

法治國家論

陳新民 著



學林

法治國家論

陳新民 著

學林文化事業有限公司／出版

國家圖書館出版品預行編目資料

法治國家論／陳新民著．——一版．——臺北市
：學林文化，2001 [民 90]
面；公分

ISBN 957-0413-20-4 (精裝)

1. 憲法—論文, 講詞等

581.07

90005582

法治國家論

作 者：陳新民

出 版 者：學林文化事業有限公司

台北市重慶南路一段 13 號 5 樓

電話：(02)23141078 傳真：(02)23319972

E-mail：law@sharing.com.tw

責任編輯：林靜妙

登 記 證：局版北市業字第 1190 號

一 版：2001 年 4 月

郵撥帳號：19168499 學林文化事業有限公司

定 價：新台幣 500 元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。

ISBN 957-0413-20-4 (精裝)

自序

八年前(民國八十二年)我出版了一本「公法學箴記」。該本箴記是我閱讀幾位德國公法學大師經典之作後的心得，並且，對於若干在我國已遭人誤解的公法名詞、概念，也特別追根究底的探溯其根源，澄清原義。此書出版後，常有師長朋友鼓勵我「再鼓餘勇」，本此筆法撰寫下去。我也興味盎然，實則這符合我個人對歷史的嗜好也。

然而人算不如天算。接下來的數年，我先是受到當時軍中層出不窮不當管教事件的激憤，爲了保障軍人人權，宣揚軍人是「穿著軍服的公民」之理念及軍政、軍令一元化的體制，乃投入「軍事憲法論」的撰寫(民國八十三年出版)；爾後目睹我國修憲頻繁，憲政制度起落無常，同時國內尚缺乏一本以法律學角度來詮釋憲法的教科書，遂興起撰寫「中華民國憲法釋論」(民國八十四年出版)及「憲法學導論」(民國八十五年出版)的念頭。直到四年前才可以構思下一本著作的題材。

其實，早在二十年前，我甫於德國開始留學生涯時，已對法治國家的基礎理論有極大的興趣。甚至一度考慮以「社會法治國」理論作爲博士論文的題目。日後便一直留心這個課題。在撰寫憲法教科書的過程中，更是接觸到許多源自法治國原則的理念，惜國內尚無較深入討論的著作。對這個起源十八世紀末葉德國的公法學概念，也是人云亦云的援用而已。此情形豈不是八年前我下筆「公法學箴記」前的翻版？本論文集的撰寫方向於是乎拍板敲定！

中央研究院前院長胡適之博士有一句鼓勵年輕學生做學問的名言：「上窮碧落下黃泉，動手動腳找證據」。這句話給了我甚大的啓

示：做學問不能懶！爲了進一步的了解法治國概念的溯源，我費了甚多的時間蒐集目前在德國也已少有人問津的法學文獻，找尋及闡析其在德國的起源、在十九至二十世紀的發展、與在英國興起的「法治」(the Rule of Law)有何同異之處，以及法治國概念可以產生哪些衍生的理念，如法律溯及既往的許可性，或是法治國原則的「發散效果」—例如立法者與釋憲者的義務、在我國人權的實踐、緊急時期的法治國原則……等問題，並一一撰成專文。四年來陸續發表十篇，計二十五萬餘字，當足刊成專冊，遂收而輯之。

法治國是人類法政文明史上發展迄今最光輝的國家形式！法治國理念既有制度上的意義，也有價值判斷之要件，必須隨時空而異其內涵。而其衍生的「子原則」及其效力的「發散效果」也極複雜、多樣，需要更多公法學者的關注及研究。我期盼本論文集的問世能引起學界對此問題的重視，使我國的「法治國屬性」能獲得更堅實的學理基礎，方能抵擋一切來自現實政治對之的威脅與侵犯！

