

國立臺灣大學法律學院法律學系

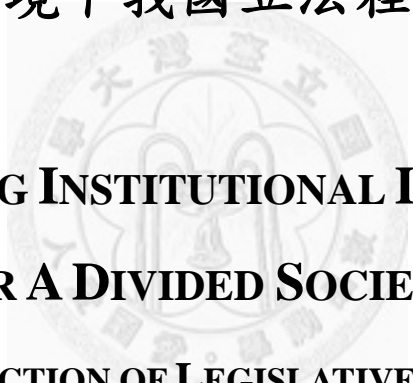
碩士論文

Department of Law
College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

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



**BUILDING INSTITUTIONAL IDENTITY
FOR A DIVIDED SOCIETY:
THE RECONSTRUCTION OF LEGISLATIVE PROCESS UNDER
MAJORITARIAN PREDICAMENT**

賈文宇

Wen-Yu Chia

指導教授：葉俊榮博士

Advisor: Jiunn-rong Yeh, JSD

中華民國 99 年 4 月

April, 2010

謝詞

從 2009 年 9 月 30 日 Proposal 得到老師認可開始、2010 年 3 月 15 日口試，到 4 月 2 日才寫謝詞，口試之前日復一日的論文生活，口試之後兩天趕緊紀錄、分類老師們的建議後，其實一個禮拜內就在既存框架內修補完畢，拖了最久的反而是最後這一段謝詞如何寫。這中間雖然不是無所事事，但有所耽擱可能還是性格裡猶豫不決的遲疑，總覺得寫完謝詞就要跟過去半年的習慣告別，有點不安。寫到告別二字才驚覺，我也曾在這一天與父親告別，可能是這樣，到了今天，才能看得開、放得下。

所以我一開始想謝謝我的家人。爸爸在大三下的這一天離開我們，但這五年以來我總知道我之所以為我，很大一部份受到他的影響。小五就拿過隨堂考數學零分的我，要考大學的高中階段，其實很希望我能唸醫科卻早早知道無望的父親，只給我兩個要求：台北的、國立的，後來能推甄上政大法律，我相信是讓他鬆了口氣。我既是長子也是長孫，從小他「逼」我嘗試各種才藝卻不一定學下去，但音樂跟英文他很堅持—他很清楚這兩者是會陪我一輩子的，前者是性靈上的、後者是能力上的。這是他的慈愛、他的務實、他的遠見。雖然最後我選了學術，未必是他所樂見的，但我希望能證明讓他放心，他培養的兒子知道自已的路，不會餓死、會過得開心。

典型「嚴父慈母」的家庭，我感謝我的母親。父親打罵我跟我弟的時候一定躲在她後面、成績單通常比較想拿給她簽名，到父親離開我們後她撐起家計、照料我們的生活，更打算全力支持我出國。她對我們兩個小孩不是沒有要求，但最終會尊重我們自己的選擇、更選擇支持我們。雖然她的大兒子脾氣不大好、講話容易衝，但他很清楚自己的母親對他有多好(說多好有多好)；這裡也要謝謝我弟，常是家裡的開心果跟工作馬，希望你能創業有成。同時也要謝謝家裡所有長輩們，不論在的、走的，總是給我很高的期待、幫忙與祝福，我知道我因為你們而幸福。

家人以外，踏上法律的路途中，最最感謝的，第一位當然是我的指導教授葉俊榮老師。老師讓人仰之彌高，高的不只是知識上，更高的是老師的格局、視野、企圖心與人生觀。從研一修習「管制理論」、「憲法變遷」開始、成為老師的研究助理，到跟老師寫論文與口試，越深刻去感受，就得到越多。老師帶給我對法學研究全新的認識與想像，讓我看到不曾看過、甚至不曾想像過的境界，讓我相信法學也可以是科學、可以是藝術。另一位則是已仙逝的法治斌老師，大一憲法受教於法老師最後一年課程，第一堂課就被老師點起來問「你認為憲法是什麼」而腦袋空空不知所云，往後卻如沐春風對憲法產生及大的興趣、得了這輩子沒拿過更高學期成績的 97 分；下學期最後一堂憲法課的當天凌晨老師離開了人世，但老師的幽默儒雅始終常在。兩位老師實在是學生的典範，要謝謝法老師把我帶上這條路，更謝謝葉老師教我走好這條路。

在我就讀政大法律系時期，記憶猶深的包括許玉秀老師論理堅實的刑法總則，陳敏老師扎實嚴謹的行政法系列課程，莊世同老師與江玉林老師輕鬆又深切

的法理學引領，吳秀明老師簡明完整的經濟法，從大學推甄口試委員開始、受教了 22 學分德文與民事程序法教學的沈冠伶老師，以及親切又認真的債總老師與大三導師，陳洸岳老師。進入台大法研後，張文貞老師治學之熱情、講學之精彩、不斷超越自己的鬥志與對學生的策勵，往往讓我感佩不已；時常選修、旁聽政治所課程的我，也親身受教於高朗老師深厚的學識、蘊藉的風格，以及黃長玲老師辛辣且不失精準的批判。另外，有幸旁聽陳愛娥老師的憲法與專題課，不僅認識到德國公法學界的不同發展，老師對學術的一絲不苟與對學生的照顧關懷，讓我時時感念在心。

廖元豪老師不但是我大三傳播法的老師，也是辯論人無不崇拜的傳奇辯士。老師在平等權與弱勢人權的顛覆見解與社會參與，理論與實務都能看到老師熱血奮鬥的身影；拜網路發達之賜，學生更不時能看到老師對最新議題的觀察、受到老師對學生日常生活的鼓勵關心。看到廖老師在學生口試本上詳細的畫記指點，讓學生著實感動。另一位口試委員劉靜怡老師，不但馬上答應參加口試，還讓兩個小時的審查過程如同上了一學期課般滿載而歸，老師詳細逐一指出學生思考與表達的盲點、從實踐與規範層面上都不斷提出直擊核心的挑戰，佩服老師之餘，更感激老師為梳理學生繁雜論文所付出的心力與時間。

最後，我也要感謝陪我一路走來的摯友們。附中國中部的同屆，蔡冰狗，Daniel, Stan, Nick, Joy, 玫秀, 何大頭, 畢, 千倫；高中死黨劉禹暘、簡長毛、金剛狼、胖子楷杰、致宇哥；大學系上的朕翔&怡安、宇修&兔子瑄、泡泡、智超&阿宗、夢華、包子、興蓉、葦怡、慶麟、柚子、宗鳴、大蘇、坤哥、雨欣、嘉沂、哈波、汎汎；球隊的小田學長、藝懷學長、Q 毛學長、跳熊學長、fifi 學長，社團及法辯的劉怡學姐、尙修學長、碩志學長、馥羽學姐、智凱學長、雯華學姐、暉鈞學長、韋菁學姐、偉廷學長、雅倫學姐、維羽學姐、奕雯學姐、耀霆學長、梓榕學姐，同屆的大叔、阿正、史晴、超哥，以及沛倫、小輝、小蛋、大捲跟小博以降可愛優秀又乖巧的學弟妹們。當然還有研究所上，春元學長、思岑學姐、年豐學長、怡俐學姐、詩薇學姐、允鍾學長、建志學長、伯翰、小麥、陽昇、John、劍非、君華、偉仁、喬婷、阿星、乃方、彥增、坤哥、國勳、欣湑、筑萱、阿叡、緯武、尙雲、怡辰、一婷、黃杰&廷涓、Allen、益先、慧玲。謝謝你們的照顧和支持，允許我與你們分享生命中的高低起伏。我們選擇了一些一樣、又一些不同的路，祝福大家在各自的航道上駛向燦爛光明。

要謝謝韶曼陪著我，也讓我陪著妳，未來還有長長的路，希望能彼此扶持地走下去。

摘要

解嚴以來，臺灣在過去廿餘年間經歷了民主化進程中七次修憲與兩次政黨輪替，一般認為已經達成「民主鞏固」的標準；但所謂的民主化帶來的政治權力競逐也使得政壇與社會存在著政治不信任與非理性對立，導致政治的作為與不作為往往既無全民共識也無品質可言。在全球競爭與環境變遷的嚴苛挑戰下，治理能力的喪失甚至有可能發生「民主退潮」的風險，建構正當且有效的決策機制是因應這個風險的不二法門。

論文第二章從首先從民主理論出發，認為臺灣政治與社會的不信任與非理性對立源自於威權統治與反威權統治之間關於「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」與「權力分配」問題的對抗脈絡延續至今且相互連動，形成學理上的「分裂社會」，使得以「多數決」為主軸的憲政體制因為欠缺「競爭」而失靈，形成「多數決困境」。有鑑於此，論文分析各家學說後提出以「協合民主」與「審議民主」結合的觀點，延伸出「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」三項原則，做為回應臺灣分裂社會的指導方針。

本文於第三章確認了在我國憲政體制下，立法院(國會)的組織與功能應為落實三項原則的最佳機關。並分析「民主原則」與「正當程序」兩個我國憲法價值足以承載、涵蓋「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」，為具體的制度設計奠定符合規範要求的基礎。第四章則承續第三章的論點，專門針對欠缺競爭的「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」與「權力分配」議題，從立法院「提案」、「審議」、「表決」三大環節分析現制之不足並提出「共識審議程序」做為制度的建議。

第五章則先再次從規範面探討「共識審議程序」與現行可能相抗的機制(覆議、違憲審查、公民投票)的互動，以及本身的合憲性問題。接著從「制度認同」的觀點，評估共識審議程序的制度成效，以及在臺灣脈絡的經驗中，可以供民主理論參考精進之處，並於第六章做成結論。

關鍵字：分裂社會、多數決、協合民主、審議民主、統合論、順應論、國會、民主、正當程序、制度認同。

Abstract

With a series of constitutional amendments and the two-turnover test, the democratization of Taiwan in the past twenty years has been generally considered successful. However, the democratization is a mixed blessing which brings not only democratic achievement, but also political distrust and irrational confrontation among the politicians and civil society. These maladies often lead to decisions made upon neither consensus nor rational basis, which would undermine the quality of governance and result in a setback of democracy. Therefore, to better the decision-making process becomes an essential to modify the perturbation of setback of democracy.

This thesis analyzes democratic theories and the social context of Taiwan in Chapter 2. First, I argue that the political distrust and confrontation mainly originate from the antagonism between the authoritarian regime and the anti-authoritarian movement, which focuses on the issues and relevant policies of national identity, ethnical relationships, transitional justice and the distribution of political power. As a result, Taiwan meets the standard of “divided society” as a system of segmental cleavages which lacks of political competition in majority rule and makes minority permanently under domination — circumstance I call “majoritarian predicament” . To overcome this predicament, I suggest the combination theory of consociational democracy and deliberative democracy, then extracting three guiding principles: utmost participation, through and through deliberation, and power-sharing.

In Chapter 3, I identify the Legislative Yuan (congress) as the most competence branch to realize the three principles under the Constitution and the social context; meanwhile, democracy and due process as constitutional values could be the basis for the constitutionality of institution design according to the three principles. Then in Chapter 4, I examine the current legislative process with these principles and then advise a “consociational-deliberative process” to reconstruct the legislative process targeting on motion-proposing, deliberation and voting then realizing utmost participation, through and through deliberation and power-sharing.

Finally, I conclude my thesis in three dimensions in Chapter 5. From the normative aspect, I reexamine the constitutionality of the process and clarify its relation with veto, judicial review and referendum; second, the institutional aspect, with foreign experiences and Taiwan context, I evaluate the consociational-deliberative process from the aspect of “institutional identity” to assess if this process can reach

consensus and make rational decision, which may create identity to each policy and this decision-making mechanism; last but not least, I raise some theoretical suggestions base on the study of Taiwan. I make my conclusion in Charpter 6.

Key Words: divided society, majority rule, consociational democracy, deliberative democracy, accomodation, integration, Congress, democracy, due process, institutional identity



目次

第一章	序論	1
第一節	研究動機：臺灣民主的成就與困境	1
第二節	問題提出	2
第三節	概念界定	3
第四節	文獻回顧	7
第五節	研究方法與論文架構	9
第二章	分裂社會與民主理論	12
第一節	民主理論的演進	12
第二節	分裂社會下的民主理論	18
第三節	臺灣的脈絡與制度選擇	38
第四節	本章結論	54
第三章	民主理論與現實面、規範面的銜接：分析國會的治理能力與 憲法基礎	56
第一節	實踐主體：臺灣脈絡下的國會	56
第二節	憲法基礎	66
第三節	本章結論	85
第四章	建構立法院「共識審議」的決策程序	87
第一節	現狀簡介：立法院職權行使程序概觀	87
第二節	制度檢討與設計：以處理分裂議題之制度量能為標準	96
第三節	本章結論	116
第五章	共識審議之後：憲法規範、制度成效與民主理論的總檢討	117
第一節	覆議、違憲審查、公投與合憲性：共識審議程序的體制內挑戰	117
第二節	超越分裂社會：建構我國制度認同的意義與契機	124
第三節	民主理論再進化：臺灣脈絡的啟示	132
第四節	本章結論	138
第六章	結論與研究展望	140
參考文獻		147

詳目

第一章 序論

第一節 研究動機：臺灣民主的成就與困境

第二節 問題提出

第三節 概念界定

1. 分裂社會(divided society)、社會分歧(social cleavage)與分裂議題

2. 多數決(majority rule, majoritarianism)與多數決困境
(majoritarian predicament)

3. 協合民主(consociational democracy)與共識民主(consensus
democracy)

4. 審議民主(deliberative democracy)

5. 正當程序(due process)

6. 制度認同(institutional identity)

第四節 文獻回顧

第五節 研究方法與論文架構

第一項 研究方法

1. 文獻研究法(literature review)

2. 制度途徑(institutional approach)

3. 法釋義學(legal interpretation)與規範論

第二項 論文架構(圖.1 本文架構)

第二章 分裂社會與民主理論

第一節 民主理論的演進

第一項 古希臘時期：古典式民主(classical model of democracy)

第二項 啟蒙時期的民主理論：保護式(protective)民主、發展式
(developmental)民主

第三項 近代民主理論

一、菁英主義(elitism)

二、多元主義(pluralism)

三、統合主義(corporatism)與新右派(the new right)

四、馬克思主義與歐共主義

第四項 小結：民主理論變遷的主軸與趨力

第二節 分裂社會下的民主理論

第一項 多數決與民主理論

一、多數決的功能與意義

二、多數暴政的疑慮與解決

第二項 分裂社會與多數決

一、何謂分裂社會？

(一)民族、民族主義與分裂社會

(二)單一民族的分裂社會

(三)類型化的嘗試：三分法與二分法

(四)本文立場：以「團塊分裂」、「偏好強度」與「民族主義」為分裂社會的指標(圖.2 社會分裂程度示意圖)

二、分裂社會的多數決困境(majoritarian predicament)

(一)民主的同質性假設

(二)分裂社會：消失的競爭

第三項 順應論(accommodation)、統合論(integration)與審議民主

一、順應論與統合論之爭

(一)何謂順應論？

1. 基本理念

2. 向心民主與協合民主：Horowitz 與 Lijphart 的論戰

(二)何謂統合論？

1. 同化論(assimilation)、向心民主與統合論的區辨

2. 統合論的理念

(三)理論的抉擇：承續或顛覆多數決原則？

1. 三種理論對多數決原則的態度(表.1 三種理論對社會異質性與多數決原則的態度)

2. 選擇的標準與條件：競爭及參與

3. 協合民主的競爭及參與

二、審議民主

(一)審議民主的功能

1. 教育公民與形塑共同體功能

2. 提昇決策的程序正當與實體品質

3. 展現西方民主傳統本質

(二)審議民主、多數決與分裂社會

1. Hans Kelsen 的「多元民主」與「議會主義」觀點

2. 「多元民主」與「議會主義」沒有解決的問題

3. 審議民主在分裂社會中的價值

第四項 審議民主與協合民主的結合與適用：「擴大參與」、「權力分享」、「充分審議」

第三節 臺灣的脈絡與制度選擇

第一項 觀察：首次政黨輪替(2000年)後的重要政治事件例示

一、截面：以首次政黨輪替為界(表.2 民主化後總統及立法院各次選舉結

果與關係)

二、案例：引發朝野高度爭議的重大議題

- (一)核四停建案
- (二)人事權之爭
- (三)中央地方
- (四)選舉爭議
- (五)威權統治
- (六)兩岸與國家認同
- (七)被排除的議題

三、歸納：「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」連動性與權力分配(表.3
2000~2009 年重大憲政爭議類型化整理)

- (一)釐清：國家認同、族群關係與轉型正義的定義：交疊與歧異
- (二)類型化的嘗試
 1. 國家認同
 2. 族群關係與轉型正義
 3. 權力分配

四、研判：分裂的台灣社會

- (一)分裂議題的連動性：以國家認同為軸心
- (二)團塊分裂且偏好強烈的台灣社會
- (三)小結：高度同質性中的團塊分裂社會

第二項 民主轉型的七階段修憲：多數決的確立與強化

第三項 被憲法忽略的分裂社會

第四節 本章結論

第三章 民主理論與現實面、規範面的銜接：分析國會的治理能力與

憲法基礎

第一節 實踐主體：臺灣脈絡下的國會

第一項 分裂社會與國會

- 一、被排除的主體/機制
 - (一)私人及地方自治團體
 - (二)政黨
 - (三)公民投票
- 二、法院的角色？
- 三、國會的優越性

第二項 分裂社會中的「總統一行政」與國會：二元民主誰優先？

- 一、從憲法職權驗證「總統一行政」處理分裂議題之權力不足

二、從三項原則驗證「總統一行政」處理分裂議題之能力不足

三、總統在分裂議題中的角色

第三項 小結

第二節 憲法基礎

第一項 憲法與釋憲實務對民主的理解

一、單純提及

二、民主的基礎

三、民主的意涵、派生概念與機制

四、防衛民主的合憲手段

五、小結：有審議、無協合的民主觀

第二項 為什麼是「正當程序」？

一、正當程序的起源

二、內涵問題：正當程序與「擴大參與」、「充分審議」及「權力分享」

(一)美國「正當程序」與德國「基本權程序保障功能」

(二)我國釋憲實務所承認的正當程序

(三)「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」與正當程序

1. 無疑義的包涵關係：包涵「擴大參與」、「充分審議」的正當程序

2. 「權力分享」與正當程序的連結：「公正裁決者」

3. 建立分裂議題的「共識決策者」

三、主體問題：拘束國會職權行使方式的正當程序

(一)行政權正當化模型的借鏡

(二)「正當程序」適用於(廣義)立法程序的嘗試

(三)可拘束國會職權的正當程序：憲法條文、解釋的規範基礎與內容

1. 憲法條文的規定

2. 釋憲實務的具體化觀點—及與「議會自治」的調和

3. 從正當程序的歸納

4. 分裂社會的需要

四、範圍問題：不限適用於基本權保護的正當程序

(一)法無明文：是挑戰也是契機

(二)正當程序：國會議決憲法問題的程序管控

(三)從「參政權」推論的可能

第三項 小結

第三節 本章結論

第四章 建構立法院「共識審議」的決策程序

第一節 現狀簡介：立法院職權行使程序概觀

第一項 立法院之法定職權

第二項 立法院議事程序流程說明(圖.3 立法院議事流程圖)

一、流程總說明

二、委員會

(一)程序委員會

(二)其他各委員會

1. 常設委員會之功能
2. 我國常設委員會之建制與程序
3. 備詢與公聽會

(三)全院委員會

(四)修憲委員會

三、黨團協商

(一)沿革

(二)現行制度

1. 黨團與政團
2. 黨團協商之組成與運作
3. 黨團協商之效力

四、復議

五、聽取報告與院會質詢

第二節 制度檢討與設計：以處理分裂議題之制度量能為標準

第一項 制度檢討與設計的標準及考量因素

第二項 「共識審議程序」之各項機制

一、程序之發動：強調權力分享的「提案權」制度

(一)現狀「程序委員會」之不足

(二)少數黨團「提案權」制度之保障

(三)分裂議題的實質認定標準

1. 進一步具體化的嘗試
2. 實質標準的認定程序？
3. 議案之割裂與合併

二、程序之運作

(一)組成

1. 程序定位
2. 一般規定
3. 席次分配：政黨比例累進制(表.4 政黨比例累進制說明)
4. 委員會委員之選任與問責

(二)參與

1. 立法委員
2. 總統、提案機關與人民

(三)審議(圖.4 共識審議程序 審議流程)

1. 程序之一般規定
2. 提案人報告
3. 聽證
4. 廣泛討論與逐條討論
5. 修正提案或撤案
6. 議案辯論
7. 特殊審議程序：人事同意權行使

(四)表決

1. 決議之時點：立即表決
2. 決議之方式：全案表決
3. 表決之門檻
4. 表決之程式：附理由
5. 表決之拘束力

第三節 本章結論

第五章 共識審議之後：憲法規範、制度成效與民主理論的總檢討

第一節 覆議、違憲審查、公民投票與合憲性：共識審議程序的體制內挑戰

第一項 覆議

第二項 違憲審查

- 一、以功能法為準
- 二、宜從程序面進行審查
- 三、注重違憲審查在分裂社會中的對話功能

第三項 公民投票

第四項 共識審議程序的合憲性

- 一、對個別立法委員職權之限制合憲性
- 二、高如修憲人數的門檻合憲性
- 三、小結

第二節 超越分裂社會：建構我國制度認同的意義與契機

第一項 制度認同的內容與功能

- 一、制度認同與族群/文化認同之比較
- 二、不刻意建構族群/文化認同的瑞士啟示
- 三、建構族群/文化認同的不可承受之重：走向制度認同的比利時

第二項 「認同建構」的臺灣經驗

- 一、威權統治時期
- 二、本土化時期
- 三、政黨輪替時期
- 四、小結：建構制度認同的契機

第三項 共識審議程序是否能建構制度認同？

第三節 民主理論再進化：臺灣脈絡的啟示

第一項 回顧

第二項 「共識審議程序」與自由/社會主義統合論對「制度認同」定位的
差異

第三項 協合民主與審議民主的結合必要性

一、權力分享之於審議民主的意義：創造實質審議的動機

二、審議之於協合民主的意義：創造立場變動的契機

三、協合民主與審議民主的調和

第四項 權力分享的動機

第五項 協合民主的競爭機制

第六項 分裂社會的認定標準

第七項 小結

第四節 本章結論

第六章 結論與研究展望(表.5 民主理論與多數決)

參考文獻



第一章 序論

第一節 研究動機：臺灣民主的成就與困境

「民主的第一要義，是讓受決策影響的人都能直接或間接參與決策過程；第二要義是多數統治……若將敗選一方屏除於決策程序外，顯然違反了第一要義。」¹

W. Arthur Lewis²

這一段對民主的定義，對照的是臺灣民主轉型以來被社會過度簡化對待的民主觀念：以為有了選舉與投票，就是擁有了民主。³

東亞地區從十九世紀末葉以來的長期戰亂與紛擾，多數國家長期欠缺實踐實質民主的條件；⁴迭受專制王朝、強權殖民、威權統治的艱辛歷程，臺灣隨著第三波民主化的浪潮⁵駛入民主轉型的軌道，係以「代表性強化」為主軸的漸進式修憲，⁶構築了中華民國在臺灣的基礎統治合法性、設下了多數統治的機制，⁷並達成被認為是「民主鞏固」象徵的「二次政黨輪替」。⁸與經濟奇蹟一同受到國際讚嘆驚豔的民主奇蹟，「臺灣經驗」儼然是第三波民主化國家中的佼佼者。

但做為民主國家就必須面對，在權力競逐的過程中激化的社會對立與不信任。⁹以及朝野政治勢力間彼此強力杯葛抹黑。¹⁰而全球競爭與氣候變遷的等新型態、來得又急又猛的挑戰並沒有停下腳步等待臺灣平紛止爭，使得政府治理出現危機，人民也開始無所適從：我們是自豪於民主自由的憲政國家，卻也忍不住

¹ See W. ARTHUR LEWIS, *POLITICS IN WEST AFRICA* 86 (1965). 該段文字由作者自為中譯。

² Sir William Arthur Lewis (1915-91)，為聖路西亞(Saint Lucia)經濟學者，以產業結構(industrial structure)、世界經濟史以及發展經濟學(development economics)研究聞名。1979年榮獲諾貝爾經濟學獎，是首位諾貝爾獎非和平獎的黑人得主。「發展經濟學」的研究使 Lewis 對民主制度也有一定的檢討與反省。

³ 不可否認的，選舉確實是民主化的目標。Samuel P. Huntington 著，劉軍寧譯，《第三波：二十世紀末的民主化浪潮》，頁 220(二版，2008)。但只有「選舉式民主」並無法鞏固民主制度，可參考 張文貞，〈另類憲政工程－擊建臺灣的法治與政治信任〉，收錄於《新興民主的憲政改造》，元照出版，頁 311 (2008)。認為民主只有「選舉」、「多數決」的情景在同為新興民主國家的南非也理直氣壯地發生了，see AREND LIJPHART, *Majority Rule in Theory and Practice: the tenacity of a flawed paradigm*, in *THINKING ABOUT DEMOCRACY: POWER SHARING AND MAJORITY RULE IN THEORY AND PRACTICE*, 112 (2008)。

⁴ 朱雲漢，〈全球進入政治體制多元競爭時代〉(2010年2月12日)，中國時報。

⁵ SAMUEL P. HUNTINGTON 著，劉軍寧譯，註 3 書，頁 65 (臺灣被歸類為「直接轉渡型(direct transition)」)。

⁶ 葉俊榮，〈憲政的上升或沉淪：六度修憲後的定位與走向〉，收錄於《民主轉型與憲法變遷》，頁 163-175(2003)。

⁷ 張文貞，〈憲政的正當程序：從國民民主權與民主原則的面向來分析〉，發表於 新世紀台灣憲改學術研討會(2004年10月31日)，頁 31。資料來源：行政院研究發展考核委員會 <http://www.rdec.gov.tw/public/Attachment/512016503171.pdf> (最後瀏覽日期：2009年12月12日)。

⁸ SAMUEL P. HUNTINGTON 著，劉軍寧譯，註 3 書，頁 324。

⁹ 吳玉山，〈編者序〉，收錄於吳重禮、吳玉山主編《憲政改革：背景、運作與影響》，頁 I (2006)。

¹⁰ John Stuart Mill 即指出國家認同的衝突將使理性的政策討論不再可能，而變成劍對敵對陣營利益的工具。引自 吳乃德，〈國家認同和民主鞏固：衝突、共生與解決〉，收錄於游盈隆主編，《民主鞏固或崩潰：臺灣二十一世紀的挑戰》，台北：月旦，頁 25 (1997)。

羨慕如新加坡富有競爭力的「指導式民主」；¹¹我們希望經濟蓬勃發展而與中共經貿交流、但又不得不擔心政府屈服、傾中，反噬民主與人權的臺灣價值。偏偏國內主要政治勢力的對立，逼使我們必須在「民生」與「民主」間二選一，但事實是，當「民生」凋敝、國家治理失靈時，民主的退潮往往就隨之而致；¹²沒有民主的民生發達，則如同退回廿餘年前被少數人支配的臺灣，所有民主化的奮鬥與血汗將被蒸散。

臺灣實踐的脈絡下，證實了只有選舉與投票的多數決民主，並不足以回應這個社會面臨的現實挑戰，因為過去七次修憲只確認了中華民國政府存續的統治正當性，而政治部門具體推動的爭議政策，在民主化、自由化後都能被挑戰、論辯；但這個論辯在多數決競逐機制下，藍、綠必須對立而營造出「有你無我」的態勢才能有效將選票最大化。這一點在臺灣經過威權統治時期所建構的「中國認同」、「漢文化中心」、「白色恐怖與黨國資本主義」，以及黨外勢力對抗威權統治所主打對應訴求的「臺灣認同」、「去中國化」、「轉型正義」，形成臺灣今日社會分裂的軸線，使得雙方勢力的多數被牢牢穩固、少數也必須毫不妥協地穩固「基本盤」，任何一個相關政策幾乎都引發社會的激烈爭議、甚至使得實際決策隨著政黨輪替一直翻來覆去，國家的認同與治理力也就在這翻來覆去間消磨殆盡。對照 Lewis 的觀點，在臺灣，選制下的少數雖不缺乏「形式」的參與，但能多大程度影響決策則非無疑問，也難怪政權一旦輪替與再輪替後重大爭議政策難以為續，因為決策時缺乏對方實質參與並凝聚共識，俟對方取得政權後推翻前朝決策反而是意料中之事。然而這些爭議重大的政策朝令夕改而無法延續推動，要能收到多大的政策成效、發揮多少治理效果，根本是緣木求魚。

故，政府決策的模式必須針對這些容易引發爭議的政策，尋求民意更廣泛的共識，找到更合理性的決策基礎，才能做出對的、且是人民普遍能接受的決策，臺灣才能在全球競爭中強化治理的量能，免於民主倒退的危機。同時，這個機制必須合乎憲法的價值，才能在法治國原則下取得規範效力與拘束公權力行使方式的基礎。

找出能凝聚共識、理性判斷的良善決策機制，是本篇論文研究的動機。

第二節 問題提出

將前述的研究動機更具體化為以下問題，並決定本文的研究範圍：

- (1) 哪些政策是臺灣社會容易產生分歧的爭議問題？
- (2) 針對前開政策，政府哪些決策模式、應進行如何的改變，才符合民主的價值？
- (3) 這些改變是否能有效緩和、弭平社會的分歧？或至少能凝聚社會對個別政策以及決策機制本身的認同？

¹¹ 朱雲漢，註 4 文。

¹² SAMUEL P. HUNTINGTON 著，劉軍寧譯，註 3 書，頁 367。支持「經濟發展影響民主鞏固程度」的論點，*see also* IAN SHAPIRO, THE STATE OF DEMOCRATIC THEORY 86-87 (2003).

(4)這些改變是否有規範上/憲法上的基礎或疑慮？

本文的假設是，並非所有的政策都有高度的爭議性－換言之，固然所有政策都會有正反意見、甚至是具有強烈政策偏好的支持與反對者，但本文所關注的是哪些政策在臺灣的社會脈絡下容易引發「廣泛」且「強烈對立」的嚴重後果。本文並非指稱少數的偏好無須解決，但兩個多數的對立與互不信任，造成的社會動盪恐怕是更普遍而強烈的，因而成爲本文優先關注的對象。¹³

再者，關於政府決策部份，由於政府廣義而言包括所有公權力部門，但針對所有公權力部門均作討論，則在本文有限的篇幅中恐怕是力有未逮。本文認爲，由於推動重大政策需要組織、程序、預算以及法規的支持，而憲政民主國家中的「國會」在組織、程序、預算、法規多有獨占或至少高度的決策權及影響力；加上關於行政與司法部門的決策制度歷來是法學界的研究重心(行政程序法、訴訟法.....等)，但國會決策問題則因慣常以「國會自治」原則處理而非傳統課題、或僅從規範面向討論，本文則將更進一步結合社會脈絡的途徑進行研究，確認臺灣當前的實際情況與問題所在，再找出適合臺灣社會的、不同於「多數決」的民主理論。

同時，在「憲法優位」與法治國要求下，¹⁴必須回歸我國憲法實務與學理，探尋新民主理論與制度的規範面基礎、並從權力分立制衡的觀點檢驗其合憲性。申言之，國會行使職權程序改善後，必須重新定位、釐清各憲法機關間彼此的關係(例如覆議、違憲審查、公民投票對國會決策的影響)。當然在最後，必須回頭檢驗這樣一個新的制度設計，究竟能不能有效地達成制度設計本來的目的？

第三節 概念界定

以下界定本文使用、討論的數個主要概念，說明本文使用特定名詞時所指涉的涵義與範圍，以避免混淆(例如翻譯、用語的不同，或用語相同但概念指涉範圍有異)並有利聚焦，針對本文爲進一步的研究批判；未於此說明者則請見後續討論時個別在內文或註腳說明。分項說明時，若有類似或易混淆概念，則將併列同項說明，以利對比。

¹³ 弱勢、少數的保障，其實正是憲法架構基本權理論的主要關懷，凡基本權問題就是少數乃至於個人保障的問題，這已是憲法研究的熱門與主流，且對臺灣脈絡的觀察而言，並未如國外分裂社會經驗上往往發生基於社會的分裂因素而在人權領域上顯著、結構性的差別待遇，故本文不擬錦上添花；況且在制度設計與效應評估上，弱勢與少數的問題也必須有不同的處理。本文欲處理的，嚴格說來是「多數」與「更多數」的對立與分歧。

¹⁴ 依陳新民比較英文“the Rule of Law”與德文“Rechtstaat”之來源、發展與意義的研究，認爲當代兩者均尋求實質、形式意含兼具的「良法之治」，民主也已融入法治國的概念，使其統治權力基礎具備合法性與正當性－其中「憲法」在法治概念中(包括不成文憲法國家的英國)扮演的重要角色更是隨處可見。陳新民，〈國家的法治主義－英國的「法治」(The Rule of Law)與德國法治國之概念比較〉，收錄於《法治國家論》(2001)。在我國釋憲實務的用語中似乎也無意嚴格區分「法治國家」或「法治國」，請見黃舒芃，〈法治(Rule of Law)或法治國(Rechtstaat)概念在台灣的繼受〉，收錄於《變遷社會中的法學方法》，頁 292 (2009)。

1. 分裂社會(divided society)、社會分歧(social cleavage)與分裂議題

分裂社會與社會分歧並無權威性的具體定義，Ian Shapiro 認為是同意義的不同詞彙，¹⁵ Arend Lijphart 引用 Harry Eckstein 的觀點陳述的“A society divided by segmental cleavages”，¹⁶本文依此說明進一步認為並界定，「分裂社會」是描述一個結構、環境，而「社會分歧」則是形成社會分裂的因素—¹⁷本文將這些因素在分裂社會中所延伸出現的具體政策或個案爭議，稱為「分裂議題」。

社會的分裂結構可能基於族群、語言、信仰或文化上的差異，然如 Sujit Choudhry 所指出，真正重要的是這些歧異被反應在政治活動上，並以此作為長期的(persistent)政治認同標記(markers)，以及政治動員的基礎。¹⁸ 進一步的類型化，首先是朱德明將分裂社會依類型化為「基本型」、「政策導向型」及「混合型」三種；¹⁹ 另一個分類是「交叉分裂」(cross-cutting cleavage)與「團塊分裂」(segmental cleavages)，前者係指個人在不同議題上分屬不同立場，後者則描述一種客觀社會差異(例如族群、語言、宗教)直接代表特定立場之分裂關係。²⁰

2. 多數決(majority rule, majoritarianism)與多數決困境(majoritarian predicament)

Andrew Heywood 將多數決定義為「一種理論或實際的運作，以多數人的意志為優先考量；多數決意味著對少數人或個人的限制。」、在某種意義下「民主就是嚴格執行多數決原則」。²¹多數決也就是以「更多人的意見為全體意見」，故歐盟在「部長會議(Council of Ministers)」²²依據代表國人口數加權投票的「超級多數決(super-majorities)」²³，或歐盟未順利通過的「歐盟憲法條約(Treaty Establishing a Constitution for Europe)」中 I-25 條規定的「條件多數決」，²⁴均非本文所指的「多數決」。²⁵

¹⁵ SHAPIRO, *supra* note 12, at 93.

¹⁶ 轉註自 朱德明，《法院在分裂社會中之民主維持功能：司法治理現象的制度性分析》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 18 (2005)。

¹⁷ 另一個可能混淆的用語是「分裂國家(divided nation)」，係指一個統一的民族國家在內戰或外力影響下分裂成數個獨立的政治秩序、但彼此仍保有一定歷史、文化、語言乃至於制度上的密切關係。二戰後的南北韓、南北越、東西德與兩岸都有此一特質。請見 蘇永欽，〈憲政主義與國家認同〉，收錄於《走入新世紀的憲政主義》，頁 155 (2002)。

¹⁸ Sujit Choudhry, *Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?* 3, 4-5 (Sujit Choudhry ed., 2008).

¹⁹ 朱德明，註 16 書，頁 22-36。

²⁰ Choudhry, *supra* note 18, at 15-26.

²¹ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，《政治學新論》，頁 108、647 (2009，二版)。

²² 該組織方式現已更名為「歐洲部長理事會(Council of European Union)」。

資料來源：歐洲聯盟研究協會 <http://www.eusa-taiwan.org/P2-a2.htm> (2009.10.13)

²³ ALBERT WEALE 著，謝政達譯，《民主的十一堂課》，韋伯文化，頁 134(2005)

²⁴ 有 55%同意票，其中必須有十五個成員國以上同意，且投贊成票之成員國之國民總數需超過全體人民的 65%(一項)。若理事會未依執委會或歐洲外交部的提案，則此時應有 72%的同意票及支持國之國民總數超過全體人民的 65%。

²⁵ Giovanni Sartori 將多數決簡單分為條件多數決(qualified majorities，以三分之二決最為常見)，絕對多數決(absolute majority，指百分之五十加一)及相對多數決(relative majority，不及百分之五

Lijphart 則在研究了 36 個當代民主國家政體後，以「西敏寺模式(Westminster model)」稱呼類似英國國會般嚴格執行多數決民主的政府體制，有以下十點特色：(1)行政權力集中於恰好過半的單一政黨內閣，(2)內閣享有政治權力的實質支配地位，(3)兩黨制，(4)單一選區制與非比例選制，(5)多元主義的利益團體，(6)單一國、中央集權，(7)單一國會，(8)柔性憲法，(9)欠缺司法違憲審查，(10)被行政部門支配的中央銀行。²⁶

多數決困境則是本文所提出的概念，係指民主體制下慣常採行的多數決機制，在分裂社會的脈絡下於正當性的層次所遭遇的挑戰。不同於多數決在「多數暴力」問題已經獲得學理與實踐上相當程度的解決，多數決困境應如何解決，理論面就至少有「統合論(integration)」、「協合民主(consociational democracy)」、「向心民主(centripetalism)」及「審議民主(deliberative democracy)」等四種主要觀點，本文將於後續進行深入的比較討論。

3. 協合民主(consociational democracy)與共識民主(consensus democracy)²⁷

協合民主與共識民主，以 Lijphart 為當代最著名的研究者與擁護者。依其考據，協合民主的概念最早可追溯至 17 世紀 Johannes Althusius 使用拉丁文 *consociatio* 一詞，以及近代學者 David Apter(1961)、Gerhard Lehbruch(1967)及 Sir Arthur Lewis(1965)的政治研究。Lijphart 所指協合民主的四要素，包括(1)大聯合政府，(2)地方單元體自治權，(3)政治比例性及(4)少數否決權。Lijphart 更進一步提出「共識民主」的概念，做為具體的十項制度建議：(1)行政權多黨/大聯合政府分享，(2)行政立法制衡性，(3)多黨政治，(4)比例代表制，(5)統合主義的利益團體，(6)聯邦制，(7)兩院制，(8)剛性憲法，(9)獨立的中央銀行，及(10)司法違憲審查。²⁸ Heywood 則將協合民主簡述為「一種民主形式，其運作方式是透過權力分享以及若干政黨或政治聯合陣線之間的緊密合作。」²⁹

做為協合民主與共識民主的定義權人，Lijphart 指出協合民主是較共識民主更廣、更強調權力分享的概念(尤其是「文化自治」的訴求)；同時，協合民主偏重實踐的非制度面，而共識民主則帶有具體的制度建議。不過由於兩者均以「權力分享」(power sharing)做為核心價值，故非涇渭分明的排斥關係，而是可以混用的兩種概念，³⁰本文基本上統一稱為協合民主，並將共識民主視為協合民主的具體制度展現。

十的多數)。LIJPHART, *supra* note 3. 本文所指多數決包括後兩者，本文無意區分之。

²⁶ AREND LIJPHART, PATTERNS OF DEMOCRACY 9-21 (1999).

²⁷ 中文翻譯參考 ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 50。

²⁸ AREND LIJPHART, THINKING ABOUT DEMOCRACY: POWER SHARING AND MAJORITY RULE IN THEORY AND PRACTICE 3-7 (2008).

²⁹ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 50。

³⁰ LIJPHART, *supra* note 28, at 7-9.

4. 審議民主(deliberative democracy)

Shapiro 將民主如何達成「共善」(common good)的標準區分為「加總(aggregative)民主」及「審議民主」的兩大傳統。³¹加總民主是一種統計式的民主，認為民主的任務在如何設計出有效的規則，以正確呈現 Jean-Jacques Rousseau 所提出「全意志(general will)³²」；審議民主的概念則可追溯至 Aristotle，主要觀點認為多數是可被形塑的、具變動性的；³³Heywood 簡單說明為「一種民主形式，強調討論和辯論的重要性，因為這些將有助於界定公共利益。」³⁴審議民主被視為 1980 年代以來十分重要的民主理論思潮，James S. Fishkin 認為審議的品質可藉由以下四個標準評價：(1)完整性：同一議題被不同論點檢視的程度，(2)資訊：正確、合理使用資訊的程度，(3)謹慎：參與討論議題的程度，(4)多元性：參加審議者的多元代表程度。³⁵³⁶

5. 正當程序(due process)

正當程序在美國憲法第 5³⁷(聯邦層次)、14³⁸(州層次)增補條文中有明文規定，並且是美國憲法實務與學理上重要的憲法原則，其性質有「本體說」與「工具說」兩種見解，前者認為正當程序本身即是正義價值的表現，後者則主張正當程序的意義在於擔保實體決定的正確性；其功能則有認為包括「權利保障」、「效能提昇」以及「維護人性尊嚴」等三個面相。³⁹

³¹ SHAPIRO, *supra* note 12, at 1-3. See also IRIS MARION YOUNG, INCLUSION AND DEMOCRACY 18-25 (2000).

³² 有趣的是，Rousseau 的全意志論實際上更強調每個公民的獨立地位，不但不同於單純加總民主勢必忽略少數的情況，更成為參與型社會(participatory society)、草根民主(grass-roots democracy)重要的立論基礎。ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 116。

³³ SHAPIRO, *supra* note 12, at 1-3.

³⁴ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 118。

³⁵ See James S. Fishkin & Cynthia Farrar, *Deliberative Polling: From Experiment to Community Resource*, in THE DELIBERATIVE DEMOCRACY HANDBOOK: STRATEGIES FOR EFFECTIVE CIVIC ENGAGEMENT IN THE 21ST CENTURY 59, 71 (John Gastil & Peter Levine eds., 2005). 轉引自 李怡俐，〈憲法修改的公民審議機制〉，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 9 (2006)。

³⁶ 同前註書，頁 5-10。

³⁷ U.S. CONST. amend. V.

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation

³⁸ U.S. Const. amend. XIV, §1.

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the [jurisdiction](#) thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State [deprive](#) any person of life, liberty, or property, without [due process](#) of law; nor deny to any person within its [jurisdiction](#) the equal protection of the laws.

³⁹ 葉俊榮，〈環境行政的正當法律程序〉，頁 2-11 (1997)。

一般稱正當程序為「正當法律程序」(包括美國憲法第 5 增補條文、我國憲法引入此一概念的釋字第 384 號解釋)所謂“due process of law”，其中“of law”有認為係優先交國會立法形成實質內涵的意義(立法決定論)。⁴⁰本文中特意僅稱為「正當程序」，乃著眼於全文所探討受拘束的對象，正是立法者本身(立法院/國會)，「立法決定論」的觀點顯然全盤否定本文討論的必要性；惟本文亦非採取「法院決定論」的立場，而是從制度設計最佳化與正當性最大化的觀點分析、⁴¹建議—亦即違反本文提出的制度理念，未必等於「違憲」，只是悖離本文所認知的最佳化可能。

6. 制度認同(institutional identity)

江宜樺在討論「國家認同」問題上，將認同的基礎區分為三類：基於族群血緣關係的「族群認同」，基於歷史文化傳統的「文化認同」，以及基於政治社會經濟體制的「制度認同」。⁴²其認為對欠缺文化傳統的新興國家而言，制度認同扮演著重要的角色，例如美國、加拿大與新加坡，都是建國歷史(相對)短，且國民文化、族群背景歧異大的國家，但憑藉良善的政經制度與社會生活，吸引新移民移入並創造了人民的愛國心理。「制度認同」在三類國家認同的形成基礎中，是屬於「著眼未來」的，而族群與文化則是植基於過去歷史的確認與歸屬。⁴³

第四節 文獻回顧

本文以「分裂社會」的民主問題做為論文的主要關懷，並以我國為具體的研究對象。最切合此一主題的研究文獻，是朱德明碩士論文《法院在分裂社會中之民主維持功能--司法治理現象的制度性分析》(2004)。其重要貢獻首先在於提出不同於一般政治學者討論分裂社會的類型化標準，並依此建立司法維持分裂社會中民主機制的不同取向，再分析法院可能的治理態樣，以及我國司法實務的做法。另值得一提的是，其為相關議題中少數不以「修憲」為制度分析、建議方式的研究。

Sujit Choudhry 所著 *Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law* (2008)，以及 John McGarry, Brendan O'Leary 與 Richard Simeon 三人合著 *Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation* (2008) 兩篇文章，除了對分裂社會提出界定外，更完整地整理了政治學門討論分裂社會中民主問題的重要流派(順應論與統合論)，分析、比較其基本論點主張與其優缺點。

⁴⁰ 同前註書，頁 72-73 (1997)；see also, Martin Redish & Lawrence Marshall, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, 95 YALE L.J. 445, 457-68(1986)。

⁴¹ 「法院決定論」即受限於「審查基準」、法院未必對如何「最佳化」有權置喙。

⁴² 使用此類型化模型之研究，例如，劉文斌，《台灣國家認同變遷下的兩岸關係》，國立政治大學中山人文社會科學研究所博士論文，頁 21-34 (2004)。

⁴³ 江宜樺，《自由主義、民族主義與國家認同》，頁 15-17 (2000)。

順應論的兩位重量級學者－Arend Lijphart 與 Donald L. Horowitz 長期以來關心分裂社會中的民主問題，並提出許多具體制度設計之建議。Arend Lijphart 代表作 PATTERNS OF DEMOCRACY (1999) 以及論文集 THINKING ABOUT DEMOCRACY: POWER SHARING AND MAJORITY RULE IN THEORY AND PRACTICE (2008) 強調與多數決(其稱為「西敏寺模型」)有根本不同的「協合民主」之理念，並說明該理念具體的制度設計與各國的實證研究，也有對 Horowitz 主張的挑戰；Donald L. Horowitz 論述等身，近期著作 *Conciliation Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States* (2008) 更在來台時學術交流時做為其中一場演講之主要內容，除了維持「向心民主」的論點及「總統制」、「選擇投票制」的制度設計外，也有對 Lijphart 學說與實證結果的檢驗。

傳統民主理論中對於民主同質性的探討，以及如何維持多元民主並證立多數決正當性的問題，本文寫作時多受惠於黃舒芃〈多元民主中的自由保障－Hans Kelsen 的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立〉(2009)、〈德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡－從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起〉(2009) 兩篇文章對於 Carl Schmitt 以及 Hans Kelsen 精彩論辯的介紹與分析。另外，審議民主在 Maeve Cooke 所著 *Five Arguments for Deliberative Democracy* (2002) 中清楚呈現其理論、功能與優缺點的各種面向，提供一個對審議民主全貌的基礎說明。

在憲法規範與我國具體脈絡的部份，葉俊榮《民主轉型與憲法變遷》(2003) 一書對臺灣民主化過程中憲法修改、司法審查以及與政治社會條件的呼應，其詮釋與評析多為本文所援引；其所著《環境行政的正當法律程序》(1997) 雖係環境法著作，但關於「正當程序」概念的介紹、闡揚是本文在論述相關問題時時時參照的文獻。張文貞曾發表的研討會論文〈憲改的正當程序：從國民主權與民主原則的面向來分析〉(2004)，以國民主權與民主原則為主、搭配臺灣脈絡的分析也給作者將正當程序運用於(類似)立法程序中許多基礎構想。另外，陳愛娥〈大法官憲法解釋權之界限－由功能法的觀點出發〉(1998) 以及許宗力〈權力分立與機關忠誠－以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉(2002) 兩篇關於憲法(尤其關於權力分立)法釋義學的論文，對我國與德國具體案例提出分辨檢討，並提供十分嚴謹而可操作的思考體系。

另外社會科學著作中，理論化並體系性處理認同與制度之關聯者，當推江宜樺，《自由主義、民族主義與國家認同》(2000) 一書，尤其「制度認同」的觀點更是本文用以評估制度成效的重要概念。論及臺灣族群關係與政治認同問題者，包括施正鋒〈搜尋台灣與中國的定位〉(2003)、吳乃德〈認同衝突和政治信任：現階段台灣族群政治的核心難題〉(2002)、王甫昌〈族群政治議題在台灣民主化轉型中的角色〉(2008) 等三篇文章，以及劉文斌的博士論文《台灣國家認同變遷下的兩岸關係》(2004)，對於臺灣族群關係與政治認同的過去、現在、未來都提出許多實證研究以及重要的分析觀點。

至於國會議決程序的制度介紹，周萬來所著《立法院職權行使法逐條釋論》(2004) 與羅傳賢《國會與立法技術》(2004) 對立法院一般運作體系性的詳實介紹，

並搭配實務運作案例說明，即便因經歷立委選制修改而已有部份不合現狀，但對於我國國會制度研究而言仍具十分高的參考價值。學術論著部份，陳淑芳〈再造憲政運作的理想環境－選舉制度、國會運作與國會內協商機制的改革芻議〉(2004)與〈國會改革五法實施之成效與檢討〉(2004)兩篇論文則是我國少數持續關注國會問題的法學研究，其從規範面檢討制度設計優缺點，也提供一般社會科學研究不同而重要的視野。最後，Andrew Heywood 著《政治學新論》(2009，二版)廣泛而簡明地介紹政治學各種基礎概念，對於非政治學科專業出身的政治研究者而言有如百科全書般時時可用，實是惠我良多。

第五節 研究方法與論文架構

第一項 研究方法

1. 文獻研究法(literature review)

就本文涉及政治理論、法學的觀點以及社會現象的事實資料，主要透過對既存文獻的蒐集、研究、整理、分析，做為進一步提出論點的基礎。受限於語文能力，使用之文獻以中、英文寫作，以及有中文、英文翻譯或介紹之其他語言(多為德文)著作、學說為主。

2. 制度途徑(institutional approach)

國會正當程序建立與其對制度認同建立的功能問題，則以政治科學領域中「新制度主義」的途徑，除了正式的、結構的制度外，結合更廣的脈絡、實際的政治行為等要素進行分析研究：⁴⁴申言之，是透過對結構(structure)的整體觀察為主、並非狹義的「成文化」規則。⁴⁵

3. 法釋義學(legal interpretation)與規範論

關於「國會正當程序」及具體制度，其憲法基礎為何及合憲性問題，則結合法釋義學方法、以及基於釋義結果所指示的其他方法分析之。然而必須注意的是，法學(包括憲法)作為一種規範研究，在我國近年來逐漸有須與本益分析或社會科學結合的訴求，本文且採開放的態度，一併接受做為研究分析的工具。

第二項 論文架構

本篇論文於本章依序詳述研究動機、提出具體問題並界定用語之概念、整理文獻並說明研究方法，為後續的討論奠下一個對話的基礎。實質論點的闡述架構，請見以下圖示(圖 1.)及進一步說明：

⁴⁴ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 21-23。

⁴⁵ 可參考 吳玉山，〈制度、結構與政治穩定〉，《政治學報》32 期，頁 1-30 (2001)

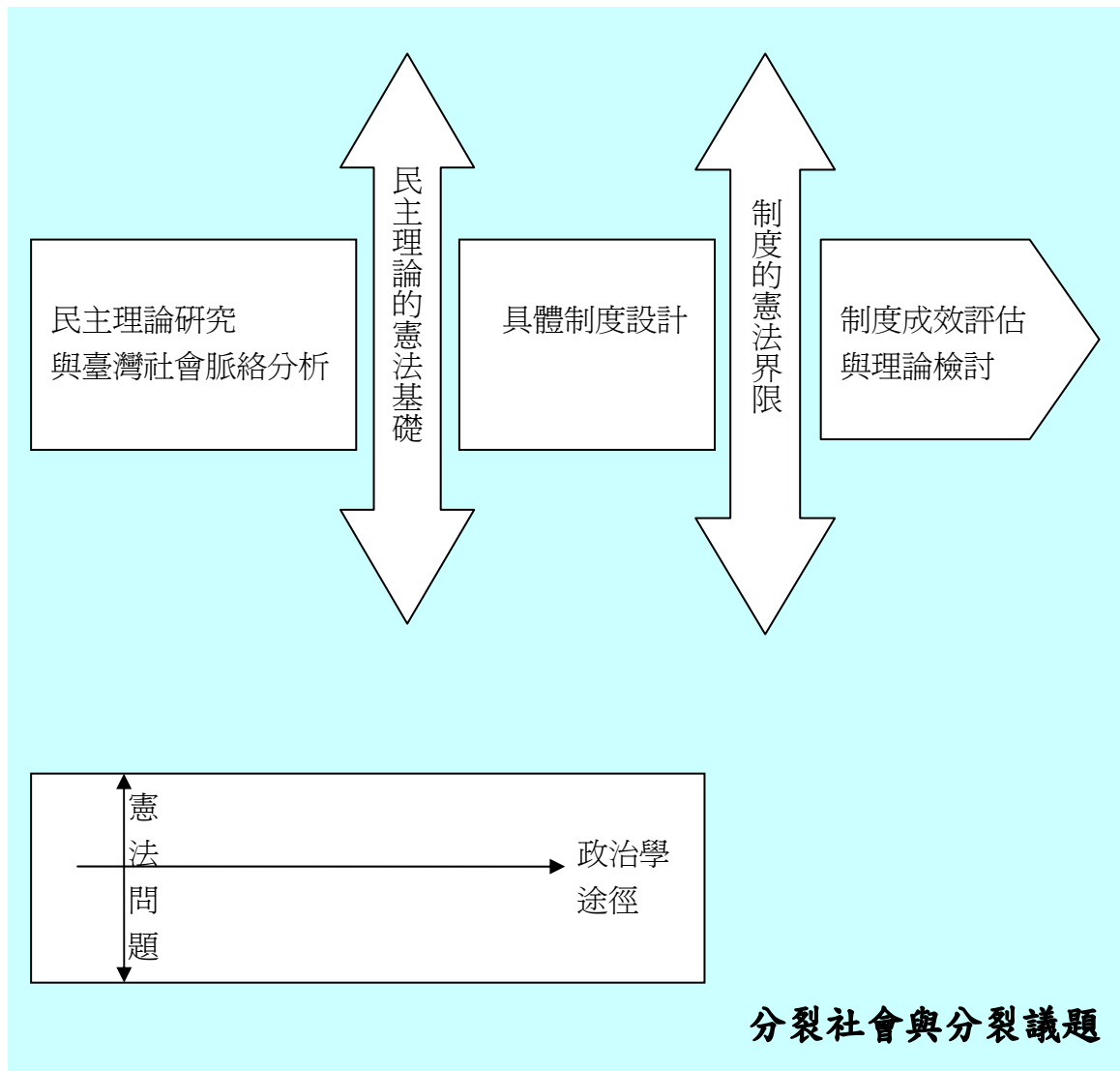


圖.1 本文架構(作者自繪)

本文的討論架構，係在臺灣的分裂社會脈絡下，以政治學途徑為「經線」，從政治哲學與制度論的觀點提出具體建議；以憲法架構為「緯線」，探討我國憲法理論與實務的現狀立場以及制度建議的憲法基礎與界線。就論述的順序而言，本文從建構一般性理論出發，再逐漸限縮至臺灣的具體脈絡與制度(就圖 1.而言，越左側代表一般性理論、越右側越偏向臺灣具體脈絡的討論)。

各章的分配如下：

第二章首先介紹民主理論的演變與當代的內涵，並檢討分裂社會下一般民主理論的應然面問題，再進一步確認臺灣分裂社會脈絡的成因及特殊性、民主化期間取得的成就與未竟之功—尤其在我國以「代表性強化」為民主化主軸的特性下，並未著重憲法機制對分裂社會特殊民主問題的回應，本文試圖找出適合分裂社會(尤其是臺灣)的民主理論以及具體原則。

第三章首先分析國會功能對分裂社會中實踐民主的重要性，再透過「正當程序」的既存憲法價值，使這些不同於傳統自由主義憲政觀點的政治理念能取得規範(憲法上)效力，一方面可免於具體制度受違憲宣告，積極面上更可創設國會依

此原則進行決策的憲法義務。

第四章從第二章建立的指導原則，檢驗現狀制度的在哪些面向上發生悖離，並以類型化的方式建構新制度的具體內容；就本文的目標而言，並不奢望能根本化解臺灣的分裂社會結構問題，但求在個案的社會分歧上能尋求更高的共識、弭合因為分裂社會產生的互不信任與鬥爭。此處特別說明的是，本文所提出的制度討論係以「不修憲」為前提。故關於我國憲法已有明文規定之部分(例如立委選舉制度)，即便有悖離指導原則之狀況，仍依照既存規範。

第五章回頭檢驗具體制度的合憲性問題，評估制度是否能有效形塑制度認同，以及檢討在臺灣的特殊脈絡以及本文的制度設計時，是否有足供民主理論在抽象、普遍層面上的反省。最後於第六章做結。



第二章 分裂社會與民主理論

“Democracy”(民主政治)一詞的起源可追溯至古希臘文明時，“demos”專指大眾、窮人；而“cracy”則源於“kratos”，意指「權力」或「統治」。兩者合一，“democracy”的原初意義就是「由人民統治」。⁴⁶⁴⁷這個由西方政治傳統發展的政治理念，隨著人類歷史發展、不同情狀下的實踐，逐漸延伸出不同的意義。從 Lewis 所定義的「民主」而言，可視為「參與」與「多數決」兩個面向——本文將於第一節檢討民主理論大潮流的發展軸線與「參與」的關係，而於第二節分析各種針對「多數決」機制是否符合「正當」或「民主」的具體討論。

第一節 民主理論的演進

第一項 古希臘時期：古典式民主(classical model of democracy)

西元前五百多年，古希臘雅典的城邦政治(polis)、直接民主(direct democracy)，是民主的原初態樣，也是一般人心中民主的想像。雅典的古典式民主，其所有重大決策都事由全體公民組成的公民大會決定、一年至少召開 40 次以上；另外則有專職的公職人員，由全體公民抽籤或輪流擔任，以求擴大參與。申言之，雅典的城邦——直接民主不只是定期的會議，更是全體公民隨時準備承擔公職的高度實踐。⁴⁸

然而雅典的城邦——直接民主在歷史上十分少見，原因在於雅典的「公民」(雅典出生、年滿二十歲的男性)其實為數甚少，而且絕大多數的勞動都由不具「公民」身份的佔全雅典人口大多數的奴隸(公共勞務)與女性(私領域勞動)負擔，使得「公民」有閒暇得以參與政治事務；同時，Plato 在《理想國(THE REPUBLIC)》一書批評群眾其實並無治理的能力，主張政府應交由衛士階級(guardians)與哲君(philosopher kings)進行「開明專制」(enlightened dictatorship)的統治。總之，城邦——直接民主的「小國寡民」治理條件在人類經驗中少之又少，今日僅得見於美國的城鎮會議(township meetings)或瑞士各邦的社區會議(communal assemblies)；⁴⁹普遍而言，當代的直接民主係以「公民投票」(referendums)的面貌展現。當然，這種個案的直接民主與古典式城邦——直接民主的常態、全面參與大相逕庭，但這種全球性「直接民主的憲法時刻」更強烈反映了當代社會對於直接民主正當性的高度嚮往。⁵⁰

⁴⁶ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 106-109。

⁴⁷ 在羅馬文字中，“demos”則被轉化為“populous”，“kratos”轉化為“kratein”。可參考，JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 243 (1950).

⁴⁸ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 112-113。

⁴⁹ 同前註。

⁵⁰ 張文貞的實證研究發現，在 20 世紀第三波民主化浪潮中，新興民主國家在民主轉型與制、修憲的過程中就往往使用公民複決來決策；甚至在歐洲整合的過程中，歐洲新憲條約的簽署與否也是透過各國公投機制來建立正當性。1990 年代十年間的全球公投，佔 1960 到 2007 年間總數的

另一個古典時期的民主典範是古羅馬帝國時代的元老院－執政官體制。深受古希臘思想影響的羅馬，並沒有繼受城邦－直接民主的體制－因為以「小國寡民」為治理前提的城邦政治不符合「(羅馬)帝國」的統治需求。「代議制」成為羅馬民主制度的替代方案；另一個不能忽略古羅馬民主經驗的原因是，在羅馬帝國的統治期間，一般平民也逐漸享有貴族的政治權利與民權、民主體制的運作方式也歷經變革。⁵¹古羅馬帝國的民主體制可視為當代一般民主國家統治模式的濫觴。

第二項 啟蒙時期的民主理論：保護式(protective)民主、發展式(developmental)民主

「民主」的觀念在啟蒙時期的十七、十八世紀再度復興，不過其訴求的面向與古典式民主並不相同：古典式民主是一種積極參與公眾事務的模式，但在封建王權仍盛行的啟蒙時代，「保護式民主」透過 John Locke 自然權利(natural rights)的應然主張及 Jeremy Bentham 及 James Mill 功效主義學者「最多數人的最大幸福」(the greatest happiness for the greatest number)的論述，主張給予公民選擇自身生活方式最大程度的自由，並認為透過憲政民主(constitutional democracy)、權力分立與投票權的保障，能夠保障人民的基本權利：這樣自由放任的觀點與放任式資本主義相容，也成為右派學者所支持的民主典範。⁵²⁵³

另一方面，「發展式民主」的基本主張是對人類個人與社群(community)發展的關懷，代表性的思想家則首推 Rousseau，其認為民主是一種達成自由、自主的手段，而自由的意義就是服從「全意志」(相較於私領域或自私意志)的真實意志；而只有在人類直接且持續形塑其社群生活時，公民才能達成自由－所以選舉並不同於民主、而且是更積極地主張直接民主的理想。在 Rousseau 的理念下，民主制度除了要求政治平等，更要求經濟上的一定程度的平等。⁵⁴

Joseph A. Schumpeter 總結並定義十八世紀民主為「一種作成政治決定以追求共善的制度安排，由人民透過選舉選出代表組成集會並決定議題，以實現人民之意志」⁵⁵。在他的理解下，啟蒙時期的民主理論，是一種以追求「共善」為實質價值目標的理論；Shapiro 亦認為，民主模型(分為兩大派：加總民主與審議民主)能否與如何達成「共善」，是傳統民主理論的重要議題。⁵⁶ 值得注意的是，啟

四成、2000 年以後的公投也佔了過去四十年間的四成，可說是「直接民主的憲法時刻」。請見 張文貞，〈直接民主－臺灣實踐與全球脈絡〉，收錄於許志雄、蔡茂寅、周志宏編，《現代憲法的理論與現實－李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 95-96 (2007)。

⁵¹ 王勇成，《民主政治的起源與發展》，頁 26-29 (1976)。

⁵² ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 113-115。

⁵³ 梁文韜則認為 Locke 所講的自由並非自由放任，而是受自然法拘束的自由。梁文韜，〈法治、民主和權利的保障－Locke 的法治論初探〉，收錄於蕭高彥主編，《憲政基本價值》，頁 14 (2009)。

⁵⁴ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 115-117。

⁵⁵ “..... the democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions which realizes the common good by making the people itself decide issues through the election of individuals who are to assemble in order to carry out its will.”
SCHUMPETER, *supra* note 47, at 250.

⁵⁶ See SHAPIRO, *supra* note 12, at 10-34. 在當代學者論述的「傳統民主理論」，顯然是以 Rousseau 的模型為討論、比較的基準。

蒙時期到二十世紀前期的民主雖然仍以資產階級、成年男性為「公民」的門檻而享有投票權，⁵⁷但其範圍以較雅典時期擴大許多，申言之，民主參與者的背景已漸漸多元化。另一方面，十九世紀代議制與民主的結合，在實務上克服了直接民主限於小國寡民的困境，理論上也不再受到非難(如文藝復興時期義大利共和主義者)，反而是如 John Stuart Mill 所認為「民主必須與代議結合，這是不證自明的道理，也是毋庸置疑的事實」的理所當然。⁵⁸

第三項 近代民主理論

到了近代，二十世紀的民主理論與事實前提又有大幅的改變：一方面是憲政主義(constitutionalism)的發展，⁵⁹民主的意涵開始加入法治、人權⁶⁰的面向，⁶¹另一方面是參政權的「普通、平等」成為民主國家普遍的標準。⁶²加上民主制度在全球得到大規模與一定期間的實踐經驗，Heywood 將近代民主理論的實踐觀點歸納為五大類：

一、菁英主義(elitism)

Schumpeter 對十八世紀民主理論提出批判，⁶³認為當時的民主理論是以追求「共善」為終極目標，並假設一個必定存在而與共善幾乎一致的「總意志(common will)」(所有理性的個人意志的總和)以定義善、惡；但 Schumpeter 認為共善並不存在：借用經濟學與功利主義(utilitarian)的觀點解釋，不同人心中的「共善」不會相同(妥協的價值就不被視為一種終極價值)、「全體」的最大利益也與「個人」的最大利益不同。他更引用 Gustave Le Bon 對群眾心理(psychology of crowds)的研究顯示，群眾的決策未必基於理性。⁶⁴在 Schumpeter 的民主理論下，人民事實上不可能真正統治，故民主的重點在維持一個持續性的競爭，而且應該由專業

⁵⁷ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 107-108。

⁵⁸ ROBERT A. DAHL 著，李培元譯，《民主及其批判》，頁 46 (2006)。

⁵⁹ Albert Weale 所謂「制度結構(institutional structure)與基本原理(principled rationale)」的扞格之處，簡要地點出民主與憲政主義的矛盾、競合關係。ALBERT WEALE 著，謝政達譯，註 23 書，頁 179。

⁶⁰ Jürgen Habermas 即指出歐洲政治統合的正當性，無法只建立於經濟統合，還必須包括對基本權的保護及福利制度的建立。Jürgen Habermas, *Why Europe Needs a Constitution?* 11 NEW LEFT REVIEW 5, 5-6, 8-9 (2001).

⁶¹ 如 Schumpeter 就不認為合乎古羅馬帝國時代公民意志的迫害基督徒行動是符合民主意旨的。SCHUMPETER, *supra* note 47, at 239-241.

⁶² 如 John Stuart Mill 即主張婦女亦應享有投票權(雖然 Mill 仍保有對多數暴政恐懼的態度而認為不同知識階級所能投的票數不同)。ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 117-118。

⁶³ Schumpeter 的民主理論，被視為與「理性主義、烏托邦與理想主義」不同的「經驗性、描述性、制度性與程序性」觀點，在 1970 年代的民主論辯中，Schumpeter 的研究方法與論點，成功推翻過去規範性的籠統討論途徑，取得了普遍的支持。SAMUEL P. HUNTINGTON 著，劉軍寧譯，註 3 書，頁 18-19。但應注意，這裡指的普遍支持是指對 18 世紀民主理論批判的支持，而非對於「菁英主義」的支持。

⁶⁴ 當然這是一種基於啟蒙傳統下「理性主義」前提的觀點，而且似乎是一種普遍的觀點，例 Carl Cohen 即認為理性是民主的前提之一。CARL COHEN 著，聶崇信、朱秀賢譯，《德先生的路線圖——民主理論如何實踐？(氏著 DEMOCRACY 節錄本)》，頁 51-54 (2005)。

⁶⁵ SCHUMPETER, *supra* note 47, at 250-268.

的政治菁英競逐、⁶⁶並由人民以選舉的方式決定。⁶⁷

二、多元主義(pluralism)

相較於 Schumpeter 強調的競爭—菁英主義，Robert A. Dahl 代表的多元主義則將「競爭」(contestation)與「參與」(participation)共同視為民主的指標，⁶⁸極力鼓主張參政權應廣泛涵蓋於所有成年公民，⁶⁹並與 Charles Lindblom 創造了「多元政體」(polyarchy)的觀念，認為各種利益團體的參與能在政府與被統治者間創造一種可靠的連結，以作為一種溝通的管道、確保充分責任感以及對人民的回應，使政府決策更為民主；⁷⁰Dahl 更透過對社區權力運作的實證研究，主張沒有一個單獨的地方菁英能支配社區的政策。Dahl 曾提出八個政治民主的重要制度條件，⁷¹Georg Sørensen⁷²則歸納為「競爭、參與、公民政治自由」三大要件。⁷³

三、統合主義(corporatism)與新右派(the new right)⁷⁴

統合主義可回溯至義大利法西斯政權時期，以整合將經理人與勞工進入政府運作的過程、達成統合國家(corporate state)目標的企圖；當代學者沿用這種政府—雇主團體—勞工「三邊政府(tripartite government)」的架構，發展出所謂「新統合主義」(neocorporatism)或自由統合主義(liberal corporatism)。⁷⁵統合主義在勞工、企業與政府三面關係議題的學術研究中是一種觀點，⁷⁶林佳和認為統合主義有兩大面向及功能：(1)社會團體以貫徹其利益的立場，去影響、形成、參與政治；功能：利益團體的私利目標。(2)透過影響、形成與參與，社會團體遂便成國家政治的一部份；功能：整合、協調、相當程度的抑制社會團體主張的體制化

⁶⁶ 所以一般會將 Schumpeter 歸類為「菁英主義」的民主實踐觀。請見 ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 123-124。

⁶⁷ SCHUMPETER, *supra* note 47, at 284-302.

⁶⁸ ROBERT A. DAHL, POLYARCHY: PARTICIPATION AND OPPOSITION 4 (1971). Dahl 更提出各種數理模型、公式作為評量民主程度的工具。ROBERT A. DAHL 著，顧昕譯，《民主理論的前言》(1995)。

⁶⁹ ROBERT A. DAHL 著，李培元譯，註 58 書，頁 193-214。

⁷⁰ 但 Dahl 的民主理論也有被認為是「多重少數人統治」而依然符合菁英主義的理論，只是 Dahl 點出了 Schumpeter 並未注意到的「中介性社會團體」(例如政黨)。顧昕，〈譯者後記：以社會制約權力—達爾的多元主義民主理論與公民社會〉，收錄於 ROBERT A. DAHL 著，顧昕譯，註 68 書，頁 184-188。

⁷¹ 包括(1)結社自由，(2)表意自由，(3)參政權，(4)服公職權，(5)政治人物爭取支持與選票的權利，(6)資訊自由，(7)自由且公平的選舉，(8)依選舉與其他方式表達偏好、依此形成決策的制度。DAHL, *supra* note 68, at 3.

