

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

部門憲法—憲法釋義學的新路徑

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC91-2414-H-004-004-

執行期間：91年08月01日至92年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：蘇永欽

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 92 年 9 月 26 日

部門憲法—憲法釋義學的新路徑？*

目次

前言

- 一、釋義學蓬勃發展下的困境
 - 1、直接移植造成的混亂
 - 2、釋義學明顯脫離文本
 - 3、新舊規範間衝突隱現
 - 4、規範與現實落差擴大
- 二、從部門觀點分析憲法內涵
 - 1、德國未形成學說主流
 - 2、國內已見的少數嘗試
- 三、作為憲法釋義學的新路徑
 - 1、釋義學現狀的再超越
 - 2、形式與實質部門憲法
 - 3、狹義與廣義部門憲法
 - 4、部門如何界定與區隔
 - 5、更加凸顯結構法性格
 - 6、部門特別關係的浮現
 - 7、部門的同質與異質性
 - 8、人權的一般與部門性
- 四、潛在危險與若干操作建議
 - 1、可以預見的潛在危險
 - 2、適當操作的幾點建議

前言

在任何一個成文法體系，法釋義學都承擔了解決法律適用問題，同時提高體系精密度、可預見性以及回應彈性的功能，社會的分殊程度越高，法釋義學承受的負擔越重¹。我國的憲法釋義學在行憲以後相當長的時間，停在一種夫子自道的狀態，憲法在國家生活中被當成一種主義，一堆理想，很少人把它看成和民法、刑法一樣是可以實際適用的法律，因此釋義學只需要以教科書的形式，負起思想啓蒙的任務，偶見一些理論的爭議，卻很少能反映社會實際存在的衝突。這種情形一直到民國七十年代中期，較大幅度的民主改革終於啓動，大法官解釋制度也一再自我突破，而在社會運動之外打開了另一扇人權改革的大門後，才出現了明顯的改變。大量的論文開始針對各種政治社會問題，從憲法角度做規範性的探討，經過這樣的廣挖深掘，憲法才有了越來越高的現實性，解釋憲法的大法官解

* 本文已收入「當代公法新論（上）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，頁 739—772。

¹ 參閱 Luhmann, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, passim

釋，一方面從這些討論中汲取養分或引為奧援，另一方面也為釋義學提供再詮釋和批判的材料。壽星公在這個過程中，同時在司法解釋和憲法理論領域發揮了關鍵性的領導作用，學界已有定論，任何頌詞都顯得多餘。

倒是在憲法釋義學蓬勃發展的背後，有心人應該不難看到一些隱憂，藉祝壽的機會來作一番檢視，或許更有意義。個人基本上認為，我們的憲法釋義學發展到今天，概念和方法的百花齊放，固然大大增加了憲法干預社會生活的空間，但同時也使它的恣意性升高到難以忍受的程度。更令人憂心的，是一方面它在很多地方已經呈現與文本脫節的現象，另一方面，憲法與社會現實的差距也越來越大，顯示釋義學與憲法文本的脫節，並非源於對社會變遷的回應，因此也未能阻止憲法的走向異化。有鑑於此，本文才大膽的提出部門憲法的論述方向，作為釋義學的新路徑，一方面希望藉此把憲法的適用拉回到文本，正視規範內部整合不足的問題；另一方面也在既有的釋義學基礎上，通過對個別部門的整體觀察，而以更全面的詮釋循環來理解憲法的內涵，使它面對快速變遷的台灣社會，仍能發揮適當的規範和引導功能。此一角度的討論並不是第一次，但過去多為淺嚐輒止，而且未從方法上去做較深入的反省，包括可能的實益與危險，應注意的界限等。部門憲法會不會是克服目前釋義學混亂的良方，當然還不得而知，所以本文標題加上了一個問號，不過至少應該是一個有價值的嘗試。

一、釋義學蓬勃發展下的困境

1、直接移植造成的混亂

作為憲法釋義學基礎的憲法學（*Verfassungslehre*）、國家學（*Staatslehre*）²，和一般的法律理論和方法論，都是後設於實定法，而需要在不同時空求得印證的理論，印證的程度越高，說服力越大。但任何法釋義學本身必以特定法秩序的實定法為其研究分析的標的，追求的是該法秩序的順暢運作，而不需要超越時空的印證。因此外國法律及其釋義學，可以作為比較研究的材料，但不能直接輔助本國法律的註釋，具有理論價值而可以提供本國釋義學參考的，必然是比較的結果，而不是外國釋義學本身。法律移植是唯一的例外，只有在這種情形，釋義學必須隨同法律移植，一如機器的操作手冊，是附隨機器買賣的技術移轉，至少在初期，移植國的釋義學最好是亦步亦趨的跟著母國釋義學走。但即使在法律移植的情形，基礎理論的研究，仍然是成功的最大保證。我國在一個世紀前開始民、刑法及其訴訟法的移植，隨之發展出來的法律學，實際上就是各母法國釋義學的再製，經過這麼長的時間，民刑法學者大部分的精力還是用在與母法的比較上，對於後

² 這當然只是德國或德語系法學的分類，憲法學早期的名著如 Schmitt, C., *Verfassungslehre*, 1928; Loewenstein, K., *Verfassungslehre* (按此書原以英文寫作，書名為 *Political power and governmental process*，為了配合德語系國家的語境才在德文版改為憲法學)，4A., 2000; 較近則有 Haverkate, G., *Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, 1992; Brinkmann, K., *Verfassungslehre*, 2A., 1994; 國家學的書則如 Ermacora, F., *Grundriss einer allgemeinen Staatslehre*, 1979, 中譯本可參林信和，*一般國家理論要義*，國民大會憲政研討委員會出版，民國七十五年; Zippelius, R., *Allgemeine Staatslehre*, 9A., 1985; Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre, Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaats*, 3A., 1988。

設於釋義學的理论，如私法自治的哲學意義，財產權的經濟分析，犯罪的社會學分析，訴訟程序的體制意義等，並未顯示太大的興趣。以這些法域的技術性與實用性，以及台灣法學人力的有限性，會有這樣的結果雖然可以理解，但長期而言，我們民刑法的釋義學必如無根的浮萍，很難期待會有較大的突破，或自主的發展。

不過這裡要談的，還是憲法釋義學從一開始就陷入的美麗錯誤。源於民刑法釋義學的成功經驗，後發的憲法學耕耘者，不知不覺的把這樣一個高度政治性、社會性的法律，當成和民法一樣高度技術性的法律，而把德國的憲法釋義學沒有經過太多反芻就直接移植到我們這裡，完全忽略了代表主權國家存在的憲法不適合也完全不可能像財產法一樣的「移植」，最多只有在制憲時以當代具有典範地位的憲法作為參考對象，學習其體例、技術或足以反映時代精神的大原則。因此跳過憲法理論的「轉化」，直接援用德國憲法釋義學來註釋我國的憲法，或者把德國的憲法釋義學當成可以放諸四海而皆準的憲法理論，在方法上已經欠缺任何正當性。即使多數時候只是參考了德國憲法的原則，也因為德國戰後發展出來的憲法釋義學，所訓誥的基本法和我國憲法主要借鑑的威瑪憲法，其實是建立在截然不同的國家社會關係模型上³，從而不論就指導原則或規範體系而言，任意取譬都隱含了相當高的風險。至於把美國憲法實務發展出來的原則和分析觀點，現買現賣的引進到我國的憲法解釋，就更不能不多考慮兩個法系間方法和概念上的差異，乃至背後相去甚遠的國家與社會哲學了⁴。

指出這個基本的方法錯誤，絕無意忽視憲法所宣示人權的「普世」性格，也就是多數人權已從特定歷史情境昇華為人類共享文明的事實。故德國憲法法院或美國最高法院所詮釋的人身自由或言論自由內涵，如果代表的是人類文明的再提升，我們直接把這些新創的內涵移植到我國憲法規定的人身自由或言論自由，應該沒有什麼不妥。然而區隔各國人權釋義學的，本來就不在人權的內涵，而在進一步處理人權與公共利益衝突，或不同人權之間的優先性，所採用的方法，其差異通常會反映在各國憲法對不同法益的權衡，落實人權保障的組織程序，乃至政府的分權方式上。跨越國界的借鑑，如果未通過這些審查比較，很難不造成內部體系的扞格。事實上不僅跨越國界如此，就是內國實定法秩序的轉換，釋義學的重建也不能不留意這一點。德國憲法學者從人權規定發掘出種種「客觀效力」，始於主觀人權未能在程序上充分落實的威瑪憲法時代，當戰後基本法把所有公權力都納入人權的規範，並建立廣泛的憲法訴訟制度以後，這些客觀效力的理論已

³ 參閱李建良，自由、人權與市民社會－國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義，收於「憲法理論與實踐（二）」，民國九十年，頁 1-57；兩種模式也有操作技術上的不同，比如德國就有學者認為 Carl Schmitt 提出的制度性保障理論是威瑪憲法對基本權採間接保障下的產物，因此到了基本法採直接保障後即非必要，可參陳春生，司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討，收於李建良／簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，民國八十九年，頁 276

⁴ 至於兩個社會發展階段不同，更是不宜複製憲法釋義學的重要理由，在 Peter Häberle 的比較研究中即曾特別指出，參所著 *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalt, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, 1992, 821f., 轉引自石世豪，從司法院大法官釋字第 364 號解釋論廣播電視自由之客觀法與基本權利雙重性質，收於李建良／簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，民國八十九年，頁 402，註 106

經不是絕對必要，但還是繼續依附在其他客觀（非受害者訴訟）程序—如抽象及具體規範控制，發揚光大的結果，一方面是使德國迅速變成一個司法國，另一方面則是讓憲法學者忙於解決這些客觀效力與主觀權利之間的矛盾，乃至是否在客觀化之後又再度主觀化的問題⁵，利弊之間，未有定論。相對的，否定抽象違憲審查的美國，即把重點放在主觀權利內涵的闡揚，及人權限制的司法控制上面。美國憲法上的正當程序條款承擔了權衡人權與公益的主要功能，最高法院發展出來的各種審查基準，則反映了美國的人權和分權理念⁶。對應於程序和實質的正當程序，德國憲法法院也「發現」了基本權的組織程序功能⁷，和比例原則，並在基本法明文區隔的保障強度之外，依其人權和分權理念也發展出不同的審查密度⁸。這兩個憲法典範在操作上有某種程度的相互參照是毋庸置疑的，但德國人不會直接援用正當程序原則，正如美國人不覺得人權保障會因為沒有比例原則而失色。深入一層來看，德國不因為建立了廣泛的人權救濟途徑，即放棄各種客觀效力的理論，實有其特殊的思想背景，簡言之，人權的客觀化在德國應可溯源到二十世紀初的利益法學，和二次大戰後居於主導地位的價值法學⁹，美國的人權理論則始終深植於自由主義、個人主義的立國哲學。足見人權是普世的，釋義學卻不是。

因此當大法官以集大成的方式，把不同國家的憲法釋義學先後移植到我國的憲法解釋時，固然滋養了憲法釋義學的理論成分，但憲法反而因為有太多可能性，而變得更難以預測，比如主觀權利和客觀效力之間的潛在衝突，僅從台北高等行政法院的二一退學案判決，所引起的爭議和困惑¹⁰，已可見其端倪。

2、釋義學明顯脫離文本

憲法釋義學的移植，創造了憲法所無的概念，如基本權、法律保留、制度性保障或憲法委託，倒還不是太大的問題。即使有意的捨棄一些憲法使用的語言，如民有、民治、民享、民生主義等，在法律解釋方法上難以自圓其說，但仍不能認為是很大的罪惡。真正讓人不安的，是因為解釋對象在架構上的差異，移植的結果反而衝擊了憲法原來的架構。從「結構」(constitution)法的角度觀之，這

⁵ 參閱 Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 1986, 447ff.; 許宗力，基本權的功能與司法審查，研究彙刊，六卷一期，民國八十五年，頁 24-34；吳庚，基本權的三重性質—兼論大法官關於基本權解釋的理論體系，收於司法院印行，司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，民國八十七年，頁 1-51；陳愛娥，基本權作為客觀法規範—以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題，收於李建良／簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，民國八十九年，頁 235-272

⁶ 參閱法治斌，憲法保障人民財產權與其他權利之標準，收於人權保障與釋憲法制，民國七十四年，頁 253-263；林子儀，言論自由與優惠性的差別待遇，收於言論自由與新聞自由，民國八十二年，頁 247-250

⁷ 相關整理可參蕭文生，自程序、組織與救濟觀點論基本權利之保障，第一章，民國八十九年

⁸ 可參蘇彥圖，立法者形成餘地與違憲審查，民國八十七年台大碩士論文，頁 87-99，比較了美、德方法上的差異。

⁹ 參閱 Fikentscher, W., *Methoden des Rechts*, Bd.3, Kap.27, 1976

¹⁰ 參閱許宗力主持，李建良、法治斌、周志宏、董保城、施惠芬的論文及研討記錄，均刊於台灣本土法學，29 期，民國九十年，頁 33-108；李惠宗，從學術自由及大學自治行政權論大學退學制度之合憲性，台灣本土法學，32 期，民國九十一年，頁 27-42

種近於「解構」的憲法釋義才是最大的危機。

德國基本法在國家發展的方向上原則是開放的，除了精神層次的宣示－民主、社會的聯邦國（第二十條第一項），對於各社會領域的政策綱領都未作任何宣示。因此可以說是從威瑪憲法開創的架構，回到了美國憲法的架構，讓政策的選擇全部由憲法規定的公權力部門依民主多數決原則去作成決定，憲法維持政策中立¹¹。民主多數決的唯一界限就是人權，因此國家與社會的基本關係，就決定於人權的解釋。不了解這個基本架構，即無法了解德國戰後人權釋義學的主要爭議與發展，學者在種種客觀效力上的爭辯，正反映了不同社會發展階段意識形態間的拉鋸，人權解釋往往只是鞏固或對抗特定多數決的工具¹²。因此如果無視於我國憲法相當封閉的架構¹³，制憲者對國家與社會各部門的關係已經畫好了基本的藍圖，而未嘗試把有關國家作為義務的基本國策的規定和有關國家不作為義務的人權規定，做一定程度的整合，即可說違反了誠實的方法論最低限度的要求。直接把德國基本法的人權釋義學或美國憲法的判例，套用在我國憲法人權規定的註釋上，其結果很可能是越解釋越高憲法體系內部的緊張，越解釋越模糊了國家發展的方向。憲法釋義學的脫離文本，如果只是單純學者的以文言志，問題也還不大，一旦得到權威解釋機關的認可採納，甚至根本是風行草偃，上有所好下必甚焉，憲法的疏離就會加速。以歷次有關工作權的解釋引起的爭議來看，可說再清楚不過¹⁴。

3、新舊規範間衝突隱現

兩種參考架構間的差異，還不是現階段憲法釋義學唯一忽略之處。多少反映了世紀末台灣社會狀態與願景的增修條文，和憲法本文之間，隱隱然也存在著某種典範性的差異。民國八十三年修改的增修條文，還只針對公營金融機構宣示了「企業化經營原則」，讓人聞到一點點「管制革新」的味道，但民國八十六年修改的增修條文第三條第三、四項，已經很清楚的藉政府組織、預算鬆綁的規定，體現「政府再造」的意旨¹⁵。我們也許不能說，追求導航型、企業型政府的政府再造理念，與憲法本文對於文官體制的高度制度性保障（釋字第四八三號解釋）

¹¹ 參閱 Schlaich, K., Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972; Isensee, J., Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Isensee/Kirchhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.5, 1992, 456

¹² 以經濟憲法為例，可參拙文，經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範－從昔日德國的爭議來看今日台灣的回應之道－，廖義男教授祝壽論文集，民國九十一年，並已收入拙著，走入新世紀的私法自治，民國九十一年，第肆篇。

¹³ Emmacora 把憲法區分為開放與封閉類型，前註 2, 93ff.

