

中央研究院人文社會科學研究中心專書(56)

憲政基本價值

蕭高彥 主編



中央研究院人文社會科學研究中心
政治思想研究專題中心

中央研究院人文社會科學研究中心專書(56)

憲政基本價值

蕭高彥

主編

中央研究院人文社會科學研究中心

政治思想研究專題中心

中華民國九十八年六月・臺北南港

中央研究院人文社會科學研究中心專書(56)

憲政基本價值

主 編 蕭高彥

出 版 者 中央研究院人文社會科學研究中心

發 行 者 中央研究院人文社會科學研究中心

定 價 精裝 350 元 平裝 300 元

郵政劃撥 10317005 帳號 (郵政劃撥手續費請自付)

戶 名 中央研究院人文社會科學研究中心

售書地點 中央研究院人文社會科學研究中心(出版室)

地址：台北市南港區研究院路 2 段 128 號

電話：(02)2789-8120 傳真：(02)2785-4160

編輯校對 周采霈

校 對 者 劉宜雲、李豫宜、沈玫瑰

印 刷 者 天翼電腦排版印刷股份有限公司

台北縣中和市中正路 716 號 8 樓 電話：8227-8766

初 版 中華民國九十八年六月

精裝 ISBN 978-986-01-8652-9 GPN：1009801294

平裝 ISBN 978-986-01-8653-6 GPN：1009801293

版權所有 不准翻印

編者序

憲法是國家的根本大法，也是現代國家中，價值與政治現實接軌的場域。一方面，核心的政治價值通過公民的論辯、選擇以及決斷而制度化成為指導共同體發展的制度性價值；另一方面，各種政治力量莫不通過動員以及說服等途徑，嘗試影響憲政價值的變遷。由這個角度加以觀察，憲政價值就構成了可從政治思想、規範理論、制度以及經驗分析等領域進行跨學科研究的課題。

台灣社會自九〇年代解嚴所啟動的民主化進程，一直存在著對於憲政基本價值的重大歧異，並導致七次修憲的持續變遷。在二〇〇八年二次政黨輪替以後，憲法政治的動能似乎暫時蟄伏，良善治理與廉能政府成為公民關心的主要焦點，而「行憲」取代了「制憲」與「修憲」，成為執政者對憲法政治的主導理念。

德國哲學家黑格爾曾謂：「密涅瓦的貓頭鷹要等黃昏到來才會起飛」，這是基於其實踐哲學的立論，要等到現實發展的過程結束後，才有可能產生關於現實世界的哲學思想系統。然而，在人類歷史的進程中，這個「黃昏」似乎從未到來，而只有不同時代的人以為此種黃昏已經來臨：如九〇年代初期社會主義陣營瓦解時刻，Francis Fukuyama 對自由主義政治原則做出「歷史終結論」的樂觀謳歌便是一著例。實際上，理論毋寧構成政治現實的視野 (vision)，從而本身就是現實的一部份，當然也不可能產生一種終極的、唯一的政治價值系統。在這個意義下，台灣的憲法政治仍將繼續前行，雖然在二次政黨輪替後，關於終極憲政價值的討論暫時蟄伏，被治理理性的訴求所取代。但歷史已經多次表明，精確的工

具理性並非人們安居之所，在工具理性議題得到一定程度解決之後，終極價值的關懷仍將回到政治場域之中。就像五〇年代行為主義者 David Easton 宣稱「政治哲學已經死亡」的同時，政治思想家 Isaiah Berlin 便基於人類在多元價值的環境中必然有著追求價值驅力的事實，斷言政治哲學絕不可能死亡，而會在未來價值重新被關注的時刻復興。歷史證明了 Berlin 的真知灼見，相信對於台灣憲政基本價值的論述亦復如是。

本書收錄十篇論文，討論近代以來關於憲政基本價值的各種理論。文章的編排以所論述的思想家或主題的歷史時代為主軸，讓讀者在研讀後能取得歷史的縱深。以下編者就各篇論文的主旨做簡單地分類並略述其大意，至於其詳細的論旨，以及對當前現實世界的意義，則有待於讀者在閱讀之後自行運用。

