

《回應》

法治觀念之異質移植繼受

——法制史底畫稿

◎ 李鴻禧

顏厥安教授這篇報告，是以法治觀念之歷史變遷，亦即以時間為經，而以法治觀念之英美法系的Rule of Law 與歐陸法系之Rechtsstaat之比較研究，亦即以空間為緯，來設定法治觀念之座標，試圖將台灣之民主法治、定位標點，勾勒描繪出其座標圖來。

如此一幅座標圖之設定繪畫，原就涵藏多元文化（Multiculture）所生法治觀念，而有其綜複雜性質；加上台灣移植繼受不同法系之法治觀念，又是葛藤纏繞地匍匐吞棗；對一位深入研究法理學、已能穿透時空全盤理解法治觀念全貌的報告人，自然能夠悠遊於此座標圖間，運用其渾厚之法理學架構析理、自如揮灑，筆觸新穎、色彩綺麗；使其廣博之

法學智慧盈溢在此報告之字裏行間，充分顯示其內容之豐富淵博。不過，同時卻也因報告人在此有限之篇幅字數及短促研討時間，推擠過多稍為深奧之觀念與問題，讓人有議度過度壓縮、不易簡明析理之壓迫感；尤其對法理學、法制史之思想哲學較未深入研究者，也許會更感閱讀、議論都較費力。

台灣是最常談論法治，卻是對法治觀念最不清楚、對推展法治也最漫不經心的國家。台灣前清統治之，與近代民主法治固然毫無關連；就連日治時代早在一九〇〇年代就建立法院，間接移植繼受歐美近代法治制度，也是以歐陸之Rechtsstaat（法治國）觀念為主，台灣又祇是日本殖民地，自然難於萌生法治觀念。到第二次大戰後，中國國民黨政權佔領統治台灣，又實施長達四十年之戒嚴緊急體制，毀壞了民主法治生態環境；在這種政治陰霾長年籠罩下，雖在解嚴後這十一、二年，台灣又逐漸能推展民主法治，但因積弊深重、改革不易，所以步履踉蹌、顛仆不已。

在英美法系Rule of Law（法治）觀念之形成發展中，公平競爭（fair play）之遊戲規則（Rule of game）觀念，扮演了極為重要之角色。早在十三世紀初，英國大憲章就開始形成、建立Rule of Law的觀念，以法律為公平而正當之程序規範，使個人相互間或個人與君主、國家間之自由、權力與義務之糾紛，都能用fair play或Due process之司法

審判程序來解決。這種Rule of Law觀念之形成發展，乃發展出保障人民自由與權、權力分立限制國家權之立憲主義政治。惟在東方世界之中、日等國，力行嚴分階層之封建專制政治；在「普天之下、莫非王土，率土之濱、莫非王臣」，「君要臣死、臣不死不忠」之思想，長年濡染浸淫下，移植繼受英美法系之Rule of Law觀念原就不易；在東方法政文化傳統中，視法律為定分止爭以鞏固王朝安泰，司法審判被列為行政職務而由地方行政首長兼理之情況下；在現代要建立以公平司法程序為基礎之Rule of Law觀念，推展落實在立憲政治，尤其是保障人權、國民主權及權力分立上，當然相當困難。

事實上，台灣最早接觸近代民主法治之契機，卻在日本殖民台灣之十九世紀末。當時日本逼於列強侵略及維新近代化之壓力，捨英國Rule of Law之法治觀念而採德國之Rechtsstaat之看法。亦即為建立強大民族國家，在形成國家對人民之非對稱性支配關係後，才以Rechtsstaat（法治國）觀念，被動而消極地以法律來約束、節制國家、政府之暴力行為；而不採國家與人民能以法律為「遊戲規則」（Rule of game），以司法程序之公平審判（fair play）來保障人權之英國Rule of Law之觀念和制度。抑且，台灣之Rechtsstaat觀念，則猶低劣：（一）台灣是日本殖民地，有「六三法案」等殖民地特別法；未必能適用日本本土之明治憲法。（二）明治憲法明定國家主權屬於天皇，天皇綜攬

國家統治權，日本本土都未有近代民主法治之正確觀念與運用，其移植Rechtsstaat法治觀念，有嚴重移植排拒之變形變質現象。(三)明治憲法上之人權規定，其法理依據並非天賦人權，而是源自天皇之慈惠；人民選出議員制定法律，易非完全本諸民主法治；而只是贊襄、匡輔天皇綜攬國家統治權。

第二次世界大戰後之五十多年，台灣為國民黨一黨長年統治，其中有四十年左右，國家處於動員戡亂緊急體制下，實施戒嚴。法諺有云「緊急體制下無法治」、「戒嚴令下無民主」，先天不良之台灣在戰後又遭後天不足之災厄，民主法治莫由萌生茁長。「萬年國會議員」及「動員戡亂時期緊急法制」，使民主與法治幾近癱瘓不毛。戒嚴解除後此十一年、二年，台灣踉踉跄跄地採行操作民主法治，難免破綻百出、變形變質。台灣國家、政府在民主法治之鎖鍊下，已無法再是Leviathan（巨靈）鉅力萬鈞，但也不應、也不會是Watch dog（夜犬）。如何使法治觀念形成、落實，使國會殿堂上不再打群架，國會暗箱中不再有黑金魅影，應比經年喧騰總統選舉重要得多了。