



法治國原則與立法程序

林 依 仁*

要 目

- | | |
|------------------|----------------|
| 壹、尋出立法困境的路徑 | (三)憲法的框架秩序 |
| 貳、立法活動與程序規範 | 三、決策主體之框架 |
| 一、立法裁量之本質與特性 | (一)有效審議程序 |
| (一)民意與決策之雙重性 | (二)學術本位性 |
| (二)特殊之程序裁量 | 四、決策內容之框架 |
| 二、憲法上程序調控原則 | (一)階段性框架 |
| 三、立法缺失之責難與祛除 | (二)資訊性框架 |
| (一)缺失成因與缺失界定 | (三)時間與結果之框架 |
| (二)立法程序之內與外的觀察 | 五、決策對象之框架 |
| (三)良善與理性立法 | (一)程序主體交互性 |
| 參、立法程序的規範策略 | (二)身分地位觀點 |
| 一、憲法最高性與立法自主性之兼顧 | (三)主題式觀點 |
| 二、服務功能與固有價值之兼顧 | 肆、立法程序與基本權利之關係 |
| (一)程序的服務功能 | 一、立法程序開啟與基本權 |
| (二)程序的固有價值 | (一)因訴訟權行使 |
| | (二)因參政權行使 |

DOI : 10.53106/102398202024060177002

*

銘傳大學財金法律學系教授，德國耶拿大學法學博士。

投稿日期：一一二年三月十三日；接受刊登日期：一一二年十月二十四日

責任校對：鍾淑婷



二、立法程序進行與基本權

(一)過程理性

(二)事實確認與利益權衡義務

(三)結果影響評估

三、立法程序終結與基本權

(一)有審查性質之公布權

(二)注意義務與修訂義務

伍、立法程序與違憲審查

一、形式程序審查

(一)參政權與程序開啟

(二)將制定之法律

(三)德國實務之參照

二、實質程序審查

(一)不法侵害概念之掌握

(二)竭盡認識來源

(三)事實調查程序化

(四)預測活動程序化

(五)體系正義性到結果一致

陸、結論



摘 要

本文旨在探究法治國原則如何作為調控立法程序之標準。立法程序向以民主政治、政黨政治為運作根據，但漸朝向提升立法品質與實現方法發展。本此先釐清立法裁量概念的雙重屬性，敘明實踐缺失與憲法上程序原則，以示與民主原則的差異。再從比較法學與脈絡調控的觀點，兼為闡釋憲法第23條與第171條的本旨，提出理性立法與良善立法之目標，作為評價立法程序正確性之基準。

是以宜從後設取向重構立法程序之規範，從憲法最高性與立法程序自主性為基調。為建構相應的憲法框架，形式上採脈絡調控，從決策主體與其程序、內容、對象間的互涉作用構成。實質上框架則取基本權利對於立法程序的作用為例，針對開啟、進行與終結三種形態加以說明。

立法程序的違憲審查，不限於重大瑕疵；還包括正確掌握基本權利保障範圍、不法侵害概念與立法事實間相互關係。如能合理調查事實、維護體系正義原則，適足以確保立法品質的良善。

關鍵詞：立法程序裁量、框架條件、立法學、內部立法程序、審議民主、良善立法、理性、結果取向、基本權評估義務



壹、尋出立法困境的路徑

現代國家受規範憲法之建構與調控。透過組織任務賦予與權限配屬，加以程序面約束統治權力行使，以期發揮法秩序公平正義之效用。立法活動雖植入程序化精髓，經議事爭論後發現方案，以匯聚多數共識為宗旨。然現存機制面臨相當的調適壓力，壓力源自期待落空與窮於應付兩項原因。立法者因法律保留取得法制定獨占地位，卻無法免於層出不窮的指摘：如受規範者自認權益限制過苛、保護不足與差別對待；加上釋憲機關持續完備審查機制、精進法理的作為，間接削弱國會權威性，迫使其修改既定法律。又學術扮演診斷、建議與批判之要角，透過國際比較升高對本國立法的要求。然缺失觀點僅為困境的側面照。複雜生活形態所導致國家任務增多，使得過去僅限於干預立法，早已改為形塑出各種給付性法律；契約自由也不免受到行政管制的介入，法律被期待全面性創造社會生活。又國會表面上握有主動制定法律時機，其實早已被行政部門、政黨政治與利益團體前後簇擁，立法決策未必是審時度勢下最佳抉擇。加以任期制度，草案縱令多方研議卻會相互排擠，未能及時通過；更無暇通盤整合個別法律，充斥疊床架屋的特別法。

身處缺失與挑戰之間的立法活動，肩負營造政治與社會秩序的工程。立法者若能善謀擘劃將來發展與規避潛在風險，定能減輕現時面臨的生存困境。然預測活動終非預見準確發生之事件，事後常能證明制定法是出於不正確或錯誤的假設出發。儘管預測困難，合理預判待規範事實仍不可迴避。由此常衍生違憲審查中應承認有多少立法預測空間、規範密度與審查密度間歧異等爭議。¹司法審查

¹ 黃舒芃，違憲審查中之立法形成空間，月旦法學雜誌，185期，頁39-51，2010年10月。



固能廢棄與糾正違憲法律，但從釋義學來看，消極避免牴觸、積極提高品質的方法非止一端。權力分立、人權保障與學術發展也能發揮作用。倘若追問如何發生引導作用，則有不少爭議。從現行憲法明定立法院審議權，況自民意政治與法律保留，立法者據有適用憲法的初次管轄（*Erstzuständigkeit*）地位，對已制定法的合憲性負有絕對責任。以國會內專業委員會與三讀程序之設計，已有一定自我審查之權限。相較違憲審查的外部控制，也能實現規範調整的目標；抑且從司法被動性與憲法法庭的定位審視，違憲審查只能應聲請人所請，點狀式、緩不濟急地處理牴觸疑義，由國會自律似更有效率。

惟所謂初次或首要的說法，不是如想像般的自明之理。違憲宣告、警告性裁判、公民投票、政黨政治、行政部門大量提案常構成被動式立法動因。自我審查的命題，也因違憲審查與學術批判而受相當修正。違憲審查之對象，僅限於制定法而不包括制定中法案的說法，迭經質疑。²實務上不乏審查立法程序的案件；或間接作用到立法過程中的事實調查。復因學術自主發展，法學研究與立法活動間更具有高度親和性，立法學由是成為專門研究領域³，見證學術對於國家統治權鉅大影響。

立法可自我監督與其反駁論點，似正反難解，流於各說各話。不過，反思二者之真意，未必如此截然對立。立法程序為立法機關就特定規範目的、按其計畫所為階段性之序列行為，以期發生法律制定之預定目標。故立法程序為憲法上立法活動規範化期待。程序

² *Erbguth*, JZ 2008, S. 1040.

³ 李惠宗，立法裁量類型化試論，憲政時代，16卷1期，頁74-97，1990年7月。李建良，立法學導論——比較法的框架性思維，月旦法學雜誌，295期，頁87-101，2019年12月；林明鏘，立法學之概念、範疇界定及功能，政大法學評論，161期，頁71-134，2020年6月。



化的用意，亦屬尋法活動之一環。⁴其成敗得失繫於前提之程序進行中，立法機關是否確知其作為目的、獲取判斷必備之事實、遵循特定方法；一如行政程序與訴訟程序，均屬「決定發現過程」之行為。然立法程序應否、能否與如何規制；應以政治妥協、議事自治甚或法治國原則角度看待，亟待討論。持否定見解多出於對立法者地位之尊重，或對於程序可控性的根本存疑。另有從法治國原則對制定法之要求，結合國民主權行使、多數決與行政機關與法院個案適用的關係，以合理規範政治與社會運作。但因國家任務日益增多，大量制定的法令漸成指責對象，在品質方面也出現立法缺失的批評。

憲法雖未明定「立法程序」章節，僅從權限分配的角度劃分立法程序。至於國家組織的基本構造和基本權之限制與形成，憲法委諸立法者為必要之制定。惟制定過程中，立法者是否確能把握相涉基本權之本質，影響法適用機關之踐行完善、國民之可接受性甚鉅。現行理論與實務多以已制定結果，作為違憲審查之基本權侵害前提。蓋未公布之法案，不生法律效力。將立法程序僅視為國家機關間之互動、甚或內部法性質而尚未發生規範效力來看，則基本權似難有著力之處。然立法程序有統治權性質，應受法治國原則、特別是基本權之拘束。但如何作用於立法程序，厥為值得探究之議題。⁵且我國憲法規範立法程序之用詞甚為精簡，無論從比較解釋或目的解釋，立法程序何所指、以民主原則或法治國原則作為調控原則，不僅須詳加探求且必然發生基本立場之爭。在1981年德國公法學年會之論題以來，一直為德國學界熱烈討論的對象。本文試從

⁴ Braun, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006, S. 371ff.

⁵ 例如吳庚先生在其教科書「憲法的解釋與適用」第290頁以下，僅列述憲法訴訟與行政程序。參閱吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月，3版。



三個層面釐清：

—立法程序緣何需要調控？既有調控機制何所指、是否充分？

—立法程序與法治國原則和基本權的關聯性何在？

—如何建構事前與事後控制立法活動的方法？

為闡釋憲法秩序調控立法活動，宜先敘明本文用語與區辨近似概念，觀察重點在於憲法原則約束之對象。法治國原則（*Rechtsstaatlichkeit*）原為在德國發展脈絡下對抗王權統治而以國會法律所生。限制個人自由財產須有國會法律為依據，由是其兼具侵害保留和保障保留二種看似對立的性質。透過調和自由權行使間衝突，同時達成合理限制與合理形塑個人生活空間，國會主權與其立法占有主導地位。此與源於英國法治原則（*Rule of Law, Herrschaft des Rechts*）透過普通法方式經正當程序保障人權有其根本差異。⁶重在使人民預知國家強制機構何時被使用（*Hayek*）。國會法律相對獲有廣泛決定空間，任何行政行為必須透過法律方能取得合法性，它只有在國會主權範圍內，始受允准。法院由是被賦予重要職責，在實證法律條文與自然法性質的一般原則間，以辯證方式實踐其控制功能。德國之法治國家原則與英美法治原則，雖各有其思想淵源，但漸有理解為憲政秩序下必要組成部分。以我國實務情況，釋字第585號稱「**國家機關行使權力均須受法之節制，立法院行使憲法所賦予之權力，亦無例外，此乃法治原則之基本要求**」；其他多以法治國家之用語。因學理實務已大幅繼受德國模式，今以「法治國

⁶ 陳新民，國家的法治主義——英國的法治（*The Rule of Law*）與德國法治國家（*Der Rechtsstaat*）之概念，國立臺灣大學法學論叢，28卷1期，頁78、87，1998年10月。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，13期，頁9，2004年12月。葉俊榮、張文貞，轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢，人文及社會科學集刊，14卷4期，頁516，2002年12月。Kriele, *VVDStRL* 29 (1970), S. 49.



原則」作為規範立法程序的主軸。

貳、立法活動與程序規範

立法程序不單是一種組織化國民意志之形成過程，或者理解為純屬技術性質的工作流程。憲法優位原則拘束立法權行使，不僅落實在法制定的結果，更及於制定時的程序進行。使其確能理性計畫、探尋規範基本權利所需要的事實根基，謹慎地經過權衡而作出立法決定，以資為法適用與人民行使的基礎。

一、立法裁量之本質與特性

(一)民意與決策之雙重性

現代憲政國家與其機關須具有一定正當性基礎，方能行使統治權。憲法上統治正當性基礎，本於國民主權原則，以民意政治與責任政治構成民主統治的支柱。立法程序作為統治形式之一，亦同（釋字第342號參照）。藉由多數民意代表定期、公開與共同行使審議權，自主形成法律形式的國家意思。立法程序的政治性格，尚有政黨政治之方案訴求。因選舉競爭機制，主導政黨政策選擇和差別化選民利益，進而在立法程序中形成各式替代方案和妥協各方利益。再因民主的立法程序的決策，最終以多數決原則決定。是民意代表、政黨立場與多數決三點，註定立法程序的政治性成分。民意政治性質的立法程序，兼有以決策作成的責任政治意義。憲法以組織、任務與決定之性質，劃為提案、審議與公布程序，以及覆議程序（增修第3條第2項）。

然同為政治上意思形成活動，立法程序因其統治性格而不同於政黨、媒體與社團。立法程序之作用與終結，以制定法作為行政與司法適用之依據、人民權利保障之根據。在現代法治國家，制定法



律的必要性常因回應社會需求、行政任務擴張，又須兼顧法律保留原則，法案率以部會提出為主。而其決策過程須以一定事實基礎為評價與規範對象，事實確定須經相當資料之蒐集處理等調查，包括調查方法與其範圍擇定，方能求得相關利益的份量，以便進行權衡。⁷至其決策形式，須以特定格式之法條擬定，為一講求技術操作的、規範處理之法制作業程序（*legistische Verfahren*）⁸，是處理法律用語、理由所在、規範體系的架構與協調等活動。⁹因之「國會立法」兼具政治與法治雙重屬性。¹⁰

(二)特殊之程序裁量

國家機關為作成各式特殊與複雜決定，須先經一定步驟始能定案。就是否與如何處理之過程進行，容有裁度推量的空間，稱為程序裁量（*Verfahrensermessen*），與實體法上就事件之決定裁量（*Entscheidungsermessen*），同為國家統治權所得行使的自主活動空間。¹¹程序裁量權不獨為行政權或司法權所有，而分受行政程序

⁷ *Schwerdtfeger*, FS Ipsen, S. 178ff.; *Kloepfer*, DVBl. 1995, S. 443.

⁸ *Legismus*或*legistisch*原指墨守成規、拘泥條文之意，此處專指政府提出法案前準備工作。例如奧地利之法制準則（*Legistische Richtlinie*）。*Öhlinger*, *Methodik der Gesetzgebung: Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, 1981, S. 4. 亦可用以描述我國的法制作業的特性。

⁹ 此如我國慣稱之「立法技術」，例如羅傳賢先生所著「立法程序與技術」中，第七章「法條詞語之運用」（頁149以下）；第八章「法律之內部結構」（頁243以下）；第九章「法律之基本形式」（頁275以下）。參閱羅傳賢，*立法程序與技術*，6版，2012年7月。

¹⁰ *Breuer*, *Der Staat* 16 (1977), S. 44; *Badura*, *ZG* 1987, S. 301; *Schulze-Fielitz*, *JZ* 2004, S. 862ff.

¹¹ 或稱「程序形成之裁量」（*verfahrensgestaltendes Ermessen*）。*Obermayer*, *NJW* 1963, S. 1177.



法¹²或訴訟法所規範，同時也存在於立法權、考試權與監察權，只是因其憲法預設功能而互有差異。

至於國會立法權之行使，學說與實務向以立法裁量、立法形成自由等，兼指程序裁量與決定裁量，並未區分。¹³決定裁量者，指是否與如何規制國家政治與社會生活的立法決定，舉凡憲法委託任務的遂行¹⁴、組織設立與監督、各式生活態樣的規範與差別對待¹⁵、公益或私權間衝突與其調和，均本於適用憲法所得之作為。至若程序裁量乃為作成合理決定之目的，而以程序為裁量客體者。「程序形成之裁量」(verfahrensgestaltende Verfahren)，包括選擇特定程序種類、特定程序進行之裁量(調查方法，以取得規範對象之事實與資料)。故為作成事物決定之合理方法，事屬憲法適用之必要階段。一般雖未以程序裁量的用語，理由可能有二：第一、學界倡議之前，認識對象專以憲法明定之立法程序或法制以行政程序、訴訟程序為限。第二、學界多以「評估」、「預測」特性，說明法律制定隱含某種方法取向、而非純為共識發現的立法程序¹⁶。

立法活動為一特殊之程序裁量權行使，與一般程序相同均環繞事實調查與證據提出之作為。學界所稱立法事實，包括立法裁量所獲資料與其附具立法理由。至於下位類型略有：1. 是否與如何為預

¹² 湯德宗，行政程序法論，頁70，2001年12月。

¹³ 大法官會議解釋如第490號、第552號、第667號、第781號等。明確指出立法程序者，僅釋字第175號、第342號、第391號、第543號、第550號、第620號解釋。另參見李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢，47期，頁153-241，2000年10月。林子儀，大法官解釋之整理及評析——以憲法及行政法為中心從大法官解釋論違憲審查與立法形成自由，<http://ntur.lib.ntu.edu.tw/bitstream/246246/12811/1>，最後瀏覽日：2019年3月13日。

¹⁴ BVerfGE 3, 19ff. (選區劃分案)

¹⁵ BVerfGE 3, 58ff. (納粹時期公務人員再任案)

¹⁶ BVerfGE 25, 1ff. (磨坊法案)



測性裁量；2. 是否因違憲審查之警告性裁判所為改善性裁量；3. 是否為局部與暫時性立法所為試驗性裁量等。綜言之，立法機關為適用憲法而制定規範時，以如何方式進行享有一定自主性，為立法程序裁量。

二、憲法上程序調控原則

法律制定為依法行政與依法審判之基礎，賦予行政與司法授權依據與適用權限；可適用之法律以具備正確性為前提。從實體方面的決定裁量，立法者在憲法預設的權力分立、憲法委託與公公益權衡（憲法第22條、第23條）等框架準則，按事物本質制定各式組織性法律、限制性法律、保護性法律（憲法第153條）；甚至實施性法律（憲法第141條）¹⁷與授權性立法等。

為求制定法之合憲性，須兼及制定過程的妥善完備；況且制定程序也是統治權行使。程序裁量之調控依據，源自二種各自有其功能邊際的憲法原則。作為建構國家統治主體性與統治形式的功能，民主原則否定君主統治，旨在承接主權在民原則，向統治地位輸送正當性依據，以全體國民自我統治為根基。法律若作為國民自我決定與管理的主要形式，尚須借助組織作為承載與運作之主體，透過代表共組之團體性機關，始能在制定工作上有效實現。我國成文憲法採取簡約¹⁸而附帶規範於憲法機關權限的方式。民主原則之作用與其範圍略有數點¹⁹：（一）主體性：以組織主體主導程序進行，以示

¹⁷ 參見公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第1條規定，因實施兩公約使其得以內國法化。

¹⁸ 簡約的結論，參照德國基本法自第76條至第82條特別以7條條文規範修憲權、立法權與法令制定權所得。

¹⁹ 古登美、沈中元、周萬來，立法理論與實務，頁232-235，2002年9月，修訂3版。王韻茹，國會的民主義務——從兩岸服貿協議審查談起，台灣法學雜誌，



責任政治。(二)利益整合：審議程序用以整合各類影響立法的因素，以多數決原則作成立法決定。²⁰(三)平等參與：為確保議事公平性，不同利益間民意代表彼此間地位平等。

相形之下，法治國原則規範民主統治的內容與範圍，銜接並規範政治與法間的相互依存關係。它透露立憲主義中特定價值觀，為國家與社會在共同生活的特殊結構。秉承自然法中正義準則，不斷型構實體內涵，持續約束一切與統治有關決定。形式意義為一系列有效存在的法律秩序，透過實證法實現規範秩序彰顯的合法性。並且重構與調整既有法律的體系性；實質意義為正當性誠命，諸如權力分立、恣意禁止、相稱性與正當法律程序。²¹

如將民主原則與法治國原則併列對照，便知其特性所在與其所發揮對立法活動不同之作用。民主旨在梳理統治者與受治者同一性議題，初不處理統治之實質內涵；重在建構與控制國家機關；而非如法治著重於以規範塑造之內容、範圍與程序。二者分別肩負組織與形式、實體與程序的調控功能；然從制度沿革來看，卻非必同時存在。有法治而無民主如君主立憲體制；民主統治不必然創造法治成效。民主的立法程序，僅從自我組織之國會轉換多數國民之政治與社會觀點、願景與利益趨向，按自律性議事規則提出法案與討論。只要以多數作為決策依據，即可稱為取得被治者同意。反之，法治的立法程序則從權力分立出發，將立法權限配屬於不同憲法機關，分別而接續實現整體之立法任務。大抵而言，現代憲法均劃分為提案、審議與公布三種權限與其程序。不過，問題在於三機關與

245期，頁45，2014年4月。

²⁰ 如立法院職權行使法第6條規定「決議……以出席委員」。另為保障少數議員之公平發言權，進而對停止討論動議設有較高門檻（立法院議事規則第31條）。

²¹ 吳庚、陳淳文，憲法的解釋與適用，頁45，2021年，增訂7版。



三程序之劃分，究竟透露出何等制憲意圖？從此具體明定條款之外，還有無其他正確性相繩之標準？

三、立法缺失之責難與祛除

若說現行機制運作大致圓滿，自無深究立法程序規範化之必要，但實際狀況卻非如此。立法程序雖為一公意形成法律化的轉換過程，能否切實符合憲法預設的民主政治原理；或須另加以其他標準檢驗，不無疑問。學界屢多批評，相繼開列立法缺失²²或決策瑕疵²³之清單。在德國法律人大會（*Deutschen Juristentag*）中，Blum教授指出立法有「急促謀求妥協而非結果正義之體系」與「尋求當下平衡而非可持續性的結構」兩處盲點，此處舉其要如下²⁴：

第一、民主原則的作用有限性：未從法治國原則考慮意見形成方式或內容妥當性，多半追求政治妥協與社會共識的極大化。釋字第342號也有同樣看法：立法程序瑕疵未達顯明程度者，本於國會自律原則，不受無效之違憲宣告。

第二、急促立法與政治選擇：身為民意代表的立法者，常受限於專業能力與時間緊迫，未能周延考慮、亦未經合理充分之判斷。²⁵

²² 陳淑芳，從法治國家觀點看我國立法之缺失，載：黃宗樂教授六秩祝賀，公法學篇(二)，頁47-79，2002年5月。林明鏘，同註3，頁116。蘇永欽，立法學割記，載：走入新世紀的憲政主義，頁405，2002年10月。

²³ *Schneider*, AöR 1980, S. 13.

