性，而違反法治原則。當然，張慶忠委員在沒有完整畫面與錄音，「躲在廁所宣布30秒通過」，使得此一宣告本身是否具有透明性及有效性，本身即難以一望即知。惟若少數立委依據大法官審理案件法第5條第1項第3款由三分之一以上立委聲請解釋，由於涉及對少數議員地位平等之保護，故大法官應得調閱當時之議事錄或傳喚證人調查之。

另外，則是公聽會的召開，在2013年9月25日決議要進行公聽會後，國民黨立委張慶忠立即在一星期內排了八場公聽會：9月30日早、中、晚三場、10月2日：早、中、晚三場、10月3日早、中兩場，而被民眾與在野黨批評草率。此外公聽會的進行形式也備受質疑，如不少公民團體即認為：十六場公聽會下來，公民團體及反對學者提出非常多的問題與建議，都沒有得到官方的任何回應，政府的說詞到配套措施從頭到尾都沒有任何改變。最後一場公聽會上，陸委會主委王郁琦甚



至以「感謝各個團體的指教」回應所有的意見³⁶¹。很明顯的，國民黨黨團的公聽會召開程序，完全壓線的遵守了職權行使法第57條「舉行公聽會之委員會，應於開會日五日前，將開會通知、議程等相關資料，以書面送達出席人員，並請其提供口頭或書面意見。（第一項）同一議案舉行多次公聽會時，得由公聽會主席於會中宣告下次舉行日期，不受五日之限制，但仍應發出書面通知。（第二項）」之規定，而此種公聽會的品質與程序，是否違反憲法上之正當法律程序？即非無疑。若司法者有機會介入審查，則本案應屬準程序審查而非純粹立法程序之審查，儘管本案應屬兩岸協定，行政機關與立法機關等政治機關毋寧對此一領域享有廣泛的裁量空間，但同時又考量到本案對臺灣經濟產業乃至於如言論自由等基本人權所造成的衝擊，事實上本案所面臨的兩難與社會經濟權利的審查極為相似，因此轉由準程序司法審查或許是個可接受的模式。如果參酌南非憲法法院對於公眾參與所提出來的見解，認為：一、提供公眾一個有意義的機會（**meaningful opportunities**）參與立法程序，二、採取措施以確保人民有能力享有參與機會所提供的利益（**people have the ability to take advantage of the opportunities provided**），則此種趕場式的公聽會對公眾而言是否是個有意義之參與立法程序之機會即有疑義，而民眾享有參與立法程序的機會利益，則是透過向國會機關提出各種意見，並由國會機關予以充分之回應，已達成社會對話、實質審議的民主功能。然而，主管機關的回應卻僅有制式的「謝謝指教」，並未提出相同理性之人可以理解或說服可能的理據，使得民眾公聽會的參與流於欠缺實質意義的儀式，而有違反憲法正當立法程序要求之虞。

（六） 休會期間沒有時間表

於2015年4月28日早上於立法院進行「自由經濟示範區特別條例」條文實質審查（第二讀會），但因該日審查的版本並未納入先前行政院承諾要加入公聽會的意見，朝野立委對草案要退回行政院重新研議或儘速審查，意見相左而沒開成會；委員會主席、國民黨立委黃昭順隨即宣布休會進行朝野協商，並把會議延長到晚間12點，在委員會空轉一個下午後，黃昭順卻於下午5點半左右突然跑回委員會，趁在野黨立委都不在的時候，宣布會議開始，國民黨籍的賴士葆與費鴻泰兩名立委趕緊進入會場。在議事人員宣讀法條後，黃昭順詢問在場立委是否同意法條照

³⁶¹ 詳參：<https://musou.tw/focuses/19>（最後瀏覽日：2018/07/01）

案通過，賴委員和費委員立刻表達同意，經快速宣讀前3條條文後，直接宣布散會362。

本案所涉及的問題主要有二，其一是休會期間的問題。本案並非未定休會期限，然而此一休會乃是為了希望能夠進行朝野協商以達成共識，但現實似乎是在朝野達成共識以前，召委透過其權限宣佈會議開始，並表決通過後宣布散會。是否有違反立法院議事規則第33條：「主席對於議案之討論，認為已達可付表決之程度時，經徵得出席委員同意後，得宣告停止討論」，即有疑義。此外，由於休會期限的宣布，使得委員皆「以為」會議延至晚間12點，卻在提早於下午5點半開議前，未有通知更改開議時間，使得議事程序的安排、知悉限於召委一人及其同黨委員，而未通知其他黨團之立委，使其陷於「無法開會，也無法散會」，無法事先預測議事開議時間的窘境，進而無法透過議事管道表達其反對之意見，因此非但不符合正當立法程序中的法治原則，同時也違反民主原則中對少數的保護。

