

基本權釋義學與憲法學方法論^{*}

—— 基本權思維工程的基本構圖

李建良^{**}

摘要

法學方法的任務與目的在於建立有序的法律解釋與秩然的體系建構，使法學成為一門有系統、具客觀性的學科。憲法暨基本權為法學之一，亦不例外。秉此旨趣，本文以基本權釋義學與憲法學方法論為主軸，依序探討法律解釋、憲法解釋、基本權解釋等基礎課題，期有助於憲法解釋學理論的開展與實踐。首先，本文對基本權的用語進行方法論的檢視。其次，簡要導言基本權釋義學。繼之，序說客觀的法學方法暨憲法學方法論。再者，闡析規範位階、憲法制度與基本權釋義的關聯。最後，展望基本權作為憲法秩序理念，從法與時代精神反思基本權法學的任務與藝術。

關鍵詞：基本權利、憲法釋義學、法學方法論、法解釋、法學、規範位階。

* 本文曾刊載於，月旦法學雜誌，273期，頁5-27（2018年）。
〔責任校對：郭宇傑〕。

** 中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/82310112.pdf>。



目次

- | | |
|----------------|----------------|
| 壹、引言：結論與理由孰重？ | 伍、規範位階與基本權釋義 |
| 貳、基本權用語的方法論反思 | 一、規範位階與違憲審查層次 |
| 參、基本權釋義學導論 | 二、合憲解釋與合基本權解釋 |
| 一、「法釋義學」的用語與觀念 | 三、憲法基本權與基本權法律 |
| 二、基本權釋義學的自生與再製 | 陸、憲法制度與基本權釋義 |
| 肆、憲法學方法論序說 | 一、釋憲制度與基本權效力面向 |
| 一、法學方法的功能定位 | 二、基本權實定法與基本權圖像 |
| 二、基本權的比較思考法 | 三、人性尊嚴作為一種基本權利 |
| 三、基本權的歷史思考法 | 柒、反思：政治或法治孰輕？ |
| 四、基本權的功能思考法 | 一、基本權作為憲法的秩序理念 |
| 五、基本權的還原思考法 | 二、基本權的時代性與法的精神 |
| | 三、基本權法學者的任務與藝術 |

壹、引言：結論與理由孰重？

法學是窮天人之理，究正義之學¹，法學者既要洞察天地萬物，又須辨曲直、去不公。認識、評價、決斷爰為法學的必要三元素。法律人扮演的通常是「仲裁者」或「決斷者」的角色，面臨是非對錯的抉擇，擔負起定分止爭的任務。法的決定具有拘束力、以公權力作後盾的這項特質，表面上讓法律人傲視群倫，實際上是把法律人推上火線，無可迴避地面對各方的質疑與挑戰。公平正義的決斷，取決於理由構成，憑藉的是經由學習與實習獲取的知識。在

1 參見拉丁法諺：*iuris prudentia: Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, in: Domitius Ulpianus: Ulpian primo libro reg., Digesten 1,1,10,2.；英譯：Jurisprudence is an awareness of divine and human matters, the knowledge of the just and the unjust.；德譯：Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft vom Gerechten und Ungerechten, die Kenntnis der menschlichen und göttlichen Dinge.

「知與識」²過程中，需要思維方法、概念工具、操作技術、邏輯思辨、實務經驗。法學知識的體系化、可理解化、可驗證化、系統化，為法律人的立足基點與法治的實踐礎石。

基本權利是具直接拘束效力的憲法規範，為當今憲法學理的ABC，經由憲法解釋制度進入社會生活與法律秩序，產生無遠弗屆、無所不包的影響效力，形塑憲法秩序的形貌與法治國圖像，臺灣亦然。從審檢分隸、違警罰法、按捺指紋、登報道歉、視障按摩、冤獄賠償，到土地徵收、家庭暴力、都市更新、同性婚姻、全民健保，乃至於大數據資料庫、不當黨產、轉型正義、年金改革等爭議問題，無一不受到或即將受到憲法解釋的洗禮。當憲法解釋在眾目翹首期盼之下出爐的時候，我們在各自感知是否被公正對待之餘，除了關注合憲或違憲的結論外，是否在意解釋理由的構成？身為公法學者，對於憲法文獻中屢屢出現的「基本權擴散效力」、「三階理論」、「立即而明顯危險公式」、「公共論壇公式」、「被遺忘的權利」等膾炙人口或朗朗上口的舊辭或新語時，究竟是直接說文解字，或者當成某種誠命前提或符碼，依樣葫蘆或複製貼上，還是探究該等概念的論證理路與問題關連？著實耐人尋繹。此為筆者以基本權釋義學與憲法學方法論為題之所由生，嘗試藉此短文歸整法學端緒，推演體系，為基本權的思維工程描畫基本構圖，期使基本權蘊含秩序理念、論證紋理，成為貼近現實、可資適用的客觀法規範，而非只是某種政治、道德或價值的宣言或決斷。

貳、基本權用語的方法論反思

基本權，或稱基本權利，並非現行憲法之用語。憲法第二章的

2 前述拉丁法諺中的*notitia*（字源：*nosco*）與*scientia*（字源：*scio*）。

標題是「人民之權利義務」，第22條使用「權利及自由」，第23條稱「自由權利」，均無「基本」二字。司法院解釋中出現「基本權利」或「基本權」者，始於1995年2月24日公布之司法院釋字第373號解釋理由（勞工基本權利），其後常見於解釋文（如司法院釋字第509號解釋）或理由書，以「基本權利」居多，「基本權」則集中在與「訴訟權」或「正當法律程序」（程序基本權）有關的解釋（司法院釋字第610號解釋）。與基本權對應的外文主要有Grundrechte與fundamental rights二種。前者為德國的憲法用語³；後者見諸美國實務與學說，指人權中構成正義體系基礎之自由權利，例如言論自由⁴。

本文稱基本權或基本權利⁵，非fundamental rights，較接近constitutional rights⁶，相當於Grundrechte，一則，指稱憲法明定之人民自由或權利，以及司法院大法官經由憲法第22條所肯認之人民自由或權利（形式意義之基本權）；另則，凡足以限制國家權力（包括立法權）、具有憲法位階之個人權利（實質意義之基本權），亦皆屬之。

司法院釋字第748號解釋⁷理由書提及：「該項自主決定（筆者按：『是否結婚』暨『與何人結婚』攸關人格健全發展與人性尊嚴

3 意指憲法規定之權利，起自1849年保羅教堂憲法（Paulkirchenverfassung），歷1919年威瑪憲法（Weimarer Verfassung），至1949年波昂基本法（Bonner Grundgesetz），以迄今日。

4 司法院釋字第445號解釋稱言論自由為「基本人權」，意近乎此。

5 基本權利與基本權二詞，前者較為精確，後者包含「基本權利」與「基本權力」二義。憲法訴訟法第61條第1項使用「基本權利」，為正式的法律用語。

6 例如Carl Wellman將constitutional rights理解為一國憲法賦予之權利（rights conferred by the constitutional law of a nation state），參見CARL WELLMAN, CONSTITUTIONAL RIGHTS – WHAT THEY ARE AND WHAT THEY OUGHT TO BE 22 (2016).

7 解釋爭點：「民法親屬編婚姻章，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，是否違反憲法第22條保障婚姻自由及第7條保障平等權之意旨？」司法院大法官，<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jcp03/show?expno=748>（最後瀏覽日：2021年10月20日）。

之維護，為重要之基本權（a fundamental right），應受憲法第22條之保障。」解釋文本出現外文（英文），格外引人注目。從方法論的角度審視，疑點有四：

一、中文「重要之基本權」是否繼受自外國（英國或美國），而非本國概念？若然，則應註明出處，以供查考，此其一。

二、A fundamental right是否為中文「重要之基本權」的英譯？若然，則何需翻譯？此其二。

三、中文「重要之基本權」以英文對應之，是否表示「基本權」與德國的Grundrecht不同？如有不同，何以不同？有何不同？此其三。

四、「重要」者，是否只是強調此一（婚姻自由）基本權的重要性（有何基本權不重要？），抑或相較於其他基本權更為重要？

以上提問與思考，非關文字訓詁，而是涉及釋憲結論的理由構成。查司法院釋字第748號解釋論斷現行婚姻章規定「與憲法第22條保障人民婚姻自由之意旨有違」的理由只有短短：「未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵」，並未說明何以與憲法第22條保障人民婚姻自由之意旨有違？此種近乎定言式的證成過程，衡諸法律未許同性婚姻之規定是否違憲的重大爭議，實有理由不備之重大瑕疵。固然，在此「結論」之前，先有一段關於婚姻自由的闡釋⁸。然則，嚴格來說，此段闡釋僅是婚姻自由「保障範圍」的界

8 抄錄如下：「按相同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別二人適用婚姻章第1節至第5節有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；且相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石。復鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生

定（後詳），無法由此直接跳躍式地得出系爭規定的違憲判斷。

參、基本權釋義學導論

何以「現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵」而「與憲法第22條保障人民婚姻自由之意旨有違」？簡化的說，何以「現行民法親屬編婚姻章」（下稱A）牴觸「憲法保障人民婚姻自由之意旨」（下稱B）？A（實存法律規定）若要牴觸B（憲法意旨），則須先闡釋B之規範意涵、設定要件、建構體系，方得據以判定A是否牴觸B。這套需要詮釋法規範義理、建構適用準據的學問（習稱「法釋義學」），務求其工，乃法學作為規範科學的基本特性，法學方法的建構、開展與運用植基於此⁹，憲法基本權之為法學，自不例外，以下先簡要導言基本權釋義學，再談憲法學方法論。

一、「法釋義學」的用語與觀念

法釋義學是外來語彙¹⁰，時人常為譯名¹¹及其意涵爭論不休，偶有等而下之將其誤解或窄化為「法條學」者。拉丁字根*dogma*通*doctrina*¹²，神學用之在先¹³，法學繼後，均指稱一套知識系統與學

理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致……」。

9 參見Karl Larenz, Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz, JuS 1971, S. 449 (450 f.).

