

基本權利的憲法論辯*

—— 憲法解釋的限制與突破

葉俊榮**

摘 要

自由憲政主義在戰後的發展，帶動了司法違憲審查對基本權利論證的強化，卻也對權利的理解產生形式主義、權利本位及司法中心的隱憂。過度倚賴法院與文本在權利發展過程中的角色，反而忽略了政治部門及市民社會在特定政治社會脈絡下，對於基本權利的倡議動能與內涵形塑。隱含其中最大的關鍵課題是，在民主憲政體制下，對基本權利的根本理解。權利是否必須經過法院承認，又法院可否透過判決的改變收回權利的保障？

本文取徑於基本權利詮釋模式的探索，指出系統模式與融合模式的不足，並認為應以論辯模式作為理解基本權利的基礎。如此，將有望解脫憲法形式文本的框架，活化基本權利倡議推動的程序價值，並與社會意識認同及社會脈絡交織發展。在論辯模式下，法院本身將只是憲法基本權利論辯動態中的一環。不論是新權利的承認或否認，也不論是公共政策權利基礎的探尋，或者是公民單純的權利主張，這些論辯過程中所形成的權利理解，都會構成憲法基本權利的核心內涵。

* 投稿日：2023年12月27日。〔責任校對：顏家佑〕。
主題演說，葉俊榮，第十三屆憲法解釋之理論與實務研討會（2022年8月9日），中央研究院法律學研究所。本文的發表與寫作，先後獲得國立臺灣大學法律學研究所公法組呂學承及博士班周函諒同學在資料蒐集與分析上的協助，謹申謝忱。

** 國立臺灣大學講座教授、法律學院教授，jryeh@ntu.edu.tw。
穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/62511042.pdf>。



關鍵詞：基本權利、權利論辯、司法審查、市民社會、脈絡論證。

目次

開場	一、基本權利的生成與成型
壹、前言	二、基本權利的動態論辯：反 挫與發展
貳、基本權利的擴張與隱憂	伍、兩個案例：性工作權 v. 健 康權
一、基本權利的擴張	一、被搓掉的性工作權
二、基本權利的隱憂	二、健康權的不健康論證？
參、基本權利的論證與理解	三、反思司法承認基本權利的 必要性
一、基本權利的論證基礎	陸、結論
二、基本權利的理解：三種模式	
肆、論辯觀下基本權利的落地與 蒸發	

開場

憲法解釋之理論與實務研討會在憲法學界有重要的影響力，是討論憲法議題十分重要的平台。俊榮對中央研究院法律學研究所歷任所長與同仁的努力，在此表達感佩與謝意，今天能為研討會進行主題報告，倍感光榮。

我的報告主題固然是落在憲法的基本權利，但更聚焦在權利的憲法論辯。我想要取徑於憲法基本權利的承認與內涵建構，論述權利的「論辯」。從論辯的視角論述權利，必須先跳脫權利本位的思考，把基本權利納入整體的憲法架構來觀察，包含權力分立下各憲法機關，甚至是與市民社會之間的互動，我將這樣的視角稱為「全

憲法」(total constitution) 的思考¹。我預期這種分析基本權利的視角，不僅能提供權利論述的脈絡性基礎，同時也能對實務上的憲法解釋提供更動態、更整體性，以及更宏觀的視野，尤其是從基本權利的論述體認憲法變遷的作用，讓基本權利的討論，不會停留在司法解釋文字中所顯示權利的承認與否，或是內涵的起伏消長。

舉一個最具體的例子來說明基本權利的脈絡性意涵與動態演繹。過去美國聯邦最高法院透過 *Roe v. Wade* 一案判決，肯定墮胎權應該受到憲法保障，但最近卻又將該判決推翻，而被解讀為聯邦最高法院將墮胎權「收回」或「終止」²。然而，這一前一後的判決背後，值得思考的根本性問題是：墮胎權是否果真被法院所賦予？又該權利是否真的已經被同一個法院所收回或終止？或者換一個提問：法院可以單方面決定基本權利的承認或收回嗎？這些問題所涉及的除了個案是否能夠合法的從事墮胎之外，更涉及整個憲法理念與制度層面的問題。從基本權利的內涵與性質來看，特定權利的內容是否只能從法院的判決獲得？一個基本權利的賦予如果是由法院說了算，然而該權利已經獲得穩定的落地與實踐，法院仍然可以自行收回該權利，而無須考慮市民社會或其他憲法機關的意見？如果基本權利的賦予並不是法院可以單方面決定，當法院承認或不承認該權利受到憲法保障時，政治部門與人民會如何回應？對於法院自身的影響又是如何？

憲法法院所作出的解釋對於基本權利的形成與發展，固然具有一定程度的影響力，然而基本權利內涵的生成與發展絕非僅止於透過司法的憲法解釋。在民主憲政國家中，法院毋寧只是權力分立結

1 葉俊榮，論公民憲政主義下的臺灣防疫模式，臺大法學論叢，51卷4期，頁1549（2022年）。

2 See Adam Liptak, *In 6-to-3 Ruling, Supreme Court Ends Nearly 50 Years of Abortion Rights*, N.Y. TIMES (June 24, 2022), <https://www.nytimes.com/2022/06/24/us/roe-wade-overturned-supreme-court.html>.

構下的一環，對於基本權利的內涵與演變仍舊無法脫離現實的權利論辯脈絡。因此，憲法法院在面對涉及基本權利的案件時，不可能也不應該僅專注在基本權利抽象概念的邏輯推演，而應審慎評估基本權利的政治經濟社會基礎，尤其是對於其他政治部門或憲法機關，乃至於市民社會所造成的影響及利弊，並進一步考量政治部門及人民可能的後續回應，是否屬於法院所能夠承受的範圍。

壹、前言

美國聯邦最高法院在50年後推翻了*Roe v. Wade*一案判決，被認為是墮胎權的終結。然而，法院究竟是在充分衡量關於女性及胎兒基本權利之間的平衡、政治部門及公民社會的意見後作成決定，還是如同許多人權團體所擔心的，由於聯邦最高法院目前以保守派大法官佔多數，而獨斷地推翻過去的判決？若是後者，墮胎權是否可能只是一個例子，而陸續將有許多已經被承認的基本權利再次被推翻，則成為許多自由派學者心中的隱憂³。

對於引起社會紛擾，甚至是社會分裂的議題，法院對基本權利態度的轉彎，絕非單純權利內容的變動。除了影響人民的權利保障外，法院的態度轉變更影響權力部門間的互動平衡，甚至造成民主決策與課責內涵的波動。憲法法院必須意識到，憲法明文或不明文保障的基本權利，並非個別單獨存在，而是相互關連的整體，有必要對基本權利的內涵與外延，有整體的理解論述，如此才能作出合乎期待的決定。另一方面，基本權利的保障與消長，難道僅僅取決於憲法法院？憲法果真賦予憲法法院如此大的權力？從權利本身來

3 See, e.g., Cass R. Sunstein, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism* (Harv. Pub. L. Working Paper No. 22-14, 2022), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4145922.

看，究竟憲法上的權利是如何成形的？過去被承認的權利又是如何被「收回」？

近年來美國與日本分別發生重要的轉變，美國聯邦最高法院在 Amy Barrett 上任之後使得保守派陣營居於穩定優勢，也讓許多自由派學者擔心過去許多被視為保障基本權利的判決將可能被推翻，而 *Roe v. Wade* 正是一個重要指標。相對地，在太平洋彼岸的日本，前首相安倍晉三突然在助選演講現場遇刺身亡，再加上議會選舉後修憲派獲得超過三分之二的席次，在情感與政治現實上牽動日本和平憲法第9條是否真能修改的敏感神經。不過，這個具有高度爭議的重要議題，法院幾乎沒有著力的空間，只能視政治力量的走向而定。這兩個重要的發展，在美國顯示出由法院主導議題走向的趨勢，在日本則是由政治部門與人民作最終決定。然而，令許多人權倡議者及自由主義憲法學者憂心的是，無論是透過法院或是來自民意，都有可能造成自由民主人權的流失。

另一方面，法院或民意在基本權利的發展上，往往相互影響，甚至彼此協調互動。雖然自民主化後，司法與市民社會對於我國基本權利的發展都有相當的著力，有時候法院會選擇等待議題在公民社會討論成熟，才補上臨門一腳，如同水煮沸了鍋蓋才會掀起。又或者，法院也可能觀察社會情勢，評估人民對於基本權利倡議量能是否充足，以審慎回應權利問題⁴。若從此種動態觀點，重新檢視過去我國基本權利的論證路徑，可以看出基本權利的生成與發展，從來不是憲法法院透過司法判決的單方面決定，而是與政治部門及市民社會藉由相互論辯的方式，共同形塑基本權利的面貌。

4 有關謹慎回應的司法實踐，參閱：Jiunn-rong Yeh & Wen-Chen Chang, *The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison*, 59 AM. J. COMP. L. 805, 823-31 (2011); Jiunn-rong Yeh, *Presidential Politics and the Judicial Facilitation of Dialogue between Political Actors in New Asian Democracies: Comparing the South Korean and Taiwanese Experiences*, 8 INT'L J. CONST. L. 911, 944-48 (2010).

