

東吳大學法學叢書(6)

法治與人權

鄧衍森 著

法治與人權

鄧衍森 著

新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法治與人權／鄧衍森著，——一版，——臺北市
：新學林，2006〔民95〕
面；公分

ISBN 986-7160-37-1 (平裝)

1. 人權－法規論述

579.27023

95009055

法治與人權

作 者：鄧衍森
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市信義路三段106號6樓之4
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益
責任編輯：林岳宏 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2006年6月 一版一刷
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元
定 價：200 元

ISBN 986-7160-37-1 (平裝)

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市信義路三段106號6樓之4
團購專線：(02) 27001808 分機18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

自序

本書係集結最近幾年作者刊登於學術期刊有關人權論述之文章而成。書名冠以法治與人權除了是第一篇文章之標題外，主要是想論述說明兩者之間究竟具有何等之關係。這個工作最後也在第一篇論文中加以完成。人權可以說是二十世紀中葉後，全球最熱切關注的議題之一。人權當然不是上一世紀才有的想法，從法律理論的角度說明，早在古希臘時期的自然法思想中，人在宇宙中、社會上、政治上、經濟上以及文化上，應該具有或是應該處於何種地位的問題，本質上與現今人權之議題並無不同之處。有趣的是，法治的觀念也是相當古老的議題，只是在時代發展的意義下，法治原理與概念的掌握卻比較模糊，原因是在於法治之「法」，本質上之說明即有諸多分歧之現象。

本書以法治與人權為題，但是在方法上卻不是從思想史的角度論述上述問題，因為本書所集結的各篇論文，除了「歐洲人權公約的法制化發展」外，都不是歷史研究上的分析與比較法，而是規範分析的研究結論。而作為規範分析的來源都是實證上的規範內容與標準，因此，人權之本質有關問題之說明，基本上也是從實證規範為出發點，進行探究其規範類型、作用與效果，本書第二篇「從歐洲人權法院的實踐論國家主權與人權保障」以及最後一篇之「從國際人權法論健康權之法理基礎與實踐方式」都是以此研究方法所完成之論文。至於法治之論述也是採取規範上的分析，進行探究其本質有關之說明方法。最後所獲得的結論是，法治是法的理型與標準規範方式，是屬於形式的概念，人權則是法治實踐的標準規範內容，是實質的概念，兩者相互成就，換言之，人權保障的完成就是法治的充分實踐，彼此互

為測度標準，這就是法治與人權的關係。此外，針對分析所得之法治概念的意義與人權理念的內涵，檢視我國憲法解釋上有關法治與人權之運用上情形，並作功能上之批判。New Features in International Human Rights Law 一文，藉由國際人權法新面貌的提出，分析說明人權的新類型與態樣，圖以彰顯人權保障的不足，而其原因與所透露的訊息其實就是法治的缺陷與扭曲。也許在現實世界之所有國度，不可能看見法治的充分實踐，法治似乎永遠只是理型的期望，就如同人權保障的完全實現永遠是一個夢想一樣。

本書之出版，特別要感謝「東吳大學端木鑄秋法學研究基金」的獎助，作者藉此致謝外並承諾本書之版稅轉贈給該基金會，期以繼續協助其他同仁著作之出版。此外，並要感謝新學林出版股份有限公司總編輯田金益先生的多方協助，才能使本書順利出版。

鄧衍森

2006 年 3 月 31 日

目次

自序／I

法治與人權——兼論我國憲法解釋上之應用／1

從歐洲人權法院的實踐論國家主權與人權保障／61

歐洲人權公約的法制化發展／85

New Features in International Human Rights Law／109

從國際人權法論健康權之法理基礎與實踐方式／131

法治與人權——兼論我國憲法解釋上之應用*

壹、前言

貳、法治概念

- 一、形式意義的說明
- 二、實質內容的詮釋

參、人權理念

- 一、人權的基本內容與實踐
- 二、人權保障的平等化

肆、法治與人權在法律論證上之功能

伍、法治與人權在大法官解釋文中之論證方法

- 一、司法權與法治
 - (一) 確立依法審判所稱之法院，不包含檢察機關
 - (二) 依法審判之法包含憲法
 - (三) 形式有效法律的認定標準與判斷機關
 - (四) 基本權之保障不得任意