10 外文有Rechtsdogmatik、dogmatische Rechtswissenschaft、legal dogmatic、legal dogma、dogmática jurídica等。

11 例如法教義學、法教條學、法信實論、義理或體系理論等。

12 *dogma*源自希臘文δόγμα，而*doctrina*的希臘文也是δόγμα。

13 根據瑞士神學家Karl Barth（1886-1968）的《教會釋義學》（Kirchliche Dogmatik, 英譯Church Dogmatics）書中對Dogmatik的定義：Dogmatik ist als theologische Disziplin die wissenschaftliche Selbstprüfung der christlichen Kirche

說體系¹⁴，包括各種原理、原則或規則¹⁵。循此可推，法釋義學不以解文釋義為限，而是一套理性客觀、理據融貫的法學思維方法與知識系統，亦可稱法理之學¹⁶，甚或即法學也¹⁷。法釋義學的概念意涵與功能，於今日爭議仍多¹⁸，此毋寧印證了法釋義學本身即是一項法學與方法論課題，與法條釋義學不能相提並論、等量齊觀¹⁹。

二、基本權釋義學的自生與再製

有社會，就有法。法的演進由不成文而成文而條文化，法律制度由文字與概念所組成，法律概念需要解釋，除數字外，語意的探

hinsichtlich des Inhalts der ihr eigentümlichen Rede von Gott，大意是：Dogmatik 作為神學，乃基督教會關於神旨之學術上自我省查。參見 *Michael Welker, Juristische und theologische Dogmatik*, in: Aarnio/Hoeren/Paulson/Schulte/Wyduckel (Hrsg.), *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts: Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag*, 2013, S. 339 (339 ff.)。

- 14 此所謂「學說」者，非限於學者之說，但凡有體系、理據、論證之說，包括實務見解，概皆屬之；反之，出自「學者」之見，若雜亂無章或缺乏理路，則不成學說。
- 15 legal doctrine 或 *doctrina jurídica*（西班牙文）與 *Rechtsdogmatik* 或 *legal dogmatic* 應屬同義。
- 16 中文「法理學」一詞，承自日語（例如丸山長渡，*法理學*（1903年）），見諸法學譯著或各大學法學課程名稱。前者通常是西文 *Jurisprudence* 的中譯（例如 Roscoe Pound 著，鄧正來譯，*法理學*（第一卷）（2004年））；亦有對應 *legal theory*（例如 Wolfgang Friedmann 著，楊日然等譯，*法理學*（1984年））或 *Rechtstheorie*（例如 Bernd Rüthers 著，丁曉春、吳越譯，*法理學*（2013年））。後者（課程）的內容多以法哲學為主，相當於 *Rechtsphilosophie* 或 *legal philosophy*。從字義來看，法理學可指稱一套理性客觀、理據融貫的法學思維方法與知識系統，*Rechtsdogmatik* 若可改譯為「法理學」，以之取代「法釋義學」或「法教義學」，或可避免 *Rechtsdogmatik* 被時人所誤解、窄化，乃至於劣等化。至於各大學之「法理學」課程，則可依教學者的法學專長或授課重點設定課程名稱，專門授業之。
- 17 Karl Larenz 早在1970年代即表示為了避免 *Dogmatik* 用詞產生的誤解或誤用，宜將 *dogmatische Rechtswissenschaft* 稱為 *Jurisprudenz*（法學）。參見 *Larenz* (Fn. 9), S. 450.
- 18 2012年於德國出版的 *Was weiß Dogmatik?* 一書，收錄多篇探討或批判法釋義學的論文，可為例證。參見 *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012.
- 19 法釋義學不僅運生於內國法，區域法或國際法亦有賴法釋義學之建構，方足以成為理性法學。

求為法律解釋的任務，尤其是法律中常見的不確定法律概念或概括條款。法律條文的內在蘊含與體系，由法律解釋者（學說與實務）共同形塑與建構。憲法基本權規定亦有數字與程序規定，如憲法第8條的法官保留條款（包括24小時的時限），即是集不確定法律概念與概括條款於一身。法官造法與基本權釋義體系的建構，為基本權作為一種法規範不可或缺的前提要件。不同於其他法領域，基本權解釋絕大部分是學說與實務見解的複合，而非只是條文的註釋。基本權釋義學的表象是法條²⁰，實然與應然內涵則是學說與實務見解彙集而成的原理規則與知識體系，基本權釋義學不宜被窄化為條文釋義學，尤不待言。人生而自由平等，理非自明，具體可循的實踐履跡於20世紀以降始逐漸明朗²¹。自由平等的保障除須存有相應的機制，且以司法違憲審查制度為要者外，關鍵因素在於如何將籠統空洞的憲法許諾轉換成具體可操作的規範語句。對於國家公權力而言，憲法有關平等權與自由權規定屬於一種以公權力為對象之禁止規範²²，與之牴觸者，即構成違憲，原則上無效（法律效果）。以基本權之規範效力為基礎而建立的違憲審查準據，屬於憲法解釋的一環。但凡法解釋皆須依循一套穩定的方法或規則，俾以免於主觀

20 例如憲法第7條至第24條，或美國憲法增修條文第1條至第14條，或德國基本法第1條至第19條。

21 開啟法律違憲審查制度里程碑的判決——美國最高法院1803年的 *Marbury v. Madison* 係法官任命狀之爭議，與人權無直接關涉。後與人權有關者，初時主要集中在財產權之保障（例如1810年的 *Fletcher v. Peck* 判決）。1857年，最高法院為保障「美國」人民的財產權甚至作出肯認「蓄奴制度」合憲性的惡名昭彰判決（*Dred Scott v. Sandford*）。至於膾炙人口的保障言論自由的「明顯而立即危險公式」（clear and present dangerous test），則是1919年以後的事（*Schenck v. United States*）。於本案例中，美國最高法院以此原則肯認法院限制 *Schenck* 言論（散發反徵兵傳單）判決之合憲性，參見 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)。

22 著例之一是美國憲法增修條文第1條：「國會不得立法（Congress shall make no law）……」，主要起草及推動者 James Madison（1751-1836）原本建議「任何一州皆不得（No state）……」，但未獲國會支持。不過，憲法增修條文第14條通過後，經由「一體適用原則」（incorporation doctrine）的運用，憲法增修條文保障之自由權利得以適用於各州。

恣意，進而獲致相對具一貫性與說服力的結論，允應為法學研究者與適用者的共識。然在憲法解釋的實作領域，法學方法本身卻是一項殊具爭議性的法課題，此又與憲法的政治性格互為條件而益趨複雜。以繁多法條為對象的傳統解釋方法，諸如文義解釋、體系解釋、歷史解釋與目的解釋等，如何運用於文字簡短、處處漏洞的基本權規定？反向思考，基本權的規範特性恰恰予憲法解釋者有寬廣的形成空間（解釋形成自由），透過憲法解釋足以開展出基本權的思考方法、檢驗步驟與審查公式，引導基本權解釋的發展走向；憲法解釋本身與此同時亦受到其所建立之思考方法的檢驗與拘束（司法自我拘束原則）。由是可知，基本權釋義學帶有自生與再製的特性²³，非純然的文本詮釋，而是帶有創構性、續造性的法學思維與實踐，一定程度是自然法的法學化過程。

基本權案例的基本提問是：特定的國家行為或措施是否干預人民的基本權？若然，人民如何主張該干預行為或措施與憲法意旨相違？或抵觸基本權保障意旨？站在國家機關的立場，則是如何抗辯系爭干預行為或措施於憲法上具有正當性？上開問題可概分為二：（一）系爭基本權是否受到干預？（二）系爭干預是否合憲？構成基本權釋義的兩大基本設問。基本權是否受到干預之問題的解答，如果不是（想）先射箭再畫靶，則依邏輯思維與事物本質推理的結果是：須先確立與界定得以被干預的標的為何（先畫靶）？範圍何

23 借用 Niklas Luhmann 的「自我再製理論」(Autopoiesis)。按「自我再製」(Autopoiesis, autopoiesis) 一詞係由「自我」(auto) 與「創造」(poiesis) 二字組成，最先係由神經生物學家 Humberto R. Maturana 與 Francisco J. Varela 於生物學上加以使用，藉以指述人類大腦與神經組織的聯繫方式，係一種認知的過程，所有環境的刺激都在有機體的封閉系統中轉換成訊息，再由細胞選擇自己能夠辨識的訊息，再製成可供自我維持的必要元素。Luhmann 將此一概念用於指述社會系統內部的再製過程，即社會中各系統，諸如政治系統、經濟系統及其他各種社會次系統本身可以製造系統所需要的要素，以維持其系統的運作——自我生產、自我維持。參見 Niklas Luhmann, *The Autopoiesis of Social System, in ESSAYS ON SELF-REFERENCE* 1, 1-5 (1990).

