

---

# 比較法的新趨勢與蒙古國法治的發展

---

Unurbayar Chadraabal | 許馨譯

106

《蒙藏季刊》·第二十三卷  
第四期

## 摘要

蒙古自1992年開啟民主轉型以來，蒙古人民的人權與自由為蒙古國憲法所保障，亦是法治的基礎。本文探討比較法在法學演進過程所扮演的角色與重要性，亦以法治為指標，衡量比較法的發展過程與近期趨勢——分類法，並分析法治的發展，以及蒙古身為開發中國家所面臨的挑戰。本文以法治的三原則為指標，根據烏戈·馬泰（Ugo Mattei）提出的分類法，探討蒙古的國家法律體系，並分析蒙古法律體系的發展與問題，同時也提出具體建議，以推動蒙古國法治的進一步發展。

**關鍵詞：**法治、比較法、專業法律體系、政治法律體系、傳統法律體系、權力分立、憲法、基本權利、國家大呼拉爾、憲政主義

## 序言

比較法屬於法學還是方法論？是比較法、比較法研究，還是法律的比較？

這些問題涉及比較法的發展，眾多研究學者爭論多年，始終沒有答案。可惜的是大多數人並不認為這些問題的答案很重要，因此必須先釐清比較法的重要性。比較法的重要性可概述如下：第一，比較法是維繫法律改革的主要方法。第二，比較法是一種機制，可有效研究國家的法律體系。第三，從比較法的角度，可觀察一個國家的法律體系的特質、特點以及利弊。本文將從比較法的角度，探討蒙古國憲法以及蒙古國法律改革的基礎。然而在探討之前，必須先了解比較法的新趨勢。

### 一、比較法的新趨勢

早年即有學者專家開始將法律體系分門別類，創造出來的分類法就跟研究學者的人數一樣多如牛毛。

在分類法的發展期間，任何與法律相關的因素，從種族、地區、文明、宗教一直到法律的本質、意識型態、哲學、法律技術與法律架構<sup>1</sup>，種種五花八門的因素都被學者當成分類標準。學者專家將法律體系分門別類，所用的理論與方法的標準各不相同，英國學者庫辛（Peter de Cruzin）卻認為這些

---

1 現代比較法之父，法國律師雷納·大衛（Rene David）將法律體系分為下列幾種：（一）歐陸法系、（二）英美法系、（三）社會主義法系，以及目前各國普遍採用的（四）傳統法系。蒙古學者也提出自己的分類法，例如B. Chimid主張可將法律體系分為四種：「羅馬日爾曼法系或歐陸法系」、「盎格魯撒克遜法系或英美法系」、「側重意識型態的社會主義法系」，以及「宗教法系或群體法系」。學者S. Narangerel將法律體系分為三大類：「盎格魯撒克遜法系、羅馬日爾曼法系、伊斯蘭法系」。學者J. Amarsanaa則主張將法律體系分為「歐陸法系、英美法系、伊斯蘭法系、傳統法系」。

理論與方法的標準其實具有共同點<sup>2</sup>。也就是說，研究比較法的學者將法律體系分門別類，不僅是以解決法律爭議的基本機制與方法作為分類標準，最重要的是他們的分類法也顧及法律體系的傳統特質。這些分類法的共同點即在於此。

一九九〇年初，全球政治局勢導致各國又開始對比較法的傳統方法感興趣。前社會主義國家紛紛經歷幾波重大法律改革，開始引進西方國家的人權法實務，內化為在地版本。如果說以往的法律體系傾向維持傳統，那現在的法律體系就是一致朝著保障人權的方向邁進。這個過程也給二次世界大戰後變動有限的世界版圖帶來鉅變。因此，以講究人權與自由優先的法治概念為基礎的法律體系分類法，儼然成為現今比較法的主流趨勢。美國加州大學烏戈·馬泰教授以此為基礎，提出下列的分類法，為比較法研究帶來一股清流。他將法律體系分為下列幾種：

