



法治理念的難題及其形塑

——從法治的形式要件與實質要件的結合談起*

陳 彥 宏**

目 次

壹、前言

貳、法治與人治的差異

一、法治的形式理論與實質理論：從歷史發展談起

(一)法治國：立法程序與國會至上的法治觀

(二)法治：司法程序保障下先於法律而生的權利觀

二、小結：禁止恣意擅斷與落實權利保障的實質要件

參、法治理論的三個難題

一、難題一：雙層國家（dual state）下的權利評價

二、難題二：權利的衍生與補充

三、難題三：法治的評價標準不可量化性

肆、結語：形式要件與實質要件之結合的法治理念

關鍵字：法治、法治國、形式要件、實質要件、個人權利、雙層國家、不當立法、法官之治。

Keywords：Rule of Law, Rechtsstaat, Formal essentials of Rule of Law, Substantial essentials of Rule of Law, Individual Right, Dual State, Unjust legislations, Rule by Judges.

* 本文之完成感謝二位匿名審查人提供寶貴意見。

** 陳彥宏，國立臺北大學法律研究所博士生，中國吉林大學法律研究所博士生。

摘要

法治雖然被視為統治正當性所應符合之普世價值，但其實踐成果卻呈現出多種相異之類型，此乃肇因於法治的形式要件與實質要件內涵的認知與掌握差異。所謂形式要件所涉及的是程序事項，包含依法而治（rule by law）、形式合法性（formal legality）與立法民主程序（legislation democracy）。而實質要件則是針對內容事項的討論，包括個人權利（individual rights）、人性尊嚴或正義（human dignity or justice）與社會福利（social welfare）。法治之所以容易呈現出不同態樣，並非在於形式要件與實質要件設定之不同，而在於對實質要件掌握與理解程度上的差異，進而造成不同法律規範內容對於同樣行為產生歧異評價。因此，除非我們所認同法治僅須針對其存在達成共識，而無須對內容與保護層級產生一致認知，否則在討論這個議題時，吾人即必須繼續深究應該如何令法治的論述不至於貌合神離。

據此，本文將先針對法治與人治—法治的相對概念一之區別突顯法治之所以值得擁戴的原因開展，爾後簡略地以歷史的角度分析法治國（Rechtsstaat）與法治（Rule of Law）的發展與側重點，抽離法治的形式要件內容，以及其存在之原因。並且藉由兩者所可能面對的問題談起，探尋法治實質要件內涵在於：禁止國家恣意擅斷與人民權利保障兩者。如果形式要件無法達成此目標，則將導致不當立法與法官之治的態樣，並且有違法治與人治區別之實義。

The Dilemma and Formation of the Idea for the Rule of Law: Concerning from the Combination of Formal and Substantial Essentials in the Rule of Law

Chen, Yen-Hung

Abstract

Though the idea of the Rule of law was considered the universal value which governmental legitimacy was supposed to comply with, the results of its practice showed various styles, caused by the difference in interpreting as well as performing the formal and substantial essentials of the Rule of law. The so-called formal essentials were concerning "procedural elements", including the rule by law, formal legality and democratic procedure of legislation. On the other hand, the substantial essentials were concerning "normative contents" such as individual rights, human dignity or justice and social welfare. It was not because of the set of formal and substantial essentials making the Rule of law varied but the difference of understanding the substantial essentials so as to create diverse evaluations of the same behaviour in terms of different laws and regulations. Therefore, unless we could grant that only the existence per se of the Rule of law is necessary condition to reach an agreement about the idea, it was required to further explore how to depict the statement of the Rule of law to make it consistent when concerning the issue.

This study hereby stated first the distinction between the Rule of law and the Rule of man so as to explain why the Rule of law should be praised. The study would then briefly introduced the developments and the emphases of German Rechtsstaat theory and Anglo-American theory of the Rule of Law from the perspective of history, and thereby abstracting the formal elements and the raison d'être of the Rule of law. This study would also treat the issues confronted the two theories so as to conclude that the core of the Rule of law lied in preventing the government from arbitrariness and protecting the rights of citizens. If the formal essentials could not achieve this goal, problems like unjust legislations and Rule by judges would be heard, and distorting the very meaning of the distinction between the Rule of law and the Rule of man. However, since it is impossible to draft the exhaustive Bill of Rights, the interpretation of the substance of the Rule of law is supposed to be different from the establishment of written constitutional rights. The viewpoint of only excluding rights-violation and establishing regulations in constitutional law level should be replaced by proposing the effective rights-claiming or the actual remedies of rights. Moreover, it was suggested that the Rule of law should adopt the active attitudes of acceptance so as to balance the interaction between traditional and novel rights, and to make the Rule of law not just content with giving a fixed range of rights, but to pursue a regular range of rights.

壹、前言

法治是現代憲政國家統治正當性的基本要求，雖然各國政體與法律體系未為完全相同，卻無損於法治做為一種不容否定的普世價值。在眾多關於法治的論述中，針對統治方式而生的討論主要有以下二種，分別是一、應該以理性之治進行討論的 Aristotle¹；以及二、主張權力分立與有限政府（limited government）的 Montesquien²。除針對統治外，另有從法治目的或本旨出發的探索，這包括強調權利理論的個人自由主義以及司法程序保障的 A.V Dicey，³以法律三要素為法治運作前提，以及堅持保障自由權利是法治特徵的 F. A Hayek，⁴或是法治必須與自然法結合，並強調先驗權利的 John Finnis，⁵和 Lon L. Fuller 所提出法治是法律內在德性，並進一步以八點要闡述的理論。⁶除此之外，實證法學者對於法律與道德命題分離的堅持亦顯現於 Joseph Raz 將法治區分為形式與實質兩面向進行討論，並主張法治是其中一種法體系所應該掌握的美德。⁷從理論的順序和內容觀之可以發現，法治理論在不同年代中逐步補強，從為什麼選擇法治、到法治的形式架構、法治的內容，到法治的驗證方式，經

由漫長發展成為今天所認知的。但是，許多關於法治的文章卻都不免感慨：「法治這個觀念越來越模糊」，而這的確顯現於現今世界各個國家雖然都宣稱自己是法治國家，但在法治實踐的情形上呈現著令人困惑的歧異結果，讓人不禁懷疑法治內涵似乎不盡相同，進而令法治呈現存在（現象）一致性，卻沒有內容的一致性。舉例而言，同為東南亞佛教國家的緬甸與泰國對於接受災後國際人道救援的態度便有所不同，而同為回教國家的馬來西亞與印尼對於華裔公民節慶、習俗、教育與姓名的態度也展現出開放與限制的對比。新加坡的繁榮發展是適合居住的國家，但是他對言論自由與集會遊行的限制，⁸卻可能令自由主義者感到不快。相較下，臺灣的言論自由就顯得開放許多，政論節目、示威遊行與選舉比較起來顯得更有自由民主的活力外觀，但相對的，這也令人感到失序、混亂。兩相對照，香港卻可能是個折衷版本。但同樣的道理，法輪功成員在中國大陸、臺灣、香港、新加坡的活動與示威也會受到相異的評價。以上事例雖然可以用「不同地區或國家有不同的法律規定，使得同樣的行為不一定有一致的評價」做為解釋理由。但令人疑惑的是，「同樣的事情同樣對待，不同

¹ See Judith N. Shklar, "Political Theory and The Rule of Law", in *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Transnational Pub (1987), p1.

² Ibid. p2

³ See A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan and Co. Limited (1959), p18105.

⁴ See F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, Uni. of Chicago Press (1960), p20609.

⁵ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford Univ. Press(1980), p272.

⁶ See Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 2nd revised ed. New Haven, Yale Univ. Press (1969), p.339.

⁷ See Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press(1979),p. 219 .

