憲法

的解釋與適用

吳庚 著

二〇〇四年六月第三版

憲法

的解釋與適用

吳庚 著

二〇〇四年六月第三版

民國九十二年四月初版
民國九十二年九月修訂版
民國九十三年六月第三版

憲法的解釋與適用

著　作　者　吳　庚

總　經　銷　三民書局

台北市重慶南路一段61號

台北市復興北路386號

定　　價　新台幣五００元

郵政劃撥　第一六三七八四三—九號

儲金帳戶　吳德威

版權所有・翻印必究

凡 例

一、本書共分四編，第一編討論現行憲法所據以存立的基本原則，並對「憲法定義」與「憲法理解」從不同面向加以敘述。

二、本書第二編以體系的及比較的方法，分析憲法第二章有關人民權利的規定，以及經由釋憲機關之解釋所發生具有規範效力的意涵。

三、第三編除對各國憲法法院建制作宏觀的比較外，重點在於說明我國司法院大法官釋憲的實踐情形，是最具實用性的部分 — 人民與政府機關如何正確的「打憲法官司」。

四、第四編是以詮釋學爲經，法學方法爲緯，所構成的論述，不僅對憲法解釋的方法論提供參考素材，也可應用於一般法律的解釋與適用。

五、著者濫竽釋憲工作十有八年，長日將盡，就要卸任，今後有較多的時間從事教學與研究，深盼讀者指正本書的錯誤，以便從容改正。

六、本書所使用的外文縮寫，循例說明如下：

aaO.或 a. a. O. = am angeführten Ort 同上註解或前已引用之書籍或期刊

AöR = Archiv des öffentlichen Rechts 期刊名

Aufl. = Auflage 版

Bd. = Band 或 Bde. = Bände 冊

BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 德國聯邦法院民事裁判

BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 德國聯邦憲法法院裁判

BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts 德國聯邦行政法院裁判

bzw. = beziehungsweise 相關，就…而言

cf. = confer = compare 參照

DÖV = Die öffentliche Verwaltung 期刊名

Ebenda 或 Ebd. 同上註

et al. = et alibi 及其他

f.或 ff. = folgende 以下一頁或以下數頁

FN 或 Fn. = Fußnote 註解

FS = Festschrift 紀念文集

Hg.或 Hrsg. = Herausgeber 出版者或主編者

JuS = Juristische Schulung 期刊名

JZ = Juristenzeitung 期刊名

NJW = Neue Juristische Wochenschrift 期刊名

Österr. = Österreich 或 österreichisch 奧國或奧國的

Rn.或 Rdn. = Randnummer 印在書頁邊緣之分段號碼

S. = Seite 頁

Slg. = Sammlung 彙編（專指奧國之憲法法院或行政法院裁判彙編）

ss = ß

u. a. = und andere 及其他人

VFG = Verfassungsgerichtshof 奧國憲法法院

vgl. = vergleiche 參照

目 次

第一編 現行憲法的基本原則

第一章 憲法的意義

第一節 形式意義與實質意義的憲法 …… 1

第二節 政治意義的憲法 …… 3

第三節 憲法理解的變遷 …… 7

第二章 憲法與憲法的基本原則

第一節 概念的起源 …… 17

一、史密特的二分法 …… 17

二、對各國憲法的影響 …… 21

第二節 基本原則理論的應用

— 兼論釋字第四九九號解釋 — …… 24

第三章 中華民國憲法的基本原則

第一節 概說 …… 35

第二節 共和國原則 …… 38

第三節 民主國原則 …… 40

一、國民主權 …… 40

二、多數決 …… 44

三、次級統治團體的自主權 …… 46

第四節 法治國原則 …… 50

一、基本權利的保障 …… 51

二、五權分立…… 51
三、依法行政…… 54
四、司法審查…… 63
第五節 民生福利國原則…… 65
一、基本國策條款的意涵…… 65
二、規範效力分析…… 66
三、近年的趨勢…… 69
第二編 基本權的理論體系
第一章 基本權的一般理論
第一節 人權發展的歷程…… 71
一、從西歐到北美…… 71
二、中歐國家…… 76
三、人權的國際法保障…… 80
四、我國「基本法」上的人民權利…… 83
第二節 基本權概念的闡釋…… 85
一、基本權的各種解說…… 85
二、我國憲法上基本權的定義…… 89
三、我國憲法上基本權範圍的界定…… 92
四、基本權與其他自由權利區別的實益問題…… 95
第三節 基本權的性質…… 98
一、基本權與身分關係…… 98
二、基本權作爲主觀權利……102
三、基本權作爲客觀規範……109

四、從基本權性質導出的功能 …… 118
第四節 基本權的保障範圍 …… 126
一、保障範圍與相關概念 …… 126
二、保障範圍的界定 …… 128
三、以憲法上訴訟權爲例的保障範圍 …… 130
第五節 國家的保障義務 …… 132
一、保障義務的涵義 …… 132
二、保障義務的種類 …… 135
第六節 基本權的行使及限制 …… 138
一、基本權主體 …… 138
二、基本權利能力與基本行爲能力 …… 146
三、基本權的效力 …… 148
四、基本權的限制 …… 156
五、對限制基本權法律的制約 …… 162
六、基本權競合與衝突 …… 174
七、侵害基本權的救濟 …… 176
第二章 平等權及自由權
第一節 平等權 …… 177
一、平等權的功能 …… 177
二、平等權的保障範圍 …… 180
三、實質平等 …… 182
四、性別平等 …… 184
五、黨派平等 …… 185

六、參與平等問題 …… 187
七、功能差異問題 …… 188
八、比例原則及其他 …… 189
第二節 人身自由 …… 190
一、憲法第八條第一項的規範意旨 …… 190
二、憲法第八條第二項至第四項 …… 197
三、人身自由與軍事審判 …… 201
第三節 居住遷徙及秘密通訊之自由 …… 203
一、居住自由及遷徙自由 …… 203
二、秘密通訊自由 …… 205
第四節 表現自由 …… 208
一、表現自由的意義 …… 208
二、言論自由 …… 209
三、大法官對表現(言論)自由的審查密度 …… 217
四、講學自由 …… 226
五、著作及出版自由 …… 229
第五節 信仰宗教之自由 …… 230
一、宗教信仰自由的界定 …… 230
二、宗教信仰自由在多元民主社會的意義 …… 230
三、宗教自由的類別 …… 231
四、宗教自由與政治 …… 233
五、信仰與兵役 …… 234
六、宗教自由的放射效應 …… 235

第六節 集會結社自由 ……236
一、集會與結社的概念 ……236
二、集會結社自由的保障範圍 ……239
三、集會結社自由之限制 ……240
第七節 財產權的保障 ……242
一、財產的概念 ……242
二、財產權的社會功能 ……244
三、財產權與其他基本權 ……246
四、憲法上財產權的主體 ……246
五、財產權的保障範圍 ……248
六、稅法對財產權的限制— 兼論租稅法定主義 ……256
七、財產權的其他限制 ……265
第三章 社會的基本權
第一節 生存權 ……266
一、生存權的性質 ……266
二、生存權的規範效力 ……270
三、實現生存權積極內容的途徑 ……273
第二節 工作權 ……274
一、工作權的性質 — 回歸正確的定位 ……274
二、工作權的保障範圍 ……278
第三節 受國民教育權 ……281
一、權利與義務的結合條款 — 兼論憲法上的義務 ……281
二、受國民教育權的權利主體 ……283

三、義務教育的合憲性問題……284
第四章 程序的基本權
第一節 程序基本權的作用……285
第二節 三種程序權……286
一、請願權……286
二、訴願權……287
三、訴訟權……288
第三節 憲法訴訟及行政程序……290
第五章 政治參與權
第一節 參政權……293
一、選舉與罷免……293
二、創制與複決……296
三、公民投票……298
第二節 應考試及服公職權……301
第六章 其他自由及權利舉隅
一、人格權……305
二、隱私權……307
三、環境權問題……307
四、婚姻自由……311
第三編 憲法爭訟的建制與程序
第一章 憲法爭訟制度的起源
第一節 兩種類型……315
第二節 憲法法院的創建……317

第二章 歐洲各國的比較
第一節 憲法審判機關的結構與功能……325
一、憲法審判機關的名稱……325
二、憲法法院的組織……326
第二節 憲法法院的權限範圍……329
一、權限爭議……329
二、規範審查……331
三、憲法訴願……334
四、其他事項……337
第三節 爭訟程序及法院裁判……338
第四節 憲法爭訟制度的發展……347
一、憲法法院行使積極的「立法權」……347
二、憲法法院作爲代位的制憲者……349
三、憲法法院在兩元法律體系中的角色……350
四、憲法法院作爲公共理性的論壇……353
第三章 我國的釋憲制度
第一節 釋憲機關的組織及運作……358
第二節 釋憲機關的權限……363
第三節 聲請解釋或審判的要件……367
一、憲法疑義、爭議及法令牴觸憲法之聲請釋憲案件……367
二、法官認爲法令牴觸憲法之聲請釋憲案件……376
三、人民聲請釋憲之案件……378
四、統一解釋……389

五、補充解釋……394
六、政黨違憲案件之審判……396
七、聲請解釋之程式……397
第四節 審理原則審查基準及審查密度……398
一、釋憲案的審理原則……398
二、審查基準與審查（或控制）密度……399
三、大法官審查法令的基準……400
四、審查密度問題……408
第五節 解釋的效力……419
一、大法官對審查法令結果宣告的方式……419
二、全部無效與一部無效……429
三、大法官解釋的效力範圍……430
四、大法官解釋的執行問題……434
第四編 憲法解釋的理論與實踐
第一章 從哲學詮釋學到法律詮釋學
第一節 近代詮釋學的起源與史萊爾馬赫……437
第二節 狄爾泰 — 歷史主義的詮釋學……440
第三節 存在哲學的詮釋理論……444
第四節 加達默的詮釋理論……449
一、精神科學的方法論問題……449
二、判別理解的正確性問題……451
三、效應歷史意識……452
四、詮釋學的應用 — 以法律詮釋學爲例……454

第五節 貝提的詮釋學與法律解釋理論 ……458
一、語言學的解釋 ……461
二、歷史解釋 ……463
三、運用技巧的解釋 ……464
四、再造性的解釋 ……465
五、心理效應解釋 ……467
六、各種解釋通用的準則 ……467
七、法律解釋理論 ……467
第六節 法律詮釋學的構成 ……489
第二章 詮釋學與法律解釋方法
第一節 觀點與方法 ……494
第二節 法律解釋方法的演進 ……496
第三節 詮釋方法的綜合應用 ……504
一、理解與適用的分合問題 ……504
二、具有實用性的各種憲法暨法律解釋規則 ……509
第四節 與解釋規則相關的問題 ……550
一、各種規則的關聯性 ……550
二、詮釋學循環的操作過程 ……552
三、解釋規則的功用 ……554
第三章 憲法解釋的特殊性
第一節 憲法解釋規則與法律解釋規則 ……557
一、主張古典解釋規則 ……557
二、主張另創解釋規則 ……560

第二節 解釋原則與解釋方法……566
第三節 憲法規定的特色……568
第四節 違憲審查與三段論法……572
第五節 專用於憲法解釋的規則……576
一、以憲法解釋憲法……576
二、政治問題不予解釋的規則……581
三、合憲性解釋……585
四、符合法律的憲法解釋？……596
附錄：
台灣大學法律學系顏厥安教授對本書的評論……599

第一編　現行憲法的基本原則

第一章　憲法的意義

第一節　形式意義與實質意義的憲法

憲法是一個國家或政治實體所建立之法秩序中最高層級的規範，除所謂不成文憲法的國家外，其制定及修改程序與其他法律規範也有明顯的不同。對憲法概念的詮釋，憲法學者常將其區分爲形式意義的憲法與實質意義的憲法兩種（註一）。前者是指依制憲或修憲程序所訂定的憲法法規，在我國即民國三十六年元旦公布，同年十二月二十五日施行的憲法本文，以及在動員戡亂時期終了前所適用並經多次修正的臨時條款；目前有效的憲法增修條文當然與憲法本文，構成現行憲法法典的全部，而屬於所謂形式意義的憲法。至於實質意義的憲法指涉範圍甚廣，除規定國體、領域、人民基本權利義務、國家最高機關組織及職權、中央與地方權限劃分、基本國策以及憲法本身修改之程序的憲法法典外，具有補充憲法而有活的憲法（living constitution）之稱的司法院相關解釋，對行政、立法兩權行使有決定性影響的行政院組織法與

註　一：出自早期德奧法學名家如 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 252ff.；Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 248ff. 至今仍爲許多憲法著作所沿用。

行政院會議規則、立法院職權行使法，性質屬於司法權、監察權、考試權行使之準據的司法院大法官審理案件法、法院組織法、監察法及考試法等，此外對憲法有原則性意義的中央法規標準法、地方制度法（相當於地方自治團體之基本法）及財政收支劃分法（相當於外國所謂的財政憲法 Finanzverfassung）等，均可視爲包括在內。在現行數以千計的法規之中，何以僅上述法規定性爲實質意義的憲法？自應有取捨的標準，即「憲法進一步實施所不可或缺的法規」(註二)。

由上所述，形式意義的憲法依我國制度，乃是指憲法法典（本文及增修條文），非常明確。若干歐洲國家則並非如此，以奧地利及義大利兩國爲例，修憲條文有：㈠須公民投票始生效者，㈡國會以比一般法案較高之可決數（譬如二分之一出席，三分之二贊成），通過專爲修改憲法所制定的法律者，㈢在普通法案中特別指明某一條文或數個條文是以較高可決票通過，而成爲具有憲法效力之規定者（以上參照奧地利憲法第四十四條、義大利憲法第一百三十八條）。以奧地利而言，第二類即有五十種左右，第三類則不計其數，多到難以統計（註三），所以辨識形式上的憲法在這些國家就成問題，這種困難在我國並不存在。關於實質意義的憲法，

註 二：也有憲法學者不贊成這種說法，奧地利的溫克勒（G. Winkler）就認爲憲法沒有其他法律配合是難以想像的，而區別法律之中何者是實施憲法而制定，何者是一般的法律，並不容易。見其所著 Studien zum Verfassungsrecht, Wien 1991, S. 7.

註 三：Vgl. F. Ermacora, Österreichische Verfassungsgesetze, Wien 1989, S.21ff.

其規範效力應分別觀察，大法官針對憲法條文所作的解釋，位階與作爲解釋對象的的條文相同，具有憲法同等效力，例如憲法第八十一條的法官，就是釋字第十三號解釋所指的法官，因此釋字第十三號與第八十一條有同等的效力。至於其餘包括在實質意義憲法內的法規，雖然有原則的重要性，但其位階較低，仍不能與憲法法典等量齊觀，不可不察。

第二節　政治意義的憲法

前述形式與實質意義的憲法之外，尚有多種對憲法概念的剖析，但通常都是法學方法的運用，無論如何純熟，對現象的解說仍有實際的差距。若超越法學視野之外，以政治的及現實的角度，或許更能正確的描述憲法。基於這項觀點，可以獲致下列的界說：

> 憲法是政治社會中，政治菁英份子有關政治理念的宣言，而經由某種程序被視為已經社會成員普遍接受。

每一國家的憲法都宣稱是全國人民所制定，事實上並非如此，最早一二一五年英國大憲章便是少數貴族與英王所訂立，一七八九年在費城制定的聯邦憲法，更是北美十三州政治菁英的傑作。我國現行憲法也是在國民政府主導下，由極少數政黨領袖主稿而成的產物。爲使憲法取得最高規範的正當性，又必須經由特別設計的程序，表現其已爲國民所接受，這就是制憲的正式程序。各國憲法所採取的制定程序並不一致，例如美國聯邦憲法參與制定者十三州，經其中九個州議會批准後生效（第七條），嗣後的修

改則應有國會兩院議員三分之二或三分之二州提議召集的修憲會議提出修憲案，經四分之三州州議會或四分之三州爲修憲而召開的特別會議通過。這種十八世紀的設計與現今人民政治參與意識的高漲，顯不相稱。晚近各國憲法的制定或憲法的全盤修正，多以經由公民投票的方式，取得正當性。至於憲法局部修正則委由國會特別多數（例如三分之二）的可決票。除此之外，還有若干制憲的特例，譬如戰敗投降的國家，西德基本法的成立過程便是如此，先是美英法占領軍當局在一九四八年七月一日召集占領區內各邦總理集會於法蘭克福，作成三號文件(Frankfurter Dokumente Nr. 1-3)，授權各邦總理在第一號文件提示的民主主義、聯邦體制等原則之下起草憲法，最後由各邦間接選出之制憲會議(der Parlamentarische Rat)，並在艾德諾(K. Adenauer)主持下通過，取名爲德意志聯邦共和國基本法。又如英國在亞非等處殖民地獨立之初的憲法，往往是由英國政府按照二十世紀三〇年代國會制定的一種憲法範例「西敏寺法」(Westminster Act)，替獨立的屬地代擬一部「欽定憲法」，由末代總督交付新國家的領導人，因此這類憲法又有總督憲法（Governors' Constitution）的稱謂。我國憲法從重慶的政治協商會議、南京的制憲國民大會到陽明山的修憲，莫不由少數政黨領袖或專家學者「密室作業」，然後提交國民大會完成法定手續，整個過程中雖有輿論參與，但時論甚少產生決定性的影響，事實上仍無法改變憲法爲政治菁英分子理念宣言的本質。

憲法產生方式既然態樣繁多，則是否能充分反映國家的政治及經社情勢，換言之，憲法規範（Verfassungsnorm）與憲政現實

（Verfassungswirklichkeit）是否完全一致，便成爲值得檢討的問題。以憲法規範與憲政現實契合的程度，借用德國憲法學者 K. Löwenstein 的分類（註四），可以區分爲幾個層次：㈠規範性憲法（normative constitution）：規範與現實完全一致，即政治運作確實以現時有效的憲法爲遵行的規則，這種現象多存在於西歐及北美的先進國家。㈡名義性憲法（nominal constitution）：規範與現實不完全一致，憲法並未真正受到遵行，或者只有部分條文（通常是符合執政者利益的規定）發生效力。何以產生這種差距？原因可能不止一端，或者由於憲法純粹是境外移植，不適合本國經社環境；或者由於憲法制定之後國家情勢重大變遷，已喪失原有實施的條件；㈢巧語性憲法（semantic constitution）：規範與現實完全背離，權力的運用全然不受憲法的羈束，執政者根本無意願，也無能力實施憲法，從殖民地獨立的亞非國家常屬這一類，擁有一部憲法無非表示已經獨立，「我也有憲法」（me too constitution），然後將憲法當作新國家的出生證明，用來加入國際社會，具體的講成爲聯合國會員國而已。Löwenstein 又用衣服作了很傳神的比喻：規範性憲法就是一套合身而事實上穿著的衣服，名義性憲法是掛在衣櫥裡的衣服，要等到體態發育健全時才適合穿著，巧語

註　四：K. Löwenstein, Political Power and the Governmental Process（Chicago, 1957）, pp.134-140 此部分有中文翻譯，賀凌虛譯，認識憲法，原載憲政思潮季刊第四期，又收集於國民大會出版之憲政思潮選集㈢，民國六十九年，五十二頁至九十一頁。

性憲法根本不是真正的衣裳，而只是一套披風或化裝用的衣服（註五）。

根據美國政治學者 H. Lijphart 的研究，戰後數十年間世界各國能按照憲法規定，和平移轉政權的國家只有二十一個（註六），我們可以說這些國家大致上可視爲憲法規範與憲政現實具有一致性。至於在名義性憲法及巧語性憲法下的國家，規範與現實的差距愈大，政治不穩定的程度就愈高，甚至長期處於合法性危機（legitimacy crisis）之中,這種情況下統治者只有靠個人魅力（charisma）或傳統因素維持其統治的正當性基礎（註七），而借助於意識型態的操控和現代情治組織的壓制，也是習見的手段。

我國現行憲法以大中國爲適用的範圍，公布伊始，國民政府在兩年間即喪失對大陸的統治權，而以台澎一隅之地繼續實施全部憲法，理論與事實上具有困難。動員戡亂時期臨時條款在台經過六次修改，其中有一項目的就是要縮小或調整憲法規範與憲政現實之間的差距，凍結憲法本文的許多規定。然而因爲中央民意代表未能全面改選，政治權威的民主正當性欠缺最基本的條件，時日越久，合法性危機也就越擴大，直到民國七十九年六月廿一

註 五：Ibid. pp. 144-150

註 六：Cf. Arend Lijphart, Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries (New Haven, 1984)

註 七：有關韋伯（Max Weber）傳統、個人魅力、合理式三種權威的正當性，參閱吳庚，韋伯的政治理論及其哲學基礎，民國八十二年，五十五頁以下。

日司法院大法官作成釋字第二六一號解釋，使原來的中央民代在八十年十二月三十一日以前終止行使職權，國會全面更新，危機方告解除。目前政府組織與職權行使主要是根據憲法增修條文，就此而言，現行憲法可視爲規範性的憲法。

第三節　憲法理解的變遷

每一位憲法學者幾乎都有一套對憲法的定義，或者他個人對憲法概念的理解。這些定義或理解通常受著者本身理念與他所處的時代所影響，譬如孫中山先生常說：「憲法者人民權利之保障書也」，這一界說一方面顯示中山先生所接觸的十九世紀英美之憲法觀念，另一方面反映他創導及所處的民權革命的時代。這類源自個人的理念，也可能成爲某一時期，客觀上普遍性的**憲法理解**（Verfassungsverständnis）。

法實證主義普遍主張憲法是基本大法（leges fundamentales），在形如金字塔的國家法制體系頂端便是憲法，憲法成爲「國家法人」的構成法，也提供法律產生的程序及內容，法律又提供命令產生的程序和內容，下位規範不得牴觸上位規範，上位規範有「擊破」下位規範的效力，何以形成這種規範秩序？則非實證法理論所能解說，故克爾生（H. Kelsen）訴諸超實證法的基本規範（Grundnorm）（註八）。今天採成文憲法的西方民主國家，在憲法

註　八：H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, Neudruck 1963, S.119ff; auch

適用層次，相當程度是基於前述這種純粹從實用觀點，而不含其他因素的實證主義之立場，各國憲法法院的態度也是如此。但並非所有的憲法學者都是「純粹」的實證主義者，因而對憲法的觀點，也就非常分歧。

第一次世界大戰德國徹底戰敗，第二帝國崩潰，德國從中央到各邦的君主及貴族體制瓦解，德意志人民面臨再造國家的抉擇。在這種情形下，一九一九年制定的憲法（即世稱威瑪憲法），對德意志新的國家構造作出重大決定，史密特（Carl Schmitt）對憲法的理解是：經由憲法制定者的權力，對政治實體特別的存在形式（Existenform），所作的一次總決定，所以憲法的實證定義（Verfassung im positive Sinne）可給予以下的界說：「憲法只是政治實體對其自身的特殊整體構造之規範，所作的決定（註九）。」從這個觀點出發，史密特主張政治決定是政治實體的權利：

Adamovich/ Funk, Österreichische Verfassungsrecht, 1982, S. 17.

註 九：Siehe Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl., 1993(1928), S. 21.史密特所謂整體構造（Gesamtgestalt）的總決定，就威瑪憲法而言，就是本書後述第二章第一節指該憲法中屬於「憲章」的幾項原則。史密特又以法國第三共和爲例，國民會議一八七五年二月二十五日制定的憲法就欠缺一項重要決定，即君主或共和國體？以致於這一問題懸而未決，一八八四年八月十四日國會通過一項法律，規定共和國體的改變不需要以修憲方式爲之，僅需取決於人民公意，以補充憲法第八條第三項的不足。在此之前，Mac Mahon 總統曾經解散國會兩次，改造結果每次贊成共和的議員都佔過半數議席，國體問題，始告解決，見 Schmitt, aaO., S. 29.

每一個現存的政治實體，都有其價值和存在的權利（Existenzberechtigung），不是基於規範的正當性或實用性，而是基於存在的本身。凡是作為政治單位存在的，從法律的觀點，存在就是價值，因此自保之權利優先於一切之上，以保持自己的生存為第一要務，這就是史賓諾沙(Spinoza)所說的尋求自保(in suo esse perseverare)。政治實體要保衛自己的存在、完整、安全和憲法 — 一切存在的價值（註一〇）。

憲法是政治實體的一項存在價值，雖然面對著戰勝國的壓力，德國也應保衛存在的權利。威瑪時期另一位憲法學者 R. Smend 則將憲法概念定位爲：國家整合過程的法之秩序(rechtliche Ordnung des Prozesses staatlicher Intergration)（註一一）。這個憲法定義以今天的觀點看，與民主政治頗爲契合，並常爲學者所引用（註一二）。但在創導之初有意以憲法來團結國家，其後納粹執政，Smend 轉而趨向將國民整合(Intergration des Staatsvolks)，與當時許多法學家一樣，從法律的實證主義轉爲社會的實證主義，最後便是法西斯主義（註一三）。戰前另一位知名學者 H. Heller 將憲法界定爲：

註一〇：Schmitt, aaO., S. 22.

註一一：Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, Staatliche Abhandlungen, 1928, Neudruck 1968, S. 189.

註一二：蘇俊雄，從整合理論之觀點論個案憲法解釋之規範效力及其界限，憲法解釋之理論與實務，中研院社科所，八十七年六月，二〇頁。

註一三：Vgl. Ingeborg Maus, Bügerliche Rechtstheorie und Faschismus, 1976 München, S. 47. 除 Maus 氏之外，本書著者曾不只一次聽到維也納大學

在正確的觀念指導下，具有穩定及對不斷出現之現實問題所必要的行爲規劃（註一四），仍然不是對憲法應有的常態理解。

憲法理解的變遷可能發生在任何國家，連美國這種政治發展穩定成熟的國度，也幾度發生重大變遷即所謂的憲法時刻(constitutional moment)：革命建國時期、內戰重建時期、羅斯福新政時期，這類變遷，或多或少會影響對憲法的認知（註一五），但仍以戰敗而須進行國家徹底改造者最顯著。H. Ehmke 一九五三年的著作中，對憲法的認知是：憲法應作限制權力或權力合理化，以及保障自由的一種生活過程而瞭解（註一六）。這種憲法概念已經不屬於德國的傳統說法，而是基於自由主義及有限政府的憲法理念之表現。戰後西德教科書多數恢復早期的實質意義憲法與形式意義憲法的說法。實質意義的憲法理解可以 R. Zippelius 爲代表：憲

的公法教授溫克勒(G. Winkler)嚴詞批評 Smend (Smend 是中國現代聞人徐道鄰上世紀三十年代在柏林大學的業師)：謂 Smend 不但戰爭前後言論不一致，而且其所做所爲都是詐騙(Gaunelei)，這是長久以來，著者所聞溫教授對同行批評最激烈的一位。雖然如此，戰後史密特受到盟國占領軍的整肅，不得任課並在紐倫堡接受戰犯審判，Smend 的遭遇較佳，諒是史密特樹大招風之故。

註一四：H. Heller, Staatslehre, 1934, Neudr. 1963, S. 88ff., 228f.

註一五：這是美國當代憲法學者 B. Ackerman 的說法，見葉俊榮，消散中的「憲法時刻」，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，一九九七年，特別是二四五頁。

註一六：Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, S. 88f.

法是一種基本的規範，它規定國家最高機關的地位、權責、行使職權的程序及效果；規定政治社會的基本結構，諸如聯邦國構造，規定人民在國家中的地位，尤其是政治上的權利、基本權利及基本自由（註一七）。K. Hesse 則盱衡西德立國情勢及波昂基本法（Bonner Grundgesetz，即德國現行憲法）的特質，以功能觀點建構其憲法理解。Hesse 認爲憲法的任務是建立政治單一性結構（politische Einheitsbildung）及法的秩序。所謂政治單一性結構，是著眼於具體的及歷史的過程，而非如同抽象的、一成不變賦予法人資格的實體 — 「國家」，也不是強求族群的、宗教的、世界觀的，甚至生活經驗上的一致性，這些原則的存在必須受到承認，在這一前提下，經由協調、同意或默認產生國家，作爲行爲實體，而不致淪爲內戰或無政府狀態（註一八）。其次關於法的秩序（rechtliche Ordnung），國家作爲政治單一體（或政治實體）爲實現其功能須有一套程序的規則，便是法的秩序，從法的秩序之內容，可決定國家處理國民生活的共同事務（Gemeinwesen）具有正當性及合法性，所謂正當不能單從法本身衡判，應從歷史（即排除歷史上不正確的規範），經過數個世代之法律經驗發展而成的法律原則，以及所形成當代及未來的主流思想（註一九）。至於共同事

註一七：Zippelius, Allgemeine Staatslehre,13. Aufl., 1999, S. 51.

註一八：K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, inbes. S. 5f.

註一九：Ebd., S. 9f.

務，因工業及經濟發展的結果，已不能從國家與社會分離的二元論，遽認憲法只規制國家公權力的活動，而置經濟活動及其他生活領域於不顧，致違背社會國原則的要求（註二〇）。這樣的憲法理解，從政治思潮歷史（politische Ideengeschichte）的角度討論，是強調一致性、秩序、功能的德國傳統國家思想，與西方自由的立憲主義基本理念折衷的產物。

另外一項可能導致憲法理解變遷的衝擊，是超國家組織的興起，從聯合國憲章第二十條賦予其決議之法律上拘束力，各會員國有遵守義務（註二一），到歐洲煤鋼共同體（條約第十四、第十五條）、歐洲原子能共同體（條約第一六一條）、歐洲共同體（即歐洲聯盟之前身，條約第二四九條）取得超國家的管轄高權（Hoheitsbefugnis）。換言之，會員國提供上述國際組織在其領域內，行使特定管轄權的事實（註二二），對傳統憲法及主權概念自有相當的影響，隨著歐洲統合的密集，憲法概念的檢討與調適，正在展開（註二三）。目前暫時以兩元理論（die dualistische Theorie），爲解說上述現象的通說（註二四）。根據兩元理論，條約及其他國際法規，原則上僅拘束國家及其他國際法主體，只有在例外情形，

註二〇：Ebd., S. 8, 10f.

註二一：丘宏達，現代國際法，民國八十四年，九〇九頁。

註二二：Zippelius, aaO. S. 71.

註二三：Vgl. Theo Öhlinger , Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur europäschen Union, Wien 1999.

註二四：Zippelius, aaO.

基於有利於當事人的考量，也拘束個人如戰犯、人權法院的管轄等。國家有責任將條約義務轉換爲國內法律以利執行，但並非謂條約高於憲法及國法而否定後者的效力。國家接受條約或其他國際法拘束，是以下列論述自圓其說：基於國家的自願接受拘束，或者憲法明定視條約爲國法的一部份（如美國憲法第六條第二項，波昂基本法第二十五條），或者憲法更進一步允許將高權讓與國際組織（波昂基本法第二十四條第一項，丹麥憲法第二十條，荷蘭憲法第九十二條等）(註二五)。

現在再回顧我國的情形：自從一九四九年底大陸全部棄守，中央政府撤退來台，憲政發展我們且將之劃分爲三個時期。機械時期（mechancial period），從民國三十九年（一九五〇）至民國五十四年（一九六五），政府組織、中央民意機構、政治口號乃至憲法條文（修改臨時條款解除總統連任之限制外），都一成不變。在國家機關的結構之外，憲法被認真執行者，並不多見，但卻將憲法視爲光復大陸的武器，憲法必須完整的帶返大陸。憲法未能充分實施，最主要的原因，當然是兩岸兵戎相見，戰爭尚未停息，而政府實際管領的疆域只有台澎一隅之地。爲配合動員戡亂時期臨時條款及戒嚴法的實行，在憲法理解上創出所謂「戰時憲法」

註二五：文中所引有關德國、丹麥及荷蘭的憲法條文，都規定國家得讓與其部分高權予國際機構。此外義大利憲法第十一條則規定：放棄戰爭或侵入作爲解決國際爭端的手段；爲保障國際和平及正義，義大利願在其他國家相同之條件下，限制主權。

的概念（註二六），企圖爲現狀正當化與合理化。這個時期經由修憲的變遷，固然不存在，因釋憲機關解釋而形成的改變，也不可能（註二七）。機械的特性除穩定而不變動之外，就是只接受同質性投入，如果異質事物出現，便不能接受並予除去，所以這時期任何與政府或執政黨大政方針相左的主張，都在禁止之列。憲法讀本仍在與國父遺教或五五憲草孰優孰劣的比較之下，或者陷於憲法規定

註二六：戰時憲法與平時憲法的分類，首見於林紀東，國家總動員法概論，民國四十五年，其後在其所著中華民國憲法釋論中，一再強調（見該書第二章及第十五章等處），遂成爲當時憲法書籍常用之概念，迄今坊間憲法教科書仍有採取上述分類者。按平時、戰時憲法的分類諒是仿倣平時、戰時國際公法而來，其實兩者不可同日而語，不能強加模仿。戰時國際公法是規範交戰國交戰行爲的法規，諸如禁止使用某種武器、不得虐待俘虜等，並不是要取代平時國際公法的地位。西歐國家遇有國際戰爭，國會也會通過有助於作戰的法律，統稱爲戰爭法（Kriegsrecht），在英美諸國則有緊急立法（emergency legislation）授予行政首長應變的緊急權，這些都是在憲法位階之下的限時法，危機一過即行失效，從未有歐美學者稱之爲戰時憲法，反而有學者以現實主義的觀點，以憲政獨裁名之，見 Clinton Rossiter, Constitutional Dictatorship, Princeton, 1948. 此書國民大會出版有中譯本。

註二七：民國四十九年八月十五日司法院大法官作成釋字第八十六號解釋：認爲當時將高等法院以下各級法院隸屬於行政系統的司法行政部，與憲法不符，應改隸司法院。有關機關經多次檢討之後，阻力甚多，無意執行。直到中美斷交，爲一新耳目，方於民國六十九年實施，距解釋公布已逾廿年。從這個事件也可看出機械、生物兩個時期的僵化與變動的不同。

的中央政府究竟是總統制、內閣制或其他什麼制的窠臼中，憲法讀本的閱讀者幾乎全屬參與考試的學生。

第二期則從五十五年（一九六六）到七十六年（一九八七），可稱之爲生物時期（biological period）。開始時（即五十五年三月）修改臨時條款，增訂：「對於依選舉產生之中央公職人員，因人口增加或因故出缺，而能增選或補選之自由地區及光復地區，均得訂頒辦法實施之。」此外，並授權總統設置動員戡亂時期，決定大政方針的機構（註二八）。民國五十八年根據上開條款授權所訂的辦法，補選少數中央民意代表之後，民國六十一年再次修改臨時條款，授權在自由地區增加中央民意代表名額，並定期改選，於是大量增額民代挾最新的民意進入立法院及國民大會。生物的特性乃是：適應環境以求生存，及遇刺激則反應的本能。這個時期發生刺激大事包括：中華民國喪失聯合國席次、美國與「中華人民共和國」建交，撤銷對中華民國的承認，終止與我國的共同防

註二八：設置動員戡亂機構，即國家安全會議及其所屬的國家建設，總動員及戰地政務等委員會，當時客觀上並無設置的必要，只不過將早已存在卻無法源依據的國防會議正名化而已，至於國防會議可能是得自抗戰時期國民政府主席之下所設的最高國防會議。最高國防會議是否取自美國則不得而知，美國在第一次世界大戰期間（一九一六年）曾成立 Council of National Defense，第二次世界大戰中（一九三三年）設置國家緊急會議（National Emergency Council）。國家安全會議的設置並無必要，可從蔣經國先生接任行政院長之後，立即裁撤總動員及戰地政務委員會，又將國家建設委員會改爲研究委員會而得知，國家安全會議則在其後歷屆總統任期中，也甚少啓動。

禦協定，許多國家跟隨聯合國及美國之後與我國斷交；內部要求改革的聲音甚囂塵上，主張台灣獨立者甚至以暗殺方式遂行其理念。憲政體制面臨來自外部及內在的合法性危機，對此最主要的反應即定期增選中央民意代表，擴大現行體制的民主基礎。這個時期對憲法理解的體現是：透過修憲程序取得法源，然後採行定期改選的措施，並以增進人民憲法上權利的保障（如民國七十年實施國家賠償法），作爲補強體制合法性的手段。

第三個時期是從民國七十六年的解除戒嚴以迄今日，可定位爲民主化時期（democratizing period）。解除戒嚴及廢止臨時條款、終止動員戡亂，回復文官主治的政府，消除軍權高漲的現象；開放黨禁、報禁，實施中央民意代表的全面改選，總統直接民選並造成政黨輪替。各方對國家定位及現行憲法的正當性欠缺共識，隨著民主化、社會多元化及言論自由的保障，於這個時期在在顯示出來，一般人對國家未來走向，有不確定感，所以也不妨稱爲不確定時期（uncertain period）。這個時期研究憲法或鼓吹改革憲政的文獻，目不暇給，議論紛紛，可大別修憲派及制憲派，由於主張差距過大，南轅而北轍，不造成政治上的衝突，已屬萬幸，欲求獲得共識，戛戛難矣。這一時期的憲法理解，也呈現多元風貌，大體而言，多認爲憲法應反映政治實體存在的現狀，不再是「頒行全國，永矢咸遵」的「不磨大典」（註二九），但憲法變更必須合理而非爲一時的權宜，以致於修改之墨瀋未乾，已覺其窒礙難行。最近的幾次修憲，就有這種弊病。

註二九：參照許志雄，憲法秩序之變動，二〇〇〇年，六頁。

第二章　憲法與憲法的基本原則

第一節　概念的起源

一、史密特的二分法

憲法的基本原則簡單的界說，就是憲法所含蘊的具有本質意義之原理或法則。憲法基本原則有時直接表現於憲法條文之中，更多的情形是須從憲法法典的精神或文本的詮釋中予以發現。基本原則（Grundprinzipien）與法的一般原則（allgemeine Grundsätze des Rechts）不同。法的一般原則指成文法以外的補助性法源，這類原則可能來自習慣、他種法律體系、現行法規之抽象化、法理或正義原則等（註三〇）；基本原則與單純的原則也有區別，在量的方面：法的原則爲數甚多，而能稱爲基本原則者只是其中的極少數；在質的方面：必須是具有本質重要意義的原則，才可能成爲基本原則。

討論憲法基本原則無疑的是受到德國威瑪共和憲法學家史密特（Carl Schmitt）的影響。史密特將憲法分爲兩部分：憲法（Verfassung）與憲法法規（Verfassungsgesetze）—也譯作憲章與

註三〇：一般法律原則是國內公法（行政法）與國際公法的法源，相關教科書對此皆有討論，參閱拙著，行政法之理論與實用，民國九十年，增訂七版，第五十五頁；丘宏達，前書，七十六頁以下。

憲律（註三一）。史密特在其名著「憲法學」（Verfassungslehre）一書中，認爲憲法是掌握制定憲法權力者，對一個政治實體存在的形式及屬性，所作的政治決定（politische Entscheidung），並不包含於法條或規範之中；至於憲法法規則指憲法法典或具有憲法效力的法規中之各個條款而言（註三二）。以一九一九年的威瑪憲法而論，史密特認爲屬於「憲法」成分者，不外「民主」、「國家之權力來自國民」、「德意志爲共和國」、「聯邦國結構」、「立法機關與政府之關係爲國會代議形態」以及「市民階級法治國」等項而已（註三三），其餘部分則爲不具政治決定性質之憲法法規。如果不追根究底討論史密特「憲法」與「憲法法規」二分法的動機，也不探索此項主張的意識形態背景（註三四），則史密特所謂的「憲法」（或

註三一：前輩學者薩孟武及劉慶瑞就採取憲章與憲律的譯法，參照劉著，中華民國憲法要義，修訂十三版，民國七十六年，第十一頁。

註三二：C. Schmitt, Verfassungslehre, München, 1993(1928), S. 14, 21, 23..並參照拙著，政治的新浪漫主義 — 卡爾・史密特政治哲學之研究，台北，民國七十年，一二二頁。

註三三：C. Schmitt, a. a. O., S.24f. 並參照拙著，前書，一二三頁。

註三四：關於史密特這一主張的動機和思想背景，有不同的解釋，對史密特素持批判態度的 Fijalkowski 認爲，史密特無非在於說明，憲法是威瑪共和各個政黨爭權奪利的工具；憲法所保障的基本權利，實際有賴國會多數的相關決議，才有具體的實施可能，但國會卻受各種利益集團所操縱支配，因此基本權利完全落空，歸根到底是爲史密特貶低資產階級法治國，及認定議會制度已經變質（Entartung des Parlaments）提供例證（參照 Fijlakowski, Wendung zum Führerstaat, Köln 1958, S.48, 51ff.）。維護

稱憲章），與一般所指涉的憲法之基本原則，在概念上極爲接近。

史密特的人，如 Ernst Forsthoff 等則另有解釋：史密特的憲法與憲法法規的區分，目的在保護憲法中的核心部分（Kernbestand）樹立最後的反擊防線，因爲當時立法機關的侵犯憲法已很明顯；保護憲法核心部分的用心，甚至對國社黨利用國會合法授權而奪取權力，也有其適用（參照 E. Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1968, S. 27; derselber, Gerhard Anschutz, in: "Der Staat" 6 (1967), S. 150; Vgl. auch Ingeborg Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, München 1976, S. 110.）。鑑於一九三三年以後，史密特對國社黨毫無保留的支持態度，Forsthoff 等人的說法，恐不易引起共鳴。Ingeborg Maus 對這個問題則有比較深入的分析，他認爲憲法與憲法法規的兩極化，相當於史密特憲法理論中穩定和變動的兩項因素（statische und dynamische Momente）。而這兩項因素又以威瑪憲法的妥協性質爲背景，一方面基於資產階級法治國的理論，基本權利尤其是財產權有神聖不可侵犯的特徵；另一方面又容納社會主義的意識型態，有不顧既得權益，形成新的財產關係的制憲目的。史密特拋棄當時盛行的實證主義觀點，將憲法中的實質部分與憲法條款分開，即有調和兩種思想的作用，同時史密特反對當時國會不顧抽象和普遍性法律與具體的行政及司法處置的區別，制定剝奪舊日貴族財產的措施性法律，侵犯財產權和破壞權力分立兩項憲法的實質部分，乃強調憲法的穩定性，藉以維護資產階級的法治國秩序，（參照 Maus, aaO., S.107-133.），對史密特憲法與憲法基本原則（或憲章與憲律）二分法的解讀，其實可以歸納爲簡單的結論：從法國大革命時期思想家 E. J. Sieyes 及 Bejamin Constant 所提倡，將國家權力分爲制定憲法的權力（pouvoir constituant）與憲法所設置的權力（pouvoir constitue）的理論，獲得啓發，而針對威瑪共和當時的「憲法時刻」而建構，以上並參照拙著，前書，第六章第三節，一一七頁以下。

並非所有的憲法學者都贊成在實證的憲法法規之外，還有基本原則的存在。在法學理論上與史密特一向居於對立地位的奧國法學家克爾生（Kelsen）（註三五），認爲原則無非是一種自然的法規則（natürliche Rechtsregeln），只有與實證的法律規範結合始有實現的可能，故尋求憲法或其他法律的基本原則，是無意義的事（註三六）。希臘憲法學者 D. Vezanis 從指摘史密特憲法與憲法法規的區別出發，反對有超越實證的憲法基本原則存在，他指出：「憲法原則的學說可視爲自然法理論的現代翻版，也具有自然法理論相同的缺點。這種學說是主觀的，與個人所代表的信仰有關。就是處於相同世界觀領域之內，仍然有不同的取向，因此屬於主觀的；作爲出發點的基本理念，也是主觀的。承認這種主觀法律原則的有效性，會造成極大的法律不安定之結果（註三七）」。但 Vezanis 也承認，或確有被國家機關所接受的憲法原則，惟只能稱之爲習慣法的法則而已（註三八）。

註三五：Vgl. M. Prisching, Hans Kelsen und Carl Scmitt. Zur Konfrontation zweier staatstheoretischer Modelle, in: O. Weinberger, W. Krawietz (Hrsg), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien 1988, S. 77ff.

註三六：H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, 5 (1929), S. 68; vgl. auch N. Wimmer, Materiales Verfassungsverständnis, Wien 1971, S. 43

註三七：D. Vezanis, Verfassung und Verfassungsrecht, in: K.D. Bracher et al (Hrsg), Die moderne Demokratie und ihr Recht, 2. Bd., Tübingen 1966, S. 148.

註三八：Ebenda..

然而，接受或明顯受史密特前述理論影響的各國學者，也不乏其人。另一位與克爾生齊名的奧國公法學者墨克爾（A. Merkl.）主張在憲法之外，尚有作爲產生憲法內容的更高原則存在，並稱之爲憲法的建構原則（Baugesetzen der Verfassung），並且是不能依法定途徑改變的部分（註三九），瑞士法學家 H. Nawiasky 則提出兩層次的憲法理論（im Verfassungsrecht einer Zweistufigkeit），亦即在憲法之上尚有一種國家基本規範（Staatsfundamentalnorm），這一規範是國家與憲法之具有連續性的前提，也是屬於可以隨時修改的憲法條文存續的基石和指南（註四〇）。論者認爲無論 Merkl 或 Nawiasky 都是源自史密特的二分法（註四一）。

二、對各國憲法的影響

如所周知，史密特倡言憲法與憲法法規的區別，其目的在得出一項結論：憲法法規可以被修改，憲法是不能依修憲程序加以變更（註四二），一旦憲法法規變更涉及憲法（即核心的憲章），則不再是修憲，而爲重新制憲或者是政變（註四三）。一九四九年的西

註三九：A. Merkl, Die ständischautoritäre Verfassung Österreichs, Wien 1935, S. 143., vgl. auch Wimmer, aaO., S. 45.

註四〇：H. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., 1948. S. 31ff.

註四一：G. Winkler, Studien zum Verfassungsrecht, Wien 1991, S. 29.

註四二：Carl Schmitt, aaO., S. 25-27.

註四三：AaO., S. 88, 99.

德基本法（即德國現行憲法）採納史密特的理論（註四四），於第七十九條第三項規定：「基本法之修正不得改變各邦之區劃，各邦參與聯邦立法之主要權能以及第一條與第二十條所訂定之各項原則。」其中基本法第一條規定：「人的尊嚴不受侵犯，國家權力有保護人的尊嚴的義務；德國人民享有不受侵害及不可讓與之人權；基本法有關基本權利之規定直接拘束立法及行政權，司法機關並得直接適用。」第二十條共分爲四項：「德意志聯邦共和國爲民主及社會之聯邦國」，「一切國家權力均來自國民，經由選舉及公民投票產生之立法、行政及司法機關行使」，「立法應符合憲法秩序，行政及司法應受法律及法之羈束」，「對於廢除前三項之秩序者，於已無其他救濟時，德國人民有反抗權利。」德國憲法既作此規定，該國學者自然就致力於憲法基本原則的討論（註四五），而一般通說，認爲西德憲法上的基本原則不外：代議共和、政黨民主、法治國、社會國及聯邦國五種（註四六）。這幾項原則乃是對上述禁止修改規定以及基本法整體內容抽象化及普遍化而來，在德國可謂已獲共識。其他國家憲法因爲欠缺如同德國基本法一樣的明文規定，到底是基於那些原則，學者之間見解未必完全一致。

註四四：這也是憲法學者的通說，見 Maunz/ Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 79, Rn. 22.

註四五：此類文獻不勝枚舉，參照 D. C. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969, S. 25.

註四六：Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 22. Aufl., München 1985, S. 60ff.

現以奧國爲例 H. Schäffer 綜合學說上的見解及憲法法院的判決，認爲該國現行憲法的綱領或原則有下列七項：㈠民主主義，㈡聯邦國主義，㈢共和主義，㈣法治國主義，㈤議會主義，㈥自由主義（即承認人民基本自由及權利之存在），㈦公法裁判權之存在（指憲法所保障的權利受侵害時，經由憲法法院的裁判獲得保障之建制）（註四七）。但另一位學者 F. Ermacora，則認爲奧國憲法的基本原則，同時也是奧國國政的基本方針計有下列九項：㈠從一九一八年奧地利成爲共和國以來法統延續之原則，㈡從哈布斯堡皇朝崩潰，中間經過德國兼併國家人格仍然繼續之原則，㈢國家獨立之原則，㈣視國內法律體系爲優越的法律觀統一原則，㈤永久中立原則，㈥多黨民主原則，㈦法治國原則，㈧弱勢的總統制共和政體原則，㈨聯邦國家特性之原則（註四八）。美國法制基於實用的精神，較少像歐陸國家以主義或原則相標榜，但依然會有美國學者，作類似的討論（註四九），指出美國聯邦憲法具有幾項結構上的原則（structural principle）：民主政治、權力分立、制衡原則、平等原則，而這些原則都是在實現制憲的最終目的：保障個人自由。

註四七：H. Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Wien 1971, S. 75.

註四八：F. Ermacora, Österreichische Bundesverfassungsgesetze, 2. Aufl., Wien 1969, S. 12.

註四九：David P. Currie, The Constitution of the United States: The First 200 Years, deliveried at the Conference on "The Evolving U. S. Constitution: 1787-1987", June 2-4, 1988, Institute of American Culture, Academia Sinica, Taipei.

日本學者對於戰後新憲法與明治憲法，在基本原則（或原理）上的區別，亦常予強調，例如清宮四郎分析日本新憲法所包含的基本原理：國民主權主義、基本人權尊重主義、永久和平主義與明治憲法的天皇專主原則、民主及自由主義原則有所不同（註五〇）。

第二節　基本原則理論的應用

—兼論釋字第四九九號解釋—

憲法與憲法原則的關係，正如憲法學家 K. Hesse 所說彼此之間互爲因果，憲法原則的合法性（Legalität）在於它們是由成文憲法而來，憲法原則的正當性（Legitimität）則因爲它們受到成文憲法之外的更高層級原則所指引（註五一）。當代法哲學家 R. Dworkin 曾致力於法律原則與法律相互關係的深層研究，他也認爲原則有使條文（包括憲法或各種法規）正當化的作用（註五二）。從而，憲法基本原則之於憲法法規，首先提供的就是正當化功能。其次，憲法基本原則具有引導憲法解釋的功能，這也是許多學者共同的見解。H. Schäffer 則主張憲法基本原則亦具有法的拘束力，並倡

註五〇：清宮四郎，憲法 I ，東京，一九五七年，頁二四—二六，三七，另參照佐藤立夫，憲法原論，第二版，東京，一九七七年，頁一一〇以下。

註五一：Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., Heidelberg 1985, S. 14f.

註五二：R. Dworkin, Taking Rights Seriously (London, 1977), p. 66.

言：「憲法結構上的原則，就是憲法解釋的原則（註五三）」，N. Wimmer 認爲憲法規範在解釋時有多種可能的意義（Deutungsmöglichkeiten），除藉助解釋方法之外，唯有與憲法原則相一致的解釋，才具有正當性（註五四）。Wimmer 的結論是：「對憲法的實質理解，應以憲法原則爲範疇」（註五五）。此外 D. C. Göldner 將憲法原則區別爲組織性的憲法原則與法倫理性的（rechtsethische）憲法原則兩類，前者如法治國原則、權力分立原則等；後者如平等原則、人類尊嚴原則等與私法的關係甚爲密切（註五六）。並基於私法的解釋及適用觀點，認爲憲法原則具有補充及調整的作用，經由憲法原則之具體化（Konkretisierung der Verfassungsprinzip）的解釋方式，整合並維持以憲法爲本的法律體系之統一性（註五七）。

如前所述，憲法與憲法基本原則區別最大效應，就是建立不得以通常修憲程序更改的憲法核心領域，事實上，這種理論也已經條文化表現在西德基本法中。除德國之外，憲法明文規定有不得修改條款者，尚有義大利一九四七年之憲法（最新修正公布爲二〇〇〇年一月二十日）第一百三十九條、法國第五共和憲法（一九五八年公布，最新修正爲一九九九年七月八日）第八十九條第

註五三：Schäffer, aaO., S. 72.

註五四：N. Wimmer, aaO., S. 41.

註五五：Ebd.

註五六：D. C. Göldner, aaO., S. 24.

註五七：AaO., S.26f., 36f.

五項、葡萄牙一九七六年憲法（最新修正公布一九九七年九月二十日）第二八八條、土耳其憲法第九條及南非一九九四年憲法。其中以南非情形較爲特殊（註五八），葡萄牙不得修改之內容最爲廣泛，多達十六項，其餘義、法等國都僅止於共和國體不得變更（註五九）。在憲法定有禁止修改的條文下，很容易獲致修憲有界限的結論，一旦發生修憲是否逾越界限時，作爲憲法守護者的憲法法院有權予以審查，較無爭議。反之，憲法沒有禁止修改的條款，或者修改的條文雖然涉及基本原則，但卻不是屬於禁止的事項（例如共和國體），則憲法法院或類似的司法機關是否也有權審查，便成爲一項難題。因爲憲法法院的首要職掌就是違憲審查，而違憲審查顧名思義原是指審查位階低於憲法的規範，諸如法律、條約或命令等有無牴觸憲法。以修改憲法程序制定的修憲條文或變更憲法的法律，與憲法同一位階，理論上不發生憲法違背憲法的問題。不過在實際的經驗中，違背憲法之法規範（Verfassungswidriger Verfassungsnorm）的出現，也非罕見。所謂違憲的憲法規範，不是單指修憲條文與憲法本文規定的內容不同，這是當然之事（如果相同何必修憲），而是指新制定憲法條文悖離憲法原本的精神或基本原則，當修憲機關以正常修憲程序制定這類憲法條文時，便

註五八：南非一九九四年過渡憲法明定修憲案公布前，應經憲法法庭審查。審查之基準，過渡憲法也規定於附件，參照 V. C. Jackson and M. Tushnet, Comparative Constitutional Law, 647(1999).

註五九：各國憲法條文，引自 Beck-Texte, Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 5 Aufl., 2000.

是所謂憲法破毀（Verfassungsdurchbrechung）（註六〇）。違憲的憲法規範在威瑪憲法時期首先出現，當時憲法學理上也予容認（註六一）。戰後，西德基本法第七十九條之設計，就是要避免威瑪共和憲法破毀的重現。

我國現行憲法並沒有如同德國基本法第七十九條的規定，因此，當國民大會第三屆第四次會議在民國八十九年九月四日通過

註六〇：憲法破毀也是源自史密特「憲法學」一書，他並將憲法破毀分成兩類，一類是完全不顧修憲程序，逕行改變憲法條文的規定；另一類是經由修憲程序破壞憲法的規定，史氏正是以國會通過憲法修正案延長議員或總統的任期爲例（德國國會確實於一九二二年十月二十七日通過修憲法律，延長興登堡總統的任期），以上參看 Schmitt, aaO., S. 100。後來憲法破毀常用來形容威瑪共和的政治狀態。無獨有偶，我國國民大會民國六十一年三月十八日修改臨時條款，其第六項第二款所謂「第一屆中央民意代表係經全國人民選舉所產生，依法行使職權」云云，使資深民代終身任職而無任期限制，論者亦稱之爲憲法破毀，見 Yao Li-ming, Die Frage der Verfassungsdurchbrechung in der Verfassungswirklichkeit Nationalchinas, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, 35 (1986), S. 628.即便是當年維護體制不遺餘力的林紀東教授，對國大代表自行延任也難予苟同，見其所著，中華民國憲法釋論，改訂版，四三六頁。又憲法破毀概念迄今仍爲憲法學者所廣泛使用，參照 Maunz / Dürig, Grundgesetz Kommentar, 1991, Anm. 1 zu Art. 79; G. Winkler, Studien zum Verfassungsrecht, aaO., S. 194f.

註六一：G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Neudruck 1960, Anm. 3 zu Art. 76. 中文參照許宗力，憲法修改界限論，台大碩士論文，一七〇頁以下。

增修條文（通稱第五次修憲），舉國譁然，立法院各黨黨團分別聲請釋憲（即釋字第四九九號解釋），司法院大法官立即面臨前述有無審查權限的困難。以下先就晚近各國相關的實際情形加以說明：德國聯邦憲法法院於一九七〇年十二月十五日針對一九六八年依照修憲程序制定之「書信郵件及電信秘密限制法」，不僅作實質審查，而且對其合憲性予以非難（註六二），即是貫徹基本法第七十九條第三項的案例。前述土耳其憲法第九條規定共和國體不得變更，但同法第一四七條第一項則限定憲法法院只能就修憲作程序合憲的審查，一九七〇年該國憲法法院曾兩度行使這項審查權（註六三）。義大利憲法也規定，共和國體不得變更，但是義大利憲法法院在一九八八年一件著名的案件判決中（註六四），認爲修憲不

註六二：BVerfGE 30, 1ff. 並參照本書第二編第二章關於秘密通訊自由之說明。

註六三：Ernst E. Hirsch, Verfassungswidrige Verfassungsänderung, AöR, 98(1973).

註六四：Sent, n. 1146 del 1988. 本件判決要旨之英譯如下："The Italian Constitution includes a set of supreme principles which cannot be subverted or modified in their essential content, not even by laws amending the Constitution or other constitutional acts. Such are both those principles which the Constitution itself expressly has laid down as absolute limits to the power of amending the Constitution, as the Republican form of the State (art. 139 Cost.), and those though not expressly mentioned among those which cannot be revised, belong to the very substance [nature] of the supreme values on which the Italian Constitution is based" ... "Therefore, it cannot be denied the legitimacy of laws amending the Constitution and the other constitutional acts even in the face of the supreme principles of the

得變更者不限於共和國體，「義大利憲法所包含的若干最高原則，其本質內容亦不容以制定變更憲法之法律或以其他憲法上行爲加以變更（註六五）。」根據這一判決的意旨，變更憲法的法律程序是否合法，實質內容是否更改最高原則，憲法法院皆有權審查（註六六），憲法法院在本件中甚至主張經國會制定的修憲法律，法院得加以審查，即使修憲的法律條文經公民複決亦然。這種觀點與法國發生過的先例不同，一九六二年戴高樂不依憲法所定由國會修憲的程序，以公民投票的方式將憲法規定的總統選舉改爲公民直選，參議院將修憲案提交憲法委員會審查，委員會認爲其審查權限於對國會立法程序，公民投票是國民主權的直接體現，不在審查範圍（註六七）。

---

constitutional order. If it wouldn't be so , the absurd consequence would be that the national guarantees of the Constitution would prove to be deficient and uneffective in relation to its rules of the highest value."以上譯文是司法院大法官助理陳慧雯經由網路央請佛羅倫斯大學公法學系教授 Carlo Fusaro 執筆。

註六五：Ibid.

註六六：Temistocle Martines, Diritto Constituzionale, Nona ed., Milano, 1998, p. 375, 600.

註六七：Cf. F. Luchaire, G. Conac, La constitution de la republique francaise, Paris, 1987, pp. 433-445. 並參照顏厥安，八十八年十一月廿五日爲國大延任案向大法官提出之鑑定書，第九頁（亦即同著者：國民主權與憲政國家，政大法學評論，第六十三期，四七頁以下）。一九九二年九月廿五日憲法委員會對馬斯垂克條約公投之合憲性，再次拒絕審查。

奧地利憲法並沒有不可改變的條款，因此早年在學說及憲法法院判例均認爲，憲法法院無權審查修憲條文的合憲性（註六八），但這種見解已被廢棄多時。因爲奧國的修憲程序可以區分爲個別條款的變更及整體變更兩種，前者僅國會特別多數通過即可，後者尚須提交公民複決，而所謂整體變更在奧國並非指憲法條文全盤重新修訂，縱然是個別變更，如果已涉及憲法存立之建構法則（Baugesetze）的改變，也視爲整體變更（註六九）。什麼是建構法則憲法並未規定（通說指民主國、法治國、聯邦國等原則而言），因此國會制定之修憲法律條文是否已變更建構法則並因而產生程序或實質上的瑕疵，憲法法院便有權審查（註七〇）。

從前述義大利及奧地利之例，可知不論憲法有無明定不得變更的條款，憲法法院必要時均得審查修憲法律是否違背憲法的最高原則或建構法則，是故憲法法院對違憲憲法規範的審查權，與憲法規定修憲界限與否無必然的關係。正如前引義大利憲法法院判決所稱，憲法法院此際克盡其防護憲法的職責，以維護憲法的最高價值。

前述比較憲法上的實踐事例，從釋字第四九九號釋憲解釋理由書的引述中，可得知審理過程中曾予參考。國民大會通過的修

註六八：Vfslg 1607/ 1948.

註六九：Vfslg 11829/ 1986.

註七〇：Th. Öhlinger, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, aaO., 1999. S. 44.

憲條文最受時論指責者是所謂「延任自肥」，實則「延任自肥」固然令人髮指，從學理的觀點，其扭曲民主憲政實不下於延任，在程序方面：先是國大有關黨團負責人一再宣稱，修憲提案只是讓部分代表宣洩情緒，一定會在讀會時予以封殺，而事實上則在議長領導下一路闖關，並不顧國大修憲慣例及議事規則，以不記名方式反覆表決，直到達成可決票數爲止；在實質方面，自次屆（第五屆）起國大代表不再辦理選舉，而以立法委員各政黨推薦及獨立參選者，依得票比例計算國大代表當選名額，並僭稱之爲比例代表方式，若這番增修條文得予實施，則不經選舉的人員可以稱爲國民大會代表，組成國家最高的政權機關（憲法第二十五條），這是任何民主政體所不能容許。釋字第四九九號從民主理論、憲政規範及各國實踐情形論證第五次修憲程序上有重大明顯瑕疵，實體上逾越修憲的界限，而宣布其不生效力。但是四九九號解釋並未直接引用史密特憲律與憲章二分法—修改憲法謂之修憲，變更憲章則爲憲法破毀，作爲界限，而是企圖從法律詮釋學（Juristische Hermeneutik）的觀點建構理由：該號解釋理由書第三段先引兩位方法論或詮釋學大師 Karl Larenz 與 Emilio Betti 的著作，指出：「法律規範之解釋，其首要功能即在解決規範競合與規範衝突，包括對於先後制定之規範因相互牴觸所形成缺漏而生之疑義，斯爲釋憲機關職責之所在。」然後再導出：國民大會依正當修憲程序行使憲法第一百七十四條修改憲法職權，所制定之憲法增修條文與未經修改之憲法條文係處於同等位階，惟憲法條文中具有本質之重要性而爲規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條

文予以變更，則憲法上整體規範秩序將形同破毀，此等修改之條文則失其應有之正當性。我國憲法雖未明定不可變更之條款，然憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利以及有關權力分立與制衡之規定，具有本質之重要性，亦爲憲法基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序（參照現行憲法增修條文第五條第五項及本院釋字第三八一號解釋），乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。國民大會爲憲法所設置之機關，其具有之職權既爲憲法所賦予，亦應受憲法之規範。國民大會代表就職時宣示效忠憲法，此項效忠係指對憲法忠誠（註七一），憲法忠誠在依憲法第一百七十四條規定行使修憲權限之際，亦應兼顧。憲法之修改如純爲國家組織結構之調整，固屬「有權修憲之機關衡情度勢，斟酌損益」之範疇（見前引本院解釋續編，第十冊，三三三頁），而應予尊重，但涉及基於前述基本原則所形成之自由民主憲政秩序之違反者，已悖離國民之付託，影響憲法本身存立之基礎，應受憲法所設置其他權力部門之制約，凡此亦屬

註七一：宣誓遵守憲法的法律意義是什麼？早年德國學者 E. Friesenhahn 及 Schmitt 均有深入的詮釋：宣誓者不是誓言遵守憲法的個別條文，更不是只遵守規定修憲程序的特定條文（以威瑪憲法而言即第一七六條），而是宣誓人終身當受憲法所定政治存在形態之羈束 (Der Schwörende bindet sich mit seiner Person existentiell; der Eid auf die Verfassung ist eine solche Bindung an die politische Existenzform)，並接受憲章所採納的政治決定（politische Entscheidungen），引自 Schmitt, aaO., S. 28.

憲法自我防衛之機制。從而牴觸憲法基本原則而形成規範衝突之條文，自亦不具實質正當性（註七二）。

註七二：評論釋字第四九九號的學術論著，諸如許志雄，憲法保障與違憲的憲法規範，台灣本土法學，第十一期，二十七頁以下；顏厥安，憲法文本與中央政府體制，月旦法學，第六十一期，二〇〇〇年六月，四十頁；李惠宗，談憲法的價值體系，月旦法學，同上，一四〇頁以下，對本號解釋均多所肯定。許宗力，憲法違憲乎？評釋字第四九九號解釋，月旦法學，六十期，一四一頁以下，在肯定修憲應有界限及國大延任背離民主原則之餘，既認爲依附於立法委員之國大代表產生方式是「強迫搭配」、「強姦民意」，但結論則稱此部份「尚非不能承認其合憲」似難自圓其說；又該文末尾主張應另定失效期間，使國代多延任三兩個月也無妨，須知系爭之增修條文雖經公告，但實際上尚未實施，不生現狀維護或法安定性的問題，與通常法律施行一段時日後宣告違憲正好相反，焉有刻意使其產生違憲事實狀態之後，再行失效之理？何況本解釋認定修憲程序有重大明顯之瑕疵，除自始無效外，充其量只能「延長」至該號解釋公布日起失效。又論者或謂這次國大延任修憲，程序上的瑕疵若與釋字第三四二號關於「國安三法」立法程序相較，本件的嚴重程度並未超過先前解釋所涉及之事項，但釋字第三四二號卻認爲已經公布，仍應發生效力。對於這項質疑著者有三點補充說明：㈠修改憲法直接涉及「國民主權行使，應公開透明以滿足理性溝通之條件」，依國大議事規則及歷次修憲之慣例亦應以公開原則行之，與立法程序有別。㈡釋字第三四二號曾要求立法院自行補正瑕疵之程序（立法院曾遵照補行），國大因非經常集會，且出席及可決之法定人數極高，一旦不能補正時，難於善其後。㈢釋憲的司法機關對修憲內容有無實質的審查權，學理上容有爭議，而程序的審查權則中外皆無不同意見，釋字第四九九號兼從程序及

按民意代表任期屆滿，即應改選，乃實施民主憲政最基本的條件。民國以來，因國家多故，以法令變更民意代表任期之事，經常發生，以至於國大代表誤判情勢，認爲修憲延任成爲事實，國人亦莫可奈何。釋字第四九九號的作成，使定期改選原則從此確定，今後無論權勢如何威嚇的政治人物，不敢重蹈國大之覆轍，殆可斷言，這是本號解釋的政治效應。其次，在憲法理論上則確立了憲法中有不得以通常修憲程序變更的憲法基本原則。

實質兩方面立論，可謂滋事體大而採「雙重保險機制」。美國開國元勛 James Madison 在聯邦主義者一書(The Federalist, No.51)中說：「野心必須用野心來對抗」(Ambition must be made to counteract ambition)，少數人毀憲自肥的野心，爲大法官所擊破，作爲憲法守護者的大法官所呈現的不是野心，而是基於職責的抱負。值得一提者：美國最高法院大法官 Antonin Scalia 二〇〇二年九月來台訪問，Scalia 是公認保守派的大法官，一向主張原始主義或文本解釋主義（參照張嘉尹，憲法解釋理論之研究，台大碩士論文，八十一年，五十七頁以下），反對釋憲者「擴權」，他在九月十六日下午與司法院大法官座談時，宣稱如他遇到釋字第四九九號的情形，也會投票支持多數意見，可謂人同此心，心同此理。

第三章　中華民國憲法的基本原則

第一節　概說

坊間出售的著作中，只有極少數是從本書相同的角度討論我國憲法的基本原則，最早公法學家林紀東氏在其行政法教科書中，認爲民主主義、法治主義與福利主義思想三者既是行政法的基本原理，也是中華民國憲法的基本原理（註七三），近年法治斌、董保城合著之憲法讀本，則以共和原則、民主原則及法治原則三種爲現行憲法之基本秩序（註七四），與本文之見解頗爲接近。至於若干憲法著作，雖也使用基本原則或基本精神的詞句，但均非此之所謂基本原則（註七五）。在釋字第四九九號出現之前，憲法基本原則純屬學理上的探討，此號解釋既明白釋示：「憲法條文中，諸

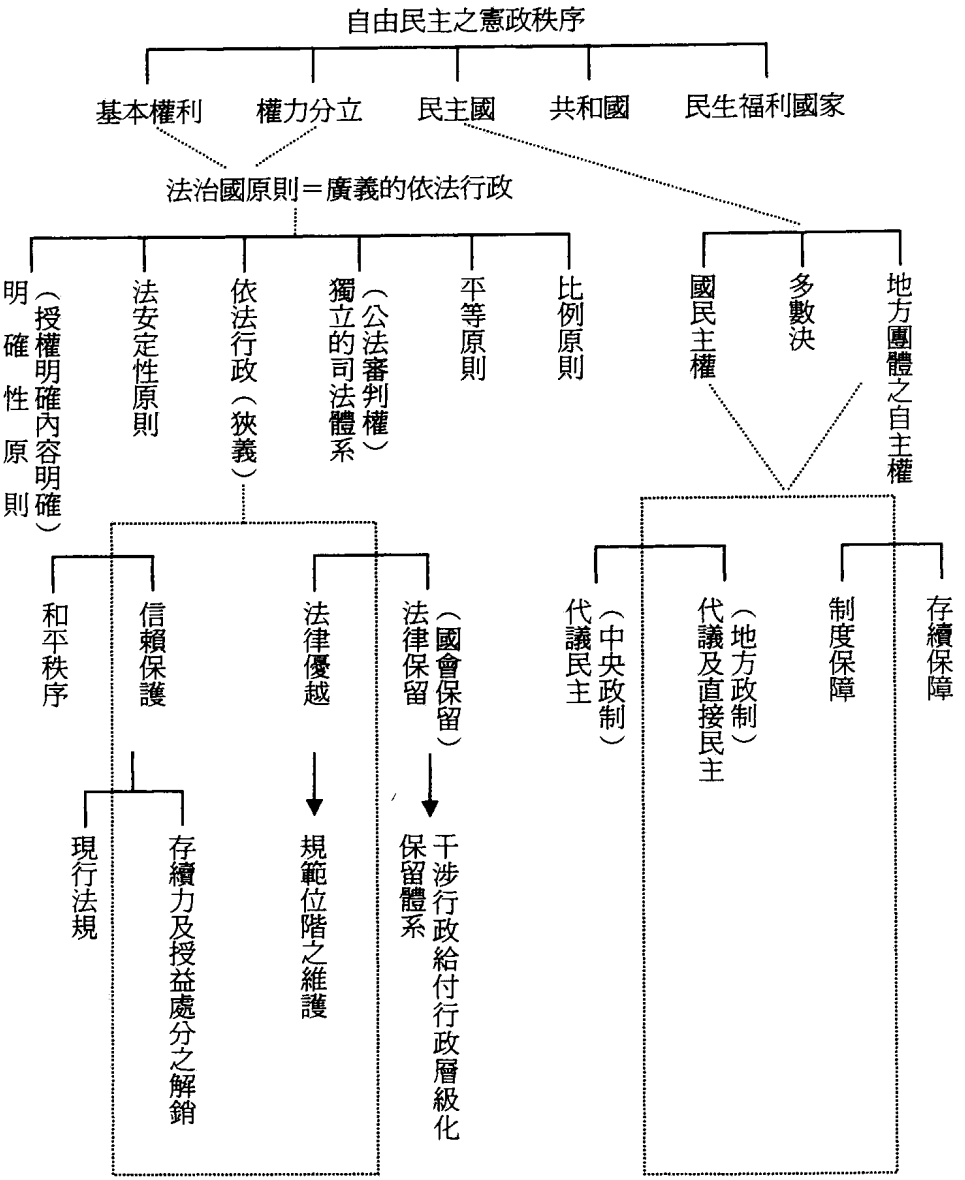
註七三：林紀東，行政法，民國七十九年，六十八頁。

註七四：兩氏合著，中華民國憲法，修訂三版，九十年，十七頁以下。

註七五：管歐在其所著「中華民國憲法論」（台北，民國六十一年）中，雖有「權能區分是憲政之基本原則」（原書第九頁），似非就實證的憲法法規而言。其他著作有使用「憲法的基本精神」者，見劉慶瑞，前書，二九頁；羅孟浩，中國憲法的理論體系，台北，民國四十二年，一二頁。其意義與本文所指的基本原則，均不一致。

如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦爲憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎…。」憲法基本原則便成爲實證法上的概念，然而如對上述解釋作文本詮釋還須注意兩點：一是對憲法基本原則只是例示性質，並非列舉窮盡，所以其用語爲「諸如」；二是因爲引用憲法條文或章節之故，未作概念上的整合，像民主國原則與國民主權原則便是重疊的概念，而人權保障與權力分立及制衡在理論並非不能以法治國（或法治主義）一詞涵蓋。從而，我們對現行憲法的基本原則及其相關的次原則均可列表如下：

（見次頁）


自由民主之憲政秩序
基本權利
權力分立
民主國
共和國
民生福利國家
法治國原則＝廣義的依法行政
明確性原則（授權明確內容明確）
法安定性原則
依法行政（狹義）
獨立的司法體系（公法審判權）
平等原則
比例原則
國民主權
多數決
地方團體之自主權
和平秩序
信賴保護
現行法規
存續力及授益處分之解銷
法律優越
規範位階之維護
法律保留（國會保留）
干涉行政給付行政層級化
保留體系
代議民主（中央政制）
代議及直接民主（地方政制）
制度保障
存續保障

表中所列的憲法基本原則，較釋字第四九九號多出民生福利國家一項，因爲四九九號只是舉例而已，已見前述，與著者多年前發表論文所作的敘述也不盡相同（註七六）。以下各節將就各項基本原則連同其次原則，加以論述：

第二節　共和國原則

共和一詞在歐美各種文字中，都是來自拉丁文的 res publica 公共的事物之意，表現在國體上就是國家非一姓或一家之所有。不過共和在比較憲法上卻有不同涵義，美國聯邦憲法第四條第四項規定：合眾國應保證加入聯邦之每一邦，均爲共和政府（a republican form of government），在美國憲法的解釋上一般認爲所謂共和政府，不只是沒有國王之意，而且等同於代議政府（representative government），不過如果某一邦因爲採用直接民主是否因而使代議政府變質，以致於可視爲已背離共和政府，聯邦最高法院向來認爲是不受司法審查的政治問題（註七七）。共和國原則所指涉的內涵，第一就是不得設置世襲或沒有任期限制且有權指定繼位者的國家元首，皇帝或國王固然不可，其他名號只要世

註七六：拙撰，論憲法之基本原則，司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，民國七十七年，一五五頁以下。

註七七：最早見諸 Pacific States Tel. & T. Co. v. Oregon, 223 U. S. 118，其後尚有類似案件，例如 Marshall v. Dye 231 U. S. 250; Baker v. Carr, 369 U. S. 220 等。

襲或無任期限制並由其指定繼任人，都與共和原則不符；共和國的元首與君主國元首尚有一項差異，君主在國法上完全不負責任，故有所謂 The King can do no wrong 此外有爵位的授與特權，除非革命或政變君主有不受廢立或更換（unabsetzbar, unversetzbar）原則的保障；共和國的元首除行使職權的豁免（憲法第五十二條）外，仍有其應負的政治及法律責任，並得依法予以追究，此即憲法本文第二十七條第一項第二款及增修條文第二條之罷免、憲法本文第一百條及增修條文第二條第十項之彈劾制度設計的由來。共和國原則衍生的意義，尚包括禁止任何公職的世襲、不得頒給爵位或封號、依法授與的榮典（憲法第四十二條）僅限於接受者之一身專屬，不得繼承或讓與。

一九一二年創立的中華民國，首要目標就是推翻帝制，建立共和，故民國以來，除洪憲帝制之外，憲法莫不明定共和國體，現行憲法第一條亦然。作爲國家元首的總統，其任期（憲法第四十七條）及現行增修條文第二條第六項、政治責任（即有關罷免之規定）、法律責任（即有關彈劾之規定）皆與前述共和國元首的特徵相符。在動員戡亂時期臨時條款實施期間，雖於民國四十九年修改條款時定爲：「動員戡亂時期，總統副總統得連選連任，不受憲法第四十七條連任一次之限制」（臨時條款第三項），但每一任期屆滿，形式上必須由國民大會重新選舉，方得連任，在法律上仍不允許終身總統的存在，就此而言，共和國原則並未動搖。

共和國或君主國與國家是否爲民主、威權或獨裁體制並無關連性。只要政治上決策的形成，確實由多數公民直接或間接的參

與，政府權力的行使不是取決於某個人或少數人之專斷，縱然是君主國家，也可能是民主政體，英國、戰後之日本及西歐、北歐的君主立憲國家都是這一類。至於共和國而事實上是一黨專政或軍事獨裁，在亞非第三世界國家之中，更是所在多有。

第三節　民主國原則

民主最簡明的定義便是：由人民治理的政府（government by the people）（註七八）。我國憲法第一條不僅規定，中華民國爲民主共和國，而且用「民治」及「民有」、「民享」來修飾民主共和的概念。除此之外，民主國家的若干要素，在憲法上也有明白的體現：

一、國民主權

主權是政治社會成爲國家最主要的特徵，在傳統政治學裡，主權被當作繁瑣的本體論概念討論，簡直成了一種謎思。其實主權無非是歐洲政治分和的標誌，從羅馬帝國（包括後續的神聖羅馬）經過教會與各地諸侯分庭抗禮到近代民族國家的形成，主權與國家權力的統一性（Einheit der Staatsgewalt）意義基本上相同（註七九）。在一個國家之內，具有統一性最高的權力自然歸屬於統治

註七八：A. Lijphart, op. cit., p.1.

註七九：Vgl. R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, aaO., S. 58ff.

者即國王，從布丹（Bodin），霍布斯（Hobbes）以次許多近代思想家都是君主主權的擁護者。法國大革命及美國獨立建立了民主的憲政制度，國民主權方始從盧梭（Rousseau）等人的理論中，逐漸變成普世接受的憲法建制。但仍有少數國家儘管是十足的民主政體，法制上仍未採納國民主權，例如英國依然標榜議會主權（parliamentary sovereignty）（註八〇）。當前對主權概念的通說是：在一個領域之內最高的權力，對外則與其他領域的最高權力互相平等。前者具體表現爲權限高權（Kompetenzhoheit）：有權制定並解釋其基本法、建立內部的規範秩序和政府組織、劃分次級團體的權限、對法律爭端提供最終裁決的層級；後者即所謂主權平等原則，每一主權實體皆屬獨立並在國際法上享有平等地位，但這一地位並不妨害經由條約而使一國主權行使受到限制。

憲法第二條規定：「中華民國之主權，屬於國民全體」，毫無疑問採國民主權原則。國民主權並不是一句空洞的政治口號「主權在民」而已，國民主權的涵義是：唯有人民才是國家權力的來源，也唯有來自人民授予的權威，才具有正當性；國家政策最後應取決於國民全體，而非某個人、一群人或某些政黨。至於如何

註八〇：議會立法權即國會立法的優位(legislative supremacy of Parliament)，用英國憲法大師戴雪(A. V. Dicey)說法，即制定法律的權是不受任何法本身的限制，不過這是指法律上的主權，與法律上主權相分離的尚有政治上主權，政治上主權存在於選民全體(electorate), see Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution （10 th ed. by E. C. S. Wade, 1959）, pp. 72-76, quoted in Colin Turpin, British Government and the Constitution, 2nd. ed., 1990, p. 28.

實現國民主權的理念，則表現於憲法對政治建制的設計。

現代社會生活關係複雜，分工細密，縱然是小國寡民（例如瑞士的 Kanton），也不可能由人民直接處理公共事務，所以我們將直接民主界定爲：除選舉之外，凡公民有直接參與立法權行使的政體。換言之，有創制、複決制度者即可稱之爲直接民主，而與另外一種各國普遍採用的間接民主即代議政府相對稱。現行憲法制定於國家廣土眾民的環境，對於政治建制採取三種不同的設計：㈠中央政制爲完全的代議民主：總統由國民大會間接選出、立法權由代議機構立法院行使，雖因爲接受孫中山先生遺教之故，於憲法第二十七條第二項規定：關於創制複決兩權，除修改憲法及複決立法院所提之憲法修正案外，俟全國有半數之縣市曾經行使創制複決兩項政權時，由國民大會制定辦法並行使之，然創制複決必須由公民直接行使，才能稱爲直接民主，國民大會既屬民意代表機構，由其代替人民爲之，已非創制複決的原意（註八

註八一：憲法主稿人張君勱也承認國民大會並非直接民權，而自創一個自相矛盾的名詞「間接方式的直接民權」，見張氏遺著，民主憲法十講，台北商務重印，四十一頁。要實現中山先生創建國民大會「以濟代議制度之窮」，又要消除國民大會本身即是代議機構之矛盾，因爲不是直接由人民行使的立法權，稱爲創制複決是名實不符的，莎士比亞在〝李爾王〞中有名的一句話：玫瑰花叫別的名字，它還是香的。我們也可以反轉來說，不是玫瑰，硬把它叫做玫瑰，也是枉然。在憲法公布之初，謝瀛洲氏即主張修憲，將國民大會從自由的委任（或稱法定代表）改爲強制的委任（又稱委任代表 mandat imperatif 謝氏譯爲授權命令），見其所著，

一），依然是代議性質。㈡縣兼採直接民主：憲法第一百二十三條前段：「縣民關於縣自治事項，依法律行使創制複決之權」，第一百三十六條又規定：「創制複決兩權之行使，以法律定之」。行憲以來，迄未公布相關法律，以致於從無行使的經驗，但憲法本意在縣立法的層次採用直接民主，甚爲明顯。㈢省是否採直接民主由各省自行決定：憲法在省的章節中（第一百十二條至第一百二十條）並無與縣（第一百二十三條）相同的條文，應解釋爲制憲者故意省略，是故省民關於省自治事項，並非當然得行使創制複決兩權，而由各省自行決定。蓋省實施自治之前，應召集省民代表大會，制定省自治法（憲法第一百十二條），省自治法相當於各該省的「迷你憲法」，對於民權的行使自應由省自治法予以規範。至於其後台灣省逕由中央頒布省縣自治法，實施省長民選，不旋踵又將省虛級化則是另一問題，暫不討論。

與主權有關的另一問題是**公民投票**。普選（plebiscite）、全民複決（referendum）都是廣義的公民投票，本書所稱的公民投票，指對法案及特定事項由公民以多數決投票方式決定之謂，不包括普選、罷免案的投票。現行憲法是否允許公投制度，一直成爲各

中華民國憲法論，民國五十八年增訂版（民國三十七年初版），一二二頁。按強制委任意指代議士應受被代表者（即選民）意思之拘束，不得自由的發言及表決，乃實行於舊日的制度（如歐洲的三級會議），今日美國的總統選舉人團的投票方式，差可比擬。在行使簡單的"授權"事項時，例如指定選舉或罷免某一人士，似乎可行，若一般法案之討論及決議，則窒礙難行，謝氏之主張未見響應，其故可能在此。

方爭論的問題（註八二）。贊成公投者最主要的論據不外認爲，公投是國民主權最具體直接的顯現，憲法第二條所揭示的主權在民原則，已足以作爲公投的法源依據，而不必斤斤於中央政府本質上爲代議制度的原始設計。平心而論，對全國性事務，憲法欠缺公投的規定，是制憲者刻意的安排，這也就是立法院欲制定公民投票法，除政治敏感性外，未能順利通過的主要原因。惟就制憲當時與現今的環境比較，顯然大不相同，構成國家的實質因素不能相提並論，尤其所謂「代表全國國民行使政權」的國民大會，已喪失其原有地位與功能，更增強公投的正當性。雖然如此，公投立法合憲性的爭議，仍難完全消除。這項問題在本書第二編，於詮釋憲法第十七條時，還要再加說明。

二、多數決

多數決是實施民主政治不可或缺的要素，所謂「一人一票，每票等值」（one man, one vote, one value），結果決定於多數。所謂多數又有所謂絕對多數與相對多數之分，前者指全體成員的過半數，後者謂表決（投票）時出席或參與者的過半數。憲法對多數決並未明文揭櫫，制憲者或許認爲多數決乃理所當然，無須特加

註八二：參照謝復生，公民投票（創制複決）制度比較研究，行政院研考會，民國八十六年；許宗力，憲法與公民投票，載於許氏「憲法與法治國家」，民國八十八年，五十三頁以下；黃偉峰，由國際經驗看公民投票，載「公民投票與台灣前途」，民國八十八年。

規定。檢視憲法本文直接涉及多數決字樣者有兩處，一是第九十四條：「監察院依本憲法行使同意權時，由出席委員過半數之議決行之。」二是第一百條，關於監察院對總統及副總統之彈劾案，須有「全體監察委員過半數之審查及決議」，上述兩項條文的規定，皆是針對監察委員行使職權而設，在國民大會及立法院有關的章節中，則沒有類似規定，原因是監察權的發動，與立法權不同，未必需要過半數或集體行使，憲法第九十八條規定，彈劾案只要監察委員一人以上提議，九人以上審查及決定，即可提出；對於須有過半數委員通過的同意案及彈劾總統案，有特別明定的必要。因此，上述條文，雖不能視爲對多數決原則所作的普遍性宣告，然而從憲法本文兩種特別多數的規定：㈠第五十七條立法院變更行政院重大決策或法案之覆議案，應有出席委員三分之二之堅持；㈡第一百七十四條規定修改憲法所須之特別加重的多數，均可依「舉重以明輕」而得知其他議案的通過，憲法許可相對多數（出席的過半數）或絕對多數（全體成員的過半數），作爲可決票數。增修條文第三條第二項則有兩處採用絕對多數，一是立法院對覆議案維持原決議的表決（同條項第二款），二是對行政院院長不信任案的表決（同條項第三款），均採絕對多數爲可決。

多數決原則在憲法理論上的意義，不僅是一種直接形成議會決策、間接匯集國民公意的方法而已，更重要在於「代議制度的多數決原則正足以防堵階級統治」（Gerade die Klassenherrschaft zu

verhindern, ist das parlamentarische Majoritätsprinzip geeignet）（註八三）。階級統治無論古代的貴族政治，或現代的共產體制，都是一個階級對其他階級的權威統治，與民主主義之下承認全民不分階級以多數形成公意決定政策，完全不同。與多數決原則不可分離的另外一項原則乃是保障少數利益，保障少數利益的建制包括：修改憲法應有特別加重的多數、個人自由與權利不受非法的侵害、承認由少數法官組成的審判機關有違憲審查權，這些建制在中華民國憲法的條款中，均有具體的規定。民主政治的哲學基礎是經驗的相對主義（empirische Relativismus）（註八四），既反對盧梭（Rousseau）多數永遠是正確的說法，也不贊成易卜生（Ibsen）少數總是無誤的論調，代表國民公意的多數意見，不是一成不變的，常隨時代與環境而改變。

三、次級統治團體的自主權

十九世紀以來的政治理論家 de Tocqueville、James Bryce 之流，認爲地方自治是民主政治的基石。惟時至今日，若干成功實施民主的國家，並未賦予地方團體充分的自治，所以地方自治以當前的經驗衡量，只是民主政治的充分條件而非必要條件。

註八三：H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 53.

註八四：Vgl. A. Brecht, Politisch Theorie. Die Grundlagen politischen Denkens im 20. Jahrhundert, 2. Aufl., Tübingen 1976, S. 139ff.

我國憲法第十章中央與地方之權限，第十一章地方制度，對省縣等地方團體的自主權限，均有明文規定，且其自主權限的範圍相當廣泛，以至於被批評爲類似聯邦國家，與中國數千年來的單一國形態不符（註八五）。我們認爲憲法本文關於次級統治團體的規定，值得強調的有兩項特徵：㈠省縣的地位優越於城市；歐洲立憲主義的發展，起於都市發達及市民階級的興起，城市的自然與人文條件皆勝過鄉區，在憲法上往往賦予城市優越的地位，大城市巴黎、柏林、維也納、漢堡固不論矣，即次等城市也受到自主地位的保障（Stadt mit eigenem Status）。我國憲法則對省、縣自治權限保障相當周詳，而對於城市，無論直轄市或省轄市都未作完整的規定，僅在第一百十八條稱：「直轄市之自治以法律定之」，及第一百二十八條：「市準用縣之規定」略加安排。原因甚爲簡單：一方面行省及縣的地位在我國歷代以來，已有強固的地位；另一方面我國立憲政治的起源與歐洲並不相同，自不必特別重視市民階級的生活本據地。㈡我國憲法對次級統治團體省、縣的保障，所採取的是「制度保障」（Institutsgarantie），而非「存續保障」（Bestandsgarantie）（註八六）。憲法本文有兩個在目前時空下已無

註八五：薩孟武，中華民國憲法新論，台北，民國六十一年，五〇七頁以下。

註八六：這兩種保障見 Klaus Stern, Artikel 28, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearb. von J. Abraham u. a., Hamburg 1964, Rdnr. 123; F. Ederhard. Die Bestandsgarantie der Gemeinde, Österr. Juristenzeitung, 218ff/ 1971. 並參照拙撰，西德地方自治團體之性質組織及民權行使，「憲政思潮」，第三十九期，民國六十九年九月，六四頁以下。

意義的條文，但非常適合用以說明制度保障與存續保障的區別，憲法第一百十九條稱：「蒙古各盟旗地方自治制度，以法律定之。」其意義爲蒙古應設置旗盟實施地方自治的制度，但如何設置旗盟？若干旗？若干盟？又旗盟與內蒙古各省的關係爲何？憲法不予訂定，一律委由法律加以規定。憲法所關心只是以旗盟自治制度的設置，代替內地省、縣、市之組織層級。後一條文爲第一百二十條：「西藏自治制度，應予以保障」，乃是對西藏自治制度的「存續保障」，西藏的政治狀態應照著制憲當時繼續存在，中央不能以制定法律的方式予以廢棄或變更。制憲者所以對蒙藏有此區別，是政治環境使然，當時外蒙已獨立，內蒙爲中央統治權所及，不生問題，西藏則始終懷著分離意識，不得不加以安撫。對於內地的各省縣自治，憲法顯然只要求建立省、縣自治制度，行使憲法所賦予的自主權限，至於設多少省？多少縣？乃至於多少市？其名稱及轄區爲何？憲法不予置喙，屬於純粹的「制度保障」。行憲以來，海南島自廣東省劃出，台北、高雄兩市與台灣省分離成爲直轄市，都未發生憲法上的爭議，其理由在此。

廢止動員戡亂時期臨時條款之後，地方制度有重大變更。先是從民國三十九年起全國只有台灣一轄區完整的省分，無從制定適用於全國的省縣自治通則，既無通則自亦無從召開省民代表大會（憲法第一百十二條），中央政府遂越過憲法程序，頒布行政命令，辦理選舉並實施有限度之省縣自治。解除戒嚴之後，省長民選的呼聲甚囂塵上，執政當局鑒於當時總統尚未直接民選，爲不使省長的民主正當性凌駕總統之上，遂起草台灣省政府組織法，

採折衷辦法，省主席由行政院長提名經省議會通過後任命。法案在立法院審議中發生合憲性爭議，提請大法官解釋，由於憲法只規定中央有權制定前述通則，而省主席之名稱憲法根本不存在，七十九年四月十九日公布的釋字第二六〇號解釋遂釋示：「依中華民國憲法有關地方制度之規定，中央尚無得逕就特定之省議會及省政府之組織單獨制定法律之依據，現時設置之省級民意代表機關亦無逕行立法之權限」(註八七)，制定法律既不爲憲法所許，行政院自行以發布省議會組織規程方式施行，最後並於八十三年八月一日再次修憲，實施省長民選，制定省縣自治法及直轄市自治法，將前此以命令辦理的地方自治形式上「法制化」，實質內容則少有更動（註八八）。

最後須討論的是省虛級化的合憲性問題：省長民選實行不久，憲法增修條文於八十六年七月再度修正公布，將省虛級化（即時論所謂的凍省），當即引發憲法爭議，立法委員遂以凍省後省是否仍具有公法人地位聲請釋憲，此部分大法官則作成釋字第四六七號解釋稱：

中華民國八十六年七月二十一日公布之憲法增修條文第九條

註八七：釋字第二六〇號解釋內容簡單，但有兩項意義：一是大法官第一次否決執政當局的重大決策，在此之前，大法官雖也宣告過違警罰法、稅捐稽徵法違憲（分別見釋字第一六六號、第二二四號），但或爲行憲前之舊法律，或屬法制上的技術事項，無關國家大政；二是首創法律草案之違憲審查，類似法國憲法委員會預防制的合憲性控制於焉出現。

註八八：參照陳新民，中華民國憲法釋論，八十四年，七五五頁。

施行後，省為地方制度層級之地位仍未喪失，惟不再有憲法規定之自治事項，亦不具備自主組織權，自非地方自治團體性質之公法人。符合上開憲法增修條文意旨制定之各項法律，若未劃歸國家或縣市等地方自治團體之事項，而屬省之權限且得為權利義務之主體者，於此限度內，省自得具有公法人資格。

此號解釋似有意以合憲性解釋（verfassungskonforme Auslegung）的方法，維持省爲制度保障的憲法原意，因此有「省爲地方制度層級之地位仍未喪失」之用語，至於凍省之後省有無公法人地位及省級組織功能如何？則須視尙待制定的各項法律規定而定。其後公布的相關法律：地方制度法及台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例等，實際上已將省精簡爲空洞化的層級（註八九）。

第四節　法治國原則

註八九：精省的結果無疑已背離憲法本文所樹立的制度保障，然則增修條文第九條是否因牴觸憲法本文而無效（參照釋字第四九九號解釋）？如果認爲省實施地方自治僅是憲法基本原則中的一項因素，而非基本原則的本身，縱然按照史密特憲章與憲律二分法理論，仍屬正常修憲範圍。不過凍省的事件，實際上已超出法的層次，而是政治性的基本決定（Grundentscheidung），當國家管轄權所及的領域與唯一的省之管轄範圍，幾乎完全重疊時，統治層級的簡化訴求，就有其合理性。令人質疑的是，何以大費周章，反覆修憲，出爾反爾以致於此呢？

法治國原則也可稱爲法治主義，我們認爲應由下列因素組成：

一、基本權利的保障

人民基本權利的保障乃立憲主義的終極目的，此所以有「憲法者人民權利之保障書」的說法，其他的制度諸如權力分立、依法行政等都是實施目的之手段。憲法第二章規定人民的自由與權利，自第七條至第十八條及第二十一條加以臚列之外，又在第二十二條作一次總括的規定。所以，我國憲法對人民權利的保障，無所謂「清單上的權利」與「清單外的權利」之區別。而基本權利的限制，憲法第二十三條則採取法律保留（Gesetzesvorbehalt）原則，提供一項以不確定法律概念所構成的概括限制條款。關於基本權利的保障，本書有專設的章節，在此暫不作進一步的討論。

二、五權分立

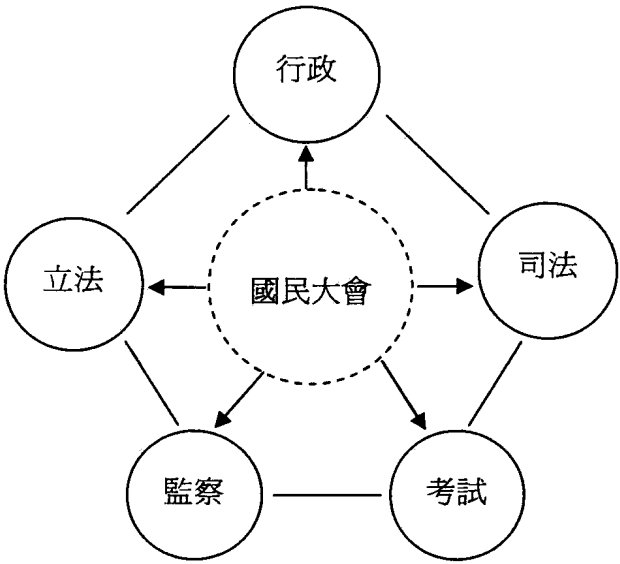
五權分立是現行憲法最顯著的特色。而五權分立與西方國家的三權分立，究竟是質的差異抑或量的不同，向來是五權憲法解釋上的一項重要課題。如前所述，現行憲法基本上是以西方代議民主爲根據，雖稱「五權分治，平等相維」（見司法院釋字第三號解釋），但行政院向立法院負責，行政首長則有將立法院的決議退回覆議之權，司法院有法令違憲審查權，立法院則可對行政院院長爲不信任投票（增修條文第三條第二項第三款），考試院獨立行使其考銓權限，監察院對行政、司法及考試三院皆有監察權限。不能認爲非權力分立（separation of powers），也不能認爲非制衡

（check and balance）作用。至於傳統憲法著作將現行憲法的五權分立以各種詞彙：「諸權協力」、「分工合作」等加以解釋，無非想以「職能分工」（devision of functions）取代權力分立，或許與孫中山先生五權憲法的本意相符合，也或許與中國傳統政治文化中，避免出現表面的對立與衝突之願望相一致，但恐對非實證的憲法法規作客觀上正確解釋應有的涵義。

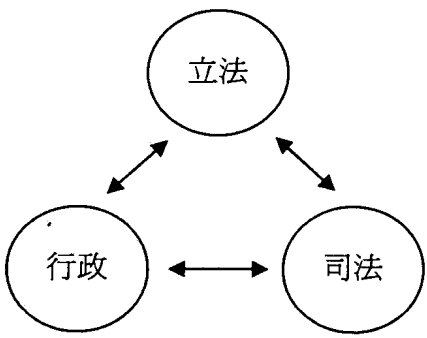
西方國家的憲政制度，其最初構想不在使政府有充分的效能，而是以限制政府權力，即建立所謂有限政府（limited government），俾能達到保障個人自由的目的。其方法之一便是將政府的權力，劃分爲行政、立法與司法，使權力互相牽制，這種植根於自由主義的政治制度，可謂與流行於十八、九世紀的牛頓主義（Newtonianism）不謀而合：一切物體之間均有互相牽引的力量，維持各物之間的均衡，乃是從天體運行到社會穩定發展的前提條件（註九〇）。孫中山先生也同樣的主張權力的平衡，他在「五權憲法」的講詞中明白指出：「政治裡頭有兩個力量：一個是自由的力量，一個是維持秩序的力量。政府中有這兩個力量，好比物理學裡頭有離心力或向心力一樣。…總要兩力平衡，物體才能保持平常的狀態」，這段話是否直接受牛頓主義的影響，固然不敢斷言，但無疑的使用了古典物理學的術語和概念。孫中山先生理想中的均衡是指人民的「權」與政府的「能」之間的均衡，與自由

註九〇：權力分立與制衡也因此被稱爲政治的牛頓主義（political Newtonianism），cf. D. J. Manning, Liberalism (London, 1976) p.16

主義者以政治次系統的牽引作用，來維持均衡有所不同。憲法本文有意使「政權機關」的國民大會實際上成爲「總統選舉人團」或「修憲會議」，因此制衡作用唯有依賴西方代議民主的權力分立設計。



圖一：五權分立



圖二：三權分立

以上圖一之中國民大會用虛線，意謂實際上並未存在，民國二十五年五月五日發表之憲法草案（俗稱五五憲草）的設計庶幾接近，但終究是未實施的草案，而且五五憲草所設計國民大會能否發揮監督功能，早受各方質疑，並爲其後召集的政治協商會議所不採。如今國民大會已虛級化，所謂國民大會爲最高政權機關、所謂權能區分殆已成爲廣陵絕響！

職司釋憲的司法院大法官，早年頗受五權憲法通說的影響，故釋字第三號解釋有「基於五權分治平等相維」之體制的用語。釋字第七十六號則稱：「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」，但近年大法官的見解顯已改變，釋字第四一九號解釋即以憲法上職位之兼任是否容許，「應以有無違反權力分立原則爲斷」，其理由書第六段並引法國一七八九年人權宣言第十六條：「任何社會中，未貫徹權利保障，亦無明確之權力分立者，即無憲法」，作爲論據。九十年十月五日公布的釋字第五三〇號解釋復宣稱：「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則。」傳統諸權協力與但求表面和諧羞於衝突（Konfliktsscheu）的思考模式，已不存在。

三、依法行政

依法行政簡單的界說就是：行政應受法律與一般法的原則之拘束（參照德國基本法第二十條第二項、我國行政程序法第四條）。但仍須作進一步概念剖析：依法行政原則從德國學者 Otto

Mayer 創議以來，一向區分爲法律優越（位）（Vorrang des Gesetzes）及法律保留（Gesetzesvorbehalt）兩項次要原則（註九一）。法律優越原則謂行政行爲或其他一切行政活動，均不得與法律相牴觸。此處所謂法律指形式意義的法律而言，亦即立法院通過總統公布之法律（憲法第一百七十條）。申言之，此項原則一方面涵蓋規範位階之意義，即行政命令及行政處分等各類行政行爲，在規範位階上皆低於法律；另一方面法律優越原則並不要求一切行政活動必須有法律的明文依據，只須消極的不違背法律之規定即可，故稱之爲消極的依法行政。法律優越在現行憲法上有明文依據：憲法第一百七十一條第一項：「法律與憲法牴觸者無效」，第一百七十二條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」，第一百二十五條：「縣單行規章與國家法律或省法規牴觸者無效」，另外中央法規標準法第十一條等均明示法律優位的意旨。

法律保留原則，謂沒有法律授權行政機關即不能合法的作成行政行爲，蓋憲法已將某些事項保留予立法機關，須由立法機關以法律加以規定。故在法律保留原則之下，行政行爲不能以消極的不牴觸法律爲已足，尚須有法律之明文依據，故又稱積極的依法行政。現行憲法對於法律保留採取兩種規定方式：㈠一般性保留：憲法第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必

註九一：這兩項原則的說明，可參看拙著，行政法之理論與實用，增訂第七版，九十年，第八十一頁以下。

要者外，不得以法律限制之」，乃典型之一般保留條款，對「以上各條列舉之自由權利」，「得以法律限制之」相當於干涉保留，亦無疑義。㈡個別事項保留：憲法規定特別保留者爲數不少，例如第二十四條之「依法律受懲戒」及「依法律向國家請求賠償」，第二十六條國民大會代表之產生、第三十四條「國民大會之組織，國民大會代表之選舉罷免」，第六十一條行政院之組織，第七十六條立法院之組織，第八十二條司法院及各級法院之組織等，增修條文第二條第四項國家安全機關之組織，第九條省縣地方制度及第十一條兩岸關係事項等均屬之。所須研究者，不屬於一般保留之事項，又不在個別保留之範圍者，憲法是否有意限制立法院制定法律之權限，換言之，憲法特別保留之規定係「列舉排除其他」抑僅屬例示性質？依憲法第六十三條規定：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權」，國家其他重要事項究何所指？解釋上雖有爭議（註九二），但對於此類事項，立法院以法律定之，自爲本條之所許；又參照大法官會議釋字第三號解釋所稱：「我國憲法間有闕文，例如憲法上由選舉產生之機關，對於國民大會代表及立法院立法委員之選舉，憲法則以第三十四條、第六十四條第二項載明『以法律定之』，獨對於監察院監察委員之選舉，則並無類似之規定，此項闕文，自不能認爲監察委員之選舉，可無需法律規定，或憲法對此有意省略，或故予排除，要甚明顯。」基於上述理由，

註九二：參照林紀東，中華民國憲法逐條釋義，第二冊，七十五年，三二二頁。

各項個別保留條款，僅屬例示而已。中央法規標準法第五條：「左列事項應以法律定之：㈠憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。㈡關於人民之權利、義務者。㈢關於國家各機關之組織者。㈣其他重要事項之應以法律定之者。」同法第六條：「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」係現行法律中，有關法律保留原則最重要之規定，亦屬現行制度之下，「法律保留」之具體範圍。綜觀第五條各款之內容，法律保留已不限於干涉保留，尚包括機關組織之保留及其他重要事項之保留。

依法行政原則乃法治（rule of law，Etat de droit）的具體表現，源自西歐及北美的近代法治思潮及法制，與中國兩千年來在儒家支配下，尚賢及人治的主流思想，可謂背道而馳（註九三）。權威人格更是傳統華人性格的特徵（註九四），權威人格者對於各種權威的全心依賴與支持是顯著的取向，國家領導人或行政首長便處於各類權威的頂端，國民應服從這一權威的發號施令，成爲理所當然。所謂民意機關或國會的意思表示（立法行爲）比行政部門的意思表示，具有較高的正當性，在欠缺代議民主經驗的傳統社會，根本不存在。尤其中央政府遷台後，立法機關未能定期改選，其民主正當性更無從在國民觀感中建立，因此在法律優位與法律保留的層面，實然（Sein）與應然（Sollen）之間有相當大的差距，換

註九三：Barry M. Hayer, The Rule of Law. A Lexicon for Policy Makers (Mannsfield Foundation, 1999), pp.12-13.

註九四：李亦園、楊國樞等，中國人的性格，新版，七十六年，三二二頁。

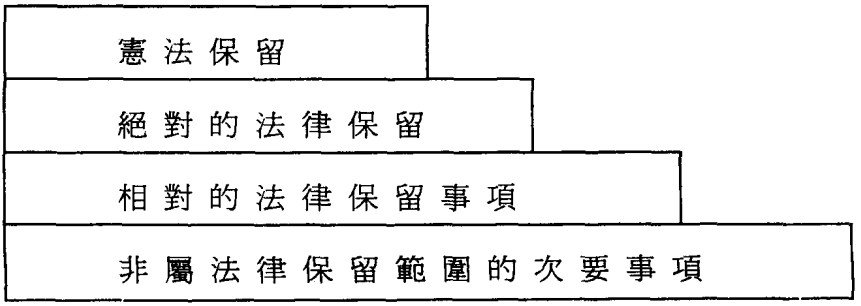
言之，憲法所要求的依法行政並未確實踐行。直到解除戒嚴及終止戡亂時期，法治政治受此大環境影響，方有顯著的改觀，下列幾項便是近年所確立的原則：

㈠建立層級化的保留體系：

如前所述，憲法第二十三條以不確定法律概念所規範的是一種侵害保留（Eingriffsvorbehalt）。原本沒有按照權利性質或對權利主體影響的重要性程度，建構不同層級的保留體系（System des abgestufen Vorbehalts）（註九五）。大法官藉著釋字第四四三號解釋，宣告內政部訂定之役男出境處理辦法有關規定違憲的機會，建立了層級化的保留體系，其理由書第一段稱：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較爲詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規

註九五：Vgl. Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 1987, S. 87f; Thomas Wulfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981, S. 26 ff. 又陳新民，憲法基本權利之基本理論，上冊，民國七十九年，二〇三頁以下。

範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式爲之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令爲補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令爲必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尙非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令爲依據之必要，乃屬當然。」這段解釋意旨所建立的層級，可用圖形表示如下：



圖三：層級化的法律保留體系

憲法保留：憲法第八條有關限制人身自由之事項。

絕對法律保留：諸如剝奪人民生命身體自由之可罰條件、各種時效制度等，必須以法律規定，不得委由行政命令補充，故又稱國會保留。

相對法律保留：有關其他人民自由權利限制之重要事項，得以法律或具體明確之法律授權條款，委由命令規定。其對象包括侵害（干涉）行政及給付行政。

非屬法律保留事項：執行法律之技術性、細節性及對人民影響輕微之事項。

㈡「有組織法即有行為法」的命題不成立：

有組織法的職權就可發布各種命令規章，足以完全否定法律保留的要求，因此司法院近年的解釋反覆強調對人民自由權利的限制，須以法律規定爲原則，法律雖得以命令爲補充規定，惟授權之目的、範圍及內容均須具體明確，然後始可據以發布命令，否則即與憲法第二十三條法律保留意旨有違，不符合前述憲法意旨的命令規章，遭宣告違憲者爲數不少（參照釋字第三一三號、四〇二號、四五四號、四五五號、五一四號、五三五號等解釋）。

㈢「法律授權發布的命令與母法有同一效力，不生牴觸母法的問題」的說法不成立：

所謂法律授權發布之命令與母法有同一之效力，不發生與授權之母法牴觸之事，數十年簡直被視爲金科玉律，不斷出現於教科書與法院判決之中。往日學者甚至將法律授權發布命令的做法稱之爲委任立法之發達，爲二十世紀行政權擴大之表徵（註九六）。實則，除非國家處於緊急狀態，授權以命令代替法律，即所謂法

註九六：林紀東，前引書（釋論），七十一頁以下。

律形式的委任（formalgesetzliche Delegation），等於國會放棄其立法權限，違背權力分立原則，爲民主的立憲主義所不許，因此大法官近年的解釋，在揭櫫法律必須授權明確的前提下，多次宣告各項法律施行細則逾越母法，對人民增加法律所無之限制，例如考試法施行細則（釋字第二六八號）、大學法施行細則（釋字第三八〇號）、營造業管理規則（釋字第三九四號）、勞工保險條例施行細則（釋字第四五六號），在所多有。

關於依法行政或法律保留原則，其貫徹實施攸關民主憲政的成敗，但晚近論者有謂現行憲法第二十三條「允許制定法律限制人權，而將其稱爲法律保留原則」，可能造成國會或統治者可以隨意制定法律限制或剝奪人權的結果，遂認爲法律保留乃現行憲法最嚴重缺點之一（註九七）。實則以法律限制人民權利，是任何國家皆存在的現象，法律保留原則的作用，否定了不經過立法程序逕行以行政措施侵害人民權益的正當性，這在法治尚未上軌道的國家是有其必要的。憲法第二十三條之設，與「人權是先國家或先憲法而存在」並不衝突，何況第二十三條同時還包含比例原則（Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit），非有必要，即不得以法律限制人民的自由權利，違憲審查機關儘可據此原則，宣告法律牴觸憲法而無效。憲法第二十三條講求文字對仗遠勝於涵義之精確，容有可議之處，但若無第二十三條這類條文，豈非謂人民權利絕對不得加以限制或任何公權力措施皆可限制人權而不必限於合乎比

註九七：許慶雄，中華民國如何成爲國家，2001年，二三八頁。

例原則的法律呢？

㈣將正當法律程序導入我國法制：

正當法律程序（due process of law 照字義可譯爲法的正當程序）一詞可以追溯到十四世紀英國的憲法文件，美國聯邦憲法的制定者採爲增修第五條的條文後，正當法律程序成爲法律主治的體現（註九八），經由美國憲法，正當法律程序像擴散空中的氣體，隨時隨地可以感覺。然而在我國司法實務上，遲至釋字第二七一號解釋的不同意見書中，才出現以正當法律程序，詮釋憲法第八條人身自由保障條款的主張（註九九）。自此以後，釋字第三八四號關於檢肅流氓條例違憲案、三九二號關於檢察官羈押權的行使、三九六號及四四六號關於公務員懲戒、四三六號對軍事審判制度之非難、四八八號對主管機關監管接管信用合作社應踐行之手續，以及四九一號對公務人員依考績法所爲免職處分等案件，均明文援引正當法律程序，作爲違憲宣告及非難現行法規之論據。以最近的四八八號及四九一號兩案而論，已純屬行政程序，對將來法律的發展自有重大影響。

註九八：G. F. Fletcher, Basic Concepts of Legal Thought (Oxford University Press, 1996), p.13.

註九九：湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代二十五卷第四期，民國八十九年四月，第七頁，稱本書著者在釋字二七一號不同意見書中，將憲法第八條之法定程序「闡稱即爲正當程序且兼含實質正當與程序正當要件之第一人」。

四、司法審查

司法審查也可稱爲規範審查（Normenkontrolle），這種制度允許獨立的司法機關審查下位規範是否牴觸上位規範，如有牴觸得宣告其無效或拒絕適用。司法審查是貫徹法治國家特性（Rechtsstaatlichkeit）的必要建制，具體保護人民權利及維持規範層級的作用。從比較憲法的觀點，規範審查有各種的類型，本書第三編將作進一步的討論。

我國司法機關之法令審查權是值得研究之問題，首先，在規範審查制度上究竟係採分權制抑獨占制？學者之間即有不同意見。有持下列見解者：認爲法官應依據法律獨立審判，對於依法定程序公布施行之法律，並無實質之違憲審查權，唯司法院依憲法第七十八條、第一百七十一條第二項有權審查法律與憲法有無牴觸，至於命令之審查權憲法並無明文規定，依一般法治國家之通例，各級法院法官均可加以審查（註一〇〇）。也有認爲「司法院有統一解釋法律及命令之權，爲憲法第七十八條所明定，而所謂統一解釋命令，自包含對於命令有無牴觸憲法或法律，發生疑義之情形在內」，遂主張法令審查權屬於司法院，由大法官會議行使

註一〇〇：翁岳生，行政法與現代法治國家，民國七十九年，一一八頁以下；同作者，論法官之法規審查權，台大法學論叢，廿四卷二期，八十七頁以下。

之（註一〇一）。前說可謂傾向分權制度，後者明顯採獨占的規範審查制。就學理觀點言，自以前說爲可採，且在實際上，自行憲之初司法院院解字第四〇一二號解釋，明示與憲法或法律牴觸之命令，法院得不予適用以來，歷經大法官釋字第三十八號、第一三七號及第二一六號等解釋，莫不確認各級法院對法規命令及行政規則之實質的審查權，各級法院審理各類案件時，行使此項權力之案例，亦不勝枚舉。是故，現行制度關於法律之違憲審查專屬司法院大法官之權限，就此而言乃獨占制；命令之審查則屬分權制，司法院大法官及各級法院皆有不同程度之審查權，前者得宣告命令無效或撤銷，後者得不予適用。各級法院對命令拒絕適用的審查權，並不因司法院大法官審理案件法之施行而受影響。該法第五條第二項之規定，無非給予最高法院及行政法院選擇機會，如非僅欲拒絕適用，而欲使命令受無效宣告，則停止訴訟程序，聲請大法官解釋。近年公布之釋字第三七一號解釋，確認法律的違憲審查權專屬於司法院大法官，另一方面創設各級法院法官「於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認爲有牴觸憲法之疑義者」，亦得裁定停止訴訟，並提出客觀上形成確信法律爲違憲之具體理由，聲請解釋。

我國司法審查制度可資研究的事項頗多，同時目前正在從事司法制度的結構改造，有待檢討問題尤其不少，本書第三編將與各國法制一併探討。

註一〇一：林紀東，前引書（釋論），三九六頁。

第五節　民生福利國原則

一、基本國策條款的意涵

自由主義的立憲政治，憲法對經社政策基本上不予規範，而聽由執政者經立法程序而實施，英國是不成文憲法無所謂經社條款自無疑問。美國聯邦憲法在經社政策方面也是「中立的」。美國最高法院法官 Oliver Holmes 在一九〇五年 Lochner v. New York 關於規定最高工時的州立法是否違反契約自由一案中，發表不同意見，認爲美國聯邦憲法並沒有採取干涉主義或自由放任主義之類的經濟理論，法官不應該依自己的經濟理念來判斷某一立法是否違憲（註一〇二），可視爲傳統立憲主義者的代表。而憲法對經濟活動及社會政策積極介入加以規定，可謂自德國威瑪憲法開始（在此之前雖有一九一八年的蘇維埃憲法以標榜共產黨人的政治宣言爲內容，但這類憲法不在我人研究之列）。威瑪憲法一般認爲是「混雜市民階級個人主義有關自由及私產的保障，與社會主義及公教（即天主教）自然法之綱領於一爐，成爲不甚協調的結合體」（註一〇三）。我國現行憲法關於基本國策的規定，即是仿威瑪憲法而來，不過威瑪憲法並沒有與我國憲法基本國策完全相同的章節，

註一〇二：198 U. S. 45(1905)，並參照劉慶瑞，比較憲法，七十六年，五十三頁。

註一〇三：C. Schmitt, Verfassungslehre, aaO., S. 30.

而將部分這類綱領式的規定與人民權利條款併列，這種方式值得注意。

現行憲法一方面幾乎全盤接受自由主義、個人主義的權利清單，以維護社會現狀（status quo），另一方面又在第十三章基本國策第三、四節明文規定：平均地權及節制資本（第一百四十二條）、土地漲價歸公、照價收買（第一百四十三條）、部分生產工具公有化（第一百四十四條）、提供工作機會（第一百五十二條）、保護勞工及農民（第一百五十三條）、實施社會福利措施及社會保險制度（第一百五十五條至第一百五十七條等），凡此均足以形成新的財富分配及社會狀況，這些手段也是所謂福利國家（welfare state）所習見。現行憲法前言稱：依孫中山先生之遺教制定本憲法，除國民大會及五院的架構之外，綜觀全部憲法當推上述部分與孫先生的遺教最吻合，甚至連用語都直接來自民生主義。就此而言，現行憲法並非世界觀中立的憲法，而是具有某些類似 Löwenstein 所指的意識形態綱領（ideologicial programmatic）之色彩（註一〇四）。

二、規範效力分析

對基本國策章之各節規定應進一步研究的問題，厥爲其規範效力如何？通說大抵主張這類條文性質上爲方針規定（Programmsätze），指示行政立法之政策目標，不具有強行性，一

註一〇四：同註四。

時未能達成亦不得視爲違憲（註一〇五）。實則，有關基本國策規定的效力，並不能一概而論，應分別情形定其性質：㈠僅爲理想或遙遠的國家目的：例如第一百四十一條有關外交宗旨之最終目標爲提倡國際正義、確保世界和平，以一國之力便極難實現；又如第一百五十二條：「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會」，若考慮個人主觀意願及滿意程度，縱然失業率爲零，也未必已充分實現上述規定。㈡有明確之規範對象，具有憲法委託（Verfassungsauftrag）性質：例如第一百三十七條之國防之組織、第一百五十三條保護勞工及農民之法律、第一百五十四條勞資關係之法律等，立法機關皆有依憲法各該意旨制定法律的義務（註一〇六）。㈢屬於實施時最低程度的規定：通常多舉基本教育爲例，即第一百六十條：「六歲至十二歲之學齡兒童，一律受基本教育，免納學費。其貧苦者，由政府供給書籍。」「已逾學齡未受基本教育之國民，一律受補習教育，免納學費，其書籍亦由政府供給。」國家盱衡情勢，將基本教育年齡延長至十五歲（目前就是如此，參照國民教育法第二條），或者更延長至十八歲，似不能指爲違憲。對憲法第一百六十四條教育科學文化經費比率的規定（現行增修條文第十條第九項已停止其適用），亦應解釋爲下限的比率，

註一〇五：謝瀛洲，前引書，二六六頁；林紀東，前引書（釋論），三五九頁。但也有學者指出基本國策法律性質爲何，應視其內容而定，見林明鏘，論基本國策，載李鴻禧教授六秩華誕祝賀文集，一九九七年，一四六五頁以下。

註一〇六：相同見解參照陳新民，前引書（釋論），七八九頁以下。

如有超越自非牴觸憲法。又以往就憲法第一百六十四條的執行實況，尤足以否定所謂基本國策都是無拘束力之方針規定的說法，最早於民國四十六年即發生預算總額是否包括追加預算之數額的疑義，當時大法官會議即作成釋字第七十七號解釋；其後又有直轄市教科文預算比率應依何種標準編列的問題，釋字第二五八號解釋，認爲直轄市應比照關於省的比例，可見第一百六十四條所生的實際規範效力。㈣其餘條文多屬指示行政及立法方針之性質，同時亦爲解釋憲法問題時重要的基準。例如耕者有其田或類似之土地改革政策，若單從保護人民財產權（第十五條）的觀點，難免有違憲疑義，假若考慮憲法第一百四十二條的規定意旨，其結論可能完全不同。這就是前面提過，威瑪憲法將這類條款與國民權利保障合併規定的方式，值得注意的原因。目前還有若干國家的憲法是採這種規範形態，例如一九七五年的希臘共和國憲法，第二章（第四條至第二十九條）便將各項個人權利與國家政策指導方針，分別規定在各個條文。㈤基本國策的全部條款，均不得作爲訴訟上請求救濟的依據：這是基本國策規定與基本權利清單最顯著的區別。當代學者曾將權利界定爲，權利主體對某人有某種權利之謂（Recht auf etwas），基本權利主要是請求國家作爲或不作爲的權能（註一〇七），這種性質的權利並非純理論的假設，而是在現代國家可以經由公法爭訟（行政訴訟或憲法訴訟）獲得實現的建制，我國大法官釋憲及行政訴訟新制也有部分這類

註一〇七：R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 171ff.

