

## 從基本權限制條款看憲法規範的形式理性及其價值\*

趙 宏\*\*

### 目 次

壹、引言	肆、基本權利限制限度的規範差異
貳、以「法律保留」還是以「公共利益」作為主要限定模式	一、《基本法》對基本權限制限度的規定——本質內容保障與比例原則
一、《基本法》的法律保留	二、《中華人民共和國憲法》對於基本權限制限度的規範缺失
二、中國憲法的「公共利益」限定模式及與德國模式的對比	三、《中華民國憲法》「所必要者」的限定與比例原則在大法官釋憲中的廣泛援引
三、《中華民國憲法》的形式與實質限制要件並存	伍、限制規範的本質差異——是基本權利的限制還是限制的
參、區別式限制與概括式限制	限制？
一、《基本法》對法律保留的差異性處理	一、德國基本權限制規範的本質——限制的
二、《中華人民共和國憲法》的概括式限制立法	限制
三、《中華民國憲法》的概括式限制立法和大法官釋憲嘗試建立的分層保障	
四、區別式限制與概括式限制的效果對比	

\* 投稿日：2012年4月26日；接受刊登日：2012年11月15日。〔責任校對：簡蔓婷〕。

\*\* 中國政法大學比較法學研究院中德法學所副教授。

- |  |                          |
|--|--------------------------|
| 二、中國憲法基本權限制條款的指向不明與邏輯機理的含混不清           | 一、憲法規範的實質理性與形式理性         |
| 三、《中華民國憲法》第23條的規範意旨與大法官釋憲對「限制的制限」的功能強化 | 二、中國現實與德國憲法規範的啟示         |
| 陸、德國基本權限制規範的啟示——憲法規範的理性設計及其價值          | 三、臺灣經驗——大法官釋憲的規範續造及其內在限度 |
|  | 柒、結語                     |

## 摘 要

現代憲法必須具備保障人權的實質理性，但這一實質理性的實現卻在相當程度上依賴於憲法規範本身的形式理性。本文即從這一思考出發，通過對比德國、中國、臺灣憲法文本中的基本權限制條款的形式理性差異，嘗試剖析和揭示憲法規範的理性設計與人權保障的目標實現之間的密切關聯。與其它國家一般均採取簡明扼要的基本權限定概括規定不同，德國《基本法》將對基本權的限制複雜縝密，這些基本權限定概括規定與其說是限制，毋寧為對權利限制的的限制。對照德國《基本法》的步步為營與層層遞進，中國在基本權限制條款設計上所表現出的簡略疏陋就愈發明顯，這種疏漏更使憲法對基本權的保障強度在規範層面被大大削弱。正是在此意義上，德國《基本法》在基本權規範的理性設計上，為中國提供了最好的示範。與德國模式相比，臺灣經驗對於中國同樣具有借鑒意義。從文本來看，《中華民國憲法》中的基本權條款同樣過於簡單，在條款的前後銜接和配合作用上也未顯現出相當審慎周密的佈局思考，但這種文本規範的單薄缺漏卻通過大法官釋憲得到相當程度的補足。但違憲審查在規範續造方面的功能限度和無法負荷的困境同樣值得關注。這似乎也證明，只通過違憲審查，並無法充分彌補憲法規範本身的形式理性匱乏。

關鍵詞：實質理性、形式理性、基本權限制、法律保留、差異處理的法律保留、實質內容保障、比例原則、限制的制限、政治憲法、規範憲法。

## The Formal Rationality of the Constitutional Norms and Its Value in the Perspective of the Limited Models of the Fundamental Rights

*Hong Zhao\**

### **Abstract**

Modern constitutions must have the substantive rationality of the protection of human rights, but its achievement also depends on the formal rationality of the constitutional norms. On this premise and by comparing the limited models of the fundamental rights of Germany, China and Taiwan, this paper analyzes and reveals the close relationship between the rational design of the constitutional norms and the achievement of the protection of human rights. Unlike the brief general way by which other constitutions limit the fundamental rights, the German constitution deals with the limit issues under a complicated and careful model and is aimed at limiting the limitation of the fundamental rights. Compared with the complexity and refinement of the German model, China's constitution is exposed apparently to the lack of formal rationality of terms and this deficit weakens greatly the protective function of the constitution. Also, in this way, the German constitution supplies as an excellent example for China. Beside the German model, the Taiwan experience is also an important reference for China. Although the terms of fundamental rights of the constitution of Taiwan are also too simple, the lack of the rational design is remedied quite a lot by

---

\* Associate Professor, the China-Germany Law Institute, College of Comparative Law, China University of Political Science and Law.

constitutional review. But, the limitation of constitutional review on the supplementa-tion of constitutional terms proves also that the lack of formal rationality of the norms cannot be fully remedied by the constitutional review.

KEYWORDS: substantive rationality, formal rationality, the limitation of fundamental rights, Vorbehalt des Gecetzs, protection of the substance, the principle of proportionality, the limitation of limitation, political constitutional theory, normative constitutional theory.

## 壹、引言

在現代憲法理論中，政治憲法學和規範憲法學代表了兩種截然不同的取向，前者強調政治與憲法不可避免的密切勾連，而後者則嘗試構築起與外界相對隔絕的獨立規範世界。政治憲法學與規範憲法學的對立，構成了20世紀憲法學最亮麗的風景，兩者迥然不同的觀察方法和思考路徑也成為憲法學者進入憲法世界前無法回避的趨向選擇。儘管在中國憲法學界，政治憲法學的影響力越來越大，而規範憲法學也因為憲法遲遲不能進入法院而遭遇尷尬和困境，但筆者仍舊堅持認為憲法在實質理性之外，尚需具備作為法規範的形式理性，憲法規範的形式理性對於人權保障的目標實現同樣相當重要。

法律形式理性和實質理性的劃分來自於德國法學家馬克斯·韋伯(Max Webe)。在韋伯看來，法律的實質理性是從終極價值中演繹出的活動規則，而形式理性則是一種排除道德、宗教、政治等價值的客觀理性，具體表現為法律內在的邏輯關聯以及目的上的可計算性<sup>1</sup>。用這一區分維度觀察憲法，基本權保障無疑是現代憲法實質理性的重要標識，而各國也都通過對保障基本權的規範列舉和條文宣示，來使憲法具備實質理性。但如果我們將憲法看作是如同其他法律一樣，有著內在運行邏輯的規則體系，那麼這一規則體系自身邏輯的完整周密以及規則表達的理性程度，也當然決定了憲法可能蘊含的生命力以及對現實的導引作用。本文即從這一視角出發，嘗試剖析和揭示憲法規範的理性設計與人權保障的目標實現之間的密切關聯，而選取的具體研究物件則是憲法文本中的基本權限制條款。

儘管現代憲法為彰顯其維權目標，大都在憲法文本中詳盡羅列

---

1 馬克斯·韋伯著，張乃根譯，論經濟與社會中的法律，頁35（1998年）。

公民的各項基本權利，但毫無例外也都會基於公益考慮，在這些條款後，綴以對基本權的限制性規範作為補充。任何權利都會受到一定的限制，絕對的不受任何限制的權利是不存在的，這一點放在任何憲政文化下都很容易獲得理解。但如果我們仔細觀察這些基本權的限制性規範，卻可以顯見它們在限制方式、規則構造、位置安排甚至於詳略處理上所表現出的巨大差異。以1982年的《中華人民共和國憲法》為例，第2章自第33條至第50條列舉了中國公民的各項基本權利，之後以第51條作為對上述基本權的概括性的一般限制，「中華人民共和國公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利」。《中華民國憲法》的樣式與此相近，從第7條至第21條同樣對公民基本權利義務的簡單列舉，第23條綴以對上述基本權利的概括性限制，「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。

與這種簡明扼要的限定方式形成鮮明對照的是《德意志聯邦共和國基本法》（以下簡稱《基本法》）。首先、在規範構造和位置安排上，《基本法》的立法者捨棄了慣常的概括式限定模式，選擇將對基本權的限制，放在每一項基本權規定中進行差異性處理；其次、在限制方式上，與中華人民共和國基於「公共利益」這種實質限制方式不同，《基本法》採用法律保留這種形式標準作為主要限定模式，同時又根據基本權的屬性差異，而對法律保留進行了類型化區分；再次、在《基本法》「基本權利」一章的結尾，立憲者又附加了對法律保留的一般性限制作為補充。德國《基本法》的這些設計相當複雜精巧，可以說在基本權的限制規範方面，為我們提供了一種視角全新的參考。

事實上，基本權利的限制條款如何規範，當然並不只關乎立憲技術的粗陋或是精細。這些限制條款為公民的基本權設定了界限，

它也同時例外地允許公權力機關在具備某些要件時，對公民的基本權予以干預。因此，如果處置不當，這些條款很容易就會成為公權力機關踐踏人權的「合法武器」，而完全違背立憲者的初衷。如果依循這樣的邏輯，我們完全能夠想像在《基本法》的複雜限制條款中，必定包含著立憲者期望重塑人權保障的良苦用心。但憲法的規範模式與人權保障的目標實現之間究竟如何銜接契合，德國立憲者是基於何種邏輯對基本權的限制規範做出如上設計，這些規範設計又能夠在多大程度上發揮效用，這些結論的得出都需要對《基本法》中的基本權規範進行細緻考察。而本文的寫作亦從此出發，通過首先鋪陳德國複雜的基本權限定規範，再以此為參照對比中國的基本權利限定規範，來揭示憲法規範的理性設計與人權保障功能之間的密切關聯。而在這個比較過程中，臺灣憲法及其憲政實踐同樣是一項重要參照，以文本來看，《中華民國憲法》中的基本權限制條款同樣過於簡單，在條款的前後銜接和配合作用上也未顯現出相當審慎周密的佈局思考，但這種文本規範的單薄缺漏卻通過大法官釋憲而得到相當程度的補足甚至是續造。從這個意義上說，臺灣的憲政實踐無疑為中國提供了不用大費周章地將憲法規範推倒重來，亦能將國外有益經驗導入本國憲法體系，並整合內化為本國法，由此來提升憲法規範的形式理性與整體效能的重要啟發。當然，這種釋憲是否能夠完全補足憲法文本的缺漏，其功能發揮是存在內在限度，也是本文要討論的問題。

## 貳、以「法律保留」還是以「公共利益」作為主要限定模式

在基本權的發展史上，從未有過將基本權作為絕對權利的理解，而「限制」本身亦是基本權體系中不可或缺的概念。世界各國憲法文本對基本權限制的基本模式無外乎兩種：法律保留和公益需



求。而對這兩種模式的不同選擇，也構成了德國、中國與臺灣憲法文本在規範方式上的第一項重大區別。

### 一、《基本法》的法律保留

與很多國家在憲法文本中以「公共利益」作為基本權的實質限定基準不同，《基本法》對基本權的限制大多採用「由法律或基於法律」(durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes)這種「法律保留」的經典表達加以規定。例如：

#### 《基本法》第8條

- (1) 所有德國人均享有無需登記或許可而和平集會的權利。
- (2) 露天集會只能由法律或基於法律而受到限制。

「由法律」是指這種限制由法律直接做出，而「基於法律」則主要指行政機關須有法律的具體授權，才能對公民權利進行限制<sup>2</sup>。據此，法律成為基本權利的限制工具(Begrenzungsinstrument)<sup>3</sup>，而憲法也將限制基本權利的保障範圍、形成基本權與使基本權利具體化等許可權專門地分配給了立法機關。

#### (一) 國會保留、重要性理論與法律明確性要求

對基本權利的限制只能由法律做出，行政對基本權的干預必須具有法律的明確授權，這一要求是19世紀公民為對抗行政專制而提出，其實質是通過將某些事項保留給立法，而禁止行政越界和染指。憲法將限定基本權利的許可權保留給法律，主要基於對限制的民主正當性的考慮：議會由人民代表組成，權利的限制只有經議會立法，才可視為已獲得人民的同意，才具有充分的民主正當性。

<sup>2</sup> Hartmurt Maurer, Staatsrecht, 1999, S. 285.

<sup>3</sup> Peter Lerche, Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit, 1999, S. 153.

