

共和主義與文本原意主義：論憲法解釋的政治理論 向度

顏厥安*

Die Methodenidee ist keine Planung, keine Verwandlung des göttlichen Heilsplanes, sondern die Herstellung einer Disposition: der Disposition des Subjekts, an seiner Stelle an einem Prozeß teilzunehmen, der Erkenntnis transsubjektiv leistet.¹

Hans Blumenberg

Whoever hath an ultimate authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them.²

Bishop Hoadly

cessante ratione cessat lex

[Latin: when the reason for a law ceases, the law itself ceases]

* 國立台灣大學法律學院教授

- 1 Blumenberg, Hans. (1996). *Die Legitimität der Neuzeit*, Erneuerte Ausg., 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S.42. English: "The idea of method is not a kind of planning, not a transformation of the divine salvation plan, but rather the establishment of a disposition: the disposition of the subject, in his place, to take part in a process that generates knowledge in a transsubjective manner."
- 2 Quoted from Waluchow, Wil and Dimitrios Kyritsis, "Constitutionalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/constitutionalism/>>. Waluchow quoted from Gray, John Chipman, 1986, "A Realist Conception of Law", in *Philosophy of Law*, Feinberg & Gross (eds.), 3rd edition, Belmont, CA: Wadsworth. 也可直接參考 Gran, John Chipman. (1972). *The Nature and Sources of the Law*. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 102. 原始版本 Columbia University Press, 1909. Gray 是 19 世紀下半美國重要法學家。Benjamin Bishop Hoadly 則是 18 世紀初，英國喬治一世時的一位重要主教，所引用的文句出自 Hoadly 1717，該書引發了一場重要的神學論爭 Bangorian Controversy。

壹、序論.....	80
貳、共和主義.....	81
一、概述	81
二、進一步的闡述	81
三、小結	83
參、自由主義與社會主義.....	84
一、自由主義	84
(一) 概述.....	84
(二) 權力分立.....	85
1. 自由主義與民主	86
2. 自由主義與權力分立	87
3. 自由主義與立法權及平等原則	87
4. 小結	88
(三) 法治原則與財產權.....	88
1. 洛克的自由與消極自由	89
2. 自由與法律	89
(四) 自由的理論定錨.....	91
二、社會主義	92
(一) 概述.....	92
(二) 階級問題.....	92
(三) 轉折.....	93
(四) 社會主義與共產主義.....	93
肆、綜合討論.....	93
一、社會主義到社會民主	93

(一) 民主是社會主義的成果.....	93
(二) 廿世紀的兩個失敗與一個成功.....	94
(三) 重分配與承認；憲法第七條.....	95
(四) 社會革命與社會改革.....	95
(五) 德國的體制保障.....	96
(六) 社會革命理念的政策化與法制化.....	96
二、資本主義與自由主義的合作：法律主義	96
(一) 資本主義相容於威權體制.....	96
(二) 資本主義與自由主義的共生.....	97
(三) 自由主義與法律主義.....	97
三、修正共和主義	97
(一) 史金納的突破觀點.....	97
(二) 史金納的自由系譜學.....	98
(三) 法律的功能、目的與根源.....	100
四、綜合小結	101
(一) 以法律主義為技術原理.....	101
(二) 「缺乏莊嚴的理想」 (an ideal without gravitas).....	101
(三) 平等與正義.....	102
(四) 進步價值與裁量權.....	102
(五) 消極與積極自由之辯.....	102
(六) 獨立性之自由概念的可能體制貢獻.....	102
(七) 小結的小結.....	103
伍、原意主義與文本主義.....	103

一、 概述	103
(一) 原意主義	103
(二) 文本主義	105
(三) 幾點說明	106
二、 史卡利亞的原意主義學說	107
(一) 普通法	108
(二) 民主制度與議會制定法	110
(三) 解釋方法要追尋什麼？	111
(四) 對其他學說的批評 _ 歷史材料	112
(五) 嚴格建構主義	113
(六) 憲法解釋	114
三、 德沃肯的見解	117
(一) 概述	117
(二) 如何理解或解釋概括判準	118
(三) 應該誠實待人的例子	119
(四) 德沃肯的後期理論與綜合	120
1. 以整全法的詮釋理論為本	120
2. 制憲者的期待或希望？	121
3. 語意意圖與政治意圖	122
(五) 小結	123
陸、 返回自身處境 _ 台灣的憲法解釋「問」題	125
一、 價值中立的憲法解釋？	125
(一) 概述	125

(二) 幾個基本立場與觀念.....	126
1. 價值與規範的客觀主義者與可認知論者	126
2. 法認識論圖示	126
3. 政治理論的必要性	127
4. 筆者自己的立場	127
二、 中華民國憲法解釋的特色	127
(一) 憲法文本的永恆「負債」	127
(二) 憲法解釋內在的反文本與反原意主義	128
(三) 危機社會的麻煩製造	128
三、 中華民國憲法的政治理論	129
(一) 自由主義是憲法理論基礎嗎？	130
(二) 外一章：中華民國憲法體制與台灣的策略聯盟	132
(三) 中華民國憲法體制的其他政治理論基礎	134
四、 具體問題討論 _ 起始：中華民國憲法不是五權憲法，而是五院憲法	138
五、 總統職權與文本主義	140
六、 司法權與司法院	144
七、 憲法解釋權的獨特性	145
八、 其他限制：Juris & Prudence	146
九、 憲法政治理論基礎的問題	146
十、 什麼都不做，是最困難的差事	148
參考文獻	149
附 件	153

壹、序論

憲政體制是政治哲學的產物，所有的憲政體制都以特定的制度性方案，呈現並實踐了某些政治理論。目前世界上大部分的憲政體制之基本觀念與要素，都源自於歐美政治鬥爭與發展的落實經驗，因此所實踐的政治理論，主要也是歐美的政治理論與思想。各界敬稱為中華民國憲法之父的張君勱先生，在其所著《中華民國民主憲法十講》當中也寫道，

「我們現在心目中人人所想要的就是要建立一個現代國家，但是所謂現代國家的要點何在，……所謂近代國家就是一個民主國家，……至於政府機構方面一定有內閣、議會以及選舉制度。這都是現代國家的特色，亦即近代國家應具備的種種特點。此種現代國家之特點，萌芽於英倫，至法國革命後而大成於歐洲。鴉片戰爭後，歐洲國家踏進我們國土，我們最初所認識的是船堅砲利，最後乃知道近代國家的基礎在立憲政治，在民主政治，在以人權為基礎的政治。³

憲政體制是西方政治實踐與理論思想的產物，但是畢竟各個體制在不同國家與時代的實現是地區限定的 (parochial)，其運作實踐甚至經常依繫於特定情況或取決於情境 (situative)，尤其是在具體政治條件下，針對憲政個案爭議問題該如何進行憲法解釋，更是經緯萬端，難有定論。

憲法解釋的「方法 / 論」問題，歐美也提供了大量精彩的理論討論。對台灣來說，可能比較著名的有兩個論題群組，一個是美國憲法學界近四十餘年來頗為熱門的「原意主義」(Originalism) 爭議，另一個則是一百年前，德國威瑪共和期間興起的國法學「方法爭論」(Methodenstreit der Staatsrechtslehre)。雖然筆者對後者的基本特徵一簡要地說，就是方法與實質問題，例如主權、國家、價值、法規範，乃至知識論等不可分一相當認同，但是既然 Michael Stolleis 教授已認為，

探詢魏瑪共和時期之方法論爭議的當代意義，這意味著：魏瑪的國家理論遺產也許可作為思考的磨刀石，但對我們已無決定性的幫

3 張君勱 . (1947). 《中華民國民主憲法十講》，上海：商務印書館，頁 2。

助。因為問題已經發生了根本的變化。⁴

且前者的理論爭議在一些層面上可連結筆者過去的研究，因此本文將先概括討論主要政治理論與憲政體制的關係，再藉由對原意主義與文本的檢討，提出一些對憲法解釋方法的理論思考，並透過我國憲法的一些解釋問題，進一步反思具體實踐方案。

貳、共和主義

一、概述

依照權威的史丹佛哲學百科全書的「共和主義」詞條指出，在政治理論與哲學領域中「共和主義」一詞通常具有兩種含義。第一種意指歐美政治思想史上一些思想家群體，尤其是義大利的馬基維利，英國的彌爾頓，法國的孟德斯鳩與等人，以及美國建國時期的傑斐遜、麥迪遜、亞當斯等人物。這些思想家都共同強調一些相似的理念，如公民美德與政治參與的重要性、腐敗的危險，以及混合政體與法治的益處等。此思想流派有時被稱為政治思想中的「古典共和主義」或「新羅馬主義」傳統。

共和主義的第二種意義，是指當代政治理論與哲學中，對古典共和傳統的一種特定詮釋方式，尤其是昆汀·斯金納 (Skinner, Quentin) 的著作；或者是指當代致力於將此傳統發展為一種新政治學說的努力，主要可見於菲利普·佩蒂特 (Pettit, Philip) 的著作。這種意義的共和主義者 (有時可稱為「公民共和主義者」或「新共和主義者」) 主張共和主義的核心價值在於一種獨特的政治自由概念，亦即不受支配 (non-domination)，或獨立於恣意權力之外的自由。

二、進一步的闡述

我國學者蕭高彥教授，在其《西方共和主義思想史論》的〈導論_共和主義的系譜〉(蕭高彥，2013, 1-22) 中，對於共和主義思想傳統與當代意

4 Stolleis, M. (2001). Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre — Ein Abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte? Franz Steiner Verlag Stuttgart. S.21, “Auf die Frage nach der heutigen Bedeutung des Weimarer Methodenstreits angewendet, bedeutet dies: Das staatstheoretische Erbe Weimars mag als intellektueller Wetzstein dienen, aber es hilft uns heute nicht entscheidend weiter. Die Probleme sind wesentlich andere geworden.“

涵，提出了相當清楚深入的說明。蕭高彥指出，

共和主義完整之表達方式為「公民共和主義」(civic republicanism)。而就其原始意義而言，civic以及republic指涉的都是環繞著希臘羅馬古代城邦共同體所形成的觀念：civic源於羅馬的civitas，可上溯到希臘的polis；republic則淵源於拉丁文的res publica。在近代社會領域興起之前，西方政治思想傳統的主軸乃是以公民為核心之政治共同體（希臘的*koinonia politike*，羅馬的*societas civilis*）論述，所以我們可以將共和主義視為古典政治哲學的主要資產。（蕭高彥，2013, 3）

蕭教授也指出，依照學者整理分析，共和主義的核心價值包括自主性，政治自由，平等，公民身分，自治，共善，參與審議，愛國情操，公民德行，以及克服腐化等。（蕭高彥，2013，3-4）

就本文的論述而言，最重要一點在於，蕭教授歸納指出，現代共和主義政治理論的兩個對立典範，**民主共和主義** (democratic republicanism) 以及 **憲政共和主義** (constitutional republicanism)。（Ibid. 20）**盧梭**是民主共和主義集大成關鍵思想家，他將「**人民**」(people) 提升為政治領域的**絕對者**（一種政治神學論證），成為**正當性的唯一來源**，建構為一個可以取代君主而永久居於絕對者位置的主體性人民。個人自由與統治權威的正當性根源不可分，**只有在民主共和政體中，由於統治者與被統治者的同一性**，普遍意志才能保障個人自由。在其它政體，統治權由異於人民的他者所掌握，公民的自由無法獲得保障。（Ibid.）

憲政共和主義則不以正當性基礎來保障自由，而著重於如何建構**均衡的憲政體制以及法治架構**，來確保全體國民的政治自由以及個人不受干預的消極自由。此種共和主義思想與**自由主義**的原則與體制規劃較為調和，民主共和主義則更接近**參與式民主** (participatory democracy) 的精神。兩種共和主義最關鍵的差異，在於**法律如何保障政治自由**的議題。（Ibid. 20-21）

對盧梭而言，形成普遍意志的民主過程優位於個人權利以及憲政體制，因為主權者可以決定共同體之任何事務，只要其決斷是以制定抽象普遍的法律為之。但是對於憲政主義而言，這種思考取向很容

易造成多數暴政的謬誤，而將憲政根本大法建基於國民意志之上也導致體制的不穩定。是以，憲政共和主義雖然同樣以「人民」此一觀念為本，但強調重點為必須賦予公民一些基本權利由憲法加以保障，不能經由多數決任意取消。…

憲政共和主義強調國民意志在創造憲政體制時必須有一自我設限 (self-limiting) 的根本宣示，俾由決斷步向制度化，使得憲法能夠成為其後國境之內被普遍遵守的最高規範。由於此種自我設限，使得美國制憲的「法律規範的政治形成」 (jurisgenerative politics) 避免了盧梭普遍意志論以及西耶斯「憲法制定權」論述過分強烈的決斷主義面向。(Ibid. 21)

以本文的討論重點來看，**憲政體制與法律的意義與作用**，是一個相當重要的問題，這點除了前面提到的民主共和主義與憲政共和主義的區分之外，蕭高彥教授也探究了當代兩位共和主義代表性學者波考克 (Pocock, J.C.B.) 與史金納 (Skinner, Quentin) 的理論。史金納的共和主義理論較為獨樹一幟，認為共和主義的自由觀是消極自由。此一論述因為牽涉到許多與其他理論關聯的論題點，將在後面進一步說明討論。

波考克則認為共和主義的自由理論，是一種強調**政治參與與公民德行**的**積極自由**。波考克認為共和主義的著眼點是公民自治的政治共同體之存續，而不是公民個人自由的極大化，並且認為，在西方政治思想傳統裡，**共和論述** (republican discourse) 與**法學論述** (juristic discourse) 構成了兩個相對立的論述。雖然兩種論述的核心價值都是自由 (libertas)，但是共和論述強調的是政治自由，主張自由的條件是公民參與統治權之行使，以及政治德行之培育。**法學論述則強調消極自由**，著眼於透過法治制度來限制統治者以及其他公民對個人自由的不當干涉。(蕭高彥，2013，362-363)

三、小結

- (1) 共和主義思想與當代理論，蘊含相當豐富複雜的內涵與爭議，前面所述，僅是援引權威學者的一般性簡要說明，重點在於先概括提出當中所涉及的憲政體制與法律的問題向度。
- (2) 共和主義不可能獨立於自由主義、社會主義等當代其他重要政治哲學思想的論述之外討論，尤其涉及的憲政體制與法律層面，都

需要在這些思想的理論與歷史脈絡下，才能提出更有意義的思考。

- (3) 為了簡明及切合本文研究要旨起見，下一部分主要將僅集中討論自由主義與社會主義兩大政治理論（部分也因為這是「中華民國憲法」相關的兩大思想流派）。其他理論如國族主義、保守主義、多元文化主義或女性主義等，將在適當相關的討論處帶入。

參、自由主義與社會主義

一、自由主義

（一）概述

自由主義是憲政主義及制度的最主要思想根據與來源。John Gray 指出，思想史家可以在古希臘與羅馬找到早期自由思想的線索，但是自由主義明確成為政治思想的一股潮流與知識傳統，不會早於十七世紀。「自由主義」(Liberalism) 一詞，甚至是到 1812 年，西班牙的自由黨才首次使用。(Gray 1995, xi)

Gray 也指出了，自由主義思想概括擁有的四個特徵 (Gray 1995, xi)：個體主義；平等主義；普遍主義；社會改良主義 (meliorist)。然而，即使是這些看起來相當清楚的自由主義理論基本特徵，實則還是蘊含了大量的理論爭議。Benjamin Constant 區分現代人的自由與古代人的自由 (Constant 1819)，Isaiah Berlin 區分消極自由與積極自由，政治 / 政策領域區分古典自由主義，平等自由主義與自由放任主義，都是常見的理論觀念分類。Rawls 的政治自由主義與啟蒙自由主義之別，則是為了說明他自己的政治哲學所提出的區分。所有這些區隔，當然也蘊含著自由主義思想內部不同立場彼此的批評與論辯。

在台灣或華人社群，在蠻長的一段時期裡，對前述的種種「西方內部爭議」缺少比較清楚的理解與探討。殷海光長期推崇哈耶克 (F. Hayek) 的理論，認為他是西方自由主義最重要也最正統的代表。台灣討論「法治」理論時，也常以哈耶克的理論為重要典範。中國改革開放後曾經浮現過一些自由主義的信念者，她們在相當一段時期主要也以哈耶克為自由主義理論代表。殷海光先生可能因為資訊限制，或者太早過世 (1969)，還來不及看

到哈耶克成為後來英美保守主義的主要理論思想來源，遑論見到哈耶克成為南美右翼軍事獨裁政權的重要政策顧問。透過他的理論影響，美國援助，以及芝加哥大學，培養出智利的一批右翼經濟學者，稱為「芝加哥男孩」⁵等等。

提及這些問題，主要有三個考量：

- (1) 不僅各個主要政治哲學思想流派，在西方內部有著不小的爭議，非西方國家，例如台灣，在援引採用這些理論時，也一定會出現相當複雜的，**與歐美理論爭議相當不同的**繼受理解途徑與觀念塑造。⁶
- (2) 如果又要積極將這些理論「置入」憲法體制的解釋適用時，因為制度與個案問題的具體性、在地性，以及要與之產生融慣性 (coherence) 的**並不是單一流派的思想觀念**，例如自由主義可能要與社會主義原則相互衡量，因此所要處理的爭議點與方法，會與政治哲學自身的理論建構有所不同。在這個意義上，**所有的憲法都是「混合憲法」** (mixed constitution)。傳統上所謂混合憲法，是指混了君主、貴族與民主原則的憲法體制，此處則是指憲法體制的基本原則，包含了自由主義、社會主義等不同的政治哲學思想。

(3) 雖然受到賴德布魯赫以及凱爾森等人當年「那種」版本的價值相對主義相當大的影響，但是**筆者並不認為**可以有一種初始價值中立，認為那一種政治理論「好用」就拿來用的 (通俗)「**實用主義方法**」。筆者認為，憲法解釋，尤其是憲法機關的有權解釋 (authentic interpretation)，是憲法規範得以實現其效力，或者稱為「效力化」(validation) 過程裡非常重要的一環，因此必定是在**特定價值羅盤**指引下，進行的**公共理性運用溝通**。

(二) 權力分立

憲政主義體制 / 原則源自於自由主義，其中最重要價值取向之一，就是

5 *The Chile Project: The Story of the Chicago Boys and the Downfall of Neoliberalism*, by Sebastian Edwards, Princeton University Press.

6 由於每個政治思想流派及其制度實現都涉及非常複雜的爭議，因此本文以下的討論只能以相當概括，甚至簡化，的方式來說明。不過筆者將以盡量簡明清楚，扣連到具體憲法議題的方式進行說明。

對政府權力 (公權力) 的限制，防範政府濫權。實現這個價值的最主要制度安排，就是權力分立 (separations of powers) 以及制衡 (checks and balances)。一般認為，權力分立制度，主要是由法國思想家孟德斯鳩 (Montesquieu)⁷ 在其大著《法的精神》⁸ 中，藉由對英國制度的理想化闡述所提出，孟德斯鳩在討論權力分立之前，

It is true that in democracies the people seem to do what they want, but political liberty in no way consists in doing what one wants. In a state, that is, in a society where there are laws, liberty can consist only in having the power to do what one should want to do and in no way being constrained to do what one should not want to do.

One must put oneself in mind of what independence is and what liberty is. Liberty is the right to do everything the laws permit; and if one citizen could do what they forbid, he would no longer have liberty because the others would likewise have this same power. (Book 11, Ch.3)

強調權力分立體制是為了保障「自由」(liberty, liberté)，這當然是某種標準版的自由主義主張，也可以說是肯定孟德斯鳩是自由主義者的重要證據之一。而所謂「自由，是擁有在法律允許範圍內做任何事情的權利」，甚至高度類似現代憲政體制「限制自由權之法律保留」操作方案，也與我國憲法第 23 條規定呼應。

但是孟德斯鳩的權力分立理論，實際上與現代「自由民主憲政秩序」的「自由主義」原則，或者權力分立體制，**有著不小的差異**。

1. 自由主義與民主

孟德斯鳩將政體分為共和、君主與專制三種。民主政體是共和體制的一種。「在共和國，當全體人民掌握最高權力時，便是民主政體，部分人民掌握最高權力時，便是貴族政體」(2: 2)。在當時的語境與觀念裡，民

7 Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu (18 January 1689 – 10 February 1755).

