

論民主原則之圖像

——以德國與美國法之民主正當性傳遞模式為借鏡

張志偉*

目 次

壹、問題之提出

貳、訴諸德國式「普遍國民意志」抑或美國式「多元民意基礎」之國民民主權原則

- 一、「普遍國民意志」之國民民主權取向的德國憲政傳統
- 二、「多元民意基礎」之國民民主權取向的美國憲政傳統
- 三、小結

參、德國式的多元民主正當性傳遞途徑與美國式的以選舉與參與為中心之民主正當性傳遞模式

- 一、德國式的多元民主正當性傳遞模式
 - (一) 法釋義學上的正當性概念
 - (二) 民主正當性之主體與客體
 - (三) 民主正當性之各種傳遞模式

- 1、功能與制度之民主正當性
- 2、組織與人事之民主正當性
- 3、事物與內容之民主正當性

(四)、小結

二、美國式的以選舉和參與為中心之民主正當性傳遞模式

- (一) 行政權之民主正當性傳遞模式
- (二) 司法違憲審查權之民主正當性傳遞模式
- (三) 一般法官之民主正當性傳遞模式
- (四) 美國模式之初步結論

三、德美兩國國民民主權與民主正當性模式之總結

肆、我國憲法架構下國民民主權與民主原則之展現

* 中正大學法學碩士，現為執業律師。二名匿名審稿教授對本文提供諸多寶貴意見，所指出若干思維及論證上的盲點，作者衷心感謝並虛心接受，並於內文相關處予以補充，惟文責當由作者自負。

一、憲法第二條國民主權之詮釋

二、作為國家權力之根本基礎－民主正當性之建構與傳遞模式

（一）證立民主正當性之主體與需要民主正當性支持之客體

（二）民主正當性之各種傳遞模式

1、功能與制度之民主正當性

2、組織與人事之民主正當性

3、事物與內容之民主正當性

（三）民主正當性形式的相互合作與彌補

伍、結論

摘要

憲法第二條規定：「中華民國之主權屬於國民全體」揭示了我國憲法下國民主權原則之展現，但具體之國民意志如何傳遞並影響國家權力之行使，並非十分清晰。是以，本文立基於所有國家權力均同樣必須具備國民主權原則下之民主正當性，蓋我們無從承認說國家權力之中有所謂的「欠缺民主正當性之國家權力」。從而學理及比較法上雖有不同民主正當性之詮釋模式與傳遞路徑，但本文旨在於證立與詮釋在我國憲法下，究竟各個國家權力係如何回溯暨接受國民意志控制之傳遞模式和路徑，以摒棄「選舉是唯一的民主正當性途徑」之錯誤民主迷思。蓋完善之民主體制絕非僅止於定期改選而已，探求國家權力以何種方式回溯及於國民意志並對於國民負責；另方面，進而保障人民之政治自由與社會共識之建立，毋寧是我們必須加以追求並努力之所在。

關鍵詞：大法官、國民主權、民主正當性傳遞路徑、功能與制度之民主正當性、組織與人事之民主正當性、事物與內容之民主正當性、程序參與、選舉、國民意志

壹、問題之提出

若檢視眾多憲法規範與憲法原則之中，「民主」一詞所引起的分歧恐怕是最受爭議的一個概念。「民主」一詞並非單義的概念，毋寧應視其在各別時間、地點及條件下，以不同的方式所加以呈現之不同面貌加以審視¹。無論是以政治學、哲學抑或是社會學等學門中，均有其不同的觀察角度²。而在國家法學中探討民主或民主原則的內涵，主要還是集中於憲法本身所烙印出的「民主」概念，亦即透過憲法規範內涵之探究以具體型塑出「民主原則」概念與內涵。

我國憲法第一條規定，中華民國為民有、民治、民享之「民主」共和國。由此，「民主」一詞遂成為國家或政府型態的描述，也是國家最高層級統治機關之秩序原則（Ordnungsprinzip）。簡言之，民主所代表的是一種「國民主治（Herrschaft des Volkes）」的意涵。連結憲法第二條「中華民國之主權屬於國民全體」之國民主權原則（Das Prinzip der Volkssouveränität）一併觀察，民主國的內涵特別是指涉國家權力應以一種特殊的形式加以安排、運作，其使得國家權力之組織建制或運作皆需一概地導自於國民之意志（Willen des Volkes），同時也要求隨時得以反推回溯得出³。換言之，探究各個國家權力之民主正當性來源，其目的在於促成及確保國民對於國家權力行使之實效性影響⁴。為達成此目標，學理上遂開展出各種不同的民主正當性

¹ Vgl. H. Maurer, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005 § 7 Rn. 1.

² Vgl. H. Maurer, a.a.O.(Fn. 1), § 7, Rn. 2.; Dieter Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, in: JZ 1976, S. 699.

³ 程明修，「憲法基礎理論與國家組織－國家法講義（一）」，頁 121 以下，台北，新學林出版，2006/10。

⁴ Vgl. E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders. Staat,

傳遞路徑，俾使其得以對於國家權力—作為民主正當性所支持之客體—是如何回溯及於國民意志之上一作為證立國家機關民主正當性之主體，作一番有體系的釋義學上的詮釋。質言之，藉由探究民主正當性傳遞模式之說明，可以對於國民意志是如何傳遞與建構之詮釋與闡述，應可作為理解國家權力是如何與國民意志聯結的出發點。

再者，探討民主正當性之傳遞路徑在我國釋憲實務中亦具有重要之意涵，例如國內留美學者所提出之質疑：如何可由未經國民選舉產生的法官，去廢棄一個其成員通常係以直接、民主的方式所選出之機關（即國會）所議決的法律，此一違憲審查制度是否其本質上存在著所謂「抗多數決困境」⁵；此外，在針對國家通訊傳播委員會組織法和三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例之釋憲案中，由於其特殊之選任模式，也引發其組織與其成員是否欠缺民主正當性之質疑⁶。因此本文之作即主要在於藉由分析具有典範意義之德國法與美國法上，關於民主權與民主正當性理論之探討，以釐清我

Verfassung, Demokratie, 1991 Suhrkamp, Rn. 94.

⁵ 參照湯德宗，「立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探」，收錄於湯德宗（著），權力分立新論，頁7以下，台北，元照增訂二版，2000/12（其更稱「反多數的難題」堪稱違憲審查制度的原罪）；林超駿，「從美國違憲審查之反多數決理論，看終局釋憲法官選任程序」，政治大學法研所碩士論文，1996/06；黃昭元，「司法違憲審查的正當性爭議—理論基礎與方法論的初步檢討」，臺大法學論叢，第32卷第6期，頁106，2003/11。對此一違憲審查之正當性質疑的檢討，另請參見張志偉撰，「論司法違憲審查之正當性爭議」，中正大學法律學研究所碩士論文，2006/08。

⁶ 參見司法院大法官釋字第613號及585號解釋。另學者陳英鈐亦有針對真調會之組織探討其民主正當性可資參考。參見氏著，「民主鞏固與違憲審查—釋字第五八五號解釋的困境」，月旦法學雜誌，第125期，頁66~69，2005/10。關於類似於國家通訊傳播委員會之獨立機關，其民主正當性上的質疑與闡述，另可參見Thomas Mayen, Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen, in: DÖV 2004, S. 45ff.

國憲法意涵下國民主權原則之內涵，乃至於民主正當性傳遞路徑究應如何加以詮釋，俾使能夠建構一套對於所有國家權力—當然亦包含違憲審查權—均得以適用與詮釋之民主正當性理論。

貳、訴諸德國式的「普遍國民意志」抑或美國式「多元民意基礎」之國民主權原則

在檢視在我國憲法秩序，是否以及如何從民主原則和國民主權中導出各個國家權力如何取得民主正當性之要求前，我們有必要先行界定所謂「國民主權」之概念，以及其與民主原則間之關聯性。我國憲法除於第一條開宗明義地揭示民主原則的基本價值理念外，當係以第二條關於「中華民國之主權屬於國民全體」之規定，為其針對「民主」所為最直接且明確的闡釋。儘管如此，憲法中並未明白規定國民主權究應如何得到落實，亦即國民透過憲法將主權託由國家機關行使，國家公權力應如何持續受到國民的控制，以使國民主權的要求獲致確保。質言之，單從憲法第二條，我們無法得知國家公權力所必須依循的國民意志應從何而來⁷。在此，我們可以先行觀察在憲政傳統上帶有截然不同之「國民主權」價值取向色彩的德國憲法與美國憲法，以便做為詮釋我國憲法下之「國民主權」是何取向的參考基準。

一、「普遍國民意志」之國民主權取向的德國憲政傳統

依照德國基本法第二十條第二項所揭示的國民主權原則，所有

⁷ 黃舒芃，「我國行政權民主正當性基礎的檢視—以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，憲政時代，第25卷第2期，頁62~64，1999/10。

國家權力來自於國民。國家權力，由國民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。一方面具體闡示了民主原則；另一方面，也同時揭示了國家權力的民意基礎原則上只能來自於國民的選舉行為。公民投票在代議民主制的設計下，毋寧屬例外的情形⁸。從而可知，德國基本法架構下所指涉的國民主權，乃訴諸於一**總體、客觀、普遍之國民意志**，並進而以該普遍國民意志作為國家權力必須服膺之至高權威⁹。由此可知，國民主權主要係由以下雙重思維交織而成：首先，「群體」（*Gemeinwesen*）之最高統治力必須擁有正當性的基礎（*Legitimation*），且此正當性的基礎只能來自國民，而不是國民以外的其他機制、組織團體乃至於個人而獲致；再者，國民共同生活所需之秩序，必須獲得在這個秩序下共同生活之國民的肯認，亦即，此一秩序必須是國民所擁有之自由與自我決定權所展現¹⁰。

而國民主權思想的雛形可回溯於中世紀晚期為對抗教皇之絕對權威主張而發展出來的理性法法則，即政治的統治力必須植基於各個人之自主（*Autonomie*）與自決（*Selbstbestimmung*）上。但自盧梭以降¹¹，透過「原始狀態過渡到國家組織」的理論建構，該理性法

⁸ Vgl. E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: ders. *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991 Suhrkamp, Rn. 1. 關於代議民主與公民投票間之關係，另請參閱陳愛娥，「代議民主體制是民主原則的不完美形式？－加強、補充代議民主體制的可能途徑」，*警大法學論叢*，第4期，頁18以下，1999/03。

⁹ Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in: *AöR* 116(1991), S.348ff.

¹⁰ Vgl. E.- W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: ders. *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991 Suhrkamp, Rn. 3.另關於德國法下國民主權原則在基本法時期與威瑪時期著名學者間之討論與分析，請參見 Peter Unruh, *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz*, 2003, Berlin, S.29f, 69f, 106f, 143f, 166f.

¹¹ 參閱蔡宗珍，「國民主權於憲政國家之具體結構與相關問題之檢討」，收錄於蔡宗珍（著），*憲法與國家（一）*，頁47，台北，元照，2004/04。關於國民主權的

則所適用的對象，不再是各個人，而是作為集合名詞理解的「國民」(Volk)：國民全體應享有自由、自決與主權¹²。因此，在國民主權

理念在歐陸的實踐，基本上是遵循著盧梭的理念的，Vgl. E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: ders. *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991 Suhrkamp, S. 293, Rn. 3ff. 於此必須進一步說明的是，盧梭的理念基本上是抱持著所謂「治者與被治者同一性」(Identität von Regierenden und Regierten)的觀念，其認為在民主的國度中，統治者的利益與被統治者的利益應屬一致，而法律即為全意志的展現。就此參見盧梭著（何兆武譯），「社會契約論」，1987/03，頁25、57以下，唐山出版社。而此一思想亦深刻影響及於德國威瑪時期著名憲法學者卡爾·史密特的民主理念，亦是基於所謂「同一性理論」，其對於民主所作的定義即為：「民主（作為國家型態暨統治或立法形態），乃統治者與被統治者、支配者與被支配者、施令者與服從者的同一性」，就此請參見李建良，「民主政治的建構基礎及其難題—以「多元主義」理論為主軸」，收錄於李建良（著），*憲法理論與實踐*（一），頁22以下，學林文化，1999/07；另關於此種主權概念對於德國從君主立憲到威瑪共和的影響，請參見卡爾·史密特著（劉鋒譯），「憲法學說」，頁73以下，台北，聯經，2004/12。