為貫徹立憲者希望藉由法律保留而限制行政機關干預公民基本權的意圖，德國學者大多認為，《基本法》中「由法律或是基於法律」中的「法律」只能是立法機關按照立法程序，以特定形式頒佈的法律規範，即德國法中所謂的「形式意義上的法律」。「形式意義上的法律」與「實質意義上的法律」相對應，後者除議會立法外，亦包含了所有抽象的、一般的法律規範<sup>4</sup>。雖然也有學者認為，行政機關制定的行政命令(Rechtsverordnung)<sup>5</sup>，如果符合《基本法》第80條第1項規定的授權要求——制定法規命令的法律授權必須在內容、目的和範圍上足夠確定<sup>6</sup>——也可以作為行政機關限制基本權的授權依據<sup>7</sup>。但這一觀點很快被聯邦憲法法院在1972年的一份判決中提出的「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)所否定。根據該理論，立法者「對於基本的法律領域，特別是基本權行使領域內的所有重要決定，——都應自己做出規定」<sup>8</sup>，因為「一個法治國家的議會民主，只有在立法者對於基礎決定自己負責，一個依法律或以法律為基礎的基本權範圍侵犯之保留，始具意義。<sup>9</sup>」《基本法》中的法律保留也因此演變成「國會保留」(Parlamentarvorbehalt)。

但實踐中，議會仍有可能通過對行政的概括或是空白授權來逃避立法責任。對此，聯邦憲法法院同樣通過對「重要性理論」的不斷豐富，來強化這一原則的拘束作用<sup>10</sup>。在一系列判決中，重要性理論被解讀為：對基本權的侵害只能由法律或基於法律而做出；對於侵害基本權的前提、範圍和結果的重要決定只能由立法者自己做

4 Maurer (Fn. 2), S. 536.

5 „Rechtsverordnung“ 在德國法中是由行政機關在法律授權下制定的法律規範，制定主體包括政府、部長和行政機關（參閱德國《基本法》第80條第1項）。

6 這一條款在德國法上被稱為「授權明確性」條款。其目的是為了防止立法者通過空白或是概括授權逃避立法責任，從而使行政僭越立法的位置。

7 Maurer (Fn. 2), S. 285.

8 BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116). 在很多中文譯著中，這一理論又常被譯為「重大性理論」。

9 BVerfGE 33, 303 (346).

10 Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte II, 2004, S. 62.

出，而不得授權給行政機關；對決定是否重要的判斷，應以它對基本權的影響強度為準，對基本權的影響強度越大，法律就應越明確和具體<sup>11</sup>。這些闡釋不僅確定了法律保留的適用領域，同時對涉及基本權的法律的規範密度和明確性做出了要求，這也使重要性理論在之後亦成為判斷法律明確性(Bestimmtheit)的重要標準<sup>12</sup>。

## (二)《基本法》第2條第1項中的「公益」內容及其適用限制

德國立憲者選擇以「法律保留」作為基本權的主要限定模式，因此並未在《基本法》中安排概括性的「公益」限制條款。但如果只是簡單比對憲法條文，《基本法》中仍舊包含在規範方式上，與中國憲法第51條具有很大相似性的規定。《基本法》第2條第1項規定，「任何人只要不侵犯他人權利，不違反合憲性秩序及公序良俗，都擁有人格自由開展的權利」。由於德國聯邦憲法法院認為，「人格的自由開展」(die freie Entfaltung der Persönlichkeit)並非僅在一般意義上，保障個體在精神與道德層面上的自由開展，它同樣也是公民在廣義層面上從事任何活動的行為自由(Handlungsfreiheit)<sup>13</sup>。因此，這一條款在德國憲法實踐中，又常被作為自由權的一般性條款。如果公民的某項行為自由不能納入其他基本權的特別保護領域，都可援引第2條第1項。

根據該條規定，個體人格自由開展的權利受到三重限制：他人的權利(Rechte anderer)、合憲性秩序(verfassungsmäßige Ordnung)以及公序良俗(Sittengesetz)。其中，「他人的權利」較容易獲得理解，

11 BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 86, 288 (311).

12 中國在2000年的《立法法》中同樣引入了「法律保留」理念，但由於實踐時間尚短，對於保留範圍的具體界定與解釋適用，仍缺乏相關的理論予以說明，因此，德國的「重要性理論」對於中國也有相當的引薦意義。

13 BVerfGE 6, 32 (37 ff.). 這一條款的作用可與1789年法國《人權宣言》第4條「只要不損害他人，每個人都有充分的行動自由」相類比，德國立憲者最初也是選擇了與此相似的表達，但為避免缺漏，最終還是將本條修訂為「公民人格的自由開展」，但保護領域並未因此而限縮。

對個體基本權的保障，應不以損害他人權利為限，已是法律的普遍認知。對於「合憲性秩序」，聯邦憲法法院將其解釋為，「所有在形式上和實質上符合憲法的法律秩序的總和」<sup>14</sup>；而「公序良俗」則被界定為「為了讓人在憲法規範內人格自由開展的『憲法內在倫理』」<sup>15</sup>，立憲者對這一概念的引入，絕非從道德上對個體進行額外要求，而是希望在實定法無法關照到的地方，由這一道德法則發揮效用<sup>16</sup>。但無論是他人權利、合憲性秩序亦或公序良俗都可視作是「公益」的具體表達，因此，這一條款在語詞表述上確與中國憲法第51條非常相像。

既然這一條款被視為自由權的一般性條款，那麼其作用是否也如中國憲法第51條一樣，是對所有自由權的一般性公益限制呢？這種推導看似合乎邏輯，卻未獲得聯邦憲法法院的贊同。因為如此推廣的結果，必定會對所有自由權不加區別地都附上概括性限制，而這又會與下文中將要論及的，立憲者希望建立起的基本權分層保護模式相違背。鑒於此，聯邦憲法法院通過判決闡釋說，這一條款相對於其他基本權只具有輔助性功能(Subsidiarität)，它只保障那些未被明確列入《基本法》中的行為自由，其包含的「公益限制」也因此並不具有普遍性<sup>17</sup>。

### (三) 對法律保留的一般形式限制——個別立法禁止與指明條款要求

法律保留規定將基本權的限制許可權交托給了代表民意的立法者。但立法者也有可能對基本權濫施限制，「從而使基本權被徹底排除和掏空」<sup>18</sup>。鑒於此，德國立憲者期望在《基本法》中構建一

14 BVerfGE 6, 32 (37).

15 Vgl. Grunter Erbel, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, 1971, S. 261.

16 Maurer (Fn. 2), S. 288.

17 BVerfGE 30, 282 (236); 58, 358 (363).

18 陳慈陽，基本權核心理論之實證化及其難題，2版，頁105（2007年）。

種對基本權的廣泛保護，將立法者也納入到這種拘束之下<sup>19</sup>，以填補形式的法律保留標準留可能存在的漏洞。對法律保留的一般限制首先來自於《基本法》第19條第1項，而這項規定又可視為對《基本法》中所有法律保留規定的形式限制。

### 《基本法》第19條

(1) 根據《基本法》規定，某項基本權利可由法律或基於法律而受到限制時，該項法律必須適用於所有人，而不能只針對某些人。此外，該項法律必須指明所限制的基本權利條款。

對於第19條第1項第1句，德國學者將其稱為「個別立法禁止」(Verbot von Individualgesetzen)<sup>20</sup>。個別立法禁止要求限制基本權利的法律必須具有「抽象性」，適用該法律的當事人與事項都具有「不可確定的數量」<sup>21</sup>。其目的在於杜絕區別立法可能造成的特權或歧視現象。聯邦憲法法院更將這一條款限縮解釋為，「禁止立法者從眾多相同性質的事實中，選出一個個案，恣意地將其列為例外規定之對象」<sup>22</sup>。第19條第1項第2句則規定了立法者在限制基本權利時，必須指明所限制的基本權利條款(Zitiergebot)的義務。指明條款要求的意義首先在於對立法者本身的「警示功能」(Warn- und Besinnungsfunktion)<sup>23</sup>，所以對於立法者而言主要是一種「精神上的限制」<sup>24</sup>；另一意義則是對法律適用和法律解釋的「明確化功能」(Klarstellungsfunktion)<sup>25</sup>。儘管是德國法的創見，但這兩項限制在實

19 Michael Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1996, S. 591.

20 Sachs (Fn. 19), S. 594; Maurer (Fn. 2), S. 286; Theodor Maunz/Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 1998, S. 152.

21 Sachs (Fn. 19), S. 716.

22 BVerfGE 25, 371 (399); 85, 360 (374).

23 Sachs (Fn. 19), S. 594.

24 參閱Klaus Stern著，林三欽、張錕盛譯，基本權及其限制，收於：Peter Badura/Horst Dreier編，蘇永欽等譯，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下冊），頁36（2009年）。

25 Maurer (Fn. 2), S. 286.

踐中的運用卻相當有限。而對法律保留更重要的限制，主要在於下文即將展開的法律保留的類型化區分以及「本質內容保障」。

## 二、中國憲法的「公共利益」限定模式及與德國模式的對比

法律保留將對基本權的限制交由立法機關處理，這種模式本身並沒有為立法機關提供限制的實質裁量基準，而僅強調限制需具備「法律授權」的形式要件，因此，又被稱作基本權的「形式限制方式」<sup>26</sup>。這一點和以中國為代表的諸多國家並不相同。

### 《中華人民共和國憲法》第51條

「中華人民共和國公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利」。

相對法律保留強調對基本權利的限制須有「法律」這一形式要件，中國憲法是以「公共利益」這一實質要件作為限制基本權的合憲性前提，因此是一種「實質限制方式」。這兩種限定模式在內在機理上存在明顯差異，適用上也因此各有優劣。

### (一) 實質限制方式與形式限制方式的對比

「公共利益」標準強調國家對基本權限制的「目的」許可性，「法律保留」標準轉而尋求限制「工具」的許可性<sup>27</sup>；法律保留原則中內含了對立法者的信任，其本質是將對基本權的限定權劃歸議會專屬，借此來防止行政與司法對於公民自由的侵犯，而「公共利益」標準則是將國家權力視為一個整體，普遍地為其設定限定公民基本權的前提要件，在這當中並不區分立法、行政與司法；「公益標準」體現的是憲法的直接限制，立法者也因此受限，因此是「憲

26 Robert Alexy, *Theorie der Grundrecht*, 1996, S. 639.

27 陳新民，*憲法基本權利之基本理論*（上），5版，頁186（2002年）。

法保留」<sup>28</sup>的具體表徵，而「法律保留」是憲法將對基本權利的限定授權給法律，法律在此扮演的是一種媒介或工具的角色，憲法由此間接地對基本權設限。

從規範的可操作性和效果的可控性而言，法律保留顯然更簡便易行，而公共利益則顯得過於抽象難辨。但法律保留原則中內含的對立法者的絕對信賴卻實在令人懷疑，而納粹統治時期的「制定法不法」也證明這種懷疑並非空穴來風。與此相同，「公共利益」標準同樣並非毫無瑕疵。作為公法中最具抽象性的概念，除了在利益內容和受益物件上存在很大的不確定性外，公益的內涵更會隨國家職能任務及目標設定的轉化而轉變。為避免這一模糊空洞的概念被虛置，公權力機關，尤其是立法機關就必須持續地、不間斷地對其內容進行界定和填補，但這一過程又會使公權力機關獲得相當的作用空間，如果再缺乏配套的機制性約束或違憲審查的嗣後檢驗，「公益」很容易就會被公權力機關所濫用。此外，公共利益本質上是個價值命題，對它的厘清和形成最終都必須回溯到價值判斷和取捨中。但如果整體社會文化缺乏對多元價值的寬容，「公共利益」被簡單地化約為「大多數人的利益」，或是團體主義下的「國家目標」時，這一標準就會常常淪為公權力機關打壓和犧牲少數人權利的正當理由<sup>29</sup>。

## (二) 公益標準的可能危險——以《中華人民共和國集會遊行示威法》為例

下文以《中華人民共和國集會遊行示威法》為例，來展示公益標準潛在的危險性。

### 《中華人民共和國集會遊行示威法》

---

28 法治斌、董保城，憲法新論，4版，頁183（2010年）。

29 Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 15. Aufl., 2007, S. 301.