我的助理張源泰、林琦恩兩位先生爲本論文集校稿，費神甚多，應一併在此致謝。

民國九十年四月 陳新民 識于
台北·南港·中央研究院

作者簡介

陳新民

民國四十四年十月生於新竹縣

廣東省惠來縣人

學術經歷：台灣大學法律學系畢業

德國慕尼黑大學法學博士

美國哈佛大學博士後研究員

英國倫敦大學訪問學人

現 職：中央研究院中山人文及社會科學研究所
研究員

台灣大學、文化大學、銘傳大學兼任教授

重要著作：憲法基本權利之基本理論（上下兩冊），
民國七十八年初版，民國八十八年五
版，元照出版社。

行政法學總論，民國八十年初版，民國
八十九年七版，自版。

公法學剖記，民國八十二初版，民國八
十四年二版，自版。

軍事憲法論，民國八十三年初版，民國
八十九年二版，揚智出版社。

中華民國憲法釋論，民國八十四年初版，
民國九十年四版，自版。

憲法學導論，民國八十五年初版，民國
八十八年三版，自版。

社會役研究，民國八十九年初版，揚智
出版社。

目 錄

自 序——Ⅲ

作者簡介——Ⅴ

第一篇：法治國概念的誕生——論德國十九世紀法治國概念的起源——1

第二篇：國家的法治主義——英國的「法治」（**The Rule of Law**）與德國法治國之概念比較——39

第三篇：德國行政法學的先驅者——德國十九世紀行政法學的發展——121

第四篇：法治國家理念的靈魂——論法律溯及既往的概念、界限與過渡條款的問題——147

第五篇：基本人權保障五十年——台灣實施憲政的回顧——229

第六篇：立法者的審慎義務與釋憲者的填補義務——由德國聯邦憲法法院「教室十字架案」談起——251

第七篇：新聞自由與司法獨立——一個比較法制上的觀察與

分析——281

第八篇：法治國家與危機時期——論總統緊急命令權之立法
問題——331

第九篇：一個新的立法方式——論「綜合立法」的制度問題——
—361

第十篇：不法的平等——論平等原則拘束行政權的問題——
—407

第一篇 法治國概念的誕生

——論德國十九世紀法治國概念的起源——

壹 前言——法治國的語源及概念

貳 法治國用語的誕生

一、醞釀期

(一)康德

(二)威廉·洪博

二、萌芽期

參 法治國用語的流行與概念內涵

一、莫耳與「法治國原則的警察學」

二、史塔爾的「法律哲學」

三、貝爾的「法治國——一個構想的發表」

四、格耐斯特的「法治國與行政法院」

五、毛魯斯的「現代法治國應為憲政國之批判」

六、奧托·麥耶的「德國行政法」

肆 結論

壹 前言——法治國的語源及概念

法治國(Rechtsstaat)一詞，不論在法學界或社會中，早已成爲一個共通的名詞。此名詞乃是一個標準的德語產物，既不是由英文翻譯而來¹也不是源自法文——雖然法國的「憲政國家」(état constitutionnelle)和法治國理念頗有相通之處。德語的「法治國」嗣後也隨同其他德國法律制度及用語，先傳日本，再由日本傳至我國²。本文主要探究的重點，在於「溯其源」地討論此一名詞之濫觴，並以編年史方式就對此名詞的醞釀與宣揚，曾積極發揮作用之德國法政學者的著作，逐一分析之，以了解本名詞的成長歷程！

然而，在本文正式溯源討論法治國語源的發展前，應簡短地分析法治國的概念。法治國依其語義，很容易「當然」地解釋爲國家「以法而治」，即英文的(the Rule of Law)，但國家「依法而治」所涉及者，到底是單純國家的「統治手段(方式)」，亦或是此制度本身即含有國家的目的在焉！前者明顯地是以「法」來取代傳統以「實力」統治國家的手段，其注重的是手段層面。因此，公法學即將之稱爲「形式意義」的法治主義。基於此理念所成立之法治國，即可稱爲「形式

