

東吳法律學報

第十八卷第三期 抽印本 April 2007

基本權作為最佳化命令與框架秩序

王鵬翔



東吳大學出版

Published by

SOOCHOW UNIVERSITY

基本權作為最佳化命令與框架秩序

— 從原則理論初探立法餘地 (gesetzgeberische Spielräume)問題

王鵬翔*

目次

壹、前言

貳、基本權作為法律原則—從兩種原則概念談起

一、基本權作為法體系的基本原則

二、基本權原則的規範結構：最佳化命令

(一)從主觀權利到基本原則

(二)基本權原則作為最佳化命令

(三)衡量作為原則的適用方式

三、法秩序的憲法化及其問題

參、「框架秩序 vs. 最佳化命令」—對於原則理論的批評

一、Böckenförde 的框架理論

二、Wahl 論框架秩序

三、原則作為框架秩序—Starck 與 Hain 的框架理論

肆、基本權作為最佳化命令與框架秩序

一、「框架」概念的精確化

二、結構性餘地

* 中央研究院法律學研究所籌備處助理研究員。作者特別感謝黃舒芃教授細心審閱初稿，並提出若干建設性的批評，使得作者因而補強並改正了本文的部分內容及論述方式。同時也感謝陳顯武教授與作者交換原則理論的研究心得。本文的幾份初稿曾經先後於東吳公法論壇、中研院法律所個人年度學術研討會以及翁元章文教基金會與台大公法中心合辦之新秀論壇上發表，承蒙與會學者惠賜卓見，作者獲益良多，在此一併致謝。作者最後要感謝林執中與程源中兩位先生協助校對，惟文中的一切實質錯誤，仍由作者自負其責。

(一)目的設定餘地

(二)手段選擇餘地

(三)衡量餘地

三、立法者的認識餘地與形式原則

伍、結語

投稿日：95年7月27日

接受刊登日：95年11月23日

校對：林彥慧

摘要

本文嘗試從原則理論的角度出發，對於基本權的規範結構和立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)的問題作一初步的體系性分析。本文首先指出，基本權一方面是法體系中的基本原則，另一方面則具有「最佳化命令」(*Optimierungsgebote*)的規範結構特性。其次進一步探討當前德國憲法釋義學上「框架秩序」(*Rahmenordnung*)論者對於原則理論的批評，前者認為將憲法原則視為最佳化命令，將導致立法者無法享有自主的形成餘地。最後，本文將指出，「最佳化命令」和「框架秩序」並非不相容的概念，在原則理論的基礎之上仍可建構一套立法餘地的理論，它包括結構性餘地(*strukturelle Spielräume*)與認識餘地(*epistemische Spielräume*)兩種不同的類型。考量到最佳化命令的規範結構特質蘊涵了結構性餘地的存在，以及形式原則在認識餘地問題中的角色之後，本文認為原則理論並不會導致過分限縮立法者形成自由的後果。

關鍵字：基本權、原則、最佳化命令、衡量、框架秩序、立法餘地、結構性餘地、認識餘地。

壹、前言

大法官在釋字第四九九號解釋中，曾將憲法第二章保障人民權利的規定，連同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原則，一併稱之為「憲法基本原則之所在」，這些基本原則構成了「憲法賴以存立之基礎，凡憲法所設置之機關均有遵守之義務」。當時的大法官吳庚教授，在其鉅著《憲法解釋與適用》一書中，首先將憲法的基本原則定義為「憲法所含蘊的具有本質意義之原理或法則」¹。對於作為憲法基本原則的基本權規定，吳庚教授援引 Dworkin 與 Alexy 之理論，認為憲法第二章除了第八條第一項後段至第四項之外，都是屬於原則(*principles, Prinzipien*)性質的規定，他更依循 Alexy 的定義，將原則視為一種最佳化命令 (*Optimierungsgebote*，吳譯為「最佳選擇之提供」)，並認為將原則「完整化或使其兼具法規的規範效力，便是憲法法院或釋憲機關的功能。立法、行政部門雖負有實現憲法內容的義務，但是最後都要受到司法裁判的拘束」²。

從上面的論述當中可以得出一個命題：「基本權規定作為憲法基本原則，對於立法者（不管是一般立法者或釋字第四九九號所針對的修憲立法者）亦有拘束力，釋憲機關有權審查立法者是否或甚至如何實現基本權原則。」然而，這個命題卻顯現了對於基本權規範性質的看法在功能/權限區分上所可能造成的影響：如果基本權作為原則，在規範結構上具有最佳化命令的性質，且憲法法院或釋憲機關有權審查立法者是否以最佳的方式實現包括基本權規定在內的憲法原則，這是否將不當地擴張了憲法法院的審查權限，從而過分限縮了立法者的形成自由？本文即試圖對此一問題進行初步的探討。首先，本文將提出對於基本權的原則性質的兩種理解方式，第一種著眼於基本權在法體系中的重要性與地位，第二種則著眼於基本權的規範結構特徵；其次再指出爭議的焦點其實在於後者，特別是所謂「框架秩序」(*Rahmenordnung*)論者對於 Alexy 原則理論的批評，其認為只有將基本權視為一種框架秩序而非最佳化命令，才能使得立法者擁有自主的形成餘地；最後本文將指出最佳化命令與框架秩序並非不相容的概念，在原則理論的基礎上仍可以建立其一套關於立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)的體系。

1 吳庚，憲法的解釋與適用，2004年3版，17, 25-26頁。

2 吳庚，同前註，564-567頁。

貳、基本權作為法律原則——從兩種原則概念談起

關於於法律原則(Rechtsprinzip)之概念與性質的討論，乃是當代法理學最重要的問題之一。本文當然不可能全面討論此一問題，以下討論將只限於與基本權的原則性質有關的部分³。

一、基本權作為法體系的基本原則

從前引吳庚教授的論述可以看出，法律原則的概念至少有下列兩種理解方式⁴。第一種方式是以規範在法體系中的根本地位及重要性來界定法律原則，可以稱之為「法體系的法律原則概念」(rechtssystematischer Begriff des Rechtsprinzips)，典型的代表是 Larenz, Canaris, Bydlinski 等方法論學者，他們強調法律原則表達了法體系的內在價值，構成了法秩序內在統一性與評價一貫性的基礎⁵。第二種理解方式則是以規範的結構特徵與適用方式來定義原則，可以稱之「規範理論的法律原則概念」(normtheoretischer Begriff des Rechtsprinzips)，典型的代表如 Alexy, Sieckmann, Borowski 等人，他們從 Dworkin 早期對於規則(rules)和原則(principles)的區分出發，認為法律原則和法律規則(Rechtsregeln)具有結構上的不同，原則在規範結構上具有「最佳化命令」(Optimierungsgebote)的特徵⁶。