其二，則是本案由三個委員作成決議，乃是依照立法院各委員會組織法第10條規定：「各委員會之議事，以出席委員過半數之同意決之；可否同數時，取決於主席。但在場出席委員不足三人者，不得議決」。而有學者認為三人即可作出決議之表決人數是否過低，而違民主原則正當性基礎不足之問題，並主張應由過半數委員出席方可決議³⁶³，此見解應值贊同。

（七） 偷按別人的表決器

2013年12月中左右的院會裡，表決由國民黨黨團所提出來的散會動議時，立委張大千向院長王金平抗議，邱議瑩委員偷按他的表決器，進而使得王金平院長在國會議事殿堂疾呼「要自律！不要再偷按別人的表決器！」，而於2016年7月15日立法院於表決《不當黨產處理條例》時，前院長王金平明明不在場，表決器卻因同黨立委廖國棟「代按」而亮燈，廖國棟為表達對立法院長蘇嘉全的歉意，罰寫了10次「我知錯了，以後不敢了」PO上臉書了事。而偷按別人的表決器是否違反正當立法程序呢？

³⁶² 林雨佑，〈趁綠委不在 藍突襲通過自經區條文〉，<http://newtalk.tw/news/view/2014-04-28/46775>（最後瀏覽日：2018/07/01）

³⁶³ 陳英鈺（2005），〈建構深思熟慮的國會議事秩序〉，收錄於《民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，臺北：元照出版，頁586。

按立法院議事規則第35條規定：「本院議案之表決方法如下：一、口頭表決。二、舉手表決。三、表決器表決。四、投票表決。五、點名表決。」拜去年太陽花學運之賜，使得媒體與人民得近距離的瞭解表決器的運作方式：在每個立委位置的前面，皆放置著一個配有出席、棄權、反對、贊成及服務等按鈕的表決器，而每位立委則配有個人票卡，在投票前必須將票卡插入啟動表決器。因此為了避免他人偷按別人的表決器，原則上立委離席時即應隨時將卡片抽起。

偷按其他立委的表決器，涉及的問題是剝奪了該委員表達立場的權利，且此委員的立場又不僅僅是他個人之政治地位，同時也涉及其所代表之被委任人的人民之意見，因此偷按他人之表決器，實有違反代議民主原則的高度嫌疑。且反觀日本前環境大臣、參議員若林正俊，曾在2010年擔任參議員期間，偷案鄰座議員的表決器，事情爆發後，受到強大的輿論壓力，宣布辭職參議員，並結束其政治生涯。即可知我國無論代議者自身或是民眾對於此種違反代議民主之行為，實在過於寬容。

五、司法審查之宣告方式與效力

比起前面相關議題，針對立法程序之司法審查的宣告方式以及效力，則又更不受學者關注，甚少文獻針對此一問題進行系統性的檢討。

就純粹立法程序審查的部分，在比較法上，如夏威夷最高法院曾因憲法修正案並未依憲法規定交由兩院進行三讀程序，進而直接宣告該次憲法修正案違憲，同時發布禁制令（*injunction*）禁止系爭憲法修正案之內容被頒布成為憲法³⁶⁴。而葡萄牙憲法法院亦曾因涉及勞工領域之立法程序，未依憲法規定交由勞工委員會審查，進而宣告該次修法違憲並且無效³⁶⁵。而在臺灣，司法院釋字第499號解釋，亦曾因修憲程序之重大瑕疵，而宣告「第三屆國民大會於八十八年九月四日第四次會議第十八次大會以無記名投票方式表決通過憲法增修條文第一條、第四條、第九條暨第十條之修正，其程序違背公開透明原則及當時適用之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，其瑕疵已達明顯重大之程度，違反修憲條文發生效力之基本規範；其中第一條第一項至第三項、第四條第三項內容並與憲法中具有本質重要性而為規範秩序賴以存立之基礎，產生規範衝突，為自由民主憲政秩序所

³⁶⁴ Taomae v. Lingle, 118 P.3d 1188 (Hawaii Sup. Ct. 2005).

³⁶⁵ Doctors for Life International v. Speaker of the National Assembly and Others (CCT12/05) [2006] ZACC 11; 2006 (6) SA 416 (CC).

不許。上開修正之第一條、第四條、第九條暨第十條應自本解釋公布之日起失其效力，八十六年七月二十一日修正公布之原增修條文繼續適用」。因此亦曾有過修憲因程序事項之重大明顯瑕疵而遭受被宣告違憲之命運。

惟此種違反正當立法程序的瑕疵，是否僅能被宣告無效，而無其他如定期失效、警告性裁判等宣告之可能？若從憲法最高性原則出發，而認憲法既然已對於實定法是什麼，以及實定法所應經之程序，有某種價值鎖定之功能，則若不符合憲法要求之程序所制定出來的文件，還可以被稱為是「法律」嗎？而儘管前面幾個比較法判例以及臺灣司法院釋字第499號解釋，皆作出了無效的宣告，但事實上仍不乏有其他宣告方式的實例存在。