功能。然而作爲請求救濟依據者，應以「憲法上所保障的權利」爲限（參照司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款），不及於基本國策條款。故如教育、科學、藝術工作者便不得依憲法第一百六十五條，以訴訟途徑請求「國家依國民經濟之進展，隨時提高其待遇」，殆無疑義。

三、近年的趨勢

現行憲法的民生福利國原則，不可諱言的具有西歐社會主義的色彩，考其原因，固然是因爲中山先生從不否認，民生主義與社會主義的淵源關係，但制憲當時的政治環境也是一項因素，蓋對基本國策的規定不僅國民黨人無由反對，也具有爭取其他社會主義黨派（如共產黨、民社黨等）支持的作用在內。民國三十八年以後，政府在台灣所採的許多改革措施，包括土地改革、勞工保險等，自有其政治及社會因素，實行民生主義及憲法有關規定，也提供了正當性的基礎。

由於半世紀以來在經濟、外交及防衛上對美國的依賴，以及多數菁英分子對美國的價值之認同，在資本主義市場經濟與共產主義統制經濟兩大體系對立之中，台灣除了依附前者之外別無其他選擇。換言之，民生主義的成分愈趨淡薄。尤其在蘇聯集團解體，以西方工業國家爲首的關貿總協定（GATT）或世界貿易組織（WTO）整合下，更無從自外於自由貿易與市場經濟的全球化體系之外。憲法增修條文第十條可謂補充憲法本文第十三章的規定而設，除仍維持保護弱勢族群外，強調獎勵投資及產業升級、扶

助中小企業等，已與憲法本文大異其趣。此外，從大法官近年的若干解釋中，可發現財產及其他權利的保障，愈來愈有自由主義、個人主義化的傾向。譬如財產權的保障，已從既有財產關係（以釋字第四〇〇號爲例），擴張到未來取向的信賴利益維護（釋字第五二五號及第五二九號解釋）。

第二編　基本權的理論體系

第一章　基本權的一般理論

第一節　人權發展的歷程

一、從西歐到北美

憲法上有些制度，或許可以在中國歷史上找到淵源，不過人權絕對是外來的觀念，而且最早是來自西歐及北美的憲政制度，地處中歐的德意志各邦及其他國家在這方面比起英、美確實瞠乎其後。人權觀念的發展又與政治思潮息息相關。希臘、羅馬時代以及中世紀的教父哲學，並非全無與現代人權觀念相當的思想出現，然過於遙遠在此不想多加說明（註一）。

註　一：希臘有兩股自然法思想，一是詭辯學派（Sophist），二是斯多葛（Stoa）學派。前者認爲在城邦（國家）的實證法及習慣法之外，尚有一種自然法存在，對於自然法的性質，這派學者有不同的說法，有的認爲實證法已反映了自然法的價值，並爲實證法提供了正當化的基礎；有的主張城邦的法律或多或少都背離了自然法，故又被稱爲革命性的自然法。斯多葛的自然法是一種普世觀點的自然法，放棄著眼城邦法的狹隘觀或個別化的思維，它建立在世界國家（Weltstaat）的秩序上，並受神所建立的

現代人權理念公認受啓蒙思潮及其後諸多哲學家所影響。其實啓蒙思潮以及隨後興起的自由主義，不僅對人權有推波助瀾的作用，也是立憲主義興起的關鍵因素。所以我們可以說：人權思潮促使立憲的產生，而立憲主義又助長人權的保障。這種發展的過程，各國皆不相同，我們也不必一一敘述。以下只扼要的以英國爲例，加以說明：一般討論英國民主憲政者，都注重洛克（John Locke, 1632-1704）的思想，洛克也確實延續了古代斯多葛（Stoa）學派及聖多瑪斯（Thomas Aquinas）的自然法學說，和啓蒙時期所最盛行的理性主義，提出其自然狀態及自然權利學說，又觀察了英國當時的政府運作，倡導分權理論（註二）。實則在英國，這時還有另外一批主要的思想家，他們都出自蘇格蘭的愛丁堡及格拉

秩序所引領。斯多葛的自然法不久之後就受到羅馬法學家西塞羅（Cicero）的接納，並發揚光大。從希臘傳入羅馬的尚有伊比鳩魯學派（Epitur, Epicurean），這一學派只認知實證法及各種契約，在此之外沒有所謂的自然法，這一學派的說法顯然是羅馬的主流思想。西賽羅認爲人的理性（ratio）力量，使人能有認知及支配自己行爲的能力，不過人類的理性僅是神的理性的閃光（Abglanz）而已，神的理性也是自然法的最終來源，實證法不能改變自然法 lex naturalix 或更高的神意法 lex divina et humana，人應追求道德生活，而每個人在神之前都有相似的地位。以上參照 A. Verdross – Drossberg, Grundlinien der Antiken Rechts- und Staatsphilosophie, Wien 1948, insbes. S. 50, 159, 164ff.

註 二：Cf. G. H. Sabine & Thomas L. Thorson, A History of Political Theory, 4th., ed, 1973, pp. 478-499.; Walter Euchner, Locke, in: Klassiker des politischen Denkens II, hrsg. v. Hans Maier et al., 1968, S. 1ff.

斯高兩所大學，所以被稱爲蘇格蘭啓蒙思潮（Scotch Enlightenment）。他們之中除了著名的休謨（David Hume, 1711-1776），亞當斯密（Adam Smith, 1723-1790）外，還有 Henry Home(1699-1782), Adam Fuguson(1723-1816), John Millar(1735-1801)等。這派學者對維護私有財產、契約神聖及不受限制的經濟活動（也可統稱爲自由放任 laisser-faire）的主張（註三），成爲自由主義的立憲政治之基石。

我們也不可誤會，認爲先有這些思想家的倡導，英國才有各種保障人權的典章制度。在貴族、清教徒及新興階級與王權不斷鬥爭的過程中，從一二一五年的大憲章（Magna Carta）、一六二八年的權利請願書(Petition of Rights)、一六七九年的人身保護法(Habeas Corpus Act)、到光榮革命後一六八九年的權利典章(Bill of Rights)，已逐步承認臣民某些受保障的權利。但是如果沒有思想

註　三：蘇格蘭啓蒙思潮有關政治的論點，可簡單歸納如下：㈠生活資料總是有限的，而且只能依賴努力工作而獲得。㈡政府的型態是反映生產方式與生產關係。在漁獵社會，政治組織是家父長制（patriarcy），在農耕社會是以大地主爲核心的貴族政治，中產階級發達以後，絕對王政就要變爲民主或混合政體（mixed government）。㈢法律制度一方面要保障生活資料即財產，另一方面要對社會成員間物品交易、流通、契約締結、勞務提供等給予便利及服務。㈣中產階級（或稱市民階級）爲主的社會是社會發展過程中的進步形態。隨著這種發展，他們相信最大多數和最大可能的幸福是可以實現的。以上參看拙撰，近代民主理論的變遷與民權主義，載中華學報，第五卷第二期，民國六十七年七月。

家的鼓吹和提倡，作爲憲政制度不會穩固，尤其難以蔚爲風潮，並終於成爲普世價值。

歐陸的情形與英國不同，論者認爲法國大革命除其他因素之外，在思想上受盧梭（J. J. Rousseau, 1712-1778）及伏爾泰（Voltaire, 1694-1778）的影響甚大（註四）。這就是指盧梭的民約論（Contrat social）中的天賦人權及直接民權思想，伏爾泰則於革命前期極力主張改革舊制度（ancien régime）的各種苛政：諸如秘密審判、任意處死、重稅盤剝及言論毫無保障等。一七八九年俗稱的法國人權宣言，確是人權發展史上的里程碑，它的正式名稱是「人類與公民權利的宣言」(Declaration des droits de l'homme et du citoyen)，除了條列各項權利之外，它在前言中宣稱：人權不受尊重是公眾不幸及政府腐敗的唯一根源，因此法蘭西人民經由代表他們的制憲國民會議決議並宣布自然、不可讓與暨神聖的人權，爲一切社會成員所享有（註五）。可見法國的人權理念基本上是人類的權利，與英國最初的權利只限於臣民者有所不同。特別值得注意者，一七八九年的宣言，至今仍是有憲法效力的文件，法國

註　四：Vgl. Friedrich Berber, Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte, München 1973, S. 275.

註　五：參照陳淳文，由修憲觀點淺談兩個公法學上的基本概念，中研院社科所第三屆憲法解釋之理論與實務研討會，民國九十年三月，會議論文(二)，VII-4，p.8.。這批論文已用憲法解釋之理論與實務第三輯之書名，分上、下冊出版。

歷次共和憲法都以之作爲權利清單而承認是憲法的一部分（註六）。法國這種普世人權的傳統，使得一、二世紀以來，巴黎成爲各國異議人士或向統治者爭取權利失敗而逃避者的淵藪，直到今天仍然如此。

北美洲在殖民時期，各邦就已制定成文憲法，如維吉尼亞（Virginia）州一七七六年（比獨立宣言稍早幾個月）公布的州憲法，已有人權條款。而獨立宣言所說的凡人生而平等，有不可讓與的權利，這些權利包括生命、自由及追求幸福云云，正是洛克等人自然權利學說的重述。一七八九年三月聯邦憲法施行後，同年十月通過十條增修條文，成爲美國憲法上的人權清單。參與制憲的美國開國元勛們 A. Hamilton、 Jay Madison 是分權理論的服膺者，主張權力制衡（checkes and balances），以權力來限制權力，俾保障人民的自由。權利清單不僅是用來限制政府權力，更重要的是要限制立法者，所以增修條文第一條就規定：國會不得制定下列法律（*Congress shall make no law ...*），可見一斑。這與前面講到的法國，顯然有別：法國受盧梭民主理論的影響，國會又自認爲是代表全民的總意志（volonté générale），舊日的君主主權由國民及國會主權來取代。人權宣言雖有崇高的價值，但不允許司法機關以人權宣言來限制國會的權力，國會本身就是人權的維護者（註七）。在這種理念下，法國兩百年來也就沒有違憲審查機關的

註　六：Vgl. A. Bleckmann, Staatsrecht II, Die Grundrecht, 3. Aufl., 1989, S. 7.

註　七：Peter Badura, Staatsrecht, 2. Aufl., 1996, S. 26f.

設置，與美國法院以司法審查制衡國會的發展，截然不同。即使是第五共和的憲法委員會，還是不能與歐洲其他國家的憲法法院等量齊觀。

二、中歐國家

在歐洲大陸，特別是日耳曼境內，也出現過許多位代表啓蒙前後的思想家，諸如 Althusius（1557-1638）、Hugo Grotius（1583-1645）、Samuel Pufendorf（1632-1694）、Christian Wolff（1676-1754）、Thomas ch. Thomasius(1655-1728)等，對自然法或人權觀念或多或少有所闡揚，但對德意志各邦的立憲政治並無顯著的影響。德意志小邦林立，普魯士與奧地利又互爭雄長，政治上的發展較爲遲緩。直到一八四九年三月二十七日公布的聯邦憲法（即所謂聖保羅教堂憲法）才有權利清單的訂定，稱爲德意志民族的基本權利（Grundrecht des deutschen Volks）（註八），不過因爲當時的政治情勢，這部憲法並未獲得實施。其後發生普奧戰爭，奧國戰敗退出德意志聯邦，由普魯士另組北德聯邦，不久又爆發普法戰爭，普國戰勝後即糾合西南各邦成立德意志帝國，並於一八七一年四月十六日公布憲法（俗稱俾斯麥憲法）。這部憲法沒有任何人權條款，基本權的保障理論上屬於各邦的任務，而各邦憲

註　八：西南德意志各邦，受法國大革命的影響，在十九世紀初年，有的邦所頒布的憲法，已有基本權的條款：如一八一八年 Bayern、Baden 兩邦，一八一九年 Württemberg 邦，Siehe Badura, aaO., S. 79.

法則多訂有基本權（利）清單。在聯邦的層次，帝國立法權不受任何限制，所謂基本權拘束立法機關的觀念，當時根本不存在（註九）。

奧地利在拿破崙戰敗之後，於一八一五年組成神聖同盟，支配歐洲的國際關係，對內則實施梅特涅主導的警察國家體制，前後垂三十年。一八四八年歐洲革命也漫延至奧地利，使梅特涅體制崩潰，奧國開始憲政改革。一八三一年的比利時憲法採權力分立，並有完整的權利清單，被視爲是君主立憲的憲政範例，對德意志各邦及奧地利皆有影響（註一〇）。各邦在法蘭克福制憲之同時，奧地利已完成比爾斯朵夫憲法（Pillsdorfische Verfassung vom 25. April 1848），這部憲法將奧地利定名爲奧地利帝國（Österreichischer Kaiserstaat），雖訂有「公民暨政治之住民權利」清單，但整部憲法保留過多的皇權及貴族政治上的特權，不爲改革者所接受，於是一八四八年底又重新起草憲法，離開秩序混亂的維也納，在多瑙河畔的美麗小鎮克林母斯（Krems）完成，故稱爲克林母斯憲草（Kremsierer Entwurf），這部憲草將奧地利本土與匈牙利、北義大利屬地組成聯邦型的帝國，在克林母斯制憲的國會於憲法之外又起草一部「奧地利國民基本權草案」。上述比爾斯朵夫及克林母斯兩部憲法文件經過整合修改後，於一八四九年三

註　九：Adamovich/ Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 1982, S. 307.

註一〇：Ernst C. Hellbling, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, Wien 1956, insbes. S. 348f, 351f, 364.

月以欽定憲法（皇帝制誥 kaiserliches Patent）方式頒佈，同時也以克林母斯基本權草案爲藍本頒布「立憲國家所保障之政治權利」。此後奧地利經過一連串的憲改，到一八六七年始完成較爲穩定君主立憲政體，並將前述政治權利的規定於同年十二月二十日，訂頒爲基本法，稱爲「關於國民一般權利之國家基本法」（註一一）。這部國家基本法以保障平等權及不受公權力任意侵犯的自由權爲內容，但受法蘭克福憲法將工作權入憲的影響，也定有保障社會最低生活水準（Garantie eines sozialen Minimalstandards）的條文（註一二）；另一值得注意之處，是該法在帝國法院（Reichgericht）之外，還設有以保障憲法上權利之任務的憲法法院（事實上未成立）。上述國家基本法至今仍具有憲法的效力，目前奧國的人權法規，包括前開基本法，無數有憲法位階或法律位階的法律以及許多有關人權的國際條約。

一九一九年的德國威瑪憲法第二部份「德意志人民之基本權利與基本義務」（第一〇九條至第一六五條），將個人自由權利、社會義務及方針規定（Programmsätzen）融爲一爐，反映西歐自由主義思想與歐陸社會主義思潮的妥協（註一三）。德國傳統的國民性格與西歐或北美有很大的區別，自由主義、個人主義通常是被取笑的對象，而非模仿的榜樣，德國人普遍有強烈的權威人格取向，

註一一：Adamovich/ Funk, aaO.

註一二：Ebenda.

註一三：Badura, aaO., S. 81.

講求紀律與服從，國家是嚴父兼慈母（註一四），英美主流思想則認爲立憲主義幾乎等同於有限政府（limited government），「最好政府，最少統治」，每個人才是自己自由與幸福最佳的維護者，兩者自有不同。所以基本權規定的方式與法國「人權宣言」及美國的權利清單有異，例如威瑪憲法第一五一條：「經濟制度應依正義觀念，以保障個人均能維持與人的尊嚴相當之生存爲目的，個人經濟自由在此限制內受到保障」（第一項）；「爲公共福祉而徵收私人財產者，須依法律規定，並給予賠償，始得爲之」（第二項）；文本所表達的涵義是：經濟自由或私有財產的保障應以正義觀念，以及他人同享生存權利爲前提，傳統自由主義理念下的人權條款基本上不會作這種規定。

一九四九年的西德基本法（即德國現行憲法），雖然在社會國原則之下，仍將基本權中古典的自由權利與社會基本權（soziale Grundrechte）並列，所謂社會基本權指依其社會上處境而值得保障者之工作權、受教權及享有健康生活之權等（基本法第十二條第一項、第七條第二項及第二條第二項），以達成社會的國家任務（soziale Staatsaufgabe）之謂。但與威瑪憲法已有三點顯著不同，一是基本權條款（第一條至第十九條）列於基本法之首，二是不

註一四：關於德國之國民性格及其傳統政治文化，參照兩位知名學者的著作即可得知：K. Sonthermer, Grundzüge des politischen Systems der BRD, 1977, S. 84ff.; R. Dahrendorf, Demokratie und Sozialstruktur in Deutschland, in: ders. Gesellschaft und Freiheit, 1961, S. 260ff.，中文著作見拙撰，政治的新浪漫主義，五十四頁以下。

再包括基本義務的規定，三是基本權不與方針規定並列。凡此都看出經過極權暴虐之後的德國，以西歐自由主義的憲政制度爲取向。尤其重要的是：五十餘年以來，基本權的保障（特別是經由聯邦憲法法院的裁判），呈現豐碩的成果，本書在相關之處自當引述。

三、人權的國際法保障

國際法對人權的保障早在十九世紀已經萌芽，一八八五年已有禁止非洲奴隸買賣之條約的簽署，第一次世界大戰後，在國際聯盟組織之下，也簽訂若干保護少數民族的條約，其他如國際勞工組織則實施許多保護勞工的條約（註一五）。聯合國成立之後，對人權保障尤爲積極，除聯合國憲章本身（第一章、第五十五條及第五十六條）宣示保障人權與基本自由之外，又在一九四八年十二月十日通過世界人權宣言。這一宣言最初視爲對憲章第一條「人權與基本自由」的解釋性文件，不具法律效力。它列舉的個人權利共有十五項之多，半世紀以來，甚受國際之重視，故有主張宣言的原則已成爲國際習慣法者（註一六）。

世界人權宣言公布之後，聯合國又推動世界人權公約的簽約工作，但是由於對各國人權範圍及優先順序的主張不同，討論過

註一五：參照黃越欽，國際勞工公約與憲法法院，憲政時代，第二十八卷第三期，九十二年一月。

註一六：參照丘宏達，現代國際法，八十四年初版，四四六頁。

程並不順利。大體而言，以英美爲首的西方國家主張人權就是古典的權利清單，包括人身、宗教及政治自由而言，而以亞非國家爲主的第三世界各國，則主張維持生存、提供教育及工作等權利，對他們的人民而言才具有意義。兩派意見相持不下，於是在一九六六年分爲二個條約：公民權利及政治權利國際公約與經濟社會文化經濟國際公約，任由各國選擇簽字，到一九七六年各國才完成批准或加入手續而生效，距離世界人權宣言簽署已將近三十年。這兩項有拘束力的公約對歐美先進國家而言，意義不大，對政治自由常遭限制的國家或地區而言，則有其作用：一是作爲其國內爲人權奮鬥者爭取的鵠的，一是國際或超強（如美國）干涉或評斷某國人權情況的指標。特別值得注意者，香港在殖民時期，其法院本無違憲審查權，爲預防一九九七年回歸之後，香港居民的權利受到壓縮，港英政府趕在一九九一年六月將公民權利及政治權利公約作爲香港人權法案條例而實施，同時修改港英統治下的憲法文件「英皇制誥」，將人權法案條例納入，而提升至「憲法」層次。此後，上述公約實際上成爲香港法院透過司法審查，實踐人權保障的準據（註一七）。

前述兩項公約我國政府在擁有聯合國席次時，曾在一九六七

註一七：陳弘毅，「香港特別行政區基本法」的理念、實施與解釋，中研院社科所，第三屆憲法解釋之理論與實務，會議論文(二)，九十年三月，VIII-1, pp. 13-14.，從港英政府只採用公民權利及政治權利公約，也可表現其固守古典人權的傳統。

年十月二十五日簽字，但因一九七一年退出聯合國，未能完成批准手續，九十一年底立法院重新審議通過，但已無從寄存於聯合國而生效。

除聯合國機制下的人權宣言、人權公約及許多有關人權的條約外，還有若干區域性的人權條約。最有成效的當屬一九五〇年的歐洲人權公約及一九六三年的歐洲社會憲章。歐洲人權公約之下設有執行機構包括歐洲人權委員會、歐洲理事會及設於史特拉斯堡（Strassburg）的歐洲人權法庭，作爲執行機構（註一八）。幾經修改自一九九八年起締約國或個人均可以違反人權公約爲由，直接向該法庭提起訴訟。不過在歐洲聯盟成立之後，又另有國際司法機關執行人權事項。歐盟條約本身並無基本權的規定，但歐洲在盧森堡（Luxemburg）另設有歐洲法庭，歐洲法庭以歐洲人權公約及締約國憲法所承認的人權條款，作爲一般法律原則而適用（註一九）。

美洲也有美洲人權宣言及美洲人權公約，公約之下復設有美洲國家組織、美洲人權委員會及美洲人權法庭。非洲國家團結組織在一九八一年通過非洲人類及人民權利憲章（African Charter of Human and Peoples' Rights），但未設置相關的法庭。由上所述目前只有東歐（尚未參加歐盟）、亞洲及太平洋地區沒有國際人權條約

註一八：Vgl. J. Bartsch, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes, 1983/ 84, NJW 1985, 1751.

註一九：Badura, aaO., S. 357ff.

的訂定。

四、我國「基本法」上的人民權利

這裡所謂基本法是指民國肇建以來，在實證法體系中具有最高效力的規範，或者這類規範成立前的草案而言。前已說過，人權不是中國固有的觀念，所以在憲政發展過程中與英法等國先有各種權利法典或宣言，然後才出現政治組織的變革不同。自清季頒布之各類憲法文件以還，朝野菁英份子心目中的立憲，重點莫不著重政治體制，人民權利或者完全忽視，或者聊備一格而已。在國民政府制憲時期，各方熱烈討論的制憲內容不外總統制、內閣制，國民大會的職權範圍、中央與地方權限分配、省區如何規定、首都建在何處，人民基本權利反而成爲次要。中國歷史上第一份人權清單出現在民國元年三月公布的中華民國臨時約法（民元約法），從第五條至第十五條規定人民的十二種權利及納稅、服兵役兩種義務。民國三年的袁世凱約法延續民元約法上述規定，變動甚少。在北洋政府時期公私名義提出之憲法草案不下十種（註二〇），均有大同小異的人權條款，而以民國二年的天壇憲草對人民權利的列舉較爲完整，日後國民政府的制憲工作或多或少也受此影響。

國民政府統治的基本法爲民國二十年六月一日公布的訓政時

註二〇：清末明初以來各種憲法文件或資料，見繆全吉編，中國制憲史資料彙編，國史館發行，七十八年。

期約法，其第二章稱人民之權利義務，共列有權利十八種、義務五種。關於權利部分採民元以來的慣例，每一種權利之下，依其性質凡自由權（第九條至第十七條）均有「非依法律不得限制或停止之」或類似文字，受益權（第二十一條至第二十四條）則定明「依法律有...之權」。民國二十五年公布的五五憲草，無論清單內容，立法形式大體上與訓政時期約法無甚差異。直到民國三十五年政治協商會議修改五五憲草，才將上述每種權利之下附加的文字取消，正式通過的憲法（即現今的條文）從之。論者遂謂訓政時期約法及五五憲草的規定方式是間接保障主義，而現行憲法將以法律限制的字樣，合併規定在第二十三條，稱爲直接保障主義（註二一）。實則兩種規定方式，根本沒有區別，都在宣示法律保留原則，何來直接保障或間接保障的不同，無怪乎早被薩孟武教授批評爲：「這何異於朝三暮四與朝四暮三之別」（註二二）。

從國民政府成立以來基本法的沿革，尙可看出我國的憲制與西歐立憲主義的另一項不同。以訓政時期的約法爲例，有關國計民生及國民教育的規定分列第四章及第五章，共達二十八個條文，遠較所列舉的政治及公民權利爲周密，內容不僅涵蓋現今的社會權，而且對契約自由、私有財產的繼承均有以法律限制的明文，國家所負的任務與當時的社會主義國家也不遑多讓。後來的五五憲草以迄現行憲法，在基本國策中也保留了這類規定。究其

註二一：林紀東，中華民國憲法釋論，八十一年改訂版，一六三頁。

註二二：薩孟武，中華民國憲法新論，六十一年，八十二頁。

原因，一方面是因爲取得政權的國民黨，原本就是標榜這種意識型態，另一方面中國傳統文化，向來就缺乏自由主義有限政府的觀念，所謂政府只要維持公安與秩序，個人就能夠自行追求幸福的想法根本就不存在。政黨領袖之所以不斷提倡「萬能政府」或「大有爲政府」，也可以說是投人民之所好。不僅政治人物如此，昔日之學者亦然，看到外國若干社會立法或者在憲法上出現某些方針規定，就喜不自勝，一心以爲鴻鵠之將至，認爲世界潮流已從「權利本位」改正爲「社會本位」，與我國文化不謀而合，真所謂吾道之不孤。這也就是威瑪憲法在國內備受推崇，視爲典範的心理因素，實則當代西洋思潮中與中國傳統文化，固有其彷彿之處，惟仍存在本質的不同，有文獻可供參照（註二三），此處不能深論。

第二節　基本權概念的闡釋

一、基本權的各種解說

基本權就是基本權利或基本人權的簡稱。基本權的定義爲何？不是容易解答的問題，因爲對基本權的理解，常因時、因地而不同。從自由主義的觀點，也就是從北美與西歐的傳統而言，基本權乃是先國家而存在，用來拘束政府權限的行使；在沒有上

註二三：王伯琦，近代法律思潮與中國固有文化，民國七十年，第三版。

述傳統的國家，例如日本部分學者，很可能依實證的觀點將基本權解釋爲：憲法或基本法所保障的權利（註二四）。前面說過，威瑪憲法是第一部有權利清單的德國聯邦憲法，基本權也是該憲法的用語，不過當時憲法學者的通說都認爲：基本權只是一種方針規定，並不是真實的權利，也就不熱中於基本權定義的明確化（註二五）。史密特是少數例外之一，他對基本權的界說是：在市民階級的法治國中，基本權僅指那些先國家及超越國家存在的權利，並非國家依照其制定的法律所賦予，而是對已有的加以承認及保障。至於基本權的範圍也只能作原則性的衡量，有所干預則必須有明確規定之程序，基本權從其本質而言，並不是一種法益，乃是一種廣泛的自由，從而產生各種權利，特別是防禦權（註二六）。史氏並進一步分析，基本權與其他憲法上所保障的權利不同，並非憲法上所保障的每一種權利皆屬基本權；反之亦然，法律所保障的每一種權利也並不都具有基本權的意義。基本權既是先國家

註二四：日本部分憲法學者如美濃部達吉、我妻榮、鵜飼信成等大體上都採這種定義，見林紀東，前引憲法釋論，七十六頁。但仍有更多的學者，也採取歐美自由主義者的觀點，闡釋日本憲法上的基本人權，參照蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，民國八十四年，九十八頁以下；清宮四郎、宮澤俊義也有類似見解，見林紀東，中華民國憲法逐條釋義㈠，修訂三版，三三五頁以下。

註二五：這種看法可拿當時權威憲法讀本爲代表：G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 3. Aufl., 1929, S. 452ff.

註二六：C. Schmitt, Verfassungslehre, aaO., S. 163.

而存在，其內容及範圍自非法律所能限定，本質上將基本權詮釋爲不受限制的個人自由空間，現代國家存在的正當性在於克盡其對基本權保障的貢獻。不僅如此，基本權條款具有拘束立法、司法及行政各部門的效力，故制定法律及適用法律皆不得與基本權相牴觸。除訴諸人民制憲權力外，縱然修改憲法也不得否定基本權或變更上述的原則（註二七）。史密特對基本權的解說，當然是以西歐自然權利思想爲依據，這在當時相當難能可貴。他的用意是要與這時候方興未艾的布爾什維克觀點（bolschewische Auffassung）的憲法有所區別。一九一八年俄羅斯蘇維埃共和國憲法也有工人及被剝削人民權利的宣言，其標舉的工作權、生活照顧權及免費受教育與訓練之權，史密特便認爲不屬於基本權（註二八）。

二戰之後的西德基本法，一方面繼受西歐式的古典權利觀念，另一方面又以實現社會的國家任務，保留許多符合德國傳統的社會基本權。於是論者認爲若從前者著眼，基本權應界定爲：先國家而存在的個人權利，個人的自由與平等是國家存立的條件，也是國家權力行使應負的義務與界限；若從後者即德國固有的權利觀念爲出發點，則基本權並非先國家而存在，基本權主體乃由於作爲國民一份子而受到國家的保障，這種理解下的基本權仍然對國家權力的行使，發生拘束作用，換言之，對自由與財產

註二七：Ebenda.

註二八：C. Schmitt, aaO., S. 169.

的侵犯必須經由法律，才是正當（註二九）。上述兩種不同的界說，最主要的不同在於將基本權看作超實證法的自然權利（也可稱爲實證化的自然法 positiviertes Recht），或者是國法所賦予的權利。

由此看來，基本權是一個多義性的概念，許多德國學者寧願對基本權從各種面向從事描述，而不輕易加以界定，以免有欠周延。對基本權的描述，已不是對基本權下定義，而是一種**基本權理解**（Grundrechtsverständnis）。例如 K. Hesse 的基本權雙重性理解（Der Doppelcharakter der Grundrechte），基本權既是個人主觀的權利，也是共同生活中客觀秩序的基本要素（註三〇）；Fritz Ossenbühl 的基本權五種面向解說：防禦權、價值決定的基本規範、制度性保障、分享的權利及請求權基礎（註三一）；E. – W. Böckenförde 的五種基本權理論：自由的、制度性的、價值的、民主功能的及社會國的基本權理論（註三二）；R. Alexy 的權利的基本地位理論（Theorie der rechtlichen Grundpositionen）（註三三）等。

註二九：Siehe B. Pieroth/ B. Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 13. Aufl., 1997, S. 13.

註三〇：Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 20. Aufl., 1995, S. 127.

註三一：Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW, 1976, S. 2100-2106.

註三二：Böckerförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: R. Dreier und F. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 266-292.

註三三：Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 171ff.，並參照拙撰，基

除各種學說之外，聯邦憲法法院也有本身的基本權理解，早年 Lüth 案件的判決就已經將基本權定性爲：基本權是人民對抗國家的權利；基本法關於基本權的章節乃顯示人及人的尊嚴優先於國家權力；基本法並非價值中立的秩序，而基本權規定就是體現基本法的客觀價值秩序，「這個價值體系的中心點，乃是在社會團體中自由的發展人格，每個人得到尊嚴，是對一切法律範圍皆有效力的憲法基本決定，凡立法、行政及司法均應把此一價值體系作爲指標及原動力」（BVerfGE 7, 198, 205）。

二、我國憲法上基本權的定義

我國憲法使用的名詞是人民之權利，而不是基本權，但至今學者新舊著作，用基本權者比比皆是，以基本權指涉憲法上人民權利可謂已約定俗成。尤其司法院大法官解釋也已採用，釋字第四四三號解釋理由書第一句便稱：「人民身體自由在憲法基本權利中居於重要地位」，釋字第四四五號解釋文開宗明義寫道：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，爲實現民主政治最重要的基本人權」，基本權即基本權利或基本人權的簡稱。然而，無論學者或釋憲機關鮮少對基本權利或基本人權一詞，給予明確的定義。

本權的三重性質，司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，八十七年，十九頁。

我國憲法上的「基本權理解」，向來受兩項因素影響，我們應先加以檢討。一是沒有歐美個人自由的傳統，所謂先國家而存在或不可讓與的權利，在中國傳統文化中，完全陌生；二是孫中山先生反對天賦人權的主張以及「革命民權」的說法。所以歷來普遍充斥國中的人權觀念是：「自由是在法律限制之下的自由」，「權利是來自法律的賦予」，類似的觀念不僅在我國出現，舊日德國也是如此（註三四）。毋庸諱言，通過憲法第二章人權條款的制憲者，其集體意志難免是受前述兩項因素影響下的理解，但是我們現在解釋憲法不是探求制憲者的意思（Will der Verfassungsgeber），而是憲法的意思（Will der Verfassung），尤其對基本權的解釋更應考量人民的權利意識、社會發展的現況與人權的普世趨向，這也是當代詮釋學家所說的「效應歷史意識」的一種（詳見本書第四編第一章的敘述）。基於這種的認知，我們對基本權作如下的定義：

> 基本權是凡人皆有的權利，憲法加以規定具有確認其在國家規範秩序中的最高效力，國家有加以保障的義務，不僅立法者不得任意限縮，制憲者如有侵犯也視為一種憲法破毀的行為。基本權內容越是充分實現，政治體系越具有存在的正當性。

註三四：頂頂大名的公法學家 G. Jellinek（耶律尼克）就認爲：「一切自由只有在法律限制範圍內獲得承認（*Alle diese Freiheit sind nur innerhalb der gesetzlichen Schranken anerkannt*）」，siehe System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 103.

上述定義可進一步析述如後：㈠我國憲法第二章第七條至第二十一條的權利包括平等權、人身自由，不受軍法審判之自由、居住遷徙自由、表現自由、秘密通訊、信仰宗教、集會結社等自由、生存、工作及財產權、請願、訴願及訴訟之權、參政權、應考試服公職及受國民教育之權等。其中除生存權、工作權及受教育權具有社會權的性質，參政及考試服公職爲政治上的參與權外，其餘十類自由與權利大體是來自歐美古典的權利清單，是先國家而存在的自然權利，我們不使用自然權利或「自然法的實證化」作定義的用語，因爲涵蓋社會權及政治上的參與權理論上尚有困難。但平等權及自由權固然是先國家而存在的人權，社會權及政治上的參與權也是每個人參加國家生活必須具有的權利，否則將不成其爲公民身分。所以上述權利不問其歷史背景與屬性，都不能承認是憲法所賦予，憲法加以規定原則上只是確認性質。㈡基本權條款與其他憲法條文有同樣的法之拘束力，各個國家機關的行爲均不得與之牴觸，不得再持舊的觀念，認爲只是不具法效的方針規定。㈢所謂國家負有保障義務，就自由權而言國家只要消極不制定法規，讓人民自由的活動即可，如果非制定法規不可，則應以防止他人侵害自由權主體或使每個人皆有行使權利的相同機會爲限。例如制定著作權法不是限制個人的著作自由，而是防止他人侵害著作人的權利；制定集會遊行法，目的在使主張以集遊方式表達其意見的人，能順利進行集遊活動，而又不致嚴重妨害正常生活秩序。關於社會權或政治上的參與權，則有賴國家採取積極的措施，方能實現。㈣立法機關基於公益維護，固然

可制定法律對基本權加以合理限制，但必須符合比例原則（憲法第二十三條），其限制是否過當並應受司法審查。至於修憲者可否將基本權條款全部或部分加以廢止？依照修憲應有界限的理論，如果出現這種情形，也爲自由民主憲政秩序所不許，釋字第四九九號解釋就認爲憲法第二章人民權利的規定是憲法賴以存立的基本原則之一項，修憲機關亦應受其拘束。(五)自由發展人格，追求有尊嚴和幸福的生活是每個人的目標，國家的存在應以促成個人達成其生活目標爲職責。無論經由多數人或由少數人武斷的設定國家的目標，然後要求個人犧牲其自由與權利，都不具有正當性。

三、我國憲法上基本權範圍的界定

憲法第二章的條文構造及規範意旨，是界定基本權範圍的依據。憲法第七條至第十八條、第二十一條關於人民權利，共列出十三類，細分十七種權利（註三五）。項目明確，適合作爲清單，又爲與第二十二條之其他權利易於鑑別，應認爲是憲法上的基本權利。這種界定符合憲法的意旨，因爲如果將一切權利都視爲基本權，則基本權反而喪失其重要性，同時憲法既慎重將事，把十七

註三五：從憲法第七條算起到第十八條，每一條當作一類，再加第二十一條受教育權，共十三類。十七種的算法包括：平等權、人身自由權、不受軍法審判之自由、居住遷徙自由、表現自由（言論、講學、著作及出版自由的總稱）、秘密通訊自由、信仰宗教自由、集會結社自由、生存權、工作權、財產權、請願權、訴願權、訴訟權、參政權（選舉、罷免、創制及複決的總稱）、應考試服公職權、受國民教育權。

類二十種逐條列出，自應賦予特殊意義，而有別於其他權利。

其他權利依憲法第二十二條的規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。顯然是仿自美國憲法增補條文第九條所謂：「不得因本憲法列舉某種權利，而認爲人民所保留之其他權利，可以被取消或輕忽」而來，原本僅是宣示之意義，以顯現制憲者對人民權利周全的照顧，惟既屬條文，則解釋上難免有不同看法（註三六）。我們主張以一般法學的解釋方法確定其涵義，首先，依文義析述，本條所稱「其他自由及權利」，即是指第七條至第十八條及第二十一條清單所舉以外的權利。其次，須不妨害社會秩序公共利益者始在保障之列，這項不妨害社會秩序公共利益前提，相當於一切「其他權利」的共同構成要件（Tatbestand），其性質一方面如同德國基本法第八條第一項所定：「德國人民無須報備或許可，皆有和平及不攜帶武器集會之權利」，其中和平及不攜帶武器即屬集會權利之構成要件（註三七）；另一方面又頗爲類似內在限制(immanente Schranke)，所謂的內在限制是指從不同的憲法所認同之價值標準衡量，基本權行使應受之不成文的制約而言。上述憲法第二十二條不妨害社會秩序公共

註三六：參照李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障，第三屆憲法解釋之理論與實務研討會，會議論文(二)，中研院社科所，九十年三月，1-29 頁；林俊言，初論憲法第二十二條之解釋與適用，憲政時代，二十六卷一期，八十九年七月，61-79 頁；李雅萍，概括的權利保護，輔仁大學碩士論文，八十四年六月。

註三七：Vgl. A. Bleckmann, aaO., 323ff.

利益雖出自憲法明文規定，但以社會秩序公共利益作爲標準，其抽象及空泛程度與不成文限制相差無幾。由上所述，足與第二十二條以外的權利在概念上有所區隔。至於憲法第二章第二十四條尚定有請求國家賠償之權利，當然應承認與第二十二條同屬憲法上所保障的權利，然也不在基本權之列。依照憲法第二十四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償」，故國家賠償責任之範圍如何？被害人請求賠償應具備何種要件？悉依法律之規定，而第七條至第十八條及第二十一條的權利則無待法律的規定，人民當然享有，兩者有其根本差異。雖然基本權依第二十三條規定亦得以法律規定限制之，但與第二十四條規範作用有別，前者是侵害保留（Eingriffsvorbehalt），後者是形成保留（Ausgestaltungsvorbehalt）（註三八），同時也可稱爲憲法委託（Verfassungsauftrag），即憲法

註三八：如所周知，侵害保留也譯作干涉保留，指對人民權利有所限制應保留予法律加以規定，形成保留則指對人民權利之事項，憲法委由立法者加以規範，前者立法者所受之拘束較多，後者立法者享有較多之自由形成空間，Vgl. Bleckmann, aaO., S. 336.。但制定法律用來規範某種基本權（如集會自由），本質即含有限制之意，因而以法律保留限制基本權時，法律之內容也不能毫無形成空間，故有學者認爲侵害保留與形成保留的區分頗有商榷餘地，參看 G. Winkler（溫克勒），Grundfragen und aktuelle Probleme der Versammlungsfreiheit, in: ders., Studien zum Verfassungsrecht, 1991, S. 194f.。惟就我國憲法第二十三條與第二十四

委由立法者制定實施國家賠償的法律。

四、基本權與其他自由權利區別的實益問題

基本權與其他自由權利除了概念上的區隔作用外，有無區別的實益，是值得討論的問題。可以從兩方面獲得沒有實益的結論：一是從權利受限制的觀點：憲法第二十三條既明定「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。則本條所包含的法律保留原則、比例原則當然也適用於第二十二條的情形。已故的林紀東大法官即持此種見解，因爲兩條文字用語「尚有參差之處」，「然嚴格言之，兩條所附之條件，殊不應有所參差」；又基於不贊成天賦人權的主張，林大法官根本反對使用基本權來詮釋我國憲法（註三九）。二是從權利救濟觀點：基於第二十二條的權利與第七條至第十八條及第二十一條中的權利，其保障實際上並無不同，凡符合司法院大法官審理案件法規定之要件，都可循釋憲爭訟途徑請求救濟，釋字第二四二號解釋便是一例，該號解釋的主旨認爲政府開放大陸探親前之婚姻關係，不得依民法之規定予以撤銷，以免「嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，（撤銷後婚之確定終局判決）自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸」。將家庭生活及人倫

條的規範意旨，對照以觀，兩者的區別仍有採用的價值。

註三九：林紀東，前引逐條釋義㈠，三三八頁。

關係列爲第二十二條所指其他權利中的一種，此外，釋字第三九九號解釋，則認定姓名權爲憲法第二十二條所保障的人格權。以上兩點說法均有相當理由，甚至可以承認憲法第二十二條的其他權利是等同於基本權之權利（grundrechtsgleiche Rechte）。本書認爲區分基本權與非基本權不限於純概念的作用，仍有若干潛在的實益：㈠對於基本權的限制除符合憲法第二十三條所定的條件以法律限制外，並非當然可以援引憲法內在限制作爲限制的理由，迄今爲止大法官的解釋中也未出現諸如內在限制這類論點，惟非基本權的其他權利則不然，其本身即伴隨著不妨害社會秩序公共利益的要件限制，主張受憲法第二十二條保障的權利主體，若其主張之權利根本不符合這項構成要件，便無須進一步審究構成限制的規範是否合乎第二十三條的法律保留原則及比例原則。試舉例如下：表現自由（包括意見自由及集會自由）其表現的內容甚至方式都可能屬於違反公共利益（諸如提倡男女試婚、同性戀、通姦除罪化等皆與社會主流價值不合），或妨害社會秩序（諸如集會遊行之有礙交通及安寧），但是都要給予保障，越是「異端」越是「偏激」的表現內容，越發有援引憲法加以保障的必要，若是人人皆「非禮勿言」、「非禮勿視」，何勞憲法保障？除非這種表現自由已發生「明顯而立即危險之事實狀態」，否則不應以法律加以禁止（見釋字第四四五號解釋）。反之，若有人主張在公園中散步或做健身活動是憲法第二十二條所指的權利，這種主張在理論上不能認爲錯誤，惟主張者須受不妨害社會秩序公共利益之前提限

制，故假設有人在公園中持續的劃定區域從事健身活動，因影響他人散步或活動而受到禁止，一旦涉訟，初不必探究禁止的規範是否屬於憲法第二十三條之法律，或有無法律授權的依據，抑或僅屬地方政府所發布的規章（如公園管理規則），因爲行使的所謂權利與類似內在限制之構成要件不符（註四〇）。㈡基本權中的項目，皆應建構各自的保障範圍（Schutzbereich），非基本權的其他權利，難於歸類或無從定其名稱 — 遑論爲其建立保障範圍。不過基本權保障範圍的建構，與非基本權之間則有互相消長的關係，例如隱私權並不在我國基本權清單之上，社會生活的事實則不能不承認隱私權應受到保障（註四一）。大法官在釋字第二九三號解釋中，認爲「銀行一般客戶財產上的秘密」及「客戶與銀行往

註四〇：行政法關於營造物利用規則的理論，已足以解決假設中的事例，不致發生憲法層次的問題，關於營造物理論，參閱拙著，行政法之理論與實用，增訂七版，一七〇頁以下。

註四一：美國憲法的權利清單也無隱私權的保障，但判例卻導出隱私權的憲法依據，值得我們注意。蓋美國的權利清單制定於二百餘年前，許多今天普遍視爲基本權者，並未列入，於是聯邦最高法院在 Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479(1965)一案中，由道格拉斯（Justice Douglas）執筆的多數意見創出半陰影圈理論（penumbra theory），像結社權就可列入第一增補條文言論自由所保障的半陰影圈，而增修條文第三條禁止軍隊駐紮民房，第四條保障人民的財物不受搜索扣押，第五條禁止強迫人民認罪等規定，都創設了一項「隱私的領域」，這種半陰影圈裡的權利，也可稱爲邊緣權利（peripheral rights）。

來資料」，都是應予維護的「人民之隱私權」，但隱私權究竟從何種權利延伸而來？或者歸屬那項基本權的保障範圍？是秘密通訊自由、財產權或居住自由？該號解釋並未交待。如果都不屬於各個基本權的保障範圍，則只有視爲第二十二條之非基本權的一途。釋字第四四三號解釋則稱：「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由」，如果這段文字被視爲含有保障隱私權之意義，則隱私權嗣後便不屬於第二十二條之其他權利。就此而言，基本權與非基本權的界限是相對的及流動的：非基本權可能因基本權保障範圍擴大而成爲某基本權中的保障事項，但逆向敘述則不成立，即任何基本權的核心部分（Kernbereich 或譯爲核心領域）不應縮減以致於成爲非基本權的一種。㈢基本權之一部或全部如遭修憲方式加以廢止，則應視爲等同廢棄原憲法重新制憲而非單純的修憲，或者屬於一種憲法破毀行爲，已見前述。非基本權本身並無明確的範圍及項目，尚不生憲法破毀的問題。

第三節　基本權的性質

一、基本權與身分關係

㈠古典身分理論

耶律尼克（G. Jellinek）的身分理論（Statustheorie）是具有古

典意義的基本權典範理論（Paradigma）（註四二）。耶氏很巧妙的以身分爲媒介引導出，個人與國家間公法上的權利義務關係。耶律尼克認爲人在國家中有四種身分：1.消極身分(Status negativus)產生自由權，使個人自由於國家之外；2.積極身分(Status positivus)產生對國家的各種請求權，向國家要求給付，沒有國家即無這類請求權存在的可能；3.主動身分(Status activus)是以公民的地位參與國家活動包括國家意思的形成，選舉權屬於典型的這類權利；4.被動身分(Status passivus)產生義務，與權利無關。上述身分關係是近代立憲主義建制完成後，國家與個人處於一種法律狀態(Rechtsstand)中，而非赤裸裸的權力支配下，描述雙方關係的。

㈡修正的身分理論

耶律尼克的身分理論固然是法學概念上的一項發明，但晚近遭受許多批評，大體而言，批評者多認爲這是一種形式的、抽象的、將人視爲孤立個體的假設理論，與今日的社會生活現實不符(註四三)，耶氏理論至今雖然仍廣被引用，卻遭比喻爲將「後專制主義的頭接在民主主義的腳上」(spätabsolutischer Kopf auf demokratische Füsse zu stellen)（註四四）。有的學者則認爲四種身分，不足以表示個人在現代國家中的地位，主張增加一種程序上

註四二：Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, aaO., S. 85ff.。耶氏之身分理論，很早即爲我國學者所引用，見薩孟武，政治學，增訂五版，二十一頁以下。

註四三：Vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 246.

註四四：P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30(1972), S. 80.

的（主動）身分(Status activus processualis)（註四五），也有人認爲四種身分的區分，並無實益，基本權建立了人在憲法上的地位，稱之爲一般國民身分(allgemeines staatsbürgerlichen Status)即可（註四六）。耶律尼克在敘述消極身分時雖然一再將之描繪爲「非國家統治權所及的領域」、「個人是自己的主宰」，也可稱爲「自由的身分」(Status libertatis)（註四七），然而對消極自由內容的確定，則認爲屬於立法者的裁量，以致於表明：「一切自由只有在法律限制範圍內獲得承認」(註四八)，這種觀點當然與當代的憲法論扞格不入，因爲是立法者要受人民基本權所制約，而不是人民的自由乃立法者所賦與（註四九）。作爲一個十九世紀後期德意志的國法學家，耶律尼克反映當時的現實並不足爲怪。在諸多批判者中，艾力士(Robert Alexy)有一段較深入的分析：依照耶律尼克的說法，消極身分是免於國家官署的干涉，積極身分則限於請求國家爲特定的作爲(positives Tun 積極行爲)，假設人民要請求國家官署不作爲，這項權利若是從消極身分衍生，則消極身分與積極身分的根本差別將不存在，若不能從消極身分衍生，而積極身分又只限於積極行爲，則豈非謂在耶律尼克的理論體系中，竟遺漏如此重要的防衛權（Abwehrrechte 或稱防禦權）(註五〇)。至於主動身分及其與被動身分之間的關係，也非毫無疑義，主動身分既被界定爲一項

註四五：Ebenda.

註四六：Hesse, aaO., Rn. 280f.

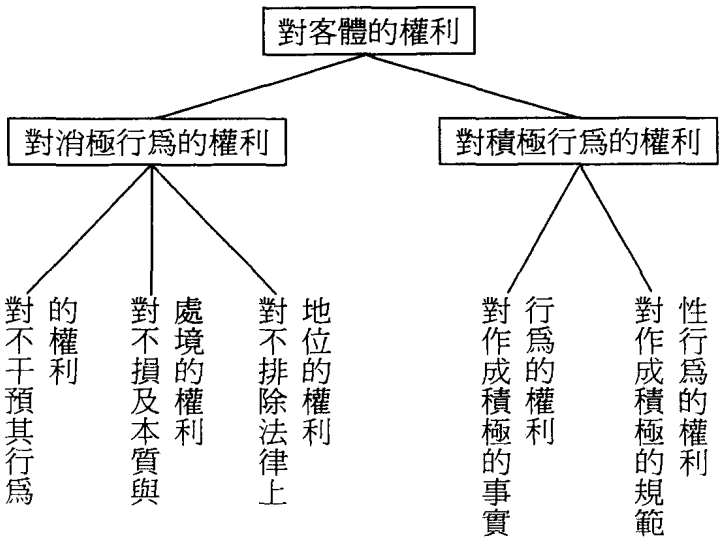
註四七：G. Jellinek, aaO., S. 87.

註四八：G. Jellinek, aaO., S. 103.

註四九：Vgl. R. Alexy, aaO., S. 240ff.

註五〇：Vgl. Ders., aaO., S. 243ff.

參與國政的權能，則基於契約關係擔任公職是否也屬於主動身分？行使選舉權固然是主動身分，如果採取強制投票，使選舉成爲公民的義務時，主動身分與被動身分將有混同之虞，諸如此類都是耶律尼克身分理論不夠周延而有待檢討之處（註五一）。艾力士並提出所謂**權利的基本地位理論**(Theorie der rechtlichen Grundposition)，以補充前述身分理論的不足。艾氏將權利一律稱爲「對客體的權利」(Recht auf etwas)，也就是權利是權利主體對某人有某種權利之謂，用來代替權利是請求（權）(Anspruch)及權能(Kompetenz)的傳統說法。對客體的權利又分爲兩大類：一是對消極行爲的權利，二是對積極行爲的權利，在兩類之中又可再細分如下（註五二）：



註五一：Ders., aaO., S. 181.

註五二：Vgl. Ders., aaO., S. 171ff.

表中細分出來的五種權利，依艾力士原始的舉例： 1.對不干預其行爲的權利，即國家不得干預基本權主體的自由，所謂自由種類繁多，包括信仰、意見表達、藝術作品、教養子女、公開集會、選擇職業等，干預也有不同的強度。基本權主體的行爲可能是法律行爲如締結契約，國家只要不提供契約的法律規範，就無從締約；也可能是訴訟行爲，國家只要不提供訴訟的救濟制度，也就無從爲訴訟行爲。 2.對不損及本質及處境的權利，所謂本質如生命、健康等，所謂處境如住所是。 3.對不排除法律上地位的權利，例如財產就是一種複雜的法律地位，若使人民對取得或讓與財產成爲不可能，便是排除一項抽象的法律上地位。 4.對作成積極的事實行爲之權利，例如私立學校請求國家給予經濟補助，這種事實行爲請求權也可稱爲狹義的給付權利。 5.對作成積極的規範性行爲之權利，例如要求國家在法規上或組織上保障學術自由，也可稱爲廣義的給付權利。

艾力士的權利的基本地位理論確有彌補古典身分理論不具實質內容的缺點，雖有過於瑣細之感，但頗能反映現時以公法（行政法）訴訟，實現個人權利的狀況，有相當價值（註五三）。

二、基本權作爲主觀權利

㈠主觀權利的意義

註五三：改變著者在前引論文「基本權的三重性質」，第二十一頁的見解。

基本權當然就是個人的基本權利，所以用主觀權利乃是與基本權的另一性質客觀規範或客觀秩序相對稱，兩者結合即所謂基本權的雙重性質。而主觀、客觀則是從德文而來，德文 Recht 既有法（law）也有權利（right）的意義，爲了區別，加上主觀表示權利，若加上客觀就表示法。在中文裏權利與法涇渭分明，根本不必如此累贅，由於主觀權利與客觀的法，這種外來語的表達方式，已經被普遍使用，本書從眾，但仍應先予說明。主觀權利與客觀規範的關聯在於：基本權或等同於基本權的權利是權利人就其權利內容對義務人享有的一種權利，例如財產權人依憲法第十五條有受國家保障其財產不受公權力侵害的權利，又如學齡兒童有依憲法第二十一條要求國家給予國民教育的權利，對負義務的國家而言，憲法第十五條、第二十一條也是應遵守的客觀規範或法。

從基本權，特別是以自由權及平等權爲主的古典權利清單而言，它確實是一種防衛權（Abwehrsrecht），即對抗國家的權力，所以前面說過，理論上自由權的保障是「國家不要爲我作什麼」，正如同相傳馬其頓的亞力山大皇帝，在雅典街頭遇見犬儒學派的哲人 Diogenes 倘佯於陽光之中，皇帝問他是否需要什麼幫助，Diogenes 回答：「躲開，不要遮住我的陽光」，既尊嚴又符合一個創導個人虛無主義的人與統治者之間關係的分際。總之，個人權利起始之處，就是國家權力終止的地方，這就是憲法保護消極的自由權利之真諦所在。這種古典意義的消極權利，也稱爲自由的

基本權（liberale Grundrechte）。不過依當前憲法理論（註五四）對上述意義之自由的基本權，並不認爲單純解釋爲抗拒國家的保護傘，是個人自由於國家之外（staatsfreie Sphäre）的權利，從法律技術的觀點乃是對抗國家及其他公權力主體干涉或侵害，而具有的不作爲請求權（Unterlassungsansprüche）。從而自由應該賦予積極的意義，因爲個人不是離群索居的魯賓遜（Robinson），每個人都生活在團體之內，受到團體的約束，並非完全自主孤立的個人（ein isolierten souvränen Individium）（註五五），故自由乃是享有自由發展人格的機會，以自我負責的精神經營個人生活，並參與公共事務，成爲一種積極的自由（positive Freiheit）。例如每個人固然都可以自由的發表意見，更重要的是各種意見能匯聚而成公意或部分社群的意見，才有助於公共事務的處理；每個人都有結社的自由，並不是鼓勵像天上繁星一樣出現無數的社團，而是志趣相投者應共同組成社團，才具有參與公共事務或共同追求個人私益的功能。但上述積極自由絕不可誤認爲，國家得引導個人發表某種意見，參加某種結社或鼓勵其信仰某種宗教，否則將完全失去保障基本權的意義，而與極權政體無異。個人要不要表現其積

註五四：Vgl. Fritz Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, Heft 46, S. 2101; Hesse, aaO., S. 131.

註五五：BVerfGE 4, 7, 15.

極自由本身就享有完全自由。

前面也曾說過，除平等權及自由權之外，其他權利往往有賴於國家以積極的作爲提供措施或給付，才能獲得實現。但是使用什麼概念來描述這類權利，卻無一致的看法。德國聯邦憲法法院在兩個案件：大學入學名額限制案（BVerfGE 33, 303, 333 — Numerus-clausus-Urteil），以及大學組織調整案（BVerfGE 35, 79, 113 — Hochschuleurteil）中，提出分享權（Recht auf Teilhabe, Teilhaberecht）的觀念。在入學名額限制案中，憲法法院表示：申請就讀大學是否本身有分享權的存在？它是基於社會國的憲法任務呢？還是個人自始的(originäre)有請求創造設施之權，俾提供足夠的大學就讀名額？值得考量。聯邦憲法法院於判決中只提出問題，未作肯定答案。另在大學組織案中，該院則認爲在目前的情況下，科學的領域尤其是自然科學，事實上國家已獨佔學術的營運，爲保障基本法第五條第三項的學術自由、對國家的給付作爲，應予分享。從上述判決出現之後，分享權一詞即廣爲使用，但各方對分享權的範圍則無一致的看法（註五六）。有傾向將平等權及自

註五六：聯邦憲法法院創用的分享權，目前討論基本權的著作，幾乎沒有不使用的，但也受到若干批判，曾任聯邦憲法法院法官的 Ernst Friesenhahn (Der Wandel des Grundrecchtsverständnisses, 1974, S. 29f.) 及 Ossenbühl (AaO., S. 2104) 就曾嚴厲批評，認爲分享權的涵義不明確也無法預見，易使基本權的解釋造成誤會，判決中所謂有權請求國家創建充分的教育設施，使學生都能入學，其實這就是基本法第十二條平等權的保障範圍，根本就不必另創分享權的概念。

由權以外之權利，泛稱爲分享權者（註五七）；也有視分享權與給付權（Leistungsrecht）是重疊的概念（註五八）；又有主張分享權不分自由權或基於社會國原則，凡有權請求國家平等對待者皆屬之（註五九）；另外奧地利憲法學者則將基本權三分爲自由的基本權、社會的基本權及分享權，所謂分享權係政治上的基本權（politische Grundrechte）（註六〇）。我們認爲分享權的提出，衝擊了所謂自由權是消極的權利，社會權是積極的權利的認知，因爲學術自由從任何觀念看都是自由權，但分享權則要求國家有義務使學術自由的權利主體（如大學的師生），有參與分享學術機構營運的權利，所以國家所負者，不再是單純的不予干涉而已。分享權在概念上與傳統的基本權分類有所扞格，原因就在於此。

㈡我國憲法基本權的分類

傳統憲法教科書通常將人民權利分爲平等權、自由權、參政權及受益權四種，這項分類最生疑問的就是受益權之範圍。通說將生存權、工作權及財產權，請願權、訴願權及訴訟權及國民受

圍，根本就不必另創分享權的概念。

註五七：Pieroth/ Schlink, aaO., S.23, 26.

註五八：Richter/ Schuppert/ Bumke, aaO., S.7.

註五九：Hesse, aaO., S.132.

註六〇：B.-Ch. Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 10. Aufl., 2000, S.337.

教育權包括在受益權之內（註六一）。這七種權利之間，性質互不相容，合稱受益權實不妥當，尤其明顯者：財產權是古典自由權的一種，也就是所謂自由的基本權，而生存權與工作權則屬社會的基本權，因社會主義思潮興起所衍生的基本權，方枘圓鑿，豈可混爲一談。所以本書擬修正上述傳統的說法，提出新的分類：

1.**平等權**：即憲法第七條所規定的人民在法律上一律平等之權。

2.**自由權**：包括人身自由、不受軍事審判之自由、居住遷徙自由、表現自由（言論、講學、著作及出版自由）、秘密通訊自由、信仰宗教自由、集會結社自由、財產權（取得、處分、收益私有財產之自由），即憲法第八條至第十五條的基本權，也是屬於所謂古典權利清單的自由權利。

3.**政治參與權**：其涵蓋較傳統的參政權爲廣，不限於憲法第十七條選舉、罷免、創制、複決，同時包括第十八條應考試服公職。但關於應考試是指：參與公務人員任用資格考試及專門職業及技術人員考試，與政治事務沒有直接關聯。

4.**社會權**：社會權是反映社會主義世界觀的社會基本權簡稱，有時因爲避免使用社會主義這種充滿意識型態的詞彙，德國教科書多根據其憲法，而稱爲基於社會國的請求權或分享權。我國往日的憲法著作，常用所謂團體主義、社會連帶思想等名詞加以解說。其實社會權是不折不扣的社會主義色彩的基本權，若謂

註六一：林紀東，前引中華民國憲法釋論，一五〇頁。

是依據孫中山先生的遺教而來，但民生主義不也是社會主義的一種嗎？從憲法第十五條的起源解釋（genetische Auslegung）尤其明顯：五五憲草第十七條相當於現行憲法第十五條，其文字爲：「人民之財產，非依法律不得徵用、徵收、查封或沒收」，單純保障財產權。現行憲法制定過程中，爲拉攏中共及其他左翼黨派共同制憲，特別加入左翼社會主義者最關心的生存權及工作權（註六二）。我國憲法上的社會權，除生存權與工作權外，尚有一項受國民教育權。這些社會權的規範目的，在於國家或社會集體的力量，保護社會的、經濟的弱者，使其也能過著有尊嚴的生活，以矯正資本發達後貧富過度的懸殊，而達到實質平等（註六三），實現分配正義(justicia distributiv)的理想。社會權或分享權概念上有重複之處，已見前述；又有不採用社會權而改稱爲「作爲請求規範的基本權」(Grundrecht als Anspruchsnorm)的說法（註六四）。

社會權與平等權及自由權在對基本權主體的保障功能方面，有一項顯著的不同，應予注意。立法行爲或行政措施是否違反平

註六二：從制憲國民大會實錄（民國三十五年，南京出版，四三三頁）的記載：「無財產者之生存權及工作權，亦應並加保障，否則本憲法僅保護有財產者之財產，實屬有違民生主義之精神，及成爲偏重保護資產階級之流弊，因而將本條修正爲『人民之生存權工作權財產權應予保障』。當時在場（指分組審查）人數八十八人，以七十一票通過修正案」。可以獲得證明。

註六三：蘆部信喜著，李鴻禧譯，前書，三三七頁。

註六四：Ossenbühl, aaO., S. 2105.

等權或自由權，法院得依職權自行判斷，並可宣告系爭的法規或措施牴觸憲法。至於將社會權具體化執行的法規或措施，司法機關宜尊重立法及行政部門的形成自由，因爲其中涉及資源分配、財政支出，最後還須對國民負責，司法機關不應過度干預。若各種社會立法或其執行，違反平等原則，則另當別論。

5.**程序基本權**：程序基本權主要是指憲法第十六條所規定的請願、訴願及訴訟權。其中請願權(right of petition)則是古老的權利，英國權利典章就訂有：「臣民有向國王請願之權利，凡對人民請願而判決有罪或加以控訴，均屬非法」，不過時至今日，向政府表達意見或陳訴怨情且受法律保障的管道，在所多有，請願的意義已經改變。程序基本權的對稱是實體基本權，除第十六條之外，第二章其他的權利，都可視爲屬於後者，程序上的權利其重要不亞於實體的權利，因爲後者的實現，有賴前者的發揮功能，沒有程序上的基本權，其他基本權受侵害時，基本權主體便缺乏直接、有效的救濟途徑。有鑑於此，Häberle 氏在耶律尼克四種身分之上，增加第五種程序的主動身分(Status activus processualis)，值得我們注意。程序基本權在第十六條之外，依照大法官的解釋，尚可推衍出受正當法律程序（due process of law）保障的權利以及行政程序的參與權（參看釋字第四九一號解釋之協同意見書），本書在相關地方，再行敘述。

三、基本權作爲客觀規範

㈠基本權是機關權限的消極規定

國家機關的權限有積極的範圍及消極的範圍，憲法有關國家機關權限規定及相關的組織法規，提供該機關權限的積極範圍，而基本權尤其是自由權，則是國家機關權限的消極規定（negative Kompetenzbestimmungen）（註六五）。各種自由權的保護範圍，就是國家公權力行使的界限，一旦公權力侵犯這一範圍，不問是立法機關或其他機關的行爲，將遭到違憲的非難，並產生違憲的法律效果。基本權條款如果只是個人權利的規定，那麼只有個人基本權受損害，才有保護必要（Schutzbedürfnis），憲法審判機關才能進行規範是否違憲的審查。可是實質上並非如此，縱然設置憲法法院，對憲法訴訟也採取權利保護要件制度的國家，作爲權利主體的個人其提起爭訟，無非具有發動程序的作用，憲法法院如何審查法規的合憲性，並不受其主張或聲明所拘束。至於我國的憲法爭訟制度，除由主張基本權受損害的個人所提起之主觀爭訟外，尚有機關提起或國會成員（三分之一立法委員）所提起的客觀爭訟，這類爭訟並未涉及當事人的權利受損，而是法規的客觀上違憲（objektive Verfassungswidrig）。客觀爭訟中最常見的就是立法行爲或行政行爲侵入自由權的保障範圍，違背消極的權限規定。下面且舉大法官釋憲案例加以說明：

第一則案例爲釋字第三八〇號解釋，本案是立法委員在審查教育部將大學法施行細則函請立法院查照時，立法委員現有總額三分之一認爲該細則有違憲疑義，依司法院大法官審理案件法第

註六五：Vgl. Hesse, aaO., S. 133.

五條第一項第三款提出聲請，純屬客觀上規範的違憲審查，並非任何人憲法上所保障的權利受侵害。第三八〇號解釋的結論爲：大學法施行細則第二十二條第一項及第三項關於共同必修科目之規定，欠缺大學法授權依據，與憲法第二十三條法律保留原則不符，且違反憲法第十一條講學自由之規定。第二則案例是釋字第三九二號解釋關於犯罪嫌疑人羈押權歸屬於檢察官抑法官的釋憲案，是由立法院院會決議及三分之一立法委員分別提出聲請，解釋意旨以現行刑事訴訟法將羈押權賦予檢察官行使與憲法第八條第一、二兩項保障人身自由規定不符，宣告刑事訴訟法與此相關的七項條文違憲，並將羈押被告之權限回歸法官。第三則案例屬於統一解釋的案件，先是立法院於民國七十四年間制定之教育人員任用條例第二十一條第二項規定，公立學校現職職員應由考試院限期辦理考試定其資格，未經考試及格者，得繼續任原職至其離職爲止。七十九年立法院又修改上述法律條文，將「應由考試院限期辦理考試」刪除，並將同條項後段文字修改爲：「適用各該原有關法令」繼續任職，考試院認爲修正條文有違憲疑義，聲請解釋。大法官作成釋字第二七八號解釋，認尚未構成違憲，惟未經考試及格之公立學校職員，僅能繼續在原學校任職。嗣後立法院在八十三年七月一日再次修改上述條例第二十一條，使僅能在原學校繼續任職之職員「並得在各學校間調任」，明顯悖離釋字第二七八號解釋的意旨，與主管考試用人的考試院職掌攸關，該院又再提釋憲聲請，大法官於是公布釋字第四〇五號解釋，除認爲八十三年修正的條文與憲法第八十五條公務人員應經公開考試始

得任用之原則不符外，「並得在各學校間調任之規定，使未經考試及格者與取得公務人員任用資格者之法律地位幾近相同，對於前開條例施行後以考試及格任用之人員有失公允」，於憲法第七條亦屬有違。本案以平等權作爲判斷考試、立法兩院權限爭議的一項標準，同時首次宣示立法機關不得任意推翻大法官先前的解釋，意義重大。上述案例，分別宣示教育部發布大學法施行細則侵犯憲法第十一條講學自由、刑事訴訟法賦予檢察官羈押權違反第八條人身自由的保障、立法院修改教育人員任用條例違反憲法第七條之平等權，都是逾越機關權限的消極規定。在大法官解釋中，這類案件爲數甚多，難於盡述。

㈡基本權乃客觀的價值體系

基本權是客觀的價值秩序（Wertordnung）或價值體系（Wertsystem），幾爲各國的通說（註六六），奧國公法學者 G. Winkler（溫克勒）曾謂：「價值概念的普遍性，非謂可任意的去遂行這些價值，而是對內在的也是含有目的的價值，負有義務，故基本權對立法及行政部門而言，不僅是限制，亦是具有目標意義應遵循的價值」（註六七）。德國學者 Hesse 氏所謂客觀秩序的基本元素則

註六六：Vgl. Klein/ v. Mongoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B III 4 vor Art. 1, S. 93;Richard Novak, Verhältnismässigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, Festschrift für Günther Winkler, Wien 1989, S. 39ff.

註六七：G. Winkler, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen, 1969, S. 47.

指涉基本權既是法規範外，也包括價值秩序在內（註六八）。聯邦憲法法院最早在一項案件（BVerfGE 7, 198, 205 — Lüth）中，也接受這一種說法。其後在著名的墮胎合法化違憲的案件中（BVerfGE 39, 1 — Schwangerschaftsabbruch I），對基本權的價值秩序性質，闡釋如下：

> 依基本法第二條第二項第一款的規定，可導出國家有義務保障人的生命。...根據聯邦憲法法院歷來的裁判，基本權條款不僅是個人對抗國家主觀的防衛權，同時也是客觀秩序...國家這一保障義務當然不僅禁止國家直接侵害形成中的生命，也要求國家在出生之前予以保護，換言之，防護來自他人非法的侵害。...在基本法價值秩序中，位階越高的法益，國家所負的保障義務也就越重大。毋庸贅言，人的生命在基本法的秩序中，具有最高的價值，它是人性尊嚴的生命基礎，也是一切其他基本權的前提條件。

其實成文的憲法法典最難完全表現爲價值中立，在保障一黨專政的國家，其憲法通常是爲實踐專政政黨的意識型態而設計，以往的蘇聯憲法，固無待深論。標榜民主主義法治國的威瑪憲法，實際上是市民階級與社會主義世界觀的妥協（註六九）。憲法中的基本權條款往往是這類價值或世界觀的反映，條款中出現相互衝突者，也非罕見。我國憲法第二章亦有同樣的問題，既包含市民階

註六八：Hesse, aaO., S. 134f.

註六九：Schmitt, aaO., S. 30.

級的法治國思想、自由主義的世界觀，又有社會主義的基本權規定。憲法第二十三條則是限制人民自由權利的概括授權，除法律保留之外，其限制應符合「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維護社會秩序或增進公共利益」其中「維持社會秩序」、「增進公共利益」兩句應解釋爲基本權主體（私益）與公益之間的價值衡量問題。集體主義者固然強調秩序及公益的優先順序，自由主義或個人主義者也不致加以漠視，因爲這是社會存續而不致解構的條件。限制人民自由與權利的法律是否具有正當性，衡量的結果若是第二十三條所欲維護的價值高於各個基本權條款或第二十二條所保障的價值，則系爭的法律不構成違憲，反之，則有違憲的可能。

大法官從事法令的違憲審查，在在涉及各種價值衡量問題，下文以近年數件案例作爲舉隅：㈠釋字第四一四號解釋，其解釋文前段稱：

> 藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。

獲致上述結論之理由，不外基於：「政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則」，「商業

言論尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」，藥物廣告之商業言論，與國民健康有重大關係，事前接受主管機關之審查，爲增進公共利益所必要。雖未明白寫出法益或價值衡量的文字（註七〇），但實際上存有兩層價值上的衡量及判斷，一是商業言論受保障之價值較政治性、學術性及宗教性言論爲低；二是保障商業廣告（尤其藥物廣告）之言論自由的原則，與增進公益的原則相競合時，前者應退讓與後者。㈡釋字第四四二號解釋：按我國一般訴訟制度，除有審級之外，又有再審制度之設，唯獨選舉訴訟採二審終結並且不得再審。本件聲請人參加某縣縣議員選舉，因落選提起選舉無效訴訟，又遭敗訴判決，遂主張選舉訴訟未有再審之設係屬違憲。本號解釋主要理由爲：「選舉、罷免爲公法上之權利，其爭議之處理，雖非可完全置私人權益於不顧；然其究係重在公益之維護」。質言之，再審所能給予當事人之利益，在評價上低於使選舉結果迅速確定之公益，故選罷法之規定，並未侵害聲請人的

註七〇：論者批評釋字第四一四號解釋，未對利益衡量（balancing interest）有所闡釋，見黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告 — 兼論司法院大法官會議釋字第四一四號解釋，台大法學論叢，二十七卷第二期，八十七年一月，三八五頁以下。並參照黃錦堂，自由權保障實質論證之檢討，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中研院社科所，八十九年，一八九頁以下。雖然本人並不贊成這號解釋某些論點（見該號解釋部分不同意見書），但事實上解釋中已經作利益與價值的衡量與抉擇，只是司法院的解釋製作有一定的慣例，不能以論述方式與美國或其他國家不同，而加以非難。

訴訟權。㈢釋字第四四五號解釋：本件所涉及的核心問題乃是，以集會遊行方式所表達的意見自由（包括主張共產主義及分裂國土），與維護公共利益（即集遊法第十一條第二款所稱：有事實足認爲有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者），或防止危害他人自由及權利（即該法同條第三款所稱：有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者），其價值何者優先？以致於影響集遊法上述禁止集遊規定的合憲性。釋字第四四五號解釋與集遊法皆承認維護公益或防止危害他人是值得維護的價值，而如何取得與表現自由的基本權之均衡，則有程度上的差別，釋字第四四五號解釋認爲上述集遊法第十一條兩款的規定，「有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作爲集會、遊行准否之依據」爲違憲。㈣關於警察維護公安的臨檢與保障個人自由，何者具有更高的價值，釋字第五三五號解釋的論斷是：

> 臨檢自屬警察執行勤務方式之一種。惟臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅。人民之有犯罪嫌疑而須以搜索為蒐集犯罪證據之手段者，依法尚須經該管法院審核為原則（參照刑事訴訟法第一百二十八條、第一百二十八條之一），其僅維持公共秩序、防止危害發生為目的之臨檢，立法者當無授權警察人員得任意實施之本意。是執行各種臨檢應恪遵法治國家警察執勤之原則，實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有法律

之明確規範，方符憲法保障人民自由權利之意旨（理由書第二段）。

第五三五號解釋遂認爲：現行執行臨檢之準據法警察執行勤務條例規定有欠完備，二年內應予修正。換言之，不是任何目的在維持公共秩序的公權力措施，都比個人自由具有更高的價值，若不符合法治國家警察執行勤務之原則的行爲，個人沒有服從的義務。

㈢對基本權作為價值秩序的商榷

強調基本權條款具有價值取向的原則性規範之性質，雖已成爲目前的通說，但對基本權作此理解，是否全然沒有問題？也有加以探討的必要。戰後初期公法學者福斯朵夫（E. Forsthoff）便持反對意見。福氏認爲「價值的客觀性將取代個人自由的主觀性」，所謂價值理論「不僅喪失理性，也失去科學的準則」（註七一），「憲法及基本權中自由涵義都將解消」（註七二）。即便是贊成以基本權作爲價值秩序者，也承認從實際運用的層次看，價值秩序或價值衡量可以造成法官或基本權解釋者的專斷主義（註七三）。更有學者

註七一：E. Forsthoff, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: Festgabe für Carl Schmitt, 1968, S. 190, 209.

註七二：Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaften, 2. Aufl., 1971, S. 69.

註七三：E. – W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: Probleme in Verfassungsinterpretation hersg. v. Dreier u. Schwegmann, 1976, S. 281.

特別是奧國的憲法研究者，從根本上否定所謂基本權是客觀規範性質的說法，因爲基本權既是個人權利，則權利請求必須有法的依據，所謂基本權乃客觀規範是一種像語言錯亂的迷霧概念(Nebelbegriff)（註七四）。對於這類質疑，論者或主張只要將價值從傳統的法學解釋方法中解放出來，「體認時代的價值意識，從事基本權解釋時，溶入快速變遷的價值觀念或價值判斷，從而刻意的敞開大門（註七五）」，使「基本權成爲開放的規範體系」。艾力克(R. Alexy)並提出以原則概念來取代價值的主張（註七六），基本權條款通常是原則性的規定，所謂價值衡量其實就是適用基本權之際，發生原則之間的競合，而必須決定基本權，還是憲法其他原則孰爲優先，例如新聞自由與國家外部安全的維護，就是常見的情形。價值判斷涉及世界觀，也是哲學上的問題，以原則替代價值，頗有「去意識形態化」的作用，故值得介紹。

四、從基本權性質導出的功能

基本權的功能（Funktionen der Grundrechte）是討論基本權理論時，不可忽略的項目，國內新近出版的憲法教科書也是如此（註七七）。其實基本權功能不外基本權條款主觀上和客觀上的規範效

註七四：M. Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, Wien 1997, S. 81.

註七五：Vgl. Alexy, aaO., S. 146f.

註七六：關於 Alexy「原則理論」，本書第四編第三章第三節將作說明。

註七七：李惠宗，憲法要義，二〇〇一年，九十頁以下；法治斌、董保城，中華民國憲法，稱爲基本權之作用，增訂三版，九十九頁以下。

力，因此與基本權的性質息息相關，甚至在概念上有不少重疊之處，有的學者則將基本權功能直接稱爲基本權的效力(Grundrechtswirkung)（註七八）。至於基本權功能如何分類，學者說法並不一致（註七九），下面所述可視爲一般通說：

1.**防禦功能**：如前所述，自由權是典型的防禦（衛）權，也就是對抗國家或其他行政主體的公權力侵害，也可說是基本權的原始功能。

2.**參與功能**：憲法所規定的參政權及應考試服公職權，所提供的就是參與功能。

3.**分享功能**：分享權的界定，似無定論（註八〇）。我們的見解是分享除「分享」各種自由權之外，也有對給付義務的受益性質。給付義務包括物質的（如社會福利、社會救助）及精神的（如

註七八：Richter/ Schuppert/ Bumke, aaO., S. 7ff.

註七九：學者許宗力根據大法官的解釋，歸納基本權功能包括：防禦權、受益權功能、保護義務功能、制度保障功能、程序保障功能五項，見其所撰，基本權的功能與司法審查，國科會研究彙刊：人文與社會科學，第六卷第一期，一九九六，二十四頁。

註八〇：D. Murswiek 根本否定分享權（Teilhaberechte）可單獨視爲一項權利，認爲不過是平等權的一種作用，J. Schwabe 則主張分享權係從自由權範圍內衍生（Problem der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 244f.），奧國通說採分享權來自自由權的見解，該國憲法法院也認爲：使用街道散發政治傳單的分享，是意見自由的作用（VfSlg. 1165/ 1988），Vgl. M. Holoubek, aaO., 1997, S. 354.

教育、文化、訓練等設施）作爲，分享功能其來源自由權與社會權兼而有之。

4.**程序保障功能**：程序基本權包括憲法第八條的法定程序及第十六條暨其他憲法位階的程序保障，諸如接受普通法院依法定程序審判的權利及參與行政程序的權利等，前已說過，而這類程序基本權所產生的就是程序的保障功能。以上對程序保障功能的詮釋，與德國實務上見解不同，例如聯邦憲法法院認爲基本法第二條第一項人格發展自由的保障，即含有重要的程序法上的效果（verfahrenrechtliche Auswirkung），法律若限制個人對違憲秩序提起憲法爭訟，就是牴觸上述條文的規定（BVerfGE 6, 32, 41；BVerfGE 77, 170, 214）。

5.**制度性保障功能**：制度性保障（institutionelle Garantie）或制度保障(Institutsgarantie)是威瑪時代史密特所提出的概念，意謂基本權不僅是個人權利保障，也包括對公私生活上既存的社會事實，經由各種複雜的法規加以規範，而形成的建制（Einrichtung）保障，立法者不能予以侵害，像公務員制度、地方自治團體等公法性質者稱制度性保障，婚姻、家庭等私法上的建制稱制度保障(註八一)。不過後來使用上述兩種概念，則不再加以嚴格區分，但也有不少文獻以建制保障（Einrichtungsgarantie）來總括制度性或制度保障（註八二）。威瑪時期雖經學者提倡，但由當時的政治形勢來

註八一：C. Schmitt, Verfassungslehre, aaO., S. 170ff.

註八二：E. Schmitt – Jortzig, Die Einrichtungsgarantie der Verfassung, auch Richter u.

看，並沒有實際作用。戰後倒是受到重視，基本法第十四條第一項的財產權及繼承權的保障，以及第七條第五項私立學校設置自由均被認爲是典型的制度性保障的性質。在學說發展上，建制保障不僅涵蓋史密特原始的保障功能，凡法律制度及生活現狀的保障都在概念範圍之內（註八三），而且還有擴大之趨勢，已非最初建構的本意（註八四）。

制度性保障的理解，各種說法紛陳，難予盡述，下面以只舉 Peter Häberle 與史密特爲代表的新舊理論。史密特所主張者是一種狹義的制度性保障，並不是每一種自由權都具有制度保障的功能，只有那些傳統上存續已久的制度，諸如婚姻、繼承、文官、地方自治團體及大學，才能夠稱爲制度性保障，而免於立法者的侵害。Häberle 的新理論則採廣義的界定，他認爲個人權利與制度保障兩者共同構成基本權的整體（Gesamheit der Grundrechte），換言之，基本權除作爲個人的公權利之外，也是生活關係中的建制，具有客觀的及制度上的特徵。是以法律上的契約、財產及繼承的秩序，現存的婚姻、家庭、結社、集會及勞動同盟等都可視爲憲

---

a., aaO., S. 40.

註八三：陳春生，司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中研院社科所，第二七三頁以下。

註八四：參照陳愛娥，基本權作爲客觀法規範—以「組織與程序保障功能」爲例，檢討其衍生問題，同註七〇之論文集，又我國學者許宗力（基本權的功能與司法審查，見註七九）、李建良，論學術自由與大學自治之憲法保障，人文及社會科學集刊，第八卷第一期，二七五頁，均採廣義的界定。

法的制度，而受到保障（註八五）。聯邦憲法法院頗受這種廣義的制度性保障理論的影響，在傳統婚姻、繼承等之外，也承認某些自由權的本身，即產生制度性保障的功能，例如關於明鏡雜誌（Spiegel）的判決（BVerfGE 20, 162, 174f）：

> 新聞自由在民主國家之中，依據憲法應享有其法律地位。新聞自由受到基本法第五條之保障，因此根據這一規定新聞自由有其體系上的地位及傳統的理解，亦即此項自由是從事新聞活動的人及企業受保障的主觀基本權，並在面對國家強制力時得到維護，就關聯性而言，也確保新聞自由優越之法律上地位，故基本法的規定同時亦具有客觀之法的一面。它保障新聞自由制度（Institut "Freie Presse"）。

對於新聞自由制度性保障的實質內涵，上述判決認爲：國家有義務建立關於新聞的規範秩序，以維護其自由，包括自由建立新聞機構、自由的選擇新聞作爲職業、政府官署有義務對新聞提供資訊、以及國家有義務消除新聞自由可能遭受意見獨占的危險。除新聞自由之外，聯邦憲法法院賦予制度性保障功能者，尚有：私立學校、學術自由、藝術自由等（註八六）。

我國大法官在許多解釋中，肯定基本權的制度保障功能：例

註八五：Häberle, Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 70ff., auch Albert Bleckmann, aaO., S. 229.

註八六：判決之案號依次是 BVerfGE 6, 309 (355), BVerfGE 35, 79 (102), BVerfGE 30, 173 (188), vgl. auch Ossenbühl, aaO., S. 2104.

如學術自由（釋字第三八〇號解釋）、財產權（無記名證券，釋字第三八六號解釋）、訴訟權（釋字第三六八號、第四三六號解釋）、地方自治（釋字第四六七號、第五五〇號解釋）、言論自由（釋字第三六四號解釋），或者表現於多數意見中，或者由大法官以個人意見加以闡揚。上面這許多解釋中對制度性保障的認知未必完全相同，也不一定與某些學說相符，於是有執學說而批評大法官的解釋者（註八七）。如前所述，縱在德國，何謂制度性保障，目前也沒有一致的見解，我們綜合大法官相關解釋，不拘泥外國學說或任何一家之言，爲制度性（建制）保障，作成以下的理解（Verständnis）：

> 制度性保障是從個人基本權中產生的保障功能，舉凡從憲法實施時起已存在的各種保障基本權的制度，以及衡量社會生活的現實及國家發展狀況，所應建立的保障制度都包含在內。

這項不是定義的理解，還須進一步說明：㈠指涉的範圍雖然廣泛，但也不是每一種基本權都必須由國家建立制度給予保障，例如信仰自由，並不一定要制定宗教法來保障，聽任人民自行選擇其信仰即可，又如人民參加政黨的權利，也不必制定政黨法才能有效行使。㈡制度性保障與個人權利是一體的兩面，以往學者或謂強調制度性保障可能造成個人自由的緊縮（註八八），這類說法

註八七：陳愛娥，前引論文，憲法解釋之理論與實際，第二輯，第二三六頁。

註八八：Vgl. Ossenbühl, Ebenda，另參看許志雄，制度性保障，月旦法學，第八期，一九九五年十二月，四十九頁。在學理上甚至有全然不接受制度性

並不正確，個人因憲法上權利遭受損害，循憲法訴訟途徑尋求救濟，憲法審判機關正可從制度面審查其損害是否成立，而不是單純以某法條是否牴觸上位規範爲思考重點，所以對個人權利保障具強化的功能。㈢制度性保障不以現狀保障爲滿足，而是與時俱進，隨時間推移，往日認爲合憲者，今天也許受到違憲的非難。例如民國六十年代只求犯罪嫌疑人能於二十四小時內移送並由檢察官羈押，但九十年代則認爲必須該管法院始有權裁定羈押（見釋字第三九二號解釋），便是一例。㈣制度性保障或許與後述的保障義務概念有重複的地方，爲解決這個問題，我們在此畫一界限：保障義務是專指國家對基本權（就自由權而言），以各種設施防止公權力本身或第三人對權利主體的侵害，制度性保障是著重於對自由的基本權積極的提供各種建制保障，這也就是前面所引德國聯邦憲法法院對新聞自由，基於制度性保障國家所負的義務；釋字第三八〇號解釋在釋示有關學術自由爲制度性保障時，除對大學自治制度「擔保不受不當之干涉」外，更寓有「使大學享有組織經營之自治權能，個人享有學術自由」的意旨所在。

6.**合法性功能**：合法性或合法化（legistimation）是晚近受美國政治學影響而常使用的詞彙，其實它在歐洲學術著作中被引

保障者，如 Schmitt Glaeser，就批評說制度性保障是混沌不清的言語 (babylonische Sprachverwirrung), siehe AöR 97 (1972), S. 291ff.，日本學者蘆部信喜也認爲，現時縱德國基本法下，也無承認制度性保障的的實益，見其所著現代人權論，一一六頁，引自陳春生，前引論文，三一一頁。

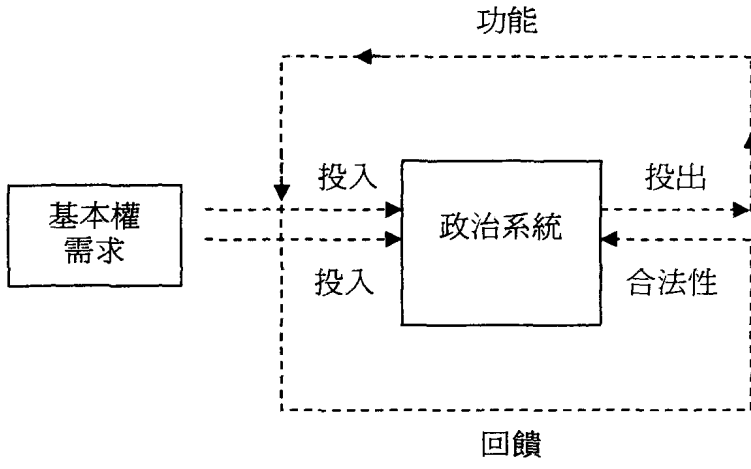
用有更早的歷史（註八九）。通常所謂國家或政治體系的合法性，不外指涉國家（政治系統）起源及存在的正當性（註九〇），絕大多數人民願意接受其頒布的法令，沒有大規模的公民不服從（civil disobedience），是合法化最基本的要求。如何塑造國家、政治系統的正當性，有各種理論和途徑，基本權的具體化實現與否，我們認爲也是一項指標。論者主張現代民主國家莫不採多數決的原則（例如法律就是代表多數的意見），但多數的決定往往犧牲少數人的利益，基本權保障個人的身分地位，尤其透過憲法訴訟個人的權益更可獲得救濟，遂認爲足以表現合法化功能（註九一）。我們認爲個案救濟作用，既容易與程序保障功能混淆，也不夠充分說明這項功能。基本權一方面包括消極不受公權力侵害，另一方面有權要求國家或公權力主體（政治系統），積極的向人民提供教育、訓練、就業及生存照顧等給付，如果在這兩方面政治系統投出的功能愈多，則回饋的合法性也愈強，我們借系統論者常用的圖形，說明以上的道理：

（見下頁）

註八九：見拙撰，韋伯的政治理論及其哲學基礎，民國八十二年，五十六頁以下。

註九〇：Vgl. R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, aaO., S. 106ff.

註九一：Bleckmann, aaO., S. 286.



第四節 基本權的保障範圍

一、保障範圍與相關概念

基本權條款是客觀的規範，而每一種規範都有它的範圍，可稱之爲規範範圍（Normbereich），規範所規制的對象是生活的現實事物（註九二）。基本權有關規定與一般規範不同，它的特質是保障規範，基本權的規範範圍也就是保障範圍（Schutzbereich）。在範圍內受到保障的事項，稱之爲保障客體或保障事項（Schutzgegenstand）（註九三）。這些概念來自德國，所以我們先以

註九二：K. Hesse, aaO., S. 18, 27.

註九三：我在釋字第三六八號解釋的協同意見書中，將受保障事項視爲基本權構

德國基本法爲例說明：

基本法第二條分爲兩項，其規定如下：

凡德國人均無需核備或許可，即享有和平及不持武器集會的權利。

露天集會之權利得經由法律或基於法律所定原因限制之。

本條規制的對象（也可說是規範範圍）是一切集會，和平及不持有武器的非露天集會（室內集會）則是保障範圍及保障事項，而且此項規範不得以法律加以限制；第二項屬於法律保留問題，得以法律限制的集會限於露天集會（註九四）。

保障範圍內的保障事項不限須積極作爲的事項，例如基本法第二條第二項關於自由發展人格的規定，就屬消極性的性質。而第十二條職業選擇之自由，其保障事項除防禦性質（對抗國家之干涉職業自由）外，也可能包括要求國家支助職業訓練或解決失業問題，換言之，屬於分享權或給付權的事項（註九五）。因此保障範圍從原本是個人權利的擔保，擴張爲制度性保障以及客觀的法律秩序之任務。人的社會現實非常廣闊，保障範圍所到達的區域，是基本權效力所及的範圍，也可稱爲基本權的實質區段（Wirklichkeitsausschnitt）。國家或立法者對每一項基本權都有義

成事項，是受 Bleckmann 的書影響（Aao., S. 328ff.），並不準確，在此更正。

註九四：Richter u. a., aaO., S. 5.

註九五：Pieroth/ Schlink, aaO., S. 51.

務形塑其保障範圍。所謂形塑保障範圍不是以限制基本權行使爲目的，而是根據各該基本權傳統所具有的擔保作用，以及隨社會發展而產生的內涵，適時予以保障。在保障範圍內的受保障事項，更是公權力不應加以損害的對象。

二、保障範圍的界定

某一項基本權的保障範圍，可能不是從一件憲法訴訟案中得到完整的劃定，往往需要經過許多個案之後，有權解釋憲法的機關才逐步顯現其對該特定基本權，應具有如何之保障範圍的見解。至於學理上界定基本權的保障範圍，也不外應衡酌日常生活的觀念，傳統意涵以及前瞻的思考作合理解釋，換言之，即根據詮釋學者所稱的憲法的意志（旨）（Will der Verfassung）以及效應歷史意識（Wirkungsgeschichtesbewusstsein）（註九六），通盤考量。試舉例說明：憲法上生存權的保障，不能單純著眼於生存二字，尙應包括與生存有關的範圍：例如食、衣、住、行相關的活動的自由、運動、睡眠及休閒等，當然還有最重要的生命的維護。生命得到保障，人才能繼續生存，然而生存的標準是什麼？最低生存水準嗎？或者合乎尊嚴的生存？還是以某一先進國家人民生活水準作爲生存的指標？爲落實前述各種內涵的生存權，國家負有何種保障義務？都是解釋生存權時所面臨的問題。在決定某一基本權的保障範圍時，通常不採列舉保障事項的方式，而以概括的

註九六：詳見本書第四編關於加達默及貝提詮釋理論的敘述。

說明代替，例如德國基本法第二條第一項自由發展人格，在學理上雖有廣狹不同的保障範圍之主張，但也都避免加以列舉，以免不夠周延。聯邦憲法法院基本上採取廣義說，在早期一項案件（BVerfGE 6, 32, 36ff）（註九七）中，認定：人格的自由發展不僅是人格權核心領域的發展，更指廣泛意義的行爲自由（Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn）（註九八）。嗣後發生的若干案件，該憲法法院都以行爲自由作爲判斷人格發展權是否受侵害的標準：於是在森林小徑騎馬、受私法自治的締約自由、個人的私密活動、婚姻、自我展示、肖像權、保有對外不公開的講詞、

註九七：本案發生於一九五三年，原告是納粹時代的官僚，戰後又成爲政治上活躍人物，向主管機關申請出國護照被拒絕而涉訟。拒絕理由是：基本法第十一條只保障在聯邦領域內之活動自由，而一九五二年之護照法則規定，持照人如對聯邦共和國對內或對外安全及其他重要利益有危害，得拒發護照。聯邦憲法法院則認爲基本法第二條第一項對其他基本權而言，具有補充的作用，不在其他條文保障者，並非不能主張第二條第一項的擔保。拒發護照即構成妨害人格發展所須的行爲自由。此案判決後，論者也批評聯邦憲法法院已不是單純的違憲審查，而是超級法律審（Superrevisionsinstanz），siehe K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., Rn. 274f.

註九八：將人格自由發展解釋爲「行爲自由」，目前雖爲實務上所遵循，但也遭不少學者批評，有的認爲基本法第二條第一項只是將人格發展提高層次爲真正的保障，但仍應回歸基本法上的實質規定；有的則說一般性的行爲自由不過是空轉（leerlaufen），至多是強調法律保留而已，Vgl. Richter u. a., aaO., S. 89f.

國民戶口普查案（涉及個人之資料在統計後不當散布使用），均與對人格權發展有關（註九九）。

三、以憲法上訴訟權爲例的保障範圍

保障範圍的概念，最早出現在著者所撰的釋字第三六八號解釋的協同意見書中，但並非個人的見解，其後大法官在某些案件的多數意見中，也加以採用。例如釋字第四五〇號解釋稱：

> 大學自治屬於憲法第十一條講學自由之保障範圍，舉凡教學、學習自由有關之重要事項，均屬大學自治之項目。

嗣後釋字第四九〇號解釋關於宗教信仰自由的釋示也說：

> 其（指宗教信仰之自由）保障範圍包括內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。

兩號解釋對保障範圍也都採廣泛或例示性的論述，此外第四七九號解釋關於社團名稱及第五〇七號解釋關於專利權人舉證責任的解釋，也有同樣的情形，沒有具體指明範圍內的受保障事項。著者在前述釋字第三六八號解釋的意見書中，曾建構憲法第十六條訴訟權之保障範圍，並指出它的保障事項（協同意見書稱構成事實之保障，前已更正）共有四種，其敘述過於冗長，且隨著許多號解釋的公布，四種保障事項的內容也應加以補充，現階段這四

註九九：有關案例頗多，省略其案號，部分案件可參看 Richter u. a. , aaO., S. 67-86.；也有部分案例已譯成中文，見司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯（八），民國八十八年出版。

種保障事項，扼要分述如下：

㈠凡憲法上所保障的權利，遭受公權力不法損害，國家均應提供訴訟救濟途徑，即所謂「有權利即有救濟」的原則，釋字第二〇一號、第二四三號、第二九八號、第三三八號、第四三〇號等諸多關於「特別權力關係」鬆綁的解釋就是這個意旨。

㈡訴訟救濟途徑最後的審級，應爲憲法上法官所組成的法院，其他機關不得作爲終審。在其他國家也稱爲受合法的法官審理的權利。釋字第二二〇號（勞資爭議）、第二九五號（會計師懲戒）、第四三六號（平時軍事審判不得作爲終審）等，都是闡釋這項意旨。

㈢訴訟程序包括刑事訴訟、行政訴訟及民事訴訟均應以法律規定（法律保留原則），且其內容也須符合法治國家的正當法律程序。釋字第二九八號解釋是有關訴訟程序適用法律保留原則的釋示；釋字第三八四號、第三九三號、第三九六號、第五二三號等解釋則釋示有關各種訴訟都受正當法律程序支配。

㈣訴訟過程中之實際運作，無論有無成文或不成文規範之依據，都不應使審級救濟喪失功能。釋字第三六八號解釋就是基於這一理由，而宣告行政法院（目前改稱最高行政法院）六十年判字第三十五號判例違憲，在此之前，釋字第二五六號解釋有關再審程序法官應否迴避的解釋，也指出「以維審級利益及裁判之公平」，乃訴訟權應保障的事項。

我們雖然列出四種受保障事項，但並非謂訴訟權的保障範圍固定在四種而已。同時這四種事項，本身的涵義也具有流動性，

像釋字第五〇九號解釋所表達的意旨：被告沒有證明自己無罪的舉證責任，就可能成爲刑事訴訟中正當法律程序的一部分，也可能單獨的成爲一項保障事實。又譬如訴訟程序一審終結，既無上訴制度，再審又由原審合議庭相同之成員審理，也可列入喪失審級救濟功能一類，或者糾正這種缺點單獨成立一項也無不可。

第五節　國家的保障義務

一、保障義務的涵義

國家對基本權的保障義務簡稱爲基本權的保障義務（Schutzpflicht der Grundrechte），國家是否應負這一義務？以及義務的範圍爲何？德國以往曾有爭論（註一〇〇），目前學說及實務上均有定論。通說對於保障義務的理解，並不採狹義的說法，即某一種個人的基本權附隨著出現一項保障義務；而是認爲保障義務乃是從基本權的另一性質，即作爲客觀規範而產生，基本法賦予國家諸多功能，國家對各種基本權負有保障義務，國家建制、作爲及程序都應該以保障基本權爲準則，以補個人主觀上權利的不足。例如聯邦憲法法院要求大學組織應符合其學術功能，並非著

註一〇〇：關於保障義務 Vgl. Ch. Starck, Grundrechte und Schutzpflicht, in: ders., Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 21ff.，中文著作參照李建良，基本權利與國家保護義務，前引憲法解釋之理論與實務，第二輯，三二五頁以下。

眼於大學構成員的個人權利（註一〇一），這種保障義務顯然是非常廣義的觀點，有助於基本權效果的擴張。與我國釋憲實務的發展不同，如後面所述，大法官對保障義務似乎採取狹義的理解；但無論涵義廣狹都隨著各個基本權而發生。

我國大法官解釋沒有直接使用保障（護）義務這樣的字眼，但是許多解釋寓有這種意涵是無容置疑的（註一〇二）。其中最明顯者，莫過於釋字第四四五號關於集遊法的解釋：

> 國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。

又釋字第四〇〇號解釋稱：

> 憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權益，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維持尊嚴。

此號解釋明白宣示保障義務除針對公權力即國家本身外，兼指第三人之侵害。而釋字第四四五號解釋雖未明講第三人，但所謂「並保護集會、遊行之安全，使其得順利進行外」，當然也包括防止第三人對集遊之妨害干擾等行爲在內。

以上是專就消極性自由的基本權而言，若屬於積極的分享權或社會權其保障的作爲方式自不相同，所以釋字第四二二號解釋

註一〇一：Vgl. Pieroth/ Schlink, aaO., S. 21.

註一〇二：李建良，同上論文，三五八頁。

認爲憲法第十五條生存權的保障應依第一百五十三條之意旨改良農民生活，增進其生產技能、制定保護農民之法律，實施保護農民的政策，並非屬於避免侵害的消極不作爲。不過，自由權與社會權所要求的作爲方式，也不是絕對的有消極與積極的明顯區別，故關於電子媒體的言論自由保障，國家的保障義務就不限於不干涉言論或表現的自由，而是基於電波頻道的物理上稀少性，更應該有積極的作爲：「爲保障此項自由，國家應對電波頻率之使用爲公平合理之分配，對於人民平等『接近使用傳播媒體』之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之」（釋字第三六四號解釋解釋文後段）。最後還須討論的問題是，自然力對人民權利的損害，國家有無保障的義務？基本權原本是對抗公權力主體，德國通說逐漸擴張及於第三人（即基本權的第三人效力，其詳容後說明）（註一〇三）。自然力損害則是不可抗力的作用，要求國家共同負責（Mitverantwortlichkeit）的理由，不外現代化及後工業化社會的各種災害，不是個人或社區力量可以防患，應由國家負起預防或除去的義務。實則防止天然災害，或對已受災害的人民給予必要的協助和救濟，這是任何國家或政府應負的責任，有沒有從基本權概念中加以延伸都是一樣。繁瑣的概念操作是德國法學的優點，也是缺點，有時我們也不必全盤繼受。

註一〇三：大法官解釋直接、間接表達保障義務的案件爲數不少，見李建良上引論文註一〇〇，三五九頁以下。

二、保障義務的種類

國家所負的保障義務應如何歸類，有不同的見解，德國學者有將保障義務作以下的分類者（註一〇四）：刑法上的保障，以聯邦憲法法院禁止任意墮胎的判決爲例；警察法上的保障：指妨害公安及他人的行爲，應依警察法加以干預；外交上的保障，指本國國民受外國侵害時，國家應採外交上保護措施；面對團體保障個人：指保障個人得自由參與或退出宗教、政黨等團體。這種說法其實與基本權沒有關係，制裁犯罪、維護治安有國家以來即有此功能，無待基本權理論出現；又對本國國民給予外交保護是國際法上早已存在的原則，甚至在成文憲法出現之前（註一〇五）。

另有學者從保障的必要和受保障的內容加以分類（註一〇六）：第一類：生命及健康在憲法有極高的價值，若受威脅，國家應予保障；第二類：科技發達出現新的產品及生產過程，這些也造成對人類的危險，國家有防止及監控的義務；第三類：國家的建制對外應盡其重要的社會機能，對內應使相互衝突和競爭的利害關係者得於共存；第四類：社會建制即各種社會團體，它們的存在與基本權的享有息息相關，當它們不能以本身的力量維持存續

註一〇四：Bleckmann, aaO., S. 276ff.

註一〇五：出國旅行證明稱爲「護照」，就是請外國官署對持有護照者，代爲「保護照顧」之意。所以簽發護照就是外交保護的前提，在基本權的保障義務概念誕生一、兩百年前就已存在。

註一〇六：Pieroth/ Schlink, aaO., S. 25f.

時，國家便有保障它們的義務。第五類：在私法領域，弱者的基本權面對強者時，根本毫無機會（Chancelos）可言時，國家有義務對弱者加以保障（如職業選擇之類的事項）。上述這些分類，實際上是綜合聯邦憲法法院相關判決而來，自有參考價值。不過，我們仍然要從邏輯論證觀點，提出下列的分類（註一〇七）：

㈠禁止義務

保障義務的概念下，國家所負首要的義務就是禁止義務（Verbotspflicht）。前面說過，就自由權的保障而言，國家或公權力主體原本不需要有任何積極作爲，但事實上國家（包括其他公權力主體）的機關或公務人員之行爲，常有侵害人民權利的違法行爲，既是生活中的事實，國家便有加以禁止的義務。對於第三人侵害基本權主體的行爲，國家當然也有義務予以禁止以保障人民的權利地位，爲達到保障目的，採用刑法或行政罰作爲手段，並非不可。不過禁止義務也會出現過度禁止（Übermassverbot）或不足禁止（Untermassverbot）的情形。前者指禁止的法規或行政措施超過必要程度，不符比例原則，這類情形在我國釋憲實例上甚多，對違警行爲由警察機關科處拘留（釋字第一六六號、第二五一號解釋）、行政犯不問故意過失（釋字第二七五號解釋）、認定流氓之程序（釋字第三八四號解釋）、違反槍砲彈藥刀械管制條例之犯罪，不問情節輕重一律宣付強制工作（釋字第四七一號解釋）

註一〇七：Vgl. Richter u. a., aaO., S. 33f.

等，都是過度禁止而遭相關解釋宣告違憲。至於不足禁止指應禁止或不禁止，或雖禁止但其程度顯然不足而言，這一學理上的概念在墮胎合法化是否違憲案（常簡稱墮胎案 BVerfGE 88, 203, 254 — Schwangerschaftsabbruch II）中，德國聯邦憲法法院加以引用，遂受到廣泛注意。總之，兩者主要都是對立法者的要求，對侵害基本權的行爲不得過度禁止，對基本權受害者其保障則不應不足，過猶不及，最後仍須由釋憲機關或憲法法院加以判斷（註一〇八）。

㈡安全義務

安全義務在此處專指保護個人不受第三人違法侵害而言。這項義務，原則上是以一般國民爲對象，而不是針對個人，保護制度及相關措施基本上是立法者自由形成的事項。個人主張權利受害，請求主管機關予以保障，則應視個案而定。

㈢風險義務

風險義務（Risikopflicht），對現代社會因合法行爲所產生的風險，諸如科技裝置所造成的普遍性危險等，國家也有保障的義務。

以上三種義務中，禁止義務及安全義務既針對國家本身的侵害行爲而言，也包括第三人對基本權侵害的防制。至於主張保障義務也及於天然災害者，只能歸類在第三種風險義務。

註一〇八：參照程明修，論基本權利保障之禁止保護不足原則，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，第一冊，二一九頁以下。

第六節 基本權的行使及限制

在這一節中，我們要討論行使基本權的主體及相關問題，基本權主體之權利能力、行爲能力，基本權行使的結果即基本權效力問題，最後則敘述基本權的限制。

一、基本權主體

㈠比較法上的觀察

依照民法的規定，人的權利能力（Rechtsfähigkeit）始於出生，終於死亡，這是一般法律上權利能力的定義，有權利能力者，稱爲權利主體；同理，享有基本權者稱爲基本權主體（Grundrechtsträger）。法律上的權利主體通常也是基本權主體，但兩者概念範圍並不完全一致。例如在民法上不問本國人或外國人、自然人或法人都有權利能力，在憲法上則未必如此。基本權有所謂人類的權利與國民的權利之分，前者是凡人皆有的權利，自由權屬於這一類；而國民的權利則指只有本國國民才能成爲權利主體。德國基本法上屬於德國國民的基本權者包括：第八條集會權、第九條結社權、第十一條遷徙自由、第十二條職業自由；第十六條之禁止剝奪國籍及遣送出國，則屬於外國人也可共享的基本權（註一〇九）。不過歐洲的情形，目前已有所不同，依照歐體

註一〇九：H. –U. Gallas, Grundrechte, 2. Aufl., 1996, S. 15.

條約（EG-Vertrag）會員國之國民享有在他國就業權及參與地方基層選舉之權利（註一一〇）。

自然人與法人在憲法上是否同樣享有基本權，曾經有過爭論，最早耶律尼克認爲法人與地方自治團體都具有消極身分（Status negativus）。到了威瑪時期，史密特則極力主張法人並非基本權主體，因爲如前所述，史密特的基本權概念，是採西歐的自然權利說；基本權是超實證法的權利，只有在法秩序出現前就已存在的人類才能享有，法人是根據實證的法秩序設立，當然不是超實證的權利之主體（註一一一）。現代社會生活，個人集體活動的權利，憲法亦應保障，但由於史密特的理論深入人心，所以西德基本法制定時特別在第十九條第三項規定：「基本權對本國法人亦有效力，但以依其本質得適用者爲限」。基本法既有明文，本國法人得爲基本權主體，目前已無疑義，聯邦憲法法院不但承認法人爲基本權主體，不具權利能力的非法人團體或部分權利能力團體，也具有主體資格。憲法法院的理由是：判斷是否爲基本權主體，不是以有無權利能力爲準，而是以所涉及的基本權由個人單獨行使或也得由集體行使爲斷（德國聯邦憲法法院一九七六年五月二十六日第二庭之決議）。上述基本法條文所謂依其本質得適用者爲限（soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind），解

註一一〇：Vgl. Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 1996, Rn. 74.

註一一一：Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahre 1924 – 1954, 1996; Vgl. auch Bleckmann, aaO., S. 98f.

釋上認爲並不是完全賦予基本權主體資格之意，而是就個案分別認定。像人性尊嚴、人格發展、生命、健康、婚姻及家庭等相關的權利，當然與法人無關。至於外國法人（如外國公司）則不具有基本權主體地位，但依聯邦憲法法院的判決，外國法人也享有基本法第一〇一條（受合法法官審判）及第一〇三條第一項（受依法聽審）的權利（BVerfGE 21, 363, 373； 64, 1, 11）。而外國法人在德國的地位，通說認爲應依國際法原則處理，即德國法人在外國享有的權利，該外國法人在德國也同樣享有。

以上是指私法人而言，至於公法人爭論更大，德國聯邦憲法法院的見解可簡述如下：私法人的基本權主體地位尚且不是毫無條件，則公法人更應審慎，蓋公法人如國家及其他公權力主體，不可能同時是基本權主體又是人民行使基本權時的相對人，如果公權力主體間發生相關的爭議，亦應視爲權限衝突問題（BVerfGE 21, 362）。在例外的情形，尤其性質上應防止國家公權力侵害，而保持獨立地位的公法上團體或營造物等，如教會團體、大學、公共電視台，聯邦憲法法院的裁判則賦予基本權主體的地位，而受理其訴訟，但社會保險機構（Krankenkasse）或其他自治團體則因不具基本權主體地位而有遭駁回其起訴之例（註一一二）。奧國法制則與德國大不相同，私法人原則上有基本權權利能力，性質上專屬於自然人者當然除外。關於公法人，奧國的法則是公法人從事高權（公權力）行爲時，不承認其基本權權利能力，若從事私經

註一一二：Vgl. Dreier, aaO., Art. 19 III, Rn. 40.

濟活動，作爲私法上的行爲主體，其基本權上的權利能力則被承認（註一一三）。

剩餘的是自然人作爲基本權主體的起始與終結問題。在法律上「人之權利能力始於出生，終於死亡」的原則，在決定基本權主體時自然也有適用。德國的理論仍有值得注意之處：一是聯邦憲法法院認爲人死亡後若不顧其尊嚴，也是違反基本法第一條第一項的意旨（BVerfGE 30, 137, 194）。在器官移植問題上，死者生前若已表示反對摘取其器官，應予尊重。不過學者認爲這是基於基本法第二條第一項人格發展的保障，以及第四條第一項及第二項信仰及良心自由的決定，所以應予保障，與第一條第一項的人性尊嚴較少關係（註一一四）。二是胎兒(nasciturus)的問題，聯邦憲法法院在第一次墮胎案判決中(BVerfGE 39, 1)，運用起源史解釋(Entstehungsgeschichte)方法，認爲制憲大會的代表認爲生命的保護自其萌芽開始，而萌芽就是精子卵子的結合（註一一五）。但是這項判決裡，聯邦憲法法院對胎兒的基本權地位未作論斷，判詞說：「胎兒是否爲基本權主體，或因爲欠缺法律上權利能力及基本權上權利能力，只是基於憲法是客觀的法規範，而予以保障」不作判斷（註一一六）。

註一一三：Holoubek, aaO., S. 258ff.

註一一四：Vgl. H. -U. Gallwas, aaO., S. 16.

註一一五：Richter/ Schuppert, u. a., aaO., 2. Aufl., S. 96.

註一一六：BVerfGE 39, 1, 41.

㈡我國憲法

我國憲法上有基本權權利能力（簡稱基本權利能力）的主體，學理上甚少討論，憲法訴訟實務上似亦不存在。依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款提起憲法爭訟（即人民聲請釋憲）的當事人，只要用盡審級救濟，且符合該款其他條件，原則上不問其爲自然人、法人或非法人團體，一律可提出聲請，外國法人（私法人）聲請釋憲者也非罕見，譬如因商標或專利權涉訟，不服行政法院（現時稱最高行政法院）的確定終局判決，主張所適用某一法條違憲的案件，就是習見的案例。釋字第四八六號解釋幾乎是唯一涉及上述問題的案例，不過以憲法保障之對象代替基本權利主體的學術名詞：「自然人及法人爲權利義務之主體，固均爲憲法保護之對象；惟爲貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之『團體』，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外爲一定商業行爲或從事事務有年，已有相當之知名度，爲一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均爲商標法保護之對象，而受憲法之保障」。

至於公法人，如縣、市、鄉、鎮等地方自治團體由其機關或農田水利會聲請釋憲的案件，更不在少數，受理作成解釋者，也有許多則，例如釋字第三十八號、第二六〇號、第五一八號、第五二七號等解釋。但這類解釋通常只作實體上的論斷，甚少涉及程序問題。下面將就我國憲法上各種可能的基本權主體分項說明：

1.**自然人**：指我國國民及外國人而言，但性質上非外國人所

能行使者，外國人無基本權能力。我國憲法第七條以次之各種自由及權利，除第十條、第十四條、第十七條、第十八條及第二十四條外國人不能與本國人同等程度享有外，其餘的權利解釋上應認爲無分國籍的必要。至於民法上專屬自然人的權利與法人權利的概念，也可引用於憲法。第七條、第十條、第十一條、第十二條之通訊權、第十三條之傳播宗教自由、第十五條之財產權、第十六條之請願及爭訟權等，在性質上法人也得作爲基本權主體，似無疑義。自然人作爲基本權主體始於出生，終於死亡，至於出生前及死亡後的保障，我國不必仿照德國基本權那種體系理論（Dogmatik），由法律層次予以保障即可。尤其不能採彼邦少數學者所主張，懷孕的母親墮胎是侵害胎兒的生命，應賦予胎兒基本權地位，以對抗第三人（即母親），這種學說將孕婦與腹中胎兒，用法律加以分割，違背人倫與生物法則，簡直不可思議。

2.**私法人**：我國憲法沒有像德國基本法第十九條第三項的規定，故私法人得爲基本權主體者，不必分本國或外國法人。但性質上專屬於自然人的基本權，一切法人或團體不得享有，這是當然之理。政黨辦妥法人登記者，也是私法人的一種。

3.**非法人團體、政黨（未辦理法人登記者）**：其基本權利比照私法人。

4.**公法人**：我國公法人目前只有四類：國家、地方自治團體即市、縣（市）、鄉鎮（市）及農田水利會。論者或仿德國理論，列舉許多公法人，既無實證法上的根據，又不爲實務所採，並無實益可言。如前所述，德國原則認爲公法人是自由權對抗的對象，

豈可成爲主體？只有在特別例外情形，主體地位才受憲法法院承認；德國之公營事業，固然不是基本權主體，更有甚者，主張公私合營事業，公股達四分之一以上者即不得具有基本權利能力，因爲這種合營事業，實際上是在主管機關操控之下（註一一七）。奧國則以公法人的作爲究屬公權力（高權）行爲或私經濟行爲爲判斷標準，從事私經濟活動而基本權受侵害者，也屬於得提起憲法訴訟的主體。我們主張採奧國之制，因爲德國過於嚴苛，也與通念不符，事實上，我國實務運作到現在爲止，雖未制定或形成明顯的法則，但事實上與奧國作法相同。

討論公法人的基本權主體地位，要特別注意兩項問題，即(1)權利損害與權限爭議的區分，(2)憲法解釋與統一解釋的不同。關於第一點：公法人尤其各級地方自治團體聲請釋憲，其途徑有二，一是依司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款，居於地方機關之地位聲請憲法疑義、憲法上職權爭議及法令牴觸憲法之疑義等三類解釋案件，這種情形不必審究該地方機關所隸屬之公法人是否具有基本權利能力，以機關地位（指最高層級之機關）聲請不生適格問題；二是若地方自治團體主張其權利受國家公權力損害，而依上開審理案件法同條第一項第二款，聲請釋憲，則應與人民聲請具備同一要件，如非以基本權主體地位因憲法上所保障權利遭受損害，其聲請應予駁回。本於上述理論，釋字第五二

註一一七：Siegfried Maser, Die Geltung der Grundrechte für juristische Personen und teilrechtsfähige Verbände, 1964, S. 159ff.

七號解釋除按地方制度法區分各種權限爭議情形外，依解釋文第三部份後段稱：如上級監督機關之「上述處分行爲有損害地方自治團體之權利或法律上利益情事，其行政機關得代表地方自治團體依法提起行政訴訟，於窮盡訴訟之審級救濟後，若仍發生法律或其他上位規範違憲疑義，而合於司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之要件，亦非不得聲請本院解釋」。其中有謂合於審理案件法第五條第一項第二款之要件，即應進一步審查其所受損之權益是否爲憲法上所保障的權利，包括基本權及類似於基本權的權利，審查結果須有肯定的答案，地方自治團體才能合法提起憲法爭訟。至於統一解釋也是以機關身分聲請（司法院大法官審理案件法第七條第一項第一款），其系爭標的也無關權利受損，故不生權利能力問題。

這裡還有一項問題應作釐清，公法人主張權利受損，提起釋憲的爭訟，所謂權利究指公法上權利或專指私法上權利？公法對地方自治團體等公法人的規範，通常都是權限事項，很少有權利的規定，公法人從事私經濟活動或單純居於類似私人地位，則所發生的權義關係，無疑是私法性質。所以可獲致簡單結論：前述釋字第五二七號解釋，得依法提起訴訟及後續的釋憲聲請，原則是指私法上權利而言，例如鄉鎮所有之土地，經其他機關依國有財產法第三十八條聲請撥用，該鄉鎮不服而提起之爭訟，即與該地方自治團體行使公權力無關，這種說法也符合上述以公權力或私經濟作爲判斷的標準。但是可能發生某些例外情形，使得公法權利受損，公法人也能以基本權主體地位提起憲法爭訟，程序法

上的權利屬之，當地方自治團體提起訴願、行政訴訟或民事訴訟（例如民事法院認爲事件屬公法性質，一再拒絕審判之情形）的權利遭受損害時，已不是中央與地方或上、下級地方政府權限爭議，作爲公法（程序法）上的權利主體的公法人，當然可以尋求憲法救濟。

二、基本權利能力與基本行爲能力

在討論基本權主體時，已經一再說到基本權之權利能力，其簡稱就是基本權利能力（Grundrechtsfähigkeit），概念上無疑是來自民法，其涵蓋範圍則與民法略有不同，前面都已說過。以前公法學者相當排斥民法上的權利能力與行爲能力的概念，其理由不外公法上權利（如選舉權及被選舉權）有必須達到一定年齡或能力才能行使者，不能與民法上的權利能力相提並論（註一一八）。這種說法是將基本權利能力與行使基本權的行爲能力混淆所致，因此有必要強調基本行爲能力（Grundrechtsmündigkeit）的概念，這也是從民法成年人有行爲能力的原則而來，但是與民法又有不同：民法採完全行爲能力、限制行爲能力及無行爲能力三分法，在基本行爲能力並無這種制度。關於基本行爲能力在實務上的作用，本書試圖建構下列三項原則：

註一一八：林紀東，行政法，增訂六版，民國七十九年，一〇六頁；所幸最近出版之教科書，已放棄舊日的理論，見陳清秀，行政法上法律關係與特別權力關係，翁岳生編，行政法，上冊，一九九八，二二三頁。

㈠憲法對基本行爲能力有特別規定者，從其規定。無基本權利能力者，在這種情形下，便不能行使其基本權。憲法第一百三十條規定，年滿二十歲始有選舉權，二十三歲有被選舉權；第四十五條：「年滿四十歲者，得被選爲總統、副總統」，便是行使選舉權及被選舉權這兩項基本權的基本行爲能力規定。

㈡在一般情形，特別是有關財產上的基本權事項，民法上的規定可類推適用，即有基本行爲能力方能有效的行使基本權。

㈢基本權的行使遭受損害時，若能提起憲法爭訟，則爭訟程序中的訴訟能力乃是基本行爲能力的體現。司法院大法官審理案件法對此未加規定，準用行政訴訟法又只限於審理政黨解散案件。對於人民聲請案的適格或訴訟能力問題，通常以審級救濟程序爲準，因爲大法官會議或未來設置的憲法法庭（預計民國九十二年十月一日成立），都是一種繼受的管轄，所以上述適格及能力基本上依原已進行終結之訴訟法的規定，實際上是受民事訴訟法的支配，因爲人民聲請釋憲，固然大多數是用盡行政訴訟救濟途徑的公法案件，但行政訴訟法關於訴訟之法定代理、訴訟所必要之允許、能力等問題皆準用民事訴訟法的規定（行政訴訟法第二十八條）。對於公法事件的能力問題適用民事訴訟法一節，著者已在另一本著作中加以批評：「按民法上行爲能力之制度，係爲保護交易之安全並兼顧未成年人或意識能力欠缺者之利益而設，於公法上行爲是否當然適用，原有疑問。民事訴訟法之訴訟能力乃配合民法而設計，行政訴訟幾全盤承襲，殊值商榷，例如未成年人因服公職或服兵役而涉訟，其與民法上之法定代理人無關，適用

民事訴訟法相關規定，並無意義，是以德國立法例有依公法之規定具備單獨行爲之能力者，亦有訴訟能力之制。故本書主張此部分，應在不得準用之列」(註一一九)。行政訴訟尙且不應受民事法爲基礎的訴訟法則所拘束，何況憲法爭訟！許多基本權涉訟，完全與成年與否無關，其提起憲法爭訟的訴訟能力應有別於一般訴訟法。德國聯邦憲法法院對服兵役的未成年人，因宗教信仰原因拒絕持武器，而受軍紀懲罰，最後提起訴訟，憲法法院認爲該士兵不論成年與否，具有訴訟能力，其起訴爲有效(BVerfGE 28, 243, 254f.)，可供參考。

三、基本權的效力

㈠作為客觀規範的拘束力

基本權效力問題，可以從其雙重性質出發，作爲憲法規範的一部分，也就是基本權的客觀法規範性質，有拘束一切國家機關的效力，本無待憲法明文規定。由於長久以來，尤其是威瑪憲法將基本權視爲方針規定的一種，爲了矯枉，德國基本法第一條開宗明義規定：「以下制定之基本權視爲拘束立法權、執行權及司法之直接有效之法」(第三項)。要使基本權條款成爲有效之法，有一項重要的前提就是設有能充分發揮功能的憲法審判機關，德國戰後的經驗也證明了這個論點。我國以往在威權體制之下，基本權條款有如戰前德國一樣，沒有產生應有的規範效力。所以，今

註一一九：行政爭訟法論，修訂版，五十七頁。

天在我國憲法的適用上，強調其有拘束全國各機關的效力，仍有其意義。

基本權拘束國家機關（包括地方自治團體）的效力，其具體內容爲何？我們認爲應包含下述三項：1.基本權是一項價值體系，立法及行政部門的行爲不應故意的悖離，司法機關的裁判則應以之作爲最高的準則。2.適用基本權規定的機關，遇有多重意義的解釋或解釋上發生疑義時，應盡可能使基本權條款發揮最大的效力（註一二〇）。3.在規範競合時，例如以我國爲締約國的有關人權之國際條約，或將來制定新的人權基本法（或類似名稱），而發生與憲法人權條款競合的情形，這時候應適用最有利於當事人

註一二〇：這項原則是來自德國聯邦憲法法院的判決：BVerfGE 32, 54 (71), 6, 55 (72)。在基本權解釋的問題上有所謂基本權有效性原則（Grundsatz der Grundrechtseffektivität），意謂解釋與適用者應儘可能使基本權發揮效力，若針對以往方針規定的缺點而言，也許有其用意。不過，理論上任何規範的解釋，如契約、國際條約也都是要使它盡量發生效力，這就是拉丁法諺所謂「盡量作有效解釋」的原則（interpretatio finda est ut magis veleat quam pereat），並不限於基本權規範的解釋。因此，前述德國聯邦憲法法院的判決似乎不是根據威瑪時期學者所說的有效性原則，其較爲接近的說法是，判決反映「有懷疑時應有利人民自由」（in dubio pro libetate, Vermutung für die Freiheit）的理念。但是學者仍然加以批評：基本權的解釋是要從事法益衡量而作適當的具體化（Grundrechtskonkretierung），而不是先存有利於誰之心。參照 Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, aaO., S. 230ff.