在？由此推演出基本權的保障範圍²⁴及其內涵的解釋（設定）課題。

上述基本權釋義學的作用客體，主要是基本自由權，即人與生俱來之自由，諸如身體自由、言論自由、遷徙自由、集會自由等；與此相對之基本平等權，因無「實體」內涵（不等於無實質價值）可資附麗，故系爭基本權是否受到干預的命題，通常被轉換成系爭基本權主體是否受到「差別對待」或「差別待遇」？「系爭干預是否合憲」的問題則隨之更易為：系爭差別對待是否合憲？或是否具有憲法上之正當性？

基本自由權與平等權的訴求，皆在「排除」特定之干預或不公平對待（除其害或去不直），欲與國家權力保持距離，以策安全。然人民之為人類，通常無法自外於社會、乃至於脫離國家而孤立生活，人民需要國家提供「給付」與「保護」者，所在多有。僅就人生而自由、平等的基本權而言，其具體實踐端賴所謂「權利救濟」制度，即憲法第16條保障之訴訟權。若乏國家建立（給付）法院組織、訴訟法制，人民必將面臨「無救濟、即無權利」之窘境。也因此，給付權為基本權不能或缺的一環（求其全並致其平），同時亦衍生出寬廣的權利類型與審查難題。權利類型繁多，除已提及的訴訟權外，程序基本權（例如正當行政程序權）、保護基本權（例如生存底線權）、資訊基本權（例如知的權利）、制度基本權（例如自由婚離的制度）等，皆為此類。違憲審查的難題起於審查準據如何建構？套用基本自由權的模式，爰有以下提問：（一）系爭請求之

24 德國憲法學通說稱之為Schutzbereich，德國聯邦憲法法院裁判首次出現Schutzbereich一詞者，為1958年6月11日作成之「藥房判決」（BVerfGE 7, 377 (410)）。另，Böckenförde針對無法律保留之基本權，例如藝術自由，使用Gewährleistungsinhalt一詞，與Schutzbereich相區隔。參見Ernst-Wolfgang Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, in: Böckenförde/Gosewinkel (Hrsg.), Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 230 (237)。「保障範圍」一詞亦多次出現在司法院解釋中，例如司法院釋字第380、445、450、490號解釋等。

國家行為或措施是否為系爭基本權保護範圍所及？（二）國家有無為此行為或措施之義務？（三）國家是否善盡此項義務？是否未為足夠的給付（不足禁止）？

法之為法，一如其所規範的社會成員，不是孤立的元素，上述之基本自由權、基本平等權、基本給付權，以及基本保護權，並非如各自獨立、互不相屬，毋寧彼此交錯，介面疊架，有賴建立一套思維方法，俾能亂中有序，雜然有條。

肆、憲法學方法論序說

基本權釋義若要自我再製，需要一套「生產工具」，也就是一系列相對客觀的法學方法暨憲法學方法論，或演繹論證，或歸納導衍，或溯因推理，或逐案推陳，依例論理，或比況辨分、窮究事理，用以填充建構基本權憲法規定的構成要件與法律效果。

一、法學方法的功能定位

方法之於科學，乃是一種探求真理的路徑²⁵。何謂「法學方法」？如果不下定義，唯實以論，方法之何用，至少有三層涵義與取向：一是如自然科學方法，提出假設，透過實驗，證明假設之為「真」，所謂「大膽假設、小心求證」，此之謂也。第二層涵義是：運用各種客觀方法或科學知識分析、處理、解決「法律問題」，也就是如何作出法判斷的方法（法之決斷方法）；第三種則是關於法學方法本身的研究與理論，包含法認識的路徑，如何從法規範抽繹出法原則的各種方法（法之研究方法）²⁶。

²⁵ method字源hodos，路徑之意。

²⁶ 有稱之為「狹義的法學方法」。參見Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2012, S. 1 ff.

法學者或法律人有其獨特的視角與思維方法，以及自有的程序與工法（學科的特性與侷限）。建立法條的體系、解釋法律條文的意旨、檢視法律事實與法律規範之間的關係，法律工具與其他學科息息相關，不是來自法學，但應用於法學（為法學所用）。法學方法一如一般的科學方法，應用的場域容有不同，基本思維則可彼此連貫、觸類旁通。因治學之態度或對象之不同而「異其方法」。

「凡須處理方法論的學科，如同苦於不斷自我檢視的人們多半是不健康的一樣，同樣也容易成為不健康的學科；健康之人和健康的學科通常不會想要知道自己太多。（Gustav Radbruch語）²⁷」這段看似非難法學方法的敘述，意在闡述法學的本質與特性：面對法律，法律人的任務有三：解釋、建構與體系²⁸。解釋是首要功課。如何解釋？誠如近代法學方法論鼻祖Friedrich Carl von Savigny²⁹的名言：是一門藝術³⁰。但凡藝術之成就，唯賴個人的天分與後天的訓練。方法之於法學，猶如空氣之於人類，平日不覺其存在，一旦欠缺，則頓失生存之根基。

27 出自Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtsvergleichung, 11. Aufl., 1964, S. 250.，原文如下：„Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen auch Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissenschaften zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegen nicht viel von sich selbst zu wissen“. 另外，「自我檢視」（Selbstbeobachtung）作為學術的方法，基本上也是一種比較方法（自我與他我的比較、兩種價值的比較、兩種秩序的比較……），參見Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1992, S. 413 ff.

28 Radbruch (Fn. 27), S. 250.

29 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 11 ff. (Methodenlehre Savigny).

30 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I., 1840, S. 211.

二、基本權的比較思考法

Gustav Radbruch對法學方法的診斷，「不適用於現代的比較法（Zweigert/Kötz語）」³¹。根據15世紀德國（神聖羅馬帝國時期）哲學家暨神學家Nicolai de Cusa（1401～1464）於1440年問世的「論受教之無知」一書的闡釋，「研究探索之道在於比較」，為學術治理的基礎要領，舉凡事物的探研，皆是本諸未知事物與既定前提條件之關係，在比較之中判斷未知事物³²。法學作為一種學術，亦不應例外，具抽象、概括且精簡特性之憲法基本權規定的解釋與適用尤然，比較法是憲法學暨基本權解釋不可或缺的方法。

關於基本權的比較方法，1926年在德國舉行的公法學者協會年會³³上有一段饒富況味的學術對話：

Erich Kaufmann強調：「比較法方法對於平等問題的討論不僅不能低估，抑且至屬必要。³⁴」Hans Nawiasky反駁：「如果無法證明不同法秩序之間具有法繼受意義上之精神關連，不宜從比較不同法秩序進行推論。因此，關於憲法上平等原則問題，不應嘗試從瑞士或北美法實務推導為吾國可用之結論。³⁵」

31 參見Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 31. Radbruch本身亦是比較法學家，於1905/06年撰有Über die Methode der Rechtsvergleichung（關於比較法之方法），參見Gustav Radbruch, Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 15: Rechtsvergleichende Schriften, bearb. von Scholler, 1999, S. 52 ff.

32 參見Nicolai de Cusa, De docta ignorantia, Liber primus, Lateinisch-Deutsch (1440), 3. Aufl., 1979, S. 6. (übersetzt von Paul Wilper, Hamburg: Felix Meiner).

33 全名：Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL，該次會議於Münster舉行。會議主題：「帝國憲法第109條所稱之法律之前平等（Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung）」。

34 報告人Erich Kaufmann的發言，參見Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3, 1927, S. 2 (5).

35 Hans Nawiasky於討論時持反對見解，參見Hans Nawiasky, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3, 1927, S. 25 (25-27).

Heinrich Triepel則直言：「平等問題環繞文明世界，正因新德國甫建立在民主基礎，將新德國法秩序與美國或瑞士法體系相互聯結，洵非失策之舉。³⁶」

如所周知，德國基本權的擴散效力奠基於下述憲法闡述³⁷：「無疑地，基本權首是在確保個人之自由領域免於受公權力之干預，其乃人民對抗國家的防禦權。……但同樣正確的是，基本法無意作為價值中立之秩序……，其於基本權篇章建立了一套客觀之價值秩序……。此一價值體系之中心點係得以在社會共同體中自由發展人格及其尊嚴，必須作為憲法之基本決定而適用於所有法領域；立法、行政及私法由此體系獲得指針與驅動力。其當然亦影響民法；任何民法規定皆不得抵觸此一價值體系，亦必須依其精神解釋之。」這段論述的基礎是：「對於自由民主之國家秩序而言，言論自由具有建構性之意義。因為，唯其如此，方能持續進行精神上的論辯，成就自由民主國家秩序生命要素的言論競爭。於某種意義上，言論自由是任何自由之根基。³⁸」思想觀念引自美國聯邦最高法院判決³⁹。

德國聯邦憲法法院在此基礎下，逐漸開展出基本權利的擴散效力，成為德國基本權理論與實踐的特色，且構成有別於美國基本權理論之德國特有憲法秩序暨基本權規範體系，足徵基本權的比較思考具有「增益吾國所不能」的功能⁴⁰。

36 Heinrich Triepel支持Kaufmann的見解，參見Heinrich Triepel, Diskussionsbeitrag, in: Aussprache über die vorhergehenden Berichte, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3, 1927, S. 43 (50).