²⁴ *Blum*, Wege zu besserer Gesetzgebung, Gutachten I zum 65. DJT, 2004, I 19.

²⁵ 許宗力，違憲審查程序之事實調查，載：法與國家權力(二)，頁58，2007年1月。葉俊榮，大量環境立法：我國環境立法模式、難題與因應方向，國立臺灣大學法學論叢，22卷1期，頁140，1992年12月。立法急促的態樣頗多。除時間窘迫，尚有未落實程序精神。如三讀階段旨在文字修正，以提高法明確性與受規範者可接受性。實際上未能充分運用，致生曲解。案例參見羅傳賢，法案審查程序與立法技術，月旦法學雜誌，85期，頁67，2002年6月。另



第三、立法程序之非程序化：國會實際運作受利益團體之遊說、政黨黨團協商²⁶，法律制定常受特定政治立場影響，國會權限橫遭架空。

第四、規範內容與結構性缺失：法律制定未按一定章法蒐集資料、認定事實、經完整評估而作成決定。未考慮必要的利害關係人與政經社會因素；以致侵蝕法秩序的基本原則。

(一) 缺失成因與缺失界定

雖有諸多立法缺失的批評，但本文以為須辨析缺失成因與缺失本身，方能尋求合理解決方案。缺失成因何所在²⁷，宜從程序主體與其權限觀察。

以立法缺失相責者，實指民主原則下國會制的缺失。立法程序之公開性與共識發現，原假設國民皆有平等接近、與聞立法過程的機會；復能估量利害衝突、共謀制定結果的可接受性。實際卻因政

法案制定應同時調整相關法律，考慮複數法律間可整合性，不宜疊床架屋。以維護法律體系的清晰完整、增進議事效率。陳新民，一個新的方法——論綜合立法的制度問題，法令月刊，51卷10期，頁137-161，2000年10月。

²⁶ 我國黨團協商機制與英美特殊立法程序不同，得決定或變更法案內容、妨礙多數決原則。其弊端有二：(1)實質上取代二讀程序，未逐條討論致法案通過後始發現窒礙難行。如民國91年間修正通過的財政收支劃分法。(2)從立法理由來看，協商未留記錄，難以查考修法意旨。詳見羅傳賢，同前註，頁65。陳淑芳，二、聯合政府體制與國會制度，載：民主與法治——公法論文集，頁34，2004年11月。林超駿，黨團協商、特殊立法機制與權力分立，月旦法學雜誌，246期，頁140，2015年10月。

²⁷ 亦有以程序和實體予以區分。程序瑕疵如違反議事規則、草率通過法案。實體瑕疵為法案欠缺實體正當性，受人詬病如以黨團協商範圍廣泛，甚且決定法案內容，尤其是立法院職權行使法第68條明定結果使政黨運作影響法律甚鉅。陳淑芳，同註22，頁75。其他如蘇永欽所示，為「理性國會」催生，載：走向憲政主義，頁243，1994年6月。



黨與利益團體擁有實質主導力量，漸使立法活動越發遠離法秩序的內在理性，偏向妥協與政治性格，全以實際參與者利益主導立法內容。²⁸為發揮其正確審議功能，應從政黨政治、定期選舉、專業能力等因素，思索程序特性與強化控制功能²⁹、適當增加程序主體參與審議。又為因應立法者急促率斷或立法預測失誤³⁰，應從方法上增進其立法能力。

如指稱立法權限行使的缺失，例如非程序化的詬病，應注意立法委託和國會自律原則特性。與行政、審判程序相較，其要式性的理解自然不同。憲法對立法程序之規範，著眼其為方案形成（programmierende）之行為，行政與司法就「已方案化」（programmierte）法律進行適用。是其出於創設與建構特性，享有初次與優先建構制度的寬廣權限，真正實現民意政治。³¹例如準備期間長短、立法不作為的批評也可解釋為因自主性必要、享有較多決定空間；甚至未能通過正是因解決方案難尋、或一時未能獲得共識所致，不必一概否定。宜從程序對於政治理性的形式控制功能，針對公意形成與國政領導的性質，以特定憲法框架如基本權利與基本國策去指導。政府之提案程序和立法的審議程序，有內含謹慎研究的實質功能，故應以提升品質、透過競相比較可行方案、爭議與

²⁸ 陳淑芳，同註22，頁75。

²⁹ 立法程序雖有妥協性格，但非不得透過規範（立法或國會自治）使其去政治化。我國立法院職權行使法第十二章「黨團協商」制度，雖有降低利益交換、相互讓步的弊病。然而黨團協商為政黨間合意，以法律制度賦予其法律效力、且現行相關規定不盡符合透明性、偏向政黨決定、可協商條件過於寬鬆，有架空國會職權行使、與程序理性相悖的危險。詳見林明鏘，同註3，頁123。

³⁰ BVerfGE 50, 334ff. *Badura*, FS Eichenberger, S. 481ff.

³¹ *Morlok*, VVDStRL 37 (2003), S. 58.



妥協的規範化政治運作，使得公共福祉在個別法律中成形。³²

至於罹有瑕疵之缺失立法，宜自立法實際過程、制定結果的量與質探究，尋求治愈方案。若干情況未必皆屬真正立法缺失，定義上自當謹慎。

1. 法律氾濫的指責

有從結果論而批評其形式數量，似忽略法制定有適應社會現實需求；為落實立法政策的大量立法，毋乃正常現象。³³設若因法令多如牛毛而停止或減緩制定工作，形同立法懈怠。

2. 欠缺整體觀之批評

規範洪流雖能描繪大量碎片化法律現象，然整體觀的斷語又過於表相。究其原因，乃立法學與立法者間工作性質互異，以及時序遞進所造成。應有整體性之法律，須累積經驗整合而成。典型代表為集大成之民法典或各式總則立法；未有經驗而求預定規範內容，全屬憑空想像。反之，立法動因常來自社會問題急迫性，須務實、有選擇性針對特定領域作為。又國會因選舉而定期組成，按新近民意基礎制定不同於以往之規範。先後制定規範所生歧異現象，有其程度、狀態和類型差異。而現實上亦無法暫停立法工作，全面清理和修訂與其政網不合之法律。³⁴對同一問題之解決，除得從水準層面的民事法、刑事法與行政法領域，亦可從中央與地方各自行使立法權，規範歧異在所難免。

3. 規範內容之瑕疵

內容缺失的標準何在，應從待規範事實與擬規範方式審視。相較於法適用活動；法制定非單純執行憲法³⁵，過去以限制性法律為

³² *Schulze-Fielitz*, NVwZ 1983, S. 709-717.

³³ 從行政法、商法與社會法發展可以得知。*Leisner*, DVBl. 1981, S. 855.

³⁴ *Jarass*, AöR 2001, S. 591.

³⁵ 條件與目的的區分，參見*Luhmann*, Rechtssoziologie, 1972, S. 88ff., 227ff.



大宗的情況，因給付立法、組織與程序性法律，形成若干法律類型。如認有內容缺失即應考慮法律規範特性，方能選擇有效的控制方案。

綜上而論，立法缺失應概括三種類型：一是以事實認定為標準：程序上有應合理調查與預測以確定立法事實之缺失（調查或預測缺失）；二是從多部法律為標準：指本質相近應以歸納法則整合，卻失之零散紛亂，缺乏體系調整與建構的缺失（編纂缺失）；三是利益間把握為標準：在利益份量確定與其相互權衡上缺失（衡量缺失）。如何尋求降低或清除，須回到相關憲法原則進行利益權衡。

(二)立法程序之內與外的觀察

鑑於立法缺失的指責，Schwerdtfeger率先提出「立法之理想方法論」（optimale Methodik）。立法程序有外部與內部立法程序（äußere und innere Gesetzgebungsverfahren）之分，各自在不同憲法框架下進行。外部立法程序，專指憲法在形式上依據權力分立與民主原則將立法權、立法程序與立法組織歸於國會保留事項。至於內部立法程序，為實質上決策作成之法。決策正確性以注重事實、利益與觀點為重，要求決定發現與作成過程的意思形成，非以國會為唯一主體、甚且向前延伸到提案程序。內部立法程序是講求憲法授權目的之本旨，盡可能本於翔實與正確資料，方符法治國原則精神。³⁶法律正確性不應只滿足未與憲法相牴觸，蓋立法權有其自主性且違憲審查事後性。而程序瑕疵極其可能造成內容瑕疵，但光憑制定法卻難以辨認程序瑕疵何在，唯有將眼光置於決策發現過程，

³⁶ Schwerdtfeger, aaO. (Fn. 7), S. 173.



方可發現諸多程序不合理的現象。³⁷我國雖無極其明確內部立法程序的用語，但在若干案件已有類似思維。³⁸

Schwerdtfeger在歷數若干可議的聯邦憲法法院判決理由後，³⁹主張：

「內部立法程序須分析初始情況，目標確定、方法選擇到最終決定之全部，均須有條不紊的進行，方能合理化基本權的干預。」

「唯有程序拘束性方可提供基本權主體防止立法恣意的完整保護，實乃具備法治與民主的真意。」⁴⁰

即立法程序之正確，以其具備可信服之品質，不許存在程序瑕疵的現象，包括事實調查的瑕疵（資料取得、整理與衡量）。⁴¹內外之辨，用以說明合憲立法程序之標準，不限於明文規定、亦非提案審議二種接續程序之劃分。這點可以立法程序之內在調控與外在調控認識。外部立法程序遵守憲法所定裁量範圍：憲法依據權力分立原則，將立法程序為階段性劃分，各該程序主體不得有裁量逾越或裁量不足之情狀。復次、內部立法程序須符合憲法授權之真意：各該程序主體須依據程序授權之目的，不得有裁量怠惰或裁量濫用之情狀。推求Schwerdtfeger注重內部立法程序的緣由，為回應社會快速發展之規範需求，卻又造成法規氾濫、法規未及時清理，甚至未能兼顧立法品質所致。⁴²為解決此一缺失並尋求立法學之定

³⁷ Schwerdtfeger, aaO. (Fn. 7), S. 174.

³⁸ 例如釋字第290號解釋要求立法機關為合理之裁量。

³⁹ (1)立法者陷於詐欺或錯誤、立法機關之疏忽，是不重要。BVerfGE 16, 82 (86); 18, 38 (41). (2)憲法法院對可能陷於錯誤的立法審議過程並未說明。BVerfGE 30, 1ff. 而欺瞞、錯誤或疏忽等都會造成立法者為未取得、處理與權衡重要決策資料。設若排除錯誤，立法者是否仍會通過法律，實屬可疑。

⁴⁰ Schwerdtfeger, aaO. (Fn. 7), S. 176.

⁴¹ Schwerdtfeger, aaO. (Fn. 7), S. 184.

⁴² Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 639ff.



位，內部程序應針對立法草案在必要性、有效性與可理解性三方面的檢視標準。⁴³

(三)良善與理性立法

對應於立法缺失的自省，學界此後競相樹立法律正確性判準。自Schwerdtfeger主張以降，綜觀德國近30年發展⁴⁴，先後有以論壇主題如「法治原則下的立法」、良善立法（gute Gesetzgebung）⁴⁵與理性立法（rationale Gesetzgebung）⁴⁶之提出。尤值介紹者，為1981年德國公法學年會Eichenberger、Nowak與Kloepfer三位教授見解。特經整理如下⁴⁷：

1. 立法存在過度規範與法律氾濫的現象。然其成因諸多，觀點互異：Nowak認為依法行政思想的更新、法規範的國際化等內外因素有以致之。Kloepfer則主張政黨與利益團體的競爭會轉換為爭相提出各種立法版本、更新既有規定。依法行政原則的反面解讀，可視為對於行政機關的不信任、特別是憲法重要性保留原則升高立法

⁴³ Bundesministerium der Justiz (hg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 1991, Rn. 26.

⁴⁴ 德國公法學教席年會分別在1981年與2012年先後兩次召開「法治國家中的立法」與「民主法治國家中國會立法的理性要求」大會，另有1989年「給付法中之法律形成與法律適用」。2005年的法律人大會，選定「什麼是良善立法」為題，展開熱烈討論。

⁴⁵ 德國自1970年將立法學列為法學研究的新課題後，漸有立法良善的思維。例如Karpen教授指出立法學是「實用的、應如何的行為科學」，Karpen, ZG 1 (1986), S. 7; Hufen, VVDStRL 47 (1989), S. 146. 到了2003年的Schuppert教授的鑑定書以及2004年的法律人大會，Schuppert, ZG-Sonderheft, S. 1ff., Blum, aaO. (Fn. 24).

⁴⁶ Lienbacher/Grzeszick, VVDStRL 71 (2012), S. 7-48, 49-81.

⁴⁷ Eichenberger/Nowak/Kloepfer, VVDStRL 40 (1982), S. 7-39, 40-62, 63-98. 以上經審查建議所得之整理。



者規範密度的壓力；不因委任立法、授權自治而受影響，反增界定重要性事項與授權範圍的難度。

2. 立法者面對規範需求和規範擴張兩難情況，反映出現代國家社會運行現象和變遷常態化（Nowak）。立法者難以獨力負荷規範負擔（Regelungslast），需要從其他主體與其他方法預防和調整（Eichenberger），以適當分擔規範壓力。就此來看，國民之參政權和專家適當參與，有其必要性。從法安定性角度，立法者反而必須持續更新既有規範內容，而非完全不予修訂（Kloepfer），始能回應社會期待和政治發展。

3. 年會既以「法治國家中之立法」（Gesetzgebung im Rechtsstaat）為題，分涉法治國原則和立法權本質之認識。前者為衡鑑國家統治權之標準，立法程序也不能脫離其約束（Eichenberger）。衡鑑對象為過程進行中的立法活動（Gesetzgebung），而非單單著眼制定結果的法律（Gesetz），方能兼顧預防控制和品質要求的內涵。由此觀之，法治國原則如同其他開放性的憲法原則，能因學術發展和實務運行豐富其內涵，它從違憲審查、委任立法、依法行政等諸元因素，增加對立法活動的控制。

4. 對於法治國原則的看法，Nowak認為立法與法律是統治權表現形式的差異。較為特殊是Kloepfer的觀點：法治國原則是一種「距離的國家形式」⁴⁸要求，距離意味著雙方要保持彼此一定間隔、不容合一相混，舉凡國家與社會、利益和統治、授權與被授權、權力分立等均是。民主選舉不是唯一的法律制定途徑，民意代表與其所屬黨派有追求己身利益的極致傾向。相對的，主權在民內存有社會國思想，終極目的為社會整體性發展，二者間有根本性衝突。法治國原則須對前述立法缺失進行調整。法治的距離性主要表

⁴⁸ 這種觀點非無爭議。Meyer, VVDStRL 40 (1982), S. 140.



現在立法程序各參與主體間定位與其關係，若不能界定彼此，缺失立法必定發生在幾種情況：(1)立法動因（某事件或黨綱）、提案（公投、民代與政府）與國會審議。(2)有審議權之國會、受規範者與利害關係人；(3)多數決與少數利益的設計；(4)立法時之預測及其未來走向。

綜上可知，為確保制定法的品質，避免政治妥協轉換為成文法典的落差過大、降低事後修改法律或違憲宣告的機會。使民意政治在立法機制的發動與通過之間，雖有相當的差異，但最終猶能滿足一定內容的期待。法治國原則雖有諸多深層意義和表現形式⁴⁹，然均為正確性保證（Richtigkeitsgewähr）的追求、同時兼顧形式合法與實質正當。⁵⁰

邇來良善立法的主張，係指法律規範足以滿足規範力的要求、在社會變遷中保持其穩定性。能兼顧多數與少數利益需求、使強者與弱者各自獲得發展實踐的機會，而非僅僅削弱其中一方。而這正是多數決原則所未能顧慮。至其具體內涵雖見解不一⁵¹，但大致為內容要求例如：立法的必要性、可理解性、完整性、體系相容、功能正確性；或有助於落實特定公益。立法理性（Rationalität）概

⁴⁹ 李惠宗，憲法要義，頁16-17，2019年9月，修訂8版；董保城、法治斌，憲法新論，頁62，2021年9月，8版。

⁵⁰ 釋字第520號解釋雖稱「縱令實質正當亦不可取代程序合法」，似將形式與實質、合法與正當截然對立。從實證法角度與嚴格意義的程序概念，固可成立。對照釋字第523號解釋指行政機關「依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當」，雖建立在法律保留的程序規定之上，然存有要求機關須體察程序規定的內在意義。立法程序若僅限憲法所定，勢必落入憲法實證化的窠臼。程序的合「法」性本身（或稱正當程序），須併同考慮實質正當性。只是學說倡議和實際踐行存有時間先後的落差，例如為提高立法品質而納入結果影響評估方法。

⁵¹ *Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 27.*



念，係從康德價值觀點以衡鑑一行為合理性。立法活動亦為人類行為模式，存有交流和論理、反映事件特徵求取正確之特性。其中各階段所有之行為，均須滿足合理期待，且其存有足夠理由。⁵²

立法之良善與理性，乃對於立法缺失的回應。其間雖有概念上重疊或差異之處，⁵³但大抵上偏重法律制定內容與制定過程的正確性標準。以制定內容為正確性標準者，重在仔細考察政經社會現實關係與既有規範領域的對應；倘以制定過程則著重緣由、條件、進展與影響範圍與程度，二者間實為相互補充，並將於下述說明。

參、立法程序的規範策略

良善立法固為學界期盼，惟是否應臻至善境界、達成方法及可司法性若何，始終啟人疑竇。同為統治權，行政與司法重在依既有規定、透過法律解釋方法、就已發生事件為決斷的認識程序（*Erkenntnisverfahren*），立法則是一種需要綜合知識經驗為合理預測之決策發現程序。⁵⁴為實現立法判斷準確性與內容正確性兩項，建議從立法活動的「過程進行」與「最終結果」，將立法理性與良善立法緊密結合。立法理性應從規範性的立法程序，能慎思明辨待規範之事實，確保規範結果合於一定水準。達成良善立法的策略，應以脈絡調控替代他主調控，從結果取向、理性與審議民主的觀點出發。與本文有關者，立法缺失的形態之一為侵害基本權。自憲法第23條與第171條反面解釋，憲法秩序預期到有不必要的限制性法律、法律有牴觸憲法的可能，自應形成事前性合理規範方法。

⁵² *Hoffmann*, ZG 1990, S. 99; *Lienbacher*, aaO. (Fn. 46), S. 11.

⁵³ 例如主張良善結果來自於理性。 *Blum*, aaO. (Fn. 24), I 19.

⁵⁴ *Gusy*, ZRP 1985, S. 298.