貳、基本權利的擴張與隱憂

基本權利，不論稱之為basic rights、fundamental rights或是constitutional rights，主要談論的都是憲法上所保障的權利，而與法律上的權利或利益不同。由於此種權利被認為擁有較高的規範位階，只要特定基本權利一旦獲得承認，即不因立法者修改法律而喪失或變動。因此，相較於透過遊說政治部門以落實基本權利的保障，人民莫不盡力向法院爭取基本權利的擴張與承認，希望藉由司法路徑，強化權利的保障。

從更寬廣的時間軸線去觀察憲法的發展，可以發現基本權利的內涵與作用，隨著時代演變而逐漸深化、擴張。從大憲章內含的王權限制（對貴族），到權利法案的權利浮現，再到美國憲法的明文規定，進一步演變成國際人權公約與憲法基本權利的匯流，都可以清楚看到基本權利的擴張與深化，但在發展路徑中也不斷衝撞整體憲法秩序，引發憲法理論上或政策現實上的張力與隱憂。

一、基本權利的擴張

基本權利的內涵與形貌，是人類社會長期發展演變的呈現。不論從憲法的文本結構，或是理論論證所得出基本權利的體系或臉譜，都脫離不了時間與空間演變的事實。當今人們所普遍認同的基本權利，往往是一個不斷爭取的過程，透過學理的論證主張、革命的爭取、社會發展的需求等等，才有憲法的明文羅列，以及現實社會的實踐。民主憲政的進展，包含二次大戰後對基本權利產生跳躍式的反省，使人權保障普遍化以及歐美人權文化的穩固，又再經歷第三波民主化之後的改變，擺脫威權專制的經驗，經濟、社會、政治結構大幅改變後，對基本權利的落實產生了極大的動力，激盪人權思潮的進展。

從憲法學者Jon Elster所提出的憲法的七波大變動中，第三波民主化確實是其中影響深遠的重要階段⁵，而臺灣更是經歷第三波民主化的深刻洗禮。特別是從比較憲法的觀點，在第二次世界大戰後伴隨的民主化浪潮下，許多經歷民主轉型的國家，紛紛透過憲法的制定或修改，擴大人權保障，許多國家更紛紛設立憲法法院或類似人權機制，強化人權的保障與實踐，包括歐洲、美洲等區域的人權法院，更結合人權公約的普遍化，發揮區域性的人權實踐，整體而言造就了基本權利的擴張⁶。

（一）自由權的深化

基本權利的擴張首先表現在自由權的深化。自美國《獨立宣言》及法國大革命以來提倡的人民自由權利，基本權利的內容隨著時間與空間的變遷，而有所成長。一種成長的方式是延伸既有基本權利的內涵，將保障的範圍擴大，以面對新興議題的挑戰。另一種方式則是直接承認新的自由權利，擴充憲法權利清單的內容。例如，大法官在司法院釋字第585號解釋以憲法第22條納入隱私權後，陸續透過解釋與判決將隱私權的內涵，從傳統的個人私密領域擴張到個人對於資訊的自主控制權⁷。

除了司法途徑之外，自由平等的深化也展現在各部門對於基本權利的態度與實踐。以國際實踐的角度，為了更進一步落實自由權利的保障，相關人權機制的設立與非政府組織的串聯，努力發揮督促人權保障的承諾。對應到我國，自由權利的深化也有多元層面的發展。例如，從國會對於社會補助預算的增加，可以看出憲法第15

5 See Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364 (1995).

6 See Miguel Schor, *Mapping Comparative Judicial Review*, 7 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 257 (2008).

7 司法院釋字第603號解釋及憲法法庭111年憲判字第13號判決參照。

條生存權內涵的充實⁸；又或者為了因應科技快速發展所帶來高度數位化的應用，近年整併設立數位發展部，藉以強化對政府部門及人民資訊安全的保障。

確實，隨著全球化的進程以及數位科技的發展，跨國企業或龐大的網路平台，已經以等同甚至超越政府的姿態，取得龐大的民眾資訊，更進而透過演算法的運用，發揮市場上的運用，對人民隱私與自主權利構成巨大的威脅。此外，隨著人工智慧科技的快速發展應用，憲法上自由權的保障以及人性尊嚴的維護，似乎也正面臨了另一空前的威脅。面對政府與面對經濟科技主導者的自由權，能否將二者等同適用，又必須作如何的調整，已經成為基本權利的新課題。

(二) 社會平權的崛起

不僅是自由權的深化，基本權利的擴張現象也產生出更多關於社會權利的主張，反應了平等權的實質。拜憲法第7條所保障的平等權（平等原則）之賜，使我國國民均受到基本權利的保障，並取得平等的地位，使得不同來源、身分與性格的個體泛眾（*multitude*），形成一個人民（*people*）⁹。此外，深化的過程，也包括經過威權的國家，透過對威權政治受難的反思，促成人權圖像的逐步浮現。亦即，平等的實現促成了更多社會人權的主張，縱使沒有紮實的左派傳統，但威權解體後，在平等原則的發揮下，促成了更多尊重弱勢、區域平衡，以及認同在地的主張論述，啟動了社會人權的發展。

8 民國90年的社會保障支出合計9,280億元，至民國109年已增為23,753億元。參考：行政院主計總處網站，https://www.dgbas.gov.tw/News_Content.aspx?n=3602&s=27495（最後瀏覽日：2023年12月25日）。

9 See CHAIHARK HAHM & SUNG HO KIM, MAKING WE THE PEOPLE: DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL FOUNDING IN POSTWAR JAPAN AND SOUTH KOREA 48-53 (2015).

若對應到近幾十年來各國憲法的發展，可以看到二次戰後許多國家對於社會經濟性權利更加重視，將相關權利納入內國憲法當中，即便不同國家對於個別社會經濟權利的重視程度並不盡相同¹⁰。不過可以肯定的是，如同過去自由權深化的路徑，社會性權利也逐漸有擴張的現象。

然而另一方面，社會人權的發展也逐漸產生「溢流」的現象¹¹。社會權利逐漸變成一種廉價的政治口號，人民越積極主張多元的社會權利，政治菁英也往往會更頻繁地宣示各種社會權利的保障，無論是透過立法或甚至修憲的方式，來換取選舉上的利益。這樣的現象使得高度政策導向的社會權利與傳統自由平等的理解與論述產生重合，形式上國家固然提高了對於社會權利的重視，卻也忽略了其背後涉及的政策思考。確實，從有關亞洲憲政主義的聚焦研究中，更能夠看出經濟社會權利相對於傳統的自由民主權利，具有更多的主張量能¹²。

（三）國際人權的匯流

憲法基本權利擴張的另一個動能是國際人權的發展，並與內國的權利規範產生匯流的現象。在制度建置上，隨著國際人權委員會、國際人權審查機制等逐漸完備，提升國際人權的保障。更值得注意的是，許多國家在權利清單的設計上不僅更頻繁地相互參考之外，法院也越來越常關注國際社群對於基本權利理解的現實情形¹³。

10 See Courtney Jung, Ran Hirschl & Evan Rosevear, *Economic and Social Rights in National Constitutions*, 62 AM. J. COMP. L. 1043 (2014).

11 關於制度功能的「溢流」概念，可參考：葉俊榮，國家責任的溢流：國家賠償法施行現況的檢討，臺大法學論叢，24卷2期，頁123-147（1995年）。

12 See WEN-CHEN CHANG, LI-ANN THIO, KEVIN YL TAN & JIUNN-RONG YEH, *CONSTITUTIONALISM IN ASIA: CASES AND MATERIALS* 943-45 (2014).

13 See Jiunn-rong Yeh & Wen-Chen Chang, *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*, 27 PENN ST. INT'L L. REV. 89, 91-98 (2008).