8 Montesquieu, Charles de Secondat, baron de. (1989). *The Spirit of the Laws*. Edited by Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller and Harold Samuel Stone.

主就是直接民主，而不是 19 世紀中葉之後才漸次發展穩固的「代議民主」。包括美國的憲法文本，也有人指出並未明確規範民主原則⁹。一直到廿世紀都有人認為，民主政體並不一定比君主或專制政體，更能保障自由。也可以說，(古典)自由主義原則，並不必然包含或要求民主原則。

2. 自由主義與權力分立

孟德斯鳩認為，「行政權應該執掌在君主手中，因為政府的這個部門幾乎隨時需要立即行動，所以由一個人管理優於由若干人管理。… 如果沒有君主，如果把行政權委託給從立法機構遴選出來的一些人，自由便不復存在了。因為這樣一來，兩個機構就合而為一了。」(中 191; 11:6) 孟德斯鳩的這個由英國體制而來的考察主張，當然與英國後來的西敏斯制 / 內閣制非常不同，但是卻可以說明，為何美國憲法會創造一種被認為帶有「**皇權總統制**」(Imperial Presidency) 色彩的聯邦總統職位，因為當年美國人制憲時的英王仍舊擁有實際的行政權。而凱爾森 (Kelsen, Hans) 之所以認為，權力分立制度牴觸民主原則——與現在的通說相反——，也是其來有自。無論如何，自由主義與權力分立原則之間的關係，並不如想像中那麼清楚與理所當然。

3. 自由主義與立法權及平等原則

針對「立法權」，孟德斯鳩也說：「在一個國家裡，總有一些因出身、財富或榮譽而出類拔萃的人，他們如果混同於平民百姓，與其他人一樣只有一個投票權，那麼對他們來說，人人享有的自由就不啻是對他們的奴役，他們就沒有絲毫興趣去捍衛自由，因為，大多數決議可能都是與他們作對的。因此，他們參與立法的程度應該與他們在國家中擁有的其他優勢成正比。這一點是可以做到的，條件是讓他們組成一個有權遏制平民侵犯的集團，正如平民有權遏制他們侵犯一樣。這就是說，**立法權應該委託給貴族集團和由選舉產生的、代表人民的集團**。這兩個集團分別集會，分別討論，各有其觀點和利益。」(中 190; 11:6)

9 請參考 Waldron, Jeremy. (2013). Separation of powers in thought and practice. Boston College Law Review, 54(2), 433-468, 436。事實上，美國憲法的「文本」也沒有明示規定權力分立與法治原則，請參考 ibid. 435-436。

雖然強調自由僅限於法律允許範圍內的自由，但是**孟德斯鳩並不是一個政治平等主義者**，他也不認為制定法律的立法權完全由人民選出的代表行使，反而強調**貴族集團的重要性**。雖然貴族院擁有的只是消極的否決權，但這也已顯示**自由主義原本並不需要蘊含「平等主義」(egalitarianism)**，不論是政治、身分或道德的平等主義。孟德斯鳩擔心的，是不受法律約束的君主／行政權，也就是專制；以及不受到任何拘束的民主，也就是暴民體制以及也會衍生出的專制。

4. 小結

以上簡短分析可看出，自由主義與權力分立、民主，以及平等原則之間，看似理所當然的正向蘊含關係，其實並不如想像中那麼清楚。John Gray 認為自由主義的主要原則有個體主義，這點較無爭議，但是**是否一定包含了平等主義與普遍主義則非如此清楚**。美國制憲的時候，幾乎可以說是**以憲法文本保障了奴隸制**，不經過內戰，無法廢奴。廢奴之後，又要經歷一個世紀，才迎來了民權法案。廢除投票權的財產限制以及保障女性投票權，不論英美，都是到了廿世紀才逐步實現。如果英美這兩個一般認為是實現自由主義政治哲學之代表性憲政體制國家尚且如此，不但自由主義政治理論的**實質內涵**，其與**當代憲政主義**的關係，都需要更多的釐清。

（三）法治原則與財產權

自由主義帶給憲政體制的另外一個重要理論遺產，就是法治。洛克 (Locke, John) 在其《政府論次講》就曾提到：「法律一停止，暴政就開始」 (§ 202)，洛克也寫道，

法律按其真正的含義而言與其說是限制還不如說是指導一個自由而有智慧的人去追求他的正當利益，它並不在受這法律約束的人們的一般福利範圍之外作出規定。……

所以，不管會引起人們怎樣的誤解，法律的目的不是廢除或限制自由，而是保護和擴大自由。這是因為在一切能夠接受法律支配的人類狀態中，沒有法律之處，也就沒有自由。但是自由，正如人們告訴我們的，並非人人愛怎樣就可怎樣的那種自由（當其他任何人的一時高興可以支配一個人的時候，誰能自由呢？），而是在他所受

約束的法律許可範圍內，隨其所欲地處置或安排他的人身、行動、財富和他的全部財產的那種自由，在這個範圍內他不受另一個人的任意意志的支配，而是可以自由地遵循他自己的意志。(§57)

這段文字與這種法律所保障並擴大的自由，早已是自由主義法治理論的基本文本與觀念，不需要做太多闡述。以下僅討論幾個可能的議題點。

1. 洛克的自由與消極自由

洛克的自由概念觀 (conception of liberty)，是 Berlin 所界定的消極自由嗎？通常認為古典自由主義者所抱持的是消極自由觀，但是消極自由觀是將自由界定為不受障礙，不受干預的狀態，因此法律對自由所做的任何限制，都是一種自由範圍的限縮，甚至是對「自由權利」的侵入。這種觀念與洛克或孟德斯鳩的自由觀，並不相同。簡要地說，後兩者並不認為「為所欲為」是自由，孟德斯鳩將為所欲為的自由稱為「獨立」，兩人也都認為如果人人可為所欲為，大家的自由都失去了。

凱爾森將日耳曼的，完全不受任何政治統治的自由，與古希臘的法律體制下自由對立起來，認為現代國家所談的自由，已經不可能是日耳曼自由，而一定是法體制內的自由。凱爾森也把這種自由與「平等」相互聯繫，認為兩者相互蘊含。這種觀念，其實與洛克以及孟德斯鳩的觀念傳統更為類似，也有論者進而認為洛克的自由觀念其實更接近於共和主義所倡議的第三種自由概念，亦即「不依賴」(no dependence)或「獨立性」(independence)的自由。

2. 自由與法律

有關共和主義以及第三種自由概念，請見後面的論述。此處只想先指出，古典自由主義並不必然秉持消極的自由概念，但是一**一定會把自由與法律連結起來**。這個連結一方面顯現了自由主義與「法治」的內在聯繫，自由的界限要由法律來規範，法律也拘束「君主」、行政權，或者一切公權力。用法律來對抗防範，公權力的「恣意」(arbitrary)(也可說，他人意志)對自由的可能侵犯，是自由主義最核心的制度設計基本理念。另一方面，這個連結，也開啟了對法律之制定、執行與解釋適用的適當性、功能性與正當性等制度層面的思考討論。也可以說，權力分立的**防範對象是公權力**，

制度規劃的主要**著眼點則是法律**。

此處也蘊含了一個模糊之處：那要「**保護**」的對象或標的是什麼呢？個人，個人的自由，個人的自由權利？這確實是自由主義理論史的一大疑點。依照 Berlin 的說法，古典（正統）自由主義的所有代表性思想家都一致同意，要有最起碼範圍的個人自由、私人生活，或隱私，受到保障。在這個範圍內，每個人要做什麼事情，追求什麼價值的實現，都是她的「選擇」（choice）。這種自由觀念當然很吸引人，但是也同時顯現「私人生活 / 個人選擇」是一種「**消極**」的、空白的表述，並未界定任何積極價值是（值得）自由加以保障實現的價值。這本來就是 Berlin 透過「消極自由」這個「概念」所要釐清的要旨：**自由就只是不受干預的狀態**，而與正義、民主、平等，甚至功效（utility）等價值無關。

但是**價值區塊的消極留白**，難以形成積極建立政治社群，創建體制的動力，在進行自由基本權的解釋時，也需要引入許多的價值衡量與判斷（例如政治言論的價值高於商業言論）。C. B. Macpherson 就指出，洛克對**財產權**是一種先於政治社群的自然權利之主張與論證，構成了其政府論與公民社會理論的核心內涵（1962, 197-198）。Macpherson 的經典著作《占有式個人主義的政治理論》的關鍵主張甚至認為，

這表明現代自由民主理論的理論困境比原先所想的更為深重，源自於十七世紀的個人主義思想已經蘊含了核心難題，其癥結在於這種個人主義的占有特性（possessive quality）。這種占有特性體現於其理解個人的方式，亦即將個人本質上視為自身人格或能力的擁有者，且無需為此向社會承擔任何義務。（1962, 3）¹⁰

如果我們可以接受，美國憲政體制的創建、實踐經驗與理論思想，是現代自由民主憲政體制的重要歷史背景與思想基石，《獨立宣言》的最主要撰寫者傑佛遜（Thomas Jefferson）就受到洛克很大的影響與啟發。從各種文獻與研究也可以看出，**保障私有財產權以及促進不受限制的國際商業貿**

10 It suggests that the difficulties of modern liberal-democratic theory lie deeper than had been thought, that the original seventeenth century individualism contained the central difficulty, which lay in its possessive quality. Its possessive quality is found in its conception of the individual as essentially the proprietor of his own person or capacities, owing nothing to society for them. (1962, 3)

易，是美國憲法創設及其蘊含的自由主義之主要「價值內涵」與實踐動力。這個價值內涵與動力，也表現在對「奴隸」的財產權保障上，這不但頻繁反映在美國內戰（南北戰爭）前的法學論述通說與最高法院判決，幾乎可以說是內戰導火線的最高法院 *Dred Scott v. Sandford* (1857) 判決，其主要論證之一，就是以「**實質正當法律程序**」來保障對奴隸的財產權，以此否決了一部聯邦法律，密蘇里妥協案，的效力。¹¹

（四）自由的理論定錨

此處無意也無能力研討自由主義與財產權等複雜的政治思想史，對於美國立憲者原意的討論則見後述。在此想要先凸顯的是，自由主義理論精髓的「消極自由」概念，是不可能缺少某種積極價值，來發揮其理論定錨的作用。我把這種價值，例如占有式個人主義或私有財產權，稱為「**自由的理論定錨**」(theoretical anchor of liberty)。

Berlin 在談到最低範圍的私人生活或個人自由的保障範圍時，也引用了一些理論家的說法，列舉了言論、宗教、遷徙（移動）等常見於現代憲法基本權清單的一些自由，但是他沒有討論這些自由的「權利」性質（也許沒必要），也沒有處理洛克的財產權理論的意義（可能有必要）。在此我想先提出幾個主張：

- (1) 自由的理論定錨，是難以迴避的理論需求。在政治理論或憲法理論裡都是如此。
- (2) 自由的理論定錨，可以有不同的價值設定點（定錨點）與論述方式。以羅爾斯為代表的平等自由主義，可能想定錨在「正義」，憲法方面則是「平等」。德國的基本權體系與台灣的憲政司法運作，似乎可說想定錨在「人性尊嚴」。
- (3) 相當重要的思考點是，不同的「自由的理論定錨」，有無可能導致，**所構思界定的自由，已經不是自由主義的自由了？**或者也可以反過來問：我們有必要，**一定要把憲法的自由基本權，都理解為某種「自由主義」的「自由」嗎？**筆者對後面的問題採取「否定說」，亦即「不

11 有關美國最高法院判決與財產權的關係，請參考 Johnson. (2023) 的概括說明。較深入的哲學與思想史討論，請參考 Collins. (2023).

一定」非要理解為自由主義的自由。本文也由此，進入下面的討論。

二、社會主義

（一）概述

社會主義的思想起源很早，有學者甚至把《禮運大同篇》列為最早的社會主義思想，耶穌在福音書當中所傳的教義與生活方式，也可視為一種早期的社會主義思想。當代的社會主義理論與思想，與自由主義一樣，都是啟蒙運動與法國大革命之產物，也都是理性主義與激進主義 (radicalism) 的現代革命思潮表現。法國大革命的口號，自由、平等、博愛，幾乎可說是兩種思潮的綜合。以下基於本文的脈絡與需求，簡短探討兩者的主要差別。

（二）階級問題

社會主義原本並沒有清楚的階級理論與分析，一直到十九世紀中葉，馬克思與恩格斯才合力發展打造了社會主義的最主要理論觀念與體系。自此之後，社會主義、共產主義、馬克思主義、社會民主、民主社會主義等等，通常概括稱為左派的理論群，共享了大量馬恩所發展的理論觀念與概念，其中「**階級**」就是非常關鍵的一個。在《共產黨宣言》哩，馬恩寫道：

至今所有一切社會的歷史 都是階級鬥爭的歷史。

.....

從滅亡了的封建社會裡產生出來的現代資產階級社會，並沒有消滅階級矛盾。它不過用新的階級、新的壓迫條件、新的鬥爭形式代替了舊的罷了。

但是，現今的這個時代，即資產階級時代，卻有一個特點，就是它使階級矛盾簡單化了：社會日益分裂為兩大敵對的陣營，即分裂為兩大相互直接對立的階級：資產階級和無產階級。

資產階級這樣每發展一步，都伴隨有相應的政治上的成就。

最後，從大工業和世界市場確立的時候起，它在現代的代議制國家裡奪得了獨攬的政治統治權。現代的國家政權只不過是管理整個資產者階級共同事務的委員會罷了。

（馬克思/恩格斯，1848，《共產黨宣言》，馬恩全集04, 461-504，

從十九世紀社會主義者的觀點來看，**自由主義**其實是**資產階級推翻封建體制的革命理論**，主要立基於個人主義，自然法 / 自然權利論，以及主要發展於英國與法國的政治經濟學，包括其對國家與 (市民) 社會二分的觀點。所謂的「**自由憲政體制**」(19 世紀時，還不必然包含民主)，是資產階級透過**對國家公權力的掌握**，用以**保護自身階級利益的體制**。這種理論當然不是「普遍主義」的理論，甚至不是改良主義，而是**階級壓迫**的理論。相反的，從無產階級角度出發的社會主義理論，才具備普遍性，才主張要透過革命推翻資產階級專政，實現**全體人民的解放**。這種解放的一個要點是「生產關係 / 方式」的公有化，通俗觀念常表述為廢除私有財產與生產工具公有化。

(三) 轉折

前述的階級矛盾對立衝突，或者所謂「社會革命」，到了 1870 年代逐漸激烈化。因應這個狀況，除了因為勞工運動與德國社民黨的壓力，迫使非常保守的俾斯麥政權開始採取安撫勞工的社會安全政策外，德國社會民主政治家伯恩斯坦 (Eduard Bernstein) 提出的**改革主義之社會民主「改革」路線**，與俄國列寧與**布爾什維克黨**透過第三國際開啟推動的**世界革命路線**，形成了 19 世紀末到 20 世紀初，**兩大「未來道路」模式的抉擇問題**。

(四) 社會主義與共產主義

廿世紀初打造了大抉擇之後 (許多國家當然是被迫下的採用)，提到共產主義時，指的大概都是**布爾什維克主義**，而且往往帶有**列寧與史達林開啟的極權主義特色**。這當然與 19 世紀的社會主義有巨大差異。另一方面，當代民主國家提到社會主義時，反而主要是指**社會民主** (有時也稱為**民主社會主義**，兩者的差異可先忽略) 的**社會改良政策或體制**，其中主要就是社會福利或社會安全體制。

肆、綜合討論

一、社會主義到社會民主

(一) 民主是社會主義的成果

前面討論自由主義時已經指出，因為古典自由主義並不支持平等主義，因此即使認為法律要由議會通過，古典自由主義也沒有認真要支持「普遍投票權」(universal suffrage)，因此所談的「法律之前人人平等」，是排他性的，因為並不是「人人」都有權利參與到法律的制定過程或投票選出國會議員，族群、性別、財產等都可構成投票權的障礙。

十九世紀的時候，是**社會主義與勞工運動，以及其他的社會弱勢運動**，如女性主義、反種族主義、反殖民主義等，**才是普票投票權的主要推動力量**，因為這些被壓迫的群體才是真正的「普遍人民」，才相互支持形成一種「團結」(solidarity) 意識。自由主義者也是在這個巨大的歷史背景下，才逐步接受了普遍投票權的主張，並漸次將自由憲政體制，轉變為自由民主憲政體制。

(二) 廿世紀的兩個失敗與一個成功

威瑪共和與中華民國 1947 年的憲法體制，都可說是嘗試綜合自由主義與社會民主的體制，但是都因為種種歷史因素而告失敗。經歷納粹與二戰的德國，後來建立西德基本法秩序，並過渡轉型成為統一後的德國憲法秩序。該憲法秩序雖稱為自由民主基本秩序，不過其中已經包含了「社會國原則」，可以說是威瑪挫敗後的另一次自由主義與社會主義合作的嘗試。中華民國體制則是移植到台灣，在民主化後重新出發。中華民國憲法文本與增修條文所呈現的，仍舊可說是自由主義與社會主義的綜合。較詳細的討論見後。

美國 1930 年代的**新政**，可以說是兩種理論綜合比較成功的體制實踐例子，過程當然充滿了各種艱苦的政治鬥爭與體制對抗。常會提到的，是小羅斯福總統 (FDR) 與最高法院的角力，實質上當然是**幾種重要思想的對抗**。

如果先放下學者的理論論述，筆者前往 LSE 進行第一手文獻考察時，發現一封讀者寫給當時 *New Statesman and Nation* 主編 Kingsley Martin 的信函，表達對該刊物一篇批評小羅斯福總統社論的不滿與意見。該名投書者認為 FDR 在對抗的是 *propertied conservatism* (或可稱為財產權保守主義)；並把美國稱為 *a land of anarchistic capitalism* (一個無政府資本主義國家)。因為原始資料限制，無法知道這位投書者的姓名，但是她除了是一位 FDR

捍衛者，顯然也是一位對相關問題狀況有相當深入了解的知識分子（該書信相關部分掃描檔案請參見附件）。由這位讀者的用語「**財產權保守主義**」與「**無政府資本主義**」，可以看出「新政」所要對抗的，深層盤據在體制內的政治思想，可以說就是一種**以保護財產權為「定錨價值」**的自由主義或「占有式個人主義」的具體延伸。

（三）重分配與承認；憲法第七條

另一方面，經歷了新政之後，美國的「自由派」(liberal) 政治理論，已經從古典自由主義，漸次轉向為結合了社會主義理論的社會民主立場。政策方面一路延伸到 1960 年代的民權法案與大社會，學院則出現了以羅爾斯、德沃肯等以正義與平等為主要關懷的「平等自由主義」，取代古典自由主義成為當前自由主義的典範。多元文化與社群主義理論興起後，則漸次提升「**承認**」(recognition) 問題的重要性，取得與以「**重分配**」(Redistribution) 為主的社會主義議程同等地位，許多議題裡甚至是更優勢的觀念。

故事可以講得更複雜，但是不論如何複雜，所謂**自由民主憲政體制**的基本要素，在廿世紀初已經大致確立。新的平等主義、分配正義、承認 / 身分政治等觀點，主要先以「**權利**」或「**憲法原則**」—不論是基本權、人權、民權，或平等原則等—形成「**體制主張**」，再透過立法、行政，或司法（違憲）審查等過程 / 形式，獲得**體制實現**。

我國憲法第七條的文字表述，「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」可以說**相當清楚地「反映了」這個政治理論轉變與結合的體制脈絡**，因此不但不能僅以「形式平等」來理解（這點大法官們已經「意識」到了），更需要對具體提到每一個「子項目」所指示 / 顯示出來的「結構壓迫」問題，進行更深入仔細的爬梳（這點大法官們恐怕還沒有「理解」清楚）。

（四）社會革命與社會改革

社會主義或社會民主理論思想與運動，對現實世界的衝擊影響非常巨大，但是因為其起源自對資產階級自由主義憲政體制的反對，原本試圖**以革命完全推翻這一整套體制**，所欲廢除的制度對象，還包括各種**私法領域**

