

論法治國家的檢驗原則

陳新民*

台灣中央研究院

中山人文社會科學研究所研究員

一、前言：法治國家的標準何在？

要論定一個國家是否符合被認定為法治國家，必須對“檢驗指標”的內容，加以分析。究竟法治國家的標準如何？以英文法治國家的用語“the Rule of Law”而論，乃國家“依法而治”，是否意味著國家所作所為，只靠“法律”，即可步入法治國家的境界，即使“惡法亦法”，亦不妨害一個實行惡法的國家，可成為法治國家？在此又可以進一步討論，以何種標準來認定，那一個法律是惡法？是否法律的產生不是由民主程序所選出的國會所制定頒佈者，一律為惡法？這是由程序面以觀。亦或是以法律的實質面來觀察，只要法律的實質有不正義，例如違反人性尊嚴或基本人權，即可列入非法治國家的行列，這是就實質面來觀察。但實質面所引起的爭議卻更多，到底何謂“人性尊嚴”？而人權的標準更是因國而異，法治國家是否當然受到這些原則的拘束？這些都是在討論法治國家屬性前，必須先予以澄清。

法治國家的原則，正如同所有公法學理論的產生一樣，是經過了與民主憲政體制同樣長時間的發展。大致上從十九世紀初到二十世紀中為止，法治國家原則逐漸發展成熟。筆者曾經撰寫兩篇探究法治國家理念

* 作者為德國慕尼黑大學法學博士，專長為憲法、行政法，國立台灣大學、私立中國文化大學、銘傳大學兼任教授。

的論文，第一篇是1996年6月刊載於政大法學評論第五十五期，“法治國概念的誕生論德國十九世紀法治國概念的起源”，第二篇是在1998年10月刊載於台大法學論叢第二十八卷第一期，“國家的法治主義英國的‘法治國’（the Rule of Law）與德國法治國之概念比較”¹。按所謂的“法治國”，乃由德語“Der Rechtsstaat”翻譯而來，顯然是德國公法學的產物；而英文的“法治”（the Rule of Law），則是英國憲法大師戴雪（A.V. Dicey）的著名學說，這兩篇論文已經詳細的分析了法治國家的概念，並且已經獲致了一個共同的結論。以下僅就法治國家原則的演化過程，以最小的篇幅來予以敘述，俾使討論法治國家的屬性時，對檢驗的標準能有一個清晰的體認。

二、古典主義的法治國概念——形式意義的法治觀

法治國家的概念起源於十九世紀，是一個逐漸形成個人主義、自由主義及啓蒙運動的時代。此時代所產生的法治國家理念，恆以國家有無藉法律為統治為唯一依歸。至於法律本身的“品質”——是否有違反公平正義……，即不必論及，是為所謂的“形式意義法治國家”。這可以稱為是古典主義的法治國家，典型的代表是十九世紀所產生的初期的德國法治國概念。

在法國大革命後，歐洲君主政體面臨土崩瓦解時刻，各方紛擾動盪不安。德國大哲學家康德提出的理性主義法律觀，便受到德國法學界高度的重視。康德認為國家是人類理性的產物，必須透過法律來規範個人的自由，避免每個人會基於自由的恣意行使來侵犯他人，因此，法律成為公共意志的產物。反之，道德只成為規範人民“內在自由”的工具。同時康德也採取了盧梭的三權分立理論。對於其國家觀，康德則明白的提出“國家為一群人在法律下的結合體”之見解，此見解已經將國家理念與法律的功能結合在一起，法治國家的理念雛形已告誕生。

1798年一位名為普拉西德斯（J.W. Placidus）的學者首先提出“法治國家”的名詞，明白支持康德的國家觀，並強調一個新型的國家理念

¹ 此兩篇論文皆刊載在拙著：法治國家論，學林文化事業出版，2001年4月，第1頁至第120頁。

應納入法律制度。在十九世紀以後，德國國內主張建立法治國家、揚棄警察國家，更蔚為思潮。同時自由主義及人權理念也注入在法治國家的理念之中。其中鼓吹建立法治國的學界代表性人物有五個：