37 Lüth判決，本案原因事實涉及針對電影Jud Süß導演發動杯葛行動引發是否構成民事侵權行為之爭議。

38 參見BVerfGE 7, 198 (208).

39 BVerfGE 7, 198 (204 f.). 判決中直接引述英文：“the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo).”，出自Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)，Benjamin N. Cardozo大法官主筆。

40 另一個例子是：集會自由：「與憲法第11條規定之言論、講學、著作及出版之

「比較」必須講求「方法」，基本權的比較思考法的運用，首先必須辨明比較的客體，可供比較思考的對象繁多：法條、學說、裁判、社會條件、歷史文化等，非足於一，亦不能定於一，就前三者而言，憲法比較之標的至少有：

(一) 法條：我國憲法、美國憲法、德國憲法⁴¹、區域條約、國際條約等。

(二) 學說：我國學說、德國學說、美國學說、針對區域法或國際法形成之學說等。

(三) 裁判：我國法院裁判、德國法院裁判、美國法院裁判、歐洲人權法院裁判、國際人權法院裁判等。

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」（司法院釋字第445號解釋），除集會是否適用「許可制」的憲法爭議外（司法院釋字第718號解釋仍持肯定說，僅例外開放「緊急性及偶發性集會、遊行部分」免經許可），其保護範圍的界定，尤其關於集會「地點」的問題，也就是所謂「空間之保護範圍」（örtlicher Schutzbereich），亦頗具爭議，有待透過比較法探討之。一般而言，集會分成室內集會與室外集會二類，依德國基本法第8條第2項規定：「室外集會得以法律或基於法律限制之」。也就是僅「室外集會」有法律保留原則之適用，「室內集會」則無。不過，承續前述汰除「不應」屬於藝術「自由」部分的思維，某批人若無故進入他人室內集會者，不得主張憲法保障之集會自由，也就是仍得以刑法第306條侵入住宅罪處罰之。此一觀點同樣可以適用於室外集會，也就是無故進入他人住宅或建築物之附連圍繞土地集會之情形。較為棘手之問題是，人民於非私人之公共空間集會者，尤其是道路以外之戶外公共場所或建築物內，如公立美術館、機關洽公處所、公立學校校園、法院大廳、機場、國會議場等，相關機關若加以限制，究屬集會自由之限制，抑或根本不在集會「自由」的範疇，不無爭議。德國聯邦憲法法院引用加拿大最高法院及美國最高法院判決所發展的所謂「公共論壇公式」（public forum doctrine），即屬此類爭議之一例。參見BVerfGE 128, 226 (253 ff.)。

⁴¹ 以基本權限制條款為例，我國憲法第23條之概括性法律保留條款，環顧世界並不多見，比較難度亦高。一般認為我國憲法襲自德國威瑪憲法，惟該憲法第2編「德國人之基本權利與基本義務」中並無概括之法律保留條款。平等保護係規定於該編第1章「個人」（Die Einzelperson）的第一個條文（第109條），主要內容：「德國人於法律之前，一律平等。男女原則上享有相同之國民權利及義務。……」。

在進行法之比較時。首須明辨比較之標的，避免混淆或誤比。例如若拿外國的學說與我國的法規進行比較，即可能扞格而難入。於比較學說或裁判時，除結論外，同時須觀照其理由的形成與論證的構造。須特別提醒注意的是，正確認識及忠實解讀外國法的意旨，為比較法研究的基本功課。外國法意旨的探求，取決於該國的法制、學說與實務見解。本國治學者若對外國法進行解釋，並提出不同於該國法制、學說與實務之見解，則是本國治學者進入他國法秩序，與該國學者與實務進行對話，非純粹的法之比較。

法比較是法繼受的前置作業，經過法比較之後，若確定外國法為本國法所無，且有繼受必要者，即可透過立法程序，將外國法轉換成本國法。不過，當外國法成為本國法之後，繼受自外國法的本國法規範意旨，並不必然或必須等同於外國法。蓋本國的法秩序非同於外國法，特定的外國法進入本國法秩序之後，尚須在既有的法制架構下進行法治反思與法制調整。在法之傳譯與移植的過程中，法之移植者除須掌握外國法外，亦須熟悉本國自身的法制特性。也因此，比較法須「由內而外」、「由下而上」，先掌握本國規範，再以此為軸心往外拓延其他國家規範（不知本國法，無以作比較法）；先掌握內國法，再以此為基點向上提升區域法暨國際法（不知內國法，無以治國際法），是為比較法的基本方法。

三、基本權的歷史思考法

法在時間長河中生成、存續、演化，法的歷史思考連結出法的過去與未來。以人與國家的對應關係為座標，觀察基本權的演進過程，概有兩種脈絡：一是基本權先於國家存在的個人權利，確保人民的自由與平等，為國家存在的正當性基礎，著例之一，美國獨立宣言開篇：「人生而自由、平等」。自由、平等（狀態）進階成為一種權利（規範），也就是自由權、平等權，構成國家權力的界線，首要誠命即是國家不得任意干涉人民自由或破壞平等的不作為義務

(禁止規範)。基本權發展的另一道歷史軌跡是：基本權初時是人民作為團體（國家）成員（臣民）而享有的權利，非先於國家而存在，而是由國家所賦予，但同時對國家形成一種自我拘束的法框架，限定國家權力行使的範圍，德國19世紀以降基本權的發展，殆屬此類⁴²。

以上二種發展是歷史現象與法政規範交織而成，存有差異，亦有共通之處。嚴以究之，所謂先於國家存在的天賦人權，從來就不存在於現實，其毋寧是一種權利主張與政治哲學，發端於憲政主義興起之前，見諸歐陸學說思想理論。有社會，就有法，反面言之，人不能自外於社會或國家而存在。「先於國家」之說，強調的是，對於此種「自然」權利的限制需要較高的正當性理據；反之，人民行使自然權利則不必證立其正當性（若不犯人，人有犯傻的自由）。18世紀末、19世紀初，憲政主義興起之後，自然權利被憲法（憲章）轉換成為一種實定權利，國家權力受到實定法化自然權利的節制或限制。理念的實踐隨著政經社文的差異與政治情勢際遇的不同，呈現或激進或遲緩或倒退的參差現象，國民主權、法律保留、憲法優位等觀念的提出到實踐，起落不定。

基本權的歷史思考方法對於基本權釋義的另一功能是，區辨出「非先於國家或社會存在」的基本權，也就是「有社會，有國家，方有權利」的所謂「需要制度形成之基本權」，例如婚姻、家庭、收養、繼承等。此類基本權有特定的歷史與社會脈絡，其內涵的界定與形塑尤須作歷史考察與進化論反思。

四、基本權的功能思考法

對基本權進行歷史思考，重點不單是史料的考證與詮釋（基本權史學），而是「理解」基本權的一種方法：什麼是基本權？有何

⁴² 參見Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, 33. Aufl., 2017, Rn. 8.

功能？此所以基本權功能論為基本權釋義學暨基本權理論的核心課題之一。基本權之實定法（或所謂「基本權清單」）⁴³除保障人人平等外，通常將人的自由或權利分門別類予以規定⁴⁴。此等自由可依各該具體案型分而適用，綜以觀之，隱然有群組之別。例如冠有「自由」為名者⁴⁵，蘊含有課予國家不作為之規範意涵；稱「……權」者⁴⁶，大抵需要國家為一定的作為，例如建立私有財產權制、訴訟程序或考選制度；部分則帶有參與、分享、乃至於集體行使的權利特性，例如選舉權。

鑑於「人民的作為與不作為」與「國家的作為與不作為」二者之間既非對應亦非相反的關係，需要透過對基本權功能的梳理，使之系統化與主題化⁴⁷，方能產生啟迪基本權釋義自生再製的能量，在有限的憲法條文下，建立導引思維與探索的路徑。

五、基本權的還原思考法

憲法暨基本權法學的開展與實踐，若係出於對人自身價值的肯認，則人權最基本的思維終須回到人的原點，探觸人性底蘊，求索內在幽徑，在法益的天平上，權衡個人尊嚴與群體規範之間的消長比重關係。基本權的內涵意旨與規範效力的探求與建構，允可且應還原到人的存在本身，從人之所以為人的本源與本性究極思索基本權的實然與應然。以下略舉若干思維線索與問題端緒，以供尋繹。

