

# 「所有利害關係人」(Quod Omnes Tangit) 與包含式的法治觀

顏厥安\*

羅馬法有個重要的法律格律或原則：“Quod omnes tangit”，字面上是「所有觸及者」的意思。這個格律源自於羅馬法查士丁尼法典的 Codex 5.59.5，屬於羅馬「私法」的規範。原文很長，重點在於要求若要停止複數監護人的共同監護，必須所有監護人皆同意終止其監護責任，因為——以下是這個要求的「法理」基礎——“Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet”，亦即，觸及所有人的事項，應該獲得所有人的同意。

從法律史來看，這個羅馬私法（主要是程序法）領域的規範與法理原本在古典羅馬法裡並不重要。依照學者研究，一直要到中世紀晚期的教會法學者，才漸漸將其發展為一種一般性的法律原則。Gaines Post 在一篇 1946 年的重要文章中指出，英王愛德華一世（Edward I）在 1295 年（13 世紀末）命坎特伯里大主教召集教士代表來開會的飭令裡，就引用了這個原則。Post 引用其他學者的說法，認為愛德華一世將這個原則——可以縮寫為 q.o.t.——轉變為憲法原則，或者至少是對於國王徵稅的「同意」原則。Post 也強調了這一格律由私法領域的原則，發展為「公法」領域原則的變化，指出當涉及「君主與王國的狀態」(status regis et regni) 及「所有人的私法權利」因緊急狀態而受影響時，君主基於公共福祉，有權利要求所有人對他所採取的措施予以同意。因為事實上不可能獲得「所有人」的同意，因此獲得擁有「完整授權」的全權 (plena potestas) 代表 (representatives) 之同意亦可。此等透過代表來同意的觀念也是個由羅馬私法程序法轉化過來的制度。

後來的研究延續充實了 Post 的看法，許多研究者一方面共同認為，雖然源自於古代羅馬法，但是是中世紀的「教會法學者」(canonists) 才把 q.o.t. 轉變為一般性的法律格律 (maxim)。另一方面後續研究則把這個轉變發生的年代，往

\* 國立臺灣大學法律學系特聘教授

前推到 12 世紀後半。例如筆者攻讀博士學位時就已在德國慕尼黑大學任教的學者 Peter Landau 教授於晚近一篇文章 (2015) 中就指出，由史料幾乎可確定是撰寫“Summa Lipsiensis”的 Rodoicus Modicipassus，是第一位將 q.o.t. 轉為一般性格律的法學家。這個格律的影響相當大，Landau 教授在文章的「後記」中提到，甚至教宗方濟各也在 2015 年 5 月的一個重要演講中引用了這個格律，不過教宗引用的是這個版本：“Quod omnes tangit, ab omnibus tractari debet”，最後兩個字 tractari debet (應該被處理)，而非中世紀通常使用的“approbari debet”(應該被同意)。教宗的意思是，信仰的事務涉及所有信徒，而非僅神職人員，其決定應該有所有人之參與討論，而非僅僅事後同意而已。

