

ISSN-1018-3825

國立臺灣大學

法學論叢

抽 印 本

第三十四卷 第二期

國立臺灣大學法律學院出版

中華民國九十四年三月

論基本權的規範結構

王鵬翔*

目 次

- 壹、緒 論
- 貳、基本權規範的概念
 - 一、語意學的規範概念
 - 二、自由、權利與應然模態之邏輯關係
 - 三、基本權規範、基本權規定與衍生的基本權規範
- 參、原則理論—基本權結構的規範理論基礎
 - 一、最佳化命題
 - 二、碰撞法則
 - 三、衡量法則
- 肆、基本權的規範結構
 - 一、我國學說及實務上的見解
 - 二、作為原則的基本權
 - 三、寬構成要件論與窄構成要件論
- 伍、基本權作為框架秩序？
 - 一原則理論在憲法釋義學上的問題
- 陸、結 語

關鍵詞：規範理論、基本權規範、規則、原則、最佳化命令、衡量、基本權限制、內在理論與外在理論、寬構成要件論與窄構成要件論、框架秩序

投稿日：九十三年一月二十九日；接受刊登日：九十三年六月十六日

*德國基爾大學法學博士，國立高雄大學法律學系助理教授。

壹、緒 論

規範理論 (Normentheorie) 是法理論的重要研究領域，其主要研究對象包括了規範的概念、規範的效力與存在態樣、規範的結構與形式以及規範邏輯等問題。近四十年來規範理論最重要的研究領域之一乃是原則 (Prinzipien, principles) 與規則 (Regeln, rules) 的區別。關於規則與原則區分的問題，德國在戰後雖已有 Esser、Larenz 等重要學者對此進行深入探討¹，但此一問題獲得突破性之進展並引起國際性的熱烈討論，則始於美國學者 Dworkin 在一九六七年所發表的一篇著名論文「規則的模式」(The Model of Rules)²。自八〇年代以來對於規則與原則區分之研究做出重大貢獻者，當推德國法理學及憲法學者 Robert Alexy。Alexy 不僅批判性地繼受了 Dworkin 規則與原則的區別，從而發展出一套原則理論 (Prinzipientheorie)，更進一步運用其原則理論運做為基本權理論之基礎以及解決基本權釋義學中心問題的關鍵³。Alexy 的原則理論近年來逐漸受到台灣憲法學與法理學界的注意⁴，關於 Dworkin 及 Alexy 理論上的異同

¹ Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990; Larenz, Rechtiges Recht, München 1979, S. 45 ff.

² 本文後來以 *The Model of Rules I* 為名收於 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass) 1979, pp. 15-45.

³ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 71.

⁴ 國內公法學界歷年來對於 Alexy 原則理論的討論可參見陳怡凱，「基本權之衝突—以德國法為中心」，國立台灣大學法律研究所碩士論文，頁 37-49，1995 年；陳愛娥，「法律原則」作為行政法的法源，「憲法體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集(二)」，頁 46-51，三民書局 1998 年；吳庚，基本權的三重性質—兼論大法官關於基本權解釋的理論體系，「司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集」，頁 29-32，司法周刊社，2001 年再版；吳庚，「憲法的解釋與適用」，頁 564-568，作者自版，2003 年 9 月修訂版；張嘉尹，論「價值秩序」作為憲法學的基本概念，*台大法學論叢*第 30 卷 5 期，頁 18-22，2001 年；張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，「當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，頁 40-41、58-61，元

與發展，由於國內已有多篇論文加以介紹⁵，故本文不擬對此深入討論，而僅將焦點集中在原則理論對於基本權規範結構之分析。以下將先簡要介紹 Alexy 對於基本權規範概念的分析（貳）及其原則理論（參），其後並嘗試應用原則理論來分析我國憲法基本權的規範模式（肆），最後簡短討論原則理論在憲法釋義學上所引起的問題（伍）。

貳、基本權規範的概念

一、語意學的規範概念

在探討基本權規範的概念之前，必須先對規範的概念有所理解。關於規範概念的爭議長久以來一直是規範理論的核心問題，本文無法對此問題做全面性的闡述⁶，在此僅能先針對 Alexy 所採納之語意學的規範概念（semantischer Normbegriff）做一簡要介紹。

語意學的規範概念將規範定義為規範語句（Normsatz）的意義，這個定義建立在下列兩個前提之上：第一，規範必須和規範語句（Normsatz）相區分；第二，規範的概念和規範的效力分屬不同層次的問題⁷。法律上

照出版，2002 年。

⁵ 國內第一篇討論 Dworkin 與 Alexy 關於規則與原則問題的論文當推陳顯武，「法學上規則與原則之區分」，「國家發展與兩岸關係學術研討會論文」，1993 年。近年來之重要文獻則可參見顏厥安，「法與實踐理性」，頁 60-71，允晨出版社，1998 年；賴志強，「論法規則與法原則之區分」，國立台灣大學法律研究所碩士論文，1999 年；張嘉尹，「法律原則、法律體系與法概念論——Robert Alexy 法律原則理論初探」，輔仁法學第 24 期，頁 1-48，2002 年。

⁶ 關於此問題的代表性著作參見 von Wright, *Norms and Action*, London 1963, pp.1-16; Ross *Directives and Norms*, London 1968, pp.78-92; Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, S. 1 ff.; Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford 1994, pp.79-99; Raz, *Practical Reason and Norms*, 3rd ed. Oxford 1999, pp.49-84.

⁷ 關於語意學的規範概念，參照 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 42 ff.; Weinberger, *Rechtslogik*, 2. Aufl., Berlin 1989, S. 55; Sieckmann, *Semantischer Normbegriff und Normbegründung*, ARSP 80 (1994), S. 228 ff.

的規範語句例如中華民國憲法第八條第一項第一句前段：

(1) 人民之身體自由應予保障

這個語句所表達者為乃是「國家應該保障人民身體自由」這個規範。規範語句是規範的語言表述，同一個規範可以由不同的規範語句表達出來。試以同條之第一項第二句為例：

(2) 非由法院依法定程序，不得審問處罰

(2) 所表達的規範也可以由

(2') 非由法院依法定程序，禁止審問處罰

所表達。(2) 與 (2') 這兩個規範語句具有同樣的意義，因此表達了同一個規範。從上述例句中所使用的「應」、「不得」、「禁止」等字眼可以清楚看出這些語句都是規範語句。這種含有「禁止」(verboten)、「應該」(sollen)、「允許」(dürfen)等應然助詞的規範語句稱之為應然語句(deontischer Satz)。然而並不是每個規範語句都含有上述的應然助詞，有時規範語句也會以直述句的形式來表述，例如中華民國憲法第九條

(3) 人民除現役軍人外，不受軍事審判

所表述者乃是「禁止對於非現役軍人之人民進行軍事審判」這個規範。(3) 也可以轉化為像是「人民除現役軍人外，不得受軍事審判」或者「人民除現役軍人外，禁止受軍事審判」等意義相同的應然語句。由此可見，雖然不是每個規範語句都是應然語句，但每個規範語句都可以轉化為應然語句的形式⁸。

二、自由、權利與應然模態之邏輯關係

將規範語句轉化為應然語句可以讓我們更清楚地了解基本權規範的邏輯結構。然而憲法中表述基本權的規範語句往往以「人民有…之自由」或者「人民有…之權」的形式出現，這種表述自由和權利的語句也是規範語句，但它們轉化為應然語句之後具有較為複雜的形式。為了對權利和自

⁸ Alexy, a.a.O., S. 46.

由的概念做最初步的分析，有必要簡短說明「應該」、「允許」、「禁止」這三種應然模態（deontische Modalität）之間的邏輯關係⁹。

試分別以符號 O 、 P 、 F 來代表「應該」「允許」「禁止」三種應然模態，而以 p 代表規範所要求的內容，例如「信仰宗教」，則 (1)「應該信仰宗教」(2)「允許信仰宗教」與 (3)「禁止信仰宗教」這三個規範語句可以分別用下面的形式表達：

(1) Op

(2) Pp

(3) Fp

這三個應然模態彼此之間可以相互定義，例如「應該信仰宗教」即意謂者「不允許不信仰宗教」。試以符號 $\neg$ 代表否定之意，則可將 Op 定義如下：

(4) $Op = \text{df } \neg P \neg p$ ¹⁰

從語言的直覺也可發現，「禁止信仰宗教」即意謂者「不允許信仰宗教」，因此 Fp 可定義如下：

(5) $Fp = \text{df } \neg Pp$

同樣的，「允許信仰宗教」即意謂者「不禁止信仰宗教」，故 Pp 亦可定義為：

(6) $Pp = \text{df } \neg Fp$

透過應然模態之間彼此可互相定義的關係可以看出為什麼不同的規範語句可以表達相同的規範。由此還可以進一步分析自由和規範之間的關係，所謂「自由」依 Alexy 及 Rawls 之見可以表達為「 x 得以免於 y 之限制去做 z 或不做 z 」¹¹，此處 y 可為事實上之限制或法律上之限制。所謂法律

⁹ 關於應然模態之間的邏輯關係與應然邏輯（deontic logic，或稱規範邏輯），請參閱 von Wright 的經典著作 von Wright, Deontic Logic, Mind 60 (1951), pp.1-15.

¹⁰ “=df” 乃「…定義為…」之意。

¹¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 198; Rawls, A Theory of Justice, Cambridge

上的限制指的是，法律上對於做或不做 z 這件事加以禁止，因此法律上的自由即可以表述為：

(7) x 去做 z 或不做 z 都不受禁止。

以憲法第十三條規定「人民有信仰宗教之自由」為例，其即意謂者「人民信仰宗教或不信仰宗教皆不被禁止」，此句話在邏輯上即等於「既允許人民信仰宗教，也允許人民不信仰宗教」，因此 (7) 所表述之法律上的自由其實就等於

(8) 既允許 x 去做 z ，也允許 x 不做 z 。

試以 Lp 代表自由，則法律上的自由可定義為：

(9) $Lp = \text{df } Pp \wedge P\neg p$ ¹²

由此可見，憲法上「人民有…自由」的條文乃是一種規範語句。然而這種化約為允許的（法律上）自由概念依 Alexy 之見乃是一種未受保障的自由（unbewehrte Freiheiten），若要將其擴展為憲法上所完整保障之自由權，則必須再加上要求國家對於自由之行使不加以干預之權利以及當此權利受侵害時得請求司法救濟之權能（Kompetenz）¹³。前者乃是一種法律上的地位（rechtliche Position），這種要求國家為一定行為（包括作為或不作為）的法律地位不僅見諸於自由權之保障，也是所有主觀權利的核心結構，那麼權利和規範之間的關係為何呢？

Alexy 認為，「權利」做為一種法律地位，其一般形式可表述為「 a 對 b 有要求 G 之權利」。這種形式 Alexy 稱之為「要求某事之權」（Rechte auf etwas）。由權利的一般形式可以看出，權利乃是一種三元關係，它包括了（ a ）權利的主體（Träger 或稱權利的所有者）、（ b ）權利的相對人（Adressat）以及（ G ）權利的對象（Gegenstand 或稱權利的客體）三個要

(Mass.) 1971, p. 202.

¹² Alexy, a.a.O., S. 204. $\wedge$ 代表「且」之意。

¹³ Alexy, a.a.O., S. 206。關於權能（Kompetenz, competence）的問題，因過於複雜，在此從略，進一步的討論可見 Alexy, a.a.O., S. 211 ff.; Ross, Directives and Norms, pp. 130-135; Raz, Practical Reason and Norms, pp. 97-106.

素¹⁴。試以 R 來代表此種三元關係，則「要求某事之權」的結構可以形式化如下：

(10) $RabG$ ¹⁵

(10) 表述了權利（要求某事之權）的一般結構。以大法官釋字第四四五號為例，該號解釋認為國家對於集會自由這項權利在消極方面「應保障人民有此自由不予干預」，在積極方面則「應提供適當集會場所並保護集會遊行之安全」，這兩者都可以用 $RabG$ 的形式表述為「人民 (a) 對於國家 (b) 有要求不干預其集會遊行 (G) 之權利」以及「人民 (a) 對於國家 (b) 有要求提供適當場所並保護集會遊行安全 (G) 之權利」。上述兩者的區別在於權利的對象：前者所要求者為消極的行為（不作為），後者所要求者為積極的行為（作為）。要求國家不作為的權利即所謂的防禦權（*Abwehrrechte*），而要求國家作為的權利即是包括社會權以及保護請求權在內之各種給付權（*Leistungsrechte*）¹⁶。而權利和規範之間的關鍵聯結在於，做為一種規範性的關係（*normative Relation*），每個權利都相應於一個三元的義務關係。當我們說「 a 對於國家有要求不干預集會遊行之權利」時，這句話其實就意謂者「國家對於 a 負有不干預其集會遊行之義務」，易言之，也就是國家不應該干預 a 之集會遊行。同理，「 a 對於國家有要求保護集會遊行安全之權利」即意謂者「國家對於 a 負有保護其集會遊行安全之義務」。易言之，「 a 對 b 有要求 G 之權利」即蘊涵了「 b 對 a 負有 G 之義務」，反之亦然。這種和權利相應的義務可以稱之為「關係性的義務」（*relationale Pflicht*），它具有下面的邏輯形式：

¹⁴ Alexy, a.a.O., S. 171 f.

¹⁵ Alexy, a.a.O., S. 186. 關於此一形式結構亦參照 Koller, *Theorie des Rechts*, 2. Aufl., Wien 1997, S. 96.

¹⁶ Alexy, a.a.O., S. 173.

(11) *ObaG*¹⁷

此處 *O* 所代表者乃是關係性之應然模態 (relationale deontische Modalität)。由於 (10) 和 (11) 具有互相蘊涵的關係，因此權利乃是一種關係性的規範，每個表述權利的語句同時也是規範語句。

三、基本權規範、基本權規定與衍生的基本權規範

依據語意學的規範概念，基本權規範可以定義為基本權規範語句的意義。憲法條文中表述基本權規範的規範語句可以稱之為「基本權規定」(Grundrechtsbestimmungen)¹⁸。就中華民國憲法而言，「人民之權利義務」一章中從第七條到第十八條以及第二十一條關於受教權的規定都屬於基本權規定，第二十二條則屬概括的基本權規定。就此而言，我國憲法上之基本權規範可暫且定義為由憲法第七條至第十八條、第二十一條以及第二十二條所表述之規範。

倘認為只有憲法之基本權規定所表述的規範才是基本權規範，則馬上會面臨一個問題，就是這樣的定義是否過分窄化了基本權規範概念的範圍。眾所周知，基本權規定具有相當大的開放性，因此在適用時必須進一步加以解釋或精確化，這些解釋或精確化基本權的語句是否也表述了基本權規範呢？基本權規定的開放性表現在兩方面：語意的開放性 (semantische Offenheit) 以及結構的開放性 (strukturelle Offenheit)。前者源自於基本權規定所使用法律概念具有不確定的意義 (Mehrdeutigkeit)、

¹⁷ Alexy, a.a.O., S. 186. 由此可以看出，權利的主體即為相應之義務的相對人，而主觀權利和國家的客觀義務在結構上的區別則在於，後者是一種沒有相對人的義務，而非關係性的規範。試以 *G* 代表義務的對象，例如「保護 *a* 之生命」，則非關係性的義務如「國家有義務保護 *a* 之生命」只能用 *OG* 的邏輯形式來表達。非關係性的義務和「國家對於 *a* 負有保護其生命之義務」(*ObaG*) 這種關係性的義務之不同在於，前者並沒有任何一個權利主體做為義務之相對人，從 *OG* 不能推導出 *RabG* (「*a* 有權請求國家加以保護其生命」) 這個規範，因此它只表述了 (客觀的) 保護義務，而不賦予 (主觀的) 保護請求權。對此另參見 Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, S. 267.