⁷² ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 121-122、428-429。Dahl 與 Charles E. Lindblom 另文提出多元政體的重要標準：(1)大部分成年人有選舉權、其選擇不受任何賄賂或懲罰之影響；(2)票票等值；(3)決策時，事務官受民選官員指揮；(4)和平、立即移轉政權；(5)充分的資訊自由；(6)支持在野候選人與政策的自由。請見 ROBERT A. DAHL & CHARLES E. LINDBLOM, POLITICS, ECONOMICS AND WELFARE (1963), 收錄於呂亞力、吳乃德編譯，《民主理論選讀》，頁 85-86(1993)。

⁷³ GEORG SØRENSEN 著，李西潭、陳志瑋譯，《最新民主與民主化》，頁 15-16 (2003)。

⁷⁴ 本文認為統合主義與新右派僅具有修正或針砭其他模型的地位，故合併討論。

⁷⁵ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 125-126。

⁷⁶ 國內文獻例如 林富美，〈臺灣媒體工會意識與集體行動初探〉，《新聞學研究》73 期，頁 63-94 (2002)；張弘遠，〈中國大陸嫁接市場化改革〉，《中國大陸研究》44 卷 1 期，頁 35-68 (2001)。

目標。⁷⁷其於民主理論上也十分有意義，透過社會中主要團體和利益相互競爭以影響政府決策，形成所謂「統合式多元主義(corporate pluralism)」；⁷⁸而統合主義不只是遊說，更是

「將社會團體某個程度的融入政治體系或主體之中(例如北歐國家的全國經濟委員會)，使之成為「政府」的一部分，進而達成一般民主體制的假設下所難以達成的「整合功能」，也就是在政治體系之下整合代表不同利益的社會團體，促成社會與政治穩定。……因此，國家必須建立制度化的協商體系(如團體協約、工廠會議)，不論運作是靠多數決或一定的比例決定，總是以一致協商結果的圓滿外貌呈現出來。」⁷⁹

另一個值得注意的發展是新右派。新右派從 1970 年興起以來，其核心論點就是政治體系不堪利益團體壓力、做出許多增加政府支出的舉措(例如公共投資、補貼、社會福利)，而造成「民主超載(democratic overload)」的現象。⁸⁰新右派顯然是站在自由市場的角度，批判當代政府的過度干預造成不效率而使經濟體制不健全—其民主立場可以說是回歸到了 Locke 的「保護式民主」觀點，認為民主的本質是防止政府專斷、而非創造社會轉型。⁸¹

四、馬克思主義與歐共主義

馬克思主義對民主政治亦採取「階級」的途徑分析，認為政治權力反應了經濟權力的分配，自由主義式民主因此被視為是統治階級(ruling class)操控的資產階級民主(bourgeois democracy)；另外，馬克思主義更批判多元主義民主，認為階級權力的不平等根本無法形塑真正的多元。在馬克思「人民民主(people's democracy)」理念下，經過「無產階級專政」的過渡時期，一旦階級仇恨與對立消弭形成完全的共產主義社會，則國家、政府、法律—當然也包括民主，都會是多餘的。⁸²

不過典型的馬克思主義民主觀遭受不少批判，如 Schumpeter 認為社會主義民主、無產階級專政在現實上根本是不民主的運作模式；⁸³當代的馬克思主義者(如歐共主義，Eurocommunism)更已放棄了革命的手段，而改採和平、民主的道路邁向社會主義，不再認為民主政治只是資本主義的假象。⁸⁴

⁷⁷ 林佳和，〈統合主義下的勞工與政治〉，《勞動者雙月刊》127 期 (2003)。

資料來源：<http://labor.ngo.org.tw/weekly/C230322.htm> (最後瀏覽日：2009 年 10 月 11 日)

⁷⁸ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 126-127。

⁷⁹ 林佳和，註 77 文。

⁸⁰ 這也是統合主義的一大缺點。

⁸¹ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 127-128。

⁸² ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 118-119,128-129。

⁸³ SCHUMPETER, *supra* note 47, at 235-240.

⁸⁴ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 128-129。1890 年德國社民黨 (Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD)就以 19.7%的得票率成為德國國會第一大黨，成為歐洲共黨參與民主選舉成功的重要成就。關於歐洲共黨是否參與選舉的論辯、以及參選後對共黨路線的影響，可參考 ADAM PRZEWORSKI, CAPITALISM AND SOCIAL DEMOCRACY 7-46 (1985)。

另一方面，中國大陸的發展也值得注意。2004 年將「三個代表」入憲的中共政權，將過去被

第四項 小結：民主理論變遷的主軸與趨力

首先，民主理論在前述寬泛的介紹中，可以觀察出一個變遷的主軸，亦即，民主理論幾乎是不斷地往「擴大決策參與者」發展：⁸⁵從雅典城邦政治應對到疆域擴張而不得不出現了「代議制」，雖然稀釋了每一個個人的參與、換來的是「大國眾民」的代表與治理。到了啓蒙時期的民主理論，則將參政者擴張至國內成年男性，並因此必須處理國內成年男子間差異越大的難題。至於當代民主理論，Schumpeter 精準點出全體國民間要追求共善的現實困難、Dahl 與統合主義論者則擴展出利益團體作為一種民主制度中、政府與人民聯繫因子的觀念；「新右派」著重對民主決策的實質反思、因此反對利益團體的干預固可視為一部份「擴張的退潮」，但「歐共主義」的模型與共產國家普遍垮台(中東歐為主)或「右轉」(例如中共)的大浪摧毀馬克思主義「無產階級專政」的理念、轉向擁抱包括資產階級的全體國民。故從民主理論發展的主軸內容來看，「擴大決策參與者」是一個重要的大方向、⁸⁶甚至有時是各階段民主理論發生根本轉折的重大因素(包括 Lewis 對民主的定義也正是以「參與」為核心)。

從「擴大決策參與者」的發展觀察其背後的趨力，則會發現一個抽象概念的延續、發展，如果不考量現實條件的情狀，則勢必難以與現實接軌。「民主」在今日已是重要的實踐理想，現實上對於如何提昇民主的內涵與應然意義有高度的需求，學理的概念如果無法回應則只能陷於學術圈內的清談；不過，政治哲學上的應然價值決定，也不能只是事實狀態的橡皮圖章，否則無法建立對批判、改善現實的論理基礎。

觀察古典到今日各種重要民主理論的發展，不外乎受到兩種趨力影響：其一是**政治哲學的價值決定**，例如典型共產主義的民主觀與資本主義下的民主觀截然不同，或菁英主義與統合主義對「參與政府決策適格者」的認定亦是一種基本價值理念的差異。⁸⁷其二則是**現實條件的影響**，例如民主所適用的範圍逐漸擴大、社會趨於複雜，原初的城邦—直接民主到今日的多數國家只能保留個案的制/修憲公投；又如新右派觀察到民主超載的現象，乃是來自政府赤字增加的基礎事實。是故，民主理論的發展、運用與檢驗，必須釐清其更前提的基本價值決定，並考量適用的現實條件—兩者相互影響而缺一不可。

敵視的「資產階級」納入其所代表的「最廣大人民」中，(王振民，〈中國特色社會主義與依憲治國〉(2009)。資料來源：中國法學會官方網站

<http://www.chinalawsociety.org.cn/forum/shownews.asp?id=1311> (最後瀏覽日：2010年1月27日)。
雖然中國大陸至今難謂「民主」、也堅持「社會主義路線」，但在全球化與經濟自由化的趨勢下不得不在根本大法中承認資產階級的地位、保障其權利、政府施政必須包括代表資產階級利益。

⁸⁵ 在跨越兩百餘年的美國修憲歷程中，也可以看到「擴大參與」的趨勢。AKHIL REED AMAR, AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY 18-19 (2005).

⁸⁶ 這個趨勢在全球化的當下更突破了一直以「國籍」劃分民主範圍的潛在前提。

⁸⁷ 換言之，理想面、規範面的考量仍然有一定的重要性，並非完全臣服於 Schumpeter 所建立「經驗性、描述性、制度性與程序性」的觀點；Schumpeter 將多數暴政的行徑排除於民主意含(見註 61)，很難說不是出於「理想面與規範面」的基本價值決定。

第二節 分裂社會下的民主理論

從民主理論的介紹中，我們看到民主理論中「擴大參與」的長期趨勢，本節則聚焦於 Lewis 定義下民主的「多數決」面向—亦即，「多數決」與「民主」之間的關聯性是否必然存在？在何種情況下存在？就大環節以觀，「多數決」機制的正當性最直接的挑戰是與個人權益/基本權(多數暴政)問題，然而目前民主理論已經相當程度上做出理論面與機制面的有效回應。另一方面則是「分裂社會」導致多數決中「競爭」無法有效運作的情勢：本文認為，若承認民主理論必須與社會脈絡高度結合，則分裂社會的現實條件是直搗「多數決」核心的困難問題，必須更進一步從各家論述中結合具體脈絡分析。

第一項 多數決與民主理論

一、多數決的功能與意義

社會是民主制度實踐的前提，而社會就代表著群體生活，⁸⁸而民主的政治行動也即是一種集體生活、行動。在集體生活、行動中，每個個人會有不同的「偏好(preferences)」，整合這些偏好最常採取的規則就是「多數決(majority rule)」⁸⁹，亦即以限制少數的偏好而以多數人的意志為優先考量—Heywood 更指出有觀點認為當社群中有異議時，民主所謂的「民」實際上就是多數人，故民主就是嚴格執行多數決：⁹⁰這個制度的正當性從啟蒙時代民主理論復興後的各種發展類型中，僅依稀、偶然觸及但不見體系性的挑戰，可見長期以來民主理論所關心的議題比較偏重於民主的目的及其包涵的程度，而幾乎將多數決視為一種直觀且必然的遊戲規則。

二、多數暴政的疑慮與解決

多數決首先被質疑的就是可能演變成「多數暴政」或「多數獨裁(the tyranny of the majority)」。⁹¹此一觀點早在古希臘城邦—直接民主時期即由 Socrates 提出，因為他相信少數人中必定有才德兼備之士，但多數人卻沒有，進而直指「多數人的政府，就是不道德與不公平的政府」；Plato 則延續此類論調，認為民主將帶來無節制地追求慾望。⁹²美國做為史上第一個立憲明確採取「多數決」機制的國家，在制憲會議中的建國群賢們均對於多數暴政問題表達強烈的恐懼。⁹³

而就實證分析上 Dahl 的研究顯示，在民主真正被實踐國家中的過去 150 年間，個人權利與政治自由的保障程度優於非民主國家；⁹⁴若考慮到人民現實的經濟生活與社會保障問題，非民主國家也未必優於民主國家。Shapiro 認為，即便

⁸⁸ CARL COHEN 著，聶崇信、朱秀賢譯，註 64 書，頁 43-44。

⁸⁹ ALBERT WEALE 著，謝政達譯，註 23 書，頁 133-134。

⁹⁰ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 647、108。

⁹¹ 同前註書，頁 108。

⁹² 王勇成，註 51 書，頁 20-23。

⁹³ ROBERT A. DAHL 著，顧昕譯，註 68 書，頁 6-8。

⁹⁴ ROBERT A. DAHL, A DEMOCRATIC CRITIQUE OF THE AMERICAN CONSTITUTION (2002).

前開實證研究囿於「富強國家往往也是民主國家」的事實而無法完全解釋民主與暴政避免的關聯性，但至少「Tocquevillian 的憂鬱」⁹⁵(認為民主國家政治自由與社會生活都可能低落)也缺乏有效的實踐證據。⁹⁶

受法國大革命後恐怖統治、一直到納粹德國的教訓，多數暴政與恣意的防免幾乎是當代憲法學的核心：憲政主義強調的權力分立制衡機制(包括水平與垂直的分立)，以及基本權保障的各種理論，在在都顯示對於多數決的控制，許多民主國家採取的是訴諸規範面與制度面的途徑；在民主理論的沿革上，也將各種侵害人權的行為排除於民主的定義之外，避免藉由「民主」這個正面意涵詞彙被誤用為迫害少數的修飾。總之，「多數暴政」的多數決問題在理論與(憲法)制度上已經獲得極高程度的解決：尤其所謂「司法違憲審查(Judicial Review)」的建制更被視為相當重要的措施，⁹⁷葉俊榮在我國實證研究的量化分析中更明白肯認大法官在法治化(以人權保障為主)著力之深，是釋憲機制在民主轉型過程中戰果最輝煌的一頁。⁹⁸

第二項 分裂社會與多數決

多數決民主在「多數暴政」的問題上，從理論與制度面找到有效的回應；然而「多數暴政」是從政策「產出」端的觀察，多數決的「源頭」問題就是所謂的「分裂社會」結構。

一、何謂分裂社會？

社會與文化的多元性並不必然構成分裂社會。一般社會文化異質性的觀點著眼於種族、語言、信仰等文化差異，⁹⁹這些差異都有顯著的外觀可資區別——也就是一般觀念上用以區別「民族」的標準：一個文化實體。¹⁰⁰學界對分裂社會問題素有實證研究的 Lijphart，早先從歐洲「多民族國家」為對象，¹⁰¹致使一般對「分裂社會」的理解都會以「多民族」為隱藏的事實條件；相對而言也會質疑「非多民族國家」是否構成「分裂社會」。

⁹⁵ Alexis de Tocqueville(1805-59)是法國的政治人物、政治及歷史學家，其作品反映了對民主政治的高度曖昧。ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 331。

⁹⁶ See SHAPIRO, *supra* note 12, at 19-20.

⁹⁷ 尤其在東歐民主轉型後，設置憲法法庭的國家有 14 國。請見 朱德明，註 16 書，頁 98-99。

⁹⁸ 葉俊榮，〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：1949-1998〉，收錄於《民主轉型與憲法變遷》，頁 253-321(2003)。

⁹⁹ Choudhry, *supra* note 18, at 4-5.

¹⁰⁰ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 162-163。當然這樣的說法顯然無法與之後如 Benedict Anderson 一語中的地明白指稱「民族是一個想像的政治共同體」般清晰且不留情地點出民族主義的「被建構性」。BENEDICT ANDERSON, *IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM* 6-7 (2nd ed., 1991). 當然這樣的觀點並非毫無異議，但本文並無意探討民族主義的起源，而著重於民族主義造成分裂社會的問題應如何解決，故不進一步討論。

¹⁰¹ Lijphart 在 2008 年出版的自選論文集中，年代最早(1969)的一篇就是以西歐多民族國家為限的研究成果。See Arend Lijphart, *Consociational Democracy*, in *THINKING ABOUT DEMOCRACY: POWER SHARING AND MAJORITY RULE IN THEORY AND PRACTICE* 25-41 (2008).

(一) 民族、民族主義與分裂社會

民族問題與民族主義在近年西方社會科學研究中佔十分重要的地位，以歷史、社會、人類學者為研究主力，在二十幾年間有長足的發展。¹⁰²民族主義看來訴諸了血緣、語言、宗教等長遠悠久的歷史歸屬因子，但西方民族主義正式形成政治運動上的重要意識形態，也不過上溯到距今 200 多年前的十九世紀中葉、由 Guiseppe Mazzini 主導的義大利統一運動。¹⁰³然而這個向來不是西方政治思想家樂於提倡的意識形態，卻主導了十九世紀以來的許多政治運動、並在一般民眾中輕易成長茁壯：¹⁰⁴自 1789 年至今，依循民族主義路線建構的國家至少有 107 個獨立存在於國際社會－聯合國在 2006 年的會員國也不過 192 個。¹⁰⁵

民族主義除了強調文化上的共通性外，更重要的是「集體政治期望(collective political aspirations)」，¹⁰⁶也正是分裂社會下 Sujit Choudhry 所強調的，真正重要的是這些文化歧異被反應在政治活動上，並以此作為長期的(persistent)政治認同標記(markers)，以及政治動員的基礎。¹⁰⁷民族做為一種政治活動中的區隔標準，符合分裂社會的要件，則民族問題與民族主義的發展是值得分裂社會研究者關注的－甚至可以大膽猜測，Lijphart 的問題意識可能就是來自於國家內部各民族的政治參與爭議。¹⁰⁸

民族主義的力量不只用於形成新的國家，也在既成國家的內部發生。一個國家內部有不同民族的衝突問題時，族群間可能對應採取之政策由「壓迫」到「尊重」可能採取的手段，從滅絕、驅逐、強迫同化，到自然同化、多元主義、自治區、獨立，¹⁰⁹背後扮演推力力量的都是民族主義的意識形態。Heywood 將民族主義展現的主要政治形式，歸類為四種：(1)自由主義式民族主義；(2)保守主義式民族主義；(3)擴張主義式民族主義；(4)反殖民主義式民族主義。¹¹⁰這四個面向可被視為民族主義在這四類政治活動中均扮演著重要的角色。

關於民族主義的未來，Eric John Hobsbawn 認為在全球化的風潮下，民族主義的影響力將不若十九、廿世紀；¹¹¹但 Anthony Smith 持完全相反的論點，認為全球化無法提供如民族主義具備的歸屬感與特定歷史命運的承擔，故民族主義會繼續提供文化與政治的根本認同。¹¹²

¹⁰² 江宜樺，註 43 書，頁 24-25。

¹⁰³ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 169-171。也有認為民族主義可再往前推一個世紀，上溯 Rousseau 的總意志論、波蘭三次遭瓜分(1772, 1793, 1795)以及法國大革命後「雅各賓民族主義(Jacobin Nationalism)」對抗普奧聯軍干涉的時代氛圍。〈民族主義基本概念的解釋〉，收錄於邵宗海、楊逢泰、洪泉湖編，《族群問題與族群關係》，頁 7-8 (1995)。

¹⁰⁴ 江宜樺，註 43 書，頁 61。

¹⁰⁵ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 182。

¹⁰⁶ 同前註書，頁 162-163。

¹⁰⁷ Choudhry, *supra* note 18, at 4-5.

¹⁰⁸ Choudhry 即認為其研究與制度建議是植基於族群認同的問題上。 *Id.* at 26.

¹⁰⁹ 蔡芬芳，《比利時語言政策》，頁 110 (2002)。

¹¹⁰ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 170-182。

¹¹¹ ERIC JOHN HOBSBAWN, NATION AND NATIONALISM SINCE 1780: PROGRAMME, MYTH, REALITY 182 (1990).

¹¹² ANTHONY D. SMITH, NATIONAL IDENTITY 153-177 (1991).

(二)單一民族的分裂社會

民族主義的力量是一種促成分裂社會的力量，¹¹³但並不是分裂社會形成的唯一原因；Dahl 將民主結構中異質性(diversity)區分為文化(cultural)異質與經社地位(socioeconomic)異質(包括職業、收入、教育等)：前者的異質間彼此獨立且與歷史因素有關，後者則往往互有關聯、彼此強化。¹¹⁴一般被評價為單一民族的國家，如南韓，其「地域政治」的特色仍被視為一種分裂社會的類型：1997年金大中(김대중)對金泳三(김영삼)、與 2002 年盧武鉉(노무현)對李會昌(이회창)總統大選中，主要候選人在其出身的地區得票率超過九成、但在對手出身地的得票率則不到一成。¹¹⁵以下以南韓為例說明此單一民族分裂社會的態樣。

南韓分裂社會的成因有四種學說，取其交集則大致可認為主要係源自經濟區域發展不均，搭配其他如政府人事任命偏頗、文化差異或政治動員的煽動因素所形成之結果。¹¹⁶南韓經濟發展自朴正熙(박정희)總統所推動的出口導向政策以來，將工業化工廠主要設置在南韓東南方的嶺南(Yeongnam)海岸線一帶，導致西南方的湖南(Honam)地區發展落後，在被視為單一族群的南韓形成了分裂的政治勢力。¹¹⁷

歷任領導者均欲打破政治勢力的地域思維、終結分裂社會，但最後都囿於政治現實反而加以利用，例如金泳三與金大中當選南韓總統就是受惠於地域政治的意識形態。¹¹⁸雖然分析家認為，盧武鉉的當選卻是能訴求人心思變、擄獲年輕族群而克服地域對立¹¹⁹，當選總統後也把終結長年地域政治視為重要目標¹²⁰；但有觀察認為除了傳統的嶺南－湖南之爭外，在工業化與都市化後，從南韓各地往首爾移居的民眾形成「首都區」的政治勢力，擺脫其家族的政治傾向與偏好，於 2006 年首爾市長選舉時首度發酵，隨後更在 2007 年總統大選時發揮了關鍵作用¹²¹－尤其首爾地區居民佔全南韓人口的近半數，¹²²若確實形成新的地域政治勢力，恐怕會以前所未見的力量持續影響甚至支配南韓的政治版圖。¹²³

¹¹³ John McGarry, Brendan O'Leary, Richard Simeon 等則主張民族基礎的政治認同是可塑的(malleable)。Choudhry, *supra* note 18, at 27.

¹¹⁴ ROBERT A. DAHL & EDWARD R. TUFTE, SIZE AND DEMOCRACY 31-35 (1973).

¹¹⁵ 朱德明，註 16 書，頁 28-29。

¹¹⁶ 在南韓推動地方自治選舉也惡化了地域政治的問題。請見 森山茂德著，吳明上譯，《韓國現代政治》，頁 149-150 (2005)。

¹¹⁷ 採同樣見解者 同前註書，頁 48-49；Sonn Hochul, *Regional Cleavage in Korean Politics and Elections*, 43(2) KOREA J. 32, 34-40 (2003), available at <http://www.ekoreajournal.net/archive/detail.jsp?BACKFLAG=Y&VOLUMENO=43&BOOKNUM=2&PAPERNO=2&SEASON=Summer&YEAR=>

¹¹⁸ Choe Sang-Hun, *News Analysis: Roh strikes at Korea's regional politics*, Sept. 1, 2005, <http://www.iht.com/articles/2005/08/31/news/korea.php>

¹¹⁹ Sonn, *supra* note 117, at 54.

¹²⁰ Choe, *supra* note 118.

¹²¹ Andy Jackson, *New Regionalism in Korea*, Dec. 30, 2007, http://www.koreatimes.co.kr/www/news/opinion/2008/12/220_16389.html

¹²² 「韓國遷都前途未卜」(2004 年 8 月 19 日)，國際先驅導報，資料來源：http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/herald/2004-08/19/content_1824600.htm (最後瀏覽日：2009 年 1 月 19 日。)

¹²³ Jackson, *supra* note 121.

就 Choudhry 的定義來說，據以作為政治主張以及動員的非政策基礎，本來就可能包括族群以外的因素，在南韓民主化後的實踐經驗中，清楚證實了「多民族」並非分裂社會的唯一成因，資源(經濟、政治)的分配、政策的偏好等「後天的人為因素」，都可能形成強度不亞於因民族主義產生的分裂社會。

(三)類型化的嘗試：三分法與二分法

朱德明將分裂社會依類型化為「基本型」、「政策導向型」及「混合型」三種；¹²⁴ 另一個分類是「交叉分裂」(cross-cutting cleavage)與「團塊分裂」(segmental cleavages)，前者係指個人在不同議題上分屬不同立場，¹²⁵ 後者則描述一種客觀社會差異(例如族群、語言、宗教)直接代表特定立場之分裂關係。¹²⁶

朱德明的三分法中，基本型可被視為前述基於民族主義因素所形成、特色是「身份認同固定性」與「價值取向斷層」；政策導向型則是「身份認同中立性」與「權利取向斷層」；混合型則是在價值取向與權利取向都有可能與身份認同結合而形成分裂(例如烏克蘭「親西方」與否，同時涉及民族認同與對外政治經濟政策)。¹²⁷

二分法的觀點則多見於政治學者的論著。在交叉分裂與團塊分裂的兩個類型中，交叉分裂被視為比較和緩的分裂態樣、降低族群(ethnic)認同的僵固性、使人民比較理性，¹²⁸ 也是制度設計上較為偏好的結果，¹²⁹ 因為能避免同一群人永遠是輸家(或贏家)。¹³⁰ 基於本文以探討「多數決」問題為目標，則「二分法」既然是判斷多數決中競爭機制之有無的標準，對本文而言較為合宜。

(四)本文立場：以「團塊分裂」、「偏好強度」與「民族主義」為分裂社會的指標

本文從民族主義/非民族主義分裂社會的觀點，主要在說明分裂社會的成因並不只限於基於種族、語言、信仰、文化等差異而生，更包括對具體政府政策或立場問題出現「異見」而形成分裂社會；而採朱德明的三分法的背景也支持這樣的觀點。但依此標準推演下去，將導出「有異議就是分裂社會」的結論，然而這

¹²⁴ 朱德明，註 16 書，頁 22-36。

¹²⁵ 舉例來說，在一個多種族、多語言、多信仰的國家中，相同種族的人有不同信仰、相同信仰的人使用不同語言。See John McGarry, Brendan O'Leary, Richard Simeon, *Integration or Accommodation? the Enduring Debate in Conflict Regulation*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 41, 85 (Sujit Choudhry ed., 2008).

¹²⁶ Choudhry, *supra* note 18, at 15-26. 在這種狀況下，如果國家定某種語言為官方語言、該語言團體所信仰之宗教為國教，則對其中一個國民而言，如果官方語言並非其母語，且國教亦非其信仰的宗教，則容易在語言與宗教上都受到壓迫。

¹²⁷ 朱德明，註 16 書，頁 32-34。

¹²⁸ Milton J. Esman, *Power Sharing and the Constructionist Fallacy*, in DEMOCRACY AND INSTITUTIONS: THE LIFE WORK OF AREND LIJPHART 91, 97 (Markus M. L. Crepaz, Thomas A. Koelble & David Wilsford eds., 2000). 不過該文也指出，一旦形成族群認同，就很難有交叉分裂的生存空間。

¹²⁹ Andrew Reynolds, *Majoritarian or Power-Sharing Government*, in DEMOCRACY AND INSTITUTIONS: THE LIFE WORK OF AREND LIJPHART 155, 170 (Markus M. L. Crepaz, Thomas A. Koelble & David Wilsford eds., 2000).

¹³⁰ SHAPIRO, *supra* note 12, at 93.

樣的結論似乎過於牽強—至少尚不形成本文所謂「結構上的分裂社會」而僅止於個案的分歧，也不符合學理一般特別將分裂社會特別突出的討論脈絡；就三分法本身而言，似乎是為了提供大法官在治理分裂社會衝突時的框架式類型化建議，¹³¹固然沒有清楚排除「何者非」分裂社會，但也並未主張「無不是」分裂社會。

本文認為判斷分裂與否的重點，首先是各類「分裂議題」劃分人民立場後呈現為「團塊分裂」程度高低。若團塊分裂的情形十分普遍且嚴重，則可無疑義地認定其為分裂社會，而需要更進一步的制度處理；若幾乎為「交叉分裂」而並無特定族群持續地在各種議題的政治權力競逐中成為「輸家」，則代表競爭機制能正常運作，就理論與實務看來應只是社會多元價值的呈現、沒有多數決規則中的結構弱勢，則維持多數決的決策機制、加上司法違憲審查作底線，應無正當性的疑慮。

再者，此處的「輸家」必須同時考量 Dahl 所提出「偏好強度」的問題，¹³²即終局政策在自己心目中偏好的順位¹³³—順位越後面代表剝奪感越強、分裂的情況可能越嚴重。其三，如前述(註 71)的觀點，如果是基於民族因素產生的分裂社會，即不易呈現交叉分裂的情形，代表民族主義在社會中的發酵程度也是判斷社會分裂程度的重要指標。透過「團塊化程度」、「偏好強度」、「民族主義強度」三重指標的分析，可以大致評斷出一個社會陷入分裂問題的程度：若把三重指標圖形化為三度空間的圖形，則總體體積越大，代表社會分裂程度越高。¹³⁴

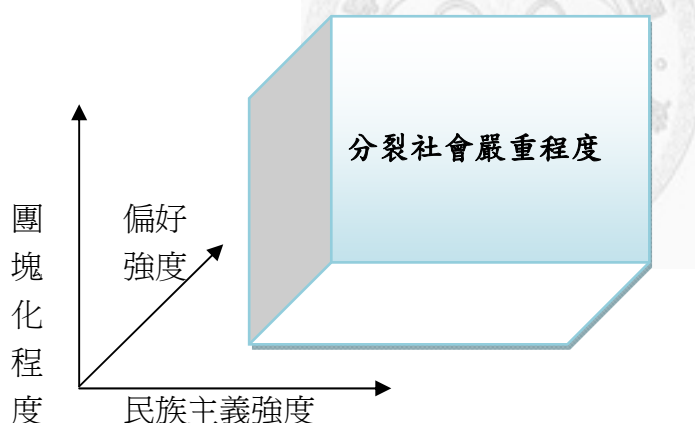


圖 2 社會分裂程度示意圖(作者自繪)

二、分裂社會的多數決困境(majoritarian predicament)

在 Schumpeter 與 Dahl 的民主理論中所強調的競爭原則，必須以「多數有改變可能」為前提：亦即，若在多數決機制中勝利的多數永遠都是同一群體、不會變成少數，則競爭將會消失、民主作為一種消滅支配(against domination)¹³⁵的正

¹³¹ 朱德明，註 16 書，頁 148。

¹³² ROBERT A. DAHL 著，顧昕譯，註 68 書，頁 107-146。

¹³³ 偏好順位未必是如政策光譜上的價值順序。舉例而言，對墮胎問題而言，或許有立場認為第一順位是全面禁止、但第二順位是全面開放，*Roe v. Wade* 的階段法則可能被視為一種狡詐、妥協且不易判斷的決策。

¹³⁴ 惟圖 2.無法表現出來民族主義在分裂社會中扮演的關鍵程度。

¹³⁵ SHAPIRO, *supra* note 12, at 3.

當基礎也無法實現：本文稱這種情形為「多數決困境」(majoritarian predicament)。Lijphart 延伸 Lewis 的觀點¹³⁶即明白指出，多數決邏輯的正當性必須建立在(1)多數—少數的變動可能性，或(2)高度的社會同質性(即，多數與少數主張的差距較小)；¹³⁷ Dahl 也採取同樣觀點，並在前述兩要件之外提出，若少數認為基本權與經濟生活不致受多數決侵害，則也更願意接受多數決。¹³⁸

(一)民主的同質性假設

這個前提的困境—尤其在分裂社會中，就是「變動未必發生」且多數與少數的主張「差距顯著」。民主理論假設人民的社會層面是「同質」的(homogeneous)，¹³⁹ Carl Schmitt 的新浪漫主義強調民族意識，更認為一個國家內部不容許多元主義(Pluralismus)、國際社會才是由各國家組成的「多元體」，¹⁴⁰並明白指出民主需以人民(das Volk)的同質性—尤其是民族(nationale)同質性—為預設條件，¹⁴¹才能使民主建立在實質平等的基礎上。¹⁴²申言之，多數決原則本身無法直接產出符合「民主」的結果，因為 Schmitt 認為民主的標準在於「成功凝聚且有效體現基於同質性而來的集體意志」，而這並非多數決機制能成就的。¹⁴³

「同質性」在今日無法作為一種國家的目標，因為一個國家內部是同質或分裂是「被歷史決定」的事實條件，而直接消滅異質性(強力改變該事實條件)的作法(如種族屠殺, genocide)已經被國際法認定為犯罪行為。¹⁴⁴然而這不但不影響前述理論針對「民主同質性」前提的強調，反而更凸顯出民主理論在異質性高的社會(尤其是分裂社會)中所遭遇的挑戰。¹⁴⁵Schumpeter 對十八世紀民主理論「共善」的批判，其實一定程度上建築在社會異質性的現實中：¹⁴⁶古代雅典城邦民主

¹³⁶ 請見第一章第一節。

¹³⁷ LIJPHART, *supra* note 26, at 31-32.

¹³⁸ ROBERT A. DAHL 著，李培元譯，註 58 書，頁 262-264。Dahl 認為因為欠缺這些條件而採取其他替代作法，就是悖離民主的假設前提、也難以自圓其說。

¹³⁹ BERNARD BERELSON, PAUL LAZARSFELD & WILLIAM MCPHEE, VOTING: A STUDY OF OPINION FORMATION IN A PRESIDENTIAL CAMPAIGN, Ch.14 (1954)，收錄於呂亞力、吳乃德編譯，註 72 書，頁 95。

¹⁴⁰ 吳庚，《政治的新浪漫主義：卡爾·史密特政治哲學之研究》，頁 61-69 (1981)。

¹⁴¹ 黃舒芃，〈德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡—從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起〉，收錄於《民主國家的憲法及其守護者》，頁 150 (2009)。

¹⁴² 黃舒芃，〈多元民主中的自由保障—Hans Kelsen 的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立〉，收錄於《民主國家的憲法及其守護者》，頁 64-65 (2009)。

¹⁴³ Schmitt 認為所謂政治統一體甚至無法透過制憲而形成，毋寧是先於制憲權的存在。黃舒芃，註 141 書，頁 150。甚至為了達成清除「異質團體」目標，必要時可動用「物理力」。李建良，〈民主政治的建構基礎及其難題—以「多元主義」理論為主軸〉，收錄於《憲法理論與實踐(一)》，頁 27 (1999)。

¹⁴⁴ E.g. Rome Statute of the International Criminal Court, art. 6, Jul. 17, 1998, 2187 U.N.T.S. 90. Available at <http://untreaty.un.org/cod/icc/index.html>.

¹⁴⁵ 反面來說，也就是 Schmitt 所主張(同質)國民彼此間的同類性(Gleichartigkeit)如此之大，使得全體國民基於相同本質，自然會追求相同的東西，故民主乃支配者與被支配者、統治者與被統治者、命令者與服從者的同一性(Homogenität)。李建良，註 143 書，頁 26。

¹⁴⁶ 請見本章第一節第三項，一、。這也反映註 137 中提到 Lijphart 所謂「政策差異度」問題，正是「共善」具體化後產生的差異。

中社會同質性高，共善就比較可得想像；¹⁴⁷但社會異質性越高，對於共善的認知就越分歧而顯得不切實際。倘若社會中存在數個固定群體，而數個固定群體在諸多觀點、偏好均產生歧異且反應在政治主張上，則正是「分裂社會」的特徵：顯然分裂社會是挑戰民主同質性假設的典型事實態樣，只是一者強調「同質」的重要、另一者從「異質」出發說明「不同質」的問題所在。

(二)分裂社會：消失的競爭

分裂社會中的異質群體對共善的想像人言言殊，使得各異質群體間爲了保護自身(所認定的)利益與優先價值，形成彼此捍衛自身立場且相互爭奪控制國家權力的關係。依傳統民主理論設定的多數決機制，應該能有效反應不同政策組合所獲得的民意支持，並由最多數人支持者勝出、執政，但正由於分裂社會的異質群體間對利益與優先價值認定的差異，使得人民幾乎不可能支持代表對方利益與價值的政策、政黨或候選人，造成投票結果將直接以「較多數」的異質群體爲多數決選制政治權力的勝者，取得分配價值的權威。¹⁴⁸從而，分裂社會因爲異質群體間欠缺相互流動的可能，¹⁴⁹使得佔多數的異質團體能長期執政；而佔多數的異質群體，內部的競爭則容易屈服於外部(與其他異質團體)競爭「輸不得」的困境而無法長久或流於「政治分贓」(而非政策、理念)的利益之爭。

如此一來，不但產生了所謂「固定輸家」而更惡化社會的分裂結構，¹⁵⁰即便對於佔多數的異質團體而言，政治人物「吃定」團體內選民不願敗選的心理，隨之而生的盲目支持，使得多數團體本身的政策或理念與政治人物本身利益衝突時，也未必得以實踐—Schumpeter 所建立的當代民主理論在分裂社會中即喪失了「競爭」、淘汰不適任執政者¹⁵¹的可能性；而產生長期被屏除於決策機制外的輸家，不但違反 Lewis 對於民主的定義，¹⁵²對於民主理論一直以「擴大決策參與」爲發展主軸的大趨勢¹⁵³而言，如何解決分裂社會下決策參與之不足，成爲理論與實務重要的問題。

¹⁴⁷ ROBERT A. DAHL 著，李培元譯，註 58 書，頁 25。

¹⁴⁸ 此處借用 David Easton 對政治等於「價值的權威分配(authoritative allocation of values)」的界定。轉引自 ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 6-7。

¹⁴⁹ 朱德明，註 16 書，頁 41。但統合論者則認爲政治認同是可以被重新形塑而有流動可能的，進一步討論請見本節第三項。即李鴻禧所謂「永恆少數(permanent Minority)」的問題，此時即應對多數決賦予限制乃至於排除。李鴻禧，〈多數決原理之民主憲政真義—兼談立法院議事癥結〉，收錄於《憲法與議會》，頁 112 (1997)。

¹⁵⁰ LUPHART, *supra* note 26, at 32-33.

¹⁵¹ 所謂「把惡棍趕出去(to throw the rascals out)」是民主最起碼的消極功能。請見 ALBERT WEALE 著，謝政達譯，註 23 書，頁 36。

¹⁵² 請見第一章第一節。

¹⁵³ 請見第二節第四項。

第三項 順應論(accommodation)、統合論(integration)與審議民主

面對分裂社會的異質性，民主理論也有不同的因應之道。「順應論」¹⁵⁴認為應承認現狀的異質性，並反應在權力運作程序中(例如選制或決策機制)－其中 Lijphart 與 Donald L. Horowitz 又各有不同的制度主張；「統合論」¹⁵⁵則認為現狀的異質性可被改變，而致力促成異質團體間的一致認同。¹⁵⁶「審議民主」亦主張認同的可變動性，但著重於個案決策論辯過程中形塑共識的功能，較少觸及應否變動審議參與者(團體或個人)根本認同的問題。¹⁵⁷以下分別介紹。

一、順應論與統合論之爭

(一)何謂順應論？

1. 基本理念

Lijphart 與 Horowitz 被歸類為順應論者，源於「分裂社會中的族群派系無可迴避 (in a divided society, ethnic political parties are inevitable)」的共同前提。順應論的核心理念認為，分裂社會中各族群認同不易變動，進而在憲政制度設計上必須考量族群問題，且主張消滅族群異質性的做法不但無濟於事，反而會更惡化社會的分裂。¹⁵⁸

基於順應論的觀點發展出四個派生原則：向心民主(centripetalism)、多元文化(multiculturalism)、協合民主(Consociation)與多元地域自治(territorial pluralism)。「向心民主」以「趨中化(moderation)」為核心理念，採「總統制」及「選擇投票制(alternative vote, AV)」¹⁵⁹為代表性制度，認為如此能使分裂社會

¹⁵⁴ Accommodation 之辭意白話說來係指「提供所需」，但學界似乎並無普遍的對應語彙。本文且翻為「順應」強調該論的不改變性，但無法反應出該理論實有「以制度繼受現狀現實並將之轉化為為制度內涵」的多層意義。

¹⁵⁵ 統合論並不同於「統合主義(corporatism)」。統合主義的說明請見本章第一節第三項，三、。

¹⁵⁶ Alan Patten 固然提出「政教分離(disestablishment)」、「國族建構(nation building)」、「平等保障(equality of status)」與「文化保存(cultural preservation)」四個分析面向，主張跳脫「順應論」、「統合論」的二元架構(dichotomy)。不過也如其所介紹，學理討論多數仍以該二元架構為主(如 Charles Taylor, Iris M. Young, Will Kymlicka, Brian Barry 等，雖然未必以「順應論」、「統合論」稱呼，但仍是對應否變動族群結構的二元對立分析模型)，故本文也延續此一討論的架構。Alan Patten, *Beyond the Dichotomy of Universalism and Difference: Four Responses to Cultural Diversity, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?* 91, 91-92 (Sujit Choudhry ed., 2008).

¹⁵⁷ 有趣的是，順應論與統合論不僅於抽象理論的建構、更進一步主張憲法層次的制度設計，畢竟在立憲主義下，具體憲法制度是國家權力分配、運作的遊戲規則；審議民主的討論中固然也涉及具體制度設計，但少見訴諸「憲法制度」的論述(此差異產生的原因可能是，順應論與統合論是附隨於各國制憲或修憲的討論而發展；審議民主則是加總民主的對立面，而與憲法設計的現實脈絡無關)。故以下順應論與統合論多以憲法制度設計的論辯呈現。

¹⁵⁸ Choudhry, *supra* note 18, at 26-28. 此一相同立場 Horowitz 本人的文章中做過明白的表述，Donald L. Horowitz, *Conciliation Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States*, 49 WM. & MARY L. REV. 1213, 1219 (2008).

¹⁵⁹ 單一選區制下，選民可對候選人為喜好程度的排序。若有候選人在「第一偏好票」中獲得 50% 以上的選票則宣告當選；若無，則將得票最少候選人剔除，並將其得票分配予該候選人支持者所「第二偏好」的候選人，計算加總後超過 50% 之最高票者當選，若加總後尚無超過 50% 得票率者，則再為剔除與加總計算，直到有「超過 50% 且最高票」出現。ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 374。

中以族群為基礎的政治主張趨於溫和、折衷，可以提供政治人物充分的動機走向多元與溫和的路線。¹⁶⁰「多元文化」則強調對國內異質文化社群權利於公、私領域的保障，落實對於教育、語言等文化自主與少數尊重的政策，甚至在憲法層次上承認各種少數文化的地方自治權，及中央決策分享權(如聯合政府)。「協合民主」則主張大聯合政府、地方單元體自治權，政治比例性及少數否決權，一方面擴大參與，一方面提高決策門檻，迫使過半的多數必須實際地拿出誠意與少數妥協，方能真正實現其偏好。¹⁶¹「多元地域自治」未必等同「聯邦制」¹⁶²，而以尊重國內各民族固有疆界、一定程度賦予文化、語言自治權(如英國、西班牙、丹麥)為主。¹⁶³然而 Choudhry 認為四原則間相互高度交疊，¹⁶⁴有根本差異的是 Horowitz 為首的「向心民主」與 Lijphart 主張的「協合民主」。¹⁶⁵

2. 向心民主與協合民主：Horowitz 與 Lijphart 的論戰

向心民主對協合民主的主要攻擊在於「欠缺動機」，因為一國的多數族群並無理由(在第一次決定權力分配時)¹⁶⁶採取「權力分享」的制度設計—除非這是一個脆弱或已預見將走向衰弱的大多數。¹⁶⁷就協合民主的四個主要精神檢驗，「政治比例性」(反應在國會的比例代表制)讓各族群必須堅守立場以鞏固基本支持者，反而使族群關係更惡化；¹⁶⁸「少數否決」往往讓政策窒礙難行；「大聯合政府」可能根本無法長久、實證上也極少有完整包容各黨派的聯盟。¹⁶⁹整體而言，Horowitz 於 1985、2000 年以及 Ian Spears 於 2000、2002 年的實證研究都認為協合民主在管控族群衝突的經驗難謂成功。¹⁷⁰

相對而言，向心民主的「選擇投票制」被批評為多數決邏輯下的產物，¹⁷¹因為多數族群只要獲得部份少數族群的邊緣票(marginal votes)即可獲得政權，但少

¹⁶⁰ Horowitz, *supra* note 158, at 1216-18.

¹⁶¹ 此處必須說明者，Lijphart 認為協合民主的核心觀點在權力分享，但並不是將部份權力、利益釋出就符合此一標準；相反地，從 Lijphart 所列舉的各種制度設計，顯示 Lijphart 定義的「權力分享」必須分到如同有「否決權」的強度(如聯邦制，各邦至少在部份事務領域上有強如否決權之對抗力量)，否則難免被視為「摸頭」、「擺設」而已的拉攏手段。

¹⁶² Cameron Ross 認為聯邦制應有五個要件：(1)至少要有「聯邦」、「邦」兩級政府，且均由憲法賦予行政、立法、司法及徵稅權；(2)聯邦係由成員邦間合意、自由組成—通常以成文憲法為憑；且修憲亦須有雙方合意、不得單方任意為之；(3)各邦必須能直接參與聯邦決策—如採「兩院制」；(4)有聯邦與各邦紛爭的仲裁者—通常為最高法院或憲法法院；(5)聯邦與各邦事務重疊部分必須「合作」(collaboration)。C. Ross, *Putin's federal reforms and the consolidation of federalism in Russia: one step forward, two steps back!*, 36 COMMUNIST & POST-COMMUNIST STUD. 29, 30 (2003).

¹⁶³ McGarry et al., *supra* note 125, at 51-67.

¹⁶⁴ Horowitz 即主張向心民主也偏好聯邦主義，但理由與協合民主並不相同。Horowitz, *supra* note 158, at 1218. 且基本上 Horowitz 基於實踐可能性的考量，把聯邦制視為次佳方案。See Donald L. Horowitz, *The Many Use of Federalism*, 55 DRAKE L.R. 101 (2007).

¹⁶⁵ Choudhry, *supra* note 18, at 28.

¹⁶⁶ *Id.* at 20, 例如制憲。

¹⁶⁷ Horowitz, *supra* note 158, at 1219-20.

¹⁶⁸ Choudhry, *supra* note 18, at 20-21.

¹⁶⁹ Horowitz, *supra* note 158, at 1219-21.

¹⁷⁰ SHAPIRO, *supra* note 12, at 94.

¹⁷¹ 只是 Lijphart 認為是各種多數決邏輯選制下，選擇性投票已經是最好的一種了。LIJPHART, *supra* note 28, at 17.

數族群仍無法參與政府決策：¹⁷²又以伊拉克問題為例，長期而言殊難想像少數的遜尼派(Sunni)及庫德族(Kurds)能接受僅被「溫和」什葉派(Shi'ite)代表、而無自己代表的制度。¹⁷³ 另一方面，Lijphart 認為「總統制」的設計使得「非制度面」上總統壟斷過高的民主正當性，使其自我感覺享有無須與國會妥協的權力—¹⁷⁴實則，以美國總統為例，其最大的權力是「說服權」(power to persuade)、而非命令，總統欲遂行其意志須與國會、聯邦官僚系統、最高法院及大眾媒體建立關係，¹⁷⁵但對相互制衡的總統與國會之間，僵局(deadlock)幾乎是無可避免的。然而國會整體的民意基礎不但大過總統個人實際上獲得的支持，使得總統有超強的政治能量，卻又僅享有限實權(幾乎所有憲法都選擇限縮總統權力)，使其一方面形成過度的多數統治、卻又容易陷入衝突、挫折與僵局，致使總統制的政治表現並不如內閣制。¹⁷⁶ 更何況，我國立法委員選舉雖非採「選擇投票制」，但在 2008 年改採單一選區制後普遍出現兩黨對決的擇一局面，基本上與「選擇投票制」的結果已相差無幾。¹⁷⁷因此，在現實層次而言，我國應可被歸類為「向心民主」模型—然而分裂社會的對立似乎並無軟化的趨勢。

(二)何謂統合論？

1. 同化論(assimilation)、向心民主與統合論的區辨

試圖藉由制度改變分裂社會中異質團體認同的統合論，首先區別其學說與同化論(assimilation)的差異：同化論試圖消除的認同歧異兼及公、私領域，¹⁷⁸但統合論不涉及私領域認同的強制同化—¹⁷⁹當然更反對激烈的同化手段如種族屠殺或刻意消滅特定語言(如禁止方言使用)、信仰等政策。也因此，向心民主做為順

¹⁷² Horowitz, *supra* note 158, at 1223. 「影響選舉」與「參與決策」的差距用通俗的說法就是(少數是否)「在投票當天才是主人」。對少數團體而言，其候選人既然不可能勝選、而也不可能支持多數團體中的激進路線者，仍難免被「相對溫和」的多數候選人「吃定」。

¹⁷³ AREND LIJPHART, *Constitutional Choices for New Democracies*, 15 J. DEMOCRACY, 96 (2004), reprinted in *Constitutional Design for Divided Societies*, in THINKING ABOUT DEMOCRACY: POWER SHARING AND MAJORITY RULE IN THEORY AND PRACTICE 75, 77 (2008).

¹⁷⁴ AREND LIJPHART, *Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observation*, in THINKING ABOUT DEMOCRACY: POWER SHARING AND MAJORITY RULE IN THEORY AND PRACTICE 141, 151-153 (2008).

¹⁷⁵ RICHARD NEUSTADT, *PRESIDENTIAL POWER* (1991)。轉引自 ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 515-519。

¹⁷⁶ See, LIJPHART, *supra* note 174. Jan-Erik Lane 與 Svante Ersson 透過新制度主義與實證的量化研究檢證 Juan Linz 對總統制的批評，結果認為總統制一般而言確實降低了民主的穩定性，但總統制國家又是多黨制時，反而增加民主政治的可行性；其結論是內閣制的表現確實比總統制好，但有一部分是因為總統制國家經濟環境的貧窮問題。 JAN-ERIK LANE & SVANTE ERSSON 著，何景榮譯，《新制度主義政治學》，頁 204-206 (2002)。

¹⁷⁷ 申言之，選擇投票制要能發揮功效，必須要有「可替代」的其他政治勢力出現，才可能促使趨中性的產生；惟我國已經形成兩黨競爭的態勢，國會選制對兩黨以外的政治勢力又極不友善(包括單一選區、席次減半後選區幅員擴大而更有利於大黨經營，加上僅占總席次三分之一的全國不分區還有 5%席次的進入門檻)，故若不連帶修憲更動結構，則即便改為「選擇投票制」，本文對其是否能發揮功效仍不抱樂觀態度。

¹⁷⁸ 所謂的消除包括共同融入新的認同(A+B=C)或獨尊其一(A+B=A)。

¹⁷⁹ 不過統合論者樂見自願性的同化；至於順應論更是積極承認異質性在公、私領域的存在，並轉化入憲法制度中。

應論的一支，Horowitz 強調的是「趨中」，而非改變各族群公領域的認同—甚至積極承認不影響國家統一性的少數自治權。¹⁸⁰

2. 統合論的理念

統合論的目標是平等公民地位(equal citizenship)，在公領域上無視(turn a blind eye to)族群的差異性(也就是所謂「中立」(neutrality-base)的政治體制)¹⁸¹，並爲了審議的目的選擇一共同語言。統合論認爲以族群爲單位的組織與主張必然偏頗於特定族群，進而造成政治不穩定與衝突，故主張政治組織應以非族群的抽象價值作爲政治訴求與號召(例如美國的民主黨、共和黨；英國的保守黨、自由黨與工黨)，並希望選舉制度設計能以「獲得廣泛群眾基礎支持」爲勝選條件。¹⁸²

統合論的基礎有三種觀點，分別是共和主義(republicans)、自由主義(liberals)與社會主義(socialist)。共和主義統合論不僅著重審議，更以共同的公民權、教育、語言、信仰等建構新的「國族」、立場最接近「同化論」，¹⁸³以追求共善爲目標，當代的法國與土耳其可視爲代表；¹⁸⁴自由主義統合論則以美國爲典型，不特別建構國族而強調個人自由、市場經濟、避免對原始認同的歧視；社會主義統合論則認爲社會階級才是構成社會思想與行動的主要因素，主張分配正義與福利國家—甚至不排除以(弱勢)族群爲單位的暫時性優惠差別待遇。¹⁸⁵簡言之，既然分裂社會是因爲社會異質性的存在而使競爭機制無法運作，統合論觀點就是透過不同途徑(族群、文化或制度)創造「同質性」、取代異質性，使競爭機制得以維持、確保多數決本身的正當性。

(三)理論的抉擇：承續或顛覆多數決原則？

1. 三種理論對多數決原則的態度

順應論與統合論的區別基準在於「是否透過(憲法)制度改變異質團體認同」，與本文檢討「多數決邏輯是否在分裂社會中仍應適用？如何適用？」的命題，架構上顯然出現落差。若將前開理論依「承續或顛覆多數決邏輯」的命題做

¹⁸⁰ McGarry et al., *supra* note 125, at 42-44, 56.

¹⁸¹ Patten, *supra* note 156, at 94-95. 雖然 Patten 是放在「政教分離」的論點下談「中立」，不過之後也延伸到關於文化認同上的討論。

¹⁸² McGarry et al., *supra* note 125, at 45-46.

¹⁸³ 黃有志更認爲族群融合不應該做爲施政目標。黃有志，〈民族主義與族群認同(論多元文化主義的理念與實踐)〉，收錄於邵宗海、楊逢泰、洪泉湖編，《族群問題與族群關係》，頁 81 (1995)。

¹⁸⁴ 共和主義(Republicanism)原初的意義是「政治權威最終源自人民同意的信條、屏棄君主制或王朝統治」。ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 41。然而 McGarry, O'Leary 與 Simeon 文中所謂共和主義統合論的內涵，應是 Dahl 所介紹共和主義的另一層面，亦即法律上平等，以及強調個人的良善公民美德。(ROBERT A. DAHL 著，李培元譯，註 58 書，頁 38。)

申言之，當代強調共善、理性、審議的「公民共和主義(civic republicanism)」(郭銘松，《共和價值作爲廣電媒體管制基礎的功能及其侷限—以「第四權理論」的檢討爲例》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 71-159(1997))，應即係 McGarry 等人所描述的「共和主義」。然而公民共和主義在分裂社會與民主機制的討論脈絡下，其內容似與審議民主及統合論觀點相差無幾，故本文擬由檢討「共和主義統合論」及「審議民主」兩個部份，間接與「公民共和主義」對話，而不獨立作爲一種觀點另爲詳實介紹、比較。

¹⁸⁵ McGarry et al., *supra* note 125, at 46-51.

光譜式檢驗，則「**統合論**」是**完全承認多數決邏輯**、對少數保障是採取價值或權利本位(value/right-base，如共和主義、自由主義或社會主義)的主張。順應論下的「**向心民主**」其實也是**秉承多數決邏輯的產物**：總統制部份已然無庸贅言，選擇性投票制只是透過不同方式的「**加總**」(aggregation)、希望能更正確呈現何者為「多數」，其標準依然是「過半」—稍微顛覆多數決原則的部份在於，若該選舉未出現絕對多數，則優先考慮最少數支持者的第二偏好。¹⁸⁶**真正從制度設計上顛覆多數決原則的只有「協合民主」**：大聯合政府、少數否決從行政機關的決策面顛覆，政治比例性所衍生的「**比例代表制**」賦予全國各選區中少數能參與立法的制度保障，地方單元自治要求的「**聯邦制**」更是直接阻隔「**全國多數**」干預「**各地少數**」的做法。¹⁸⁷

	對社會異質性的態度		對多數決原則的態度
	制度目標	保護方法	
統合論	不承認 或溫和同化	共和主義：無 自由/社會主義：權益保障	承續
向心民主	承認	選制：總統制、選擇投票制	調整承續
協合民主	承認且保障	選制：比例代表制 決策機制：大聯合政府、少數否決、聯邦制	顛覆

表.1 三種理論對社會異質性與多數決原則的態度(作者自繪)

2. 選擇的標準與條件：競爭及參與

暫且回到順應論與統合論的討論架構，有分裂社會脈絡的各國在制憲、修憲時，制度設計上往往兼採統合論與順應論的精神，但 Choudhry 主張兩者的策略是互斥而無法並存的。因為從象徵(例如憲法前言)到實際(例如官方語言、行政區劃、國會選制、行政機關建制、政教關係等)的各種元素，主張順應論與統合論者都會有不同的選擇，從加拿大經驗中證實如此將導致憲政體制的不穩定。¹⁸⁸¹⁸⁹ McGarry、O’Leary 及 Simeon 認為各國兼採兩種理論的做法就是出於務實(或許不

¹⁸⁶ 進一步思考，選擇投票制要能創造競爭的前提，必須是該選區中沒有過半的族群、異質族群超過三個以上且並無必然合作關係。如果欠缺其中一點，則選舉結果仍是固定(無競爭)的。

¹⁸⁷ 協合民主的優點就是在**制度**上提供少數族群參與決策的空間。 See, Thomas A. Koelble, *The New South Africa Constitution: A Case of Consensus Democracy?*, in DEMOCRACY AND INSTITUTIONS: THE LIFE WORK OF AREND LJPHART 129, 130(Markus M. L. Crepaz, Thomas A. Koelble & David Wilsford eds., 2000).

¹⁸⁸ Choudhry, *supra* note 18, at 32-35.

¹⁸⁹ 一種折衷的作法是如南非，將順應論做為一種過渡期(transitional)的選擇、但最終仍建議回歸統合論。 Christina Murray & Richard Simeon, *Recognition without empowerment: Minorities in a Democratic South Africa*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 409, at 409-37 (Sujit Choudhry ed., 2008). 不過這種觀點實際上是支持順應論的，如果問題是「**分裂社會**下應採取何種理論」，則該文主張回歸統合論的現實條件看起來已經不是「**分裂社會**」了。Richard H. Pildes 另提出「**政治統合、文化順應**」的觀點，但實際上依然是統合論的主張，所謂的順應只是一種修辭。Richard H. Pildes, *Ethnic Identity and Democratic Institutions: A Dynamic Perspective*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 173, 193-95 (Sujit Choudhry ed., 2008).

得已)考量，¹⁹⁰而統合論在「交叉分裂」、少數族群規模不大且散居、或該國無「壓倒性多數族群(dominant community)」的狀況下比較容易成功；順應論主張高度的地方自治，則需建立在「各異質族群集中一地」的條件下，而在社會分裂嚴重的地區則比較偏好能擺脫派系綁架的向心式民主。¹⁹¹而 Horowitz 的觀點也認為向心民主與協合民主在憲法設計時往往兼採，但因體制欠缺一致性，使各種細節無法環環相扣、相互強化，¹⁹²也暗示了向心民主與協合民主的不相容性。

然而究竟應該如何選擇分裂社會的民主理論，依循本章一節四項的觀點，必須有政治哲學價值的決定且結合具體的脈絡。誠如前段的討論可發現，分裂社會也有不同程度、不同情狀的具體情形，本文欲解決臺灣的民主困境，自須更進一步分析、認定臺灣的現實情狀。¹⁹³至於價值決定的部份，當代以 Schumpeter 為首的民主理論以「競爭」為核心理念，Dahl 加入了「參與」做為第二個重要的參數。¹⁹⁴分裂社會的特殊性之一就在於以多數決做為競爭規則的現實困難，若再結合單一選區、總統選舉，則選舉制度上也間接排除了人民參與的廣度：¹⁹⁵協合民主反對多數決邏輯分配國家權力，固然在「擺平」分裂社會中不同族群的武裝衝突與分離運動有一定的成效¹⁹⁶卻犧牲了競爭的可能。民主要能持續有效運作，在欠缺其他得到學理及實踐反覆檢證認可的新觀點時，本文主張回歸到「競爭」與「參與」的基本理念，去思考如何發展更具體的指導原則：協合民主提供了一個思考上的出發點，¹⁹⁷因為「權力分享」至少確保了「(實質)參與」，但向心民主、統合論則否，若能更進一步創造能刺激競爭的環境，則協合民主的理論將更加完整體現民主的價值。

¹⁹⁰ 也有提出「統合式共識民主」，採取比例代表制與大聯合政府、排除少數否決與聯邦制，認為能提供少數參與決策、提昇正當性，少數的自由與權益則透過基本權條款以及超級多數決修憲門檻保障。Reynolds, *supra* note 129, at 170-73.

¹⁹¹ McGarry et al., *supra* note 125, at 85-87.

¹⁹² 也因此，許多實證研究的分析其實難以歸因為何種理論的具體實踐。See Horowitz, *supra* note 158, at 1225-26.

¹⁹³ 請見第三節第一項。

¹⁹⁴ 請見第一節第三項。

¹⁹⁵ 此處無意主張「分裂社會必然採取單一選區或總統制」，但在前述介紹中不難發現，一旦分裂社會結合這種「贏者全拿」的選舉制度，選票浪費的問題在分裂社會中代表著特定的少數無法進入決策過程，民主理論本來預設的「普遍」原則與憲法參政權保障的意旨也事實上受到衝擊。關於單一選區造成選票浪費的問題以及應如何解決，學術著作討論不勝枚舉，淺白的說明請見 ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 370-381。進一步的討論可參考 吳親恩，〈選制改變的影響：從 SNTV 到「並立式單一選區兩票制」〉，收錄於吳重禮、吳玉山主編《憲政改革：背景、運作與影響》(2006)。

¹⁹⁶ Horowitz 更承認協合民主，除了 2005 年蘇丹全面和平協定(Sudan's Comprehensive Peace Agreement of 2005)尚未實行就已經飽受學者挑戰外，在遏制暴力上取得一定的成效。Horowitz, *supra* note 158, at 1222.

¹⁹⁷ 一篇短文中 Lijphart 使用了三種指標分別是(1)維護國內和平與民主制度運作，(2)政府處理日常經濟事務的能力，以及(3)政府對選舉結果的回應程度。Arend Lijphart, *Varieties of Nonmajoritarian Democracy*, in DEMOCRACY AND INSTITUTIONS: THE LIFE WORK OF AREND LIJPHART 225, 240-243 (Markus M. L. Crepaz, Thomas A. Koelble & David Wilsford eds., 2000). 另一篇文章中 Lijphart 更使用了 25 種評價機制說明協合民主確實帶來改變。AREND LIJPHART, *The Quality of Democracy: Consensus Democracy Makes a Difference*, in THINKING ABOUT DEMOCRACY: POWER SHARING AND MAJORITY RULE IN THEORY AND PRACTICE 89 (2008).

必須另外說明的是，本文判斷「是否民主」的標準，並不包括實際社會、經濟生活品質的指標。由於許多社會實際生活的指標一方面與諸多客觀因素連動判斷不易，而依 Dahl 與 Shapiro 的實證研究(請見本章第二節第一項二、)，基本上民主不至於惡化既存的現實生活水準—甚至依 Amartya Sen 從經濟學的論證，推動民主才能提昇經濟發展。¹⁹⁸故在高度不確定性下，本文選擇先予排除。反過來說，欲研究民主與實際生活水準的關聯性，必先定義何謂民主(的國家)—本文正是在問「多數決是否就是民主?」、「實質的競爭及參與才是民主?」，而民主與經濟表現關聯性的研究，是以採「多數決機制」的國家為對象，或是具備「實質競爭及參與」機制的國家為研究對象，似乎並非相關研究明確釐清的，¹⁹⁹故對本文而言，就此進行比較分析將難有實益。

3. 協合民主的競爭及參與

承續著 Lewis 的民主觀點²⁰⁰，Lijphart 所提出的協合民主、共識民主，理念與具體制度設計都明顯是以保障少數參與(行政與立法部門)決策為依歸；對照整合論僅止於基本權條款的保障途徑，或向心民主在選制上偏好「中間路線」候選人的嘗試，²⁰¹協合民主的方案直接透過制度設計、在決策過程納入少數族群，全面擴大參與。

協合民主提高參與的著力有目共睹，然而是否也有助於提高民主的另一個向度(競爭)?就 Lijphart 的原初構想來看，應係認為參與的強化足以彌補欠缺競爭的現實；²⁰²一般對於協合民主的批評也就在於讓各族群堅守立場以鞏固基本支持者，²⁰³根本不存在競爭的期待可能性。²⁰⁴本文認為，由於競爭的產生與否也必須結合不同分裂社會的脈絡情境以及更具體的制度設計而定，但制度設計上確實應該注意競爭機制的問題；本文基於協合民主所主張國會職權行使的正當程序設計，有納入提昇競爭的因素，故認為從抽象理論概括地排除協合民主提昇競爭的可能性恐嫌速斷(請見第五章第三節第五項)。

¹⁹⁸ AMARTYA SEN, DEVELOPMENT AS FREEDOM (2001).

¹⁹⁹ 長期以來針對全球民主政體的著名評價機構「自由之家」(Freedom House)秉持 Schumpeter 與 Dahl 的傳統，大致將評價指標區分為「政治權利(political rights)」與「公民自由(civil liberties)」兩項，其中有將財產權保障與經濟自由化程度列入考量，但並未實際計入如 GDP 或國民平均所得等指標。資料來源：Freedomhouse.org

http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=351&ana_page=341&year=2008 (最後瀏覽日：2009年12月9日)

²⁰⁰ Lewis 的民主觀點顯然偏重於參與的部份。請見第一章第一節，及本章第二節第二項二、(二)。

²⁰¹ 「競選時」與「執政時」的落差，在「向心民主」著重「選制」的制度建議中並無法避免，只能消極地期待下次選舉加以替代—如此一來，同樣政治立場顯然必須有兩個以上有足夠實力的政治勢力(政黨)，才能寄望於此。

²⁰² LIJPHART, *supra* note 26, at 32.

²⁰³ Choudhry, *supra* note 18, at 20-21.

²⁰⁴ SHAPIRO, *supra* note 12, at 94. 不過其餘理論也無法有效形成競爭：統合論下的「競爭」必須在統合成功後才是公平競爭，向心民主的競爭則建立在特殊的條件下才有實現的可能(註.178)。

二、審議民主

審議民主的淵源可溯及西元前五世紀的雅典城邦民主，隨著當代民主以代議制的型態在美國獨立與法國大革命後的復興，國會被要求透過審議進行決策：著眼全國的普遍利益，並基於普遍的理性而作成決策。²⁰⁵ 然而，隨著國家決策部份納入直接民主機制(例如對政策或修憲的公民創制複決程序)、以及代議政治的代議士乃透過人民的多數決投票產生的現實下，議會主權(parliamentary sovereignty)的觀念逐漸轉變為國民主權(popular sovereignty)，審議的觀念更進一步擴大適用範圍而演變為「公民審議」。²⁰⁶²⁰⁷

審議民主的核心內容則各家有異，歸納 Maurizio Passerin D'entrèves 所列舉 Jon Elster、James Bohman、William Rehg 及 Joshua Cohen 的觀點，²⁰⁸應可認為是「以追求共善為目的，由自由且平等的理性主體，透過說理及討論而為決策」的一種民主模型。Fishkin 認為審議的品質可藉由以下四個標準評價：(1)觀點完整：同一議題被不同論點檢視的程度，(2)資訊合理：正確、合理使用資訊的程度，(3)深入討論：參與討論議題的程度，(4)多元參與：參加審議者的多元代表程度。²⁰⁹ Iris Marion Young 則從參與者的角度強調四個規範性理想要素：(1)包含(inclusion)：被決策影響的人都要能包涵於其中，(2)政治平等(political equality)：參與者有平等自由的機會發表言論且免於宰制、強迫、威脅，(3)合理性(reasonableness)：參與者願意傾聽、尊重他人並保持改變自己立場的可能，(4)公開(publicity)：參與者必須使用可理解溝通的方式說明。²¹⁰

(一)審議民主的功能

Maeve Cooke 整理出五種重要學說提出審議民主的功能：教育公民(educative power)、形塑共同體(community-generating power)、賦予民主決策的程序正當性(fairness of democratic outcomes)、提昇民主決策的實體品質(practical rationality of democratic outcomes)，以及展現西方民主傳統之本質(congruent with “who we are”)。²¹¹

²⁰⁵ See Maurizio Passerin D'entrèves, *Introduction: Democracy as Public Deliberation*, in DEMOCRACY AS DELIBERATION 1, 1 (Maurizio Passerin D'entrèves ed, 2002).

²⁰⁶ 李怡俐，註 35 書，頁 17-19, 39。

²⁰⁷ 從 Habermas 的理論來看，應適用溝通理性與民主價值的場域不只是傳統概念上的政府政治，還包括「生活世界」的學校、社會運動乃至於家庭等，也就是 John Dewey 提倡「民主是一種生活方式」的概念。黃瑞祺，〈理性討論與民主：哈伯馬斯之溝通理論的民主涵義〉，收錄於蕭高彥、蘇文流主編，《多元主義》，頁 366 (1998)。

²⁰⁸ D'entrèves, *supra* note 205, at 2.

²⁰⁹ See Fishkin & Farrar, *supra* note 35, at 59, 71. 轉引自李怡俐，註 35 書，頁 9。

²¹⁰ 李怡俐，註 35 書，頁 8-9。

²¹¹ Maeve Cooke, *Five Arguments for Deliberative Democracy*, in DEMOCRACY AS DELIBERATION 53, 54-63 (Maurizio Passerin D'entrèves ed, 2002). 除此之外，Joshua Cohen 認為審議民主的包容(inclusion)與共善(common good)原則有助於保護政治平等權。Joshua Cohen, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, in DEMOCRACY AND DIFFERENCE 95, 107 (Seyla Benhabib ed., 1996).

1. 教育公民與形塑共同體功能

Hannah Arendt「公民共和理論」以美國制憲經過為師，指出人民(people)在制憲過程中的論辯、思考、抉擇能進一步將自身轉化為公民(citizens)，²¹²而與 John Stuart Mill 一樣認為在參與審議的過程中能提昇公民的道德與智能水準，因而發揮教育功能；基於類似觀點，Benjamin Barber 與 Charles Taylor²¹³認為參與論辯、追求共善的過程中個人能更體認並鞏固其身為「集體」一員的認同感。²¹⁴

2. 提昇決策的程序正當與實體品質

如 John Ferejohn 反覆論及，審議的目標在作成決策，故探討審議民主之意義必須觀照其對(公共)決策的意義為何——是提昇了程序的正當性，抑或是決策的實際品質。²¹⁵ 典型程序論者，如 David Miller，他認為毋需訴諸「找出正確答案」，公開討論的過程本身就是正當基礎；²¹⁶Seyla Benhabib 的觀點也是偏重程序面，認為在當代的複雜社會中，涉及基本原則問題的決策，必須透過審議才能使各種對立資訊相互提出並流通、更檢驗自己的主張是否失當(abuse)，以有效統合各種不同主張、符合良善的規範性要求。²¹⁷

另一方面，許多論者提出透過審議民主的程序能有效提昇決策的實際品質。審議首先能使得偏見或無說服力的假設、錯誤資訊等狀況受到公開辯論的檢驗；²¹⁸雷文玫與葉俊榮在討論「國家生命倫理委員會」建制時即強調在審議民主的理念下能在審議過程中引入專業(包括科技與倫理問題)觀點；²¹⁹張文貞則認為審議民主的意義在避免赤裸裸的多數暴力、提昇決策的過程與品質；²²⁰Young 更認為審議過程中能凸顯不同觀點的存在，透過表達、質疑，也能豐富參與者的社會認知、增加解決問題的集體智慧。²²¹

²¹² 李怡俐，註 35 書，頁 27。

²¹³ Taylor 的學術立場正是強調文化傳統、批判「原子式個人主義(atomistic individualism)」與自由主義的「社群主義」。蕭高彥，〈多元文化與承認政治論〉，收錄於蕭高彥、蘇文流主編，《多元主義》，頁 489-492 (1998)。Taylor 將審議功能建構在形塑對集體的認同上，確實符合其一貫的主張。

²¹⁴ Cooke, *supra* note 211, at 54-56.

²¹⁵ John Ferejohn, *Instituting Deliberative Democracy*, in *DESIGNING DEMOCRATIC INSTITUTIONS* 75 (Ian Shapiro & Stephen Macedo eds., 2000).

²¹⁶ 黃瑞祺，註 207 書，頁 340。

²¹⁷ Seyla Benhabib, *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*, in *DEMOCRACY AND DIFFERENCE* 67, 67-69, 87 (Seyla Benhabib ed., 1996).

²¹⁸ See Simone Chambers, *Constitutional Referendum and Democratic Deliberation*, in *REFERENDUM DEMOCRACY: CITIZENS, ELITES AND DELIBERATION IN REFERENDUM CAMPAIGNS* 231 (Matthew Mendelsohn & Andrew Pakin eds., 2001).

²¹⁹ Wenmay Rei & Jiunn-Rong Yeh, *Promises and Pitfalls of Using National Bioethics Commissions as an Institution to Facilitate Deliberative Democracy—Lessons from the Policy Making of Human Embryonic Stem Cell Research*, 4(2) *NTU L. REV.* 69 (2009).

²²⁰ 張文貞，註 50 文，頁 100。

²²¹ See Iris Marion Young, *Communication and the Other: Beyond Deliberation Democracy*, in *DEMOCRACY AND DIFFERENCE* 120, 126-128 (Seyla Benhabib ed., 1996).