如前文常引的南非健康四法案，儘管該案所涉及的促進公眾參與程序，在其他國家以及文獻中，較屬於準程序司法審查，惟由於南非憲法之規範方式，使得促進公眾參與立法程序，成為不論立法內容涉及為何，任何立法程序皆應遵守之正當立法程序之內涵。而在該案中，南非憲法法院最後宣告違反促進公眾參與立法程序此一憲法義務的法案，長達18個月的定期失效。至於針對正當立法程序違反案件的宣告，究竟應考量哪些別於實質審查的特別因素，南非憲法法院並未進一步論述，就如同臺灣大法官般恣意且泛論的提到，「立即失效將會造成破壞性（disruptive），並且徒留法律真空。基於憲法所賦予憲法法院之裁量權，給予國會機會彌補此一立法程序缺陷，將會是公正公平（just and equitable）的³⁶⁶。」

本文認為，在對純粹正當立法程序之案件，應不必排除立即失效以外之宣告方式的可能性。因定期失效，乃至於其他宣告方式，最常批判的地方即在於過度重視「法安定性」而忽視「實質正義」³⁶⁷，但這個批判在正當立法程序違反的案件，將可以得到緩解，因此在這個面向上，確實比實質審查的案件更具有被宣告定期失效或其他宣告方式的可能性。當然，這樣的主張並非表示完全不重視正當立法程序所立基的參與權以及程序正義，反而是基於立法程序正義以及法律安定性考量後的結果。誠如司法院釋字第419號解釋理由書謂，「憲法上行為是否違憲與其他公法上行為是否違法，性質相類。公法上行為之當然違法致自始不生效力者，須其瑕疵已達重大而明顯之程度（學理上稱為 *Gravitaets-bzw. Evidenztheorie*）始屬相當，若未達到此一程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。

³⁶⁶ *Id.*

³⁶⁷ 司法院釋字第720號解釋李震山大法官協同意見書參照。

是故設置憲法法院掌理違憲審查之國家（如德國、奧地利等），其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足」。惟再三強調也不為過者，定期失效或其他宣告方式，終究屬於例外，因此在非不得已的情況，或法真空對於社會的衝擊小於對正當立法程序所侵犯之程序正義時³⁶⁸，即應盡量避免使用。

至於，準程序司法審查之宣告方式，應與實質審查或是立法程序審查無太大差異，至多可能比起另外兩種審查類型，更有機會出現如司法院釋字第584號解釋，要求立法機關應考量社會發展，制定與時俱進之法律的警告性宣告方式。此外，準程序與立法程序之司法審查，與實質審查最大的不同在於，前者具備暫時性，而後者具備終局性。因此，當法律因違反正當立法程序而被司法機關宣告無效時（無論即期或定期），在立法機關治癒其原先有瑕疵之程序，而重新訂立相同內容之法律，除非有原先案件未出現過的違反正當立法程序之情事，否則司法機關應嚴守「再次審查」（second look）原則，原則上不得再透過實質審查而宣告系爭法律違憲，以落實程序審查所具備之機關間對話的承諾³⁶⁹。

³⁶⁸ 「若能仿照過去有些解釋，於宣告法令抵觸憲法時，附具充分的理由，並清楚論知過渡期間適法依據，提供法官就原因案件或尚繫屬法院中類似的「平行案件」（Parallelfälle）適切的審判依據，自無需採『定期失效』方法」。詳參 司法院釋字第 720 號解釋李震山大法官協同意見書。

³⁶⁹ Ittai Bar-Siman-Tov, *Supra* note 26, 288.

第五章 結論：困境與展望



第一節 薛丁格的貓 (Schrodinger's Cat)

在研究議事程序之相關問題，最常面臨的難題無疑是立法程序的「政治角力」之特性，遠比其他憲政機關來的強烈，也因為政治相較於法律，更充滿「人」（無論是單數或複數）的因素之影響，因此比起法律也就更加的難以預測。而這難以預測的性質，則又反映出「國會議事的法理問題既多且雜」³⁷⁰，實難以一篇論文的篇幅即涵括所有正當立法程序的相關問題。再加上，本文之研究重點，乃是透過高度抽象的憲法，論證立法程序所應具備的正當內涵，是以在將憲法基本原則與價值具體化至立法程序的過程，更面臨了單單就議事程序探討所無之挑戰。