-
- 1 反而是有些英文著作會將德國法治國僵硬的依字義翻成英文(Law State)，或以德文「法」(Recht)本意即含有正義、正當之意(如同英文之 Right)，故譯成「Just State」，見 G. Dietz, Two Concepts of the Rule of Law, Liberty Fund, 1973, pp.6. 11. 不過，不論是譯成 Law State 或 Just State 都不能正確反應德文法治國之原義，所以一般學界仍照法治國之國家「依法而治」，直譯爲 rule of law。
 - 2 據日本學者高田敏之分析，日本在明治二十年代——按日本係在明治二十三年(一八八九)公佈憲法——已經將德語的法治國譯成日文，旋成爲學界流行之用語。見高田敏，法治主義，刊載，石尾芳久(編)，日本近代法一二〇講，(京都)法律文化社，一九九二，第一二〇頁。

意義法治國」(Rechtsstaat im formellen Sinne)，或稱為「狹義」的法治國。

如果實行法治之目的，不僅僅依賴「法」為工具，且進一步要對此「工具」——即「法」——的目的，或稱為「法律目的」，以及國家實施整套法治主義的目的為何？加以探討，並用一個價值體系來統括之，此時，作為國家統治依據的法律，固然依舊保有其主要是作為工具的角色，但是其正當性的訴求就時常可被挑戰，這已經是偏向「實質主義」的法治觀了。討論一個法治國如由「形式意義法治國」為基礎，再加以價值判斷，即構成「實質意義法治國」的概念(Rechtsstaat im materiellen Sinne)，或稱廣義的法治國。例如德國基本法第二十條第三項規定，所有國家權力都受到法律及法之拘束。這條被德國著名法哲學教授考夫曼(Arthur Kaufmann)稱為「天才之作」的條款³，便是將法治國原則、法律、法——特別是法，密切連接在一起。以德國法治國理念的發展而言，形式意義法治國無疑是發展的第一步，實質意義法治國則為第二步。由於現代社會結構複雜，法律變動甚速，法律數量亦多，所以，由憲法理念及其他正義觀等濃縮而成的較少量但高層次(位階)的「法價值」，就變成追求實質法治國理念所不可或缺的判斷標準了⁴。易言之，法治國觀就如同名學者福斯多夫(E. Forsthoff)所稱的已成一種「反求諸己」的「內向型法治國」(introvertierter Rechtsstaat)，將法治國的重心朝向人民內在權利的保障及正義的實現⁵。

3 Kaufmann, Vierzig Jahre Rechtsentwicklung, in: Über Gerechtigkeit, Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, 1993, S. 245.

4 U. Scheuner, Die neue Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: (Hrsg. v. Listl, Rübner), Staatsatheorie und Staatsrecht, Gesamte Schriften, 1978, S. 219.

5 E. Forsthoff, Der introvertierte Rechtsstaats, in: Rechtsstaat in Wandel, 1964, S. 213 ; E - W Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für A. Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 76.

不過，如本文前所述及，本文之目的不在探討法治國的概念，上述法治國的形式及實質意義區分，只能提綱挈領地說明之。然於此應再為一言：按實質意義法治國固然強調「價值理念」，也強調國家任務的「正義取向」，然不可謂形式意義的法治國，即放棄追求「正義」或毫無價值觀作理論依據！例如本文即將探究之德國早期提倡法治國之人士頗多是哲學家，且多為自由主義、人道主義的支持者，同時，建構此時法治國觀之理論，如權力分立、政府最小之干涉…，也皆寓含價值觀在內。所以，若吾人要採納德國公法學現今的法治國形式及實質意義「二分法」，其前提必須將界分重點放在作為治理國家的手段——即法律或法——之上。純就區分之目的而言，可將支撐形式意義法治國背後的自由主義之價值因素排除，若強調實證法之功能，即可稱為形式意義之法治國矣！

貳 法治國用語的誕生

一、醞釀期

在德國法制史上，第一次使用「法治國」用語乃是普拉西度斯(J. W. Placidus)在一七九八年出版的「國家學文獻」(Literatur der Staatslehre)一書。在此之前，已經逐漸醞釀出法治國概念的理論，值得一提的是康德及威廉·洪博兩位著名人士的法政理論。

