

# 活在憲政時代

## -- 自由民主憲政秩序與自我實現

湯德宗 教授

◎憲法有聲書

目 次

### 壹、自由民主憲政秩序

釋字 499：「憲法增修條文與未經修改之憲法條文雖處於同等位階，惟憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務」。

憲法增修條文(89/04/25)第五條第五項：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲」

構成「自由民主憲政秩序」之憲法基石原則(underlying principles of the Constitution)包括：

#### 一、民主共和國原則(democratic republic principle) (§ 1)

民主 v. 專制 (獨裁) → 政體 (統治形式)

共和國(republic) v. 君主 (王) 國(monarch, kingdom)

→ 國體 (國家形式)

民主共和國 = 政體 + 國體

#### (一) 民主原則 (§ 2 國民民主權原則)

1. 將絕對的權力置於全民控制之下

≡ 自決與自治(self-determination & self-rule/self-governance)

#### (二) 共和原則

1. 共和國

1.1 代議統治(State completely governed by elected representatives)

1.2 國家元首為總統 (非國王) (Chief of the state is not a king but a president)

1.3 民選代議士至上，而非世襲的元首與非世襲的特權階級(System of government in which the elected representatives of the people are supreme, with a non-hereditary head and a non-hereditary privileged class or classes)

2. 共和主義(republicanism)

(Cf. 湯德宗,《權力分立新論·卷一：憲法結構與動態平衡》，頁 485。)

2.1 政治的目的在於實現公益 (public/common good)

2.2 公益乃由公民經由主動參與(active participation)的「思辯」程序而得出

2.3 公民應涵養「公民美德」(civic virtue)樂於為公益而犧牲私益，並願意主動參與公共思辯

(三) 民主共和國

§ 1：「中華民國……為民有、民治、民享之民主共和國。」

1. 「民有」(of the people)：

government composed of the people

→ 沒有世襲的統治階級

2. 「民治」(by the people)：

government chosen by the people and thus responsible to the people

→ the *legitimacy* of the government derives from the *consent* of the governed

→ 國民主權(popular sovereignty)原則

§ 2：「中華民國之主權屬於國民全體」

§ 17：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權」

§§ 129~132：普通、平等、公開、無記名之投票

3. 「民享」(for the people)：

government responsive to the people

→ 國家未有先驗的道德立場 (moral standing)，悉聽人民好惡而定。

(四) 民主的形式 (modes of democracy)

1. 代議民主(representative democracy) = 間接民主選舉(election)

2. 直接民主(direct democracy)

創制(initiative)、複決(referendum)、政策公投(plebiscite)、罷免(recall)

3. 參與民主(participatory democracy)

行政程序法(行政決策之參與)

政府資訊公開("transparency" as part of Due Process)

二、基本權利所形塑的客觀規範(秩序)

人權作為客觀基本規範(objective Grundsatznormen)

Constitution as a code of social moral

(一) 客觀的價值決定(objektive Wertentscheidungen)

人權章整體乃表彰某些價值的客觀規範或原則(principles, Prinzipien)。

1949 德國基本法(GG)§ 1-III：

「(本章)以下所列之基本權利，拘束立法、行政及司法權，而為直接有效之法規範。」

釋字 400：

「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」。

1. 基本權利的第三人效力

(Drittwirkung der Grundrechte)

Q 私法關係亦受此基本「價值決定」之拘束？

Q 私法自治應受人權條款之約制？

**Q** 民事法院可直接適用「憲法」裁判案件？抑或須經由法律（例如民法 72 條）體現憲法的價值決定？

Ex：台灣關愛之家案

（台北地院 95 年重訴字 542 號判決，  
高院 95 年上易字 1012 號判決。）

人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例（96/07/11）§4- I：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之」。

**Q** 現制下，大法官得審查民事判決有無違憲？

2. 基本權利的「保護義務」(Schutzpflicht)

= 禁止不足(Untermaßverbot)

**Q** 國家應於何時？以何種方式介入保護人民基本權利免於遭受私人之侵害？

Ex: 台灣關愛之家案？

市場失靈(market failure)？

得其他選擇？禁止、許可、刑罰、徵收、補貼……

3. 「國家行為」(state action)理論

3.1 PRIVACY IN THE STRONG SENSE

Some actions are private as a matter of right.