第四條 公民在行使集會、遊行、示威的權利的時候，必須遵守憲法和法律，不得反對憲法所確定的基本原則，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由與權利。

第十二條 申請舉行的集會、遊行、示威，有下列情形之一的，不予許可；

(一) 反對憲法所確定的基本原則的；

(二) 危害國家統一、主權和領土完整的；

(三) 煽動民族分裂的；

(四) 有充分根據認定申請舉行的集會、遊行、示威將直接危害公共安全或者嚴重破壞社會秩序的。

如果說很多法律對何為「公共利益」都語焉不詳的話，那麼《中華人民共和國集會遊行示威法》還算是較為清楚地對公民在行使上述權利時，不能違反的「公共利益」予以明示的一項法律。根據該法第12條的規定，立法者認為不能觸碰、需絕對維護的公益至少包括：「憲法所確定的基本原則；國家統一、主權和領土完整；民族團結」。但由於中國並不像德國在憲法中明確列舉民主、法治、社會和聯邦作為「國家目標條款」(Grundentscheidungen)<sup>30</sup>，可以歸類為「憲法所確定的基本原則」的內容幾乎不勝枚舉：例如，堅持社會主義道路、堅持中國共產黨的領導、堅持人民民主專政、堅持馬克思列寧主義毛澤東思想等等。這些內容很多都具有相當強烈的意識形態烙印，代表了政府所認定的「政治正確」。但以此作為具體化的「公共利益」來限制公民的集會自由，卻幾乎掏空了集會自由的本質內容，並使集會自由在現代國家下促進公益形成、表達少數派訴求的積極功能喪失殆盡。

---

30 Maurer (Fn. 2), S. 108.



### (三) 法律保留原則在中國的適用局限

事實上，儘管學界對確立法律保留原則的呼聲由來已久，中國現行憲法的歷次修改卻始終未將有關基本權利的法律保留納入憲法。而法律保留作為一項原則，直至2000年中國頒佈《立法法》時才終露端倪。但遺憾的是，《立法法》中涉及公民基本權利的法律保留僅限於，「對政治權利的剝奪、限制人身自由的強制措施和處罰、以及對非國有財產的徵收」，而並未擴張至所有的憲法基本權利。而且，立法機關在制定法律時，尤其是涉及基本權利的立法時，是否還需遵守如德國一樣的「法律明確性」約束，《立法法》同樣沒有涉及。概言之，中國目前對「基本權利應受法律保留」的貫徹可以說相當不徹底和不完整，這也導致實踐中，對公民基本權利予以限制(Beschränkung)和形成(Ausgestaltung)的工作很多都被交由國務院的行政法規來完成，例如，《宗教事務管理條例》、《出版管理條例》、《勞動教養條例》和因著名的「孫志剛案件」<sup>31</sup>而最終被終結的《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》。

### 三、《中華民國憲法》的形式與實質限制要件並存

相比德國《基本法》是以法律保留的形式限定要件為主，而中國憲法側重「公共利益」的實質限定要件，《中華民國憲法》第23條的基本權限定條款則將二者兼容並收。

#### 《中華民國憲法》

第二十三條 「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者

---

31 有關孫志剛案件的報導參閱，誰為一個公民的非正常死亡負責？，南方都市報，2003年4月25日，<http://news.sina.com.cn/s/2003-04-25/09531015847.shtml>（最後瀏覽日：2013年1月10日）；專家上書建議審查〈收容遣送辦法〉，中國青年報，2003年5月16日，<http://www.gmw.cn/01wzb/2003-05/22/03-5BC84FFD28A5E7E748256D2E00050AC8.htm>（最後瀏覽日：2013年1月10日）。

外，不得以法律限制之」。

如果以上文的形式與實質要件標準來觀察，那麼「妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」顯然屬於基本權限制的實質要件，或者說是概括性的「公共利益條款」，而「以法律限制之」則屬於典型的法律保留的形式限制要件。《中華民國憲法》將二者融入一項條文中，這也使公權力主體在限制公民基本權利時，除要有追求公益的目的合憲性，還須具備以法律為之的工具合憲性，因此，可以說這一條款是兼收兩種限制要件的優點，避免了單一限制的偏狹。

#### (一) 「以法律限制之」與國會保留、法的明確性

對於本條中的「以法律限制之」的「法律」，大法官會議在司法院釋字第573號解釋中予以明示，「關於人民自由權利之限制，應以法律加以規範，此所謂法律，以憲法第一百七十條規定，系指經立法院通過，總統公布者而言」。因為大法官會議所為的解釋，「有拘束全國各機關及人民之效力」，因此，這份意見書也使臺灣憲法對於基本權的法律保留成為嚴格意義上的「國會保留」。而德國法關於法律保留的重要性理論以及由此衍生出的法律明確性要求，不僅為大法官釋憲全面吸納，更成為其釋憲時最常援引的檢驗工具之一<sup>32</sup>。

#### (二) 大法官釋憲對「增進公共利益」的限制適用

根據中華民國憲法第23條，除必須是以法律作為限制形式外，立法者在訂立限制基本權的法律時還只能為了「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」這四項憲法

---

<sup>32</sup> 大法官會議迄今在意見書主文中以「法律保留」為依據，審查公權力機關是否侵犯公民基本權利的共計42份；而在意見書主文中出現「法律明確性」要求的共計23份。

明確列舉的公益目的。如果說「妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序」尚可在其他國家的憲法文本中找到對應，探求其用意也較為容易，那麼「增進公共利益」就可說是《中華民國憲法》的創見。相比大部分的公益條款只是要求公民消極地「不妨害公共利益」，「增進公共利益」顯然具有相當的積極性，也正因如此，臺灣學者將前三項公益列舉總結為限制基本權利的「消極必要」，而稱第4項為「積極必要」<sup>33</sup>。但這種「積極必要」無論是理解還是適用都令人頗感困難。如果僅從語詞表述來看，本條似乎許可立法者為追求某種尚不確定的、未經論證的、甚至是擬制的公益而限制公民的基本權利，這也當然會使公益限制要件更易為立法者所達到，也更易讓立法者在所謂的「公益」和基本權限制之間做不當聯結。以臺灣在1989年修訂的《所得稅法》為例，該法在第15條第1項中規定，「納稅義務人之配偶，及合於第十七條規定得申報減除撫養親屬免稅額之受撫養親屬，有前款各類所得者，應由納稅義務人合併報繳」。立法者認為此項規定的立法目的就是為了增進公益——「忠實反映家計單位之節省效果、避免納稅義務人不當分散所得、考量稽征成本與財稅收入」。但這種「積極的公益追求」卻導致「納稅義務人因婚姻關係的有無而在稅捐負擔上被差別處理，加重擁有婚姻關係的納稅義務人的經濟負擔，這不僅有違平等原則，甚至還對憲法作為重要制度予以保障的婚姻和家庭產生負面影響」<sup>34</sup>。再如，在1999年修訂的《道路交通管理處罰條例》第37條第1項中規定，「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第221條之229條妨害性自主之罪，經判決罪行確定者，不准辦理營業小客車駕駛人職業等級」。立法者認為「此條的增加，旨在保障乘客之安全，確保社會之治安，增加營業小客車之職業信賴。而相關機關也審酌認為，曾犯上述之罪者，其累再犯比率偏高，及

33 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），頁344（1988年）。

34 司法院釋字第696號解釋。

其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，與人民選擇職業應具備主管條件之限制。<sup>35</sup>」但這項措施無異於用一種擬制的、並不能得到準確驗證的危險判斷來限制公民的職業自由和平等權。對於前項規定，大法官意見書認為違憲，而後一項雖未宣告其違憲，但也認為應當檢討和改進。

此外，如果僅從憲法條文的相互關聯和文義解釋來看，本條與《中華民國憲法》第22條「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法之保障」，也存在相互抵牾。該條是對憲法未列舉條款的保障。但如果依照文義僵化適用，對於憲法未列舉的權利，似乎只要消極地「不妨害社會秩序、公共利益」就應獲得保障；而對於憲法明文列舉的基本權，立法者予以限制的形成自由反而擴張至「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」。<sup>36</sup>」這在邏輯上無論如何都不能被認同和接受。

據此，大法官在釋憲時對這一條款的適用表現得相當嚴格和謹慎，不僅要考量立法所追求之「公益」是否真正合憲，還要檢視手段和目的之間是否有實質意義上的關聯<sup>37</sup>，而這一條款的消極作用也通過比例原則、不當聯結禁止、平等對待等原則的適用得以在相當程度上消弭。

## 參、區別式限制與概括式限制

### 一、《基本法》對法律保留的差異性處理

採用「法律保留」的方式對基本權予以限制並非德國《基本

---

35 司法院釋字第584號解釋。

36 陳新民（註27），頁199。

37 司法院釋字第647、594、584、565、476號解釋。

法》首創，這種模式最早可追溯至1787年法國的《人權宣言》。但《基本法》的突出特點卻在於：立憲者對於法律保留，並非只是在列舉完所有基本權之後再做一般概括，而且將其放在每項基本權規定中，逐條不同的進行了差異性處理。

這種差異性處理亦與《基本法》對於基本權利限制的區別式立法緊密相關。德國的基本權規範大多都由兩部分組成：首先是每項基本權的保護領域(Schutzbereich)，即該項基本權所涉及的特定領域或保護的特定價值；其次就是該項基本權的限制要件(Schranken)<sup>38</sup>。通過這種規範構造，立憲者放棄了將對基本權的限制完全交由某項概括性條款統一完成的傳統做法，而是選擇不厭其煩地在每項基本權的保護領域後，分別描述該項權利的限制性規定。而這些個別的、具體的基本權限制，又是藉由區分不同類型的法律保留來實現。

#### (一) 一般法律保留、特別法律保留與無法律保留

根據規範限定的繁易程度，德國學者將基本權條款中的法律保留區分為一般的法律保留(einfacher Gesetzesvorbehalt)與特別的法律保留(qualifizierter Gesetzesvorbehalt)<sup>39</sup>。所謂一般的法律保留，即基本權條款中僅規定，該項權利「可由法律或根據法律」而予以限制，對於法律保留中的「法律」再未作任何限定。屬此保留範疇的，包括《基本法》第2條第2項第3句規定的生命與身體健康自由、第8條規定的露天的集會自由、第12條第1項第2句規定的職業自由等。

與此相對，特別的法律保留則是在基本權條款中，對法律保留中的「法律」又作了進一步的規範和限定，也就是說，特別法律保

38 對德國基本權規範模式的具體分析可參閱趙宏，實質理性下的形式理性——德國基本法中基本權規範模式分析，比較法研究，2期，頁16以下（2007年）。

39 Maurer (Fn. 2), S. 61. 「特別的法律保留」常常也被意譯為「加重的法律保留」，參閱陳新民（註27），頁203。

留不僅要求，對該項基本權的限制應由法律或基於法律而做出，同時要求該項法律應「滿足一定的前提要件、追求特定的目的或是使用特定的方式。<sup>40</sup>」典型的特別法律保留，例如《基本法》第11條第2項規定的遷徙自由，根據該項條款，對遷徙自由只能由法律或基於法律而做出限制，同時，法律也只有滿足憲法所規定的要件時才能對遷徙自由進行限制。

#### 《基本法》第11條

(1) 所有德國人皆享有在全聯邦境內的遷徙自由。

(2) 這些自由只能在下列情形出現時由法律或基於法律而受到限制：公民在某地無法獲得必要的生活物品，或是共同體會因此而承擔特別的負擔；或是為了防止對聯邦和州的存續以及自由民主秩序產生的緊急危險，或是為了抵抗瘟疫、自然災害以及不幸事件的發生，以及保護青少年免于無人看管或追究刑事犯罪的需要。

屬於特別法律保留範疇的還有：《基本法》第13條第2項至第4項規定的住宅不受侵犯、第5條第2項規定的言論自由等。

除了上述兩類條款外，《基本法》中還有一些基本權條款，甚至連該項權利可由法律或根據法律而予以限制都未加規定，德國學者將這些基本權稱為「無法律保留限制」(ohne Gesetzesvorbehalt)的權利<sup>41</sup>。屬於「無法律保留限制」的權利有《基本法》第1條規定的「人性尊嚴保障」、第4條規定的「宗教信仰」、第5條第3項規定的「藝術與學術自由」等。

對於「無法律保留」的基本權，因為沒有法律保留的適用，所以也就不受國家立法機關的限制。但這些基本權利是否就不受任何

---

40 *Pieroth/Schlink* (Fn. 10), S. 61.

41 *Pieroth/Schlink* (Fn. 10), S. 61.

限制，是否就會得到憲法的絕對保障，德國學界卻普遍對此持反對意見。聯邦憲法法院從保障「憲法整體性」和「憲法整體價值秩序」出發，認為這些基本權利仍會受到「憲法內在限制」(verfassungsimmanente Grundrechtsschranken)的制約<sup>42</sup>。「憲法內在限制」的得出，源於對憲法的系統解釋方法：憲法應作為內在統一的整體，所有條款之間相互聯繫、相互協調，對每一項條款的解釋都應通過系統考量各個條文的相互關係而得出，由此，憲法才能獲得統一實施<sup>43</sup>。因此，「第三者與之衝突的其他權利，以及在憲法統一視角下，憲法所保障的其他法律價值和秩序，都會對那些不受法律保留限制的基本權構成限制。<sup>44</sup>」典型的基於相互衝突的權利而對基本權所作的限制，例如他人名譽權對於言論自由的限制、青年保護對於藝術自由的制約等。

與特別法律保留對立法者做出的直接限制不同，憲法的內在限制事實上要求立法者在面對相互衝突的基本權利和憲法價值時，必須進行利益衡量，以判斷哪種權利或價值在憲法的價值體系中更值得保護。因此，這種內在限制本質上亦是聯邦憲法法院為解決基本權衝突而創設出的「利益權衡原則。<sup>45</sup>」但為避免立法者在進行法益權衡時，忽略憲法規定的明白差異，過度擠壓那些「無法律保留的」基本權利，聯邦憲法法院特別強調，「只有在與第三者的基本權，及其他憲法層級所賦予、並顧及憲法統一性及其所保障的整體價值秩序的法律價值衝突時，才能例外地對於不受法律保留限制的基本權進行限制」<sup>46</sup>，而且，基本權和其他憲法所保障的價值間的衝突，「應依照『實踐調和』(praktische Konkordanz)的原則來解決，也就是說，立法者不得偏重某項價值並使其獲得最大程度的維護，