按照法體系的原則概念，所謂「法律原則」指的是某個有效法秩序賴以為基礎的深層結構(Tiefenstruktur)，它們通常表彰了這個法秩序的基本價值內含。這種因為在法體系中具有根本重要性而被稱之為「原則」的規範，相當於通稱的「基本法律原則」(fundamentale Rechtsgrundsätze)或「一般法律原則」(allgemeine Rechtsprinzipien oder-grundsätze)⁷。釋

3 全面性的討論可見 J.-R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990；賴志強，「論法規則與法原則的區別」，台大法研所碩士論文，1999 年。

4 對於這兩種原則概念的區別，可參見 H.-J. Koch, *Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht*, in: Schlicher/Koller/Funk (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, S. 245.

5 K. Larenz/C.-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 302 ff.; C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983, S. 46 ff.; F. Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988, S. 301 ff.

6 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 75 ff.; Sieckmann, 同註 3, S. 74 ff.; M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 1998, S. 61 ff.

7 吳庚從法源論的角度認為基本原則與「一般法律原則」(allgemeine Rechtsgrundsätze)有別，參見吳庚，同註 1，17 頁。但 Canaris 在用語上並未作此區別，其仍將法之內在體系視為一種「一般法律原則的秩序」(Ordnung der allgemeinen Rechtsprinzipien)，Canaris, 同註 5, S. 46 ff.

字第四九九號顯然是以此種方式來理解基本權的原則性質。在該號解釋中，基本權保障之所以被視為是憲法基本原則，乃因為其在「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎」。作為基本法律原則，基本權的根本重要性可以從形式及內容兩方面來觀察⁸：基本權在形式上的根本重要性(*formale Fundamentalität*)來自於基本權規範的憲法位階，作為憲法規定的一部分，基本權規範屬於法秩序階層的最頂端的規範，並且具有直接拘束所有國家機關（包括立法、司法、行政以及釋字第四九九號所稱的「凡憲法所設置之機關」）的效力。而基本權在內容上的根本重要性(*inhaltliche Fundamentalität*)在於，基本權規定表達了憲法對於政治及社會生活之規範性基本結構(*normative Grundstruktur*)所作的決定。將基本權的根本重要性連結於違憲審查制度來看，在一個設有憲法法院的法體系中，基本權的最高性與對國家機關的拘束力主要是透過憲法法院來維護，因此憲法法院不可避免地會涉入，甚至必須去解決政治及社會生活中的重大爭議，這自然會導向「涉及政治及社會生活的重大爭議事項，究竟是憲法法院或立法者擁有優先解決爭議的權限？」的問題。

我們可以再從兩種憲法規定的模式—「純粹的程序模式」(*rein prozedurales Modell*)與「純粹的實體模式」(*rein materiales Modell*)—來進一步分析基本權在法體系中的根本重要性⁹。所謂純粹的程序模式，指的是憲法只包含了下位規範（特別是由立法者所制定之形式意義的法律）應如何制定及產生的組織與程序規定。在純粹的程序模式中，下位階的規範，不論其內容為何，只要其係按照憲法所規定的程序或形式所制定，即為有效的法規範；因此，法律會具有何種內容，完全繫諸立法者的決斷(*Entscheidung*)。與此相反的，則是純粹的實體模式。所謂純粹的實體模式，指的是憲法只包含了實體規範，從這些實體規範當中可以（透過某種方法論的操作）推導出法體系中所有下位法規範的內容。在純粹的實體模式中，下位階的規範之所以具有法效力，乃是因為其內容已涵蓋於憲法的實體規範當中；因此，法律會具有何種內容，已經由憲法所預先決定了。如此一來，立法者的任務就僅限於正確地去認識(*Erkenntnis*)憲法所規定的內容為何。實際上，採取純粹程序模式或純粹實體模式的憲法都非常罕見，就我國憲法而言，除了授權國家機關制定下位規範的組織及程序規範外，基本權連同基本國策的規定也對於整體法秩序的實質內容作出一定程度的指示，只是其規範密度雖尚未達到純粹實體模式的地步，就此而言，可以稱之為程序與實體的混合模式(*gemischt prozedural-materiales Modell*)。由此觀之，基本權在法體系中的根本重要性展現在於，基本權規範對於立法者所制定的法規範的實質內容已作出一定程

8 Alexy, 同註 6, S. 473 ff.

9 Alexy, 同前註出處。區分這兩個模式的想法源自於 Hans Kelsen 對於動態規範體系與靜態規範體系的區分，見 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 198 ff., 241 f.

度的規定。這意謂著：一般法律會具有何種內容，不可能完全任憑立法者去決定，亦即基本權對於立法者在法規內容上的形成自由畫出了一條界線。如前所述，基本權對於立法者的拘束力，主要是透過憲法法院來維持，因此，關於憲法法院與立法者之間權限分際的爭議來源之一，就在於這條界線經常難以確定。而不確定性的原因除了基本權規定在語意與結構上的開放性(*semantische und strukturelle Offenheit*)¹⁰，更來自於基本權在規範結構上的原則性質。這一點對於本文所關切的主要問題深具重要性，容後再述。

基本權作為一種基本法律原則，其於法體系中的作用方式在憲法釋義學上通常透過基本權的「擴散作用」(*Ausstrahlungswirkung*，或直譯為「放射效力」)來說明，其理論源頭則是戰後德國著名的 *Lüth* 案。在該案中德國聯邦憲法法院指出，基本權規範不只包含了個人對抗國家的主觀防禦權，同時還體現為一種客觀價值秩序(*objektive Wertordnung*)，其作為憲法的基本決定適用於所有法領域，並且提供了立法、行政與司法所應遵循的準則(*Richtlinie*)與原動力(*Impulse*)¹¹，在其後的若干裁判當中，德國聯邦憲法法院更明白稱之為「價值決定的原則規範」(*wertentscheidende Grundsatznormen*)¹²或「整體法秩序的客觀原則」(*objektive Prinzipien der Gesamtordnung*)¹³，或者就乾脆稱之為「原則」(*Prinzip*)¹⁴。關於基本權作為價值秩序或價值體系以及擴散作用，國內學界已有不少論述，在此不贅¹⁵。按「擴散作用」一詞，毋寧是一種形象化的描述，本文所關心的是，在理論上要如何重構此一概念，才能夠準確地說明基本權原則在法體系中的作用方式。這涉及了下面三個彼此互相聯結的問題：(一)作為主觀權利的基本權，如何轉化為「客觀的」價值或原則？(二)基本權作為原則，其在規範結構上具有何種特徵？(三)基本權原則的適用方式為何？

10 關於基本權規定在語意及結構上的開放性，參見 *Alexy*，同註 6，S. 58 ff.