And the Const. put them beyond the

government's ability to regulate.

E.g., Roe v. Wade, Bowers v. Hardwick, Griswold v. Connecticut

3.2 PRIVACY IN THE WEAK SENSE

Negative implication of all the clauses that impose constitutional duties on public authorities but not on the people.

憲法固禁止「公權力」介入，但不禁止「私人」介入 = 憲法尚未規範的活動 (Actions that are not regulated by the Const)

3.3 WHOM DOES THE CONSTITUTION COMMAND?

Lawmakers → Government officials→

All citizens (public function theory, permission theory)

3.4 JUSTIFICATION: Limiting the Constitution's command (prescriptions) to state action is to protect individual liberty by defining a zone of private autonomy.

3.5 It is best to decide cases on the merits by balancing the competing interests of the "violator" and the "victim", without reference to state action.

3.6 EFFECT OF DISCARDING THE STATE ACTION DOCTRINE

The Constitution would be viewed as a

code of social morals, not just of government conduct, bestowing individual rights that no entity, public or private, could infringe without a compelling justification.

### 3.7 APPLYING CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

TO PRIVATE CONDUCT does not mean that all individual conduct must meet the same standards as that required of the government.

(二) 自由預設與「比例原則」(proportionality principle, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

§ 23 :「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，增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

### 三、權力分立原則(doctrine of separation of powers)

→ 制衡且有限的政府(balanced and limited government)

(v. 萬能政府)

→ 關於人性的理解：

權力傾向於腐化 (v. 「聖君賢相」的期待)

(一) 垂直分權與制衡 (中央 v. 地方)

(二) 水平分權與制衡

(中央五權相互間，地方兩權相互間。)

(三) 違憲審查

1. Counter-majoritarian difficulty of judicial review

違憲審查理論(theories of judicial review)

憲法法院 as 憲法守護者(Hüter der Verfassung, guardian of the Constitution)

2. 誰來監督憲法守護者(Who shall guard the Guardian for the Constitution) ?

Theories of judicial review

( Cf. 湯德宗，《權力分立新論·卷二：違憲審查與動態平衡》，頁 1 )

Justiciability doctrine

( Cf. 湯德宗，《權力分立新論·卷二：違憲審查與動態平衡》，頁 82 )

(四) 直接民主 v. 代議民主

1. 直接民主所以濟代議民主之窮。

俾代議士「但盡其能，而不竊其權」。

2. 反之亦然？

代議民主所以避免直接民主之不切實際。

四、法治(國)原則(rule of law, État de droit, Rechtsstaat) v. 人治(rule of man)

→ 將絕對的權力置於法的制約下

(bring the absolute power under legal control) = 廣義的「依法行政」原則

(一) 國家權力之行使須受到「法規範」制約

(supremacy of law)

GG§ 20-III :

”Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige

Ordnung, die vollziehende Gewalt und die

Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht

gebunden.”

「公務員與公權力委託」之憲法要件與界限  
GG§ 33 : ... (4) Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. (公法職權之行使作為常設任務，原則上應授予處於公法上職務及忠誠關係之公職務人員)

- 「立法」須合乎憲法政秩序  
→ 違憲審查制度
- 「依法行政」：  
法律優位、法律保留、授權明確、正當程序。
- 「依法審判」：  
正當程序、上訴制度、枉法裁判、國家賠償。
- 「訴訟權」：  
個人權利遭受侵害皆應有司法救濟途徑。

## (二) 立法正當

- 立法者須同受法律之拘束  
(法律之前人人平等)  
立法者不能兼為執法者(「權力分立」原則)
- 法安定性原則  
法律不溯既往(中央法規標準法§ 18)  
信賴保護原則(釋字 525, 釋字 529)
- 法律明確性原則  
法律規定須明確