---

42 BVerfGE 28, 243 (261).

43 Maunz/Zippelius (Fn. 20), S. 44.

44 BVerfGE 28, 243 (261).

45 許育典，憲法，頁153（2006年）。

46 BVerfGE 28, 243 (261).

而要使所有的法律價值都能得到最妥善的衡平。<sup>47</sup>」雖然有學者認為，這樣的解釋使《基本法》上的區別性立法喪失了它的絕對性，但這似乎也預示出，從社會連帶性和基本權本質而言，每項基本權都應包含「內在的可限性」(immanente Beschraenkbarkeit)<sup>48</sup>。

## (二) 法律保留的差異性處理與基本權利的分層保障

如果說，法律保留條款賦予了立法者可以為保護其他更上位的利益，而對基本權予以限制的權能的話，那麼，法律保留的差異性處理顯然使立法者的限制權能，在針對不同的基本權利時有了很大差別：在一般法律保留中，立法者所獲授權的彈性最大；在特別法律保留中，立法者進行利益裁量的許可權被大大限縮；而對於那些根本不受法律保留限制的基本權，立法者的限制權力則被徹底排除<sup>49</sup>。

立憲者雖將對基本權利地限制交由立法處理，但又做出如此的區別安排，主要是基於基本權的屬性和特徵差異。在立憲者看來，既然基本權利的保護領域與保護價值各有不同，立法對它們的限制許可權也應當有所區別：較之受「一般法律保留」限制的基本權，受「特別法律保留」限制的基本權利，因為更易因立法的隨意性而受破壞，所以憲法為其提供的保障強度也應隨之加重，立法者雖可對這些權利進行限制，但必需具備憲法所規定的前提要件；而那些「無法律保留」的基本權，諸如：宗教自由、藝術自由和學術自由，從歷史觀之，就天然具有「保障少數人」的特質，並不適宜由立法所代表的多數民主而決定<sup>50</sup>，憲法為其提供的保障強度也因此最強。這種對法律保留的差異性處理，使得基本權利因為不同屬

47 BVerfGE 93, 1 (21); 97, 169 (176).

48 Theodor Schramm著，陳新民譯，基本權利的可限制性問題，中山社會科學譯粹，1卷4期，頁46（1985年）。

49 趙宏（註38），頁22。

50 許育典，宗教自由與宗教法，頁29（2005年）。



性，而獲得了程度和效果都有區別的憲法保障，《基本法》也因此建構起一個細密周延的基本權利分層保障系統。

## 二、《中華人民共和國憲法》的概括式限制立法

與《基本法》不同，無論是1982年的《中華人民共和國憲法》還是《中華民國憲法》對於基本權利的限制都採用常規的概括式立法。立法體例也是在系統羅列公民基本權利後，在章節結尾綴以一項概括式的基本權利限制條款，該項條款中所包含的限制要件當然地適用於上文列舉的所有基本權，立憲者在此並未做任何適用區分。

但這種概括式限制也非絕對，如果以德國法為對照和參考，在一些特定的基本權條款中，我們同樣能夠觀察到，中國憲法似乎通過附加在這些條款中的特別公益要求，而為這些基本權提供了特別保障。

### 《中華人民共和國憲法》

第四十條 中華人民共和國公民的通信自由和通信秘密受法律的保護。除因國家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安機關或者檢察機關依照法律規定的程式對通信進行檢查外，任何組織或者個人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。

在這當中，「國家安全或追查刑事犯罪的需要」，可看作是憲法允許對此自由進行限制的「特定公益理由」。此外，根據本條規定，惟有公安機關和檢察機關才可對此權利予以限制，且其限制時必須依照法定程序，限制方式也只是「對通信進行檢查」。這些規定都與《基本法》中的特別法律保留頗為相似，我們似乎可以就此認為，憲法為公民的通信自由和通信秘密提供了較其它基本權更嚴格的保障。與此類似的還有憲法第37條所規定的公民的人身自由。「中華人民共和國公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非經人民

檢察院批准或者決定或者人民法院決定，並由公安機關執行，不受逮捕」。但這些只是偶見於憲法中的幾處特殊限制，尚不足以構建起如德國《基本法》一樣嚴密的基本權分層保障系統。因為缺乏違憲審查體制，也沒有相應的立法和案例作為觀察指標，因此，在基本權保障問題上，中國是否存在差異性處理的取向實在不夠明朗。

### 三、《中華民國憲法》的概括式限制立法和大法官釋憲嘗試建立的分層保障

《中華民國憲法》對於基本權利的限制立法同樣採用概括式體例，但在一般概括之下，憲法文本同樣對人身自由做了更加詳盡的規範處理。

#### 《中華民國憲法》

第八條 人民身體自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或員警機關依法定程式，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程式，不得審問處罰。非依法定程式之逮捕、拘禁、審問、處罰得拒絕之。

人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得申請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。

法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查複。逮捕拘禁之機關對法院之提審，不得拒絕或延遲。

人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。

雖然從文本來看，《中華民國憲法》並未根據基本權的屬性特

徵而對其限制要件進行周密的區別處理，但大法官卻在釋憲活動中表現出了通過不同強度和層級的審查標準，來建立基本權利分層保障體制的趨向。例如，司法院釋字第392號解釋就強調，「人身自由為一切自由之所本，倘人身自由未獲得嚴謹之保護，則其他自由何有實現之可能」；再如司法院釋字第445號解釋更指明，「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權」；在司法院釋字第443號解釋中，這種差別保護的想法表達得更為明確，「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不影響社會秩序公共利益者，均受保護。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障；關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得指定法律加以限制」。而翁岳生院長亦在《司法院大法官釋憲五十周年論文集》中寫道，鑒於「違憲審查制度的正當性基礎之一，在於使政治上居於少數一方得到憲法的保護，避免受到政治上所述的壓迫，同時確保政治參與管道與機會，使原居政治少數的一方，亦得透過民主政治的參與充分表達其意見，而有成為多數的可能。因此大法官針對有關政治性權利，例如言論、集會遊行、結社等自由權利的解釋，便應採取較諸有關傳統財產權解釋，更為嚴格的審查態度」，申言之，對於「政治性權利的保護應更行強化。<sup>51</sup>」

在個別的基本權內部，大法官釋憲同樣展示出了更細緻的保障區分，例如司法院釋字第490號解釋認為，「所謂宗教信仰之自由，系指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由……其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精

---

51 翁岳生，我國釋憲制度之特徵與展望，收於：司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集，頁317（1998年）。

神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障」。對於言論自由，大法官司法院釋字第414號解釋同樣主張，「應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則」，「其中非關公意形成，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」。但公允而言，大法官釋憲對於基本權利的差別保障目前僅初具雛形，與系統穩定的分層保障體系之間尚有相當距離，而且其理由說明還不時會出現前後不一致的瑕疵，仍需要更多的案例累積和類型化的歸納型塑。

#### 四、區別式限制與概括式限制的效果對比

《基本法》首創了對基本權利進行區別式限制的立法例，也因此常見的概括性限制之外，又為我們提供了一種基本權限制方法的全新參考。區別式限制使立法者在對基本權利進行限定時有了明確的指標：不同的基本權利，可基於何種目的、在何種範圍內、又以何種方法予以限制，立法者都可在憲法中找到確定依據。此外，它也使司法機關在判斷法律對基本權利的限制是否合憲時，獲得了更為明確的審查基準<sup>52</sup>。因此，從立法技術的精細而言，區別式限制當然是對概括式限制的超越。

但德國立憲者的考慮卻並非只是使基本權利規範盡可能地周密完整，經由這樣的區分，立憲者首先期望為本質屬性各不相同的基本權利提供最符合其特徵的保障。在德國立憲者看來，概括式限制的最大缺陷就是忽略了基本權利在本質屬性上的不同，而將其不加區分地全部交由同一的概括性條款予以限定。無論這種概括性條款是實質的「公益標準」，還是形式的「法律保留」規定，都有可能

---

<sup>52</sup> 陳新民（註27），頁203。

使屬性不同的基本權利經由同一的限制而被侵害<sup>53</sup>。因此，在權利限定問題上，憲法並不能對所有基本權都一視同仁，而必須體現它們在「可限制性上」的區別與差異。儘管有學者評價說，這種區別式立法例相比概括式限制，不僅會有掛一漏萬之嫌，還欠缺實用性。而且，通過「差異性法律保留」是否真正能夠達到立憲者所預期的目標，亦值得懷疑。更激進的意見甚至認為，因為並不存在堅實的限制理論作為出發點，《基本法》的「區別式」立法會造成解釋學上的極大紛擾<sup>54</sup>。但正如任何制度實踐都會與最初的目標設定存在差距一樣，《基本法》的區別式限制體例雖不是盡善盡美，但它卻體現了德國立憲者在保障人權方面所作的持續努力，而且勿庸置疑的是，它的確在相當程度上克服了概括式限制的缺陷，亦為我們思考基本權限制問題打開了新的視野。

事實上，憲法文本對基本權利的限制是採「區別式立法」還是「概括式立法」，首先立基於立憲者對於基本權利的「可限性」是否應有差異的認識。但這種保障強度的差異和可限性的區別並不意味著基本權利存在本質上的「位階次序」<sup>55</sup>。立憲者參酌的因素更多的是：屬性不同的基本權利抵禦公權力侵害的強度各不相同，某些基本權利相較其他權利可能更脆弱，也更不堪重擊；某些基本權利可能更具有保護少數人的特質，更帶有強烈的個體性差異；而在不同時期對不同社會需求和導向性價值的現實考慮，同樣也會成為影響要素之一，例如在民主轉型和民主塑造的過程，那些事關「公共意志形成」的政治性權利似乎就會受到特別保護。

---

53 *Sachs* (Fn. 19), S. 771.

54 *Walter Schmidt, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte*, AöR 106, 1981, S. 512. 轉引自陳新民（註27），頁211。

55 李建良，論基本權利的位階次序與司法審查標準，收於：劉孔中、陳新民編，*憲法解釋之理論與實務*（第三輯上冊），頁188（2002年）。

## 肆、基本權利限制限度的規範差異

### 一、《基本法》對基本權限制限度的規定：本質內容保障與比例原則

對法律保留的差異性處理，反映出德國立憲者期望在《基本法》中構建一種對基本權的廣泛保護，並將立法者也納入到這種拘束之下的嘗試。法律保留的類型化區分和差異性處理，使立法者針對不同基本權的裁量權受到不同程度的限定甚至剝奪，但立憲者並未止步於此。憲法將限制公民基本權的權能專門授予立法機關，但立法者如果毫無限度地行使這項授權，公民基本權亦會有被排除和掏空之虞。因此，《基本法》在上述法律保留的差異性處理之外，同樣劃定了立法者經由法律而對基本權予以限制時的「限度」。

#### 《基本法》 第19條

(2) 基本權利的本質內容在任何情形下都不能被侵犯。

如果說上文所述的「個別立法禁止」與「指明條款要求」只是對法律保留的一般形式限制，那麼本項中的「實質內容保證」無疑屬於對法律保留的實質限制。而且相對於前兩項明顯側重於拘束立法者，基本權的實質內容保障則針對所有的國家公權力<sup>56</sup>。不僅立法者在限制基本權的立法中，應保障基本權的本質內容不被觸及，行政與司法也同樣負有保障基本權本質內容的義務。而且，根據該條款的文字表述，本質內容保障不僅針對基本權利的限制(Beschränkung)，在對基本權的內容進行具體界定和規制(Ausgestaltung)時亦應予以貫徹和落實<sup>57</sup>。

<sup>56</sup> 趙宏(註38)，頁23。

<sup>57</sup> Maunz/Zippelius (Fn. 20), S. 153. 但聯邦憲法法院在此問題上卻表現出相當的不一致。它首先在一起案件中，否認實質內容保障對於界定「職業活動」的適用(BVerfGE 13, 122)，之後又默許實質內容保障對於財產內容界定的適用

「本質內容保障」劃定了國家公權限制基本權的基本限度，但基本權的本質內容(Wesensgehalt)究竟又是什麼？對這一問題的爭論時至今日也未停息，德國學者Luhmann曾譏諷說，「本質的本質是不可能獲知的。<sup>58</sup>」聯邦憲法法院最初給出的答案是：基本權的本質內容是法律在做出對該項權利的限制性規定時，必須保障的該權利的核心要素及其價值。而這種不可侵犯的核心要素究竟為何，應當從每項權利在基本權利體系中的特殊位置和所占比重中獲得。這種界定的實際意義究竟有多大，學界並未給予過高評價。但這種將對基本權的實質內容放置在基本權體系內進行理解的方法，卻為之後的釋憲打開了新的視野。如果對照語詞表述會發現，本條款的規定與《基本法》第1條第1項「人性尊嚴不受侵犯」幾乎如出一轍<sup>59</sup>。而在《基本法》中，人性尊嚴(Menschenwuerde)亦被作為核心價值予以強調，從這個意義上說，人性尊嚴具有整合所有基本權的特性，所有的基本權都應以人性尊嚴為其保護核心，人性尊嚴也因此是所有基本權的本質。聯邦憲法法院發現了這一點，在其後著名的Bodenreform判決中宣稱，「基本權本質內容的不可侵犯與人性尊嚴的不可侵犯密切相關，任何對於基本權的限制都不能侵犯其人格尊嚴內涵。<sup>60</sup>」但人性尊嚴是德國《基本法》中極不確定的概念，其具體內涵必須從康德的道德自治思想、基督教哲學等中獲得價值填補<sup>61</sup>；而聯邦憲法法院也曾提出著名的「客體化公式」為人性尊嚴的檢驗提供尺規：「如果基本權享有主體被視為國家行為客體，而致使基本權限制程度使得這項基本權對於享有主體毫無作用