3. 展現西方民主傳統本質

此說認為審議民主是最能深刻展現西方民主傳統下，關於智識(knowledge)、自我(self)及良善生活(good life)的四種觀點：(1)知也無涯、亦無權威標準(authoritative standard)；(2)人各獨立的理性認識過程；(3)公共性(publicity)的重要地位；(4)不同觀點應得到相同尊重。審議民主所強調的公眾事務理性思辨、平等論述機會都與前四種規範概念相吻合，Cooke 歸納許多西方的審議民主學者(包括 John Rawls, Jürgen Habermas, Benhabib, Cohen, Richard Rorty 及 Ronald Dworkin)都支持此一觀點。²²²

(二)審議民主、多數決與分裂社會

審議民主與多數決、分裂社會三者間有十分微妙的連帶關係：多數決與分裂社會的關聯性已如前述；²²³ 分裂社會內在的衝突，也可以被視為多元價值併存而相互競爭的結果，²²⁴而審議民主就是為了面對不同政見、族群與文化之間的對話與信任而生；²²⁵ 另一方面，審議民主作為一種決策過程的模型，固以達成共識為目標，但也必須面對萬一無法形成共識時仍需(或是否應)回歸多數決機制作成終局決定的問題。²²⁶

1. Hans Kelsen 的「多元民主」與「議會主義」觀點

Hans Kelsen 所力主的「多元民主(pluralistische Demokratie)」與「議會主義」的理念，一方面清楚說明議會基於審議功能所擔保多元民主得以實踐、多數決也取得正當性，²²⁷卻同時凸顯分裂社會的問題不只是社會多元價值的衝突問題。

Kelsen 的觀察認為在現實中，「多數決」應被理解為「社會中無數分歧觀點、經過衝突與妥協²²⁸後只剩下一個根本性歧見」，而多數決是針對這個根本性歧見所做成的決定；其中確保妥協的機制就是「議會主義」，因為議會的公開議事程序提供各種利益與觀點的表述與交換，形成一個平等參與的機會—²²⁹最後再針對「根本性歧見」透過多數決機制做成一個「決策」。²³⁰如此情形下，多數決的結果首先經過少數的參與，且在妥協的過程中或多或少已考量了少數觀點—從

²²² 這是 Cooke 本身最支持的觀點，不過對於非西方傳統的國家來說，這樣的機能即未必有意義；然而 Cooke 對另外四個功能均有質疑，依其觀點而言是否將延伸出「審議民主對非西方國家並無意義」的結論？See Cooke, *supra* note 211, at 63-66.

²²³ 請見第二節第二項。

²²⁴ 邏輯上應釐清的是，分裂社會必然代表著不同利益、價值衝突，但多元利益、價值衝突未必嚴重到構成分裂社會。

²²⁵ 黃瑞祺，註 207 書，頁 340。

²²⁶ See Ferejohn, *supra* note 215, at 78-79.

²²⁷ 這裡值得與 Schmitt 的民主觀做對照。進一步文獻閱讀可參考 黃舒芃，註 141 書。

²²⁸ Kelsen 明白表示這個妥協的多數決結果並非絕對的真理。黃舒芃，註 142 書，頁 75。Shapiro 更認為議價(bargain，此處應亦可理解為妥協)固然不如審議所尋得的真理，但終究優於支配關係。SHAPIRO, *supra* note 12, at 49.

²²⁹ Kelsen 並未宣稱此為「審議民主」，但本文認為其內容與審議民主十分相近。

²³⁰ 黃舒芃，註 142 書，頁 65-80。

Lewis 的觀點來說，Kelsen 的多元民主與議會主義幾乎完全實現了民主。²³¹ 也因此，Kelsen 認為特別多數(qualifizierte Majorität)在現實上形成的高門檻，往往致使事後難以推翻，更容易導致個人自由受到限制。²³²

2. 「多元民主」與「議會主義」沒有解決的問題

不過分裂社會的挑戰顯然並不是 Kelsen 理論描繪的「多元」所足以詮釋的，因為多元民主依然預設了「今日少數可望變成明日多數」、「沒有永遠少數」的情狀；而 Kelsen 根本認為民主現實中不存在永遠佔據多數地位的群體，²³³ 否則少數淪為純形式地位後必然放棄其多數決過程中的地位，從而等同宣告多數決本身的滅亡。²³⁴ 偏偏分裂社會正是多數—少數關係變動不易、團塊分裂容易形成「永遠少數」，在這種情形下，競爭不存在、少數的參與也就淪為形式(欠缺競爭即無妥協的必要、參與因此形式化)，多數決的正當性依然存疑。

3. 審議民主在分裂社會中的價值

所謂「獨木難撐廣廈」，分裂社會的多數決困境無法單純靠審議民主的模型解套，²³⁵ 然而關於審議民主前述的功能，依然能提供「多數決」以外的正當性—尤其是關於教育公民、提昇決策品質兩個面向，以及 Amy Gutmann、Dennis Thompson 所主張的，即便審議無法形成共識，但能盡量縮減觀點的差異、並維繫相互尊重。²³⁶

一種對審議的質疑態度認為，越將爭議釐清反而導致對立雙方更加認清雙方差距而產生拒斥、或在論辯的過程中引發衝突，掩蓋或淡化衝突才是上策。短期的冷處理或許是聰明的「戰術」，但就長期「戰略」而言，分裂社會的嚴重歧見不可能長期隱藏在「檯面下」，審議民主代表的是跨越群體(族群、文化)的「制度認同」，²³⁷ 其訴諸理性而提供改變偏好的基礎，²³⁸ 是個案決策中能期待弭合社會分裂的契機—尤其分裂社會產生分裂的因素既然固定，則爭點也會因此固定，長期審議下各異質團體對該爭議歷來的處理方式與理由能累積、歸納成有參考功能的「座標」，比起單純多數決，審議民主對分裂社會而言仍是不可或缺的理念。

第四項 審議民主與協合民主的結合與適用：「擴大參與」、「權力分享」、「充分

²³¹ 當然，Kelsen 假設了少數意見能順利進入議會，是因為 Kelsen 身處的德、奧議會脈絡採取了「比例代表制」；若是英美傳統的單一選區，則各種多元意見能否順利進入國會恐怕未可知。

²³² 黃舒芃，註 142 書，頁 61-62。

²³³ 或許 Kelsen 所謂的多數—少數關係用「交叉分裂」的觀念理解更為清楚：A 議題落敗的人民甲可能是 B 議題的多數。如此一來確實甲確實並非永遠的少數。

²³⁴ 黃舒芃，註 142 書，頁 66-67。這也代表「永遠的輸家」是各民主理論共同擔憂的危險情境。

²³⁵ 本文認為分裂社會的多數決困境，必須併採審議民主與協合民主的理念。詳述請見第四部份。

²³⁶ See AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT 2-12, 52-53, 346 (1996).

²³⁷ 江宜樞，註 43 書，頁 15-17。

²³⁸ See Cohen, *supra* note 211, at 100. 「偏好的可變動性」是審議民主的前提。SHAPIRO, *supra* note 12, at 1-3. 更有認為民主被強調的意義就在於促進個人自我轉化的功能。廖錦桂，〈民主之必要，審議之必要：一個行動者的思考路徑〉，收錄於廖錦桂、王興中編，〈口中之光：審議民主的理論與實踐〉，頁 6 (2007)。

審議」

本節主要探討多數決理論面對現實情境的挑戰與回應方式。多數決與民主理論的第一個修正是針對多數暴政的問題調整，規範面上將多數暴政排除於民主的定義，制度面上則採憲政主義、權力分立及司法違憲審查等機制因應，多數暴政在當代民主的理論與實務上已經獲得一定程度的解決。

多數決與民主理論的第二個挑戰是政治異質性問題，因為異質性問題使得民主發揮功能的「競爭」與「參與」機制失靈，而僵固的異質性就形成了「分裂社會」的現實。不同於面對多數暴政的具體共識，分裂社會依舊採取多數決機制並未想當然耳地被評價為「不民主」，制度要如何調整更是莫衷一是。學理上重要的回應模型包括「統合論」、「向心民主」、「協合民主」與「審議民主」：統合論刻意排除權力面向的反思使得權利保護未必得以實現、應對分裂情事的統合(溫和同化)政策也顯得緩不濟急；向心民主提出了制度面的解決方案，但無法創造出有效的競爭與實質的參與仍屬枉然；協合民主根本挑戰多數決原則、刻意從制度上提昇實質的參與，但如何更進一步創造「競爭」是具體制度設計必須思考的；審議民主雖然仍回歸多數決作為決策機制且依然存在緩不濟急的時效問題，卻藉由審議機制的理性功能，提供了決策新的正當基礎。

本文認為面對分裂社會的多數決困境，應結合審議民主與協合民主的理路建立決策的(民主)正當性。協合民主的概念中，比例代表其實是轉換單一選區對「多數」的計算方式，實際達成的效果則與審議民主強調的參與(participation)與涵蓋性(inclusion)不謀而合。聯邦制事涉具體的權力分立制度，無法泛泛而談，但大聯合政府與少數否決的機制卻是擔保少數聲音獲得尊重與妥協的重要設計，一方面得以鞏固「現狀」、保障少數的現存地位，另一方面大聯合政府就是參與決策或依事務分享決策權，而「否決權濫用」並不至侵害多數利益、少數本身欲有所作為也不能濫用否決權—尤其對於亟須凝聚共識的政策而言，權力分享機制即可促使更多的審議；²³⁹若能建構一定的競爭因子，則少數仍必須顧及在選舉中被徹底屏除的風險而評估行使否決權的時機。

申言之，協合民主與審議民主共同建立一種偏好「維持現狀」的結構：由協合民主「權力分享」的制度內涵確保少數能實質有效的參與決策、使多數必須妥協，而審議的論辯機制提供立場改變的理性基礎、少數行使否決權機制的理由，以及整體決策多數決以外的正當性，提昇決策品質；結合兩者的民主理念應至少包涵「擴大參與」、「充分審議」以及「權力分享」三項指標：「擴大參與」是兩個民主理念的共同通點、甚至可說是民主理論發展的趨勢；²⁴⁰「充分審議」來自審議民主的理念、透過理性訴求增加分裂社會團塊變動的可能；「權力分享」則

²³⁹ 以兩岸經濟合作架構協議(ECFA)政策推動為例，行政院長吳敦義宣示「要有六成民意支持才簽署」。「吳：支持度逾六成 才簽 ECFA」(2009年11月11日)，自由時報。

²⁴⁰ 決策的參與者從國王獨裁，漸漸擴散到貴族、有資力成年男性、一般成年男性到所有成年人，近年來隨著全球化的發展，更開始討論非本國籍人的參政權問題(可參考 Kim Rubenstein & Daniel Adler, *International Citizenship: The Future of Nationality in a Globalized World*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 519, at 524-41 (2000).)，可以說民主的實踐與理論一直都有「擴大參與」的討論與發展。

是協合民主的核心價值、提供了審議被實質進行、以及不同立場彼此妥協的動機，擴大決策的民主正當性基礎。

第三節 臺灣的脈絡與制度選擇

本章前述分析了民主理論—多數決機制隨著社會脈絡的變化做出的修正與回應，尤其是分裂社會的獨特情境、其如何根本挑戰多數決民主的運作邏輯，以及理論上建議的組合與選擇。然而抽象理論的選擇仍不足以解決具體的問題，理論的原理原則必須在個案的具體情境下適用、判斷，才能裁剪出最合身的答案。故以下將先確認臺灣具體為何種類型與程度的分裂社會，並檢討七次修憲後憲法機制所採的民主觀點為何？是否符合臺灣分裂社會困境的需求？

第一項 觀察：首次政黨輪替(2000年)後的重要政治事件例示

一、截面：以首次政黨輪替為界

本文以西元 2000 年首次的政黨輪替作為觀察的起點，除了是較為新進又不失時代脈絡的選擇，也是因為民主化以來全新的政治氛圍、爆炸性地擴充臺灣政治人物與市民社會對我國政治發展圖像的理解與想像，²⁴¹以首次政黨輪替以來為最大的撼動。陳水扁選前看好度多數時候不超過 15%、投票前三天也不過 20%，²⁴²最後以 39.3% 的得票率當選中華民國第十任總統、²⁴³並順利和平移轉政權，又於 2004 年以 50.11%、僅差不到 3 萬票的幅度連任成功—²⁴⁴從輪替到連任的朝野皆是不斷的意外。

民主化之前價值的衝突無法真實地在政治競逐的場域中呈現，民主化後歷經修憲、權力分配的結構尚未穩定，而第一次政黨輪替之前「非國民黨」的勢力也不曾取得國會多數、無法掌握至少一個政治部門的終局決策權；等到昔日的在野黨取得執政權後，理應有機會用不同過去執政黨的思維、價值、議題開創「新時代」，²⁴⁵但現實上，第一次政黨輪替也是我國行憲以來第一次(也是目前唯一一次)出現行政權與立法多數分屬對抗勢力的「分裂政府」(雖然其間 6 年是國會第一大黨)，當在野黨第一次有機會執政、將其主張實踐為政府行為時，輪替後的在野黨與立場相近的政治勢力結盟後依然享有立法權同時推動其主張。而當 2008 年馬英九以 58%、756 萬餘票當選第十二屆總統，²⁴⁶總統大位再次輪替且

²⁴¹ 葉俊榮認為政黨輪替對我國憲政發展的影響可謂「鉅變」(The Great Transformation)。葉俊榮，註 6 文，頁 177。

²⁴² 洪凱翔，《用統計方法看兩千年總統大選選舉策略的效應》，國立中央大學統計研究所碩士論文，頁 11-12 (2002)。

²⁴³ 資料來源：中央選舉委員會 <http://210.69.23.140/ccchead.asp>。
(最後瀏覽日：2009 年 11 月 27 日)

²⁴⁴ 資料來源：同前註。

²⁴⁵ 葉俊榮，〈台灣的轉型憲政主義：政黨輪替與全民政府的詮釋〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁 445-448 (2003)。

²⁴⁶ 資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

回到了「一致政府」的格局，卻因兩岸政策的立場觸動臺灣政治最敏感的神經，爭議並未因為「一致政府」而稍減。故觀察 2000 年後十年以來的重大政治事件，更能凸顯當前臺灣社會不同主流價值的對立議題與強度為何。

行政－總統	立法院	
政黨、姓名、任期、得票率	一致政府期間，支持總統席次比 重要反對黨，席次比	分裂政府期間，支持總統席次比 重要反對黨，席次比
中國國民黨 李登輝 1990.05-1996.05 (未直選)	1993-1995，63.3% 民主進步黨，31.6% 1996，51.8% 民主進步黨，32.9% 新黨，12.8%	
中國國民黨 李登輝 1996.05-2000.05 54%	1996-1998，51.8% 民主進步黨，32.9% 新黨，12.8% 1999-2000，54.7% 民主進步黨，31.1% 新黨，4.8%	
民主進步黨 陳水扁 2000.05-2004.05 39.3%		2001，31.1% 中國國民黨+親民黨+新黨，59.5% 2002-2004，+臺灣團結聯盟，44.4% 中國國民黨+親民黨，50.6%
民主進步黨 陳水扁 2004.05-2008.05 50.1%		2005-2007，+臺灣團結聯盟，44.8% 中國國民黨+親民黨，50.2%
中國國民黨 馬英九 2008.05~(現任) 58.5%	2008~(現任)，71.7% 民主進步黨，23.9% ²⁴⁷	

表.2 民主化後總統及立法院各次選舉結果與關係²⁴⁸(作者自繪)

²⁴⁷ 此為 2008 年選舉結果，之後補選結果未記入。

²⁴⁸ 表格所列者為立院「席次比例」而非得票率，乃考量「席次數」才是立院內真正的實力。又，以“+”代表各黨間現實上有結盟關係，且直接統計結盟後的席次數較能反應政治對立的現實。資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

二、案例：引發朝野高度爭議的重大議題

何謂「重大爭議」本文無法提出明確標準，僅能從生活經驗與一般輿論態度為斷；但若有分裂政府間爭議有作成大法官解釋者，則代表爭議已無法透過現有政治途徑解決而須交由體制上設立的裁決人，以憲法為準做終局決定，一定程度上代表係爭事項確為分裂議題。

(一)核四停建案

核能四廠於 1970 年由台電公司提案後即屢經波折，至 1994 年才首度通過預算 1125 億元，歷經 1996 年的立法院廢止興建的決議與覆議失敗後持續執行。²⁴⁹2000 年政黨輪替後由一向反核的民進黨執政，²⁵⁰ 經濟部長林信義於 2000 年 9 月 30 日提出以建立「非核家園」為終極目標的六點停建理由、10 月 27 日由接任行政院院長不到一個月的張俊雄正式宣佈停建，親民黨與新黨即串連倒閣、立法院最大黨的國民黨則選擇先擱置總預算案審查。²⁵¹陳水扁總統 30 日邀集五院院長會談但遭立法院長王金平拒絕，11 月 7 日立法院提案監察院糾彈行政院長及相關人員、10 日聲請大法官解釋。大法官於 2001 年 1 月 15 日作成**釋字第 520 號解釋**、30 日立法院召開臨時會由行政院長就核四停建案提出報告及備詢、31 日作成績建之決議，兩院多次協商後於 2 月 13 日簽協議書、14 日張俊雄院長宣佈復工，5 月 15 日監察院通過對行政院與經濟部的糾正案。²⁵²

核四停建案是政黨輪替而形成分裂政府以來第一個重大憲政爭議，²⁵³是彼此測試施政與制衡力道的第一個衝突點，但分裂政府期間的憲政衝突並沒有因為大法官作成了憲法解釋後即定紛止爭，反而在「二元民主」的中央政府體制下，雙方繼續爭奪「多數代言人」的身份。

(二)人事權之爭

我國現行五權憲法的設計，讓司法、考試、監察三個憲法機關共 63 人的人事任命須經過「總統提名、立法院同意」的程序。²⁵⁴既是憲法機關，則掌握的國家權力自是不容小覷，更代表總統與立法院是「專業、超黨派」還是政治酬庸，²⁵⁵總統應如何提名、立法院應如何行使同意權，在彼此立場相左的分裂政府政治

²⁴⁹ 《立法權之維護與堅持：核四電廠釋憲案相關文獻彙編》，立法院，頁 3-5 (2001)。

²⁵⁰ 葉俊榮，註 245 文，頁 446。

²⁵¹ 「水蓮元年—阿扁就職一週年大事記」，聯合新聞網。資料來源：
<http://issue.udn.com/520/P5-1.htm> (最後瀏覽日：2010 年 2 月 23 日)

²⁵² 註 249 書，頁 5-11。

²⁵³ 朱德明更認為，本案呈現了台灣民主化後政治局勢逐漸走向二元對立政治抗爭，並有將政治對抗延續到司法權續戰的趨勢。朱德明，註 16 書，頁 123。

²⁵⁴ 憲法增修條文第 5、6、7 條；考試院組織法第 3 條。

²⁵⁵ 不論是分裂政府時期的陳水扁總統，或二次政黨輪替後一致政府下的馬英九總統，兩者對於司法、考試、監察的人事提名多喜訴諸「專業、超黨派」。例見，李鴻典，「監委同意權之爭再現對立」，《新台灣新聞週刊》457 期 (2004 年 12 月 28 日)。

<http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=20957>。(最後瀏覽日期：2009 年 11 月 30 日)；「綠營嚴審考監人事案 藍營盼理性審查」，中央社(2008 年 11 月 9 日)。

局勢下更是爭議紛呈。2000 年之後司法院大法官共提名一任命過三次(2003、2007、2008)²⁵⁶，考試正副院長暨委員兩次(2002、2008)²⁵⁷，監察正副院長暨委員一次(2005 年末即時完成任命，於 2008 年完成)²⁵⁸。其中 2002 年考試委員同意案時，院長提名人姚嘉文的統獨立場即引發立法院朝野對立；²⁵⁹ 2005 年陳水扁總統提名的監察委員名單遭在野黨立委「退回」、「拒審」，最後即便大法官**釋字第 632 號解釋**宣告立法院違憲，在野黨多數立委仍未為審查；2007 年大法官同意權行使時，審查過程粗糙、²⁶⁰提名八位大法官最後被封殺一半，小動作頻頻而輿論嘩然。²⁶¹ 即便時序到了「一致政府」的 2008 年以後，馬英九提名的大法官及考試、監察正副院長暨委員，立委席次極少數的民進黨依然全力抨擊。²⁶²

憲法機關之外的人事權爭議主要發生在「獨立機關」。由於獨立機關的建制是全球行政管制革新中的重要環節，²⁶³ 但獨立機關的意義主要就是(至少)將事權從本來主管的行政機關分割出來，也就直接衝擊行政權本身。在我國推動獨立機關的時程正好是首次政黨輪替、本來的在野少數贏得行政權的時候，在野的國會多數聯盟有意或無意地「奪權」，讓本來法理與政策技術面層次的行政革新問題，一下子拉高為朝野對立的政治僵局。第一個檯面上引爆憲政僵局的「國家通訊傳播委員會」(NCC，簡稱「通傳會」)。2005 年 11 月通傳會組織法通過、2006 年 1 月 20 日行政院聲請釋憲、7 月 21 日大法官作成**釋字第 613 號解釋**宣告該組織法人事權分配方式違憲，²⁶⁴ 之後行政院更對通傳會 9 位處長在機關成立一年後才予核派、年度業務概算減半、甚至逕自撤銷通傳會行政處分、未予陳述機會前將兩位通傳會委員送監察院調查並停職等對抗手段，²⁶⁵ 以及通傳會許多職權行使如 TVBS 撤照案以及趙少康入主中國廣播公司案等，都是當時激烈的政治風波。²⁶⁶

<http://www.epochtimes.com.au/b5/8/11/9/n2324297.htm> (最後瀏覽日期：2009 年 11 月 30 日)。

²⁵⁶ 資料來源：司法院大法官。http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p01_04.asp (最後瀏覽日期：2009 年 11 月 30 日)

²⁵⁷ 資料來源：考試院全球資訊網。http://intro.exam.gov.tw/history/history_index.htm (最後瀏覽日期：2009 年 11 月 30 日)

²⁵⁸ 資料來源：中華民國監察院。http://www.cy.gov.tw/leader_ assit.asp?bar1=1&bar2=4 (最後瀏覽日期：2009 年 11 月 30 日)

²⁵⁹ 高天生，「諷刺【國會闖關·勝負未明】姚嘉文一生波折 張博雅一路長紅」，《新台灣新聞週刊》325 期(2002 年 6 月 14 日) <http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=606> (最後瀏覽日期：2009 年 11 月 30 日)。然而最後姚嘉文通過同意權行使，反而是張博雅中箭落馬。

²⁶⁰ 林峰正，「立院的大法官審查待改進」(2007 年 9 月 28 日)，中國時報。

²⁶¹ 「親綠 4 大法官人選 藍營通殺」(2007 年 9 月 28 日)，中國時報。

²⁶² 如「黃茂榮、陳新民遭點名不適任」(2008 年 10 月 2 日)，自由時報。其中陳新民遭質疑贊成「一國兩制」、黃茂榮遭點名隱瞞 228 事件真相、涉及性騷擾及違反利益迴避。「考監／挺馬換監委？綠委批錢林慧君：期約賄選！」(2008 年 7 月 2 日)，NOWnews 今日新聞。

<http://www.nownews.com/2008/07/02/301-2298252.htm> (最後瀏覽日期：2009 年 11 月 30 日)

²⁶³ Andras Sajo, *Neutral Institutions: Implications for Government Trustworthiness in East European Democracies*, in BUILDING A TRUSTWORTHY STATE IN POST-SOCIALIST TRADITION 29, 31-36(János Kornai & Susan Rose-Ackerman eds., 2004).

²⁶⁴ 釋字第 613 號解釋及其釋憲聲請書。

²⁶⁵ 蘇永欽，〈我國憲政體制下的獨立行政機關〉，收錄於《尋找共和國》，頁 420-421 (2008)。

²⁶⁶ 「NCC 成立以來爭議」(2007 年 7 月 5 日)，聯合新聞網。

沒有走向釋憲聲請卻爆發國會流血衝突的是 2007 年 1 月起推動的「中選會組織法」，²⁶⁷ 本來欲採取「政黨比例代表」的任命方式，二次政黨輪替後 2009 年 6 月 10 日正式公佈的第 3 條也改成「行政院長提名、立法院同意」；²⁶⁸ 另一個比較不具新聞性卻有作成釋憲文的是公民投票審議委員會組織法，也採「政黨比例代表」的人事任命程序遭**釋字第 645 號解釋**於 2008 年 7 月 11 日宣告違憲、且根本不認為其為獨立機關。²⁶⁹

(三)中央地方

我國國體一向是「單一國」而非「聯邦國」，²⁷⁰ 中央對地方有相當高的掌控權，但由於地方自治團體的首長也採民選、加上台灣幅員有限，致使一樣出現類似行政－立法之間雙重民主正當性的爭奪，²⁷¹ 若再加上中央行政首長與地方行政首長黨派對立，²⁷² 則中央－地方與執政－在野的雙重利益衝突糾葛，會引爆嚴重的政治衝突也即不讓人意外。

由於精省與財政收支劃分法的修改，中央與地方政府的定期選舉成為支票大賽，爭著幫選民「開源節流」(包括減稅、增加福利)的同時，也就是讓中央與地方的財庫「開流節源」、持續惡化，²⁷³ 各地方首長在越做越小的餅裡分食資源又不敢自行開徵地方稅、中央也視為一筆「私房錢」優先分配同黨地方首長，²⁷⁴ 每年勢必都會準時上映地方槓中央的戲碼。地方與中央為錢撕破臉已不足為奇，還有打上憲法訴訟的有名案例是 2002 年的台北市健保費案：台北市長馬英九不滿中央立法的健保，費用需由縣市政府分攤而形成「中央請客、地方買單」，剝奪地方財政自主的設計而拒繳健保費，並於 2002 年 3 月聲請大法官解釋；大法官於 10 月發表**釋字第 550 號解釋**，認為在保障地方自治團體參與的前提下此一分配並不違憲，²⁷⁵ 而在最高行政法院以**98 年判字 880 號**判決台北市敗訴應繳費(347 億)後仍未清償²⁷⁶ 而延宕至今。²⁷⁷

http://mag.udn.com/mag/news/storypage.jsp?f_ART_ID=63490 (最後瀏覽日：2009 年 12 月 3 日)

²⁶⁷ 李鴻典，「老 K 戰力不足 中選會組織法再敗」，《新台灣新聞週刊》612 期 (2007 年 12.12)。

<http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=74596> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 3 日)

²⁶⁸ 中央選舉委員會組織法第 3 條。

²⁶⁹ 釋字第 645 號解釋理由書，第 5~7 段。

²⁷⁰ 聯邦制與單一制的簡介比較，可參考 ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，**註 21 書**，頁 240-255。

²⁷¹ 在「凍省」之前，民選的台灣省長

²⁷² 例如分裂政府期間所謂的「扁馬關係」，正是中央由民進黨陳水扁執政、而馬英九以台北市長身份作為國民黨在野時期最被期待的政治人物；或是所謂「四大天王」的蘇貞昌、謝長廷、游錫堃、呂秀蓮，以及今日政治呼聲高漲的陳菊，都有國民黨執政時期當選地方政府首長的基礎。

²⁷³ 許秀鶴，《從民主化探討地方財政惡化之政經分析》，國立成功大學政治經濟研究所碩士論文，頁 112 (2005)。

²⁷⁴ 林福鵬，《財政收支劃分法對地方財政之影響》，國立東華大學公共行政研究所碩士論文，頁 84-86(2005)。

²⁷⁵ 釋字第 550 號解釋及釋憲聲請書。

²⁷⁶ 「北高還勞健保費 政院稱有共識」(2009 年 8 月 8 日)，聯合報。

²⁷⁷ 中央與地方的鬥爭尚有里長延任案引發的釋字 553 號解釋，以及教科書問題、中正紀念堂更名等案件，此處且不贅述。

(四)選舉爭議

2004年總統大選的選舉爭議是至今仍無公論的事件。企圖爭取連任的陳水扁總統選前依公民投票法17條發動「防衛性公投」即引發在野黨及輿論的大力抨擊，再加上投票前一天發生「三一九槍擊案」震驚全台，隔天陳水扁總統驚險連任成功後，敗選的連戰(中國國民黨)與宋楚瑜(親民黨)發動抗爭並起訴主張當選無效、²⁷⁸選舉無效²⁷⁹但皆敗訴。²⁸⁰

抗爭之餘，國、親兩黨更透過立法院多數優勢，於2004年9月24日立法組成「三一九槍擊事件真相調查特別委員會」針對被指為選舉舞弊的槍擊案真相進行調查，而國會中佔少數的民進黨，一方面立委由柯建銘委員等93名立委聲請釋憲，另一方面民進黨政治人物率領民眾向進行調查的真調會委員抗議、甚至爆發嚴重的肢體衝突；²⁸¹12月15日，大法官做成**釋字第585號解釋**，宣告真調會部份條文違憲。²⁸²國親立委翌年刪除大法官薪水「專業加給」部份，遭抨擊是報復釋字第585號解釋而來，²⁸³更逼得大法官在被攻擊「自肥」²⁸⁴的壓力下仍做成**釋字第601號解釋**，認為國親此舉違憲，²⁸⁵相關爭議暫時告終。²⁸⁶

(五)威權統治

國民黨威權統治台灣期間，全面掌控政治權力、媒體資源、經濟與社會資源、文化教育與意識形態，在民主化與解嚴後即漸漸鬆綁；不過在民進黨上台後進一步推動的立場容易產生「清算」或移轉「施政不力」焦點的聯想，²⁸⁷其力道與方法都惹出不小爭議。其中「去中國化教育」其實在首次政黨輪替前(1997年)即以「認識台灣」的國中課綱開始推動社會科教育的本土化，關於中國意識、台灣意識的爭議即未曾停歇，一派認為本土化得不夠徹底，²⁸⁸另一派形容為台灣版的「文革」認為是打算徹底抹滅中華文化在台灣文化中的因子。²⁸⁹同時，「去蔣化」更是掀起軒然大波，以「中正紀念堂更名」為代表，從2007年2月民進黨立委

²⁷⁸ 94年臺上字第1117號判決。

²⁷⁹ 94年臺上字第1720號判決。

²⁸⁰ 彭懷恩，《台灣政治變遷史》，頁210-212(2008)。

²⁸¹ 「真調會訪南檢 泛綠群眾抗議」(2004年10月9日)，自由時報。

²⁸² 釋字第585號解釋。

²⁸³ 「真調會違憲案 國親怒火攻「薪」報復大法官」(2005年1月18日)，自由電子報。

<http://www.libertytimes.com.tw/2005/new/jan/18/today-t1.htm> (最後瀏覽日：2009年12月3日)

²⁸⁴ 桂宏誠，〈大法官加給釋憲有自肥之嫌〉，《國政評論》，2005年7月26日。

<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-C-094-039.htm> (最後瀏覽日：2009年12月3日)

²⁸⁵ 釋字第601號解釋。

²⁸⁶ 釋字第633號解釋再次針對真調會條例部份宣告違憲，但事過境遷，幾乎不受矚目。

²⁸⁷ 劉新圓，〈轉型正義與去中國化〉，《國政評論》，2007年5月7日。

<http://www.npf.org.tw/post/2/2166> (最後瀏覽日：2009年12月5日)

²⁸⁸ 黃德宗，〈高中歷史教學的回顧與檢討〉，收錄於台灣歷史學會編，《歷史意識與歷史教科書論文集》，頁187-204(2003)。在政黨輪替前，教科書的論戰烽煙漫天，可參考盧建榮，《分裂的國族認同 1975~1997》，頁273-290(1999)。

²⁸⁹ 劉新圓，〈民進黨的去中國化〉，《國政評論》，2007年9月12日。<http://www.npf.org.tw/post/1/2955>

(最後瀏覽日：2009年12月5日)

提議、5月正式掛上「台灣民主紀念館」、「自由廣場」，其間中央與地方「鬥法」攻防，到二次政黨輪替後的2009年7月，以改回「中正紀念堂」、維持「自由廣場」的折衷方案做終。²⁹⁰

第三個威權統治的遺緒是國民黨的「黨產問題」：「黨產問題」一直是國民黨選舉的「痛腳」。到2008年更進一步推出「公投討黨產」的策略，不過最終因為投票率(21%)未過選民總數二分之一的門檻視為否決，²⁹¹加上民進黨在立委與總統選舉中慘敗，黨產議題顯然無法化為支持民進黨的選票，目前也不見後續發展。

(六) 兩岸與國家認同

在黨旗畫上台灣地圖的民進黨，顯然與黨名冠有「中國」的國民黨，在國家認同的基礎定位上大相逕庭。從國民政府遷台以來，一直以延續中國代表的法統為號召以及國家的定位，²⁹²在民主化後的憲法增修條文前言所謂「國家統一前」被認為是確認了主權與治權分離的狀態、卻並沒有進一步對「未來」統獨的指示，²⁹³使得國家認同與統獨爭議正式浮上檯面；兩千年政黨輪替時，陳水扁總統曾於就職演說上公開宣佈「四不一沒有」²⁹⁴釐清其統獨立場，但於2002年8月開始主張「一邊一國」、²⁹⁵2006年2月正式終止國統綱領、²⁹⁶11月更對「四不一沒有」提出幾乎與當初承諾完全相反的「全新詮釋」。²⁹⁷政黨再輪替後，馬英九總統的兩岸政策幾乎是一百八十度大轉彎，兩岸定位為戶籍區分的「一國兩區」，²⁹⁸整體政策²⁹⁹也被視為「傾中」，³⁰⁰並沒有因為囊括765萬票、58.4%得票率³⁰¹的

²⁹⁰ 「中正紀念堂更名 藍綠相爭大事記」，中央社，2009年7月20日。

<http://n.yam.com/cna/politics/200907/20090720548931.html> (最後瀏覽日：2009年12月5日)

²⁹¹ 《第7屆立法委員選舉暨全國性公民投票案第3案、第4案實錄》，頁409(2008)。

²⁹² 葉俊榮，〈法統的迷思〉，《民主轉型與憲法變遷》(2003)。

²⁹³ 蘇永欽，註17文，頁157-160。認為該次修憲採「中華民國台灣化」而形塑國家認同的實質變化者，葉俊榮，註6書，頁182；許宗力，〈兩岸關係法律定位百年來的演變與最新發展—台灣的角度出發〉，收錄於《憲法與法治國行政》(1999)。

²⁹⁴ 即「不會宣佈獨立，不會更改國號，不會推動兩國論入憲，不會推動改變現狀的統獨公投，也沒有廢除國統綱領與國統會的問題。」「水蓮元年—阿扁就職一年大事記」，聯合新聞網。資料來源：<http://issue.udn.com/520/P1-1.htm> (最後瀏覽日：2009年12月6日)

²⁹⁵ 「台灣站起來 迎接向上提昇的新時代：中華民國第十任總統陳水扁 宣示就職典禮致詞全文」(2000年5月21日)，聯合報。

²⁹⁶ 「陳總統宣示終止統一綱領」，我的E政府—台灣年鑑。資料來源：

<http://www7.www.gov.tw/todaytw/2007/relations/ch01/4-1-01-0.html>

(最後瀏覽日：2009年12月6日)。陳總統廢除國統會與國統綱領的行動，亦曾有國民黨立委聲請大法官解釋，但遭大法官第1282次會議不受理決議案駁回(2006年4月21日)。

²⁹⁷ 其內容為：「我們不宣布台灣獨立，但台灣本來就是個主權國家、獨立國家，不必宣布；我們不改變國號，但希望以台灣的名義參與國際社會及申請加入聯合國；我們不將「兩國論」入憲，但將公投入憲；我們不舉行統獨公投，但我們在2004年有了和平公投。」。請見「金蟬脫殼？四不一沒有 扁提新詮釋」(2006年11月3日)，聯合報。

²⁹⁸ 係馬總統接受墨西哥媒體專訪時所提出。蘇永欽，〈一國兩區掀波 執政時不敢動 綠現在盧什麼？〉(2008年9月15日)，聯合報。詳細的理論基礎，蘇永欽，註17文。

²⁹⁹ 許多政策或政治行動雖然不直接宣示國家定位及兩岸關係發展，但包括軍購議題、中華郵政改名臺灣郵政、重返或加入聯合國、四川熊貓來台所依循之程序、陳雲林來訪政府的應對、達賴喇嘛與熱比婭造訪問題，以及ECFA(兩岸經濟合作架構協議).....等政策，依其論述或運作程序

高民意正當性，就在兩岸政策上取得定義權。

(七) 被排除的議題

朱德明的觀察認為，臺灣在信仰、經濟「左派/右派」、階級、信仰及同性戀婚姻、死刑、墮胎等議題上的強度並不至構成「分裂社會」的程度，此點與外國一般分裂社會的經驗相異；³⁰² 廖元豪也指出國外一般而言所謂的「左派」立場或論述，在臺灣一般輿論中幾乎是不受重視、甚至敵視的對待。³⁰³ 這樣高度的同質社會仍會得到「分裂社會」的評價，顯然分裂社會的判斷標準不在「有多少相同之處」，而在各種差異間的關係(團塊或交叉)、性質(是否涉及民族主義)以及強度。

三、歸納：「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」連動性與權力分配

本文分析前述例示的重要政治事件，分別歸納為「族群關係」、「轉型正義」、「國家認同」，以及基於這三類議題所產生的權力競逐，製表如下並於後續說明：



可推得的立場，依然是統獨間彼此嚴格檢驗的焦點。

³⁰⁰ 「80 萬人嗆馬反傾中」(2009 年 5 月 18 日)，自由電子報。

<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/may/18/today-t1.htm> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 6 日)

³⁰¹ 資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

³⁰² 朱德明，註 16 書，頁 110-111。朱德明對分裂社會設定的要件與本文不盡相同，但筆者自己的觀察以及標準適用上也不認為這些議題是構成臺灣分裂社會的因子、所蒐集的文獻中亦不見有此觀點者。

³⁰³ 廖元豪，「名家新論－社會主義在臺灣」(2009 年 11 月 26 日)，旺報－中時電子報。

<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0.4521.11052102+112009112600478.00.html> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 6 日)

案 例 分 類	國家認同	族群關係	轉型正義	權力分配 304
核四停建案				V
憲法/獨立機關人事權爭議		V		V
台北市健保費、里長延任案				V
三一九+真調會/公投綁大選				V
「去中國化教育」、「去蔣化」	V	V	V	
黨產問題			V	
總統對兩岸關係的定位	V	V		
軍購議題				V
重返/加入聯合國	V			
熊貓/陳雲林來台事件	V			
ECFA 簽署案	V			V

表.3 2000~2009 年重大憲政爭議類型化整理(作者自繪)

(一)釐清：國家認同、族群關係與轉型正義的定義：交疊與歧異

本文採江宜樺簡單說明「國家認同」的意義為：「一個人確認自己屬於哪個國家，以及這個國家究竟是怎樣一個國家」，至於一般慣稱的「統獨問題」是「臺灣呈現其國家認同問題的特有形式」、關注的是「臺灣是否應明確切斷與中國大陸的主權糾葛」，³⁰⁵兩者並不完全相同。

「族群關係」則須將「族群」(ethnic)與「民族」(nation)做一區隔。Heywood 清楚說明，族群是一群有共同文化與歷史認同(典型的更包括血緣)的人，其與民族最大的差異在於族群欠缺「**集體性政治期望**」—典型的期望是從自治、聯邦乃至於邦聯或獨立國家的權力；³⁰⁶ 國內學者討論族群關係時基本上也秉持類似的理解方式。³⁰⁷ 則族群「關係」的定義，援引施正鋒的觀察與歸納，即是關於權力、資源、認同三個面向上的互動。³⁰⁸

³⁰⁴ 雖然所有憲政爭議都有「權力」因素，但未必有「權力重新分配」的意義：例如，總統對兩岸關係如何定位或有爭議，但其有「定位(發言)權」是無庸爭議的(至少並非其成爲爭議議題的原因)，故並不屬於本文所謂「權力分配」的問題。

³⁰⁵ 江宜樺，註 43 書，頁 4-5。對應到英文語彙則產生困難，慣用的“national identity”有混淆「民族」、「國家」的風險。江宜樺，〈新國家運動下的臺灣認同〉，收錄於林佳龍、鄭永年編，《民族主義與兩岸關係—哈佛大學東西方學者的對話》，頁 190-191 (2001)。

³⁰⁶ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 163。

³⁰⁷ 例如施正鋒主張建構多元「族群」的「民族」國家，其中論及臺灣各族群(原住民、鶴佬、客家、外省、新移民)彼此在權力、認同、資源上的競逐，以及如何以新憲法凝聚「民族國家」的臺灣認同，顯然用語上的「族群」與「民族」即非相同概念，更符合 Heywood 所區隔的，有意圖建構國家的稱爲「民族」、五族群則未必有此主張(否則就會是多元族群的多元民族、多元國家了)。施正鋒，〈由多元文化主義、共和主義、到憲政主義的思辨—建構多元族群的民族國家〉，收錄於《臺灣族群政治與政策》(2006)。

³⁰⁸ 施正鋒曾將兩個族群之間的關係歸納爲六種模式，包括「接觸」、「垂直涵化」、「水平涵化」、

「轉型正義」的概念眾家定義不一，本文結合江宜樺與李建良的定義，³⁰⁹ 認為係指「威權或集權統治下，當政者對人民施加之暴行，在民主化(轉型)後依正義原則進行平反、賠償、訴究，旨在追求和平、穩定、民主的未來。」，其具體政策包括真相還原，³¹⁰ 刑事究責，人事清查，以及賠償、和解、制度改革、追思紀念等四大類途徑。³¹¹

轉型正義經驗上可能與族群關係較密切(即族群間權力濫用的處理)，因為威權統治集團可能就是其中一個族群的菁英為首，例如南韓在威權統治時期(朴正熙時期)刻意以出生地為政府高級官員任用的標準，也是形成今日「地域政治」、分裂社會的因素之一；³¹² 也因此，在處理轉型正義問題的時候往往容易涉及對特定族群歷史記憶、評價的衝突。³¹³ 族群關係未必與國家認同有關，因為族群事務的「異見」未必挑戰「自己屬於哪個國家、國家究竟是個怎樣的國家」的認知(幾乎就是「族群」與「民族」概念上的根本差異)；而國家認同概念上也未必與轉型正義有關，因為對於過往威權統治者的評價與「一個人確認自己屬於哪個國家，以及這個國家究竟是怎樣一個國家」的認定是根本兩個不同的問題。

(二)類型化的嘗試

1. 國家認同

本文將選出的案例大致歸納為「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」與「權力分配」四類。首先，總統作為全國民選首長而有明確的對外代表性，³¹⁴ 其對兩岸關係的定位與發言自然有其份量、發生爭議也必然是與國家認同(中國/中華民國/台灣國)的面向；2008年公投「重返/加入」聯合國的重點也在於名義問題，認同「中華民國」的邏輯下會認為是「重返」(恢復中華民國代表權)、認同「台灣國」則是以新國家的名義「加入」；四川熊貓來台涉及依華盛頓公約³¹⁵「國內」、

「隔離」、「同化」、「融合」，並認為「多元文化」是一個最終境界、不再視為互動過程。施正鋒，〈建構台灣政治史的嘗試—由 creole 到 mestizo 的墾殖社會〉，收錄於《台灣民族主義》，頁 12-16 (2003)。這樣的類型化對於深入研究各族群互動固然十分精準，但本文並不具體探究族群關係，而只是點出臺灣存有族群關係這樣的分裂因素，故正文介紹僅以同為施正鋒所提出、較為單純的關係為主。

³⁰⁹ 林傳智，《轉型正義之理論與實踐—以二二八事件之處理為例》，國立臺北大學法律學系碩士論文，頁 9-13 (2009)。

³¹⁰ 「真相還原」即便已是十分和緩的作法，但國際實踐的經驗上仍然有不同群體採取不同詮釋角度的情形，爭議依然未解、南非的經驗甚至更加惡化。吳乃德，〈轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業〉，《思想季刊》第 2 期，頁 6, 15-16 (2006)。

³¹¹ 林傳智，註 309 書，頁 39-147 (2009)。黃若矜整理的類型則是「刑事處罰」、「參政權與公民權的剝奪」、「協商特赦」、「無特殊轉型正義作為(遺忘)」及「真相的揭發」五類，而臺灣偏重的「補償」似乎並非國際上常見的作法。黃若矜，《轉型正義與法院之功能角色》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 61-62 (2007)。

³¹² 森山茂德著，吳明上譯，註 116 書，頁 48-49。

³¹³ 吳乃德認為，「威權政體在漫長的統治過程中，創造了不少的支持者和同情者。追究政治領導階層的罪行，經常造成社會的緊張和分裂。特別是如果對威權統治的支持和反對，是以族群或種族為分野(如南非)，這個問題就更不容易處理。」吳乃德，註 310 文，頁 3。

³¹⁴ 葉俊榮，註 6 書，頁 169。

³¹⁵ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, December 31,

「國外」程序的不同，³¹⁶ 陳雲林來台時我國政府對於國旗、雙方稱呼的決定，也是類似的問題。

2. 族群關係與轉型正義

族群與政治權力分配掛鉤，在台灣討論始於 1987 年、在國會全面改選後是否設置「大陸代表」的攻防中正式浮上檯面。³¹⁷ 在過去政治權力獨厚外省族群、今日又是以福佬為人口多數的情勢下，各種機關的人事提名與同意權行使是族群關係平衡的重要指標(施正鋒所提架構下的「權力」面向)；「去中國化教育」與「去蔣化」則同時涉及台灣如何決定歷史記憶(哪些歷史是「本國史」、地理(領土)觀念的範圍，一部分涉及國家認同外，更是關於族群關係與轉型正義的問題：以官方力量區別「他者(other)」與「我(self)」時，³¹⁸ 是強調中華法統與文言文之美還是台灣文學與台灣意識？是宣揚「蔣公」對日八年抗戰勝利、固守台澎金馬自由地區或指控「蔣介石」統治台灣期間二二八、白色恐怖的政府暴行，是否有資格享如林肯一般的紀念堂？不論如何選擇或兼顧，都至少侵蝕其中一方固有或主張的記憶與評價。³¹⁹(施正鋒架構的「認同」面向)。³²⁰

至於黨產問題，雖難免有「清算國民黨」的聯想而對族群問題有部份「反射影響」，³²¹不過他的核心議題當然是在於如何處理國民黨威權統治期間合法或非法獲取資源的問題；中正紀念堂更名案與去蔣化、追究其二二八事件中的責任，更是國家對於威權暴行的評價與處理—這兩者在民主轉型與政黨首次輪替後的處理，自然會被歸於「轉型正義」的分類下。³²²

3. 權力分配

可以發現，還有許多案例無法被視為與三類事務相關的爭議：其在分裂社會中的重要性並非爭議本身，而是**象徵分裂議題背後力量的分配**—亦即分裂的團塊能**遂行其意志、或阻擋對立方遂行的力量**：綜觀過去十年，這類的案例反而佔大多數。當然，權力分配的競逐是政治活動的本質，並非分裂社會所獨有，但對於身處分裂社會的異質團體來說，權力的得喪直接影響分裂議題發展是否有利於

1974, 993 UNTS 243, 27 UST 1087

³¹⁶ 「華盛頓公約：貓熊來台屬國內交易 綠批馬賣主權」(2008 年 12 月 24 日)，自由電子報。
<http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/dec/24/today-life1.htm> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 8 日)

³¹⁷ 王甫昌，〈族群政治議題在台灣民主化轉型中的角色〉，《台灣民主季刊》第 5 卷 2 期，頁 89 (2008)。

³¹⁸ 如 Józef Klemens Piłsudski 所言：「不是民族創造國家，是國家創造民族」。轉引註自盧建榮，**註 288 書**，頁 294。

³¹⁹ 吳乃德，**註 310 文**，頁 16-17。

³²⁰ 本文此處談論的族群問題僅限足以構成分裂社會的議題。當然台灣面臨的族群關係議題不只這些，尚包括福佬與客家間的語言、文化、政治地位不平等，以及原住民與漢人間的經濟社會地位不平等。張嘉尹，〈憲改與國家認同的統獨爭議〉，頁 20 (2006)。更全面針對台灣族群關係與法律結構的檢討，可參考廖元豪，〈建構以平等公民權(Equal Citizenship)為基礎的憲法權利理論途徑—對傳統基本權理論之反省〉，收錄於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯 (2009)。

³²¹ 若直接認為國民黨=外省黨，則也有施正鋒分析族群關係架構下「資源」的面向。

³²² 但本文不擬實質討論這些手段是否符合轉型正義的標準。

己：臺灣的十年以來的案例也十分明顯，「廢核四」作為當時執政黨的「神主牌」，想擴張分裂政府下行政部門獨斷的權限；NCC 委員如果被泛藍取得多數，則「統媒唱衰臺灣」勢必越演越烈、影響臺灣民意的統獨傾向；健保費與里長延任案中「被阿扁欺負」的馬英九，難免也讓人口比例佔少數的外省族群感受到被佔多數的閩南人欺壓、產生族群關係的割裂—分裂社會的異質團體間對於權力分配的敏感、在意，不但提高政治人物爭權的正當性，似乎也是必然發生的結果。

四、研判：分裂的台灣社會

(一) 分裂議題的連動性：以國家認同為軸心

本文之前釐清「國家認同」、「族群關係」與「轉型正義」三者的概念，但在台灣的歷史脈絡下，卻顯然是以國家認同為軸心而串起三者的連動性。在國民黨威權統治期間，並極力延續「中華民國」的法統、形塑認同，而將政治權力集中外省族群，³²³更掌握國家資源與暴力為黨及該意識形態所用；而反對勢力(黨禁時期所謂的「黨外」)即採取這三點提出三個不同的對立主張：(1)以 1970 年代由彭明敏提出、80 年代風行的「住民自決」，訴諸台灣本土認同對抗「中國法統」，³²⁴(2)由於中國法統不再絕對，政治權力即無須由外省菁英把持，³²⁵民主化的訴求也就是把政治權力重新依照民主原則分配，(3)威權統治下的暴行、黨國資本主義與資源壟斷，形成非外省族群對於統治族群的反感，³²⁶而有「狗去豬來」的族群仇恨。³²⁷換言之，三個分裂議題的連動性肇始於國民黨威權統治、反共復國(基於國家認同)需要所創造的「三位一體」關係，從黨外轉型的民進黨成立後，依然延續當初對抗「三位一體」的路線至今，³²⁸其政治人物更喜歡輕易地創造「外省人」(族群關係) = 「國民黨」(轉型正義) = 「中國」(國家認同)的「三合一敵人」。³²⁹

台灣的「族群關係」是一個值得特別說明的部份。朱德明並不認為族群問題是臺灣分裂社會的主因，因為從人口結構來看，福佬人佔全台人口七成以上，並非「五十一比四十九」的類似情形，不足以形成嚴重衝突；³³⁰王甫昌也認為對立不再發生於族群身分團體(本省族群 v. 外省族群)，而是「族群意識論述」(台灣

³²³ 李炳南、周祥光，〈統獨意識與台灣的政治發展〉，收錄於邵宗海、楊逢泰、洪泉湖編，《族群問題與族群關係》，頁 220-221 (1995)。類似見解可見 劉文斌，註 42 書，頁 366。(該文係從國、共內戰角度出發的歸類)

³²⁴ 李炳南、周祥光，同前註書，頁 223-224。嚴格說來，住民自決並未絕對排除「中國法統」，卻足以挑戰威權統治不容討論的絕對性。

³²⁵ 彭懷恩，《台灣政黨論》，頁 92 (2005)。

³²⁶ 尤其在民主化後控訴其過去所受壓迫，多數外省族群無法分享這樣情緒下，福佬人更對外省族群產生不信任與排拒。吳乃德，〈認同衝突和政治信任：現階段台灣族群政治的核心難題〉，《台灣社會學》第四期，頁 79-80 (2002)。

³²⁷ 施正鋒，〈搜尋台灣與中國的定位〉，收錄於《台灣民族主義》，頁 213 (2003)。

³²⁸ 彭懷恩，註 325 書，頁 111-126。

³²⁹ 施正鋒，註 327 文，頁 221。

³³⁰ 朱德明，註 16 書，頁 110-111。

主體意識 v. 中國主體意識)。³³¹然而本文的理解是，泛國民黨的支持者包括幾乎全部的外省族群、一定高比例的福佬、³³²客家與原住民(否則不足以維持九勝一敗的戰績)，而泛民進黨政治主張則是以福佬為主：³³³既然支持泛藍的部份福佬人並不是永遠輸的一方，也因此，乍看下似乎並不滿足「分裂社會」的條件。³³⁴

不過，應注意的重點不在獲勝的泛藍福佬人，而在「九敗」的、支持泛綠的福佬人：³³⁵這群福佬人確實在國家認同、族群關係、轉型正義等分裂議題上都難以遂行其意志，加上其所定位族群關係的主張是一個走向民族主義的立場，亦即建立台灣民族(包括各族群)並且獨立建國，更不信任「中國認同」、背後有「賣台集團」的外省族群，³³⁶如此一來，談「族群關係」就勢必與「國家認同」連結，³³⁷但單從國家認同面看又無法解釋為何認同「台灣國」的以福佬人為骨幹，必須考量當中的族群因素才能有效解釋該現象。此即葉啓政所謂「統獨意識與族群疆界貼合」，³³⁸及張茂桂認為族群關係與國家認同兩者的對立在「美麗島事件」後的相互強化關係。³³⁹

(二)團塊分裂且偏好強烈的台灣社會

觀察表.2 的數據可以明顯看出，以民進黨為首的、當年的改革勢力在全國大選中，四次總統選舉只得票過半一次、六次立法院選舉中更是不曾取得過半席次，加上前述三個分裂議題的連動性，等於在權力競逐的民主化二十多年中的十次機會，代表特定團塊的民進黨得票率只有一次過半，³⁴⁰「團塊分裂」的態勢十分顯著。

這樣的局勢還搭配了強烈的偏好：從概念上看，三個分裂議題(尤其是國家認同)間彼此的立場是欠缺兼顧或折衷可能性的，³⁴¹而實際政治運作中，政治

³³¹ 王甫昌，註 317 文，頁 133-134。

³³² 王甫昌提出三個解釋「不利本省族群意識發展」的因素，雖然以解釋 1980 年代以前為主，但該世代如今並未凋零而有政治影響力(選票)，應仍有參考價值。王甫昌，同前註文，頁 104-107。

³³³ 周陽山，〈台灣政黨重組的條件〉，收錄於蘇永欽主編，《政黨重組：台灣民主政治的再出發？》，頁 38-39 (2001)。作者所搜集的實證數據資料僅針對族群的政黨傾向調查，但沒有反向的、針對各政黨支持者的族群分布進行調查。

³³⁴ 請見第二節、第二項、一、。

³³⁵ 中間選民是否存在於台灣選舉未有定論，泛藍、泛綠勢力的消長固然存在，但是在多數決的決策機制下有意義的數字永遠是「過半與否」。

³³⁶ 尤其部分外省政治文化菁英的言行，使這樣的不信任確有實證資料支持該現象之存在—即便各族群間通婚或交友的狀況十分普及。吳乃德，註 326 文，頁 83-85、102-109。吳乃德論文中的「本省族群」包括福佬與客家，但並不影響本文之分析，在此說明。

³³⁷ 同前註，頁 101。

³³⁸ 葉啓政，〈持續被國族認同撕裂的台灣〉，《新新聞雜誌》890 期，頁 61 (2005)。

³³⁹ 王振寰、瞿海源主編，《社會學與台灣社會》，頁 229 (二版，2003)。

³⁴⁰ 必須區別的是，本文並不主張「政黨認同」的存在，何振盛的實證研究也確實排除台灣有足夠強烈的「政黨認同」，並指出沒有政黨認同不代表不存在所謂藍/綠的意識形態與議題之認同。何振盛，《政黨體系重組與憲政體制發展—台灣個案研究(1986~2009)》，國立政治大學中山人文社會科學研究所博士論文，頁 370 (2008)。

³⁴¹ 即便 1989 到 1992 年間確立了民進黨「體制內反對」的路線(一如歐共主義放棄無產階級革命、進入民主選舉的歷程)，歷次選舉中也不乏隱晦台獨路線的策略，但獨立建國、反對中國認同的基本立場差異應無不同。關於民進黨路線發展的介紹，可參考彭懷恩，註 325 書，頁 111-126。

人物不斷針對三個分裂議題挑撥、攻防，以及媒體誇大的推波助瀾，³⁴² 加深了族群間不信任的緊張關係—³⁴³ 若認為對方有消滅自己國家認同或族群文化的強力威脅時，則產生強烈的抗拒情緒不但是現實的理所當然，更很可能是政治人物刻意操弄以刺激選票的結果，而認同也成為台灣政黨的唯一分野。³⁴⁴

(三)小結：高度同質性中的團塊分裂社會

整理對台灣十年來重大政治爭議的觀察，可以發現台灣社會的三個分裂議題是以「國家認同」為軸心、與「族群關係」及「轉型正義」連動的態樣，一般熟知的藍—綠對立也就是沿著此一連動的關係，形成「團塊分裂」；然而，民主化以來 20 年間的十次全國大選，選民結構清楚呈現「藍大於綠」的現實，在多數決的遊戲規則下長期以來是由泛藍取得政治部門的終局決策權，使得泛綠支持者長期以來是中央政治部門的輸家。

再者，政治人物與媒體慣常操弄國家認同與族群議題的結果，³⁴⁵ 形成強烈的對立與互不信任，加上族群議題的層次是與國家認同直接關聯的「台灣民族主義」與「中華民族主義」對壘，使得族群關係與國家認同問題更緊密的結合、形成「民族主義」式的強烈團塊分裂，正是本文前述歸納政治學者普遍認為分裂情勢最嚴重的類型，³⁴⁶ 也是本文認為適用多數決機制有困境之情形。³⁴⁷

故總的來說，臺灣的「分裂社會」確實與眾不同：既非協合民主理論初始所研究的多民族國家，亦非單一民族而因為經濟社會地位差異而形成的分裂社會。臺灣的分裂社會異於其他類型分裂社會在於，其他分裂社會在政治領域(公)與日常生活(私)都有隔閡與衝突；但臺灣人民「公、私分離」，吳乃德的實證研究發現臺灣私領域間的族群關係並沒有明顯隔閡(例如通婚)，但私領域的互通並無助於緩和政務上的對立，其援引 Anthony Oberschall 觀察南斯拉夫平各種族間平時能和平共處、但又容易被激化挑撥的現象，以「承平時期」/「危機時期」

³⁴² 高希均，〈饅頭、街頭、人頭—台灣最需要理性抬頭〉(2009 年 11 月 4 日)，聯合報。

³⁴³ 吳乃德，註 326 文，頁 108-111。吳乃德認為過去本省人(包括福佬與客家)對外省族群的政治敵意與社會偏見似乎大致解消，轉而被政治的不信任取代。

³⁴⁴ 實證上也支持族群投票現象的存在。吳乃德，同前註文，頁 83-84 (2002)。相同見解，蘇永欽，〈政黨重組：社會分歧的反映，體制分裂的反彈〉，收錄於蘇永欽主編，《政黨重組：台灣民主政治的再出發？》，頁 v (2001)。不同見解：張嘉尹認為在選舉經驗中強烈訴諸國家認同的策略未必是最佳戰略，因而有機會緩和國內的國家認同問題。張嘉尹，註 320 書，頁 20 (2006)。不過本文認為此觀點一部分基於 Stéphane Corcuff(高格孚)2003 年發表的研究認為第三代外省人國家認同已有改變，恐怕忽略了台灣佔七成人口的福佬人，其國家認同才是關鍵。

³⁴⁵ 一種可能的詮釋是，將臺灣的政治對立歸因於「政黨對立」、認為與社會關聯較弱，也不認為臺灣構成「分裂社會」。由於何振盛於註 340 書的研究認為臺灣不存在夠強烈的政黨認同，本文認為臺灣人民對政黨、政治的激情與狂熱(包括高投票率與政治不信任等)，最有可能的原因還是建立在確實存在的社會分裂。申言之，既然政黨認同並不存在，政黨間惡鬥的動機還是源於社會本身的分裂，這樣的惡鬥能催出偏好類似者的不得不支持—政黨惡鬥是因應社會分裂而呈現的樣貌與結果。

³⁴⁶ 第二節、二項、一、(四)

³⁴⁷ 第二節、二項、二、

的心理架構加以解釋，³⁴⁸確實也說明了，為什麼臺灣雖然在宗教、文化、甚至是血統，以及一般社會經濟政策(死刑、墮胎、健保.....等)上**高度同質**，仍然在「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」的三個面向形成高度偏好、且屬民族主義式的團塊分裂。從此看來，威權統治在當時固然有戰亂中穩定時局的意義與必要性，但長達半世紀的「非常」手段，用國家力量形塑的價值觀與對這種過當權力的對抗勢力都是如此深遠卻強烈，讓臺灣到今日都還在為此付出代價。³⁴⁹

本文將繼續檢驗我國憲法上政治部門的決策是否依循多數決機制，以及，是否有足以回應分裂社會現實的對策？

第二項 民主轉型的七階段修憲：多數決的確立與強化

我國自 1991 年以來的七次修憲，葉俊榮指出前六次係以「代表性強化」³⁵⁰ 為主軸的歷程：³⁵¹1991 至 1994 年的前三次修憲，是「對內代表性」的強化，使中央政府的政治部門具有民主正當性、³⁵²擺脫威權統治時期「外來政權」的疑慮。1997 年的第四次修憲賦予總統高度的「對外代表性」，其一是「國家安全大政方針」決定權，³⁵³ 賦予總統關於國防、外交、兩岸³⁵⁴事務一定程度的對外決策權；³⁵⁵ 另一方面「凍省」而終止民選台灣省長一職，避免全台灣出現「雙重代表」的「葉爾欽效應」，³⁵⁶ 確認只有總統一職代表全國人民。1999、2000 年的第五、六次修憲則是「代表性機制合理化」，採取了單一國會的架構，將代理成本的問

³⁴⁸ 吳乃德，註 326 文，頁 91-108。

³⁴⁹ 或許也正是威權時代的非常手段與思想「淨化」，使得臺灣在社會議題上形成高度保守而一致的「共識」。

³⁵⁰ 應該是借用 John Ely 正當化司法違憲審查的“representation-reinforcing” (JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).)，從同一個詞彙說明修憲過程中的意義。

³⁵¹ 葉俊榮，註 6 書，頁 163-175。

³⁵² 如果說民主是以「自我管理」為理念的制度(see Amy Gutmann, *Democratic Politics and Ethics*, in FROM THE TWILIGHT OF PROBABILITY: ETHICS AND POLITICS 49 (WILLIAM R SHEA & ANTONIO SPADAFORA eds., 1992))，則這波的修憲就是在連結「統治者與被統治者之間的一體性」。

³⁵³ 中華民國憲法增修條文第 2 條 4 項。

³⁵⁴ 國家安全會議組織法第 2 條 2 項。

³⁵⁵ 釋字第 627 號解釋理由書中界定「總統於憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，為最高行政首長，負有維護國家安全與國家利益之責任。」不過關於我國憲法中總統職權的理解多有不同意見，認為總統平時並無實質行政權的主張所在多有(即其權力不若總統制或雙首長制下的總統)，例如 蘇永欽，〈從五二〇號解釋看行政立法關係〉，收錄於《走入新世紀的憲政主義》，元照出版 (2002)；陳愛娥，〈我國現行憲法下總統角色的定位—單純國家統一的象徵或真正的政府首長？〉，收錄於陳隆志主編，《新世紀新憲政—憲政研討會論文集》(2002)；陳淑芳，〈聯合政府體制與國會制度〉，收錄於《民主與法治：公法論文集》(2004)。不過蘇永欽也指出，總統民選的對外表述功能頗常見於東歐民主化的經驗，實權大小的考量倒在其次。蘇永欽，〈政府體制的抉擇〉，收錄於《尋找共和國》，頁 64 (2008)。對外代表性強化的考量，似乎普遍存在有主權需求的第三波民主轉型國家。

³⁵⁶ 李炳南主持，《總統民選後憲政改革的發展—第四次修憲之研究》，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁 120 (1999)。但修憲凍省推動者的主觀目的為何各方解讀不一，提出的說法包括「組織精簡、加強競爭力」、「斬斷國民黨地方派系資源」(陳新民，〈1990~2000 年台灣修憲紀實—十年憲政發展之見證〉，頁 149-179 (2002)。)，到對宋楚瑜(時任省長)的政治鬥爭(黃年，〈李登輝的憲法變奏曲〉，頁 483-486 (1998)。)，多有揣測解讀。

題降至最低。延續「代表性機制合理化」的詮釋觀點，第七次修憲以「國會改革」為訴求，一方面希望透過「單一選區」使得國會立委主張能趨中不走偏鋒、³⁵⁷避免「劣質」代議士靠少數者支持而「吊車尾」當選；³⁵⁸再者，「國會席次減半」也是當時推動者心目中希望提昇國會品質的主張。³⁵⁹

從本文探討的角度出發，則更進一步主張認為，七次修憲以來是確立了我國中央政府體制實踐「多數決」的原則：第一到三次修憲，是將過去被國民黨一黨壟斷的政治權力還諸統治範圍內的全民，第四次修憲則預先弭平了總統與台灣省長間何者為多數的潛在爭議，到了第七次修憲的單一選區更是進一步要求各區域立委必須是「選區中」的多數且兩票制選擇的是「並立」而非「聯立」，更設立了不分區政黨 5% 的得票率門檻，2008 年的立委選舉立即看到成效，因為國會等於只剩下國、民兩黨。³⁶⁰ 這樣的現行選制及因此產生的政府體制，其主要特徵傾向(雖非完全)Lijphart 所描繪的「西敏寺模型」(Westminster Model)、秉持的就是多數決原則，包括行政權係由選舉後多數所獨享(而非分享)、兩黨制、³⁶¹單一選區制且欠缺比例性、³⁶²單一國且中央集權等。³⁶³

第三項 被憲法忽略的分裂社會

台灣民主化的過程中，分裂社會的情勢越趨明顯、激化，幾乎同步進行的修憲工程雖然個案定調了部份國家認同的爭議、³⁶⁴卻忽略了分裂議題常態性解決機制的特殊需求。可以理解，在民主轉型的初期訴求「多數統治」的基本原則對於一般民眾比較易於接受，也確實，在威權統治時代台灣所最欠缺的是落實「多

³⁵⁷ 此目標符合向心民主的主張。

³⁵⁸ 顧忠華，〈公民監督國會聯盟成立的意義〉，《新世紀智庫論壇》第 34 期，頁 114 (2008)。

³⁵⁹ 不過當時推動國會席次減半最力的林義雄也曾坦言立委人數多寡其實並無定論。楊泰順，〈立委減半 誰說得出理由？〉，《國政評論》(2004 年 8 月 27 日)。

<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/093/IA-C-093-045.htm> (最後瀏覽日期：2009 年 12 月 10 日)。當然，更有力的解釋恐怕是長期以來民眾對國會表現的不滿所產生的「懲罰心態」。曾建元，「民主的震盪療法－選區劃分與台灣政黨政治」，《台灣智庫通訊》第 20 期 (2006 年 12 月 1 日)。
http://www.taiwanthinktank.org/ttt/servlet/OpenBlock?Template=Article&lan=tc&category_id=20&article_id=695 (最後瀏覽日期：2009 年 12 月 10 日)

³⁶⁰ 新黨的「政黨票」得票率是 3.95%、台聯則是 3.53%。資料來源：中央選舉委員會，同註 243。若無政黨門檻則約可各分得 1 席；若採聯立兩票制則應可各分得 5 席。可見選制選擇影響之大。這也是最符合有強大民意基礎的國、民兩黨利益的修憲結果。廖雙慶，〈2005 年國民黨與民進黨合作修憲之探討－從新制度論分析〉，國立台灣大學社會科學院政治學系碩士論文，頁 108 (2007)。

³⁶¹ 所謂兩黨制 Heywood 認為有三個特徵(1)僅有兩個主要政黨擁有充分的選舉與國會實力；(2)較大的政黨有能力單獨執政；(3)權力在這兩大黨間輪替。ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 407-408。

³⁶² 雖然不分區立委係採政黨得票比例分配，但並立制的分配方式並不以「總席次」為被分配的總數、而係以不分區的全部席次為總數(僅佔立法院總席次約三分之一)。

³⁶³ LIJPHART, *supra* note 26, at 3, 9-21. 不過 Lijphart 的描述基本上係以內閣制國家為基礎，套用在我國體制上難免有些許不合之處。

³⁶⁴ 主要以劃分「自由地區」－「大陸地區」，以及領土變更公投機制的確定為主，加上一向被視為充分主權代表的公投修憲機制入憲，均可視為憲法對分裂議題的處理。

數統治」。³⁶⁵ 不過隨著一次次的選舉經驗累積下，台灣分裂社會的結構逐漸被驗證，但反映到中央政府具體制度與選制的設計上不只是單純忽略、甚至是有意識地推動「兩黨制」(包括單一選區、並立兩票制、5%政黨得票率門檻)並在運作現實上遠離內閣制，使 Lijphart 所主張協合民主、共識民主之具體制度幾乎無所附麗；³⁶⁶ 另一方面，國會改革對於審議民主落實的貢獻也是付之闕如。³⁶⁷ 這樣的修憲結果，忽略、排除政治學理上挽救分裂社會多數決困境的可行理念。³⁶⁸

在台灣的脈絡下，「國家認同」、「族群關係」與「轉型正義」三個分裂議題，其實是放在任何一個國家面臨這類問題時都必須尋求(不論正式或非正式)高度共識才能獲得普遍且實質民意支持的決策，但修憲「一條道走到黑」地往多數決機制大步邁進，則當下台灣社會分歧的越演越烈且似永無止境，³⁶⁹ 恐怕也就不讓人意外了。而不得不提及的是政治的詭譎與諷刺，正在於從第四次修憲後處於分裂社會中弱勢地位、以民進黨為代表的族群事實上享有修憲否決權，³⁷⁰ 卻一步步修出更加確定自身弱勢的憲法結構。本文無暇憐憫政黨或政治人物權力的得喪，³⁷¹ 但在意分裂社會的現實持續發酵，在憲法的結構困境中要如何喚醒問題意識、進一步解決問題？³⁷²

第四節 本章結論

本章首先回顧民主理論的發展，說明其內容的多義性及轉變的趨力(driven-force)為現實情境下的困境與政治哲學價值決定的綜合考量，而其轉變的一個重要主軸，是不斷地擴大受決策者的參與機會與力道。其次指出以多數決為核心的民主理論，歷來發展面臨的兩大困境，其中「多數暴力」的問題在學理、機制、實踐上已經獲得相當大程度的解決，但「分裂社會」的問題顯然並不存在理論上的共識。本文先試圖釐清分裂社會的要件以及評估分裂程度的標準，並在分析相關理論與實務經驗的文獻後，指出結合「協合民主」與「審議民主」的理

³⁶⁵ 張文貞，註 7 文，頁 31。不過從另一種觀點也可以說共識民主訴諸的是「比過半更多數」的多數統治。陳英鈴，〈共識民主與憲政改革－以內閣制、政黨比例代表制及公民投票為核心〉，收錄於許志雄、蔡茂寅、周志宏編，《現代憲法的理論與現實－李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 130 (2007)。若是這種觀點，還是回到 Kelsen 所主張的溝通妥協能否有效進行的問題。

³⁶⁶ 陳英鈴，同前註文，頁 132-133。

³⁶⁷ 多次國會改革，朝野間從未視為是憲法層次的改革。蘇永欽，〈轉型社會與憲政改革〉，收錄於《尋找共和國》，頁 41-43 (2008)。不過蘇永欽關於國會改革的憲政主張應該是「實質」而非「形式」的修改。

³⁶⁸ 從結果看來，第七次修憲大幅提高分裂團塊「內部競爭」的難度，與「民主」的距離又更加遙遠了。

³⁶⁹ 陳英鈴，註 365 文，頁 132。

³⁷⁰ 蘇永欽，註 367 文，頁 33-40。

³⁷¹ 民進黨立委賴清德等 82 人針對第七次修憲造成票票不等值情形聲請大法官解釋，已被大法官第 1343 次會議議決不受理(2009 年 7 月 31 日，第十案)。資料來源：司法院大法官 <http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 10 日)。