¹⁴ 參閱李惠宗，憲法工作權保障系譜，收於劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，民國八十七年，頁 347-392，基本上是用基本法職業自由的解釋來註釋我國的工作權；黃越欽大法官，釋字第五一四號解釋不同意見書，雖反對此一解釋方向，但同樣不能跨出外國法的比較，從實定法的體系解釋切入：「我國憲法基本權既然繼受自外國，在詮釋上固然以外國工具為之，在目的解釋上亦多以外國觀念、理論為指導，迄今尚無暇對我國之特色予以關照。以致我國憲法中人權體系與實際人權狀態並不完全一致」。

¹⁵ 拙文，公平會的再造－從國際比較與政府再造的角度觀察，發表於行政院公平交易委員會主辦：「公平交易法施行十周年回顧與前瞻」研討會，民國九十一年 1 月，並已收入拙著，走入新世紀的私法自治，民國九十一年，第柒篇。

之間，必有不可化解的衝突，但功績原則和服公職權之間，勢必要作一些不同於以往的權衡¹⁶，老實說，我們的憲法釋義學，不論在學說或實務方面，好像都還沒有意識到這樣的衝突。

4、規範與現實落差擴大

釋義學的功能，不僅在於拴緊規範間的螺絲，使其更能順暢的配套運作。更重要的，是適度調整規範與所規範事實間的距離，藉由解釋把新的社會事實吸納入規範的內涵，其目的不在合理化違法的事實，而在依循法律的真正規範意旨，縮短單純因為社會發展而產生的規範距離。所謂憲法成長，或活的憲法¹⁷，指的也就是此一意義下的規範調適，與其說是對現實的妥協，不如說是藉著對現實更精確的掌握，而更有效的規範。可以想像，當憲法釋義學還停留在外國釋義學的臨摹階段時，幾乎很難期待它發揮此一調適功能。以台灣社會近年變遷的快速，憲法與整套法制的「異化」，就很難避免。其中又以不受大法官眷顧，而未能經由解釋跟上時代腳步的基本國策規定，與社會現實的脫節最遠。一個很明顯的徵兆，就是各種法律位階的「基本法」一一問世¹⁸。這種在體裁、風格上與憲法的基本國策十分接近的法律¹⁹，如果不是認為憲法的基本國策還不夠基本，就是有意另起爐灶，沿著大法官人權釋義學的路徑另外發展一套基本國策，在水平的憲法內部衝突之外，又點燃了垂直的憲法與一般法制的外部衝突。這些發展都才剛剛開始，所謂異化的危機，多數人未必能感受。但方法上的偏失，一如水之浸潤，如果不能防微杜漸，後果必然相當嚴重。

二、從部門觀點分析憲法內涵

針對上述憲法規範間的割裂，以及規範與社會現實間的脫節，釋義學的回應，既不可能回到原點，只有嘗試再往前推進。建立部門憲法的論述方式，是一個可能的答案，簡言之，即從部門的角度切入，來整合過去被割裂處理的規範，並藉部門的事實分析注入規範的「社會性」，是不是果真對症，有沒有什麼副作用，都還有待審慎的分析。部門的觀點當然不是全新的觀點，這裡即先簡略的回顧一下前人的努力。

1、德國未形成學說主流

部門憲法的提法，在熱愛營造概念，細至毫芒必爭的德國，已經不算新鮮，某些部門甚至有相當長的歷史，比如財政憲法（Finanzverfassung）²⁰，或軍事憲

¹⁶ 有關功績原則的探討，參閱徐崑明，論公務人員保障制度—以美國法之比較為中心，八十九年政大碩士論文。

¹⁷ 參閱 Klönne u.a., *Lebendige Verfassung – das Grundgesetz in Perspektive*, 1981

¹⁸ 目前已經完成制定的有教育基本法和科學技術基本法，立法中的還有環境基本法、人權保障基本法。

¹⁹ 立法學角度的評論可參拙文，基本法怎麼個基本法？已收入本書。

²⁰ 最早使用這個概念的可能是 Lorenz von Stein，在他一八八五年出版的財政學教科書 *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*，第一篇就是「歐洲財政憲法」，並對財政憲法下了一個明確的定義，參引自 Vogel, Klaus., *Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes*, in: Isensee/Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd.4, 1990, 5, Fn.7

法（Wehrverfassung，早期也有用 Heeresverfassung）²¹。威瑪憲法因為規定了經濟與社會生活，使經濟憲法（Wirtschaftsverfassung）和勞動憲法

（Arbeitsverfassung）也就約定俗成的被使用與探討²²，戰後基本法雖未保留此類規定，但留白的結果，在經濟領域反而更引起有關經濟憲法的熱烈討論²³，以經濟統合為基礎發展出來的歐盟，在九十年代也盛談歐洲的經濟憲法²⁴。勞動憲法雖未如經濟憲法成為爭議話題，但也沿著同樣思路屢次被提出來²⁵。他如社會憲法（Sozialverfassung）²⁶、文化憲法（Kulturverfassung）²⁷或傳播憲法

（Kommunikationsverfassung）²⁸，也都有人提過。除了威瑪的歷史背景，戰後各邦憲法承其餘緒多訂入大量的「邦策」規定，應該不無關係。受到德國影響，此類概念在其他德語系國家也都不陌生，比如瑞士學者也談經濟憲法、社會憲法²⁹，奧地利則有文化憲法的討論³⁰

但是就整個憲法釋義學而言，部門憲法的論述顯然從未居於主流地位。逐條釋義書固然重在個別條文的闡明，體系的建立非其重點（最多僅能作前言的補充）。就是強調體系而往往成一家之言的憲法教科書，不論是否按憲法體例去作整理，基本上也都還是從規範面切入去建立體系，從實存秩序面切入作為補充的，寧為例外³¹。只有較為鬆散的集書（Handbuch），偶見從國家功能領域，或社會領域去作分析的。個別部門的憲法討論主要還是以論文方式呈現，數量上雖也相當可觀，但除了少數例外，如前述有關經濟憲法的討論，大多是問題取向的零星文章，若說到以其作為一般憲法釋義學的研究路徑，則顯然未成氣候。不過循著憲法學有關憲法定位的討論，主張憲法應該是有關一政治秩序的所有整體決定（Gesamtscheidung），而不限於政治性質者，很自然的傾向於把憲法的效力張

²¹ 比如 Hintz, O., Staatsverfassung und Heeresverfassung, 1906; Heckel, J., Wehrverfassung und Wehrrecht des Großdeutschen Reiches, 1939

²² 比如 Tschierschky, S., Wirtschaftsverfassung, 1928; Franz Böhm 則是沿用 Carl Schmitt 的憲法定義解讀威瑪憲法有關經濟生活的規定，參閱 Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 107

²³ 拙文，前註 12

²⁴ 如 Basedow, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992; Petersmann, E.-U., Thesen zur Wirtschaftsverfassung der EG, EuZW 1993, 593ff.

²⁵ 詳參 Scholz, R., Arbeitsverfassung und Richterrecht, Der Betrieb 1972, 1771ff.; ders. FS BAG, 1979, 511ff.

²⁶ Scholz/Pitschas 即曾對這個概念作較為周延的界定，參所撰 Sozialstaat und Gleichheit, in: Deutscher Sozialgerichtsverband/Zacher, FS BAG, Bd.2, 1979, 639ff.; 較近者如 Merten, D., Sozialrecht, Sozialpolitik, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2A., 1994, 971ff.

²⁷ Häberle, P.(hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982

²⁸ 如 Hoffmann-Riem, W., Kommunikations- und Medienfreiheit, in Benda et al., 前註 26, 193

²⁹ Gygi, F., Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89II, 1970, 265ff.; Müller, J. P., Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2A., 1981, 98ff.

³⁰ Evers, H.-U., Kulturverfassungsrecht und Kulturverwaltungsrecht in Österreich, JöR n.F. Bd.33(1984), 189ff.

³¹ 閱讀率頗高的 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht,體例上把「基本權、基本義務、秩序」合為一篇，而闡述文化秩序（含家庭、學校、宗教）、經濟及財產秩序、職業秩序等，已屬推陳出新之作，參 29A., 1993, 124ff.

延到社會各領域³²，只是類似「部門憲法」這樣總其成的提法，確實尚不多見。Maunz/Zippelius 曾以整體秩序（Gemeinschaftsordnung）中的「社會部分體系」（gesellschaftliche Teilsysteme）³³來描述，談得較為深入且認為仍大有開發空間的則是 Klaus Stern，稱之為「部分憲法」（Teilverfassungen）³⁴。此外，早在威瑪共和國時期就成名的憲法學者 Herbert Krüger，一九七六年曾發表了一篇題為「次級結構憲法」（subkonstitutionelle Verfassungen）的論文，可以說是從憲法學角度對此一問題所作的比較全面的評價，以其代表的嚴守國家與社會界限的學派來說，最後得出全盤否定此一論述觀點的結論，倒也不令人詫異³⁵。至於實務，從部門的角度去解釋基本權的內涵，或區隔基本權的保護，在聯邦憲法法院已經行之有年，並無原則性的爭議。但對於進一步建構某種相應於社會次體系的部門憲法，特別是在有關經濟憲法的議題上，憲法法院顯然仍有相當保留，所謂「政策中立」的論述雖過於含混而有相當誤導，因為政策中立未必可推導出憲法對個別部門未規定不同結構原則的結論³⁶，但已可看出憲法法院對於此一釋義方向的謹慎³⁷。

2、國內已見的少數嘗試

很明顯也是受了德國經濟憲法論戰的啟發，蘇俊雄在民國六十四年發表的經濟法論，就把經濟憲法解釋成經濟法的一環，其主要內容涵蓋多項基本權，及「法律秩序體系對於經濟基本原則所確認的權利」（稱之為「實質的經濟基本法」），加上基本國策專章規定的經濟基本原則及隱含的制度性保障，還有憲法第十章有關經濟立法權限分配的規定³⁸。其後廖義男也在他建立的經濟法體系中，提到有些規範可稱為「經濟基本體制法」，又較傾向於德國經濟憲法論戰中形式憲法的看法，認為僅限於「憲法法典中，對於經濟秩序形成之指導原理或基本原則加以規定之法規範」，而所謂「基本體制」則是「基於該等法規範所樹立之指導原理或基本原則而形成規律經濟進行之架構、體系或秩序」。廖義男雖沒有進一步描述我國的經濟基本體制內涵，但列舉了十三組相關的憲法規定³⁹。同樣在領域的界定上，不像傳統領域那樣清楚的勞工法和社會法，也都有勞動憲法、社會憲法的討論，比如郭明政在一篇討論社會法內涵界定的文章，提到憲法基本國策的若干規定，黃程貫在勞動法的教科書裡，也整理了相關的基本權和基本國策規定，

³² Peter Häberle 對多元主義的憲法理解可說最具代表性，參所著 *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept*, in: ders.: *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 1978, 121ff.; 簡介其理論可參張嘉尹，*憲法解釋理論之研究*，民國八十一年台大碩士論文，第十一章

³³ 前註 31, 134

³⁴ Stern, *Das Staatsrecht der BRD*, Bd.III/1, 1988, 879ff.

³⁵ Krüger, *Subkonstitutionelle Verfassungen*, DÖV 1976, 613ff.

³⁶ 經濟憲法的論戰雖已成歷史，但學界的立場仍然壁壘分明，近年私有化浪潮席捲全球，市場經濟為憲法要求的呼聲又起，可參 Sodan, H., *Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung*, DÖV2000, 361ff.

³⁷ 參閱 BVerfGE4, 7ff. 「投資補助」案判決。

³⁸ 蘇俊雄，*經濟法論*，民國六十四年，頁 24-33。

³⁹ 詳參廖義男，*經濟法之概念與內容體系*，收於企業與經濟法，民國六十九年，頁 1-47

但都未刻意突出秩序或體制的概念，去強調社會憲法或勞工憲法⁴⁰。倒是一些更新興的領域，對於何者為憲法位階的規範，表現較高的興趣。石世豪依 Robert Alexy 的理論，曾對「廣播電視自由」的「基本秩序」做了一番整理⁴¹，陳慈陽更在環境法的教科書裡用了三十五頁的篇幅去界定所謂的「環境憲法」⁴²。

不過學說中對部門憲法做過一般性論述的，只有陳新民。陳新民除了對「軍事憲法」用力甚深⁴³，並在最近一篇研討會論文中談到「財政憲法」外，他的「中華民國憲法釋論」把基本國策稱為國家機關與人權以外的「第三種結構」，認為依領域可分為六種憲法：國防憲法、外交憲法、經濟憲法、社會憲法、文化憲法及少數民族憲法，其中比較特別的，是把勞動憲法放在文化憲法中。可惜他並沒有對這所謂的第三種結構進一步提出比較完整的說明，他和多數學者一樣採的是形式意義的憲法，而且可能考慮到教科書體例，為避免重複沒有把這些政策規定和前面的人權、政府機關規定加以整合，而且對於這六個規範的國家或社會領域未從實存體系的角度作任何闡明，使得此一第三種結構作為次級憲法的釋義學上的合理性，無法彰顯，似乎只是賦予憲法基本國策規定一個比較眩目的名稱，大大沖淡了此一論述的突破性。

至於在大法官解釋實務方面，吳庚大法官最早在第二一二號解釋所提的不同意見書中使用「財政憲法」的概念，而且把財政收支劃分法界定為財政憲法，採的是實質憲法的觀點。後來蘇俊雄與劉鐵錚兩位大法官在第三九一號解釋的不同意見書，也以預算的法律性質界定為「財政憲法」的問題，除此以外，即未見類似的用法。但從社會部門切入去界定與區隔人權內涵，或保護的強度，比例原則審查基準的差異，則已視為當然，比如在第四一四號解釋闡明言論自由的內涵時，即明確的說：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則」，就違憲審查的基準而言，「非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」。在結社自由方面，勞工的結社涉及工業社會形成的特殊勞資關係，第三七三號解釋便把第一五三條有關勞工保護的規定和結社自由的保障結合，認為這是勞工為團體交涉及爭議的基礎，雖不夠深入，但已經是很清楚的部門觀點。此號解釋更涉及「教育事業」，與接受國民受教育的權利有相當關連，可以說是結社自由同時觸及勞工及教育兩個部門，而必須分別就其特殊性加以考量的一個案例。另外在第四九〇號解釋，大法官則強調雖然有關宗教的內心信仰必須受到「絕對保障」，但宗教結社自由「在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在」，否認宗教部門在限制結社自由的審查上應採較嚴格基準的觀點。大法官顯然一點都不排斥部門的思考，離開部門憲法的論述

⁴⁰ 郭明政，社會安全制度與社會法，民國八十六年，頁 132；黃程貫，勞動法，民國八十五年，頁 114-122

⁴¹ 參閱前註 4，頁 432-434

⁴² 陳慈陽，環境法總論，民國八十九年，頁 91-126

⁴³ 陳新民，軍事憲法論，民國八十三年。

雖還有一大段距離，但或許可以說是司法決定先天上受限於微量主義（Incrementalism），僅僅把部門觀點帶進實務，已經爲此一釋義學的新路徑打下了基礎。

三、作爲憲法釋義學的新路徑

1、釋義學現狀的再超越

簡單的說，部門憲法的想法其實就是在釋義學發展到今天的現狀基礎上，再往前跨一步，看能不能從亂中整理出一個頭緒。部門憲法不是揚棄既有的釋憲方法和成果，另起爐灶，而是嘗試把許多拉出來的線頭，縫綴成一幅有意義的圖案。

人權規定的規範內涵既不限於主觀權利，而可單獨的或與其他人權規定共同推導出某種制度性保障，國家的保護義務，組織與程序的保障，統一的價值秩序，乃至對第三人的效力，這些客觀效力既又無可避免的回過頭來影響個別主觀權利的內涵，權利之間的競合，權利限制的妥當性等，試問如何整理這中間的互動牽扯？當我們認知在人權、政府之外，憲法還有一個「第三種結構」的存在，這第三種結構課予政府的作爲義務，和第一種結構課予政府的作爲和不作爲義務，第二種結構依一定分權原則賦予不同機關的權限，又當如何整合爲一有意義的整體？又如果同意，憲法的規範過程不是單向的演繹、歸攝，而毋寧是應然面與實然面的詮釋循環⁴⁴，使憲法得以與時俱進，隨社會成長，則當台灣社會發生如此劇烈的變遷時，憲法規範又該從什麼角度去吸納複雜的社會現實？答案似乎都指向一個方向，也就是學說和解釋實務有意無意都已經觸及的部門觀點，即以部門來承擔規範體系內部，以及規範和現實整合的功能。

不同的國家發展出不同的憲政關係，憲法該以何種方式、廣度和力度去制約社會，本來就沒有放諸四海而皆準的模式，部門憲法當然不是唯一合理的選擇。如果我國憲法釋義學仍審慎的停留在狹義的「政治憲法」的憲政主義觀⁴⁵，人權規定唯一的功能就是保障個人，不承認任何抽象審查或普遍效力的憲法司法程序，則部門憲法隱含的「社會憲法」憲政主義觀，顯然是太大的跳躍，值得在起跳時再思。正因爲我國的憲法和其釋義學的發展，都已經離開狹義的憲政主義相當遠，部門憲法的提出才更有正當性。

2、形式與實質部門憲法

從前面整理部門憲法的有限實踐即知，法源上是否要限於憲法位階的規範，是建立部門憲法論述的一個關鍵問題。肯定應限制者可稱爲形式意義的部門憲法，反之則以規範的實質重要性爲指標，只要在特定部門中具有基本規範或指導原則地位者皆屬之，及於普通法律，甚至其他規範，如憲法習慣，或重要歷史文

⁴⁴甫去世的當代哲學大師迦德瑪所創詮釋理論，在德國法學啓發了法律詮釋學，強調規範解釋者先要對於所規範的事實有一定的先期理解（Vorverständnis），解釋不是單純的邏輯推論，而是規範與事實間的詮釋循環（hermeneutischer Zirkel），可參 Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, 136-141