- 專業法律體系
- 政治法律體系
- 傳統法律體系<sup>3</sup>

專業法律體系在道德與法律，國家與宗教完全分離的西方國家較為常見<sup>4</sup>。在專業法律體系中，法律不需受制於宗教與傳統，因此較具獨立性。歐陸法系與英美法系也都具備這項特色<sup>5</sup>。馬泰認為專業法律體系最重要的一項特色，在於專業法律體系是以民主憲政為基礎<sup>6</sup>。他所謂的實施「政治法律體系」的國家，有些也仿效實施專業法律體系的西方國家。在政治法律體系中，司法訴訟的結果直接取決於政治體系<sup>7</sup>。換句話說，法律（司法）不僅是其他權力機關的四肢，也是政權的一部分。馬泰將社會主義國家、中央集權主義國家，以及重視國家甚於法律的國家，全都歸類為政治法律體系國家。有趣的是馬泰並不認為社會主義法律體系國家都屬於政治法律體系國家。比方說他認為篤信儒家思想的中國比較傾向傳統法律體系。傳統法律體系與另

2 Peter de Cruz, *Comparative law in a changing world*, Cavendish Publishing Limited, 1995, p. 31

3 Ugo Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *Am. J. Comp. L.* 5, s. 12

4 同前註, pp. 22-25

5 同前註, p. 25, citing Rudolph B. Schlesinger et al., 1988, p. 545.

6 同前註, p. 27

7 同前註, p. 28

外兩種法律體系的不同之處，在於傳統法律體系始終與某種宗教與哲學衍生出來的傳統與思想連結。馬泰認為在傳統法律體系中，個人的內部層面與社會層面並非分離，宗教與超凡的哲學定義了法律的本質，統治者的領導深深影響著社會<sup>8</sup>。

馬泰分類法的立論基礎，是將法治視為法律發展的途徑，這也是外界認為他的研究是開創性的比較法研究的主因。因此本文接下來將依據馬泰分類法，分析蒙古國的法律體系屬於何種法律體系。

## 二、法治的指標

「法治」與「依法治理」原則上是不同的術語。有時候我們認為兩者是類似的概念。雖然依法治理比全無法紀理想得多，也比統治者為所欲為的情形理想得多，但在民主憲政，只有依法治理是不夠的，因為一旦賦予政府無限的權力，任何一個政權都能成為依法治理的政權<sup>9</sup>。希特勒時代的德國不是法治國，而是法律國（依法治理的國家）。二次世界大戰後，「法治國」在德國的法學有了不同的定義。「法治國」最初的定義是「以法律為基礎的國家」，而法律的基本原則就算是立法機關也不得違背。後來1948年《世界人權宣言》的弁言明訂：「復鑒於為使人類不致迫不得已鋌而走險以抗專橫與壓迫，人權須受法律規定之保障<sup>10</sup>。」現在法治的概念是由內容與形式定義。雖然法治的形式並無爭議<sup>11</sup>，但我們還是無法完全了解法治的本質，因為依法治理的國家也必須遵循某些形式規範。然而法治的概念扮演了區隔法治國與法律國的關鍵角色。在另一方面，關於法治的內容雖然仍有爭議<sup>12</sup>，一般認為法治具有下列三項原則：

---

8 Ugo Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 Am. J. Comp. L.5, s. 36

9 F.A. Hayek, Road to Slavery. UB., 2004, p. 73

10 Preamble, Universal Declaration of Human Rights, 1948.

11 Barnabas D. Johnson, Rule of Law (Governing Law and Law-Making), 1998, M.D.A. Freeman, Lloyd's Introduction to Jurisprudence, Seventh Edition, London, Sweet & Maxwell LTD, 2001 這些原則包括法源依據層級、適用全體人民、向人民公布、清楚明確、不得溯及既往、變動且具有永續性、合理、不得要求不可能做到之事、不得互相抵觸，且必須符合主要法律體系。

12 「法無明文規定不為罪」原則的意思是說一個人除非觸犯刑法定義的犯罪行為，否則不得受到刑法處罰。這個原則是法治的理念，但只適用於歐陸法系。

## 保障基本人權的原則

基本人權最重要的定義，是法律保障人民不受國家濫權侵害。根據憲政主義理論，主要的法律規範與法律原則應明訂個人的自然權利，如此一來基本人權才能成為受憲法保障的法律，立即具有法律效力，能限制國家的權力<sup>13</sup>。

目前各界對於國家限制基本人權的正當理由看法不一，但憲法學者一致認為下列情況構成正當理由：（一）國家僅在法律許可的範圍內限制人民的基本人權。（二）以其他憲法規範予以限制。（三）採用比例原則。（四）不影響憲法不可更動的部分。（五）不違反法治原則<sup>14</sup>。