的制度，例如私有財產權、婚姻、家庭等，因此當改革主義路線逐漸勝出後，原本激進的「**社會革命主張**」，只能轉化為既有體制內的「**社會改革議程**」，也可以說革命的理念政策化與法制化。因此不但憲政層次的體制沒有什麼改變（連職業代表制也逐步廢除），最重要的「**資本主義生產體制**」也大致上完整保留。

（五）德國的體制保障

德國公法學的「**體制保障**」(Einrichtungsgarantie)，不論是偏向公法的制度性保障 (Institutionelle Garantien)，還是偏向私法的制度保障 (Institutsgarantien)，歷史背景上都是**起自對社會主義革命的戒備**，防範那些激進的制度主張，透過憲法或合憲的立法，變成法律制度，間接實現了社會革命。因此要主張，某些體制擁有「先於憲法/超越於立憲或立法者權限」的受保障地位。此一理論的政治理論性格原本是一種偏向保守主義的主張，但是自由主義也樂於接受適應，因為在公法層次上，自由主義沒有絕對必要挑戰那些既有體制（地方自主行政、政教協議等），在私法領域，自由主義更是迫切需要保障私有財產、家庭、婚姻等機制。

（六）社會革命理念的政策化與法制化

社會革命理念的**政策化與法制化**，不但馴服了社會主義革命，也是自由主義（不論種類）**搭配資本主義體制**所歡迎的發展，因為自由主義的「制度性格」是一種「**法律主義**」(legalism)，在三權分立體制下運作「法律」，「理念」都變成了可以協商妥協或者進行「（司法審判）法益衡量」的「標的」。其中最重要的一種考量，是如何「重分配」各種財富與負擔。

二、資本主義與自由主義的合作：法律主義

（一）資本主義相容於威權體制

不論是古典自由主義或當代的平等自由主義，即使考慮洛克的財產權定錨或者亞當斯密的自由市場經濟論，謹慎地講，**都不能說是支持資本主義生產方式的政治理論**，更不用說平等自由主義與資本主義的緊張關係。不論從歷史經驗或內在運作邏輯來看，**資本主義其實相容於 (compatible) 各種威權體制**，甚至帶有**排斥自由民主體制**的傾向。

（二）資本主義與自由主義的共生

此處無意討論如何檢討批判資本主義，可以指出的一點是，資本主義目前與這種自由民主憲政體制的「共生」(symbiose) 狀態，只是一種**暫定協議** (modus vivendi)，**法律主義**就是居間中介的制度方案。透過法律工具，資本主義**持續壓制社會主義訴求**，並盡可能**擴大剝削與資本積累**；社會主義這一方，則希望能運用法律進行**抵抗**。

（三）自由主義與法律主義

因為廿世紀之後，主要的「重分配」與「承認政治」的**政策/制度**方案，都是社會主義、女性主義、多元文化主義等其他政治理論所提出，自由主義其實僅能扮演「**法律主義**」之「**公正執行**」的**守護者**角色，說得更清楚，更「法學」一點，就是**操作一些「法治」原則的角色**，如正當法律程序、程序正義、公開透明、比例原則、罪刑法定主義、誠實信用原則等等。這其實是「消極自由」概念的**價值留白**作用下，很難避免的發展途徑。

三、修正共和主義

（一）史金納的突破觀點

前面綜述共和主義思想特色時曾經指出 (貳、二)，波考克 (Pocock) 對共和論述與法學論述的區分，共和論述強調的是政治自由，主張自由的條件是公民參與統治權之行使，以及政治德行之培育。**法學論述則強調消極自由**，著眼於透過法治制度來限制統治者以及其他公民對個人自由的不當干涉。

雖然同為共和主義的當代理論家，史金納 (Skinner, Q.) 則提出了非常不同的觀點與論述。其中與本文最關聯的一點是，史金納反對學界通說，亦即共和主義的自由是積極自由，反而認為**不論就理論本質或歷史淵源，共和主義的自由，實際上是個人行動不受干涉的消極自由**。(蕭高彥，2013，364) 這種共和主義理論，蕭高彥教授稱之為「修正共和主義」(revisionist republicanism)。以下除先簡述 Skinner 的第三種自由概念外，主要將聚焦在與「法律」議題相關的討論。

（二）史金納的自由系譜學¹²

眾所周知，以薩·柏林 (Isaiah Berlin) 於 1958 年發表 ”Two Concepts of Liberty” (Berlin, 1958)，提出消極自由與積極自由的區分後，不但引起廣大後續討論，由於柏林對積極自由觀的理論缺陷與可能或事實上已經遭成的惡劣後果提出相當強烈的批判，因此各種對自由抱持積極自由觀念的政治理論，如社會主義、社群主義、黑格爾理論，甚至康德等，莫不嘗試提出各種辯護、修正、釐清或反批判。共和主義當然也無法置身事外，畢竟古典共和主義以及當代的代表性思想家如波考克等所持的自由觀，就是積極自由。Philip Pettit 是由共和主義立場嘗試提出不一樣自由概念的代表性學者。¹³

很值得注意的是，其實史金納在十幾年前 (2013)，即曾應中央研究院授與中研院講座之邀，來台灣給了一系列三場的演講。其中第二場的主題是：「自由的系譜學」(A Genealogy of Liberty)(Skinner, 2013)。這場演講的部分論點，原本已見於史金納在 2002 年發表的 Isaiah Berlin Lecture，其主題為 “A Third Concept of Liberty”。

史金納這場演講則試圖從思想史的角度，重新整理提出第三種的自由概念。以下先以 Skinner(2013) 的演講為準，列出他所區分的三種自由概念：

（一）不受干預 (no interference)

（二）自我實現 (self-realization)

（三）不依賴 (no dependence)

史金納的這一組分類，奠基於他對歐洲法律以及政治思想史的深入研究。他認為除了不受干預的消極自由（免受強制；免受威脅），以及追求自我實現的積極自由之外，還有一種從羅馬以來的自由概念：不依賴 (no dependence)(後來也稱為獨立 independence)。

依照史金納的研究，Berlin 消極自由的概念起源，就是 Hobbes。他認為很難找到比 Hobbes 在 *Leviathan* 中的陳述更早的，將自由界定為「不受

12 本節主要內容，擷取自顏厥安，2013。

13 請參考 Pettit, 1999 以及 2009。

干預」之觀念。¹⁴ 而霍布斯對自由的界定方式自此勝出後，就成為英語世界自由理論的主流思想，一直延續到當代 (Skinner, 2002: 247)。

比較重要的是，與霍布斯同一時期，有另外一派界定自由概念的主張與理論，而持這種理論者，就是支持國會權力來對抗國王的民主派，這一派也正是霍布斯的政敵 (Skinner, 2002: 246-247)。民主派認為，即使國王現在沒有進行特定的干預或威脅，僅僅生活在取決於特定人恣意意志的狀態下，且意識到此一依賴狀態，這就構成「不自由」。因此此等對自由的概念之爭，其實反映了現實政治之爭。

根據史金納的研究，「不依賴性」這種自由觀念，源自於羅馬，後來經過普通法學者的研究與傳播，而一度擁有很大的影響力 (2002: 248-249)。羅馬法將人類區分為「自由人」(liber homo) 以及奴隸兩大類，後者要從屬於其他人的恣意意志或恣意權力，"Slavery is an institution of the *ius gentium* by which someone is, contrary to the nature, subjected to the dominion of someone else." (248)。相對的，自由人就是指不從屬於其他人之「支配」(dominion, domination) 之下的人。自由人擁有自主行動之能力，也就是所謂 *sui iuris* (249)。因為這個羅馬法的淵源，史金納將這種第三類型的自由稱之為「新羅馬」式的概念 (neo-Roman theory) (Skinner, 2013: 42)。我則傾向於將其稱之為「自由人」(liber homo) 的自由概念，或作為「獨立性」(liberty as independence, or as no-dependence) 的自由概念。

以下我將整理幾個「自由人」自由概念所具有的特色，以及與消極自由概念的異同。

- (1) 如果從積極或消極這個角度來看，自由人之自由，與標準的消極自由，都屬於「消極」面的自由概念，因為它們都取決於某些狀態的「不存在」(absence)。只不過現代消極自由是指「干預」(interference) 的不存在；自由人的自由概念則是指不存在「依賴」(dependence) 的狀態。(2013: 44)
- (2) 至少在霍布斯本身的觀念裡（或者也正是他的政治企圖），是否存在自由，與政治支配體制是何種體制，是無關的。也就是

14 請參考 Hobbes, 1955: Chapter XXI.

自由與否，與政治體制為何，沒有必然的蘊含關係。相反的，十七世紀英國的民主派（批判王權派，當時稱為 *democratic gentlemen*），之所以使用自由人的自由概念，因為這種自由概念與政治體制有關。更直接地說，與「民主」相關，因為民主可以節制專制王權。

- (3) 在這批人的觀念裡，只要專制君主擁有不受節制約束的支配權 (*domination*)、控制權 (*control*)(2013: 43) 或裁量權 (*discretion*)，可以不經正當程序，就可以拘束人身自由、沒收財產，甚至剝奪生命，那麼臣民所擁有的權利 (*rights*) 將依賴、取決於君主「恣意意志」 (*arbitrary will*)，因此並不是真正的權利 (2002: 250)，而僅是一種「證照」 (*licenses*) 或「特殊利益」 (*privileges*)(250)，或者就是支配者的「慈悲」 (*mercy*)(251) 或「恩賜」 (*grace*)(250) 而已。因此只要處於這種依賴（他人恣意）狀態下，這個人就不自由，就不是個自由人，就處於「奴役」狀態 (*servitude*, 或譯服侍、役使)，就是個奴隸。
- (4) 更重要的是，處於這種「依賴」狀態下的個人或奴隸，只要永遠去做主子所要他做的事情，他並不會受到任何「壓制性的干預」。史金納說：“A slave who only ever does his master’s or ruler’s bidding may never suffer any coercive interference at all.” (Skinner, 2013: 42) 更直接地說，**奴隸可以擁有相當充分的「消極自由」**。

（三）法律的功能、目的與根源

史金納的修正共和主義一大特色，就是認為共和主義的自由觀是消極自由，但是這種消極自由，並不僅僅是不受干預的自由，而是不受支配或獨立性的自由。秉持這種自由觀的共和主義，對法律的看法為何呢？

蕭高彥教授從幾個角度探討了這個問題：

- (1) 法律的功能：史金納既採取了共和主義的一般看法，亦即法律強制所有公民採取某種特定行動方式，而克服了自然腐化傾向，培養了公民德性。但是在某些論述裡，又改強調法律功能在於調解追求私利可能造成的腐化，將其導正到公共利益方向。蕭教授認

為第二種看法與自由主義的法律觀並無二致。(蕭高彥，2013，378-379)

(2) 法律的目的：法律強制是為了政治自由這個終極目標，自由構成政治社群共善，因此強制公民使其自由的論點，才能成立。蕭教授則指出，史金納並未論證為何政治自由是政治社群終極目標，如果要透過政治共同體追求獨立意志來論證，正好顯示其無法擺脫盧梭式積極自由的論述，而不符合修正共和主義的觀念。(Ibid. 380-382)

(3) 法律的根源：法律由何人或何種力量所創設？是否會腐敗，需要更新？對於這些體制創建與改革議題，蕭教授認為史金納忽略了馬基維利比較動態的創建及改革論述，僅聚焦在如何維繫政治自由。對馬基維利來說，好的法律當然重要，但是不能僅依靠法律強制公民產生德行，達成自由(這是盧梭的觀點)，法律僅僅是治國藝術的一部分。對這些層面，史金納未能提出理想的回答。(Ibid. 382-384)¹⁵

四、綜合小結

(一) 以法律主義為技術原理

自由主義最大的貢獻在於，確立了以法律主義為技術原理的憲政體制要素與運作原則，尤其透過消極自由概念所樹立的自由基本權之「防禦權」功能，以及以獨立司法為重鎮的法治原則與體制，構成了憲政體制的招牌特色。

(二) 「缺乏莊嚴的理想」(an ideal without gravitas)

自由主義最大的弱點在於，在失去了共和主義精神後，「自由」已經有點像是一種「缺乏莊嚴的理想」(an ideal without gravitas)，消極自由缺少了「定錨」價值，不僅為腐敗開門，也是價值虛無的制度保障。如果以洛克傳統將自由定錨為私有財產優先的佔有式個人主義，狀況也不會更好。

15 蕭高彥教授更詳密的論證，請參考 Shaw 2003。該文也被 Skinner 所引用，請參考 Skinner 2008, ix。

（三）平等與正義

原本在二戰或廿世紀中葉之前，側重談社會正義的主張，都被認為是社會主義的主張，賴德布魯赫不是革命論者，但是是社會主義者，可為一例。**當代平等自由主義改以「正義」與「平等」作為理論定錨，是一個非常重要的理論突破。**也許是在美國例外主義下，美國公共文化到現在仍對「社會主義」一詞廣泛抱持敵視態度，但是至少在平等自由主義的努力下，自由主義與社會主義，甚至所有倡議弱勢者權益的其他政治理論，如女性主義、多元文化主義等，已經大致形成一種「自由派」的進步主義理論聯盟。

（四）進步價值與裁量權

必須承認的是，這些進步價值觀點，並不容易在法律主義主導的體制運作裡，找到適切的著力點。改革與進步價值理念，即使可以轉化為「權利」或「原則」表述，往往也只能政策化與法制化，且要廣泛授權給行政機關實施裁量行政（包括訂定命令），這就是行政型國家興起的背景。新興的「權利」或「原則」付諸司法審查的「可司法性」(judicialiability)，也容易引起廣泛爭議。這兩個層面，都是法規裁量權與法治原則如何相容的挑戰。原本自由主義在節制行政獨裁以及維護法治的考量下，會反對裁量權的擴大，現在卻為進步價值開了大門。

（五）消極與積極自由之辯

英語世界相當執著的消極自由與積極自由之理論爭議，在更廣大的全球視角下，**可能重要性沒有那麼大**。大多數人不會在「概念精確性」上太過爭議，自由是不是**僅限於不受干預**的狀態，法學概念上也可以區分基本權界限 (Schranke)(保護範圍界定)、干預 (Eingriff)(保護範圍內之限制) 與侵害 (Verletzung)(違憲的限制)。從語用學 (pragmatics) 觀點來看，積極自由概念的「使用」，在各種不同情境需求下有許多優點，也不一定就會導向專制威權甚至極權主義的後果。

（六）獨立性之自由概念的可能體制貢獻

共和主義對消極自由概念在思想史上的持續釐清 (Skinner, 2025)，以及

對「獨立性」或「不受宰制支配」之自由概念的倡議，意義非常重大，可與平等自由主義的貢獻相比擬。簡要地說：我的某種不受干預的自由，**不能再僅限於考量是否對他人的權利侵害而已**（傳統自由主義的傷害原則），而必須考量，**是否損害了她人的「獨立性」，造成她人的某種「依賴」或「役從」(servitude) 狀態**。具體例子例如「代孕」契約，雖然建立在「合意」基礎上，表面上也不像是侵害了誰的權利，但是卻可能使得代理孕母陷入一種「役從」狀態，這其實可以構成一種新的「基本權保護義務」類型。這個論述當然並不完全構成立法者應該或可以禁止代理孕母的憲法理由，還有不少層面要斟酌，共和主義的可能理論貢獻也不限於此，這些討論將在下面的論述中進行。

（七）小結的小結

在自由主義醞釀出的**法律主義技術原理**主導下，自由民主憲政制度的最基礎的制度骨架是**權力分立**，最重要的功能是創造**法規範**（廣義），最表彰的運作原理是**法治原則**，最主要的爭議，則發生在**法規範的解釋適用**，尤其顯現在法院的**司法裁判**。當官員宣誓效忠的對象是憲法，當人民湧入法院¹⁶，期盼政治社會經濟的各種衝突壓迫，能透過「鈞庭」(YOUR HONOUR)獲得公平正義的解決時，**法律主義承擔的已經不只是技術支援，而是銜接法律 (juris) 與明智 (prudence)，轉化信念倫理為責任倫理的政治責任**。

美國是這個制度建立與發展歷史過程裡，最為「成功」的實踐典範。但是所有的成功都同時背負著沈重的代價，預支了巨大的債務。憲法解釋學的「原意主義」，就是美國制憲原罪 (original sin of founding) 所要付出的代價之一。

伍、原意主義與文本主義

一、概述

（一）原意主義

16 台灣每年有幾十萬新增案件，兩百萬件繫屬中案件，說人民湧入法院，應該算是適切的描述。

原意主義 (originalism) 與文本主義 (textualism)，都是美國憲法學非常熱門的概念與議題。已故的美國聯邦最高法院大法官 Antonin Scalia 認為自己同時是原意主義者與文本主義者。現任大法官 Neil Gorsuch 被認為是自豪的文本主義者，卻又說原意主義是詮釋憲法的最佳方法。Elena Kagan 大法官在 2010 年時向參議院表示，某種意義上「我們都是原意主義者」。五年後她在哈佛演講時則又說：「如今我們都是文本主義者。」¹⁷

美國重要的史學家 Jill Lepore 在今年 (2025) 出版的新書 *We the People: A History of the US Constitution* 當中，針對原意主義的當代起源寫道，

1971 年，美國憲法完成了最後一次實質修正，標誌著美國憲政史的轉折點。該年，一位傑出的法律學者—耶魯大學法學院教授羅伯特·博克—提出了一種後世稱為「原意主義」的憲法詮釋方法。「原意主義」一詞直至 1980 年才進入英語詞彙體系，在 1987 年之前幾乎無人知曉—該年羅納德·雷根提名博克出任美國最高法院大法官。然而早在 1971 年—正當正式修憲變得不可能之際—博克便率先提出其理論：解讀憲法的唯一途徑在於釐清制憲者的原始意圖，任何其他詮釋方法皆等同於司法修憲。(Lepore, 2025, Introduction: If we are not originalist ...) ¹⁸

依照 Solum 的研究 (Solum, 2011)，Paul Brest 在一篇 1980 年的文章當中，使用了 originalism 以及 originalist 兩個詞彙。Brest 寫道，

By “originalism” I mean the familiar approach to constitutional adjudication that accords **binding authority to the text** of the Constitution or **the intentions of its adopters**. (轉引自 Solum 2011: 2, 粗體為筆者所加)

在該研究中，Solum 繼而指出了「原始意義」(original meaning) 以及「原初理解」(original understanding) 兩個詞語，分別在 1938 年與 1949 年的文獻當中出現。而聯邦最高法院大法官在意見書正文中（不包括引文）首次使用「原意」一詞，出現在 1966 年布萊克大法官於《哈珀訴維吉尼亞州選舉委員會案》中的不同意見書。(Solum 2011: 3-4)

17 請參考 Burling 2022.

18 使用 epub 版的電子書，以標示章節位置取代紙本的頁碼。

Gienapp 研究指出的發展途徑類似，他指出原意主義一詞直到 1980 年才被打造出來，在後續十年中陸續發展，尤其是 1985 年，當時司法部長埃德溫·米斯 (Attorney General Edwin Meese) 在美國律師協會發表的著名演說，為「原始意圖法理學」辯護¹⁹，以及隨後自稱為原意主義者的 Antonin Scalia 於 1986 年獲任命為最高法院大法官，才使得「原意主義逐漸凝聚成一套可被公眾辨識的憲法詮釋理論。」(Gienapp 2024, Introduction)

(二) 文本主義

那文本主義呢？文本主義並不等於原意主義，也不需要是原意主義的一種分支。所有的法律人都知道法律文本的重要性，不只是憲法與法律的條文，契約、裁判、遺囑、行政處分等法律文件的文本，都是處理定位權利義務關係的關鍵資料，文義解釋也是使用法律解釋方法的起點。在這個寬泛的意義上，確實可以說，我們都是文本主義者。

但是文本主義較為嚴謹一點的界定，則是把構成法律文本之文句詞彙的意義，界定為具備最優先規範性 (規範拘束力) 地位的學說主張，尤其是指法律文本在制定該法律時，所擁有的公共意義 (public meaning)，或者當時公眾所理解的意義 (public understanding)。就這個基本特點而言，如果運用到憲法領域，文本主義就與原意主義高度類似，也難怪在過去五十年的發展裡，原意主義與文本主義漸漸形成了美國保守主義思想的兩大法學論述主張。²⁰ 早在 1994 年，就有學者批判性地指出，

斯卡利亞與湯瑪斯大法官所倡導的嶄新且更為強硬的文本主義，加劇了民主與法治之間的張力，最終淪為將保守價值觀注入法規的遮羞布。...