⁴⁵ 如 Sartori, *Comparative constitutional engineering*, 1994, 中譯本見雷飛龍，比較憲政工程，民國八十七年，頁 202 以下。

獻，可稱為實質意義的部門憲法，在不同領域兩種意義的部門憲法都都有人用⁴⁶。

非國家憲法的條文而在個別領域具有基本規範地位，是不是可以解釋為部門憲法的一部分，一如我們在民法釋義學上說的實質民法，也許還需要先作一些分辨。有一組規範形式上雖僅具法律位階，但制憲或修憲者顯然已經把它當成憲法規範的重要先期理解，從文字脈絡即可知其為憲法的一部分，若捨棄其內容憲法將出現無從填補的空白。最好的例子，就是國籍法和戒嚴法。憲法第三條以套套邏輯（tautology）的方式界定國民：「具有中華民國國籍者為中華民國國民」，由於事涉國家組成最重要的因素，不可能聽由立法機關任意改變，故此處所謂國籍，合理的解釋應以制憲時國籍法所定的國籍為基礎，嗣後國籍法雖可修改，但制憲時國籍法所定血統主義原則，應不得改變，再印證於第一、五條的民族主義，更可確定中華民國依憲法應為民族國家，而非如美國那樣的移民國家。採此看法，則至少國籍法中的血統主義即為具有憲法位階的原則。再看憲法第三十九條規定總統依法宣佈戒嚴，但未規定戒嚴制度的內容，而制憲時即已存在的戒嚴法，以戰爭、叛亂為戒嚴原因，軍事管制為戒嚴內容，又區分警戒與接戰地域，分別實施不同程度的軍事管制，並規定受軍事審判的人民得於解嚴翌日上訴，這些應該都是制憲者對此處所謂戒嚴的先期理解。由於事涉制憲者對於人權、民主與國家安全所作的權衡，戒嚴法的立法者當然應受該先期理解的拘束，不得把「依法」解釋為空白授權，採此解釋，則縱使修改戒嚴法，也不得改變軍事管制的本質（比如改為對行政部門作緊急授權），不得擴張戒嚴法所定戒嚴原因，甚至實質擴張軍管範圍。民國七十六年解嚴時通過國家安全法，訂入限制受軍事審判者上訴權的規定，最高法院以國安法為戒嚴法的後法及特別法，而駁回上訴的聲請，曾引起憲法爭議，大法官作成的第二七二號解釋雖未宣告國安法規定為違憲，但明確指出戒嚴法軍事審判規定「為憲法承認戒嚴制度而生之例外情形。解嚴後，依同法第十條規定，對於上述軍事機關之判決，得於解嚴之翌日依法上訴，符合首開憲法規定之意旨」，即寓有肯定戒嚴法上訴規定已具某種實質憲法地位之意，原則上即不得再以普通法加以限制，顯然未採最高法院的見解⁴⁷。足見這一類屬於憲法先期理解的法律或法律原則，已隨制憲或修憲而「植入」憲法，不論是否定性為實質意義的憲法，其效力都相當於憲法，可從此處形式與實質二分的爭議中排除。

另外還有些法律是憲法明文規定的，卻不能與此並論，其性質或為制憲者的「委託」，如各憲法機關的組織法，第一五三條保護勞工及農民的法律，或為中央地方立法權的劃分。立法院修正立法院組織法的時候，固然仍要受到憲法有關分權規定的限制（釋字第三二五號解釋可參），正如勞動基準法必須體現憲法第

⁴⁶ 憲法法源論普遍談到此一二分法，瑞士一本廣泛被採用的教科書：Haller/Kötz, *Allgemeines Staatsrecht, ein Grundriss*, 1996, 即認為此一二分法甚有意義，並舉瑞士憲法第三十二條之二以下有關酒類的瑣碎規定竟比美國憲法有關總統權限的規定使用的文字還多為例，說明許多形式意義的憲法條文實質上與法律無異(S.73)。

⁴⁷ 國安法的限制規定所以未被宣告違憲，只是因為「此次戒嚴與解嚴時間相隔三十餘年之特殊情況」，並非一般的容許修改戒嚴法此一原則。

一五三條保護勞工權益之旨，財政收支劃分法就中央與地方財政高權的分配，也應與憲法所作權限分配有所對應。但這些法律都是憲法委託、授權立法院來制定，並非制憲者已有一定的先期理解，才據此訂定憲法的其他內容。因此這類法律並非形式憲法不可分割的一部分，其內容如果在某一領域具有基本規範的地位，是否可提升為部門憲法，即為形式與實質二說的主要分野。不過實質意義的部門憲法當然不必以憲法委託或授權立法者為限，特別是某些領域，在制憲當時思想上根本還沒有發展出此一層次的領悟，比如強調效能競爭作為市場經濟的主要機制，或生態保育、永續經營的環境理念，都是行憲相當一段時間以後才逐漸形成社會共識，因此也完全沒有相關的委託或授權，但當社會已經成熟到接受這些理念後，諸如公平交易法⁴⁸，或環境基本法⁴⁹，可不可以提升為經濟、環境領域的憲法，持此主張者可說大有人在。

實質意義的部門憲法顯然更能凸顯其「部門」獨立存在的意義與價值，部門憲法之不同於國家憲法，就在其更能反映現代多元社會的分殊性，各個部門自有其在結構與運作原則上的特點，不必勉強統一於國家的憲法之下，一定要把部門憲法的內容壓縮在國家憲法的範圍，將使部門受到不是太多就是太少的規範。如果說傳統國家，其可貴在於整體大於個體的總和，則現代國家剛好相反，部門的總和絕對大於國家整體。事實上，國家與社會的關係到了二十世紀，本來就因為國際關係的複雜化而有突破性的發展，全球化的潮流更加速了國家藩籬的瓦解⁵⁰，歐盟的發展，說明部門憲法不僅不必要「小於」國家（指盟員國）憲法，而且可以「先於」國家（指未來的歐羅巴合眾國）憲法。此外，從規範形成的角度來看，承認實質意義的部門憲法，也可避免動輒修憲，社會持續走向分殊化，新興領域始終有基本規範可循。因此如果不強調憲法的成長則已，在社會變遷如此快速的今天，除了把法制中自然形成的基本規範尊為部門的憲法，以補國家憲法之不逮外，奢談成長豈非自欺欺人？

然而實質意義的部門憲法也有很明顯的缺點，誠如 Herbert Krüger 所批評，這種憲法的膨脹（Inflationierung des Verfassungsrechts），不但會使憲法的內容變得不明確，甚至言人人殊，減弱成文憲法的認知與教育功能，而且這種無需修憲程序即可通過制定或修改的實質憲法，使普通立法者作任何調整都將受其拘束，也會大大限縮了民意代表用民主多數決形成決策的空間⁵¹。這正是談到所謂實質憲法和實質民法本質迥異之處：實質民法的概念有助於打破「法典」的神話，矯正習法者只知民法典而不知有他的錯誤，卻不會帶來法律位階的淆亂，實質憲法的承認則勢將破壞特別修憲機關與程序所要嚴格區分的法律位階，這真是實質憲法說的致命缺陷。實質意義的部門憲法在國家憲法有意留白，或慮未及此的情

⁴⁸ 公平交易法在最近一次修正時，立委就第四十六條所提修正理由即以公平法具有經濟憲法的地位，可參蘇永欽／范建得，公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究，民國八十九年

⁴⁹ 陳慈陽，前註 42，頁 85-87

⁵⁰ 德國社會學者 Ulrich Beck 對於疆域的流動與世界社會的成形有精彩的描述，參閱孫治本譯，全球化危機，民國八十八年

⁵¹ Krüger，前註 35，616f.

形，可滿足特定部門對基本規範的饑渴，減少不確定感，德國（西德）在二次戰後興起經濟憲法的討論，正是如此⁵²。日本憲法同樣未就國家發展目標作成規定，故在若干領域發展出基本法的立法形式，也有類似的功能。但當國家憲法已經對特定部門設定了基本規範，卻因為其不合時宜，而迂迴經由普通法另起爐灶，如我國近年冒出來的各種基本法，雖然用心良苦，卻正好凸顯了實質憲法「紊亂憲政」的缺陷，很難自圓其說。

故本文的看法是，未來探討部門憲法，應該就以形式意義的憲法規範為其法源，避免實質意義的提法。就我國而言，形式意義的憲法規範，除了憲法條文外，還可包括前面提到的屬於憲法先期理解的少數法律原則。另外具有憲法位階的大法官解釋（釋字第四〇五號解釋）、憲政慣例（釋字第四一九號解釋理由書），當然也可納入。但除此以外，都不能當成部門憲法的法源，從而公平交易法不是經濟憲法，勞動基準法不是勞動憲法，財政收支劃分法自然也不是財政憲法。所以要採取形式意義的概念，不僅是因為我國憲法有第三種結構的規範，明顯未保持「政策中立」，從而採實質意義的概念徒滋紛擾。而且憲法條文本本身的高度抽象性，其實已經為不同部門保留了足夠的解釋空間。大法官把德國制度性保障的理論引進我國實務，使得部門的指導性或結構性規範基本上都可以在憲法人權規定建立橋頭堡。甚至包括權利主體的「人民」都不妨作分殊的解釋，比如作為營業自由主體的人民，為了反映全球化經濟部門的形成，可以解釋成涵蓋所有從事經濟活動的人，包括中華民國和外國的自然人、法人和非法團體⁵³；以與服公職權主體的人民，必然限於中華民國的公民區隔，以反映文官部門對國家忠誠原則的特別要求。

足見在現行憲法之下，通過適當的解釋，人權、分權和國策的規定，已經可以交叉形成相當多樣的部門憲法，擴張法源到形式上屬法律位階的規範，反而弊多於利。從形式意義理解的部門憲法，當然是國家憲法的一部分，如果我們正確的認知現代的主權國家，本來就不再是涇渭分明的單一秩序，而是許多不同秩序的有機組合，某些部門憲法與國際社會密切接軌而形成超越國界的秩序，如經濟、文化等，毋寧是非常自然的發展，如此理解的國家憲法當然仍可以是部門憲法的總和。國家憲法和部門憲法不必然也不應該是水和油的組合，前者實因後者而豐富，且更有生機。

3、廣義與狹義部門憲法

前面談到財政憲法、軍事憲法、文官憲法，又談到經濟憲法、文化憲法、傳播憲法，在建立部門憲法的論述時，不能不先在概念上作一些區隔，如果是橘子和蘋果，再看看適不適合放在同一個籃子裡。簡單的說，雖然同樣涉及國家與人民的關係，涉及資源、權限的分配，但前者處理的是人民的被動地位（納稅和兵役義務），以國家公權力內部的組織、程序為主要的規範對象；後者則處理人民

⁵² 拙文，前註 12

⁵³ 參閱劉孔中，從公平競爭的觀點檢討規範僑外事業之架構性法令，收於劉孔中／李建良主編，憲法解釋之理論與實務，民國八十七年，頁 504-507

的防禦地位，以公權力介入人民私領域的外部界限為其主要的規範對象。或者說，前者是政府組成的憲法規範，後者則是有關社會組成的憲法規範。

部門憲法的釋義學不同於傳統憲法釋義學之處，主要在於它是從實存的秩序切入，去認識整理該秩序的基本、最高與結構規範，而不是從規範本身切入，去作體系化的整理。從這個角度來看，則實存的公權力內部秩序，和公權力介入社會的外部秩序，並沒有本質的區別，應該都在部門憲法研究的範圍，就此可稱之為廣義的部門憲法。惟政府本身就是「依法律」組成，並非如社會部門，是先驗或外驗於憲法而存在，僅在一定程度內「受法律」規範而已，故儘管政府部門的實存秩序，如財政、軍隊或文官體系，其運作規律、文化傳統或結構生態，需要解釋者先有充分的掌握，和社會部門沒有兩樣；此一規範性存在的本質，仍使得部門憲法的分析在方法上有加以區隔的必要。而且因為傳統憲法釋義學本來就以政府體制的解釋為其重點，較受到忽視的，只是規範間的「整合」而已，用陳新民的概念，就是第一、第二和第三種結構間的整合，比如把人民的兵役義務及各種自由權，和總統、行政院、立法院有關軍事的分權，司法權中軍、民審判的分權，以及國防基本政策，作一體系的整理，而冠以軍事憲法或國防憲法。不像社會的部門，根本還談不到規範間的整合問題，作為一種部門，憲法有哪些規定可以開發出有意義的規範內涵，便需要先對其獨特的運作規律及生態，作較為整體的觀察，如陳慈陽就環境領域，或石世豪就傳播領域所作的憲法詮釋那樣，這種「針對性」的解釋在大多數社會領域根本還看不到，部門的觀察角度很少進入解釋者的意識，有零星的分殊化思考(如釋字第四一四號解釋)，但欠缺真正的全部門觀點，這又使得社會領域部門憲法的研究，有更高的需求和正當性，可稱之為狹義的部門憲法。

4、部門如何界定與區隔

另外一個基本問題是部門的選擇與界定，也許我們可以先區分資訊學意義與釋義學意義的部門憲法。就像一般法律領域的劃分，資訊學意義的劃分標準是特定目標團體的資訊需求，比如以教師為目標團體的「教師法」，可能必須涵蓋從憲法到教育行政法，乃至國家賠償法、民法、刑法、訴訟法等的相关規定，也就是「所有作為一個教師該知道的法律」。釋義學意義的法律領域，劃分的標準是有無一套特別指導原則的存在，同時意味不同性質正義內涵的實現。因此有公法和私法的對立，實體法和程序法的對立，後來又有經濟法、勞動法、社會法等等「橫切」(quer-schneidend)的第三法域的出現，都是因為找到了有別於其他領域的指導原則，而可作有意義的區隔。因此釋義學意義的教師法到目前是不存在的，教育行政法則是一種特別行政法。

釋義學意義的部門憲法如何劃定，在狹義和廣義的部門都有待探討。憲法本身的體例有可能提供參考答案，陳新民的六分法即完全依附於憲法第十三章的體例，因此才把社會安全和勞資關係，教育和文化放在一起，把少數民族獨立出來稱之為「少數民族憲法」，卻又未挑出當前台灣社會承擔著越來越重要的功能，且見於增修條文第十條第二項規定的「環境」及「科技」。然而釋義學的可貴就

在從立法者的「形式體例」之後，看到更邏輯、更可操作，尤其重要的，是更能回應現實需要的實質體系，而不拘泥於立法者的分類⁵⁴。因此憲法的分門別類，對於釋義學的體系化努力當然有重要的參考價值，但也應該是僅供參考。部門憲法的特色既在強調從實存的秩序去探索該秩序的基本規範，自然更不能囿於規範面的體例。事實上，我國憲法的體例不論就政府或社會層面而言，都不是架構在秩序或部門的因素上。整部憲法照陳新民之見就可分為三種結構，其中政府體制的又是以「權力機關」為章節劃分的因素，從而較常見的軍事憲法或財政憲法或文官憲法，其內涵都是橫切三種結構而組成。即使基本國策的分節，似乎有意對應於政府或社會的部門，但如陳新民的六分法，即未能反映台灣實存的多元秩序，就政府方面不及於財政憲法，就社會方面不及於傳播憲法、環境憲法和科技憲法，不能不說已經相當失焦。

問題是實存的秩序，要如何劃定，有什麼理論基礎，部門憲法的論述恐怕很難在憲法論文中找到答案。董翔飛大法官曾經在第四五〇號解釋的不同意見書中提到：「大學為教育文化體系中之重要環節」，對於教育文化體系如何而來，未作任何說明，似乎認為是自明之理。我們若把部門理解為一實存的概念，則答案還是要到社會科學而不是規範科學裡去找。社會科學從這個角度去建立理論的，迄今仍以曾經在社會學界引領風騷數十年的功能學派（Parsons, Merton, Smelser），立論最為完整⁵⁵，其中熱中於完整體系功能建構的 Parsons，即以類比生命體系提出四功能典範（four-function paradigm）而著稱：A（適應）、G（目標達成）、I（整合）、L（模式維護），他們發現社會像人體或其他有機生命一樣，也是一個由多個次體系組成的大體系，不同的次體系分別承擔不同的功能，而在次體系內部又有類似的功能分配⁵⁶。若借用他的功能典範，承擔外部環境適應的主要次體系應該包括經濟、科技和環境，承擔使成員採取大體一致行為的模式維護功能的，則至少應涵蓋文化、教育和宗教，承擔目標設定和達成功能的則是政治、社會、勞動，而承擔整合功能的則應該是法律和傳播部門。用以分析政府體制，則如軍事、外交、財政是承擔適應外部環境功能的部門，文官部門則承擔模式維護，國會承擔目標設定和達成，而總統或／及行政院則承擔整合的功能⁵⁷。決定部門