(釋字 384, 釋字 409, 釋字 432, 釋字 491, 釋字 521)

立法過程須透明(transparent)、可親  
(accessible)

- 不得「因人立法」(bill of attainder)

## (三) 依法行政(狹義的「依法行政」原則)

- 法律優越 (§ 172; 中央法規標準法§ 11)
- 法律保留(中央法規標準法§ 5; 湯德宗,《行政程序法論》,頁 221 以下(2005 增訂二版)。)  
釋字 443 (層級化法律保留)
- 法律授權明確性  
(釋字 313; Cf. 湯德宗,《權力分立新論·卷一:憲法結構與動態平衡》,頁 304 以下;  
釋字 394, 釋字 456。)

## (四) 司法獨立

- 釋字 530  
(審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則。)
- 公平適用法律  
(「法律平等保護」equal protection of law)
- 及時、有效地執法  
(timely and effective enforcement)

## 五、社會(民生)福利國原則

### (一) 國民經濟

§ 142 (國計民生之均足);  
增修§ 10-II (環保及生態保護兼籌並顧)

1. 土地政策 = 平均地權：(§ 143) →  
平均地權條例；釋字 180，釋字 190，釋字 215
  2. 發達國家資本：§ 144；釋字 270  
公營事業 → 公營事業民營化；BOT
  3. 節制私人資本：§ 145；釋字 214，釋字 276
- (二) 社會安全
1. 保障工作、勞資和諧 (§§ 152, 154)
  2. 社會保險及社會救助 (§§ 155, 150)  
全民健康保險法，勞工保險條例，公務人員保險法，社會救助法
  3. 弱勢保障  
工農保障 (§§ 153, 154, 增修§ 10-I)  
婦孺保障 (§ 156, 增修§ 10-VI)  
公職選罷法§ 65 (婦女保障名額)  
兒童福利法  
老人福利法  
身心障礙者保障(增修§ 10-VII)  
身心障礙者權益保障法 (原「殘障福利法」)
  4. 少數民族保障 (§§ 5, 168)
- (三) 教育文化
1. 受教權平等保障 (§§ 159~163)  
國民教育法、補習及進修教育法、私立學校法、社會教育法
  2. 教科文預算下限  
(§ 164；增修§ 10-X；釋字 077，釋字 231，釋字 258)

3. 科學、藝術創作之保存與獎勵  
(§§ 165~167；增修§§ 10-I, 10-X, 10-XI)  
文化資產保存法
- (四) 基本國策的規範效力？
- 貳、自由民主憲政秩序與自我實現
- 一、自由民主憲政秩序乃為彰顯個人價值 (人性尊嚴)
- (一) 君主專制：個人主要係為團體 (家、國) 而存在。
- (二) 民國立憲：人民為國家的主人，享有「自主的自由」。在尊重他人之自主自由的前提下，人人皆可設定自己追求的價值 (幸福、利益等)。
- 民國保障「個人自主」(individual autonomy)，提供個人「實現自我」(self-realization)的機會
- Gerald Dworkin: “What makes an individual the particular person he is is his life-plan, his projects. In pursuing autonomy, one shapes one’s life, one constructs its meaning. The autonomous person gives meaning to his life.”
- 二、人性尊嚴
- (一) 人性尊嚴為核心的社會價值，一切基本權的基礎
1. 1949 德國基本法§ 1-I：  
「人性尊嚴不容侵犯。所有國家機關皆有義務尊重並保護人性尊嚴。」
  2. 1996 南非憲法：  
「南非共和國乃以下列價值為基礎所建立之主權民主國：(a)人性尊嚴、達成平等、促進人權及自由。」

§ 10：「人人具有固有之尊嚴，並有權使其尊嚴受到尊重及保護。」

3. 1982 Canadian Charter of Rights and Freedoms 雖

未有保護人性尊嚴之明文，但 Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1999] 1 S.C.R. 497 (by J. Iacobucci) 法院自「平等權」導出：