當代憲政主義的根本問題，在於兩大典範之衝突與調解：憲法作為保障個人權利的自由主義觀點，以及憲法正當性應該來自人民共同議決的民主或國民主權觀點。梁文韜教授的〈法治民主和權利的保障——Locke 的法治論初探〉以及張文貞教授的〈審議民主與國民主權之合致或悖離？——美國制憲經驗的分析〉，鋪陳出「自由」與「民主」在西方近代思想上的緊張性與調解之道。梁文指出自由與民主之間潛在的衝突牽涉到法治論的程序面向與實質面向難以協調：注重實質面向的自由論者認定，法治要求法律必須保護人民的個人自由與權利；著重程序面向的民主論者則認定，法治要求法律必須通過民主程序來制訂。洛克在現代憲政主義的源頭，基於對抗暴君的立場，形構了「能夠保障權利的政體便是正當政體」的古典自由主義論述，從而民主必須服膺於自由考量之下，甚至主張自由社會未必同時是民主社會，也就是說君主與貴族制都有可能形成保障個人權利的正當政體。張文則援引當代共和主義者 Hannah Arendt 以及 Bruce Ackerman 的政治理論，主張以「審議民主」

取代公民集體決斷為核心主張的國民主權論述，並由此解決自由與民主間之潛在衝突。通過審議民主以及國民主權的理念型建構，指出「國民直接討論」乃是國民主權與審議民主兩者之間之共同選項，並且在此基礎之上重新檢視美國聯邦憲法制訂的過程及其對於當代法政理論的意義。

接下來的論文群則是以十九世紀末至二十世紀初葉德國法政理論為主題的四篇論文。張旺山教授的〈由韋伯價值哲學的觀點論「人權作為普世價值」的意義〉，分析「人權為普世價值」的主張如何可能在韋伯的「價值多神論」架構中得到支撐。作者指出，就價值哲學而言，人權並不構成客觀意義上規範的普遍有效性，甚至現代人所相信人權作為普遍有效的普世價值，也並不構成一種「絕對的價值感」。然而，作者強調這並不會導致價值相對主義或虛無主義的危險，因為韋伯式的價值觀主張現代人需要通過歷史考察，來說明人權乃是現代人要活得有人格、有尊嚴所不可或缺的生存條件，正是在這個意義上，人權乃是世界史當中具有普世性意義與效力的「發展方向」。約略與韋伯同時代的德國法學界產生了「自由法運動」，這構成了黃舒梵教授〈法律拘束與個案正義：自由法運動對德國法治國傳統下立法與司法權限分際問題的反思〉一文之背景。作者指出，自由法運動挑戰了「司法審判等於邏輯涵攝」的自由主義主張，強調法官意志要素的必要性。但這並未顛覆法治國傳統對於「法官依法審判」的要求，反而通過對於司法活動本質的意志性理解，指出法官可以在法律拘束以及個案正義兩項誠命之間取得平衡點，並進一步則分析了 Hans Kelsen 的純粹法學與自由法運動之間的理論辯難。顏厥安教授的〈非融貫道德之憲政建構〉一文，以黑格爾悲劇所指出的倫理衝突之無可避免性為出發點，論述法蘭克福學派對此議題的持續發展，以及哈伯瑪斯溝通理性論對此之克服。作者接受第三代批判理論家 Axel Honneth 對於具體經驗或體驗的強

調，藉此補充哈伯瑪斯康德式的普遍主義，並運用於憲政理性之建構，主張經驗中最直接利益相關者的觀點，要受到優先的尊重，進而重構了轉型正義與限制理性等核心觀念。陳妙芬教授的〈文化國的原則與實踐〉反對傳統自由主義將文化國原則化約成憲法層次對於文化自由權的保護，主張有必要理解作為行動主體的個人在文化創造方面的能動性，使得「人」成為法律創造與詮釋之主體，並進一步促成文化以及「象徵資本」的機會平等。