⁸ 新加坡政府的內安法令對於公眾集會有嚴苛的限定，而其雖然規劃芳林公園做為言論表達空間，但是對於發表言論的限制亦到今年九月後方將有所調整。資料來源：<http://www.zaobao.com/sp/sp080826_505_1.shtml>，<<http://singapore3.com/thread-65131-1-1.html>>最後拜訪日期：2008年8月20日。

的事情不同對待」的觀念因為各國法律的規範差異而有了例外。這是說明源於 Aristotle 的這句法諺事實上會受地域限制而會有不同解釋？進而言之，問題其實不在於此，而在於對「等者」的認知問題，而這部分更是法治的形式要件與實質要件區別之原因。

之所以就形式與實質要件做為討論開展的基礎乃是因為，不論是前述的思想理論或實踐現狀都無法令人對法治內容得出明確的一致性結論。相反的，唯一的共識僅揭櫫「以法律做為統治方式」這個要件爾。但是此要件究竟是一外觀形式上之要求，還是以一定目的達成為鑑別標準為足，便須進一步探究。就形式要件而言，只要能以特定方法達致外觀上的一致性，則要件即為滿足。而實質要件則涉及特定目的之達成。換言之，前者偏重於方法選擇的同一性態樣，後者則關注於一定結果之合致。因此本文的目的即在於透過檢視此「方法—結果」兩者的內涵，並提出形式—實質要件不可分離理論做為法治實現的前提。

依照 Brian. Z. Tamanaha 的區分，法治的形式要件包括：依法而治（rule by law）、形式合法性（formal legality）與立法民主程序（legislation democracy）。而實質要件則有：個人權利（individual right）、人性尊嚴或正義（human dignity or justice）與社會福利（social welfare）。⁹ 觀諸現今世界各國可以發現，一套以揭櫫平等的權利保障與主權在民的憲法搭配民、刑、行政等實體法規範，並在權力分立原則下形成的國家可以簡單地描述為：行政為廣泛、多樣、複雜且不斷形成社會生活之國家活動，立法為共識凝聚、

制定規範，且體現民意之方式，以司法為救濟管道，依照法律之規定劃定權利義務關係，三者交互作用之態樣。由此看來，形式要件似乎較易於被達成，畢竟依／以法治國、權力分立，以及確立民主議會做為法律規範產生來源的三大特徵，的確是所有國家都奉行的基本要件，但是如果就此得出有法治必然存在，且呈現一致性態樣，論述上便顯得過於跳躍。這是因為從理論的流派之中可以發現，與其說權力間存在互斥關係，不如說它們呈現一種互補或偏重論述，因此問題關鍵在於，實質要件是否真的就僅限於這些內容嗎？或說關於內容設定的正確與否，恰好是阻礙人們對法治做描述式的直觀理解，而必須視之為詮釋性的評價普世理念？雖然上述實質內容也是現今世界所接受的通則，但有別於形式要件是一種不涉及判斷的程序或結構概念，實質要件卻是種內容價值的取捨，更與形式屬性（formal attribute）相關。申言之，法治理論之模糊肇因於其牽涉內容既廣且深，如果僅符合其中之一便認定符合法治之名，則不免失之偏頗，且造成無數擁法治之名卻名不副實的法治態樣。進一步細究背後原因便可發現，造成歧異結果之因未必出於對法治的認知不同爾；反之，癥結點應該是對於基本權利保障內容、實踐優先順位與方式的落差所致。

法治理論的模糊在於上述實質要件是否為一不爭執之內容，如欲證成此點，便不能忽略法治的來源與特性，首先，法治乃源於西方法律思想發展的堆砌，理論上的依據與西方傳統息息相關，對於相關概念的發展與掌握將左右吾人於實踐時的偏重或取捨。另

⁹ See Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, UK, Cambridge Univ. Press (2004), p91. 關於形式與實質要件內涵的討論本文在第三部分有進一步說明。

一方面，法治本是一種社會生活與統治形態之實踐，與人們的選擇動機有重要關聯，因此雖然概念移植之初應該力求精準，但這並不當然地否定因地制宜的可能，只是必須注意修飾之時應掌握究竟有哪些要件屬於不可變動之核心，哪些又屬於可茲調整的細節部分。是故，這個議題的討論便須先就觀念、理論上人們究竟受到怎樣的影響開始，爾後再以形式要件能否促進內容之達成做為其證成標準。換言之，如果形式要件未能有效滿足預設之實質要件，則形式要件亦不能謂之為成立，進而主張法治「部分」實現。是以只有形式與實質要件兼備且滿足的法治國家，而無形式法治國家。

申言之，本文將藉由重新界定法治的證成標準，更謹慎地區分法治與非法治類型。首先，本文將分析法治、人治與良善之治的定義（第二部分），從「治」的概念開展，將非法治卻具備法律的類型歸類為人治，並說明法治優於良善之治的原因。接續針對法治的形式要件，從法治理論的發展談起，藉由歐陸法與普通法體系的特徵進行分析，得出法治的形式要件之所以為程序正當性和權力分立之因。並就兩者分別面臨難題——不當立法與法官之治的疑慮討論，找尋初期共同癥結即為法治理論的實質要件——禁止恣意擅斷（arbitrary）與個人權利保障——的原因，這部分的討論將同時涉及個人自由、政治自由與法律自由的概念說明。然後再將兩種要件結合，主張法律的形式與實質要件不可分性（第三部分），並且強調以司法獨立性與違憲審查制度做為法治的檢驗方式。最後以實

例佐證說明法治的實質要件必建立於形式要件具備之前提，以及形式要件不可能欠缺實質要件的充實，得出並不存在形式法治國家，而僅有法治與非法治國家。

貳、法治與人治的差異

法治並非唯一統治方式，雖然它萌芽於古希臘時期，但卻於19世紀方開始因為現代國家的形成而被重視，進而於近代成為唯一主流。相較於此，人治反而盤據更長時間，時至今日甚至仍可做為批判不適格統治政體的詞彙。雖然法治與人治在現今被視為統治政體天平兩端的砝碼，但兩者是否如此截然對立是必須進一步探究的。

首先是定義說明，法治的反義詞是人治還是非法治？其實當問題涉及「治」（rule）之時，限制便是不可避免的衍生物。因此人治與法治最大的區別並非在於人是不是自由不受拘束的，而在於人是受誰拘束，也就是統治行為是源於法律規範還是人的意志對被統治者產生拘束事實。另一方面，基於非法治的概念除去不以法律做為拘束來源的態樣外，尚包含欠缺法律的無法失序自然狀態，而在後者情況下，「治」的觀念便無法成立。¹⁰據此，法治的反義詞實不應該為非法治，而應為是人治，如此才能就概念上進行類比。有鑒於此，人治與法治的差別也不應僅在於法律之有無，而在於法律的來源與規範效力。這個問題涉及法律的定義問題，源於主權者意志的命令是不是法律？如果答案是否定的，那人治與法治的界分或許可以用法律之有無做為鑑別標準，但這種說法無疑是種嚴苛且

¹⁰ 除非將自然律視為一種限制，認為有所謂自然之治（rule by nature），否則筆者難以想像自然狀態下有，「治」的概念。但是，自然律的限制與人為規範仍有區別，對於自然律人們在正常情況下根本無從擺脫限制，但對於人為規範人們卻有不服從可能。因此就語意而言，自然之治並不適宜與法治和人治等同而論。

悖於一般認知的定義。事實上，人治與法治的差異應該在於有沒有人——不論是單一個人如君主，或是一群人如寡頭，甚或立法者——可能不受法律之拘束。如有，即是人治，反之則為法治。如此界定的原因在於，在法治之下沒有人可以成為他人追求幸福的工具，所有人都必須平等一致地被看待。

「凡有法律之處，人類行為在某個意義上就不是隨意，或說是具義務性的。」¹¹

法律的頒布必須伴隨人們的服從義務才有意義，儘管服從的動機與原因可能有所不同，如果人們對規則有恣意服從的選擇，便難謂有法治。但須強調的是，服從義務並非直接建立於在法律的存有，而在於人們的選擇動機之上。進一步而言，人們在要不要接受法治這個議題上有選擇餘地，但卻不能在選擇後法治主張僅服從特定法律，而規避其它。雖然這樣的說法帶有假定法治是種必然選項的意味，但卻更強調法治是一種有理性思考後的抉擇，並且反對法律做為一種恣意擅斷的限制。這是因為，法律做為一種社會秩序調整系統便是為建構和諧環境，透過權利義務的劃分，降低人與人彼此間行為結果猜測的機會成本，進而提供一套預測性標準。也正基於此，法律始終伴隨人類文明的發展，無論其呈現態樣成文與否、制定來源是人或假借鬼神，亦或效果是產生制裁還是令特定行為無效，法律帶來的利都大過於弊，因此也促使人們接受法律的限制。

