

# 打群架的遊戲規則？

## 由法治觀念的變遷檢討台灣之民主法治

◎ 顏厥安

我們所有人都知道揮拳頭打人不對的，但是我們也都知道拳擊比賽是合法的。在拳擊比賽裡參賽者可以合法地揮拳打人，甚至可以把對方打的頭破血流。不過拳擊手並不是只要在拳擊比賽裡就可以任意地合法揮拳打對手，他還是必需要遵守拳擊比賽的遊戲規則，亦即他只能在遊戲規則允許的範圍裡痛揍對方。

由這個例子裡我們其實可以看到許多東西。首先，不論是拳擊、柔道、棒球，還是其他一切的比賽競技，所有這些遊戲 (game) 都一定有一套遊戲規則，而這套遊戲規則至少需要滿足一個起碼的要求：公平 (fairness)。用英文來說，就是這必須是一個 fair

play。而公平競賽除了講求規則公平外，當然還包括裁判執法的公平。有趣的是，雖然從來沒有人成功地找出一種普遍適用的「公平」標準，但是我們仍然不斷地要求比賽要規則公平與裁判公平。

承接前面的例子，那麼我們是不是可以說：只要規則與執法是公平的，拳擊手就可以任意地毆打他的對手呢？顯然不是，因為拳擊與棒球或橋牌之間有一個重大的差異：拳擊比賽使用了一「暴力」。所有的競賽都要求公平，但並不是所有的比賽都允許選手彼此暴力相向。棒球的投手可能因為失投，有時甚至可能是故意的將球砸到了打擊手身上。但是即使你有一百個理由相信觸身球是故意的，打擊手還是不能夠拿起球棒毆打投手。但是拳擊比賽不同，所有這一類的武術競技比賽，就是刻意允許選手「暴力相向」。因此在許多競賽裡選手會因意外的發生而傷亡，但是只有在武術比賽裡選手會因對方的故意行為而受害。這標示了一個重大不同：當故意的暴力行為是被允許的時候，一定同時要施以相當的限制，以免失控。因此我們也可以問：為什麼所有的文明化的武術競技都是一對一的比賽，而沒有打群架的團隊拳擊賽？理由可能很簡單：因為打群架太容易讓暴力失控，即使有打群架的規則，也不容易執行。

法治的觀念演變可以與上述所談的內容相互對照瞭解。淵源於英語世界的「法律主治」

(rule of law，常被簡稱為法治)觀念，其實可以用公平競爭的遊戲規則來加以瞭解。這也是我們目前談法治最重要的觀念淵源。此一法治理念的代表性原始文件就是「大憲章」(magna charta libertatum)。在大憲章裡面，我們看到的是國王與諸侯們之間的書面協議，彼此同意如果要將一個人判刑入獄，一定要由檢方(控方)負起舉證責任，而辯方(被告)則可以站在與控方平等的地位之上，為自己進行辯護。審判程序的進行，不但要依照一套對於雙方皆平等的審判程序規則，而且法官必須負責維持程序進行的公平性。至於被告是否有罪，則是由法官以及控方以外的公正第三人所組成的陪審團來決定。公平的審判程序，就是對於控方與被告皆公平的一套遊戲規則，並由法官維持之。法治的理念就來自於蘊含有fair play精神的司法審判程序。在這一套理念下，法律僅僅是公平的程序規範，國王也並不代表高高在上的國家，反而往往僅擔任維繫公平審判的法官角色，他本身也要受到此一程序規範的拘束。

此一司法程序的法治理念，後來粲然大備於近代第一個憲政國家：美國。不同於英國，美國的立國精神在於平等，不但沒有國王或貴族，而且國家也不佔有特殊的法律地位。在法律主治的理念下，美國的法律制度清楚地彰顯了法律之前人人平等，國家也不例外。因此不但沒有公法與私法的區分，合眾國、各州或總統等憲政機關在司法程序中，就

跟一個普通的人民地位一樣。

但是台灣當前所談的法治觀念還有另外的一種淵源，那就是來自於德語世界的「法治國」(Rechtsstaat)原則。法治國原則的出現與法律主治觀念前後相差了將近五百年。法治國的概念乃誕生於歐洲民族國家已經漸次建立的大環境裡。在這個大環境下，最重要的議題當然不會是國王與貴族之間實力約莫相當的鬥爭，而是主權國家與主權國家之間的實力對抗。為了凝聚壯大民族國家的力量，就產生了對外獨立，對內最高的「主權者」觀念，其中尤其又以對內最高最重要。因為唯有讓主權者在國內擁有至高權威，才能夠集中全國的財政與軍事力量來打造現代化的國家機器與軍隊，以與他國競爭對抗。因此不論是行政權、外交權、軍事權、立法權、司法權，一切的公權力，都是來自於「主權者」所衍生分化的「國家權力」。主權國家形成了一個力量（尤其是武裝力量）空前集中強大，具有特殊法律地位的主體。國家獨佔了一切的公權力以及武力，因此人民與國家之間沒有 fair play 的對等關係，取而代之的是國家對人民的非對稱性支配關係。因此如果法律主治的理念近似於公平競爭的遊戲規則，那麼法治國原則的重點就在於對國家合法暴力行為的法律節制。