根據憲政主義的概念，只有以民主機制產生的立法委員，握有法律賦予的權利，才有資格代表國家限制人民的基本人權。政府與司法機關沒有法律授權，不得限制人民的基本人權。還有一個原則必須遵守，就是要符合法治的形式規範，也就是說基本人權受到的限制越多，就「越需要說明」限制人權的法律依據<sup>15</sup>。

採用比例原則也是限制基本人權的正當理由之一，也就是說可以在法律規範的範圍內，限制人民的基本人權，限制的程度不應超過也不應低於法律規範的程度。要拿捏限制的分寸，就要採用合理原則。合理原則是法治的形式規範之一。此外，民主憲政國家不管在何種情況，即使事關國家最高使命，也還是有某些基本權利是不能限制的。國家限制人民的基本人權，還要遵守另外一項憲政主義規範，也就是尊重法治的基本原則。換句話說，不管在任何情況，都不能限制法律保障的不可分割的個人權利。

## 權力分立原則

現在所謂的憲政主義必須符合下列條件：法律是最終也是最高的權威，國家的權力掌握在人民手中，政府活動受到法律與權利限制，法律以人權為

13 M.Batsuur, Ch.Unurbayar, Rule of Law. UB., 2011

14 Jurg Paul Muller. Human rights and issues related to internal and external security. Human rights and national security. Compilation of international symposium materials. UB.,1996. p 76

15 D. Neil MacCormick, 'Rechtsstaat' and Rule of Law, The Rule of Law, Edited by Josef Thesing, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1997, p. 72.

基礎<sup>16</sup>。國家的權力據此分為行政權、立法權與司法權，三權互相制衡，國家的活動也受到人民的基本權利限制。按照這個道理，立法權應受憲法命令規範，行政權應受立法權規範，司法權則應該只受法律節制。法國1789年《人權和公民權宣言》率先闡述這種觀念：「凡是權利無保障，分權未確立的社會，就沒有憲法。」這種觀念直到今日依然重要。

## 憲政主義原則

現代憲政主義追求政治權力合法化，將政治權力化為法律規範。人民的基本權利、民主政治，以及權力分立原則遂成為憲法不可更動的部分。憲法法院協助憲政體制嚴格執行這些原則<sup>17</sup>。因此憲法法院審理任何與憲法相關的爭議，即使對政治影響甚鉅，仍然會依據憲法的基本原則予以裁決<sup>18</sup>。國會沒有資格以民主原則為由反對，因為民主原則並不代表國會擁有高於其他權力機關的特權，而且國家所有的權力皆受憲法節制，國會不得以多數決凌駕於憲法之上。憲法法院握有大權，合法民主程序選出的國會所通過的法律規範，憲法法院有權宣布無效。憲法法院雖然飽受抨擊，判決仍為社會所接受，因此聲望也逐漸提高。所以憲法法院有責任將判決的法律依據交代清楚。

## 三、蒙古國的法治

### 保障基本人權的原則

憲法的主要宗旨在於保障人民的基本權利不受國家的專制權力侵犯，也不受當權者的非法決策侵犯。蒙古國在1924、1940與1960年頒布的憲法條列

---

16 The New Encyclopedia. Vol. 25. p.979.

17 一般認為憲法法院監督機制的原則，以及保障憲法法院監督權的「憲政原則」，是在美國最高法院首席大法官馬歇爾（J.Marshall）1803年在馬布里控告麥迪森（Marbury v. Madison）一案的判決中首度出現。美國最高法院的司法審查機制在二十世紀首度引進歐洲，奧地利1920年設置憲法法院。德意志聯邦共和國1949年設置的憲法法院於1951年正式開始運作。法國則在1956年設置等同憲法法院的特別委員會。因此在憲法史上，憲法法院是從二十世紀才開始成形。