的規定（所謂基本權的最有利原則 Günstigkeitsprinzip）（註一二一），而不考慮規範位階或後法、前法的關係。

基本權條款作爲客觀的規範及價值體系，依照位階理論，產生一種破毀的效力（derogatorische Kraft），凡違反基本權意旨的位階較低之規範（即法律與命令），都可能因牴觸基本權條款而遭宣告無效。在我國釋憲實務中，這種案例甚多，在本篇第一章第三節第三目中，敘述已多，在此不再重複。

㈡作為個人權利的效力

個人權利就是一般所說的主觀權利。基本權原本具有規範個人與國家的權義關係的性質，個人既是基本權主體，則負義務的相對人爲誰？是首先值得研究的問題。下面所舉三種即所謂基本權相對人（Grundrechtsadressanten）：㈠國家，㈡其他公權力主體：包括具公法人身分之各級地方自治團體，㈢受委託行使公權力者。相對人對基本權主體的法益有保障義務，基本權主體對相對人的權利，本篇第一章第三節所敘述艾力士（Alexy）修正的身分理論，依艾氏的說法基本權主體對客體的權利（Recht auf etwas，直譯有某些權利），其實就是對基本權相對人的權利。按照他的分類共有五種權利，這種權利並不是名義上存在，在現代法治國家通常都有相關的法律，允許人民於符合一定的條件下，向國家以

註一二一：奧國基本權的規定來自多種法源，包括帝政時代、共和時期及戰後各種國際人權公約，於是發展出這項原則，頗有價值，參照 Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, aaO., Rn. 414.

訴訟方式請求，最後還可尋求憲法救濟。至於上述三種之外對第三人是否也得成爲相對人，則涉及基本權第三人效力（Drittwirkung）問題，隨後說明。

㈢基本權的第三人效力

所謂基本權第三人效力，指在私人間的法律關係，是否也有基本權條款的適用？關於基本權的第三人效力究竟是直接抑或間接？是從威瑪憲法以來，爭議不斷的問題。戰後 H. C. Nipperdy 力主直接效力說（註一二二），其後 Nipperdy 出任聯邦勞動法院院長，該院受其影響，也採直接效力說，曾在判決中宣稱：

> 基本權意義的改變，不是指一切基本權而言，但卻有若干重要的憲法上基本權不僅是保障其對抗國家...更是社會生活秩序的基本原則，從基本權中發展出來有直接意義的範圍，對人民私法上交易也有其適用。...在社會法治國下對基本法規範的認知，同時也對基本法或其他法律有根本上的重要性，即是基本權規定具直接的私法上效力（BAGE 48, 122, 138f.）（註一二三）。

主張有直接第三人效力的理由，不外以基本法第一條第二項所標榜人權是人類共同生活之基礎的原則，以及在當前所謂社會法治國之下，應考慮各種社會力量如雇主團體、勞工聯盟、聯合壟斷

註一二二：Nipperdy, Recht der Arbeiter, 1950, S. 121ff.; zitiert nach Richter u. a., aaO., S. 45.

註一二三：Zitiert nach Pieroth/ Schlink, aaO., S. 43.

等對私人領域及個人自由的影響，應使基本權能發揮規範效力（註一二四）。不過多數學者認爲：無論基本權的起源史解釋，或依文本（Text）及體系方式解釋；它本質上是防衛公權力侵害，而非直接規範私人間的法律關係；且民法乃是先憲法而存在，源遠流長、體系完整，足以解決私法上的爭執問題，也唯有如此才能保障私法自治並維持法律體系的完整等等理由，不贊成直接效力說，目前可視爲通說（註一二五）；他們也主張如果要將憲法基本權的規定，引用在處理民事個案上，也應當透過民法上的概括條款或不確定法律概念，諸如公序良俗等，以間接適用方式，實現基本權的理念。

聯邦憲法法院也持與勞工法院不同的立場，尤其在一連串人格權或名譽權受損害的案件中（註一二六），遭普通法院判決認爲侵

註一二四：Vgl. Bödsenförde, Freiheit in der Sozialen Demokrative, 1975, S. 69.

註一二五：H. Dreier, aaO., Rn. 57ff.; Pieroth/ Schlink, aaO., S. 44.；國內著作參看王澤鑑，憲法基本權利與私法，司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，五十九、六十九頁；蘇永欽，憲法權利的民法效力，翁岳生教授六秩華誕祝壽論文集，民國八十二年，一六一頁以下；關於德國對第三人效力學者間之正反見解，陳新民，憲法基本權利及對第三人效力之理論，收在其所著憲法基本權利之基本理論，下冊，民國七十九年，六十五頁以下，敘述甚詳，可供參考，又蔡欽源，憲法上基本權利之規定在私法關係中之效力，台大碩士論文，民國七十二年，爲國內早期之文獻。

註一二六：包括 Lüth 案（BVerfGE 7, 198），Blinkur 期刊案（BVerfGE 24, 236），伊朗廢后 Sorayra 案（BVerfGE 34, 269），案情要旨均見陳新民，前書，

權行爲成立而敗訴之加害人，向憲法法院提起憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）（註一二七），主張其行爲應受基本言論自由之保障。憲法法院雖主張基本權規定是客觀的價值秩序，具有放射效應（Ausstrahlungswirkung），任何民事法規不得作與之相反的解釋，但仍認爲基本權條款須透過民法的概括條款進入民事法律關係，而間接適用。上述原則在憲法或條約有明文規定時，有無例外？是尚待討論的問題。德國基本法第九條第一項規定設立有關工作及經濟活動的組織，爲每個人及每種職業的權利，限制或妨害此項權利的約定無效，其相關措施爲違法。這項條文是基本法對私人法律關係的明文規定，當然發生第三人效力，但通說仍主張是間接效力的一種（註一二八）。又前面說過，歐洲人權公約是奧國人權基本法的一部分，該公約第八條，以保障個人私生活受尊重及肉體與精神皆不受輕侮的影響爲規範目的，該國遂認爲

一〇四頁以下。這些都是較早年的案例，在近年案例（民事保證契約 BVerfGE 89, 214 — Bürgerschaft），德國聯邦憲法法院仍堅持放射效應就是間接適用。

註一二七：憲法訴願是尊重國內多數文獻的用法，實際上並不妥當，訴願在我國法律上有固定的意涵，不能因有 Beschwerde 一字而譯爲訴願，這個字還有抗告或爭訟之意。以往南德各邦行政訴訟中的撤銷訴訟，就稱爲 Rechtsbeschwerde，日本學者譯爲抗告訴訟；瑞士向聯邦法院提起之行政訴訟稱爲 Verwaltungsgerichtsbeschwerde（行政法院抗告），若也將 Beschwerde 譯爲訴願，豈非將訴願與行政訴訟混爲一談。

註一二八：Dreier, aaO., Art. 9, Rn. 45.

國家依照公約有保障個人免遭受第三人民事上及刑事上的侵害義務，附隨這種保障義務產生基本權的第三人效力（註一二九）。

基本權的第三人效力，我國學者受德國通說影響，也主張間接效力說（註一三〇）。在實務上出現的案例，多屬「單身條款」事件，通常是雇主約定女性員工結婚後必須離職，民事法院縱然認爲這類約定無效，也是以違反公序良俗爲理由，殊少引用憲法第七條性別平等的規定（註一三一）。這種立場，實際上也是間接效力。在大法官諸多解釋中，只有八十七年六月十二日公布的釋字第四五七號解釋，涉及這個問題，該號解釋是針對行政院退輔會發布之「本會各農場有眷場員就醫、就養或死亡開缺後房舍土地處理要點」第四點第三項：「死亡場員之遺眷如改嫁他人而無子女或僅有女兒，其女兒出嫁後均應無條件收回土地及眷舍，如有兒子准由兒子繼承其權利」的規定，認爲違反男女平等原則，應於六個月內失效。本號解釋特別值得注意的是開頭所揭櫫的原則：

中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應促進

註一二九：Holoubek, aaO., S. 272.

註一三〇：王澤鑑，前文，六十九頁。

註一三一：國內經常發生公民營機構對結婚或懷孕之女性員工，予以辭退的事件，與性別平等原則，自有未洽，亦屢次遭輿論的嚴辭批判，但一旦發生訴訟，則女性員工常遭敗訴之判決（如台灣高等法院七十四年度上易字第一六九七號判決），與歐美先進國家及日本相較，尤其顯現固步自封，相關資料參照司法研究年報，第七輯，上冊，女性勞工之法律問題研究，民國七十六年，七三五頁以下。

兩性地位之實質平等，憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家為達成公共行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定。

上面的解釋文表達兩項意義：一是以國家或其他公權力主體爲一造的私經濟行政（或稱國庫行政）應適用憲法平等權的規定；二是純粹私人間的法律關係，不在本號解釋規範範圍，就此而言，其影響尚未及於間接效力說。

惟對間接效力說我們認爲頗有商榷餘地，因爲同樣是概括條款何以憲法上的不能直接適用？民法上的才可以適用？私法自治固應尊重，但如果其內容已悖離憲法上的基本權所代表的基本價值秩序時，難道私法自治也凌駕於憲法之上嗎？或者當民事法規所代表的價值與憲法上的基本價值相衝突時，爲何不以後者爲優先？其實前面所引德國聯邦憲法法院關於言論自由優於其他私法上權利的判決，實在已經是直接效力了，憲法法院不欲明講而已(註一三二)。或者認爲一旦由民事法院直接引用基本權作成裁判依據，則法治國（Rechtsstaat）將不再存在，而是由法官國（Richterstaat）取代了。如果法官國是指法官得直接以憲法規定作判決依據，那麼只要設憲法審判機關的國家，不早就成爲法官國

註一三二：也不是所有人都贊成直接效力與間接效力的分類，奧國的憲法著作提到第三人效力時，便未作此區分，見註一二九；及 Funk, aaO., Rn. 431.；德國學者 Jürgen Schwabe（Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971），也有類似見解。

了嗎？我國在不久的將來各級法院法官也將享有部分違憲審查權，豈不更是法官國？或許又有人認爲，縱然憲法對某些結社有禁止的規定，例如德國基本法第九條第二項規定，禁止設立違反憲法秩序及國際所接受的理念之結社，但行政機關如要取締這類結社，仍須有立法依據，不能逕依憲法執行（註一三三）。行政部門既是間接適用，何以司法機關要直接適用基本權規定？我們認爲基本權尤其自由權是先憲法而存在，憲法的規定只是確認其在整體法律中的地位，法院援用以發揮保障人權的直接效力，與允許行政機關引用限制人民的一般行爲自由，不可相提並論。總之，採德國聯邦勞工法院的見解，承認基本權的直接效力，對我們長久以來視憲法爲政治綱領，未與庶民生活發生關係的現象，可能有所改進。

四、基本權的限制

㈠基本權限制與基本權保留

對基本權無論採取什麼基礎理論，在現實生活中基本權都必須受到某種程度的限制，這是無庸置疑的。實證主義者或許主張人民的基本權利是來自憲法的規定，則憲法本身或有憲法依據的法律，當然可以對基本權加以限制；採自然法思想者，認爲人權先於憲法及國家而存在，國家理論上不得加以限制，美國制憲者就是持這種看法，增修條文第一條還不准國會制定限制言論自由

註一三三：Richter u. a., aaO., S. 16.

的法律，事實上，美國對言論自由的保障在世界各國之中，確是首屈一指。但是言論自由仍非毫無限制，像「明顯而立即之危險」等一系列的原則，無非是最高法院要調和言論充分自由與應受低度限制而建立。其他國家亦然，在現階段的發展中，人既然不能離開政治社會而生活，爲了規範共同生活相關事項，維護公共利益、確保和平秩序，個人的基本權利應受必要的限制。因之，基本權的限制成爲討論基本權理論時，不可缺少的議題。

基本權限制（Grundrechtsschranken）是通用的術語，近年的文獻有以基本權保留（Grundsrechtsvorbehalte）替代者（註一三四）。所謂基本權保留意謂：若無憲法對限制基本權的充分授權，或滿足限制的條件要求（因爲憲法已建立基本權保留），任何對基本權的干預，都是對基本權的侵害。從上述定義可以得知，基本權保留與基本權限制所指涉的屬於同一件事，所不同的，基本權保留從積極面立論，而基本權限制則從消極面解說。前者當然比後者更能顯現保障基本權的意旨，用意甚佳，但基本權須受限制既是任何憲法之下，必然存在的現象，從限制的層面直接敘述自無不妥，本書從眾，還是使用基本權限制的術語。不過，我們要知道，在學說上除了憲法保留、法律保留之外，介於其中的還有基本權保留的概念。

㈡基本權限制的態樣

註一三四：Ebd., S. 15.

德國基本法關於基本權限制的規定，相當複雜。下面作一簡單的介紹：㈠憲法直接限制：憲法第九條第二項對設立社團之目的及行爲的限制（見本節先前所述），學說也稱爲憲法對基本權受實質保障的規定或基本權的內在限制（註一三五）。㈡單純法律保留與加重法律保留（依照上述新的文獻，也可稱爲單純基本權保留與加重基本權保留）：前者指凡基本法條文中定有經由法律（durch Gesetz）或基於法律之原因（auf Grund eines Gesetzes），對基本權所爲的限制；後者指除應依法律或基於法律之原因之外，對法律限制基本權的條件憲法本身設有規定而言，例如基本法第十一條第一項就是限制遷徙自由所附加的條件：生活本據地變動將造成公眾之特別負擔、防衛聯邦自由民主基本秩序所受威脅之必要、抵禦癘疫、天災或其他重大災難、保障少年或預防犯罪之必要，有這些情形，始得以法律限制（註一三六）。類此對限制基本權的法律，憲法本身限制它的規範內容，稱爲基本權限制的限制

註一三五：Vgl. I. v. Münch, in: v. Münch, Grundgesetz – Kommentar, 1985, Vorb. Rn. 49; Friedrich E. Schnapp, Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, 729f.，又有學者不採憲法直接限制的說法，而有所謂基本權內在限制（Grundrechtsimmanente Grenzen）理論，這是 K. Hesse 所主張，siehe derselbe, Verfassungsrecht, aaO., Rn. 310.，此外尚有主張構成要件說（Tatbestandstheorie），意指須符合基本法所定的這些附加的構成要件，該項基本權才受到保障，見 Alexy, aaO., S. 258ff.

註一三六：參照陳新民，論憲法人民基本權利的限制，前引書（上冊），二〇三頁以下。

（Schranken-Schranken）。至於所謂「經由法律」或「基於法律之原因」是否有所區別？如果依照文本的文義解釋，依法律可視爲只能直接以法律爲依據（相當於我們詮釋釋字第四四三號解釋時所用的絕對法律保留），而基於法律之原因則包括法律授權發布的法規命令（相對的法律保留）在內。但是聯邦憲法法院對限制基本權的規定，常不採文本解釋主義的立場，所以對基本法第十二條職業自由的限制及第一〇四條第一項人身自由的剝奪，條文雖定有得基於法律之原因，但憲法法院均認定必須依據法律，才能限制或剝奪（第十二條的相關判決：BVerfGE 41, 251, 265；聯邦行政法院 BVerwGE 94, 269, 277；第一〇四條的相關判決：BVerfGE 14, 174, 187）（註一三七）。憲法法院判決究竟採國會保留（由國會自行立法）或得授權法規命令加以規定，換言之，究屬委任禁止(Delegationsverbot = 經由法律)或行政程序禁止(Verwaltungsverfahrensverbot = 無法律授權不得以行政程序爲之)，不拘泥於條文文字，應視規範密度的需要而定，於是聯邦憲法法院又發展出**重要性理論**(Wesentlichkeitstheorie)作爲判斷原則。所謂重要性理論，指對基本權行使的干涉之重要決定，必須由立法者自己爲之，不得授權行政機關自行判斷(BVerfGE 61, 260, 275；88, 103, 116)。換言之，干涉或侵害人民基本權的公權力行爲，其構成要件、組織及程序上屬於重要事項者，均屬委任禁止。㈢因衝突而生的限制：衝突(Kollision)而產生的基本權限制，是德國

註一三七：Vgl. Dreier, aaO., Art. 12, Rn. 91ff.; Richter, u. a., aaO., S. 16.

特殊的概念。依聯邦憲法法院的見解，有些基本權像基本法第五條第三項的藝術自由，憲法本身未加任何限制，法律也不得予以限制，故可稱爲「無法律保留的基本權」（vorbehaltlos Grundrechte）；這種權利「與第三人權利及與憲法層次的法律價值（Rechtswerte）相衝突時，應顧及憲法整體性及受保障的整體價值秩序而有所例外，使不受限制的基本權，在個別關係上劃定界限」（BVerfGE 28, 243, 261）。這一判決在實務上確定了所謂不受限制的基本權與他人的基本權相競合，或者與其他憲法、法律相衝突時，應加以限制，至於如何限制，則屬個案衡量問題（註一三

註一三八：以藝術自由爲例，應如何給予必要的限制，起先學說上有不同的看法，基本法第五條規定意見及出版自由，藝術及學術自由兩類，其第一項未就意見及出版自由的保障加以限制，第二項則稱：「此等自由受保護少年及個人榮譽之一般法律規定之限制」，第三項規定：「藝術、科學，其研究及學說均屬自由。學說自由不受憲法忠誠之拘束」。學者遂認爲第三項本身固無任何限制文字，但不妨解釋爲應受同條第二項之限制，除此之外，基本法第二條第一項：「每個人皆有自由發展人格之權利，但以不損害他人權利及不違反憲法秩序或倫理規範爲限」，可視爲最具有普遍性的基本權之母（Muttergrundrecht），第五條第三項則是基本權之女（Tochtergrundrecht），自應受前者之拘束，vgl. H. v. Mangoldt, F. Klein u. a., Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 1, Art. 5 Anm. 6。這種主張爲德國聯邦憲法法院所不採，蓋第五條第二項是針對第一項而言，與第三項無關，而所謂基本權之母或之女的說法，亦嫌無據，於是另創以基本權或憲法法益衝突作爲考量限制的標準（除正文中所引案件外，BVerfGE 81, 278.; 51, 324 等案均持同一見解），其他法院也多加以接受，最顯著的是聯邦行政法院（BVerwGE 87,

八)。與他人基本權相衝突，例如藝術品的表現被指爲侵害他人名譽與人格之情形，與其他因信仰自由而拒絕服必須持武器的兵役，以致於與軍隊紀律及防衛國家的憲法價值相牴觸，這時都只有依賴個案衡量。

我國憲法第二章對人民權利的限制，除㈠第八條關於人身自由的保障，非現行犯的逮捕拘禁必須由司法或警察機關依法定程序爲之，對被告的審問處罰必須由法院依法定程序爲之；㈡第二十二條的其他自由權利，「不妨害社會秩序公共利益者」，均受憲法保障外，其餘一律適用憲法第二十三條，與前述德國憲法就每項權利分別規定其得否限制及如何授權限制，並不相同。德國學者對前述基本權受不同程度的保留，稱爲層級式的保留(abgestufte Vorbehalt)(註一三九)。經由司法院大法官的解釋（釋字第四四三號解釋)，也建立了層級化的保留體系，本書第一篇第二章第四節已有說明，一般行政法讀本也都詳加敘述，在此不作贅述。但有一點應特別強調：在大法官的解釋中並沒有像德國這樣的無法律保留之基本權的概念。釋字第四四三號解釋理由書將憲法第八條第一項定位爲憲法保留，而該號解釋理由書所稱無法律保留原則適用，得由行政機關以命令規範者，專指技術性、細節性的次要事項，與德國所謂的無法律保留（vorbehaltlos）指涉範圍正好相反，不可不察。至於憲法第二十二條的詮釋問題，在本編第一章

37, 45f.)，向來持相同見解。

註一三九：Hesse, aaO., Rn. 309.

第二節也有所說明，不再重複。

五、對限制基本權法律的制約

德國有關基本權的論著都有「限制的限制」這一項，是指基本權雖非不得以法律或其他法規予以限制，但限制的本身又受到各種制約。下列幾點在法理上屬於這種限制的限制；對我國憲法上基本權的限制，也有其適用：

㈠比例原則

比例原則乃對基本權予以干涉時，應遵守的首要原則。簡單講，對人民基本權的限制，只有在維護公益所不能欠缺的前提下，才具有正當性。比例原則是從法治國原則中引導出來的原則，無待憲法明文規定。比例原則又包含三項次原則：即適當性原則、必要性原則及衡量性原則，衡量性又稱爲狹義的比例原則。適當性指行爲應適合於目的之達成；必要性則謂行爲不超越實現目的之必要程度，亦即達成目的須採影響最輕微之手段；至衡量性原則乃指手段應按目的加以衡判，質言之，任何干涉措施所造成之損害應輕於達成目的所獲致之利益，始具有合法性。上述三分法在概念上有重疊之處，故論者反對上述通說，且主張比例原則應改採禁止過度原則（Der Grundsatz des Übermassverbots）(註一四〇)。

註一四〇：拙著，行政法之理論與實用，增訂七版，五七頁以下。

我國憲法第二十三條所稱：「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。即旨在揭櫫法律保留原則及比例原則。在違憲審查的過程中，應先法律保留而後比例原則，就是說，限制人民基本權的各種規定，如果屬於應由法律規定之事項而未以法律定之，應不問其內容是否必要與合理（即是否符合比例原則），已屬違憲；若限制基本權的規定已遵守本條意旨以法律定之，則進一步審查有無違反比例原則。大法官審查的實際操作，即是如此進行，凡是宣告法律合憲並未違反第二章第七條至第十八條、第二十一條及第二十二條者，通常以系爭條文爲維護社會秩序所必要（如釋字第三二四號解釋）或稱爲增進公共利益所必要（如釋字第三三六號解釋）爲論據。而宣告法律違憲的案件，大多數指明其違反某特定條文，例如舊刑事訴訟法關於羈押權的規定，釋字第三九二號解釋認定其違反憲法第八條，又如釋字第四四五號解釋指集會遊行法違反憲法第十一條的情形，較少在字面上直接以法律逾越第二十三條之必要性爲判定其違憲之論斷。其實第二十三條的比例原則與個別的基本權條文，在違憲審查操作時，屬於併行的關係。試舉例說明：人民不服行政處分而提起行政爭訟時，原本稅捐稽徵法及海關緝私條例，均規定應繳交部份稅款或提供擔保始得提起救濟，這當然是對憲法第十六條基本權所爲的限制，所以既是屬於訴訟權的保障範圍，便應判斷其是否逾越必要程度，而形成過度禁止。釋字第二二四號及第四三九號解釋宣告上述兩項法律相關條文違憲，雖都只引用第十

六條而未提及第二十三條，但理論上仍應認爲是比例原則的運用。而釋字第三八四號解釋對檢肅流氓條例第六條、第七條授權警察機關得逕行強制人民到案，無須踐行必要之司法程序，同法第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，同法第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，縱有防止妨害他人自由，維護社會秩序之用意，亦均已逾越必要程度，爲憲法所不許。則是明白引述憲法第二十三條規定作爲審查的依據。對於審查結果是合憲的宣告，情形亦復如此，例如公職人員選舉罷免法第一〇九條規定，選舉訴訟二審終結，不得提起再審之訴，顯然爲一般訴訟事件所沒有的限制，釋字第四四二號解釋認爲：「符合選舉訴訟事件之特性，於憲法保障之人民訴訟權尚無侵害，且爲增進公共利益所必要，與憲法第二十三條亦無牴觸」，理論的構成不外以充分的審級救濟是訴訟權保障範圍內的事項，若欲加以限制則應以比例原則作爲衡量基準。

在大法官數百號解釋中，以第二十三條作基準者，包括明示或默示可謂不勝枚舉，但正式使用比例原則這樣的學術名詞者，爲數不多。釋字第四五二號解釋認爲民法關於夫妻住所之規定，「與憲法上平等及比例原則尚有未符」，是一次例外，釋字第四七六號解釋則是唯一對比例原則作學理上闡釋的案例：

> 國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則。

九十年一月一日實施的行政程序法第七條規定：「行政行爲，應依下列原則爲之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡」。第一款即適當性原則，第二款、第三款分別相當於必要性及衡量性原則，可謂比例原則之法條化。在此要強調一點，雖然比例原則成爲行政程序法中的一般法律原則，但不影響其作爲憲法上原則的位階。

㈡本質內容限制之禁止

本質內容（Wesengehalt）限制之禁止是出自德國基本法第十九條第二項，其文字爲：「在任何情形下，均不得對一項基本權侵犯其本質內容」。這項簡單的文字，迄未有法律將之具體化，聯邦憲法法院及其他聯邦法院也迄未作明確的闡釋。簡單的詮釋就是防止基本權被立法者或立法者授權的行爲所「空洞化」或「連根拔掉」。這樣一條涵義不甚清楚的條文，卻爲許多國家包括西班牙、葡萄牙、土耳其、智利及南韓等國的憲法所模仿，奧地利及瑞士的憲法或基本法上並沒有本質內容的條文，但各該國的最高級法院仍常予引用（註一四一）。

註一四一：P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 279ff.; ders. AöR 11(1989), 375, 390，關於奧地利、瑞士兩國分別參照 M. Stelzer, Das Wesengehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, 1991, S. 21, 104ff.; 127ff.; J. P.

學理上通常又分爲相對的本質內容說及絕對的本質內容說，相對說是指是否侵犯基本權的本質內容，須就個案衡量公益與私益孰重而判斷，因此相對的本質內容說相當於比例原則。絕對說不把本質內容視爲一項客觀上衡量的準則，而是堅持個人基本權中〝某些〞不能觸碰的部分，與「本質核心」、「核心範圍」、「最低度內容」、「根本實質」等用語非常接近，但又不完全相同（註一四二）。例如判處死刑、執行無期徒刑、精神病患永續監禁等，學者常作爲與絕對說不符的舉例（註一四三）。實際上，將本質內容的禁止，與比例原則一視同仁的見解，較爲一般所接受。

前面說過，本質內容理論在奧國憲法審判實務上，常加引用。奧國的主要人權條款是十九世紀中葉所制定的國家基本法，內容較爲陳舊。克爾生（Hans Kelsen）主張設立憲法法院作爲監督立法機關的機制，雖然獲得實現，但也因爲克爾生領導的維也納學派所代表的實證主義思想，長久以來即支配奧國的法界，因此在違憲審查方面表現相當保守。在第二次世界大戰以前，該國憲法法院專注於形式的法律保留，即國家基本法規定應以法律限制基本權者，只要符合這個條件便認爲合憲，至於法律的內容則不予審查。例如一九二八年一件有關土地徵收的案件，憲法法院的判

Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 1992, S. 141ff.

註一四二：Pieroth/ Schlink, aaO., Rn. 300.

註一四三：Dreier u. a., aaO., Art. 19 III Rn. 12.

決說：徵收在憲法上應基於公共福祉（allgemeine Wohl）爲之，但決定公共福祉是立法者的任務，非屬司法所能掌握的概念（VfSg 1123/ 1928）（註一四四）。近三、四十年情形則大爲改觀，受到德國的影響與履行歐洲人權公約的義務，以及學者的批判，奧國憲法法院遂改弦更張，自 1956 年開始即不斷以本質內容的禁止，作爲審查法律有無違反基本權的準則，可說從形式的法律保留到實質的法律保留（註一四五）。宣告違憲的事件增多，對這一發展，學者甚至說：「法律所表達的政治意願，不再是一切事物的標準，而以憲法法院爲準，已不能同日而語」（註一四六）。由此可見，本質內容此項概念在奧國違憲審查上的實用性，不亞於意義相互重疊的比例原則。

使用本質內容的概念，以維護人民的基本權利，在大法官解釋中幾未發現。不過，並不影響違憲審查所能運用的衡量「工具」，因爲本質內容的相對理論，即相當於比例原則。反而，是九十一年十月三日公布，關於地方自治團體應否負擔全民健保補助費的釋字第五五〇號解釋，首次使用了本質內容的名詞，其解釋理由書第二段稱：「地方自治團體受憲法制度保障，其施政所需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，於不

註一四四：Zitiert nach Stelzer, aaO., S. 3.

註一四五：VfSlg 10597/ 1985, 10904/ 1986, 12151/ 1989, vgl. auch Karl Korinek, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 56.

註一四六：奧國學者 Richard Novak 的話，引自 Korinek, aaO., S. 54.

侵害其自主權核心領域之限度內，基於國家整體施政需要，中央依據法律使地方分擔保險費之補助，尚非憲法所不許。前述所謂核心領域之侵害，指不得侵害地方自治團體自主權之本質內容，致地方自治團體之制度保障虛有化」。這段文字將本質內容與核心領域相連結。如果接受學理上的通說，並藉此機會將有關地方自治的各號解釋，作體系性的分析，可獲致下述結論：省縣（市）地方自治團體受憲法制度性保障，除非以修改憲法方式，否則不能剝奪其自主組織權及公法人之地位（釋字第四六七號解釋），具有地方自治團體地位者，在憲法及法律保障範圍內，享有獨立及自主之地位，國家機關自應予以尊重（釋字第四九八號解釋）。自主權包括組織之自主權（即自主組織權或組織高權）、財政之自主權（即財政高權）及其他（例如辦理自治事項優先順序的決定權），自主組織權亦得由中央制定法律加以規範，故對地方自治團體及其所屬機關之組織，中央得擬訂準則作爲地方政府組織之準據（釋字第五二七號解釋文第一段）。同理，財政自主權在國家整體施政之需要，不侵害其核心領域限制內，亦得由法律加以必要之限制，惟涉及增加地方經費負擔時，在法律制定過程中，應予地方政府充分參與之機會，這是釋字第五五〇號解釋的要旨。在本號解釋中，同時宣示地方自治團體與國家間的權利義務關係，也有法律保留原則的適用，其法理基礎，不外某種程度上，地方自治團體比照個人的地位，而受憲法保障。至於解釋中將本質內容與核心領域相連結合，依前述德國學者通說，預防基本權被「掏空」（即虛有化），而必須有最低度的保障即核心領域，相當於絕對的本質

內容理論。

㈢明確性原則

明確性原則可以從法治國原則中導出，而無須以憲法條文特別規定爲依據。因爲國會制定的法律內容必須明確，人民才能夠從法律規定中預見在社會生活中何種行爲爲法律所不允許？其違反的效果爲何？法律如屬授權行政機關爲各項行政行爲（包括發布法規命令或作成行政處分等），尤應具體明確，以維持立法權與行政權的分際，若許可立法機關放棄本身的職責，將立法權授予行政機關，將嚴重違背權力分立的憲法基本原則。我國在國民政府時期制定的某些法律，如國家總動員法、非常時期農礦工商管理條例，就有許多「空白授權」規定：只需政府認爲必要時，就有權採取主管機關自認適當的措施。不過當時並沒有建立符合民主憲政的權力分立制度，因爲立法機關非民選產生，不具民主正當性，難以現今的觀點衡量。在德國威瑪憲法破毀之後，也有同樣情形，爲免重蹈覆轍，戰後基本法第八十條第一項規定：「法律得授權聯邦政府、聯邦部長或各邦政府發布法規命令。爲此，應在法律中規定授權之內容、目的及範圍。命令並應定明其法律基礎。如法律規定授權得再予委任，再授權發布者亦應以法規命令爲之」。由此可見，法律明確性原則可區分爲兩類：一是法律規定的本身應明白（Klarheit）及確定（Bestimmheit），二是授權發布法規命令的明確性，關於明確性原則的審查，聯邦憲法法院採取

不同的密度，頗爲複雜，難予盡述（註一四七）。

大法官以是否符合明確性作爲審查法規合憲性的判準，是從民國八十二年二月十二日公布之釋字第三一三號解釋開始，此號解釋認民用航空法第八十七條第七款之處罰規定授權有欠明確，並宣告民用航空運輸業管理規則第二十九條第一項違憲（均已修改）。此號解釋文中有一段關於明確性原則的釋示，是往後諸多解釋所引用的「範本」：

> 對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法

註一四七：學者分析德國聯邦憲法法院對授權明確性原則的審查態度，可發現立法者應遵守二點：一稱爲方針規則（Programmformel）：法律應明白指出其目的及法規命令所得規制的界限；二稱爲預見性規則（Vorhersehbarkeitsformel）：應使人民能預見根據法律授權，主管機關發布何種內容的命令。至於判斷是否符合授權明確，當然適用一般的法律解釋原則，而不是拘泥於特定法條的文字。不過多位學者（如Ossenbühl, Bryde Mü 等）也指出德國聯邦憲法法院對明確性要求，有寬鬆的趨勢。雖然如此，跟我國比較，還是嚴格甚多。至於具體案例方面，明確性要求也可能因個案情形而有不同，對刑罰法律的要求較嚴；對學校校規的授權明確性，當然較爲寬鬆；對法律所規制的事實關係經常變遷者，同樣以較寬的尺度，使行政命令能適應各種變化。以上參照 Jarass/ Pieroth, GG Kommentar, 2. Aufl., 1992, Art. 80 Rn. 11ff.

律限制人民權利之意旨。

而可作爲符合授權明確性所要求的目的特定、內容具體及範圍明確之「模範」事例，當推稅捐稽徵法第二十四條及關稅法第二十五條之一第三項授權限制欠稅人出境的相關規定（見釋字第三四五號解釋）。綜合相關解釋，大法官對法規是否符合明確性的審查密度，可以作如下的區分：

1.涉及刑罰構成要件的規定，對符合明確性原則採**嚴格要求**（strengere Anforderungen）：例如釋字第五二二號解釋宣告證券交易法第一七七條第三款違憲，其解釋文的論斷是：對證券負責人及業務人員違反其業務上禁止、停止或限制命令之行爲科處刑罰，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令爲補充規定者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，而自授權之法律規定中得預見其行爲之可罰，方符刑罰明確性原則。民國七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第一百七十七條第三款規定：違反主管機關其他依本法所爲禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。衡諸前開說明，其所爲授權有科罰行爲內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與上述憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布日起，應停止適用。

2.涉及行政罰（秩序罰）構成要件的規定，對明確性原則的遵守採**中度要求**（mittlere Anfordnungen）：例如會計師法第十七條規定：「會計師不得對於指定或委託事件，有不正當行爲或違反

或廢弛其業務上應盡之義務」，及同法第三十九條第六款：「其他違反本法規定者」，釋字第四三二號解釋，認爲均與法律明確性原則無違，其立論根據爲：對專門職業執業人員「懲戒處分之構成要件，法律雖以抽象概念表示，不論其爲不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而爲相應之規定。有關專門職業人員行爲準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且爲受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違」。又如海關緝私條例第三十七條第一項除於前三款對虛報所運貨物之名稱、數量等事項者科處罰緩外，並於第四款以概括方式規定「其他違法行爲」，釋字第五二一號解釋以「此一概括規定，係指報運貨物進口違反法律規定，而有類似同條項前三款虛報情事而言」（本件涉案事實是虛報產地），根據釋字第四三二號解釋所建立的審查標準，與憲法並無違背。

以上案例是指法律本身對行政罰的規定是否欠缺明確而言，若根本無授權制定罰則的依據，行政機關擅自假授權之名訂定類似罰則的不利行政處分（裁罰性行政處分），例如依建築法訂定的營造業管理規則第三十一條第九款及相關的內政部函釋，就是基於這種原因，經釋字第三九四號解釋宣告立即失效。這種情形，已先違反法律保留原則，應不必檢討其是否符合授權明權性。

3.涉及國家安全或主管機關專業考量之事項，對明確性原則

採低度要求（geringere Anforderungen）：例如釋字第四九七號解釋，認爲內政部發布之大陸地區人民進入台灣地區許可辦法及大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法，符合依憲法增修條文第十一條所制定之台灣地區與大陸地區人民關係條例第十條及第十七條之授權意旨。又如釋字第五三八號解釋則以建築法第十五條第二項概括授權訂定營造業管理規則，雖未就授權之內容與範圍爲規定，但就法律整體解釋，可推知其授權之意旨，從而認定該規則與憲法並無牴觸，屬於所謂主管機關專業考量之事項。實則依大法官先前多號解釋（如釋字第三四四號、第三六七號、第四四三號等解釋），雖無法律明確授權主管機關亦得就技術性及細節性之次要事項，發布執行法律之職權命令，故本件實際上是上開規則就營造業分級登記並限制其承攬工程，是否已涉及人民權利之重要事項，而由法律自行規定或應有明確授權之問題，所謂整體解釋云云，有避重就輕之嫌。

最後，明確性原則與比例原則一樣，已規定於行政程序法第五條。

㈣其他事項

德國基本法第十九條第一項還有對限制基本權的法律定有兩種制約：㈠不得制定個別性法律（Einzelfallgesetz）：所謂個別性法律指相同的事實關係爲數甚多，而立法者卻恣意的選擇其中一件加以規範之謂，換言之，國會特意爲某一單獨事件制定法律，這種法律違背權力分立和平等原則，應屬無效。如制定時雖是針

對個案，但施行後相同的事實關係將一體適用者，不視爲違憲。至於措施性法律(Massnahmegesetz，見釋字第三九一號及第五二〇號解釋)，則是指實質內容爲行政行爲，而以法律的形式公布，聯邦憲法法院認爲並不當然違憲（註一四八）。㈡法律應明定其所欲限制的基本權：這項要求也見諸基本法第十九條第一項，一般稱爲指明要求（Zitiergebot），規範目的在於確定立法者作爲限制對象的基本權，因而國會在制定法律時應預估其對基本權限制的各種效應。但指明要求，並不具重要意義，一般視之爲訓示規定（註一四九）。

六、基本權競合與衝突

基本權競合（Grundrechtskonkurrenz）指某種公權力措施，是否侵害基本權，有不同的基本權條款可作爲衡量（註一五〇）。以人身自由爲例，若在承平時期，非現役軍人竟遭移送軍法機關審問處罰，則可能發生的競合情形如下：憲法第八條由法院依正當法律程序審問的規定，憲法第九條不受軍法審判之自由以及第十六條訴訟權的保障（參看本編第一章第四節關於保障範圍的敘述）。從基本權主體的立場而言，基本權競合即一個侵害行爲有兩個以上憲法條文的保障規定可以主張。

註一四八：Vgl. Jarass/ Pieroth, aaO., Art. 19 Rn. 1.

註一四九：Vgl. Richter u. a., aaO., S. 20.

註一五〇：Richter, u. a., aaO., S. 53.

基本權競合又可分爲不真正的競合（也稱爲法律競合 Gesetzeskonkurrenz），及真正的競合（又稱爲想像競合 Idealkonkurrenz）。前者指基本權條款中有屬於普通規定與特別規定之分者，例如德國基本法第二條第一項關於人格自由發展的規定，屬於一般補充規定的性質，與其他基本權條文「競合」時，自應先適用或先主張各該條文。後者一項憲法上的法益同時屬於數個基本權的保障範圍，例如進入住宅扣押財產，在我國便產生憲法第十條居住自由及第十五條財產權保障的競合，基本權主體理論上都可據以主張其憲法上權利受侵害。再以前述人身自由爲例，憲法第十六條是就一般訴訟權而設的保障，第八條則是專爲人身自由的保障加以規定，基本權主體自應優先主張第八條，違憲審查機關也應以第八條及第九條作爲判斷基準，蓋其間有普通規定與特別規定的關係，屬於非真正的基本權競合的一種。在真正競合的情形，若多項憲法保障的強度皆不相同，則必須以保障強度最高的規定爲準，在最高度的保障下，仍有採取限制基本權措施的餘地，才具有正當性（註一五一）。

基本權衝突（Kollisionen der Grundrechte）是指因自由權自然的行使而引起的衝突而言。換言之，因基本權的行使發生與他人自由權或憲法法益相牴觸的情形。所謂與他人自由權相牴觸，譬如自由發表評論，攻訐他人創作（包括圖書、影片等）並要求公眾加以抵制（也涉及第三人效力的問題），所謂與其他憲法法益衝

註一五一：Vgl. Pieroth/ Schlink, aaO., Rn. 318.

突，譬如因宗教信仰而拒絕當兵，自與防衛國家的憲法法益不符；又如因發表言論毫無限制，而可能危及國家安全之保密等情形。德國通說認爲基本權與第三人基本權衝突，或與憲法上所保障的其他法益相對立時，其解決不外㈠以合乎比例原則的方式，求相互的調和，㈡就個案加以衡量（註一五二）。

七、侵害基本權的救濟

基本權遭受侵害的救濟途徑，屬於憲法訴訟的範疇，將在本書第三編再予敘述。

註一五二：Vgl. Hesse, aaO., Rn. 319.; auch BVerfGE 81, 278, 292f.

第二章　平等權及自由權

第一節　平等權

一、平等權的功能

憲法第七條：「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」。應認爲具有「籠罩作用」，其效力貫穿第二章所有的條文，這並不是因爲本條置於第二章之首，成爲古典公民及政治權利的第一項，而是平等權的性質使然。因爲從第八條的人身自由直到第二十一條的受教育的權利與義務，其前提都必須平等的對待，禁止不合理的差別待遇，否則保障基本權的意義盡失。在未對平等權的概念、特性及保障範圍進一步分析之前，要特別強調兩點：

㈠平等權的政治作用

平等權是現代民主政體合法性的前提要件，十八、十九世紀立憲主義建立之初，政權由地主、市民階級、貴族所共享，有人以英國爲例，起初只有總人口百分之五有相當資產的人才有參政權。這種資產階級的政治制度，遂遭到馬克斯主義者的極力反對，於是主張「無產階級及其先鋒隊（共產黨）」可以實行專政，用我們習慣的言語講，就是無產階級在法律上享有特殊優越的地位，

作爲對「資產階級統治」的替代物。當然，到了二十世紀以後選舉普及，凡是成年的男女都具有投票權，在形式上已不能指責歐美國家仍然是資本家的政府，但是，馬克斯列寧主義者仍然堅持其專政的立場不變。民主政治的基本精神就是要承認國民具有同質性，每個人的意見都具有同等價值，然後才可以建立多數決的機制，作爲決定公共政策的正當程序。反之，如果承認某些人的意見具有較高的價值，甚至賦予少數人以否決權，便無多數決之可言。在選舉制度上採「每人一票，每票等值」（參照憲法第一二九條平等選舉之規定），便是基於這種理念。這種基於平等原則而取決多數的政體，正足以防阻階級統治。憲法第七條的政治效用，就在於此。

㈡正義原則的體現

正義原則是一切法律秩序的基礎，追求正義也是人類自古以來追求的目標。因此之故，從畢達格拉斯（Pythagoras）所主張正義就是某數的自乘（即平方）（註一五三），中經柏拉圖與亞里士多

註一五三：畢氏定理的發現者 Pythagoras，約在紀元前 582 年出生，早過柏拉圖（427. B. C.）及亞里士多德（384. B. C.）一個世紀到兩個世紀，畢氏是世界最早的數量學派，欲以數學解釋各種現象，他的宇宙觀是幾何式的均衡秩序。對正義的觀念也可用數字來表達，某數自乘（$a \times a = a^2$）代表正義，實際上是回報的思維：它原來是什麼就再給它什麼，以解決判斷回報的困難，參照 A. Verdross – Drossberg, Grundlinien der Antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 1948, S. 26ff.

德將正義區分爲交換正義與分配正義，並且不認爲正義可以自然的形成，而是國家（城邦）的事務，所謂交換正義即算術正義（arithmetische Gerechtigkeit），法官審判民刑事案件要公平對待每一個人，把不正的事予以清除，便屬於算術正義；分配正義又稱爲幾何正義（geometrische Gerechtigkeit），也就是每個人得到其應得到者，應得多少就得多少，但是亞里士多德並不反對不平等的存在，他認爲這是一個英明的統治者應處理的事，不是單純理性所能解決（註一五四）。直到當代，思想家還在尋找正義的法則。John Rawls 從正義即公平（justice as fairness）出發的正義兩原則便是著名的例子（註一五五）：

第一項原則：每一個人都有平等的權利：在相當完備的體系中，享有各種平等的基本自由權，而且與他人在同一體系所享有的自由權並行不悖（自由權平等原則）。

第二項原則：社會及經濟的不平等必須滿足下列條件：

(1)各種職位及地位必須在公平的機會均等條件下，對所有的人開放（機會均等原則）。

(2)使社會中處境最不利的成員獲得最大的利益（差異原則）。

註一五四：Vgl. Verdross – Drossberg, aaO., S. 46.

註一五五：J. Rawls, A theory of Justice, 1971, pp. 302-303，中文論述參考張福建，羅爾斯的差異原則及其容許不平等的可能程度，載正義及其相關問題，戴華等編，中研院社科所，民國八十年，二八一頁以下，又施俊吉，論羅爾斯的差異原則，同上書，三〇五頁。

哲學家戮力於正義問題的解決，反映了人類追求合乎公平與正義生活的願望。國家作爲最高型態的政治社會，實現公平與正義可謂責無旁貸。

Rawls（羅爾斯）假設初原情境（original position）中，參與議定「遊戲規則」者，在無知之幕（veil of ignorance）下，以不斷之思索進行反思的均衡（reflective equilibrium），達成協議而建立正義兩原則，羅氏顯然是得自北美十三州制憲過程的啓發（註一五六）。其實如何實現正義原則，在憲法制定後才是真正面臨的課題。亞里士多德及羅爾斯的正義類別中，都涵蓋了平等權的兩大類型：法律上形式的平等及有別於形式平等的實質平等，而畢氏的平方數正義原則，無非是依事務原來的數量，繼續維持其差距，這仍然是今天還承認的一種合乎「事物本質」的不平等現象。我國憲法裏表現追求社會正義的規定，固不限於第七條，像基本國策章及增修條文中，即有頗爲近似「差異原則」的設計，惟仍以第七條與正義最爲直接相關。

二、平等權的保障範圍

本條所稱中華民國人民在法律上一律平等，特別冠上中華民國人民爲第二章其他各條所無，並不表示平等權是國民的權利，外國人不得享有。因爲凡人生而平等已是普世接受的價值，不可能視外國人爲次等人民，不過在國際法上，尤其是商業行爲方面，

註一五六：同上註。

還有國民待遇與外國人待遇之分，在某些性質特別的權利上，若存在外國人與本國人不同的待遇，也不能指爲違反本條意旨。

至於所謂法律上平等，若依文義，解釋爲法律之前人人平等（Gleichheit vor dem Gesetz），不外適用法律之平等（Rechtsanwend- ungsgleichheit），將盡失平等的真諦，故應根據平等權的思想史源流及憲法的體系，解釋爲也包括制定法律之平等（Rechtssetzungsgleichheit）。質言之，立法者亦受憲法第七條平等條款的拘束，沒有正當理由不得在法律上差別的對待，即對部分人民給予特權或優待，或對另一部分人民構成歧視或不利益。有無正當理由，除憲法明文許可的差別待遇外，例如各種選舉對婦女當選名額的保障（憲法第一三四條），勞工、農民、婦幼之從事勞動者給予特別保護（憲法第一五三條），婦女、殘障、原住民及金馬地區人民之特別照顧（憲法增修條文第十條）等，其他譬如法律規定，公務人員因工作性質及職責輕重給予不同之薪資、退休年金在符合比例原則的前提下，並不違反法律上之平等。關於無正當理由造成的立法上不平等，無論是立法者故意或疏忽，都爲平等條款所不容，實際上也曾發生，釋字第四七七號解釋文第二段稱：「戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條適用對象，以『受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者』爲限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵，若仍適用該條

例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所牴觸」。這是立法不周延（立法怠惰）所產生的不平等案例，釋字第四七七號解釋也開創先例，逕以解釋來補救。至於行政部門執行法律或司法機關依法審判，於法律並無差別規定時，必須平等適用於所有規範對象，行政機關不得以行政作用創設法律所沒有的不平等情事，法院尤其不可違法而對當事人作不公平的裁判。

又第七條列出無分男女、宗教、種族、階級、黨派共五種作爲排除差別待遇的項目。在解釋上應認爲純屬舉例的性質，只是由於根據以往的經驗，這五種最容易造成不平等，但絕不限於此，故如地域（省籍）、職業、美醜等，都不得成爲法律上不平等之根源。總之，平等權的適用對象除少許例外，也包括外國人，條文稱人民當然兼指自然人及法人。而本條的保障範圍則指立法、行政及司法機關的法律上及事實上的行爲而言。

三、實質平等

實質平等簡單講就是具有正當性爲憲法所允許的差別對待，換言之，符合實質正義的不平等。大法官對平等原則的解釋，一向採取實質平等的立場，釋字第四八五號解釋開宗明義揭示這一觀點：

> 憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價

值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。

這號解釋旨在說明國軍老舊眷村改建條例，對原住戶有優先承購及輔助貸款之規定，與實質平等原則雖未盡相符，但尚未達違憲程度。大法官在其他解釋中，也一再提出實質平等原則，但若以引發解釋的個案衡量，則未必每件解釋皆無推求餘地。例如在民國七十二年間因舉辦退除役軍人轉任公務人員考試，在乙等特考應考資格中包括軍官及士官，但該項考試之應考須知則規定分發以軍官爲限，不以考試成績之順序爲準，以致於錄取人員中有名次較高之士官未獲分發，而名次在後的軍官獲得優先任用，於是引發爭訟。釋字第二〇五號解釋在理由書開首雖說：「按中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，爲憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，其爲因應事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項，依法酌爲適當之限制，要難謂與上述平等原則有何違背」。就引發本案的事實而言，該號解釋只作「未盡妥恰」的輕微非難，頗有值得商榷之處。蓋如前所述，以行政措施對特定群體賦予優待，應有法律明確的授權，此處所說的法律又必須是「行爲法」，組織法（如行政院退除役官兵輔導委員會組織條例）並不在內，但遍查法律並沒有這類明確授權；其次既允許士官報考，其考試成績又優於軍官，已證明其有勝任的能力，而分發任用竟須退讓成績較差者，

這種不平等的安排，似無正當性可言（註一五七）。

四、性別平等

涉及平等權的釋憲案件之中，以性別平等者占大宗。首先是釋字第三六五號解釋針對民法第一〇八九條（現已修改），關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分，認爲「與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五項消除性別歧視之意旨不符」，並指示應在屆滿二年時，失其效力。這號解釋理由書中的一段文辭，成爲大法官往後處理同類案件引據的理由：

> 由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭，亦有上述憲法規定（指憲法第七條及增修條文第九條第五項）之適用。因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當（註一五八）。

釋字第四九〇號解釋在論及男子有服兵役義務，而女子則不必服役時又再次引用「男女生理上之差異及功能角色不同」爲論點，

註一五七：李惠宗，憲法要義，二〇〇二年，一三六頁，也有批評意見。

註一五八：本號解釋所使用男女「生理」差異一語，在德國聯邦憲法法院相類似的判決中，稱爲生物學（biologisch）的差異，意謂男女在生物學上結構功能之不同，比中文「生理」一詞較爲適切。

可見這段話是判斷法律規定男女差別待遇有無正當性的基準。管教未成年子女以父的意見爲準，顯然是本於舊日父權優先觀念的立法，與上述基準不符，故宣告其違憲。又如民法第一〇〇二條（已修改），妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所等相關規定，「未能兼顧他方選擇住所及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符」，亦經宣告違憲（釋字第四五二號）。再如行政院國軍退除役官兵輔導委員會訂定之「本會各農場有眷場員就醫、就養或死亡開缺後房舍土地處理要點」規定，榮民死亡後限於榮民之子，不論結婚與否，均有權繼承其土地及眷舍，若僅有女兒則出嫁後，即收回土地及眷舍，釋字第四五七號解釋認定違反平等原則，相關規定應於六個月內檢討處理。從現今實際狀況而言，男女所擔負的功能角色已不足以支持前述設定住所及繼承土地的差別規定，這兩號解釋所持見解，甚爲正確。除此之外，民法夫妻財產制在七十四年六月三日修正以後，對於修正前已發生之聯合財產，仍適用民法親屬編施行法原有規定，仍由夫繼續享有權利，釋字第四一〇號解釋釋示爲牴觸男女平等原則。

五、黨派平等

以共同的民主政治理念，協助形成國民政治意志，促進國民政治參與爲目的，由中華民國國民組成之政治團體，稱爲政黨（人民團體法第四十四條、第四十五條參照）。政黨的作用既然在形成國民公意，目的則以爭取執政或分享政治權力之機會，手段便是透過選舉而達成。因此在民主政治的過程中，有特殊的功能與地

位，那麼政黨政治參與的權利方面，是否與無政黨歸屬的個人完全平等，是值得研究的問題。盛行歐陸各國，逐漸推廣到亞洲（包括我國在內）的比例代表制，基本上只有政黨名單上的候選人，才有獲分得票及當選的機會，未聞有違反平等的指摘，而採比例代表制產生的國會，許多國家（如德國、丹麥等）又訂有門檻條款（Sperrklauseln），以德國爲例，未達總得票 5% 的政黨名單，即不予計票，於是多次發生是否違反平等選舉的憲法爭議，德國聯邦憲法法院則認爲 5% 的門檻規定，是基於維持國會不致因小黨林立難於有效發揮功能所必要，與憲法並不違背（BVerfGE 1, 208, 248ff.）（註一五九）。

我國未曾發生比例代表制或門檻規定之釋憲案件，但釋字第四九九號解釋在論證國民大會「修憲違憲」案過程中，似已間接承認以政黨爲主體的比例代表制並未牴觸憲法。因爲該號解釋只非難虛假的所謂依附式比例代表，對真正的政黨比例代表則語多肯定。民國八十二年間曾發生公職人員選舉罷免法第三十八條第二項違憲與否的爭議，該項規定爲：「政黨推薦之區域、山胞候選

註一五九：德國聯邦憲法法院除 BVerfGE 1, 208.一案之外，BVerfGE 34, 81, 100ff. 等案也持相同見解，甚至認爲基於完全特殊、不得已之情形，高於 5% 的門檻規定，也並非不可；巴伐利亞邦憲法法院對地方選舉（Regierungbezirk 相當於縣級）的 10% 門檻就曾認爲與法尚無不合。但一九九〇年統一後第一次全國選舉，如果不顧特殊情況，一律適用 5% 門檻，德國聯邦憲法法院則指非法之所許。參照 Jarass/ Pieroth, aaO., Art. 38 Rn. 21.

人，其保證金減半繳納。但政黨撤回推薦者，應全額繳納」，釋字第三四〇號解釋認爲：「無異使無政黨推薦之候選人，須繳納較高額之保證金，形成不合理之差別待遇，與憲法第七條之意旨有違，應不再適用」。這是有關政黨平等的首宗解釋案例，八十七年又因總統副總統選舉罷免法規定，非政黨推薦之候選人應有一定選民之連署並繳交保證金，政黨推薦者則無須此一手續，而發生疑義。釋字第四六八號解釋，認爲上開法律與平等權無違，也非對被選舉權之不必要限制，與釋字第三四〇號解釋之立論似有不同。揆諸憲法直接間接賦予政黨較個人優越的參政地位，上開釋字第三四〇號解釋對區區保證金減半認爲違憲，是否妥適？尚有商榷餘地。

六、參與平等問題

所謂參與平等指人民服公職及參與其他政治事務之平等而言。曾發生下列兩件案例：第一件是：公立學校職員自民國七十九年教育人員任用條例修正公布之後，須經國家考試及格始能任職，未取得考試及格資格但原已擔任職員者，適用各該原有規定，並經釋字第二七八號解釋，許其在原學校任職，嗣後八十三年又修改上開條例，「使未經考試及格者，與取得與公務人員任用資格者之法律地位幾近相同」，釋字第四〇五號解釋認爲違背憲法第八十五條公務人員應考試任用之規定以及第七條平等原則。這號解釋強調未經考試及格之人員，不能享有與考試及格者相同之對待（諸如調動、升遷等）；否則即是將身分上有差異者，無視「事物

之本質」，無正當理由強使其受平等待遇，反足以違背憲法第七條之規定。第二件是：依民國八十一年制定的省縣自治法第六十四條：轄區不完整之省，不適用省長及省議會民選的規定，其議會及政府組織由行政院另定之。福建省的省民因此未能如台灣省省民一樣行使參政權利，而生違憲疑義。釋字第四八一號解釋以福建省目前轄區與其原有者，已相去甚遠，各種情形都不能與台灣省相提並論，上述法律「乃考量事實上差異所爲之合理規定，對福建省人民而言」，並未違背憲法上平等原則。

七、功能差異問題

國家賠償法第二條第二項規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同」。而同法第十三條則規定：「有審判或追訴職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，適用本法規定」。兩相比較，一般公務員違法行爲成立國家賠償的條件與擔任審判或追訴職務公務員所負的責任顯有不同，換言之，要對擔任審判的法官或負追訴職務的檢察官之行爲，要求國家賠償，其條件甚爲嚴苛。理由安在？這種差別規定有無違反平等原則？釋字第二二八號解釋爲其合理化辯護，認定是「爲維護審判獨立及追訴不受外界干擾，以實現公平正義，上述難於避免之差誤（法律見解與心證上之誤差），在合理範圍內，應予容忍。不宜任由當事人逕行指爲不法侵

害人民之自由或權利，而請求國家賠償」。該號解釋的結論是：「憲法所定平等之原則，並不禁止法律因國家機關功能之差別，而對國家賠償責任爲合理之不同規定」。建構功能差異亦允許不平等的理論。

八、比例原則及其他

前述羅爾斯的正義兩原則，允許社會成員間有差別待遇，但其前提必須每個人都享有自由權，機會對每個人都均等，優惠應給予處境最差最有需要的人，這些條件其實與比例原則中的衡量原則及必要性原則，若合符節。由此可見，比例原則與平等、正義本質是相通的。所謂平等最簡單的詮釋就是禁止沒有正當理由而存在的不平等行爲，此處所稱沒有正當理由，指欠缺重要的實質原因（ohne gewichtige sachliche Grund）。而認定有無重要的實質原因，不外三項標準：㈠是否在於追求正當目的，㈡是否爲達成此一目的所必要，㈢與目的之價值成適當比例，以上標準正是比例原則的內涵（註一六〇）。試以前述國家賠償法第十三條爲例，對司法官違法行爲的國家責任，作特別的規定，如果不是在特意保護司法官或以限縮人民的請求權爲目的，而是爲維持司法獨立，使法官只憑良知及法官專業認事用法，不致動輒得咎，採用較嚴的國家責任成立條件，可視爲具備重要的實質原因。又如房屋所有人所繳納之房屋稅，因自用住宅或房屋供營業、出租或其

註一六〇：Vgl. Pieroth/ Schlink, aaO., S. 104.

他用途，而適用不同之稅率，自亦符合比例原則（參照釋字第三六九號解釋）。

宗教、種族及階級的平等問題，在歐美以往成爲歷時長久的社會及政治問題，以種族而言，至二十世紀六十年代美國才漸趨解決。這類平等問題，在我國向來不曾發生重大的爭端。目前所呈現的是大陸地區居民所受的對待問題，大陸人民在法律上既未視其爲外國人，但無論在入境、居留、婚姻、繼承及就業等方面享有待遇都遜於外國人，甚至大陸配偶欲取得國民身分證比外國人歸化爲我國國民，需要居住更長的其間。上述差別待遇的憲法依據爲增修條文第十一條：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律爲特別之規定」，大陸地區及台灣地區間人民關係條例及其附屬法規都是以本條的授權作爲法源。釋字第四九七號解釋曾對大陸地區人民進入台灣地區許可、定居及居留等辦法作出合憲解釋。不過，任何法令對人民權利的限制，都須受比例原則的制約，乃當然之理。

第二節　人身自由

一、憲法第八條第一項的規範意旨

憲法第八條關於保障人身自由的規定，共分四項，文字冗長，我們曾認爲在第二章所有條文之中，唯一除了宣示原則（Prinzip）之外，兼具法規（Regel）性質的條文。第一項文字爲：「人民身體

之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰得拒絕之」。對本項規範意旨的詮釋如下：

㈠憲法保留及法律保留

人身自由的保障，本項不僅宣示原則，而且對於限制人身自由的條件自行規定，故稱爲憲法保留（Verfassungsvorbehalt），釋字第三八四號解釋理由書亦稱：「凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內爲憲法保留範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障」。而所謂「除現行犯之逮捕由法律另定外」，應解釋爲現行犯的逮捕是憲法特設保留之例外，刑事訴訟法關於現行犯的規定就是實現上述例外的憲法要求。由於憲法保留，所以不得以限制人身自由的法律，符合憲法第二十三條而免於違憲的宣告，違警罰法經兩次宣告違憲（釋字第一六六號及第二五一號解釋），其理由在此。

㈡人身自由的意義

人身自由就是身體的行動自由（Körpliche Bewegungsfreiheit），凡隨心所欲於任何時間前往任何地點，或任何時間不前往任何地點，都屬於身體的行動自由。對人身自由的侵犯即指以實力（直接強制）積極的使個人於一定時間內必須出現或停留在一定處所，或消極的使其不得於一定時間離開一定處

所。一定時間包括短暫的限制行動自由到終身監禁，故對路上行人、公共場所之在場人實施盤查、臨檢時間雖短，也是對人身自由的限制（見釋字第五三五號解釋）；一定處所則不限於監獄、看守所等禁錮人犯的設施，即便是軟禁於家宅之內，同樣侵犯人身自由。因此，對人犯的逮捕及拘禁當然是典型限制人身自由的措施，強制證人到庭也是對人身自由的限制；依強制執行法對債務人所爲的拘提及管收，依然是限制人身自由的一種強制手段，限制均應由法院依法定程序爲之。由警察機關依行政執行法實施的即時強制，雖屬暫時留置性質，仍不失爲拘禁。這類限制人身自由的公權力行爲，是否符合本條意旨，容後說明。但是並非一切消極或積極的行動之限制，都屬於憲法本條所禁止的行爲，若依法律或依約定應於一定時間在一定場所爲一定行爲者，則不屬本條保障範圍（註一六一）。除行動自由之外，對身體或健康的不法侵害之排除，也是本條所保障的事項，例如對身體施予酷刑，或強制抽取體液（骨髓）都屬此類（註一六二）。

㈢有權的機關及限制的種類

憲法第八條第一項及第二項所稱的司法、警察機關及法院其確實意義爲何？逮捕、拘禁、審問、處罰權限誰屬？以往爭論多

註一六一：Pieroth/ Schlink, aaO., S. 97.

註一六二：德國聯邦憲法法院有此種判決（BVerfGE 16, 194.），本案中譯文見吳從周譯，載司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯㈡，另參照陳新民，中華民國憲法釋論，八十四年，二一〇頁。

時（註一六三），八十四年十二月二十二日公布的釋字第三九二號解釋，有塵埃落定的作用：第一項規定之司法機關「包括檢察機關在內之廣義司法機關而言」，第一項及第二項所稱之法院，「當指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂」。逮捕、拘禁之檢察機關及警察機關雖有權限，但依同條第二項逮捕只是移送法院審問、處罰的過程及手續，拘禁則以不超過二十四小時爲原則，而屬於拘禁者，不限於刑事訴訟法上的羈押、檢肅流氓條例的留置（參照釋字第五二三號解釋）、少年事件處理法之收容都包括在內。「審問」在釋字第三九二號解釋被界定爲：「係指法院審理之訊問」，處罰應解釋爲泛指限制人身自由的懲罰性措施，自由刑的科處、罰金易科爲拘役及行政罰之拘留固屬處罰，感訓、管訓、感化、強制工作、強制治療名目繁多的保安處分，也是本條所稱的處罰。經過審理訊問的程序，如認定應負責任，僅法院有權處罰，檢警機關並無此項權力。

㈣從形式合法到實質正當

訓政時期制定的違警罰法，規定警察機關對違警人得裁決拘留及罰役，拘留七日以下，加重時可達十四日；罰役二小時以上，八小時以下，得加重至十六小時。與「非由法院依法定程序，不得審問處罰」的規定不符，民國六十九年作成之釋字第一六六號解釋宣告上述相關規定爲違憲，要求「應迅改由法院依法定程序

註一六三：林紀東，前引逐條釋義，第一冊，一二一頁。

爲之」。但有關機關拖延長達十年未完成修法，於是又引發爭議，七十九年一月十九日大法官再公布釋字第二五一號解釋，認定罰役、拘留及矯正處分（違警罰法第二十八條）與憲法第八條第一項之本旨不符，均應一併改由法院依法定程序爲之，該法相關規定至遲應於民國八十年七月一日起失效。這也是大法官首次宣告違憲法律定期失效的例子。

有關機關終於遵照釋字第二五一號解釋，在期限內制定社會秩序維護法取代違警罰法，並將拘留及較嚴重之其他處分（勒令歇業、停止營業）的裁罰權，一併移轉法院，至於罰役及矯正處分則廢止，但矯正處分仍可藉檢肅流氓條例之處罰而達到目的。至此憲法第八條第一項所要求的形式合法 — 由法院依法定程序爲之 — 的規定，在憲法頒布將近半世紀後，終告實現。然而，若謂只要是法律所定的程序，不問其實質內容是否正當，也非憲法保障人身自由之真意。於是在八十四年針對檢肅流氓條例作成的釋字第三八四號釋憲案，進一步揭櫫實質正當的原則：

> 〔憲法第八條第一項〕其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。

上述解釋確定了法定程序必須是實質正當的法定程序，這是英美法上正當法律程序（due process of law）首次導入，成爲憲法的原

則（註一六四）。並成爲嗣後許多解釋檢驗法律所定的訴訟程序或行政程序，是否違憲的基準。但正當法律程序的內涵爲何？釋字第三八四號解釋並未詳加說明，僅具體的指出檢肅流氓條例下列的規定，欠缺實質正當：「檢肅流氓條例第六條及第七條授權警察機關得逕行強制人民到案，無須踐行必要之司法程序；第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發見真實；第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符」。對流氓施予刑罰的先行行爲，是由警察機關認定流氓，書面告誡及列冊輔導，上開解釋也認爲違反憲法第十六條：「又同條例第五條關於警察機關認定爲流氓並予告誡之處分，人民除向內政部警政署聲明異議外，不得提起訴願及行政訴訟，亦與憲法第十六條規定意旨相違。均應自本解釋公布之日起，至遲於中華民國八十五年十二月三十一日失其效力」。舊法院組織法第六十九條對開庭時不遵守法庭秩序，有妨害法庭執行職務或其他不當行爲，審判長認爲情節重大得處三日以下拘留，對審判長之處分且不得聲明不服，表面看來也是法院依法定程序所爲的拘禁處罰。但衡諸人身自由之限制應符合正當法律程序的意旨，雖是短期的秩序罰也應遵守，新修正的法院組織法遂將之改爲應依一般刑事訴訟程序處罰

註一六四：關於正當法律程序，參照湯德宗，行政程序法，翁岳生編，行政法（下），二〇〇〇年，九一四頁以下。

的事項（新法第九十五條）。基於相同理由，民事執行程序的管收，既無刑事訴訟程序的適用，拘禁又長達數個月，與正當法律程序是否符合，實有疑問。至於依行政執行法所爲的即時強制，其管束以二十四小時爲限，且依其所定事由（行政執行法第三十七條），都無非是緊急避難或正當防衛的範圍，尙不生違憲問題。

㈤法定程序的實體法功能

前面所述是「法定程序」一詞在程序法上功能的演變，更重要的，法定程序尙有其實體法上的意義。第八條第一項反覆使用法定程序，並稱「非由法院依法定程序，不得審問處罰」，初看當然指程序規定而言，但若因而認爲只要程序正當，實體法之內容可以不顧，顯非憲法保障人民身體自由的本旨。所以法定程序應解釋爲兼含實體法之意，其中最重要者便是罪刑法定主義：行爲之處罰以行爲時法律有明文規定爲限，這也是世界文明國家刑罰法律共同遵守的原則。我國刑事立法一向將之奉爲圭臬，故也可視爲在憲法實施時，已存在的人身自由制度的一環，否則審問雖嚴守正當程序，而處罰的實體規定，不受「法無明文，不爲罪」的拘束，空有人身自由保障之名（註一六五）。

至於論者或主張「無辜推定」或「不得強迫被告自證其罪」，均應歸爲法定程序之內，並不妥當。蓋無辜推定及自白任意性，

註一六五：與本書持相同見解，林紀東，同前註，一二五頁以下，李惠宗，憲法要義，一五〇頁。

他國或有將之列入憲法條文者（如美國），但基本上是程序法與證據法規範的事項，運用正當法律程序加以檢驗即可。

㈥拒絕非法侵害人身自由的憲法意旨

憲法第八條第一項最後一段文字：「非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之」，通常都等閒視之，未賦予規範效力，殊非解釋憲法之道。我們認爲這一規定，除表現基本權是防衛（禦）權的遺跡之外，還有重大意義：即對顯然非依法定程序侵害人身自由者，被害人有權抗拒，縱因而對違法公務員以某種程度的實力對抗，或避免拘禁而逃避，均不構成刑法上妨害公務或脫逃的刑責，因爲這是憲法直接提供的正當防衛或違法阻卻之事由。

二、憲法第八條第二項至第四項

㈠提審制度

提審制度起源於英國的人身保護 habeas corpus 措施。憲法第八條第二項至第四項所定提審程序，也是源自英國的制度。如前所述，唯法院有審問處罰之權，凡是法院以外的機關逮捕犯罪嫌疑人之後，並無拘禁之權，所以逮捕拘禁機關應於二十四小時內移送該管法院，並應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，以便本人及親友知悉遭逮捕之原委；又遭逮捕後，無論是否超過二十四小時，本人或其親友均得聲請該管法院向逮捕拘禁機關提審；法院在接到聲請後，應於二十四小時內辦理，這便是第二項規定的意旨。依第三項規定，法院對於前項聲請，

不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。第四項則規定，對非法之逮捕拘禁，法院應依當事人之聲請，依法追究違法之責任。

憲法對提審程序的設計確是本於保障人身自由的立場，對法院所課予的職責，對時限的硬性規定，與先進國家相比有過之而無不及。但行憲以來，法院受理提審之案件，非常稀少，法院裡甚至連提審票都沒有印（註一六六），而真正提審釋放人犯者，更是聞所未聞。提審的功能不彰，第一個原因就是長期宣告戒嚴。戒嚴本有兩種不同的制度，一是法國的圍攻狀態（Belagerungszustand），一是英美的 martial law。法國式的戒嚴是以傳統的陸戰爲前提，故尚可劃分警戒地區與接戰地區，並先有一部戒嚴法的制定，一經發布戒嚴令，隨即實施戒嚴法。英美的戒嚴並沒有成文的戒嚴法，司令官的命令就是戒嚴地區的法律，我國的戒嚴屬於法國式。無論是法國式或英美式的戒嚴，一旦實施都具有兩項效果：軍隊司令官有權接管行政及司法機關（參看戒嚴法第七條），司令官得隨時限制人民的自由權利（戒嚴法第十一條），在 martial law 之下，停止人身保護令狀的適用，更是當然的效果。台灣實施戒嚴長達四十年，行政及司法機關雖未被接管，但普通法院的刑事審判權在戒嚴之初大受限制（戒嚴法第八條），其後雖逐漸恢復，但各種治安單位林立，基本上不受法院或檢察官的控制。在威權籠罩之下，向這些單位要求移送人犯，簡直是

註一六六：陳新民，前引憲法釋論，二〇一頁，註五。

批其逆鱗，誰敢爲之！

第二個原因是提審法對提審條件作了違背憲法第八條第二項的規定，第八條第二項的意思是：只要是法院以外的機關逮捕人犯，不問原因均應於二十四小時內移送法院，所謂 habeas corpus 本意就是〝Sir, you have the body〞將人提交法官，任憑處理，逮捕是否合法正是提審後法官應判斷之事。但提審法第一條則規定：「人民被法院以外任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院或其所隸屬之高等法院聲請提審」。在戒嚴體制之下，治安單位或警察機關逮捕拘禁人犯，當然都有某些法規的依據，也就不是「非法」逮捕拘禁，不符合提審法的條件，舊司法院院解字第四〇三四號解釋即持這種見解，提審徒具其名，沒有實際作用，這也是一項重要因素。上開提審法的規定，終於爲釋字第三九二號解釋（解釋文第三項）宣告違憲。

㈡羈押權的歸屬

前面說過，憲法第八條的法院與司法機關究何所指？一向爭論甚多，連帶產生原本刑事訴訟法將羈押權劃歸負偵查犯罪責任的檢察官是否符合憲法本條的疑義。關於普通法院受理案件的人犯羈押，五十年來可劃分爲三個階段：第一階段從政府遷台至民國五十六年刑事訴訟法修正公布爲止：這一時期，犯罪嫌疑人在偵查中羈押權由檢察官行使，檢察官依法簽發押票將人犯羈押於法院看守所，但事實上有人犯借提寄押辦法，警察機關可依此辦法，將人犯羈押於警察拘留所，最長可達十四天，而不必真正移

送於檢察官，這種措施固有利於查證、追贓或緝捕共犯，但流弊時生（如非法取供），與憲法的規定更是南轅北轍。第二階段自民國五十六年至八十六年十二月刑事訴訟法再次修正爲止：民國五十六年元月刑事訴訟法全面修訂，並增設證據章節，以利爭取對駐台美軍的管轄權，配合美軍在華地位協定的實施，但有關羈押的條文，並無任何變動，當時台灣高等法院首席檢察官卻趁此機會，宣布廢止人犯借提寄押辦法。從此之後，警察機關必須於二十四小時之內將人犯移送該管檢察處，如有借提查證的必要，也必須當日之內送返看守所羈押。這個時期警察機關若爲辦案之方便，可利用的手法不外：以犯罪嫌疑人另觸犯違警罰法科予拘留，而將之留置於警察局（在八十年七月一日該法失效前）。第三個階段自八十六年十二月迄今：民國八十四年十二月二十四日公布的釋字第三九二號解釋，宣告檢察官行使羈押權違憲，並將之回歸法院之法官（註一六七）：

註一六七：憲法第八條是一個弔詭的規定，在制憲當時，中國大陸烽火遍地，行政及司法機關又極不健全，每一個縣是否均設有能執行職務的法院，都有疑問，根本不具有實施的條件。縱有法院想提審人犯，也遭縣長拒絕，參看司法院院解字第三三五四號解釋就可發現。而制憲之際，檢察官配屬於法院，爲法院的一部分，是眾所理解的事，移送於檢察官初無牴觸憲法問題。遷台以後，法治較國民政府在大陸時期，有長足進步，加以民國七十年以後，院檢分立，又因檢察機關並非法院，乃各國通例，質疑違憲的聲音遂越來越強烈。二十四小時由檢警雙方共用，對偵察犯罪卻嫌短促，雖然釋字第一三〇號解釋附加在途時

是現行刑事訴訟法第一百零一條、第一百零二條第三項準用第七十一條第四項及第一百二十條等規定，於法院外復賦予檢察官羈押被告之權；同法第一百零五條第三項賦予檢察官核准押所長官命令之權；同法第一百二十一條第一項、第二百五十九條第一項賦予檢察官撤銷羈押、停止羈押、再執行羈押、繼續羈押暨其他有關羈押被告各項處分之權，與前述憲法第八條第二項規定之意旨均有不符。

並指示違憲的法條，至遲於本解釋公布日起屆滿二年時，失其效力，因而有八十六年十二月十九日修正公布的刑事訴訟法。至於憲法第八條的規範意旨，可謂已全部落實於現行法律。惟徒法不足以自行，執行刑事訴訟法的法官、檢察官及警察人員應本著刑事訴訟乃實用之憲法（Strafprozess ist angewandetes Verfassungsrecht）的理念，時刻以實現保障人權的憲法意旨爲職志，尤其法官應體認法院是權利的保存庫，人民自由的堡壘，消除國人訟則凶，視赴法院爲畏途的心理；執行刑事訴訟法之公務員，切忌只存刑事訴訟爲國家行使刑罰權之程序的傳統觀念，唯恐法網有漏，不達到行使刑罰權之目的，絕不終止。果真如此，人身自由及其他基本權的保障，不過徒託空言而已！

三、人身自由與軍事審判

間，第三九二號解釋也有法定障礙所致之遲延時間不予計入，幫助仍然有限。惟解釋憲法依詮釋學者所主張，不是解釋制憲者的意思，而是憲法本身與時俱進所應有的意思。

憲法第九條：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」。可稱爲不受軍事審判之自由，類似情形在他國憲法上或定爲：「禁止設置特別法院」，「人民皆有受法官審判的權利」（威瑪憲法第一〇五條，德國基本法第一〇一條，日本國憲法第三十二條參照）。本條之反面解釋當然是：現役軍人得受軍事審判，我們稱得受而非應受，乃基於軍人原則上應享有與一般人民相同的基本權，除非確有必要，不應認爲現役軍人就必須接受軍事審判。國家安全法第八條即不分平時戰時，「現役軍人所犯爲陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者」，不屬軍法機關追訴審判的案件。釋字第四三六號解釋更進一步宣稱：「又憲法第九條規定：『人民除現役軍人外，不受軍事審判』，乃因現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行爲得設軍事審判之特別訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。至軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則。本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令爲理由請求救濟」。軍事審判法相關條文，並經宣告定期失效。

第三節　居住遷徙及秘密通訊之自由

本節將憲法第十條：「人民有居住遷徙之自由」，與第十二條：「人民有秘密通訊之自由」合併討論，只爲章節安排方便，並非謂兩條有如何之牽連。

一、居住自由及遷徙自由

傳統對這兩項自由通常分別詮釋：居住自由是靜態的權利，遷徙自由是動態的權利。大法官新近之解釋則將兩項自由合而爲一：「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境入境之權利」（釋字第四五四號解釋文，第四四三號解釋也有類似文字）。就居住自由而言，自由選擇居住處所便有動態的性質，而一旦有居住之事實則應受充分的保障。故居住自由就靜態而言，就是居住處所不受公權力或他人之侵犯。我國雖然沒有像英國諺語：「人之家宅乃其堡壘」的說法，但在習俗上若無主人的允許，擅自登堂入室仍是大忌，爲保障居住自由，刑法設有無故侵入住宅罪（刑法第三〇六條）及違法搜索罪（同法第三〇七條），若因偵查犯罪之必要，而須進入或搜查住宅時，刑事訴訟法規定應遵守的程序。偵察犯罪以外之情形，尤不得假借臨檢或盤查之名，恣意妨害人民居住自由，又凡供人居住之處所，不問其居停時間的長短均受與住宅相同的保障，這就是釋字第五三五號解釋的意旨所在。

遷徙自由是指移居或旅行的權利，故應與人身自由僅屬於身體行動自由而不涉及居停處所移動者，概念上有所區隔。論者或將遷徙自由理解爲行動自由，易造成與人身自由重疊（註一六八）。又遷徙自由的保障不僅涵蓋積極的任意遷移的權利，也包括消極的免於受強迫遷移的自由。無論積極或消極的限制居住或遷徙皆應有法律明文之依據，且法律之內容應符合憲法第二十三條之比例原則。戒嚴時期動輒以命令限制人民上述自由權利的作法，不應再存在。解嚴以後主管機關還有一仍舊慣發布行政規則之事，表面看似技術性、細節性的規定，究其實質已妨害國民依憲法本條所得享有的權利，致遭大法官宣告違憲：「中華民國八十三年四月二十日行政院台內字第一三五五七號函修正核定之『國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點』第七點規定（即原八十二年六月十八日行政院台內字第二〇〇七七號函修正核定之同作業要點第六點），關於在台灣地區無戶籍人民申請在台灣地區長期居留得不予許可、撤銷其許可、撤銷或註銷其戶籍，並限期離境之規定，係對人民居住及遷徙自由之重大限制，應有法律或法律明確授權之依據。除其中第一項第三款及第二項之相關規定，係爲執行國家安全法等特別法所必要者外，其餘各款及第二項戶籍登記之相關規定、第三項關於限期離境之規定，均與前開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力」（釋字第四五四號解釋）。

註一六八：李惠宗，憲法要義，一五七頁以下。

現行法律中限制人民居住遷徙自由者，爲數不少。例如台灣地區與大陸地區人民關係條例授權訂定之入境、居留等相關許可辦法，以大陸地區人民爲適用對象，業經釋字第四九七號解釋認爲合憲；又如動員戡亂時期國家安全法第三條第二項第二款限制入境規定，以及該法施行細則第十二條第六款，關於未在自由地區居住一定期間，得不予許可入境之規定，也經釋字第二六五號解釋認定並未牴觸憲法。至於其他諸如傳染病防治條例第二十六條規定，在時疫流行時，主管機關得限制人民出入傳染病流行區域；要塞堡壘地帶法第四條第七款及第八款限制在要塞地區內居住或強制遷出，都是基於公益之必要，對居住遷徙自由所爲的重大限制，但尚未經合憲性檢驗。至於妨害兵役治罪條例（第十一條第一項第三款）處罰後備軍人遷移住所，無故不依規定申報，「其僅課予後備軍人申報義務，並未限制其居住遷徙之自由，與憲法第十條之規定尚無違背」（釋字第五一七號解釋）。

二、秘密通訊自由

㈠規範意旨

秘密通訊自由是一項古典的自由權，最初是指郵件作爲通訊工具而言，隨著技術的發展電報、電話的通訊方法也一視同仁，今天更進展到電子傳真及網際網路的時代。無論人民使用何種通訊媒體，都受到憲法第十二條之保障。所謂秘密通訊自由不僅指通訊的內容不得拆閱、竊聽、隱匿、扣押等刺探或破壞而言，即

對於收件人及寄件人之姓名是否真實，如當事者不願提供說明，傳達機關或人員也應給予尊重。憲法第十二條保護的主體包括自然人及法人，自然人包括成年人及未成年人，法人兼指本國法人與外國法人。秘密通訊自由原本是對抗公權力的權利，而郵政、電信服務人員以往多具有公務員身分，保障的功能更易於發揮。目前電信、郵政已逐步開放民營，擔任傳達資訊任務者無論是否具有公務員身分，一樣負有維護通訊秘密的義務，郵電從公法上組織改爲私法上營利事業，德國與我國近年如出一轍，學者認爲維護通訊自由的義務，現時可視爲基本權的國庫效力（Fiskalgeltung der Grundrecht）(註一六九)，即私經濟行政亦受基本權拘束之意。國庫效力於此對我國也有適用，不過若干因保障通訊自由並設有刑責的規定，常以侵害通訊秘密者須具有公務員身分爲前提（例如刑法第一三三條），在「民營化」之後將發生適用問題。又秘密通訊自由並不以對抗公權力爲限，即在私人間關係上也不排除其規範效力，故雇主對於員工也不得有妨害其秘密通訊的權利，這種情形就是學理上所稱的基本權之放射效應（Ausstrahlungswirkung der Grundrechte）。

㈡秘密通訊自由的限制

秘密通訊自由與良心自由或內心信仰自由不同，並非無從由外部予以限制的權利。德國曾發生限制這項權利的著名案例：先

註一六九：Pieroth/ Schlink, aaO., Rn. 774.

是在冷戰高潮時期，西德於一九六八年增修基本法第十條第二項的規定，並以修憲程序制定實施基本法第十條第二項的法律，目的在延續占領軍當局某些郵電檢查措施，授權政府機關有權在不告知關係人之情形下，採取限制措施（如竊聽電話等），司法機關並無監督這類措施的權限，而由附設於國會的輔助機關取代（註一七〇）。這些規定引起是否合憲的重大爭議，聯邦憲法法院在多次判決中對上開法律作實質審查，並以憲法上的比例原則對之作限縮解釋，只有在具體情況已出現可疑的與憲法敵對形勢，而用盡其他可能的措施仍不能釋疑時，才可以實施有礙郵電通訊秘密的手段，而不能以條文空泛的規定「基於保障自由民主的基本秩序或聯邦及某邦的存在」作爲限制秘密通訊的標準；至於有權監督機關無論設置於國會內或國會外，其成員都必須具備法官的獨立地位、有任期保障、行使職權不受任何干涉並賦予充分的權限，始屬合憲（BVerfGE 30, 1, 20f.; 67, 157, 177f., 185.）（註一七一）。

我國在戒嚴時期軍事警備機關隨時檢查郵電的情形，爲現行法制所不許。目前存在合法的限制措施尚有：刑事訴訟法第一〇五條第二項、第三項對羈押中被告通訊自由之限制、第一三五條

註一七〇：事實上這個機關是國會內的委員會，由議員三名組成，一人須具法官資格爲擔任主席，行使通訊監察的主管長官如內政部長、司法部長應按月向委員會提出報告，實施監察前並須獲得許可，參看陳新民，中華民國憲法釋論，初版，二六一頁。

註一七一：Vgl. Jarass/ Pieroth, aaO., Art. 10 Rn. 12ff.; Dürig, in: Münz/ Dürig, Grundgesetz, Kommentar, S. 37ff.; Richter u. a., aaO., S.205f.

對得爲證據之郵件電報的扣押，爲執行上述刑事訴訟法的規定，法務部並訂有「檢察機關實施通訊監察應行注意要點」。此外羈押法、監獄行刑法對被告或受刑人書信之查驗以及破產法規定破產管理人得取代破產人接收郵電等均是。民國八十八年七月十四日公布的通訊保障及監察法是有關秘密通訊自由最重要的立法。依通訊保障及監察法的規定，犯該法第五條所列舉各項罪名的嫌疑人並危害國家安全或社會秩序情節重大者，在偵查中由檢察官，審判中由法官簽發通訊監察書（同法第五條第二項），對外國勢力或境外敵對政治實體之機構人員，其通訊監察書由國家安全情報工作之首長簽發，但應呈報最高檢察機關補行同意（第七條）。監察手段除不得於私人住宅裝設竊聽器、錄影設備或其他監察器材外，可以採一切必要之方法（第十三條第一項）。從事通訊監察並應遵守比例原則（第二條），並有嚴格期間限制（第十二條），違反本法監察通訊者，應負民事責任，並有刑罰制裁（第十九條至第二十八條）。綜觀該法規定，雖有適用範圍過於廣泛、授予核准實行通訊監察公務人員的裁量權欠缺制約機制等缺點外，基本上是一項進步的立法，如能貫徹實施將有助於人權水準的提昇，並一掃戒嚴時期長年存在的陰霾。

第四節　表現自由

一、表現自由的意義

表現就是將思想、觀念或意見以言行或其他可作爲傳達的方法表現於外之意。言論、講學、著作及出版當然是表現的方式；其餘集會、遊行、舉行信仰儀式、請願、行使參政權也含有表現的作用，但這些項目憲法都有專條加以保障，所以表現自由的敘述，只限於第十一條的四種自由。而其中言論自由事實上也包含講學、著作及出版，但憲法既然將四種並列，則言論自由只能將其餘三種除外，採取狹義的理解。藉文學、圖畫、影像、聲音、舞蹈、戲劇及電腦程式等方式發表者，稱爲著作；將各種著作以平面印行方式散布者爲出版，與出版概念不符之傳播方式，例如經由電子媒體傳播者，又只得歸於言論自由的範疇；講學則指在學校或其他學術文化機構講授及發展其觀念或意見。

二、言論自由

㈠言論自由的功能及重要性

言論自由具有各種功能：「實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺的機制，國家應給予最大限度的保障」（釋字第五〇九號解釋理由書），又「本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由爲實施民主政治最重要的基本人權」（釋字第四四五號解釋理由書）。這是大法官相關解釋，對言論自由在民主

社會中功能的描述。

因此之故，言論自由備受各國憲法所重視，而以美國爲最。美國憲法增修條文第一條明文：國會不得制定剝奪言論自由之法律，事實上美國對言論自由保障之周密，也確爲其他國家所不能望其項背。惟言論自由絕對不受限制，事所難能，爲解決不得立法限制，但實際生活中又非毫無限制，美國最高法院遂發展出各種基準（test），從早期一九二〇年代由 Justice Holmes 及 Justice Brandeis 提出的「明顯而立即的危險」（clear and present danger）到七〇年代「實質惡意」（actual malice）或「模糊禁止」（vagueness doctrine）等原則（註一七二），不勝枚舉，而國內討論的文獻爲數不少，均值得我們檢討言論自由或表現自由時的參考（註一七三）。

註一七二：明顯而立即之危險原則首次出現在 Schenk v. United States 25a U. S.（47）案件，Oliver. W. Holmes 大法官的個人意見書中，所謂言論自由的保障，也不能保障平白無事而在坐滿觀眾的戲院大喊失火，致引起驚慌失措，這就構成了明顯而立即之危險，這種理論其實並非 Holmes 所創，而是來自 Common Law 中的因果關係法則。實質惡意原則是著名的紐約時報控告蘇利文案件 New York Times v. Sullivan 365 U. S. 254 所建立，原告須證明被告有真實惡意才能成立誹謗罪。所謂模糊禁止是 Grayned v. Rockford 408 U. S. 104 案所採的立論基礎，認爲限制人民言論自由的法律不能過於模糊，以致於造成寒蟬效應，這種說詞與我們所熟知的法律明確性有相似之處。

註一七三：劉慶瑞，論「明白而立刻危險」原則，載比較憲法研究，民國六十七年，一一四頁以下；李鴻禧，言論出版自由之民主憲政意義，載憲法與人權，四〇四頁；法治斌，憲法專論㈠，民國七十四年，同著者，

㈡保障範圍與國家之保障義務

允許人民公開發表言論、自由表達其意見，乃社會文明進步與閉鎖落後之分野，亦唯有保障各種表現自由，不同之觀念、學說或理想始能自由流通，如同商品之受市場法則支配（註一七四），經由公眾自由之判斷與選擇，去蕪存菁，形成多數人所接受之主張，多元民主社會其正當性即植基於此。又民主社會之存續及發展有賴於組成社會之成員的健全，一國國民祇有於尊重表現自由之社會生活中，始能培養其理性及成熟之人格，而免遭教條式或壓抑式言論之灌輸，致成爲所謂單面向人（one – dimensional man）。其保障範圍不僅包括多數人歡迎之言論或大眾偏好之出版品及著作物，尤應保障少數人之言論。蓋譁眾取寵或曲學阿世之言行，不必保障亦廣受接納，唯有特立獨行之士，發爲言論，或被目爲離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在。故言論不問其議題或內容，公共的、政治的或私人的皆在受保障之列。發表言論是基於理性或出自情緒也非所問，

人權保障與司法審查㈡，一九九四年；林子儀，言論自由與新聞自由，一九九三年；林世宗，美國憲法言論自由之理論與闡釋，民國八十五年；陳新民，前引書（釋論），二二七頁以下；蘆部信喜（李鴻禧譯），憲法，初版，一九九五年，一八三頁以下。

註一七四：此稱爲言論思想之自由市場理論（marketplace-of-ideas theory），也是美國聯邦最高法院大法官 Oliver W. Holmes 於一項案件（Abrams v. United States, 250 U. S. 616）之不同意見書中所提倡，參照林子儀，前引書，二十一頁。

言論有無價值、是否發生影響亦不在考慮之中。但明知爲與事實不符的主張（unwahre Tatsachenbehauptungen），則是不受保護的法益（註一七五）。以上是講積極的發爲言論，另一方面個人有權選擇消極的沈默，免於發表言論，不受逼迫而發言，也是保障的事項。

由於資本主義社會媒體有獨占經營的趨勢，加上電波頻率具有物理稀少性的特點，國家負有義務建立制度上的保障，使言論、出版及著作等自由，得以充分發揮，並使國民有接近使用媒體之權利（the right of access to the media）（釋字第三六四號解釋），及接受資訊的權利（the right to receive）。

㈢法律對言論自由的限制

現行法律中有關限制言論自由的規定，爲數不少：有基於維護社會秩序者：例如刑法第一五三條煽惑他人犯罪或違法罪，第二三五條之妨害風化罪；基於維護個人法益者：如刑法第三百十條之誹謗罪；基於保護國家或公務上機密者：如刑法第一〇九條及第一一〇條之洩密罪，公務員服務法第四條規定之保密義務；基於職業倫理者：如醫師法第二十三條之保守業務上秘密義務等。此外，藥事法第六十六條、廣播電視法第二十五條、電影法第二十四條以及國家安全法第二條、集會遊行法第四條（禁止主張共產主義及分裂國土）都是對言論自由的重大限制，稍後再作說明。

註一七五：BVerfGE 54, 208, 219.

對於言論（包括著作及出版）自由的限制，在法制上向有追懲制及預防制。所謂追懲制是發表言論，事先不予干涉，但事後如觸犯法律或損害他人利益，則應負刑事或民事責任；預防制就是事先檢查制（prior censorship, Präventivzensur），現代法治國家多已摒棄預防制，因爲事先檢查將扼殺言論、著作及出版的自由，其結果只有執政者喜悅的言論可以公開發表，對自由與多元社會健全發展之戕害，莫此爲甚。所以十九世紀的憲法就已禁止事先檢查：一八六七年奧地利的國家基本法（Staatsgrundgesetz）第十三條第二項規定：「出版不得爲檢查，亦不得採許可制度加以限制。國內印刷品之流通，不得適用行政上之郵政禁止手段」（這項法律至今仍具有憲法位階的效力）。依該國憲法法院的裁判，戲劇、電影、廣播均不得事先檢查，甚至基於保護少年也不爲憲法所許（Vfslg 6615/ 1971, Vfslg 846/ 1978）（註一七六）。戰後西德基本法第五條第一項、日本憲法第二十一條第二項均明文禁止事先檢查（註一七七）。至於美國，所謂事先檢查兼指出版品經官署許可，

註一七六：Vgl. Adamovich/ Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., aaO., S. 409.

註一七七：德國對基本法所禁止的事先檢查，認真遵守，德國聯邦憲法法院宣稱：「自由而不受公權力操控，並且沒有事先檢查的出版是一個自由國家的重要因素，...也是現代民主政治不可或缺」（BVerfGE 20, 162, 174.），至於日本，該國憲法也明文禁止「事先檢查」，但實際上存在不少檢查制度，最高裁判所爲使這類制度合法化，遂主張事先檢查是指發表前審查其內容，並禁止其發表，故海關對「危害風俗書籍、圖

方可發行，以及撤銷執照禁止出版而言，與大陸法系國家將事先審查單純界定爲出版物或其他精神作品在發行或散布之前，其內容應經官署審查及准許，有所不同。美國憲法增修條文第一條雖未明文禁止事先審查，但一般認爲基於憲法該條保障言論及出版自由之精神，事先審查基本上應予禁止，祇有猥褻性言論等極少數情形允許存在。一九三一年之一項案件針對授權行政官員就曾經刊載淫穢或惡意誹謗言論的刊物，雖得申請法院發給禁制狀（injunction），這一禁止其出版的州立法，聯邦最高法院仍認爲構成違憲（Near v. Minnesota ex rel. Olson [283 U. S. 697 (1931)]）。實際上美國此種限制方式依然與大陸法系國家不可同日而語，因爲本質上並非內容之事先審查，而係根據已出版之內容，禁止其將來發行，相當於撤銷執照；禁止必須由行政官員向法院請得令狀爲之，與大陸法系國家之由行政機關以單方行政行爲逕行查禁之情形有別。直到一九七〇年代美國通過一系列法律擴大聯邦貿易

畫」在輸入通關前加以檢查，不是事先檢查，並不違憲（一九八四年十二月十二日）。這種見解受到日本學者的批判，因爲事先檢查應以到達接受人時爲準，甚至事後檢查而有抑制發表的效果者，也應視爲事先檢查。又例如教科書審定，出版前經文部大臣的審查核定，東京高等裁判所以審定不合格的教科書，原稿仍可作爲一般圖書而出版，並未受到限制爲由，認爲尚未違憲（東京高等裁判所一九八六年三月十九日判決），最高裁判所也採取相同的見解（一九九三年三月十六日），認定不違憲，同樣受到強烈的質疑。以上參照阿部照哉等編著，周宗憲譯，憲法（下），二〇〇一年，一五一頁以下。

委員會（Federal Trade Commission）職權，爲保護消費者，該委員會得發布管制商業廣告之規章，並有權頒發類似禁制狀之禁止令（cease and desist order），以代替向法院聲請令狀（註一七八）。

在本編第一章第六節討論基本權的限制時，曾說到本質內容限制的概念，質言之，基本自由與權利的限制，無論如何不得侵害到某種權利的本質內容。就言論自由而言，事先檢查制度可說是本質內容限制的一種。現行電影法第二十四條規定，教學電影片應經教育主管機關之核准，其他電影片須經中央主管機關核准，始得放映。至於電影片受禁止之事由則規定於同法第二十條，共有七款：危害國家利益或民族尊嚴、違背國家政策或政府法令、煽惑他人犯罪或違背法令、傷害少年或兒童健康、妨害公共秩序或善良風俗、提倡無稽邪說或混淆視聽、污衊古聖先賢或歪曲史實。廣播電視法第二十五條及第三十三條規定，除新聞節目外，其他節目及廣告新聞局均命其於播出前，接受事先審查（並見諸該法施行細則第二十九條之規定）；而廣播電視內容受禁止之事項規定於同法第二十一條，共有六款其內涵與電影法大致相當。無可諱言，上述兩種法律是對表現自由的嚴重限制，尤其實施事先檢查難謂不是本質內容的侵害。若與平面媒體在出版法已廢止，目前可謂不存在檢查情形下，更顯示其嚴苛。究其原因，也許認爲無線電子媒體與平面報刊性質不同，隨時隨地進入家庭及每一角落，收聽收看往往非完全出自個人之志願，這類媒體影響力產

註一七八：Cf. John D. Zeleny, Communication Law, 1993, pp. 387-400.

生快速而且鉅大，實有加以特別限制或安排之必要，各國均不乏其例（註一七九）。實則另一種規範電子媒體的法律 — 有線廣播電視法其第四十條雖也規定三項內容限制：違反法律強制或禁止規定、妨害兒童或少年身心健康、妨害公共秩序或善良風俗，但範圍已見縮小，內涵也較爲明確；其第四十四條只規定主管機關必要時得於播出後，十日內向業者索取資料，並無事先審查的規定。

註一七九：鑑於電子媒體影響力，無遠弗屆，奧地利採取由國家獨占經營的作法，單獨立法使廣播電視台（Österreichische Rundfunk, ORF）成爲公法上營造物，其理事會及節目編輯委員會分別由各政黨、宗教及不同世界觀的人士擔任，俾能維持播出內容的中立、客觀及適合全民收聽觀看，這種立法在一九七四年成立時，曾引起正當性與合憲性的重大爭議。終於發生訴訟，一家傳播機構以奧國爲被告，以違反歐洲人權公約爲理由，向歐洲理事會（EGM）提出控告（Informationsverein Lentia gegen Österreich, EuGRZ 1994, 549.），裁決結果認爲，ORF 的獨占違背歐洲人權公約（第十條）的規定，vgl. B-C Funk, aaO., Rn. 447.經過這件訴訟，加上有線電視的興起，公營獨占局面才被打破。德國的廣播電視同樣是公營獨占經營，爲了開放民營，各邦多次立法嘗試，同時不斷發生憲法訴訟，德國聯邦憲法法院向以廣電自由屬於服務性自由（dienende Freiheit），其本質在於節目自由（Programmfreiheit），即不受政府或其他勢力支配，是否公營不生違憲問題。幾經爭訟，憲法法院才確認民營及商業電台可以設立，參照石世豪，從司法院大法官釋字第三六四號解釋，論廣播電視自由之制度性保障與主觀基本權利雙重性質，載中研院社科所，憲法解釋之理論與實務，第二輯，三七七頁以下；vgl. auch Pieroth/ Schlink, aaO., Rn. 576f.

電影法及廣播電視法何妨採與有線廣播電視法相同的管理方式，放棄事先審查作法，以符憲法保障表現自由的本旨。最後還須強調，所謂事先檢查並非專指行政機關而言，若假手司法人員（如檢察官）實施，仍是事先檢查，至於主張他人之著作或出版品損害其名譽或財產，而聲請假處分或假扣押者，德國學者通說認爲非事先審查（註一八〇）。我們主張民事法院在處理這類暫時權利保護案件時，仍應兼顧言論自由之優先價值，以及其放射效應。

三、大法官對表現（言論）自由的審查密度

大法官對表現（言論）自由近年曾作成四件重要解釋，正好四個案件的客體都不相同：猥褻圖書、商業廣告、政治性言論及誹謗性言論，以下依次分析：

㈠猥褻圖書

民國八十三年六月間原告公司出版「性按摩」及「性愛大全」兩本附有圖片之書，經台北市政府新聞處依行政院新聞局八十一年二月十日以公函發布：出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款有關刑法妨害風化罪中猥褻行爲的認定基準，判定上開圖書已牴觸出版法之罰則，予以扣押、禁止出售及散布，原告公司不服提出行政訴訟也遭敗訴判決，最後聲請釋憲主張新聞局上述函件違憲。大法官作成釋字第四〇七號解釋，認爲行政

註一八〇：Vgl. Jarass/ Pieroth, aaO., Art 5 Rn. 52a.

院新聞局的函釋是基於職權因執行特定法律之規定，所作之例示性解釋，供本機關或下級機關公務員行使職權之依據，符合出版法意旨，不違背憲法，主要立論依據爲：前述函釋「並附有足以誘發、強調色情、刻意暴露、過分描述等易引起性慾等特定條件，非單純刊登文字、圖畫即屬相當，以協助出版品地方主管機關認定出版法第三十二條第三款有關刑法妨害風化罪中之猥褻罪部分之基準，函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚無牴觸。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所爲釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進」。本書著者在這號解釋中所執筆的少數意見，先說明各國對猥褻性文字圖畫處理態度不同，法院所採的認定基準也不一致（註一八一），繼則表示：「與猥褻有密切相關

註一八一：就此，協同意見書中作如下的敘述：『如所周知，美國制憲先賢對言論自由之重視，與其他自由相較，有過之而無不及，美國憲法增修條文第一條即開宗明義揭示：國會不得制定法律剝奪人民之言論及新聞自由（Congress shall make no law abridging freedom of speech, or of the press）。彼邦自憲法實施二百餘年以來，其司法機關尤其聯邦最高法院，一方面履行其保障個人言論自由、新聞自由之崇高使命，一方面爲維護公共秩序、防止他人之名譽、財產等法益因漫無限制之言論自由遭受損害，於從事違憲審查之際，建立各種判斷之尺度，以便衡量何種言論應充分保障，何種言論得加以必要限制。從一九五〇年代以還，聯邦最高法院成員中除 Hugo Black 及 William O. Douglas 二位

之另一問題，即猥褻或色情與藝術之分際，無論在文字、圖片或電影等均經常發生。完全不具有文學或藝術性質之作品，而以刺激感官引發情慾爲主題者，固然可視之爲猥褻物品。但誨淫之中又帶有文學或藝術內涵時，究應如何定位，亦屬難題。因爲藝術在概念上不易界定，實有甚於猥褻或色情二字，藝術之領域寬廣，形形色色，不勝枚舉，凡依自由創作所形成之成果，經由物品或其他媒介傳達創作者之印象、經驗、靈感或想像者，莫不屬於藝術之一種。尤有勝者，晚近所謂前衛（avantgarde）藝術之盛行，更使其範圍廣闊無邊，在法律上欲對何種創作屬於藝術，設定普遍適用之標準，殆無可能。退而求其次，亦祇能就個別創作所顯現之內容或意境，與其對正常生活之影響加以衡判。又一項作品

之外，幾乎所有大法官皆認爲猥褻物品非前述憲法增修條文所稱之「言論」或「新聞」，但對如何判別猥褻性之文字圖畫，而決定其是否加以容許，則言人人殊，難有一致之見解。聯邦最高法院於審理相關案件時，曾努力尋求判斷猥褻或淫穢之標準，於是有所謂：㈠採地域標準或社區性標準，㈡依一般人而非特別敏感者之感受與反應，㈢明顯引起淫亂之興趣，㈣顯然惡劣，㈤全然欠缺補償性之社會重要性或無嚴肅之文學、藝術、政治或科學價值等各項因素，並出現合併斟酌或獨立衡量之不同裁判先例，但依然欠缺放諸四海而皆準之恆久性準則。一國之情形如斯，不同國度，不同之社會情況，對猥褻出版品之認定，寬嚴有別，乃屬當然。試以「查泰萊夫人之情人」（Lady Chatterley's Lover）一書爲例，一九六〇年前後已分別在美英兩國取得合法地位，但日本之最高裁判所則認其爲猥褻文書，於此可見一斑』。

既有上述所描繪之藝術特性，同時亦被指爲猥褻時，基於保障表現自由之憲法意旨，仍不能否定其藝術性質。....惟描述色情或性之文字圖畫等，並非當然構成猥褻而爲法所不許，取捨之間，爭論必多。立法者及行政部門宜從根本上放棄『作之君』、『作之師』的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色，須知民主政治之基石乃在於傳統自由主義之精神，而此種精神之前提爲信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預」。

這號解釋因爲聲請人只指摘新聞局的函釋違憲，對出版法本身並未請求解釋，基於「不告不理」，未對出版法加以論斷，其實若延伸及於母法，也非毫無先例可援。出版法的合憲性是爭議多時的問題，終因行政院主動廢止該法而落幕，釋字第四〇七號解釋也就失其附麗。

㈡藥物廣告

藥事法第六十六條規定，藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省市衛生主管機關核准。同法施行細則第四十七條第二款則規定，廣告內容、或以包裝換獎等方法有助長濫用藥物之虞者，主管機關應予刪除或不予核准。大法官釋字第四一四號解釋對藥事法上述事先檢查的規定，認爲旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，爲增進公共利益所必要；對施行細則認爲符合立法意旨，未逾越母法授權範圍。按藥物廣告攸關人民健康生命，釋字第四一四號解釋的立場可以理解，但涉及一項原則問題，即事先檢查的合憲性，基於維護表現自由的

本質內容不受損害，著者與其他兩位大法官曾發表不同意見。

㈢政治性言論

集會遊行法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」，而依第十一條規定：「申請室外集會，違反第四條者，得不予許可」。自集遊法開始立法過程起，上述規定當否即成爲朝野爭執的重點，公布實施後，就有當時的在野人士「以身觸法」，俾符合聲請釋憲的法定要件，向司法院提出聲請。大法官於八十七年一月二十三日作出釋字第四四五號解釋，解釋理由書先確認集會遊行與言論、講學、著作及出版同屬表現自由之範疇，「其中集會自由主要係人民以行動表現言論自由；至於講學、著作、出版自由係以言論或文字表達其意見，對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑」。然後進一步闡釋：

> 以違反集會遊行法第四條規定為不許可之要件，係授權主管機關於許可集會、遊行以前，先就言論之內容為實質之審查。...倘於申請集會、遊行之始，僅有此主張而於社會秩序、公共利益並無明顯而立即危害之事實，即不予許可或逕行撤銷許可，則無異僅因主張共產主義或分裂國土，即禁止集會、遊行，不僅干預集會、遊行參與者之政治上意見表達之自由，且逾越憲法第二十三條所定之必要性。（解釋理由書第十一段）

最後，認定上開規定（第十一條第一款以違反同法第四條規定，

爲不予許可集會遊行之要件），與憲法第十四條意旨不符，立即失效。

本號解釋顯然與前述猥褻圖書及藥物廣告所採審查尺度不同，前兩號解釋分別涉及社會風化、青少年身心發展或一般國民疾病治療，對限制表現自由的法規，採較爲寬鬆的審查密度，可以理解。釋字第四四五號解釋則是政治性言論保障的問題，維護多元的民主價值和真正的自由國家，對政治主張的限制，尤其採事先檢查的法規，作合憲性的嚴格檢驗。美國最高法院有所謂雙重基準（double standard），對限制精神自由與經濟自由的法律，採取不同的審查基準，前者較嚴，後者較寬以尊重國會的判斷爲原則（註一八二）；日本某些違憲審查事件也傾向採雙重基準（註一八三）。大法官前述解釋，雖非毫無瑕疵，但寬嚴之間似乎也有雙重基準的痕跡。

㈣誹謗性言論

憲法一方面保障言論自由，另一方面也保障人格權，名譽、信用及姓名權等都可視爲人格權的一部分。妨害名譽等個人法益者，刑法都有處罰罪名的設置，也是各國的通例，我國刑法（第

註一八二：雙重基準最先出現於 United States v. Carolene Products Co.一案，並參照陳秀峰，現代國家與憲法，五九一頁以下。

註一八三：雙重基準在日本的應用情形，參照劉宗德，日本違憲審查制度之研究，當代公法理論，翁岳生教授六秩華誕慶賀論文集，一四八頁，周宗憲譯，前引書，六十七頁以下。

二十七章妨害名譽及信用罪）亦然。但當言論自由與名譽保障相衝突時，何者優先，各國法制則有不同之看待。如所周知，美國對言論自由保障之周全，各國恐無出其右者。在英美法早就存在處罰誹謗或妨害名譽的法律，然制憲者並未考慮給予憲法保障，反而制定增修條文第一條禁止國會通過限制言論自由的法律，於是基於文本解釋論的立場，也就認爲個人的名譽的保護價值，遠低於言論自由。這種理念發展的結果，即是將誹謗行爲提高到憲法的層次（所謂憲法特權），有關的知名案件便是 New York Times Co., v. Sullivan, 376 U. S. 254，本案建立了真實惡意（actual malice）的判斷基準，即對公務員與職務有關的行爲提出批評，除非能證明批評者有真實惡意，否則不能以罪責相繩，至於民事賠償則另當別論。其後出現的案例，將這項原則推展至一切公共人物或議題，但涉及純私人的名譽時，言論自由仍受相當限制（註一八四）。德國的情形與美國顯然不同，德國聯邦憲法法院認爲意見自由（Meinungsfreiheit）與名譽或人格權保障相競合，亦即發生刑法第一八五條及第一九三條的適用疑義時，名譽或人格權通常居於優先地位（BVerfGE 66, 116, 151.）。若是關係到對公眾有重大意義的問題時，則例外的認爲意見自由應優先受保障。價值判斷與事實主張雖同受保障，但意見的本身是以不實的事實主張爲依據者，又回歸名譽、人格法益的優先（Vgl. BVerfGE 90, 241, 248; 85,

---

註一八四：相關案例甚多，其演變經過均參照法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法意義，憲法專題(二)，民國八十二年，第七頁以下。

1, 17.)(註一八五)。由此可見，德國的憲法實務顯然認爲在作法益衡量時，名譽、人格較意見自由具較高的價值。

我國刑法第三一〇條第一項及第二項規定，意圖散布，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，爲誹謗罪。以文字或圖畫犯之者，爲加重誹謗罪。同條第三項稱：「對於所誹謗之事，能證明其爲真實者，不罰。但涉及私德與公益無關者，不在此限」。適用之際，也會發生名譽與言論自由孰爲優先的問題，近年來主張言論自由應受最大限度保障，並將誹謗除罪化，甚囂塵上。終於發生商業周刊的編輯及記者因撰文批評某部長浪費公帑整修官舍，遭該部長控告妨害名譽，兩位被告對確定的有罪判決不服，聲請釋憲，經大法官作成釋字第五〇九號解釋，宣告刑法第三一〇條不違憲的同時，並釋示：「同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其爲真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行爲人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」。準此，本號解釋顯然將被告之舉證責任相當程度之減輕，嗣後檢察官或自訴人應證明被告之言論虛妄，諸如出於明知其爲不實或因輕率疏忽而

註一八五：Vgl. Richter u. a., aaO., S. 143f.; auch Miafen Chen（陳妙芬）, Die philosophische und juristische Hermeneutik der Gegenwart, (Magisterarbeit, Göttingen),1993, S. 90.

不知其爲不實，始足相當。是以一經公布，時論多指是採美、日的「真實惡意」原則爲立論基礎（日本實務早已跟隨美國的理論）（註一八六）。值得注意者，本號解釋引發的事實雖是公務員與職務相關的行爲，然解釋結果，言論批評的人物或內容並不以公眾人物或公共事務爲限，適用時只要兼顧刑法第三一〇條第三項後段所謂涉及私德無關公益的但書即可。再者，本件解釋強調言論自由的保障與德國作法益衡量時，向名譽及人格權傾斜也有所不同。德國實務上仍認爲其刑法第一八六條（與我國刑法第三一〇條規定相當）是舉證責任的特別規定，該第一八六條的文字爲：「提出或傳述侮辱他人或足以使他人在公眾觀感中喪失尊嚴之事實者處一年以下有期徒刑、罰金，但能證明其爲真實者不在此限。以公開或文書爲上述行爲者處二年以下有期徒或罰金」。上開譯文但書所稱能證明其爲真實者不在此限。依德國通說乃是對「有懷疑應作有利被告認定」（in dubio pro reo）所爲之例外規定（註一八七），換言之，對於該條之罪，刑事法院固仍有依職權調查之義務，惟被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實的舉證責任，與向來對誹謗罪成立的理解並無不同，釋字第五〇九號解釋就是要以憲法上基本權的效力，來改變刑法的解釋與適用。

註一八六：參照法治斌，保護言論自由的遲來正義 — 評司法院釋字第五〇九號解釋，月旦法學，六十五期，一四八頁以下。

註一八七：Vgl. A. Schonke/ H. Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., 1982, S. 1194.，並參照釋字第五〇九號解釋，著者的協同意見書。

按德國聯邦憲法法院早期曾發展關於基本權效力的理論，稱爲交互效果說（Wechselwirkungslehre），此說源於呂特案（Lüth）（BVerfGE 7, 198, 207ff.），意謂基本權的解釋與適用應受一般法律的制約（特別是私法），同時一般法律的本身也受到基本權的限制，於是形成雙方相互的效果關係（註一八八），這個理論，後來逐漸爲比例原則及法律的合憲性（即符合基本權）解釋所替代，釋字第五〇九號解釋便是明顯的合憲性解釋，在本書第四編仍會再予說明。

四、講學自由

㈠講學自由即學術自由

講學自由從字面解釋，將理論與知識傳授予他人謂。但憲法所保障的講學自由，通說均不作如此狹隘的理解（註一八九），大法官也將講學自由詮釋爲學術自由（釋字第三八〇號解釋），這種擴大解釋不僅可發揮憲法的規範意旨，也避免概念上的重疊，因爲講學自由若僅限講述或傳授的自由，則不外對從事教學活動者「言

註一八八：參照張永明，從我國與德國釋憲機關之相關解釋與裁判論新聞傳播自由之界限與我國新聞傳播之立法，憲法解釋之理論與實務，第三輯上冊，中研院社科所，九十一年九月，二〇九頁。

註一八九：陳新民，前引憲法釋論，二四一頁，林紀東，前引書，釋論㈠，一六〇頁。劉慶瑞，中華民國憲法要義，七十頁。

論自由」的重複規定（註一九〇），並無若何意義。

學術自由（Wissenschaftsfreiheit）是一種上位概念，涵蓋研究與學說（理論）的自由。學術的定義是：「凡內容或形式上依照嚴謹有計畫的嘗試步驟，證明真理的活動，皆屬之」（註一九一）。自然人、法人、公立學術機構、私人研究組織，都是學術自由保障的主體或對象，教師、研究人員享有充分的學術上研究及提出學說或理論的自由，不受公權力之干預。從事研究工作之學生也有研究自由，但應與學習自由（Lernfreiheit）加以區分，學生得自由選擇某一科系作爲其學習專門學識技能的生涯目標，然選定之後，就須遵照該科系的課程設計，從事學習及研究，這不是基於所謂「特別權力關係」，而是事物當然之理。又公私立研究機構受職業規範的限制，必須從事特定研究（如產品研發）者，也不應主張研究自由，甚至其研究發現也不能由研究者享有（如不得申請專利）。

其次須討論的問題是：中等以下學校教師的講學自由是否與大學相當？現行國民教育法及高級中學法都規定，教科書應經教育部審定，在教科書審定制度的前提下，講學自由自然受到限制，其理由不外中等學校是培養國民基本生活知能的設施，中學生尚未成年，欠缺較爲成熟的思辨能力，在這個階段強調講學自由，對青少年個人的發展與公共利益皆屬不利。實則，教科書審定就

註一九〇：參照李惠宗，憲法要義，一七九頁。

註一九一：這項定義來自德國聯邦憲法法院的判決：BVerfGE 35, 79, 113.