- ¹² 此外關於總體、客觀、普遍之國民意志作為德國法上國民主權的理解，是否會形成主權與人權之間的衝突，本文初步認為應不至如此。蓋如前所述，國民主權最核心的要求即在於確保國民之自主與自決的前提下，要求國家公權力持續受到國民的控制，以便回溯到國民意志上，促成以及確保國民對於國家權力行使實效性的影響。由此看來，**確保個人自由**（特別是政治程序之自由）同屬於國民主權原則之要求，就此請參見 Martin Morlok, *Demokratie und Wahlen*, in: der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: P. Badura/H. Dreier(Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, Bd II, S. 561. 另學者陳愛娥教授亦指出，盧梭所提出之民主論的正當性根據也在於：個人自由的確保一個人雖然與他人結合成集體，但還是能獲得（僅能藉由表彰公意之法律來限制的）國民的自由，就此參見氏著，「代議民主體制是民主原則的不完美形式？—加強、補充代議民主體制的可能途徑」，*警大法學論叢*，第4期，頁21，1999/03。此亦可見出以作為國民總意志表彰的「法律」，以保障人民自由之制度預想。然而在威瑪末期，由於未建立規範違憲審查體制、實質法治國原則尚未提出，以及基本權利條款僅具方針效力等因素，所形成多數暴力的問題，然此一歷史之發展應非全然係作為總體、客觀、普遍之國民主權之理解所致。此亦可由本文主要所援引之 Böckenförde 的見解觀察得出，蓋其雖強調國民意志，但也同時提醒多數決之界

的有效主張下，國家在理論上是由國民所建立、國民所組成，「國民」應成為所有統治正當性最後的根源。而統治力的行使，首要且核心的手段是制定規範，成為普遍的行為準則，並要求服從。由於法體系中，憲法居於最高位階，因此國民主權實踐上最清楚的表徵，便是國民制定憲法，且據此拘束政治的統治實力¹³。

在這樣的國民主權思維模式下，國家公權力的民意來源因此必須受到「距離保護」（Distanzschutz）原則的規約，也就是以國家公權力與社會上特定利益之間距離的保持，作為體現憲法上民主精神的根本要求¹⁴。因此就「民眾參與」此一機制而言，從德國法釋義學

限。Vgl. E.- W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in:ders. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 Suhrkamp, Rn. 54ff. 而基本人權之保障在德國基本法下毋寧是更為強調的，此從其第 1 條以下人性尊嚴及基本權利條款即可見出。

¹³ 因此國民主權的表徵不在於國家權力是否直接由國民行使，而是制憲權是否歸屬國民，換言之，國民主權原則僅規範主權之歸屬者，而非規定國家權力的行使方式。因此理論上言，國民依據制憲權可以決定將行政權交由君主來行使，1791 年法國憲法即為最好的例子：此憲法中一方面明確主張國民主權，而另一方面將行政權交由國王行使，且承認其代表國家。見 E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in:ders. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 Suhrkamp, S. 294, Rn. 5；另請參閱蔡宗珍，「國民主權於憲政國家之具體結構與相關問題之檢討」，收錄於蔡宗珍（著），憲法與國家（一），頁 47，台北，元照，2004/04。此外，在論及公民投票之憲法基礎時，陳愛娥教授亦提及我國憲法第二條國家主權屬於國民全體之規定，其僅係規定主權的歸屬，而非規定國家權力的行使方式，因此不能憑此改變我國憲法中代議體制的原則。就此參見氏著，「代議民主體制是民主原則的不完美形式？－加強、補充代議民主體制的可能途徑」，警大法學論叢，第 4 期，頁 30，1999/03。換言之，從表彰國民擁有制憲權之「國民主權」，到「國民主權在憲法中的具體化」兩者應有所不同，後者係指藉由憲法中具體民主規範，使得一切國家權力具體化、制度化地回溯及於國民意志，因此此處的國民意志自然必須是「全體國民」才能提供傳遞的民主正當性，蓋制憲權的主體自然是作為集合名詞理解的「全體國民」，但落實於憲法中民主正當性的傳遞模式上，則可能有不同的行使方式。

¹⁴ Josef Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in:

上所指憲法規範意義之民主正當性看來，只能在基本法第二十條所闡明的民主正當性以外存在；質言之，由於「參與」至多能夠因為有利於個人權利之保障，而有助於法治國家原則層次的提昇，但終究不包括在民主正當性之指涉範圍之內。

二、「多元民意基礎」之國民主權取向的美國憲政傳統

相反的，在強調自由多元主義、個人主義與政治平等主義的憲政傳統之下，美國憲法所勾勒的民主圖像也就不若德國基本法下所強調的總體、普遍國民意志的存在，與其至高無上的價值；而毋寧基於「有限政府」(limited government)的經驗傳承與價值理念，著重國家公權力行使過程中社會各種利益的展現，並認為如此的參與國家意思形成、作成公共決定的民意傳達形式，當能更有助於國家決定之民主正當性的提昇¹⁵。事實上，美國制憲者有意透過程序參與之多元主義的防衛機制，用以建構一套保護少數的制度。於此，各種多元利益團體均得以影響其代議士。透過如此之代議制度，避免議員怠於「代表」少數。此處之多元民意價值正是構成政府的原則之一¹⁶。再加上，美國採取總統制的憲政架構所造成立法與行政部門各自擁有其直接民主正當性來源，並各自應直接對人民負責的情況，對於「國民主權」之理解，自然取向於各自藉由選舉而使其回溯到國民意志上。

Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 1988, S. 27.轉引自黃舒芃，「我國行政權民主正當性基礎的檢視－以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，憲政時代，第25卷第2期，頁75，1999/10；另請參見程明修，「民主國原則（三）」，月旦法學教室，第32期，頁49，2005/06。

¹⁵ 黃舒芃，同前註14文，頁65。

¹⁶ John H. Ely 著（劉靜怡等譯），「民主與不信任」，頁119以下，台北，商周，2005/5。

學者更有指出，美國制憲當時所採納的「麥迪生式的共和主義」，不若傳統共和主義者強調社會同質性的重要；制憲先賢麥迪生卻是希望建立一個「利益分殊、彼此牽制」的共和國。亦即以「分離與異質來促成思辯，並防止派系政治」的要求¹⁷。而這樣的「共和國」中個人的自由即在主動參與政治之中體現，所謂的政治參與絕不以定期投票為限，而是一種主動、持續的參與。此亦可從美國制憲過程中獲得印證，蓋其最能夠顯現出國民主權的想像形態。依照學者張文貞的觀察，從費城會議到各州制憲大會批准間的高度國民動員與廣泛公民審議，亦足以顯現出國民討論、但由議會（各州制憲大會）決定的審議、參與式的國民主權理念¹⁸。美國學者 *Sunstein* 更以法院對於憲法與行政程序法的諸多解釋，印證共和國式的政治觀實際上深深影響著美國的公法運作¹⁹。而如此的政治哲學乃至於對於國民主權之預想，自與德國模式下，強調「總體、客觀、普遍之國民意志」有所區別²⁰。

¹⁷ 廖元豪，「論共和主義的政治哲學對美國憲法思想基礎及實務的影響」，憲政時代，第20卷第3期，頁80以下，1995。

¹⁸ 張文貞，「審議民主的憲法理論基礎：以美國制憲經驗為探討核心」，會議論文頁6、16以下，發表於中央研究院人文社會科學研究中心、政治思想研究專題中心主辦，憲政基本價值學術研討會，2006/11/23、24。

¹⁹ 湯德宗，「三權憲法、四權政府與立法否決權」，頁598以下，收錄於湯德宗（著）「權力分立新論」二版，台北，元照，2000/12。

²⁰ 另一個可以觀察出德國與美國對於國民主權的理解有所不同的例子是，能否賦予外國人享有投票權一事上，依照德國聯邦憲法法院之見解，德國乃是民主國家，而民主國家的權力必須來自於「人民全體」之集合體，亦即國家權力只能由「全體德國國民」所授權，而地方自治團體也是國家權力的一部份，根據和諧原則，它們的正當性也必須來自於德國國民；相對地，美國聯邦最高法院雖未正式處理過「外國人投票權是否合憲」的問題，但至少曾在傍論中多次肯定之。其雖然也強調「人民」或「美國人民」，但「美國人民」始終是個相當分散而流動的政治概念。就此參見廖元豪，「外人做頭家？—論外國人的公民權」，司法院大法官95年度學術研討會，台北，2006，會議論文初稿頁80以下之說

三、小結

倘若深究此兩國之所以對於「國民主權」的理解有上述之差異性，係與其各自的「歷史脈絡」與「政治思想」息息相關。在美國新大陸殖民地繼受英國法初期，由於在新大陸地理、文化上的差異，為使英國法適度地因應美國之生活事實，在司法裁判上自然取向於藉由法官主導普通法以自我詮釋其法秩序，從而在普通法敵視與疑慮成文法之傳統以及殖民地人民對抗母國之歷史背景下，殖民地人民自然對於來自於英國國會之成文法有所質疑；另方面，日耳曼民族則是歷經羅馬帝國、法蘭克王國、中世紀的諸侯割據、宗教戰爭、以及普魯士的崛起等變遷，才逐漸在 19 世紀形成所謂「民族國家」或「中央政府」等概念。因此，德意志民族對於所謂「統一的主權觀」與「主權象徵的國會」實乃具有殷切的歷史期盼²¹。

從而，由於上述歷史脈絡與思想背景的差異，在德美兩國對於國民主權乃至於民主原則的理解係存在著若干的差異，因此對於具體法制上之設計與理論基礎便是植基於不同價值取向的民主概念而大異其趣。例如以行政程序法為例，學者湯德宗便認為法規命令訂定程序與資訊公開制度的建構，係有著「深化民主原則」之功用，

明（經作者同意引用）。於此必須補充的是，德國基本法於 1992 年為因應歐盟體制，遂經由修憲程序，於第 28 條第 2 項第 3 句明定，歐體成員國的國民，得依歐體法於德國境內行使地方層級的選舉權與被選舉權。

²¹ 關於德意志民族建立統一之「德國」的歷史考察，請參見周惠民著，「德國史」，三民出版，2006/04，頁 3 以下；另歐陸近代史與國家觀之關聯性，可參見李建良著，「歷史·國家·行政·法律－歐洲近代前期行政法史汎論」，收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，「法律哲理與制度－公法理論」，頁 49 以下，台北，元照，2006/01。

理由在於法規命令須經過「預告暨評論」之程序後始得發布，有助於「擴大民主參與」之目的達成；而資訊公開之建立，在於資訊的流通與獲得，關乎言論自由的品質，進而亦有深化民主原則、改進民主運作的功用²²。然而，假使按照德國模式下的國民主權與民主原則之概念下，必須去區分「以基本權為依據的參與模式」和「民主原則所容認的參與模式」，亦即德國法下對於人民的行政決策參與乃至於資訊公開而言，原則上僅肯認「基於維護實體權利的必要性，且限於維護其權利所必要者」，方得由相關的利害關係人享有此一權利²³，亦即來自於法治國原則下人民權利保障的觀點；但從「民主原則」出發，基於「干擾禁止」的要求，對於人民參與行政決策反而有排斥的作用，而必須進一步區別「參與影響」抑或「參與決定」而定²⁴。

²² 湯德宗，「論行政程序法的立法目的」，月旦法學雜誌，第 56 期，頁 146 以下，2000/01。

²³ 許宗力，「行政程序的透明化與集中化」，收錄於許宗力（著），憲法與法治國行政，頁 342~347，台北，元照，1999/03；另關於資訊公開法制在德國民主原則下之不同理解，可參閱陳愛娥，「政府公開資訊法制的憲法基礎」，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 27 以下，200/07。但須提請注意的是，立法者非不得基於「促進人民的民主參與」的觀點，而建構一法律位階的資訊公開法制，但此僅係立法者之形成空間，而非憲法上基於民主原則所要求，但就人民實體基本權利之維護而言，若為維護其權利有關之資訊，人民則有一來自法治國原則中基本權利保障之要求的一憲法上主觀請求權。

²⁴ 參閱許辰舟，「行政決策的人民參與－參與模型的建構」，台灣大學法律學研究所碩士論文，200/06，頁 148 以下。

參、德國式的多元民主正當性傳遞途徑與美國式的以選舉和參與為中心之民主正當性傳遞模式

透過上述德美兩國憲法價值與憲政傳統上，對於「國民主權」理解之差異的分析比較，我們隱約可以掌握到兩個不同民主憲法國家，建構國家權力之民主正當性的傳遞模式的差異性。事實上，「國家公權力持續受到國民的控制，以便回溯到國民意志上」的國民主權原則之要求上，其民主控制的機制與傳遞模式，其實和憲法預設的國民主權的形象，息息相關。質言之，憲法所預設的國民主權不同的價值取向，將深刻影響其憲法下民主原則的具體操作與實踐方式，因此假若未深刻理解我國國民主權原則的圖像，是無法輕言質疑我國之違憲審查制度具有「抗多數決困境」。於此，「正當性」之概念對於國民主權原則之落實與確定，係具有決定性的關鍵因素。而區分不同的正當性類型是正確的步驟，我們得以透過這些不同之正當性類型去理解國民意志如何影響與傳遞國家權力與其正當性所在。對於國家權力錯綜複雜的正當性現象，我們可以透過在國民與國家權力行使之間的一個確定與控制之關聯性而加以制度化地被標明出，並藉由得以更進一步地區別加以觀察²⁵。因此我們可以進一步去檢討在德美兩國所理解之國民主權圖像有所差異的前提下，其各別的民主正當性傳遞模式。

²⁵ Vgl. Martin Morlok, Demokratie und Wahlen, in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd II, S. 569.