平等條款旨在避免加諸不利的、刻板印象式的、或政治的、社會的偏見，而違反必要的人性尊嚴及自由。

人性尊嚴意指個人或團體感覺自我尊重 (self-respect) 及自我價值 (self-worth)。人性尊嚴關乎物理及心裡的完整與加持 (physical and psychological integrity and empowerment)。

4. 1958 法國憲法未有保護人性尊嚴之明文，但憲法委員會在 Bioethics Decision (CC, July 27, 1994, DC 4-343/344) 釋示：「1946 年憲法前言以下列用語重申並確認權利、自由及憲法原則……人性尊嚴不得以任何形式抑制、矮化，乃憲法價值之原則 (a principle of constitutional value)」。

(二) 人性尊嚴溯源

1. 啟蒙運動思想 (philosophy of the Enlightenment)

2. Immanuel Kant：

Dignity is a function of autonomy and is captured in the definition of the human being as an end in himself or herself; dignity requires mutual respect

and recognition.

3. Günter Dürig：

Dignity is the right not to be turned into an object for someone else's needs.

(三) 人性尊嚴與個人自主

1. 人性尊嚴要求人類被當成人來對待，是皆完整而自覺之主體 (as integral and self-determining subjects)。因而，人性尊嚴為一切自由及平等之根本。惟：

**Q** 人性尊嚴係外爍抑或固有？

Peter Singer：尊嚴須建立在理性抉擇的概念上，因此不能作成決定之人，例如胚胎 (fetuses)、精神喪失之人 (severely mentally disabled)，即無尊嚴可言。

2. 個人自主 (自由抉擇) 為一切人權之核心

2.1 加拿大「權利暨自由憲章」所列各項權利及自由幾乎無一不是人性尊嚴的表現

2.2 人性尊嚴的表現之一，即基本的個人抉擇應有免於國家干涉的權利 (An aspect of the respect for human dignity is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state)

3. 人性尊嚴之作用

3.1 劃出國家或他人之強制力所不能逾越之界線，亦即，保留予個人自主、自決之空間

3.2 確保平等

人性尊嚴既不可分(indivisible)，亦不可減(irreducible)

4. 人性尊嚴與生存權(right to subsistence)

4.1 德國聯邦憲法法院 (99 BVerfGE 246) 自人性尊嚴導出「維持生存的國家補貼」(最低生活給予)

(四) 人性尊嚴與「隱私權」

(the fundamental right to privacy)

1. 隱私乃支撐人性尊嚴及其他關鍵價值的價值。

Australian Privacy Charter of 1994 : “Privacy is a value which underpins human dignity and other key values such as freedom of association and freedom of speech. ……Privacy is a basic human right and the reasonable expectation of every person.”

2. 隱私乃個人私生活之規劃及個人資訊免於公眾及國家窺知的權利。

奧地利最高法院 1990 (Sammlung des Verfassungsgerichts 1991/12689, March 14, 1991)

Privacy entails the right to withdraw the design of one’s private life and information about it from the public and the state.

(五) 人性尊嚴與國際人權法

1. United Nations Universal Declaration of Human

Rights of 1948

茲鑒於人類一家，對於人人固有尊嚴及其平等不移權利之承認確係世界自由、正義與和平之基礎……。

第一條：「人皆生而自由；在尊嚴及權利上均各平等。人各賦有理性良知，誠應和睦相處，情同手足。」

第二十二條：「人既為社會之一員，自有權享受社會保障，並有權享受個人尊嚴及人格自由發展所必需之經濟、社會及文化各種權利之實現；此種實現之促成，端賴國家措施與國際合作並當依各國之機構與資源量力為之。」

2. 歐洲人權公約(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)未言及人性尊嚴。

三、當代猶疑

(一) 自由立憲主義(liberal constitutionalism) & 有限政府(limited government)

procedural limits (constitution is procedural in character, a commitment to individual freedom) ⇐ negative state

v. 社會立憲主義(social constitutionalism) & 福利國家(welfare state, Sozialstaat)

substantive ends (constitution as a means for the pursuit of specific objectives, as a means of determining the character and ends of future