新文本主義堅持清晰的法規條文可凌駕於長期實踐之上，並對「清晰」的定義採取教條且往往荒謬的詮釋，此舉犧牲了法治所賦予的安定性與可預測性。²¹

19 Edwin Meese III, Speech Before the American Bar Association, July 9, 1985, in *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, ed. Steven G. Calabresi (Washington, D.C.: Regnery, 2007), 47-54. 轉引自 Gienapp 2024, n.7.

20 美國保守主義其實有三個法學思想主張，另外一個是法律經濟分析，請參考 Buchanan & Dorf (2021).

21 Eskridge Jr, W. N., & Frickey. (1994). 77.

其實新文本主義也不怎麼新，因為更早個廿幾年，在 1972 年 5 月 4 日出刊的《紐約書評》(The New York Review of Book) 專號：*A Special Supplement: The Jurisprudence of Richard Nixon* 當中，德沃肯 (Dworkin, Ronald) 就曾經為文批判尼克森總統帶頭宣揚的憲法哲學或憲法法理學，當時尼克森使用的概念是「嚴格建構主義」(strict constructionism)。德沃肯如此寫道，

理查德·尼克森競選總統時曾承諾，將任命符合其法律哲學的人選進入最高法院，此即所謂的「嚴格建構主義者」。然而他後續提名並公開討論的人選，卻未能充分體現該法律哲學；……

但總統將近期提名的路易斯·鮑威爾(Lewis Powell)與威廉·倫奎斯特視(William Rehnquist,)稱為其法律理論的模範，並藉此機會向全國電視觀眾闡述該理論。尼克森強調，這些人將恪守現行法律，絕不會像他所指控華倫的法庭那樣，為迎合個人信念而「扭曲或曲解」法律。²²

(三) 幾點說明

這裡有幾點加以說明：

- (1) 如前所述，Bork 在 1971 年才提出原意主義這個專有名詞，一直到 1980 年代中後葉，該詞彙才漸漸發展成廣泛使用的法學專業概念，因此德沃肯在 1972 年的文章中當然沒有討論原意主義這個後來才熱門的解釋方法。
- (2) 事實上，德沃肯在整個 1980 年代的著作，包括最有名的《法律帝國》當中，都沒有直接討論原意主義。一直到九零年代中葉之後，因應史卡利亞為主的論述，才在一些文章中討論了原意主義，這也是接下來本文會加以簡介論述的重點。
- (3) 但是即使如此，德沃肯其實實質上已經提出相當仔細精緻的理論來回應原意主義。如前所述，他一開始針對的概念是「嚴格建構主義」，後來在《法律帝國》當中，不但針對「慣例主義」提出批評，也提出相當完整的詮釋理論。在《自由之法》(Freedom's

22 Dworkin (1972). 此文後來經修改調整後，收錄在 Dworkin. (1977) 的第五章，"Constitutional Cases"，請參考 Dworkin. (1977.5)。

Law) 一書中，則提出了夥伴式的民主觀，來處理相關的多數決問題。

- (4) 另一方面，保守主義政治運動，之所以在七零年代初期開始發展出嚴格建構主義或者尼克森法理學，主要當然是要對付五零年代以來，最高法院基於自由派觀點做出一些擴張民權保障的判決。尼克森所謂扭曲或曲解法律的判決，是非常針對性的政治作為。
- (5) 保守法學理論與運動在八零年代之後，雖然漸漸轉為使用原意主義或文本主義的理論概念，但是主張依據「制憲者原意」「制憲時文本的公共意義」或「制憲者的原始意圖」等判準的解釋，才是客觀中立的解釋方法，才能確立憲法的規範性，都是一脈相傳的理論觀點，認為自由派的那些判決，都是法官將自己的價值觀點或意識形態置入憲法或法律當中的「越權」做法，因此都是扭曲或曲解法律的判決。
- (6) 值得注意的是，德沃肯的理論也帶有某種原意主義的成分，也有學者認為他是一種原意主義者，或者稱為「原則的原意主義」(originalism of principle)(Brink 2016: 287)。這方面的問題，在下面的論述中會加以討論。

二、史卡利亞的原意主義學說

原意主義與文本主義都觸及了如意義理論、詮釋理論、規範理論、民主理論以及憲法與法律的忠誠論等棘手問題，兩者就其本身也已經發展出許多不同的學理支脈，在具體案例實踐中，也會產生不少分歧見解。

1964 年的民權法案 (the Civil Rights Act of 1964) 的 Title VII，禁止基於性別 (sex) 的歧視，但是基於「性傾向」(sexual orientation) 的差別待遇，是否也在該條文的禁止之列呢？在相當著名的 *Bostock v. Clayton County* 判決裡，最高法院宣告該條文也禁止性傾向歧視，而且這個判決，是由保守派的，川普提名的，自稱為文本主義者的 Gorsuch 大法官主筆。

這個判決引起美國保守派陣營很多的批評，因為 Gorsuch 認為「性傾向」涵蓋在 Title VII 的「明確詞彙」(plain term)，也就是「性別」之中。這個看法當然嚴重抵觸保守派法學的原意主義與文本主義見解。Alito 大

法官就在不同意見書中指出，在 1964 年立法時，一般美國人 (ordinary Americans) 不會將基於性別的歧視禁令，**理解為**包括基於性傾向或者性別認同之歧視。他寫道，

“[I]n 1964, ordinary Americans most certainly would not have understood Title VII to ban discrimination because of sexual orientation or gender identity.”

此案解釋的標的不是憲法，不過 Alito 的見解也可運用在憲法解釋裡，構成所謂「**原初公共意義**」(original public meaning) 之原意主義主張。Solum 就認為，原意主義的主流想法，已經從強調制憲者的**原始意圖**，逐漸轉變為認為憲法的**原始意義**就是當初制定之文本的「原初公共意義」。(Solum, 2011:1)

由這個簡短的說明可以看出，即使在原意主義與文本主義的保守陣營內部，也會對理論以及具體個案爭點產生相當不同的見解。為了簡明起見，本文以下將只以史卡利亞大法官的一份演講為本，說明他所持的原意主義基本主張。畢竟史卡利亞已經相當廣泛被認為是原意主義的代表性人物，該演講呈現的主張觀點，也可以視為是標準版的原意主義學說。²³

(一) 普通法

史卡利亞的論述，是從普通法 (common law) 的特性出發，他指出，

American lawyers cut their teeth upon the common law. To understand what an effect that must have, you must appreciate that the common law is not really common law, except insofar as judges can be regarded as common. That is to say, it is not “customary law,” or a reflection of the people’s practices, but is rather **law developed by the judges.** (Scalia, 1997, 4)(bold by me, 以下皆同)

23 筆者撰稿時，美國聯邦最高法院正在進行有關川普廣徵關稅的權限爭議審判，也引出了文本主義與原意主義的爭議。憲法學理上涉及所謂「主要問題」(major question doctrine) 與「不可授權」(nondelegation doctrine) 學說，不過在解釋方法論上，筆者認為，仍未溢出當年史卡利亞及其批評者的論爭理論範圍。請參考，Liptak, 2025.1, 2025.2。

史卡利亞認為，美國法律人的專業特性是從學習普通法開始養成，而普通法並不是習慣法，也未必反映人民的生活實踐，而毋寧是一套由**法官**發展出來的法律體系。因此從法律系或法學院一年級開始，學生就從 *casebook* 開始學習法官在判決中表達的法律意見以及思考論證方式，而不是去研讀法條或成文法 (*statutes*)，不是去學習如何解釋法條。(Ibid. 4-5)

史卡利亞也舉了 *Hadley v. Baxendale* 這個契約法領域，涉及給付遲延損害賠償的案例 (磨坊主委託運送)，指出遲延者並不是對因此所造成的所有損害都負有賠償責任，法官在判決指出，僅限於那些 “could have been fairly and reasonably contemplated by both the parties when they made [the] contract” 之範圍始負有賠償之責，也就是後來所謂 *reasonable foreseeable damages*。(Ibid. 5-6)

史卡利亞認為普通法法官有兩項主要工作，一個是將法律適用到個案事實，這部分與法國法官、仲裁者，甚至比賽裁判都一樣。另一個工作則是「創造法律」(*to make the law*)。(Ibid. 6) 有趣的是，史卡利亞認為在 *Hadley* 一案中，雖然法官發展出不錯的法律規則，但是個案判斷卻錯了，他認為磨坊主 (託運人) 應該勝訴，但是他認為這不是重點，

But if you think it is terribly important that the case came out wrong, you **miss the point of the common law**. In the grand scheme of things, whether the right party won is really secondary. Famous old cases are famous, you see, not because they came out right, **but because the rule of law they announced was the intelligent one**. (Ibid. 6)

亦即，法官是否在個案裁判中，明智地創造發展了一條新的「法律規則」，並論證說明其成立的理由與根據 (*holding*)，才是重點。而法律系學生透過案例書研討學習，或者學習如何論證的，也正在於此。也可以說，法官如何合理地「造法」，是整個普通法運作的核心，也是普通法法官 / 法律人能力的精華。因此除了尊重 *stare decisis* 原則外，法律人也要發展出「**區辨**」(*distinguishing*) 的能力，比較判決先例的立論基礎，與當前要處理的新個案是否有所差異，” It is an **art** or a **game**, rather than a science, because what constitutes the “holding” of an earlier case is not well defined and can be **adjusted to suit the occasion**. At its broadest, **the holding of a case can be said to be the**

analytical principle that produced the judgment” (Ibid. 8)

以上所述，都是對普通法的入門理解，史卡利亞花了一些篇幅來談，主要是要強調指出，美國法律人的主要能力與心態，都是建立在普通法的這種論證方式，以及法官可以，甚至應該造法，的基本觀念之上。因此美國的法學教育與法律人的能力培養，都嚴重缺乏「成文法規之解釋適用」這個層面。美國的法學研究，也缺少對解釋適用法律的研究 (Ibid. 14-15)。即使到了今日，在廣大的民事法 (契約、侵權、財產、信託等) 領域，普通法的運作仍是主流王道，但是當普通法面對一個極為重要的體制發展與嶄新原則時，卻一定要退讓調整：民主。

(二) 民主制度與議會制定法

如前所述，古典的自由主義原本並不支持平等主義，也並不主張平等普遍的投票權。洛克不是一個民主主義者，孟德斯鳩權力分立體制下制定法律的國會，也有一半要由貴族組成。19 世紀是社會主義者與女性主義者為主力在推動普遍投票權的民主議會主義改革。美國的狀況雖然很不一樣，一開始就沒有君主與貴族，建國伊始，聯邦就有「普選」的眾院 (參議員原本是各州議會派任，要到 1913 年第十七修正案生效後才改為各州普選)，但是建立在奴隸制、種族主義、白人至上、種族屠殺、歧視女性等「體制」之上的美國，至少 19 世紀也很難稱的上是民主國家。

身為優勢白人的史卡利亞當然不會注意或在意這些重要的歷史事實，他一開始帶入來討論民主的角度，是從普通法的法典化這個側面切入。還好他主要引用的 Robert Rantoul Jr. 與 David Dudley Field 兩位十九世紀前半 (早於內戰與廢奴) 政治人物與法律人，都是自由派，並明確反對奴隸制²⁴，否則引用他們的主張見解來談民主，實在很尷尬。

史卡利亞認為對普通法法官造法的最大挑戰，來自於民主制度的發展。在傳統的體制下，法官可以說是君主的 agent，也就是「以君主之名」在行使審判權。但是在漸次民主化之後，又基於權力分立的原則，法官當然再也不可能基於君主之名，而必須基於憲法的授權，以「人民」之名，來行

24 Rantoul 也支持擴大投票權與普選，Field 的態度則不清楚。不過兩位都沒有明確支持女性投票權。大多十九世紀支持擴大投票權的白人男性倡議者，都沒有明確支持女性投票權。

使權力分立體制下的司法權。這種司法權，必須「依據」立法權所制定的法律來審判，甚至往往還必須依據獲得立法授權的行政機關訂定的命令的審判。他引用 Rantoul 的說法指出，

Judge-made law is ex post facto law, and therefore unjust. An act is not forbidden by the statute law, but it becomes void by judicial construction. The legislature could not effect this, for the Constitution forbids it. The judiciary shall not usurp legislative power, says the Bill of Rights: yet it not only usurps, but runs riot beyond the confines of legislative power. (Ibid. 10)

不過 Rantoul 與 Field 等人推動的法典化運動，並沒有很成功，當時大多數法律人都反對，以致於後來比較成功完成法典化的只有民事程序法，這也是美國法學教育一年級主要所學的唯一成文法。(Ibid. 11) 史卡利亞也無意挑戰質疑普通法的這個傳統，他認為普通法的方法可能是最佳的法學方法。不過在法規範大量「成文化」的趨勢或條件下，他認為，

But though I have no quarrel with the common law and its process, **I do question** whether the *attitude* of the common-law judge—the mind-set that asks, “What is **the most desirable** resolution of this case, and how can any impediments to the achievement of that result be evaded?”—is appropriate for most of the work that I do, and much of the work that state judges do. (Ibid. 13)

史卡利亞指出，他自己以及所有聯邦法官的主要工作，都是在解釋聯邦法與行政機關命令的意義。解釋憲法所佔部分不多，有人認為憲法是一個憲章指引，法官在這個指引下去發展憲法的普通法。史卡利亞認為這種看法是錯誤的，而且這種主張挫敗了成文憲法的整個目的。(Ibid. 13)

(三) 解釋方法要追尋什麼？

史卡利亞認為，此處蘊含的問題不僅僅是成文法的解釋方法不清楚，更包括了，所有法律解釋所要追尋的目標 (objective) 是什麼，也都是不清楚的。(Ibid. 16) 最常見的標準答案是，法律解釋者應該追問，該條文的「**立法者意圖**」(the intent of the legislature) 是什麼。立法者 (機關) 意圖論 (意旨、目的等) 的學說源遠流長，但是史卡利亞對此說給了一個堅定的「反對」。他質問，為何是立法者**所意圖**，而不是立法者**所說的**，才應該是法律解釋

探究的目標？他提出了一個簡明清楚的論證，

I think, that it is **simply incompatible with democratic government**, or indeed, even with **fair government**, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated.

.....

Government by unexpressed intent is similarly tyrannical. It is the law that governs, not the intent of the lawgiver. That seems to me the essence of the famous American ideal set forth in the Massachusetts constitution: **A government of laws, not of men.** Men may intend what they will; **but it is only the laws that they enact which bind us.** (Ibid. 17)

這是一個非常清楚，且一時難以反駁的論證。關鍵的論據在於，即使訴諸於原初立法者的「意圖」，仍舊是一種「人治」，而美國憲法建立的是「法治」制度。這也不僅是一種理論上的危險，史卡利亞認為更重要的是實踐上的威脅 (practical threat)，亦即當我們要追尋立法者沒有清楚表明的意圖時，普通法的法官就會將普通法的方法延伸應用到成文法的解釋，而實際上是在追求實現他們自己的目的與欲求，”When you are told to decide, not on the basis of what the legislature said, **but on the basis of what it meant**, your best shot at figuring out what the legislature meant is **to ask yourself** what a wise and intelligent person *should* have meant; and that will surely bring you to the conclusion that the law means **what you think it ought to mean**—which is precisely how judges decide things under the common law.”(Ibid. 18)

也由此可以看出，史卡利亞並不是原本可能是多數說的「原始意圖」(original intent) 的原意主義者 (Gienapp 稱為原意主義 1.0)，而是「文本原初意義」(original meaning) 的原意主義者 (尤其是其公共意義，Gienapp 稱為原意主義 2.0)，而史卡利亞把自己這種立場 (在該文中) 稱為「文本主義」(textualism)。

(四) 對其他學說的批評 _ 歷史材料

史卡利亞的法律解釋理論，不論稱為原意主義還是文本主義，當然會引出不少的批評與不同意見。史卡利亞也討論質疑了不少不同意見與批評，

以下僅先簡短說明史卡利亞對幾種常見的不同意見的討論與反駁。

原意主義帶有某種歷史追溯的特色，因為不論是原始意圖的原意主義，還是原初意義的原意主義，都必須考究當年的歷史材料，來確認制憲者或立法者的原始意圖，或者特定用語當年的原初公共意義。也因此簡化版的原意主義會有到底是法學研究還是歷史研究的爭辯。

史卡利亞當然贊成探究制憲歷史或立法史等材料，但是他認為法官要去確認的，是已經明確寫在條文裡的文句概念的客觀意義，而不是想在史料，尤其是各種委員會資料裡，嘗試去證明「立法者意圖」。這也與 Gienapp 指出了當代原意主義一主要就是史卡利亞建立一的三個理論預設：文本性 (writtenness)、(意義) 固定性 (fixity)，與法律 (law)，有關。史卡利亞尤其堅持文本意義「自始」就已經固定，這些客觀已經確立的意義，就是文本原意主義的解釋方法，要去探究的「目標」。相反的，他認為那些想要在眾多所謂立法材料中找到「立法者原始意圖 / 真意」的努力，不但徒勞無功²⁵，而且總是會「找出」自己想要的東西，就像一眼望向人群，總是會識別出，你想要找到的朋友²⁶。史卡利亞也說，”The legislative power is the power to make laws, not the power to make legislators.”