加以剝奪

(五) 特別刑法與人權保障之權衡

二、法律程序與實質妥當性

三、依法行政

(一) 命令超越母法之界限，違反法律保留原則

(二) 違反妥當性致生有違人權保障之效果者

(三) 法律不完備，生有侵害人權之虞者

(四) 命令欠缺法律明確授權，有違法治原則

四、人身自由權之保障

五、言論自由之保障

(一) 言論自由之法治原理

(二) 言論自由與經濟行為

(三) 言論免責權與民主原理

六、平等權的理念與保障

陸、結語

* 原文刊登於東吳法律學報第十五卷第二期，2004年2月

壹、前言

早在古希臘時代，法治理念即經常為哲學家與史學家所關注並提出¹，而法治之意義，即如文義之意，依法而治，因此，制定法律規則以作為行政之依據與政府權力之界限，即為法治之作用所在。理論上，作為概念上用以避免人治之獨斷與不可預測，法治確實有其功能與貢獻。因此，現代社會的構成要件中，法治即為一重要之要素。

事實上，此一說明法實已極為清楚，似乎無庸贅言再加任何詮釋，然而在法學理論中，關於法之本質問題，向來有自然法與實定法之爭，依法而治之法，是否亦有本質上之區分所生之問題？又法治之法，如果係指人為之制定法，則法治與民主即有相當之關係²，因為民選代議士行立法權之工作，立法者之主觀意志、能力、整體結構上之問題，甚或立法技術上問題，均將對於法治之實踐，造成影響。又法治之評量標準為何？若有標準，則問是否具有普世之同一性而得以評量所有法治國家之法治程度？又依法而治之概念下，所欲達到之客觀性、可預測性與無主體性等現象與特徵，是否只是敘述機械化適用

1 See J. M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, (1996), at 25. 柏拉圖於法律 (Laws) 一書中有如下之敘述，「法律被踐踏且未具有最高權威者，此種地方我看見即將發生毀滅。」(“Where the law is ruled over and lacks sovereign authority, I see destruction at hand for such a place.”), Plato, *The Laws of Plato*, Thomas L. Pangle (transl.), The University of Chicago Press, Chicago, (1988), at 715d.

2 劉慶瑞教授於其所著之《中華民國憲法要義》一書中說明憲政主義就是法治政治 (rule of law)。此外，憲政主義也是民意政治，人民自己或由人民選出之代議士制定法律，獨裁者雖亦有法，卻不是真正之憲政主義。見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法權力分立》，第12頁，(2003)。

法律之結果，如為肯定，則徒法足以自行矣。實踐上，法律適用以法為基礎，行政依法而作，似乎並非只是機械化之法律適用而已，所謂「徒法不足以自行」，法仍需藉由人為理解，始得進行操作以表現其功能，雖然如此，卻非可謂法治與人治的總和，法律始發生作用³，法律之適用，有裁量與解釋之問題，因此，適用法律之主體與法律本身間之關係，如何維持平衡之狀態，以使法律安定又不失彈性⁴，實與法律論證有相當之關係，因為法律論證之作用，無非是用以產生法的客觀性與可預測性，基本上即是法治的特質之呈現，然而法律論證應備何等條件始有可能產生具客觀性之結論，其間之關係如何說明？法治是否可解讀為就是法律論證之原理？此外，法治在依法而治之概念下，是否有具體之內容必須體現與實踐？如為肯定，其內容為何？因為形式的法，只是法治表現其規制作用的一種說明，而法的內容因時間、空間與各別事務關係、主體身份等之不同而有所差異，於此萬變之中，是否應有不變之核心或是根本價值，而得以瞭解法治之最終目的？而人權在現代化國家中，亦常與法治相提並論，如 1948 年世界人權宣言之序言所示，「鑑於為使人類不致迫不得已鋌而走險，對暴政和壓迫進行反叛，有必要使人權受法治的保護⁵。」二者之關係究竟是相輔相成，彼此具有條件上之關係？或是二者具有一體兩面之關係？即以人權價值作為法治最終之評量標準，以保障任何個體的生命安全，使平等享有應有之自由與權利，視為法治之目的與理想。此等問題彼此相關，不加以探究，根本無從知悉法治之意義，若此，建

