

科技部補助專題研究計畫成果報告 期末報告

大法官的社會理念：婚姻與家庭、職業、大學—從制度的基本
權理解出發(第3年)

計畫類別：個別型計畫
計畫編號：MOST 103-2410-H-004-039-MY3
執行期間：105年08月01日至106年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：林佳和

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理：魏正棻
碩士班研究生-兼任助理：陳芄諭
碩士班研究生-兼任助理：林振德
碩士班研究生-兼任助理：徐榕逸
碩士班研究生-兼任助理：藍偉銓

中華民國 106 年 11 月 01 日

中文摘要：對於婚姻與家庭、職業、大學（自治）這三個憲法學上慣稱的社會制度，在諸多的解釋中，大法官仍多受限於基本權主觀法的考察方式，並未清楚交代隱身於後的「社會理念」，是以社會行動者難以完整地將此「大法官應有且事實上必然存在的社會理念」，進行與實踐上社會意識與社會關係發展之現況做對比，使得大法官的釋憲活動，既無從就「憲法規範性與社會現實」這個面向上，提供太有價值的指向，也就當然隱藏脫離社會現實、甚而產生負面之社會影響的危險。本研究透過制度性的基本權理解之基本權理論建構，作為基本權理論的進路之一，試圖找尋出大法官社會理念之軌跡，不是單純法事實研究、實踐性法社會學進路，而是「結合實證考察之規範性憲法學（基本權理論）」的研究取向，以大法官甚多著墨的三個社會制度：婚姻與家庭、職業、大學為對象，找出大法官的社會理念，開展新的研究方式，以助於未來大法官面對新興社會衝突性議題時，更能貼近社會現實發展的找出憲法規範性答案，不再流於常見的主觀基本權考察方式，有更多的客觀視野，更能有系統地關照社會變遷與社會關係

中文關鍵詞：基本權、基本權理論、基本詮釋義學體系、基本權功能、憲法訴訟、大法官、社會制度、制度保障、婚姻、家庭、職業、大學

英文摘要：In their interpretations about the 3 important social institutions, such like marriage and family, profession and not the least university including its autonomy, the great justice used to obey their traditional way of observation, the so-called subjective contents of basic rights, and did not really show us their truly social ideal. Under this circumstances, the social actors should not have the rational opportunities to make a retrospective comparison between the interpretations and the real consciousness and development of social relations in society, in which the social ideal of great justice that should and must already exist, will certainly show up. With this problem and misstep, the interpretations of the constitution from great justice are not able to offer and indicate a better and valuable direction for the dimension at normativity of constitution to social reality. So these might have the risk to make themselves away from what really happen in society, and even occur the negative influences on it. This research wants to construct the so-called institutional understanding of basic rights als a type of theory for basic rights, in order to make finding about the social ideal of great justice right theirs behind. This is an approach of so-called ?normativ constitutional theory that connected with the practical perspective, which not to be identified as a pure researching approach for legal facts or even legal sociology. The three objects for the concrete application of this researching approach are marriage and family, profession and university. The researcher would

like to find the social ideal of great justice and help them to make a better decision which is more closely nearing the social reality, when the great justice faces the conflicting topics in the future and wants to look for a normative answer from the constitution. No longer flow in the common subjective approach of basic rights, to bring more objective vision and not the least more systematic care of social change and social relations.

英文關鍵詞：basic rights, theory of basic rights, dogmatic system of basic rights, function of basic rights, constitutional jurisdiction, great justice, social institution, institutional protection, marriage, family, vocation, university

大法官的社會理念：婚姻與家庭、職業、大學

— 從制度的基本權理解出發

國立政治大學法學院

林佳和副教授

1. 憲法與現實：後憲法的大法官社會理念
2. 什麼是社會？從托克維爾著名提問出發
3. 常見方法：遁入比例原則的憲法規範性
4. 向度一：基本權主客觀法與制度性理解
5. 向度二：社會國下社會權力關係的變動
6. 向度三：社會人權思維中的回溯與承認
7. 向度四：功能系統與社會的立憲主義化
8. 後 70 年代新嘗試：基本權理論 *a lá Böckenförde & Alexy*
9. 制度的與社會國的基本權理論：概觀兩個特殊理論進路
10. 死灰復燃還是平反回復？*Ladeur* 實質與 *Lindner* 形式嘗試
11. 初步觀察：大法官的社會理念與圖像？
12. 婚姻與家庭、職業、大學：大法官之描繪

誰來維護憲法免受憲法維護者的侵害？...德國聯邦憲法法院所為，套用克勞塞維茲的話來說，就叫政治的延長，雖然用的是不同方式

*Otfried Höffe*¹

在美國，與在德國不同的是，人民才是法的來源

Bruce Arnold Ackerman, We are the People I, 1991

憲法之信譽，來自於民主手段。簡單來說，今天的法院應該也一樣

Justice Stephan Breyer

1. 憲法與現實：後憲法的大法官社會理念

法社會學者 *Thomas Raiser* 對德國聯邦憲法法院有這麼樣的觀察：基本法所意圖創設之社會與政治秩序的貫徹與成就，很大部分要感謝聯邦憲法法院，因為

¹ Höffe in Stolleis(Hrsg.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das*

他不但對基本法做出終審的決定，而且經常進行法之續造工作²。憲法法院不但本於憲法，直接對合憲與否做出裁判，更重要的，他也經常針對社會現實的變動，運用憲法規範性的內涵空間，做出評價性的決定。簡言之，某個角度來說，憲法法院不只是單純地回答「憲法是什麼？」，他也同時在參與憲法的形成，至少是時代拘束下的抽象與具體形成。弔詭的說：憲法法院，台灣的大法官，應受憲法的拘束，至於憲法內涵是什麼，由大法官說了算。面對「憲法與時間」(*Verfassung und Zeit*) 這樣的歷史縱軸，如此之弔詭其實是憲法法院的宿命，迎向不同時間的社會變遷，大法官們別無選擇，只得拿著憲法，勇敢面向挑戰，就像 *Jürgen Habermas* 的名言：面對社會急遽變動，如果憲法規範性不能提供答案，那憲法實可關門大吉矣。對於憲法而言，這當然不容易，甚至存在著致命般的障礙：如同法國大革命的重要歷史文件，1793 年的人權與市民權宣言 (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*)，其中第 28 條清楚的寫道：「國民有修正、改善與變更憲法的權利。一個世代不可強加法律予未來的世代」，它無疑的，點出人民才是形成憲法秩序的最原始、也是最重要的力量，然而，隨著時間的流逝與進行，憲法卻不斷地面對「時間」所帶來之挑戰，如同這份宣言所反面描述與暗示的，如果不去修正改善或變更憲法，則人民必須受「前人」之憲法意志的拘束，別無其他，那麼，吾人應如何面對 *Ulrich K. Preuß* 所謂成文立憲主義的最大矛盾呢³？

更進一步說：如果原先之憲法意涵，至少是制憲者主觀想像中的內容，已無法直接套用與回答新生的社會現實，但憲法規範性本身，仍有承載之能力與空間，無疑就必須透過憲法變遷來順暢的達成任務，顯然，這當然是憲法法院的核心任務⁴。*Konrad Hesse* 無疑分析得最清楚：憲法所指涉的社會現實，本身就處於不斷的變遷之中，憲法自然無所逃脫；如果憲法置若罔聞，那麼形同憲法內容的僵硬與淪為化石，久而久之就會弄假成真，而如果憲法只會一味地呼應與搭配現實，則無異將本末倒置，規範不再是現實關係的標準，而是現實關係變為規範的準繩。*Hesse* 認為，在這兩種情形，事實的力量都已凌駕法的力量，前者是時間擺脫了憲法，後者則為憲法自貶為既有權力關係的反映倒影⁵。要處理這兩者，讓憲法規範與現實能夠維持一理想的「拘束－反思－交互影響－規範效力」狀態，則當僅有修憲與憲法變遷兩種選擇，而其界限 (*Grenze*)，無疑便在作為開放性規範 (*offene Normen*) 之憲法條文上：抽象條文直接針對社會現實之具體化工作，後者既脫離不了前者的實現要件 (*Realisierungsbedingungen*)，前者亦無法擺脫與各該社會現實之直接關聯；一旦兩者呈現不可跨越的矛盾與障礙，便只能循修憲之途，只要尚有可能，原先之規範仍有承載能量與空間，則最好透過解釋，通

² Raiser, *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, 3 Aufl., Baden-Baden 1999, S. 325.

³ Vgl. dersl., *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Ffm. 1994, S. 25.

⁴ 關於憲法變遷概念介紹與分析，請參見林佳和，時間、現實與規範性：憲法變遷，月旦法學雜誌，第 218 期，2013 年 7 月，頁 28-43。

⁵ Hesse, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR 1, § 1 Rn. 22.

往憲法變遷之路⁶。在此必須特別注意一重要要素：只有來自於社會現實之改變，方有憲法變遷的餘地，別無其他，不論是知識、意識等層面者均不足之，換言之，只有憲法規範內容之變更，與社會現實之改變具有因果關係，才納入憲法變遷概念中加以理解，並不包括其他單純之規範內涵的變異，如同 *Peter Badura* 的清楚描述：「一由社會或政治變化所導致之實踐，進而改變了憲法規定之內容，而沒有明確變更憲法法律之文義者，只有這種情形，才能稱之為憲法變遷」⁷；重點在於外來的政治經濟社會、甚至文化等現實的改變。

萬不得已，雖尚未到修憲程度，但因應社會現實，憲法內容之理解必須有所更易，就是學理所稱之憲法變遷時，在此脈絡下，憲法解釋，特別是憲法訴訟制度下憲法法院的解釋，成為最核心的關鍵，*Karl Albrecht Schachtschneider* 甚至說道：憲法裁判的任務，就是和平的憲法變遷，憲法法院不能擁護與服從所謂法律規範單一內涵原則（*Prinzip der Eindeutigkeit der Rechtslage*），強使法院必須做出完全相同的解釋結果，如此將只會帶來法律發展的停滯，而違背憲法所欲維繫和平秩序的目的⁸。如同討論憲法變遷時的 *Ulrich Scheuner* 所言，憲法絕非一些僵硬規則所形成的完美體系，如果抱持這種錯誤想法，將使憲法裁判淪入僵化與危機之中⁹。憲法法院既承擔此憲法變遷之主體角色，則在此脈絡下，法院明確之憲法續造（*Fortbildung der Verfassung*），就顯然發揮著憲法變遷之功能¹⁰。

即便不談情勢顯然嚴峻得多的憲法變遷，要妥適地「抓出憲法規範性內涵」，即使是「原始的內涵」，本身就是一件容易的事。事實上，法律總擺脫不了宿命般的弔詭：它來自於社會現實，欲針對社會現實，卻又極易脫離社會現實，因為建立在特定時點上之特定基礎的法律，即便是最高法源基礎：憲法，都是一被追必須定點化、相對靜態化的事務，面對永遠在動態發展中的社會現實，法律就難以避免的展開追逐與拉扯的功夫，即便意圖透過法釋義學體系的操作，特別是所謂面對事實變遷的解釋工作，仍將不斷的面臨涵攝的困難，雖然不停的追求釋義學的與時俱進，卻又陷入從未停止的規範與現實的落差之中，最後或許只能企圖在法律規範體系之外，以自己框架內碩果僅存的「法政策」（*Rechtspolitik*）、乃至於憲法政策等工具，去尋求不與社會脫節、繼續能與社會對話的空間¹¹。*Jürgen Habermas* 的名言：「現代的法已經脫離理性的理性法（*rationales Vernunftsrecht*）的世界，從 *Karl Marx* 到 *Niklas Luhmann*，社會都不再是由法，而是法由社會

⁶ Hesse, *Verfassung und Verfassungsrecht*, § 1 Rn. 23f.

⁷ Badura, *Isensee/Kirchhof, HStR, Band VII, Heidelberg 1992*, § 160 Rn. 13.; dazu auch Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, S. 109.

⁸ Schachtschneider, *Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre*, Berlin 1994, S. 1034.

⁹ Zitiert nach Schachtschneider, *ebenda*, S. 1035.

¹⁰ 特別強調這一點的：Stern, *Das Staatsrecht*, Band I, S. 163。

¹¹ 一個蠻好的銜接嘗試，可參閱 Christoph Gusy, *Verfassungspolitik zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik*, Heidelberg 1983。

來理解¹²」，某個程度來說，憲法亦不例外：面對時間的推移，來自於社會領域的作用－正向的發展叫演變、負面的發展或可謂之挑戰，憲法要如何自處？如果單純的合憲、違憲之二元符碼，已顯然不足以呈現憲法秩序/憲法系統內的溝通所用？如果憲法像 *Niklas Luhmann* 所說的，法律系統一方面「規範上封閉」、另一方面卻又「認知上開放」(*kognitive Öffnung*)，那麼這種時間帶來的衝突應該如何處理，如果不是視而不見¹³？

當然，隨著時代的變動，憲法的規範內容不可能毫無「自我發展」，完全固守於制憲時點的僵硬理解，此之所以才會有前述「時間與憲法」之問題意識出現，亦即 *Peter Häberle* 所說的，吾人所應追求之整合式的、文化學式的憲法理解¹⁴。如果把層次拉得更高，不滿足於單純的「以憲法解釋因應社會變化即已足夠」，善用例如「憲法開放性」(如同樣最有名的 *Peter Häberle*¹⁵) 的運用意識，甚至可以、可能聯想到：在民智與社會型態都與 19 世紀立憲主義大不相同的今日，我們是否還應抱持那昔日「革命與憲法」的標準概念，將憲法視為一某個時點某一形式之革命後，所寫下的「法律化」終局文件，賦予革命的成果一個法律技術意義上的權威法源包裝，而後就抱持著像英國政治哲學家 *John Stuart Mill* 所談的「憲法是防止統治者濫用權力的工具」的標準憲法認知，去形構與建立自由主義式的憲法思維，去思考之後社會發展所帶來的憲法問題。憲法與時間，甚至可以大哉問，變成根本挑戰與重建憲法形式的開端，就如同 *Ulrich K. Preuß* 評論 1990 年代初期東歐憲法革命所說的：憲法不只是要用來創設新的制度，當時的人們為了要追求改造經濟體制，深深的體認到，社會所需要的憲法規範體制，或許不只是不應該壓制社會自主形成的力量，而是更應進一步的思索，如何協助社會的力量釋放出自己的創造性。如此的一種「國家與社會之關係」的概念，從古典自由主義的二分法，到社會主義的「混同法」，或許吾人應該努力找尋另外一種出路，就是把憲法定義為「提供社會自我形成、自我理解過程的法律理性形式」，讓社會能夠透過這樣的過程，以在維持權力的對抗關係中容許追逐權力的方式，去尋求不同的政治選擇，去實現不一樣的社會進步，而且是在憲法適當的反映社會在各該當時點的狀態之下，也就是憲法必須承認社會發展的現實－不論這個現實叫做不公平、不正義、不均衡－，憲法不偽稱中立，不否認社會差異，但也不是自許萬能，宣告自己有解決所有社會系統內部問題的能力，而是要反思與反映社會之現實，提供社會的力量對抗過程一個理性的制度條件與管道。憲法雖然

¹² Dersl., *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer*: Rudolf Wiethölter, KJ 1989, 138ff.(143).

¹³ Luhmann 經典的描述，更足以看到這樣的障礙與尷尬：他認為，法律系統僅會接收外來環境的知識，而非其規範，而即使如此之援引外來環境之知識，其實亦屬純粹的內部操作，而非資訊「移轉」的過程。是以，所謂認知上的開放，無非意味著，系統製造以外來指涉之思考而生之相應資訊，而且是清楚的與該外來環境相區隔，尤見法律系統處理外來變遷的困難；請見 *Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, S. 83, 85。

¹⁴ Häberle, *Soziale Marktwirtschaft als Dritter Weg*, ZRP 1993, 384.

¹⁵ Häberle, ZRP 1993, 383ff.(387f.); dersl., *Zeit und Verfassung*, in: dersl., *Die Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin 1978, S. 59f.

透過法律的形式、法律化的過程，提供社會一個穩定的、可計算的、可重複的、可維繫的制度基礎，但是重點卻應該在於：憲法也同時釋放了「追求不斷變更與改造的動力」，讓社會得以在憲法作為理性基礎的「形構狀態」(*Verfaßtheit*)¹⁶，去自由的尋求自己不同的生存形式。也就是說：一個符合新時代需求的憲法理解與憲法形式，應該是並重安定性與社會的自我變更能力與可能性，而貫穿的主軸則是「追求社會進步的持續性」(*Kontinuirlichkeit des Fortschritts*)¹⁷。

如果這樣的啟發，對於我們面對憲法與時間之聯繫與落差的難題，能具有某種意義的話，那毋寧是：或許應思索應拋棄過去那種「經由憲法、經由一個帶有實質政治目標與特定社會想像的法律文件」，在未來的各生活領域中，去實踐特定社會「應然」狀態的憲法要求，而是改弦易轍，賦予憲法一個新的核心任務：務必讓社會擁有自我調控、自我學習、自我形成的能力與能量，讓它能夠自己處理不同時代、不同形式與強度的變遷，繼續的追求社會的進步，同時能夠透過社會力量的自主形成、自我的促成這樣的進步實現¹⁸。相應於不斷變動的政治經濟社會秩序，想要維繫憲法規範性基礎的價值與作用，就顯然不能只滿足於 *Erhard Denninger* 所說的「基於自由與民主實然與應然之多元性本質，應以當代開放性之政治競爭來理解公益」，來建構憲法的開放性¹⁹。這樣的描述並非錯誤，而是不完整。如同 *Konrad Hesse* 在他著名的佛萊堡大學教授就職演說中所提及的：假如我們不相信，或不贊同 *Ferdinand Lassalle* 或 *Walter Jellinek* 所說的「法規範永遠在事實上無能去宰制國家的權力分配，因此憲法的規範性將永遠偏離政治現實」，而是承認，法律上之憲法，與政治社會之現實間，應該具有相互限制之可能性，那麼憲法在描述現存之政治社會權力關係之外，就必須具有某些規範性的力量，也就是在實然之外，樹立某些應達成的規範性應然，如此憲法方有其意義²⁰。或許我們不必想到太偉大的、例如 *Norbert Reich* 所說之「應發展結合法律與政治觀點之另類憲法理論」²¹，務實一點的勇敢面對憲法可能「跟不上時代」的指控，雖然「時代」為何必須先澄清，然而，「憲法是什麼」畢竟也不會如想像中的容易與簡單，憲法規範性的拘束力道雖然可畏，但卻也阻止不了不斷呈現的偏離與矛盾。德國社會民主黨創黨人 *August Bebel* 說：人類社會唯一不變的事物，就是人類事物永遠在變；在修憲與制憲前，憲法不會變，又該如何面對社會之變遷呢？

¹⁶ Revolution, Fortschritt und Verfassung, S. 99; dazu auch Grimm, Die Zukunft der Verfassung, in: Preuß(Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, Ffm. 1994, S. 279; Frankenberg, Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Ffm. 2003, S. 13ff., 209ff.。

¹⁷ Preuß, Fortschritt und Verfassung, S. 11f., 27f.

¹⁸ Ladeur, Postmoderne Verfassungstheorie, in: Preuß(Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, S. 304ff.

¹⁹ Denninger, Der Schutz der Verfassung, in: Benda/Maihofer/Vogel(Hrsg.), HBVerfR, Bd. 2, Berlin 1984, S. 1326.

²⁰ Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959, S. 3 ff.

²¹ Reich, Markt und Recht, Neuwied und Darmstadt 1977, S. 66, 73ff., 118ff.

憲法的特徵，既然就在於規範性與現實的游移與微妙交互關係之間，本身就是反思自我指涉的法²²，那麼在具體的問題關聯上，試圖對之提供回答，關鍵顯然在於釋憲者。是以在前述的基礎認識下，這篇文章想聚焦於憲法法院，也就是台灣大法官們的社會理念（*Sozialideal, Soziales Ideal*）²³。作者的命題是：在憲法制定之後，所有憲法所欲適用之事實，都誕生與來自其制定後的時間流逝之中，這些憲法事實的產生與流動，只要走到必須尋求一體制內終局性的決定，務須通往一社會成員無法再循體制內途徑加以挑戰的階段，如同哈特（*H. L. A. Hart*）所說的：「終審法院對法律是什麼，有最後的決定權，一旦作出表示，任何指摘法院錯誤之說法，在體制內皆不能產生作用，因為沒有任何人之權利或義務因而有所變動」²⁴。在此時刻，面對社會的新興或沈澱已久之問題，與其說考驗著憲法規範性的承載力量，究其實情，毋寧道挑戰的是大法官們的社會理念。搭配憲法的抽象條文，看似內容開放無比的基本決定（或說形成憲法的基本決定²⁵）與憲法原則，面對層出不窮的新興問題與案件，日益分疏的社會各次級功能系統，成幾何演算態勢發展的人際交往關係，當社會意圖像憲法法院索求憲法規範性的「拘束力指向」，其實，大法官們是處於一「自我發現」、「自我理解」、「自我指涉」，而非「單純尋覓」、「簡單適用」、「運用解釋」的工作與心理狀態，老實說，憲法規範的引用與套路，毋寧只是大法官們社會理念的工具性外在呈現而已。

從另一角度言之，找出大法官們的社會理念，無疑就是找出 *Josef Esser* 所稱之法官們的前理解。在他 1970 年的名著《前理解與找法中的方法選擇》（*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*）中，*Esser* 之觀察聚焦於法院，提出如下的分析：「法學的任務在於，觀察我們的群體生活（社會現實），並從中理解它的關聯、規律與秩序任務」、「作為理解的法律社會學（*verstehende Rechtssoziologie*），重點不在描寫現象，而在專注於其中推動與導引之力量，也就是所謂的理念」。在 *Esser* 的眼中，法感（*Rechtsgefühl*）也通常會一起導引著法官的決定行為，但它與前理解不同：法感是法官法律上行為與判斷的動力，但是法感本身並非客觀標準，法感的決定要素，不在於人類本質的結構中，而在於精神層級（*in der Schicht des Geistes*）之中，它伴隨著社會存在而生，受社會化與文化薰陶之影響。赤裸的法感事實上仍屬引導法官作成決定之非

²² Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Tübingen 2010, S. 13, 15.

²³ 探索法院之社會理念，早在威瑪時代之「批判法學」（*Kritische Rechtswissenschaft*），例如知名的 Franz Neumann、Otto Kahn-Freund 等，就有許多的努力與嘗試，其等試圖以個別判決出發，希望找出法院背後的貫穿理念主軸，饒富趣味；相關討論請見 Däubler, *Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts*, Frankfurt a.M./Köln 1975, S. 11f.。

²⁴ 轉引自 Brennan，為不同意見書辯護，法治斌譯，憲政時代第 12 卷第 4 期，頁 40。

²⁵ 所謂 *verfassungsgestaltende Grundentscheidungen*。聯邦憲法法院在 1970 年著名的監聽判決（*Abhörungsurteil*）中，即使用「基本法的基本決定」之概念，認為基本法基於公益及更高法益的保障，對於基本權設定其應有之界限，換言之：憲法作了一「基本決定」；在宣告德國共產黨違憲一案中，法院亦表示，基本法已作了防衛性民主的基本決定，關於這兩則判決，請參見 BVerfGE 30, 1(20); 5, 85(139)。

理性要素，但前理解則不然，它不是制式的判決理由構成，而是一種間接的、專業訓練下理解條件的一部分。在如此之認識下，*Esser* 認為前理解會包含職業上社會化對於法官養成之影響，意即關於法官「自我議題化與公開選擇法政策上不同選項」之能力的養成，也就是 *Esser* 提出的著名觀察：法官的判決實務，不是來自於找法上的制式方法，而只是利用這些方法，包裝與建構依自己之法律與專業理解上，最合適的那個決定²⁶。*Esser* 所謂的法官之前理解，無可避免、必然存在的前理解，說穿了，就是本文所說的社會理念與圖像。

當然，面對如此般不可迴避的任務，大法官未必皆能順暢而毫無爭議的遂其職責，是否踰矩、有無不當的超越，也並非沒有負面評價出現。例如觀察德國聯邦憲法法院之裁判實務，*Ingeborg Maus* 便直言，透過憲法法院的演出，衍生的是當代民主的重大危機是：「只有透過民主程序所制定之法、方具有正當性」的基本假設，已嚴重地被推翻，取而代之的是「法院掌控法發展的主導權」，當代法院之自我認識，已經不再是作為民主意見與意志形成程序結果的執行機關，而是跳過民主程序，直接實踐「前共識所定」、也就是早在民主共識形成前便已存在之憲法內容。憲法法院與其他審級法院，藉由所宣稱「對於毫無疑問已存在之憲法內容」的「自主性解釋」，取代民主的意志形成，運用「專業官僚權限」（*expertokratische Kompetenz*），冷眼旁觀的詮釋努力，做出最終具有拘束力之決定²⁷。依循 *Carl Schmitt* 「威瑪憲法基本權篇與國家組織篇命定之矛盾，是以必須做出基本權清單獨大、壓制國家組織法程序規範」的相同路徑²⁸，戰後德國的公法學界與憲法法院，無疑是以「基本權問題上之積極主義」（*Aktivismus in Grundrechtsfragen*）為其特徵，忽視民主法治國程序面向之組織法，結果便是將基本權獨立化之典型父權式國家象徵，故意掠過民主法治國之需求探索，改讓由上而下的、由專業專家官僚所推出之『已決定的法』，直接作為憲法之內容²⁹。夠怵目驚心的了，不論社會行動者喜不喜歡，也不管各自的正負面評價為何，憲法法院之大法官們，總是刻意或不經意地，藉由實際問題爭議，透過憲法抽象條文或根本找不到條文，述說著他們的社會理念，他們眼中對於社會現實之評斷；所有看似「憲法已決定之前憲法內容」，某個程度而言，也所有都是「後憲法之載入的憲法內容」，而載入者，正是憲法法院的大法官們。

2. 什麼是社會？從托克維爾著名提問出發

既然大法官們的社會理念如此重要，那麼，究竟要探索的是什麼「社會」（*Gesellschaft, Gesellschaftliches, Soziales, Sozietät*）呢？把視野拉開，如果套用

²⁶ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Ffm. 1970, passim.