（五）嚴格建構主義

史卡利亞也會運用不少實際案例來討論他想要闡述的觀念。他認為文本主義不應該與所謂嚴格建構主義混淆。首先要說的是，在美國法學法律解釋脈絡裡使用「建構」，不論是 *construe* 或 *construction*，其實相當於對法律條文 / 文本的解釋。因此嚴格建構主義，含義上接近「嚴格解釋主義」，尤其是某種一板一眼，咬著文字，不看脈絡的解釋。

在一個他參與審理的個案中，涉及的法條文字 ” *during and in relation to . . . [a] drug trafficking crime,*” 如果被告 “*use . . . a firearm*”，亦即「（毒品販運案件中），若被告使用槍械」，就構成「加重其刑」的要件。此案

25 “But assuming, contrary to all reality, that the search for “legislative intent” is a search for something that exists, that something is not likely to be found in the archives of legislative history.”(Ibid. 32)

26 “As Judge Harold Leventhal used to say, the trick is to look over the heads of the crowd and pick out your friends.”(Ibid. 36)

被告進行毒品交易時，確實攜帶了槍械，但是是一把沒有裝子彈的槍械，而且被告是要用這把槍來交換毒品。多數意見仍然認為，此案被告構成了前引的加重要件，史卡利亞持反對意見。史卡利亞不清楚多數意見是只看表面文字的「字面主義者」(literalist)，或者嚴格建構主義者，或者根本就不主張文本主義，但是他認為，

a proper textualist, which is to say my kind of textualist, would surely have voted to acquit. The phrase “uses a gun” fairly connoted use of a gun for **what guns are normally used for**, that is, as a **weapon**. (Ibid. 24)

這個例子非常有趣，因為相當類似於我國法「加重強盜/竊盜」罪的「攜帶兇器而犯之」的爭議。台灣的案例比較多涉及某個東西是否是「兇器」，例如鑷刀或螺絲起子。史卡利亞此案的「文字」重點可能是「使用」(use)。多數意見顯然認為，拿一把槍來當作有交易價值的動產，仍然是「使用」槍械，史卡利亞則強調此處的「文義」僅限槍械通常的使用方式，亦即當作一把「武器」。

史卡利亞顯然認為，放在「文本脈絡」當中顯示的文本(文句)客觀意義，應該僅限於「武器說」的解釋方式，多數意見則是空泛的字面理解方式。他也一定不認為，這是參考立法者原意後所得出的結論。然而當他說這種意義是來自於「公正的意義理解」(fairly connoted)時，即使先不論，這是否是一種「目的性限縮」，至少可以看出，他已經「帶進」了某種「評價觀點」到中立客觀的文本原意主義方法當中。

史卡利亞自我矛盾了嗎？

(六) 憲法解釋

憲法解釋與一般的成文法規解釋方法，有什麼不同嗎？史卡利亞給了一個相當有趣的說法，

The problem is distinctive, not because special principles of interpretation apply, but because **the usual principles are being applied to an unusual text**. (Ibid. 37)

「尋常的原則，適用到不尋常的文本」，史卡利亞認為他自己解釋憲

法的方法，與解釋其他法律的方法，並沒有什麼不同，都是在探究文本的原初意義，而不是制憲者或立法者的原初意圖。(Ibid. 38) 因此他會去研讀 John Jay 在聯邦黨人論文裡的論述，也會研讀 Thomas Jefferson 的著作，雖然他們兩位都不是「制憲者」(framer)，但是讀那些文獻有助於了解，憲法當中的用語，在當年制憲時，是如何被理解的。史卡利亞也引用 John Marshall 判決中的說法指出，憲法不是一般人可以輕易讀懂的文件，憲法文本也不可能規定地很詳盡細密，他指出，

In textual interpretation, **context is everything**, and the context of the Constitution tells us not to expect nit-picking detail, and to give words and phrases **an expansive rather than narrow** interpretation—though **not an interpretation that the language will not bear**. (Ibid. 37)

是的，身為文本原意主義者宗師，史卡利亞認為可以對憲法做某種寬鬆解釋，只要不要超越**文字可以承擔**的範圍。用我們比較熟悉的說法，類似於不要超過「可能的字義範圍」。他也立刻舉例，憲法第一修正案的「言論」，文字上只提到 speech 與 press，這難道意味著手寫的書信，就不受同樣保障嗎？當然不是，他說，

In this constitutional context, speech and press, the two most common forms of communication, **stand as a sort of synecdoche for the whole**. That is not strict construction, but **it is reasonable construction**. (Ibid. 38)

然而，這也正是他批判其他解釋理論的某種起點。如前所述，史卡利亞批判了嚴格建構主義或字面主義，但是這兩種方法終究是某種文本主義的立場，因此他說，他的文本主義不是嚴格建構主義，但是嚴格建構主義還是比「非文本主義」(nontextualism) 要好。這就是他看待憲法解釋方法爭議的一個主要角度，史卡利亞不認為當前爭議的重點在於原初制憲者的意圖與客觀意義之爭，而在於「原始意義」(original meaning) 與「當前意義」(current meaning) 之爭，而後者的代表性學說，就是所謂「活力憲政主義」(the Living Constitutionalism)。 (Ibid. 38)

史卡利亞認為，不論是 Calabresi 或 Eskridge 所倡議的方法，都是活力憲政主義，都採用所謂動態法律建構 (dynamic statutory construction)，他們

的共同特色是，

what the Constitution meant yesterday it **does not necessarily mean today**. As our opinions say in the context of our Eighth Amendment jurisprudence (the Cruel and Unusual Punishments Clause), its meaning changes to reflect “the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.” (Ibid. 39-40)

活力憲政主義認為這種讓憲法文本之意義，可以隨著時代變遷而與時俱進的方法，帶給憲法解釋「彈性」(flexibility)，史卡利亞則認為，這種態度與方法，不但牴觸了民主原則，違反權力分立，也不見得帶來更大的彈性。史卡利亞提出幾個觀點來論述這一論證。

1. 活力憲政主義或動態法律建構方法，是**把普通法法官造法的方式，偷渡到對憲法的解釋當中**。如前所述，普通法的方法即使再好，也不能應用到對成文法與成文憲法的解釋當中。
2. 沒有一個立法者或制憲者，會在制定規範的時候，就認為法律一但生效，**修改法律的權力就不再掌握在立法者或制憲者手中，而移轉到法官**。
3. 透過諸如第十四修正的正當法律程序，來「創造」出很多文本當中根本沒有規定的新的權利，並不一定就是對權利保障的擴大，因為同樣的方法也可以應用於對民主立法者／國會的**限制**，甚至**違反了憲法明文規定的保障**。史卡利亞提出不少實例，尤其強調對「財產權」保障其實是大幅縮減了。
4. 即使不談財產權，第六修正案明文保障的，刑事被告擁有開庭時，當庭與指控他之證人的**當面對質 (be confronted with) 的權利**，但是某個案件中，因為被害人是未成年人，判決卻例外允許，可以透過視訊銀幕進行此項程序。史卡利亞承認，因為民眾對於這類被害人／證人的心理脆弱性之同理心增加很多，因此**可能社會是歡迎**這種新作法與判決見解，但是這卻**牴觸了憲法的「明文」規範**。這種見解就類似於普通法法官可以依照自己對於「應然」的判斷，而實質上修改了法律一樣。
5. 同樣的，明明在制憲時代，各州都廣泛有死刑制度，制憲者也都了

解，第五修正案也提到「生命」可透過正當法律程序剝奪，那麼又為何可以主張，第八修正案可以解釋為**死刑違憲**呢？如果可以這樣解釋，那確實就可以引用十四修正案的正當程序，來主張有「**自殺的權利**」，這些解釋不但與憲法文本原意不合，也「**限縮**」了立法者對此等事務的規範空間，因此是減少了彈性，不是增加。

6. 史卡利亞認為，制憲者的規劃，是讓憲法這種根本大法「**不容易**」**被修改**，因此有繁複困難的修憲程序規定在憲法文本當中。既然如此，又怎麼可以把憲法解釋任令法官進行普通法式的造法呢？
7. 如果認為可以，甚至鼓勵這種**普通法的動態**解釋方法，讓法官可以依照自己相信的**應然**方向來解釋憲法，因為聯邦法官都是經過聯邦參議院同意後始可出任，參議院的「民意代表」(參議員)就會傾向於僅支持，**擁有與他們的應然價值觀相同或類似的**被提名人出任法官。這樣一來，反而會讓憲法這種基本大法，尤其是當中的基本權條款，**置於民主多數決的偏好決定之下**。原本應該要「抗多數決」的憲法保障設計，反而淪為民主多數決的裁量之下。

三、德沃肯的見解

(一) 概述

如前所述，德沃肯在完成其主要著作的階段，原意主義尚未成為美國法學界的熱門議題，因此其著作原本完全沒有討論到原意主義。一直到1987年雷根總統提名 Robert Bork 一就是原意主義這個詞彙的鑄造者一出任大法官，德沃肯才開始在紐約書評發表了三篇檢討 Bork 的文章 (後收錄於1996年出版的 Freedom's Law 一書)。即使是這幾篇文章，德沃肯也不常使用 originalism 這個詞彙，他當時也把原意主義主要理解為原始意圖的原意主義。²⁷

1995年普林斯頓大學「人類價值中心」邀請史卡利亞發表 Tanner Lectures 時，也邀請了德沃肯等幾位學者專家參與討論，後來出版刊行的「評論」(Dworkin, 1997)(收錄於 Scalia, 2018)，應該算是德沃肯針對已經

27 請參考 Dworkin, 1996, Ch.12, 13, 14。

較為發展成熟的原意主義的首篇重要著作。之後針對這場討論，德沃肯又在 *Fordham Law Review* 發表一篇更為完整的論述，“The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”(Dworkin, 1997-1)，此文經過調整修改後，以 ”Originalism and Fidelity”(原意主義與忠誠)(Dworkin, 2006.5)，收錄為德沃肯 2006 年出版的「法袍正義」(Justice in Robes, Dworkin, 2006) 第五章。

「原意主義與忠誠」一文，應該是德沃肯批判檢討原意主義憲法理論的最具代表性著作，此處的忠誠 (Fidelity)，當然是指對法律或憲法的忠誠。不過如果縱觀德沃肯卅餘年下來對相關問題的思考評論，可以發現，德沃肯固然日益精緻化論述，釐清了一些爭議點，但是其實在 1970 年代初期他就已經打下了最為核心的理論基礎，即使當年一如前所述—原意主義還沒有正式誕生，當時德沃肯批判的概念是嚴格建構主義。因此以下將先說明德沃肯的早期論述，再以綜合延伸的方式，來闡述德沃肯後期的論證。

(二) 如何理解或解釋概括判準

概念與概念觀 (concept and conception) 原本是羅爾斯為了闡述正義理論而提出的區分，德沃肯將其用來分析憲法或法律當中會出現的「概括判準」(vague standard) 問題。簡明地說，這裡涉及幾個層次的問題，首先是似乎較有共識的，制憲者在憲法當中使用了不少概括抽象的語彙來表達對公民權利的保障，如正當法律程序 (due process of law)、法律的平等保障 (equal protection of the laws)、言論自由 (freedom of speech) 等，這些保障在一定條件下是可以對抗國會多數決的，但是此等語彙的使用也產生了概括判準解釋適用的廣泛爭議 (1977.5: 133)，因此第二個問題就是，制憲者可以使用更為具體詳細的規範文字，但卻刻意採用這一類的語彙，那麼我們要如何正確理解這些概括判準的意義呢？是要忠實地、依附於憲法文本或制憲者的本意，還是要基於某種政治哲學觀點來討論所涉及的道德權利是什麼，該如何適用？(Ibid.) 德沃肯認為，針對這個問題，有一種理解方式是這樣，

If the framers of the Constitution used **vague language**, as they did when they condemned violations of ‘due process of law’, then what they ‘said’ or ‘meant’ is **limited to the instances** of official action that **they had in mind** as violations, or, at least, to those instances that **they would have thought**

were violations if they had had them in mind. (Ibid. 134)

亦即，如果要客觀理解概括判準的意義，就要以**制憲者當年對所設想個案的判斷**，或者如果當年曾想到某種個案，他們會如何判斷，來作為解釋的基準。在這種「意義理論」之下，德沃肯指出，任何不符合這種解釋基準的主張，就會被認為是不忠於、不依照憲法的解釋，是以法官自己的道德信念灌入憲法的行為，也就是**違反了對憲法的「忠誠」**(fidelity)。

德沃肯不同意這種理論，他舉了一個父親指示子女應該公平 (fairly) 對待他人的例子，我把這個例子改為「應該誠實待人」，討論如下。

(三) 應該誠實待人的例子

假設父親指示 (instruct, instruction) 兒子應該要「誠實待人」，父親會認為，「誠實待人」這個指示的範圍，僅限於他下達指示時，所想到或曾經想到過的個案嗎？

不可能如此，因為：

- (1) 父親會期待兒子，如果碰到**之前沒想過或無法想到的**狀況時，仍舊要誠實待人。兒子必須在該狀況下，**自己**做出，如何才是誠實待人的判斷。
- (2) 父親也會接受，即使是原本**已經想到的**狀況，並且有所判斷，但是這個判斷可能是錯誤的。
- (3) 例如看到同學考試作弊，父親認為應該主動告知老師；但是如果兒子可以成功說服父親說，「**你原本的判斷是錯誤的**；此等狀況，只需要被動被老師詢問時，才需要誠實告知老師」，**父親改變了原本的判斷**。
- (4) 此時，父親仍然認為這個個案，**仍舊落在原本「應該誠實待人」的指示之內**，因此**並沒有改變**原本的指示。

德沃肯指出，抽象規範的「指引」，是透過「**概念**」來表達；此際，樹立了一個「**道德議題**」，要援引使用這個規範時，則必須嘗試論證提出正確的「**概念觀**」，去回答這個議題。他寫道，

When I appeal to fairness I pose a **moral issue**; when I lay down my conception of fairness I **try to answer it**. (Ibid. 135)

他也認為，「概括判準」的問題重點不在 vague (概括、空泛…)，而在於，什麼是 standard ？

The clauses are vague only if we take them to be botched or incomplete or schematic attempts to lay down particular conceptions. If we take them as appeals to moral concepts they could **not be made more precise by being more detailed**. (Ibid. 136)

亦即，涉及這些**重大評價／道德爭議**問題的規範，不會因為訂定的「更詳細」，就讓系爭「**概念**」的意涵變得「**更精確**」。我們永遠需要在面對新的個案時，重新嘗試回到「概念觀」的層次，思考論證要如何回答這個議題。基於這個理由，如果法院嘗試要**忠實於憲法文本**做裁判，他們就一定要在相互競爭的政治哲學「概念觀」(conception)—並未明文規定在憲法當中—做出衡量判斷。因此，

So it is **wrong to attack the Warren Court**, for example, on the ground that it **failed to treat the Constitution as a binding text**. On the contrary, if we wish to treat **fidelity to that text** as an overriding requirement of constitutional interpretation, then it is **the conservative critics** of the Warren Court who are **at fault**, because **their philosophy ignores the direction to face issues of moral principle that the logic of the text demands**. (Ibid.)

亦即，德沃肯認為，不是自由派的華倫法庭，而是**保守派的憲法哲學違背了憲法忠誠**，因為他們誤解了憲法文本邏輯所規範的道德原則之特性。

(四) 德沃肯的後期理論與綜合

1. 以整全法的詮釋理論為本

德沃肯的後期理論當然比前述說明複雜的多，容我先比較長的引用他在後期文章 (2006.5) 的一段文字，

Proper constitutional interpretation takes **both text and past practice** as its object: lawyers and judges faced with a contemporary constitutional issue

must try to construct **a coherent, principled, and persuasive** interpretation of the **text** of particular clauses, the **structure** of the Constitution as a **whole**, and **our history** under the Constitution—an interpretation that both **unifies these distinct sources**, so far as this is possible, and directs future adjudication. They must seek, that is, constitutional *integrity*. **Fidelity** to the Constitution's text does **not exhaust constitutional interpretation**, and on some occasions overall constitutional integrity **might require a result that could not be justified by**, and **might even contradict**, the **best interpretation of the constitutional text considered apart from the history of its enforcement**. But **textual interpretation** is nevertheless **an essential part** of any broader program of constitutional interpretation because what those who made the Constitution **actually said** is always at least **an important ingredient** in any genuinely interpretive constitutional argument. (118)(Ital. by Dworkin; bold by me)

以「文本」與「憲法實踐」整體為目標，力求論證提出融貫原則之最有說服力之解釋，這是德沃肯在 1980 年代提出「整全法」(law as integrity) 後的基本理論特色。在當前問題脈絡下，德沃肯指出，忠誠於文本並不是憲法解釋的全部，有時甚至要提出與文本衝突的解釋，但是**文本解釋畢竟是關鍵的部分** (an essential part)，制憲者**實際上講了什麼**，至少是任何憲政論證的重要成分。

2. 制憲者的期待或希望？

德沃肯進而指出，如果我們仔細研究其論點，一般喊的很大聲的原意主義者，實際上卻在反對原意主義，因為他們往往**並不真的在乎制憲者有意要說什麼** (meant to say)，而是制憲者**期待或希望**，他們所表達文句所可能帶來的**後果**，原文是：“what they expected or hoped would be the consequence of their saying what they did”。

這段文字初看有點難以理解，因為不容易以常見的「原始意圖」或「原初客觀意義」兩大類區分來了解。但是如果參照前一節筆者所提出的「父親指示兒子要誠實待人」的例子，很快就可以把握。

所謂制憲者「有意要說什麼」(meant to say)，就是父親有意要兒子誠實

待人，但是遇到許多具體情境狀況，也要兒子自己做出最佳判斷。

所謂制憲者期待或希望，所表達文句可能帶來的後果，就是要把「應誠實待人」的意義，完全依照父親當時心裡所想的或所認知的意義來決定，包括父親認定的個案適用。

應用到實際憲法解釋，例如第八修正案禁止「殘酷與不尋常刑罰」所指的「殘酷」，就只能依照**制憲者當年所設想理解的殘酷**，或者所認定**當年公眾所理解的殘酷**之意義。既然制定該規範時，美國各州都廣泛有死刑，制憲者與當時的公眾顯然不認為死刑是殘酷刑罰，因此死刑並不違憲。這也是 Scalia 經常使用的例子。

德沃肯反對這種解釋，而且認為這種解釋方法反而牴觸了「憲法忠誠」(fidelity to the Constitution) 原則，因為條文寫的是「殘酷與不尋常的刑罰」，而不是「**依照公眾理解的殘酷與不尋常刑罰**」。德沃肯問道，當我們在解釋這一類條款時，我們要探討的，是制憲者或當年公眾，**歷史事實**上所了解的「殘酷」是什麼，還是「殘酷」這個評價判準，**客觀**上是什麼？有無可能，歷史事實上，制憲者**並不認為是「殘酷」**的刑罰，例如死刑；或者制憲者**並不認為受到「法律平等保障」條款所規範**的制度，例如種族隔離的教育，實際上、客觀上是殘酷的，是應該受到「法律平等保障」條款所規範的？

這一整組的討論，其實與前述所提到的，「**設立一個判準 / 提出一個問題**」與「**嘗試回答這個問題**」的區分，基本思考邏輯是一樣的。也正是德沃肯發展的出來，基於原則融貫的，對憲法的道德解讀 (the moral reading) 方法，在「原意主義」與「忠誠性」問題上的實踐。

3. 語意意圖與政治意圖

很有趣的，德沃肯此文也提出了「語意意圖」與「政治意圖」的區分，前者就是制憲者有意創設一個道德原則 (相當於價值原則)，後者則是指，我們應該 “defer to their *political* intentions—their assumptions and expectations as to how the clauses they wrote would be applied”，也就是遵循制憲者 (或者父親) 當年實際上已經設想或者可能會設想的個案適用方式。

德沃肯認為這種觀點犯了一個推論錯誤，誤以為制憲者的「語意意圖」

是指，既然定下了這些文本，因此忠誠於他們所說的，就**只能是強制實施**，他們**原本預期或期待文本所要求的結果**。

德沃肯又舉了一個，老闆指示經理，針對某個職缺去聘任一位最佳人選之例子。(Ibid. 124) 這個例子要對照的，是「聘任最佳人選」的規範指示/指令，與「老闆心裡想的最佳人選，就是他的兒子」的「心意」或者意圖。老闆並沒有明講這個心意，老闆也確實相信他的兒子就是最佳人選，但是給經理的**規範指示**，是「**聘任最佳人選**」，因此即使她知道老闆的心意與意圖，她還是要以**自己的獨立判斷來決定**哪一位應徵者是最佳人選。如果這位經理沒有聘任老闆的兒子，她**遵循了老闆的指示**，雖然沒有遵循老闆的**真實意圖**。她可能因此被開除，但是無論如何，你**不能指責她未能忠實於老闆給他的指令**。畢竟，**決定一個抽象指令的意義**，與**去理解某個人如何認知那個指令**，是兩個完全不同的問題。

(五) 小結

- (1) 有學者將德沃肯界定為「原則的原意主義」(originalism of principle) (Brink, 2016: 286)，就「原則」部分，這個界定當然是正確的，但是就「原意主義」部分，就有待商榷。畢竟德沃肯雖然強調了原初制憲者的語意意圖，文本解釋的重要性，但是也認為「忠誠於文本」不能窮盡憲法解釋，最重要的是在「整全性」(integrity) 指引下，論證證立對文本在當下個案適用的最佳方案，而不是拘泥於制憲者原始「想法」，或當年公眾所抱持的意見。因此就德沃肯理論整體而言，應該歸屬於某種的「活力憲政主義」(Living Constitutionalism) 比較對。
- (2) 史卡利亞的原初公共意義之原意主義，可以視為一種深具代表性的，標準版本的原意主義，應該沒有太大爭議。但是**批判原意主義的論述**，卻不需要以德沃肯的理論為代表，很多不贊同原意主義理論者，**也不贊同德沃肯的理論**，例如 Lawrence Tribe，德沃肯也認為 Tribe 誤解了他以及史卡利亞的理論，也指出 Tribe 理論的重大缺陷。
- (3) 也許可以簡單地說，「原意主義」理論圈內部固然有非常多與重大的差異，但是大致上，尤其是保守派法學，不同意見者仍願意集結

在原意主義，甚至包括「文本主義」的旗幟之下。但是偏向自由派 / 進步派的批判原意主義陣營，則缺少某種可共同分享的憲法哲學理論名稱。最高法院的自由派大法官，至少有兩位 (Elena Kagan & Ketanji Brown Jackson) 願意自認為自己是原意主義者。這也許是近年來原意主義日益熱絡發展，自由派法學卻顯的有點混亂。