的確，歷史大部分時期的經驗顯示，法律帶來的利並非平等地降臨在所有人身，而掌握且外現於統治階級之手。相較之下，對受法律規制的大部分人而言，法律是統治者維護利益的工具或手段，人民則是實現君主幸福的籌碼。在服從義務之下人們所唯一

擁有的是藉由交換而來的保護請求可能，但代價卻是所費不貲，法律對於被統治者而言毋寧是一種不得已下的強制，而非真正自願的選擇。因此雖然這種統治形態亦有塑造和諧外觀之可能，但由於法律內容與制定程序存在高度不確定性，被統治者唯一能確定的是他們無法對規範表示意見，且對於統治者的想法與利益考量標準亦無法探知，進而被歸類為恣意的法律統治形態，更悖於人們接受法律限制的初衷。因此，與其說法治的崇高地位是由於其理想性使然，不如說是出於對人治的厭惡與摒棄所致。可是，如果認為法治能，或應絕對地排除人的因素，那不免又顯得天真或弔詭了。這是因為，法治雖然強調以法律做為統治方式，但卻始終需要人的協力方能從制定、執行與適用法律的行為中證立被統治者拘束事實的存在，而無法單憑法律此一擬制主體發揮實效。綜上所述，法治中的人究竟應該如何扮演切適的角色，而法治又該如何有效的呼應受其統治的人的需求便顯得重要。如果上述要求無法達致，那麼在歌頌法治之時，筆者心中仍存有疑慮，即如果用以規範人們的法律是惡法，那人們應該如何面對這個問題？面對這個問題時，不同法體系有相異的關注方式，但共同之點在於藉由程序正當性盡量避免人為的操弄。因此，縱然良善之治雖然有可能得出好的結果，但由於受法律規範的人們始終無法主動地參與規範之制定，且對於規範內容與結果處於不確定狀態，進而突顯「好的結果」的射倖性質，因而應該被排除於人的選擇之外。

一、法治的形式理論與實質理論：從歷史發展談起

從文義解釋而言，法治為討論以法律做

¹¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, New York, Oxford Univ. Press 1994, p82.

為統治方式的理論，這可又分成兩個面向：一是公權力來自於法律所賦予，因此僅能在規定界限內執行，且此權力是為了實踐國家義務而生；二是關於人民必須服膺於法律所加諸的限制，接受法律對自身所做之拘束，但這並不代表個人必須無條件服從法律，相反的，權利保障先於服從義務，如果權利無法獲得保障，那人們亦無服從之義務。由此看來，法治實際上是一種對於個人與國家的限制理論，個人的行為不能逾越法律之規定，否則將會遭受法律制裁；而國家必須依法行政以確保其統治正當性。這樣的觀念於不同法體系國家中有不同側重之點，進而可以區分為歐陸法體系下的法治國（Rechtsstaat）與普通法體系下的法治（rule of law）。

（一）法治國：立法程序與國會至上

承繼羅馬法傳統的歐陸法系配合民族國家絕對王權下的行政官吏團隊，以及認定法律是一種一般、抽象之客觀規範，因此發展出一套**建構式權威的成文法體系**。在此制度下，人們以市民社會（bürgerliche Gesellschaft）為基礎，爭取議會主權制定法律，以「合法」對抗國王的苛捐雜稅和王權的恣意。這樣的發展在3R運動¹²與契約理論的濫觴下，一方面建構起權利理論，另一方面讓服從法律的參與者由原本基於社會成員角色與政治義務而存在的公共利益維護者，轉變為基於回歸本體意志與追求幸福動機而生的個人權利主體。以德國為例，19世紀的法治浪潮配合前述發展，國會制定的法律成為協助人們抵抗恣意王權侵犯自由與財產的利器。

當國家不再單以法律為工具行使統治權為滿足，而被要求其本身也必須受法律之拘束，如此一來便令握有與行使國家公權力的人不再因其「公身分」而排除法律之限制，不僅國家行為必須遵循源於立法者意志而生的法律拘束外，包括立法者在內的所有公權力代表之「私身分」行為更直接受到法律的規範。因此，所有人皆是法律下的集合體而不應有例外即成為法治理論的前提。¹³是以如需要侵害個人自由與財產，則必須透過法律之授權，而不得單以行政命令為之，進而證立無法律即無侵害的侵害保留（Eingriffsvorbehalt）的概念。這種侵害主體轉變背後蘊含兩個觀點，一是法律不排除（或必然）對人們做出限制甚至是侵害；二是賦予被侵害人參與表意可能的法律侵害較能取得諒解。在這樣基礎下，法律制定程序規範的要求即成為法治的基本要件，這涉及人們必須擔負起立法之責，以及遵守程序規定以避免國會專斷可能。

相較於源於自然法、神意或君主的立法程序而言，雖然人為立法將使法律的地位不再顯得先驗與超然，卻同時另外賦予人們對法律負起另一種參與制訂的責任。這是因為，自然法與神意並不容人違背，而君主意志在武力威脅下也讓人們沒有太大的選擇餘地，所以過去的人對法律內容實際上無法，也不敢表示意見。但是當立法者的角色由一般人，或是選出的代表擔任時，雖然法律的道德判准與權威色彩被削弱，卻也代表人們除服從法律之外，更須主動參與制定過程。據此，

¹² 陳彥宏，〈從西方法律思想之發展論當代的法治理念〉，《國立臺北大學法學系碩士論文》，2006年7月，頁719。

¹³ 這是源於Immanuel Kant的觀點，有關他對於19世紀德國法治國理論的影響，詳參陳新民，〈德國十九世紀「法治國」概念的起源〉，《政大法學評論》，第55期，1996，頁49以下。See also H.L.A. Hart, The Concept of Law, New York, Oxford Univ. Press 1994, p74.

以前的人們不服從法律時尚可聲稱：「那不是我們的神所頒布的法律」；或以「那不是法律而是枷鎖」為抗辯理由。但當人們握有立法權後便不應再主張：「法律規範是一回事，我接不接受是一回事。」

再者，過去既然是以制定者良善與否判斷法律權威的年代，所以只要無法否定立法者或來源正當性，法律便當然地對人們產生效力，因此制訂程序的討論便沒有意義也無需過於著墨。但當法律的制定改採國會主權觀念時，程序正當性基於能產生防堵專斷意志滲入法律的作用便需要更進一步細緻化論述。當然這並不代表程序能夠完全杜絕邪惡法律對人們造成侵害，但透過公開、特定、技術性及層次性的程序規定，法律從動機到具備規範效力的過程便不讓人感到措手不及。不同階段中有不同層次的參與，也同時接受不同程度的監督，甚至增添了以後階段中止前階段錯誤的可能性。雖然邪惡的法律或許仍可能從程序漏洞或瑕疵處逸出，但畢竟這樣的做法不僅可將原本不確定、籠統的完美法律概念，或是出於個人私益考量，不受任何限制的君主命令，轉化為較具體且實際的認知，也幫助人們擺脫必須服從邪惡法律的桎梏，並提供更為簡明的程序判斷標準做為不服從的理由，因此仍有其存在意義。進一步而論，唯有程序正當概念先為確立，爾後發生權利受侵害之際，這樣的概念方能透過與憲政制度的結合，讓人們有請求救濟可能。綜上所述，法治國之下的法治偏重於立法層次的討論，希冀個人自由與財產縱然不能完全免於侵害，但至少可在國會立法之下調節社會一個人，與個人一個人間關係以實踐個人自由的保障。因此，社會成員除服從