一、憲法最高性與立法自主性之兼顧

欲求立法程序規範化，而非單單是民意政治所向，則須適度調整規範策略，兼顧憲法優位和立法自主。莫使立法程序淪為利益交換，亦不流於細碎的技术操作。憲法既預設效力最高性與憲法機關自主性（憲法第171條），則其控制思維貼近Willke與Teubner主張的脈絡調控（Kontextsteuerung）策略：揚棄直接干預一個有「自我指涉與完善功能」系統的作法⁵⁵，但又要矯正系統因此分裂獨立化的傾向。持中之道，只消從創造良好的框架條件與其持續改進，能憑藉架構去框定受控制對象自主運作的目的。⁵⁶

申言之，調控應從主體、客體與標準三要素間關係的理解，調控主體循一定法則促使受控對象在預期範圍內有秩序行動。傳統有從調控主體對受控對象以上下層級的直接管制；又有主張受控對象本有自主決定與自我控制之能力。二種狀況在法律學的規範取向恰有其對應關係，前者如上下級機關監督與高權行使；後者如自由權之本旨與私法自治原則等。然因若干受控對象的高度複雜特性，諸

⁵⁵ 本文借助系統理論能對憲法解釋提供別具一格的視野，又不失卻法學研究的格局，使憲法釋義符合實際情況與滿足規範需求，初不在另闢蹊徑，僅作輔助詮釋之用。

系統因其本身功能所在（政治系統的凝聚民意、規範制定與監督政府）限定其行動範圍與界定周遭環境（權力分立原則），存在自主獨立性。且為持續達成目的、不斷運動演化，形成自我再生的發展邏輯（國會自律與三讀程序），從外界來看有對內封閉性。其他如宗教、科學與藝術亦然。諸系統間因自行發展漸成功能分化趨勢。然系統本身無法自絕於周遭環境，可透過一定機制與外界保持同步，因應變化使得封閉系統猶能保持活力。此見選舉原則、府會關係與違憲審查的作用，使系統本身對外開放，拉近規範與事實間的差距，適時吸納社會規範成為法律規範。本文在此段即思考立法活動可受影響因素作為控制方法。

⁵⁶ Teubner/Willke, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6, 1984, S. 6.



如涉及多數不等利益、組織內部相互依存的分支、長程進行難以預先逆料者。若採直接調控將觸發受控對象分支系統的不同反應的混亂，有違調控效能之達成；惟若放手使其完全自我行事，未必使高度分化系統能相互協調；或縱令取得一致，卻是出於非法秩序的理由。在完全的他主或自主調控之間，**脈絡調控**係承認受控對象有其自我主導之發展能力，承認一系統對另一系統之影響；這類調控是一系列兼顧調控主體之行動與受控主體之反應，與彼此間的相互作用。為發揮受控對象有效運作，調控策略須正視其有自主調控（*Selbststeuerung*）的能力與基礎，擺脫單純干預指令，轉而求取結果合理性。為此從受控主體決策與其過程一切所應納入之觀點與主體，作為控制方法，屬於既非中心主導或自我主導的第三形態。脈絡調控之設計須鑑別所有應參與之次級系統（專業或利益）與周邊相關條件，除建立各次級系統在其各自內部運作秩序中的主體性，又須協調各自主次級系統共同參與，方可兼顧自我調控向脈絡調控看齊。⁵⁷換言之，係以增進解決問題之道，並非全然取代受控主體之自主性，可稱為規範性自我規制（*regulierte Selbstregulierung*）。⁵⁸

立法程序因其民意轉換為規範之過程特性，迥異於一般認事用法的涵攝過程。任何試圖實現「憲法上立法程序」目標，應從功能分析與經驗規則掌握。程序法既具有脈絡調控屬性，何等程序主體、程序事項與程序結果應納入作為相關脈絡，則必須有針對性進行調查與梳理。雖然它的發展不若司法學相對穩固的法律解釋方法

⁵⁷ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S. 239ff.; *Willke*, Controlling als Kontextsteuerung, Zum Problem dezentralen Entscheidens in vernetzten Organisation, S. 63ff. 張嘉尹，國家理論——系統理論的觀點，淡江大學法政學報，1卷5期，頁87-107，1996年1月。

⁵⁸ *Trute*, DVBl. 1996, S. 950ff.



作為準據，但已有存在相當討論、僅缺整體回顧。為加速建立一個以程序為調控對象的方法論，可以適當援引鄰接學科的決策理論與組織學的知識。⁵⁹就此來看，與兼具有侷限性與開放性的憲法規範甚為相符。將脈絡調控思維運用至憲法對於立法程序之作用上⁶⁰，憲法仍然具有最高性之調控地位，立法程序權自主性則須維護，二者間調和應從憲法釋義學創造合理之脈絡條件（*Kontextsteuerungsbedingungen*）。以憲法上框架條件作為控制立法程序，首先應究明程序本身價值與其目的功能（下述二）；其次須探究框架類型與內涵對於程序進行的影響，並以之為調控方法，堪稱內部立法程序之核心內涵。（下述三-五）。⁶¹再推進到本文關懷重點（下述五）。

二、服務功能與固有價值之兼顧

良善與理性觀點的概念與作法，互有交集；箇中反映各自依循過程與決策、程序和結果兩組標準的選擇。綜觀內部立法程序的主張與改良路線的發展，立法活動之規範，宜從行為本身或行為目的，作成當為價值判斷。⁶²如視過程對於結果具有服務功能，意味程序僅有措施性意義，本身無法獨立存在；或者程序列為與制定結果同等重要。簡言之，應採取義務或目的之判準，何者為恰？

⁵⁹ *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung – Perspektiven oder nur Erinnerungsposten?, S. 220.

⁶⁰ v. *Beyme*, Der Gesetzgeber, 1997, S. 22, 31; *Schulze-Fielitz*, aaO. (Fn. 10), S. 863.

⁶¹ BVerfGE 65, 1 (55); *Schwerdtfeger*, aaO. (Fn. 7), S. 178ff., *Kloepfer*, aaO. (Fn. 47), S. 90ff.

⁶² *Scherzberg*, FS Erichsen, S. 181f.



(一)程序的服務功能

程序為決策作成之數個階段進行特性，應為實體服務而規劃與建構，方能逐步的明智抉擇與正確行動。故程序規範為配屬實體決定進行、使其易於確認事實之作用發揮，一般稱程序之服務功能（*dienende Funktion*），以說明結果正確性作為約束程序進行的指導方針。⁶³程序的價值由是依附於達成目的之方法觀點去認識。立法合理性只能參照待規範領域的關聯性去理解。⁶⁴然此說缺憾在於必須預設單一少數與極其明確的結果，方能規劃程序的走向。Schlaich主張立法者「只對制定法負責」⁶⁵的見解，容易導向法律存在即程序合理的迷思。本文認為，第一、目的正確性判準眾多。

⁶³ 行政程序的觀點，見*Schmidt-Aßmann*, § 109 *Verwaltungsverfahren*, Rn. 18. 從德國行政程序法制定時的爭論，更能窺見程序規定與實體規定間關係。*Groschupf*, DVBl. 1962, S. 630. 「程序法本身非法，它應只是使得實體法決定得以作成，相對於實體法存有服務性功能」（*Das Verfahrensrecht ist nicht das Recht selbst, es soll nur eine Entscheidung über das materielle Recht ermöglichen, hat also eine dem materiellen Recht gegenüber dienende Funktion*）。或BVerwGE 92, 258 (261). 「程序參與本身不是目的，原則是服務於程序目的」（*Verfahrensbeteiligungen erfüllen keinen Selbstzweck; sie haben, wie das Verfahren insgesamt, grundsätzlich dienende Funktion gegenüber dem Verfahrensziel.*）另見*Hufen/Siegel*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 5. Aufl., 2013, S. 586. 稱「實體法的優越與程序的服務功能」（*Der Vorrang des materiellen Rechts und die dienende Funktion des Verfahrens*）。

我國較以程序作為提升「行政效率」之目的。參見傅玲靜，德國聯邦行政程序法之改革，*中原財經法學*，12期，頁71，2004年6月。一般多以程序功能說明，蔡茂寅等，*行政程序法實用*，頁9，2001年10月，2版。作者參酌德國學理稱為服務性功能，也因此，如李惠宗，稱「程序是擔保權利獲得實現的一種機制」，特別強調「終局目標……，提升行政效能，增進人民對於行政之信賴，與保障人民權益」，李惠宗，*行政法要義*，頁56，2020年9月，8版。

⁶⁴ *Lienbacher*, aaO. (Fn. 46), S. 11.

⁶⁵ *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), S. 109; *Ennuschat*, DVBl. 2004, S. 986ff.



憲法第23條雖定有四項目的，大致為增益、避害與其增減，看似瞭然。但立法活動常處於多元利益紛爭與衝突中，實際上是以主題中心所遍涉相關利益的整合。第二、目的與結果不盡相同。倘結果本身具有開放性，或須在大致目標方能發現結果，則程序非但不是達成特定結果之手段意義，而且在進行當中創造了結果。第三、程序既居於輔佐地位，有流於只看結果正確性的危險，或者為追求結果可以弱化程序的約束。

(二)程序的固有價值

從另一個角度來看，程序不見得僅有依附特性，而仍有其本體價值而脫離於結果，可以獨立存在且作為單獨考察對象。⁶⁶結果正確性並非衡量立法裁量之單一標準；或說寄望於實體法判斷制定法有其侷限性。從憲法規定若干特殊正當程序，如修憲、條約、預算議決與訴訟方面，應思憲法本有一般性意義正當程序的旨趣，立法程序之討論亦當如是。再從憲法開放性深究，越是採取目的性（*final*）而非情境條件（*konditional*）規範策略；越是未明文、僅有部分或概念不明確的規範要件，實體決定的正確性尤難執單一標準論定。特別是將憲法上立法委託與制定法對於法適用的控制相互對照，更顯得程序規範能適度彌補實體規範之不足。在此種情況下，程序正確通常適足以作成明智決定，從而彰顯其固有價值。

就制定本身而言，評價立法之正確性，以活動本身是否已經遵守特定法則，且應獨立於任何外在目的論斷。是以立法活動須按憲法提案、審議與公布程序之明文規定，或是依據民意政治之妥協等；或法治國原則下決策發現與作成須合理等。

⁶⁶ *Ossenbühl*, NVwZ 1982, S. 466.



(三)憲法的框架秩序

憲法規範性的獨特之處，在於框架秩序。框架命題之主張，乃為回應成文憲法與一般法律在形式與規範上交集所生疑義。既然外觀神似、皆能拘束，憲法解釋似可援用一般法律解釋方法。⁶⁷然相比之下，成文憲法是碎片化或零散的；它只揭示制憲時當下累積的歷史經驗，常以特定目標與特定原則示之，餘下全賴國家視發展進程充實（例如「以法律定之」的授權規定）個人與社會自主運作；卻又要發揮預設控制的規範功能。Böckenförde將憲法對於受控國家介乎授權開放性和效力拘束性之間，以「框架秩序」⁶⁸稱呼：針對政治行動與其決策，憲法僅確立框架條件與流程規則；在個人、社會與國家間樹立基本性決定，不存在近似處分或審判所依據執行意義的條款。如僅以不確定法律概念比擬，將弱化憲法授予國家決策轉寰一定容受空間的精神。若固守文本，無法解釋同一條款在不同時空竟可得出相反解讀的困境。欲探求憲法規範性之本旨，大抵上可從幾個觀點切入：1. 框架秩序存有授權與約束雙重特性。各機關決策享有適用憲法優先性；但在決策結果判定上，憲法保有效力優先性，即憲法第23條與第171條間關係。2. 憲法的功能為調和二以上相對立利益或原則，唯有透過辯證過程中始能求得彼此間的有限優先性。憲法第23條即明示基本權利與其可限制性，突出少數自由與多數民主間潛在衝突特性。3. 為求衝突利益間調和，再也無法單憑先驗（*apriori*）預判與分析規範意涵，反須轉從當下事件為解釋起點，尋求可能相關憲法規範，其過程帶有溯因與發現過程，從

⁶⁷ 例如釋字572號楊仁壽大法官協同意見書中，主張違憲審查以三段論法，「運用演繹的邏輯分析方法」。然則憲法條文是否具備可演繹性？

⁶⁸ Böckenförde, NJW 1976, S. 2091. 陳慈陽，憲法學，頁73以下，2004年1月。



憲法文本的蛛絲馬跡發掘既有與可能的關聯意義。⁶⁹這種主題（topic）取向能為整合所應考慮諸般憲法上理由⁷⁰，預為安排。4. 憲法既規範各個人、社會與國家間三方關係，所有待決課題均為發展過程中的一環，其秩序性的理解應有合併考慮規範的意義與現實，覺察所處時代的價值認定，使憲法本身保持有變遷能力，求得對立間憲法原則在實踐當中的和諧性。

將憲法之框架秩序，應用到規範對象（立法程序）所處脈絡之中，本文提出從決策主體、決策內容與決策對象作為設定調控之因素。

三、決策主體之框架

自立法缺失的辯證可知，憲法明定之程序滿足多數決要求，規範各程序主體的任務與權限。乍看之下，似乎只是各機關分別各自獨立行使職權。揆其實質，毋乃從法制定所欲限制或保護之基本權主體為方法，以達成公私益均衡維護關係為主。次為提高法律良善性，自利益團體、政黨、專家與間接受惠或受限之民眾、執行機關與法院來看，均與制定法結果有利益牽連關係。異質性的利益狀態，更須就多邊關係之適當安排，使其一方面根據基本權意旨與民意政治、他方面本於其利益取向而共同合理之行動。從人的角度為決策主體劃定框架，可從審議程序與學術自主著手。

⁶⁹ 如釋字第806號解釋街頭藝人案。因限制其展演活動，促使反思抵觸憲法何等規定，是項條文不僅有無，更是應否規範藝術表現之自由。又如數號訴訟權之解釋，不斷因案增添擴充憲法上定義卻又不違逆規範原意。

⁷⁰ Häberle極力強調主題觀點要考慮市民社會，曾被視為是激進思維。不過，在我國引入法庭之友與原有鑑定制度，實際達到盡可能程序公開化與社會化，竟成可能與合理。



(一)有效審議程序

法制定本為一抽象權衡利益所為之決定。權衡結果的正確性有賴政府提案權、國會審議權之合理行使。憲法雖未明定應如何權衡，然府會既為民意政治所在，自須於一定時間內尋求與合理爭辯各種可能規範內容。立法制度原建立在國民平等形成公意的預設，然現實卻因政黨、利益團體擁有相對於個人的不對稱勢力，使得實際立法活動越發遠離理性秩序，而向妥協與政治性格傾斜。⁷¹立法過程本為共識決定過程，須預慮可能的利害衝突，以謀求制定法的可接受性。這是假設黨團能以無私地商談方式、能無成見地化約系爭利益。或者改善立法品質可透過專業諮詢達成；然而選擇專家的決定未必透明，難以保證法律制定之品質。⁷²

是故法律制定應以適當審議為準。關於適當性內涵與達成方法有四：第一、以時間因素調控：以修憲或釋憲定其應有相當「適當審議期間」，不失為避免倉促通過的規範，或者避免屆期不連續原則而須重行提出的變相延宕（參見下述伍、一、(三)之案例），相當程度結合民主與法治國原則。⁷³第二、受規範者參與審議程序：釋

⁷¹ 陳淑芳，同註22，頁47-79。

⁷² 除審議民主的觀點外，就法適用者的公務員、法官與相關專門職業者，原本可為法政策的批判者與建議者，但因為本職工作的限制，只能從個別關心之議題、擇其重點發揮。在職業訓練階段，立法學作為教學與研究的課題，無法與其他科目取得齊平地位，馴至於專業人才的養成，須待公務員選拔進入立法機關的幕僚單位後，始能得見。

⁷³ 德國基本法第76條第3項規定：「聯邦參議院之議案應由聯邦政府於六周內提出於聯邦會。……聯邦政府如基於重大理由，特別是考慮到範圍而要求延期者，期間最長為九周。聯邦參議院如認為其議案系例外特別緊急事件，期間為三周，或如聯邦政府依第三句提出延期之要求，則為六周。關於修改基本法之草案與依本基本法第二十三條或第二十四條之託付主權，此期間為九周；第四句之規定不適用之。聯邦議會應於適當期間內審查此議案並作成決



字第314號指出，程序若未使國民有預知修改目的與表達機會，違背透明性與受規範者參與之機會。本號解釋從解釋憲法第174條第2款公告期間的意旨，透過國民言論與集會結社自由，作為合理影響立法職權之明證。第三、有效審議需為相當之討論，始能稱為理性。德國釋憲實務雖不要求議事須為如何激烈的爭鋒，但期待至少有一定限度的思辯。⁷⁴第四、釋憲案已有立法裁量的內在限制觀點，只是較為隱約、有待闡明。釋字第435號強調保障立委身分旨在充分表達民意，反映多元社會之不同理念，始符「理性決策」之要求；釋字第499號昭示修憲程序須「理性溝通」等二例，頗為相類。

(二)學術本位性

若轉換審議者、參與者為觀察者的角度，學術有調和憲政原理與憲政實際間的功能。憲法保障學術自由的外溢功能，可發揚對於政治社會發展的引領作用。富含政治性格的立法程序，一如公共政策與法院裁判得為學術探索、建議與評價對象。法學應從適用取向的解釋科學兼顧制定取向的行為與決策科學。⁷⁵立法學作為導引立

議。」參照國會追認緊急命令之期限規定，可推知國會職權行使應有充分或急速決定的時程因素。

⁷⁴ BVerfGE 75, 246 (248).

⁷⁵ Hoffmann-Riem, JZ 2007, S. 648. 學科 (Disziplin) 一詞有智力與道德上的訓練教導與大學科目；如作動詞解，有訓示、調教與裁罰。兼顧二者的意義則是以特定知識合理分類，以之為培育塑造個人的學習科目。學科作為學術上知識生成與運作的具體場所，因組織與程序之進行，成為獨立運作之制度現象。制度性表現在三方面：(1)學科能劃定知識建構與營造活動在特定範疇之內，作為所有參與者論究基礎。(2)學科能自我界定本身特性與其他之差異性，且以向後進者作為訓練準則與知識傳授的對象。(3)知識經學科鍛造為堅實權威，對於學科研究對象具有決定主導之力量。



法程序之法，從外部與獨立觀察，彌補程序自主與憲法規範間的縫隙，構成合理的去國會中心化現象，最能符合脈絡調控的精神。

作為一種學科，立法學旨在研究一切立法活動有關事物，包含主體（立法者）、過程（立法程序）、資料（立法事實）與產出結果（制定法）。⁷⁶立法學的範疇因觀察重點互異，略有下述四大方向：

—研究對象以求得規範、法律與立法⁷⁷，例如法生成源，稱立法分析學；

—研究立法組織與程序，以及影響和調控方法，稱立法策略學；

—研究法政策與決策過程，諸如良好、有效、成熟之標準，稱立法方法學；

—研究法律形成之體系、分支和用語的一般性規則，稱立法技術學。⁷⁸

就其中內部立法程序之調控，乃藉由立法理性論觀點將決定作成過程中的動態特性予以規律，具體規範方法包括立法學、法律上

⁷⁶ 但不包含其他國家行爲。*Achterberg*, DÖV 1982, 976ff.; *Wyduckel*, DVBl. 1982, S. 1175ff. 本文所稱「學術主體性」可從Hart的旁觀者與參與者身分理解，非指本位主義。學者以其學術自由的行使，與學術中立之立場，可以為觀察者（立法學），亦可以受邀進入到程序參與之中（參與立法）。是其與其研究成果有相當之自主性。

⁷⁷ *Maihofer*, Gesetzgebungswissenschaft, S. 3ff.

⁷⁸ 因民意政治驅動，常有以立專法方式即時應對。此種契機立法（*Anlassgesetzgebung*）的動因，被指為「滿足特定情境的隨意立法」，實具兩難特性，立法者既為迅速回應當前事件；但又只侷限於事件本身所及的規範射程。常懷有某種誤想漏洞，圖立法以濟其窮。未能提煉事件本質，僅停留在表相描述。混淆觸發立法需求的事件與嚴謹立法作為，形成散亂與碎片化的規範圖像。學界即可從體系化角度提供融合新舊法律之建議，精煉事件特性與法益之間的關聯性。



決定方法論。⁷⁹立法學不只是社會學上的研究方法⁸⁰，同時為立法者應恪遵的憲法義務。⁸¹但立法學作為一種「規則與步驟分明」的「科學方法」，協助「法學找尋到一個具有妥當性的法律」，有認為須從歷史研究法、比較研究法、分析研究法、社會研究法、政策研究法與法條研究法等綜合形成。⁸²惟上述法則各自有其作用範圍，嚴格言之，歷史與比較法則為立法素材取經對象，社會與政策研究身為法規控制對象，本身並不單獨構成方法。立法學要成為一個研究方法，須把握從立法活動深具「決策過程」（*Entscheidungskreislauf*）之特性。決策作成之於立法活動的意義，有極其近似處理大量複雜資訊、試圖講究邏輯推演、又夾雜情感、猶豫與同時多工等因素等人類思維活動，立法學因此具有跨領域整合的特性。⁸³

四、決策內容之框架

自決策內容而言，法制定之發動與進行，必先確認待規範之事實、評估規範之效果，以便作出適當之規範舉措，發生預期規範政經社會之作用。立法者從整體現象而非單一個案為對象，經事實評定、發現特性後之鑑別作為，作為策略擬定與措施採行之前提。就待規範事項之全般資料進行調查與其評價，並以其作為規範基礎，為立法事實（*legislative Tatsachen*）狀態的確認。⁸⁴倘立法者基於

⁷⁹ Hill, Einführung in die Gesetzgebung, 1982, S. 62.