這就牽涉到這個法律史上的觀念，轉而在政治思想史與政治哲學內的運用發展。這個問題當然更為複雜，以下簡單講幾點：

1. q.o.t. 原則漸漸脫離其私法領域的意義，轉而在公法與政治領域發揮作用，其中最主要的一個要素是「同意」(consent)，也就是 approbari debet 或 approbetur。
2. 「同意」概念被運用到統治者與被統治者的關係，開始發展出政治正當性必須建立在被統治者的自由同意之上。
3. 之所以如此，是因為此一學說又結合了中世紀漸漸發展出的，每個個人所擁有之「自然權利」(Natural Rights) 理論。這又與犹太／基督宗教傳統裡，每個人都有靈魂，都擁有道德自主性，因此未經自主同意，絕不臣服於其他人統治的觀念相關。
4. q.o.t. 裡所涉及的同意，又區分為前述個人自然權利的領域，以及屬於團體 (corporation) 權利的領域。前者一定要每個個人的同意，後者則只需要多數人的同意，就可以拘束少數人。
5. 此一層面亦影響了「民主」體制的發展及運作。如前所述，真實世界裡不可能所有決策都真的獲得所有人或多數人的同意，因此「全權」代表的觀念與制度就被發展出來。意思是，全權代表可以自行判斷，假如「被代表者」在場時**可能**會 (could) 對議題做出的決定，並依此在代表會議中做出贊成或反對的決策。此一制度原理後來又發展出前述教宗所使用的，所有相關者參與討論處理的模式。
6. 以上的政治與體制哲學發展傳統，如果特別側重個人本位的思考，強調正當性來自於每個個人的參與討論及同意，壓低多數決與團體權利的部分，就會與「自由至上主義」(libertarian) 的政治理論接軌。

除了前述法律史及憲政思想史的關聯，q.o.t. 是否具有更多與當代理論或實踐相關的意義呢？筆者注意到 q.o.t.，是因為社會系統論大師魯曼（Luhmann, Niklas）一篇 1992 年批判檢討哈伯瑪斯法理論的文章。哈伯瑪斯在 1992 年出版了《事實性與效力》，在同一年（當時英譯本尚未出版）美國紐約的卡爾多索法學院（Cardozo Law School）舉辦一場專門討論該書的國際研討會，魯曼的文章就是發表在該研討會上（幾年後刊載於《卡爾多索法學評論》）。

魯曼的文章直接以 Quod Omnes Tangit 為標題，但是只有最前面短短一頁多討論了 q.o.t. 的制度史變化與意義。魯曼主要是要運用 q.o.t. 所帶出來的觀念來檢討哈伯瑪斯以論述倫理學為基礎的法理論。文章不長，但是涉及到許多相當複雜的理論爭議，以下僅檢選幾個與後續討論相關的層面加以說明。

1. 魯曼認為，哈伯瑪斯的論述理論（discourse theory）繼續肯認了 q.o.t. 原則的有效性，並且認為只要略作修正，就可適用於法律理性（legal rationality）領域。這當然是個合理的判斷，畢竟任何公共決定之「所有利害關係人，都應該參與、被聆聽，並加以同意」這個原則，似乎就是論述原則「唯有那些可能會獲得所有參與理性溝通者同意的行動規範是有效的」的制度實踐版表述。魯曼也同樣指出，因為現實上「所有利害關係人」或「所有參與理性溝通者」之參與及同意是不可能澈底達到的，因此只能透過表彰合理可能性的模態，即「**可能會（could）**」同意的方式來表達。不過魯曼指出，如果這是一個可能性，理論上就必須說明「可能性的條件」（conditions of possibility），但是哈伯瑪斯卻沒有這樣做，而是把這個問題給藏起來了。
2. 前面提到的「法律理性」，主要可有立法與司法兩個領域的區分。魯曼此處提出了一個非常有趣的觀察：q.o.t. 提到的「所有」利害關係人的「範圍」，往往必須等到「決定」已經做出來之後，才確定哪些人是利害關係人。不愧為系統論大師，魯曼的理論強項就是找出「弔詭」（paradox）。決定的做出會早於所有利害關係人的確認，這是一個難以完全克服的弔詭。在立法領域，理論上所有的決定都可以延後，不論是因為關係人難以確定，或者是還無法獲得全部的同意。但是在司法領域卻無法這樣做，一旦案件繫屬，法院遲早一定要做出決定。因此「司法理性」（狹義的、核心的法律理性）必須發展出特殊的溝通結構與「運作」（operation），來處理「去弔詭化」的問題。魯曼認為，訴諸文本與個案，是司法溝通能夠運用分殊化，有效篩選並限制其溝通幅度的結構條件。
3. 魯曼認為，論述理論那種「理想化」（idealization）的理論建構方式，只處理了「社會面向」（相當於人際面向），而讓時間層面停止不動。但是任何的同一