1. 莫耳的主張：莫耳（R. v. Mohl, 1799-1875）本人曾擔任杜賓根及海德堡大學法學教授、司法部長及國會議員，在其 1934 年所出版“法治國原則的警察學”（*Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*）一書中，主張國家要達成照顧全民福祉的任務，但必須透過有立法權的民意代表通過法律，實施“法律之治”及法官獨立審判的制度。人民應給予最大的自由，以追求個人的幸福快樂。
2. 史塔爾的主張：與莫耳同期擔任教職的史塔爾²（F. J. Stahl, 1802-1861），在其 1837 年所出版的“法律哲學”（*Philosophie des Rechts*）一書中更明白指出：國家必須是一個法治國，這是現代政治的潮流，也是最合理的政策。國家應將其活動的軌跡及界限，以及人民的自由範圍，以法律詳加規定，並予縝細的保障。此原則必須不打折扣的實踐，涉及人民權利的法律關係惟有在不得已時，方能限制之。所以史塔爾的見解用法律來界定國家及人民權利，以保障人民之自由，故史塔爾是一個典型以形式意義來論定法治國家，也是此“法律工具論”的代表。
3. 貝爾的主張：繼史塔爾而起，對於提倡法治國家概念極有貢獻者為貝爾（Otto Bähr, 1817-1895）。與前幾位提出法治國家理念者皆為學術界人士不同，貝爾是一位法律實務工作者，終身都在法院——起初在 Kassel 地方法院任法官，終於帝國法院（今聯邦法院前身）參事職位（*Reichsgerichtsrat*），並曾於 1892 年針對德國民法官方草案提出不同意見的草案，所以是一位具有豐富實務經驗的法官。

² 莫耳於 1817 年開始在杜賓根大學學習法律，1819 年轉赴海德堡大學，1824 年擔任杜賓根大學副教授，1927 年升正教授；史塔爾則於 1819 年起在渥茲堡及海德堡求學，1832 年起升任渥茲堡副教授。兩人在海德堡皆師從大師 Thibaut 教授。至於二人在海德堡是否相識，則不得而知！

貝爾在其 1864 年發表的“法治國家一個構想的發表”(Der Rechtsstaateine publizistische Skizze)一書中,已經具體對法治國提出幾點原則來確定:第一,以法(法律及司法判決)來規範國家生活。第二,三權分立,司法必須可以控制行政權,及行政權必須服從法院之判決。第三,確立公法的地位及任務。公法乃規範國家統治者與被統治者之關係,因此更需成文化。行政權力必須以法律及法來界定其範圍。第四,行政權一旦逾越此範圍,應由法院裁判,故應成立公法訴訟制度。貝爾的法治國見解也是一個形式意義的法治國與史塔爾十分類似,而且作為規範國家的“法”是法律,以及透過法官適用法律所形成的司法判決,故無須論及法律的實質是否違反公平正義的原則。

4. 格耐斯特的主張:格耐斯特(Rudolf von Gneist, 1816 - 1895)在 1872 年出版的“德國的法治國及行政法院”(Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland)一書中,大力宣揚史塔爾的法治國理念,使得史塔爾的法治國理念成為全德普受矚目的學說,格耐斯特認為所謂的法治國家,是指國家應該透過明確的法規,來規範人民的財產及營業與職業的權利,並保障人民的財產權利,並扶持弱勢的族群。同時格耐斯特也強調人民享有自由的前提要件便是:“遵守國家的法律以及公權力”。至於法律內容為何,則依立憲制度的立法機構產生為依據,所以適用法律者,無須探究其內容。
5. 毛魯斯的主張:最後一位是毛魯斯(Heinrich Maurus)在 1878 年出版的“評現代憲政國為法治國”的專書,毛魯斯大致上仍是執形式意義的法治國看法,但已經逐漸的把程序要素移入,因此如果立法違反了法定的程序,便不能產生拘束力;反之,合法通過的法律,行政與司法權必須服從之。至於法律的具體內容,仍不作為法治國屬性的標準。

筆者曾綜合十九世紀德國法治國概念的發展綜合出下列五點特色:
第一、法律實證論的強調:此時代乃強調使用法律作為拘束國家權力的工具。法治國(Rechtsstaat)實無異為“法律國”(Gesetzesstaat)。推其因,乃當時仍瀰漫著自由主義思潮,基於保障人民財產及其他自由權利,唯有藉著明確的法規來限制國家——特別是行政權力——之範圍,此時由立