43 參見本文「陸、二」。

44 此所稱之基本權係指「實質意義之基本權」，不以「人民權利」為標題的章節規定為限。例如我國憲法第129條之選舉權及被選舉權，即屬之。

45 憲法第10、11、12、13、14條。

46 憲法第15、16、17、18條。

47 由Georg Jellinek發展的身分理論，即是基本權功能論的古典之作，已為基本權功能的系統化奠下基礎。

民法總則規定標誌出人的「權利能力」與「行為能力」兩種概念⁴⁸，放在基本權的思維脈絡與框架，前者屬於主體性課題，繫乎「生命現象」；後者涉及行為（作為或不作為）發生法律效果的資格與行動力，決諸「意志活動」。

法律對權利能力的界定是否牴觸憲法，涉及憲法的基本權主體，問題至少有二：（一）胎兒的權利能力於民法採「條件說」⁴⁹，於憲法上是否為獨立的權利主體？（二）人的基本權能力是否終於死亡？

相對於權利主體性的有無，行為能力則關涉生命現象與精神活動的運作，民法主要以年齡為界分準據，作為得否以意思表示使其行為發生法律上效果的資格與行動力，著眼於私法上交易安全與法律活動，並影響公法關係的得喪變更⁵⁰。人之自然生命載體發乎「腦部活動」，藉由五官進行認識、思考、感受、評價等精神作用，未必表現於外，亦不以從事法律交易或殺伐決斷為限，基本權主體的行為能力自不當然適用民法有關成年的規定。

人之內在精神活動，理論上不受法律規範⁵¹，亦不得加以限制⁵²。內在精神活動表現於外者，或積極、或消極（不表意、不被

48 民法第6條：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」第7條：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」第12條：「滿十八歲為成年。」第13條第1項：「未滿七歲之未成年人，無行為能力。」

49 學說上有「法定解除條件說」與「法定停止條件說」二種，參見王澤鑑，民法總則，增訂新版，頁132（2014年）。

50 選舉權的取得，即為一例，影響層面極廣，更及於世代正義課題。參見李建良，代際正義的法律課題：導論，臺灣經濟預測與政策，46卷2期，頁209以下（2016年）。

51 反面的說，法律管得了人的外在行止，卻對人內心的善惡無能為力。參見黃榮堅，靈魂不歸法律管：給現代公民的第一堂法律思辨課，頁15以下（2017年）。

52 參見司法院釋字第567號解釋理由書：「思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害」。

知悉、不被記憶……)、或作為、或不作為等；表現方式⁵³，或言語、或聲音、或圖畫、或符號、或手勢、或沈默等；表現意涵或有形有體、無形無體、或藝術、著作、或宗教信仰、或良心信念等，若屬精神活動之延伸外顯，該「精神活動」本身理應亦不受到限制，除非損及他人⁵⁴。

人是群居的社會性動物，人權的憲法課題與難題亦由此而生。凡與人的群性不可或離的基本權，如集會、結社（營利或非營利）、婚姻、家庭等，展現的是人類向來的群與群關係，要難說是後於國家或法律而存在，毋寧也是某種意義的「自然」權利。人受群性本能驅動意欲與他人互動的「自然需求」，同時也遭致來自互動所生之干預，包括政治力、公權力、社會力或自然力，干預源之不同，人權問題與課題亦不同。

伍、規範位階與基本權釋義

法釋義學與法學方法論以法規範為標的，基本權釋義學與憲法學方法論（基本權法學）亦然。基本權，係憲法明定之人民自由或權利，包含人與生俱來的自然權利（自然權利的法實證化）、人類社群共同生活必要之制度性權利，以及制憲者為與時俱進而抉擇入憲之各種憲法上權利。基本權釋義，既離不開、亦不能脫逸特定的

53 參見司法院釋字第364號解釋理由書：「廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體」、司法院釋字第407號解釋理由書：「出版品係人民表達思想與言論之重要媒介」、司法院釋字第445號解釋理由書：「集會、遊行為人民表達思想的重要手段」。

54 司法院釋字第490號解釋理由書：「內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，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。」其中所謂「受相對之保障」者，容有再細緻化的必要。

法規範秩序。法之為秩序，允應是階層位序井然之法體系，而非一盤如散沙的法條。復以基本權釋義之目的，在使基本權成為得以適用、拘束所有國家權力、支配各法領域之法規範，違憲審查制度與基本權釋義之間自然形成交互連動的法系統整體。是則，規範位階與違憲審查，乃基本權釋義方法的前理解與潛思維。

一、規範位階與違憲審查層次

基本權為不可修改之憲法規範的主要成分，但凡可修改之憲法規範及憲法位階以下之法規範（包括具體國家行為），均不得牴觸基本權保障意旨，由此形成不可修改之憲法規範、可修改之憲法規範、憲法以下法規範之位階層次⁵⁵。法規範的位階爰同時構成基本權違憲審查標的的差異性，其間存有合憲性與合法性分合交錯的階次關係：

（一）以法律為標的，審查重點在於法律是否牴觸憲法。

（二）以命令為標的，審查重點先是命令是否牴觸法律，而後是命令是否牴觸憲法。

（三）以裁判為對象，審查重點先是裁判是否牴觸法律，而後是裁判依據之法律是否牴觸憲法。

（四）以具體行政行為（例如行政處分）為對象，審查重點先是行政行為是否牴觸命令，再是行政行為依據之命令是否牴觸法律，而後是法律是否牴觸憲法。

舉例言之，警察對於某穿著夾腳拖的人民，以有犯罪嫌疑為由，要求其出示身分證明文件。此一干預人民隱私權之行政行為是

⁵⁵ 基於「修憲有界限論」，憲法可區分「不可變動、各憲法機關應遵守之憲法規定」（司法院釋字第499號解釋）與「可以更動、可被審查之憲法規定」兩種規範位階。若採「修憲無界限論」，則無此規範位階之分。

否違憲，首要審究警察要求人民出示身分證明文件有無法律依據？是否符合法律依據（例如警察職權行使法第6條）？若有所牴觸，即因違法而違憲；若符合法律規定，則可進一步挑戰上開法律規定之合憲性。

再設一例，「犯竊盜罪，經判決確定者，不得執行計程車業務」之禁令，若直接規定於法律，則審查重點在該規定是否牴觸憲法，例如違反比例原則；法律若無規定，而是主管機關依法律之授權所為規範，則應先審查該命令是否牴觸法律，包括法律有無授權？是否增加法律所無之限制？命令是否牴觸比例原則？「不得執行計程車業務」規定的實踐若係透過職業駕駛執照的拒絕核發與吊銷，則可資考量的情境有二：（一）人民若於申請核發職業駕照之前，即犯竊盜罪，經判決確定，則人民先要針對拒絕核發職業駕照之行政處分，提起行政爭訟，並同時主張其所依據的法律違憲；（二）人民若於取得職業駕照後，始犯有竊盜罪，經判決確定，則人民應先針對吊銷職業駕照之處分提起行政爭訟，而後再主張處分依據之法律違憲。再者，職業駕照吊銷後，其他各類車輛駕照若亦一併吊銷，則須區分兩種情況：（一）其他各類車輛駕照一併吊銷，若係法律所明定，則屬法律是否構成違憲問題；（二）其他各類車輛駕照一併吊銷，若係出於主管機關之命令，且將職業駕照與其他各類車輛駕照合一所致，則屬命令牴觸法律而構成違憲之問題⁵⁶。

二、合憲解釋與合基本權解釋

合憲解釋⁵⁷、合憲性解釋⁵⁸或法律的合憲性解釋⁵⁹等詞，常見

56 另參司法院釋字第749號解釋所涉問題與闡釋。

57 解釋中出現「合憲解釋」之用語者，有司法院釋字第572號、第601號解釋。

58 「合憲性解釋」一詞僅出現於司法院解釋理由書中關係機關之主張，例如司法院釋字第585號、司法院釋字第689號解釋。

59 即 *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* 或參見 *Reinhold Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, in: Starck (Hrsg.),

於學說與實務，其來何自？按違憲審查的目的，在檢視法律意旨是否與憲法規範意旨相符，法律解釋（闡釋法律意旨）為違憲審查的前置程序。所謂「法律合憲性解釋」方法的產生與運用，意在提點釋憲者（大法官或各級法院法官），當法律有多種解釋可能性時，應選擇合於憲法意旨之解釋。在法律違憲審查的制度脈絡下，旨在避免法律被認定為違憲，甚至失其效力。由是可知，合憲解釋方法之所由生及所用，本身即是一項憲法解釋方法論的課題。憲法解釋者「不欲」或「不能」將有違憲之虞的法律宣告違憲，為「使之合憲」解釋方法的產生源由。「不欲」涉及解釋態度與尺度問題；「不能」則是權力分立的規範結果。前者若乏堅實理由，則有解釋怠惰之嫌；後者須有縝密的憲法依據與理據，始能建構功能適切的權力分際秩序。此外，「法律合憲性解釋」的運用頻率同時牽動大法官與各級法院法官之間的權力消長關係（司法權力垂直分立）。各級法院法官使用「法律合憲性解釋」方法的頻率越高，大法官處理法律違憲審查的機會越少（須由人民聲請釋憲）；反之，各級法院法官使用「法律合憲性解釋」方法的頻率越低，對法律的違憲審查尺度越嚴，則大法官處理法律違憲審查的機會越多（法官須停止審判程序，聲請釋憲）。

基本權為憲法的主要部分，有合憲解釋，自亦有合基本權解釋。邏輯上，合基本權解釋為合憲解釋的下位類型⁶⁰，唯其運用之妙則大過單純的法律合憲解釋。兩種解釋方法的共通之處在於，解釋者皆不能僭越立法權，變動或形塑系爭法律的原本意旨。系爭法律規定若因憲法規範或保障基本權之故，而應予修正或廢止者，解

Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. II, 1976, S. 108 (110 f.); *Andreas Voßkuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), S. 177 (183).