11 BVerfGE 7, 198 (207).

12 BVerfGE 77, 170 (214).

13 BVerfGE 57, 295 (320).

14 BVerfGE 81, 242 (254).

15 參見如劉淑範，*憲法審判權與一般審判權間之分工問題*，載於劉孔中、李建良主編，「憲法解釋之理論與實務」，1998年，228頁以下；吳庚，*基本權的三重性質*，載於「司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集」，2001年，25頁以下；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卷第5期，2001年，1頁以下。基本權原則在私法領域的擴散作用即為習稱之「基本權第三人效力」問題。關於此一問題的國內文獻，可見陳新民，*憲法基本權利及「對第三者效力」之理論*，載於氏著「*憲法基本權利之基本理論*（下冊）」，1992年3版，57頁以下；蘇永欽，*憲法權利的民法效力*，載於氏著「*合憲性控制的理論與實際*」，1994年，17頁以下。

二、基本權原則的規範結構—最佳化命令

(一)從主觀權利到基本原則

作為主觀權利的基本權在結構上若要轉化為原則規範，必須經過三重的抽象化(dreifache Abstraktion)¹⁶。按基本權作為一種主觀權利，其基本結構包含了三個要素：權利的主體(Träger)、權利的相對人(Adressat)以及權利的對象(Gegenstand)。試以言論自由為例，言論自由作為一種防禦權，可表述為「a (主體)對於國家 s (相對人)有要求不干預其發表言論(G, 權利的對象)之權利」。這個主觀權利有一個相應的關係性義務(relationale Pflicht)，即「國家 s 對於 a 負有不干預其發表言論的義務」。所謂「關係性義務」指的是具有相對人的義務，而義務的相對人即為原本的權利主體。將主觀權利轉化為客觀原則規範的第一步，就是將權利主體予以抽象化，把原本的關係性義務轉化為不具相對人的非關係性義務(nicht-relationale Pflicht)，亦即「國家 s 負有不干預言論發表的義務」。這個抽離權利主體(即義務相對人)的義務，本身就是一個客觀的法規範，但它仍嫌太過特殊(只針對「國家不干預言論發表」的行為)，還不足以成為一個擴散作用至整體法體系的抽象一般原則。要達到這個目的，還必須進一步將權利的相對人(亦即負擔義務者)以及權利對象的特定性質(在這裡指的是「不干預言論發表」的行為)也予以抽象化，而得出一個單純的命令規範：「言論自由應予保障」。依 Alexy 之見，這種單純要求實現某個應然狀態的基本權規範即可稱之為「基本原則」(Grundprinzip)¹⁷。基本原則同時也可轉化為價值的表述，例如「言論自由應予保障」這個原則即表達了「保障言論自由是好的」這個價值判斷。就此而言，基本權所體現的客觀價值秩序或價值體系，即可轉化為由基本權所導出的基本原則體系，價值衝突與價值之間的衡量，也就可以轉化為原則碰撞與原則衡量的問題¹⁸。因此，要了解基本權在法體系中的作用方式，就必須涉及基本權原則在規範結構上的特徵。

16 Alexy, 同註 6, S. 478 f.

17 Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 273; 中譯見程明修譯，作為主觀權利與客觀規範的基本權，憲政時代，第 20 卷第 4 期，1999 年，88 頁。Alexy 認為，將基本權規定視為基本原則的表述，其優點在於具有彈性，在基本權釋義學上，它可以作為證立超越防禦權之外其它不同面向的基本權功能或內涵的說理出發點，缺點則在於不確定性：如何能夠從此一抽象的基本原則導出具體的基本權要求的內涵，仍有待進一步論證。值得一提的是，吳庚教授指出了，我國憲法第二章的基本權利規定，除了少數的例外，率皆為此種基本原則式的表述。見吳庚，同註 1，566-567 頁。

18 關於原則和價值之間的轉換，詳見 Alexy, 同註 6, S. 125 ff. 關於價值和規範之間的複雜關係，本文無法進一步深究，中文文獻可參考賴志強，同註 3，89-100 頁的討論。

(二)基本權原則作為最佳化命令

按照規範理論的原則概念，原則是一種在結構上有別於規則的規範。根據 Alexy 的定義，原則乃是最佳化命令，它要求某事（通常是某種價值或目的）在相對於法律與事實的可能範圍內以盡可能高的程度被實現。作為最佳化命令，原則的特徵在於它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。原則在法律上實現的可能範圍則是透過與之相對立的規則和原則來加以決定，後者意謂著，在適用原則時必須考量到其它相衝突的原則才能夠決定其實現的程度，因此原則的典型適用方式乃是衡量。相反的，規則乃是一種確定性的命令(*definitive Gebote*)，規則不同於原則之處在於，規則在法律與事實的可能範圍內已具有明確的設定(*definitive Festsetzung*)，規則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達到該規則所要求的內容，而沒有不同的實現程度的問題。因此規則的典型適用方式是涵攝：若個案之事實符合某條規則的構成要件，即應接受該條規則的法效果。這種把原則視為最佳化命令的見解，乃是「原則理論」(*Prinzipientheorie*)的核心主張，Alexy 將其稱之為「最佳化命題」(*Optimierungsthese*)¹⁹。

(三)衡量作為原則的適用方式

原則理論的另一個重要命題是，從最佳化命題可以推導出比例原則(*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)，反之，比例原則也蘊含了原則作為最佳化命令的特性，因此，原則理論和比例原則在邏輯上是等值的²⁰。