18 法治原則與行政體系、司法體系相關，憲政原則比較適用於立法機關。

了幾項人權，卻沒有設置條款保障這幾項人權不受最高權力機構侵犯。而這幾項人權偏偏又需要最高權力機構才能執行，因此這幾部憲法所載的人權多半只有宣示意義，毫無實施的可能。1992年的蒙古國憲法的起草是以在現實情況直接行使人權為原則，而非僅僅條列一連串無法行使的權利。有幾項理由可以證明。第一，蒙古國憲法中人權與自由的章節位於國家制度的章節之前，這在法律的技術上代表人權與自由是與生俱來、不可分割，而且國家機構應該尊重與保障人民的人權與自由<sup>19</sup>。第二，蒙古國憲法的第十六條：「蒙古國人民應享有憲法保障的下列權利與自由」。為了保障人民得以行使這些權利，蒙古國憲法首度明訂國家的責任，如第十九條第一款所示：「國家負責提供人民經濟、社會、法律與其他層面的保障，以維護人權與自由，對抗違反人權與自由之事，並恢復受到侵犯的權利<sup>20</sup>。」第三，蒙古國憲法第十九條第二款保障人民的生存權、思想自由、宗教信仰自由，以及不受酷刑、不人道與殘酷之待遇的權利，並明訂這些權利在任何情況都不應受到限制。第四，蒙古國憲法將國家的權力均分為三權，分別賦予國家大呼拉爾、政府與司法體系。第五，蒙古國憲法保障地方自治的權利，第五章明訂負責監督行憲的最高監督機關必須確保人民嚴格遵守憲法。

這幾項突破凸顯了1992年民主憲法與先前的幾部憲法在概念上的差異。但是1992年的憲法並沒有完全解決基本權利相關的所有問題。雖然這部憲法誕生不易，但還是不能不提這部憲法在法律規定與基本概念方面的缺失。概述如下：

一、蒙古國憲法第十九條第二款漏列了一些不應受到法律限制的基本權利，卻規定國家在緊急狀態時，不得限制人民的公平審判、得到法律援助，以及正當防衛的權利。

二、這部憲法沒有明訂限制基本權利的原則。如前所述，有時為了國家安全起見，可能需要在法律許可的範圍內，限制人民的基本權利，因為國家安全是全體人民的共同價值。憲法與其他法律都應該詳細載明限制人民基本權利的正當理由。舉例來說，由於蒙古國憲法沒有明訂哪些條件構成限制自由表述權利的正當理由，導致蒙古有很多法令要求媒體承擔不必要的義務，

19 蒙古國憲法，第二章與第三章。1924、1940與1960年頒布的蒙古國憲法，人權章節出現在國家制度的章節之後，這是呼應「人權由國家制訂」的觀念。

20 1992年蒙古國憲法。

相關的研究文獻也提到這個問題<sup>21</sup>。

三、在設有憲法法院的國家，人民如果認為行政、立法或司法機關的決策侵犯了他們受到憲法保障的基本權利，就有權在憲法層級恢復他們的權利。

設有憲法法院的國家普遍認為基本權利是憲法最重要的成分，因此人民提出的訴訟約佔訴訟總數的95%<sup>22</sup>。

Ts. Sarantuya教授曾說：「在蒙古，人民可透過憲法明訂的幾種評議機制，向憲法法院提出訴訟，但基本權利的問題並不包含在內，因此在現實情況中，蒙古國憲法『人權』條款的執行完全沒有任何保障。<sup>23</sup>」

### 權力分立原則

研究蒙古國憲法的第二十條、二十二條、二十五條第二款、二十五條第六款、二十五條第七款，即可看出蒙古沿用古典民主議會制（又稱西敏制）的概念。西敏制賦予國會極大的權利，因此與美國的總統制、德國波昂的議會民主制不同。雖然英國也是採用這種議會民主制度，但是英國的政治文化較為成熟，歷史悠久的君主立憲體制也產生了獨立司法體系，因此與蒙古的情況不盡相同。學者認為蒙古的政治文化尚未發展成熟，民主政治才剛起步，又有獨立的司法體系，不太適合採用這種議會民主制度<sup>24</sup>。原因如下：

一、國家大呼拉爾掌握的權力過大，足以構成國會的多數暴力，比方說蒙古國憲法第二十五條第二款賦予國家大呼拉爾「訂定國家的內政政策與外交政策的基本原則……」的權力，第二十五條第七款也授權國家大呼拉爾「制訂國家的財政、債務、稅務與貨幣政策，擬定國家的經濟與社會發展的指導原則」，第二十二條規定：「……國家大呼拉爾可自行決定解散……」如此巨大的權力，在其他實行議會民主制度的國家是聞所未聞，而且蒙古的國會無須負政治責任。

21 Rule of law in Mongolia. *Report of the speeches delivered during the first form of Young scholars under the auspices of the President*. UB., 2005

22 [http://www.Bundesverfassungs-gericht.de/...Organisation/statistic\\_2001/A-III-1.html](http://www.Bundesverfassungs-gericht.de/...Organisation/statistic_2001/A-III-1.html), Geschaeftsanfall und-erledigung: Verfassungsbeschwerden: 97%, abstrakte und konkrete Normenkontroll-Verfahren: 0.73%, Organ-/Bund-Laender-Streitigkeiten: 0.09%...