臺灣即便受制於特殊的國際地位，以制定公約施行法的方式，將國際人權規範引入，並自主導入國際人權施行審查，法院也引用或論述國際人權規範或他國司法判決，在我國基本權利發展的過程中，均扮演重要的角色¹⁴。例如，大法官在司法院釋字第803號解釋中，參考當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢（即公民與政治權利國際公約第27條），作成肯認原住民文化權之決定，即可知我國憲法法院透過憲法判決，將國際人權規範匯流於我國國內。此外，大法官在司法院釋字第748號解釋援用美國聯邦最高法院於 *Obergefell v. Hodges* 案的論述，肯認近年來精神科醫師及其他專家已承認性傾向為人類的正常性表現，且難以改變，則相當有全球司法匯流的跡象。

二、基本權利的隱憂

基本權利的發展固然值得肯認，但是不論係透過憲法明文列舉或透過憲法法院承認概括基本權，仍不免牽涉基本權利的論辯赤字，亦即「如何」論證出基本權利的內容，以及究竟「誰」有權決定基本權利的問題。

面對亞洲強人主張亞洲價值（Asian values）時，學理上也有看誰在說話（who is talking）的質疑¹⁵。這樣的思考，常淪為結果取向，尤其是從權利的承認與否做二分法的成敗論斷，卻因此忽略了基本權利發展、爭取的過程與價值。其實，基本權利的保障與否，就是國家與社會資源的配置，從市民社會彼此爭取資源，到行政機關透過行政行為、立法機關透過制定與修改法律，以及司法機關透

14 張文貞，憲法與國際人權法的匯流——兼論我國大法官解釋之實踐，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（上冊），頁223-272（2009年）。See Jiunn-rong Yeh & Wen-Chen Chang, *A Decade of Changing Constitutionalism in Taiwan: Transitional and Transnational Perspectives*, in CONSTITUTIONALISM IN ASIA IN THE EARLY TWENTY-FIRST CENTURY 141, 152-63 (Albert Chen ed., 2014).

15 Yeh & Chang, *supra* note 4, at 809-11.

過憲法判決決定應如何分配資源。如果以靜態的權利承認與否作為成敗的二分論斷，將影響爭取主張或論證基本權利的動能，甚至使權利主張的自由主義理想失去生命力，最後僅剩法院判決支撐，而陷入無法實質落實的窘境。這種承認與否二分法的思路，也因此具有形式主義、權利本位、司法中心三種層面的隱憂。

（一）形式主義

基本權利的隱憂來自形式主義，主要呈現在兩個面向：文本主義和機關功能論。所謂文本主義的基本權利觀點意指，當談到法律上或憲法上的權利保障，往往第一個反射動作是嘗試從規範文本著手，探尋是否有特定的法律或憲法條文（例如從憲法第7條到第22條），或甚至大法官解釋可以作為「請求權基礎」。一旦能夠找到直接的明文基礎，爭議即似乎塵埃落定，只剩下如何實施的問題。相反地，如果從規範文本仍然不能獲得權利主張的依據，再進一步透過其他可能的解釋方法，或甚至制定新規範來解決。換言之，對於基本權利的掌握時常優先取決於形式上規範條文是否已經有明確的保障。

另一個層面的形式主義可能產生在制度意義上，即所謂機關功能論的迷思¹⁶。在此種觀念下，相當程度著重於以制度的建置與否，作為權利保障的主要判斷標準，認為若能設立人權相關部門，代表國家確實認真對待權利。固然基本權利的擴張，帶動了諸如內國與國際人權委員會的設立，期待透過設置專責部門的方式，強化基本權利的保障。不過，機關功能論的形式主義風險在於，不應將人權相關機構與權利實踐劃上等號，人權機構也不是落實權利保障的萬靈丹，甚至交由專責部門的結果，反而可能削弱其他行動者關於基本權利的論辯與互動力道。

¹⁶ 葉俊榮，行政院組織改造的目標、原則及推動機制，國家政策季刊，1卷1期，頁4（2002年）。

(二) 權利本位

另一個基本權利的隱憂則是流於權利本位的思維模式。權利本位的思考往往僅關注在權利清單的內容擴充，時常將議題的視野侷限在「憲法是否應保障某權利」、「是否有憲法上權利受侵害」等狹隘範圍，過度強調基本權利在民主憲政秩序的角色，而忽視權利生成發展的憲法制度條件與脈絡基礎，造成基本權利作用的弱化與功能的減損。其實，基本權利的實現往往需要仰賴諸多條件，包含政治部門之間的相互合作，以及資源配置的相關制度，諸如預算程序、行政程序、政府運作與協調、決策過程等。忽視這些面向的結果，容易使基本權利的思考過於平面與廉價，認為只要能夠推論出某權利應受憲法保障的結論，就能夠解決既有的問題¹⁷。

若要避免權利本位的思考，在理解基本權利時，不應直接以憲法上應否保障該權利，作為評價議題是否獲得解決的標準，而應重視權利實現背後的權力互動及資源分配問題，並且觀察政治、經濟及社會脈絡的變遷，乃至於政治部門與市民社會對於權利議題的討論程度。也唯有如此，才能進一步思考過去被承認的權利於現今是否仍有保護的必要，或者尚未被承認的權利是否果真沒有被落實保障。唯有跳脫權利本位，才能真正直指問題核心，而非淪為對於基本權利的抽象概念推演或規範文義上的咬文嚼字。

(三) 司法中心

另一個基本權利的隱憂是司法中心，時常伴隨著權利本位而來。我國的釋憲機制自民主化以來，逐漸取得信任及量能，成為憲

¹⁷ 以環境權為例，我國過去在林園事件之後，公民團體與學界逐漸對於環境權的概念產生興趣，主張環境權應受憲法保障成為一種新興基本權利。然而，在缺乏考量環境權背後涉及的資源利用與分配，以及背後民主政治的運作，此種權利本位的思考顯然無法真正解決問題。參考：葉俊榮，憲法位階的環境權——從擁有環境到參與環境決策，收於：環境政策與法律，2版，頁1-33（2010年）。

法變遷的重要機制，然而若以釋憲的結果作為權利實現與否的唯一（或關鍵）指標，將影響法院的裁判取向與論證模式，形成司法至上（judicial supremacy）的負面結果¹⁸。憲法法院可能習慣性地採取強勢姿態，忽視權力部門之間的合作，認為權利的實現必須是法院說了算，從而容易在未考慮整體社會需求、行政機關與立法機關量能的情況下，片面對基本權利的種類或內涵表態。

另一方面，司法中心也可能阻礙公民社會對於權利議題的審議思辯，造成公民社會的萎縮。人民與政治部門面對權利議題，最後往往選擇坐等憲法法院的判決，照單全收法院的理由，從而無法持續激發人民的權利論辯。人民對於權利爭取的量能也可能因為過度司法仰賴，期待坐收司法的權利紅利，而逐漸消散。一旦憲法法院在裁判理由中承認某基本權利，即認為該權利已經實現，卻忽略公民團體透過非司法的途徑（如公聽會、聽證程序等）爭取權利、行政機關透過行政行為積極實現基本權利、立法機關透過立法實現基本權利的程序價值¹⁹。過度仰賴司法的結果，往往容易形成一種司法霸權（juristocracy），壓縮公民社會對於權利的論辯與奮鬥經營，認為權利不再需要透過民主政治的審議，只需要爭取到法院的一紙裁判即可²⁰。

若要避免司法中心的盲點，除了公民社會、憲法法院以外的其他機關不妄自菲薄，充分理解並認同自己在填充基本權利的內涵所

18 對於司法至上的批評，參考例如：MARK V. TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999); Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CALIF. L. REV. 1027 (2004).

19 Stuart Scheingold認為過度強調司法訴訟途徑而來的權利論述，容易忽視權利行動在政治場域中的功能。See STUART A. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE* (2d ed. 2004).

20 學者Paul Blokker所稱司法獨裁或司法霸權（juristocracy）的概念，即是來自於憲法解釋權的專業壟斷，而排斥市民社會參與憲法討論的結果。See PAUL BLOKKER, *NEW DEMOCRACIES IN CRISIS?: A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL STUDY OF THE CZECH REPUBLIC, HUNGARY, POLAND, ROMANIA AND SLOVAKIA* (2014).