弔詭的是，一方面主權者當然地、排他地擁有實證法律的制定權，另一方面，卻又希

望法律能夠節制國家權力的使用。這在現實的條件下顯然相當困難。因此法治國概念反而特別需要有一「人民對抗國家」的人權觀念以及保障弱勢者的實質正義（社會正義）理念作為輔助。人民對抗國家的人權觀念，其實是與法律主治相當不同的思想。後者是以司法程序正義來保護固有自由。前者卻是以天賦人權來協助弱小人民對抗強大國家。如果從人民的權益保障角度來看，我們當然希望國家與人民的地位與實力相當，因此只要能夠透過古典的法律主治理念來保障程序的公平，就可以同時保障人民的自由。但是這種願望是注定要落空的。為什麼？至少有兩個理由。

第一，在近代主權國家與民族國家建立的過程裡，國家已經確定地形成了一個力量超強的組織體。我們再也不可能希望國家退回到近代早期的那種零散、悠閒的最低限度公共服務國家。因此一個實力強大的國家已經無可回復。第二，資本主義快速發展造成社會經濟力的極度不平均，因此反而需要國家在「社會正義」的導引下保護弱勢者。社會福利國家體制也終究在此等需求下建立了。法治國理念至此，更不得不繼續往社會法治國的方向發展。社會法治國除了要繼續防止國家過度干預人民之自由外，又要設法為國家的社會福利任務提供一套法律架構。收放之間，當然又產生了不少取捨兩難的新問題。

初步瞭解了西方法治理念的演變軌跡與基本精神後，我們回頭來檢視台灣自身經驗。

台灣過往的法治實施經驗有一個最大的窘境：我們被迫在一個世紀內完成西歐八個世紀始完成的法治理性化演變歷程。這其實是大多數所謂後進國家的共同處境，但是台灣更必須在解嚴後迄今短短十二年裡將法治典範變遷倉促地操作一番。從一九九五年大法官宣告檢察官羈押權違憲，到今年司改會的刑事訴訟制度改革計畫，乃至最近將夜間偵訊筆錄證據排除，都像是法律主治原則的入門演練。在法治國原則方面，也是在最近十年裡大法官才在法律保留、傳統特別權力關係之司法保障、平等原則等各方面發揮積極的作為。新近的緊急命令或國代延任爭議，又形成了一波對法治國原則的嶄新挑戰。至於社會福利國的法律制規劃，更是九零年代的發展，大法官也是在今年才透過解釋肯定全民健保強制納保並不違憲。

這種時間資源的極度壓縮或匱乏，當然會造成許多問題。首先是經驗的不足。法律制度這種高度倚賴實踐智慧（practical prudence）的領域，原本就需要大量的經驗累積以做為解決問題的參考。但是在時間短促的壓力下，我們不但相當缺少過往的經驗可供參考，在新問題層出不窮的狀況下，根本無法有意義地累積經驗。因為並不是發生過的事情就會自動成為經驗，事例必須透過回顧、整理、分析等工作之後，才能成為有意義的資料。但是在時間壓力下，我們往往忙於「遺忘」而缺少累積，自然更談不上深刻的反省。

九七修憲惡果浮現而竟無人聞問，即為著例。

其次，西方的法治典範之所以會經歷多次的變遷，是因為不同的法治典範分別對應於相異的社會經濟或政治需求。但是台灣卻出現了一「異質問題的同時交疊」現象，應該以法律主治精神來解決的問題，與屬於法治國或社會法治國的問題交疊出現，因此到底要以何種態度來看待我們的法律制度，顯的莫衷一是無所適從。再加上一種扭曲的本土化或因地制宜論述攪和其中，反而使得比較精緻貫通的制度論述難以立足，處處充滿了缺乏原則，遷就現實政經力量的機會主義方案，當然使得法律越來越像是強勢者欺壓弱勢者的不公平遊戲規則。而人民一旦廣泛失去了對於法律正當權威性的尊重，那麼違法與否也就成了機會成本的考量而已。政府舉債法定上限的任意修改或者總統一語即可調降銀行營業稅，就是典型的壞榜樣。