⁸⁰ Hill, Jura 1986, S. 60ff.

⁸¹ Schwerdtfeger, aaO. (Fn. 7), S. 173ff.

⁸² 羅傳賢，同註9，頁96以下。

⁸³ Smeddinck, Integrierte Gesetzesproduktion. Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive, 2006, S. 35ff.

⁸⁴ 黃舒芃，數字會說話？——從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲



錯誤與殘缺之事實、未合理鑑別與不當評價該等事實，所選擇之規範對策即難期恰當。是以立法決策之內容，從階段、資訊與結果三項劃定框架範圍。為求理解容易，今以釋字第578號解釋示之：

該號理由書第三段中可以看到大法官會議謹慎拿捏釋憲權，引導立法者忠實履踐憲法第153條委託事項，能察覺出脈絡調控的特色。理由書中指出立法者有檢討其制定法之義務，框架內容為隨時與通盤檢討，正合法治國原則的精神。此處以列舉表明：

1. 立法者負隨時檢討其立法之義務

(1) 檢討方法應按社會整體發展。

(2) 檢討應按擬規定法律之特性

— (本案) 勞基法定性為保護性法律

— 如何保護，須另考慮人口結構因素

(3) 是否考慮兩種法制的整合（勞退與社會保險）屬立法形成。但立法形成的決策非無限制。

2. 立法者負通盤檢討義務

立法者雖有立法形成的空間，但要進行全面性檢討。檢討之通盤性為：

(1) 整體社會條件之平衡

此處注意義務內容為勞工既有權益、雇主給付能力、企業經營成本。

(2) 透過相關機關（勞動部、經濟部等專業部會）

(3) 根據相關憲法條文與原則

— 根據勞工保障（憲法第153條）；

— 根據中小型經濟事業扶助保護（憲增修10條第3項）；

(4) 參照國際勞工公約規定作為憲法解釋輔助。

審查中的地位，中研院法學期刊，1期，頁1-44，2007年9月。



(5) 衡量總體發展。

本號解釋揭示立法程序法治化原則的落實，應從資訊、時間、結果、階段等脈絡因素予以控制，分述如下。

(一) 階段性框架

立法活動劃為數程序之真正緣由，乃本於功能合適性，參與立法之機關各於憲法所定範圍內獨立行使職權、發揮功能，又能相互銜接。Kloepfer的間距性（Distanz）觀點，與釋字第175號所稱「分治相維」原則類同，給予各程序主體自主決定空間、形成適當疏遠之距離，構成程序上法律關係之必要前提，始能貫徹權力分立以實現決策正確性。諸如國家與社會、決策與利益、法律與法令、政治可欲性與法治可行性等。⁸⁵應如何正確區隔各階段，始得其法？本文主張仍應以國會為中心，但以機關功能與專業因素為準據，分為憲法機關間與國會內部間的多階段程序。前者按參與立法之國家機關（第58條、第63條、第37條、第72條、第170條）劃分為準備、審議與終結三程序（下述肆）。

(二) 資訊性框架

立法事實之掌握，以事（資料）與人（參與者）相互搭配。資料獲取與其判讀本為所有理性決策之基礎。⁸⁶決策主體因憑藉相當資訊，方能就事態發展合理研判與恰當評估，選擇對應之處置措施、預判後續效應。部會提案與國會審議，欲求民意政治與責任政

⁸⁵ Kloepfer, aaO. (Fn. 47), S. 65.

⁸⁶ 資訊與知識之對立關係，參見Willke, Systematische Wissensmanagement, 2. Aufl., 2001, S. 7; Schoch, VVDStRL 57 (1998), S. 167. 尤其是因特定事件立法，如應付突發事故、平緩民眾恐慌之法律（「情緒性立法」，參見釋字第584號解釋，許玉秀大法官不同意見書），格外需要翔實統計數據與評估資料。



治之良好運作，倚賴充分資訊來源甚深。⁸⁷事實調查與評析工作，同樣得用於規範立法程序。從法知識論以觀，立法程序為特殊之知識獲取活動（*Wissensgenerierung*），其裁量權須專就規範事項應如何獲取與處理所需素材之評價活動，屬於法事實研究（*Rechtstatsachensforschung*）之行為，非僅止於利益妥協的性格。⁸⁸著重從觀察者角度看待一切與法秩序運作活動有關之知識，諸如法的源起、法的作用比較法學等。探求方法得適當引用法社會學之知識。⁸⁹

惟立法事實有一般性與預測性之分，究竟為政經情勢當下認定或未來發展預測，應分別申論。就事實發展預測者，鑑於預測對象與預測方法的複雜多變，難期如先知般斷言，有認為預測錯誤在所難免。但就是預測事實的不確定性，正應試圖想方設法發展出可行之預測方法，降低預測失誤機率、儘可能趨向預測理性。⁹⁰

（三）時間與結果之框架

時間與結果因素對程序進行影響重大。先以提案與審議程序相比，前者受到民意政治對法制規範之期待、短期重大事件的吸引力；後者受選舉會期因素（屆期不連續原則）限制，多數待審法案

⁸⁷ 釋字第461號解釋即就立法委員就有關事項之明瞭需要性；釋字第618號解釋揭示審慎決定前提在於能掌握充分資訊。

⁸⁸ Lerche 稱為資料探勘（*Materialerschließung*）活動。Lerche, *Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren*, S. 115f.

⁸⁹ *Nußbaum*, *Rechtstatsachenforschung, Programmschriften und praktische Beispiele*, 1968. S. 18. *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., 2013, S. 15ff.

⁹⁰ 許宗力，同註25，頁43-74。Ossenbühl, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, 1976, Band I, S. 503.



競相審議，時間壓力特別鉅大。⁹¹理想情況應是提案程序較能為方案周密設想，最能符合主管機關適用法律的責任政治；而於審議階段專注於公開透明的辯論。再以制定前後對照可知，制定法雖能一定程度預計可能影響並為周全顧慮，仍不能排除時空變化、權利意識對法律修訂廢止的作用。

由於待規範事實的複雜性，規範對象之資料調查、蒐集、分析須經理性縝密判斷，方得成為牢固之規範事實。不僅不容單純的利益交換，且事實認定與證據調查，得為違憲審查的對象之一。由是結果層面的制定法與其良善和理性品質，自然成為正當立法程序的基礎。⁹²按結果為多數事件彼此間存有邏輯鎖鏈之關係，因其時間推移而必有其一為最終產生者；或可稱為一或多原因事件相繼發生後所改變或獲致之狀態。一般公益目的在待規範事實中，究竟具象到何種情況與其份量（例如誰的國民健康與其特定），繫於方法結果間思維取向甚鉅。立法程序中如能事前考慮周詳，可免事後動輒修訂、發生規範衝突，甚至招致違憲宣告之後果。從法安定性回溯程序理性，自須就源講求正確制定之法。正確標準之一應以決策可能影響之利益與其程度作為正當程序之內涵，求取制定正當結果，避免將來被判定為規範瑕疵，始副憲法授權之目的。⁹³國會審議權之本旨，即在以多數議決的程序思維經審慎討論，就基本權的限制理由、基本國策之預期目的與干涉或實現基本權間關係，負起事前

⁹¹ *Schulze-Fielitz*, DÖV 1988, S. 762.

⁹² *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl., 1976, S. 182ff., 185.

⁹³ 以釋字第637號解釋為例。公務員職務禁止規定是否得當、有無必要修訂；即為應否重啟立法程序之問題？大法官會議稱應「依法律規定實際執行情形、審酌維護公務員公正廉明之重要公益與人民選擇職業自由之均衡」，此處「規定實際執行情形」，要求立法者跟進法律適用情況，比較兩種結果——預測之應然和真正之實然——決定是否修訂。



評估結果（*Folgenabschätzung*）義務⁹⁴，實現制定法的結果可持續性。自基本權對於立法程序的前置作用思維，即在權利行使前與法律適用爭議前。而不必俟真正發生爭議時，始循司法救濟程序請求或政治途徑解決。立法者評價潛在受影響之法律主體、所屬權利與干預程度，以作為決定制定法正確性的標準。本此，自應從利害關係對象相涉之權利，適當發展出資訊蒐集、分析與評估方法，方能達成決策理性目標。

五、決策對象之框架

法律制定後，即成各種公私法律關係之適用基礎，規範一切法律主體。為求規範實效性，宜將其規範對象之性質查明、合理考量。違憲審查中所謂交互影響（*Schaukeltheorie*）——限制基本權之法律，還受基本權意旨解釋與控制（憲法第23條與第171條）。就規範對象（人）與利益特性（事）在立法程序裁量中的合理判定。是立法決策對象，應視為程序主體之一，與前述決策主體的關係予以考慮。

（一）程序主體交互性

從憲法第17條之參政權，第63條議決權與第170條所稱法律進行體系解釋。法律以經立法院議決為必要，但不以其為唯一程序主體。基於民意政治之立法程序，自允許程序參與的空間。法制定與法適用的差別之一，在於依法行政與依法審判要遵循實體法與訴訟法，此所以行政法學從輸入觀點（*Input*）著重行政法法源對行政

⁹⁴ *Windoffer, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit*, 2011, S. 122ff. 至於課予行政機關應進行結果評估，見於環境影響評估法、土地徵收條例所定之綜合評估分析（土徵§3-2）。



行為的約束作用。但立法裁量權的界限何在，常因欠缺明確預設規範而難以界定。是其法制定之正確性，可從實效觀點掌握可適用性，即從制定後的輸出觀點（Output）就適用機關或規範對象，查明其執行效能與權利實現作為衡量標準。規範對象納入觀點之例，常見於法明確性要求受規範者所能預見。故規範對象正義性（Adressatengerechtigkeit），從作用客體回溯框定作用主體（立法權）的影響著手。⁹⁵我國憲法本即蘊藏對立調和之規範意旨⁹⁶，憲法第23條也要求制定限制性法律應考慮干預對象的因素，促使立法者須就其規範對象作為制定考量內容。將法制定所能影響對象預先前置化的結果，正是賦予若干程序主體得以參與程序進行。

立法裁量之調控，視其規範內涵而不同。除基本權之外，中央與地方權限劃分、地方自治⁹⁷、國家機關間與行政組織法範疇，亦須符合良善立法與立法理性之目標。⁹⁸與題旨有關者，基本權與程序可自形式上作用主體與客體間關係分析。作用主體得為基本權主體或立法機關。從程序之推進過程為觀察對象，略有下列三種：

1. 經由基本權的程序

基本權對於程序之作用，指因基本權行使而發動程序進行；非經行使、無法程序開啟。此類程序基本權與客觀意義基本權的程序意義不盡相同；程序基本權之性質仍為自由權，人民有自行決定參與或消極不參與特定程序之自由。誠然，程序基本權有高度仰賴立法創設作為，但絲毫不減損其自由決定之本質。須經權利行使方得

⁹⁵ *Schulze-Fielitz*, aaO. (Fn. 10), S. 868.

⁹⁶ 此從憲法前言「鞏固國權，保障民權」、「奠定社會安寧，增進人民福利」與憲法第23條自由權與其可限制性，憲法第二章與第三章到第九章之對應關係可知。

⁹⁷ 釋字第259號、第467號、第550號、第553號解釋。

⁹⁸ *Hoffmann*, aaO. (Fn. 52), S. 110.



進行程序者，為權利救濟和參與公權力行使。前者如請願權、訴願權與訴訟權；後者為參政權。⁹⁹

2. 經由程序的基本權

從程序作用於基本權觀察，即構成程序與基本權間為方法目的之關係¹⁰⁰，可從要件、保障與形塑三種異類功能分析。

(1) 程序的要件作用

若干基本權存有前提要件之性格，有待立法作為，始獲法律上實現基本權之資格。亦即須經程序始生給付資格的作用，是為**基本權資格之確認與分配功能**。例如以難民、良心拒付兵役、或為大學招生程序與分發決定對於學術性職業訓練的作用。但程序要件非僅限於法定行政程序與其實際進行。以憲法第22條為例，未列舉權利之內涵與類型為何，須透過釋憲程序確認有無值得保護性，方得認為有基本權法益。¹⁰¹

(2) 程序的保障作用

基本權行使非必以程序為前提不可，但因公權力實施、他人妨害與社經自然環境發生基本權危害時，從其所受影響觀察，尤需借助程序作為合理保障方式。程序由是對基本權發揮維護功能，原則上所有基本權均受程序保障。是程序影響性（*Verfahrensbetroffenheit*）之成敗條件，決定保障成果之良窳；程序本身若不周延，即有保障不足的瑕疵。

(3) 程序的形塑作用

基本權縱使不曾遭受影響，未必果能順利實踐。若干基本權因

⁹⁹ 服公職權旨在「參與國家治理」（釋字第760號解釋）。能啟動立法程序者，唯創制與複決權（憲17；136）。故釋字第645號解釋稱「參與國家意志」之形成，通過民意形成之政治參與過程。

¹⁰⁰ BVerfGE 35, 348 (361); 49, 220 (235).

¹⁰¹ Ossenbühl稱為「依附程序的基本權」，*Ossenbühl, FS Eichenberger, S. 185.*



其行使與其他法益有相互作用關係，例如講學自由與受教權、知的權利與廣電節目等，必待組織與程序之提供，基本權方能真正足以行使。¹⁰²此如訴訟權與訴訟制度，受教權與大學法，使基本權能行使有效化（Grundrechtseffektuiierung）。¹⁰³

3. 程序進行中的基本權

從事中性觀點，法秩序雖設有權利救濟制度，終究以適用合法性為先、法律合憲性置後的設計。如能事先在法制定過程中，針對限制性法律之必要性、保障性法律之充分性、分享性法律之公平性，從權利行使與可限制性間、權利值得保護性與自由權障礙間、分配標準等三類，辨明衝突狀態，作成利益平衡之準備。¹⁰⁴自應使制定過程按當事人原則在決策前，使其知曉、有機會參與且表達意思。著重在程序參與而影響決定，避免違法侵犯利益，且使規範相對人得以信服。¹⁰⁵是以立法預測為預測潛在受影響當事人與其利益。此係指程序進行中參與權與資訊取得權。由此觀之，經由程序的基本權與基本權的程序參與未必同一，前者是以訴求基本權實現為主；後者是以權利保護為準，尤其是當發生基本權衝突或公私益衝突的情狀時。

鑑於上述多種關係，良善立法的目標不能僅僅維持在一般性的程序要求上，必須參照基本權的狀態究竟為實踐、衝突而適當調整。

(二) 身分地位觀點

另從耶林內克提出之基本權向國家主張的身分地位，或許更能

¹⁰² *Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (5).

¹⁰³ *Bethge*, NJW 1982, S. 2.

¹⁰⁴ *Lerche*, aaO. (Fn. 88), S. 109.

¹⁰⁵ *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 43ff.



發現形式立法程序與實體基本權利的關聯性。基本權因其被動、消極、積極到主動身分。其中程序權一向歸納為積極身分、且侷限司法權之權利救濟，不包括其他。

然耶林內克的多重身分地位的功能與立法程序之關係若何，實屬關鍵議題，不能割裂觀察。按立法程序裁量權為統治權的階段性劃分。基本權對於程序化的統治權行使，仍有防禦非法侵害之地位。憲法規定與實務乃有正當程序之保障，以免於程序瑕疵之干擾。「程序之消極地位」對於立法程序裁量權之作用，即有防禦恣意與缺失立法的功能；以求理性立法與立法良善之宗旨。其次，基本權之主動地位旨在發揮基本權有效實現。有效性依賴國家積極給付作為，¹⁰⁶除給付內涵的物質與服務外，尚及於與實體權相關之資訊與程序請求。循此在「程序之積極地位」中，係指請求國家應以透明公開原則使國民知悉立法工作之進展，以及有效保障實體立法結果的程序給付之權；即結果影響評估制度之提出。其三，主動地位之提出，意在參與統治權行使，以國家決策為作用對象，而非實體基本權利；以國民身分而非基本權主體為參與要件。但與實體權利非毫無關聯，蓋其作用途徑為透過民意政治實踐公共事務，間接保障個人權利。

較須說明者，人民在立法程序之參與¹⁰⁷，分涉積極地位與主動地位。主要差異在於前者需有國家積極作為義務，後者為國民主動行使權利。程序之積極地位¹⁰⁸，乃透過基本權之組織與程序作

¹⁰⁶ 重要案例參見許宗力，最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法法院Hartz IV判決，月旦法學雜誌，238期，頁107，2015年3月。

¹⁰⁷ Bethge, aaO. (Fn. 103), S. 7.

¹⁰⁸ 準此，作者不否認Häberle突出程序因素的重要性，有增補「程序之主動地位」（status activus processualis）觀點之價值。但Häberle主張「主動身分為人民與國家之間的基礎身分，至於其餘三種身分，旨在確保主動身分」的見解



用，促使其實現最大與最佳化作用，甚至組織與程序為基本權行使之要件。在此意義之程序參與，是本於利益攸關性（*Betroffenheit*）之基本權預防性保護，進而賦予可個人化的程序分享權，非參政基本權之行使。反之，程序之主動地位，在於調和統治者與被統治者的合一性，為憲法上全體國民與國家主權間民主正當性的建立。權利行使與可能或已發生之權利損害不生關聯性。循此程序參與除以人（選舉）或事（創制）之因素行使外（下述肆、二），集中於政黨政治與專業知識的影響（下述伍、一、(三)）。

(三)主題式觀點

單純以規範對象作為考慮觀點，仍未能廓清達成理性制定、內容良善之法。以現代社會生活之複雜性，無論從經驗事實或理性預設，宜從主題觀點就類型化法律鑑別應有內涵。人民在現代生活的需求滿足或障礙排除，已非消極請求不為限制性法律所能應付。就憲法規範多項生活事實的態樣來看，除國家組織與作用之外，涉及基本權利之立法有下列四種類型：

1. 型塑性法律

若干權利有規範型塑（*Normenprägung*）特質，尚待立法者積極作為、以法律形成基本權要件後方得行使，如訴訟權、財產權、大學自治¹⁰⁹，此與其他得單純行使基本權利類型完全不同。¹¹⁰故為確保基本權利有效實現，以程序啟動與研擬作為建構與分配

卻難以苟同。*Häberle*, aaO. (Fn. 105), S. 81, 137. 按主動地位之前提為國民資格之有無，其他三種身分不必以此為限，亦非為支援主動身分而存在，各自作用內涵不同。而且綜觀所提出所謂「程序之主動地位」，其真意應指「程序之積極地位」。

¹⁰⁹ *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S. 19.

¹¹⁰ *Lerche*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, § 121 Rn. 11.



手段。¹¹¹

2. 保障性法律

憲法上保障性法律之規範對象¹¹²，一方面為個人立足存續基礎、符合有尊嚴生活為對象（憲法第15條、第143條）。另一則為界定個人自由權行使之界限，防止多數不當干涉而存在。基本上針對自由權濫用而妨害他人與社會秩序，係為避免不當限制與剝奪之立法，程序作為控制立法權之手段。又為基本權實現特別需要組織與程序之建立，自治性法律（憲法增修第10條第12項）與若干釋憲案所建立的自治保障制度，程序得作為引導立法者之手段。

3. 衡平性法律

衡平性法律包括地位與結果平等，廣義則包括人民間權利行使的潛在衝突狀態者，程序可作為增進、調和與保護手段。類此有(1)僅針對特定對象之扶助與發展（憲法第155條，增修第10條第12項）；(2)創造相互協調之制度（憲法第154條）；(3)以限制特定對象方式達成保護性法律（憲法第153條）；(4)衡平特定結果之不利性（憲法第24條）。程序中的立法事實確定與權衡相對立之法益，為抽象層次的權衡，提前使司法案件爭議解決浮上檯面。¹¹³

4. 參與性法律

競爭性質之參政權與參與公共任務之法律。前者為以個人行使被選舉人之權利，獲致選舉人之認同。後者係經許可承擔生存照顧之公共任務，以自由權、特別是工作權行使方式使人民獲取（憲法第144條）。

¹¹¹ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, S. 149ff., 154ff.

¹¹² 如第19條、第20條、第23條、第143條、第145條、第162條。

¹¹³ Grimm, NVwZ 1985, 865ff.