³⁷² 不能否認第七次修憲將領土變更與修憲均採公投方式入憲，一定程度上落實了民進黨的一貫主張，但導致立委選制結構弱勢的減半卻也是民進黨本身強力主張的。2005 年的任務型國大修憲並無最低門檻的限制，卻推動欠缺理性基礎甚至對自身長期不利的修憲主張，動機仍讓人百思不得其解。

念—「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」，不但是較為有效的理論模型，也符合民主理論一直以來的轉變潮流。最後回歸到台灣的脈絡，確認台灣雖然在私領域與一般政治偏好上高度的同質，卻在政治領域中關於「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」與相應的權力分配事務上是嚴重分裂的社會，並認為現行**憲政制度一味選擇多數決**的結果，使得分裂社會的現實無從解決。

然而本文無意就此罷手，以下將試著在現存憲法規範下，理出一個可以結合協合民主與審議民主的憲法基礎，並提出具體可運作的制度，期待能有效回應分裂社會下多數決困境所帶來的問題。



第三章 民主理論與現實面、規範面的銜接：

分析國會的治理能力與憲法基礎

前一章中所提出的民主理論，並不因為學說上的合理而自動履行，必須「附身」於一個主體(個人、組織或機關)才能發揮實踐的效果。所以本章欲處理的第一個問題是，協合民主與審議民主的理念，應該在**哪一個主體**中落實這些理念才能最有效地解決分裂社會中的多數決困境？再者，若這個主體是政府機關(本文將主張，應由**國會**承擔)，則在我國所釋憲實務所承認「憲法優位」與「法治國原則」的支配下，政府公權力的行使與運作不只不得恣意為之，更須秉承規範的明文或意旨而行—加上所謂「議會自治」的傳統觀念，³⁷³顯然必須為該民主理論找到堅強的**憲法基礎**，才能力主國會應依循特定的政治理念、或至少避免落實時受違憲之評價。

在回答這兩個問題時必須考量的是，由於第七次修憲締造了超高的修憲門檻、鎖死再調整的可能，³⁷⁴加上最後一次修憲「任務型國代」選舉僅有二成三投票率的現實、³⁷⁵而歷次全國公民投票的投票率不曾越過成案的「全國過半公民」門檻，³⁷⁶本文認為若提出「修憲」做為制度興革的建議，恐怕是十分不負責且無意義的。是故，即便釋義學的挑戰近在眼前，本文之後的討論仍選擇以不變動憲法文本為前提，試圖在暨存框架下論述出足以容納結合「協合民主」與「審議民主」理念及其制度設計的憲法空間。

第一節 實踐主體：臺灣脈絡下的國會

以下先處理「應以何者為實踐政治理念主體」的問題。本文將從我國分裂社會的現實面、以及當前憲法「二元民主」的結構面兩個觀點切入，說明為何在我國應由立法院(國會)處理分裂議題、並實踐結合「協合民主」與「審議民主」的政治理念：「擴大參與」、「權力分享」、「充分審議」

³⁷³ 本文嘗試以「議會/國會」、「自治/自律」搜尋我國大法官解釋之解釋文、理由書、意見書及聲請書，有提及者包括釋字第 645、632、588、499、435、381、342、254 共 8 件。

³⁷⁴ 今後我國修憲困難度十分高，幾乎是學界共識。葉俊榮，〈週期修憲的程序理性〉，收錄於葉俊榮，張文貞主編，《新興民主的憲政改造》(2008)；張嘉尹，〈憲政改造的途徑選擇—以台灣憲法變遷為脈絡的思考〉，收錄於葉俊榮，張文貞主編，《新興民主的憲政改造》，頁 114-115 (2008)。

³⁷⁵ 蘇永欽，註 367 文，頁 34。

³⁷⁶ 資料來源：中央選舉委員會，同註 243。以最近一次全國性公投第五、六案為例，其投票率約為 36%。當然泛藍陣營杯葛「公投綁大選」的影響不容忽視，不過這些實際運作的經驗依然有其參考價值。

第一項 分裂社會與國會

一、被排除的主體/機制

(一)私人及地方自治團體

我國以「國家認同」、「族群關係」與「轉型正義」以及權力分配四者為分裂議題，就當前的現實環境而言，其共同特色在於，四者均屬高度「公領域」的議題，因為就本文前述(第二章、三節、一項、二、)觀察的六類爭議而言，基本上已不是個人基本權的問題，而是如何集體地實現其訴求的層次、進而勢必發生影響他人的「外部性」，也因此，這些分裂議題大體上均訴求以「國家公權力」為實踐目標的手段，而在當代憲政國家，政府機關是運作國家公權力的唯一選擇，³⁷⁷加上這些議題都不只是「地方自治」層次上的問題，³⁷⁸故在此應可先排除一般私人(個人與民間團體)乃至於地方自治團體作為處理分裂議題的主體，而只需在全國層級的中央政府機關做出選擇。

(二)政黨

在我國的政治現實中，另有兩個非政府機關的全國性公權力機制應納入評估，一是政黨、一是公民投票。政黨的功能包括代表民意、整合利益、社會化與動員……等，可以匯集民意的觀點、發揮「充分審議」的功能以形塑該政黨的意見；³⁷⁹然而其不足之處在於，首先，政黨政治雖然屢次被大法官間接肯認的重要體制原則，³⁸⁰但終究不是明文的憲法機關、所得行使的公權力也僅有參與不分區立委選舉並依得票率分配席次，³⁸¹加上我國現實上政黨在「擴大參與」及「權力分享」兩個面向幾乎無從實踐—因為主要政黨本身就是分裂議題其中一方立場的代表，其參與如何擴大？權力又如何分享？恐怕在制度設計上都是難以想像的，故政黨本身雖然是台灣分裂社會的要角，但也就因為是要角而變成爭議的一造、³⁸²恐怕難以兼具解決爭議的平台功能。

(三)公民投票

公民投票挾著強大的民主正當性，更廣泛地被運用在制/修憲上而在全球掀

³⁷⁷ Heywood 提出國家的五種特徵，其中即包括「制定並執行集體決策之公共性」，而政府是運作國家權威的工具。ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 135-136。

³⁷⁸ 即便是地方政府與中央的抗衡，也不純粹是地方自治層次的議題，而是中央與地方權限的劃分爭議；又以「國家認同」為例，實際經驗上終究不見「台北市與中共統一」或「嘉南高高屏獨立建國」的主張，相關爭議的前提都是以「在台灣的中華民國」為隱含的討論範圍。

³⁷⁹ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 390-400。然而其品質如何，由於並沒有一定規範上的擔保，加上我國政黨黨內民主機制的不夠成熟，也讓人無從信任其審議品質如何。

³⁸⁰ 蘇永欽，註 265 文，頁 483。

³⁸¹ 中華民國憲法增修條文第 4 條 1、2 項。

³⁸² 政黨在分裂議題上爭議最大的案例莫過於所謂的「國共平台」—國民黨與中共的直接對話管道，引起輿論許多對於此種「非官方途徑」正當性的質疑。例如：「學者：國共論壇成賣台平台」(2008 年 12 月 30 日)，台灣時報；國民黨的馬英九總統也曾特別釐清國共平台的定位與功能，強調「我說了才算」。「馬英九專訪 國共平台作主？馬：我說了才算」(2008 年 11 月 20 日)，自由時報。

起「直接民主的憲法時刻」。³⁸³ 就直接民主的性質而言，「擴大參與」的面向絕對是最充分的，因為只要有公民資格都能表達對投票事項的意見；「充分審議」的面向也是許多支持公民投票制度者所勢必論及的要素，例如張文貞從「正當程序」的面向檢討台灣過去經驗、並提出未來若制/修憲，其過程中應如何提昇民主正當性，³⁸⁴ 李怡俐關於修憲公民審議機制的研究，發現各國有採取「公民討論」、「憲改公民團」以及「審議民調」等各種方法促進一般民眾對於修憲議題的瞭解與思辯。³⁸⁵

然而公民投票面對分裂議題，其理論上的致命缺陷就是：這是一個百分之百的多數決機制，也就是毫無「權力分享」可言、所有在分裂社會下的多數決困境也將被推向極致。放入臺灣具體的政治實踐經驗來看，即便公民投票被期待是一個針對特定議題的精準切割出多少數、而有可能突破代議政治下未必等於單一議題多數的國會多/少數黨板塊，³⁸⁶但在政黨蓄意杯葛的情形下，至少當前的經驗顯示政黨主導民意的力量十分強烈(「泛綠」的得票率大約等於公民投票的投票率、而有領票的幾乎都支持泛綠在該議題上的立場)³⁸⁷，使得公民投票理念上可能發揮「議題跨黨派」、變動政黨意識形態板塊的契機，在眼下的臺灣可說是力有未逮。另外也必須考量公民投票所耗的勞力、時間、費用是否足以支撐長此以往的紛紛擾擾(亦即，有限資源能否支撐公投做為一種常態解決分裂議題的機制)，以及部份分裂議題的內容攸關暨存的憲法秩序，一般的公民投票程序若抵觸憲法(例如若公投通過獨立機關委員可採政黨比例分配)，則所引發的後續問題恐怕無從解決，³⁸⁸以及使分裂團體間對立更加嚴重的風險。故基於民主理論、實踐經驗、運作成本以及後續風險的考量，本文排除公民投票作為實踐機制。³⁸⁹

二、法院的角色？

法院作為全國性公權力機關，在分裂議題中扮演的角色必須注意(在我國多軌多元的司法權體系下，最值得關注的應是「大法官會議」³⁹⁰)。在「充分審議」的面向上，葉俊榮所提出「轉型法院」的概念，認為法院在爭議議題(該文係針對民主轉型問題)上應有的四種態度：「強化訊息釋放」、「避免零和價值判斷」、「著

³⁸³ 張文貞，註 50 文，頁 95-96。

³⁸⁴ 張文貞，註 7 文，頁 31。

³⁸⁵ 李怡俐，註 35 書，頁 47-85。

³⁸⁶ 許宗力，〈憲法與公民投票〉，收錄於《憲法與法治國行政》，頁 60 (1999)。

³⁸⁷ 以 2008 年公民投票第 5、6 案為例，其投票率約為 36%、贊成票分別為 94%、87%，而民進黨總統候選人謝長廷之得票率為 41%、乘以 76% 的總統選舉投票率後，全選舉權人支持民進黨之比例為 32%，兩者相較並無顯著差異。資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

³⁸⁸ 對法律人來說立即明顯的危險就是「司法審查」在其中能做多大程度的控管。法治斌，〈直接民主 vs. 司法審查〉，收錄於《法治國家與表意自由：憲法專論(三)》(2003)。

³⁸⁹ 相反見解，請見 陳英鈞，註 365 文，頁 141-142。其實嚴格說來，本文並非「反對」公民投票做為解決分裂議題的機制，而是認為當下臺灣的公民投票機制「無法」發揮此一功能。更進一步論述請見第五章、第一節、第三項。

³⁹⁰ 司法院組織法第 3 條、大法官審理案件法第 2 條。

重與政治部門對話」並「保留政治部門的回應空間」。³⁹¹

梁志鳴更細緻地指出法院在多元民主社會中，分別有「迴避」、「賦權」、「引導」、「轉介」及「對話」五種溝通模式，法院應透過審理事件的類型化選擇其溝通模式，其最終的目標就是促成溝通—而審議的過程未必要在司法程序內進行，可能是由法院促使政治部門再進一步審議，亦即，法院未必是一個審議的「參與者」，也可能在旁觀或維護溝通機能的時候，促成了整體社會的審議。³⁹²

朱德明則進一步主張法院是治理分裂社會爭議的現成機制，從我國的實務經驗看來，法院在分裂社會中的爭議治理功能包括「暫時性紛爭解決」及「促進對話」兩點，促成重大爭議案件的和平解決，藉此實踐「彌合憲政主義(Reconciliatory Constitutionalism)」，避免分裂社會造成政治的不穩定、提供民主體制在分裂社會中存續的機制。³⁹³

前述三個對法院與社會分歧關係的研究中，不難發現幾乎僅著重在「充分審議」的面向，但「擴大參與」及「權力分享」兩個者則顯與法院之建制及程序不合，在訴訟經濟的考量下，司法程序參與者(不論是當事人、鑑定意見.....等)的範圍無法真正「擴大」；「權力分享」的面向上，由於法院必須依規範分配權力、不能單純的「分享」，³⁹⁴而難以實現。同時，受制於訴訟要件等因素，本文第2章3節1項以下所檢視之諸多分裂議題中，或因朝野雙方未將該案送審、或因大法官拒絕審理，最後得經大法官會議作成結論的案件也僅佔整體的一部分—其中還包括一些「實問虛答」、如釋字第535號解釋者。³⁹⁵總之本文認為，法院在處理分裂議題中促進溝通、對話的角色不容忽視，但也受制於其運作邏輯與機制實在無法結合「協合」與「審議」的理念，並不是符合本文期待的主體。³⁹⁶

³⁹¹ 葉俊榮，〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁221-227(2003)。

³⁹² 梁志鳴，《論法院在多元民主社會的溝通機能》，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文，頁76-101, 183-188(2004)。這五種溝通模式顯然較「審議」的範圍更廣，因為包括法院消極不語也被視為一種溝通的模式，但顯然不存在一種對實質內容的審議。

³⁹³ 朱德明，註16書，頁130-137, 141-150。

³⁹⁴ 葉俊榮主張轉型法院應「避免零和價值判斷」的論點，多少可從其間讀出「權力分享」的意旨，因為法院裁判、解釋所依之「法」本身未必有清楚的、針對分裂議題的指引，甚至可能是有意的模糊，則法院在為裁判、解釋時，零和的判斷本身未必就比非零和判斷更有依據，讓爭議雙方各得實踐一部分未嘗不好。當然這裡也不是嚴格意義的「權力分享」，更毋寧是「結果分享」。

³⁹⁵ 其實更令人擔憂的是司法體系本身被期待的中立客觀是否存在、以及分裂社會中的異質團體是否對司法系統有充分的信任。以2004年總統大選後三一九槍擊案、釋字第585號、613號解釋的發展，法院中立性不存，則其面對分裂社會的正當性也就難以維繫。梁志鳴，註392書，頁159。這個情況在近年政治人物攸關的司法案件十分常見，判決內容如果「顏色(終局立場對何方有利)對了」就受歡迎、「錯了」的對手就高喊「司法已死」。這樣的不信任還會持續多久值得觀察，因為這攸關法院在分裂社會中的功能在多大程度能落實。

³⁹⁶ 更何況，法院的裁判依然會引發政治爭議，除了臺灣的經驗外，匈牙利憲法法院多次針對轉型正義、追究加害者責任的法律宣告違憲，在社會中的震撼與衝突也不可小覷。吳乃德，註310文，頁4。

三、國會的優越性

在協合民主與審議民主的理念下，能做到「擴大參與」、「權力分享」、「充分審議」的主體，非國會莫屬。國會傳統以來被當作「民主櫥窗」，因為他象徵的是全體人民的集合，更是一個對重要議題公開論辯的殿堂，加上其所享有的(廣義的)立法權拘束了行政部門(依法行政)及法院(依法裁判)，³⁹⁷國會的重要功能包括：(1)代表全體人民，(2)行使(廣義)立法權，並基於前兩點特色(3)賦予其決策民主正當性、以大眾利益為名為法律與政策背書—³⁹⁸使得議會民主成為民主憲政的基石，也因此小林直樹主張，國會是唯一代表主權者之機關。³⁹⁹

「議會」一詞起源於法文“parler”，係「發言」之意，Heywood 更認為這才是國會存在最重要之處：是一個公開討論、審議政策與政治議題的論壇(forum)。⁴⁰⁰也因此，議會「充分審議」是其存在的基礎，是適合實踐本文所主張處理分裂議題原則之一的機制。

另一方面，國會作為代表全國民意的機關，選舉制度固足以影響其實際上的代表性，⁴⁰¹且我國當前立法委員選制在 2008 年首次實踐後固然飽受批評，⁴⁰²但至少是憲法保留層次的規制而具有憲法上的正當性—質言之，憲法認可了立法院的組成方式在「擴大參與」(象徵全體國民)的水準上是足夠的：因為與其他機制相比，其參與的廣泛性也僅遜於「公民投票」。

第三，國會的決策程序在民主原則⁴⁰³與憲法權力分立制衡的框架下，⁴⁰⁴基於「議會自治」原則上享有高度的彈性，⁴⁰⁵也因此賦予其落實「權力分享」的可能性—申言之，當國會秉持「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三個原則設計議事程序時，若本文第二章論述無誤，則因此三項原則是基於台灣脈絡與民主的要求所推導歸納、且為最能實踐其內涵之中央級憲法機關，依其運作的議事程序應受其他憲法機關之尊重。⁴⁰⁶

³⁹⁷ 甚至是落實古典平等權的重要機制。陳新民，《憲法學釋論》，頁 203 (五版，2003)。

³⁹⁸ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 479-490。

³⁹⁹ 李鴻禧，〈現代議會制度之生理與病理底比較憲法研究〉，收錄於《憲法與議會》，頁 204-207 (1997)。

⁴⁰⁰ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 480-481。

⁴⁰¹ 李鴻禧，註 399 文，頁 209。

⁴⁰² 「修憲改立委選制？民進黨團：有必要思考」(2008 年 1 月 14 日)，中央社。資料來源：苦勞網 <http://www.cooloud.org.tw/node/14891> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 13 日)；陸以正，〈改革選制 滅台亂源〉(2009 年 11 月 9 日)，中國時報；陳長文，〈天堂不撤守—立委選制 宜採德國式兩票聯立制〉(2009 年 11 月 16 日)，中國時報。

⁴⁰³ 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》，頁 321-324 (1999)。

⁴⁰⁴ 羅傳賢，《國會與立法技術》，頁 332-334 (2004)。

⁴⁰⁵ 此可追溯自十八世紀英國，待法國第三、四共和時更納入國會組織、運作與財務管理自主性之元素。同前註書，頁 329-331。

⁴⁰⁶ 關於具體制度及其合憲性之檢驗，請見第五章第一節第四項。

第二項 分裂社會中的「總統一行政」與國會：二元民主誰優先？

總統具有超強的民主正當性⁴⁰⁷與明確的代表性：1997年的第四次修憲賦予總統高度的「對外代表性」，其一是「國家安全大政方針」決定權，⁴⁰⁸賦予總統關於國防、外交、兩岸⁴⁰⁹事務一定程度的對外決策權；另一方面「凍省」而終止民選台灣省長一職，避免全台灣出現「雙重代表」的「葉爾欽效應」，確認只有總統一職代表全國人民。其中「國家安全大政方針」所謂「國防、外交、兩岸」的職權範圍一方面與國家認同問題緊密連結，加上政治現實上總統的聚焦效果，則總統及由其實質領導的行政部門，是否有規範的義務與實然的能力處理分裂議題？本文以下將從憲法職權，及從組織結構評估實踐三項原則的能力，說明總統處理分裂議題的不足之處；但也考量總統在政治現實上領袖地位的重要性，提出對總統一職在分裂社會中的建議。

一、從憲法職權驗證「總統一行政」處理分裂議題之權力不足

與總統「國家安全大政方針」最直接相關的分裂議題是「國家認同」（之於「兩岸」）；「族群關係」與「轉型正義」及相關的權力分配事務則必須問題惡化、嚴重到幾乎不可想像的地步，才會與「國家安全」或其他總統實權⁴¹⁰所涵蓋的範圍有關。然而，我國的分裂議題彼此之間存在著連動性，故從「分裂社會」角度而言「總統」的優先權力是不完整的，而其透過首長任命而事實上控制的行政權即便並無事務領域之限制、且因為總統的民主正當性而享有較為寬廣的裁量空間，⁴¹¹仍必須在依法行政的框架下受國會監督。⁴¹²

相對而言，立法院依憲法本文 63 條所享有廣泛的法律案、預算案及其他重要事項議決權，⁴¹³以及憲法增修條文第 3 條 3、4 項之行政組織與職權準則規範等職權，就事務領域而言不但並未被割裂，且施政目的之實現無不需要透過組織、程序、職權與財務的綜合支持—這些全部由國會高度掌握優先的形成權；若再考量分裂議題的高度爭議性，即便總統一行政部門欲抗拒國會之安排，但立法院完成覆議的門檻從憲法本文 57 條第 3 款的三分之二調降為增修條文第 3 條 2

⁴⁰⁷ 此處所指的「強」並非「票數」上的意義，而是「集中於一人」的行政權力以及「國家元首」的象徵意義。

⁴⁰⁸ 中華民國憲法增修條文第 2 條 4 項。

⁴⁰⁹ 國家安全會議組織法第 2 條 2 項。

⁴¹⁰ 陳愛娥認為憲法賦予總統本身得執行之實權有(1)憲法本文：39 條(戒嚴權)、44 條(院際調解權)，(2)增修條文：2 條 3 項(緊急命令權)、4 項(國家安全大政方針)、5 項(被動解散國會權)。陳愛娥，註 355 文，頁 3-3。

⁴¹¹ 這是從「傳送帶模型」（請見本章第二節第二項三、(一)）的反面推論，以總統的民主正當性與行政一體做為提昇行政部門決策的(民主)正當性基礎。

⁴¹² 中華民國憲法增修條文第 2 條 3 項明文維持行政院必須對立法院負責的要求。

⁴¹³ 在釋字第 520 號解釋引發爭議的重要事項議決權，依據修憲史料，係由國、民兩黨一起取消其可覆議之設計，民進黨之理由主要為，重要政策必然搭配法律案或預算案，則行政可就法律或預算案提覆議即可，若再由其提出覆議「重要事項議決」則違反一事不再議，且行政立法關係若非平等就是立法優位，自無理由使行政權就立法院已經否決之重要政策再為覆議。李炳南主持，註 356 書，頁 109。

項 2 款的(絕對多數)二分之一，更有利於國會意志之實踐⁴¹⁴ 形成了整體結構上行政部門必須獲得國會多數黨支持、否則將寸步難行的局面⁴¹⁵未考量分裂社會現實的現行憲法，從釋義學的角度無從區分一般事務與分裂議題的權力分配有何不同，使得憲法在分裂議題上的權力分配，仍是以國會為優先。

更何況，即便在總統的實權範圍下，總統—行政有多大的揮灑空間也有置疑之空間：即便「雙首長制」是修憲時預設的理想型，⁴¹⁶但其並無如法國第五共和雙首長制下總統的廣泛行政命令權也是增修條文所呈現的、⁴¹⁷解釋上也無從賦予總統行政命令權，⁴¹⁸ 使得總統的大政方針只能在法律的大框架下畫小框架、⁴¹⁹或在政治上事實行為、⁴²⁰無涉規範的部份⁴²¹指示行政院長貫徹其施政意旨，⁴²² 但享有一般行政權的行政院又欠缺直接的民主正當性，恐怕無法在高度政治敏感的分裂議題中取得政策推動的正當基礎。⁴²³

總結來說，總統本身職權不完整，徒有民主正當性卻無權完整處理分裂議題，而行政院雖有廣泛的一般行政權但受制於國會監督且欠缺直接民主正當性，均不宜作為實踐「協合民主」與「審議民主」結合理念的主體；相對來說，國會除了原則上不能針對個案制定法律外，⁴²⁴確實享有憲法規範上完整處理分裂議題的優先地位。

二、從三項原則驗證「總統—行政」處理分裂議題之能力不足

不但從現行憲法的規範架構上總統—行政權或欠缺完整、優先的職權，或欠缺民主正當性，使得立法院在分裂議題上享有優先的政策形成權力，從組織與程

⁴¹⁴ 蘇永欽，註 355 文，頁 198-199。

⁴¹⁵ 蘇永欽，同前註文，頁 202；陳愛娥，註 355 文，頁 3-5, 6；陳淑芳，註 355 文，頁 27。

⁴¹⁶ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法—權力分立》，頁 178 (二版，2008)。即便根據研究顯示雙首長制的選擇只是單純的「層峰偏好」。李炳南主持，註 356 書，頁 35-36, 102-103。

⁴¹⁷ 曾考慮透過「國家安全會議」的機制，明文使總統決定國家安全政策後交行政院長執行，但遭到「總統擴權」的反對聲浪而作罷。李炳南主持，註 356 書，頁 89, 90, 104、114。就如此態勢而言，是總統交辦行政院長執行都被排除，遑論總統本身具有行政命令權。

⁴¹⁸ 陳愛娥，註 355 文，頁 3-6。釋字 627 號解釋理由書所謂在國家安全事務上為最高行政首長，是否將造成衝擊目前似仍屬未定之天，若肯認因此總統取得該事務領域內的廣泛行政權，則扣除分裂議題「被割裂」的考量外，自然總統的實權較以往為大—只是是否更因此形成「行政保留」而排除國會的優位權力，恐怕還需要實踐的經驗。

關於我國現行憲法是否有「行政保留」之空間，請見廖元豪，〈論我國憲法上之「行政保留」—以行政、立法兩權為中心〉，《東吳大學法律學報》12 卷 1 期，頁 28-41 (2000)。即便承認該文較有把握的行政保留領域，應無法解決總統職權處理分裂議題時發生割裂的問題。

⁴¹⁹ 即便基於總統民主正當性，於涉及國家安全大政方針事務時，若行政院受命於總統所制定之政策、法案、預算受立法院議決修正時得主動提請立法院覆議(蘇永欽，〈總統選舉後的憲政展望〉，收錄於《違憲審查》，頁 317-318 (1999))，仍不能忽視前述國會的優位。

⁴²⁰ 例如派遣何人代表我國擔任參加亞太經濟合作會議(APEC)之特使。林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，註 416 書，頁 323。

⁴²¹ 當然這樣的區分日益模糊，尤其在兩岸互動日益頻繁下，經濟、財政、教育、環保等事項都有可能被納入。同前註書，頁 324。不過也可以發現，這些事情仍幾乎與「族群關係」或「轉型正義」無必然關聯。

⁴²² 釋字第 520 號解釋理由書。其已指明該「指示」應無規範效力。

⁴²³ 最典型的例子就是由教育部主導的中正紀念堂更名案。

⁴²⁴ 釋字第 520 號解釋理由書。其指出「並非不得」個案立法，但毋寧只是例外。

序的功能面向來看，總統—行政權結構上欠缺「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」的制度量能(capacity)，更是本文認為協合民主與審議民主之結合必須以國會為實踐主體的關鍵因素。

從「擴大參與」的面向檢驗：就機關組織的程序可發現，國會選舉各黨的得票率不論如何，合計都是代表全國民意匯集的 100%，多數黨與少數黨、乃至於無黨籍，其地位都是「立法委員」、都得依立法院職權行使法參與立法院決策過程。相對而言，總統選舉獲勝者在分裂社會中只被其中一方效忠，⁴²⁵ 而依照我國至今四次總統直選的得票率分別是 54%、39.3%、50.1%、58.5%，低可能破四成、高不逾六成，加上總統—行政決策程序中「國家安全會議」⁴²⁶、「行政院會議」，⁴²⁷其與會人士幾乎是由總統—行政首長自行任命之政務官，⁴²⁸ 無法擔保其意見觀點之全面性，自不若分別由民意直選之代表所組成的國會。⁴²⁹

從「充分審議」的面向檢驗：參與面向的完整與多元，為審議是否充分的前提；⁴³⁰ 欠缺充分參與基本上不可能完成充分的審議。然而總統—行政組織不但欠缺參與的完整與多元，阻礙審議進行的還有行政組織上命下從的「科層制」⁴³¹ 傳統：堅持這種統治模式的釋字第 613 號解釋⁴³²更把「行政一體」提昇為憲法原則、強調行政首長對所屬機關的人事任命權，藉此保障責任政治與民主原則。⁴³³ 違反行政一體是否就違反責任政治或民主原則姑且不論，⁴³⁴至少在審議民主要求審議者間「政治平等」的理念下，⁴³⁵行政組織內的充分審議顯然欠缺期待可能性。⁴³⁶ 反觀國會中「無人不是議員」、各自有其民意正當性而具備「政治平等」⁴³⁷的

⁴²⁵ 吳乃德，註 10 文，頁 26-27。

⁴²⁶ 中華民國憲法增修條文第 2 條 4 項。

⁴²⁷ 中華民國憲法第 58 條。

⁴²⁸ 中華民國憲法第 56 條、增修條文第 3 條，國家安全會議組織法。

⁴²⁹ 陳英鈴更指出，總統制國家除了拉丁美洲屢有政變外，先進者如美國，幾乎有一半(16 位)的總統有被暗殺之經驗、其中有 4 位死於暗殺，其代表性確實受到高度質疑。陳英鈴，註 365 文，頁 134-135。

⁴³⁰ 審議民主與參與的關係，請見第二章三項，二、

⁴³¹ Wolfgang Loschelder 將科層制界定為組織的垂直分工、整體任務與權限以固定且由上而下的階層順序安排較小的行動單元、每個階層活動的正當性都來自最上層、最上層透過中間階層控制整體活動。轉引自 陳愛娥，〈行政一體原則與行政分殊化的趨勢—評司法院大法官釋字第 613 號解釋對行政一體原則的理解〉，收錄於城仲模教授古稀祝壽論文集編委會編，《二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文-II 行政法總論篇》，頁 140 (2008)。

⁴³² 同前註文。

⁴³³ 釋字第 613 號解釋理由書。在我國行政院長之任命從立法院同意改為總統直接任命的制度，似乎正是大法官解釋如此推論的基礎。

⁴³⁴ 認為未必違反者，例如，陳愛娥，註 431 文，頁 155-156 (2008)。

⁴³⁵ 審議民主中審議參與者之間的關係，請見第二章三項，二、

⁴³⁶ 例如中正紀念堂更名案，重新掛牌時未經討論即受抨擊。「中正紀念堂 7 月重新掛牌！」(2009 年 6 月)，今日新聞。資料來源：<http://www.samtseng.liho.tw/~samtz/blog/?p=2572> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 15 日)

⁴³⁷ 楊泰順，〈國會運作與黨團協商〉，收錄於蘇永欽主編，《國會改革—臺灣民主憲政的新境界？》，頁 133 (2001)。這是國會式決策的特色，即便是議員間多少有「階級」之分的內閣制，但所謂總理也不過是「各閣員中的第一人(the first among equals)」、誰也不比誰大。陳英鈴，註 365 文，頁 136。

審議基礎。⁴³⁸從動機考量也是同樣結果：政務官要取悅的「老闆」是行政首長、各立法委員要取悅的「老闆」是背後的人民，行政首長只有一種觀點、人民有各種不同觀點，立法委員必須努力表現爭取選民認同、政務官得努力表現爭取首長認同，其審議的觀點、動機與動力實是大不相同。

從「權力分享」的面向檢驗：就總統－行政體系而言，科層的運作模式既是由上而下地傳達正當性(及依附於該正當基礎的行政權力)，則就當前釋憲實務的觀點應可推論行政權力來自總統、責任歸於總統：如此一來「獨任制」下行政權內部即不可能出現真正權力分享，⁴³⁹而是不斷的「授權」關係；相對而言，「合議制」的國會，各委員議場內的政治權力相等、形塑決策程序的空間也大，⁴⁴⁰可以透過**制度化**的方式將權力分享予少數黨以凝聚決策共識與更高的民意基礎。相對來說，也因為總統－行政內部無法權力分享，首長因此欠缺充分審議的動機；在國會議事程序中容許權力分享的同時，多數黨必須與少數黨溝通妥協才能推動決策、少數黨也因此有籌碼讓多數黨妥協，對於雙方而言都有充分審議的動機。

三、總統在分裂議題中的角色

前述從憲法規範架構與總統－行政權的組織功能分析，均得出總統與行政權在處理分裂議題上「不適宜」的結論，但總統直接民選、掌控行政首長任命權的超強政治實力與民主正當性，以及其「國家元首」的地位，永遠都使得總統在分裂議題的態度與表現牽動分裂社會中異質團體的敏感情緒－⁴⁴¹在臺灣複雜的國際處境上，當然還包括與美國、大陸的三邊關係互動(尤其是國家認同議題方面)。因此，單純屏除總統在分裂社會中的角色顯得太過天真，即便無法承擔三項原則的實踐，仍必須處理總統在分裂議題中的角色。

總統在欠缺機制支持下，要落實三項原則必須**主動**透過**體制外**的途徑：其中以政黨與媒體最為關鍵。剛性政黨與黨籍總統基本上是相互影響、相互依存的，黨內其他政治人物爲了本身政治利益與理想，針對台灣敏感的分裂議題提出意見補足總統－行政權觀點的不足，而黨內民主機制的健全更有助於確保不同聲音進入黨、以及黨籍總統⁴⁴²的決策考量。⁴⁴³而媒體作爲「第四權」，監督政府施政、

⁴³⁸ 換言之，國會本身就是協合式、而非層級式，權力是「四面八方」而非「從上而下」。Walter J. Oleszek 著，湯德宗譯，《國會程序與政策過程》，頁 14 (1992)。

⁴³⁹ 釋字第 613 號解釋應已間接排除立法形塑行政內部權力分享的可能性。

⁴⁴⁰ 釋字第 585 號解釋文、理由書參照。

⁴⁴¹ 例如李登輝總統發表的「特殊國與國關係」、陳水扁總統「太平洋沒有加蓋」或馬英九總統「一國兩區」的發言，雖然都不是具體的政策、也沒有任何正式的效力，但在國家認同、族群關係上都造成十分震撼的動盪。

⁴⁴² 臺灣民主化以來經驗顯示，總統與黨務之間終究必須結合。陳水扁總統一開始立志與黨務切割、做「全民總統」，終究於 2002 年開始兼任民進黨黨主席、2004 年正式就任，2008 年 1 月才由謝長廷繼任。資料來源：民主進步黨 <http://www.dpp.org.tw/> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 17 日)；國民黨威權時代以黨領政之外，民主化後李登輝總統到今日馬英九總統(也曾宣示不兼任黨主席)，任期內也幾乎均身兼黨主席職務，黨政權力結合於總統一人的情形幾乎是常態。

⁴⁴³ 其中分寸拿捏，在臺灣經過黨國一體的威權統治、產生的負面教訓，使得此一界線的劃分更顯重要，但本文暫無力論述。

反映民意的功能理論上也可以補足總統—行政權統治的盲點；但在臺灣政、媒(也包括商)間彼此操作利用，媒體完全放棄「促進不同立場間對話」的責任、形成媒體亂象，行政部門透過管制手段加以管理已經勢在必行，⁴⁴⁴ 而總統—行政權在參酌媒體反映的輿論同時除了必須避免被蒙蔽外，也應規劃如何促動媒體發揮擴大參與及審議的功能。

更重要的是，總統與行政權更必須有意識地知道自己處理分裂議題的不足，不論是形式發言或具體政策推動都應抓準職務與功能的分際。就我國民主化以來的政治現實而言，分裂議題一直是各級選戰的焦點，例如陳水扁總統從 2000 年選舉的「四不一沒有」、短短兩年內轉向「一邊一國」，並在各種選舉場合炒作分裂議題，其中有多少是經過仔細評估、評估的考量是選舉利益或是有效處理族群議題，或是意外脫稿演出後被迫延續的立場⁴⁴⁵ 雖然不得而知，但其影響之大卻是人盡皆知。這也凸顯建立分裂議題特殊決策機制的重要性，能夠有效區分「政治語言」或「正式政策」，臺灣人民不可能永遠迴避分裂議題、政治人物測試當前風向做為施政參考也無可厚非，重點是**制度化地強迫執政者公開其議題定位、清楚表述、接受審議**—亦即，總統—行政權做為國家政府機關代表與直接民主正當性的政治領袖，施政有需要時固可(也應該)主動推出/採取與分裂議題相關之政策，但不宜單方片面決定，而應透過立法等方式實現政策並交付國會，依適當之程序論辯議決。

第三項 小結

本節試圖找出最適合實踐結合協合民主與審議之民主理念的主體。由於分裂議題本身的全國性與公共性，首先排除私人或地方自治團體的可能；政黨與公民投票機制也各因其機制本身的侷限而予以排除。對照分析後本文認為，雖不能忽略總統與司法在分裂社會中可能扮演的角色以及實際的影響力，但國會(立法院)因為規範權限的完整性及合議制的多元組織結構，⁴⁴⁶ 創造實踐「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三項原則的優勢，使之成為最理想的主體，同時，也透過國會中制度化的特別決策機制，敦促政治人物必須清楚定位其言行是否將轉化為具體的政策、作為，或只是嘴上說說，使人民能正確關注有意義、應予審議的議題。下一節則將尋找「協合民主」與「審議民主」在我國憲法實體價值中的著力點，作為促使國會調整其決策程序的合憲基礎。

⁴⁴⁴ 關於臺灣當代媒、政、商的結構性問題，可參考 羅世宏，〈自由報業誰買單？新聞與民主的再思考〉，《新聞學研究》第 95 期 (2008)。關於表意自由與管制的問題，美國進步派近來也開始關注究竟何者才應予最高度的保障，可參考 Robert C. Post, *A Progressive Perspective on Freedom of Speech, in THE CONSTITUTION IN 2020*, 179 (Jack M. Balkin & Reva B. Siegel eds., 2009)。

⁴⁴⁵ 劉文斌，註 42 書，頁 209-286。

⁴⁴⁶ Kelsen 認為，行政與司法個案適用法律時毋寧也是一種「法制訂」的過程，但議會透過多元、妥協過程制訂「一般性」法律的空間，較行政、司法在個案適用時寬廣，原因在於如此才能提供議會更大的妥協空間，也基於較為民主的原因而取得通案拘束行政裁量、司法裁判的正當性。(黃舒芬，註 142 書，頁 77-78。)雖然對多數決機制的觀點不同，但 Kelsen 關於行政、立法、司法三者何為「法制訂」機關的說明，也可以做為本文支持國會在處理分裂議題取得優位的主張。

第二節 憲法基礎

尋找憲法基礎有兩個看似相反的動機：積極而言，是要與「議會自治」抗衡、找出促使國會形塑合乎協合民主與審議民主理念決策程序的規範面價值(甚或是「義務」)；但消極而言，若國會確實形塑此類機制，則必須找出能通過違憲審查檢驗的合憲基礎。然而政治學理上的民主理念，未必是我國憲法所承認的民主理念、即不必然享有規範效力，⁴⁴⁷故以下將先整理歸納我國憲法與釋憲實務對於民主的理解。

第一項 憲法與釋憲實務對民主的理解

以我國憲法本文、增修條文，以及司法院大法官目前為止作成憲法解釋(第 1 ~ 668 號解釋)之解釋文與理由書為標的，透過電腦搜尋檢索「民主」二字出現者，⁴⁴⁸並概括分類為**(1)單純提及**：作為一種修辭、只是形式地出現；**(2)民主的基礎**：被宣稱為民主存續基礎之價值；**(3)民主的機制與派生概念**：包括何種機制才是符合民主標準的機制，以及「民主」所延伸的下位、派生概念；**(4)防衛民主的合憲手段**：為了維護民主的存續，何種對人民權利的限制是合於憲法要求的。就本文的研究來說，**(1)**完全無助於判斷我國憲法秩序是否有包括協合民主與審議民主理念之分析，故分類後不予深究。

一、單純提及

單純提及「民主」的大法官解釋有釋字第 282、378、392、503、627 及 632 號解釋。這些解釋中提到「民主」的功能似乎偏重於修辭功能，並未藉此加以延伸；其中 632 號解釋則是在理由書中簡述聲請人之主張中提及，正式構成解釋的理由則並未論之。

二、民主的基礎

被宣稱為民主存續之基石者，多數是在基本權案件中用以說明該基本權之重要性，而幾乎集中於(廣義的)表意自由，包括釋字第 364、407、445、509、644，說明包括廣電、出版、集會遊行、誹謗言論以及政黨等領域與表意自由結合時對於民主的促進功能。釋字第 567、603 號解釋認為人性尊嚴、思想自由及人格自由發展的保障對於民主自由之存續有重要意義，雖然不見更進一步與民主的連結，但大法官措辭如此堅定且非不合理，本文從之。

⁴⁴⁷ 以美國國會著名的「冗長發言(filibuster)」機制為例，固然是國會自行設計的制度並自 1830 年代運作至今，但也頗有憲法疑義，可見國會議事程序本身的合憲性問題確實需要被檢驗、並非訴求「政治問題」或「國會自治」即可迴避。E.g. Martin B. Gold & Dimple Gupta, *The Constitutional Option to Change Senate Rules and Procedures: A Majoritarian Means to Over Come the Filibuster*, 28 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 205 (2004).

⁴⁴⁸ 研究中不時出現「國『民主』權」的干擾，雖然國民主權與民主並非無關，不過為集中分析起見，一併予以排除。

三、民主的意涵、派生概念與機制

最能表現憲法與釋憲實務心中民主圖像的，就是其對於民主的直接闡述(意涵)、將民主更具體化而延伸出的派生概念、政府決策的民主標準與其他維持民主的制度(機制)。將分段討論如下。

我國憲法對「民主」意涵的描述，大概是本文第 1 條「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。」，從條文結構大致可推知所謂「民主」尤其與「治理」的密不可分；其他則是由大法官解釋指明部份憲法機制的民主意涵，例如「監察院彈劾權」(釋字第 262 號解釋)、「立法院預算權」(釋字第 391 號解釋)、「立法院大法官人事同意權」(釋字第 541 號解釋)、「緊急命令權」(釋字第 543 號解釋)、「立法院基於民主正當性的立法責任」(釋字第 662 號解釋)。

但出自釋憲實務本身對民主意涵的直接說明則幾乎沒有，而多採派生概念的界定，或直接要求符合民主標準的決策機制、及足以維護民主的制度，間接形塑其理念下的民主。派生概念的部份，包括：「文武分治」(釋字第 250 號解釋)、「民意政治」(釋字第 387、520 號解釋)、「責任政治」(釋字第 387、499、613 號解釋)、「權力分立」(釋字第 419、499 號解釋)⁴⁴⁹、「行政一體」(釋字第 613、645 號解釋)，都被視為是與民主息息相關的理念，違背派生概念即有動搖民主的危險。

符合民主標準與維護民主的機制，已得釋憲實務承認的有：「定期改選」(釋字第 261、499、553 號解釋)、「提昇議事功能與民主品質」(釋字第 290、364、435 號解釋)、「全國不分區代表」(釋字第 331 號解釋)、「(符合民主的)議會自治」(釋字第 342、381、499 號解釋)、「代議政治」(釋字第 499、645 號解釋)、「多數決」(釋字第 518、628 號解釋)、「遏止暴力犯罪」(釋字第 528 號解釋)、「(符合民主的)國會調查權」(釋字第 585 號解釋)等。

四、防衛民主的合憲手段

憲法增修條文第 5 條 5 項：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲。」採取德國基本法中「防衛性民主」理念、⁴⁵⁰但釋字第 644 號大法官解釋要求僅限於事後審查、有事實狀態足以認定「危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者」始可經憲法法庭判決解散、予以禁止；⁴⁵¹除此之外，釋憲實務另於釋字 618 號解釋認為，限制原籍大陸的中華民國國民之應考試服公職權，有助於維繫我國自由民主憲政秩序而屬合憲手段。

⁴⁴⁹ 包括強調各種權限獨立性者，例如「審計獨立」(釋字第 357 號解釋)、審判(司法)獨立(釋字第 530、601 號解釋)。

⁴⁵⁰ 釋字第 644 號解釋林子儀協同意見書、許宗力協同意見書。關於德國基本法採取「防衛性民主」的前因後果，可參考 蕭國忠〈防禦性民主與德國民主的正常化：從不寬容激進勢力到與之共存〉，發表於 中國文化大學政治系「二次政黨輪替與台灣民主的再深化：理論、制度與經驗」學術研討會(2008 年 10 月 23 日)，台北：中國文化大學曉峰紀念館國際會議廳。資料來源：中國文化大學 <http://www2.pccu.edu.tw/cryaps/cn/events/08Conf/agenda/02.pdf> (最後瀏覽日期：2009 年 12 月 20 日)

⁴⁵¹ 釋字第 644 號解釋理由書。

五、小結：有審議、無協合的民主觀

綜觀我國憲法與釋憲實務的民主觀念，從因應分裂社會的角度觀察，可以發現大法官在強調「表意自由」與「提昇議事功能與民主品質」的面向，可以評價為肯認「審議民主」的基礎。⁴⁵²另一方面，釋憲實務曾兩次指出多數決是符合民主標準的機制；對協合民主的理念，我國當前實踐上並沒有使少數能享有近似「否決權」的、符合嚴格「協合民主」意義的制度設計，使大法官無從表示意見，不過有兩種「權力分享」的案例類型值得更進一步探討。

首先是依據憲法必須分享權力的案例，以釋字第 520 號解釋為代表，該號解釋認為「國家重要事項(核四停建)」並不適合由行政權獨斷、而(至少)必須賦予立法參與的權力，才能取得「民主正當性」；⁴⁵³又如其他案件當大法官要求「法律保留」時，也等同宣告「此事必須有立法院參與」方可實現。這類案件對於大法官而言，促成權力分享的依據主要是「規範」(憲法)、而未必是「民主」—即便是釋字第 520 號解釋清楚將「民主正當性」與其他機關參與(立法院)連結，也必須注意，不論是總統—行政或立法院，現狀下是「多數決」、而非「共識決」的憲法機關，申言之，大法官此時心目中「(憲法的)民主」仍是「多數決」民主。

第二種則是釋憲實務「暗示」權力分享有違憲疑義的案子，即轟動一時的釋字第 613、以及「姊妹作」645 號解釋。不論是否被視為「獨立機關」，兩者皆因為「行政一體」而「責任政治」而「民主」的科層制觀念，排除了「由立法院依國會政黨席次比例分享人事權」的可能性。「比例代表」做為協合民主重要的制度建議項目、尤其在 Lijphart 一般所預設的內閣制國家中，勢必將「行政權」納入「比例代表」的影響範圍；但在我國二元民主的憲法結構中，釋字第 613、645 號解釋似乎認為「協合民主」(與依此構築的權力分享機制)，其民主正當性不能取代從「責任政治」推論的「行政一體式民主」。⁴⁵⁴

故總結而言，相較於當前釋憲實務所認可的審議民主理念以及明確承認的「多數決」機制，嚴格意義的「協合民主」在大法官心目中，樂觀地說是「陌生而模糊」、悲觀一點也可能推論出對協合民主不大友善的立場，一旦在實務上確有此種建制，則是否能在從憲法的民主原則中找到穩固的立足點，實非無疑義。

第二項 為什麼是「正當程序」？

結合協合民主與審議民主的政治理念，在分裂社會脈絡下，本文當然認為是「更符合民主」的民主原則，但考量前述所歸納、當前憲法規範與釋憲實務的觀

⁴⁵² 也符合 Habermas 所謂「雙軌審議政治」，亦即包括國會也有審議民主之適用、並不侷限於直接民主。請見梁志鳴，註 392 書，頁 42-45。

⁴⁵³ 釋字第 520 號解釋理由書：「行政院院長以重要政策或施政方針未獲立法院支持，其施政欠缺民主正當性又無從實現總統之付託，……」(粗體為作者所加)。

⁴⁵⁴ 當然這邊的詮釋比較間接且案例有限，加上「協合民主」的觀點並未真正在釋憲過程中被呈現及討論，或許不能過度武斷認定大法官已「全盤拒絕」協合民主、而大法官只是基於二元民主的結構認為「立法不得侵奪行政」，但恐怕也無法得出對協合民主「友善」的依據。

又，現行行政機關內部在中央行政機關組織基準法承認「合議制機關」(委員會或獨立機關)，固然也是一種「權力分享」的型態，但仍非真正「協合民主」的共識決機關。

點，恐怕尚難接受這樣的主張是我國憲法規範下的民主，⁴⁵⁵從而不得不另闢蹊徑，尋找其他的憲法價值基礎—而「正當程序」是一個可能包涵這些理念的棲身之所：用民事訴訟法的術語來說，正當程序是一個「備位聲明」，在訴諸民主原則可能不被接受的狀況下，嘗試以正當程序作為另一個法理基礎。再者，「正當程序」較之「民主」，其文義更具體地指出「正當」及「程序」兩個元素、適切地詮釋本文主張三項原則以程序調控的特徵，以下將更具體說明正當程序與三項原則間的關聯。

一、正當程序的起源

正當程序(due process)的概念可上溯至英國 1215 年「大憲章(Magna Carta)」，在這個由貴族限制王權的契約並未出現“due process”一詞，直到 1354 年大憲章的增修版中首次出現、成為一般性原則，⁴⁵⁶並影響了 1791 年的美國把人權條款放入憲法條文時，在增補條文第 5 條(5th Amendment)⁴⁵⁷設計以法院令狀拘束行政權的規定；⁴⁵⁸ 1868 年南北戰爭結束，為了有效保障黑人權利，又修憲增加增補條文第 14 條 1 款(14th Amendment, §1)、⁴⁵⁹將正當程序的原則貫穿到各州。⁴⁶⁰

一般稱正當程序為「正當法律程序」(包括美國憲法第 5 增補條文、我國憲法引入此一概念的釋字第 384 號解釋)所謂“due process of law”，其中“of law”有認為係優先交國會立法形成實質內涵的意義(立法決定論)。⁴⁶¹而就概念發展而言，有基於哲學意涵為區分的「本體說」與「工具說」兩種見解，前者認為正當程序本身即是正義價值的表現，後者則主張正當程序的意義在於擔保實體決定的正確性；基於功能觀點的分類則有認為包括「權利保障」、「效能提昇」以及「維

⁴⁵⁵ 受德國公法學影響甚大的我國憲法學界，若採取 Kelsen 的見解，則甚至可能認為協合民主、權力分享的理念是「不民主」的(黃舒芃，註 142 書，頁 61-62)。

⁴⁵⁶ RHONDA WASSERMAN, PROCEDURAL DUE PROCESS: A REFERENCE GUIDE TO THE UNITED STATES CONSTITUTION 1-2 (2004).

⁴⁵⁷ U.S. CONST. amend. V.

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation

⁴⁵⁸ 吳景欽，〈張君勱與英國大憲章〉，頁 3-5 (2001)。

⁴⁵⁹ U.S. Const. amend. XIV, §1.

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁴⁶⁰ 黃經綸，〈「平風造雨」？無用的正當法律程序概念！—以美、德有關之法釋義學概念檢視我國大法官相關解釋與未來之運用〉，收錄於劉得為等著，〈德國與美國憲法判決中基本權利論述之比較研究：宗教自由、隱私權、婚姻自由、正當法律程序、財產權與言論自由〉，頁 5-7 (2005)。

⁴⁶¹ 葉俊榮，註 39 書，頁 72-73；see also, Redish & Marshall, *supra* note 40.

護人性尊嚴」等三個面相。⁴⁶²

葉俊榮指出，所謂的「程序」包括了誰發動決策、誰參與決策、決策考量的因素為何，以及終局決策者為何人。⁴⁶³與本文直接相關的三個重要問題，是(1)正當程序的概念內涵能否容納「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」等三個要素？(2)何者為受「正當程序」拘束的憲法機關？以及，(3)在何種事務領域中有「正當程序」的適用？就本文所前述的論點而言，必須提出有力基礎主張(1)正當程序的理念確實包涵「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」等三個結合協合民主與審議民主的要素，(2)國會亦須受「正當程序」之拘束，以及，(3)分裂議題(與基本權未必直接關聯)的決策必須受正當程序之拘束，以及由於我國憲法本文與增修條文均未明文承認或排除「正當程序」作為憲法原則，以下將就這三個問題，透過學理(包括比較法的參考)與我國釋憲實務見解的整理、分析，提出符合本文觀點的基礎。

二、內涵問題：正當程序與「擴大參與」、「充分審議」及「權力分享」

(一)美國「正當程序」與德國「基本權程序保障功能」

從美國憲法增修條文第 5 條的規定來看，對於程序的要求只有一個“due”字，而要理解其中的原始意涵依然必須回到「大憲章」以限制王權為核心理念的淵源中，亦即，國王在對一個人採取行動前、必須遵循某些為了確保公正而存在的程序；依 John V. Orth 的見解，這是法治(the rule of law)的程序面向，可以濃縮理解為「一個通情達理、不偏不倚且有效率的決策者」。⁴⁶⁴在傳統受正當程序原則拘束的行政與司法程序而言，其對「正當」的要求也十分接近：⁴⁶⁵ Henry J. Friendly 曾提出十點要素：(1)公正裁決者；(2)預先告知擬採之行動並附理由；(3)陳述意見機會；(4)有權提出證據；(5)有權知悉不利證據；(6)有權交叉質詢反對證人；(7)依證據裁決；(8)有權聘請律師；(9)對證據呈現作成書面紀錄；(10)以書面記載裁決結果與理由。⁴⁶⁶

另一方面，影響我國憲法發展極深的德國法制，針對訴訟程序有基於法治國原則、超出聽證權要求的「公平審判權(Recht auf ein faires Verfahren)」，以及基本法 103 條 1 項明文的「聽證權(rechtliches Gehör)」。前者之內涵仍待發展，但 Franz-Ludwig Kenmeyer 透過對德國聯邦憲法法院以及學理論證，對後者之內容界定包括(1)資訊請求權；(2)採取立場之權利(Recht auf Stellungnahme)；(3)意見受適當考量之權利。⁴⁶⁷行政程序部份則因為承認基本權的「程序保障功能」亦

⁴⁶² 葉俊榮，註 39 書，頁 2-11。

⁴⁶³ 同前註書，頁 6-7。

⁴⁶⁴ John V. Orth 著，楊明成、陳霜玲譯，《正當法律程序簡史》，頁 7 (2006)。

⁴⁶⁵ 葉俊榮，註 39 書，頁 82。但不區分並不是毫無爭議，相關討論可見葉俊榮，《面對行政程序法—轉型臺灣的程序建制》，台北：元照，頁 64-68 (2002)。

⁴⁶⁶ Henry J. Friendly, *Some Kind of Hearing*, 123 U. PA. L. REV. 1267, 1279-96 (1975).

⁴⁶⁷ 陳愛娥，〈正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心〉，《憲政時代》29 卷 3 期，頁 380 (2004)。

要求「最低程度」的程序保障，而內容亦同「聽證權」。⁴⁶⁸

(二)我國釋憲實務所承認的正當程序

由此可知，美、德兩國關於程序保護的一般性要求，其內容實質上幾乎不區分適用於行政程序或訴訟程序。而我國憲法並未明文普遍要求行使公權力程序之正當，⁴⁶⁹但一般學界咸認釋憲實務從釋字第 384 號解釋(1995 年 7 月 28 日)後正式援引「正當(法律)程序」的概念、並取得憲法的規範效力；⁴⁷⁰本文設定關鍵字「正當程序」⁴⁷¹、「正當法律程序」⁴⁷²及「實質正當」⁴⁷³三種用語對目前為止大法官解釋(第 1~668 號)之解釋文及理由書進行搜尋，發現共有 29 件曾於前開範圍內提及，最近一次是釋字第 667 號解釋(2009 年 11 月 20 日)。當然這樣的角度切入有時無法涵蓋部份從基本權程序保障功能論述的大法官解釋，例如許宗力即曾從程序保障功能面向評析釋字第 488 號解釋並提出 12 個在行政程序中具體個案考量的因素，⁴⁷⁴與 Friendly 所提出的 11 點幾乎相同，故不擬另為處理。

就解釋文與理由書中關於正當程序內容的闡述，有時僅是單純宣示而看不出釋憲者有意將審查標準與正當程序連結，或單純課予立法者形塑符合正當程序要求之程序而未具體要求內容者(如釋字第 633、613、610、574、567、523、446 號解釋)；其他有具體揭示的內容中，於訴訟與行政程序⁴⁷⁵的相關案件中看不出釋憲者有意圖區分兩者要素，且實質上與 Friendly 主張的 10 點要素頗多重疊，列舉相關釋字並擇要簡介如下：

(1)公正裁決者(釋字第 665、639、636、631、628、491、436、418、392、384 號解釋)：合議制委員會的多元性有助決策之客觀(釋字第 636、491 號解釋)，而即便所踐行之程序均正當合法，「正當程序」的精神仍要求決策者本身的公正性(釋字第 392 號解釋)；

⁴⁶⁸ 同前註文，頁 384。

⁴⁶⁹ 連憲法第 8 條 1 項也只有「依法定程序」而無「正當」二字，而有逾越憲法文義之疑慮。陳愛娥，同前註文，頁 361-362。不過本文認為考量我國抽象違憲審查制度的存在，該法定程序是否正當是會受到司法權調控的，由憲法整體觀之，至少在人身自由的限制問題上應該是有「正當法律程序」要求的。

⁴⁷⁰ 一般有從憲法本文第 8、16、22 條等路徑推導正當程序在我國憲法上的地位。蘇宏杰，《從正當法律程序看行政處分之聽證問題》，國立臺灣大學法學研究所碩士論文，頁 30-42 (2005)。

⁴⁷¹ 有釋字第 667、631、628、613、563、499、392 號解釋。

⁴⁷² 有釋字第 667、665、663、654、653、639、636、633、610、588、585、582、574、491、446、445、436、418、396、392 號解釋。其中釋字第 603 號僅於聲請人提及，大法官實質理由中並未以正當程序為論述基礎，故予排除。

⁴⁷³ 看似並不直接，卻是第一次援引正當程序概念時大法官之用語。(同此觀點林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，註 416 書，頁 443；陳愛娥，註 467 文，頁 367。)依此詞彙搜尋到的解釋共有釋字第 567、523、520、499、392、384 號解釋共 6 件，其中第 590、601 號解釋與程序之正當性無關，已於計數時排除；第 520 號解釋未以「正當程序」稱之，而是討論程序在無憲法明文時立法單方所要求的程序是否取得憲法地位的問題，應亦有相關而一併採計，特此說明。

⁴⁷⁴ 許宗力，〈基本權程序保障功能的最新發展－評司法院釋字第四八八號解釋〉，《月旦法學雜誌》第 54 期，頁 155-156 (1999)。

⁴⁷⁵ 包括釋字 585、633 號解釋相關、國會調查權具體制度中類似檢察權(行政權)之部份。但與國會議事程序有關的「正當程序」探討則容後再論。

- (2)預先告知擬採之行動並附理由(釋字第 585 號解釋)；
- (3)陳述意見機會(釋字第 636、588、491、445、418 號解釋)；
- (4)有權提出證據(釋字第 418 號解釋)；
- (5)有權知悉不利證據(無)；
- (6)有權交叉質詢反對證人(釋字第 636、582、384 號解釋)；
- (7)依證據裁決(釋字第 582、384 號解釋)；
- (8)有權聘請律師(釋字第 654、585 號解釋)；
- (9)對證據呈現作成書面紀錄(無)；
- (10)以書面記載裁決結果與理由(釋字第 491 號解釋)。

值得特別注意的是釋字第 663、667 號解釋兩度從正當程序的價值處理關於「通知」當事人之問題並不在 Friendly 所提的十點要素、亦非前述德國法聽證權的內容，但這實是正當程序能落實的前提，因為這些程序的進行若無確實且完整的相關人士參與，則根本無從實質有效地落實正當程序運作的意義。故學者葉俊榮也指出，以都市計畫相關法規為例，保障受影響者的參與機會(所謂行政程序法的「參與化」面向)才能維繫(行政的)正當程序的法治國家。⁴⁷⁶

(三)「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」與正當程序

一開始必須釐清，正當程序的多種要素，學說與實務會隨著現實脈絡、規範結構以及程序目的及功能的不同而各有強調及取捨，當非形式地一概認為所有要素均須齊備才符合「正當程序」的要求：例如民事訴訟中的「小額訴訟程序」爲了追求訴訟經濟，在一定要件下即可免除法院依證據裁判的義務。⁴⁷⁷故此，「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」固然無法滿足所有正當程序的要素，但不因此無法與正當程序的概念連結。

1. 無疑義的包涵關係：包涵「擴大參與」、「充分審議」的正當程序

從比較法與我國憲法實務整理「正當程序」的要素，可以發現其與「擴大參與」及「充分審議」理念明顯地高度重疊。「擴大參與」在民主理念中的核心意義是盡量廣納被決策影響者都能參與決策、在正當程序的法理下也被我國釋憲實務及學說所肯認。另一方面，預先告知擬採之行動並附理由、陳述意見機會、有權提出證據、有權知悉不利證據、有權交叉質詢反對證人、依證據裁決、以書面記載裁決結果與理由……等正當程序的要求，都是達成 Fishkin 所認為高品質審議(觀點完整、資訊合理、深入討論)的重要機制(至少是機制的理念)。事實上，葉俊榮即已明確指出，「參與」與「論辯」的兩個重要(行政)程序法理，前者是

⁴⁷⁶ 葉俊榮，註 465 書，頁 265,266, 274-277。

⁴⁷⁷ 民事訴訟法第 436 之 14 條：「有下列各款情形之一者，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判：

一、經兩造同意者。

二、調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當者。」

基於補充代議民主的缺陷、後者則是審議民主的具體實踐，⁴⁷⁸ 故應可肯認「正當程序」顯然足以完整包涵「擴大參與」及「充分審議」兩個民主理念。

然而「權力分享」與傳統多數決民主理論架構憲法價值對立的理念，是否能從正當程序找到主張的基礎則並不清楚，顯然必須更進一步分析推論：因為這樣的主張多少代表「沒有權力分享」=「不正當」— 要採取如此強硬的立場必須有更堅強的說理。不過必須說明的是，本文無意將這樣的主張提昇為一個一般性的原則—亦即，不論就民主理論或正當程序的討論而言，是否適合「權力分享」、以及這樣的權力分享是否能與正當程序連結，必須放在具體的規範結構與社會脈絡討論；不過，就「充分審議」的觀點來說，如前所述，⁴⁷⁹「權力分享」作為一個「提高實質審議動機」的、工具性的補充機制而言，或許可以是建構有效審議機制的一般性建議。

2. 「權力分享」與正當程序的連結：「公正裁決者」

然而，放到具體規範結構與社會脈絡的討論，立即面臨的理論落差是「公正裁決者(an unbiased tribunal)」的觀念。其他正當程序面向的要素放到國會運作中，並沒有顯著的適用困難，而「公正裁決者」的要求，是聚焦於「決策者」本身的中立性。在 Friendly 探討這個概念時是放在聽證程序的問題脈絡下，故提出「盡量避免決策者以行政機關官員為主」的建議。⁴⁸⁰

國會當然是一種「決策者」，然而進一步比較會發現，行政程序與司法程序中的決策者(前者為行政機關與後者為法院)，其特色都是要(1)依法決策(依法行政、依法審判)、(2)中立決策，⁴⁸¹ 學說與實務不但致力於建立各種機制保障這兩個特色，更憑藉這兩個標準來判斷裁決者是否「公正」；但國會本身就是立法者、其框架是毋寧鬆散(雖非沒有)的憲法界線，基本上無所謂「依法立法」，再加上國會作為政治部門，其存在功能就是要透過立法權、預算權等職權行使，依照民意的偏好權威地分配各種價值，也不存在中立性的考量。故此，國會適用正當程序的理論落差在於，「公正」無法作為評價國會的標準。

然而「公正裁決者」的觀念在構築公權力行使的正當性問題上有其必須被獨立堅守的意義，Friendly 顯然也不認為具備其他正當程序的要素即為已足，依然獨立地、甚至列為第一點要求裁決者的公正性。同樣的道理，釋字第 392 號解釋所強調「……自無所謂倘已符合正當程序，檢察官亦得擁有刑事訴訟法之羈押權問題。」雖然是先得出憲法本文第 8 條「法院」不包括「檢察官」之後的當然結論，但從正當程序的法理面理解即可瞭解，「審檢分立」之所以依釋字第 384 號

⁴⁷⁸ 葉俊榮，註 465 書，頁 123-126。

⁴⁷⁹ 第二章第二節第四項

⁴⁸⁰ Friendly, *supra* note 466, at 1279-81.

⁴⁸¹ 司法機關的「中立性」與「依法審判」在憲法本文 80 條已有明文要求、並依據 81 條建制保障中立性的機制；行政機關近年在行政程序的法理以及我國修法的方向上，透明化與論辯化的同時都高度要求行政機關的中立性，以構築行政程序的正當性，行政部門的法治化以釋字第 409 號解釋為代表也不斷被強調。葉俊榮，註 465 書，頁 30-31, 119-127, 295-296；葉俊榮，註 39 書，頁 83-86。

解釋作為正當程序的一環，正是因為決策者(法院)本身在組織結構上中立地位的正當性並非當事人一造(檢察官)單純透過(形式地)踐行「正當程序」即可輕易取得。故此，國會作為一種決策者，非但不能因為「公正」並非適切標準而放棄對決策者品質的要求，更必須積極尋找更適切的評價標準、並依此標準建立處理分裂議題的制度量能(institutional capacity)。⁴⁸²

3. 建立分裂議題的「共識決策者」

Friendly 主張以「公正」做為行政聽證程序中對決策者本身的評價機制，儘管文中並未清楚說明「盡量不具主管機關職員身分」的考量基礎為何，但合理的猜測是基於事務領域的需求—亦即，處理聽證程序中各方利益的衡平問題，加強決策者中立性(公正)有助於正當化決策結果。如此一來，當決策者轉變為國會時，就我國分裂議題類型之憲法規範指引與事務處理之需要，本文認為應以形成「共識」之能力做為評價決策者的標準。

我國的分裂議題是「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」及分裂議題不同立場代表者(政黨)間的權力分配問題。就現行憲法明文而言，直接與分裂議題有關的包括領土變更：憲法規範的指引明確要求高於多數決的提案門檻；另外，國號、國旗等象徵國家認同之變更，以及尚且包含「大陸地區」的憲法結構，也須透過較「過半數」更高的修憲提案門檻方可變動。然而如本文所歸納分析認為，各分裂議題之間確實存在的「連動性」，故在處理非「國旗、國號、領土、大陸地區」等其他分裂議題時，其實也一定程度上影響到「國旗、國號、領土、大陸地區」憲法上的實質地位。其固然與直接修改尚屬有間，本文也無意逕主張所有分裂議題的決策均應使用修憲之高門檻，但在我國分裂議題存在連動性的現實情狀下，一律以簡單多數決處理所有非「國旗、國號、領土、大陸地區」等其他分裂議題，恐怕並未適切考量憲法的高門檻所要求「共識」的規範指引—即便這個「共識」不符合我國釋憲實務目前所認知的「(多數決)民主」。例如立法院所享之大法官人事同意權，憲法增修條文第 5 條 1 項所謂「同意之」似乎承認現狀下「過半數」⁴⁸³的多數決機制，但也不排除更高的同意門檻：陳愛娥即認為，考量大法官所承擔的憲法功能以及德國憲法所謂「功能法觀點(Funktionell – rechtlicher Ansatz)」⁴⁸⁴，現行立法院職權行使法的規定非無憲法上疑義。⁴⁸⁵

事實上，就事務處理的需要而言也確實有形成共識的需求。一樣是大法官(憲法法院法官)同意權行使的問題，Christoph Gusy 即認為涉及建立與維繫社會共識功能之(德國)憲法法院法官不能以單純多數決決定，而應訴諸三分之二多

⁴⁸² 葉俊榮，註 465 書，頁 237。

⁴⁸³ 立法院職權行使法第 29 條。

⁴⁸⁴ 關於「功能法」的介紹可參考陳愛娥，〈大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發〉，《憲政時代》42 卷 3 期 (1998)；許宗力，〈權力分立與機關忠誠—以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉，收錄於《司法院大法官九十年學術研討會》，頁 7-19 (2002)。

⁴⁸⁵ 陳愛娥，〈立法院應如何行使各種同意權？〉，收錄於蘇永欽主編，《國會改革—臺灣民主憲政的新境界？》，頁 314-315, 319-320 (2001)。

數。⁴⁸⁶ 如果作為「資格審查」的大法官人事同意權有透過特別多數決以形塑共識的需要，則當國會本身直接針對需要形成共識的事務本身做成判斷時，則應亦做相同處理、提高決策所需之門檻。故此，不論從規範的應然誠命或事理的實然需求，在我國評價分裂社會決策者的標準，並非「公正」，而應取決該決策者「形塑共識」的量能。此一主張也將正當程序與「權力分享」的民主理念順利連結，因為比「過半數」更高的決策門檻是將政策否決權與未過半的少數人分享，亦即，對現狀的任何改變都需要基於少數人的同意。⁴⁸⁸

三、主體問題：拘束國會職權行使方式的正當程序

(一)行政權正當化模型的借鏡

在美國行政法的討論中，如何將行政權的權力運作正當化有四種模型：(1) 傳送帶模型(the transmission belt model)，著重國會立法授權、類似「法律保留原則」的觀點；(2) 專業模型(the expertise model)：認為行政部門結合最多人才、資源與專業資訊，使得行政機關比其他部門都更為專業而適合執行行政業務、無須高度仰賴民主授權的正當性；(3) 參與模型(the participatory model)：著重利害關係人在行政程序中的參與，使得當事人利益能與行政機關的專業性能在程序中結合；(4) 尊嚴模型(model of dignitary values)：Jerry Marshaw 提出包括衡平、可預測性、透明性、理性、參與、隱私等自由傳統(liberal tradition)下的美國社會價值與自然法傳統，融入行政機關內部文化形成「官僚正義(bureaucratic justice)」行政理性，挑戰迷信實定法主義(positivist)與本益分析為王道的功利主義。⁴⁸⁹

行政權的正當化模型可以有四種出發點作為填充程序「正當」的價值內涵，當國會議決的多數決機制適用分裂社會產生「多數決困境」的正當性危機時，**尋找多數決以外的正當性基礎**實為勢所難免。更重要的是，正當程序的理念基礎就是在「程序理性」的基礎上限制公權力：大憲章時期是國會作為一個權力機關限制附屬於國王的行政權與法院；⁴⁹⁰時至今日，在我國現行國民主權與憲政主義的國家體制下，應受限制的公權力機關豈獨行政、司法，立法者的民主正當性(多數決)在分裂社會的脈絡下已不足以做為公權力運作的「尚方寶劍」。因此，「正當程序」不只是憲法對所有公權力機關—包括國會—所要求的**程序控管義務**，也是國會面臨多數決機制正當性不足時的合理出路。

⁴⁸⁶ 同前註文，頁 315-316 (2001) (陳愛娥亦同意此見解)。其他相同意見，陳淑芳，〈德國聯邦憲法法院法官之選任〉，收錄於《民主與法治：公法論文集》，頁 321-322 (2004)。

⁴⁸⁷ 單純就違憲審查機制本身的運作功能而言，有學者認為若調高同意門檻採三分之二乃至四分之三決，則將使得受青睞者立場溫和、不見得有利於「改革」的功能。MICHAEL J. GEHARDT, THE FEDERAL APPOINTMENTS PROCESS: A CONSTITUTIONAL AND HISTORICAL ANALYSIS 296-98 (2000)。

⁴⁸⁸ 當然，如果肯認協合民主是一個符合我國憲法規範的民主理論，則對於決策者的正當性要求也就可更簡明地主張以(協合)民主原則做為評價國會決策者的標準。

⁴⁸⁹ 葉俊榮，註 39 書，頁 21-33。

⁴⁹⁰ WASSERMAN, *supra* note 456, at 2.