- (4) 德沃肯卅幾年來對「憲法忠誠」「文本忠誠」的理論分析與建構，可以說為自由派所遭受的「是在制憲，而不是在釋憲」批評，**指出了一條理論出路**。但是必須承認，即使美國的整個憲政發展史是充滿激烈衝突與血淚，德沃肯還是可以在一個相當舒適的結構條件下，來闡述他的自由派憲法理論，他雖然強烈支持大部分的進步派憲法解釋見解，但是就像他自己理論所建構的，**假想的全知全能法官 Hercules** 一樣，他以及他所反對的原意主義大法官們，其實或多或少都是「置身事外」，也就位於衝突以外的「詮釋者」菁英。
- (5) 之所以提出這點，除了「詮釋理論」裡的「讀者位置」問題外，比較重要的是，他們也許很難想像，**世界上大多國家 / 歷史階段的「菁英們」，是不太可能「置身事外」來做「詮釋」**(原意主義 or not)。凱爾森、賴德布魯赫、施密特都是這樣，當年的霍布斯、盧梭、黑格爾、馬克思等「政治理論家」處境也都類似。最關鍵的是：台灣人以及台灣的大法官們，也都是如此。
- (6) 因此也許，可以先參考一下，某一位比較「激進」(radical) 與「批判理論」(critical theory) 一點的法學者，是如何說明對憲法詮釋的觀點：

Lawyers think we have to legitimate our legal arguments by asserting that **all we ask of law is interpretation**. My point is that, **in a democracy, the Constitution also has to legitimate itself with people,** In this sense, **fidelity, in law as in life**, is a relationship, a two-way street: **Our fidelity to the Constitution is bound up with its fidelity to us.** (MacKinnon, 1997: 1779)

尤其這兩句話：「在一個民主政體，憲法也需要與人民一起來建立自身正當性」以及「我們對憲法的忠誠，也依繫於憲法對我們的忠誠」，不是對於許多關心台灣憲法發展與困境者來說，也特別「有

感」嗎？

陸、返回自身處境 __ 台灣的憲法解釋「問」題

因為一些限制，雖然筆者過去也已經有不少相關書寫，本文目前無法在銜接 MacKinnon 引文之後，更完整充分地討論說明，偏向**批判法理論**脈絡的憲法詮釋理論。本文以下將會整合前面提出的許多論點，將其綜合在對台灣本身「中華民國憲法」解釋適用問題的討論。在這個論述過程中，也會初步說明呈現筆者對批判法理學理論的思考。

一、價值中立的憲法解釋？

(一) 概述

很多人想要主張一種價值中立的憲法解釋方法，認為即使憲法解釋一定會涉入價值，但是這些價值都來自於憲法本身，而不能以自己的價值立場來取代憲法創立規定的價值。

原意主義抱持這種憲法解釋觀念。羅爾斯的政治自由主義則主張，在根本的世界觀問題上，應該本著不依附任何特定全面哲學觀點的「自由立足點」(freestanding) 立場。這非常類似於凱爾森與賴德布魯赫抱持的「價值相對主義」哲學觀與民主理論。但是後面這三位，都是自由民主與道德平等主義的信念者，他們對價值問題的「謹慎性」，並不導向價值虛無主義，而是對體制實踐與相關價值論證的「週延性」與「包含性」。

德沃肯是價值客觀性的堅強支持者與論述者，但是他仍舊認為，

Constitutional interpretation is not mathematics, and **no one but a fool** would think his own constitutional judgments **beyond any conceivable challenge**. We argue for our constitutional interpretations by offering the best and most honest case we can for their superiority to rival interpretations, knowing that **others will inevitably reject our arguments** and that we cannot appeal to shared principles of either political morality or constitutional method to demonstrate that we are right. (Dworkin, 2006.5: 127)

對這個問題的討論與引用可以一直持續下去，其中涉及的許多爭議，例如凱爾森晚年與 Karl Löwith 以及 Eric Voegelin 的論辯，當然遠超過本文

所能處理的範圍。此處只能先簡述筆者本人的基本觀點。

(二) 幾個基本立場與觀念

以下說明筆者所保持的幾個基本立場與觀念：

1. 價值與規範的客觀主義者與可認知論者

簡要地說，價值與規範雖然都不是物質或物理世界實際存在的對象，無法由自然科學的方法研究證明，但是仍然構成可由客觀過程與論證，來確認 / 認知其有效性與拘束力的社會對象。

2. 法認識論圖示

此處只能先以圖示，來表明筆者對於法認識論、解釋論與方法論的基本觀念架構：

法認識論基本架構圖示

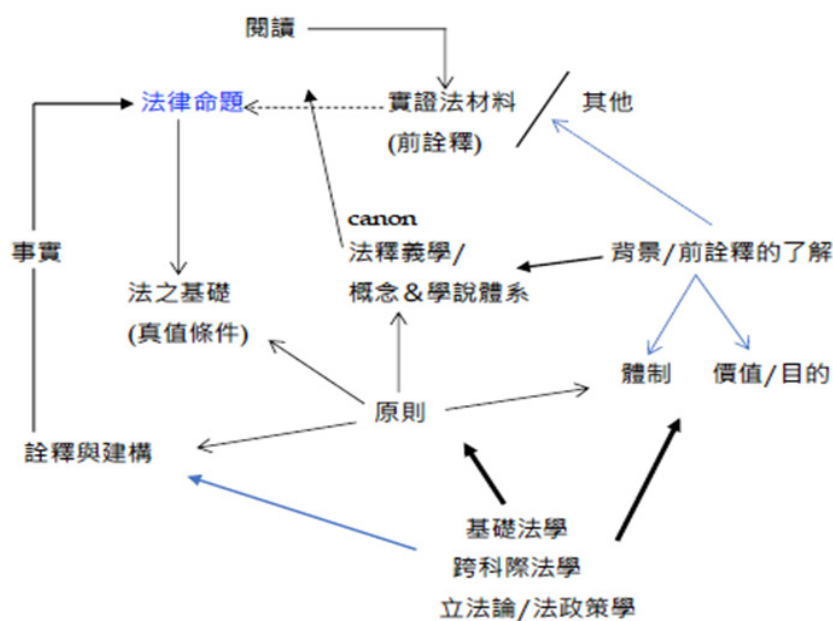
法律解釋的要素/方法(canon)：

◎狹義的解釋：文義(文法)→邏輯→歷史→目的(限縮/擴張)

◎體系

◎法之續造：類推適用；反面推論；牴觸法律(*contra-legem*)的續造

◎漏洞？



◎批判(critique; Kritik)：「思考與論證」←「分析/檢討」

對思考與論證的後設(meta-)或二階(second-order)分析檢討

3. 政治理論的必要性

如同文章一開始就指出，憲政體制是政治理論的產物，透過之前的討論也初步可以理解，對「地區限定的 (parochial)」的憲法體制的實踐與解釋適用，也一定迴避不了對政治理論的解明與論辯。例如，各種自由基本權的「防禦權」功能，一定就只能基於「消極自由」的觀念嗎？還是可能，甚至更合適使用「共和主義」，作為免於宰制或獨立性的自由觀念？

4. 筆者自己的立場

在第三世界，尤其像台灣這種「還不是國家的國家」環境下，要想清楚自己的政治理論立場，是非常艱困的任務。不需要在文章中吐苦水，筆者幾個基本立場 / 觀念如下：

(1) 在抵禦威權，企盼民主憲政制度未來的成長過程中，必須先建立某種「自由主義」的制度信念。

(2) 有人因為年幼貧窮而期盼資本主義的繁榮或憎恨其剝削，筆者則是在年幼時有機會經歷到**美國人**在北海岸美麗沙灘上舉辦烤肉派對，在軍用汽油桶內放滿冰塊與冷飲，快樂文明地 party，而萌芽了反殖民以及質疑資本主義的「心態」。因此是的，我很早就是一個「**民主社會主義**」者 (democratic socialist)。放在本文的脈絡，也許類似 MacKinnon 所說，

I do know I could not work in the position of interpretation I do now, a **LUXURY I owe to those who got equality in there in the first place**, because there would be **no equality to interpret**. And I would have less faith in a Constitution that would deserve less. (Ibid.)(bold & capitalized by me)

(3) 依照前面的法認識論圖示，我當然認為，沒有什麼價值中立的憲法解釋方法，雖然在許多「政策」層面，是有著廣泛的「價值相對」空間。然而，**不是價值中立的憲法解釋方法**，要如何針對憲法文本與各種個案，「著手」處理政治哲學的複雜評價問題呢？

二、中華民國憲法解釋的特色

(一) 憲法文本的永恆「負債」

「中華民國憲法」與台灣這個政治社會 / 共同體，有著永遠無法完全

彌合的斷裂與矛盾。除了增修條文第九條第二項，那個完全已經失去意義的條文提到「台灣省」之外，憲法本文與增修條文完全沒有提到台灣或者台澎金馬。這是憲法文本，或者說想要運用「文本主義」的永恆負擔與負債。如果要運用文本主義解釋方法，即使是增修條文，「中華民國自由地區」大約相當於台灣或者台澎金馬（其實理論上，自由地區是可以擴大的，這點與德國基本法類似），但是「中華民國」或者「國家」，似乎**文義**上都「指涉」了另外一個對象。

（二）憲法解釋內在的反文本與反原意主義

中華民國歷來的憲法解釋，一直帶有某種或強或弱，或明顯或隱蔽的反文本主義與反原意主義傾向。這不只是發生於 1990 年代民主化與本土化之後，威權時代的憲法解釋，就從來不曾「由衷地」要實現對憲法的「忠誠性」。這或許因為威權時期要保衛國民黨威權體制與蔣家政權，也有可能如王寵惠所說的，國民黨上上下下，從來就沒有人真的要這部憲法。

如果借用／轉用 Scalia 的說法，中華民國歷來的憲法解釋，for the worse or for the better，非常類似於一種「另類」的普通法法官「法官造法」操作，因為是「**隱蔽**」其**真實**考量的「造法」。

解釋的理由通常講得很「委婉」（不全），**尤其是重大爭議案件**，往往連一般大眾都看得出來，那些理由只是「一套說法」，其真正的理由，都是在處理政治困境難局，追求實現各當其時的「最佳」制度出路／配合方案。這種解釋，既談不上是「參考過往」(backward-looking)，也不是「考量未來」(forward-looking)，倒是更像是一種考慮如何處理「**明白而立刻的麻煩**」(clear and present trouble) 的操作。

（三）危機社會的麻煩製造

憲法解釋經常像是在處理「明白而立刻的麻煩」，這種狀態當然是可以理解的，因為台灣社會本就是個「處於永恆危機中的政治社會」(political society in permanent crisis)，或者就可簡稱為「危機社會」，亦即台灣本就長期處於「明白而立刻的危機」之中。注意，不是明白而立刻的危險，用法學術語也許可以說，是某種「抽象風險」，而不是「具體危險」。因此也不適合說是永恆的「緊急狀態」。

相當重要的是，也許「**危機**」主要是巨大的地緣政治結構與兩岸關係造成的，有點像是「不可抗力」。但是明白而立刻的「**麻煩**」，卻經常是**台灣內部自己造就的**。舉實例來看，有必要「一定要」以**釋字第 31 號**創造萬年立委，或者透過對憲法第 28 條第 2 項的「文義 / 邏輯解釋」，解釋出萬年國民大會嗎？**定期改選本來不是麻煩，「憲法解釋」創造了麻煩。**

或者大家認為「**可能**」沒那麼嚴重的，**釋字第 3 號**的監察院「法案提案權」，這號解釋有趣之處有一點在於，解釋文一開始提到的「拉丁法諺」，就是史卡利亞也提到並質疑過的解釋方法之「準則」(canon)。解釋文的意見與史卡利亞是一樣的，那些解釋準則並非絕對準則。然而，如果依照這些準則，否定監察院的提案權，**也許就不會有釋字第 175 號**也給予司法院提案權，**把整個「權力分立」體制搞得亂七八糟**。最近司法院的「施政計畫」，被立委黃國昌質疑有各年度高度襲抄的現象，不也是**這整個混亂的「後果」**之一嗎？

寬鬆／寬厚地看，台灣憲法解釋歷來的反文本主義與反原意主義，也許可以同情地諒解為一種「**立意良善**」(至少在民主化之後)的操作，但是「解決麻煩」與「製造麻煩」同步發展成長的結果，確實有可能「**累積**」出真正棘手的「**大麻煩**」與「**大危機**」。

被多位包括總統、大法官等在內重要公眾人物，視為是美國憲法史上最糟糕判決代表的 *Dred Scott v. Sandford*，從歷史的角度來看，也是「**戰前法學**」(antebellum jurisprudence)「**解決麻煩**」與「**製造麻煩**」同步發展成長所累積出來的結果²⁸。依照不少學者觀點，這個判決也是一種原意主義與文本主義的代表，依照筆者的思考，不加批判的原意主義與文本主義，固然會累積危機。但是抄短線，**不想好好釐清校正「價值羅盤」的反文本主義與反原意主義**，同樣會把「**麻煩**」越做越大。

三、中華民國憲法的政治理論

「傳統上」要講中華民國憲法的政治理論，往往就會說是「**三民主義**」，而且三民主義確實明定在憲法第一條，這是一個重要的「**原意主義**」

²⁸ 可參考顏厥安，2022，當中對此判決的介紹與討論。

之文本依據。但是一部憲法的政治理論基礎，當然不是一個或少數條文就能決定判斷的，即使僅就「三民主義」這個現在甚至連國民黨人都避談的憲法概念，如果考察條文，也會出現一些有趣的線索。例如「中華民族」一語，在憲法當中根本沒有出現。因此所謂的「民族主義」，到底所指為何，耐人尋味。以下先從自由主義來思考。

（一）自由主義是憲法理論基礎嗎？

如本文一開始提到，除了憲政體制，如果考察一些國家憲法的政治理論基礎，可能不少都顯示出「混合」憲法的特色，亦即混合有多種政治理論基礎。不少人認為美國憲法主要以「自由主義」為基礎，也有人認為也帶有共和主義的特色。如果**往負面**考察，美國原初憲法實在帶有相當明顯的**種族主義**與白人至上的理論基礎。*Dred Scott* 的種族主義見解，實在是個**符合各種原意主義與文本主義的判決**。不經過內戰，第十三與十四修正案等艱苦「修憲」過程，美國可能還是個種族主義的國家，

如前面所述，英國與美國憲法體制的**古典自由主義**思想，並不支持「**實質的平等主義**」立場，不但對種族是如此，**對性別與階級也是如此**，所以女性要到廿世紀，貧窮無一定數量財產者到十九世紀末，才獲得投票權。

而美國修憲程序之困難，可能讓 Lepore 也同意史卡利亞的看法，認為**憲法一至少有部分原意一就是要防止修改**。美國的選舉人團制度，讓美國進入 21 世紀後，仍舊有**兩次是普選票較少的候選人當選總統**。而不論人口多寡，每一個州都有兩個參議院的議員席次，也**經常使得參議院多數黨代表的其實是整個美國較為少數的選民**。這些憲政體制規範實在也很難說是表現了自由主義或共和主義的政治理論。

就這些層面來考察，也許可以說一實際上也有不少學者 / 學術文章這樣認為一美國的原意主義與活力憲政主義之爭，反映的是用**憲法解釋來進行的政治理論抗爭**。在過度「法釋義學」化之前，在威瑪共和時期，德國的「國法學理論」(Staatsrechtslehre) 的種種理論辯論，基本的特色也是如此，也許因為威瑪共和的憲法，就是一個政治理論高度混雜的憲法。

那中華民國憲法所立基的政治理論基礎是什麼？

也許有兩個命題是可以成立的。**第一是個肯定命題**，亦即中華民國憲法（暫不論增修條文）的政治理論要素是**混合的**，這點爭議不大。**第二個是個消極命題**，此即中華民國憲法主要**並不是建立在自由主義理論之上的憲法**。這點可能爭議較大，畢竟現在大家都認為「**自由民主憲政秩序**」是中華民國憲法的主要價值特色，這個概念通常主要以**自由主義**的方式來理解。

先提出一個初步的論點來論證這個「**非自由主義**」消極命題：即使完全不考慮「基本國策」的部分，**憲法第 23 條的規範方式**，讓國會擁有非常廣泛的「**公益保留**」之干預空間，讓這部憲法更像是以**國家積極干預主義為本**的憲法。如果再考察「基本國策」的諸多規範，更可以支持這個判斷。

透過憲法學理與憲法解釋的操作，例如比例原則、階層審查基準等，中華民國憲法的**憲政實務**操作，確實顯示出**朝向自由主義發展推進的特色跡象**，但是由威權轉型為管制密度相當高的**行政型國家**之「民主化」過程，甚至讓「定型化契約」大幅主導取代了原本理論上應該屬於「私法自治」範圍的「契約自由」，讓「行政罰」功能取代了民事損害賠償，而並沒有什麼質疑這種管制是「違憲」的主張，這些「實務」發展**實在很難說是對自由主義的強化肯定**。²⁹

「**非自由主義**」並不一定是什麼很不好的特色，很多歐洲國家的憲法也可以說帶有這種特色，而且「非自由主義」並不是「**反自由主義**」。相反的，中華民國憲法也帶有高度肯定「**人民之自由及權利**」的特色，**憲法第 22 條就是個標竿規範**。你可以挑惕這一條的規定比較「粗糙」或不太清楚，但是無法否認這是一個帶有「**積極追求實現人權保障**」之**原初意旨**的規範³⁰，因此美國原意主義者批判自由派創造太多憲法所無的權利，這種批判在中華民國憲法體制下不會出現。

本文把 Originalism 翻譯為「**原『意』主義**」，這個「意」可以同時有「**意圖**」、「**意義**」以及「**意旨**」的含義。前兩者分屬不同的「**原意主義**」類型。「**意旨**」，則較接近於英文的 aspiration, ambition, 或者就是 idea。「**原初意旨**」

29 在所謂「公民與政治權利」領域，如選罷法、集會遊行法、社會秩序維護法、刑事訴訟法等制度區塊，也可以有類似的分析，此處暫不處理。

30 無法確定這一規定與當年「國際上」正在聯合國背景下，醞釀提出「世界人權宣言」的大氣候是否有關。憲法有提到「聯合國憲章」，因此這個連結是有跡象的。

的原意主義，是指制憲者創建這個憲法秩序或共和國的「原初抱負」或「**原初理念**」(original idea)。

我的主張是，如果要談解釋中華民國憲法，有無某種「原意主義」或文本主義可作指引，那**唯一的可能**，就是「**原初意旨**」或「**原初理念**」的**原意主義**，而其**最關鍵的「文本依據」**，就是**憲法第一條：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享的民主共和國。」**

(二) 外一章：中華民國憲法體制與台灣的策略聯盟

在今天台灣這種「公共環境」裡，這種主張不但會遭到很多批評，甚至會受到很多人的訕笑嘲笑與戲謔譏諷。德沃肯說，任何憲法解釋都不免遭受到某種「可理解的挑戰」(conceivable challenge)，這種挑戰大概也包括嘲笑譏諷吧。先提出幾個初步的論證說明。

- (1) 如果台派本土民主派或獨派，都認為「台灣是一個主權獨立的國家，現在的國名，依照憲法，稱為中華民國」，亦即棲身寄生在中華民國憲法體制之內，那麼**對憲法文本的尊重**是一個基本的條件。此處不需要也不想質疑懷疑這種政治策略的正確性與動機的正當性，從法理學以及話語行為理論來看，**若要成功地依附於一個規範體制**，就要盡可能「**展演**」出 (perform) 對這個規範體制的尊重。請注意，這是一個**不涉及國家認同的「條件句」**，前提條件是**可以選擇的要或不要的**。這個選擇，是**政治領域的決斷問題**，此處不多加討論。
- (2) 但是身為**解釋憲法**的大法官，就沒有這個**選擇空間**，意思並不是失去國家認同的自由，而是**若要行使憲法賦予的職權**，就**一定要接受這個前提條件**，亦即「成功地依附於中華民國憲法體制」，並且接受其結論「盡可能尊重這個規範體制」。這**又是一個條件句**，意思是，**如果不想接受那個前提條件**，也可以選擇不行使大法官職權，亦即**不擔任大法官**。
- (3) 之所以要做有點瑣細的分析，是因為想由此得出另外一個命題主張：如果要盡可能尊重這個，亦即中華民國憲法，規範體制，就應該**認真看待每一個中華民國憲法憲法條文**。這樣的要求，一般而