肆、立法程序與基本權利之關係

矧Schwerdtfeger立法程序觀與Schulze-Fielitz的政治與法治國見解，將立法視為一種特殊意思形成過程，須有決策作成的透明性與可控性，從而自形式表決程序解放出來，尋求實質審議過程與結果。是程序主體之「立法者」，應採功能性理解，及於提案之政府與公布之總統，初不限於國會。¹¹⁴

又前揭決策對象構成立法權的框架，當不限於基本權主體；組織與組織性法律間亦復如此，例如行政組織（特別是地方自治法）與財政收支之規範。只是今日法制定深受憲法上國家與人民間關係的影響，基本權與立法程序的互涉作用，更須詳加分析。若轉換座標，試從基本權的程序作用¹¹⁵於立法程序觀察，憲法規定雖僅明定有關的程序保障限於人身自由保障、訴訟權、審判獨立等，實則蘊含程序有強化與貫徹實體基本權保障之功能。憲法第23條明定法律保留，不僅是實體法的憲法保留意義，還存有查明立法必要的程序保留。其作用方式所生疑義，可分為二種情況：

一、基本權對立法程序開啟、進行中、結束時有何影響（下述肆）？

二、如何從制定法審查中回溯影響已終結的立法程序（下述伍）？

¹¹⁴ 形式與實質意義並不互斥。如自憲法規定當指立法院所行使之立法程序，如「立法乃民意代表透過立法程序，對某些價值或政策予以規範化的過程」，李惠宗，領取國民身分證按捺指紋違憲性之探討——從法學方法論評大法官釋字第603號解釋，月旦法學雜誌，126期，頁176，2005年10月。

¹¹⁵ *Ossenbühl*, aaO. (Fn. 101), S. 184.



一、立法程序開啟與基本權

立法程序以提案權行使開啟。提案為是否與如何立法主張之請求，為立法決策之準備程序，其作用為發現規範需求，進行利益相關性之調查與初步提出規範草案，作為多數決之基礎。包括草案所欲達成目的與其方法涉及利益與影響強度，調查方法與其評價的科學根據，掌握專業資訊三點，並輔以程序參與供決策理性之基礎。¹¹⁶

除立法委員、行政院外，憲法機關本於「職務需要性」，就其職掌相關之組織與權限行使之事項，亦有提案權。釋字第175號即為司法院是否堪認為合格提案機關之爭。然提案機關與其程序宜稱為前立法程序，蓋經行政院會議通過之法律草案應向立法院提出，憲法第63條規定立法院有自主決定是否、如何處理之議決權。

立法程序是否開啟，為立法裁量之核心。裁量所體現形成空間的寬廣，決於憲法所劃設的框架，框架範圍內方為立法自主充實。¹¹⁷框架之建構有賴憲法規定精細程度與憲法解釋之確定，特別是憲法有其結果開放的規範性格，其形式並非完整法條。憲法適用的初始作為與其所衍生爭議，由釋憲審查所定的框架秩序益形重要。一般而言，(1)憲法所未規定之事項，立法者有相當形成空間。(2)憲法所命令或禁止者，而相關規定較為清晰，尚須從體系解釋與目的解釋酌定。(3)憲法所命令或禁止者，但相關規定極其模糊、或授權立法定之。(2)與(3)特別受到理論與實務所樹立基本權客觀秩序的影響。(4)從違憲審查與憲法適用的權力分立界定。¹¹⁸

人民非屬提案機關；但仍得以權利救濟或權利行使方式促使立

¹¹⁶ Heintzen, VVDStRL 62 (2003), S. 252.

¹¹⁷ Starck, § 271 Maximen der Verfassungsauslegung, Rn. 6.

¹¹⁸ Hesse, FS Mahrenholz, S. 542.



法程序開啟。途徑略有兩端：一是因立法不作為、另一針對立法裁量，分別以訴訟權或參政權行使促成。

(一)因訴訟權行使

基本權保障之法律效果，以糾正國家不法侵害為目的。如為積極作為之侵害，只消聲請法令違憲審查經宣告系爭法律無效，排除立法作為的不法狀態或結果，即告回復合憲秩序、實現保障目的，與立法程序啟閉無涉。設若部分違憲或經警告性裁判宣告者，立法者有事後修訂義務。在宣告事項範圍內，已無不作為餘地，應啟動立法程序適時修訂。由此觀之，訴訟權有間接與部分促成立法程序開啟之作用。

若屬不作為之侵害形態¹¹⁹，論證較為曲折。在主張給付請求權與保護請求權之案型，於訴訟合法要件的判定上，聲請人仍須具備訴訟權能，主張國家存有義務違反致人民憲法上權利受損可能性。以立法不作為視為抵觸憲法上作為義務，須先解釋有何憲法上權利。與本於防禦權主張立法作為構成侵害不同，此處解釋相關基本權須先探究得否從其客觀基本權秩序作用，特別是配合若干徵兆（Indiz）之規定，在系爭案件中可推導出有主觀之給付請求權與保護請求權。與單純的客觀作為義務相較，賦予主觀權意味更高程度的請求國家實現的可能與機會。至於推論給付請求權與保護請求權須注意兩點：1. 給付權根源於社會階級化與差異化的平衡請求。2. 保護請求權的理論依據，非純然源自基本權的意義變遷，而是更往前溯自自由法治國思想。在國家締造過程與前提上，個人應放棄私

¹¹⁹ 有疑義者，不作為是否為一種憲法上權利侵害概念，不惟有理論層次意義，憲法訴訟法第三章以下的「法規範」要件，限於已制定之法令。此處限於篇幅，暫且存而不論。



力救濟以換取國家以統治權對其提供保護的獨占。¹²⁰再者，防禦權與保護權本質上均屬防禦不法侵害而請求其不作為，只是保護權須透過請求國家命他人不為侵害行為。¹²¹解釋得出有主觀給付權與主觀保護權，尚非可武斷指摘有妨礙立法自主空間。於此僅說明在法律與事實上應最佳實現之憲法框架秩序、為一形式的主觀權利¹²²，至其給付與保護之目的、方法，要屬義務履行的課題。

(二)因參政權行使

較諸訴訟權受限於違憲審查的被動性、審查須遵守權力分立原則等限制，以行使參政權發動立法程序似乎較為簡便速效。不過，其特性有三：第一、不限於給付或保護請求權之內涵；第二、須與他人共同行使以形成公意，為一特殊之集體權；第三、請願與創制對於立法程序裁量權之規制強弱作用不同。

1. 請願立法

憲法第16條請願權為人民就特定事項向國家機關陳訴，希望該機關採取作為或不作為之自由，為憲法保障人民在選舉之外影響政策形成與法律制定等利益，包括請求行政與立法提出法律案，使其文書經審查方式成為法律案的願望。¹²³與言論自由之差異在於以論爭形成公意外，以特定溝通方法與尋求溝通對象，促成特定機關實現其所訴求。¹²⁴請願之法律效果僅使相關機關負有思慮斟酌之義務，關於此一接觸關係之規制，應釐清陳情或遊說。就請願而

¹²⁰ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 12. Aufl., 1996, Rn. 84.

¹²¹ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 414f.

¹²² *Isensee*, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, Rn. 183ff.; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 742ff.

¹²³ *Vitzthum/März*, Der Petitionsausschuss, § 45 Rn. 3.

¹²⁴ 李惠宗，同註49，頁300，稱「要式的言論自由」。



言，應包括收受義務、審查義務與合理審查標準（例如按照是否為立法職權而分別處理）與敘明理由、按時回覆等。規範於請願法與立法院職權行使法。¹²⁵至於遊說原為個人或團體在國會大廈的門廳裡與國會議員交談或說服的行為，引申為凡是試圖影響國會議員的決定或其立法內容的行為。它往往與結社權相結合，而成為特定利益之遊說團體。¹²⁶

2. 創制立法

人民如以行使參政權影響提案權，即以主動地位催動國家機關行事的積極作用、阻止其違背民意作為的消極功能；足以補強議會政府正當性。對於議會政府體制拒絕或懈怠時升高壓力，甚至轉換為違背民意時的理由負擔。¹²⁷參政性質的創制權對於法案提案權行使有相當的制約作用，其類型與程度略分為三種：公民提案（*Volksinitiative*）、創制連署（*Volksbegehren*）與公民表決（*Volksentscheid*），不同程度框定立法程序之啟閉。

二、立法程序進行與基本權

立法者所為法律制定之作為，須對其規範基礎所依據社會生活事實狀態進行判斷。判斷作成，非經調查、不能為必要之既往確定與預測將來；其評價判斷之優劣，在在影響法律制定後基本權實際所能行使的範圍。事實調查因此為立法程序裁量的重要構成部分。憲法規範事實調查之標準，並非完全排除任何不確定因素，而是思慮應趨近於理性、降低錯誤的可能，最終提升立法品質之良善。

¹²⁵ 董保城、法治斌，同註49，頁292。並參閱立法院職權行使法第64條至第67條。

¹²⁶ 遊說與大規模請願相較，前者更能長期有效地影響立法程序之進行，後者僅是一次性表達公眾特定立場。*Maunz/Dürig*, GG Art. 20-69, S. 9.

¹²⁷ *Preuß*, ZRP 1993, S. 137.



(一)過程理性

廣義的過程理性涵蓋整體法律制定的過程。基本權在法律提案扮演關鍵、但不易覺察的引導作用。第一、從保障受規範者權益的回溯作用。提案反映出徹底實踐依法行政原則所生的規範期待¹²⁸；加以責任政治，提案機關最能知悉在其職權範圍內關乎國民權益事項。第二、從參政權與服公職權的後續作用觀察：政府部門擁有龐大與專業的公務員體系，能掌握相當立法知識。基本權主動地位搭配政黨競爭的結果，國會與總統在我國決定政府組閣因素。加以結社自由的運作，利益團體謀求與其切身有關法案之參與，立法工作的前置重要性上升。¹²⁹特別是第三、基本權程序意義對於立法程序的引導作用，在於影響立法事實判斷之正確性與措施作為的合理性。

如限於國會審議權，其行使亦非純然政治裁量，從提案與審議的先後程序安排，審議機關對於提案機關負有機關忠誠、相互尊重之義務。國會得否不予審議或加速進行的理由，應視提案所由之立法動因（*Gesetzgebungsimpuls*）判定。按立法動因繁多，相當程度左右立法裁量權之行使，有國內外、法律與政治數項。國際與外交因素如國際壓力、參與國際組織、條約轉換為國內法等；國內因素則有釋憲機關之無效或失效宣告附改進指示、總統與國會大選之實現承諾。此外尚有即時發生之社會事件或社會團體之呼籲和推動。¹³⁰又從案例觀之，憲法院所為警告性裁判後之修正提案，國會應予審議、不得拒絕或拖延。

¹²⁸ *Blum*, aaO. (Fn. 24), I 73.

¹²⁹ *Zeh*, *Impulse und Initiativen zur Gesetzgebung*, S. 35.

¹³⁰ 至於聯邦制國家，尚有各邦應立法而未立法時，以「聯邦強制」遂行之制度。例如德國基本法第37條規定。



總體上，達成過程理性的作為要訣在於透明性（釋字第499號），民主原則的公意形成與法治國原則的法安定性匯聚於此；程序透明性的達成，略有下列三項：事實探知、利益權衡、結果預測。

(二)事實確認與利益權衡義務

立法活動乃一種意在現實中發揮作用的社會控制措施。制定作為須先有特定事實情況為前提，方有可規範性可言。現實因素的探究與其評價，本為法學研究、法制定與法適用之觀察對象。然與個案性不同，立法程序重在一般性事實之確認。探知此等一系列事件須自為調查與達到充分程度。¹³¹究竟立法者在程序上事實確認應至何等程度，實務上以三階段（重大性控制、可信性控制與內容強化控制）按情節狀態劃分。¹³²

事實縱經調查，常因價值判斷標準差異，形成利益相互矛盾狀態。從事實查明到規範必要性，須經就利益的討論、定位與權重的權衡義務。利益權衡的表現形式之一為憲法第63條立法院之議決權。然程序上權衡義務的憲法依據，尚且前置於政府部門。蓋提出於立法院之法律案應於行政院會議議決，為憲法第58條所明定之合議制，部會草案受到其他專業部門的質疑與協調。復次，程序上權衡為法案審議，意指以透明方式為實質爭執、論辯與尋求替代規範。權衡義務可透過法治國原則理由給定方式作成，將決策思慮過程以記錄方式公開表白，使外界得以明瞭立法理由。除能落實立法

¹³¹ *Lerche*, aaO. (Fn. 88), S. 110. 早於1973年動物交易貨到付款案（*Nachnameversand von Tierhandel*）中，實務詳盡地描述立法過程的不謹慎與事實調查的不充分；但是否可指摘違憲，尚待觀察。BVerfGE 36, 47 (60ff.). 另參見許宗力，同註106，頁115。

¹³² BVerfGE 50, 290 (330).



過程的思慮明確性與理智性、爭取規範對象之可接受性，最主要有下列數端緣由：¹³³ 1. 經由自控義務實現實質正義，立法理由必須自我證明其規範正當，能經得起質疑。2. 從事後觀點，理由必為權衡心證所在，由此能稽查制定原意與其他方案不採的原因。3. 利於外部控制作用，特別是憲法優位原則得以貫徹。4. 權衡利益的過程，對應到規範不確定性。立法者省思可能的諸種決定；雖不必如違憲審查精細按照比例原則進行偏好決策。然就法律規範的目的何在、何種方法在或然性標準較能實現預定目的；有無較佳、較為經濟、較小侵害的規範方案。若從既有事證無法獲得更加優越的規定，則其雖非理想、毫無缺陷之規定，但對立法者而言，正當性在於不存在更少侵害之規定，即為已足。

(三) 結果影響評估

立法事實之掌握，兼及過往事例與發展預測之獨特性，後者具經驗不確定性¹³⁴，須從發展可能性後果的評估程序使其可控；且相較於前面兩項最具透明性，亦為事後檢驗的依據。發展評估方法，可為目的合適性所涵蓋，它不要求滿分的必然性之保證，而是維持一定程度的可理解性。簡言之，比例原則的合適性在一般情況下，僅要求所採方法有助於目的達成，而非升高至必然能夠達成。在此範圍內採用何種方法，立法者享有評估餘地。

後果之推求與評估，歷經四種階段：1. 後果選擇決定：決定應考慮何種後果，事屬規範性與評價性之決定；2. 後果調查與預測：為一經驗事實之方法；4. 後果評估：經評價調查所得之資料中，合理選擇其中之一。在立法程序上，後果有關之資料來源不外乎徵求

¹³³ Kischel, Die Begründung: Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, S. 39-61, 267ff.

¹³⁴ Hwang, KritV 2009, S. 31 (45); Alexy, VVDStRL 61 (2002), S. 27.



學術專業意見、主管機關實務資料與社會反應。其程序始自提案機關之調查工作，徵求行政院法規會¹³⁵之評估管制，到前述經三讀通過均可發生。評估結果的必要性理由，除公私法益的抽象權衡外，與基本權相涉的評估方案，特別存在於下列五種類型：

- 合理分類標準與其差別對待方案；
- 有效解決基本權衝突的調和方案¹³⁶；
- 合理策定保護義務之規範方案；
- 以組織與程序實現基本權的方案；
- 塑造理想的制度性保障方案；

從比較法層面觀察，德國於2000年在部會共同事務規則（gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien）中明定立法須陳述法律後果。而歐盟在同一年歐盟治理改革的工作中，將改善歐盟立法品質與效率明定為四項工作重點之一。¹³⁷因之執委會於

¹³⁵ 如德國總理下轄之規範控制委員會（Normenkontrollausschuß）。Kretschmer/Finkenburg, Eckpunkte für ein Deregulierungsgesetz, S. 155ff.

¹³⁶ Lerche稱為立法程序為「平衡準備之前置初步程序」（ausgleichsvorbereitende Vorschaltverfahren），Lerche, aaO. (Fn. 88), S. 109f. Britz稱為「基本權之前置程序」（grundrechtliche Vorverfahren），Britz, Der Staat 42 (2003), 35ff.

¹³⁷ Europäische Kommission, Europäische Regieren – ein Weißbuch, KOM (2001) 428 v. 25. 7. 2001, S. 3; Mitteilung der Kommission, Aktionsplan „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfeldes“, KOM (2002), 278 endg. 5. 6. 2002. 須說明處有兩點，(1)程序中可由政府自我監督，例如早於1970年代Böhrets倡議，經草案提出前「藍色審查表」列出注意事項（§§ 43 I Nr. 5, 44 GGO），第44條規定「法律後果」（法律後果之定義為法律主要之影響。……）（即影響評估）。又第46條第1項規定要求「向國會提出立法草案前，應送法務部審查其法律體系與法律形式（法律評估）」。解釋上類似我國法務部組織法第2條所定職權。(2)如以外部、事後司法審查來看，以釋字第688為例，該號解釋不僅重視實體法（租稅法）上內容，亦可引申促請注意之標準：如何遵守、何時遵守，自然於程序進行中，應注意既有制定法所形成之體系。Badura, § 265 Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung



2001年決議：就收受法律建議案與其應公布之法令案，在審議過程中的一般程序範圍內，應先檢驗是否與歐盟基本權憲章相符¹³⁸；與基本權特別有關聯性之法律案與其法令案中，應以形式聲明、且以衡量理由¹³⁹標記法案符合歐盟基本權憲章。歐盟決議之目的為下述三點：

—應系統與徹底地檢驗是否在法案擬定時，所有重要的基本權得以維護；

—應能說服執委會成員、尤其是「基本權、防制歧視與機會平等」工作組，和增進「基本權文化」；

—應使其他機關與公眾能得知基本權審查之結果。

在2003年的歐盟內部之理事會、委員會和議會三方間就「較佳法律制定」（*bessere Rechtsetzung*）機構協議¹⁴⁰，後又經由「關於結果評估之機構間共同方案」（*Gemeinsame Interinstitutionelle Konzept für die Folgenabschätzung*）¹⁴¹加以落實。但實踐結果經常流於形式化，是否執委會善盡自評義務往往無從得知。有鑑於此，2005年歐盟執委會再次公布「以系統與周密控制方法在執委會法律建議案中考慮基本權憲章審查綠皮書」（*Berücksichtigung der Charta der Grundrechte in den Rechtsetzungsvorschlägen der Kommission Methodisches Vorgehen im Interesse einer systematischen*

durch Gesetz, Rn. 57.

¹³⁸ SEK(2001) 380/3.

¹³⁹ 「衡量理由」（*Erwägungsgrund*）按決議內容應為：「本件法律文書與基本權相符且遵循歐盟基本權憲章所承認之原則。」亦可附加為「此項法律文書目的在於確保完全遵守第○○條之權利與（或）增進第○○條原則之適用。」

¹⁴⁰ *Europäisches Parlament/Rat/Kommission, Interinstitutionelle Vereinbarung „Bessere Rechtsetzung“*, Abl. C 321 vom 31. 12. 2003.

¹⁴¹ Ratsdok. Nr. 14901/05 vom 24.11.2005.



und gründlichen Kontrolle) ，要求自當年起所有法案與決定政治方向的重要議案 (legislativ-und Arbeitsprogramm) ，應當整合入已經施行的「影響評估」報告中。

影響評估程序為後果取向之思維，試圖就法律一旦施行後在事實上與法律上所造成的可能後果，預作審慎考量，以確知該法案是否規範得當。基本權影響評估義務旨在調查規範之必要性與有效性出發，藉由跨學科的整合研究實現。這點早為法社會學者所關注。¹⁴²原本在2002年實施的影響評估，係將原先的單一領域的運用擴展至「經濟」、「社會」與「環境」類別，而作為一個全面性措施。為落實基本權評估，應將指導原則與以檢查表方式條述種種可能問題，以確知是否影響基本權並且與進行比例原則的分析。形式上，此一檢查表分別列於經濟、社會與環境影響項下，而不單獨列為第四種評估方式。理由為基本權之種類與內容互異，可能涉及所有評估範疇。而評估單位正應專注於各該領域中對基本權的實際性影響。如影響財產權者應於經濟影響評估下審酌；涉及社會權者，自應優先在社會影響評估中進行。

三、立法程序終結與基本權

立法程序之終結以國會行議決程序、經總統公布法律行之；結束政治意見爭論，發生生效結果。法律是否應當公布與其後續的立法義務，性質上為後果取向之控制。後果控制亦屬於立法預測所及，此處僅從公布時點說明。

¹⁴² Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., 1987, Kap V (Die Verbindlichkeit der Rechtsnorm), S. 205ff.; Reh binder, Rechtssoziologie, 7. Aufl., 2009, § 7 (Zur Effektivität des Rechts), S. 106ff.