60 即grundrechtskonforme Auslegung，參見*Kingreen/Poscher* (Fn. 42), Rn. 8c.

釋者僅能認定其違憲，拒絕適用。蓋法律的修正與廢止屬「立法者保留」事項。

以憲法保障基本權的意旨作為法律解釋的座標，較之以認定法律是否合憲的憲法解釋，彈性較大，運用層面較廣，可以在違憲宣告與合憲認定之間進行規範於個案適用方式的「微調」，尤其是人民與人民水平關係的基本權效力問題⁶¹。基本權對法解釋與適用具有滲透性的影響力（基本權的毛細管作用）⁶²，選擇合於基本權意旨的解釋，往往出在概括條款或不確定法律概念的解釋適用，法官享有「解釋餘地」之處，即是基本權滲透的入口。

附此一言者，於法制實務上所謂之「立法理由」多半出自行政部門或官僚體系，能否代表所謂之「立法意旨」，不無爭議，其中誤植、錯置、不知所云者，所在多有，故法律解釋者不宜過於「拘泥」立法理由所載之文字，而應從法律文義、體系、目的等，探求法律的真意。

三、憲法基本權與基本權法律

基本權是憲法規範的主要成分，基本權釋義屬憲法解釋的要環。憲法位階以下的國家行為，包括法律、命令、裁判或個別行政行為，均受基本權規範的拘束，皆應以憲法規範檢視其合憲性，若與基本權規範相牴觸者，即構成違憲，應歸於無效⁶³。

61 參見Jörn Lüdemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 27 (27 ff.); Andreas Kulick, „Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung — Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2016, 2236 ff.

62 借用王汎森，權力的毛細管作用：清代的思想、學術與心態，修訂版，頁vii、395以下（2014年）。觀念源自Michel Foucault的權力無所不在論，謂之capillary effect，參見MICHEL FOUCAULT, SOCIETY MUST BE DEFENDED 27 (ARNOLD I. DAVIDSON ED., David Macey trans., Picador 2003) (1976).

63 「法律與憲法抵觸者無效」、「命令與憲法或法律抵觸者無效」，憲法第171條第1項、第172條定有明文。違憲法規向後失效或定期失效，則是釋憲實務的憲法續造。

基本權的規範效力建立在憲法優位的原則之下，法律的違憲審查意味的是，憲法在上、法律在下。上位法若要「破」下位法的邏輯前提是：上位法有足資檢視比對下位法違憲的準據與要件要素。由此衍生出基本權釋義的難度與困局。基本權的內涵由下位法形塑的可能性，所在多有⁶⁴。例如憲法第15條明文保障財產權，立法者受財產權保障之拘束，但何謂財產權，須由立法者決定財產權「制度」的內涵與外沿。倘若此情形，憲法如何拘束立法者？又如憲法第16條明定訴訟權受憲法保障，但若乏國家建立法院、任命法官、建立訴訟法則及執行制度，則訴訟權無從行使。

陸、憲法制度與基本權釋義

我國憲法自1991年至2005年14年間，共計修憲7次（包括1999年被司法院釋字第499號解釋宣告違憲之第5次修憲），增修之憲法條文僅涉國家組織、基本國策、兩岸關係、修憲程序，而無基本權規定；2005年迄今，未曾修憲。現行這套始自制憲的基本權之憲法制度與基本權釋義之間的關係，在時間的淬鍊下，呈現何種面貌與風景，有待探究。以下先從「制度論」出發，觀察釋憲制度與基本權的連動關係；再從「實體規範論」的角度，剖析基本權實體規範態樣是否影響到基本權的形塑；最後則簡述人性尊嚴的憲法規範定位。

一、釋憲制度與基本權效力面向

基本權具有直接的規範效力，隨著憲政運作的演變與推進，殆

⁶⁴ 德國學說謂之：normgeprägte Grundrechte（由法規範形構的基本權）。參見 Christian Bumke, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 17 f. 關於財產權的權利特性，參見 Peter Axer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 35. Edition, Stand: Lgf. 15.11.2017, Art. 14. Rn. 7 ff.

已蔚為今日的通念。規範效力的貫徹有賴制度的配合，其中（司法）釋憲與違憲審查制度扮演關鍵性角色，輒因制度設計的差異而使基本權的規範效力呈現不同的面貌。舉其要者，以專設憲法法院的國家，如德國或臺灣，其釋憲程序要件及審查密度，影響基本權的規範效力甚鉅。例如德國的憲法訴願制度（或譯憲法訴訟）⁶⁵，係以「公權力」為審查標的⁶⁶，並未限定範圍，一般區分為「裁判之憲法訴願」與「法規之憲法訴願」二種。我國（舊）司法院大法官審理案件法原僅繼受「法規之憲法訴願」（第5條第1項第2款），尚乏裁判的違憲審查制度，也因此各級法院裁判是否符合憲法保障基本權利之意旨，無從由憲法法院審查，「基本權的水平效力」與「基本權的個案圖像」未若德國清晰。2019年1月4日制定公布之憲法訴訟法引進裁判之憲法審查制度，於2022年1月4日正式施行。基本權於個案裁判的效力及其圖像是否將臻於明朗，有待觀察。

除審查模式的制度選擇外，釋憲的程序亦關涉基本權的效力面向，所謂「程序基本權」，除以各級法院為對象的一般訴訟權外，若亦包含憲法訴訟權在內，則基於「有權利，必有救濟」的法理，或可推導出「有基本權，必有基本權救濟」的憲法誠命，從而使憲法訴訟權、基本權實體內涵與釋憲程序之間構成交互作用的關連。例如憲法訴訟第59條第1項規定：「人民就其依法定程序用盡審級救

65 制度構想源於1848年的保羅教堂憲法（Paulskirchenverfassung），主要針對個別之機關行為，而不及於法律規範（參見保羅教堂憲法第126條第f、g款）。二次世界大戰後，德國建立憲法法院制度，但憲法訴願未見於1949年制定公布之基本法，而是先由立法機關透過1951年3月12日公布、同年4月17日生效之聯邦憲法法院法第90條以下所創設。憲法訴願運行有年後，於1969年透過修憲，成為憲法訴訟制度之一（參見德國基本法第93條第1項第4a款）。

66 德國聯邦憲法法院成立後作成的第一個判決（BVerfGE 1, 4），即是針對確定判決能否提起憲法訴願的問題，判決要旨有二：一、以法院確定判決為標的提起憲法訴願，以該判決於1951年4月16日之後確定者為限。二、憲法訴願並非普通法院或行政法院訴訟程序之額外救濟程序，而是透過訴訟貫徹基本權保障的特殊權利保護機制（ein besonderes Rechtsschutzmittel zur prozessualen Durchsetzung der Grundrechte）。

濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」其中「人民」意涵的解釋，若按民法規定，指「自然人」或「私法人」。然基本權主體是否僅限於此？例如公立大學得否提起釋憲？此項「程序」的制度性問題與基本權的規範效力面向，關連密切，有待憲法法庭闡明。

二、基本權實定法與基本權圖像

基本權釋義學開展的基本前提是基本權被視為一種「可適用的法規範」，而不單只是政治宣言或道德綱領，更非抽離現實的哲學式玄想。因此，基本權釋義與思考步驟不（能）是純粹抽象思維的產物，必須放在實定憲法的規範脈絡下觀察與運作。法發乎思想，著為文字，逐為條文，法學不能脫離法條，故「法認識論」為法學方法的首要課題⁶⁷，憲法學方法論自不例外，基本權釋義學的根基亦在此。

基本權規範之所由生與所以存，各有歷史源流及其積累而成的法文化，基本權的法認識須以特定的法秩序為範疇，儘管基本權的普世性一再被強調。例如美國憲法增修條文、德國威瑪憲法、德國基本法的基本權規定，各有不同（包括是否設有法律保留條款及其內容），基本權釋義乃至於圖像自亦受其影響⁶⁸。基本權認識論的

67 參見Fritz von Hippel於1964年出版的論文集：*Fritz von Hippel, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik: Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtserkenntnis*, 1964.（中譯：法理論與法釋義學：方法與法認識之研究）。問題批判，參見Alexander Somek, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems*, 1996, passim.