一、德國式的多元民主正當性傳遞模式

（一）法釋義學上的正當性概念

首先應予釐清的是，根據德國法釋義學的理解，此處所指的正當性概念指的是「倫理」(ethisch)、規範(normativ)意義的正當性，而與社會學界(soziologisch)一般所描述的經驗(empirisch)上的正當性概念不同²⁶。亦即規範性的正當性概念係在處理國家統治權力在倫理上的必要性或正當性的證立問題，而不是在解釋國家統治權力事實上存在的理由(Warum)與根源(Worin)²⁷。另一方面，在法釋義學上探討正當性概念，則是要從實證法的角度去論述國家統治正當性的證立，而不是直接訴諸於國家理論上有關國家目的基本設定的理念²⁸。

（二）民主正當性之主體與客體

²⁶ Vgl. Andreas Voßkuhle/ Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JZ, 2002, S.674. 關於以韋伯社會學的角度，觀察（經驗上的）正當性與支配（統治）的關係，可參照吳庚，「韋伯的政治理論及其哲學基礎」，聯經出版，1993；黃士洋，「行政科層體制在民主法治國家中的定位－我國行政機關（構）的改革策略的合憲性框架」，台北大學法學系碩士論文，頁 28 以下，2003。

²⁷ 盛子龍，「行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度」，台灣大學法律學研究所博士論文，頁 126，1997。

²⁸ Vgl. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116(1991), S. 331. 另關於 Legitimitätsbegriff 之正當性概念，亦請參見 Andreas Voßkuhle/ Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JZ, 2002, S.674.

在德國基本法第二十條第二項下的民主正當性理論，首要確定的是正當性之主體，亦即為「全體國民」(Volk)。在基本法下則係指具有德國國籍之人民，同時亦包括依據基本法第一百一十六條之規定²⁹，基於戰爭因素與戰後條件的特別規則所給予那些國民以同等地位³⁰。依照 *Schmidt-Aßmann* 的見解，此處之「國民」具有三項特徵：包括全體 (verfaßte Gesamtheit)，普遍一般性 (unbestimmte Allgemeinheit)，而且具有國籍 (Staatsangehörigkeit)³¹。另一方面，需要民主正當性所證立之客體，依照德國聯邦憲法法院 (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) 之見解，係「所有公職務的具有決定性質之行為」³²。此處的行為應以廣義方式理解，包括執行職務之公務員與負載公任務之行政組織³³。所有公職務的國家機關的行

²⁹ 基本法第 116 條第一項：「除法律另有規定外，本基本法所稱德國人，係指具有德國國籍之人，或於一九三七年十二月三十一日以後，以難民或被放逐者而具有德國血統之資格，或以其配偶或後裔之資格准許進入前德國 (Reich) 領土之人。」

³⁰ Vgl. H. Maurer, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005, § 7, Rn. 2.

³¹ Vgl. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116(1991), S. 348ff.

³² Vgl. BVerfGE, 83, 60, 73 ; 93, 37, 68. zit. aus H. Maurer, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005, § 7, Rn. 25. ; 另請參閱 Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116(1991), S. 338ff.

³³ 特別須加以留意的是，就行政所享有的「法律形式選擇自由」而言，行政主體不僅可以在公法、私法的行政行為型態中間作選擇，甚至亦得選擇公法或私法的組織型態來達成行政任務。因此「私法組織之行政主體」亦屬於行政組織的範疇中，而同樣必須具備民主正當性之要求。就此參見陳愛娥，「行政主體、行政機關及公法人」，收錄於行政法學會（編），行政法爭議問題研究（上），頁 248 以下，台北，五南，2000/12；E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 Suhrkamp, Rn. 13.

為或者是功能擔當者，只要具有決定性質（*Entscheidungscharakter*），無論是否以純粹高權領域而行動，皆需要民主正當性之證立，此外也及於在政治領域中的職務聲明或意見宣佈（*amtliche Erklärungen oder Äußerungen*）。反之，純協商的行動，其只是有助於決定的準備階段而沒有參與決定（如諮詢委員會），僅僅係表達出一種輔助功能，便不在此限³⁴。

（三）、民主正當性之各種傳遞模式

民主正當性要求之目的在於促成以及確保國民對於國家權力行使實效性的影響³⁵。為了達成這個目標，可以選擇不同的路徑。而民主正當性之傳遞模式，依照德國學者 *E.-W. Böckenförde* 在其經典文章「民主作為憲法原則（*Demokratie als Verfassungsprinzip*）」一文中，所提出三種正當性傳遞模式後，學界便普遍接受此傳遞模式作為回溯於國民意志之媒介³⁶。其係指：1、功能與制度之民主正當性

³⁴ E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: ders. *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991 Suhrkamp, S. 300f., Rn. 13.

³⁵ E.-W. Böckenförde, a.a.O.(Fn. 34), Rn. 14

³⁶ E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: der. *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991 .Suhrkamp ; 其後 Schmidt-Abmann, Eberhard, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, in: AöR116(1991), S. 329ff.亦以此三種模式探討行政之民主正當性；惟德國學界對此三種民主正當性模式，亦非無質疑之意見，請參見 Martin Morlok, *Demokratie und Wahlen*, in: der *Sicht des Bundesverfassungsgerichts*, in: Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, BdII, S. 569.其主要係針對類型區分上之質疑，以及此三種模式（特別功能與制度之正當性）是否與權力分立原則相混淆。以本文之見，似乎並未完全推翻此民主正當性之傳遞路徑。關於套用 E.-W. Böckenförde 三種民主正當性模式加以詮釋者，中文文獻可見程明修，「民主國原則（一）」，月旦法學教室，第18期，頁67以下，2004/04。

(Funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation)；2、組織與人事之民主正當性 (Organisatorisch-personelle demokratische Legitimation)；3、事物與內容之民主正當性 (Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation)。

1、功能與制度之民主正當性

功能性與制度性的民主正當性基礎在制憲者所制定之憲法，本身將立法權、執行權 (vollziehende Gewalt) 與司法權建構為各自獨立的功能與機關 (組織意義下之權力)，透過這些功能或組織，國民得以行使源自於國民本身之國家權力。此種模式之正當性旨在闡示，民主原則並不要求，執行權必須服膺於一種全面涵蓋的議會保留或法律保留之下。因為這些權力 (不論立法權或是執行權) 均是被憲法所承認為各自具有民主授權的國家權力行使。然而，此項正當性功能並不能取代在個別功能領域中，各別的職務擔當者及其行為所需的民主正當性。蓋此一具體的民主正當性主要是透過組織與人事之民主正當性，或事物與內容之民主正當性加以媒介³⁷。因此就違憲審查權而言，制憲者賦予其控制行政權、乃至於立法權之功能，實有其來自憲法上所傳遞之「功能與制度之民主正當性」。就此，有必要回溯到違憲審查權之淵源以及其與憲法優位性之關聯方得理解，並非僅僅以「抗多數決困境」加以敘述即得完全呈現³⁸。

³⁷ Vgl., E.- W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: der. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 .Suhrkamp, Rn 15.

³⁸ Vgl. Fritz Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S.34.; Christian Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders: Der demokratische Verfassungsstaat, Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen, 1995, Tübingen, S. 48ff.

2、組織與人事之民主正當性

組織與人員之民主正當性係指，存在於一個不間斷的，源自於人民之民主正當性鎖鏈，此鎖鏈存在於對那些國家事務所委託之職務擔當者（Amtswalter）身上。藉此鎖鏈也同時將這些國家機關，那些職務擔當者在其中並且為該機關處理之事務，加以民主正當化³⁹。套用 *R. Herzog* 所言，這是必須透過國民或者透過國民所選出之機關對執行公務者保加以任命的原則（*Prinzip der individuellen Berufung der Amtswalter durch Volk oder durch volksgewählte Organe*）⁴⁰。此一要求在當遂行國家任務的組織是一種合議制的機關組織時，特別有其意義。此處有爭議的是，此時的正當性連結是否必須全面地聯繫到所有共同參與、影響決定之機關或成員身上，或者只要為決定之機關本身（或其組織成員之過半數）滿足民主正當性之要求即可⁴¹。

3、事物與內容之民主正當性

³⁹ BVerfGE 83, 60, 73. zit. aus H. Maurer, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005, § 7, Rn. 28.

⁴⁰ Roman Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S.210. zit. aus E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: der Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 .Suhrkamp, Rn 16.

⁴¹ 此處爭議與德國學界之介紹，參閱 E.-W. Böckenförde, a.a.O.(Fn. 40), Rn 18ff. 此處的爭議，對於我國國家通訊暨傳播委員會（NCC）委員之組成，特別有其參考價值，亦即若官方在選任委員時，必須透過利益團體推派的代表建議名單的拘束，就會產生是否使不具民主正當性的利益團體實質上介入任命，而使人的民主正當性鏈條因此中斷的疑義。

為了實現事物與內容之民主正當性要求，國家權力之行使，依其內容必須可以由國民主導，或者必須以國民之意志作為媒介，並且透過這些形式確保國家權力之行使由國民為之。事物與內容之民主正當性可以透過兩種方式形成。第一種方式是由國民直接選舉組成之國民代議機關，由議會透過立法行為而制訂法律，其他所有的國家機關均受到議會議決法律之拘束－質言之，即行政之依法行政要求；司法之依法審判要求。第二種方式，則是透過民主責任的賦課而形成。就內閣制國家中，便存在於科層體制下「行政一體性」－透過上級機關之指令權（Weisungsgewalt）與「行政對立法負責」之責任政治之要求⁴²。

（四）小結

上述德國公法釋義學的民主正當性概念，事實上係針對其基本法第二十條第二項：「所有國家權力來自國民全體。國家權力由國民以選舉及公民票決的方式，並由立法、行政及司法機關個別行使之」之規範基礎，作一系統化的詮釋⁴³。觀察其詮釋的民主正當性之模式，並不單單僅從有無人民直接選舉加以理解。換言之，若涉及到釋憲權與立法權間之爭議，並不因為法院非由人民選舉產生，便認為其具有所謂「抗多數決困境」。此一前提理解，是我們觀察違憲審查權有無民主正當性之問題，所必須先加以關注的。就此，此三種傳遞路徑之觀察，首先是觀照到憲法規範下不同權力均具有源自於

⁴² E.-W. Böckenförde, a.a.O.(Fn. 40), Rn 21.

⁴³ Dieter Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, in: JZ 1976, S. 697.; Gerd Roellecke, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, Rn. 17.

憲法之正當性價值，有其合於憲法國家之論證邏輯，同時亦不會導致於全然取決於選舉來決定是否合於民主或是實證上最具權力之機關必然優先於其他憲法機關；其次，透過人事與組織上選任模式之檢視，得以兼顧並建立起最為直接之民主正當性，以架構其組織與人員上之正當性；最後則是簡潔地認定「法律與法」作為合憲法秩序下之規範，所具有之核心地位，同時透過「依法行政」與「依法審判」之遵從，以建構其決定行為與裁判活動之事物內容的實質民主正當性。從而，本文認為此一民主正當性傳遞模式之說明，對於國民意志如何傳遞與建構之詮釋與闡述，有其清晰且體系之觀察，應可作為理解國家權力是如何與國民意志聯結之出發點⁴⁴。

二、美國式的以選舉和參與為中心之民主正當性傳遞模式

相較於德國模式係從基本法第二十條第二項條文之釋義學出發，詮釋其民主正當性之傳遞類型，美國模式下的民主正當性傳遞模式似乎便顯得不是如此「釋義學式」地發展⁴⁵。毋寧在美國普通法

⁴⁴ 關於德國式的國民主權理解，是否必須推導出以內閣制作為政府體制，本文初步認為應無邏輯上的必然關聯。德國基本法第 20 第 2 項第 1 句僅表示國家權力來自於人民，第 2 句表示以選舉與公民投票為其方式，因此不必然導出與政府體制有絕對的關聯性。而學者之所以提出此三種民主正當性傳遞模式，並不僅因德國係內閣制而已，而是結合了法律作為國民意志的展現，以及行政、司法均係依法行政、審判等要求。在其基本法第 79 條修憲界限之下，國民主權應僅要求所有國家權力之行使必須無中斷地回溯及於人民意志上，至於是總統制、內閣制、或威瑪時期的雙首長制，應無礙於國民主權的理解，此亦可從威瑪雙首長制下所理解的國民主權加以觀察。就此，可參見卡爾·史密特著（劉鋒譯），「憲法學說」，頁 67 以下，台北，聯經，2004/12。

⁴⁵ 例如廖元豪教授便曾指出，美國公法學是否存在德國法意義下的「法釋義學 Rechtsdogmatik」甚為可疑，充其量是「各派」憲法「解釋理論」，並沒有統一的、共同的「釋義學」。就此請參見氏著，「美國憲法釋義學對我國憲法解釋之