而本文的挑戰與困境，主要則來自於，從憲法原則所推導出來的正當立法程序內涵，適用在難以預測的立法程序之中，往往難以提出一個足夠具體且極具可操作性的判準，往往只能依照個案事實之脈絡分析，方能得出是否違反正當立法程序的結論。但持平而論，這個困境也並非只有本文獨有（但因為筆者能力不足使得這個困境更加明顯），而是大部分比較法上的判決以及學者相關文獻所同樣面臨到的難題。比如，本文所主張之立法程序的參與性等，這兩個對於立法程序的正當內涵，並非一個不會浮動的固定標準，而往往必須視系爭法案內容所涉及到的議題，喚起民眾關注的程度而定，甚至可能有截然不同的憲法評價（如南非健康四法案即是適例）；而若依最低限度的審議標準檢視，則依臺灣目前立法院的運作現實，可能有不在少數的法案都有違憲之虞。但矛盾的地方在於，掌有釋憲權限的司法機關基於被動之不告不理原則，除非有少數立委或民眾提起憲法解釋，大法官方能進一步針對此一議題表達憲法意見，而關於立法程序爭議的發動，往往卻又繫於對於立法內容爭議與否，且通常也是在現行所有政治協商機制都無法解決之極端情形下。是以，司法機關事實上甚少有機會對於立法程序議題表達看法。

這情形就如同薛丁格針對量子力學，所提出之充滿悖論的臆想實驗，且被暱稱為「薛丁格的貓」的假說：想像將一隻貓、一部蓋格計數器及少量放射性物質，放在同一個密閉式的箱子中；由於放射性物質的量極少，有一半的機率在一個小

³⁷⁰ 許宗力，前揭註 12，頁 352。



時內只會有一個原子產生衰變，並釋放出一個次原子粒子。而次原子粒子將會觸發蓋格計數器，並經由繼電裝置啟動錘子打破裝有氫氰酸的小燒瓶，此時將會致貓於死地³⁷¹。而放射性原子的衰變發生的時機，事實上是一種在原則上也無法事先預測的量子事件，因此在蓋上箱子時，我們能確知原子尚未衰變，但在此之後，我們不僅無法得知原子是否已衰變，而且還必須被迫將放射性樣本中的每個原子描述成同時兩個狀態——已衰變和未衰變，前者隨著時間越長機率越高，反之亦然³⁷²。薛丁格認為貓既然也是由原子所組成的，因此放在箱子裡的貓與少量的放射性物質便產生纏結（entangled），同時是用量子力學的法則，即：若原子發生衰變，則貓就死亡；反之，若原子未發生衰變，則貓仍存活。是以，若原子可以被同時描述成兩個狀態，則貓也必須同時處於兩種狀態——活態貓和死態貓。這意味著在打開箱子以前，貓並非真的活著或死亡，而是處於一種模糊、非物理的、介於兩者之間的狀態，只有當箱子打開，貓才會出現兩種狀態的其中一種。

而目前依現行立法程序所通過的法律，在學理——或至少本文的主張——不符合正當立法程序，而應屬違憲之法律，但在現實卻是個實質有效（且被推定為）合憲之法律，因此就如同在密閉箱子的貓，處於兩種疊加的狀態：合憲與違憲³⁷³。也唯有等司法機關有機會打開那密閉的箱子，觀察並表述其憲法見解，法律才能確知其究竟是兩種狀態下的哪一種。當然，或許這困境在實質面向之審查同樣也會遇到，然而不可否認的是，正當立法程序的審查，不僅僅是憲法對立法程序之要求，本身亦應考量個案的程序脈絡以及審議過程，而這毋寧提高了立法程序審查的射幸性，使之更與薛丁格的貓相似一點。

第二節 將臨的民主（démocratie à venir）

本文主張之正當立法程序，無論是在純粹立法程序審查，或是準程序司法審查，皆比現今臺灣實務所理解的憲法義務要求高上許多。針對此一現象，如有學者即針對準程序司法審查的出現，評論其乃是從「程序控制」（procedural regularity）

³⁷¹ E. Schrödinger, *The Present Status of Quantum Mechanics*, 9. English version available: <https://homepages.dias.ie/dorlas/Papers/QMSTATUS.pdf>.

³⁷² Jim Al-Khalili 著、戴凡惟譯（2013），《悖論：破解科學史上最複雜的9大謎團》，臺北：三采文化出版，頁188。

³⁷³ 但與量子力學根本不同在於，法律無法忍受此種既合憲又違憲的矛盾狀態，因此在現實上此種情形，在被司法者宣告違憲以前，都被推定為合憲之有效法律。

提升至「程序理性」(procedural rationality)的憲法要求³⁷⁴。但若將此一差異更上溯至憲法層次，則或可理解為是對於民主理論的典範的爭議或探討。儘管，本文試圖以憲法中之共和原則以及民主原則，推導出審議民主所著重的審議內涵，以及參與式民主之參與內涵。但這些帶有特定價值的民主理論，比起當今所理解之代議民主，以及普遍將投票的多數決運作等同於民主的理解，更容易遭受到批判。當然，這是個嚴肅且值得深思的問題，不過隨著當今審議民主理論漸漸成為政治學上的顯學，再加上由於本文的重點在於正當立法程序內涵以及其與司法審查之互動，而非憲法民主理論之探討，因此對於此部分的爭議只能略為提及，並將大部分的論點置而不論。