3 此一誤解即源於不明法治非僅只有法律即已足。

4 “The law must be stable and yet it cannot stand still” R. Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge University Press, London, (1930), p 1.

5 “Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law.”

立法治社會將不知所云。針對上述問題，本文採取哲學分析之方法，試圖說明其間之意義關係、作用與效果。並選取數件我司法院解釋案例，根據本文對法治與人權分析所得之要旨，進行評析並檢討其解釋之方法。

貳、法治概念

一、形式意義的說明

英國法制史上，有一相當重要的人物對英國判例法 (Common Law)⁶ 的法治化發展具有不可磨滅之功勞，他是 Sir Edward Coke (1552-1634)⁷。特別是當他於 James I 任職首席大法官時，對抗王權的主張與思維方法，提供後世法治理念，相當清晰、明確的理論基礎。首先，他否認國王有權參與司法審判。James I 想要擴張其王權，以參與司法審判的理由是，既然法官是國王的代理人，國王當然隨時可以親自處理審判工作。

Coke 表示，所有案件，不論是民事或刑事，都必須於法庭進行審理，並依據本國之法律與習慣。然而國王不服氣地反問，「法律築基於理性，而我和任何人以及法官一樣亦有此等理性，為何我不能為

6 Common Law 有譯為習慣法，或普通法或共通法者。本文以判例法稱之，以其為英國判例法發展上，其法律經法院判決確立並適用於英國境內者。稱習慣法，係從法源方法上論之，共通法之譯，係指可共通適用於全英國者，亦即不包含地方法律 (local law)；普通法，則係對照衡平法 (equity) 之譯語。See G. Williams, *Learning the Law*, London: Stevens and Sons, (11th ed., 1982), pp.24-25, 29-30.

7 See Ben W. Palmer, "Edward Coke, Champion of Liberty", collected in *The Lawyer's Treasury*, Eugene C. Gerhart, (ed.), The Bobbs-Merrill Company, Inc., (1963), pp. 85-90. See also at <http://zolatimes.com/v4.39/edward-coke.htm>.

審判工作？」Coke 答道，「這是事實，但是涉及人民之生命、繼承、物以及財產之訴訟，卻非可以自然理性 (natural reason) 加以審理，而是依據後天理性 (artificial reason) 與法的判斷為審判，法律是一種技巧，需要長期的學習與經驗始能認識它。」James I 不悅地說，果真如此，國王豈不是在法律之下，這根本是造反 (treason)。Coke 不急不徐地援用 Bracton⁸ 的話說，「國王不居於任何人之下，卻居於神與法律之下。」

Coke 的回答，充分展現法律人的膽識與法律心智 (legal mind)。的確，沒有人高於法律，法的至高性代表著法的普遍性與一致性與客觀性。司法審判所依據的是法律而非個人主觀的、不可預測的愛好憎惡，法的命令提供司法者思維判斷上的基礎與界限，這是法治的第一要義。沒有法治捍衛法的權威，人治即將趁虛而入。法治與人治是相互排斥的，法治與人治的關係不是百分比的問題。

法治藉著形式法律規則的規制作用，所產生的結果即為客觀上可驗證之對象⁹，因此，法治在法律生命發展的意義上，即在於提供它必要的客觀性與一致性要素，使得法律生命不致遭人治專擅、獨斷的破壞而終至枯萎死亡。據此，向來探討法治之觀念，均以形式之面向為主¹⁰。認為法治是形式概念的主張，主要係因法治觀念並非用以提