法機關通過的法律較能滿足此一需求。所以特別重視形式意義的法律。

第二、權力分立原則的確立：德國在十九世紀法治國理念的發展中，既然是以限制國家權力為主軸，行政權的可能濫權遂成爲眾矢之的。隨著“法律優位”的觀念，自然地產生立法權及行政權的分立。從而，司法權也鼎足而立。三權分立正成爲法治國理念的骨架。然而，實際上就一個獨立司法權的重要性加以闡釋、發揮，並作爲法治國不可分之重要理念成分者卻甚少——上述由在十九世紀法治國家理念發展已屆尾聲的奧托·麥耶（Otto Mayer，1846-1924）對司法獨立重要性的漠然態度，即爲一例。相反的，藉強調對行政權的“制衡”，促使產生行政訴訟制度，卻是此時期法治國理念的另一具體產物。所以，德國法治國的概念成型，其動因是來自對行政權運作拘束的“法治化”及“司法化”所做的努力也。

第三、思想的淵源問題：德國十九世紀法治國觀念的萌芽及興起，其思想依據不出四個方向的可能性：1. 美國憲政的啓示；2. 盧梭的“主權在民”或“社約論”；3. 孟德斯鳩的權力分立論及4. 康德的理性論。吾人可由提供法治國理念諸位學者的思想脈絡，予以篩汰、溯源與分析如下：

- (1) 每個人在其著作中幾乎都會援引康德的理性主義及自然法觀念，作爲法律規範個人自由及國家權力之界限必要性的理論基礎，此是十九世紀任何人文論著——特別是法律學方面，喜歡援引哲學家見解的常態。所以，各家皆明顯受到康德的影響。
- (2) 在實際主導法治國理論架構成立方面，似乎仍是孟德斯鳩的“權力分立”論，佔了最大的份量，幾乎所有的學者所持的法治國家，採形式意義認定，國家運作所依據的法律，出自行政與司法權外的立法機關，所以“權力分立”當是德國法治國理論的中心支柱。
- (3) 在盧梭的思想方面，除了“社約論”可以在部份人士的論著中尋得其蹤跡外——此多在涉及限制個人權利與有妨礙社會公益時，例如康德、莫耳、魏克，至於影響後世更大之“主權在民”，似乎就沒有受到應有重視。

此些德國法學者，大多對主權問題避而不談，其理由可能是基於對於法國大革命後的混亂及恐怖政治之排斥，或是德國當時仍是君主立憲，故主權在民之觀點無疑會牴觸國家當權者之利益。所以，盧梭主權在民之論點就沒有成為建構德國法治國理念的依據！毛魯斯的著作駁斥一些流行見解認為國家唯有實行共和方可能實行法治國，便是一個支持君主立憲式法治國的心態反應！另外對於人民基本權利之保障則多持肯定之見解。此亦和德國各邦國在十九世紀已經實行君主立憲體制有密切關連。這些邦國之憲法，儘管多半仍屬欽定憲法，且非民定憲法——即立法權不全操在人民代表手中，但多半有人權條款之規定——特別明顯地是1848年公佈的法蘭克福憲法草案，所以人民依據法可以享有人權。但也多半是“依法”才享有人權也。

- (4) 在援引美國憲政的經驗方面，美國獨立革命成功及立憲誠然給予歐洲相當程度的震動，也是鼓舞法國興起大革命的熱潮之一，但是對於德國法治國理念，卻沒有證據顯示有任何顯著的影響！本文所引的當時全部論著中沒有任何一位提及美國憲政制度、憲法規定……，來作為法治國理念的榜樣。即連對美國憲政頗有認識，曾經在1824年出版介紹美國憲政專書的莫耳，也沒有援引美國的行憲史實來支持其論點！這頗令人納悶，其可能的解釋作為美國制度在當時歐洲主要國家知識份子心目中，恐怕仍未佔有足夠的地位矣。因此，橫亘十九世紀德國法治國理念是強調其形式意義，透過立法一方面限制國家權力，與界定人民的權利！此目的大致是以保障人民權利為出發點，也是延續十八世紀自由主義及更早的啓蒙思想而已。所以其講求國家任務的有限性及法規的“制式性”——實證法律，且將法律視為純粹工具。