不過，本文認為對於民主理論的論爭，並不會太過影響本文的論證基礎，理由在於，「民主」此一理念或概念，本身即是一種富有高度歧義且須不斷修正，而帶有「啟示性」或說「未來性」(l' à-venir)的宣稱。根據德希達(Jacques Derrida)對「民主」的解構，認為「民主」無論在詞義上、概念上或是實踐上，都充滿著不一致或彼此爭議的裂痕，也因為這個裂痕展現了「民主」的痕跡。換言之，儘管我們現今所理解或運行制度，並非完全符合「民主」，但現今的制度確實有著「民主」的痕跡，而這個「民主」的痕跡正是這個時空與未來時空架接的可能所在。因此，其認為民主即是承諾，一種從未在人們所謂的民主中體現的真正民主的承諾³⁷⁵，並將此稱為「將臨的民主」(démocratie à venir)。是以，「民主總是維持著到來(將臨)的狀態；只要這種狀態維持不變，民主的本質便是：其不僅將自身維持在不確定的可臻完美(perfectible)，因此總是不充分、未來的，並且，也因此屬於承諾的時代。民主在每個未來的時代總是維持著到來(將臨)的狀態：即使真的有所謂的民主，它也並不存在、它絕不會臨現，他會將自身維持在一種非臨現的概念」³⁷⁶。

職是，若從這個角度分析在立法程序審查所面臨的民主理論爭議，則無論是當今所理解的以選舉投票為中心的弱民主形式，抑或強調民眾參與的參與式民主及公眾審議的審議式民主，此種偏向強民主的形式，事實上都是憲政主義下民主對於人民的承諾。因此，來自民主理論爭議的批判，似乎也不再如此致命，畢竟

³⁷⁴ Patricia Popelier, *Supra* note 118, 262.

³⁷⁵ 姚智中(2011)，《也許...到來的民主：解構「倫理—政治」意涵及其不滿》，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，頁100。

³⁷⁶ 姚智中，同前註，頁107。

這些論爭本身都是為著將臨之更好的民主。



第三節 國際法的潮流與實踐

除了前文所提之困境，若樂觀點想當然可以成為未來更深化研究的展望外，在我國針對正當立法程序此一議題的研究，另一個臺灣較缺乏的面向即是國際法的潮流與實踐。

本文由於時間與篇幅的關係，故在比較法研究的範圍，僅限於目前國外學者討論之美國、德國以及南非，且多以傳統觀念下之國家領域的正當立法程序為中心。不過，除此之外，由於南非憲法規定南非憲法法院在解釋憲法時，必須考慮國際法規（international law），於是南非憲法法院便從《公民權利和政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）中第25條及第19條第2款，認為公民政治參與之權利（The right to political participation），在本公約中不但保障公民的積極參與政治權利，同時也課予國家在公共事務的運作中促進公眾參與的義務，以確保該權利的實現。此外，並同時旁徵博引了非洲聯盟（African Union, AU）所簽訂，而南非共和國亦簽署加入的《非洲人權與民族權利憲章》（African Charter on Human and Peoples' Rights）第9條、第13條與第25條；以及《美洲人權公約》（American Convention on Human Rights）、《哈拉雷英聯邦宣言》（Harare Commonwealth Declaration of 1991）與《美洲民主憲章》（Inter-American Democratic Charter）等國際法中的相關規定，加強公民政治參與的正當性。

而其中與臺灣較為相關的者為，自從 2009 年公布並施行的公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法（簡稱兩公約施行法），其中第 2 條規定「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」，且第 3 條復規定「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋」。儘管兩公約在臺灣法體系中的位階仍有爭議，但至少目前通說皆認為屬法律位階說³⁷⁷。然而，這並不當然表示職司憲法審查的司法院，即可不必理會僅具有「法律位階」的兩公約。畢竟現行憲法第 141 條明定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平

³⁷⁷ 廖福特（2011），〈法院應否及如何適用「經濟社會文化權利國際公約」〉，《臺灣人權學刊》第 1 卷第 1 期，頁 8；陳怡凱（2012），〈國際法於國內國法院之實踐〉，《司法新聲》第 104 期，頁 39-40；林明昕（2013），〈兩公約適用下的「特別權力關係」〉收於《中華民國施行聯合國兩權利公約的原因與意義——接軌國際，深化民主》，臺北：臺灣民主基金會，頁 86。

等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平」，因此就算臺灣未完成國際法上簽署之程序，但透過內國法的程序，至少也應做到起碼的尊重。且在臺灣的實務運作上，亦不乏有援引國際公約作為解釋論證的先例，如司法院釋字第 392 號解釋理由書中以公民及政治權利國際盟約第 9 條第 3 項與美洲人權公約第 7 條第 5 項作為論證依據³⁷⁸，司法院釋字第 582 號解釋則援引歐洲人權及基本自由保障公約第 6 條第 3 項第 4 款及聯合國公民及政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 5 款作為論證依據³⁷⁹。因此，並不當然表示兩公約作為臺灣內國法位階，即當然喪失同等憲法論證當代憲政原則之功能。