---

(BVerfGE 58, 348)。

58 Vgl. Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 59.

59 在《基本法》德文版的這兩處，關於「不受侵犯」的德文用語均為「unantastbar」（直譯應為不可觸碰），而在「基本權」規定的其他地方，「不受侵犯」德文用語則為„nicht verletzt“或者„nicht beschaenkt“，重要程度顯然不同。

60 BVerfGE 84, 90 (120).

61 陳慈陽（註18），頁162。

時，基本權的核心就已受到侵害。<sup>62</sup>」

這種以「人性尊嚴」為基本權核心的實質觀察方式，雖然使《基本法》「基本權」一章首尾呼應，相互銜接，但由於過度抽象，也未獲得學界的熱烈回應。鑒於此，聯邦憲法法院最終放棄了從實質角度對基本權「本質內容」的解釋方式，轉而尋求其他方法。與將基本權的本質內容回溯到「人性尊嚴」這種實質觀察方法不同，以Lerche為代表的德國學者主張引入「過度禁止」(Übermassverbot)作為是否構成對本質內容侵害的形式判斷基準<sup>63</sup>，而這種方法因為更精確明晰很快就贏得聯邦憲法法院的贊同。過度禁止即比例原則(Verhältnismässigkeit)，這一原則包括三個方面：第一、國家採用的限制手段必須與其所欲追求的目的之間相適宜，所謂「特定目的與手段之間的適宜性」；第二、這些限制方式和手段對於該目的的達成必須是必要的，即國家所採用的手段應當是可實現預期目的的手段中最溫和、侵害最小的，所謂「手段的最小侵害性」；第三、手段相對於相關法益具有均衡性和合比例性，所謂「狹義的比例原則」。<sup>64</sup>」在這3項子原則中，最大的難題在於對第3項「均衡性」的確認。對此，聯邦憲法法院在新近判決中做出如下闡釋：「一個對基本權利妨礙的犧牲，不得與一般性所欲達成的效益之間不存在任何關聯，這項措施對於基本權的權利人，不得產生過度負擔，此措施的做出應當對基本權的權利人具有預測可能性(Zumutbarkeit)。<sup>65</sup>」

比例原則的大量運用，甚至使德國學者認為，德國基本法第19條第2項的「本質內容保障」已經在司法實務中不具任何意義<sup>66</sup>，

---

62 BVerfGE 49, 286 (298).

63 *Lerche* (Fn. 3), S. 79.

64 *Pieroth/Schlink* (Fn. 10), S. 66.

65 BVerfGE 30, 292(316); 83, 1(19); 96, 44(47).

66 *Pieroth/Schlink* (Fn.10), S. 69.



這個判斷雖然過於絕對，但至少從聯邦憲法法院的判決來看，自上世紀70年代末以來，比例原則的確取代了「本質內容保障」的位置，成為對法律保留的最重要限制，而法律保留亦在實務上轉變為「合比例的法律保留」。<sup>67</sup>

## 二、《中華人民共和國憲法》對於基本權限制限度的規範 缺失

中國憲法第51條籠統地授權公權力機關可為保護「國家的、集體的、社會的利益和他人的利益」而限制公民的基本權利。但憲法既沒有對限制主體以及須符合的形式要件的進一步要求，也根本缺失如德國《基本法》第19條第2項一樣的限制界限的規範，換言之，公權力機關可基於公益的考量而對基本權利予以限制，但這種限制應在何處止步，在憲法文本中並無據可循。在德國基本權保障領域大放異彩的比例原則，在中國的繼受也僅限於行政領域，其在德國法中作為憲法性基本原則的位階，也因此被降格為主要用以拘束裁量行政行為的一般行政法原則，不僅適用範圍大大受限，在基本權保障領域更鮮有用武之地，這就使公權力機關在以公益為由限制公民基本權利時，更無「限度」方面的忌憚。

以言論自由和出版自由為例，儘管中國憲法第35條如其他國家的憲法文本一樣宣示，「中華人民共和國公民有言論、出版、集會、結社、遊行、示威的自由」。但與現代憲政國家一般對出版物實行事後追懲，而非預先審查不同，國務院在頒佈的《出版管理條例》第31條規定，「從事出版物印刷或複製業務的單位，應當向所在地省、自治區、直轄市人民政府出版行政主管部門提出申請，經審核許可，並依照國家有關規定到工商行政管理部門辦理相關手續後，方可從事出版物的印刷或者複製。未經許可並辦理相關手續的，不

---

67 參閱Peter Badura/Horst Dreier編，蘇永欽等譯註（註24），頁38。

得印刷報紙、期刊、圖書，不得複製音像製品、電子出版物」。又據該條例第25條，出版物中不得包含的內容包括：「(一) 反對憲法確定的基本原則的；(二) 危害國家統一、主權和領土完整的；(三) 洩露國家秘密、危害國家安全或者損害國家榮譽和利益的；(四) 煽動民族仇恨、民族歧視、破壞民族團結，或者侵害民族風俗、習慣的；(五) 宣揚邪教、迷信的；(六) 擾亂社會秩序，破壞社會穩定的；(七) 宣揚淫穢、賭博、暴力或者教唆犯罪的；(八) 侮辱或者誹謗他人，侵害他人合法權益的；(九) 危害社會公德或者民族優秀文化傳統的；(十) 有法律、行政法規和國家規定禁制的其他內容的」。這種事先審查加上廣泛的出版內容禁止，事實上已經在很大程度上掏空了憲法中的言論和出版自由。與此相同的還有上文引述的《集會遊行示威法》，因為限制的嚴苛「無度」，這部法律也因此被很多學者戲謔為「禁止集會遊行示威法」。<sup>68</sup>

### 三、《中華民國憲法》「所必要者」的限定與比例原則在大法官釋憲中的廣泛援引

與《中華人民共和國憲法》第51條不同，《中華民國憲法》中雖然也缺乏如《基本法》第19條一般的對基本權限制「限度」的明確規範，但同為概括性的限制條款，《中華民國憲法》第23條中卻包含了儘管扼要、卻具有相當導向性價值的限制程度規定。

#### 《中華民國憲法》

第二十三條 以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。

據此，對公民基本權利的限制，並非僅具有「法律」的形式要

---

68 林來梵，憲法學講義，頁285（2011年）。

件，以及「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」中的任何一項實質要件，就符合憲法要求，憲法同樣要求這種限制必須繼續在「必要的」範圍內。這一規定在語詞表述和精神內涵上與德國法「比例原則」高度契合，這也為大法官在釋憲時援引比例原則做了極好的文義鋪墊。它使臺灣在基本權保障領域，並無需大費周章的規範續造和補充，就能夠毫無障礙地繼受比例原則，而大法官在釋憲時對於這一原則相當普遍和熟稔地援引，也使這一原則被逐漸內化為第23條的必要組成，由此在相當程度上填補了原來的憲法缺失<sup>69</sup>。

在司法院釋字428號解釋中，大法官首次明確地將憲法第23條解釋為比例原則，「……是郵政法第25條排除一般掛號郵件毀損之補償，乃就其所收取費用、服務性質、經營成本、人民權益所受侵害之程度等因素為衡平考量，並為維持郵政事業之經營所必須，增進公共利益所必要，尚未逾越立法權自由形成範圍，符合憲法第23條之比例原則」。但更為清晰地揭示比例原則內涵的是司法院釋字第476號解釋，「國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則」。事實上，這樣的解釋似乎與德國的比例原則並不完全相符，所謂目的正當性，毋寧為是四項公益目的的具備，本質上並不屬於比例原則的構成；手段必要性和限制妥當性倒是與比例原則在內容上相當契合。在之後的很多解釋中，大法官更多地訴諸比例原則中的「最小侵害」和「禁止過度」，來解釋憲法第23條所規定的「所必要者」。例如在司法院釋字第445號解釋中，大法官認為，「室外集會、遊行對於他人之生活安寧與安全、交通秩序、居家品質或環境衛生難免有不良影響。國家為防止妨礙他人自由、維持社會秩序或公共利

---

69 大法官會議在釋憲意見書主文中援引「比例原則」作為依據的，迄今已有40份，甚至超過了作為「形式要件」的法律保留的援引率。

益，自得制定法律為必要之限制。其規範之內容仍應衡量表現自由與其所影響社會法益之價值，決定限制之幅度，以適當之方法，擇其干預最小者為之」。

儘管比例原則被普遍和熟稔地適用，但從大法官釋憲的解釋意見書中似乎也能夠窺到，對此項原則，大法官迄今並沒有發展出一套相對穩定的和一致的操作順序<sup>70</sup>。而且，對於比例原則對於臺灣基本權保障領域的大範圍滲透，也並非沒有任何質疑聲音。黃錦堂教授就曾犀利指出，比例原則只是一項內容空洞的公式，必須經由基本權各論和個案累積才能逐漸建構出類型<sup>71</sup>。林永謀大法官在大法官司法院釋字445號解釋的不同意見書中也認為，大法官意見書對於比例原則過分倚重，使其對基本權利的評定、詮釋，只是停留在一般性的認識階段，並未針對臺灣的現實進行適當考量和精密分析<sup>72</sup>。

但質疑者有之，堅持者亦有之，許宗力大法官對於比例原則的推進就可謂不遺餘力。在數號解釋中，許大法官都細緻地示範了比例原則的判斷步驟和操作方法。例如在司法院釋字578號解釋協同意見書中，許大法官不僅依序檢驗比例原則的「適當性」、「必要性」和「狹義比例原則」三個步驟，而且嘗試在比例原則中引入層級化的「審查密度」，「比例原則的公式雖然不變，但是由於立法事實的認定標準不同，仍有寬嚴不同之審查基準。並引進德國的最寬

70 湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——階層式比例原則構想，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊），頁588-589（2009年）。

71 黃錦堂，自由權保障之實質論證之檢討——以德國基本權衝突判決為初步探討，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁223（2000年）。

72 參閱司法院釋字第445號解釋林永謀大法官之部分不同意見書。「只要不存在明顯且即刻危害之要件，則任何之言論內容之事前審查便構成違憲，這是西方先進國家之判決結晶，但用於解嚴十年仍有諸多行政立法缺失，仍然面對以共產主義為憲政體制建制之中共政權之覬覦（至少其從未宣稱放棄以武力統一臺灣）之臺灣社會，是否過當，非無疑義」。

審查標準、中度審查標準以及最嚴格審查標準」。在司法院釋字第584號解釋協同意見書中，許大法官更將比例原則細分為「目的合憲性」、「手段適合性」以及「手段必要性」。但這種努力是否能夠消弭對比例原則的質疑和反對聲浪，仍有待時間檢驗。

## 伍、限制規範的本質差異——是基本權利的限制還是限制的制限？

### 一、德國基本權限制規範的本質——限制的制限

德國《基本法》為我們展示出一種相對複雜，但卻邏輯嚴密、細緻有序的基本權限定模式。如果將其與中國憲法的概括性限定相對照，《基本法》在此問題上所表現出的謹慎計較就更顯突出。德國立憲者為何捨棄慣常的簡明扼要的規範方式，反而訴諸如此繁複的限制模式？要探究其如此設計背後意圖，仍需首先回溯到「基本權限制」問題的核心。

#### （一）作為「合憲性理由」的限制與「限制的制限」的必要

基本權利為公民構築起了一個不受公權力干預的私人領域和生活空間，但也允許國家為公益或其他價值的考慮而對基本權予以干預。從這個意義上說，憲法所規定的基本權的限制要件，正是國家侵入私人領域的合憲性理由(*Rechtfertigung*)<sup>73</sup>。國家在具備這些要件時，介入公民的私人領域被認為是為憲法所允許的，是對「基本權利的合憲干預」；反之，如果國家並不具備這些「阻卻違憲事由」，其干預就會被評價為違憲。

由此，憲法的基本權利保障條款與限制條款之間便構成了一種

---

<sup>73</sup> Maurer (Fn. 2), S. 287.