三、現代意義的法治國概念——實質意義的法治觀

形式意義法治國家概念的特點為簡明易辨。只要客觀考察國家有無建立一套法律制度，並實際實施此制度，即可歸入法治國家的行列，而可不必去探究究竟該法律是否真的符合憲法所保障的人權、民主或正義原則，避免淪入“人言人殊”的抽象爭議！但這種“形式論”忽視“法律之治”本身亦代表了一種進步的理念，也帶有一種新的時代價值，即國家告別專制國家型態而步入新的國家型態。如依形式意義的法治國家標準，即使一個獨裁政體以“惡法”來治國，亦不免為法治國家乎？這違背了德國當初創造出法治國家學者們共同的理念，都是自由主義且維護憲政主義的進步份子，所以形式意義的法治觀容易誤導，且不能反映時代精神。

相對形式意義的法治觀，現代意義的法治概念，則進一步強調法律的實質內容是否具有一定的品質。也就涉及到檢驗一個國家的實施法治是否經得起某些價值的判斷。這種被稱為是實質意義的法治觀，由英國戴雪教授引入的較單純的“人權標準”開始，而後逐漸形成目前所盛行的“條件說”兩個階段，也綜論如下：

（一）實質意義法治觀的濫觴英國法治概念的起源

實質意義法治觀的產生，居功厥偉者為英國的戴雪（A. V. Dicey）教授。而英國的法治國（the Rule of Law）概念與用語，正是出自於戴雪在1885年出版的“英國憲法學導論”（An Introduction to the Study of the Law of the Constitution）。戴雪在這本大作中，認為英國憲法的三大特色是：國會主權、國家“依法而治”（the Rule of Law），已成為學術界所共通的用語。就何謂依法而治，在德國法治國概念，已發展近一百年後，戴雪所提出的標準卻是在以下三個原則：

1. 人民非依法定程序，並在普通法院確認違法，不受財產及身體上不利的處罰。這是法治的第一要義乃在制止“人治政府”擁有廣泛、擅斷限制人權的裁量權。
2. 法律之前人人平等，任何人（包括國王及公務員）皆臣服普通法，並受普通法院之管轄。
3. 英國的憲法是各法院由個案判決所累積的成果，所以法院是保障人權的結果，而非人權之本源。

因此，戴雪的法治觀可以總結為以下幾個特點：

第一，其理論是以護衛人權為出發點。戴雪是個標準的個人主義、放任主義及自由主義，這也是十九世紀學者普遍的思潮，但是卻與同時代的德國提倡法治國學者有相同與不同之處。在相同之處，為對憲政體制的批評較不熱衷，例如：“英憲精義”的篇幅未及於英國整個憲政體制例如對於王室的權力、地位即略而不談。而不同之處乃是將法治重點置於人權的保護之上，所以，該書特地以三節討論人民的人身自由、言論自由及集會自由，將法治與人民自由緊密聯結在一起，這是當時歐洲的憲法學著作所少見。

第二，強調法院的功能：戴雪的法治觀完全是以法律學者的視界所構成，因此對於法院的功能極為強調。構成其法治觀的三個要素無一沒有法院的任務在內。可見得戴雪對法院的重視。將法院的保障人權視為法治的要素，是戴雪法治觀的特色，也與當時德國的看法迥然不同。

第三，對於行政權的不信任。戴雪把英國憲法主義分為兩大部分，國會優越理論推崇立法權之崇高；法治理論則置重法院之依法獨立審判。相形之下，而對任務正日益增多、勢力正日益膨脹的行政權反而不予重視，而戴雪再表示憂慮的正是行政的濫權，故其法治觀處處表現在壓抑行政權。在歐陸各國隨後飽受國內極權政府統治或是受到極權國家侵略的苦痛，使英人不能不佩服戴雪的卓見。對行政權的懷疑成為法治的背景思想，使得法治觀帶著“防禦”性的色彩³。

（二）實質意義的法治國概念的成熟

在英國戴雪提出具有實質意義概念的法治觀後，德國也逐漸走向此一趨勢。開始時期是在德國威瑪共和時代，已對當時流行的形式意義法治國家理念提出檢討，並且將憲法的人權價值列入論定國家是否實施法治的原則。例如著名的卡爾·史密特（Carl Schmitt）在1929年出版的“憲法學”（Die Verfassungslehre）大作，已將保障人民的人權，以及法官是否獨立，作為法治觀的子原則。不過，仍處於與少數學界的見解。