之背景下，欠缺著一所謂歐陸法傳統意義下，「實體法的」、「釋義學的」—客觀實體法的拘束。另一方面，也由於其「二元民主」之理解下，其行政權可藉由透明、公開與充分參與的程序運作，以及作為行政首長之總統直接選舉之緣故，在建構國家權力之民主正當性之傳遞模式時，自然取向於透過選舉、程序參與等機制建構其民主正當性。

換言之，發展自英語世界的「法治（Rule of Law）」在普通法背景下，並非立基於「以國會所制訂的法律來與君主統治相抗衡，藉以保障人權」的思考，而毋寧更著眼於「透過法院程序來落實人權保障」，從而認為確保個人自由的關鍵以及法秩序的核心，相較於德國法治國的傳統，反而落在法院、而非立法者的手中。也因此，基於 Rule of Law 重視法院地位與功能的理念，方才造就所謂「正當法律程序（Due Process of Law）」在普通法發展脈絡中的重要性。正因為「法治」必須透過作為人權保障最重要防線的法院程序來加以實現，所以為「正當法律程序」（包括所謂「實質正當法律程序（substantive Due Process of Law）」）的要求把關、透過對「正當與否」的判斷來確保人權之維護的任務，終究必須回歸到法院的身上⁴⁶。從而在美國法傳統下，「成文法律」一開始即非作為傳遞國民意志之最主要路徑所在，也因此美國法之民主正當性傳遞模式，多從定期選舉與人民之程序參與作為其證立民主正當性之途徑。此可以從著名學者 *H. Ely* 所引述 *A. Bickel* 下述的一段語清楚地顯示出來：「不論是在理論上或是實踐上，選舉程序均是民主政治的核心機制，沒有任何事物最終能夠貶抑選舉程序這項核心制度的重要性；而經由選舉

影響—正當程序、政治問題與方法論之比較」，憲政時代，第30卷第1期，頁4、36以下，2004/07。

⁴⁶ 黃舒梵，「法治（Rule of Law）或法治國（Rechtsstaat）概念在台灣之繼受」，會議論文頁5以下，2005年法理學國際學術研討會—東亞法律漢字用語之整合，台北大學法學系主辦，2005/10/27。

程序所產生的代議機關，掌握有決定政策的權力，這也無疑正是民主政治體系之所以不同於其他體制的特質之處。而司法審查的運作方式，則是與這項特質背道而馳的」⁴⁷。也由於上述的特徵與體系上之發展，美國法下主要還是透過「選舉」與「程序參與」（此由「正當法律程序」在美國法之意涵下，所扮演之重要角色可得而知）。是故，以下則分為行政權、司法違憲審查權與一般法院法官之民主正當性傳遞模式加以分析與說明。

（一）行政權之民主正當性傳遞模式

以美國行政權為例，學者葉俊榮教授曾引介四種不同的理論模型加以詮釋，分別是：傳送帶模型、專業模型、參與模型與尊嚴模型⁴⁸。傳送帶模型係指，人民控制由選舉選出之民意代表，再由這些代表監督行政權的行使，從國會獲得國民主權之運送；專業模型則是指，本於權力分立的精神，行政權的民主正當性來自於其基於本身的專家／專業特質而具有對於某些領域的「功能最適」地位；而參與模式的基本想法是將行政決定的決策理性從實體問題的精確，轉移到相關利害關係人於行政決定程序的公平參與上，希望透過參與所獲致的程序理性來結合專業與民意，使行政決定取得正當化的基礎。氏指出，此種將行政權的行使，類比立法與司法程序的作法，基本上相當符合美國政治上個人主義與平等主義的特色。最後一種的「尊嚴理論」，則在程序參與上，進一步提出所應具備的各種尊嚴價值，例如衡平、預測可能性、透明性與理性、以及隱私等。氏在

⁴⁷ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, P.19.轉引自 John. H. Ely 著（劉靜怡等譯），「民主與不信任」，頁 6-7，商周出版，2005/05/01。

⁴⁸ 葉俊榮，「環境行政的正當法律程序」，頁 24 以下，台大法學叢書（76），1993。

檢討各種模型之優缺點之後，並進一步以「正當法律程序」作為環境行政權的正當性基礎⁴⁹。從此處的討論，便可發現「程序參與」對於美國行政權民主正當性之主要傳遞來源。

若將上述模型對照前述德國法上的討論，應能發現：傳送帶模型相當接近於德國對於「國會至上」、「依法行政」等傳統理念的堅持；專業模型則帶有德國法釋義學所強調的「制度與功能之民主正當性」的色彩；至於參與模型，從德國公法釋義學上來看，本屬觀念上的民主正當性，或者係治國原則注重個人基本權利保護面向之正當性範疇，或甚至僅屬前述經驗上、事實上民主正當性的討論層次⁵⁰。因而在行政權之民主正當性討論來看，其實美國與德國有著類似的問題意識，差異似乎僅在於對於「民主」的憲法意涵與「程序參與」的性質界定有別，因而才會發現出形異而實似的處理路徑與傳遞模式。

（二）司法違憲審查權之民主正當性傳遞模式

觀察上述傳遞模式可以發現，程序參與對於美國行政權民主正當性之建構所具有的決定性之地位。事實上，若我們對照美國學界關於「違憲審查之正當性理論」之討論時，有些學者是從民主理論的觀點積極建構違憲審查之民主正當性，例如 *Bruce Ackerman* 便是基於「雙軌民主」（*dualist democracy*）之觀點，主張司法違憲審查的功能在於回到「憲法時刻」以發現憲法典範，以克服「時際困境」⁵¹。

⁴⁹ 進一步檢討，參見葉俊榮，前揭文，頁 36 以下。

⁵⁰ 黃舒芃，「我國行政權民主正當性基礎的檢視－以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，憲政時代，第 25 卷第 2 期，頁 91（註 101 處），1999/10。

⁵¹ 關於 Ackerman 教授的雙軌民主及憲法時刻理論的中文介紹，參見葉俊榮，「消

此外部份學者則是強調憲法規範所預設的實體價值不容民主程序任意破壞，而舉出許多實體價值以正當化違憲審查對抗國會民主之決定，例如提出「抗多數決困境」之 *Alexander M. Bickel* 與強調「以平等關懷與尊重」作為憲政民主的核心價值之 *Ronald Dworkin*⁵²。惟本文認為，真正較能妥適證立美國違憲審查正當性依據，應係作為程序論（process-based theory）代表學者之 *John Hart Ely*⁵³。蓋其認為

散中的憲法時刻」，收錄於李鴻禧教授祝壽論文集編輯委員會（編），現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁 237 以下，元照，1997/03；湯德宗，「立法裁量之司法審查的憲法依據－違憲審查正當性理論初探」，頁 26~28，氏著權力分立新論，二版，2000/12。

⁵² 參見黃昭元，「司法違憲審查的正當性爭議－理論基礎與方法論的初步檢討」，臺大法學論叢，第 32 卷第 6 期，頁 115~124，2003/11。究其實，假如以本文一主要區分為透過民主原則、人權保障與法治國原則，加以建構其外部正當性一之界定，以實體價值建構違憲審查正當性之見解，似乎未能就國家權力之民主正當性傳遞模式提出說明，而屬於不同的正當化違憲審查之模式。就此，關於透過法治國原則與基本權保障的自由理念，作為國家統治的正當性建構，可參見 E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116(1991), S. 331ff.; C. Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat, Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen, 1995, Tübingen., S. 161ff.

⁵³ 筆者認為黃昭元教授似亦持類似見解，蓋就其分析並檢討美國學者對此問題之見解時，其不僅就實體論之學者見解，質疑甚深，且其篇幅亦多；對於權力論之看法，則認為容易墜入懷疑論之虛無的冥想境界，見氏著，「司法違憲審查的正當性爭議－理論基礎與方法論的初步檢討」，臺大法學論叢，第 32 卷第 6 期，頁 116~128、134，2003/11。關於黃昭元教授所界定之「實體論」，係指「憲法決定高於民主決定，而司法違憲審查代表憲法」；「程序論」則係認為「民主國家的憲法同時預設民主制度與國民主權原則，要讓人民透過民主程序來實現個人自我決定的基本權利」。因此實體論者認為司法違憲審查因為代表憲法並宣示更高的規範價值，所以具有正當性；而程序論者則是從民主程序去證立司法違憲審查的正當性。此外，關於「權力論」係主張依據政治學的實證研究，否定在民主政治中有所謂的「多數」存在，既然沒有多數，司法違憲審查也就沒有抗多數困境可言。詳細說明，請參見氏著，前揭註，頁 114、128 及 131 以下。

有必要從民主程序去證立違憲審查的正當性，法院介入並對抗民主政治的決定，必須證明在程序上可以比民主程序提供更高的正當性，消極層面至少要修復民主程序的重大瑕疵；積極層面，要能促進更健全的民主程序。其一方面將違憲審查之正當性問題導回至代議民主體制中，符合其民主政治的精神；另一方面，也與美國法下強調程序參與之導向若合符節。換言之，聯邦最高法院的地位，透過其程序參與導向的、促進「代表性強化」(representationreinforcing)的權限行使而獲得證成。如此一來，聯邦最高法院將只管「監控代表程序」，從而不會在裁判過程中涉及對憲法實體內容的價值判斷，所以也不會出現「聯邦最高法院的價值判斷是否取代了民主立法者的價值判斷」的爭議⁵⁴。Ely 也指出，這樣的司法審查理論更能符合美國憲法的原始訴求，亦即健全民主程序以及程序中健全的代表性，才是美國憲法最原始、根本的精神所在⁵⁵。

(三) 一般法官之民主正當性傳遞模式

此外我們還可以從美國法官之選任模式與陪審制度出發，進一步探究選舉與程序參與對於其司法權之民主正當性傳遞模式之影響。根據學者的分析⁵⁶，美國法官選任制度可分為「聯邦系統」與「州法院系統」兩種。美國聯邦法院體系之法官選任，亦即所有地方法

⁵⁴ 黃舒芃，「從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題」，臺大法學論叢，第 34 卷第 2 期，頁 44，2005/03。

⁵⁵ John H. Ely 著(劉靜怡等譯)，「民主與不信任」，頁 132 以下，台北，商周，2005/5。氏甚至追溯到美國殖民地時期，「無代表即無課稅」(no taxation without representation)實質代表之要求上。

⁵⁶ 林超駿，「法官如何不經由考試方式選任？一略論民間版法官法草案之得失」，月旦法學教室，第 18 期，頁 114 以下，2004/04；早期資料，可見陸潤康，「美國聯邦憲法論」，頁 198 以下，台北，增訂初版，1986/09。

院、上訴法院及最高法院法官之任命方式，係依據美國憲法中之規定，和其他聯邦官員相同的是，由總統提名經參議院同意後任命，而其任期係終身職制。而其選任制度之所以如此設計，自然有其維護司法獨立與權力分立下制衡之思惟在內；同時於本文脈絡更重要的是，透過總統職掌事前提名與事後任命，以及國會負責行使同意權之制度設計，使得聯邦系統之法官得以藉由總統與國會雙元認可下，取得間接之民主正當性⁵⁷。另一方面，就美國州法院體系之最高法院法官而言，則有三種模式，亦即以政黨為傾向之選舉、非以政黨為傾向的選舉以及由州長為任命者。概略地說，以選舉方式選任法官，係美國多數州之作法，於各個層級法官之任命完全不透過選舉方式者，僅有六個州⁵⁸。究其實，本文認為，對照於州法院層級之法官，學界似乎多半未有討論關於其有無「抗多數決困境」之爭議，主要原因便在於：人民得以透過選舉此一最典型的民主正當性傳遞模式，選舉出得以接受之法官人選，因此也無庸多所討論「抗多數決」之疑慮。從而也可以得知，美國模式下關於民主正當性之傳遞，其中「選舉」所扮演的關鍵性地位⁵⁹。

另一方面，我們尚得以藉由觀察根據美國憲法第五、六及七條增

⁵⁷ 史慶璞，「美國國會同意權行使之制度探討」，憲政時代，第 28 期第 4 期，頁 129，2003/04。惟學者亦有對於美國大法官選任制度中總統提名與國會同意模式多所批評，認為難以達到提升違憲審查民主正當性之要求，就此參見林超駿，「從美國違憲審查之反多數決理論，看終局釋憲法官選任程序」，頁 46 以下，政大法律學研究所碩士論文，1996/06；同作者，「略論美國最高法院大法官任命程序之規範與實際」，月旦法學雜誌，第 101 期，頁 40 以下，2003/10。

⁵⁸ 林超駿，「法官如何不經由考試方式選任？—略論民間版法官法草案之得失」，月旦法學教室，第 18 期，頁 114，2004/04。

⁵⁹ 因此，學者亦有提及若我國違憲審查體制改為「分散制」，則有必要對於普通法院法官之選任模式改弦易轍，似乎也是基於不同民主正當性模式之考量。就此，請參見林超駿，「從美國違憲審查之反多數決理論，看終局釋憲法官選任程序」，頁 91，政治大學法研所碩士論文，1996/06。