²⁷ Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Ffm. 2011, S. 27.

²⁸ Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932, Neudruck, 7 Aufl., Berlin 2005, S. 299ff.

²⁹ Maus, a.a.O., S. 218f.

功能系統理論的說法，廣義的社會可以包括諸如政治、經濟、法律、「社會」、文化、家庭等各社會次系統，包羅當然就萬象。本文選擇的觀察範圍，就從托克維爾的著名提問出發吧：法國政治思想家托克維爾（*Alexis de Tocqueville*）到美國一遊，驚嘆新大陸處處蓬勃、展現舊歐洲大陸所沒有的活力景象之餘，不禁要問：幾近初生的北美移民社會，其實混亂不堪，使其不致淪落的社會整合如何可能？為何社會沒有崩解，不是霍布斯（*Thomas Hobbes*）筆下的 *bellum omnium contra omnes* — 人吃人的世界³⁰？

法國哲人盧梭（*Jean Jacques Rousseau*）在 1762 年的社會契約論中說道：「發明一種組織的形式，藉由它所蘊含的整體共同力量，足以捍衛與保護每個成員的人身與財產，同時，透過這樣的組織，每位成員都能自我發展、不屈從於任何人，像以前一樣的自由自在。這正是最核心的問題，而它的答案就叫作社會契約」，說的正是托克維爾感到興趣的社會整合之謎，當然，同樣本於「契約」之名、強調 *vollenti non fit iniuria* — 個人同意之事、無不正義可言的霍布斯，所描繪如幫派治國般之「如果某人因為恐懼，害怕船會沉沒，擔心落入幽暗的大海，因而以充分的意志，決定放棄自己想做的事，那麼，這當然是自由...如果我跟敵人講好，我付他保護費，幫他做牛做馬，只要他答應不傷害我，那麼必須說，這樣的約定當然有遵守的義務」，雖然同樣指向「社會整合」，但已儼然不同層次。霍布斯的 *Leviathan*，得到像 *Carl Schmitt*、*Rudolf Smend*³¹ 等相同意涵指涉的搖旗吶喊，但那不是本文所欲著墨的；作者希望探索的，是大法官如何透過憲法規範性之操作與運用，形塑什麼樣之「憲法所整合、至少嘗試去整合下的社會性」？具體指涉上比較接近盧梭的社會契約論，而非霍布斯或甚至黑格爾的國家本體論（*Staatstheorie*），這也就是 *Christoph Möllers* 所觀察之所謂「國家概念的退卻、憲法概念的穿透」³²。

在當代談如此之問題，毋寧更具其意義：從工業資本主義發展以來，不論它的政治形式是共和、是帝制，是民主、獨裁或威權，在解釋「政治與統治的正當性」的問題脈絡上，「社會契約」都幾乎是不同歷史階段中，政治哲學的討論中所必然出現的答案。社會的成員必然要找到一個符合當代需求的政治形式及內容，

³⁰ *Journey to America (1831–1832) – Alexis de Tocqueville's travel diary of his visit to America*; translated into English by George Lawrence, edited by J. P. Mayer, Yale University Press, 1960; based on vol. V, 1 of the *Œuvres Complètes* of Tocqueville.

³¹ 成名於威瑪時代的新黑格爾學派公法學者 *Smend*，提出反對自由主義價值相對理論的所謂「整合理論」（*Integrationslehre*），認為議會原則的自由主義式國家，並非一實際的國家形式，亦即不應單以國民之參與公共意志的形成程序（「議會主義」），作為國家的唯一內涵，因此，國家不應僅是權力分配及執行之機器，而是一現實精神生活的意識主體（*Sinneinheit realen geistigen Lebens*），因此國家必須強調某種價值，民主也必須立基於國民群體中一致的實質價值；在 1927 年的德國公法學者年會上，*Smend* 便指出「自由基本權之社會及團體形成功能」，便是其所謂的「實質價值」。關於 *Smend* 之論述基本權與國家性內涵，其批評請參見 *Sontheimer, Antidemokratische Denken in der Weimarer Republik*, München 1962, S. 99f.。

³² *Möllers, Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Ffm. 2008, S. 53f.

用來解決正當性的危機，提供新的正當性基礎，使得資本的積累能夠順暢，社會的和平能夠維繫，而政治、社會、經濟、文化等的力量鬥爭關係能夠被整合、被控制而內化在體制的框架下。不論 18 世紀的資產階級民主、財產權的保障加上人身的自由，或是二次世界大戰後現代社會福利國家的「階級妥協」（*Klassenkompromiß*）中的所謂黃金三角 - 政治民主、經濟自由、社會保障，或許實質內容不盡相同，但是「社會契約」都無疑的扮演著描繪各當代政治形式概念的功能：擬制私法的契約概念，除了依循自由主義傳統的思維模式之外，更重要的一點，或許不是天真的誤植「對等、協商、自決、正義」的契約當事人假象，而是藉著它來彰顯「妥協、自願接受的宰制、社會衝突的停戰線」等真實的力的關係之內涵。就此而言，諾貝爾經濟學獎得主 *James M. Buchanan*，以所謂「公共或集體之消費財及勞務給付的交換」，來建構「憲法契約」的想法，其實有所偏失³³。號稱經濟全球化時代的今天，種種的亂象與問題，不論是國家主權的腐蝕、貧富差距的擴大、社會不平等的激化、個人化發展與群體團結文化的衝突，換言之，所有舊時代的共識、制度結構、文化霸權模式、正當性權源與基礎，都面臨解構、推翻、挑戰與威脅。舊時代消逝，新時代已降，而我們卻仍然沒有找到符合新時代需求的「社會契約」，企圖重新找到那一個使「黃金三角」能夠復甦重生的答案，不論對它的解釋是階級停火線、宰制條件，還是社會的政治認知共識、統治的正當性。順應著社會問題的惡化，政治功能與作用的困局，知識上的反思（*Reflexion*），就是許多人所提出的所謂社會契約的危機，或是表達追求一「新社會契約」（*ein neuer Gesellschaftsvertrag*）的急切。

為什麼要討論新社會契約呢？問題意識是什麼呢？我們幾乎可以這麼說：直至 1989 年，許多研究先進資本主義國家發展的看法都認為，先進工業社會歷經了一名為「舊社會契約」的年代：在重要的社會利益團體間相對的共識基礎上（階級妥協），在經濟繁榮成長與社會國、福利國的調控間，一個國民國家的社會得到相容與平衡，經濟的發展不但蓬勃，政治自由民主的發達程度不但急速，即便如昔日伴隨著工業社會而揮之不去的失業及貧窮問題，也藉著社會國社會安全體制的建立，得到相當的紓解，這是一個號稱「繁榮、成長與安全」的時代。當然，社會的對立與衝突並非完全的消失，亦非在利益及意識的層次上通通枉稱為已獲完全的解決³⁴，實際的狀態毋寧是：社會的對立與衝突被體制化，被內化，或甚至可以說：被法律化（*Verrechtlichung*）³⁵，它們必須在資本主義的體制內進行，而非任意的挑戰體制的正當性及存續。而一個動態的過程是：隨著各該時點各行動者利益狀態的不同，在經濟、政治、立法與輿論之間，這樣的社會契約都要不

³³ Dersl., *Die Grenzen der Freiheit. Zwischen Anarchie und Leviathan*, Tübingen, 1984, S. 28.

³⁴ 英國第三條路理論大師 Anthony Giddens 的經典著作「進步社會的階級結構」（*Die Klassenstruktur fortgeschrittener Gesellschaft* Ffm. 1984），就是典型的以「階級及階級概念的變動」為例，反駁有關「階級問題已獲解決」的主張。

³⁵ 這個角度的討論可參見 Kübler(Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Ffm. 1985; Blanke, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, KJ 1988, S. 191ff.。

斷的被更新，進而作為解決衝突與進行協商的基礎，得到暫時的妥協，使得資本主義社會的民主體制得到正當性、穩定性與人民的接受³⁶。這當然必須取決於某些條件，例如 Hengsbach 就認為，一個得以順暢運行、被社會成員所普遍接受的社會契約，必須成員間存在著共同的價值觀及基本規範，使得社會的勞動及生活形式，至少在無被推翻之虞的情形下，能夠存續下去³⁷。

然而，這樣一個在經濟起飛時代形成的社會契約，自 70、80 年代開始，漸次的遭到挑戰與質疑。1994 年的美國，是一個在政治界及知識界，依循或省思新自由主義的政治及學術影響的脈絡，針對國內所產生之嚴重社會問題，探討所謂新社會契約的重要一年。在 T. Collingworth 等學者的登高一呼下，展開名為「全球新政」(Global New Deal) 的討論。他們以為，基於失業及社會分裂的惡化，美國需要一個新的政治路線，一個與傳統自由貿易哲學決裂的新思維。政治必須進行干預，必須將全球資本主義競爭及其負面影響有所掌握與控制，政治必須創造更多的需求，以振興疲軟已久的成長，政治必須保障人民的最低生活需求，以避免工資與生活水準的繼續下滑惡化。Collingworth 等人繼續主張，透過 20 世紀末的一些國際約定（不論是來自 WTO 或 ILO），就如同 30 年代時的新政一般，必須藉由這樣的政治形式與努力，創造出新的社會政策與經濟政策的共識³⁸。姑不論其核心的主張及具體做法的問題，「全球新政」的呼籲，其實正是對於舊社會契約以及自由主義之政治路線的不信任投票，面對當前的困局，美國及世界都需要一個新的答案。當然，至少在美國國內，隨著總統大選的逼近，「社會契約」的口號又得到一個與「全球新政」內涵不盡相同的熱潮。「Contract with America」- 與美國訂定契約 -，這是 1994 年美國總統大選的共和黨口號，而它的實際訴求呢？與「全球新政」的著眼全球角度不同的是，共和黨眼中的「新社會契約」，完全是一種「如何質變美國社會」、「如何繼續新自由主義式的政治路線」，例如：更激進的去國家化、去中心化、削減社會福利。所謂的「政府應該還給美國人民」，限制國會議員的任期，憲法中明定聯邦政府的預算平衡義務，對抗犯罪，對有子女之家庭進行減稅，增加軍備，養老金之利息免稅，主張去管制化與法律的改革，強調宗教、愛國主義、白人的道德文化，社會達爾文主義式的處理窮人問題(例如針對美國的所謂新下層階級 *new underclass*³⁹)。整理起來，美國右派有關新社會契約的核心主張，毋寧是去國家化與去管制化，個人主義取代集體主義，自我負責取代國家的照顧及救濟，市場的自由絕對與至上⁴⁰。

³⁶ Deppe, Fin de Siècle. Am Übergang ins 21. Jahrhundert, Köln 1997, S. 63f.

³⁷ Siehe Hengsbach, Ein neuer Gesellschaftsvertrag in den Zeiten der Globalisierung, JB Arbeit und Technik 1997, S. 182f.

³⁸ T. Collingworth u.a., Time for a Global New Deal, in: Foreign Affairs, Vol. 73, No. 1, January/February, S. 8-13 (12, 13).

³⁹ 例如以 Workfare 取代 Welfare 的做法，詳細的討論可參閱 Hanesch, Arbeit statt Sozialhilfe nach US-Vorbild? Zur aktuellen Sozialhilfereform-Diskussion, KJ 2001, S. 384ff.。

⁴⁰ Vgl. Deppe, a.a.O., S. 88f.

在歐陸，80 年代以來知識界有關「社會危機」的討論中，亦不斷的出現對於新的政治形式，乃至新的社會契約的期盼與討論。如著名的德國社會學家 *Burkart Lutz* 便認為，一個新的持續性的經濟繁榮，只有在建立一新的社會契約的條件下，才可能實現，因為舊的社會契約，舊的政治形式，已證明無法處理當代的社會危機。而此新的社會契約，目的就是確立一新的政治性、制度性的基礎。然而，何謂新的社會契約之實質內容，*Lutz* 並沒有太多的說明，他承認：對於太多的問題，我們其實不存在足夠的答案，惟一可以確定的，政治行政體系必須要大幅度的改革，而昔日我們以為彼此獨立而不相干的政治與經濟，今天必須尋求新的互相貫穿與整合的形式⁴¹。德國左派進路之馬爾堡學派 (*Marburger Schule*) 的 *Frank Deppe* 則認為，所謂舊社會契約的危機，一方面是現代民主體系的正當性遭到腐蝕，另一則是隨著經濟的全球化，全球並未形成一新的完整的管制方式，亦即在社會衝突的場域中，所有的社會行動者都在競逐一個新的霸權之管制，換句話說，在政治與經濟之間，國家與市場之間，積累與管制之間，不同的社會勢力，其實都在努力尋求一新的關係，建立一個對自己有利的制度條件及環境⁴²。*Deppe* 進一步分析到：新的社會契約之討論，其實正是處理「歷史的模式變遷 (*Paradigmenwechsel*)、危機的觀察、改變的意識」三者之間的衝突問題，也就是「企圖重建社會之制度上、政治上或道德上的問題」，以也就是說，追求一新的政治形式（「新社會契約」），不只是處理單純的所得分配的比例問題而已，而是如何在制度上與政治上，重建社會的整合、運行及分配的機制，換句話說，新社會契約所代表的，正是一場「沒有革命的革命」(*Revolution ohne Revolution*)，一場社會勢力爭奪新霸權的過程⁴³。

面對如此之歷史變局，從舊社會契約的形成、作用，走到危機、崩解，乃至於新社會契約、新社會整合模式的找尋，個人深信，憲法法院的大法官們，台灣也不例外，必然以某種形式與姿態扮演其角色，這也正是作者所欲按圖索驥之「大法官社會理念與圖像」的所在。由於本文也希望同時進行憲法、特別是基本權釋義學之論述，緊密連結這部份的探討，所以選擇如下的書寫方式：以學理上基本權釋義學 (*Grundrechtsdogmatik*) 所彰顯之幾個觀察向度為經，在此不同向度的主軸上，再提出大法官不同號解釋所呈現軌跡的緯，交互考察，漸次描繪出大法官們—或許會辯解為不經意的—社會理念與圖像。本於「基本權釋義學本身就內含憲法規範性其中」的認知—作者採取的是類似 *Josef Franz Linder* 之相同路徑⁴⁴，個人選擇了如下的四個基本權釋義學向度：

- 向度一：基本權主客觀法與制度性理解，
- 向度二：社會國下社會權力關係的變動，

⁴¹ Der kurze Traum immerwährender Prosperität. Eine Neuinterpretation der industriell-kapitalistischer Entwicklung im Europa des 20. Jahrhunderts, Ffm./NY 1984, S. 257ff.

⁴² Deppe, a.a.O., S. 64ff.

⁴³ Deppe, a.a.O., S. 67f.

⁴⁴ Josef Franz Linder, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2005.

— 向度三：社會人權思維中的回溯與承認，
 — 向度四：功能系統與社會的立憲主義化，
 亦即基本權主客觀法爭論（向度一）、社會國原則之連結至基本權（向度二）、社會人權加上平等權之各說各話（向度三）、功能系統論主張之是否回歸個別自由權（向度四），常見之四個「憲法社會理念與圖像」相關的角度，順藤摸瓜地殊途同歸，進行即使模糊般的描繪，便是本文選擇的以下論述方式。這當然毫無完整性可言，方家或許難以想像或認同，不論如何，希望如此之選擇即便有誤有偏差，仍能有助於理解憲法法院，理解我們的大法官，乃至於理解隱含於抽象條文之後的憲法規範性。

3. 常見方法：遁入比例原則的憲法規範性

在進入四個不同的向度之前，讓我們先觀察一常見的憲法釋義學方法運用，以吾人之見，一個有礙真正規範性認識過程的方法。當吾人碰到對於基本權之干預，是否涉及違憲，或是處理基本權衝突時，必須在憲法上回答一「孰者優先」的提問，並進而處理諸如某種國家干預結果是否符合該回答之疑慮時，從釋義學體系出發，公法學界經常運用一種檢驗模式（*Schema*）—包括保護範圍、干預、基本權界限（合理化）在內的所謂基本權審查的三階（*Trias*）⁴⁵，來做技術性的處理。一個常見的標準模式如下表：

表 1：基本權干預檢驗模式

階段	主題	內容		
1	保護範圍	人的保護範圍（基本權保護主體）		
		物的保護範圍（基本權保護客體）		
2	干預	對於基本權直接且現時的干預		
3	合理化 （基本權 的界限）	法律保留	形式上的法律保留（權限）	
			實質上的法律保留	基本權的客觀法內容
		利益衡量		基本權位階秩序
			比例原則	

在如此的基本權檢驗模式中，一個少為人所注意、在本文的脈絡下卻特別重要的步驟是：基本權位階秩序（*Rangordnung von Grundrechten*）；它的指涉可能有兩種類型：其一，形式上、規範上，甚或解釋上，存在「某一基本權較高於

⁴⁵ Holoubek, Der Grundrechtseingriff – Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel, in: Merten/Papier(Hrsg.), Grundfragen der Grundrechtsdogmatik, Heidelberg 2007, S. 18.

其他基本權」之規範性描述，常見的舉例是德國基本法第 9 條第 3 項的文字：「任何人與任何職業，為維護與促進其勞動與經濟條件之結社權，均受保障。限制或試圖妨礙此權利之約定，無效，為此採取之措施，違法。對於第 1 句所稱之結社，為維護與促進其勞動與經濟條件所為之爭議行為，不得採取第 12a 條、第 35 條第 2 項與第 3 項、第 87a 條第 4 項、第 91 條之措施」。在其第 1 句的文字中，明確將此同盟自由 (*Koalitionsfreiheit*) 之位階，置於契約自由之上，不再需要踏入基本權衝突領域中去處理；在第 2 句中，則進一步明示同盟所採取之爭議手段，不得以其他基本法所規範之手段，包括本於國防、緊急救難、危急國家存續或自由民主基本秩序之武裝暴動等需求等，加以對抗與干預。甚而在解釋上，針對是否容許非工會會員搭便車之問題－德國勞動法學上稱之為「一般而適格之協約區別條款」(*allgemeine, qualifizierte Tariffferenzierungsklausel*)，亦有「積極同盟自由優先於消極同盟自由」之說法出現⁴⁶。這樣的基本權位階秩序，雖不能說拾遺皆是，但倒也不是鳳毛麟角。

另一類、或說間接的基本權位階秩序，在本文的脈絡下特別重要：在基本權之間，究竟有無可能存在一普遍層次的「傾向」，使之在特別場合時，能夠協助憲法適用者－例如大法官，在跳入比例原則的前一利益衡量階段，得以獲取某種清晰的規範性指向？這樣的提問，在面對基本權衝突時，最為明顯；一般基本權衝突理論所強調的解決標準及方法，無非：依據憲法的價值秩序，加上法治國的比例原則，即以此「利益衡量」(*Güterabwägung*) 的方式－亦或形式與實質上均相當程度同樣指涉的廣義比例原則與實踐的相容性－，去決定不同基本權人之衝突關係中的何一基本權優先的做法。揆諸具體之操作，實務上最具重要性者，當無非利益衡量：以 *Hans-Ulrich Gallwas* 所提出之基本權衝突時之利益衡量步驟來觀察，一個利益衡量模型為：(a) 是否存在利益衡量的必要性？包括：國家公權力是否侵害基本權所保障之利益、是否存在憲法上的干預保留；(b) 個別衡量步驟，包括：不利於基本權所保障之利益的目標合憲性、不利於基本權所保障之利益的目標實現之合憲性（重點在於比例原則）；(c) 所涉及之基本權保障利益與欲實現之目標相互間的憲法位階，包括：基本權所保障利益的憲法位階、限制基本權以實現某種目標之憲法位階等。吾人均可發現，此模型所涉及之相關步驟，事實上多為技術層次的操作問題，真正的關鍵焦點其實在於 (c) 的「實現目標」，例如常見的一些「憲法最高價值」的問題，比方人性尊嚴原則、憲法委託、社會國原則、法治國原則、自由民主的基本秩序等，換言之，問題的解答重心並非在於「形式層面的相互比較之上」，而是「某些抽象價值或原則的賦予比重」，只要賦予的比重越高，干預基本權的合憲可能性就越高，只要賦予的比重越低，則基本權主觀面向上的優位性就越可能受到重視，而此「賦予比重」本身

⁴⁶ 例如 Wolfgang Däubler，即從歷史面（特別是法西斯時代）、制憲者之想像，積極與消極同盟自由之不同「秤重」等角度，得出「積極同盟自由應優先於消極同盟自由」的結論；dazu Däubler/Hege, *Koalitionsfreiheit*, Baden-Baden 1976, Rn. 171。

無疑便是一「價值的過程」，這亦是利益衡量之操作所帶給我們的重要啟示⁴⁷。當然，*Gallwas* 列為 c 步驟的所謂「實現目標」，就形同本文前述的基本權位階秩序的呈現，兩者看似差異不小，但實則指向一「以基本權描述之憲法規範內涵的具體方向或目標」，指涉相同；換言之，在具體的基本權操作上，根本不能逃避這種「比較傾向」。

在基本權法釋義學上，談到有關基本權之限制，大致上區分為兩種不同的類型，首先是特定法規範基礎上的「限制保留」(*Begrenzungsvorbehalt*)，亦即憑藉著特定之法規範 – 例如憲法、制定法或經其授權而訂定之法規命令，在「形式」的層次上保留限制基本權行使的權能，亦即一般所稱之憲法保留、國會或法律保留等⁴⁸，類似前述檢驗模式中的形式上法律保留階段。另一則是所謂「封閉性的基本權」(*geschlossene Grundrechte*)，亦即雖然沒有明確的、形式上的法律保留或憲法保留存在，但基本權仍非絕對的權利，而是存續著所謂之「內在的基本權界限」(*immanente Grundrechtsschranken*)，進而扮演著限制基本權行使之功能⁴⁹，亦即前述模式中的界限的界限，或德國聯邦憲法法院曾短暫出現過的基本權核心領域概念，甚至可連結至基本法第 19 條第 2 項的基本權本質內容 (*Wesensgehalt*)⁵⁰。換言之，基本權內在界限所強調的是本於基本權「內部」所生之本質上或社會關聯中的界限，而非來自「外部的」，例如最明顯基於其他同樣憲法位階之法益或第三人值得保護之權利或利益所生之限制，至少在「限制來自的形式面向上」，與基本權的內在界限有明顯之區隔。基本權之內在界限的談法，在德國憲法學界中有數種不同之理論進路，以從形式或實質面探討其可能的內涵，不論是基本法第 2 條第 1 項的「第三人權利、合憲秩序或善良風俗」之作為普遍的界限保留 (*Schrankenvorbehalt*)，基本法第 18 條之「濫用禁止」作為基本權內部的行使界限，亦或聯邦行政法院透過裁判所發展之所謂「共同體條款」(*Gemeinschaftsklausel*)：「基本權之整體內涵包括，其行使不得危害共同體存續之必要法益」，亦即既使沒有成文的限制保留，只要為了保護其他同樣憲法位階上之法律價值 (*Rechtswerte*)，仍得限制基本權之行使⁵¹。不論採取的那一分析進路，吾人皆可清楚的看出，只要「來自於憲法本身」，即使是面對所謂無保留的基本權，亦均可限制該基本權的行使，而與是否存在憲法下其他位階的規

⁴⁷ Vgl. Gallwas, Grundrechte, Ffm. 1985, S. 125ff.。類似的試圖從法釋義學體系中建立利益衡量的方法者，亦見 Bernhard Schlink 的努力； dazu Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, insb. S. 192ff.。

⁴⁸ Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Berlin 1981, insb. S. 26ff.。中文文獻亦見：許宗力，法與國家權力，台北：自版，1992 年，頁 117 以下。

⁴⁹ 「內在的基本權界限」首見聯邦憲法法院對於程序上基本權的可限制性，例如 BVerfGE 3, 248, 252f.。

⁵⁰ Krebs in v. Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 Rn. 23.