是事先審查，如此嚴厲的手段是否有採行必要？也有商榷餘地，因爲大學教科書並沒有審定制，任由學校與教師選擇，流弊未見發生，教育主管機關最多只能採不具法律拘束力的「行政指導」方式，鼓勵採用優良的教科書，而放棄事先審查的作法。

㈡大學自治的保障範圍

大法官近年有兩號關於學術自由的解釋，釋字第三八〇號解釋的主旨是宣示大學共同必修科目由教育部訂定，以及不及格不得畢業的規定（大學法施行細則第二十二條第一項後段及第三項），違反大學自治及法律保留原則，應改由大學自行訂定及安排。釋字第四五〇號解釋則認爲大學法第十一條第一項第六款及同法施行細則第九條第三項規定大學「應設置軍訓室並配置人員，負責軍訓及護理課程之規劃及教學，此一強制性規定，有違憲法保障大學自治之意旨」。綜觀這兩號解釋，其包含的原則有：㈠學術自由乃制度性保障的一種，就大學教育而言，即大學自治，大學組織及其他建制方面，應獲得確實保障。㈡大學所具有的自主組織權，包括大學內部組織、單位的設立，教師聘任及資格評量等事項的自主權限。㈢教學及研究之自由之保障範圍及於各種主要的學術性活動，在研究方面諸如研究動機、計畫、人員組成、經費籌措分配及成果之提出及發表等；在教學方面諸如課程設計、科目訂定、講授內容、學力評定、考試規則、學生選擇科系及課程之自由以及學生自治等均在保障之列。若將上述解釋作比較研究，可以發現其立論重點與德國聯邦憲法法院有關大學裁判

事件（BVerfGE 35, 79. – Hochschulurteil）頗爲相近，德國判例所樹立的的各項原則是：學術自由是對抗國家干涉的防禦權（Die Wissenschaftsfreiheit als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe），學術自由兼具制度性保障與個人權利保障性質（Wissenschaftsfreiheit als instutionelle Gewährleistung und individuelles Freiheitsrecht）及大學自治行政原則（Grundsatz der Selbstverwaltung der Universität），其論述層次分明，內容詳盡，這是我國釋憲所不及之處。

五、著作及出版自由

著作及出版自由是廣義的言論自由的一部分，許多相關問題已在言論自由項下有所說明。著作權不僅屬於言論自由的範圍，也是財產權的一種，即一般所稱的智慧財產權，就其保障而言，發生憲法第十一條與第十五條的競合。著作所包括的範圍從語言、文字、到聲光、程式，著作權法第五條規定廣達十種之多，著作權法最值得注意者有下列三點：㈠採創作保護主義：著作人於著作完成時即享有著作權，不是舊日的登記保護主義。㈡著作人格權爲一身專屬之權利，並用以保護著作，防止他人之歪曲、割裂、竄改及其他非法利用。㈢著作財產權，其保障期間爲著作人死亡後五十年。

民國八十八年二月二十五日廢止出版法之後，限制出版的法律及其附屬規定一律失效，這是對言論自由及出版事業的保障之大進展。

第五節 信仰宗教之自由

一、宗教信仰自由的界定

所謂宗教信仰自由，指人民有信仰或不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行爲之自由與宗教結社之自由（釋字第四九〇號解釋理由書第一段）。

二、宗教自由在多元民主社會的意義

宗教信仰在歐洲歷史上是一項嚴重而且紛爭不斷的問題，十字軍東征、宗教改革、百年戰爭、三十年戰爭、清教徒革命等大小事件不可勝數。十八、十九世紀立憲主義盛行之後，宗教信仰的問題可說已經解決，但仍可在歐洲各國憲法上留存一些遺跡：一是對宗教問題的規定相當詳盡，不會像我國憲法第十三條只規定：「人民有信仰宗教之自由」，寥寥十個字，二是有些憲法還有鬥爭勝利標誌的條文，例如瑞士聯邦憲法第五十一條：禁止耶穌會及其附屬團體成員在瑞士境內出現，天主教也不得在境內活動，挪威憲法也有類似規定。耶穌會是宣揚天主教教義最熱心的修會，因此被以新教爲主的國家視爲公敵，不過這種規定百年前就已不再執行，但瑞士直到一九七五年才正式公投廢止。相對的，

像西班牙憲法則明定天主教爲國教，其他宗教一律不准公開舉行儀式。我國則係多種宗教共存與寬容，很少發生像歐洲一樣的歷史事故，當然不會在憲法條文中使用過多的文字，更不會對宗教作差別的規定。

現代民主國家既然事實上多已不存在宗教與政治間紛爭，然則保障宗教自由的意義何在？因爲民主政治的基本原則固然是多數決原則，但其前提是對少數的寬容（Tolerenz），對於某項公共事務意見不同而分裂爲多數與少數，在面對他項事務時這種對立可能又解組或改變，衍生的問題較少；最頑強的對立是信仰不同而產生，只要看當代的北愛爾蘭、巴勒斯坦、黎巴嫩、科索夫就明瞭，要維持內部的和諧，必須對不同族群的信仰予以寬容與尊重。如果憑多數決的機制，以公權力迫使少數族群就範，則這種民主政治可能只剩下表面的合法性，而喪失以被統治者同意爲基礎的正當性（註一九二）。

三、宗教自由的類別

信仰宗教自由之類別可由下列各點加以說明：㈠積極自由與消極自由：積極自由指積極信仰並參與某種宗教之各項活動的自

註一九二：Ekkehart Stein, Gewissensfreiheit in der Demokratie, 1971, S. 49.，其原文如下：「Wenn die Mehrheit in diesem Fall ihre physische Überlegenheit rücksichtslos ausnützen würde, um ihren Standpunkt durchsetzen, ginge die demokratische Legitimität, die auf dem Einverständnis der Beherrschten beruht, in eine blosse Legimität über」。

由；消極自由指不信仰宗教之自由，或已信仰某種宗教之後，放棄或改變信仰的自由（參照釋字第四六〇解釋理由書第三段前半部）。禁止國民信仰特定宗教或參與其儀式，強迫國民接受宗教教義的灌輸，都明顯的牴觸憲法本條的規定。㈡個人信仰自由與集體信仰自由：信仰宗教本是個人的心靈活動，當然任由個人享有其行爲或不行爲之自由。但同時也保障集體的信仰宗教自由，所謂集體信仰自由，指組織各種宗教團體的自由，而不論這些團體是附屬於既有的宗教（如天主教、基督教、佛教及道教等）或自行創設新的宗教均受保障。我國與歐洲國家不同，不課徵宗教稅，故不生稅款分配給宗教團體的問題。我國之宗教團體與歐洲若干國家之具有公法上法人團體資格，也有區別，不問是否爲法人均享有兩項權利：自主組織權及財產權，不過這種權利又可能因宗教性質不同，而受到國家不同程度的干預：對世界性組織的教會，如天主教及大部分基督教派，其內部組織公權力幾無介入的餘地；至於〝本土〞性的寺廟神壇等則另當別論，稍後再作說明。㈢內在信仰自由與信仰行爲自由：內在信仰自由是存在於個人內心的自由，對宗教信與不信（freedom to believe）全憑個人自決，所以屬於絕對的自由（註一九三），實際上外在的規範縱然加以限制，也難真正干涉每個人的內心，在天主教及某些教派的教義中，子女一出生即應由父母安排其領洗，但子女一旦成年之後，仍可

註一九三：王和雄，憲法保障宗教信仰自由之意義與界限，司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，一九七頁。

自由的選擇其信仰，在未成年前的宗教洗禮及教育，德國即認爲未違反信仰自由（BVerfGE 41, 29, 48f.）。信仰行爲自由乃表現其內心信仰於外的行爲自由（freedom to perform），包括儀式、禮拜及傳教等在內，因爲屬於外在的行爲，故不能承認其有絕對的自由，應受國家法律及善良風俗的制約（參照釋字第四九〇號解釋文中段），質言之，這部分自由有法律保留的適用，即一般人所受的法律拘束，宗教外部活動同樣受有限制，故美國摩門教曾允許一夫多妻，但遭法院認定違法，便是一例。

四、宗教自由與政治

國家與教會的關係，有兩種明顯對立的制度，美國厲行政教分離，國家與教會之間築起一道牆般的區隔；歐洲國家則不同，視宗教團體爲公法人，教士受到稅捐的奉養，並在國民小學擔任政府指派的宗教課程，雖然如此，德、奧等國仍然強調信仰問題國家中立（Neutralität des Staats in Glaubenfragen）原則。在這一原則之下，國家須謹守下列三點（註一九四）：㈠避免認同（Nicht-Identifikation）：與各種宗教團體之目標、內容或過程保持距離；㈡容忍（Tolerenz）：對少數族群之信仰應予尊重及保護；㈢不偏不倚（Parität）：對各種教派應平等對待，這也是釋字第四六〇號解釋理由書末段所說的：「國家亦不得對特定之宗教加以獎助或禁止，或基於人民之特定信仰爲理由予以優待或不利益」。（釋

註一九四：Vgl. Richter u. a., aaO., S. 117f.

字第四九〇號解釋理由書又再次引述）。

前面說過，公權力對宗教組織或活動的干預也有法律保留原則的適用，但基本上國家應儘可能尊重宗教的自決權（Selbstbestimmungsrecht），非有不得不涉入的情形，應與宗教組織「保持距離」。不過，這是對世界性組織完善的既存教會而言，我國民間是一種泛神社會，道場、神壇林立，本身欠缺信徒參與管理的機制，有時弊病叢生，針對這類「本土」性的宗教，給予適當的立法規範似屬維護公益及保護信徒私益所必要。現行監督寺廟條例及寺廟登記規則，即爲上述目的而設，除明定對「天主、耶、回及喇嘛之寺廟不適用外」，其他宗教之壇廟、寺院、庵觀等均應接受監督及管理。民國七十四年間曾發生主管機關依上開規則撤換寺廟管理人事件，釋字第二〇〇號解釋認爲，撤換管理人之規定「就募建之寺廟言，與監督寺廟條例第十一條立法意旨相符，乃爲保護寺廟財產，增進公共利益所必要」，不構成對管理人財產權之侵害。這一號解釋是針對向信眾募資興建之寺廟，若屬於「私家獨建」（管理規則第一條），其寺廟財產既屬私人所有，自應另當別論。又私人所設的神壇，主管機關認爲其既非住宅亦不符合宗教使用而免減稅捐之規定，釋字第四六〇號解釋認爲，並不違反宗教平等原則。

五、信仰與兵役

宗教信仰與服兵役的問題，在世界許多國家都發生爭議，德國基本法爲此特加規定：「不得強迫任何人違背其良心，持武器服

作戰任務」（第四條第三項前段）。依照德國學者通說及聯邦憲法法院的見解，上開規定於戰時及平時均有其適用，但非直接持武器作戰的輔助勤務，諸如兵工生產、救災、衛生勤務及後勤行政等不在適用範圍（註一九五）。在我國也發生某些基督教派的信徒，因信仰而一再妨害兵役，致被判處刑罰的案件，釋字第四九〇號解釋即因此而引發，該號解釋並不認同宗教信仰等作爲拒絕服役之理由：「於兵役法第一條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係爲實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而爲之規定，原屬立法政策之考量，非爲助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且爲大多數國家之法律所明定，更爲保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無牴觸」。

六、宗教自由的放射效應

最後，討論信仰自由在私人間法律關係之適用。立志修行的教士、僧尼與教會或寺廟的關係，依其個人的發願及教會或寺廟的清規予以規範，不適用一般法律的規定。有些宗教尚有嚴密的法典，例如天主教的教會法（Canon Law），在世俗化的現代社會對外已逐漸喪失規範效力，但其規範內部組織及人員的效力則不能否認，有時還可能發生教會法與國家法的競合。在台灣就有過

註一九五：Jarass/ Pieroth, aaO., Art. 4 Rn. 48.

神父當選山地鄉的民意代表，教會認爲出任公職即應還俗，不想還俗則不可就任，這時應按尊重個人意願的原則予以解決，而非單純「國家法擊破教會法」的問題。教會的職工人員如果不具終身發願的神職人員身分，而是凡人，那麼聘僱關係仍受國家法律如民法、勞工法等的支配。至於一般雇主僱用信仰虔誠的人擔任員工，基於憲法第十三條信仰自由的放射效應，亦不得強迫擔任與其信仰牴觸的工作。故使終身茹素的佛教徒操刀屠宰，即與這一意旨不符。我國實務上的舊例，似與放射效應背道而馳，司法院院字第一八七八號解釋：「人民固有信仰宗教之自由。但不能因信仰宗教而免其法律上之義務，故妻矢志爲尼，不得認爲有民法第一千零一條但書所謂不能同居之正當理由」。若今天再發生這種案例，應解釋爲妻既矢志爲尼，即構成夫一方請求離婚的正當理由。

第六節　集會結社自由

一、集會與結社的概念

集會是多數人基於表達共同目的的內在連結（innere Verbindung）而聚集會合於一定場所之謂（註一九六）。所謂多數人

註一九六：集會的概念依奧國學者溫克勒（G. Winkler）的分析，有七項概念特徵（Merkmale）：暫時的人群結合、有發起人、集合目的（但不受官

並無固定數額之限制，三、兩人到不計其數的群眾大會都算在內，所謂共同目的內在連結正是集會與因偶發事故人群聚集的區別所在，街頭發生車禍引起路人圍觀便不屬集會，某人靜坐或絕食抗議引起旁人圍觀也不是集會，但並不排除這種聚集的人群，演變爲有共同目的連結的集會或示威遊行，在表演處所欣賞音樂或戲劇節目的人群，屬於個別的休閒活動，欠缺內在連結故也非集會。遊行則是指多數人有目的的集體行進，與集會的不同，端在空間的變換，即動態與靜態的差別。現行集會遊行法第二條第一項對集會的定義是：「本法所稱集會，係指於公共場所或公眾得出入之場所舉行會議、演說或其他聚眾活動」。這個定義是基於該法對集會遊行在許可制爲原則之下所設定，與前開學理上集會的定義並不完全符合。其實集會並不以舉行會議、發表演說或其他類似活動爲限，爲共同目的而聚集人群或靜止一處或集體行進本身就是一種表達意願的方法，至於場所也無限制，在私人莊園、在非公眾得出入危險地帶的聚眾，仍然是集會的一種。

由於集會遊行法原本制定於動員戡亂時期，對集會遊行採許可制並增加許多限制。由於許可制之故，又須另設例外規定，諸

署審查）、多數人行爲之聚結、共同效果及輔助手段（如標語、演說或遊行示威）、特定的地點、特定的時點及持續的時間（奧國憲法法院判決對集會的持續時間未加以規範，但要求開始與終了的時點必須明確 VfSlg 10955/ 1980），以上參照 Winkler, Studien zum Verfassungsrecht, 1991, S. 198ff.，本書正文中對集會概念所作的界定，則是德國學者的通說 vgl. Pieroth/ Schlink, aaO., S. 169.

如第八條不須許可的集會遊行，包括室內集會、依法令辦理者、學術性、民俗性集會遊行活動等。稽其立法用意，在考量是否影響公共秩序，故室內集會不必許可；以及是否有政治或其他公共事務的訴求，故學術、體育、旅遊、民俗等既無政治性訴求，也就無須許可。

結社是指由自然人或法人自由的爲共同目的，自願組成長期存立的組成體，並接受組織意思的拘束之謂（註一九七）。就共同目的而言，結社與集會有相似之處，但集會的共同目的是內在的連結，而非明示的宗旨，同時集會是短暫的聚合，也沒有決議機制可形成共同的組織意思。現行人民團體法雖規定發起人須爲年滿二十歲的成年人（該法第八條），但職業團體也可包括團體會員（同法第三十六條、第三十七條及第三十九條），所以上述定義在人民團體法之下，仍然適用。

人民團體法將人民團體分爲職業團體、社會團體及政治團體分別採取不同的規範密度。職業團體謂以協調同業關係，增進共同利益，促進社會經濟建設爲目的，由同一行業之單位、團體或由同一職業之從業人員組成之團體（該法第三十五條）。社會團體則指以推廣文化、學術、醫療、衛生、宗教、慈善、體育、聯誼、社會服務或其他以公益爲目的，由個人或團體組成之團體（該法第三十九條）。至於政治團體的的定義，人民團體法第四十四條的規定爲：以共同民主政治團體理念，協助形成國民政治意志，促

註一九七：Vgl. Jarass/ Pieroth, aaO., Art Rn. 3.

進國民政治參與爲目的，由中華民國國民組成之團體。政治團體推薦候選人參加公職人員選舉者，就是政黨（同法第四十五條），新設政黨在成立大會後三十日內向中央主管機關內政部報備即可（同法第四十六條），並得依規定向法院登記，取得私法人資格。依人民團體法的規定，政黨影響力大，甚至可組成政府操控國家機器，採報備制，可任意設立；其他團體像無關緊要的聯誼性組織，反而要許可，簡直本末倒置，以致於目前「泡沫政黨」充斥，其確實數目，除內政部承辦人員外，無人知曉。這種立法方式並非基於充分保障人民的參政權，而是立法當時深恐勢力日趨強大的政黨，不願進入體制接受許可而設計。

二、集會結社自由的保障範圍

集會自由的保障範圍可以就幾個方面加以說明：在主動方面，人民都有發起或加入集會的自由，進行中的集會遊行任何人都有權利加入，警察或原發起者均不得拒絕，但加入者的目的或行爲與集遊者相對立，且可能引發衝突者，不在此限。被動方面，任何人都有權消極的的不參加集會，或隨時從集遊隊伍中退出。集會自由不僅是個人主動或被動行使的權利，同時也是集體行使的權利，否則無法實現憲法保障的目的。集會遊行的時間、地點及訴求目標的自由選擇，也包括在保障範圍之內。

結社的保障範圍與集會相同者：既是個人自由行使的權利，也是集體行使的權利。除此之外，結社是恆久的組織，其受保障的事項，與集會又有不同：

㈠結社自由享有組織的自主決定權，舉凡團體的名稱、宗旨、組織結構、活動範圍等皆可自行決定，不受公權力的干涉，也排除他人的侵害。釋字第四七九號解釋解釋文第一段就是基於此一意旨：

> 憲法第十四條規定人民有結社自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之自由。就中關於團體名稱之選定，攸關其存立之目的、性質、成員之認同及與其他團體之識別，自屬結社自由保障之範圍。對團體名稱選用之限制，亦須符合憲法第二十三條所定之要件，以法律或法律明確授權之命令始得為之。

㈡設立私法組織的自由獲充分的保障，無論是社團法人或財團法人都以放任人民設立爲原則。而公法上的團體可能涉及公權力的行使，應有法律依據始得設置。

㈢結社的消極自由，即個人可否免於強制參加特定團體，有時不在保障之列，例如醫師、律師、會計師等專門職業人員應參加公會才能執業，這是一般國家的通例，我國亦然。

三、集會結社自由之限制

集會結社自由的限制，基本上與憲法上其他自由的限制相同：受法律保留原則、授權明確性原則、比例原則及平等原則等的支配。集會結社自由除受法律限制，如不得參加以犯罪爲宗旨之結社（刑法第一五四條、組織犯罪防制條例）外，還有憲法上的直接限制，即違憲政黨的禁止（憲法增修條文第五條第五項）。

至於用行政命令限制，則將有遭違憲的質疑，故前面所舉釋字第四七九號解釋，就是宣告內政部發布的行政命令「社會團體許可立案作業規定」第四點，限定人民團體應冠以所屬行政區域名稱之規定，逾越母法（即人民團體法）意旨，侵害人民結社自由，應即失效。但也有雖以法律限制仍遭宣告違憲的案例：工會法第四條：「各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會」，其中禁止教育事業技工、工友組織工會部分，依其工作性質，禁止其組織工會，違反比例原則，經釋字第三七三號解釋宣告違憲（註一九八）。又集會遊行法第十一條第一項限制集會不得主張共產主義或分裂國土，經釋字第四四五號解釋認定違反言論自由的保障，已在前面敘述，不再重覆；而同法第六條、第十條、第十一條第四款、第六款則屬於有關聲請手續及維持集會遊行之和平進行的規定，該號解釋認爲符合憲法第二十三條之規定。釋字第四四五號解釋分別論斷，固有其理由，然根本問題在於對集會遊行法採許可制，是否與憲法保障集會自由的本旨完全相符。雖然該法第二十六條規定集會遊行之不予許可、限制或命令解散應依比例原則公平合理考量人民之集會遊行權利，不得逾越必要程度。但何如直接採報備制，任何集會遊行活動於一定時間前報備

註一九八：工人組織工會究屬結社權或工作權的保障範圍，有討論餘地，釋字第三七三號解釋認爲屬結社權，論者頗不以爲然，見釋字第五一四號解釋不同意見書，司法院大法官解釋續編（十四），九十年，三〇三頁。實則，這也可視爲基本權的競合問題。

即可舉行，遇有礙於舉行之原因（如妨害交通、同一時地將有他人舉辦活動之類），例外的由主管機關通知其停辦。奧地利一九五三年之集會法（Versammlungsgesetz）就採這種制度，任何人在二十四小時前報備（Anzeigung）之後，即可舉辦，以實現憲法對集會的保障（註一九九）。

主管機關以命令禁止結社，除在戒嚴時期之外，實不具合法性。但仍有與戒嚴事項無關，而由主管機關發布限制結社的案例，信用合作社爲合作社的一種，而合作社的設立依合作社法規定，應就申請個案儘速（十五日內）爲准否之核定（該法第九條及第十條，現已修改），並無對某類（如信用）合作社得全面禁止設立的規定。然行政院及財政部仍發布「金融主管機關受託統一管理信用合作社暫行辦法」，禁止各鄉鎮再設立信用合作社，釋字第二一四號解釋則認爲信用合作社經營業務與銀行相當，乃屬金融事業，依銀行法第二十六條，主管機關有權限制設立。顯然是基於金融秩序的維護及交易安全的考量，而維持命令的合法性。

第七節　財產權的保障

一、財產的概念

討論財產的概念，首先就面臨兩難的考量：一是在現代社會

註一九九：Winkler, aaO., S. 191.（見註一九六）

各種財產權利包括物權、債權、礦業權、漁業權、水權及智慧財產權等，其概念與範圍都有相關法律加以規範，則財產的概念似應以法律的規定爲準，也只有屬於這一定義下的財產，才能發揮其「實益」。二是財產是先法律、先國家而存在，憲法所保障的財產權若侷限於現行法規，是否減損憲法保障的用意。

基於以上的考量，下面常見的財產定義，便有商榷餘地。這項定義是：財產（Eigentum）是指在一定的時點，立法上就該時點界定一切屬於財富者。這一定義將財產視爲可變動的概念，對財產的保障當然也隨之而變動，而且財產的內容及限制皆取決於立法行爲，同時財產權保障在不同的時代有不同的意義，所謂從財產權的絕對性到相對性，從單純的不動產、動產到二十一世紀的電腦軟體都可能是財產，自有其優點（註二〇〇）。但是我們認爲上述定義忽視財產是先法律，也先憲法而存在的概念，財產權是個人的權利，其內容及範圍不能完全以法律規定爲準，也不全然取決於交易上有無價值。客觀上毫無價值，或者法律對之已不加保障的有體物、無體物及權利，只要所有人「蔽帚自珍」，仍應視之爲財產的一種。例如已作廢的舊紙幣法律上可能毫無價值，客觀上也無任何用途，但對收藏者而言，主觀上可能與古董一般等同視之。因此，可得到一項財產權的概念如下：法律上及所有人主觀上一切具有財產價值之權利及物件。此處所稱法律依德國通

註二〇〇：Vgl. Hesse, aaO., Rn. 442f.; Pieroth/ Schlink, aaO., S.219.

說指私法而言（註二〇一），惟基於公法上原因取得的財產如商標專用權、專利權、礦業權甚至因公法上身分而享有的俸給請求權、退撫金請求權等，或有交易價直，或最後歸個人全權支配，既與民法上的財產無異，故我國釋憲實務上對財產權概念的認定，一向不區分公法或私法。

二、財產權的社會功能

財產當然是屬於個人所能支配的資源，所有權人對其財產有使用、收益及處分的權能，這是無可置疑的，同時也是財產最原始的功能。我們在本編開始之處，曾說明私有財產制度對人權發展及立憲政治的密切關係。私有財產制造就了中產階級，而中產階級的興起則是形成西方民主憲政不可缺少的因素。建立在個人自由及財產私有基礎上的資本主義社會，受到馬克思主義者強烈的批判並成爲此輩革命的對象，認爲私有財產是一切不平等及剝

註二〇一：德國通說：基本法第十四條所保障的財產權與民法所規定的一切屬於權利主體而具有財產價值者，同其範圍（參照 H. J. Papier, in Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 1987, Art. 14 Rn. 5.），至於公法上具有財產權價值者，「只限於性質上有創設個人等同於財產所有人之法律，始受保障」（BVerfGE 18, 392, 397; 53, 257, 289.）。在我國實務上，並不作此區別。關於財產權的概念，國內文獻可參看陳新民，憲法基本權利之基本理論，上冊，二八六頁以下；陳愛娥，司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變，載憲法解釋之理論與實務，中研院社科所，八十七年，四〇六頁。

削的根源，一旦革命成功首先廢除私有財產制，推行集體所有或國家所有，一時幾乎成爲舉世的風潮，能否保有私產，遂成生活方式的選擇。直到蘇聯及東歐集團解體，私有財產作爲個人奮鬥進取之誘因與社會進步發展之原動力的功能，殆已無可替代。德國聯邦憲法法院在有關員工參與企業決策一案中，曾謂基本法第十四條保障財產的規定，「不僅確保個人在財產權的範圍內之自由空間，並形成其自我負責的生活（BVerfGE 50, 290, 339. – Mitbestimmung）」，這跟中國古書所說「民無恆產，則無恆心」、「衣食足而後知禮義」，有相近之處。大法官釋字第四〇〇號解釋起頭有下面這段話：

> 憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。

說明了財產對個人的重要性，社會成員享有充分自由、發展健全的人格及營造有尊嚴的生活，則社會整體的福祉必隨之增進。這段文字的意義，不僅止於此而已。還確認了私有財產制度在憲法上的重要地位，保障私有財產是現行憲法的一項基本之價值決定（Wertentscheidung）。

由上所述，憲法對財產權的保障就是在於私有財產制度的保障，這種制度保障（Institutsgarantie）的效力，具有籠罩全部法制的作用，各種私法上的制度固應遵守，並維護由私有財產而衍生的私法自治、契約自由、營業自由、市場交易機能等。即使在建

立公法上相關制度（諸如社會保險、公務員俸給、退休撫卹）時，亦應貫徹。

三、財產權與其他基本權

財產權的保障最容易與其他基本權競合，通常會出現三種情形：一是當事人爲了尋求憲法訴訟的救濟，須主張其憲法上權利受損害，例如受到稅法的罰鍰，涉及的憲法規定是第十九條的租稅法定主義或一事不二罰的法治國原則，但當事人卻以財產權受侵害爲聲請釋憲的理由，釋字第三一七號、第三五九號及第五〇三號解釋便是如此。另外一種情形則是一項公權力措施往往損害特定的基本權之外，兼及財產權亦屬常見的案例，譬如在出版法未廢止前，出版品因圖文猥褻遭禁止販賣及將查獲者沒入，就涉及言論、出版自由及財產權的損害，這種情況應該以言論、出版自由的保障爲優先考量，出版品的沒入所顯示的財產價值，已無舉足輕重可言（釋字第四〇七號的解釋引發事實接近此例）。如果牽涉到價額極高的財產受損，自應一併審酌，又當別論。第三種情形是涉及他項基本權與財產權，評價相當，可謂無分軒輊，例如公務員遭受免職處分，服公職的權利及俸給、退休金請求權同時遭受損害的事件。

四、憲法上財產權的主體

如前所述，憲法第十五條財產權的基本權主體包括私法及公法上的權利主體，物權、債權、智慧財產權及公法上的財產請求

權範圍甚廣，甚至完全沒有實現財產存在，充其量只是期待利益也在憲法保障之列。具體的案例譬如釋字第二五三號解釋，此案的爭點爲：司法院七十一年十月十八日修正發布之辦理強制執行事件應行注意事項，其中第五十則(五)關於拍賣不動產期日通知書，應記載：「於再行拍賣期日前，債權人聲明願負擔再行拍賣之費用者，仍得照前次拍賣之最低價額承受」之規定，是否與強制執行法第九十一條意旨相符？因爲第九十一條規定債權人照最低價承受是指「該次拍賣，而非第二次拍賣，可照第一次最低價承受」，引發爭訟是第二次拍賣時抵押權有二個債權人，甲債權人依通知書記載，願按前次最低價承受，債權人乙主張應再拍賣，或可獲較高的價金。多數大法官主張受理，並作出合憲結論。如此擴張憲法上財產權權利主體的範圍，爲該號解釋持不同意見之大法官所反對，也受到學者的批判（註二〇二）。這已涉及我國釋憲制度的根本問題，我國之制雖然也採「用盡通常救濟途徑」，作爲聲請憲法救濟的條件，但我們所採者是「法規的憲法訴訟」，而非「裁判的憲法訴訟」，對於已經提起民、刑事或行政訴訟的當事人，通常承認其發動規範審查的資格，不再從獨立的憲法訴訟程序，審究其是否爲該當的基本權主體。

註二〇二：鄭健才大法官的不同意見書就認爲只是採取不同法律見解時，可多得價金，未有財產權現實存在，無請求憲法上保障可言。蘇永欽氏亦支持這項論點，見其所撰，財產權保障與司法審查，國科會研究彙刊：人文社會科學，第六卷第一期，八十五年一月，六十頁。

憲法第十五條財產權的權利主體不分本國人與外國人，蓋享有私產是人類的權利而非國民的權利。也不分自然人與法人，在現代社會法人擁有鉅大的資產，尤須給予合理的保障，否則企業家創新的誘因將受扼殺。值得研究的是國家及其他公法人可否作爲財產的基本權主體？國庫是國家在私法上人格的傳統稱謂，但國庫與國家屬於「一體兩面」或「兩位一體」的混合狀態，只有人民（包括自然人及法人）得以基本權主體的身分對國家有所主張，國家本身不具有這種資格。其他公法人與國家不同，例如農田水利會或將來可能出現的行政法人（如公立大學）等，並無不能作爲憲法上財產權主體的理由。介於國家與水利會之間的地方自治團體性質之公法人，實際上擁有許多市產、縣產，然而市與縣同時也是公權力主體與國家分享垂直分工的統治權，亦爲基本權主體要「防禦」的對象，從理論講似非憲法上財產權主體。但是釋字第五五〇號關於台北市政府應否分擔健保補助費的解釋，提出地方自治團體所受制度保障，包括財政自主權在內，對中央要限制其財產自主權（即命分擔經費）必須符合下列條件：㈠遵守法律保留原則，㈡地方自治團體對該等事務依法有協力義務，㈢爲國家整體施政所必要，㈣未侵害自治團體財政自主權的核心領域。其中㈠及㈣兩點簡直將地方自治團體（直轄市）財產上權益的保障，等同於私人的地位，值得特加注意。

五、財產權的保障範圍

㈠存續保障

財產權保障最首要者便是存續保障（Bestandsschutz）。所謂存續保障在德國實務上的說法，專指財產現有存續狀態的保障，銷售獲利的機會、期待或可預見的財富並不包括在內，因爲德國憲法解釋上有一各方遵守的公式：基本法第十四條的財產權保障，以既得的財產或因營業活動而獲致的成果爲限（BVerfGE 74, 129, 148.）；至於營業活動的本身則屬基本法第十二條職業自由保障的範圍（BVerfGE 88, 366, 377.）（註二〇三）。財產如果只是一成不變，沒有成爲真正的「生財」，則財產的作用將大爲減損。因爲財產能爲財產所有人帶來不斷財富累積的期望及信賴，是以德國通說在某種限度內，即基於法律因財產存續，有值得信賴的利益時，也在保障之列，但財產權的信賴保護應與其他基本權一視同仁，不作特別強調（註二〇四）。

以上德國通說不能全盤接受，必須從我國憲法及現行法制的觀點，建構我們自己的存續保障概念。因爲最明顯的我國憲法沒有像德國基本法第十四條及第十二條這種區分的結構。前面所引

註二〇三：利用財產的活動成果（das Ergebnis einer Betätigung）屬財產權的範圍，活動的本身則非財產權而屬職業自由保障的標的，介於兩者之間的企業設置及經營權(das Recht am eingerichten und ausgeübten Gewerbebetrieb）是財產權呢？還是職業自由權？德國聯邦（最高）法院、聯邦行政法院均認爲是財產權的範疇，聯邦憲法法院則持懷疑態度（BVerfGE 51, 193, 221f.），Vgl. Pieroth/ Schlink, aaO., S. 220f.，由此也可看出，德國法學上對概念區分纖細的程度。

註二〇四：Vgl. Pieroth/ Schlink, aaO., S. 222.

釋字第四〇〇號解釋的解釋文：「確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能」，這段文字可作爲財產存續保障定義的指導方針：存續保障包括財產依其現狀繼續存在並作爲財富而利用。在這個定義之下，不僅保障既有的財產、因經營（利用）的成果，經營（利用）活動的本身也在財產權保障範圍之內。釋字第四一四號解釋稱：「藥物廣告係爲獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障」，就是基於相同的意旨。

信賴利益的保護固然適用於各種權利，唯仍以財產權最爲明顯。財產上既得權的保障與信賴保護的區別，以目前的時點爲臨界，過去取向者爲既得權，未來取向者爲信賴保護。信賴保護原是行政法上的原則，現在已提升到憲法上位階，本來是適用於授益處分的撤銷或廢止（行政程序法第一一七條、第一一九條及第一二三條），釋字第五二五號解釋擴及法規之廢止及變更，俾維護人民憲法上之權利，該號解釋要旨如下：

> 行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨。

凡符合信賴保護要件者，即應獲得保障（註二〇五）。按維持法律秩序的安定，不以非正當手段改變社會現狀（status quo）乃立憲主義的主要目標，甚且可視爲國家存立的一項目的。保障既得權利也就成爲憲法不可或缺的功能，從既得權利保障延伸到信賴利益的保護，反映現代法治國理念中，對形成新的社會生活關係（最主要的就是財產及地位關係）僅允許循序漸進的方式，而拒斥激進的手段。是以我國憲法雖然沒有像美國憲法一樣，禁止制定溯及既往的法律（ex post de facto law），但基於既得權及信賴利益的保障，如制定真正溯及既往的法律而損害上述利益者，也爲憲法所不許。

最後，與財產權保障相關者，尚有基本權行爲能力的問題，行爲能力的制度旨在保護未成年人及維繫交易安全，在憲法上權利的行使並不當然適用民法上的行爲能力規定，理論上基本權主體不問其年齡，均得行使尋求憲法救濟的權能，尤其是關於公權利的救濟（如應考試、服公職）。惟我國憲法訴訟制度，個人提出釋憲聲請似乎是民、刑事及行政訴訟的「續行」，對訴訟能力也就以「前審」爲準，而不加追究，已見前述。這種慣例固有商榷餘地，但就財產權而言，與私法上關係極爲密切，私法上的成年制度即有適用的餘地。

㈡價值保障

註二〇五：信賴保護的要件，參看拙撰，行政法之理論與實務，增訂七版，六十二頁。

所謂價值保障（Wertgarantie）是指財產所產生的財富價值（Vermögenswert）亦應予以保障而言，財產的存續狀況改變，例如被徵收或徵用，當然應給予相當價值的補償，這涉及徵收問題，稍後再作討論。但價值保障並非對一切有交易價值的財產都保障其價值不致貶低，只要維持公平的市場交易機制，價格隨供需原理而決定，國家便已盡保障義務。在例外情形，也會出現對生產品採取價值保障的手段，譬如稻米平準基金的設置，對農民生產的稻米有保障價格，不過嚴格講，這不屬於財產的價值保障，而是推行保護農民的政策。除此之外，現代國家尚有一種貨幣的價值保障，貨幣在這時是動產的性質，持國家發行的貨幣者，享有貨幣購買力減少的防禦權，雖然目前尚不承認所謂人民有要求幣值穩定的基本權，但是國家仍應負有維持經濟平穩，儘量避免通貨膨脹，致人民持有貨幣遭受財富上的損失（註二〇六）。

㈢繼承保障

承認私產的繼承也是私有財產制度的重要一環，從廣義言，個人將其財產由繼承人繼承，或以遺囑分配財產，都是其處分權能的一部分，當然私產繼承一方面受到保障，另一方面也受到法律的限制。釋字第四三七號解釋，聲請人主張最高法院之判例侵害繼承權乃違反憲法第十五條之財產權，解釋結果認該判例並不違憲，也是以承認繼承權是財產權爲前提。

註二〇六：Papier, Kommentar, aaO., Art. 14 Rn. 175ff.

㈣徵收補償

土地徵收是以公權力剝奪人民的土地所有權，爲對財產權重大的侵害，十九世紀立憲主義盛行之際，也是各國從事交通基本建設（如鋪設鐵路）需要大量土地之時，故憲法對土地徵收多加規定。我國憲法除第一〇八條第一項第十四款將公用徵收列爲中央立法並執行之，或交由省縣執行之事項外，未有任何規定，尤其關係重大的補償問題憲法未置一詞。這可能因制憲當時已施行有年的土地法，對徵收及補償已建立制度，致認爲無須在憲法中重複訂定，但相較於憲法對土地所有權特加限制的規定（如憲法第一四三條），即有不均衡之處。縱然將憲法解釋爲具有社會主義（民生主義）色彩的法治國，土地所有權的保障仍是財產上基本權的重要內容，更何況近年已不復有民國四十年代雷厲風行的土地改革措施（如三七五減租、耕者有其田），憲法增修條文及立法自由形成的空間，越發向自由經濟體系傾斜，這也可視爲全球化、自由化之大勢所趨，當然也不生違憲問題。

徵收（Enteignung）的概念在學理上本有爭執。以具體的公權力措施對特定人剝奪其土地所有權是徵收的典型，設非如此，而是以具體的行爲限制所有權人行使其對土地的權利，或以法規（如發布都市計畫）對得特定之多數人，限制其利用土地之權利（如指定爲公共設施保留地或禁建等），雖未完全消滅其所有權，但所有權人對土地權能之減損，與徵收只有程度上之差別，故有主張

也應包含在徵收概念之內（註二〇七）。這種說法稍嫌廣泛，不如採取下述已普遍援用的三分法：徵收、徵收性質之侵害（enteigenden Eingriffe）及類似徵收之侵害（enteignungsgleichen Eingriffe）。將徵收性質之損害設定爲依法所作的限制土地所有權行爲，前述劃定公共設施保留地等便屬這一類；類似徵收之損害專指違法的侵害（註二〇八）。關於徵收大法官曾受理不少案件，這些案件的解釋建立下列原則：

1.徵收與補償聯結（Entschädigung - Junktim）：如前所述，我國憲法在這方面的規定有所欠缺，大法官的解釋將之補足，釋字第四二五號解釋文前段稱：「土地徵收，係國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪之謂。規定此項徵收及其程序之法律必須符合必要性原則，並應於相當期間內給予合理之補償。被徵收土地之所有權人於補償費發給或經合法提存前雖仍保有該土地之所有權，惟土地徵收對被徵收土地之所有權人而言，係爲公共利益所受特別犧牲，是補償費之發給不宜遷延過久」。這段解釋文同時顯示，關於公用徵收法律性質

註二〇七：Pieroth/ Schlink, aaO., S. 224.

註二〇八：徵收性質之侵害既屬合法的公權力行爲所造成，通常情形如有不服可循行政爭訟途徑尋求救濟，類似徵收之侵害乃違法行爲，發生在事實行爲（Realakt）較爲常見，例如市政府開挖道路致住戶房屋倒塌，遇此情形，則應循民事訴訟途徑請求賠償。參照 Papier, Kommentar, Art. 14 Rn. 633ff.，在我國也是如此。

的多種理論中，大法官採取特別犧牲說（Sonderopfertheorie）（註二〇九）。至於補償地價方法已從公告地價爲準，視情況加成計算，而漸趨按照市價補償（參照土地徵收條例第三十條）。除地價之外，建築物、農作物以及因建築物供合法營業使用，因徵收而致營業減少之損失，都在補償範圍內（土地徵收條例第三十條至第三十三條）。

2.徵收性質之侵害應依法律規定給予補償：徵收當然應予賠償，故稱補償聯結原則，但對徵收以外之徵收性質侵害並不適用，徵收性質之侵害須有法律之明文規定，國家始負賠償責任。因時效而成立之公用地役關係也是因公益而犧牲，「國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以

註二〇九：財產權的社會義務見諸威瑪憲法第一五三條第三項：「財產負有義務，其利用應同時爲最佳公益服務」（Eigentum verpflicht sein Brauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste），該條內容還包括：財產權受憲法保障，徵收必須符合公益且應有法律依據，並應給予適當補償，但法律另有規定者從其規定。波昂基本法第十四條第二項照抄威瑪憲法的第一五三條第三項（只是把 das Gemeine Beste 改爲 dem Wohl der Allgemeinheit，使文字更爲通順）。惟基本法第十四條第三項明白採取徵收與補償聯結條款（Junktimklausel），法律在訂定徵收的要件及範圍的同時，也應對補償的預估及公庫負擔加以規定，否則徵收的法律即屬違憲而無效（BVerfGE 58, 300, 319.; 46, 268, 287.），完全排除威瑪憲法，無補償也可徵收的但書，以上參照 Papier, Kommentar, Art. 14 Rn. 488f

他法補償」（釋字第四〇〇號解釋）。釋字第四四〇號解釋再次重申：國家機關依法行使公權力致人民之財產權遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，法規應有補償之規定，否則即屬違憲。至於類似徵收之侵害，原則上適用民法損害賠償之相關法則。

3.徵收土地之要件及程序，應由法律詳加規定：現行法律（如土地法第二〇八條，都市計畫法第四十八條）對徵收土地之要件及程序之規定，有欠周全。釋字第四〇九號解釋要求檢討修正，促成土地徵收條例於八十九年二月二日之制定施行。又法律對此一旦有所規定，執行徵收之機關便應確實遵守，故辦理徵收未依法公告或不遵守法定公告三十日之期間者，徵收失其效力（釋字第五一三號解釋）。再者，土地法第二三三條（土地徵收條例第二十條亦同）徵收土地補償之地價及其他補償費，應於公告期滿十五日內或補償爭執評議委員會或評定確定後十五日內發給，但行政法院之向例（八十五年一月十七日庭長評事聯席會議決議）認爲，縱然超過十五日，徵收之效力不受影響，這種見解就是未能瞭解法治國家所遵守的徵收及補償聯結原則，其真諦在於「沒有補償就不得徵收」，釋字第五一六號解釋遂宣告上述決議違憲，不再適用。

六、稅法對財產權的限制—兼論租稅法定主義

㈠概說

財產權負有社會義務曾被我國公私法學者渲染爲上個（二十）世紀法學的信條（註二一〇），與十九世紀財產權的神聖成爲對比。其實這不過是附和三民主義限制私有財產及主張部分生產工具國有化的意識型態，或者反映沒有個體權利只有家族或團體優先之根深蒂固的傳統觀念。實際上從十八世紀到二十一世紀，沒有一個政治社會存在真正神聖而不受限制的財產權。一七八九年法國人權宣言第十七條及一八四八年德意志保羅教堂憲法第一六四條都宣稱財產權爲不可侵犯的權利，但同時也規定財產得依法徵收及補償，又制定於十八世紀的美國憲法增修條文第五條，適用到今天仍然不變，財產權可以剝奪（be deprived），只是要符合正當法律程序，都是例子。所以，我們認爲在我國憲法上財產權與其他基本權一樣，須符合法律保留原則、法律明確性原則、比例原則及平等原則，其限制才具有合憲性。不過要注意一點，基本國策條款中有平均地權、漲價歸公等土地政策（憲法第一四二條至第一四三條）、部分生產工具公有化（憲法第一四四條）、節制私人資本（憲法第一四五條）等規定，應將之與憲法第二十三條合併觀察，並得視上述條文爲第二十三條「增進公共利益」的具體指標。

㈡租稅及其他公法上之金錢給付

對財產權的侵害嚴重性僅次於徵收便是課稅。在英國憲政發

註二一〇：林紀東，前引逐條釋義㈠，二五〇頁以下。

展史上，貴族及大地主屢以繳納稅賦，作爲向國王爭取權利的手段，這是眾所周知的事；而「沒有代議士就不納稅」更成爲美洲革命的口號。可見課稅對財產權侵害的重大以及人民防衛其財產的決心。我國釋憲實例中，以違反憲法第十九條依法律納稅爲理由，指摘相關法律或行政函令違憲者，也僅次於主張違反保障財產權條款而占第二位（註二一一）。然而租稅法定主義並非一項目的規定，而是藉以達到保護人民財產的手段，但是講求概念嚴整的德國法學，並不認爲財產權的保障，當然包括課徵租稅在內（註二一二），這種看法顯非可採，事實上對憲法上財產權的侵害，「苛捐雜稅」是最可能的措施，徵收反而不是經常使用的方法。

憲法第十九條統稱租稅法定主義（或租稅法律主義）。首須說明稅捐與人民其他公法上給付義務的區別：租稅是國家（包括地方自治團體）得以公權力之強制手段，向一般人民課徵無報償性質之金錢或具有金錢價值的給付。因爲租稅不具報償性質，故與人民所繳納的特別公課、規費或手續費等不同，特別公課是指對具有共同利益或基於特定行爲而負相同義務之群體者所收取的金錢給付，例如主管機關依促進產業升級條例開發工業區，而向購

註二一一：自釋字第一號到第五三〇號爲止，大略的統計，關於財產權的解釋案件約八十五件，關於憲法第十九條的解釋約七十件，第三位是第十六條有關訴訟權的解釋，約有五十五件，三者之中當然有重疊的案件。

註二一二：德國如何從財產權保障不及於課稅，轉變爲課稅侵犯也是對財產權的損害，參見葛克昌，行政程序與納稅人基本權，二〇〇二年，一四六頁以下。

買工業區內廠房、建物之廠商，收取之工業區開發及管理基金，便是對具有共同利益群體所課徵之特別公課（參看釋字第五一五號解釋）；又依空氣污染防制法第十條規定，對污染源負責者所課徵之污染防制費則是基於特定行爲而負相同義務之人，所繳納的特別公課（釋字第四二六號解釋）。至於規費或手續費是使用公物或營造物的對價，或要求公務員對其個人提供特別服務而給付之部分費用。

㈢租稅及公課法定主義

租稅法定主義的意義及範圍爲何？大法官曾有多號解釋加以闡釋。釋字第二一七號解釋稱：「憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，係指人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項而負納稅之義務」。除上述應以法律明定的納稅要件外，關於減免繳納之優惠也應由法律加以規定（釋字第三六九號解釋文）。至於有關納稅義務的事項，固宜於名爲稅法的法律中規定，但是憲法並未限制其應規定於何種法律，故「法律基於特定目的，而以內容具體、範圍明確之方式，就徵收稅捐所爲之授權規定，並非憲法所不許。國民教育法第十六條第一項第三款及財政收支劃分法第十八條第一項關於徵收教育捐之授權規定，依上開說明，與憲法尚無牴觸」（釋字第三四六號解釋）。稅捐以外的特別公課是否也有所謂公課法定主義？衡諸釋字第四二六號解釋及第五一五號解釋意旨，課徵之目的、對象及用途既須以法律或法律明確授權之命令明定，自應採肯定見解，即必須

有法律具體明確的授權，才具備徵收特別公課的合法性。

如上所述，租稅法定主義的依法係指國家的法律（憲法第一七〇條）而言，並包括有法律具體明確授權依據而訂定的法規命令在內。但不能因而解釋爲依法律納稅屬於相對的法律保留，凡稅目、稅率、課徵對象（納稅主體）等重要事項，必須法律自行規定，方符憲法的規範意旨。現在所剩的問題是：地方自治團體有無稅捐高權？即地方自治團體得否依其議會制定的自治法規課徵租稅？釋字第二七七號解釋認爲：「憲法第一百零九條第一項第七款及第一百十條第一項第六款規定，省稅及縣稅由省縣立法並執行之，係指地方得依國稅與省縣稅合理劃分之中央立法，就已劃歸省縣之稅課，自行立法並執行之。因此中央應就劃歸地方之稅課，依財政收支劃分法前開規定，制定地方稅法通則，或在各該稅法內訂定可適用於地方之通則性規定，俾地方得據以行使憲法賦予之立法權」（解釋理由書中段）。這號解釋作成於民國八十年三月，地方稅法通則歷經三屆國會，終於在九十一年十一月完成立法程序，此後租稅法定主義，也包括依地方稅法通則而訂定的自治法規在內。

㈣稅法的合憲性監督

審查各種稅法有無違憲，致損害人民的財產權，主要的判斷標準有三：租稅法定主義、比例原則及平等（公平）原則。在實際運用時，寬嚴之間仍有出入。其違憲之態樣有下列數種：1.法律本身違反比例原則：民國六十一年一月九日公布的貨物稅條例

第十八條第一項，關於同條項第十二款，應貼於包件上或容器上的完稅或免稅證照，不遵守規定實貼者，不問有無漏稅事實，一概課處比照所漏稅額二倍至十倍之罰緩，此項規定「顯已逾越處罰之必要程度，不符憲法保障人民權利之意旨」，該條例第十八條第一項及財政部相關函釋，均經釋字第三三九號解釋，宣告違憲。2.施行細則違反母法：民國六十九年間施行的獎勵投資條例第二十三條第三項第一款規定，在一定額度下之「各種利息」均予免稅，但該條例施行細則第二十七條則將私人間借款利息排除於免稅之外，在租稅法定主義之下，自不允許命令明顯牴觸母法的規定，故釋字第二一〇號解釋宣告其違憲。另外一則是施行細則變更申報納稅主體：「營業稅法第二條第一款、第二款規定，銷售貨物或勞務之營業人、進口貨物之收貨人或持有人爲營業稅之納稅義務人，依同法第三十五條之規定，負申報繳納之義務。同法施行細則第四十七條關於海關、法院及其他機關拍賣沒收、沒入或抵押之貨物時，由拍定人申報繳納營業稅之規定，暨財政部發布之「法院、海關及其他機關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點」第二項有關不動產之拍賣、變賣由拍定或成交之買受人繳納營業稅之規定」（釋字第三六七號解釋），是基於行政作業上課徵方便之理由，將法律規定之申報納稅主體由營業人改爲拍定人或買受人，違反憲法第十九條及第二十三條之規定。又所得稅法施行細則第二十二條之二規定，適用扶養親屬免稅額者，該親屬或家屬「應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍」爲要件，釋字第四一五號解釋，認係限縮母法之適用，有違租稅法定主義。3.判例違反

租稅法定主義：依獎勵投資條例（已改爲產業升級條例）規定，華僑或外國人來台投資，屬於非中華民國境內居住之個人，一年內在台居住滿一百八十三天者，其股利按一定利率（即 20% ）就源扣繳，不再依所得稅法申報且適用累進稅率，因而享有租稅優惠，但行政法院（現改爲最高行政法院）六十三年判字第六七三號判例將就源扣繳之「非中華民國境內居住之個人」增列「且無配偶居住國內之情形而言」，添加法律所無之限制，經釋字第四一三號解釋宣告違憲。判例不過採納五十九年間財政部函釋的見解，並非行政法院所自創，財政部即是基於防弊心態，以免本國人與華僑或外國婦女藉結婚之名，而坐享優惠，主管機關明知故犯，自不足取，但既經採爲判例，則是判例而非行政釋示（即行政規則）違憲的問題。 4.行政釋示違反租稅法定主義：最早的一件解釋案爲釋字第一五一號解釋（民國六十六年十二月二十三日）：廠商遺失所領蓋有「查帳徵稅代用」戳記之空白完稅照，稅務機關釋示，如有遺失，一律比照遺失貨物稅查驗證之規定，補徵稅款，釋字第一五一號解釋認爲並無漏稅事實，即補徵稅款，違反租稅法律主義（註二一三）。有限公司變更爲股份有限公司，其

註二一三：本案補徵漏稅之依據是財政部的一項函釋，行政法院在判決中認爲：「財政部爲財政主管機關，就其主管業務有關財稅法令所爲之解釋，自有其拘束力。被告機關據以補徵原告之貨物稅，難謂違法」（見司法院大法官會議解釋彙編（一），七十年四月，四十一頁）。這是在當年行政權獨大的形勢，司法機關怯於作司法審查的普遍心態、所謂租稅法定主義，所謂命令不得牴觸法律，根本不加審究，遑論認定其違

不動產變更登記，財政部以函釋規定應課徵契稅，也經釋字第一六七號解釋認爲違反租稅法律主義。其他諸如財政部以釋示對自用住宅用地申請退還已繳增值稅，規定應事前經核准按自用住宅核定稅率係增加法律所無之限制，亦經釋字第四七八號解釋宣告違憲。

經解釋爲違憲案件固然不少，但是經解釋不違背租稅法定主義的案件，仍然甚多。例如依所得稅法第八十條第二項規定，稽徵機關如已核定各該業所得額標準者，納稅義務人申報之所得額，若在上項標準以上，依同條第三項規定，即應以其原申報額爲準。而財政部發布的營利事業所得稅結算申報書面審核案件抽查辦法第三條及第四條、營利事業所得稅結算申報查核準則第二條，以及財政部五十九年臺財稅字第二三七九八號令，均規定營利事業申報所得額達各該業所得額標準者，仍應實施審查、抽查及調整稅額。從嚴格的文義解釋而言，上述辦法、準則及函令與所得稅法第八十條第二項及第三項顯有不符，但釋字第二四七號解釋並未宣告其牴觸母法及違反憲法第十九條。而以體系論的解釋方法，認財政部上述辦法、準則及函令符合所得稅法第一〇三條、第一一〇條、稅捐稽徵法第二十一條及第三十條的意旨，與憲法尚無牴觸（註二一四）。除此之外，釋字第三九七號解釋認財政部發布之「兼營營業人營業稅額計算辦法」是基於營業稅法第十

法違憲。

註二一四：參照本書第四編第二章第三節二㈣、體系解釋。

九條第三項具體明確授權而訂定，與租稅法定主義並無牴觸；釋字第四三八號解釋對營利事業所得稅查核準則規定支付國外佣金的價款比率（3% ），認爲是技術性、細節性規定，不構成違憲；釋字第四五八號解釋認定財政部對「生產事業獎勵類目及標準」（依獎勵投資條例第三條將由行政院訂定）所爲的釋示，符合獎勵投資條例的意旨，「未變更法律所定稅賦優惠規定，亦未增加生產事業之負擔，與憲法租稅法定主義並無牴觸」；又佃農承租土地，因政府徵收而終止租約，佃農可獲得扣除土地增值稅後地價三分之一的補償費，財政部類推適用所得稅法第十四條第三項變動所得的規定，以補償費半數作爲所得課徵，釋字第五〇八號解釋也不認爲違憲。特別值得重視者，是推計課稅是否符合憲法第十九條的問題，推計課稅簡言之就是納稅義務人不願履行其申報及其他協力義務，提供相關納稅資料或因故不能提出時，稽徵機關以其他合理方法類推計算其稅賦，這種核課手段嚴格講與租稅法律主義已不盡相符。但亦爲各國稅法所採，釋字第二一八號解釋也明白釋示推計課稅並不違反憲法的本旨，但推計必須公平合理始有正當性。由此可見，租稅法律主義，「不似罪刑法定主義含有法條嚴格解釋及禁止類推等效果」（註二一五），則涉及租稅事項之法律，其解釋須「應本租稅法律主義之精神，依照該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則爲之」（見釋字

註二一五：釋字第一五一號解釋，陳世榮大法官之不同意見書。

第四二〇號、第四九六號解釋）（註二一六），在適用上自然較罪刑法定主義爲寬，故使用租稅「法律」主義，不若租稅法定主義爲妥。

七、財產權的其他限制

財產權依法律或基於法律之命令所受之限制，在現行法令中爲數甚多，似乎無從列舉，例如野生動物保護法禁止經公告管制之動物或其製品之交易行爲（參照釋字第四六五號解釋）、都市計畫法（參照釋字第四〇六號解釋）、區域計畫法及自來水法（參照釋字第四四四號解釋）、金融機構監管接管辦法（參照釋字第四八八號解釋）、警察勤務條例（參照釋字第五三五號解釋）。在土地所有權方面，平均地權條例、耗地三七五減租條例和已失效的實施耕者有其田條例等，都是限制財產權的法律。

註二一六：參照葛克昌，稅法基本問題，財政憲法篇，一九九六年，一二六頁以下；陳清秀，稅捐法定主義，翁岳生教授六秩華誕祝賀論文集，五八七頁以下。

第三章 社會的基本權

第一節 生存權

一、生存權的性質

社會的基本權也可稱爲社會權，其淵源來歷已在本編第一章略作說明，本章將就憲法第二章中的生存權、工作權及受國民教育權三項分別敘述。不過，關於這三種權利的定性，都非毫無爭論，本節先對生存權加以解說。

十八世紀的憲法文件如北美各邦的人權典章及法國人權宣言，所列舉的人權都是自由權與平等權，迨十九世紀中葉以後，工業革命所造成的社會問題日趨嚴重，加上各派社會主義思潮的興起，基本權應超越形式上的自由與平等，而關照到生活的實質層面，這是社會權發生的簡短歷程。就憲法第十五條的起源史分析，如前所述，生存權及工作權的納入在制憲當時，也是基於拉攏左翼黨派而投其所好，可見生存權無疑的是一種社會的基本權。而社會權與自由權的最主要區別，依一般通說基於前者人民有權要求國家提供積極作爲或給付，後者則只是消極要求國家不要干涉個人的自由即可（註二一七）。但是這種區別並不是絕對的，

註二一七：如前所述，大學入學名額限制案件，德國聯邦憲法法院即採取這種見

以學術自由爲例，德國實務上的見解就認爲，國家有創設建制（Einrichtungen）的義務，使有入學需求的人有分享的權利（Recht auf Teilhabe）（註二一八）。可見作爲防禦權而以消極目的爲主的自由權，時至今日也有部分的積極作用。生存權是否如此呢？讓我們在下面先從比較法講起：

德國基本法第二條第二項保障生命權（Recht auf Leben）及身體不受損傷權（Recht auf körperliche Unversehrtheit），這在德國憲政史上是沒有先例的，生命應受保障原本不待憲法明文規定，但鑑於納粹政權之終結猶太人及消滅「低等種族」的暴政，基本法的制定者乃特加強調（註二一九）。所以生命權等毫無疑問的屬於對抗國家的防禦（衛）權，德國聯邦憲法法院在早期的判決中也宣稱：「生命權及身體不受損傷是消極的權利，藉以排除國家有組織性的謀殺以及強制實施人的實驗」（BVerfGE 1, 97, 104.），但稍後的判決則進一步認爲國家有保護生命的義務（BVerfGE 39, 1, 4.，即第一次墮胎案的判決）。不僅如此，生命權的保障也提供權利主體一項免於飢餓的請求權，即維持最低生存水準（Existenzminimum）(BVerfGE 52, 339, 346.)（註二二〇）。根據上述，原本是消極性的生命權，經由憲法裁判也增添了積極作用。

解 BVerfGE 33, 303.; vgl. Pieroth/ Schlink, aaO., Rn. 98f.

註二一八：Ebenda, Rn. 390f.

註二一九：Vgl. P. Badura, Staatsrecht, aaO., S. 114.

註二二〇：Vgl. Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 2 Rn. 27.

在各國憲法之中，與我國憲法第十五條生存權保障條款最爲接近者，莫過於日本，該國憲法第二十五條第一項規定：「任何國民，均有享受健康及文化的最低生活之權利」。這項條文學者均稱爲生存權的保障，對於生存權的討論以往也多著重於其規範效力，即人民有無直接請求國家保障其生存的請求權，抑或僅是一種方針規定（註二二一）。近年則有所謂社會保障學的學者，主張從自由的理念出發，將自由權與生存權並列爲社會保障權利的基礎，強調人格的自律權，認爲基於人格的自律，個人應以主體的地位追求生存的價值。因此，「二十一世紀的生存權保障法理，不再是生活困苦者單純被動地接受國家給付的權利，更應有隱私權的保護、自我決定權、選擇的自由等...維持緊密的理論關連性（註二二二）」。由此可以得知，當前日本學說也將生存權與自由權融合在一起。

從德、日兩國的發展，再來檢討我國釋憲機關的實例，也許就不致受懷疑爲概念不清或理論欠通。釋字第四七六號解釋關於

註二二一：自由權與社會權的各種區別，日本憲法學者橋本公亘，歸納爲三點：㈠自由權是源於自然法，社會權則否，㈡自由權是消極的權利，社會權則是積極的權利，㈢自由權沒有界限，不附條件，社會權是附有條件，以國家有相對應的制度爲前提，引自林紀東，逐條釋義㈠，二三三頁。

註二二二：簡玉聰，日本社會保障法理論之再探討，以生存權理論爲中心，黃宗樂教授六秩祝賀，公法篇㈠，二〇〇二年，三三三頁。

肅清煙毒條例死刑違憲疑義的解釋案（註二二三），其解釋文第一段稱：

> 人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之意旨。

這號解釋的主旨雖是闡釋特別刑法之死刑並不違憲（其後在九十一年十一月二十二日作成的釋字第五五一號解釋，再次引用前述這段意旨），但在論證過程中最值得注意的是，將憲法第八條及第十五條生存權與「身體之自由」及「人民生命」相對照。第八條本來就是保障人身自由，無須解讀，第十五條的生存權釋憲者顯然將之涵蓋生命權的保障在內。我國憲法沒有生命權保障的明文，但人無生命更無所謂權利可言，一切基本權的保障均以有生命爲前提，欲從憲法現有條文中演繹出生命權保障的依據，原本有其他選項，例如專以「舉輕明重」的方式認爲憲法第八條的身體自由當然也包括生命保障，不必使生命自由歸入生存權的保障範圍。如此一來，可維持生命權的自由權及防禦權的性質，也可

註二二三：關於死刑不違憲的解釋，先前已有釋字第一九四號及第二六三號解釋，並參照李惠宗，憲法要義，二一四頁以下。

保持生存權作爲社會基本權的單純屬性。惟如前所述，社會權與自由權的界限已不若傳統理論中涇渭分明，德、日的實例與學說俱在，則大法官在釋字第四七六號解釋中所採取的立場，也就不難理解了。

二、生存權的規範效力

生存權的規範效力是向來聚訟不休的問題，究竟生存權純屬方針規定，或者也是一種可以具體實現的權利？大體而言，傳統的憲法教科書一般都認爲生存權的保障只具有綱領式的意義，新近的理論則傾向於主張生存權有其規範效力（註二二四）。但所謂規

註二二四：論者歸納日本實務及學說，曾列出生存權條款的「法規範性」，共有三說：第一說目標規定說：認爲憲法生存權的規定，僅止於課予國家政治道德上的義務，並非賦予國民具體請求的權利。第二說抽象權利說：此說主張生存權是「法規範上的權利」，立法者有義務制定實現「最低限度的健康文化生活」的法律，個人須等待立法之後才享有請求權的法效果。第三說具體權利說：此說主張無法維持最低生活而陷於需要扶助狀態的國民，能以權利主體的地位享有憲法上權利，並在立法欠缺時，具有請求國家制度或修改法律的「立法要求權」。以上參看簡玉聰，前引論文，三〇四頁以下。但日本實務上見解仍採「憲法第二十五條第一項，僅止於宣示國家有責任營運國政，俾使全體國民能營健康而文化之最低限度的生活，並非直接賦予各國國民以具體的權利」，「何謂健康而文化之最低限度的生活，其判斷應委由厚生部長裁量」（一九六七年，朝日訴訟案件日本最高裁判所判決），其後一九八二年最高裁判所在訴訟案件中，則主張健康而文化的最低限度生

範效力其明確範圍爲何？又保障人民生存權的可實現目標是什麼？均有待進一步探討。

我們認爲生存權既然在積極功能之外，又經釋憲機關賦予保障生命自由的消極功能，則生命權首要的規範效力便是禁止對生命的戕害，因此禁止墮胎的法律（如刑法第二百八十八條）便不生牴觸憲法的問題，而允許墮胎的立法（如優生保健法第九條）是否符合必要性及適當性的比例原則，猶待釋憲機關作合憲性的檢驗；「安樂死」（enthanasia）是否違憲也應作如是觀（註二二五）。其次，生存權的保障所欲實現的目標是「最低生存水準」？或是「最低限度的健康及文化生活」？還是「符合人性尊嚴的生活」？以上的標準或爲他國憲法所明定，或爲憲法裁判所創設，在我國憲法上迄無定論，在此我們提出下列論點作爲初步的結論：結論一：除非不承認生存權的規範效力，否則人民在國家生活中維繫生命（賴以活命）乃最低度的生存權要求，所以維護人民最低生存水準是國家的保障義務。結論二：符合人的（或人格）尊嚴生活是保障生存權的合理目標，因爲生活水準雖然可以量化（例如以某一國家或某一城市的生活指數爲準），但生活水準高低並不等

活，「必須委諸立法機關的廣泛裁量」，以上引自蘆部信喜（李鴻禧譯），憲法，二四〇頁以下。又關於社會權在德奧憲法學者中的一般見解，參照陳新民，論社會基本權利，憲法基本權利之基本理論，上冊，三版，九十五頁以下。

註二二五：關於墮胎及安樂死問題，參照李震山，從憲法觀點論生命權之保障，翁岳生教授六秩華誕祝壽論文集，十七頁以下。

同於幸福的程度，尤其不一定與個人地位恰如其份，故以抽象的尊嚴生活爲鵠的似屬合理，強調符合人的尊嚴之生活也就是課予國家更高的作爲義務，不以前述最低生存水準爲滿足。

以人的尊嚴或人格尊嚴爲論據在我國憲法上並非沒有依據，現行憲法增修條文第十條第六項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」。條文雖以婦女爲對象，但並非謂男性國民不必具有人格尊嚴，而是基於對社會情況的認知，婦女應特加保護之意，使其享有與男性平等的人格尊嚴，故大法官在釋字第三七二號解釋，延伸其義宣稱：

> 維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。

至於保障生存權不以固定的最低生存水準爲限，也已表現在相關解釋之中。釋字第四二二號解釋首先闡釋對農民生存權及生活應予保障的憲法意旨，包括提昇其生活水準：「憲法第十五條規定，人民之生存權應予保障；第一百五十三條復明定，國家爲改良農民之生活，增進其生產技能，應制定保護農民之法律，實施保護農民之政策，明確揭示國家負有保障農民生存及提昇其生活水準之義務」。釋字第四二二號解釋末了認定準用「役種（兵役）區劃現行最低生活費支出標準計算審核表」，作爲三七五租約佃農的家庭生活費用，有失合理：

> 役種（兵役）區劃現行最低生活費支出標準計算審核表中所列最低生活費支出標準金額之規定，以固定不變之金額標

準，推計承租人之生活費用，而未斟酌承租人家庭生活之具體情形及實際所生之困窘狀況，難謂切近實際，有失合理，與憲法保護農民之意旨不符...。

三、實現生存權積極內容的途徑

生存權原本是積極性的社會權，要發揮其規範效力，不能徒託空言，以下將按照事物的本質探討人民如何透過現行法制，具體的實現生存的權利。㈠憲法第十五條生存權應予保障雖不是綱領式的條款，惟原則上沒有實體法的依據，個人尚不能遽引憲法本條的規定向國家或地方自治團體，爲金錢、生活必需品或其他給付的請求。至於向立法機關或行政主管機關要求制訂法規或採取適當的生存照顧措施，則是個人或群體隨時都可行使的權利，無待法律規定，但要求無效果時，欠缺強制其實現的手段而已。㈡依現有法規規定，符合其條件者固然得享有生活扶助、醫療補助、急救救助、災害救助的給付（見諸社會救助法相關規定）。與規定條件不符但處境相同甚至更爲惡劣者，譬如社會救助法以低收入戶，每人平均收入低於最低生活費標準（該法第一條及第四條）爲救助之前提，其中有所謂以共同戶籍或綜合所得稅等爲認定準則，而實際上卻有無戶籍的遊民、無身分證的中國大陸居民或入境後成爲遊民的外國人等，也應享有最低標準的生活照顧。㈢若因法規規定的不備，而形成類似立法怠惰之情形，於依通常訴訟途徑不能得到救濟者，並非不能依釋字第四七七號解釋的模式，由釋憲機關在一定限度內以解釋補救法規的不備。又假定有

關生存照顧的法規內容顯失公平，譬如該照顧者不照顧，無需照顧者反而提供扶助或救助，或相同條件者給予不同的對待(類似釋字第四〇〇號解釋所指對徵收補償不公的情形)，當然也可經由憲法訴訟途徑而宣告此類法規違反平等原則而失效。㈣為維持生命或治療疾病，無論在任何情形下，都有權利用國家或地方自治團體現有的設施，有關機關不得以其未提供對待給付或無資力繳納費用，而加以拒絕。釋字第四七二號解釋在宣告全民健康保險法強制納保、繳納保費及加徵滯納金等規定並不違憲之餘，並釋示：「惟對於無力繳納保費者，國家應給予適當之救助，不得逕行拒絕給付，以符憲法推行全民健康保險，保障老弱殘廢、無力生活人民之旨趣」。對這樣的結果，雖然加重健保的財務負擔，但這是國家基於生存照顧、推行社會福利、全民健保及公醫制度，不能推卸的責任。

第二節　工作權

一、工作權的性質—回歸正確的定位

工作權究竟是單純的社會權？還是也具有自由權的性質？是具有爭議性的問題，從歷史解釋及比較解釋的觀點，工作權是抱有社會主義思維者，在十八世紀所提倡的權利，也符合德意志啓蒙思潮時代舊有的政治及道德信條：每個人都應該賴自身的工作

而生活（註二二六）。從此之後，工作權的保護成爲左翼政黨維護勞動者不可少的政綱，威瑪憲法則是第一部將工作權入憲的憲法法典，戰後西德基本法不再出現工作權的條款，而另設職業自由（Berufsfreiheit）的規定。因爲國家事實上無法提供每個人適當的工作位置，而達到充分就業的情形，除非採取強制分派工作的手段，但這不僅爲自由民主的憲政秩序所不容，結果將步上全面社會化及國有化局面。不過德國各邦的憲法倒是不乏有工作權（Recht auf Arbeit）的規定，例如巴伐利亞（Bayern）邦憲法第一六六條第二項：「每個人皆有權利，經由工作而獲得富足之生存」。東德解體後的各邦，承共產主義的餘緒，更是強調工作權，其中以布蘭登堡（Brandenburg）邦爲例，其憲法第四十八條第一項規定：「邦有義務經由充分就業及創造工作之政策，以邦之力量顧及工作權

註二二六：在西洋思想史上首創工作權（Recht auf Arbeit）者乃德意志唯心論哲學家費希特（Johann G. Fichte, 1762-1814），其年代爲一七九六年，較法國早期之所謂烏托邦社會主義者爲先。費氏主張：「每個人於進入國家生活之際，必須明白選擇一種職業，同時並成爲特定階級，否則根本不能視爲國民...，一切工作之目的即在於維持生存，並須共同保證，使每個人之工作皆可達到此一目的」，自此之後強調工作與生存成爲各種社會主義流派之共同特徵，費希特亦因提倡工作權與生存權以及其他相關理論，而被稱爲德意志第一位社會主義者。Johann Gottlieb Fichte Werk, hrsg. v. Fritz Medicus, Bd., 2., Leipzig O. Z., S. 218f.，譯文見拙撰，唯心論與社會主義，台大法學院社會科學論叢，第三十四輯，民國七十五年六月，二七六頁。

之實現，使每個人享有工作權並賴工作而維持其生活」。論者認爲各邦憲法這類規定，只是國家目標的宣示及綱領條款的性質，而非個人得以行使的主觀權利，與聯邦憲法第十二條的職業自由不可混爲一談（註二二七）。我國憲法上的工作權保障，也是制憲當時投共產黨之所好，而故意採納其政治主張入憲，已見前述。總而言之，工作權是典型的社會權，應無疑義。但是在我國憲法的解釋與適用方面，卻出現了問題。

對工作權性質的詮釋從早期的憲法著作到目前的某些教科書，都未將工作權視爲純粹的社會權，或者視爲自由權兼具受益權的性質，例如曾任最高法院院長的謝瀛洲氏就認爲，工作權是個人有自由選擇與其才智相當的工作，人民若不能獲得相當的工作時，國家應加以救助之謂（註二二八）；或者將工作權與德國基本法上的職業自由相提並論（註二二九）。更由於大法官若干解釋一方面將工作權闡釋爲：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維生計」（釋字第四〇四號、第四一一號解釋），似也有將工作權擴及職業自由之意。另一方面又對營業上的權益納入工作權的保障範圍，例如民國七十三年公布的釋字第一九一解釋，對主管機關行政院衛生署有關藥師開設藥局從事調劑外，並經營藥品販賣業者，規定其應辦理藥商登記及

註二二七：P. Badura, Staatsrecht, aaO., S. 195.

註二二八：謝瀛洲，前引中華民國憲法論，五十九頁。

註二二九：李惠宗，前引憲法要義，二二八頁以下。

營利事業登記之命令，認爲「對藥師工作權尚無影響，與憲法第十五條並無牴觸」。近年（八十九年）作成的釋字第五一四號解釋認定教育部發布之遊藝場業輔導管理規則，欠缺法律授權依據違反憲法第二十三條法律保留原則，應即失效，因爲「涉及人民工作權及財產權之限制」，而「人民營業之自由爲憲法上工作權及財產權所保障」。使得工作權更加脫離社會權的原意。工作權涵蓋職業自由早就爲學者所質疑，至此更引發大法官內部的意見對立（註二三〇）。

關於工作權的正確詮釋，我們認爲應回歸其原本的性質，即以保障勞工階層爲目的的一項社會基本權，個人有工作能力者國家應設法予以適當之工作機會（參照憲法第一五二條），或給予失業之救助，無工作能力者則應依其意願提供職業訓練，俾具有獲得工作的一技之長。至於營業自由或營業權屬於財產權保障的範疇，我們在討論財產權時已有說明，自不應將之視爲工作權的一部分。而職業自由與工作權並不完全相容，從先前有關德國憲法的敘述中，也可得知，然則前面所引多號解釋例，所稱的自由選擇工作及職業，則應作符合自由民主憲政基本秩序的理解。就是工作權原本是社會主義統制經濟下的產物，爲表示區別，採行自由經濟體制的社會，自不能將工作權解釋爲允許強制工作的制度存在（因判決受保安處分除外），稍後引述的國際條約也是將工作權與自由選擇工作並列，自由選擇職業也屬於憲法所保障的契約

註二三〇：見釋字第五一四號解釋黃越欽大法官的不同意見書。

自由的一環。

二、工作權的保障範圍

工作權保障範圍中應包括那些事項？大法官釋憲實務中也有少數案例，例如釋字第三七三號解釋認爲工會法禁止教育事業技工、工友組織工會的規定違憲之案例中，宣稱：「從事各種職業之勞動者，爲改善勞動條件，增進其社會及經濟地位，得組織工會，乃現在法治國家普遍承認之勞工基本權利，亦屬憲法上開規定意旨之所在」（理由書前段）。在理由書後段引述解釋當時有關法律如工會法、團體協約法及勞資爭議處理法的規定之後，又稱：「工會爲保障勞工權益，得聯合會員，就勞動條件及會員福利事項，如工資、工作時間、安全衛生、休假、退休、職業災害補償、保險等事項與僱主協商，並締結團體協約；協議不成發生勞資間糾紛事件，得由工會調處；亦得爲勞資爭議申請調解，經調解程序無效後，即得依法定程序宣告罷工，以謀求解決」。另一案例爲釋字第四九四號解釋則強調勞動基準法有關勞動條件之規定，均應於該法相關條件公布或修正生效起，貫徹實施。除此之外，關於勞工保險條例施行細則（八十五年九月十三日修正以前），其第二十五條第一項規定加保者，以專任員工爲限，釋字第四五六號解釋以其未能顧及符合被保險人資格之非專任勞工或勞動者的權益，違背母法而違憲。但只從這些解釋意旨中還不能成功的建構工作權的保障範圍，有兩種國際法上的文件，一是一九四八年的世界人權宣言，二是一九六六年的經濟社會文化權利國際公約（兩

者我國政府都曾簽字，但後一公約因退出聯合國致未曾完成批准及生效手續）（註二三一），對工作權的規定至爲詳盡，有助於保障範圍的建立。

承上所述，工作權的保障範圍可以描述如下：㈠人民得依其工作能力自由的選擇工作，並獲得合理的報酬。㈡國家有義務實施最低工資、監督僱主改善工人與勞動者的工作條件。㈢對欠缺工作能力者，各級政府應依其志願辦理職業訓練；對已從事工作或勞動者也可實施技能鑑定及證照制度（釋字第四〇四號解釋所稱工作之方法及應具備的資格或其他要件，得以法律爲適當之限制，當係指此點而言）。㈣舉辦維護工人與勞動者生計的社會保險，包括疾病、傷殘、失業及年金等項目乃國家應負的責任。㈤工人與勞動者有權組織工會，並行使團結、團體協約及爭議之權，必要時並得發起罷工（註二三二）。上述五類保障事項，除第㈠類外，大部分在我國都已制定法律而或多或少的分別實施，所以工作權並非全然是綱領或方針式的規定，也是可依法請求國家具體作爲的個人權利。

將工人與勞動者工作自由以外的職業活動及營業自由，排除於工作權保障範圍之外，並不等於人民的這類行爲就不受憲法的

註二三一：世界人權宣言及人權公約的中文本，坊間由元照出版社編輯的六法全書，在 5-10、5-18 分別載有全文。

註二三二：將工作權的保障範圍作這樣的解釋，就不會發生論者的疑慮，認爲我國憲法並未直接保障勞動基本權，見許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著，現代憲法論，二〇〇〇年，二〇九頁。

保障。如前所述，營業自由已爲財產權所及，而一般性的職業自由當然屬於憲法第二十二條保障的事項。釋字第五一四號解釋理由書首段稱：「人民營業之自由爲憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業爲其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由爲之。許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制，依憲法第二十三條規定，必須以法律定之，且其內容更須符合該條規定之要件」。其中將工作權解釋成等同於職業自由，前面已有批評外，基本上也認爲營業活動之自由爲憲法上財產權所保障；綜觀該號解釋，也有若干與德國聯邦憲法法院關於職業自由所建立的所謂三階段理論（Drei-Stufen-Theorie）之意味（註二三三），只是這套理論不宜應用

註二三三：「三階段理論」是德國聯邦憲法法院在所謂藥房案的判決（BVerfGE 7, 377, Apothekenurteil）中所建立。案件的簡單事實如下：一位已有開業資格的實習藥劑師，申請在上巴伐利亞（Oberbayern）一個有六千人口的小鎮 Traunreut 開設藥房。依當時（一九五五年）巴伐利亞邦的藥師法，開設藥房要通過需求評估才能獲得許可，本件評估結果認爲已開設的藥房已足敷居民需要，如再核准新開勢必影響目前既有藥房之營業情況，還可能造成處方藥的濫用等理由，而不准其開業。德國聯邦憲法法院基於職業自由的保障，撤銷上巴伐利亞邦政府的處分，並宣告該邦藥師法有關條文違反基本法第十二條第一項。本件判

在工作權的詮釋上。

第三節　受國民教育權

一、權利與義務的結合條款—兼論憲法上的義務

憲法第二十一條：「人民有受國民教育之權利與義務」。是憲法中唯一將概念上相對的權利與義務合併規定的條文。按權利從實證的觀點講乃是一種法律上所處之地位而產生的力，所以我們曾從身分地位理論來論述基本權，並主張基本權的規定爲個人有權向國家要求不作爲（避免干預或侵犯），或作爲（提供給付、參與及分享）請求的準據，而不僅是政策宣示或方針規定。至於義務則與權利恰好相反，在私法上通常是指對權利人負有作爲或不

決所稱的三階段理論大意如下：㈠不影響選擇職業的自由，純粹是執業規範（reine Ausübungsregelung），立法機關具有最大的裁量自由。㈡從事職業之主觀條件（subjektiver Voraussetzungen der Berufsaufnahme），是個人從事特定職業所應具有的資格條件，這類資格條件因職業而有不同，立法者予以規制是本於職業的性質、實際的生活關係的要求。㈢容許職業的客觀條件（objektiver Bedingungen für die Berufszulassung），這類條件是立法者爲公益所作的職業自由之限制，這些條件是什麼，個人無從置喙，個人欲選擇某項職業，只有使自己接受相關的訓練、實習使能符合客觀的要求。關於三階段理論，國內文獻引用者不少，如李惠宗，憲法要義，二三九頁，法治斌、董保城，中華民國憲法，修訂三版，九十年，一八三頁以下。

作爲的狀態而言，在公法上通常是指國家或公權力主體根據權限得要求相對人作爲或不作爲，相對人違反義務者，分別負私法或公法的責任。如果不是憲法或法律明文規定，或依事物之性質（如雙務契約）外，所謂「公（私）法關係上之權利義務，在某程度內，多具相對之義務，而在權利內包含義務性，在義務中包含權利性之特色（註二三四）」，並非確論。

憲法上明定的人民義務只有納稅、服兵役及受國民教育三種。其實人民須負有那些義務，各國憲法規定參差很大，許多國家憲法根本未設義務條款，其原因不外下列數端：憲法本質上是「人民權利之保障書」，不應有義務性的規定；憲法縱然列舉也難於窮盡，何況凡合憲法律的課予人民義務，人民即有遵守的義務，何須憲法明文；然則憲法何不直接規定人民有服從法律的義務，就可概括一切？因爲服從法律（行爲規範）是每個政治社會成員的政治義務（political obligation），也是政治社會存立的前提，根本無須明文規定。我國制憲過程中，對人民義務的種類，曾有過不同的議論，五五憲草就列有「工役」（相當於義務勞動之意）的規定，現行憲法以前述三種作爲義務，也是折衷的結果。

在憲法所定的三種義務中，納稅及服兵役，第十九條及第二十條都有「依法律」的文字，獨第二十一條沒有「依法律」受國民教育的字樣。我們認爲解釋上並無不同，因爲凡是限制人民的

註二三四：見林紀東，前引逐條釋義㈠，三二九頁所引日本學者美濃部達吉氏的說法。

自由權利，也就是課予人民義務或負擔者，都必須有法律的依據（憲法第二十三條），受教育雖屬授益性質，但既是義務仍然與其他義務一樣，應依法律始能爲之。憲法第二十一條所以未寫依法律三字，可能是權利與義務並列在修辭上有所考量之故。從而，國家實施國民義務教育必須有法律的依據，這又涉及義務教育的年限問題，後文將作討論。

二、受國民教育權的權利主體

受國民教育既是人民的權利，則個人是基本權的主體，所以國民教育的實施應在憲法第一五八條所揭櫫的教育文化宗旨，以及第一五九條受教育機會一律平等的原則下，以權利主體的受教育者之需求爲目標，近年公布的教育基本法第二條第一項：「人民爲教育權之主體」，就是這一意思。故凡主張國家握有教育上的權限，透過立法或行政措施，採取公民教育甚至政治教育（politische Bildung）的手段，灌輸思想，塑造「理想中」的國民，即所謂「國家教育權」理論下的現象，皆與自由民主的憲政秩序不符，也有違憲法第二十一條的本意。

受國民教育權屬於社會權也是各方接受的通說，則權利主體有權請求國家或各級政府，提供其受國民教育的設施。受國民教育的基本權主體既屬人民，不問法律對強制受國民教育的年齡如何，基本權主體並不以學齡兒童或少年爲限，失學的青年或成年人仍有分享國民教育的權利，憲法第一六〇條於第一項有關學齡兒童的規定之外，並定有第二項：「已逾學齡未受基本教育之國

民，一律受補習教育，免納學費，其書籍亦由政府供給」，其規範意旨就是出於失學者因年齡或職業關係，不便與學齡兒童一齊學習，而有受補習教育之設，也可見制憲者對學齡兒童及逾齡的失學者，一視同仁。

三、義務教育的合憲性問題

憲法第二十一條所稱的國民教育應作何解釋？論者通常解爲與憲法第一六〇條的基本教育同義。但憲法第一六〇條第一項規定是：六歲至十二歲之學齡兒童，一律受基本教育，若國民教育延長超過十二歲，立即發生合憲與否的疑義，目前便是如此，不僅延長至十五歲（國民教育法第二條第一項），而且還強迫入學，違反時，得對其父母或監護人繼續科處罰鍰，至入學爲止（強迫入學條例第九條第三項）。從合憲性解釋的觀點尋求答案，大約有兩說：第一說主張基本國策各個條文的規範目的互不相同，第一六〇條第一項六歲至十二歲受基本教育是最低的規定，現行法律提高至十五歲自無違憲可言（參看本書第一編第二章第五節有關基本國策的敘述）。第二說則不贊成將國民教育解釋爲基本教育，基本教育的年限憲法已定爲六歲至十二歲，國民教育憲法並未規定，故屬於立法裁量事項，立法機關自得斟酌國民知識水準的需求、財政經濟的情況及國家發展現狀，從六年延長爲九年並強制實施。以上兩說，宜採第一說，理由是符合以「憲法解釋憲法」的原則，以及制憲者的本意，在制憲當時的落後情況，能實施六年國民教育於全國已是理想目標，尤其最重要者，與基本國策條款所允許的解釋法則並不違背。

第四章　程序的基本權

第一節　程序基本權的作用

從實體與程序的觀點，基本權又可分爲實體的基本權及程序的基本權，本章以前所述各種基本權都可稱爲實體的基本權，而本章則就程序基本權加以說明。二十世紀七十年代後期德國憲法基本權理論常出現組織（機關）與程序並列（Grundrechte für Organisation und Verfahren）的命題，所謂「爲組織的基本權」主要是針對大學及公營廣電機構而言（註二三五），意指大學這種機構（或稱營造物）的內部組織結構，應有充分的形成自由以實現基本法所保障的學術自由（BVerfGE 35, 79, 123.）。本章內容不涉及組織的這部分，專就程序基本權（Verfahrensgrundrechte 或 Prozessgrundrechte）而言，也就是以憲法上程序保障（Verfahrensgarantien）爲檢討的重心。

基本權的存在課予國家機關兩項義務，不僅要實現實體的基本權所規制的保障內容和事項，而且要創設有效達成前項目標的程序規範和機制。適當的程序是實現基本權保障不可或缺的要件，其情形與實體法和程序法的關係相同，實體法所規定的權利義務關係，一旦發生爭執，必須依賴訴訟程序或其他程序，才能

註二三五：Vgl. Richter u. a., Casebook, Verfassungsrecht, aaO., S.38.

獲得解決；如果在日常生活關係中欠缺公平、合理的程序規範，實體法上的權利義務便無從正確實現，甚至徒託空言，在憲法基本權的層次也是如此，無待多作解說。

第二節 三種程序權

憲法第十六條：「人民有請願、訴願及訴訟之權」，這是我國憲法有關程序基本權的基礎規定。所謂基礎規定就是以此爲基礎，但並非以之爲限，在請願、訴願及訴訟之外，還有延伸其他程序保障的空間。

一、請願權

請願（petition）是人民就某種事項向國家機關陳訴，希望該機關採取作爲或不作爲的措施，原本是最古老的一種權利，但今天已成爲徒有其名的「告朔之餼羊」，何以說呢？因爲現在人民可以正式具狀向法院控告國家機關，還可提起課予義務之訴請行政法院判令行政機關作成特定的行政行爲，比請願更直接而有效。尤其我國請願法制定於戒嚴時期，對請願設下多種限制（如限以書面爲之，人數不得超過十人等），與現行集會遊行法所許可的集會遊行，簡直「小巫見大巫」；而行政程序法中又設有陳情的專章（第一六八條至第一七三條），以及其他參與行政過程的規定（如第一五二條至第一五四條關於訂定法規命令的程序），人民當然會捨請願而利用這類規定。

請願法只准人民向行政機關及民意機關請願，而將法院排除在外（該法第二條），其理由當屬避免干預審判，其實審判以外的事項（如便民措施等），人民並非不得向法院提出陳訴。至於向民意機關請願，請願法的規定過於簡略，具體請願案件的處理仍須適用其他法規，如立法院職權行使法（第六十四條至第六十七條）。

二、訴願權

憲法對制度的設計或概念的使用，如果本身未作進一步的規定，可推知制憲者以制憲當時已存在之制度或概念的意涵爲準。訴願在概念上是人民認爲行政機關具體的行政措施（即行政處分）違法或不當，損害其權利或利益，而向該機關的上級機關表示不服的方法。在制度設計上有訴願、再訴願或訴願前的先行程序（如異議、復查等），並以訴願及再訴願作爲行政訴訟的前置程序，形成三級或四級制的行政爭訟體系，有時甚至將訴願（或異議）作爲救濟的最終審級（如已廢止之違警罰法）。

目前的訴願制度已經與前述情形大不相同，舉其要者有：㈠再訴願程序已經廢除，㈡提起行政訴訟不一定要先經訴願程序，除撤銷訴訟及課予義務訴訟外，其餘的訴訟，可直接向行政法院起訴。㈢凡是性質上屬「自省救濟」的程序，即向原處分機關或其上級機關聲明不服者，除非法律明定作爲訴願的先行程序，否則具有取代訴願的功能，故會計師懲戒經過覆審、之後即可提起撤銷訴訟（見釋字第二九五號解釋）；公務人員保障法的復審也是替代訴願的程序。近年在行政機關訴願作業的實務上，有經過公

務人員保障法上的復審決定後，再受理某同一事實之訴願案的情形，其理由竟然是訴願爲憲法所保障的人民權利，不能不予受理。完全曲解憲法、違反一事不再理、增加訟累、無視於行政處分確定力（存續力）的法理。這種觀點如果正確，則凡是行政事件不經訴願，而提起訴訟或其他救濟者，豈非都屬違憲！㈣關於行政事件訴願不得成爲最終的審級，只有法院或等同於法院的程序方可作爲終審（參照釋字第二九五號、第三七八號解釋）。

三、訴訟權

㈠立法自由形成的空間

釋字第四一六號解釋理由書首段：「按憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言，...惟此項權利應如何行使，憲法並未設有明文，自得由立法機關衡量訴訟事件之性質，爲合理之規定」。這段文字除對訴訟權給予定義之外，同時宣示一項意旨：訴訟權的制度設計，立法機關享有相當充分的自由形成空間。故釋字第四一八號解釋又稱：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序爲之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而爲設計」（註二三六）。對訴訟程序上的若干制度

註二三六：釋字第四一八號解釋基於這種前提，認爲交通違規事件，不服主管機

設計，也曾一再受到違憲的質疑，諸如對第三審限制爲法律審（釋字第三〇二號解釋）、第三審上訴必須具體指陳第二審判決違法（釋字第四一六號解釋）、上訴第三審民事事件的金額限制（釋字第一六〇號解釋）、交通違規事件不得再抗告（釋字第四一八號解釋）、選舉罷免訴訟不設再審制度（釋字第四四二號解釋）、違背起訴法定要件、遲延繳納訴訟費用、無勝訴希望者不予訴訟救助（分別見釋字第一七〇、第一七九、第二二九等號解釋），都經大法官肯認未違反憲法。

㈡訴訟權的保障範圍

關於基本權的保障範圍，本篇第一章第四節曾以訴訟權的四項保障範圍爲例加以說明，現在再簡要重述如下：㈠有關人民權益的事項不得剝奪或限制其訴訟救濟的機會，如「特別權力關係」中的身分變更或重大影響事項，或對起訴加以不合理的限制，例如提起稅捐復查或異議應先繳納稅款（釋字第二二四、第三二一、第四三九等號解釋），均屬違反訴訟權的保障。㈡受憲法上法官審判的權利。㈢訴訟程序應符合正當法律程序。㈣審級救濟應發揮實際效果。又如先前所述，保障事項並不以這四種爲限，不能認爲已涵蓋一切，仍有隨時增加的可能。試以公務員懲戒爲例，在學理上公務員懲戒是特種行政訴訟事件，因爲尊重行政機關的「第一次裁決權」，即所謂「行政機關對公務員紀律規定之執行，享有

關的處罰，向地方法院尋求救濟，並不違憲。

優先權」(das Vorrecht der Verwaltungsbehörde zur Verfolgung und Androhung von Disziplinarrecht)，而有考績法上的懲處之設（註二三七)，以致於目前有懲戒及懲處雙軌制度。經懲處免職者有復審、高等行政法院及最高行政法院三級救濟層級；經懲戒者僅公務員懲戒委員會一個層級（處分兼救濟)，顯不對稱。大法官對公務員懲戒制度曾著有釋字第三九五號及第三九六號解釋，對制度缺欠有所非難，司法院也已於九十一年初擬妥修正公懲法之草案（在立法院審議中)。但依草案的設計，一般懲戒案件移送高等行政法院懲戒庭審理，並得上訴最高行政法院；若由監察院提起彈劾的案件，則逕送最高行政法院審理，其用意固然是尊重監察權，惟如此差別設計，與當事人應受同等程序保障的憲法意旨是否相符，似非毫無疑問。

第三節　憲法訴訟及行政程序

憲法第十六條的訴訟權從憲法本文中找尋，應是指民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟、公務員懲戒（憲法第七十七條)、軍事審判（憲法第九條）及選舉訴訟（憲法第一三二條)。前面說過，公務員懲戒爲公法上爭訟的一種，法理上乃特種行政訴訟，軍法審判是專爲現役軍人所設的特別刑事訴訟程序。至於選舉訴訟也是實質的行政訴訟事件，目前爲方便計劃歸民事法院審判。所以

註二三七：參照本書著者在釋字第四九一號解釋之協同意見書。

上述六種法律爭議仍可歸爲民事、刑事及行政訴訟三大類，這幾類訴訟在制憲之際，早已有相關訴訟法規實施，要貫徹程序權的保障，只須在既有的基礎斟酌損益，使當事人的權益受到更周全的維護。至於下列兩種：㈠憲法訴訟指憲法第七十八條司法院大法官所掌理之事項（並包括憲法第一七一條第二項、第一七三條及第一一七條的事項），以及憲法增修條文第五條第四項所定，憲法法庭審理之違憲政黨解散事項；㈡行政程序，則是另類程序權應保障的事項。

關於憲法訴訟無論是大法官的解釋憲法、統一解釋法令、法律或命令與憲法有無牴觸、省法規有無牴觸憲法等事項，暨憲法法庭的相關程序規定，憲法本文及增修條文均未加以規定，解釋上自應認爲屬於立法機關形成自由的空間。人民權利的保障可分爲法律的層次及憲法的層次，通常訴訟制度的功能屬於前者，憲法審判制度屬於後者，二戰之後各國紛紛設置憲法法院，或賦予普通法院違憲審查的權限，目的就是要落實憲法上權利的保障。因此我們可以說由法院審查行政行爲的合法性是法治國家特性（Rechtsstaatlichkeit）不可少的要素，而司法機關握有充分的違憲審查權，則是憲法國家特性（Verfassungsstaatlichkeit）的表徵。我國從民國四十七年司法院大法官會議法制定以來，也逐步建立了以保障人民憲法上權利爲核心的釋憲制度，目前正作進一步的改革，本書第三編另有詳細的敘述。

訴願與行政訴訟是對行政行爲事後合目的性及合法性監督的程序。但欲實現保障人民權利的憲法意旨，與其事後審查，救濟

行政行爲的不當或違法，何不要求行政機關作成行政行爲應事前遵守正當程序，俾保護相對人權益並維持行政行爲的正確性，而貫徹依法行政原則。依傳統的公法理論，依法行政原則中的法律保留原則，其所指的法律是指實體的行爲法（作用法）的保留，而不包括程序法，換言之，手續性的規定可用法規命令加以規範。近年對行政手續也應由法律直接規定的主張，蔚爲風潮，我國也不例外。釋字第二八九號解釋，認爲由「行政院發布之財務案件處理辦法，係法制未備前之措施」，應以法律加以規範，方屬合憲，也是這種理念的表現。個別的行政程序立法，在我國也非陌生，如訴願法（訴願性質上也是行政程序）、公文程式條例、稅捐稽徵法等早已制定，至於一般性的行政程序法則在民國九十年一月一日起實施，這是程序權保障的重要步驟。

第五章　政治參與權

第一節　參政權

一、選舉與罷免

憲法第十七條：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權」，通常稱爲人民之參政權，我們也稱之爲狹義的政治參與權，廣義的政治參與權則尚包括第十八條應考試、服公職之權。本節先敘述四種參政權。

我國憲法「依據孫中山先生創立中華民國之遺教」（憲法前言），兼採直接民主（權），所謂直接民主與間接民主判別的標準，專指人民有無直接參與立法工作之權，若有便是直接民主，否則屬於間接民主。民意代表尤其是國會議員必須由人民選舉產生，乃是民主國家的通則（少數君主立憲的國家，還保留貴族院則是例外），至於行政首長就未必皆由民選（如內閣制國家的閣揆，形式上並非直接民選），但並不影響政治的民主程度，總之，透過選舉的程序是現代國家，統治體制獲得民主正當性必要的條件。罷免在我國因中山先生學說深入人心，似乎認爲必隨選舉而存在，憲法第一三三條也規定：「被選舉人得由原選舉區依法罷免之」；也是基於這種主張。實則國會議員只有集體的解職（即解散國會，

重新選舉），個別議員由選民罷免，其他國家幾乎沒有（註二三八）。

選舉是現代民主國家統治正當性必備的條件，選舉計算當選則有不同的方法，包括多數代表制，少數代表制及比例代表制。無論採取何種制度記票，都與民主原則無違，也符合普通、平等、直接及無記名的要求（憲法第一二九條）。但其前提必須舉辦該特定公職人員的選舉，「若本身不舉辦選舉，而以他種性質不同，職掌相異的公職人員選舉之得票比例，作爲分配席次的依據，而僭稱爲所謂『依附式政黨比例代表制』，即違背憲法上的民主原則」（見釋字第四九九號解釋理由書第十段）。

註二三八：對議員的罷免不被採行，大體上有兩項原因：一是理論上的窒礙，因爲現代民主國家對代議士都是自由的委任（Freies Mandat 或稱法定代表），而非羈束的委任（gebundenes Mandat 或稱委任代表），即議員代表全國，不只是選區的代言人，其所爲的言論表決對外不負責（參照我國憲法第七十三條），既然不負責，又以罷免來追究責任，豈不矛盾？我國釋憲實務上就曾發生這類案例，釋字第四〇一號解釋只好採二分法解釋爲，憲法上述條文所稱的責任是「法律上的責任」，而罷免是因爲民意代表應對其原選舉區之選舉人負「政治上責任」。二是技術上難於執行，除非像我國縣市長等公職人員選舉採單一選區相對多數的制度，罷免尚有可行性，若採各級民意代表選舉的複數選區單記法，縱有罷免的設計，實際上難有罷免成功之例（罷免之投票須有原選區選舉人總數二分之一以上，同意罷免須達總投票數二分之一以上，才算通過，見公職人員選舉罷免法第八十三條），或者如多數歐洲國家採比例代表制，根本無罷免之餘地。在我國依比例代表產生之中央民意代表，喪失原來黨籍者，依法亦失去席位（參看釋字第三三一號解釋）。

每一種計票制度都可能產生政治效應，例如多數代表制有利於形成兩大政黨，比例代表制雖可充分反應選民結構，但容易形成小黨林立，故採比例代表制的國家，多設置門檻，將得票未達門檻的黨派淘汰，不分配席次（註二三九）。我國立法委員及國大代表選舉均曾採部分比例代表（約佔總名額五分之一），依釋字第二六一號解釋所稱全國不分區名額的原始構想，以之替代由大陸各省選出之中央民代（遭釋字第二六一號解釋終止職務）之意，目前各黨選拔不分區民代已不考慮上述構想。我國所採的比例代表制，是以各政黨區域民代的得票比例分配全國不分區及僑居國外國民之名額，依公職人員選舉罷免法第六十五條之規定，我們可製成公式如下：

立法委員選舉 A 黨推薦之候選人的得票數爲 Pa，B 黨的得票數爲 Pb，C 黨的得票數爲 Pc，D 黨得票數比例率未超過 5% ，不列入總投票數，也不分配席次。

假設全國不分區及僑選立法委員名額爲 40 名

$$\text{A 黨得到的席次：} 40\times \frac{Pa}{Pa+Pb+Pc}$$

$$\text{B 黨得到的席次：} 40\times \frac{Pb}{Pa+Pb+Pc}$$

$$\text{C 黨得到的席次：} 40\times \frac{Pc}{Pa+Pb+Pc}$$

註二三九：參照謝復生，政黨比例代表制，理論與政策雜誌社，民國八十一年。

上述計算公式遠較歐洲各國普遍採用的 d' Houdt、Hare、Hagenbach – Bischoff 等計算公式爲簡單(註二四〇),想來是適應「國情」的作法。惟問題並不在計算公式,而在「一票制」,因爲比例代表制,也就是對政黨名單直接投票,所以既將立法委員分爲區域及全國不分區(或僑選),就應採「兩票制」,一票選區域候選人,一票選政黨名單,方能正當反映民意,先進國家中很難找到如同我國這種設計。將來如果依照現行憲法增修條文(八十九年四月二十五日公布)第一條,單獨選舉所謂任務型國民大會代表選舉時,便會出現真正的政黨名單選舉。

二、創制與複決

創制(initiative, Volksinitiativen oder Volksbegehren)與複決(referendum, Volksabstimmung)是直接立法的手段。直接立法是民主的充分條件而非必要條件,故不是每一個國家都採行,美國在聯邦的層次迄今未見採用,便是一例。創制是人民取代議會制定法規之謂,又有原則創制與草案創制之分,前者指由公民依法定程序向議會提法案原則,議會有據以制定法規的義務;後者指由公民依法定程序向議會提出完整的法案條文,議會應就通過與否作成決議。通常各國(如瑞士、奧國)所採者多屬原則創制,奧國憲法第四十一條尚且規定:人民的創制提議,國會不受其拘

註二四〇:比例代表制各種計算公式,薩孟武,政治學,增訂五版,四五九頁以下,有詳細說明。

束（註二四一），草案創制鑑於公民人數眾多，意見分歧，甚難實際實施。複決也有兩種：任擇複決與強制複決（複決對象則有一般法律及憲法草案），任擇複決謂法案是否提交公民複決投票，由議會自行決定或以附帶決議方式爲之，有時也可經由一定數目之公民簽署要求舉行複決投票，投票得到多數公民贊成法案才能生效；強制複決謂法案必須交由公民複決通過，方始生效。在採行直接立法的國家，對普通法案常採任擇複決，而對修（制）憲的法案則多以強制複決的方式，以增強憲法的民主正當性。

關於創制、複決兩權憲法本文除在第十七條規定外，尚有第二十七條第二項：「關於創制、複決兩權，除前項第三、第四兩款規定外，俟全國有半數之縣市曾經行使創制、複決兩項政權時，由國民大會制定辦法並行使之」；第一二三條：「縣民關於縣自治事項，依法律行使創制、複決之權，對於縣長及其他縣自治人員，依法律行使選舉、罷免之權」；另又在第十二章之第一三六條規定：「創制、複決兩權之行使，以法律定之」。按照上述條文作體系解釋：創制、複決兩權的行使應由下而上，縣（市）民對縣（市）自治事項有依法而爲創制與複決之權；須有全國過半數之縣市曾經行使此兩項政權時，方許國民大會行使，而有關創制、複決兩

註二四一：奧國憲法第四十九條之二（§49b）規定，公民創制由國會議員或內閣提議經由國會常務委員會（Hauptausschuss）同意後舉辦，以全國性並有原則性的議題爲限，且屬於立法部門的職權者爲限，法院或行政機關權限內的事項不得交付公民諮詢投票，投票結果對國會並無法律上的拘束力。

權行使的要件及程序則委由法律加以規定，至於省的層級可否或如何行使創制權與複決權，憲法未加規定，於是有主張聽任法律規定者，也有認爲應由省民代表大會行使者，我們認爲依憲法本意，省有權自行制定省自治法，爲相當於省的基本法，對於省民的權利義務在不牴觸憲法的限度內本可自行訂定，省的何種事項，省民可以行使創制權及複決權應由省自治法定之。

以上是就憲法本文所作的詮釋，上開憲法條文或者已被增修條文凍結，或者時移勢異早已「明日黃花」，多作討論實益不大。近來所面臨的是各方對究應制定創制、複決兩權行使的法律，抑是逕行訂定公民投票法的爭議問題。

三、公民投票

公民投票（plebiscite, Volksentscheid）有不同的定義，最廣義的公民投票是指公民直接對人或者對事（議題、法案）以投票方式表達意見之謂，包括普選、創制及複決等在內。爲討論方便，此處所說的公民投票，專指與國家結構或公共政策相關的議題或法案，公民以直接投票方式參與決定，投票的結果（通常有門檻設計）並有法律上之拘束力。這種定義下的公投與不具拘束力的公民諮詢（Volksbefragen）（註二四二），自有不同。但各國法制上所容許的公民投票態樣多端，有僅限於國家機關（元首或國會）發動者，有規定由人民發動者，有純屬政治議題作爲投票對象者，

註二四二：許宗力，憲法與公民投票，載於憲法與法治國家，七十一頁。

有投票結果涉及憲法或法律的廢止或變更者，有時與創制或複決實在不易區別。

在現行憲法之下，可以辦理公投，各方殆無爭議，最近爭執的重點是公投的法源問題。這項爭議在九十二年底時隨著總統大選而急轉直下，立法院於十一月二十七日通過公民投票法（同年十二月三十一日公布）。這一法律是在黨派政治考量下匆匆通過，無論規範內容及立法技術缺點甚多，以下只就公投法內容作扼要敘述：該法先將公民投票分爲全國性公投及地方性公投兩種，全國性公投又可分爲三類：第一類由公民發動之公投，其適用事項包括：㈠法律之複決，㈡立法原則之創制，㈢重大政策之創制及複決。第二類由立法院發動之公投，適用於憲法修正案之複決（對照公投法第二條第二項第四款、第三十一條第四款及憲法增修條文第一條第二項第一款以觀，未來之修憲應先廢除上開增修條文第一條有關國民大會之規定，爲公投修憲在憲法上取得依據。若不經這種程序，而逕將憲法草案交付公投，則已屬制憲而非修憲。）第三類由總統發動之公投，即公投法第十七條第一項規定的事項：「當國家遭受外力威脅，致國家主權有改變之虞，總統得經行政院院會之決議，就攸關國家安全事項，交付公民投票。」這項規定在學理上屬於「不確定法律概念」(unbestimmter Rechtsbegriff)與「裁量授權」(Ermessensermaechtigung)的聯結規定(Koppelungsvorschriften)，賦予被授權者相當大的判斷餘地及裁量空間，國家的其他部門（司法及立法）幾乎無從干預，亦不生違法問題。惟被授權者若違背法律授權的本意，或其判斷顯與經驗

法則不符或與其他事項作不正當的結合，則此種裁量瑕疵或判斷瑕疵便構成違法，這是國內外學者的通說（可參閱拙著，行政法之理論與實用，增訂八版，一一五頁以下）。由於授權空泛加上本條的公投可否與總統選舉一併舉辦的疑義，終於引起軒然大波（註二四三）。其次是地方性公投，其適用事項包括：㈠地方自治法規之複決，㈡地方自治法規原則之創制，㈢地方自治事項重大政策之創制或複決。

以上各類公投中，其發動程序各不相同。由公民發動之全國性公投，須有最近一次總統、副總統選舉選舉人總數千分之五以上提案，並經上述總人數百分之五以上連署，擬具公民投票案主文、理由書等向中央選舉委員會提出。地方性公投則應有最近一次直轄市、縣（市）長選舉選舉人總數千分之五以上爲提案人，百分之五以上爲連署人，受理提案之機關爲各直轄市、縣（市）政府。上述兩種公民投票案提出後，其形式要件（包括提案、連署人數、各種表格）之審查由中央主管機關行政院（實際辦理者爲中央選舉委員會），或各地方政府審查；審查成立後，其實質內容即是否符合法定之公投事項，另由行政院設置之公民投票審議委員會或各地方公民投票審議委員會認定。經審查及認定不合規

註二四三：二〇〇四年依公投法第十七條所提出之兩項公投問題，即所謂購買反飛彈裝備及與中國大陸建立對等談判架構，於在野人士杯葛之下，約1,600萬有投票權人，而領票率都只有45%左右，領票者之中雖有90%以上投同意票，但投票人數未過半，仍遭否決（統計數字見九十三年三月二十日台北各大報）。

定者，應予駁回，對合於規定者，應提供贊成及反對公投之雙方在電視上辯論之機會，並定期舉行投票。立法院之修憲公投或總統發動之所謂國家安全事項公投，無須經過審查及認定手續，但仍應辦理電視辯論。

公投之結果依公投法第三十條規定：「公民投票案投票結果，投票人數達全國、直轄市、縣（市）投票權人總數二分之一以上，且有效投票數超過二分之一同意者，即爲通過。」「投票人數不足前項規定數額或未有有效投票數超過二分之一同意者，均爲否決。」至於公投案經通過者依同法第三十一條規定，其效果分別爲：㈠法律及自治條例創制者，有關機關應於三個月內研擬法案送立法院或各該議會審議。㈡法律、自治條例之複決案，原法律或自治條例於公告之日算至第三日起失效。㈢重大政策，應由權責機關爲實現該公投案內容之必要處置。㈣修憲案，仍應依憲法程序爲之。

最後，公投法採一般國家之通例，於第二條第四項定有除外事項：預算、租稅、投資、薪俸及人事等項不得作爲公投之提案內容。而經否決之公投案，自否決之日起三年內，不得就該事項重行提出（第十二條第三項）。又公民投票乃典型的公法上行爲，如發生爭議自應由行政法院審判，公投法對此規定甚詳。

第二節　應考試及服公職權

憲法第十八條：「人民有應考試、服公職之權」。本條的解釋

數十年來有兩項爭論，一是應考試、服公職是一種權利，還是兩種權利，作連貫理解則應考試及格，才取得服公職的資格；二是公職候選人是否也應經過考試程序而取得（註二四四）。關於這兩項爭議，釋字第五四六號解釋稱：

> 人民依憲法規定有應考試、服公職之權。其中應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利；服公職之權，則指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職、貢獻能力服務公眾之權利。

根據解釋意旨，應考試與服公職是兩種不同的權利，不作連貫解釋，須經考試取得資格者限於公務人員任用資格（即專指常業文官而言），以及專門職業及技術人員執業資格，作這種解釋有憲法第八十六條可憑，自屬有據（註二四五）。主張應考試、服公職合而爲一，並由此得出公職候選人資格應經考試方能取得，其主要理由不外是尊重孫中山先生的遺教，認爲如此可提高議員們的

註二四四：主張兩種權利並反對公職候選人考試者，見謝瀛洲，中華民國憲法論，七十二頁，薩孟武，中華民國憲法概論，三九頁；主張連貫解釋並贊成公職候選人考試制度者，林紀東，前引逐條釋義㈠，二九四頁以下。

註二四五：釋字第二六八號解釋理由書開頭第一句：「憲法第十八條規定人民有應考試、服公職之權。人民依法參加考試，爲取得公務人員任用資格或專門職業及技術人員執業資格之必要途徑，此觀憲法第八十六條規定甚明」。與釋字第五四六號解釋可謂旨趣相同，這類解釋方法，我們在第四編第三章第五節中曾舉爲「以憲法解釋憲法」的例子。

水準，「以濟代議制度之窮」。不過從下述幾個觀點而言，這種主張都不可採：㈠從民主政治的基本觀念講：應尊重人民的判斷力、設置各種條件限制選舉權或被選舉權的行使者，越少越符合民主的要求，君不見憲法第四十五條年滿四十歲的國民就可競選總統、副總統，其餘資格一概免除嗎？正、副元首尚且如此，遑論其他公職候選人！㈡在實際操作上，考試除測驗知識外，賢愚不肖無從鑑別。㈢從起源解釋而論，五五憲草第八十五條對「應經考試院依法考選銓定」資格者，其第一款即定有公職候選人資格，現行憲法將之刪除，可見制憲者有意與五五憲草作不同的規定。

應考試及服公職也是具有分享性質的權利，建立公平合理的考試制度，以及保障公務人員身分、地位暨使其充分發揮服務潛能的文官體制，是憲法第十八條課予國家的義務。與此相關的問題不少，如公務員法制或國家考試評分方式（參照釋字第三一九號解釋）等，多屬行政法研究範圍，於此不多作敘述。下面只討論兩件事項：

㈠專門職業的範圍如何界定？律師、會計師、中醫師、藥師、護理師、助產士、建築師及各種技師屬於專門執業範圍，其資格取得應經考試院主辦之考試，並沒有疑問。而其他須取得證照始能執業的人員，爲數甚多，如商業記帳、美容、水電、餐飲、駕駛等，其執照之取得向由行政主管機關舉辦考試，或委由各該職業公會辦理，惟是否也應由考試機關納入國家考試範圍，始符合憲法意旨？以往就曾發生商業會計記帳人依商業會計法第五條第四項規定，由中央主管機關認可其資格合憲與否的爭議，大法官

作成釋字第四五三號解釋，認爲這類人員屬於專門職業人員之一種，應依憲法第八十六條第二款規定，由考試機關依法考試銓定其資格，上開商業會計法違憲。在這號解釋理由書中對專門職業及技術人員的認定，建立一項準則：「指具備經由現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係者而言」。依此項解釋意旨，專門職業及技術人員須具備三個要件： 1.須有特殊學識或技能，故不須具備高深或相當學識即能操作的簡易技術，如水電技工、美髮造型、汽車駕駛或修理等便不屬於「專技」範圍；2.須能夠經由現代教育或訓練而達成培養目的，所謂現代教育或訓練指其教育或訓練方法、內容符合現代科學精神者而言，民間的堪輿、卜卦、命理師等也是一種職業，但尚無現代教育或科學可供培養，當然無從經考試而發給證照； 3.從事之職業與公益或人民重大法益如生命、身體、財產等有關。

㈡對考試機關所發布有關實施考試的法規，其合法性採較寬鬆的審查密度：有關考試的各種法規命令、行政規則或附屬規定，或者涉及用人機關業務需要、或者屬於細節性、技術性的規範，行政法院或大法官通常對其合法性，趨向於採較寬的審查尺度，例如筆試及格而不參與實習或訓練過程者，不發給及格證書並不違法違憲（釋字第一五五號、第四二九號解釋），退役軍人轉業考試以軍官爲優先之規定，從平等權的觀點，不無可議之處，但仍認爲合憲（釋字第二〇五號解釋）、中醫師檢覈考試由口試改爲筆試並不違反信賴保護原則（釋字第五四七號解釋）。惟法規命令縱

有授權依據，如增加法律所無的限制者，仍有被宣告違憲的可能（釋字第二六八號解釋）。

第六章　其他自由及權利舉隅

憲法第二十二條規定的其他自由及權利，或可稱爲類似於基本權的權利，我們基於基本權與非基本權的二分法，對這類權利的性質及區別實益在本編第一章第二節中已詳加說明，不再贅述。本章不分節次，只選擇在釋憲實務中已出現的人格權、隱私權、環境權及婚姻自由四種，敘述如下：

一、人格權

人格權是來自民法的概念（見民法第十八條），指由作爲權利主體的人，自身所生的權利，人格權所保護者爲特定人的身分、資格與能力。人格權在民法上包括甚廣，如姓名權、肖像權、名譽權，即使生命、身體及自由等也被認爲是人格權的範圍。民法第一九五條進一步對人格權作例示性規定，舉凡身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或其他人格法益都屬於人格權保護的事項。憲法上所保障的人格權應將已有基本權條款保障者，如生命、身體、自由、隱私等除外，作較民法爲狹小的認定。論者有將人格權與人性尊嚴或人格尊嚴等同看待，或將人性尊嚴列入

第二十二條的保障範圍者（註二四六），這些說法我們都難予同意。因爲人格權是比較具體的下位概念，人性尊嚴則是作爲一個人（Menschen, human being）所當然具有的地位與尊嚴，若列入第二十二條的範圍，則以「不妨害社會秩序、公共利益者」爲條件，始受憲法的保障，顯然與人性尊嚴在基本權價值體系中的位階不相當，德國基本法將人性尊嚴開宗明義規定於第一條第一句，用意至明。在我國憲法解釋上，如果不能如同德國一樣，將其視爲最高的價值（Menschenwürde als der oberste Wert），則寧可作爲人身自由與生存權的前提保障。

人格權保障最典型的釋憲案例便是釋字第三九九號解釋，該號解釋文稱：「姓名權爲人格權之一種，人之姓名爲其人格之表現，故如何命名爲人民之自由，應爲憲法第二十二條所保障」。並將內政部對人民以姓名不雅申請改名，加以限制的規定，宣告違憲。人格發展自由在德國被視爲自由活動的權利，並將私法上交易或身分行爲與人格有關者都當作下位概念，可供我們參考。前面一再提到，如果是個別基本權保障範圍所及的事項，就不屬於憲法第二十二條的其他自由及權利。人格發展自由是一個籠統的概念，身體活動、信仰、探求真理、研究學術、選擇工作或職業、利用財產等與其都有關係，而這些自由或權利，憲法均有保障的明文。

註二四六：李惠宗，憲法要義，三二八頁，主張人格發展自由爲第二十二條的自由權利。

二、隱私權

隱私權包括一切個人私密的資料，而不欲他人探知或公開宣揚者，諸如各種生活關係的資料，如健康、財產、家庭生活、交際活動等。隱私權在性質上是防禦權的一種，國家機關因公益必要有權取得個人提供的資料，如納稅須提供所得資料，公務員須申報財產狀況等，必須有法律的依據，始得爲之。德國實務上將與個人有關的資料（訊），列入人性尊嚴及人格權的範圍（BVerfGE 56, 37, 41f.），在有關戶口普查（BVerfGE 65, 1, 80ff.,- Volkszählung）的案件中，德國聯邦憲法法院正式稱之爲資訊自我決定權（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）（註二四七），美國是非常注重隱私權保障的國家，但隱私權在憲法中並未規定，而是出於案例所形成。

如前所述，我國憲法上關於隱私權保障的問題，不妨劃入財產權（見釋字第二九三號解釋理由書）或居住自由（釋字第四四三號解釋文）的範圍，否則只好承認是第二十二條所謂其他權利的一種。

三、環境權問題

環境保護（Umweltschutz）是二十世紀後半葉以來，人類面臨的嚴峻問題，環保也就成爲世界性的運動。各國莫不制定各種防

註二四七：Richter u. a., aaO., S. 80ff.

止公害與維護環境的法規，並設置專責的行政機關以推行環境保護，而民間以倡導或監督環保爲宗旨的團體，也紛紛成立，這種情形在我國也不例外。

上述情勢對憲法或基本權有何影響？是下面要研究的問題。西歐國家幅員狹小，但工業發達，所以特別注意環保，但很少看見各國修改憲法，在有關人民權利中增列環境權。若干國家的作法是將環境保護列爲憲法上的國家目的（Staatsziel），例如奧國除修改憲法法典增加許多針對環保任務，劃分聯邦與各邦的權限條款外，又制定關於廣泛實施環保之聯邦憲法法律（BVG über den umfassenden Umweltschutz），首先將所謂廣泛實施的環境保護給予定義：「是指維護自然環境，使其成爲不受有害影響的人類生活根基（Lebensgrundlage der Menschen），廣泛實施之環境保護包括對空氣、水源及土地之清潔維護措施，以及免於噪音之干擾」（註二四八）。其次，這項法律就環保事項作權限分工：例如空氣維護及工業廢棄物的處理歸聯邦，而住宅暖氣設施則屬各邦等，相當的細密。此外，尚有不少國際條約及歐盟法規，都課予國家不同程度的環保義務（註二四九）。德國第四十二次修憲條文，也將環境保護列爲新的國家目的規定。所謂國家目的規定類似基本國策條款，與古典的或自由的基本權不同，也與社會的基本權有別。自由權是以防止國家的積極作爲侵害個人權利或要求國家平等對待

註二四八：B-C. Funk, Einführung in das Österr. Verfassungsrecht, aaO., Rn. 158f.

註二四九：Ebd., Rn. 218.