扮演的角色外，憲法法院亦應理解，法院並非基本權利的唯一話語者，而是在公民憲政社會有一定的論辯量能後，順勢引導並作出判決，並將其發展過程敘明於判決理由書中，強化其判決作成的正當性，才能避免司法中心主義，錯誤評價法院對於整體社會變遷的主導性²¹。

參、基本權利的論證與理解

隨著社會的變遷，基本權利的清單與內涵逐漸擴充，新興基本權利亦隨之浮現。如何解釋這樣的權利演變與進展呢？這究竟是代表著憲法法院的勇氣與進步，政府機關的轉變與努力，或是公民社會的活躍與關注？或許此問題無非黑即白的標準答案，也可能受到國家社會的脈絡影響。然而，透過觀察基本權利的論證與理解方式，得窺其端倪。

一、基本權利的論證基礎

從規範的層面上，究竟基本權利從而何來，與基本權利的性質及內涵具有密切關聯。即便如我國憲法第22條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」然而，若單從文義來看，可以說是包山包海，無法良好地提供基本權利的論證基礎，或至少合理說明憲法保障自由權利的範圍究竟為何。釋憲實務上關於基本權利的論證基礎，主要來自三種不同的路徑：人性尊嚴、憲法結構及基本國策²²。

21 正如同學者Gerald Rosenberg所指出，法院往往無法有效促成重大的社會變遷。See GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 422 (2d ed. 2008).

22 在德國學說上，耶林內克（Georg Jellinek）從現代國家的本質出發，認既國家的統治乃對於個人的支配，則在國家承認人格的範圍內，國家自身亦受到限制，而必須賦予個人法律上的能力（權利）。因此其從不同的方向展開個人與

(一) 人性尊嚴：人性尊嚴為基本權的基礎

人性尊嚴可以說是我國釋憲實務常見論證基本權利的基礎來源。例如司法院釋字第603號解釋所稱「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障」²³（粗體為本文強調）。此種以人性尊嚴作為論證基礎的方式，大致上是將人性尊嚴連結到個人自主發展的重要性，以基本權利作為實現人格發展的工具。

值得注意的是，即便我國憲法在文義上並未明確提及人性尊嚴四個字，但從過去使用人性尊嚴作為權利基礎的解釋來看，似乎無礙於大法官傾向積極地作成違憲結論²⁴。然而，以此種方式論證基本權利，容易使人性尊嚴淪為空洞無力的理由，僅是一種「複製、貼上」的形式論證，難以具有足夠支撐基本權利內涵的正當性，更遑論進一步用來宣告由國會多數所通過的法律違憲。

(二) 憲法結構：從權利本質、保障需求、憲政角度論證基本權

除了人性尊嚴之外，釋憲實務也可能從憲法文本結構演繹、權利的本質及保障需求，或憲政秩序的角度推導出憲法上的基本權利：（1）從權利本質上，須與國民主權、人性尊嚴或一般人格權之保障息息相關者；（2）從權利的保障需求，除專為保障少數者，應

國家之間的地位設定理論，定義一系列之法律上重要「狀態」，並由此狀態推導出法律上請求權。惟其遭其他學說批評，其將人民與國家之間的關係形式化、抽象化、空間化，且該理論僅具「分析的特性」，無法由此論證、導出基本權利之內容。李建良，基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起（下），憲政時代，29卷2期，頁179-186（2003年）。

²³ 司法院釋字第603號解釋文。

²⁴ 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6-26（2010年）。

具普遍性；(3) 從憲政角度而言，若不予保障，有違自由民主憲政秩序與價值觀²⁵。最為典型的例子應屬司法院釋字第803號解釋，背後所涉爭議為原住民狩獵文化與野生動物保護的權衡。大法官在理由書中指出「身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢」²⁶。

若以該號解釋為例，對於少數族群的保障固然是當代民主憲政國家的重要任務之一，提高司法違憲審查的密度也具有少數族群代議補強的意涵。不過，從權利論證的角度，法院在創設專屬少數族群的新興基本權利時，也並非越多權利越好，仍須謹慎考量權利創設背後的政治社會脈絡及資源分配等問題。

(三) 基本國策：從基本國策的補充與回饋論證基本權

對於我國釋憲實務而言，基本國策也是主要的權利論證基礎。由於憲法基本國策的功能在於要求國家必須履行特定的義務，從而相對於人民而言，即有因此受到保護的可能性²⁷。例如，憲法法庭111年憲判字第4號判決面對原住民身分認同的議題，大法官即以憲法增修條文第10條第11項及第12項作為論證基礎，創設出原住民的身分認同權利，認為「另憲法增修條文第10條第11項及第12項規定保障原住民族多元文化、地位及其政治參與等……即原住民之地位較特殊，其身分原則上係依自我認同原則。是原住民之身分認同權應受憲法第22條規定高度保障，乃原住民特殊人格權利」²⁸。

25 李震山，憲法未列舉權保障之多元面貌——以憲法第二十二條為中心，收於：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，2版，頁39-45（2007年）。

26 司法院釋字第803號解釋理由書第19段參照。

27 林明昕，健康權——以「國家之保護義務」為中心，法學講座，32期，頁32-36（2005年）。

28 憲法法庭111年憲判字第4號判決理由第17段參照。

不同於前述兩種路徑，基本國策是憲法的明文規範，法院不需如同人性尊嚴一般訴諸高度抽象的概念，可以直接要求政治部門應有所作為，補充或回饋論證基本權利的內涵。然而，正是因為憲法已經有白紙黑字的明文，可能降低法院在權利論證上的動力，認為無須考量政治部門或市民社會的回應。

二、基本權利的理解：三種模式

在憲法法院論證憲法上基本權利的過程中，不僅可以分析出其論證的基礎，往往也反映出法院對於基本權利的理解模式，法院究竟是如何看待基本權利的角色與功能？歸納學理與實務論述上的內容，大致上可以區分為系統觀、融合觀及論辯觀三種不同的權利理解模式。其中，從論辯觀的角度，整合法院與政治部門及公民社會的互動關係，更能動態地掌握基本權利的脈絡及內涵。

（一）系統觀

如同民法學者將民法典視為一種可以獨自運作且自給自足的系統般，系統觀作為基本權利的理解方式之一，是將憲法中的各個章節視為一個獨立的系統，從而基本權利與政府體制二者涇渭分明，各有內部形成與整合的邏輯，也各自呈現其外在形貌²⁹。換言之，基本權利的內涵是一種抽象且超越制度的存在，無論政治部門的制度設計與實際運作如何，均不會改變基本權利的內涵。基本權利的發展，因而決定性地取決於權利清單的增減變化，對於基本權利的理解與主張，與政府體制或社會理解並沒有必然的關聯。

另一方面，在系統觀的視野下，每個基本權利彼此之間相互獨立，擁有各自的內涵，各有功能並各執令旗，形成權利隊形，用以保障人民的基本權利。對於系統觀論者而言，基本權利所形成的概

²⁹ 關於傳統基本權利的思維結構與方法，參考：李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83（1997年）。

念網絡，建構出憲法基本權利保障的範圍，足以辨識出何者屬於憲法所保障的基本權利。例如：憲法第13條所保障之宗教自由，其內涵為人民之宗教活動與信仰有關之生活領域等，與言論自由保護意見表達及資訊交流之功能即有所不同。如此雖看似得使各個基本權利的內涵較為確定，惟缺點係將權利過於形式化與單元化，形成割裂且僵固的權利譜系。

(二) 融合觀

與系統觀不同，融合觀不認為基本權利是一種封閉的系統，而是從整個憲法的角度去論述基本權利，將之與憲法其他的制度、觀念加以融合。一方面，在基本權利與政府體制的層次，其認權力分立僅是方法，基本權利的保障與實現才是目的，基本權利的論證必須時時考量政治部門基於保障權利所受的相互制衡與整合協調³⁰。另一方面，基本權利本身是一種目的也是一種手段，爭取某種權利的方式往往是另一種權利行使的過程。以美國的種族與性別平等為例，權利的實現正是透過一波又一波的社會運動，人民藉由一次又一次言論自由、集會結社自由的行使，逐漸引起整體社會及政府的重視。也因此，對於融合觀論者而言，在考慮某些特定權利（如少數族群的權利保障）的內涵時，容易與其他政治性權利（如政治參與的權利）綁在一起，理解為社會運動過程的一環³¹。

在基本權利內部的層次，各種權利之間容許有融合性的論述與發展。單項權利的名稱，只是看到權利的取徑與視角的功能性決定

30 類似地，基於美國聯邦最高法院近來推翻*Roe v. Wade*判決的反省，學者Cass Sunstein對於憲法基本權利的解釋方法，即相當程度呈現出融合觀的視角。由於目前以保守派為多數的聯邦最高法院，被認為將繼續對於人民基本權利的保障產生負面影響，然而對於Sunstein來說，多數意見所信奉的原意主義(originalism)並非憲法自身的誠命，相反地，一個正確的憲法解釋方法，尤其是對於基本權利而言，必須考慮可能對於其他制度及社會造成如何的影響。See CASS R. SUNSTEIN, HOW TO INTERPRET THE CONSTITUTION (2023).