³ 戴雪的理論當然遭受許多學者的批評，例如：詹寧斯（Sir W. Ivor Jennings）1933年出版的“法與憲法”（Law and Constitution），中文版，見北京三聯書局（龔祥瑞、侯建譯），1997年。詳細的批評，參見拙著：國家的法治主義，刊載：法治國家論，第70頁。

真正影響到法治國的性質由形式意義轉向到實質意義，是德國戰後對納粹政權利用法律實證主義，實行空白、概括授權來箝制人權的法制痛加檢討所致。因此，德國在1949年公佈的基本法第1條1項即明定：所有國家的權力必須尊重及維護人類尊嚴；第3項規定：憲法基本人權的條文可視同現行法來拘束所有的國家權力。所以可知道國家的法律並非拘束國家權力的唯一法源，憲法的人權規定以及所蘊含的人性尊嚴及正義，方是拘束國家權力運作的最高原則。加上基本法第79條3項規定此法治國及社會國原則都不能成為修憲的標的，第93條及100條賦予聯邦憲法法院職司法律是否違憲的審查權限，使得法治國的認定標準，已不再是由形式、而是由實質層面來審查。因此實行法治國必須有護衛人權的實質內容，同時，實施法治的法，也必須具有一定的“品質”不可，這是德國目前的通說。說以著名的蕭勒教授（Ulrich Scheuner）在1960年發表了一篇即著名的“德國法治國家的新發展”（*Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*），這篇在德國被視為討論法治國家概念的經典之作中，將一個實質的法治國家的要件，必須同時建立與實施其他的制度，蕭勒認為共有十一個之多：1. 授權明確性原則；2. 行政裁量的逾越權限應受司法審查；3. 法治國家原則可衍生出一連串“子原則”，例如：法律不溯及既往、比例原則、誠信原則、信賴保護等；4. 法律平等原則；5. 廣泛的權利救濟制度，特別是違憲審查制度，使法院可追求“實質的法”；6. 行政程序應法制化；7. 各種訴訟應保障人權，例如應引進聽證制度；8. 刑法制度應受法治國理念之影響，例如廢止死刑；9. 公務員責任制度及國家賠償制度應建立；10. 建立公平徵收制度，以保障人民的財產權；11. 建立違憲審查及憲法訴願制度等。

除了蕭勒教授外，在英美法的世界，也逐漸形成這種共識。例如英國權威的瑞茲教授（Joseph Raz）在1977年發表的“法治及其特點”（*The Rule of Law and its Virtue*）即認為實施法治的法，必須具有下列八種品質：

1. 法律必須有預見性、公開及明確。刑事不能夠溯及既往（罪刑法定主義）。
2. 法律必須相當的安定。
3. 特別法的制定尤應遵循公開、安定、明確及普遍性原則。
4. 司法應該獨立：這種獨立不僅是行使職權應該獨立，包括法官的

任用、薪俸、終身任期及其他行使職務，都應該獲得法律的保障。

5. 自然正義（Natural Justice）原則應被遵守：這是關於司法程序部分，包括公開與公正的聽證，以及公平的審判。
6. 法院應有充分的審查權：不僅是立法與行政權有無違反法治原則，即使是下級法院的判決，亦應包括在內。
7. 法院應通情達理（the courts should be accessible）：這是法院必須作為執行法治的制度，應有效率及合理收取的費用，不延宕案件的審理，使人民可以利用法院，保障自己的權利。
8. 執法的裁量權不可曲解濫用：特別是對於犯罪的檢察、警察權限及法院的審判權，皆不可曲解法律防止犯罪的原意。

另外，光靠實證法律不足以達到法治國的要求，仍必須要靠其他“配套”制度不可。美國聯邦最高法院法官羅伯茲（Owen Roberts）認為一個法治國家的三個要件為：1. 必須是代議政府、2. 依法保障人民的權利與自由、及3. 政府侵犯人權的權力以法律定之（即所謂的法律保留原則）。故法治必須靠民主的制度來確保。

五、檢驗一個國家的“法治國屬性”