性，都是產生於對過往事件複雜性的評價篩選，而「篩選性」也將持續不斷重新組合。亦即同一性會「濃縮凝結」(condense)，而必須在每一新狀況下重新確認與再度一般化。魯曼認為哈伯瑪斯並非完全沒有意識到此問題，但是忽略了司法論證，就是不斷嘗試把新的個案安置到既有的規範結構中，並透過此過程重製且調整了這個結構。說的簡明一點：任何看似精確定義的法律概念，都會在司法運作過程中不斷調整其意義，但是任何嶄新個案，也必須整合到既有的規範體系內。透過此整合，規範體系也改變了。

在本文脈絡裡也許可以先這樣看：q.o.t. 這個原則，在哈伯瑪斯的論述理論裡，強調的是「包含」性 (inclusiveness)，盡量讓所有人參與，各種觀點表達；但是在魯曼的理論裡看到的是「排除」(exclusion)，並指出任何的包含都同時蘊含了排除。若沒有排除，根本也無法做出決定。不做出決定，也會弔詭地讓包含無法實現。也可以說論述理論看到同意、共識與正當性；但是系統論卻看到無止盡的分殊、區分、篩選與不確定性 (此狀況亦可稱為諷刺 (irony))。

此處無法也不需要對魯曼及哈伯瑪斯之間這場巨大理論爭議做太多的闡述，不過 q.o.t. 從非常技術性的羅馬私法原則，千餘年後轉化成憲政體制原則，再過數百年後竟然又捲入了當代法政哲學與社會理論的辯論，實在是個相當精采的「創造性轉化」歷程。

如果著眼當代比較實踐取向的法律議題，目前任教於加拿大麥基爾大學 (McGill University) 法學院的商法教授 Peer Zumbansen，在魯曼之後十餘年 (2004) 同樣以 Q.O.T. 為標題，討論了全球化之下的福利體制與社會權問題。二戰後的福利國家體制有兩大歷史條件預設：民族國家及其公民，與穩定性的勞雇關係。其福利國的治理機制建立在獲有國會立法授權之行政運作之上。這些條件在全球化的發展下都已經動搖。不但疆界流動化，公民身分與勞雇關係也不再穩定。行政機關的裁量空間也逸脫傳統的法律羈束或法治觀念。Zumbansen 援引前述魯曼文章的觀點，強調論述理論那種建立在「可能會 (could) 同意」之上的「正當性」(legitimacy) 其實是非常脆弱的。哈伯瑪斯寄望透過法律理性與「程序化」，而能合理地、具備正當地處理實質政治、政策或價值問題 (程序性法典範)，也禁不起真實世界裡「諷刺」態度或狀態的挑戰。

又過了十幾年，另外一位比較帶有批判特色的系統論法學家 Gunther Teubner 於一篇同樣以 Q.O.T. 領銜為標題的文章裡 (2018)，在全球憲政主義背景下，討論了跨國治理機構／機制的民主赤字問題。文章中 Teubner 分別了討論 Q. (涉及的規範)、O. (涉及的人員)、T. (如何涉及) 三個層面；所運用的一個重

要理論觀念則翻轉了傳統民主的核心觀念：制定法律的人民與受到該法律拘束的人民之同一性。這一點在全球化與跨國治理的新制度條件下，受到不少的挑戰。

Teubner 主張，傳統民主體制的「代表」原理，在跨國治理問題裡應該被「自我爭議」(self-contestation) 的觀念取代，此觀念意指——簡要地說——跨國治理機制內部的程序性爭議討論機制。跨國治理機制往往僅處理獨特議題，例如太空、金融、單項運動等；而爭議機制又涉及如何「認識」議題。Teubner 於是提出了「認識多樣性」(epistemic diversity) 及「認識輔助性」(epistemic subsidiarity) 的原理。這也可以說是一種由認識論層面對民主參與／同意的改造。