¹⁸ 關於基本權規定，參照 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 54 ff.

模糊性 (Vagheit) 或者評價上的開放性 (evaluative Offenheit)¹⁹。試以憲法第十一條為例，該條包含了下面這個基本權規定：

(1) 人民有講學自由

然而什麼是「講學」在語意上有相當的不確定性，光從(1)這個規範語句我們無法確定講學自由保障了那些事項。此種語意的開放性可以透過語意規則的設立來排除，例如從大法官釋字第三八〇號對講學自由的解釋「憲法第十一條關於講學自由之規定…就大學教育而言，應包含研究自由、教學自由及學習自由等事項」可以得到下面這個語意規則：

(2) 講學自由就大學教育而言包含研究自由、教學自由及學習自由
由(1)與(2)可以推論出

(3) 人民就大學教育而言有研究自由、教學自由及學習自由

(3)是一個規範語句，但它並不是憲法所明文規定的規範語句，因此它並不屬於基本權規定。再看何謂結構的開放性²⁰，同樣以憲法第十一條之講學自由為例，從該條文字面既無法看出，大學的講學自由係消極地要求大學之研究教學及學習活動免於國家干預，亦或要求國家應採取積極的措施來保障學術自由，同樣也無法得知學術自由之保障範圍除了大學成員之研究教學活動之外，是否也包括了大學自治制度之保障。對於這個問題大法官在釋字第三八〇號之解釋理由書中首先指出，憲法第十一條關於講學自由之規定，其目的係保障學術自由，並進一步敘明：

(4) …學術自由之保障，應自大學組織及其他建制方面，加以確保，亦即為制度性之保障。為保障大學之學術自由，應承認大學自治之制度，對於研究、教學及學習等活動，擔保其不受不當之干涉，使大學享有組織經營之自治權能，個人享有學術自由。

¹⁹ 關於語義的開放性，參照 Alexy, Die logische Analyse der juristischen Entscheidungen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, S. 24 ff. Koch/Rußmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 191 ff.

²⁰ 關於基本權規定在結構上的開放性，參照 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 58 ff.

(4) 顯然也是規範語句，它精確化了學術自由的權利結構。然而如同(3)一樣它並非憲法之明文規定，現在的問題就在於，像(3)和(4)這種非屬基本權規定之規範語句是否也表述了基本權規範呢？(3)和(4)在一定程度上分別排除了憲法第十一條在語意和結構上的開放性，它們對於憲法第十一條在個案上的適用是不可或缺的，如果沒有(3)和(4)這兩個規範語句，則將無法判定，釋字第三八〇號中所爭執之大學法施行細則是否違憲。進一步言之，如果沒有(3)與(4)這一類的規範語句來精確化基本權規定之語意與結構，則在許多案件中將因基本權規定之不確定性而無法認定什麼是憲法所要求、允許或禁止者。因此這種規範語句和基本權規定之間具有一種精確化關係（*Präziserungsrelation*），而它們和被精確化的基本權規定之間也具有論證或說理上的關聯：(3)與(4)之所以應被認為是有效的規範，其理由之一即在於憲法第十一條包含了講學自由的規定。因此將(3)與(4)這類語句所表達的規範排除於基本權規範的概念之外並不適當。這類規範語句雖非憲法的基本權規定，但它們也表述了什麼是根據憲法的基本權規定所要求、准許或禁止者，用 Alexy 的術語可將這類規範語句所表述的規範稱之為「衍生的基本權規範」（*zugeordnete Grundrechtsnormen*）²¹。如此一來，基本權規範可分為兩類，即基本權規定所表述之規範（憲法明文規定之基本權規範）以及衍生的基本權規範。每一個基本權規定都可以衍生出許多不同的規範語句，但並不是所有可能的衍生規範都可以理所當然地被認為是基本權規範。例如「根據憲法第十條之規定國家應為每位國民配備雙 B 轎車一輛以便其自由遷徙」這樣的規範語句就幾乎不可能被認為是基本權規範的表述，因此必須要有判準來區分哪些衍生的規範

²¹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 60. 此處譯法根據英譯本，英譯本將“*zugeordnete Grundrechtsnormen*”譯為 *derivative constitutional right norms*，見 Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian River, Oxford, 2002, p. 33. 衍生的基本權規範必須與憲法未明文列舉之基本權一例如中華民國憲法第 22 條所稱之「其他自由及權利」一相區分，後者與憲法條文明定之基本權規範之間並不存有精確化的關係。

是基本權規範，哪些不是。對此 Alexy 提出了兩個判準：經驗性的判準與規範性的判準。經驗性的判準以實務（例如大法官會議解釋）以及學說見解作為區分的判準，但實務以及學說見解未必即能保證規範內容的正確性，因此尚必須加上規範性的判準。按照規範性的判準，一個衍生的規範，如果它能夠透過正確的基本權說理（korrekte grundrechtliche Begründung）從憲法明文規定之基本權規範所推衍得出時，則可被認為是有效的基本權規範。易言之，衍生的基本權規範乃是理性的基本權論證的產物，在此一論證過程中基於憲法條文之文義、判決先例乃至普遍性實踐論證的論據都有被運用的可能²²。由於此問題已超出基本權規範理論的範圍而涉及基本權論證理論之課題，須另為文詳論之，在此不做進一步討論²³。

參、原則理論—基本權結構之規範理論基礎

上文係從語意學的規範概念來界定基本權規範的概念，並以簡單的規範邏輯來分析基本權規範的基本邏輯結構，然而對於基本權之規範性質具有重大意義者，乃是規範理論上對於原則與規則兩種不同性質規範的區分。Alexy 提出一套原則理論來說明基本權規範在結構上所具有的特徵，他的原則理論建立在三個相互聯結的命題之上：①最佳化命題

²² Alexy, a.a.O., S. 61 ff. Alexy 認為正確的基本權說理這一概念可以擴張成為對於基本權規範的一般性定義，亦即所有能由正確的基本權說理所證成的規範都是基本權規範。對於憲法明文規定的基本權規範，一般來說僅需指出憲法文本含有該基本權規定即足以證成其正確性，至於為何憲法所明文規定者即為有效，這個問題對於實務來說僅有理論的意義。衍生的規範由於並不能直接從憲法文本演繹而出，因此尚必須提出其它的論據來證成其正確性，是故這個對於基本權規範的一般定義並未抹殺了兩者之間的區別。

²³ 對此問題請參照 Alexy, a.a.O., S. 493 ff.; Koch, Die Begründung von Grundrechtsinterpretation, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 197 ff. 國內文獻則可參考吳庚，「憲法的解釋與適用」，頁 553 以下。關於法論證理論之中文文獻請參照顏厥安，「法與實踐理性」，頁 95 以下。

(Optimierungsthese)、②碰撞法則 (Kollisionsgesetz)、③衡量法則 (Abwägungsgesetz)。最佳化命題涉及了原則在規範結構上的特質，碰撞法則藉由規範衝突的不同解決方式來說明規則與原則的區分，而衡量法則則是對於解決原則碰撞在方法上的精確化。以下將依序說明這三個命題。

一、最佳化命題

Alexy 繼受了 Dworkin 的觀點，認為規則與原則兩者的區分在於規範結構上的不同²⁴，但 Alexy 認為 Dworkin 區分規則與原則的判準並不恰當，因此提出另一種原則和規則的區分方式²⁵。Alexy 將原則定義為一種規範，這種規範要求某事物在相對於法律上與事實上的可能範圍之內以盡可能高的程度被實現，因此原則乃是最佳化命令 (Optimierungsgebote)²⁶。

²⁴ Dworkin 認為，規則與原則之間具有邏輯上的區別 (a logical distinction) (Dworkin, Taking Rights Seriously, p. 17)，但 Dworkin 自己並沒有對規則或原則之規範結構加以邏輯形式化，以精確地說明何謂「邏輯上」的區別。依 Alexy 之見，此處「邏輯上」一詞應廣義的理解為「規範結構的一般特質」(allgemeine Eigenschaften der Normenstruktur)，參照 Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 182。

²⁵ Alexy 對於 Dworkin 的批評主要針對 Dworkin 用來區分規則與原則的兩個判準：①規則乃是以全有或全無的方式 (all-or-nothing fashion) 被適用，而原則則否；②規則的例外✕可數，而原則的反例 (counter-instances) 則是可數的。Alexy 認為這兩個命題都不成立，因而必須另尋區分的判準 (vgl. Alexy, a.a.O., S. 188 ff.)。關於 Alexy 對 Dworkin 的批判性繼受，國內文獻已多有介紹，在此不贅，對此可參見陳顯武，法學上規則與原則的區分，「國家發展與兩岸關係學術研討會論文」，頁 6；賴志強，「論法規則與法原則的區別」，頁 59-66；張嘉尹，法律原則、法律體系與法概念論—Robert Alexy 法律原則理論初探，輔仁法學第 24 期，頁 8-12。

²⁶ Alexy Theorie der Grundrechte, S. 75 f.: “Prinzipien [sind] Normen, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote*...” “Optimierungsgebote” 一詞此處從陳顯武教授之翻譯(見陳顯武，同前註 25，頁 7)，其它適切之中譯則有「盡力實現之誠命」(顏厥安，法與實踐理性，頁 67)、「最佳誠命」(賴志強，同前註 25，頁 67)、「最佳化誠命」(張嘉尹，同前註 25，頁 151) 等等。近來吳庚教授將 “Optimierungsgebote” 譯

原則做為最佳化命令之特徵在於原則能夠以不同的程度被實現，其所要求的實現程度不僅繫諸於事實上之可能性，尚取決於法律上的可能性，而法律上的可能範圍則是透過與之相對立的規則和原則來加以確定，後者意味著，適用一原則時必須考量到在個案中相衝突的其它原則，才能決定該原則的法效果是否成立，因此原則的典型適用方式乃是衡量（Abwägung）。相反的，規則乃是一種只能被實現或者不被實現的規範，若一條規則有效，即應該不多也不少地去做到該規則所要求的內容，而沒有不同的實現程度的問題。規則不同於原則之處即在於，規則在法律與事實的可能範圍內已具有明確的設定（definitive Festsetzung），因此 Alexy 將規則稱之為確定性的命令（definitive Gebote）。規則的典型適用方式是涵攝（Subsumtion）：若個案之事實符合規則的構成要件，即應接受該規則的法效果²⁷。是故規則與原則之區分依 Alexy 之見並非程度上的不同，而是質的不同。

有不少學者批評最佳化命令並不適合做為原則之定義，其中最具代表性的為 Jan-Reinard Sieckmann²⁸。試以言論自由原則為例，依 Sieckmann 之見，「言論自由應予保障」這個規範語句所表述的並非最佳化命令，而是一個應該以最佳的程度加以實現之標的，Sieckmann 將此稱為「最佳

作「最佳選擇之提供」（吳庚，「憲法的解釋與適用」，頁 564）則有待商榷，蓋從上引 Alexy 原文可清楚看出，“Gebot”一字在此相應於“gebieten”乃命令或要求之義，將其譯為「提供」恐係與“Angebot”之語義相混淆之故。

²⁷ Alexy, a.a.O., S. 76.

²⁸ Sieckmann 除對 Alexy 的最佳化命題提出批評之外，更進一步將原則理論複雜化，對此可參照 Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990, S. 76 ff.; ders., Logische Eigenschaft von Prinzipien, Rechtstheorie 25 (1994), S. 163 ff.; ders., Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht, in: Schilcher/Koller/Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, S. 69 ff. Sieckmann 的理論進路是否成功，因牽涉太多規範理論及邏輯上的細部問題，在此僅能簡述其批評之精要，關於 Sieckmann 理論的中文文獻請參照賴志強，「論法規則與法原則的區別」，頁 101 以下。

化的目標」(Optimierungsziel)；所謂「最佳化」，Sieckmann 則將之理解為相衝突的多個目標之最佳可能實現(die bestmögliche Realisierung mehrerer kollidierenden Ziele)。最佳化的目標可以有不同的實現程度(例如言論自由可以受到或多或少的限制)，但它並不同於要求將此目標以最佳的方式加以實現這個命令。若要將言論自由原則理解為最佳化命令，則其表述方式應為「只要在事實上及法律上皆為可能，言論自由即應受到最大程度之保障」，但這卻是一種只能被實現或者不被實現的規範，也就是說其實是一條規則²⁹。Sieckmann 認為，最佳化命令之所以具有規則的特徵乃是由於「最佳狀態」(Optimum)的定義所致：如果有兩個解決方案能夠以不同的程度來實現最佳化命令，且第一個解決方案實現的程度比第二個高，那麼只有第一個可以稱之為「最佳的」(optimal)；如果同時有多個最佳的解決方案，則最佳化命令可被其中任何一個完全加以實現，換言之，最佳化命令並沒有實現程度的問題³⁰。因此 Sieckmann 認為無法將原則化約為最佳化命令：依 Sieckmann 之見，原則乃是一種具有目的性格(teleologischer Charakter)的「理想應然」(ideales Sollen)，它表達了某個應加以實現的理想狀態(Ideal)。就法律的可能性而言，這個理想狀態在和其它目的相衡量之後可能無法完全地被實現，而只能程度性地被滿足；而最佳化命令則要求在給定的法律及事實的條件下尋求解決目的衝突的最佳解決方案，它的實現沒有程度性的問題。嚴格說來，最佳化命令本身並非衡量的對象，而只是刻畫原則適用方式的二階規則(Regel der 2. Stufe)³¹。

²⁹ Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 64 f.

³⁰ Sieckmann, a.a.O., S. 65.

³¹ Sieckmann, a.a. O., S. 76 ff. Aulis Aarnio 亦有相同之見解，見 Aarnio, Reason and Authority, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney 1997, p. 181: "... Principle itself cannot, conceptually, be an optimization mandate. Such a mandate is a normative proposition about principles, and as such it is necessarily rule-like: either it is or is not followed. Therefore the optimization mandate cannot be applied 'more or less'. Either one does or does not optimize."

針對 Sieckmann 的批評，Alexy 在最近的著作中對於原則的規範結構進一步的精確化。Alexy 區分「應被最佳化之命令」（zu optimierende Gebote）以及「要求最佳化之命令」（Gebote zu optimieren）。Alexy 認為這兩者分屬不同層面的問題：「應被最佳化之命令」做為衡量或者最佳化的客體處於對象層面（Objektebene），而「要求最佳化之命令」一亦即原本之最佳化命令一則係處於後設層面（Metaebene）。後設層面的最佳化命令要求其對象一亦即「應被最佳化之命令」一應盡最大可能加以實現，但最佳化命令本身並非最佳化的對象，而只能透過其對象之最佳化來加以實現。原則做為衡量的對象並非最佳化命令，而是應被最佳化之命令，它包含了一個在事實及法律的可能範圍之內尚未被限制（相對化）的「理想應然」³²。就此而言，Alexy 可說接受了 Sieckmann 對他的批評，但他認為用最佳化命令來做為原則的定義仍然是合適的，因為從實用的角度來看，最佳化命令以最簡單的方式表達了原則的作用方式，而在理論面，做為原則本身的理想應然和做為規則的最佳化命令之間存在有必然的關連—每個原則都蘊涵了一個要求將其自身以最佳的方式加以實現的命令，而每一個最佳化命令也預設了一個應以最佳程度被實現的理想應然—因此 Alexy 認為這兩者其實是一體兩面³³。

二、碰撞法則

如果兩個規範同時適用到個案上會產生互相矛盾的結果，這兩個規範之間就存在著規範衝突（Normenkonflikte）。Alexy 認為，原則和規則的

³² Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, Schilcher/Koller/Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, S. 38 f. Alexy 早期亦曾以「理想應然」來說明原則的特性，依其之見，理想應然並不預設其所要求者在事實和法律的可能範圍之內完全被實現，而僅要求以盡可能或趨近的方式來實現（vgl. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 203）。後來 Alexy 認為這個術語容易引起誤解因而不使用（Alexy Theorie der Grundrechte, S. 196），直到回應 Sieckmann 之批評時他才重拾「理想應然」這個概念，然而並未見他對此一概念有比之前更深入的闡述。

³³ Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, S. 39.