⁵¹ 主張基本權第 2 條第 1 項者如：Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 I Rn. 79ff.。主張第 18 條之基本權濫用禁止者如：Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968, S. 73ff.，聯邦憲法法院之相同意旨亦見 BVerfGE 12, 4，聯邦行政法院之判決則見 BVerwGE 1, 48, 52; 1, 92, 94; 5, 153, 159。

範或制度體系者無關；如同德國聯邦憲法法院所表明的：「個別關係中不能限制的基本權，只有在因與第三人基本權衝突或基於保護其他具有憲法位階之法律價值時，方能本於憲法之一體性及憲法所保障之整體價值秩序，而得加以例外的限制之」⁵²。

在此吾人可觀察到一項憲法釋義學的基本共識⁵³：面對無明確限制保留的基本權 – 不論是沒有憲法或法律保留的形式上「絕對之基本權」，本於「第三人基本權」或「憲法之價值秩序」，基本權仍存在其內在的界限，而得限制該基本權之行使；基本權主體與第三人基本權之相互關係，無異便是基本權衝突之問題，解決之思考已如前述，而後者的所謂「憲法之價值秩序」，亦或聯邦憲法法院於「激進者裁定」(*Radikalenbeschluss*)中所說的「立法者為維護及促進社會共同生活所應承擔之普遍可期待的界限」，表徵的都是憲法本身之一體性所賦予基本權之限制，亦即試圖從整體憲法客觀面向的價值秩序出發 – 既使該價值秩序的核心仍是基本權的保障體系 – ，找尋出各該基本權的行使界限。例如通常要處理的立法行為之限制基本權合憲性的問題，不論是法釋義學體系所列舉之何一順序及步驟：憲法文義之作為司法再造的基本界限，整體基本權界限或義務體系的附帶建構，比例原則的要求等⁵⁴，運用上即可將之視為此「憲法一體性之基本權客觀面向」下的技術性操作，而形成一完整的規範適用與解釋系統。也就是說：有別於特別出現在基本權主觀面向上的比例原則，在基本權的限制、干預與合理化的工作中，特定的、某種經常以「價值」來描述的憲法規範性，顯然是處理基本權問題的關鍵，不論是在前述實質的法律保留，或是利益衡量階段下的基本權位階秩序，處理的都是同一件事：究竟在憲法規範性的普遍層次上，著眼於基本權秩序，憲法到底指向何方？適用者如何找出？當然，如同 *Reinhold Zippelius* 所舉出之基本權的評價問題，因為事實上不存在一完整的超法律之規範秩序，更毋庸說完整的實定法體系，因此不斷出現的邊緣問題，都在在挑戰著基本權適用的論證能力⁵⁵；這裡的弔詭在於：憲法並沒有具體的告訴我們什麼，但它確實「可能」抽象的指出某種方向，指引著吾人如何面對具體的問題，雖然 *Karl-Heinz Ladeur* 酸溜溜的以「國家淪為基本權行動者」相譏⁵⁶。不論如何，任何 *Zippelius* 所說的「基本權適用之論證能力」，都無法自滿或自限於比例原則，而是一不論面對基本權位階秩序、實質的法律保留，都必須迎接規範性指向的挑戰。

⁵² 請參見聯邦憲法法院著名的 *Mephisto* 判決：BVerfGE 30, 173, 191ff.，或所謂的「激進者裁定」：BVerfGE 39, 334, 367。

⁵³ *Statt vieler* siehe Schramm, Staatsrecht, Bd. II, S. 39.

⁵⁴ 典型的論證方式可見 *Neuner* 對於社會國立法行為限制基本權的檢驗；vgl. *Neuner, Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999, S. 139ff.。

⁵⁵ *Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München 1962, S. 1f.

⁵⁶ *Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen 2004, S. 10.

4. 向度一：基本權主客觀法與制度性理解

台灣大法官在基本權的相關案件中，經常－如果不是幾近全部的話－必須面臨基本權衝突的問題，換言之，不同基本權主體之主觀基本權的碰撞與對峙。雖然在某些案件中，看似僅有「國家侵害個別基本權」之單純消極地位（*Status negativus*）的處理需求，但作為背後思維之諸如公益考量等實體事由中，其實常有著「本於國家對於第三人保護義務」的貫穿，換言之，「與第三人之基本權衝突」也有著相當的重要性；在第一個向度，作者希望針對基本權主客觀面向的問題，以前，作為另一種思維模式的提出，制度性的基本權理解。

一般基本權衝突理論所強調的解決標準及方法，無非：依據基本法的價值秩序，加上法治國的比例原則，即以此「利益衡量」(*Güterabwägung*)的方式－亦或形式與實質上均相當程度同樣指涉的廣義比例原則與實踐的相容性－，去決定不同基本權人之衝突關係中的何一基本權優先的做法。揆諸具體之操作，實務上最具重要性者，當無非利益衡量：以 *Hans-Ulrich Gallwas* 所提出之基本權衝突時之利益衡量步驟來觀察，一個利益衡量模型為：(a) 是否存在利益衡量的必要性？包括：國家公權力是否侵害基本權所保障之利益、是否存在憲法上的干預保留；(b) 個別衡量步驟，包括：不利於基本權所保障之利益的目標合憲性、不利於基本權所保障之利益的目標實現之合憲性（重點在於比例原則）；(c) 所涉及之基本權保障利益與欲實現之目標相互間的憲法位階，包括：基本權所保障利益的憲法位階、限制基本權以實現某種目標之憲法位階等。吾人均可發現，此模型所涉及之相關步驟，事實上多為技術層次的操作問題，真正的關鍵焦點其實在於 (c) 的「實現目標」，例如常見的一些「憲法最高價值」的問題，比方人性尊嚴原則、憲法委託、社會國原則、法治國原則、自由民主的基本秩序等，換言之，問題的解答重心並非在於「形式層面的相互比較之上」，而是「某些抽象價值或原則的賦予比重」，只要賦予的比重越高，干預基本權的合憲可能性就越高，只要賦予的比重越低，則基本權主觀面向上的優位性就越可能受到重視，而此「賦予比重」本身無疑便是一「價值的過程」，這亦是利益衡量之操作所帶給我們的重要啟示⁵⁷。

在基本權法釋義學上，談到有關基本權之限制，大致上區分為兩種不同的類型，首先是特定法規範基礎上的「限制保留」(*Begrenzungsvorbehalt*)，亦即憑藉著特定之法規範－例如憲法、制定法或經其授權而訂定之法規命令，在「形式」的層次上保留限制基本權行使的權能，亦即一般所稱之憲法保留、國會或法

⁵⁷ Vgl. Gallwas, Grundrechte, Ffm. 1985, S. 125ff.。類似的試圖從法釋義學體系中建立利益衡量的方法者，亦見 Bernhard Schlink 的努力； dazu Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, insb. S. 192ff.。

律保留等⁵⁸；另一則是所謂「封閉性的基本權」(*geschlossene Grundrechte*)，亦即雖然沒有明確的、形式上的法律保留或憲法保留存在，但基本權仍非絕對的權利，而是存續著所謂之「內在的基本權界限」(*immanente Grundrechtsschranken*)，進而扮演著限制基本權行使之功能⁵⁹。換言之，基本權內在界限所強調的是本於基本權「內部」所生之本質上或社會關聯中的界限，而非來自「外部的」，例如最明顯基於其他同樣憲法位階之法益或第三人值得保護之權利或利益所生之限制，至少在「限制來自的形式面向上」，與基本權的內在界限有明顯之區隔。基本權之內在界限的談法，在德國憲法學界中有數種不同之理論進路，以從形式或實質面探討其可能的內涵，不論是基本法第 2 條第 1 項的「第三人權利、合憲秩序或善良風俗」之作為普遍的界限保留 (*Schrankenvorbehalt*)，基本法第 18 條之「濫用禁止」作為基本權內部的行使界限，亦或聯邦行政法院透過裁判所發展之所謂「共同體條款」(*Gemeinschaftsklausel*)：「基本權之整體內涵包括，其行使不得危害共同體存續之必要法益」，亦即既使沒有成文的限制保留，只要為了保護其他同樣憲法位階上之法律價值，仍得限制基本權之行使⁶⁰。不論採取的那一分析進路，吾人皆可清楚的看出，只要「來自於憲法本身」，既使是面對所謂無保留的基本權，亦均可限制該基本權的行使，而與是否存在憲法下其他位階的規範或制度體系者無關；如同德國聯邦憲法法院所表明的：「個別關係中不能限制的基本權，只有在因與第三人之基本權衝突或基於保護其他具有憲法位階之法律價值時，方能本於憲法之一體性及憲法所保障之整體價值秩序，而得加以例外的限制之」⁶¹。

在此吾人可觀察到一項憲法釋義學的基本共識⁶²：面對無明確限制保留的基本權 - 不論是沒有憲法或法律保留的形式上「絕對之基本權」，本於「第三人基本權」或「憲法之價值秩序」，基本權仍存在其內在的界限，而得限制該基本權之行使；基本權主體與第三人基本權之相互關係，無異便是基本權衝突之問題，而後者的所謂「憲法之價值秩序」，亦或聯邦憲法法院於「激進者裁定」(*Radikalenbeschluss*)中所說的「立法者為維護及促進社會共同生活所應承擔之普遍可期待的界限」，表徵的都是憲法本身之一體性所賦予基本權之限制，亦即試圖從整體憲法客觀面向的價值秩序出發 - 既使該價值秩序的核心仍是基本權的保障體系 - ，找尋出各該基本權的行使界限。例如通常要處理的立法行為之

⁵⁸ Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlin 1981, insb. S. 26ff.。中文文獻亦見：許宗力，*法與國家權力*，台北：自版，1992 年，頁 117 以下。

⁵⁹ 「內在的基本權界限」首見聯邦憲法法院對於程序上基本權的可限制性，例如 BVerfGE 3, 248, 252f.。

⁶⁰ 主張基本權第 2 條第 1 項者如：Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 I Rn. 79ff.。主張第 18 條之基本權濫用禁止者如：Glaeser, *Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf*, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968, S. 73ff.，聯邦憲法法院之相同意旨亦見 BVerfGE 12, 4，聯邦行政法院之判決則見 BVerwGE 1, 48, 52; 1, 92, 94; 5, 153, 159。

⁶¹ 請參見聯邦憲法法院著名的 *Mephisto* 判決：BVerfGE 30, 173, 191ff.，或所謂的「激進者裁定」：BVerfGE 39, 334, 367。

⁶² Statt vieler siehe Schramm, *Staatsrecht*, Bd. II, S. 39.

限制基本權合憲性的問題，不論是法釋義學體系所列舉之何一順序及步驟：憲法文義之作為司法續造的基本界限，整體基本權界限或義務體系的附帶建構，比例原則的要求等⁶³，運用上即可將之視為此「憲法一體性之基本權客觀面向」下的技術性操作，而形成一完整的規範適用與解釋系統。有趣的是，要解決基本權衝突，或單純地處理基本權限制、界限，無論來自內在外在，重點都在於「實現目標」、「價值秩序」，而這不正是標準的基本權客觀面向嗎？也難怪 *Bernhard Schlink* 認為，如果還要秤重與比較這麼多公私價值與利益，那根本就不是利益衡量，不足稱為衡量模式，其實不無道理⁶⁴。

其實早在 1970 年代，學界即已提出諸多對於主觀基本權的質疑與批評，就像之前基本權客觀法內容引起的爭論一樣。例如公法學者 *Ulrich K. Preuß* 就有很精準的觀察，氏認市民法社會存在一先天的弔詭：整個法秩序都傾向於以「我的主觀權利」在描述著，透過如此的主觀權利結構，主宰著社會資源利益的分配，例如 *Carl Schmitt* 的名言：基本權就是一特定的分配原則⁶⁵；個人的自由權以「權力權限」（*Machtbefugnis*）的形式，建構社會關係，然而整個法卻是在規範個人相互間的社會與生活關係，如此的描述方式無異是採取「相互排除與區隔」的方法，又相互關聯又相互排拒，結果就是將社會的生活財，轉換為「排他的、可處分的、可轉讓的主觀權利」，以便在各該脈絡下得以具體化個人的利益⁶⁶。*Preuß* 繼續分析道，這種透過主觀權利的結構而將「主體內部化」（*Internalisierung des Subjekts*）之影響，就是變成一完全以權利交易作為結構的社會，進而喪失得以發揮整合功能的社會關聯，無從實踐社會正義，因此他主張一「以人性尊嚴為核心的價值秩序」，作為政治統治的形式，決定社會資源的分配與分享，形成自己的社會正義規則⁶⁷。*Niklas Luhmann* 的系統論也在述說著同樣的問題：法的主觀化（*Subjektivierung des Rechts*），由主觀權利的理念所催生，以致使「法作為倫理道德上善的行為之規範」本質，變為「對物所得主張之規範性請求權」，成為個人參與社會的方式，結果便形成「社會納入之弔詭結構」（*paradoxe Struktur der sozialen Inklusion*）：個人成為對立於各功能系統的脫節主體，透過主觀權利的主張，個人得要求納入，但卻無法在該系統中找出該權利之理由與座落⁶⁸。*Luhmann* 進一步分析，因為權利與法的主觀化，使得法之概念不再追溯至「公平的回溯性」（*gerechte Reziprozität*），而是能力、形成力量，吾人將只聽聞「擁有請求權」、「得以主張」等名詞，權利與義務將呈現失衡，前者獨大、後者式

⁶³ 典型的論證方式可見 *Neuner* 對於社會國立法行為限制基本權的檢驗；vgl. *Neuner, Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999, S. 139ff.。

⁶⁴ *Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht*, S. 17.

⁶⁵ *Schmitt, Verfassungslehre*, 4 Aufl., Berlin 1965, S. 126.

⁶⁶ *Preuß, Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Ffm. 1979, S. 11ff., 17.

⁶⁷ *Ebenda*, S. 282, 294f.

⁶⁸ *Luhmann, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Ffm. 1981, S. 45ff.; dazu auch *Menke, Subjektive Rechte. Zur Paradox der Form*, in: *Bedorf/Röttgers(Hrsg.), Das Politische und die Politik*, Ffm. 2010, S. 167f.

微而模糊，相互的追溯關係扭曲，進而逐漸脫離人們所接受之正義理念與社會座落⁶⁹；更深沈的關鍵在於，個人的權利，雖歸屬之，但個人失去了作為權利的理由，原本應該是自主的自由，以作為主觀權利之理由，結果演變為「擁有主觀權利的自由成為之所以擁有的理由」，最壞的呈現，就是主觀權利的擁有者，不是本於自主的自由，而是植基於個人的恣意：主觀權利之權利者，淪為行使私人恣意自由之個人⁷⁰。

基本權的主觀化，使得「個人凌駕社會」，弔詭的是：雖然還是要藉由社會來處理個人；思維與善後，呈現了奇特的尷尬與落差。在此脈絡下，「制度」成為一個重新思索的切入點。有些源始可能要溯自威瑪時代：Carl Schmitt 提出所謂「制度性保障」(institutionelle Garantie)的基本權理解，來觀察此問題：Schmitt 區別制度性保障與制度保障 (Institutsgarantie)，後者是指對於某些典型的、傳統中所形成之規範整體與法律關係，亦即其作為某一「法律制度」本身的保障，例如私法上的制度，而只有在其「典型與作為核心特徵」的制度範圍之內，該制度方受憲法上的保障，而制度性保障則為不同之意涵，它是指公法上相關制度的整體，包括其所有相關之聯繫或補充性質的保障與規範，此作為「公法上的規範整體」(öffentlich-rechtliche Normenkomplexe)，表徵的是一種公法上對於特定社會生活領域的規範性理解，包含其中所有相關聯的制度、規範與個別基本權，而貫穿其中的「規範性」，本身就具有限制立法者形成行為之效果及任務⁷¹。以 Schmitt 的理論為基礎，戰後德國公法學界便發展出 Albert Bleckmann 與 Thomas Wülfing 所稱之「制度性的基本權理解」(institutionelles Grundrechtsverständnis)：亦即將基本權視之為現實上的生活關係，將基本權作為特定制度的基礎，而非反之的「制度作為基本權的基礎」。也就是說，將所有或至少相關聯的基本權，抽離出客觀面向而賦予「生活關係制度性」的意涵，在此意涵下，所有相關的基本權都是涵括其中的，是以從基本權人的角度觀之，基本權係作為主觀公權利，然而從社會之生活關係的面向視之，基本權卻又作為「制度」，亦即給予基本權一個客觀與制度面向的意義⁷²。在如此的客觀面向上，「基本權所綜合產生之規範性內涵」是相當重要而關鍵的，因為它將左右著對於個別基本權的解釋，亦包括不同基本權衝突之間的解決傾向，也當然擴及立法者形成行為的控制：如同 Bleckmann 所指出的，立法者之任務，應在於在此制度性理解的「指導」下，將

⁶⁹ Luhmann, ebenda, S. 54; Menke, ebenda, S. 170f.

⁷⁰ Luhmann, ebenda, S. 56, 60f.; Menke, ebenda, S. 172f.

⁷¹ Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 2 Aufl., Berlin 1973, S. 114ff., 214f.

⁷² Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 3 Aufl., Köln- Berlin-Bonn- München 1989, S. 226, 229; dersl., Die Entwicklung der Allgemeininteressen aus den Grundrechten der Verfassung – Zur Staatszwecklehre des Grundgesetzes und zur Interessenstruktur des Europäischen Gemeinschaftsrechts und des Völkerrecht, Saarland 1991, S. 5, 21f.; Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Berlin 1981, S. 65ff.。Schmitt 在討論其制度性保障的理論時，亦對於基本權作相當類似的解釋，亦即不將基本權完全限於主觀面向來加以理解； dazu Schmitt, a.a.O., S. 114.。

社會現實朝向符合此生活關係規範性的方向去形成，亦即使基本權在社會現實中獲得實踐，而且是在此客觀規範性指涉下的實現⁷³。如此之理解方式，相當程度的在戰後德國公法學界引起迴響，特別是在對於基本法第 19 條第 2 項之基本權本質內容保障（*Wesensgehaltsgarantie*）的解釋上，更具其重要意義：基本權在憲法保留層次上所謂不容立法者侵害的「本質內容」，顯然不能從主觀面向去找尋（例如作為防禦權的基本權），答案應在於基本權客觀面向的「生活秩序」、「生活關係」或「生活事實」之上⁷⁴。

Peter Häberle 從基本權的本質內容出發，直指如此之制度性理解。氏以為，自由權在其自主自決之外，實存有「其相關生活領域本質核心要素之傳統與法律上的形貌」（*traditionelle und rechtliche Vorprägung wesensbestimmender Elemente von Lebensbereichen*）- 基本權的功能在於鞏固與維繫此制度整體。憲法所明文保障之法益所結合起來之一體性，乃至於不同憲法法益相互間之補充關係，帶領吾人走向一「整體憲法解釋的要求」（*Gebot ganzheitlicher Verfassungsauslegung*）。*Häberle* 提出下述一些重要的主張：

- 基本權的社會功能有助於解決兩個問題：如何決定主觀權利的內在界限，以及如何決定立法者在基本權領域中應受何種實質上的拘束。基本權的自由與社會功能並不衝突：基本權的自由必須擁有其社會本質，因為它無非於社會生活中實現。做為單一體系的基本權，形成憲法整體的核心結構，與其他憲法法益將呈現相互制約的關係，因此必須在基本權與其他憲法法益之間，找出基本權應有之內容與界限，這個方法就叫做「利益衡量」；
- 利益衡量係一憲法內在之原則，有一能將基本權鉗入與聯繫至憲法價值體系之實質上普遍性（*materiale Allgemeinheit*），又符合基本權的本體價值，且符合利益衡量原則運用之方程式：基本權應處於普遍法律（*allgemeine Gesetze*）的保留之下。何謂普遍法律？基於憲法，認與相關之基本權相較為等價或更高價值之法律。利益衡量與普遍法律保留只是形式層次，必須進一步找出實質上與基本權等價或更高價值的憲法法益；
- 普遍法律的界限，就是本質上的基本權界限。普遍法律的保留，就是基本權的內在界限。也就是說，合憲的、符合本質的基本權界限，必須藉由遵循憲法客觀價值秩序所運用之利益衡量而得出，而只有「符合本質」的基本權界限，才可能是合憲的—他稱之為基本權內在界限（*immanente Grundrechtsgrenzen*）；
- 立法者相當程度參與基本權制度面向上的發展與形成，形構個別的生活領域，協助基本權得以持續的存在，建置個別社會領域中實現基本權所需要的規範整體，許多立法上的基本權限制，目的在於維繫作為制度的基本權本身（例如契約）。立法不得根本的挑戰基本權作為制度本身。基本權社會功能之內在辯證 - 基本

⁷³ Bleckmann, a.a.O., S. 229.

⁷⁴ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3 Aufl., Heidelberg 1983, S. 70f.; Klein in: v. Mangoldt/Klein, Das Bonner GG, Bd. 1, 2 Aufl., Berlin 1966, S. 84ff.; Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Ffm. 1976, S. 221ff.

權一方面賦予立法者限制基本權自己的權力，一方面又保障基本權以對抗立法者。傳統上對於法律保留之理解，只看到「立法對於基本權的干預」，未慮及「基本權與保留立法之內在價值理解可能」 - 藉由合憲的保留立法，基本權之效力其實會得到強化⁷⁵。

在這樣的制度性之基本權理解下，立法者的任務顯然在於促使社會生活的現實，得以符合此制度性、規範性的內涵，只要社會現實尚不符，則立法行為在此規範方向下便有介入與干預的義務，反之，如果社會現實已相符，在立法者便無須再加以介入，如果反而以「使社會現實更形脫離與抵觸制度性的規範內涵」，則就有違憲的危險，問題之關鍵仍然在於「規範性內涵」、「制度性的社會現實想像」之找尋上，雖然單憑制度性理解之理論本身，不易在釋義學體系的操作上得到適用者相當程度之共識，例如 *Ernst-Wolfgang Böckenförde* 就擔憂，制度性理解的推行結果，似乎極容易導向現有法律規範狀態或社會佔有利益的「不容侵犯」，而且某個程度亦可能產生過度壓抑個別之主觀基本權的不良效果，所以在現實操作上極為不利⁷⁶。但無論如何，面對主觀基本權的衝突或本於公益之限制問題，制度性的基本理解都提供一個相當有意義的參考軌跡：找尋憲法規範性對於「特定社會制度/制度性關聯」的回答，恐怕是一無可避免、同時極為必要且關鍵的工作。

以財產權為例：財產權 (*Eigentum*) 作為傳統憲法學私法之制度保障的一環，在制度性的基本權理解中，也當然別具關鍵地位：財產必須與人之自我發展、人性尊嚴相結合，維繫的不僅是群體社會生活中的自然與經濟存續，更重要的是作為人格之重要事實基礎與條件，除非有特殊之公益考量，形成特別犧牲，方得有加以完全或極大程度剝奪的合憲餘地。就此，大法官釋字第 709 號關於都市更新條例，特別指摘該條例有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織已審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，因此與正當行政程序不符而違憲等，其實著眼的，仍聚焦於利害關係人之主觀法上的基本權地位，此當然正確，但對於社會行動者更加關注的「多數決定少數」、「不參加都市更新者得因其他人之決定而被都市更新」，特別是本質上非攸關公共利益之型態，亦即該條例所帶來之實體面向上最引發爭端的部分，大法官漏未處理，殊為可惜；正當法律程序之遵守當然重要，但攸關財產權保障，尤其是與人格權相牽連之結構延續的自我發展，對於立法者之顯有偏頗之嫌的實體決定，方應屬大法官必須回應社會的，必須從「對於個人財產權所形成之共同秩序的憲法規範性內涵」出發而提供答案，這才是社會所期待大法官藉由釋憲所帶領往前走的，不論何一方向。

⁷⁵ Häberle, ebenda.

⁷⁶ Böckenförde, a.a.O., S. 221ff.; dazu auch Bleckmann, Staatsrecht II, S. 235f.