是故，在兩公約的匯流之下，正當立法程序的討論即應關照《公民權利和政治權利國際公約》中第 25 條：「凡屬公民，無分第二條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會：（一）直接或經由自由選擇之代表參與政事；（二）在真正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及而平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現；（三）以一般平等之條件，服本國公職」；第 19 條第 2 款：「人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由」；以及第 25 號一般性意見針對參與政事的論證和第 34 號一般性意見關於言論自由權利的論證，如何影響臺灣正當立法程序內涵，尤其是公眾參與立法程序的面向。

除此之外，另一個常被國外學者研究的，乃為超國家組織的歐盟。如有學者即在專書的其中一章，專門介紹歐盟的組織及其立法程序，並簡介相關條約中促進程序透明性與公眾參與，以及分析立法決策基礎所應具備的實質與程序內涵³⁸⁰。亦有學者專文指出，歐洲法院（European Court of Justice, ECJ）對於立法審查漸漸轉向程序導向（process-oriented）的趨勢³⁸¹。本文認為，儘管歐盟特殊體制設計與超國家法的性質，儘管與傳統國內制度運作以及司法審查有所差異，然而對於正當立法程序內涵的論證與闡述，相信對於臺灣未來這領域的發展與研究，將極具啟發性。

³⁷⁸ 司法院釋字第 392 號解釋理由書參照。

³⁷⁹ 司法院釋字第 582 號解釋理由書參照。

³⁸⁰ Susan Rose-Ackerman, Stefanie Egidy, & James Fowkes, *Supra* note 28, 216.

³⁸¹ Koen Lenaerts, *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, 31 *Yearbook of European Law* 3, 11 (2012).

參考文獻



一、 中文文獻

1. 專書

Jacques Rancière著、劉紀蕙等譯，《歧義：政治與哲學》，臺北：麥田出版，初版，2011年5月。

Jim Al-Khalili著、戴凡惟譯，《悖論：破解科學史上最複雜的9大謎團》，臺北：三采文化出版，初版，2013年9月。

John Hart Ely著、劉靜怡等譯，《民主與不信任——美國司法違憲審查理論》，臺北：商周出版，初版，2005年5月。

Julian Baggini著、謝佩玟譯，《吃的美德：餐桌上的哲學思考》，臺北：商周出版，初版，2014年10月。

Michael H. Lessnoff著、楊慧玲譯，《政治思想11巨擘》，臺北：韋伯文化，初版，2005年1月。

Zygmunt Bauman著、何定照、高瑟儒譯，《液態之愛：論人際紐帶的脆弱》，臺北：商周出版，初版，2011年1月。

吳庚，《憲法的解釋與適用》，臺北：三民出版，三版，2004年6月。

李惠宗，《憲法要義》，臺北：元照出版，五版，2009年9月。

易有祿，《正當立法程序研究——以立法權正當行使的程序控制為視角》，北京：中國社會科學出版，初版，2009年10月。

林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法——權力分立》，臺北：新學林出版，二版，2008年9月。

法治斌、董保城，《憲法新論》，臺北：元照出版，三版，2008年9月。

陳偉，《阿倫特與政治的復歸》，北京：法律出版，初版，2008年4月。



陳慈陽，《憲法學》，臺北：元照出版，二版，2005年11月。

陳新民，《憲法學釋論》，臺北：三民出版，七版，2011年8月

羅傳賢，《立法程序與技術》，臺北：五南圖書，六版，2012年7月。

2. 論文

Fritz Ossenbühl著、吳信華譯，〈聯邦憲法法院與立法〉，收錄於《德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（上冊）》，臺北：聯經出版，初版，2010年10月。

Gerry Mackie著、李宗義、許雅淑譯，〈人都會說謊：民主沒有意義嗎？〉，收錄於《審議民主》，臺北：群學出版，初版，2010年8月。

James D. Fearon著、李宗義、許雅淑譯，〈討論即審議〉，收錄於《審議民主》，臺北：群學出版，初版，2010年8月。

Joshua Cohen著、李宗義、許雅淑譯，〈民主與自由〉，收錄於《審議民主》，臺北：群學出版，初版，2010年8月。

Pierre Bourdieu著、陳逸淳譯，〈委任代表與政治崇拜〉，《所述之言：布赫迪厄反思社會學文集》，台北：麥田出版，初版，2012年6月。

石凌霜，〈公民投票違反共和(主義)原則？——從政治思想史角度回應相關觀點〉，《北商學報》第20期，2011年7月。

李仰桓，〈公共理性與臺灣的民主化進程〉，《臺灣人權學刊》第1卷第1期，2011年12月。

李奕廷、吳重禮，〈美國總統款項否決權的爭議：聯邦最高法院Clinton v. City of New York一案之判決及其影響〉，《政治學報》第55期，2013年6月。

李建良，〈修憲程序、議事自律與違憲審查——司法院大法官釋字第三八一號解釋評析〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，臺北：學林，2版，2003年2月。