第三個論文群則以英美當代政治哲學最新的發展為基礎，探討憲政價值的相關議題。錢永祥教授的〈「肯認」是一項憲政價值嗎？——論肯認的政治性格〉一文處理自由主義、社群主義以及後現代平等主義論辯的焦點問題，以 Charles Taylor、Honneth 以及 Nancy Fraser 三位當代理論家所建構的肯認概念指出：在民主社會公民身份的層次，「公平對待公民」可以通過純粹政治性的理解，而達到羅爾斯式政治自由主義的結論，也就是說文化或身份認同意義下的「肯認」，確實可以構成憲政價值，但對於進一步的道德規範價值，則作者仍堅守政治自由主義的立場加以評論及對話。陳宜中教授〈羅爾斯的公民不服從理論〉一文，回顧了由梭羅到甘地的不服從理論，並分析羅爾斯所定義的「公民不服從」，也就是「公開的、公共的、非暴力的、既出於良知又屬於政治性的違法行為」。作者批判羅爾斯將公民不服從設定為政治體系的「穩定機制」，以及由此所開展的規範性格，主張現實世界的公民不服從現象乃基於根本性的道德衝突，因此與羅爾斯所主張的道德勸說式公民不服從理論有所扞格。張培倫教授〈多元文化、認同與社會整合〉一文，以 Will Kymlicka 的自由主義多元文化論為主軸，分析此理論在追求社會統合時所不易避免的雙重困境：此種自由主義多元文化論無法在不同族群個人的自我認同中找到共同的連結紐帶，而即使事實存在此種共同性，在理論層次也不能保證不同族群就因此願意共組國家。

作者對這個雙重困境提出了深入分析，並主張雖然無法在理論層次加以解決，但目前相關的論述仍為創造族群團結與穩定關係的必要條件。

最後，張嘉尹教授〈台灣憲政秩序的規範效力——一個立基於系統理論的初步考察〉一文，以德國社會學者 Niklas Luhmann 的系統理論架構考察憲政秩序，指出憲法乃是一種媒介，透過於此，政治系統與法律系統結構的耦合乃得以在國家之中實現，是故，國家作為法政共同體必須通過適當的憲法形式，才有可能整合法律與政治系統的歧異。然而，當國家與憲法本身成為爭議的焦點時，此種爭議如何加以解決？這是本文的主要關切。通過系統理論的介紹，作者以 319 槍擊案以及反貪腐運動與國務機要費案為例，進一步分析台灣的憲政秩序。該文是本書唯一處理台灣憲法價值的論文，完稿於二次政黨輪替之前，也為之前台灣憲政價值的論辯在回顧之後畫下了休止符。

台灣政治與學術界的發展，已經脫離了早期以意識型態為主導以及「有機型知識份子」投身政治運動鼓動風潮的階段。隨著學術體制的建制化以及專業化，台灣學者必須隨著學術社群自主的律動來分析處理相關的課題。本書各篇文章的作者以及編者，均不免有個人的政治認同，這是民主社會的常態，但通過學術社群的討論以及依據學術規範所進行的審查，相信足以凸顯本書論文的學術性格。當然，這並不意味著當代台灣的學者活在自我建構的象牙塔之中，但隨著意識型態時代的遠颺，觀念的證成以及傳佈，將透過新的型態和網絡進行，這也是當代學者所共同面對的課題。

本書十篇論文均曾發表於中央研究院人文社會科學研究中心所屬「政治思想研究專題中心」於二〇〇六年十一月二十三、二十四日所舉辦的「憲政基本價值學術研討會」。該研討會邀集國內從事政治思想史、政治哲學、公法理論以及政治制度等研究專長之學者，

共聚一堂，發表相關之學術論文，並獲得了廣大迴響。當時議程安排以三大課題為主軸：對憲政基本價值與理念從事思想史之考察、對憲政基本價值從事政治哲學的規範分析，以及針對憲政價值在台灣的落實提出歷史與未來興革的討論。研討會邀請各方專家學者共同探討與對話，成功地為「政治思想研究專題中心」在傳統的思想史研究以及規範性政治哲學之外，開拓一個跨學科研究方向，並形成新的學術社群。

本次學術研討會共有十七篇論文發表，在會後有意願的作者在參酌評論人以及會議參與者的建議之後，修改其大作，並交由本中心出版室，通過最嚴格的學術標準審查後，方才收入本書。部分論文或由於作者的考量，或由於審查人的質疑而未發表於本書，編者在此仍感謝所有會議論文作者的熱心參與。