「原則——例外」的邏輯關聯：憲法原則上保障公民的基本權利，但也例外地允許公權力機關可對基本權利予以適度干預。但憲法的這種例外授權不可避免地又會推導出如下難題：如何避免這些限制最後不至演變為對基本權利的過度干預和侵害？無數的人權實踐已經證明，如果對基本權利的「限制」本身不加任何限制，允許公權力用限制的方式，廣泛地掌控公民的基本權利，勢必會導致公民的基本權被過度侵害，甚至是被徹底排除和掏空。正因如此，任何對基本權的限制都應被認為同時伴隨有「限制的制限」的必要。而在此意義上，那些作為「合憲性理由」存在的基本權限定條款，也不應僅被簡單地理解為是對公權力的限制授權，而應同時被認為是對擁有限制授權的公權力的限制<sup>74</sup>。公權力惟有具備憲法規定的合憲性理由，始能干預公民的基本權，如此的邏輯順序才真正符合限制條款的本質內核和目標指向。

既然這些限制條款應當兼具對基本權利的限制予以限制的功能，那麼接下來的結論也顯得完全合乎邏輯：基本權限制條款規定的越概括簡單，則國家受到的羈束就越少，國家的作用可能就越大，而由此對公民基本權造成侵害的危險性也會越強；反之，基本權限制條款規定的越精細，則國家干預須具備的合法性要件就越多，其作用可能就會越小，而憲法對公民基本權的保障程度也會越高。在這一思路下，我們重新來認識《基本法》中的基本權限定條款，就會深刻體會出，德國立憲者之所以詳述每項基本權的限制性要件，並設計出如此複雜細密的基本權限制模式，與其說是對該項基本權的限制，毋寧為是「對權利限制的制限」(Schranken-Schranken)，也就是說，這些條款的真正指向並非作為基本權享有者的公民，而是作為基本權義務人的國家公權力。

---

74 *Herbert Kruegen, Die Einschraenkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, S. 625.*

## （二）《基本法》「限制的制限」的邏輯機理

既然《基本法》中的基本權利的限制條款，其本質是對權利限制的制限，那麼接下來需考察的就是立憲者依循何種邏輯機理，來設計這些限制條款，以達成對權利限制予以制限的目的。如上所述，《基本法》將對基本權的限制通過「法律保留」的方式交由立法機關，這樣的模式符合法治和民主的一般要求——對公民權利的制限必須交由作為人民代表的議會做出，公權力對公民權利的干預必須具有形式法的授權基礎。法律保留避免了「公共利益」標準所具有的過於寬鬆，太易達到的缺陷，但它僅提供了從形式角度檢驗國家限制基本權利是否適法的一般標準，並不包含對法律所欲追求的目的的實質約束。這一點是迷信法律的形式法治的通病，也是將法律保留作為基本權的唯一制限方式所無法克服的問題。

正如民主亦有其局限，對於議會通過多數決程式所制定出的形式法律的理性，我們亦不應給予過高的評價。如果不加任何限制地將對基本權的限制完全交由立法處理，就極有可能造成立法者披著「合法外衣」侵害公民基本權利，尤其是通過多數決剝奪少數人基本權的慘劇。威瑪憲法已經為此提供了足夠證明。因此，在起草德國《基本法》的Herrenchimseer制憲會議上，關於「對基本權的限制，以及基本權經由立法權予以制限的界限問題」就一直是與會者熱烈討論的話題。鑒於之前的教訓，與會者一致反對將對基本權的限制完全保留給立法者，任由其廣泛掌控，而主張在新憲法中強化對立法者的限制。在制憲會議最終議決的制憲原則中，即包含了「只要基本法允許基本權可由法律來加以制限，就必須同時規定此種制限不可剝奪基本權的本質部分」的要求<sup>75</sup>。這一要求的目的，「就是為了防止與警告民主憲法，與作為其基本精神的基本權利被

---

75 陳慈陽（註18），頁110。

立法者所破壞和掏空。<sup>76</sup>」

基本權利的內容不能任由立法者處置，這一思想同樣與德國二戰後對立法絕對主義的放棄、以及認為立法者同樣受基本權利拘束的理念相輔相成。戰前的德國法治因受極端法律實證主義的強烈影響，而呈現出極為狹隘且形式化的傾向，整個社會亦瀰漫著對制定法的盲目迷信。這種迷信使立法者獲得了充分的「形成自由」，基本權只能約束行政權，而立法者並不受基本權限制的觀點一度甚囂塵上<sup>77</sup>。但這種不對立法進行任何設限的立法絕對主義，卻引發了納粹統治時的「制定法不法」。民主的多數決也應有其界限，立法權同樣應受憲法的自由、民主、法治的價值秩序的約束——這些深刻反省都促使德國開始由形式法治邁向實質法治。而作為實質法治的核心，基本權利構成了立法所代表的民主多數決最重要的界限。立法不僅不再擁有任意處置基本權的「形成自由」，相反還必須受其約束，這一思想同樣明確地落實於戰後的德國憲法中：《基本法》第1條第3項即宣稱，「所有基本權都應作為直接有效的法，而約束所有國家權力」，立憲者亦期望「通過將對基本權的限制從立法者手中適度剝奪，來保障民主的多數決在法治國下的理性與可控制性。<sup>78</sup>」

經由這樣的思考，《基本法》的立法者並非對基本權限制設置了「法律保留」的要件後就高枕無憂，他們還期望在憲法中為公民的基本權提供更為妥善的保障，尤其是能夠防禦來自立法者侵害的保障。這種更近一步的保障一方面表現為根據基本權的屬性特質，而對法律保留的差異性處理，另一方面則表現為「基本權」一章末尾處對法律保留的一般限制——個別立法禁止、指明條款要求，以

---

<sup>76</sup> Vgl. Zippelius (Fn. 29), S. 257.

<sup>77</sup> Konrad Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., 1991, S. 329.

<sup>78</sup> Zippelius (Fn. 29), S. 250.



及最為關鍵的實質內容保障。法律保留的差異性處理以及對基本權利的區別限制，使屬性和特徵不同的基本權利不會經由同一的概括性限制而被侵害，而實質內容保障則使基本權不會因為立法限制而被徹底排除或是掏空。上述設計極大程度上汲取了威瑪憲法對公民基本權保障不足的缺陷，創造出了一個廣泛的、不受國家無限度支配的基本權保障體系，這在德國憲法史上可謂是一次偉大的創舉<sup>79</sup>。

## 二、中國憲法基本權限制條款的指向不明與邏輯機理的含混不清

如果說《基本法》在基本權限制規範方面的層層遞進讓我們深刻體會德國立憲者在保障人權方面的良苦用心，那麼相較之下，中國的立憲者顯然對此並未做縝密審慎和周延細緻的思考，這也直接導致憲法中的基本權限制條款指向不明，在邏輯機理上也相當地含混不清。

首先從語詞表述上，德國《基本法》大多使用「此項基本權利只能由法律或基於法律而受到限制」的句式，這無疑極其鮮明且確定地揭示：這些限制條款所針對的是國家公權機關，是對國家公權機關限制公民基本權的限制。但中國憲法第51條的語詞表述卻並不包含這樣的意味。首先，這一規定的主語是「中華人民共和國公民」，其次，這一規範構造是對公民行使基本權利的禁止性宣告，這樣的表述就使第51條作為基本權限制條款，其規範目標幾乎完全指向公民，第51條也被順理成章、合乎邏輯地認定為是「公民行使權利的界限」，而非對「國家限制公民基本權的限制」。

與德國在二戰後立憲時，與會者激烈爭論「基本權限制的界

---

79 Gruenter Duerig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwuerde, AöR 81 (1956), S. 136.

限」問題不同，回溯到1982年憲法制定的歷史資料，「對基本權的限制本身施加限制」似乎也從未被作為限制規範的核心問題予以特別考慮。儘管時任憲法修改委員會委員的王漢斌之後回憶說，「1982年憲法的制定參考了共35個國家的憲法，甚至包括國民黨的《中華民國憲法》」，但最終關於基本權利限制的規定還是完全效仿前蘇聯1977年憲法第39條的樣式，「蘇聯公民享有蘇聯憲法和蘇聯法律宣佈並保證的全部社會經濟、政治及個人權利和自由。社會主義制度保證擴大權利和自由，保證隨著社會經濟與文化發展機關的執行不斷改善公民的生活條件。公民行使權利和自由不得損害社會和國家利益以及其他公民的權利」。

事實上，在中國之前的三部憲法文本中，也都未見有對基本權限制的規定。1954年憲法在列舉公民基本權利後，緊隨公民的基本義務；1975年憲法則將公民的基本權利極度壓縮，甚至將「擁護中國共產黨的領導、擁護社會主義制度、服從中華人民共和國憲法和法律」視為公民的基本權利；1978年憲法雖然嘗試糾正1975年憲法的錯誤導向，卻未徹底肅清文革階級鬥爭的餘毒。經由這樣的歷史影響，1982年憲法的規範方式和規範意旨不可避免地同樣帶有強烈的「公益優先」的團體主義烙印，這也導致中國學理上對於基本權限制規範的認知和理解很多都止步於，限制是憲法基於個體的社會連帶性，以及為了公共利益等更高價值而對基本權利的合理限定，限制主要與作為基本權享有者的公民相關，是公民行使權利的界限<sup>80</sup>。而基本權限制條款本身應具備的「限制的限定」的功能則完全未得到彰顯和發揮。

---

80 許清，憲法學，頁208（1999年）；張千帆，憲法學導論原理與應用，頁473（2004年）。但新近的很多文章已經開始探討基本權利限制本身的限度問題，例如：李恩慈、鄭賢君，由孫志剛案看憲法基本權利的限制，法學家，2期，頁64-68（2004年）；張翔，基本權利限制問題的思考框架，法學家，1期，頁134-139（2008年）。

### 三、《中華民國憲法》第23條的規範意旨與大法官釋憲對「限制的制限」的功能強化

儘管臺灣歷經七次修憲，修憲的主軸卻始終集中於政府體制的改革，而憲法中的人權條款始終保留1946年制定時的樣貌，所增添的大多只是公民的社會受益權和對少數群體的特別保護<sup>81</sup>，而作為基本權限制條款的第23條更是自1947年行憲時始就毫髮未動。

回溯1946年《中華民國憲法》的制定歷史，最初五五憲草對於人權採取間接保障主義，即在每條基本權利之後均規定「非以法律不得限制之」，而後來在政協憲草制定時，這種規定被修改為直接保障主義的「不得以法律限制之」。而作為基本權限制的概括性條款則基本保留五五憲草的樣式。雖然《五五憲草》的參照範本並無從考證，而大法官在司法院釋字第573號解釋中也論證，憲法最初起草時雖初具「法律保留」的端倪，「但彼時的法律保留與行憲後的法律保留並不相同」<sup>82</sup>，但從文本的語詞表述以及規範構造而言，憲法第23條卻包含了相當確定的「限制的制限」的意味。

從這個意義上說，儘管臺灣學者對於憲改在人權條款方面的「漠視」相當不滿，甚至嘗試如美國權利法案一樣重新草擬「臺灣基本權利憲章」<sup>83</sup>，但第23條無論在規範構造還是目標指向上，非

81 例如：「國家維護婦女的人格尊嚴，保障婦女的人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位實質之平等」；「國家對身心障礙者之保險與就醫，無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並輔助其自立與發展」；「國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列」等。

82 司法院在司法院釋字第573號解釋中就闡明，「根據……規定觀之，可知憲法施行前之訓政初期法制，已寓有法律優越及法律保留之要求，但有關人民之權利義務關係事項，亦得以未具法律位階之條例等規範形式予以規定，且當時之立法院並非由人民直接選舉之成員組成，是以當時法律保留原則之涵義及其適用之範圍，均與行憲後者未盡相同。」

83 李建良，憲法人權清單改革芻議——臺灣基本權利憲章草案初稿，收於：許志雄、蔡茂寅、周志宏編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁385（2007年）。

但不存在致命硬傷，相反在規範層面還具有相當程度的針對公權力的防禦功能。而這一規範所內含的「限制的限制」的積極導向，更經由大法官釋憲獲得不斷發掘和補強，第23條也因此成為大法官釋憲時用以保障公民基本權免受國家侵犯的利器。在迄今共697份大法官釋憲解釋中，援引憲法第23條對涉及基本權事項作出解釋的共計278件，足見其在大法官釋憲以及基本權規範體系中的核心地位。而伴隨大法官的普遍援引和不斷填充，憲法第23條也由立憲初期的徒具骨架變得血肉豐滿。從「不得以法律限制之」出發，法律保留原則、法律明確性、重要性理論以及議會保留被順暢地植入臺灣憲法的規範體系；從「所必要者」的角度，臺灣憲法亦毫無障礙地吸納了德國法中最具價值的比例原則，並逐漸將其內化為臺灣憲法的必要構成(Bestandsteil)；而「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」這些原本顯得相當抽象空洞的「公益」條款，也經由大法官釋憲而在原本僅作為公民基本權行使的限制要件基礎上，增加和強化了其限制公權力機關的功能，自此，「公益條款」已不再只是對公民的「單項限制」，而兼具既對個人自由設限，又同時約束公權力機關的交互效果(Wechselwirkungen)<sup>84</sup>。