8 Henry de Bracton (Henry of Bracton) (1210-1268), 是 *De Legibus et Consuetudinibus Anglia* (On the Laws and Customs of England) 的作者。這是在 Sir William Blackstone 之前，將英國各地混亂的習慣法，加以系統化、賦予標題的英國法文獻。Bracton 的鉅著一直被視為是英國法的標準版。沒有任何其他法學家可以與之匹敵，直至五百年後 Sir William Blackstone 的出現。Sir Edward Coke 即常引用書中之文句以對抗 James I. 另參見 <http://culaw2.creighton.edu/RareBooks/display1/bracton's.htm>.

9 法律知識之建構亦唯築基於具客觀性之內容與價值始足稱之為真的法律知識。

10 另有論者從實質面向說明法治之意義，See Paul Craig, "Formal and Substantive Conception of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law* 1997, 467, 477-482. See also Maria Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European*

供何種政府，或何種法律理論為優的標準，它的目的、功能，正如其文義之說明，只是用以呈現法的規則所形成的一種秩序狀態與秩序關係而已。由於此規則作用，係源自於法，而非任何人，自然毋需擔憂是否因人作成評價，而有人的誤差的疑慮，實質上，以法則說明評價之基準，確在外觀上足以顯示其客觀性與可預測性，如同以公式計算之結論，確能產生唯一與正確之答案。因此法則所呈現的法治作用，依其客觀性與無主體因素之干預，自然即能具有普遍性、一致性。此一特質正是法律所必須具備的要素，並為法律評價的重要指標¹¹。依此形式概念所得之法治觀念，似乎僅在強調法治異於人治之一些特徵與其功能上有所不同。遠離了人治的獨斷，不可預測、主觀、任意等特質，法治所能表現的似乎就是形式的合法性 (legality)。因此，合法性的分析，即成為法治的主要作用，而合法性的依據，自然亦是依法律之授權而生，法源理論即合法性之根本所在，得作為合法依據之法，必須是形式上有效之法，而此形式上有效之法，亦必有其上位之形式授權與依據¹²，根據此一觀念，法治其實只是在減少法本身所可能產生的危險，即不確定性與獨斷而已。因此，法的安定性 (legal certainty) 成為法律基本原則之一，其意即為維持法律適用上之一致

Constitution, Kluwer Law International, (1991), pp. 66-101.

11 L. Fuller 認為法律體系的本質中具有八項所謂法的「內在理則」(inner morality)。其中第一項即普遍性 (generality)，而第五項矛盾的避免 (avoidance of contradictions) 即與一致性 (consistency) 相同。此外，W. Friedmann，在法的概念中，亦表示普遍性是法的要素。而此普遍性之來源即是法的規則 (rules) 所生。Friedmann 並舉 John Austin 對於法與命令之區別在於法是對於作為或不作為為一般之命令，而命令則是對於特定人或特定行為為個別之命令。雖然有點過於嚴格但卻是正確的舉例說明。見 W. Friedmann, *Legal Theory*, Stevens & Sons Ltd., London, (5th ed. 1967), p. 15.

12 Kelsen 的法律階層理論似即此之說明。See W. Friedmann, *supra*, at 277.

性¹³。法治的目的，既是為完成法的安定性與可預測性等形式上的觀念，有學者即認為，法治本身應具有兩類原則以達成此目的¹⁴，第一類是，法律必須符合足以有效引導人們行為的一些標準 (standards)，此類原則包括：

1. 所有法律必須是向未來生效的，公開的與明確的；
2. 法律必須經常處於相當安定之狀態；
3. 特別法的制定必須依據公開的、安定的、明確的與一般的規則為之。

第二類原則是，用以確保執行法律的法律機制，不會使法律陷於不當的執行法律。其內容包括：

1. 司法的獨立必須確保；
2. 自然正義的原則，如公開審判等必須遵守；
3. 對於其他原則的執行，法院應有審查權；
4. 法院必須是易於使用的；
5. 犯罪防治機構的裁量權不得違法。