在規範結構上的不同最清楚地表現在規範衝突的不同解決方式上。

(一)規則衝突

Alexy 認為規則衝突有兩種解決方法，如果不是將相衝突的規則之一當做將例外條款嵌入另一條規則，就是有一條規則要被宣告無效。對於以規則—例外結構來解決規則衝突的方式，Alexy 以下例說明之：規則 N_1 為「鈴響之前禁止離開教室」，規則 N_2 為「火警時應該離開教室」。倘若鈴響前發生火警，則 N_1 與 N_2 同時適用的結果會產生兩個互相矛盾的規範：「禁止離開教室」與「應該離開教室」。此一規則衝突可透過將 N_2 做為 N_1 的例外條款來排除，亦即鈴響前禁止離開教室，但若發生火警則不在此限，換言之，火警案件即成為規則 N_1 的例外情況。倘若規則衝突無法透過規則—例外結構來排除，則必須至少有一規則被認為是無效而排除於法體系之外。至於哪一條規則無效則可透過「後法優於前法」、「特別法優於普通法」或「上位法優於下位法」等後設規則來決定³⁴。

(二)原則碰撞

Alexy 將發生於原則之間的規範衝突稱之為原則碰撞（Prinzipienkollision）。當兩原則相衝突時，則其中必有一原則須退讓，

³⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 77 ff. Alexy 並未清楚說明這兩種規則衝突解決方法之關連。此一關連可透過對上例中兩規則加以邏輯形式化看出：
 $N_1: (x) (Tx \rightarrow O \neg Rx)$ 「如果鈴聲未響（ Tx ），則禁止離開教室（ $O \neg Rx$ ）」
 $N_2: (x) (Mx \rightarrow ORx)$ 「如果發生火警（ Mx ），則應該離開教室（ ORx ）」
 Alexy 曾在他處指出，如果 N_1 與 N_2 之衝突要以規則—例外結構來解決，則 N_2 之條件 M 可以否定的構成要件要素之形式嵌入 N_1 之構成要件（Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, S. 188, Fn 64）。亦即 N_1 將被修正為 $N_3: (x) (Tx \wedge \neg Mx \rightarrow O \neg Rx)$ 「如果鈴聲未響（ Tx ）且沒有發生火警（ $\neg Mx$ ）則禁止離開教室」。由此可以清楚地發現 N_1 與 N_3 其實是兩個不同的規範，透過這種解決方式 N_1 被認定為無效而代之以另一有效之規範 N_3 。但從 N_1 與 N_3 之邏輯形式可看出， N_1 僅是部分無效而非全部無效，因為透過此一取代僅排除了 N_1 在火警案件（ Mx ）的適用，其效力範圍則被限縮「鈴聲未響且沒有發生火警」這類案件之上，因此對一規則嵌入例外條款可視為將此規則判定為部分無效，被嵌入例外條款的規則改以限縮的形式存在於法體系中。

該退讓之原則其在法律上實現的可能性因而受到另一原則之限制。但與規則衝突不同，如果一條原則在某一衝突個案中退讓，它並不會因此而無效，該原則仍然是法體系中有效的規範，它仍可能在其它個案中重新獲得適用。因此就抽象的層面而言原則彼此間具有相同位階，不能認為有哪一條原則自始即具有絕對的優先性³⁵。而原則碰撞也無法透過對退讓的原則嵌入例外條款來解決，因為如此一來等於另一原則在每個衝突案件中都具有絕對的優先性。以上述 N_1 與 N_2 間的規則衝突為例，由於 N_2 乃是 N_1 的例外條款，故發生衝突時必優先適用 N_2 。但原則碰撞並非如此解決，試以人格權保護與新聞報導自由為例，我們無法說，這兩原則發生衝突時何者必定具有優先性，而僅能針對個案之情形衡量其孰輕孰重來判斷哪一個原則在此具體個案比較重要具有優先性。

Alexy 認為，原則碰撞乃是透過察看個案之情形藉由確定原則之間的條件式優先關係 (bedingte Vorrangrelation) 來解決，亦即指出在該案型的條件下某一原則優先於另一原則，這個優先關係在不同的條件下則可能倒反過來，也就是說在其它案型有可能另一原則變得比較重要而具有優先性。Alexy 以符號 P 來代表優先關係， C 表示優先條件，對於兩原則 P_1 與 P_2 之間的衝突有下列四種可能的解決方式：

- (1) $P_1 P P_2$
- (2) $P_2 P P_1$
- (3) $(P_1 P P_2)C$
- (4) $(P_2 P P_1)C$

(1) 與 (2) 表示無條件的優先關係，如果沒有其中任何一條原則具有絕對的優先性，則這兩種可能性都應排除而只考慮由 (3) 與 (4) 所表述的條件式

³⁵ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 79 ff. Alexy 以德國聯邦憲法法院一件關於因被告患有嚴重心臟病而無法進行主審程序 (Hauptverhandlung) 之裁定 (BVerfGE, 51, 324) 為例來說明原則之間沒有絕對的優先關係，對此案之中文介紹請參照張嘉尹，法律原則、法律體系與法概念論—Robert Alexy 法律原則理論初探，輔仁法學第 24 期，頁 18-19。

(或相對的)優先關係。由此可見條件式的優先關係表達了衡量的結果：若一原則 P_1 在 C 所描述的情形之下較另一原則 P_2 具有較大的重要性，則成立 $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$ ，亦即在條件 C 之下 P_1 優先於 P_2 。反之，如果 P_2 與 P_1 相衡量之後前者具有較高重要性，則成立 $(P_2 \mathbf{P} P_1)C$ ，亦即在條件 C 之下 P_2 優先於 P_1 ³⁶。

Alexy 指出，基本權衝突是原則碰撞之典型案例，他以德國聯邦憲法法院之 Lebach 判決做為具體的例子來說明原則碰撞如何解決³⁷。Lebach 案之事實簡述如下³⁸：一九七二年春天德國第二電視台（ZDF）計畫播映一名為「Lebach 之士兵謀殺」的電視記錄片。該片之內容為一件在一九六九年所發生之重大刑案，該案之行爲人在殺害四名守衛軍械庫的士兵後，搶奪了武器彈藥供其它重大犯罪之用。本案之憲法訴願人在當時因幫助犯而被法院判處六年有期徒刑，在記錄片播映前他即將獲得假釋。憲法訴願人指摘，在該片中其姓名及肖相均被播出，放映該片將侵害其源自於基本法第一條第一項與第二條第二項之人格權，特別是因為他的再社會化將會因此受到危害之故。聯邦憲法法院判決的結果認為該電視記錄片之放映依憲法應被禁止，Alexy 從原則碰撞之角度來分析，認為判決的理由有三個層次：在第一個層次聯邦憲法法院確認了在此案中基本法第二條第一項聯結第一條第一項所保障之人格權 (P_1) 與第五條第一項之廣播電視報導自由 (P_2) 這兩條原則之間存在有一緊張情勢：若適用 P_1 ，則應禁止記錄片之播出，若適用 P_2 ，則應允許記錄片之播出。聯邦憲法法院強調，無論是 P_1 或 P_2 都不具有無條件的或絕對的優先性，此案必須考慮典型之案件類型以及個案之特殊情況透過衡量來解決。由此進入第二層次的論證，在第二層次聯邦憲法法院認為，在對於犯罪為即刻報導之情況 (C)

³⁶ Alexy, a.a.O., S. 82.

³⁷ Alexy, a.a.O., S. 84 ff.

³⁸ 關於 Lebach 一案及其後續發展之介紹另可參照陳耀祥，論廣播電視中犯罪事實之報導與人格權保障之衝突—以德國聯邦憲法法院之雷巴赫案為討論核心，「當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，頁 115-143。

下，電視台之報導自由 (P_2) 一般說來具有優先性，這個一般性的衡量結果可標記為 $(P_2 \mathbf{P} P_1)C_1$ 。但這只是一個初步性的條件式優先關係，並非每一個對於犯罪行為之即刻報導都應被允許，而有可能會有例外狀況存在。聯邦憲法法院在第三層次提出 *Lebach* 案之主要論據，在進行具體的衡量之後，聯邦憲法法院認為，如果對於重大犯行之報導乃是重覆的，不具有即刻之資訊利益且危害行為人之再社會化時 (C_2)，則人格權之保護 (P_1) 應優先於報導自由 (P_2)，此一具體的衡量結果可標記為 $(P_1 \mathbf{P} P_2)C_2$ ，這意味者，在條件 C_2 之下應出現 P_1 的法效果，亦即應禁止記錄片之播出。由此可以看出，衡量的結果確定了相衝突的原則在法律上的實現可能性，是故 Alexy 特別強調，從條件式的優先關係可以得出一條規則，其構成要件為優先條件，其法效果即為具有優先性的原則在該條件下所要求者。在 *Lebach* 案中，優先條件 C_2 可分解為四個構成要件要素：重覆的 (T_1)，不具有即刻資訊利益 (T_2)，對於重大犯罪行為的報導 (T_3)，且該報導危害行為人之再社會化 (T_4)，而應出現之法效果則是禁止該報導之播出 (R)，由 $(P_1 \mathbf{P} P_2)C_2$ 這一條件式的優先關係可導出 *Lebach* 案之結論：

$$T1 \text{ 且 } T2 \text{ 且 } T3 \text{ 且 } T4 \rightarrow R$$

也就是說，若一個重覆的，不具有即刻資訊利益的重大犯罪行為報導對行為人之再社會化造成危害時，則該報導在基本法上應被禁止。這個結果是一個具有規則性質的衍生基本權規範，如果案件事實滿足其構成要件，即可透過涵攝得出確定的法效果。質言之，原則碰撞係透過確定一個條件式的優先關係來解決，而由此一條件式的優先關係則可得出一條規則，這一命題 Alexy 稱為「碰撞法則」(K)：

(K) 若原則 P_1 在條件 C 之下優先於原則 P_2 ： $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$ ，且 P_1 在 C 的情形下產生法效果 R ，則成立一條以 C 做為構成要件， R 做為法效果的規則： $C \rightarrow R$ ³⁹。

³⁹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 83.

Alexy 認為，「最佳化」的任務即在於正確地確定相衝突原則之間的條件式優先關係，在此同時也就確定了一條根據個案所形成的規則，這顯示碰撞法則結合了原則層面與規則層面：經由原則碰撞的解決可以得出一條規則，使得個案之事實可以涵攝於其下而確定了在個案中所應出現的法效果，由於這條規則乃是透過衡量相衝突的原則而確立的，因此原則形成了這條規則的理由（Gründe）⁴⁰。上述 Lebach 案之結論就是一條經由衡量以解決基本權衝突所得出的規則，如果基本權的衡量是一種理性的說理過程，那麼就有可能透過正確的基本權說理來證成這條規則，這意謂著該規則即成為一條衍生的基本權規範，由此 Alexy 得出一個命題：「每個正確的基本權衡量的結果可以表述為一條具有規則性質，可以將個案涵攝於其下的衍生基本權規範。」⁴¹

（三）規則與原則具有不同的初步性特徵

如前所述，原則在法律上的實現可能性除了經由與之相碰撞的原則所決定之外，尚須受到與之相對立的規則所限制，也就是必須要考量到原則和規則相衝突的情形。對此 Alexy 區分兩種可能的情形。第一種情形是，限制原則 *P* 的規則 *R* 具有嚴格的效力，亦即不論原則 *P* 之實現有多麼重要，只要其與 *R* 衝突，*P* 即應退讓，如此一來該規則 *R* 不可能被相對立的原則所限制。但 Alexy 認為，由於人類掌握未來案件類型的能力有限，有可能在一個新案件中為了得到一個合理的判決，因而依據原則對一條規則創設新的例外，從而限制了這條規則在該案件的適用。再從經驗上來說，Alexy 也以德國實務上關於目的性限縮的案件為例，指出德國之法體系並未禁止對規則創設例外，因此與原則相衝突的規則並非總是具有嚴格的效力，在例外的情形下規則的效力反而會受到原則的限制⁴²。第二種情形則允許原則 *P* 在特定的條件之下限制規則 *R* 的適用。在這種情形下 *R* 若非

⁴⁰ Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, S. 34 f.

⁴¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 87.

⁴² Alexy, a.a.O., S. 76, Fn 24; ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft 25 (1985), S. 16 f.

因此無效，就必須改變其設定內容（Festsetzungsgehalt），易言之，必須被嵌入一條例外條款。但是 Alexy 特別指出，滿足此一特定條件的情形不僅在於原則 *P* 的重要性必須勝過在內容上支持 *R* 的實質原則 *PR*，*P* 尚且必須勝過在形式面支持 *R* 的原則 *Pf*，*R* 之適用才能被限制⁴³。Alexy 將 *Pf* 稱之為形式原則（formelle Prinzipien），例如「由合法權威所制定之規則應被遵守」或者「無特別之理由不得偏離歷來的實務見解」等等要求尊重立法者決定與判決先例拘束力的原則皆屬之。這些原則並非在內容上支持規則正確性的實質理由，而是指出誰有權限（或者應依何種程序）來制定規則，由於其涉及了規則效力在形式上的根據，因此被稱之為形式原則⁴⁴。

由第二種情形 Alexy 得出了另一個原則與規則的區別點：原則與規則具有不同的初步印象特徵（prima facie-Charakter，簡稱「初步性特徵」）。原則的初步性特徵在於，由於原則對其實現的法律及事實可能性並未有明確的設定，因此即便一條原則在系爭之個案中可適用，也不能由此推得該原則所要求者即為確定的法效果，倘若此原則與其它原則相衡量的結果不具有優先性，則其所要求之法效果即被推翻，因此原則的法效果在個案中是否確定成立，始終必須繫諸衡量的結果。相反的，若規則的構成要件在個案中實現了且沒有例外存在，則其法效果即確定地成立。由此看來規則似乎具有確定性特徵（definitiver Charakter），但是如果根據原則來對規則設立新例外的可能性始終存在，那麼規則就喪失了確定性特徵而也只有初步性特徵。規則的初步性特徵表現在於，倘若支持設立新例外的原則其重要性強過支持該規則的實質及形式原則，則原本適用該規則所應出現的法效果即因例外成立而必須被撤回⁴⁵。然而規則具有比原則更強的初步性

⁴³ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 76, Fn. 24

⁴⁴ Alexy, a.a.O., S. 89。關於形式原則另參照 Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 149 ff.; Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberischer Spielraum, Baden-Baden 2003, S. 144 ff., 152 ff.

⁴⁵ Alexy, a.a.O., S. 88 f.

特徵，這是因為規則背後有形式原則的支持而使得要根據原則來對規則設立新例外的困難度提高了：欲根據原則 P 對規則 R 創設新例外者，負有論證責任（Argumentationslast），他除了必須證成，為何在系爭條件下 P 所要求者在內容上優於規則的規定，除此之外他還必須證成，為何在此條件下，實現 P 的重要性是如此之高，以致於可以偏離權威機關透過規則所做出的決定；換句話說，欲設立新例外者必須論證， P 不僅相較於 PR ，而且比起 PR 與 Pf 兩者加總具有更高的重要性⁴⁶。由於規則具有非常強的初步性特徵，因此在適用規則時通常只須認定構成要件實現與否，若實現，即可推論出規則的法效果。透過論證負擔的轉移，這個確定的法效果只有當反對適用規則的一方透過衡量證成新例外的存在時，才會被撤回。由於新例外的成立相當不易，因此在通常的情況下，適用規則仍可得出確定的法效果⁴⁷。

三、衡量法則

原則碰撞要透過衡量來解決，要透過相對立的原則對一條規則設立新例外時也要進行衡量，Alexy 原則理論的第三個命題—衡量法則—即在於刻畫理性衡量的結構。原則衡量經常以「利益衡量」（Interessenabwägung）之名而與狹義的比例原則相提並論。依據 Alexy 的分析，原則理論其實與比例原則處於相互蘊涵的關係，從最佳化命題可推導出比例原則的三項子原則：適當性原則（Grundsatz der Geeignetheit）、必要性原則（Grundsatz der Erforderlichkeit）以及狹義的比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne），反之亦然⁴⁸。

Alexy 認為，適當性及必要性原則來自於原則應在事實上的可能範圍之內以最大程度加以實現這項特徵。舉例說明之，假定有一項措施 M 試圖以干預職業自由（ P_1 ）為手段來達到保護消費者（ P_2 ）的目的，但是實際上

⁴⁶ Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, S. 20 f.