成功的研討會與書籍，幕後有著許許多多的投入。編者感謝本中心主任章英華先生、副主任郭秋永先生、政治思想專題研究中心執行長蔡英文先生與全體同仁、行政室同仁、助理楊蕙如小姐，以及賴芸儀小姐設計海報，使得該次研討會能夠圓滿完成。在專書刊行方面，編者感謝所有作者、論文審查人、出版委員會以及出版室同仁在漫長過程中所投注的心力。出版室助理周采霈小姐在編務方面的悉心協助，更是使本書能順利出版的幕後功臣。

蕭高彥 五四運動九十週年紀念日
於南港中央研究院

國家圖書館出版品預行編目資料

憲政基本價值 / 蕭高彥主編. --初版. -- 臺
北市：中研院人社中心，民98.06
面； 公分. -- (中央研究院人文社會科
學研究中心專書；56)

ISBN 978-986-01-8652-9(精裝). -- ISBN
978-986-01-8653-6(平裝)

1. 憲政主義 2. 政治思想 3. 文集

581.07

98009104

[目 次]

編者序	蕭高彥	iii
法治、民主和權利的保障		
——Locke 的法治論初探	梁文韜	001
審議民主與國民主權之合致或悖離？		
——美國制憲經驗的分析	張文貞	031
由韋伯價值哲學的觀點		
論「人權作為普世價值」的意義	張旺山	061
法律拘束與個案正義：		
自由法運動對德國法治國傳統下立法與 司法權限分際問題的反思	黃舒芃	089
非融貫道德之憲政建構	顏厥安	123
文化國的原則與實踐	陳妙芬	151
「肯認」是一項憲政價值嗎？		
——論肯認的政治性格	錢永祥	187
羅爾斯的公民不服從理論	陳宜中	219
多元文化、認同與社會統合	張培倫	265
台灣憲政秩序的規範效力		
——一個立基於系統理論的初步考察	張嘉尹	321

法治、民主和權利的保障 ——Locke 的法治論初探

梁文韜*

摘 要

法治是當代西方社會的重要價值，其自由主義色彩相當濃厚。現代西方法治思想起源自古典自由主義，John Locke 的影響尤為顯著。法治、自由與民主一直以來都被認為是當今西方政體的基石，可是三者的理論關係並沒有得到釐清。本文探討 Locke 的法治理論之政治道德基礎，從法治入手去了解自由與民主的理論關係，並闡釋 Locke 會如何化解自由與民主之間潛在的衝突。文章提出法治論包涵形式、程序及實質面向，指出民主與自由（或權利）之間的理論張力實際上是自由主義法治論中程序及實質面向之間的張力。Locke 所提出的之所以是自由主義法治論，是因為其實質面向乃權利及自由。由於 Locke 排斥程序面向，民主必須要服膺於自由考量之下，自由社會不必然要同時是民主社會。

關鍵詞：法治、Locke、自由、權利、民主、自由主義

* 成大政治系副教授，Email: mtleung@mail.ncku.edu.tw

一、前言

根據不少論者的看法，法治意念源自古希臘思想（Tamanaha, 2004: 7-14），及至現代西方社會，理論家如 Locke 及 Montesquieu 提出自由主義法治論，除了無政府主義或激進馬克思主義外，大部分意識型態都或多或少聲稱追求法治，但對其意涵及具體運作形式之了解似乎相當混亂。正如 Raz 聲稱當人們認同某一政治理想時，它只成為支持者的口號，而其原意變得無甚關連。他認為「法治」跟「民主」及「隱私」一樣面對類似的這種情形（Raz, 1979: 210）。Raz 似乎假設，「法治」有其核心意涵，只是被各式各樣的理解所模糊。不過，對另外一些論者如 Shklar 而言，「法治」完全只是一個空泛的口號，這是由於在意識型態上的濫用及普遍的過度使用所致（Shklar, 1987）。同時，法治一向被視為西方自由民主國家的重要基石；可是，並不是所有論者都認為只有自由民主國家才有法治。當然，自由民主論者會不同意此看法，這是基於對法治的不同理解。