⁵⁴ 我國的教科書法學發展到今天，包括民、刑法這樣技術成熟的領域都仍普遍欠缺這樣的認識，正是釋義學未見突破的一個原因（和證明）。

⁵⁵ 整體而言功能學派的光環早已被各種折衷於結構與行動，宏觀與微觀的理論取代，詳參 Giddens, A., *Sociology*, 中譯本（張家銘等譯），社會學（下），民國八十六年，第二十二章；洪鑣德，社會學，民國八十七年，頁 51-69；但功能學派對社會體系的分析縱使確有空疏之病，其立論的完整迄今仍無出其右者。

⁵⁶ 參閱 Parsons, Some problems of general theory in *Sociology*, in: Mckinney/Tiryakian (eds.), *Theoretical Sociology: Perspectives and developments*, 1970; 黃瑞祺，現代社會學結構功能論選讀，民國七十年

⁵⁷ 此處作者有一部分是參考 Bredemeier 所作的分析，可參 Bredemeier, *Law as an integrative mechanism*, in: Aubert, V. (ed.), *Sociology of law, selected readings*, 1969, 52-67。政治學對於政治體系的功能分析和社會學不盡相同，在五十年代和六十年代由 D. Easton 和 G. A. Almond 提出的體系和功能研究路徑，也曾經是顯學，他們強調每個政治系統都包含了結構（行為模式）、人（行為主體）和其產生的功能（行為結果），共可整理出五種輸入功能（政治社會化、政治甄補、利

存在的是客觀的體系需求和多數人主觀的認知，只要有一個社會或政府部門，承擔某種主要功能而被認為不可缺少，甚至主觀認知不存在但客觀需求及利益確實存在的情形（Merton 稱之為隱性功能），有時也可開始部門憲法的研究，因為至少已符合了初步的要求。部門的存在反映社會的需求，社會的需求則反映大環境的變遷，所以部門憲法該有幾個，只能在一定階段去觀察分析，隨著社會的改變數目是會增減的。部門憲法的課題選擇，不能受限於最多只能代表制憲當時社會狀況的憲法體例，也就更清楚了。

5、更加凸顯結構法性格

部門憲法從實存的部門切入，而非從規範面切入，可以說更能凸顯憲法的特色。憲法在西方被稱為 constitution（英、法）或 Verfassung（德），均與組成體、結構同義，自有其深意⁵⁸。在林林總總的權利、義務與組織、程序、國策規範背後，憲法真正的特色或重要性還是在於它規範了結構，或者說，藉規範而調整、鞏固特定的結構⁵⁹。所謂結構，依本文作者一貫的解釋，至少包括國家的結構，指領土、人民和主權的組合，社會的結構，指分殊化、部門化的社會結構，含部門與國家，乃至部門之間的關係，以及政府的結構，也就是政府公權力的配置。占了最多條文的政府組成規定，嚴格說只是在整個國家與社會結構的基礎上，所作的後續決定。國體的決定固然先決於政體的決定，統治權和社會各部門的基本關係，更概括的限定了統治權的干預和形成空間。不了解這一點，就很容易目眩於有關總統制、內閣制沸沸揚揚的修憲或釋憲爭議，而忽略了大法官有關法律保留原則，正當程序原則，或制度性保障的解釋，才會對社會產生更實質的影響，帶來更結構性的改變。

作為一種結構法，憲法比起民法或刑法那樣高度技術性的法律，更需要對應於實存的結構去作解釋，而從部門切入進行的憲法釋義，即可使整個憲法的規範體系更準確的對應於所規範的社會，像一幅人體解剖圖一樣的，讓憲法條文之間的關係更如一個有機體的呈現。經濟憲法的整理分析，可以顯示憲法要求我們用何種結構去克服資源有限的問題，文化憲法的整理分析，則可顯示憲法要求我們用何種結構去維護共同的價值和生活的態度。猶如「憲法分則」的部門憲法，越能掌握所規範社會部門的實存結構，就越能使其發揮所承擔的功能，而由這些部門憲法歸納出來的憲法總則規範，也就越能反映整個社會的結構。

從動態的社會發展角度來看，尤其如此。德國學者 Friedrich Müller 探討憲法規範和現實憲政的關係，即強調所謂詮釋循環用於憲法，必須正確的認知所有基本權規範都是「建立於事實上的秩序模式」（sachgeprägte Ordnungsmodelle），

益表達、利益匯集和政治傳播)和三種輸出功能(規則制定、規則適用和規則裁決)，彭懷恩曾用這一套理論來分析台灣九十年代的政治體系，參所著九十年代中華民國政府與政治，民國八十二年，頁 1-8

⁵⁸ 中文譯為憲法，溯其字源反而只有單純的法規範面向，比如書經說命下：「監于先王成憲，其永無衍」，管子立政：「憲既布，有不行憲者，謂之不從令，罪死不赦」，嚴格說，並不能得其精髓。

⁵⁹ 這一點美國學者 John Hart Ely 講得最清楚，他認為憲法應該只規定國家的結構，讓各世代的人自己去決定裡面的內容，參所著：Democracy and distrust, A theory of judicial review, 1980, 101

分別反映、吸納了社會現實的特定部分，經由部門整體的詮釋循環，規範領域（Normbereich）所發生的變化即可導引規範內涵（Norminhalt）的改變，使憲法可以因時適變，跟上各社會部門的發展⁶⁰。因此部門憲法的研究路徑，可以說真正開啓了動態結構研究之門⁶¹。

6、部門特別關係的浮現

由上可知，部門憲法正是在憲法針對不同社會部門開始作分殊化解釋後，順勢發展的自然結果。部門作為一個承擔特定社會功能的次體系，一個實存的可供參照的秩序，可為釋義學在整合人權、國策和政府體制的規定，乃至釐清主觀權利和其各種客觀效力之間的關係時，提供一個較清楚的圖像與方向。

從某個角度看，也許我們可以說這是在特別權力關係打破以後，另一種新形式的特別關係的浮現。Otto Meyer 在一八九五年提出的特別權力關係理論，作為一種國家與社會關係的分析概念，絕不能說完全沒有意義。只是在人權經過幾次戰爭的洗禮後，這種以主觀權利的排除來回應「特別」的理論已經很難再被接受，德國人現在只從基本權的不同作用方式來回應這種「特別地位」（Sonderstatus）或「特別關係」（Sonderbindungen），基本上是以某些特別的保障和照顧來平衡某些基本權保障的短缺⁶²。足見國家與個別人民關係的特別性並沒有真正消失，特別效果的賦予事實上只是反映了事物的本質。不過現在更值得注意的，已經不是個別人民在基本權效力的特別性，而毋寧是國家與個別部門之間的特別性。因此人民通常不是因為他的身分地位而在人權保障上全面的異於他人，而是因為他所處的部門而不同，比如商業部門的言論相對於政治或宗教言論即受到低價的判斷（釋字第四一四號解釋）。個別人民因為行為的領域、部門而非身分，才受到不同的保障，表面上是擴大了特別的範圍，實際上反而因為「相互」特別而沖淡了個人之間的差異。

7、部門的同質與異質性

部門憲法一方面固然要凸顯部門的多樣性，反映其承擔功能的不同，另一方面又不能不保留一定的共同性，使部門之間可以有結構的差異，但還不至出現根本的矛盾，而使整部國家憲法呈現結構或精神上的錯亂。從某個角度來看很像聯邦，各自維持一定的獨立自主，但不能偏離同質原則（Homogenitätsgrundsatz），只不過聯邦是從統治權去切割，部門則是從社會功能去切割。

然而哪些地方可以作合理的異質解釋，哪裡必須強調同質原則，其複雜可能更甚於聯邦。在社會變遷劇烈的時代，部門間往往即會出現連動的衝擊。比如政府與人民之間適用的基本原則—民主多數決，不適用於追求真理的科學部門（試誤原則），也不適用於克服資源有限性的經濟部門（效率原則），上個世紀六十年

⁶⁰ Müller, Strukturierende Rechtslehre, 1984, 168ff., 184ff.; 另參 Hesse, K., Grenzen der Verfassungswandlung, FS Scheuner, 1973, 138

⁶¹ 政治學者早就嘗試從動態角度解釋憲法，如陳陽德、衛芷言，中華民國憲法動態新論，民國八十六年，但偏重政治體系的動態分析，忽略了憲法所規範的更具前提性的社會結構。

⁶² 詳參 Loschelder, W., Grundrechte im Sonderstatus, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.5, 1992, 805-836

代在歐美狂飆的社會運動，一度把民主原則「無限上綱」到所有領域，於是學生衝進教室 teach-in，勞工佔據董事會議間 sit-in，反對部門憲法的 H. Krüger 認為這就是沒有嚴守「國家」憲法，而任意把憲法的概念沿用到「社會」領域的後果⁶³。但把民主限縮到狹義的國家領域，而聽任社會各領域停留在憲法外的空間，民主會不會變成四年舉辦一次的「民主祭」？對於官僚主導的大學，籠罩暴力陰影的家庭，視勞工如家奴的工廠，充滿種族歧視的社區，憲法難道真的應該作壁上觀？答案顯然是否定的，現代憲法的理想性早已不能滿足於「政府組成法」和「人權保障書」，奠基於制度性保障、保護義務和第三人效力等等，而逐漸勾勒出來的部門憲法，一方面保留了部門的結構原則（異質性），另一方面也建立了連結國家和各社會領域的共同價值觀（同質性），也就是德國憲法法院一再使用的「價值秩序」（Wertordnung）⁶⁴。我們可以這麼說，六十年代激進學生高唱的「穿越制度的長征」（long march through institutions），如果被理解為憲法民主價值的貫穿社會各領域，包括寬容、開放、人性尊嚴與自我發展等，而不去動搖大學、家庭、工廠、社區的結構原則，就算恰如其分的發揮了現代憲法的功能，而這正是部門憲法研究所要追求的合中有分、分中有合的境界。

部門間交疊的區塊，一些跨部門的事物，如介於文官部門和經濟部門的公營事業，介於教育部門和勞動部門的罷教行為，也是拉高到部門的角度，會比從基本權衝突或其他傳統釋義學的角度去思考，更容易找到穩妥的規範方式。累積這類跨部門的研究，應可挖掘出部門憲法更為精緻的內涵。

8、人權的一般與部門性

部門憲法這種「橫切面」的研究，無疑又會使得憲法條文，特別是人權條文在解釋上走向部門化。言論自由的規定本身就依其功能粗略的區分了幾種類型，講學自由和著作、出版自由可說是自始就被部門化的人權，分別為學術（科技）部門和文化部門的基本權，但一般的言論自由仍可作為其他部門人權的基礎，比如釋字第三六四號解釋就宣示了「以廣播及電視方式表達意見」的權利，可說是現代社會傳播部門的基本權。其他人權雖未如言論自由這樣明白區分一般與部門性質的類型，但解釋上多不排除部門化的解釋。比如結社自由對民主政治而言是組織及參與政黨自由的基礎，對市場經濟而言則是組織營利事業、事業團體的依據，同樣重要的是文藝結社、宗教結社，更不要說勞工據此主張的同盟自由，對於勞動部門是如何的不可或缺了。

憲法上除了像出版自由原本就是部門人權外，大部分人權都像可以一層一層剝下來的洋蔥一樣具有多個面向，有待解釋者去發現和發展。部門化的過程不必把它看成單純的「消滅法」，適當的操作反而會使人權的一般性，也就是超部門、未被功能化的核心內涵，變得更為精純。人權的走向部門化，也襯托出某些人權

⁶³ Krüger, 前註 35, 618ff.

⁶⁴ 顯然受到 Smend 學說的影響，德國聯邦憲法法院早期偏愛此一用語，如 BVerfGE2, 1(12); 5, 85(134ff., 197ff.); 6, 32(40); 7, 198(204f.); 21, 362(372); 有關其內涵及批評可參張嘉尹，論「價值秩序」作為憲法學的基本概念，台大法學論叢，第三十卷五期，民國九十年，頁 1-31

的超部門性，猶如基本權的基本權。最主要的應該就是憲法第八條的人身自由規定，它可以說是人權保障的底線，沒有商業言論自由，市場經濟的運作會有困難，沒有選舉權，民主政治的運作將無以為繼。但一旦沒有了人身自由，「所有」其他人權都失去意義。足見憲法把它放在人權之首（第七條的平等是權利義務共同的「原則」），和德國基本法把人性尊嚴和人格發展放在人權之首，同樣寓有深意。我國憲法雖未明文規定人性尊嚴，但大法官直接引據憲法前言，在第三七二號解釋開宗明義就宣示：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障自由權利之基本理念」，自由主義的核心價值至此可說已經靈肉合一。各種人權儘可以隨著社會分殊化發展而功能化，但其核心的內涵不能變質，而這個核心內涵也與人格尊嚴、人身安全聲氣相通，形成前面所說的價值秩序。故大法官在第四九九號解釋提到的「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎」，即縱經修憲程序也無法改變的四部分，便包含了「第二章保障人民權利」，解釋上應非指憲法第二章有關人權的規定皆不得有絲毫調整，憲法宣示的人權有其可變與不可變之處，不可變的是大法官宣示為基本理念的人身安全與人格尊嚴，以及各種人權規定的核心（*Wesensgehalt*）⁶⁵，可變的則是人權回應社會分殊化的現實，整合其主觀權利與各種客觀效力，再與政府體制與基本國策規定配套，所形成的部門憲法。部門憲法的內涵可以經由解釋而增減，當然沒有不能修憲調整的道理。由此可見，在大法官明確畫出修憲界限之後，部門憲法的研究又有了更深一層的意義，即作為憲法回應社會變遷的可變部分，這些門類繁多的部門憲法，猶如滋長於「自由民主憲政秩序」土壤上結實累累、爭妍鬥艷的植物，但都不可須臾脫離土壤而存在。

四、 潛在危險與若干操作建議

到這裡，作為釋義學新路徑的所謂部門憲法，其內涵和意義應該已經有了大概的輪廓，不過正因為新，若干潛在的危險是可以預見的，如何適當的操作，以下也作一些簡單的說明。

1、可以預見的潛在危險

從憲政主義的角度來看，部門憲法代表憲法的積極干預，J. Habermas 曾以法律對社會各領域的「殖民化」（*Kolonialisierung*）來形容現代社會⁶⁶，固然傳神的表達了過度法律化的危機，但如果憲法基本上還保持開放，則至少法律還有高度可變性來回應新的變化。一旦被殖民化的社會領域逐漸都形成了憲法規制的秩序，即使如上所述這些基本規範並非具有「本質重要性」而必須垂諸久遠、永矢咸遵的規定，但其修改已非普通立法者以單純多數決所能決定，僵化即很難避免，這可以說是民主多數決的危機。部門憲法的建構如果主要是假手於司法機關，使本來應該單純決訟釋疑的中立機關，變成了名符其實的社會工程師，又可能為我們的國家帶來過度司法化的危機，德國憲法法院從主觀權利規定推出各種

⁶⁵ 德國法及我國法上的討論可參陳慈陽，基本權核心理論之實證化及其難題，民國八十五年

⁶⁶ Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd.2, 1981, 539f.