首先，狹義的比例原則(*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*)—亦即所謂的衡量要求(*Abwägungsgebote*)—來自於原則在法律上實現可能性的相對化。假設原則 P_1 與另一原則 P_2 相衝突， P_1 在法律上實現的可能性就取決於與之相對立的 P_2 ，反之亦然。由於每一條原則都只要求其在法律上應盡可能地被實現，但並未對其在法律上的實現可能性預先作出設定，因此沒有哪一條原則自始就必須讓步，亦即原則之間並沒有絕對、無條件的優先性，而只有相對的、有條件的優先性。這意謂著：原則衝突必須透過衡量來解決，而衡量的任務即在於針對具體個案的情形來判斷 P_1 或 P_2 輕孰重，以決定在個案的條件之下何者具有優先性²¹。關於相衝突的原則如何衡量，Alexy 提出了一條衡量法則(*Abwägungsgesetz*)來說明之：

19 Alexy, 同註 6, S. 75 ff. 關於最佳化命題的進一步探討，以及運用原則理論以解析我國憲法基本權結構的嘗試，詳見王鵬翔，論基本權的規範結構，台大法學論叢，第 34 卷第 2 期，2005 年，12-28 頁。

20 Alexy, 同註 6, S. 100 ff.

21 Alexy, 同註 6, S. 79 ff.

一 從原則理論初探立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)問題

「對於相衝突的原則 P_1 與 P_2 而言，若其中一原則不被實現或被侵害的程度愈高，則另一原則實現的重要性就必須隨之愈高。」²² 從衡量法則可以看出，所謂的衡量包括了三個步驟，首先是確定原則 P_1 不被實現或被侵害的程度，再來是確定與之相衝突的原則 P_2 的重要性，最後則是將兩者互相比較，以確定 P_2 實現的重要性是否足以證成對於 P_1 的侵害。至於侵害程度與重要性的高低則必須透過說理論證加以判定²³。假設在條件 C 之下， P_1 受到非常重大的侵害，但 P_2 的實現的重要性卻相當低時，此時從衡量的結果即可以得出一個條件性的優先關係(*bedingte Vorrangrelation*)：「在條件 C 之下， P_1 相對於 P_2 具有優先性」。此一條件性的優先關係，等於是對於 P_1 在條件 C 之下相對於 P_2 在法律上的實現可能性作出了設定²⁴。就這個層面而言，所謂「最佳化」的任務就在於對相衝突的原則在法律上的實現可能性作出正確的設定，簡單說，就是正確地決定原則之間的條件性優先關係。

如果我們暫且將相對立的原則撇開不論，而以孤立的方式觀察個別的原則，則其實現程度就完全繫於事實上實現的可能性。作為最佳化命令，每個原則都要求其在事實的可能範圍內以最大的程度被實現，也就是說，如果有多個手段在事實上都可以實現某個原則 P 時，則應該採取能夠以最高的程度實現 P 的手段，如果存在有多個能夠以最高的程度實現 P 的手段 M_1, \dots, M_n ，則要選擇哪一個，對 P 而言並無差別²⁵。不過問題在於，基本權原則在法體系中從來就不是孤立地被適用的，在決定以何種方式來實現原則時，不可避免地要考量到其它原則的存在和影響，而比例原則的另外兩個子原則—適當性和必要性原則—就來自於原則在事實上實現可能性的相對化。

先就必要性原則而論。現假設有兩個手段 M_1 與 M_2 在事實上都可以用同樣的程度實現某個原則 P_1 ，若不考量到其它原則，單從 P_1 的角度來看，則可以自由選擇採取 M_1 或 M_2 ，

22 Alexy, 同註 6, S. 146.

23 對於衡量法則的進一步精確化，見 Alexy, *Die Gewichtsformel*, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, S. 783 ff.; 中文介紹參見陳顯武，論法學上規則與原則之區分—從非單調邏輯之觀點出發，*台大法學論叢*，第 34 卷第 1 期，2005 年，24 頁以下。

24 當然，這等於也是對 P_2 在條件 C 之下相對於 P_1 在法律上的實現可能性作出了設定。由於衡量的結果對於原則在法律上實現的可能性作出了設定，因此 Alexy 認為，從作為衡量結果的條件式優先關係可以得出一條以條件 C 為構成要件，以具有優先性的原則 P_1 所要求的結果 R 作為法律效果的規則： $C \rightarrow R$ ，詳見 Alexy, 同註 6, S. 83 f.

25 因此，如果不考慮到原則和其它相對立原則之間的關係，亦可以將原則定義為「最大化命令」(*Maximierungsgebote*)(Alexy, 同註 6, S. 80 f.(Fn. 37))。最大化命令只著眼於原則在事實上實現的可能性，一旦涉及到與其它原則之間的關係時，此一定義即不適當，因為兩個原則相衝突時，顯然不可能同時讓兩原則在事實上都獲得最高程度的實現。再者，某一原則的最大程度實現，亦未必就等於相衝突原則整體的最佳實現。

但若考量到其它原則，即會有所不同。假設對另一原則 P_2 而言，採取 M_2 比起採取 M_1 對其實現的阻礙程度較小，或者 M_2 根本不會防礙其實現。將 P_1 與 P_2 一併考量後，則採取 M_2 能夠讓這兩條原則在事實可能範圍內獲得更高程度的實現，因此必須採取 M_2 ，而不能採取 M_1 。這正是必要性原則的內含：在數個可能限制基本權的措施當中，應採取限制程度相對而言較為輕微者²⁶。

同樣的道理也可以用來說明適當性原則。假設 M 是一個不適合，也就是在事實上不可能實現原則 P_1 的手段，則單就 P_1 的角度來看，是否要採取 M 這個手段並無差別，因為不論採取與否，都和 P_1 的實現與否或實現程度無關。但如果考量到另一原則 P_2 ，發現採取 M 不但無法實現 P_1 ，反而還會阻礙 P_2 的實現，此時若不採取 M ，則不僅不影響到 P_1 ，同時還能讓 P_2 也獲得實現，合併考量 P_1 與 P_2 在事實的可能範圍內的最佳實現，即不應該採取 M 。而這也正是適當性原則的要求：限制基本權的措施必須要能夠達到所欲實現之目的，不應該採取一個無助於目的之實現，卻反而會對基本權造成侵害的措施²⁷。