⁴⁷ 關於此點亦可參照陳顯武，法學上規則與原則的區分，「國家發展與兩岸關係學術研討會論文」，頁 8。

⁴⁸ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 100 ff.

$\sim M$ 無法達到所欲實現的目的。如此一來不採取 M 這個措施也不會造成對 P_2 的損害，但是如果採取 M 則不但無法實現 P_2 且反而會侵害到 P_1 ，因此從 P_1 與 P_2 之最佳化實現來看，即不應採取 M 這項措施，而這正是適當性原則的內含。必要性原則指的則是，如果有兩個措施 M_1 與 M_2 可以用同樣高的程度實現 P_2 ，但對另一原則 P_1 來說 M_2 比起 M_1 乃是比較輕微的干預措施，也就是說，相較於 M_1 ， M_2 能夠讓 P_1 以較高的程度來實現。那麼按照 P_1 與 P_2 都應儘可能以最大程度被實現的要求，即不應採取 M_1 這項措施，而這正是必要性原則的內容⁴⁹。Alexy 以德國實務上一則消費者保護案件為例⁵⁰，為保護消費者免於買到某種外觀上近似於巧克力的仿製品，可以採取絕對禁止販賣該產品的手段 (M_1)，也可以要求在該產品上應有清楚的標示 (M_2)， M_2 干預職業自由 (P_1) 的程度顯然較 M_1 為低，但 M_2 同 M_1 一樣可以達到保護消費者的目的 (P_2)，因此 M_1 對於 P_1 及 P_2 而言乃是不必要的手段⁵¹。

比例原則的第三個子原則—狹義比例原則—所涉及的則是在法律的可能範圍之內的最佳化問題。每一條原則都要求其在法律的可能範圍之內相對於其它原則應盡最大可能地被實現，因此如果一條原則的實現只能夠以另一條原則之不被實現做為代價時，那麼衡量就是不可避免的。對於相碰撞的原則如何衡量，Alexy 提出了一條衡量法則：

原則 P_i 與 P_j 相碰撞，若 P_i 不被實現或被侵害的程度愈高，則 P_j 實現的重要性就必須隨之愈高⁵²。

Alexy 在其代表作「基本權理論」一書中曾以經濟學上的無異曲線來

⁴⁹ Alexy, a.a.O., S. 101 f.

⁵⁰ BVerfGE 53, 135 (145 f.).

⁵¹ Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, S. 35. 因此 Alexy 認為，適當性原則與必要性原則其實就是 Pareto 最適境界 (Pareto-Optimalität) 的表述，對此另參照賴志強，「論法規則與法原則的區別」，頁 86 以下之論述。

⁵² Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 146.

說明衡量法則⁵³，最近他則發展出一個三階模式來對衡量法則加以精確化⁵⁴。假設有兩原則 P_i 及 P_j 在 C 的情況下相衝突，從衡量法則可以看出，所謂的衡量包含了三個步驟：第一步在於確定 P_i 不被實現或被侵害的程度，接來來的第二步則是確定 P_j 實現的重要性，最後第三步則是要去確定實現 P_j 的重要性是否足以正當化對 P_i 的侵害⁵⁵。衡量法則的第一個評價對象，也就是 P_i 在 C 的情況下被侵害的程度可用 IP_iC 或者簡化為 I_i 來表示；而衡量法則的第二個評價對象，即相對立的原則 P_j 在情況 C 的具體重要性則可用 IP_jC 或者簡化為 I_j 來表示⁵⁶。依 Alexy 之見， P_j 的具體

⁵³ Alexy, a.a.O., S. 147 ff. 無異曲線於基本權衡量上應用之適例亦可參照 Jansen, Die Abwägung von Grundrechte, Der Staat 36 (1997), S. 31 ff. 以無異曲線分析衡量問題可溯自 Bernhard Schlink 在 1976 年出版的先驅性著作，見 Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, S. 168 ff. 惟與 Alexy 不同，Schlink 對於狹義比例原則之衡量是否可以理性化的問題抱持著懷疑態度，見 Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 456, 460 ff. 對此爭議本文在此無法詳論，須待來日另為文探究。

⁵⁴ Alexy, A Theory of Constitutional Rights, pp.396-414; ders., Die Gewichtsformel, in: Jickli/Kreutz/Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, S. 777 ff.

⁵⁵ 至於侵害程度與重要性的高低如何判定，則必須透過理性說理加以論證，見 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 150. 在此最重要的判定依據是基本權釋義學所發展出來的一套標準，關於這些標準的國內文獻可參考許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室第 14 期，頁 55-59，2003 年。

⁵⁶ 具體重要性（konkrete Wichtigkeit）具有個案關連性，因此同一原則隨個案情形之不同其具體重要性亦會有所不同。與此相反的乃是抽象的重要性（abstrakte Gewicht）。Alexy 認為，一條原則 P_i 的抽象重要性是在不考慮個案情形下相對於其它原則所具有的重要性。大部分的憲法原則在抽象的重要性上面並沒有差別，但也有一些原則其抽象的重要程度輕重有別，例如生命權相較其抽象的重要程度即較一般行動自由為高（vgl. Alexy, Die Gewichtsformel, S. 778），抽象重要性略相當於一般所稱之基本權位階次序。從 Alexy 對衡量法則的表述可以看出，如果相衝突的兩原則在抽象重要的程度上沒有輕重之別，則衡量時只須考量到其具體重要性。抽象重要性的差別對衡量所造成的影響，Alexy 在他的衡量公式中有加以說明，詳見下註 66。

重要性取決於如果不對 P_i 進行干預將會對 P_j 造成何種效果而定，這是因為進行衡量的前提在於，實現其中之一原則則必以犧牲另一原則之實現為代價，因此 P_j 的具體重要性乃是根據假設 P_j 在條件 C 之下不具有優先性的話則它將會受到何種程度的侵害而定。對此 Alexy 以德國聯邦憲法法院之 TITANIC 案說明之⁵⁷：有某諷刺性雜誌 TITANIC 因稱呼一位半身癱瘓之後備軍官為「廢人」(Krüppel)，而被邦高等法院判決支付慰撫金以賠償其所造成之人格權損害，該雜誌不服該判決而提起憲法訴願。在本案中涉及了言論自由與人格權保護之間的衡量問題。若要決定言論自由被侵害的程度，則只須確定，禁止發表該言論以及判處慰撫金對於言論自由所造成之干預程度為何。如要確定人格權保護原則的實現在本案的具體重要性為何，則必須反過來去問，如果不對言論自由採取干預措施——也就是說允許該雜誌稱呼對方為「廢人」並且不令其支付慰撫金的話——將會對人格權造成多大的負面影響，影響的程度越大，則人格權保護在本案的重要性就越高，換句話說，人格權保護的具體重要性乃是由保護言論自由對其所造成的代價來決定⁵⁸。

上述兩個評價對象 IP_iC (P_i 在 C 的條件下被侵害的程度) 與 IP_jC (P_j 在條件 C 之下的重要程度) 在 Alexy 的三階模式中可分別被評為「輕」(l)、「中」(m)、「重」(s) 三個值⁵⁹。衡量的第三步驟即要去比較 IP_iC 與 IP_jC 孰輕孰重，如果 IP_iC 的值較高的話，則優先關係 $(P_i \mathbf{P} P_j)C$ 成立；反之，若 IP_jC 之值較高的話，則 $(P_j \mathbf{P} P_i)C$ 成立。 IP_iC (li) 與 IP_jC (lj) 這兩者之間的關係依三階評價總共有下列九種可能組合⁶⁰：

⁵⁷ BVerfGE 86, 1 (10).

⁵⁸ Alexy, Die Gewichtsformel, S. 779 f.

⁵⁹ Alexy, a.a.O., S. 777 ff.

⁶⁰ Alexy 認為其三階模式可以透過將 l, m, s 進一步三階化來表達更細緻的程度區分，即再細分為 $ll, lm, ls, ml, mm, ms, sl, sm, ss$ 九種程度，如此一來則共有 $9 \times 9 = 81$ 種組合，但比較的方法仍然相同，故在此不做進一步說明，見 Alexy, a.a.O., S. 786 f.

- (1) $Ii: s, Ij: l$
- (2) $Ii: s, Ij: m$
- (3) $Ii: m, Ij: l$
- (4) $Ii: l, Ij: s$
- (5) $Ii: m, Ij: s$
- (6) $Ii: l, Ij: m$
- (7) $Ii: l, Ij: l$
- (8) $Ii: m, Ij: m$
- (9) $Ii: s, Ij: s$

由上述排列可以清楚地看出，在(1)到(3)的情形成立 $(Pi \text{ } P \text{ } Pj)C$ ，在(4)到(6)的情形則成立 $(Pj \text{ } P \text{ } Pi)C$ ，在(7)到(9)的情形則是所謂的「僵局案件」(Pattfälle)，衡量無法確定結果⁶¹。Alexy 認為，僵局案件落在所謂的衡量餘地 (Abwägungsspielraum) 之內，衡量餘地的概念對於憲法法院和立法者之間的權限區分具有重大意義，對此問題在此無法深入討論，本文僅將在第伍部分做最簡單的介紹。

Alexy 也提出具體的例子來說明衡量法則的三階模式，他以德國聯邦憲法法院一則關於要求在香菸包裝上標示危害健康的警示是否侵害職業自由的判決為例說明之⁶²。課予菸商在其產品標示吸菸危害健康的義務，對其職業自由 (P_1) 而言可說是相對輕微的干預 ($IP_1C = l$)，相反地如果完全禁止所有的菸類產品則是嚴重的干預，在嚴重和輕微的干預之間尚有中等程度的干預，例如禁止擺設香菸自動販賣機或者限制香菸在某些商店中之販售。課予標示義務的目的在於在保護國民的身體健康，此即在本案中與職業自由相衝突之原則 (P_2)。聯邦憲法法院認為，依據現今的醫學知識可以認定吸菸會導致癌症以及心臟病等危險疾病，因此 P_2 之實現在本案中具有高度的重要性 ($IP_2C = s$)。兩相衡量之後顯然可以確定，

⁶¹ Alexy, a.a. O., S. 782 f.; ders., A Theory of Constitutional Rights, pp. 409-414.

⁶² BVerfGE 95, 173.

保護國民健康在本案中相對於職業自由具有較高的重要性，因而可以阻卻干預措施的違憲性，結論是課予菸商標示義務並未構成對職業自由之侵害⁶³。

Alexy 更進一步嘗試將三階模式背後的結構加以數學化。他將 l, m, s 這三種程度分別賦予 $2^0, 2^1, 2^2$ 的數值，亦即 $l=1, m=2, s=4$ 。依 Alexy 之見，這種賦值方式可以呈現下述事實，即一原則被侵害的程度增強時，其應被實現的重要性亦隨之提高⁶⁴。Alexy 以符號 $GPijC$ 代表「原則 P_i 在條件 C 之下相對於原則 P_j 的重要性」，而提出了一條「衡量公式」（Gewichtsformel）：

$$GPijC = \frac{IPiC}{IPjC}^{65}$$

換言之，在條件 C 之下，一原則 P_i 相對於相衝突之另一原則 P_j 的重要性即等於 $IPiC$ 除以 $IPjC$ 之商數。我們可以很容易地算出，如果 $GPijC$ 大於 1 時，則 P_i 具有優先性： $(P_i \text{ P } P_j)C$ ，如果 $GPijC$ 小於 1 時，則反過來 P_j 具有優先性： $(P_j \text{ P } P_i)C$ ，如果 $GPijC$ 恰等於 1 時，則為衡量之僵局⁶⁶。衡

⁶³ Vgl. Alexy, Die Gewichtsformel, 773 f.

⁶⁴ Alexy 認為這正符合了邊際替代率遞減的法則，見 Alexy, a.a.O., S. 785.

⁶⁵ Ebenda.

⁶⁶ Alexy 認為完整的衡量公式尚必須加入兩個變數：①相衝突原則的抽象重要性 Gi, Gj ，②關於干預措施所依據之經驗前提的確定性 Si, Sj 。經驗性前提之確定性的三階評價由高至低分別為「確定」（sicher）、「可成立」（vertrebar）與「非明顯錯誤」（nicht evident falsch），其賦值則隨確定性之降低而遞減而分別為 $2^0, 2^{-1}, 2^{-2}$ 。因此完整的衡量公式應為：

$$GPijC = \frac{li \cdot Gi \cdot Si}{lj \cdot Gj \cdot Sj}$$

至於牽涉到多數原則 $P_i \dots P_m$ 與 $P_j \dots P_n$ 之間衝突的衡量公式，則必須將對立的兩組原則之重要性分別相加後再加以比較，亦即

$$GPi-m, j-nC = \frac{IPiC + \dots + IPmC}{IPjC + \dots + IPnC}$$

此一衡量公式亦可加入上述兩個變數而加以完整化。關於完整的衡量公式及

量公式正好符合了上述九種不同衡量結果的排列組合。

肆、基本權的規範結構

從 Alexy 的原則理論可以知道原則與規則是兩種不同的規範，它們有不同的適用方式以及衝突解決方法。而從他對德國實務的分析也可以看到，基本權做為原則如何被運用到實際的判決上來。本節則嘗試去探討，我國憲法的基本權規範具有什麼樣的規範模式？化約的說，我國憲法的基本權規範具有規則還是原則的結構？它是以涵攝或是衡量的方式被適用？

一、我國學說及實務上的見解

我國之釋憲實務到目前為止，尚未見到大法官在解釋文或理由書中對於基本權的規範性質與適用方式有較深刻的反省。儘管大法官在釋字第四九九號將憲法第二章保障人民權利之條文與第一條之民主共和國原則、第二條國民主權原則、以及有關權力分立與制衡之原則一併稱之為「憲法基本原則之所在」，但基本權保障在此之所以稱為「原則」，正如大法官所指出的，乃是因為其在「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎」，而非基於規範結構上之特徵⁶⁷。不過從另一個角度來看，由於比例

其擴張，參照 Alexy, a.a.O., S. 790 f.

⁶⁷ 此種因在法體系中具有基本重要性而被稱之為「原則」的規範，相當於習稱之「一般法律原則」(allgemeine Rechtsgrundsätze)。然而具有基本重要性的規範並不一定具有 Alexy 所稱之原則的結構與適用方式，最典型的例子就是罪刑法定「原則」，它其實是一種規則。此種以規範在法秩序之基礎地位及重要性來界定原則的方式，依德國學者 Hans-Joachim Koch 之見可稱為「法體系上的法律原則概念」(ein rechtssystematischer Begriff des Rechtsprinzips)，而像 Alexy 以結構特徵與適用方式來定義原則的方式，則是一種「論理上的法律原則概念」(ein begründungstheoretischer Begriff des Rechtsprinzips)，vgl. Koch, Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht-Zur normtheoretischen Basis der planerischen Abwägung, in: Schlicher/ Koller/Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, S. 245.