## 陸、德國基本權限制規範的啟示——憲法規範的理性設計及其價值

### 一、憲法規範的實質理性與形式理性

如果從立法技術而言，德國《基本法》無疑是在上述三部憲法文本中，在處理基本權限制方面的最佳示範。德國立憲者在此所表

---

84 BVerfGE 7, 198 (208).

現出的縝密審慎和周延思考，雖然更多地是源於對納粹踐踏人權的反思和矯正，但作為人類的理性之葩，它對於其他國家亦具有相當的借鑒意義。

《基本法》在基本權限制規範方面所表現出的高度成熟，當然與德國長期的「極致法典化」取向和精緻的法釋義學密切相關。儘管德國法因此表現出的複雜嚴謹，甚至間或的迂腐刻板常常被崇尚技術理性的英美法學家譏諷為「建構理性主義」的濫觴，但毋庸置疑地是，這種法律文化的確為世界提供了相當重要的經驗參考，而這即使是實證主義法學在德國二戰後遭遇重創也無法徹底否認和抹消的。

作為與自然法迥異的另一法學流派，實證主義法學一直主張將價值訴求、內在倫理等一些極不確定的因素排除於法學的觀察視野之外，而將目光僅積聚在法規範本身的邏輯性、體系化與一致性。在法律實證主義者看來，法律就是法律而並不包含其它意義，法律應與道德或是政治相分離<sup>85</sup>。法實證主義「將法律從仍舊糾纏于法律的道德僵屍中解放出來」<sup>86</sup>，並使其徹底擺脫了哲學或者政治學的干擾，擺脫了宗教、哲學和倫理的控制，而成為一門獨立的科學的話；但其所堅持的法律與道德的分離，也恰恰成為它日後被自然法學家猛烈抨擊的致命弱點。

對實證主義法學的批判首先來自於社會法學：「法律是一個人們不斷努力實現某種價值的過程，是一個不同的法律主體參與到不同的法律制度中實現某個目的的行動過程。也就是說，規則一定是服務於某種目的，而如果不能理解這種目的，就無法理解法律規則

---

85 強世功，法律的現代化劇場——哈特與富勒論戰，頁27（2006年）。

86 阿爾圖·考夫曼、溫弗爾德·哈斯默爾著，鄭永流譯，當代法哲學和法律推理導論，頁121（2002年）。

本身。<sup>87</sup>」在法實證主義在納粹時期被發展到極致從而導致人道主義慘劇後，對法實證主義的批評達至頂峰。人們一度認為，法律與道德分離是「削弱對專制和獨裁的抵抗」的主要原因。學者們紛紛展開對法律實證主義的討伐，法律實證主義也因此成為形形色色、多種不同的罪惡的代名詞，連帶德國精緻的法釋義學以及對法典邏輯性、完整性和嚴密性的追求都同受牽連，被貶斥為「學者的閉門造車和對生活的過度剪裁。<sup>88</sup>」

但事實上，法律實證主義要不要對納粹罪行全部負責，對法規範邏輯性、完整性的追求是否完全就不值得鼓勵，這些問題本身就值得深究。如果將時間倒回威瑪時代，我們會發現，《威瑪憲法》的締造者的確都是實證主義法學的忠實擁躉。其權威解釋者安舒爾茨(Anschütz)不僅篤信國家不能為不公正之行為，也不認為法的觀念即自然法是國家權力活動的法律框架，國家權力不承認這種凌駕之上的限制<sup>89</sup>。但到了第三帝國，很多當權的政治家、法學家非但沒有將正義拒之門外，反而是道德、良心、理性不絕於口。因此，如果說法律實證主義要為納粹暴行負責，那麼自然法同樣是難逃其咎的幕後推手。事實上，法律實證主義絕非像批評者所想像的那樣與極權主義有著內在聯繫，從歷史觀之，持法律實證主義主張者，其政治立場反而是自由主義的。「他們之所以堅持區分法律與道德，並非使法律逃脫道德的約束，而是為了反對道德或者以道德面目出現的政治意識形態對法律的干擾和侵蝕。<sup>90</sup>」而法國大革命也早已讓我們看到，國家的權力往往也會通過自然法、道德這樣的東西來破壞法律。自然法既可以接受洛克的自由平等主張，也不拒絕希特勒的專制；這一點正如法實證主義曾為自由平等搖旗吶喊，也

---

87 強世功(註85)，頁33。

88 鄭永流，法治四章，頁157(2002年)。

89 鄭永流(註88)，頁159。

90 強世功(註85)，頁37。

會為專制暴虐大開方便之門。作為一種理論方法，無論是自然法學還是實證主義法學，都會表現出相當的優益性，也自有其局限性，因此，就如德國法哲學大師阿爾圖·考夫曼(Arthur Kaufmann)曾指出的，「只要人們還沉浸在要麼自然法，要麼法律實證主義的選擇中，就永遠無法得出滿意答案。<sup>91</sup>」

從這個意義上，我們不能因為法實證主義在二戰中所遭遇的重創和劫難，就徹底否定它作為人類重要知識景觀的價值。尤其是它將法學從法律現象的認識更多地轉化到對概念的理解和研究，這不僅使法學成為一門相當嚴謹的科學，也使人們在法規範的實質理性之外，同樣關注法規範本身的形式理性。

與實質理性強調終極價值不同，形式理性探究的是法律內在的邏輯關聯以及目的上的可計算性<sup>92</sup>，即概念是否是清晰的，規範是否是自治的，邏輯是否是嚴密的。對於現代憲法而言，包含保障基本權的實質理性當然絕對重要。但即便大多數國家都在憲法中明示這一目標，人權保障的現實效果還是各有差異。這種差異的原因首先可追溯至憲政文化、政治開明、社會共識、機制配合等因素的作用。但憲法規範，尤其是基本權利規範本身是否具有形式理性，其規則設計是否周密完整，同樣影響甚巨。我們無法寄望於簡單空洞的憲法宣示就能夠實現人權保障的偉大目標，這一點對於擁有成文法傳統的國家更不待言。而德國的憲法實踐也讓我們看到，憲法對基本權保障目標的落實，不僅應借助憲法文本對基本權的明確列舉和對基本權保障的政治宣示，更有賴於憲法對基本權條款的理性規範，即價值目標應與理性設計並重。從這個意義上說，憲法基本權規範的形式理性在很大程度上具有獨立價值，並在很大程度上影響了憲法保障公民基本權這一實質理性功能的發揮。

---

91 阿爾圖·考夫曼、溫弗爾德·哈斯默爾著，鄭永流譯（註86），頁121。

92 馬克斯·韋伯著，張乃根譯（註1），頁35。

此外，規範設計的理性差異和優劣有別也真實地反映出立憲者是否真的將人權保障作為憲法的首要任務，並予以慎重對待；抑或只是期望通過這種政治宣示贏得公眾認同，並為現有政權的統治提供正當性說明。從這個意義上，規範的形式理性同樣是評價和衡量憲法實質理性的重要指標。而德國《基本法》中基本權規範的步步為營和層層遞進，正處處折射出在經歷納粹暴政後，立憲者的確開始「認真地對待權利」。

而且，相比憲政文化、政治開明、社會共識這些並不能清晰把握的因素，規範的設計理性更具有易操作性和可控制性。在暫且剔除了價值觀念的影響之後，規範設計本身甚至是最能夠進行法律比較和借鑒移植的。也正是因為這一原因，霍姆斯菲爾德(Wesley Newcomb Hohfeld)認為，旨在提取「最大公分母」<sup>93</sup>的法律比較只有在實證主義法學的分析方法，例如概念法學、分析法學等出現後才成為可能。

事實上，縝密的條款設計除了能夠使憲法在規範層面具有強大的防禦效力，同樣能夠為違憲審查和憲法解釋提供穩定清晰的分析框架和思考步驟。與其他法規範相比，憲法中的基本權規範往往具有相當的抽象性與開放性，這一方面成為基本權規定獨特的品格，另一方面也為違憲審查和憲法解釋帶來困難。此時如果沒有一套獲得共識的「基本理解」作為思考基礎，對於基本權的討論就會很容易「焦點渙散，各說各話，甚至流於單純的情緒宣洩」<sup>94</sup>，並完全逸出立憲者的原意。德國《基本法》中基本權條款的構造在此意義上同樣為違憲審查提供了層次分明的思考框架。與基本權條款一般包括「權利的保護領域」(Schutzbereich)和「限制權利的合憲性理由」(Rechtfertigung)兩個部分相對應，聯邦憲法法院在審查基本權

93 強世功(註85)，頁41。

94 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於：憲法理論與實踐(一)，頁58(1999年)。



訴訟(Verfassungsbeschwerde)時，也漸次發展出包含三項步驟的審查模式(Dreistufen-Pruefungsschema)：首先、分析案件涉及哪些基本權的保護領域；其次、判斷公權力是否對基本權構成侵害(Eingriff)；再次、檢驗這些侵害是否具有憲法所賦予的合憲性理由。而在第三步的檢驗過程中，憲法所規定的法律保留的形式要件、法律保留的差異處理、法律保留的一般界限等無疑都為聯邦憲法法院的逐級考察提供了清晰導引。這種三段式的審查模式因為論理清晰、結構穩定、系統合理，而在德國基本權訴訟中獲得廣泛適用，迄今更成為德國基本權理論體系的基石(Bausteine)<sup>95</sup>，甚至臺灣的大法官釋憲也在很大程度上受其影響。而這種審查模式正是由德國聯邦憲法法院通過對基本權條款的歸納而得出。從這個意義上說，德國成熟活躍又風格獨具的違憲審查，同樣要在很大程度上歸因於其理性縝密的基本權規範設計。

## 二、中國現實與德國憲法規範的啟示

反觀中國憲法，雖然在西方憲政文明的不斷洗禮下，逐漸被注入了一些令人欣喜的新鮮內涵：例如，1982年憲法終於一掃文革陰霾而將諸多公民基本權利重新寫入憲法；2004年修憲更明確宣示「國家尊重和保障人權」。但客觀而言，作為法律規範的憲法無論如何都不算是一部製作精良的法律文本，也更稱不上是一架運轉良好的法律機器。我們不斷感慨西方憲政要素在植入中國憲法時所遇到的種種現實障礙，例如憲政文化的缺失，政治開放度的不足、違憲審查機制遲遲不能建立，但較少有人意識到，憲法規範本身的形式理性缺乏，同樣是導致這台機器無法良好運轉的重要原因。以基本權的規定為例，中國憲法對於公民基本權的規定仍停留在簡單列舉的階段。除了第37條人身自由的規定較為明確清楚外，其餘的基本

---

95 Hans D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110, S. 345 ff.

權利幾乎都交由抽象籠統的不確定概念。而上文所述的基本權限制條款，除了明示公民行使基本權利的界限外，幾乎不具備在規範層面抵禦公權力的任何效用。

如果說抽象空洞、缺乏邏輯的憲法條文對於建國初期的政治宣示還尚且夠用的話，那麼伴隨社會整體的人權保障意識漸高，人們對於「憲法作為法」的效用開始懷有更多期待，而憲法也已不再只是發揮對政權合法性的確認功能時，中國憲法規範的簡單粗陋就愈發顯得不合時宜。而這種簡單粗陋，同樣在很大程度上影響憲法維權目標的實現。

保障權利是現代憲法的必要目的，這一點毋庸置疑，但如果憲法對基本權的保障還僅限於政治性宣示和列舉，並不考慮規範本身的理性設計，那麼，所有的宣示和列舉都將只是徒具骨架，毫無內在邏輯與生命力的蒼白語句，在面對公權力侵害基本權時非但毫無招架之力，甚至會有被公權力利用之虞。而要克服這種憲法規範過度簡單化的弊病，就必須慎重認真地對待基本權利規範、縝密細緻地進行制度設計。「憲政國家所保障的人權，必須靠著法律制度以及憲法的人權理念，相互配合才能妥當地達成目的」<sup>96</sup>，德國法的經驗無疑在這一點上帶給我們重要的參考和啟發。

此外，宣導憲法規範尤其是基本權規範本身的形式理性，對中國現階段的憲法研究同樣具有相當意義。如前所述，在現代憲法理論中，政治憲法學和規範憲法學代的對立不僅構成了20世紀憲法學最亮麗的風景，其所代表的不同憲法觀察方法在當代中國也都各有市場，而在相互角逐中，政治憲法的世界似乎更顯得色彩絢爛、魅力十足。

但事實是，在當代中國，政治憲法學之所以贏得很大市場的原

---

<sup>96</sup> 陳新民（註27），頁281。

因主要在於：中國憲法遲遲不能進入法院，憲法的生命力始終未被啟動。而憲法不能被司法適用也使很多學者漸漸對規範憲法喪失信心和興趣，轉而投入更富革命激情和戰鬥氣質的「政治憲法」的陣營。誠然，憲法規範的確無法完全脫離政治哲學獲得論證，但對憲法政治性的過度強調卻會嚴重擠壓其規範性，以及由這些規範性所保障的自由和人權。對比政治法學和規範法學，規範法學是將研究物件的政治性和研究方法的政治性區別開來，用規範主義的方法來對待研究物件本身的政治性，並力圖通過理性的規範設計來約束權力；而政治法學，則是將「物件的政治性」和「方法的政治性」混為一談，武斷地認為，因為憲法具有政治性，就必須用政治學的方法研究憲法，但其結果卻往往將憲法的出路導向單純的意志決斷和人民的激情參與<sup>97</sup>。因此，在現階段的中國，因為在違憲審查制度的推進上遭遇困難，就轉而投入政治憲法的懷抱尋求「政治突破」，這種做法的妥當性和安全性相當值得懷疑。