5. 向度二：社會國下社會權力關係的變動

國內對於憲法社會國原則之理論與實踐，即便在大法官的釋憲活動中，早已發展經年，有著相當的成果。傳統的社會國原則理解，依知名的社會法學者 *Hans F. Zacher* 的定義，所謂的社會國，係指「國家對於經濟上或因經濟而導致的社會關係，加以評價、保障及變更，其目標在於使個人能得享符合人性尊嚴的生存，以減少貧富之差距，排除或控制從屬的依賴關係」⁷⁷。也就是說，社會國原則的核心指涉在於「社會的」(*sozial*)，一個強調社會公平與正義的保護保障觀點⁷⁸，並由此出發而針對社會中經濟、政治、社會、乃至教育文化領域中的不對等與從屬關係，進行憲法所要求的一定「改造」。

本文想從另一角度切入，姑且稱之為社會權力關係的理解模式：在政治社會學的論述中向來認為，吾人同時面對著「結構性的社會權力關係」(*gesellschaftliche Machtverhältnisse*)，是一種社會結構形成建構之後所客觀存在於該領域內，亦即為社會行動者之社會行動的基本框架，以及所謂「結構與行動辨證影響的社會權力關係」(*gesellschaftliche Kräfteverhältnisse*)，是指在前述的結構權力關係下，基於行動者之行動的辨證式影響結構，所交互形成的另一層社會權力關係⁷⁹；不論是哪一種類型的社會權力關係，都將一定程度的反思、乃至挑戰憲法規範性內涵，例如政治、經濟、勞動、乃至於家庭與其他社會生活場域，如果透過社會霸權作用而形成某種相對穩固的發展狀態—沒有錯，法律/憲法所假設與命定的特定規範狀態，其實「應該」就是「霸權」(*Hegemonie*) 或「霸權關係的形成結果」(*Resultat hegemonialer Verhältnisse*)⁸⁰，但卻因某種緣故，呈現與既存憲法規範內容上的可能衝突，至少與原先之解讀違背，則憲法變遷之必要性便油然而生，如果透過解釋、固守於既有之憲法規範仍屬可能的話。

站在兩個面向之社會權力關係的理解上，是否可能試圖將社會國原則理解為「改變社會權力關係的媒介」，或說提供一社會行動的機會框架？*Hans-Hermann Hartwich* 提出一些嘗試。他的理論出發點是「社會國與社會現

⁷⁷ Zacher in FS Hans Peter Ipsen, S. 221f.，轉引自 Bieback, Sozialstaatsprinzip und Grundrechte, EuGRZ 1985, 658。

⁷⁸ 例如 Maihofer 便認為「公平正義作為符合人性尊嚴之生存的條件」，就是社會國原則的核心價值；siehe Maihofer, Rechtsstaat und Sozialstaat, in: W. Weyer(Hrsg.), Rechtsstaat – Sozialstaat, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1972, S. 33。

⁷⁹ Rolshausen, Macht und Herrschaft, Münster 1997, S. 102ff.

⁸⁰ 葛蘭西 (Antonio Gramsci) 以「擴大的國家」(erweiterter Staat) 來描述當代資本主義國家霸權形式，不意外的，法律亦屬其中重要指涉；siehe nur Röttger, Gramsci und die Kritik des hegemonialen Neoliberalismus. Politische Re-Konstitution des Marktes und neoliberale Erweiterung des Staates, in: Hirschfeld(Hrsg.), Gramsci Perspektiven, Hamburg 1998, S. 139, 152。

狀」；社會國原則的核心問題應在於「經濟佔有利益與社會特權的分配」，換言之，國家對於社會與經濟的發展過程所須負的責任，必須藉由社會國原則而同時掌握並控制工業社會中所既存之從屬依賴關係，然後基於某些理由 – 例如社會整合、統治的正當性、經濟發展所須之社會和平基礎等 – ，對此作一定程度的介入、干預與形成，這便是社會國的形式外觀⁸¹。*Hartwich* 以為，德國基本法在此問題關聯中，提供了兩種發展的可能性：(1) 在社會現存之經濟佔有與身分關係下，對於社會的所有次領域，皆進行社會政策的修正與均衡不同利益的干預介入；(2) 另一種選擇，則是藉由民主國家所容許的合法手段，亦即行使憲法所保障之基本權，去改變原有的佔有與身分關係，促成社會的變遷，這也就是 *Hartwich* 所說的「社會現狀的改變」(*Veränderung des gesellschaftlichen status quo*)⁸²。

在如此的理解下，*Hartwich* 嘗試建構他的社會國理論。首先，他反對將社會國原則解釋為「完全之個人自由的群體拘束」，亦即將個人視為社會與經濟宰制關係下的個體，有著無數的拘束與從屬關係束縛，然後只是在維繫與鞏固如此之結構下，去片斷或枝節的改善個人在不同社會領域中的處境，例如勞動者的社會保護⁸³。他以德國社會政策的歷史發展為例，說明在如前的基本思維的主導下，勞動者被相當程度的整合入社會體系之中，而原有之佔有與特權關係繼續維持而鞏固，是以雖然中產階級與勞動者處境與財產關係獲得相當的改善，然而財產權的利用繼續維持自由放任，除了特定的所謂核心法益之外 – 例如身體、健康、自由、道德、第三人的財產權 – ，其他便無任何之「社會拘束關係」的存在，所謂的「公益拘束」，就其核心的關鍵秩序而言，基本上是沾不上邊的，這便是當代德國社會國原則的實際面貌：改善社會弱勢者身處的環境與條件，但並未動搖整個社會的宰制與從屬關係⁸⁴。對於急切的社會改革者而言，*Hartwich* 認為，憲法的社會國原則其實提供一個特別的契機：但無疑的，基於社會國同時保障人民自由權與機會平等、追求改變社會權力關係的可能性，事實上是可以用來更進步的改造社會。*Hartwich* 批評主流公法學對於社會國原則的闡釋，認為過於侷限所謂的客觀解釋方法：社會國的內涵，就是「藉由立法行為而實現與彰顯的客觀意志、概念、目的與價值體系」，而聯邦憲法法院雖然更細緻得多，除基本的客觀解釋方法外，復加上如歷史發展角度的、體系與目的之解釋論，以所謂的「方法多元主義」來具體形成社會國之內涵，然而這仍然沒有擺脫將社會國取決於立法者意志的弊病，不論方法論上亦或抽象理論上⁸⁵；綜合來看，主流公法學的社

⁸¹ *Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln-Opladen 1970, S. 11.*

⁸² *Hartwich, ebenda, S. 12f.*

⁸³ *Hartwich, ebenda, S. 13.*

⁸⁴ *Hartwich, ebenda, S. 259f.* *Hartwich* 舉德國之營業秩序為例，探索營業領域內之營業自由與勞動者職業自由的關係，發現「個人權利的傾向」是極其清楚的，例如勞動者勞動與經濟條件的改善與保障，但是整個營業秩序中並無「社會拘束原則」的存在，也就是說，在核心領域的企業需求或經營利益上，社會國原則所標榜的「社會拘束」基本上是毫無作用空間的；siehe *Hartwich, ebenda, S. 263.*

⁸⁵ 例如在方法論的層次上，*Hartwich* 承接基本法制定當時有關憲法經濟秩序的討論，認為基本

會國理解，正是阻斷社會國原則發揮其改變社會現狀之內含契機的原因⁸⁶。以研究防衛性民主而知名的 *Martin Kutscha*，亦抱持類似的見解，認為法學上對於社會國的詮釋，多聯繫在具體之社會統治關係的結構上，並在此結構中去理解何謂「自由」：不得影響結構本身的自由權⁸⁷；是以 *Kutscha* 亦主張，利用社會國原則形式及某個程度之實質上所隱含之開放性，將之理解為「特定社會勢力進行社會形成之干預行為的依據」，對其可能形成之不同的未來社會秩序，保持開放而中立之態度，例如勞動者之援引社會國原則，主張勞工共同決定之制度，然後朝改變資本控制權力獨大、企業主宰制生產過程之結構關係的方向努力，*Kutscha* 認為，這才是憲法秩序所意圖藉由社會國原則而達成的規範性目標⁸⁸。

本文以為，主張以「改變既有之社會權力關係之機會」的觀點來解釋社會國原則，確實有其理論上的意義，即便從傳統的數個基本權理論的派別來看，其實亦不乏前例，例如自由的或社會的基本權理解，則可以影響在個別基本權之解釋或特別是不同基本權之衝突時，能夠作多偏向「私人自由行使權利的」(*in dubio pro libertate*) 或「有助於社會公平正義實現的」詮釋，是以有其獨特的意義。然而，也與不同的基本權理論進路相似的，既使主張運用社會國原則所提供之改變既有社會權力關係的機會，本質上亦同樣不會影響既定的某些主觀基本權之行使或限制範圍，它不致於產生任何「劃定」或「確定」的效果，也就是說，如此之理論進路雖有其相當意義，但因仍無法超越主觀基本權所設定之體系框架，所以事實上的影響是極其有限的。然而，往好的方向想，既然該解釋進路不致有過大的變動基本權體系之效果，不會造成整個憲法適用上的極度不穩定，因此應是體系所可以接受與容忍的，只要搭配不同的時代與現實條件，如果「改變社會權力關係」是一項重要的憲法規範性目標，或說：至少是開放的規範性所可以接受與容忍的，那麼在社會國原則與基本權之相互關係的考察時，或許便得以較為大膽的運用類似之傾向。「社會權力關係」本身不是一價值或立場中立的敘述，而是帶有清楚的「權力關係狀態的原始解讀」：因此，操作社會國原則所欲達成的，不是放任式的容讓社會行動者之自由形成，令其自由改變任何之前的權力狀態，而是站在一對於結構中居於劣勢者，提供其往對己方更為有力之方向去改變與社會對手之關係，此方為對社會國原則之正解：這裡的改變權力關係，並非等同於極端之社會個人化發展下的個人完全自主 - 這將無異於新自由主義所標榜的個人自由 - ，而是主張一脈絡清晰、強調普遍層次與特定價值取向的解釋進路：

法制憲者是採取開放的態度，容任社會不同力量的自由對抗與形成 - 當然，必須在憲法自由與民主的框架下 - 。而理論上應包含經濟秩序在內的社會國原則，就是立憲者放置於憲法規範內的切入點：中立、自由形成、開放。

⁸⁶ Hartwich, ebenda, S. 276f.

⁸⁷ *Kutscha* 舉 Roman Herzog 為例，Herzog 將社會國原則解釋為：國家應積極的繼續發展經濟，以改善經濟之存續基礎；依 *Kutscha* 之見，這便是公法學習慣將「經濟理解為社會保障的必要中介與核心」的例子，而未觀照到社會體制改革的部分；dazu *Kutscha*, Vom zeitgemäßen Sozialstaatsverständnis, KJ 1982, 387; Herzog, Allgemeine Staatslehre, Ffm. 1971, S. 394f.。

⁸⁸ *Kutscha*, Sozialstaatsverheißung, S. 131f.

由於弱勢者居於結構上之不平等關係，因此運用社會國原則，由其進行特別可能是集體性的自主形成，得以社會行動來企圖改變原先的權力關係狀態，而且是對其更為有利的狀態，則應是社會國原則之社會公平正義內涵所樂觀其成的。

如果特別聚焦於此處之「保留翻轉社會權力關係可能性之社會國理解」，大法官過去的著墨確實不多，這當然跟被動受理的案件類型有關，因此沒有像諸如德國聯邦憲法法院 1979 年所謂「1976 年共同決定法合憲」般，直接面對「賦予勞動者介入資本經營之是否有違財產權保障」的艱難挑戰⁸⁹，做出與社會權力關係有著一定關聯之重大決定。不論如何，大法官仍然在某些特定議題上，作成具相當社會意涵的解釋，發揮其影響，例如在攸關狹義政治之場域上，釋字第 499 號一段經典的描述修憲界限之文字⁹⁰，幾乎等同於類似德國基本法第 79 條第 3 項之永恆條款 (*Ewigkeitsklausel*) 的規範作用，發揮「防止民主倒退」之功能，也可以視為一種社會權力關係角度的作為。更重要的應屬釋字第 645 號解釋：站在憲法主權在民與人民有創制複決權之意旨上，肯定人民公民投票之權，雖然該則主要針對「立法院就重大政策爭議得否交付人民公民投票？是否有違憲法權力分立之基本原則？」之問題，但面對國內諸多政治勢力一向不樂見直接民主，被譏諷為鳥籠公投法之法制，乃至於組織上隸屬行政機關之公民投票審議委員會的奇特定位（「直接民主展現之意志凌駕代議民主之上、只要行政權下之審議者同意妳展現」），大法官沒有、或說沒有機會表達更根本的憲法規範性回答，同樣站在捍衛直接民主的基點上，殊為可惜。釋字第 479 號所切入之「團體名稱之選定，攸關結社存立之目的、性質、成員之認同及與其他團體之識別，屬結社自由保障之範圍」，雖直接指涉「結社自由成立與存續保障」內涵中之命名權，其實更重要的意義毋寧為一定程度打破「法制上的全國=中國之關聯性」—董翔飛、劉鐵錚、黃越欽三位大法官不同意見書之質疑正好證明此點⁹¹，就國家性背後之社會權力關係而言，實別具其重要性。

⁸⁹ 請參見 *Entscheidungen des BVerfG, Studienauswahl 1*, Tübingen 1993, S. 536ff., Däubler, *Das Arbeitsrecht 1*, 15. Aufl., Reinbek bei Hamburg 1998, S. 657ff.，至於比較完整的有關共同決定制度本質的討論，法律學方面請參見 Mayer/Reich, *Mitbestimmung contra Grundgesetz?* Darmstadt und Neuwied 1975，社會學方面請參閱 Deppe u. a., *Kritik der Mitbestimmung – Partnerschaft oder Klassenkampf?* Ffm. 1973。相關問題的中文討論亦參楊通軒，勞工參與企業經營在我國合憲性之研究，勞資關係月刊第 16 卷第 11 期，1998，頁 27-49。

⁹⁰ 解釋文二：「...惟憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。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，亦為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」。

⁹¹ 「...如臺灣法學會是否仍為全國性人民團體，或抑已變為地域性人民團體？若為前者，則「臺灣」是否意含國家名號，若為後者，則其與「臺灣省法學會」又如何識別，人民團體體系豈非更加模糊，至難有助於社會法秩序之建立與維護。釋憲者若有意認同人民團體排拒憲法所定國家名號或行政區域冠於團體名稱之上，仍屬人民結社自由之範疇，雖可凸顯吾等尊重良心自由，保障結社自由基本人權之至意，然則，未悉工業團體、商業團體、農業團體必須冠以行政區域或國家名號及基金會之上冠以財團法人等規定又將如何解釋，是違憲乎，抑或合憲乎」。

值得一提的是大法官釋字第 373 號解釋，有關 2011 年 5 月 1 日前舊工會法第 4 條「禁止各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工組織工會」的規定，雖然與聲請釋憲者之身分有關，但大法官最後僅針對禁止教育事業技工工友組織工會的部份，認已逾越必要限度而侵害從事該項職業人民憲法上保障之結社權，但卻「放過」顯然目標更大的「政府行政員工=具體指涉為公務員」以及「教育事業員工=真正指涉為教師」，未能適當考量此等隱含的重大意義，呈現比 1948 年國際勞工組織第 87 號結社自由與組織權利保護公約，更加落伍與守舊的規範狀態，與其他自由民主國家有著「實踐上超過一世紀、規範上超過至少半世紀」的嚴重落差，實屬大法官就社會權力關係脈絡下最明顯的失望與失落，雖然說，立法者終於在 2011 年改革了一半（公務員仍不得組織工會），稍稍填補我國與世界的鴻溝。如果同樣站在限縮國家權力、特別是物理暴力的角度，期待在社會權力關係之形成上具有一定意義的話，則釋字第 603 號的「不依戶籍法規定捺指紋者不發給國民身分證」，雖然看似著眼於人民主觀法內容之基本權的立場，但仍具有反映於「國家－人民關係」之重要意涵，亦值注意。

在國境管制上，兩則解嚴初始階段的解釋，釋字第 454 號之無戶籍人民申請長期居留得不准許並限期離境，釋字第 558 號解釋針對侵害國民隨時返回本國之自由（「黑名單」），從另一角度宣告台灣自由民主時代的降臨，同樣別具翻轉社會權力關係之意涵。釋字第 710 號對於經許可合法入境之大陸地區人民，在符合一定要件下得逕行強制出境、同時看似得任意暫予收容之規定，認不符憲法保障遷徙自由之意旨，與前兩者呈現有趣的相互輝映：藉由國境管制與人民遷徙、旅行、返鄉、乃至個人人身與行動自由之限制，國家輕易地得以限縮人民改變社會統治秩序的機會與可能性，這不只攸關人權，其實也與政治社會場域權力關係的鞏固與維繫有著緊密聯繫；雖然指涉的相對人主體不同－任何人、政治異議份子、大陸地區人民，甚至有著屬性上的重大差異與對立，但如此的削弱與打破國境管制背後所隱藏之權力意涵，別具重要性，大法官顯然踏出關鍵的一步。但其實還要做的事情不少：例如針對「刑法第 160 條侮辱國徽國旗罪是否違憲」、「侮辱國徽國旗是否屬於象徵性言論而受憲法保障」之問題，聲請人於窮盡救濟途徑（台北地方法院 99 年度簡上字第 33 號判決⁹²）後的聲請釋憲，大法官令人費解的程序上不受理，似乎認為欠缺憲法上權利保護之必要或欠缺憲法上之原則重要性，相較於美國聯邦最高法院早在 1989 年的 *Texas VS. Johnson* 一案中，以「燒國旗

⁹² 判決中清楚提及之：「...刑法第 160 條之立法目的係因國旗國徽均為國權之表徵，對國家不敬，有違國民之義務道德，應為全體人民所不滿，足以影響公序良俗，如有侮辱之行為，即妨及治安秩序，自為國法所不容，應處以本條之罪刑」、「被告於案發時係號召群眾在前揭地點抗議，見媒體在場採訪拍攝始為前開污辱國旗之行為，則其顯係意圖在公眾得以共見共聞之情況下，藉由將國旗放置於地並以潑灑污水及放置保利龍等對國旗輕蔑不敬之方式污辱國旗，進而斲傷我國國民對中華民國整體及對國家認同之情感，其行為已侵害本罪所欲保護國家主權與尊嚴完整性之利益，已非憲法第 11 條言論自由所保障之範圍，故其行為為自屬不法」。

屬於象徵性言論」而終結美國戰後長久以來之憲法爭議，大法官避而不談，令人費解，即便是捍衛刑法刑罰制裁之正當性也好。同樣引人關注的，無非法院兩年多前停止訴訟程序（陳雲林事件之野草莓學運案），聲請大法官解釋集會遊行法是否違憲，社會行動者多有不解大法官為何遲遲不做出決定的批評與疑惑；人民是否有侮辱國徽國旗、侮辱官署、集會遊行之自由，不但攸關人民之主觀基本權，更重要的是這些權利對於民主、乃至於後民主時代的意義，在這個全球化宰制時代的人民行動意涵，不論是英國政治學者 *Colin Crouch* 所主張的「市民不服從做為後民主時代的民主培力方式」，*Chantal Mouffe* 的「競爭型之民主模式」（*agonistisches Demokratiemodell*）⁹³，法國社會學家 *Étienne Balibar* 所說的 *Potestas in populo*：做為反對權力壟斷化之基進民主形式，所謂持續不中斷革命之政治），或是義大利思想家 *Giorgio Agamben* 所痛陳的「政治最核心之謎，不在主權，而在政府，不在上帝，而在天使，不在君主，而在部長，不在法律，而在警察，或者更準確地說：在於形成與鞏固政治的這雙頭統治機器之上」⁹⁴，在公民運動近年來於台灣遍地開花，試圖矯正多所偏差之國家公權力行為之際，進一步通往社會權力與宰制關係之鬆動與形成的契機，大法官，至少在前述侮辱國徽國旗、侮辱官署、集會遊行等議題上，確實可能、也可以帶領台灣社會往前邁進，消極以對或以拖待（立法者之）變，顯然不是最好的選擇。

6. 向度三：社會人權思維中的回溯與承認

談到社會理念，經常指涉的專業言說無疑就是所謂社會人權，或甚至說：社會正義，而在法學的領域中，通常便以平等問題的形貌出現；雖然說，在憲法學有關平等權/平等原則的意涵找尋中，政治與社會哲學的鑿斧處處可跡，但從後者結構性的聯繫至前者，至少就憲法法院的裁判實務而言，其實未必常見，或許這是一個可以多加著墨的角度。事實上，從政治哲學家 *John Rawls* 於 1971 年出版《正義論》（*Theory of Justice*），提出他著名的說法：「沒有人應該基於本人所無法影響之事物，使其過著比他人來得差的生活」之後，全世界的政治哲學界便陷入至今未息之追求《平等與正義》的狂熱與激辯，在無數的討論之中，或許只存在一基本的共識：所謂的正義，至少從 *John Rawls* 以降，應該在於為所有人創造平等的生活前景，但要如何建立此生活機會的平等，所有哲學家都有完全不同的看法；這便是政治哲學界近年來著名之「均等主義」（*Egalitarismus*）論戰的由來：從早年的所謂「要平等什麼」（*Equality-of-What?*）之爭論，不論是主張支配資源、分享基本財貨、獲取平等之享受富裕的機會、運行功能之平等的百家爭鳴，一直到當代所謂「為什麼要平等」（*Why-Equality?*）的辯論，直指問題之核心不在追求「均等」式的「同一對待」，而是意圖實現符合正義內涵的平等，

⁹³ Mouffe, *Das demokratische Paradox*, Wien 2008, S. 85ff.

⁹⁴ Agamben, *Herrschaft und Herrlichkeit. Zur theologischen Genealogie von Ökonomie und Regierung. Homo sacer*, Teil 2, Band 2, Ffm. 2010.

吾人已經深刻的感受到：一個弔詭的現象正在成形，表面上追求平等的理想不變，但哲學家們厭惡徒然造成庸俗之均等的做法，進而全面興起意在平等之「沛公」的所謂「均等主義批判」(*Egalitarismuskritik*)，說它不人道、不人性，指控它錯認正義文化的複雜性，譏諷完全之平等根本是天方夜譚，是以企圖用流行之人性尊嚴、尊重、市民權等概念來取而代⁹⁵。到頭來，沒有任何政治哲學家否定平等的重要性，捨棄它與正義之間的緊密關聯，但是，實質的平等已至少不能以追求形式上的平等來達成，思想家們的選擇經常卻是：更極度的厭惡形式上的平等⁹⁶。

或許正如德國哲學家 *Christoph Menke* 所說的，應該用政治、而非形上學之角度去理解平等；平等事實上已陷入一肯定與質疑的雙重漩渦之中，它一方面受到頌揚與稱許，「擴展平等之適用範圍」、「使未享有一定正面對待者得以享有」，儼然成為一種理想，但另一方面，平等卻同樣遭逢質疑與挑戰，「限縮平等之適用範圍」、「容許不同之社會事實存在不同之待遇」，逐漸變成一種新興的反省。*Menke* 建議道，一個可能比較妥適的理解模式或許是：不再將平等解釋為財貨或資源的平等分配，而是解為「平等的考慮所有事物」(*gleichmäßige Berücksichtigung von allen*)，思考平等與否的問題，重點不再是特質或分享，而是秤重 (*Gewichtungen*) — 衡估其重要性，不再以所審視之對象的特性，亦或共同資源之分享權利，而是以是否具有相同之份量與重要性，換言之，不是由平等的本身或內部出發，去觀察為何此一社會事實未能擁有它者之對待，而是由平等的外在與外部 (*von außen*)，去考量所審視之特質或個人，去觀察那一社會事實應當如何看待。也就是說，以平等的態度，作為考慮所觀察之個人對待正確性之規範性條件，捨棄以該個人之角度直視其本身之是否受相同對待，來決定是否符合平等之正義理想⁹⁷。公法學不是沒有類似的反省：*Günter Dürig* 提醒，或說警告：如果在操作憲法平等原則時，只是自限於所謂的循環危險 (*circulus vitiosus*)，例如將比較平等與否之工作「物化」，不是對於業已存在之事實或現實加以「宿命化」或「複製化」，所以符合平等意旨，就是同樣狂熱的誇大所謂的事物本質 (*Natur der Sache*)，直接賦予比較之事實一個同樣已經存在的規範內涵，然後倡言當然違反平等，這些顯然都極為危險，而且對企圖掌握憲法之規範意旨毫無助益⁹⁸。如果說，想要避免 *Dürig* 提出的宿命憂慮，觀照前述政治哲學發展的脈絡，關於憲法上平等原則之操作與功能，或更進一步的說：針對隱含人性尊嚴基本精神之憲法平等權、社會人權的價值秩序，吾人應該如何找尋一符合時代需求、卻又得以穩健運行的觀察模式呢？

⁹⁵ 類似的討論請參見 Krebs(Hrsg.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit. Texte der neuen Egalitarismuskritik*, Ffm. 2000, S. 7ff., 84ff.; Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit*, Ffm-NY 2006, S. 26ff.; Kersting, *Kritik der Gleichheit*, Weilerswist 2005, S. 23ff.。

⁹⁶ 例如 Kersting 所提到之對於社會福利國的批評；dersl., *Kritik der Gleichheit*, S. 59ff.。

⁹⁷ Menke, *Spiegelungen der Gleichheit. Politische Philosophie nach Adorno und Derrida*, Ffm. 2004, S. 22f., 26f.