補條文，所建構的陪審制度所對於其民主正當性之傳遞路徑的影響，而窺其一二。按陪審制度可分為大陪審團與小陪審團，前者之陪審員功用在於根據所獲得之犯罪資料，認定應否受法院之正式審判，以便抵抗反覆無常或毫無根據的起訴。而小陪審團則係依審理時所聽取之證詞、證據以認定事實。在歐陸，陪審制曾經從法國傳播到大多數的歐陸國家，甚至於遠傳俄國與日本；然而在德國威瑪共和、法國維琪政府以及義大利莫索里尼時期，都以不同的形式廢除陪審制，戰後也未再予恢復，可以說，目前除了英美法系以及極其少數的歐洲國家之外，陪審制幾乎絕跡。而據估計，全世界由陪審團進行審判的案件，刑事案件不少於 90%，民事訴訟幾乎 100%，發生於美國⁶⁰。實際上，由平民陪審制參與審判，理想上最主要的優點在於，人民自己審判人民的直接民主，符合最素樸的民主觀念⁶¹，從而就陪審制度所扮演的角色來看，也就能夠彰顯「人民參與」在美國司法運作上，乃至於司法的民主正當性之建立上，所提供之司法民主化的作用。

（四）美國模式之初步結論

由上述對於美國模式下各個國家權力其民主正當性的傳遞模式的分析可以發現，其行政權與司法權所傳遞之模型有其相異之處，並非如同德國模式下所發展出的民主正當性傳遞模式均可適用於行政與司法兩權⁶²。但進一步觀察，美國行政權與司法權所具備的「民

⁶⁰ 參見林鈺雄，「刑事訴訟法（上）」，頁 80 以下，學林文化，三版，2003/9。

⁶¹ 蘇永欽，「參審是毒藥還是補藥」，收錄於蘇永欽（著），司法改革的再改革，頁 85，元照，1998/10。氏更引述英國法官 Devlin 所言：「每一個陪審團都是一個小國會」（Each jury is a little parliament）。

⁶² 由 E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip 一文中發展的三種民主正

主正當性」之來源，其實不外「程序參與」和「選舉」兩個要素上，而這也符合美國憲政傳統下「多元民意基礎」導向之國民主權的精神。而其最高法院大法官，與其說係因為其可宣告國會立法違憲而招致「抗多數決困境」；不如說是，其無法如同其他國家權力一般，得以直接選舉產生（其僅得透過總統提名與國會同意間接取得民主正當性）；或經由程序參與（即便依照 *Ely* 之見解，只能要求大法官監控代議程序，而非如同陪審制一般人民參與程序）而獲得其正當性，因而更加劇其正當性危機。

三、德美兩國國民主權與民主正當性模式之總結

總結來看，本文初步界定，美國模式下似乎並未區分—如同德國法下的一「國民意志形成程序（Volkswillensbildungsprozeß）」；與「國家意志形成程序（Staatswillensbildungsprozeß）」，而多認為係兩者均為其民主正當性之建構。但就德國法而言，人民參與此兩種意志形成程序，在民主原則下係具有不同之意涵。前者係指人民透過基本權利保障之政治自由—質言之，包括言論自由、集會自由與結社自由—，參與形成全體的國民意志。而「國家意志形成程序」係公權力機關作為公權力決定的過程。後者意義下的民眾參與，並不是要僭取一經民主正當化之一國家機關的決定權力，毋寧在努力使國民更能接受國家機關的決定內容⁶³。換言之，規範性的正當性概念係

當性傳遞模式，其適用於行政權之民主正當性建構之例子，可參見 Schmidt-Abmann, Eberhard, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR116(1991), S. 329ff.; 適用於司法權之民主正當性建立之例，請參見 Andreas Voßkuhle/ Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JZ, 2002, S.673ff.

⁶³ 陳愛娥，「代議民主體制是民主原則的不完美形式？—加強、補充代議民主體制的可能途徑」，警大法學論叢，第4期，頁36以下（42、45），1999/03。

在處理國家統治權力之必要性或證立的問題，而不是在解釋國家統治權力事實上存在的理由（Warum）與根源（Worin）。而美國模式在其「多元民意基礎」的國民主權取向下，自然容易傾向於討論國家權力事實上是否為人民所接受的問題，況且在其法唯實主義的傳統下，對於最高法院之大法官判決的研究分析，也比較係從實然面向去討論司法審查之正當性，乃至於其成本效益分析⁶⁴。

因此從上述比較德美兩國關於國民主權與民主正當性的傳遞模式之後，我們可以進一步理解到，不同的國民主權之形塑必定會影響其各自的民主正當性之建構模式，從而各個國家權力所面臨到的民主正當性質疑也必須回溯到該國憲法下民主正當性如何建構，其傳遞模式如何之上。假使說在未經甄別的情形下，便遽爾引用外國法秩序之見解，武斷地認定某一國家權力並不具有民主正當性之說法，就比較法作為法學方法的角度而言，是不無可慮之處的。因此本文不厭其煩地爬疏德美兩國關於國民主權與民主正當性之概念，其目的自然也在於此。質言之，不同法秩序所發展之概念或制度差異背後的原因探詢，毋寧是比較法研究最根本的要求之一⁶⁵。因此本文以下將觀察我國憲法規範與其憲政實踐下，國民主權之理解與國家權力之民主正當性證成與傳遞模式，俾使其得以對於正確理解民主原則有所助益。

⁶⁴ 就此，Mark Tushent, *Taking the Constitution Away from the Courts* 一書提供了深入的分析。國內已有中譯本，參閱楊智傑譯，「把憲法踹出法院」，台北，正典出版，2005/08。

⁶⁵ 黃舒芃，「比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例」，月旦法學雜誌，第120期，頁192，2005/05。

肆、我國憲法架構下國民主權與民主原則之展現

儘管在我國憲法規範與憲政實踐上，依據憲法第一條：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國」；以及第二條：「中華民國之主權屬於國民全體。」之規定，國民主權原則作為我國憲法的基本價值理念已獲得規範上的證立⁶⁶。但對於國家權力歸屬於國民全體後，國家公權力應如何持續受到國民的控制，以使國民主權之精神終能獲得確保，尚必須進一步界定我國憲法中國民主權之理解為何，俾使得以掌握國家權力之民主正當性的傳遞模式。因此，本文首先透過釋義學的方式，對於憲法第二條國民主權原則加以詮釋，試圖論證我國憲法規範下之國民主權原則應取向於德國模式之「**普遍國民意志**」之理解；而後欲證立我國憲法下國家權力之民主正當性的傳遞模式，唯有在我國憲法規範下的國民主權與民主原則被根本上理解之後，才有可能正確地認識到我國釋憲機關之民主正當性的憲法意涵及其價值。

一、憲法第二條國民主權之詮釋

就此，首先可以從制憲史的角度來觀察⁶⁷，據學者之分析，我國

⁶⁶ 僅參閱董保城·法治斌，「憲法新論」，頁 19，台北，元照三版，2005/10；陳慈陽，「憲法學」，頁 149，初版，2004/01。甚至於在我國大法官釋字第 499 號解釋當中，在憲法未明文的情況下，宣示第一條之民主原則、第二條國民主權原則係屬於「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存在之基礎」，而為修憲之界限。

⁶⁷ 此所以係立法史解釋的角度出發，主要係由於作為大法官釋憲程序法之司法院大法官審理案件法中，第 13 條明白表示大法官於解釋憲法時，應參考制憲資料。

憲法起草人張君勱先生於《中華民國民主憲法十講》一書中所揭示的「總選舉時的人民公意」；以及在其中論及〈國民大會問題〉時，針對孫中山先生設置國民大會背後所本之「直接民權」理念所為的闡述，以及制憲當時五五憲草所架構之「國民大會」係作為全國唯一之民意機關，均應足以於一定程度上說明我國憲法上「國民主權」所指涉「國民」的意涵⁶⁸。詳言之，孫中山先生於我國憲法藍圖中所設計的「國民大會」，其實是仿照共產主義之「人民民主集中制」的制度設計，其目的本在於透過所謂全體人民之代表行使各項權利的方式，踐行直接民權⁶⁹。儘管此種藉由人民代表組成之國民大會實現直接民權的理想，到後來為張君勱所否定，氏並且指出所謂直接民權應直接由四萬萬之國民行使，也就是「合四萬萬人而成為國民大會」⁷⁰。但不論採取何種觀點，似乎都可以從中推導出其所指涉之「國民意志」的歸屬者，即為「全體國民」；在此意義下可凸顯出：我國憲法所預設之「國民主權」，毋寧是以所有國民匯集形成的總體意志

而操作立法史解釋時，則係以「參與立法程序之人的概念與目的設定」為標準，Vgl. H Maurer, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005, §1, Rn.52ff. 且氏並進一步區別立法史解釋（Entstehungsgeschichte）與歷史解釋（Historische Auslegung）兩者。

⁶⁸ 黃舒芃「我國行政權民主正當性基礎的檢視－以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，憲政時代，第25卷第2期，頁63以下，1999/10；董保城/法治斌，「憲法新論」，頁277~281。

⁶⁹ 參考李鴻禧，「中華民國立憲政治的病理分析－以孫文的五權憲法為中心」，收錄於李鴻禧等著，「台灣憲法之縱剖橫切」，頁20以下，元照，2002/12。

⁷⁰ 就此，早期就憲法是否允許對法律案為公民投票，由於憲法國民大會之設置而有所爭議，就此可參見許宗力，「憲法與公民投票」，收錄於許宗力（著），憲法與法治國行政，頁72以下，元照，1999/03。而民國94年6月7日的國民大會修憲複決，廢除國民大會後此制成為歷史。就本次修憲之爭議，參見李惠宗，「論修憲複決程序與修憲內容之平議」，台灣本土法學雜誌，第72期，頁247以下，2005/07。

為指涉對象⁷¹。進一步檢視我國早期詮釋憲法之相關文獻，堪稱代表性著作之《中華民國憲法逐條釋義》的作者林紀東教授亦明確指出：「憲法既明定為主權屬於國民全體，解釋上應認為人民之一部份，或任何個人，均不得擅自行使主權。」⁷²。更可清楚認定：我國憲法上所指涉的國民意志，基本上必須訴諸國民全體，而非國民之一部份的意志。亦即該「國民意志」必須成為普遍的、客觀的、超越特定利益的存在⁷³。

若對照前述關於德國模式下「普遍國民意志」與美國模式「多元民意基礎」之詮釋，我國憲法對於國民主權之價值預設，毋寧與德國模式之國民主權原則取向較為近似。況且在我國憲法初始之規範下亦欠缺如同美國之「程序參與」和「直接選舉」之特色，因此在具體之民主正當性傳遞路徑之詮釋上，取向於德國模式的理解，似乎係較能合理詮釋我國憲法規範下之民主圖像。若進一步觀察我國立憲之初明顯偏向內閣制的政府組織型態，亦即「修正式內閣制」之定位⁷⁴，似乎更可確立此一預設。而回顧我國早期釋憲實務中，也

⁷¹ 黃舒芃，「我國行政權民主正當性基礎的檢視－以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，憲政時代，第25卷第2期，頁64，1999/10。此外，學者程明修則指出：「憲法第2條規定的國民主權意義指的應該是國家權力源自於國民全體，這個權力源自**單一的主體**（即國民全體），是不可分割的」，參見氏著，「憲法基礎理論與國家組織－國家法講義（一）」，頁126，台北，新學林出版，2006/10 應亦同此旨。另吳庚教授亦提及國民主權原則係源自於盧梭等人的理論，似可推論其所理解的國民主權應屬德國法上國民主權之理解模式，參見氏著，「憲法的解釋與適用」，頁41，台北，三民初版，2003/04。

⁷² 林紀東，「中華民國憲法逐條釋義（一）」，頁51，台北，三民，1993。

⁷³ 黃舒芃，「我國行政權民主正當性基礎的檢視－以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，憲政時代，第25卷第2期，頁64，1999/10。關於我國憲法秩序下，人民、國民乃至於國民主權間的關係，可參見蕭文生，「人民、國民與主權」，月旦法學教室，第13期，頁59以下，2003/11。

⁷⁴ 僅參見湯德宗，「論九七修憲後的權力分立」，頁96以下（及其所引註之學者見

印證了此一取向。按民國四十六年之釋字第七十四號解釋即宣示：「國民大會代表各在法定選舉單位當選依法集會代表全國國民行使政權」。

此外，從「法律保留」原則所具有界分國家權力之核心地位以及「法律」作為法秩序之關鍵要素以觀，無論從憲法第二十三條下限制人民權利應具有法律之依據；乃至於各國家機關之組織法亦應以法律定之（憲法第六十一條行政院之組織、第七十六條立法院之組織、第八十二條司法院及各級法院之組織等、增修條文第二條第四項國家安全機關之組織、第九條省縣地方制度等）。均顯現了憲法規範下，將國會及國會立法視為整個法秩序運轉的核心。在大法官的釋憲實務中，法律保留原則更是扮演著對於行政行為實體法上合法性控制的重要地位⁷⁵。但美國法下法律之意義與其說是行政合法性的確保，不如說是行政與立法兩權之間不斷的制衡與協調（checks and balances）⁷⁶。亦即，在美國憲法底下，立法與行政之權力分立既欠缺德國法治國信任國會立法、將個人權利保障交到國會手中的傳統（例如我國憲法第二十三條對於限制人民權利需有法律保留之要求）；另一方面，毋寧是立基於「行政與立法各自擁有其民主正當性基礎」的思考，所以對於行政行為的正當性控制，並不必然要仰賴授權立法的合法性控制，也就不必然要藉由如同德國基本法第八十條所規定（我國大法官釋字第 313、367、402、510、514 等號解釋