23 Ts.Sarantuya, "Constitutional procedure: fundamental concept and urgent issues." UB., 2005

24 N.Lundendorj, "Transition Period: Political and Legal Issues", UB., 2010.



二、國家大呼拉爾變成花費預算的機關，而不是通過國家預算，監督預算執行的機關（國家大呼拉爾的議員在他們的選區花掉十億元圖格里克）。

三、蒙古國憲法第二十七條第二款：「國家大呼拉爾每六個月應開議一次，每次開議期間不得少於五十個工作天<sup>25</sup>。」2000年的憲法修正案將原本的七十五天縮短為五十天。這項修正案破壞了國家大呼拉爾的常設性質，也導致國家大呼拉爾無法長期連續運作，無法及時解決蒙古面臨的重大問題，也無法持續監督政府活動。這是憲法律師所提出的問題<sup>26</sup>。

四、在實施議會民主的國家，國會議員可同時具備內閣閣員身分，然而這些國家多半針對這種情形設有法律規範，以免影響國會的基本運作。具體而言，民主政治最關切的是國會的立法與監督功能不能受到干擾。但是在總共七十六個席次的蒙古國會，會議只要有絕大多數的國會議員出席就算有效，法案通過的門檻也很低，只要有二十位出席議員同意即可通過。這些規定尚有改進的空間。

### 憲政主義原則

N. Lundendorj教授曾指出：「憲法本身是一種實際可行的機制，是以人權與公民權利限制政府的權利。」憲法也是制訂法律必須遵守的基本規則，因此憲法是最高法律規範，有權限制國家的權力。蒙古國憲法第一條第二款：「……遵守法律應為國家活動的最高原則。」這在現實情況是一種概念，根據這個概念，國家大呼拉爾必須服從憲法命令，政府與政府機關必須服從國家大呼拉爾依據憲法頒布的法律，各級法院必須受到憲法與其他法律的節制。這裡只有國家大呼拉爾與蒙古憲法法院的政治關係與法律關係符合憲政主義的原則。

1999年12月24日，國家大呼拉爾以「憲法部分條文影響政府機關正常運作」為由，通過憲法部分條文的修正案。蒙古憲法法院於2000年2月的決議案廢除了這幾項修正案，並在判決書寫道：「蒙古國家大呼拉爾於1999年12月24日通過的蒙古國憲法修正案違反蒙古國憲法第一條第二款『……遵守法律

25 1992年蒙古國憲法。

26 B.Chimid, *Through the eyes of current politicians and lawyers*.UB., 2006.詳細資訊請參閱該書。

應為國家活動的最高原則。<sup>27</sup>」」然而在2000年12月14日修憲週年之際，國家大呼拉爾再度通過七項憲法修正案，先是在午休時間之前首次討論，隨後又在午休時間之後再度討論。有人因此向蒙古憲法法院正式控告。國家大呼拉爾在交給憲法法院的說明函中表示：「憲法法院無權審議，也無權判決蒙古國憲法修正案是否違憲<sup>28</sup>。」純粹從法律規範的層面來看，國會大呼拉爾的理由似乎站得住腳，但是負責解釋憲法的憲法法院也可能有權解釋前述的法律規範，終止違反權力分立原則的行為。

1814年的挪威憲法首度宣示：「任何修正案不得違背憲法原則。」這也是憲政國家目前遵守的原則。

## 四、結論

1992年的蒙古國憲法，是蒙古史上第一部真正保障人權與自由、民主政治以及法治原則的憲法。我們沒有理由阻礙蒙古國憲法未來的發展，因為民主憲政已經成為人類的普世價值。但也不應認為憲法永遠不能變動，因為蒙古在實行民主憲法的二十年來，在憲法層面遭遇到不少挑戰。這或許也是蒙古的法律體系比較接近政治法律體系，而不是專業法律體系的另一個證明。因此蒙古必須立刻採取下列步驟，從政治法律體系逐漸邁向專業法律體系：

循司法途徑，將保障基本權利的機制予以法制化

依據憲政主義的規範，調整國家權力分立的原則

舉國信奉憲政原則，會是蒙古從名義上的法治，邁向實質上的法治的重要關鍵。

---

27 <http://www.conscourt.gov.mn/shiidver.aspx>

28 <http://www.conscourt.gov.mn/shiidver.aspx>