

創造本土化基本權體系及違憲審查模式

陳慈陽

國立台北大學法律學系專任教授

一、憲法史之基本權發展

探究我國憲法基本權體系結構之形成，應從二種觀察方式來為論証。首先從我國憲法史之發展具重要性的過程為闡述。其次，另為憲法基本權客觀架構內容之解析為論述。

從我國憲法史的發展過程中，事實上得不出基本權規定在理論體系上之重要性。主要原因在於從一九一四年的臨時約法至今日之憲法，在對人民權利與義務的規定均過於簡略，且無憲法學理、實務判決及解釋之補充與具體化。其中值得再詳為說明的是在此些憲法(草)中，有關基本權效力問題有兩類型之規定，其一為基本權之享有與行使無須再經由法律規定，即可為之，此如常見之立法方式為「人民有…權利」，例如我國現行憲法之規定，另外當然有此類型所衍生之態樣如「人民有…權利，非依法律不得限制之」，¹然此二種型態均是以憲法直接保障基本權；²其二為基本權享有與行使須由法律定之始可，此如「人民依法律享有…權利」以及「人民在法律範圍內有…權利」，此如一九一四年五月一日公布之約法第六條及第五條第三款以下。³

1 此如民國十二年憲法第七條。

2 此憲法條文內容，參見荆知仁，中國立憲史，民國七十八年，第四九二頁以下。

3 參見荆知仁，前揭著，第四九九頁以下。

另有關基本權限制之方式則有如上述「非依法律不得限制」類似用語及在基本權專章中以條文概括地對基本權限制要件加以明定。至於人民基本權受國家權力侵害所可請求國家賠償的則是起源於五五憲草第二十六條。

其次，如從憲法基本權規定體系觀之，則我國憲法雖在比較歐陸憲法規定時，特別相較於德國基本法，甚為簡略，但在與我國歷來憲法（草）比較，可說是差強人意。在現行憲法第七條至第二十四條可說是基本權規範專章，其中從第七條至第二十一條為列舉現代重要、且已具規模之基本權利之規定，第二十二條雖字義說明有模糊之處，且與第二十三條間關聯性也有所漏洞外，該條文整體觀之，在立法精神上有其重要性及值得肯定之處，也就是該條文免除前述由於基本權隨人民與社會需求性所產生質與量的擴展時，憲法保障不足之缺失。

⁴綜上所述，可以得知，基本權在我國憲法規定雖已明示為我國作為民主共和國之正當性基礎，然規範方式仍沿襲二次大戰前憲法較為簡略規定之形式，其優點在於，較能適應時代演變之需求，而經由解釋來填補，缺點卻在使得釋憲者為基本權內容價值填補是否符合基本權本質與內容時代之需要性時，完全取決於釋憲者之價值判斷能力與素養，而使得釋憲者對基本權恣意解釋與支配的危險性增至最大。當然

4 相同見解參見林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），民國七十九年，第三三一頁以下。

此是法學解釋難題，特別在憲法解釋上之疑慮消除正是憲法學理論之重大課題。

二、基本權在憲法學理上之體系擴展

自十八世紀末以來所逐漸形成的現代民主立憲國家憲法秩序之正當性基礎在於維護一基於人性尊嚴與獨立基本價值的國民主權之存在與促進其發展。⁵由此基礎所發展出來的有人民自由與平等權之受保障與使其有更進一步發展空間，另一方面，在維持國民作為國家主權者的作用上，創設國民直接與間接行使主權的途徑與制度，此如經由憲法所定之機關行使之與國民直接以參政權行使之方式為之——此即是國民自我決定與形成權⁶——來行使主權⁷。而此維護自由民主憲法秩序基礎的自由與平等權的保障與國民主權之永續性與正當性是具相互緊密關聯的。亦即在行使主權時，如無相關自由平等權與因此所產生之制度與客觀規範存在，則主權者之權利實無實現的可能性，抑或僅成為虛幻的假象，此如參政權在多元的自由民主法治的社會國中，無國民意見的表達與交互作用，以形成具成熟與有共識的意志決定，實無法較「正確」的達成民主立憲國家之「理性國民統治」

5 此參見陳慈陽，論基本權核心理論之實証化及其難題，2000年，第一頁以下與註二之立論依據。

6 有關此傳統形式民主之內涵參見陳慈陽，論政黨在憲法位階上之意義及地位，2000年九月，第一四七頁以下。

7 參見陳慈陽，論權力分立原則在自由民主憲法秩序中之意義與定位，載於城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，一九九八年。以及在實証法上可參見德國基本法第二十條第二項。

的本質⁸。依此，達成此目的所必備之國民意志表現與此形成前提的人身自由與個人自我發展自由如不能受到保障，以及因此之無法受保障所形成不能更進一步經由國家與社會促其在質與量上的擴展，國民主權的具體貫徹，實難想像。