31 See SCHEINGOLD, *supra* note 19, at 203-05.

罷了！各自由權透過比例原則與平等原則（權）互相串聯，彼此相互影響、折衝。然而，在融合觀之下的基本權利，仍然是靜態地理解基本權，也傾向由法院扮演權利型塑者的角色。以正當法律程序為例，美國憲法第五增補條款在文義上明確將正當法律程序依附在「生命、自由或財產」（life, liberty, or property）的用語上，因此對於系統觀論者而言，在理解正當法律程序時，不僅須正確界定「生命、自由或財產」三者各自的意涵範圍，更重要的是，若人民所主張的權益無法落入三者任一的範圍內，即無法享有正當法律程序的保障。然而，從融合觀的角度，對於正當法律程序的討論必須從憲法價值與精神整體觀察，「生命、自由或財產」並非僵硬區分的三個項目，也沒有當然排除其他基本權利受到正當法律程序保障的可能性，具有與該三者同等重要的基本權利，均應可能涵蓋在「生命、自由或財產」這個整體概念之內³²。

（三）論辯觀

相對於系統觀與融合觀，論辯觀採取更動態與脈絡的觀念詮釋權利的存在、內涵及演變。除了與融合觀一般，認為憲法文本本身應互相影響外，更重要的是，強調基本權利的理解是一個動態的過程，而非靜態地定於憲法的修改或法院的判決³³。基本權利的內涵沒有一定的終點，觀察的重點並非著重在基本權利的本身，而是基本權利論辯的程序、實證，觀察現實發生了什麼（何等事件引發基本權利的反思）、公民社會與憲法機關意念是如何彼此交匯的，並

32 美國行政法學者K.C. Davis即採取後者的融合觀點。關於正當法律程序保障範圍的不同論點，參考：葉俊榮，環境行政的正當法律程序，頁66-68（1997年）。

33 學者湯德宗的「權力分立動態平衡」理論即是類似觀點，認為司法判決並非固定且靜態，而是處於一種動態平衡過程。然而，該理論強調的是司法違憲審查的過程中，法院與其他憲法機關之間的互動關係，不同於本文論辯觀亦包含市民憲政主義下市民社會的憲法角色。參考：湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據——違憲審查正當性理論初探，憲政時代，26卷2期，頁18-20（2000年）。

掌握權利背後的社會脈絡時空結構，以及利益衡量後反應，而非單純的文本解釋或制度建制。

基本權利在憲法上並非單獨而存在，而是整體憲法的核心內容，理應從整體憲法的角度去主張推動，也就是必須採取所謂「全憲法」的理解。從基本權利本身的內涵論辯而言，除了從比例原則觀察個案中基本權利的內涵與實踐外，亦應以平等原則比較其與其他案件中的保障程度，還有是否已踐行足夠的正當法律程序。從基本權利的外延論辯而言，應從憲法權力部門的互動制衡與對話中觀察，包括基本權利內涵的改變，將對憲法機關彼此間的權力平衡造成何等影響，又公民社會如何反應，甚至國際互動的影響。法院是否承認某種權利，並不是單純的憲法「發現」，更是個十足的論證與決策問題，必須放進去國家發展的動態，以及權力分立的架構看，更必須做合理性與正當性的考量。更進一步地，不論是法院內或法院外的權利論證，都應善盡權利論述與思辯。法院承認某種權利或對權利的內涵有何主張，都必須超越權利主張的權力或動機，善盡到位的論證與說理。公民社會主張權利也必須說理論述，政府機關崇尚權利必須論述，法院承認權利或落實權利也必須充分論證說理。權利的論證，乃是基本權利主張的核心，從論辯觀的角度看，甚至可以更直接地說：論辯本身就是權利的核心。

因此，從憲法法院的立場觀之，為了讓權利能落實，憲法法院應為二件事：一、對新承認權利的實際推進狀況有所瞭解與論證，始取得決定權利定位或內涵的正當性；二、不論實際推進狀況到何程度，憲法法院均要對何以明白承認此一權利，做出合理的論述，不作好高騖遠或不切實際的發明家或頒獎者，更必須持續接受檢證、論述與變遷。

以隱私權為例，固然大法官透過憲法解釋賦予了一定的內涵，如司法院釋字第585號解釋所稱「保障個人生活秘密空間免於他人

侵擾及個人資料之自主控制」，然而，隱私權作為一種具有濃厚空間意涵與身體感知的權利，個人所擁有的空間必然會與他人產生互動，從而對於隱私權的理解也必須放置於社會整體的發展脈絡，隨著社會對於空間與身體的理解與期待，持續辯證中³⁴。因此，從論辯觀來理解隱私權的內涵，一方面其權利內涵不再只是固定不變的抽象概念，必須對應到現實脈絡加以調整，更重要的是，此種意義下的隱私權具有回應社會變遷的意涵。

肆、論辯觀下基本權利的落地與蒸發

不論是於個案中人民透過司法救濟程序的爭取，或是國際人權的匯流，基本權利仍須具備本土化、脈絡化的過程，而憲政機關或公民社會也逐漸具備保障該基本權利的意識，進而促使基本權利逐漸落地生根發展。相對地，受到承認的基本權利可能因缺乏社會論辯基礎，而失去生命力，或因社會變遷而不再重要，抑或與市民社會的主流意見不同而遭到反挫，都將使原已落地的基本權利逐步蒸發消散。

一、基本權利的生成與成型

若從論辯觀理解基本權利，則會發現基本權利的落地與蒸發，絕非取決於法院的立場與文字。以美國墮胎權的爭議為例，墮胎權並非由聯邦最高法院所承認而落地，而是透過各憲法部門與公民社會不斷論辯、推動、折衝所形成。相同地，我國憲法法院所承認的概括基本權亦非僅由憲法法院承認而落地，也是透過公民社會不斷論辯、立法機關與行政機關的折衝，甚至產生爭議後，始由憲法法

³⁴ 葉俊榮，探尋隱私權的空間意涵——大法官對基本權利的脈絡論證，中研院法學期刊，18期，頁21-23（2016年）。

院作成解釋或判決³⁵。然而，概括基本權的承認並非多多益善，仍必須謹慎為之。

(一) 憲法法院透過憲法解釋承認基本權利

司法違憲審查是最容易高調建立基本權利的場域。憲法法院在解釋文或判決中，只需要說出「XXX權或XXX自由，為重要之基本權利，應受憲法第22條之保障」，好似就建立了一個新的基本權利。我國過去透過憲法解釋建立的基本權利如：結婚自由³⁶、性自主權³⁷、隱私權³⁸、獲知血統來源之權利³⁹、家庭權⁴⁰、健康權⁴¹、原住民個別文化權⁴²、原住民身分認同權⁴³等等。然而，若仔細分析憲法法院對於這些基本權利的理解與論證，便能發現其論證的強度有所不同。

從論辯觀的角度看法院承認的基本權利，便必須追究司法的權利論證。法院應避免過於簡略、武斷的低度論證，從「全憲法」的觀點，不僅應考量基本權利本身所處的現實脈絡，以及法院判決對於政治部門與市民社會的影響，亦即應採取高度論證的方式。可惜的是，即令有這麼多新的權利被法院承認，但鮮少出現具有高度論證品質的憲法解釋或判決。為了分析的方便，我們將法院基本權利論證，依其論證內涵，分為低度、中度與高度論證。

35 詳細可參考：葉俊榮，憲法權利的剝奪與落實——市民憲政主義的權利論證，收於：虞平編，法治流變及制度構建：兩岸法律四十年之發展——孔傑榮教授九秩壽辰祝壽文集，頁230-245（2020年）。

36 司法院釋字第362號解釋參照。

37 司法院釋字第554號解釋參照。

38 司法院釋字第585號解釋參照。

39 司法院釋字第587號解釋參照。

40 司法院釋字第712號解釋參照。

41 司法院釋字第767號解釋參照。

42 司法院釋字第803號解釋參照。

43 憲法法庭111年憲判字第4號判決參照。

1. 低度論證

所謂低度論證，指的是憲法法院單純宣告某基本權利應受憲法保障，無論是以人性尊嚴、基本國策或憲法第22條作為媒介，然而幾乎沒有任何論證過程，或僅概括地指出該權利「與個人主體性、人格發展、人性尊嚴密切相關」。在此種論證強度下，法院基本上並未實質說明該基本權利的重要性，以及為何應有受到憲法保障的必要，而僅是結論式地承認新的基本權利。