68 德國憲法學說在Grundrechtsdogmatik（基本權釋義學）之外，另有Grundrechtstheorie（基本權理論）概念，二者的主要區隔在於，後者嘗試跳脫特定的實定法秩序，建立一套全面性的基本權理論體系與適用原則。不過，此二者的界線並非涇渭分明，且基本權理論的研究者或多或少受到本國法秩序的影響。例如Robert Alexy的*Theorie der Grundrechte*（基本權之理論）一書主要是以德國基本法及德國聯邦憲法法院裁判為分析對象。該書英譯本的名稱A

首要課題，即基本權的實定法。從比較法的方法出發，須「由內而外」、「由下而上」，也就是先掌握本國規範，再以此為軸心往外拓延其他國家規範（不知本國法，無以作比較法）；先掌握內國法，再以此為基點向上提升區域法暨國際法（不知內國法，無以治國際法），前已述及，再次強調。

從憲法解釋的目的以論，核心問題是：系爭公權力之行使是否為憲法所不許；憲法是否容許公權力干預人民的自由，又繫於憲法自身所設定的控制規範與機制，其中與自由權之限制直接相關的是「法律保留」規定，也就是干預自由權之公權力首先必須滿足阻卻違憲的形式要求。「法律保留」作為基本權釋義的核心問題之一，其內涵與基本權實定法密切相關。美國憲法增修條文（權利憲章）係採「國會不得……」的規範模式，未設法律保留條款，一定程度影響到美國憲法權利問題的討論重心。

反觀我國憲法第23條規定：「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。」採「一般保留規範模式」，類似規定見於1946年德國巴伐利亞邦憲法第98條：「憲法保障之基本權利原則上不得限制。依法律之限制，於維護公共安全、道德、衛生及福祉所必要者，始得為之。⁶⁹」在此種不分權利種類之概括

THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS，顯示其只是「一個」或「一種」基本權理論。參見Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 5. Aufl., 1994.

69 原文如下：„Die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte dürfen grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. Einschränkungen durch Gesetz sind nur zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt es zwingend erfordern“. 一般認為我國憲法仿自德國威瑪憲法，實則不然。蓋威瑪憲法第2編「德國人之基本權利與基本義務」中並無如我國憲法第23條之概括法律保留條款，而係採各別規定模式，其中不乏無法律保留之基本權利。例如第142條規定：「藝術、學術及其講學是自由的。國家應予保護並維護之。」反觀制定於1947年的我國憲法與制定於1946年的巴伐利亞邦憲法存有諸多相似之處。例如第97條規定：「公務員行使公權力有責違反對第三人之職務

性法律保留規範下，各該自由權保護內涵之探究與界定似乎可以無分軒輊。然法律保留若採各別規定模式，甚至有無法律保留之自由權規定，例如德國基本法第4條之宗教自由及信念自由、第5條第3項之學術自由，則該等權利得否限制及有無法律保留之適用，即不得不逸脫基本自由權三層次的思維模式⁷⁰，進行更細緻有條的憲法續造。

與上開法律保留條款的規範態樣相連的是基本權的規範態樣。前述之「藝術自由」非憲法明文之自由權，究應歸入憲法第11條之表現自由，抑或透過憲法第22條構成另一獨立之自由權，有待憲法解釋。司法院歷來解釋中，涉有藝術自由之憲法爭議者，如司法院釋字第407號解釋（新聞局就猥褻出版品認定所為之函釋違憲？）、司法院釋字第617號解釋（刑法第235條違憲？），解釋中雖提及「猥褻之言論或出版品與藝術性、醫學性、教育性等之言論或出版品之區別，應就各該言論或出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之」等語，卻未由此提煉出「藝術自由」之觀念，多少亦受到基本權實定法的影響。

基本權的效力對象與範疇，是否只針對國家，抑或包括私人？所謂的「國家」，指所有的公權力，抑或僅針對立法者，與基本權的實定法之間有一定程度的關連。例如美國憲法增修條文（權利憲章）係採「國會不得……」的規範模式，多少侷限了基本權的效力對象與範圍，爰有「國家行為理論」的產生，用以處理私人間基本權衝突問題。相對而言，於我國憲法規定模式之下，基本權私人效力的開展，至少不必循「國家行為理論」的迂迴之道。

義務者，國家或該公務員所屬之公法人應對其後果負責。……」相當於我國憲法第24條。

⁷⁰ 參見本文「參、二」。

三、人性尊嚴作為一種基本權利

人的尊嚴保障乃是以人作為「主體」而予保障，則邏輯一貫的推論是，人的尊嚴保障為一種「主觀」權利的保障（尊嚴權）。換言之，人必須能夠護衛其自身的尊嚴，尊嚴保障始有意義。固然，人的尊嚴保障只是一種「根本性」的保障，然此點並不足以減損尊嚴作為獨立基本權的價值。蓋其可發揮「補餘」的功能，形成完整的人權保障體系⁷¹。人的尊嚴保障，在未能具體指摘特定基本權利受到侵犯時，備具意義，尤其是尊嚴保障可能是社會弱勢族群唯一賴以依恃的基本人權。不僅如此，在涉及憲法修改是否侵犯人的尊嚴而構成「違憲之憲法」的問題時，人的尊嚴保障作為一項獨立的基本權，更可彰顯其重要性。蓋憲法訴願的提起（人民聲請釋憲），須主張憲法所保障的「權利」受到侵害。設若人的尊嚴保障不是一項獨立的基本權，人民將無以提起憲法訴願以對抗修憲者。此外，從國家負有保護尊嚴的義務以言，亦可推導出請求國家保護個人尊嚴免於遭受第三人侵害的權利（尊嚴保護請求權），並且透過訴訟程序或憲法訴願貫徹之⁷²。

柒、反思：政治或法治孰輕？

一、基本權作為憲法的秩序理念

基本權作為一種主觀的權利主張與客觀的法規範，以之制衡來自政治力或社會力對個人權利的干預，並建立以人性尊嚴為核心價

71 參見 *Reinhold Zippelius*, in: *Dolzer/Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2004, Art. 1 Rn. 28.

72 詳見李建良，自由、平等、尊嚴——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，收於：人權思維的承與變：憲法理論與實踐（四），頁45以下（2010年）。

值的客觀法秩序理念⁷³，乃近代憲法國家之所由生⁷⁴與法文化成就之所在。

無可諱言，基本權的發展恆受政治力與社會力的影響。一如黑格爾的名言：聰明的人類從來就不夠聰明到足以吸取歷史的教訓，這正是歷史的教訓。回顧歷史，人類或經受迫害或淪為政治工具，政治宰制法學的鑿痕，斑斑可稽，留下的權力烙印與政治餘痛，遷延至今，仍難消退。但曾經感染過的政治病毒並沒有讓人類從此免疫，自由人權的基本理解與困境，依然是當前基本權法學的時興主題。時至今日，基本權解釋是否不過是另一種形式的政治決斷，而非純然的司法裁判；憲法法院是否不外是另一種型態的政治機構，而非司法機關？不能不冷靜深刻反省。

法學是一門規範科學，憲法學亦然。立法難盡周全、法旨猶待闡釋，事屬常有，憲法尤然。法律解釋者（尤其是釋憲者）必須在信守法規與膠柱字義之間，允厥執中，作出契合法治體系與法理思維，且能適應社會需要及實踐正義的憲法解釋。面對不可知的諸法世界，解釋者的使命是忠實的呈現立法者或制憲者的規範目的。司法院作為最高司法機關，其解釋具有最高性及拘束全國各機關及人民之效力⁷⁵，除任期外，原則上不受任何控制。憲法規範與解釋效力互為因果，憲法規範（尤其是基本權之直接效力）有賴釋憲機制的實踐；憲法解釋的權威效力則來自憲法的規範效力（憲法優位）。但憲法解釋權威性之建立與維護，唯賴方法有序、論證縝密的理由構成。

73 參見Tobias Gostomzyk, Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, JuS 2004, S. 949 (949 ff.).

74 參見Ernst-Wolfgang Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat, Nation, Europa, 1999, S. 127 (127 ff.).

75 司法院釋字第177號、第185號解釋。

二、基本權的時代性與法的精神

基本權法學要維護自身的存在，不為政治所役，不受權力干預，即不能不回頭思考法的終極目的。在法益權衡的天平上，個人尊嚴始終應該大於群體規範，相對來說，基本權法學的開展與實踐，則繫於受規範群體自身是否體認並堅信人權的基本價值。基本權作為一種憲法秩序理念，不僅只是反思歷史過往的體現，同時也為新時代打開無窮的創造可能性⁷⁶。法的內裝是什麼？自己的價值、還是別人的價值？想裝或不想裝？共同或差異、趨同或求異？人有七情六慾，始於出生、終於死亡。如果人的本性不會隨著時代而改變，那麼去人治的法之精神，會是什麼？

三、基本權法學者的任務與藝術

治大法，如烹小鮮。材料越多，手法越細，底味越醇。架空冥思、玄想清談，難免索然無味；魚龍混雜、積非成是，則必淪為醬缸。法條是材料，基本權釋義需要烹調大師。以憲法基本權為學術職志，必然要有本土的學術關懷，運用契合實務問題的研究取徑。法學思維的根本在個人，要從個人所在的群體，形成以人性尊嚴為中心的法律生活圈。法學者必須面對一系列無從逆料的問題，提出一點一滴的改革議論。法學研究要能和現實的社會互動，進行主客觀的「裡應外合」，方能應運蛻生出貼近社會需求、改變社會的法學思想，再轉化成具有規範意義的法制度與法秩序。

拉丁法諺：法乃至善與公平之藝術⁷⁷。如何理解「藝術」？法律之為藝術，自不同於美學上的藝術創作，而是法體系與法知識的建構。體系建構的能力來自知識與科學。體系與工具之間蘊含法學

⁷⁶ 參見Thomas Vesting, *Prozedurales Verfassungsverständnis und Grundwerte. Zur Wertejudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Dialektik* 1994, S. 65 (73).