法律，並得於法律自由下積極追尋個人最大幸福外，嚴格來說，還必須積極參與政治表意與公共事務，以避免國會變成另一種形態的專斷統治階級。

19世紀法治國的思想偏重於以立法者做為法治關鍵所在，顯示出節制權力以避免權利受到國家高權行使者不當侵害的特徵。為達此目的，制憲便是當然之手段。憲法除載明國家組織內容，一方面令國家任務能依性質分配予不同機關職掌外，另一方面則戮力於避免權力過度集中，並透過將具有特別重要意義的自由權利以臚列方式確保，如國家高權欠缺憲法所要求之正當事由時，便不得對人民基本權利加以限制。¹⁴雖然法治國在國會保留的前提下確實也以限制權力／權利的方式實踐權利保障，但這樣的制度仍未臻完滿。

基本權利保障內容源於人的認知，並且由民選議員代而訂之，姑且不論代表性問題，人民權利的主張始終建立於憲法臚列的前提，這僅證成依法而治（或限制）是限於基本權利範疇，卻不必然與限制的內容正當性連結或上升至權利層面的給付請求必然，簡言之，權利明文化雖然易於辨識，但法治如果僅死守對法律權利的關注，而忽略文本侷限性因素，法治是否能體現其呼應實局需求而為變動的特性便值得進一步探究。在實證法主義濫觴的年代，法治國雖然以依法行政、司法審判獨立性與權力分立為特徵，相信只要法律制定權限操之在與行政權對立的立法權，便可確保基本權利不受過度侵害。但當立法權亦恣意獨大時，謹守法律權利式的基本權利觀點可能出現國會制訂出牴觸人性尊嚴之法的情形，而納粹德國正是顯著之例。這也

¹⁴ 陳慈陽，《基本權核心理論之實證化及其難題》，臺北，翰蘆圖書，1997，頁97以下。

揭示出至高無上的立法權雖然體現多數意見，且擁有民主正當性能做出多數人偏好的選擇，卻不一定可以得出正確的選擇。而行政權在依法行政的誠命下僅能做為惡法的幫兇，司法獨立審判的依據也受限於不當立法的拘束，而無法為權利行救濟之實。相較於此，普通法體系似乎有不同的發展。

(二) 法治：司法程序保障下先於法律而生的權利觀

以普通法體系而言，出於對絕對王權的排斥，英國自大憲章以來發展出一套與現實生活結合的法律制度，對於法律實體的認定衍生於生活、文化與社會中所蘊含的法理論，形成一套重視規範與社會演進融貫，形塑在法律安定性外亦兼顧個案正義與社會觀感的演化式判例法體系。嚴格來說，英國對於程序正當性關注點亦有別於歐陸體系的立法程序保障，是一種以司法程序保障權利的做法¹⁵。Dicey 在《英憲精義》（Introduction to the Study of the Law of the Constitution）中特別強調全國人民乃至於君主都要受制於法，而法院中流傳下來的古老法律也就是法律的至尊性或稱法治。¹⁶ 此外，法治於英國憲法的特徵有三，分別是：武斷力的不存在、普通法與普通法院優勢，以及憲法通則形成於法院判決中。¹⁷ 這說明在尊重國會至上原則以

外，英國法治的特色便在於由法院判決所形成的憲政原則，這更是英國專有的法治德性。由法院判決形成的憲法權利保障揭櫫出以裁判確保個案正義的原則，更突顯權利先於法律的觀點。因此，司法上正當程序就必須被特別強調，以免個人無法有效尋求救濟，這樣的觀點在日後更形成正當法律程序（due process of law）概念。

美國的發展與其說是同源於英國，不如說它另行創設了一套補強式的制度。美國的成文憲法無礙於其對於權利先於憲法存在的認知，這可以從《獨立宣言》（Declaration of Independent）中看到：

「我們認為這些真理是不言而喻的：人人生而平等，他們都從他們的“造物主”那邊被賦予了某些不可轉讓的權利，其中包括生命權、自由權和追求福祉的權利。為了保障這些權利，所以才在人們中間成立政府。而政府的正當權力，則是得自被統治者的同意。如果有任何一種形式的政府變成損害這些目的，那麼，民眾就有權利來改變它或廢除它，以建立新的政府。這新的政府，必須是建立在這樣的原則的基礎之上，並且是按照這樣的模式來組織它的權力機關，這麼就民眾看來那是最能夠促進他們的安全和福祉的」¹⁸。

雖然有成文憲法，最高法院的九名法官

¹⁵ 這並非說英國對立法程序有所偏廢，事實上《大憲章》中第 24、28 與 34 條即為限制皇家權力逾法之規定。而第 14、18、19、38 條則是關於立法與司法程序的規定。第 61 條則是針對違反《大憲章》的貴族成員所可能招致的懲罰。《大憲章》的歷史背景本來就是貴族為抵抗王權而生的歷史文件，雖然其後來未發展出歐陸法系的議會主權的觀念，但其強調程序的做法仍帶來觀念上的變革。在這份文件中，保障貴族固有權利的方式並非強調賦予貴族立法權，而偏重摒除國王干預司法審判。詳參：〈<http://www.freemasonry.bcy.ca/texts/magnacarta.html>〉，拜訪日期：2008 年 8 月 27 日。

¹⁶ See Dicey, A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillan and Co. Limited (1959), p 179.

¹⁷ Ibid., p18485.

¹⁸ 請參閱〈<http://www.ushistory.org/Declaration/document/index.htm>〉，最後拜訪日期：2008 年 8 月 31 日。中文部分為筆者自行翻譯。

卻扮演著最後把關者的角色，而權利則是他們判斷的依據，這並不限於法律條文的明文規定，而在於由其所建構的背景與整全的運行。這是因為雖然法律條文（憲法）中有著諸多權利文字，但是這些文字與解讀條文的學說並不必然讓個人權利受到直接保障。更何況在美國，權利保障的實踐結果往往經由法官判決後揭曉，因此對於權利（尤其是與道德相關的）判准往往更具爭議性。為了不令權利保障一開始便陷入偏頗或是狹隘的窘境，相關文字的制定必須是一般且抽象地呈現，可是這易於造成解讀上的歧異。再加上對於法律本質究竟是不是一種工具性概念的認知差異，結論將會更不相同。因此以違憲審查做為權利救濟的方式也容易於陷入原旨與能動之爭。

雖然外觀上亦是強調程序正當性，但源於普通法體系的英國法治理論，以及後來制訂成文憲法的美國與歐陸法治國在最初的發展差異體現在前者強調權利先於法律而生，而法治也是為保障權利而運作。相對而言，後者則可能落入以憲法文字賦予權利外觀認知，如果由於私心、私慾、或認識不足，導致立憲者或立法者有所疏漏，則權利保障將未能完備。從 Dicey 的理論看來，英國的法治傳統令權利無須經由憲法解釋獲得保障，而可以直接適用普通法獲得救濟，因此只要不發生革命，權利保障便能與普通法產生連結。¹⁹ 這樣的推論雖然看似避免立法者人為操作的可能，但卻帶出另一個問題：法官為什麼比立法者更可靠？而這個問題更帶有司法與立法或者菁英與一般民眾間的較勁意味。如果從權利保障的觀點析之，強調權利先存

的概念的確優於立法程序保障方式。畢竟當權利必須區分成自然與憲法兩種類型，並且須經立憲者以文字轉換成法律所保障的內容，這種法定權利的設計的確令人擔心會有所缺漏。但這樣的制度同樣面臨質疑，單一或三、五名法官的決策難道就一定更有保障？難道法治不會淪落為法官之治？

如果侷限於人數的爭執，那這個問題將永遠無解。雖然國會擁有民主基礎，但背後所牽連的利益遊說往往是現代民主國家所剪不斷的糾葛。縱然如此，是否真能體察民意，似乎也不是那些看似平均素質較高，且具備法律素養的法官被賦予法治守門人的最初動機，更非必要條件。回顧法治被賦予普世價值地位的原因，正在於所有人在它之下能立於平等的地位，享有以追求個人的最大幸福的權利，一但這個前提不復存在，無論哪一種制度都不再有正當性。檢視法治國與法治的理論發展其實可以看到其共同著重之處，以及看似相異，實質雷同的難題。共通點是，兩者都更為重視程序正當性，且在後來的發展上有趨近之勢。這從普通法體系國家其實就是國會至上概念的發祥地，以及英美於近代大幅增加制訂法的趨勢便可一窺究竟。而歐陸法體系亦從未忽視司法審判對於權利救濟的重要性，以及採取違憲審查制度做為對反制不當立法的處斷亦可發現兩者同質性。除此之外，法律的可行性、可預測性、安定性、明確性、法律權威地位、依法行政觀念，以及法律公正性等觀念，都同時存在於其對法治國或法治的理論內涵之中。

就難題而言，不當立法與法官之治的癥結點其實並不在於對法治造成威脅的主體是

¹⁹ See Dicey, A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillan and Co. Limited (1959), p19901.