法治雖然具備了此二類原則，由於性質上此等原則仍只是形式上的考量，因此，即使是一民主政體，其法律也未必隨時都符合法治的要求¹⁵。易言之，道德上有爭議的法律體系，仍可能符合法治的要

13 如同 Joseph Raz 所說的，法治只是用以使法律明確與穩定 (clarity and stability)，據此，人們可以有計劃地規劃其行為，而毋需擔心會遭到意想不到的法律處罰，他認為，單是此一作用即可肯認形式概念的法治，也是有助於人性尊嚴與自主。Joseph Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", 93 *Law Quarterly Review* 195, 204-205. See also T.R.S. Allan, "The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism", 115 *Law Quarterly Review* 221, 222. 因此，他認為，法治只不過是法律體系中眾多特質成分中的其中一種，實不必過於守住法治的祭壇 (altar)，而犧牲了許多其他社會目標。Raz, *supra*, at 211.

14 Raz, *supra*, at 211.

15 事實上，這是實踐上的問題。如果法治，即使是以此等形式原則稱之，代表著一

件。因此，形式意義的法治概念，說明法的一般性、客觀性、可預測性、安定性的同時，是否也應具有某種用以判斷價值優劣的標準，使得法治具有客觀價值的內涵而得以作為法律發展上的指標，此乃法治概念有關實質內涵之問題¹⁶。

從形式的角度論述法治的好處是，人民毋需考量是否同意政府施政理念或法律本身所含之理念是否合理、妥當，即可從法的形式上關係，批判其行政行為、措施或制定法在法律體系上，是否未具法律授權而無效或違反法的普遍性、一致性而可得違反法治之結論。

主張法治應以形式概念理解的共同理由，似乎是懼於法治如以實質概念，例如，有關政治哲學或社會正義中之價值觀作為立論基礎，將使法治陷於理念上之衝突而爭執不休。原本法治所代表的客觀必要性，反而了不可得。然而，主張法治應以或應具有實質內容以為立論依據的理論，是否在論理上，果真如上述形式概念之法治觀，必然落此下場，實值進一步加以檢討。

從歷史分析上，法治概念出現於政治哲學上的論述，在性質上，的確是偏重形式之觀念，如英國 1215 年大憲章 (Magna Carta) 的制定，代表的是政府權力並非位於法律之上，相反地是在法律之下，受到法律的限制與約束之君主立憲的理念。因此，英國著名憲法學者 A. V. Dicey 即認為法治的意義，包含法律優位性原則，用以對抗政府裁量權的濫用，以及不當擴張¹⁷與法律之前，人人平等的觀念，或是

種理想狀態，則法治對於現時法律體系，不論何種體制之國家，某一個別情況，的確會有不一致的情形發生乃無庸置疑之事。如同 Raz 自己所說的，法治的符合與否，是一程度上問題。See J. Raz, *supra*, at 210.

16 主張形式論法治觀者，如 Raz，根本不認為法治本身具有實質上之內涵。See J. Raz, *supra*, at 210.

17 相當近代行政法上之依法行政原則，授權明確原則之觀念，參見吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂第八版，第 79 至 89 頁，(2003)。

所有人均受一般法院管轄，並適用一般性法律¹⁸。

形式上，人民的權利、義務，必須以法律定之¹⁹，此即法律保留原則，或 Dicey 之法律優位原則。其意為，法治概念之形式意義上，有關政府權利行使的界限，與法律之前，人人平等之原則，莫不與民主正當性有關，意即，人民之權利、義務之限制或調整，唯有基於人民之同意或經授權之立法者所通過之法律，始得為之²⁰。此一哲學理論或許是以實證主義之角度，將法治之法，限縮為立法機關所制定之法，始足稱之為法，而依現代憲政主義之設計，立法權，由代表人民之代議士，行使人民之意志，因此，唯有立法機關所通過之法律，始得限制人民之權利，從此觀點而言，民主正當性的根本目的與理由，旨在確保人民之自由，非有法律不得限制之觀念，基於此原則，則人民權利之行使與限制，始免於遭受獨斷命令之不合理剝奪或限制，而政府權利之行使與限制，則可免於無限制之擴張與濫用，兩者均於實定法之規定下，恰如其分，平等享有²¹。茲有疑問者，是否法律之制定出自有權機關，即可謂之為法治之完成？就法律之制定以作為法治