客觀效力，已經遭到「司法國」(Justizstaat)的質疑⁶⁷，若再進一步建立部門憲法的論述，將使更多社會上的利益衝突與政策爭議湧進或轉進司法院，尋求憲法上的答案。另一方面，部門憲法強調對所規範的現實作部門整體的掌握，而不是只就片段做成違憲與否的判斷，其結果很可能反而傾向於投鼠忌器，當違憲者提出大環境或時代潮流的理由來自我合理化時，職司護憲的司法者只有讓憲法妥協於現實一途，卻美其名曰「憲法變遷」。說得誇張一點，部門憲法可能是憲法的擴張，也可能只是以部門為單位的憲法凌遲。就人權釋義學來說，最大的危機則是人權的過度功能化，當人權的內涵像洋蔥一樣剝成一片片後，其原始的精神會不會逐漸萎縮，乃至迷失？這些都是建立部門憲法論述必須審慎面對的危險。

2、適當操作的幾點建議

部門憲法絕對不是唯一的選擇，而是在一定的基本權前提和憲法期待下的可能選擇⁶⁸，本文提出此一新研究路徑，自始強調非關個人偏好或信仰，而是鑑於我國憲法一方面有相當廣泛的基本國策規定，與人權規定前後呼應，另一方面大法官抽象解釋的制度，又為各種人權客觀效力的理論提供了最好的實驗機會，而在時機其實尚未成熟時，即經由公法學者的鼓吹一一引進。再加上足以對抗這種源於歐陸的價值法學和制度理論⁶⁹的個人主義、多元主義理念，並未在我國生根，各種有利於部門憲法論述的條件可說多已具備，才提議順勢而為，早日擺脫釋義學的混亂，走出自己的路。但部門憲法的研究路徑既有不小的潛在危機，操作時即應儘量避免，用其長而捨其短，以下幾點建議或許可供參考。至於部門憲法到底有多大的發展空間，恐怕還有待觀察，現在言之過早。

第一，部門憲法的建構，應儘量凸顯其結構法的性格，就民間社會的部門而言，重點即在從憲法的相關規定去釐清部門的主要社會功能，及以何種角色分配方式來承擔該項功能，憲法中的目標乃至行為規範，固然不能完全否認其效力，但重點毋寧應放在這些規範背後的結構意義，以保留較大的立法形成空間。主要的結構規範則見於人權規定，換言之，部門規範的整合應以人權規定為主結構，而以其他規範補充。

第二，部門憲法基本上是從部門的高度嘗試把相關規範整合成有意義的體系，使同一領域的問題不是以頭痛醫頭、腳痛醫腳的方式解決，因此有高度理論化，而把規範前提拉扯很遠的傾向。此一釋義學模式運用於司法解釋，剛好違背了「極簡主義」(judicial minimalism)的主張，使司法者經常必須做出超過系爭個案的決定，而未留給其他角色參與民主思辯的合理空間⁷⁰。因此適當的分工，應該是由法學工作者承擔起釋義學理論化的主要工作，以(姑妄稱之)法學極大主義(jurisprudential maximalism)來配合司法極簡主義。

第三，部門憲法固然要避免在行為、目標面做過於深入的闡釋，以保留充

⁶⁷ Böckenförde, E.-W., Grundrechte als Grundsatznormen –Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat, 1990, 4-7

⁶⁸ 可參考 J. Isensee 的深刻分析，前註 11, 353-48

⁶⁹ 參閱陳春生，前註 3，頁 274，附註 3

⁷⁰ 參閱 Sunstein, C., One case at a time, Judicial minimalism on the Supreme Court, 1999

分的立法形成空間，但建構部門憲法的目的既在避免憲法的異化，避免釋義學脫離憲法文本，憲法下另有基本法，則其操作當然不能僅有調適（adaptive）的一面，對於明顯與憲法不相容的法制狀態，仍應發揮抑制（repressive）的功能，不因其普遍或形成風潮而妥協。部門憲法的提法增加了憲法與現實法制調和的彈性，但該宣告違憲的時候，不能手軟，該修憲的時候，還是只有修憲。

第四，部門憲法的操作當然不能犧牲主觀人權的保障，否則就會落到買櫝還珠，捨本求末。即使或正因為國家與社會的關係已經發展到今天這樣複雜的程度，人權保障始終還是憲政主義的核心。人權的功能化，最終目的還是要使保障人權的目的在不同社會脈絡下得到最大的實現，如果操作的結果反而使主觀權利淹沒在制度保障、秩序維護的條條框框裡，其極端者便是重蹈德國納粹時期「綜色法學」（das braune Recht）唯秩序是尚的覆轍⁷¹。因此發展部門憲法的釋義學，仍不能偏離主觀權利保障的主軸，相關的憲法原則如法律保留、比例原則、具體明確原則等，仍應是部門憲法論述的「出發點」，部門憲法可以在此基礎上去加加減減，比如回應部門的特殊性而在保障強度、審查基準與審查密度上，作不盡相同的處理，但不能以部門的理由而完全迂迴這些原則，類似二一退學案的爭議，似乎就可以從這裡去尋找穩妥的解答⁷²。尤其重要的是，部門憲法調整的極限就是人權的核心部分，在大法官已經宣示人權的修憲界限以後，各種人權核心的釋義，也將成為部門憲法釋義學的一個重要項目，研究者應該以它作為出發點和回歸的終點。

（本文已收入「當代公法新論（上）－翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，民國91年7月）

⁷¹ Fikentscher, 前註 9, 325ff.

⁷² 前註 10.

經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範

—從昔日德國的爭議來看今日台灣的回應之道—

提要：

這篇祝壽論文從二次戰後德國法學界有關經濟憲法的大辯論談起，辯論一方面反映出當時在政治上意識形態的對立，另一方面則說明經濟體制高度不確定時，人們會寄望憲法發揮穩定、整合的功能。一旦體制的共識形成以後，很少人還會在意憲法對經濟有何規範。相對於基本法的「無中生有」，半個世紀以後發生在台灣的經濟憲法問題恰好相反，經濟體制在社會上的高度共識，凸顯了憲法有關經濟的明確規定與現實的脫節。修憲當然是釜底抽薪唯一的辦法，但事實證明，至少到最近一次修憲為止，經濟體制議題的優先性還無法超越政治體制，因此在全然不同的背景下，台灣也需要建立它的經濟憲法論述，以降低此一潛在憲政爭議的爆炸性。本文指出三個釋義學的方向，一是實體上全盤否定國策規定的效力，二是程序上以司法自制來規避憲法與經濟的正面衝突。第三個方向則是參考德國當年有關經濟憲法的辯證，一方面對憲法規範作橫切面的整合，另一方面則強調憲法與所規範的經濟體系處於詮釋循環，必須吸納經濟體系產生的變化。憲法因此對不同的社會部門，會有不同的規範內涵，我稱之為「部門憲法」。惟立法實務上另外發展出用「基本法」來替代憲法的模式，本書前一篇討論的公平法第四十六條，立法者就有賦予「經濟憲法」地位之意，其結果將造成諸多憲政上的新問題，並不足取。

關鍵詞：

經濟憲法，德國基本法，新自由主義，憲法的政策中立，社會市場經濟，基本國策，部門憲法，大法官解釋

目次：

- 一、問題
- 二、德國經濟憲法爭議的時代背景
 - 1、基本法內容高度開放
 - 2、社會仍欠缺基本共識
 - 3、體制穩定後爭議消弭
- 三、台灣在世紀初面對的政治經濟
 - 1、社會對新經濟有共識
 - 2、憲法對經濟高度規範
 - 3、經濟憲法問題剛浮現
- 四、經濟憲法辯證中釋憲者的角色

- 1、積極的集中違憲審查
- 2、德國保持政策中立性
- 3、台灣偏向財產權保護
- 4、尋找經濟憲法的論述
- 五、經濟基本法陷入雙重論述矛盾
 - 1、用普通法來擺脫憲法
 - 2、不當限縮了立法空間
- 六、結語

一、問題

經濟憲法初看之下好像是一個過去的、外國的理論問題，壽星公在二十多年前已經講得很透徹⁷³，現在再去談它有點炒冷飯的味道。但一則台灣的憲政主義事實上才漸臻成熟，公權力在經濟領域的作為，和權力機關之間的政治角力一樣，也才剛開始納入憲法的檢驗；再則最近二十年台灣的經濟環境丕變，為經濟憲法的再度議題化，提供了新的動力，諸如民營化政策和憲法公營條款的衝突，加入 WTO 的自由貿易政策和憲法貿易保護條款的衝突，可說方興未艾，足見經濟憲法的問題正在發酵，而且場景就在台灣。前年在幾位立法委員主導下通過修正的公平交易法第四十六條，立法理由竟是要落實該法的「經濟憲法」地位，似乎代表新民意、反映不同產業心聲的立法者，有意直接在法律位階重新建構實質的經濟憲法。形式的經濟憲法不但遭到實存經濟體制的反彈，而且還要面對實質經濟憲法由下而上的挑戰，誰還能說這只是冷飯重炒？不論對憲法和經濟法的釋義學，或者立法政策的討論，經濟憲法的討論應該都才剛要開始。因此對於第一個關注這個問題的壽星公，我們佩服的還不只是他的灼灼洞見，更在於他深邃的遠見。壽星公的德國恩師 Ludwig Raiser，在二戰後德國社會科學界掀起經濟憲法論戰時，就提出了結構化的經濟（Wirtschaft in strukturierter Gestalt）才成其為一經濟體制的看法，他說法律是這個結構的主要部分，一方面作為經濟政策的工具，另一方面又凸顯整體經濟的正義來制約經濟政策。他並從系統社會學的角度指出，法律和經濟都一起被那個時代的文化整體風格所塑造⁷⁴。讀壽星公的經濟法，依稀會看到 Raiser 的影子。在這兩位大師的啟發下，我嘗試從半世紀前的德國，拉回到二十一世紀台灣的脈絡，檢驗一下法律與經濟，憲法與經濟法之間的複雜關係，看看能不能進一步為台灣的經濟憲法論述摸索出一條新路。

二、德國經濟憲法爭議的時代背景

經濟憲法的概念，在經濟法的概念出現後沒有多久也跟著被提出來，都是

⁷³ 廖義男，經濟法之概念與內容體系，收於企業與經濟法，民國六十九年，頁 31-34；另參公平交易法之理論與立法，本論第壹章，民國八十四年

⁷⁴ 詳參 Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: FS Julius v. Gierke, 1950, 181-200

先見於以概念法學見長的德國⁷⁵，對許多其他國家而言，到今天也還未見類似概念的使用。不過憲法的德文是 *Verfassung*，這個字同時也用於描述不具規範意義的「體制」，故當經濟學者開始使用 *Wirtschaftsverfassung* 這個概念的時候，是把它和「經濟秩序」當成同義詞在用。但因為同樣關切體制的選擇，加入討論的法律學者也沿用同一概念，卻開始賦予規範的意義⁷⁶。因此可以說，它是在經濟和法律學者共同的關切下發展出的多義概念，他們的共同關切就是有關基本體制的總體決定。經濟憲法也在另一種語境中被使用，也就是把它當成「國家憲法」（*Staatsverfassung*）的對立概念⁷⁷，這又反映了德國公法學受到國家社會二元論影響之深。在這些毋寧屬於「憲法政策」的討論以外，經濟憲法當然也成為「憲法解釋」上的議題，也就是基本法到底有沒有對經濟體制作何決定，決定了什麼，在五十年代的德國憲法學界，真可說是沸沸湯湯。作為他山之石，我們不妨先了解一下德國經濟憲法爭議的時代背景。

1、社會仍欠缺基本共識

二次大戰終結了法西斯主義在歐洲的發展，但留下的並不是一個統一的世界，剛好相反，德國變成盟軍阻擋共產赤流席捲全球的前哨站。西德地區的德國人在整部國家機器被摧毀之後，也開始思索國家秩序重建的問題，經歷了威瑪的喧嘩的和納粹的極權，他們渴望找到另一種模式的政治經濟秩序，西方國家固然像磁石一般的吸引了大多數新生代的眼光，但曾經勇敢對抗納粹的社會民主黨仍然忠於馬克斯主義的社會理想。因此經濟體制的討論－市場還是馬克斯（*Markt oder Marx*），對於戰後充滿迷惘的德國仍然是必要的救贖。當時有一群經濟和法律學者旗幟鮮明的站在市場經濟這邊，經濟憲法的理論就是由這一群被稱為「弗來堡學派」的學者所提出。事實上，早在一九三三年希特勒奪權時，在弗來堡大學教經濟學的 *Walter Eucken* 和教法律的 *Franz Böhm*, *Hans Grossmann-Doerth* 就結識成為莫逆，他們共同的興趣是市場經濟和實定法秩序的關連，從一九三六年開始，他們發表了一系列有關經濟秩序（*Ordnung der Wirtschaft*）的專文，到了戰後一九四八年即發展為一稱之為 *ORDO* 的年報，一直到今天還繼續刊行。弗來堡學派崇尚競爭而敵視獨占的自由主義思想（故一般又習稱其主張為新自由主義），當然無法見容於法西斯主義，但儘管研究活動備受打壓，它始終是德國自由主義的最後堡壘，而在戰爭結束後立刻吸引了大批信徒，成為一時顯學。其中就包括西德首任經濟部長，後來並繼艾德諾之後出任總理，創造經濟奇蹟的 *Ludwig Erhard* 教授，和 *Erhard* 倚為左右的 *Müller-Armack* 教授，後者建議 *Erhard* 採用「社會市場主義」，來沖淡新自由主義的尖銳性，使重視「社會」價值的德

⁷⁵ 關於經濟法概念的起源、內涵，可參 *G. Rinck* 編輯的各國比較：*Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Landesberichte zu einem internationalen Symposium, 1971*；廖義男，前註 1 文；經濟憲法的探討，最早的大概是 *Tschierschky, Wirtschaftsverfassung, 1924*

⁷⁶ 有些法律學者刻意使用 *Wirtschaftsverfassungsrecht*，而不是較簡潔的 *Wirtschaftsverfassung*，以避免混淆，比如 *Ballerstedt, Kurt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann et al. (hrsg.), Die G Grundrechte, Bd.3, I Halbband, 1958*；*Thiele, Willi, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2A., 1974*

⁷⁷ *Böhm, Franz, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950*

國社會較能接受⁷⁸。Böhm 是第一個把競爭當成營業自由和財產權保護背後的必要條件的法律學者，認為國家對於經濟最重要的任務就是維護競爭，這和他在希特勒奪權之前任職於經濟部卡特爾部門的經歷有一定的關係。戰後他也曾出任國會議員，主導了限制競爭防制法的立法。被認為是新自由主義第二代掌旗官的，一位是在政治上頭角崢嶸的 Kurt Biedenkopf 教授，他把 Böhm 的理念發揚到極致，提出財產權的大小應視當事人市場地位強弱而定的主張（市場地位越強者，其財產權越要受到限制）⁷⁹，而在民法、經濟法領域成爲一方之雄的 Wolfgang Fikentscher 教授，則認為控制經濟強權、防止濫用獨占力的機關，應該完全獨立而受到憲法上的保障⁸⁰，兩人分別從私法和公法的角度，凸顯了新自由主義「保守」（崇尚個人自由）而又「激進」（嚴格管制獨占）的性格，市場競爭的價值無限上綱，競爭法遂被套上經濟憲法的光環⁸¹。

整體而言，新自由主義在戰後德國重建、尋找國家方向的過程中，確實扮演了相當重要的角色。競爭法被奉爲市場經濟用以調和營業自由和國家管制的主要手段，而與計畫經濟對立，和政治上採取政黨競爭而賦予憲法法院解散違憲政黨之權，可說異曲同工。新自由主義在「憲法政策」上受到重視的程度，其實只反映了當時德國社會欠缺基本共識的背景。但它在「憲法解釋」上始終不能成爲通說，則又顯示，像這樣因爲意識形態的激化，而在論述上趨於簡化、理型化的理論，很難滿足法律解釋方法論上的嚴格要求⁸²。經濟憲法的辯論所以會從憲法政策延伸到憲法解釋，則又肇因於德國基本法有關「社會」的規定，除了「社會國」原則的宣示外，幾乎一片空白，以致在國家憲法以外，到底有沒有經濟的憲法，變成言人人殊。

2、基本法內容高度開放

基本法除了在人權章規定了經濟方面的權利，另在聯邦與各邦分權章規定了經濟領域的分權外，未再對國民經濟設定任何國家目標或政策綱領，相對於一九一九年八月十一日通過，由 Hugo Preuß 教授主稿的威瑪憲法，在經濟生活專章，包括各種經濟基本權和義務在內共計十五個條文，詳細規定了土地所有權的社會義務，基本的勞資關係，國家參與經濟活動，緊急情況的強制合併，中小企業的保護，勞雇人員參與企業，職業團體參與國家的經社委員會等，對比可說相當強烈。威瑪憲法樹立了廣泛規定國民社會生活的憲法風格，儼然成爲二十世紀新憲法的典範⁸³，基本法卻返樸歸真，回到了單純「國家憲法」的舊典範。此一空白，

⁷⁸ 參閱 Fikentscher, Wolfgang, On the growth of the antitrust idea, in: Freiheit als Aufgabe, 1997, 110, Fn.9

⁷⁹ Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, FS Böhm, 1965, 135ff.

⁸⁰ Fikentscher, Wirtschaftskontrolle-ein verfassungsgrundlagenproblem, FS F. Günther, 1971, 789-97

⁸¹ 被歸類爲新自由主義第二代成員的還包括其後在德國競爭法理論與實務界執牛耳的

Mestmäcker, Hoppmann, Möschel, Immenga, Emmerich, Steindorff, Koch 等，參閱 Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd.2, 1983, 47f.