⁹⁸ Maunz-Dürig, GG, München 2003, Rn. 314. zu Art. 3 Abs. I.

或許，在一般常見的憲法學討論面向之餘，德國學者 *Rainer Forst* 所主張之所謂跨國正義的批判理論 (*kritische Theorie transnationaler Gerechtigkeit*)，是一可以思考的捷徑⁹⁹。*Forst* 以為，以全球化所產生之諸如全球資源分配與貧富差距為例，問題之重點並非在於特定資源對於某人/團體之分配或不分配，而是在於決定該分配結果的政治經濟權力關係所形成之基本結構¹⁰⁰，當然，既然說到這裡，*Forst* 就不能逃避政治民主之問題，因此，他進一步主張，「分配正義與政治正義必須秉持相同之規範性思考」¹⁰¹，這極容易理解：如果他不承認這一點，而贊同政治正義可不相同，則自然有極大的風險必須接受諸如「政治不民主所產生之分配不均的結果」，則無疑間接肯定宰制性權力關係的正當性，那就毫無批判性可言，即便著眼於全球化政治經濟秩序。在此理論下，*Forst* 有以下四點核心主張¹⁰²：

- 吾人必須深究現存社會關係的歷史發展緣由，特別是彰顯其不平等與權力之失衡關係，做精準之分析；
- 應運用所謂回溯-普遍之合理化 (*reziprok-allgemeine Rechtfertigung*) 方法，直接檢驗並指明正義與不正義之社會關係，亦即批判那些錯誤的合理化手段，那些掩藏社會矛盾與權力關係之錯誤合理化；
- *Forst* 所提出之該回溯-普遍之合理化方法，進一步證立其必要性與可能性，簡言之，重點在於「合理化為正義的，必須是經得起回溯性檢驗，同時存在普遍性」。所謂的回溯性 (*Reziprozität*) 是指：沒有一個人能自我主張特定的權利或特權，卻同時有理由拒絕他人同樣享有，同時，各該權利的描述、論證與評價，不能單方為之。而所謂的普遍性則是說，所有可能的當事人，都擁有相同的權利，取得並要求其合理化結果。這一項 *Forst* 稱之為所謂「要求合理化之權利」(*Recht auf Rechtfertigung, Right for Justification*)，必須不但能抽象而假設的操作，同時必須在真實的具體情狀下，同樣經得起檢驗，其結果，「只有當事人能自己創造其自身基本結構的正當性，不能假求第三人」；
- 最後，在實際操作面上，*Forst* 認為應以實現合理之社會關係為目標，因為首先應創造合理化工作的實踐機會，前者之目標應屬追求最大之正義，後者之方法則為先努力實踐最小之正義。

我們可以看到，*Forst* 理論之重心，顯然在於所謂兩個層次的回溯性。首先是內容的回溯性 (*Reziprozität der Inhalte*)：對於自己所提出與主張的權利，不得阻止他人同時享有，其次則是理由的回溯性 (*Reziprozität der Gründe*)，任何

⁹⁹ Siehe Forst, Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit, in: ebenda, S. 439ff.

¹⁰⁰ Ebenda, S. 451.

¹⁰¹ Forst 如此之討論可參見有著論述上緊密關聯的 Seyla Benhabib, Gibt es ein Menschenrecht auf Demokratie? Jenseits von Interventionspolitik und Gleichgültigkeit, in: Broszies/Hahn, a.a.O., S. 404ff.。

¹⁰² Forst, Zu einer kritischen Theorie transnationaler Gerechtigkeit, S. 452f.

人不得將自己之價值觀與利益強加他人之上，即便援引所謂「更高的真理」（*höhere Wahrheiten*），亦不能施予其他無此認識與同意之人。也就是說，特定之有關容忍與自由的規範，要尋求其正當性基礎與理由，則絕對少不了所涉關係人原則上的同意，亦即所謂「正義在言談上之善」（*diskursive Tugend der Gerechtigkeit*）¹⁰³。個人以為，*Forst* 之主張應是一可資思考的方向，特別是面對當代全球化時代的抽象與具體關係：不流於諸如「世界共和國」之夢想與西方人權觀殖民所帶來之衝擊¹⁰⁴，也不能自陷於各自內國社會權力宰制關係所建立之非道德秩序，而是站在民主權利、自主決定、溝通言說的三個基點上，從分析現存權力關係出發，以辯證式的考察內國與全球之正義秩序，兼具理論與實踐之雙重暨辯證考察，頗值參酌，特別是在憲法平等權/平等原則之操作上。

另一或可參酌的人權理解點，是德國政治哲學家 *Axel Honneth* 所提出之「承認的關係」（*Anerkennungsverhältnis*）。*Honneth* 依循黑格爾法哲學之啟發而主張：只有透過直接的社會分析，才能找出社會正義的原則，亦言之，在當代的自由民主社會中，唯有藉由特定脈絡下個人自由的定位與座落，所謂「足以帶來正當性的自由承諾」（*legitimationswirksames Freiheitsversprechen*），才能進行規範性的重組工作，找尋出正確的社會正義，例如人權，其內涵與標準¹⁰⁵。*Honneth* 批評道，主流對於社會正義與人權內涵的建構，多半只是詮釋學式的不斷連結至既有之制度架構或多數接受的道德確信，但卻沒有在具體的社會實踐脈絡中，根本的去證立這些內容本身的理性或正當，是以，正義應該直指某些能夠作為社會再生產條件所需之價值或理想，而個人對此都能擁有規範上的權利主張-就像康德所說的法權要求（*Rechtsforderungen*），方屬找尋正義、乃至人權意涵的適切路徑¹⁰⁶。*Honneth* 進一步提出所謂「承認的關係」之概念：在資本主義的經濟體制中，社會的勞動（*gesellschaftliche Arbeit*），應做為社會的自由之表徵，帶來個人的自我價值，其關鍵就在於整體社會脈絡下的相互承認，亦即相互肯定彼此之尊嚴與市民自由¹⁰⁷。當然，即便連黑格爾在其所處時代，都得以清楚的看出，如果沒有正確而適切的國家調控，要不就因勞動的貧困化而滋生暴民，不然就會因生產力的提高與勞動之機械化，使得社會弱勢者長期而言喪失其受承認之價值，*Honneth* 以為，黑格爾之預言不啻於當代完全的實現¹⁰⁸。換言之，這是個勞動與社會領域中「承認的關係」受到嚴重威脅的時代，如果加上勞動市場的之分裂區隔化（*Segmentierung*），所謂社會階層轉變過程（*gesellschaftliche Umschichtungsprozesse*），將使邊緣的僱傭勞動與社會弱勢者更形邊緣化，更使

¹⁰³ Forst, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Ffm. 2007, S. 220.

¹⁰⁴ 一個蠻好的簡單討論亦可見 Habermas, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance? Politisch verfasste Weltgesellschaft vs. Weltrepublik, in: Broszies/Hahn, a.a.O., S. 373ff.。

¹⁰⁵ Honneth, Das Recht der Freiheit, Ffm. 2011, S. 9f.

¹⁰⁶ Honneth, ebenda, S. 16, 20.

¹⁰⁷ Honneth, Ebenda, S. 410f.

¹⁰⁸ Ebenda.

得此承認關係如緣木求魚¹⁰⁹。

上述社會人權意涵的找尋，沿襲 *Rainer Forst* 與 *Axel Honneth* 的進路，運用回溯(內容與理由)－普遍－要求合理化－社會關係的承認－同樣回溯的循環，應有助於更直接、更有效率地篩檢出「不符社會人權」之坐落，豐富憲法學相關工作進行所需要的規範性選項，當然特別是在有關平等權、平等原則的操作上，頗值參考。大法官在釋字第 596 號解釋中，針對勞工退休金相對於公務員者得予扣押、讓與或供擔保之差別待遇，作者曾在另一篇文章提及¹¹⁰：運用基本權釋義學體系加以觀察，「公務人員與勞工性質不同」，並不足以涵括與合理化系爭之退休勞工經濟生活的保障為何得以差別待遇，易言之，公務人員與勞工性質上縱有不同，然其退休後老年生活之保護需求並無不同，從此觀點來看，勞工有異於公務人員之身分，實無從作為符合平等原則要求之區別標準，而解釋文多數見解所採取的論述方式，亦即「以公務人員與勞工身分性質之不同，投射至退休金保障的差異」，其「特殊關聯性」是已存在的之說法，僅有含糊的處理「特殊關聯」，並未清晰的加以論證，說穿了，站在前述社會人權理解之回溯－普遍適用性與承認關係的角度，釋字第 596 號解釋同樣難有說服力，系爭法律之差別待遇既無從方向回溯地普遍適用於公務員身上，本身又隱含「整體社會關聯下不予勞工特定承認」之濃厚意涵，實無從得出合憲的結論。前面已經提到的釋字第 373 號解釋，針對勞工－教育事業/行政事業勞工－教師/公務員等不同主體之同盟自由基本權，透過回溯－普遍性運用與承認關係之觀察，皆能輕易地得出不合憲的相同看法，亦令人遺憾大法官之選擇性判讀。面對社會秩序維護法「罰娼不罰嫖」之規定，大法官運用平等原則而認定違憲（釋字第 666 號解釋），算是簡單明瞭而清晰地回答此憲法疑問，雖然沒有進一步的直接宣告「性交易合法、性工作亦享有憲法職業自由保障」等意旨，殊為可惜，因為同樣處於回溯－普遍性適用與承認關係的觀點，運用憲法規範性針對社會人權、而非泛道德秩序的內涵鋪陳與提供，應該足以支撐此等之合憲性。清代文人錢泳，曾在筆記中引述了清代中葉著名書畫家潘奕雋的兩句詩道：「人言蕩子銷金窟，我道貧民覓食鄉」，錢泳稱道這兩句詩可謂「仁者之言也」，其指涉就是看似紙醉金迷、其實常為社會底層人士的謀生之道，包括性工作者；談及社會人權，面對諸如釋字第 666 號類似之問題關聯，普遍性－回溯與承認關係這兩項政治哲學的新人權觀點，其實可以提供很好的借鏡，雖然大法官－至少在第 666 號解釋中－似乎沒有太多的聯想與觸動。

傳統上最受注意的性別差別待遇問題，所謂第一代歧視，大法官之運用顯然較為得心與應手：釋字第 452 號解釋的針對夫妻住所，釋字第 457 號之為農場場員之榮民死亡後房舍土地之繼承，僅限於兒子、不包括出嫁之女兒，均認違反憲

¹⁰⁹ Honneth, *Das Recht der Freiheit*, S. 451, 453.

¹¹⁰ 林佳和，公務員、勞工與平等原則－從釋字第 596 號解釋談起，司法院大法官九十五年度學術研討會「憲法解釋與平等權之發展」，台北國立政治大學公共行政暨企業管理教育中心，2006 年 12 月 9 日。

法平等原則而無懸念。性別差別待遇總是帶來最敏感的「歧視聯想與嫌疑」，方法論上也經常聯繫至「違法違憲推定」，再將重心放置於「合理化差別待遇之實體理由的『秤重』」，操作上雖無甚大礙，但並非其他所有歧視性指標均如同性別般的輕易，例如第二代歧視之身心障礙與年齡，理論與實務認定上均有相當之困難，在此，雖然大法官仍無較直接面對的案例（釋字第 626 號解釋的中央警察大學入學考試排除色盲者，顯為較令人遺憾之例），但仍可考量普遍性回溯適用與承認關係所提供之軌跡與線索，對憲法要求「平等秩序」，或更準確的說：實質平等秩序，能有更加紮實的規範性確信，而非陷入前述 *Günter Dürig* 所言之平等弔詭。

7. 向度四：功能系統與社會的立憲主義化

社會學系統理論大師 *Niklas Luhmann*，在其有關法律系統的經典著作《社會的法》（*Das Recht der Gesellschaft*）中，有三段很精闢的描述；*Luhmann* 說：

«...以上的分析告訴我們，自我指涉與外來指涉，必須藉著『規範上的封閉』與『認知上的開放』（*kognitive Öffnung*）來一起作用，而顯然，必須本於規範上的封閉為基礎。系統的學習可能來自於原先所未預知安排的外來偶然，特別當系統對於外來的這些影響與變動，能夠藉著現行法律的變更加以實現，或是經由規範相互解釋所形成之回溯網絡而能夠處理時»¹¹¹

«...換句話說，法律系統僅會接收外來環境的知識，而非其規範，而既使如此之援引外來環境之知識，其實亦屬純粹的內部操作，而非資訊「移轉」的過程...是以，所謂認知上的開放，無非意味著，系統製造以外來指涉之思考而生之相應資訊，而且是清楚的與該外來環境相區隔»¹¹²

«...法律系統本身是社會的器官之一，當觀念的變遷，應該以法律的形式出現時，法律系統就派上用場。法律系統的自我再製（*Autopoiesis*）不會有礙於此，只是說，如果社會進行法律變更所運用的工具，要避免本身被解構的話，那麼法律系統的自我再製總須某種方式的進行著。由法律系統之角度觀之，吾人實須找到一過濾器，使外在的意見變遷能夠從認知上被察覺為是系統內部學習的動機，而非新規範直接的命令植入»¹¹³。

Luhmann 所提出之關於法律系統的觀察 – 就僅以前所簡單略舉的三段文字為例，提醒了我們社會中法律系統的幾項結構特徵：

¹¹¹ *Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, S. 83.

¹¹² A.a.O., S. 85.

¹¹³ A.a.O., S. 95.

- 法律系統在自我與外來指涉過程中，「規範上的封閉」與「認知上的開放」是其關鍵，一方面，法律系統內存在著相對程度穩定的規範性內涵，沒有在此範圍內找到基礎，將無法在系統中順暢運行，另一方面，面對法律系統外其他社會功能系統（「環境」）所傳遞過來之訊息，法律系統在認知與觀察上是開放的，然而，如果沒有融入系統邏輯而進入自我指涉過程，這些外來訊息並不會被系統所處理，例如：不會變成新的法律規範性內容。從另一角度言之，如果還是促成法律變更，則將可能無法在法律系統內得到順暢的運行，因為法律系統沒有進行內部邏輯的搭配再製；
- 同樣的，從法律系統的自我再製與封閉性（*Geschlossenheit*）亦能得到相同的觀察：如果社會意識、特定看法與見解或甚至純粹的政治意圖發生改變，致引發「法律內容應變更」之要求，如果無法在法律系統上被察覺、被認知，同時進行自我指涉，那麼，維持著原先內容的法律系統，面對其他系統—不論是政治、文化、經濟、心理、教育等，將無法產生其規範上的拘束力，也就是說，其他系統將會呈現所謂的法律偏差行為，亦即違法，而且是符合其他系統邏輯與符碼溝通下之違法。

系統論的這套理解，在探討憲法規範性之問題時—簡言之，憲法越來越難產生管制或調控各社會功能系統的能力，越顯其重要性，例如 *Karl-Heinz Ladeur* 便大聲疾呼，認從系統論的認識出發，透過憲法基本權的保障，目標應該是去形塑所謂「社會自我組織的自身憲法」（*Eigenverfassung gesellschaftlicher Selbstorganisation*），不論在經濟或媒體領域，以作為防禦權的基本權理解出發，站在跨主觀之集體面向上（*kollektive transsubjektive Dimension*），相對於干預國的取向思維，成為一較佳的秩序模式¹¹⁴；*Ladeur* 將此稱之為「個別法秩序的立憲主義化」（*Konstitutionalisierung der einfachen Rechtsordnung*）：在進行基本權衝突之利益衡量時，運用諸如自由的基本權理論方法，回到自由主義社會的初衷，不要再誇大國家的認識能力，不應濫用保護義務之名，基本權究竟是否、以及應該如何限制，交給社會與其功能系統的自我組織與自我理性，令其自我定義何謂自由的界限，亦即 *Udo Di Fabio* 所說的「去拘束的自由」（*Freiheit zur Bindung*）¹¹⁵。

Gunther Teubner 也依循相同進路，面對全球化時代內國憲法規範性拘束力日益萎縮，同時全球場域之規範核心面臨崩解或重組之環境，倡言所謂社會的立憲主義化（*gesellschaftlicher Konstitutionalisierung*）：因為社會整體之枝節化以及各枝節的自我化發展，形成立憲政上的多元主義（*konstitutioneller Pluralismus*），特別是在全球化的當代，國家根本事實上毫無選擇，必須尊重社

¹¹⁴ Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*, Tübingen 2004, S. 16.

¹¹⁵ Ebenda, S. 44, 50.

會的自我憲法¹¹⁶；Teubner 舉例，當代的社會行動者，不但自己參與全球治理的政治形成過程，甚至經常在制度化的政治模式之外，自行創設自己的全球治理模式¹¹⁷，在內國中也不例外：特別是藉由理性選擇理論（*Rational Choice*）所說的程序之社會制度化，社會行動者經驗上利用所謂的「同僚般的共同形塑」（*collegial formation*），一種社會專業者的特殊組織形式，加上其他製造規範與審議式的機制，創設自我遵循的規範形式，同時公開地合理化它，從政治上保障它，最後是從法律上合法化它，取代原先立法者由上而下的單向管制決定¹¹⁸。不論 Ladeur 或 Teuber，述說的其實是同一件事情：處於社會功能系統分化的當代，法律規範性拘束力的削弱、調控與管制能力的消退，並非單純法律貫徹與執行，毋寧是傳統內國憲法規範形式的質量變；既然社會發展儼然如此，則要繼續維持現有之憲法規範形式，務必要一定程度重組它與社會各功能系統之關係：尊重其自身邏輯與理性，容任越來越多的社會自我管制，核許社會行動者於各該社會次系統內的建立自我治理模式，強調程序與自我管理，並進而改寫國家法規範之形式與實質，融入成為整體廣義法秩序的一部分，所以不但政治場域要立憲主義化，社會領域也需要自己的、相當程度與之不同的立憲主義工作。這並非揚棄現有的憲法規範形式，也不是將之形塑為空白的授權單薄，這其實是一複雜的過程：必須嘗試與努力的，是同時關照整體國家性的最低規範需求、再加上社會性的（包括地方、國家、區域、全球）自我規範內容，類似前述 Ulrich K. Preuß 所主張的，並重安定性與社會的自我變更能力與可能性，而貫穿的主軸則是「追求社會進步的持續性」。

那麼，憲法該做什麼調整呢？憲法又該看到如何之社會各功能系統自我立憲主義化呢？可以想見，大法官確實沒有太多機會處理如此之問題，如觀察德國憲法訴訟實務，多半之焦點係在「經濟系統」，亦即 Karl-Heinz Ladeur 之所以要藉由「自由的基本權理論之重生」，強調尊重經濟系統本身之理性，方屬正確的憲法基本權理解之謂，不論通常出現的是國家單純對經濟活動的管制，亦或國家對於經濟使用勞動力之管制－換言之，勞動保護¹¹⁹。當然，大法官不是沒有針對經濟系統做過解釋，以商業廣告作為切入點，大法官藉由釋字第 414 號、第 577 號，均重申「本於公共利益考量而對商品資訊表述或不表述自由的限制」，重心都擺在商業性言論的限制上－特別是運用美國法之低價值言論，並未直接觸及「國家公權力對經濟系統理性與自治的違憲嫌疑之干預」，系爭者無非外部、外生性行為與問題，與這裡所言之系統內部與溝通應有差異，或許應該期待以後直接指涉之案例出現。有趣的是其他系統之登上舞台：宗教是一例。在釋字第 573 號解釋

¹¹⁶ Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Ffm. 2012, S. 19f.

¹¹⁷ Ebenda, S. 24.

¹¹⁸ Ebenda, S. 69.

¹¹⁹ 這方面的憲法學討論亦請見：林佳和，社會保護、契約自由與經營權-司法對勞動契約的衡平性控制，台灣勞動法學會學報第六期：勞動法裁判選輯（五），2007年6月，頁33-112。

中，大法官本於宗教組織之自主性、內部管理機制之差異性，以及為宗教傳布目的所為財產經營之需要等，認為監督寺廟條例有關「寺廟處分或變更不動產及法物經所屬教會決議後、並須呈請該管官署許可」之規定違憲，雖未直接展現類似的視野，但其實已碰觸社會系統之自我理性關聯，值得注意。

最後，同樣在美國法所稱之低價值言論的脈絡中：所謂的猥褻出版品，涉及出版人言論自由的限制，是否有可能擺在另一問題關聯中，視之為「心理/性心理系統」之自我理性呢？如果先暫且忘記釋字第 666 號解釋所處理之「外顯之性關聯行為」？釋字第 407 號解釋中說的「兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護」，第 617 號所提醒之「惟為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障」，看似兩者間有隱然的矛盾，其實都直接間接承認一事實：個人在其受保障之私內在領域中，無涉道德，不關風化，都應當有一具體脈絡下得指涉為「性心理」的層次與內容，法秩序似應容許與該層次緊密關聯之其他行為手段，只要不「違憲地」侵害第三人之憲法法益。就此，或許這裡所提及之社會（系統）之立憲主義化，是一可以思考的向度：重點與關鍵，不在國家法的任意貫穿與侵入，而是站在各社會系統之出發點上，於維繫其系統自我理性的前提下，再考察諸如運用國家公權力（=法律）加以限制的必要性，或用公法學慣常用語來說：公益性，應更能解決規避與偏差行為之徒然傷害法律系統尊嚴的問題。

8. 後 70 年代新嘗試：基本權理論 *a lá Böckenförde & Alexy*

如此的憲法規範性指向之找尋，遠在比例原則之前與之外，曾出現過有趣的嘗試：所謂的基本權理論、或說：實質的基本權理論（*materielle Grundrechtstheorie*）。有別於形式的，強調實質的理論，戰後始自 *Horst Ehmke* 在 1961 年所提出之實質的憲法理論說，試圖解決憲法解釋的問題¹²⁰，同樣情況也當然出現在基本權之上。首先比較有系統的提出基本權理論之概念與問題者，當為 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*：在他 1974 年所發表的一篇期刊論文中，*Böckenförde* 說到，一基本權理論的功能在於：「個別基本權規定的解釋，不是只交給植基於詳細法律規範上所形成的法律技術，而是應該聯繫並存在於一國家觀、一憲法理論的整體關聯之中」，再者，「從一基本權理論去做基本權的解釋，不是各該解釋者意識型態下，理應透過正確適用法律解釋工具所得以避免的產物」¹²¹。對他而言，「基本權理論是對於基本權之一般性質、規範性目標方向、內容之範疇等，所提出之體系性導向的看法」、「無疑是對於憲法的一種特定想法，亦即直

¹²⁰ Ehmke, *Wirtschaft. Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, *VVDStRL* 20(1961), S. 71.

¹²¹ Böckenförde, *Verfassungstheorie und Verfassungsinterpretation*, *NJW* 1974, S. 1529.

接處理有關個人與社會之於國家關係的法秩序」¹²²。當然，*Böckenförde* 自承，在基本權總論中談到基本權理論，但重點是希望在個別的基本權解釋中，找出它所本之理論向度，亦即關注的是「導向特定解釋的理論觀點」，雖然說，*Böckenförde* 指出，確實常見選擇性的，只是來自於非經反思之前理解所導出的解釋觀點，事實上只是想在具體個案中，通往一「合適」的結論而已¹²³。不論如何，著眼於憲法解釋，*Böckenförde* 所提出之基本權理論，重點並非一定在於「抽象的導出特定之理論傾向」，而是作為他自己所強調之「針對解釋提供規範性指導理念的功能」(*Funktion einer normativen Leitidee für die Interpretation*)¹²⁴，然而，事實上將無可避免的直指基本權本身的功能與結構，而非單純停留於個案式的解釋方法選擇；自然，這將成為基本權理論最為人所攻擊之處。

綜觀學說與聯邦憲法法院的實務，*Böckenförde* 提出五項不同向度的基本權理論，包括：

- (1) 自由的、市民的一法治國的基本權理論：與市民的法治國理念緊密相連，防禦來自於國家的干預¹²⁵；
- (2) 制度的基本權理論：側重於特定生活領域的客觀秩序，無法避免法律的進一步形成，重點不在於自由權的限制與干預，而是該等自由權的實現與促進，帶著特定的目的，亦即實現「自由權保障之制度與客觀上的意義」¹²⁶；
- (3) 價值理論：以基本權所隱含的價值，作為基本權解釋的依據，雖然說，*Böckenförde* 說到，至今為止，並不存在一理性的對於價值與價值秩序之論證，也找不到得以決定價值與價值衡量順序之理性的、可供辨識與討論的體系¹²⁷；
- (4) 民主—功能的基本權理論：從基本權之公共與政治功能出發，強調基本權作為民主之國家秩序下自由過程的形成要素，特別指涉的是政治參與權，重視國民作為共同體與公共利益結構之成員，在此目的下，基本權作為功能化下的工具¹²⁸；
- (5) 社會國的基本權理論：對於無法擁有足以實現法律上自由權保障之社會要件的國民而言，基本權不僅是消極的、區隔的性質，同時也作為針對國家而行使社會給付權利的中介¹²⁹。

當然，如同 *Klaus Stern* 所言，基本權理論當可理解，但無法想像的，是一放諸四海皆準的單一理論，或是甚至可能存在一完整的、即便是經組合或整合的基本權理論，得以左右逢源，是如著眼於此，要談 *Böckenförde* 筆下的「某一基

¹²² Ebenda, S. 1529, 1537.