(一)有審查性質之公布權

基本權拘束國家統治權，總統職權行使亦然。憲法第37條、第72條賦予總統公布法律權與核可行政院提請覆議權，非特足以左右立法程序之終結，實務又牽涉總統對法案內容的見解，可視為特殊的立法裁量權。從時序進行來看，緊接於已成立與將生效之法案，在極端案件中需要總統特別審慎行使公布權。

然是項條文並未明定公布要件，解釋上要從憲法上代表機關或控制機關定位。我國總統握有豐沛民意基礎，享有特定權限，且對外代表中華民國¹⁴³，本於「全體國民之代表」為全民福祉執行憲法職務。同時，在國政領導上本於國家元首有特殊監督權限，就此與事後違憲審查共同扮演憲法維護者之角色，為決策之正確性擔當必要、補充性控制機關。¹⁴⁴

總統法律公布權性質，或有認為僅具儀式性權力，欠缺公布與否的裁量權。若如此解釋，將淪為規範雞肋的無用之法。有別於其他的憲法機關，憲法第48條規範總統就職應行宣誓，更直接規範宣誓誓詞內容。從其內容可見憲法規範的特別嚴格之要求。又憲法特別將公布權從立法機關移轉之總統之手、復受彈劾機制之監督，故非單純本於象徵性地位，而是要求總統不僅公布法律，而且要公布依憲法制定之法律，此時當要求總統後回顧已發生立法程序之過程與內容，以及向將來思索規範公布的可能結果，再為一次省思的機會。若其拒絕公布經提案和審議之法案，須自證有相當充分之理由，且非政治上理由¹⁴⁵，故審查僅限於各該應公布法律所引發之

¹⁴³ 狹義見解參照釋字第388號、第627號解釋。

¹⁴⁴ *Nettesheim*, § 61, *Amt und Stellung des Bundespräsidenten*, Rn. 17, 46.

¹⁴⁵ *Lücke/Nierhaus*, Art. 82 *Ausfertigung, Verkündung und Inkrafttreten von Bundesrecht*, S. 1687.



法律爭議。總統有實質審查權與司法審查亦非相互排斥，而僅有功能法上解釋權與公布權的分配。縱使是總統拒絕公布而引發所謂的「政治」爭議，仍得在憲法秩序下循機關權限爭議途徑，經由解釋認定行使審查權是否得當，此一問題仍為法律問題。¹⁴⁶

(二) 注意義務與修訂義務

立法程序在形式上雖因公布而終結，法律終獲成為客觀適用的依據。然而在法律適用過程中，立法者的制定初衷能否經得起考驗，端視先前預期結果是否完全或部分發生，或根本未能實現（如民法第166之1條）。由是不可忽略適用過程中累積的經驗與其可歸納知識。從Popper的科學哲學觀點，學術假說具備可否證性（Falsifizierbarkeit）。若將其類推於法律制定前後，非謂實定法必然帶有不完美性或瑕疵，而是法制定的初始預測（Ausgangsprognose）應當能藉由比對證據（法律適用過程中）判斷是否錯誤。¹⁴⁷設若有特定的反面證據（經違憲審查）出現，則推翻其存在之正當性。換言之，法律制定後始終因適用活動而檢驗堅實性——不論是法律修訂或違憲審查——。只要是未出現挑戰其正確性理由時，方為可用之法。尤其是未臻、也不必俟違憲審查程序啟動，立法者應時刻密切注意法律的正確性。此際雖無形式意義的立法程序，卻為續行檢驗的義務所在。注意義務的程度與範圍，常繫於時間推移與事實基礎的差距拉大，或者有新事實而非原有法律所能顧慮者，升高修訂的壓力。這點常見釋憲實務常以命檢討之宣告作成。

非形式性的立法程序，尚有修訂義務。立法者就原始制定內容固享有一定判斷空間，就其制定法之前行為所生之不正確結果、調

¹⁴⁶ 就德國釋憲實務而言，尚未發生。

¹⁴⁷ Lüderssen, Die Steuerungsfunktion des Gesetzes, S. 152.



查工作不完全與利益權衡不恰當負責。然而法與現實的對應關係，因時間作用與其所生變化相互調適，變動中的事實與動態的法律由立法程序以之為校正媒介。縱然原為立法者所享有高度評估餘地事項，會因實效性等後果標準提出，使其處於可辯駁性與可司法性狀態。尤其是法律規範事項越是形成性、越難以周延為詳盡事實和預測作為，更加升高事後一致性的保證要求。若說前述注意義務為特殊的事實調查確認工作，則是否與如何修訂既有法律，毋乃憲法對立法程序的授權範圍所及。

伍、立法程序與違憲審查

立法程序裁量是否得為法律違憲審查之事項？按憲法第23條與第171條僅稱必要之法律、不得抵觸憲法之法律，似限於結果意義的制定法，因此有主張決策過程應排除在外。¹⁴⁸以少數之釋字第499號事例，似得出不予審查的結論。如將視野置於「如何」善用法治國原則，以司法審查調控立法程序，在恪遵權力分立原則下適當運作，殊值討論。

本此先說明問題的複雜性。第一、釋憲實務的態度、立場與實例究竟若何？究竟是限於結果、程序或行為作為審查客體？第二、所謂結果，應從二方面認識：結果有將制定與已制定之分別。在立法政策選擇，將制定結果非不得作為審查對象（如法國）；自應然面觀察，結果合理性往往來自於原因行為（下述二），選擇何等標準審查，能間接影響立法程序的進行。第三、憲法第23條所稱合憲法律的標準為「必要」之法律。認定必要性難以脫離立法事實憑空

¹⁴⁸ Schlaich, aaO. (Fn. 65), S. 109f.



設想，關乎事實資料選取和評價標準，與制定法有直接關聯性。¹⁴⁹第四、憲法對於任何形態統治權均有規範效力，程序裁量亦不例外。只是如何審查與維護立法自主性，須從基本權利保障範圍與侵害概念著手。至於原本實務認定立法裁量的評估特權（Einschätzungsprärogative）性質，漸有受到程序因素調整（下述二）。

一、形式程序審查

（一）參政權與程序開啟

因共同行使參政權能否視為集體性基本權法益，並促成立法程序開啟的案例，在德國僅有一例。¹⁵⁰惟法院在程序上就聲請資格合法性之判斷，以要件不合法駁回。因該案以選舉法規定依申請程序經核定之創制權，與各該連署者參政權的個人權屬性不同，全體連署人意思不受基本權利所保障，不得據以聲請憲法訴訟。

（二）將制定之法律

我國憲法訴訟制度不全為處理爭議解釋，舊司法院大法官審理案件法尚包含疑義解釋，賦予憲法機關有機會向釋憲機關請益釋

¹⁴⁹ *Lerche*, aaO. (Fn. 88), S. 115.

¹⁵⁰ BVerfGE 96, 231ff. 1989年11月，公民行動組織「更佳的廢棄物方案」協會（Das bessere Müllkonzept e.V.）的選舉權人向巴伐利亞邦內政部申請許可就「巴伐利亞廢棄物清理法」草案進行全民複決。蓋依據巴伐利亞州選舉法第63條以下規定公民直接立法權行使。裁判憲法訴訟聲請人依據巴伐利亞州選舉法第64條第2項申請許可，經12.8%有選舉權人登記，州選舉主管機關確定公民投票的有效性後，巴伐利亞州議會否決該法案，並決定將自己起草的「巴伐利亞州廢棄物管理與污染場地法」交由人民決定。憲法法院認憲法上因有效公民投票所生提案權之性質，與連署者個人政治性權利（politische Individualrecht）不同，並非全部連署人集體之基本權法益。其違反不得對之提起憲法訴訟。我國相近之例為公投提案得否採行事前違憲審查。



明。就疑義諮詢之釋憲聲請案，有在立法程序進行中憚於將來受違憲宣告、或未盡對立辯論過程，有將擬議而在國會內部引起爭議之法案聲請釋憲。某種程度先行放棄法制定之判斷職權，轉請釋憲機關以疑義諮詢代其評估。¹⁵¹關於法案審議¹⁵²之疑義解釋不多，仍有其憲政發展的研究價值。¹⁵³

按制定法須為合憲之法，原以立法程序終結後所生結果為審查對象。立法程序是一個功能性分化的程序，本質上有別於行政程序與訴訟程序。其獨特性在於民主的決定程序，非以制式化方式認識。¹⁵⁴國會審議過程中的利益爭執對立性、透明性要求、公開化參與，以期制定實現公眾福祉之抽象規範。¹⁵⁵這種獨特性排除因程序爭執而生法律有效性與否的判斷，蓋立法程序非以國民與立法者為程序上攻防對造為設計。¹⁵⁶再自提案歷經委員會討論、個別議員發言乃至於議決，均不同程度參與程序，難以認定其中特定一人而稱其為「立法者」，以其觀點為立法意旨。¹⁵⁷它也忽略國會議員身分與行政組織法意義的公務員的專業取向有異。憲法法院固

¹⁵¹ 此時釋憲機關仍可以不受理方式促其維護職權。例如釋字第603號解釋就國會就現行法律有違憲疑義而已有經審查、復議等努力，俾使其回復合憲狀態，然卻「修法未果」者，始得受理。

¹⁵² 非關法案者，如釋字第328號請求解釋憲法中華民國領土之範圍、釋字第498號解釋請求解釋憲法第67條第2項、釋字第601號解釋關於司法人員俸給預算，以便行使預算審議權。另有釋字第541號解釋總統行使任命權之疑義。

¹⁵³ 例如釋字第342號解釋（國安法）、第364號解釋（廣播電視法）、第485號解釋（眷村改建條例）。

¹⁵⁴ Gusy, aaO. (Fn. 54), S. 296.

¹⁵⁵ Bryde, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1982, S. 328.

¹⁵⁶ BVerfGE 82, 30 (36).

¹⁵⁷ Schlaich/Korioth, *Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl., 2018, Rn. 542.



然得以參與立法程序中之見解與看法為調查立法事實之資料，惟最終仍非取決於其主觀意志，而是以「客觀上一規範是否與其應規範事實狀態不相稱」為斷。¹⁵⁸

（三）德國實務之參照

前述內部立法程序代表一種正確性判準，在違憲審查中是否被接納、實踐情況若何，頗堪玩味。以下簡介德國釋憲實務，相當程度反映釋憲機關如何理解與應用脈絡調控，可供評析借鑑。

1. 審議階段數

為滿足公開透明原則、達成實質審議，立法程序應反覆討論。通常分三階段進行，稱三讀。¹⁵⁹憲法未規定審議形態或次數，僅要求理性審慎。它非屬憲法習慣法之先例，亦非憲法所定民主秩序原則，而是國會自治的程序裁量。¹⁶⁰得否省略其中一段程序，在「議事規則自治案」（Geschäftsordnungsautonomie）中，認為二讀程序不以院會審查與議決為必要。此舉固然有違公眾意見形成的疑慮，但程序公開性得由媒體報導的途徑未見阻塞；而且基本法第42條第1項僅規定須公開審議，也未硬性規定何時須在院會中審議。基於議事自治原則，議事規則第80條第2項已經自訂院會在二讀程序中得為一般性審議。¹⁶¹類似例子如我國在釋字第573號之「監督寺廟條例」案中，聲請人亦爭執條例是否符合法律保留原則。而該條例審議過程中省略三讀會程序，是否應認為未完成立法程序，且影響其作為法律之性質與效力。除賴英照大法官提出協同意見書

¹⁵⁸ BVerfGE 51, 1 (27); 63, 152 (171); 64, 243 (249).

¹⁵⁹ 曾濟群，國會立法與程序，頁137，2001年11月。

¹⁶⁰ BVerfGE 1, 144ff. 例如在德國巴符州、巴伐利亞州、石荷州法案僅經二讀程序。

¹⁶¹ BVerfGE 1, 144 (151).



中，特別言及立法院議事規則已就省略三讀程序之規定¹⁶²，似未進一步表示肯認國會議事自治權限之意見外；大法官以「經逐條討論」、「通過全案」與「公佈施行」等要件，承認其為有效法律。¹⁶³

2. 時間壓力

1976年財務變更法（Finanzänderungsgesetz）廢除僱員年金保險的年薪上限。¹⁶⁴聲請人主張違反憲法上機關忠誠原則，蓋聯邦政府遲至當年10月20日始向國會提案，草案明定次年1月1日生效。在2個月內顯難完成工作，兩院均無法實質審議，無異同限縮議員與國會自主討論與決定空間。聯邦憲法法院以單純焦急尚非違憲，蓋政府提案權不具有約束國會的效力，其仍得因時間壓力而無法有效討論予以拒絕。

3. 判斷餘地

聯邦政府在國際貨幣基金組織「十國集團」於1968年11月20日至22日會議期間，宣布將對進口貨物降低關稅而調高貨物出口稅，以防止出口過熱、避免貨幣升值。11月21日由國會黨團提出草案，28日通過二讀與三讀程序、29日總統簽署與公布，12月1日生效。德國聯邦憲法法院認為法治國原則僅禁止根本未達目的之限制性法律。¹⁶⁵類此經濟引導法律之目的性審查，立法者在判斷目的妥當

¹⁶² 立法院議事規則第10條規定：「凡法律之議案須開三讀會後議決之。但院長得酌量情形省略三讀會之程序」；第11條規定：「本院委員全數三分之一以上連署請求省三讀會之程序者，亦得省略之」，見國民政府公報，第18號，17年11月15日，頁2。

¹⁶³ 釋字第573號解釋另提出兩項理由力證法律之有效性：一為經法規清理而整理為我國現行法律（即決議編入「中華民國現行法律目錄」）；二為歷經大法官二號解釋為審查對象，值得注意。

¹⁶⁴ BVerfGE 29, 221 (225).

¹⁶⁵ BVerfGE 30, 250 (263).



性享有寬廣空間，不因其事後預測錯誤而認定為違憲。¹⁶⁶

4. 聽證必要性

唱片案涉及應否完全免除唱片業者增值稅之爭議。聲請人主張在審議程序未召開聽證會，違反基本法第103條法院聽審權的精神。¹⁶⁷法院認為相較立法程序之形成，在憲法預定規範內事屬立法機關之職權。在憲法未定聽證程序的情況下，由何鑑定人與何等利益團體表達意見，原則上為立法機關與所屬委員會之裁量權。

5. 決議能力

法律案之通過是否以一定人數代表出席與投票為必要。¹⁶⁸從民意政治對國會決策程序之作用方式，應以代表參與意思形成為宗旨，但須留給個別代表自行決定關注特定領域、深入研究之機會。蓋國會制度建立在分工的功能性原則，與個別代表的政治投入和專業知識之上。¹⁶⁹此外，參與原則也包括反對黨之參與機會，應使其可在院會上表達政治觀點與批判多數黨的可能。¹⁷⁰整體來看，不以數目字的人數作為判斷決議能力的標準。

6. 資訊權

在審查情報單位的預算案中，處理議員應能知悉資訊範圍之爭議。法院指出議員有表決與審議權。此因「論點與其反對間的公開性談判、公開性辯難與討論，為議會民主的根本要素。若審議權之行使，缺乏審議對象有關之資訊，即無存在意義。議員為能有效行使職權，需要全面與深入的訊息。」¹⁷¹

¹⁶⁶ BVerfGE 14, 263 (275).

¹⁶⁷ BVerfGE 36, 321 (325).

¹⁶⁸ BVerfGE 44, 308 (309).

¹⁶⁹ BVerfGE 44, 308 (316).

¹⁷⁰ BVerfGE 44, 308 (321).

¹⁷¹ BVerfGE 70, 324 (355).



綜上，德國實務與我國從審議過程、時間、人員、資訊的形式觀點，在不違反權力分立與國會自律原則下，限定在重大性控制的範疇內。

二、實質程序審查

立法者就其決策過程與作成，有最後決定之權。¹⁷²儘管如此，內部立法程序的本質和期待，為立法者能合理評估待規範事件，方才獲有司法部門的尊重。然所謂立法評估餘地，是基於權力分立原則與功能最適觀點，承認其有評價和判定的相對優先權。我國實務雖未使用內部立法程序之用語，但仍以案件相涉之基本權為基點，適當命立法者理性行使程序裁量權；而實務也鑑別系爭法律之特性，由若干指標性案件如規範後果之預測¹⁷³、保護義務¹⁷⁴、憲法（基本權）委託¹⁷⁵等事項，決定最低程序遵循義務。大致上，以合理調查、預測與一貫性等，適度框定立法事實評估活動。要求其評估決定所依據程序，為一基於合理調查過程與結果。德國實務透過可信性預測程序的釋義步驟，逐步建立起審查立法程序的標準。探討之前，須注意基本權利在此間的指導作用。為說明立法事實、內部立法程序與違憲審查的關聯性，略述釋字第649號解釋說明：大法官會議於理由第二、三段先以視障者諸多障礙、得選擇職

¹⁷² 德國實務在1980年代後，逐漸明確劃分形成空間（Gestaltungsspielraum）與評估特權（Einschätzungsprärogative）兩種概念，前者為處理平等權議題，後者用於預測、專業評價事項。審查時應就二者各自發展出審查標準，決定其自主空間大小若何。若差別對待造成自由權行使有重大影響，則須嚴加考慮法益的重要性程度，形成空間相形越小。

¹⁷³ BVerfGE 50, 290 (332f.); 65, 1 (55). 釋字第578號參照。

¹⁷⁴ BVerfGE 88, 203 (254, 263).

¹⁷⁵ BVerfGE 94, 115 (141ff.). 就德國基本法規定之難民權的性質，屬於基本權利填補之法律（grundrechtsausfüllendes Gesetz）。



業種類較少、弱勢結構性地位根深蒂固三點，肯定彼時所確認立法事實。再以社會變遷的比較觀點，對照就業與消費市場形成、視障者知識能力提升、得選擇職業種類增加，發現原所預測與實際發展落差的現象（「未能大幅改善視障者的經社地位」），得出手段嗣後不合適的結論。

(一)不法侵害概念之掌握

縱令將審查範圍限定於制定法，亦非與立法程序毫無關係。¹⁷⁶ 反思立法活動對於制定結果之影響，即須控制決策過程諸般作為。換言之，若審查重點全然置於阻卻違憲事由之處進行¹⁷⁷，稍嫌過速而跳躍中間步驟。宜提前至基本權侵害階段處理，及早發揮間接調控程序進行的作用。是須先把握不法侵害之概念，判定侵害有無、侵害種類與侵害強度，否則無以決定審查對象之範圍與標準。復次，應獨立觀察立法決策特性。它是特殊之程序裁量，自事實、評價與後果三組概念構成，即疑似侵害法律所根據之事實資料、所根據的價值判斷與產生之後果。是以，界定不法侵害與事實資料與其評價有相牽連關係。

1. 保障範圍界定與立法事實之關係

從不法侵害¹⁷⁸與受損基本權的關係審視，憲法上侵害概念與

¹⁷⁶ 類似說明如（不）真正立法程序審查的區分，前述伍、一、(三)德國實務的參照與釋字第499號解釋屬真正立法程序之審查。參見許宗力，同註106，頁118。

¹⁷⁷ Gusy, aaO. (Fn. 54), S. 293; Hoffmann, aaO. (Fn. 52), S. 109.

¹⁷⁸ 基本權的侵害概念（許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，11期，頁69，2003年9月；陳慈陽，基本權核心理論之實證化及其難題，頁97，2000年12月。）是否以不法為必要？又為主觀不法或客觀不法？與憲法第23條或第171條有何不同？如以舊司法院大法官審理案件法第5條規定，稱「遭受不法侵害」（參照Isensee的定義，「國家違背基本權主體意願，對其基



基本權功能變遷、保障範圍互為增長關係：第一、基本權作用越是多樣與廣泛，所形成約束統治權的指令綿密，則立法權行使越容易發生潛在侵害，從防禦權到組織程序與保護義務等均是。擴張基本權及於客觀作用，相對提高立法權受檢視的機會。第二、保障範圍之界定，須經釋憲機關進行規範性定義。¹⁷⁹與本文有關者，為權利行使所必要之方法或有關聯性者¹⁸⁰，或從權利行使的相互關係的觀點。¹⁸¹著例為新聞媒體自由的蒐集消息和編輯過程。第三、若干基本權須先透過法律制度的建構，方能真正行使。就其權利內涵的正解，指導形成性立法所應憑恃的立法事實。如以訴訟權為例，釋憲實務屢稱「有效行使」。¹⁸²簡言之，基本權保障範圍決定法律保留之範圍¹⁸³，連帶促成所應考量立法事實的資料，前後有密切關聯性。

2. 侵害界定與立法事實之關係

學理擴張侵害概念的結果，側重以基本權主體所受觀點、而非

本權法益施加相當地影響」，*Isensee*, § 191 HStR IX, Rn. 106.) 可知有違背意願與相當影響二項要素。憲法訴訟法第48條、第59條雖則改為法規範或裁判「認有抵觸憲法」，皆為從聲請主體角度主觀立場予以規範。

¹⁷⁹ 定義方法有排除權利濫用（如殺人竊盜）於基本權法益之外。*Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz: GG*, 7. Aufl., 2018, Art. 1 Rn. 279, Art. 2 Rn. 13.