言，在美國或德國大概是不會特別提起，因為理所當然就會認為要認真看待每一個條文。但是在台灣卻不是如此，從筆者在大學部念書開始，就有教授學者主張（上課教導），**憲法有些條文是不需要理會的**，如憲法第一條前半。也有很多條文，僅僅是參考，不具備憲法的拘束力，如大部分「基本國策」的條文。我不清楚現在的憲法課是怎麼教授的（出版為教科書的，通常不會寫的這麼明白），但是即使從 1991 年民主化之後的憲法解釋／裁判實務，乃至整個政府體制運作方式看來，實在很難說是認真看待了每一個憲法條文。（較詳細舉例說明見後）

- (4) 請注意，**我並沒主張，我們一定要認真看待每一個條文**，因為這是從前述條件句得出的結論。相反的，如果參照德沃肯「整全法」(law as integrity) 的理論，我想提醒的是：**也許這整個憲政運作的前提「依附於中華民國憲法體制」，早就已經不可行了**。或者也可以這樣說：所謂的「中華民國／台灣」，已經（或本來就）**沒有「一部憲法」**，我們有的，只是「**一批集合起來的**」，被稱為憲法的**規範**。如果借用轉用黑格爾當年對神聖羅馬帝國憲法的描述，這就像一堆堆積起來的球型石頭，只要拿走一顆，整個石堆就會垮下來。
- (5) 就這點而言，以上論述並不是在批判歷來的大法官或釋憲／裁判運作（先簡稱釋憲）。相反的，我認為我們應該**感謝**民主化以來的大法官釋憲工作，因為是透過這些釋憲所引進的**憲法學理觀念**，才把這一批規範，勉勉強強**拼湊**出一個**看似有整體性的憲法圖像**。
- (6) 然而這種**另類普通法造法**，case by case（逐案）處理明白而立刻麻煩的**操作**，終究會受到很大的限制，也一定會出現**撞牆**狀況。因為第一：這種操作其實並不真的接受前述的條件句前提「依附於中華民國憲法體制」，因此**也不真的認真看待每一個中華民國憲法條文**，但是又說不出來（有點類似柏拉圖講的高貴撒謊者 noble liar）；第二，這種操作需要一個還算**穩定的政治環境**，以及逐步邁向「**本土民主化**」（甚至台獨化）的「**政治共識**」。然而前者不取決於台灣，後者則從來沒有真正形成過。
- (7) 在 *Dred Scott* (1857) 判決之前的幾十年，美國也有為數非常多，極為優秀的法律人、法官、政治人物等，其中也有許多是明確反對奴

隸制的，例如 Joseph Story。但是 Story 即使出任了大法官，在他主筆的判決 *Prigg v. Pennsylvania* (1842) 中，仍舊做出了**有利於南方奴隸制**的判決：

眾所週知，歷史上來看，本案標的（逃奴法）涉及的規範，就是**為了確保奴隸州公民對所擁有奴隸之完整的財產權利與所有權主張**，因為在本聯邦裡，奴隸可能會從奴隸州逃跑到廢奴州。對此等權利與財產權主張的完整承認，……於他們（譯者：意指奴隸主與奴隸州公民）的州內利益與體制之維護，是如此至關重要，因此我們不能對此等保障構成（憲法）一個基礎條款有任何懷疑，因為**如果沒有納入這個條款，本聯邦當年就無法成立了**。³¹

- (8) 我們其實也可以合理地說，如果沒有「**中華民國憲法體制+台灣**」的「**策略聯盟**」，沒有努力把「**那一批中華民國憲法條文**」拼湊成一個**憲法圖像**，台灣的民主化與目前保持的獨立自主政治社會，大概都會難以完成與維繫。但是這個策略聯盟，**有辦法繼續維持下去嗎？**如果「**非要如此不可**」——又是一個「**條件句**」——，那「**憲法解釋**」，可能可以怎樣運做下去呢？

（三）中華民國憲法體制的其他政治理論基礎

如果我們認真看待憲法第一條，簡約地說，民權主義（條文中沒有寫）彰顯的政治理論，其實就是憲政主義（constitutionalism），以及其所要求的自由民主憲政體制。至於「自由」是否一定要以「自由主義」的方式理解，可以先保持開放（我認為不一定非如此不可，見下）。民生主義出現在憲法第 142 條：「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。」，這是經濟憲法的基本根據，如果再綜合其他一些「基本國策」條文，民生主義就是社會主義，至少是接近於 Berstein 改革主義版本的民主社會主義。

如前所述，「中華民族」一語並沒有出現在憲法，反而在總綱第 5 條就規定了「**中華民國各民族**一律平等。」，如果再考量中國境內有五、

31 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. 539, 540 (1842).

六十種以上的民族，而制憲者非常清楚此點，大致可以確定，「**民族主義**」**不能理解為「國族主義」(nationalism)**，**更不可能理解為以漢族為中心的「中華民族論」**。這點即使放在**台灣本土脈絡**，也可做同樣理解。因此憲法中的民族主義，更應該理解為，帶有多元文化主義以及後殖民基調的「**民族解放論**」與「**民族(多元文化)平等論**」。

因此也許不必太抗拒三民主義，憲法中的三民主義，依照其文本以及原初意旨，已經可以完全脫離孫文學說的指導，而理解為多元文化主義、憲政主義，以及民主社會主義。

何必**浪費時間心力**去討論這些？**確實**，不一定要如此，我說的是：**如果要依附中華民國憲法體制，就要認真看待中華民國憲法所有條文，尤其是大法官，不能把憲法條文當作自助餐**，任意挑選所要重視或解釋的條文。如果憲法第一條可以視而不見，就等於開放給有權力的人，可以任選憲法條文的空間。

好吧，**如果實在太討厭「三民主義」**，根本不想管這個概念，那麼起碼「民有民治民享的民主共和國」一語，值得認真看待。大概無人會爭議，民有民治民享這三個概念，源自於林肯總統匹茲堡演講的 of the people, by the people, for the people。比較少人注意的是，林肯該段話講的是，

that this **nation**, under God, shall have a new birth of freedom—and that **government** of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth.

文句中的民有民治民享描述的對象是「政府」(government)，不是國家(nation)，但是憲法第一條是「民主共和『國』」，該條的主詞是「中華民國」，講的都是國家。官方英文翻譯用的是 democratic republic，不過英譯不是文本，可參考，無拘束力。

在該條文脈絡裡，這兩者有很大差別嗎？很難說，端視我們如何「詮釋」其意義。林肯的演講是修辭，主要注重 speech act theory 裡的 perlocutionary (以言語影響他人) 作用，但是憲法第一條是法規範，作用偏向 illocutionary (以言行事)，兩者不同。

比較可能的意見是，為了爭取跨黨派支持憲法，用民有民治民享來「轉譯」三民主義，畢竟有太多其他黨派人物，根本不喜歡三民主義，張君勱自己就是。但是民有民治民享，可以理解為具備「**普世訴求**」(universal appeal) 的重要政治理論原則，其他政黨也可以支持。事實上孫文就講過：「我們三民主義的意思，就是民有、民治、民享；這個民有、民治、民享的意思，就是國家是人民所共有，政治是人民所共管，利益是人民所共享。」

這個**討論方式**，類似史卡利亞的「**原初公共意義**」的**原意主義**。放在這個問題裡，有點像是：國民黨人相信三民主義，其他黨派接受「民有民治民享」三個原則。

這些東西討論久了，我自己都覺得**有點好笑了**。問題是，**沒辦法**，台灣自己的「**本土民主派**」政治力，既然**選擇要依附於**(棲身於)中華民國憲法體制，至少要認真看待**憲法第一條的後半**吧。

真的**需要認真一點**的是，「民有」(of the people)，實在與「民族主義」不太一樣。如果要強調「民有」，那「人民」(people)概念恐怕要取代「民族」(nation, race) 概念。我採此說，亦即**抽象的人民概念**，才是這一條的重點意涵，因為這個「民有」的實際作用，是**提供所有公權力之「正當性」基礎**的來源。這個規定與憲法第二條：「**中華民國之主權屬於國民全體**。」直接銜接，民有的「民」，就是「**國民全體**」，就是**抽象的人民**。這一規定也相當於德國基本法第 20 條第 2 項前段的規定：「**所有國家權力來自人民**」(Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.)。這個理念，也幾乎可以說是盧梭「**普遍意志**」理論的直接表現，也直接表達了中華民國憲法體制與「**共和主義**」政治理論的關聯。

闡述得更仔細一點：**民有**，表述**公權力正當性基礎**，是**共和主義**的。**民治**，表述**政府組織**的根本規範原則，是**憲政主義**的(包含**法治原則**)。**民享**，表述公權力與政府運作的「**目的**」指引，是**社會主義**的。

三個「民」，結合憲法第 2 條，都是「The People」，抽象的人民。這個解釋，對當前特別重要，因為：

- (1) 如前述，中華民國憲法體制與台灣有難以彌合的斷裂，如果要共組「**策略聯盟**」，只能把中華民國憲法體制理解為一個「**理念**」(idea)。

這種理解方式，可以援引 Radbruch 參照新康德主義提出的「文化對象」(cultural entity) 概念來理解：**追求實現特定重大價值的文化存有。**

- (2) 配合「憲法增修條文」有關「自由地區」的文本，以及「民有民治民享」的重大價值，抽象人民概念的**經驗對象**，是動態性地指涉，**願意效忠中華民國憲法體制，共同形成「主權共同體」，合作追求實踐民有民治民享的所有人民。自由地區，是這種「實踐」的政治空間場域，也可以稱為「範域」(nomos)。**
- (3) 增修條文前言的「**為因應國家統一前之需要…**」的重點，不是「統一」，至少絕對不是「自由地區」與「大陸地區」的統一，而**只能是自由地區的「擴大」**，亦即實踐中華民國憲法理念的政治空間(範域)的擴大。這點應該沒有爭議，**任何不是這種意義的統一，都是違憲的。**在現實條件下，自由地區受到任何方面(包括大陸地區)的武力威脅時，「自由地區」的政府與人民，都有「抵抗」的權利與義務，亦即，「必需保衛中華民國憲法理念」，因為這是 We, the People，的「政治存在」態樣，這也是該文句裡「…之需要」的意義。
- (4) 因此依照中華民國憲法，所稱的「**國家**」，不是國族主義意義下的**中國**，憲法也沒有中華民族之誠命，甚至也沒有單獨提到過「中國」。憲法第 2 條講的「國民全體」，其實是**自由人的共同體或政治社會**。
- (5) 也非常重要的是，該前言敘述裡的「統一前」的「**前**」這個字。很少有國家或政治社會的憲法前言會有增修條文前文這種敘述。「統一」，如果不仔細斟酌，會誤以為是這個憲政秩序的自我解消。經過前面的說明，已經打消這種理解方式。這個前言，只能做非常特定的，適應當前「政治狀態」的「**情況解釋**」(situative interpretation)。統一前的「**前**」，可以 / 必須解釋為一種「最佳實踐之誠命」(Optimierungsgebot, optimizing command)，亦即要求「我們」，**必須盡最大努力，透過憲法機制，實踐「民有民治民享」這組指導性價值。**因為「統一」，是指中華民國憲法理念的範域擴大(enlargement of nomos)，必須以「自由地區」憲政實踐的典範，作

為這個擴大的標竿。

四、具體問題討論 _ 起始：中華民國憲法不是五權憲法，而是五院憲法

讀起來像是一大套「**修辭術**」的論述暫告一段落，以下以中華民國憲法具體憲政問題為例，進一步討論說明憲法解釋。可以討論的議題太多了，例如十八歲行使投票權不需要修憲，移工不得轉換雇主可能違憲等等，以下僅能先擇取幾個問題討論之。

傳統上的標準說法，認為中華民國憲法體制是一種「五權憲法」體制。這個「說法」當然源自於孫文或者孫文「學說」。我認為這種理解方式是**錯誤**的，中華民國憲法體制最多僅是一種奇特的「五院」體制，不是五權憲法。

- (1) 權力分立 (separation of powers) 與權力分隔 (division of powers)，是兩個不同的概念與觀念。前者是以「法律 / 法治」為核心，憲政主義節制政治權力，防止其濫用的制度基本**規範**原則。後者則僅僅是可以基於各種**功能考量的機關職權區隔**規劃，不必然有什麼規範性指引作用。**行政權與司法權都有各種與各層級的機關分隔，這並不會造成有多個行政權或司法權的推論**。功能考量則可以有各種不同角度與需求，效率與專業化，是常見的考量。更要注意的是，歷史上，往往是專制政權或獨裁者，為了防止體制內反對力量的集結，會刻意「分隔」不同的「權力部門」，各自向獨裁者「負責」。因此權力分隔，並不必然是服務於「權力節制」。
- (2) 五權憲法，是孫文學說的一部分，不同於三民主義，但是都是原本國民黨的教條信念。五五憲草，較接近於孫文學說。現在的中華民國憲法前身，政協憲草，在許多不同於國民黨的政治力量影響下，已經大幅偏離了五權憲法。這也是為何國民黨人當年對這部憲法「草案」非常反彈。張君勱也根本不認為五權憲法是合理的。因此除了「五權憲法」一語沒有出現在憲法文本，五院並沒有對國民大會負責，國民大會職權大幅縮減，現在甚至完全廢除。**既然國大已經廢除，就完全不可能有「五權憲法」的可能**，何況，五權憲法理論，在憲政主義與法治原則下，根本難以成立。

- (3) 釋字第 76 號雖然說「我國憲法係依據 孫中山先生之遺教而制定，於國民大會外並建立五院，與三權分立制度本難比擬。」，但是卻又說「其所分別行使之職權亦為民主國家國會重要之職權。…就憲法上之地位及職權之性質而言，應認國民大會、立法院、監察院共同相當於民主國家之國會。」，幾乎等於說，這「**一會兩院**」都是「**立法權**」的機關。
- (4) 如果因為有一個憲政機關，就「多了」一個「權力種類」，那中華民國憲法原本體制，有七個憲法機關，應該是七權憲法。現在仍舊還有個總統，至少也是六權憲法，但是卻沒有人這樣主張，因為這種主張是錯的，誤把權力分立與權力分隔，混為一談，
- (5) 「監察院」，是為了實現 legislative audition or oversight，也就是立法監督，基於某種功能考量，制憲者所創設出來的「**權力分隔**」機關。監察權本來就是立法權的一環，因為憲政主義下，權力的制衡 (checks and balances)，是透過「**法律**」這個「**形式**」(form)，來進行相互溝通互動，而立法權的行使者，**國會，是人民的代表，是「民治」**(by the people)，最重要的「**法治機關**」。(需要強調這點，實在有點奇怪)
- (6) 因此，依照中華民國憲法，仍舊沒有一個，「**外於立法權**」的「**監察權**」，最多只是有一個，**外於立法院的監察院**。憲法對於「監察院 / 委員」的職權行使固然有所規範，但是並不禁止，透過國會立法，國會自行行使「**立法監督權**」。
- (7) 立法院(國會)的**調查權**，也**絕對不是「輔助性」**的權力，而是**國會，以人民之名，所行使的資訊搜集「權力」**。「**知的主體**」，是人民，**國會只是代表人民行使，這不會是「輔助性」的權力而已**。這不但是所有民主國家的基本原則，也是台灣本土民主運動以來，所有追求實踐民主者的共同「**憲法**」信念，而且是個「**客觀正確**」的信念。
- (8) 就此點而言，憲判字 113-9 對釋字 585 號的「**補充**」，表面上是對國會調查權的大幅限縮，**實質上，是對人民知的權利的大幅限制**。尤其是「**特定議案綁定**」以及「**禁止與司法調查平行進行**」，不但沒有必要，也不符合任何的「**原意主義**」「**文本主義**」或者前述的

中華民國憲法理念的「原始意旨」精神。

- (9) 如果要**參照釋字第 3 號所限縮使用的「省略規定之事項應認為有意省略」**（*Casus omissus pro omissio habendus est*）以及「明示規定其一者應認為排除其他」（*expressio unius est exclusio alterius*）之拉丁法諺，「實則此項法諺並非在任何情形之下均可援用，如法律條文顯有闕漏或有關法條尚有解釋之餘地時，則此項法諺，即不復適用」，反而應該要**回歸「三權分立」的權力性質本旨**，認為立法權「**可以**」行使那些樣態的調查權。
- (10) 簡要地說：**人民行使「知的權利」之最有「實質權力」的途徑，就是透過國會調查權**。這又為何一定要綁定「特定議案」，又為何不能與司法調查平行進行？
- (11) 筆者完全不懷疑這種「另類」普通法之法官造法的「立意良善與正當」，但是這似乎也正好落入史卡利亞對 *Living Constitutionalism* 提出的質疑與批評。此等限制，實質上是對「人民知的權利」的重大限制，也不符合「民治」(*by the people*) 的憲法理念，因此似乎也無法構成德沃肯所主張的「整全法」之最佳解釋方案。

五、總統職權與文本主義

憲法第 70 條規定：「立法院對於行政院所提預算案，不得為增加支出之提議。」，增修條文第 5 條第 6 項規定：「司法院所提出之年度司法概算，行政院不得刪減，但得加註意見，編入中央政府總預算案，送立法院審議。」

釋字第 264 號說：

立法院第八十四會期第二十六次會議決議：「請行政院在本（七十九）年度再加發半個月公教人員年終工作獎金，以激勵士氣，其預算再行追加」，**乃對於行政院所提預算案為增加支出之提議**，雖係以委員提案方式作成，實質上仍與前述憲法規定抵觸，自不生效力。

釋字第 391 號說：

基於預算案與法律案性質不同，尚不得比照審議法律案之方式逐條逐句增刪修改，而對各機關所編列預算之數額，在款項目節間移動增減並追加或削減原預算之項目。蓋就被移動增加或追加原預算之項目言，要難謂非上開憲法所指增加支出提議之一種，復涉及施政計畫內容之變動與調整，易導致政策成敗無所歸屬，責任政治難以建立，有違行政權與立法權分立，各本所司之制衡原理，應為憲法所不許。

如果經過多次修憲，已經確立只有「立法院」是中華民國憲法體制裡的「唯一國會」，這兩號解釋實在頗有加以修正的必要。因為民主國家的國會，當然擁有 Power of the Purse，荷包權，意思就是創造國庫收入，允許國庫支出的權力。

事實上，城仲模、蘇俊雄與劉鐵錚三位大法官，當年就針對釋字第 391 號提出「不同意見書」。城仲模大法官針對此號解釋的方法提出批評：

本解釋文對於如斯確切之聲請，不從國家政體、議會政黨政治、國家政策、施政計畫、資源分配之合理與公平、公共政策目標間的優先順序及主要預算活動者之互動關係等，並綜論憲政國家預算制度之本質，正面論述，卻另從預算案與法律案性質有別之觀點加以論釋，顯有圓鑿方枘或避重就輕之嫌，其與吾人所熟知之拉丁法諺：「文詞回應須遵從主要疑義以為解釋（Verba accipienda sunt secundum subjectam materiam）」所揭示者，實有不合。

解釋理由書以全文七成之篇幅，猶如教科書之筆法細說與本解釋文相關卻不相屬的預算案與法律案制度性之歧異，顯有理由說明方法輕重倒置之偏差，不合法律解釋邏輯，且與司法院大法官數十年來已確立解釋文理由書之撰述傳統有悖。

蘇俊雄與劉鐵錚兩位大法官，則針對實體問題，進一步提出不同意見：

再就基本觀念而言，憲法上之責任政治原理，不僅只適用於行政權；就民意政治而言，立法委員對其選民，亦負有積極參與政策形成之責任。政策形成既非專屬於行政權，在法治國依法行政的理念下，更有施政法律基礎之要求，而應重視立法者在政策形成上之民主正當性。此項理念，在預算之政策形成上亦然，故各國多不否認

立法者就政府之預算案增刪變動之正當性，而僅基於預算之特殊性以及機能性之考量，對其權限行使加以合理限制。對於我國憲法第七十條有關立法院預算議決之界限規定的解釋，除了考量其規範意旨外，自亦應準此理念，以免對立法者之政策形成權限做不必要之限制。