¹²³ Ebenda, S. 1530.

¹²⁴ Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 2096.

¹²⁵ Böckenförde, Verfassungstheorie und Verfassungsinterpretation, S. 1530.

¹²⁶ Ebenda, S. 1529, 1532.

¹²⁷ Ebenda, S. 1529, 1534.

¹²⁸ Ebenda, S. 1529, 1534..

¹²⁹ Ebenda, S. 1535f.

本權理論」，*Stern* 直言，吹毛求疵的說，這個命題基本上就錯誤，因為在不同的具體脈絡與個案中，基於相對有限的目標，使用相對有限的規範性工具，或許無誤，但絕不足以稱之基本權「理論」，也就是文義上可能引人誤解的「某些問題關聯與脈絡下應該採取某種傾向」¹³⁰。確實如同 *Stern* 說的這般嗎？暫且按下不表。

另一同樣提出基本權理論、或精準的說：實質的憲法/基本權理論者，當推 *Robert Alexy*，也就是他所說的：一個實質的基本權理論，作為基本權一般的規範理論，只有在原則理論的形式下，方能有可¹³¹。*Alexy* 先以 *Böckenförde* 的說法為據，認為如果基本權理論只是作為「單點理論」(*Ein-Punkt-Theorie*)，亦即 *Stern* 所質疑的「適用於所有基本權情狀之單一理論」的「基本權理論嫌疑」，則根本力有未逮，至少 *Böckenförde* 忘記還有作為程序保障的基本權存在，或許硬把「人性尊嚴」當做此處的「單點」，可能被接受—另一經常被拿出來的例子是 *Walter Schmidt* 的「處於國家統治與社會權力之下的個人決定自由」作為「單點」¹³²，然此對於具體問題的解決，恐無甚助益¹³³。再者，一個想像中的基本權理論，也不是單純的排列組合，所謂作為組合的理論 (*Kombinierte Theorie*)，亦即任意的、根據不同的具體個案，隨性的組合不同之理論工具與指向，也就是學說與實務上常見之所謂基本權功能、面向、目的等，對此，*Alexy* 同意 *Böckenförde* 的批評，認為聯邦憲法法院只是交替的運用不同之基本權理論，而從其「交替」中，看不到有任何體系可言¹³⁴。*Alexy*「夾帶 *Böckenförde*」所提出的，是一作為分析之用的基本權結構理論、基本權整合理論，當然，未必需要如同 *Rudolf Smend* 在威瑪時代所說的：告別 *Jellinek* 與 *Kelsen* 路線 (*Linie Jellinek-Kelsen*)，因為這種法實證主義分析傳統，只是一沒有目的與目標的死胡同，唯一出路，只有奠基於人文方法之上的國家法理論，或是如 *Carl Schmitt* 之尖酸刻薄說道：這種所謂純粹的、除了法學方法以外、什麼都不該碰的思考方式，將只剩下一世界觀、經濟、道德與政治上毫無意義的殘渣，*Hermann Heller* 看來客氣些：此類由上至下，沒有實體、沒有任何拘束的形式主義，所謂兩個世代以來的國家學主流，強調必須極力避免國家社會的所有社會與倫理問題，顯然是錯誤的歧途等等云云¹³⁵，然而，*Alexy* 看似站在同一陣線上，反對邏輯作為唯一的法學方法—*Rudolf Jhering* 所譏諷的「將法學扭曲為法之數學遊戲的邏輯之文化 (*Kultus des Logischen*)」，同樣強調評價與經驗認知的重要性，但他提醒，雖然法學必須作為多面向的學科，才可能滿足實踐上的需要，但不同於其他學科，法學當然必須仰重自己的概念—

¹³⁰ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1994, S. 1680.

¹³¹ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, Ffm. 1994, S. 509.

¹³² *Schmidt*, Grundrechtstheorien im Wandel der Verfassungsgeschichte, Jura 1983, S. 180.

¹³³ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 30.

¹³⁴ *Alexy*, ebenda, S. 30f., dazu auch *Böckenförde*, Verfassungstheorie und Verfassungsinterpretation, S. 1536.

¹³⁵ *Smend*、*Schmitt*、*Heller* 三人的說法，均請參見 *Alexy*, ebenda, S. 36f.。

體系性的貫穿，簡言之，法學的理性程度，根本取決於在分析面向上所能達到的水準，例如：是否清晰、穩定、不流於恣意，換言之，重點不在於評價與邏輯的零和遊戲，而是對於法律適用中無可逃避的評價，以及方法論上對於經驗知識的運用，如何做到理性的控制¹³⁶。

至此，Alexy 提出基本權作為原則 (*Grundrechte als Prinzipien*) 的規範結構理論 (*Normstrukturtheorie*)¹³⁷，取代、或說「攜手」實質的基本權理論。這個俗稱「原則理論」(*Prinzipienlehre*) 的進路，其核心主張是：解決基本權釋義學之核心問題的關鍵，也就是如何重建立法者規範制定之決定空間的關鍵，應在於憲法基本權的內在規範結構之上，亦即，如何去界定立法者自由形成空間的範圍，如何解決基本權所謂的內在或外在界限的問題，以評價立法行為之合憲性，關鍵均在於基本權所呈現之內部的規範結構、也就是「原則」之上¹³⁸。依這項理論進路的說法，一個法規可能是一項規則或原則，其歸類端視所涉及之法規範的衝突行為 (*Kollisionsverhalten*)：規則係指某一具體的明確決定方向或結果，憑藉著來源便可清楚的辨識出，法官就此規則之實現具有法律上的義務，而無裁量之餘地，它只有「適用或不適用」的擇一關係 (*all-or-nothing-fashion*)¹³⁹；相對的，原則則是作為所謂的「優化要求」(*Optimierungsgebot*)，使該當事項在「相對的符合事實上及法律上的可能性之範圍內」，盡可能的加以實現，例如透過某些表面的法 (*prima-facie Recht*) - 亦即法律形式上所直接具備的功能及任務，例如賦予人民主觀公權利的基本權規定，在不同程度與範圍內做不同的運用¹⁴⁰。換句話說，原則理論試圖跳脫出基本權的主觀面向，從客觀層次上出發，將視野擺在某些事項的「事實及法律上的可能性」之上，在一定的規範性要求下 - 亦即「原則」，盡可能的協調與整合所涉及之不同主觀基本權或國家行為的解釋與適用，使之得以可能「盡善盡美的實現」，例如知名的原則理論學者 *Roland Dworkin* 便認為，在某些艱難的情形下 (*hard cases*)，法院就原則之實現仍有其法律上的義務，而無任何裁量權限可言，雖然在一般的案例中，相對於法之適用者的受「規則」之拘束，就原則之適用上確實存在有裁量與衡量的空間及可能性，例如不同的原則產生衝突時之所謂「重要性面向」(*dimension of weight or importance*)

¹³⁶ Ebenda, S. 37f.

¹³⁷ 關於這個理論進路的一般介紹，請參閱 Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen 1999, S. 206ff.; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima-facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden 1998, insb. S. 61ff., 123ff.。

¹³⁸ Statt vieler Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 71ff.

¹³⁹ Dworkin 特別強調這一點；dazu siehe Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, S. 64。

¹⁴⁰ Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Ffm. 1990, S. 58f.; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 71ff.; Dreier, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 95ff.; Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, S. 207.

的問題：衡量與秤重不同原則之重要性，以決定其優先順序¹⁴¹。就此而言，談法與前述 *Böckenförde* 的基本權理論，實有異曲同工之妙，因為在出現的價值或原則衝突對立之場合，無論認定是否有衡量之權限，某一原則的「實質內涵」似乎都是核心的關鍵所在，而基本權理論所指涉的自由－市民法治國的、價值的、社會國的、民主－功能的、制度的，顯然就在指向某一種實質規範性。

從理論的描述上看，基本權作為原則之規範結構理論，既然主張「確實存在作為整體法秩序之規範體系」的說法，是以針對法之具體適用，就必須提出如何穩定法秩序之做法，否則難以鉗入憲法釋義學體系中加以運用；這也就是原則理論批評者所說的：原則理論幾乎擁有毫無限制的敘述能力，任何「基本權現象」都可以以之描述，它一方面誕生於具體的個案適用、衡量與優化的構思，但另一方面卻又難以在基本權釋義學上得到穩定，變得成也原則、敗也原則¹⁴²。原則理論的回答是：規範體系中存在著所謂權威式、決定性的結構（*authoritative Strukturen*），本於這樣的結構，憲法基本權之具體適用方有穩定的解釋與適用的可能，才不致流於隨機或恣意的選擇結論，而此所謂之權威式的結構，其核心便是形式或程序上的原則，具體之指涉亦即以民主程序正當化的立法者決定權限¹⁴³。由此可見原則理論對於立法者角色的著重，認為－至少在初步的假設中，立法行為便是體現法律體系中原則的核心媒介。雖說如此，該理論並未否認可能存在的「衝突問題」：不論是原則相互間的衝突，原則與規則間的衝突，亦或此形成、程序原則與實質之基本權原則的衝突，顯然，形式與實質原則的緊張關係應是難以避免的。對於這些衝突，原則理論的回答是：應依「衡量法則」（*Abwägungsgesetz*）來加以處理，套用 *Alexy* 的說法便是：「只要某一原則沒有實現或遭違反之程度越高，則另一衝突原則所實現之重要性就必須越高」，換言之，面對立法者之自由決定空間，在個案上，面對兩個處於緊張關係的實質基本權原則，便必須衡量兩者之重要性與干預介入之強度，以決定何一實質原則應該優先，進而檢驗立法行為之正當性與合憲性¹⁴⁴。雖然原則理論學者亦常有另一套

¹⁴¹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, S. 26; zitiert nach Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, S. 64f.

¹⁴² Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen 2003, S. 75f.

¹⁴³ Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, S. 208f.; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, S. 67ff. ; 兩者之說法主要均針對 *Alexy* 的理論而來。

¹⁴⁴ *Alexy, Theorie der Grundrechte*, S. 145f.; Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis. Die Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden 1998, S. 194ff.。有批評者認為，原則理論的這一套說法，雖然前有繁複的理論推衍與建構，但結論上卻無異於一般基本權理論中的「基本權干預強度」（*Eingriffsintensität der Grundrechte*）的問題；關於此批評請參見 Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, S. 210; Scherzberg, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität. Der Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der*

探討原則衝突的說法 – 特別是 *Jan-Reinard Sieckmann*¹⁴⁵ - ，認為主要的衝突經常來自於「立法或司法之規範制定行為的拘束」與「其他法律理念之拘束」相互間，換言之，在一「不同法律理念的競合」模式中，可能存在著論者所主張之原則與立法或司法機關所確立之原則的矛盾與衝突，同樣的，面對如此之原則衝突關係，原則理論者雖然認為「應衡量審酌不同原則之重要性、尊崇自我法律理念的要求、尊重立法者法律理念的要求」，但結論上同樣主張應「盡量作有利於法院或立法的結論選擇」。在本文的脈絡下，這是相當重要的一點：不論是那一進路的原則理論，幾乎都同樣認為「面臨不同實質原則，或說實質的基本權原則之衝突，應盡量作立法者決定優先，即立法者所選擇實現之某一原則優先的結論」，特別是搭配前述之形式、程序上的原則，更可清楚看出原則理論之所以得出此結論的理由：法律適用的安定性，否則如恣意的使基本權之客觀面向，例如實質原則的操作，得以任意的跳脫主觀基本權的拘束，將無異使基本權的法釋義學體系面對相當之衝擊；如一併審酌原則理論對於德國基本權理論的重要影響，乃至於學術界的普遍加以讚揚與肯定¹⁴⁶，將提醒我們，既然不可能自滿自限於形式的、邏輯式的操作，無可逃避的必須對實質面、憲法隱含的規範性意涵表示意見，做出回答，原則理論所貢獻出的幾近理想之「組合」：兼顧不同原則間之緊張關係，做整合、非零和遊戲之「理論上」銜接，以「優化」作為顯然無從反駁的目標導向，再配合對於立法者形成自由看似拘束、實則很大程度尊重的「法安定性」成分要素，使之在這個抽象理論層次上，得到極高的評價。

正如 *Matthias Jestaedt* 所說明的，原則理論的最大貢獻，無疑的在於「基本權的法律論證」之上，亦即作為一「分析的」或「概念分析的」理論，而非真正規範性的、告訴法之適用者何謂基本權實質內涵的理論，這也便是 *Alexy* 為何將此稱為法律論證理論的原因。也就是說，原則理論的論述焦點，無異在於不同基本權規範的「衝突行為」之上：它是一項當代系統理論所慣稱的所謂「觀察者的理論」(*Beobachter-Theorie*)，重點在於提供學術觀察者一項「反饋的觀察系統」，而非給予所有參與法之尋找過程 (*Rechtsgewinnungsprozess*) 之當事人的行動指示，換言之，原則理論只能協助法之適用者處理「論證」的問題，亦即當面對規則衝突或原則衝突時得以援引論證之用，但同時，原則理論不但無法告訴吾人何為實質的原則內涵，甚至難以引之為判斷規範衝突是否確實存在的依據，易言之，兩個或多個衝突對立的規範，究竟各自應歸類為規則性質，亦或原則性質，甚至加以進一步的評價 – 例如將一項規則模型視為「基本權不相當」

Urteilsverfassungsbeschwerde, Berlin 1989, S. 93f.。

¹⁴⁵ 例如 *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990, S. 152ff.；轉引自 *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, S. 211f.。

¹⁴⁶ 例如 *Scherzberg*, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, S. 169; *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien*, S. 98; *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, S. 213, insb. Anmerkung 29.。

(*grundrechtsinadäquat*) 等 - ，這些都是原則理論所完全無法回答的，無論是法之認識或確立的重建¹⁴⁷。就此而言，原則理論的操作與運用，可能無甚助於找尋具體個案上所涉及的規範內涵，特別是欲處理不同之基本權或憲法價值之衝突，如果必須追問的話。不過原則理論的另一項顯然合乎其理論內在邏輯之觀點，卻對於本文之主題有啟發之作用：原則理論認為，碰到一法律規範，究竟應將之歸類為規則或原則，最核心之標準在於「制定法」，如本文所處理之對象為基本權者，則所應本之關鍵自然便是「實證的成文憲法」¹⁴⁸。換言之，碰觸憲法規範的衝突問題，將所處理之對象應歸類為規則或原則，原則理論所主張的係一所謂「規範的遺傳符碼」(*genetisches Code der Norm*)¹⁴⁹：找尋立憲者對於整體的憲法基本權規範結構，究竟賦予與作成了何等「終局性的」、「確定性的」決定，此方為解答之所在。

吾人可以看到，相對於前述原則理論者對於形式與程序原則的重視，乃至於立法者角色的著重，此一基於法之適用安定性的考量之說法，無異是合乎其理論邏輯的，這也無異告訴了我們：想要從此諸如原則理論之基本權客觀面向的進路，來尋找特別是面對艱難問題時的指向，恐怕仍難令人滿意。簡言之，比對 *Böckenförde* 與 *Alexy*，作為德國公法學界最著名的兩位基本權理論、實質的基本權理論之倡議者，我們可以看到一清晰的軌跡：

- 兩位都同意，找不出、或說：不應該存在一單一的、單點式的基本權實質內涵，得以放諸不同類型的基本權干預與衝突中，加以合憲的運用，得出合憲的解答；
- 兩位都同意，必須在不同的問題、乃至於憲法實質內涵指涉的範疇中，找出一妥適的答案，兩位事實上都明確指出幾種「最可能的進路」，*Böckenförde* 的五種、*Alexy* 的「至少應該再加上程序保障」都是顯例；
- *Böckenförde* 比較「平行的」提出不同之理論進路，雖然也不乏進一步的嘗試，例如「藉由社會國委託所修正之自由的基本權理論」¹⁵⁰，相對的，*Alexy* 則傾向「將諸多原則網綁在一起—所謂網綁理論 (*Bündeltheorie*)」理解下的基本權理論，至少在單純的、僅強調法律上自由與平等之自由原則之外上，加上其他的基本權原則¹⁵¹；
- 事實上，兩人都同意，自由的、市民法治國的實質內涵，應該是最重要的，*Alexy* 稱之為「透過表面優位之軟秩序」(*eine weiche Ordnung durch prima*

¹⁴⁷ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 214f.;類似的見解亦參看 Borowski, Grundrechte als Prinzipien, S. 76ff.

¹⁴⁸ Vgl. etwa Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 32; Dreier, Recht-Staat-Vernunft, Ffm. 1991, S. 95; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 216.

¹⁴⁹ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 216.

¹⁵⁰ Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 1538.

¹⁵¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 516.

facie-Vorränge)，亦即 *Böckenförde* 所主張之法律上自由與平等原則之表面優位，再由此出發，去進行下一步的利益衡量。

個人並不贊成諸如 *Klaus Stern* 等對於基本權理論失之嚴苛的批評，認為只是要透過一事實上眾人認為不存在的「原則」，去決定個案上基本權的解釋結果，最後只是將其實是「成見」(*Vorurteil*)的「前判斷」(*Vor-Urteil*)，特別是基本權規範中所可能不存在的內涵，硬套入基本權適用而已¹⁵²，或是 *Fritz Ossenbühl* 的「太多、很難消化、不妨丟在一旁」譏諷¹⁵³。當然，單就基本權的具體適用本身而言，基本權理論或原則理論，並必提供一立即上手、不費吹灰之力即可尋獲的工具，或說：規範性解答，*Böckenförde* 與 *Alexy* 事實上亦無意如此，並非如批評者一般的想提出作為硬秩序 (*harte Ordnung*) 的單一理論向度，提出一難以挑戰的具體規範性指引，只將唯一的偏離情狀，交給透過舉證責任而分配出去「比例原則操作」，或許多識者誤以為僅剩下比例原則的利益衡量階段。個人以為，兩位學者畢竟指出一相當重要而關鍵的，其實批評者也難以否認的：如果不欲自限於比例原則之類的利益衡量，要回答與處理基本權干預情狀，總是無可避免的必須抓出一條紅線，一個規範性內涵的軸線出來，不會因為刻意不談或許抽象層次的實質基本權理論或原則理論，這個工夫就可跳略不顧，就根本不存在。換言之，基本權理論的批評者，過度聚焦與誇大於「基本權理論之作為普遍理論」，類似 *Alexy* 提醒的「單點理論」，這個事實上兩位都無意如是說的講法，相對的，卻過度縮小與隱晦不見處理基本權干預個案時，那個根本躲避不了的「規範性內涵找尋」，而顯然，至少沒人敢否認，那絕不會僅係比例原則的操作問題。基本權理論當有其意義，不論作為抽象理論或具體適用之便，這是作者的看法。

9. 制度的與社會國的基本權理論：概觀兩個特殊理論進路

作為一篇談基本權理論的論文，作者的企圖，顯然是在具體的基本權操作之上，嘗試多探討它作為抽象理論的一面，自然是不同理論進路（例如 *Alexy* 所提及的六個），在不同脈絡與關聯下的重要性。相對於自由的一市民法治國的，維繫於國民防禦國家干預之古典基本權理解下的理論，本身帶有多重意涵的價值理論，以及強調參與、程序面向之民主的基本權理論，本文想聚焦於兩個比較特殊的，當然存在作者特殊偏好的基本權理論：制度的、社會國的基本權理論。

首先是制度的基本權理論：雖然說，這個理論進路與公法學上區分制度保障與制度性保障，未必有必然關聯，但還是以前者出發。*Carl Schmitt* 區別制度性保障與制度保障 (*Institutsgarantie*)，後者是指對於某些典型的、傳統中所形成之規範整體與法律關係，亦即其作為某一「法律制度」本身的保障，例如私法上

¹⁵² Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, S. 1691.

¹⁵³ Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100.

的制度，而只有在其「典型與作為核心特徵」的制度範圍之內，該制度方受憲法上的保障，而制度性保障則為不同之意涵，它是指公法上相關制度的整體，包括其所有相關之聯繫或補充性質的保障與規範，此作為「公法上的規範整體」（*öffentlich-rechtliche Normenkomplexe*），表徵的是一種公法上對於特定社會生活領域的規範性理解，包含其中所有相關聯的制度、規範與個別基本權，而貫穿其中的「規範性」，本身就具有限制立法者形成行為之效果及任務¹⁵⁴。以 *Schmitt* 的理論為基礎，戰後德國公法學界便發展出 *Albert Bleckmann* 與 *Thomas Wülfing* 所稱之「制度性的基本權理解」（*institutionelles Grundrechtsverständnis*）：拋開 *Schmitt* 理論可能帶來的弊病（例如單純作為基本權對立面的誤解與模糊）¹⁵⁵，戰後的發展，受此分類的啟發，試圖將基本權視之為現實上的生活關係，將基本權作為特定制度的基礎，而非反之的「制度作為基本權的基礎。也就是說，將所有或至少相關聯的基本權，抽離出客觀面向而賦予「生活關係制度性」的意涵，在此意涵下，所有相關的基本權都是涵括其中的，是以從基本權人的角度觀之，基本權係作為主觀公權利，然而從社會之生活關係的面向視之，基本權卻又作為「制度」，亦即給予基本權一個客觀與制度面向的意義¹⁵⁶。在如此的客觀面向上，「基本權所綜合產生之規範性內涵」是相當重要而關鍵的，因為它將左右著對於個別基本權的解釋，亦包括不同基本權衝突之間的解決傾向，也當然擴及立法者形成行為的控制：如同 *Bleckmann* 所指出的，立法者之任務，應在於在此制度性理解的「指導」下，將社會現實朝向符合此生活關係規範性的方向去形成，亦即使基本權在社會現實中獲得實踐，而且是在此客觀規範性指涉下的實現¹⁵⁷。如此之理解方式，相當程度的在戰後德國公法學界引起迴響，特別是在對於基本法第 19 條第 2 項之基本權本質內容保障（*Wesensgehaltsgarantie*）的解釋上，更具其重要意義：基本權在憲法保留層次上所謂不容立法者侵害的「本質內容」，顯然不能從主觀面向去找尋（例如作為防禦權的基本權），答案應在於基本權客觀面向的「生活秩序」、「生活關係」或「生活事實」之上¹⁵⁸。

¹⁵⁴ Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 2. Aufl., Berlin 1973, S. 114ff., 214f.

¹⁵⁵ Mager, *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, Tübingen 2003, S. 33.

¹⁵⁶ Bleckmann, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 3. Aufl., Köln- Berlin-Bonn-München 1989, S. 226, 229; dersl., *Die Entwicklung der Allgemeininteressen aus den Grundrechten der Verfassung – Zur Staatszwecklehre des Grundgesetzes und zur Interessenstruktur des Europäischen Gemeinschaftsrechts und des Völkerrecht*, Saarland 1991, S. 5, 21f.; Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlin 1981, S. 65ff.。Schmitt 在討論其制度性保障的理論時，亦對於基本權作相當類似的解釋，亦即不將基本權完全限於主觀面向來加以理解； dazu Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 114.。

¹⁵⁷ Bleckmann, *Staatsrecht II*, S. 229.