- politics)  $\equiv$  *positive state*
- (二)「賢均從眾」(左傳)與  
「思辯民主」(deliberative democracy)
1. 「賢」屬質，「眾」屬量；必賢均，故乃從眾。
  2. 思辯民主
    - 2.1 **Deliberation**/ thorough discussion  
v. voting ( $\rightarrow$  tyranny of majority)  
Public judgment, an **informed consensus**  
reached through thoughtful deliberation by  
reference to **reasons**.
    - 2.2 **Preferences** are not static; they are a subject  
of conversation and debate (**Liberal  
republicanism**: civic virtue)
    - 2.3 **Whole community** (ordinary people, rather  
than experts only) involved in the  
decision-making process
    - 2.4 **Commitment to political equality** (bans  
large disparities in the political influence  
held by different social groups  
 $\rightarrow$  restrictions on campaign contribution)

【參考文獻】

吳庚，〈中華民國憲法的基本原則〉，載於氏著《憲法的解釋與適用》，頁 35~69（2003 年 9 月修訂版）。

Richard D. Parker, *The Fundamental 'Logic' of Fundamental Law*, 收於湯德宗、廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第五輯，頁 KA 1~ KA 47（中央研究院法律學研究所，2007 年 3 月）。

## 附件 行憲大事紀

2006-09-22

- 34/10/25 國民政府接收台灣（台灣光復節）
- 35/12/25 中華民國憲法制定
- 36/02/28 二二八事件  
（→ 1996 政府道歉並指定 228 紀念日，計 49 年）
- 36/07 國民政府宣布進入「動員戡亂時期」  
（迄 80/05/01，計 44 年）
- 36/12/25 中華民國憲法開始施行（行憲紀念日）
- 37/10/25 第一屆國民大會制定「動員戡亂時期臨時條款」
- 38/05/20 台灣地區宣告戒嚴（迄 76/07/15，計 38 年）
- 43/01/29 釋字 031 號解釋公布  
（老代表「繼續行使職權」→「萬年國會」）
- 49/03/11 「臨時條款」三次修正  
（總統連任次數不限 → 兩蔣威權統治）
- 58/12/20 中央民代「增補選」開辦
- 77/01/13 蔣經國總統去世，李登輝副總統繼任
- 79/03 野百合學生運動  
（要求廢除萬年國會、回歸憲政體制）
- 79/05 國民大會選舉李登輝為第八屆總統
- 79/06/21 釋字 261 號解釋公布  
（老代表限期 80/12/31 終止行使職權）
- 79/06/29 國是會議（憲改共識達成）
- 80/05/01 第一次憲法增修條文公布  
（確定國會全面改選時程）
- 終止動員戡亂時期

- 80/05/17 廢止「動員戡亂時期懲治叛亂條例」
- 80/12/21 第二屆國大選舉
- 81/01/01 第二屆國民大會代表就任（國會全面改選開始）
- 81/05/28 第二次憲法增修條文公布
- 81/12/19 第二屆立委選舉
- 82/02/01 第二屆立委就任（國會全面改選完成）
- 83/08/01 第三次憲法增修條文公布（確立總統直選）
- 1996/03/20 首次總統直選
- 1996/05/20 李登輝、連戰當選第九屆正、副總統
- 1997/07/21 第四次憲法增修條文公布  
（總統任命行政院長、「凍省」）
- 1999/09/15 第五次憲法增修條文公布  
（國大改為全額政黨比例代表制 → 釋字 499 宣告違憲）
- 2000/04/25 第六次憲法增修條文公布（改制為任務型國大）
- 2000/03/20 陳水扁、呂秀蓮當選第十屆正、副總統  
（首次政黨輪替）
- 2004/03/19 三一九槍擊案  
（正副總統候選人陳水扁、呂秀蓮遭槍擊）
- 2004/03/20 總統大選 & 第一次公投  
（「反飛彈軍購案」、「兩岸協商案」均未通過）
- 2005/06/10 第七次憲法增修條文公布  
（廢除國大、還政於民 = 公民複決）