這些都還是在後來修憲，確認立法院是台灣唯一國會的狀況發生前，所提出的頗具有**前瞻性的見解**。我認為現在已經到了，應該果斷採取，「預算」是「**行政權與立法權**」共同分享行使之「**共同權力**」說的時候了。

其實荷包權之所以是國會固有權力，理由很簡明，因為國庫所有收入，都是經由法律(國會)保留的基礎授權而來，而行政機關的所有組織、程序、職權、人事，也都必須建立在「法律授權」的基礎之上。甚至可以說，**行政權／行政機關，沒有「固有」的民主正當性，除非透過法律授權，否則也不會有合法性**。尤其當行政院長的立院同意權被刪除後，**整個「行政體系」，已經貶低為只是個「官僚組織」或者「文官體系」**，其所提預算案，「法治位階」上，比當年做出釋字 391 號的時候還要更低。因此**憲法第 70 條雖然「還在」，但是要做更為限縮的解釋**。而且過去的「憲法實踐」，以經允許立法院以「法律案」的方式，設定要求行政權應為某種特定的支出，行政院必須相應編列足夠的預算。

依照「**事物之本質**」(Natur der Sache)(釋字第 330 號參照)，這本來就是**自明之理**。假設法律明定，未來警察進行搜索時，**應該配戴「密錄器」**，以記錄保障程序的合法性與適當性，這是一種提高刑事程序的基本權強化保障要求，行政院當然要編列預算來購置相關設備。

講了這麼多，還沒提到「總統」，我的提問是：**總統可為增加預算的「提議」或者下達這種「指令」嗎？**

如果要依照某種的「**文本主義**」來看，總統實在沒有什麼主要的「**行政權**」可言。總統不能提出法律案，不能訂定法規命令，總統行為不適用行政程序法，不能對外作出處分，行政機關的「**一級機關**」是行政院，憲法第 53 條：「**行政院為國家最高行政機關**。」的規定還在，我們甚至可以合理主張，總統不是行政院的上級機關。**如果總統是行政院上級機關，行**

政院就不符合憲法訴訟法第 47 條第 1 項所說的「國家最高機關」，因此不具備聲請的當事人能力。

因此總統可以提出增加預算的「提議」或「指令」嗎？

有太多的「合憲合法」理由會說：**兩者都不行**。

總統對預算，甚至概算的權力，除了總統府的庶務概算，可以說是「零」，什麼都沒有，至少，絕對比「立法院」擁有的權力更小。

好吧，如果要「堅持」(我不知道法律上如何堅持)，總統可以對行政院下達「指令」，要求特定的預算編列方式，基於總統與行政院，是兩個不同的憲法機關，那**起碼要由總統發出正式的公文**，「函請」行政院，或者「令」行政院，為一定的預算編列，包括增加。

如果說**總統是直接民選**，所以「就」可以有如何的權力，「就」一定會變成「最高行政機關」，這個論點太薄弱，比較像是「投票」之後，**就可以變成「人治」**。而且是一種「民粹主義」之下的人治，這就是標準的 **illiberal democracy** 的特色，棄民有民治民享於不顧，憲法解釋最好不要走到這個方向。

如果要問說，那這樣一來，「**總統直選**」到底要幹嘛？

這就不是憲法解釋可以完全回答的問題了。老實說，我也不清楚，直選總統，又沒有二輪選舉，到底「憲法體制」上要做什麼。法律要求起碼的「形式」，史卡利亞甚至喊：Long Live Formalism!(形式主義萬歲)，因此實質影響力、實質權力的「說法」，都可以繼續講，但是這等於承認總統在憲法上，真的沒有什麼權力。

法律人真的要關心的是，萬一有一位總統，可能因為得票率不高(例如只有 35%)等因素，因此連「**實質影響力**」都沒有或很弱的情況下，從「**形式主義**」的角度，可以如何「偵測」出這種狀況³²，又要如何因應。這本來是傳統君權神授或天命的體制下，經常可能發生的問題，現在當然要盡量

32 美國前任總統拜登，事後看來，可能在任期的最後一年多，就已經出現這種狀況。後來就有英國評論者說，這在英國這種內閣制，是不可能發生的，因為同儕絕對會發現，且會迫使其下台。

防止其發生。

六、司法權與司法院

憲法第 77 條規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」，非常可惜的，威權時期把司法院「運作」成為某種司法行政機關，結果就一路下來，把司法院「變成」了國家最高「司法行政機關」。釋字第 530 號固然是個關鍵，但是早在 1960 年的釋字第 86 號，就已經出現「端倪」。釋字第 86 號，本來也是「立意良善」，因為當時本來是要推動將「高等以下各級法院」改隸屬司法院，因此先由大法官解釋開始發動。後來實質上是拖到 1980 年才實施，不過此處涉及的是一個複雜又弔詭的問題：法院，可以有上級機關嗎？

法院當然可以有「上級審」法院，但是當然也不會有「上級」機關。當年為了把法院脫離「司法行政部」這個「上級機關」，就想將其「改隸屬」司法院，後來普遍認為這是一個進步的，符合法治主義的改革。

然而 1960 年釋字第 86 號做成時，就有一位，不知道是否「立意良善」的大法官王之倬，提出了不同意見書，認為，

依憲法第七十七條規定司法院係國家最高司法機關，其執掌為民事刑事行政訴訟之審判及公務員之懲戒，而未列有司法行政事項。檢閱國民大會實錄（第四五二頁至四五七頁），載明制憲原意司法行政不列入司法院職權之內。司法審判…與司法行政…二者究應同屬於一個機關，抑宜分立為兩個機關，學說紛歧迄無定論，各國則據其國情與需要而有不同之立法，我國憲法第七十七條之規定殆採分立主義。

不論對王之倬大法官的評價如何，他的這段論述，其實相當有道理，也有憲法文本與制憲史料的依據。依照憲法文本，司法院就是最高法院，性質上更類似美國聯邦最高法院。制憲國大經過辯論，採取這個方案，張君勱也是這樣理解的，雷震更是如此主張。他們兩位的想法立論，應該與王之倬類似。

我認為釋字第 86 號，與第 530 號，都是錯誤的解釋，即使可能是立意

良善的解釋。不論從各種版本的原意主義、文本主義，甚至德沃肯的詮釋理論，MacKinnon 的批判理論，大概都會得出同樣的結論。

率由舊章，相沿成習的結果，現在司法院變成「只是」一個最高司法行政機關，有法案提案權，概算提案權，就是沒有「審判職權」，因為司法院也不是憲法法庭。這樣沒有違憲嗎？

七、憲法解釋權的獨特性

增修條文第 5 條第 4 項規定：「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，**並組成**憲法法庭審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項。」

憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」

從文本與理論上看，尤其當司法院正副院長都是大法官時，司法院就應該是由大法官組成的「一般審判」機關 (§ 77) 以及「憲法解釋」機關 (§ 78)，只有在「有個案需求」時，才需要「**另外組成憲法法庭**」來審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項。

現行的「憲法訴訟法」的**廣泛管轄權與常設化**設計，固然不能說違憲，但是也應該區分，增修條文第 5 條第 4 項，與憲法第 78 條，**兩種不同的憲法授權。前者一定要由憲法法庭來審理**，這是憲法誠命。但是**後者，並沒有一定要如此**。立法者可以做這樣的制度設計，但是**國會不能排除**，「司法院大法官」，**本於憲法第 78 條，所「固有」的憲法解釋權以及統一解釋法律及命令之權**。

因此當憲法訴訟法規範了評議參與人數與違憲宣告人數門檻，且因為各種緣由造成大法官人數不足，「事實上」無法進行評議與可能的違憲宣告裁判時，司法院大法官**仍可以本於憲法的「明文規定」，行使憲法第 78 條所授予的「憲法解釋權以及統一解釋法律及命令之權」**。

亦即，憲法法庭以及相應的憲法訴訟法，並沒有，也無法徹底限制大法官行使第 78 條的職權，**當憲法訴訟無法進行時，憲法解釋還是可以進行**。

八、其他限制：Juris & Prudence

那「程序規範」呢？大法官可以行使司法程序規範的「自主制定」權力，這不會是一個很大的問題。那有無其他的限制呢？

有。立法院仍可以透過立法，「補齊」這個漏洞。立法院可以制定，例如「憲法第 78 條職權行使法」之類的法律。一旦制定了，大法官就要受其約束。

另外，因為憲法增修條文第 5 條第 1 項已經規定了：「司法院設大法官**十五人**…」，已經有人數「總數」的明確誠命，因此即使因為政治過程，大法官人數不滿 15 人，如果要行使憲法第 78 條的「憲法解釋權」，還是應該至少要有過半數的 8 人，才能進行實體評議，且違憲宣告也需要至少有 8 人，才能宣告。

畢竟**修憲門檻如此高**，幾乎是不可達到的「天險」，大法官憲法解釋，效力又等同於憲法，8 位大法官就可以評議，甚至做出國會多數支持之「法律」的違憲宣告，**已經是一個非常「反差」的標準了**。

以上是「Juris」，亦即「法」的部分。就目前的困境(甚至一切艱難案件)來說，還需要考慮「**Prudence**」，亦即「**明智**」的部分。

具體的建議是：如果能達成**8 人的一致決，最好先處理眾多攸關人民權利的案件**(已經累積數百件，即使沒有停擺，都會拖延很久)，而**先擱置政府機關權限衝突的高政治性案件**。憲法法庭之前的判決，已經造成大法官「權威」與公信力很大的下挫，如果不能在政治性較低的大量人民權利案件中，**獲得足夠的修補**，即使是 8 人的一致意見，也很難在「高度政治對抗」的案件中，贏得足夠的尊重與信任。

再提一次，如果參考 *Dred Scott* 的案例經驗，即使是憲法裁判位階的司法權作用，**能夠不把「狀況」越搞越糟**，就已經很好了。**深層的政治衝突，不可能透過司法權獲得解決**。

九、憲法政治理論基礎的問題

中華民國憲法政治理論，如前所述，是一個**混合了幾種政治思想**在內

的原則，但是又以某種結構方案，表現在「民有民治民享」與國民主權的結合。可以說是共和主義、憲政主義、多元文化主義與社會主義的某種均衡結合。

前面也提到了，中華民國憲法帶有還算蠻明顯的「非自由主義」特色，但是「自由」概念，仍是一個重要的核心價值。我認為，中華民國憲法的自由概念，主要可以參照共和主義「**作為獨立性或不受宰制**」的自由概念來理解。這主要是因為古典自由主義的「不受干預」的自由，與憲法第 23 條不太合拍；而平等自由主義者羅爾斯的正義第一原則，主要也僅反映了「防止妨礙他人自由」這一層面。

作為「獨立」的自由，則與社會主義以及多元文化的自由更相容，也更能反映出憲法第 23 條的一種獨特理念：有時「自由」，是**需要對許多事務進行干預，才能真的提升作為獨立性的自由**。這其實也早已經反應在行政國家的高度管制法律與政策架構之內，但是**比例原則與階層化的審查基準**，是否足以因應這些問題的司法審查思考，我是**存疑**的。

此處已無法做更深入的討論，但是可以先提出一點：憲法第 23 條的四個不同之干預理由，應該要分開處理。它們彼此的結構關係，也需要更多理論思考。例如 Pareto efficiency or improvement，應該如何介入審查等等，都有待更多研究。

與權力分立體制相關的反思是：**總統**，在現在的體制裡，其「**決策**」的能力與支援能量，是非常低的。相較之下，不論有多不喜歡立法院，國會的決策能力與審議條件，**恐怕高過總統非常多**。但是我們卻似乎傾向肯定給予總統非常大，不受監督，且又不需要負政治責任的「**決策權**」（似乎做什麼都不違憲）；卻對「代表人民行使政權」之立法院（國大廢除後接收了這個地位）決策權，給予各式各樣的「限縮」。

這種解釋「方向」，很難在原意主義、文本主義、活力憲法、整全法等各種憲法哲學內找到穩妥方法根據。也很難與憲法第 1 條與第 2 條揭櫫的各種政治理論原則呼應。

解釋方法與政治理論的結合論證，是處理許多棘手問題—區段徵收是否違憲，移工是否可以有投票權，陸配的言論自由要用不同審查基準 … —

的重要基礎，雖然這也並不保證，一定能得出「唯一正確的解釋」。

十、什麼都不做，是最困難的差事

雖然僅是一句台詞，由 Queen Mary(女王的祖母)，跟當時仍舊年輕的 Queen Elizabeth II 所講的，但是對當下現實問題，可具有不少啟發意義：

“To Do Nothing Is the Hardest Job of All”

而對台灣人民來說，可能也要時時審思，MacKinnon 的這句：

Our fidelity to the Constitution is bound up with its fidelity to us.

然而這裡的 our, us, 或者 WE，到底指的是什麼呢？如果任令 WE the People 因為政黨而深度分裂對立，讓每個人「作為獨立的自由」(freedom as independence) 變成「依附於政黨立場的自由」，那就不只是憲法第二條的共和主義／國民主權的「理論」失效，而是連民有民治民享的「整組理念」，就會全部「失靈」。

那麼大法官們在當前局面下，要耐住心性，靜靜地等，to do nothing 嗎？

我不清楚，畢竟這是屬於 PRUDENCE 的部分。

參考文獻³³

顏厥安 . (2013). 〈平等與自由的限制－由第三種自由概念討論法治的概念觀〉，載於趙文宗、許章潤主編：《2013 年世界華人法哲學大會文集》，香港：紅出版（圓桌文化），2013 年 12 月，頁 263-287。

(2022). 〈法治原則包含民主嗎？一個當代理論的反省〉，《思與言》，第 60 卷第 3 期，2022/09，90-163。

蕭高彥 . (2013). 《西方共和主義思想史論》，台北：聯經，2013 年初版。

《國民大會實錄》〈制憲會議〉〈中編__第六章：中華民國憲法之制定__第二節：第一讀會〉，頁 457-458，立法院國會圖書館館藏資源__國民大會歷次會議實錄影像系統，https://lis.ly.gov.tw/nacgi/ttsbookg?1:1619244216:1:/sys1/nabook/ttscgi/ttsweb.ini:001:0400-0522:_self (LR: 2025/11/6)

Berlin, Isaiah. (1958), "Two Concepts of Liberty," in Berlin, *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*. Ed. by Henry Hardy, Oxford: Oxford University Press, 2002, 166-217.

(1986). 《自由四論》，Isaiah Berlin 著，陳曉林譯，台北：聯經。

(2002). *Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*. Ed. by Henry Hardy, Oxford: Oxford University Press.

Brink, David O. (2016). Originalism and Constructive Interpretation. Waluchow & Sciaraffa. (Eds.). (2016). *The Legacy of Ronald Dworkin*, 273-298.

Buchanan, N. H., & Dorf, M. C. (2021). Tale of two Formalisms: how law and economics mirrors originalism and textualism.

Burling, James. (2022). "What is the difference between originalism vs. textualism vs. living constitutionalism?", <https://pacificlegal.org/originalism-vs-textualism-vs-living-constitutionalism/> (LR: 2025/10/26)

33 尚未完全補充整理，請見諒。

- Collins, G. M. (2023). Eric Voegelin on the Constitutional and Metaphysical Foundations of Property Rights in US Supreme Court Jurisprudence. *The Political Science Reviewer*, 47(1), 211-249.
- Constant, Benjamin. (1819). The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns.
- Dworkin, Ronald. (1972). The Jurisprudence of Richard Nixon, N.Y. Review (May 4, 1972), available at <https://www.nybooks.com/articles/1972/05/04/a-special-supplement-the-jurisprudence-of-richard/>
- (1977). *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press.
- (1977.5). Constitutional Cases, in: Dworkin, Ronald. (1977). *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, Chapter 5, 131-149.
- (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge Mass. 1996. (FL)
- (1997). "Comment", in Scalia, A. (2018). *A Matter of Interpretation. An Essay by Antonin Scalia*. New Edition. Princeton and Oxford, 115-128.
- (1997-1). The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve, 65 Fordham L. Rev. 1249.
- (2006). *Justice in Robes*. Harvard University Press.
- (2006.5). Originalism and Fidelity. In: Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Harvard University Press, Ch.5, 117-139. This chapter is a compressed and edited version of Dworkin's article "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve," 65 Fordham L. Rev. 1249 (1997).
- Eskridge Jr, W. N., & Frickey, P. P. (1994). Foreword: Law as equilibrium. *Harv. L. Rev*, 108, 26.
- Gienapp, Jonathan. (2024). Against Constitutional Originalism. A Historical Critique. Yale University Press.
- Hoadly, B. (1717). *The Nature of the Kingdom, Or Church, of Christ: A Sermon Preach'd Before the King, at the Royal Chapel at St. James's, on Sunday March 31, 1717*. Electronic Version, distributed by the University of Oxford

under a Creative Commons. Attribution-ShareAlike 3.0 Unported License

Johnson, Alan E. (2023). Property rights and the Supreme Court. EBSCO Knowledge Advantage, Research Starters, <https://www.ebsco.com/research-starters/law/property-rights-and-supreme-court>

Lepore, J. (2025). *We the People: A History of the US Constitution*. Liveright Publishing.

Liptak, Adam. (2025.1), Originalist ‘Bombshell’ Complicates Case on Trump’s Power to Fire Officials. New York Times. Oct. 13. 2025. <https://www.nytimes.com/2025/10/13/us/politics/originalism-trump-supreme-court-unitary-executive.html?smid=nytcore-ios-share&referringSource=articleShare>

(2025.2). Key Questions From Conservative Justices in the Tariffs Case. New York Times. Nov. 06. 2025. <https://www.nytimes.com/2025/11/06/us/conservative-justices-tariffs-case.html>

MacKinnon, C. A. (1997). Freedom from Unreal Loyalties: On Fidelity in Constitutional Interpretation. *Fordham L. Rev.*, 65, 1773.

Pettit, Philip. (1999). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. New York : Oxford University Press, 1999. Published to Oxford Scholarship Online: November 2003.

(2009). “Law and Liberty,” in *Legal Republicanism: National and International Perspectives*. Samantha Besson and José Luis Martí ed., Oxford, New York: Oxford University Press, p.40-59.

Scalia, Antonin. (1997). Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. In: Scalia, 2018, 3-48.

(2018). A Matter of Interpretation. An Essay by Antonin Scalia. New Edition. Princeton University Press. Princeton and Oxford.

Shaw, Carl K. Y. (2003). ‘Quentin Skinner on the Proper Meaning of Republican

Liberty', Politics 23, pp. 46-56.

Skinner, Quentin. (2002), "A Third Concept of Liberty," Isaiah Berlin Lecture. *Proceedings of the British Academy*, **117**, 237-268. The British Academy 2002.

(2013), "A Genealogy of Liberty," Academia Sinica Lecture 2013, given in Academia Sinica on May 15., 2013. Page cited according to materials offered by Academia Sinica.

(2025). *Liberty as Independence. The Making and Unmaking of a Political Ideal*. Cambridge University Press.

Solum, L. B. (2011). What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory. *The Evolution of Contemporary Originalist Theory (April 28, 2011)*.

Waluchow, W., & Sciaraffa, S. (Eds.). (2016). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford University Press.

附件

-2-

public opinion is so deeply rooted in popular superstition that the President dare not challenge it.

You talk freely of American lawlessness, on the one hand, and of "challenging" the Supreme Court, on the other. But this is not very penetrating. It is obvious that the tradition with which Mr Roosevelt has clashed so vigorously and so repeatedly has allies on the bench of the Supreme Court, three of them rigid, two of ~~these~~ these rabid, and one of these quite mindlessly rabid. Yet if two justices were eliminated from the majority, and two less ossified justices appointed by Mr Roosevelt, your whole case against Mr Roosevelt as a feeble liberal would collapse. He is certainly not feeble, by comparison with any other U. S. President. You imply in your final taunt that he has at any rate put millions on the dole. That is what propertied conservatism says. What he has done, in a land of anarchistic capitalism, is to shape a programme that, with the substitution of two thinking men for two troglodytes, could be put straight up to propertied conservatism with tradition of law behind it; and that, in the land of a ferocious Civil War, is something.

What do you suggest that Mr Roosevelt do?) If
"popular superstition" melings to a king or to a
Supreme Court, what is a neo-Cromwell to do? (Should
he, like Mussolini, stop smiling?