例如：司法院釋字第554號及第791號解釋認為性行為自由與個人人格有不可分離的關係，而受憲法第22條保障，卻未實質說明為何該權利有受憲法保障的重要性或必要性。類似地，司法院釋字第362號解釋僅以憲法第22條保障結婚自由，並未說明為何結婚自由應受憲法所保障。

2. 中度論證

相較於低度論證，若憲法法院已有提出實質的論理，以說明該基本權利的功能內涵與重要性，而應為憲法所保障，則可稱之為中度論證。在中度論證下，法院必須進一步建構出該基本權利的內涵與功能，而非僅結論式地宣稱新權利。

例如：司法院釋字第585號及第603號解釋認為隱私權雖非憲法明文列舉的權利，然而基於人性尊嚴與個人主體性的維護及人格發展的完整，並保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料的自主控制，隱私權乃為不可或缺的基本權利，而受憲法第22條所保障。在這段理由中，法院已經指出隱私權的內涵與功能正是在於「保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制」，所以應該受到憲法第22條所保障。

3. 高度論證

所謂高度論證，也是本文認為憲法法院在承認新的基本權利時，原則上應該採取的論證強度。法院除了必須實質地說明該基本權利的功能與重要性外，也應該充分考慮憲法解釋對於政治部門及市民社會造成的影響，並反思其自身對憲法變遷的定位後，才作成決定。亦即，法院必須善盡論述的責任，以上述論辯觀的思維作出憲法上的重要決定，而非只是在憲法中「發現」了該權利。

從這個角度來檢視，司法院釋字第748號解釋應可認為是最接近高度論證的憲法解釋。大法官於該號解釋理由書中，並未倉促進入同性婚姻所涉及的基本權利問題，反而首先交代聲請人於民國75年間向立法院提出請願，使同性婚姻議題得以在立法過程中進行討論，即便當時仍未能完成相關立法，大法官卻已明確指出聲請人「向立法、行政、司法權責機關爭取同性婚姻權，已逾30年」⁴⁴。這段論述具有兩個重要的功能。首先，大法官透過立法程序長年未能完成同性婚姻的保障下，蘊含司法部門基於「代議性補強」的介入正當性。更重要的是，從論辯觀的角度，大法官嘗試連結同性婚姻議題與我國的現實政治運作。另一方面，在基本權利內涵的論證上，該號解釋也已經注意到同性婚姻的承認對於社會整體的穩定性有益而無害，既無礙於異性婚姻原先所受到的保障，並且「更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石」⁴⁵。

不過較為可惜的是，該號解釋的理由論證仍有所不足。大法官對於同性婚姻議題的發展著重在立法程序，然而對於同志族群處於孤立隔絕的少數狀態，以及市民社會對此議題長期醞釀及討論的面向，幾乎沒有太多著墨。以至於該號解釋所稱同性婚姻自由的重要

44 司法院釋字第748號解釋理由書第8至9段參照。

45 司法院釋字第748號解釋理由書第13段參照。

性，仍多停留在抽象理論層次上，而非對應到真正現實脈絡下的重要性。

（二）司法基本權的脈絡影響

在基本權利生成與成型的過程中，從前述論辯觀的角度，憲法法院對於基本權利的論述不應只是透過抽象的概念推演與範圍界定，而是將法院自身置於現實脈絡中，考量法院與政治部門及市民社會彼此之間的互動關係。如同學者Martin Shapiro所主張，法院其實是政治程序的一環，無法脫離所處的政治系統而獨立存在，也因此司法對於基本權利的論述與理解，必然會受到所處脈絡的影響⁴⁶。固然法院可以選擇繼續秉持系統觀的思維，認為憲法所保障的權利都有各自本質固定的內涵，且司法所理解的權利內涵即是其他部門的最高指導原則，應被確實地遵守與貫徹。然而，若要真正實踐本文所建議論辯觀的權利論證，法院即無可避免地必須正視來自於現實脈絡的影響，認真對待政治部門與市民社會。

事實上，我國基本權利的發展，從來不是執掌憲法解釋的大法官一錘即定音。自民主化以來，對於憲法基本權利的論述與建構，大致上可以指出三條主要路徑：司法解釋、憲政改革及市民社會⁴⁷。這三條路徑彼此並非平行線，而是相互交織，各自形成作用力與反作用力。司法對於基本權利的形塑只是其中的一環，不應被視為基本權利的開始，當然也不會是基本權利的終結。即便法院的功能自民主化後越趨穩定且積極，在對於基本權利的論證上，司法路徑仍無法單獨發展，更無法排除三條路徑交互作用所形成的支持網絡。

若從更為宏觀的視角來看上述三條基本權利的發展路徑，彼此之間的交織互動情形，可以大致看出司法基本權如何受到所處脈絡

46 See MARTIN M. SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS (1981).

47 葉俊榮（註35），頁233-240。

的影響。一方面，由於過去在憲政改革的層次上，政治菁英對於憲法基本權利清單的不重視，使得人民主張基本權利的戰場一部分往憲法法院溢流。再加上公民團體的逐漸活躍，更頻繁地將權利議題帶進法院，使得大法官必須思考是否應透過司法解釋，擴張憲法基本權利的內容⁴⁸。因此，法院在解釋基本權利的過程，也正是在回應自民主化以來人民對於權利保障的需求。另一方面，憲法法院也可能在等待或評估公民社會對於特定基本權利議題的討論程度，決定是否作成相關裁判。一個鮮明的例子是，面對我國對於死刑議題的現況，即便死刑相關案件已經進入憲法法院多年，公民團體對該議題也曾有討論，然而大法官尚未就此問題表示具體明確的立場⁴⁹。

(三) 公民憲政主義下基本權利的演變

從整體憲政秩序的角度看基本權利，則任何基本權利的承認，並非只是形式上權利清單的增加，而是憲法關於基本權利政策內涵的改變。因此，在權利改變的過程中，法院只是形塑政策內涵的一環，而人民的角色往往無可或缺⁵⁰。從公民憲政主義的觀點，市民社會甚至可能成為主導權利內容形成與走向的關鍵角色。一方面，人民自發性地帶動基本權利的討論，許多情形未必需要透過司法途徑，而是透過一次又一次的抗爭或社會運動，型塑整體社會對於基本權利的理解。我國自民主化以後，高度展現出在公民憲政主義下，

48 葉俊榮(註35)，頁234-238。

49 模擬憲法法庭曾於2015年就死刑議題進行言詞辯論程序，邀請公民團體、學界、律師公會代表擔任大法官，參與該議題的討論，具有指標意義。最後判決結果，9位大法官以5比4的票數宣告死刑違憲，卻也凸顯出死刑議題的高度分歧。參考：模擬憲法法庭網站，<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/%E6%9C%80%E6%96%B0%E6%B6%88%E6%81%AF> (最後瀏覽日：2023年12月25日)。

50 See Jiunn-rong Yeh, *Marching towards Civic Constitutionalism with Sunflowers*, 45 HONG KONG L.J. 315, 325-28 (2015). 關於公民社會對於憲法內涵形塑的影響，參考：JOHN E. FINN, *PEOPLING THE CONSTITUTION* (2014); ELIZABETH BEAUMONT, *THE CIVIC CONSTITUTION: CIVIC VISIONS AND STRUGGLES IN THE PATH TOWARD CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* (2014).