三、法秩序的憲法化及其問題

上面對於兩種原則概念的分析讓我們瞭解到，基本權一方面作為法體系的基本法律原則，對於所有國家機關都具有拘束力，另一方面，基本權原則在規範結構上具有最佳化命令的特性，從而立法、行政以及司法機關都必須在法律以及事實的可能範圍內以盡可能高的程度實現基本權原則的要求。基本權的原則特性、擴散作用以及衡量要求，將導致整體法秩序的實質憲法化(materielle Konstitutionalisierung der Rechtsordnung)²⁸。這意謂者，憲法不再只是提供了制定下位規範的形式授權基礎，憲法的基本原則或價值內含一特別是基本權的規定—更將影響、形塑甚至決定了下位法規範的實質內容。由於基本權在整體法秩序中的實現尚且可以透過憲法法院的審查來確保，因此衡量將取代涵攝，成為基本

26 Alexy, 同註 6, S. 102. 原則在法律上的實現可能性與事實上的實現可能性兩者之間的互動關係，同樣也可以藉由這個例子來說明。假設 M_1 與 M_2 都可以同樣的程度實現 P_1 ，也都會阻礙到 P_2 的實現，只不過 M_1 阻礙程度較小，再假設事實上除了 M_1 與 M_2 之外，別無其它的手段存在，必要性原則要求在 M_1 與 M_2 兩者之間選擇限制程度較小的手段，亦即採取 M_1 而不採取 M_2 ，但這並不意謂著 M_1 與 M_2 就此窮盡了 P_2 在事實上的可能實現範圍。就事實上的可能性來看，如果既不採取 M_1 ，也不採取 M_2 ，就有可能讓 P_2 以更高的程度被實現，但這當然就會使得 P_1 的實現受到阻礙。至於要不要選擇這種可能性，亦即以犧牲 P_1 的實現作為代價來實現 P_2 ，並不是必要性原則所能解決的問題，而是涉及了原則在法律上的實現可能性，也就是 P_1 與 P_2 之間的衡量問題，亦即何者應該優先被實現，或何者應以較高程度被實現的問題。

27 Alexy, 同註 6, S. 103.

28 關於法秩序的憲法化問題，可參照 G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

一 從原則理論初探立法餘地(gesetzgeberische Spielräume)問題

權適用乃至憲法適用的主要模式，憲法法院更得據此審查立法者對於基本權的實現是否符合了最佳化的要求。這種將憲法原則作為法體系之內容核心，並且強調透過憲法法院來確保憲法原則於下位法規範中獲得實現的法體系概念，可稱之為「憲法主義」(Konstitutionalismus)²⁹。如前所述，憲法就法秩序應具有何種實質內容，通常會有或多或少的規定，而不會完全任憑立法者自由決定，就此而言，整體法秩序在一定程度上的憲法化是不可避免的。因此，對於憲法主義式的法體系概念，批評的重點不在於法秩序是否應該憲法化，而在於憲法化的程度：原則理論將基本權視為最佳化命令的主張，會導致法體系的「過度憲法化」(Überkonstitutionalisierung)。關於原則理論所招致的過度憲法化的批評，可以分別從實體、功能/權限以及方法等三個方面來分析。

在實體方面，基本權的原則特性，將使得基本權的內涵得以大幅擴張至防禦權以外的其它功能，亦即基本權所要求的，將不僅限於國家消極的不作為，更可能積極地要求國家以作為的方式來保障或實現基本權。伴隨著基本權功能擴張的是基本權實質作用範圍的擴張，基本權的原則性質與擴散作用，將使基本權的規範對象不僅限於法體系中關於國家—人民關係這個部分，更將擴及至包括私法關係在內的所有法領域，這導致基本權在法體系中的無所不在性(Ubiquität)：法體系的實質內容大部分都已經被包含在憲法的基本原則當中，或甚至可以從中推導而出，憲法規範和一般法規範在內容上的界限將愈趨模糊，這使得立法者的任務從自主的法律形成，轉變成為對於憲法原則的具體化或甚至是最佳化，從而使得一般法規範的獨特性與立法者的自主性大為降低³⁰。

基本權實質規範密度的擴張，不可避免地會導致憲法法院審查範圍的擴張³¹。法秩序

29 關於憲法主義的法體系概念，詳 Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in: ders., *Recht, Vernunft und Diskurs*, 1995, S. 213 ff.; R. Dreier, *Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat*, in: A. Kaufmann u.a.(Hrsg.), *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, 1988, S. 86 ff. 中文介紹見張嘉尹，*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，2002 年，25-26 頁。

30 典型的批評就是 Forsthoff 所嘲諷的「憲法作為法學的小宇宙，從中誕生了由刑法典到關於製造體溫計的法規」(“Verfassung als juristisches Weltenei, aus dem hervorgeht vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern”)見 E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl., 1971, S. 69 ff. 對此問題的檢討，可見 R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, in: ders., *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 161 ff.; P. Lerche, *Verfassung als Optimierungsquelle*, in: J. Burmeister u.a.(Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern*, 1997, S. 202 ff.

31 除非我們對於違憲審查採取某種殊殊式的解決方案(Divergenzlösung)，如 Hesse 所說的「立法者受到憲法拘束的界限並不總是全等於憲法法院的審查界限」(“Deshalb decken sich die Grenzen der verfassungsrechtlichen Bindung des Gesetzgebers nicht immer mit den Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle”),

的過度憲法化在功能—權限層面造成的疑慮，即具體地呈現在於憲法審判權和一般審判權如何分工³²，以及憲法法院的審查界限和立法者形成餘地的範圍如何畫分的難題之上。對於原則理論最常見的批評就是，將基本權原則作為一種最佳化命令，基於基本權對於所有國家機關的拘束力，勢必使得立法者亦負有以最佳程度實現基本權的義務，從而大幅限制了立法者的形成自由。更有甚者，倘憲法法院得以審查立法者的解決方案是否符合最佳化的要求為名，直接介入原本應屬於立法者政策決定的事項，將有違民主原則和權力分立原則，因為後者要求，具有民主正當性的立法者對於法律的規範內容和方式，都應享有一定的自主形成空間。原則理論將基本權視為最佳化命令的主張，將導致憲法法院權限的不當擴張，過分限縮了立法者的形成餘地，整個憲政國家的結構將如 Ernst-Wolfgang Böckenförde 所言：「由國會的立法國轉型為憲法法院的司法國」(Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat)³³。