誰，而是在於恣意擅斷的行為。為擺脫階級社會的不平等，以及絕對排除一人或多人的意志成為個人自由的操弄者，法治一改古代城邦利益或封建君主利益的集體式價值推崇，改以個人權利與自由為前提共同生活。過去的歷史最為人詬病之處便在於某些人的行為可能不受規範，這不僅造成破壞共同生活所必須的可預測性，更造成個人權利不可測的侵害風險。基於對人性的不信任以及共同生活的不可避免性，制度上即必須將集體權力分化，依不同性質賦予不同權限，一方面收分工之效，另方面行制衡之實，此即權力分立對法治的重要性。但執行該權利的人如果不能謹守分際，跨越了權力被劃定的界線，那再多程序的設計或細緻的權力分割，都不能確保法治的運行。這樣的觀點其實也正是 Dicey 對於疾呼英國法治衰敗警訊的原因，更是 Hayek 後來在《法治的政治理型》（*The Political Ideal of the Rule of Law*）對法治抱持悲觀立場原因之所在。²⁰ 申言之，對法治最大的戕害不在於制度或形式要件的不完備，而在於身在其中的人對於它們的漠視。

二、小結：禁止恣意擅斷與落實權利保障的實質要件

法治與法律思想發展息息相關，因此從歷史觀察便能窺視其重點。17 至 18 世紀以個人主義為基礎的自由主義理論不僅濫觴於當代，更延續至今。這一種抽象的、獨立、自由和平等的原子式個人觀點是國家與社會的基本單位與本源，也是政治哲學的出發點。在此認知下，任何強加於己或他人的干預都

不具正當性，且有都有害於個人，甚至社會與國家的存續，近而得以主張排除。但必須強調的是，原子雖是組成國家與社會的最小單位，但個人能不能獨立於群體而生活，也就是原子可不可以單獨而存在，而不與其它原子相結合、發生關係，便須得再商議的。嚴格來說，如權利的實踐可以無須藉由與他人發生關係獲得實現，那麼談法治似乎便顯得多餘，因為法治本來便是處理人際間與社會間的問題，如果人已毋須彼此產生關聯，則當無調節必要。據此，雖然個人權利是法治內涵的基礎，但卻不代表它可以無限上綱地不受節制；但相對而言，既然權利是與生俱來，國家或社會不可剝奪、侵害，也不允許人們自動放棄或轉讓一身專屬的基本權利。換言之，法治不僅在限制，也在於調節權利，目的是在部分限制的情形下，讓權利實踐更為妥善。

綜上所述，不論是偏重法律保留或是司法救濟，法治的形式要件雖然著重於程序要件的建構，以及藉由權力分立的方式由制度面讓不同屬性之國家或集體權力互相制衡／分工，但其根本都是為了一個目的一避免恣意擅斷。君主或貴族如果不受法律拘束便可能對人們造成威脅，但立法者縱然來自於民意之擁戴，仍可能違背囑託，在欠缺核心限制認知的法律保留原則下，不保留地對權利進行限制，而且不論其本身是否同受規範都令人無法接受。同樣的，雖然司法權可以做為不當立法的制衡，法官（尤其是違憲審查）正是少數權利的護身符，抗衡多數暴力的衛士。但如果法官們過分沉溺於指導多數意見，

²⁰ Dicey 與 Hayek 雖然都是針對行政權擴大的趨勢提出其觀點，但如細究背後原因可以發現，兩位自由主義大師並不是反對行政權的壯大，反而都接受這是種必然趨勢。因此問題實際上出在行政權如果擁有如司法權般的權威，那將會助長專斷裁量權。

或是陷入傲慢菁英的觀點，忽略其原本僅應被動地防衛而非主動地出擊，那法治仍將萎縮，人（法官）治才是現實貼切的描述。

法官判決時如何避免恣意，不涉入價值判斷地針對事實做判決？事實上，當法官是由持工具論的律師轉成時，筆者甚難想像他們如何在判決時不帶任何立場，中立地闡述法律的真意。除此之外，雖然法官應該就證據做事實認定，但其不可避免地會受外在因素影響。在某些情形，法官的判斷符合趨勢所需，如 *Brown* 案²¹或是 *Furman* 案，²²大法官的決定被視為符合帶動社會變革的，這類型的大法官不僅呼應了時局變遷，更被視為積極的社會政策帶動者。當然，在保守陣營的眼裡，這樣的舉動踰越了判決中立性立場。但相反的，當大法官謹守過去存有的立場，不受改革聲浪影響時，又會被批評為不知變通的，例如羅斯福時代的新政（*New Deal*）時期，大法官的做法便被視為阻擋改革。據此，法官的中性立場指的是甚麼？是一種先驗價值立場（如非工具論者的主張）？社會共識的立場？立法（憲）者真意立場？

姑且不論第一種立場在論證上的模糊特質，縱然是第二種立場也面臨無法界定的問題，況且法官本來就應扮演判斷者的角色，要求他們考量社會多數意見或探測社會風向，似乎顯得弔詭。更何況，人們也不希望法官帶著鮮明立場做判決，因為這無非將問題又帶回了原點—藉由人數多寡獲得真理的民主多數決方式。而第三種立場又更顯得詭異，先不說立法者是否能持平地表達社會共識（尤其在說客橫行的美國），縱然是憲法層面，往日的規定是否必然適合今日之變遷本來就

是個大問題，不論是死守字面描述，或是恣意進行詮釋，法官的立場仍無法保持超然中立。雖然有以上問題，法官還是較有可能免除少數族群面對多數暴力的情形，當然前提是不論是哪一方都必須尊重法官的裁決，不可以在事後主張法官是多數的幫兇，或是漠視多數意見的少數暴力撐腰者。理解制度的缺陷，卻不利用缺陷有所主張，卻也意識自己的主張未必是主流，法治才能在這樣的前提下發揮作用。

換言之，法治的形式要件是一必要卻非充分條件。無之，法治不成，有之，法治亦非必然成就，關鍵在於法治的實質內容是否能透過形式要件獲得證立。換言之，唯有確保個人權利能不受侵害的立法與司法能妥善運行，且有能有效擔負國家任務的行政做為提供權利積極實現之時，形式要件才能謂之為有意義。相反的，只有法律、權力分立、多數決民主立法與位為獨立的司法機關，卻未摒除恣意擅斷與確保權利不受侵害的國家，不能稱之為形式法治國家，因為這是對於形式要件的誤認，更是粉飾錯誤的強辯。

參、法治理論的三個難題

在排除純粹形式法治國家後，接續要問的是形式要件應該如何與實質要件結合，且有效的提出一套鑑別方式以使後續討論不至於流於空談。因此，接續將先要處理的是形式與實質要件之本質與作用區分，針對法律實質要件的擴充進行討論。其次則是權利保障的方式問題，這部分涉及權利保障的兩面相：消極不侵害與積極保障的意涵探究。這將進而引發「必須達到怎樣的程度才能謂之

²¹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

²² *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238(1976).