(一)康德

康德(一七二四～一八〇四)這位偉大的哲學家雖然未在其著作中明白提及法治國的用語，但其「國家觀」，已為日後產生的法治國理念立下了堅定的理論基礎。

康德對於國家觀的見解，主要出自於其在一七九七年所撰就的「法律學」(Rechtslehre)第二篇「公法」第一節的「國家法」(Staatsrecht)中⁶。

康德的國家觀可由「國家目的」(Zweck des Staates)來予了解。康德基於自然法的觀點，認為每個處於自由狀態的個人，不免會出於恣意(Willkür)，而侵犯到他人的自由。為了「理性」(Vernunft)，每個人必須由自然狀態(Naturzustand)中解脫出來，而藉一個由人群組成的「團體」，以實力來界定個人之義務及行為界限，此「團體」即為國家(civitas)。所以，國家對於康德而言，並非歷史的產物，毋寧是人類理性的產物⁷。國家既然透過制訂法律來規範個人間的自由，所以，國家是屬於「合法性問題的領域」，而道德則屬於規範人民「內在自由領域」的工具。國家的任務即在維持法律的秩序。至於規範個人間自由界限的法律，亦即規定個人何者可為，何者不可為的法規，則是一種「公共意志的產物」(Aktur eines öffentlichen Willens)。這種「公共意志」是全體國民的意志，也是一種顛撲不破，具有持續性的理性，藉以決定何者為正確(應為)，何者為不應為之標準。所以是超脫個人認知之上的共通理性，而非「個人意志」的總結合(數學式的集合)，其理由乃是擔心若由個人意志的總和，會流於「恣意」也。

對於護衛法律秩序的國家組織，康德則遵循當時的啓蒙思潮。他認為國家擁有三種權力(第四十五段)，也就是「集共同意志於一個三重人」(trias politica, den allgemeinen vereinigten Willen in dreifacher

6 Immanuel Kants Werke, Bd. VII, (Hrsg. B. Kellermann), Verlegt bei B. Cassirer, 1922, S. 117.

7 康德(在第四十九段)認為國家之組成目的，並不在保障國民的福祉或快樂，而是一個基於理智，追求一個國家組織能和法律原則最一致的狀態！因為，即使在沒有國家的「自然狀態」，以及在專制暴虐領導政權下，亦可能有此快樂。見 Kant, a. a. O., S. 124.

Person)，亦即：立法者擁有統治權(主權)、統治者的執行權(依法律而統治)、法官的司法權(以確認每個人依據法律屬於其之權利)。這三種權力的功能正如同一般「理性」的推論過程，康德認為一般的推論乃三段論證：前提要件(Obersatz, 上位原則，構成要件)：意志行諸於法律；涵攝要件(Untersatz, 下位原則)：依據法律規定的程序進行；結果要件(Schlußsatz)，包括訴訟程序在內，使在個案中如何確定權利者(Rechter)範圍。

這三種國家權力都是一種「尊嚴」，也就是「國家尊嚴」(Staatswürde)(第四十七段)；同時，三種權力有三種關係：第一、彼此並立(potestates coordinatae)，為了完整達成國家憲法之目的而互相補充；第二、互相隸屬(subordinatae)，不篡奪其他權力，亦即，各權力都有「自己的原則」來達成「更上級的意志」；第三、由各權的「尊嚴」來看，立法者之意志是涉及「外在的你和我」(äußere Mein und Dein)，所以是「無可責難的」(untadelig, irreprehensibel)；行政權的國家元首的執行能力方面，則是「不可反對的」(unwiderstehlich, irresistibel)；在最高層法官的訴訟權力，則是「不可變更的」(unabänderlich, inappellable)(第四十八段)。

綜上所述，可知，康德的國家觀實際上不如其在哲學領域中所具有之獨特、異於他家的開創性。吾人可分為下列幾個特點來說明之：

第一、在對於個人權利的肯定方面，康德主張人民應該享有相當的自由及平等的觀點，明顯地是受到同時代英國經濟哲學家亞當·史密斯(一七二三～一七九〇)在一七七六年所發表「國富論」(「論國家富強的本質及原因」)的影響，同時導出了國家任務的「有限性」原則(干涉愈小愈好)。

第二、法律作為界分人民權利的工具，康德提出的「公共意志」理論以及眾人所組成的國家，是一種類似「契約」的行為，乍看之下與瑞士哲學家盧梭(一七一二～一七七八)在一七六二年所發表「社約