我國自一九八七年以來急遽的自由化與民主化，使得人民迫不及待地欲充分行使憲法上所保障的自由權利，也因此造成了在一威權統治轉換為民主國家所必經的混亂與陣痛過程，所以政府亦極力嘗試，除就自由民主憲政為實踐外，仍須加強法治的規範。依此，許多限制人民自由權利之法律紛紛被制定公布。此從形式觀之，這亦是現代民主國家之常態，然仍須注意的是，在一民主立憲國家中，對憲法所直接保障的基本權可以以法律規範之，應僅限於以下兩種情形；首先是指基本權之行使非不能限制，亦非不受限制，而是有其界限存在，亦即基本權受憲法保障僅在於憲法對基本權構成要件之規定上。基本權利人也唯有在此基本權保護領域中行使其權利，始受保障⁹。此如從基本權限制觀點出發，則是指基本權享有主體在行使其權利時，如有侵害憲法所保障之相同法益——此如侵害到他人基本權時，如我國憲法第二十三條規定——或侵害更高憲法法益時——此如憲法秩序，

8 Vgl. Kiesel, M., Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, NJW 1996, S. 2606.

9 此時基本權保護領域須同時考慮到人與事的保護對象，此參見 Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 1995, Vorb. Vor Art. 1, Rdnr. 15f.

如德國基本法第二條第一項¹⁰——，則須由立法者依憲法所定要件實現下，為基本權之限制，此始為合憲的基本權限制——或稱基本權侵入。然此時所應特別強調的是，立法者須嚴格遵守憲法上基本權限制要件，且不得使其限制形成基本權完全被剝奪情形下，亦即使其全然不再存在之情形，來履行憲法所賦予其之義務。

其次，在進入二十一世紀後，基本權在本質與作用上，已非僅具消極情狀，而是積極要求國家的服務，以促進其能充分實現，此包含傳統自由權——如集會結社自由——，也同時包含二十世紀中以來給付國家理念支配憲法學理論與實務所形成的社會國原則與社會權等——此如工作權與環境保護的國家義務¹¹——。所以法律在此國家任務達成的要求下，則具有積極促使人民基本權充分實現的作用，此如對人民服公職權利保障所應制定有關公務員相關保障之法律，以及為使人民充分實現其為主權者所應有之參政權的充分行使，所應制定的相關法律。此當然涉及到 Schmitt 所體系化的憲法基本權制度性與制度上保障的一面。除上述二種情形外，基本權基於以下二種理由，實應受全然的保障，其一為基於基本權形成史的發展以及一九四八年國際人權宣言相關國際社會所形成的共識，其被視為先於國家存在之自

10 此時亦有可能其中一基本權為受保障，但部分領域卻侵入其他基本權保護領域，此為基本權之衝突（Kollisionen von Grundrechten）。Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II 1992, §6 V, Rdnrn. 359 ff. eingehender siehe Stern, K., Staatsrecht III/2, 1994, München, §82, S. 603 ff.

11 有關國家環境保護義務可參見德國基本法第二十 a 條。Vgl. Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20a, Rdnrn. 1 ff.

由與權利，僅為憲法所「描述」，且因此無條件的受到保障；其二為在今日民主立憲國家中之國民為主權者觀點出發，可推論得出，主體價值與尊嚴以及因此產生之自由權利由主體自己加以否定與排除是民主邏輯上之不可能。依此，我國既為一自由民主憲法秩序，當然在為基本權限制時，應「尊重」民主國家存在正當性的基礎，並因此受其拘束。

三、司法院大法官之憲法保障基本權任務

誠如德國文化歷史學家 Jacob Burckhardt 所言：「權力本惡」（Macht ist böse an sich）¹²，因此縱使憲法明文要求各國家機關必須在符合憲法秩序範圍內行使國家高權，然而若無建立相應之違憲審查機制，則憲法規範——尤其是基本權利之保障——不啻僅是華麗的政治裝飾品。惟即使在民主法治國家已儼然成為國際間國家體制主流之今日，人民之權利保障與國家高權行使之間亦難免時常處於緊張之關係，此於民主法治已獲得相當程度實踐的我國亦然。因此，如何透過違憲審查機制確保人民權利獲得保障與實現，其重要性並不因為時代之演進而有所減損。更進一步地，違憲審查機關更可藉由釋憲權之運作使抽象之憲法規範得於政治或社會領域中具體實現，並成為人民於政治與社會生活中不可或缺之構成要件。

¹² Jacob Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen, 1946, S. 36.