（一）檢驗的標準

誠然一個法治國家的構成原則並無一個放諸四海皆準的標準，吾人可逐一檢驗：

1. 德國模式：德國蕭勒教授所列舉的十一個原則，充滿了學理，也是以德國的憲法制度，特別是司法制度來驗證。所以是歸納法的論述，不無失之瑣碎之感。而且，如果十一個要件是否必須完全具備，才可以稱之為法治國家？以蕭勒教授之意，似乎採納肯定說。如此一來世界上恐少有幾個國家符合此原則。例如：上述第八個標準“廢止死刑”，則美國與日本因為仍有死刑制度，依蕭勒教授的標準，即不能列入法治國家之列。同樣的第一個標準的“授權明確性原則”，恐怕連法國都未能滿足此要求。所以德國蕭勒教授的“德國模式”，恐過於狹隘。
2. 英國模式：英國模式不應指老式的戴雪模式，而是指現行成為學

術通說所採納的瑞茲理論。瑞茲教授關於法律的八種品質要求，絕大多數與蕭勒教授一致，但卻更學術性，也是明顯的由法律哲學所推演出來的產物，所以對照德國模式是“歸納式”，英國模式則是“演繹式”。也就具有更抽象。瑞茲也提出若干涉及制度性的設計，例如聽證公開與司法獨立等，但卻是專就刑事訴訟而言。另外，對於法院的功能，以及防止犯罪偵察權的濫用，也都偏向刑事。而不似德國模式乃特別重視的對行政權與立法權的監控，特別是公法法律，明顯的瑞茲理論不知不覺的步上戴雪理論的後塵。

3. 美國模式：這裏提到的美國模式是美國最高法院羅伯茲所提出的三個要件，顯然是在政治制度上考量。羅伯茲的三要件相較德、英模式來說，是簡單的多了。

首先，第一個標準為“民主”，一定要將法治國的概念，以民主政體為前提，這就排除了專制政體，作為法治國的可行性。符合法治國家是在立憲政體建立後，方有可能產生的歷史軌跡。這種歷史觀也可以刪除了討論究竟像春秋戰國時代實施法家的國家，以及德國納粹政體也是以法律治國，正如同德國著名的教授賴特布魯赫（Gustav Radbrudh）所稱的：德國當時的依法而治，正是實施“不法的法律”，造成“法上的不法”（Gesetzliches Unrecht）。而且以民主政體通過的法律，才具有正當性。所以民主原則，也就是必須透過定期改選的政體，方能成為法治國的原則，也使法治國與政權的正當性合而為一，是本標準最值得讚賞之處。

第二個標準是人民權利靠法律來保障。這裏提到的法律的作用乃在保障人民的基本人權，立意雖甚佳，但卻忽視了人民權利與自由，不單只是靠法律來保障，也就是法律不單只是作為人民權利的防衛工具，現實的國家生活，仍然需要透過法律來限制人權，或者靠法律來界定人民的權利與範圍。會形成困難的問題乃是國家可以運用的公益藉口到底受到何種的限制才是不會違反“法律保障人權”的理想。一個現代的國家所公佈的法律，絕不是單方面的保障人權而已，這是所謂的“恩賜法”（Salvatorisches Recht），也包括了授與公權力干涉人民之權限。若說本原則乃是賦予解釋各個法律是否侵犯人權而違憲的標準，則似言之有理，但羅伯茲大法官卻並未提出建立此法律違憲審查權制度的絕對必要性。所以，此說法並不能成立，因此第二項標準，無法解決現時政治所

不得不利用限制人權法律品質的複雜問題。

第三個標準則是單純的法律保留原則，在此，法律仍然作為限制人權的工具而已，而不涉及該法律的品質如何，單純就此點而言，可說是淵源於十九世紀形式意義法治國的理念，也不能阻止“惡法亦法”的現象產生。

（二）本文使用的標準

檢驗了上述德國、英國及美國的法治國概念模式，本文願意提出法治國的判斷標準有二：第一是結構上的要求，涉及了三個基本的制度結構，一個國家必須具備了此三個制度，方能被認定是最起碼的法治國家；第二是實施法治的配套制度，此涉及到個別的人權範圍，以及法律的問題，在此是討論一國實施法治的妥當性，或是稱為較優質與否的法治國家，也是所謂步入法治國殿堂，但是否“入室”與否的問題。