(二)「正當程序」適用於(廣義)立法程序的嘗試

「正當程序」可以拘束立法者的觀點早於美國獨立之前的英國法時期即已存在，1866年以前法官援引「正當程序」限制立法者的案子毋寧為一種常態—不但要求國會建構之程序不得違反正當程序，在當時的理解下「立法者必須以一定形式運作，其職權行使之結果始被承認為『法』」(That is, the legislature had to act in a particular way before its action would be considered legislation and thus law)。

⁴⁹¹ 有認為正當程序確實拘束議會乃至於修憲程序，只是必須與「議會自治」原則衡量；⁴⁹² 張文貞更在探討修/制憲的正當程序問題中強調：從Arendt與Bruce Ackerman的觀點認為，即便是形塑新秩序的制憲行為原則上也是在「法律狀態」、而非「自然狀態」下進行—亦即，當代的實踐經驗幾乎不存在「憑空捏造」而創設的全新法律秩序—故新秩序的創造自非可恣意妄為。⁴⁹³

事實上，從一般基本權違憲審查的模型中亦可窺見對立法者的程序審查，毋寧正是司法者運用「正當程序」作為一種憲法原則，而對各種權力均需程序管控的結果。⁴⁹⁴亦即，國會並不因為(多數決的)民主正當性而豁免於程序正當的要求；司法者之所以可以因程序瑕疵而干預國會立法的結果，自然也是因為程序控管是一個憲法位階的原則，⁴⁹⁵基於「憲法守護者」的機關義務加以控制。例如德國「三階理論(Drei-Stufen-Lehre)」對於調整司法違憲審查密度的區別中，包括針對立法者立法事實基礎調查的範圍與謹慎程度採取不同嚴謹程度的要求。⁴⁹⁶這樣的做法固然並非直接針對「程序嚴謹程度」審查，但若立法者恣意妄為，則其職權行使之結果(法案)可能得到違憲的判斷—尤其在強調程序控管的違憲審查觀而言，監督、審查立法程序嚴謹與否不但是基於理性的要求⁴⁹⁷而十分具有正當性，⁴⁹⁸甚至在德國聯邦憲法法院與學界通說的理解下，剝奪聯邦憲法法院的「事實審查權」(依全文脈絡應包括對立法程序本身的審查)違反「傳統功能論」、

⁴⁹¹ Ralph U. Whitten, *The Constitutional Limitations on State-Court Jurisdiction: A Historical-Interpretative Reexamination of the Full Faith and Credit and Due Process Clauses (Part Two)*, 14 CREIGHTON L. REV. 735, 770-72 (1981).

⁴⁹² 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，註416書，頁443-444。

⁴⁹³ 張文貞，註7文，頁6-11。

⁴⁹⁴ 固然如張文貞所指出，(至少就制憲程序而言)如何行使職權與司法可否、如何審查的討論，應分別以觀。張文貞，註7文，頁11。本文從違憲審查的角度論證，不外乎希望從已經慣行且確實承認可審查的學理與實務中，倒推程序正當本身的重要性。

⁴⁹⁵ 至少應可承認，講究權力分立與制衡的當代憲法—即便是內閣制國家，不可能容許「權力一元論(Gewaltenmonismus)」而使國會獨占決策權。請見許宗力，註484文，頁6-7。

⁴⁹⁶ 陳愛娥，註484文，頁187(1998)。美國聯邦最高法院自1908年 *Muller v. Oregon*，以及1942年 *Kenneth Culp Davis* 在學說上明確提出並界定後，其承認「立法事實(legislative facts)」是違憲審查可能的審酌基礎、並在不同審查密度對立法者課予不同程度的事實證明義務(standard of proof)。邱文聰，〈被忽略的(立法)事實：探尋實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第584號解釋〉，《臺大法學論叢》第37卷2期，頁235-246(2008)。不過廣泛說來，當法院斟酌時參酌國會立法程序中的資料時，其若經嚴謹調查則自能在違憲審查過程中比較禁得起考驗，應確實有間接的影響。

⁴⁹⁷ 許宗力，〈違憲審查程序之事實調查〉，收錄於《法與國家權力(二)》，頁50(2007)。

⁴⁹⁸ 當然，以釋字第499號解釋為例，程序調控未必代表司法者介入得少、其結論與論證內容都還有待個案中進一步分析評價，可參考葉俊榮，註391文。

「詮釋學觀點」與「管轄權觀點」，無異於根本掏空違憲審查權。⁴⁹⁹

而學理上「直接討論」正當程序與立法(Due Process and Law Making)的 Hans A. Linde 認為，檢驗立法程序是否正當是基於理性的要求(如德國通說觀點)，而非單純就結果的「再猜測(second-guessing)」：從立法紀錄(legislative record)中驗證立法之現狀問題、其目的手段間確實(而非假設)存在關聯性、並依程序所得的證據為決策，且發現立法事實之手段當然與行政或司法程序類似—即 Alexander M. Bickel 認為「最高的道德是來自程序的德性(The highest morality is almost always the morality of process)」⁵⁰⁰的體現，以此做為一個可長可久的司法標準。⁵⁰¹ Neal Devins 更認為，固然長期以來基於權力分立的考量，法院原則尊重國會的事實調查權限，但對(美國)國會課予正當程序(例如舉行聽證)的要求，並搭配司法最小主義(judicial minimalism)以及實踐期間的等待，能避免法院為錯誤判斷、且促使國會更善盡事實調查的義務。⁵⁰² 羅傳賢也認為正當程序與英國法「自然正義(natural justice)」所衍伸的「程序正義(procedural justice)」並不是專門因應行政程序而形成的，行政程序在正當程序理念上的發展具有重要性、但非正當程序只適用於行政程序；其更具體指出「議長中立」、「利益迴避」、「資訊公開」、「積極聽證」與「理性決策」五點作為立法程序實踐程序正義之原則。⁵⁰³

必須注意的是，有認為美國法所謂對「立法事實」的審查並非「三權分立下的國會立法者」，而是法院基於特定法律問題之一般事實狀況所做的判斷。⁵⁰⁴ 但事實上，美國聯邦最高法院 *Fullilove v. Klutznick*⁵⁰⁵ 以來，已有數次採取此一標準審查的案例，包括 *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*⁵⁰⁶ 及 *United States v. Morrison*⁵⁰⁷，均為美國聯邦最高法院依照立法紀錄與實證資料判斷國會立法是否有充足(sufficient)理由之適例。⁵⁰⁸

⁴⁹⁹ 許宗力，註 497 文，頁 50-51。

⁵⁰⁰ Alexander M. Bickel, *Watergate and the Legal Order*, 57 COMMENTARY 24, 25 (1975).

⁵⁰¹ Linde 指出當代國家「根本不可能容忍行政機關只憑情緒或錯誤資訊而制定行政命令」。Hans A. Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 NEB. L. REV. 197, 222, 224-27, 254-55 (1975-1976). 是言襯托出同樣是抽象規範制定者的立法者，其影響層面既然較更廣且更無其他上級監督，更必須以程序之嚴謹理性確保決策之正確—這應該也是張文貞以及釋字第 499 號解釋所強調「正當修憲程序」之意義所在。

⁵⁰² Neal Devins, *Congressional Fact Finding and the Scope of Judicial Review*, in CONGRESS AND THE CONSTITUTION 220, 235-36 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005). 更有指出美國國會與行政機關對於資訊蒐集之著力是一般深的(John Gastil, *Political Communication and Deliberation* 139 (2008).)。

⁵⁰³ 羅傳賢，註 404 書，頁 8-9, 17-31。仔細探究後其實與前述一般性的正當程序內涵相差無幾，著重於公正、審議、理性等價值，但忽略分裂社會、權力分享的具體脈絡問題。

⁵⁰⁴ 邱文聰，註 496 文，頁 235-246 (2008)。

⁵⁰⁵ 448 U.S. 448 (1980).

⁵⁰⁶ 531 U.S. 356 (2001).

⁵⁰⁷ 529 U.S. 598 (2000).

⁵⁰⁸ WILLIAM N. ESKRIDGE, JR. ET AL., *CASES AND MATERIALS ON LEGISLATION: STATUTES AND THE CREATION OF PUBLIC POLICY* 409-11 (4th ed. 2007).

(三)可拘束國會職權的正當程序：憲法條文、解釋的規範基礎與內容

透過學理與比較法上討論所建立「正當程序可拘束國會職權行使」的觀點，更應該與我國憲法具體的條文與釋憲實務所採的觀點結合對照，為其構築穩固的憲法基礎。

1. 憲法條文的規定

關於立法院行使職權之程序，憲法的明文規定十分空泛：本文第 63 條「議決」各種職權、⁵⁰⁹ 67 條 2 項委員會得邀請相關人士「備詢」、⁵¹⁰ 71 條關係院長與部會首長「列席陳述意見」、⁵¹¹ 增修條文第 4 條 3 項立法院每年「得聽取總統國情報告」、⁵¹² 以及第 5 條 1 項前段、6 條 2 項、7 條 2 項前段⁵¹³更加模糊的「同意」總統對司法院正副院長暨大法官、考試與監察院正副院長暨委員之提名。不過這樣的簡單規範說明憲法對國會職權行使的起碼要求，也就是對國會「議」的功能的強調，要求立法院在決策過程中必須充分討論、廣納相關資訊加以考量；而本文第 63 條應如何「決」雖然沒有明確的指引，但依其做為立法院行使職權所產生的終局效果(換言之，立法院本身的功能實踐效果)而言，自無可能放任最關鍵之決策過程，而應有一定的憲法框架必須遵守。

2. 釋憲實務的具體化觀點—及與「議會自治」的調和

釋憲實務對於「國會」(包括國民大會與立法院)⁵¹⁴職權行使程序合憲性的重要檢驗案例，可以從釋字第 254、314、342、381、499、520、550、584、632 及 649 號解釋等指標性案件進行觀察分析；其中部份也同時直接或間接涉及「議會自治」與司法權拘束國會職權行使間的權衡問題。

釋字 254 號解釋處理國代未依誓詞宣誓可否就職的問題進行審查，大法官立場十分強硬地認為「宣誓」是展現受民意託付、忠誠履行職務的重要儀式，未宣誓即不得就任，但得否出席會議則屬「議會自治」之範疇。從正當程序的角度而言，要求決策者本身對立場宣誓顯然是一種提昇公信的訴求，大法官一方面堅守底線、強力要求，但也首度運用「議會自治」的概念，保留國民大會自行判斷尚未就職之代表可否出席會議的決定空間。釋字第 314 號解釋中，釋憲實務則十分強調修憲之預告程序的重要性，指出「故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

⁵⁰⁹ 中華民國憲法第 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。」

⁵¹⁰ 中華民國憲法第 67 條 2 項：「各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢。」

⁵¹¹ 中華民國憲法第 71 條：「立法院開會時，關係院院長及各部會首長得列席陳述意見。」

⁵¹² 中華民國憲法增修條文第 4 條 3 項：「立法院於每年集會時，得聽取總統國情報告。」

⁵¹³ 中華民國憲法增修條文第 5 條 1 項前段：「司法院設大法官十五人，並以其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經立法院同意任命之，不適用憲法第七十九條之規定」；第 6 條 2 項：「考試院設院長、副院長各一人，考試委員若干人，由總統提名，經立法院同意任命之，不適用憲法第八十四條之規定。」；第 7 條 2 項前段：「監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經立法院同意任命之。」

⁵¹⁴ 葉俊榮，〈從「新國會」觀點論國會改革〉，收錄於《民主轉型與憲法變遷》，頁 398-400 (2003)。

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。」，背後的價值判斷顯然認為，民意對修憲程序的掌握優先於國大對本身議程安排的自由空間。

釋字第 342 號解釋於解釋文明確表達我國釋憲者有權針對立法程序進行審查，謂：「法律案之**立法程序**有不待調查事實即可認定為抵觸憲法，亦即有違反法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，則釋憲機關仍得宣告其為無效。」⁵¹⁵ 而許宗力更主張，立法程序的瑕疵與國會意志能否真實呈現關聯甚為緊密，應該從嚴審查。⁵¹⁶ 釋字第 381 號解釋首先對「議會自治(律)」於理由書中做出一般性的定義：「民意代表機關其職權行使之程序，於不抵觸憲法及法律範圍內，得依其自行訂定之議事規範為之，學理上稱為議會自律或議會自治。至議會規範除成文規則外，尚包括各種不成文例規，於適用之際，且得依其決議予以變通，業經本院釋字第三四二號解釋闡釋甚明。」並認為本案中國大修憲實如何進行讀會、各次讀會之出席及可決人數，既無規定，得依議事自律之原則為之。本案與正當程序的關聯在於「讀會」的參與度(人數)問題，以及議會自治之範圍是否包括「參與度」的決定。⁵¹⁷

至於行憲以來震撼力數一數二的釋字第 499 號解釋，⁵¹⁸ 其對於國會正當程序的要求以及議會自治的界限都是絕對重要的一案。其於解釋文開頭就聲明：「憲法為國家根本大法，其修改關係憲政秩序之安定及全國國民之福祉至鉅，應由修憲機關循**正當修憲程序**為之。」「應**公開透明**為之，以滿足**理性溝通**之條件，方能賦予憲政國家之**正當性基礎**。」⁵¹⁹ 而「不記名」的表決程序已逾越議會自治原則以及法律規定，遭宣告違憲。⁵²⁰ 在不同意見書中力主「議會自治」⁵²¹的釋字第 632 號解釋，解釋文與理由書中援引「機關忠誠」理論要求立法院必須對人事案積極實質審查並做出准駁的決定(要「議」更要「決」)，不能以「議會自治」為由致使其他憲法機關(監察院)運作停滯。⁵²²

⁵¹⁵ 釋字第 342 號解釋解釋文。(文中粗黑體為作者強調)。

⁵¹⁶ 許宗力，註 497 文，頁 47-48。

⁵¹⁷ 蘇永欽則認為本案是對「讀會」性質之誤解，因為讀會人數與是否開議應該區分以觀。蘇永欽，〈短評選輯：2. 讀會沒有開議人數問題〉，收錄於《違憲審查》，頁 337-338 (1999)。但本文重在對於大法官觀點的整理，故且「將錯就錯」。

⁵¹⁸ 葉俊榮，註 391 文，頁 214-215。

⁵¹⁹ 粗黑體為作者強調。

⁵²⁰ 釋字第 499 號解釋理由書中認為雖有瑕疵但不至違憲者尚包括：復議案之處理未遵守議事規則、散會動議既經成立未依規定優先處理、已否決之修憲案重行表決與一般議事規範不符、二讀會後之文字整理逾越範圍。

⁵²¹ 釋字第 632 號解釋彭鳳至、余雪明不同意見書。

⁵²² 許宗力指出德國法所採的「機關忠誠」標準，係要求憲法機關有義務在憲法明文的行為規範外進一步服從「忠誠合作(loyale Zusammenarbeit)」的原則、避免國家權力分裂且相互封鎖、抵銷；其進一步的功能包括建構「機關行為義務」以及「限制權力濫用」兩者。許宗力，註 484 文，頁 25-26。這樣的觀點其實早在釋字第 175 號解釋所謂「五權分治彼此相維」的原則下有所著墨，但並未持運用於我國釋憲實務中。就本文尋找「擴大參與」、「充分論辯」與「權力分享」三個原則的憲法基礎之目的而言，機關忠誠「限制權力濫用」的功能或可與之結合，蓋「正當程序」的理念亦無非是希望以嚴謹程序控制機關權力之行使方式，而非根完全限制權力之行使。但「機關忠誠」在我國釋憲實務之發展並不如「正當程序」來得穩定、頻繁，且與本文強調「程序

就國會議決程序的「參與」而言，釋字第 520 號解釋涉及的核四停建案，重要之處在於課予國會決策前須聽取行政院長提出施政報告之義務，使其取得施政之民主正當性；⁵²³類似的程序要求在中央地方健保費大戰的釋字 550 號解釋被再度強調：「中央請客」可以立法要求「地方買單」，但必須也賦予地方參與決策的協商權力。⁵²⁴

透過立法過程紀錄試圖還原審查狀況的做法，釋字 342 號解釋於理由書中曾明確表達「有考量」只是有瑕疵、並不構成「明顯重大」；至於立法事實的認定與審查，從釋字第 584 號解釋開始較為明顯地出現在違憲審查的考量中——尤其是許玉秀不同意見書中，即表達對於立法事實基礎確認的批評。⁵²⁵釋字第 649 號解釋理由書中更明確地陳述社會事實之變遷以及立法者對事實狀態認知之落差，⁵²⁶並做為違憲解釋的基礎。不過釋字 584 與 649 號解釋即未如釋字第 342 號解釋或美國聯邦最高法院直接審查立法院紀錄，而是透過對立法事實的審查間

管控」之關聯也不若「正當程序」直接，故未正式採納為一個憲法基礎，但其內涵與運用在學理、比較法與我國釋憲實務之發展仍值得關注，因為其仍具有從程序避免權力濫用的意旨，也在釋字第 632 號解釋中加以運用。

⁵²³ 釋字第 520 號解釋理由書。

⁵²⁴ 釋字第 550 號解釋解釋文。

⁵²⁵ 釋字第 584 號解釋許玉秀不同意見書(節錄)：

(四) 多數意見對於統計資料的援用與解讀流於恣意

其一、根據前引內政部警政署於調查會提出的書面補充說明(警署交字第○九三○○五九三四六號函參照)，計程車駕駛人成為被害人的案件是他們成為加害人案件的三點一三倍。多數意見如果認為計程車乘客安危幾全繫於駕駛人之手，顯然無據，據而主張應以剝奪他人職業自由的方式，保護計程車乘客安全，更屬不當。否則豈不是應該因為計程車司機成為被害人的機率較成為加害人的機率高，就認為計程車環境對計程車駕駛較為不利？則是否應該立法禁止有特定犯罪前科之人搭乘計程車？

其二、多數意見於解釋理由書提及所謂計程車駕駛的再犯率，並沒有指明是利用計程車的再犯率，此一犯罪率統計資料無法立即與利用計程車犯罪相連結。至於所謂修法後，計程車駕駛犯上述特定之罪者人數已呈下降之趨勢，至今並無統計資料佐證，多數意見未援引具體資料，即行論斷，竟不擔心有損大法官的公信力？相反地，如果法務部於調查會後所提供八十一年至九十一年犯罪再犯率逐年下降的統計資料可信，豈不是剛好證明道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定立法錯誤？如果多數意見援引內政部警政署及法務部於九十三年二月十日調查會前後所提供八十六年撤銷假釋的統計資料(多數意見甚且一面引用、一面照錄法務部的懷疑)，而證明假釋犯再犯率高，因此擬制有特定犯罪前科之人的終身危險傾向，理由正當，則上述會後補充較完整的書面資料，豈不是更應該成為宣告該規定違憲的正當理由？在調查會中，除了交通部對於道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定違憲與否，以一般民眾的恐懼為搪塞之外，其餘各部會皆認為該規定有礙出獄受刑人之自立更生。換言之，更生保護會、法務部提供的資料證明，監獄教化是有成效的，但多數意見竟不予採信。反而交通部至今未規劃任何有效的具體管理措施，且在本院釋字第五三一號解釋之後，至今未完成修法工作，多數意見仍繼續予以縱容，豈不有失釋憲機關行憲法監督之責？

⁵²⁶ 例如「在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨。」

接督促立法者對於立法事實與採認程序的正當性。

3. 從正當程序的歸納

歸納我國釋憲實務對國會(立法院與國民大會)議決程序的管控經驗，首先，在使用的語彙上雖然沒有統一的名稱，但具指標判決地位的釋字第 499 號解釋以「正當修憲程序」做為開展全篇解釋的立論點，應已承認「正當程序」可以用以拘束國會議決的職權行使。另一方面，從概念與功能的內涵觀察，則前開整理的諸號憲法解釋所強調的價值或採取的標準，都與前述(本節第二項，二、以下)由各國實務與學理推演「正當程序」的內涵相符—尤其著重於「審議」之前提與實質進行，並與「理性決策」的要求構成規範概念上的連結。總而言之，不論「名」、「實」，「正當程序」在我國現行憲法架構中應已確實享有規範效力、並應拘束國會職權的運作。

不過，以往基於「議會自治」而高度尊重職權行使程序的「重大明顯瑕疵」判準，⁵²⁷ 於釋字第 499 號解釋最後一次運作後幾不復存，包括釋字第 520 號解釋的用語是「蓋基於法治國原則，縱令實質正當亦不可取代程序合法。」，到了釋字第 632 號解釋則改用「機關忠誠」的標準審查、放棄不同意見所主張「重大明顯瑕疵」標準的議會自治理論。加上釋憲實務近來在基本權案件中開始審酌立法事實的調查，整體而言，釋憲實務對於立法程序的逐漸重視，國會職權行使受「正當程序」的拘束至少是憲法所允許的，更是當前釋憲實務所接受的、從程序控管國家公權力的憲法價值。

4. 分裂社會的需要

國會做為直接代表國民總意志的民主機關，使得國會在法治國家中立法的優先權力，並享有崇高的象徵地位。但當我們更進一步檢驗分裂社會的條件而回頭檢討國會決策的正當性時，則不免產生疑慮：過去能象徵「民主」是因為他等於全體國民多元、完整參與公開論辯，並且以多數決方式作成決策；但分裂社會消失的競爭機制，以及政治勢力在分裂議題的非理性對立，都使得國會多數決決策的正當基礎也受到嚴重的侵蝕。在憲法對協合民主態度不明的情況下，藉由釋憲實務已經承認為憲法價值的「正當程序」延伸出「共識」與「理性」兩點填補分裂社會決策所欠缺的正當性，才能有效回應非理性多數決(或許就簡稱為「多數暴力」)在國民總意志包裝下的不足。

我國做為新興民主國家，多數如何正確、合理地行使權力，往往成為釋憲實務備受爭議的焦點—高度政治性的修憲中大法官尚多次從程序面檢驗矯治，清楚宣示即便是重新定義「權力」與「權利」的修憲程序也不得恣意妄為，則對於在既存憲法框架下優先形成秩序的立法者而言，更不可能容許職權全不受控制的情況發生—如蘇永欽指出：「事實上也難以說明，為何法律實體內容得受司法控制，而程序則須排除。立法或修憲過程失控而議會自律機制失靈，就民主政治傳統不

⁵²⁷ 蘇永欽，註 528 文，頁 72-74。

深之我國而言，絕非不能想像」。⁵²⁸

四、範圍問題：不限適用於基本權保護的正當程序

(一)法無明文：是挑戰也是契機

最後一個問題是，「正當程序」所適用的範圍(保護標的)為何？由於在美國憲法中的正當程序條款明文指示其適用範圍為「生命、自由、財產(life, liberty, property)」；⁵²⁹ 不使用「due process」一詞的德國法從「基本權客觀功能」所推論的「程序保障功能」則須以「基本權保護」的範疇內。但國會以法律案、預算案、條約案或重要事項的形式對分裂議題作成決策，其內容未必侵害「生命、自由、財產」或「基本權」時，是否仍須符合正當程序的要求呢？

在德國法的邏輯下，審查立法程序屬違憲審查權的必然內涵，⁵³⁰ 只要憲法法院對係爭事務有權審查，則無須透過基本權程序保障的客觀功能，即可延伸出對國會職權行使的程序審查權；但對於美國法脈絡下各種正當程序問題的討論往往面臨如何突破「生命、自由、財產」的侷限問題，⁵³¹ 或只能在學術論述中標注為某種審查方法(approach)、⁵³² 但並未正式受到實務的肯認。在我國的討論中，「正當程序」欠缺明文固然引發學界對此一概念有無憲法基礎彼此攻防，但其範圍也因此未必僅限於「生命、自由、財產」。⁵³³

(二)正當程序：國會議決憲法問題的程序管控

本文前述試圖透過憲法規範整體結構以及憲法規範的功能面向推演正當程序之內涵、以及其應可做為國會議決程序的憲法指引框架，在論述過程中並未倚賴對於基本權保護的主張，毋寧更著重於正當程序對於國會處理分裂議題之意義，以及憲法處理「分裂議題」的應然標準，並藉此連結正當程序並調整其內涵。換言之，除了基本權與民主原則以外，鑑於分裂議題之發展在我國憲法整體結構上顯有直接或間接的重大影響(請見本節第二項，二、(二)、3)，立法院以各式職權的行使以形塑處理分裂議的具體政策時，「正當程序」的價值即可透過程序的要求與調控，使憲法層次的分裂議題在決策時有堅強的基礎，進而符合理性、非恣意的要求。⁵³⁴ 在這樣的前提下，「正當程序」所著眼的程序控管既無「生命、自由、財產」的範圍限制，則適用在我國做為一種拘束立法者職權行使的憲法誠命，則至少在處理分裂議題的範圍下，應無須再以「生命、自由、財產」或基本權之限制為前提。這也顯示了，憲法並未對分裂議題的處理給予清楚的實體價值

⁵²⁸ 蘇永欽，〈國代延任釋憲書狀三件〉，收錄於《走入新世紀的憲政主義》，頁 71 (2002)。

⁵²⁹ U.S. CONST. amend. V. & XIV, §1.

⁵³⁰ 請見本節第二項，二、(二)、。

⁵³¹ 葉俊榮，註 39 書，頁 14-16。

⁵³² ESKRIDGE ET AL., *supra* note 508, at 411.

⁵³³ 話雖如此，如葉俊榮建構「環境行政的正當法律程序」時，仍花費許多篇幅證立環境價值確屬「生命、自由、財產」的保護範疇。葉俊榮，註 39 書，頁 14-19。

⁵³⁴ 當然並非就此拋棄基本權保護或民主原則等實體的憲法價值，亦即，具體政策之內容與民主或基本權有扞格時不但程序須受檢驗，其內在價值間的衝突與權衡自然仍屬憲法層次的問題。

指引，除了防衛性民主以外，毋寧是鎖定在憲法層次中、迫使各方必須凝聚共識始能改變現狀(修憲)－亦即這是一個結果開放(open-ended)的問題，⁵³⁵故程序調控應該是唯一的合憲標準、也是守住理性決策的唯一門檻。

(三) 從「參政權」推論的可能

然而，倘若堅持正當程序或程序保護功能必須依附於基本權保護的觀點，則本文在此試圖提出，或可以從我國憲法本文第 17 條明文承認的「參政權」⁵³⁶ 做為國會處理分裂議題決策時應受正當程序拘束的理據。⁵³⁷

參政權本身做為民主機制的一環，從 Georg Jellinek「身份理論(Statustheorie)」的觀點是屬於「主動身份(status aktivus)」，⁵³⁸ 也就是個人以「參與國家、形成國家意志」為內涵與國家互動(受支配與請求)的關係－此為 Jellinek 於《主觀公權利體系(System der subjektiven öffentlichen Rechte)》一書中用 58 頁篇幅大量論述的關係；⁵³⁹ 而在當代國家的現實社會環境下，個人的自由已經無法「自給自足」而須透過國家積極給付、保障，故「主動身份」的積極地位更應該被彰顯，也更形重要。⁵⁴⁰

主動身份對應到今日基本權理論，以我國憲法的架構而言應包括本文第 17 條與 18 條，亦即，尚包括應考試、服公職權，並且與民主原則相互連結。⁵⁴¹ 然而人民主動參與政治事務的積極地位與參政權有待特定制度程序之建構，方能有效實現，⁵⁴² 我國許多憲法教科書論及「參政權」時，往往同時大篇幅介紹選舉制度的類型、利弊，參政權與具體制度的緊密關聯性確屬顯見，只是在分裂社會下，單純建構良善的選舉制度是否即為已足？以參政權本身的發展歷程而言，近代民主自 18 世紀以來落實在各國憲法的只有「選舉權」的概念，後逐步擴張至包括「罷免」、「創制」、「複決」，都是用以應付逐漸龐雜的政治事務、克服實踐上發生的流弊，更進一步落實民主。⁵⁴³

⁵³⁵ 例如把「固有疆域」透過領土變更案具體化，是要「臺灣」，還是「台澎」、還是「台澎金馬」、還是「卅五省」？

⁵³⁶ 中華民國憲法第 17 條：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」

⁵³⁷ 從基本權問題討論的立場來說，以下的推論是結合參政權的特性而進一步具體化其程序保障所應強調的要素為何。不過還是必須強調，本文認為「正當程序」的程序管控觀念是一個基於理性與恣意禁止法治要求的，普遍拘束國家公權力行使的憲法價值，固然必須結合特定的管控權力(如行政、立法或司法)以具體化該憲法價值的內涵，但當然不因為具體化而使其喪失普遍拘束力之地位與功能。

⁵³⁸ 蘇永欽，註 528 文，頁 69。

⁵³⁹ 李建良，〈基本權利的理論變遷與功能體系－從耶林內克「身份理論」談起(上)〉，《憲政時代》第 29 卷 1 期，頁 4-7, 14-15 (2003)。

⁵⁴⁰ 同前註文，頁 28。相同見解，陳新民，註 397 書，頁 332；陳春生，《憲法》，頁 164-165 (2003)。

⁵⁴¹ 李建良，〈基本權利的理論變遷與功能體系－從耶林內克「身份理論」談起(下)〉，《憲政時代》第 29 卷 2 期，頁 185 (2003)。

⁵⁴² 同前註文，頁 193。

⁵⁴³ 林紀東，《中華民國憲法逐條釋義(第一冊)》，頁 264-266 (再版，1985)。

尤其考量我國在第七次修憲後，立委選制改採單一選區與並立兩票制，單一選區相對多數決造成選票浪費、民意「淘汰」的狀況特別嚴重，⁵⁴⁴ 所採行的「並立」兩票制僅適用於總席次 113 席中的 34 席，⁵⁴⁵ 對於矯治選票浪費的狀況毫無幫助，⁵⁴⁶ 使得我國在分裂社會的複雜態勢下更欠缺良善的選制足以真實反應民意，對人民參政權形成「票票不等值」、嚴重侵蝕憲法本文第 129 條「平等投票」⁵⁴⁷ 之重要原則，⁵⁴⁸ 雖然大法官已拒絕受理該次修憲違憲之解釋聲請，⁵⁴⁹ 但終究是嚴重的參政權與主動地位的侵害。因此援引對參政權「客觀保護功能」之基礎，或認為是國家公權力行為造成的參政權侵害，透過形塑合國會職權行使的正當程序，在有憲法重要性的分裂議題決策中，透過「充分論辯」矯治觀點代表不足之風險，以「擴大參與」、「權力分享」緩解「票票嚴重不等值」的現實，申言之，憲法既認可人民主動參與政治之資格並以基本權的態樣保護，基於基本權本身的抽象不完整所造就的可填充性(ergänzungsfähig)以及客觀功能體系的觀念，⁵⁵⁰ 在無法直接更動選制的侷限中，透過健全國會議決制度來強化民意、使其有效進入國會決策，實現憲法保障參政權、讓人民實質參與政治決策之核心內容。⁵⁵¹ 如此應即符合一般認為「正當程序」必須與權利保護結合的傳統立場。⁵⁵²

⁵⁴⁴ 陳新民，註 397 書，頁 341。2008 年立法委員選舉台北市 8 個選區中都由中國國民黨勝選、民進黨在第一票(選人)的得票(平均 36.2%)等於枉然；台南縣市 5 個選區則全由民進黨勝選、國民黨在其中四選區第一票(選人)得票(平均 47.5%)跟沒投也是一樣的。顯見學理上單一選區制度民意「浪費」的情形在我國也明確驗證，尤須靠第二票(比例代表)的機制平衡。資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

⁵⁴⁵ 中華民國憲法增修條文第 4 條 1 項：

立法院立法委員自第七屆起一百一十三人，任期四年，連選得連任，於每屆任滿前三個月內，依左列規定選出之，不受憲法第六十四條及第六十五條之限制：

- 一、自由地區直轄市、縣市七十三人。每縣市至少一人。
- 二、自由地區平地原住民及山地原住民各三人。
- 三、全國不分區及僑居國外國民共三十四人。

⁵⁴⁶ 再以 2008 年立委選舉為例，民進黨在第二票(選黨)得票率為 41.88%，但總席次比僅佔 23.9%，落差將近兩倍。資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

⁵⁴⁷ 陳春生，註 540 書，頁 188-189。

⁵⁴⁸ 孫善豪，〈兩大黨化，未必是臺灣之福〉(2008 年 1 月 12 日)，聯合新聞網。

資料來源：http://mag.udn.com/mag/vote2007-08/storypage.jsp?f_ART_ID=106273

(最後瀏覽日：2010 年 1 月 5 日)

⁵⁴⁹ 大法官第 1343 次會議議決不受理(2009 年 7 月 31 日，第十案)。資料來源：司法院大法官 <http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/> (最後瀏覽日：2009 年 12 月 10 日)。

⁵⁵⁰ 李建良，註 541 文，頁 177-179。

⁵⁵¹ 林紀東，註 543 書，頁 265。

⁵⁵² 此處所謂「公權力」固然是「修憲」的結果，但至多論證出修憲者雖然有權認定現狀選制已充分代表民意，但憲法依然承認對參政權與「票票等值」保護的衝突情勢下，合邏輯的兼顧做法是一方面運作現行憲法所規定的選制、但也同時形塑能有效保護參政權與「票票等值」的制度(畢竟很難想像選制是基於「限制參政權」而設計)一本文所提出的國會職權正當程序應亦可循此邏輯證立其存在之必要性與合憲性。

第三項 小結

任何理念欲取得憲法層次的規範效力，須以其有憲法基礎為前提，而不能只是理論上的「合理」。本文深知最直接的論據當然是憲法中民主國原則，畢竟「協合民主」與「審議民主」都是民主理論更精緻化且更適合分裂社會的發展，可惜釋憲實務固然認可審議民主是我國憲法的民主觀，卻欠缺、乃至排拒協合民主的潛在立場。考量與現實規範與有權解釋的距離，本文輾轉考慮以固無明文、卻也無明確排拒的「正當程序」立足，並發現釋憲實務對於正當程序的闡述，其內容足以涵蓋、運用對象十分廣泛、保護的標的也不必然限於「生命、自由、財產」—而就算必須跟權利保護結合，本文也嘗試從「參政權」的角度出發，從權利保護的面向，連結國會議決程序的理性、良善，對矯治選制缺失、保障參政權的意義重大。總之，本文認為「正當程序」的程序管控觀念是一個基於理性與恣意禁止法治要求的，普遍拘束國家公權力行使的憲法價值。

然而討論憲法基礎的意義並非是基於司法違憲審查的需要。從「民主」或「正當程序」提昇決策品質，不能只靠違憲審查，⁵⁵³ 做為法治國的憲法機關，立法院本身無待司法者的督促，行使職權時本應遵守憲法的規範指引—尤其在「議會自治」的傳統下，固然憲法基礎的確認提供了司法者審查的基礎，但更大的意義毋寧是在憲法與民主價值的演繹下，更具體化地指引議會自治的框架與界線。

第三節 本章結論

本章開頭預設了兩個問題，並以回答的過程做為本章論述的主軸。第一個問題的答案是，因為國會公開、多元、論辯、合議的組織程序特色，加上強大的憲法職權，固然總統、法院、政黨、媒體也都扮演一定事實上的角色，但協合民主與審議民主的理念，應該在國會中落實才能最有效地解決分裂社會中的多數決困境。

再者，由於國會是公權力/憲法機關，在我國所釋憲實務所承認「憲法優位」與「法治國原則」的支配下，拘束國會實踐「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三個原則必須有憲法位階的價值為基礎。由協合民主與審議民主共同建構的三項原則，訴諸「民主原則」做為憲法基礎固然是最直觀的答案，卻也是我國釋憲實務不大能接受的答案；而「正當程序」—至少實質內容，則是學理、比較法及我國實務三方面看起來都比較能同意的理據，而本文再進一步把「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三個原則與正當程序連結，並建立其可拘束國會的基礎。再者，分裂議題在我國憲法並不如基本權或其他權力分立議題般能從現存憲法規範推論清楚的實體價值導引，而須從程序面上控管、建立對話與凝聚共識的機制—⁵⁵⁴ 在功能的考量下，讓「正當程序」拘束雖未必是基本權問題但有憲法

⁵⁵³ ESKRIDGE ET AL., *supra* note 508, at 447.

⁵⁵⁴ 本文囿於論述結構，並未集中討論我國憲法中一般正當程序的基礎究竟為何；但也在陸續的討論過程中，呈現這至少是實務已經一段時間承認且廣泛運用的憲法原則；若單就「國會職權行使的正當程序」而言，其基礎則散見於「議決」、憲法中對立法院相關程序之要求，以及從事務

重要性的國會決策，應係合理合憲。⁵⁵⁵ 事實上，本文所期待的憲法解釋，是要能觀照社會的發展，而使規範價值能有效回應社會的變動、才真正能發揮憲法的調控功能—也就是一種「動態」的釋憲方法。⁵⁵⁶

然而憲法基礎的推論，本意仍是希望從國會本身的運作中落實。憲法基礎的堅實固然提供司法違憲審查可能的著力點，但就機關與制度功能而言，違憲審查終究只能是事後的被動監督維繫，無法替代立法者做決策。故這套憲法基礎的論理主要還是希望一方面穿透「議會自治」的保護、做為敦促立法院構築議事程序的方針，卻也同時能保護，當立法院遵循這樣的民主原則與正當程序所構築的議事程序，能不受司法違憲審查的干擾。然而立法院實際行使職權時究竟應該如何具體將「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」，本文將於第四章透過對現狀「立法院職權行使法」及與立法院審議、決策相關法規的介紹開始，做具體的制度檢討及重建。

領域來看必須透過結合「協合民主」與「審議民主」理念的正當程序，方能秉持憲法指引處理分裂議題。關於我國憲法中正當程序的一般性基礎，專文討論可參考 葉俊榮，註 39 書，頁 55-71；陳愛娥，註 467 文。

本文無意重起爐灶重複討論，只在此從制憲史的觀點補充一個臆測：張君勱作為中華民國憲法的起草人以及大憲章的中譯者，在吳景欽的研究中認為張君勱包括在人權領域上都極受「大憲章」的影響(吳景欽，註 458 書。)，則本文認為，由大憲章延伸出重要人權理念「正當程序」，應該很難不受到張君勱的重視。本文雖非「原意主義(originalism，國內的討論可參考林超駿，〈美國法上有關原意主義辯論之例示與啓示—以 Scalia 大法官之見解為中心〉，收錄於《超越繼受之憲法學—理想與實際》，頁 124-185 (2006)。)的崇拜者，但從張君勱與大憲章的淵源而言，我國憲法確實有可能繼受到包括正當程序的法理。

相對而言，德國基本法乃明文於第 103 條具體要求「聽證權」作為訴訟程序的基本要求，但在我國憲法本文第 16 條僅「訴訟權」三字，若可以透過比較法來理解我國訴訟權之內涵包括「聽政權」，則相同標準下，應無理由排除其他基於憲法與憲政主義的共通理念所衍生出具體化的原則或價值(如正當程序)。至於一般性討論大法官解釋繼受外國法之問題，可參考林超駿，〈試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果「質」的幾個關鍵〉，收錄於《超越繼受之憲法學—理想與實際》，頁 34-121 (2006)。

⁵⁵⁵ 從本文對的探究所得出「『正當程序』的程序管控觀念是一個基於理性與恣意禁止法治要求的，普遍拘束國家公權力行使的憲法價值」之觀點，也就無須探究是否與基本權保護有關了。再進一步而言，對實體決定的「理性」要求未必能普遍地、有意義地指引決策，尤其分裂社會中許多議題的取舍、決策，從「理性」的角度未必能得出一個「絕對正確」的答案，解決之道當然不是就此放棄理性的要求，而是至少建立一個理性、良善、有效的「正當程序」，讓這樣的程序提供溝通論辯的機制，使決策最終的考量即便是情感或信仰因素，但制度的完足也能使這些非理性考量至少能透明公開，甚至進一步說服並形成認同，突破「憲法並未給予實體指引時該如何決策」的衝突與困境—因為憲法給了我們「正當程序」，沒有提供標準答案，但指引(也指定)我們解題的方法。

⁵⁵⁶ 蘇永欽，〈從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查〉，頁 171 (2008)。該文係以「大法官違憲審查」為主軸，本文則認為這種觀念應該是一種普遍的解釋態度方法。

第四章 建構立法院「共識審議」的決策程序

從民主理論與正當程序的分析，都能認可在國會議決程序中納入「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」的機制不但能有效處理我國分裂議題、也不乏憲法基礎，毋寧更是規範上的應然要求。現狀下的選制三分之二的席次採取「多數決」的單一選區制，而 Lijphart 在協合民主中強調的比例代表制，在我國立院席次中限於「並立制」、只有三分之一的影響力，更增加了得票率 5% 的不分區分配席次下限，組成時就幾乎把少數隔絕於國會之外而無從參與。由於修憲的高門檻，這三個指標在我國已無法求諸國會從選制改革上著手，而必須轉向國會議決程序，從較無憲法仔細規範的框架中構築一個足以落實「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」理念的制度。

因此，在我國單一國會－立法院現狀的議事程序中，究竟哪些部份必須做出調整？如何調整？同時也必須回頭檢驗，這樣的調整是否符合「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」的制度目標，以及如何透過機制解決協合民主與審議民主所受到的批評，是本章接下來將逐一探討的問題。

第一節 現狀簡介：立法院職權行使程序概觀

以下將分別介紹立法院之法定職權，以及依立法院職權行使法所類型化的職權行使流程。其中部份職權(提出領土變更案、修憲案及行使國會調查權)尚未通案立法制定運作程序，固無從介紹；加上本文以「決策」程序為主，故將排除與決策較為無關或程序簡明者(包括聽取總統國情報告、行使文件調閱權、審查請願文書)，先行說明。

第一項 立法院之法定職權

立法院所行使之法定職權種類繁多，依立法院職權行使法之分類包括(1)憲法本文第 63 條：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；⁵⁵⁷ (2)憲法增修條文第 2 條 3 項但書：追認總統發布之緊急命令；⁵⁵⁸ (3)憲法增修條文第 4 條 3 項：聽取總統國情報告；⁵⁵⁹ (4)依憲法增修條文第 3 條 2 項 1 款：聽取報告與質詢；⁵⁶⁰ (5)依憲法本文第 104 條、增修條文第 5 條 1 項、第 6 條 2 項、第 7 條 2 項：行使監察院審計長，司法院正副

⁵⁵⁷ 中華民國憲法第 63 條。

⁵⁵⁸ 中華民國憲法增修條文第 2 條 3 項：「總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置，不受憲法第四十三條之限制。但須於發布命令後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。」

⁵⁵⁹ 中華民國憲法增修條文第 4 條 3 項。

⁵⁶⁰ 中華民國憲法增修條文第 3 條 2 項 1 款：

行政院依左列規定，對立法院負責，憲法第五十七條之規定，停止適用：

一、行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責。立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權。

院長暨大法官，及考試、監察院正副院長暨委員之**人事同意權**；⁵⁶¹ (6)依憲法增修條文第3條2項2款：**處理覆議案**；⁵⁶² (7)依憲法增修條文第3條2項3款：**處理不信任案**；⁵⁶³ (8)依憲法增修條文第4條5項：**提出正、副總統彈劾案**；⁵⁶⁴ (9)依憲法增修條文第2條9項：**提出並審議正、副總統罷免案**；⁵⁶⁵ (10)行使**文件調閱權**；⁵⁶⁶ (11)依憲法本文67條2項：**委員會舉行公聽會**；⁵⁶⁷ (12)**審查行政命令**；⁵⁶⁸ (13) **審查請願文書**。另外，應包括立法院職權行使法尚未予規範者，包括依憲法增修條文第1條1項及第12條、亦屬立法院職權範圍之**提出「領土變更案」與「修憲案」**，⁵⁶⁹ 以及依釋字第585號解釋所承認的「**國會調查權**」。⁵⁷⁰

⁵⁶¹ 中華民國憲法第104條：「監察院設審計長，由總統提名，經立法院同意任命之。」；中華民國憲法增修條文第5條1項前段。

⁵⁶² 中華民國憲法增修條文第3條2項2款：

行政院依左列規定，對立法院負責，憲法第五十七條之規定，停止適用：

二、行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，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。如為休會期間，立法院應於七日內自行集會，並於開議十五日內作成決議。覆議案逾期未議決者，原決議失效。覆議時，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。

⁵⁶³ 中華民國憲法增修條文第3條2項3款：

行政院依左列規定，對立法院負責，憲法第五十七條之規定，停止適用：

三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院；不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。

⁵⁶⁴ 中華民國憲法增修條文第4條5項：「立法院對於總統、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，聲請司法院大法官審理，不適用憲法第九十條、第一百條及增修條文第七條第一項有關規定。」

⁵⁶⁵ 中華民國憲法增修條文第2條9項：「總統、副總統之罷免案，須經全體立法委員四分之一之提議，全體立法委員三分之二之同意後提出，並經中華民國自由地區選舉人總額過半數之投票，有效票過半數同意罷免時，即為通過。」

⁵⁶⁶ 其依據應係釋字第325號解釋解釋文：「法院為行使憲法所賦予之職權，除依憲法第五十七條第一款及第六十七條第二項辦理外，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕。」

⁵⁶⁷ 中華民國憲法第67條2項：「各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢。」

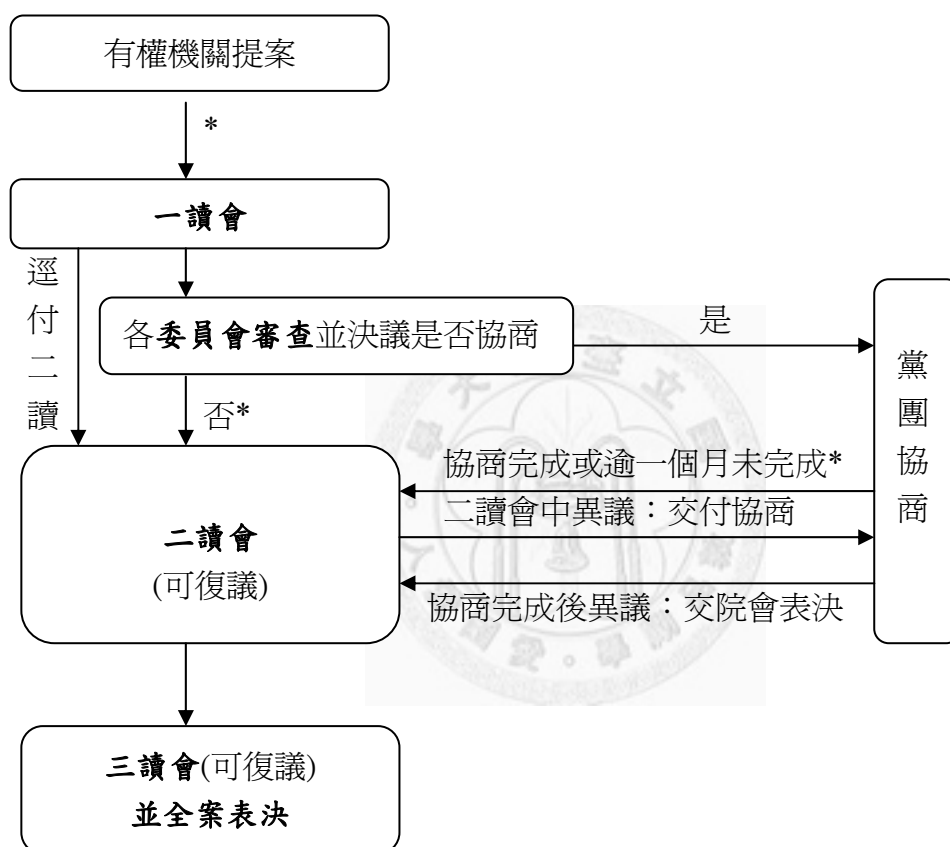
⁵⁶⁸ 依據應係中央法規標準法第7條：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」

⁵⁶⁹ 中華民國憲法增修條文第1條1項：「中華民國自由地區選舉人於立法院提出憲法修正案、領土變更案，經公告半年，應於三個月內投票複決，不適用憲法第四條、第一百七十四條之規定。」；第12條：「憲法之修改，須經立法院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，提出憲法修正案，並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，即通過之，不適用憲法第一百七十四條之規定。」。其中修憲之職權行使，依立法院組織法第9條：「立法院依憲法增修條文第十二條之規定，得設修憲委員會，其組織規程，另定之。」，有提及修憲委員會之設立，惟其組織規程須另訂之，似無現行「立法院各委員會組織法」適用。

⁵⁷⁰ 釋字第585號解釋解釋文：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。」

第二項 立法院議事程序流程說明

立法院職權程序十分錯綜複雜，其議事程序流程也因職權不同而有不同處理，依立法院職權行使法之整體觀之，其流程可分為三類：(1)法律案與預算案；(2)憲法本文第 63 條除法律案與預算案以外之職權，以及決算審核報告案；(3)其他法定職權行使程序。至於審議程序中院會及各種委員會之組織、職權與議事規定，則須另參考「立法院組織法」、「立法院議事規則」、「立法院各委員會組織法」、「立法院程序委員會組織規程」等綜合觀之。⁵⁷¹ 下圖為立法院三讀程序的議事流程，由於並非所有職權行使均須經三讀，但以三讀程序最為完整複雜，故其他程序將於後段以文字補充說明。⁵⁷²



以下將針對流程圖中，包括各種適用程序、各讀會之組成條件與審議程序，以及其他重要機制則要說明。

⁵⁷¹ 例如在立法院職權行使法中第 12 章的「黨團協商」並未定義何謂「黨團」，須參酌「立法院組織法」第 33 條關於「黨團」及「政團(無黨籍或黨籍立委不滿三人者所組成)」之規定。

⁵⁷² 詳細說明請見 周萬來，《立法院職權行使法逐條釋論》，頁 74-154 (2004)。

⁵⁷³ * 代表須經程序委員會編列議程。

⁵⁷⁴ 參考 周萬來，註 572 書，頁 74-76, 115, 131。「官方」版的流程图可至立法院官方網站：

http://www.ly.gov.tw/ly/01_introduce/0101_int/0101_int_09.jsp?ItemNO=01010900

(最後瀏覽日期：2010 年 1 月 15 日)

一、流程總說明

依立法院職權行使法第 7 條，立法院各式職權中僅法律案及預算案須經三讀程序審議(如圖.3)，其中，預算案於交付委員會審查前須經行政院長、主計長及財政部長報告編制經過，⁵⁷⁵ 其他議案則僅須二讀即可投票表決：(1)憲法本文第 63 條除法律案、預算案以外之議案及決算審核報告(委員會審查前須經審計長列席報告審核經過⁵⁷⁶)與行政命令審查，⁵⁷⁷經二讀後議決，即函請權責機關辦理；⁵⁷⁸(2)至於憲法本文第 63 條以外之職權，包括不信任案、⁵⁷⁹罷免案、⁵⁸⁰彈劾案、⁵⁸¹覆議案、⁵⁸²行使同意權案⁵⁸³及緊急命令追認案，⁵⁸⁴於一讀會後由「**全院委員會**(而非一般常設委員會)」進行審查且依法由相關人士說明、答詢或提答辯書，並無「黨團協商」之適用，而於二讀會時即投票表決。

最後說明各次讀會的任務內容：依立法院職權行使法第 8 條，⁵⁸⁵一讀時僅宜讀議案標題，若係由立法委員所提之議案，則會增加「說明與大體討論」的程序，之後即交各委員會審查或決議逕付二讀。二讀時，則先為廣泛討論、再行逐條討論：廣泛討論後有 15 人以上附議或連署，則應重付審查或撤銷；⁵⁸⁶逐條討論時有 10 人以上附議或連署⁵⁸⁷得提出修正動議、修正並討論後再議決。⁵⁸⁸二讀結束後應於下次會議進行三讀，亦可由出席委員提案、加上 15 人以上附議或連

⁵⁷⁵ 立法院職權行使法第 28 條 1 項；亦請見周萬來，註 572 書，頁 74。

⁵⁷⁶ 立法院職權行使法第 28 條 3 項；亦請見前註書，頁 76。

⁵⁷⁷ 立法院職權行使法第 60~63 條。其中 63 條規定，在各委員會審查行政命令的程序中，得準用法律案之審查規定(例如邀請相關人員列席、文件調閱及辦公聽會……等)，請見前註書，頁 267。

⁵⁷⁸ 同前註書，頁 76。

⁵⁷⁹ 立法院職權行使法第 37~39 條。

⁵⁸⁰ 立法院職權行使法第 44 之 1 條。

⁵⁸¹ 立法院職權行使法第 43、44 條。

⁵⁸² 立法院職權行使法第 32~34 條。

⁵⁸³ 立法院職權行使法第 29、30 條。

⁵⁸⁴ 立法院職權行使法第 15 條。

⁵⁸⁵ 立法院職權行使法第 8 條：「第一讀會，由主席將議案宣付朗讀行之。(第一項) 政府機關提出之議案或立法委員提出之法律案，應先送程序委員會，提報院會朗讀標題後，即應交付有關委員會審查。但有出席委員提議，二十人以上連署或附議，經表決通過，得逕付二讀。(第二項) 立法委員提出之其他議案，於朗讀標題後，得由提案人說明其旨趣，經大體討論，議決交付審查或逕付二讀，或不予審議。(第三項)」

⁵⁸⁶ 立法院職權行使法第 9 條：「第二讀會，於討論各委員會審查之議案，或經院會議決不經審查逕付二讀之議案時行之。(第一項) 第二讀會，應將議案朗讀，依次或逐條提付討論。(第二項) 第二讀會，得就審查意見或原案要旨，先作廣泛討論。廣泛討論後，如有出席委員提議，十五人以上連署或附議，經表決通過，得重付審查或撤銷之。(第三項)」

⁵⁸⁷ 立法院議事規則第 11 條：「修正動議，於原案二讀會廣泛討論後或三讀會中提出之，並須經十人以上之連署或附議，始得成立。(第一項) 修正動議應連同原案未提出修正部分，先付討論。(第二項) 修正動議之修正動議，其處理程序，比照前二項之規定。(第三項) 對同一事項有兩個以上修正動議時，應俟提出完畢並成立後，就其與原案旨趣距離較遠者，依次提付討論；其無距離遠近者，依其提出之先後。(第四項)」

⁵⁸⁸ 若逐條討論時一部份已通過、但對全案原旨有異議時得依立法院職權行使法第 10 條異議，並以一次為限：「法律案在第二讀會逐條討論，有一部分已經通過，其餘仍在進行中時，如對本案立法之原旨有異議，由出席委員提議，二十五人以上連署或附議，經表決通過，得將全案重付審查。但以一次為限。」

署後續行三讀。⁵⁸⁹ 三讀時除議案內容矛盾或有違法違憲者得為內容修正，否則只得修正文字，並應將議案全案表決：⁵⁹⁰ 三讀之表決當然可能通過或否決，不過「否決」之情形實屬罕見—因為在議事規則層層關卡、充滿各種可為修正的機制(重付審查或二讀、三讀會中提案修正)，有足夠席次之異議者儘可在前階段提出修正案，無須待至全案表決。⁵⁹¹

二、委員會⁵⁹²

(一)程序委員會

程序委員會之職權依立法院程序委員會組織規程第 4 條，⁵⁹³ 負責排定提案、審議、質詢之順序與時間，以及各議案形式內容之審查或合併。看似技術性的程序委員會，卻有著各委員會中最講究權力分享的組成規定：依立法院程序委員會組織規程第 2 條，其 19 席程序委員除按照政黨比例分配外，更保障每黨團至少 1 席。⁵⁹⁴ 究其原因，正在於程序委員會有權決定「哪些議案能進入國會議決程序」、反面意義即是「哪些議案(需要國會審但)國會不/慢審」：⁵⁹⁵ 例如民進黨在陳水扁總統執政期間，即便是藍、綠兩大陣營席次平分秋色，執政黨其欲推動的軍購案、國家人權委員會組織法，乃至於監察院正副院長暨委員任命案，都因為程序委員會被在野黨掌握過半(依席次比例分配)而不納入議程，國會根本無從正式「議」、「決」相關議案。2008 年立委選舉結果出爐，19 席程序委員會委員依政黨比例分配，國民黨佔了 14 席、民進黨 4 席、無盟 1 席，且召委為國民黨籍的賴士葆與費鴻泰，如此的分配結果顯然無法有效制衡國民黨在國會中的支配地位，⁵⁹⁶ 也看得出來，即便是藍、綠兩大陣營席次平分秋色時，由於仍採多數決的決策機制，使得「政黨比例分配」也無法真正的權力分享—尤其在行政、立

⁵⁸⁹ 立法院職權行使法第 11 條 1 項：「第三讀會，應於第二讀會之下次會議行之。但如有出席委員提議，十五人以上連署或附議，經表決通過，得於二讀後繼續進行三讀。」

⁵⁹⁰ 立法院職權行使法第 11 條 2、3 項：「第三讀會，除發現議案內容有互相牴觸，或與憲法、其他法律相牴觸者外，祇得為文字之修正。(第二項) 第三讀會，應將議案全案付表決。(第三項)」

⁵⁹¹ 周萬來，註 572 書，頁 99-101, 106-108, 118-123。

⁵⁹² 依立法院組織法所設之常態委員會尚有「紀律委員會」(第 8 條)以及「經費稽核委員會」，惟其職權與本文關聯甚低，故略去不論。

⁵⁹³ 立法院程序委員會組織規程第 4 條：

本會職掌如下：

一、關於各種提案手續是否完備，內容是否符合本院職權之審定。

二、關於議案之合併、分類及其次序之變更。

三、關於政府提案、委員提案討論時間之分配。

四、關於政黨質詢、立法委員個人質詢時間之分配。

五、關於院會所交與議事程序有關問題之處理。

六、關於人民請願文書、形式審核、移送、函復及通知之處理。

人民請願文書，雖未標名請願，而其內容合於請願法第五條規定者，視為請願文書。

人民向其他機關請願之請願文書，其副本函本院者，送有關委員會存查。

⁵⁹⁴ 立法院程序委員會組織規程第 2 條：「程序委員會(以下簡稱本會)置委員十九人，由各黨團依其在院會席次之比例分配之。但每一黨團至少一人。」

⁵⁹⁵ 從立法程序的觀點而言，該「審什麼」跟「如何審」是一樣重要的。GASTIL, *supra* note 502.

⁵⁹⁶ 黃秀端，〈時事評論：國會監督、立委表現與選舉課責〉，《臺灣民主季刊》5 卷 1 期，頁 162 (2008)。

法多數分由不同陣營掌控時，程序委員會也常作為在野黨重要的抵制武器：吳東欽針對我國實證研究也發現，「分裂政府」時期程序委員會發動「表決」的頻率，明顯較「一致政府」時為高。⁵⁹⁷

(二)其他各委員會

1. 常設委員會之功能

幾乎所有國會都有「委員會」的建制，Woodrow Wilson 甚至認為院會是「展示用」、委員會才是「工作用」，強調(至少是美國國會)委員會之重要性；委員會一般而言都是常設的，但英國、法國的委員會工作內容較為彈性，美國與德國的委員會則是高度專門化。⁵⁹⁸ 專門化的常設委員會，一般而言有五個主要功能：(1)專業立法：由專門領域的立委針對該領域先行審議與研究，提昇立法品質；(2)監督行政機關：基於委員會之專業性，針對複雜的行政部門之施政透過質詢等機制監督管控；(3)內部整合：讓參與委員會的立法委員間在審議中彼此協調、尋求共識、降低衝突；(4)資訊流通：委員會審議程序中與行政部門的溝通、以及舉辦公聽會予民間或利益團體表達意見之機會，都有促動民意進入政府決策機制的功能；(5)提高議事效率：委員會內部形成共識後，搭配「黨團協商」機制，能有效加速院會表決之速度。⁵⁹⁹

2. 我國常設委員會之建制與程序

立法院設置委員會是憲法 67 條 1 項之明文要求。⁶⁰⁰ 依立法院組織法第 10 條，有 8 個常設委員會並得設特別委員會，⁶⁰¹ 並依立法院各委員會組織法第 3 及 3 之 1 條，委員會人數為 13 至 15 人，且一委員僅得加入一個委員會；⁶⁰² 且依同法第 6 條，需有三分之一委員出席方可開會。其審查程序，依同法第 7 至

⁵⁹⁷ 吳東欽，〈從議事阻撓觀點探討我國中央分立政府運作之影響〉，《臺灣民主季刊》第 5 卷 3 期，頁 83-89 (2008)。

⁵⁹⁸ ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註 21 書，頁 494-495。

⁵⁹⁹ 林瑞雯，《立法院委員會與黨團協商制度之研究(1990-2002)》，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文，頁 23-24 (2003)。

⁶⁰⁰ 中華民國憲法第 67 條 1 項：「立法院得設各種委員會。」

⁶⁰¹ 立法院組織法第 10 條：

立法院依憲法第六十七條之規定，設下列委員會：

- 一、內政委員會。
- 二、外交及國防委員會。
- 三、經濟委員會。
- 四、財政委員會。
- 五、教育及文化委員會。
- 六、交通委員會。
- 七、司法及法制委員會。
- 八、社會福利及衛生環境委員會。

立法院於必要時，得增設特種委員會。

⁶⁰² 立法院各委員會組織法第 3 條：「立法院各委員會席次至少為十三席，最高不得超過十五席。」；第 3 之 1 條：「每一委員以參加一委員會為限。(第一項) 各委員會於每年首次會期重新組成。(第二項)」

12 條與實務運作之經驗，包括聽取報告、立法調查與聽證、逐條審查並以多數決作成決議，再提出書面之審查報告提報院會討論。⁶⁰³ 若議案與其他委員會相關，亦得依同法第 13 至 16 條之規定由院會決定或由召集委員報請院會決議召開「聯席委員會」審查。

委員會依立法院各委員會組織法第 10 條之 1，⁶⁰⁴在審議結束後必須判斷議案之爭議性，若無甚爭議可逕送二讀院會，否則即應決議交付黨團協商；但若出席委員當場提出異議，依同法第 10 條之 2⁶⁰⁵及立法院職權行使法第 68 條 2 項，⁶⁰⁶爭取 10 名以上委員附議或連署，該議案即須送交黨團協商。

3. 備詢與公聽會

「備詢」係憲法本文第 67 條 2 項明文賦予委員會之權力，⁶⁰⁷「公聽會」則是立法院職權行使法第 54 條以下(第 9 章)之規定，兩者均係委員會與政府其他部門及民間彼此獲得資訊、溝通意見的重要管道，亦有見解認為「公聽會」是「備詢」的一種型態，⁶⁰⁸ 1997 年修憲時亦曾考慮將聽證制度入憲。⁶⁰⁹

正式的委員會備詢有「部會業務報告之備質詢」與「專案報告之備質詢」兩種，雖然要件、依據相異，⁶¹⁰但實務則多混用，由關係部會首長至委員會為報告並備質詢；非正式的備詢則多以「早餐會」、「座談會」方式進行。⁶¹¹ 委員會之公聽會，又被稱為「立法聽證(legislative Hearing)」，被期待有六大功能，包括「發現事實」、「正當程序」、「政治溝通」、「教育公民」、「緩和緊張」、「衡量政治態度歸向」，⁶¹² 總的來說，是「提供了一份委員會成員及各利益團體關於某一法案所持立場的永久公開紀錄」，⁶¹³ 希望國會之決策一方面符合民意，另一方面能有效可行。⁶¹⁴ 具體制度設計重要者包括，公聽會須由委員會召委同意、或由委員會內委員三分之一以上同意始得召開，⁶¹⁵ 且邀集與會者之立場應正反兼顧並成比例、

⁶⁰³ 周萬來，註 572 書，頁 74。

⁶⁰⁴ 立法院各委員會組織法第 10 條之 1：「各委員會於議案審查完畢後，應就該議案應否交由黨團協商，予以議決。」

⁶⁰⁵ 立法院各委員會組織法第 10 條之 2：「出席委員對於委員會之決議當場聲明不同意者，得於院會依立法院職權行使法第六十八條第二項提出異議。但缺席委員及出席而未當場聲明不同意者，不得異議，亦不得參與異議之連署或附議。」

⁶⁰⁶ 立法院職權行使法第 68 條 2 項：「立法院院會於審議不須黨團協商之議案時，如有出席委員提出異議，十人以上連署或附議，該議案即交黨團協商。」應注意者為，此與一般院會之質詢依據不同、功能亦不同(羅傳賢，註 404 書，頁 241-242, 252-258。)

⁶⁰⁷ 中華民國憲法第 67 條 2 項。

⁶⁰⁸ 羅傳賢，註 404 書，頁 243。

⁶⁰⁹ 陳滄海，《憲政改革與政治權力—一九七憲改的例證》，頁 43-46, 99 (1999)。

⁶¹⁰ 前者係由相關部會首長提出業務報告、依據為立法院各委員會組織法第 2 條；後者係立法委員提案時由與提案旨趣相關之部會首長進行報告、依據為立法院議事規則第 9 條 2 項。(羅傳賢，註 404 書，頁 256。)

⁶¹¹ 同前註書，頁 256-258。

⁶¹² 周萬來，註 572 書，頁 235-237。

⁶¹³ Walter J. Oleszek 著，湯德宗譯，註 438 書，頁 121。

⁶¹⁴ 周萬來，註 572 書，頁 235。

⁶¹⁵ 立法院職權行使法第 55 條。

以不超過 15 人為原則，並由委員會決定與會人選，⁶¹⁶ 公聽會報告之效力則是提供審查特定議案之參考、⁶¹⁷並無強制力。

(三) 全院委員會

「全院委員會」一詞出現於立法院職權行使法 8 次，⁶¹⁸ 立法院組織法、⁶¹⁹立法院議場規則⁶²⁰各 1 次，但均未定義其內容或程序。就周萬來考察立法院公報之整理觀之，「全院委員會」之運作方式似無定式，遇有個案時再行協調其議決程序；⁶²¹大體說來，全院委員會參加者為全體立法委員，而質詢、發言等實際運作則以黨團、政團為單位、慣用政黨比例為分配標準，最後再進行表決。

(四) 修憲委員會

依立法院修憲委員會組織規程，其組成為立委總額三分之一加一人，由各黨團依席次比例分配，並依保障少數參與原則組成(第 3 條)；其議決門檻則是三分之一出席、出席者二分之一同意後通過(第 6 條)。其整體而言仍係依循簡單多數決的架構行使職權。

三、黨團協商

(一) 沿革

「黨團協商」是立法院決策程序中重要性高、爭議性也高的機制；協商制度建構的本旨，乃希望避免多元利益慣常以「表決」解決異議而容易造成衝突，故由代表各方利益的政黨透過妥協的方式試圖謀求利益之最大化。⁶²² 就圖 3 的流程來看，在進入三讀之前都有機會啟動協商機制，在制度結構上十分倚重協商機制緩和政黨異見的功能。從歷史演進來看，從民進黨以政黨名義在立法院佔有席次的 1986 年、國會決策必須與不同意見妥協，始有體制外的協商行為。羅傳賢將我國黨團協商劃分為四個時期：「混亂期」(1986~1992)、「形塑期」(1992~1999)、「法制期」(1999~2002)與「改進期」(2002~2004)；⁶²³ 而自羅傳賢之研究至今(2008 年)，黨團協商的規定又有翻修。⁶²⁴ 此一機制從體制外正式法制化、完善其建制並賦予一定效力，改動之頻繁顯見黨團協商之重要性。

⁶¹⁶ 立法院職權行使法第 56 條 2 項。

⁶¹⁷ 立法院職權行使法第 59 條：「公聽會報告作為審查該特定議案之參考。」

⁶¹⁸ 立法院職權行使法第 15、29、30、33、37、43、44、44 之 1 條

⁶¹⁹ 立法院組織法第 4 條。

⁶²⁰ 立法院議場規則第 15 條。

⁶²¹ 周萬來，註 572 書，頁 148-150(追認緊急命令)，182-184(大法官同意權行使)，197-201(覆議案)，211-213(不信任案)。

⁶²² 陳淑芳，〈再造憲政運作的理想環境－選舉制度、國會運作與國會內協商機制的改革芻議〉，收錄於《民主與法治：公法論文集》，頁 174-175 (2004)。

⁶²³ 羅傳賢，註 404 書，頁 196-200。

⁶²⁴ 包括立法院職權行使法第 68、70、71 之 1 條。

(二)現行制度

1. 黨團與政團

在討論黨團協商制度前必須先定義何謂「黨團」。依立法院組織法第 33 條，當選且維持有 3 席以上之各政黨，席次數前 5 名者優先組成黨團、一政黨限組一黨團；黨團未滿 5 團時，政黨席次不足 3 席者或無黨籍委員⁶²⁵ 合計 4 席者得組成政團，地位比照黨團。黨團與政團合計不得超過 5 團，超過 5 團時順位為(1)「黨團優先於政團」、(2)「席次多者優先」。

2. 黨團協商之組成與運作

「黨團協商」依立法院職權行使法第 68、69 條，目前有三種類型，分別為(1)「黨團協商會議」：每週三舉行，由立法院長或黨團負責人請求後開啓、正副院長及各黨團負責人(或「黨鞭」)參加，協商標的以立法院重要院務、議事程序及緊急、重大議案為限；(2)「院會議案黨團協商」：又分「分配議案協商」與「議案內容協商」兩類，前者乃依據同法第 74 條、規定議案交付協商之程序，⁶²⁶ 後者則係依同法 70 條，由各黨團各指派 2 人參與(其中之一原則上應為委員會委員)、議案之院會說明人為當然成員且為主席，⁶²⁷ 形成共識後依同法第 71 條由各黨代表簽名、作成結論並於院會宣讀後列入紀錄、刊登公報；(3)「各委員會議案協商」：委員會於審查完後決議交付黨團協商，或決議不協商但有委員會委員異議⁶²⁸並完成附議、連署，或委員會主席裁決交付協商等三種情形。⁶²⁹

3. 黨團協商之效力

一旦啟動黨團協商，則依現行立法院職權行使法是有相當拘束力的：(1)異議之限制：黨團協商結論經院會宣讀通過、或依第 72 條 1 項異議後之議決結果，出席黨團協商的委員不得再提出異議，逐條宣讀時，亦不得反對(第 72 條 2 項)。(2)發言之限制：經協商之議案於廣泛討論時，除經黨團要求依政黨比例派員發言外，其他委員不得請求發言；經協商留待院會表決之條文，得依政黨比例派員發言後，逕行處理；前二類議案在逐條討論時，出席委員不得再發言(第 73 條)。(3)時間之限制：協商啟動後一個月內未果，則由院會定期針對協商未果之案件處理、依一般程序完成立法程序⁶³⁰(第 71 之 1 條)。

⁶²⁵ 須注意者為「無黨團結聯盟」已經於內政部民政司登記為政黨。請見《中華民國政黨名冊》。資料來源：內政部民政司網站(至 2009 年 12 月 18 日)

http://www.moi.gov.tw/dca/02people_005-1.aspx?sn=10 (最後瀏覽日期：2010 年 1 月 12 日)

⁶²⁶ 周萬來，註 572 書，頁 291。

⁶²⁷ 立法院職權行使法第 70 條 1 項：「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。」

⁶²⁸ 依立法院各委員會組織法第 10 條之 2，委員會委員缺席或在場未提出異議者，事後不得異議、亦不得參與異議之附議或連署。

⁶²⁹ 羅傳賢，註 404 書，頁 217-219。

⁶³⁰ 不過實務上一般須有出席委員或黨團提案處理，才會續行立法程序。周萬來，註 572 書，頁 287。

四、復議

「復議」屬於立法院議事規則第 42~45 條之部份：依孫文之說明，復議係推翻原決議並重為議決，用以糾正草率或不當之表決。⁶³¹ 其要件為：(1)動議者為曾出席、未發言反對且投贊成票者達 20 人之附議或連署，且(2)有與原議案不同理由。實務之流程，在「復議」達提案門檻後，先對「是否復議」討論並表決，若表決通過後，才對原議案重行討論並作成決議，若未達出席委員過半數之贊成，則維持原決議。⁶³² 又，復議之動議表決後不得再提復議(同法第 45 條)。且依實務慣例，法案或預算案二讀後若有復議之提案，應先行針對是否復議與是否為新決議為討論及表決、再進入三讀(不受立法院職權行使法第 11 條拘束)；三讀後若有復議提案，於復議程序終結前亦不得咨請總統公佈。⁶³³