¹⁵⁸ Klein in: v. Mangoldt/Klein, *Das Bonner GG*, Ba. 1, 2. Aufl., Berlin 1966, S. 84ff.; Böckenförde,

在這樣的理解下，立法者的任務顯然在於促使社會生活的現實，得以符合此制度性、規範性的內涵，只要社會現實尚不符，則立法行為在此規範方向下便有介入與干預的義務，反之，如果社會現實已相符，在立法者便無須再加以介入，如果反而以「使社會現實更形脫離與牴觸制度性的規範內涵」，則就有違憲的危險。如此之傾向，吾人可從戰後作為制度的基本權理論代表人物之 *Peter Häberle* 的說法，看得更加清晰。*Häberle* 認為 *Schmitt* 的制度/制度性保障之區分，過於單向且對立，彷彿基本權與制度涇渭分明，一個正確的理解應該是：所有的基本權，既有個人的、亦有客觀制度面的兩體呈現，亦即 *Häberle* 的名言：從基本權人的角度來看，基本權是主權公權利，從生活關係而言，基本權就是制度¹⁵⁹。在他的定義下，制度擁有法律規範面的、以及事實面的兩種存在方式，而制度之現實，主要靠規範與社會實體的銜接，它既穩定、又動態，雖從歷史上形成，但存在著不同時代下的形貌與現實¹⁶⁰；特定的基本權，如果出現在特定的、被無數規範所貫穿的客觀生活關係中，就會產生自我限制，「透過法律規範，基本權理念落實於社會現實之中」¹⁶¹。然而，在 *Häberle* 眼中，重點不是攸關基本權的法律條文 (*Texte*)，而是在整體社會制度下的關聯 (*Kontexte*)，亦即並非涉及基本權的法律條文決定基本權的意義，而是基本權釋義學所彰顯的基本權關聯，才能決定基本權的意涵¹⁶²。對 *Häberle* 而言，制度所表達的，其實就是生活領域，作為客觀秩序的生活領域，不能從個人自由、對於該個人自由的限制等模式中去理解，生活領域絕非單向的「國家一個人」關係，就基本權的保障、乃至於干預，都必須找出生活領域的客觀、制度上的意涵，這才是一個基本權的理解或理論，所應該圓滿達成的任務¹⁶³。

當然，*Häberle* 自己列舉出的制度、客觀秩序，或許不多：例如契約、財產權與繼承秩序，婚姻與家庭秩序，結社、集會與同盟自由¹⁶⁴，但他所提出的制度的基本權理解方式，與前述 *Bleckmann & Wülfing* 之進路近似，都是企圖聯繫 *de iure & de facto*，連結憲法暨法律上之基本權規範、社會現實之努力，而其核心中介無疑就是制度、客觀秩序、生活領域，主要的理論工具則為基本權理解方式。在此範疇下，個人的基本權，不論是防禦權或給付權，方得被理解與定位，

Staat, Gesellschaft, Freiheit, S. 221ff.

¹⁵⁹ Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, S. 237.

¹⁶⁰ Häberle, Allgemeine Staatslehre, Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre, ZfR 1965, S. 387f., zitiert nach Möllers, Personale und institutionelle Doppelfunktion der Grundrechte im Leistungsstaat und ihr Wesensgehalt. Zur Grundrechtstheorie von Peter Häberle, in: van Ooyen/Möllers(Hrsg.), Verfassungskultur. Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle, Baden-Baden 2016, S. 143.

¹⁶¹ Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, S. 96.

¹⁶² Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozess, S. 587; dazu auch Möllers, Personale und institutionelle Doppelfunktion der Grundrechte im Leistungsstaat und ihr Wesensgehalt, S. 143.

¹⁶³ Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, S. 70.

¹⁶⁴ Ebenda, S. 70f.

即便是涉及私法的基本權衝突，也方得以圓滿的、不損及該制度所涉及之社會功能的處理與解決。當然，何謂制度、客觀秩序、生活領域，不會因為單單提出如此的思考方式，並自然迎刃而解，這必須關照更多的其他面向，引入更多的其他學科與思維，未必是法學所能單獨承擔與吸納，但它至少指出一個重點：如果刻意忽略社會制度，僅停留於基本權體系內，特別是利用比例原則所帶來的操作，則從理論面向來看，本身就有問題；基本權的法適用者，未必要自己去定義制度與秩序，但卻在具體的操作運用上，不能忘記基本權所指涉之制度與秩序，那個生活領域所帶來的基本權現實意涵，個人以為，這是制度的基本權理論帶給吾人的最大啟發。

一個與制度的理解不同，但卻非衝突或對立面的歧異，而比較偏向不同層次的「規範性內涵」，但又不是單純的自由—市民法治國之防禦國家干預的，可能是所謂社會的基本權理解。例如 *Häberle* 自己所主張之「基本權普遍的社會拘束」，他雖然選擇從制度面來理解基本權，但在許多地方，加入一般俗稱「社會的基本權理解」或「社會的基本權理論」之成分：亦即將社會的基本權正義（*soziale Grundrechtsgerechtigkeit*）變為貫穿所有不同類型之基本權，作為所謂基本權身分理論（*Statuslehre*）的共通基礎，而相當程度將古典的自由權轉變為參與權，以處理當代給付國家下的基本權問題¹⁶⁵。或是許多學者所主張之「基本權部分的社會拘束」：嘗試從個別基本權的內涵中，導出一定程度的社會保護規定，換言之，從任一基本權中找出相應的「社會國內涵」，將之視為憲法規範性的最低限度，而獲取部分的所謂「社會內容」¹⁶⁶。如同 *Hans Michael Heinig* 所指出的，當代主流的基本權理論，總出發於國家與社會二元論、對立論，以區別針對國家干預的防禦權，以及社會國的給付權暨客觀法上的義務，兩者涇渭分明¹⁶⁷，但卻忘了，「社會正義的內涵」並非僅有呈現於給付權、參與權或國家義務之課予上，而是或許可以想像一個不同的理論進路：整體基本權體系中的社會正義貫穿，雖然說，*Heinig* 似乎認同 *Hans Hugo Klein*，選擇的還是社會國原則作為切入點¹⁶⁸。這種在基本權體系中做結合之嘗試，並不罕見，*Eberhard Grabitz* 亦早提出一所謂自由之憲法原則，並以之作為從法之續造上，重建基本權同時作為防禦權與參與權之基礎¹⁶⁹，但仍與這裡談的社會國之基本權理解，有些不小的差距：重點不是針對當代社會福利國家的發展，賦予給付權一個適當的基本權座落而已，例如開展至今的所謂基本權保護義務，換言之，關鍵不在於如何適切的銜接，從自由的、市民法治國的基本權理解出發，銜接至社會國下的給付權，而是如何從社會

¹⁶⁵ Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30(1972), S. 43ff.; dazu siehe auch Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, München 1999, S. 146f.。

¹⁶⁶ 類似的說法亦見 Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989, S. 58ff.。

¹⁶⁷ Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, Tübingen 2008, S. 44.

¹⁶⁸ Ebenda, S. 363.

¹⁶⁹ Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, Tübingen 1976, S. 137.

正義的角度出發，貫穿與制約整體的基本權體系；在前述制度的基本權理論基礎上，將更能看出社會的基本權理解之相輔相成之用：

- 兩者性質不同：前者作為「基本權體系的形式與實質形貌指涉」，後者作為「基本權體系內在實質的規範性指引」；
- 兩者層次不同：前者在於「以制度理解基本權所指涉之社會現實」，後者在於「以社會正義貫穿社會現實指涉下的基本權應有內涵」；
- 兩者作用不同：前者在於「找出基本權體系聯繫的社會現實」，後者在於「找出基本權體系內在的法規範性」。

這種從社會正義的角度，企圖對人權等議題做出詮釋的努力，屢見不鮮，某個程度對話這裡所提出之社會國的基本權理解；例如德國政治哲學家 *Axel Honneth* 所提出之「承認關係」(*Anerkennungsverhältnis*)。*Honneth* 依循黑格爾法哲學之啟發而主張：只有透過直接的社會分析，才能找出社會正義的原則，亦言之，在當代的自由民主社會中，唯有藉由特定脈絡下個人自由的定位與座落，所謂「帶來有效之正當性的自由承諾」(*legitimationswirksames Freiheitsversprechen*)，才能進行規範性的重組工作，找尋出正確的社會正義，例如人權，其內涵與標準¹⁷⁰。*Honneth* 批評道，主流對於社會正義與人權內涵的建構，多半只是詮釋學式的不斷連結至既有之制度架構或多數接受的道德確信，但卻沒有在具體的社會實踐脈絡中，根本的去證立這些內容本身的理性或正當，是以，正義應該直指某些能夠作為社會再生產條件所需之價值或理想，而個人對此都能擁有規範上的權利主張-就像康德所說的法權要求(*Rechtsforderungen*)，方屬找尋正義、乃至人權意涵的適切路徑¹⁷¹。*Honneth* 進一步提出所謂「承認關係」之概念：在資本主義的經濟體制中，社會的勞動(*gesellschaftliche Arbeit*)，應做為社會的自由之表徵，帶來個人的自我價值，其關鍵就在於整體社會脈絡下的相互承認，亦即相互肯定彼此之尊嚴與市民自由¹⁷²。

從 *Honneth* 的說法中，我們可以看到結合制度的、社會的基本權理論之優點：不但能順暢的連結至社會現實，而且提出規範性上具有重要意涵的指向，包括兼及具體的社會權力關係，在此規範要求下，提出適切的、合乎憲法秩序所期待的基本權解答。這當然不是說，古典的、自由主義之市民法治國的、以防禦國家干預為主要目標的、擁立「有疑義時自由恆優先」(*in dubio pro libertate*)之價值導向，應該一致揚棄，不，問題當然沒有這麼簡單。面對似乎永遠處於緊張關係的自由與平等，如果叫做基本權的適用，就算放入基本權理論的論述下，也不是試圖建構一「只會有單一答案」的片斷，毋寧是希望穩固「社會現實作為背景與指涉」的圖像，並企圖導入一不是只要減損自由、但要關照更多社會正義取向的考察方式，特別是觸及社會權力關係之衝突時。依作者之見，這才是基本權

¹⁷⁰ Honneth, *Das Recht der Freiheit*, Ffm. 2011, S. 9f.

¹⁷¹ Honneth, *ebenda*, S. 16, 20.

¹⁷² Honneth, *Ebenda*, S. 410f.

理論能夠帶給基本權適用者最重要的啟示。

10. 死灰復燃還是平反回復？*Ladeur* 實質與 *Lindner* 形式嘗試

針對基本權理論之論述，有兩個有趣的發展值得討論：*Karl-Heinz Ladeur* 企圖重建基本權理論，擁護自由的基本權理解之努力，所謂實質的嘗試；以及 *Josef Franz Lindner* 企圖建構新的基本權釋義學體系，給予基本權理論一個新的釋義學定位之努力，所謂形式的嘗試。

Ladeur 觀察所謂「法秩序的立憲主義化」(*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*)，提出警告：認為過多的所謂憲法價值，帶來防禦之自由權以外的、日新月異的新基本權面向，推波助瀾之下，只要有利於防禦權的解釋，就經常被認為是對於他人基本權的侵害，只要國家沒有積極的保護作為，「實現憲法價值」就儼然是必須課責國家的義務與責任，到頭來，國家本身變為基本權的行動者，國家目標變為必須實現客觀的憲法價值¹⁷³。然而，本於國家本身在多元時代的決定能力問題，*Ladeur* 認為，或許應該回到社會學所主張之「無知的宰制」(*Herrschaft kraft Nichtwissens*)¹⁷⁴，換言之，國家的基本權任務，應該在於回溯透過基本權所保障的經濟、媒體等社會自我組織之自我憲法(*Eigenverfassung*)，給予更多的重視，是以，即便論及集體的、跨個別主體的基本權面向，亦即保護個人自由以外的面向，也同樣視此「自我憲法」為一可能的秩序模式，而不僅僅只看到所謂的干預國家¹⁷⁵。*Ladeur* 觀察聯邦憲法法院有關財產權的判決，認為法院只是在做個案隨機性的、在所涉及之不同原則間衡量 (*ad-hoc-Abwägung*)，付出的代價便是基本權的去制度化 (*Entinstitutionalisierung der Grundrechte*)，扼殺了社會的自我組織能力，這無疑是社會福利國與利益衡量模式帶來的後果¹⁷⁶。法院運用了「錯誤的基本權理論」，看不見一自由社會的發展與功能條件，只會盲目的擴張國家任務與活動，很快地超越國家給付能力的界限，造成災難¹⁷⁷。面對這種國家對於基本權所擁有之虛假的裁量空間，所謂國家的虛假權限，*Ladeur* 主張，應重回自由的基本權理論：透過以財產權、職業自由等描述的個人決定權之分配，一個法律上的制度，使基本權聯繫至一「社會自我組織的模式」(*Modell gesellschaftlicher Selbstorganisation*)¹⁷⁸，建構一去中心化的集體秩序，這才是

¹⁷³ Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 10.

¹⁷⁴ Ladeur, Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie. Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, Der Staat 50(2011), S. 494.

¹⁷⁵ Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 15f.

¹⁷⁶ Ebenda, S. 27.; Ladeur, Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“, Tübingen 2006, S. 360f.

¹⁷⁷ Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 47。這種基本權從防禦國家干預，演變為保護權利 (Schutzrechte)，確實為觀察者眼中的德國基本權最重要發展，即便以中性的角度觀之； dazu Holoubek, Der Grundrechtseingriff, S. 19。

¹⁷⁸ Ladeur, Der Staat gegen die Gesellschaft, S. 343f.

國家的基本權任務，而不是藉由利益衡量模式，讓國家保證一堆目標與價值，卻從未自省國家是否擁有於複雜情況下應有的知識能力¹⁷⁹。自由，主要指向為「國家不作為即可保障」之消極的自由權(*negative Freiheitsrechte*)¹⁸⁰，特別是 *Ladeur* 特別著重的財產權自由，是整體「間接性理論」(*Theorie der Mittelbarkeit*) 的核心，因為長期而言，「間接的」透過市場自由，藉由即興的交易行為秩序(*spontane Handelsordnung*)，強調個人的判斷自由與能力，如此之自由主義的法模式，方能產生社會的行動知識，這才是一基本權秩序應有的核心¹⁸¹。而此「間接性」，同樣亦指基本權效力面向，也就是在涉及私人相互關係時，一個憲法基本權介入與干預的「克制」¹⁸²。

Ladeur 所主張的，無非奧地利民法學者 *Franz Bydlinski* 的私法社會論(*Privatrechtsgesellschaft*)¹⁸³，強調唯一植基於個人權利的社會秩序，由此建立之國家退讓，導向一必然與可能連結私法社會的取向，唯有如此，才能維繫一有生產力的社會、即便作為集體的秩序¹⁸⁴。面對以民主原則建構之國家體制，*Ladeur* 不忘說明，民主只能建立在社會之制度形成上，依循著這些社會制度，不能自己直接去定義何謂公共利益，急忙貫徹自己說的民主價值，特別是藉由所宣稱的基本權、以及透過基本權所保障的所謂社會自主領域¹⁸⁵。這種以消極之自由權所描繪的社會制度，例如 *Ladeur* 特別舉例的企業¹⁸⁶，透過社會行動者的自我組織，例如行使經濟基本權，方能產生社會所需要之知識與能力，才是憲法基本權秩序所欲達成的目標，而非使國家取而代之，妄以價值等名義，摧毀社會之自我組織能力，這才是一套基本權理論所應捍衛與堅持之處。*Ladeur* 似乎唱衰基本權的利益衡量模式，說它一定失敗，因為這個模式的基本假設：憲法是法，本身就值得懷疑，事實上，憲法是各式各樣不同的制度之綜合設計，是以，憲法必須容讓不同理性的釋放，即便有法院來做所謂的憲法控制，也不應該任由衡量而忘懷這個特徵，是以，*Ladeur* 深深懷疑，深受此類利益衡量模式所影響與制約的憲法法院，能夠擺脫這種「原則性話語」(*principled discourse*)，只能以為制度上毫無其他的選擇，結果就是將原本開放的、透過程序而生的、受基本權保

¹⁷⁹ *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 29.

¹⁸⁰ *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation. Die Erzeugung von Sozialkapital durch Institutionen, Tübingen 2000, S. 6f.; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 112.

¹⁸¹ Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 31f., 35.

¹⁸² Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 275f.

¹⁸³ *Bydlinski* 的核心主張，無非是透過市場的自由，是可能實現符合公益需求與狀態之結果的，而他所舉之作為當代「國家主義法律模式下之道德規範」，一個不符合私法本質、卻來自於「社會道德與良善正當性基礎」之特別私法，無疑的，勞動法正是其最佳適例，*Bydlinski* 亦在其著作中，列舉某些勞動生活領域中，基於外來的、非私法性質之所謂公平正義之目的，所建立之限制當事人私法行為的規範，作為其國家主義法律模式的引證； dazu *Bydlinski*, Das Privatrecht im Rechtssystem einer Privatrechtsgesellschaft, Wien-NY 1994, S. 62ff.。

¹⁸⁴ *Ladeur*, Der Staat gegen die Gesellschaft, S. 380.

¹⁸⁵ Ebenda.

¹⁸⁶ *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, S. 187f.

障的社會自我組織，與議會中民主多數決之間的「建設性衝突」，淪喪殆盡¹⁸⁷。這種「基本權的司法化」(*Justizialisierung der Grundrechte*)，在 *Ladeur* 眼中，將帶來一危險的副作用：吾人對於基本權的理解，將從它作為集體的社會規範與行動模式的功能中，消失淪喪，由基本權作為社會功能系統運作下的作為「權衡工具與據點」，變成混淆方法與適用，反客為主，相對於社會的自我組織之外，自我獨立而「秩序化」，徒增社會運行之障礙¹⁸⁸。

有趣的是，自承秉持系統論觀點的 *Ladeur*，也談制度與系統理性，並未掉入「只談防禦國家干預之自由權」說法的泥淖，雖然強調市場與交易行為自由，卻非不提秩序與國家，而是在分析社會之自我組織作為核心的同時，巧妙的主張「應回到自由的一市民法治國的基本權理論」，間接突顯包括特別是經濟基本權在內的自由權。*Niklas Luhmann* 的系統論也在述說著同樣的問題，雖然可能引起誤解¹⁸⁹：他批評法的主觀化 (*Subjektivierung des Rechts*)，這由主觀權利的理念所催生，以致使「法作為倫理道德上善的行為之規範」本質，變為「對物所得主張之規範性請求權」，成為個人參與社會的方式，結果便形成「社會納入之弔詭結構」(*paradoxe Struktur der sozialen Inklusion*)：個人成為對立於各功能系統的脫節主體，透過主觀權利的主張，個人得要求納入，但卻無法在該系統中找出該權利之理由與座落¹⁹⁰。*Luhmann* 進一步分析，因為權利與法的主觀化，使得法之概念不再追溯至「公平的回溯性」(*gerechte Reziprozität*)，而是能力、形成力量，吾人將只聽聞「擁有請求權」、「得以主張」等名詞，權利與義務將呈現失衡，前者獨大、後者式微而模糊，相互的追溯關係扭曲，進而逐漸脫離人們所接受之正義理念與社會座落¹⁹¹；更深沈的關鍵在於，個人的權利，雖歸屬之，但個人失去了作為權利的理由，原本應該是自主的自由，以作為主觀權利之理由，結果演變為「擁有主觀權利的自由成為之所以擁有的理由」，最壞的呈現，就是主觀權利的擁有者，不是本於自主的自由，而是植基於個人的恣意：主觀權利之權利者，淪為行使私人恣意自由之個人¹⁹²。左派的公法學者 *Ulrich K. Preuß*，雖然進路與取向不同，卻同樣有類似的精準觀察，氏認市民法社會存在一先天的弔詭：整個法秩序都傾向於以「我的主觀權利」在描述著，透過如此的主觀權利結構，主宰著社會資源利益的分配，例如 *Carl Schmitt* 的名言：基本權就是一特定的分配原則¹⁹³；個人的自由權以「權力權限」(*Machtbefugnis*) 的形式，建構

¹⁸⁷ *Ladeur*, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, S. 351f.

¹⁸⁸ *Ladeur*, *Der Staat* 50(2011), S. 506.

¹⁸⁹ *Luhmann* 闡釋的基本權功能，則請見：*Luhmann*, *Grundrechte als Garant sozialer Differenzierung*, in: dersl., *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2 Aufl., Berlin 1974, S. 18ff.。

¹⁹⁰ *Luhmann*, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Ffm. 1981, S. 45ff.; dazu auch *Menke*, *Subjektive Rechte. Zur Paradox der Form*, in: *Bedorf/Röttgers*(Hrsg.), *Das Politische und die Politik*, Ffm. 2010, S. 167f.

¹⁹¹ *Luhmann*, ebenda, S. 54; *Menke*, ebenda, S. 170f.

¹⁹² *Luhmann*, ebenda, S. 56, 60f.; *Menke*, ebenda, S. 172f.

¹⁹³ *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 4 Aufl., Berlin 1965, S. 126.

社會關係，然而整個法卻是在規範個人相互間的社會與生活關係，如此的描述方式無異是採取「相互排除與區隔」的方法，又相互關聯又相互排拒，結果就是將社會的生活財，轉換為「排他的、可處分的、可轉讓的主觀權利」，以便在各該脈絡下得以具體化個人的利益¹⁹⁴。Preuß 繼續分析道，這種透過主觀權利的結構而將「主體內部化」（*Internalisierung des Subjekts*）之影響，就是變成一完全以權利交易作為結構的社會，進而喪失得以發揮整合功能的社會關聯，無從實踐社會正義，因此他主張一「以人性尊嚴為核心的價值秩序」，作為政治統治的形式，決定社會資源的分配與分享，形成自己的社會正義規則¹⁹⁵。

對於同屬系統理論之 *Luhmann* 的這般觀察，*Ladeur* 並未提出很好的回應，但其實也未必有什麼絕對的矛盾與齟齬；在當代，斷不再有人僅操弄著「主觀權利」的語言，進而忘記「客觀秩序」、或至少「與他人相關之客觀秩序」的面向，是以，即便有 *Luhmann* 的尖銳，也不代表主觀權利不會在客觀秩序、或說：各社會功能系統之中，有其一定的保障與地位，重點仍然是，如何在具體的脈絡下，找出一規範性的指向，並趨於穩定。就此，個人以為，*Ladeur*，如同其自承，提供的仍然是基本權理論的路徑，未必是對於基本權理論採取批判觀點的反撲，換言之，對於諸如國家之利用「價值」名義而介入私法社會，*Ladeur* 的回答並非絕然只是自由主義傳統的回復、新自由主義論調的重彈，而仍不失為基本權規範性的溝通。對於基本權理論而言，他的嘗試與建構，或許不是腐蝕與掏空，而是重建與塑立，雖然，或許不是吾人所贊同的規範性指向。從另一角度看來，*Ladeur* 甚至有濃郁的自由主義社會解放理論（*Theorie sozialer Emanzipation*）的味道：眾所週知的，在強調以主觀權利為核心的自由主義理論中，社會解放當然有可能，但重點在於：並非去發展一早已存在的「秩序」，只是去實現那個既存的秩序，而是只能、而且只有透過個人，藉由主觀權利所描述的交往，才能帶來與形成「解放過程之秩序」（*die Ordnung des Emanzipationsprozesses*）¹⁹⁶；*Ladeur* 之思索路徑，完全等同於此。

另一值得一提的，是 *Josef Franz Lindner* 所提出之基本權釋義學理論（*Theorie der Grundrechtsdogmatik*）。*Lindner* 定義基本權釋義學為：所有與事實相關的、以及規範性上的陳述整體，只要在基本權規定適用於具體生活事實時，直接或間接具有重要性者，均屬之；相對的，關於基本權理論，則應理解為：作為基本權釋義學的一部分，指涉所有規範性的、間接的、與個別具體事實無關的陳述整體，用以建構直接使基本權規範與生活事實相連結的必要實體規則，同時能在規範上導引其適用者，均為之¹⁹⁷。*Lindner* 回顧所有基本權理論的缺失一與

¹⁹⁴ Preuß, Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Ffm. 1979, S. 11ff., 17.

¹⁹⁵ Ebenda, S. 282, 294f.

¹⁹⁶ Vgl. nur Christensen, Freiheitsrechte und soziale Emanzipation. Ernst Blochs Kritik der marxistisch-leninistischen Rechtstheorie, Berlin 1987, S. 229.

¹⁹⁷ Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2005, S. 7.