第三，更值得注意的是，西方社會對於新法治典範之需求業已出現。有大量的文獻從不同的角度或立場來討論法治理念應如何因應所謂後現代之社會境況。而台灣在現代性尚未完成之時也一併出現了此等挑戰。那麼這是何種挑戰呢？我們可以說：民族國家面對的是一「能力不足」的問題，因此需要在「知識就是力量」的基礎上，建立強有力的「領導」政府。但是當前國家面對的是一「複雜性（風險、不確定性）過高」的問題，因此需要在對

「訊息」的妥當掌握處理上，發展具有「調控 (steering)」機制的制度。

以這次的九二一地震為例，固然有緊急命令的憲法性質或是政府提高救災補助金額是否合法等傳統法治問題，但更困難棘手的卻是諸如房屋全倒半倒的認定；防堵重建工程的黑道介入；斷層帶是否應全面禁建；或是否應由國家介入建立全面的地震保險等問題。高度而又不可消除的複雜性，成為一個全新的問題領域，這對於建立於邏輯性的構成要件該當，直線式的因果關係，或目的／手段的工具理性思維的法律制度而言，形成了一個空前沈重的負擔。我們該如何幾乎是「四位一體」地，一方面繼續落實前三種法治理念，另一方面同時發展新的法治理念以因應需求，注定成為新世紀台灣法治建設的重點任務。

在具體的建議方面，筆者認為首要之務仍然是林毓生院士所提到過的健全憲政體制。憲政體制或憲政主義雖然是典型的現代性產物，似乎已經漸漸有「過時」的趨勢，但是筆者認為不只是在台灣，在全球任何一個主權國裡，透過憲政制度來馴服國家這隻大怪獸，仍然是一切嶄新發展不可或缺的必要條件。如果放在新興民主國家的脈絡下考察，我們可以發現，雖然民粹式強人領導可以有一時的績效，但是若缺少穩定憲政體制的運作規則，不但政治權力移轉的動盪容易抵銷發展的成果，國家以及其他社會部門也可能沈溺或羈絆在固有的運作規則下，而產生不了自我更新的動能。台灣的民間始終有不少自我發展的能



量，但是惡質的憲政體制卻大大侷限了創新發展的可能性。

其次，在憲政主義的導引下，台灣應致力於社會權力的均衡化與民主化。新興民主國家的經驗顯示，往往導致人權侵犯法治不彰的並不是單純地來自於政府公權力部門，而是各類彼此糾葛纏繞的利益團體，利用其強大的社會力來主導公共決策，甚至不惜以扭曲法令的方式來競逐或交換利益。我們通常所謂的黑金政治或黑道與白道的掛勾，都可說是此一現象的描述。因此權力的民主化，絕對不只是民主投票機制而已，更包含有社會權力在法治原則下的均衡分配。近年來台灣在這方面可說迅速惡化，在各種法令的表象規範下，決策官員、民意代表，乃至於公務及司法人員等，竟然紛紛臣服於利益團體之掠奪邏輯下，執法的公平與決策的公共性早已不見蹤影。由新近的台肥案到去年的國民「卡幾乎強行闖關成功，也只不過是比較有名的兩個實例。

第三，在高複雜性的新社會條件挑戰下，我們再也不能寄望於國家「能力」的擴張方案來面對問題。由地震的經驗可知，我們並不是缺少人力財力或權力，而是缺乏對於資訊敏銳反應，有效掌握處理的機制。因此集權可能不如分權，掌控可能不如調控。因此透過法律規劃來分配分散權力、責任、風險與信賴，可能才是未來要走的大方向。

最後筆者還要強調一個常被忽略的重點。不論是何種典範的法治，都是在應然的領域

內進行法規範客觀性的探討。因此除非我們承認在憲政主義法治精神之下，對於重大的法律問題都有客觀的是非對錯可言，否則談法治其實是毫無意義的。但是當前有一種危機在於，我們並不是缺少對於各個問題的答案（因為所有人都覺得自己有能力對於實踐領域的問題發表看法），而是我們不清楚「如何決定」哪一個答案才是正確的，乃至於放棄了對正確答案的追尋，而成為一種犬儒式的價值相對主義，或者「讓權力說話」的規範侍從主義。這兩種立場其實後果是一樣的，因為不知如何判斷正確答案的主張，就根本不是個主張。而權力原本就無視於規範的對錯一直說個不停。如果重大爭議問題，不論是代理孕母還是真耶穌會信徒的權利範圍，都不是靠說理而是靠權力來解決，那麼我們有的當然不是法治而是政治。而政治總是供過於求。

如果霍布斯再世，看到台灣這個喜歡在議會和球場上打群架的民族，可能分外覺得他的巨靈論是對的，而且應該優先訂定打群架的遊戲規則。然而世界已經不再如此單純，遊戲規則的公平與暴力的節制固然重要，但是已經不敷使用。能夠在拳頭與混亂之外，看到台灣議場與球場的共通之處，恐怕才是拓深台灣法治新典範的契機。