原則蘊涵了原則理論，因此也可以從大法官對比例原則的說明推知其對基本權規範結構的看法為何。大法官自釋字第四三六號起已正式使用「比例原則」之用語，在釋字第四七一號中則指出目的與手段之間應具「合理適當關係」以及「最小侵害手段」，在釋字第四七六號的理由書中則以「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」做為比例原則的判準。大法官在釋字第五四四號中更以國家刑罰對基本權之限制來說明比例原則的內涵，該號解釋的理由書認為，以刑罰來處罰個人行為，「須施以刑罰有助於立法目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係」。就此而言，大法官可說已明確採納了適當性原則與必要性原則，至於狹義比例原則，儘管大法官並未明白提出如「對基本權的限制越嚴重，則立法者所欲維護法益之重要性就必須越高」這類的衡量公式，但大法官仍已清楚體認到被限制的基本權與立法者所追求之目的間孰輕孰重必須進行衡量。大法官迄今所欠缺者，只是對於衡量過程之清楚說理⁶⁸。儘管大法官對於衡量的說理有待進一步精緻化，但從其對比例原則所持的肯定態度來看，以原則理論來說明我國憲法基本權的規範結構應有一定的可行性與實用性。

除此之外，部分大法官在其不同意見書或協同意見書中倒是明確表達了其對於基本權規範性質的看法。吳庚等三位大法官在釋字第四一四號所提出之部分不同意見書中直接援引 Alexy 之理論，認為我國憲法「關於人民基本權利之規定通常僅為原則（Prinzip）之宣示，而欠缺具體之規制（Regel）⁶⁹」，並以此為基礎區分基本權保障範圍之廣義說與狹義說，廣義說乃「就憲法基本權條款所宣示之原則，依概念分析之結果，其所涵蓋

⁶⁸ 此一批評可參照許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室第 14 期，頁 51。

⁶⁹ 吳庚大法官後來在其著作中則將 Regel 譯為「法規」，見吳庚，基本權的三重性質—兼論大法官關於基本權解釋的理論體系，收於「司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集」，頁 29。

之構成事項，皆屬於各該基本權之保障範圍…法律就此等基本權事件所爲之限制合憲與否，應從法益均衡保障之觀點，予以判斷，亦即運用比例原則審查其合憲性」，而狹義說則謂「憲法基本權條款所保障範圍，應先將憲法上與之相對立之原則或依照一般法律原則所保障之客體加以排除後，所留存之構成事項，始屬各基本權實際之保障範圍」。吳庚等三位大法官此處之意見已經清楚指出了原則理論乃是解決基本權釋義學上關於基本權限制之「外在理論」與「內在理論」，以及「寬構成要件理論」(weite Tatbestandstheorie)與「窄構成要件理論」(enge Tatbestandstheorie)之爭的關鍵，此點將於下文詳述。

此外蘇俊雄大法官在釋字第五〇九號之協同意見書亦指出，該件解釋所面臨者實爲基本權衝突的問題，而基本權衝突如何解決，蘇大法官有如下說明：

基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權的實現要求）同時存在；此時，必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序的內部和諧。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。

蘇大法官雖未明白使用「原則」之術語，但上面這段引文可說是實務上迄今爲止對基本權之原則特性最精闢之描述。蘇大法官又進一步指出，立法者雖然擁有決定系爭案件中相衝突基本權實現的先後之「優先權限」，但釋憲者的職權則在於以「比例原則等價值衡量方法」來審查系爭之法規範是否對於相衝突之權利做出適當的衡量，而行政或司法機關在解釋適用系爭法律時更應「具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制」，以「追求個案中相衝突之基本權的最適調和」。蘇大法官此段意見不但指出了，儘管立法者有其形成餘地，但並不因此就可完全排除大法官

審查其衡量妥當性的權限⁷⁰；此外更清楚的說明了原則衡量不僅用以解決基本權之衝突，其在法律適用與解釋中亦扮演了重要的角色⁷¹。

學說上，吳庚大法官在新近出版的「憲法的解釋與適用」一書明確揭櫫憲法基本權規範的原則性質⁷²。吳大法官在其大作中雖先引用 Dworkin 與 Alexy 之學說說明原則與規則之區分，隨後卻又認為，原則與規則（吳大法官稱為「法規」）的區別「在解釋與適用的層次，相當於完整法規範與不完整法規範（vollständige und unvollständige Rechtsnormen）」⁷³。依吳大法官之見，完整法規範包含了構成要件與法定效果兩部分，而不完整法規範則欠缺構成要件或法定效果的部分，我國憲法第二章除了第八條之規定外，都是不完整的法規範，因此都是「原則」的規定⁷⁴。惟依筆者之見，基本權規範之所以具有原則的特性，並不在於其是否欠缺構成要件或法律效果。事實上，基本權規定都可轉化為「若…，則…」的表述形式而具有「構成要件—法律效果」的結構。試以憲法第十二條「人民有言論、講學、著作及出版自由」為例，其可以表述為「若一行為 h 屬於言論、講學、著作或出版之範圍，則 h 即應被允許（或者：則國家即不得干預 h ）」。

同樣的，憲法第十五條關於「人民之工作權應予保障」的規定，亦可轉化為「若人民之某一行為 h 屬於工作之範圍，則人民即有權要求國家對 h 加以保障」。換言之，基本權規範都可以轉化為「若 x 該當於基本權之構成要件，則 x 即受基本權之保障」的形式⁷⁵。

⁷⁰ 關於原則衡量與立法形成餘地的問題，詳參 Alexy, A Theory of Constitutional Rights, pp. 414-422; Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberischer Spielraum, S. 152 ff.

⁷¹ 關於原則論據（Prinzipienargument）在法律解釋中如何運用，參見 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1995, S. 157 ff. 從原則理論的角度清楚解析衡量與法律解釋之關聯者請特別參照 Stück, Subsumtion und Abwägung, ARSP 84 (1998), S. 410.

⁷² 吳庚，「憲法的解釋與適用」，頁 564-568。

⁷³ 吳庚，同前註 72，頁 566。

⁷⁴ 吳庚，同前註 72 出處。

⁷⁵ 關於原則亦可轉化為具有構成要件與法律效果之條件式結構，請參照 Sieckmann,

因此，憲法上的基本權規範之所以為原則或是規則，其區別點並非在於其是否欠缺構成要件或法律效果，而在於當構成要件實現時，其法效果究竟為初步的（*prima facie*）或確定的（*definitiv*）成立。如果將基本權規範視為規則，由於規則已在法律和事實之可能實現範圍作了明確的設定，因此若一行為該當於某一基本權之構成要件，除非有例外存在，則該行為即確定受到保障，而不必考慮衡量的問題。反之，若將憲法上的基本權規範視為原則，由於原則對其實現的法律及事實可能性並未加以確定，因此即便一行為該當於某一基本權的構成要件，該行為也僅受到初步的保障而已。如果相對立的原則在個案中具有較高的重要性，則該基本權的法效果即被推翻；反之，如果系爭的基本權具有較高的重要性，則其法律效果即確定成立，亦即該行為確定的受到保障。一個基本權的法律效果在個案中是否確定成立，只有在和其它相衝突的原則相衡量之後才能決定⁷⁶。從原則理論的角度來看，憲法上之基本權規範具有原則或規則的特徵，其區別點不在於其是否為完整法規範，而在於其具有初步性特徵還是確定性特徵，亦即個別基本權所保障者究竟為初步的權利（*prima facie-Recht*）抑或確定的權利（*definitives Recht*）。

二、做為原則的基本權

在探討我國憲法基本權規定所保障者究竟為初步的權利亦或確定的權利，其所表述之規範究竟為規則或者原則這個問題之前，有必要先對基本權釋義學上一個重要的理論區分——基本權限制的「內在理論」（*Innentheorie*）與「外在理論」（*Außentheorie*）——做一簡要說明。

Logische Eigenschaft von Prinzipien, S.177 ff.; Hage/Peczenik, Law, Morals, and Defeasibility, Ratio Juris 13 (2000), pp. 314-317. 基本權規定亦具有「構成要件—法律效果」的結構之見解，亦請參見法治斌、董保城，「憲法新論」，作者自版，2003年，頁136，「…我們可將基本權利之保障範圍視為『基本權利之構成要件』（Grundrechtstatbestand），人民某一行為若符合基本權利條所描述之情狀（構成要件該當），即發生『受基本權利保障』之法律效果。」

⁷⁶ 參見上文貳、二、(三)。

(一)外在理論與內在理論

外在理論認為，基本權與基本權之限制（*Schranke*）在概念上並無必然之聯結，因此必須清楚區分尚未受到限制之權利本身（*das Recht an sich*）以及已受限制之權利（*das eingeschränkte Recht*）。前者乃是初步性的權利，其內容相當於基本權的保護領域（*Schutzbereich*）或者初步保障範圍，後者則是確定性的權利，其內容則稱之為基本權的實際保障範圍（*der effektive Garantiebereich*），初步性的權利受到限制後才產生有無確定之權利保障的問題⁷⁷。

內在理論則反對權利與權利之限制在概念上的區分。內在理論認為，基本權自始即有確定之內容，外在理論所稱之基本權限制其實是基本權內容的界限（*Grenze*）問題，此一界限又稱之為基本權之內在限制（*immanente Schranke*）。由於基本權本身即有一定之界限，因此逾越基本權界限之行為自始即被排除在基本權的保障範圍之外。對於內在理論來說，權利並沒有所謂「外在」的限制，關於基本權「限制」之爭議，其實是關於基本權所真正保障的內容範圍為何之爭議⁷⁸。因此內在理論並不接受外在理論對於初步的權利（保障範圍）與確定的權利（保障範圍）所做之區分。

內在理論與外在理論之區分可以婚姻自由為例說明之。大法官在釋字第五五二號之理由書中稱：「婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻制度之限制」。如果採取內在理論，將一夫一妻制視為婚姻自由之內在界限，則同時與兩人結婚以及重婚之後「婚姻」關係即因逾越婚姻自由的內在界限，而自始確定的被排除在婚姻自由的保護領域之外。依內在理論之見解，民法第九百八十五條、第九百八十八條第二款並非對於

⁷⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 250, Eckhoff, *Der Grundrechtseingriff*, Köln/Berlin/Bonn/ München 1992, S. 19; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998, S. 29 ff.

⁷⁸ Alexy, a.a.O., S. 250 f.; Borowski, a.a.O., S. 31 ff. 將內在理論運用到基本權理論的代表之一見 Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs.2 Grundgesetz*, 3. Aufl., Heidelberg 1983, S. 179 f.

婚姻自由之「限制」，毋寧是對於其權利內容之確定（*Inhaltsbestimmung*）或形成（*Ausgestaltung*）⁷⁹。反之，如果採取外在理論，則會認為，同時與兩人結婚或是重婚之後婚姻關係皆屬於婚姻自由所初步保障的範圍。依外在理論之見解，以維持一夫一妻制為目的之民法第九百八十五條以及第九百八十八條第二款構成了對於婚姻自由之限制，因此仍必須依憲法二十三條審查其合憲性。釋字第五五二號之理由書重申釋字第三六二號之見解，認為在一般重婚的情形，為維持一夫一妻制之社會秩序，民法第九百八十八條第二款並未違憲，但在特殊情形下一例如信賴確定離婚判決或是離婚登記所導致之重婚—如果重婚之雙方當事人皆為善意無過失信賴前婚姻關係消滅，則後婚姻之效力應例外的予以維持。換句話說，就重婚案件而言，受到限制之後的婚姻自由，其確定的保障範圍僅限於當事人因善意無過失信賴前婚姻消滅所導致之重婚。

上例顯示了內在理論與外在理論具有不同的論證方式，這種論證方式上的區別顯示了內在理論與外在理論對於基本權規範結構的不同看法。內在理論認為基本權的保障範圍自始即已確定，而非透過與相對立的原則衡量所決定，也就是說，基本權規範在法律上的實現可能範圍已經確定，因此當某一基本權規範與其它規範相衝突時，其實現之先後自始即有固定之次序，而這正是規則的特徵⁸⁰。正如上例所顯示的，如果採取內在理論的看法，一夫一妻制始終優先於婚姻自由，則當事人之婚姻只要違反一夫一妻制，不論何種情形都不受婚姻自由保障，換句話說，婚姻自由之保障範圍自始僅包含一夫一妻制之婚姻。依照內在理論之建構，要審查一行為是否受基本權保障只有一個步驟：就是審查系爭之行為是否落在各該基本權由其內在界限所畫定的保障範圍之內。如果是，則該行為受到確定的保障，如果不是，則屬於逾越界限之行為而不受基本權保障，這種規範適用

⁷⁹ 關於基本權之內容確定、形成與基本權限制間之關係請參照李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於氏著，「憲法理論與實踐(-)」，頁85-87，學林文化，2003年2版。

⁸⁰ Borowski, Grundrechte als Prinzipien, S. 99 ff.

的方式正是典型的涵攝。當然，在涵攝的過程中並不排除基本權之內容可能會有語意上的不確定性（例如同性戀結婚算不算「婚姻」），但從內在理論的觀點，這只是確定語意規則的問題（例如「婚姻僅指一夫一妻之結合」），並沒有衡量的問題。

相反的，依照外在理論之建構，基本權規範具有原則的特徵：尚未受到限制的基本權要求所有落入其保護領域之行為或狀態都應受到初步的保障。而所謂基本權的「限制」，用原則理論的話來說，就是阻礙基本權原則實現的規範⁸¹。它可以是命令或禁止規範，例如上例中民法第九百八十五條第一項規定有配偶者「不得」重婚，也可能是否定法律地位的規範，例如民法第九百八十八條第二款規定重婚為無效，這兩者都限制了後婚姻當事人的婚姻自由。從規範結構的角度來看，基本權的限制可能是規則，例如上例中的民法第九百八十五條以及第九百八十八條第二款；也可能是原則，例如民法第九百八十八條第二款所追求的「維持一夫一妻制之社會秩序」以及婚姻身分關係變更所涉及之「公共利益」（釋字第三六二號、第五五二號參照）。如此一來，基本權的確定保障範圍即取決於基本權原則與限制基本權的規範彼此間相衝突的結果。因此，依照外在理論的建構，要確定一行為在個案中是否確定受到基本權的保障，必須經過兩階段的審查：首先，系爭之行為或狀態是否屬於某一基本權之保護領域？如果答案是肯定的，則該行為或狀態僅受到初步的保障，接下來還必須衡量基本權原則與限制基本權的原則，如果前者優先，則該行為或狀態始確定受到該基本權的保障，反之，則確定的不受該基本權之保障⁸²。

⁸¹ 關於基本權限制的規範性質，參照 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 254 ff.; Borowski, a.a.O., S. 103 ff.