1. “登堂”的要求三大制度的建構：

- （1）民主政體的當然前提：這是羅伯茲理論特別值得採納之說，也是檢驗一個國家，能否踏入法治國“門檻”的認定標準。如果一個國家沒有實施定期改選的民主體制，就喪失了論定是否為法治國的起碼資格⁴。關於民主與法治國的關係，德國大哲學家哈伯瑪斯（Jürgen Habermas）在1994年發表的“關於法治國與民主的內在關連性”（Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie）的一文，也再三的闡述了一個法治國家必須以民主體制為前提，也就是人民的意志，來決定國家的整體法秩序，而非透過一個所謂的“更高的法規範”（aus höheren Recht）來構建該秩序⁵。這個論點頗具有啟發性，因為這個所謂的“更高的法規範”的概念，一般可稱為是自然法的概念，如此即可將一些所謂的“好的理念”，例如：

⁴ 台灣在解除動員戡亂、解除黨禁，及實施國會改選之後，才開始擺脫“非法治國”（Unrechtsstaatlichkeit）屬性。參見拙著：基本人權五十年，刊載於法治國家論，第231頁以下。

⁵ Jürgen Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Ulrich K. Preuß (RSG), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S.83.

公平正義、扶持弱者、良知……，引入法秩序內。但此更高的法規範，也未必全是如此，盛行於黑暗時代的宗教法，也正是以此（當然是主張淵源於聖經）作為統治世俗的最高法源。所以以最高的法規範，無法給國家的實證法秩序一個正當性的基礎，該基礎應該由人民的意志，也就是民主憲政體制來賦予。所以具有的民主的憲政體制與否，是斷定一國具有法治國屬性的第一道門檻⁶。

- (2) 法治國原則是國家必須依法律來統治；在此法律固然必須作為工具論，也必須實施法律保留的原則，這也是法治國家強調以客觀文字表達的統治原則，取代由執法者的意志，也就是以“法治代替人治”的明確標幟。這也是十九世紀德國古典法治理論所依據的“形式論”，至少提供了現代法治國概念在工具論上的另一個重要的檢驗標準。
- (3) 權力分立的制度：本制度著重在行政與立法的區分意義較少，而是在司法的獨立較為重要。這也是希望人民的權利遭到來自法律、國家權力的侵犯，能獲得一個機制來救濟。在此範圍內，包括法官審判、任期、與薪俸保障等配屬制度，固應包括在內，也應使司法能控制立法的濫權。不過，司法體制與司法權的運作，牽涉甚多細節，非前兩個原則可比，得由法律定之，所以各國以國情不同能有相當的彈性空間，故此此原則當採最寬鬆的標準，只要許可司法權能有獨立於現實政治干涉的制度存在，即可認為滿足此條件。

2.“入室”的要求：

此部分便較為分散與抽象，並且隨著國家社會思潮，法學理念的變更，也會改變其內容。而檢定的標準往往必須由比較法的方式來確定，現在國際社會來往甚為繁絡，必須由國際社會來提供檢驗的標準，特別是人權的批評，便是一例。

在此範圍內，英國模式的瑞茲教授的八項法律品質，以及德國蕭勒教授的十一項原則，都提供了極明確的檢驗標準，這些標準都是可淵源於自然法（人性尊嚴）、基本人權（這可由世界人權公約其他類似的國際人權公約等獲得其內涵），以及文明社會普遍的法律正義，例如：不可過苛的處罰，保護弱者……等。所以法治的標準與時俱進，法治國也



成爲一個“動力”的概念（Dynamischer Begriff），而不會故步自封，所以所有已成爲法治國家者，其屬性可經常遭到不同的評價，其理在此。

六、結論：以法治國家原則檢驗的例子——新加坡模式

以上述“登堂”與“入室”的標準來作爲檢驗一個國家的是否爲法治國家，我們可以以廣被西方國家批評爲獨裁統治、不民主或是實施軟性威權統治的新加坡，是否足以稱呼新加坡具有一個法治國家的資格，並作爲本文一簡單的結論。