人民爲宗旨；社會權則是要求國家積極提供給付或服務，人民並得按照其既有的社會立法或社會救助規定，向行政主管機關提出具有法律效果（得以訴訟實施）的請求；國家目的乃是課予國家尤其是立法機關責任，使這類國家目的儘可能從速實現，也就是將之轉換爲有效施行的法律，一旦被定爲國家目的事項優先其他政策目標（politische Zielsetzung），政策目標可能是執政政黨的主張，變動性較大（註二五〇）。由上所述，環境保護法（Umweltschutzrecht）在現代國家法制中占有重要地位，環保法由國際條約、憲法及各種法律規定所構成，屬於客觀規範的一種，所以尙不能以其中有 Recht 一字，而逕稱之爲個人主觀上的環境保護權。但在憲法訴訟上卻有變通辦法：基於國家目的的規定，產生國家的保障義務（Schutzpflicht），這一義務不僅爲國家應對生活的需求給予保護，尤其要保障免於受他人的違法損害（BVerfGE 46, 160, 164.）；環境對生活的影響無所不在，故保障應包括對身體有形及無形的損害在內（BVerfGE 56, 54, 63.）；對於國家未盡其保障義務時，基本權主體可否以訴訟提起請求，德國聯邦憲法法院採肯定見解（BVerfGE 77, 170, 214.）；損害因第三人行爲所發生者，國家應盡的保障義務亦同。至於在私法關係所產生公害之侵

註二五〇：Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, aaO., Rn. 208.; auch Tzung – Jen Tsai, (蔡宗珍), Die Verfassungsrechtliche Umweltspflicht des Staates, München Diss., 1995, S. 25ff.

權責任，比前述公權力主體的保障義務，存在歷史更爲久遠（註二五一）。

民國八十一年五月二十七日通過的憲法增修條文第十八條第二項規定：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」。這是環保首次入憲，增修條文雖屢經修改，這項規定均維持不變（現行條文爲第十條第二項），整個條文都是對憲法本文第十三章基本國策的補充規定，相當於國家目的條款，上述比較憲法上的實例，可供我們參考。最後，討論何以德、奧等國未將環境保護視爲國民的基本權，而僅以憲法位階的法律定爲國家目的之一種？我們應知道權利的實質意義是權利主體對某物的支配權或某人的請求權，我們又知道環境保護泛指與維持或重建適於人類、動物、植物及其他生物生存空間的一切建制或措施。像清潔的空氣、土地及水流、防止廢棄物污染、維護風土景觀、防避光害、噪音及其他公害（例如臭氧層的破壞等）（註二五二），都是環保應採取的對策及措施，個人固然在生活上享受環保的利益，但也負有維護環境參與環保的道義上，甚至法律上的責任，與一般權利的性質並不相同。所以環保是每個國家，乃至全體人類的共同責任。憲法上關於環保的國家目的規定，在作成立法裁量、行政裁量（包括訂定命令的裁量及作成處分的裁量）時，應作爲考量的基準。試舉一件解釋案加以說明：屏東縣新埤鄉農民於民國

註二五一：Vgl. Jarass/ Pieroth, aaO., Art. 2 Rn. 50.

註二五二：Vgl. B-C. Funk, aaO., Rn. 158.

八十四年間，申請將其所有農牧使用土地兩筆擴建爲養豬場，經該縣環境保護局勘查是在水源保護區，爲防止污染未予核准。駁回申請的法規依據是前台灣省政府依職權發布之台灣省非都市土地容許使用執行要點的規定，並沒有直接的法律依據，又不是法律授權訂定的法規命令，用來限制土地所有權人使用土地的權利，嚴格講與法律保留原則是否相符非無疑問。但釋字第四四四號解釋，認爲上開要點是執行自來水法第十一條及水污染防治法第二十八條第四款之規定，「就某種使用土地應否依容許使用之項目使用，或禁止或限制其使用爲具體明確之例示規定」，而上述法律暨定有土地分區使用之區域計畫法，是考量「國家經濟發展及環境保護政策」等目標所制定的法律（均見諸該號解釋理由書）。這段論述顯然基於環保的國家目的，而採寬鬆的審查標準，與德國實務見解可謂不謀而合（註二五三）。

四、婚姻自由

釋字第二四二號解釋對兩岸交往以前（即民國七十六年十一月一日前），「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件不同」，解釋爲不適用民法第九九三條撤銷婚姻之規定，並認爲維持正常婚姻生活乃憲法第二十二條所保障人民之自由及權利，這是婚姻生活首度列入第二十二條保障事項的宣告。嗣後又出現釋字第三六二號解釋，其理

註二五三：Vgl. Jarass/ Pieroth, aaO., Art. 14, 45f.

由書寫道：「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由，此種自由，依憲法第二十二條，應受保障」。至此婚姻自由屬於第二十二條的自由權利，可謂定論。民國九十一年十二月十三日公布的釋字第五五二號解釋，無論多數意見或數位大法官個人意見，都重申這項自由。然則何謂婚姻自由？婚姻自由的保障範圍爲何等相關問題？迄今爲止，釋憲機關尚未作出解釋案例，下面按照學理扼要說明：

㈠婚姻自由的意義

我們使用婚姻自由中「自由」一詞與憲法上其他自由在意義上並不完全一致，其他自由的本意是自由於國家公權力之外的意思，婚姻自由則是著重在制度性的保障，換言之，婚姻自由的婚姻必須是法律上的婚姻，即所謂世俗意義的民法上婚姻（verweltlichte bürgerliche-rechtliche Ehe），其他的「婚姻」，諸如同性戀結婚、冥婚、試婚或同居關係等都不是這裡所承認的婚姻，所謂自由也只是在法定婚姻制度下的自由（註二五四）。因此，我們可得出如下定義：「婚姻自由是對合法婚姻受制度性保障，及法律對婚姻所給予的規範下的自由」。

註二五四：德國法律哲學家賴特布魯（G. Radbruch）在其名著 Rechtsphilosophie 中寫道：「當事人之婚姻自由只有一項：即是否欲結婚及是否選擇特定人完婚。反之，婚姻本質是排除所有人類之自由；任何人一旦結婚，則受到神法及婚姻基本特性之拘束」（6. Aufl., 1963, S. 251.），並參照釋字第五五二號解釋，戴東雄大法官協同意見書。

在上述定義之下的婚姻自由其實質的內容與保障事項，隨後加以說明。

㈡婚姻自由與一夫一妻制

一夫一妻制不是事物之本質（rerum natura），卻是接受基督教教義作爲文明表徵的「無限上綱」，它是先憲法而存在，不能因爲憲法沒有明文規定，就質疑它的層次，這如同仁義道德一樣，是不可懷疑的。前引大法官釋字第五五二號解釋理由書稱：「婚姻自由雖爲憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制」。實則一夫一妻制不純然是婚姻自由的限制，它本身就是婚姻制度不可缺少的成分，婚姻所生的夫妻權利義務關係，賴一夫一妻制而獲得保障。

在實際生活中，可能會出現一夫兩妻（多妻）或一妻兩夫（多夫）的現象，它只是特殊的、短暫的存在，並不足以動搖一夫一妻制的原則，例如釋字第二四二號解釋的聲請人鄧元貞其大陸原配，經解釋就不能撤銷在台灣後娶的婚姻，因此可能同時存有兩位合法妻子。釋字第三六二號及第五五二號解釋也是爲解決特殊情況所生之重婚問題，而維持一夫一妻制。

㈢婚姻自由的保障事項

在婚姻自由範疇內的保障事項包括：㈠婚姻締結自由（Eheschliessungsfreiheit）：這項自由包括結婚與否的自由、結婚對象選擇的自由、結婚時機的自由，凡是對上述自由加以限制者，民事上的約定不僅違背公序良俗，也是違憲的行爲（放射效應的

一種），法律如果任意限制婚姻自由，亦有牴觸憲法之嫌。㈡共同生活之維持：婚姻既以組成家庭共同生活爲目的，配偶之任何一方均無主張不共同生活的權利，立法或行政措施，也應該以維護夫妻共同生活爲目的，而避免產生拆散家庭的效果，所以德國外僑法（Ausl. G.）規定，本國人與無居留權的外國人結婚，該外國人原則上可獲得特別的居留許可（註二五五）。㈢受扶養權利：婚姻也是共同經濟團體，互負家計負擔及扶養的義務與權利，甚至在婚姻關係結束後，可歸責的一方尚應支付他方贍養費。㈣離婚自由：婚姻配偶雙方得隨時協議離婚（或稱兩願離婚），以結束婚姻狀態，若一方不願離婚，則只能訴請法院裁判有無構成法定離婚的原因，這是我國法制上的規定，人民享有相當廣闊的離婚自由。在基督教義中，婚姻是在神意下的結合，離婚限制甚嚴（尤其是天主教國家），基本上不允許兩願離婚；目前德國婚姻改革法（Eherechtsreformgesetz）採破鏡難圓原則（Zerrüttungsprinzip）以分居作爲離婚的前提，協議分居一年後可離婚，一方分居須經五年或三年後，始得離婚，德國聯邦憲法法院並認可這種規定（BVerfGE 53, 224, 246f.）（註二五六）。

註二五五：Richter u. a.. aaO., S. 155.

註二五六：Vgl. Ebd., S. 157.

第三編　憲法爭訟的建制與程序

第一章　憲法爭訟制度的起源

第一節　兩種類型

現代國家的憲法爭訟，可以說濫觴於一八〇三年美國最高法院 Marbury v. Madison 一案（註一），而專門設置憲法法院或類似的審判機關，審理各種憲法爭訟事件的制度，則起源於歐洲德語國家之奧地利。如所周知，美國制度與歐陸最顯著的不同是：前者以普通法院審理案件時，附帶審查所適用的法規有無違憲，如有違憲應拒絕予以引用；後者則以憲法法院爲審判機關，管轄民事、刑事及行政訴訟之外，屬於憲法性質的爭訟。研究憲政制度的學者，遂將違憲審查的二大類型，分別稱之爲美國型與奧地利型（註二）。我國現行建制「以承襲歐陸國家爲主，行憲以來，違憲審查制度之發展，亦與上述歐陸國家相近」（引自釋字第三七一號解釋理由書第一段），本編之敘述也以歐洲制度爲比較之對象。

註　一：5 U.S. 137（1803）

註　二：Vgl. C. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in C. Stark/A. Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Bd., I. 1986, S. 15.

無論美國或歐陸，作爲違憲審查重心的憲法爭訟，都以規範體系中有一種最高規範（norma suprior）存在爲前提。然而從中世紀開始，什麼是最高規範？思想家或法學者就有不同的說辭：聖多瑪斯（Thomas Acquinas）稱之爲受自然法引導的人類法（mensura mensurata）（註三），十七、八世紀日耳曼學者受自然法的影響，H. Grotius, Pufendorf, Christian Wolff 都主張有基本法（leses fundamentales）的存在，稍後的歐洲立憲主義幾乎也都受這種思潮影響（註四）。基本法於主權在民理念深入民心之後，便表現爲人民的制憲權，而憲法也取得優越的規範效力（Vorrang der Verfassung）。英國十七世紀著名的法官 Sir Edward Coke 則認爲國會制定的法律不能違背公認的正當與理性（common right and reason），一旦違反，依照普通法（Common Law），國會制定的法律將被判爲無效，但由於國會主權的確立，違憲審查制度並未在英國發展成功（註五）。類似情形，也發生在瑞士，瑞士聯邦憲法

註 三：M. Cappelletti- Th. Ritterspach, Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung. JöR 1971, 65 ff., auch Alexander v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, 1992, S. 28f.

註 四：Starck, aaO., S.25.

註 五：Coke 這種主張不僅表達在他的著作 *Commentaries on the Common Law*（普通法詮釋）及 Institutes（法律階梯）等書之中，也表現於一六一〇年他在王座法庭主審的 Dr. Bonham's Case 一案，Coke 在此案首開拒絕適用國會制定法之例，因爲 Coke 認爲法律授權醫師公會對違規醫師罰款，並將款項半數歸公會所有，則公會等於「球員兼裁判」，牴觸普通

第一一三條第三項規定：「聯邦大會通過之法律，有一般拘束力之決議及其批准之條約，聯邦法院應予適用」，在該國均解釋爲聯邦法院（即最高法院），不具法律違憲審查權之憲法依據。

第二節　憲法法院的創建

許多制度的產生都不外來自兩項因素：一是因實際需要而自然成長，一是基於理論而創建。設置憲法法院審理憲法爭訟事件的建制，也不例外。憲法法院雖然遲至第一次世界大戰結束，隨著奧地利改制共和而出現，但在此之前已有前身機構國事法院（Staatsgericht）的存在。十九世紀前半葉，德意志各邦受立憲主義思潮的影響，將憲法視爲各邦統治者與貴族暨市民階級間的契約，一旦發生契約上的爭執，自應由法律途徑謀求解決，因此各邦設置國事法院，裁判邦內政府與階級會議間的爭議。一八三一年薩克森（Sachsen）邦憲法第一五三條規定：「對憲法解釋發生疑

法上任何人不得充當本身事件的法官之原則（參照劉慶瑞，比較憲法，七十六年，四頁）。Bonham 案件顯然已經出現後世的司法審查權，但卻未能成爲英國法制的一環，因爲其後產生了權利請願書（Petition of Rights，1627）、權利典章（Bill of Rights, 1689）以及光榮革命，巴力門（國會）的最高權威（parliamentary supremacy）逐漸確立。所謂巴力門的最高權威，簡言之，就是在英國沒有任何權力可以限制國會立法權的行使（參照 E. C. S. Wade and A. W. Bradley, Constitutional and Administrative Law, 10th ed., London, 1991 pp. 64-70），情況如此，自不容法院有所謂違憲審查權了。

義時，如政府與階級會議不能達成協議，政府或階級會議均得各附理由，提交國事法院裁決。」可知國事法院是爲解決各邦某些政治紛爭而設，往後由憲法法院裁判國家機關間憲法爭訟，可謂起源於此（註六）。奧地利國事法院的設置最早見諸一八六七年法律第一〇一號，此一國事法院成員二十四人，分別由國會平民院及貴族院各選出十二人組成，任期六年，並互選一人爲院長。其權限爲審理大臣責任事件（Ministerverantwortlichkeiten）；凡大臣（部長）因違法失職經國會任何一院提出彈劾者，送交國事法院審判，以法官十二人成立審判庭，出席三分之二同意爲可決，對被彈劾者應負法律責任之判決，不僅可撤職並剝奪其公權，尙可一併宣告刑罰。這類事件日後稱爲部長（大臣）彈劾（Ministeranklage）訴訟，成爲憲法法院管轄權限的一部分。

憲法法院名稱最早出現於奧地利從帝制過渡到共和國的臨時憲法，以及當時的一項法律（一九一九年二月六日聯邦法律第八十八號）。其後一九二〇年十月一日頒布的奧國共和憲法，受到法學大家克爾生（Hans Kelsen）的影響，將憲法法院的組織及權限明定於憲法，翌年七月十三日又公布關於憲法法院組織的法律，世上第一所憲法法院於焉設置（註七）。除一九三六年至一九四五年奧國遭納粹德國占領期間，國家機關被撤廢外，其憲法雖屢經

註 六：E. Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der BRD, 1963, S, ll.

註 七：Ernst C. Hellbling, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 1956, S. 447.

變更，這一法院一直存在迄今。

一八四八年以前奧地利可謂都在絕對王政支配之下，這一年歐洲掀起自由派的革命風潮，從巴黎、法蘭克福蔓延到維也納，導致主宰國政垂三十年的梅特涅（Metternich）下台。憲政體制隨之有重大改變，就司法制度而言，往日在貴族統治下欠缺法律之前人人平等的觀念，所以有按照皇室、貴族、商人、平民不同階級設置的司法機關，此後逐漸取消。經過十餘年政治上的紛擾，一八六七年頒布多種國家基本法（Staatsgrundgesetze），憲政步入正常軌道，一方面承認人民之自由及權利應受保障，並在基本法中列舉六類基本權，第一類可稱爲個人基本權（包括平等權、擔任公職、居住遷徙、人身自由、家宅不受侵犯、通訊秘密、意見表達自由等），其次第二至第六類分別爲：共同生活基本權（包括集會、結社、出版等）、宗教及信仰基本權、受教育及訓練基本權、經濟生活基本權、少數民族基本權（註八）。上述基本權規定值得注意者有三：㈠權利清單的概念顯然受法國人權宣言及若干西歐國家憲法（如一八三一年之比利時憲法）影響。㈡在理論上基本權乃由憲法所確立（Verfassungsfest），不容立法者以制定法律方式加以侵害，但在實際的意義上，屬於法律所確立（Gesetzfest）的成分較大，換言之，基本權條款主要功用在於限制行政權的干預人民自由。㈢前述基本法的權利清單迄今仍屬奧國憲法上有效的條款，一如人權宣言之於現行法國憲法。

註　八：Ebenda, S. 388ff.

司法組織方面，奧國經過一八六七年憲改之後多元化的結構漸次樹立：在審判民刑事訴訟的最高法院（Oberste-und Kassationsgericht），以及審判閣員彈劾事件的國事法院外，又設置帝國法院（Reichsgerich）；這一法院有法官二十四名，半數由內閣提議皇帝任命，另半數分別由貴族院及平民院各選出六名，法官均爲榮譽職，管轄下列三類公法爭訟：㈠行政官署與法院間之管轄衝突，邦議會與邦最高官署間權限爭議。㈡各邦相互間或帝國與各邦間不屬普通法院管轄之請求給付事件。㈢人民憲法上所保障之權利遭受侵害，於用盡行政官署之救濟程序後，所提起之訴訟。從上述管轄事件而論，帝國法院實兼有日後憲法法院及行政法院的功能，因此數年之後，即一八七五年另行設立行政法院（Verwaltungsgerichtshof），審理行政處分侵害人民權利之訴訟案件，帝國法院的權限因而限縮（註九）。這種劃分方法使帝國法院與行政法院的審判權衝突在所難免，其解決途徑委由最高法院組成九人特別法庭裁決，帝國法院與行政法院各派四名法官，最高法院院長擔任審判長，這樣的組織結構顯然襲自法國之權限衝突法院。通說認爲法國兩元化的司法制度，因爲土地接壤關係在十九世紀前半葉影響了西南德意志各邦，其實不僅如此，奧匈帝國的法院體系及名稱亦從法蘭西多所模仿，明顯可見（註一〇）。前述

註　九：奧國行政法院的前身設立於一八四九年，稱爲 Staatsrat 明顯是源自法國的 Conseil d'Etat，參照 Hellbling， aaO., 393.

註一〇：Vgl, Starck, aaO., S.23

帝國法院一直維持到改制共和，一九一九年正式改稱憲法法院並將國事法院加以合併，從此管轄範圍歷次憲法雖有增減，但憲法法院的組織形態仍維持不變。

奧國之設有憲法法院除上述歷史演變的因素外，與 Hans Kelsen 及 A. Merkl 爲代表之維也納學派的法學理論有關。這派學者認爲國家與規範秩序乃是一體，從憲法、法律、行政命令一直到法院的裁判或行政機關的處分行爲，都是規範的一環。上位規範提供下位規範產生的條件，同時上位規範也具有否定下位規範的效果。換言之，憲法有廢棄法律的效力，法律有廢棄命令的效力，其餘類推，這一現象稱爲破毀力的位階（Stufenbau nach der derogatorischen Kraft）（註一一）。以憲法法院審查下位規範有無牴觸憲法，正是落實位階理論的不二法門，更何況 Kelsen 還是奧地利共和憲法的主稿人。

在德意志聯邦的層次，發展方向不盡相同，拿破崙戰爭之後德意志各邦簽署維也納議定書（Wiener Schlussakte vom 15 Mai 1820），成立性質上接近國際組織的德意志聯邦，對憲法審判制度的建立，也有某種設計。維也納議定書有兩項關於憲法爭訟的規定：一是各邦之間如果發生爭執應提交聯邦大會解決，不得訴諸武力。先是聯邦大會於一八一七年六月十六日已通過公斷規則

註一一：Merkl, Verwaltungsrecht, 1927, S. 172ff; derselbe, einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, 1931; Zitiert nach Antoniolli / Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1986, S. 67.

（Austrägeordnung），規定裁決爭執的機構爲聯邦公斷委員會，若公斷委員會因爭執各造意見不一致而未能組成時，則由聯邦大會指定未涉入爭執而且公正不倚的某邦最高級法院，作爲公斷法院；二是針對邦內部秩序建立爭訟途徑，即各邦內部如發生憲法爭議，而無法自行解決時，依上述議定書第六十一條聯邦大會有權介入。聯邦大會嗣後在一八三四年十月三十日通過決議，設置聯邦仲裁法院，裁判各邦政府與議會間關於憲法解釋所生的爭議事件。受此影響，直到威瑪共和時期，德國國法學上所稱的「憲法爭訟」（Verfassungsstreitigkeit）均侷限於邦政府與邦議會間的憲法爭議事件（註一二）。一八七一年的帝國憲法（俗稱俾斯麥憲法）則廢棄上開建制，以政治解決代替司法仲裁，將憲法爭訟交由帝國議會解決。迨一九一九年公布的威瑪憲法，其第十九條又設置國事法院，審理邦內之憲法爭訟，但以各該邦未設有解決此類爭訟之法院爲限。由此可見，機關爭訟長久以來便屬於憲法爭訟的核心項目。威瑪憲法下國事法院的權限，除上述邦內之憲法爭訟事件外，尚有部長彈劾事件，至於聯邦與各邦間之爭議一如俾斯麥憲法訴諸政治解決，非國事法院所得管轄。俾斯麥憲法根本沒有人民權利清單，所以也就沒有所謂憲法上權利遭受侵害的憲法救濟可言。威瑪憲法雖有人民基本權利條款，但仍然沒有基本權利因公權力之侵害得向國事法院起訴的設計。

至於違憲法令的審查，原本不在德國憲法爭訟的範疇，但在

註一二：Friesenhahn, aaO., S. 9.

威瑪共和初年曾發生類似美國 Marbury v. Madison 的案例：一九二五年十一月四日聯邦（最高）法院在一件民事案件的判決中，曾對因情事變更調整債務數額的法律是否符合憲法有關財產權之保障，予以審查。判決理由中明白指出：「法官依憲法第一〇二條之規定，應服從法律，但並不排除一項法律或其中個別條文因牴觸較優位之規定，而爲法官否定其效力（註一三）」，其論斷與 Marbury 案如出一轍，惟終究未能發展成爲定則（註一四），法院之法令違憲審查權仍須等到西德憲法法院設置方才確立。然而在聯邦對各邦的法律位階關係方面，情況便有不同，基於俾斯麥憲法第二條「帝國法優先於地方法」，以及威瑪憲法第三十一條「聯邦法打破各邦法」的規定，長久以來德國法院認爲邦法牴觸帝國或聯邦法時，有權拒絕適用邦法，這項慣例日後自然成爲憲法法院的權限之一。在目前聯邦憲法法院管轄事項中，有兩類事件在法制史上是全然陌生的：一是國會選舉事件，另一件是政黨違憲解散。前者傳統理論視爲國會特權或自律事項，故國會選舉有效與否，以及個別議員當選無效或喪失資格均由國會自行認定，威瑪憲法則特設由議員及法官共同組成的選舉審查法庭處理。德國現行制度仍回歸國會（眾議院）自行審查，但當事人對其決定如有不服，得向憲法法院抗告；後者純是二次大戰之後爲防制左右兩翼政黨破

註一三：Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. III, S. 320.； vgl. Friesenhahn, aaO., S.13.

註一四：Vgl. Carl Schmitt, der Hüter der Verfassung, 1931, S. 15.

壞西德自由民主憲政秩序而設，歷史上當然找不到淵源。

以上是就歐洲憲法法院制度在奧地利及德意志產生的經過，加以敘述。第二次世界大戰之後，類似於德奧的憲法法院建制，廣爲世界各國所採用，在南歐有義大利、西班牙、葡萄牙、希臘、土耳其、塞普路斯；在東歐有共產政權解體後之波蘭、匈牙利、白俄羅斯、捷克、俄羅斯及南斯拉夫等；在中南美洲國家中，設立憲法法院也甚普遍，在亞洲，南韓及我國現制屬之。

第二章　歐洲各國的比較

第一節　憲法審判機關的結構與功能

憲法爭訟（或稱憲法審判）制度是二戰之後盛行的制度，與民刑事訴訟等法制上具有長遠歷史者不同。各國憲法審判機關大抵都在戰後初期設置，彼此仿傚之處甚多，我國大法官釋憲制度逐步摘取歐洲國家相關經驗，尤其明顯，因此比較法上的觀察，頗有價值。本章將就西歐之德國、奧地利、法國、希臘、義大利及西班牙等國現行制度，作扼要的比較分析（註一五）。

一、憲法審判機關的名稱

關於憲法審判機關的名稱，德、奧、西班牙及義大利等多數國家都稱爲憲法法院，希臘則稱最高特別法院（Oberster Sondergerichtshof）；法國第五共和憲法稱之爲憲法委員會（Conseil Constitutionell），其間曾醞釀改名爲憲法法院，但未能成功（註一六）。大體而言，稱爲憲法法院者，其司法機關的特性較爲顯著，

註一五：關於個別國家憲法審判制度的概述，請參閱拙撰，憲法審判制度的起源及發展，法令月刊，五十周年紀念特刊，八十九年十月一日，十二頁以下。

註一六：各國憲法法院名稱難於盡述，可參看陳英鈐，憲法訴願解釋的拘束力，司法院大法官九十--年度學術研討會論文集，五十七頁以下。

管轄事項也較廣泛，反之，不以憲法法院命名者，若不是兼具諮詢性質，就是雖屬純粹的司法機關但權限較小。

二、憲法法院的組織

在本文討論的西歐國家中，憲法法院法官的產生約有四種方式：第一種全部由國會選出：例如德國由國會兩院各自選一半（註一七），院長、副院長亦輪流由兩院選舉，且應獲得出席議員三分之二之同意爲當選。德國是聯邦國家，其中聯邦院（Bundesrat）代表各邦，握有選舉權以維持聯邦的制度設計；三分之二的多數則防止憲法法院爲某一大黨所控制，均有特殊作用（註一八）。德國這種方式也見諸葡萄牙、波蘭等國。第二種由政府與國會共同決定人選：奧地利與法國採之。奧國憲法法院法依聯邦憲法第一四七條規定，設院長、副院長各一人，法官十二人，候補法官六人，均由總統任命。但提名權則分屬不同機關，正副院長、法官六人及候補法官三人，由聯邦政府（即內閣）自法官、行政官及大學法學教授中提名；其餘六名法官及二名候補法官，分別由國民院及聯邦院各提名半數，兩院提名之名單須爲應任命人數之三倍，供總統選任。法國的憲法委員會有兩類成員：一是當然委員：依第五共和憲法第五十六條第二項，卸任總統爲當然的終身委員。但若卸任後又擔任國會議員、閣員等職務，則應放棄憲法委員會

註一七：Vgl. Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., S. 31f.

註一八：C. Starck/A. Weber (Hrsg.), aaO., S.118f., 154.

之職位。二是任命委員：由總統、眾議院議長及參議院議長各任命三名，總共九人。有任命權者通常都任用其同黨派人士。第三種方式由國會、內閣及司法機關三方面分別決定人選：以西班牙爲例，該國憲法法院法官十二人，由國會兩院各選出四名，其餘四名分由內閣及最高司法會議決定人選。義大利亦同，憲法法院共設法官十五人，國會、司法會議及內閣各指定三分之一。第四種方式全部法官均由司法部門自行組成：希臘最高特別法官成員十三人，由諮政院（即中央行政法院）、最高法院（稱爲 Areopags）及審計院院長、諮政院及最高法院法官暨法學教授十人組成，國會或行政部門不參與其中。這種法院可謂司法的性質最爲純正，但功能如何則有待檢討。

憲法法院法官的資格條件，各國多規定須受完整的法學教育，或必須具有法官資格，通常又須從事法律有關工作十年甚至十五年以上，法官的任期多數國家均定爲九年（法國、西班牙及義大利），德國則爲十二年，均不得連任。較短之任期爲葡萄牙僅六年，並得連任。至於有本職而兼任者，如希臘是輪流性質，每兩年一任。憲法法院院長（或副院長）的產生，多數國家由法官互選，（如義大利、西班牙及葡萄牙等），但也有由具有任命權或推選權之機關，在提任法官時一併決定者，如德國及奧國。

法官產生方式、任期長短、得否連任是影響審判獨立以及國民對法院信賴的重要因素。因此多數國家對憲法法院法官給予較長的任期，而禁止連任，爲避免法官年老力衰，致故步自封，此外尚有退休的年齡限制，德國爲六十八歲，奧國七十歲。由國會

參與法官的任命，自然無法免於政治影響，然而憲法法院的設置原本寓有政治爭端司法化解決的意涵（註一九），因此法官雖非政黨的代言人，但法院的構成理應反映國會政治勢力的結構，而國會本身又是民主多元社會的縮影。上述背景產生的憲法法官，行使職權之際如能秉持其良知及信念，必有助於整體制度正當性的建立。反之，完全由司法體系自行組成的憲法法官，容易循例辦案，缺乏創意與能力從事違憲審查，難於發揮功能，希臘的最高特別法院便是一例（註二〇）。不在本編研究範圍的日本最高裁判所，未能發揮違憲審查功能的原因，依西歐學者的研究，也是出在法官的任用方式，即全部由內閣提任，沒有國會的參與，雖有所謂裁判官國民審查，事實上聊備一格，不曾存任何作用，而裁判官幾乎清一色法曹官僚出身，所以成立數十年只有五次宣告法律違憲

註一九：Vgl. Ebenda.

註二〇：P. Dagtoglou, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Griechenland, in: C. Starck/A. Weber (Hrsg.), aaO., S. 389.希臘制度有進一步說明之必要：該國 1975 年憲法是推翻軍事獨裁後制定，頗有建設法治國家之用意，其第八十七條規定：法官執行職務只服從憲法及法律，任何取消憲法之規定，法官不得附和。憲法第九十三條則稱：法院不得適用牴觸憲法之法律。根據這兩條規定，各級法院法官都有違憲審查權，得拒絕適用違憲法律，因此造成分歧而且違憲與否常遷延時日，於是創建最高特別法院，俾解決問題，但由於結構問題，加上政治實力人物的介入，並未發揮應有功能，參照 G. Theodosis, Die gerichtliche Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze nach griechischen Verfassung v. 1975, AöR 117 (1992), S. 567ff.

的裁判（註二一）。

第二節　憲法法院的權限範圍

憲法法院管轄事項是憲法爭訟的核心問題，舉世的憲法法院都採列舉主義（Enumerationsprinzip），而非概括主義（Prinzip der Generalklausel），至於列舉事項則沒有兩個國家完全相同。從最早的憲法爭訟形態—國事法院所管轄的部長彈劾事件，到現今包括規範審查、垂直爭訟（聯邦與各邦權限爭議）、水平爭訟（國家機關間權限爭議）、憲法訴願（個人憲法上權利受侵害事件）、選舉訴訟、公民投票的審查、違憲政黨解散、國會議員資格喪失以及國會立法諮詢事件等，都分別成爲各國憲法法院的管轄事項。以下分爲四大類加以說明：

一、權限爭議

如前所述，權限爭議如屬垂直的爭訟就是聯邦與各邦間權義關係或權限分配的爭議，論者稱之爲聯邦權限爭議（föderative Kompetenzkonflikte），單一國在中央與地方自治團體間也可能發生同樣的爭議，稱之爲準聯邦權限爭議（quasiföderative Kompetenzkonflikte）（註二二）。另一種權限爭議是國家機關相互的

註二一：Alexander v. Brünneck, aaO., S. 34.

註二二：Starck/Weber （Hrsg.）, aaO., S. 79ff.

爭訟（註二三），諸如行政與立法、行政與司法、或各不同體系的法院相互間（民事法院與行政法院）權限爭執及管轄權的歸屬等。試以奧國爲例，依該國憲法（第一三七條、第一三八條及第一三八條之一）規定，權限爭議事件包括：㈠對聯邦、各邦、縣及鄉鎮市關於公法財產請求權事件，非屬普通法院或行政官署管轄者，例如公務員關係所生之金錢給付、民意代表執行職務之報酬等；㈡權限衝突事件：包括法院與行政官署間、行政法院與其他法院間、行政法院與憲法法院間、普通法院與其他法院間、各邦相互間以及聯邦與各邦間之權限衝突；聯邦或各邦內立法與行政權之爭議；審計院與監察使（Volksanwaltschaft）間之權限爭議；權限爭議如涉及法律或命令之訂定者，應一併將草案送交憲法法院以供審查，但僅限於確定權限之歸屬，憲法法院不預先審查法律或命令是否違反基本權條款或其他合法性問題。 3.聯邦關係之契約爭訟：包括聯邦與各邦之協定或各邦相互間之協定所生之爭議，但此項爭訟僅限於上述協定之合憲性及當事人所負協定義務

註二三：德國之機關爭訟（Organstreit）不包括聯邦與各邦間之爭訟，蓋其自成一類事件。而機關爭訟德國聯邦憲法法院法規定，提起爭訟之機關須有權利義務之爭執存在，換言之，須具備權利保護必要。但機關本身又非權利主體，如何解決這一難題，學者或以自體訴訟（Insichprozess）加以解釋，或謂基本法第九十三條關於機關爭訟由憲法法院管轄的規定，法條既使用權利義務之字樣，則機關權限規定，已主體化而成爲各該機關之權利義務關係，聯邦憲法法院素來持此見解,參照 E. Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit in der BRD, 1963, S.38; auch K. Schlaich, aaO., S. 54.

之確認，若因協定而生財產給付則屬前述第㈠項之事件。作爲單一國的西班牙則將權限爭議規定在憲法法院法（Norme sulla constituzioe e su1 funzionamento della Corte constituzionale, Legge 11 Marzo 1953）之中，該法第三十七條第一項至第四項規定：「涉及憲法權限劃分，而國家各權力部門認爲行使國家權限之意志，應由該部門爲之者，其爭議應由憲法法院作終局之裁判。前項規定不影響司法權依現行規定對本身管轄權之判斷。關於權限爭議之裁判不經言詞辯論爲之。憲法法院受理權限爭議事件者，應將訴狀送達有關機關。」同法第三十九條則規定關於中央與地方的權限爭議：「自治區（Regioni）之行爲，侵害依憲法規定屬於國家或其他自治區之權限範圍者，國家或受侵害之自治區得向憲法法院提出權限問題之爭訟。國家之行爲侵害自治區者亦同。起訴應於該行爲送達或公告起六十日內爲之，未送達或公告者自知悉起算。由國家起訴者由總理或該管部長爲之，自治區起訴者應經自治區政府會議決議由自治區政府主席提起」(註二四)。解決各種權限爭議本是創設憲法法院原始的一項功能，因此各國法制皆有較爲周詳的設計。

二、規範審查

註二四：西班牙之自治區德文譯爲自治團體（Autonomen Gemeinschaften），較省之層級爲高，由歷史、文化上特殊關係的島嶼、省分或縣等組成，具有自主地位。

規範審查可大略分爲抽象的規範審查與具體的規範審查，兩種型態的不同也正是所謂奧地利式與美國式主要區別所在。兩者的差異重點不在以憲法法院或普通法院（如美國之最高法院）爲審判機關，而是裁判是否以法規有無牴觸上位規範爲裁判主文，答案若屬肯定，便是本書所稱的抽象規範審查，答案若屬否定，則稱爲具體規範審查。

抽象規範審查又可分爲各種次類型：㈠預防式規範審查（präventive Normenkontrolle）：預防式規範審查也稱爲事前審查，通常在法案經國會通過後，由內閣、一定數額之國會議員（德國及奧國均爲下議院議員三分之一，西班牙上議院或下議院議員各五十人，法國爲六十名）發動，亦有規定由國會議長提出聲請者（如法國）。預防式審查的對象爲已通過但尚未施行的法律或尚待批准的條約。預防式審查在法國最具特色：向憲法委員會請求審查必須在議案審議中，而非如其他國家須俟法案通過後，因爲依法國的理論，法案經國會通過即屬主權的表現，不容其效力遭否定。其次，各國的預防式審查多屬任擇性質（fakulativ），即是否對某一法案提起違憲審查，完全由有請求審查權者自行決定，但在法國有一例外，即依憲法第六十一案規定：凡組織法及國會議事規則（Les lois organiques et les reglements des assemblées parlementairs），在國會通過後須先送憲法委員會審查，顯然是強制性質（obligatorisch）。何以有這種制度？原因是國家機關的組織法常屬憲法內容的延伸，甚至是憲法賴於實施的法律，皆關係重

大；至於國會議事規則受合憲性控制則有制約立法權的作用（註二五）。㈡抑制式規範審查：這一類型的審查又稱爲事後（a posteriori）審查制，以公布施行後的法律爲審查對象，有權提出聲請者與前述預防式審查大體相同，比較習見的情形是各邦或自治領域認爲聯邦法律已侵害其自主權限，而各該邦或自治領域之政府爲爭訟的一造。

具體規範審查通常指在訴訟案件繫屬中，各級法院（例外情形尙包括行政官署）認爲相關的法律有違憲疑義，而送交憲法法院就這一合憲性的先決問題，予以裁判，因爲事件是由其他法院的案件而衍生，故又稱爲引發的規範審查（Inzident-normenkontrolle）。具體審查的對象基本上是現行法律，憲法施行前的法律、命令違憲或違法各級法院均可拒絕適用。奧地利是唯一例外，該國沿用 Kelsen 所設計的集中制憲法審判制度，不問法律或命令只有憲法法院有權審查。具體審查中違憲疑義是聲請的前提，但各國之制並不一致，義大利除各級法院法官自行聲請外，如訴訟案件的當事人提出，而且其主張並非顯無理由（manifestamente infondata）者（註二六），法官應提出聲請。希臘發動違憲審查規定較爲嚴格，須曾經其他法院有過相同的疑義，始足相當。德國由各級法院法官提請審查的條件包括：必須是具

註二五：鍾國允，法國合憲性審查之研究，台大博士論文，民國九十年，一五一頁以下。

註二六：Art 1, Legge Constutzionale 9 febbraio 1948, n. 1, in: Starck/Weber（Hrsg.）, aaO., Bd. II., S. I. II. 2.

體案件應適用的法律，且該法律有效與否與繫屬中之案件有裁判**重要關聯性**（Entscheidungserheblichkeit），依承辦法官的確信（Überzeug）懷疑其違憲（註二七）。這類案件既是基於法官專業考量而提出，不具有政治意味，在德國違憲審查中占有重要分量。甚至曾經出現依修憲程序制定屬於憲法位階的條文，經由具體審查程序而被宣告違憲（註二八）。

三、憲法訴願

憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）是德國法的用語，這一類型的爭訟指個人（包括自然人、私法人及公法人）主張權利遭受公權力作爲侵害，而向憲法法院提起訴訟，以謀救濟，可泛稱之爲憲法上的個人抗告訴訟（Individualbeschwerde）（註二九）。憲法法院具備這項管轄權限之後，方始從仲裁聯邦與分子國、國家機關間權限爭議、維持規範的位階秩序，轉而成爲保障個人權利的機制。憲法上的人民權利清單不再屬於方針規定或政治口號性質，乃是個人作爲權利主體得經由訴訟途徑而獲得實現之真實的權利，意義重大（註三〇）。

註二七：Vgl, Schlaich, aaO, S. 99ff.

註二八：BVerfGE 3, 225（231, 235f.）

註二九：個人抗告訴訟見諸 Starck / Weber （Hrsg.）, aaO., S.86.以憲法訴願稱呼德國制度，自施啓揚，西德聯邦憲法法院論（民國六十年）始，「訴願」的用語雖不恰當，但仍以約定俗成，故沿用之。

註三〇：Vgl. E. Bend/H. Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, Rn.

關於憲法訴願首須研究的問題：作爲爭訟對象的公權力作用究竟單純指普遍的規範（即法律或命令規章）？或也包括具體的行爲（指法院裁判或行政處分）？各國制度範圍廣狹不一：德國基本法制定者欲建立對公權措施毫無漏洞的救濟途徑，憲法訴願以一切立法，行政及司法部門的行爲，不問是抽象的規範或具體的裁決爲爭訟對象。其他多數國家允許個人發動違憲審查的對象均較德國爲狹小，以奧國爲例，對主張法院裁判本身違憲，只能作爲上訴理由，最高法院的裁判便是終審，當事人不得聲明不服；若裁判或行政處分所依據的法律或命令違憲，則許可個人聲請違憲審查，這種間接發動的方式，也存在於義大利及西班牙等國（註三一）。特別值得說明的是奧國還有一種爭訟類型：憲法法院行使特別行政審判權，亦即憲法法院充當特別行政法院，人民因行政處分（Bescheide）或事實行爲（verfahrensfreie Verwaltungsakte 指官署直接對人之強制措施）損害憲法上所保障之權利，而提起撤銷此等行政處分或措施之憲法爭訟，原告若主張處分或措施所依

335.

註三一：西班牙一九七九年十月三日之憲法法院組織法第四十三條，僅規定憲法訴願之提起得以官署或自治團體行使公權力之法律行爲或事實行爲爲對象，不得以法律違憲作爲訴的標的，但憲法法院在一九八一年第四十一號判決中建立了先例，各種法院的判決所依據的法律，若經判斷爲違憲，則該判決當然不能維持，從此個人也可間接發動法律的違憲審查，參照 Francisco R. Lorente, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, in: Starck/Weber, aaO., S. 268.

據的法律、條約違憲或命令違法，這時憲法法院應一併對受指摘之法令加以審查。這類訴訟在技術上最難於解決的問題，不外侵害憲法上權利與侵害其他權利如何區分，若屬於其他權利的損害則爲行政法院的權限範圍，在實務上固然發展出某些區別標準（註三二）然爲避免當事人因選擇訴訟途徑錯誤而受不利益（例如逾越起訴期間），許可其平行起訴，同時繫屬於憲法法院及行政法院，除此之外，憲法法院審理結果，認爲原告憲法上權利並未受損，應依其聲請將案件移送行政法院。

其次應檢討的問題是：個人提起憲法訴願應否用盡審級救濟？無論德國或奧國都採憲法爭訟補助性原則（Prinzip der Subsidiarität），即個人提起憲法上的抗告訴訟（憲法訴願）之前，必須依通常訴訟途徑，取得終審的確定裁判。但兩國都有例外：德國憲法法院法第九十條第二項規定：「前項（指基本權受侵害）爭訴途徑，於用盡審級途徑後提起憲法訴願。具有一般重要性或如不受理憲法訴願人將受重大及不能克服之不利益者，憲法法院對未用盡審級途徑亦得即時審理。」此項文字後段，就是免除用盡審級救濟的例外規定，但在實務上憲法法院對只要仍可提起一般訴訟的案件，縱無勝訴機會，也要求其先用盡各個審級（註三三）。

註三二：Vgl. Adamovich/Funk, aaO., S. 350.

註三三：例如社會保險法第一七六條 C 項規定，重度殘障者不得加入疾病保險，某重度殘障人認爲上開法律已直接侵害其基本權，提起憲法訴願，憲法法院仍以原告應先向承保單位申請加入，被拒絕後向社會法院提起訴訟，而將其憲法訴願駁回 siehe BVerfGE 69, 122(125f), vgl. auch Schlaich,

奧國一九七五年增訂憲法一四〇條第一項後段規定：人民對雖未經法院判決或行政處分予以適用之法律，因其違憲直接侵害人民權利得逕向憲法法院訴請撤銷。純就文義而言，起訴條件甚爲寬鬆，但一九七七年憲法法院的裁判就建立了先例：個人聲請法律違憲審查，須已無其他救濟途徑可資期待，始屬相當（註三四），因此實際依此規定成功訴請救濟的案件，爲數並不很多。

四、其他事項

憲法法院除前述三大類的管轄事件之外，各國之制管轄範圍由小到大，不一而足。最常見者包括：㈠公民投票合法性的審查：奧國、義大利、葡萄牙、希臘的憲法法院都具備這一職權，法國憲法第六十條僅賦予憲法委員會監督公民複決的任務，而非審查，事實上憲法委員會，也曾對公投結果拒絕審查（註三五）。㈡選舉爭訟：葡萄牙、法國、德國及奧國憲法法院管轄國會或總統選舉爭訟。㈢總統或議員資格喪失事件：葡萄牙、法國及德國之元首或議員喪失資格或不能執行職務之判斷均由憲法法院或憲法委員會爲之。㈣國事彈劾：國事彈劾指總統、閣揆、閣員及法官（限於德國）的彈劾，這類事件德國、奧國、義大利的憲法法院有管轄權。㈤政黨解散：由憲法法院宣告政黨違憲起源於德國，希臘

---

aaO., S.159.

註三四：奧國憲法裁判集 Vfslg. 8009/1977.

註三五：鍾國允，前引論文，一七三頁。

及葡萄牙仿效而採用，但葡國政黨解散原因，以違反法律爲限，未採違憲政黨的概念（註三六）。㈥公法上財產涉訟：對聯邦、各邦及地方自治團體公法上財產請求權涉訟，而不屬於普通法院或行政爭訟管轄者，例如公務員關係所生的報酬給付、民意代表執行職務的報酬等，由憲法法院審理，這是奧國特有的制度。㈦國際法的確認：一般國際法原則，是否具有國內法的效力，希臘規定應由憲法法院即最高特別法院認定，德國亦有類似規定。㈧剝奪人民之基本權（德國基本法第十八條）。㈨諮詢意見：法國憲法第十六條規定，國家遭遇特殊事故時，總統在採取必要措施之前，應正式諮詢總理、兩院議長及憲法法委員會之意見，一九六一年阿爾及利亞發生軍事叛變，憲法委員會曾應總統之請發表諮詢意見（註三七）。

第三節　爭訟程序及法院裁判

憲法審判機關所踐行的程序，從宏觀的比較而言，可獲致兩

註三六：葡國一九八二年法律第二十八號憲法法院組織法第一〇三條，Siehe Starck/Weber（Hrsg.），aaO., Bd. II, P. II. S. 65.; vgl. auch Jose' M. Moreira, in aaO., Bd. I, S. 295.

註三七：陳淳文，再論國家緊急權—以法國法制爲中心，人文及社會科學集刊，十三卷第一期增刊，二〇〇一年，一一一頁以下，並參照 Michel Fromont, Der französische Verfassungsrat, in： Starck/Weber （Hrsg.） aaO., Bd. I., S. 329.）

項初步結論：一、結構功能愈是司法化，爭訟程序愈是嚴格。換言之，違憲審查機關受理的事件如果都是真正有當事人對立的爭訟性質（echte kontraditorische），其適用的程序便屬於嚴格的訴訟手續。反之，受理的事件是政治性或不具爭訟性質，則作成裁判的過程便顯現權宜色彩，像法國憲法委員會管轄甚多政治性及諮詢性的事件，並非典型的憲法法院，其審理程序與法院的訴訟程序頗有差距：不採言詞審理、不調查證據（選舉訴訟除外），裁判只附簡短理由甚至不必附理由、裁判既判力不以當事人爲限，而有拘束全國機關的效力等均是其特徵。其他國家也有類似情形，例如希臘，最高特別法院審理爭訟性事件與非爭訟性事件，其尺度就有所不同，前者應依職權盡調查能事，後者只就聲請人之主張審究（註三八）。二、憲法法院成立較晚，與普通法院或行政法院相較顯然瞠乎其後，縱然憲法法院所適用的程序規定，相關法律也儘可能予以規範，其完備的程序仍不能與民、刑事訴訟法甚或行政訴訟法相提並論。當程序規定不完備時，憲法法院並不能自創規則，而應受一般訴訟法尤其是民事訴訟法的拘束，因此之故，論者遂謂憲法法院不是其程序的主宰者（Herr des Verfahrens）（註三九）。

關於程序的細節問題，各國憲法的運作基本上遵守下列原

註三八：Vgl. P. Dagtoglou, aaO., S. 381.

註三九：Vgl. K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in： Starck / Weber（Hrsg）, aaO., S. 158f., auch K. Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd. II, 1980, S. 1030.

則：一、不告不理：這是司法機關的特性，憲法法院當然也只能被動的受理案件，但由於憲法爭訟攸關公益，有時並不完全受處分主義（Verfügungsgrundsatz）支配，有些國家（例如希臘）一旦起訴之後即不准撤回（註四〇）。二、不作訴外裁判：不對當事人（原告）未經聲明的事項裁判，也是司法機關應遵守的原則，各國憲法法院的裁判亦然。三、職權調查主義：憲法法院的裁判不受當事人主張的理由所拘束，與民事訴訟的辯論主義不同，但除少數事件（如選舉訴訟、國事彈劾或元首是否喪失執行職務能力等）之外，憲法法院（尤其是對規範審查事件），通常不調查事實，只就法律問題加以審究。四、以言詞審理爲原則：除法國憲法委員會外，各國制度多採言詞審理，法國之最高審級法院（毀訴法院、中央行政法院）傳統上是書面審理，憲法爭訟也不例外。五、不收訴訟費用：憲法爭訟多採免費主義，當事人不必繳納訴訟費用，但當事人濫用程序或主張權利（常見於憲法訴願）所生費用，有些國家則命該當事人負擔（註四一）。

各國憲法法院如何構成裁判組合（Spruchkörper），情況相當複雜。有不分庭審理而由全院合議者，如奧國、法國、義大利、希臘等，有分庭審理者，如德國及西班牙、葡萄牙等。不分庭辦

註四〇：P. Dagtoglou, Ebd.

註四一：德國聯邦憲法法院法第三十四條第二項、奧國憲法法院法第二十七條，均作此規定。希臘法律（一九七六年三四五號法律最高特別法院法第二十二條）則規定非由官署提起之爭訟，其敗訴當事人負擔訴訟費用，但法院得視情形免除其一部或全部。

事的國家，又視案件性質有由小法庭分擔工作的設計，或者因特殊案件增加臨時法官之制：奧國憲法法院法規定全院合議庭須有主席及法官八名出席，不行言詞辯論之小法庭則由五人組成，以其中一人爲主席，各種法庭均以全體過半數爲可決，但人民依憲法第一四四條所發動之規範審查，不受理之裁判必須小法庭評議時全體一致贊成始能通過（註四二）。這種規定足以實現「勿以善小而不爲」，涉及個人權利的案件不致輕易遭不合法駁回。義大利憲法法院成員十五人，作爲國事法院審理總統或部長彈劾案件時，由國會推選非職業法官六名，組成廿一人之合議庭（註四三）。希臘之最高特別法院審理兩類案件時，(1)法院與行政機關，中央行政法院或其他行政法院與民刑事法院間，審計院與各種法院間權限衝突事件；(2)對法律違憲或法律解釋中央行政法院、最高法院或審計院之裁決不一致時之爭議，依憲法第一〇〇條第二項規定，應以抽籤方式自法學院教授中選出兩位參與審判。至於分庭辦事的憲法法院也有不同類型：德國分爲兩庭，每庭成員共八人，須過半數（即五票）方能作成判決；並有管轄事務分工：第一庭受理基本權受侵害案件，第二庭受理權限爭議及性質屬於國事裁判之事件。每庭又按年度分若干小法庭（Kammer），小法庭成員三人以全體一致之決議篩選日益增加之憲法訴願案件，以減輕法院

註四二：奧國憲法法院法第七條第二項。

註四三：Th. Ritterspach, in: Starck/Weber（Hrsg.）, aaO., S. 237.

負擔（註四四）。若案件所涉之憲法問題，憲法法院已有裁判可據，而憲法訴願又顯有理由者，小法庭亦得逕爲實體判決（聯邦憲法憲法院法第九十三條之三）。案件應歸何庭受理有疑義時，由院長、副院長及四名法官（每庭各兩名）組成之六人小組（Sechser-Ausschuss）決定之。兩庭之間若法律見解不一致時，則召集全院大法庭解決，事實上這種大法庭數十年來只召開過三次（註四五）。西班牙憲法法院也分爲兩庭，各六名法官，但因爲未依

註四四：憲法訴願案件晚近每年約四〇〇〇件（受理作成裁判者約占 2%），占德國憲法法院收案之 90%以上。爲減輕法院之工作負擔，國會數次修訂法律，但問題並未完全解決。個人向憲法法院起訴事件中，甚多不能「成案」者，故收案之後只作一般登記（Allgemeiner Register）不正式分案，由行政人員審查，不成案者即以教示性質之書面通知呈訴者，呈訴者若未依教示在期間內起訴，即屬結案，每年如此了結的案件數以萬計。經初步審查能成案者，始分到小法庭作程序審查，是否受理並無明確標準，以往曾被譏爲當事人全靠運氣的彩券遊戲（Lotteriespiel），以上參看 K. Schlaich, aaO., S. 163f.,一九八五年及一九九三年法律均有改革措施，現時依聯邦憲法法院法第九十三條之一（§93a）第二項規定：「憲法訴願合於下列兩款規定者，應予受理並爲裁判：㈠以有原則性憲法上之意義者爲限，㈡已指陳本法第九十條第一項所稱之權利受侵害者，如不予受理並爲裁判將造成訴願人特別重大之不利者，亦同」。這一規定的目的，在於限制憲法法院對是否受理憲法訴願的裁量權，避免像美國最高法院發移審令狀（Writ of certiorari）全然自由判斷的現象，但是對於所謂「原則性憲法上之意義」與「已指陳」（Angezeigt）等不確定概念，憲法法院仍有充分判斷餘地，以上參 Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG. Kommentar, 1999, §93a, Rn. 9.18.21.

註四五：Siehe H. Maurer, Staatsrecht, 1999, S. 653.

案件性質分工，因此各庭之間常有見解分歧，而須召集全院十二人大法庭審理（以三分之二爲可決），各庭之內也有三人小法庭之設置，案件是否受理的程序審查是小法庭的主要任務（註四六）。

其次，討論憲法法院的裁判問題：凡是有當事人對立的爭訟，無論那個國家憲法法院判決的既判力，都僅在當事人間生效。但如果判決涉及法規的違憲問題，則有對世的效力即拘束人民及機關的效力。換言之，這類判決在性質上已非單純的產生既判力，而具有類似法律的拘束力。憲法法院除作爲國事彈劾的懲戒法院或特別的行政法院（例如奧國審理公法上給付案件）外，憲法法院不審查事實問題，也是各國通例，故判決書沒有事實欄的記載。既判力的範圍理論上僅及於訴訟標的（Streitgegenstand），而憲法爭訟類型繁多，相關之訴訟標的學說更是莫衷一是（註四七）。以人

註四六：有關規定見諸西班牙憲法法院法第十條第、十二條、第十三條，並參照 Franciso r. Llorente, in: Starck/Weber（Hrsg.）, aaO., 據統計各類案件不受理的比例約 67%至 76%。

註四七：憲法爭訟之訴訟標的理論，自然不能脫離來自民事訴訟或行政訴訟的影響。民事訴訟之訴訟標的理論可大別爲兩派學說：一是認爲訴訟標的就原告聲請法院予以裁判的訴求（Begehren），而原告支持其訴求係屬正當則繫於主張的事實（Tatsache），故此說將原告之訴求與主張之事實結合於訴訟標的概念之內。另一說則認爲原告所主張的事實關係，與原告請求保護實體權利或法律關係應予區分，事實關係攸關原告能否獲得勝訴判決，但並非訴訟標的，只有權利或法律關係訴求（或稱權利主張 Rechtsbehauptung）才是訴訟標的，蓋事實關係理論上已個別化爲原告之權利（individualiertes Recht）。以上兩說研究訴訟法的學者間各有堅

持。就行政訴訟而言，以後說爲通說，故撤銷訴訟之訴訟標的乃原告對行政處分違法並損害其權利之主張，行政處分僅是爭執的客體（Streitobjekt），而非訴訟標的，確認訴訟及課予義務訴訟等也是如此。憲法爭訟宜採與行政訴訟相同之觀點：憲法爭訟之爭訟標的也是特定之訴求或主張（ein bestimmtes Begehren），與行政訴訟所不同者，憲法爭訟提起之當事人（例如發動規範審查之國家機關或國會黨團），有時本身並無權利損害，而行政訴訟之原告則通常是公權力作爲或不作爲之權利受損害者。憲法爭訟之訴訟標的理論與其他訴訟（尤其是民事訴訟）最顯著的差異在於：民事訴訟之訴訟標的完全掌握於原告之手，民事法院應受其拘束，憲法爭訟則否，法院並不受當事人所提訴訟標的之拘束，憲法法院有權對訴訟標的作出與該當事人不同的判斷。以上參照 Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, aaO., §13 III Rn. 15ff. C. H. Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., 1987. S. 215ff.，拙著，行政爭訟法，修訂版，六十三頁以下。又訴訟標的與憲法法院管轄權限的關聯，亦有各種不同主張：第一說認爲憲法法院只就原告或聲請人所提出，用以支持其訴求或聲請之事實關係加以斷判，德國聯邦憲法法院曾採此見解（BVerfGE 1, 406ff.），第二說主張憲法法院應將支持其聲請之事實關係抽離，俾獲知其確切的訴求或聲請意旨所在，而爲判斷（Vgl, Schätzel, Prozessuale Fragen des Bundesverfassungsgerichts, AöR 78. S.228ff.）第三說主張：憲法法院依其管轄權限，不僅判斷原告或聲請人之訴求或聲請，也應就整個爭訟事件之性質，按個案具體情況而判斷，憲法法院實務及學說上均有採用此說者（BVerfGE 2, 159; 3, 12ff., vgl. auch Willi Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsrecht, Kommentar, 1952, S. 50）遇有數種聲請相競合或聲請人誤將爭訟隱藏於他種聲請之中時，憲法法院有義務發現其爭執真正或重要性質（überwiegende Charakter）之所在（Th. Maunz即採此說，見 Maunz u. a., BVerfGG Kommentar, aao.,§13 Rn. 21.）。

民因終審法院判決所依據之法律違憲而提起的爭訟言，其訴之聲明爲撤銷或廢棄原判決，但所依據的法律是否違憲才是勝敗的關鍵，也是起訴之目的（Klageziel）。憲法法院主文廢棄原判決同時一併撤銷違憲的法律，自無疑問，若主文只針對原判決違法不當而製作，則在理由欄所敘述作爲先決問題的法律違憲，也應認爲有拘束力；或者憲法法院審理各類案件，依職權在理由中宣告原本應適用的法律違憲，亦應有同樣效果。總之，此類事件應承認判決理由（ratio dicidendi）具有拘束力（註四八）。

關於裁判效力最值得研究者，當推宣告法令違憲或違反其他上位規範的問題，而奧地利與德國正好代表兩個不同的類型。奧國受 Kelsen 及 Merkl 等所謂維也納學派之影響，認爲一旦生效則對其效力的否定，只能向將來失效，不能使該下位法規自始的溯及既往失其效力，故無論由立法、司法或行政部門擔負規範審查，宣告法規違憲或違法都是撤銷而非無效。蓋法規一旦公布不問有何瑕疵，它已是生效的法規，Kelsen 以希臘神話中的國王麥得斯（Medias）得了手指點物成金魔力作比喻，不問是不是手指該碰的物體，一旦碰到就會成金（麥得斯不慎竟碰到了自己的女兒）（註四九）。有瑕疵的法規因未被撤銷而繼續生效，如同違法的判決因未提起上訴而發生既判力（res judicata）。既判力原本只適用於

註四八：Vgl. Manuel M. C. da Costa, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal, in: Starck/Weber（Hrgs.）, aaO., Bd. I. S. 300.

註四九：Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 282.

法院裁判的概念，因 Merkl 的提倡成爲應用於各種法律規範的目的概念，Merkl 認爲：實證法的功能就是要在維護法律秩序安定之條件下，設定法律內容變更的條件，故「確定力（既判力）乃法在概念上不可或缺的特質（註五〇）。」這種確定力理論對奧國法制影響甚大，一九二五年制定之一般行政程序法，對於有重大明顯瑕疵之行政處分採取所謂宣告無效的制度，而非自始的且當然的無效，與前述 Kelsen 等人之理論幾乎相同。又奧國憲法第一三九條第五項，對憲法法院宣告法律及命令違憲之裁判，規定其效力自裁判宣示後向將來發生效力，但憲法法院亦得定期（命令通常爲六個月，法律最長爲十八個月）使法規在期間經過之後，方始失效，這種制度有維護法律秩序安定的功能，但於個人權利救濟則有所不足，因此奧國又有引發事件（Anlassfall）之例外，即對當事人據以發動規範審查的案件，無效宣告溯及既往生效，俾該當事人獲得救濟（註五一），也爲其他國家所模仿。我國大法官釋憲的效力，便是一例，容後再予論述。德國之制，宣告無效之違憲法律溯及既往的發生效力，憲法法院的判決乃確認判決，與奧國的形成判決性質不同。一旦法律經宣告無效，則與該違憲法律相關而發生連鎖效應，聯邦憲法法院法第七十九條訂定有解決之道：㈠已確定的刑事判決，被告得聲請再審。㈡其餘之各種法院

註五〇：Merkl, Die Lehre von Rechtskraft, 1923, S. 245, zitiert nach Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, aaO , S. 66 並參照拙撰，純粹法學與違憲審查制度，當代法學名家論文集，九十八頁以下。

註五一：Vgl. Adamovich/Funk, aaO., S. 291.

判決及行政處分已確定者，不受影響，但不得強制執行。㈢未確定的判決及行政處分，應依憲法法院宣告無效之意旨處置。㈣在例外情形，憲法法院宣告法律違憲或與憲法尚有不符（nicht vereinbar），但不使其無效，並給予過渡期間；或者要求立法者依判決意旨修改法律，這種判決學者稱之爲警告性裁判或課予義務宣告（Appellentscheidung oder Verpflichtungserklärung）（註五二）。歐洲其他憲法法院也有採用前述德國制度者，葡萄牙一九七六年憲法第二八二條關於違憲或違法宣告之判決，其效力規定，大致上與德國聯邦憲法法院判決相當。德國憲法爭訟中尚有一項特殊的救濟方法，類似民事訴訟的假處分稱爲暫時命令（einstweilige Anordnung），規定於聯邦憲法法院法第三十二條：爲防止重大之不利、避免外力威脅或其他基於公益原因之急迫需要，憲法法院就已繫屬案件得依聲請或依職權，作成暫時命令之裁判，其效力以六個月爲限（註五三）。歐洲其他國家尚無相同的立法例。

第四節　憲法爭訟制度的發展

一、憲法法院行使積極的「立法權」

註五二：M. Schulte, Appellentscheidungen des BVerfGE, DVBl, 1988, S. 1200-1206; auch H. Maurer, Staatsrecht, aaO., S. 683ff.

註五三：H. - U. Erichsen, Die einstweilige Anordung, in: Fs "Bundesverfassungsgericht und GG" I, 1976, S. 170ff; Schlaich, aaO., S. 263ff.

憲法法院主要的一項功能爲法規的違憲審查，亦即將違憲的法規宣告無效或予以撤銷，這就是 Kelsen 視憲法法院爲國會的第三院，行使消極的立法權 － 否決其他兩院的法律 － 之原因（註五四），就憲法法院原始設計及傳統角色而言，這種主張自屬言之成理。然而新近的發展，使憲法法院角色變遷，成爲代位的立法者（Ersatzgesetzgeber），不僅有權否決法律，還可以行使積極的「立法權」。提出代位立法者一詞之 A. v. Brünneck，其說辭認爲：憲法法院透過警告性判決或其他形式的裁判，宣示法律內容如何與憲法意旨不符（法國憲法委員會之用語 non conformes a la Constitution），或指示立法機關應如何修改法律始屬合憲，乃是各國憲法法院習見的運作方式（註五五）。葡萄牙憲法進一步將這項功能條文化表現出來，其第二八三條規定：「憲法法院因總統、監察使（Provedor de Justica 即俗稱 Ombudsman）或地方自治團體議會議長以侵害自治團體之權利提出聲請，確認未採取必要之立法措施，以執行憲法規範係屬不作爲與憲法意旨不符。憲法法院認爲前項不作爲係屬違憲者，應對該管立法機關給予指示。」立法機

註五四：Cf. Kelsen, Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution, The Journal of Politics, Bd. 4（1942）, 183-200.; dazu auch Michel Troper, Kelsen und die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, in： A. Carrino, Günther. Winkler （Hrsg.）, Rechtserfahrung und die Reine Rechtslehre, 1995, S.18f.

註五五：Brünneck, aaO., S. 168ff.

關遇此情形即有義務依憲法法院指示，制定相關法律（註五六）。除此之外，還有另一種行使積極立法權的方式，即德國出現對立法不作爲（gesetzgeberisches Unterlassen 或稱立法怠惰）的若干補救措施中，所發展成功的事例。質言之，由憲法法院認定系爭法律存有瑕疵（例如違反平等原則），一面宣告其與憲法意旨不符，一面將原條文擴張適用於本來遭排除適用者，或者自行創設新的規範（註五七）。這是憲法法院在作消極的合憲性控制之外，衍生的法官續行造法（richterliche Rechtsfortbildung）功能，歐洲國家普遍奉行成文法優位及相信法典化的嚴整，產生這種現象值得高度重視。

二、憲法法院作爲代位的制憲者

所謂代位制憲者（Ersatzverfassungsgeber）也是 Brünneck 對憲法法院功能的描述，意謂憲法法院經由判決創設許多憲法位階的規範，有如美國最高法院以往所扮演的角色（註五八），其實這就是人們所熟知的最高法院被稱爲經常集會之制憲會議（continuous convention）的原因。德國最著名的案例是一九八三年聯邦憲法法院對戶口普查案所作的判決，在本件判決中新增一項基本法所無

註五六：J. M. M. C. da Casta, aaO., S. 292f.

註五七：參照陳愛娥，立法怠惰之回應，憲政時代，第二十一卷第一期，四十六頁以下，林佳和，西德之立法者不作爲之憲法訴願之研究。同上期刊，二十七頁以下。

註五八：Brünneck, aaO, S. 170ff.

的基本權項目：個人的資訊自主權（das Recht auf informationelle Selbstbestimmung）（註五九）。又譬如法國，除革命時期一七八九年的人權宣言外，自一七九一年之後歷次共和憲法皆未有人民權利的規定，但憲法委員會的裁決認定上述人權宣言仍具有憲法效力（註六〇），都是顯著的事例。

本書認爲憲法法院從作爲法律違憲的審查機關，擴張功能取得對違反憲法之憲法規範（verfassungswidriger Verfassungsnorm）的審查權，更足以表現其代位制憲者的角色，德國、義大利及土耳其等國都發生過實際案例，本書第一編第二章曾有詳細的敘述，於此不再重複。

三、憲法法院在兩元法律體系中的角色

註五九：戶口普查案（BVerfGE 65，1 -Volkszählung）審查的對象是一九八三年的一項法律（簡稱戶口普查法），該法規定政府得進行國勢調查，而人民有提供各種資訊包括丁口、住宅、職業狀況等之義務。不願接受調查者紛紛提起憲法訴願。聯邦憲法法院認爲在現今的資訊社會，資訊科技裝置的發達，個人資訊的取得、擴散及濫用是瞬間的事，爲保障人格權及人性尊嚴，個人應享有資訊自主權。但資訊自主權並非絕對的權利，在兩項條件之下得予以限制：㈠法律明確規定使用資訊之目的，並就不符目的使用定出對公權力的防範措施；㈡爲統計目的而取得資訊，雖不必有法律依據，但仍應對採樣所得的原始資料給予特別保護，若將資訊進一步運用仍應符合法律規定的要件。憲法法院據此宣告戶口普查法並不違憲，國會也根據上述判決的意旨於一九七七年制定了資訊保護法，參照 Richter/ Schuppert, Casebook Verfassungsrecht, 2. Aufl, 1991, S. 81ff.

註六〇：參照鍾國允，前引論文，一一五頁以下。

戰後歐洲逐步走向統合：從煤鋼共同體、歐洲原子能共同體、經濟共同體（共同市場）而發展成歐洲聯盟。歐體或歐盟的法規可以分爲兩大類，所謂基礎法（primär-Recht）及附屬法（sekundär-Recht），前者指產生共同體等國際組織的條約而言，其拘束對象爲締約國；後者是共同體立法或行政部門制定的法規，可直接適用於締約國人民，除此之外，尙有獨立的法庭受理歐洲人民的案件。憲法法院原本就有這一類職掌：裁判國際法是否爲國內法之一部分（例如德國基本法第一百條第二項、希臘憲法第一〇〇條第一項第五款），或者審查條約是否違憲（例如奧國憲法第一四〇條之一、法國憲法第五十四條，憲法對此無明文規定的國家，一般條約既與法律同等位階，自然也受憲法法院審查）。關於共同體法（簡稱歐洲法）尤其是前述附屬法規，與得受憲法法院審查的一般條約不同，其位階與國內法比較孰高？各國法制並不一致，在奧國基本上認爲歐洲法高於國內法，非憲法法院審查的對象，既不得宣告其違法也不得宣告其違憲（註六一）。因爲本質上歐洲法與國內法是兩個並行的法律體系，故奧國學者認爲自從該國成爲歐體的分子國後，奧國乃是雙重憲法國家（Doppelverfassung）（註六二）。歐洲法中基礎法即加入歐體（盟）

註六一：Th. Öhlinger, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, S. 67ff.; H. Schäffer, in Rill u. Schäffer, Bundesverfassungsrecht, Kommentar, 2001, Art. 140 Rn. 98.

註六二：P. Pernthaler, Die neue Doppelverfassung Österreichs, in: Festschrift für G. Winkler, 1997, S. 773ff.

的條約，在奧國視爲憲法位階的規範，不生牴觸憲法問題，附屬法雖位階較低，但仍非憲法法院違憲或違法審查之對象，惟一的例外：當附屬法侵害人民的基本權利，對奧國國家機關不具拘束力，對歐洲（附屬）法效力高於個別憲法條文，尙可接受，惟不容其違背憲法基本秩序（註六三）。法國的情形則與奧地利相反，中央行政法院（Conseil d'Etat）在實務上認爲法國憲法的位階高於歐洲法，歐洲法與國內法不一致時，倘若歐洲法生效在前而國內法制定在後，則不承認歐洲法有優先效力（註六四）。德國加入歐盟也是以修改憲法爲依據（註六五），原則上承認歐洲法優先於國內法，國內法不能撤銷或變更歐洲法，但歐洲法不得違反基本法第七十九條第三項所指的憲法基本原則。基本權利的保障是基本原則不可缺的部分，然而德國基本法與歐盟皆有其各自的人權清單，適用時難免有不一致的情形產生，德國聯邦憲法法院爲解決這項問題，曾有兩次先例：第一次爲一九七四年五月廿九日的裁判，認爲只要共同體法關於基本權利的保障，尙未達到與德國基本法相當的程度，憲法法院就有權受理案件，並作實體審查（註六六）。這項見解如果持續採取，共同體法的優先性將無法保持，因此引起各方批判，於是一九八六年十月二十六日的裁判改變見解：只要歐洲法庭對也屬於基本法上的基本權利，判命共同體的公權力主

註六三：Öhlinger, aaO., S. 70f.

註六四：Ebenda., S. 68.

註六五：Hesse, aaO., S. 46.

註六六：BVerfGE 37, 271f. （=Solange I.）

體採取有效的保障，德國的法院及官署即應以之爲準，憲法法院不得再行使審判權，也不能以基本法上基本權利作爲衡量標準（註六七）。從此憲法法院對歐洲法庭及其適用之共同體法，給予更多的尊重，避免行使審判權。

四、憲法法院作爲公共理性的論壇

違憲審查制度有多種功能：從法的觀點，違憲審查確保憲法建構原則（Strukturprinzipien）及各種價值的貫徹，諸如權力分立及制衡、規範位階秩序、水平及垂直的權限劃分、維護個人權利等。從政治的觀點而言，憲法法院扮演公共理性範例（Exemplar of Public Reason）的角色。這一稱呼原是當代美國思想家 John Rawls（甫於二〇〇二年十二月逝世）對美國聯邦最高法院，肯定其司法審查職掌，而作的描述（註六八）。公共理性是一項不易解說的理念，大體而言，公共利益的實質原則就是政治性的正義概念（political conception of justice），其次公共利益也涵蓋實踐實質原則的程序。政治的自由主義主張以立憲政治落實公共理性。Rawls 認爲立憲主義又包含五項原則：㈠人民制憲的力量建立了政府，而使日常的政治活動由官吏及選舉人分擔，這是源於洛克（John Locke）在政府兩論（Two Treaties）中所建構的理論。㈡區分位階較高法律（higher law）與通常法律（ordinary law），前者是全體

註六七：BVerfGE 73, 339f. （=Solange II.）

註六八：John Rawls, Political Liberalism （New York, 1996） pp.231ff.

美國人的意志（the will of we the People），後者是國會及選舉人的意志，通常法律應受較高法律的拘束。㈢民主憲法的原則諸如正當法律程序與受法律的平等保護，以及政府的組成架構都融合於政治價值及公共理性之中。㈣經民主方式產生的憲法及權利清單，形成公民團體的憲法精義（constitutional essentials），這些權利保証了法律的制定能夠符合自由、獨立之公民的意願。㈤立憲政府最終的權力既不屬立法部門也不屬於最高法院；最高法院雖是憲法的最高詮釋者，但國家最終的權力應適當的分配與三個部門，並均對人民負責（註六九）。美國的立憲主義依 Rawls 的看法是兩元民主：由全民制憲權力所產生較高法律即憲法，與國會平日制定的通常法律兩個層次構成，最高法院便是保障較高法律的機制，維護政治價值及公共理性，可以防止國會中短暫形成的多數，或用議事技巧所通過的法律，以表面上看，法院宣告法律違憲是違反多數決的，但是如果法院的判決是符合較高的憲法便不能視爲違反多數決，因爲公共理性提供了最高法院解釋的基礎，並獲得比國會更高的權威即全民的支持。因此 Rawls 強調，大法官們不可訴諸個人的理想、道德信念，也不應受自己或他人宗教或哲學的觀點所左右，大法官應該設想什麼是最符合全民信仰的公共理性及正義所應有之政治價值。Rawls 認爲最高法院是最高的憲法解釋者但不是最後的解釋者，所以他將一句膾炙人口的話："We are under the Constitution but the constitution is what the judges say it is"

註六九：Ibid.

更改爲："The constitution is not what the Court says it is. Rather it is the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is."（註七〇）。憲法並不是最高法院說它是什麼便是什麼，最高法院所述說的憲法，最終仍須經人民依憲法程序透過其他部門予以認可。這段話的用意在強調：最高法院作爲公共理性的範例，固然是指大法官們依其憲法的專業知識、有關的先例以理性的意見（reasoned opinions）對憲法作出最佳的解釋。但是在民主的社會最高法院仍不能獨行其是，還要受民意的制約，因此最高法院的判決與憲法增補條文不一致，或與新產生的政治上多數意見相反時，如同羅斯福總統推行新政（New Deal）時期所發生的事件，最高法院便不能堅持己見。如果有一天通過新增補條文，將憲法增補條文第一條廢止，爲美國建立國教要求人民信仰，或廢止第十四條法律平等保護、第五條正當法律程序條款，最高法院有義務遵守嗎？Rawls 說：這樣的修憲已牴觸二百年來的憲法傳統，「這不是單純廢止或保留，假如發生這種情況，即不難想像，政治權力如此行使的結局便是：導致憲法的破毀，或者正確的講是革命，而不是有效的修改憲法。」（They may be amended, in the ways mentioned above but not simply repealed and reversed, should that happen and it is not inconceivable that the exercise of political power might take that turn, that would be constitutional breakdown, or revolution in the proper sense, and not a

---

註七〇：Ibid., p.237.

valid amendment of the constitution）（註七一）。

西方國家的民主政治重心在議會政治、議員定期改選，使其組成有民主正當性，議會議事公開，幾近於在全民監督下進行，議事程序從提案、討論到表決須經過各種讀會，頗爲慎重，尤其黨團對立相互辯詰，有如邏輯的辯證過程。這樣通過的法案照理不致悖離公共理性。其實不然，因法案必須取決多數，多數人的利益並不等於公共理性，何況政黨爲一時選舉利益甚至犧牲某些公益，或犧牲少數族群的權益以取悅多數，有時政客基於私利合縱連橫成爲議會多數，議決完全棄公益於不顧的法案，也不是罕見的事。這種多數原則的浮濫（Missbrauch des Mehrheitsprinzips）（註七二），使得公共理性的維護，必須另闢蹊徑。在各種憲法機制之中，憲法法院或美國式的最高法院似乎是唯一可信賴的機構（註

註七一：Ibid., p.239. Rawls 是哲學家並非憲法學者，而美國人也不 care 什麼「憲章與憲法」的二分法，更不會知道我們釋字第四九九號解釋那套理論，卻一樣的出現憲法破毀的結論，足證當年以美國修憲可以毫無限制作爲支持國民大會的論調之不能成立。不過在 Rawls 之前，已有學者提出相同見解，See Samuel Freeman,"Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution" Philosophy and Public Affairs 21 （1992） pp. 41f.

註七二：Vgl. Brünneck, aaO, S. 139 ff.

註七三：美國最高法院與歐洲的憲法法院構造及職權皆不同，但主要都在扮演解釋和守護憲法的角色。美國人並未羨慕歐洲的制度，但有一事值得記述：一九八九年八月中旬本書著者與翁岳生、鄭健才、張特生及楊建華諸位大法官連袂訪問華府，於最高法院拜會方卸任院長職務的柏格（Warren Burger），柏格於交談中表示，希望有朝一日最高法院能夠名

七三)。德國在傳統的憲法爭訟種類之外，首創三分之一國會議員對於不贊成的法案，即可簽署送請憲法法院作違憲審查，德國制度不久即爲奧國、法國及若干亞洲國家所採用。如此設計有意將政治爭端轉化爲法律訴訟，脫離國會議場，以憲法法院作爲追求公共理性的論壇。

實相符改成像歐洲的憲法法院。

第三章 我國的釋憲制度

第一節 釋憲機關的組織及運作

我國現行的大法官釋憲制度在發展過程中深受歐洲憲法法院的影響，若干運作的方式更是亦步亦趨，有軌跡可循。司法院大法官本身對此也不諱言，而作自覺性的宣布：「我國法制以承襲歐陸國家爲主，行憲以來，違憲審查制度之發展，亦與上述歐陸國家相近」（見前引述釋字第三七一號解釋理由書第一段）。然而在制定憲法之初，大法官釋憲的設計，並非以歐洲憲法法院爲榜樣。因爲依照指導制憲之政治協商會議決議，「司法院即爲最高法院，不兼管司法行政」，故行憲之初，民國三十六年三月卅一日公布之司法院組織法，司法院除設大法官會議外分設民事庭、刑事庭、行政裁判庭及公務員懲戒委員會；大法官行使解釋憲法及統一解釋法律命令之權，各庭則分掌不同種類案件之審理。上述法律並未正式實施，又改爲訓政時期的制度，只增設了大法官會議，以迄今日。目前進行中的司法改革方案，所謂「一元多軌」、「司法院審判機關化」在組織形態上頗有重回民國三十六年方案的意味。以最高司法機關解釋憲法，固爲國民政府成立以來歷次宣布之憲法草案所訂定，民國十八年廣州國民政府的憲草，甚至還有出現設置國事法院的字樣，惟實際上均未公布實施。在現行憲法施行前，我國可謂並無由司法機關釋憲的先例；即使在歐洲，除

奧地利在兩次大戰之間短暫設立憲法法院外，也還沒有真正的憲法法院成立，所以大法官釋憲制度與其視爲模仿歐陸，不如說是延伸國民政府時代司法院統一解釋法令之餘緒而來。大法官會議設置之初，其運作規範——司法院自行訂定的大法官會議規則，所規定的大法官職掌不外對憲法疑義、各級規範與憲法有無牴觸的解釋以及法令之統一解釋。直到民國四十七年司法院大法官會議法制定爲止，似無人質疑大法官會議的職掌過狹，或未賦予人民聲請解釋憲法以維護個人權益，與制憲本意不符，由這項過程可資佐證。

大法官釋憲制度逐漸以歐陸國家憲法法院之發展爲取向，可說是三項因素影響的結果：一是大法官會議法以及後續的審理案件法先後實施；二是德奧等國憲法法院的發展日益完備；三是威權解構，使得憲法的常態適用成爲可能。民國八十一年修憲時又仿效德國制度，在增修條文增設由大法官組成之憲法法庭，審理政黨違憲解散案件，前述大法官會議法並經修訂爲司法院大法官審理案件法。不過跟歐洲設有憲法法院的國家相比，無論在組織架構及審理程序上，都不夠完善。民國九十二年以後大法官可能以憲法法庭的形態行使職權，可謂進一步「法院化」，但若職掌及適用程序規範少有變更，則組織體外觀的改變，對實質的作用不大。

我國憲法上的五院中，行政、立法、考試及監察四院除正副院長之外，分別設有政務委員、立法委員、考試委員及監察委員，其中固有獨任制（行政院）、合議制（考試院）、集體行使職權（立

法委員）、有時可單獨行使職權（監察委員）之分別，但頗爲對稱，而且都共同組成行使職權的機制「院會」。唯獨司法院設大法官（目前最高人數爲十五人），不見「司法委員」，尤其特殊者，司法院院長雖然是大法官會議主席卻原本不具大法官身分（副院長也非大法官），所以主席無從參與大法官們的討論及表決（註七四）。目前司法院組織雖甚龐大（有十一個廳處），真正行使司法權者僅大法官而已，其餘人員除大法官書記處配置於大法官外，都是在院長指揮下辦理司法行政事務，依照釋字第一七五號解釋：「司法院就其所掌有關司法機關之組織及司法權行使之事項，得向立法院提出法律案」，司法院所設司法院會議主要職權就是審議這類法律草案（註七五），雖然如此，仍無損於在處理司法行政事務上，司法

註七四：從憲法本文並看不出司法院院長、副院長一定不具有大法官身分，何以現行司法院組織法卻規定設大法官十七人，不含正、副院長，成爲主持大法官會議者卻非大法官的奇特制度（九十二年十月起正副院長亦具大法官身分，總人數則爲十五人，均以憲法增修條文第五條第一項爲依據）。記得楊與齡大法官曾對著者說，資深立法委員告以，爲不讓司法院院長權力太大，所以不使其有大法官身分。不過，立委的說詞我卻不相信，因爲在實施審檢分立前，司法院在司法行政事務上，幾可垂拱而治，無須顧慮院長權力過大。我猜想，我國立法工作一向欠缺精準，行政院院長、副院長、考試院院長、副院長法律都未規定具有政務委員或考試委員身分，還不是照樣主席兼委員，司法院院長也就想當然爾。立法之際根本未考慮司法機關講求法庭組織之合法，與行政機關並不相同。

註七五：現行司法院組織法上並無院會即司法院會議的規定，因爲在民國六十九年七月一日實施院檢分立之前，高等法院以下各級法院都隸屬於行政院

院是以院長爲首長的獨任制機關。

大法官以會議方式，行使審理解釋憲法及統一解釋法令職權時，關於政黨違憲解散案件則組成憲法法庭審理（司法院大法官審理案件法第二條）。所以大法官會議只是大法官行使憲法第七十八條權限的方式，而非組織形態，自大法官審理案件法公布施行以後，司法院正式文書就避免使用大法官會議的字樣，預計九十二年後又將改變方式，以憲法法庭形態運作。上開審理案件法第十條規定，司法院接受聲請解釋案件，應先推大法官三人審查，通稱三人小組，每一小組成員由提名擔任大法官時不同資格者組成，如果大法官現有人數十六人時，每一個小組其成員就不固定，必須輪流與第十六位大法官共組小組。

大法官辦理案件可分爲三個階段：小組討論、全體審查會及正式大會。大法官依次輪分案件，與個人專長無關，第一階段由分到案件的大法官擬具解釋文及解釋理由書草案，與小組成員討論後共同簽名提交審查。第二階段爲全體審查會的作業，以小組提出的草案爲基礎，先通過解釋原則，再就文字逐段討論，同仁之間有辯論、有詰難，字斟句酌、反覆推敲，過程慎重而緩慢，有經過三、四十次審查會始定案者（註七六），審查會通過的草案，

之司法行政部，司法院所屬三所審判機關又都各自獨立，自行處理其行政事務，司法院規模甚小，無開院會的必要。院檢分立之後，司法院乃以內規設置院會。

註七六：大法官對案件的審理、討論可以說是最充分的合議，每位大法官手上都有全案卷宗資料，並不受小組意見的拘束，因此小組的功能並不是很顯

未必就是承辦小組的原案。審查會討論的過程有如二十世紀的哲學大師海德格（M. Heidegger）及加達默（H. G. Gadamer）所講的詮釋循環（見本書第四編第二章第四節）。在案件審查中若認爲有行言詞辯論的必要，則依審理案件法第十三條，準用憲法法庭相關規定，行言詞辯論，或者邀請聲請人、相對人、有關機關或專家學者到會說明。審查會通過的解釋文及解釋理由書仍屬草案性質，須提交大會討論表決。由於審理案件法施行細則第十八條給予準備撰寫個人意見書的大法官，自審查會通過草案起五天的期間，大會與審查會一般須間隔一星期。這種分階段的審理及討論方式，既不符效率原則，又不利於結果公布前的保密，主要就是因爲院長不參與審查會的討論之故。

大法官的表決之可決人數有各種不同規定（註七七）：審查會及

著，小組成員通常多尊重執筆人的意見，不過遇有重大疑難的案件，小組內部也會熱烈討論形成共識。最值得稱道的是：終審法院採秘密分案的作法，在大法官是不存在的，只是會議（評議）及其紀錄尚未公開而已。其實重大案件或有學術價值的案件，不少大法官會發表個人協同意見書或不同意見書，有時發表者幾達半數，則大法官評議的立場，已透露殆盡。

註七七：在大法官會議法適用之時期，大法官會議解釋憲法須出席大法官四分之三之可決，困難度甚高，效率大受影響，尤其第四屆其公布之解釋，幾乎固定有兩位大法官寫不同意見，其形成可決多數之難，可以想見。於是第五九六次會議決議，如果釋憲案的結論是：尚不發生牴觸憲法問題，只要出席大法官過半數同意即可。第四屆有一、二案件曾用這種表決人數作成解釋。此後大法官即未再使用，蓋頗有規避法定人數之嫌。

大會㈠對解釋憲法案件，均應有大法官現有總額三分之二出席，出席人數三分之二同意（審理案件法第十四第一項）；㈡對統一解釋案件均應有過半數出席，出席人過半數同意（同條第二項）；㈢解釋憲法及統一解釋的理由書，以各該出席人過半數之同意；㈣不受理案件亦以出席大法官過半數行之（均規定於審理案件法施行細則第十六條）。如果在大會或審查會發生案件的全部或一部應依何種可決人數的規定發生爭議時，由出席大法官三分之二同意定之，得不到三分之二同意時，適用解釋憲法的可決人數（上開細則第十七條第二項）。至於審理政黨解散案件之憲法法庭的表決則又有下列各種情形：㈠駁回解散聲請之裁定，應有大法官現有總額四分之三之出席，及出席人過半數之同意行之（審理案件法第二十五條第三項），㈡判決之評議，應經參與言詞辯論大法官（即總額四分之三出席）三分之二之同意決定，評議未達前項人數者，應爲不予解散之判決。憲法法庭開庭由最資深的大法官擔任審判長並主持裁判的評議，院長兼大法官之後，當然改由院長充任。

第二節　釋憲機關的權限

憲法第七十九條第二項及第七十八條對大法官的權限僅作原則性的規定（由於凍省之故，審查省自治法及省法規是否牴觸憲法或法律的權限，也已隨之凍結），其實施仍有賴法律的進一步規定，所謂法律包括前面所引的司法院大法官審理案件法、地方制度法、行政訴訟法，此外尚有大法官本身的解釋也涉及大法官的

權限。先就審理案件法第四條說明，該條規定：

大法官解釋憲法之事項如左：

㈠關於適用憲法發生疑義之事項。

㈡關於法律或命令，有無牴觸憲法之事項。

㈢關於省自治法、縣自治法、省法規及縣規章有無牴觸憲法之事項。

前項解釋之事項，以憲法條文有規定者爲限。

這一條文宣示的作用大於實質效力，因爲沒有聲請解釋的主體及要件，根本無從施行；而不在上述三類範圍的事項有明定其聲請主體及要件，照樣發生效用，譬如同法第五條第一款在憲法疑義之外，又增加憲法爭議，便是第四條所無。該條第一項第三款如前所述，已無意義。至於第二項所謂解釋事項以憲法有規定者爲限，以及第十三條前段「大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料」云云，則是出於歷史恩怨的不當立法（註七八）。所以關於大法官的職權，以下將綜合有關法律及解釋，以發生實際效用的「完全規範」規定爲準：

第一類　解釋憲法案件

㈠中央或地方機關行使職權，適用憲法發生疑義之案件（審理案件法第五條第一項第一款）。

註七八：民國四十六年五月三日司法院作成釋字第七十六號解釋，認「國民大會、立法院及監察院共同相當於民主國家之國會」，引起立法院極度不滿，立法委員即起草大法官會議法，而有此種不合常理之規定，目前送立法院審議中的修正案，已予刪除。

㈡中央或地方機關行使職權，與其他機關之職權發生適用憲法爭議之案件（同上條款）。

㈢中央或地方機關行使職權，適用法律與命令發生牴觸憲法疑義之案件（同上條款）。

㈣立法委員現有總額三分之一以上，就其行使職權，適用憲法發生疑義之案件（同條項第三款）。

㈤立法委員現有總額三分之一以上，就其行使職權，適用法律發生有牴觸憲法疑義之案件（同前）。

㈥最高法院或行政法院（目前稱最高行政法院）就其受理案件，對所適用之法律或命令確信有牴觸憲法疑義之案件（同條第二項）。

㈦各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法疑義之案件（釋字第三七一號解釋）。

㈧人民於憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法疑義之案件（審理案件法第五條第一項第二款）。

㈨各級地方自治團體之立法機關議決之自治事項或地方法規，是否牴觸憲法或法律疑義之案件（地方制度法第四十三條、第三十條、釋字第五二七號解釋解釋文第二段）。

㈩各級地方自治團體之行政機關辦理自治事項，而涉及之自治法規，有違憲或違法疑義之案件（地方制度法第七十五條、釋字第五二七號解釋解釋文第三段）。

以上所舉之十項事件中，除涉及地方自治團體的事項外，只包括法律違憲及命令違憲的疑義解釋，似未包括命令違法在內，故人民用盡審級救濟後，可主張法令違憲而提出聲請，但是否可單純主張命令違反法律？也有不同看法。或謂憲法第一七一條第二項只規定法律有無牴觸憲法由司法院解釋之，命令牴觸法律當然不在其中。這種論調我們並不贊成，目前實務上也不採，果真大法官不能審查命令違法，又無其他法院有權抽象審查，則豈非在規範秩序中留一缺口，何況命令牴觸法律至少違反憲法第一七二條。當然聲請釋憲者，最佳的作法是，舉出命令違法又違憲的條文，尤其是違背基本權的那項條文。

第二類　統一解釋

㈣中央或地方機關就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時已表示之見解有異，所提出聲請之案件（審理案件法第七條第一項第一款）。

㈤人民於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異，所提出之聲請案件（同條項第二款）。

第三類　憲法法庭管轄之事項

㈥政黨違憲解散案件（憲法增修條文第五條第四項、審理案件法第十九條）。

第三節　聲請解釋或審判的要件

前述三類共十三項職權，大法官與憲法法庭本於司法機關「不告不理」的被動特性，必須有符合要件的聲請案件，始能行使。以下將就十三項職權中性質相近者，合併敘述其聲請的法定要件：

一、憲法疑義、爭議及法令牴觸憲法之聲請釋憲案件（審理案件法第五條第一項第一款及第三款）

㈠有聲請權者為中央或地方機關、立法委員現有總額三分之一以上

這類爭訟是典型的客觀爭訟，即有資格提出釋憲聲請者，並不以本身憲法上的權利受損害爲前提，所發生者爲客觀上的憲法疑義或爭議等，均不影響其作爲「當事人」的能力。所謂機關應依行政法上機關之定義，通常指有行使公權力的權限，決定國家或其他公法人的意思並對外表示之組織體之謂，事業機構、人民團體都非機關。自然人有時也有機關之地位，例如總統行使法定職權時，亦爲憲法上的機關。至中央機關即國家所設置之機關，且不限於行政部門，五院及所屬之機關亦屬之。總統府固爲機關性質之組織體，但其首長是秘書長而非總統（註七九）。蓋總統爲國

註七九：秘書長是機關首長，但只是總統的幕僚，並無憲法上的職權，可否向司法院聲請釋憲，頗有爭議，見釋字第五四一號解釋，劉鐵錚大法官不

家元首，不是某個機關的首長而已。地方機關就是指地方自治團體（公法人）的行政或立法機關而言。

立法委員現有總額三分之一以上也可作爲單獨的聲請主體，這是民國八十二年將司法院大法官會議法修改爲司法院大法官審理案件法時，仿德國制度所增列。這種規定自有一定的功能，在本編第二章已有敘述。所以，立法委員欲聲請釋憲有兩種途徑可循：一是委員過半數通過決議，以立法院名義聲請；一是總額三分之一以上委員之連署提起聲請，對席次在三分之一以上的黨團頗爲方便。但這一規定常對大法官造成困擾，因爲允許三分之一的立法委員聲請釋憲，本意是使不贊成多數（過半數）通過法案的立法委員，仍有機會表達其反對意見，緩和多數決可能產生的弊端，然而國會表決未必都是多數黨與少數黨黨團的對立，通常又不採記名表決，故可能出現舉手贊成法案通過，又連署聲請釋憲，違反禁反言原則的情形，但司法院卻無從查核（註八〇）。

㈡須適用憲法發生疑義，或與其他機關發生適用憲法之爭議或適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義

這項要件實包括三種情形：

1.憲法疑義解釋：大法官受理這類案件爲數甚多，但也是最受各方批評的一項規定。從憲法第七十八條的文本「解釋憲法」

同意見書。

註八〇：參照王和雄，違憲審查制度與司法院大法官審理案件法，法學叢刊，一八二期，三十八頁。

而言，本不生問題，大法官會議成立之初作成的釋字第二號解釋也稱：「憲法第七十八條規定司法院有解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，其於憲法則曰解釋，其於法律及命令則曰統一解釋，兩者意義顯然不同。憲法第一百七十三條規定憲法之解釋由司法院爲之，故中央或地方機關於其職權上適用憲法發生疑義時，即得聲請司法院解釋。」但適用憲法的機關就如同適用法律的機關一樣，對條文的涵義應自行理解，不應請其他機關解釋，尤其司法機關應避免接受這種任務，以免成爲法律諮詢機關而有損其地位。所以每逢修法就有將憲法疑義解釋予以刪除的建議，結果都未成功，何以故呢？大概與我們特殊的國情脫離不了關係，像終止資深中央民代的釋字第二六一號解釋，和否定國大修憲的釋字第四九九號解釋，都是立法委員主張有憲法疑義而提出聲請，如果沒有疑義可以聲請釋憲的機制，則後果如何令人難以想像，而誰能保證將來憲政上絕對不會再出現類似這兩號解釋所涉及的現象呢？

2.憲法爭議解釋指對憲法涵義機關之間有爭執聲請解釋而言，有將憲法爭議稱爲機關爭議者，並不十分恰當（註八一）。憲法爭議與機關間之統一解釋頗爲相像，不同之處僅在憲法理解上的不同（爭議），與法令理解上的不同而已。具體案例如釋字第一五

註八一：見王和雄，前引論文，二十七頁。但機關爭議（Organstreit, Organstreitigkeit）是指機關間的權限爭議而言，審理案件法卻規定是兩個以上機關對適用憲法時，因理解不同而生的爭議，未必涉及彼此間權限的積極或消極爭議。

一號遺失查帳徵稅代用空白完稅照，得否比照遺失查驗證補徵稅款解釋案，即是監察院對於以類推比照方式課稅有違憲法第十九條，與行政法院及行政院意見不一致之聲請案。又如副總統可否兼任行政院院長，也是立法與行政部門對憲法的理解不同（釋字第四一九號）。至所謂憲法爭議並不限於對憲法條文的本身，也包括對大法官與憲法相關的解釋在內。例如釋字第二八二號解釋關於國民大會代表爲「無給職」及「集會行使職權時，所得受領之報酬」國民大會及立法院均認爲有疑義及爭議，分別聲請解釋，經大法官受理並作成釋字第二九九號解釋。

3.法令牴觸憲法疑義的案件，而由機關提起爲數不多，蓋法律或多數由行政機關或考試機關起草，經立法院通過，這三個機關殊少可能主張法律違憲；行政命令發布之機關不得違反禁反言法理而發動違憲審查，而其他機關基於相互尊重的立場，也不輕易聲請解釋。因此可能提出聲請者只有期待職司風紀的監察院，或者對法律案原持反對意見的部分立法委員（即總額三分之一）。著名的釋字第一六六號解釋宣告違警罰法有關拘留罰役規定違反憲法第八條第一項的釋憲案，就是監察院所提出的聲請；釋字第四三六號解釋，宣告軍事審判法不許判決有期徒刑以上之罪向普通法院上訴之規定爲違憲的案件，則是由部分立法委員提出的聲請案。

以上憲法疑義、爭議或法令牴觸憲法疑義，有時區分並不明

顯（註八二），分明是憲法疑義解釋，卻可能產生現有法令違憲的結果，例如釋字第八十六號解釋乃是對憲法第七十七條疑義的解釋，其解釋意旨認爲高等法院以下各級法院亦應隸屬於司法院，無異宣告當時有效施行的法院組織法，將高等法院以下法院劃歸行政院所屬的司法行政部之規定違憲。

㈢須為行使職權，適用憲法之事項

1.立法委員行使職權之認定：無論疑義、爭議或違憲解釋，提出聲請的機關或立法委員都必須是行使職權，適用憲法。提出聲請是基於行使何項職權，如何適用憲法並應在聲請書中敘明，否則即欠缺受理之要件。這裡先就立法委員行使職權之認定，加以說明：民國八十六年國民大會修憲，將行政院院長由立法院行使同意權之規定刪除（即同年七月二十一日公布之增修條文），三分之一以上立法委員提出釋憲聲請，質疑修憲之正當性，並未說明其聲請時行使何種職權，故不予受理。八十三年七月立法委員一百四十餘人認爲民法第一〇八九條「父母對未成年子女權利之

註八二：論者曾將機關爭議而生之違憲審查，加以統計分類，認爲有七種之多：1.憲政機關制定之抽象規範內涵，發生牴觸憲法之爭議者。2.機關適用法令所爲之個案規範內涵，發生牴觸憲法之爭議者。3.立法院刪除預算，發生牴觸憲法之爭議者。4.機關職務上行爲或措施，發生牴觸憲法之爭議者。5.機關非職務上行爲或措施，發生牴觸憲法之爭議者。6.機關之不作爲，發生牴觸憲法之爭議者。7.其他憲法義務主體之行爲，發生牴觸憲法之爭議者。見李念祖，大法官從事個案違憲審查之憲法解釋實例研究，翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，上冊，八三一頁以下。

行使意見不一致時，由父行使之」的規定，有違憲之嫌，準備修正但不知方向如何，聲請解釋，大法官審理結果認爲與要件不符，不予受理（見釋字第三六五號解釋理由書），無非認爲是預備行使職權，而非正在行使職權。釋字第三六四號解釋則是立法院審議廣播電視法修正草案之際，對憲法第十一條發生疑義，以院會通過決議方式聲請解釋，獲得受理並作成解釋。至於釋字第四三六號解釋也是立法委員三分之一以上，認爲軍事審判法規定，軍人犯罪以軍事審判機關爲終審有違憲疑義，聲請解釋，其聲請書並未說明行使何項職權，但仍爲大法官所受理。從以上所舉案例，可見大法官對立法委員行使職權之認定，似有出入。爲求一致，大法官乃於八十八年第一一二三次大會決議：「今後凡立法委員於法律制定、修正之審議中，或法律修正草案尚在立法委員研擬中，發生違憲疑義而以聲請憲法解釋之方式預先徵詢本院意見者，以不受理爲原則」（註八三）。

關於立法委員聲請釋憲之所謂行使職權，不分以院會決議或三分之一以上連署方式提出，都是指集體行使職權而言，若立法

註八三：大法官可否以自行決議（即所謂內規）方式，作爲行使職權及受理案件之依據，並非毫無爭議，姚瑞光大法官在釋字第一五八號解釋不同意見書中，就曾對這種決議的合法性大表質疑。不過，大法官在此之前及其後，仍作成不少這類決議。我們認爲，大法官受理案件之程序問題，法律之規定既不能鉅細靡遺，大法官本應自行解決，如有通案性質者，作成決議若與法律並無牴觸，應無不當之處。根據前述決議，賴勁麟等委員關於國籍法，穆閩珠等委員關於大學法之聲請，均不予受理。

委員個人行使之職權（如向行政院提出質詢，未獲滿意答復）；或主張委員個人權益遭受損害（如全國不分區委員因遭所屬政黨開除黨籍，致喪失委員資格），均不得以集體方式聲請釋憲（註八四）。

2.監察委員行使職權之認定：監察委員認爲有憲法疑義，或法律牴觸憲法，在第四屆以前聲請解釋者，爲數甚多。例如釋字第八十六號解釋高等法院以下法院的隸屬問題、釋字第一六五號解釋地方議員免責權問題、釋字第一六六號解釋違警罰法違憲案等，據公開刊載的聲請書，沒有一句陳述其行使何種職權適用憲法，結果也都受理作成解釋。第五屆以後，這類由監察院提出聲請的案件，幾乎不再發生。究其原因，與監察院結構功能改變頗有關係，而第四屆大法官在不同意見書中對監察院聲請資格，表示質疑也不無影響。第六屆大法官對機關聲請受理要件的審查漸趨嚴格（見前段關於立法委員聲請的敘述），可能也是使有意發動聲請者卻步的原因。

3.其他機關行使職權之認定：中央最高層級之機關五院及總統府理論上及實際上都曾提出聲請案，立、監兩院已如上述，即在憲法上行政院職權廣泛，考試院也有固定職掌通常提出之聲請案，不生是否與行使職權及適用憲法有關的問題。司法院也曾向大法官聲請解釋，有受理者（釋字第一七五號關於向立法院提案

註八四：實際均有這類案件。值得注意者，第一一二三次大會決議只是作爲原則，並不排除出現例外，況且案件受理與否都是逐案討論，取決於過半數大法官。

權的解釋），也有不受理者（註八五）。比較發生問題的是總統府的聲請案，前面說過，總統府的首長是秘書長，對外行文通常也是用秘書長的名義，但總統府及其秘書長均非憲法上機關，秘書長之職務不外承總統之命綜理府內行政事務（見總統府組織法第九條第一項），幾無有行使職權直接適用憲法的機會，然釋字第七十六號解釋及釋字第四七〇號解釋均是秘書長提出聲請而作成解釋的案件，迨釋字第五四一號解釋時，才改爲秘書長代理總統提出聲請，但有大法官持反對意見，認應由總統直接具名聲請（註八六）。最後討論國民大會的地位問題，在民國八十九年四月修憲之後，國民大會性質從憲法本文的「常設但不經常集會」，變成「非常設的任務型集會」，遇有修憲案、領土變更案及總統、副總統彈劾案發生，才以比例代表方式選出，集會一個月。以往國民大會通過決議經由其秘書長聲請釋憲，經受理的案例甚多，甚至也有由秘書長逕行聲請解釋的案件。嗣後除非國民大會已經選出，並在集會行使職權期間，否則似無聲請之適格。

㈣聲請機關有上級機關者，其聲請應經由上級機關層轉

註八五：司法院於八十四年五月五日發布法官兼庭長職期調任實施要點，部分庭長指其違憲，推行遭遇困難，司法院遂向大法官聲請解釋（會台字第六一三六號），大法官以聲請機關既認其發布之要點並未違憲，又自行聲請解釋，與要件不符，未予受理。

註八六：劉鐵錚大法官之不同意見書，載司法院大法官解釋續編（十五），一九九頁。

這項要件規定於審理案件法第九條，其目的即該條後段所稱：「上級機關對於不合規定者，不得爲之轉請」，俾免聲請的浮濫，「其應依職權予以解決者，亦同」，蓋上級機關對下級機關適用憲法及法規之疑難，在職權範圍內有予以解答的義務。依此規定總統及五院是最高層級機關不生轉請的問題，其他中央機關都須經過轉請。地方行政機關在體系上屬於行政部門，理論上非經層層轉報至最高行政機關行政院，其由轉請，否則無從聲請，而地方政府聲請解釋憲法常與中央地方權限劃分有關，中央政府既爲爭端的另一造當事人，卻規定須由其核轉，殊不合理。故實例上有一變通辦法，無論憲法解釋或統一解釋由地方議會提出聲請時，不須核轉，因爲民意代表機關沒有上級機關可言。例如高雄市議會主張財政收支劃分法將地方稅之立法權及稅款之統籌分配，歸中央立法有違憲疑義，聲請釋憲，經大法官受理作成釋字第二七七號解釋；又如關於警察預算依憲法權限劃分，中央有無編列之權限？台北市議會認有牴觸憲法之處，提出聲請，這就是釋字第三〇七號解釋的來歷。但早期縱由民意機關聲請，仍由行政院核轉，釋字第三十八號解釋便是縣議會的聲請案。如前所述，地方行政機關的聲請如須由上級監督機關核轉，根本喪失發生中央與地方（執行事項）權限衝突時，由司法院以釋憲方式解決之機會，故釋字第五二七號解釋明白釋示，關於自治事項、自治法規有無違憲，中央與地方發生爭議時，無大法官審理案件法第九條之適用，由地方自治團體之行政機關或立法機關逕行聲請解釋。九十一年十月四日公布有關全民健保保費分擔的釋憲案，性

質上屬於中央與地方之權限爭議，聲請人機關台北市政府仍報請行政院核轉，經拒絕後台北市政府方提出聲請（註八七）。故須否由上級機關核轉，應視聲請案內容而定，並非一味取決於組織系統上的關係。

二、法官認爲法令牴觸憲法之聲請釋憲案件（審理案件法第五條第二項及其他案件）

法官受理之案件，對所適用的法律或命令，確信有牴觸憲法時，法律（即大法官審理案件法第五條第二項）原本規定，只有終審法院法官即最高法院及行政法院（目前稱最高行政法院）法官得以裁定停止訴訟程序，並以各該院的名義聲請大法官解釋。釋字第三七一號解釋認爲只有上述終審法院法官可以發動違憲審查，顯與憲法規定一般法官均獨立審判的意旨不符，遂仿德國之制，擴大解釋各級法院法官都可以法律違憲爲由聲請解釋。該號解釋設定的聲請要件如下：㈠須法官於審理案件時應適用之法律是否違憲，爲該待審案件之先決問題，㈡法官須提出客觀上形成確信法律爲違憲的具體理由，㈢先裁定停止訴訟。前述所謂先決問題依釋字第五七二號解釋之補充釋示：「係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言」；所謂提出客觀上形成確信法律爲違憲的具體理由，「係指聲

註八七： 見釋字第五五〇號解釋案，台北市政府之聲請書及附件，載司法院大法官解釋續編（十五），四一四頁。

請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律爲違憲之具體理由。釋字第三七一號解釋開放一般法官聲請與前述審理案件法的規定有二點不同：一是法官以個人名義（獨任審判時）或合議庭名義（三人共同簽名）提出聲請即可，不必由所屬法院核轉，甚至由法院發函也非必要，因爲審判上的事項法官完全獨立行使職權；二是釋字第三七一號解釋只限於法律違憲，命令違憲法官得逕行拒絕適用，不須聲請解釋，審理案件法第五條第二項，將命令也包括在內，是指欲使違憲命令完全失效而言，而非單純拒絕適用。自釋字第三七一號解釋公布以來，法官聲請已有多起，像釋字第三九二號解釋檢察官羈押權，釋字第五五四號解釋通姦除罪化等案件都是法官所聲請者，惟若提出的聲請理由不夠具體或不足以表明客觀上所形成的違憲確信時，也常有不予受理的情形。總之，在法制上未開放法官對法律也有違憲審查權之前，爲維持剛性憲法的效力，使憲法的效力深入生活領域，釋字第三七一號解釋的觀點值得稱道。

除此之外，行政訴訟法第一七八條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」釋字第五四〇號解釋便是台北高等行政法院根據本條聲請而作成，這號解釋並創設無

審判權的法院應依職權移送的法則。據悉相關法律草案（民事訴訟法及法院組織法），已依解釋意旨及行政訴訟法之例，列入條文之內（如民訴法第一八二條之一）。

三、人民聲請釋憲之案件（審理案件法第五條第一項第二款之案件）

㈠聲請主體為自然人、法人、政黨及非法人團體

審理案件法第五條第一項第二款前段的文字：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利」，是修改大法官會議法而來，後者只用「人民」於其憲法上所保障之權利的字樣，在大法官會議法有效適用期間，早已包括法人及非法人團體在內。蓋判斷得否聲請釋憲並具有憲法爭訟的當事人能力，實務上取決於兩項標準：一是視主張受損害的權利的性質而定，若非自然人則不能享有的基本權（如選舉、罷免、服公職等），法人或團體當然無當事人能力；性質上屬於國民權利而非人類權利者，外國人自亦不得提出爭訟。二是受審級救濟訴訟能力之影響，在審級救濟中有當事人能力，續行的憲法爭訟通常也有當事人能力，但也有例外，例如依刑事訴訟法被告之配偶可以單獨上訴，取得終局確定判決之後，該配偶則不得以自己之名義聲請釋憲，因爲非受損害的基本權主體，不得聲請。這種情形在行政訴訟確定後提出聲請者，較少發生，蓋公法上的權利種類多爲一身專屬的性質，有行政訴訟的當事人能力，通常也具備憲法爭訟的當事人能力。

法人當然包括公法人與私法人，私法人的爭訟能力不生問題，公法人則有待進一步說明。現行制度公法人只有國家、各級地方自治團體（即直轄市、縣（市）、鄉鎮市）及農田水利會，未來可能出現所謂行政法人（即行政法上所稱的一部分營造物）的新型態。故應分別情形而論，㈠國家不可能與國家本身進行憲法訴訟，縱國家機關在某些情形下，作爲原告進行民事訴訟（私經濟行爲之爭執）或行政訴訟（例如中央機關違反廢棄物清理法遭罰鍰處分），但最後該國家機關仍不得依審理案件法第五條第一項第二款提起爭訟，蓋國家機關無基本權利能力。㈡地方自治團體作爲私法上權利義務主體時，與私法人同等對待，私法人得爲基本權主體者，具有公法人資格的地方自治團體亦同，但地方自治團體作爲公權力主體時，難認爲也有基本權利能力（註八八）。訴願法第一條第二項規定：各級地方自治團體或其他公法人對上級監督機關之行政處分，認爲違法或不當，致損害其權利或利益者，亦得提起訴願。就私法上的權利或利益而言，完全有其適用。若公法上的權利或利益，則地方自治團體本身即公權力主體，乃人民以訴願聲明不服的對象，公權力主體也有訴願能力，理論上則有疑義，公法上爭議以客觀的機關爭訟解決較爲適宜。惟在欠缺機關爭訟的設計下，爲維護地方自治團體的權益，並考量「武器

註八八：在本書第二編第一章第六節中曾經說明，我國這種理論與奧國憲法法院的作法相同，而與德國有別，縱然在私法關係上，德國之公法人不能與私法人的基本權能力等量齊觀，參照 H-U.Gallwas, Grundrechte, 2. Aufl, 1995, S. 17.

平等」的原則，在比較法上有將上級監督機關，對地方自治團體所為的各種監督措施視為行政處分（Massnahmen der Rechtsaufsicht als Verwaltungsakt）的制度（註八九），九十一年十二月下旬公布的釋字第五五三號解釋台北市里長延任釋憲案，也是採取類似的見解（註九〇）。㈢農田水利會雖為公法人，但與行使部分統治權的公權力主體不同，因此就憲法上權利的保護必要（Schutzbedürfnis）而言，與私法人大體相當。

㈡聲請人須以其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害為權利保護要件

聲請人應明確指陳憲法上何種權利遭受侵害，若不能具體說出憲法第七條至第二十一條中那一條的權利，則不妨歸之於憲法第二十二條的範疇。憲法上權利與法律上權利在概念上有別，但

註八九：R Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3 Aufl., 1996, S. 155.

註九〇：里長延任案，爭點是里界調整是否相當於地方制度法第八十三條第一項所稱的特殊事故，而屬台北市政府有權決定的自治事項？釋字第五五三號解釋其中一項意旨是：行政院撤銷台北市政府延任決定的行為乃行政處分，台北市如有不服應提起行政爭訟謀求解決。嚴格講，里長延期選舉與否？與台北市之自治事項的權限有關，是否侵害公法人之權利，頗有商榷餘地。多數意見認為台北市有權利保護之必要，得提起撤銷訴訟。在比較法上也有類似理論，德國聯邦與各邦之權限爭議（歸聯邦憲法法院審判），學者稱為權限爭議的主觀化(Subjektivierung von Kompetenz)，參照 Maunz u. a, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, aaO., § 13 Rn. 78.

實際上甚難區分，尤其迄今爲止我國尚未發展出嚴謹的各種基本權概念，例如只要與土地、錢財、物品有關者，不問其來源性質，也不論其受私法抑公法所支配，都可認爲屬於憲法第十五條的財產權。這種寬鬆的憲法上權利認知，與若干歐洲國家不同，但卻有利於人民尋求救濟。

審理案件法第五條第一項第二款文本稱：「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」，這句話的規範意義爲：人民聲請釋憲案件是憲法爭訟中的主觀爭訟，即聲請人與民事或行政訴訟的原告一樣，應具有權利保護必要的要件。詳言之，聲請人遭受不法侵害通常是公權力的加害，但也不排除他人的加害（例如雇主違反男女平等的解雇事件），這類侵害是因爲確定終局裁判適用違憲的法規所致，若審查結果認爲系爭的法規縱然違憲，聲請人仍不具有法的利益，應不予受理。惟大法官釋憲的運作，尚未達到完全法庭化的程度，案件的受理與否未必絕對嚴格的檢驗權利保護要件。

㈢須指摘確定終局裁判所適用之法律或命令有牴觸憲法之疑義

在這項要件下，聲請釋憲必須指摘法令違憲，而不是確定終局裁判本身認事用法違憲，近年大多數不受理的案件，都是因爲聲請人不諳個中道理之故。以下分作幾點討論：㈠聲請人指摘法令牴觸憲法須達到何種程度？法條的文字是：「發生有牴觸憲法之疑義」，似乎只是在聲請狀中泛指法令有違憲之嫌即可，其實不

然，大法官在無數的不受理案件的決議中，都以「聲請人無非以個人觀點主張如何如何，並未指摘某法律條文客觀上有何牴觸憲法之處」，或類似的文字。而當事人違法或違憲的指摘向來有主張說（Schlüssigskeitstheorie）與可能說（Möglichkeitstheorie）之別，前者謂只要聲請人（或原告）所提出的聲明中，已斷然主張（schlüssige Behauptung）法令違憲便可；後者謂聲請人僅有主張違憲尚有不足，須從其主張中顯示法令有違憲的可能，始足相當。在行政訴訟原告指摘原處分違法而提起撤銷之訴，通常採主張說，對人民較爲有利（註九一）。從上述實務上要求聲請人對法令之違憲，應作客觀上具體之指摘而論，顯然超越主張說，而屬於可能說。何以如此？涉及我們的訴訟法制整體問題，法律審上訴以第二審判決違背法律爲限，最高法院對於違背法令的指摘：一向認爲：「上訴論點，並未具體指出原審認定事實有如何違反法令情事，更未指明其所違反法令之條項或內容。僅泛稱原審判不當，違背法令等語，自不得謂已合法表明上訴理由，本件上訴，顯難

註九一：關於主張說及可能說參照拙著，行政爭訟法論，修訂版，一〇〇頁。德國聯邦憲法法院法第九十條第一項有關人民提起憲法訴願的規定，其用語爲：主張其基本權或基本法上其他權利受公權力之侵害。所謂主張依聯邦憲法法院的見解，須有實質意義的主張（substantierte Behanptung）即從原告所提出之陳述中，基本權有受侵害的可能（BVerfGE 53, 30, 51）。換言之，是採難度較高的可能說，參照 K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, aaO., S. 135f.

認爲合法」。（七十年台上字第七二〇號判例）（註九二）。法律審上訴仍是審級救濟的一環，對判決的違法應作具體明確的指陳，憲法爭訟既爲審級救濟以外的非常救濟，則主張法令違憲者其應表明的責任不應低於法律審的上訴人。㈡法令在此作何解釋的問題：法律是指形式意義的法律（即憲法第一七〇條與中央法規標準法第二條所指的法律），沒有疑問。命令則指中央或地方機關發布的一切具抽象拘束力或得反復引用作爲處理具體個案的規章、例規、函釋等在內（參照釋字第三七四號解釋理由書）可細分爲⑴中央法規標準法第三條名稱之行政命令，⑵上開條文名稱以外之行政命令，如要點、注意事項等，⑶行政規則而不使用名稱者：例如以普通公文方式由財政部對所屬稽徵機關下達的有關各種稅法的解釋函，⑷考試機關發布之招生簡章（應考須知），其法律性質難於歸類，也屬於此所謂命令（釋字第二〇五號解釋之審查對象即是這一類），⑸最高法院、行政法院之判例（見釋字第一五四號、第一八五號解釋）、公務員懲戒委員會得作爲先例引用之案例（釋字第三九五號解釋）、最高法院民、刑庭會議之決議、行政法院庭長法官聯席會決議（釋字第三七四號、釋字第四二〇號解釋），⑹訓政時期司法院解釋及大法官的解釋，也是此處所稱的法令，均可作爲審查標的，但對大法官解釋聲請變更或補充解釋，另有規則（詳後）。㈢何謂確定終局裁判所適用之法令？所謂適用

註九二：最高法院七十一年台上字第三一四號判例、七十一年台上字第四八〇號判例均有相似意旨，參照拙著，前書，二三五頁以下。

是指裁判的依據或裁判之獲致結論（主文），與引用系爭的法令有密切相關，設非如此，則裁判書中雖然寫到某一法令，但並非此處所謂的適用。至於在裁判書「據上論結」中引用，或在理由書其他段落引用，在所不問。引用時通常都會寫明法令名稱與條次，判例或決議的號碼、日期或函釋的發文文號，若裁判書只引用法令或判例等內容，而不直接寫出名稱或號碼時，仍然視爲已經引用該法令或判例（釋字第一九二號解釋對最高法院判例的審查，便是如此）。關於確定終局裁判所適用法令的認定，有三種特殊情形值得注意：

第一，並非與判決有密切相關或影響判決形成，並經判決書引用的行政機關函令，都可作爲審查對象。例如國稅局爲處理某一稅捐減免事件，向財政部請示，經財政部以公函指示其如何辦理，國稅局據此作成處分行爲，這時財政部的這類公函常被誤作審查對象，而聲請釋憲，其實財政部的公函與國稅局的處分已經合而爲一，在行政法上稱爲多階段處分（mehrstufiger Verwaltungsakt），在提起行政訴訟時，均爲行政法院應予審查的標的，不是違憲審查的對象（註九三）。反之，財政部的函令雖是對處理事件的具體指示，但屬於過去且爲他案所作成，如果後來又爲所屬稽徵機關引用作爲依據時；性質便有所不同，得成大法官審

註九三：八十年九月份審查通過的會台字第三八九六號案件，便屬於這類以行政處分當作確定終局判決所適用的法令而聲請，經決議不予受理（載司法院公報，第三十三卷，第十期）。

查標的（註九四）。

第二，法官於審判案件時，對法規的涵義應自行解釋，若法官就法規的具體適用見解，函請該項法規主管機關解釋，然後據以作成裁判，則主管機關這項函釋是否屬審理案件法所指的法令，實務上採否定見解（註九五），諒是認爲主管機關的函釋既經法官採用，便應視爲法官個人的法律見解，有審級制度可資救濟。

第三，雖非作爲裁判依據的法規，但與確定終局裁判有重要關聯性者，亦得爲聲請釋憲的客體。這是在釋字第五三五號解釋關於警察勤務條例違憲案，首次使用的理論。釋字第五三五號解釋，引發的刑事判決的事由是妨害公務，據以判決的法律是刑法第一四一條，惟聲請人（即被告）是否成立於公務員依法執行職務時當場侮辱罪，係以該受侮辱之公務員（即警察人員）是否依法執行職務爲前提（見該號解釋理由書第一段），因而認爲警察勤務條例與判決有重要關聯性。按裁判重要關聯性（Entscheidungserheblichkeit）是德國聯邦憲法法院所創的理論，有加以說明的必要。德國基本法第一〇〇條第一項規定：法院認爲某一法律違憲，而法院之判決須以該法律之有效性爲依據者，

註九四：釋字第四九六號解釋引發釋憲的事實，是稽徵機關引用財政部五十九年的令與七十七年的函釋，作爲處理八十年度獎勵投資免稅事件之依據，屬於這類。

註九五：七十九年十二月審查通過不予受理的會台字第三六九四號案件，以教育部答復承辦法官的函作爲聲請釋憲對象（載司法院公報，第三十三卷，第四期）。

應停止審判先取得聯邦憲法法院的判決。爲執行基本法上述規定，聯邦憲法法院法第八十條明定：法院得依職權直接提交聯邦憲法法院審理；提交時應連同卷宗並附理由敘明，法規之有效性爲法院判決所依據及該法規與何種上位規範相牴觸。這些規定是爲法官發動違憲審查（即釋字第三七一號解釋所規範之情形）而設，然如何情形才符合法律的有效性爲法院判決所依據，基本法及聯邦憲法法院法都沒有明確規定，聯邦憲法法院遂認定須與提交案件之法院的判決有重要關聯。所謂裁判重要關聯性依憲法法院的見解，指法律的有效或無效將導致原提交之法院，兩種截然不同的判決而言。提交憲法法院判斷者必須是法律中特定條文，整部法典或泛指立法目的違憲均不受允許（註九六）。釋字第五三五號解釋也是大法官主動以之作爲一項判斷標準，具體講警察勤務條例第十一條違憲與否，勢必影響原判決導致不同的判決，與德國聯邦憲法法院的適用頗爲相似，所差異者，不是在法官聲請違憲審查的事件中發展出來。

㈣須用盡審級救濟程序

確定終局裁判在訴訟法的意義與終審確定裁判不同，終局裁判是針對中間裁判（如訴訟過程中的裁定）而言，終局是指終結該審級的裁判，故地方法院對「本案」的判決而生既判力者（譬如未提上訴），也是確定終局裁判。若按照文義解釋則第一審判決

註九六：Maunz u.a., BVerfGG. Kommentar, aaO., Art 80 Rn. 271ff.