- ，〈國會議事自律與違憲審查——司法院大法官釋字第三四二號解釋評釋〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，臺北：學林，2版，2003年2月。
- ，〈論司法審查的政治界限——美國「政治問題原則」初探〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，臺北：學林出版，二版，2003年2月。
- 李鴻禧，〈議會自律之比較憲法底研究——兼談地方議會議員之免責特權〉，收錄於《憲法與議會》，臺北：植根雜誌出版，初版，1997年3月。
- 林明昕，〈兩公約適用下的「特別權力關係」〉收於《中華民國施行聯合國兩權利公約的原因與意義——接軌國際，深化民主》，臺北：臺灣民主基金會，2013年。
- 牧野英二著、廖欽彬譯，〈康德理性批判的兩個功能——後現代主義以後批判哲學的可能性〉，《中國文哲研究通訊》第24卷第1期，2014年3月。
- 邱文聰，〈被忽略的（立法）事實：探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第584號解釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》第37卷第2期，2008年1月。
- 張文貞，〈憲改的正當程序：從國民主權與民主原則的面向來分析〉，發表於新世紀臺灣憲改學術研討會，2004年10月。
- ，〈邁向整合的崎嶇路——美國最高法院對聯邦權限的緊縮〉，《歐美研究》第34卷第2期，2004年6月。
- 張志偉，〈論民主原則之圖像——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》第22期，2007年5月。
- 許宗力，〈國會議事規則與國會議事自治〉，收錄於《法與國家權力（一）》，臺北：元照，初版，2006年8月。
- ，〈基本權的功能與司法審查〉，收錄於《憲法與法治國行政》，臺北：元照出版，二版，2007年1月。



——，〈淺談立法怠惰〉，收錄於《憲法與法治國行政》，臺北：元照出版，二版，2007年1月。

——，〈最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法法院Hartz IV判決〉，《月旦法學雜誌》第238期，2015年3月。

——，〈違憲審查程序之事實調查〉，收錄於《法與國家權力（二）》，臺北：元照出版，初版，2007年1月。

——，〈憲法違憲乎？〉，《法與國家權力（二）》，臺北：元照出版，初版，2007年1月。

陳怡凱，〈國際法於國內國法院之實踐〉，《司法新聲》第104期，2012年11月。

陳英鈴，〈建構深思熟慮的國會議事秩序〉，收錄於《民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，臺北：元照出版，初版，2005年9月。

陳淑芳，〈國會改革五法實施之成效與檢討〉，收錄於《民主與法治》，臺北：元照出版，初版，2004年11月。

——，〈國會議事規範之規範形式〉，收錄於《民主與法治》，臺北：元照出版，初版，2004年11月。

——，〈從法治國家觀點看我國立法之缺失〉，收錄於《民主與法治》，臺北：元照出版，初版，2004年11月。

陳景輝，〈哈特《法律的概念》導讀〉，《臺灣法學雜誌》第189期，2011年12月。

陳愛娥，〈憲法基本原則：第三講 共和國原則〉，《月旦法學教室》第33期，2005年7月。

湯德宗，〈三權憲法、四權政府與立法否決權——美國聯邦最高法院INS v. Chadha案評釋〉，《美國研究》第16卷第2期，1986年6月。



——，〈論正當行政程序〉，收錄於《行政程序法論》，臺北：元照出版，2版，2005年2月。

黃昭元，〈司法違憲審查的正當性爭議——理論基礎與方法論的初步檢討〉，《臺大法學論叢》第32卷第6期，2003年11月。

——，〈捐客與靈媒的本尊之爭—釋字第四九九號解釋評析—〉，《臺灣本土法學》第12期，2000年7月。

黃舒芃，〈法治（Rule of Law）或法治國（Rechtsstaat）概念在臺灣的繼受〉，收錄於《變遷社會中的法學方法》，臺北：元照出版，2009年9月。

——，〈違憲審查中之立法形成空間〉，收錄於《框架秩序下的國家權力——公法學術論文集》，臺北：新學林，初版，2013年9月。

——，〈數字會說話？——從大法官釋字第五八四號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位〉，收錄於《變遷社會中的法學方法》，臺北：元照出版，初版，2009年9月。

廖福特，〈法院應否及如何適用「經濟社會文化權利國際公約」〉，《臺灣人權學刊》第1卷第1期，2011年12月。

劉岫靈，〈共和主義的起源？—重返Aristotle與Cicero之比較—〉，《朝陽人文社會學刊》第8卷第1期，2010年6月。

——，〈追尋「共和主義」的斷裂點——倫理、法權、制度的三層次分析架構底檢驗〉，《中華行政學報》第9期，2011年12月。

鍾芳樺，〈凱爾生：《純粹法學第一版》導讀〉，《臺灣法學雜誌》第187期，2011年11月。

羅傳賢、朱蔚菁，〈分權原理下國會自律權之範圍與限制〉，《軍法專刊》第50卷第4期，2004年4月。



3. 學位論文

王韻茹，《論議會自治之界限——以釋憲權控制立法程序為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002年6月。