⁸² Borowski, a.a.O., S. 30. 上述之二階審查可以進一步擴展為一般習見的三階審查：①確定基本權保障範圍，②判斷基本權是否受國家行為之干預或限制，③該干預或限制是否具有阻卻違憲事由。然而①與②之間其實為一體兩面之關係，因為只要國家行為對人民活動所造成之影響落在基本權的保障範圍內，即可推定其構成了基本權之干預（參照法治斌／董保城，「憲法新論」，頁135、138）。而③則除了實質阻卻違憲事由（比例原則或再加上本質內容

(二)憲法上基本權規範的模式

我國憲法第二章的條文結構清楚的區分了基本權規定與基本權的限制：憲法首先列舉出明文保障之基本權（第七條至第十八條，第二十一條關於受教育權利部分），再於第二十三條規定基本權的限制。第二十三條的態樣相當於憲法間接限制（*verfassungsmittelbare Schranke*），亦即憲法授權立法者制定限制基本權的法律，且限制基本權的法律必須①基於「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」等理由，並且②不得超過必要之限度，亦即必須符合比例原則的要求⁸³。由此觀之，我國憲法之基本權規定顯然具有外在理論的特徵：個別基本權規定所保障者為初步的權利，只當限制初步權利的法律合乎比例原則的要求時，原本受到個別基本權所初步保障的行為始能被排除在基本權的確定保障範圍之外⁸⁴。

有疑問者乃是憲法第二十二條所稱之「不妨害社會秩序公共利益」係指內在界限亦或外在限制？吳庚大法官認為，「不妨害社會秩序及公共利益」這項前提一方面相當於二十二條所保障之其它自由權利的共同構成要件，另一面又頗似內在限制，因此主張受憲法第二十二條保障之權利主

保障）之外尚包括了形式阻卻違憲事由（法律保留）。關於三階審查詳參李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，頁 71 以下。

⁸³ 憲法第 23 條列舉之四項理由以及比例原則乃對限制基本權的法律所附加之實質條件，亦即通稱「限制之限制」（*Schranke-Schranke*），惟限制之限制亦可對基本權之限制做程序上的規定，典型的例子如憲法第 8 條第 1 項第後段至第 4 項，即為憲法直接對於人身自由之限制所附加之程序性條件。對此請參照陳新民，「中華民國憲法釋論」，頁 157（註 2），作者自版，2001 年修訂 4 版。

⁸⁴ 類似見解亦參見法治斌、董保城，「憲法新論」，頁 137。氏認為第 23 條「不妨礙他人自由」等規定「其性質為憲法對基本權利之限制事由，而與基本權利之構成要件（保障範圍）無關，二者分屬不同層次問題，應避免混淆。」，蓋若將憲法第 23 條所稱之「妨礙他人自由」等規定視為基本權之內在限制而將之當做基本權構成要件之一部分，則妨礙他人自由之行為自始即被排除在基本權保障範圍之外，則對此種行為之干預又何來對基本權之「限制」可言？

體，若其主張之權利不符合此項構成要件，即不必進一步審究構成限制的規範是否合乎第二十三條的法律保留與比例原則⁸⁵。這種看法顯然認為社會秩序或公共利益等原則相對於其它自由及權利具有絕對的優先性，兩者一旦衝突，則憲法第二十二條所稱之其它自由及權利即必須退讓。如此一來，憲法第二十二條等於是「不妨害社會秩序以及公共利益」這項負面構成要件即相當於例外條款：所有非憲法明文列舉之自由權利，只要其妨害社會秩序及公共利益，則不必經過衡量即自始確定地被排除在憲法的保障之外。然而這種內在理論式的建構所面臨的問題在於，人民之其它自由權利與社會秩序公共利益之間的優先關係並非絕對性的，而是條件性的，在有爭議的個案中，仍必須將系爭之其它自由及權利與社會秩序或公共利益相衡量，才能確定某一行為是否受到憲法第二十二條所稱之其它自由及權利的保障。上述釋字第三六二號與第五五二號可以做為例證：大法官肯認婚姻自由屬於憲法第二十二條所稱之其它自由，而民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定目的則在於維持一夫一妻制之社會秩序。若將憲法第二十二條所稱之「不妨害社會秩序公共利益」的規定視為內在限制，則該兩號解釋所涉及之重婚狀態將因違反一夫一妻制之社會秩序而不符合憲法第二十二條之構成要件，自始即不受憲法之保障，根本不必再進行衡量的工作來審查民法第九百八十八條第二款在適用上的合憲性。但在上述兩號解釋中，大法官並非採取這種論證方式。相反的，大法官在先肯定後婚姻當事人之婚姻自由仍屬於憲法第二十二條所保障之其它自由之後，才再進一步論證，在後婚姻雙方當事人皆為善意無過失信賴前婚姻關係消滅而締結婚姻的情形下，支持後婚姻效力之婚姻自由與信賴保護原則應優先於上開民法規定所欲維持之公共利益與社會秩序，從而對民法第九百八十八條第二款設立了例外，並確定了在上述特殊情形之重婚狀態仍受到憲法第二十二條之保障。

因此對於憲法第二十二條之負面構成要件「不妨害社會秩序公共利

⁸⁵ 吳庚，「憲法的解釋與適用」，頁 93、96。

益」較為恰當的理解是，若系爭之其它自由權利在個案中相較於社會秩序或公共利益具有較高的重要性，則該權利之行使即不能認為是「妨害社會秩序公共利益」；反之，若要將一行為認定為「妨害社會秩序公共利益」而將其排除在憲法第二十二條的保障之外，則該個案中所欲維持之社會秩序或公共利益，比起保障該行為之其它自由及權利必須具有更高的重要性。倘若在認定憲法第二十二條「不妨害社會秩序公共利益」這項負面構成要件滿足與否時，無法完全排除衡量的工作，則將其視之為其它自由權利之內在界限即非妥適⁸⁶。以在公共場所酗酒喧嘩或搶奪竊盜等行為為例，我們之所以能夠以妨害社會秩序及公共利益為由將這些行為直接排除在憲法第二十二條的保障之外，其真正原因不在於社會秩序和公共利益構成了憲法未列舉之其它自由及權利的內在界限，而在於我們不需要複雜的論證，即可以輕易判定這些行為受保護的重要性遠低於維持公共利益與社會秩序的要求。但在某些無法輕易判斷社會秩序公共利益與其它自由權利孰輕孰重的案件，例如釋字第三六二號與第五五二號的情形，就必須詳細論證，在個案的條件下，維持公共利益與社會秩序的重要性是否足以證成對於系爭之其它自由權利的限制。因此，憲法第二十二條所稱之公共利益與社會秩序仍應認為係其它基本權利的外在限制，而一行為是否確定的受憲法第二十二條之保障，仍必須取決於原則衡量之結果。

在確定了我國憲法的基本權規定具有外在理論的特徵之後，接下來則要進一步探討它具有什麼樣的規範模式。從上面的分析可以看出，最單純的做法就是將個別的基本權規定以及憲法第二十三條所列舉之限制基本權的理由（包括了第二十二條所稱之「社會秩序公共利益」）視為原則的表述。所有的行為，只要其落入個別基本權的保護領域之中，即受到初步的保障，而一行為是否受到確定的保障，則繫於保障該行為之基本權原則

⁸⁶ 吳庚大法官亦認為「所謂的內在限制是指從不同的標準衡量，基本權行使應受之不成文的制約而言」（見吳庚，同前註 85，頁 93），惟若所謂的內在限制仍必須透過衡量來確定，則內在理論的主要命題「基本權不須衡量自始即具有確定的保障範圍」即不能成立。

與限制該基本權的原則之間衡量的結果而定，衡量的結果如果前者優先，則該行為即確定的受到基本權保障（具有確定的權利），反之如果後者優先，則該行為即確定的不受基本權保障（不具有確定的權利）。從衡量的結果依碰撞法則可得出一條以優先條件為構成要件的規則，以上述之釋字第三六二號為例，根據該號解釋，在「前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚」的條件下，後婚姻相對人之婚姻自由與信賴保護原則優先於維持一夫一妻制之社會秩序。由此一條件式的優先關係可進一步得到下列規則：「若後婚姻之相對人因善意無過失，信賴前婚姻關係已因確定判決消滅而與前婚姻之一方相婚，而該判決嗣後又經變更導致後婚姻成為重婚時，則後婚姻仍然有效」。這條規則同時構成了一條衍生的基本權規範，在個別的重婚案件中，若後婚姻之締結符合其構成要件，即應受到憲法確定的保障。這種規範模式可稱之為原則模式，在原則模式中，基本權規定所表述之基本權原則以及支持基本權限制的原則被當作正反兩面的理由適用到具體的基本權案件來，透過衡量相衝突的原則得出一條具規則性質的衍生基本權規範，其法律效果即為此一基本權案件的結論⁸⁷。

反對原則模式者會認為，原則模式在建構基本權規範時沒有把基本權的限制納入規範的表述之中，才會得出憲法的基本權規範具有原則性質這個結論。由於我國憲法第二十三條是對於所有個別基本權的概括限制，因此在建構基本權規範時，必須嵌入限制條款（或稱保留條款），才是對於基本權規範的完整表述，完整的基本權規範則具有規則的形式，而限制條款則相當於以負面構成要件形式出現的例外條款。這個論點可以憲法第十一條所保障之言論自由為例說明。「人民有言論自由」這個基本權規定，對其典型的理解是一種防禦權，亦即人民有權要求國家不得限制其言論之發表，因此其所表述之基本權規範可用下面的規範語句表述之：

⁸⁷ 關於基本權規範的原則模式詳參 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 104 ff.

(1) 凡屬於言論發表之行爲，則國家不得限制之。

(1)顯然不是一條完整的規則，因為它沒有考量到在許多例外案中，言論自由必須退讓，而允許國家根據相對立的原則來限制言論發表，因此(1)必須加上例外條款才算完整的規則。而根據憲法第二十三條，國家只有在爲防止妨礙他人自由，避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要時，才例外的得以法律限制言論自由，如此一來，附帶有限制條款之基本權規範具有如下的形式：

(2) 凡屬於言論發表之行爲，若非爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要，則國家不得以法律限制之。

限制條款表明了國家對於言論自由之限制必須基於憲法第二十三條所列舉的四項目的之一方得爲之，而「所必要者」一詞，根據釋憲實務及學說之見解係比例原則之表述，亦即限制除了適合達成上述之目的且爲對最小侵害手段之外，限制所追求之目的，其重要性在系爭案件之條件下尚必須大於言論自由原則。就此而言，限制條款即相當於通稱之基本權限制的(實質)阻卻違憲事由。試以 S 代表限制條款（「爲防止妨礙他人自由，避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要」）， T 代表言論自由之構成要件， R 代表法律效果（「國家不得以法律限制之」），則帶有限制條款之基本權規範的一般形式如下：

(3) 若 T 且 非 S ，則 R ⁸⁸。

(3)具有規則的特徵：如果基本權的構成要件 T 實現，而限制條款 S 不被滿足，即出現確定的法律效果 R 。(3)不須與其它規範相衡量即可以涵攝的方式被適用：符合言論自由構成要件之行爲，若國家對其所爲之限制不符合限制條款 S 之要求，即確定的受到言論自由的保障。但另外一方面(3)又與典型的規則有所不同，由於限制條款包含了比例原則的要求，因此在認定限制條款是否滿足時，必須對於限制言論自由所追求之目的與

⁸⁸ 對此一附有限制條款之基本權規範形式，參照 Alexy, a.a.O., S. 124.

言論自由原則進行衡量。因此(3)可說是一種不完全的規則(unvollständige Regel)，其不完全性表現在於，相對於與之相衝突的原則，(3)對於其自身在法律上實現的可能性並未做出完整的設定。要將一個法律事實涵攝到(3)這條規則之下時，必須認定 *T* 與 *S* 是否被滿足，而要確定 *S* 是否被滿足，仍必須回溯到原則的層面去確定各相關原則何者具有優先性⁸⁹。換句話說，在適用(3)時，仍然不能完全排除原則的衡量，以附帶限制條款的方式來重構基本權規範只是把衡量的問題轉移到限制條款是否滿足之上而已⁹⁰。透過附加的限制條款，以(3)這種形式建構的基本權規範，由於其聯結了原則與規則層面，因此可稱之為「規則／原則結合模式」。這顯示了憲法的基本權規範以不附帶限制條款的方式建構時，具有原則的性質，而即便將其以附帶限制條款的方式重構為規則，在檢驗限制條款是否滿足時也要回到原則的層面進行衡量，因此不論是原則模式或是規則／原則結合模式，在適用基本權規範時都無法迴避原則衡量的問題⁹¹。

⁸⁹ Vgl. Alexy, a.a. O., S. 121 ff. 關於這種對於法律及事實之實現可能性未做出完整設定的規則的問題，另參照 Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 69 ff. 至於以(3)這種形式出現的規則的涵攝問題，參照 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 101 ff.

⁹⁰ Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, S. 18. 同理，憲法第 22 條按照上文的理解，也是一種不完全的規則。

⁹¹ 有疑問者係憲法第 9 條關於非現役軍人不受軍事審判的規定，陳新民教授認為，該條所保障之權利實際上係對於憲法第 16 條訴訟權之強化，而為「絕對的、沒有限制的保留」，見陳新民，「中華民國憲法釋論」，頁 156-157。從規範理論的角度來看，所謂「絕對，無限制的保留」的權利，其實就是不允許有例外的規則。惟從大法官釋字 272 號解釋來看，憲法第 9 條並非不許例外存在，因此較為妥適的重構方法是，制憲者在憲法第 9 條中已確定了在軍事審判案件中人民訴訟權保障的實現具有優先性，因此憲法第 9 條乃是一條具有非常強的初步特徵的規則，只有在極特殊的情形下，具備非常重大的理由，才容許對該條規則設立例外。同樣的道理也可以解釋為何吳庚大法官將憲法第 8 條第 1 項後段至第 4 項視為具有規則特徵的規定（吳庚，憲法的解釋與適用，頁 566-567）。在逮捕、拘禁、審問、處罰刑事被告的情形之下，人身自由的保障應如何實現，制憲者自己已透過上述規定做出了明確的設定（即所謂的憲法保留），基於尊重制憲者的決定這項形式原則，釋憲者

三、寬構成要件論與窄構成要件論

由上述「規則／原則結合模式」所重構的基本權規範(3)可以看出，如果一行為滿足基本權的構成要件，而限制條款不被滿足，則該行為確定的受到基本權保障。反之，要得出一行為確定的不受基本權保障的法律效果，則有兩種可能的論證方式：①該行為符合基本權構成要件，但國家之干預亦滿足限制條款之要求；或者②該行為不符合基本權構成要件，則此時不需進一步去探討限制條款是否滿足的問題。

這兩種論證方式區分上的實益，可以用釋字第四〇七號所涉及之猥褻圖書是否仍受憲法第十一條出版自由所保障的爭議為例說明之。如果採取第一種論證方式，認為猥褻圖書亦屬於出版自由之保護領域，則必須進一步論證，禁止出版猥褻圖書之法律一例如刑法第二百三十五條以及當時仍有效的出版法第三十二條第二款一具有憲法第二十三條所稱之阻卻違憲事由，才能將猥褻圖書排除在出版自由的確定保障範圍之外。反之，如果採取第二種論證方式，認為猥褻圖書自始即不屬於出版自由所欲保護的對象，即不必進一步審究上述限制猥褻出版品的法律規定是否滿足憲法第二十三條的合憲性要求，而可確定排除憲法第十一條之保障。

上述這兩種不同的論證方式相當於基本權釋義學上「寬構成要件論」(weite Tatbestandstheorie)與「窄構成要件論」(enge Tatbestandstheorie)之分，這兩種理論建構的區別在於對基本權之保護領域之範圍寬窄認定不同⁹²。從上述的例子可以看到，儘管這兩種理論可能獲致相同的結論，但

若無十分重大理由即不得偏離上述憲法規定之文義。因此在通常的情形，只要立法者對於人身自由的限制不符合上述規定的要求，釋憲機關不須進一步為衡量即可認定其違憲（大法官釋字 166 號、251 號參照）。

⁹² Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 278 ff.; Isensee, HbStR V, §111, Rn. 177 ff. 寬構成要件論與窄構成要件論之分略同於前述吳庚等三位大法官在釋字 414 號部分不同意書所稱之基本權保障範圍的「廣義說」與「狹義說」。對此問題亦請參照李建良，基本權利之理論體系與構成層次，頁 78-79；許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室第 11 期，頁 65-66，2003 年。

其區別的實益在於，對於同樣一個行為，由於寬構成要件論者將其納入基本權之保護領域內，因此必須證成國家對該行為所為之限制具備阻卻違憲事由，才能排除該行為所原本享有的初步保障；反之，持窄構成要件論者由於一開始即將此行為排除於基本權之保護領域之外，則國家對其所為之限制自始即不構成對於基本權之干預，因此也不必再去論證此一干預措施是否符合法律保留原則、比例原則等形式及實質阻卻違憲事由之要求。

由此可以看出，前述的內在理論在這裡以一種溫和的面貌重新出現。最激進的內在理論根本反對基本權有所謂的外在限制，它不接受基本權有初步保障範圍（＝保護領域）與確定保障範圍之分的觀點。最激進的內在理論認為，基本權的保障範圍自始即由內在界限所確定，因此基本權的保護領域即等同於基本權的實際保障範圍，這種論點可稱之為「純正的內在理論」。純正內在理論無法妥當建構我國憲法基本權的規範結構，已如前述。溫和的內在理論則接受基本權具有外在限制的命題，但其認為在界定基本權初步保障範圍時，所謂的「內在限制」仍有其適用之餘地⁹³。以上述之出版自由為例，溫和的內在理論可能會認為出版自由之保護領域具有「不得有礙社會風化」的內在限制，因此猥褻圖書自始即應被排除在出版自由之初步保障範圍之外。反之，洩漏國家機密之新聞報導，由於其並未逾越「有礙社會風化」這一內在界限，因此仍得享有出版自由之初步保障，僅管「維護國家安全」這一原則仍可能構成其外在限制。這種論點不否認外在理論對於基本權保護領域與基本權限制在概念上之區分，因此可稱之為「不純正的內在理論」。不純正的內在理論認為，即便採取外在理論，適用基本權規範時仍然必須探求基本權保護領域之內容為何，因此其所爭執的，不是基本權有無外在限制的問題，而是基本權初步保障範圍的寬窄問題。窄構成要件論者主張基本權的初步保障範圍具有內在限制，此一內在限制亦為基本權的（不成文的）構成要件要素⁹⁴。窄構成要件論所主張

⁹³ 對於內在理論除了內在限制之外是否仍有可能承認外在限制的問題，參照 Borowski, Grundrechte als Prinzipien, S. 36 ff.