確定之後，即可聲請釋憲（註九七），如此第二及第三審之救濟功能何在？我們懷疑當初立法院自行起草的大法官會議法時誤解了訴訟法的用語。因此在釋憲實務上對「經法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判」解爲：「就其立法及制度設計之意旨，係指聲請人已依法定程序盡其審級救濟之最終裁判而言。聲請案件如在憲法上具有原則之重要性，且事實已臻明確而無爭議餘地者，得經個案決議受理之」。（註九八），這種決議符合各國同類爭訟的常規，自屬正確。故放棄上訴機會或遲誤上訴期間使案件確定，藉此提出釋憲皆不許可。不過，所謂用盡審級救濟程序，並不包括再審程序在內，所以終審法院判決確定後，即可提出聲請，不必再經再審判決；又提起上訴經不合法駁回，也視爲審級救濟已用盡（註九九）。通常情形，案件上訴第三審，經審理結果認爲第二審的判決並無違誤之處，而駁回上訴，但第三審的判決未必引用被指摘爲牴觸憲法的法規，遇此情形第二審判決所適用的法規，仍然是確定終局裁判所依據的法規（註一〇〇）。

依前述大法官第一一二五次會議決議，雖未用盡審級救濟，

註九七：涂浩如，司法院大法官會議法釋憲論，法學叢刊第十三期，五十頁，就採取這種見解。

註九八：八十八年九月十日大法官第一一二五次會議決議。

註九九：釋字二九〇號劉俠聲請解釋選罷法有關學經歷規定爲違憲案，便是一例。

註一〇〇：釋字第二二〇號解釋關於動員戡亂時期勞資糾紛處理辦法限制提起訴訟，有違憲疑義解釋案，宣告行政法院六十年判字第五二八號判例違憲，不再適用，但引用該號判例者是高等法院，最高法院駁回上訴的判決，並未引用判例。

若案件具有原則重要性者，也可例外加以受理。在我們的記憶中，迄目前爲止還未有過例外出現（註一〇一）。在德國用盡審級救濟方能提出憲法訴願，要求非常嚴格，相較於我國可謂有過之而無不及，凡公權力對基本權的侵害，經由各類法院（行政、財政、社會、勞工等）的審級有獲得救濟之可能者，都不得提起憲法訴願，對仍得提起再審之類非常救濟途徑的案件，其憲法訴願亦將不予受理。惟依德國之制，不必用盡審級訴訟程序，得逕向聯邦憲法法院起訴的例外情形有：1.事件具有一般重要性（allgemeine Bedeutung），2.不予受理對原告（Beschwerdeführer）有重大及不能克服之不利益（ein schwerer und unabwendbarer Nachteil），3.其他救濟途徑已無期待可能性（Unzumutbarkeit），前兩種是聯邦憲法法院法第九十條第二項明文規定，第三種是憲法法院的先例所建立，其運用情形值得我們參考（註一〇二）。

註一〇一：釋字第四三五號解釋爲針對立法委員免責權範圍所作的解釋，最先聲請者在刑事法院第一審判決後即提出，雖有憲法上原則重要性的意味，但未有受理先例，隨後立法院也聲請解釋，是否應予受理的問題遂迎刃而解，見該號解釋理由書末段。

註一〇二：所謂一般重要性與重大之不利益，其實例如下：原告指摘某邦的宗教稅法違憲，而各邦幾乎都有類似立法，也會發生同樣的合憲性爭議；或者在原告所屬法院轄區內，有不少與其相同的違反該稅法罰則的案件待審，都算是具有一般重要性（BVerfGE, 19, 268, 273; BVerfGE 62, 338, 342）。而政黨提起憲法訴願，指摘公營電台以截止時間已到，拒絕播放其爲即將來臨的選舉所製作的宣傳節目，聯邦憲法法院認爲若用盡審級救濟，該政黨即有難於回復之利益（BVerfGE 63, 230, 242）。

四、統一解釋

統一解釋是國民政府訓政時期遺留下來的制度，在其他國家甚少有這種機制。統一解釋在第四屆大法官以前，是主要受理並作成解釋的來源，因爲當時憲法解釋只有國家機關得以聲請，違憲宣告更是鳳毛麟角，統一解釋既屬解決適用法令的歧見，便無政治敏感性可言。統一解釋規定於大法官審理案件法第七條，又可分爲兩類：

㈠機關聲請統一解釋之案件（審理案件法第七條第一項第一款）

1.有權聲請者爲中央或地方機關：

中央機關當然指五院及其所屬機關，也不排除總統府及其所屬機關，有聲請統一解釋的可能；地方機關指地方自治團體的行政或立法機關而言，均已見前述。

2.須聲請機關就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有

至於無期待可能性，是指對法規提出憲法訴願（即指摘法規違憲，有別於指摘法院裁判等公權力行爲違憲），因依該法規作成的裁判或處分行爲已經執行，無從循各種審級程序獲得有效救濟，並且依聯邦憲法法院本身的先例，同樣情況若是指摘確定終局裁判或其他公權力行爲，將構成違憲，已足認符合憲法訴願要件（BVerfGE 70, 108, 145f），以上參照 K. Schlaich, aaO., S. 157ff; Maunz u. a., BVerfGG Kommentar, aaO., Art 90 Rn 199, 203.

異：

所謂就其職權上適用法律或命令，與同法第五條第一項第一款行使職權適用法律與命令意義相同。所以稱爲統一解釋者，就是對適用同一法律或命令的規定，聲請機關所持見解，與他機關先前已對外表示的見解發生歧異，而有加以統一的必要。至於條文尙有「與本機關」見解有異，非常費解，通常本機關既有權表示見解在先，自有權變更其見解於後，不必也不許聲請解釋。若謂終審法院與其本機關先前的法律見解不同，則由各該終審法院自行變更判例或召集總會變更決議，也無從聲請司法院解釋。所以「本機關」如果不是贅文，則似有一種情形可以相當：即司法院辦理司法行政事項，發現適用法令所持見解與舊有司法院解釋（特別是訓政時期所作的解釋），見解相異，而以院長或秘書長名義聲請解釋。至於大法官對這項要件的審查，與聲請解釋憲法相比較，似屬寬鬆。

3.聲請機關須非依法應受本機關或他機關見解之拘束或得變更其見解者：

在機關的組織體系中，下級機關應受上級機關見解之拘束，上級機關也可變更下級機關的見解，下級機關幾無聲請統一解釋的機會，故行政院各部會不得主張其見解與行政院有異而提出聲請，但教育部則可因見解與考試院先前已表示之見解相左，而聲請統一解釋。惟有一種例外情形，如下級機關具有準司法性質，其行使職權雖上級機關亦不得干涉時，應認該下級機關與上級機關見解不同時，得聲請統一解釋，例如公務人員保障暨培訓委員

會辦理申訴及覆審事件之見解，即不受考試院之拘束，又如審計長之於監察院也有類似情事。然受官場文化的影響，實際上不易發生這類案件。在組織體系之外，尚有功能體系，就是組織上雖無隸屬關係，但功能上卻有上下之分，例如行政院對訴願事項所持的見解，與行政法院相異時，應受行政法院的拘束，又行政院人事行政局也不得主張適用考銓法規與考試院不一致，而聲請統一解釋。

在司法審判體系下級審之見解應受上級審拘束，更無聲請之餘地。檢察官應受法院見解之拘束，如有不服只能循上訴或抗告程序，直達終審法院爲止。在第四屆以前，有兩類「非常態」的統一解釋案件：一是當檢察系統，尤其是檢察長（現改稱檢察總長）提起非常上訴，其見解不被最高法院所採，乃經司法行政部（現稱法務部）轉行政院，以行政院的名義提出統一解釋的聲請，以便扭轉最高法院的見解，釋字第一四五號解釋及第一四六號解釋，就是這種來源下作成。二是人民遭受敗訴判決確定，向監察院陳情，監察院調查結果認同陳情人的見解或同情其處境，遂以監察院之委員會決議方式，用院函聲請統一解釋，釋字第一五一號解釋便是典型的案例，近十年來上述兩類案件已不再出現。

4.聲請解釋機關有上級機關者，其聲請應經由上級機關層轉：

這項要件在機關聲請解釋憲法中，已有說明，不再贅述。最近一項值得討論的案例爲釋字第五五三號解釋，聲請機關台北市政府主張，對地方制度法第八十三條第一項「特殊事故」的見解

與內政部及行政院相異，未經核轉逕依審理案件法第七條及地方制度法第七十五條第八項聲請解釋（大法官以符合地方制度法該條項規定而受理）。依照先前有關委辦事項與自治事項應有區別的說明，對自治事項的見解中央與地方機關不一致時，地方並非當然受中央的拘束，地方政府聲請解釋無論是依前述審理案件法或地方制度法，都不宜由爭議的另一造中央機關核轉。如果某一事項究竟是委辦事項抑自治事項先就存在爭議，這一問題的本身即應允許聲請解釋。至於鄉鎮（市）與縣市政府間的權限爭議，尚不得比照上述理論，由大法官統一解釋，而須由上級監督機關內政部或更上級之行政院解決。

㈡人民聲請統一解釋之案件（審理案件法第七條第一項第二款）

1.聲請主體爲人民、法人、政黨或非法人團體：

其涵義與憲法解釋相同，不另敘述。

2.聲請人須主張其權利經確定終局裁判而遭受不法侵害：

統一解釋稱權利與憲法解釋稱憲法上權利，廣狹宜有不同；聲請人既須主張其權利（解釋上權利應包括法律上利益）遭受不法侵害，通常是敗訴當事人。

3.須有不同審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令所持見解有異之情事：

所謂不同審判機關是指不同審判系統的法院而言，典型的例

子爲最高行政法院與最高法院之間，或不得上訴法律審案件某高等行政法院與高等法院之間，若台灣高等法院台南分院與高雄分院之間則非此處所謂不同審判機關。至於聲請人應否用盡救濟之審級程序，解釋上應採肯定的看法，故假設聲請人受高等法院的判決，發現與最高行政法院適用同一法令見解相異，即放棄上訴，聲請統一解釋，應不予受理。又其他審判機關確定終局裁判的見解，須對聲請人有利，也是解釋聲請要件時應作的詮釋，若對聲請人毫無利益可言，亦不應許其聲請解釋。

採取兩元或多元審判系統的建制，都會發生審判權衝突，即各類法院間權限爭議事件，各國爲解決此項問題設有不同的機制（註一〇三）。人民聲請統一解釋，原本也具有解決權限衝突的功能，試以釋字第三〇五號解釋爲例：其爭點是公營公司員工與公司間的涉訟，行政法院與民事法院均以無審判權駁回，構成消極的審判權衝突，當時適用的大法官會議法尚無人民聲請統一解釋的規定，所幸確定終局判決引用一項行政法院判例，遂以審查判例違憲爲由（見解釋理由書第一段），對審判權歸屬作成該號解釋。目前行政訴訟法及相關法律對於上述衝突情形，已有由各該法院停止訴訟聲請解釋的設計，較爲便捷。人民聲請統一解釋爲八十二年制定大法官審理案件法時所增訂，歷年以來受理而作解釋的案件，幾乎沒有，以致於九十一年司法院向立法院提出的大法官審理案件修正案中加以刪除。

註一〇三：參照，拙著，行政爭訟法論，第二編第一章第三節審判權之衝突。

4.須於裁判確定三個月內提出聲請：

審理案件法第七條第二項對人民聲請統一解釋設有三個月的期限。所謂裁判確定後當然是指聲請人所受不利的確定終局裁判，並非其他審判機關的裁判。何以人民聲請憲法解釋並無期間限制，而統一解釋則有？理論上頗難自圓其說，在比較法上，如果單純的規範審查，例如邦主張聯邦的法律違憲之類，通常未定期限，反之，若涉及人民權利及確定裁判（或行政官署之裁決）者，鮮有不定起訴期限者，德國的憲法訴願爲自終審法院送達一個月內，奧國類似的憲法爭訟則爲六個星期。我國法律未定聲請解釋憲法的期限，並不恰當。所幸，大法官的解釋係向將來發生效力，不生溯及的效果，否則影響更大。

五、補充解釋

補充解釋不是大法官審理案件法中的分類，而是因現實運作而產生，以之作爲一項特殊類別(category)，是由於補充解釋所發展出來的要件，與審理案件法所規定的憲法解釋與統一解釋均不盡相同，有加以分別的必要（註一〇四）。先是民國四十一年大法官在台北復會之初，第九次會議作成決議：中央或地方機關對於行憲前司法院所爲之解釋發生疑義聲請解釋時，得認爲合於大法官

註一〇四：晚近學者已注意到補充解釋的特殊性，並有專文探討，見吳信華，論大法官解釋程序中的補充解釋，翁岳生教授七十誕辰祝壽論文集，上冊，七九六頁以下。

會議規則第四條之規定，依此決議隨後並公布釋字第五號解釋。到四十八年第一一八次會議又再決議重申上述意旨，並據此作成釋字第八十二號解釋，這兩次決議適用的案件，分別是行政院及最高法院對行憲前的司法院解釋有疑義，而提起聲請。頒布憲法之後，國家法制結構有根本性的改變，宜准許國家機關對行憲前的解釋提出聲請，但大法官已確認：「其所爲之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨爲之。」（釋字第一八五號解釋），對大法官解釋自應遵行，似不宜再有疑義。然而事實上，前述兩次決議也適用於大法官所作的解釋，換言之，其他機關與大法官已公布的解釋意見不一致時，也可假補充解釋爲名，聲請再作解釋，實則釋憲機關是仲裁者，所謂適用法律與其他機關見解相異，或與其他機關發生憲法爭議，其他機關並不應包括釋憲機關本身在內。較爲合理的方式，應該是發生符合聲請要件的原因事實時，重新聲請解釋。

對於人民聲請補充解釋，則較機關聲請嚴格甚多。六十七年第六〇七次會議決議：「人民對於本院就其聲請解釋案件所爲之解釋，聲請補充解釋，經核確有正當理由應予受理者，得依司法院大法官會議法第四條第一項第二款之規定，予以受理。」會議法第四條第一項第二款即相當於現行審理案件法第五條第一項第二款。從此之後，凡人民聲請補充解釋不問是否前案之聲請人或他人，聲請對某號解釋作補充解釋者，都必須再踐行法定程序，取得終審的判決，其聲請才可能受理（第一件人民聲請補充解釋的案件是釋字第一五六號解釋，提出聲請者是原釋字第一四八號解

釋的聲請人，因向行政法院提出再審遭駁回確定後，再次聲請）。

六、政黨違憲案件之審判

民國八十一年五月公布的憲法增修條文第十三條第二項及第三項（即現行條文第五條第四項及第五項）規定，由大法官組成憲法法庭，審理政黨違憲之解散案件。所謂違憲指「政黨之目的或其行爲，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序」。這種制度完全仿傚德國而來，連政黨違憲的定義都是原封不動的翻譯。

關於政黨解散依人民團體法規定，須先經內政部政黨審議委員會認爲違憲，決議解散，再由內政部移送司法院大法官審理。憲法法庭審理政黨違憲解散案件，應先經內政部所設的委員會決議，是我國所特有，德國並沒有這種設計。而我國的制度也非基於何種理論所建立，而是在解嚴前後，當時的「黨外人士」不聽執政黨制止，組織政黨，執政當局遂在行政院下設政黨審議委員會，準備予以解散。後因成立憲法法庭，又將這一委員會改設於內政部。憲法法庭判決政黨應予解散須有參與言詞辯論之大法官三分之二同意行之，未獲上述人數同意時，應爲不予解散之判決。

違憲政黨解散是西德戰後初期，爲制止極右及極左對西方民主制度懷有敵意的政黨而設，也曾用以解散過一、二個政黨，但自一九五五年以後，即不曾發生這類案件。在民主理念之下，只要不是採取武裝暴力推翻政府，任何政黨都可以提出主張，供人民選擇，這種所謂「憲法的自我防衛機制」，德國學者曾批評爲過

時（obsolet）之物（註一〇五）。我國爲解決當時的困境，而設憲法法庭，從未運作，看來已經過時，將來似乎也只是聊備一格罷了。

七、聲請解釋之程式

聲請解釋的程式規定在審理案件法第八條，下面照錄原條文：「聲請解釋憲法，應以聲請書敘明左列事項向司法院爲之：㈠聲解釋憲法之目的。㈡疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文。㈢聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解。㈣關係文件之名稱及件數。」，「聲請統一解釋，應以聲請書敘明左列事項向司法院爲之：㈠聲請統一解釋之目的。㈡法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。㈢聲請解釋之理由及聲請人對本案所持之立場與見解。㈣關係文件之名稱及件數。」

條文規定初看沒有問題，實則根本不是正確的法律用語，尤其不是訴訟法或程序法應有的表達方式，試以第一款「聲請解釋之目的」講，每一件聲請案不都是一樣：「希望大法官採納聲請人的立場與見解」嗎？也就是目的在「打贏憲法官司」。所以司法院已提案修正爲：「聲請解釋憲法應以聲請書敘明下列事項，向憲法法庭爲之：㈠應受憲法解釋事項之聲明。㈡疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文或憲法上權利。㈢聲請解釋憲法之理由

註一〇五：Vgl .H. Hofmann, in: ders., Recht-Politik-Verfassung, 1986, S. 258；相反看法見 Schlaich, aaO., S. 213.

及聲請人對本案所持立場與見解。㈣關係文件之名稱及件數。」（修正案第二十三條第一項）統一解釋聲請書記載事項則規定在修正案同條第二項。其第一款相當於訴之聲明，第二款及第三款則是事實上及法律上的陳述，但是與行政訴訟法或民事訴訟法相較仍不完備，例如未規定聲請人應記載其姓名、年齡、住址、法定代理人或訴訟代理人等項。有賴司法院另依審理案件法施行細則訂定聲請書的格式。

不合聲請程式者，通常由大法官書記處發函定期限命聲請人補正，逾期不補正者，不予受理（現行法無此項規定，修正案將之條文化訂於第二十三條第三項）。

第四節　審理原則審查基準及審查密度

一、釋憲案的審理原則

大法官審理釋憲案件依循的原則與先前所述（本編第二章第三節），歐陸各國憲法法院所奉行者大致相當，換言之，也是一般訴訟程序所採行的原則。值得特別說明的有下列二項：一、不告不理：這是一切法院皆應遵守的信條，但憲法本文卻有一項特殊設計，即第一一四條之規定：「省自治法制定後，須即送司法院，司法院如認有違憲之處，應將違憲條文宣布無效」（司法院大法官審理案件法第四條第一項第三款仍將之列爲解釋項目之一），在並未有違憲之聲請及疑義下，即由司法院主動予以審查，在各國法

制上實屬罕見。但行憲以來，從未有省自治法的出現，目前省實質上已不存在，上述憲法條文可視爲歷史文件。二、限制訴外裁判：法院不得對當事人未請求或聲請之事項，予以裁判，也是一般常規。但在有關憲法爭議的訴訟標的理論中（參看本編註四七），我們曾謂：憲法爭訟與民事訴訟不同，憲法法院並不受當事人聲明標的之拘束，而有權作與該當事人不同的判斷。下述兩類案件可以佐證大法官對釋憲案件的審理，不能與民事訴訟等量齊觀：一是引用裁判重要關聯性理論（Entscheidungserheblichkeit），將審查對象擴及非確定終局裁判所適用的法律，實際案件爲釋字第五三五號解釋警察勤務條例違憲案；二是明白宣稱：「大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者爲限」，得就當事人所聲請之「該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而爲審理」（引自釋字第四四五號解釋理由書第七段，關於該號解釋，隨後在審理對象中還要說明）。除釋字第四四五號解釋以外，釋字第二一六號、二八九號、三九四號及四三六號等解釋也有類似情形。至於其他職權主義、書面審理爲原則，言詞辨論爲例外、無償主義（不收取費用）等，均易理解，似不必多所敘述。

二、審查基準與審查（或控制）密度

當法律或命令受指摘違憲或違法時，法令的規定內容成爲審查對象（Prüfungsgegenstand），而法令的上位規範則成爲用以審查這一對象之標準，也稱爲審查基準（Prüfungsmaβstab）。不過也有許多論著將憲法法院或大法官對法令違憲與否，審查的寬嚴態度

稱爲審查標準或審查基準者。爲避免概念混淆，也爲了敘述方便，我們將後者稱爲審查（控制）密度（Kontrolldichte）。以下先就審查基準加以說明，再就違憲審查機關對法令的審查密度作簡要分析：

三、大法官審查法令的基準

大法官對法令審查的基準因審查對象不同，以及發動審查的聲請人抑或機關而有別，分項敘述如下：

㈠憲法增修條文作爲審查對象時，審查基準並不是憲法本文的個別規定，而是憲法本文整體所表現的基本原則，這是釋字第四九九號解釋所建立的基準。與德國聯邦憲法法院對修改基本法的法律，審查所憑據者頗有不同：因爲基本法第七十九條第三項有不許用修憲法律變更的規定，故審查修憲法律的合法性，就以審查其是否違反第七十九條第三項爲基準。奧國的國會得以特別多數通過修憲的法律，但如果修憲法律及改變憲法的建構法則（Baugesetze），便視爲憲法的重新制定，應提交公民複決，所謂建構法則就是憲法的指導原則（leitende Grundsätze der Bundesverfassung）（註一〇六），所以這些指導原則便是審查修憲法律的基準。

㈡法律與命令有無牴觸憲法，無論是各機關、立法委員、法

註一〇六：B-C. Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, aaO., Rn. 7.

官提出聲請，這時作爲審查基準者除了形式意義的憲法、憲法位階的一般法律原則以及超越實証法之外的法理均屬之。所謂憲法位階的一般法律原則，或有憲法條文之依據，例如平等原則來自憲法第七條，比例原則包含在憲法第二十三條之中；或基於憲法的精神而來，例如信賴保護原則、法律明確性原則等。超越實証法的法理在大法官解釋中常出現者如事物之本質（natura rerum, Natur der Sache）便是一例（註一〇七）。又大法官在許多解釋中，常作法理上原則的宣示，有時在我們的成文法上確實找不到直接的依據，或遭學者批評這種論述是「從天上掉下來的」(註一〇七A)，實則釋憲機關除了遵守憲法、本身的解釋先例外，訴諸超實證的法理，就如同各種國際法庭對國際法的造法功能一樣，何足爲奇呢？（註一〇七B）

至憲政慣例可否作爲違憲審查的基準？則不可一概而論，憲

註一〇七：例如釋字第三〇三號解釋認爲遺產稅法規定，繼承人申報遺產應於被繼承人死亡之日起，三個月內爲之，其受死亡宣告者，該法施行細則規定自判決宣告日起算，符合立法目的及事件之事物本質（見理由書）；又釋字第五五五號解釋，對戒嚴時期人民受損權利回復條例，關於回復資格公務人員與軍職人員有不同之規定，與事物本質相當，也是認爲不違憲的理由之一。

註一〇七A：蘇永欽，立法裁量與司法審查，司法院大法官八十九年學術研討會紀錄，200頁。

註一〇七B：Georg Potyka, Rechtssetzung und Entscheidung im Völkerrecht, English Summary: Law-making and Decision-making in international Law, 2000, pp. 99-118.

政慣例在英國這種不成文憲法國家，有強大的拘束力爲世所共知，即使成文憲法國家違背憲政慣例，也有嚴重的後果，但是否可作爲違憲審查的基準則屬另外一事。大法官解釋案例中，至少有兩件涉及憲政慣例的問題，一是釋字第四一九號解釋，關於副總統兼任行政院院長是否合憲案，我國憲政史上曾有兩任副總統兼任閣揆之例，但只見該號解釋從權力分立及憲法上職位是否相容爲立論基礎，未論及兼任之先例，似無承認其爲憲政慣例之意，否則結論將有不同。一是釋字第四九九號解釋，國民大會於民國八十八年九月四日通過之憲法增修條文，其程序瑕疵原因之一就是其讀會採無記名投票方式，「與行憲以來修憲程序之先例不符」（見理由書第六段），顯然是以憲政慣例作爲一項審查基準。

㈢審查法令違憲除基準之外，尚有範圍（Umfangreich）的問題，這裡所講的範圍，專指得作爲審查基準的規範，發動違憲審查者固然應具體指出成爲審查對象的法律條文有如何牴觸憲法的疑義，這種情形在法官或人民聲請時尤爲嚴格，提出聲請的法官應敘明對法律有合理的違憲確信，人民則應明確陳述憲法上那一項基本權受侵害，在本章第三節已經說過。但聲請機關、法官或人民所提出的違憲主張大法官並不受其拘束，釋憲機關自得就憲法整體規定即所謂實質的憲法規範（materielle Normen der Verfassungsrecht）的觀點加以審查，而不是侷限於形式上的憲法法典或個別條文。是以特定法條遭指摘違背憲法某一條文，但審查結果雖與該憲法條文不符，然卻爲其他憲法規範意旨所允許時，仍不應宣告違憲。例如憲法第一三三條：「被選舉人得由原選

舉區依法罷免之」，而公職人員選舉罷免法第六十九條第二項規定：「全國不分區、僑居國外國民選舉之當選人，不適用罷免之規定」，並不因與上開憲法第一三三條牴觸而無效，就是基於這個道理（參照釋字第三三一號解釋）。反之亦然，即聲請者指摘法律違反憲法某條文，審查結果認爲並非如此，不過卻發現有其他違憲情事時，結論仍是該法律違憲（註一〇八）。以上所述，也是德、奧等國憲法法院所採的審查範圍理論。

當行政命令被指爲違反法律時，作爲審查基準的上位規範，其範圍與前述法律違憲相似。即特定法規命令或行政規則受聲請者指摘與某一法律規定牴觸，審查時並不限於以該項法律規定作爲審查基準，其他法律也在審查基準的範圍之內。釋字第二四七號解釋便是典型的例子，財政部發布的營利事業所得稅結算申報書面審核案件抽查辦法第三條及第四條，營利事業所得稅結算申報查核準則第二條，與所得稅法第八十條第二項及第三項，在文義上明顯牴觸，但審查結果，認爲系爭辦法及準則的規定與所得稅法第一〇三條、第一一〇條及稅捐稽徵法第二十條、第三十條意旨相符，乃是執行前開所得稅法及稅捐稽徵法的命令，故與憲法並不牴觸；以這種方法作成的解釋，尚有釋字第二一四號解釋，對行政院發布禁止新設信用合作社的命令，認爲雖與合作社法未

註一〇八：釋字第二四二號解釋鄧元貞重婚案，聲請人主張民法第九九二條（現已修改）違反憲法第二十三條，逾越該條所稱之必要限度，解釋結果則認爲違反憲法第二十二條，未提及第二十三條。

盡相符，但符合銀行法的規定意旨。

㈣審查對象大法官應以受聲請者主張所拘束爲原則，無論機關、法官或人民等聲請案件，其主張甲法規A條規定違憲，即應以之爲審查對象不能依職權變爲審查甲法規B條，更不能涉及未經聲請的乙法規，在其他國家也是如此（註一〇九）。不過在我國釋憲實務上曾出現例外案例：釋字第四四五號解釋，聲請人因室外集會遊行未依集遊法第九條第一項規定於六日前，向主管機關聲請，致未獲許可，竟引導車隊及群眾遊行，經主管機關命令解散而不服從，爲其原因事實，並由刑事法庭以違反集遊法第二十九條之罪處以刑罰。基於這種緣由，該號解釋遂從解釋先例中演繹出：「大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者爲限」，並進而說明：

> 其牽涉之問題實係集會遊行法第八條第一項前段規定室外集會、遊行應向主管機關申請許可及相關規定是否牴觸憲法所發生之疑義，殊難僅就同法第九條第一項所定申請期限是否違憲一事為論斷（理由書第七段）。

換言之，聲請的解釋對象是集遊法第九條第一項，大法官將之擴及同法第八條第一項及相關之第十一條第一款（即所謂不得主張共產主義及分裂國土），並宣告其違背憲法第十一條保障人民

註一〇九：德國聯邦憲法法院有兩項判決：BVerfGE 65. 1－戶口普查法違憲案，BVerfGE 66, 39－北大西洋公約軍備案，都說明應受當事人主張之審查對象拘束。

言論自由的規定。

㈤審查法令違憲的步驟，應先審查訂定法令的機關有無權限，再審查其產生程序是否合乎上位規範的規定，最後審查其內容實質上有無牴觸上位規範。以法律爲例，若立法院根本無權制定某種法律，則程序及內容均無須審究，例如民國七十九年間各方要求實施省（直轄市）長民選，當時爲化解抗爭，行政部門草擬台灣省政府組織條例及台灣省議會組織條例，送立法院審議，準備採省主席由行政院長提名，省議會同意後任命，代替省長民選的方案，後經釋字第二六〇號解釋，認爲依照憲法規定中央無權對特定省分制定其省政府或議會組織法律，可視爲一例。又審查對象須經立法院通過總統公布者才能稱爲法律（憲法第一七〇條），如果不符合這項程序要件，則審查對象根本「非法律」，也就不必進一步檢討其程序及內容是否違憲。惟憲法法院或釋憲機關對法律作程序上審查時，應受國會自律（或國會自治）原則的制約，具體的講就是國會在制定法律過程中，不因單純違背其議事規則而影響法律的效力，例如是否踐行三讀程序，抑或只進行一次讀會或兩次讀會？表決時是否符合法定人數？若法律已經公布又沒有黨團對程序表示異議，均應認爲法律仍然有效。必須程序的瑕疵已經到達違反憲法規定的程度，法律才視爲無效。以德國爲例，應經參議院同意始能生效的法案（譬如基本法第八十一條的立法緊急狀態宣告法案），或須經聯邦政府（即內閣）同意（譬如增加支出的法案），未經參議院或內閣同意者，眾議院通過法

案，自屬無效（註一一〇）。民國八十三年初立法院在一片混亂中通過「國安三法」，當時的朝野黨團都聲請釋憲，釋字第三四二號解釋也以國會自律爲基礎，對立法程序的審查提示幾項原則：㈠就立法程序而言，議會（國會）自律事項包括：議會有權自行訂定議事規則。㈡議事規則的踐行，除有違反憲法上法律成立基本規定的重大明顯瑕疵外，不影響法律之生效。㈢立法程序之瑕疵未達重大明顯而無效者，或瑕疵須經調查始能認定者，釋憲機關之調查權限既受限制，仍應由議會自行認定後予以補正。值得注意者，本號解釋將判斷具體行政行爲無效的**重大明顯瑕疵理論**（Gravitäts-bzw. Evidenztheorie），用在立法行爲的審查上，後來的解釋更進一步認爲重大明顯瑕疵可作爲判別其他公法（即憲法）上行爲的標準，並在釋字第四一九號副總統兼任行政院院長案及釋字第四九九號國民大會修憲案的解釋中，反覆引用（註一一一）。

註一一〇：Maunz u.a. BVerfGG. Kommentar, aaO.,§80 Rn. 123ff.

註一一一：釋字第四九九號解釋公布後，時論就以釋字第三四二號解釋所涉立法院的議事瑕疵，與國民大會修憲程序的瑕疵作比較，認爲釋憲機關厚彼薄此，以不同的標準作判斷。兩案之判斷標準容或有程度上差別，但就二者案情客觀分析，也有下列四點差異：㈠修憲程序與立法程序在不少歐洲國家（如德、奧、義等國），基本上是相同，所差者只是國會表決時的可決人數。在我國則完全分離，修憲與立法分別由不同的機關以各自的程序進行。事實上國民大會對議事程序的踐行亦遠較立法院爲嚴格。況憲法是根本大法，以較嚴的標準審查其制定過程，並非不合理。㈡立法院是經常集會的常設機關，國民大會召集的任務完了即行解散，程序的瑕疵難於補正，立法院則不同，國安三法在釋

論者對援用重大明顯瑕疵作立法（制憲）行爲的判斷尺度，有贊成者，也有持反對見解者（註一一二），反對者認爲大法官並未觸及法律之實質內容，豈能逕認法律違憲或更進一步宣告法律無效。實則引用重大明顯瑕疵原則共有釋字第三四二號、第四九九號及第四一九號三件解釋，前兩件原本只涉及程序瑕疵部分，與實質無關，後者是用來闡明違憲行爲也有程度的不同，以支持該號解釋的主旨：有瑕疵但未明顯違憲而已。

㈥依照地方制度法規定，因辦理自治事項由地方自治團體訂定之自治法規（包括自治條例、自治規則）有牴觸憲法、法律上位規範（如中央法規或上級地方自治團體之法規）之疑義，由上級監督機關聲請司法院大法官解釋，或因上級監督機關逕行函告自治法規無效時，地方自治團體亦得聲請解釋（參照釋字第五二七號解釋），這時憲法（實質的憲法規範）、法律、中央法規（包括法規主管機關的函釋）及其他上位規範，都可能成爲審查的基

字第三四二號解釋公布後，立法院實際上曾作補正。㈢修憲門檻極高，只要四分之一的國大代表採消極態度（不出席或不贊成），則有重大瑕疵的修憲條文，將永久生效，後果不堪設想。㈣釋字第三四二號解釋，立法院各黨團分別聲請，對瑕疵程度又各執一詞（見一併公布之聲請書），議事錄又未經確定（見理由書）；國大的修憲程序，釋字第四九九號解釋理由書從其議事錄中歷數其瑕疵之「重大及明顯」，情況自不同。

註一一二：贊成者見蔡志方，論「違憲無效」之判斷基準，月旦法學雜誌，二十二期，一九九七年，九十頁以下；反對者蘇彥圖，立法者形成餘地的違憲審查，台大碩士論文，一九九八，一五四頁。

準。如果地方自治團體辦理自治事項，適用法令與上級監督機關見解相左，上級監督機關所發布的函釋，對被監督的地方自治團體則不當然具有拘束力（如引發釋字第五五三號解釋之原因事實），遇此情形上級監督機關的見解，也同時成爲解釋對象而非基準。

四、審查密度問題

㈠美國及德國的經驗

審查密度在這裡界定爲：憲法法院或釋憲機關運用審查基準對作爲審判對象的規範，所採取寬嚴不同的判斷尺度而言。通常對審查密度的研究多屬學者根據判決或解釋的先例，分析其趨勢而嘗試性的歸納出若干準則（註一一三）。但有時法院本身或法官個人在判決中也宣稱，自己採用的是何種判斷標準。以美國最高法院爲例，最早一九三八年大法官 H. F. Stone 在一項案件判決的附註中，提出「合理關聯性審查標準」與「嚴格的審查標準」，即所謂雙重標準（double standard）理論（註一一四）。關於言論自由的保

註一一三：國內已有這類論著，例如李建良，論基本權位階秩序與司法審查標準，憲法解釋之理論與實務，第三輯，上冊，121~191 頁。

註一一四：即 Stone 大法官在 United States v. Carolene Products Co., 304 U. S 144(1938)之 footnote 4，參照林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，一九九七年，六五六頁以下；法治斌，人權保障與釋憲法制－憲法專論㈠，民國八十二年，二五七頁；

障，美國最高法院案例甚多，所曾運用過的判斷標準也不在少數，試將言論自由的規制，區分爲針對言論內容的規制（content-based regulations）及非針對言論內容的規制（content-neutral regulations），法院對前者採嚴格的審查態度，後者則較爲寬鬆，憲法學者遂稱之爲以雙軌理論（the two-track theory）（註一一五）。晚近又發展出所謂三重理論，即在上述合理關聯及嚴格的審查之外，加上中度審查標準，視個案情形而運用（註一一六）。

德國聯邦憲法法院較爲特殊，既審理法規的違憲也審理各種專業法院（Fachgerichte）裁判的違憲，這兩類案件的審查基準及審查密度（判斷尺度）完全不同。先就裁判的違憲審查作簡要說明：當事人主張法院裁判違憲而提起判決的憲法訴願（Urteilsverfassungsbeschwerde），必須先用盡審級救濟，前面已經說過。換言之，通常應先經過終審（法律審）法院的判決，就此而言，憲法訴訟程序頗像終審之上的超級法律審（Superrevision），但聯邦憲法法院經過自我調整之後，終於拒絕扮演這項角色（註一一七）。所謂超級法律審法院指將終審法院違反法律的判決視爲同時也違反憲法而言。聯邦憲法法院早在一九五〇年代 Elfes（一位

蘇彥圖，同上論文，六十一頁。

註一一五：參照林子儀，同上註；李建良，同上文，一四九頁。

註一一六：林子儀，同上註，六四九頁以下。

註一一七：Vgl. K. Schlaich, aaO., S. 182；中文著作見劉淑範，憲法審判權與一般審判權之分工問題，憲法解釋之理論與實務，第一輯，中研院社科所，八十七年六月，二二〇頁。

納粹政客申請出國護照遭拒發）案中（BVerfGE 6, 30），就採取終審法院的判決，如果違法，也當然違反基本權的觀點（註一一八），直到一九六〇年一項有關專利案件（BVerfGE 18, 85）的裁判，聯邦憲法法院才明確的表示：判決的違法不屬該院審查的範圍，只有達到違反特別的憲法（spezifisches Verfassungsrecht），該院才能基於受理憲法訴願而加以干預。舉凡程序的進行、事實認定、法規解釋及涵攝等都是專業法院的權限，不受憲法法院的審查。這段判詞由名叫赫克（Karl Heck）的法官執筆，所以上述意旨被稱爲赫克公式（Hecksche Formel）（註一一九）。至於特別憲法簡單講就是特定的基本權條文，如果未與特定之基本權條文的構成要件相符，則至少是屬於一般行爲自由（基本法第二條第一項）的保障範圍。至於如何判斷單純的違法或者已構成基本權的侵害，不是容易解答的問題。曾經有一位名叫舒曼的學者，提出一項原則企圖解決此一難題，所謂舒曼公式（Schumannsche Formel）便是：「造成一項縱然立法者依通常立法程序也不得制定規範而產生結果，竟然因系爭的法官判決而出現，就構成基本權的侵害」（註一

註一一八：Elfes 案將基本法第二條第一項自由發展人格的權利，解釋爲一般行爲自由的保障，所以違法即同時違反基本權，至少違反了第二條第一項，參照 Wolf R. Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 27. Richter u. a., Casebook Verfassungsrecht, aaO., S. 68f., 76f.

註一一九：參照劉淑範，同上文，二一八頁。

註一二〇：Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen

二〇)。例如立法者不得禁止公務員公餘傳教，而懲戒法庭竟因傳教而懲罰公務員，那麼法庭的判決即違反基本權的保障。舒曼公式還是過於抽象，可從聯邦憲法法院的判決觀察得出，有下列情形應視爲非單純的違法，而屬於違反基本權（註一二一）：1.法官對法的見解，不受法律拘束。2.法官濫用程序，並恣意的運用心證、認定事實。3.對自由權侵害的嚴重性，以致於應視爲違反「特別憲法」。

我國的釋憲機關不能審查判決的違憲，事實上約略有過半數以上的聲請案，是當事人指摘判決違憲，結果當然是不予受理。完整的憲法審判權除了法規的憲法訴訟之外，允宜包括裁判的憲法訴訟，若未來司法院或憲法法庭也能審理各專業法院判決違憲事件，則前述德國的經驗或可供作參考。

其次，關於德國聯邦憲法法院對法律違憲的審查密度，迄今爲止，最著名的當推該法院在員工參與決策案中（BVerfGE 50, 290-Mitbestimmung）所提出的三種審查密度，不妨稱爲三層次理論（Drei-Stufen-Lehre）（註一二二）：

---

richterliche Entscheidungen, 1963, S. 207, zitiert bei Pieroth/ Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 13. Aufl., aaO., S. 294.

註一二一：Pieroth/Schlink, aaO., S. 294f.

註一二二：討論這一問題的中文著作有許宗力，憲法與政治，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，一九九七；盛子龍，比例原則作爲規範違憲審查之準則，台大碩士論文；蘇彥圖，前引論文。Mibestimmung 案判決的中譯文見黃瑞明譯，共同決定法，德國聯邦憲法法院裁判選輯(九)，司法

1.**明顯性審查**（Evidenzkontrolle）：其代表案例如兩德基本條約案（BVerfGE 36, 1 - Grundvertrag），貨車運輸法違憲案（BVerfGE 40, 196- Güterkraftverkehrsgesetz）。在這項控制密度審查之下，除非違憲情節明顯可見，否則應尊重立法機關的判斷。上述兩德基本條約是否違憲涉及兩德統一的重大政治議題，應尊重立法及行政部門的處理，憲法法院採寬鬆的審查態度，可想而知。至於貨車運輸法因爲設定最高運輸量，若已達到則不再核發貨車營業執照，引起侵害職業自由的憲法訴願，聯邦憲法法院則認爲該法是基於維護對重大公共利益之危害而設，並不違憲。

2.**可支持性審查**（Vertretbarkeitskontrolle）：其代表案例爲經濟穩定法（BVerfGE 30, 250），立法者爲穩定經濟之目的，基於預測的結果，採取立法措施，不問是否達成預期目標，均不認爲違憲。企業員工參與決策案本身也是採可支持性的判斷尺度而認定員工參與決策法並不違憲，其理由不外：關於經濟秩序基本法並未建立一套經濟憲法（Wirtschaftsverfassung），而是賦予立法者廣大的自由形成空間，立法者既已盡可能根據可獲取的資訊，作成預估判斷，這屬於憲法允許立法者握有的預估特權（Einschätzungsprärogative），這種立法與基本法並不違背（BVerfGE 50, 290, 322ff.）。

3.**嚴密的內容審查**（intensivierte inhaltliche Kontrolle）：以藥房案（BVerfGE 7, 377 - Apothekenurteil）爲例，巴伐利亞邦藥房

院出版，八十九年，三六四頁以下。

法（第三條第一項）規定，申請開設藥房，須符合公益且不妨害現有藥房的經營基礎始予許可，某小鎮人口六千，已有一家藥房，申請新開者遂遭拒絕。聯邦憲法法院審理結果，認爲基本法第十二條第一項所保障的職業選擇（Berufswahl）與職業活動（Berufsausübung）兩項自由，性質不同，前者是人格自由發展所必須，應給予最大限度的保障，後者因與公益有關，得受較嚴格的規範。限制職業選擇的自由須有特別重要的公益上理由，非如此加以限制否則公益難以維護，始足相當，且限制措施應採最輕微者爲之(註一二三)，因而宣告該邦藥房法第三條第一項違反基本法無效。另一案同樣採嚴密內容審查的著名案件，便是墮胎案（BVerfGE 39, 1），憲法法院揭櫫基本法保障生命（包括已經形成，但未出生者在內）的崇高價值，作爲審查的基準，認爲禁止墮胎的刑法條文，並不違憲。

由上所述，對法律違憲的審查密度由寬入嚴，由立法行爲進而立法結果（如員工參與決策案），看似層次分明，然則其所謂寬嚴的判斷標準何在？在員工參與決策案的判決中聯邦憲法法院對此曾有簡短的說明：立法不外是對未來的預估，憲法法院對立法者預估的審查，取決於系爭事物的性質、有無充分可能性形成一項判決、所涉及法益的重要性（die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden

---

註一二三：BVerfGE 7, 377, 404ff.

Rechtsgueter über.）等因素。這些雖是影響判斷的因素，但欲從這些因素之中，得出階段分明的三層次理論則嫌勉強。K. Schlaich就曾指出：聯邦憲法法院的許多判決，就很難分辨到底用的是何種審查密度；而所謂明顯性審查與可支持性審查，其實並無差別；審查密度無非是問題傾向（problembezogen dosiert），也就是取決於問題所涉及憲法規範的性質及嚴重性（註一二四）。總之，憲法法院或釋憲機關對違憲法規的審查，並沒有明確的判斷標準，不僅美國、德國如此，其他國家恐怕也是這樣（註一二五）。

㈡我國釋憲機關的審查密度

承接上述，想要從大法官解釋的案例中，尋找其審查密度的準則，雖非不可能，但不易得到完整的答案。大法官從事法律與命令違憲審查，與行政法院從事命令的違法審查，性質相似。我們研究行政法院以往眾多的案例，就未能從中發現其寬嚴之間的明確準則，只好借用康德哲學的術語：嚴格主義（Rigorismus）與無差別主義（Indifferentismus）加以歸類（註一二六），前者代表認真且嚴密的內容審查，後者表示寬鬆甚至放任行政機關作爲的態度。當然行政法院分庭辦案，法官人數眾多，流動率也大，案件種類多又複雜，與大法官運作方式有很大的差異，要求行政法院

註一二四 ：Schlaich, aaO, S. 309f.

註一二五：許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，憲法解釋之理論與實際，第二輯，二〇〇二年，一二〇頁。

註一二六：拙著，行政法之理論與實用，增訂七版，九十七頁。

有統一的判斷準則，難度更高。

大法官並非沒有注意到這個問題，在受理案件中遇到最多的違憲疑義，就是法令是否符合憲法第二十三條的法律保留原則：包括命令內容是否已損害人民的自由權利？命令在程序上是否應有法律的授權？授權的法律有無違反授權明確性的要求？法律的本身是否已侵犯憲法保留的範圍？大法官在上述這類項目上作成不少解釋，諸如釋字第二五一號（違警罰法違憲案）、第二六八號（考試法施行細則違反母法）、第三一三號（民用航空法違反授權明確性）、第三六七號（以買受人爲納稅義務人違法案）、第三八四號（檢肅流氓條例違憲案）、第三九二號（檢察官羈押權及提審法違憲案）、第三九四號（營造業管理規則違憲案）等解釋。終於在釋字第四四三號解釋（見理由書第一段）總結式的建構層級化之保留體系：憲法保留、絕對的法律保留、相對的法律保留及非屬法律保留的事項，我們已屢加引述、讀者諒也耳熟能詳。這種理論基本上與前述德國聯邦憲法法院以事物性質及法益重要性決定其審查密度相當，換言之，憲法保留及法律保留是審查基準，系爭的法令是審查對象，審查密度的準則取決於所涉及問題的重要程度。

關於命令的違法或違憲，在本書第二編第一章第六節，討論限制基本權的法律及其相關的明確性問題時，曾歸納爲三種不同的審查密度，於此不再贅述。下面仍然根據事物的性質及所涉及法益重要性兩項主要因素，嘗試對大法官審查法律的密度或準則，加以探討：

1.**嚴格審查**：採嚴格審查的事項又可分爲下列四類：㈠限制人身自由的法律，以憲法第八條「非由法院依法定程序，不得審問處罰」的規定作爲審查基準（Prüfungsmassstab），對多項法律作嚴格的合憲性監督，先後宣告違憲者有：違警罰法有關拘留、罰役及矯正（管訓）處分的規定（釋字第一六六號、第二五一號解釋）；檢肅流氓條例：第一次是釋字第三八四號解釋宣告該條例第六條、第七條、第十二條、第二十一條違憲，第二次是釋字第五二三號解釋宣告同條例第十一條第一項有關留置規定違憲；刑事訴訟法關於檢察官羈押權、提審法關於提審要件的規定，釋字第三九二號一併將之宣告違憲；又槍砲彈藥刀械管制條例第十九條一律宣付強制工作的規定，違反比例原則，釋字第四七一號解釋認爲牴觸憲法第二十三條；對人身自由有重大影響的解釋，如釋字第六十八號、第一二九號關於參與犯罪組織行爲繼續之認定，以及舉証責任分配之釋示，釋字第五五六號解釋予以變更，也是基於人身自由法益之重要性而作成。㈡限制訴訟權的法律或判解，對人民程序基本權有嚴重影響，大法官也採嚴格審查的態度，蓋程序基本權是實現其他基本權的手段，唯有程序上的權利受到保障，其他實體權利才有實現可能。其中最顯著的案例當數推翻特別權力關係事項，不得爭訟的十餘號解釋（註一二七），此外尚有

註一二七：打破特別權力關係不得爭訟的藩籬的解釋例中，包括釋字第二九五號解釋對會計師法不許受懲戒的會計師提起行政訴訟的規定，運用合憲性解釋，不宣告法條違憲，而「轉換」使其得依法續行訴訟。

釋字第二二四號、第三二一號、第四三九號解釋宣告稅捐稽徵法、關稅法及海關緝私條例，須繳納部分罰鍰或保證金始准提起行政救濟的規定違憲；釋字第四三六號解釋認爲軍事審判法平時不許軍人向普通法院上訴，與憲法第十六訴訟權保障不符，亦是基於同一理由。㈢有關憲法第七條男女平等的貫徹，也是嚴格審查的事項：民法第一〇八九條（已修改）父母對未成年子女權利行使不一致時，以父之意見爲準的規定，釋字第三六五號解釋宣告其違憲，又釋字第四一〇號解釋有關夫妻財產制、第四五二號解釋有關夫妻住所之設定，均在強調男女平等原則。㈣限制言論自由，尤其是限制政治性言論自由的法律，也採用嚴格的審查，釋字第四四五號宣告集遊法第十一條各款違憲，便是明顯的事例。

2.**中度審查**：此類案例爲數不少，諸如與財產權保障息息相關的規定土地徵收及公共設施保留地的法律，大法官都曾作程序及內容的審查（如釋字第四〇九號、第四〇〇號及第三三六號解釋），其中有關解釋公共設施保留地問題，涉及之補償經費恒以兆爲單位的新台幣，釋憲機關一旦考慮這一事實，即無從強制行政立法部門應於如何的期間內加以解決，頗類似前述德國憲法法院所考慮的因素：「有無充分可能性形成一項判決」。可歸爲中度審查密度者還有：猥褻性言論（釋字第四〇七號）、商業廣告言論（釋字第四一四號），這類言論與政治性言論相較，顯然屬於低價值的言論，頗似美國最高法院所採的判斷尺度（註一二八）。涉及訴訟權

註一二八：參照李建良，論基本權利的位階次序與司法審查標準，前引論文集，

行使的次要事項，如公務員懲戒法有關懲戒程序及懲戒方式的規定（釋字第三九六號、第四三三號解釋）；又如對兵役法及兵役法施行法的規定（釋字第四九〇號、五一七號解釋），均可視爲中度審查的案例。

3.**低度審查**：釋字第三四二號解釋對立法程序的審查，相較於釋字第四九九號解釋對修憲程序的嚴格審查而言，顯然是低度審查；可列入低度審查者還有：台灣地區與大陸地區人民關係條例（釋字第四七五號）、特別刑法的死刑規定（釋字第一九四號、第二六三號、第四七六號）、道路交通管理處罰條例對行人的罰則（釋字第四一七號）等所涉的合憲性。若干未直接影響人民權利，僅具有組織法意義的規範，如釋字第四八一號對省縣自治法的審查。

以上三種審查密度的分類，應附帶說明三點，第一、區別的標準並非十分明確，容有仁智之見，尤其中度審查與低度審查之間，也可能遭到德國學者對其憲法法院所謂明顯性審查與可支持性審查，界限不清的批評。第二、同性質的事項，有時會採取不同的密度，例如特別權力關係中，已改變公務員身分損及其服公職的基本權（釋字第二四三號）或其他重大影響（釋字第二九八號），若不予公務員訴訟救濟的機會，構成憲法第十六條訴訟權的違反，反之，其他較輕的法益侵害如記過、調職等便屬於低度的審查。第三，審查密度不是一成不變，隨著客觀環境的變遷或釋

第三輯，一七七頁以下。

憲機關成員的更動，昔日合憲者，今朝也許變成違憲。事實上，已經有這樣的案例：海關緝私條例規定須繳納部分罰鍰或保證金始得聲明異議的規定，釋字第二一一號認爲合憲，而釋字第四三九號則變更爲違憲。

第五節　解釋的效力

一、大法官對審查法令結果宣告的方式

大法官解釋的效力與其對法令審查結果宣告方式，有密切關係，因此有先予敘述的必要。依照歷來大法官解釋所發展出來的模式，有下列多種類型（註一二九）：

㈠合憲宣告

作爲審查對象的法令，屬於制定機關的權限，制定的程序也無重大瑕疵，內容則與上位規範並無牴觸者，自應認定其合憲，這類案件占大法官違憲審查的絕大部分。

㈡合憲非難

合憲非難指對受審查的法規，一面認爲尚不違憲，同時又指摘其不當，並要求制定法規的機關檢討改進（案例甚多，如釋字

註一二九：對大法官所爲法令違憲審查結果的類型化，學者各有不同的分類，見法治斌，與大法官共治，難嗎？憲政時代，第二十六卷，第三期，八十頁以下；李建良，憲法理論與實踐㈠，八十八年，五〇三頁以下；許志雄，憲法秩序之變動，八十九年，三三三頁。

第二七〇、二七七、二九〇、三九六、四四一號等解釋），論者皆謂其情形與德國聯邦憲法法院的所謂警告性裁判（Die sog. Appellentscheidung）相當（註一三〇）。其實我國的合憲非難與警告性判決有相當程度的差異：1.合憲非難，其前提是合憲，非難並沒有拘束力；警告性判決則是避免立刻宣告違憲，對系爭法規勉強認爲目前尚屬合憲(noch verfassungsmässig)，判決的主旨仍然確定系爭的法規未來牴觸基本權（Feststellung eines Grundrechteverstossest erst für zukünftigen Zeitpunkt）（註一三一）。2.警告性判決的理由中必須敘明其實質違憲及何以暫不宣告違憲的理由（註一三二），而合憲非難通常只說：「易滋誤解」「未盡相符」「宜由立法爲適當之裁量」等語。3.警告性判決構成對制定法規機關的一項憲法委託（Verfassungsauftrag），有遵守的義務，所以有時聯邦憲法法院並明定其修改法規的期限（BVerfGE 39,169－寡婦年金案便是例子）。合憲非難並沒有相同的拘束力，大法官也從未定期使原來規定失效，或明定「日出期限」。我們認爲真正與警

註一三〇：陳瑞堂，違憲解釋之將來效力與警告性判決，司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，民國七十七年，三五四頁；王和雄，前引論文，二〇頁。

註一三一：引自加值營業稅法案之判決（BVerfGE 21, 12, 39 – Umsatzsteuergesetz），vgl. auch Maunz u. a., BVerfGG. Kommentar, aaO., §95 Rn. 37.

註一三二：警告性判決的性質雖有各種不同的學說，中文著作見陳愛娥，大法官解釋之界限，大法官釋憲五十週年學術研討會論文，民國八十八年，三五六頁以下；我們所引的是德國聯邦憲法法院所持見解，並爲一般所採納，Vgl. Schlaich, aaO. S. 249.

告性判決相當者，倒是早期的兩號解釋：釋字第八十六號解釋（高等法院以下各級法院隸屬案）及第一六六號解釋（違警罰法違憲疑義案），不明白宣告法律違憲，但要求有關機關作符合憲法意旨的修改，否則未來將遭違憲失效的命運，數年後釋字第二五一號解釋也真正定期使違警罰法失效。

㈢違憲但不失效

違憲但不失效指作爲審查對象的法規，經認定違憲或與憲法意旨不符，但未使其立即失效或定期失效，只要求檢討改進，遂形成違憲法規仍長期有效的局面。論者通常以釋字第八十六號解釋及第一六六號解釋作爲舉例，我們並不贊成（註一三三），但仍列爲一類。

㈣違憲並立即失效

法規違反上位規範究竟產生何種效果，大抵有三種不同的法則：拒絕適用主義、撤銷主義或無效主義（Verwerfungs-,

註一三三：若干討論大法官解釋效力的文章，也將釋字第八十六號及第一六六號解釋歸類爲單純違憲宣告，或違憲而不失效，若違憲而又無限期的繼續適用，實質上無非警告而已。參與這兩號解釋的林紀東大法官也指出：基於種種考慮，解釋文用語和緩並未宣告各該法律違憲，見其所著，大法官會議憲法解釋析論，民國七十二年，九十五頁及一四一頁。真正單純違憲宣告者，是系爭的法令在解釋公布時已經廢止或修改等原因而失效，自不必再宣示其失效時點，如釋字第二八八號解釋。

Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundsatz）：對於規範審查之效果，各國法制分別有此三種不同之處理模式。所謂拒絕適用主義係美、日之制度，各級法院僅在個案中不適用認爲違憲之法律，但該項法律仍然存在，若經終審法院（最高法院）確認其違憲，則實際上亦失其效力。我國各級法院對命令的審查，也屬於拒絕適用主義。撤銷主義謂憲法法院對於有瑕疵之法令，宣告其違憲時，僅向將來（ex nunc）發生效力。換言之，自裁判生效日起或在裁判中定相當期間，於期間經過後，法令失其效力，奧國即採此制度。無效主義則指法令經宣告牴觸上位規範者，自始（ex tunc）並溯及既往的失效，德國原則上採此制度，但頗多例外情形。

本編先前已經約略說過，奧國憲法法院判決法規違憲採撤銷主義（或宣告無效說 Vernichtbarkeitslehre），是受維也納學派的 Kelsen（克爾生）及 Merkl（墨克爾）的影響，認爲違憲的法規在未被宣告違憲之前，它是合憲的法規，就如同有瑕疵的法院判決，若未提起上訴則永爲合法的判決，任何人都不能否定其效力，因之違憲宣告只能向將來（pro futuro）生效。德國有瑕疵的法規採無效主義（或稱當然無效說 Nichtigkeitslehre），在威瑪共和時期就已經形成，戰後對憲法法院判決效力究採何種法則，學者間也有不同的主張（註一三四），由於基本法第一〇〇條明定，法官認爲牴

註一三四：H. Götz, Wirkungsgrad verfassungwidriger Gesetze NJW 1960, S. 1177ff; Ch. Pestalozza, Dir Geltung verfassungswidriger Gesetze AöR 96 (1971), 27; Maunz, in: Mauz/Dürig, GG Kommentar, aaO., Art. 93, Rn 34.

觸憲法的法律，不得適用，應提交憲法法院裁判，顯與奧國的理論不同，加上聯邦憲法法院法第七十九條對判決的溯及效力有所限縮（稍後說明），自始無效對法安定性的影響不致擴大，因此目前德國採無效主義已是定論（註一三五）。不過聯邦憲法法院依聯邦憲法法院法第七十八條的規定，又發展出兩種不同模式的判決主文：一是無效宣告（Nichtigerklärung）；一是與基本法不符（Unvereinbarkeit）。無效或不符都是認定法規違憲（Verfassungswidrigkeit），所不同者在於對某些受違憲宣告法律的影響：例如以法律違反憲法上平等原則者（基本法第三條第一項），這時爲保障受不平等對待群體的利益，而宣告其無效，則原來受益者也完全失去保障，反之，若宣告其與基本法不符，立法者如修改法律使其與判決意旨相符，有充分自由形成空間，而非一律無效，這是憲法法院自行建立的理論（BVerfGE 33,349－救貧法案件）（註一三六）。

違憲法規自始的溯及失效，或向將來失效，關係一項重大價值判斷問題：究竟法安定性抑法正確性何者重要？德國之制以自始的當然的失效爲原則，顯然正確性較爲優先，例外情形顧及法的安定。這種例外規定於聯邦憲法法院法第七十九條：以違憲法律爲依據的刑事確定判決，得以再審救濟，若是民事確定判決則不受影響，但不得執行；若在強制執行中則受執行之債務人或第

註一三五：Schlaich, aaO., S.220ff.

註一三六：Vgl. auch Maunz u. a., BVerfGG Kommentar, § 78 Rn. 12ff.

三人得提起異議之訴；若已執行完畢則不生不當得利問題。這種設計，目的在求取價值的均衡，但仍然發生許多不合理情形（註一三七）。因此，多數國家採奧地利模式，向將來發生效力，義大利（憲法第一三六條第一項）、土耳其（憲法第九十三條第一項第二款及第一〇〇條），均採自憲法法院判決公布後失效；南斯拉夫一九六四年憲法最爲特殊：經憲法法院認定違憲的法律，國家應於裁判公布起六個月內修正使其符合憲法，逾期法律失其效力（註一三八），但向將來失效也有其困境，我國制度就面臨這類難題。

關於大法官解釋的效力，歷來各種規範大法官行使職權之法規，都未作規定。憲法第一七一條第一項：「法律與憲法牴觸者無效」，第一七二條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」，這兩項規定旨在強調憲法具有最高效力（註一三九），尙不能從中獲致我國釋憲機關解釋的效力採無效主義。在這種法制不完備的情形下，大法官解釋的效力，全賴其解釋例創設。並發展成爲與奧地利極爲相似的模式（見該國憲法第一四〇條），表現於釋字第一八八號解釋前段：「中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解

註一三七：Vgl. ch. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 1991, § 20 Rn. 76ff. 德國也有人主張，採奧國向將來定期失效方式，運用較爲靈活，但須有憲法依據，方屬可行，Siehe Schlaich, aaO., S. 222.

註一三八：Zitiert bei Maunz u. a., BVerfGG Kommentar, §78 Rn 9.

註一三九：關於憲法上無效應作何解釋，學者有不同意見，見林紀東，中華民國憲法逐條釋義㈢，八十二頁；同著者，大法官會議憲法解釋析論，十四頁以下；朱武獻，公法專題研究㈠，民國七十五年，一〇四頁。

歧異，本院依其聲請所爲之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。」解釋文雖僅指統一解釋，事實上憲法解釋亦同：自公布當日生效，但解釋文另定者，從其規定。因此，若解釋文的內容是宣告某項法律條文違憲，且未定該法律條文失效日期者，當然隨解釋生效之當日起失其效力。通常解釋文的用語：「自本解釋公布日起不再適用」、「應即失其效力」、「應不予適用」等，效果並無不同。據以聲請解釋的案件及同類案件，尚未處理終結或確定時，當然應遵照大法官解釋意旨處理，這便是釋字第一八八號解釋中段：「各機關處理引起歧見之案件及其同類案件，適用是項法令時，亦有其適用」的意旨所在。

大法官解釋效力向將來發生的原則，有一重要例外，這是釋字第一七七號解釋所建立：「本院依人民聲請所爲之解釋，對聲請人據以聲請之案件亦有效力」，人民據以聲請案件都是用盡訴訟途徑，經確定終局裁判的案件，解釋對之亦有效力，當然屬於溯及生效。該號解釋理由書對此曾進一步闡示：「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，爲符合司法院大法官會議法第四條第一項第二款，許可人民聲請解釋之規定，該解釋效力，應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序，請求救濟」。換言之，聲請人得依法提起再審或非常上訴。前述釋字第一八八號解釋之後段，又重申相同的意旨：「惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋爲違背法令本旨時，是項解釋自得據爲再審或非常上訴之理由。」這項制度也是起源於奧國的「引發事件」（Anlassfall）之例，使抽象的法

規解釋兼有個案救濟的功能，更是促使人民聲請釋憲的誘因，對落實基本權直接發揮保障功能，有重大貢獻，爲我國法制的一大進步（註一四〇）。

我國對據以聲請案件的溯及效力，雖是仿自奧國引發事件，但兩者仍有三點不同：1.我國必須受宣告違憲的法規立即失效，解釋對其有利的聲請人才可以依法定程序，請求救濟；若定期失效，則該聲請人仍不得請求救濟，其理由不外認爲違憲法規在期限屆滿前仍屬有效，這種作法實不合理。奧國則不問是否立即失效，或定期失效，一律對引發案件溯及生效。目前在立法院審議中的司法院大法官審理案件法修正案（第三十條第二項），已有所改正，一旦完成立法程序，與奧國便無不同。2.同樣因違憲法規而受不利益確定判決之人民，只有據以聲請案件之聲請獲得救濟，對其他情形相同者顯失公平（其他情形相同的當事人若重複聲請解釋，將因一事不再理而遭駁回），奧國爲緩和上述缺點，依憲法法院的判例，凡與引發事件相同而在言詞辯論開始前，不經言詞辯論之事件則在評議開始前，已繫屬於憲法法院或行政法院（因爲行政法院最可能受理這類事件）的案件，一律視同引發事件，爲宣告法規違憲的判決效力所及（註一四一）。我國沒有這種擴

註一四〇：上述解釋作成，終審法院並不樂意接受，最初聲請人據以向終審法院提起再審，甚至遭不合法駁回，後經監察院提起彈劾，受彈劾的合議庭法官雖經公懲會決議不予懲戒，但據以聲請案件有溯及力的制度終於建立。

註一四一：Vfslg 10616, 10736, zitiert bei Öhlinger / Hiesel, Verfahren vor den

張溯及效力的法則，只有一種情形，即不同聲請案件分別對同一法規指摘違憲，均符合受理要件，後聲請者可併入先聲請者併案審理，若結論是法規違憲，則各個聲請人都可受益，這種機會實際很少發生。3.奧國之制，憲法法院對用盡審級救濟途徑所發動的規範審查，若已確定的行政法院判決或獨立行政裁決庭（Unabhängige Verwaltungssenate）的裁決，是基於違憲的法規所爲者，除由當事人循法定訴訟途徑（如再審）救濟外，憲法法院在例外情形，也有將確定判決逕予撤銷的先例（註一四二），這種例外在我國並不存在。

㈤違憲定期失效

違憲定期失效第一件案例是釋字第二一八號解釋，認爲財政部規定出售房屋未能自行申報或提示證明文件者，「一律以出售年

Gerichtshofen des öffentlichen Rechts, Bd. I, 2. Aufl., 2001, S. 74, 136.
在德國經聯邦憲法法院宣告法律與基本法不符時，對引發事件也有其效力，前文已有說明。這種情形，如由當事人用盡審級救濟之後，向憲法法院提出判決的憲法訴願（Urteilsverfassungsbeschwerde），憲法法院自得同時將專業法院的判決一併撤銷。若引發事件是各專業法院停止審判提交聯邦憲法法院專就法律作違憲審查者，該法院通常應繼續停止審判，俟立法機關依聯邦憲法法院判決意旨修改法律後，再作成判決。在等待立法機關制定或修改法律的過渡期間，與引發事件案情相同而已繫屬於各該專業法院的案件，也應停止審判，直到新法公布爲止，這是聯邦憲法法院透過先例建立的法則，學者稱之爲平行事件（Parallelfälle），Siehe Schlaich, aaO., S. 238f.

註一四二：Öhlinger/Hiesel, aaO., S. 74

度房屋評定價格之百分之二十計算財產交易所得」的函釋，不問年度、地區、經濟狀況以固定不變的百分比推計課稅，有失公平合理，宣告其違憲，「應自本解釋公布之日起六個月內停止適用」。其後釋字第二二四號解釋開始對法律違憲定期失效，該號解釋審查對象爲稅捐稽徵法，所定失效期間爲兩年。從此之後，法律失效期間最長爲兩年，命令爲六個月或一年，若違憲狀態既可以制定法律排除，也可以依現行法律發布授權命令加以解決時，則諭知其期間爲一年（註一四三）。這種宣告方式也是起源於奧國憲法的規定：法律原本一年（一九九六年修憲改爲一年六個月），命令六個月。這種模式除有利於法秩序安定外，最主要的考慮是給制定法規機關過渡時間，使其修改或重新訂定法規。大法官解釋在明定失效期間之外，還有指明特定日期者：如釋字第二五一號解釋七十九年一月十九日公布，指定違警罰法相關規定於八十年七月一日失效，計算起來大約是一年六個月，可能基於兩年太長，一年嫌短的考慮。爲求取一致，前述審理案件法修正案明定命令違憲一律一年，法律違憲兩年。

㈥代替立法者彌補漏洞的宣告

所謂代替立法者彌補漏洞的宣告，指法律內容因立法者明顯的不作爲（gesetzgeberische Unterlassung）有重大瑕疵，由大法官在解釋文逕行宣示準用其他條文予以彌補漏洞，釋字第四七七號

註一四三：釋字第四五五號解釋是唯一的一次，明確引用審理案件法第十七條第二項「諭知」有關機關的作爲義務。

戒嚴時期人民權利受損回復條例解釋案就是典型的案例。這類案件通常是現有條文規定不公平，對某類人員形成不平等待遇，但又不能宣告條文違憲，否則一切受益者都喪失回復權利的益處，等待立法者修法補充，又緩不濟急而採取之不得已措施，以補充規定代替宣告法律違憲。釋字第四七一號解釋關於槍砲彈藥刀械管制條例一律長期宣付強制工作的規定，也採用上述方式給予補充規定，供刑事法院審判上適用。這種補充立法者不作爲理論，德國實務上早已存在，不過德國憲法法院不願逾越權力分立的界限，通常僅明確指示立法不作爲係屬違憲，並課予立法者一定的作爲義務，避免逕行以判決補充漏洞（註一四四）。

二、全部無效與一部無效

所謂全部無效指憲法法院或釋憲機關審查結果，認整部法律（或法規）均無效，若只有法律中的特定條文無效稱爲一部無效（Teilnichtigkeit）。事實上，規範審查絕大多數都是一部無效，全部無效限於超越權限的立法行爲，或嚴重違反立法程序而通過的法律，德國一九八一年國家責任法（即國家賠償法 Staatshaftungsgesetz）屬於因爲聯邦欠缺立法權限而全部無效的少數案例（BVerfGE 16, 149）。一部無效又可分爲量的一部無效及質的一部無效，前者謂指明一個或數個條文無效；後者又稱不變動條文文字的一部無效（Teilnichtigkeit ohne Normtextreduzierung），

註一四四：Vgl. Schlaich, aaO., S. 235ff.

指系爭的條文並未被宣告無效，但其規範意義已經轉換而與原有涵義不同，習見於合憲性解釋方法的運用。以我國的釋憲爲例，釋字第二六〇號解釋否定中央有權制定某一省之省議會及省政府組織法，便是全部無效的例子，釋字第二九五號解釋未宣告會計師法第四十四條、第四十六條違憲，但變更不許受懲戒會計師提起行政訴訟的實務上見解，即所謂質的一部無效。我國還有一種狹義的一部無效，就是對某一條文不宣告其整條或整項違憲，而只說與解釋意旨不符部分無效，例如釋字第三七一號就司法院大法官審理案件法第五條第二項所作的解釋。

三、大法官解釋的效力範圍

德奧的憲法法院本身是完全的法院，所以其判決與其他專業法院一樣，具有形式的確定力（formelle Rechtskraft）：憲法法院自己也受拘束，不可變更判決，當事人也不得再對判決聲明不服。原則上也具有實質的既判力（materielle Rechtskraft）特別是不涉及法規違憲，單純以專業法院判決爲對象之「判決的憲法訴願」，憲法法院的判決確定力，與其他專業法院相似，至於「法規的憲法訴願」，則問題較爲複雜（註一四五）。因爲依實質既判力的正常

註一四五：德國制度參照 Ch. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, aaO.,§20 Rn. 49, 52, et passim, Schlaich, aaO., S. 272ff；中文論著參照蕭文生，法規違憲解釋的效力，司法院大法官九十一年度學術研討會論文，未編頁數，陳愛娥，德國聯邦憲法法院裁判的拘束力，同上論文集，李震山，疑義解釋與爭議裁判之拘束力的異同，同上論文集，陳英鈐，憲法訴

說法，客觀上以判決主文爲範圍，理由並沒有既判力；主觀上指在實體法，判決所形成的法律關係當事人與參加人（即所謂 inter pares），及其權利義務之繼受人應受拘束，在程序法上法官也應受判決的拘束，就同一訴訟標的各種法院均不得更爲裁判。憲法法院對法規作違憲審查的判決，其效力卻與上述實質既判力理論不盡相同：第一、客觀上發生效力不限於主文，也包括構成主文的理由（tragende Gründe）（註一四六），否則制定法規的機關無從另訂符合憲法意旨的新法規，蓋主文只寫違憲或與憲法不符。第二、主觀上效力及於未參與訴訟程序者（即對世 inter omes 效力），這稱爲憲法法院關於法規審查判決的一般拘束力（Allgemeinverbindlichkeit），對一切國家機關產生與法律相同的拘

願解釋的效力，同上論文。

註一四六：構成主文的理由也有拘束力，是德國聯邦憲法法院的先例所建立（最早在 1950 年代 BVerfGE 1, 14(37)－西南邦案件中出現，後繼尚有若干案件），憲法法院自己認爲是憲法的守護者，在判決中對憲法所作的有權解釋（authentische Interpreten），包括構成主文的理由，甚至其他對憲法的觀點，都應對其他憲法機關有拘束力。但是聯邦憲法法院法第三十一條第二項明文規定判決主文應由司法部刊登聯邦公報並有法律效力，則有拘束力理應限於主文（參照 Maunz u. a., BVerfGG Komentar,§31 Rn. 10f.），因之對憲法法院的擴張效力不少學者持反對意見（參照 Schlaich, aaO., S. 451f.），至於何謂 tragende Gründe？我們認爲當然不是旁論（obiter dicta），旁論不具拘束力，也與判決理由（ratio dicidendi）有別，判決理由涵義較廣，應解釋爲「沒有這些理由，判決主文就不能成立」，所以我們譯作構成主文的理由。

束力。行政機關及各種專業法院受憲法法院判決的拘束，較無問題，發生疑問的是立法機關，也就是被聯邦憲法法院宣告無效的法律，國會可否重新制定內容相同的法律；所謂規範再定之禁止（Normwiederholungsverbot）問題。吊詭的是聯邦憲法法院兩個庭的見解，正好相反（註一四七），第一庭認爲該院的判決充其量有法律效力（Gesetzkraft），但國會只受憲法秩序的拘束，國會本身是立法者，法律對之應無拘束力，如果國會認爲有必要，當然可以重新制定與被宣告無效的法律內容相同之新法；第二庭則堅持規範再定之禁止，因爲憲法法院的判決拘束包括國會在內的一切憲法機關。學者間的意見也仍分歧，所以目前屬於有待解決的問題。

大法官釋憲採抽象的規範審查，所以解釋的效力與法規憲法訴願的判決相似，客觀上不以解釋文的拘束力爲限，也包括除旁論之外的解釋理由，不過解釋文越來越長，與理由書幾無差別，所以解釋理由有無拘束力現時並不重要；主觀上釋字第一八五號解釋也建立一般拘束力的原則：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，爲憲法第七十八條所明定，其所爲之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨爲之」。到現在爲止凡是大法官定期使法律失效的解釋，立法院都能遵守期限及時修訂法律，若僅違憲非難，促其檢討改進則效果不彰。至於有無禁止制定重複規範原則之適用，就迄今出現的案例，在我國應採肯定說：緣釋字第二七八號解釋，對七十

註一四七：Vgl, Schlaich, aaO., S. 273f.

九年十二月十九日修正公布之教育人員任用條例以前，未經考試及格而進用的公立學校職員，釋示「僅能繼續在原學校任職」，但立法院在八十三年七月一日又修正上述條例，在第二十一條第二項中明定「並得在各學校間調任」，經考試院聲請解釋，大法官作成釋字第四〇五號解釋，宣告立法院新修正的法條違憲並立即失效。其理由爲：憲法設大法官掌理解釋憲法，「足見憲法賦予大法官維護規範位階及憲政秩序之重大職責。是司法院大法官依司法院大法官審理案件法之規定，就憲法所爲之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲、均有拘束全國各機關及人民之效力」，「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所爲之憲法解釋，自不待言」。這號解釋乃是對立法權重大的限制，但從公布以來從未見立法委員反對的聲音，是不知呢？或不能呢？如果第四〇五號解釋所持見解不變，「規範再定之禁止」原則將成爲定則。果真如此，國會基於其民主正當性，旰衡變動不居的社會情勢，仍不得重新立法推翻大法官的解釋，則我國釋憲機關的「強勢」，爲美、德諸國所望塵莫及了（註一四八）。

行政機關與司法機關對大法官解釋效力遵行的情形如何？大體而言，行政規章經宣告違憲或違法者，各級行政機關都會遵守，若干高度政治性的爭議案件，如釋字第四一九號解釋副總統兼任

註一四八：關於美國最高法院判決的效力及與國會的關係，參看法治斌，前述司法院九十一年學術研討會論文集，1~20頁。

行政院院長案，釋字第五二〇號解釋停建核能四廠案，最後也都接受大法官的釋示。發生問題的是多如牛毛的函釋，尤其是稅法方面的函釋，宣告一件違憲或違法，稅捐稽徵機關有時卻引用內容相似但文號不同的函釋，作爲處理依據，甚至在其他新的函釋中挾雜已遭否定效力的舊見解（註一四九）。至於法院也有類似情形，相同內容的判例往往不只一、二則，宣告其中之一違憲，終審法院就引述未宣告者，這就是大法官推翻不許公務員提起行政訴訟的行政法院判例，一再作成多達十餘號解釋的原因之一。我們還發現解釋文若宣告判例一部違憲，通常用語是：「與本解釋意旨不符部分，應不再援用」，出現行政法院未深究案情，體會解釋意旨，繼續引用甫經宣告違憲的判例，理由是該判例只有一部違憲。只要看釋字第三二三號解釋宣告行政法院五十九年判字第四〇〇號判例不再援用，釋字第三三八號解釋又再次釋示同一判例不再援用，便可明瞭。

四、大法官解釋的執行問題

大法官所爲解釋，並非都需要付諸強制執行，疑義解釋、統一解釋通常不生執行問題。從事規範審查，宣告法規合憲是確認性質，宣告法規違憲則屬形成性質，通常也無待執行。如果解釋中要求有關機關依照解釋意旨採取一定作爲，相當於對該機關的

註一四九：這是台北市會計師公會理事，根據承辦稅務案件的經驗，向著者的訴苦。

一項憲法委託，例如釋字第四五五號及釋字第五三五號解釋，便有這種委託的意旨。司法院大法官審理案件法第十七條第二項：「大法官所爲之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之方法。」這項規定有兩種意義：一是對解釋的執行，與強制執行法或行政執行法所稱的執行不同。後者先有執行名義存在，執行的標的是財產、權利、作爲、不作爲，執行的方法包括直接強制、間接強制、查封、拍賣等；解釋的執行是以適當的方法實現解釋意旨所要求的法律狀態，不可不察。二是釋憲機關自行決定由誰執行及如何執行，與德國聯邦憲法法院所採的方法相同。學者遂稱憲法法院本身就是強制執行的主宰（Herr der Vollstreckung）（註一五〇）。

註一五〇：Vgl. Schlaich, aaO., S. 270.

第四編　憲法解釋的理論與實踐

第一章　從哲學詮釋學到法律詮釋學

第一節　近代詮釋學的起源與史萊爾馬赫

詮釋學（hermeneutica, ε ρ μ η γ ε υ ω）一詞，來自一位希臘神祉的名字 Hermes（荷默斯）也稱爲默丘利（Mercury），他是天神宙斯（朱比特）— 也是荷默斯的父親 — 的使者，負責傳遞訊息給諸神和凡間的人，同時他也是商場及貿易的守護神，他還有一種本領就是牽引死人的靈魂，是希臘神話中出現次數最多的神。荷默斯傳達訊息，並不是單純的作爲傳達者，而是扮演詮釋者的角色。換言之，他要將諸神的言語，解說成人們所瞭解的話語，所以我們從字源中已可窺見詮釋學的一斑。

詮釋學名詞的正式使用是十七世紀以後的事，同時期用來表達與詮釋學 Hermeneutik 相似意涵的語詞，尚有 aris interpretaudi（解釋方法），Exeyese（聖經註釋）或 Philologie（語言學）等。在這類可稱之爲詮釋學「史前史」階段，它的主要功能是爲聖經解讀而服務，經過教父哲學及漫長的中世紀，聖經解釋從肉體的（körperlich），心靈的（seelisch）及精神的(spirituell)三個層次，發展爲多義性的經文解讀，涵蓋字義的、歷史事蹟的、隱喻的、

道德的、力行以實現上帝救贖願望等，當時神學家曾歸納爲四項(註一)：

㈠文字意義(litera gesta docet, literarischer Sinn)

㈡隱喻意義(quid credas allegoria, allegorischer Sinn)

㈢道德意義(moralis quid agas, moralischer Sinn)

㈣顯揚及奉行神意(quo tendas anagogia, ewige Herrlichkeit und tropologischer Sinn)

這樣深奧的經文解釋，不是凡人所能勝任（註二），在教會權威支配下，羅馬教廷也不允許對經文任意解釋，而必須在天主教教會所設定的意義內宣講。由此可知，基督徒所信奉的三位一體神學，自始就有詮釋方法的運用，不過附著於神學而未獨立出來而已。

十六世紀開展的宗教改革運動所成就的新教神學，與舊教最大的分歧就是反對羅馬教廷獨占聖經的解釋。以馬丁路德（M.

註 一：參照 Ulrich Schroth, Probleme und Resulate der Hermeneutik-Diskussion, in A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg, Karlsruhe 1977, S. 189.

註 二：試以路加福音第二十二章第三十六節及第三十八節爲例：『耶穌說：「我差你們出去的時候，沒有錢囊、沒有口袋、沒有鞋，但如今有錢囊的可以帶著，有口袋的也可以帶著，沒有刀的，要賣衣服買刀」。「他們說，主啊，請看，這裡有兩把刀」。耶穌說，夠了』。上面的經文，所謂「兩把刀」、「夠了」是什麼意思呢？顯然不是望文生義所能理解，標準的答案是：兩把刀指言與行，意謂門徒到各處傳教，靠言與行就夠了。

Luther）爲例，所謂從聖經解釋聖經（siu ipsius interpres）便是其倡導的口號，路德認爲聖經救贖的意旨非常清楚，經文本身縱有涵義不明之處，也可從自身而得知其意，因爲「因信而生義」，不必墨守傳統也無須依賴解讀的技巧，這就是初期新教神學的聖經自解原則(Schriftprinzip)（註三）。

啓蒙時期的思想解放，表現在宗教信仰方面顯著的一點便是：新教的信仰者極力擺脫舊教對經文的解釋，而給予聖經新的意涵，而不以隱喻之類晦暗不明的內容爲依據。其中最著名的新教神學家當推史萊爾馬赫（Friedrich Schleiermacher, 1768-1834）。在長達二十餘年講授聖經之後，史氏深感有建立系統性一般詮釋學（allgemeine Hermeneutik）的必要，使詮釋學的理論與方法普遍適用於除神學以外的哲學、藝術、文學及法學等不同的領域（註四）。史氏最後完成一系列的「詮釋學」著作（註五），而被稱爲哲學詮釋學之父。史萊爾馬赫的詮釋以「理解」（Verstehen）爲中心，

註　三：參照洪漢鼎，詮釋學 — 它的歷史和當代發展，北京，二〇〇一年，三十八頁。

註　四：參照 Schroth, Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellungen, in Dimensionen der Hermeneutik, hrsg. von W. Hassemer, Heidelberg 1984, S. 77f.

註　五：史萊爾馬赫有關詮釋學之著作，陸續完成於一八〇五年至一八三三年之間，以手稿方式遺留下來，內容多屬類似法律條文方式排列出詮釋準則（Kanon），與當代德語頗有差距，加上文字脫漏，閱讀不易，本書引用者爲 Hermeneutik, hrsg. v H. Kimmerle, Heidelberg 1959.

而理解又以原著文本(Texte)爲基礎，詮釋方法基本上被視爲一種避免誤解的技藝。理解的任務在於使文本原創性的重現，爲達此目的，史氏特別強調部分與整體的關係：詮釋者先徹底瞭解文本之個別部分，然後在置諸原著的整體關聯性之內，重組其意義。換言之，解釋者須先將每個字置於文句的系絡之中，再將每個字句放入由許多句子構成的整段文章之內，最後再以整段融合於整部著作；如此不僅是將部分提升爲全體，也是以全體來矯正對部分的誤解，以上的過程稱爲詮釋學的循環（hermeneutischer Ziekel）（註六）。史萊爾馬赫主張在重組「文本」之際，既應注意文字的關聯，亦應考慮原著者內心的觀點，從這兩方面建構解釋準則(Auslegungskanon)，因此，史氏詮釋學的方法取向，一方面屬於文理的(grammatikalisch)，另方面則屬於心裡的(psychologisch)。

第二節　狄爾泰—歷史主義的詮釋學

在史萊爾馬赫前後仍有不少學者對詮釋理論多所闡揚（註

註　六：Schroth, Ebd.

註　七：早在史萊爾馬赫之前，第一位以詮釋學作爲書名的是旦豪爾（K. J. Dannhauer），這位「先行者」在一六五四年出版的著作稱爲：聖經解釋學或聖經解釋方法（Hermeneutica sacra sive methodus exporendarum sacrum litterarum），在扼要述說旦豪爾的理論之前，須知啓蒙思潮以前，歐洲的文化思想實受兩大潮流的影響：一是士林哲學 Scholastik（或譯教父哲學），一是希臘哲學。以奧古士丁爲首的士林哲學致力於建立

普世性（Universalität）的神（哲）學，但卻未重視方法論的探討。直到培根（F. Bacon）、笛卡兒（R. Descartes）始重獲重視。希臘哲學因文藝復興而受重視及闡揚，在方法論方面以亞里士多德的邏輯及概念構造方式最具影響力。旦豪爾一方面以奧古士丁的普世性理論爲取向，另一方面將亞里士多德以來的傳統邏輯加以補充，認爲所有的知識（Wissbare）皆源自相應的學問（philosophische Wissenschaft），理解知識的過程，就是對各種學問的詮釋，這可稱爲哲學的詮釋學，具有普遍性適用於神學、法學、醫學等不同學問。詮釋學的任務正與邏輯一樣，分析一切文字，不論是晦暗不明或顯而易見，俾發現真實，消除誤解，過程中當然要顧及原著者的觀點。由上可見，Schleiermacher 的主要論點，早已出現在 Dannhauer 的著作中，以上參照 H.- G. Gadamer, Wahrheit und Methode, 3. erweiterte Aufl., 1972, S. 276.; J. Grondin, Einführung in die philosophische Hermeneutik, 1991, S. 62ff.，第二位「先行者」格拉丁尼烏斯(Johann M. Chladenius)以一本名爲「正確解釋語言及文書之導論」(Einleitung zur richtigen Auslegung vernünftiger Reden und Schriften)的著作，提出其個人的詮釋理論，格氏認爲知識可大別爲兩類：一類是著者自己的思想及發現而擴充者；另一類是對他人有益及優良的作品或想法，經由解釋而理解。第一類知識靠著理性理論（Vernunftlehre）而獲得，第二類知識則依賴正確的解釋，也就是一般詮釋技巧（Auslege-Kunst）。詮釋技巧在格氏心目中具有各種學問輔助工具的作用，用以解釋晦暗不明（Dunkelheit）的對象。晦暗不明的原因不外三種：原著的殘缺不完整、原文未能成功表達以及原著使用雙重意義的文字。根據加達默（Gadamer）的分析：格氏對詮釋學賦予教學的功能與機緣的性質，即詮釋須以學習者需要及接受爲考量，而所謂機緣性質(okkassionlle Natur)是只在有待詮釋的必要時，解釋者才表示其觀點，所以詮釋是解釋者的鑑別意見(Sachverständnis)，而不是對原著作心理

七），本書無法逐一敘述。以下介紹對當代詮釋理論有直接影響的另一位哲學家，即歷史主義的狄爾泰（Wilhelm Dilthey, 1833-1911）。狄爾泰對詮釋學頗有貢獻，曾替史萊爾馬赫立傳，但早期的著作並未直接涉及詮釋學。他一方面受另一位史學大師德羅森(Johann G. Droysen)的影響，強調自然研究與歷史知識的區別，德氏認爲：自然科學的實驗可以無窮盡地被重複，然後從許多個別經驗導出一般性規律，歷史學則是以不能按照客觀因果關係解釋個別事件爲對象；因此詮釋學方法運用在歷史上便是「從整體中理解個別」，從個別理解整體（Das Einzelne wird verstanden in dem Ganzen, und das Ganze aus dem Einzelnen）。作爲歷史詮釋的泉源，不僅僅是文本，歷史的真實性也是有待理解的對象（註八）。精神科學的現象多是一次出現的，無法做重複觀察，爲使現象重複出現在研究者心中，理解可視爲可行方法，精神科學的認知基

的及起源論的探討。以上參照 Gadamer, aaO., S. 171f.。第三位介紹的「先行者」邁爾（Georg Friedrich Meier, 1718-1777），其著作可視爲理性主義詮釋理論的代表，邁爾的主要論點包括：詮釋對象不限於文書而是一切符號（Zeichen）都在內，這種詮釋各種符號的技巧也可稱之爲符號學（Semiotik），對符號的詮釋以討論符號本身及其關聯性爲滿足，隱藏在符號內的事物並無意義。邁爾認爲實際的真象與詮釋所獲得的真實是不同的，詮釋學要追求的是後者而非前者，原著者是他作品的權威解釋者，所以越接近原著者的意思，越屬於正確的詮釋。以上參照 J. Grondin, aaO., S. 73ff.

註 八：Zitiert nach Gadamer, aaO., S. 103ff., 186, 204.

礎，原本建立在人的自我領悟（Selbstbesinnung）（註九）。狄爾泰將前述德羅森原本就歷史學所作論斷，擴大爲一切精神科學（Geistwissenschaft）— 德文的精神科學（有時也稱爲文化科學）約略相當於我們所說的人文社會科學 — 並以建構適用於精神科學的方法論爲己任。

如所周知，「純理性批判」，是康德哲學的代表作之一，康德認爲我人對自然的認知何以具有普遍的有效性，乃是由於我人有認識自然的能力，可稱之爲純粹理性。仿照康德的命題，狄爾泰提出歷史理性（historischer Vernunft），解決何以我人對歷史世界與人類世界的認知也具有普遍有效性，因爲：「成就一項歷史科學的首要條件在於，我人本身就是歷史的本體，既研究歷史，也創造歷史（註一〇）」。狄爾泰在理論體系方面，與同時代的若干德國思想家一樣，也頗受英國哲學家穆勒（John Stuart Mill）的影響，所謂精神科學就是從穆勒 moral science 一辭而來，而穆勒所主張的：心理學是一切學問的基礎，亦爲狄爾泰所接受，並且認爲可從心理學的基礎理論獲致方法論上的重大意義，就此而言，「心理學之於精神科學，有如數學之於自然科學（註一一）」。將心理學提升到這種層次，今天已無人接受，顯然那個時代的歐洲哲人對心

註　九：*Dilthey, Gesammelte Schriften VII, hrsg. v. A. Kaufmann, W. Hassemer*, S. 190.

註一〇：Dilthey, Gesammelte Schriften VII, 230, zitiert bei Gadamer, aaO., S. 209.

註一一：Zitiert bei Grondin, aaO., S. 113.

理學的界定與現今大不相同。狄爾泰又將心理學區分爲解說的心理學與理解的心理學，前者解說心理現象的因果關係，其作用有如化學家解說化學成分的相互作用；後者不涉心理或生理因素的探索，只是從生活經驗中所得之整體生活關係出發，對靈魂生命加以描述，也就是從整體理解個體，這正是從史萊爾馬赫以來詮釋學的傳統論點。於是狄爾泰得出一項結論，也是他的名言：「我們解說自然，我們理解靈魂生命」（Die Natur erklären wir, das Seelenleben verstehen wir.（註一二））。所謂解說即是說明自然的因果關係，而理解是對精神客體的描述，兩者方法論上有明顯區別。但單靠理解亦不能發揮詮釋功能，理解與體驗及表達乃三位一體。三者的關連性可說明如下：理解須經由自身的體驗進入他人內在的生命，並進入人類的精神世界，因爲生命具有共同性及普遍性，因此理解可發揮功用，狄爾泰曾說：「理解就是在你之中重新發現我。」（Das Verstehen ist ein Wiederfinden des Ich im Du.）至於理解與表達的關係，用他的話描述便是：「理解是我們從對外表示意義的符號，而認識其內在的過程（註一三）」。史萊爾馬赫所提倡兼顧文理與心理的詮釋方法，此處又重現於狄爾泰理論之中。

第三節　存在哲學的詮釋理論

註一二：Ebd.

註一三：Ebd., S. 115.

海德格（Martin Heidegger, 1889-1976）是存在主義哲學大師，他與後述加達默共同之處是：不像傳統詮釋學家一樣，將它視爲解釋或理解的技巧與方法，而是將詮釋學與哲學結合，成爲哲學的詮釋學。因爲在海氏等人的理論中，詮釋學已不再是對文本的解釋技術，而是存在論（Ontologie）的一環。海德格早期的思想，可用他在 1920 年代於海德堡大學講授課程名稱作代表，也就是他提倡的學問乃是與傳統註釋學不同的實存性詮釋學（Hermeneutik der Faktizität）。這種詮釋學是對此在（Dasein）之存在的解釋，也是對具體存在的分析。質言之，將詮釋學提升爲哲學的結果，就是詮釋的最終目的在此在的自我透視，所謂自我透視亦即實存性的自我解釋。海德格曾作如下的精確描述：

> 詮釋學有一項任務：對個別的「此在」充分的告知其作為「此在」的存在性質，並追尋打擊此在的自我異化。經由詮釋學提出「此在」於現時或未來自我理解的可能（註一四）。

海德格是胡塞爾（Edmund Husserl, 1859-1938）的門生和大學講座的繼承者，海德格的哲學公認是從胡塞爾現象學中發展出來（註一五）。因此有必要對胡氏的現象學作深入淺出的說明：

胡塞爾接受其師承 Franz Breutano 的主張：認識與判斷不問肯

註一四：Ebd., S. 128.

註一五：由於海德格一向不諱言的批判胡賽爾的理論，故在海氏的「存在與時間」一書問世之後，胡賽爾在致友人的信中表示，「存在與時間」的論點根本不屬於現象學範疇，無論在內容與方法上都徹底拒絕這部書，見洪漢鼎，前書，一八八頁。

定或否定，都與存在界（die Welt der Seinden）無關。認爲我們人的思想不必以真正的事物存在作爲先決條件，合乎這種思維方法的只有邏輯律（logische Gesetze），故它與心理學的和經驗上的事實律（Tatsachengesetz）全然不同。邏輯律就如同數學上的定理一樣，不問計算或說明的本質（Wesen）是否存在，都相同的有效。所以 2 乘 2 等於 4 是永遠有效的；畢氏定理（直角三角形兩弦平方的和等於斜邊的平方），在 Pythagoras 發現之前，它是有效的，縱然人類從世界上消失，它也還是正確的。依照胡塞爾的見解，邏輯的原則不是事實律，而是屬於另外一類純粹的本質律(Sachgesetze)，它與我們的關係是直接的，以原來的形式而不須任何媒介。這種純粹的本質律既不以真正在時空中存在之事物爲依據，也不以肉體上或心靈上的物件爲依據，而是根據想像中不受時間限制的形體(ideele zeitlose Gebilde)。因此，邏輯的原則不致重蹈心理主義的錯誤 — 一切認識和判斷必須直接間接與真實在客觀世界存在的事物有關，而認識則不外是，對事物內在或外在的觀察。所謂想像中不受時間限制的形體，胡塞爾曾舉例說明：像 2+2=4 中的「2」，就是這種形體。它與肉體或心靈的內含無關，獨立於時空之外，但是當我們提到「2」的時候，就如同我們提到「紅色」一樣，不同的時間或不同的人物，在不同的感官之下，都共同的瞭解，「2」或「紅色」究竟是什麼。因此，想像中的形體就是我們意識作用中的認同感(Bewusstseinakt auf etwas

Identisches)。這種想像中的形體，也稱之爲思想中的作用（註一六）。

海德格的實存性詮釋學即是針對以事實與本質分離爲基礎的現象學之批判。胡塞爾的現象學是對西方哲學中客觀主義的反動，並不惜宣告自己與傳統的形而上學相對立，而以先驗主體性(transzententale Subjektivität)爲其哲學的基礎（註一七）。海德格所建構的基礎存有論（Fundamentalontologie），在兩方面區隔胡塞爾而形成自己的理論：一是回歸希臘哲學專注於存在問題的探究，他認爲：自希臘形而上學盛行後，此一問題便受忽略而成爲存在的遺忘（Seinsvergessenheit），而凡存在的東西都是由時間境域來決定，對存在、真理及歷史都應從時間性（Zeitlichkeit）加以解釋；時間具有絕對性並非出於先驗主觀的意識（註一八）。二是詮釋學在海德格的理論中，雖不再單純視爲理解的方法，但與胡塞爾強調主觀性而忽視方法不同，尤其與胡氏對詮釋學技巧幾未討論有異。海德格在這一方面的理論可以約略歸結如下：

㈠此在是 Da 與 Sein 兩字結合 Da-sein 即在那裡存在（over there），何以會在那裡呢？因爲被棄置在那裡(geworfen in Sein Da)，稱之爲此在的被棄置性(Geworfenheit des Daseins)，要擺脫棄置只有反對(Ent)被棄置(Wurf 爲 werfen 的名詞，geworfen 則是過

註一六：Vgl. E. von Aster, Die Philosophie der Gegenwart, Leiden 1935, S. 59f., 65f.，並參照拙著，韋伯的政治理論及其哲學基礎，台北聯經，一九九三，第八頁以下。

註一七：Gadamer, aaO. S. 240.

註一八：Gadamer, aaO., S. 234, 242.

去分詞)Entwurf 結合就是籌劃之意，所以此在自始即充滿驚惶不安(Sorge)，爲何驚惶不安？因爲擔憂自己成爲非存在(Nicht-Sein)，蓋所有的存在皆有時間性，終必滅失（註一九）。

㈡如前所述，詮釋即對此在的解釋：不過此在所處的世界是各種事物的相關整體性(Bewandtnisganzheit)，解釋就是從這個整體性中釋放出來。解釋也不是毫無前提地以事物爲對象，而是具有理解的前結構(Vorstruktur)，這又稱之爲前理解(Vorstehen)。前理解包括三個要素：前有(Vorhabe)、前見(Vorsicht)及前把握(Vorgriff)。對事物的理解就是循上述三個層次進行。正確的解釋首先應有自覺意識，即解釋反映對前結構的理解。但不可誤會以爲解釋是開展主觀上已有的前理解，而不必顧及文本的含義。海德格主張要正確的闡釋文本，應先透視自己所處的詮釋情境，讓文本的不同或另類瞭解也能發生效應，不致於受我們未經啓蒙的前判斷（Vorurteil 或譯偏見）所支配，而掩蓋了文本的真義（註二〇）。

㈢海德格也提出一項與傳統不同的詮釋學循環：其要旨簡單說就是：理解是解釋者基於前結構的一種理解，而前結構還有先行的前理解，前理解之前還可能有更前的理解，如此將陷入無窮

註一九：Vgl. Grondin, aaO., S. 124；Hans J. Störig, Kleine Weltgeschichte der Philosophie, 2 Bd., 1961, S. 306.並參看鄔昆如，西洋哲學史，民國六十一年，六一一頁。

註二〇：Vgl. Grondin, aaO., S. 126.

盡倒退過程，直到證成一種前理解或前結構是基於事物本身，而不是基於成見或流俗的看法，才是正確的前理解，並且可採爲結論。海德格描述其理解的循環如下：

> 這種循環不是惡性循環，即便是看作可忍受的惡性循環也不允許。在循環中隱藏著最原始認識的積極可能性，這種可能性當然只有在以下條件下獲致正確的理解：就是解釋者應理解它的首要的、經常的和最終的任務，是不讓既有的前有、前見和前把握以突發奇想和流俗之見解方式出現，而是要從事物本身（Sachen selbst）處理這些前有、前見和前把握，以確保論點的科學性（註二一）。

海德格的循環論依加達默的解說，在沒有適當的把握之前，作出前計畫（Vorentwurf，先行方案），然後一再修正成新的方案，這種籌劃就是一種先行準備的備案（Vorwegnahmen），直到符合事物本質的籌劃產生爲止。這樣說來，詮釋學的任務自發的成爲一種事實的探究（註二二）。

第四節　加達默的詮釋理論

一、精神科學的方法論問題

註二一：Heidegger, Sein und Zeit, S. 321f. zitiert nach Gadamer, aaO., S. 251.，此段譯文尚參考洪漢鼎中譯之「真理與方法」，台北，1993，三五三頁。

註二二：Gadamer, aaO., S. 252.

加達默（Hans Georg Gadamer, 1900-2002）與海德格的關係也是師承並超越。他們都不贊成將詮釋學視爲一種方法，而加達默反對態度尤其鮮明，這也是他與狄爾泰之流的歷史學派(Historismus 或譯歷史主義)顯著不同之處。此派學者認爲精神科學也可以建立普遍適用的方法，詮釋學就是歷史學派所鼓吹的這一方法。本能的感覺(Gefühl)及機敏(Takt)確實有助於對精神科學，尤其是文學及藝術的認識，但並不能認爲這是一種科學。精神科學不必如韋伯(M. Weber),Misch, Ricket 等新康德主義者所倡導，要具有方法才能成爲真正的科學，加達默並不認爲詮釋學或其他科學的方法，有助於精神科學的科學特性，他說：「精神科學的理解來自傳統的教化概念 (Bildungsbegriff)，而非現代科學的理念」，所謂傳統的教化概念，就是來自傳統的人文主義（註二三）。

十九世紀下半葉科學主義高漲，不取法自然科學的方法論，幾乎喪失本身也是科學的地位。加達默對此採取了一種「失之東隅，收之桑榆」的態度，因爲人文主義基本概念，特別是判斷力（Urteilskraft）及品味(Geschmack)所形成的審美化（Äthetisierung）與主觀化（Subjektivierung），也具有認知的功能。精神科學藉此可以與自然科學併存（註二四）。來自人文主義的審美學意識遂成爲加達默「真理與方法」一書開宗明義反覆論證的題目，不過爲「真理與方法」所用的審美學是針對個別事物的理解，而非抽象或有

註二三：Gadamer, aaO., S. 15.

註二四：Gadamer, aaO., S. 38.

規則可循的一種學理，所以論者認爲加達默是「反審美學的審美學」(註二五)。

二、判別理解的正確性問題

探討理解是否正確？換言之，在前理解或前判斷循環中，那一項是正確的，有無判別的標準？加達默的答案是否定的，如果有這種標準隨手可得，那麼詮釋學便無難題可言了（註二六)。因爲正如海德格所言，「此在」原本是被詮定（ausgelegt）了的，在解釋者意識中存著的前判斷或前見解（Vormeinungen)，並非解釋者可以自由支配，他不可能事先就區別，那些是對理解有創造性的前判斷，那些是妨礙理解並導致錯誤的前判斷（註二七)。雖然欠缺標準，但仍有相當軌跡可循，加氏認爲：理解本身不可看作主觀性的行爲，而是透過傳承事物（Überlieferungsgeschehen）溝通過去與現在的仲介，這也就是傳承事物與解釋者之間的互動。對於傳承事物往往產生一種共同性，因爲我們不斷受到教化的作用，而接受此一共同性。要使理解正確或者說接近真理，依加達默的意思可從兩方面著手：開放和敞開的態度，一個前判斷（成見）可能由於他人或文本不同的說法，而被棄置，並且產生另外新的前判斷加以替代，如此反覆循環，是一個因素。另外的因素便是

註二五：Vgl. Grondin, aaO., S. 143.

註二六：Gadamer, aaO., S. 282.

註二七：Gadamer, aaO., S. 279.

時間隔離（Zeitabstand），所謂時間隔離在加達默的體系中占有相當重要的地位，是一個不易解說的概念：它是從海德格存在的時間性中發展出來，簡單的說，時間隔離指涉傳承事物（或文本）與解釋者所處的時間不同而有的差距，而傳承事物是充滿習俗與傳統，解釋者的前見或或前判斷便受其影響，只有脫離這些時間上的影響，事物的本質才能顯現出來。時間差距並不是如歷史學派所主張，我們應該站在事件的時代中以它的精神與概念來理解，而是因時間隔離使得理解能成爲積極的及創造性的可能（den Abstand der Zeit als eine positive und produktive Möglichkeit des Verstehen erkennen）（註二八）。

三、效應歷史意識

效應歷史意識（wirkungsgeschichtliches Bewusstsein）可以說是加達默詮釋理論中核心概念，他主張經由效應歷史意識的操作，可使精神科學中理解事物的本質性獲得保障。根據學者的研究，效應歷史並非加氏所首創，而出於十九世紀對文學作品的解釋態度，當時認爲研究一項作品須明瞭其時間意義，因此對作品的解釋必然的在不同時期，有不同的理解（註二九）。加達默將這種效應歷史意識發展爲詮釋學中的一項基本原則，並且將之與前述的時間隔離之創造性相結合，從而推演出他的體系。

註二八：Gadamer, aaO., S. 281.

註二九：Vgl. Grondin, aaO., S. 147.

受歷史學派影響的文學作品詮釋，無非要將效應歷史提昇爲解釋者所處之詮釋情境的一種意識，以便操作文本的解釋。歷史學派認爲透過歷史意識的解釋方法，可以釋放出歷史的原貌，而達到客觀的結果。加達默則不採取這種見解，他認爲是效應歷史支配著我們，不是我們能夠將它提昇爲意識，效應歷史構成我們的前理解之一部份，我們對作品的理解自始就受效應歷史的支配，但它不是終局的，只是階段性的前理解，一直到最終理解出現爲止。歷史的意識早已融入所有的理解之中，是我們一切價值、認知甚至批判的背景，我們生活在家庭、社會及國家之中，個人的主體性只是像封閉電流中的一閃而已，因此各種前判斷不過是存在的歷史效應，而不是自己的判斷（Darum sind die Vorurteile des einzelnen weit mehr als seine die geschichtliche Wirklichkeit seines Seins.）（註三〇）。由此可見，效應歷史意識對加氏而言「存在」的意義遠勝於「意識」。這與他的基本主張，詮釋學不是方法問題，固然相互一致，我們也看出加氏欲區隔歷史學派而建立自己的理論體系的用意，然而兩者的目的都在於探索事實發掘真相，歷史學派主張認清歷史效應，還原事物原貌，與加氏所不同只是未提昇效應歷史意識至存在的層次而已。我們認爲兩者的立論不生誰對誰錯的問題，而屬於深度問題。加氏指摘歷史學派爲代表的傳統理論是「錯誤客觀化的結果」，似乎過甚其辭（註三一）。

註三〇：Gadamer, aaO., S. 261.

註三一：Vgl. Grondin, aaO., S. 148.

總而言之，加達默的效應歷史意識概念具備兩種作用：一是人們現時的意識是受效應歷史的所形塑，換言之，人們的意識乃是歷史的影響而萌生；二是此在雖然是一種效應歷史的存在，但仍能從中獲致自己的意識。透過這樣的效應歷史意識，也許可以成就終極的詮釋學（Endlichkeitshermeneutik）（註三二）。

四、詮釋學的應用—以法律詮釋學爲例

加達默論述的詮釋學應用，也是出於與傳統理論對立的立場。在海德格之前的傳統理論，特別是神學及法學的領域，即應用（Applikation）乃是理解的後繼，將先對聖經或法律理解，然後再適用（Anwendung）於具體的事件。加達默反對這種說法，他的主張是：理解即是應用。不僅是神學、法學如此，倫理也是如此。加氏從引述亞理士多德的倫理學切入：知識可分爲道德的實踐知識（Phronesis）與思辨的理論知識（Episteme），後者以數學爲取向，是放諸四海而皆準的知識，也是任何人都可學習的知識；至於道德知識的學習，詮釋學可能無能爲力，它的對象是人，而人作爲一個行爲者即是認識自己本身。所以這種知識乃是指導人的行爲（註三三）。除了上帝之法恆久不變外，各種立法都是可變的，自然之法（natürliches Recht）來自事物的本質（Natur der Sache）也是隨時可變，亞里士多德早已發表這種見解，加達默進一步證

註三二：Gadamer, aaO., S. 301f.

註三三：Gadamer, aaO., S. 303.

成，倫理概念也因著時代或族群而有異，而且只有在具體情況出現時倫理規範才有效用。倫理教師的意見其實得自於他所受的道德及政治教化，他所講的道理，並不是抽象的可供學習的知識，而是假定自己處於某種具體事件時，應採的行爲模式。總之，「倫理規範的適用不是後繼的或偶發的理解現象，相反的，它（指適用與理解）自始的、全面的相互一致（註三四）。」換言之，倫理規範並非一種事先存在具有普遍性的傳承事物，先有理解在，遇有個別事件時才加以適用，而是解釋者對倫理規範早已了然於心，出現該當事件時，如果要作爲正常的社會成員，必須如此行事，沒有選擇或不遵行的餘地。

加達默的法律詮釋學理論與其他有關詮釋學的論述一樣，都是建立在對傳統理論或通說批判的觀點上，並且企想以更深層論點予以取代。下面就以解讀文本的方式，將「真理與方法」中專爲法律詮釋學所寫的章節 — 「法律詮釋學的典範意義」做綜合敘述（註三五）：

㈠法律詮釋學與歷史學派的詮釋學的區別不可忽視：兩者正如同法學家（Juristen）與法史學家（Rechtshistoriker）的不同。法學家須就具體個案掌握法律的意義，並適用於特定個案，法學家雖然也要對法律文本有歷史性的理解，但這種理解只是爲了適應當前生活現實的需要，換言之，文本的原始意義只是達成建立目

註三四：Gadamer, aaO., S. 307.

註三五：Gadamer, aaO., S. 301-324.

前適用的目的。法史學家則並沒有上述建立法之體系理論（Rechtsdogmatik）的任務（註三六），他只要以法律文本爲對象確定其原始意義以及其地位價值（Stellenwert）。以上可視爲通行的說法，加氏認爲：史萊爾馬赫主張解釋者應居於與原著者相同立場的觀點，以及十九世紀羅馬法大家薩維尼（Savigny）都犯了同樣的錯誤，甚至身爲法史學家的當代學者貝提（Emilo Betti）似乎也有類似不正確的見解。

法學家（法官）理解法律，並不受國會立法過程的議事紀錄所拘束，也不是要透過紀錄以探求其原意，而是要對生活關係的變遷，確定法律新的規範效力。主張法史學者只須理解法律的原始意義的說法，其實並不能成立。法史學者與法官一樣需要分別法律的原始意義內涵與眼前的現實，因爲任何歷史性的對象 —

註三六：Dogmatik 一詞不易翻譯，有譯爲「釋義學」、「教義學」，釋義學與詮釋學或解釋學有混淆之虞，教義或教義學用在說明「三位一體」這類的基督教義時頗爲傳神，但用於法學或別處又不恰當。洪漢鼎氏在「真理與方法」中譯本裡，多譯爲專斷論，Rechtsdogmatik 則稱爲法律專斷論，但有時也自覺不通，所以同一個字，前一行譯法律專斷論，後一行譯法律理論（見洪譯，前引書，四三〇頁）。其實 Dogmatik 一詞是指涉法律規範的支架(Gerüst)，從法規的概念及體系中整合而成，不完全侷限於法規制定者提供的概念框架，經過這一整合後的架構（Konstruktion），使法規有更佳的開展性（Darstellbarkeit），譯爲專斷論顯然錯誤，而且因辭害義。本書譯爲「義理」，然爲行文方便，有時也稱爲體系理論。以上對 Dogmatik 一詞的解說，是採用 Betti 的見解，詳見後述。

法律便是一種，離開現況而能客觀的決定其地位價值的說辭並不正確。法律文本是因著直接期待其對現況產生效力而存在，否則便是死的條文。法史學者注意法律從過去到現在的連續性，法官亦復如此，他的任務是使法的生命不斷延續，法律思想的傳統也得以確保。所以法學家與法史學家所處的詮釋學情境，基本上並無差異，所不同者在於：法學家的詮釋學負有建立法規適用的義理（體系理論）的特殊任務，這是歷史學家所沒有的。

㈡法官所處的詮釋學情境以及其所負任務：承前所述，認爲法律適用只是單純的涵攝行爲（Subsumtionsakt）—以適合的法條吸納該當的事實之謂，便不能成立。今天的法律解釋與專制時代不同，專制者可以任意曲解法律，所謂詮釋學的理解方式也就不必要。法治國家的法律必須對一切人平等適用，這是理解法律的著眼點(Augenpunkt)，也限制了法官的恣意判斷。除非常簡易的事件，法官可以按文本的涵義直接作成判斷外，律師或辯護人都可參與，俾能達成正確的裁判。

㈢理解與應用不可分，以命令的執行爲例最爲明顯：下達一項命令就產生下命令者與受命令者間的理解關係，執行命令乃是實施他所理解的命令涵義；若不服從命令，並非單純的不服從，而因爲理解命令及其執行結果，自認爲不服從具有正當性。縱然是以書面下達的命令，執行命令必然是執行所理解的意義，而非表面上的字義，因此受命者的執行仍然具有某種程度的創設性理解在內。

㈣法官解釋法律與教士講解福音有若干相似之處：都是法條

或經文作爲文本，法官針對個別案件作成裁判；教士則對某種情況以解說經文或福音的方式，宣講上帝救贖的旨意，而基於虔敬主義（Peitismus），踐行乃是最終的步驟。雖然如此，神學的解釋與法律的解釋仍有下列不同：第一：神學的解釋是從教條的義理中，以語言或歷史方法闡明，甚至加以解構，而法律的解釋結果可能構成法律義理（rechtliche Dogmatik, Rechtsdogmatik）的一部分。第二，神父或牧師在傳道時也涉及福音的具體化，但福音的內容不會隨之而增添，福音救贖的效力在於經文的本身，而非教士傳道的結果。法官的裁判則不同，它具有造法的功能，而且法律的效力是透過法官的裁判而產生。

第五節　貝提的詮釋學及法律解釋理論

貝提（Emilo Betti, 1890-1968）是義大利法學家，從法制史的研究轉入詮釋學，曾在羅馬大學設立詮釋學研究所。生前常與加達默相互辯詰彼此不同的論點，不過加氏壽考特長，貝提無從作最後的答辯，顯然吃虧。

貝提的理論可說是基於反對海德格爲首，充滿主觀主義與相對主義之存在論詮釋學而提出，致力於復興浪漫主義與歷史主義以詮釋學作爲方法論的傳統，並以確保詮釋學作爲客觀的、適用於精神科學領域的一般解釋學（allgemeine Auslegungslehre）爲職

志（註三七）。貝提嚴辭批判存在哲學之詮釋理論，因爲它造成概念之紊亂，將作爲認知目的之理解及解釋的結果，與自我理解（Sich-auf-etwas Verstehen）混爲一談，存在論者以爲自我理解來自此在（Dasein）的認知本質，而各種理解的技巧只是〝事後〞驗證之用，這種倒因爲果的主張，在貝提看來造成解釋者先有成見，然後任意選擇某種解釋方法加以附會的現象（註三八）。貝提與師承海德格的加達默之間有關詮釋學的論戰，更是二十世紀六十年代哲學界的大事（註三九）。貝提認爲理解在認識論上的功能，對研究者間而言是無分軒輊的，所謂理解是精神作用的過程，經由這種努力俾對研究者所陌生的精神體或其精神成品加以掌握，這些陌生的對象是以作成具有意義的形態（sinnhaltige Formen）對外表達而呈現出來。所以理解並非直接以陌生的精神體（指人），而是以其具有意義所表達的成品爲標的，具有意義的形態義大利文作

註三七：Betti, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geistwissenschaften（作爲精神科學方法論之一般解釋學）Tübingen: Mohr, 1967, Kap I, §2, §6,本書（以下簡稱 Methodik）原爲義大利文 Teoria generale della interpretazione（解釋之一般理論），一九五五年在米蘭出版，Betti 自行以德文改寫而成。

註三八：Betti, Methodik, S. 339.

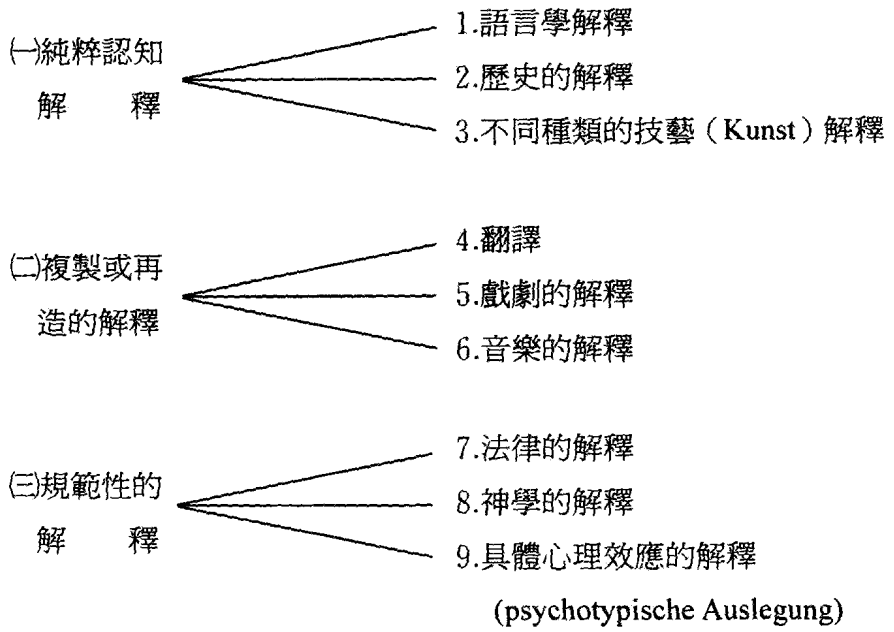
註三九：兩氏的針鋒相對，不僅在歐洲引起討論，在英語世界也受到注意，see David C. Hoy, Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives, in Southern California Law Review, Vol. 58, 1985, pp. 136-139.

forma rappresentativa（有表意性的形態），指凡一切有意義的客體，包括語言、文字、聲音、物像等（註四〇），詮釋學理論就是要解決各種領域的理解問題。

貝提主張解釋者的首要任務乃是理解原著（創）者的意向，以便充分的尊重原著者所欲表達的本意。至於解釋者個人的偏好或對原著的發揮應儘量避免。貝提完全反對加達默的理解即應用之說法，對貝提而言，理解與應用乃是截然分開的兩事，應用屬於神學及法學中的特色，其他領域的詮釋甚少應用的問題，就算神學及法律在適用具體情況時，也須先理解文本的原意。由此可見，就理解與應用的關係而言，貝提在基本上與傳統詮釋學家並無不同，目前的通說亦復如此。貝提將解釋依照它的功能分爲三大類：純粹認知的（rein erkenntmässige）、複製或再造的（nachbildende od. reproduktive）以及規範的（normative）（註四一）。所謂純粹認知功能的解釋：指解釋本身就是目的，而非達到其他目的手段，也可說是爲理解而理解；第二類複製功能又可稱爲具體表達功能的解釋，解釋者的任務是將原著者的思想和內容，以本來意像、不改變其原意與性質，向讀者或聽者表達出來。第三類規範功能的解釋，則謂理解本身只是一種手段，它的目的在產生一種規範效力。以上三類解釋又可再區分爲九種不同的型態，先表列如下：

註四〇：Betti, Methodik, S. 258., §21a.