⁷⁷ 拉丁原文：*ius est ars boni et aequi*；英譯：Law is the art of the good and the equitable；德譯：Das Recht ist die Kunst des Guten und Gerechten.

方法的內在構造。如何使法學教育的抽象理論與法律運用的實務面向相互連結，是一門藝術；從律師的觀點，如何運用生硬的法律條文，使法官作成有利於當事人的判決，也是一門藝術。藝術是一種行為表現，將抽象理念適用於（轉換成）具體生活，改變人的行為。法學是人類獨有的精神活動，不應為AI所取代。有確當的訓練，自然會產生純粹的美的作品。法律解釋藝術的成就，來自解釋者對於法律文字的透徹瞭解；通過法學的訓練，培養分析能力，正確掌握法律的條文、體系、規範目的；更重要的是，解釋者要有相當的語言表達能力，能夠組織思想與文字，由字成句、由句成段、由段成章，清暢通順地反映表達法旨。誠如von Savigny所言，法律解釋的目標是⁷⁸：儘可能地得出法的真意。此項成就可以經由不同的耙梳之道（in verschiedenen Graben）而達成，此不同之道，一則繫於解釋者的藝術（Kunst des Auslegers），另則取決於立法者的藝術（Kunst des Gesetzgebers），將較為允妥的法知識（Rechtskenntniss）形諸於法律；經由此種藝術儘可能地把法支配在手。此間存在著適切立法（treffliche Gesetzgebung）與適切解釋（treffliche Auslegung）之間的交互作用（Welchselwirkung），二者互為條件，共同成就。

法學方法的任務與目的，在於建立有序的法律解釋與秩然的體系建構，使法學成為一項有系統、客觀化的學科，法學思維與理論開展方不致紊亂紛雜、流於主觀。本文以基本權釋義學與憲法學方法論為主軸，依序探討法律解釋、憲法解釋、基本權解釋，期有助於憲法解釋學的理论開展與實踐。

⁷⁸ von Savigny (Fn. 30), S. 216.

參考文獻

1. 中文部分

Bernd Rüthers著，丁曉春、吳越譯（2013年），法理學，北京：法律出版社。[Rüthers, Bernd (1999), *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München: C. H. Beck.]

Roscoe Pound著，鄧正來譯（2004），法理學（第一卷），北京：中國政法大學。[Pound, Roscoe. 1959. *I Jurisprudence*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.]

Wolfgang Friedmann著，楊日然、耿雲卿、蘇永欽、焦興鎧、陳適庸譯（1984），法理學，臺北：司法周刊雜誌社。[Friedmann, Wolfgang. 1967. *Legal Theory*. New York, NY: Columbia University Press.]

王汎森（2014），權力的毛細管作用：清代的思想、學術與心態，修訂版，臺北：聯經。

王澤鑑（2014），民法總則，增訂新版，臺北：自版。

李建良（2010），自由、平等、尊嚴——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，收於：人權思維的承與變：憲法理論與實踐（四），頁1-62，臺北：新學林。

——（2016），代際正義的法律課題：導論，臺灣經濟預測與政策，46卷2期，頁209-242。

黃榮堅（2017），靈魂不歸法律管：給現代公民的第一堂法律思辨課，臺北：商周。

2. 外文部分

丸山長渡（1903），法理學，東京：博文館。

- Alexy, Robert (1994), *Theorie der Grundrechte* (1986), 5. Aufl., Berlin: Suhrkamp.
- Axer, Peter (2017), in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz*, 35. Edition, Stand: Lgf. 15.11.2017, München: C. H. Beck, Art. 14.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1999), *Begriff und Probleme des Verfassungsstaates*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat, Nation, Europa*, Berlin: Suhrkamp, S. 127-140.
- (2011), *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*, *Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in: Böckenförde/Gosewinkel (Hrsg.), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, S. 230-263.
- Bumke, Christian (2009), *Ausgestaltung von Grundrechten*, Heidelberg: Mohr Siebeck.
- Cusa, Nicolai de (1979), *De docta ignorantia, Liber primus*, Lateinisch-Deutsch (1440), 3. Aufl., übersetzt von Paul Wilper, Hamburg: Felix Meiner.
- Foucault, Michel. 2003. *Society Must Be Defended*, edited by Arnold I. Davidson, translated by David Macey. New York, NY: Picador.
- Gostomzyk, Tobias (2004), *Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee*, *JuS*, S. 949-954.
- von Hippel, Fritz (1964), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik: Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtserkenntnis*, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann.
- Kaufmann, Erich (1927), *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in: *VVDStRL* 3, Berlin: Walter de Gruyter, S. 2-24.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf (2017), *Grundrechte, Staatsrecht II* (1985), 33. Aufl., Berlin: C. F. Müller. [筆者按：本書初版作者為 Bodo Piroth/Bernhard Schlink，自 29 版起，由 Kingreen,

Thorsten/Poscher, Ralf 接手執筆。]

- Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.) (2012), Was weiß Dogmatik?, Heidelberg: Mohr Siebeck.
- Kulick, Andreas (2016), „Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung — Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW, S. 2236-2241.
- Larenz, Karl (1971), Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz, JuS, S. 449-455.
- (1991), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin: Springer.
- Luhmann, Niklas. 1990. The Autopoiesis of Social System. Pp. 1-20 in *Essays on Self-Reference*, New York, NY: Columbia University Press.
- (1992), Die Wissenschaft der Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp.
- Lüdemann, Jörn (2004), Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS, S. 27-30.
- Nawiasky, Hans (1927), Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3, Berlin: Walter de Gruyter, S. 25-43.
- Radbruch, Gustav (1964), Einführung in die Rechtsvergleichung, 11. Aufl., Stuttgart: K. F. Koehler.
- (1999), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 15: Rechtsvergleichende Schriften, bearb. von Scholler, Heidelberg: C. F. Müller.
- von Savigny, Friedrich Carl (1840), System des heutigen römischen Rechts, Bd. I., Berlin: Veit.
- Schröder, Jan (2012), Recht als Wissenschaft, Berlin: C. H. Beck.
- Somek, Alexander (1996), Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems, Baden-Baden: Nomos.

- Triepel, Heinrich (1927), Diskussionsbeitrag, in: Aussprache über die vorhergehenden Berichte, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3, Berlin: Walter de Gruyter, S. 43-62.
- Vesting, Thomas (1994), Prozedurales Verfassungsverständnis und Grundwerte. Zur Wertekonstruktion des Bundesverfassungsgerichts, Dialektik, S. 65-80.
- Voßkuhle, Andreas (2000), Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte. Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125, S. 177-201.
- Welker, Michael (2013), Juristische und theologische Dogmatik, in: Aarnio/Hoeren/Paulson/Schulte/Wyduckel (Hrsg.), Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts: Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 339-358.
- Wellman, Carl. 2016. *Constitutional Rights – What They Are and What They Ought to Be*. New York, NY: Springer.
- Zippelius, Reinhold (1976), Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen (1976), in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. II, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 108-124.
- (2004), in: Dolzer/Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg: C. F. Müller, Art. 1.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein (1996), Einführung in die Rechtsvergleichung (1969), 3. Aufl., Heidelberg: Mohr Siebeck.

The Doctrines of Constitutional Rights and the Legal Methodology of the Constitutional Law:

Fundamentals of the Legal Reasoning of
the Constitutional Rights

*Chien-Liang Lee**

Abstract

The main task of the legal methodology is to contribute the interpretation of law and to establish the legal system. The constitutional rights as a jurisprudence is no exception. Thereupon this paper deals with the topics of the legal doctrines of the constitutional rights and the constitutional methodology as follows: Firstly, it examines the problems of the terminology of the constitutional rights. Then it introduces the meaning of the doctrines of the constitutional rights. Subsequently it outlines the methods for the interpretation and evolution of the constitutional rights. In connection therewith this paper explores the relations between the hierarchy of legal norms, the constitutional institutions and constitutional doctrines. Finally, it makes some reflections about the functions of constitutional rights and the significances of jurisprudence for the rule of law.

KEYWORDS: constitutional rights, doctrine of constitutional law, legal methodology, interpretation of law, jurisprudence, hierarchy of legal norms.

* Distinguished Research Professor & Director, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.