論」的「國民公意」(volonté general)類似。但康德的「公共意志」卻是理性的推演，而非國民個人意志的集合，所以對於民主理念及現實政治，就失去了號召的動力。另外，既然康德強調這種「公共意志」應該是理性的產物。但是，一旦不從人願產生非理性的法律以及暴君統治，個人也無法加以改變。蓋康德基本上仍身處於警察國家之時代，其也未支持由人民代表行使制訂法律之權也⁸。

第三、對於國家機關而言，盧梭的三權分立理論，明顯和孟德斯鳩(一六八九～一七五五)於一七四八年所發表之「法意」一書的見解一致。康德對於三權彼此「並存」，以及類似「互補」——即相互補充來達成國家憲法目的，縱然較符合孫中山先生對我國五權憲法的初衷——五權相維而不抗衡。但和孟德斯鳩的權力分立係基於相互制衡的初衷，卻極迥異。

第四、康德的國家觀對促進德國日後法治國家理念的產生，貢獻最大的部份，恐在其鼓吹國家必須靠法律來統治，以及其對國民任務與人民權利界限基於「理性」的認知。康德在公法篇國家法節開頭(第四十三段)便開宗明義提及：法律的概念必須向公眾公布，以產生一個法律狀態，即為公法，此也為一個民族(一群人民)或一群種類，彼此在一個共同的意志——即憲法——下之法律狀態下，相互影響所需要的「法律制度」。此外，康德也提及民法體制(民族個人間的法律關係)及國際法等制度。另外，關於國家概念(第四十五節一開始)，康德定義為：「一個國家為一群人在法律下的結合體」(Ein Staat ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen)。康德這種結合國家與實證法律成為其國家觀的立場，以及國家任務(及個人自由所繫)在於維護「法律秩序」，極清晰地將國家統治與法律連在一起，

8 所以康德並不贊成人民擁有革命權，認為對抗暴君僅有口誅筆伐的言論權而已！
F. Garzoni, Die Rechtsstaatsidee im Schweizerischen Staatdenken des 19. Jahrhunderts, 1952, S. 77.

且是「理性」的體現。因此，康德被認為是採行「形式主義」的法治國家觀，其理在此⁹。

(二)威廉·洪博

比康德約遲生一代的德國著名政治學及哲學家，在一八〇九年設立柏林大學的洪博(Wilhelm v. Humbolt, 一七六七～一八三五)，也是建構德國法治國思想的早期人物。洪博在一七九二年——較康德的「法律學」還早五年——撰寫的「一個嘗試有效限制國家權力的意見」(Ideen zu einem Versuch—die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen)¹⁰ 表達其對國家權力行使界限的看法。

洪博是典型及積極地以個人主義及自由主義為出發點！洪博認為人類真實的目的，也是永恆顛撲不破的理性者，便是以最大限度及最妥當方式，全力的發展自我。全人類便靠著這種動力，造成文化的多樣性及進步之源。因此，自由——或是最大的自由——即是不可或缺之因素。至於國家的任務，依洪博之見，不外兩種：不是積極地提供國民任何形式的福祉，就是消極地以消除罪惡為目的。氏寧採後者，因為只要國家採行積極的福利措施來影響人民生活，就會使人民生活造成「一種制式化」(Einförmigkeit)，社會進步需要的多樣性，就會被壓縮，甚至毀滅。同時，會使個人放棄所應負擔的自行改善生活，為自己及家庭謀福祉之責任心。這種對國家福祉行為所養成的依賴心，將使人民永遠成熟不了，成為國家監護下的嬰兒。基於反對警察國家¹¹ 的思想，洪博呼籲人民不可信賴國家權力這種以為「全民謀福利」為任務所給予的授權。蓋，一個為國民謀福利之行為或以其出發點，

9 F. Garzoni, a a O, S 78

10 但本文卻在洪博去世後十六年(一八五一年)才正式發行。Garzoni, a. a. O., S.79.

11 關於警察國家的概念，可參照拙作：行政法學總論，第七版，民國八十九年，第八頁以下。