基本權利的演變過程，從1991年發生的清大廖偉程事件，促成後續《刑法》第100條的修正及《懲治叛亂條例》的廢除，到近年來公民團體倡議的「18歲公民權」議題，人民不斷藉由蓬勃的社會運動以及集會結社，無論是否獲得結果，都不可否認地形成權利論辯的公共場域⁵¹。

更重要的是，法院固然是公民權利主張論證的重要場域，然而法院對於基本權利議題的處理，往往都是先前公民團體對於整體議題的討論與消化後，進而將案件帶進法院的結果⁵²。換言之，法院權利論證的背後時常已經有漫長反覆的社會論辯，從而法院的判決可以被理解是對於人民權利圖像的回應，並非只是單純法院的意念或行動。

例如：在公民憲政主義的理念下，如果覺得當前法令與社會氛圍對性工作者非常不友善，在憲法法院採取由政治部門解決的作法後，相關人士與團體並不放棄或停止論證，以公民行動說服社會擺脫虛假現況，主張承認性工作的工作自由，並納入合理的管制，使憲法的理論在這個意義下發揮社會改造的作用。事實上，我國在性相關的議題上，仍有許多社會可以反省論辯之處，而通姦除罪化，也是其中一項重要的發展，並沒有因為憲法法院作出解釋就完全結束，仍有許多權利論辯的空間（例如除罪化是否真的會造成通姦的比例上升，或是否亦應否認配偶對通姦者的民事賠償請求權等等問題）。

二、基本權利的動態論辯：反挫與發展

在基本權利的動態論辯下，法院作為一種政治行動者，對於基本權利的理解與論述不僅應與現實脈絡息息相關，更必須考慮後續

51 葉俊榮（註35），頁230-245。

52 See Yeh, *supra* note 50, at 328.

可能的發展或反控。從現實的角度來看，基本權利在法院的發展過程中，本來就不是一成不變的，因為權利的內涵與實現，並不會固定在法院的卷宗裡。甚至，在民主憲政體制的運作下，經由法院而來的基本權利可能遭受來自政治部門及市民社會的反控，即令今日仍然是動態的發生⁵³。換言之，當基本權利的議題被帶進法院後，其他的政治行動者並不會從此沉默，坐等法院作出判決後即毫無異議地執行判決結果，而是與法院持續不斷地進行動態論辯與互動。在民主憲政的機制下，權利會不斷論辯演繹，法院固然有機會參與其中，但立法機關、行政機關，尤其是公民社會對權利內涵的體認，往往是最後的關鍵。

司法院釋字第748號解釋的議題背景與後續發展，可以說相當完整地呈現出基本權利的動態論辯過程。在憲法法院確同性婚姻自由之後，公民社會仍舊啟動後續的公民投票行動，試圖與法院的決定互動，並於立法動態中求取折衝平衡。在大法官作成解釋後，人民對於同性婚姻是否應該受憲法保障，以及如何保障，依然有許多的討論，並且以公民投票作為形成共識的方式。另一方面，國會也著手因應憲法法院的判決結果，以及人民的政策決定，於2019年5月通過施行《司法院釋字第七四八號解釋施行法》，希望能夠權衡社會對於該議題的分歧⁵⁴。

如果我們正視權利政治的內涵，看出基本權利背後的動態發展，從權利議題的生成到對於法院判決的後續反控，即能夠擺脫司法中心的思考，發覺正是整體民主憲政機制在帶動權利議題的發展，而非法院獨立完成。若以籃球作為比喻，從空中掉下來的權

53 以美國墮胎權的發展為例，參考：See ROSENBERG, *supra* note 21, at 185-95.

54 關於我國同性婚姻議題的動態發展過程，參考：蘇子喬，違憲審查、公民投票與國會立法之間的角力與折衝：我國同性婚姻合法化的歷程，行政暨政策學報，74期，頁1-34（2022年）；官曉薇，婚姻平權與法律動員——釋字第748號解釋前之立法與訴訟行動，臺灣民主季刊，16卷1期，頁1-44（2019年）。

利，公民究竟是否應該接住，又或是讓法院擔任接球者，甚至進攻籃框，背後都可能有不同的意義或策略考量。其中，時間也常常扮演重要角色，權利的動態發展需要時間醞釀，才能讓權利更穩固的扎根在憲政民主的日常運作中。

伍、兩個案例：性工作權 v. 健康權

法院在理解或進一步承認權利的過程中，必須從「全憲法」的角度，看出權利的動態發展，謹慎思考法院的裁判與其他憲法機關及公民社會之間的互動關係。然而，在現實上，法院往往在論述不足的情況下，錯失好好討論基本權利議題的機會，以至於不僅理由無法取得說服力與正當性，甚至在後續權利發展的過程中，未必有正面的助益。

將司法院釋字第666號及第785號解釋做深度檢視與分析比較，便能看出大法官分別面對是否承認新的權利時，未能充分論述性工作權及健康權，造成人民自由權利落空的期待。一方面，司法院釋字第666號解釋不願直接面對性工作權的議題，迴避背後涉及管制與去管制之間的選擇，而是以形式化的平等權問題回應，模糊了真正的焦點。另一方面，大法官在司法院釋字第785號解釋創設出健康權的概念，表面上看似人民獲得了新的基本權利，然而卻是對健康權的不健康論證，使得被承認的權利難以被落實。

一、被搓掉的性工作權

在司法院釋字第666號解釋中，大法官雖然審查的規範是社會秩序維護法第80條第1項第1款就「意圖得利與人姦、宿者」處以罰鍰的規定，認為違反憲法第7條平等原則，並定期失效為兩年⁵⁵。

⁵⁵ 司法院釋字第666號解釋文參照。

單純就結論來看，該號解釋宣告國會的法律違憲，似乎是一號積極保障人民權利的解釋，然而從權利論證的角度，大法官僅關注在平等原則的概念操作，卻硬生生搓掉了人民的性工作權。更糟的是，在該號解釋作成之後，人民始終沒有享受到大法官嘗試帶來的權利保障。

確實，若以形式邏輯來看，社會秩序維護法第80條第1項第1款的處罰對象僅限於「娼」（意圖收取金錢而與人姦、宿）而非「嫖」（意圖與人姦、宿而支付金錢），因此大法官選擇以憲法第7條作為權利基礎，相當符合形式邏輯，違憲的理由也無需太多篇幅。然而，社會秩序維護法背後所蘊含的正是人民是否享有性工作權的問題，或者換個角度，國家對於性工作管制程度的選擇。在這層意義下，司法院釋字第666號解釋採取平等原則的路徑無法真正回應議題，大法官僅說出不能只罰娼而不罰嫖，卻迴避了究竟「娼嫖皆應罰」或是「娼嫖皆不應罰」的關鍵問題，讓性工作權的論證又溢流回政治部門與人民。順著大法官形式邏輯的結果，我國對於性工作議題也因而遲遲沒有正確的管制思維。事實上，由於國會最後選擇「原則上娼嫖皆罰，僅於性交易專區內不罰」的方式，將專區的設立權限交由地方政府，然而礙於現實的政治壓力，地方政府始終未能設立專區，造成實質上娼嫖全面受罰的結果⁵⁶。

對於該號解釋的演變，固然某種程度是一種後見之明，然而，回到論辯觀的角度，大法官終究沒有正視性工作權的問題，無論動機如何，對於應論證的權利而未善盡論證的責任，忽視性工作者在我國現實脈絡下的處境，以及政治部門與市民社會對於性工作議題的態度。

⁵⁶ 吳佳樺，難以置信的真相——論釋字第666號解釋與社會變遷，臺北大學法學論叢，84期，頁71（2012年）。

二、健康權的不健康論證？

相對於大法官在司法院釋字第666號解釋中的權利論證，司法院釋字第785號解釋則是另一個鮮明的對照。在該號解釋中，大法官積極承認了憲法上的健康權，並認為公務員服務法第11條第2項規定未設定合理時數上限，違反憲法保障的健康權。在權利論證的基礎上，大法官再次藉由憲法第22條的路徑擴張了權利清單的項目，並且以具有高度理想性的健康權為對象，看似不需太多成本又高尚。然而從論辯觀的角度，該號解釋所呈現的卻是一次「不健康」的論證。大法官對於權利的論證不足，將可能過度壓縮政治部門的決策空間，甚至造成基本權功能的稀釋，使權利無法落實。

該號解釋的理由書對於健康權的論述相當簡短，僅結論式地喊出「人民之健康權，為憲法第22條所保障之基本權利……憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理及心理機能之完整性，不受任意侵害」，甚至更進一步要求國家對於健康權要有最低限度的保障⁵⁷。然而，健康權的實現不同於傳統的自由權利，背後涉及高度的管制政策及資源分配問題，如同環境權主張所面臨實體意義上的困境，健康權的承認也必須經過高度的論證⁵⁸。另一方面，由於健康權的內涵過於模糊、籠統，涉及的面向相當廣泛，大法官忽視了將此種權利轉化為現實政策的可行性，使得該號解釋所設定最低限度的保障，也無法確實納入政治部門的決策中⁵⁹。

三、反思司法承認基本權利的必要性

從上面兩號解釋的例子，值得進一步思考的問題是：難道司法院釋字第666號解釋沒有承認性工作權，因此我國人民就沒有性工

57 司法院釋字第785號解釋理由書第9段參照。

58 對於傳統環境權理論的檢討，參考：葉俊榮（註17），頁16-29。

59 類似觀點：李震山，憲法未列舉之「健康權」入憲論理——以司法院釋字第785號解釋為中心，月旦實務選評，1卷1期，頁131（2021年）。

作的權利？相反地，因為司法院釋字第785號解釋創設出健康權，人民才開始享有健康權？若提升到憲法制度的層次，一個更根本的問題是：法院在基本權利成形與發展的過程中，扮演了如何的角色？或者換個角度，究竟司法權承認基本權利的必要性與正當性何在？