¹⁸⁰ *Bleckmann/Eckhoff*, DVBl. 1988, 373 (378). 我國釋憲實務運用延伸觀點，適度擴大保障範圍不乏其例。(1)釋字第364號解釋將「以廣播及電視方式表達」之言論自由；(2)釋字第380號解釋就學術自由保障擴張到「其他重要學術活動」。(3)釋字第479號解釋就選定名稱為實現結社自由必要方式；(4)釋字第490號解釋稱派生之宗教行為與宗教結社等例子。

¹⁸¹ 如釋字第414號解釋從意見之「自由流通性」說明資訊取得之保障。

¹⁸² 參見釋字第737號解釋，特別是保護不足的說明。

¹⁸³ *Kirchhof*, § 99 Mittel staatlichen Handelns, HStR V, Rn. 215.



國家所為角度。先以基本權重要性為標準¹⁸⁴，方論有無針對性與次要目的、是直接效果有或其他附隨效果、結果為法效性或事實影響。古典侵害概念（特別是針對性與直接性）仍然存在，只是應改定用以輔助判斷侵害程度嚴重性；經定性為嚴重或重大者，自應以升高審查標準檢視立法者之事實判斷，使其負有相當之舉證責任。¹⁸⁵

為利於基本權行使的有效性，釋憲機關解釋侵害概念，宜正確掌握侵害目的或後果作用（*Folgewirkung*；或稱附隨效果 *Nebenfolge*）。此舉有放寬傾向，將事實上影響（*faktische Beeinträchtigung*）列入審查範圍，有助於督促立法者深思熟慮，促進立法過程所採方法與實效的周延性。¹⁸⁶茲舉兩例說明：

第一、法律產生附隨效果的影響作用，常見於私法自治有關之法律。僅限制一部分對象，連帶造成有利害關係之他方基本權難以行使，如釋字第576號。¹⁸⁷

第二、侵害意欲性和後果可預見性。以發生規範結果的意欲性與欠缺為界分，前者構成嚴重侵害隨之升高立法舉證責任，就其採行措施須有實質關聯性。後者多見於兩類案例，一是預期規範結果與其合理預測範圍；另外則是一般性法律，可能在個案中形成法定與法適用的錯層，發生個案性差別待遇。試以二例說明。釋字第

¹⁸⁴ 如科技法領域中法律容許或無法排除的殘餘風險（*Restrisiko*）不應視為基本權侵害。BVerfGE 49, 89 (140f.); 53, 30 (59).

¹⁸⁵ 釋字第578號解釋許宗力大法官協同意見書。

¹⁸⁶ *Bleckmann/Eckhoff*, aaO. (Fn. 180), S. 375. 固然認定標準尚在形成當中，但仍可透過案例建立類型。限於篇幅，茲舉一例：德國實務認巴伐利亞邦集會遊行法第21條有關罰鍰規定，對集會遊行增加困難的寒蟬效應而宣告部分違憲。BVerfG NJW 2009, 441.

¹⁸⁷ 本複保險案可作為說明要保人報告義務與防止被保險人不當得利之適例——雖然在本案中未真正爭議附帶效果之有無。



490號就法定兵役義務的合憲性，大法官會議稱是項規定：

「非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。」

該案就不法侵害的認定，否認有何意圖、違論後果，不必再論阻卻違憲的正當事由；但卻忽略了從間接侵害觀點，在個案中實際造成的附帶後果。釋字第689號審查社維法指出，是項規定兼具保護性和干預性目的，後者僅

「處罰無正當理由，且經勸阻後仍繼續跟追之行為」

也將侵害目的定位於一般性。¹⁸⁸綜合二例觀之，實務認為非針對宗教信仰與新聞自由、不致於發生附帶影響。故審查時遇有一法律從表面觀之雖屬中立，但對特定身分之人可能造成間接歧視或附帶不利性結果之際。¹⁸⁹應注意有無制定例外規定之必要或作成警告性裁判。以釋字第689號為例，應以合憲性解釋結合法律適用合憲性二者併行；釋字第490號則因信仰自由之重要性，確有可能發生法律制定是否應有例外規定而付之闕如，間接促成立法程序善用後果取向之調查。

(二)竭盡認識來源

以德國「參決案」(Mitbestimmungsurteil)¹⁹⁰的指標性案例說明，就待規範事實的資料來源應如何掌握，作為兩項審查重點。

¹⁸⁸ 也因此聲請人主張系爭規定「即對新聞採訪自由形成限制」。此處僅以目的性作為判定不法侵害的範例，並不質疑該號解釋的結論。不過，解釋瑕疵在於將判定不法侵害與阻卻違憲事由（不違反明確性）劃上等號。

¹⁸⁹ BVerfGE 85, 191 (206); 89, 276 (285); 97, 186 (197). 釋字第584號解釋（犯有特定罪者不得駕駛計程車）可資參照。

¹⁹⁰ BVerfGE 50, 290 (334).



系爭參決法條文賦予員工參與企業決策的特殊性，¹⁹¹決定相關規範之前，須符合「謹慎事實調查義務」與「評估可信性」（*Bewährung*），作為立法評估特權的界限。特別是在預測性之事實調查，法制定前，須「竭盡所能掌握的認識來源」（*zugängliche Erkenntnisquellen*）¹⁹²。唯有如此，方能妥適估量規定的預期影響。避免在錯誤的事實基礎上制定違憲法律。若能實踐這些程序要求，始可為合憲的評估特權。故如有「合理與可支援判斷可獲得之資料」時，立法程序即屬無瑕疵。審查過程中承認草案中的參決委員會報告，視其有認識資料的證據能力。¹⁹³就此案可獲致三項要點：

1. 雖非明確針對形式立法程序為審查對象，但就獲致立法事實之妥當性作為間接控制方式；至於如何達到合乎事理，留待立法者自行決定。

2. 立法事實正確性如未能取信於憲法法院，則可就其立法形成過程進行事實調查。

3. 就涉及基本權事項重大者，釋憲權受基本權之拘束，更應適度審查。

然而，本案憲法上事實判定義務是否足以一般化，或僅限定於特定案型，不無疑義。或有質疑參決案過於特殊。不過從一般性觀

¹⁹¹ BVerfGE 50, 290 (333). 在經濟領域帶來重大改變為例。它與經濟引導（*wirtschaftslenkend*）法律之差異在於內容深遠性，經歷較為劇烈變動，規範複雜、難以事先預料的相互關係，而這些關係又不限於本國發展而無法合理評估。

¹⁹² BVerfGE 50, 290 (334).

¹⁹³ 這點為部分學者所接受且強調「最適化之立法方法為憲法上義務」。參見 *Schwerdtfeger*, aaO. (Fn. 7), S. 173ff. 但憲法法院在裁判中未說明誰組成委員會、誰為參加聽證、決議內容為何。倘已經在立法程序中提出有力論據，似乎憲法法院就全然接受、退居於實質性審查，*Kisker*, VVDStRL 39 (1981), *Diskussionsbeitrag*, S. 172.



點，所有法制定活動皆立足於當下情勢之判定，謀求措施在未來應能發揮實效性，故預測性決定屬於法規範之本質。¹⁹⁴另從特殊性角度，保護義務、社會性立法等，事涉三面關係或給付標準，調查方法更應縝密。實務在後續案件中，要求「謹慎的事實調查和可信評估……，可靠預測的重要資料並盡職評價，以確定是否能夠充分支持其立法評估」。¹⁹⁵作者以為參決案的要義乃揭示立法自主空間的前提是資料充分完備，須經謹慎獲取，方能謂善盡後果評估之範例。其他立法預測決定須比照上下增減，以決定各自領域、各自規範對象中立法事實資料的獲取範圍與方法。

如對照我國實務，釋字第584號審查禁止曾犯一定罪名之人從事特定行業之規定。出於特別危險性的理由，就選擇職業主觀條件為一定期間、而非終身禁業，雖符合最小侵害原則。然此一前提建立在期間內再犯可能性之上，若經歷一段期間後已降到社會可接受性，限制正當性即不復存在。是否再犯之事實，即構成立法者必須謹慎調查對象。然審理過程中卻發現欠缺精確統計與資料，調查作為顯有不足，自不能稱為已竭盡認識來源。

(三)事實調查程序化

然事實調查應如何進行，以給付性立法為例，德國實務在過去將之與限制性立法相比，得出立法者享有較多形成空間，審查應限於恣意性控制。¹⁹⁶我國則概稱立法政策或類似用語。¹⁹⁷按給付性

¹⁹⁴ Gusy, aaO. (Fn. 54), S. 293.

¹⁹⁵ BVerfGE 88, 203 (254); 94, 115 (141).

¹⁹⁶ BVerfGE 33, 41 (51); 49, 280 (283).

¹⁹⁷ 釋字第246號解釋（公務人員退休），第421號解釋（議長報酬項目與額度），第434號解釋（公務人員請領養老給付），第485號解釋（眷村改建）。



立法乃實踐個人生活上必要需求，涵蓋各類生存保障形態與方式。立法程序上自應考量給付能反映真實情況。所應衡酌之事項多端：平等權、財產存續與生存狀態。¹⁹⁸釋字第485號指出立法者不得僅以受益人的職位與身分作為唯一區分標準，最關鍵處係要求行使立法事實之調查須注意：

第一、斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性；

第二、給付方式與額度，須力求與受益人之基本生活需求相當。

自上可知，大法官會議以照顧需求性、照顧方法與程度若何二項概念，界定給付立法的憲法框架。照顧需求性之確認，以受益人收支狀況作為照顧需求因素，當屬立法事實的範疇；至於照顧程度則應止於基本生活需求相當性，亦為合理調查範圍。此一見解存有控制立法事實理性化的深意，非僅關切平等權保障¹⁹⁹，與德國轉折相類。

德國實務從強制扶養費（Zwangsläufige Unterhaltsaufwendungen）案始，²⁰⁰以「所得稅法之立法者斟酌強制性扶養不可劃定不切實際之界限」，運用在憲法量能原則與生存權的案件上，子女撫養費須至少在最低生活費用上免稅。²⁰¹後在老年照顧（Altenpflege）案²⁰²解釋憲法同值性生活關係概念上，指出立法者有謹慎調查情況所必要事實資料的義務，只有當事實資料能允許當前情勢與未來發展進

¹⁹⁸ 許宗力，同註106，頁115。

¹⁹⁹ 本號解釋對於事實調查程序的控制作用，未獲重視。隨後釋字第547號、第584號、第605號、第615號等號解釋僅徵引實質平等意旨；釋字第727號解釋趨近照顧需求意旨，卻未引入調查基本生活需求相當性事實。

²⁰⁰ BVerfGE 66, 214ff.

²⁰¹ BVerfGE 82, 60 (88).

²⁰² BVerfGE 106, 62 (152f.).



行有根據的評估時，聯邦立法者方能動用其競合立法之權限。²⁰³最新發展則著重立法裁量須以切實性（*realitätsgerecht*）標準，就因失業救濟的給付額度的給付性立法方面，在著名的Hartz IV方案中，實務承認立法裁量的前提下，仍指出符合尊嚴的最低生存限度之保障對於立法事實調查的作用：

立法者須根據實際需要，以「透明和適當程序評估所有生存必要之開銷」切實計算。因之須調查需求種類和開銷所需費用，並在此基礎上決定需求總額。憲法未預設特定方法，立法者應在合適與適當框架內自行選擇。然若偏離所選方法須有客觀理由。……為實現憲法審查，立法者在立法程序有義務以可理解的方式，揭露確定保障最低生活水準的方法和計算步驟。

從基本權總論角度來看，實務見解可視為透過客觀基本權面向，特別是正當程序對於立法裁量權行使的框定，以維護實體權利內容。蓋系爭法律為Hartz IV委員會的考慮，實務特別強調程序重要性並指出其瑕疵所在。

（四）預測活動程序化

廣續參決案精神後，德國實務在老年照顧案²⁰⁴與在專案初級教授（Juniorprofessor）²⁰⁵二案中，進一步指出：基本法第72條第2項的「必要性」概念上，立法機關雖有評估空間、得從特定領域整體觀照下確定；但憲法法院能審查：

其方法論之基礎與其結論。預測須出自謹慎調查、得為司法審查確認的事實假設為基礎。預測在方法上應以適當預測程序為基礎，而且始終如一追求其可靠性。預測結果自須審查是否支持預測評估之觀

²⁰³ BVerfGE 106, 62 (143).

²⁰⁴ BVerfGE 106, 62 (152f.).

²⁰⁵ BVerfGE 111, 226 (255).



點充分明確地披露或至少在規範審查程序中披露；是否沒有出於無關因素列入預測。²⁰⁶

尤值注意之處，二案將立法預測以預測程序（Prognoseverfahren）一詞為之概念化：且強調得為違憲審查確認，似從法明確性觀點力求立法預測決定理性化。須補充的是，侵害之定性既然已經從行為轉換為結果的標準，從時間因素論斷，應查明立法事實是否在當初業已失準，或因時空環境移易始生偏移。就1.預測失誤：未來事實既然無法事先完全估量，其失誤性即無法避免。立法者無法考慮所有橫向關聯之事物。比例原則中的合適性原則，可用於控制判斷事實未來走向的準確性，避免採行預測失誤的方法。而2.情事變遷：立法當時客觀條件所未能預見，或所預測在一定期間內尚稱準確，但因時空移易發生過去可以、現在逐漸無助於目標之達成時，可能發生兩種情況：第一、演變成無助公益目標達成、相形造成法益侵害顯失均衡；第二、所採手段已逐漸失效，可課予立法者持續密切注意、適時調整手段之義務。

我國釋字第649號曾有類似考量，就禁止非視障者從事按摩業規定能否照顧視障者、兼顧同屬身心障礙之非視障者等，曾有前後之比較。就判斷立法當初制定時之預測，依其可得選擇之職業種類較少、有相當高之比率選擇按摩為業。繼之以社會發展與行業消費成長、原有視障者知識提升，原有規定易使得主管機關忽略廩賦，而未能真正提升其社經地位，因此以現實情況判其目標與手段間不具有實質關聯性。

(五)體系正義性到結果一致

除從事實正確性著手外，為提升程序理性、修正評估餘地，尚

²⁰⁶ BVerfGE 106, 62 (150).



得以體系正義概念作為立法程序的內部界限。修正較有利於立法形成空間的論點，兼顧立法程序的可司法性。

立法者如創設具有體系規範性意義之規範、確立體系正義性的法則時，除有重大公益事由外，向將來自受拘束、持續維護體系一貫性之原則。²⁰⁷ 人民得依據平等權主張不得有前後不一致的差別對待。法律制定時，自應環視既有整體與相關法律體系之法則，妥善運用憲法允准的形成空間。換言之，平等權禁止恣意作為與法治國原則，乃禁止立法者雖本於職權制定法律，但時間上先後立法各行其是，造成無正當理由的規範矛盾，致使對受規範者差別待遇之不利後果。

是以判斷制定法之結果品質，亦以其在法律體系中能和既有制度原理和相關規定相互適應為準。體系性拘束（*Systembindung*）為立法者對其先前確立之規範結構、秩序原則或法領域評價之承諾²⁰⁸；可看作是法安定性的衍生要求，不得為無理之法律上變更。積極面求得融貫性、消極面不存在矛盾或歧異狀態，自能兼顧立法形成空間與避免受規範者無所適從的窘境。從制定法結果以觀，若系爭規定無法與其他規定相容，即不能謂良善立法；如欲消除相互矛盾之規定，自應正本清源講求立法程序之理性，在制定過程中本於立法自我拘束性，整合新舊法相關條文。釋字第499號有類似說法：「先後制定之規範因相互牴觸所形成缺漏而生之疑義」所生之規範競合與規範衝突，大法官得就增修條文與既有本文間之關係予以解釋，可資參酌。

²⁰⁷ BVerfGE 1, 14 (45); 13, 331 (340). *Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, 1976, S. 4. 李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討，憲政時代，16卷2期，頁26以下，1990年10月。釋字第455號解釋翁岳生大法官協同意見書。詳見許宗力，同註106，頁114。

²⁰⁸ *Degenhart, aaO.*, S. 4.



儘管德國實務甚早以體系正義限定立法裁量空間，卻未有一例被認為是體系違反。縱有違反自行建構之體系，僅能視為違反平等權之跡象。如有充分理由，立法者得偏離自建體系。另一爭議也發生在體系界定上，若無法定位在前相關體系所指為何，自不能執為衡量在後法律的正確性。而釋字第499號所稱先後制定而相互牴觸之規範，應認為前後規範屬於同一範疇，始有牴觸可能。從德國實務逐漸限縮非指全部或整體、亦非上位或平行之體系，而專指系爭條文各自直接相關或所屬法秩序部分為限，例如環境法領域或職業法領域。可知實務以參照領域作為認定體系之標準，稱之為**體系一致性**（Systemstimmigkeit）。²⁰⁹

直到上世紀90年代中期平等課稅案件中，又強調法延續性（Rechtskontinuität）：要求公權力行使應有脈絡可尋、一以貫之的說服性；背離原有作法時應有正當理由等。²¹⁰繼比例原則、禁止保護不足原則之後，**結果一貫性**（Folgerichtigkeit）或稱**體系一致性**，逐漸形成無矛盾和融貫性的二項論述重點。²¹¹德國實務在引導稅（Lenkungssteuer）案指出：

「在選擇課稅對象與確定稅率上，立法者雖有寬廣決定空間。但在初始要件規範之後，須首尾一貫地以負擔平等的意義落實其決定。」²¹²

²⁰⁹ Dürig, in: Maunz/Dürig (Hg.), GG, Art. 3 I Rn. 313a.

²¹⁰ 準此從憲法上所要求之稅捐負擔公平，必須導出相同給付能力之納稅義務人，也應課徵相同稅捐（水準的公平）。而（在垂直的方向）較高所得的課稅，相較於較低所得之稅捐負擔，必須具有相當性。在稅法上課稅要件之安排，其所作成之負擔決定，在負擔公平之意義下，必須前後一致。此種前後公平一致處理之例外情形，需要具有特別的事物上之理由存在。

²¹¹ Kirchhof, Die Steuern, § 118 Rn. 174ff.

²¹² BVerfGE 93, 121 (147, 148). 李惠宗先生則以釋字第622號解釋有關贈與稅為例說明。參見李惠宗，稅法規範的形式合法性與實質正當性——釋字第660號解釋



在2008年的餐館禁煙案（*Rauchverbot in Gaststätten*）²¹³中，首次將一貫性（或*Systembindung*體系拘束）的理念移植到基本權總論，限制立法者的形成空間。

「倘立法者基於判斷餘地已為特定潛在危險之評估、就牽涉利益已為評價、與選擇特定規範方案，則須一貫性地遵循。若使同一危險狀態在一法律中占據不同權重者，即不合道理」。

換言之，只要符合憲法最基本要求範圍內，立法者得自主選擇方法與機制；所選擇之方案在結果若未能一以貫之，勢必形成前後兩種差別待遇，要求立法者為全面性的事實調查與評估義務。

陸、結 論

法律正確性不能徒賴事後與被動的違憲審查機制。立法程序之進行，除為民主商議活動外，兼有法之探尋與法之獲取活動。須置於連續變化的發展思維中，進行規範性調控。立法程序之應然，為因應事務複雜性而具有處理「過程化」（*Prozeduralisierung*）²¹⁴的規範需求。由於待規範事物與相牽連主體和議題之關係多樣繁複，狀態混沌而無法輕易遽下判斷，且過往秩序未必能繼續沿用，法之獲取應求周密思慮。另從時間軸觀察，探尋與獲取合理之法應按週期依序進行，有拉長時程化（*Temporalisierung*）、難以驟下決定的特性。²¹⁵復次，為求時間週期內循序處理必要，宜為階段劃分

及第657號解釋及相關稅法解釋評析，法令月刊，60卷7期，頁4(23)，2009年7月。

²¹³ BVerfGE 121, 317ff. 禁止餐館中吸煙的規定，如已經在保護非吸煙者法律，就經濟負擔沉重的餐廳例外免除限制規定。

²¹⁴ Callies, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 38ff.; Hassemer, *Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit, Eine Skizze*, S. 153ff.

²¹⁵ *Wollenschläger, Wissensgenierung im Verfahren*, 2009, S. 129ff., 188ff.