註四一：Betti, Methodik, S. 270f.



貝提「精神科學方法論」這部有七百餘頁的大型著作，就是以分章分節敘述這九種不同類型解釋爲主要內容，除法律的解釋另詳加轉述外，其餘各種解釋，簡要說明如下：

一、語言學的解釋

狹義的語言學解釋，不外閱讀者自己理解，或解釋者講授而他人因而理解，如同教師與學生的關係。語言學解釋存真固然重要，但不要誤會這種解釋充其量只有審美學的批判（ästhetische Kritik），它仍然具備詮釋學的功能。語言學解釋在方法上又可區

分爲文理觀點（der grammatikaliche Gesichtspunkt）與心理觀點（der psychologische Gesichtspunkt）兩種取向（註四二）。前者包括字與句的含義、使用語文的形態及結構、表達的精神、以及整體的思想構造，切不可認爲文理解釋以尋章摘句而已，更要注意語文的邏輯，至於運用解釋時不可忽視語詞約定俗成的意義，乃是當然。關於後者即心理解釋，包括表達方式與內容意義間的關係，諸如創作過程、動機、原著者的人格特質及生活經驗等，又可統稱爲表達心理學（Ausdruckspsychologie）。文理解釋是將表達出來的語文視爲「本體」，而心理解釋則視語文爲表達者的工具。

語言學解釋中有一類可謂晉階的詮釋：隱喻解釋（allegorische Auslegung）與意在言外（Sinnüberschuss）的解釋：隱喻解釋與補充解釋不同，補充解釋是針對有緊密關聯而不完整的表達，加以補充；隱喻解釋並非不完整而是進一步已超過〝此岸〞而到〝彼岸〞的理解，在聖經詮釋中最爲習見。隱喻解釋在於發現其隱藏著的下意識，或在表面意義或語言結構之下的深層意義，它往往脫離字義的理解而與解釋者個人的興趣或經驗有關，這種解釋難處是無法避免解釋者的主觀。在方法論上有所謂內在的詮釋準則（Kanon der Immanenz der hermeneutische Betrachtung），聖經的解釋常有訴諸這項準則的主張，但聖經的隱喻涉及無數族群長期以來的信仰，不能以常理來判斷其正當性與可信程度，不能與其他

註四二：Betti, Methodik, S. 272ff.

的詮釋相提並論（註四三）。由此可見，文理與心理的解釋在通常的第一階段之外，尚有第二階段解釋的出現，貝提認爲不僅聖經或文學的解釋如此，法學家有時也會面臨在法律條文之外，作進一步解釋與適用的可能（註四四）。

所謂言外之意的解釋是指對圖畫、符號或物件等象徵（Symbol）的詮釋而言。象徵的詮釋並非單純的轉換或譯成語文而言，它有時具有雙重的任務，例如有些符號除表面的意涵之外，還具有神秘的作用，例如古代或初民社會的神喻，解釋時應注意它本身所傳達的意義，以及傳統上對特定象徵的理解（註四五）。

二、歷史解釋

貝提所說的歷史解釋指以歷史物件作爲認知對象的解釋而言，包括對歷史文書、口頭傳述、繪畫物件或其他作爲研究對象的古代遺留物。不可與我們通常在法學教科書上所講歷史（或起源）解釋混爲一談。歷史解釋既不是要求解釋者對過去發生的事件，如同鏡子一樣原原本本的反映出來，但也不是說解釋者可以任憑想像描述過去的事實。歷史解釋一方面講求證據，在這一點上可與法律的認定事實或解釋意思表示相類比，一方面以詮釋學的循環方式從整體來理解部分，反之亦然。

註四三：Betti, Methodik, S. 287.

註四四：Ebenda.

註四五：例如我國民間廟宇擲筊，它便有固定的意義。

各種詮釋準則於歷史解釋當然有其適用，此外，貝提引述歷史學者德羅森(Droysen)（註四六）的理論，認爲歷史解釋有下列可循的方向：㈠重組歷史事件應將其與當時環繞的條件作客觀上關聯的審視，就能發現事件在其中的地位，這是理解過程中的第一要務。在這過程中，不同史料來源或有缺漏而有待填補，則應以符合邏輯及心理的客觀關聯方式，加以補充。其次，關於事件之時空條件的關聯性，包括空間條件：即地理位置、氣候，生產及商業關係；時間條件：即先前及事後的時間相關性，以及後續的影響等；工具性條件：即事件傳達或媒介所經過的物質或精神上的手段。㈡歷史解釋應充分的達到深入內部的要求，考量動機及其他因素始能重組。歷史解釋在這個層面與抽象的自然的現象是全然不一樣的，自然現象可以統一在相同的概念架構之下，而歷史作品受特定條件和生活現實所影響，解釋者如能設身處地，較能重現原著者當時情境。又所謂填補的作用，事實上也受解釋當時習俗及文化力（Kulturmächten）的影響，這是必須考慮的因素。

三、運用技巧的解釋

運用技巧的解釋（die technische Auslegung）在這裡有特殊的

註四六：德羅森（Johann Gustav Droysen, 1808-1884）著有「歷史之方法論及通詮」（Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte），提倡歷史研究應有自己的方法，反對以數學之類的自然科學方法來建立所謂歷史的普遍法則，理解則是德氏方法論的核心概念，見註八。

涵義，所謂技巧是指一切能解決問題、適合達到目的的手段，所以手段與結果之間有目的論關係（teleologische Beziehung）。技巧作名詞（Technik）使用，則有專門技能或學問的意義。史萊爾馬赫是首創詮釋學作爲技巧性的任務，除技巧性之外，他還特別重視心理學層次的理解，提出若干解釋的準則（Kanon），作爲具體方法。先前講過，存在哲學派的看法則大相逕庭，這派學者認爲理解就是對事物的自我理解（sich-auf-etwas Verstehen），屬於一種無須求助他法即能全盤知曉（Bescheid-Wissen）的認知，對藝術、作品及其創作過程也已了然於心，然後再反過來作技巧上的評斷。貝提指摘存在主義者上述觀點，造成概念的混亂以致因果不分。也擾亂了精神科學與自然科學各自不同的理解，前者依賴各種技巧、準則去理解，後者是理解自然現象的因果關係。存在主義既已先有結論，再選擇合適的技巧來解說一番，如此一來，遇有須產生解釋的填補漏洞功能，根本不是填補，而是任意創作了（註四七）。運用技巧的解釋，又可分門別類，諸如賦有歷史任務、目的論、不同客體（如藝術、文藝、詩歌、語言等）加以說明，在此從略。

四、再造性的解釋：翻譯、戲劇及音樂

與先前單純認知的解釋不同，翻譯、戲劇及音樂是對一項陌生的客體再造性理解，並將理解以語言文字、音樂或戲劇的方式

註四七：Betti, Methodik, S. 339.

表達出來。這種理解無法避免的是在重新構組時，滲入解釋者所處的生活現實，以及他所使用的文字或表達方式，而作的詮釋。在翻譯之際尤其會出現對文本作必要的補充，這就形成到底要忠於原文呢？還是要配合現狀而補充的矛盾。無論如何，要遵守一個界限：翻譯與自由轉述是不相同的。這三種解釋進一步研究，也有其各自的特點（註四八）。

1.翻譯基本上是翻譯者如何將原著者的思想、觀點及思維過程用自己的表達方式顯示出來。用與原著不同的文字把原著再重新表現，但這又不是機械式的工作，在詮釋過程中仍須運用語言學及解釋技巧的知識方能達成使命。整個過程可稱爲仿造程序（Nachschaffenprozess）。一方面要忠於原著的思考，另一方面要在仿造程序中基於現實需要作必要的修飾或補充。什麼是現實需要或現實性，貝提未進一步說明，稽其本意似乎適合於目前使用的詞彙、文體及社會通念等。

2.戲劇的詮釋不是在劇本的閱讀，而是在舞台的表演，表演本身是一種先驗（玄奧）的過程，表達方式取決於導演的全盤指引以及個別演員的角色扮演。導演尤居於關鍵地位，演員如何將戲劇的文本適當的詮釋在角色的舉手投足之中，與導演及演員的互動相關。導演有責任將劇本的動機、精神向演員傳達，演員聽從導演就如同行政官員聽命於制定政策方針的政務官一樣。

3.音樂的詮釋：音樂也是一種先驗的表達方式，它需要樂團

註四八：Betti, Methodik, S. 505f.

指揮與每個團員間的協力，才能透過樂器的聲音將原著重現。

五、心理效應解釋

這種解釋以心理學上的生活狀況或道德評價爲解釋的任務，將解釋的結果預告人們，並具有引導人們日常生活及教導人們的作用，最常見的就是占卜。各色各樣的占卜從初民社會到現代社會都存在著，而解釋占卜幾爲一種專職，在某些古代社會它的規範效力不容否認。

六、各種解釋通用的準則

以上是就不同解釋對象參照貝提的長篇大論所作的扼要敘述，至於適用於各種解釋的詮釋方法爲何？貝提在「精神科學方法論」，第三章「詮釋學方法論」中將之大別爲四項準則：客體的自主性暨詮釋學判準的內在性、整體與詮釋學心證的關聯性、理解的現實性、理解與原意相當（註四九）。我們將留待法律解釋理論中再詳加說明，因爲這四種準則原本在「一般解釋學要義」書裡，貝提是從古老的法律解釋傳承中推論出來，「詮釋學方法論」爲使其成爲各種解釋對象通用的準則，文字表達方式略有不同，涵義則並無差異。

七、法律解釋理論

註四九：Betti, Methodik, S. 230ff.

建立適用於各種學問的一般解釋方法既是貝提的抱負，身爲法學家則關於法律解釋自然成爲其討論的重心，故除在其「精神科學方法論」鉅著中，有專章敘述法律解釋理論之外，另外一本德文著作「一般解釋學要義」— 這本書只有九十頁一則幾乎全以法律解釋作爲內容與例證，用以闡明一般解釋學的主要論點。在這本節略性的書中，貝提大量引述法史學特別是羅馬法的適用，說明法律解釋的理論，但在前面卷帙浩繁的著作中，有關法律解釋部分其重點已不在於法律的解釋方法問題，而是對法律的解釋與適用作深入的檢討，屬於法理學的層次。因爲在他的理論體系中，各個領域的學問其解釋方法具有共通性，全書所講的各種解釋方法，當然也可應用於法的解釋。以下就這兩本著作綜合敘述貝提的法律解釋學：

㈠規範性解釋的特徵

前已說過，貝提將解釋依功能而分類，法律及神學的解釋是典型的具有規範性功能的詮釋。所謂規範性的解釋乃是指「理解有一種目的，即從作爲解釋對象的規範、教義、道德判斷或心理狀態中，產生規律行爲之各項法則的準繩（註五〇）」。規範性解釋明顯有下列特徵：

1.文本解釋的結果都賦予實踐的意義。法律的適用在於規制人的行爲；聖經的宣講也非完全訴諸個人自主的接納與否，傳道

註五〇：Betti, Methodik, S. 600.

的目的無非要以權威性的道德上拘束力，影響人們的行爲，所以兩者都在詮釋有規範效果的規定。

2.解釋者的權威地位須受承認，其詮釋方具有正當性並受到遵循。除法學家或神學家從事學術研究外，法官解釋法律的權威乃以國家公權力及強制力爲後盾，法律事件的仲裁人則爲雙方當事人所選定，並自願受其拘束；教士對經文的講解也有其傳統及道德上的力量。

3.規範性解釋受主觀及客觀兩項因素所支配。以法律的解釋而言，簡言之，即立法者原意（Wille des Gesetzgebers）與法律原意（Wille des Gesetzes）兩相對立的觀點（註五一）。前者以解釋立法者制定文本時的真意作爲適用的依據；後者將文本以嚴密邏輯推演得出更佳的理解或探求其客觀上意義；或者對文本作關聯性的提昇，置之於法秩序的整體中，深入理解並補充其涵義，以便能以前瞻的觀點應付現時的狀況，這類解釋也稱之爲體系的原意（Willsdogma）。貝提上述兩類解釋，前者其實就是通常法學教科書所稱的文義解釋，後者包括論理解釋及整體解釋或體系解釋。聖經解釋亦復如此，文本的原始意義以及因著現實狀況而轉換意義（Umdeutung）的理解，缺一不可。在現代國家體制之下，法律是由權威的機構所制定，解釋者自應以語言的、歷史的方法使詮釋的結果，儘可能接近制定權威的本意，這就是所謂法律的主觀意義。但是因爲時移勢異，墨守制定法律者的本意則無法發揮法

註五一：Betti, Methodik, S. 601.

律的規範功能，這時解釋者應尋求符合現實情況的價值觀點—法律的客觀意義。法律制定者也是賦予解釋者權威及拘束力的泉源，所以解釋法律應該與權威的權源一致，惟這裡所說的一致或認同，不是對個人的認同，而是對客觀的、制度上的認同。

㈡法實證主義的功與過

法實證主義者基於詮釋之公正性（hermeneutische Unparteilichkeit），主張法官或法學者對法律的解釋與適用不能離開現行法，而訴諸超越法律的層級（rechtsjenseitige Instanzen 直譯法之彼岸的層級），諸如倫理的、宗教的、社會的及經濟的層級，並以解釋者個人偏好決定其取捨，解釋者只能謹守現行法律中所呈現的規範價值。換言之，解釋者爲維持客觀性應採取消極退縮的態度，或對倫理、道德的要求視若無睹。總而言之，法實證主義者的信條是：在成文法之外，沒有法（quod non est in lege, nec in iure），極易淪爲唯規範論（Normativismus）。在貝提觀念中，奧國學者克爾生（Hans Kelsen）便是這派主張的代表人物（註五二）。法實證主義者專注於法條文字的分析，並且在嚴密的邏輯體系內演繹爲能事，對法律學成爲一種嚴謹的學問，自有相當貢獻。但持唯規範論觀點的結果，使法律的解釋侷限於條文的註解，無異將法律條文作主詞、賓詞的句子解讀方式理解其意義，而忽略了法律所應有的社會共同生活之規範目的。因此，法學者及法官解釋

註五二：Betti, Methodik, S. 617, 643.

法律不是語言學的理解法條文本爲滿足，而是要以歷史的及技巧的詮釋，探求面對社會生活關係時，法律內在本質意義，以及邏輯運作所得出的意涵。

㈢目標取向為任務的法律解釋

貝提認爲法律解釋，本質上是一種目標取向爲任務的解釋。所謂目標取向爲任務的解釋：「是指這類型的解釋，對所涉及的法規及其所要求的作爲或不作爲，產生一項使我們能據以行爲或決策的理解（註五三）」。當然在解釋之際，並非純理論的，而是實踐的操作：針對特定的情況而爲，並須受既存法則的限制。質言之，解釋者受到原意、先例所形成的準則的拘束，其行爲或決策須符合現時法理的、倫理的以及社會秩序所欲維持的價值。由此可見，貝提所說的法律解釋須以目標取向爲任務，乃是與其他類型的解釋（例如歷史事件、音樂、美術作品）作比較而言，後者往往是認知性理解，沒有應用或規範效果的問題。不能將貝氏的主張，誤解爲先有結論的所謂結果取向相提並論，結果取向如果是指爲結論再去找理由，自不可取。

法律規範作爲行爲的規矩，既不是由法條無須透過媒介，直接從其原始規定形態中產生，也不是一種無從透過媒介而表現的知識（intranstives Erkenntinis），只有經由解釋才能成爲行爲的準則。這種知識具有整合人類生活關係的任務，所以與理解純客觀

註五三：Betti, Methodik, S. 613.

存在的思想或知識大不相同。但是法律規範是來自正當權威的制定，私人的契約條款則是出於自願的約定，因此解釋者往往須複製（nachbilden）或重組（rekonstruieren）其原意，假定其理解恰如〝原著者〞之本意。事實上，解釋者在這種獲致其確信的理解過程中具有相當的自由。有待解釋的包括各種法律、命令、習慣法、國際條約、行政處分、契約等，都是以將來發生的事實關係（或稱構成要件）爲規制的客體，這些規範越抽象越具普遍性，其與事實關係的距離就越遠，便更必要透過操作過程，使其能應用於生活事實，這就是法律解釋的任務。

㈣解釋與適用

如前所述，加達默與貝提對詮釋學的分歧的重點之一，就是理解與應用在思維過程中，是否分離。加氏主張理解即應用，貝提早期著作即不持這種見解，所以，顯然不是針對加達默而立論，貝氏在法律詮釋上認爲解釋與應用的劃分，始終如一。

法律的解釋是爲適用而服務。法律對行爲的規範取決於理解之結果。法律事件的關係人才能得以依其所理解之意義，遵循法律。在現代法治國家，法律的適用不外以公權力爲後盾的執行法律。但因法制不同其中亦有區別，採判例法的國家，法律之適用受先例拘束，在這種情形下，法律所要求的作爲或不作爲，經由裁判的準則而確定，而裁判準則又是以構成要件定型化之後的先例爲依據，而作成判斷。以現代資訊工具所形成的操控技術（Kybernetik），能否自動及迅速的獲得個案事實關係所適用之裁

判準則，仍大有疑問，依賴所謂資訊工具的操控技術將扭曲各種準則。面對一項事實關係或構成要件事實，兩造提出的理解結果，往往針鋒相對，仍然需要中立的第三者作成裁判，這就是國家機關適用法律的功能所在。

法律的適用乃是以解釋者所確信的理解涵義，將規範適用於該當的對象。對於這種任務的達成，有兩種錯誤的觀念，貝提認爲必須糾正：一是認爲一旦有事實關係發生，即表示規範已隨之而出現。這種說法無視於國家的司法及行政機關依職權適用法規的權限，也排除了法律諮詢意見及學理上對法律解釋的功能。二是將法律的適用誤解爲理解（認知）法律旨在「貫徹所能掌握的立法者表達其意志的作爲」，貝提此處所指的立法者並不是專指國家立法機關而言，當事人間合意約定的規範，兩造也是規範的「立法者」，因此第二種誤解有混淆解釋與當事人行爲之虞，也就是說，如此一來聽從關係人的理解即可，無須任何學理上的解釋。然而，法律的適用固然要以生活關係爲對象，更負有兼顧法學理論與實際相關的雙方利益的使命（註五四）。

㈤解釋與體系理論的建立

法的體系理論（Dogmatik 或譯法的義理）的建立，與解釋的作用密不可分。在社會共同生活中，並非一切事情皆與法律有關，只有那些有待調和的利益衝突或有法的重要意義者，經由類型化

註五四：Betti, Methodik, S. 618ff.

才成爲法律規制的個人行爲。完成這種結果的過程，是一項以種類繁多的假定事實關係（或構成要件）與該當法規的綜合命題（Synthese），也就是對各種構成要件類型化之法律關係賦予法的效果，這項命題不外乎定型化的構成要件事實與效果之整合。法的體系理論即是在上述前提下法現象（Rechtsphänomens）的概念開展，體系理論的形成，立法者提供的規則是不可或缺之條件，同時須顧及法律秩序是在一定歷史條件下，作爲抽象的普遍性規範的價值功能。在產生實際問題而須解釋法律之際，借助於體系理論形成的概念，使得法律規範透過這種概念顯現出來，而不致存有疑義。體系理論可使法律規範及其交互產生的效果，以概念方式展現，解釋者以之作爲釋義手段及表達的依據。但解釋者在運用時，並不受立法者在法律規範中所設下的框架所限制；體系理論的運用不僅要正當，更應該以整體法制作爲效果關聯而加以重新組合（als Wirkungszusammenhang zu rekonstruieren）（註五五）。

㈥解釋與法律選擇適用

法律選擇適用（Rechtsqualifikation）一詞原本使用在國際私法的術語，指涉法律衝突時，究應如何選擇適用不同法域的法規，逐漸被引用在一般的法律適用方面。將法律適用於特定之構成要件事實，是以法規所規制的事實具有重要法律意義爲前提，進而確定現時所處理的具體事件，在如何的範圍與程度內與法規預作

註五五：Betti, Methodik, S. 624.

規定的構成要件事實相符合，經過這一過程具體事件之法的特質視爲已經重現，其法的評價也已確認，整個過程稱爲法律選擇適用（也可譯爲法之定性）。確定構成要件事件在這種情形下，可稱之爲法律作爲（Rechtshandlung），法律作爲的認定也須經由解釋，這樣才能在合乎邏輯的秩序上，判斷法律作爲的法之定性。這是二項不同卻又相互關聯的程序，不可混爲一談（註五六）。

法律解釋的任務即是經解釋過程，從現有的法律規範中，選擇何者最適合引用在同屬經過解釋確定之構成要件事件的類型。構成要件事件（即事實關係）是適用法律的前提，確定構成要件事件的法之定性，先決問題是事實關係須有正當性，因爲只有正當的事實關係，法律始加以規範，在民事法律行爲中尤其明顯。至於官署的行政處分則有所不同，雖然官署在替法律上行爲定性，以便將之歸於何種行政處分類型時，也須經過解釋而確定，但行政處分的作成，基本上是執行法律，受到相當嚴格的類型化限制，一旦法的定性發生錯誤，行政處分重者無效，輕者撤銷（註五七）。行政處分須遵守立法者的行爲，因爲它是低位階的規範；但立法行爲如果解釋爲牴觸最高位階的憲法時，也會遭到拒絕適用。

㈦法律原意的重新認識與補充性涵義解釋的關係

註五六：貝提在此以附註方式（Ebd., S. 620, FN. 23），表明持所謂錯誤看法者，便是加達默。

註五七：Betti, Methodik, S. 298ff.

詮釋方法在解釋過程中，除了認知功能之外，尚有另外一項功能：兩相符合及調整一致（Angleichung und Anpassung）的功能，這是單純的歷史解釋所不能達到的目的。所謂兩相符合指的是法規爲主體，共同生活所發生的現實情況是客體，使主客兩者調和一致之意。解釋法律的機關，不限於傳達以過去的事實爲對象的法律規範之原始意義，應更進一步在窮盡法律的原意之外，從該法律規範作爲整體法制一環的關聯性中，發揮其效力。解釋者把法律條文的原始意義加以重組並不足夠，解釋者必須使法律的涵義與當前的生活現況相適應。貝提反覆強調法律規範的解釋與純認知的理解或判斷不同，它不以發現真理爲目的，法的解釋在於作爲社會共同生活之工具性的目的，這種功用在調和私法領域的各種利益衝突時，表現最爲明顯。不同社會利益集團對法律規範的形成皆有其影響存在，這是每一個具有歷史背景的的社會本質。法官基於對利益衝突應作出評價的職責，對這一社會本質不能忽視。這又涉及歷史解釋方法的問題，所謂歷史解釋並非指從歷史的原著者及語言學方法來獲致單位的知識。因爲法律解釋不是在作純理論的探討，相反的，作爲社會單純的不同利益主體，都以所理解的法律當作遊戲規則並受其拘束，故歷史解釋無非是以歷史方法確認法律涵義的基礎上，用目的論式表現其規範效力的解釋任務，達成符合現實需要之解說及補充性的功能。而所謂立法者的意思或觀點，既不是指立法者內心的意思或評價，也不是指涉國會多數的團體意志（Volonté de tous）而言，乃是指作爲規範應有的客觀評價。補充性功能是基於動態的內在關聯性以及

客觀上的調和一致，與靜態的並忠實的受成文法條拘束之解釋，全然不同。以補充性的解釋俾便獲致裁判的法則，有訴諸法官情緒判斷的危險，也可稱之爲取決法官價值哲學式的裁量（axiologisches Ermessen）。其實解釋者不太可能專斷，因爲仍然須受法律解釋之基本價值所約束，因爲解釋者的判斷在整體法秩序的關聯關係中，處於低位階的層級。法官或法學家的判斷不能情緒化或恣意爲之，還有下列因素是貝氏所未討論的：法官受訴訟審級的制約或合議形成法庭意見而非一人獨斷獨行，至於學者的見解原本就是不具拘束力之公共論壇中的一種聲音而已。貝提以具體個案爲例，他認爲有兩個步驟：首先，確定現行法律規範所欲保護的利益；其次，在欠缺可供裁判採用的法則時，就應以先前所講的補充方式獲致裁判所依據的法則。法律的原始意義是主體，現時的個案構成要件事實是客體，這時不是硬將主體配合客體，認爲這樣就可保持主體的原意不變。事實並非如此，相反的，須使客體趨近於主體，因爲客體是反映不斷變動中的法律生活之現實，應納入法律適用的功能範圍之內。這裡值得注意的是：貝提通常所稱的法律規範，包括立法機關的制定法及習慣法而言（因爲他多數情形是以私法的解釋與適用爲假設的討論命題），制定法是公權力主體所制定頒布，習慣法是基於年代久遠的慣行，事實上不是解釋者可變動的"文本"，因此貝提的主張並非法規（主體）去就事實（客體），而是事實去就法規，至於法規客觀上能符合並反映因變動不居之社會生活的事實關係，正有賴於詮釋學了。

歷史意義的重新認識與補充性解釋的關係，是法律詮釋學要

解決的課題，貝提將這一標題下所檢討的法律的解釋及適用問題，並稱之爲法之現象學（Phänomenologie des Rechts）（註五八）。他認爲解釋法律有兩個步驟：第一，先闡明法律原始的評價，並以社會學或目的論的角度判斷是否仍適合社會環境；第二，已發現不適合之後，應審酌現有法律能否適時產生解決新的社會利益類型之成果。只有訴諸法律原始所欲維持的價值判斷，然後再將法條轉換俾用於現實的事件，這樣做並不是要廢除法律或否定習慣法的效力，只是其內涵已今非昔比，以新的評價解決新的利益衝突。可以說法條的文字不變，內容則完全變了。上述適用法律的情形，依貝氏的研究源於下列的現象：

1.對法律的文本儘可能作兩種甚至多種涵義的解釋，從歷史過程的原始意義到後來的意義。

2.從原本的結構中逐漸以轉換的方法，使其適合新的任務：這一現象是透過歷史的、有機的及形態學的運用。

3.在〝移植〞他國法典的國家，比較相關法條在該他國的適用，其結果可能是完全一致，也可能已經不同。因爲法律的適用應考慮族群的意識，每個國家均有其不同的倫理、宗教、經社的條件，只有在衡量這些條件之下，法官適用的法律才具有生命力。所謂移植法典，貝氏舉義大利、西班牙的繼受拿破崙法典、日本之於德國民法、土耳其之於瑞士民法及債務法爲例。

4.在涉及法律適用競合的情形，也就是在國際私法的領域，

註五八：Betti, Methodik, S. 634ff.

一國的法院得直接引用外國法。

5.訴諸某些規範以便現行法律能適應經社的實況，也同時能免除和現行法律間可能出現的分歧，或者避免適用國際法或外國法時解釋的不一致。這類規範究竟指的是什麼，貝提並未寫明，推敲他的意思，可能是指一般法律原則或外國法的原則，例如瑞士民法中的公秩（ordre public）概念，— 任何規範的適用不得妨害公共秩序。

6.由各種規範構成法律秩序，例如英美法系之下的殖民地，審判機關在現行的制定法不能解決現實事件時，常援引其共同法（das gemeine Recht），Common law 殆爲貝氏所說的共同法無疑。

7.改朝換代式的政權更迭，舊政權時代的法規已不符合新政權所標榜的基本法律原則，這時解釋者（法官）常被授權得拒絕適用舊的法律。遇到這種情形，法官有兩條途徑可以選擇：一是認定當前發生的事實非舊法規規制的對象，任事實存在而不予處置；二是以類推適用的方法選擇適用的法律評價或裁判的準則。

8.演化式法律解釋的重要性：演化式（evolutive）的法律解釋，並不是一種新的詮釋準則（Kanon），它只是爲要求結果正確，對於僵化的、保守的解釋代之以動態的及進化的取向。這種取向是法實證主義者所堅決反對。但是反對的理由並不充分：因爲㈠法實證主義所持的觀點是：詮釋學的認知只能對已成立和存在的現象被動的接納，所謂如鏡子反照般的理解（Sich-Bespiegeln im Verstande）。這樣的觀點顯然是哲學的認知與法學的認知混爲一談，法官須透過法律解釋對利益衝突的兩造，作成判斷和價值衡

量，與強調客觀的哲學認知自不相同，不過單就哲學而言，自康德之後也不再單純主張客觀主義了。㈡法實證主義者堅持法律體系的完整，縱然有所不足，也不許補充。如此一來等於將法規孤立於整個法秩序之外，法律公布後隨著時間的經過，時日越久，它的文義與作爲法秩序所欲規制的現況，相距越遠，依賴解釋者來補充及使其周延也就越發迫切。故解釋法律並不是視法律爲孤立的規範，任何一項法律都應考慮它在整個法秩序中的的地位，這也正是法實證主義者所忽視。貝提認爲沒有一項法律是完善而毫無缺漏的，法律也不是可以依自然法則而生存發生的有機物，究竟法律是什麼？它不以「是」爲限（das nicht ist），而是「將要」（sondern wird），將要經由賦予新活力的解釋，與受歷史條件影響的環境的相適應，這也可看作立法機關許可司法機關的作爲（註五九）。

9.漏洞填補、類推適用及一般法律原則的作用：在貝提的法律解釋學中，通篇都顯示出與法實證主義者的對話與辯駁，前面的敘述已不難發現。本節所討論的漏洞填補、類推適用及一般法律原則在遇到前兩種情形（即填補及類推）的功用，也是從駁斥法實證論者出發。法實證論者視法律爲嚴密的邏輯體系，如果遇到適用法規的疑義，或者法規規定顯有缺漏時，依他們的觀點也應該從體系中尋找補充的規範，不贊成援引體系外的規範，如果在體系內沒有適當的規範可引用者，只好消極的不予解決。貝提

註五九：Betti, Methodik, S. 643.

認爲這種說法只看到法秩序的邏輯面，未顧及其目的面。法秩序雖是構成一個整體，但並不表示它的規範作用完善嚴密而毫無缺漏，法官面對這種情形，如果不填補並使法律向前發展，而將漏洞委由立法機關以立法裁量加以解決，等於司法機關放棄權利保護的權責。

貝提對彌補法律缺漏的主張是類推適用：替待決的事實關係找到近似的或相關的構成要件事實所適用的法規，加以類推適用。如果仍無法獲得或不能解決疑義，則在一般法律原則（allgemeine Rechtsgrundsätze）中尋求可作爲判準的法則。因此貝提認爲：類推適用有二個不同的層次，一是在既有的法秩序之中，以整體詮釋方法及化異求同的理解（Angleichung des Verstehens），訴諸內在的理性關聯（Vernunftzusammenhang），求其解決，這可稱爲自主整合（Autointegration）；二是填補漏洞的法則來自實證法之外的法源，因爲現有法規已無助於疑難的解決，亦可稱爲異質整合（Heterointegration）。自主整合屬於所謂法律的類推（analogia legis），而異質整合則是提升爲法理的類推（analogia iuris）。異質整合只有例外的情況有其作用，即法官除援引一般法律原則做爲解決待判事件的法則之外，已無其他途徑可循。在一般法律原則概念出現之前，古老的詮釋方法中已有「理性權宜」（convenientia rationis）和「有理性就有相稱的裁斷」（ubi eadem〔congruens〕ratio, ibi eadem dispositio）的說法。

從上面的敘述，一般法律原則的作用已經浮現。所謂一般法律原則的含義多端，貝提所採的是傳統定義：從各個法規之中借

助於抽象化及普遍化的過程，而取得的原則。在規範的適用上總是有兩種對立的見解，一方是認爲透過解釋及義理（體系理論）的形成即可達成法律的任務，一方則主張使法律有無限發展的空間。一般法律原則本身就是一種價值判斷或取向，但它並不屬法源的一種，因而總是具有不確定性之類的負面評價，然而日久之後逐漸被接受爲解釋原則以及指導立法的方向。

下個問題便是如何普遍化或抽象化得出有正當性的一般法律原則。在國家與社會兩元對立觀點下，一般法律原則有時被視爲從歷史及社會的現實所提供的沃土中成長，然後再從現行法規中摘取。其正當性則常訴諸事物之本質（die Natur der Sache），也就是人類理性的反映，然而事物本質或自然理性（natualis ratio）早在羅馬時代法學家就不曾給予明確的解說，簡直視之爲魔法式的專斷術語（magischer Automatismus）。一般說來，它是受歷史影響的團體意識，適足於表現在目前的事實關係（事件）上。負有解決社會生活關係的這種自然之理，本身就是屬於用歷史的及技術的方法去解釋的對象，事物自然之理也會因環境及人的因素而產生不同的結論。法律條文縱使文字上完全一樣，但在不同的族群、團體，適用的結局也可能不一致，事物自然之理亦同。一般法律原則不是規範而是規範的原則，它從法律及倫理中得來、它可以作爲判斷各別法律規範的評價、「它並非創造的，乃是形成於具有確保法律存續作用的正義要求」。這樣的一般法律原則歷史法學派繼受羅馬法上團體精神的理論，認爲根源在於受特定歷史因素影響的民族成員之共同法的確信。這種論點充滿神秘的假設，並不

能解決疑問。貝提認爲或許可從歷史性與客觀性兩方面加以描述：它是基於歷史的與社會的現實性之法的精神整體（Geistesganzheit des Rechts），這一說法可避免個人主觀上任意決定一般法律原則所代表的價值判斷。今天誰有資格判斷價值、感情或團體意識呢？貝氏觀念中無論從理論上或實務上講法學家是責無旁貸的。環境與共同生活變動不居，法學家的任務也永不停止，不過法學家相互間見解不一和主觀難予避免，因而造成一般法律原則所反映價值標準分歧，法學家又負有一項使命：經由詮釋方法可在法秩序的關聯脈絡中，發現符合當前社會倫理、歷史的及社會學的環境可作裁判準則的一般法律原則。這類原則一旦反覆被引用，便可能法典化成爲法律條文。現代國家廣泛致力於法典化的結果，像十七、十八世紀百家爭鳴的自然法理論沒落了，法學的研究也不需要再致力於發展類似的體系。在這裡倡導一般法律原則並非要取代對法典的解釋，而是強調法學家因著一般法律原則可以理解法的倫理基礎和社會前瞻的要求（註六〇）。

10.解釋準則的舉隅：前已說過，貝提沒有特別建構法律解釋方法。他的解釋學方法既然稱爲一般性質，可應用於一切精神科學，當然也適用於法律，所以在法律解釋學這一章之中，他並未列舉有那些解釋法律的準則。反而在較早出版的「一般解釋學要義」書中提出四種解釋準則，值得說明的是：這四種準則幾乎都是源自長久以來解釋法律所習見的方法，貝提把它們系統化並賦

註六〇：Betti, Methodik, S. 663f.

予新的意涵，所以「要義」一書是有意將解釋法律的準則推廣爲各種精神科學的方法，與後來問世的一般解釋學正好相反：將所建構一般解釋方法，應用於法律。以下是四種準則的敘述：

第一條準則：**詮釋對象自主準則**（Kanon der hermeneutischen Automonie），這一原則可說是從古羅馬法學家 Juventius Celsus 所創導的：內心真意（mens dicentis）優先於外表文字(vox dicentis)的法則而來。也就是說解釋一種意思表示（包括成文法律）如果不想望文生義落入俗套的話，就必須深入瞭解其所表示之深層的意思內涵。這條準則，後來又發展成爲「sensus non est inferendus sed efferndes」，大意是說：解釋不是從外而內的曲解，而是從內而外發現真意（註六一）。我們知道羅馬法時代的這條解釋準則，仍然是現代法典上的原則，我國民法第九十八條：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句」，意旨是相同的。

詮釋對象自主準則又可稱**詮釋判準之內在性準則**（Kanon der Immanenz des hermeneutischen Maßstabs），簡單說就是將待解釋的精神客體客觀化（Geistesobjektivationen）來理解其意思內涵，並參照其本意相關的起源、結構給予必要性及合理性的解釋。換言之，解釋者應站在原著者創作時的觀點及其創作過程所欲達成的目的立場，而不必摻雜解釋者自以爲理解原著者的弦外之音，這就是所謂以「內在」作詮釋的判準。這條準則也是近代詮釋學之

註六一：Betti, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, 1988(Zuerst 1954)，以下簡稱 Grundlegung, S.21.

父史萊爾馬赫所強調的詮釋準則之一（註六二）。

第二條準則：**整體及內在意義關聯性準則**（Kanon der Ganzheit und des inneren sinnhaften Zusammenhangs），貝提指出這一準則也可以在羅馬法學家的著作中找淵源：「incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particular eius proposita indicare vel respondere」，意謂：如果不考慮法律整體（tota lege 在拉丁文中，也有契約整體的意思）的精神和意思，只從其中特定一部分來判斷或解答，是不文明的（incivile，亦可譯爲不符合羅馬市民法的）。整體及關聯性準則指涉全體與部分的相互關係，部分構成全體，只有透過兩者的相互闡明，才能正確理解部分，各部分得到詮釋之後，整體的意義也就明瞭。全體與局部間的交互關係，是反映精神創作的凝聚及綜合關係，可說是創作者與解釋者之間的共識。整體性也是史萊爾馬赫所重視的詮釋準則，並發展成爲眾所周知的詮釋學循環 — 簡單講就是全體的意義從其個別因素中獲得，個別因素則透過與全體的成分之關係中去理解（註六三）。在中國成語中批評別人誤解常講「斷章取義」，詮釋學的整體準則就是要排除斷章取義的副作用。什麼是關涉到個人與全體的關係呢？貝氏引述史萊爾馬赫的說法，認爲可以從兩方面觀察：在主觀上是原著者的生活與他所生活的整體間的相關性，包括原著者與其他涉及全體成員之生活因素的關係，這些都是應予理解的；在客

註六二：Betti, Grundlegung, S. 22.

註六三：Betti, Grundlegung, S. 25f.

觀上整體性可視爲一個文化體系，有待解釋的作品便屬於這一體系的一成分，其所顯示的各種作品相互關係和創作意圖，也應有所理解。

整體及關聯性準則是各家學者在涉及詮釋學方法時，討論最多的項目，不僅史萊爾馬赫如此，文獻顯示簡直不勝枚舉(註六四)。貝提指出在法律解釋上這項準則也極爲習見，不僅用來整合同一個法域間的各種規範，也可調和不同法域間的規範（如國際私法），這就是狄爾泰所謂關聯效果與交互關係的作用（註六五）。在憲法解釋的實務上，引用這條準則的案例不少，本書稍後將舉德國聯邦憲法法院及我國大法官釋憲的實例加以說明。貝提尚有一項發現，就是英美法的領域，在經驗上其裁判甚少引用整體或關聯性原則，甚至連訴諸各項高位階的一般原則，盎格魯遜克森民族都儘量避免。

第三條準則：**理解之現實性準則**（Kanon der Aktualität des Verstehens），這條準則也可以追溯到羅馬法學家對市民法（jus civile）的適用。當時對法條文本的補充解釋在下列條件下是受允許的：「現實的利益或社會公益（eadem utilita, utilitas publica）的必要」，以及法規本身違反法理（contra rationem juris）時。另外

註六四：貝提在附註（Ebd., S. 25, FN. 27）中引證了約四十位學者討論整體及關聯解釋的文獻，從十九世紀到二十世紀知名的人，如 W. v. Humboldt, Hegel, Dilthey, Troeltsch, F. Krueger, Cassier, A. Gehlen, M. Weber, Gordon Graig 等都在其中。

註六五：Betti, Grundlegung, S. 30.

尙有當時盛行的一句法學家名言：「pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum paesentium rationibus」（基於當代的倫理、公共事務的性質與現時的目的之合理性），自得作必要的整合及調和。如果用現代術語表達，就是在解釋法律過程中引進超越單純認知理解的任務，以類推、擴張或限縮的方式使法律能適合現況，因而能夠繼續發揮其規範社會生活的作用（註六六）。

在先前討論法律的規範任務和對法實證主義的批判時，貝提已反覆的強調理解現實狀況的重要性。第一條及第二條準則是針對解釋的客體而設，這條理解之現實性準則可說是對解釋的主體來說。作爲主體的解釋者對陌生的、過去的對象（即待解釋的客體），追溯其創作過程，以解釋者自己的生活現實和視野，經由內在的綜合，加以再認識或再組合。可見基於這項規則，解釋者不是被動或刻板的以瞭解死的素材爲任務，相反的，要以敏銳的智慧及洞察力，加上有創意的經驗對解釋的客體重新認識。簡言之，「就是有待解釋客體與我們生活現實的當前利益之結合，由解釋者賦有感情的和音之弦而彈奏出來」(註六七)。現實利益越是熱切，理解的深度也就越高。

註六六：貝提引述美國學者龐德（R. Pound, The Political and Social Factor in Legal Interpretation, Michigan Law Review 45, 1947）的文章，以及提倡社會學方法的美國大法官卡多索(Cardozo, The Natural of the judical Process, 15. ed., 1951)的著作，認爲他們也持相同立場。

註六七：Betti, Grundlegung, S. 36.

第四條準則：與原意相當的準則（Kanon der Anpassung od. Sinnadäquanz）。這條準則與第三條準則有互補的作用，蓋第三條準則著重於解釋者應重視生活的現實性，第四條準則要求解釋主體應適當的容納客體的本意。貝提強調解釋者與待解釋對象的心靈連結，如此方能避免先入爲主的成見，而作成好比具有親情與善意的理解。他引述歌德（Goethe）在「浮士德」中的話：「對事物要先有喜好才能認識」（Man lernt nichts kennen als was man liebt）作論據（註六八）。換言之，解釋者在某種程度上要與原著者易地而處，才能正確的理解而掌握其原意，否則解釋者所理解的，只是他心中早有的定見，就如同短視或粗俗無文的小人物無法理解大人物的思維。這條準則特別對歷史事件解釋有其適用，在法律解釋的領域運用時就稍有不同：因爲法律解釋者負有依據生活經驗或自我發展（In-sich-Entfalten）作成規範行爲的任務。

簡單的總結：貝提旁徵博引以遠溯古羅馬法學家對當時市民法的解釋方法，認爲解釋法律非僅侷限於文本的字義詮釋，除文本之外，作爲解釋對象的條款與整個法律體系的關聯、該項法律或條款產生的過程，制定法律所欲規範的目的以及適用之際所針對的實際狀況，皆屬解釋及適用法律時應綜合考量的因素；從而出現類推、限縮或擴張的結論（註六九）。

註六八：Betti, *Grundlegung*, S. 39. FN 51a

註六九：本書著者曾在大法官釋字第五二六號解釋的協同意見書中，引用貝提之書，表示相同的見解。

第六節　法律詮釋學的構成

二十世紀文化史權威杜蘭（Will Durant）對十九世紀歐洲哲學思潮的發展，曾作過如下的描述：

> 那位來自柯尼斯堡（Königsberg）悽愴的英格蘭後裔，在1781年寫成那本名著《純理性批判》之後，經過了幾近六十年寂靜和孤單的發展，再次將這個世界從專斷主義的假寐之中喚醒。從這個時候開始迄至今日，批判哲學顯示了它的權威性地位...這段期間中，叔本華的哲學，帶著浪漫主義的波瀾，曾經一度興起，但不過像花朵般，一現即謝...1859年之後，淵源於各種古老學說的理論，又紛紛出現。到十九世紀結束的時候，尼采以新的姿態登上哲學的舞台。不過這些只是外表的次要動態，在外表的裡層，不斷擴大和加深，形成一個不可抗拒的力量，向前洶湧，卻是康德主義的潮流（註七〇）。

所謂康德哲學的復興就是形成新康德主義（Neukantianismus），新康德主義出現之後，分成兩大派別：一是馬爾堡學派（Marburger Schule），一是西南德意志學派（Südwestdeutsche Schule）（註七一）。兩派的理論有共同點，也有

註七〇：Will Durant, Die Grossen Denker, 7. Aufl., Zürich 1945, S. 61.

註七一：馬爾堡學派的創始人爲 Hermann Cohen，其他著名人物有：法學家 R. Stammler，以及 P. Natorp, Karl Vorländer, E. Cassier 等；西南學派的主

不少分歧處，這裡只說他們關於方法論的主張，馬爾堡學派認爲：在認知方法上無論哲學或自然科學都應取法自然科學；而西南德意志學派則持相反的主張，視自然科學爲以定律或法則爲基礎的科學（nomothetische Wissenschaft），而文化科學（相當於精神科學）則是描述特性的科學（idiographische Wissenschaft），無從發展爲定律或法則，原因就是方法不同（註七二）。至於精神科學獨特的方法，西南學派的 Rickert 及歷史學派的狄爾泰，都提出理解的概念，狄爾泰對理解的闡釋尤其爲人熟知，我們在本章第二節已經說過。

以史萊爾馬赫爲代表的傳統詮釋學（也稱爲浪漫主義詮釋學），其目的就是要建構詮釋學作爲精神科學的方法，從主張方法論的特殊性而言，與新康德主義的西南學派可說是殊途同歸。而無論詮釋學者曾提出多少種解釋準則（Kanon 或 Kriterium），其根基都是理解。

海德格與加達默的詮釋理論，也許可以用一句話來形容「理解即是一種存在的作用」（Verstehen ist ein Existenz）（註七三），不再視詮釋學爲單純方法論的學問，與傳統詮釋學可謂針鋒相對，故被稱爲哲學的詮釋學。貝提提出一般解釋理論作爲精神科學的

要人物包括：W. Windelband, H. Rickert 等。

註七二：拙著，韋伯政治理論及其哲學基礎，一九九三年，頁 5-6。

註七三：Ulrith Schroth, Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellungen, aaO., S. 80.

方法，當然有意回歸傳統的詮釋學。看到這種發展，Arthur Kaufmann 遂認爲：詮釋學有兩種不同的面貌，它既是一種先驗哲學，也是一種方法論，在研究法學方法時就取其方法論的一面（註七四）。這種說法，並非錯誤，但仍應稍作補充：哲學詮釋學與傳統詮釋學的不同，用淺顯的比喻來講：傳統詮釋學將這種學問定位爲「用」，而加氏則認爲是「體」，當然「體」也有若干「用」的功能，不過，這是自然產生的副產品。而且加達默對詮釋學之爲「用」，並未置而不論，他反複申述在客觀上理解不是對文本的再認識（Wiedererkennen）或者重製性的（reproduktives），而是創造性的行爲（produktives Verhalten），在主觀上則不必深入審究原著者的心理，只要觀察其在文本中的表達即可。這也是加氏與傳統詮釋學作爲理解方法時，最顯著的區別。貝提所倡言的詮釋學則是以從古至今法律的解釋方法爲例，說明其亦適用於精神科學領域一切學問的方法，然後再旁徵博引，就文學、歷史、藝術、戲劇、音樂及法律等不同對象，在詮釋學方法的應用上論證其共同點及分殊之處。然而，我們不要誤會貝提的用意，也只在於建立詮釋學的準則，事實上貝提並未如史萊爾馬赫一樣，排列數十種在今天看起來多數不具意義的詮釋學準則，貝氏的準則實際已脫離所謂文義、論理或體系論之類的操作層次，貝氏說法已近乎「哲學」的主張，那就是反對法實證主義，沒有成文法就沒有法

註七四：A. Kaufmann, Rechtsphilosophie, München 1997, S. 44, 86.（本書有中譯本：劉幸義等十五位合譯，法律哲學，二〇〇〇年）。

規範的中心思想，提倡以詮釋學準則發揮法律的規範功能，以及法學家及法官均負有發現一般法律原則以補成文法典不足的任務。因此，我們可以將詮釋學與法律詮釋，比作哲學與法律哲學的關係，也可以視詮釋學爲「總論」，法律詮釋學爲「個論」(註七五)，但是我們不能誤以爲法律詮釋學既然是法學方法的一環，就認爲只承受傳統詮釋學的成分，須知哲學詮釋學中論及詮釋方法之處，對法律詮釋的理論及實際，也有不可忽視的影響。如前所述，從貝提對詮釋理論的闡述中，可得知他並不是只討論解釋技巧的法律實用者，顯已具有法律哲學家論述的特質。即使公認視詮釋學爲技術或解釋之技巧(Technik od. Auslegungskunst)的史萊爾馬赫，自始就將詮釋學定位爲替神學服務的一種學問。由上所述，詮釋學的哲學性質與作爲理解方法的功能，都是組成法律詮釋學的成分。甚至最早爲民刑法提出四種解釋要素：文理、論理、歷史及體系的薩維尼（v. Savigny），也將「體系的要素」（systematisches Element）稱爲哲學的要素（philosophisches Element)(註七六)，可作爲佐證。

詮釋學作爲當代哲學流派的地位並無疑問，而詮釋學基本上乃人文社會科學的方法，則是廣被接受。法學更是離不開解釋與

註七五：Ulfrid Neumann, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: Dimensionen der Hermeneutik, hrsg. v. W. Hassemer, Heidelberg 1984, S. 48.

註七六：Vgl. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 361.

理解，因爲沒有一種學問像法學這樣「一開始就是文字」（Am Anfang war das Wort.），即需要解釋的文字（註七七）。甚至有人直接了當主張「法律當作詮釋學」（Law as Hermeneutics）（註七八），這並不是說詮釋學是研究法學或運用法律的唯一方法，而詮釋學的本身，也不是絲毫不受挑戰的。目前就一種法學派別法學論證學（juristische Argumentationslehre）（註七九），這派學者認爲有許多可以作爲法院判決的論證依據，諸如法安定性、正義、結果評價、法的感情、法的統一性等不勝枚舉，絕對不是從薩維尼傳下來的四種解釋方法而已；至於詮釋學則遭批評爲非理性、不客觀及不合乎科學，正是法學論證學所反對的目標。此外，來自哈伯瑪斯（J. Habermas）的詮釋學批判也是哲學詮釋學的另一挑戰（註八〇），不過這與法律的詮釋無關，不必多所敘述。

註七七：Helmut Coing, Die Juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln, Opladen 1959, S. 7.

註七八：這是 G. L. Bruns 一篇論文的標題，zitiert nach T. v. Pannwitz, Analytische und hermeneutische Rechtstheorie, 1988; auch Kaufmann, aaO., S. 82.

註七九：A. Kaufmann, aaO., 47f.,法學論證學缺乏明確界定，它討論的課題包括：邏輯論點（Topik）、修辭學、語意學等，對於自然法學或實證法學視法律爲一完整體系的看法，持反對態度，主張法律不是體系，至少是開放的體系，參照 A. Kaufmann, aaO.，關於論證學的內涵可參看 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1976; auch Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, herg. v. W. Krawietz u. a., Berlin 1979.

註八〇：哈伯瑪斯與傳統法蘭克福學派的批判理論，以反對社會科學的實證主義著稱（參照拙撰，當代批判理論的貧困，台大社會科學論叢，第三十二

第二章 詮釋學與法律解釋方法

第一節 觀點與方法

在人文與社會科學的領域，觀點（Gesichtspunkt）或取向（Richtling, approach）與方法（Methode, method）原本是不同的概念。例如政治學的研究就有傳統之歷史的、法律及制度的研究

輯，民國七十三年十二月），因此與加達默反實證主義的立場頗爲接近，並肯定詮釋學作爲程序性科學（hermeneutische verfahrender Wissenschaft）有利溝通的功能。但是哈氏反對加達默承襲海德格的基礎存在論，將理解與人的此在（Dasein）合一，喪失方法論上的作用，同時詮釋學重視傳承事物，故易於保守及受制於權威，喪失反思的力量，尤其無法實現哈氏念茲在茲的「經由反思而解放」（Emanzipation durch Reflexion），所以哈氏雖贊成詮釋學，但他所主張者，只能稱爲「後設詮釋學」（以上參照拙撰，哈伯瑪斯政治社會學之批判，台大中山學術論叢，第四期，民國七十三年七月，七十七頁以下）。關於哈伯瑪斯對詮釋學的批判，成爲一九六七年至一九七一年之間的詮釋學論戰(Hermeneutikstreit)，涉入的學者除哈、加二人之外，尚有 K. O. Apel, C v. Borman, R. Bubner 等，至於搜集哈氏對加達默所作的批判，而鉅細靡遺的臚列出來，當推 W. Ch. Zimmerli, Ist die kommunikationstheoretische Wende ein Ausweg aus dem Hermeneutikstreit in: R. Simon-Schäfer und W.Ch. Zimmerli (Hg.) Theorie zwischen Kritik und Praxis. J. Habermas und die Frankfurter Schule, 1975., S. 95ff.

取向，與行爲主義的取向；方法則是指文件分析、心理分析、調查統計等，所以觀點是上位概念，方法爲下位概念，而研究觀點的設定，又影響方法的選擇，兩者是互有影響的（註八一）。在法律學的研究方法上，上述的區分則相當模糊，取向與方法往往混爲一談，例如對法學採取社會學的觀點研究，理應稱爲 soziologische Gesichtspunkt，通常卻稱 soziologische Methode（註八二），法律詮釋學除非完全認同浪漫主義時代的說法，定位爲純粹的理解方法，否則就應承認它既是解釋的技巧也兼有哲學的或價值判斷的觀點之反思。

客觀主義與主觀主義絕對是解釋法律的一種觀點或取向，而起源解釋（genetische Auslegung）一般被視爲解釋方法，以解釋法律而言，通常指以檢討其制定過程，來確定立法原意的一種方法，但從解釋者著重原著者（立法者）的本意或者以客觀上作品所呈現的意義爲準，又可分爲主觀的起源解釋與客觀的起源解釋（註八三），這種取向與方法不作嚴格區別的結果，反而有更明確的歸類。史萊爾馬赫所提出的諸多詮釋學準則固然多偏向於方法，而貝提所提出的四種解釋準則：詮釋對象自主準則或稱爲詮釋判準之內在性準則、整體及內在意義關聯性準則、理解之現實性準則、與

註八一：Cf. Alan C. Isaak, Scope and Methods of Political Science, 1976,此書由黃紀等譯爲中文：政治學的範圍與方法，一九七八年。

註八二：Coing, aaO., S. 11.

註八三：Ebd., S. 14.

原意相當準則，用以解釋法律時，目的都在發揮法律規制現實社會的功能，與貝氏反對法實證主義刻板保守的適用法律態度，含有一定的哲學觀點，從其「精神科學方法論」反覆敘述中，不難發現，其他多位法學家如考夫曼（A. Kaufmann）（註八四）、柯因（H Coing）（註八五）及拉蘭茲(K. Larenz)（註八六）等在說明各項準則時，也不對觀點與方法嚴加區隔。

第二節　法律解釋方法的演進

法律的解釋方法源遠流長，前述貝提的四種解釋準則，幾乎均可從羅馬法或古代羅馬法學家著作中找到相似的表達方式。不僅如此，若干羅馬的法諺迄今仍然是解釋法律常被引爲依據，諸如特別法優於普通法（Lex specialis derogat generali）、後法優於前法（Lex posterior derogat priori）、省略之規定視爲故意省略（casus omissus pro omisso habendus es）、明示規定視爲排除規定（expressio unius est exclusio alterius）（註八七）、儘量作有效解釋原則（ut res

---

註八四：A. Kaufmann, aaO., 93ff.

註八五：Coing, aaO., S. 7ff.

註八六：K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, aaO., S. 312ff.，此書由陳愛娥譯爲中文：法學方法論，一九九六年，中譯是照一九九二年之學生版迻譯，與本書所用的版本，內容稍有出入。

註八七：關於省略規定、明示規定這兩句拉丁文法諺，也是邏輯上當然之理。依憲法規定，行政院對立法院當然有提案權，考試院依憲法第八十七條也

magis valeat guam preat）（註八八），在我國釋憲實例中也可找到應

有提案權，至於監察院有無向立法院提出法案之權，憲法未設明文，在行憲之初對此即有爭論，在南京時就有學者（可能是薩孟武），引用上述兩句法諺主張監察院並無提案權，釋字第三號先從否定這兩句格言著手：「實則此項法諺並非在任何情形下皆可援用」，最後以歷史解釋得出監察院也有提案權的結論。

註八八：民國四十三年一月公布之釋字第三十一號，關於立法、監察兩院任期屆滿仍繼續行使職權的解釋，「值國家發生重大變故」是主要理由之一，這就是情事變更（rebus sic stantibus）原則。其次，解釋文所稱「若聽任立法、監察兩院職權之行使陷於停頓，即顯然與憲法樹立五院制度之本質相違」，是在敘述何種法理並不清楚，當時參與的大法官們也未對此有所說明，僅蔡章麟大法官認爲依照德國學者 G. Jellinek 的理論，私法的原理也可類推適用於公法，所以他主張立法、監察委員與選民之間有類似委任的法律關係存在，依民法第五百五十一條：委任關係消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人或其繼承人，或其法定代理人，於受任人或其繼承人，或其法定代理人，能接受委任事務前，應繼續處理其事務，立法、監察委員可依此法理繼續行使職權（這是本書著者早年就讀台大法律系三年級，修蔡老師所授「債編各論」課程時，親耳所聞），似未爲多數大法官所採。迨三十餘年後，參與作成釋字第二六一號解釋終結所謂「萬年國會」解釋時，發現所謂「聽任立法、監察兩院職權之行使陷於停頓，顯與憲法樹立五院制度之本旨相違」，與儘量作有效解釋（ut res magis valeat guam preat）意旨似屬相當。這句法諺在近代最著名一次被採用是一九五〇年，聯合國憲章規定，安全理事會的可決票須包括五個常任理事國在內，即所謂否決權。於是發生常任理事缺席或棄權時應否視爲否決，常設國際法院發表諮詢意見，謂基於使安理會能有效運作，缺席或棄權不算否決；上述諮詢意見就曾引用這句法諺（參照 Yale Law Journal, Vol, 60 pp. 253-256 ）。第二六一號解釋理由書有下

用的例子，但不可誤會，認爲法諺是據以解釋的不二法門，法諺充其量只是加強論證的補助手段。

古代的解釋方法不是我們討論的重點，至於近代學者對法律解釋方法的建構，首推薩維尼（F. C. v. Savigny, 1779-1861），薩氏是歷史法學派的巨擘，在其名著「現今羅馬法體系」（System des heutigen Römischen Rechts）中提出四種解釋要素（Element）：文理的、邏輯（論理）的、歷史的和體系的，也就是四種爲人熟知的準則（canon, Kanon），但最初薩氏稱爲要素則有用意在，他曾寫道：「它們並不是解釋的分類，而是一個單一解釋過程中的要素」，「成功的解釋，必須將它們作整體的運用」，至於四種要素之間的關係，則應視有待裁判之案件本身性質而定（註八九）。薩氏的四種要素或準則理論，對法律解釋的影響甚大，至今還是一再被引用，甚至被援引爲各種解釋方法延伸的根據。雖然如此，薩氏的主張也備受批評：柯因（H. Coing）就說：薩維尼的著作名爲羅馬法之體系，實則根本不是以羅馬法作爲基礎，他整部著作的概念無非建立在十八世紀自然法體系的基礎上，而以實證法的方式表現出來（註九〇）。米勒（Friedrich Müller）則質疑四種準則的功

述的一段話：「事實上，自中華民國五十八年以來，中央政府已在自由地區辦理中央民意代表之選舉，逐步充實中央民意機關」，似是針對第三十一號顧慮憲政制度無法運作而發，因爲在台灣地區已經舉辦選舉，就不會沒有新選出的立法、監察委員執行職務，立法、監察兩院之職權行使何虞陷於停頓。

註八九：Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Bd. I, Berlin 1984, S. 213.

註九〇：Coing, aaO., S. 9.

能，他指出：薩維尼認爲解釋法律的任務是站在立法者的立場，在可能認知的範圍之內，將法律中所表示的思想重新組合，而且必須運用這四種方法，才能作出成功的解釋。因此任何擴張、限制解釋，亦即符合立法目的而將法條文字放寬或限縮，都是不允許的；立法目的在解釋上不能當作一項規則加以運用，解釋不是法律的續造，只是執行法律，因爲「法律的完善只能經由立法者才有可能，而不是法官所能從事」，今日普遍接受的目的論解釋（teleologische Interpretation），爲薩氏所不採。從薩氏這些立場看，他的四種準則作爲解釋方法自有商榷的餘地（註九一）。薩維尼將法律視爲一個封閉的體系，解釋與適用法律只能遵照上述四種準則，或者說綜合運用四個要素在體系內操作，就此而論，屬於典型的法實證主義。貝提雖未指名批判，但他的著述既充滿反對法實證主義的議論，其所提倡的解釋方法與薩氏更是針鋒相對，實是必然的結果，似不必多所說明。至於貝提爲法律解釋恰巧也提出四種準則，是否有意與薩氏「一別苗頭」，因爲不具詮釋的重要性（hermeneutische Bedeutsamkeit），在此也不作討論。拉蘭茲雖然對薩維尼在德國法律哲學史上的地位加以肯定，仍對其方法論有過與前述米勒相似的評斷（註九二）。

前面說過，薩維尼的影響力不容小覷，拉蘭茲及考夫曼（A. Kaufmann）有關解釋方法論述，基本上是對薩氏四種準則斟酌損益而成。不僅學理上如此，實務上包括德國憲法法院的裁判，也

註九一：Müller, Juristische Methodik, Berlin 1995, S. 81.

註九二：Larenz, aaO., S. 12f.

視之爲古典解釋準則而應用。以下分別對拉蘭茲及考夫曼的論理加以說明：

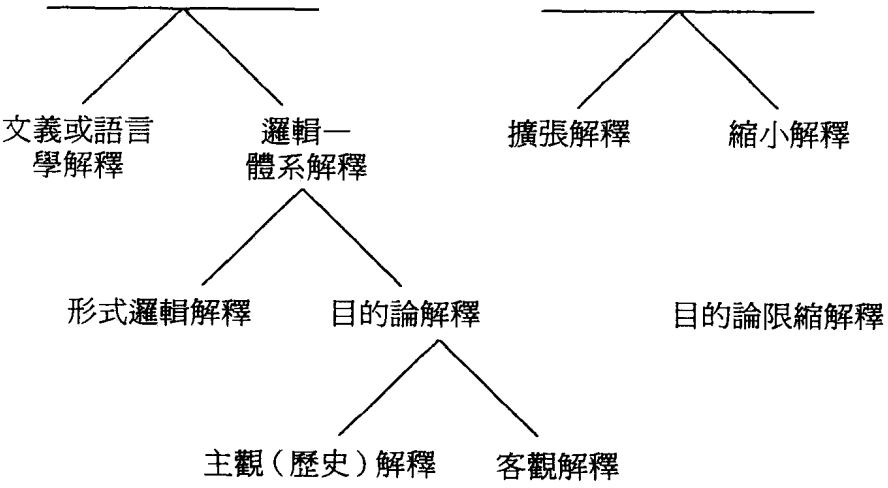
拉蘭茲的法律解釋及適用方法，大體上包括三個主要的部分：解釋的規則（Kriterien）、確定法律效果的三段論法（Syllogismus）及經由涵攝（Subsumtion）而作成裁判。這三部分拉蘭茲都從傳統理論出發而表達自己的論點，並建構法官造法的可行途徑。先從解釋規則說起：拉蘭茲一方面對薩維尼視法律爲一種封閉的體系，所謂「立法者所表達的就是整體的法律」，「只能經由體系而觀察到法」，主張只能用論理（邏輯）的、文理的、歷史的及體系的四種要素，解釋法律俾探求立法者的本意等見解，也有相當的微詞；但另一方面拉蘭茲又以薩氏晚年著作爲依據，對他加以某種程度的維護：拉氏認爲薩維尼晚年似已脫離法實證主義的行列，不再反對目的論解釋，僅要求法官應以文理的、邏輯的及體系的方法，找出立法者確有此種表示之意，如果符合立法的目的和理由，也認可對法條文字作擴張或縮小的解釋，同時薩氏也不反對類推適用（註九三）。因此，拉蘭茲並沒有提出取代薩維尼的解釋準則，他只是在薩維尼的基礎上加以修正及改善，他除了強調文本的字義、法律整體意義的關聯外，特別指出應考慮：㈠歷史上立法者制定法規的意向、目標及觀點，㈡客觀的目的論規則，㈢合憲性解釋（註九四）。關於三段論法：以法條之構成要件爲大前提，個案事實爲小前提，法律效果爲結論，而大前提

註九三：Larenz, aaO., S. 11.

註九四：Larenz, aaO., S. 155, 320ff.

的取得，通常須經過詮釋，並不是法條的本文當然可以正確理解，至於小前提，即該當的個案事實之認定，則屬涵攝的程序。拉氏指出涵攝概念在邏輯上的定義不外：外延較廣的概念，將立於其下外延較狹的概念，予以涵攝，這種意義的涵攝作用，在適用法律的過程中應用，雖是通說，但並不精確。因爲照理講構成要件是由許多要素所組成，個案事實須經具有完全相同的要素才能被涵攝，惟實務上個案事實這個下位概念，由於具備適當的特徵而被歸納於上位概念，所以通說的涵攝，更準確的說法是將個案事實歸屬於法規範的構成要件（Zuordnung des Sachverhalts zum Tatbestand）（註九五）。

與拉蘭茲相較，考夫曼則以薩維尼的四種規則爲根據，更細分爲下列各種解釋準則（註九六）：



註九五：Larenz, aaO., S. 275.

註九六：Kaufmann, aaO., S. 87.

上述各種解釋規則的意義，按照考夫曼的說法敘述如下：

㈠文義或語言學解釋：經由文句、用語及字義對前人的思想再加思考，對已認知的事物再認識。用這種方法解釋即可區隔規範的核心範圍與邊緣地帶。

㈡邏輯 — 體系解釋：對前人的思想作正確的思考，繼續思考、徹底的思索。

1.形式邏輯解釋：從概念中得出法律效果，即概念法學所主張的方法。

2.目的論解釋：探求個別法律的目的及意義，也就是所謂特定法律之理（ratio legis），或者探求許多法律規範甚至整體法律規範的目的及意義，也就是所謂一般法之理（ratio iuris），利益法學派偏好這種方法。

⑴主觀（歷史）解釋：探求立法者的意思，有助於法律安定性、遵守權力分立的正功能，但也造成法律僵化。

⑵客觀解釋：探求法律在客觀上應有的含義，使法律具備活力，發揮法的歷史任務，其缺點則是有造成法官恣意之虞。

3.目的論限縮：即縮小法規範的核心範圍，已不再是解釋，而是類推適用，其作用有如法規的補充、法的續造或變更規範而達限縮之目的。

除解釋方法作深入的分類外，考夫曼對涵攝及三段論式的法律適用過程，也有改正的意見，拉蘭茲提出**歸屬的概念**，考夫曼則以**等同理論**（Gleichsetzungstheorie）以補涵攝的不足。有兩點

值得注意，一是考夫曼對等同理論的一段說明：「規範屬於定義爲抽象及普遍性的應然，事件則屬層出無窮的事實所形成之實然。歸屬在下述的條件下，便有可能：規範配合經驗，事件賦予法律效果，兩相結果便是適用（也可以說是類推），換言之，這就是以主動的形成行爲予以等同（gleichgesetzt）（註九七）」，可見考夫曼的等同與拉蘭茲的歸類概念上是非常接近的。二是無論考夫曼或拉蘭茲都是受到另一位學者 Karl Engisch 的影響，Engisch 同樣以修正傳統三段論爲目的，認爲涵攝並不是將待判的個案事實之特徵，視作等同於上位概念（即大前提），而是將待判的事件視作等同於先前已判的事件（註九八）。眾所周知，英語國家與歐陸不同，並非以法典的規定爲大前提，然後按著三段論的演繹獲得結論，在判例法（case law）之下，無非將待判的事件，與先例（precedent）作等同的類比，考夫曼之流的理論，頗有這種意味（註九九）。

註九七：Kaufmann, aaO., S. 89.

註九八：Larenz, aaO., S. 275.; Kaufmann. Ebd.

註九九：在英美以判例法爲主的國家，法律的傳承不外一系列的裁判先例（the legal tradition as a system of precedent），對詮釋方法的依賴不亞於大陸法系以法典爲主的國家，因爲很少有跟先例完全相同的個案，所以法官必須以詮釋學者所說類推（analogy）來解決個案。法官不能以知道法律的存在爲滿足，更重要的是，經由詮釋（包括理解 understanding、解釋 interpretation 及適用 application 不可分的過程），創造性的補充法律之不足（creative supplementing of the law）。以上是英國學者的見解，see P. Goodrich, Legal Hermeneutics: An Essay on Precedent and Interpretation,

第三節 詮釋方法的綜合應用

詮釋學在二十世紀六十年代經過加達默、貝提等人的提倡，一時頗有復興之勢。故此後討論法學解釋方法者，或多或少都受到詮釋學的影響，詮釋學的術語諸如解釋準則、詮釋循環等隨處可見，前述拉蘭茲、考夫曼的著作也不例外。在加達默與貝提之後，最直接引用詮釋學理論解釋法律者，當推柯因（H. Coing）所發表的「法學解釋方法與一般詮釋學理論」（註一〇〇），而前述考夫曼將各種習見解釋方法歸入薩維尼四大準則的系統中，有意建立完整的解釋規則，雖非不具學術價值，但一個系統並不能涵蓋實務上所運用的各種解釋規則，尤其在發展過程中，隨時都有推陳出新的可能。本章不拘泥一家之言，而是取各家之長作綜合的整理。

一、理解與適用的分合問題

前面說過，理解與適用（或應用）不能分離是加達默的主要論點之一，除我們已引述加達默主張理解即應用的論述外，加氏尚有一段名言值得引用：「解釋者無非將文本當作普通性事物而理解，換言之，傳承事物所表達者爲何，亦即文本之內涵與意義爲

The Liverpool Law Review, Vol. VII (2), 1985, pp. 99-155.

註一〇〇：見註七七。

何。但在作此理解時，解釋者不應無視於自身以及其所處之具體的詮釋情境。解釋者倘欲根本理解，則必須將文本與此種情境加以連結」。加達默的這種主張，不爲通說所採，先前也已說明。貝提認爲，理解有不同功能或目的，如果理解本身即是目的，而不是達到其他目的手段，例如欣賞一件藝術作品，無所謂應用（或適用）問題，因而認理解即應用，或兩者不可分，似乎有相當理由，但法律與神學的理解，目的在規範人們的行爲，所以應用要先理解法條的文本，然後才適用於具體的個案。拉蘭茲在有關法律拘束及涵攝模型的論述中，也是以解釋與適用分離爲前提（註一〇一）。不過在此，我們要強調，不是加達默的理論與貝提等所代表的通說之間，誰對誰錯的問題。因爲對加達默而言，理解、解釋、應用三者是結構上的整體（strukturale Ganzheit），解釋與應用等於理論與實踐（Theorie und Praxis），這兩者的合一，本是德國黑格爾派哲學的傳統（註一〇二）。貝提等人則是去哲學化的立論，所以有此差異。

在司法或行政實務上適用法規解決具體個案，其操作過程確如上開通說所描述的情形。惟加達默主張理解不能離開解釋者所處的具體詮釋情境，也就是解釋與具體個案的適用結合，在實際的經驗中，有相當的價值。我國現行大法官釋憲制度可以說就是採抽象解釋與具體個案分離的設計，人民聲請釋憲的要件之一便

註一〇一：Larenz, aaO., S. 155ff.，陳愛娥譯，法學方法論，三十六頁以下。

註一〇二：Ewin Hufnagel, Einführung in die Hermeneutik, 1976, S. 94.

命令發生牴觸憲法之疑義者」，在學理上這種爭訟屬於法規之憲法訴訟（願）（Rechtssatzverfassungsbeschwerde），與當事人直接以裁判或連同所適用的法規聲請救濟的裁判之憲法訴訟（願）（Urteilsverfassungsbeschwerde）不同，此種制度的缺點，本書在前章已有敘述，此處特舉兩件釋憲案爲例加以說明：

> 釋字第四〇四號解釋：據以聲請釋憲的具體個案為：某中醫師民國八十一年十一月間以西藥成藥為病人治病，經主管機關依醫師法第二十五條：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其執業執照」之規定，處予停業處分。所謂不正當行為之認定則以衛生署前後函釋為準：行政院衛生署七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第二十五條規定論處。四、西藥成藥依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍」。大法官解釋之結果為：「上開函釋要在闡釋中醫師之業務範圍，符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無牴觸」。

這樣的解釋，可謂毫無意義，因爲解釋函在文義理解上當然不可能違法或違憲，只有將解釋函適用在裁罰的事件上是否適當，予以審查，才能發揮司法審查的功能。同時上述解釋是以主管機關措辭含義不明的解釋，作爲裁罰性行政處分的構成要件，甚有可

議之處（註一〇三），與大法官若干解釋所採取的嚴格審查態度也有不符。

另一件案例是釋字第四二二號解釋：引發釋憲的是耕地三七五減租條例第十九條收回耕地事件。出租人申請收回耕地，南投縣政府認為承租之佃户依稅捐稽徵機關之資料，年收入二十四萬元，支出則按「台灣省辦理役種區劃現行最低生活標準表之規定」（行政院曾明令如無其他具體權益資料時，準用上開適用於在營軍人家屬之生活標準表），一年約十七萬元，收回耕地不影響承租人之家庭生活，符合該條例第十九條之規定，遂核准出租人收回耕地。承租人不服遞向行政法院提起訴訟，行政法院審酌之結果以：承租人長子因傷失業無工作收入，次女患精神分裂需鉅額醫療費用，因而欠負農會六十萬元債務，利息負擔甚重，收入不敷支出；而出租人經營餐館，有無自耕能力亦有疑問，且解除耕地租約後，該出租人即將土地移轉於無自耕能力的第三人，與法定收回耕地之條件不合，將原決定及原處分均予撤銷（八十二年度判字第四〇九號）。南投縣政府不服原判決，提起再審，行政法院居然將原判決廢棄，採信南投縣政府的聲明並為其勝訴判決（同年度判字第二一九〇號）。承租的佃農不服，聲請大法官釋憲，釋字第四二四號解釋以前述最低生活費支出標準計算審核表為審查對象，解釋文稱：「行政院於中華民國四十九

註一〇三：參照釋字第四〇四號解釋，本書著者所寫之不同意見書。

年十二月二十三日以台四九內地字第七二二六號令及內政部七十三年十一月一日七十三台內地字第二六六七七九號函，關於承租人全年家庭生活費用之核計方式，逕行準用台灣省（台北市、高雄市）辦理役種區劃現行最低生活費支出標準計算審核表（原役種區劃適用生活標準表）中，所列最低生活費支出標準金額之規定，以固定不變之金額標準，推計承租人之生活費用，而未斟酌承租人家庭生活之具體情形及實際所生之困窘狀況，難謂切近實際，有失合理，與憲法保護農民之意旨不符，應不再援用」。

按耕地租賃爭執是當事人間的私權糾紛，只因法律規定由行政機關介入而成爲行政爭訟事件，但無論如何，縣政府純屬爭訟過程中的裁決機關，與執行公權力主動作成行政處分的情形不同，事不關己竟利用訴訟法的規定提起再審；而行政法院也以適用法規顯有錯誤爲行政機關勝訴之判決，這種再審翻案成功的例子，可謂「百不一見」，任誰都會覺得事有蹊蹺，再審判決實難令人信服。大法官宣告適用在營軍人家屬的現行最低生活費支出標準計算審核表違憲。實則這項審核表依行政院及內政部的令函，僅參酌或準用於租賃關係，而且該表也經常修改，並非一成不變，所以應指摘的是縣政府引用該表處理不當，逕認援用該表違憲不無商榷餘地。大法官縱然對再審判決難予接受，但也無權加以撤銷，是否有意以解釋違憲之後，聲請人或許可獲得另一次再審而「平反」的機會，則不得而知。這就是加達默所稱具體的詮釋情境（hermeneutische Situation），對解釋或理解的影響，可見雖然在

制度設計上使抽象解釋從個案中抽離，但個案常會影響解釋的結果，類似本件的事例不少，仔細檢視司法院公布的大法官解釋資料就不難發現。

二、具有實用性的各種憲法暨法律解釋規則

從傳統詮釋學的準則（Kanon）到當代法學家所提出的解釋規則(Kriterien)，難予盡數。我們將以實際經驗列舉出有實用價值者，作爲解釋法律的規則，當然也適用於憲法解釋。

㈠解釋規則的運用有時可能因不同性質之法律而有差別

研究詮釋學的人大多主張，解釋法律的方法具有普遍適用性，不會因爲不同種類的法律而有區別。如果某些事項現行法律未加規範，則法官將以填補漏洞的方式，設法創造適用的法規，不得因法律未規定，而不予審判或拒絕受理。貝提的補充解釋（ergänzende Auslegung）和拉蘭茲的法官之法的續造（richterliche Rechtsfortbildung）理論，都有這種意涵。這類主張用於民事法領域，自屬正確，我國民法第一條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」。瑞士民法第一條第二項及第三項規定：「本法未規定者，法院應依習慣，無習慣者，法院設想立法者將制定之法規而爲裁判。」「遇此情形，法院應遵循穩妥之學說及慣例」，都可視爲上述理念的條文化。

在刑事法或行政罰法的領域，前開填補漏洞或續造法律的理

論就不能援用，這時候法律漏未規定，即應認定行爲不構成違法。因爲受罪刑（處罰）法定主義的支配，法無明文不爲罪（或不構成制裁），任何形式的類推適用都在禁止（Analogieverbot）之列（註一〇四）。試舉一例說明：刑法第一五七條第一項：「意圖漁利，挑唆或包攬他人訴訟者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金」。挑唆或包攬訴訟即俗稱司法黃牛，依司法院院解字第三一〇四號解釋：「該條所謂訴訟，係指民事訴訟、刑事訴訟及行政訴訟而言」，乃典型的文義解釋，假設只包攬非訟事件（如本票裁定）、軍事審判或訴願事件，可否適用該條處罰？刑法公布於民國二十四年，其時尚無非訟事件法的制定，本票或支票涉訟也沒有區分；軍事審判可謂特種刑事訴訟，而訴願是行政訴訟的前審，如果不予處罰，似乎不合情理，但因爲禁止類推，所以應嚴守第三一〇四號解釋專指三種訴訟，不得加以擴張。除刑事法的適用應受前述限制外，立法行爲也受到相似的制約，即犯罪構成要件的規定必須符合法律明確性原則，不得授權行政機關，以類比於其他法條所定之構成要件，而處罰行爲人。民國七十七年修正公布之證券交易法第一七七條罰則共有三款，第一款及第二款明確規定，以違反該特定條文或主管機關依此等條文所爲之作爲或不作爲規定爲構成要件，第三款則謂：「違反主管機關其他依本法所爲禁止、停止或限制之命令者」。釋字第五二二號解釋以科罰行爲內容不能預見，違反授權明確性原則，宣告其違憲。

註一〇四：參照蘇俊雄，刑法總論 I，民國八十七年，二六七頁。

關於刑法的解釋與適用，德國聯邦（最高）法院也出現過一件廣爲人知的案件，就是被告以鹽酸潑灑到一名女會計的臉上，並搶走她的皮包。依照行爲當時的刑法第二五〇條加重強盜罪的構成要件是：「行爲人攜帶武器實施強盜行爲，以武力或武力脅迫、制止或壓制他人反抗者」，本案須判斷鹽酸是否爲「武器」的一種，武器立法本意是指機械性的工具，不包括化學液體，但聯邦法院卻以因技術的發展，法條武器用語應作廣義解釋，包括鹽酸。聯邦法院的判決受到各方的批評，國會後來將上述條文修改爲：「攜帶武器或其他器械或方法實施強盜行爲...」。儘管講方法論的學者拉蘭茲及考夫曼都傾向贊成法院的判決，但嚴格說這已經違反了刑法禁止類推的原則（註一〇五）。

㈡一切解釋均從文本的字義開始（文義解釋）

法律是以文字表達，所以法律解釋的客體是文字，「法律解釋須從文字開始」（Am Anfang der juristischen Auslegung war das Wort）這個命題乃當然之理。從歐陸法學發展的過程觀察，由於法律的解釋須從文字著手，因此隨著學術的進步，法律解釋遂與文法學(Grammatik)、字源學(Etymologie)相結合，在羅馬共和時期的法學家對此早已優而爲之，所謂文（理）義解釋方法於焉誕生。對作爲文本去理解的文字，羅馬法學家已經不是單純的以字面(verba)意義爲準，而是著重在有拘束作用的涵義(vis ac potestas)，

註一〇五：Larenz, aaO., S. 324., Kaufmann, aaO., S. 80.

換言之，內心的真意優先於表面的文字（註一〇六）。不過，也有學者認爲，從字面意義轉而爲注意原著者的意思，是來自希臘修辭學（Rhetorik）的影響，羅馬法學家加以採用，並成爲羅馬後期的一項重要解釋規則（註一〇七）。法學是一種專門學問，法學的用語縱然是日常用語的一種，但是用在法律上的時候，如果有特殊意義，就不能作通常的理解，故文義解釋又有法學的文義解釋（wortjuristische Methode）之稱。例如在我國法規上「行政處分」一辭，應解釋爲具體的單方行政行爲，而不是通俗理解中的記過、申誡或撤職之謂。又如海關緝私條例第三十六條第一項私運貨物進口或出口，其中私運二字依通常理解不外擅自或私自不經官署許可之意，如此解釋有泛指一切貨物進出口均應經過許可之嫌，行政法院判例遂解爲：「所謂私運貨物進口或出口，係指將管制或應稅之貨物，未經檢查或私運進口或出口而言」（四十七年判字第六六號、五十五年判字第二九三號），也是法學的文義解釋之例。再如舊商標法第二條第八款所稱世所共知的涵義，依世俗的說法，就是世人所共知或一般人所共知之意，但卻不符合法學上的文義，所以司法院先解釋爲：商標註冊地區所共知（院字第一〇〇八號），後來又解釋作：在中華民國領域內一般所共知（釋字第一〇四號解釋、行政法院五十九年判字第二三七號判例）。

文義解釋使用得最普遍的是刑法上的罪名或構成要件的解

註一〇六：Vgl. Betti, Grundlegung, S. 21.

註一〇七：Coing, aaO., S. 8.

釋，前面所舉刑法第一五七條關於訴訟的解釋，就是典型的法學文義解釋，同條的兩個用語挑唆、包攬，院解字第三一〇四號就解釋作：「所謂挑唆，係指挑撥唆使之意」，「所謂包攬，係承包招攬之意」，則是法條用語不具特殊意義時，所作的文義詮釋。九十年五月十七日公布的大法官釋字第五四五號解釋，是針對醫師法第二十五條（民國七十五年十二月二十六日公布），「醫師於業務上如有違法或不正當行爲，得處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其執業執照」之規定，是否符合法律明確性原則作成解釋，開宗明義就說：「所謂業務上之違法行爲係指醫師於醫療業務，依專業知識，客觀上得理解不爲法令所許可之行爲，此既限於執行醫療業務相關之行爲而違背法令之規定，並非泛指醫師之一切違法行爲，其範圍應屬可得確定；所謂業務上之不正當行爲則指醫療業務行爲雖未達違法之程度，但有悖於醫學學理及醫學倫理上之要求而不具正當，應予避免之行爲」，然後認爲這些不確定法律概念的涵義在個案中，並非不能經由適當組成之合議機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，最終導出結論：「與法律明確性原則尚無不合」。是典型的從文義開始，並據以獲致結果的解釋方法。

前面所說的薩維尼四種解釋準則，當然也脫離不了文義，其中文理解釋與前述從文本的字義開始相當，體系解釋與邏輯或論理解釋也有相互重疊之處，以下先就歷史解釋（包括起源解釋）、

體系解釋（包括論理解釋）說明，然後再論及其他解釋規則（註一〇八）。

㈢歷史解釋

如所周知，歷史解釋簡單的講就是以法律條文及法律概念的歷史發展來理解其意涵。歷史解釋不等同於歷史法學派，但是歷史法學的若干觀點也非全無影響，譬如歷史法學派認爲法的歷史是一個法律概念與法律制度自我發展的史程，而歷史解釋方法的任務之一，也是在於發現或是確認這種發展的過程。歷史解釋其實還可以分爲廣義的歷史解釋與狹義的歷史解釋，前者是指著重於解釋對象的歷史關聯性（geschichtlicher Zusammenhang），也是歷史法學派所念茲在茲的地方。薩維尼曾謂：「歷史法學派所追求的是：對每一項素材都要窮本溯源，俾便發現一種有機的原則；並從中得知它是否仍有生命，若遇有例外情形，它也可能已死（註一〇九）」。狹義的歷史解釋則指以法律制定過程爲檢討的素材，並探求立法者的本意，不過此處所稱立法者的本意，通常不是指制定法律的個別的人的本意，也不是立法機關可決人數的總意，而是制定過程中所表現的客觀的法律之意旨（註一一〇）。或者如詮釋學者所主張：探求法律的意願（Will des Gesetzes），而非立法者的意願(Will des Gesetzgebers)。以文義爲主須嚴格解釋的刑罰法律及

註一〇八：Ebd.

註一〇九：Ebd., S. 10.

註一一〇：拙著，行政法之理論與實用，增訂七版，民國九十年，一四九頁。

稅法，則應避免使用歷史解釋，防止造成對被告或納稅義務人的不利結果。司法院釋字第三號關於監察院有無向立法院提出法案的提案權，便是起源解釋(genetische Auslegung)的適例（註一一一）。

> 憲法第七十一條即憲草第七十三條原規定「立法院開會時，行政院院長及各部會首長得出席陳述意見。」經制憲當時出席代表提出修正，將「行政院院長」改為「關係院院長」。其理由為：「考試院、司法院、監察院就其主管事項之法律案，關係院院長自得列席立法院陳述意見。」經大會接受，修正如今文，足見關係院院長係包括立法院以外之各院院長而

註一一一：在史萊爾馬赫早期有關詮釋學的講義中，並未單獨提出起源解釋的準則，而是歸入文理解釋（grammatische Interpretation 或稱文義解釋），主張聖經新約的解釋應注意其外來語的字源（Schleiermacher, Hermeneutik, hrsg. von H. Kimmerle, 1959, S. 88.）。史萊爾馬赫的詮釋理論，強調語文是客觀的既存事物，與表達思想的個人之間的關聯性。文本的每一句話都是這兩項客觀與主觀因素的結合。具有主觀的解釋即從原著者的特質著手的解釋，包括其個人的傳記、生活關係、心理動機以及原著者當時所處的社會情況，就社會情況而言，論者認爲也涉及了客觀性的問題，也稱之爲社會學的觀點(vgl. Coing, aaO. S. 14.)。至於語文的內容乃是對原著者所使用的語文，在通常所應具有的理解，也可稱爲文本的客觀性，這是超越個人的因素。精神科學以語言文字爲表達方式，每個使用語文的人都受到約定俗成的影響，同時又有地域及時間的限制，語文表達在形式上及內涵上都具有變動性，尤其受到當時思潮發展（Ideenentwicklung）的支配。這是精神（人文、社會）科學的宿命，也是需要以詮釋學作爲研究方法的原因。

言。又憲法第八十七條，即憲草第九十二條，經出席代表提案修正，主張將該條所定「考試院關於所掌事項提出法律案時，由考試院秘書長出席立法院說明之。」予以刪除。其理由即為：「考試院關於主管事項之法律案，可向立法院提送，與他院同。如須出席立法院說明，應由負責之院長或其所派人員出席，不必於憲法中規定秘書長出席。」足徵各院皆可提案，為當時制憲代表所不爭。遍查國民大會實錄，及國民大會代表全部提案，對於此項問題，曾無一人有任何反對，或相異之言論，亦無考試院應較司法、監察兩院有何特殊理由，獨需提案之主張。

在法律實施伊始起源解釋最有說服力，如果年湮代久之後，再斤斤於立法機關或制憲機關制定過程的紀錄，恐有膠柱鼓瑟之譏，如此得來的結論，可能也無法符合現實的需要。至於法律位階較低的各種行政命令，多非恆久性質，或者欠缺與制定法律相當的過程，或者命令的發布者既是各級行政機關，而非代表國民的立法機關，不具有應特加尊重的民主正當性，運用歷史或起源解釋的機會較少。在大法官諸多解釋之中，釋字第十四號關於各級民意代表非監察權行使對象，釋字第十五號限制監察委員兼任國大代表，釋字第七十五號認可國大代表可兼任官吏等號解釋，以及釋字第二六八號宣告考試法施行細則違反母法而違憲等解釋，都是明顯運用起源解釋的案例。

至於廣義的歷史解釋可以新近修正民法債編，增加第十九節之一合會爲例，如果欲完整的詮釋合會作爲一種法律制度，不應

只解釋民法增訂的條文（第七〇九條之一至第七〇九條之九）爲滿足，尙須對合會作探本追源的研究，分析民法的規定與中國合會舊慣或台灣目前合會的習慣有何同異之處？何以以往台灣有法人作會首（合會儲蓄公司），而民法第七〇九條之二第一項則規定會首、會員以自然人爲限，其根源爲何？這便是歷史方法甚佳的素材。再以行政程序法的制定爲例，起源解釋以探討草案的起草過程爲重點，也就是民國八十二年的法務部草案、八十五年的行政院草案以及立法院審議成爲正式法律的過程。如果是廣義的歷史解釋就應推展至更長遠的時程，包括民國六十六年及七十九年專家所擬的草案以及這些草案所依據的外國立法例（尤其是一九七六年的德國聯邦行政程序法），而各國立法例本身又有它的制定過程及歷史背景，也都可能成爲解釋應參考的資料（註一一二）。不過這又涉及比較解釋（komparative Auslegung）方法的問題，容後再做敘述。

㈣體系解釋

體系解釋可以作如下的界定：就是視一部法律或國家法制爲一個體系，以文義、概念及關聯意義爲手段，並藉助邏輯推理的法則所形成解釋的一種方法。常見的名稱論理解釋是體系解釋的基礎。論理解釋既爲邏輯推理的應用，除與體系解釋密切相關外，其實一切解釋規則都離不開推理，不是一定要成爲一種獨立的方

註一一二：關於各國行政程序法之立法過程，見拙著，前書，第十三章第三節。

法。

民國八十八年一月二十五日公布的地方制度法是因應省虛級化後，取代省縣自治法而制定，在一定程度內頗爲尊重縣及市（直轄市及與縣同級之市）的自治權。對可能發生的中央與縣、市權限爭議，基本上採由司法院大法官解釋的解決途徑，故第三十、第三十二、第四十三、第七十五等條都有聲請司法院解釋的字樣，但對聲請權人爲誰，聲請的細部要件爲何？聲請的程序都未規定，以致於該法實施以來，各地方政府常向司法院聲請解釋，但迄無受理的案例。釋字第五二七號解釋綜合地方制度的規範內容，並以憲法及大法官審理案件法所建立的釋憲法制合爲一個體系，作成解釋。第五二七號解釋文甚長，只摘其中表現體系解釋最明顯的部分說明如下：一是由於法條規定，造成某些地方民意機關通過決議事項，又主動聲請解釋是否違反憲法、法律或上位規範，該號解釋的答覆是：「地方制度法既無與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款類似之規定，允許地方立法機關部分議員或代表行使職權適用憲法發生疑義或發生法律牴觸憲法之疑義，得聲請解釋。各級地方立法機關自不得通過決議案，一面又以決議有牴觸憲法、法律或其他上位規範而聲請解釋，致違禁反言之法律原則。」（解釋理由書第二段末尾）。至於該法第七十五條有關釋憲規定如何適用，以及第七十五條與第三十五條可能競合等問題之解決，釋字第五二七號解釋（理由書末尾）也有相當詳細的答案：

有監督地方自治團體權限之各級主管機關，依地方制度法第

七十五條對地方自治團體之行政機關（即直轄市、縣、市政府或鄉、鎮、市公所）辦理該條第二項、第四項及第六項之自治事項，認是否違背憲法、法律或其他上位規範尚有疑義，未依各該項規定予以撤銷、變更、廢止或停止其執行者，得依同條第八項規定聲請本院解釋。其未經本院解釋而逕予撤銷、變更、廢止或停止執行之行為，受處分之地方自治團體仍持不同見解，可否聲請本院解釋，同條第八項文義有欠明確。衡諸憲法設立釋憲制度之本旨，係授予釋憲機關從事規範審查權限（參照憲法第七十八條），除由大法官組成之憲法法庭審理政黨違憲解散事項外（參照憲法增修條文第五條），尚不及於具體處分行為違憲或違法之審查。從而地方自治團體依第七十五條第八項逕向本院聲請解釋，應限於上級主管機關之處分行為已涉及辦理自治事項所依據之自治法規因違反上位規範而生之效力問題，且該自治法規未經上級主管機關函告無效，無從依同法第三十條第五項聲請解釋之情形。至於因上級主管機關之處分行為有損害地方自治團體之權利或法律上利益情事，其行政機關得代表地方自治團體依法提起行政訴訟，於窮盡訴訟之審級救濟後，若仍發生法律或其他上位規範違憲疑義，而合於司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之要件，亦非不得聲請本院解釋。至若無關地方自治團體決議事項或自治法規效力問題，亦不屬前開得提起行政訴訟之事項，而純為中央與地方自治團體間或上下級地方自治團體間之權限爭議，則應循地方自治法第七十七

條解決之，尚不得逕向本院聲請解釋（釋字第五二七號解釋理由書末段）。

這段解釋旨在解答地方制度法第七十五條第八項與第三十條第五項的競合問題，同時以我國釋憲制度本質，排除對個別行政處分的審查。但以一個解釋或裁判整合一項規範極不完整的法律，有時難免尚有疏漏，第五二七號解釋即面臨這種問題（註一一三）。再舉釋字第二四七號解釋爲例：依所得稅法第八十條第二項

註一一三：法律與命令在適用時須要詮釋，解釋及判例也是有待詮釋的客體，前引釋字第五二七號理由書末段即成爲應解釋的前提。蓋九十一年四月發生台北市政府延期辦理里長選舉事件，行政院依地方制度法第七十五條第二項規定，撤銷台北市政府的延選決定，台北市政府依該法第七十五條第八項提出聲請解釋，由於上開解釋既有：「從而地方自治團體依第七十五條第八項逕向本院聲請解釋，應限於上級主管機關之處分行爲已涉及辦理自治事項所依據之自治法規因違反上位規範而生之效力問題，且該自治法規未經上級主管機關函告無效，無從依同法第三十條第五項聲請解釋之情形」。則台北市政府得否聲請司法院解釋，便有研究餘地。探求此段解釋之真意不外：大法官不作具體行政處分之審查，爲避免第三十條之聲請案件與第七十五條之聲請案件競合，如處分行爲所依據之自治法規經函告無效，則不得依第七十五條第八項逕向本院聲請（高度行爲吸收低度行爲），換言之，上開解釋未能涵蓋不涉及自治法規，而是縣、市政府執行中央法規，有辦理自治事項違法違憲之嫌，而經上級政府撤銷的情形，這時仍應回歸地方制度法第七十五條第二項及第八項之文本：台北市政府仍屬聲請解釋之適格者，並參照釋字第五五三號解釋理由書第一段。

規定，稽徵機關如已核定各該業所得額標準者，納稅義務人申報之所得額，若在上項標準以上，依同條第三項規定，即應以其原申報額爲準。而財政部發布之營利事業所得稅結算申報書面審核案件抽查辦法第三條及第四條、營利事業所得稅結算申報查核準則第二條，以及財政部五十九年台財稅字第二三七九八號令，均規定營利事業申報所得額達各該業所得額標準者，仍應實施審查、抽查及調整稅額。從嚴格的文義解釋而言，上述辦法、準則及函令與所得稅法第八十條第二項及第三項顯有不符，但釋字第二四七號解釋並未宣告此等規定牴觸母法及違反憲法第十九條。其論證就是以稅法爲一體系，進而比較相關法條的功能以及在稅法體系中的地位，確認所得稅法第八十條的規定，「旨在簡化稽徵手續，期使徵納兩便，並非謂納稅義務人申報額在標準以上者，即免負誠實申報之義務」；所得稅法其他條文（第一百零三條、第一百十條）、稅捐稽徵法第二十一條及第三十條對匿報、短報或漏報皆有補徵或裁罰的規定，因而將上述辦法、準則及函令視爲執行前引所得稅法及稅捐稽徵法規定而設，獲致不違憲的結論。多數意見所通過的解釋文及理由書，我們固然可以在方法論上爲之自圓其說，但租稅法律主義在稅務行政上，如同罪刑法定主義之於刑罰法律，是否允許以其他解釋方法推翻文義解釋，在學理上仍有待商榷；同時，在解釋結果可能有兩種不同的情況出現時，是否應適用有懷疑即應爲有利人民之自由權利的認定（所謂 dubio

pro libertate 原則），也有加以斟酌的必要。因此，對本號解釋，曾有大法官提出不同意見書，就多數意見的正當性有所質疑（註一一四）。

㈤目的論解釋

在體系論的框架之下，目的論解釋（teleologische Auslegung）或被視爲它的下位概念，考夫曼法律哲學一書便作這種處理。但多數學者仍將目的論視爲獨立的解釋規則，不過對目的論的定義，則有不同的說法：拉蘭茲認爲：「目的論解釋是符合規制目的及基本思想的解釋」。又謂：「客觀的目的論解釋就是不問立法者是否意識到它的意義」。換言之，拉氏認爲：爲了獲致實質正當（sachgemäss 或譯合乎事理）的結果，逕認立法者也接受有權作成解釋者的觀點。當然目的論解釋不能憑空濫用，通常是既存狀態已無法變更，非如此法律不能發揮規範作用，或者以該項法律中隱含了更高的法倫理原則（rechtsethtische Prinzipien）作爲結果正當化的理由（註一一五）。至貝提在其卷帙繁浩的著作中，雖然重視目的論解釋的功能，但寧可以填補漏洞及演化作用來描寫，當然也就未對目的論解釋予以定義（註一一六）。

註一一四：拙著，前書，一五〇頁以下。

註一一五：Vgl. Larenz, aaO., S. 332f.

註一一六：Betti, Methodik, S. 633.，貝提在此的敘述，可說是強調目的論的功用，但並未使用目的論解釋的名稱，卻在事項索引（Sachregist）中，表示這些敘述就是指目的論解釋而言。

釋字第三十一號解釋釋示，在第二屆立法委員、監察委員「未能依法選出集會與召集以前，自應仍由第一屆立法委員、監察委員繼續行使職權」，就是屬於上述既存狀態已無法改變，非如此憲法將喪失其規範作用，即解釋文中所稱：「聽任立法、監察兩院職權之行使陷於停頓，則顯與憲法樹立五院之本旨相違」，也可說是制憲者若有表示意見之機會，想來也會持相同觀點。

釋字第二〇八號解釋也是目的論方法應用的案例。緣平均地權條例第十一條規定：「依法徵收之土地爲出租耕地時，除應由政府補償承租人爲改良土地所支付之費用及尚未收穫之農作改良物外，並應由土地所有權人以所得之補償地價扣除土地增值稅後餘額之三分之一補償耕地承租人」。最高法院及下級法院均認爲本條之承租人不以自然人爲限，從文義解釋可謂當然的結論，無論是自然人或法人，依本條前段，由政府補償土地改良費用或農作改良物，在法理及情理上，都不發生問題；但如果耕地承租人係資力優越之法人甚至公營事業時，依本條後段尚可分得地主所得土地補償費的三分之一，則顯與平均地權條例以保護佃農的目的不符。釋字第二〇八號接受行政院的聲請，斷然不顧文義上之不一致，將後段的耕地承租人解釋爲：「其所稱耕地承租人指承租耕地實際自任耕作之自然人及合作農場而言」。解釋理由書首先援引憲法上扶植自耕農與自行使用土地人及保障農民生活的基本國策條款，接著闡明以地價補償承租人，乃係避免佃農或合作經營農場者因耕地喪失不能從事農作而生活失據的立法目的，完全符合目

的論方法以位階更高的原則爲依據，考慮規範目的等相關因素（註一一七）。

在行政法的領域以體系方法達到目的論解釋的功能，事例更多，原因是行政法的法典化成果不能與民法、商法或訴訟法相提並論，更需要運用解釋達成其規範目的。試以公務員服務法第十三條禁止公務員兼職的條文，其第四項規定：違反前三項者，「應先予撤職」，非常令人費解，蓋違反其他各條，應依情節懲處（第二十二條），而本條未必均較各條爲嚴重，何以應先行撤職？而撤職乃公務員懲戒機關之職權，服務機關如何有權先行撤職？顯然與法制的整個體系不合。司法院民國三十七年院解字第四〇一七號解釋只好脫離文義的約束，解釋如下：「公務員服務法第十三條第四項所謂先予撤職，即係先行停職之意，撤職後仍應依法送請懲處...。」又如公務員懲戒法有三處對停職加以規定，一爲公務員懲戒法第三條所定之當然停止職務，凡有被通緝或羈押、受褫奪公權之宣告或在徒刑之執行中者，事實上無法執行職務，無須發布人事命令其職務已屬停止狀態。二爲依同法第四條規定，公務員懲戒委員會認被付懲戒人情節重大，通知該管主管長官先行停止其職務（同條第一項）。三爲主管長官對移送監察院審查或公務員懲戒委員會審議之人員，亦得先行停職（同條第二項）。三種停職如果不從體系與目的的觀點詮釋，一律認爲停職是對公務員權益有重大影響的行政處分，得依法提起行政爭訟（自行政法院八

註一一七：拙著，前書，一五二頁以下。

十五年判字第一〇三六號判決後，停職原則上得提起爭訟，已無疑義），則必定窒礙難行。因爲第一種停職既是因爲刑事法院的行爲所生的事實狀態，或刑事確定判決的效力所及（如褫奪公權），縱然羈押或入監執行後，人事作業上有時也發布停職命令，亦不外事實狀態之觀念通知，縱解釋爲行政處分，也無從依行政爭訟程序獲得救濟。第二種情形由公懲會通知被付懲戒人之主管長官停職，性質上應視爲司法審判機關在程序進行中依職權所爲之暫時性處分，通知停職云云，無非交由服務機關執行，被付懲戒人僅得俟本案審議結果聲明不服，不得單獨就停職部分提起復審（或訴願）及行政訴訟。否則作爲最高司法機關之一的公懲會，其作成先行停職的裁定，可能爲層級較低的行政機關受理復審機關所撤銷，這是法治國家所不允許的。第三種停職雖然也是程序行爲（Verfarenshandlung），但既已單獨對外生效，實際上又有權利保護之必要及可能，應解釋爲得提起爭訟的停職處分。如此詮釋，與相同的概念或事項，應作相同處理的原則不符，但非作這樣的解釋，將造成憲法上法治國家原則所不容的衝突情況，就是因爲對同一概念，作不同處理，才須運用深度的解釋規則，給予合理的說明（註一一八）。

註一一八：論者或主張第一種停職也得提起行政爭訟者（見周志宏，我國現行法制有關停職、復職及免職相關規定之探討，九十一年六月公務員保障法制研討會論文，第十頁），試問行政救濟機關或行政法院可能撤銷羈押之裁定或刑之執行的事實狀態嗎？被停職之公務員縱然對停職觀念通知誤認屬於行政處分，堅持提起爭訟，也是欠缺權利保護之必

各國對目的論解釋的運用，情況不一。在法國因爲法典化在拿破崙時代就已完成，如果仍固守原來的文義或概念內涵，或探求兩個世紀前立法者的本意，與社會現狀必格格不入，且無助於當前法律問題的解決。因此只要不直接與法條的文義牴觸，法院便可以假設立法者也有相同的意圖，而作目的論限縮或擴張。法國實務上尤其是終審法院 Cour de Cassation（最高法院）及 Conseil d'Etat（中央行政法院）採目的論作爲解釋規則的案例甚多（註一一

要（Fehler des Rechtsschutzbedürfnis）。又有主張公懲法第四條第一項及第二項之停職處分，應一視同仁均允許提起爭訟者（見張嘉麟，論行政法院八十五年判字第一〇三六號判決，法令月刊，五十三卷第六期，二〇〇二年六月，第二十二頁），就是囿於同一概念作相同處理的觀點，且不瞭解目前實務上，公懲會通知主管長官停職，主管長官只是將公文轉知被付懲戒人，而非另爲停職處分之故。由此可見，法律詮釋的理論實在有待加強與推廣。

註一一九：目的論解釋在法國的盛行，除早期的法典與社會之快速變遷無法配合的因素外，學說及思潮也是一項重要的影響：François Gény，一九〇〇年出版「私法的法源及解釋方法」(Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif)，不贊成濫用解釋方法以填補法典與現狀的差距，但卻提倡自由的科學研究(free scientific research)，對日後法院面對社會新形勢創造許多判例法，有相當的貢獻。在此同時，歐陸也興起所謂自由法運動(Freirechtsbewegung, School of Free Law)，瑞士民法主要起草者 E. Huber 是代表人物，此輩強調法官在成文法不足時，有自由造法的權力，更強化了目的論解釋的正當性。以上參照 R. David & H. D. de Vries, The French Legal System, 1958, pp. 93-98.

九)。在德意志主張透過解釋以充分發揮法律的規範功能者，大抵是反對法實證主義者認爲法律是完整的體系，解釋只能從法律本身來解釋，此外皆在排斥之列。目的論解釋可以說是對實證主義的反動，首先在民法領域內引用，這又須回溯到一百餘年 Rudolf v. Jhering 及 Philip v. Heck 所創的利益法學，對法律的理解須以存在於法律的現實生活之利益情況爲依據，而非拘泥於法條文字。目的論方法的廣泛使用，也與韋伯所提倡的目的合理（zweckrational）有相當的關係；在民事法院常加引用之後，在二十世紀三十年開始出現在公法（行政法）的領域（註一二〇），今天除刑法及稅法禁止作目的論的擴張外，已成爲常用的詮釋準則。

先前介紹加達默詮釋學理論時，曾提到一個重要概念一效應歷史意識，加氏認爲人們現時的意識乃受效應歷史所形塑，也就是說人們的意識受歷史影響而萌生，在面對詮釋客體文本時，當然也受解釋者所處詮釋情境所產生之意識的支配，目的論解釋與這種說法似有相通之處。又如前所述，貝提雖未將目的論解釋單獨列爲一項解釋準則，但貝提非常強調理解的現實性（Aktualität des Verstehens）並視爲獨立的解釋規則，而貝氏關於填補漏洞及演化性解釋（evolutive Auslegung）所作的敘述，正是目的論解釋

註一二〇：Vgl. E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1966, S. 153.; auch E. v. Hippel, Untersuchung zum Problem des Fehlerhaften Staatsakts, Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung, 1924.，關於目的合理，參看拙撰，韋伯的政治理論及其哲學基礎，七十三頁。

的常見功能。他所主張目標取向爲任務的法律解釋，更是賦予各種解釋規則的任務，而非單指目的論解釋而已。貝提認爲：法律涵義須隨社會變遷而改變，內容涵義則與時俱進，俾反應時代及社會的精神，而繼續發揮規範效力，這種目標取向，不應貶抑爲主觀的恣意行爲（註一二一）。國家的法制，理論上是一個完整的體系，但事實卻非如此，無論如何嚴密都有漏洞存在，原因可能是立法疏失，也可能是因社會變遷或價值觀念改變而產生。除非法律放棄其規範作用，否則在解釋與適用時應有填補漏洞的方法，貝提將漏洞的填補分爲兩種：自主整合及異質整合，達成整合的手段主要都依靠類推適用。以法律本身的規定類推來填補漏洞稱自主整合，引用實證法特別是成文法以外的法理填補，則稱異質整合，前文都已說過。至於演化解釋，其實並不是一種解釋規則，而對解釋結果的定性，演化目標的達成，目的論解釋仍是一項重要手段。以下各舉實例說明漏洞填補及演化解釋（註一二二）。

釋字第四七〇號解釋對民國九十二年第六屆大法官任期屆滿前，「司法院院長、副院長及本屆大法官出缺致影響司法院職權之正常運作時，其任命之程序如何，現行憲法增修條文漏未規定，要屬修憲之疏失...應適用八十三年八月一日修正公布之憲法增修

註一二一：Betti, Methodik, S. 633, 640f.

註一二二：關於填補法律漏洞，國內參考文獻不少：王澤鑑，民法學說與判例研究，第八冊，六十六頁以下；黃茂榮，法律漏洞及其補充方法，載於其著法學方法與現代民法；楊仁壽，法學方法論，民國七十五年，一七五頁以下；黃建輝，法律闡釋學，二〇〇一年，一〇七頁以下。

條文第四條規定程序爲之」。即由總統提名，經國民大會同意。但國民大會在八十九年四月再次修憲後已名存實亡，修憲時又漏未將司法院相關的人事同意權劃歸立法院，於是大法官又作成釋字第五四一號解釋補充這項闕漏。以上兩號解釋都是單純的填補疏失所造成的漏洞，未涉及其他因素。釋字第三號解釋賦予監察院提案權，則是目的論的擴張，所使用的方法主要爲歷史的及體系的解釋，至於釋字第一七五號解釋則是以類比（Angleichen）釋字第三號解釋的方式，認爲司法院也有向立法院提案之權。填補闕漏而又達到目的論擴張目標的解釋，可以釋字第四七七號解釋爲代表，這一號是對戒嚴時期人民受損權利回復條例所作的解釋：

> 戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條適用對象，以「受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者」為限，未能包括不起訴處分確定前或後，經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前，無罪判決確定後、有罪判決執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵。...

既屬重大瑕疵，理應宣告無效，但無效後連該條所明定的兩類「白色恐怖受難者」也失去領取賠償的依據，所以釋字第四七七號解釋越俎代庖釋示：「凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日二年內，依該條例請求國家賠償」。

目的論的限縮常較目的論的擴張應用的機會更多，在大法官解釋中也不乏其例，以下舉釋字第五三五號有關限縮警察臨檢權行使的解釋，加以說明：

> 警察勤務條例有關臨檢之規定，並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。除法律另有規定外，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之，其中處所為私人居住之空間者，並應受住宅相同之保障；對人實施之臨檢則須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限，且均應遵守比例原則，不得逾越必要程度。臨檢進行前應對在場者告以實施之事由，並出示證件表明其為執行人員之身分。臨檢應於現場實施，非經受臨檢人同意或無從確定其身分或現場為之對該受臨檢人將有不利影響或妨礙交通、安寧者，不得要求其同行至警察局、所進行盤查。其因發現違法事實，應依法定程序處理者外，身分一經查明，即應任其離去，不得稽延。前述條例第十一條第三款之規定，於符合上開解釋意旨範圍內，予以適用，始無悖於維護人權之憲法意旨。

警察勤務條例對臨檢之要件、程序及不服臨檢之救濟均未規定，與憲法保障人民自由權利之意旨不符。上開解釋遂設定各種條件：㈠對場所臨檢的限制，㈡對人身臨檢的限制，㈢遵守比例原則的要求，㈣執行臨檢過程規定及不服臨檢救濟的創設（見理由書末段最後五行），在全面修改該條例之兩年過渡期間內，限縮其適用。上面所設定的條件並非類推何項現行法而得來，所以不是法律的類推（analogia legis），而是法理的類推（analogia iuris）。

數十年來社會變遷迅速，人民權利意識高漲，舊有的法律制

度之不能適應，有些甚至不是制定或修改法律即能解決，何況我國立法效率之不彰，久爲國人所詬病。在這種情形下大法官以演化（進化）性解釋的觀點，進行點滴工程(piece-meal engineering)的改造，例如有關傳統特別權力關係兩項支柱：不得提起爭訟及以特別規則排除法律保留原則的適用，遭大法官以宣告舊日行政法院判例違憲的方式，二十年作成十餘號解釋，逐步予以解構。下面以最具關鍵的釋字第二四三號爲例說明：

> 中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。該公務員已依法向該管機關申請復審及向銓敘機關申請再復審或以類此之程序謀求救濟，相當於業經訴願、再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符有權利即有救濟之法理。行政法院五十一年判字第三九八號、五十三年判字第二二九號、五十四年裁字第十九號、五十七年判字第四一四號判例與上開意旨不符部份，應不再援用。

本號解釋雖仍禁止公務員對記大過及職務命令提起爭訟，但允許遭免職的公務員與其服務機關對簿公堂進行訴訟，當時簡直不能想像，從反對這號解釋的大法官所發表措辭激烈的不同意見書中，可見一斑。改變特別權力關係當然是因爲潮流所趨，特別權力關係理論的「原鄉」德國，其傳入我國的「中途之家」日本，戰後都已改弦更張，我們何能故步自封。釋字第二四三號解釋除從憲法訴訟權的保障立論外，還引用「有權利即有救濟（ubi ius, ibi

remendi)」，以加強論證。在此之前雖有釋字第一八七號、第二〇一號對公務員退休金給付相關事項，允許提爭訟的先例，然財產請求原來就不是特別權力關係的範疇，所以第二四三號解釋還是引進現行法制所不存在的制度，性質上屬於異質整合（Hetero-intergration）。

我國憲法及法律只有「法定程序」的用語，並沒有正當法律程序（due process of law）的條款，釋字第三八四號關於檢肅流氓條例違憲的解釋中，認爲限制人民身體自由所依據的程序，「須以法律規定，其內容更須實質正當」，無異將憲法第八條的法定程序詮釋爲正當法律程序，其後又將正當法律程序作爲非難公務員懲戒法的規定（釋字第三九六號解釋），隨後再進一步引進行政程序之中（釋字第四八八號、第四九一號解釋）。正當法律程序可視爲通行於文明國家的一般法律原則，我國現行法律包括民事、刑事、行政訴訟法以及行政程序法之基本精神就是這一原則，上述解釋例的援引應該算作法理上的類推（analogia iuris）。

目的論解釋是適用法律的利器，不僅貝提認爲要實現規範目的，每一種解釋都應該採目標取向，柯因更強調：法律條文的解釋總是要顧及實用性的倫理任務，不可能在解釋時忘卻其任務，法學者在衡量可能的結果與解釋的觀點，也不能忽略其解釋的目的。所以柯因說：「法律解釋在應用時總是目的論的（Juristische Interpretation ist als angewandete immer teologisch）」（註一二三）。既

註一二三：Coing, aaO., S. 24.

是一種利器就應防止其恣意濫用，因此無論是漏洞填補或其他態樣的目的論解釋，我們認爲都要遵守幾項限制，第一，不得與法條文本的字義牴觸。以全民健康保險法第五條第三項的規定爲例，文本是：「被保險人及投保單位對爭議案件之審議不服時，得依法提起訴願及行政訴訟」，而醫療院所與保險人（即中央健康保險局）間的爭議究循何種途徑解決，漏未規定，這種情形下有權解釋的機關自得在行政事件或民事事件中作一選擇，縱然起草法律者內心的意思是民事事件，也無拘束力可言，因爲文本提供了詮釋空間，釋字第五三三號解釋認爲醫療院所與健保局間簽訂的合約是行政契約，若發生爭執應提起行政訴訟，就是基於這種前提下作成。第二，不能違背論理法則，這是任何論理都應遵循的規則，目的論解釋因爲不是從文義得出的當然解釋，故邏輯推理尤應正確無誤，否則難於獲得信服而有規範效力。第三，除非法規有重大明顯瑕疵已達違憲的程度，否則解釋的目的不應破壞體系，否則縱然解決一個問題，同時又製造其他問題。在大法官解釋中，竟然也有這種「敗筆」，七十五年二月十四日公布的釋字第二〇二號解釋便是一例。刑法第五十一條但書有期徒刑合併刑期不得逾二十年，這號解釋作目的論的限縮，認爲這只適用於裁判確定前另犯他罪的情形，若裁判確定後，又受有期徒刑之宣告，均合併執行不受不得超過二十年的限制。上述解釋未顧及刑法的完整體系，立刻造成一種結果，無期徒刑執行滿十年得假釋（八十六年一月二十六日修改以適應第二〇二號解釋），而有期徒刑可能超過十年反不能假釋，顯不合理。作成解釋時也自知有此後果，

所以解釋文末尾說：「受前項有期徒刑之合併執行而有悛悔實據者，其假釋條件不應較無期徒刑爲嚴，宜以法律定之」。有關機關不得不修法補救，這樣的解釋不是填補闕漏，而是製造新的漏洞。

㈥意義關聯解釋

意義關聯解釋（Auslegung des Sinnzusammenhangs bzw. Bedeutungszusammenhangs）也是來自詮釋學的解釋規則，但卻有兩種不同的界定；一是源自狄爾泰的說法：

> 假設有一位詩人的作品在我前面，它是由字母及句子相互組成，並用機器印出。但寫作歷史和詩只有與文字所表達出來的，有意義上的相關聯時才有作用。因此可得一結論：這並不在詩人的內心歷程，而是在詩人與已分離的創作中產生關聯。

狄爾泰又以戲劇作品爲例，說明何謂意義關聯：

> 戲劇的關聯存在於素材、詩歌聲調、動機、顏色及表演方式的關係之中。每一項這類因素都形成作品的結構，也都經由內在的戲劇寫作的法則而互相連結。文學歷史及寫作方法雖是探討的對象，但與研究作者的心理過程和讀者的心理感受，已大不相同。這樣才能實現作品所表現出來的精神上之關聯，我們也透過這種回溯而有所理解（註一二四）。

註一二四：Dilthey, Gesammelte Schriften, 2. Aufl., Stuttgart 1914, VII, S. 85., zitiert nach Coing, aaO., S. 15.

上述的解說可稱之爲宏觀的意義關聯，對法律的關聯解釋雖有參考價值，但它通常適用於文學、藝術及歷史文本的詮釋。第二種解說，我們稱之爲微觀的意義關聯，乃是針對規範性（如聖經）之類作品的文本而言，解釋應以對文本的理解爲限，除非發生疑問或爭議，否則先不必考慮作者的動機或其他因素。要理解一個句子，須先清楚它的上下文，每個句子都理解之後，一段文章的意義便能了然，每段都理解了，整篇作品的意義就能掌握，反之亦然：從全篇去瞭解段意尤能避免斷章取義，這就是「要理解整體就要先理解個別，而要理解個別又要先理解整體」，亦即所謂詮釋學循環（註一二五）。法律條文的解釋也是如此，解釋一個條文應觀照相關的其他條文，同時要符合整部法律的意旨（或稱立法目的），但是整部法律的立法意旨是以表現於全部條文中爲準，不能捨條文而另外去尋找所謂立法意旨。

嚴格講意義關聯解釋也是從事體系解釋不可忽略的手段，而且是古老的詮釋方法之一種，近年來卻「聲名大噪」，因爲德國聯邦憲法法院及聯邦行政法院一再於裁判中提到意義關聯解釋的運用。如所周知，德國戰後鑑於威瑪共和時代，行政部門濫發命令以代替法律，於是基本法特別限制，而且規定法律授權訂定法規命令時，應明定其內容，目的及範圍（基本法第八十條第一項），稱爲授權明確性（Die Bestimmheit der Ermächtigung）。至於如何認定授權符合內容、目的及範圍皆屬明確，聯邦憲法法院認爲，並

註一二五：參照洪漢鼎，前書，六十七頁。

不是要求授權條文本身要對內容、目的及範圍明確訂定，而是：「係就授權條款與該項法律其他條文之關聯性，以及從制定過程中所表現之整體追求目的，運用通常法學解釋原則所得知授權條款之內容、目的及範圍（註一二六）」。聯邦憲法法院在另外一項判決中，又將意義關聯與客觀解釋一併運用：「法律解釋的標準在於它所表達的客觀之立法者意旨，以及法律規定的文義與關聯意義，暨表現出來而且可以認識的法律條文之目的（註一二七）」。下面再舉德國憲法法院案例一則，說明其如何判斷授權明確性：聯邦醫師法對取得醫師資格的各種考試方式並未規定，一向都是由醫學院教授以口試方式進行，七十年代改爲多重選擇的書面考試（Multiple choice Verfahren），考生不服提起憲法訴願，指摘既無明確授權依據，改變考試方式及評分標準的法規命令違憲。聯邦憲法法院判決（BVerfGE 80, 1）略以：聯邦醫師法基於醫師職業關係他人生命與健康，對其學習及養成教育的過程既有明文規定，爲因應醫學之進步及發展，主管機關可改變測驗其學識能力的方法，而評分標準則須受一般考試原則的拘束，法律雖未明文授權，但借助通常解釋原則、特別是立法目的、關聯意義及法律制定歷史，可認定並未違反授權明確要求。以下再舉違反授權明確原則一例：

註一二六：參看拙著，行政法之理論與實用，第七版，二六六頁，德國法院這類判決甚多，此段引自：F. Ossenbühl in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht., 11. Aufl., 1992, S. 143.