在方法論方面，所涉及的則是原則衡量的理性或客觀性的問題。倘若衡量不是一個理性的過程，不存在客觀的標準來判斷相衝突原則的重要性與被侵害程度，或甚至相衝突的原則之間根本是不可共量的(*inkommensurable*)，則憲法法院如何能夠審查立法者的衡量結果是否正確？在方法論上對於衡量理性的質疑，還可以結合前述功能—權限的批評：一旦衡量的結果始終繫於主觀的決斷，而沒有客觀正確的答案可言，則不論立法者對於原則衝突採取何種解決方案，都不能夠被視為違反了原則的要求。因此對於原則或價值衝突如何解決，立法者應有優先的決定權，憲法法院不應以自己主觀的價值判斷去取代立法者的價值判斷³⁴。

本文的焦點將集中在原則理論在功能—權限層面的問題，亦即將基本權的規範結構視為具有最佳化命令特性的法律原則，是否即會使得受到基本權拘束的立法者完全無法享有

見 K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl., 1999, Rn. 569. 如此一來，基本權的實質規範範圍即不等於憲法法院的審查範圍，亦即有可能存在某些違憲的法規範是憲法法院所不能審查。典型的分殊式解決方案是行為規範(*Handlungsnorm*)和審查規範(*Kontrollnorm*)的區分，亦即認為基本權規定同時具有行為規範和審查規範的雙重功能，作為立法者的行為規範，基本權固然要求立法者以最佳的方式實現其內容要求，但作為憲法法院的審查規範，憲法法院只能審查立法者是否明顯地侵害了基本權，而不能審查其是否符合最佳化的要求，對此可見 K. Schlaich/S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5. Aufl., 2001, Rn. 503 ff.

32 深入探討此一問題的中文文獻，見劉淑範，同註 15，218 頁以下。

33 E.-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 190.

34 B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 211; Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II., 2001, S. 460 ff.

任何自主決定的空間？不少原則理論的批評者都從這點出發，認為基本權規範不能被視為最佳化命令，而應該被視為一種框架性的規定，才不會導致憲法法院審查權限的過分擴張，而侵蝕了立法者原應享有的，不受憲法法院審查的自由空間。以下將從「框架秩序 vs. 最佳化命令」的爭議切入探討此一問題。

參、「框架秩序 vs. 最佳化命令」—對於原則理論的批評

前述 Böckenförde 提出之「立法國 vs. 司法國」之間的對立，乃是對於憲法法院和立法者之間權限分際的兩種不同看法，但這個對立又往往涉及了關於基本權規範結構的爭議。反對原則理論的學者，大多將「框架秩序 vs. 最佳化命令」視為非此即彼，截然對立的一對概念，而主張將基本權或甚至所有憲法基本原則視為一種框架秩序(*Rahmenordnung*)³⁵。他們認為，基本權或其它憲法原則毋寧只是一種框架性的規定，它僅僅畫定了立法活動的外圍界限，在框架的界限之內立法者得自由選擇其所欲採取的措施，憲法法院僅能審查立法者的措施是否逾越了框架的界限，至於在框架內立法者要採取何種措施來實現或具體化基本權以及其它憲法原則的要求，憲法法院不得以「最佳化」為標準來審查。這個論點，可以稱之為基本權規範的「框架理論」(*Rahmentheorie*)。框架理論認為，只有將基本權規範視為一種框架秩序而非最佳化命令，才能夠確保立法者享有足夠的形成餘地。然而，框架秩序和最佳化命令，是否真的如此截然對立，互不相容？在司法違憲審查的制度前提下，原則理論將基本權規範視為最佳化命令的主張，是否的確會過分縮減，或甚至不容許立法者享有一定的形成自由？要回答這兩個問題，必須先釐清「框架秩序」和「立法（形成）餘地」(*gesetzgeberischer (Gestaltungs-)Spielraum*)的概念³⁶。以下將先簡單歸納整理主張框架理論的學者所提出的「框架秩序」概念。

35 代表性的學者除了下面介紹的 Böckenförde, Wahl, Starck, Hain 等人之外，尚可見 A. Scherzberg, *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, 1989, S. 114 ff.; J. Isensee, *Verfassungsrecht als politisches Recht*, in: HStR VII, § 162, Rn. 43 ff.; M. Gellermann, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande*, 2000, S. 70 ff. 等。德國學界關於「框架秩序 vs. 最佳化命令」的爭論，可見德語世界之國法學者協會(VDSrL) 1998 年以“*Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?*”為題所展開的爭論，見 VVDSrL 58, 1999. 關於框架理論與原則理論之爭的檢討，見 V. Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, 2003, S. 67 ff.

36 國內學界亦有以憲法的框架秩序特性作為立法者的形成餘地或立法裁量的理論基礎者，見李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，載於氏著「憲法理論與實踐(二)」，2000 年，361-362 頁；蘇彥圖，「立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度的解析與檢討」，台大法研所碩士論文，1998 年，36-38 頁。

一、Böckenförde 的框架理論

Böckenförde 可能是最早提出「框架秩序」這個概念的學者，同時也是原則理論最強烈的批評者之一。Böckenförde 的批評建立在相互關聯的三組對立概念之上：在規範結構方面是基本權作為主觀的防禦權與客觀的原則規範之間的區分，在法律適用方面則是解釋和具體化之間的差別，在憲法理解方式上則是「框架秩序」和「基本秩序」之間的對立。

Böckenförde 肯認，基本權若被視為原則規範，在結構上的確具有 Alexy 所稱之「最佳化命令」的性質。原則具有一種不固定在某個確定內涵之上的最佳化傾向，它必然能夠以衡量的方式被適用，因此原則總是具有不確定性和動態性。由於原則的特性可以涵蓋並從中開展出所有的基本權功能，因此它適宜作為基本權釋義學上的基本概念³⁷，但這也導致了基本權適用方式的改變。原則的特性將導致基本權的適用從解釋(Interpretation)轉為具體化(Konkretisierung)。Böckenförde 將「解釋」與「具體化」視為兩種完全不同的活動：解釋仍然屬於法適用(Rechtsanwendung)的範疇，其任務在於探究某個既存的規範的意義或內涵，具體化則是對於原則性或方針性的規定進行創造性的填補(schöpferische Ausfüllung)。原則在內容上具有開放性，必須透過具體化充實其內容後，才能將之轉化為可供適用的法規範，具體化具有法之形成(Rechtsgestaltung)的特性，而不屬於傳統意義下的法適用³⁸。姑且不論 Böckenförde 對於「法適用」與「法之形成」以及「解釋」和「具體化」截然二分的看法是否正確，但他特別強調，所謂基本權的具體化，指的往往就是衡量與比例原則的運用，而如何衡量相對立的原則以妥適地安排其彼此之間在個案中的條件性優先關係，屬於法之形成的任務，而不是解釋性的法適用³⁹。Böckenförde 更進一步指出，基本權作為原則規範，其對所有法領域的擴散作用，將使得基本權從人民—國家關係的規定轉化為整體法秩序的最高原則。如此一來，憲法不僅是國家的法律基本秩序(rechtliche Grundordnung des Staats)，更將成為社群的法律基本秩序(rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens)：整體法秩序的實質內涵自始即已經被包含在憲法的原則規範當中，立法者的任務只不過是進一步將其具體化⁴⁰。如此一來，自然也造成立法者和憲法法院之間關係的轉變。這個轉變呈現在下面三個方面：