此外，從中國建國後的憲法實踐來看，憲法也是經常為政黨意志或意識形態所捆綁，顯得「政治性太過」，而「規範性不足」，這一點從中國冗長的憲法序言中就可見一斑，它被填充搪塞的過多政策宣言，每每讓憲法學者在論及「憲法序言是否與憲法正文同樣具有規範效力」問題時，都只能暗自心焦。在憲法被徹底推翻重來的1975年和1978年，基本權利規範更難逃政治擺佈。如果說馬克思主義所言的「法律是統治階級的意志」，代表了一種強烈的法律工具論傾向的話，那麼文革時期的砸爛公檢法更使這種「法律工具論」滑向「法律虛無主義」的深淵。雖然1982年憲法對這種趨向進行了相當的糾正，憲法也重新獲得了作為法規範的法效性和可信賴性，但慣常的理解仍舊使人們在面對憲法時，將其作為與其他法不同的

---

97 陳端洪、林來梵、高全喜，政治憲法學與規範憲法學的對話實錄，中國憲政網，2011年12月9日，<http://www.chinapublaw.com/display.php?newsID=372>（最後瀏覽日：2012年3月10日）。

「政治法」，對其「政治正確」的強調完全遮蔽了對規範本身的清晰性、準確性、邏輯嚴密性的要求。人們期待憲法能夠承載關於國家、關於國家和公民關係的種種美好願望，但卻很少將憲法作為有內在運行邏輯的法律規則對待。

因此，中國憲法的確存在很多值得改進之處，但改進的方法絕不僅僅是實質理性要素的簡單植入。價值移植仍需要技術作為保障，否則只會消化不良，最終令人對這些價值目標本身都產生懷疑。但值得欣喜的是，儘管規範憲法的發展在當代中國並未成型，但從1954年憲法到1975年憲法、1978年憲法，直至現今的1982年憲法，憲法的確表現出漸漸褪去政治魅影的取向，而這也讓我們能夠樂觀期待，憲法正在朝規範的方向邁進，未來更會成為中國法律生活中的必要組成。因此，堅守規範憲法，不僅是在堅守自由主義的立場，同樣是為了憲法的穩妥變革並最終進入法院而做扎實的技術準備。

### 三、臺灣經驗——大法官釋憲的規範續造及其內在限度

如果說德國《基本法》為我們展示了經由長期的法釋義學積累而製作精良的規範文本的話，那麼臺灣的憲政實踐則為我們提供了另一種參照。《中華民國憲法》中的基本權條款在1946年制定後就基本未被改動，很多條文在今日看來，都顯得相當的抽象和空洞，例如，「人民有居住及遷徙之自由」、「人民有言論、講學、著作及出版之自由」等。即使是這些抽象空洞的權利列舉也因為《動員戡亂時期臨時條款》而被冰凍長達43年之久。但自上世紀90年帶起，活躍的大法官釋憲卻不僅將這些基本權條款重新啟動，而且在修憲者將主要精力集中於政體改革，而疏于對基本權規範予以關照時，跳脫概念窠臼積極吸收德國法和美國法成果，由此在相當程度上完成了對基本權規範的補強與續造，使其在形式上更富邏輯性、清晰性與準確性。

如上文所歸納的，這些制度性成果具體表現為：第一、更新憲法第23條「公益條款」的功能發揮，限定公益條款的擴張適用；第二、強調國家公權對基本權限制的法律保留，並將其內容拓展為法的明確性原則；第三、發掘特定基本權的特殊限制，建構基本權的分層保障系統；第四、廣泛援引「憲法內在限制」和「比例原則」，堅守對基本權本質內容的保障；第五、明晰基本權利的主觀／客觀功能，引入對特定基本權的制度保障；第六、引入「正當程序理念」，強調公權力限制基本權的程式正當性；第七、吸納美德經驗，補強對憲法未列舉權利的保障。

通過對國外有益成果如海綿似的迅速吸收和積極消化，臺灣的大法官釋憲在德國法之外，又為我們提供了如何提升憲法基本權規範效能的另一路徑。從目前已取得的成果來看，大法官不僅通過釋憲將自身成功塑造為「基本權利的守護者」，並獲得公眾廣泛認同；而且在憲法基本權條款絲毫未動的既有格局下，發揮著重要的規範明晰、補強和續造的功能。

但伴隨大法官釋憲的不斷推動和解釋意見書的逐漸累積，在普遍的讚譽聲中，越來越多的學者也開始對大法官解釋做更審慎的檢視和更嚴格的批評。而在這一過程中，大法官釋憲的功能局限也漸次呈現。這些缺陷主要表現為：第一、欠缺穩定明確的審查框架和檢驗步驟。儘管在很多大法官解釋意見書中開始清晰展現德國三段式的審查模式，但這種檢驗步驟的運用由於並無規範依據，因此並不穩定，也不明確和系統；第二、尚未建立明確系統的審查基準。審查基準的欠缺與上一個問題相關。儘管如上文所述，審查基準的區分已經在大法官釋憲中展露端倪，但和明確系統的公眾期待之間尚有相當距離。而「寬嚴有別」的審查也使大法官釋憲不免表現出相當的彈性，這不僅降低了公眾對於釋憲的可預測性，而且很多釋憲文本因為並不包含詳細的理由說明，也引發學者批評；第三、在應對人權保障的新趨勢上表現兩難。與大法官在釋憲時必須謹慎界

分政治問題和法律問題，以避免陷入司法能動相同，在應對人權保障的新趨勢和新發展上，大法官同樣表現兩難。一方面人權保障的現實發展要求大法官積極跟進，並不能因循守舊；另一方面如果太過貿然激進，又不免脫逸了憲法文本的基本約束，遭致法官造法和司法能動的批評<sup>98</sup>；第四、美德模式的交互影響使大法官釋憲缺乏一致方向。因為法律繼受的傳統，臺灣大法官釋憲顯著地受到美德兩種模式的交互影響。作為世界上違憲審查制度和技術最具代表性的兩個國家，美德模式當然各有其優益之處。但這種兼容並蓄也毫無異議地使大法官釋憲缺乏體系上的一脈相承和制度上的首尾呼應。

上述批評提供了大法官釋憲繼續改進和發展的方向，但從另一角度而言也反應出大法官釋憲在憲法規範續造和補強上的功能限度。這似乎也說明，基本權規範系統的缺乏的確無法完全依賴大法官釋憲而獲得完全彌補。仍以德國《基本法》為例，其對基本權條理清晰、層次分明的系統規範堪稱現代憲法的範本，其中《基本法》第1條的「人性尊嚴」條款更具整合、理解和衍生基本權利的基石作用。它一方面構成了所有基本權的本質內容，另一方面也使司法續造有了明確的價值導向。但與《中華人民共和國憲法》一樣，《中華民國憲法》同樣缺乏這樣提綱挈領的規定。這無疑讓大法官釋憲在應對傳統人權的補強，新興人權的增加時，都因為規範緊張而捉襟見肘。

---

98 李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障——司法院大法官相關解釋之評析，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（第三輯上冊），頁389（2002年）。

## 柒、結語

現代憲法必須具備保障人權的實質理性，但這一實質理性的實現卻在相當程度上依賴於憲法規範本身的形式理性。而本文對德國、中國、臺灣三個憲法文本中基本權限制條款的規範分析和差異對比，正是為了凸顯憲法規範形式理性的寶貴價值，及其與人權保障的目標實現之間的密切關聯。在這三個憲法文本中，德國《基本法》無疑是最具形式理性的範本，它在基本權限制條款方面所表現出的細緻精巧和綿密周延，不僅體現出深受實證主義法學影響的德國法在立憲技術方面的精湛，而且對於憲法維權目標的實現具有強大助力。對照德國《基本法》的步步為營與層層遞進，中國在基本權限制條款設計上所表現出的簡略疏陋就愈發明顯，這種疏漏更使憲法為基本權所提供的保障強度大大削弱。而要克服這種憲法規範過度簡單化的弊病，就必須慎重認真地對待基本權利規範、縝密細緻地進行制度設計。

與德國模式相比，臺灣經驗對於中國憲法同樣具有借鑒意義。從文本來看，《中華民國憲法》中的基本權條款同樣過於簡單，在條款的前後銜接和配合作用上也未顯現出相當審慎周密的佈局思考，但這種文本規範的單薄缺漏卻通過大法官釋憲而得到相當程度的補足和續造。如果說德國《基本法》是凸顯憲法規範形式理性的理想範本，那麼臺灣經驗或許是中國未來可以參考的「過渡做法」。但臺灣學界日漸增多的針對大法官釋憲的批評也證明，只通過違憲審查，並無法充分彌補憲法規範本身的形式理性匱乏。違憲審查在規範續造方面的功能限度和無法負荷的困境同樣值得關注。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Badura Peter/Dreier, Horst編，蘇永欽等譯（2009），德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下冊），臺北：自版。[Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.) (2001), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen: Mohr Siebeck.]
- Schramm Theodor著，陳新民譯（1985），基本權利的可限制性問題，中山社會科學譯粹，1卷4期，頁46-67。[Theodor, Schramm (1979), Grundrechte und Ihre verfassungsrechtliche Absicherung, in: Schramm (Hrsg.) Staatsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.]
- 司法院（1998），大法官釋憲五十周年紀念論文集，臺北：自版。
- 李建良（2002），論基本權利的位階次序與司法審查標準，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（第三輯上冊），頁121-191，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- （1999），基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於：憲法理論與實踐（一），頁51-101，臺北：學林。
- （2007），憲法人權清單改革芻議——臺灣基本權利憲章草案初稿，收於：許志雄、蔡茂寅、周志宏編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁361-403，臺北：元照。
- 李恩慈、鄭賢君（2004），由孫志剛案看憲法基本權利的限制，法學家，2期，頁64-74。
- 李震山（2002），論憲法未列舉之自由權利之保障——司法院大法官相關解釋之評析，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（第三輯上冊），頁355-394，臺北：中央研究院中山



人文社會科學研究所。

林來梵（2011），憲法學講義，中國：法律出版社。

林紀東（1988），中華民國憲法逐條釋義（一），臺北：自版。

法治斌、董保城（2010），憲法新論，4版，臺北：元照。

阿爾圖·考夫曼、溫弗爾德·哈斯默爾，鄭永流譯（2002），當代法哲學和法律推理導論，中國：法律出版社。[Kaufmann, Arthur/Hassmer, Winfried (1989), *Einfuehrung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.]

馬克斯·韋伯（1998），張乃根譯，論經濟與社會中的法律，中國：中國大百科全書出版社。[Weber, Max. 1978. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Press.]

張千帆（2004），憲法學導論原理與應用，中國：法律出版社。

強世功（2006），法律的現代化劇場——哈特與富勒論戰，中國：法律出版社。

張翔（2008），基本權利限制問題的思考框架，法學家，1期，頁134-139。

許育典（2006），憲法，臺北：元照。

許清（1999），憲法學，中國：中國政法大學出版社。

陳慈陽（2007），基本權核心理論之實證化及其難題，2版，臺北：翰蘆。

陳新民（2002），憲法基本權利之基本理論（上冊），5版，臺北：元照。

湯德宗（2009），違憲審查基準體系建構初探——階層式比例原則構想，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊），頁581-660，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。

黃錦堂（2000），自由權保障之實質論證之檢討——以德國基本權衝突判決為初步探討，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之

理論與實務(第二輯),頁189-234,臺北:中央研究院中山人文社會科學研究所。

趙宏(2007),實質理性下的形式理性——德國《基本法》中基本權規範模式分析,比較法研究,2期,頁15-26。

鄭永流(2002),法治四章,中國:中國政法大學出版社。

## 2. 西文部分

Alexy, Robert (1996), *Theorie der Grundrecht*, Frankfurt/M: C. F. Müller.  
Duerig, Grunter (1956), *Der Grundrechtssatz von der Menschenwuerde*,  
AöR 81 (1956), S. 136-148.

Erbel, Grunter (1971), *Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte*,  
Berlin: Duncker & Humblot.

Hesse, Konrad (1999), *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt/M: C. F. Müller.

Jarass, Hans D. (1985), *Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 110, S. 345-357.

Kruegen, Herbert (1950), *Die Einschraenkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz*, DVBl., 1950, S. 617-628.

Lerche, Peter (1999), *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichke*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Luhmann, Niklas (1965), *Grundrechte als Institution*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Mauer, Hartmurt (1999), *Staatsrecht*, München: C. H. Beck.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard (2004), *Grundrechte II*, Frankfurt/M: C. F. Müller.

——— (2004), *Grundrechte II*, Frankfurt/M: C. F. Müller.

Sachs, Michael (1996), *Grundgesetz Kommentar*, München: C. H. Beck.

Schmidt, Walter (1981), Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte,  
AöR 106, S. 512-538.

Zippelius, Reinhold (2007), Allgemeine Staatslehre, 15. Aufl., München:  
C. H. Beck.