解），收錄於湯德宗（著），權力分立新論，2000/12。

⁷⁵ 對於我國釋憲實務與趨勢之完整分析並檢討，參閱吳庚，「行政法之理論與實用」，增訂八版，頁 90~114，三民，2003/08；提供法律保留原則學理上依據，可參閱許宗力，「論法律保留原則」，收錄於許宗力（著），法與國家權力（一），元照，2006；新近討論，並參閱廖元豪，「走自己的路一大法官「法律保留本土化」之路」，台灣本土法學雜誌，第 58 期，頁 21~40，2004/05。

⁷⁶ 同此見解，參閱黃舒芃，「法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵」，中原財經法學，第 13 期，頁 24 以下，2004/12。

與行政程序法第一百五十條亦有類似要求之)授權明確性來實現。因此在我國法規範下,無論係對於權力分立與人權保障,乃至於程序參與意義上之差異性,德國法之模式毋寧較美國法之理解容易詮釋我國法規範之內涵。因此,若上述觀察無誤,在本文的脈絡下,試圖證立違憲審查權,乃至於其他國家權力之民主正當性基礎,取向於德國模式下的民主正當性傳遞路徑加以詮釋,也比較不易發生比較上之偏差⁷⁷。

二、作為國家權力之根本基礎—民主正當性之建構與傳遞模式

(一) 證立民主正當性之主體與需要民主正當性支持之客體

民主作為一種國家及統治型態的核心課題在於,國民必須作為國家權力之主體與擁有者,因此首要確定的是:作為國民主權歸屬者之「國民」其意涵⁷⁸。我國憲法第二條規定:「中華民國之主權屬於國民全體」。第三條復規定:「具中華民國國籍者為中華民國國民」。學理上所界定之「國民」,係指處於特定國家權力之下的人民

⁷⁷ 採取相同詮釋途徑證立其他國家權力之學者,如程明修,「民主國原則(一)」,月旦法學教室,第18期,頁67以下,2004/04;盛子龍,「行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度」,台灣大學法律學研究所博士論文,頁126以下;黃舒凡,「我國行政權民主正當性基礎的檢視—以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」,憲政時代,第25卷第2期,頁72以下,1999/10。另關於「真調會」組織是否符合民主原則之探討,學者陳英鈞亦採取 E. W. Böckenförde 所發展出之三種民主正當性模式加以檢視其合憲性,參閱氏著,民主鞏固與違憲審查—釋字第585號解釋的困境,月旦法學雜誌,第125期,頁66~69,2005/10。

⁷⁸ Vgl. E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: der. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991. Suhrkamp, Rn. 10ff.

總體，其與國家之間係以「國籍」作為聯結要素。故從國籍的角度而言，不具中華民國國籍之人，皆可歸類於外國人⁷⁹。而國籍之認定則由憲法委託予立法者於國籍法中詳細規定，九十年新修正之國籍法採取原則上雙系主義之屬人原則，例外才以屬地原則補充⁸⁰。也因如此，國籍法在形式上屬於法律位階，實際上扮演著具有界定國民主權原則下之「國民」之意涵，大法官釋字第 558 號解釋亦認為「人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外」⁸¹，因此學理上亦有認為應居於「實質憲法」的地位⁸²。

就「國民」之認定上，於我國卻有著特殊之意涵與困境，蓋對於在兩岸尚未分治之前擁有中華民國國籍者，理不因兩岸分治而當然喪失中華民國籍，而這些屬中華民國但設籍居住在大陸地區的人民所衍生的後代，依國籍法第二條之血統主義原則，似乎也應取得中華民國國籍而屬中華民國國民⁸³。然而如此從國籍法所涵攝下的結論，學者間卻有著不同之理解。有認為，一國國民固然應以「國籍」作為識別

⁷⁹ 李建良，「外國人權保障的理念與實務」，臺灣本土法學雜誌，第 48 期，頁 92~93，2003/07。

⁸⁰ 國籍法第 2 條規定參照。

⁸¹ 惟本號解釋接下來卻不當連接到「於臺灣地區設有住所而有戶籍之國民得隨時返回本國」的要件限制，才享有完整的「返國權」。就此批評，可參見廖元豪，「海納百川」或「非我族類」的國家圖像？—檢討民國九十二年的「次等國民」憲法實務，收錄於法治斌教授紀念論文編輯委員會（編），法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集，頁 296 以下，元照出版，2004/05。

⁸² 參閱蘇永欽，「部門憲法—憲法釋義學的新路徑？」，收錄於翁岳生七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），當代公法新論（上）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁 755，台北，元照，2002/07。

⁸³ 相同見解，參見陳靜慧，「從平等權的觀點論大陸配偶在台灣地區之法律地位及其基本權利的保障」，憲政時代，第 28 卷第 2 期，頁 63，2002/10；陳新民，「修憲之道」，收錄於氏著，憲法基本權利之基本理論（下），頁 374，台北，元照，1999/06。

標準，大陸地區人民既不具中華民國國籍，縱令其與台灣人民具有血緣及親屬關係，仍不能因此而取得中華民國國民的身分，自法的觀點而言，大陸地區人民是不折不扣的外國人，而且是「次級的外國人」⁸⁴。但本文認為，有無戶籍並不能做為判斷國籍之理由，具有中華人民共和國國籍亦不代表不能具有我國國籍（因為新國籍的取得，往往並不以舊國籍之喪失為條件，也往往並不發生喪失舊國籍的效果，因此會產生雙重國籍）。方法論上一貫的立場應在於，忠實解釋法律，而非以自我的意識取代立法者明示之意義。我們無法迴避，也不能迴避國籍法對此的原則性規範。另方面，由憲法增修條文區分自由地區與大陸地區所為之定位，國民的認定自然也就分為「自由地區人民」以及「大陸地區人民」，選舉權與被選舉權之主體亦僅限於自由地區人民（憲法增修條文第二、四條參照），而兩個地區間人民之權利義務關係更是由增修條文授權立法者予以特別之規定（增修條文第十一條參照），而此一界定基本上（雖稍嫌隱晦）亦受到職司釋憲之司法院大法官所承認⁸⁵。是故，本文認為若欲排除大陸人士之中華民國國籍，不能不顧國

⁸⁴ 見李建良，「外國人權保障的理念與實務」，臺灣本土法學雜誌，第 48 期，頁 97~98，2003/07；另李震山教授則認為大陸地區人民，事實上既不具有中華民國國籍，又已取得中華人民共和國國籍，且在台灣未設有戶籍，故大陸地區人民應可歸屬於有別於一般外國人之特別或特殊身分之外國人，因此無需強從國籍法之「血統主義」或主權和治權分離的例外情形，推出大陸人士屬本國人之結論。見氏著，「論移民制度與外國人基本人權」，臺灣本土法學雜誌，第 48 期，頁 55，2003/07。

⁸⁵ 關於大法官解釋中對於兩岸關係憲法定位之說明與闡述，國內文獻應屬學者廖元豪所著，「從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性」，收於政大法學評論第 71 期一文最為詳盡，可供參考，本處特別所指係 53 以下。另關於我國憲法對於兩岸關係之定位，雖與本文密切相關，然此部份尚須對於國家學、政治學與主權理論等更深入地闡述，就此已非本文所能及。僅參照許宗力，「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」，收錄於氏著，憲法與法治國行政，頁 239 以下；顏厥安，「憲政體制與語言的困境」，當代雜誌

籍法及憲法增修條文之明文，換言之，必須要先修正憲法增修條文及國籍法之相關規定，始有可能⁸⁶。於此，對於大陸地區人民並不排除立法者基於憲法增修條文第十一條為特別規定，但此一差別待遇仍然必須接受合憲性之檢驗⁸⁷。

另一方面，民主正當性之需求，並非僅對於國家行為之一部，毋寧是針對所有國家行為的範疇。此處的行為應以廣義方式理解，包括執行職務之公務員與負載公任務之行政組織。它並不僅限縮在高權行為（das hoheitliche Handeln）領域，亦即國家透過其單方高權之優位地位，以公法的形式發生作用的領域；它往往也包括私法上的國家行為或國庫性質之國家行為。此與法治國原則強調對於人民自由權利干預之保護不同，民主正當性的要求側重於國家權力的擁有以及用以完成國民整體事務之國家權力的控制之上。國家統治權所及之範圍不只限於禁止或命行的下達⁸⁸。所有公職務的國家機關的行為或者是功能擔當者，只要具有決定性質（Entscheidungscharakter），無論是否以純粹高權領域而行動，皆需要民主正當性之證立。所以，在國家行為之組織型態有選擇可能性（亦即，公法組織型態抑或私法組織型態時），或者行為的法律形式有選擇可能性時（即公法或私法的行為形式），均

第 201 期，2004/05，頁 54 以下；蘇永欽，「從憲法的角度看兩岸政策」，歷史月刊 2001 年 11 月號，頁 60 以下。

⁸⁶ 但此時有無信賴保護和法律溯及之問題，仍然必須慎重檢驗。可否以主權限縮之說法，要排除原本具有國籍之大陸地區人民，實體法上可否通過相關學理上及釋憲實務上之要求，有待進一步之發展與討論。

⁸⁷ 例如兩岸關係條例中第 21 條「原大陸地區人民設籍未滿十年不得擔任軍公教職務」之規定，事實上便無涉於增修條文第 11 條之規範內涵，蓋該條規範對象，乃是已定居並設籍於中華民國自由地區，已非「大陸地區人民」。因此增修條文第 11 條無法作為限制之憲法上依據。就此，參見廖元豪，收錄於法治斌教授紀念論文編輯委員會（編），法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集，頁 301 以下，元照出版，2004/05。

⁸⁸ 程明修，「民主國原則（一）」，月旦法學教室，第 18 期，頁 67，2004/04。

不能以國家所選擇之組織形式或者行為形式為由，而排除該行為於國家任務之實現或者國家行為的範疇以外。

（二）、民主正當性之各種傳遞模式

「民主正當性」要求之目的在於促成以及確保國民對於國家權力運作實效性的影響，為了達成這個目標，學理上可以選擇不同的路徑加以證立，以下則援用前述所提出之民主正當性傳遞路徑模式，進一步檢視我國憲政體制下，係如何傳遞其民主正當性。

1、功能與制度之民主正當性

依照學理上之詮釋，功能與制度性的民主正當性基礎在於，制憲者所制定之憲法，本身係將立法權、執行權（*vollziehende Gewalt*）與司法權建構為各自獨立的功能與機關，透過這些功能或組織，國民得以行使源自於國民本身之國家權力。而此一正當性類型旨在闡示：民主原則並不要求，行政權或司法權必須服膺於一種全面涵蓋的議會保留之下⁸⁹。因為這些權力（無論是司法權或是行政權）均是被憲法所承認為各自具有民主授權的國家權力行使。此一正當性模式在我國法相信亦不會陌生，蓋早在釋字第 3 號，針對監察院就其所掌事項得否向立法院提出法律案一事聲請司法院大法官解釋。該解釋文闡示：「依憲法第五十三條（行政）、第六十二條（立法）、第七十七條（司法）、第八十三條（考試）、第九十條（監察）等規定，建置五院。本憲法原始賦與之職權，各於所掌範圍內，為國家最高

⁸⁹ Vgl. E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: der. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 .Suhrkamp, Rn. 15.

機關獨立行使職權，相互平等，初無軒輊；...基於五權分治，平等相維之體制」。換言之，即便在我國制憲初期，立法院作為一般意義下之國會，具有直接且普遍的民主正當性，也無法推導出全面的法律保留或國會至上之原則。因此，各國家權力均具備源自於憲法原始賦予之權限與其民主正當性，當屬無庸置疑。

2、組織與人事之民主正當性

按組織與人員之民主正當性乃係要求所有被託付執行國家任務、或行使國家權限之公務員其身分或地位之取得，亦應得以回溯於國民主權原則下之國民意志。換言之，二者間必須存在著一條無漏洞、不間斷的正當性鏈結⁹⁰。藉由這條正當性鏈條同時也將執行公務者所屬之國家機關或組織加以民主正當化。由此概念可知，此等類型之民主正當性所強調者，乃在於履行國家任務或執行國家權限之公務員，其身分的取得是否合乎民主正當性的要求。尤其是在議會民主體制下，選舉係核心的程序，由選舉程序產生了擁有政治決定權限重要的組織與人民代表，此一傳遞路徑自然構成民主正當性鏈條的重要分枝⁹¹。若以總統制國家之行政權為例（司法權之民主正當性，如前所述），由於總統乃全體國民選舉所產生，因此總統亦具有直接民主正當性之憲法機關。總統再藉由其對各部會首長的任命，以及各部會首長任命下級公務員，使得國家整體政府網絡，於

⁹⁰ Vgl. E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: der. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 .Suhrkamp, Rn. 16ff.