為滿足實質要件」的提問，因此必須就權利本質做進一步討論，尤其是針對衍生權利的創設與補充保障缺失的問題上，法治應該注意哪些細節，以避免不僅未能達致目的反而戕害權利的結果。第三點是一個國家的法治評價究竟取捨於何種標準的問題，是要求完美的體現於所有面向，還是縱有缺陷，只要瑕不掩瑜，仍可謂之成就？如是，則瑕瑜之判斷為何。

一、難題一：雙層國家（dual state）下的權利評價

法治的要件可以劃分為形式與實質兩個面向，前者已為陳述，主要針對法律的制定方式的適當性以及來源進行討論，其包括：一、成文制定法與其合法性；二、民主與程序正當；三、權力分立與權利救濟。²³ 這些要件的目的是在於使法律呈現公開、可預期與明確性，確立法律能做為人們有效依循的社會秩序控制系統之準繩，並藉由法律安定性與不溯及既往原則，確保不會有突襲性的制裁產生，奠定法律下的個人自由—法律自由（legal liberty）運行空間。此外，透過民主程序令受法律規範之人得以對規範內容表達意見，避免透過法律之強制力不當地干涉他人自由之情形發生，以政治自由（political liberty）做為確保法律自由不至於成為侵害個人自由（individual liberty）的方式。爾後以權力分立與權利救濟做為一透過不同屬性的權力平衡或協調模式，以法律規則限制國家權力的做法，並且確立專職救濟權利之權力，以對受有侵害之權利進行救濟，使之不至於僅具文字意義。

相對而言，法治的實質要件則涉及對法治內容的討論，也是法治被推崇的原因所在。從西方法治理論發展脈絡觀之，以人性尊嚴為核心的人權保障、建立於平等權理論的正義觀，以及將個人權利保障拓展至關懷他人權利的福利政策正是法治的實質要件所蘊涵內容。會有這樣的推論，不僅由於權利理論在契約論以及自由主義的推波助瀾下，深植於西方法治傳統中，加上二戰之後對於人性尊嚴的肯認，以個人為權利保障主體的圭臬更不可撼動。這樣的觀點如要收得成效，其必須設所有人皆立足於平等地位，否則一旦權利可以被差異評價，那其至高地位即為空談，更不足以主張絕對保障。更甚者，平等權利的主張不僅用於侵害排除，亦適用於實踐請求，而且這不僅作用於自身權利，更應該擴及至對他人權利被侵害或無法實踐時之關懷。人溺己溺，人飢己飢並不是一種道德情操而已，而是體現權利主體對於權利內涵之掌握。當然，這並不代表人們負有犧牲自己照亮別人的義務，但是關切弱勢、對侵害權利之舉發出譴責，以及肯定或協助人道救援卻是所有人都當為且應為之事。舉例而言，對於同樣發生天災的國家雖然不一定要求其它國家與人們都一定要投注同等關懷，甚至如果同時有多個國家急須援助，基於效益考量而有所偏頗並非不可。但如果是因為仇視或敵對之故，對災難不為聞問，甚至阻擾救援即為錯誤。而在戰爭時期不人道對待敵對國戰俘與人民，也是一種否定他人權利的負面示範。除此之外，對他人權利的關懷更是一種互利的做法，權利雖以個人為單位，但卻不是各自疏離的概念，而是一種奠基於共

²³ See Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, UK, Cambridge Univ. Press (2004), p91.

同認知下自我約束自由的合作成果。因此唯有尊重彼此之權利，並互相關懷以共同實踐，而非以恐怖平衡的態度虛與委蛇，權利才能獲得真正保障，法治亦才能落實實質要件。

有一套形式上公平的法律制度，並不一定就能被稱之為法治。這不僅是古代雅典城邦或封建社會的寫照，也是對內戰前美國與納粹德國的形容。在這些國家中不乏權力分立的制度設計，也有民法處理一般人生活上的爭議、刑法做為犯罪制裁時的依據，以及職掌紛爭裁決的私法機關和執行公權力的官吏，但問題癥結在於，並不是所有人都適用這些制度，或說在一個國家之內有兩個或更多不同階級的生活方式，人們依照階級被差異地評價，而這種做法絕對不能滿足程序正當性要件：**所有被法律規範的人必須能夠對規範內容有表意可能**。這句話所指稱的人是生物人而不是社會人的概念，意即所有生物特徵符合人的個體都必須受到一致且無差別的待遇，這不僅包括排除歧視，也涵蓋禁止特權。這樣的要求包含兩個意涵：一、所有人的權利都是法治所保障的；二、共同生活在同一空間的人們不應該適用不同標準。一但這個意涵認知被忽視，不僅沒有實質法治要件探討之必要，也無法證成形式要件之存續。當理論家與制憲者們宣稱，他們要擺脫以神意或專斷君主的陰影，以理性之治作為法治基礎，平等地對待所有人之時，他們便必須反問自己，為什麼種族優越性從未自他們的腦海散去？是以保有黑奴制度的美國以及屠殺猶太人的德國雖然是西方法治發展的範式來源，分別以《獨立宣言》與《威瑪憲法》成為西方傳統不可忽視的一環，就因為雙層國家的差別待遇，筆者便無法認同其為法治國家。

但是這是否又代表，一旦國家中明文禁

止各種形態的歧視，竭力在公民間保持中立，法治便蔚然成就？這個問題其實在貧富差距懸殊的年代特別顯眼。國家如果僅是禁止歧視而忽略經濟或文化劣勢個人或族群問題，死守形式平等而漠視實質平等之必要，則公權力雖可能滿足消極不侵害的要求，卻未必能做到積極提供權利實踐平臺的國家義務。雖然古典自由主義者如 Dicey 與 Hayek 對於福利政策所可能對法治造成的毀滅性影響提出詳實的理論說明，但這樣的預言事實上卻未真實發生。法治不僅被福利政策拖垮，反而在實質內容上向這個議題趨近，筆者以為原因有二：一、權利理論不能以權利不被侵害為完滿，還必配合國家的積極給付義務，甚至是其他人的同等關懷。二、雖然福利政策必須配合行政權獲得運行，但是擔心行政權獨大而漠視階級差異的態度卻是因噎廢食的做法。如果法治實質要件一禁止恣意與以權利為核心的觀點能獲得貫徹，便不會有單具外觀的形式要件，進而造成法治的崩解。進一步而言，法治既然是呼應需求，以理論堆砌為基礎而生，且目的在於確保權利不論時局如何變化皆能為個人所主張，並藉此追求幸福。換句話說，法治在當代最重要的責任在於：**削減人出生時自然稟賦差異與不平等的社會地位所造成的負擔**。

自由主義濫觴以來，西方價值觀建構自由、平等、民主與法治，且在納粹暴行後確立人性尊嚴的不可侵犯性。與此同時，我們卻發現諸如勞工的經濟劣勢地位、少數民族與族群的文化、語言及自我認知權利，和兩性平等問題都再再地挑戰西方傳統價值觀。更甚者，當權利的保護傘向所有人張開時，對於此議題的討論與擁戴更不侷限於西方國家。因此不論是非洲人的非洲、以宗教做為價值重心的伊斯蘭教，或是受儒家文化影響

的華人與東亞文化圈，都令「平等對待權利」這句話必須確立其不僅是口號，更是弭平鴻溝所必須採取的積極做為，而實踐成效則端視於對於權利的認知，以及平等或者權利保障成本的計算。

二、難題二：權利的衍生與補充

法治是持續變動以呼應權利保障之需求，在群居事實前提下以限制國家而非人民存在。但是，權利並非直接呈現於世人眼前，乃需要經由解釋、適用與救濟方能為人理解、主張與運用。對於權利保障一詞而言，所有理性人皆不至於持反對意見，但是哪些是權利、哪些權利應該保障，或者權利保障應該以何種方式、代價保障等問題，就讓理性人陷入長考。雖然權利先於法律而存在的認知有助於維持它的至高性，但不可否認的，如果權利主張不能通過人（立法者或法官）的認可，這將成為一種個人恣意的囈語，而不具任何意義。因此，法治雖然以權利為實質要件內涵，卻不必然的允許個人任意主張自認的權利內容，而忽略法治討論的內容其實是關於群居狀態下的權利共存態樣。