37 Böckenförde，同註 33，S. 185.

38 Böckenförde，同註 33，S. 186. 對此的深入討論及批評，見黃舒芃，憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制定」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，政大法學評論，第 81 期，2004 年，82 頁以下。

39 Böckenförde，同註 33，S. 183 f.

40 Böckenförde，同註 33，S. 188 f.

首先，立法者的活動將從原本屬於政治決定領域的法律制訂降格成為盡力實現憲法原則要求的具體化過程，憲法法院的活動卻從解釋性的法適用上昇為具有法之創造性質的具體化，傳統「法適用」和「法制定」的界限從而變得模糊不清，立法者和憲法法院對於基本權的具體化處於一種競合關係，在這個競合關係當中，立法者雖然具有法律形成的優先權，但憲法法院的具體化結果卻具有優位性。因為原則規範的不確定性，使得憲法法院在適用基本權規範的時候必須也進行具體化的工作，而其具體化結果又因具有憲法位階而拘束立法者⁴¹。其次，即便憲法法院試圖在個案中留給立法者一定的形成餘地，但基本權原則的結構特性卻使得憲法法院始終具有廣泛的干預可能性。Böckenförde 認為，「如果基本權表現為具有最佳化傾向的原則規範，那麼憲法法院就有義務去實現其規範內涵」⁴²。最後，憲法法院透過衡量或比例原則的運用所為之具體化，將無法留給立法者適當的裁量或形成空間。這是因為 Böckenförde 認為憲法法院的具體化或衡量決定，其目的在於找到一個妥適地考量到不同原則與觀點的唯一正確答案，憲法法院可能據此對於立法者的解決方案迴避不理，或甚至以自己的判決取而代之，民主立法過程因而失去其重要性，如前所述，「國會的立法國」從而不可避免地會轉為「憲法法院的司法國」⁴³。

Böckenförde 認為，若要避免「司法國的轉向」，就不能把基本權視為具有最佳化命令性質的原則規範，而必須把包含基本權在內的憲法規定當作是政治行動與決策過程，以及行使政治決定權力—特別是制訂法律的權力—的框架秩序。憲法作為框架秩序，其功能一方面在於畫定政治決定權力的界限(*Grenzfestlegung der politischen Entscheidungsgewalt*)，另一方面，透過對於立法和行政之行動目標與形成原則的規定，它同時提供政治行動與決定權力的方針規定(*Richtungsbestimmung für die politische Handlungs- und Entscheidungsgewalt*)⁴⁴。憲法對於政治權力所畫定的界限以及對於個人、社會和國家關係的基本決定，需要進一步被填補或具體化，才能夠成為法律適用上可實行的規範，但如何填補或具體化，則屬於立法者的權限。以憲法在實體法部分的框架規定—依 Böckenförde 之見包括了基本權與國家結構原則在內—為例，雖然其規定了一定的目標，但對於這些目標要如何實現，乃至實現的手段以及密度等等，憲法並未作出規定⁴⁵。因此，憲法的框架規定，乃

41 Böckenförde，同註 33，S. 190.

42 Böckenförde，同註 33，S. 196: “Wenn nämlich die Grundrechte Prinzipienormen mit Optimierungstendenz darstellen, ist das Verfassungsrecht gehalten, dem darin liegenden normativen Gehalt auch Geltung zu verschaffen.”

43 Böckenförde，同註 33，S. 196 f.

44 Böckenförde，*Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 86 f.

是有意留給立法者在政治實踐過程中進行填補和操作的餘地，而允許其根據情況和合目的性的考量採取不同的形成方式⁴⁶。Böckenförde因而認為，在釋義學上必須區分，哪些是憲法在規範上已給定與規定的事項，哪些是憲法所未規定而留有餘地的事項；易言之，就是區分內容上確定的規定以及需要進一步具體化的規定⁴⁷。這個區分的意義在於畫定憲法法院與立法者之間的權限分際：對於原則性規定或者框架內容的具體化，屬於立法者的固有權限，憲法法院的權限只限於審查其是否遵守了憲法框架規定的界限⁴⁸。就基本權規定的部分而言，Böckenförde認為，框架的界限就在於基本權的主觀自由權面向，將基本權視為框架秩序的見解，對Böckenförde而言，就等於將基本權的功能限縮在對抗國家干預的古典防禦權之上，除此之外，都歸屬於立法者自由形成或決定的領域⁴⁹。這種看法，可以稱之為「自由主義式的憲法限縮」(liberale Verfassungsreduktion)。

總結Böckenförde的觀點，「最佳化命令」和「框架秩序」之間就只有二擇一的可能性：若要把基本權當作具有最佳化命令特性的原則，就必須承受「轉向為憲法法院的司法國」的後果。若不接受這一點，就必須將基本權限縮於古典的防禦權，將憲法視為一種框架秩序，從而維持「國會主導的立法國」。基本權作為防禦權和基本權的原則特性並非互不相容，這點學者已有論述⁵⁰，因此真正關鍵的問題在於，「最佳化命令」與「框架秩序」是不是的確只能二者擇一，將基本權原則視為最佳化命令特性，是不是就無法留給立