⁹¹ 就此, BVerfGE 47, 253(275); 52, 95(130); 77, 1(40); 68, 1(88f.); 93, 97(66f.). zit aus Martin Morlok, Demokratie und Wahlen, in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd II, S. 559.

組織與人事上獲得一定程度之民主正當性的確認⁹²。而在內閣制之德國為例，其行政權之組織與人事之民主正當性，係透過國會之選任而證立。內閣中聯邦部長以下之部會層級官員係透過由人民選出之聯邦議會(Bundestag)、聯邦總統提名由聯邦議會不經討論選舉聯邦總理、再由聯邦總理提名並且由聯邦總統所任命之聯邦部長，最後透過聯邦部長所任免下級官員而導出其正當性⁹³。

而此一正當性模式在我國之政府體制下，如前所述，我國過去之政府體制係傾向於內閣制之設計底下，上述植基於德國法基本法之行政權組織與人事之民主正當性所描繪的「人民→國會→行政機關」的國民意志傳遞路徑，大致上也可以用以說明我國過去憲法規範上民主正當性之回溯與取得的憑藉。甚至可以進一步地說，儘管民國八十一、八十三年兩次修憲即以確立「總統直接民選」，但由於斯時行政院於形式上仍為「國家最高行政機關」，並且總統提名之行政院院長尚需經立法院同意，因此所謂「雙首長制」之圖像尚未浮現，從而對於行政權憲法上之民主正當性的討論，「規範上」仍必須以行政院為中心，而藉由國會同意取得其組織與人事之民主正當性。但於民國八十六年修憲時，由於增修條文免除了立法院同意之程序（憲法增修條文第三條第一項參照），再加上總統係直接由人民選舉產生，因此使得原先之人事正當性傳遞路徑有所改變。申言之，現今我國行政院長之身分取得僅需透過總統具有形成效力的任命，亦即免除立法院行使人事同意權的要件，從而在行政院長之人事與

⁹² 參照美國憲法第二條第二項：「…總統提名大使、公使、領事、最高法院法官及其他未另作規定之美國官吏，經參議院之咨議及同意任命之。但國會如認為適當，得以法律將下級官員之任命權授予總統、法院或各部長官」。中譯文資料來源：司法院網站 <http://www.judicial.gov.tw/>。（最後瀏覽日：2005/11/29）

⁹³ H. Maurer, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005, § 7, Rn. 29. 並請參閱德國基本法第 63、64 條。

組織之民主正當性的傳遞上，行政首長之產生乃繫於總統之直接任命⁹⁴。

但新制訂之中央行政機關組織基準法所設計的「獨立機關」之行政組織型態，其組織與人事之民主正當性來源則係以共同由行政與立法透過提名—同意—任命之途徑，取得其人事及組織之民主正當性⁹⁵。此外，依憲法增修條文第六條第二項與第七條第二項之規定，考試院院長、副院長、考試委員，及監察委員均應由總統提名，經立法院同意任命之。於此，立法院之同意權與總統之提名權同樣涉及其他憲法機關之建構，具有共同賦予其組織與人事民主正當性之憲法上意義⁹⁶。

⁹⁴ 因此，無可否認的是，在行政權部份由於我國與德國首長產生方式的不同，亦即組織與人事之民主正當性傳遞模式略有差異的情形下，行政院長的人事民主正當性即有雙元來源，就此一理解雖與德國式的國民主權與民主原則的理解並不全然相符，而帶有若干美國法色彩，然本文初步認為就此一人事選任模式的差異，似乎並不足以全面推翻上述的說明（況且行政權之實質民主正當性以及司法權之民主正當性的詮釋，尚與美國法相距較遠）；且德國法模式下，其民主正當性傳遞路徑的說明，對於國民意志如何傳遞與建構之詮釋與闡述，有其清晰且體系之觀察，應可作為理解國家權力是如何與國民意志聯結之出發點（參見本文頁 13 之評價）。因此，對於此一雙元人事民主正當性來源的所造成之影響，以及對於憲法解釋上的影響，仍留待日後進一步思索與研究。

⁹⁵ 參照中央行政機關組織基準法第二十一條規定：「獨立機關之首長、副首長及其合議制之成員，均應明定其任職期限及任命程序；相當二級機關者，由一級機關首長提名經立法院同意後任命之」。又 NCC 委員如何產生，國家通訊傳播委員會組織法第四條亦有類似之規定。（民國 94 年 11 月 09 日發布），關於 NCC 委員之民主正當性爭議，亦請參閱司法院大法官釋字第 613 號解釋與許宗力大法官之意見書；另關於類似於通傳會之獨立機關之民主正當性爭議，德文文獻可參見 Thomas Mayen, Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen, in: DÖV 2004, S. 45ff.

⁹⁶ 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—台灣民主憲政的新境界，頁 313，台北，財團法人新台灣人文教基金會，2001/09。其並指出，鑑於各該機關憲法上功能分配之不同，立法院同意權自應

3、事物與內容之民主正當性

事物與內容之民主正當性要求：國家權力之行使，依其內容，必須可以由國民主導，或者必須以國民之意志作為媒介，並且透過這些形式確保國家權力之行使由國民為之。按照 *E. W. Böckenförde* 之見解，事物與內容之民主正當性可以透過兩種方式形成⁹⁷。第一種方式是由國民直接選舉組成之國民代議機關，由議會透過立法行為而制訂法律，其他所有的國家機關均受到議會議決法律之拘束——質言之，即行政之依法行政；司法之依法審判要求。第二種方式，則是透過民主責任的賦課而形成。就內閣制國家中，便存在於科層體制下「行政一體性」——透過上級機關之指令權（*Weisungsgewalt*）與「行政對立法負責」之責任政治之要求⁹⁸。換言之，係透過國會制定之法律以及科層體制下，層層指令節制之行政之執行，來實現民主的正當性。

值得注意的是，此二種方式係居於一種互補關係；亦即以司法裁判的作用為例，因為從功能上要求其獨立性，雖然不強調其應負之民主責任與指令之從屬性，但是由於法官所依循之法律——無論在程序法或實體法上——均有明確規範，因此司法的自我形成空間一般不大，反而須嚴格受到法律的拘束。亦即透過嚴守法律拘束的要求，

具備各別不同之意義。

⁹⁷ Vgl. E. W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: *der. Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991 .Suhrkamp, Rn. 21ff.

⁹⁸ 就此參閱黃舒凡，「我國行政權民主正當性基礎的檢視——以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，*憲政時代*，第 25 卷第 2 期，頁 73，1999/10；程明修，「民主國原則（一）」，*月旦法學教室*，第 18 期，頁 69，2004/04。

而達成事物與內容民主正當性之水準。反之，若法律賦予行政權廣泛的行為授權或裁量空間時，便必須強調民主責任與指令拘束性之必要。

若進一步思考此處民主控制的各種可能手段，大致可以分為⁹⁹：

- 1、制度上的控制（institutionelle Steuerung），亦即一般行政法上所說的「行政監督」，包括抽象之行政規則（參照行政程序法第一百六十一條行政規則之拘束力）與具體之指令。
- 2、規範上的控制：透過一般抽象的法規範，特別是法律規定來規劃行政任務的目標及其執行方法，藉著明確規定構成要件，並對符合要件之生活事實賦予明確的法律效果，立法機關便可對於行政任務的執行，作相當有效的控制；這當然需要司法機關的配合，質言之，司法機關應「依據法律獨立審判」。若法規範呈現實體內容控制力的弱化時，無庸置疑地必須更為強調程序法上之要求（如行政程序法上之聽證制度），此控制手段對於獨立行使職權卻又欠缺實體控制之權力機關而言，扮演著是否得以充足「民主正當性之正當化水準」的決定因素。此觀點在於司法院大法官釋憲權行使之程序控制上，亦即大法官行使職權之程序法控制的面向上，更具有著關鍵性地位。
- 3、財務上的控制：係指運用財政法上的手段，來影響權力機關在財務方面的行為，藉由國會所行使之預算控制與決算之控制（在我國則係透過監察院審計部審定決算，並於三個月法定期間內，向立法提出審核報告而負責¹⁰⁰）而取得其事物與內容之民主正當性¹⁰¹。

⁹⁹ 陳愛娥，「行政任務的適應與民主控制的確保」，李建良等合著，行政法入門，頁211~213，台北，元照，二版，2004/05。

¹⁰⁰ 參照憲法第104條規定：「監察院設審計長，由總統提名，經立法院同意任命之。」；憲法第105條：「審計長應於行政院提出決算後三個月內，依法完成其審核，並提出審核報告於立法院」。

¹⁰¹ 此處所指涉之事物與內容民主正當性之討論，多半係針對行政權而提出，另關於一般法院法官之民主正當性的檢討，另請參見 Andreas Voßkuhle / Gernot

但在我國之憲政體制與憲政現實當中，可想見的問題是：「行政院受總統意志拘束」與「行政院對立法院負責」二者間是否可能相互牴觸，從而民主正當性之傳遞是否可能被破壞的疑慮？於此本文認為，在我國憲法規範下仍揭示著法位階理論（即憲法第一百七十一、一百七十二條規定）、憲法增修條文第三條第二項行政對立法負責之責任政治原則等要求、上述之「事物與內容之民主正當性」之傳遞仍應有其適用。再者，若輔以對於上述國民主權之理解，憲法規範上儘管分別形塑出總統與國會（立法院）兩個公權力機關，並使該二者均擁有直接民主正當性；但本質上，總統與國會背後各自擁有之（原始的）民主正當性並不出現相互矛盾之情形，若憲政現實上總統與國會的意志發生衝突時，應係二者之間相互制衡之制度設計，並無法從民主正當性之「新舊」、「高低」、「強弱」得出法規範上的結論¹⁰²。

（三）、民主正當性形式的相互合作與彌補

在上述架構下，為使國家權力之行使與具體之國家行為能獲得有效之民主正當性水準（demokratische Legitimationsniveau）¹⁰³，上述所指出之三種傳遞民主正當性的模式並非處於各自獨立或互斥之

Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters in: JZ, 2002, S.673~724.; Gerd Roellecke, Zur demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalte, in: J. Isensee/H. Lecheler(Hrsg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 553ff.; 程明修，「民主國原則（三）」，月旦法學教室，第32期，頁50以下，2005/06。

¹⁰² H. Maurer, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005, § 7, Rn. 27.

¹⁰³ Vgl. E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: der. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 .Suhkamp, Rn. 23ff.

並列關係；而毋寧是必須相互合作與彌補。其中由於「功能與制度之民主正當性」係直接從憲法所導出並獲得，因此在證立國家權力之民主正當性上，較無所謂因回溯過程遭到破壞而欠缺或弱化的問題。因此，這裡所謂的「相互合作與彌補」的關係，主要是針對另二種民主正當性形式—亦即，人事之民主正當性與實質、內容之民主正當性—加以詮釋。例如某一行政部門之實質、內容民主正當性已經透過內容具體明確的法律規範與嚴密的國會監督機制而獲得確保，那麼（不具備民主正當性之）社會團體或利益團體對於該部門內構成員的選任，在某程度上便容有較大的實質涉入空間，亦即此處對於「人事的民主正當性」的要求將相對減低。

此外，必須注意的是，由於無論實質、內容的民主正當性，抑或人事的民主正當性在憲法上均各有所本，仍各自富有不同意涵與功能，因此固然這二者得以相互為補充，但無法完全地加以替代¹⁰⁴。由此亦可推知，所謂「正當性水準」或「有效」的民主正當性，並非要求國家權力必須達到某定額之民主正當性的「絕對值」，毋寧是要求一種「相對性」的規範作用，也就是在強調三種傳遞模式均有其各自憲法民主正當性之意義下，要求當其中一者減弱時，另一者或甚至其餘二者便必須相對地補強，以確保最終得以回溯及於國民意志之目的。

伍、結論

基於「國家權力之民主正當性問題，係立基於各國憲法規範與憲政文化下民主價值之不同衡量；而其正當性歧異之所在，也正是

¹⁰⁴ Vgl. E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: der. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 .Suhrkamp, Rn. 23ff.