⁸² 參閱 Rittner, Fritz, Wirtschaftsrecht, 1979, 28

⁸³ 流風所及，許多發展中國家的憲法都變成長篇累牘，動輒數百條，甚至有把體育的提倡也入憲（菲律賓憲法第十四條第十九項），或把工時、例假都詳訂於憲法（瓜地馬拉憲法第一〇二條）的，幾難卒讀。

也為經濟憲法的各門派打開了在憲法釋義學上搶灘的空間。

把新自由主義的主流政策主張融入憲法解釋，而為它戴上實定憲法后冠的，以 Hans Carl Nipperdey 為代表，他提出基本法以「社會市場經濟」(soziale Marktwirtschaft) 為其經濟憲法的見解，理由是基本法所建構的，以契約自由、營業自由、私有財產等各種自由權利為基礎的自由民主法治國，根本是一個市場經濟的上層結構，只能與這樣的經濟秩序配套，因此基於營業競爭的市場經濟不僅與基本法相容而已，實為基本法隱含的要求⁸⁴。基本法其實完全沒有提到競爭自由，Nipperdey 認為這是可以從第二條的人格發展自由推導出來的「制度性保障」⁸⁵。採用類似分析方法的 E. R. Huber，雖不贊成制度性保障的論點（他認為競爭自由仍屬單純個人主觀權利而非制度保障）⁸⁶，但也是從人格發展自由、結社自由、職業自由及財產權等規定，認為已可得出營業自由為「憲法常態要件」(verfassungsrechtlicher Normaltatbestand) 的結論，他比較小心的儘量不把經濟學上的模式移植到憲法的解釋中，因此除了明確排斥社會市場經濟的憲法定位外⁸⁷，在某些推論上，還刻意強調權利而非制度保護，而得出完全不同的結果，比如他就認為維持轉售價格應該在憲法保障的營業自由範疇，競爭法的禁止規定，不是憲法的要求，反而只是基於社會公益考量的限制⁸⁸。兩套從基本權出發的論述，共同的地方是都以基本權為社會結構的基本要素，而只把社會國條款放在非結構的可變要素去理解。明示或默示的，他們也都認為基本法已經規定了某種經濟秩序⁸⁹。

同樣肯定各種自由權賡續了威瑪的法治國傳統，憲法學者 Hans Peter Ipsen 卻特別強調基本法上的社會條款，比起威瑪憲法雖然少了很多，但它們涵詠了十九世紀以來德國社會發展出來的精神價值，而具有極其重要的社會功能。Ipsen 認為面對戰後大量失業的殘破社會，尤其不能忽略基本法此一面向的探討。因此首先提出基本法走向社會國的主張，嚴厲批評從自由權規定已可認定基本法選擇了市場經濟體制的見解，認為這種解釋只會加深基本法與社會現實脫節的危機，正確的解釋應該是回到威瑪的傳統，從少數幾個社會條款出發，主要就是第十四條有關財產權得予限制、附有社會義務、得因公益而徵收的規定，及第十五條有關土地、礦產、生產工具得基於社會化目的而成為公共共有的規定，回溯到威瑪憲法的類似條文，他認為基本法不但不因為社會權規定減少而於建構社會國的理想上有所減損，剛好相反，從一九一九年以來經過三十年的發展，人民歷經戰時的統制經濟、計畫經濟，財產權的理念已經可以容納更多基於公益的限制，因此

⁸⁴ Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 2A., 1961, 18

⁸⁵ Nipperdey, 前註, S.25

⁸⁶ Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DöV 1956, 137

⁸⁷ 他認為基本法建構的是平衡個人權利保障與自由的社會拘束的秩序，因此有時被歸類為「混合體制」主張，如 Rittner, 前註 10, 29，雖然 Rittner 也承認 Huber 的立場實際上與 Nipperdey 相去不遠。

⁸⁸ Huber, Grundgesetz und vertikale Preisbindung, 1968, 17ff.

⁸⁹ 重要的基本法註釋書 Maunz/Dürig, 基本上也傾向這個立場，強調聯邦憲法法院的見解應正確解讀，參閱 Anm.44 zu Art.2 Abs.1。

不但不能背棄威瑪的社會民主理念，基本法的解釋應該還要再向上提升⁹⁰。Ipsen的主張提出於一九五一年的公法學者年會，學者們對於這樣的解釋方法展開激烈的辯論，另一位提出論文的教授 Helmut K. J. Ridder 雖對基本法建構社會國體制的解釋有一定保留，但也認為第十五條開啓了這樣的空間⁹¹。在討論中，Raiser 支持把財產權條款朝社會化的方向解釋，認為本條的目的在於限制私財產權，保護公共的財產權，遭到後來在民法上卓然有成的 Werner Flume 反對，後者認為基本法第十四條的核心功能還是在於私有財產的保護⁹²。

大多數的憲法學者對於這樣或那樣的意識形態解釋取向卻都不表贊成，而寧從基本法在經濟體制上的「中立性」出發。基本法體制中立的解釋，對照於同時期出現，明顯出於威瑪而在社會化上更勝威瑪的東德憲法⁹³，毋寧十分自然。比起勉強比附威瑪而做的各種體制解釋，有說服力得多。從基本法制定資料，也就是主觀、歷史的觀點來解釋，尤其清楚。一九四八年參與制憲大會（Der Parlamentarische Rat）的各黨派代表，對於未來的新國家將採何種社會經濟體制，抱持開放的態度，確實有高度的共識。誠如前述學者的分析，基本法各種自由權利規定透露了濃厚的法治國色彩，社會國原則的宣示也承襲了威瑪憲法的社會理想，但在當時的制憲者眼裡，這些應該都是一體而相互為用的，他們其實無意突出何者或孤立何者。更重要的是，他們無意越俎代庖的決定整套社會經濟體制，至少對於各大政黨抱持的體制理念，基本法上應該都是可相容的，未來應該可以透過選舉，由選民決定政黨，一定程度上也由選民選出的立法者來決定社經體制，不必由制憲者一次決定，這樣的共識在制憲過程中可說表露無遺⁹⁴。

儘管大多數學者都從基本法的體制中立性出發，但一談到如何擺放社會國條款，乃至國家究竟如何「中立」，仍可看到他們有意無意間流露的不同意識形態傾向。比如堅信基本法保持中立，並未對於經濟體制或經濟理論作成任何偏好決定的 Herbert Krüger，實際上不只認為基本法「是」中立，而更進一步強調基本法要求國家（政府）「保持」中立，國家的任務應該限縮於生存的保護，他和 Ernst Forsthoff 一樣，對於國家迷失於「社會化」的歷史趨勢，深感憂心⁹⁵，對這一派的中立解釋，實際上不但不會導出體制開放的結果，反而會走向比新自由主義更保守的社經體制。相反的，如前面提到的 Ridder，和著名的極左憲法學者 Wolfgang

⁹⁰ 詳參他那篇廣為引述的論文：Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL Heft 10 (1952), 74-123

⁹¹ Ridder, Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL Heft 10 (1952), 124-49

⁹² 相關討論內容，參閱前註，S.158ff.

⁹³ 一九四九年的東德憲法保留了經濟體制專章，一如威瑪憲法，內容上也不難看出其一脈相傳，但從第二五條建立土地的全民所有（Volkseigentum）制，第二八條土地及生產財移轉採許可制等觀之，在社會化上已更超越威瑪，但還未完全採馬克斯主義的原則，一直到一九七四年的新憲法，第九到十八條有關計畫經濟，所有生產財公有的規定，才算真正落實了馬克斯的社會主義精神，兩部憲法內容收於 Dürig/Rudolf, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 3A., 1996, 294-355

⁹⁴ 制憲過程這方面的發言資料分析可參 Weber, Werner, Verfassungsrechtliche Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat, 4 (1965), 415ff.; 更詳盡的考據，參閱 Hartwich, Hans-Hermann, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, 1970, 54ff.

⁹⁵ Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, 361-68

Abendroth，都從體制中立推導出社會主義體制和基本法相容的結論⁹⁶，Ipsen 和 Ridder 基本上還不算是激進的左派，他們強調基本法的社會理想，著眼於戰後生活陷於困境者的救助，更多於社會主義體制的建立，Abendroth 則根本要在基本法的基礎上建立一個不同於西方國家的紅色德國。

3、體制穩定後爭議消弭

可見經濟憲法在德國戰後的議題化，一點也不偶然，社會對於發展方向還沒有找到高度的共識，而基本法又刻意保留相當大的開放性，才從憲法政策的爭議，延燒到憲法解釋。而隨著社會經濟的發展，逐漸趨於穩定，人民對於基督教姊妹黨（CDU/CSU）的領導產生信心，他們堅持的自由主義、市場經濟理念，也成為社會普遍的信仰。等到最大的反對黨社會民主黨（SPD）終於宣告放棄接近一百年的社會主義路線，而成為社會上可以接受執政的政黨⁹⁷，並且在一九六九年，經過三年參與大聯合政府而開始主導與自由黨組成的小聯合政府後，德國的體制爭議已經成為過去，隨著左右政黨輪替，社經政策擺盪的極限逐漸浮現，經濟憲法的議題也跟著淡出，現在幾乎看不到憲法學者再為它的內涵花費筆墨。

當然不是說，經濟體制已經完全確定不移，事實上社民黨的上台，就反映了經濟快速復興後，社會對體制許多環節的不滿。基民黨的體制理念可以說就是新自由主義，只是混合了天主教的社會理論⁹⁸，社民黨除了主張國家對於整體發展加以引導，並對產業做更多的干預外，在尊重私有財產的前提下，仍堅持透過企業內部勞工的參與，及工會對國家決策的參與，來提高資本主義體制下弱勢勞工的利益和地位，足見政黨間的體制理念還是有相當距離。但不僅這些政策的差異應屬基本法可容忍的範圍，已沒有太大爭議。而且當左右輪替後，五十年代的新自由主義所代表的主流見解，逐漸為七十年代的所謂新經濟政策（Neue Wirtschaftspolitik）取代，甚至經濟和法律學界都可看到某種典範的轉移⁹⁹。市場競爭還能不能說是經濟體制的重心，競爭法還能不能被視為實質憲法，也都開始

⁹⁶ Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der BRD, in: Forshoff (hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, 121

⁹⁷ 這段類似從體制外轉化為體制內的蛻變過程，當然不是三言兩語可以說完。社民黨的前身可以一直追溯到一八六三年由 Ferdinand Lassalle 創立的「全德勞工黨」（ADAV），和一八六九年 Wilhelm Liebknecht 和 August Bebel 共同創立的社會民主勞工黨（SDAP），幾與德國的勞工運動相其始，也與戰後東德的共產黨有親密血緣。五十年代初期，它的自我定位還是「反資本主義、反共產主義的改革勞工政黨」，一九五四年後開始路線調整，以 Abendroth 等理論家為首的左派路線逐漸居於下風，一九五九年在 Bad Godesberg 的黨大會中終於通過令人耳目一新的黨綱，雖未明言放棄馬克斯主義，但詳列的社會經濟綱領，實際上已經向市場經濟的主流價值靠攏，比如強調「最大可能的競爭，最小必要的計畫」，詳見 Stöss, Richard (hrsg.), Parteienhandbuch, Bd.4, 1983, 2025-2216。

⁹⁸ 參閱 Stöss, 前註，Bd.1, 1986, 特別是 531-65

⁹⁹ 事實上經濟政策的調整，也不可能在一夕間完成，CDU/CSU 主政下，經濟計畫的推動和某些基礎產業的管制就已經相當積極，SPD 政府上台只是把腳步放得更大而已，因此真正的差異，與其說是具體的政策，不如說是政策取向和立場上的原則——例外關係起了變化，舊政府總是用各種說詞來強調干預的例外性，新政府則反過來大力揄揚干預的原則性，詳參 Gotthold, Jürgen, Wirtschaftliche Entwicklung und verfassungsrecht, 1975, Kap.4 的敘述。

動搖。新出現的，不論在規範形式上¹⁰⁰，以及內涵上都和傳統經濟法大不相同的經濟法規—包括備受矚目的「經濟穩定法」¹⁰¹，似乎都比一九五八年的限制競爭防制法更能體現新的時代精神。因此連學界殘存的，連結現實體制和經濟憲法的想法，都一併消逝。基本法的體制中立性，也就是開放性，已經不再有人懷疑。

三、台灣在世紀初面對的政治經濟

場景拉回到世紀轉折點上的台灣，我們會發現，當年在德國引起經濟憲法爭議的背景，幾乎沒有相似之處。但經濟憲法的問題從另一個方向被提出來，而且誰也不能低估它的後勁。如果說德國是因為體制不明，而憲法的空白正好為不同意識形態的競逐開闢了戰場，台灣則是因為現實發展出來的體制，和憲法差距太大，而憲法對於經濟的規定又太明確，以致當憲政主義越被認真對待，經濟憲法的問題越無法避免。德國在社會各界對經濟體制問題達成共識以後，憲法的爭議自然降溫。台灣的問題則不在體制，而在規範，因此面對逐漸升溫的憲法爭議，也只能另覓回應之道。

1、社會對新經濟有共識

當西德人在用民主的方式爭辯經濟體制時，台灣已經開始戒嚴。政府用不民主的方式決定，走市場經濟的路，而且儘快和國際市場接軌。當然不是說，政府從一開始就完全放手給民間，但這半個世紀走過來，台灣的每一個重大經濟政策變革，確實都是朝向更大的開放，幾乎沒有例外。和其他開發中國家一樣，台灣也面臨資金、技術不足，物價膨脹、基礎建設落後的問題，再加上天然資源匱乏，市場腹地狹小，政府不可能期待在沒有任何作為的情況之下，經濟可以自己起飛。不過公權力的干預和引導，從一開始就是針對性的，措施性的，多年期計畫也是指標性而全無指令性，目的只在有效利用經濟資源，突破發展瓶頸；且不像多數發展中國家那樣，逕由政府結構性的取代了民間的市場主體角色，乃至堅壁清野的與國際體系隔離起來¹⁰²。台灣的政府基本上只是推手，最多是火車頭。

五十年代進行戰後復原建設，除了完成土地改革，財經上最主要的措施，就是重整匯率，建立有利於對外貿易的單一匯率制度。進入六十年代後，政府開始以租稅優惠和其他獎勵措施，把有限資源集中於與進口替代及出口擴張有關的製造業部門，獎勵投資條例和加工出口區即為代表作，隨著十大基礎建設的完成，

¹⁰⁰ 七十年代出現許多針對特定產業或限時的干預性法規，其內容也往往只是目的宣示和對行政部門的授權，顛覆了傳統法律應具一般性、可預見性的特質，也引起給付行政中法律保留原則，行政裁量界限等的熱烈討論，可參諸如 Herzog, Roman, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Heft 24 (1966), 183-209; Friauf, Karl Heinrich, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, VVDStRL Heft 27 (1969), 1-46

¹⁰¹ 全名為「促進經濟穩定及成長法」(Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft)，內容規定國家的總體經濟目標，包括物價、就業、貿易、成長的整體平衡(所謂「魔術四角」，賦予政府若干預算、財政手段調整景氣，引導產業發展，並使政府和勞方、資方團體得在指標性資訊的基礎上，協調彼此的行為，建立所謂「共同行動」(konzertierte Aktion)機制，引起經濟與法律學界極廣泛的討論，可參 Stern/Münch, Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967, 1967

¹⁰² 參閱侯繼明，結構學派、新古典主義與台灣工業升級，經濟論文，12卷2期，民國七十三年

台灣迅速躍升為國際經濟的明星。對於包括金融、電信、交通、教育、媒體及水、電等公用事業在內的服務業，則還維持不同程度的進入及價格管制。這個政策一直持續到八十年代，貿易出現大量順差，開放市場的國際壓力加大，且其他新興工業國家奮起，或以更自由而有效率的服務業，或以低廉工資與優惠措施發展的製造業，對台灣的優勢構成嚴重挑戰。這時候台灣才口惠實至的進入「自由化」階段，包括八十年代的降低關稅，開放多項特許行業，公營基礎工業走向民營，九十年代實施公平交易法，推動亞太營運中心計畫等。經過十多年的熱身，終於在二十一世紀的元年擠進了世界貿易組織（WTO）。

在過去半個世紀的經濟發展過程中，政策的辯論並不少，民主化之前，學者和媒體承擔了某種反對黨的角色，對政府的政策措施提出質疑，民主化之後，辯論也開始在國會中進行。但類似五十年代西德朝野與學界對於經濟體制所作的原則性辯論，好像從來沒有發生。這種一言堂的現象，在早期還可以用反共的「國策」來說明，政治多元化以後，社會主義的主張仍然不能在言論市場和選票市場佔有任何地位，恐怕就只能從工運在台灣這塊土地從未找到足夠養分，海峽對岸已經提供足夠反面示範，以及台灣溯自清季根深蒂固的市場經濟文化等等，來做解釋了。事實上，即使針對政府在市場經濟中扮演的角色，應該是計畫者、管制者、分配者、參與者還是仲裁者，西方國家的左右政黨就經常為此鑽到凱因斯學派和新古典學派的理論中去搬火藥，但對台灣還十分幼嫩的政黨政治而言，也好像不足以成為議題。換言之，經濟政策的辯論，一直是在高度的體制共識下進行。只在「戰術」層次打轉，不到「戰略」層次¹⁰³。

體制及基本原則的不被質疑，並不表示台灣的經濟體制或體制運作的原則一成不變。事實上，政府在市場經濟體制中的角色扮演，特別是在最近十年，已經起了不小的變化。也許實際的變化並不如聲稱的大，但至少在所有政府的政策宣示上，大有為政府的理想已經失去吸引力，政黨的輪替也不代表趨勢的改變。事實上選戰中各政黨的口號，從新中間到小而能，幾乎沒有實質的差異。但如果從台灣早已成為國際經濟體系的一部份，而八十年代從美國、英國吹起的管制革新風潮，自西向東已蔚為不可擋的洪流來看，這種高度的同質性，又不足為奇了。換一個角度看，管制革新所代表的體制變革，其實只反映了產業知識化後的內在規律，傳統的管制已經完全不能適應知識產業對經營彈性化的要求，加上多邊談判分階段突破而形成的全球市場，更迫使各國不合時宜的管制立刻現形。照「歷史終結」一書作者 Fukuyama 的分析，蘇聯集團也就是在這股洪流下崩解，二十世紀新古典主義和凱因斯理論各領風騷的時代已經過去，二十一世紀的政治經濟學幾乎已經是大一統的局面，以台灣這樣依附性高的經濟體而言，自然更是別無選擇。因此我們可以說，今天的台灣在很多方面和五十年前的西德一樣，站在十