⁹⁴ Vgl. Isensee, HbStR V, §111, Rn. 56.

之構成要件內在限制，最典型的例子是將所有違背公序良俗或為一般法律所禁止之行為自始排除於各個基本權的保護領域之外，例如性產業工作、常業竊盜等即不屬於工作權所保障之「職業」等等。根據窄構成要件論所提出之內在限制的判準，則不必考量支持和反對基本權保障的各種正反理由孰輕孰重——簡單說，不必經過衡量——即可認定某些特定行為不該當於基本權構成要件而將之排除於基本權的保護領域之外⁹⁵。

窄構成要件論在理論建構上的缺點可以透過重構基本權規範的方法來顯示。依照上一節的分析，出版自由這條基本權規範，可將其重構為下面這條帶有限制條款之規則：

- (1) 凡屬於出版之行為者，若憲法第二十三條所規定之限制條款並未滿足，則國家不得限制之。

以此為出發點，則窄構成要件論的關鍵問題在於，發行猥褻圖書是否符合(1)的構成要件。依照文義解釋，「出版」係指「將文書、圖畫或音樂作品以印刷、攝影或錄音等方法散布於眾」⁹⁶。準此，則印行猥褻圖書顯然落在「出版」的語意範圍之內，問題僅在於其所出版之圖書具有「客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感」之性質（釋字第四〇七號參照）。這個性質構成禁止猥褻出版品的理由，但所要禁止的對象，仍然是「出版」的行為。而這正意謂者，發行猥褻圖書的行為符合了(1)的構成要件，此時如果仍然要將其排除在出版自由的保護領域之外，惟一的辦法就是改變規範(1)的內容，換句話說，就是將上述的猥褻性質當作例外條款嵌入(1)中而得到一條新的規範：

⁹⁵ 窄構成要件論的代表學者 Isensee 將此論點總結為一句話：「構成要件之界限乃透過解釋來探求，而非經過衡量所產生。」（Die Grenze des Tatbestandes sind durch Auslegung zu ermitteln, nicht durch Abwägung hervorzubringen.），見 Isensee, HbStR V, §111, Rn. 176.

⁹⁶ 參照陳新民，「中華民國憲法釋論」，頁 249、251；法治斌、董保城，「憲法新論」，頁 175。

- (2) 凡屬於出版之行為者，若憲法第二十三條所規定之限制條款並未滿足，則國家不得以法律限制之，但出版物具猥褻性質者不在此限。

然而窄構件要件論者並不把「但出版物具猥褻性質者不在此限」當作是一條新增的例外條款，而是將它視為出版自由之構成要件的一部分⁹⁷。但這種看法在實質面和形式面都站不住腳。首先，憲法第十一條的文義並未預設了其所保障之出版行為必須具有何種內容，相反的，出版自由所屬的表現自由，其保障的重點就在於基本權主體得自我決定以何種方式表現何種意見的自由。因此(2)實質上等於是對出版自由新增了一條憲法所未明文規定之限制，這種作法卻未顧及到，對於基本權之限制只能基於憲法第二十三條所規定的理由而為之並且必須符合比例原則之要求。再看形式面的問題，附加憲法所未明文規定的限制條款這種作法無異於對(1)嵌入一條新例外而限縮了其原本依文義所能適用的範圍，這必須基於非常重大的理由方得為之；用原則理論的話來說，主張設立新例外者必須提出理由說明，支持設立新例外的原則，例如釋字第四〇七號所稱之「善良風俗及青少年身心健康之維護」，其重要性遠超過出版自由原則，而足以證成一個偏離憲法文義之解釋⁹⁸。如前所述，設立新例外之成功與否，仍必須透過原則衡量來決定，因此所謂構成要件的內在限制，不過是對部分滿足限制

⁹⁷ 窄構成要件論的可能作法，就是如前面註 34 所述，將「但出版物具猥褻性質者不在此限」這一例外條款以負面構成要件特徵的形式嵌入(1)這條規則，亦即(2)可轉化為下列形式：

(2')凡屬於出版之行為，若出版物不具猥褻性質且憲法第二十三條所規定之限制條款並未滿足，則國家不得以法律限制之。

但由此亦可看出，(2')其實亦增加了一個原本(1)所無之負面構成要件要素，而限縮了原本(1)的適用範圍，其結果和(2)以附加例外條款的方式並無不同。

⁹⁸ 這是因為在憲法解釋中憲法對於釋憲者的拘束力首先表現在於語意論據（*semantisches Argument*）的優先性之上。關於語意論據的優先性，參照 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 502 ff.; Koch/Rußmann, *Juristische Begründungslehre*, S. 182.

條款的案型特徵之概括，它其實表述了相衝突原則之間的優先條件：若出版物具有猥褻性質時，則善良風俗及青少年身心健康之維護等原則基本上應優先於出版自由原則。易言之，若不考量案件背後相衝突的原則，而欲以「出版物必須不具猥褻性質」作為出版自由的內在限制，逕將某些行為排除於出版自由的保障範圍之外，則其結果的合理性仍必須奠基在背後原則衡量的正確性之上。

如果我們將基本權規定視為原則的表述，則從最佳化命令的性質可推導出寬構成要件理論的命題：對於任何事物，只要有一基本權原則能被援引做為保障該事物的理由，即應認為其落於該基本權的保護領域之中⁹⁹。易言之，基本權之保護領域應盡量從寬認定，使得人民之行為、狀態或法律地位得以盡可能的被納入基本權的初步保障範圍之內，避免太多事物過早被排除在基本權的保護領域之外。要判斷某一事物是否落入基本權的保護領域（是否該當於基本權的構成要件），根據寬構成要件論有兩個最重要的準則¹⁰⁰：

1. 對於所有的事物而言，只要其具有足以被涵攝於基本權構成要件下之性質，則不論其是否尚具有其它性質，即應被認為該當於基本權構成要件。

上述關於猥褻圖書仍受出版自由保障的論述，即是適用 1 的例子。然而如果基本權規定所使用的法律概念在語意上具有開放性（不確定、模糊或評價上的開放性），而無法確定系爭之事實是否可涵攝於基本權之構成要件下時，則第二個重要的準則是：

2. 在基本權構成要件所使用之概念的語意範圍內，應採取廣義的解釋。

2 相當於學說上所稱之「基本權效用極大化原則」（Grundsatz der

⁹⁹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 291 國內主張寬構成要件論之代表見解者可見法治斌、董保城，「憲法新論」，頁 137；許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室第 11 期，頁 66。

¹⁰⁰ 關於這兩項判準，參照 Alexy, a.a.O., S. 291

größtmöglichen Grundrechtseffektivität)：凡能使基本權的規範性發揮法律上最大效用的解釋方法，應優先考量¹⁰¹。適用第二項判準的例子可以大法官釋字第四一四號說明之，本號解釋涉及的爭議是，藥物廣告是否屬於憲法第十一條所保障的言論。本案孫森焱大法官對於「言論」的概念採狹義解釋，孫大法官認為，基於言論自由「追求真理、使國民獲得決定政治之必要資訊」之目的，以促銷商品為目的之藥物廣告，自始即不屬於憲法第十一條所稱之言論¹⁰²。大法官多數意見則對憲法第十一條的「言論」概念採取廣義解釋，認為「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論」，因此言論自由之保護領域亦及於藥物廣告之商業言論。但該號解釋之理由書接著指出，不同性質的言論有不同的限制標準，商業言論由於「非關公意形成、真理發現、信仰表達」，因此「其重要性不能與其它言論自由之保障等量齊觀」，且確保藥物廣告之真實對於國民健康有重大關係，在衡量藥物廣告之特殊性質與維護國民健康之重要性後，大法官認為藥事法第六十六條對於刊播藥物廣告必須事前核準的規定為增進公共利益所必要，並不構成對於言論自由之違憲限制。這種說理過程正符合了寬構成要件論的論證方式。

伍、基本權作為框架秩序？ ——原則理論在憲法釋義學上的問題

原則理論對於基本權規範結構的看法，可總結為下列命題：基本權做

¹⁰¹ 關於此項原則參照 Starck（李建良譯），憲法解釋，收於李建良著，「憲法理論與實踐(-)」，頁 26；法治斌、董保城，「憲法新論」，頁 137。

¹⁰² 惟須注意者係本案涉及言論自由與營業自由間之基本權競合問題，孫大法官認為商業廣告雖不受憲法第 11 條所保障，但仍屬於憲法第 15 條工作權之保障範圍，因此仍必須審查系爭之藥事法規定對於營業自由之限制是否違憲，對此孫大法官之結論則與多數意見相同，認為該規定並未違反憲法第 23 條之要求。

為原則，具有最佳化命令的性質。這個命題自 Alexy 正式提出之後，在德國憲法學界引起不少爭議，其中最具代表性者為近年來受到熱烈討論的主題：「框架秩序」與「最佳化命令」之爭（Rahmenordnung vs. Optimierungsgebote）¹⁰³。限於篇幅，以下僅能扼要簡述此一爭議之重點。

德國主流學說批評原則理論的焦點在於，原則理論將基本權理解為最佳化命令，忽視了憲法規範做為框架秩序（Rahmenordnung）的特徵¹⁰⁴。基本權規範做為框架秩序，僅僅規定了立法活動的外圍界限，釋憲的目的僅在於確定此一框架之界限，至於在框架內要採取何種手段來實現基本權，乃至基本權相對於其它憲法原則其實現之先後次序為何，則屬於立法者政策決定的範圍，而非憲法所能預先規定¹⁰⁵，這種論點可稱之為基本權的「框架理論」。框架理論認為，如果將基本權視為最佳化命令，則基於基本權對於所有國家權力的直接拘束力，勢必要求立法者亦必須以最佳的方式來實現包括基本權在內的所有憲法原則，倘若釋憲機關（或憲法法院）得根據自己的衡量結果來審查立法者的政策決定是否符合最佳化的要求時，將會過分擴張了憲法法院的權限，使得立法者的形成餘地大幅限縮，因此原則理論的核心命題—最佳化命題—將導致功能法上所不能接受

¹⁰³ 德語世界之國法學者協會（VDSStRL）在 1998 年即以 “Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln” 做為為年會的討論主題之一，年會上對此一主題之意見分歧，參見 VVDSStRL 58 (1999), S. 139 ff.; 新近討論此一爭議的代表性著作可見 Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen 1999, S. 72 ff.; Hain, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Baden-Baden 1999, S. 181 ff.; Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberischer Spielraum, S. 67 ff.

¹⁰⁴ Böckenförde 大概是第一個使用 “Verfassung als Rahmenordnung” 這個概念的學者，參見 Böckenförde, Die Methode der Verfassungsinterpretation- Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991, S. 86.

¹⁰⁵ Vgl. Isensee, HStR VII §162 Rn. 44; Starck, HbStR VII §164 Rn. 7; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 75 f.

的後果¹⁰⁶。

框架理論之所以會將框架秩序與最佳化命令視為截然對立的兩種概念，一方面是因為「框架秩序」這個概念本身缺乏清楚一致的定義，另外一方面則是因為於框架理論忽略了形式原則的作用所致¹⁰⁷。針對前一點，Alexy 認為，「框架秩序」這一概念必須加以精緻化才能成為進一步討論的基礎。依 Alexy 之見，所謂「框架」（Rahmen）可定義為憲法所確定禁止或確定命令之事項，凡是憲法既未確定命令亦未確定禁止者，即屬於框架內之事項。框架內之事項，由於憲法並未確定的加以規範，因此憲法院或釋憲機關即因缺乏基準而無從加以審查。這種根源於憲法規範結構開放性的立法形成餘地可稱之為結構性餘地（struktureller Spielraum），憲法所確定命令或確定禁止之事項，即構成結構性餘地的界限。結構性餘地包括了立法者得選擇基於何種目的來限制基本權的「目的設定餘地」（Zwecksetzungsspielraum），得選擇以何種手段來實現基本權（特別是包括保護請求權在內的給付性基本權）的「手段選擇餘地」（Mittelwahlspielraum），以及前述的衡量餘地（Abwägungsspielraum）¹⁰⁸。原則理論並不否認在原則碰撞的案件可能出現無法確定衡量結果的衡量僵局，此一僵局案件即屬於衡量餘地的範圍。就此而言，原則理論與框架秩序並非不相容的概念¹⁰⁹。

Alexy 認為，在理論上尚可以進一步區分結構性餘地和所謂的認識餘

¹⁰⁶ 從功能 / 權限區分為出發點的批評，早期的代表性早解可參見 Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznorm. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 196 ff. 新近以功能法取向為基礎的框架理論對於原則理論的批評，參見 Hain, Grundsätze des Grundgesetzes, S. 131 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Afonso da Silva, Grundrechte und gesetzgeberischer Spielraum, S. 76; Borowski, Prinzipien als Grundrechtsnormen, ZöR 53 (1998), S. 322.

¹⁰⁸ Vgl. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht—Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 14 ff.

¹⁰⁹ 關於衡量僵局，參見上文貳、三的敘述。

地（Erkenntnispielraum, epistemischer Spielraum）。認識餘地的根源不在於憲法規範結構的開放性，而在於我們對於憲法規範內容的認知能力界限。簡單說，就是我們是否能夠確定的認識到什麼是憲法所命令、禁止或允許者。當無法確定的認識到憲法所要求者究竟為何時，就出現了認識餘地的問題¹¹⁰。而這正是立法者的形成餘地與違憲審查界限的理論爭議所在：正由於立法者和釋憲者對於憲法的規範內容為何有不同的認知，所以才會出現權限區分的爭議，認識餘地的核心問題即在於：當立法者和釋憲者對於「憲法所要求者為何？」這個問題有爭議時，誰具有優先認定的權限？

認識餘地所涉及的不確定性有兩種，一種是經驗上的不確定性，另一種則是規範上的不確定性。經驗上不確定性的問題主要發生在適當性與必要性的審查上，立法者對於基本權之限制是否能達到所欲實現之目的，是否為最小侵害之手段，必須以事實的認定與預測做為前提，如果立法者所根據之事實認定與預測具有不確定性，卻仍然容認立法者得基於此種不確定的經驗性前提來限制基本權時，此時立法者即擁有經驗上的認識餘地（empirischer Erkenntnispielraum）¹¹¹。如果單從被限制的基本權應盡可能的加以實現這一面來看，則會要求有疑義時應該採取對基本權有利的前提，如此一來立法者將只能根據經驗上十分確定的前提方得進行干預，這將會完全癱瘓立法活動，而違反了形式原則—包括了權力分立和民主原則—的要求。形式原則要求，立法者的決定權限應盡可能的被尊重，即便其係依據不確定的事實預測與評估所為之決定亦然，因此形式原則要求肯認立法者對於事實的認定與預測擁有優先的評估權限（Einschätzungsprärogative）

¹¹⁰ Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit, S. 16; ders., A Theory of Constitutional Rights, p. 414.