立基於不同的民主模式」之認知前提。本文溯源並檢視具有典範意義之德國與美國之憲法規範下，各自之國民主權原則之預設、以及其各自不同卻也有部份類似的民主正當性傳遞模式。德國模式下，其國民主權係取向於「普遍國民意志」之探求；其民主正當性之傳遞則係以德國學者 *E.-W. Böckenförde* 所發展出的三種傳遞路徑加以詮釋；此外，美國模式下，其國民主權價值之預設，毋寧是肯認且容許多元民意來源之價值，因此在其民主正當性之傳遞上，無論係在行政權領域抑或司法裁判之程序中，其程序參與導向與國民選任兩者均扮演了其關鍵性因素，其背後之原因似乎與其普通法背景下，欠缺實體法規範之民主控制與傳遞有關。

因此，有鑑於我國之國民主權與其民主正當性之傳遞路徑與德國法之規範較為相近，均以「普遍國民意志」作為國民主權原則之價值取向；同時復以「國會與國會法律」作為傳遞正當性之核心要素；且我國無論行政權抑或司法權所依循之法規範與憲政實踐上，亦欠缺美國法上「程序參與」與「國民選舉」之傳遞路徑（近來則有些許導入美國法於行政參與上之影響，但仍不影響以實體法規範作為傳導之必要性）。因此，本文之作旨在提供一套證立與詮釋各個國家權力如何回溯暨接受國民意志控制之傳遞模式和路徑，以摒棄選舉至上之民主圖像，完善之民主體制絕非僅止於定期改選而已，探求國家權力回溯及於國民意志，並進而保障人民之政治自由與社會共識之建立，毋寧是我們必須加以追求並努力之所在。

參考文獻

一、中文部份

1. ELY, John Hart 著，劉靜怡等譯，「民主與不信任 Democracy and Distrust」，2005/05/01，商周出版。
2. Tushnet, Mark 著，楊智傑譯，《把憲法踹出法院 Taking the Constitution Away from the Courts》，正典出版，2005/08。
3. 卡爾·史密特著（劉鋒譯），「憲法學說」，台北，聯經，2004/12。
4. 史慶璞，「美國國會同意權行使之制度探討」，憲政時代第 28 期第 4 期，2003/04，頁 126 以下。
5. 吳志光，「德國國會同意權行使之制度－以德國聯邦憲法法院法官的選舉制度為核心」，憲政時代第 28 期第 4 期，2003/04，頁 144 以下。
6. 吳庚，「行政法之理論與實用」，增訂八版，三民，2003/08。
7. 吳庚，「韋伯的政治理論及其哲學基礎」，聯經出版，1993。
8. 吳庚，「憲法的解釋與適用」，台北，三民，初版，2003/04。
9. 李建良，「外國人權保障的理念與實務」，臺灣本土法學雜誌，第 48 期，2003/07，頁 92 以下。
10. 李建良，「歷史·國家·行政·法律－歐洲近代前期行政法史汎論」，收錄於馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，「法律哲理與制度－公法理論」，台北，元照，2006/01，頁 49 以下。
11. 李惠宗，「論修憲複決程序與修憲內容之平議」，臺灣本土法學雜誌，第 72 期，2005/07，頁 247 以下。
12. 李震山，「外國人權保障的理念與實務」，臺灣本土法學雜誌，第 48 期，2003/07，頁 51 以下。
13. 李鴻禧，「中華民國立憲政治的病理分析－以孫文的五權憲法為中心」，收錄於李鴻禧等著，「台灣憲法之縱剖橫切」，元照，2002/12，頁 20 以下。
14. 周惠民，「德國史」，三民出版，2006/04。
15. 林紀東，「中華民國憲法逐條釋義（一）」，台北，三民，1993。

16. 林超駿，「法官如何不經由考試方式選任一略論民間版法官法草案之得失」，月旦法學教室第 18 期，2004/04，頁 111 以下。
17. 林超駿，「從美國違憲審查之反多數決理論，看終局釋憲法官選任程序」，政治大學法研所碩士論文，1996/06
18. 林超駿，「略論美國最高法院大法官任命程序之規範與實際」，月旦法學雜誌第 101 期，2003/10，頁 40 以下。
19. 林鈺雄，「刑事訴訟法（上）」，學林文化，三版，2003/9。
20. 張文貞，「審議民主的憲法理論基礎：以美國制憲經驗為探討核心」，發表於中央研究院人文社會科學研究中心、政治思想研究專題中心主辦，憲政基本價值學術研討會，2006/11/23、24。
21. 張志偉，「論司法違憲審查之正當性爭議」，中正大學法律學研究所碩士論文，2006/08。
22. 盛子龍，「行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度」，台灣大學法律學研究所博士論文，1997。
23. 許辰舟，「行政決策的人民參與一參與模型的建構」，台灣大學法律學研究所碩士論文，2000/06。
24. 許宗力，「行政程序的透明化與集中化」，收於許宗力（著），憲法與法治國行政，元照，1999/03，頁 339 以下。
25. 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」，收於氏著，憲法與法治國行政，元照，1999/03，頁 239 以下。
26. 許宗力，「論法律保留原則」，收錄於許宗力（著），法與國家權力（一），元照，2006。
27. 許宗力，「憲法與公民投票」，收錄於許宗力（著），憲法與法治國行政，元照，1999/03，頁 72 以下。
28. 陳英鈴，「民主鞏固與違憲審查--釋字第五八五號解釋的困境」，月旦法學雜誌第 125 期，2005/10，頁 63 以下。
29. 陳慈陽，「憲法學」，台北，元照，初版，2004/01。
30. 陳愛娥，「代議民主體系是民主原則的不完美形式？」，警大法學論叢第 4 期，1999/03，頁 17 以下。
31. 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

50 國立中正大學法學集刊

- 革—台灣民主憲政的新境界，台北，財團法人新台灣人文教基金會，2001/09，頁 309 以下。
32. 陳愛娥，「行政主體、行政機關及公法人」，收錄於行政法學會（編），行政法爭議問題研究（上），台北，五南，2000/12，頁 248 以下。
33. 陳愛娥，「行政任務的適應與民主控制的確保」，李建良等合著「行政法入門」，2004/05，二版。
34. 陳愛娥，「政府公開資訊法制的憲法基礎」，月旦法學雜誌，第 62 期，200/07，頁 27 以下。
35. 陳愛娥，「繼受法國家中的法比較」，月旦民商法雜誌第 4 期，2004，頁 1 以下。
36. 陳新民，「修憲之道」，收錄於氏著，憲法基本權利之基本理論（下），台北，元照，1999/06，頁 337 以下。
37. 陳靜慧，「從平等權的觀點論大陸配偶在台灣地區之法律地位及其基本權利的保障」，憲政時代，第 28 卷第 2 期，2002/10，頁 58 以下。
38. 陸潤康，「美國聯邦憲法論」，台北，增訂初版，1986/09。
39. 湯德宗，「三權憲法、四權政府與立法否決權」，收於氏著「權力分立新論」，台北，元照，增訂二版，2000/12。
40. 湯德宗，「立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探」，收於氏著「權力分立新論」，台北，元照，增訂二版，2000/12。
41. 湯德宗，「論行政程序法的立法目的」，月旦法學雜誌，第 56 期，2000/01，頁 146 以下。
42. 程明修，「民主國原則（一、二、三）」，月旦法學教室第 18、26、32 期，2004/04、12、2005/06。
43. 程明修，「國家法講義（一）—憲法基礎理論與國家組織」，新學林，2006/10。
44. 黃士洋，「行政科層體制在民主法治國家中的定位—我國行政機關（構）的改革策略的合憲性框架」，台北大學法學系碩士論文，2003，頁 28 以下。
45. 黃昭元，「司法違憲審查的正當性爭議—理論基礎與方法論的初步檢討」，台大法學論叢第 32 卷第 6 期，2003/11，頁 103 以下。
46. 黃舒芃，「比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例」，月旦法學雜誌第 120 期，2005/05，頁 183 以下。

47. 黃舒芃，「我國行政權民主正當性基礎的檢視—以德國公法釋義學對於行政權民主正當性概念的詮釋為借鏡」，憲政時代第 25 卷第 2 期，1999/10，頁 61 以下。
48. 黃舒芃，「法治（Rule of Law）或法治國（Rechtsstaat）概念在台灣的繼受」，2005 年法理學國際學術研討會—東亞法律漢字用語之整合，台北大學法學系主辦，2005/10/27。
49. 黃舒芃，「法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵」，中原財經法學，第 13 期，2004/12，頁 1 以下。
50. 黃舒芃，「從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題」，臺大法學論叢，第 34 卷第 2 期，2005/03，頁 63 以下。
51. 葉俊榮，「消散中的憲法時刻」，收錄於李鴻禧教授祝壽論文集編輯委員會（編），現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，元照，1997/03，頁 237 以下。
52. 葉俊榮，「環境行政的正當法律程序」，翰蘆出版，1997/11。
53. 董保城，法治斌，「憲法新論」，台北，元照，三版，2005/10。
54. 廖元豪，「『海納百川』或『非我族類』的國家圖像？—檢討民國九十二年的「次等國民」憲法實務」，收錄於「法治與現代行政法學—法治斌教授紀念論文集」，元照出版，2004/05，頁 296 以下。
55. 廖元豪，「外人做頭家？—論外國人的公民權」，司法院大法官 95 年度學術研討會，台北，2006，會議論文。
56. 廖元豪，「走自己的路—大法官「法律保留本土化」之路」，台灣本土法學雜誌，第 58 期，2004/05，頁 21~40。
57. 廖元豪，「美國憲法釋義學對我國憲法解釋之影響—正當程序、政治問題與方法論之比較」，憲政時代，第 30 卷第 1 期，2004/07，頁 1 以下。
58. 廖元豪，「從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性」，政大法學評論第 71 期，2002/09，頁 27 以下。
59. 廖元豪，「論共和主義的政治哲學對美國憲法思想基礎及實務的影響」，憲政時代第 20 卷第 3 期，1995/01，頁 80 以下。
60. 蔡宗珍，「國民主權於憲政國家之理論結構」，收於氏著「憲法與國家（一）」，台北，元照，2004/04，頁 47 以下。

52 國立中正大學法學集刊

61. 盧梭著（何兆武譯），「社會契約論」，1987/03，初版，唐山出版社。
62. 蕭文生，「人民、國民與主權」，月旦法學教室，第 13 期，2003/11，頁 59 以下。
63. 顏厥安，「憲政體制與語言的困境」，當代雜誌第 201 期，2004/05，頁 54 以下。
64. 蘇永欽，「參審是毒藥還是補藥」，收錄於蘇永欽（著），司法改革的再改革，元照，1998/10。
65. 蘇永欽，「從憲法的角度看兩岸政策」，歷史月刊 2001 年 11 月號，頁 60 以下。
66. 蘇永欽，「部門憲法—憲法釋義學的新路徑？」，收錄於翁岳生七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），當代公法新論（上）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，台北，元照，2002/07，頁 739 以下。

二、德文部份

1. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders. Staat, Verfassung, Demokratie, 1991 Suhrkamp, S. 289ff.
2. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit, Strukturfragen, Organisation, Legitimation, in: ders. Staat, Nation, Europa, 1999, S. 157ff.
3. Grimm, Dieter, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen System, in: JZ 1976, S.697~703.
4. Maurer, Hartmut, Staatsrecht, Grundlagen · Verfassungsorgane · Staatsfunktionen, 4. Aufl., München, 2005
5. Mayen, Thomas, Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen, in: DÖV 2004, S. 45ff.
6. Morlok, Martin, Demokratie und Wahlen, in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd II, S. 559ff.
7. Ossenbühl, Fritz, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura/Horst Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S.33ff.

8. *Roellecke, Gerd*, Zur demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalte, in: J. Isensee/H. Lecheler(Hrsg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 553ff.
9. *Schlaich, Klaus / Koriath, Stefan*, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 6. Aufl. 2004.
10. *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116(1991), S. 329ff.
11. *Starck, Christian*, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. Der demokratische Verfassungsstaat, Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen, 1995, Tübingen. S. 33ff.
12. *Unruh, Peter*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz, 2003, Berlin
13. *Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot*, Die demokratische Legitimation des Richters in: JZ, 2002, S.673~724.

The picture of democratic principle

— Examining democratic legitimacy as the center

Chih-wei Chang*

Abstract

Article II of the ROC constitution states, “The sovereignty of ROC belongs to nation”, which underlines the presence of popular sovereignty. However, how concrete “popular will” delivers and influences the manipulation of state authority remains unclear. This article mainly describes the need of state authority to equip with democratic legitimacy under principle of popular sovereignty. It is not admitted literally the “lack of democratic legitimacy” within the scope of state authority. Although diverse interpretative module and delivery path existing in theory and comparative law, the main purpose of this article lies in proving and interpreting how each state authority covers and accepts the delivery module and path controlled by popular will under ROC constitution, so as to abandon the false democratic myth that “public referendum is the only path to reach democratic legitimacy”. Hence, a sound democratic system lays not merely in holding reelection periodically, but in seeking proper method to

* Master of Law, National Chung Cheng University; Attorney, Xin Yang Attorney-at-Laws.

cover popular will under state authority, so as to take responsibility to the popular. Moreover, to protect popular political freedom and establish social consensus are the main goal to pursue.

Key words: democratic principle, Grand Justice 、popular sovereignty 、legitimate way of circulating democratic 、legitimate way of function and the democratic system 、legitimate way of organization and human democratic principle 、legitimate way of absolute democratic 、procedure participation 、public referendum/ election 、popular will