實現間距性；使二主體或事物間的位置保持適當間隔，勿使相互混淆，存有主體與事件在各階段中獨立運作的功能意義。憲法上間距劃分的依據，兼採主體與事件、利益與決定屬性二項。如國家與社會（憲法第二章與第三章以下，尤其是第十三章的對照）、國家權力垂直與水準分立、法制定與法執行、訴訟法與實體法的分離。²¹⁶自間距性能建立起多樣化法律關係，並使得法律主體各按憲法秩序自主決定。

有關立法程序之爭議源自於形式上程序法之定位。設若程序法僅限定於提案審議與公布權之行使，而不問是否合理行使，則無從達成實質正義之立法。程序對於實質有其服務功能，旨在維持一定程序理性的政治決策。縱經政治運作與社會需求，亦須善加把握立法程序之獨特功能，否則將危及憲法上立法程序意義。

或有認為良善立法的目標，本從權力分立原則與機制足以實現，無待其他憲法規範。然權力分立有其法治國原則屬性，本為保障人權而存在，此一機制運作得當與否的結果，最後須受法治國原則、特別是基本權之檢驗。認為權力分立已能實現良善立法，乃昧於今日政黨政治、利益團體與媒體等勢力左右程序的事實，馴至於結果非必然理性、卒成滿足政黨與利益團體的期待，而非來自於全體國民的信服。良善立法無法自然生成，它需要調控。調控對象為立法過程中的種種瑕疵。凡此種種，均得出立法者須根據內在價值秩序提出整體性立法方案（體系思維），以及須進行具體的事實調查與評估程序（程序思維）。

基本權利拘束國家權力之行使，自然包括立法程序之進行。立法程序為實現特定立法目的有序進行之階段性作為。然憲法將立法程序分配於個別機關，就其個別參與階段受基本權不同意義的影響：

²¹⁶ Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, 4. Aufl., 1978, S. 127f.



一、基本權作用於提案程序之意義為：所提案內容係按照基本權利之片面化與最大化行使而決定。

二、基本權作用於審議程序之意義為：所審議內容係按照基本權利與其對立之私益或公益，為最佳化行使的決定。

三、基本權作用於公布程序之意義為：所公布內容係按照對於基本權利之妨害須無重大明顯之瑕疵之決定。

惟此一作用與規範可能性，無法以法律構成要件方式顯示。憲法所架設的立法程序結構，旨在以權限秩序的合理分配中，各自以其所分配之權限行使、次第接力實現法律制定。在此過程中，為求取法律制定之正確性與信服性，如其涉有基本權行使之議題者，自須本於良善與理性之理念，使其在參與過程中藉由表述機會而相互取得衡平。釋憲者不過問立法程序究竟如何進行，而應視立法程序為衡量程序，以求得在政治與法之間的平衡。換言之，憲法就立法程序未作主導式或放任式的規範思維，而是代之以脈絡調控的法則。就立法程序與參與主體間，須建立起以參與形態實現自我拘束為機制主軸，以協商與論述的方式來實現脈絡調控。因此妥適劃分立法程序的階段，諸機關在個別階段中的任務與權限以及其他機關的參與作用，亦符合現行憲法的設計。

整體而言，我國的立法實際運作已力圖改善²¹⁷，立法學科應跟進投入研究，違憲審查須掌握形式程序和決策行為二項重點，早經釋字第342號「法律不以其內容抵觸憲法者為限」所揭示。我國憲法所定政府提案、立院審議與總統公布，富含法治國家間距性的理性思維。面對複雜政經社會情勢，簡單原始的制定作為已不敷規

²¹⁷ 以立法院各委員會組織法第6條之1明定各該委員會擬定立法計畫，作為議事準據與目標來看，顯見規範立法活動使其取得預訂成果，研究制定過程，各機關間相互協調等，即為朝向良善與理性立法之作為。



範任務。以釋字第342號、第419號與第499號大法官會議解釋所採重大明顯瑕疵之概念，為立基於形式外在立法程序觀點，無論是憲法釋義與司法審查，應致力於探究實質內部立法程序。適度強化對立法裁量的兩項控制重點：

- (一)於決策有關之重要資訊有無明顯錯誤；
- (二)所行事實調查與發展預測之方法有無明顯錯誤者。

本文所提對策以法治國原則為出發點，應從基本權作用於形塑、保障、衡平和參與性等四種類型法律，加以掌握。復指出後果影響評估為達成合理預測的方法，其間有賴受規範者、相關團體和專家學者的程序參與。



參考文獻

一、中文

1. 王韻茹，國會的民主義務——從兩岸服貿協議審查談起，台灣法學雜誌，245期，頁45-50，2014年4月。
2. 古登美、沈中元、周萬來，立法理論與實務，修訂3版，2002年9月。
3. 吳庚，憲法的解釋與適用，3版，2004年6月。
4. 吳庚、陳淳文，憲法的解釋與適用，增訂7版，2021年。
5. 李建良，立法學導論——比較法的框架性思維，月旦法學雜誌，295期，頁87-101，2019年12月。
6. 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢，47期，頁153-241，2000年10月。
7. 李惠宗，立法裁量類型化試論，憲政時代，16卷1期，頁74-97，1990年7月。
8. 李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討，憲政時代，16卷2期，頁26-40，1990年10月。
9. 李惠宗，領取國民身分證捺捺指紋違憲性之探討——從法學方法論評大法官釋字第60三號解釋，月旦法學雜誌，126期，頁172-186，2005年10月。
10. 李惠宗，稅法規範的形式合法性與實質正當性——釋字第660號及第657號解釋及相關稅法解釋評析，法令月刊，60卷7期，頁4-27，2009年7月。
11. 李惠宗，憲法要義，修訂8版，2019年9月。
12. 李惠宗，行政法要義，8版，2020年9月。
13. 林明鏞，立法學之概念、範疇界定及功能，政大法學評論，161期，頁71-134，2020年6月。
14. 林超駿，黨團協商、特殊立法機制與權力分立，月旦法學雜誌，246期，126-149，2015年10月。
15. 張嘉尹，國家理論——系統理論的觀點，淡江大學法政學報，1卷5期，頁87-107，1996年1月。
16. 許宗力、基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，11期，頁64-75，



2003年9月。

17. 許宗力，違憲審查程序之事實調查，載：法與國家權力(二)，頁43-74，2007年1月。
18. 許宗力，最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法院Hartz IV判決，月旦法學雜誌，238期，頁102-130，2015年3月。
19. 陳淑芳，從法治國家觀點看我國立法之缺失，載：黃宗樂教授六秩祝賀，公法學篇(二)，頁47-79，2002年5月。
20. 陳淑芳，二、聯合政府體制與國會制度，載：民主與法治——公法論文集，頁23-36，2004年11月。
21. 陳慈陽，基本權核心理論之實證化及其難題，2000年12月。
22. 陳慈陽，憲法學，2004年1月。
23. 陳新民，國家的法治主義——英國的法治(The Rule of Law)與德國法治國家(Der Rechtsstaat)之概念，國立臺灣大學法學論叢，28卷1期，頁47-121，1998年10月。
24. 陳新民，一個新的方法——論綜合立法的制度問題，法令月刊，51卷10期，頁137-161，2000年10月。
25. 傅玲靜，德國聯邦行政程序法之改革，中原財經法學，12期，頁67-120，2004年6月。
26. 曾濟群，國會立法與程序，2001年11月。
27. 湯德宗，行政程序法論，2001年12月。
28. 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，13期，頁1-45，2004年12月。
29. 黃舒芃，數字會說話？——從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，1期，頁1-44，2007年9月。
30. 黃舒芃，違憲審查中之立法形成空間，月旦法學雜誌，185期，頁39-51，2010年10月。
31. 葉俊榮，大量環境立法：我國環境立法模式、難題與因應方向，國立臺灣大學法學論叢，22卷1期，頁105-147，1992年12月。
32. 葉俊榮、張文貞，轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢，人文及社會科學集刊，14卷4期，頁515-559，2002年12月。



33. 董保城、法治斌，憲法新論，8版，2021年9月。
34. 蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏，行政程序法實用，2版，2001年10月。
35. 羅傳賢，法案審查程序與立法技術，月旦法學雜誌，85期，頁61-74，2002年6月。
36. 羅傳賢，立法程序與技術，6版，2012年7月。
37. 蘇永欽，為「理性國會」催生，載：走向憲政主義，頁242-248，1994年6月。
38. 蘇永欽，立法學筭記，載：走入新世紀的憲政主義，頁405-418，2002年10月。

二、外 文

1. *Achterberg, Norbert*, Gesetzgebung als Wissenschaftsdisziplin, DÖV 1982, S. 976 ff.
2. *Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994.
3. *Alexy, Robert*, Verfassungsrecht und einfaches Recht- Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 7ff.
4. *Badura, Peter*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung von Gesetzen“, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, 1982, S. 481ff.
5. *Badura, Peter*, Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung, ZG 1987, S. 300ff.
6. *Badura, Peter*, § 265 Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts: Bd. XII, 3. Aufl., 2014, S. 383ff.
7. *Bethge, Herbert*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, S. 1ff.
8. *Bethge, Herbert*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), S. 7ff.
9. *Beyme, Klaus von*, Der Gesetzgeber, 1997.
10. *Bleckmann, Albert/Eckhoff, Rolf*, Der »mittelbare« Grundrechtseingriff, DVBl.



- 1988, S. 373ff.
11. *Blum, Peter*, Wege zu besserer Gesetzgebung, Gutachten I zum 65. DJT, 2004.
 12. *Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2089ff.
 13. *Braun, Johann*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006.
 14. *Breuer, Rüdiger*, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16 (1977), S. 21ff.
 15. *Britz, Gabrielle*, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch „grundrechtliches Vorverfahren“, Der Staat 42 (2003), S. 35ff.
 16. *Bryde, Otto*, Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982.
 17. *Bundesministerium der Justiz* (hg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 1991.
 18. *Burghart, Axel*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996.
 19. *Callies, Galf-Peter*, Prozedurales Recht, 1999.
 20. *Degenhart, Christoph*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976.
 21. *Eichenberger, Kurt*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 7ff.
 22. *Ennuschat, Jörg*, Wege zu besserer Gesetzgebung, DVBl. 2004, S. 986ff.
 23. *Erbguth, Wilfried*, Und der Gesetzgeber schuldet wirklich nichts als das Gesetz?, JZ 2008, S. 1038ff.
 24. *Europäisches Parlament/Rat/Kommission*, Interinstitutionelle Vereinbarung „Bessere Rechtsetzung“, Abl. C 321 vom 31. 12. 2003.
 25. *Geiger, Theodor*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., 1987.
 26. *Grimm, Dieter*, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, S. 865ff.
 27. *Groschupf, Otto*, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, DVBl. 1962, S. 627ff.
 28. *Gusy, Christoph*, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP 1985, S. 291ff.
 29. *Häberle, Peter*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43ff.
 30. *Hassemer, Winfried*, Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit, Eine Skizze,



- in: *ders.*, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007, S. 153ff.
31. *Heintzen, Markus*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), S. 220ff.
32. *Hesse, Konrad*, Die Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: *Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, 1994, S. 541ff.
33. *Hesse, Konrad*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen* (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts I*, 2. Aufl., 1995, S. 134ff.
34. *Hill, Hermann*, *Einführung in die Gesetzgebung*, 1982.
35. *Hill, Hermann*, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, *Jura* 1986, S. 57ff.
36. *Hoffmann, Gerhard*, Das Verfassungsrechtliche Gebot der Rationalität im Gesetzgebungsverfahren, *ZG* 1990, S. 97ff.
37. *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, *JZ* 2007, S. 648ff.
38. *Hufen, Friedhelm*, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, *VVDStRL* 47 (1989), S. 142ff.
39. *Hufen, Friedhelm/Siegel, Thorsten*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 5. Aufl., 2013.
40. *Hwang, Shu-Perng*, Die Begründung der gesetzgeberischen Einschätzungsspielräume aus den Grenzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsanwendung, *KritV* 2009, S. 31ff.
41. *Isensee, Josef*, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: *ders./Kirchhof, Paul*, *Handbuch des Staatsrechts: Bd. V*, 3. Aufl., 2007.
42. *Jarass, Hans D.*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, *AöR* 2001, S. 588ff.
43. *Karpen, Ulrich*, Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, *ZG* 1 (1986), S. 5ff.
44. *Kirchhof, Paul*, § 99 Mittel staatlichen Handelns, in: *Isensee, Josef/ders.*, *Handbuch des Staatsrechts: Bd. V*, Aufl., 2007.



45. *Kirchhof, Paul*, § 118 Die Steuern, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts: Bd. V, 3. Aufl., 2007.
46. *Kischel, Uwe*, Die Begründung: Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003.
47. *Kisker, Günter*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), Diskussionsbeitrag, S. 172.
48. *Kloepfer, Michael*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 63ff.
49. *Kloepfer, Michael*, Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung – Über Regelungen für den Erlass von Rechtsnormen, DVBl. 1995, S. 441ff.
50. *Kretschmer, Gerald/Finkenburg, Klaus*, Eckpunkte für ein Deregulierungsgesetz, in: *Röttgen, Norbert/Vogel, Bernhard* (Hg.), Bürokratiekostenabbau in: Deutschland, 2010, S. 155ff.
51. *Kriele, Martin*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1970), S. 46ff.
52. *Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1976.
53. *Leisner, Walter*, „Gesetz wird Unsinn...“ Grenzen der Sozialgestaltung im Gesetzesstaat, DVBl. 1981, S. 849ff.
54. *Lerche, Peter*, Vorbereitung grundrechtlicher Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: *ders./Schmitt Glaeser, Walter/Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Verfahren als Staats und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 94ff.
55. *Lerche, Peter*, § 121 Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts: Bd. V, 1992, 1. Aufl., S. 739ff.
56. *Lienbacher, Georg/Grzeszick, Bernd*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 7ff.
57. *Lücke, Jörg/Nierhaus, Michael*, Art. 82 Ausfertigung, Verkündung und Inkrafttreten von Bundesrecht, in: *Sachs, Michael* (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, S. 1686ff.



58. *Lüderssen, Klaus*, Die Steuerungsfunktion des Gesetzes, in: *Grimm, Dieter/Maihofer, Werner* (hg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1988, S. 151ff.
59. *Luhmann, Niklas*, *Rechtssoziologie*, 1972.
60. *Maihofer, Werner*, *Gesetzgebungswissenschaft*, in: *Wnkler, Günther/Schlicher, Bernd* (hg.), *Gesetzgebung*, 1981, S. 3ff.
61. *Meyer, Hans*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 40 (1982), S. 140ff.
62. *Morlok, Martin*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidung als Gefährdung der Verfassung?, *VVDStRL* 37 (2003), S. 37ff.
63. *Nettesheim, Martin*, § 61, Amt und Stellung des Bundespräsidenten, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, *Handbuch des Staatsrechts: Bd. III, 3. Aufl.*, 2005, S. 1031ff.
64. *Nußbaum, Arthur*, *Rechtstatsachenforschung, Programmschriften und praktische Beispiele*, 1968.
65. *Obermayer, Klaus*, Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, *NJW* 1963, S. 1177ff.
66. *Öhlinger, Theo*, *Methodik der Gesetzgebung: Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*, 1981.
67. *Ossenbühl, Fritz*, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, 1976.
68. *Ossenbühl, Fritz*, Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrecht, *DÖV* 1981, S. 1ff.
69. *Ossenbühl, Fritz*, Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: *Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, S. 183ff.
70. *Ossenbühl, Fritz*, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, *NVwZ* 1982, S. 466ff.
71. *Papier, Hans-Jürgen*, in: *Maunz/Dürig* (hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 53. Aufl., 2009.
72. *Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, *Grundrechte*, 12. Aufl., 1996.
73. *Preuß, Ulrich K.*, Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung, *ZRP* 1993, S. 137ff.
74. *Raiser, Thomas*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., 2013.
75. *Rehbinder, Manfred*, *Rechtssoziologie*, 7. Aufl., 2009.
76. *Sachs, Michael*, in: *Stern, Klaus*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*,



- Bd. III/1, 1988, S. 687ff.
77. *Scherzberg, Arno*, Rationalität - staatswissenschaftlich betrachtet. Prolegomena zu einer Theorie juristischer Rationalität, in: *W. Krebs* (hg.), *Liber amicorum Hans-Uwe Erichsen*, 2004, S. 177ff.
78. *Schlaich, Klaus*, Die Verfassungsgerichtbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, *VVDStRL* 39 (1981), S. 99ff.
79. *Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, *Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl., 2018.
80. *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004.
81. *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung – Perspektiven oder nur Erinnerungsposten?, in: *Krebs, Walter* (hg.), *Liber Amicorum Hans-Uwe Erichsen*, 2004, S. 207ff.
82. *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, § 109 *Verwaltungsverfahren*, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, *Handbuch des Staatsrechts: Bd. V*, 3. Aufl., 2007, S. 521ff.
83. *Schneider, Hans-Peter*, Entscheidungsdefizite der Parlamente, Über die Notwendigkeit einer Wiederbelebung der Parlamentsreform, *AöR* 1980, S. 4ff.
84. *Schoch, Friedrich*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, *VVDStRL* 57 (1998), S. 158ff.
85. *Schulze-Fielitz, Helmuth*, Gesetzgebung als materiales Verfassungsverfahren - Die Befugnisse des Vermittlungsausschusses und die Aufspaltung von Gesetzen, *NVwZ* 1983, S. 709ff.
86. *Schulze-Fielitz, Helmuth*, Grenzen rationaler Gesetzesgestaltung, insbesondere im Leistungsrecht, *DÖV* 1988, S. 758ff.
87. *Schulze-Fielitz, Helmuth*, Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung – durch sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle? *JZ* 2004, S. 862ff.
88. *Schuppert, Gunnar Folke*, Gute Gesetzgebung, Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, 2003, *ZG-Sonderheft*, S. 1ff.
89. *Schwerdfeger, Gunther*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, 1977, S. 173ff.



90. *Smeddinck, Ulrich*, Integrierte Gesetzesproduktion. Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive, 2006.
91. *Starck, Christian*, § 271 Maximen der Verfassungsauslegung, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd: XII, 3. Aufl., 2014, S. 613ff.
92. *Starck, Christian*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz: GG, 7. Aufl., 2018.
93. *Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980.
94. *Teubner, Gunther/Willke, Helmut*, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6, 1984, S. 4ff.
95. *Trute, Hans-Heinrich*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950ff.
96. *Vitzthum, Wolfgang Graf/März, Wolfgang*, § 45 Der Petitionsausschuss, in: *Schneider, Hans-Peter/Zeh, Wolfgang* (hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, S. 1221ff.
97. *Willke, Helmut*, Controlling als Kontextsteuerung, Zum Problem dezentralen Entscheidens in vernetzten Organisation, in: *Eschenbach, Rolf* (hg.), Supercontrolling – vernetzt denken, zielgerichtet entscheiden, 1989, S. 63ff.
98. *Willke, Helmut*, Systematische Wissensmanagement, 2. Aufl., 2001.
99. *Windoffer, Alexander*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011.
100. *Wollenschläger, Burkard*, Wissensgenierung im Verfahren, 2009.
101. *Wyduckel, Dieter*, Gesetzgebung und Gesetzgebungstechnik, aktueller Stand und künftige Entwicklungstendenzen, DVBl. 1982, S. 1175ff.
102. *Zeh, Wolfgang*, Impulse und Initiativen zur Gesetzgebung, in: *Schreckenberger, Waldemar/Merten, Detlef* (hg.), Grundfragen der Gesetzgebung, 2000, S. 33ff.
103. *Zippelius, Reinhold*, Das Wesen des Rechts, 4. Aufl., 1978.



Rule of Law Principles and Legislative Procedures

Yi-Ren Lin^{*}

Abstract

The purpose of this paper is to investigate the appropriateness of the rule of law principle as a reason for regulating the legislative process and the formulation of its strategies. This paper first clarifies the dual nature of the concept of legislative discretion and addresses the lack of practice and the relevant constitutional procedural principles to highlight the differences with democratic principles. Drawing on comparative law to explain the purpose of Articles 171 and 23 of the Constitution Article of the Constitution, we propose the goal of rational and good legislation as the basis for evaluating the correctness of the legislative process.

In this regard, we should re-structure our normative strategy from a posteriori thinking, based on the supremacy of the Constitution and the autonomy of the legislative process. Additionally, the process should be regulated to serve its function and inherent value. To construct a corresponding constitutional framework, the author advances both the formal and substantive levels. The formal framework of the legislative process is a network of regulation, which is

^{*} Professor, Financial Law Department, Ming Chuan University; Dr. iur Friedrich-Schiller University Jena, Germany.

Received: March 13, 2023; accepted: October 24, 2023



constituted by the interrelationship between the body, content, and object of the process. The substantive framework of the legislative process, however, takes the role of fundamental rights in the legislative process as an example, divides the process into opening, proceeding, and ending, and discusses the differentiation between fundamental rights to illustrate their role before and after legislative decision-making activities.

To implement the principle of the rule of law, the system of unconstitutional review plays a crucial role. However, review of the legislative process should not be limited to major defects, as in the current case. By referring to German practice, we can correctly grasp the scope of fundamental rights protection, the relationship between wrongful infringement and legislative facts, the procedural requirements of reasonable fact-finding, and the maintenance of the principle of systemic justice, to properly regulate the legislative process constitutionally and ensure the good quality of legislation.

Keywords: Legislative Procedure Discretion and Fundamental Rights, Framework, Internal Legislative Procedure, Good Legislation, Impact Orientation, Deliberative Democracy