權利的取舍是形成共識時最為艱難的部分，受限於人類認知的有限，權利保障的界限範圍並非一成不變。舉例而言，服公職的權利是一種平等政治參與權之體現，這種權利既然以個人為依歸，自然導出所有人皆立足於平等地位，不因任何先天、外在因素而左右的觀點。可是婦女與少數族群保障名額的制度卻以反形式平等外觀，做為政治參與權保障之方式。換言之，分配平等其實在此才是保證內容正當的標準。而對婦女與少數

族群權利以特別化方式保障的認知，也必須待社會有所認知方能成就，因此藉由法律制訂的過程，新觀念獲得確立，這即是權利補充。除此之外，語言與文化權利也是種從基本權利衍生而出的概念。以臺灣為例，原住民不論在日治與國民政府時期，皆被要求改變其原住民姓氏，並且以提升素質與地位為藉口，行語言及文化同化政策，這是一種看似平等對待的態度，事實上卻否定原住民原有之歷史與文化存在價值，這樣的事例其實在世界各地未為罕見。²⁴ 同化政策雖然在過去以「國家統一與穩定」為名而存在，且基於避免主權被干預之考量，排斥外國關注外，也自我設限不干涉他國內政。但是這樣的觀點在現在已有改變趨勢，不僅內國中對於少數族群權利之保障意識有別於過去，對於共構一套少數權利保障之國際機制的觀念也在聯合國人權委員會、歐洲人權法院與美洲人權法院對於區域內少數族群語言及文化權利受侵害案件之受理，以及當事國針對意見或判決結果而調整的政策與法令修訂可得而知。由此可見，法治之存廢實與權利保障有密切關係，尤其是當某些新興或是過去被忽略的權利需要被特別提起之時，或是該權利必須經由公權力介入而獲得實踐，法治內容共識的形成即扮演特別重要角色。

但要強調的是，權利侵害／保障缺失的問題許多時候都以跨世代的情形產生，雖然救濟責無旁貸，但也增添填補損害與恢復權利執行上的困難。因為這將因加害行為是否終了，以及加害人與被害人是否同一，分為兩類型八種情形²⁵：

1. 加害持續類型：

²⁴ 例如加拿大、澳洲、紐西蘭的原住民，美國的印地安人、丹麥、芬蘭的原住民，以及其他有少數族群之國家。

- i. 加害人與被害人同一
 - ii. 加害人同一但被害人不同一
 - iii. 加害人不同一（新加害人參與）但被害人同一
 - iv. 加害人（新加害人參與）與被害人皆不同一
2. 加害終了
- i. 加害人與被害人不同一
 - ii. 加害人同一但被害人不同一
 - iii. 加害人（無新加害人）不同一但被害人同一
 - iv. 加害人（無新加害人）與被害人皆不同一

在上述情形中，如果加害人皆為同一，則問題將較為簡單。加害持續類型者，加害人必須停止侵害，且填補損害；加害終了者，則直接填補損害。關於不同一之被害人，則加害人負有回覆固有權利予被害人後代或繼承人之義務。但針對加害人不同一情形而言，問題便相對複雜。首先，針對加害持續類型而言，後加入之加害人雖未必是侵害發起人，但有鑑於其參與加害行為，因此不問參與之先後，亦應負填補損害之責，惟責任分擔之比例應有所區別以茲公平。而加害如已終了，且加害人亦不復存在，此時如要求其後代或繼承人一併擔負損害填補即有可議之處。畢竟，這涉及損害填補會不會反而造成加害既得利益方的權利受有侵害，雖然被害人或其後代與繼承人可以主張，其對照之利益乃建立於前者之不正行為，是以後者自不能主張免責。但損害補償之數額有量化標準之爭執，

而且要求後者負完全責任又有違「人不應該為自己所無法承擔之風險負責」之法理。因此損害補償雖然是一應為之舉，卻難以落實為當為之行。

況且，損害填補的政策有時或許是另一次權利侵害藉口，不論能否真正填補受害人，都可能造成另一次權利浩劫。以辛巴威（Zimbabwe）為例，Didymus Mutasa 上任後不僅修改憲法改變總統連任限制，更以改革經濟、破除殖民遺毒與種族不平等為由，從英裔白人手中強制徵收農地，分配予黑人貧農。這項政策使原本多達 25 萬人的白人紛紛離開辛巴威，令總人數下滑至不到 5 萬人，再加上缺乏配套措施以及嚴重的貪污問題，國家資源未為確實分配到人民手中，更無法有效率的創造產值，因而令國家經濟徹底崩盤，導致其失業率與通膨率飆高到成為全球注目的事件，辛巴威也因此被冠上「失敗國家」之名。²⁶ Didymus Mutasa 的行為不僅為辛巴威人民帶來饑荒與貧窮，更讓自己成為國際刑事法院與聯合國安理會關注的對象。雖然至今仍未有具體行動，但可以預見的，針對這樣的嚴重破壞國內法治所導致的權利侵害罪行，並不能夠以動機正當為搪塞理由。而且辛巴威的司法、立法機關與人民事實上必須負連帶責任，因為他們都是辛巴威法治崩解的共同正犯。

三、難題三：法治的評價標準不可量化性

討論法治的第三個難點在於，雖然我們可以區分出法治與非法治的類型，且能對法

²⁵ 以上分類中的同一型態僅限於加害人與加害人／被害人與被害人為同一人的類型，而沒有討論到被害人本身也是加害（決議或行為）參與人的可能。由於此可能又加進一步分成被害人以自己為限，以及被害人包括其他未參與加害決議／行為之人兩種類型。前者的問題癥結在於人可否放棄自己的權利，並且進一步容許其他人對自己造成侵害，是牽涉到權利的本質得否拋棄的問題。而後者則較無疑義地可以劃歸到上述表列中。關於權利得否拋棄問題由於並非本文所欲探討之範圍，因此筆者暫不予討論。

²⁶ 資料來源：〈<http://www.npf.org.tw/particle-2861-1.html>〉最後拜訪日期：2008 年 8 月 30 日。



治要件有所認知，但究竟怎樣的情形會使一個國家被評價為「非法治國家」？這個問題困難點在於，針對單一或顯明事例要做出「不符合法治」的評價或許並非難事，畢竟套用形式與實質要件做為標準，我們可以很快地將古希羅、中世紀與民族國家歸類為非法治國家，但普選權實行前的英國、內戰前的美國，屠殺猶太人的納粹德國，或是實行種族隔離政策的南非，我們是要將之評價為部分法治國家？非法治國家？還是法治國家？再者，戒嚴時期的臺灣、英殖民的香港與美屬波多黎各的人民在自治權與政治表意權受限的情形下，卻仍保有經濟與一般生活權利，那我們又該如何看待這種情形下的法治實踐？最後，卸任元首身陷囹圄的韓國、元首女婿、親信甚至自己都涉及內線交易、洗錢與貪污疑雲的臺灣、收支不符且挪用公款的中國官員、善於以訴訟方式與選區制度影響選舉對手的新加坡，以及以性犯罪打擊政敵且警務人員嚴重貪汙的馬來西亞，這些地區與國家所發生與領導人或政治人物有關的事件，以及其可能對司法造成的干預及影響，又該如何論處？

事實上，上述所有例子都不至於直接被評價為人治或是非法治，頂多是被稱為法治面有缺憾、待改善，甚至完全沒有影響。這是因為，除非有特定原因，否則指稱一個國家或地區未為法治化並沒有太多實質意義。²⁷畢竟法治是一個涉及主權的概念，所以指謫為非法治國家或地區，甚至以人治相稱是一種嚴重的控訴，更是國家間的禁忌。因此除