臺灣被國際社會排除已久，政治體制威權的時期長，民主化的時間短，制度上若要談 q.o.t 原則的運用，大致上也只能先順著自由至上主義 (libertarian) 的「參與／同意」傳統來進行。即使僅以這個視角來思考，也還是有太多問題的處理，若透過 q.o.t. 鏡片的解析，會呈現出偏向威權與菁英主義的光譜。以這兩年多來的疫情管控為例，恐怕是絕大多數人民自願配合的戴口罩、勤洗手、保持社交距離、願意接種疫苗等，讓疫情的狀態一直保持低檔。相較之下，指揮中心與各地方政府，花費大量經費人力，又幾乎不受節制地可以侵犯個人資料與拘束人身自由，種種作為的實際貢獻度到底有多少，相當令人懷疑。尤其在疫苗接種率已經相當高的條件下，仍舊為了清零這種不實際目標而大量匡列接觸者，完全不顧比例原則而實際上將其「拘禁」，還要被拘禁者「付費」來買「失去自由的滋味」，引起很大反彈。雖然後來政策調整為政府負擔，但是政治菁英這種「大有為政府」獨斷獨行的心態與作風，實在頗需要以 q.o.t. 原則來「強制篩檢」。即使看似形式上有國會法律的民主授權（就先不談是否符合學說與大法官解釋的授權明確性要求），政府任何的管制措施——包括防疫這種準緊急狀態——還是必須在程序上、措施上及救濟上，盡可能充分顧及前述「認識多樣性」及「認識輔助性」。

最後談一下法治的問題。眾所周知，傳統上學理上將「法治」區分為傾向形式主義、程序主義的，以及偏向著重實質價值（人權、正義等）兩大類型的法治觀。筆者認為，在 q.o.t. 這個古老法律原則的指引下，可能可以發展出一種「包含」式的法治觀 (inclusive conception of the rule of law)。再度精簡地說：法治要求的不僅是防範濫權、受（法律）規則拘束、依法審判／行政等層面，更應該創造一種能盡可能納入各種視角與論據的**包含式溝通結構**。正因為任何包含都避免不了某種排除，任何的規則都會面對分殊化與再一般化的試煉，「諷刺」性的

狀況會不斷出現，法律理性需要一種帶有自我批判性的法治觀，才可能會 (could) 更能節制法律體系的無情 (cruelty)。至於這個「可能會」的實現條件是什麼，就已經超出本文的範圍了。<sup>1</sup>

## 參考文獻

- Habermas, Jürgen. (1992). *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Landau, Peter. (2015). The Origin of the Regula iuris ‘Quod omnes tangit’ in the Anglo-Norman School of Canon Law during the Twelfth Century. *Bulletin of Medieval Canon Law*, Volume 32, 2015, pp. 19-35.
- Luhmann, N. (1995). Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas’s Legal Theory. *Cardozo Law Review*, 17(Issues 4-5), 883-900.
- Post, Gaines. (1946). A Romano-Canonical Maxim, ‘quod omnes tangit,’ in Bracton. *Traditio*, 1946, Vol. 4 (1946), pp. 197-251.
- Post, Gaines. (1964). *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State 1100-1322*. Princeton University Press.
- Teubner, G. (2018). Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy? *Journal of Law and Society*, 45, S5-S29.
- Tierney, B. (1983). *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650*. Cambridge University Press.
- Tierney, B. (1997). *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150-1625*. William B. Eerdmans Publishing.
- Zumbansen, P. (2004). Quod Omnes Tangit: Globalization, Welfare Regimes and Entitlements. In Eyal Benvenisti and Georg Nolte ed. *The Welfare State, Globalization, and International Law* (pp. 135-173). Springer, Berlin, Heidelberg.

---

<sup>1</sup> 中正大學高文琦教授對本文撰寫給予指正與協助，在此表達感謝。