註一二七：BVerfGE 23, 62, auch Richter u. a., Ebd., S. 429.

一九五〇年施行的「關於變更所得稅法及營業主體稅法之法律」授權聯邦政府經聯邦參議院之同意，得發布法規命令規範發明之稅捐優惠辦法（die steuerliche Behandlung von Erfindervergütungen），聯邦憲法法院基於下述理由，宣告這項法律因違反基本法第八十條第一項而無效（BVerfGE 23, 62, 72f）：

> 本件立法者在授權中並未對發布命令之機關給予一定範圍，俾其對發明的稅捐優惠得予評估，所以發布命令之機關等於毫無立法者所提供的原則可以遵循。從授權中也無法得知應使用何種手段，達到稅捐優惠的目的。同時又未對企業經營者的發明與自由業的發明加以區別，對已發展成功的發明與正在從事研究的發明也未作不同處理。授予發布命令機關的權力，大到不合比例、沒有界限。國民不能獲知這一授權於何種情勢將被引用，以及基於授權所發布之命令應包含那些內容，因此與基本法第八十條第一項第二句的規定不符...，基本法上開條文的作用，不僅在保護國民在無預見的情形下，受到來自行政部門的負擔，而且為立法與行政部門訂定法規時，劃定一條符合法治國家要求的分界線。國會作為立法機關不得擺脫責任，將部分立法權委諸行政部門，而不考慮並確定對委託的權限給予界限...，從前述法律其他規定的關聯意義、立法目的及制定過程中，無法經由解釋的幫助，獲致合憲結論。

大法官的解釋案件從釋字第三九四號解釋起，也一再於解釋文或理由書中以所謂整體解釋或意義關聯解釋爲論據，第三九四

號解釋中有段關鍵性文字如下：

> 凡與限制人民自由權利有關之事項，應以法律或法律授權命令加以規範，方與法律保留原則相符。故法律授權訂定命令者，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件；若法律僅為概括授權時，固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字。

其後釋字第五三八號解釋又加以引用：

> 建築法第十五條第二項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之」，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。

這兩號解釋都是有關營造業管理規則的合憲性問題，第三九四號解釋認定該規則第三十一條第一項第九款有關罰則的規定，欠缺授權依據違憲。第五三八號解釋則籠統的認定該規則第七條至第九條就營造業分級管理，並按分級訂有承攬工程的限額等規定並不違憲，嚴格講這號解釋是過度使用整體關聯解釋使行政規章合法化，因爲無論如何在整體中也無法找到立法者有分級管理並限制其營業範圍的關聯意義之授權，所以解釋文末了要求上述事項仍應由法律或法律明確授權之命令定之。按意義關聯解釋也稱爲整體及內在意義關聯（die Ganzheit und der innen sinnhaften

Zusammenhang），依貝提的說法，不限於整合一部法律，也可用以整合各個不同的法律，甚至不同法域（國家）的法律衝突或適用疑義。在大法官的諸多解釋中也有這種現象，例如釋字第五四七號解釋關於中醫師檢覈辦法第十條規定持僑字中醫師考試及格證書者，回國執業仍應補行筆試，是否違反授權明確性的解釋中，宣示：「此一規定，依法律整體規定之關聯意義爲綜合判斷，僅屬專門職業及技術人員考試法暨醫師法所授權訂定之中醫師檢覈辦法中關於考試技術之變更」。可見關聯意義也可以多種法律綜合觀察。

解釋及適用法律通常不會在文字中表明，用何種方法或解釋準則，但實務上卻屢次宣稱採用整體及意義關聯解釋，何以故呢？這就牽涉我國法制的不完備問題，大法官希望貫徹依法行政，嚴守權力分立的立場，行政機關沒有法律對目的、內容及範圍的明確授權，不得發布規制人民權利義務的法規命令，因此從釋字第三一三號解釋開始，不斷揭櫫授權明確性原則（釋字第三四六號、第三六七號解釋理由書、第三九〇號、第四四三號解釋文等），作爲審查命令是否違憲之標準，但是有鑑於以往法治不上軌道，能符合此項標準者，寥寥無幾，爲遷就事實如果系爭的命令條文內容，未涉及基本權利或不是作成罰則及裁罰性行政處分的依據，通常避免逕予宣告違憲。並非如一般人所想像，大法官要維護某一法規就按照關聯意義解釋符合授權明確性原則，若要拒斥某一法規就會如釋字第五三五號解釋所說：法律「並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查之意」。在不

宣告違憲情形下，就須爲這類命令尋找合法性的依據，借鏡德國的文獻，整體及關聯意義解釋也就大行其道了。

㈦比較解釋

比較方法在詮釋學占有相當重要的地位。所謂比較解釋（komparative Auslegung）是指將有待解釋的文本與性質相近的作品加以比較，俾達到理想的目的。而性質相近的作品包括同一著者的其他作品，或者同時代其他著者同種類的作品在內，這種比較尤其能彰顯文本的特色。論者認爲比較方法是人文社會科學（即所謂精神科學）不可缺少的研究手段（註一二八）。比較方法在文學作品的解讀中，最爲常見，許多中國詩詞意義晦澀，也須運用這種比較解釋才能釋疑（註一二九）。

註一二八：Coing, aaO., S. 17.

註一二九：試以李商隱（義山）膾炙人口的壓卷之作錦瑟詩爲例，詩原文是：「錦瑟無端五十弦，一弦一柱思華年。莊生曉夢迷蝴蝶，望帝春心託杜鵑。滄海月明珠有淚，藍田日暖玉生煙。此情可待成追憶，只是當時已惘然」。此詩詩意如何？尤其開頭兩句作何解，數百年來眾解紛紜，都無定論。有謂錦瑟乃女子名，義山曾事令狐楚（進士及第，初授左拾遺，遷翰林學士，出爲河陽節度史，後拜平章政事，秉鈞國政，有聲於時），錦瑟即楚之侍女；有謂悼亡之詩，死者當爲義山之舊愛，弦有五十，一斷爲二，其人想必婉弱多病，二十五歲而卒；又有謂作者偶因屬對工麗，便寫之曰：「錦瑟無端」，實則原意亦不自解，而反弁卷首者，欲以欺後世之人也。諸如此類，不一而足。今人巴壺天編之唐宋詩詞選 — 詩選之部（三民書局，七十九年初版），錄歷代論此

法律的比較解釋與上述情形，略有不同，專指與外國法的比較而言。這項解釋規則在我們以移植外國法典爲能事的國家，尤其具有重要性。眾人皆知，我國民法主要繼受德、瑞、日等國立法例而制定，不僅民法研究多參考各該國的法典及判例學說，即民事法院的判決偶爾也會以外國立法例爲論據（註一三〇）。其實移植外國法，不限於民事法，在行政法的領域有過之而無不及，近年頒行的行政訴訟法及行政程序法更是以德國法爲藍本而起草，其解釋與適用應與德國法加以比較，也是正常之舉。不過與外國法比較，並非謂我們適用法律應以外國爲榜樣，亦步亦趨，否則即爲錯誤。因爲法律一旦移植之後，因社會背景、文化傳統等因素的影響，縱然相同條文，適用結果可能大異其趣，也不足爲奇。

詩者不下二十家，蘇東坡、紀曉嵐、曾國藩俱在其中。若運用比較解釋或能得其肯綮：杜甫有詩：「何時認此金錢會，暫醉佳人錦瑟旁」，草堂詩箋稱：「教坊樂器有錦瑟」，故錦瑟爲樂器之一種，毋庸置疑。其次，李義山另有一詩「房中曲」，其中兩句「歸來已不見，錦瑟長於人」，回來已見不著擅長彈瑟的伊人了，與錦瑟詩寓意相同，悼亡之作也可論定。至於五十弦斷而爲二，亡者年二十五，則純屬附會。詩中最費解的滄海珠光，藍田玉氣之句，亦可從比較他人作品而得到答案，與義山同時代之戴容州曾謂：「詩家之景，如『藍田日暖，良玉生煙，可望而不可置於眉睫之前也』李義山玉生煙之句，蓋本於此」。戴容州爲貞元十六年進士，其言必有所據。故論者謂義山仕宦不進，坎坷終身，舊主令狐楚權勢赫赫，竟未提攜，可望而不可前，非令狐不足以當之，應屬確論。

註一三〇：王澤鑑，請求權基礎理論，二〇〇二年，二七六頁。

以下舉大法官解釋四則，分析其如何採比較解釋，因而深受外國的影響：

釋字第二六五號解釋關於民國八十五年修正前民法第一〇八九條，親權行使父母意思不一致時，由父行使之規定，違背憲法第七條平等原則的解釋，與德國聯邦憲法法院第一庭一九五九年七月二十九日的判決加以比較，該號解釋理由書第一段：性別差異規定僅於特殊例外之情形，方爲憲法之所許，而此種特殊例外情形，「必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當」，而德國上述判決其中的論述是：立法者給予男女同等的自由權，「在功能及生物上的差異，成爲生活關係中不同的因素時，始有男女差別對待之可言」（BVerfGE 60, 73），遣字用詞頗有相似之處。按我國民法第一〇八九條原本就是仿德國民法第一六二八條而來，德國對該條適用之見解，與時俱進，我們若曾參考，也是常理。

其次，大法官認爲法官於審理案件時，對所適用的法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義，均得停止訴訟，以之爲先決問題，聲請大法官解釋，但司法院大法官審理案件法第五條第二項僅限於最高法院或行政法院（現改爲最高行政法院）有權聲請，與憲法維護法官獨立行使職權之意旨不符，作成釋字第三七一號解釋，使各級法院法官皆可聲請釋憲。這號解釋的意旨與德國具體的規範審查制度（註一三一），如出一轍。

註一三一：在釋字第三七一號解釋之前，在司法院起草的行政訴訟法第一七八條

又八十九年七月七日公布的釋字第五〇九號解釋有關言論自由的重要解釋，減輕刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪行爲人之舉證責任，其立論基礎如果也與美、日相關案例相比較，就可以知道這號解釋並非原創，無怪乎一經公布，時論隨即指出這是採美國所謂實質惡害的原則。又九十一年八月二日公布的釋字第五四九號解釋在解釋文中，指示有關機關參酌國際勞工公約修正現行勞保條例，可見解釋過程中必已考量或將有關公約有所比較，否則不會無端出現這種文字。同時也可得知，所謂比較解釋，除外國法外，還包括國際法。

㈧個別問題解決方法之解釋

個別問題解決方法（problem-resolving method, topisch-problemorientierte Methode）是社會科學常用的研究手段。在法律解釋理論中較少提到，不過在實際經驗裡，卻是不可忽視的一種方法。德國學者曾提出一種特殊的問題論證過程(besonderes Verfahren der Problemerörtung)方法，稱之爲 Topik(Topoi)或 topisch Methode（個別問題或局部的方法）(註一三二)。這是來自亞里士多

已允許各級行政法院，就審判權衝突直接聲請大法官解釋。德國具體規範審查制度，甚有成效，許多重要案件都是法官向憲法法院提出。我們自第三七一號解釋公布以來，各級法院法官聲請並不踴躍，大法官受理之比例也嫌偏低。

註一三二：首創這項方法見 Theoder Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 1953; vgl. auch K. Larenz, aaO., S. 145.

德的理論，亞氏發展爲一種解決問題的方法，它的特色是不從基本原則(Prima principa)的演繹作出發來解決問題，而是將有助於解決問題的命題都提出來，然後衡量何者對解決問題，最爲合適。法律作爲解釋性的科學(interpretierende Wissenschaft)，如果涉及文本的解釋時，也可能有許多不同的解釋觀點出現，這時就須衡量及判斷（註一三三）。從這一角度看問題取向與 Topik-Methode 有相似之處，但是有時會發生形式上被賦予法律事件外觀，實際上是當時社會上現實問題的爭端，涉及憲法或法律規定的文本爭議並不明顯，例如美國黑白合校問題，歐洲國家的墮胎合法化問題、大學入學可否設定條件及名額限制問題(numerus-clausus)等。在採抽象解釋制度的國家，如我國透過這種外觀，來解決各類紛爭更是習以爲常。

憲法第六十七條規定：「立法院得設各種委員會。各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢」。文本的含義非常簡明，立法院的委員會得邀請任何政府人員到會備詢，政府以外的社會人士則限於有關係的人員。但長久以來即發生參謀總長應否列席委員會的爭論，問題不在於文本的疑義，而是在威權時代軍事首長藉口直屬統帥而不受國會備詢，威權崩解之後，又欲承其餘緒，使當時掌握軍令及絕大部分國防預算支配權的參謀總長，免於面對國會。任何民主法治國家的元首（head of state）或政府首長（head of government），美國總統、英國首相（名義上爲

註一三三：Vgl. Coing, aaO., S. 8, 23.

女王）皆有統帥權，其軍事首長豈有不受國會監督之理？美國的軍事首長尚須參議院同意才能任命。除非不承認代議政治的民主正當性，否則那有參謀總長豁免國會監督的憲法依據？像這般在憲法上原無疑義之事，竟因行政、立法部門的「角力」，而成爲釋憲案，最後由大法官作成釋字第四六一號解釋，確認參謀總長受邀時有列席委員會的義務。

轟動一時，因核能四廠停建爭議而引發的釋字第五二〇號解釋，表面上是行政與立法兩院行使職權，適用憲法發生疑義，實際上是：「電力供應應以核能抑或其他能源爲優，已屬能源政策之專業判斷問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以裁決，不在釋憲範圍」（解釋理由書首段），除能源政策外，當然也是朝野現實政治衝突的法律化，本件由行政院聲請解釋，尤其顯示當時解決僵局問題的必要性。法律事件各方見解不一，已在所難免，政治爭端涉及個人立場或意識型態，更是難有共識，此所以本號解釋遭受不少的批評（註一三四）。

註一三四：學者對本號的評論，觀點不一，有認爲對解開當時在野黨團拒絕閣揆進入立法院議場，也拒絕朝野協商的僵局有貢獻。也有學者認爲立法院既無法強制行政院接受，又不敢冒解散危險而提不信任案，因而提出不同的選項途徑（包括制定個別性法律），並非毫無可取。但論者也有完全基於個人立場或理解而批評者，例如有認爲核四並非重大政策者，即是不顧在政黨輪替以前已經依當時憲法第五十七條第二款視爲重大政策而覆議之過程，同時兩造對屬於重大政策又迄無異議，加以當時因爲此案舉國惶惶，豈能謂非重大政策或重要事項？有謂大法

還有兩件適合作爲舉例的案件：一是解決副總統得否兼任行政院院長問題的釋字第四一九號解釋，二是宣告國民大會修憲違憲的釋字第四九九號解釋。前者認爲：副總統與行政院院長二者職務性質並非顯不相容，「惟此項兼任如遇總統缺位或不能視事時，將影響憲法所規定繼任或代行職權之設計，與憲法設置副總統及行政院院長職位分由不同之人擔任之本旨未盡相符...。」，由於解釋文中既出現「非顯不相容」，又有與憲法本質未盡相符，是

官提出立法院對重大政策有決策參與權，會生膨脹立法權的後遺症，爲行政權擔憂。惟國會的決策參與權是民主憲政的重要原則，憲法及增修條文都有規定（見理由書第五段），也是多年來實際運作的情形，非本號解釋所創設。部份批評見月旦雜誌，七十期，二〇〇一年三月號，李鴻禧等四教授之座談記錄。學者的批評未必皆屬正確，但還不失就事論事。對第五二〇號解釋批評激進而極端者，當推聯合報一連串社論（見黃年主編，漂流的台灣，聯合報社論一百篇，三八〇頁，四二七至四四三頁），僅憑執筆者之好惡，論斷全然不顧學理，似乎也不瞭解大法官會議的決策過程，在此不欲回應。其中九十年一月十六日社論竟謂媒體透露大法官即將作成的結論，是釋憲法庭淪爲放話工具，以試測各方反應云云。須知一項重要的釋憲案討論時間常在三數月以上（核四案已經是加速處理的案件），其間蒐集的資料及大法官所撰參考文件或發言記錄，數量驚人，保密不周，容或有之，每有媒體透露，同仁必深切檢討，再增防弊措施，所謂故意放話，試測反應，簡直天方夜譚。著者任期即臨屆滿，前後十八年，長日將盡，深知大法官釋憲制度存有缺點，但上述社論所指情形，絕對沒有。

引起批判的原因（註一三五）。後者，宣告修憲條文違反憲法本文，在當時也是十足的現實問題，公布後除國大代表「反彈」外，學者也並非一致支持（註一三六）。

以上案件當然不是習見的法律解釋規則或詮釋準則所能解決，因爲基本上不是憲法的條文規定不明，或文本闕漏而生疑問（同樣情形的案例，如釋字第三十一號解釋使立法委員及監察委員延任，及第二六一號解釋終止其任期促成全面改選兩案）。雖然在這些解釋中，也引經據典，或者從憲法的本文與體系立論，或者援引外國學說或憲法法院的案例，目的都不外加強論證，實際

註一三五：釋字第四一九號解釋期間，適逢國策研究中心田弘茂主任邀請法國憲法委員會主席 Robert Badinter 來台訪問，著者與數位大法官曾應邀參加其歡迎餐會，我問 Badinter 氏，聽說席拉克（Chirac）曾以總理身分兼任巴黎市長，是否事實？Badinter 回答，確有此事，席拉克任民選市長任期未滿，又因所領導的政黨，在國會大選中獲過半數議席，他當然要出任總理。Badinter 似乎對當時台北媒體不斷報導的副總統兼任閣揆事件，略有所聞，就主動說如果憲法沒有禁止，爲何不能兼任？現在回想，第九屆總統改由直接民選，在競選期間候選人李先生曾發言允諾，一旦當選其競選伙伴連先生，將專任副總統而交卸院長職務。選舉之後，執政黨在立法院僅有形式上的多數，若提名新閣揆，在立法院行使同意權時必遭重重困難，故遲遲未見更動院長人選，引起各方不滿，在野黨並藉機抗爭，立法院幾無寧日。假定當時大法官果如法國憲法專家所言，解釋爲可以兼任，則大法官遭到的污名化，將不知伊於胡底了。

註一三六：有關釋字第四九九號解釋的批評及回顧，見第一編註七二。

上都屬於釋憲機關解答其他憲政機關無法解決而又含有政治性質的問題。情況如此，我們認爲除了以個別問題解決法來解說上述的解釋之外，別無適當的說辭。前面說過，這種方法是將所有能解決問題的方案都提出，在其中選擇一項作爲解決的途徑，如果沒有任何一種方案或建議獲得可決多數的贊成，要使案件能夠通過只有折衷，甚至數種結論並陳，這就是前述釋字第五二〇號解釋遭到批評的主要原因，這也是人數眾多合議制機關又採特別多數四分之三或三分之二贊成的宿命結局。要避免這種現象不外兩種途徑：一是徹底審判機關化，例如解釋文要如法院判決主文相同的寫法，只有聲請事項的准駁（即違憲或不違憲），不作長篇大論，尤其不得附加條件，諸如但書或警告性判決；二是採法院組織法意見分三說以上時的處理方法（該法第一〇五條第二項及第三項）。但釋憲案件與民、刑事訴訟不同，以數額或刑期爲計算者，幾乎沒有，所以也不可行。未來改爲憲法法庭的型態後，也許可採第一種方式，避免繼續受詬病。

根據本書著者的體會，大法官不得不對現實的政治爭端，作出解決的辦法時，所考慮的已不是事先應採用何種解釋規則，或作成解釋後可引用什麼詮釋準則，使其正當化，而是如何有效解決爭端或打開政治上的僵局。這時著者常記得德國公法大師 E. Forsthoff(福斯朵夫)從康德哲學得出的一句話：法律上概念（原文指行政法而言）並非純粹理論理性(theoretische Vernunft)，而應以

實踐理性(praktische Vernunft)爲衡量（註一三七）。如此方能接受開放的體系(offenes System)，讓所有解決問題方案(Topoikatalogen)充分討論。我又記得瑞士公法學者 Fritz Gygi 說過：一切解釋結果都應考慮其實際可行性(Praktikabilität)，否則就應改採其他解釋（註一三七 A）。是以在選擇可行的方案時，要考慮的因素至少有兩項；㈠任何方案不能牴觸相關憲法條文的文本，也不能背離憲法的基本原則；㈡大法官的解釋有拘束力但沒有類似裁判的執行力，尤其大法官會議或司法院無法自己執行，同時政治性質的爭議通常不是靠強制執行，而有賴相關各造的合作與協力。爲維持解釋機關的權威，有時只好退而求其次，選擇類似柔性法(soft law)的選項作成結論。

總之，個別問題的解決法或取向法之解釋，是解決憲法甚至憲政問題不可少的手段，但因爲它不是根據那些明確的解釋規則而達成結論，故常引發爭論，所提的建議可能只是「治標」而已。要根本的解決只有一途：以社會有政治共識(politisches Konsen)的事件作解釋對象，這時憲法法官所扮演的只是仲介角色(Verfassungsjurist ist nur ein Zwischenträger)（註一三八）。而法院不過是將共識作最後的認可，並使其合法化而已（註一三九）。釋字第

註一三七：Sieh, Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S. 132.; vgl. auch M. Kriel, Recht und Praktische Vernunft, 1979.

註一三七 A：Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 143f.

註一三八：Härble, JZ 1975, 301.

註一三九：Bockenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S.

二六一號解釋終止「老代表、老委員」行使職權的解釋，可謂是基於社會完全的共識，而第四九九號解釋導致解散國民大會則是社會高度共識。

第四節 與解釋規則相關的問題

一、各種規則的關聯性

解釋規則間的關聯性問題，首先要討論的是：各種規則之間有無運用的優先順序？其次是當兩種解釋規則運用的結果產生衝突時，如何取捨？這兩種問題事實上是一體的兩面。先從優先順序的問題著手，瑞士聯邦法院（即最高法院）通常的立場是：按照文義、邏輯、體系及目的論的順序加以運用，換言之，以上述順序來探求立法者的原意，俾符合正義及人道的原則，這樣的解釋稱爲客觀的以適用時爲準之方法（objektiv-geltungszeitliche Methode）。德國聯邦憲法法院則有所不同，除了也接受前述傳統的解釋規則作爲輔助手段外，對於立法者原義的探求較有彈性，而且不認爲立法者原意必然符合正義原則。當憲法法院認定制憲者訂定的規範並不正確時，會以維護自由及民主的憲法基本秩序，作成法院推想更合乎正義的解釋（註一四〇）。

2094.

註一四〇：以上參照 Peter Schneider, Prizipien der Verfassungsinterpretation,

由此可見，解釋者對解釋規則的選用，並不是毫無約束的，通常應遵守文理、邏輯一體系、意義關聯、目的論等順序，這些解釋規則本質上是屬於客觀主義的範疇，其餘歷史、個別問題解決法、合憲性等解釋就要歸之於主觀主義了。以上說法雖爲通說所承認（註一四一），不過並不能視爲各種解釋規則之間，已有固定的位階關係（註一四二），而非遵守不可，因爲結果正確與合理最重要，若受制於特定的解釋規則及順序，未免削足適履，一頭栽入方法中，而失去意義(Verflachung ins Methodisch)（註一四三），以下進一步舉實例來闡明：

文理解釋（或稱法學的文義解釋）最優先，這是公認法則，所以當文義非常明確時，就不能以其他解釋的結果加以取代。憲法第二十八條第三項：現任官吏不得在任所所在地之選舉區當選爲國民大會代表；憲法第七十五條：立法委員不得兼任官吏；第一〇三條：監察委員不得兼任其他公職或執行業務，對三種人員兼職的限制，寬嚴有別，文義非常清楚，不可能引用任何方法而另作解釋（參照釋字第七十五號、第十七號、第二十四號、第八十一號等解釋）。但下面的例子中，文義解釋便無法保持其優先受

VVDStRL 20(1963), S. 46f.

註一四一：Vgl. F. Müller, aaO., S.249ff.

註一四二：Larenz, aaO., S.345.

註一四三：Vgl. auch Ewin Hufnagel, Einführung in die Hermeneutik, 1926, S. 45ff., Gadamer, Vom Zirkel des Verstehens; in: Martin Heidegger zum siebzigsten Geburtstag(Festschrift), Pfullingen 1959, S. 26.

引用的地位：依所得稅法第八十六條第二項及第三項規定，納稅義務人申報之所得額如在稽徵機關核定的各該業所得額標準以上，「即應以其原申報額爲準」，也就是依其申報額課稅，不再實施審查、抽審，然而財政部所發布的相關授權命令仍規定，得實施審查、抽審，即行政命令與法律的文義牴觸，若依文義解釋上述各項命令均屬違法，但釋字第二四七號解釋以體系及整體解釋方法爲論據，宣告命令不違憲。這號解釋公布以來，似未有學者專家批評其不當者，可見文義解釋也有退避的時候。釋字第二〇八號解釋則是以目的論解釋取代文義解釋的案例，先前已經說明，這裡不再贅述。不僅文義解釋與他種解釋規則有牴觸的問題，其他規則之間也有相同情形。釋字第三號關於監察院有無向立法院提案之權的解釋，依照論理解釋（即解釋文中所引的兩句拉丁法諺），得到否定答案，但經由起源（制憲國民大會討論相關條文之經過）的解釋，再援引「五權憲法」導出的五權分治，平等相維的說辭，而採肯定的答案。

二、詮釋學循環的操作過程

根據我們先前討論詮釋學的敘述，詮釋學循環（der hermeneutische Zirkel 或簡稱詮釋循環）實有兩種：一是史萊爾馬赫所提倡的循環指：要理解整體先理解個體，要理解個體先理解整體。質言之，要理解一個複雜的文本，要從個別文字、用語、分段意思起，要理解個別文字或用語，則從整體理解的反循環出發。這種詮釋循環在解釋法律時有其用處，是很明顯的，整體關

聯意義的解釋，就是以類似循環的方式探求條文與整體法律間的意義關聯性。

第二種詮釋循環，是海德格及加達默所提倡的循環。這一循環理論涵蘊深層的存在哲學，這是研究者所公認（註一四四）。如前所述，海德格所指的循環順序，是從結果逆向回溯到開頭的流程：作爲結論的理解是解釋者基於前結構的理解，前結構之前還有先在的前理解，前理解又還有前理解，結論就是經證成的一種符合事物本身(Sach selbst)之「前」理解。加達默將上述說法簡化：在沒有適當把握已獲致合於事物本身的解決方案之前，只不過是前計畫或前方案，反覆的修正，一再提籌畫的備案，俾能得到正確的結論。解釋者的先在理解(Vorverständnis)則是得自教化（Bildung），舉凡各種傳承事物，就法律而言，包括先例、學說、實務上之例規等包括在內，至於個人的正義感、生活經驗、環境因素也可能影響先在理解的形成，這些相當於加達默所說的「效應歷史意識」。詮釋學家上述說法，可用法律解釋與適用的實際操作過程加以印證：在完全合議制的司法機關（註一四五），承辦案件的成員提出的草案，確是一種前方案或備案而已，經過其他成員或起草者自己的不斷修正，取得共識或獲致法定票數的贊成，而成爲結論。從結論所代表的理解回溯，若照海德格的循環說法，

註一四四：參照洪漢鼎，前書，二〇四頁以下。

註一四五：所謂完全合議制度是針對未貫徹合議精神者而言，即制度上是合議，但事實上判斷事件取決於少數成員，甚至一、二成員。

往往經過無數次的前理解、更前理解。這種情形在獨任制的審判中，也會出現：法官從收案到審閱訴狀及卷內資料，因著「教化」、「傳承事物」及「效應歷史意識」的影響，已經有了先在理解或前理解，然後不斷蒐集訴訟資料，包括當事人陳述、律師的辯詞、證人的證言等，前理解或許一再修正，直到自己滿意爲止。若應修正的先在理解卻仍然堅持，那麼這種理解便屬於成見或偏見。

類似詮釋循環的決策過程具有避免錯誤、反應多元意見等正功能，同時也顯現遲緩欠缺效率的負功能。這種決策模式並不是可以無條件的成功操作，我們認爲具備下列三項條件，是成功的前提要件：㈠參與者須具有開放的胸懷，能放棄成見，接受新的理解，否則參與者皆訴諸意識型態，或堅持己見，則永無達成共識之日。㈡參與者要有相當的同質性，因爲涉及的是複雜的法律問題，需有同質性才能溝通（採陪審制的國家，陪審員並不討論法律問題，只憑常識判斷事實的真僞），這裡所謂同質性主要是指專業上的同質，在一個委員會中欠缺專業知識的成員，若不尊重具有專業者的理解，溝通尙具有困難，遑論達成共識。㈢決策過程不能公開，只有在不公開的過程中，容易放棄或修正自己的先在理解，並接受他人的理解。

三、解釋規則的功用

坦白講，遇到解釋或適用法律的事件時，不論司法人員或行政人員，大概都不會先構思好一些解釋規則，然後再開始解釋的工作，更不會有人先找來講述方法論的書，然後「按圖索驥」似

的，解答問題。那麼解釋法律是不是就像德國法哲學家 Gustav Radbruch（賴特布魯）所說：「解釋是解釋結果的結果，解釋方法是在確定結果之後，才被選擇」（Die Auslegung ist das Result ihre Results, das Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Result schon feststeht.）（註一四六）。Radbruch 所云自有幾分觀察事實的依據，但若謂解釋與適用法律都是先有答案之後，再找個解釋方法作爲理由，也非盡然。許多時候，法官在解釋法律之際，其思考的過程，不知不覺之中就是從文義開始，並隨著理論、體系或歷史的解釋規則而進行，除非解釋者先有成見或偏見，解釋者雖然自始至終未提到解釋的方法或規則，然而他所得到的結論，通常都能夠用方法或規則來解說。這不是說此種過程符合了「知難行易」或「不知亦能行」的原則，而是作爲法律人對如何解釋與適用法律的不乏籠統知識，大學法律系的課程：民法、刑法、行政法及訴訟法等，那一門課不是在講授各該法如何解釋與適用呢？雖然一般法律人沒有把握完整的、有系統的法學解釋理論，但籠統的知識早已成爲其「教化」的一部分，隨時轉化爲先在理解。所以解釋方式雖不是操作過程中，先選擇方法完畢之後，再進行解釋，多數情形卻是有意無意之間同步進行。

像德國聯邦憲法法院那樣，會在判決的理由中說明其引用的解釋規則，肯定是「有備而來」，並非得到結果之後，選擇一種解釋規則來自圓其說。尤其像前面所說的個別問題解決法，以容納

註一四六：Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1913, zitiert bei Kaufmann, aaO., S. 85.

各種論點，嘗試用以解決問題，各種論點中如涉及法律的解釋時，鮮有不是運用解釋規則的結果。又如後述的合憲性解釋，更是運用解釋規則的結論，它的操作手段是用不同的解釋規則，呈現多種結論，其中有合憲者，優先採用。如果都沒有一種結論是合憲的，則在合理的限度內以轉換文本意義的方式，認爲系爭的法律與憲法尙屬相符。合憲性解釋可謂真正的以方法尋求結論。

在同質性高的合議機關中，可能出現各有所本的論點，解釋規則有時能發揮引導共識或說服同僚的功能。因爲在討論過程之中，也許發生對系爭法律是否違憲各有主張，這時候若有人從解釋規則的觀點提出意見（先理解），自然比沒有規則依據的意見，更有說服力，經過反覆討論，一再修正等類似詮釋循環的過程，而爲多數所接受。當然有說服力的意見未必都靠方法上的論點，舉凡引述先例、學說、比較法及可能發生的後果，都足以影響結論的形成。最後，在結論形成之後，解釋規則又是檢驗其是否正確與合理的一項標準，只要結論尙未對外宣示或公布，經檢驗發現的瑕疵，還有再次修改的機會。綜上所述，解釋規則在司法實務上有下列四項功用：

㈠解釋法律時實際操作的法則，包括運用詮釋學的技巧對法律文本進行理解。

㈡在解釋過程中，用以形成共識，爭取支持的手段。

㈢對解釋的結果提供正當化的基礎（這就是賴特布魯話中意有所指之處）。

㈣檢驗結果是否正確，避免錯誤（這也是從史萊爾馬赫以來，一向被視為詮釋準則的一項重要功能）。

第三章　憲法解釋的特殊性

第一節　憲法解釋規則與法律解釋規則

一、主張古典解釋規則

憲法解釋是否與法律一樣，適用相同的方法，並不是毫無爭論。薩維尼提出解釋方法時，就聲稱這些方法只適用於私法，公法並無援用的餘地（註一四七），這是官憲國家（Obrigkeitsstaat）的特色。十九世紀中葉以後，行政法院在德意志境內紛紛設立，行政法之適用方始成爲受法院監督之生活事實（Leben und Wirklichkeit），行政法規之解釋與適用亦應與私法一般，受相同之解釋法則所支配，逐漸形成共識。二十世紀憲法法院雖已早在若干國家（如奧國）出現，二次世界大戰結束，西德設置憲法法院之際，仍有學者極力主張憲法解釋應回復古典之法律解釋方法，俾能徹底消除法的解釋及適用受「國家領導意向」(Willen der Staatsführung)的影響，由此可見，專制政治或威權體制乃阻礙公法學發展之一項重要因素。提倡憲法解釋方法應以薩維尼的四種準則爲限就是福斯朵夫，其理由如下：「憲法應與法律一樣適用相

註一四七：F. C. von Savigny, System des huetigen Romischen Rechts, 1. Bd. 1840, S. 213, 23.; zitiert nach Ch. Strack, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 23.

同的解釋規則，使得憲法的涵義可預見，對它的執行也可受控制。憲法又可從法律作爲解釋客體時產生的界限一般，獲得穩定性」(註一四八)。福氏的主張當然有欠周延，因爲憲法與法律確有性質上的差別，特別是有關基本權的詮釋，與一般法律解釋頗多不同；而薩維尼的四項規則也不是完備到可以解決所有的問題。於是學者群起反對福氏（註一四九），後來福氏似乎不再堅持（註一五〇）。

其實提倡回歸古典解釋方法，毋寧是福斯朵夫作爲一位保守主義者順理成章的想法，福氏經歷三個時代：威瑪共和、第三帝國及西德聯邦，威瑪共和憲法規範（Verfassungsnorm）與憲政現

註一四八：E. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes = ders., Rechtsstaat im Wandel, 1976(zuerst 1959), S. 131.，關於福斯朵夫釋憲方法的主張，並參照蘇永欽，結果取向的憲法解釋，憲政時代，十四卷一期，頁五。

註一四九：批評福斯朵夫的學者包括：Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? In: AöR 85(1960), 241ff.; Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 44ff.; Lerche, Betrachtung zur Verfassungsauslegung, DöV 1961, 641ff.; Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW, 46(1976), 2089-2144; F. Müller, aaO., S. 54ff.; Larenz, aaO., S. 311ff.; Kriel, Theorie und Rechtsgewinung, 1971, S. 77ff. etc.

註一五〇：Forsthoff 後來在其批評 Kiele 所寫之書的時候，有一段話：認爲解釋的過程必須從薩維尼所指的順序進行，並非主張裁判的準則只能侷限於此 vgl. Forsthoff, Besprechung von Kriele, Theorie der Rechtsgewinung, in : Der Staat 8 (1969)525.，被視爲已修正其立場，vgl. Böckenförde, aaO., S. 2091.

實（Verfassungswirklichkeit）差距甚大，在第三帝國的納粹政權下，憲法只有語意上存在，即所謂巧語性憲法（semantic constitution），他希望戰後的德國成爲保守主義（與傳統自由主義相當）的法治國，希望法官謹慎使用古典的解釋方法，使憲法的解釋與民、刑法的解釋一樣，具可信賴性，有可預見性，不可隨法官的好惡，在正常的方法之外，恣意釋憲，否則法官便非立於憲法之下，而是憲法的主宰（Herr der Verfassung），也顯然不願意接受美國教科書上常被引用的話：「我們是在一部憲法之下，但憲法卻是法官們說它是什麼，它便是什麼」(We are under a constitution, but the constitution is what judges say it is.)（註一五一）。福氏在這種背景下，於憲法上，主張遵守古典解釋準則；於行政法領域則倡導嚴守依法行政，對行政處分認爲不具實質確定力，爲公益得隨時撤銷，也不必考慮信賴保護，否則豈不是用信賴保護來取代依法行政乎（註一五二）！總之，福氏這種「矯枉過正」的憲法解釋理論，不難想像是基於對極權主義的慘痛經驗，以及對法治國所標榜的保障私產及社會現狀(status quo)之堅持而發（註一五三）。

註一五一：憲法主宰出自 Forsthoff, Zur Problem der Verfassungsauslegung, 1961, S. 33.，另外一句話是一九三〇年代曾任首席大法官的 Charles E. Hughes(1862-1948)的名言。以上並參照，拙撰，論憲法解釋，法令月刊，四十一卷八期，七十九年八月，第一頁以下。

註一五二：Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 9. Aufl., aaO., S. 253.；並參照拙撰，行政法之理論與實用，增訂七版，頁三四五以下。

註一五三：關於 Forsthoff 的理念，參照拙撰，福斯朵夫的國家思想，台大法學

二、主張另創解釋規則

另一位公法學者H. Ehmke雖不接受福斯朵夫憲法解釋只能援用四種古典的解釋準則，但卻極力主張解釋憲法應與解釋民法採取相同的準則，只有如此才能阻止政治的干涉，一方面憲法可成爲純粹的法學結構(rein juristische Konstruktion)，另一方面憲法理論也不致於隨著政策而搖擺不定。縱然在緊急狀態之下，也不應藉口憲法是政治法而屈服於政治力（註一五四）。然而，在民法的各種解釋規則之外，有無專爲憲法而設的解釋規則呢？Ehmke 似乎只屬意三種「原則」：一是合憲性解釋，Ehmke 稱之爲功能性的法解釋，二是整體解釋，他稱之爲實質性的法解釋（註一五五），三是美國的政治問題(political question)解釋方法（註一五六），其他的規則不是被否認具有解釋方法的作用，就是被視爲並不限於憲法解釋時援用。探求 Ehmke 的真意，還是偏好解決個別問題爲取向的思維(topische Denkweise)，針對個案發展出解決問題的看法，這類方法才是終局的解釋規則（註一五七）。

其他學者在討論憲法解釋時，除了表達其基本觀點外，通常

論叢，第十三卷第二期，七十三年六月，四十三頁以下。

註一五四：H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Probleme der Verfassungsinterpretation, hrsg. v. R. Dreier u. a., 1976, S. 175, 207.

註一五五：Ehmke, aaO., S. 184f., 191f.

註一五六：AaO., S. 183.

註一五七：AaO., S. 181.

都會提出他們所認爲適用於憲法解釋的規則。Peter Schneider 的憲法解釋理論，原則上接受詮釋學的準則作爲憲法解釋規則，不過法律的解釋畢竟與哲學的詮釋不完全相同，在這種情形下，Schneider 認爲依照加達默主張法律的詮釋採取精神科學的程序，法官的現實任務就是理解與解釋，使過去的傳承即法律，如何適合於解決目前的事件（註一五八）。Schneider 不排斥解釋憲法時，援用各種解釋規則，他的立場是解釋應兼顧理論與實務，而不拘泥特定的解釋規則，這就是所謂方法相對主義（Methodenrelativismus）（註一五九）。Schneider 在合憲性解釋規則之外，又提出一項層次更高的**合正義性解釋**（gerechtigkeitskonforme Interpretation auf Verfassungsstufe），他認爲既然接受合乎憲法的法律解釋，爲何不能提升爲允許合乎正義的憲法解釋，Schneider 舉出聯邦憲法法院，對修憲條文的違憲非難（BVerfGE 3, 225），不僅是合憲性解釋，也是符合正義的憲法解釋，或許可以說，制憲者已超越了正義的外延界限（註一六〇）。Schneider 尚有兩點主張值得注意：一是解釋有關機關權限規定時，應兼顧形式及實質的法效果，破壞權力分立的原則等同於侵害人民權利；二是有關人民自由權利的解釋，有懷疑應作有利於自由之解釋（dubio pro libertate）（註一六一），

註一五八：P. Schneider, aaO., S. 19.

註一五九：AaO., S. 10f.

註一六〇：AaO., S. 29.

註一六一：AaO., S. 31.

這兩項解釋觀點，與美國的有利自由原則（preferred-freedom Doctrine）相當。

Peter Häberle 從憲法與法律性質不同的立場出發，結論當然反對福斯朵夫的古典方法論（註一六二）。Häberle 認爲憲法理解（in Verfassungsverständnis）應受時間範圍（an und in die Zeit）的拘束，所以憲法是一種 law in public action，憲法理解必須經過公開的過程，聯邦憲法法院負有帶動公開之途的任務（註一六三）。解釋憲法規則也是開放的，不贊成只採用古典方法，以免受到有如「結婚戒指」一樣束縛，但 Häberle 也反對採取所謂的個別問題取向法，而主張以具體化（konkretisierende）來解釋憲法，隨著個別相關的具體化因素，以可操控的、有規範效力的合理方法獲致個案的解決。論者遂稱這種解釋爲詮釋學的**具體化憲法解釋**（註一六四）。Häberle 既是基於動態的憲法理解，所以如果與時間因素配合，應考慮的是發展的歷史因素，而非起源的歷史因素（註一六五），這是否也屬於一種加達默的效應歷史意識呢？

所謂具體化的憲法解釋還有多位學者有這種傾向：Konrad Hesse 認爲在憲法規定內容不明確時，憲法解釋就是針對問題將規

註一六二：Häberle, Zeit und Verfassung, in: R. Dreier u. a. (Hrsg.), Problem der Verfassungsinterpretation, aaO., S. 295.

註一六三：Häberle, aaO., S. 298.

註一六四：Vgl. E. – W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, aaO., S. 2095.

註一六五：Häberle, aaO., S. 306.

範具體化，至於具體化的過程，實際上就是個別問題取向法，而傳統的解釋規則：文義、歷史、起源、體系及目的論等，都是過程中的輔助手段。至於操作解釋的手續，Hesse 主張要先就解釋的文本即規範內容有所「理解」，然後是解釋者依自己思想形成的影響、良知及當時所處情況，有了「先判斷」及「先在理解」，「先在理解」經過一再地放棄、修正、調整而得到結論（註一六六），這種過程無非是海德格等人所提倡詮釋學循環。Friedrich Müller 也曾提出具體化的解釋及適用方法，他先將具體化分爲：㈠方法論因素的具體化，指運用傳統解釋規則，將法條內容具體化加以適用；㈡規範範圍因素的具體化，意指在解釋及適用法條時，亦即在具體化的過程中，須考慮法釋義學（體系理論）、學理、解決問題技巧及法律政策等因素，Müller 當然認爲後面一種具體化才是符合實際需要的方法。它的優點爲：不是從條文的文本獲致規範，而是用規範來衡量和確認文本涵義正確與否，這種過程類似提倡批判理性的 Karl Popper 所說的否證模型（Falsifikationsmodell），提出各種假設將不成立者一一試加否證，剩下不能被否證的，才是正確答案。不過這種方法並不是專用之於解釋憲法，依其本意一般法律解釋，自然也有適用餘地（註一六七）。至於專門爲解釋憲法而設的規則，Müller 僅提到憲法整體（Einheit der Verfassung）

註一六六：K. Hesse, Gründzüge des Verfassungsrecht der BRD, 20. Aufl., 1995, aaO., S. 24ff.

註一六七：F. Müller, aaO., S. 270f.

解釋（註一六八）。

關於憲法的解釋方法或規則絕對不是單一的，也不是侷限於某一類，所以福斯朵夫（Forsthoff）倡議以薩維尼的四種古典方法，作爲解釋憲法的規則，得不到共鳴。學者寧願綜合學說將各種方法分門別類加以檢視，Böckenförde 即致力於此。不過 Böckenförde 在檢討各種方法之後，也認爲方法的運用，要看如何使憲法發揮規範效力以及憲法法院究欲扮演何種角色而定，根據德國以往的經驗，聯邦憲法法院對本身的角色扮演和方法的選用，可謂優而爲之（註一六九）。

在前面所舉的各種解釋方法或規則之中，有些性質上不屬於解釋方法，而是對憲法的認知或觀念，例如 Schneider 所強調的有懷疑應作有利人民自由的解釋等；有的原本就是解釋與適用法律時常見的說法，例如具體化的方法，不過將法規條文的具體化，提昇爲憲法條文的具體化，還是不能作爲因應憲法與法律性質不同的特有解釋方法；有的雖然普遍受到學者稱許，認爲是作爲憲法解釋最適合的規則，例如個別問題取向法，但是這種解釋方法仍然不是憲法適用時所專有，在一般法律適用中也會出現。試舉行政訴訟與公務員懲戒程序中，已發生的事件爲例（註一七〇）：某

註一六八：AaO., S. 215f.

註一六九：Böckenförde, aaO., S. 2099.

註一七〇：見公務員懲戒委員會九十一年度鑑字第九六五三號議決書及最高行政法院九十年度判字第三〇〇號判決。

公務人員因故經服務機關記兩大過免職，循復審程序遞向最高行政法院提起撤銷訴訟，也經駁回確定；不料在此中間又經監察院彈劾並移送公務員懲戒委員會審議，公懲會如何處理是一棘手問題，在現行法規或先例中似乎無可依據。公懲會若以事件已經行政法院判決確定而免予懲處，則必須以懲戒審判權（Disziplinargerichtsbarkeit）與行政審判權（Verwaltungsgerichtsbarkeit）同一體系，甚至前者是後者的分枝，在當前的情形下，公懲會肯紆尊降貴嗎？公懲會若自爲議決結果與行政法院不同，只降級改敘而非撤職，則以何者爲準，主管機關要執行那個司法機關的裁判？縱然公懲會「配合」行政法院的免職確定，予以撤職，又馬上發生問題，從免職確定到公懲會之撤職確定，必有時間相隔，假定是一年，那麼這一年中該某甲的公務員關係是否仍存在？不然何來撤職，若公務員關係存在，是否給予補償？一連串問題，如何解決，不是任何法條文本的解釋與適用能有助益，這是唯有以開放的過程，不斷針對問題提出各種論證（topische Argumentationen），而選擇最適合解決問題者，作爲審議的結論。可見這種解釋規則並不限於只能用在憲法解釋。

基於前述立場，我們主張在本編第二章第二節中所列舉的解釋規則當然都適用於憲法解釋。而以下第五節所敘述的各種解釋規則只在審理憲法爭訟事件時有引用的可能，其他訴訟程序解釋與適用法規通常無適用餘地。這裡須特別強調一點，所謂引用於憲法爭訟事件，與審理機關無關，由大法官會議、憲法法庭或將來各級法院皆有違憲審查權時，解釋規則的適用性，不會因機關

改變而有不同。

第二節 解釋原則與解釋方法

許多學者使用憲法解釋原則（Prinzipien der Verfassungsinterpretation）一詞，但也有不少使用憲法解釋方法（Methoden der Verfassungsinterpretation），原則與方法究竟有何不同？有一派學者認爲憲法解釋原則在技巧的層次，雖然也是以詮釋學探討憲法理論的輔助手段，故可稱爲法的發現規則（Rechtsfindungsregeln），但與解釋方法仍有不同。解釋方法是一種獨立於事件外的方法，而解釋原則是針對事件而發展出來解決問題的規則；某些憲法問題通常從憲法理論中，都已有先在理解，如有共識則先在理解往往就是憲法上有實質意義的原則，同時也可作爲解釋原則（註一七一），這些憲法解釋原則中最常受引用的有兩種：實體法解釋原則（materiell-rechtlichen Interpretationsprinzipien）與功能法解釋原則（funktionell-rechtlichen Interpretationsprinzipien）（註一七二），前者譬如解釋基本權時「有懷疑即作有利自由」的解釋，或「基本權有效性」（Prinzipien der Grundrechtseffektivität）等是，至後者是指經由憲法法院的設置使得憲法解釋的任務及其分配，包括憲法的續造分由不同的憲法機

註一七一：Ehmke, aaO., S. 182.

註一七二：Ehmke, aaO., S. 183.

關負擔，譬如政治問題不審理及德國特有的合憲性解釋，都是功能取向原則的實現；質言之，基於憲法整體性、權力分立及事物之本質等因素，國家權限的行使應以功能適當（Funktionsgerecht）爲標準，並非必然是傳統的立法優位，或動輒由司法機關作違憲宣告（註一七三）。

上述的說法似乎主張像實體取向或功能取向的這類原則，位階高於其他傳統的解釋規則，以功能取向作爲解釋的指導原則，然後不排除使用各種詮釋學的方法，但多數學者討論解釋原則並不同意這種立論，一方面不區分解釋原則與解釋方法，例如憲法整體性（Einheit der Verfassung），有人列入原則，有人卻視爲方法，所謂整合理論究爲原則抑方法，也有不同說法（註一七四）。這種情形與前述解釋法律時觀點與方法混淆，頗爲類似，也不一定要涇渭分明才能討論問題。因爲憲法是獨立的法典，其中包含許多主要原則與次要原則，這些原則當然是釋憲者應有的先在理解，解釋憲法上問題時，應以實現原則而非破壞原則爲基本信條，至於方法仍然以從詮釋學衍生的各種古典的、非古典的規則爲準。

註一七三：Ebd.，中文並參照蘇俊雄，論憲法審判之法律性與政治性，載司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，四九五頁以下，又許宗力，憲法與政治，載李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997，八十五頁以下。

註一七四：F. Müller 認爲整體性是原則(AaO. S. 215.)但 Richter 及 Schuppert 等卻視爲方法(AaO. S. 9.)，所謂整合理論，Böckenförde, aaO., S. 2094.，視爲方法的一種，而 Ehmke 則幾乎當成原則(AaO. S. 176. etc.)

第三節 憲法規定的特色

憲法條文規定過於簡潔，所以有待解釋之處特別多，這是國內教科書普遍的說辭（註一七五）。我們要引用當代學者 R. Dworkin 及一再將前者理論發揮之 R. Alexy 的說法，來闡述這個題目。Dworkin 將法律的規定，分爲兩類：原則（principle, Prinzip）及法規（rule, Regeln）（註一七六）。所謂原則與法規的區別，並不僅在於原則指涉者屬於概括、抽象，法規則較爲具體確定，或者說原則較寬，法規較嚴，這樣的區別還不能顯現其質的不同。周延的解說乃是（註一七七）：原則性的規範在法律上及事實上均有多種實現的可能，當然以實現的程度越高越好，所以原則不外最佳選擇之提供（Optimierungsgebote），法規則發生符合或不符合其規定的情形，別無其他選擇；憲法總是包含許多原則與法規，原則若出現衝突，則其中之一居於優先，其他退讓；法規若有衝突則只有其中之一有效，其餘都不生效力。至於原則與法規在憲法條文中表現出來的方式，依 Alexy 之舉例：「藝術享有自由」、「屬於藝術

註一七五：林紀東，中華民國憲法釋論，八十一年版，一一頁。

註一七六：Dworkin, Taking Rights Seriouly, 1978. = Social Rules and Legal Theory in: The Yale Law Journal 81(1972) pp. 855-875; Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz hrsg. v. W. Krawietz u. a. 1979, S. 59ff.

註一七七：Alexy, aaO., S. 63ff.; ders. Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S 71ff.

領域之活動，國家之干涉應予禁止」或「屬於藝術領域之活動，國家之干涉應予禁止，但未違反藝術自由或符合更優先性之原則者，不在此限」。上述第一個句子是原則的揭示，其餘兩句則爲原則及法規兼而有之（註一七八）。Alexy 認爲德國基本法有關基本權的規定，既有原則性質，又兼有法規作用，在例外情形，也可能出現純粹原則模式或純粹法規模式，前者所揭櫫的基本權保障，有賴法規模式作爲其構成要件而實施，後者無須作選擇或衡量即可透過法學的詮釋方法加以執行。由此看來，法規模式所具備的確定性，「不僅能顧及憲法的文字及制憲者的意願，而且是憲法法院遇到具體個案時裁判力量的基礎（註一七九）」。憲法基本權適用之際，常涉及不同原則的優先性（主張基本權是價值體系者，也可視爲評價的衡量），須經由衡量（Abwägung）的作用，例如新聞自由與國家外部安全兩項原則的維護，強調前者優先，則後者的重要性減低，反之亦然（註一八〇）。

註一七八：Alexy, Theorie der Grundrechte, aaO., S. 124.

註一七九：Ebenda, S. 157.

註一八〇：Alexy 曾以經濟學上之無差別曲線表示新聞自由與外部安全之互動（Ebenda, S. 148.），著者在「基本權三種性質」一文曾予引用並略加修改，刊於司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，頁三六。近年發生關於大學學則二分之一學分不及格者退學的規定，是否違憲的案件，也是「原則」優先性的衡量問題，有認爲法律保留原則應居優先適用的地位者（台北高等行政法院八十九年訴字第一八三三號判決），有主張學術自由（即大學自治）原則排除法律保留之適用者（同

原則與法規的說法，用法律的立法形式與憲法加以比較更爲清楚，法律規定通常都是「若...則...」的方式，即具備法條的構成要件，必產生一定的法律效果。相反的，憲法條文中除有關機關組成及權限的規定，具有完備內容外，基本權利條款及有關國家政策的規定，如果不是被視爲目的綱要（Zielprogrammierung），不具備實際的執行效力；就是當作是框架秩序（Rahmenordnung），憲法不過提供政治作爲或與基本決定的架構，通常沒有其他法規的補充，很難直接由行政或司法部門執行（註一八一）。其實，原則與法規的區別，在解釋與適用的層次，相當於完整法規範與不完整法規範（vollständige und unvollständige Rechtsnormen），完整法規範包括兩部份：構成要件（或法定要件）及法定效果，其中缺一或兩項都缺便是不完整法規範，憲法條文常屬不完整法規範，是各國憲法的通則，而以我國憲法最爲顯著（註一八二）。

以憲法第二章爲例，除第八條關於保障人身自由的規定外，都是「原則」的規定，也是不完整的規範。第八條則可列爲完整的規範，以該條第一項而言，其第一句：「人民身體之自由應予保障」，純粹是「原則」的宣示，沒有「法規」的特徵，同條第一項

院九十年訴字第五六五八號判決），最高行政法院則支持後一見解（九十年判字第三四四號判決），九十二年七月二十五日公布之釋字第五六三號解釋亦同。

註一八一：Vgl. Böckenförde, a.a.O., S. 2091.; auch P. Badura, Art. Verfassung im Evang. Staatslexikon, 2. Aufl., 1975, 2717ff.

註一八二：拙撰，前引論文，頁三一。

後段有關刑事被告逮捕、拘禁、審問、處罰以及第二項至第四項就提審程序所作的規定，在構造上已接近完整的規範或「法規」的內容。憲法第七條以及第九條以次的基本權條款，莫不與上述第八條第一項第一句相同的表現方式，都不是完整的規範。若與德國基本法上的基本權條款對照，除第八條外，條文本身難謂原則與法規兼而有之，彼邦則不然，試舉一例即可明瞭：憲法第十條稱：「人民有居住及遷徙之自由」，德國與此相當的規定爲基本法第十一條，其文字爲：「一、德國人享有在聯邦領域內之遷徙自由。二、前項權利得以法律或基於法律之原因加以限制，但以符合下列必要情形爲限：已不能作爲生活之本據地、對公眾造成特別之負擔、爲防衛聯邦或邦之存在或民主基本秩序之威脅、對抗傳染病、自然災害或嚴重之意外事故、保護少年或預防犯罪行爲」。兩相比較，何者只在宣示原則，何者兼有法規作用，可說一目瞭然。

將不完整的法規範或純粹的原則模式，使其完整化或使其兼具法規的規範效力，便是憲法法院或釋憲機關的功能。立法、行政部門雖負有實現憲法內容的義務，但是最後都要受司法裁判的拘束，所以論者有憲法內容經由憲法法院而實現的說法（註一八三）。在憲法法院發揮功能之前，即十九世紀到二戰之前，歐洲憲法學者，如法國的 Duguit（狄驥）、Houriou，德國的 Anschutz、Schmitt（史密特），奧國的 Kelsen（克爾生）在著作中都是依照學理及己

註一八三：Böckenförde, aaO., S. 2090.

意詮釋憲法，很少有司法裁判可供引用（註一八四）。現在則不然，設有憲法法院，其裁判受到憲法著作大量的引用，這種情形與美國憲法學者言必稱聯邦最高法院有相似之處，最近國內的憲法論著除少數人之外，也多以大法官的解釋作爲引述或討論的重點。

第四節　違憲審查與三段論法

前面說過，法條所規定的構成要件是大前提，目前所發生的事實是小前提，檢視大前提若涵蓋小前提，或者說小前提是相當於大前提中的構成要件之事實，稱爲涵攝過程，結論即是判決。這是三段論的傳統解說，也是一般法院審判時適用法律的過程。違憲審查如果也以三段論法來說明，則略有不同：憲法條文是大前提，所爲審查對象的法規是小前提，違憲與否就成爲判決的主文。就是這點不同，歷史上發生過大的爭論。

史密特認爲如果有違憲審查權限的法院，是審理個案事實的法院，縱然具有美國那種文化背景，其法院行使違憲審查也是繫於偶然的事件，所以是一種偶發性裁判權(Gelegenheitsgerichtsbarkeit)，不是成功的範例，更何況德國不具備

註一八四：L. Duguit 的代表作 Traite de droit constitutional, 1921.，梅仲協有摘譯本：憲法精義，M. Hauriou 的代表作 Principes de droit public, 1916; G. Anschütz 爲威瑪憲法所寫的讀本 Die Verfassung des Deutschen Reichs, 3. Aufl., 1929.，是當時的權威著作。其餘 Schmitt、Kelsen 耳熟能詳，不再引述其主要著作。

盎格魯薩克森的傳統；若對法規是否違反上位規範由特設的機關（諸如作爲憲法法院前身的國事法院）作成判斷，那麼這類機關也不能稱之爲法院，因爲它並不是適用法律來涵攝事實，即非憲法上獨立審判的法院；憲法規定多屬原則性宣示，並不是具有構成要件而可供涵攝的一種概念，當然也就無從經由演繹過程而涵攝事實關係（註一八五）。史密特的主張，簡言之，審查法規違憲與否，與一般審判過程的涵攝不同，故違憲審查機關不具法院的性質。憲法理論常與史密特針鋒相對的克爾生以一貫的位階理論駁斥史密特的憲法條文不可供涵攝的說法，蓋上位規範有決定下位規範產生的程序及內容，法律不僅制定的程序須合憲，法律之內容也須符合憲法，制定規範行爲的本身就是一項重要的法律上事實關係，上位規範屬於授權規範，規範審查即是將制定下位規範的法律上事實關係，涵攝於授權規範之過程。他批評史密特對涵攝的理解過分狹隘，「認爲法律的合憲性裁判與構成要件事實的涵攝無關，乃是大錯誤（註一八六）。」這項論戰其實是兩人對憲法法

註一八五：C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 36-46.; auch Verfassungslehre, aaO., S. 194ff.; vgl. dazu Stanley L. Paulson, Richterliche Gesetzesprüfung. Ein Aspekt der Auseinandersetzung zwischen Schmitt und Kelsen über den "Hüter der Verfassung", in: A. Carrino, G. Winkler, Rechtserfahrung und die Reine Rechtslehre, 1995, S. 47.，並參照拙撰，純粹法學與違憲審查制度，法學叢刊創刊四十週年論文集，一〇九頁。

註一八六：Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? In: Die Justiz, 6(1930),

院功能角色認知不同而發生，史密特認爲威瑪憲法上的總統才是憲法的守護者，國事法院或最高法院都無從擔此重任，有「憲法法院之父」稱號的克爾生當然力持憲法法院是真正的憲法守護者。克爾生的基本立場是憲法如果缺少將違憲行爲予以撤銷的保障機制，而使違憲行爲特別是牴觸憲法的法律仍然有效存在，從法學的觀點看，憲法無異是沒有實現力的一種願望而已(註一八七)。

持平而論，如果固守傳統的三段論說法，作爲小前提的事實認定，確實與法規作爲小前提時有些不同，從而史密特認爲作抽象規範審查的機關，不配稱爲法院，便不是毫無理由。我國在民國六十年代也有過大法官解釋憲法，而不是審理個案事實，所以不是憲法上依據法律獨立審判的法官之論調，與早在三、四十年前德奧的論戰，如出一轍。然而基於兩項因素，現時憲法法院是真正的法院，史密特的質疑已毫無意義：一是對於三段論的理解並非一成不變，以拉蘭茲的說法爲一例，拉氏認爲涵攝在邏輯上是指，以外延較廣的概念，將立於其下外延較狹的概念，予以涵攝（註一八八)。就審判個案事實而言，以上的解說或有不十分精確

580; als selbständige Veröffentlichung(1931), S. 11., vgl. auch Manfred Prisching, Hans Kelsen und Carl Schmitt, in O. Weinberger und W. Krawietz (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihren Fortsetzer und Kritiker, 1988, S. 107.

註一八七：參照拙撰，前引論文：純粹法學與違憲審查制度，一一一頁。

註一八八：見本編第二章第二節，關於拉蘭茲的法律解釋方法之段落的敘述。

的缺點（註一八九），但對規範審查來說，倒是相當合適。因爲憲法條文的文本通常是原則的揭櫫，外延非常廣闊，而作爲小前提的法規既非單純的事實，本身也是規範的一種，只是外延較窄而已，將法規置於憲法的原則性概念之中，也是涵攝的一種形式，克爾生所謂涵攝不限於事實，也包括法規，獲得進一步的理論支持。再以 Dworkin 的原則與法規理論來檢討，將更具說服力，原則性規範在 Dworkin 及 Alexy 的體系中，無論法律上或事實上均有多種實現的可能，也就是拉蘭茲所稱的外延廣闊的概念，原則不外提供最佳選擇的指標，作爲審查對象的法規則有符合或不符其規定的選項，立法者制定法律使憲法得於具體化的實施，既然有多種選擇的可能，便不應輕易的判斷其違憲，所謂違憲在這裡應解釋爲法律與憲法規定不相容，前者無法爲後者所涵攝。通常德國憲法法院所說的立法者之形成自由（Gestaltungsfreiheit od. Gestaltungsspielraum des Gesetzsgebers）（註一九〇），大法官釋憲文中習見的立法裁量（Gesetzgebungsermessen）或類似的用語（註一

註一八九：Zitiert nach Michel Troper, Kelsen und die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, in: A. Carrino, G. Winkler (Hrsg.), aaO., S. 18f.

註一九〇：在德國聯邦憲法法院中在所多有：BVerfGE 39, 1, 44.; BVerfGE 45, 246.; BVerfGE 6, 257, 265 等。

註一九一：例如釋字第二二八、第三三五、第四四五等號解釋，並參照蘇俊雄，論憲法審判之法律性與政治性，釋憲五十週年紀念論文集，四九二頁。城仲模，關於公法上裁量之用語，當代法學名家論文集，一九六六，二五七頁以下。

九一），從而認定系爭的法律尚不違憲，就是這個道理。

第五節　專用於憲法解釋的規則

一、以憲法解釋憲法

本編在討論詮釋的起源時，曾說到基督教牧師們主張以聖經解釋聖經（sui ipsius interpres），因爲聖經是上帝的話語，以聖經解說聖經當然是最適當的方法。中國古代的經書是聖賢之言，後人也有以經解經的說法，兩者頗有異曲同工之妙。憲法是主權的體現，爲一國之內的最高規範，以憲法本身的規定來詮釋憲法，具有較高的說服力與可信度。這又可分三個層次來講：第一個層次是憲法特質（Eingenart des Verfassungsrechts）的考量，這個特質乃指憲法所特有的創造成立國家之整體性的性質（註一九二）。第二個層次是視憲法概念形成有其自主性（Autonomie der verfassungsrechtliche Begriffsbildung），意謂憲法概念的詮釋不需要藉助於其他法律的概念，也就是說憲法整體成爲一個體系（註一九三）。合於憲法的法律解釋是允許的，若藉助於其他法律的概念，會成爲符合法律的憲法解釋（Verfassung nach Gesetz），在邏輯上頗有問題。第三個層次是解釋憲法應避免與其他憲法規範相衝

註一九二：Vgl. H. Ehmke, aaO., S. 176.

註一九三：Richter/ Schuppert/ Baumke, Casebook Verfassungsrecht, aaO., S. 9.

突，以維持憲法的整體性。這裡要特別說明，在解釋普通法律時，作整體解釋也是我們所強調的重點之一，不過這個整體解釋的用意是防止解釋者造成法律自身的矛盾，如果這種矛盾確實存在，有權解釋的機關或法院，就應該選擇其一優先適用，或者宣告其中之一違憲。憲法因爲關係到整個國家的構造，真是茲事體大，而且又不可能宣告憲法條文牴觸其他憲法條文而無效（像釋字第四九九號解釋，是極端的例子），所以解釋憲法所考量的整體性與解釋法律所考量者自有不同。

關於解釋時首應顧及憲法特質的原則，不僅是指要考慮憲法作爲最高規範並有創建國家的功能，不可造成憲法本身體系矛盾，釋憲機關尤其應遵守憲法規範，否則將影響機關本身的正當性。這裡又牽涉到憲法法院（或釋憲機關）的角色問題。究竟這種法院的存在對憲法有何影響？有人認爲美國憲法是剛性憲法，最高法院以宣告法律違憲的手段，維持憲法的剛性（註一九四）。也有人認爲最高法院不斷的以其解釋憲法的作爲，使憲法變柔了（註一九五）。憲法法院角色問題的另一面是：它應該遵守違憲審查的角色呢？還是應在一定限度內發揮續造憲法的功能？拉蘭茲說過：法律解釋與法的續造並非不同的兩事，而是階段的差別（註一

註一九四：H. Krüger, Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers, DVBL. 1961, S. 685., zitiert nach Ehmke, aaO., S. 178.

註一九五：Ehmke, Ebd.

註一九六：Larenz, aaO. S. 366.

九六)，換言之，只要有解釋之權，不知不覺中就已續造了法律。無論如何謹慎的行使司法審查權限，都難免因解釋條文而附帶產生續造的效果。立法、行政及司法三部門有負責實施憲法的義務，其中立法與行政部門的職責最爲重大，立法機關通常一項法律往往具有使憲法具體化的作用，最高行政機關直接依憲法的作爲，也是在解釋憲法，司法機關主要在立法與行政行爲超越憲法的界限時，加以制止。如果憲法的規定已無從適應當前的需要，修憲固然不易，由立法機關制定法律加以填補，一時也難於實現，司法機關在這種情形下續造憲法，避免其對新的情勢喪失規範效力。由於憲法是由歷史上的制憲者所制定，對今天的國民仍然有拘束力，就是因爲立法機關及違憲審查的司法機關不斷補充其效力之故。續造性的解釋首應考量憲法的特質，其次，維持憲法的整體性，不得與憲法明文規定互相矛盾，此外，不應與憲法的精神或憲法的基本原則背道而馳。

討論至此，又生一項問題：即憲法的條款本身有無位階的問題？是否彰顯憲法特質，表現憲法精神或基本原則的條款優先其餘規定，或者除憲法明文規定不得修改或變更的條款外，其他條文沒有位階高低之分？憲法的整體性這一概念原本帶有一切憲法條款均位階平等的意涵，所以原則上憲法規定不應區分優先順序，但由於憲法文本的特殊設計，解決時也不能予以忽視：例如德國基本法第七十九條第三項規定，各邦參與聯邦立法權行使的原則，基本法第一條（保障人性尊嚴）及第二十條（聯邦國、民主國及社會國條款、一切權力來自人民以選舉及公民投票方式授

權國家之立法、行政及司法均受法律及法之拘束），縱然修改基本法也不得予以改變，論者遂謂上述這些規定，具有較高的位階或較爲優先的順序（註一九七），不過德國憲法法院未明白的採取上述理由（註一九八）。我國情形似正好相反，從現行憲法規定的文本中，無法尋繹出條文之間有所謂位階關係，但是依釋字第四九九號解釋文第二項的釋示：「憲法條文中：諸如第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦爲憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務」。就此而言，在我國憲法上，認爲條文間有位階關係存在，也可言之成理。

最後，舉我國釋憲近例，說明「以憲法解釋憲法」的實際情形。前面所引的釋字第四九九號解釋，所稱自由民主的憲政秩序，雖是最初從德國基本法 freiheitliche-demokratische Grundordnung 用語而來，也已成爲我國憲法上的重要概念，見現行憲法增修條文第五條第五項。又例如釋字第五二〇號解釋對法定預算的變更何以應經立法院之同意？它的立論是：「因施政方針或重要政策變更涉及法定預算之停止執行時，則應本行政院對立法院負責之憲法意旨暨尊重立法院對國家重要事項之參與決策權」等理由，其

註一九七：Vgl. K. Stern, Staatsrecht, Bd. I, 1980, S. 114, 195.

註一九八：Richter u. a., aaO., S. 4f.

中行政院對立法院負責、立法院對國家重要事項議決權分別明定於憲法第五十七條、增修條文第三條第二項、憲法第六十三條，所以也屬於「以憲釋憲」的例子。最後關於行憲以來，一直爭議不斷的問題：即憲法第十八條：「人民有應考試及服公職之權」應如何詮釋？有主張應考試與服公職是人民兩種不同的權利（註一九九），但傾向於維護孫中山先生遺教者，則認爲應考試、服公職「應作連貫解釋，必須應考試及格者，始有服公職之權」，如此可提高公職人員的素質，也可貫徹中山先生公職人員考試制度。姑不論公職人員考試制度的可行性如何，因爲考試不能測試操守，也不能認考試及格者更能反映民意，且資格規定（考試或學歷）門檻過高，例如規定立法委員應大學畢業或同等資格，則國民中百分之八十以上將喪失被選舉權，豈能謂符合主權在民的理念？釋字第五四六號解釋理由書首段便稱：「人民依憲法規定有應考試、服公職之權。其中應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利；服公職之權，則指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職、貢獻能力服務公眾之權利」。一方面用憲法第八十六條的文字來詮釋憲法第十八條之考試權，另一方面將兩項權利明白分開，而且依法進用之公務人員才須應考試，若選舉產生之各種公職，並不須經考試始取得候選資格。上述這一段理由書，固然只是旁論，但對長久之爭論，或有澄清作用。

註一九九：見第二編第四章第二節有關憲法第十八條之敘述。

二、政治問題不予解釋的規則

如所周知，政治問題（politicial question）不屬於司法審查的範圍，是源於美國的一項法則，對美國政治問題相關的論著及譯述的案例甚多，可供參閱（註二〇〇）。簡單來說，凡是美國與其他國家關係中產生之爭訟、各州共和政體之爭議、選舉區劃分之合法性、議員資格之判定及憲法修正案是否已經各州批准之疑義等，聯邦最高法院皆認爲應由聯邦之政治部門（總統或國會）自行判斷，不宜由法院加以裁決。至如何判別政治問題之存在，而將之排除於司法審查範疇之外，其取捨的標準爲何？大法官布倫南（Justice Brennan）一九六二年在一項案件之判詞中綜合歷來的先例，曾作如下的闡釋：「任何案件從外觀上認定其涉入政治問題，主要在於由憲法之明文規定已顯見其欲將此一問題委諸相對應之政治部門；或者欠缺解決此一問題所須之司法上創獲及處理之標準；或者一旦予以裁判即係對明顯非屬司法裁量之事項，逕行作成政策決定；或者若作獨立判斷即屬對政府相關部門之欠缺尊重；或者有特別需要毫不猶豫地遵循已作成之政治上決定；或者可能造成對同一問題各部門意見分歧之困窘」（註二〇一）。凡合

註二〇〇：湯德宗譯，有關政治問題之多件判決，載美國聯邦最高法院憲法判決選譯，第一冊，司法院印行，九十年，一二一頁以下。

註二〇一：Baker v. Carr, 396 U. S. 186, 217(1962)，並參照同上註，一二二頁，及本書著者，在釋字第三八七號解釋之不同意見書。

於上述各項標準的案件，美國法院通常視爲非可供司法審理(non-justiciable)的政治問題。

美國以外的其他國家也有類似的規則：德國之不受司法管轄之高權行爲(gerichtsfreier Hoheitsakt)，法國之政府行爲(actes de gouvernement)，英國之國家行爲（act of state），國內學者或採日本習用之名詞統治行爲作爲上述各種制度之上位概念（註二〇二）。先就國家行爲而言，在英國通常係指對外關係事務上與主權行使有關之行爲，或者指行政部門之特權行爲在訴訟上不受法院管轄，法院無權判斷其有無違法或是否適當（註二〇三）。其次政府行爲則係法國中央行政法院(Conseil d'Etat)一百餘年來累積個案所形成之理論，所謂政府行爲雖無絕對明確之範圍，大體言之，國會與政府間之行爲、有關戰爭或公安之緊急措施、元首之解散國會、提交公民投票或赦免行爲、政府外交措施或國際條約之解釋及執行等，行政法院或憲法委員會皆無權予以審理（註二〇四）。德國法上之不受司法管轄的高權行爲（有時亦直接了當稱之爲政府

註二〇二：林錫堯，統治行爲，民國七十年，第一章。蘆部信喜（李鴻禧譯），憲法，民國八十四年，三〇一頁以下。

註二〇三：E. S. C. Wade and A. W. Bradley, Constitutional and Administrative Law, London, New York, 1991, pp. 316-320.

註二〇四：Cf. C. Debbasch, J. – C. Ricci, Contentieux administratif, 6e' ed. Dalloz, 1994, p. 58.，關於法國憲法委員會不予審查的事件範圍，參照鍾國允，法國合憲性審查之研究，台大國家發展研究所博士論文，二〇〇一年七月，一四四頁。

行爲），其典型之舉例爲：議會對內閣總理的選任、議員的資格審查、政府向議會所作的報告或議員質詢的答復等。上述高權行爲之範圍及種類，學理及實務上雖尚無定論，但有一公認之特徵，即此等行爲之政治內容，使憲法法院或行政法院若加以監督，不僅不能有所釐清，反將造成混淆（註二〇五）。不過也不是所有的德國學者都認同這種司法自制(judicial self-restraint)行爲，Klaus Stern、Klaus Schlaich 等就不認爲美國的政治問題不審查原則當然可適用於德國的憲法法院（註二〇六），Ehmke 並且主張依照功能取向的解釋法，自然也能發揮與政治問題相同的功能（註二〇七）。其實憲法或法律若未明文的除外規定，像德國又不是判例法國家，很難如同美國這樣經由一、二先例而建立明確的原則。更何況基本法第十九條第四項將一切侵害權利的公權力行爲均納入司法救濟的範圍。

我國大法官釋憲制度最初設計即偏向於作抽象的規範審查，早年甚至扮演法律顧問委員會的角色，後來逐漸「司法化」，但終究不是如美國法院一般，只審理案件及爭訟（cases and

---

註二〇五：Vgl. Schmidt-Assmann, in: Maunz/ Dürig, Grundgesetz, Loseblatt Kommentar, 7. Aufl. 1991, Rdnr. 77-81.; auch Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, S. 622.

註二〇六：K. Stern, Staatsrecht, Bd. II, aaO., S. 961f.; K. Schlaich, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1991, Rn. 91.，並參照蘇俊雄，前引論文：論憲法審判之法律性與政治性，四九五頁。

註二〇七：Ehmke, aaO., S. 183.

controversies），所以很少考慮案件的政治性。近年不但受理的案件增多，涉及政治難於處理者也不少。美國政治問題的理論，像在沈睡中被喚醒，首次表現在釋字第三二八號解釋上。這號解釋稱：「中華民國領土，憲法第四條不採列舉方式，而爲『依其固有之疆域』之概括規定，並設領土變更之程序，以爲限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱固有疆域範圍之界定，爲重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋」。理由書中除重申國家領土範圍之界定爲政治問題外，並認定「其界定之行爲，學理上稱之爲統治行爲」。解釋公布之後，褒貶不一。當時眾所周知，本件是因立法院內統獨爭論而衍生的釋憲案，大法官若受理並作實體解釋，則後果更爲嚴重。

第二件解釋案便是釋字第四一九號解釋關於副總統可否兼任行政院院長的案件，解釋文第二部份以統治行爲的理論，對行政院院長於新任總統就職時，應否提出總辭，總統對此種總辭應如何處置，拒作實體釋示：「行政院院長於新任總統就職時提出總辭，係基於尊重國家元首所爲之禮貌性辭職，並非其憲法上之義務。對於行政院院長非憲法上義務之辭職應如何處理，乃總統之裁量權限，爲學理上所稱統治行爲之一種，非本院應作合憲性審查之事項」。這號解釋第一部份，解釋文對副總統兼職問題，未作斬釘截鐵的宣告，頗受各方的批評。但第二部份及第三部份（立法院無權要求總統更換行政院院長），則未聞有不當的指摘。

另外釋字第三八七號解釋關於立法委員任期屆滿重新改選後，行政院院長應否向總統總辭的釋憲聲請案，多數意見很快凝

聚共識，作成應總辭的解釋。本書著者則持不同意見，認爲是政治問題，其理由簡單說有兩點：㈠憲法對行政院院長如何任命？何時應總辭，本有規定，其未規定者並非遺漏，而是故意讓政治上運作來填補，或形成慣例，或因而具有彈性能因應實際政治情況。立法院改選原任行政院院長應否總辭，以及新總統就任行政院院長應否總辭，即屬於憲法不欲明文規範的部份，依憲法本文第五十五條行政院院長須經立法院同意始能任命，這一規定是制憲者採自內閣制的設計，而多數內閣制的國家，國會改選原任閣揆所領導之政黨如大獲全勝，當然繼續任職，何來總辭？在我國擔任黨魁之行政院院長，立法院改選後若又獲得絕對多數，依理也不必總辭。㈡第三八七號解釋受理時，行政院總辭已經定案，各方爭論既已解決，也無作實體解釋的必要。如今檢討釋字第三八七號解釋，並不是因爲解釋內容有誤，而是惋惜若經由第三八七號解釋建立政治問題不審查的原則，則後來因各方政治衝突形成的案件（如第四一九、四九九、五二〇等號解釋），給釋憲機關帶來鋪天蓋地的無形壓力，或許可以避免。

三、合憲性解釋

合憲性解釋（verfassungskonforme Auslegung）是符合憲法的法律解釋（verfassungskonforme Auslegung von Gesetz）的簡稱。這種解釋常被認爲是起源於德國聯邦憲法法院的判例，但根據學者研究，各國實務上早已運用這種解釋手法，像美國這種國家，其司法機關向來服膺實用主義的精神，以解決個案爲鵠的，既不求

體系的嚴整，也非言必稱原則、方法。雖然如此，也曾出現類似合憲性解釋的案例，「與憲法相符」（in harmony with the Constitution）屢見不鮮（註二〇八）；或者有時基於法律安定性的考量，盡量運用解釋技巧使法律免於牴觸憲法而無效，常見的說詞是：支持法律的有效（in favor of the validity of statute, or in favorem legis）（註二〇九）。歐洲的憲法法院這類案件也不少，瑞士在一九五七年即發生有名的案例（註二一〇），德國巴伐利亞邦的憲法法院一九五二年就已使用，義大利則在一九五六年（註二一一），奧國憲法法院運用這種解釋方法，自一九五一年到一九五六年的統計就不

註二〇八：Zitiert nach M. Imboden, Nomenkontroller und Norminterpretation, *Festschrift fuer H. Huber*, Bern, 1961, S. 138.

註二〇九：Ebd.

註二一〇：一九五七年七月二十六日瑞士之案例如下：瑞士華特邦（Waadt Kanton）憲法規定一切瑞士男人（Schweizern）均有選舉權，瑞士聯邦憲法第四條保障男女法律上平等，該邦之婦女遂提起訴訟，主張爲符合聯邦憲法（在瑞士也稱作忠於聯邦憲法之邦憲法解釋 bundesverfassungsgetreue Auslegung von Landesverfassung），華特邦之憲法及法律凡使用瑞士男人均應解釋爲包括女人在內。聯邦法院拒絕其請求，因爲依該國傳統，邦憲法之意義須由該邦自行解釋其涵義，而婦女選舉權乃政治上的基本問題，應依民主方式解決（通常指公投）。參照 M. Imboden, aaO., S. 134f.; auch H. Bogs, Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Heiddberger, Diss. 1966, S. 19.

註二一一：Bogs, aaO., S. 15.

止十件，其常見用語是：「一項法律違憲與否尚有疑義時，不得作成該法律牴觸憲法的解釋」（註二一二）。只是這些國家並沒有像德國一樣，將它歸爲單獨的一類。何謂符合憲法的法律解釋？可以引用德國聯邦憲法法院的判決加以說明：如果有一種解釋可使一項法律與憲法相符，該項法律並不違憲，則此一法律便可依這一解釋繼續存在（BVerfGE, 2, 266）。德國聯邦憲法法院有關合憲性解釋的判決不勝枚舉，綜合這許多解釋，可對合憲性解釋作進一步的界定（註二一三）。

> 法律條文經運用不同解釋規則加以解釋，如果所有的結論都認為與憲法不符，只好宣告其違憲。反之，若只要其他有一種結論可避免宣告該項法律違憲時，便優先選擇將它作為判決的結論。

聯邦憲法法院常以轉換（umdeuten）法條含義的方式，達到合憲的目的（註二一四），換言之，聯邦憲法法院根據憲法精神來扭轉法

註二一二：F. Ermacora, Der Verfassungsgerichtshof, Wien 1956, S. 249.

註二一三：Vgl. Larenz, aaO., S. 339.

註二一四：轉換(Umdeutung)文本的意義及多重意義中擇一適用是合憲性解釋兩大技巧，而轉換的運用，是耶律尼克父子（Georg u. Walter Jellinek）分別在著作（Georg, Verfassungsänderung u. Verfassungswandlung, 1906, S. 8-21.; Walter, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeits-erwägung, 1928, S. 25. Anm. 50）中創言；而所謂多重解釋，各國學者討論者不少，例如 Feenstra, Interpretation Multipex, Leiden 195, S. 21-27., L. Pitamic, Interpretation u. Wortbedeutngswandel, in Zschr. F.

條的通常理解，而避免宣告其違憲。下面舉兩類聯邦憲法法院的案例，說明合憲性解釋的實際情形。德國民事訴訟法第 554B 條第一項規定：關於財產請求權之訴訟事件，其訴求之價額超過四萬馬克，如事件不具原則重要性者，法律審法院對其上訴得予拒絕。一九七八年八月七日聯邦憲法法院第二庭判決之案件，及一九七九年一月十六日同庭判決之案件（註二一五），兩案的價值均遠超過四萬馬克，但上訴到聯邦最高法院均以案件不具原則重要性，而遭駁回。對此兩案聯邦憲法法院的判決主文相似，其要旨皆爲：

> 民事訴訟法第 554B 條第一項應照憲法的意旨，作如下解釋，即因不具原則重要性而拒絕受理者，僅於非基於考量上訴案件終結之結果時，始得為之。

前述案件的上訴人主張系爭民事訴訟法條文違反憲法平等及法治國原則。聯邦憲法法院對民事訴訟法上開規定目的在減輕最高法院的工作負擔，未予否定，但審查最高法院原判決，發現是以下級事實審法院有無重大的程序瑕疵，或其判決結果是否具有

---

offentl. Recht, 18, 1939, S. 446-457。貝提則參考各家學說，提出法律現象學（Phänomenlogie des Rechts）的概念，其內含包括三項：一、從法律文本中得出兩重或多重的解釋（duplex eventuell multiplex interpretatio），二、經過漸進的移位（Umstellung）或轉換，而達成解釋的使命，三、進一步比較起源國家（譬如拿破崙法典之於義大利、西班牙，德國民法之於日本等）的適用情形。以上三點之中，前兩點正是合憲性解釋的本質內容。

註二一五：BVerfGE 49, 148ff.; 50, 115ff.

最低程度的可接受性（im Ergebnis mindestens vertretbar），作爲受理的標準，顯然是以有無理由（即勝負）的結局來解釋系爭民事訴訟法條文，因而認定不符憲法的意旨，將最高法院判決撤銷並發回更審。換言之，不宣告法條違憲，而以「另作解釋」的轉換方式，作成法律合憲解釋（註二一六）。

第二類案件是依一九八三年公布的免除戰爭服役法，在緊張或防衛狀態（Spannung und im Verteidigungsgefall），國民有服兵役的義務。但有人認爲這項規定違反基本法第四條第三項不得強制人民違背其良心，使用武器服戰爭役的規定。聯邦憲法法院一九八七年四月二十四日的案件判決主文（BVerfGE 69, 57）：

> 系爭法律第一條第八項第二句與基本法第四條第三項，在下述條件下係屬相符，即依免除戰爭服役法第一條第四項第一款所稱之防衛義務，而為服役徵召，僅限於召集擔任非武裝之勤務。

聯邦憲法法院未宣告法律違憲但自行取代或轉換法條的文本，將服役限於不使用武器之非武裝勤務，其實也是一種目的論的限縮。

合憲性解釋既然是運用各種不同解釋規則，從獲得的多數結論中，選擇一種不違憲者作爲判決結果，則實際上已使用文理、論理或體系等諸多規則，合憲性解釋不過是基於目的的選擇策略，因此合憲性首先受質疑的是，可否作爲解釋準則或解釋方法

註二一六：Vgl. Karl A. Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren, 1986, S. 29f.

的一種。不過學者多趨向承認其解釋方法的功能，因爲將成爲解釋客體的法條，導入符合憲法的過程中，它確實發揮了具體化方法的作用。不但應認爲確屬解釋方法之一，而且正好證明方法單一論（Methodenmonismus）的誤謬（註二一七）；或者認爲既然在多種可能的解釋中，應優先選擇最符合憲法原則者作爲結論，所以合憲性（Verfassungskonformität）已足夠作爲一項解釋規則（註二一八）。

贊成合憲性作爲解釋方法者，曾爲它的正當性提出各種理由，H. Bogs 將之歸納爲四點（註二一九）：㈠位階較低的規範，應該以位階較高的規範爲取向而解釋：這是規範解釋的通則，所以制定在後之憲法條文，應作符合原來憲法本文的解釋，各邦憲法應解釋成符合聯邦憲法，法律的合憲性解釋也是基於相同道理。㈡法律受有效的推定：前面所引德國聯邦憲法法院第一件有關合憲性解釋的案例（BVerfGE 2, 266 緊急收容東德難民案）中，也同時提出法律應受推定與基本法相符的概念，合憲性解釋就是本於同一意旨。何以法律應受合憲性推定？那是因爲法律乃是民意代表機關意志的體現，在心理上應予尊重；而立法過程也是制度性保障的一種，眾議院通過的法律，參議院、內閣及總統都是參與

註二一七：F. Müller, aaO., S. 86.; auch D. Chr. Gölder, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 43f., 47ff.

註二一八：Larenz, aaO., S. 339.

註二一九：H. Bogs, aaO., S. 17-24.

機關，同時具有立法過程的內部監督機制。㈢法體系的整體性要求：整體性要求表現在基本權的間接效力上非常明顯，特別是民法及刑法，必須接受憲法概括條款的價值認知，這類法律有多重意義時，只能選擇合憲性解釋，否則法律的整體性即遭破壞。又合憲性解釋填補漏洞的功能，也能發揮法律完整的作用。㈣不允許違憲的造法：基本法第一條第三項規定：基本權條款視爲直接有效的法，而拘束立法、行政及司法，第二十條第三項：立法受合憲秩序，行政及司法則受法律與法之拘束。這兩項條件使法官有義務在解釋法律時，作成合憲性的認定。

對合憲性解釋持批判態度者，可以 Bettermann 爲代表，他曾就擁護者的上述理由，逐一加以駁斥。Bettermann 的見解可歸納爲下列幾點（註二二〇）：第一、所謂位階較低的規範，應以位階較高者爲取向而解釋，乃解釋的一般原則云云，事實上在任何教科書上都找不到這項原則，純粹是論者爲維護合憲性解釋的假定。第二、合憲性解釋是一種錯誤示範(falsa demonstratio)，根本不是作規範解釋，而是變調的規範監督，將違憲的法律解釋爲合憲，名爲忠於憲法，其實是放棄違憲審查的責任，而且若直接宣告違憲，可能更是忠於憲法的表現。第三、合憲性解釋爲避免宣告法律違憲，通常須轉換文本的原意，其用意是尊重代表國民意志的國會，實則是扭曲立法者的原意。第四、所謂法律受合憲推定一節，若以具體行政行爲（即行政處分）爲例，也只受有效推定而

註二二〇：Bettermann, aaO., S. 191f., 25f.

非合法推定，受處分人一旦提起行政爭訟（異議及撤銷之訴），該行政行爲即停止執行（參照聯邦行政法院法第四十條、社會法院法第三十三條等），不僅沒有合法推定，連有效推定也岌岌可危。所以法律公布後充其量爲有效推定，絕不至於受合憲推定，這項理由自不成立。

合憲性解釋的正反評價，可說見仁見智。以我國法制不完備，而立法過程不是緩慢（立法院每一會期積案如山），就是草率（會期最後一夜，動輒通過數十法案），與其他國家相較，合憲性解釋或許更有實用的價值。釋字第五二三號關於檢肅流氓條例第十一條第一項，留置流氓違憲的解釋，兩位大法官（王澤鑑大法官與本書著者）發表的部分不同意見書，首先對合憲性解釋的定義與功能作明確的闡釋：

> 所謂符合憲法之法律解釋，指應依憲法之規範意旨及價值體系解釋法律，而於某項法律規定有多種解釋可能時，為避免該項法律被宣告為違憲，應採可導致其合憲之解釋，以維護法秩序之統一。此項合憲性解釋係以法律為對象，性質上屬法律體系解釋，在其具體化的過程中，須對憲法加以詮釋，一方面在於保全法律，以維護法秩序的安定，他方面亦在開展憲法，以實踐憲法的規範功能。不惟普通法院負有依合憲原則解釋法律之義務，釋憲機關更可藉此原則之運用達成規範控制之目的，期能在發現規範內容的過程中，調整下位規範與上位規範（如刑事法律與憲法）的互動關係及貫徹同位階規範（如刑法與特別刑法）之價值判斷。就釋憲方法言，

若無害於人民權益之保障，合憲性解釋應先行於違憲解釋，以維持法秩序之和諧及運作。

其次，對多數意見以該條例第十一條第一項將留置的條件，委由法院自行裁量係屬違憲，並定期一年失效。協同意見書認應採合憲性解釋，因爲該條例第二十三條原本規定，本條例未規定者，準用刑事訴訟法之規定，從而：

「留置」與「羈押」，均屬限制人民身體自由之刑事強制處分，被移送裁定之人於感訓處分確定前，其身體自由被拘束於一定處所，其人身自由既受嚴重限制，自應同受憲法基本權、法律明確性原則與比例原則之保障，而有刑事訴訟法第一百零一條規定之準用，須被移送裁定之人有逃亡或有事實足認有逃亡；或有事實足證其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等足以妨礙後續審查之虞時，始得留置，而不能委由法院自行裁量。依合憲性解釋而準用刑事訴訟法第一百零一條規定，即可使凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，皆能依法律規定，具備憲法第二十三條所定相關之條件，而符憲法第八條保障人身自由之意旨。反之，依多數意見，檢肅流氓條例第十一條第一項規定於本解釋公布後一年始失效力，在此期間被移送裁定之人之人身自由難獲周全之保障。於該條項失效後，若立法機關未適時另為規定，則關於留置將無法律可資依據。縱再立法，依多數意見，其應遵循的內容實相當於刑事訴訟法第一百零一條規定，不免輾轉曲折。由是可知，

於本件採合憲性解釋而準用刑事訴訟法第一百零一條規定，較諸逕為違憲宣告更有助於維護法秩序的安定及和諧，並實踐人身自由之憲法保障。

事後證明，部分不同意見書不幸言中，立法機關在即將失效之時，猶未完成修正手續，使得執法機關惶惶不可終日，最後似乎勉強趕在失效前作成修正，結果還是與刑事訴訟法的羈押條件無甚差異，若採合憲性解釋及「法的類推」，準用刑事訴訟法，不僅符合立法者的原意，且不至於造成驚險。

在我國釋憲實務上有意無意之間，所作成的合憲性解釋爲數甚多（註二二一），在此不欲大量引述，只分爲三種類型加以說明：

第一類：法條文本含義明確，經轉換後不予適用：憲法臨時條款在「國民大會老代表」主動修憲的時期，民國六十一年修改時，一方面規定應辦理增額中央民意代表選舉，並定期改選，另一方面又稱：「第一屆中央民意代表，係經全國人民選舉所產生，依法行使職權，其增選補選者亦同」。（第六項第二款），其意旨係指「資深中央民意代表」，與先前於民國五十八年因人口增加或名額出缺而增選補選者，一律繼續依法行使職權，換言之，使當時被譏爲「萬年國會」的成員，任職在釋字第三十一號解釋之外，加一層合法化。將「萬年國會」廢止的釋字第二六一號解釋解釋文，開宗明義寫道：

註二二一：參照蘇永欽，合憲法律解釋原則，憲政時代，第十九卷第三期，五〇頁以下。

> 中央民意代表之任期制度為憲法所明定，第一屆中央民意代表當選就任後，國家遭遇重大變故，因未能改選而繼續行使職權，乃為維繫憲政體制所必要。惟民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑，而本院釋字第三十一號解釋、憲法第二十八條第二項及動員戡亂時期臨時條款第六項第二款、第三款，既無使第一屆中央民意代表無限期繼續行使職權或變更其任期之意，亦未限制次屆中央民意代表之選舉。

並未宣告臨時條款第六項第二款違憲，只是強加轉換而宣稱：相關規定並無使第一屆中央民意代表無限期繼續行使職權或變更其任期之意，亦未限制次屆中央民意代表之選舉。

第二類：法條文本含義明確，只單純的轉換適用，既非不予適用，也未宣告違憲：釋字第五〇九號解釋是典型的案例，認定刑法第三百十條之誹謗罪不違憲，但對該條第三項之適用，作出替代文本的詮釋：

> 至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真

實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。

刑法誹謗罪是維持社會秩序，保護個人法益所必要，可謂眾議咸同，但第三項與「不得強制被告自證其罪」的法則不符，並有箝制言論自由之嫌，在避免宣告違憲的前提下，又要有所改進，捨合憲性解釋別無他途。

第三類：作出替代法條的解釋，俾修法的過渡期間適用時不致違憲，但最後仍宣告系爭法條定期失效。這已不是典型的合憲性解釋，因爲最後結論是違憲。若未就不立即違憲的過渡期間言，還是轉換文本的方法，前面引過的釋字第五三五號解釋關於警察勤務條例的解釋，便是一例。

大法官的解釋與德國聯邦憲法法院的判決不同，極少說明所採的解釋方法或規則。合憲性解釋曾扮演重要角色，但也無法從解釋文或理由書中看到，只有靠大法官的個人意見書，或學者的詮釋，才能發現端倪。

四、符合法律的憲法解釋？

最後，合憲性解釋 — 儘量使法律解釋成合憲，使人聯想起另一命題，即符合法律的憲法解釋（Gesetzeskonforme Auslegung von Verfassung），是否也同樣成立？初看這個題目非常不合邏輯，且有譏諷的味道，因爲規範解釋當然是由上而下，那能由下而上以高位階去就低位階之理？可是事實不然，經驗上就有不少是以法律來解釋憲法。換言之，將憲法遷就法律，這種情形如同將法

律（母法）遷就子法一樣，例如稅法許多定義都是由各該法的施行細則加以規定；在憲法上也有就這種情形，尤其在國家機關的組織範圍，例如何謂聯邦政府，誰有閣員資格等，憲法須以法律規定爲內容（註二二二）。

由下而上的解釋，有時候確是一項事實，以我國憲法爲例：憲法第三條規定，具有中華民國國籍者，爲中華民國國民。所以要解釋何謂中華民國國民的概念，應以國籍法的規定爲依據，從憲法本身則無法得到解答。這也是憲法的屬性使然，在多項規範功能中作爲轉致規範（Verweisungsnorm）的憲法條款，必須制定相關的法律才有具體內容，第三條便是典型的例子。轉致規範具體化時，立法者有相當大的形成空間，就以國籍立法而言，無論採血統主義或屬地主義，基本上不生違憲問題，至於立法時應考量文化傳統、行憲前法制等因素，乃是當然之理。又如憲法第二十四條的國家賠償，憲法的本意原只限於公務員違法行爲所生的賠償責任，但現行國家賠償法除人的行爲外，還包括物的瑕疵（公共設施設置管理欠缺），在詮釋憲法上國家賠償概念時，當然不能不顧法律規定的事實。

雖然還可以舉出不少與上述相似的例子，但法律跟隨憲法（Gesetz nach Verfassung）才是常態，憲法跟隨法律（Verfassung nach Gesetz），總是特殊例外情形。尤其是憲法有關人民權利的規

註二二二：Vgl. Leisner, Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung, 1964, insbes. S. 16f., 22ff.

定，這時憲法乃是實體權利的規範（materiell-rechtliche Norm），正是用來評斷相關法律是否已建立合理的保障範圍，是否已使國家克盡其保障義務，不可認爲法律規定的內容，當然就是憲法的本意。例如集會遊行法對人民集會遊行所作的規範，與憲法對人民集會遊行保障的意旨，並不當然相等。此外，縱然像國家機關的組織這類事務，立法者享有很寬廣的裁量餘地，例如行政院應該成立多少部會，部會之間如何分工，行政院組織法完全不必考慮「跟隨憲法」的問題，但是組織法或其附屬法規一旦涉及行政院究竟是合議制或首長制時，又必須作符合憲法精神的規定，否則組織法這部分就有解釋爲違憲的可能。以憲法本文原始的設計而言，行政院院長須經立法院同意任命（第五十五條第一項），各部會首長則由院長提請總統任命（第五十六條），總統發布命令由院長及有關部會首長副署（即部會首長不得單獨副署，第三十七條）等相關規定看來，行政院應該是院長爲首長的獨任制機關，相關的組織法規也就不能採取合議制。院長是真正的行政首長（chief executive）和政府首腦（head of government）與作爲國家元首（head of state）的總統，憲法上幾乎可以分庭抗禮。依現行增修條文，行政院院長由總統逕行任命，並不需要立法委員過半數的支持，欠缺自身的民主正當性，與各部會首長相差無幾，這種情形下的院長，如果不能顯現其領導及決策能力，將淪爲同僚中的首位（*primus inter pares*）。（註二二三）

註二二三：有不同意見，參照董翔飛，中國憲法與政府，八十九年修訂版，三二四頁以下。

書評：

除了喜愛之物，人們別無認識[1]

—評吳庚著《憲法的解釋與適用》

轉載自「政治與社會哲學評論」，第五期，2003 年 6 月

顏厥安

Nichts liegt dem Menschen so sehr am Herzen, als mit seinen Mitmenschen zu verstehen.

—Emilio Betti—

吳庚教授（亦爲第五、六屆〔現任〕大法官）終於於今年（2003）四月出版了各界期待已久的憲法鉅著《憲法的解釋與適用》（以下簡稱《憲法解釋》）。雖然從《政治的新浪漫主義——卡爾．史密特政治哲學之研究》（1981，以下簡稱《史密特》），到《行政法之理論與實用》（初版 1992，以下簡稱《行政法》，以 2001 年增訂七版爲準），到《韋伯的政治理論及其哲學基礎》（1993，以下簡稱《韋伯》），吳庚教授的著作，一直是筆者最喜歡研讀的作品。《史密特》一書甚且是筆者赴德留學時隨身行囊中的讀物。但是面對厚達 600 頁，內容廣及憲法學、國家學、政治學、基本權理論、

---

[1] 此爲歌德在《浮士德》中的話，“Man lernt nichts kennen als was man liebt”，轉引自吳庚《憲法》，p.484。譯文經筆者修飾。

法學方法論、詮釋學與政治哲學等各領域的《憲法》一書，筆者實無能力在有限的篇幅以及一個多月的研讀時間內做出深入的評介[2]，以下僅能就研讀心得與幾個特定的思考面向上提出一簡要的報告。

一、《憲法解釋》之論述結構與要旨

《憲法解釋》一書並非憲法教科書或逐條釋義的評釋書，而毋寧是吳庚教授基於其大法官之釋憲經驗，並結合長年之學術思考研究，所完成之憲法學術宏論。全書體系嚴謹，共分爲「現行憲法的基本原則」、「基本權的理論體系」、「憲法爭訟的建制與程序」與「憲法解釋的理論與實踐」四編。由此一體系亦可看出，此書乃針對具有違憲審查機制之憲政體制（我國即是）下，基於一位憲法司法者的觀點，所提出之憲法解釋理論。

在第一編「現行憲法的基本原則」中，吳教授由史密特對憲法（Verfassung）與憲法法規（Verfassungsgesetze）的區分出發，來探討憲法原則。（17～）作者引述史密特的看法指出，憲法是掌握制定憲法權力者，對一個政治實體存在的形式及屬性，所作的政治決定，並不包含於法條或規範之中；至於憲法法規則指憲法法典或具有憲法效力的法規中之各個條款而言。史密特不但是吳庚教授早期著作的探討焦點（請參見《史密特》），就《憲法解釋》來看，也是最常被引用，最受重視的憲法理論家。對於吳庚教授

---

[2] 筆者認爲實必要針對此書，乃至吳教授的所有著作特別撰寫評介論文，甚至舉辦研討會討論。

之憲法思想與史密特思想的關係，後面將另外的討論。在憲法原則問題上，吳庚教授認爲，「如果不追根究底討論史密特憲法與憲法法規二分法的動機，也不探索此項主張的意識型態背景，則史密特所謂的『憲法』（或稱憲章），與一般所指涉的憲法之基本原則，在概念上頗爲接近」（18-19）。此處涉及史密特之絕對憲法概念（相當於憲章）與相對憲法概念（相當於憲律）的問題。對前者，史密特又區分了偏向於實然層面，具體政治實體自我給定的「存有方式」（Daseinsweise），與偏向於應然層面，最高與最終規範群所組成的規範體系。吳庚教授指涉的應該是後者。但不論哪一個層面，史密特都有將其與特定政治實體相聯繫的傾向。在這一點上，與可以放諸四海皆準（至少對民主憲政國家）憲法原則有所差異。也許反而羅爾斯的「基本結構」更接近吳庚教授所謂的憲法原則。

在此編當中也不是只有對國外理論的探討。筆者認爲至少有兩個地方尤其值得研讀，一是第三章對中華民國憲法的基本原則之闡述，尤其可參考第 37 頁的列表。此一列表當中所呈現的憲法原則結構，是筆者所知對我國憲法原則最複雜完整，也最精彩闡述之一。其二則對釋字第四九九號的分析討論（24），其中對於憲法原則之應用以及修憲界限論（作者採肯定態度）多所論述，頗值參考。

《憲法解釋》第二編「基本權的理論體系」是全書份量最重的部分（超過 240 頁），其論述架構與典型的基本權討論架構極爲類似，由基本權的一般理論爲始，繼而討論平等權與自由權、社

會基本權、程序基本權、政治參與權，以及其他自由權利。就其內容而言當然包含了許多值得進行深入研究之處，以下僅提出幾處筆者認爲頗有特殊見地之處。

在基本權的性質方面，作者在論述基本權與身分關係，除了依例援引了 Jellinek 的身分理論（Statustheorie）（98-）以外，又引用了 Robert Alexy 高度分析性質的身分與權利理論來補充修正 Jellinek 理論之不足。Alexy 的理論具有相當之抽象性、分析性，又使用了大量的符號與經濟分析工具，因此在德國雖然極爲有名，卻非「主流」學說。在此一問題中，又與英語世界法理學之權利理論密切相關，益增其學說之特殊性。吳庚教授的大膽採用，反而走在國內青壯輩憲法學者的前頭。

在基本權之功能問題方面，除了德國文獻當中常見的幾種功能之外，吳庚教授也突出了合法性功能，並以政治系統理論與圖示來說明其意義（124-126），極富原創性。當然，此處的合性性 Legitimation[3]，也許稱爲「正當性」更爲準確。另一精彩之處，是有關於基本權的第三者效力問題。值得引論之處有二，首先，國內近年來頗有不分國際法或國內法，將各種「人權名號」浮濫地運用到各種法律關係（包括私法關係）領域的趨勢。尤其基本權或人權本以限制國家權力侵害私人權利爲目的，上述濫用趨勢反以人權爲名，鼓吹大幅透過立法來干預私人生活領域。且其運用

---

[3] 書中（124）爲 legistimation，推測爲 Legitimation 之誤。本書另有多處外文拼字錯誤之處，可於再版時校對修訂之。

的制度手段反多繞過司法程序，而授權要求行政權直接干預，實大大違背基本權的固有性質。德國法上仔細討論基本權第三者效力的論述，值得相關方面參考。其次，吳庚教授一反德國與國內通說，對基本權對私法關係之適用問題採取直接效力說，深值重視。筆者個人從規範理論觀點也較贊同直接效力說，因爲對規則（rule, Regel）不是適用，就是不能適用；對原則，不是援引來衡量，就是不援引來衡量，沒有什麼「間接」適用或衡量的問題。不過筆者認爲，若要直接適用基本權規範於私法關係的管制當中，就必須相應地提出一整套不同於適用在公權力作用當中的審查密度理論。

在個別基本權問題方面，吳庚教授往往也提出許多繞富深意的見解，不過爲了便於銜接，筆者在此僅先點出，吳庚教授的基本權概念觀（conception of basic rights）帶有保守之自由主義（conservative liberalism）特色。關於此點，將在後面藉由吳教授對婚姻自由之論述來加以討論。

第三編「憲法爭訟的建制與程序」，主要乃針對憲法爭訟制度的起源、比較法與我國制度特性所進行的研究。此一部份可說是對於我國迄今爲止釋憲制度之「實務操作」面所做之完整析論。特別值得參考的，不僅因爲吳教授已擔任兩屆十八年的大法官，這十八年當中，也正就是我國釋憲制度「實踐」轉型最爲激烈，成果展現也最爲豐厚的一段歲月，因此吳大法官的論述實爲其人生淬煉之記錄。另一方面，也因爲我國的釋憲制度即將因司法改革的需求而進行根本性的調整，未來不論是一元多軌的憲法法

庭，還是一元一軌的司法院，都已經不再是現有的釋憲制度了。因此吳教授的寫作，亦有歷史總結之意義。

對筆者個人來說，最富有意義的則吳庚教授特別藉助 John Rawls 的理論，提出「憲法法院作爲公共理性的論壇（351-）。依照筆者的瞭解，美國對於羅爾斯理論的討論，不論是《正義論》還是《政治自由主義》，法學院的學圈與期刊都是重要的園地。但是在台灣，絕大部分的法學者，包括公法、憲法學者在內，是根本不閱讀羅爾斯的。因此吳庚教授的此一闡發對於患有理論貧血症的台灣法學界實具有劃時代的重要意義。尤其透過羅爾斯的思想，吳教授指出，大法官們不可訴諸個人的理想、道德信念，也不應受自己或他人宗教或哲學的觀點所左右，大法官應該設想什麼是最符合全民信仰的公共理性及正義所應有的政治價值（352）。

筆者認爲，第四編「憲法解釋的理論與實踐」是《憲法解釋》全書哲學性最高，也最難閱讀的部分。作者並非僅是技術性的、經驗性的、方法論地陳述一些憲法解釋的操作手段，而是深入到哲學詮釋學與精神科學（Geisteswissenschaften）之方法學基礎等高度哲學性層次，來重新反省檢討詮釋學、法律解釋方法，以及憲法解釋的諸多基本問題。更難能可貴的是，在闡述了高度哲學性理論之後，吳庚教授更能提出詮釋方法的綜合應用（500-），整理出具有實用性的各種憲法暨法律解釋規則（505-），並繼而論述憲法解釋的特殊性（553-）；並在所有的這些理論討論中，都附有我國或外國的實務案例輔助（批判）說明。其間甚且援用文學詮釋爭議爲例（536）。這種結合理論深刻性，操作實用性與案例清

晰性的綜合表達，實乃累積多年深厚功力始足以成就，讀之令人敬佩不已。對此編的討論，實非藉助多篇正式論文無以爲之，在此筆者僅先大膽地以「詮釋學之實用主義」（hermeneutical pragmatism）一語，來描述吳教授兼顧哲學存有論、詮釋學方法論，與憲法解釋實用操作等層面的法認識論立場。

二、政治自由主義的問題

介紹了《憲法解釋》全書的結構與要旨之後，筆者想要簡短地在政治理論的層面上談一談吳庚教授的憲法思想。第一個問題是，吳庚教授是自由主義的支持者嗎？如果是，是哪一種自由主義呢？台灣的法政學者多半未曾或不願意表明自身在基本政治價值問題上的立場。逐一追問其想法的意義也不大，因爲可能多數人並未反省到此一層次的問題，或者僅擁有模糊的觀念。但是以吳庚教授在憲法、行政法、政治思想等領域的著述之豐富深刻，一探其政治思想之定位絕對有其意義與必要。

筆者認爲，以吳庚教授在《史密特》一書中對史密特批評自由主義見解的反對（164）；在《行政法》中對「行政之羈束性與自由性」的論述（77-）與對特別權力關係的批判（205-）；在《韋伯》一書中，以傾向肯定的方式將韋伯之意識型態界定爲價值中立的理性主義者（120-）；乃至《憲法解釋》反法實證主義的立場；對違憲審查制度、基本權保障優先性、修憲界限論的肯定；憲法法院作爲公共理性論壇之論述；憲法解釋方法中以詮釋學爲基礎之原則導向態度等線索，吳庚教授應該可以視爲是自由主義政治思想的支持者。雖然其論述仍有不甚清晰之處（例如 353 頁以下

對議會民主與憲法法院關係的陳述），但總體言之仍不失自由主義之定位。

不過由吳庚教授對婚姻自由的討論中，我們倒是看到其自由主義的立場乃傾向於保守的自由主義。吳教授寫道：

我們使用婚姻自由中「自由」一詞與憲法上其他自由在意義上並不完全一致，其他自由的本意是自由於國家公權力之外的意思，婚姻自由則是著重在制度性的保障，換言之，婚姻自由的婚姻必須是法律上的婚姻，即所謂世俗意義的民法上婚姻（verweltlichte bürgerliche-rechtliche Ehe），其他的「婚姻」，諸如同性戀婚姻、冥婚、試婚或同居關係等都不是這裡所承認的婚姻，所謂自由也只是在法定婚姻制度下的自由。因此，我們可得出如下定義：「婚姻自由是對合法婚姻受到制度保障，及法律對婚姻所給予的規範下的自由」。

……

一夫一妻不是事物之本質（rerum natura），卻是接受基督教教義作爲文明表徵的「無限上綱」，它是先憲法而存在，不能因爲憲法沒有明文規定，就質疑它的層次，這如同仁義道德一樣，是不可懷疑的。（309-310）

此段引言的後半段，顯現了某種較爲保守的自然法思想，前半則透過制度性保障的理論，否定了包括同性婚姻在內各種非典型婚姻關係的憲法基本權保障地位。兩者皆無礙於作者自由主義立場的成立，因爲古典保守自由主義絕非對任何事物毫無價值立場的價值相對主義，不過由於羅爾斯的政治自由主義立場反對將

任何種類的整全學說（comprehensive doctrine）作爲基本結構之內容，而家庭度可認爲是基本結構的一環，因此不能以任一整全學說來界定其型態。就此點而言，吳教授似非羅爾斯式之政治自由主義支持者。

三、吳庚教授是史密特主義者嗎？

另一個可能也相當有趣的問題是，吳庚教授是史密特憲法與政治思想的支持者嗎？雖然曾對史密特思想進行深入研究，在《憲法解釋》中也反覆引用討論史密特的學說觀點，整體言之，吳庚教授最多僅是史密特憲法洞見（Einsicht, insight）的肯定者與援用者，對於其憲政思想則多半持質疑批評的態度。這不僅見於吳教授對憲法法院制度與修憲界限論的肯定，由其憲法解釋方法論中亦可看到對於憲法之史密特式「政治」概念色彩的淡化。

值得注意的是，史密特所提主權者之政治決定（politische Entscheidung）（8-）如果有對內與對外面向，那麼對外面向就是政治認同與主權範圍的界定。這在台灣就涉及了統獨立場的爭議。吳庚教授對此指出，大法官曾以釋字二六一號解釋決國會之民主正當性危機（6），並以「政治問題」理論與釋字三二八號爲例，指出涉及統獨的釋憲案大法官若受理並作實體解釋，將會導致嚴重後果。此等敘述處理方式，是否意味著吳庚教授認爲憲法解釋可以，在台灣甚且應該避免處理「政治決定」層面的爭議問題？此一議題其實正好涉及了史密特憲政理論思辨的核心。如果吳庚教授對前述問題採取肯定的態度，亦即憲政司法者不宜（或不應、無能）介入政治決定層面的爭議，那麼似乎與史密特反對以司法體制做爲憲法之護衛者的立場相當接近。


00500
9 787770 227035
憲法的解釋與適用

[General Information]
书名=宪法的解释与适用
作者=吴庚著
页数=607
SS号=12978783
DX号=
出版日期=2004.06
出版社=三民书局

封面
书名
版权
前言
目录
第一编　现行宪法的基本原则
　　第一章　宪法的意义
　　　　第一节　形式意义与实质意义的宪法
　　　　第二节　政治意义的宪法
　　　　第三节　宪法理解的变迁
　　第二章　宪法与宪法的基本原则
　　　　第一节　概念的起源
　　　　　　一、史密特的二分法
　　　　　　二、对各国宪法的影响
　　　　第二节　基本原则理论的应用
　　　　　　一、兼论释字第四九九号解释一
　　第三章　中华民国宪法的基本原则
　　　　第一节　概说
　　　　第二节　共和国原则
　　　　第三节　民主国原则
　　　　　　一、国民主权
　　　　　　二、多数决
　　　　　　三、次级统治团体的自主权
　　　　第四节　法治国原则
　　　　　　一、基本权利的保障
　　　　　　二、五权分立
　　　　　　三、依法行政
　　　　　　四、司法审查
　　　　第五节　民生福利国原则
　　　　　　一、基本国策条款的意涵
　　　　　　二、规范效力分析

三、近年的趋势
第二编　基本权的理论体系
第一章　基本权的一般理论
第一节　人权发展的历程
一、从西欧到北美
二、中欧国家
三、人权的国际法保障
四、我国「基本法」上的人民权利
第二节　基本权概念的阐释
一、基本权的各种解说
二、我国宪法上基本权的定义
三、我国宪法上基本权范围的界定
四、基本权与其他自由权利区别的实益问题
第三节　基本权的性质
一、基本权与身分关系
二、基本权作为主观权利
三、基本权作为客观规范
四、从基本权性质导出的功能
第四节　基本权的保障范围
一、保障范围与相关概念
二、保障范围的界定
三、以宪法上诉讼权为例的保障范围
第五节　国家的保障义务
一、保障义务的涵义
二、保障义务的种类
第六节　基本权的行使及限制
一、基本权主体
二、基本权利能力与基本行为能力
三、基本权的效力
四、基本权的限制

五、对限制基本权法律的制约
六、基本权竞合与冲突
七、侵害基本权的救济
第二章　平等权及自由权
第一节　平等权
一、平等权的功能
二、平等权的保障范围
三、实质平等
四、性别平等
五、党派平等
六、参与平等问题
七、功能差异问题
八、比例原则及其他
第二节　人身自由
一、宪法第八条第一项的规范意旨
二、宪法第八条第二项至第四项
三、人身自由与军事审判
第三节　居住迁徙及秘密通讯之自由
一、居住自由及迁徙自由
二、秘密通讯自由
第四节　表现自由
一、表现自由的意义
二、言论自由
三、大法官对表现（言论）自由的审查密度
四、讲学自由
五、著作及出版自由
第五节　信仰宗教之自由
一、宗教信仰自由的界定
二、宗教信仰自由在多元民主社会的意义
三、宗教自由的类别

四、宗教自由与政治
五、信仰与兵役
六、宗教自由的放射效应
第六节　集会结社自由
一、集会与结社的概念
二、集会结社自由的保障范围
三、集会结社自由之限制
第七节　财产权的保障
一、财产的概念
二、财产权的社会功能
三、财产权与其他基本权
四、宪法上财产权的主体
五、财产权的保障范围
六、税法对财产权的限制一兼论租税法定主义
七、财产权的其他限制
第三章　社会的基本权
第一节　生存权
一、生存权的性质
二、生存权的规范效力
三、实现生存权积极内容的途径
第二节　工作权
一、工作权的性质一回归正确的定位
二、工作权的保障范围
第三节　受国民教育权
一、权利与义务的结合条款—兼论宪法上的义务
二、受国民教育权的权利主体
三、义务教育的合宪性问题
第四章　程序的基本权
第一节　程序基本权的作用

第二节　三种程序权
一、请愿权
二、诉愿权
三、诉讼权
第三节　宪法诉讼及行政程序
第五章　政治参与权
第一节　参政权
一、选举与罢免
二、创制与复决
三、公民投票
第二节　应考试及服公职权
第六章　其他自由及权利举隅
一、人格权
二、隐私权
三、环境权问题
四、婚姻自由
第三编　宪法争讼的建制与程序
第一章　宪法争讼制度的起源
第一节　两种类型
第二节　宪法法院的创建
第二章　欧洲各国的比较
第一节　宪法审判机关的结构与功能
一、宪法审判机关的名称
二、宪法法院的组织
第二节　宪法法院的权限范围
一、权限争议
二、规范审查
三、宪法诉愿
四、其他事项
第三节　争讼程序及法院裁判
第四节　宪法争讼制度的发展

一、宪法法院行使积极的「立法权」
二、宪法法院作为代位的制宪者
三、宪法法院在两元法律体系中的角色
四、宪法法院作为公共理性的论坛
第三章　我国的释宪制度
第一节　释宪机关的组织及运作
第二节　释宪机关的权限
第三节　声请解释或审判的要件
一、宪法疑义、争议及法令牴触宪法之声请释宪案件
二、法官认为法令牴触宪法之声请释宪案件
三、人民声请释宪之案件
四、统一解释
五、补充解释
六、政党违宪案件之审判
七声请解释之程式
第四节　审理原则审查基准及审查密度
一、释宪案的审理原则
二、审查基准与审查（或控制）密度
三、大法官审查法令的基准
四、审查密度问题
第五节　解释的效力
一、大法官对审查法令结果宣告的方式
二、全部无效与一部无效
三、大法官解释的效力范围
四、大法官解释的执行问题
第四编　宪法解释的理论与实践
第一章　从哲学诠释学到法律诠释学
第一节　近代诠释学的起源与史莱尔马赫
第二节　狄尔泰—历史主义的诠释学

第三节　存在哲学的诠释理论
第四节　加达默的诠释理论
一、精神科学的方法论问题
二、判别理解的正确性问题
三、效应历史意识
四、诠释学的应用—以法律诠释学为例
第五节　贝提的诠释学与法律解释理论
一、语言学的解释
二、历史解释
三、运用技巧的解释
四、再造性的解释
五、心理效应解释
六、各种解释通用的准则
七、法律解释理论
第六节　法律诠释学的构成
第二章　诠释学与法律解释方法
第一节　观点与方法
第二节　法律解释方法的演进
第三节　诠释方法的综合应用
一、理解与适用的分合问题
二、具有实用性的各种宪法暨法律解释规则
第四节　与解释规则相关的问题
一、各种规则的关联性
二、诠释学循环的操作过程
三、解释规则的功用
第三章　宪法解释的特殊性
第一节　宪法解释规则与法律解释规则
一、主张古典解释规则
二、主张另创解释规则
第二节　解释原则与解释方法

第三节　宪法规定的特色
第四节　违宪审查与三段论法
第五节　专用於宪法解释的规则
一、以宪法解释宪法
二、政治问题不予解释的规则
三、合宪性解释
四、符合法律的宪法解释？
附录　台湾大学法律学系颜厥安教授对本书的评论
封底