¹⁰³ 八十年代初期基本上只圍繞金融政策爆發的「蔣王大戰」，並未發展成國會殿堂的路線選擇，或在學界醞釀出學派的對立，顯然不論就理論的深度，或社會分歧（social cleavage）的反映，都還相當不足。九十年代以後，政黨爭論的焦點都在兩岸經貿政策，其間明顯夾雜著政治上的統獨爭議，與政府的角色或總體政策的目標，嚴格說都沒有太大關係。

字路口，唯獨對於經濟秩序，卻有高度的共識，這一點實毋庸置疑。

2、憲法對經濟高度規範

和德國不同的另外一點，是憲法對經濟的高度規範。基本法在這方面，有意擺脫威瑪的影子，已如前述。但民國三十五年參與制定中華民國憲法的法政菁英，卻多仍浸潤在威瑪所代表的「當代思潮」中¹⁰⁴。故憲法在前言中就宣示：「為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利，制定本憲法」，前兩句談的是統治關係，屬防衛性質；後兩句則涉及經社秩序，屬給付性質。制憲者建構「福利國家」的理想，躍然紙上。

除此以外，我國憲法也和威瑪一樣設立經濟專章，只不過人權和義務獨立置於憲法總綱之後，不是穿插放在各相關章節中，這使得什麼是經濟性的人權和義務，不像威瑪那樣一望即知。但人權一章在體例上仍有相當讓人玩味之處，即第十五條把「生存權、工作權和財產權」放在同一個條文，而特別用「應予保障」這樣積極性的字眼一體規範，置於各種防衛性的「自由」之後，留下了很大的想像和解釋空間。三者可不可以看成經濟社會的基本三權，從而連財產權都帶有濃厚的社會色彩，一如威瑪？或者只是制憲者無心的編排，不過就是「生命不得剝奪」、「營業自由」、「財產自由」的集合，相當於德國的「法治國」內涵的人權，而與「社會國」無涉？對於基本經濟體制及政府角色的憲法決定，如何解釋當然有其關鍵性。不過不同於基本法「只有」人權規定，其內涵如何遂成兵家必爭之地，我國憲法另在第十三章基本國策的第三節規定了「國民經濟」，一共十個條文，使得經濟人權的解釋很難不受其約制。這一節開宗明義就在第一四二條宣示：「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權、節制資本，以謀國民生活計之均足」，和德國基本法宣示的「社會國」原則（第二十條第一項，及第二十八條第一項）相比，可說精神一致而方向更明確。但德國基本法就這樣點到為止，我國憲法卻在第一四三條以後，進一步就土地政策、獨占性企業公營原則、私人資本的節制與扶助、農業發展、地方經濟的平衡發展、貨物流通、金融機構的管理、僑民經濟事業的發展等等，詳為規定，裡面有原則，有政策，有授權，也有制度。近十年修憲，增修條文再不斷追加新的政策規定，包括獎勵科學技術發展及投資、促進產業升級、推動農漁業現代化、重視水資源的開發利用、加強國際經濟合作、經濟及科學技術發展應與環境及生態保護兼籌並顧、扶助中小型經濟事業並保護其生存與發展以及公營金融機構應採企業化經營。全部加起來，留給普通立法者決定的空間，幾乎只有依各時需要為優先次序的調整，體制層次也沒有什麼可以商量的，任何政黨上台，都只能在福利國家的大前提和各憲法規定的小前提下，做零星的政策調整。

3、經濟憲法問題剛浮現

¹⁰⁴ 民國十年以後的各種憲草版本，已受威瑪影響，把有關社會經濟秩序的規定納入成為專章，即以一九二二年張君勱在上海國是會議主稿的憲法草案為例，已有國民之教育與生活計專章，其中生活計一節，內容與條次都近似威瑪憲法，由於國民黨的建國理想也強調民生主義，故制憲各黨對此一部分有高度共識，可參繆全吉編著，國史館編印，中國制憲史資料彙編，民國八十一年三版

當人們對於經濟秩序有高度的共識，而憲法又對經濟秩序有完整的規定，接下來要問的，就是在這共識的「實然」和規定的「應然」之間，有多大的差距？

從一個個條文去看，尤其是單純宣示發展目標的條文去看，差距也許都還不算顯著。但從綜合各條文所勾勒的國家與經濟的基本關係，則不能不讓人凜然於差距之大，而且還可能繼續拉大。憲法上的國家，還停留在一個管制國、行動國和分配國，在這些規定的背後，仍然是市場失靈的假設，以及對政府管制能力、分配能力的信任，這和今天在全球化經濟體系下活動的業者，乃至早已開始用國際競爭力自我評估的政府，逐漸形成、並相濡以沫的信仰和觀念，是有根本不同的——即使在實際行為層次也許還沒有太明顯的差距。八十年代以來形成的新經濟，簡單的說就是解除管制、民營化和注入更多的競爭，政府如果還承擔部分的管制功能，其管制也不是為了替代競爭，而是引進競爭¹⁰⁵。過去二十年工業國家的實踐，已經徹底推翻了管制經濟學的許多假設，比如在電信方面，英國、日本和紐西蘭率先開始民營，美國則把 AT&T 大卸八塊，電信業務的管制全面解除¹⁰⁶。運輸方面，加拿大、英國、美國、丹麥、法國、日本、紐西蘭、挪威等，在公路貨運的牌照、費率，乃至長短程客運的管制，都一一取消，美國甚至在八十年代初期就完全開放了天空的競爭。他如各種能源市場，乃至金融市場的自由化，也在許多國家快速的實現，完全超出過去的想法。因此台灣推動的亞太營運中心也許難脫趕時髦的味道而在許多條件上並未成熟，但究其政策意旨，也就是選擇幾個最具指標性的產業，全面自由化。再看政府和產業界重視的國際評比，瑞士洛桑管理學院、世界經濟論壇評比競爭力的指標有什麼：國際化程度、金融市場開放程度、移民法規限制的排除、外來投資、國際配送能力、與國外資本市場的接軌、國際電信費率等等，很清楚，政府的任務就是開放市場進入，擴大市場規模，而不是公營，不是保護。因此今天再看憲法第一四四條的公營條款：「公用事業及其他有獨占性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之」，和第一四五條第三項的保護條款：「國民生產事業及對外貿易，應受國家之獎勵、指導及保護」，顯得特別刺眼。

隨著憲法的可司法性增高，經濟憲法和現實經濟體制間潛在衝突爆發的機會也越來越大。釜底抽薪的調整，當然就是修憲。事實上在政府推動自由化的初期，已經意識到這個問題，在十年前政府舉辦，集合了產官學界代表的大型經濟改革會議中，就有財經學者提出全面凍結憲法基本國策規定的主張，以減少推動自由化的阻力，儘管呼應者眾，終因修憲權操之於國民大會，此一有任期的修憲代表唯一可以反映「民意」的方法，就是「增訂」基本國策規定，豈肯接受凍結之議

¹⁰⁵ 這個觀念我在過去十年已一再提及，十年前我提出「自我調節的組織化社會」概念，強調「政府仍然要管，但它的主要任務在為社會建立各種自我調節的機制，政府要負責提供市場健全運作的外在條件，而讓自由市場去處理大部分的社會問題」，參閱走向穩定的開放社會——二屆國大未竟的歷史任務，收於走向憲政主義，民國八十三年，頁 25-28；另在自由化、解除管制與公平交易法一文中，則強調解除管制促進競爭為「時代精神」，收於「跨越自治與管制」，民國八十八年，頁 11

¹⁰⁶ 參閱劉紹樑、劉崇堅、莊春發，電信產業競爭規範之研究，收於公平會第六屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，民國八十九年，頁 42-51

¹⁰⁷，而自動打消。十年修憲的結果，經濟方面的國策規定實際上是不減反增，唯一較能體現時代精神的就是第十條第四項：「國家對於公營金融機構之管理，應本於企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定」，但範圍只限於金融，而且也只強調企業化經營的原則，以擺脫人事、預算、審計的牽絆，提高其在金融市場的競爭力，並未就民營原則或競爭原則做任何宣示，完全不具有「基本國策」的格局。此一修憲制度總算在八十九年四月再次修改的增修條文中做了調整，今後修憲將由立法院發動，而由針對修憲草案而選出的國民大會來進行複決，理論上，立法院有完整的立法權，如果要反映時代精神而刪除不合時宜的憲法規定，至少不會有過去的國民大會那樣的情結。但立法院提出、審議和通過修憲案的門檻比舊國民大會還高，任何四分之一的立法委員都有杯葛能力，此一程序的剛性，不啻更強化了實體的封閉性，所以經濟憲法的問題短期內未必可藉修憲來解決，其間就只有依賴憲法解釋來發揮調適的功能了。

四、經濟憲法辯證中釋憲者的角色

憲法解釋在民主憲政應然和實然的辯證中，不僅具有約制的功能，同時也有反向調適，促成憲法變遷以回應社會變遷的重大功能¹⁰⁸，美國兩百多年歷史的憲法，從馬車時代用到今天這個三C的時代，仍不失其基本大法的地位，短短七個憲法條文早已見山不是山，見水不是水，就是最好的說明。我國的釋憲制度在走向民主化以及民主的鞏固過程，都有一定的貢獻¹⁰⁹，對於經濟憲法的課題，是不是也可以經由釋憲來舒緩，即使不是徹底解決，應該值得探討，而德國憲法法院在面對此一爭議時，採取的態度和方法，對我們當然還是有參考的價值。

1、積極的集中違憲審查

我國憲法保留了行憲前的解釋制度，仍由司法院行使解釋權，但在法令的統一解釋之外，增加了憲法的解釋，包括法令、省法規違憲疑義的審查，和德國基本法創設的憲法法院，似乎很難放在一起比較，行憲初期，法令解釋在比例上也倍於憲法解釋。但民國四十七年開始實施的司法院大法官會議法，已經有意朝憲法法院的模式修正，大法官又不斷透過解釋，使違憲審查的程序與效力逐漸完善，最近十年，其整體功能可說已非常接近德、奧的憲法法院，現任大法官所表現的積極主義，與德國相較，也絲毫不遜色¹¹⁰。這是就一般釋憲制度而言，值得探究的是，面對背景全然不同的經濟憲法問題時，釋憲機關是否也找到了不同的回應之道。

¹⁰⁷ 參前註 33 拙文

¹⁰⁸ 參閱 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, FS P. Lerche, 1993, 3-14

¹⁰⁹ 參閱翁岳生，建立以人權保障為基礎的民主政治－司法院大法官釋憲制度在民主改革過程中扮演的角色，司法院公報 41 卷 1 期，1999 年 1 月，頁 9-14

¹¹⁰ 相關比較可參閱拙文，立法裁量與司法審查，憲政時代第二六卷二期，民國八十九年，頁 136-37，

2、德國保持政策中立性

德國的憲法法院對於戰後經濟憲法的爭議很早就表明了「基本法在經濟政策上保持中立」的見解，在一九五四年的獎勵投資條例案（“Investitionshilfe”），憲法法院首度闡釋他所謂的中立性，僅指制憲者未對經濟體制作成明確的選擇而已，現行社會經濟體制不是基本法下唯一的選擇，只是一種可能的選擇。從而普通的立法者只要不違反基本法，當然可以因時因事制宜的決定經濟政策。因此「問獎勵投資條例是否符合現行經濟體制，或其所採干預手段是否與市場相容，根本與憲法無關」；「基本法既不保證行政或立法權的經濟政策中立，也未限制用與市場相容的手段去引導經濟」¹¹¹。顯然沒有採納 Nipperdey 的社會市場經濟說，也不同意把「基本法」的中立性延伸到「政府」。同樣的見解在著名的藥房案（“Apotheken”）又說了一遍¹¹²。

當然中立不等於放任，其界限就是各種經濟基本權不能因為政府的干預措施而受到過度的限制，在基本權不能涵蓋的範圍，也還要注意基本法第二條第一項的人格發展自由，契約自由和一般的經濟行動自由都可從人格發展自由推導出來，這也是憲法法院一貫的見解¹¹³。因此當新自由主義的學者說，大幅限縮事業經濟活動空間的指令性計畫仍將為基本法所不容¹¹⁴，應該還是正確的。但新自由主義從人格發展自由推論營業競爭受到制度性保障的論點，則顯然未獲認同，憲法法院只承認包括競爭或限制競爭的經濟行動自由，因此對於限制競爭行為（如垂直轉售價格的約定）的防制立法，除了基本法明確劃歸聯邦和各邦的競合立法權（第七四條十六款）外，憲法法院也不認為這是經濟體制的當然要求，而仍要從保障權利的比例原則去檢驗¹¹⁵。對於具有指標意義的財產權條款，憲法法院同樣小心翼翼的讓它和法治國原則、社會國原則維持平衡的關係，憲法法院完全肯定財產權的法治國內涵，經常強調其保障的目的即在於人的「自由與尊嚴」¹¹⁶，並嚴格界定其既得權與現有法律地位的內涵，排除單純基於公共利益考量而獲得、未付出任何對價的法律利益，或私法上的總財產或單純經濟利益，以免對公權力行為構成過大限制。另一方面，也強調同條所稱社會義務即為社會國原則對於主觀財產權所設的限制，國家對於經濟的各種干預，在不到社會化（Sozialisierung）的程度時（此時須受第十五條規範），都可能以此條為基礎，包括後來社民黨執政時通過的極具指標性的勞工參與決定法¹¹⁷，但都不能改變其私利用（Privatnützigkeit）的本質而侵害了私有財產的制度保障¹¹⁸。

德國憲法法院並沒有掉進意識形態的泥沼，而使經濟體制以及國家扮演的角

¹¹¹ BVerfGE4, 7, 17

¹¹² BVerfGE7, 377, 400

¹¹³ BVerfGE6, 32, 41f.

¹¹⁴ 參閱 Fikentscher 的分析，Wirtschaftsrecht, Bd.2, 1983, 59

¹¹⁵ 儘管未把競爭保護提升到憲法層次，比起瑞士對營業自由的崇尚以及卡特爾組織的經濟傳統，德國在權衡經濟活動自由和競爭保護時，還是比較寬鬆的。瑞士認為對於卡特爾的禁止已經超過了普通立法者的權限，而必須在憲法上明白授權（瑞士憲法第三十一條之二第三項）。

¹¹⁶ BVerfGE6, 270, 276; 24, 367, 389

¹¹⁷ BVerfGE50, 290ff.