前述大同小異，認為要克服處理基本權問題的兩難：又需要有一定的規範性導引、又畏懼受特定的導引所牽絆拘泥，又需要個案式的某種利益衡量空間、又擔憂淪為恣意與失去憲法規範性聯繫，就必須嘗試建立一套新的基本權釋義學體系，足以聯繫涉及基本權事件的事實上與法律上要素，使得真正的適用基本權規定，成為可能¹⁹⁸；在如此的基礎上，*Lindner* 提出其基本權釋義學的理想：首先，這個體系包含三個基本權釋義學上的重要類別¹⁹⁹，

- 第一類別：具體的、與事實相關之陳述，足以直接聯繫基本權上重要的生活事實與基本權規範，例如所有與基本權適用相關之事實與規範上的問題與答案；
- 第二類別：涉及憲法實質的基本權理論之所有陳述，雖然無須與具體事實相關，但必須足以支撐第一類別所選擇的規範性答案；
- 第三類別：所有支撐第二類別陳述所需要的條件，亦即所謂形上的基本權理論陳述（*meta-grundrechtstheoretische Aussagen*），均屬此第三類別。

限於篇幅，這裡無法深究 *Lindner* 藉由所謂 *status libertatis naturalis fictivus, s. l. n. f.* 之概念：「跳脫所有生存外之牽絆與形成，不論它是國家的、宗教的、道德的、人類學的、自然法的或其他任何形式，所存續之人，其自我擁有之自然的一超驗的自由地位」²⁰⁰，運用包括康德在內之哲學思維，所描繪之憲法規範性下的「人」：一個試圖融合自由與平等之人之圖像，作為其實質的基本權理論之基底，連結與整合德國基本法關於人性尊嚴、一般行動自由、一般平等原則等憲法規範²⁰¹；這樣的嘗試別具深意，有點哲學上 *Étienne Balibar* 之 *l'égaliberté*，平等自由（*Gleichfreiheit*）的味道²⁰²，吾人可以發現，透過此 *s. l. n. f.*，*Lindner* 試圖提出一更上位的、更 *meta* 的實質基本權理論，作為基本權釋義學體系的基底、取向與導引，而它無疑是規範性的。從他的嘗試，一個從回顧基本權理論之發展，觀察聯邦憲法法院六十年來之憲法訴訟實務出發，企圖重整與建構新的基本權釋義學體系，雖然有著「前人」在基本權理論論辯上的缺陷與痕跡—*Lindner* 亦自承之²⁰³，面對如何正確聯繫規範性與社會事實之基本權命定困局，仍然必須鼓起勇氣，提出一類似前人鑿斧的、同樣屬於 *Böckenförde* 定義下的基本權理論，無可逃避。不論是否同意 *Lindner* 以其創設之 *s. l. n. f.*，作為基本權理論的同義詞，至少從他的嘗試，可以看出數十年來基本權發展的軌跡：不管喜不喜歡、讚不讚賞基本權理論的提出，一個完整的基本權釋義學體系，要不自滿自限於或許只剩下比例原則的利益衡量，則一憲法規範性的穩定指向，至少連結至特定生活領域或社會現實的指向，根本無從避免，可以選擇的，只是刻意在抽象理論層次上忽略，

¹⁹⁸ Ebenda, S. 57.

¹⁹⁹ Ebenda, S. 62f.

²⁰⁰ Ebenda, S. 111.

²⁰¹ Ebenda, 2. Teil, S. 179ff.

²⁰² Balibar, *Gleichfreiheit. Politische Essays*, Berlin 2012, S. 8f.

²⁰³ *Lindner* 對於諸如 *Alexy* 等基本權理論嘗試的批判性反省：Theorie der Grundrechtsdogmatik, S. 24ff.。

或是勇敢的面對，試圖找出可以接受的規範性解答，別無其他。

II. 初步觀察：大法官的社會理念與圖像？

要問大法官的社會理念與圖像，究竟要從個別解釋出發、具體問題關聯著手，然後陷入冗長的學理紛爭，試著從中自以為當然爾的尋獲答案？還是希望普遍的，甚至是從威瑪左派傳統所津津樂道的階級司法（*Klassenjustiz*）切入，找出得以清楚「指控」法院背後「潛藏但必然」的意識型態與偏見？戰後憲法社會學（*Verfassungssoziologie*）的研究經驗告訴我們，前兩個路徑都有它的意義，就像同時存在著難以突破的侷限性一般。

既然如此，本文就選擇四個特別是憲法學與基本權理論所提出的反省，從理論角度出發，先分析這個層次的問題意識與可能開展，再以此為主軸，去觀察司法院大法官或許已有的軌跡，當然，或許沒有。「社會」何其抽象與具體，又何其多義，如果題目定得如此之大，則作者只有試圖一同漫步雲端，但還是想灌入自己的關懷：面對全球化的挑戰，個人化之貫穿，總體與微觀、不同層級之政治經濟社會文化等之重組與洗牌，世人所面臨的，可能就是 *Ulrich Beck* 所說的「重新發明政治」（*Erfindung des Politischen*）²⁰⁴，答案或許是目前熱門的「全球治理」（*Global Governance*），但與昔日舊社會契約時代不同的是，人們可能難以再要求建立一普遍的、社會所共同接受的原則、理念與意識形態，而是將重心放在「決定的過程」本身（*Jean-Marie Guéhenno*）²⁰⁵，無論如何，就算 *Martin Albrow* 要說：「告別國民國家」，我們要準備迎接一個新的、全球化時代下的國家與社會形式²⁰⁶，總是要面對：在一憲政體制下，一個吾人期待的憲法秩序，在憲法的維護者（大法官）之羽翼下，憲法的「社會」要何去何從？憲法的規範性就將何去何從。站在這個基點上，觀察過去大法官透過釋憲實務所顯露之軌跡，自然別具意義：這將使吾人更準確地理解大法官，更能看出問題的盲點，更可以預測，同時也在社會權力關係的對峙與衝突中，找尋一個能夠在憲法秩序中「同步」的規範性連結；我們當然試圖影響大法官，就像大法官藉由憲法訴訟活動，不斷的在影響社會一般。

在形成新社會契約的關懷下，作者選擇了四個傳統基本權釋義學較少碰觸與運用的向度，希望提供較為不同的視野，包括制度的基本權理解、社會權力關係的扭轉、普遍性回溯適用與承認關係下的新社會人權觀、社會功能分化下的社會之立憲主義化風潮（至少主張）。限於篇幅與寫作時間之有限，除了四個不同分

²⁰⁴ Dersl., *Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, 1 Aufl., Ffm. 1993.

²⁰⁵ Guéhenno, Jean-Marie: *Das Ende der Demokratie*, München 1996, S. 39f.

²⁰⁶ Albrow, *Abschied vom Nationalstaat. Staat und Gesellschaft im Globalen Zeitalter*, Ffm. 1998.

析向度的學理論述與探討外，只能再以極少的能量回顧過去的大法官釋憲實務，試著做初步的解讀嘗試。作者粗略之心得是：

- 包括婚姻、家庭、大學、職業、財產權，大法官雖有相當之著墨，但不免漏失對於當代該等社會制度與整體關聯「與時俱進變遷」的跟隨，並內化或轉入自己的規範性內涵，不論是大學/高等教育秩序的重組、職業之社會理解（而非只看到憲法本文的僵硬）、財產權之社會功能、乃至於婚姻與家庭的時間性。從傳統之憲法理解出發，大法官已做得極好，但像 *Ulrich K. Preuß* 所說的「釋放社會之創造性」，例如同性婚姻，則大法官仍有許多挑戰要面對；
- 在社會權力關係的層次上，大法官雖未直接面對「國家提供弱勢者一定程度變更社會結構之培力」的類似案例，但著眼於狹義政治領域（公民投票、修界限、結社自由之中國關聯），包括國境控制之鬆動，除主觀面向之基本權外，其實皆一定程度直接間接聯繫至社會權力關係，也當然產生一定程度的影響與作用。接下來，大法官應無可避免地面對諸如公民不服從、抗議抵抗（集會遊行作為形式）、乃至於攻擊國家圖騰是否為憲法保障之象徵性言論的爭論，這些都當然攸關社會權力關係之消長，不論是否與國家法秩序有直接關係；
- 在社會人權場域，特別是平等原則、平等權之操作上，面對性別之所謂第一代歧視，大法官們雖游刃有餘，但在其他不同類型之抽象或具體勞動者（後者如性工作者），乃至於未來可能出現之第二代歧視（身心障礙、年齡）之情狀，則大法官過去之記錄不免引人擔憂。在此，政治哲學所提出之回溯—普遍性適用、以社會權力生態為反思之承認關係，應是可以參考之兩個觀察與運用方法：
- 最後，在社會功能系統分化的當代，依循各系統自主邏輯與理性之「社會的立憲主義化」，雖然漸受重視，但或多停留於學理探討，釋憲實務上並不多見。大法官雖多有對於經濟系統之著墨，但多留停於商業廣告之作為低價值言論的限制，並未直接碰觸提問本身；有趣的是宗教與心理/性心理系統，特別是後者：得否用來重新建立與思索對於猥褻出版品之憲法定位？社會之立憲主義化思維，應有其參考思索價值。

回到托克維爾的提問，但將之「當代化」一下：在號稱後現代的今天，看似混沌不堪的社會，求其整合不墜，試問如何可能？²⁰⁷如同 *Ingwer Ebsen* 所說，憲法法院的整合功能，僅能「程序」、無法「實體」的加以理解與履行嗎？作為憲法維護者的憲法法院/大法官們，透過其實務，確實會產生一定的社會影響，但語意弔詭的是：重點正好不是「產生一定的社會影響」，而毋寧是「被社會影響」；大法官們最應該留心的，其實是連結社會變動下「應有的」憲法規範性內涵。這又是雙重的語意弔詭：大法官受憲法拘束，至於憲法內容是什麼，由大法官說了算。某個角度觀之，大法官阻撓社會發展，要比帶領與影響社會發展，機率要來得大些，有時候，比較惡意地說，大法官甚至可能只是 *Karl Marx* 於《英

²⁰⁷ Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbststeuerung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlin 1985, S. 347.

國在印度的統治》一文中所提到的「歷史不自覺的工具」，或用另外一種比喻方式：德國足球界有句諺語「比賽結束，沒有人記得的裁判，才是好裁判，因為他沒有影響、也沒有阻撓球賽的順暢進行」。大法官毋寧也像位裁判，憲法就是他的運動規則（*Sport- und Spielregeln*）²⁰⁸，而人民的社會行為，就當然是千奇百怪、包羅萬象的競技行為，帶來利益，就像會引來傷害一樣；大法官要如何帶領與影響呢？還是說：如何在固守運動規則之基本精神的前提下，帶著有執行力的終局決斷武器（拘束力），但是不要去帶領與影響社會的競技呢？

前述雖然不是玩笑，但當然也非完整：Otfried Höffe 確實說：誰來維護憲法免受憲法維護者的侵害？他自言自語的回答道：還是只有憲法維護者自己²⁰⁹。面對整體社會成員要找尋新社會契約的時點，憲法法院大法官們，雖然不是帶領與調控者，但確實是重要的參與人，他們可能展現的推助力氣，就跟不免會出現的阻撓力道，一樣的重要而可懼，看看 1930 年代美國羅斯福總統的新政（*New Deal*）之峰迴路轉，聯邦最高法院「前後期」大法官們的眾生相，便可知悉一二，所謂 *switch in time that saved the nine*，即時改變見解，保住了九席大法官。社會制度要如何形塑？社會權力關係是僵硬固守還是可能質量變？不平等只是繼續用著平等的外衣、既無法回溯普遍化、又建立在不完全的承認關係上？社會各功能系統是與國家法秩序越形越遠，還是不正常趨近地飽受不當干預與煎熬？這些探討社會發展的重要面向，都是大法官透過釋憲、憲法訴訟活動，所直接間接面臨的工作與挑戰，逃避當然不可能，如何正確的迎戰，才是大哉問。

12. 婚姻與家庭、職業、大學：大法官之描繪

在作者所採取的制度性基本權理解之前提下，我們可對於大法官的社會形成，有著更清晰的理解，例如三個重要的社會制度：婚姻與家庭、職業、大學。婚姻與家庭是一很好的觀察切入點：大法官雖然在釋字第 365 號解釋中，站在兩性平等的立場上，認為舊民法第 1089 條所稱「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」之規定違憲，對於傳統父系社會宰制所形成之婚姻與家庭制度，有著符合當代思維的突破，藉著釋字第 502 號解釋，使民法有關「收養者應長於被收養者 20 歲以上」之規定，認為在夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女的場合，立法者應有彈性之設計，以「基於家庭和諧並兼顧養子女權利」，再一度挑戰傳統倫常，但在第 554 號解釋中，本於婚姻與家庭受憲法制度性保障的意旨，直指婚姻制度具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，合理化國家制定規範以約束夫妻雙方互負忠誠義務之行為，認為「性行為之自由，

²⁰⁸ 運動規則之社會學意涵，可參見 Werron, *Der Weltsport und sein Publikum. Zur Autonomie und Entstehung des modernen Sports*, Göttingen 2010, S. 62f.。

²⁰⁹ Höffe in Stolleis(Hrsg.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, S. 131.

應受婚姻與家庭制度之制約」，接下來就通往刑法通姦罪規定係「立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷、並未逾越立法形成自由之空間」的結論，又相當程度「退縮」回傳統倫常，未能正面迎戰時代發展、意識變遷、刑事制裁手段之侷限性與目的錯置、乃至於當代個人/家庭/群體/社會相互關係的質量變，值得注意。誠然，當代婚姻與家庭制度的重大變異，特別在 1980 年代個人化時代 (*Zeitalter der Individualisierung*) 以降，極為明顯，法制上的回應固不在根本地推翻與否定婚姻與家庭制度，但也不代表即使到使用刑罰手段，皆能因固守傳統倫常之「憲法目的」而毫無疑問的合理化；重點毋寧在於：憲法期待何等既符合當代思維、又適切地尊重人民個別基本權利的「婚姻與家庭形成」？釋字第 587 號解釋所提出之「子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權」，因此應得以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴，甚而提醒立法者應留意是否考慮「親生父對受推定為他人之婚生子女提起否認之訴」，等於從另一角度回答同樣的提問：究竟在當代的憲法秩序中，我們需要「多少最多」的傳統倫常？只能揚棄「多少最少」的個人權利？在形塑之憲法婚姻與家庭制度中？大法官雖然有多號解釋強調之（例如同屬有關重婚之後婚姻效力的釋字第 242、362、552 號解釋），也不經意的在逃學逃家虞犯少年之人身自由限制場合，間接而隱晦地浮現「家庭」（釋字第 664 號解釋），但似乎除了家庭與婚姻場域中之「夫—母」、「夫—妻」、亦即性別關係的扭向對等之外，其他仍不脫傳統倫常理解下的制度觀。威瑪憲法第 119 條第 1 項第 1 句說：「婚姻，作為家庭生活與民族維繫及增長之基礎，受憲法之特別保護」，作為成文憲法明文保障婚姻的濫觴，學理咸認「婚姻之人合共同體的道德特質，形成該制度對於國家而言之根本價值，同時作為婚姻法律制度之核心」，然而時至今日，如同 *Eva Marie von Münch* 所言：婚姻與家庭意涵、目的與規範性基礎，早已分離，婚姻不再承擔如威瑪憲法 119 般之「民族維繫與增長」任務，重心毋寧應在於「生活共同體」（*Lebensgemeinschaft*）²¹⁰，則望之憲法規範性，是否應重新改寫諸如對於肩負維繫夫妻（性）忠誠義務任務之通姦罪的檢驗？乃至於近來台灣天空下極為熱鬧之同性婚姻的可能性與合憲性—所謂瞎子摸象下的民法多元成家？大法官過往有關婚姻與家庭的解釋，沒有產生太大的社會影響，即便是特殊情形下的重婚，也只是做出符合社會真正期待的決定，但透過規範檢驗，似乎再度穩固傳統倫常下的婚姻與家庭觀？接下來之挑戰不斷，如果大法官願更誠實的面對社會基底與成員意識之變遷的話。*Karl Larenz* 說，現代民法秩序理解的善良風俗，應以基本權的總和為其指涉²¹¹，所以例如同性婚姻是否合憲的重大議題，重點既不在宗教或上帝聖裁，而不會是考驗何人的所謂道德高度，而毋寧在：憲法基本權，大法官料想中作為婚姻與家庭秩序下的基本權。

職業 (*Beruf*)，特別是職業自由之限制，應該是大法官最準確與廣泛運用憲

²¹⁰ von Münch, Rn. 61 zu Art. 6, in: von Münch/Kunig, GGK I, 4 Aufl., München 1992.

²¹¹ Larenz, AT BGB, 7 Aufl., München 1989, S. 439.

法基本權理論的例子之一，德國聯邦憲法法院的所謂三階段論－選擇與行使之主客觀限制，法律人個個朗朗上口。在此，大法官明顯多採取主觀法上的基本權角度，以進行論述論證，例如最清楚的釋字第 649 號解釋：舊身心障礙者保護法有關「非本法所稱視覺障礙者不得從事按摩業」規定，大法官指陳著如此規定侵害「非身心障礙者、非視障之其他身心障礙者」之基本權，甚至有學者稱還應加上「侵害按摩業雇主之財產權」（不能僱用非視障者之其他人），最為經典。釋字第 584 號的「對乘客安全可能之威脅、衡量乘客生命身體安全等重要公益之維護」－換言之，第三人基本權的衝突觀點明確，是以原道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項限制特定刑事犯罪前科者，不得辦理營業小客車駕駛人執業登記，其實也不遑多讓；與第 584 號類似的，第 699 號解釋針對拒絕酒精濃度測試之汽車駕駛人，吊銷其所持有各級車輛之駕駛執照（道路交通管理處罰條例第 35 條第 4 項前段），解釋文最後雖說「與憲法保障人民行動自由與工作權之意旨無違」，但背後指涉顯然不會是文字下的語意弔詭（「我限制你的行動自由與工作權、所以保障你的行動自由與工作權」），毋寧是酒駕者所危害的攸關第三人安全之交通秩序，說穿了，還是某種形式的基本權衝突。先不說第 404 號解釋有關「中醫師不得開具『限醫師指示使用』之西藥製劑或西藥成藥處方」，此處之限制其工作權乃基於特殊醫療領域考量，或是第 637 號解釋認為公務員服務法之「旋轉門條款」－公務員於離職後三年內不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之特定工作，本於公務員領域之特殊思維，作者認為最值得注意者，應屬釋字第 655 號的記帳士爭議：根據憲法第 86 條第 2 款專門職業人員應經考試院依法考選之規定，行之有年的未經考試院依法考試及格的記帳及報稅代理業務人，大法官認不得取得與記帳士相同之資格，因此視記帳士法相關規定違憲，則似乎忽略了：憲法第 15 條保障人民之工作權－即職業自由基本權，與第 86 條規定專門職業暨技術人員應依法考選銓定之間，就原從事記帳及報稅代理業務之工作者的憲法權利，兩者並未存在矛盾與衝突，因憲法第 86 條之理解從未僅限於國家考試一途，而仍然容許立法者藉由職業圖像與職業狀態的保護、社會需求暨公益之考量等，作不同方式之形成與規範。簡言之，大法官對於「法律上的」與「社會現實上的」職業，究竟存在著如何的想像？容許國家公權力到何等程度的干預？主觀面向的基本權衝突並非真正重點，關鍵毋寧在於「憲法秩序期待中的職業」：從視障者與記帳士兩例來看，面對「立法者形成自由是否應尊重？」的問題，大法官言道：前者不得絕對職業保留、後者沒有任何職業保留，是否未完全顧及「社會面」？特別是前憲法、前法制的「社會現實」？特定的職業觀是否應容認修正？國家考試考選之真確意義何在？這些都需要更多的價值回應與客觀秩序找尋，大法官解釋對社會之影響雖然見仁見智，但如此之牽動，需要更多的考量與思辨。

西方諺語言：只要法院與學校的圍牆仍在，社會就有良心；這裡的學校，指涉的正是大學作為代表之學術自由與大學自治，排除其他包括國家在內的社會勢力之干預，忠於良心與知識的追求。大法官在釋字第 380 號解釋中，就教育部邀

集各大學共同研訂共同必修科目事，對此涉及對大學畢業條件之限制，亦即使各大學共同必修科目之訂定實質上發生限制畢業之效果，認有侵害對學術自由之制度性保障，乃至於釋字第 450、563 號解釋，針對大學法暨大學法施行細則明定大學應設置軍訓室，以及攸關考核學生學業與品行之事項等，大法官均認立法機關或行政機關，均不得任意以法律或命令加以干預，不論是設定單位之設置，或大學教學內容與課程之訂定，準此，大法官都在進行著憲法秩序中「大學圖像」的描繪：學術自由，民主，開放，自治。釋字第 626 號解釋關於中央警察大學之限制色盲者取得入學資格，釋字第 702 號解釋下「教育場域之教學者應知悉何謂師道與行為不檢」，都只是從另一面向-即便較為邊緣的-再度肯定這樣的大學/教育體制之自我認知，而有關學生之特別權力關係的突破，至少在容許提起法律救濟的這一點上²¹²，並不直接相關，也沒有因為相當程度的鬆動特別權力/法律關係而動搖大學自治。是以，在大學所享有之制度性保障，更精準一點的說：在憲法秩序對於「高等教育=大學」之核心制度性理解的建構上，大法官無疑做出令人印象深刻的貢獻，令人不禁引領企盼：對於不當箝制大學自治的諸如高等教育評鑑、「西哀」(SSCI、TSSCI)，乃至於仍然處處可見的國家干預與主導高等教育體制，大法官能否扮演更進一步的變革者。

²¹² 例如釋字 380、382、684 號解釋。

103年度專題研究計畫成果彙整表

計畫主持人：林佳和			計畫編號：103-2410-H-004-039-MY3			
計畫名稱：大法官的社會理念：婚姻與家庭、職業、大學－從制度的基本權理解出發						
成果項目		量化	單位	質化 (說明：各成果項目請附佐證資料或細項說明，如期刊名稱、年份、卷期、起訖頁數、證號...等)		
國內	學術性論文		0	篇	<p>林佳和，憲法解釋如何可能？德國基本權理論的回顧、論辯與展望的初步嘗試，東吳大學法學院、北京清華大學法學院主辦，第四屆兩岸公法圓桌論壇，東吳大學法學院，2016年11月18日。</p> <p>林佳和，自由、平等、民主與生活領域：憲法解釋如何可能？對於基本權理論的一個回顧、論辯與展望的嘗試，中華民國憲法學會主辦「憲法學之素材及憲法學方法論」學術研討會，國立台灣大學法律學院，2016年9月24日。</p>	
	期刊論文		0			
	研討會論文		2			
	專書		0			
	專書論文		2			章
	技術報告		0			
	其他		0			
	智慧財產權及成果	專利權	發明專利	申請中	0	件
				已獲得	0	
			新型/設計專利		0	
商標權		0				
營業秘密		0				
積體電路電路布局權		0				
著作權		0				
品種權		0				
其他		0				
技術移轉	件數	0	件			

		收入		0	千元		
國外	學術性論文	期刊論文		0	篇		
		研討會論文		0			
		專書		0	本		
		專書論文		0	章		
		技術報告		0	篇		
		其他		0	篇		
	智慧財產權 及成果	專利權	發明專利	申請中	0	件	
				已獲得	0		
			新型/設計專利	0			
		商標權		0			
		營業秘密		0			
		積體電路電路布局權		0			
		著作權		0			
		品種權		0			
		其他		0			
	技術移轉	件數		0	件		
		收入		0	千元		
參與計畫人力	本國籍	大專生		0	人次		
		碩士生		0			
		博士生		0			
		博士後研究員		0			
		專任助理		0			
	非本國籍	大專生		0			
		碩士生		0			
		博士生		0			
		博士後研究員		0			
		專任助理		0			
其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)							

科技部補助專題研究計畫成果自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現（簡要敘述成果是否具有政策應用參考價值及具影響公共利益之重大發現）或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以100字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形（請於其他欄註明專利及技轉之證號、合約、申請及洽談等詳細資訊）

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以200字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性，以500字為限）

國內學界向來對於大法官解釋的闡釋，多仍停留於法釋義學操作階段，即便論及社會影響，也缺乏比較嚴謹的理論性視野。本研究從基本權理論出發，爬梳直指憲法基本權秩序規範性內涵，將觀察與分析視野拉至法釋義學之前，有助於法學界更精準而細膩的觀察基本權秩序，乃至於大法官所處理與面對的社會各領域艱難問題，也填補國內向來缺乏對於基本權理論關注的缺憾，不論理論或實務，都能有一定的正面貢獻。對於婚姻與家庭、職業、大學之憲法規範性內涵的描繪，本研究雖仍停留於初步觀察，但已提供國內研究者不同的面向與視界，應有助於進一步的分析與理解

4. 主要發現

本研究具有政策應用參考價值： 否 是，建議提供機關內政部, 勞動部, 教育部,

（勾選「是」者，請列舉建議可提供施政參考之業務主管機關）

本研究具影響公共利益之重大發現： 否 是

說明：（以150字為限）

不論是婚姻法秩序的形成，包括同性婚姻，職業自由的積極促進與自由/管制之間的平衡，乃至於處於大學自治、大學相關社會行動者程序權與實體權建構等方面，應能提供一些思考線索，使該等「社會制度」更能發揮功能