周建邦，《現階段立法院黨團協商之研究（2008.2.1至2009.6.16）》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，2009年6月。

姚智中，《也許...到來的民主：解構「倫理—政治」意涵及其不滿》，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2011年8月。

陳閔翔，《公民德性、政治社群與民主精神：Michael J. Sandel政治哲學研究》，國立中山大學政治學研究所碩士論文，2003年7月。

賈文字，《形塑分裂社會的制度認同——多數決困境下我國立法程序的再造》，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010年4月。

廖祥順，《國際條約與兩岸協議之國會審議程序研究》，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，2010年6月。

劉岫靈，《「古典共和主義」脈絡下的司法違憲審查》，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，2008年1月。

蘇彥圖，《立法者的形成餘地與違憲審查——審查密度理論的解析與檢討》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1998年6月。

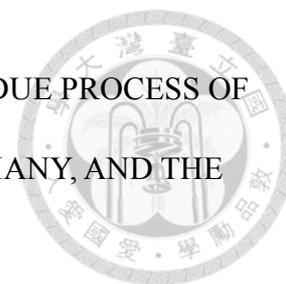
二、 英文文獻

1. 專書

Arendt, Hannah. (1972) *CRISES OF THE REPUBLIC*, London: Harcourt Brace

Jovanovich.

Rose-Ackerman, Susan., Egidy, Stefanie & Fowkes, James (2015), *DUE PROCESS OF
LAWMAKING: THE UNITED STATES, SOUTH AFRICA, GERMANY, AND THE
EUROPEAN UNION*, London: Cambridge University Press.



2. 期刊論文

Arvai, Joseph L. (2003) *Using Risk Communication to Disclose the Outcome of a Participatory Decision-Making Process: Effects on the Perceived Acceptability of Risk-Policy Decisions*, *Risk Analysis* 23, 281-289.

Bar-Siman-Tov, Ittai. (2011) *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*. *Boston University Law Review* 91, 1915-1974.

----- (2012) *Semiprocedural Judicial Review*. *Legisprudence* 6(3), 271-291.

Choper, Jesse H. (2005) *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, *Duke Law Journal* 54, 1457-1523.

Coenen, Dan T. (2002) *The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review*, *Southern California Law Review* 75, 1282-1406.

----- (2009) *The Pros and Cons of Politically Reversible "Semisubstantive" Constitutional Rules*, *Fordham Law Review* 77, 2835-2891.

Davis, Kenneth Culp. (1942) *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, *Harvard Law Review* 55 364-425.

Dorf, Michael C. (2002) *Equal Protection Incorporation*, *Virginia Law Review* 88, 951-1024.



- Gangl, Amy. (2003) *Procedural Justice Theory and Evaluations of the Lawmaking Process*, *Political Behavior* 25, 119-149.
- Goldfeld, Victor. (2004) *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Judicial Review of Congressional Processes*. *N.Y.U. Law Review* 79, 367-420.
- Hirst, Paul. (1988) *Representative Democracy and Its Limits*, *The Political Quarterly* 59, 190-205.
- Krent, Harold J. (1996) *Turning Congress into an Agency: The Propriety of Requiring Legislative Findings*, *Case Western Reserve Law Review* 46, 731-756.
- Lenaerts, Koen. (2012) *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, *Yearbook of European Law* 31, 3-20.
- Linde, Hans. (1975-1976). *Due Process of Lawmaking*. *Nebraska Law Review* 55(2), 197-255.
- Martinez, John. (2005) *Rational Legislating*. *Stetson Law Review* 34, 547-621.
- Popelier, Patricia. (2012) *Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs*, *Legisprudence* 6, 257-270.
- Price, Alistair. (2010) *Rationality Review of Legislation And Executive Decisions: Poverty Alleviation Network And Albutt*, *South African Law Journal* 127, 580-591.
- Rose-Ackerman, Susan., Egidy, Stefanie & Fowkes, James. (2016) *The Law of Lawmaking: Positive Political Theory in Comparative Public Law*, available: https://www.uni-muenster.de/Jura.tkr/oer/files/pdf/gastvortrag/2015/Rose_Ackerman_jj-GWconference.pdf

Tribe, Laurence H. (1975) *Structural Due Process*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 10, 269-321.

Waldron, Jeremy. (1998) *Participation: The Right of Rights*, Proceedings of the Aristotelian Society 98, 307-337.

Zoller, Elisabeth. (2009) *Foreword: Freedom of Expression: "Precious Right" in Europe, "Sacred Right" in the United States?*, Indiana Law Journal 84(3), 803-808.

三、 網路資料

<https://musou.tw/focuses/19>

<http://newtalk.tw/news/view/2014-04-28/46775>

<https://homepages.dias.ie/dorlas/Papers/QMSTATUS.pdf>