五、聽取報告與院會質詢

立法院職權行使法第 3 章以 13 條條文(第 16~28 條)詳細規定聽取報告及院會中質詢的制度，其本旨包括「監督施政」、「瞭解政策」、「表達民意」與「授意質詢」四個功能，⁶³⁴不過在我國國會實踐中往往是另一番景象。「聽取報告」是釋字第 520 號解釋中所強調的溝通制度，但立法委員將行政院長或官員列為「不受歡迎人物」、杯葛施政報告的抗爭時有所聞。又如一般人所熟知的，院會質詢的程序，往往為了爭取媒體版面與曝光，在言論免責權的保護下如一場大秀，監督制衡的功能已然淪喪，而成為立法委員個人打知名度的犧牲品—其政策論辯之功效與委員會程序中的質詢相較即是大大不如。⁶³⁵ 實務上的院會總質詢，行政院長與各部會首長一待就是一整天、十幾個鐘頭，而以第 4 屆第 5 會期為例，會期 4 個月中有 22 天的院會會議是總質詢時間；再加上 2000 年時立法院職權行使法修改、質詢方式改採「即問即答」、⁶³⁶質詢前不必書面告知質詢議題，都是現狀院會質詢制度備受批評的原因。⁶³⁷

第二節 制度檢討與設計：以處理分裂議題之制度量能為標準

第一項 制度檢討與設計的標準及考量因素

本文的核心目標是重建國會的議決程序，以提昇國會決策克服多數決困境及處理分裂議題的制度量能。這個議決程序的建構理念是結合「協合民主」與「審

⁶³¹ 孫文，《民權初步》，台北：三民，頁 51 (六版，1989)。

⁶³² 周萬來，註 572 書，頁 129-131。

⁶³³ 同前註書，頁 131。

⁶³⁴ 又我國與德國、西班牙國會不同：後兩國可進行「倒閣性質詢」(質詢後可進行辯論與不信任投票)。同前註書，頁 155-157, 171。

⁶³⁵ 邱太三，〈國會質詢制度的改革芻議〉，收錄於蘇永欽主編，《國會改革—臺灣民主憲政的新境界？》，台北：新臺灣人文教基金會，頁 276-278 (2001)。

⁶³⁶ 周萬來，註 572 書，頁 163。

⁶³⁷ 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：公法論文集》，頁 224-225 (2004)。

議民主」⁶³⁸所具體化的「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」等三個指標，但尚須顧及「國會程序」的本質限制，而考量議事規則、議事效率等因素，以及如何與既存之程序接合的問題。又，本文認為，多數決困境既然係(僅)發生於分裂社會中分裂議題的議決正當性問題，則關於其他議題的決策暫且無須考量多數決困境，即無須適用以處理分裂社會中分裂議題為目標的新制度。⁶³⁹

除了以上實體的制度考量以外，本文欲形塑新的國會議決程序，則其始末與內容皆須有所交代，即，針對以下環節逐一檢驗現行相關或類似制度之不足、提出新制度的解決之道，並處理新舊程序間的競合：(1)程序之發動：包括有權發動者、認定程序、認定標準……等；(2)程序之運作：參與者之組成、決策者之組成、審議之程序、決策之門檻……等；(3)程序之效力：院會表決、復議、覆議、受違憲宣告之處理。⁶⁴⁰

以下本文以「共識審議程序」稱呼將提出的新制度。

第二項 「共識審議程序」之各項機制

一、程序之發動：強調權力分享的「提案權」制度

(一)現狀「程序委員會」之不足

在一般議案送立法院審議時，首先須經「程序委員會」排入議程。前述介紹程序委員會的重要性時，案例中已凸顯程序委員會雖然是採「比例代表」且各黨團至少一席，在最終表決時仍受制於國會過半數陣營的支配，使得議案應歷經的正式論辯無從進行，且已事實上作成「否准」之決策結果，對於分裂議題而言，卻根本無從「參與」、「審議」乃至於「權力分享」—即便從是一般議題的處理而言，從程序委員會即予封殺的做法也是未經過審議的，釋字第 632 號解釋針對立法院從程序委員會封殺而不審議總統提名之監察院正副議長及委員之做法，係基於「機關忠誠」宣告違憲；但從民主理論與正當程序的審議觀點，程序委員會的封殺對於分裂社會的重要性不只是「使憲法機關運作停滯」的現象，而是在於欠缺有效的審議，無法給予異質群體間相互對話、共同判斷的理性基礎。

當然，顧及議決程序運作的有限性、避免惡意濫用國會審議機制，自然也不可能無限制地受理議案，而必然有所節制。本文認為，現狀下對於程序委員會的組織設計尚屬符合「充分參與」之原則，而僅在技術分配議案順序之過程亦無須提前詳加審議，故重點應置於「權力分享」的面向上，使異質團體均有權將分裂議題提出在中央級的國會殿堂中由人民之代表共同理性討論。

⁶³⁸ 在本文的論證中也可以視為是基於「正當程序」的要求

⁶³⁹ 更合邏輯的精準說明應該是：本文將提出之制度既係針對分裂社會中分裂議題而生，則一般議案是否合適則須重新檢證—本文更認為基於「競爭」的考量，一般議案仍須維持傳統的多數決機制(請見第五章第三節第五項)。

⁶⁴⁰ 詳細討論請見第五章第一節。

(二)少數黨團「提案權」制度之保障

因此，「共識審議程序」仍應由現行制度的程序委員會負責議案的選擇與排序，在提案權部份做出以下調整：

(1)不論是立委個人提案、黨團提案，⁶⁴¹或其他有權向立法院提案之機關，所提議案獲得一黨團⁶⁴²其全體立法委員連署時，得行使「提案權」：最小黨團在每 2 個會期⁶⁴³享有 1 個提案權、次小黨團則有 2 個提案權，依此類推最大黨團最多可能有 5 個提案權(例如目前立法院僅有 3 個黨團，則無盟黨團有 1 個、民進黨團有 2 個、國民黨團有 3 個提案權)。

(2)考量總統的民主正當性與政治實力，以及釋字第 520 號解釋所承認總統託付行政院長實踐政見之憲法地位，則每 1 個會期行政院在取得總統的連署下，享有 1 個提案權。⁶⁴⁴

(3)一議案之提出有程序委員會過半數委員之同意，亦可啓動共識審議程序，但審議順序列後於「提案權」規定啓動之議案：國會多數黨挾著過半數之優勢本無須主動啓動此一程序，若多數聯盟主動透過本制度尋求共識，應無不可，⁶⁴⁵ 惟避免多數黨濫用此一途徑、實質阻撓小黨提案權之行使，故保障小黨議案有受優先審議之資格。透過「提案權」制度，能避免程序委員會不送審議的惡意杯葛(例如軍購案或監委同意權案)、提案數的限制則預防制度的濫用。

又，爲了避免議案審議之擁塞，依循第(1)(2)類途徑的提案權須於「時限」內使用，不得併用；已遭否決之議案現狀依立法院議事規則第 10 條僅可復議、不得再提案。此固基於「一事不兩議」之原則，但相同議案在不同政治氛圍下(例如形塑和解氣氛)也有不同走向之可能，對於強調共識的分裂議題處理上毋寧應把握可能促成共識的機會，一事不兩議尚非不可退讓之絕對原則，故經過一定「冷靜期」後(例如經過一年半、三個會期)應即可重新審議；若已經過重選，則應依新民意重新審議形成共識，更無須經過等待。

(三)分裂議題的實質認定標準

1. 進一步具體化的嘗試

「共識審議程序」既係處理分裂議題的特殊程序，無力也不應將所有國會議案一網打盡，而須具體化分裂議題的內涵。本文前述(第二章第三節第一項)所類型化的「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」與「因此所衍伸的權力分配問題」是建構認定我國分裂議題的概念，然而概念有其核心，亦有模糊不清的邊陲，具體化是提出概念者的義務，越可得具體化的概念即有越高的可操作性；從本文立場而言，除了前述四個事務領域上的類型化標準，其「爭議程度」以及「憲法上

⁶⁴¹ 立法院議事規則第 8 條之提案連署門檻，應仍有適用。按其連署門檻法律案爲 15 人、其他議案爲 10 人，約佔總席次之 10%，尚非屬極高之限制，

⁶⁴² 「共識審議程序」援用現行制度下對黨團、政團的定義與地位，併此說明。

⁶⁴³ 依憲法本文第 68 條，一年共有兩個會期，故最小黨團一年有 1 個啓動共識審議程序之機會。

⁶⁴⁴ 就代表性而言，總統的民意基礎固然不大於整個國會，但也至少有國會中第一或第二大黨之實力，賦予較多的提案權，方能合理反映總統所具備之民意基礎。

⁶⁴⁵ 對大黨團而言，考量全黨立法委員連署之難度，恐怕不如主動將爭議議案送交共識審議程序。

重要性」應該也是判斷一議案是否需要社會高度共識的標準。例如：

(1) 主權問題、國家認同或權力分配：這三種問題是臺灣社會爭議最大也最頻繁的議題，且都具有憲法上的重要性(例如出現過憲法解釋的問題，如憲法機關、獨立機關的人事權爭議，或是地方財政自主與地方制度根本結構之問題)，應從寬認定此類問題啟動共識審議程序的需要性。

(2) 族群問題：族群問題在我國的經驗中，出現爭議的事項主要在「官方」的作為，例如語言政策，以及對歷史、地理的認定、詮釋、教育或其他政策規劃等層面引發對立，且容易與(1)連動，故亦應從寬認定其啟動共識審議程序的需要性。

(3) 修憲：在權力分立的部份有所更動時，會直接影響與(1)有關的權力分配，在憲法程序所訂定的框架(憲法增修條文第 1、12 條)下，仍須創造形塑高度共識的空間；⁶⁴⁶然而若涉及基本權保護者，一般而言爭議較小、即較無須啟動本程序。

(4) 轉型正義：轉型正義在分裂議題中的特殊性在於，隨著時間經過，其應究責或應賠償之當事人均可能死亡而無從實現，且從正義或其他道德角度而言有一定的應然性做為推動此類政策的基礎，故至少關於賠償、和解、制度改革，以及追思紀念之政策無須透過特別程序，但刑事究責與人事清查有溯及既往發生不利益的問題，爭議自然較大而須全體社會較高的共識。

(5) 被排除適用之議案：是否需要形塑理性基礎與共識的區別標準是「事務」而非議案類型—亦即，不論是法律案、預算案(例如軍購)，都有可能需要形塑共識；但本文基於時效性、急迫性，以及其屬於高度「元首權」性質的考量，須直接排除「宣戰案」以及「追認緊急命令」兩種議案而不得啟動本程序。

2. 實質標準的認定程序？

實質標準的提出固然能避免程序之濫用，但也可能形成阻撓理由，而且再多的具體化也有其極限—包括概念間切割的困難、以及隨時間經過可能出現的不同態樣。對於國會享有過半數的政黨或陣營而言，本來即可透過多數決直接遂行其主張，使用共識審議程序的需要因此較低，更不至於有濫用、或擴大實質標準的動機；反觀未過半數之政黨與小型黨團，確實有可能刻意將多數黨本欲推動的法案，擴大實質條件的解釋、濫用「提案權」送入共識審議程序，使該議案受否決而達成杯葛施政的效果。

「實質審查」可能無理阻撓小黨提案的機會，但不設立機制又有可能發生小黨濫用提案權的風險，兩難之間本文的選擇是，一方面小黨的提案權有數量限制，有避免濫用提案權的功能；另一方面，若真有濫用情事發生，應可考慮先交黨團協商的政治解決，若仍未果，則此既屬典型立法委員職權行使問題、且分裂議題之處理確實有憲法上重要性(請見第三章)，應可由多數黨依司法院大法官審理案件法第 5 條 1 項 3 款，由三分之一以上立法委員聲請憲法解釋—此時大法官自應從速審查。故總結來說，實質標準之認定乃採**例外、事後、第三方(司法)審查**之模式，以少數黨自律或內部協商政治解決為原則。

⁶⁴⁶ 此時應排除現行立法院修憲委員會組織規程之適用。

3. 議案之割裂與合併

以是否為「分裂議題」作為是否納入本程序的標準，勢必承受議案割裂審議之弊，但既然如預算程序也可逐單位、逐筆審查，則切割後送入特別程序審理應不致於產生嚴重問題。另一方面，現狀下也有針對同一議題政府機關、各黨團或委員分別提出不同版本法案(對案)之情況：若發生在共識審議程序中，則包括提案權之扣除計算等.....規定，以首先提出者為準，對案固應合併審查，但應不超過三個案件；超過時先準用黨團協商規定協調、未果則抽籤決定(但不得排除首先提出之版本)。

二、程序之運作

共識審議程序本身的實質運作，當然是建制特別程序處理分裂議題成敗之關鍵，必須以「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三項原則形塑該審議程序的內容流程。正式審議程序之設計，必須包括以下四項：議決組織之組成、參與者之資格及方式、審查之程序與議決門檻，並思考「共識審議程序」在程序委員會發動後與院會中各讀會程序、各委員會審查以及黨團協商的關係。

(一)組成

1. 程序定位

共識審議程序從程序委員會啟動後，本身兼具「議」與「決」的功能，依其事實上已涵蓋立法院職權行使之所有範圍，應禁止後程序的推翻而將共識審議程序實質架空：就一讀會「宣讀標題、發送各常設委員會」的功能而言，共識審議程序既然是以處理「分裂議題」為任務、而是否屬「分裂議題」已於程序委員會中判斷過，即無須再經一讀會。⁶⁴⁷另一方面，送入共識審議程序並議決完畢後，理應是最具共識的決策，自不容許、亦無須再有變動之可能，故應排除黨團協商⁶⁴⁸乃至於事後院會之更動。因此，共識審議程序最精準的程序定位應是視同現狀下的「委員會」程序—而且是審議更精實、拘束力更強的委員會程序。

⁶⁴⁷ 自然更不允許以往一讀會往往作成「逕付二讀」、而跳過委員會審查之做法。林瑞雯就立法院第四屆通過 529 件法案研究，其中逕付二讀者達 86 件、且並非全部都有急迫性而有「綁案」之嫌，並架空委員會之專業審查功能。林瑞雯，註 599 書，頁 36。

⁶⁴⁸ 不少關於黨團協商與委員會審議的研究都認為，我國現制下的黨團協商機制，往往架空理論上較為專業、精細的委員會審查結果，甚有發生黨團協商推翻委員會審查時毫無爭議條文之情形、且黨團協商往往欠缺行政機關之專業參與，連帶影響實務上的二讀會也很少逐條實質討論(羅傳賢，註 404 書，頁 71-72, 233)。

雖然現行法規規定黨團協商時政黨代表必須有該常設委員會中之委員(立法院職權行使法第 70 條 2 項)，但整體趨勢上似乎仍「不重會議重協商」—如此一來勢必更拖累委員會秉持專業、認真審查的意願，而多倚賴事後由協商機制政治決定。林新建，《第六屆立法院黨團協商機制之研究》，中國文化大學政治學研究所碩士論文，頁 267-268(2008)。楊婉瑩稍早的實證研究則指出，許多案件都未經黨團協商、但必定須送委員會審查，故從數量上而言黨團協商並不至於架空委員會功能，但一旦送入黨團協商則影響力還是極大。楊婉瑩，《立法院黨團協商制度對立法決策與參與行為之影響研究》，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁 14-20 (2004)。

2. 一般規定

由於分裂議題可能牽涉的事務領域層面不一而足，例如兩岸經濟合作爭議性大不只在於國家認同或主權問題，也同時包括經濟層面、國防外交等各式事項，需要各種專業共同參與，故必須排除立法院各委員會組織法第3條之1第1項「每一委員以參加一委員會為限。」，使參與共識審議程序者得兼具各常設委員會委員之身份。

另外一點是任期問題。立法院各委員會組織法第3條之1第2項規定委員每年新會期時重新組成，然而若能長期穩定處於同一委員會，則有助於議程之流暢性、也能穩定議事之規則與價值⁶⁴⁹在強調共識且審議程序精密、爭議性高的分裂議題處理上，議事之順暢與規則之穩定自然更形重要。故本文主張，原則上直接以立法院改選(亦即，一屆一任)為重新組織之標準，⁶⁵⁰應係最有助於建立穩定議事流程之做法。

3. 席次分配：政黨比例累進制

「委員會」之必要性

為了兼顧「擴大參與」及「充分審議」兩個面向，本文主張以各國國會長年以來被驗證能提昇議事品質的「委員會」的模式做為共識審議程序的議決主體(即稱為「共識審議委員會」)。⁶⁵¹然而在進一步討論具體審議程序及其他擴大參與的有效補充機制前，必須先決定委員會之組成，因為組成方式決定了內部權力行使的態樣，影響所及包括能否公正執行審議之程序，以及終局決議是否已經在組成時即已有預設結果之效果。

理念與考量

現狀下的各常設委員會依法係以「政黨比例代表」的方式分配席次，⁶⁵²固然一定程度下有完整參與之效果，惟幾乎等於複製立院生態的委員會在運作上無法達成「權力分享」的效果，則如前述，各黨間即無理性審議、溝通的必要，因為即便是黨團協商，現制下一個月協商未果依然是回到院會以多數決處理，最後只能持續上演各黨間「包圍 v. 突擊」主席台的國會戰爭片；但直接賦予各黨團否決權則使議決成本大幅增加、提供小黨勒索多數黨(即便是兩大黨均已形成共識)。折衷的設計是一方面拉近席次(尤其在選制扭曲下)黨團力量的落差，另一方面保持小黨團足以參與卻不足以勒索的距離，使多數與更多數間無法互相指控

⁶⁴⁹ 陳鳳珠，《我國立法院常設委員會之研究》，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文，頁161(1996)。許多研究均有提及應改善委員會任期太短且往往不常任的問題(陳淑芳，註622文，頁170-171)，更有建議採「資深制」解決者(陳希文，《立法院組織法之研究—兼論國會改革之方向》，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文，頁118-119(1997)；林瑞雯，註599書，頁47-51)。

⁶⁵⁰ 不過還是保留黨團自由決定的空間。理由與方式請見4。

⁶⁵¹ 當然，委員會也有被認為可能以少數人壟斷國會權力之疑慮，不過如此強大的委員會建築在專責資深的成員、豐富的資金與資訊……等(ANDREW HEYWOOD 著，楊日青等譯，註21書，頁494-451)。相較於我國委員會功能之不足，Heywood 提出的觀察在我國應尚無須過份擔憂。

⁶⁵² 立法院各委員會組織法第3條之3第1項前段：「各黨團在各委員會席次，依政黨比例分配。」後段之分配算式：係以「各黨團人數」、除以「院會席次減去第3條之2委員之總數」再乘以「13減去依第3條之2抽籤分配之席次」

「多數暴力」、也無法指控小黨「藉機勒索」，⁶⁵³保持民主政治中競爭機制的運作：本文提出以「政黨比例累進制」作為分配共識審議委員會席次的機制。

政黨比例累進制

顧名思義，這仍是以「黨團」為分配席次的主體，而將有規範效力或政治勢力重要性的全體委員席次比例，做為增加共識審議委員會席次之條件、且一次以增加一席為度。以下以表格方式整理說明：

黨團佔總席次	委員會可分配	說明
3 席	1 席	為現制下可組成黨/政團、參與政務之下限
5%(6 席)	2 席	全國政局有基本影響力 (如第 5、6 屆之台聯，第 4 屆之新黨)
10%(13 席)	3 席	全國政局有一定影響力、15 席依法可提法案 (如第 5、6 屆之親民黨，第 3 屆之新黨)
25%(29 席)	4 席	依憲法可提領土變更案、修憲案、正副總統罷免案，並可阻擋領土變更案與修憲案
33%(38 席)	5 席	依憲法可阻擋正副總統罷免案與彈劾案
50%(57 席)	6 席	席次過半數，可行使絕大多數國會職權
67%(75 席)	7 席	可通過正副總統罷免案交公民複決/正副總統彈劾案交司法院大法官審理
75%(85 席)	8 席	可通過領土變更案與修憲案，交公民複決

表.4 政黨比例累進制說明(作者自製)

照此一標準分配，則依 2008 年立委選舉結果，⁶⁵⁴於共識審議委員會中國民黨(81 席)可分得 7 席、民進黨(27 席)可分得 3 席、其他(無黨團聯盟 3 席、親民黨 1 席、無黨籍 1 席，共 5 席)若合組黨團可分得 1 席，委員會總委員數為 11 席；現制以總數 13 席分配，則國民黨得 9 席、民進黨 3 席、其他 1 席。若屏除 2008 年選舉之特殊情勢，就 2004 年與 2001 年的立委選舉結果⁶⁵⁵試算，則結果均是民進黨分得 5 席、國民黨分得 5 席、親民黨 3 席、台聯 2 席、其他 1 席，委員會總數 16 席；2004 年之選舉結果若比照現制，則民進黨 5 席、國民黨 4 席、親民黨、台聯及其他均為 1 席。

新制與現制對照，顯然新制有效拉近「大黨與大黨」及「大黨與中型政黨」的距離，且席次差距反應在發言、質詢等審議程序中時間及次數之分配上，則共識審議程序使得不同陣營的立場有更公平呈現、理性檢驗的機會－也就是實踐了「權力分享」的指導原則。再者，小黨能夠參與、但無力撼動「多數與更多數」之間的共識，也維持政黨間彼此競爭的環境。另一方面，由於合議制、委員會制

⁶⁵³ 即有認為現狀下黨團協商機制賦予極小黨團一樣大的協商權力並不合理。林瑞雯，註 599 書，頁 71-72。

⁶⁵⁴ 資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

⁶⁵⁵ 資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

機關並沒有「鐵定」的「最適人數」，⁶⁵⁶故共識審議委員會人數總和之浮動應無須特別顧慮。

4. 委員會委員之選任與問責

委員會委員分配以黨團為單位、並以黨團本身的民意支持度決定席次多寡，應由哪些委員出任共識審議委員會，本文認為應可交由黨團以民主方式⁶⁵⁷自由選任，並依前述，原則上以做滿該屆為主，以提昇議事效能。同時要求黨團與其委員會代表於程序進行期間維持一定的對話機制，使黨團與委員會委員間的代表功能得以穩固、避免內訌，並以黨團之研究與民意基礎做為委員會中黨團委員決策時審查能力與政治實力的後盾。

不過若黨團立委表現不佳或未能充分代表黨意(及其所代表之民意)而須撤換時，在符合民主方式的黨團決策下，仍應予尊重，並由民意於歷屆立委改選時予以評價；另一方面，對極小黨團僅有 1、2 席委員參與的情況，各次分裂議題所偏重之專業未必相同，則小型黨團亦可自由協調，⁶⁵⁸於不同議題中指派專業人選參與審議。就小黨團而言畢竟非委員會中多數，頻繁變動亦不致過份影響議程之流暢；就大黨團而言，則因成員之眾且勢力龐雜，以民主方式變動成員較為不易，則任期制、資深制依然能夠成功建立，不受太大影響。

(二) 參與

1. 立法委員

就立法委員本身而言，在共識審議程序的設計上係以其所屬之黨團成員代表參與、並以民主方式對參與者問責；惟為確保立委基於其民意基礎而能維持問政功能，共識審議委員會審查時保障其他立法委員之列席權力固為當然，雖考量議事效率亦無法賦予全體立法委員相同程度之直接審議權力，但由委員會以外委員 5 人以上一組提出書面質詢、並由委員會中該黨團委員代為審議，應係合理的替代方案；若有無黨團之立委，則應可單獨提出書面質詢，由委員會主席代為審議。

但共識審議委員會之委員顯然是審查、決議之重要主體，依現狀之規定，委員會委員三分之一出席即可開會、表決時超過 3 人即可決議，⁶⁵⁹對於強調專業、嚴謹審查的委員會而言，其決議之代表性欠缺機制上的保障而有不足。⁶⁶⁰共識審議委員會訴求「擴大參與」與「充分審議」，而之所以保障各黨團委員會名額

⁶⁵⁶ 以我國各類機關舉例而言，立法院現制委員會人數從 13~15 人(立法院各委員會組織法第 3 條;但在席次減半前最高額是 21 席)、司法院大法官人數為 15 人(中華民國憲法增修條文第 5 條)、獨立機關以 5~11 人為原則(中央行政機關組織基準法第 21 條)，新制試算三屆的結果總人數在 11~16 人，應尚在可接受範圍。

⁶⁵⁷ 此處本文無意更進一步指定何謂「民主方式」，原則上由各政黨自訂一定程式、交由共識審議委員會備查即可。

⁶⁵⁸ 對於小黨團而言，頻繁的協調應較為容易。

⁶⁵⁹ 立法院各委員會組織法第 6、10 條。尚值慶幸的是未出席委員事後不得參與異議之連署或附議(立法院各委員會組織法第 10 條之 2 但書)，但這樣對於審議本身的品質並無提昇，只是消極保障委員會審議結果之穩定性。

⁶⁶⁰ 林瑞雯，註 599 書，頁 34。

不只是反應民意基礎而賦予的權利，更有因為民意基礎而須代表不同立場、不同觀點以專業立場參與決策、進行審議的義務，尤其在分裂議題上需要這些不同觀點與立場的彼此溝通才有可能真正形塑決策之共識。當然，也不是無須考量濫用審議、決策門檻以杯葛審議與決策的風險，致使政策真相與意見無法有效呈現於國民全體。

故本文主張原則上應提高審議開始與作成決策之門檻，於三分之二委員出席、在場，始可開會、審查、決議；委員會 3 席以上⁶⁶¹之黨團有委員無法出席時應遞補⁶⁶²出席，若再不遞補出席則應將該黨團未出席之委員送紀律委員會，依立法院紀律委員會組織規程第 7 條 1 項 4 款，⁶⁶³按情節與惡意程度施以停權三個月以上之處分。⁶⁶⁴

2. 總統、提案機關與人民

總統的政治影響力與民主正當性，應賦予其現場列席之權；且現狀已有機制但尚未實踐過的「總統國情報告」⁶⁶⁵，總統與立法委員雙方亦均應於該年度可能觸及之分裂議題提前交換意見、表達立場。而提案機關本身由於與其密切相關，除審議時依程序應得表示意見並受質詢外，提案機關於該案之審議全程應亦得列席。至於一般民眾除了依立法院會議旁聽規則參與外，共識審議委員會之所有審議與決議過程均應同步、全程網路直播，甚至在未來恢復有線電視直播，⁶⁶⁶並應將所有會議記錄以書面方式供全民即時、普遍取得。

⁶⁶¹ 委員會 3 席以下之黨團可能事實上有遞補之困難，且並非最重要之參與者，若屢屢缺席則改選時交由民意決定即可。3 席以上則全院至少有 13 席立委，顯然有充足之人力至少可以遞補出席，維持分裂議題之審查決議有足夠的參與及代表性。

⁶⁶² 可透過類似政黨比例代表之「名單」依順位遞補之。

⁶⁶³ 立法院紀律委員會組織規程第 7 條：

本會審議懲戒案件得按情節輕重為下列之處分：

一、口頭道歉。

二、書面道歉。

三、停止出席院會四次至八次。

四、經出席院會委員三分之二以上同意，得予停權三個月至半年。

前項停權期間之計算及效力範圍如下：

一、停權期間自院會決定當日起算，不扣除休會及停會期間。

二、停權期間禁止進入議場及委員會會議室。

三、停權期間停發歲費及公費。

四、停權期間不得行使專屬於立法委員之選舉權與被選舉權。

⁶⁶⁴ 比較法上較「停權」更嚴重者，有日本憲法第 58 條明定之「除名」—即使其喪失議員資格，但並不因此不得再參選、當選。此類處分效力即強，但如我國無憲法上依據，以立法方式建制固然仍是「議會自治」之範疇、但其(包括執行時)爭議(不論法律或政治上)勢必極大。不過美國國會正係以立法方式規定了「開除議員身份」之制度，只是建國以來未曾動用；英國則非成文憲法國家、而以立法方式亦採「議員除名(expulsion of member)」之制度。(李鴻禧，〈議會自律權之比較憲法底研究〉，收錄於《憲法與議會》，頁 377, 393-394, 407-408 (1997)。)

⁶⁶⁵ 中華民國憲法增修條文第 4 條 3 項，及立法院職權行使法第 15 條之 1~5。

⁶⁶⁶ 關於我國目前立法院議事網路轉播之發展與意見，可參考 社團法人公民監督國會聯盟，《二〇〇七-二〇〇九 監督國會實錄[第一輯]》，頁 263-292 (2009)。考量政論節目在臺灣之風行，甚可考慮於晚間六、七點開始審議，兩三個小時後由政論節目接力評論。

(三)審議

當議案送入共識審議委員會進行議決時，究竟應如何進行審議才能一方面滿足「充分審議」而又能避免議事之冗長、延宕？在終局表決之前由相關人士—包括提案人、委員會委員、該管政府官員、專家、民間團體等不同意見之共同表達意見及質詢提問，加上各黨團自行針對政策的辯論，以及提案人在接收意見後修改提案、或其他人針對同一議題提出競爭版本等，都必須經過一定的流程與審議的順序。以下先以流程圖方式提出本文所構思之審議程序，再以文字說明其理由與功能。

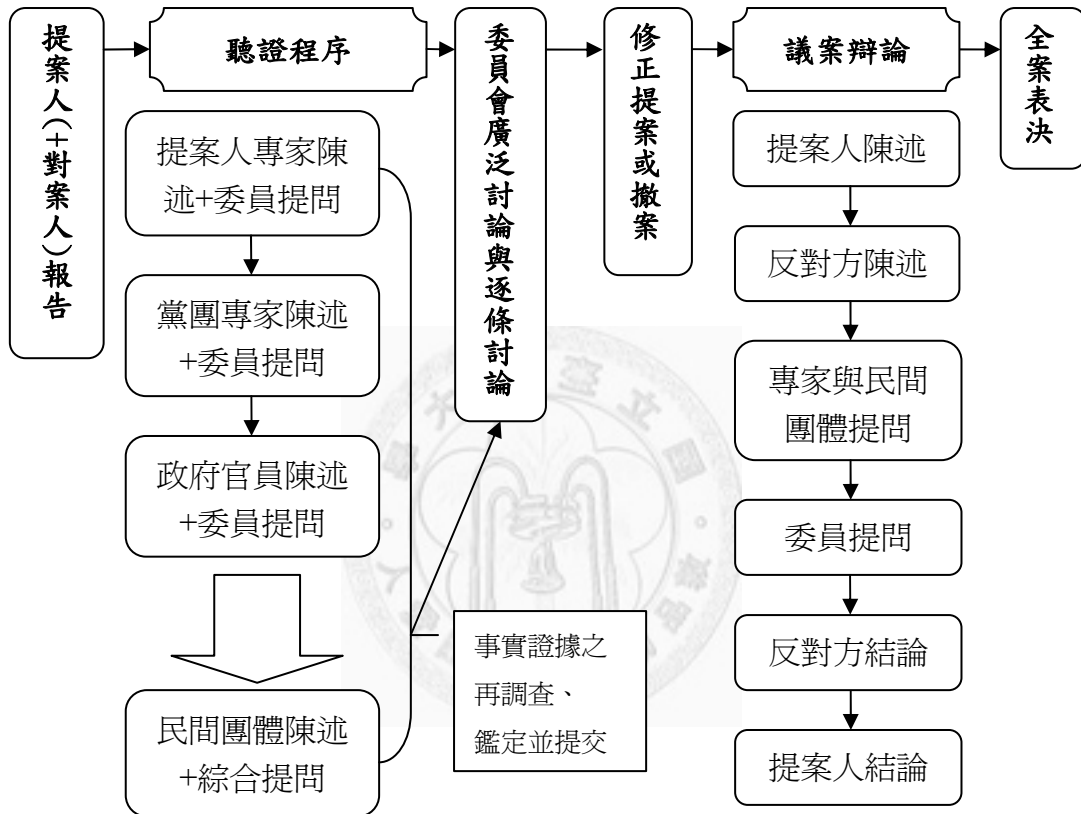


圖.4 共識審議程序 審議流程(作者自繪)

1. 程序之一般規定

委員會雖以合議制模式運作，但還是必須設計主導程序事項的「主席」一職，立法院各委員會之「召集委員」⁶⁶⁷之設計即為適例，也是現制中立法委員所習慣的模式。現狀對「召集委員」之資格並未多著墨，⁶⁶⁸本文認為應以此為藍本，並加入「資深制」與「權力分享」的元素予以改良：雙召集委員的設計十分值得保留，因為這給予審議程序中更高的權力分享可能，本文進一步認為應要求「召集委員」應由最資深(在共識審議委員會中待過最多會期)之兩人擔任、且兩人應分屬不同黨團。符合此一資格有數人者，則以任職本委員會中召集委員最多次者優

⁶⁶⁷ 立法院各委員會組織法第3之4、第4、第4之1條

⁶⁶⁸ 僅有「立法院各委員會召集委員選舉辦法」、但亦無進一步的資格現制。

先，若仍有數人符合資格則應抽籤決定。⁶⁶⁹ 兩位召集委員應以「審議日」為單位、逐日輪流擔任主席，以確保同一議案程序進行更為公平。⁶⁷⁰

另一方面則是關於程序進行之期限問題。現狀在立法院重要議決程序中有期限者，當屬「黨團協商」、從 4 個月大幅縮短為現狀 1 個月⁶⁷¹的期限，而逾期未達成共識者則改回一般程序議決。共識審議程序既係為有效處理分裂議題而設，自然不可能允許改回一般多數決程序議決；然而一定期間的設定，自然是督促議案早日有效審查的必要條件。由於整個審議程序並不如協商程序直接透過妥協形成共識、而必須清楚審議議案之事實基礎，所需時間超過 1 個月應係必然，然而拖到下一會期則不但曠日費時、更容易引發提案權數計算相關的爭議。故本文認為應以程序委員會送入共識審議委員會開始起算 60 至 100 日⁶⁷²間完成審議，程序啟動後不論是否已屆休會期間(每年 6~8、1、2 月)均應繼續審查直至完成議決，且程序除「補充、修正提案」階段外應連續不斷進行(例如不得中斷超過 5 日)⁶⁷³、每次應完整進行完一個「單元」(例如某一專家之陳述與提問)。

然而，制度設計同時必須有防止有黨團刻意延宕議事程序，使議案之重要資訊事實無法有效審議、傳播，以達成終局「否決」之效力。本文前述預防黨團故意杯葛不出席審議之強硬措施，正是為了解決時效設定後遭濫用之風險。甚至對於濫用審議程序冗長發言或使用肢體、暴力等方式杯葛議事，除了妨礙理性審議之進行、更是在已經激化的分裂議題火上加油，召集委員應更積極排除此類杯葛舉措、有意識地於必要時動用警察權維持議場秩序。⁶⁷⁴

再者，若有重大事由須秘密審議時，應比照立法院議事規則第 46~52 條行秘密審議，並得縮減或排除民間專家或團體之參與。

2. 提案人報告

在審議程序開始時，應由提案人先單方面以口頭陳述方式進行報告、並應提交完整書面規劃與列席者及立法院全體委員，由其提出議案之目的、政策、損益評估與具體制度內容，以方便後續討論。若有其他黨團、黨團、機關提出對案，則提出對案人亦應如提案人般先完整陳述。報告時應使列席聽證程序之專家、官

⁶⁶⁹ 第一屆可設計特別條款，如以立法院長為當然委員與召集委員，並在其他黨團中有召集委員資歷最深者為另一名召集委員。

⁶⁷⁰ 當然，若維持現行制度、同一議案「得」由同一人連續為主席(立法院各委員會組織法第 4 條但書)，亦不至有嚴重的不利影響。但亦有論者基於議事順暢之考量認為應僅設一名(研究作成時召集委員人數為三人)召集委員(林瑞雯，註 599 書，頁 46-47。)

⁶⁷¹ 立法院職權行使法第 71 之 1 條。

⁶⁷² 並沒有明確的科學依據為「60~90 日為最適期間」之基礎，只是就立法沿革而言，1 個月完成理性審議恐怕不足、但過去 4 個月(120 日)被大幅縮短顯然也被視為耗時太久。

⁶⁷³ 有時間現制的制度設計對於提案人而言，能使其充分準備再提案的間接壓力，因為期間的連續審議、加上第一個程序就是「提案人報告」，基本上提案人若無充分準備，只會在全國網路即時轉播中公然出醜，也形成同黨團委員會委員事後不分是非、一味「護航」的壓力。

⁶⁷⁴ 立法院警衛勤務條例第 5 條：「為維護會場秩序、防止危害及保護委員安全，警衛人員得應院會或委員會主席之召喚，進入會場，執行警衛勤務。」。不過實務上，如 2010 年 1 月出通過爭議頗大的「地方制度法」修法時，曾引爆朝野立委肢體衝突，但立法院長王金平仍認為警察權原則上應備而不用(「地制法打出土氣 馬：黨要複製這個經驗」(2010 年 1 月 20 日)，聯合報)。

員以及民間團體亦得入場聆聽報告，做為後續聽證提出意見與問題的基礎。

3. 聽證

關於我國聽證制度的發展與態樣，葉俊榮整理出「並非行政程序獨有」、「制度名稱不一(聽證、公聽會、座談會、說明會)」以及「程序寬嚴不同且行政程序法以外之行政聽證多較為寬鬆」三個特點。⁶⁷⁵ 立法院職權行使法第 54~59 條使用的名稱爲「公聽會」，其須經委員會召集委員同意或委員會議決後始得召開(即不必然召開)，⁶⁷⁶關於實際運作流程之設計也十分鬆散，僅提及由召集委員任主席、由政府官員或社會關係人士 15 人以下列席⁶⁷⁷且應顧及正、反立場之比例性，⁶⁷⁸並應事前告知列席人士相關議題、⁶⁷⁹事後將公聽會過程作成報告送交全體立委與列席人，⁶⁸⁰而公聽會之效力爲「特定議案之參考」。⁶⁸¹

以下針對現制立法院公聽會之問題提出檢討與改進之意見，其中多參考較為晚近立法、內容亦較為完整的行政程序法(第 54~66 條)：

(1)現狀爲**選擇性舉辦公聽會**：國會程序中的公聽會之功能⁶⁸²是「充分審議」與審議民主理念的具體實踐，對於處理分裂議題、形成共識的目標而言既屬必要，則不許選擇性、例外才進行聽證程序，而應在處理分裂議題的共識審議程序中一概透過聽證程序蒐集決策所需之資訊與意見。又現狀立法院聽證並不開放民間團體主動參與而未如行政程序法第 55 條規定「預爲公告」⁶⁸³之程式，共識審議程序有安排民間團體參與審議、並希望全民能關注審查過程，自應透過適合方式預告審議之內容(以提案內容爲主簡要表述)及期間的安排，使民間團體得提前準備、報名參與。

(2)**專家與政府官員列席聽證之選任**：現制列席聽證程序之政府人員與社會關係人士係由委員會挑選、僅有注意正反立場參與比例之教示規定。既然共識審議委員會係按政黨比例累進制分配各黨團合理的審議席次，則應可直接授權黨團所信

⁶⁷⁵ 葉俊榮，註 465 書，頁 277-278。

⁶⁷⁶ 立法院職權行使法第 55 條：「公聽會須經各委員會輪值之召集委員同意，或經各委員會全體委員三分之一以上之連署或附議，並經議決，方得舉行。」

⁶⁷⁷ 立法院職權行使法對相關人士之參與稱爲「出席」並不符議事慣例，應稱爲「列席」(因相關人士僅得就有關問題參與討論，「出席」有發言、動議、提案、討論、表決與選舉等各種權力)。周萬來，註 572 書，頁 245。

⁶⁷⁸ 立法院職權行使法第 56 條：「公聽會以各委員會召集委員爲主席，並得邀請政府人員及社會上有關係人員出席表達意見。(第一項) 前項出席人員，應依正反意見之相當比例邀請，並以不超過十五人爲原則；其人選由各委員會決定之。(第二項) 應邀出席人員非有正當理由，不得拒絕出席。(第三項)」

⁶⁷⁹ 立法院職權行使法第 57 條 1 項：「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。」

⁶⁸⁰ 立法院職權行使法第 58 條：「委員會應於公聽會終結後十日內，依出席者所提供之正、反意見提出公聽會報告，送交本院全體委員及出席者。」

⁶⁸¹ 立法院職權行使法第 59 條：「公聽會報告作爲審查該特定議案之參考。」

⁶⁸² 請見第一節第二項二、(二)、3。

⁶⁸³ 當行政程序有明顯利害關係人時當然可以免爲通知、直接告知利害關係人，但分裂議題攸關全體人民自無從個別通知，而有公告之必要。關於(行政處分)聽證預告制度之考量與設計，可參考 蘇宏杰，註 470 書，頁 137-140。

任之專家列席表達意見、⁶⁸⁴且人數依各黨團委員會席次決定各黨團可選任之人數；又提案與提對案人應有獨立選任專家之權力作為提案基礎、並先針對議案提供專業意見供與會者做全盤理解，故特別賦予 1 人之名額、但併入所屬政黨黨團或政團之總名額計算。至於相關之政府官員⁶⁸⁵為維持中立性，並不宜直接列入「黨團專家」，由各黨團協商⁶⁸⁶決定政府官員之人數後先各自選任專家、再由各黨團選任。但其與專家合計總人數仍以不超過 15 人為限，超過時應從黨團可選任之名額由多至少輪流扣除、但每黨團應享至少 1 個名額。⁶⁸⁷

(3)專家與政府官員列席聽證之審議：現制出席公聽會之專家與政府官員只需提出口頭或書面意見，惟基於審議之需要，於完整陳述後，應比照行政程序法第 61 條及 62 條 2 項 1、5 款，由委員會所有委員公平、輪流提問，⁶⁸⁸用以做為日後決策之理性基礎。

(4)民間團體列席聽證之選任與審議：為了擴大審議之參與，分裂議題之議決程序由民間團體於決策之委員會當面陳述表示意見，並與提案人、專家、政府官員等人溝通、論辯，可避免代議士壟斷分裂議題的審議權力。然而也必須兼顧議事效率、控制參與之民間團體數目。本文建議於公告後先由有意參與之民間團體報名，由各黨團各推薦兩名、加上抽籤兩名，候選團體應繳交完整書面陳述與所擬問題，再由各黨團依據書面審查其資格、各有一個「否准」權力，挑出「黨團數+2」個民間團體。民間團體在經過專家與政府官員之聽證後，除得陳述意見外，亦應得輪流對所有提案人、專員、政府官員進行提問。⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ 「專業」未必沒有立場、有立場者也未必不「專業」，在聽證程序中安排支持己方立場之專家以獲得政治與民意支持幾乎是必然的(Walter J. Oleszek 著，湯德宗譯，註 438 書，頁 121。)。本文認為立場本身不是問題，問題是這個立場是否有充足的基礎支持，故要求審查程序中充分的、透過不同立場的專業，檢驗特定立場的專業，而非妄圖阻絕專業的立場。

⁶⁸⁵ 若有如釋字第 550 號解釋直接要求特定機關應有代表者，則其參與應係「保障名額」。

⁶⁸⁶ 本文在實體議案決策時排除「黨團協商」乃係基於充分審議的議事品質、理性考量，但關於程序問題上以「黨團協商」決定較無疑慮一事實上關於程序問題恐怕往往也很難實質審議、取得一定政治上的共識做為遊戲規則的基礎應即為已足。可參考陳淑芳，註 622 文，頁 176-177；陳淑芳，註 637 文，頁 222-223。

⁶⁸⁷ 以立法院第七屆(2008 年)立委席次為例，先由委員會決定相關政府官員人數(假設 5 人)，則應另選任之專家為 10 人。現制依表換算國民黨 7 席、民進黨 3 席、其他黨團 1 席，本將延請 11 名專家學者此時僅剩 10 名，則由最大黨先扣除 1 席，若未來換算結果僅剩 9 名，則再由次大黨團扣除 1 席，依此類推，扣至一黨團僅剩 1 席(如本例中其他黨團即無須扣除其專家名額)。這樣的制度設計可兼顧議事效率以及「權力分享」之優點。

當然 15 人也並非什麼絕對的標準。立法院第五屆第四會期所進行的大法官審查程序，有全院委員會組成的 15 人小組，並邀請專家學者 18 人參與公聽會，眾人輪流發言、提問、答覆。周萬來，註 572 書，頁 183。

⁶⁸⁸ 有鑑於現狀下採取「即問即答」設計往往造成質詢者頻繁打斷答詢、使答詢無法連續陳述而整個過程流於形式，根本欠缺實質審議，故應一律改回所謂「綜合答覆」式的詢答方式—這樣的觀點也受到實務界立委的支持。陳淑芳，註 637 文，頁 227。

⁶⁸⁹ 有認為傳統公聽會模式(public hearing)幾乎難以有效影響政策，原因之一在於舉行的時點多是「先有案再討論」、使得公聽會只剩抱怨或乞求的場域，更重要的是公聽會往往以技術性方式侷限公眾表意的方式(例如僅發表聲明)、並技術性不讓議題獲得全面的檢視。(GASTIL, *supra* note 502, at 189-190)。本文有鑑於此，特別將民眾參與的時機放置於前端(當然，若各黨團、機關提案前能先健行完整的民眾參與程序，效果更佳)、使之後黨團間尋求共識時可能考量民間團體的聲音，並且在陳述、提問時可以完整檢討議案。

(5)證據事實之再調查與鑑定：聽證程序中有專家、官員或民間團體認為尚有疑義而要求證據事實再為調查與鑑定者，輪值之召集委員視重要者應動用國會調查權、文件調閱權、立法院常設之研究單位，⁶⁹⁰或再委請專業人士及機構進行調查與鑑定。⁶⁹¹

聽證過程之紀錄應整理為書面資料交予立法院全體委員以及聽證程序列席人士；調查與鑑定則應於委員會廣泛討論結束前提出於院會與委員會，以供議案進一步修改、形成。

4. 廣泛討論與逐條討論

聽證程序所獲得的意見與證據資料，勢必對提案人有所影響，故先安排如立法院職權行使法第 9 條、二讀程序中的「廣泛討論」與「逐條討論」機制，先進行委員會內部的意見交換。於「廣泛討論」階段應針對聽證程序所獲得的意見與證據資料，以及原案要旨—當然，比照目前實務經驗，於議案規模較小時，可跳過廣泛討論，直接進行逐條討論，利用聽證程序(包括程序中命再鑑定、調查之事項，完成鑑定調查後送交之補充報告)所蒐集之意見與資訊，仔細檢視議案之內容。⁶⁹²由於此一階段對議案之具體內容有直接影響，⁶⁹³故非委員會委員之提案人亦應參與討論—即便是在憲法上向立法院負責的行政院官員，在此一階段中所處之地位應並非監督制衡關係、而是協力的合作關係，使提案人與決策者能平等地相互討論。⁶⁹⁴

5. 修正提案或撤案

在經過意見與資訊蒐集、以及決策者內部仔細的意見交換後，應給予一定期間讓提案人斟酌納入這些資訊與意見、修正其提案內容，讓共識具體化並融入議案中。此一期間一方面給予提案人改進，另一方面也給予尚無法被該議案說服之黨團再做準備，於之後「黨團辯論」時進行「嚴格審查」。

另一方面，若經由聽證與討論的程序發現該議案本身欠缺修正可能性且無法獲得廣泛的共識支持，亦可考慮「撤案」。現制依立法院職權行使法第 12 條，⁶⁹⁵於二讀完成前經院會許可後得撤案，並依立法院議事規則第 8 條 2 項後段，⁶⁹⁶撤

⁶⁹⁰ 不過現狀立法院編制下有研究功能的似乎僅有「法制局」與「預算中心」。立法院常設組織之功能簡介，可見 立法院全球資訊網 <http://www.ly.gov.tw/> (各單位簡介)。(最後瀏覽日：2010 年 1 月 19 日)。然而實務上立法委員似乎更少使用這些支援部門，使其有如閒置、恐怕也影響了法案品質。陳淑芳，註 637 文，頁 215-217。

⁶⁹¹ 現狀立法院職權行使法並無另外送調查或鑑定之規定，本文係參考行政程序法第 62 條 2 項 2 款之規定。

⁶⁹² 周萬來，註 572 書，頁 107-108。

⁶⁹³ 就立法策略而言，逐條審查是十分重要的一個步驟，支持議案者可以加以強化原議案、反對者也可能故意使議案複雜化而難以執行。Walter J. Oleszek 著，湯德宗譯，註 438 書，頁 126-127。

⁶⁹⁴ 羅傳賢即建議如協商機制應加入政府代表參與之機制，此時顯然並非以監督或質問的方式。羅傳賢，註 404 書，頁 331。如果係事實或證據須釐清者，應利用前階段的聽證程序提問確認。

⁶⁹⁵ 立法院職權行使法第 12 條 1 項：「議案於完成二讀前，原提案者得經院會同意後撤回原案。」

⁶⁹⁶ 立法院議事規則第 8 條 2 項：「連署人不得發表反對原提案之意見；提案人撤回提案時，應先

案須徵得連署人同意。本文認為此時不如命提案人主張撤案後公告、5日內得由任一黨團「承受提案」、或由一名委員會委員承受並經過半數委員會委員同意後承受，⁶⁹⁷以繼續推動該議案；5日後未有黨團或委員承受者始生撤回效力。⁶⁹⁸這種類似職棒球員「讓渡制度」的設計，既使議案於無法凝聚共識時結束審議、得到一個終局結果，另一方面也使在審議後認為該議案有重要性而有意願繼續推動的黨團可以接手讓議案實現、不浪費之前嚴謹程序所得之審查資訊與意見。

此處須說明者，所謂「提案人」未必係特定之「個人」，而應視當初提案程序中依何種管道而定：委員個人提案時則固為其個人，若係機關提案則應以機關首長為機關代表、並依機關本身決策程序決定如何修正提案或撤案，若為黨團提案(例如動用提案權)則應由黨團全體依民主程序決定如何修正提案或撤案。

再者，若提案人本身既不撤案、其修正議案之內容又可能不符其他黨團之意，則其他黨團或委員會委員有意在既有議案之基礎上自行修改，可否於此一階段提「對案」？本文認為依循現制立法院議事規則第11條⁶⁹⁹規定之意旨，並考量之後尚有「黨團辯論」可檢驗此階段所提對案之內容，原則上可允許，惟應符合以下要件：(1)須於召集委員宣佈進入「修正議案或撤案」階段5日內，以符合「承受提案」之要件聲明「提出對案」，且(2)於「修正議案或撤案」階段結束前5日，提出對案之完整書面內容，且(3)對案之內容應以原案為準並以逐條修正方式為之，須逐條清楚說明對案內容、意旨與基礎，不得提出「新案」。⁷⁰⁰

6. 議案辯論

「議案辯論」係共識審議程序在決議前最後一個審查過程，即針對原始提案人之提案與其他對案之最終版本進行審查。由於辯論流程有一定之時限，參與辯論者即須聚焦議案中有爭議之重點深入檢證，而考量「擴大參與」以及「充分審議」之指導原則，在辯論過程中如聽證程序般，應有提問之流程、並應納入專家與民間團體參與其中。

參考2008年總統大選之電視辯論會流程⁷⁰¹以及全國性公民投票意見發表會或辯論會實施辦法第13條⁷⁰²所規定之流程，本文共識審議程序中議案辯論之流

徵得連署人之同意。」

⁶⁹⁷ 此一制度即係替代當初送入程序委員會時的形式條件，雖與該條件略有調整但意旨類似。

⁶⁹⁸ 其效力應視為「否決」。

⁶⁹⁹ 立法院議事規則第11條。

⁷⁰⁰ 就現實面考量，若有意於此階段提出對案，勢必及早形塑對案之內容並尋求支持，否則容易逾期。惟期間規定乃為予黨團辯論一定時間準備，避免造成對全體委員會之「突襲」。

⁷⁰¹ 資料來源：公民提問30秒影音轉發區 <http://www.peopo.org/2008vote/post/12655>
(最後瀏覽日：2010年1月20日)

⁷⁰² 全國性公民投票意見發表會或辯論會實施辦法第13條：

辯論會進行之程序如下：

- 一、主持人說明：由主持人說明辯論規則，並介紹發問人及代表人。
- 二、意見申論：由代表人依正、反順序申論主要意見八分鐘，時間屆滿前二分鐘時，按鈴一短聲示意，時間屆滿按鈴二長聲，代表人應即結束發言。
- 三、發問人發問：由發問人提問一分鐘，代表人就同一問題依序回答，每人五分鐘，時間屆滿前一分鐘時，按鈴一短聲示意，時間屆滿按鈴二長聲，

程如下：⁷⁰³

- (1)提案人陳述：包括原始提案人與提出對案之委員，分別就全案重點介紹。並應由原始提案人先陳述、次者為部份修正之對案提案人、再者為全盤修正對案(自始提出對案)之提案人、最後為全盤修正對案(自始提出對案)之部份修正對案提案人，⁷⁰⁴若一順位有複數個提案人則應抽籤決定順序；⁷⁰⁵
- (2)反對方陳述：由反對該議案之立法委員或政府、民間團體代表擇一就反對之理由陳述；
- (3)專家與民間團體提問：應以曾參與聽證程序之專家與民間團體為辯論程序中提問人之優先選擇，⁷⁰⁶針對各提案人與反對方提出問題、並可追問一次；
- (4)委員會委員提問：由將作成決策之委員會委員針對提案人與反對方提出問題、並可追問一次；⁷⁰⁷
- (5)反對方結論；
- (6)提案人結論：有提案人、全盤對案提案人與部份修正對案提案人時，應依陳述順序決定結論順序。

7. 特殊審議程序：人事同意權行使

與其他議案十分不同者，為立法院關於人事同意權之行使。大體上目前我國立法院無法主動提名、而僅有被動的同意權行使，故調整圖.4 之流程如下：

- (1)提名人說明：應由提名人向委員會說明提名原因；⁷⁰⁸
- (2)聽證程序：此時應由提名人與被提名人各別陳述、並各別⁷⁰⁹接受委員會、專家(並排除政府官員)⁷¹⁰與民間團體之提問；⁷¹¹
- (3)若對被提名人之資格、能力、操守有疑問時亦得要求再為鑑定或調查；

代表人應即結束發言。代表人回答順序第一問由反方先行回答，第二問由正方先行回答，第三問由反方先行回答。

四、結論：由代表人依正、反順序作結論陳述七分鐘，時間屆滿前二分鐘時，按鈴一短聲示意，時間屆滿按鈴二長聲，代表人應即結束發言。

⁷⁰³ 至於各階段時間長短應如何安排，本文在此且不再深加著墨。

⁷⁰⁴ 若有「承受提案」人則應以承受提案人為此階段之提案人。

⁷⁰⁵ 如此順序安排較有助於陳述人安排陳述內容。若部份對案人在完整對案人之前陳述，則其所未修正之部份應放多少篇幅較為無從準備。

⁷⁰⁶ 若專家與民間團體數量太多，應由其內部自行協調、推派代表提問。若考量擴大參與之面向，亦可在民間團體之部份重新依前述建議挑選；惟專家部份考量已參與之專家對相關議題應屬最為專業熟悉，應以曾參與聽證者優先。

⁷⁰⁷ 若委員會委員自為提案人或對案人等，即不應提問。

⁷⁰⁸ 這多少也補足現狀下總統或行政院長提名權行使的規範真空，以「提名人說明」的程序檢驗提名人的口袋名單是從何而來。(陳淑芳，註 486 文，頁 322-323。文中指出口袋名單的問題)。例如近日檢察總長陳聰明遭彈劾後請辭、馬總統改提名黃世銘即列出黃世銘為檢察體系民調第一等四項理由(「檢察總長 馬提名黃世銘」(2010 年 1 月 26 日)，自由時報。)，制度化地讓有權提名者交代提名原因並受檢驗，對於提名權行使之威信也幫助。

⁷⁰⁹ 由於同意權係針對被提名人「各別」行使，其審查自應「量身打造」，故如歷次大法官同意權行使，由數個被提名人擠在一張小小的答詢台上站著「受審」的模式應予淘汰。

⁷¹⁰ 比較法制上德國亦予排除。陳淑芳，註 486 文，頁 314。

⁷¹¹ 其審查之密度問題可參考 陳愛娥，註 485 文，頁 315-316。

(4)再鑑定或調查之結果送交委員會後，應予被提名人答辯機會。之後應無須再有其他討論程序，⁷¹²即可議決。

在審議程序上，陳淑芳以德國聯邦憲法法院法官選任為例，認為在人事同意權審查時難免涉及當事人之私生活與私德問題，雖然對於「選才」有重要性，但未必有公開的必要，且一旦公開後，曾受公開批判審查之人在職務上能保有多少威信即非無疑義，又若未通過議決，則其人格受損更顯無意義，故德國法制上對法官人事採秘密審議、參與審議者有保密義務。⁷¹³ 惟陳愛娥認為考量保障新聞、輿論對此類重大憲政機關建構過程之觀察、評價機會，使人民得以獲得其所民意代表之相關活動藉以控制其行止，且德國法上僅要求「院會」的公開而不及於「委員會」，但我國法制關於秘密會議係例外行之，⁷¹⁴顯見我國對於議事公開透明的要求更高，除有極端重大的保密利益外，均應為公開審議。⁷¹⁵ 如果再放到我國的分裂社會中檢視，人事同意權行使多次引發的爭議之大，恐怕現狀下社會普遍無法信任委員會只送出結果、而不給任何判斷的基礎；至於被提名人的的人格保障，其僅得於同意提名時自行斟酌，一旦同意提名即如同進入公共領域、所受人格保障程度降低既屬必然亦係必要(如釋字第 509 號解釋處理誹謗罪問題)。而關於被任命後的權威問題，從其專業而建立職務上的權威應屬當然。

一個人事同意權行使特有的表決問題提前於此討論，即，人事同意權是否應無記名表決？依立法院職權行使法第 29 條，⁷¹⁶現狀採「無記名」方式表決。無記名表決的優點在於確保此類對人事務上不受私人因素干擾、也避免被政黨操控，⁷¹⁷ 陳愛娥亦因此認為「無記名表決」應無違憲之虞；⁷¹⁸ 但也有從問責觀點出發，認為應改為記名投票者。⁷¹⁹ 本文認為權力之行使應以公開透明為原則，事實上無記名投票也一樣給予私人因素干擾之空間、政黨也非無從操控，反而更因為無記名而無法使人民有效區辨政治責任之歸屬，尤其在今日人事同意權之行使本身也是分裂議題之一，政黨與身為代表政黨之委員會委員是否堅守立場、其改變是否基於理性，都需要清楚的責任歸屬與理由交代，故本文認為在共識審議程序中所有決議均應記名表決，政治人物應勇敢面對無正當基礎的壓力。

⁷¹² 相較於現制立法院職權行使法第 29~31 條之簡陋規定，本文所建議之審查流程應已屬充分。

⁷¹³ 陳淑芳，註 486 文，頁 312-318。

⁷¹⁴ 立法院各組委員會組織法第 9 條：「各委員會會議，公開舉行。但經院會或召集委員會會議決定，得開秘密會議。(第一項) 在會議進行中，經主席或各該委員會委員五分之一以上提議，得改開秘密會議。(第二項) 應委員會之請而列席之政府人員，得請開秘密會議。(第三項)」

⁷¹⁵ 陳愛娥，註 485 文，頁 313-314。

⁷¹⁶ 立法院職權行使法第 29 條：「立法院依憲法第一百零四條或憲法增修條文第五條第一項、第六條第二項、第七條第二項行使同意權時，不經討論，交付全院委員會審查，審查後提出院會以無記名投票表決，經超過全體立法委員二分之一之同意為通過。」

⁷¹⁷ 陳淑芳，註 486 文，頁 317。

⁷¹⁸ 陳愛娥，註 485 文，頁 314。

⁷¹⁹ 李俊侶，〈國會人事同意權之探究〉，收錄於許志雄、蔡茂寅、周志宏編，《現代憲法的理論與現實－李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，頁 738 (2007)。

(四)表決

一個分裂議題的議案在經過前述的聽證、討論、修改與辯論程序後，將進入最重要的「表決」階段：此處應討論者包括表決之時點、方式、門檻、內容、效力，以及遇有復議、覆議應如何處理之問題。

1. 決議之時點：立即表決

議案經過充分審議後應何時決議？共識審議程序中已經過等同二讀程序的「逐條討論」、還外加再一的政策辯論，對照立法院職權行使法第 11 條 1 項但書之規定，⁷²⁰現制並不強迫二讀與三讀終局表決間必須經過時間等待、甚至允許經議決後直接進行三讀與全案表決，可認為共識審議程序以更嚴謹的標準檢視政策後，規定一律立即表決應無審議草率之虞。加上黨團協商一貫有架空委員會專業審議之批評，若辯論後等待一定時間再為表決，恐怕徒留「檯面下、事實上黨團協商」之機會，使得決策基礎究竟為何留下疑問。本文認為在議案辯論階段結束後稍事整理思緒，應即進行表決、使委員能在較為不受其他因素影響後行使其職權。

2. 決議之方式：全案表決

由於顧及議案之完整性，於終局表決時應直接將原始提案與各對案提交委員會委員針對全案進行表決—即與之前二讀時逐條仔細討論不同；現制立法院職權行使法第 11 條 3 項規定：「第三讀會，應將議案全案付表決。」，亦係於終局表決時採「全案」一併決定之模式。

3. 表決之門檻

全案表決之主體係共識審議委員會之委員。委員席次依政黨比例累進制分配，雖然一定程度上參酌「權力分享」之意旨，惟考量分裂議題本身的憲法重要性以及爭議重大程度，雖然畢竟不是修憲程序、無須通過表決後再送公民投票複決，仍不宜僅以委員會中的絕對多數為議案通過之門檻，否則又是陷入分裂社會下的**多數決困境**。參考現狀提案修憲之門檻，本文提出兩種議案通過之門檻、其一條件符合後始屬通過：(1)贊成票佔委員會總席次三分之二且反對票不超過四分之一時，或(2)議案連續兩屆提出於共識審議程序審查後，贊成票均超過委員會總席次三分之二。⁷²¹

第一個門檻設計主要考量是憲法規範面的意旨：修憲時須有全體委員四分之三之贊成票支持方可提案送交公民複決；分裂議案有極高之憲法上重要性而尚非

⁷²⁰ 立法院職權行使法第 11 條 1 項。

⁷²¹ 這樣類似少數否決的制度一直是 Lijphart 協合民主的重要元素。放在國會層級的制度設計可參考同屬分裂社會的比利時 1970 年憲改設置的「警鈴程序(alarm bell procedure)」，在少數族群四分之三動議即可造成議案擱置，而 1980 年憲改又落實「特別法(special laws)」制度，某一族群有過半數反對國會議案時，該議案即遭否決。柯宜家，《比利時族群認同與政治體制》，國立臺灣大學社會科學院政治學系碩士論文，頁 118 (2008)。這兩種程序就發動難度來甚至較本文所設立之門檻來得更低。

修憲，固然可以稍微調降積極「贊成票」之要求，但若遇有四分之一的反對勢力積極表態阻擋，則仍應視為「否決」。

第二個門檻設計固然也有憲法重要性的考量，但主要是以我國民民主化後政治實踐的經驗為準：觀察歷屆普選立法委員之選舉結果，在分裂議題中均較為弱勢、以民進黨為首、所謂的「泛綠」立場，其席次率分別是 31.6%、32.9%、31.1%、44.4%、44.8%、23.9%，不曾過半，但也僅一次獲得低於 30% 的席次。若且不論 2008 年立委選舉民進黨受「陳水扁案」影響，依據歷年各式選舉中實際得票經驗，研究預測以泛藍、泛綠成功整合為條件，71 席區域立委中藍：綠之席次比可能在 37：36 到 48：25 之間遞移(有 11 席變動可能)，⁷²² 而研究中並無特別精算出選舉結果的全國不分區與僑選共 34 席部份，經過第一次採「兩票制」的經驗看來，民進黨在扁案衝擊下仍有全國不分區得票率 36.9%(加上台聯為 40.4%)、分得 14 席⁷²³的實力。

故以過去 20 年來累積的實證經驗大概可以得知，我國在分裂議題上大致有至少 30% 的「次多數意見」、而所謂「取得共識」必須獲得這 30% 群體(以代表其意見之黨團為代表)的同意。「泛綠」在一次大選中喪失「基本盤」的支持，從 2008 年選後的政治局勢告訴我們，或許僅係基於特定政治事件之影響、尚不足以代表社會對於分裂議題已經形成一定共識而反映在投票意向之改變。但若連續兩屆的選舉結果依然有超過三分之二的選民做出表態，則應足以代表對於分裂議題的立場形成相當穩固的意向、代表本來在分裂議題堅持的立場已有動搖，⁷²⁴ 不再是單純偶然事件刺激下產生的「偏差值」，則應予遵照社會更多數的共識作成決策。

然而必須注意的是，正副總統之罷免案、⁷²⁵ 彈劾案、⁷²⁶ 不信任案，⁷²⁷ 其於立法院通過或提出之決議門檻均較本法所定之通過門檻來得低，則由於「憲法優位」必須優先適用憲法之門檻；領土變更案⁷²⁸與修憲案，⁷²⁹ 一樣基於「憲法優位」而須優先適用憲法之門檻，即排除「連續兩屆、三分之二贊成票」可提案之

⁷²² 謝相慶，「我國第 7 屆立法委員新選舉制度及其可能效應」，國政研究報告 (2008)。資料來源：財團法人國家政策研究基金會 <http://www.npf.org.tw/post/2/3887> (最後瀏覽日：2010 年 1 月 21 日)。

⁷²³ 資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

⁷²⁴ 這個振幅若只是在過半與否、或前註 722 文做出的「11 席」幅度，都還視為是一般選舉因素下常態的波動。從 2008 年立委選舉民主進步黨大敗來看分裂議題的支持有兩種可能的詮釋：其一是認為民進黨所代表的分裂議題立場已經不合臺灣主流民意的意向、或至少代表「總統的操守比分裂議題的立場更重要」—不論是何種詮釋，都是表現該立場在分裂議題上的鬆動或弱化。若這樣鬆動、弱化的程度還能經過兩屆大選的確認，且沒有其他代表該種立場的黨派出來成為替代選擇，則泛藍分裂議題政策所具備民意基礎、不論強度或廣度，應可確立其具備充足的代表性。

⁷²⁵ 中華民國憲法增修條文第 2 條 9 項。

⁷²⁶ 中華民國憲法增修條文第 4 條 7 項：「立法院對於總統、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，聲請司法院大法官審理，不適用憲法第九十條、第一百條及增修條文第七條第一項有關規定。」

⁷²⁷ 中華民國憲法增修條文第 3 條 2 項 3 款。

⁷²⁸ 中華民國憲法增修條文第 4 條 5 項。

⁷²⁹ 中華民國憲法增修條文第 12 條：「憲法之修改，須經立法院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，提出憲法修正案，並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，即通過之，不適用憲法第一百七十四條之規定。」

規定。不過，在進入表決之前的審議程序，仍須依共識審議程序行之。

4. 表決之程式：附理由

本文認為，「附理由」是檢驗是否「恣意」的最佳方式。在將過嚴密繁複的審議程序後，共識審議委員會之委員應能得出類似法院形成判決之「心證」、附理由的要求就是逼迫委員必須清楚交待最後決策的基礎是什麼—且其考量應不外乎共識審議程序中所取得的資訊。⁷³⁰當然，這無法如法院交待判決理由後，若理由不備或矛盾尚可由上級法院發回或改判，但足以讓可被理性說服的選民檢驗決策品質、判斷其所選出的黨團是否派出足以判斷分裂議題能力的委員，以及黨團本身的決策機制是否理性、是否保持被說服的可能，同時也能反求諸己，作為下次選舉改變支持政黨、甚至改變自身立場之依據。

也因此，固然無法要求委員在辯論終結後表決時立即完成理由書，但其時間亦不宜太長、例如應5日內完成，並以書面方式公告周知、作為民眾檢驗決策品質之依據。又，本文認為應保持黨團或個別委員被說服之空間而並未要求同黨團委員必須採取相同立場，則個別委員自應各自撰寫理由書、不允許提出「黨版」理由書以掩護單純執行偏好與意識形態的傀儡。

5. 表決之拘束力

共識審議委員會表決後會有「通過」或「不通過」的兩種結果，則其效力為何必須更進一步說明：

(1)以「反對票不超過四分之一」通過者，應逕付全案表決，除有文字修改之必要外，⁷³¹則所屬黨團有參與共識審議委員會審查程序之委員，於全案表決時應出席並投贊成票；⁷³²連續兩屆經「贊成票超過三分之二」通過者，亦同。

(2)以「贊成票不足三分之二」而未通過者，亦應逕付全案表決，則所屬黨團有參與共識審議委員會審查程序之委員，於全案表決時應出席並投反對票。本案於全院投票否決後，應等待三個會期或下一屆立法委員選舉後，始得重新提案；經主動撤案者視同否決。

(3)以「贊成票超過三分之二、未滿四分之三」而有可能於下屆會期通過者：應待有提案權者於程序委員會重新提案後啟動，經程序委員會過半數同意者可逕由共識審議委員會委員表決、無須重新審議。表決時贊成票超過三分之二則效力比照(1)、未超過三分之二則效力比照(2)。

另外，「共識審議程序」既已充分對議案審議並經高門檻表決，而立法院議事規則第七章(42~45條)以「避免草率決議」為基礎的「復議制度」原則上應無於本程序適用之必要。故共識審議委員會之決議、或依此作成的院會表決，所屬

⁷³⁰ 這也是委員會審查的重要性所在。Walter J. Oleszek 著，湯德宗譯，註 438 書，頁 112-114。

⁷³¹ 立法院職權行使法第 11 條 2 項後段；所謂「文字修改」之意義與事例，可參考周萬來，註 572 書，頁 119-120。

⁷³² 明白地說，此時的全案表決程序僅屬形式，故可考慮選擇一日將必須(幾乎)全院出席的分裂議案表決程序逐案連續表決(類似黨團協商逾時限後由二讀會統一處理之機制)。

黨團有參與共識審議委員會審查程序之委員，不得依立法院議事規則第 42 條 3 款連署或附議。

第三節 本章結論

本章的重點在將「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」具體化於國會議決程序上的制度設計。從立法院各項現行法制的設計來看，首先的問題是現行制度不夠精緻化(例如同意權之審查)、甚至部份經常程序(如全院委員會)根本付之闕如。更重要的是，現狀運作太過偏重黨團協商的「政治解決」(雖然一定程度上可視為一種權力分享的機制)，但政治解決的缺點首先在於不具穩定性(屬於高度個案處理)、公平性，從其與委員會的互動關係中更凸顯現制缺乏對專業性與理性的重視。⁷³³

本文提出的「共識審議程序」透過制度化的方式，於「擴大參與」的面向保障民間團體、專業人士、政府官員以及各大小黨團，依其不同的角色功能進入分裂議題的討論中；再以「聽證程序」、「議案辯論」精緻化現狀的審查程序，提供議案受充分審議的機制與機會，並要求終局決策須附理由、供民意於選舉時參考各黨團是否依理性行使其立法權；最後於「權力分享」的面向上，以「政黨比例累進制」與考量憲法規範及政治實踐經驗的高決策門檻，從提案權、發言提問的審查權到終局的表決權，其分享的理念，一方面拉近大小黨團之間的距離，創造相互溝通、論辯、妥協而形成共識的動機，另一方面也要避免少數「綁架」多數的危險，將分裂議題決策的權力交付「多數」與「更多數」的手中。

然而「共識審議程序」究竟能多有效地解決分裂社會中的多數決困境？在國會決策之後，其與總統一行政權、法院，乃至於公民社會的互動，其是否能做為一種強調共識與審議的決策典範，為身處分裂社會的臺灣人民建構一個「制度認同」、讓不同立場的一家人能彼此真誠而理性的對話？本文將於第五章進行整體的成效分析，指出共識審議程序在臺灣這個分裂社會中的功能與侷限。