18 此外另有英國憲法已實現法治之說法。Dicey 表示，由於英國憲法中之一般原則，如自由權等，係由一般法院於具體個案之判決中所確認形成，而非如大陸法系國家關於此等權利之保障係從一般原則演繹形成，學者意有所指認為 Dicey 似乎反對法國的行政法院，並有特殊之行政法以適用人民與政府間所生之法律問題，See H. W. Arthurs, *Without the Law, Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, (1985), cited in P. Craig, *supra*, at 472.

19 參見中央法規標準法第五條之規定，左列事項應以法律定之，一、憲法或法律有明文規定應以法律定之者；二、關於人民之權利義務者；三、關於國家各機關之組織者；四、其他重要事項之應以法律定之者。此即法律保留原則。

20 此民主正當性之概念，如法國大革命時所提倡之 *Régne de la loi* 觀念，強調唯有明確之法律，始能限制政府行為的權力，並確保人民之自由。See M. F. Esteban, *supra*, at 75.

21 此一觀念似乎回應了 Rousseau 的社會契約觀念。See Anthony Kenny (ed.), *The Oxford History of Western Philosophy*, Oxford University Press, (2000), pp. 351-352.

之要件言，確與民主正當性有關，因而，民主往往被視為是法治概念的前提要件²²。然而，合乎民主正當性是否即可得法治之實踐？民主與法治似有前因後果之關係，但絕非有必然之關係，因為議會本身如果結構上已非合理，或通過之法顯失公平，甚有侵害人民權利之結果者，如何堅稱有民主過程之立法，即有法治之實踐²³？因此，有關法治之概念，似應思維其實質之內容為何，否則法治與法制即無加以區別之必要²⁴。易言之，實定法的完備，似乎即足以稱之為法治之完成與實踐。

二、實質內容的詮釋

認為形式有效之實定法規則，及其所形成之權利義務關係類型，即是法律體系之概念的主張，在法學理論上屬於實證主義。表面上，法律體系所包含之規則，只要形式上有效，即可認為係屬於法律體系

22 不過有某些學者卻認為，從歷史的分析言，法治實為民主的前提要件。See M. F. Esteban, *supra*, at 98. 視法治理念為一先驗之原理，而據以強調法律之前人人平等，政府權力不得濫用的想法，確實因此而發展出許多現代社會、國家的民主機制，如全民主權，決策透明，人民參與決策之必要等原則均屬之。

23 事實上，民主只是用以說明形式意義之法治概念，與實定法是有權機關所制定之法有密切之關係。甚而有學者認為，法治與民主常難兩全，甚至於是互相排斥。See R. Dahrendorf, "A Confusion of Powers: the Politics and the Rule of Law", 40 *Modern Law Review* 12 (1987). R. M. Unger 認為，此乃過度的強調民主的形式，如投票，多數決等機制的運用，在現代社會中，利益團體或優勢團體以及大型企業的影響與介入，使得選舉人的力量變成只是一種幻覺的結果。或有認為，法治只不過是資產階層用以合法化其統治，主宰其他社會階層人民的一種口實與工具。See P. Craig, *supra*, at 474-477. 究其原因，即因法治之法係議會通過之法，如果議會本身結構已不合理，則其所制定之法當然生有不公平、不合理之虞。此一推論如果有效，論者所擔心者，似乎非民主之問題，而是有關法治之實質概念上之問題。

24 See Antonin Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", 56 *University of Chicago Law Review* 1175 (1989).