從權利本位與司法中心的觀點，會認為法院透過判決承認基本權利有其必要性，主張司法相較於政治部門具有對抗短期政治利益的特性，可以將憲法上的基本權利加以固定，並且透過解釋充實權利的內容。然而此種觀點一方面低估了法院作為政治行動者，所受到所處政治及社會脈絡的影響，更誤會了基本權利的生成與發展往往不是法院的單方面決定，尤其是在我國發展出公民憲政主義的脈絡下，法院時常接住的是來自於公民社會的傳球。

因此，本文希望對於傳統以司法為中心看待基本權利的理解方式，提出根本性的反思，但也無意隨同Mark Tushnet在TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS一書中提倡的基進路線，而前述的論辯觀正是本文試圖強調權利脈絡的同時，仍然賦予法院一定的功能。特別是在我國的憲政脈絡下，釋憲機制確實扮演了重要的角色。論辯觀所關注的不在於特定基本權利是否被承認，或是應該由誰來承認基本權利，而是權利如何透過反覆的論證被實現或剝奪，以及法院（甚至是政治部門與市民社會）在主張特定基本權利應受憲法保障時，究竟考量了多少現實脈絡。

陸、結論

憲法法院雖然在基本權利的實踐中，發揮一定程度的功能，然而基本權利的生成與發展絕非僅止於透過司法的憲法解釋。確實，基本權利與司法違憲審查的功能在過去的幾十年逐漸強化，然而卻

也帶來形式主義、權利本位與司法中心的隱憂，過度強調法院在權利發展過程中的角色，忽略了政治部門及市民社會在特定政治社會脈絡下，對於基本權利內涵的形塑。

基於這樣的反思，本文提出「論辯觀」的權利理解模式，試圖與傳統的研究方法進行對話，主張憲法法院在面對基本權利的案件時，不應僅專注在基本權利抽象概念的邏輯推演，而應從「全憲法」的角度，審慎評估基本權利的政治經濟社會基礎，以及對於政治部門與市民社會所造成的影響。尤其是在我國公民憲政主義的脈絡下，市民社會對於法院理解權利的影響，具有高度的動態性，法院往往只是整個權利發展的一環。最後本文分析檢視兩則憲法解釋背後的權利論證，指出大法官對於基本權利的論證缺失與造成的負面影響，也希望我國的釋憲實務在面對基本權利的案件時，能夠邁向高度論證，而有更貼近於現實脈絡的思考。

參考文獻

1. 中文部分

- 吳佳樺（2012），難以置信的真相——論釋字第666號解釋與社會變遷，臺北大學法學論叢，84期，頁71-183。
- 李建良（1997），基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83。
- （2003），基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起（下），憲政時代，29卷2期，頁175-209。
- （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。
- 李震山（2007），憲法未列舉權保障之多元面貌——以憲法第二十二條為中心，收於：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，2版，頁1-65，臺北：元照。
- （2021），憲法未列舉之「健康權」入憲論理——以司法院釋字第785號解釋為中心，月旦實務選評，1卷1期，頁119-135。
- 官曉薇（2019），婚姻平權與法律動員——釋字第748號解釋前之立法與訴訟行動，臺灣民主季刊，16卷1期，頁1-44。
- 林明昕（2005），健康權——以「國家之保護義務」為中心，法學講座，32期，頁26-36。
- 張文貞（2009），憲法與國際人權法的匯流——兼論我國大法官解釋之實踐，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（上冊），頁223-272，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 湯德宗（2000），立法裁量之司法審查的憲法依據——違憲審查正當性理論初探，憲政時代，26卷2期，頁3-44。

- 葉俊榮（1995），國家責任的溢流：國家賠償法施行現況的檢討，
臺大法學論叢，24卷2期，頁123-147。
- （1997），環境行政的正當法律程序，臺北：翰蘆。
- （2002），行政院組織改造的目標、原則及推動機制，國家
政策季刊，1卷1期，頁1-22。
- （2010），憲法位階的環境權——從擁有環境到參與環境決
策，收於：環境政策與法律，2版，頁1-33，臺北：元照。
- （2016），探尋隱私權的空間意涵——大法官對基本權利的
脈絡論證，中研院法學期刊，18期，頁1-40。
- （2020），憲法權利的剝奪與落實——市民憲政主義的權利
論證，收於：虞平編，法治流變及制度構建：兩岸法律四十年
之發展——孔傑榮教授九秩壽辰祝壽文集，頁230-245，臺
北：元照。
- （2022），論公民憲政主義下的臺灣防疫模式，臺大法學論
叢，51卷4期，頁1543-1596。
- 蘇子喬（2022），違憲審查、公民投票與國會立法之間的角度與折
衝：我國同性婚姻合法化的歷程，行政暨政策學報，74期，頁
1-34。

2. 外文部分

- Beaumont, Elizabeth. 2014. *The Civic Constitution: Civic Visions and Struggles in the Path toward Constitutional Democracy*. New York, NY: Oxford University Press.
- Blokker, Paul. 2014. *New Democracies in Crisis?: A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*. New York, NY: Routledge.
- Chang, Wen-Chen, Li-Ann Thio, Keven YL Tan, and Jiunn-rong Yeh. 2014. *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials*. Oxford: Hart Publishing.

- Elster, Jon. 1995. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal* 45:364-396.
- Finn, John E. 2014. *Peopling the Constitution*. Lawrence, KS: University Press of Kansas.
- Hahm, Chaihark, and Sung Ho Kim. 2015. *Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jung, Courtney, Ran Hirschl, and Evan Rosevear. 2014. Economic and Social Rights in National Constitutions. *American Journal of Comparative Law* 62:1043-1094.
- Post, Robert, and Reva Siegel. 2004. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. *California Law Review* 92:1027-1044.
- Rosenberg, Gerald N. 2008. *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*. 2d ed. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Scheingold, Stuart A. 2004. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. 2d ed. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press.
- Schor, Miguel. 2008. Mapping Comparative Judicial Review. *Washington University Global Studies Law Review* 7:257-288.
- Shapiro, Martin M. 1981. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Sunstein, Cass R. 2022. Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism. Harvard Public Law Working Paper No. 22-14. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4145922.
- . 2023. *How to Interpret the Constitution*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

- Tushnet, Mark V. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Yeh, Jiunn-rong. 2010. Presidential Politics and the Judicial Facilitation of Dialogue between Political Actors in New Asian Democracies: Comparing the South Korean and Taiwanese Experiences. *International Journal of Constitutional Law* 8:911-949.
- . 2015. Marching towards Civic Constitutionalism with Sunflowers. *Hong Kong Law Journal* 45:315-329.
- Yeh, Jiunn-rong, and Wen-Chen Chang. 2008. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. *Penn State International Law Review* 27:89-124.
- . 2011. The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison. *American Journal of Comparative Law* 59:805-840.
- . 2014. A Decade of Changing Constitutionalism in Taiwan: Transitional and Transnational Perspectives. Pp. 141-168 in *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century*, edited by Albert Chen. Cambridge: Cambridge University Press.

Constitutional Dialogism for Basic Rights: Beyond Constitutional Interpretation

*Jiunn-rong Yeh**

Abstract

Rights advocacy could be substantiated by governmental policies, citizen engagement, and international human rights convergence notwithstanding predominant reliance on judicial review. Judicial review has been advanced in many constitutional democracies for human rights protection, but the overreliance of which has led us to construct rights towards a more courts-centric, rights-based, and text-bound tendency. The function of civil engagement and good government practices to human rights advancements has therefore been overshadowed, leaving us to wonder what would be proper construction of human rights as guaranteed by the constitution.

The nature of rights has a stake here. Are rights to be recognized by the courts in order to be rights or could court take back rights it recognized by an overruling decision? This essay seeks to present a more plausible picture of rights by identifying and analyzing three competing models, namely system model, immerse model, and dialectic model. It reasons that the dialectic model that looks into the coordinating dynamics of rights discourse stands as a better way to construct the development of human rights in a constitutional democracy, aiming at preserving procedural values and coordination in a rights dialectic network.

Human rights in a dialectic construction would see the courts as part of the rights dialogism. Rights realization and perception as

* University Chair Professor at College of Law, National Taiwan University.

developed in the dynamics of rights advocacy, rights discourse or implementation are indeed the core of the constitutional rights that command our blessings.

KEYWORDS: human rights, rights discourse, judicial review, civil society, contextual reasoning.