⁷³³ 葉俊榮分析「科學本位」、「政治本位」在處理環境賠償議題時各有長短，因為科學求真卻未必能求得、政治妥協則幾乎取決於權力結構中的強弱，法律的制度化解決途徑是應予參考的途徑。(葉俊榮〈北桃四鄉公害求償事件之研究：從科學迷思與政治運作中建立法律的程序理性〉，收錄於《環境理性與制度抉擇》，頁 221-227 (1997)) 本文強調的理性審議一如「科學本位」、確實有其界線，而透過法律的建制，一方面讓政治事務終究回歸政治解決(表決)，但也同時管控政治力運作的門檻與條件，以「制度理性」求取平衡。

第五章 共識審議之後：憲法規範、制度成效

與民主理論的總檢討

與分裂議題有關的議案在經過立法院共識審議通過後，在體制面可能受到總統一行政權覆議、司法審查宣告違憲或透過公民投票，使經共識審議程序否決之議案「復活」(創制)或否決經共識審議程序通過之議案(複決)；在理論面，則必須解決論者對協合民主欠缺「競爭」的質疑；更重要的是實務面上，政治人物有「動機」接受這類權力分享的制度？而在共識審議程序推動後各種社會分歧能得到多大程度的緩解？我國過去政治實踐的經驗是否足以支持本文的推論、而能更進一步形塑全體國人的「制度認同」？在寫下結論之前，本章必須細細檢驗前述三個面向的具體挑戰，為「共識審議程序」估量其理論與實務的綜合成效。

第一節 覆議、違憲審查、公民投票與合憲性：共識審議程序的體制

內挑戰

立法院通過的議案在現制下有三種可能的挑戰程序—因為「共識審議程序」也終究是一種立法院議決的機制，故現狀下所有能挑戰立法院議決的制度，也可能挑戰共識審議之結果。首先是法律案、預算案、條約案，依憲法增修條文第3條2項2款⁷³⁴由行政院長提出、經總統核可後移請立法院重新議決之「覆議」；再者是依憲法本文第173條、⁷³⁵以及司法院大法官審理案件法第4條2款，⁷³⁶司法院大法官得對法律進行違憲審查、以及普遍的機關權限爭議(例如釋字第601號解釋涉及立法院刪除大法官俸給預算之行爲)，⁷³⁷若宣告該法違憲則立法院即

⁷³⁴ 中華民國憲法增修條文第3條2項2款：「二、行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，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。如為休會期間，立法院應於七日內自行集會，並於開議十五日內作成決議。覆議案逾期未議決者，原決議失效。覆議時，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。」

⁷³⁵ 中華民國憲法第173條：「憲法之解釋，由司法院為之。」

⁷³⁶ 司法院大法官審理案件法第4條2款：「二 關於法律或命令，有無抵觸憲法之事項。」

⁷³⁷ 司法院大法官審理案件法第5條：

有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：

一、中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令發生有抵觸憲法之疑義者。

二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。

三、依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有抵觸憲法之疑義者。

最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有抵觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。

須受拘束；⁷³⁸其三是公民投票法第 2 條 2 項 1~3 款，⁷³⁹可對法案與重大政策發動創制、複決，推翻立法院議決之結果。⁷⁴⁰

本文以下將針對這三種機制發動對抗共識審議決時，機制發動者應考量之事項、以及立法院面對其他機關之制衡時應採取的應對之道。另一方面，共識審議程序本身的合憲性也必須予以檢驗－雖然程序合憲性是運作共識審議的前提，但本文為求行文之便，將置於本節最後一項再予一併審查。

第一項 覆議

當議案經共識審議程序通過後，若該議案為「法律案、預算案、條約案」而行政院認為窒礙難行時，依憲法規定，得經總統同意而交回立法院覆議，立法院於全體委員二分之一以上決議維持原案則行政院院長應即接受原議案。由於第四次修憲後將憲法本文中立法院維持原案之門檻由「出席人數三分之二」改為「全體人數二分之一」，固然文義上兩個門檻之間孰高孰低並不一定，⁷⁴¹但考量政治實踐上重大爭議案件勢必在立法院就形成全面動員之攻防戰、故多以「降低」評價此次變動。⁷⁴²實證研究(2000-2006 年)發現在「分裂政府」局勢下，正式覆議案提出三次、只有第一次擋下立法院議案，使得後續即便有重大爭議也對是否提覆議十分謹慎，甚至有行政院長(謝長廷)針對 2006 年總預算案擬提覆議而陳水扁總統不願核可、致使行政院長請辭之例。⁷⁴³

從前述介紹可知，學理分析與實務運作的結果皆顯示，我國的覆議機制幾乎未發揮預防草率立法、制衡立法院、或解決行政立法僵局等重要功能，⁷⁴⁴故自第四次修憲以來，覆議機制實質上轉化為類似其他憲法機關提請國會「復議」之功能、而無法「保護」行政權了。⁷⁴⁵從分裂議題的處理觀點而言，考量我國政治現實情狀，由於總統必然獲得大型黨團的支持、而大黨團又有足夠的實力否決經由共識審議程序議決之議案，故應不至於有總統對於此類議案提出覆議之情形。惟理論上亦非不能想像總統與所屬黨團決裂、或利用覆議機制玩兩手策略之政治操作可能，則基於制度之完整性，並考量總統本身處理分裂議題之量能遜於國會、而現制的覆議機制與立法院內的「復議」功能上相差無幾，故應比照共識審議程序中排除「復議」之標準，於總統一行政權提出覆議時，所屬黨團有參與共

聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。

⁷³⁸ 釋字第 185 號解釋解釋文(節錄)：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，……」。

⁷³⁹ 公民投票法第 2 條 2 項 1~3 款：「全國性公民投票適用事項如下：一、法律之複決。二、立法原則之創制。三、重大政策之創制或複決。」

⁷⁴⁰ 惟同條 4 項明文規定，預算、租稅、投資、薪俸及人事事項均不得做為公民投票之提案。

⁷⁴¹ 蔡宗珍，「第五屆國會與行政權及司法權之互動－若干憲政爭議之觀察」座談會會後補充資料，《月旦法學雜誌》第 125 期，頁 190-191，(2005)。

⁷⁴² 例如 蘇永欽，註 355 文，頁 198-199 (2002)；羅傳賢，註 404 書，頁 319-320。

⁷⁴³ 楊俊樂，《憲政體制與覆議之關聯性》，國立中正大學法律研究所碩士論文，頁 115-126 (2006)。

⁷⁴⁴ 同前註書，頁 129-134。

⁷⁴⁵ 羅傳賢，註 404 書，頁 319-320。

識審議委員會審查程序之委員均必須投贊成票維持原案。

第二項 違憲審查

司法院大法官解釋憲法、行使違憲審查之職權，所針對者往往是國會立法與國會行爲－Alexander Bickel 所謂的司法「反多數決困境 (counter-majoritarian)」，所「反」之多數，在我國採「抽象違憲審查」的制度設計下，基本上就是「國會多數」。⁷⁴⁶ 即便是「修憲」之高度政治行爲大法官都於釋字第 499 號解釋中劃下了「修憲界線」，⁷⁴⁷ 則立法院經由嚴謹且高門檻的共識審議程序所通過之議案，在憲法賦予司法者違憲審查權之制度設計下自無可能、亦無理由得免受違憲審查－問題毋寧在於，大法官該如何審查。

一、以功能法為準

不論違憲審查之標的或涉及之事務領域爲何，「審查」本身就是一種權力之行使而須受權力分立原則之限制：⁷⁴⁸ 包括近年國內憲法學界針對基本權議題發展得如火如荼的「基準/標準/密度」理論，也是權力分立⁷⁴⁹、即「組織－制度分工」⁷⁵⁰的問題。釋字第 571 號解釋之林子儀協同意見書曾提出決定審查標準的一般性考量因素，其中包括「特定議題之社會共識」、「專業能力」、「民主制度之反省」等各種因素，看似分散，但若以「功能法」的觀念統合，或可得出一個較爲全面的思考架構：優先依循憲法之明確規範、若有解釋空間則考量各憲法機關間的組織、程序、資源與專業等因素決定權限分配，以確保國家之決策正確性。⁷⁵¹

若「功能法」是一個正確的觀點，則拉回分裂議題處理的問題上，例如憲法已明定總統彈劾案之門檻，與共識審議程序並不同則須依憲法門檻；若憲法未明文規範的一般分裂議題處理，則本文已於第三章第一、二節詳述，依據學理與實際情狀以及憲法規範基礎的綜合分析，我國由立法院依循「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」所建制的共識審議程序，應係最能正確有效處理分裂議題之決策機關，不但是符合憲法規範意旨(民主原則與正當程序)且屬「功能最適」，應受司法違憲審查的高度尊重。

⁷⁴⁶ 法治斌特別提及我國法下法律之公佈尚須「總統公佈」而增加民主正當性，不過也正因爲僅是背書功能，主要的對立者應該仍然是大法官與立法院－由該段落標題爲「違憲司法審查與議會民主間之糾葛」，應係基於同樣觀點而名之。法治斌，〈與大法官共治，難嗎？〉，收錄於《法治國家與表意自由：憲法專論(三)》，頁 167-169 (2003)。

⁷⁴⁷ 釋字第 499 號解釋文、理由書。

⁷⁴⁸ 陳愛娥以「司法權特質為釋憲機關劃定的權力界限」做爲具體化釋憲借限之標準，而後續的討論即同時包括了權力分立與基本權保護兩大領域之問題。陳愛娥，註 484 文，頁 183-193。

⁷⁴⁹ 黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》33 卷 3 期，頁 46 (2004)。黃昭元文中羅列的考量因素包括權力分立、法院功能、民主政治、解釋方法以及憲法理論；不過若從所謂「功能法」的角度統合，或可較爲全盤地理解

⁷⁵⁰ 廖元豪，〈高深莫測，抑或亂中有序？－論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》第 2 期，頁 218 (2008)。

⁷⁵¹ 許宗力，註 484 文，頁 7-19。文中更特別指出，這樣的考量與人權保障不但是並行不悖、甚是相輔相成：因爲人權保障是公權力運作的目的之一、而功能法是指導如何分配權限才能最正確地達成目的。

惟必須特別強調，高度尊重並不代表全盤棄守—特別是在基本權問題上，由於基本權保護屬於憲法明文之規定、甚至是釋字第 499 號解釋所承認的「修憲界線」，故於多數決機制本身特別容易濫權恣意之情形(例如兩大黨聯手阻礙人民或其他政黨參政)，違憲審查自不應以其屬「高度共識」、「充分民主正當性」故選擇放水，而應基於其無涉政治權力輪替之第三者地位屬於此類事務公正決策之機關勇於介入審查。⁷⁵²

二、宜從程序面進行審查

另一方面，高度尊重所指者係指將分裂議題的實質決策權力分配與立法院，然而立法院是否有濫用、誤用共識審議程序卻是司法者應予控管者—換言之，既然立法院取得「功能最適」的地位是由於其經過「共識審議程序」之決策係最能實踐「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」三項原則的憲法機關，若其實際表現並未實質運作共識審議程序，則固然其仍享有處理分裂議題「功能最適」之地位，司法審查時不應實質替代立法院判斷該議案、但應從檢視是否忠實地透過共識審議程序，作成有充足正當性的決議。⁷⁵³

三、注重違憲審查在分裂社會中的對話功能

然而對我國的釋憲者而言，不但應考量分裂社會的具體脈絡為權力之分配，其審查之過程與解釋結果既亦屬權力之行使，也應該注意整個審查程序與解釋之作成，於分裂社會所造成的影響而認清其應扮演的角色。例如朱德明所主張，司法權於爭議治理功能包括「暫時性紛爭解決」及「促進對話」兩點，違憲審查時亦應以此為準而促成重大爭議案件的和平解決，藉此實踐「彌合憲政主義 (Reconciliatory Constitutionalism)」，避免分裂社會造成政治的不穩定、提供民主體制在分裂社會中存續的機制；⁷⁵⁴ 或如梁志鳴指出法院未必是一個審議的「參與者」，也可能在旁觀或維護溝通機能的時候，促成了整體社會的審議。⁷⁵⁵

第三項 公民投票

我國現狀下第三個對共識審議程序議決結果的制度挑戰，就是公民投票。固然時至今日我國曾舉行過六次公民投票而無一次「通過」、甚至未曾邁過投票率之門檻，不過一旦通過則是「直接民主取代間接民主」、似乎有極高度的正當性，則如此一來共識審議之結果應如何自處？是制度後果討論時不得不面對的可能

⁷⁵² 申言之，不能一概高舉所謂「政治問題」、「議會自治」、或「明顯重大瑕疵」等標準，因為這些標準本身背後的道理依然不脫功能法的思考、毋寧功能法才是直指核心理念的理論—故，或許也可以說，這些標準是多數狀況下符合功能法要求的歸納結果。

⁷⁵³ 大法官勢必介入實質審查的是關於議案是否適用共識審議程序的判斷，這恐怕也是該制度在實踐上最讓釋憲者傷腦筋的部份。不過在司法以「第三方」地位參與而建立更具體的標準後，應該能減少相關爭議。

⁷⁵⁴ 朱德明，註 16 書，頁 130-137, 141-150。

⁷⁵⁵ 梁志鳴，註 392 書，頁 76-101, 183-188。這五種溝通模式顯然較「審議」的範圍更廣，因為包括法院消極不語也被視為一種溝通的模式，但顯然不存在一種對實質內容的審議。

問題。

然而在進一步討論之前，必須將公民投票之法源加以區分：依據憲法所提出之公民投票，包括正副總統罷免案、領土變更案與修憲案，則其程序與效力之依據均為憲法所明文規定，共識審議程序當然不能逾越。

其他部份的「公民投票」依公民投票法而定，不但公民投票之結果僅是「法律」位階、甚至依公民投票法第 2 條 3 項更有限制諸多依其性質不得提案公民投票之事項，加上公民投票在處理分裂議題時理論與實務上的不足之處本文已有交代，⁷⁵⁶似乎不應使公民投票能否決共識審議程序的決策；但事實上，當代對代議政治的不信任、以及公民投票對市民社會活化對話、將公共議題帶入草根的功能，對於分裂議題共識的凝結而言，若能「從下而上」地從「社會」的層級緩解當前嚴重的分裂，自然是對於分裂社會的根本解決之道。更何況，以 2008 年公民投票的實況來看，有投票權人為 1731 萬人：⁷⁵⁷亦即需要 866 萬有效票、433 萬贊成票才能通過公民投票門檻—以馬英九總統獲得 756 萬票已經是「超級高票」而言，顯然政治現實上不論藍、綠均可以透過消極不動員使公投提案遭到否決，而必須由兩大勢力共同催票、或市民社會在單一議題上確實形成共識而產生強大動能反對共識審議之決策，才可能使公民投票成案並且推翻立法院之議決結果—這足以代表全民對於單一議案已凝聚十分高度之共識。

必須說明的是，本文終究認為一般來說，共識審議程序比之公民投票，在分裂議題之處理上有過而無不及。主要還是考量臺灣目前公民投票的經驗上，審議程序與深度的欠缺、公民投票無法即時且有效地解決為數不少的議案、以及絕大多數選民基本上支持其偏好政黨對各議題的立場，使得公民投票機制現實上「無法」(而非「不應」)發揮超越國會共識審議程序的功能；相對而言，透過提案權的保障、嚴謹且強制的審議程序以及高通過門檻，都使得分裂議題較為容易「開始」對話、形成共識、作成決定。但一旦市民社會在個案中出現充沛的力量足以一舉跨越投票門檻，則在該議案上代議機制顯然失靈，由直接民主的公投機制替代國會做出之決策，其正當性應屬充足，自應優先於國會共識審議後的決策。

另外，頗有「緊急命令」色彩的「防禦性公投」，⁷⁵⁸則考量其制度功能，應可例外針對已經共識審議程序通過之議案、透過公民投票再為表決，發揮防禦性公投制度之本旨：雖然 2004 年陳水扁總統發動「防禦性公投」頗有濫用該機制之爭議，⁷⁵⁹不過在制度設計上為因應我國特殊而危險的處境，仍應保留此一例外，而在往後制度設計上加入不影響防禦性公投代表性與時效性的制衡機制。⁷⁶⁰

⁷⁵⁶ 第三章、第一節、第一項、一、(三)

⁷⁵⁷ 資料來源：中央選舉委員會，同註 243。

⁷⁵⁸ 公民投票法第 17 條 1 項：「當國家遭受外力威脅，致國家主權有改變之虞，總統得經行政院會之決議，就攸關國家安全事項，交付公民投票。」

⁷⁵⁹ 例見 張麟徵，〈防衛性公投考驗美台關係〉，《海峽評論》157 期 (2004)。資料來源：<http://www.haixiainfo.com.tw/SRM/157-341.html> (最後瀏覽日：2010 年 2 月 2 日)

⁷⁶⁰ 依公民投票法第 17 條 1 項之要件，若確實有受外力威脅而致主權有變動之虞時，恐怕都是總統必須發布緊急命令甚至戒嚴之情狀，可考慮讓防禦性公投與之掛勾，促使總統認真考慮發動防禦性公投之時機與必要性。

第四項 共識審議程序的合憲性

在完整提出共識審議程序與現存其他機制的互動關係後，則應該針對全部制度進行合憲性的檢驗，確認具體制度是否確實符合憲法秩序。然而本文不斷地將共識審議程序與憲法規範及學說連結說明，應足以支持共識審議程序一般性的合憲性—尤其是繁複的審查程序、亦即審議民主理念的具體化，基本上受到我國釋憲實務的肯認而不致有違憲之虞。故本文以下將挑出基於「權力分享」(即我國釋憲實務與憲法學理上較「陌生」的協合民主)所具體化的制度設計，⁷⁶¹分別進行合憲性檢驗。

一、對個別立法委員職權之限制合憲性

第一個令人有違憲疑慮的權力分享機制，就是為了貫徹共識審議委員會決策，對全體立法委員於二讀會、三讀會之院會，以及一旦總統一行政權提出覆議時所設立之表決權以及諸多質詢、發言權行使限制，是否不當剝奪立法委員身為民意代表，透過發言、質詢、表決進而影響政策之權力？除了「貫徹共識審議結論」的工具價值外，⁷⁶²本文再提出兩點限制的合憲基礎。

首先，這些限制本身也被限制在「共識審議程序」，且立法院的「委員會」是我國憲法本文 67 條 1 項明文承認的制度。憲法固未進一步規範委員會的功能與權力，但從程序委員會主宰議案是否進入國會、到美國政治實務上各種常設委員會對於議案的實質影響力，都說明了「委員會制度」是國會內部相當重要的機制—即便「委員會」終究不是全體議員共同參與的組織。

進一步延伸到我國的現制中，「黨團協商」是並無憲法基礎卻又能限制立法委員發言與表決的設計—其僅容許宣讀當場的異議權，⁷⁶³其宗旨就是在於落實協商的成果。若認為這樣的制度設計無違憲問題，則在共識審議程序中，委員會成員各自行使其發言與表決權力，其於院會表決時所受拘束即非不合理。

至於非委員會立法委員之職權限制，則是由黨團內部的民主機制彌補。由於共識審議委員會委員之審議，照本文之建議必須透過黨團內部的民主程序選出，則選任委員會委員的程序，即是未進入委員會委員影響委員會決策之機會—只是時點提早為事前影響、而非對議案的事後表決。甚至從選任過程的角度觀察，設若 A 黨團共 55 席立法委員，則可以說單一立委的影響力從全院的 1/113「倍增」為黨團的 1/55。再加上我國「剛性政黨」的現實，多的是各種對於立法委員權力限制的事實上措施，⁷⁶⁴更別說常態出現以祭出黨紀「脅迫」黨籍立委、讓表決

⁷⁶¹ 其中關於「高門檻」的部份，除了憲法已訂有明文門檻、共識審議程序優先遵守而無違憲問題外，一般議案所採取的表決門檻為何，其爭議基本上已於第二章、第二節、第三項、二、(二)檢驗 Kelsen 多元民主理念時有所討論，而認為其多數決(以總數二分之一以上為門檻)無法有效回應我國的分裂社會脈絡、並非我國所適宜的民主理念，而 Kelsen 之多元民主論在分裂社會中似無優越之處。

⁷⁶² 但不可諱言，這個「工具價值」終究是限制正當化的最重要基礎。

⁷⁶³ 立法院職權行使法第 72、73 條。

⁷⁶⁴ 例如 2005 年大法官同意權行使時藍軍只允許「鐵票」進場投票、還加上「技術性亮票」控制黨員投票。李鴻典，「專業放兩旁 大法官審查只見藍綠」，《新台灣新聞週刊》602 期 (2007 年

結果合乎黨意，對於當前國會運作來說未必合宜卻也未必違憲。總之，本文的重點在於凸顯規範與現實上，個別立法委員的權力未必如單純制度上所賦予的完整且不受限；共識審議程序限縮在分裂議題適用，並讓個別立委的權力提前發揮、黨內發揮，輕重相比，應尚非屬違憲之限制。

二、高如修憲人數的門檻合憲性

立法院議決門檻一般而言均非憲法所明文設定，所謂的多數決基本上是一個「不可能有更多數」的天然預設，更高的門檻則有賴於一組過半數的勢力願意將既有的支配力量釋出並予以制度化處理。故將表決門檻提高看似是「過半數勢力的事」，只要願意釋出、⁷⁶⁵不應有違憲的問題；但將門檻提高到如同修憲一樣困難或更困難、甚至規定修改該法律也需要同樣的門檻，則即便立法時也獲得全體超過四分之三委員之同意，合憲性問題依然存在：若允許如此高的門檻，是否如同允許現在占多數立法者將其所偏好的現狀「鎖入」規範系統，因此取得長期的規範效力？對於規範秩序的變動而言是否容許一個比修憲還難的高門檻？

本文認為一方面高門檻的維持在於分裂議題需要凝聚共識、也有高度的憲法重要性，而另一方面，「高門檻」在實際運作上並不至於造成「比修憲更困難」的輕重失衡。畢竟修憲程序中，國會的高門檻只是「提案」、真正的挑戰是如何催出 866 萬人以上願意出來投下有效票、並且有過半的有效票；而共識審議程序的高門檻是「決策」的門檻、通過之後直接發生規範效力。更何況，若非修憲案的公民投票，則提案人事前是否有經過充分辯論並不可知、而提案後的辯論已經無法再細部透過溝通調整提案內容、以囊括最大多數人的支持，最後受到否決(不論是根本未跨過 866 萬票門檻或過門檻仍遭否決)的機率，勢必高過共識審議程序中大黨間一邊審議、一邊尚能提出對案或調整議案內容的妥協機制。

三、小結

本項對於具體制度合憲性的檢驗，主要是分析抽象原則具體化時所做的設計，是否有與其他既存憲法價值衝突、甚至是過度的侵害。而在檢驗之前，仍然必須強調在功能法的概念下，國會的共識審議程序既是處理分裂議題的最適機制，若並未直接違反憲法的明確規範，即應獲得合憲的評價。更何況本文在第三章不斷強調「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三項原則確實符合民主與憲法的價值，以及本項具體檢驗下也顯示兩項最有違憲疑慮的制度設計與現狀下行之有年的既存運作方式相比、或考量現實情狀的情境，應都指向並未嚴重侵害憲法價值、甚至可能是更好的安排，故整體制度而言應不至於有違憲之問題。

10月4日)。<http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=72753> (最後瀏覽日：2010年2月3日)

⁷⁶⁵ 至於為何政治人物有意願釋出權力，向來是強調「權力分享」的協合民主所面臨的關鍵挑戰之一，本文將在臺灣的脈絡下進一步分析潛在的動機何在，請見第三節第四項。

第二節 超越分裂社會：建構我國制度認同的意義與契機

從本文最開始挑戰民主理論的多數決機制，在檢驗民主理論前提假設後發現「多數決困境」確實存在於分裂社會中，而臺灣也符合分裂社會的標準，而且分裂的原因正是以國家認同為主軸的認同不一致。這樣的問題不只出現在臺灣、需要建構、深化認同的國家也不只中華民國。以下將說明三種認同模型在理論、實務的層次下有什麼功能與弊害，並藉由臺灣過往經驗，找出最適合臺灣建構、深化認同的途徑。

第一項 制度認同的內容與功能

一、制度認同與族群/文化認同之比較

江宜樺在討論「國家認同」問題上，將認同的基礎區分為三類：基於族群血緣關係的「族群認同」，基於歷史文化傳統的「文化認同」，以及基於政治社會經濟體制的「制度認同」。其認為對欠缺文化傳統的新興國家而言，制度認同扮演著重要的角色，例如美國、加拿大與新加坡，都是建國歷史(相對)短，且國民文化、族群背景歧異大的國家，但憑藉良善的政經制度與社會生活，吸引新移民移入並創造了人民的愛國心理。「制度認同」在三類國家認同的形成基礎中，是屬於「著眼未來」的，而族群與文化的認同則是植基於過去歷史的確認與歸屬。⁷⁶⁶

進一步說，族群與文化認同是對時空偶然的群—我關聯懷著強烈情感(甚至強如信仰)而以此決定其是否、或對哪個國家產生認同，因此也是(被創造後)極難改變的；⁷⁶⁷然而制度認同的「被創造性」更強，但不以族群或文化的偶然關聯做為是否對國家產生認同的「決定性因素」、而係以邏輯與經驗的理性為基礎，判斷國家所運作的制度是否符合其所欲的良善生活、依此產生歸屬感。但不論如何，秉持族群、文化或制度認同而形塑國家認同不可能是完全相互排斥的關係，而必須是三者的總和才是國家認同的最終表現。⁷⁶⁸

二、不刻意建構族群/文化認同的瑞士啟示

一個國家中，各個個人或許有著相同的國家認同，卻可能基於不同基礎：以臺澎金馬這個區域(姑且用地理概念描述)為例，部份人認同「中華民國」可能是基於以中華民族或中華文化為核心的情感，也可能是基於「中華民國」異於「中華人民共和國」的自由、民主、繁榮制度為依歸；其他人認同「臺灣國」可能是基於臺灣歷史發展中有著與中華文化或中華民族截然二分的文化地位以及民族特質，也可能是認為「臺灣國」才能根本與「中國」切割、避免臺澎金馬全體同胞受非自由民主的中國制度所統治。

⁷⁶⁶ 江宜樺，註 43 書，頁 15-17。

⁷⁶⁷ 更精確地說，其困難之處未必在於結果的無法變更(本文亦贊同「建構論」的觀點)，而在於變動過程不同族群或文化彼此間的強烈抗拒與衝突。詳見後述。

⁷⁶⁸ 劉文斌，註 42 書，頁 360。

既然「制度認同」並非唯一凝聚國家認同的方式，為何必須特別強調「制度認同」？本文認為從「制度認同」建構的優越性在於**建構過程**較另外兩種途徑更為平和，申言之，強化普遍身為「(理性)人」的共同利益(即便排序可能不同)，而非剝奪、抹滅或污名化的做法，進而保留強烈與情感連結的族群與文化認同。以國家語言政策為例，一個國家中有德、法、義、羅曼四個族群的瑞士，從 1848 年制憲建國到 1938 年間，基於對文化與族群多元性的尊重，逐步承認該四族群的語言都是官方語言；其中人口比例不到 8% 的義大利裔，聯邦補助義大利語廣播機構的預算卻高達 25%。⁷⁶⁹ 當以德語裔—新教徒為多數的伯恩邦(Bärn)長年來歧視邦內少數、居住於侏羅(Jura)區的法語裔—天主教徒，經過 1962 年開始的暴力與激烈抗爭後，瑞士的選擇不是鎮壓，而是五年內逐次舉辦侏羅、伯恩、全國三次公投，使侏羅區於 1979 年獨立建邦。⁷⁷⁰ 瑞士憲法維持建國前各邦原則自治的高度垂直分權，從 2001 年瑞士聯邦預算僅占全國公部門的三分之一即可見一斑，甚至各邦間會有「邦際合作(Self-Coordination between the Cantons)」、而不經過聯邦政府(國)，以維持各邦間的多元與自治。⁷⁷¹ 瑞士從建國開始很清楚地知道各邦間是爲了軍事防禦的集體安全結合，並不妄圖建立一個一元認同的「瑞士國」，而是有意識地保留各邦本有的族群與文化認同，使瑞士多年來成爲全球族群政治的民主典範。

三、建構族群/文化認同的不可承受之重：走向制度認同的比利時

比利時在族群政治的處理上都是面對挫敗之後，轉向制度認同的途徑尋求解決之道。這個經驗往往被提出做爲討論族群政治的素材，⁷⁷²從其國家策略的選擇與轉變可窺知從一開始建構族群/文化認同時所引爆的對立與衝突，以及隨著時間經過調整政策、轉向制度面的精進、保留較爲弱勢族群之文化認同與權力，反而緩和了本來緊張的分裂局面。

以比利時南部爲主要範圍的法語裔瓦隆尼(Wallon)、以及位於北部、占全國人口 57% 的法蘭德語裔(Vlaanderen，荷語一支)，因爲歷史發展的偶然所形成的比利時，早年隨著歐陸政經局勢更迭而致兩大族裔以獨尊一方的語言政策爲代表的相互傾軋，⁷⁷³使得 1830 年比利時建國後到 1950 的百餘年間政治動盪不安，內閣輪替 38 次(幾乎肇因於語言—族群問題)、僅 7 任內閣執政超過 3 年。⁷⁷⁴

⁷⁶⁹ 張維邦，《瑞士史：民主與族群政治的典範》，頁 165, 201 (2006)。

⁷⁷⁰ 同前註書，頁 165-171 (2006)。

⁷⁷¹ Wolf Linder & Adrian Vatter, *Institutions and Outcomes of Swiss Federalism: The Role of the Cantons in Swiss Politics*, April 2001 W. EUR. POL. 95, at 97, 104 (2001)。

⁷⁷² 尤其對於歐洲整合進程的意義、以及有著相似情境的臺灣。

⁷⁷³ 該區域建國爲「比利時」前獨尊法蘭德語、建國後修憲前獨尊法語。蔡芬芳，註 109 書，頁 112-127。

⁷⁷⁴ 劉宗華，《族群衝突與政治整合—比利時與臺灣之比較研究》，國立政治大學政治學系博士論文，頁 51-58 (2005)；蔡芬芳，註 109 書，頁 46。

比利時自 1970 年代經過四階段修憲、承認各地區的文化語言自治權限，並透過「大聯合政府」而使兩大族裔實質享「相互否決權(mutual veto-right)」⁷⁷⁵等各種程序避免聯邦干預兩大族裔各自的文化、語言、宗教、教育等政策。這種種改變都是從制度面著手，建構一個兩大族裔都能接受、認同的決策機制，進而凝聚對國家的向心力，⁷⁷⁶並且在民意調查上取得了顯著的成效—尤其是過去處於弱勢的法蘭德人，其對「比利時」國家認同從 1979 年的 34.5% 提升到 2003 年的 53.8%，而瓦隆人同樣期間也從 54.3% 提升到 67.9%。⁷⁷⁷即便 2007 年的比利時仍因為族群衝突而長達半年無法順利組成聯邦政府，但也靠著信任投票過關的機制設計下成功化解僵局、多數民眾依然支持一個統一的比利時。⁷⁷⁸

從比利時的經驗中可以看出，族群/文化認同不但未必能輕易建構、更容易在建構的過程中更撕裂彼此間本就脆弱的認同與信賴(否則根本沒有「建構」的問題)：Lijphart、Horowitz 乃至於本文採取「順應論」而非「統合論」的立場，⁷⁷⁹而如比利時在實踐經驗上也呼應順應論的觀點時，「統合不成」似乎是連民主先進國家也必然面對的結局，則更何況甫經民主轉型的其他分裂社會，在互信基礎薄弱、更尚未被民主機制「規馴」時，要強力「統合」則往往被視為「同化」(且事實上也往往是)，從制度認同與順應論著手恐怕是「雖非完美、但屬最佳」的選擇。

第二項 「認同建構」的臺灣經驗

「制度認同」在抽象理論上取得的優越性，在呈現高度「團塊分裂」的臺灣社會，是否也能透過建構「制度認同」的途徑尋求共同的歸屬？而臺灣是否亦難以進行族群/文化認同的建構？這兩個問題從臺灣過往族群/文化與制度認同的建構過程中所累積的經驗，找出臺灣形塑認同的最適途徑。

劉文斌的博士論文將臺灣從威權統治時期開始劃分為「一個中國時期」、「本土化時期」與「政黨輪替後」⁷⁸⁰三個時期；⁷⁸¹本文認為 2008 年二度政黨輪替至今時日尚短，但由於整體國家政策—尤其在分裂議題相關議題上與 2000~2008 年的民進黨政府大相逕庭，可將前後十年一併納入觀察常態民主制度運作的概況，故本文將其調整為「威權統治時期」⁷⁸²、「本土化時期」、「政黨輪替時期」

⁷⁷⁵ Wilfried Sweden, *Asymmetric Federalism and Coalition-Making in Belgium*, 32(3) PUBLIUS 67, at 76-79 (2002).

⁷⁷⁶ 比利時的憲改方向也是朝協合式民主修正。柯宜家，註 721 書，頁 153-157。

⁷⁷⁷ 同前註書，頁 152-153 (2008)。同文於 161-163 頁也指出，比利時在歐盟整合下雖然還是以「兩大地區」各自的利益為關注焦點、但彼此共同珍惜和平與民主的價值而不再強勢欺壓「國內的他者」，在比利時瀾漫衝突的歷史脈絡中開創了一個新局。

⁷⁷⁸ 「信任投票過關 比利時結束半年分裂」(2007 年 12 月 24 日)，自由電子報。資料來源：<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/dec/25/today-intl.htm> (最後瀏覽日：2010 年 2 月 6 日)

⁷⁷⁹ Choudhry, *supra* note 18, at 26-28. 此一相同立場 Horowitz 本人的文章中做過明白的表述，Horowitz, *supra* note 158, at 1219.

⁷⁸⁰ 該篇博士論文所指政黨輪替係 2000 年民進黨首次執政、「後」則止於研究結束的 2004 年。

⁷⁸¹ 劉文斌，註 42 書，頁 42-43。

⁷⁸² 該論文以「兩岸關係」為探討主軸而稱為「一個中國時期」，本文此處改以較通俗的名稱稱之。

三者。

一、威權統治時期

「威權統治時期」係指兩蔣統治期間。期間「文化認同」的建構係發揚中華文化，以對抗中共「文化大革命」與日本殖民臺灣時期的「皇民化」影響，同時也打壓有反抗統治者意含的「鄉土文學」；另一方面，兩蔣威權統治期間以強制力廢除日本與臺灣本土的語言、思想、民族觀、文化觀，尤其是在學校教育方面更主打形塑「堂堂正正的中國人」，做為建構「族群認同」的指導方針。⁷⁸³然而在這兩種認同的建構過程中，「白色恐怖」就成為厲行建構任務的慘痛結果，且顯然並未「成功」而完全抹殺不同於「中國」的族群/文化認同，更使得族群認同成為今日臺灣面臨的巨大挑戰。⁷⁸⁴

至於制度認同，兩蔣以「中華民國」與孫文的法統繼承為旗號，⁷⁸⁵以三民主義與五權憲法作為制度認同之標的，在壟斷核心政治權力的同時也「依循國父遺教」，以地方自治的推動納入「非外省籍」的政治菁英、與之合作，鞏固對「中華民國」的制度認同。⁷⁸⁶這個制度認同的有效建立，使得臺灣基本上對於「中華民國」的認同應該是被有效確立的最大公約數，統/獨的核心爭議是在於是否切斷「與中國大陸」的連結。即便是立場一般被視為「獨派」的兩國論觀點，也有論者認同「中華民國」的招牌。⁷⁸⁷

二、本土化時期

「本土化時期」係指李登輝總統主政的 12 年期間。此一時期在族群認同上最明顯的動作就是(有別於中華民族的)「新臺灣人」論述、在文化認同上則是「認識臺灣」系列教科書內容的改革。由於這些更迭與兩蔣長期威權統治時代所宣揚的立場、認知不但大不相同，更是對外省族群與文化認同的直接衝擊、⁷⁸⁸以及客家人所擔憂「以福佬代表臺灣」(例如「臺語」等於「閩南語」)的「福佬沙文主義」。這段期間的族群/文化認同建構確實收到了成效：自認為是「中國人」的比例於 1989 年約 50%、到 2000 年下降到 14%，「臺灣人」的認同則從 15% 提升到 45%、更壓過「是中國人也是臺灣人」的 39%。然而這樣的發展過程卻是充滿衝突的：對於非外省族群而言有著白色恐怖的悲情與仇恨、而非福佬族群則有福佬沙文主義的恐懼，⁷⁸⁹展現在「族群投票」的現象、以及爭奪「弱勢族群」的論述中。即便在李登輝 1996 年當選總統、逆轉威權統治期間政治權力集中在外省族群的不公平處遇，但臺灣的族群/文化衝突未見好轉之餘還越演越烈、無法順

⁷⁸³ 劉文斌，註 42 書，頁 65, 75-76。

⁷⁸⁴ 同前註書，頁 54-76 (2004)；吳乃德，註 326 文，頁 76-81。

⁷⁸⁵ 葉俊榮，註 292 文，頁 8-9 (2003)。

⁷⁸⁶ 劉文斌，註 42 書，頁 76-84。

⁷⁸⁷ 例見許宗力，註 293 文，頁 257-258。

⁷⁸⁸ 所謂「外省族群危機」。

⁷⁸⁹ 劉文斌，註 42 書，頁 154-187。

利蛻變為新的、一致的族群/文化認同。⁷⁹⁰

另一方面，這段期間「制度認同」的建構卻是十分卓越的。以「修憲」推動政治民主化與解嚴後的全面自由化，讓臺灣人普遍認可以民主做為國家正當性最重要的基礎。申言之，即便修憲一定程度上也衝擊了威權統治時期所形塑的制度認同(例如五權憲法與權能區分理論)，但對普遍人民而言，「代表性強化」的民主政治根本需求顯然更勝於對「法統」的堅持。在中共文攻武嚇下，1996年我國首次總統全民直選依然順利選出中共顯然不樂意接受的新任總統，更展現出人民普遍對民主制度的強力認同與堅持。⁷⁹¹

三、政黨輪替時期

2000年首次政黨輪替後，民進黨籍的陳水扁總統在8年任期內延續本土化時期建構族群/文化的路線，並被更進一步稱為「去中國化」，從拼音系統(漢語拼音或通用拼音)、⁷⁹²國營企業更名(例如中華郵政或臺灣郵政)，乃至於「去蔣化」、凸顯蔣介石—國民黨的「外來」以及欺壓臺灣人的形象，被指控為「操弄族群政治」；⁷⁹³但是在2008年二次政黨輪替、國民黨籍的馬英九總統重新取得政權後，又再次「消除」民進黨主政時期試圖進行的族群/文化建構，臺灣郵政「改回」中華郵政、掛回「中正紀念堂」的招牌……等作為，使得民進黨籍政治人物也表達強烈不滿。⁷⁹⁴過去十年來，主流政治人物把族群/文化認同的建構(包括建構自己與污名化對方)作為攫取政治力量的手段，⁷⁹⁵卻並未真的有效形塑普遍被接受的、新的認同。

在制度認同的建構上，以第六、七兩次修憲以國會改革(廢國大、單一選區、國會減半)及公民投票法通過為主。其內容雖然包括公投修憲、單一選區、國會減半以及公民投票法制化的重要改變，但其力道已經不如「本土化時期」的民主體制甫建立時那樣蔚為浪潮，創造「新局」的契機也就在族群/文化認同的建構與反建構運動糾纏中消散。⁷⁹⁶2008年二次政黨輪替是「民主鞏固」的重要指標，⁷⁹⁷但人民對馬英九總統全盤改革期待，包括廉能政府、經濟發展、環保、兩岸、司法、人權、媒體，當選後只零星地、個案地偶爾出現，新政府並沒有充分掌握人心望治的契機，透過「制度化」讓過去無法有效、適切決策的問題，常態地經由程序理性找尋社會的共識以及理性的最佳方案；反而是各式各樣的觀察指出馬

⁷⁹⁰ 這樣的情勢早在民主化初期就已經展現。王甫昌，註317文，頁132-134。

⁷⁹¹ 葉俊榮，〈超越轉型〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁30-38(2003)。

⁷⁹² 劉文斌，註42書，頁223-240。

⁷⁹³ 最客氣地說，陳水扁總統並未認真對待這些政策對其他族群的「相對剝奪感」。施正鋒，〈台灣民主化過程中的族群政治〉，《臺灣民主季刊》第4卷4期，頁18-20(2007)。

⁷⁹⁴ 例見「中正紀念堂7月重新掛牌 王幸男：將舉辦超渡法會抗議」(2009年6月19日)，今日新聞。資料來源：<http://www.nownews.com/2009/06/19/301-2466850.htm> (最後瀏覽日：2010年2月7日)

⁷⁹⁵ 吳乃德，註326文，頁108-111。

⁷⁹⁶ 葉俊榮，註245文，頁445-448。當然更關鍵的原因是主打清廉勤政陳水扁總統，用族群/文化認同的建構之戰轉移涉嫌貪污的指控。

⁷⁹⁷ SAMUEL P. HUNTINGTON 著，劉軍寧譯，註3書，頁324。

英九政府決策的獨斷、缺乏與反對黨乃至於同黨同志的溝通，⁷⁹⁸甚至出現民主倒退的危機。⁷⁹⁹

四、小結：建構制度認同的契機

臺灣的四大族群各自有不同的歷史記憶與文化系統，現在還必須算進日漸加入新移民。從本土的實踐結果顯示，沒有任何一個時代的任何一個統治者能在兼顧其他族群的感受下還能有效建構族群/文化認同。⁸⁰⁰如果繼續堅持以建構族群/文化認同做為臺灣人民的共通語言，則至少當前的教訓告訴我們，這將會陷入「你改過去、我再改回來」的無限迴圈。尤其在全球化的今日，異國/異民族流動快速，族群或文化認同變成是一個永無止盡、不斷要重來的運動：法國共和主義傳統固然是當代單一民族國家的典型，然而因為勞動力的需求大量引進 600 萬以阿拉伯世界(非洲)為主的移民，直接衝擊了經過建構的單一民族基礎；⁸⁰¹近日來擬推動立法對全法約 2000 名穿著黑色全罩式長袍(Burka)、以女性穆斯林為主的對象開罰，而且法國有 57%受訪者支持—認為這是將女性從家父長主義解放出來。⁸⁰²類似的情形也發生在瑞士：2009 年 11 月底，即便聯邦政府強力反對，公民投票依然在極右派政黨發起下以 57%選民投了贊成票、26 邦僅 4 邦反對下，通過「禁止伊斯蘭叫拜樓(宣禮塔)興建」、影響國內 6%穆斯林人口。⁸⁰³這些老牌民主國家的集體歧視，分別發生在號稱「共和主義」與「多元主義」的國家，其基於民族與文化(尤其是宗教)的、根深蒂固的「分別心」，應該是嚮往人權、民主的國家避之惟恐不及的，何況在已處於分裂社會的臺灣，若更加強化民族/文化認同的建構，恐怕類似的情形將(或已經)在臺灣上演—事實上，張茂桂於 2006 年針對臺灣的實證研究也指出，「基本民主價值」確實會被強烈「臺灣民族主義」壓制(suppressed)，⁸⁰⁴驗證了民族主義對憲政民主存續、運作、鞏固的風險。⁸⁰⁵

⁷⁹⁸ 例見 顧爾德，〈觀念平台—護民主 最重要〉(2009 年 5 月 18 日)，中國時報；「立院成立兩岸小組？王金平：執政都怕監督」(2010 年 2 月 3 日)，中廣新聞。資料來源：

<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100203/1/1zxqw.html> (最後瀏覽日：2010 年 2 月 7 日)。

⁷⁹⁹ 例見 黃長玲，〈民主倒退 由小見大〉(2009 年 5 月 12 日)，中國時報；姜皇池，〈這一讓 還有什麼不能讓？〉(2009 年 9 月 23 日)，自由時報；「自由之家：台灣公民自由度 因扁案調降」(2010 年 1 月 15 日)，TVBS 新聞。資料來源：

<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100115/8/1yttr.html> (最後瀏覽日：2010 年 2 月 7 日)。

⁸⁰⁰ 雖然 2009 年天下雜誌民調已經顯示自我認同中，「中國人」為 8%、「既是中國人也是臺灣人」為 22%、「臺灣人」則為 62%。(「天下雜誌民調顯示：6 成 1 民眾擔心經濟傾中 7 成 5 年輕人自認台灣人」(2009 年 12 月 16 日)，自由時報。)，代表族群認同並非不能改變，但考量過去動盪、對立與不信任的撕裂，本文也不認為應該繼續從這個途徑繼續塑造(不論中國或臺灣)的認同。

⁸⁰¹ 尤其法國歧視移民時日已久。「法國移民措施與現狀分析」(2004 年 3 月 12 日)，美國之音(載於大紀元新聞網)。資料來源：<http://www.epochtimes.com/b5/4/3/12/n483801.htm> (最後瀏覽日期：2010 年 2 月 11 日)

⁸⁰² 「法國擬立法 全罩式長袍開罰」(2010 年 1 月 27 日)，民視新聞。資料來源：

<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100127/11/1zimv.html> (最後瀏覽日期：2010 年 2 月 8 日)

⁸⁰³ 「瑞士公投 禁建清真寺尖塔」(2009 年 11 月 30 日)，中國時報。報導中指明瑞士境內東正教、錫克教建築都在動工，只有伊斯蘭建築被打回票。

⁸⁰⁴ 反應在更低度的容忍以及政治參與。不過研究結果也指出，更顯著的變數發生在社會階級或教育程度上。

令人慶幸的是，建構制度認同在臺灣的經驗中，民主與法治的價值已經深入臺灣社會，成為跨越族群(至少是四大族群之內)與文化差異的對話基礎—要叫什麼名字大家有不同意見，但大家都要求這必須是一個民主的法治國家。不同族群/文化認同各自形成了如同板塊的政治勢力，但板塊偶爾也會變動、出現游離的中間選民讓臺灣在民主化的 20 多年間就經歷了兩次政黨輪替、更讓板塊較小的一方也當了 8 年總統。臺灣制度認同的初始從三民主義漸漸轉化為憲政主義，民主化造就了臺灣社會既存的制度認同，但臺灣的憲政主義還有更進一步深化的可能，因為分裂社會的特殊脈絡使我們必須更進一步走向協合民主、審議民主：這樣的深化不只是尋求一個更合理的機制，而是再一次強化制度認同的契機。

第三項 共識審議程序是否能建構制度認同？

本文依協合民主與審議民主設計的國會「共識審議程序」，之所以能做為建構臺灣制度認同及深化民主的工具，乃是將協合民主「權力分享」的理念轉化為國會議案通過門檻的提高、拉近臺灣現況下政黨版圖的差距、刺激多數與更多數之間妥協的動機。另一方面，審議民主強調的理性思辯，事實上淺藍、淺綠支持者而言，正是著眼於其有變動投票意向的可能性，而促成其變動的因子就在於理性的基礎。共識審議程序對分裂議題的高密度檢驗，提供基於有變動可能的選民可以清楚對比藍、綠陣營對於同一議題的立場與態度，而可能更加堅定既定立場、或因為失望消極拒絕投票，也可能是確實被另一方的主張所說服而轉向。在緊湊嚴格的審議程序中，各黨團必須更有效、更清楚、更理性地向人民交代立場的內容與考量的基礎，也促使各政黨必須對於議案有更深入的分析與選擇，藉以提昇決策品質。

當然，本文並不奢望透過共識審議程序根本地解決臺灣分裂社會的整體結構，而是希望透過一個紮實的理性程序、一個大黨與更大黨都必須達成共識的程序，讓全國人民都能對這個決策機制產生認同，信任這個機制所產出的個別單一議案，其結果不僅是全台灣人民絕大多數的共識、出現「妥協」也是少數偏好得到部份實現的民主結果，更是結合專業的最佳選擇—不論是「立場決定」與「理性決定」的選民都有支持該程序決策結果之基礎，進而提供民主機制的正當性與治理能力、形成分裂社會中制度認同，⁸⁰⁵完成民主深化與鞏固的目標。

共識審議程序耗時勢必較一般的立法決策為久、甚至可能往往無法取得共識，但其優點在於共識一旦凝聚後難以反覆。對臺灣而言，這些分裂議題多數沒

⁸⁰⁵ Mau-Kuei Michael Chang, *Taiwanese Nationalism and Democratic Values, in ASIAN NEW DEMOCRACIES: THE PHILIPPINES, SOUTH KOREA AND TAIWAN COMPARED* 231, 243-45 (Hsin-Huang Michael Hsiao ed., 2006). 相同觀點以及一般理論上認為民族主義與自由主義的憲政民主體制難以相容的介紹，請見 江宜樺，註 43 書，頁 53-135。

⁸⁰⁶ 仔細分析，本文在此處所援引「制度認同」的概念應被更精準地釐清。江宜樺所提出「制度認同」的說法，其內容應係指涉一個「國家整體運作機制」，認同這個機制會直接等於認同這個國家。但到本文所稱者，限縮成「其中一個」重要的決策機制，目標也只是先建立對於個案決策的共識與認同，並不認為這樣就能有效建立對國家的認同。這樣的差異也扣合本文前述對於統合論觀點的疑慮，而著眼於每個個別政策能有效審議並取得共識。

有十分的急迫性、而且其偏好「現狀」的制度設計也符合臺灣當前社會以「維持現狀」做為面對最主要分裂議題(國家認同)的態度。⁸⁰⁷ 對於臺灣社會而言,「尋求共識」比「問題解決」顯然來的更重要。⁸⁰⁸ 在比較國會議事程序的討論上,美國國會的「冗長發言(filibuster)」往往需要有參議院 100 席議員中 16 人提案、60 張贊成票才能終止(cloture),不只讓議會少數能杯葛有爭議的法案通過、更積極賦予少數與多數議案交換的妥協籌碼,⁸⁰⁹ 在「兩極化」(polarization)日益嚴重的美國政治局勢中,冗長發言被運用的機會越來越多、並被視為一個偏好現狀(status quo bias)的制度;⁸¹⁰ Brent Wible 更指出,明白呈現兩極化問題的聯邦最高法院法官同意權行使程序中,包括 Ackerman、Calvin Massey、Stephen Carter 及 Ferejohn 都強烈建議與其繼續「冗長發言」,不如直接仿效以德國為首歐洲國家的超級多數決(supermajority, 三分之二決),以利形成共識—⁸¹¹與本文強調高門檻形塑爭議共識、以及強調理性審議(而非以浪費時間的冗長發言為審議方式),應屬相近。

有一種立場認為,既然分裂議題爭議大,不如擱置不談、形塑和諧的社會環境。⁸¹²然而本文認為,「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」以及權力的分配問題,對臺灣而言都是重要的問題、也不是可以迴避的問題。當「擱置」是一種沒有理由延宕時,依然無法解決問題;然而共識審議程序針對這些分裂議題,一方面強迫各黨團必須從速完成審查、但同時給予高門檻的保護,使其無須為了避免議案通過(為反對而反對)而杯葛審議,因為只要無法形成高度共識,依照程序即發生否決的效力(有如訴訟法上的推定)。這樣經過實質審議後的擱置/否決,其原因就是人民比較可能清楚判斷的—可能是判斷基礎資料不足、可能是政治妥協不足、也可能是其中一方高門檻保護的濫用。如此一來,人民在下次選舉時的是否要改變支持對象,就有一個明確完整呈現在國人面前的(而非未經相互檢證、

⁸⁰⁷ 2009 年 12 月民調結果為 78%支持維持現狀。資料來源:同註 800。

⁸⁰⁸ 當然,「妥協」理論上是有成本的,亦即有可能喪失「基本盤」的支持。不過在臺灣政治實踐上的兩個特色或許可以降低這個妥協成本:其一是「上意操控下意」,也就是政治人物的立場影響支持者的立場(從公民投票領票率與兩大陣營支持度的相近程度觀察),則政治人物的妥協較容易為基本盤接受;其二是「含淚投票」,尤其在當前我國選制對兩大黨以外政治勢力之不友善(請見註 177 關於選制之分析),一般支持者欠缺可替代而立場類似政治勢力,則為了防堵對方當選不得被迫接受政治人物「妥協」之結果。在後者的狀況固然會出現「黨意共識」與「民意共識」的落差(前者則否),形塑對個案決策共識的效果也較弱,這點是必須承認的。

⁸⁰⁹ Gold & Gupta, *supra* note 447, at 210-13

⁸¹⁰ Barbara Sinclair, PARTY WARS: POLARIZATION AND THE POLITICS OF NATIONAL POLICY MAKING 190-98, 360-61 (2006).

⁸¹¹ Brent Wible, *Filibuster vs. Supermajority Rule: From Polarization to a Consensus-and Moderation-Forcing Mechanism for Judicial Confirmations*, 13 WM. & MARY BILL RTS. J. 923 (2005). 這些改革建議也受到「原義主義」的質疑,文中已有介紹;另一方面 Wible 認為冗長發言不但不能緩和兩極對立,有時候本身就是政治爭議的來源。

⁸¹² 也有一種可能的觀點會認為,如此以共識審議程序標舉分裂議題的重要性,是否會更使得社會關注這些議題、更升高既存的對立與不信任?本文如同許多論者均認為分裂議題已經是國內政治、乃至於兩大黨唯一的差異,故分裂議題早已是最被關注的議題,共識審議程序無法使其更惡化、也無意弱化其重要性,只試圖優化其決策基礎與論辯品質。

蓄意捏造的)、立足於理性判斷的基礎。⁸¹³

就立法院與總統—行政的關係而言,透過共識審議程序,能將釋字第 520 號解釋以來所強調的程序義務更加完整落實;比較可以期待一個清楚有理由的人事提名與同意權行使,而不是釋字第 632 號解釋中「你不換人、我不審議」的僵局;愛國者飛彈到底該不該買,應該也不會再因為政黨的輪替而影響武器的性能或對兩岸關係負面衝擊的強度,因為一個充分審議的程序可以讓所有的理由與藉口一併攤在公民面前給予公斷、讓中間選民有理性判斷的基礎;總統府正對面的廣場牌樓要提什麼字、藍瓦白牆的建物要叫什麼名字,透過共識審議程序作成決定後,讓在意意識形態或政黨認同的選民也能認為取得可接受的妥協方案,不要再勞師動眾拆拆改改徒增爭議。

總之,分裂議題在共識審議程序的運作下,有可能因為充分的審議與共識而達成符合理性與多數民意的決策;也可能審議不成、妥協未果而無法決策,使國人真正意識到,分裂議題可以透過共識審議程序,明確地提供雙方一個制度上「維持現狀」的緩衝區,確保沒有一方(即便是執政黨)可以片面改變關於「國家認同」、「族群關係」與「轉型正義」問題的現狀,讓政治焦點能轉移到其他能夠解決的議題上,而不是讓全國的輿論與關注被侷限在此。

就司法違憲審查而言,釋憲者除了守住憲政底線的合憲/違憲裁決外,應更注意與政治部門以及人民的對話,給予一般人民一個「以憲法為準」的政治判斷基礎。⁸¹⁴ 共識審議制度並不是不能或不應受制衡的機制,他確實著重於立法程序本身的良善,而最有效影響、牽制這個機制的作法就是「加入」這套運作模型,在制度與程序的平台進行實質且深入的論辯。

第三節 民主理論再進化：臺灣脈絡的啟示

第一項 回顧

濫觴於西元前 500 多年希臘城邦的民主觀念,兩千五百年後在全世界成爲一種極富正當性的國家統治模式。以城邦小國寡民爲治理範圍的民主理論,隨著治理對象的差異與實踐經驗的啟發,必須有更精緻化、具體化的調整;而這些個案的調整則往往再重新抽象化,調整抽象理論的內容及個別不同著重之處,豐富了我們對民主的理解與想像、擴張了民主的功能。如本文在整理民主理論主要發展的脈絡後所歸結出「擴大決策參與者」的趨勢,因為統治範圍擴大而人口變多,民主從直接變成間接;因為眾多的人口擴大了偏好的差異,民主追求共善的目標被迫修正、也必須常態地整合社會上不同利益團體的考量並納入政府決策。

到前述爲止,民主理論都仍是以「多數決」做爲終局的決策機制,因爲相信

⁸¹³ 江宜樺即強調理性層次的釐清,必然有利於對於自身固有立場的反省、並啓動尋求更合理解釋的過程。江宜樺,註 43 書,頁 190。事實上這樣的做法也有發揮審議民主理論中強調「公民教育」的效果,亦即形塑理性思辯、議題導向的政治文化。

⁸¹⁴ 關於法院在多元/分裂社會中的對話機能與方法,可參見 葉俊榮,註 391 文;梁志鳴,註 392 書;朱德明,註 16 書,頁 22-36。

民主機制中的競爭沒有永遠的輸家、真實而急迫的需求可以透過競爭在民主機制中取得分配的權威而實現。足以挑戰多數決的問題，就是特定利益毫無競爭力的情況，一者是轉化為基本權問題的「多數暴政」，另一個就是本文所關注的「分裂社會」。前者在司法違憲審查機制建立與人權保障理論的蓬勃發展下得到根本的改善與解決、民主甚至納入了「人權」做為定義的要素；後者在理論方興未艾之餘，但學界或實務經驗中似乎尚無法選擇足以「一統江湖」的定見：Kelsen 多元民主理論與審議民主是一種觀點、統合論與順應論是一個分類、順應論中選擇向心民主或協合民主又是一個分類。

統合論是從社會結構根本地消弭異質性，共和主義統合論基本上接近於同化，而自由/社會主義統合論有建構制度認同的理念，但還是以「認同替代」為目標；多元/審議民主不特別考量異質性的存續問題，但在個案中透過審議與妥協尋求共識；向心民主承認結構上異質性，基此設計讓少數得以發揮較大影響力的選制；協合民主則是制度化地保留結構異質性，以各異質團體為參政單元、並迫使形成「共識」為制度理念。本文在考量臺灣的特殊脈絡後，選擇審議民主、協合民主的混合理念，體制性地保障異質性參政與影響分裂議題決策的力量。下文將提出以臺灣與共識審議程序的具體情狀為本，使審議民主與協合民主在理論層面更精緻化的意見。

第二項 「共識審議程序」與自由/社會主義統合論對「制度認同」定位的差異

「制度認同」是本文對於「共識審議程序」發揮功能的標準，能夠形成制度認同就能跨越分裂社會、形成共識。然而跨越分裂社會、形成共識的途徑不只是建構「制度認同」一種：其中共和主義統合論是其中立場最強硬者，係以建構「國族(訴諸族群/文化認同)」為目標、用單一取代多元。這個目標的困難與缺點本文已於前一節不斷闡述，此處將焦點放在共識審議程序與另外兩類統合論者(自由/社會主義統合論)同樣以建構「制度認同」為目標、但理論面與制度面所存在差異的部份進行比較與分析。

自由/社會主義統合論確實是走「制度認同」的途徑處理國家認同問題，卻也存在強烈的「替代」目的，例如社會主義統合論者以「憲政愛國主義 (constitutionalism patriotism)」取代民族主義，⁸¹⁵ 修辭上的差異固然緩和對族群/文化認同的衝擊，但實質上仍是建構「國族」的立場、以取代既存的族群/文化認同為目標。然而在協合民主與審議民主原則下主張的「共識審議程序」，強調建立在「個案」的審議與共識所形成的制度認同、無意以此建構國族或取代既存而個別的族群/文化認同。申言之，兩種理論皆著眼於制度認同與理性的優點，但統合論者期待結構性替換固有的認同結構，共識審議程序則是希望在個別的決策上取得認同。

⁸¹⁵ McGarry et al., *supra* note 125, at 50 .

第三項 協合民主與審議民主的結合必要性

本文所強調「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三個指導原則，是從協合民主與審議民主結合的理念推展而來。雖然這兩項民主理論一向以來都是分別討論，但彼此間也有相當的共通性，例如都是針對政治社群中「內在差異性」的理論、不將民主政治單純視為多數決的加總式民主、都強調參與(inclusion)的重要性。本文認為兩者之間具有一般性地彼此互補、強化的功能，值得進一步探討。

一、權力分享之於審議民主的意義：創造實質審議的動機

William H. Simon 認為審議民主有一些本質上的限制，其中一種為「惡意(bad faith)」—包括蓄意說謊，或拒絕接受「異見」。⁸¹⁶ 蓄意說謊在良好的詰問制度設計下，若不同立場決策者都有獲得充分資訊之能力則尚可克服，根本挑戰審議民主理論的是拒絕接受「異見」的固執立場，將使一切審議幾近白費唇舌。是故，如何創造審議決策者間實質進行審議的動機，變成是重要的問題。

這種固執立場的行徑在傳統多數決的機制下特別嚴重，因為占多數一方無須審議、妥協，即享有完全支配價值分配之權威(政治權力)。共識審議程序秉承協合民主「權力分享」的理念，從制度設計上改變席次數所對應的力量，在達成普遍共識之前都無法決策，此時對於占「過半多數」的一方必須與他方立場，選擇其他標準進行決策：審議民主提供程序正義、高決策品質.....等優點即是一個足以替代既定立場的決策基礎、也正是個案決策的(制度)認同所在。多數若仍拒絕實質審議，則實力固然足以杯葛少數黨團的提案，但無法再推動任何不同於現狀的政策、且普遍民意能否支持多數黨的無理杯葛更是必須考量的政治風險。因此，對於審議民主而言，即便有嚴格的審議程序規定，仍必須由「權力分享」的協合民主理念平衡多數與少數間的力量，創造多數進行實質審議的動機，方能發揮審議民主理論上應有的功能。⁸¹⁷然而多少數之間的認定，除了需要長期實證研究的事實基礎，也有適用範圍的限制：分裂社會中異質團體間分裂的軸線較為有跡可循(宗教、族群、地域)；但若非此類社會脈絡，則可能無從制定類型化的權力分享標準。

二、審議之於協合民主的意義：創造立場變動的契機

協合民主講究權力分享，但權力的分享往往也造成決策的困難。⁸¹⁸ 民主化的退潮往往肇因於政府實際治理的無能，⁸¹⁹ 而「難以決策」理所當然會構成治

⁸¹⁶ William H. Simon, *Three Limitations of Deliberative Democracy*, in *DELIBERATIVE POLITICS: ESSAYS ON DEMOCRACY AND DISAGREEMENT* 53 (Stephen Macedo ed., 1999).

⁸¹⁷ Tatsuo Inoue(井上達夫)認為少數否決的使用，本質有陷入「麻煩製造者」批評的風險，除非透過審議程序讓決策公開、讓政治責任透明化；相對而言，否決權的設計確實是讓審議更公平、有效率的做法。不過總體來說，Inoue 反對協合(共識)民主的論點。Tatsuo Inoue, *Two Models of Democracy: How to Make Demos and Hercules Collaborate in Public Deliberation*, in *THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION: ESSAYS IN LEGISPRUDENCE* (LUC J. WINTGENS ed., 2005) 114-115.

⁸¹⁸ Choudhry, *supra* note 18, at 20-21.

⁸¹⁹ SAMUEL P. HUNTINGTON 著，劉軍寧譯，註3書，頁367。支持「經濟發展影響民主鞏固程度」的論點，*see also* SHAPIRO, *supra* note 12, at 86-87.

理的阻礙，一個有效的民主理論自然不能迴避這個實在的挑戰。Schumpeter 的民主觀係透過競爭機制換掉治理無力的執政者，Lijphart 認為分裂社會下無法有效競爭、而改用協合民主的「共識」提供治理結果的正當性。然而 Lijphart 協合民主的模型「退守」太快，忽略了審議民主訴求異質團體內在的理性公民、透過具體的審議爭取人民支持的核心觀點，因為立場(不論是文化的、族群的、意識形態的)是可能經過審議而變動的。⁸²⁰對於分裂社會而言，這樣的變動機會沒有被輕易拋棄的本錢、更無須放棄變動的可能—本文在臺灣脈絡下的研究發現，兩者在精緻的制度設計中不但沒有根本的衝突，協合民主在結合審議的機制後，除了個案中凝聚共識、取得正當性的優點外，更實際克服傳統協合民主「難以決策」的批評，讓協合民主不再只是一個等待統合/同化成功、完成國族建構前的「過渡型」制度理念，而是完整的、不同於多數決模型的民主模型。

三、協合民主與審議民主的調和

協合民主與審議民主的結合是本文的主張，因為可以讓兩個理論更加完整；兩者之間並沒有根本上的互斥關係，不過調和後依然存在一個邏輯上的選擇問題：當理性與共識無法達成一致(對的未必能形成共識、形成共識的未必是最佳方案)時，應以何者優先？⁸²¹

本文認為這個問題無法在抽象層面上一概而論，必須在不同的社會脈絡下做出不同選擇，只能提出兩個因素做為選擇的標準：⁸²²

(1) 議案本身的科學可確定性或邏輯性：若議案本身的科學可確定性不高、或並無必然的邏輯性可言，則審議的目的僅在確保立場間的相互理解以及基礎事實的揭露與確認，而決策的正當性就在於共識本身、或共識無法達成時制度「推定」的選擇為何。⁸²³

(2) 影響個人權益(例如基本權)程度與對全體國民影響程度之對比：與個人權益影響越重大，則即便取得再高的共識也並不能替代恣意防免的理性要求—也就是違憲審查的標準、當代憲政主義下多數決的界線；倘若所影響者為大眾乃至於全體國民的共同承擔，⁸²⁴則應較強調共識的達成。

從這兩個因素而言，臺灣社會的脈絡下關於國家認同、族群關係與轉型正義

⁸²⁰ Inoue, *supra* note 817, at 117.

⁸²¹ *But see, Id.* at 114-115. Inoue 認為兩者的衝突是根本性的，一味追求共識會做出「無原則妥協(unprincipled compromise)」而嚴重侵害審議的結果、使政治責任不明確、喪失試誤(trial-and-error)而釐清錯誤所在的機會。本文認為這些缺點都是「欠缺審議」的問題、而非「追求共識」的問題，也並無堅強理由足以支撐一般多數決下的妥協就是「符合一定原則」的妥協，當政策失敗時，總會有「妥協太多」或「妥協不足」兩種解釋相互糾纏，歸根結底還是在於審議能否在制度層面貫徹、針對妥協本身也必須審議，以及，本文以下類型化的觀點，審議本身有極限、共識追求也可能是優先於審議的。更何況在 Lijphart 研究以及不少歐陸國家聯合政府的經驗中，這些問題或許存在但未必嚴重、也未必有更好的選擇。

⁸²² 對於內部政局不穩定、有爆發內戰或流血事件之虞的國家而言，勢必是尋求共識優先於理性審議，以下分析將不包括該類型的。

⁸²³ 類似的觀念請見 葉俊榮，註 733 文，頁 221-227。

⁸²⁴ 或許可以用經濟學上「公共財」的觀念來理解此一類型，亦即，某些事務領域是屬於「每個人的」，因而需要顧及所有受影響人的意見與考量。

的科學可確定性與邏輯必然性均不高，且一般而言對個人權益影響有限，故應強調共識之達成；但若以美國(不論是否為「分裂社會」)重大爭議的墮胎、安樂死、同性戀政策等問題而言，則有科學問題(例如墮胎的安全問題)，並且與基本權有密切關係，則「審議」的理性抉擇就比共識來得重要。必須強調的是，此處並非互斥的擇一關係，而是兩種價值的選擇與權衡問題，在設計具體制度時應該盡量兼顧：例如共識審議程序議案的高通過門檻是「共識優先」的權衡結果，但過程中依然強調各種參與及理性審議的過程，甚至要求共識審議委員會委員必須分別出具支持其表決立場的理由書，盡力維持決策的品質與正確性。

第四項 權力分享的動機

審議民主有欠缺實質審議動機的問題，協合民主則有權力既得者欠缺與其他政治勢力分享權力動機的問題⁸²⁵—除非是一個脆弱或已預見將走向衰弱的權力既得者。⁸²⁶ 這個但書在臺灣的經驗中不但已經得到充分的驗證，也是未來推動共識審議程序的動機基礎。

臺灣民主化的過程，威權統治時期在國家認同、族群關係、轉型正義與權力分配，「藍」所享有的優勢已有逐漸變動、往「綠」所主張立場移轉之跡象，以臺灣認同為主、兼及或排除中國認同的情況已是當前的大趨勢，⁸²⁷連帶將影響未來對國家認同、族群關係、轉型正義與權力分配價值選擇的基本認知。在臺灣而言，過去民主化的「寧靜革命」與七次修憲「代表性強化」的主軸，均可視為「藍」明顯體認到打壓無效、大趨勢之不可逆而在關鍵時刻做出的(即便不樂意)讓步；對「綠」來說，民主化後願意加入「中華民國」的選舉而放棄「體制外」的非和平途徑，乃至於在一對一的全國性重要選舉場合中綠軍候選人不願意公然拋棄以「中華民國」為既存體制假設的前提，當然也是一種妥協。⁸²⁸就此以觀，則 Horowitz 所提的但書確實在臺灣脈絡下再一次獲得驗證。

雖然臺灣在民主化過程中已經雙方有過第一次的妥協，但當前「藍」仍佔有優勢、而「綠」的大趨勢優勢也存續著，雙方有再度妥協的而分享權力的充分動機：申言之，現在採用共識審議程序對「綠」而言是以未來將無法支配「藍」的代價，換取提前取得制衡「藍」的力量—這點對於「綠」而言是有效阻止當前政府「傾中」傾向的契機，「綠」必須善加把握。對於「藍」而言，以未來交換現在風險較大、動機也較弱，但只要臺灣持續民主選舉，「藍」就目前看來終將面對將來的困境，若「綠」能趁某次「藍」選舉慘敗提出此類建制，⁸²⁹則未嘗不可

⁸²⁵ Choudhry, *supra* note 18, at 20, 例如制憲。

⁸²⁶ Horowitz, *supra* note 158, at 1219-20.