¹¹¹ Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit, S. 27. 對此問題之深入研究，請特別參照 Raabe, Grundrechte und Erkenntnis, Baden- Baden 1998.

¹¹²。從這裡可以看出，經驗上的認識餘地，其界限乃取決於形式原則和實質的基本權原則相衝突的結果如何而定，對此 Alexy 提出了一條認識上的衡量法則（epistemisches Abwägungsgesetz）：「對一基本權的干預程度越高，則干預所依據之經驗性前提就必須具有更高的確定性。」¹¹³

規範性不確定的問題則發生在狹義比例原則的審查上，其所涉及的問題是衡量的不確定性：當相衝突的實質原則孰輕孰重不能確定時，以致無法認識何者具有優先性時，此時若容認立法者得以自己的評價來決定其優先關係時，則立法者即擁有規範性的認識餘地（normativer Erkenntnispielraum）。所謂衡量的不確定性，易言之，即對於某一原則衝突的案件，存在兩個以上互不相容的解決之道，卻無法判定何者為最佳解決方案的情形，同理，立法者的規範性認識餘地之所以存在，乃是因為形式原則支持立法者具有優先認定憲法規範之實質內容，決定何者為最佳解決方案的權限¹¹⁴。但是這又會產生另外一個問題，正如同任何的決定一樣，立法者的決定也具有可誤性（Fallibilität），容認立法者有不受釋憲機關審查的規範性認識餘地是否會導致實際上已侵害到基本權的法律得免於違憲審查呢？解決這個問題的關鍵有兩點：第一點是形式原則在衡量中的角色問題。形式原則的作用在於，當無法確定相衝突的實質原則彼此之間的優先關係，卻又必須對案件做出決定時，指示決定權限的歸屬。一旦不確定性消失，例如可以引入新的論據來證成某一原則具有較高的重要性時，即不能單以限制基本權的法律背後具有形式原則的支持為由迴避審查¹¹⁵。第二點則是衡量中說理的細緻程度問題。衡量的不確定性很大一部分的原因來自於評價的細緻程度，假設在三階模式衡量的兩個評價的對象都被認定為 *m*（中度），

¹¹² 因此經驗性的認識餘地又稱之為評估餘地（Einschätzungsspielraum）或預測餘地（Prognosespielraum）。

¹¹³ Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit, S. 28.

¹¹⁴ Alexy, A Theory of Constitutional Rights, pp. 416-418.

¹¹⁵ Alexy, op. cit. pp. 423-424.

即出現無法判定優先關係之衡量僵局，但如果將三階評價的 l , m , s 更進一步加以三階化來表達更細緻的程度區分，即再細分為 ll , lm , ls , ml , mm , ms , sl , sm , ss 九種程度，則原本同屬於 m 的兩個評價對象即有可能分別被認定為 ms 與 ml ，此時即不再具有不確定性而可判定相衝突原則之間的優先關係。因此規範上的認識餘地是否存在，實取決於進行狹義比例原則審查時評價的細緻程度如何而定¹¹⁶。本文認為，規範上的認識餘地之界限可仿照認識上的衡量法則來界定，亦即若基本權受到干預的程度越高，則衡量時評價的精緻度就應隨之更高。衡量的細緻程度其實就等同於審查的密度，易言之，基本權受到干預的程度越高，則審查的密度就隨之更高，相對的立法者的形成餘地就越小。然而，不論評價的階層化多麼細緻，出現衡量僵局的可能性仍然存在，以上面為例，我們仍不能排除在進一步的三階化之後兩個評價對象都還是被認定為具有相同的程度（都具有 mm 的值）的可能。因此，依照原則理論的建構，立法者的形成餘地只可能隨著基本權干預程度與重要性的提高而縮減，但不可能消失。就這一點而言，原則理論與功能法取向的框架理論在結論上其實並沒有太大出入。

陸、結 語

限於篇幅，本文對於德國學界關於原則理論的爭議只能點到為止，在此僅先將本文之重點總結為下列命題，以做為日後進一步討論的基礎：

一、依據語意學的規範概念，基本權規範可以定義為基本權規範語句的意義。表述自由和權利的基本權規範，可以轉化為含有應然模態的規範語句。

¹¹⁶ 由此可以看出，結構性的衡量餘地與規範性的認識餘地實際上難以截然區分。因為評價越細緻，出現衡量僵局的機會就越小，結構性衡量餘地的存在及其界限因而取決於認識憲法規範內容時所用的評價的細緻程度而定。對此 Alexy 亦承認，衡量餘地與規範上的認識餘地的範圍其實是全等的，見 Alexy, op. cit. pp. 421-422.

二、基本權規範除了直接由憲法的基本權規定所表述的規範之外，尚包括了衍生的基本權規範。衍生的基本權規範的有效性必須透過理性的基本權論證來加以證成。

三、解明基本權規範結構的關鍵在於區分規則與原則兩種不同性質的規範。原則與規則的區分點在於，原則作為最佳化命令，能夠以不同的程度被實現，而規則則是一種只能被實現或不能被實現的規範。原則之間的衝突必須透過衡量來解決，衡量結果確定了個案中相碰撞的原則之間的條件式優先關係，由後者可以導出一條規則，這條規則以優先條件為其構成要件，而其法律效果則為具有優先性的原則在該個案中的法律效果。

四、基本權規範的原則特性表現在比例原則之上：適當性與必要性的要求來自於原則應在事實的可能範圍之內以最大程度加以實現這項特徵；狹義比例原則（衡量要求）涉及的是原則在法律的可能範圍之內如何被最佳化的問題，衡量的重點在於評價原則被侵害的程度及其實現的重要性。

五、我國憲法的基本權規定在條文構造上具有外在理論的特徵。一般而言，個別的基本權規定可視為原則之表述，其所提供的保障僅為初步的權利，在個案中確定的權利之有無，則主要取決於基本權原則與限制基本權的原則之間相衡量的結果而定。縱使將個別的基本權規定重構為附有限制條款的規則，在適用時仍然無法迴避原則衡量的工作。基本權規範的原則性質蘊涵了寬構成要件論的主張：基本權的保護領域應儘可能從寬認定。

六、最佳化命令與框架秩序並非不相容之概念。基於憲法規範結構的開放性以及認識憲法能力的侷限性，原則理論之最佳化命題並不保證每個基本權案件都只有一個惟一正確答案。如果有多個最佳化解決方案同時併存時，基於形式原則的考量，立法者有優先決定的權限，亦即立法者擁有一定的形成餘地。但形成餘地的界限何在，仍然是由釋憲者衡量相對立的形式原則與實質原則來決定。

參考文獻

一、中文部分

- 李建良(2003)，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於氏著，「憲法理論與實踐(一)」，頁 51-100，學林文化，2 版。
- 法治斌、董保城(2003)，「憲法新論」，作者自版。
- 吳 庚(2001)，基本權的三重性質—兼論大法官關於基本權解釋的理論體系，收於「司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集」，頁 1-52，司法周刊社，再版。
- (2003)，「憲法的解釋與適用」，作者自版，修訂版。
- 許宗力(2003a)，基本權的保障與限制(上)，月旦法學教室第 11 期，頁 64-75。
- (2003b)，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，頁 50-60。
- 陳怡凱(1995)，「基本權之衝突—以德國法為中心」，國立台灣大學法律研究所碩士論文。
- 陳新民(2001)，「中華民國憲法釋論」，作者自版，修訂 4 版。
- 陳愛娥(1998)，「法律原則」作為行政法的法源，收於「憲法體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕祝壽論文集(二)」，頁 33-85，三民書局。
- 陳顯武(1993)，法學上規則與原則之區分，「國家發展與兩岸關係學術研討會論文」。
- 陳耀祥(2002)，論廣播電視中犯罪事實之報導與人格權保障之衝突—以德國聯邦憲法法院之雷巴赫案為討論核心，收於「當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，頁 115-143，元照出版。
- 張嘉尹(2001)，論「價值秩序」作為憲法學的基本概念，台大法學

論叢第 30 卷 5 期，頁 1-31。

—— (2002a)，基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向，收於「當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，頁 29-70，元照出版。

—— (2002b)，法律原則、法律體系與法概念論—Robert Alexy 法律原則理論初探，輔仁法學第 24 期，頁 1-48。

賴志強 (1999)，「論法規則與法原則之區分」，國立台灣大學法律研究所碩士論文。

顏厥安 (1998)，「法與實踐理性」，允晨出版社。

Starck, Ch.，李建良譯 (2003)，憲法解釋，收於李建良著，「憲法理論與實踐(-)」，頁 189-224。

二、外文部分

Afonso da Silva, V. (2003), Grundrechte und gesetzgeberischer Spielraum, Baden- Baden: Nomos.

Aarnio, A. (1997), Reason and Authority, Aldershot/Brookfield/ USA/ Singapore/ Sydney: Ashgate.

Alexy, R. (1996), Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

—— (1985), Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft 25, S. 13-29.

—— (1995a), Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 13-51.

—— (1995b), Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 177-212.

—— (1995c), Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, S. 262-287.

- (2000), Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher, B./Koller, P./Funk, B.-Ch. (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien: Verlag Österreich, S. 31-52.
- (2002a), A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian River, Oxford: Oxford University Press.
- (2002b), Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 7-33.
- (2003), Die Gewichtsformel, in: Jickli, J./Kreutz, P./Reuter, D. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin: de Gruyter.
- Böckenförde, E.-W. (1991a), Die Methode der Verfassungsinterpretation- Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 53-89.
- (1991b), Grundrechte als Grundsatznorm. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 159-199.
- Borowski, M. (1998a), Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden: Nomos.
- (1998b), Prinzipien als Grundrechtsnormen, ZöR 53, S. 307-335.
- Dworkin, R. (1979), Taking Rights Seriously, Cambridge (Mass): Harvard University Press.
- Eckhoff, R. (1992), Der Grundrechtseingriff, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag.
- Esser, J. (1990), Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Hage, J./Peczenik, A. (2000), A., Law, Morals, and Defeasibility, Ratio Juris 13, pp. 305-325.
- Hain, K.-E. (1999), Die Grundsätze des Grundgesetzes, Baden-Baden:

Nomos.

Hart, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.

Häberle, P. (1983), *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs.2 Grundgesetz*, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

Isensee, J. (1992a), *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd V, §111, Heidelberg: C. F. Müller, S. 143-241.

——— (1992b), *Verfassungsrecht als “politisches Recht”*, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd VII, §162, Heidelberg: C. F. Müller, S. 103-164.

Jansen, N. (1997), *Die Abwägung von Grundrechte*, *Der Staat* 36, S. 27-54.

Jestaedt, M. (1999), *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen: J. C. B. Mohr.

Kelsen, H. (1979), *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manz.

Koch, H.-J. (2000), *Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht-Zur normtheoretischen Basis der planerischen Abwägung*, in: Schlicher, B./ Koller, P. /Funk, B.-Ch. (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien: Verlag Österreich, S. 245-257.

——— (2003), *Die Begründung von Grundrechtsinterpretation*, in: Alexy, R./ Koch, H.-J./Kuhlen, L./Rüßmann, H., *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, S. 179-216.

Koch, H.-J./Rüßmann, H. (1982), *Juristische Begründungslehre*, München: C.H. Beck.

Koller, P. (1997), *Theorie des Rechts*, 2. Aufl., Wien: Böhlau.

- Larenz, K. (1979), *Richtiges Recht*, München: C. H. Beck.
- Larenz, K./Canaris, C.-W. (1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin /Heidelberg/New York: Springer.
- Raabe, M. (1998), *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden: Nomos.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Raz, J. (1999), *Practical Reason and Norms*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Ross, A. (1968), *Directives and Norms*, London: Routledge&Kegan Paul.
- Schlink, B. (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.
- (2001), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in: Badura, P./Dreier, H. (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen: J. C. B. Mohr, S. 445-465
- Sieckmann, J.-R. (1990), *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos.
- (1994a), *Semantischer Normbegriff und Normbegründung*, ARSP 80, S. 227-245.
- (1994b), *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, *Rechtstheorie* 25, S. 163-189.
- (2000), *Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht*, in: Schilcher, B./Koller, P./Funk, B.-Ch. (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien: Verlag Österreich.
- Starck, Ch. (1992), *Die Verfassungsauslegung*, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd VII, §164, Heidelberg: C. F. Müller, S. 189-230.
- Stück, H. (1998), *Subsumtion und Abwägung*, ARSP 84, S. 405-419.

von Wright, G. H. (1951), Deontic Logic, Mind 60, pp.1-15.

——— (1963), Norms and Action, London: Routledge&Kegan Paul.

Weinberger, O. (1989), Rechtslogik, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

摘 要

近年來德國憲法及法理學學者 Robert Alexy 的原則理論與基本權理論逐漸受到國內公法學與法理學界之重視，本文即試圖以 Alexy 的原則理論為基礎，分析我國憲法基本權的規範結構。本文第貳部分討論基本權的規範概念，重點在於語意學的規範概念並簡單的分析自由與權利的規範邏輯結構。第參部分則介紹 Alexy 的原則理論及其最近發展。隨後之第肆部分則首先討論我國學說及實務對於基本權規範結構的看法，其次再從基本權限制的兩種不同建構方式—內在理論與外在理論—出發，探討憲法基本權的規範模式。本文認為，我國憲法的基本權規範具有原則的性質，而基本權的原則性質同時也是解決基本權釋義學上寬構成要件論與窄構成要件論之爭的關鍵。第伍部分則簡短的討論德國憲法學界關於「框架秩序」與「最佳化命令」的爭議以及 Alexy 對此一爭議的回應。第陸部分則是結論。

On the Structure of Constitutional Right Norms

Peng-Hsiang Wang

Abstract

This essay is a structural analysis of constitutional right norms. According to the semantic concept of norms, the concept of constitutional right norms will be defined as the meaning of constitutional right provisions. A constitutional right norm, which usually expresses the liberty or the right of people, can be transformed to norm-sentences containing deontic modalities. The groundwork of my analysis is Robert Alexy's principle theory, which is based on three related main theses: the thesis of optimization, the law of collision, and the law of balancing. The recent development of Alexy's theory, especially the Weight Formula, will be also noticed. After discussing some representative views of the structure of constitutional right norms in the Taiwanese constitutional praxis and doctrine, I argue that the constitutional right norms of the Taiwanese (R.O.C.) Constitution have the features of principles. The principle-like character of constitutional right norms provides a key to the solution of central problems of constitutional rights doctrine: It not only leads to an adequate reconstruction of the limitation of rights, but also implies a wide theory of scope. Finally, I give a brief account of the "Rahmenordnung vs. Optimierungsgebote" debate in the German constitutional doctrine and Alexy's reply to this theme.

Keywords: theory of norms, constitutional right norms, rules, principles, optimization requirements, weighing and balancing, limitations of constitutional rights, internal and external theories of limits, narrow and wide theories of scope, theories of framework (Rahmenordnung)