非已瀕開戰，否則這樣的評價是不容易成立的。況且，法治並非以人人守法，國內一片祥和為成立要件。畢竟法律並非以形塑無違法之邦為志，而是讓紛爭有排除可能。換言之，烏托邦的完美境界始終存於想像，務實地看待真相後會發現，法治之所以重要便在於權利永遠都會被侵害，或處於被侵害之虞，與其討論人治國家有沒有轉化為法治國家的義務，²⁸不如針對法治「有缺陷」的國家行諫言較為實際。據此，程度性評價似乎成為法治的量表基準，但管見以為這樣的看法仍有商榷餘地。

首先，法治的評鑑標準建立於屬質變數的基礎上，雖然可以藉由要件設定做為標準，但偏偏這些要件又非具有一絕對明確概念，因此造成量表結果有可議之處。因此觀察重點僅能落在設定要件之有無，而難以將內容以數字化展現，進而除了極嚴重侵害權利，且違背多數甚至全部要件之極端事例方能直接歸類為非法治之類型，這造成法治評價可能產生空洞化的疑慮。這是因為對於「不合格」的評價，國家以及人民所抱持的態度將左右法治朝理想化邁進的進度。如果欠缺戒慎恐懼的態度，著眼於已有的制度而輕忽努力空間的增加，那權利保障仍處於岌岌可危的狀況。反之，能夠積極尋求漏洞填補，對加強改善不足之處，那法治便有機會朝正向發展。但可惜的事，法治的不完備其實本就是內在態度問題，而不太可能是外力干擾所造成。為什麼權利會被侵害，或保障有缺失？原因便在於生活法治下的人們的鬆懈與不敏

²⁷ 例如IMF在金融風暴時要給予援助，或是歐盟在接納新成員國加入之時，法治化評鑑方會做為考量。

²⁸ 統治方式如果是人民所主動選擇，那麼除非法治的選項是道德上，或至少是事實上必然，否則就沒有理由質疑一群人甘冒被侵害之虞的決定有錯。畢竟這也是種自主決定，雖然看起來不理性，但外人不應置喙。

感。如此一來，除非問題惡化到令人不堪的程度，否則要求大多數對安定假象慣於服從而鈍於質疑的人們，以及在法治缺漏中獲得利益之輩自發性的正視問題，無疑是緣木求魚的做法。這也可從形式要件不能取代實質要件成為法治證成理由的認知雖然存在於法治國家之中，卻慣以形式要件為掩護，忽略實質要件內涵的國家行為與人民態度可得而知。

肆、結語：形式要件與實質要件之結合的法治理念

Nozick 在《無政府、國家與烏托邦》（Anarchy, State, and Utopia）中開頭便問到：「如果國家未為存在，那它需要被創造嗎？國家是必要的嗎？它必須被創造嗎？政治哲學和解釋政治現象的理論會面對這些問題……」²⁹ 這說明我們不應該問國家為個人權利留下了多大活動餘地，而應該問個人權利為國家留下多大活動餘地。這便是法治存在的原因。雖然外觀上個人權利也同時受到法律限制，但這僅是因為避免造成對他人的侵害，而非肇因於權利之對價，所以我們不用問為什麼有權利，卻會問為什麼有政府。由此看來，以權利做為法治實質要件之內涵正是一種源於歷史試錯法則，理論思潮影響堆砌後的必然選項。縱然實質不可避免要藉由形式要件獲得實踐，但因為形式要件原本即是希冀透過理性程序，將與事物本質無關之情感要素一恣意擅斷一盡可能去除，因此它雖是法治不可或缺之部分，但卻不能作為

證成法治的充分要件，或是用以掩飾實質要件之欠缺。法治如果不能發揮限制國家權力及保障人民權利之作用，即可被視為完全缺乏規範力，而徒具形式意義。如此一來，便易於為當政者做為粉飾之詞，不論憲法或法律文字中有多少對於權利保障之規定，面對侵害時人們亦只能徒呼負負。

惟有實質要件有可能促成實質正當性，因此在憲政主義的範疇下不僅強調形式合法性，也必須符合實質正當性，³⁰ 這樣的堅持也顯現在司法實務上的違憲審查制度。³¹ 但必須強調的是，認識實質要件重要性並不代表法治一定能收其成效，這是由於權利清單無法窮盡，因此如果態度上保守地以憲法權利為界，謹守（合法）救濟界限，忽略權利變動之可能，法治仍將處於不完備之狀態，成為一華麗詞藻形塑徒具名義的概念，而不能發揮現實保障之需要。故對於法治實質要件之掌握應捨棄以憲法權利設定一權利侵害排除與規範制訂一即為成就的觀點，而應改採權利請求／救濟之提出—積極接納與衡平新舊權利關係一的態度，令法治不至於以給出一固定權利範疇為足，而是以固定地給出權利範疇為志。申言之，權利之保障應兼採清單、概括方式，人民應勇於提出權利保障確認與請求，而國家則應積極面對請求，並透過程序方式衡平新舊權利之關係或確立請求正當性。盡可能使法治實質內涵獲得明確性與可預測性。綜上所述，法治內涵雖然界定不易，吾人卻應努力邁進，它實為一種肩負轉化主觀（權利）認知為客觀（權利）規

²⁹ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell (1974), p3.

³⁰ 李惠宗，《憲法要義》，臺北，元照，2002，頁167。

³¹ 例如司法院大法官 520 號解釋理中即指出：「縱令實質正當亦不可取代程序合法」；523 號解釋：「國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更需實質正當」。

範，且確保平等價值共存的理念（Ideal）。和諧的社會不在於所有人皆成為無差別的個體，而是每個人都能無差別地追尋自我價值，並且開創不同的人生。權利保障並非和諧法治的終點而是起點，法律規範也不是確保權利實現的萬靈丹。唯有不斷地藉由法治劃定界限，權利的主張才不至於紊亂；只有人們理性參與並積極補充權利內涵，法律規範才顯其實義。與其振臂高喊：「擁護法治」，不如懇切思索：「法治尚未成功」。申言之，吾人看待法治時必須更為戒慎恐懼；戒慎法治易於形式要件之下忽略實質保障內容，恐懼自身或第三人為滿足他人利益而犧牲。法治不應該僅是被理解，還應該被用以檢驗所身處的國家是否真的落實形式與實質要件，並且做為所有為權利而生活的人共同追求的價值。

參考文獻：

一、中文

1. 李惠宗，《憲法要義》，臺北，元照，2002年。
2. 陳慈陽，《基本權核心理論之實證化及其難題》，臺北，翰蘆圖書，1997年。
3. 陳新民，〈德國十九世紀「法治國」概念的起源〉，《政大法學評論》，第55期，1996年。
4. 陳彥宏，〈從西方法律思想之發展論當代的法治理念〉，《國立臺北大學法學系碩士論文》，2006年7月。

二、外文

1. A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillan and Co. Limited (1959).
2. Brian Z. Tamanaha, On the Rule of Law ,

Cambridge, UK, Cambridge Univ. Press (2004) .

3. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
4. Furman v. Georgia, 408 U.S. 238(1976).
5. F. A. Hayek, The Constitution of Liberty , Chicago, Uni. of Chicago Press (1960).
6. H.L.A. Hart, The Concept of Law, New York, Oxford Univ. Press (1994).
7. John Finnis, Natural Law and Natural Rights, New York, Oxford Univ. Press (1980).
8. Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue," in *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press (1979).
9. Judith N. Shklar, "Political Theory and The Rule of Law", in *The Rule of Law- Ideal or Ideology*, Transnational Pub (1987).
10. Lon L. Fuller, The Morality of Law, 2nd revised ed., New Haven: Yale Univ. Press (1969).
11. Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia, Oxford, Basil Blackwell(1974).

三、網站資料：

1. Declaration of Independent: <<http://www.ushistory.org/Declaration/document/index.htm>>
2. Magna Carta: <<http://www.freemasonry.bcy.ca/texts/magnacarta.html>>
3. 穆加比倒行逆施 辛巴威成「失敗國家」：<<http://www.npf.org.tw/particle-2861-1.html>>
4. 芳林公園：<http://www.zaobao.com/sp/sp080826_505_1.shtml>、<<http://singapore3.com/thread-65131-1-1.html>>