⁸²⁷ 資料來源：同註 800。

⁸²⁸ 葉俊榮，註 791 文，頁 28-35。

⁸²⁹ 例如 2000 年民進黨陳水扁總統甫上台時即浮現首創我國憲政史中「聯合內閣」(權力分享)之契機。或許有認為包括 2000 年陳水扁總統任命原屬國民黨籍的唐飛為行政院長，或 2008 年馬英九任命台聯黨籍賴幸媛為陸委會主委有「權力分享」的嘗試，卻變得「兩邊不討好」，而對於權力分享創造共識的論點有所懷疑。不過在本文對 Lijphart 所謂「權力分享」的定義而言，陳水扁與馬英九的做法恐怕並不符合—這兩次經驗比較像是「施捨」，亦即，真正的權力分享，必須是

能創造「藍」願意接受權力分享的動機。

第五項 協合民主的競爭機制

就 Lijphart 的原初構想來看，應係認為「參與」的強化足以彌補欠缺「競爭」的現實；⁸³⁰一般對於協合民主的批評也就在於讓各族群堅守立場以鞏固基本支持者，⁸³¹根本不存在競爭的期待可能性。⁸³²然而「競爭」做為 Schumpeter 以來民主理論最重要的元素，⁸³³在理論的選擇與架構上應盡力保持「競爭」之可能性。

本文在設計共識審議程序時，將該程序限縮於「分裂議題」議案之議決方有適用：這樣的差別待遇雖然有認定與歸類上的困難，但也保持了競爭的空間。申言之，在非分裂議題中依然維持多數決機制時，使得日常決策仍是「贏者全拿」的局面，各黨團為了爭取日常事務的主導權勢必無法僅止於固守自身立場的「忠誠反對者」，而必須如一般多數決選舉中相互競爭。相對而言，由於共識審議程序的設計並非直接賦予較少數黨的「否決權」，而必須維持全國人民一定強度(四分之一或兩屆中一次三分之一以上席次)的支持—至少在臺灣的經驗看來，身為少數的「綠」就在 2008 年立委選舉中得到少於四分之一的席次、也在立法委員全面改選的前三屆選舉中連續席次率不及 33%—顯然不是「躺著選也能持續杯葛」的局面。

從本文針對臺灣脈絡的研究與嘗試，顯示輔以一定期間的實證統計與精細的制度設計，在協合民主的原則下不但可以維持不同陣營間的「競爭」，對於受保護的少數而言也並非單純固守立場就能立於不敗之地—反過來看，多數也是可能透過競爭機制直接取得足以代表全民共識的席次數、實行其所偏好的政策。比起 Lijphart 全面適用、直接賦予否決權的作法，顯然確實有透過民意與政治運作調整權力結構、維持競爭機制的可能性，「權力分享」即非必然排斥「競爭」、不同立場的政黨仍必須爭取最多數人的支持，則其立場不至於比現狀更僵固或激化。

第六項 分裂社會的認定標準

最後是關於分裂社會的認定標準。本文歸納各家後提出「團塊分裂」、「偏好強度」、「民族主義」的三項指標可以做為一個一般性的標準，但考量到政策的穩定性問題後，即便在分裂社會中偶爾會發生所謂政黨輪替的現象，仍不足以排除其被歸類為「分裂社會」的決定。政策需要穩定、長期的實踐，若議案不斷被下一個執政的勢力推翻，則輪替後還是誰都沒有獲勝、共識依然沒有形成、決策尚未被「決定」—或是每一次決定都像是立法程序中通過「一讀」或「二讀」，而「第三讀」總是不出現，因為總是有被翻轉的可能。

少數一方亦認可「有分享到權力」(例如 2000 年採國民黨主張「黨進黨出」的方式組閣)，才能真正算達成「分享」，而不只是「擺飾」。

⁸³⁰ LIJPHART, *supra* note 26, at 32.

⁸³¹ Choudhry, *supra* note 18, at 20-21.

⁸³² SHAPIRO, *supra* note 12, at 94. 不過其餘理論也無法有效形成競爭：統合論下的「競爭」必須在統合成功後才是公平競爭，向心民主的競爭則建立在特殊的條件下才有實現的可能(註.134)。

⁸³³ SCHUMPETER, *supra* note 47, at 284-302.

當然並不是政策在輪替後被修正就應被評價為分裂社會，本文的標準是在「推翻」—亦即根本的轉向，例如我國「中正紀念堂更名案」或南韓的「遷都案」，⁸³⁴ 都是在政黨輪替後提出、之後再輪替即遭廢棄推翻的狀況。相反地，若符合其他分裂社會指標，但遇有政黨輪替的前朝重大爭議政策未被新政府推翻，或可「調降」其分裂程度的評價。

第七項 小結

本文始於「協合民主」與「審議民主」所推導出「擴大參與」、「充分審議」、「權力分享」三個子原則，並從這三個子原則依循臺灣脈絡設計出具體的「共識審議程序」；而從原則衍生的制度也有以回饋原則理論之處，因為制度的具體性、細節性有助於讓我們透過對比精準切割、映照抽象原則、理論的細膩面向。

首先釐清的是，同樣建構「制度認同」，但可以再進一步區分為「結構性」與「個案性」的差異；接著說明協合民主與審議民主結合的必要性及取舍的衡量標準；最後則針對協合民主最受人詬病的兩個關鍵問題(欠缺權力分享動機與競爭機制)，本文發現前者在臺灣的經驗中再度驗證 Horowitz 所設定權力分享的前提、後者則是可以透過更精準的制度設計創造協合民主中的競爭機制。

從制度設計反饋原則理論的過程中，也再度凸顯至少在民主理論的研究上，具體社會脈絡⁸³⁵與制度研究是方法上極為必要的。選舉制度成為顯學的經驗，再次於本文的研究中證實各種「民主」在抽象理論層次上的優缺點是可能透過制度設計加以發揮或解決的、而具體社會脈絡又影響制度設計能在多大程度上有效發揮/解決抽象理論層次上的優/缺點。對於法學研究而言，既然「民主」已是當代憲法學的必要環節，則將前述與民主研究相關的研究方法與層次納入憲法學研究的領域中使用，應能使憲法研究更加完備、也更有實際的貢獻。

第四節 本章結論

本文從抽象的民主理論出發，逐漸與具體的社會脈絡、憲法規範、議決制度接合，本章的結構則是反向操作，檢驗共識審議程序如何與憲法規範(覆議、違憲審查、公民投票以及制度本身的合憲性)、社會脈絡(能否在分裂社會中形塑制度認同)以及抽象的民主理論扣合。就結論而言，以上的檢驗都是「肯定的」、「可行的」，而具體的推論過程已於前文交待。但從研究結構而言，本章看似多餘，實則基於邏輯的要求，由原則推演的產物必須一一反面驗證，以確保原則具體化、因應現實脈絡的調整結果沒有「超過」或「不足」之處，才能讓論述呈現「週

⁸³⁴ 關於南韓「遷都案」的來龍去脈、憲法判決以及與分裂社會關係的中文評析，可參考 賈文宇，〈叫座不叫好的憲法判決？評南韓憲法法院「遷都案判決」〉，《憲政時代》第 34 卷 4 期，頁 447-478 (2010)。

⁸³⁵ 其中最重要的是足夠時間的選舉研究。故本文並不建議在毫無相關經驗與研究之前即貿然在憲法層次上設定「一步到位」的具體制度，臺灣採取的階段式修憲可以是一種模式，或如本文所建議，在立法層次上改動(相對憲法層次要保有足夠的空間)。

而復始」的完整面貌。

至於民主理論的部份則有層次及強度不一的主張：在與自由/社會主義統合論的比較上區別其與共識審議程序對於形塑「制度認同」的立場差異，在協合民主的動機問題上確認了 Horowitz 的觀點，關於協合/審議民主的權衡問題則提出類型化的標準，肯定的理論主張是強調**協合民主與審議民主結合的必要性與互補功能**、以及協合民主可以透過**制度設計補強競爭**機制—也因此，本文認為協合民主與審議民主的結合，是一個可長可久且可行的制度模型。另外，本文最後增加「重大爭議政策是否會因政黨輪替遭推翻」做為判斷分裂社會程度的第四個因素，亦可供相關研究者參考使用。



第六章 結論與研究展望

一、臺灣民主的未盡之功

從中央政府普遍直選的「民主化」到完成兩次政黨輪替的「民主鞏固」，歷時二十餘年到今日的臺灣，歷經了七次民主修憲、十次中央政府選舉以及六次全國公民投票，我國名列「民主國家」之列顯然已毫無爭議。但政治紛擾中最常態引起爭議的「藍綠對立」—包括國家認同、族群關係、轉型正義，以及在這些議題中代表不同立場的政黨(藍、綠)間權力分配的問題，現行的民主機制卻無法有效解決。然而在全球競爭以及環境變遷的持續挑戰下，朝野間的政治鬥爭讓重要政策無法理性審議、有效落實，拖垮政府治理效能的後果，往往可能伴隨著民主倒退的危機。

如果對臺灣而言，民主已經是一個最可欲且已不可逆的國家決策機制，則本文的第一個問題是，究竟當前爭議無法解決是民主制度本身出了問題，抑或只是運作民主的人出了問題、我們仍能倚賴現在的民主制度加以解決？

事實是，問題不在民主本身，而在人民與有權者有意或無意地太簡化民主的前提、內涵與意義。從修憲、行憲到釋憲，人民與有權者幾乎一致地認為「民主就是多數決」，卻沒有正視當代政治理論中「多數決未必民主」的觀念。

二、同質性：多數決等於民主前提

申言之，多數決與民主的關聯性並不是想當然耳的必然。Carl Schmitt、W. Arthur Lewis、Arend Lijphart、李鴻禧、蘇永欽等諸多學者均認為，多數決要能夠成功實踐「民主」，必須以人民的「同質性」為前提，建立在人民同質性基礎的多數決才是民主；統合論的學者沒有明白指出，但其以類似「同化」的手段來解決差異造成的政治紛擾，也正顯示「同質」對於民主國家統治的重要性。

當然，並非社會中存在任何一點異質性就足以推翻 Hans Kelsen「多元民主」理論中對於多數決正當性基礎的精闢論述。一般而言，一個社會有多元觀點時，Joseph A. Schumpeter 強調的**競爭**、Robert A. Dahl 的**多元主義**、Kelsen 證立多數決正當性的**妥協**，以及當代所流行的**審議民主**理論，大體上已提供多數決機制充分的正當性；我國雖然在修憲階段並未特別重視，不過**釋憲實務**已經長期、穩定地支持這樣的民主觀點，並以此要求政治部門的運作—申言之，民主不能只有多數決，必須還要有競爭、有審議才是民主。

三、分裂社會中的多數決困境

但這樣是不夠的。在「分裂社會」中，這樣是不夠的，因為「競爭」在這樣的社會中(幾乎)不存在、「審議」與「妥協」也沒有動機被認真地進行。如果

一個社會中有異質團體**無法勝選**取得(行政)執政權或(國會)多數，使其看重的**各種重大爭議政策無法實踐**、或在難得勝選後推動又**遭推翻**，這群少數的異質團體就變成了「永遠的輸家」；若這個社會中重大爭議又與**民族主義**有關時，這樣的社會是本文所認為高度分裂的分裂社會。在這種政治環境中，人民政治對立激烈、既有的「政治板塊」難以變動、多數長期為多數，則多數決選制下怎麼選該異質團體都是輸家—既然如此，則任何的審議或妥協幾乎等於是勝選者的憐憫，因為勝者恆勝、根本沒有競爭，勝者關閉審議與協商的大門後照樣可以多數決、贏者全拿：這也正是本文所謂「**多數決困境**」之所在。

偏偏**臺灣**就是這樣的分裂社會。國民黨威權統治時所塑造的「中國認同」、「中國文化獨霸」、發動白色恐怖並壟斷政治權力，在民主化後就成為反對黨一概反對的對象，所謂「藍」、「綠」的對立也就是從這條脈絡所割裂，而反應在「國家認同」、「族群關係」與「轉型正義」彼此連動的三個層面。而過去二十年來十次中央層級選舉「綠軍」只贏了兩次總統、國會選舉不曾過半，而分裂議題所衍生的政策不是無力推動、推動了沒有共識，就是在下次政黨輪替後又遭廢棄。在這些事實的存在下，臺灣高度滿足**團塊分裂、偏好強烈與民族主義氛圍**的各種條件，是一個程度**嚴重的分裂社會**。

四、針對分裂社會提出的民主理論

針對分裂社會的特性，民主理論大致可分為「**統合論**」與「**順應論**」兩大類別：前者企圖從結構著手**改變社會異質的結構**，或從族群/文化方面著手(共和主義)，或從人權保障、經濟平等制度出發(自由/社會主義)，都希望能創造社會的同質性以形塑競爭與妥協的基礎。後者則認為應承認社會異質性的現實，而有以 Donald L. Horowitz 為首的「**向心民主**」，透過選制(總統選舉、選擇投票制)創造政治人物趨中不偏激的動機；Lijphart 的「**協合民主**」模型，則以「**權力分享**」(比例代表制、否決權、聯合政府、聯邦制)為核心理念，直接賦予少數異質團體平等的政治權力而根本顛覆「**多數決**」的邏輯。以下表做成總整理：

理論/重要學者		重要機制	「多數決」
J. A. Schumpeter		競爭	承認
多元民主、議會主義 H. Kelsen		溝通、妥協	承認
審議民主		擴大參與、理性論辯	(承認) 強調決策品質、程序公平
統合論		共和主義：形塑國族 自由/社會主義：權益保障	承認 (創造同質性)
順應論	向心民主 D. Horowitz	選擇投票制、總統制	承認 (創造趨中性)
	協合民主 A. Lijphart	比例代表制 否決權/聯合內閣	以「共識」取代多數決

表.5 民主理論與多數決(作者自繪)

當然這些民主理論也各自有根本的缺點。統合論不論是直接(共和主義)或間接(自由/社會主義)地消滅異質性，在建構新同質性的過程中，實證的經驗(包括臺灣)都難免造成被消滅者的傷害與抗拒乃至於仇恨、也不利自由主義憲政民主之建構。順應論中，向心民主的缺點則在於所謂「趨中」的結果，最後的當選者仍根本無法真正「代表」其他少數。協合民主則有「自始欠缺權力分享的動機」以及「選舉中頑固堅持立場以保票源、毫無競爭可言」，「否決權濫用或聯合政府根本無法形成共識，常使政府難以作成決策」等實踐層次的問題。

統合論是首先被排除的選項，因為對分裂社會來說禁不起再撕裂的風險、對新興民主國家而言更不能容忍對憲政民主有傷害風險的理論。至於 Horowitz 所提的具體制度似乎也無法有效達成「向心」的趨中效果—尤其在臺灣現狀選制幾乎實際上已經符合「向心民主」建議制度，尚無法有效解決問題。兩者的共通問題是仍在多數決的邏輯下打轉、無法提供較少數的異質團體平等的政治參與權力—只有「權利」而欠缺「權力」的保障終究難免流於形式而無法落實。只有協合民主的缺點可能透過審議民主與具體的制度設計加以克服。

五、適合分裂社會的民主理論與制度設計

本文認為適合分裂社會的民主理論應是審議民主與協合民主的結合體，並具體化為「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」三個子原則。放在我國具體脈絡下，立法院(國會)代表全民、委員間人人平等的組織特色，以及廣大的職權範圍(法律、預算、條約、重要事項決議.....等)，成為最符合三個子原則運作的主體，優於多數決產出、且科層體制無法有效審議的總統—行政權，審議說理有餘但參與、妥協不足的司法權，或維持多數決邏輯、實證上無法擺脫政黨操控的公民投票等機制。而為了讓這三個子原則得以最佳化地實現、並矯治協合民主的

缺點，本文考量民主化以來的選舉情況、現狀選舉制度與國會議決程序的缺失，提出「共識審議程序」做為立法院議決與分裂議題有關議案的特別程序，制度化地往「更民主」的境界邁進。

1. 擴大參與：除了各黨團必定有代表參與審議外，更加入關心相關議題的一般民間團體、提案部門官員與專家鑑定，並規定必須全程實況即時轉播；參與的程序包括議案首次的聽證與修正後、表決前的辯論。
2. 充分審議：強行規定將「聽證」與「辯論」加入議決程序，並且要求委員必須依聽證與辯論結果附理由表決。也由於在聽證與辯論程序中議案內容會被敵對陣營公開當眾檢驗，在提案前勢必得更嚴謹地籌劃。在如此高度的程序要求下，**審議民主**的各項優點(教育公民、形塑認同、程序正義、決策品質)應可得以發揮，並提供不同異質團體內**理性公民改變對特定議題固有立場的說服基礎**，可以減緩協合民主「立場頑固」的缺點。
3. 權力分享：
 - (1)委員會席次採「政黨比例累進制」，拉近各黨團之間席次差異、分享審議(提案、發言、質詢)權力與表決權力。
 - (2)各黨團「**提案權**」依比例分配並保障，使大小黨團均有權力將所認為的重要、且符合分裂議題之議案提交共識審議委員會審查、**避免**現狀多數黨在程序委員會中**杯葛提案**之權力濫用情事。
 - (3)議案通過採超高表決門檻(贊成票超過三分之二且反對票不超過四分之一、或連續兩屆贊成票超過三分之二)，**迫使**多數黨必須**實質審議**，並拿出誠意與少數黨**妥協**。
4. 解決「欠缺權力分享的動機」之缺點：臺灣目前雖然「藍大於綠」，但長期看來有往「綠」傾斜的大趨勢，依 Horowitz 的觀點認為此時多數黨有分享權力的動機。
5. 解決「欠缺競爭機制，各政黨頑固堅持立場、偏激不趨中」之缺點：從臺灣十次立法院與總統選舉的實證結果觀察，共識審議程序適用的類型化與門檻設計有效創造協合民主的競爭機制：
 - (1)對目前佔少數的泛綠而言，由於共識審議程序僅**適用於四種分裂議題**，故其仍有動機爭取過半(高過基本盤的淺藍與中間選民)的席次，以取得一般議案的多數優勢；
 - (2)對目前佔多數的泛藍而言，實證結果顯示其並非不可能一舉囊括超過四分之三、或連續兩屆獲得超過三分之二的席次，故亦有動機爭取更多數(淺綠與中間選民)的支持。
6. 解決「否決權濫用」之缺點：超高的表決門檻，賦予占少數的泛綠享有如同「否決權」的機制。但這個「否決權」畢竟並非直接賦予而須理性監督、使用，才能維持選民的支持、贏得一定的席次數而保有「否決權」；若否決權之濫用嚴重，選民仍可能透過選舉「剝奪」濫用否決權的黨團。另一方面，由於議案自始依類型切割審議程序，一般議案仍沒有「否決權」之設計，也緩

和濫用的風險。

六、協合民主與審議民主的憲法基礎

「憲法基礎為何？」是在前述長篇的理論與制度探討後，必須進一步探究的問題。原因在於，如果審議民主、協合民主都不是我國憲法所承認的規範價值，則輕則無法要求國會依該原則行使職權，重則該制度將遭受違憲宣告。故規範面的釋義與論述，自然也是本文必須觸及的範圍。

1. 第一個直觀的憲法基礎當然是「民主(國)原則」。不過在檢視我國大法官關於「民主」的實務見解後，諸號釋字對「審議民主」的觀點頗為重視固然可喜，但有關「協合民主」的部份則除了礙於欠缺直接案例測驗實務立場外，其兩次認為「多數決符合民主原則」，甚至對於略帶「協合民主」色彩的通傳會、投審會政黨比例分配制度兩次宣告違憲—雖然其另有「行政一體」的考量，不過也讓人擔憂，釋憲實務所認定我國憲法中「民主」的意涵恐怕未必包括「協合民主」的理念。

事實上，民主的「多義性」在學理與本文呈現應係顯而易見，在憲法並未明文排除的狀況下，如同其他各種憲法原則(其實審議民主也是)一般，應能容許學理一定程度的填補。協合民主針對分裂社會的特別脈絡提出而符合我國現實，自應更有適用的容許性。

2. 在「民主原則」未必能做為支持共識審議程序的憲法基礎的條件下，本文從「正當程序」的觀點另闢蹊徑。「正當程序」固非我國憲法明文規定之憲法原則，但受釋憲實務長期以來的穩定承認。不過其承認之範圍主要限於行政或司法權行使，而內容與「審議民主」之內涵較為重疊、卻未見與審議民主的權力分享有關，加上保護客體以涉及基本權事項為主，本文若要主張以「正當程序」支持共識審議程序，則必須回答三個問題：(1)其與權力分享(審議民主)的關聯？(2)立法權是否亦應適用正當程序？(3)共識審議程序與基本權關聯為何？或正當程序適用根本不限於基本權保護？
3. 本文主張：(1)正當程序的內涵十分多樣，其中包括對「決策者」的要求—在司法與行政的法律適用過程中，決策者被要求「公正」行使職權，但對於以實現偏好為決策目的的立法者而言，要求「公正」顯然是背道而馳，則考量分裂議題的高爭議性，自應要求決策者能「形成共識」、並以此做為立法程序中對決策者品質的要求；而如本文前述，共識形成必須有賴權力分享之協合民主觀點，故正當程序在立法程序中對決策者形成共識的要求，自以能達成「權力分享」為更具體的標準。

(2)正當程序在概念發展上從來不排除立法程序之適用，因為「恣意防免」的理性決策正是當代憲政主義的核心理念之一，故不但美國法、德國法違憲審查早已有針對立法程序審查之實踐(德國法尤其普遍)，我國釋字第 499 號解釋更明文要求了「正當修憲程序」，學說(張文貞)亦有呼應，顯見正當程序對

於立法者亦有拘束力。

(3)延續(2)的說明可發現，當代憲政主義對於**權力行使之程序管控**(做為恣意防免手段)十分重視，則是否與基本權保護有關應已非重要，加上美國正當程序係受限於憲法明文而僅要求與「生命、自由、財產」相關，德國法則係從「基本權客觀功能」發展，我國法既無明文規定，則並無有必要繼承此一限制；若仍認為該限制較符合憲法對於政治部門公權力行使的寬容態度，則本文亦試圖從「參政權」之保護推論其保護之必要性，以及立委選制之扭曲不當侵害參政權之現實，證立以「擴大參與」、「充分審議」與「權力分享」補強參政權之正當性。

4. 證立了共識審議程序的憲法基礎，「退」可防免該制度受違憲宣告，「進」則可構成國會積極建制並適用的憲法委託義務。本文的立場是，共識審議程序才是分裂社會脈絡下符合民主要求的制度。

七、制度成效與理論檢討

綜合說來，共識審議程序對分裂社會的制度成效，並不在根本剷除或解決社會的歧異，而是偏向順應論的立場，形塑社會對個別政策以及決策機制的認同，避免基於分裂議題之政策一再反覆或推動時飽受爭議與強力反對。申言之，共識審議程序的「共識」與「審議」分別提供「立場決定」與「理性決定」的人民支持決策結果的基礎——也就是形成對於決策機制本身的「制度認同」做為跨越分裂社會第一步，成為形塑「共識決策與理性思辨」良善公民文化的契機，讓國會不再是社會的「亂源」、轉換成一股「清流」。在有效建立制度認同後，可望提供政府決策更高於現狀下「多數決」的正當基礎，提昇審議品質與社會共識的同時也提高了政府的治理能力，方能因應全球競爭與環境變遷的嚴酷挑戰——事實上，包括比利時的憲改以及美國參議院「冗長發言」等制度設計與檢討上，都十分看重國會改革的意義與功效，其中比利時的憲改更顯著地提高不同族裔對國家的認同。

當然，邏輯而言「共識決策」未必是「(理性上)最佳決策」，共識審議程序在盡力兼顧的同時，仍必須做出無法兼顧時的取舍。類型化的考量要素是，越有邏輯必然性、科學可確定性，且與個人權益關聯越高的議案，應優先選擇「審議」的價值；反之，若決策本身並無必然的對錯可言而影響具共同性、普遍性，則應以共識為主。故取舍之際應視分裂議題之性質而個案決定，無法通案做出抉擇；臺灣的分裂議題選擇較無邏輯必然性或科學可確定性支持，本文在制度設計時即選擇以達成共識為優先。

八、研究展望

分裂社會的議題在當代民主理論的研究中可謂頗受關注。目前文獻中多數研究對象集中於分裂社會為「既存事實」的國家、或一般抽象性的理論建構；然而在全球化與區域整合浪潮中合法與非法的移民、移工，以及戰爭與氣候變遷造成的難民，兩者共同構成的跨國人口流動，都將使得過去久未面對這類問題的單一民族國家(例如法國)必須開始思考、也測試過去曾經妥善處理的國家(例如瑞士)能否再一次依著理性與善良對待不同與固有共同體的新族群。申言之，移民、移工、難民都可能構成新的分裂社會、新的多數決困境，則對各國而言必須移民、移工、難民議題與其政治權力、民主理論加以整合研究並制定政策，這都不只是臺灣或是現狀下多民族國家本身的問題而已，而是一個可預見未來的共同挑戰，甚至有可能觸動下一波民主憲政理念的根本性變革。

也因此，過去以民族國家為預設前提的憲法條文與學說，勢必需要調整。學說的轉變或許容易，修憲則困難，要在既存條文架構下釋憲就更困難－釋義學在此變局中即扮演十分關鍵的角色。申言之，若欠缺釋義學的支持、或釋義無法跟上治理變局的需求，則依法治國原則所設立的憲法機關恐怕無從運作，或迭受挑戰而步履蹣跚。故此，如何在既存常以「多數決」證立民主正當性的憲法結構中找到協合民主、審議民主的理念基礎(以及能否如「憲政主義」般普遍納入各國憲法所承認的「民主」的要素)，成為各民族國家的民主政府都必須進一步研究的議題。

除了釋義學外，社會科學研究(尤其是選舉研究)對分裂社會中的具體制度設計更扮演舉足輕重的角色。故關於共識審議程序中議決門檻的高低，必須隨著時間經過而重新評估、調整。同時，本文重視公民團體在程序中的審議地位，但暫無力更進一步研究當前臺灣相關公民團體的能力、專長是否足以配合－若答案為否，則可能暫時仍需倚重政府中技術官僚(事務官)的專業、以及相對政務官的中立性，先填補公民團體在審議過程中的空缺。

至於共識審議程序的其他制度設計，作者限於經驗與所學，僅能依基礎知識與常理解讀、判斷、規劃。其更具體的安排以及與既存其他立法院法規之競合、條文化的問題，還待有實務經驗者補充建議使其更完備；在共識審議程序中大法官針對「國家認同」、「族群關係」、「轉型正義」及相關權力分配問題的實體判斷標準，除了本文的建議外，也需要案件累積後調整或歸納出更明確的要件。可以預見的，特定議案是否應交付「共識審議程序」議決的爭議，恐怕會是釋憲實務在這個制度實現後最頻繁處理的問題。

最後，關於公民文化形塑的觀點，需要針對臺灣實際情況進行田野調查與政治文化研究，瞭解其可行性；另外，共識審議程序的轉播(網路乃至於無線電視或國會頻道)能否得到觀眾的矚目與關心、是否能與政論節目相輔相成，也需要傳播學者與媒體暨新聞從業人員付出心力，規劃出「曲高和更眾」的節目，使共識審議程序能真正成為全民廣泛參與的決策過程。

參考文獻

中文文獻

- Berelson, B., Lazarsfeld, P. & McPhee, W. (1954), *Voting: A Study Of Opinion Formation In A Presidential Campaign*, Ch.14, 收錄於呂亞力、吳乃德編譯,《民主理論選讀》,台北:風雲論壇(1993)。
- Cohen, C.著,聶崇信、朱秀賢譯(2005),《德先生的路線圖—民主理論如何實踐? (氏著 Democracy 節錄本)》,香港:商務印書館。
- Dahl, R. A. & Lindblom, C.E., *Politics (1963), Economics and Welfare*, 收錄於呂亞力、吳乃德編譯,《民主理論選讀》,台北:風雲論壇(1993)。
- Dahl, R. A.著,李培元譯(2006),《民主及其批判》,台北:國立編譯館、韋伯。
- Dahl, R. A.著,顧昕譯(1995),《民主理論的前言》,香港:牛津大學出版社。
- Heywood, A.著,楊日青等譯(二版,2009),《政治學新論》,台北:韋伯。
- Huntington, S. P.著,劉軍寧譯(二版,2008),《第三波:二十世紀末的民主化浪潮》,台北:五南。
- Lane, J.-E. & Ersson, S.著,何景榮譯(2002),《新制度主義政治學》,台北:韋伯。
- Oleszek, W. J.著,湯德宗譯(1992),《國會程序與政策過程》,台北:立法院秘書處。
- Orth, J. V.著,楊明成、陳霜玲譯(2006),《正當法律程序簡史》,北京:商務印書局。
- Sørensen, G.著,李西潭、陳志瑋譯(2003),《最新民主與民主化》,台北:韋伯。
- Weale, A.著,謝政達譯(2005),《民主的十一堂課》,台北:韋伯。
- 94 年臺上字第 1117 號判決。
- 94 年臺上字第 1720 號判決。
- (2001),《立法權之維護與堅持:核四電廠釋憲案相關文獻彙編》,台北:立法院。
- (1995),〈民族主義基本概念的解釋〉,收錄於邵宗海、楊逢泰、洪泉湖編,《族群問題與族群關係》,台北:幼獅。
- 《第 7 屆立法委員選舉暨全國性公民投票案第 3 案、第 4 案實錄》,台北:中央選舉委員會,頁 409 (2008)。
- 「520 一年大事紀」,聯合新聞網。
<http://issue.udn.com/520/P1-1.htm>
- 「80 萬人嗆馬反傾中」(2009 年 5 月 18 日),自由電子報
<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/may/18/today-t1.htm>
- 「NCC 成立以來爭議」(2007 年 7 月 5 日),聯合新聞網。
http://mag.udn.com/mag/news/storypage.jsp?f_ART_ID=63490
- 「中正紀念堂 7 月重新掛牌 王幸男:將舉辦超渡法會抗議」(2009 年 6 月 19 日),今日新聞。資料來源:
<http://www.nownews.com/2009/06/19/301-2466850.htm>

- 「中正紀念堂 7 月重新掛牌！」(2009 年 6 月)，今日新聞。
<http://www.samseng.liho.tw/~samtz/blog/?p=2572>
- 「中正紀念堂更名 藍綠相爭大事記」，中央社，2009 年 7 月 20 日。
<http://n.yam.com/cna/politics/200907/20090720548931.html>
- 「天下雜誌民調顯示：6 成 1 民眾擔心經濟傾中 7 成 5 年輕人自認台灣人」(2009 年 12 月 16 日)，自由時報。
- 「水蓮元年－阿扁就職一週年大事記」，聯合新聞網。
<http://issue.udn.com/520/P5-1.htm>
- 「北高還勞健保費 政院稱有共識」(2009 年 8 月 8 日)，聯合報。
- 「台灣站起來 迎接向上提昇的新時代：中華民國第十任總統陳水扁 宣示就職典禮致詞全文」(2000 年 5 月 21 日)，聯合報。
- 「立院成立兩岸小組？王金平：執政都怕監督」(2010 年 2 月 3 日)，中廣新聞。
<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100203/1/1zxqw.html>
- 「地制法打出士氣 馬：黨要複製這個經驗」(2010 年 1 月 20 日)，聯合報
- 「自由之家：台灣公民自由度 因扁案調降」(2010 年 1 月 15 日)，TVBS 新聞。
<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100115/8/1yttr.html>
- 「考監／挺馬換監委？ 綠委批錢林慧君：期約賄選！」，NOWnews 今日新聞 (2008 年 7 月 2 日) <http://www.nownews.com/2008/07/02/301-2298252.htm>
- 「吳：支持度逾六成 才簽 ECFA」(2009 年 11 月 11 日)，自由時報。
- 「法國移民措施與現狀分析」(2004 年 3 月 12 日)，美國之音(載於大紀元新聞網)。
<http://www.epochtimes.com/b5/4/3/12/n483801.htm>
- 「法國擬立法 全罩式長袍開罰」(2010 年 1 月 27 日)，民視新聞。
<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100127/11/1zimv.html>
- 「金蟬脫殼？ 四不一沒有 扁提新詮釋」(2006 年 11 月 3 日)，聯合報。
- 「信任投票過關 比利時結束半年分裂」(2007 年 12 月 24 日)，自由電子報。
<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/dec/25/today-int1.htm>
- 「修憲改立委選制？民進黨團：有必要思考」(2008 年 1 月 14 日)，中央社(載於苦勞網) <http://www.cooloud.org.tw/node/14891>
- 「真調會訪南檢 泛綠群眾抗議」(2004 年 10 月 9 日)，自由時報。
- 「真調會違憲案 國親怒火攻「薪」報復大法官」(2005 年 1 月 18 日)，自由電子報。
<http://www.libertytimes.com.tw/2005/new/jan/18/today-t1.htm>
- 「馬英九專訪 國共平台作主？馬：我說了才算」(2008 年 11 月 20 日)，自由時報。
- 「陳總統宣示終止統一綱領」，我的 E 政府－台灣年鑑。
<http://www7.www.gov.tw/daytw/2007/relations/ch01/4-1-01-0.html>
- 「華盛頓公約：貓熊來台屬國內交易 綠批馬賣主權」(2008 年 12 月 24 日)，自由電子報。
<http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/dec/24/today-life1.htm>

「綠營嚴審考監人事案 藍營盼理性審查」(2008 年 11 月 9 日)，中央社。

<http://www.epochtimes.com.au/b5/8/11/9/n2324297.htm>

「學者：國共論壇成賣台平台」(2008 年 12 月 30 日)，台灣時報。

「親綠 4 大法官人選 藍營通殺」(2007 年 9 月 28 日)，中國時報。

「檢察總長 馬提名黃世銘」(2010 年 1 月 26 日)，自由時報。

「韓國遷都前途未卜」(2004 年 8 月 19 日)，國際先驅導報，資料來源：

<http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/herald/2004-08/19/content1824600.htm>

大法官第 1343 次會議議決不受理(2009 年 7 月 31 日，第十案)。

大法官審理案件法第 2 條。

中央行政機關組織基準法。

中央選舉委員會 <http://210.69.23.140/cechead.asp>。

公民投票法第 2、17 條。

公民提問 30 秒影音轉發區。 <http://www.peopo.org/2008vote/post/12655>

中華民國政黨名冊。資料來源：內政部民政司網站(至 2009 年 12 月 18 日)

http://www.moi.gov.tw/dca/02people_005-1.aspx?sn=10

中華民國憲法第 17、18、39、44、56、58、63、67、71、80、81、104 條。

中華民國憲法增修條文第 1、2、3、4、5、6、7、12 條。

王甫昌(2008)，〈族群政治議題在台灣民主化轉型中的角色〉，《台灣民主季刊》第 5 卷 2 期。

王勇成(1970)，《民主政治的起源與發展》，台北：嘉新水泥公司文化基金會。

王振民(2009)，「中國特色社會主義與依憲治國」。中國法學會官方網站

<http://www.chinalawsociety.org.cn/forum/shownews.asp?id=1311>

王振寰、瞿海源主編(二版，2003)，《社會學與台灣社會》，台北：巨流。

司法院大法官大法官第 1343 次會議議決不受理案件。

司法院大法官解釋釋字第 250 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 254 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 262 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 282 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 290 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 314 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 325 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 331 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 342 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 357 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 364 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 378 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 381 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 384 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 387 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 391 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 392 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 396 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 407 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 418 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 419 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 435 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 436 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 445 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 446 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 488 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 491 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 499 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 503 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 509 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 518 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 520 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 523 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 530 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 541 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 543 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 550 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 553 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 563 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 567 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 574 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 582 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 584 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 585 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 588 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 590 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 603 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 610 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 613 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 618 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 627 號解釋。

司法院大法官解釋釋字第 628 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 631 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 632 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 633 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 636 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 639 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 644 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 645 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 649 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 653 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 654 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 662 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 663 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 665 號解釋。
司法院大法官解釋釋字第 667 號解釋。
司法院組織法第 3 條。

民主進步黨 官方網站。 <http://www.dpp.org.tw/>

民事訴訟法第 436 之 14 條。

立法院全球資訊網 <http://www.ly.gov.tw/> (各單位簡介)。

立法院全球資訊網 立法流程。

http://www.ly.gov.tw/ly/01_introduce/0101_int/0101_int_09.jsp?ItemNO=01010900

立法院各委員會組織法第 2、3、3 之 1、3 之 3、3 之 4、4、4 之 1、6、10、10 之 1、10 之 2 條。

立法院組織法第 4、8、9、10、33 條。

立法院程序委員會組織規程第 2、4 條。

立法院職權行使法第 7、8、9、11、12、15 之 1、15 之 2、15 之 3、15 之 4、15 之 5、16、17、18、19、20、21、22、23、24、25、26、27、28、29、30、31、54、55、56、57、58、59、60、61、62、63、68、69、70、71 之 1、72、73 條。

立法院議事規則第 8、9、10、11、42、43、44、45、46、47、48、49、50、51、52 條。

立法院議場規則第 15 條。

朱雲漢，〈全球進入政治體制多元競爭時代〉(2010 年 2 月 12 日)，中國時報。

朱德明(2005)，《法院在分裂社會中之民主維持功能：司法治理現象的制度性分析》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文。

自由之家(Freedomhouse)民主評價機制。資料來源：Freedomhouse.org

http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=351&ana_page=341&year=20

- 江宜樺(2000),《自由主義、民族主義與國家認同》,台北:揚智。
- 江宜樺(2001),〈新國家運動下的臺灣認同〉,收錄於林佳龍、鄭永年編,《民族主義與兩岸關係—哈佛大學東西方學者的對話》,頁 181-216,台北:新自然主義。
- 何振盛(2008),《政黨體系重組與憲政體制發展—台灣個案研究(1986~2009)》,國立政治大學中山人文社會科學研究所博士論文。
- 吳 庚(1981),《政治的新浪漫主義:卡爾·史密特政治哲學之研究》,台北:五南。
- 吳乃德(1997),〈國家認同和民主鞏固:衝突、共生與解決〉,收錄於游盈隆主編,《民主鞏固或崩潰:臺灣二十一世紀的挑戰》,頁 15-30,台北:月旦。
- 吳乃德(2002),〈認同衝突和政治信任:現階段台灣族群政治的核心難題〉,《台灣社會學》第 4 期,頁 75-118。
- 吳乃德(2006),〈轉型正義和歷史記憶:台灣民主化的未竟之業〉,《思想季刊》第 2 期,頁 1-19。
- 吳玉山(2006),〈編者序〉,收錄於吳重禮、吳玉山主編《憲政改革:背景、運作與影響》,頁 I-IV,台北:五南。
- 吳東欽(2008),〈從議事阻撓觀點探討我國中央分立政府運作之影響〉,《臺灣民主季刊》第 5 卷 3 期,頁 71-120。
- 吳景欽(2001),《張君勱與英國大憲章》,輔仁大學若望保祿二世和平對話研究中心和平叢書 19,台北:若望保祿二世和平對話研究中心。
- 吳親恩(2006),〈選制改變的影響:從 SNTV 到「並立式單一選區兩票制」〉,收錄於吳重禮、吳玉山主編《憲政改革:背景、運作與影響》,頁 271-299,台北:五南。
- 呂亞力、吳乃德編譯(1993),《民主理論選讀》,台北:風雲論壇。
- 李怡俐(2006),《憲法修改的公民審議機制》,國立臺灣大學法律研究所碩士論文。
- 李俊佺(2007),〈國會人事同意權之探究〉,收錄於許志雄、蔡茂寅、周志宏編,《現代憲法的理論與現實—李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》,頁 717-738,台北:元照。
- 李建良(1999),〈民主政治的建構基礎及其難題—以「多元主義」理論為主軸〉,收錄於《憲法理論與實踐(一)》,頁 7-54,台北:學林。
- 李建良(2003),〈基本權利的理論變遷與功能體系—從耶林內克「身份理論」談起(上)〉,《憲政時代》第 29 卷 1 期,頁 1-30。
- 李建良(2003),〈基本權利的理論變遷與功能體系—從耶林內克「身份理論」談起(下)〉,《憲政時代》第 29 卷 2 期,頁 175-209。
- 李炳南、周祥光(1995),〈統獨意識與台灣的政治發展〉,收錄於邵宗海、楊逢泰、洪泉湖編,《族群問題與族群關係》,頁 215-240,台北:幼獅。
- 李炳南主持(1999),《總統民選後憲政改革的發展—第四次修憲之研究》,行政院

- 國家科學委員會專題研究計畫成果報告。
- 李鴻典，「老 K 戰力不足 中選會組織法再敗」，《新台灣新聞週刊》612 期 (2007 年 12.12)。 <http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=74596>
- 李鴻典，「專業放兩旁 大法官審查只見藍綠」，《新台灣新聞週刊》602 期 (2007 年 10 月 4 日)。 <http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=72753>
- 李鴻典，「監委同意權之爭再現對立」，《新台灣新聞週刊》457 期 (2004 年 12.28)。 <http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=20957>
- 李鴻禧(1997)，〈多數決原理之民主憲政真義－兼談立法院議事癥結〉，收錄於《憲法與議會》，頁 97-114，台北：植根。
- 李鴻禧(1997)，〈現代議會制度之生理與病理底比較憲法研究〉，收錄於《憲法與議會》，頁 183-322，台北：植根。
- 李鴻禧(1997)，〈議會自律權之比較憲法底研究〉，收錄於《憲法與議會》，頁 323-410，台北：植根。
- 周陽山(2001)，〈台灣政黨重組的條件〉，收錄於蘇永欽主編，《政黨重組：台灣民主政治的再出發？》，頁 33-42，台北：財團法人新台灣人文教基金會。
- 周萬來(2004)，《立法院職權行使法逐條釋論》，台北：五南。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞(二版，2008)，《憲法－權力分立》，台北：新學林。
- 林佳和，〈統合主義下的勞工與政治〉，《勞動者雙月刊》127 期(2003)
資料來源：<http://labor.ngo.org.tw/weekly/C230322.htm>
- 林紀東(再版，1985)，《中華民國憲法逐條釋義(第一冊)》，台北：三民。
- 林峰正，「立院的大法官審查待改進」，中國時報(2007 年 9 月 28 日)。
- 林富美(2002)，〈臺灣媒體工會意識與集體行動初探〉，《新聞學研究》73 期，頁 63-94。
- 林超駿(2006)，〈美國法上有關原意主義辯論之例示與啓示－以 Scalia 大法官之見解為中心〉，收錄於《超越繼受之憲法學－理想與實際》，頁 123-188，台北：元照。
- 林超駿(2006)，〈試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果「質」的幾個關鍵〉，收錄於《超越繼受之憲法學－理想與實際》，頁 33-122，台北：元照。
- 林傳智(2009)，《轉型正義之理論與實踐－以二二八事件之處理為例》，國立臺北大學法律學系碩士論文。
- 林新建(2008)，《第六屆立法院黨團協商機制之研究》，中國文化大學政治學研究所碩士論文。
- 林瑞雯(2003)，《立法院委員會與黨團協商制度之研究(1990-2002)》，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文。
- 林福鵬(2005)，《財政收支劃分法對地方財政之影響》，國立東華大學公共行政研究所碩士論文。

- 法治斌(2003)，〈直接民主 vs.司法審查〉，收錄於《法治國家與表意自由：憲法專論(三)》，頁 107-121，台北：正典。
- 法治斌(2003)，〈與大法官共治，難嗎？〉，收錄於《法治國家與表意自由：憲法專論(三)》，頁 163-191，台北：正典。
- 社團法人公民監督國會聯盟(2009)，《二〇〇七-二〇〇九 監督國會實錄[第一輯]》，台北：社團法人公民監督國會聯盟。
- 邱太三(2001)，〈國會質詢制度的改革芻議〉，收錄於蘇永欽主編，《國會改革—臺灣民主憲政的新境界？》，頁 275-284，台北：新臺灣人文教基金會。
- 邱文聰(2008)，〈被忽略的(立法)事實：探尋實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第 584 號解釋〉，《臺大法學論叢》第 37 卷 2 期，頁 233-284。
- 姜皇池，〈這一讓 還有什麼不能讓？〉(2009 年 9 月 23 日)，自由時報。
- 施正鋒(2003)，〈建構台灣政治史的嘗試—由 creole 到 mestizo 的墾殖社會〉，收錄於《台灣民族主義》，頁 1-36，台北：前衛。
- 施正鋒(2003)，〈搜尋台灣與中國的定位〉，收錄於《台灣民族主義》，頁 209-228，台北：前衛。
- 施正鋒(2006)，〈由多元文化主義、共和主義、到憲政主義的思辨—建構多元族群的民族國家〉，收錄於《臺灣族群政治與政策》，頁 21-60，台北：新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒(2007)，〈台灣民主化過程中的族群政治〉，《臺灣民主季刊》第 4 卷 4 期，頁 1-26。
- 柯宜家(2008)，《比利時族群認同與政治體制》，國立臺灣大學社會科學院政治學系碩士論文。
- 洪凱翔(2002)，《用統計方法看兩千年總統大選選舉策略的效應》，國立中央大學統計研究所碩士論文。
- 孫文(六版，1989)，《民權初步》，台北：三民。
- 孫善豪，〈兩大黨化，未必是臺灣之福〉(2008 年 1 月 12 日)，聯合新聞網。
http://mag.udn.com/mag/vote2007-08/storypage.jsp?f_ART_ID=106273
- 桂宏誠，〈大法官加給釋憲有自肥之嫌〉，《國政評論》，2005 年 7 月 26 日。
<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-C-094-039.htm>
- 高天生，「諷刺【國會闖關·勝負未明】姚嘉文一生波折 張博雅一路長紅」，《新台灣新聞週刊》325 期(2002 年 6 月 14 日)。
<http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=606>
- 高希均，〈饅頭、街頭、人頭—台灣最需要理性抬頭〉(2009 年 11 月 4 日)，聯合報。
- 國家安全會議組織法第 2 條。
- 張文貞(2007)，〈直接民主—臺灣實踐與全球脈絡〉，收錄於許志雄、蔡茂寅、周志宏編，《現代憲法的理論與現實—李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 79-101，台北：元照。

- 張文貞(2008)，〈另類憲改工程－擘建臺灣的法治與政治信任〉，收錄於葉俊榮、張文貞主編，《新興民主的憲政改造》，頁 307-333，台北：元照。
- 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 新世紀台灣憲改學術研討會(2004 年 10 月 31 日)。行政院研究發展考核委員會 <http://www.rdec.gov.tw/public/Attachment/512016503171.pdf>
- 張弘遠(2001)，〈中國大陸嫁接市場化改革〉，《中國大陸研究》44 卷 1 期，頁 35-68。
- 張嘉尹(2006)，《憲改與國家認同的統獨爭議》，台北：行政院研究發展考核委員會。
- 張嘉尹(2008)，〈憲政改造的途徑選擇－以台灣憲法變遷為脈絡的思考〉，收錄於葉俊榮、張文貞主編，《新興民主的憲政改造》，頁 91-124，台北：元照。
- 張維邦(2006)，《瑞士史：民主與族群政治的典範》，台北：三民。
- 張麟徵(2004)，〈防衛性公投考驗美台關係〉，《海峽評論》157 期。資料來源：<http://www.haixiainfo.com.tw/SRM/157-341.html>
- 梁文韜(2009)，〈法治、民主和權利的保障－Locke 的法治論初探〉，收錄於蕭高彥主編，《憲政基本價值》，頁 1-30，台北：中央研究院人文社會科學研究中心。
- 梁志鳴(2004)，《論法院在多元民主社會的溝通機能》，國立台灣大學國家發展研究所碩士論文。
- 許秀鶴(2005)，《從民主化探討地方財政惡化之政經分析》，國立成功大學政治經濟研究所碩士論文。
- 許宗力(1999)，〈兩岸關係法律定位百年來的演變與最新發展－台灣的角度出發〉，收錄於《憲法與法治國行政》，頁 239-258，台北：元照。
- 許宗力(1999)，〈基本權程序保障功能的最新發展－評司法院釋字第四八八號解釋〉，《月旦法學雜誌》第 54 期，頁 153-160。
- 許宗力(1999)，〈國會議事規則與國會議事自治〉，收錄於《法與國家權力(一)》，頁 301-352，台北：元照。
- 許宗力(1999)，〈憲法與公民投票〉，收錄於《憲法與法治國行政》，頁 53-86，台北：元照。
- 許宗力(2002)，〈權力分立與機關忠誠－以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉，收錄於《司法院大法官九十年學術研討會》，頁 1-31，台北：司法院。
- 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)》，頁 42-74，台北：元照。
- 陸以正，〈改革選制 滅台亂源〉(2009 年 11 月 9 日)，中國時報。
- 陳希文(1997)，《立法院組織法之研究－兼論國會改革之方向》，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文。
- 陳長文，〈天堂不撒守－立委選制 宜採德國式兩票聯立制〉(2009 年 11 月 16 日)，中國時報。
- 陳春生(2003)，《憲法》，台北：翰蘆。

- 陳英鈴(2007)，〈共識民主與憲政改革—以內閣制、政黨比例代表制及公民投票為核心〉，收錄於許志雄、蔡茂寅、周志宏編，《現代憲法的理論與現實—李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 127-144，台北：元照。
- 陳淑芳(2004)，〈再造憲政運作的理想環境—選舉制度、國會運作與國會內協商機制的改革芻議〉，收錄於《民主與法治：公法論文集》，頁 157-179，台北：元照。
- 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：公法論文集》，頁 207-236，台北：元照。
- 陳淑芳(2004)，〈德國聯邦憲法法院法官之選任〉，收錄於《民主與法治：公法論文集》，頁 309-323，台北：元照。
- 陳淑芳(2004)，〈聯合政府體制與國會制度〉，收錄於《民主與法治：公法論文集》，台北：元照，頁 23-35。
- 陳愛娥(1998)，〈大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發〉，《憲政時代》24 卷 3 期，頁 170-222。
- 陳愛娥(2001)，〈立法院應如何行使各種同意權？〉，收錄於蘇永欽主編，《國會改革—臺灣民主憲政的新境界？》，頁 309-324，台北：新臺灣人文教基金會。
- 陳愛娥(2002)，〈我國現行憲法下總統角色的定位—單純國家統一的象徵或真正的政府首長？〉，收錄於陳隆志主編，《新世紀新憲政—憲政研討會論文集》，頁 3-1~3-18，台北：元照。
- 陳愛娥(2004)，〈正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心〉，《憲政時代》29 卷 3 期，頁 359-390。
- 陳愛娥(2008)，〈行政一體原則與行政分殊化的趨勢—評司法院大法官釋字第 613 號解釋對行政一體原則的理解〉，收錄於城仲模教授古稀祝壽論文集編委會編，《二十一世紀公法學的新課題—城仲模教授古稀祝壽論文-II 行政法總論篇》，頁 131-156，台北：新學林。
- 陳新民(2001)，〈國家的法治主義—英國的「法治」(The Rule of Law)與德國法治國之概念比較〉，收錄於《法治國家論》，頁，台北：學林。
- 陳新民(2002)，《1990~2000 年台灣修憲紀實—十年憲政發展之見證》，頁 39-120，台北：學林。
- 陳新民(五版，2003)，《憲法學釋論》，台北：新學林。
- 陳滄海(1999)，《憲政改革與政治權力—九七憲改的例證》，台北：五南。
- 陳鳳珠(1996)，《我國立法院常設委員會之研究》，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文
- 郭銘松(1997)，《共和價值作為廣電媒體管制基礎的功能及其侷限—以「第四權理論」的檢討為例》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- 彭懷恩(2005)，《台灣政黨論》，台北：風雲論壇。
- 彭懷恩(2008)，《台灣政治變遷史》，台北：風雲論壇。
- 森山茂德著，吳明上譯(2005)，《韓國現代政治》，台北：五南。

曾建元，「民主的震盪療法－選區劃分與台灣政黨政治」，《台灣智庫通訊》第 20 期 (2006 年 12 月 1 日)。

http://www.taiwanthinktank.org/ttt/servlet/OpenBlock?Template=Article&lan=tc&category_id=20&article_id=695

黃年(1998)，《李登輝的憲法變奏曲》，台北：聯經。

黃有志(1995)，〈民族主義與族群認同(論多元文化主義的理念與實踐)〉，收錄於邵宗海、楊逢泰、洪泉湖編，《族群問題與族群關係》，頁 81-94，台北：幼獅。

黃秀端(2008)，〈時事評論：國會監督、立委表現與選舉課責〉，《臺灣民主季刊》5 卷 1 期，頁 161-169。

黃長玲，〈民主倒退 由小見大〉(2009 年 5 月 12 日)，中國時報。

黃昭元(2004)，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》33 卷 3 期，頁 45-147。

黃若羚(2007)，《轉型正義與法院之功能角色》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

黃舒芃(2009)，〈多元民主中的自由保障－Hans Kelsen 的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立〉，收錄於《民主國家的憲法及其守護者》，台北：元照，頁 55-97(2009)

黃舒芃(2009)，〈法治(Rule of Law)或法治國(Rechtstaat)概念在台灣的繼受〉，收錄於《變遷社會中的法學方法》，頁 281-300，台北：元照。

黃舒芃(2009)，〈德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡－從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起〉，收錄於《民主國家的憲法及其守護者》，頁 141-178，台北：元照。

黃瑞祺(1998)，〈理性討論與民主：哈伯馬斯之溝通理論的民主涵義〉，收錄於蕭高彥、蘇文流主編，《多元主義》，頁，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

黃經綸(2005)，〈「平風造雨」？無用的正當法律程序概念！？－以美、德有關之法釋義學概念檢視我國大法官相關解釋與未來之運用〉，收錄於劉得為等著，《德國與美國憲法判決中基本權利論述之比較研究：宗教自由、隱私權、婚姻自由、正當法律程序、財產權與言論自由》，頁，作者自刊。

黃德宗(2003)，〈高中歷史教學的回顧與檢討〉，收錄於台灣歷史學會編，《歷史意識與歷史教科書論文集》，頁，台北：稻鄉。

楊俊樂(2006)，《憲政體制與覆議之關聯性》，國立中正大學法律研究所碩士論文。

楊泰順(2001)，〈國會運作與黨團協商〉，收錄於蘇永欽主編，《國會改革－臺灣民主憲政的新境界？》，頁 127-150，台北：新臺灣人文教基金會。

楊泰順，〈立委減半 誰說得出理由？〉，國政評論 (2004 年 8 月 27 日)。

<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/093/IA-C-093-045.htm>

楊婉瑩(2004)，《立法院黨團協商制度對立法決策與參與行為之影響研究》，行政

- 院國家科學委員會專題研究計畫成果報告。
- 葉俊榮(1997)，〈北桃四鄉公害求償事件之研究：從科學迷思與政治運作中建立法律的程序理性〉，收錄於《環境理性與制度抉擇》，頁 199-230，台北：作者自刊。
- 葉俊榮(1997)，《環境行政的正當法律程序》，國立臺灣大學法學叢書。
- 葉俊榮(2002)，《面對行政程序法－轉型臺灣的程序建制》，台北：元照。
- 葉俊榮(2003)，〈台灣的轉型憲政主義：政黨輪替與全民政府的詮釋〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁 429-450，台北：元照。
- 葉俊榮(2003)，〈法統的迷思〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁 3-22，台北：元照。
- 葉俊榮(2003)，〈從「新國會」觀點論國會改革〉，收錄於《民主轉型與憲法變遷》，頁 393-428，台北：元照。
- 葉俊榮(2003)，〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁 209-252，台北：元照。
- 葉俊榮(2003)，〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：1949-1998〉，收錄於《民主轉型與憲法變遷》，頁 253-322，台北：元照。
- 葉俊榮(2003)，〈超越轉型〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁 23-60，台北：元照。
- 葉俊榮(2003)，〈憲政的上升或沉淪：六度修憲後的定位與走向〉，《民主轉型與憲法變遷》，頁 157-208，台北：元照。
- 葉俊榮(2008)，〈週期修憲的程序理性〉，收錄於葉俊榮，張文貞主編，《新興民主的憲政改造》，頁 11-36，台北：元照。
- 葉啓政(2005)，〈持續被國族認同撕裂的台灣〉，《新新聞雜誌》890 期，頁。
- 賈文宇(2010)，〈叫座不叫好的憲法判決？評南韓憲法法院「遷都案判決」〉，《憲政時代》第 34 卷 4 期，頁 447-478。
- 廖元豪(2000)，〈論我國憲法上之「行政保留」－以行政、立法兩權為中心〉，《東吳大學法律學報》12 卷 1 期，頁 1-43。
- 廖元豪(2008)，〈高深莫測，抑或亂中有序？－論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》第 2 期，頁 211-274。
- 廖元豪(2009)，〈建構以平等公民權(Equal Citizenship)為基礎的憲法權利理論途徑－對傳統基本權理論之反省〉，收錄於廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁 365-428，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 廖元豪，「名家新論－社會主義在台灣」(2009 年 11 月 26 日)，旺報－中時電子報。
- <http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,11052102+112009112600478,00.html>
- 廖錦桂(2007)，〈民主之必要，審議之必要：一個行動者的思考路徑〉，收錄於廖錦桂、王興中編，《口中之光：審議民主的理論與實踐》，頁：，台北：臺灣智庫。

- 廖雙慶(2007)，《2005年國民黨與民進黨合作修憲之探討－從新制度論分析》，國立台灣大學社會科學院政治學系碩士論文。
- 劉文斌(2004)，《台灣國家認同變遷下的兩岸關係》，國立政治大學中山人文社會科學研究所博士論文。
- 劉宗華(2005)，《族群衝突與政治整合－比利時與臺灣之比較研究》，國立政治大學政治學系博士論文。
- 劉新圓，〈民進黨的去中國化〉，《國政評論》，2007年9月12日。
<http://www.npf.org.tw/post/1/2955>
- 劉新圓，〈轉型正義與去中國化〉，《國政評論》，2007年5月7日。
<http://www.npf.org.tw/post/2/2166>
- 德國基本法第103條。
- 歐洲聯盟研究協會 <http://www.eusa-taiwan.org/P2-a2.htm>
- 蔡宗珍(2005)，「第五屆國會與行政權及司法權之互動－若干憲政爭議之觀察」座談會會後補充資料，《月旦法學雜誌》第125期，頁。
- 蔡芬芳(2002)，《比利時語言政策》，台北：前衛。
- 盧建榮(1999)，《分裂的國族認同 1975~1997》，台北：城邦。
- 蕭高彥(1998)，〈多元文化與承認政治論〉，收錄於蕭高彥、蘇文流主編，《多元主義》，頁489-492，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 蕭國忠，〈防禦性民主與德國民主的正常化：從不寬容激進勢力到與之共存〉，發表於中國文化大學政治系「二次政黨輪替與台灣民主的再深化：理論、制度與經驗」學術研討會(2008年10月23日)，台北：中國文化大學曉峰紀念館國際會議廳。中國文化大學
<http://www2.pccu.edu.tw/cryaps/cn/events/08Conf/agenda/02.pdf>
- 謝相慶，「我國第7屆立法委員新選舉制度及其可能效應」，國政研究報告(2008)。財團法人國家政策研究基金會 <http://www.npf.org.tw/post/2/3887>。
- 羅世宏(2008)，〈自由報業誰買單？新聞與民主的再思考〉，《新聞學研究》第95期，頁213-238。
- 羅傳賢(2004)，《國會與立法技術》，台北：五南。
- 蘇永欽(1999)，〈短評選輯：2. 讀會沒有開議人數問題〉，收錄於《違憲審查》，頁，台北：學林。
- 蘇永欽(1999)，〈總統選舉後的憲政展望〉，收錄於《違憲審查》，頁317-318，台北：學林。
- 蘇永欽(2001)，〈政黨重組：社會分歧的反映，體制分裂的反彈〉，收錄於蘇永欽主編，《政黨重組：台灣民主政治的再出發？》，台北：財團法人新台灣人文教基金會，頁v。
- 蘇永欽(2002)，〈國代延任釋憲書狀三件〉，收錄於《走入新世紀的憲政主義》，頁57-90，台北：元照。
- 蘇永欽(2002)，〈從五二〇號解釋看行政立法關係〉，收錄於《走入新世紀的憲政

- 主義》，頁 187-206，台北：元照。
- 蘇永欽(2002)，〈憲政主義與國家認同〉，收錄於《走入新世紀的憲政主義》，頁 153-174，台北：元照。
- 蘇永欽(2008)，〈我國憲政體制下的獨立行政機關〉，收錄於《尋找共和國》，頁 417-532，台北：元照。
- 蘇永欽(2008)，〈政府體制的抉擇〉，收錄於《尋找共和國》，頁 51-80，台北：元照。
- 蘇永欽(2008)，〈從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查〉，收錄於《尋找共和國》，頁 161-254，台北：元照。
- 蘇永欽(2008)，〈轉型社會與憲政改革〉，收錄於《尋找共和國》，台北：元照，頁 31-50。
- 蘇永欽，〈一國兩區掀波 執政時不敢動 綠現在盧什麼？〉(2008 年 9 月 15 日)，聯合報。
- 蘇宏杰(2005)，《從正當法律程序看行政處分之聽證問題》，國立臺灣大學法率學研究所碩士論文。
- 顧忠華(2008)，〈公民監督國會聯盟成立的意義〉，《新世紀智庫論壇》第 34 期，頁。
- 顧昕(1995)，〈譯者後記：以社會制約權力－達爾的多元主義民主理論與公民社會〉，收錄於 Dahl, R.A. 著，顧昕譯，《民主理論的前言》，頁，香港：牛津大學出版社。
- 顧爾德，〈觀念平台－護民主 最重要〉(2009 年 5 月 18 日)，中國時報。

英文文獻

- Amar, A.R. (2005). *America's constitution: A biography*. New York, NY: Random House.
- Anderson, B. (1991). *Imagined communities: Reflections on the origin and spread of nationalism* (2nd ed.). New York, NY: Verso.
- Benhabib, S. (1996) Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In Benhabib, S. (Ed.), *Democracy and difference* (pp. 67-94). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Bickel, A. M. (1975). Watergate and the Legal Order. *Commentary*, 57, 19-.
- Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett* 531 U.S. 356 (2001).
- Chambers, S. (2001). Constitutional referendum and democratic deliberation. In Mendelsohn, M. & Pakin, A (Eds.), *Referendum democracy: Citizens, elites and deliberation in referendum campaigns* (pp. 231-255). New York, NY: Palgrave.
- Chang, M.-K. M. (2006). Taiwanese Nationalism and Democratic Values. In Hsiao, H.-H M. (Ed.), *Asian New Democracies: The Philippines, South Korea and*

- Taiwan Compared* (pp. 231-254). Taipei, Taiwan: Taiwan Foundation for Democracy Publication.
- Choe, S.-H.(2005, September 1). News analysis: Roh strikes at Korea's regional politics. *The New York Times*. Retrieve March 5, 2010, from <http://www.ihf.com/articles/2005/08/31/news/korea.php>
- Choudhry, S. (2008). Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law. In Choudhry, S. (Ed.), *Constitutional design for divided society: Integration or accommodation?* (pp. 3-40). New York, NY: Oxford University Press.
- Cohen, J. (1996). Procedure and substance in deliberative democracy. In Benhabib, S. (Ed.), *Democracy and difference* (pp. 95-119). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, December 31, 1974, 993 UNTS 243, 27 UST 1087
- Cooke, M. (2002). Five arguments for deliberative democracy. In D'entrèves, M. P. (Ed.), *Democracy as deliberation* (pp. 53-87). Manchester, England: Manchester University Press.
- D'entrèves, M. P. (2002). Introduction: Democracy as public deliberation. In D'entrèves, M. P. (Ed.), *Democracy as deliberation* (pp. 1-38). Manchester, England: Manchester University Press.
- Dahl, R. A. & Tufte, E. R. (1973). *Size and democracy*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.
- Dahl, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Dahl, R.A. (2002). *A democratic critique of the American Constitution*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Devins, N. (2005). Congressional fact finding and the scope of judicial review. In Devins N. & Whittington K. E. (Eds.), *Congress and the constitution* (pp.220-241). Durham, NC: Duke University Press.
- Ely, J. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Eskridge, W. N. Jr., Frickey P. P. & Garrett E. (2007). *Cases and materials on legislation: Statutes and the creation of public policy*. (4th ed.). St. Paul, MN: Thomson/West.
- Esman, M. J. (2000). Power sharing and the constructionist fallacy. In Crepaz, M. M. L., Koelble, T. A. & Wilsford D. (Eds.), *Democracy and institutions: The life work of Arend Lijphart* (pp. 91-112). Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.

- Ferejohn, J. (2000). Instituting deliberative democracy. In Shapiro, I. & Macedo, S. (Eds.), *Designing democratic institutions* (pp.75-104). New York, NY: New York University Press.
- Fishkin J. S. & Farrar, C. (2005). Deliberative polling: From experiment to community resource. In Gastil, J. & Levine P. (Eds.), *The deliberative democracy handbook: strategies for effective civic engagement in the 21st century* (pp. 68-79). San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- Friendly, H. J. (1975). Some kind of hearing. *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 1267-1317.
- Fullilove v. Klutznick* 448 U.S. 448 (1980)
- Gastil, J. (2008). *Political communication and deliberation*. Los Angeles, CA: Sage.
- Gehardt, M. J. (2000). *The federal appointments process: A constitutional and historical analysis*. Durham, NC: Duke University Press.
- Gold, M. B. & Gupta, D. (2004). The constitutional option to change Senate rules and procedures: A majoritarian means to over come the filibuster. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 28, 205-272.
- Gutmann, A. & Thompson, D. (1996). *Democracy and disagreement*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Gutmann, A. (1992). Democratic politics and ethics. In Shea, W. R. & Spadafora, A. (Eds.), *From the twilight of probability: Ethics and politics* (pp.). Sagamore Beach, MA: Science History Publication.
- Habermas, J. (2001). Why Europe needs a constitution? *New Left Review*, 11, 5-26.
- Hobsbawn, E. J. (1990). *Nation and nationalism since 1780: Programme, myth, reality*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Horowitz, D. L. (2007). The many use of Federalism. *Drake Law Review*, 55, 101-113.
- Horowitz, D. L. (2008). Conciliation institutions and constitutional processes in post-conflict states. *William & Mary Law Review*, 49,1213-1248.
- Inoue, T. (2005). Two models of democracy: How to make Demos and Hercules collaborate in public deliberation. In Wintgens, L. J. (Ed.), *The theory and practice of legislation: Essays in legisprudence* (pp. 107-124). Burlington, VT: Ashgate.
- Jackson, A. (2007, December 30). New Regionalism in Korea. *The Korea Times*. Retrieve March 5, 2010, from http://www.koreatimes.co.kr/www/news/opinon/2008/12/220_16389.html
- Joseph A. Schumpeter, J. A. (1950). *Capitalism, socialism and democracy*. New York, NY: Routledge (3rd. ed.).
- Koelble, T. A. (2000). The new South Africa constitution: A case of consensus

- Democracy? In Crepaz, M. M. L., Koelble, T. A. & Wilsford D. (Eds.), *Democracy and institutions: The life work of Arend Lijphart* (pp.129-154). Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Lewis, W. A. (1965). *Politics in West Africa*. Sydney, Australia: Allen & Unwin.
- Lijphart, A. (1999). *Patterns of democracy*. (2nd ed.). New Haven, CT: Yale University Press.
- Lijphart, A. (2000). Varieties of nonmajoritarian democracy. In Crepaz, M. M. L., Koelble, T. A. & Wilsford D. (Eds.), *Democracy and institutions: The life work of Arend Lijphart* (pp.225-246). Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Lijphart, A. (2008) Constitutional design for divided societies, In *Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice* (pp. 75-88). New York, NY: Routledge. (Reprinted from *Constitutional choices for new democracies. Journal of Democracy*, 15 (2), 146-158 (2004).
- Lijphart, A. (2008). Conclusion: power sharing, evidence and logic. In *Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice* (pp.1-22). New York, NY: Routledge.
- Lijphart, A. (2008). Introduction. In *Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice* (pp.1-22). New York, NY: Routledge.
- Lijphart, A. (2008). Majority Rule in Theory and Practice: the tenacity of a flawed paradigm. In *Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice* (pp. 111-124). New York, NY: Routledge.
- Lijphart, A. (2008). Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observation. In *Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice* (pp.141-155). New York, NY: Routledge..
- Lijphart, A. (2008). The quality of democracy: Consensus democracy makes a difference. In *Thinking about democracy: Power sharing and majority rule in theory and practice* (pp.89-108). New York, NY: Routledge.
- Linde, H. A. (1976). Due process of lawmaking. *Nebraska Law Review*, 55,197-255.
- Linder, W. & Vatter, A. (2001). Institutions and outcomes of Swiss Federalism: The role of the cantons in Swiss politics. *West European Politics*, April 2001, 95-122.
- Mcgarry, J., O'Leary, B. & Simeon, R. (2008). Integration or accommodation? The enduring debate in conflict regulation. In Choudhry, S. (Ed.), *Constitutional design for divided society: Integration or accommodation?* (pp. 41-90). New York, NY: Oxford University Press.
- Murray, C. & Simeon, R. (2008). Recognition without empowerment: Minorities in a democratic South Africa. In Choudhry, S. (Ed.), *Constitutional design for divided society: Integration or accommodation?* (pp. 409-437). New York, NY: Oxford

- University Press.
- Neustadt, R. (1991). *Presidential power*. New York, NY: Free Press.
- Patten, A. (2008). Beyond the dichotomy of universalism and difference: Four responses to cultural diversity. In Choudhry, S. (Ed.), *Constitutional design for divided society: Integration or accommodation?* (pp. 91-110). New York, NY: Oxford University Press.
- Pildes, R. H. (2008). Ethnic identity and democratic institutions: A dynamic perspective. In Choudhry, S. (Ed.), *Constitutional design for divided society: Integration or accommodation?* (pp. 173-204). New York, NY: Oxford University Press.
- Post, R. C. (2009). A progressive perspective on freedom of speech. In Balkin, J. M. & Siegel, R. B. (Eds.), *The Constitution In 2020* (pp. 179-186). New York, NY: Oxford University Press.
- Przeworski, A. (1985). *Capitalism and social democracy*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Rei, W. & Yeh, J.-R. (2009). Promises and pitfalls of using national bioethics commissions as an institution to facilitate deliberative democracy—Lessons from the policy making of human embryonic stem cell research. *National Taiwan University Law Review*, 4(2), 69-105.
- Reynolds, A. (2000). Majoritarian or power-sharing government. In Crepaz, M. M. L., Koelble, T. A. & Wilsford D. (Eds.), *Democracy and institutions: The life work of Arend Lijphart* (pp.155-196). Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Rome Statute. Retrieved March 5,2010, from <http://untreaty.un.org/cod/icc/index.html>
- Ross, C. (2003). Putin’s federal reforms and the consolidation of federalism in Russia: One step forward, two steps back! *Communist & Post-Communist Studies*, 36, 29-47.
- Rubenstein, K. & Adler, D. (2000). International citizenship: The future of nationality in a globalized world. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 7, 519-547.
- Sajo, A. (2004). Neutral institutions: Implications for government trustworthiness in East European democracies. In Kornai, J. & Rose-Ackerman S. (Eds.), *Building a trustworthy state in post-socialist tradition* (pp). New York, NY: Palgrave Macmillan.
- Sen, A. (2001). *Development as freedom*. New York, NY: Oxford University.
- Shapiro, I. (2003). *The state of democratic theory*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Simon, W. H. (1999). Three limitations of deliberative democracy. In Macedo, S. (Ed.), *Deliberative politics: Essays on democracy and disagreement* (pp49-57).

- New York, NY: Oxford University Press.
- Sinclair, B. (2006). *Party wars: Polarization and the politics of national policy making*. Norman, OK: University of Oklahoma Press.
- Smith, A. D. (1991). *National identity*. Reno, NV: University of Nevada Press.
- Sonn, H. (2003). Regional cleavage in Korean politics and elections. 43(2) *Korea Journal*, 43(2), 32-54. Retrieved March 5, 2010, from <http://www.ekoreajournal.net/archive/detail.jsp?BACKFLAG=Y&VOLUMENO=43&BOOKNUM=2&PAPERNUM=2&SEASON=Summer&YEAR=>
- Sweden, W. (2002). Asymmetric Federalism and coalition-making in Belgium. *Publius*, 32(3), 67-88.
- U.S. Const. amend. V.
- U.S. Const. amend. XIV, §1.
- United States v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000).
- Wasserman, R. (2004). *Procedural due process: A reference guide to the United States Constitution*. Westport, CT: Praeger.
- Whitten, R. U. (1981). The constitutional limitations on state-court jurisdiction: a historical-interpretative reexamination of the full faith and credit and due process clauses (part two). *Creighton Law Review*, 14, 735-852.
- Wible, B. (2005). Flibuster vs. Supermajority rule: From polarization to a consensus-and moderation-forcing mechanism for judicial confirmations. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 13, 923-965.
- Young, I. S. (1996). Communication and the other: Beyond deliberation democracy. In Benhabib, S. (Ed.), *Democracy and difference* (pp. 120-135). Princeton, NJ: Princeton University Press.