¹¹⁸ 比如 BVerfGE24, 367

色，隨社會轉變仍保有相當大的空間。經濟憲法的爭議既源於社會各界對未來的不確定，其弭平也只能依賴社會觀念的逐漸趨近，釋憲者若利用憲法的空白而輕易站邊，很可能只會加深社會的對立，甚至造成憲法本身的危機。故適當保留體制形成的開放性，而僅堅守其界限，反而有利於體制的自然趨近，後來的發展也證明憲法法院的選擇是正確的¹¹⁹。

3、台灣偏向財產權保護

我國當前的經濟憲法問題完全不同於德國，已如上述。大法官到目前為止，如何解釋我國的經濟憲法，對於未來可能爆發的衝突，是否已預留的足夠的回應空間？觀察的一個重點，是有沒有對經濟基本體制作過整體的論述。或者就經濟人權與經濟國策的關係，經濟人權間的關係，做過任何論述。

首先，大法官幾乎從來不用民生主義來描述我國的社會經濟體制，比較概括的體制說明，見於第四八五號解釋：「促進民生福祉乃憲法基本原則之一，此觀憲法前言、第一條、基本國策及憲法增修條文第十條之規定自明。」但面對國家採取干預性措施，大法官在檢驗其合憲性時，對於社會的立法較傾向於援用基本國策的規定來強化其干預的基礎，而對於經濟的立法，則又限於從第二十三條的一般公益條款，以與人權的保障相權衡，而不傾向用基本國策有關管制或引導經濟活動的條文來強化其干預的合憲性，頗堪玩味。比如在第四二二、四五六、四七二號解釋，都在大前提的論述中即援引基本國策的規定。但無論對獎勵投資法規或金融管制法規作合憲性檢驗，都未援用憲法第一四五、一四八、一四九等條，或早於民國八十一年就增訂的增修條文第十條一項，比如第四二〇、四八八、四八九、五〇五、五一五等號解釋。國家在推動社會政策時的角色同時是管制者與分配者，大法官傾向於援引憲法肯定其角色，而在實施合憲控制時，給予足夠的立法裁量空間，第四八五號解釋說得最清楚：「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。」把審查基礎縮小到平等原則，第四二二、四三四、四五六等號解釋，大體也是如此。相對的，大法官比較不傾向援引基本國策規定來強調國家的經濟管制者或引導者的角色，而只消極的從第二十三條的公益條款，來防堵過度的干預，大部分的情形涉及的都是財產權的保障。最明顯的就是第四八八、四八九兩號有關政府介入整頓信用合作社的解釋，大法官不但以財產權為主要的審查基礎，而且運用德國憲法學的「程序保障功能」理論¹²⁰，在憲法未如美國憲法明文規定一般性的正當程序

¹¹⁹ 也許基本法在「政治」上的封閉性，比如對於極端政黨規定得予解散，而且憲法法院果真在五十年帶解散了極左極右政黨各一個，也是在「經濟」上可以放心保持較大開放性的原因。

¹²⁰ 許宗力，基本權程序保障功能的最新發展－評司法院釋字第四八八號解釋，月旦法學雜誌，第五四期，民國八十八年，頁 153-60

保障的情況下，從第三八四、四三六等號解釋對「人身自由」的正當程序保障，擴張到財產權。卻完全不提憲法第一四九條的規定。相當於社會國原則的民生主義，在憲法的解釋上為何有如此明顯的不同，是不是大法官已經意識到國家在新經濟中的管制角色必須淡化，回歸市場，因此刻意不去強調基本國策的規定，並不清楚。

但對於同樣不符合新經濟理念的第一四四條公營條款，大法官倒曾在第四二八號解釋提到，而且有所發揮：「國家基於對人民生存照顧之義務，達成給付行政之功能，經營各類公用事業，期以合理之費率，普遍而穩定提供人民所需之各項服務，得對公用事業因經營所生之損失補償或損害賠償責任予以相當之限制，惟因涉及人民之權利，自須符合憲法第二十三條之規定。郵政法第二十五條各類掛號郵件之補償僅限於遺失或被竊，而不及於毀損，旨在維持郵政事業之經營，為增進公共利益所必要，尚未逾越立法權自由形成之範圍，與憲法並無抵觸。」方法上是以公營事業的憲法特別地位為有利於公益與財產權權衡的因素。而且，多數大法官雖不在第四八八號解釋強調憲法第一四九條課予政府的管理義務，卻在理由書末段提到：「對信用合作社之管理，並應注意憲法第一百四十五條獎勵扶助合作事業之意旨，併此指明」，似乎在意的又不是政府干預經濟的角色，反而有意對這兩條去作取捨，尤其和十二年前作成的第二一四號解釋相比，一強調對金融機關的管理，一強調對合作社的扶助，大法官改變的毋寧是對憲法經濟政策的偏好，而不是有意調整國家在新經濟中的角色。顯然現在要說大法官已經意識到新經濟和憲法基本國策的衝突，而嘗試去緩和，還言之過早。

對於關鍵性的第十五條，大法官的解釋也還理不出比較清楚的思路。可以確定的是，大法官從未強調這個條文在文字和體例上的特殊性，而與前面幾條的自由權區隔。三個權利都被理所當然的解釋為防禦性質的權利，比如第四七六號解釋逕以生命的剝奪為對生存權的侵害，第五一〇號解釋則把工作權解釋為從事工作及選擇職業的自由，第四〇〇號解釋說明保障財產權，「旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」基本上都是朝古典法治國的人權方向解釋，完全沒有否定或稀釋其防禦性格的意思。因此才有黃越欽大法官在第五一四號解釋提出的不同意見書，強調工作權為社會權、受益權，不應和屬於防禦性質的營業自由混為一談。惟大法官其實並未全盤否定生存權和工作權的社會權、受益權性格，第四二二號解釋以生存權和第一五三條共同作為審查基礎，第四九四號解釋指出「勞動基準法依據憲法維護人民生存權、工作權及改善勞工生活之意旨，以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的」，也是把生存權、工作權朝積極的受益權方向去解釋，和前述大法官對憲法的積極社會政策正面肯定的態度，還是前後呼應的。只有財產權的解釋，大法官可以說堅守其古典防禦權的陣地，不僅保護的範圍超過既得權甚多，而且像第四〇〇號解釋那樣對徵收補償的求全態度，幾乎完全無視於其可預見的所得重分配

效果，已跡近「反社會」的程度¹²¹。第三四九、三八六號解釋，大法官更從私有財產制度保障的角度，侵入原本屬於民事法院釋法權的範疇，並大大限制了立法者對公債關係的形成餘地；第四三四號解釋則似乎從主觀的財產權引伸出客觀的「保護義務」，要求立法補充保護；甚至如前所述，最近在第四八八、四八九號解釋，開始強調財產權的程序保障功能，在在都朝壓抑政府管制經濟的角色發展。這是不是大法官反映新經濟的一種方法，值得我們繼續觀察。

整體而言，我們只能說，大法官和德國的憲法法院一樣，並沒有沿著一條思路，一種意識形態，去整合憲法上與經濟相關的條文，儘管憲法第一四二條明確的標示了有關經濟體制和運作的基本原則。對於政府在經濟方面的干預措施，大法官不像在社會方面那樣，突出憲法的基本國策，而偏向只從憲法第二十三條的公益條款去檢驗，而又提高與加深與市場經濟特別相關的財產權與營業自由（工作權）的保護，多少減緩了憲法與經濟現實的衝突。惟從憲法釋義學的角度，似乎仍看不到其背後比較一貫的論證方法，或許現在正是經濟法和憲法學者進場的最佳時機。

4、尋找經濟憲法的論述

緩和憲法和經濟現實的衝突，理論上至少有三個方向。第一個也許可稱作鋸箭法，也就是整個否定基本國策的拘束力，學者中謝瀛洲就認為基本國策「僅指示立法行政之目標，無強行之性質，如基於環境，一時未能達到目標者，亦不能指為違憲」¹²²，堪為此說代表。但顯然未為大法官所採，早在第一九〇、二〇六、二一五等號解釋，就已明確肯定此類國策規定對立法者的規範力。第四二二號解釋更是以憲法第十五條的生存權及第一五三條共同為審查基礎，而認定一行政解釋違憲；第四五六號解釋也是從憲法第一五三條的立法委託出發，先認定該法規命令所據的法律並無不足，再指出法規命令所設限制，「與保護勞工之上開意旨有違」，只不過最後還是以違反法律保留原則作成違憲認定。方針條款的定位，效力似有若無，破壞憲法的嚴肅性，不採是對的。

第二個方向，是就其創設的作為義務部分，基於對立法行政的尊重，或所謂「可能性保留」(Vorbehalt des Möglichen)，而於司法審查時採高度自制，也就是儘量保留立法裁量空間。大法官有朝這個方向走的傾向，包括社會政策部分，也是如此，第二四六號解釋即為較早的一例，第四八五號解釋說明得尤其清楚。但尊重立法裁量的前提，畢竟仍是作為義務未履行的認定，只是不作成違憲的司法判斷而已，其結果往往是不得已的叮嚀，也就是所謂警示或警告解釋，第四七二號解釋末段的「碎碎唸」，堪稱典型，對於憲法和現實經濟衝突的緩和，效果仍然有限。政府仍給人怠於履行憲法義務的印象。而且對於基本國策中的社會政策

¹²¹ 拙文，財產權的保障與大法官解釋，收於「違憲審查」，民國八十八年，頁 132-35

¹²² 謝瀛洲，中華民國憲法論，十四版，民國六十年，頁 277；新一代教科書也有贊同者，如法治斌／董保城，中華民國憲法，三版，民國九十年，頁 423；李惠宗則認為除憲法委託屬立法裁量事項外，均為無拘束力的方針條款，憲法要義，二版，民國八十七年，頁 464；也有認為仍屬強行性質者，如林紀東，中華民國憲法逐條釋義，第四冊，民國七十五年，頁 248；陳新民原則上肯定其效力，並細分為四種類型，詳參中華民國憲法釋論，四版，民國九十年，頁 832-44

和經濟政策存有明顯偏好的現象，也無法僅以審查上的自制來合理化。

第三個方向，或許可以稱之為「部門憲法」，也就是從憲法所規範的領域，回過頭來決定憲法的解釋。陳新民區分國防憲法、外交憲法、經濟憲法、社會憲法、文化憲法、少數民族憲法等六個領域，已經點出了這樣一個方向¹²³。此一過去被憲法釋義學忽略的體系解釋，值得注意之處，還不僅在其對人權、中央政府體制、中央地方權限、基本國策等規定做橫切面（*querschneidend*）的體系化，更重要的，是它不像傳統民刑法那樣，在「規範」面建構規範間的體系，而是經由規範領域和規範之間的詮釋循環，建立足以反映該規範領域特性的規範體系。比如國防憲法、外交憲法都是「國家憲法」的一環，經濟、社會、文化、少數民族，則是憲法規範的不同社會領域，是廣義的「社會憲法」的不同環節。因此在解釋上，首先就可在這二分法上發展出不同的解釋方法。原則上，國家憲法的主要功能是約制統治者，故其重心在於落實人權的防禦功能，以及分權的政治功能（民意、責任、效率、防濫等）。社會憲法則課予統治者作為義務，補強社會本身功能的不足。社會憲法不是用來妨礙國家憲法，反而須以國家憲法發生功能為其前提，此一關係的釐清，是區隔社會憲法的第一層意義。其次，不同的社會次體系，如經濟、文化、科技、勞資關係、少數民族等，有不同的特性和運作原則，經由詮釋循環，會發展出不同的解釋態度，也就可以合理化了。經濟部門發生重大變遷，比如經濟全球化的潮流，使得實存的經濟體制改變了運作原則，會使得規範它的憲法有必要作一些調整，比如在基本人權和基本國策中，偏向市場的條文（第十條的遷徙自由，十五條的財產權，第一四三條第一項的土地所有權保障、第一四八條的貨暢其流），和偏向管制和引導的條文（第二三條、一四五條、第一四九條），或基本人權中的不同面向（如生存權、工作權的防禦內涵和受益內涵），即應相應的改變其關係，形成所謂的憲法變遷，在司法審查上，甚至在一定情形容許作成「合法律的憲法解釋」（*gesetzeskonforme Verfassungsauslegung*）¹²⁴。大法官在處理基本國策中的經濟與社會（狹義）規定出現明顯不同的態度，也許可以從這個角度去說明，這也是區隔社會憲法的第二層意義。要比較根本的在憲法釋義學上回應經濟憲法的難題，部門憲法也許是一個正確方向。

五、經濟基本法陷入雙重論述矛盾

另外一個緩和經濟憲法和經濟現實緊張關係的可能途徑，是由普通立法者創設較能反映經濟現實的「實質憲法」，實質上取代憲法已經不合時宜的規定，而為政府的作為指導方向並提供正當性。

1、用普通法來擺脫憲法

基本法的立法模式正在台灣流行，先後已有教育基本法和科技基本法，擬議中的還有環境基本法，乃至人權保障基本法。在憲法沒有規定或規定不足的情

¹²³ 陳新民，前註

¹²⁴ 參閱拙文，合憲法律解釋原則，收於合憲性控制的理論與實際，民國八十三年，頁 111-17

形，如環境和科技，這種基本法有其「替代」意義。但如教育基本法，基本國策從指導原則、發展目標到制度、預算都已有明確規定，基本法的「修正」意義顯然大於替代，只要比較該法第二條和憲法第一五八條在教育哲學上的差異，就可看出端倪。這種實質憲法最大的問題，還是形式的位階效力難以實質的突破，個別的環境立法隨時可以做出與基本法抵觸的新規定，而依「特別法優於普通法」或「後法優於前法」的原則，排除基本法的適用，因此基本法很容易就被「形式化」，甚至淪為政治口號。而且當有人用形式憲法來挑戰實質憲法時，不問可知，大法官優先維護的一定還是形式憲法，如果兩者的內容毫無相容餘地的話。

從這個角度來看民國八十八年修正的公平交易法第四十六條，技術上已比基本法略高一籌，不稱之為基本法卻更勝基本法。其內容為：「事業關於競爭之行為，另由其他法律規定者，於不抵觸本法立法意旨之範圍內，優先適用該其他法律之規定」，把這段文字和舊法相比，即知新的第四十六條已使公平法對於其他法律排除公平法適用有了「反排除」的可能，與公平法意旨抵觸的任何新規定，依本條都只能退讓，從而不只在技術上公平法已經被提升為不能抵觸的上位法，從調和競爭和其他公共利益的角度來看，也意味公平法所保障的法益—效能競爭、營業自由、消費者福利等，已在實質意義上提升為經濟基本法。這樣的提升，對照於政府近年常做的宣示「競爭政策為主，產業政策為輔」，以及學者把該法稱為經濟大憲章（*magna charta*），乃至立法委員陳傑儒提出此一修正版本時明示其目的即在肯定公平法的「經濟憲法」地位，似乎真的已經把公平法推到實質經濟憲法的高度。

但再深入思考，即知這樣的苦心還是不能真正改變普通法的本質。後面的立法者要擺脫公平法第四十六條的枷鎖，最簡單的辦法，就是修改公平法，不論是修改第四十六條本身，或者把排除公平法的條文直接植入公平法，使它成為公平法的一部分，來避免「抵觸」公平法的意旨，無異再對第四十六條的反排除來一個「反反排除」，其結果，只是使公平交易法的內容變得極其零碎，而立法意旨越趨複雜難解而已。因為只要公平法是立法院通過的法律，則跑得了和尚跑不了廟，它始終還是操控在普通立法者手上的普通法，不可能變成憲法。而且和前述基本法的困境相同，如果實質憲法化的目的是要擺脫不合時宜的形式憲法，它的精密防護措施，最多也只能用來防護同位階的經濟立法，永遠不可能防護上位階憲法規定的規範力，最後還是功虧一匱¹²⁵。

2、不當限縮了立法空間

在普通法位階創設實質經濟憲法，既不能真正舒緩憲法和經濟之間的緊張關係，另一方面，反而製造了它和其他經濟立法之間的緊張關係，是此一論述最大的矛盾。故誠如憲法基本國策的解釋，應藉詮釋循環而舒緩新經濟理念與憲法的政策理念入手，公平法第四十六條，也應朝舒緩公平法所代表的新經濟理念與舊管制立法的政策理念去解釋。制定或大幅修正於九十年代的第三波競爭法，最明

¹²⁵ 如何合理適用本條，可參行政院公平交易委員會委託研究，洪禮卿、何之邁、單驥、蘇永欽、范建得，公平交易法第四十六條修正後之適用問題研究，民國八十九年出版

顯不同於第二波競爭法—以一九五八年德國的限制競爭防制法為其典型—的地方，應在於把競爭政策從單純違法競爭行為管制拉高到積極建構良好競爭環境。新經濟對於管制性產業的態度是：如果不能解除管制以競爭代替的話，至少也要在管制機制中注入競爭的因素，使競爭和管制不是在主體和客體上分離，在理念上對立的兩套政策，而是在一定程度上相互融合，或基於相同理念僅做階段性區隔的一套政策。我國的公平交易法就是一個典型，從公平法第二十五條第一款賦予公平會在執法以外兼為決策機關的功能定位，其實已為此一由執行競爭法的公平會與間產業管制，使其不抵觸市場競爭的理念，埋下伏筆¹²⁶。使過去性質上為「替代競爭的管制」，逐漸轉變為「促進競爭的管制」。從這個角度來理解新的第四十六條，對於立法者在外接其他法律的規定，阻卻某些違反公平法行為的責任，以調和市場競爭和其他公共利益時，特別賦予公平會對於該其他法律的執行，有為「具體審查」是否抵觸公平法立法意旨之權，應該會有更深一層的體會¹²⁷。

總之，用迂迴的立法來處理憲法不合時宜的問題，結果一定是事倍功半，治絲愈棼。教育基本法硬碰硬的對上教育憲法，固然是不足為訓，公平交易法第四十六條機關算盡，也只是另外一個弄巧成拙的例子。

六、結語

用國家憲法來規範經濟體制，是威瑪憲法開始的一個實驗。德國和台灣的經驗，正好凸顯了它很難逃遁的兩難。也就是當社會對於經濟體制還欠缺共識時，憲法的規定反而不利於共識的形成。而當社會已經存在高度共識時，憲法的規定只會限制經濟體制隨著環境變遷而調適的空間。正因為經濟和科技一樣，都是驅動整個社會發展的次體系，負擔整合功能的法律滯後於二者毋寧是正常的，故任何規範經濟體制的憲法，都不能不特別審慎。台灣經濟憲法問題的浮現已經不可避免，如果不能修憲，就只能透過釋憲。對法律人而言，這是憲法方法論的一個重大考驗。（原發表於廖義男教授祝壽論文集，民國九十一年）

¹²⁶ 拙文，自由化、解除管制與公平交易法，前註 33。

¹²⁷ 具體操作方法，詳前註 53，第三、六兩章。