自由民主主義者似乎都假設法治跟民主與人權是相輔相成的，可是，有人會質疑「自由民主」一詞本身是矛盾的，一方面，民主程序所產生的決議無可避免地會影響部分人的利益及自由，最嚴重的情況是「永遠多數」甚至「多數獨裁」的出現，少數人的利益及自由會長期受到忽視，甚至壓迫。另方面，以權利法案（bills of rights）等方式事先限制決策範圍，或以司法覆審（judicial review）等憲政機制在事後改變民主決議的作法都有違民主理想。這種矛盾在自然權利自由主義者的思想中更形嚴重，原因是在追求自由的同時，他們不能否定政治社會的必要性，否則就等同接受無政府主義，若認定民主的優越性，就必須證成民主是保障人權與自由的最佳政府模式。

法治、自由與民主一直以來都被認為是當今西方政體的基石，

可是三者的理論關係並沒有得到釐清。本文從自然權利自由主義者 Locke 的法治論入手去了解三者的理論關係，並闡釋如何化解自由與民主之間潛在的衝突。自然權利自由主義推崇個人自由，個人本身是一切價值的來源，民主若有政治道德價值，其價值乃工具價值，有助於個人自由及權利的保障。文章探討 Locke 的法治論之政治道德基礎，主張從法治入手去理解民主與自由（或權利）之間的理論張力，指出此張力實際上是法治論中不同面向之間的張力，而化解此張力的一種方式是仿效 Locke 的法治論之作法。

第二節探討 Tamanaha 對法治論的分析，並批評他對法治論分類之方式。我們提出法治論包涵形式、程序及實質三種面向，自由（或權利）與民主之間的不協調，在於自由主義法治論裡程序及實質面向之間的理論張力。我們反對 Tamanaha 將法治論簡單地分為程序論及實質論，反而指出法治論可以分為純粹形式論、混合論、複合程序論及複合實質論。純粹形式論只包涵形式面向；複合程序論包涵形式面向並著重程序面向，要求不管是什麼實質結果，程序都必須符合某些政治道德的考量；複合實質論包涵形式面向並著重實質面向，要求不管是什麼程序，實質結果都必須符合某些政治道德的考量，Locke 的理論正是複合實質論。

第三節指出，Locke 的法治論排除程序面向而採納實質面向，實質面向指涉權利的保障，也就是說，不管制定法律的制度如何，重點是權利及自由得到保障。因此，假如一個國家選擇民主作為制定法律的制度，那麼自由與民主的衝突在於經過民主程序所制定的法律，跟權利與自由相互衝突。但自然法並沒有規定必須採納民主制，對 Locke 而言，理論上自由社會不必然是採納民主制的社會。

第四節解釋 Locke 之所以發展出的複合實質理論，是基於其政治社會發展論。自然法規範前政治社會及政治社會發展的各階段，不同階段之制定法律的制度之正當性受到自然法的宰制，重點是要

求法律的內容與個人權利互不相衝突。

文章最後指出，對 Locke 而言，法治乃政治社會的最重要基石，他所提出的理論之所以是自由主義法治論，是因為其提出的實質面向乃權利及自由。由於 Locke 排斥程序面向，民主必須要服膺於自由考量之下，自由社會不必然要同時是民主社會。

二、權利、民主與法治論

現代自由主義法治論源於 16、17 世紀歐洲，而 Locke 被認為是最具影響力的思想家之一。對 Locke 而言，政治社會的目的是按自然法而定，亦即保障個人生命、自由及財產。同時，古典自由主義者談不上支持民主，大家也許會認為在當時的時空，這是可以理解的。但對當代論者而言，民主是一種政治決策的程序，我將其中基礎的精神稱之為「形式指涉的不確定性」(formal referential indeterminacy)，在理想的狀態下，政治過程的結果是不會特定地滿足某參與者的利益，不管其社會關係是什麼，諸如經濟的生產關係、個人所處的社會階級等，政治結果有可能對她有利，亦有可能有害。然而，這並不表示政治活動的結果是無法預期的，只是個人無法確保其利益終究會被滿足。在民主社會中（通常是 Dahl 所謂的多元社會），每一個實體，個人、政黨或利益團體都必須致力於其利益的實現，沒有人會因為其所處的位置而受到特別優待。