四、司法院大法官解釋及學界闡述基本權體系之困境

(一)憲法解釋脫離不了繼受模仿之影子

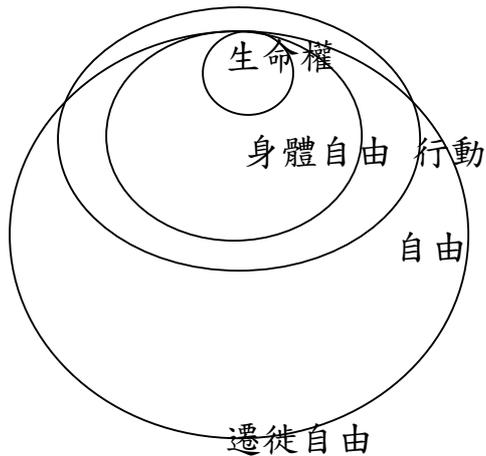
(二)憲法第 23 條及第 22 條之體系

(三)過度濫用憲法第 22 條：概括條款應嚴格解釋，否則列舉規定將形同具文

憲法雖在第 22 條中保護其他非在憲法列舉之自由權利，然除非屬憲法未規定或新興基本權，如婚姻自由，由第 22 條來作為審查之基準外，例如遇及有關人民之行為自由時，仍應以第 8 條所涵蓋之行為自由為優先審查，其是否具合憲性。

憲法第 8 條應被稱為所有自由權之概括條款，如個人行為無法從其他基本權保護領域中獲得保障時，就可適用行為自由保護領域，來審查該行為是否受此保障。憲法第 8 條可區分成程序面向之身體保護與實體面向之身體保護；抽象之人格權保護至具體之行動自由保護，誠如同心圓般地建構保護領域。

※ 同心圓式之建構模式：



就基本權保護領域解釋與基本權功能理論之建置，茲就「身體不受侵犯」與「健康權」為例作說明：憲法第 8 條為傳統防衛權功能之「身體不受侵犯」權利之主張依據，自程序及實體面向建構人身身體不受侵犯之防衛權利，相對以言，吾可自憲法第 15 條「生存權」之給付功能推論出「健康權」之給付功能，即國家負擔人民最低生存與健康要求之給付。

※ 生存權之憲法根據：

生命權之防禦功能面向：憲法第 8 條



生存權之給付功能面向：憲法第 15 條

生命權為對抗國家之防衛權，特別是針對國家經由集體性及強制性措

施來對人民的生命為侵入行為。所以生命權僅具消極性對抗國家不法侵害，此有別於憲法第 15 條之生存權具積極之給付請求權。憲法第 8 條可導出國家保護人民生命的義務，此乃源於國家對於人性價值與尊嚴之保護義務。

從生命權論死刑廢除—檢討釋字第 476 號解釋

釋字第 476 號解釋：「人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰權之實現，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，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之意旨。

八十一年七月二十七日修正公布之「肅清煙毒條例」、八十七年五月二十日修正公布之「毒品危害防制條例」，其立法目的，乃特別為肅清煙毒、防制毒品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆。因是拔其貽害之本，首予杜絕流入之途，即著重煙毒來源之截堵，以求禍害之根絕；而製造、運輸、販賣行為乃煙毒禍害之源，其源不斷，則流毒所及，非僅多數人之生命、身體受其侵害，并社會、國家之法益亦不能免，為害之鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬。對於此等行為之以特別立法嚴厲規

範，當已符合比例原則；抑且製造、運輸、販賣煙毒之行為，除有上述高度不法之內涵外，更具有暴利之特質，利之所在，不免群趨僥倖，若僅藉由長期自由刑措置，而欲達成肅清、防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義。肅清煙毒條例第五條第一項：「販賣、運輸、製造毒品、鴉片或麻煙者，處死刑或無期徒刑。」毒品危害防制條例第四條第一項：「製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。」其中關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第二十三條之規定，與憲法第十五條亦無牴觸。」

批評：未見大法官就各種可替代手段逐一檢證，而限制妥當性利益衡量之判準，僅是著眼於國家法益、社會法益，未認清大法官職司者為法律條文之違憲審查，而非僅為刑事政策層次之辯論。

(四) 忽視憲法第 23 條作為違憲審查操作模式之基礎

(1) 憲法第 23 條中四項不確定法律概念之適用及解釋應具備合憲秩序價值判斷，此價值判斷之決定要素實出現在憲法核心之價值決定內涵與基本權價值體系所在的本質與作用。

(2) 憲法第 23 條中「以法律限制之」應須以法律始能限制人民自由權利的法律保留原則，此與德國基本法所採強度不同之保留限制與明

文允許可經法律授權之法規命令限制基本權相比較，是屬較嚴格之法律保留形式。惟在司法院大法官多號解釋中，對憲法字義至為清楚之嚴格法律保留為擴張解釋，此立論依據與精神實為正確，但在憲法解釋論上有超越解釋權限之嫌。

(3)比例相當性原則

(4)明確性原則

(5)基本權核心

從憲法第 23 條之字義中以法律「限制之」可得基本權僅能限制，而不能被完全禁止與剝奪，而不得侵入基本權核心的領域。

五、結論

綜上以言，相對於德國或美國有其基本權審查模式流程，於我國法制上，亦宜建構一套本土化之審查模式，應以憲法第 22 條及第 23 條為操作依據，判斷基本權限制之合憲性與否，以落實法治國原則之精神。