（一）“登堂”的門檻檢驗

1. 民主的憲政體制原則：

新加坡是一個實施憲政的國家，並且也是一個相當典型的內閣制憲政體制。新加坡的憲法規範詳盡，甚少具有“綱領性”或“宣言性”的規定，因此，具有濃厚的法律性色彩，較少政治性。所以新加坡的憲法是一種“法律性”的憲法。這也必須歸功於新加坡憲法在 1963 年制定時，主導修憲的李光耀是一個優秀的律師所致。

新加坡獨立後，即按照憲法的規定舉行大選及組成政府，雖然歷次國會大選，都由執政黨獲得壓倒性勝利，而且，選舉的過程都符合憲法及法律所規定的程序，並無亞洲其他國家所常見的作票或脅迫等情事發生，新加坡的選民既然以自由意志決定政府的組成，所以政權不只有合法性，亦有正當性。故新加坡當已跨入民主體制的門檻。

2. 國家依據法律而治：

第二個門檻涉及了國家是以法律亦或政黨、個人的主觀意志來統治的問題，也是“the Rule by What”的問題。新加坡明白地是以法律來統治國家。在一些討論新加坡與“the Rule of Law”的問題時，都會認

⁶ 世界大戰結束後，著名的學者賴特布魯赫以一首詩強調了民主與法治國之間有密切的關係：“民主誠然是一個極爲可貴的东西，但法治國家正如同每日的食糧，也像飲用之水與呼吸般：最好的民主乃在於：其有能力妥善地來護衛一個法治國”，參見拙著：國家的法治主義，刊載：法治國家論，第 70 頁。

為新加坡並非“法治”，而是“the Rule by Law”，或是“the Rule through Law”⁷。所以，新加坡的實行嚴刑峻罰，甚至實施所謂的威權統治，都是利用實證法律，作為統治的工具。法律之成為工具論，在新加坡實施的極為徹底。而且新加坡法院完全遵循立法意旨，不去質疑其合憲性，甚至最高法院也利用法律來配合政府維持社會治安例如：對於不認罪而上訴者，加重其刑；或是協助政府打擊政府異己，例如在層出不窮的選舉毀謗案件，都是援引實證法律。這種情形，若非新加坡的政體仍是民主政體，則與第二次世界大戰後，賴特布魯赫所指責戰前德國的法院無異⁸，單就此而言，法院至少在奉法而行的前提下裁判，而行政權亦如此。所以新加坡亦通過第二個檢驗標準。

3. 權力分立的體制：

新加坡實施內閣制的憲法體制，司法權即別立與行政權與立法權之外。司法權由最高法院及所屬的下級法院執掌，並且司法官亦非由行政官兼任，且不受行政權的監督。故在體制上，司法權享有制度上的獨立。雖然最高法院首席大法官及其他法官的人選，不免政治力的影響，但歐美不少國家法官的任命，須經過國會的同意，例如美國聯邦最高法院，德國聯邦憲法法院，日本最高裁判所，及台灣的司法院大法官，就不免有政治力的介入，故不能獨責新加坡。至於新加坡下級法院法官的任期未採終身保障，在美國各州法院也不乏其例，前述國家的最高層級法院的法官，也有未採終身制者（且以採終身者為例外，例如美國聯邦最高法院法官），所以可以由各國的憲法或法律來規定之。新加坡的憲法即未規定，即可由一般法律來規範。由新加坡的司法體制而論，當是一個實施權力分立的國家。

顯然的新加坡應該大致上符合法治國家的原則，至於新加坡在依法治國的實踐過程，特別是對於刑事及治安法律的若干制度，例如鞭刑、上訴時沒有“不利益變更禁止原則”的適用、實施內部安全法的預防性逮捕與無審判即可拘禁、對媒體的嚴格控制……，都與西方所認可的人

⁷ Kanishka Jayasuriya, *The Rule of law and Capitalism in East Asia*, in: Garry Rodan (Edited), Singapore, Ashgate, Aldershot, 2001, p.125.

⁸ 參見拙著，法治國家論，第 107 頁。

權價值頗有距離，且是新加坡民主政治今後最需要重新檢討或改弦更張之處。幸虧新加坡的統治來自民意的支持，解鈴仍須繫鈴人，真正的邁向更優質，或以比較法理來說，更具理想色彩的法治國家，還是繫於新加坡全體國民的法律“理智力”（legal reason）之上。