自由民主主義者會堅稱其理念可以將民主的概念詮釋得最完善，程序上的政治平等確保「指涉的不確定性」，因此透過民主程序的運作，沒有人在遇到爭議時不一定會勝利。不過，我們不能忽略民主的可怕性，作為決策的程序，不論是一人決策、幾個人的決策或多數人的決策，都有可能產生獨裁，繼而侵犯其他人民的自由及權利。

自由民主主義者不能忽略自由與民主之間的理論張力。若要理解此張力，我們主張從法治論入手，而這種嘗試是論者們所忽略的作法。Tamanaha (2004) 將法治論分為形式及實質兩種理論，其中分別有三種型態。

形式 (formal)	以法治國 (rule by law)	形式法性 (formal legality)	民主跟法性 (democracy+legality)
實質 (substantive)	個人權利 (individual rights)	尊嚴的權利 (rights of dignity)	社會福利 (social welfare rights)

按照字面的理解，「以法治國」(rule of law) 是透過法律進行治理。我們可以認定當中的涵意容許兩種解讀。第一、「以法治國」可以是「依法治國」(governing by law)，單指政府透過法律管治人民，法律只是當政者的工具，這並不意味政府及當政者本身受法律的限制。Tamanaha 引用 Carothers 的看法並指出部份亞洲政府及領袖只注意有效地運用法律去統治人民，而非政府本身要受法律限制 (Tamanaha, 2004: 93; Carothers, 1998: 97)；第二、「以法治國」必需包括政府「受制於法律」這個意涵，否則任何政府都會缺乏正當性，也就是「由法治國」(governed by law) 的意思，人民及當政者都受到法律的保護及制裁，隱含在其背後的意思是人人平等的觀念。當然，政府是否真的會遵守這些法律則另當別論，不過，人民可以作出監督。對於專制國家而言，其領導人及政府傾向第一種的解讀。Tamanaha 指出，對大部份法治論者而言，這樣的理解是對法治一種「專制性的扭曲」。職是之故，他認為「以法治國」應該包括第二種意涵，政府行為必須受到法律的限制。可是，定義上的釐清並不足以說明法治的具體內容。

著名論者如 Raz 及 Fuller 等雖然抱持不同的法哲學的觀點，但是對法治的基本要求，還是有一定的共識。對 Raz 而言，法律一

定要能夠指引行為，因此法律必需是前瞻性的、一般性的、公開的及相對穩定的 (Raz, 1979)。除了這些元素以外，Fuller 的理論還包括其他元素，如規矩的一致性，禁止追溯性及防止要求不可能的東西 (Fuller, 1969: ch. 2)。Fuller 將這些元素統稱為法性 (legality)，由於這不牽涉法律的具體內容，因此，Tamanaha 稱之為形式法性 (“formal legality”)。^①

形式法性並沒有觸及法律的具體內容，故不要求法律必須保障人權，另外，形式法性亦沒有要求法律形成過程必須滿足某些準則，更具體的說，形式法性並沒有要求法律必須透過民主程序產生，也沒有否定法律可以透過君主制或寡頭制來制定。

Tamanaha 提出的第三種型態不單包括形式法性，更包涵民主。換句話說，一個國家若不實行民主，就不算是法治國家。法治不單需要講究法律甚至法律系統要具備特定的性質，更要求法律透過民主程序來制定，因此，君主制或寡頭制都不符合法治的要求。我們將指出，對 Locke 而言，民主並非法治的充分條件，更不是其必要條件。在 Locke 的理論裡，最重要的是個人權利的保障。

按照 Tamanaha 的分類，要求保護個人權利的法治理論屬於實質理論。實質理論對法律的實際內容提出具體的要求，Tamanaha 提出的第一種所謂的法治實質型態中，法律必須達到保障個人權利的目的，當中的權利包括政治、公民及財產權等等。Tamanaha 並沒有詳細說明第二種所謂的法治實質型態中的具體要求，而在第三種所謂的法治實質型態中，法律必須達到保障社會及經濟權利的目的。Tamanaha 所提出的這幾種實質型態都屬於以個人權利為本，他並沒有提出以集體權利為基礎的法治理論，亦沒有探討其他可能的法治實質理論，如效益主義理論。當然效益主義理論者不必

① 值得注意的是，Fuller 所關注的是法律整體系統而非個別獨立法律的性質而已。