45 Böckenförde，同註44，S. 58.

46 Böckenförde, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 17.

47 Böckenförde，同註46，S. 23.

48 Böckenförde，同註44，S. 87 f.

49 Böckenförde，同註33，S. 198; ders., Schutzbereich, Eingriff und immanente Schranke, Der Staat 42, 2003, S. 186 f.

50 例如 Alexy 就認為，基本權的主觀面向作為「要求某事之權」(Recht auf etwas)，具有權利的三元結構（見前壹、二、(一)），而就權利的對象而言，即包括了防禦權（要求國家不作為）與給付權（要求國家作為）；而基本權的客觀面向，指的是單純課予國家義務，而沒有權利主體作為義務相對人的規範，此種義務同樣可以包含了不作為的義務與作為的義務。不管是賦予主觀權利，或只是單純課予國家義務的基本權規範，都可以具有原則的性質。因此最佳化命令作為規範結構的特徵，相對於「主觀面向/客觀面向」以及「防禦權/請求權」的區分是中立的。Alexy 更指出，將前述的基本原則稱之為「客觀的」乃是誤解，因為透過基本原則既可證立單純的客觀（義務）規範，也可以證立賦予主觀權利的規範。對此參見 Alexy，同註17，S. 270 f., 274. 對於基本權主觀面向與客觀面向的概念釐清，特別是指出主觀面向可同時包括防禦權與給付權者，詳見 H. Dreier, in: ders.(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Vorb., Rn. 83 ff.; 中文的詳盡介紹參照張嘉尹，基本權理論、基本權功能與基本權的客觀面向，載於「當代公法新論（上）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，2002年，45頁以下。

法者一定的形成餘地？

二、Wahl 論框架秩序

另一個同樣主張將憲法規範理解為框架秩序的學者則是 Rainer Wahl。Wahl 的框架理論從「憲法優位性」(*Vorrang der Verfassung*)的問題出發⁵¹。他指出，在像德國這樣一個設有憲法審判權制度的國家中，憲法的優位性主要是透過憲法法院來確保，在這樣的制度設計之下，憲法不只是實證法秩序的最高權威，同時還構成了憲法法院審查下位階法規範合憲與否的標準。作為審查標準，憲法規範和作為審查對象的一般法律之間能夠清楚明確畫分，因此 Wahl 特別強調「憲法的優位性要求規範階層之間的區分與差距，它乃是一個區別的概念，而非協力的概念」⁵²。Wahl 所關注的焦點，因而在於憲法和一般法律之間的界線和區分問題，這個問題具有功能/權限上的重大意義，因為它將直接影響到憲法法院和立法者之間的關係如何界定。

Wahl 指出，憲法法院和立法者之間的權限分際之所以有爭議，是因為憲法和一般法律之間在實質內容上的分界難以區分畫定，難以清楚畫分的原因之一在於從基本權的原則性質所導出的擴散作用⁵³。Wahl 更正確地指出，在涉及擴散作用的個案中，必須對相衝突的憲法原則或法益進行具體的衡量才能夠確定憲法所要求的內容為何，在這裡不可避免地涉及原則實現的「最佳化」的問題。Wahl 所針對的是從 Hesse 關於憲法解釋的「實踐和諧原則」(*Prinzip der praktischen Konkordanz*)所導出的最佳化要求⁵⁴。Wahl 肯認 Hesse 的見解，認為最佳化或比例原則乃是蘊含於憲法層次的要求，但他強調，最佳化作為憲法的要求，不只是實體法層面的問題，同時也影響了憲法法院和立法者之間的關係，對於內容上無法或難以解決的價值判斷問題將留給（憲法法院）法官來解決。根據 Wahl 的見解，如果兩個憲法上的法益要同時獲得最佳實現，就只能有一個唯一的答案，亦即涉及原則衝突時，只有唯一的最佳解決方案；再者，倘若憲法缺乏一個明確的價值階序時，則對於衝突法益的最佳安排，不可避免地會涉及政治上的評價與利益權衡，「如果嚴格地貫徹最佳

51 見 R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung*, in: ders., *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 121 ff. 若僅就基本權規定而言，則 Wahl 所關切的憲法優位性，相當於前述基本權的根本重要性。

52 Wahl, 同註 51 S. 123: “Der Vorrang der Verfassung verlangt eine Differenzierung und Distanz zwischen den Normebenen; er ist ein Konzept der Trennung, nicht des Zusammenwirkens.”

53 Wahl, 同註 51, S. 143.

54 關於 Hesse 的實踐和諧原則與最佳化要求，參照 Hesse, 同註 31, Rn. 72。Wahl 的“*Der Vorrang der Verfassung*”（見註 51）一文原發表於 1981 年 *Der Staat* 20, S. 485-516，當時 Alexy 的“*Theorie der Grundrechte*”一書尚未出版，但 Wahl 的批評仍然可以適用到原則理論之上。

化，必然會吸收掉所有政治上的形成餘地」⁵⁵，因此 Wahl 認為最佳化作為憲法的要求、加上廣泛的憲法審判權，和國會立法者的形成自由是彼此互不相容的⁵⁶。

Wahl 進一步指出，上述的問題最終涉及了我們如何理解憲法規範的性質。他認為，只有將憲法理解為一種框架秩序，才能夠阻擋以積極的司法來填補憲法規範的進程。對於憲法的框架性理解，著眼的是憲法內容規定對於立法者的開放性，「框架」具有雙重性質：它同時陳述了憲法已確定(*das Festgelegte*)與開放性(*das Offene*)之事項，可以說，「框架」乃是一種開放性的規定。將憲法理解為一種框架，即是有意地表明立法者所享有的形成餘地，在框架之內，存在有多種形成的可能性供立法者選擇。將憲法規範理解為框架，則對於法律合憲與否的判斷就不是審查其是否達到了某個「最高點」或「最佳點」，而在於審查其是否處於框架之內⁵⁷。Wahl 認為，框架秩序強調的是憲法和一般法律之間的差距和分殊。憲法所能規範的事項是有界限的，而一般法律在內容上則是豐富多變的。框架秩序的概念和憲法優位性的概念具有內在的關聯性，對於一個設有憲法審判權的法秩序而言，只有將憲法理解為框架秩序，才能夠盡可能明確地畫分憲法和一般法律之間的界線⁵⁸。

三、「原則作為框架秩序」—Starck 與 Hain 的框架理論

繼 Böckenförde 與 Wahl 之後，從框架秩序的觀點出發批評原則理論的學者，當推 Christian Starck 及其高徒 Karl-Eberhard Hain。

Starck 同樣認為，界定憲法法院和立法者，乃至憲法法院和一般法院之間功能權限分際的基礎在於釐清憲法和一般法律之間的關係。而要釐清此一關係，則必須了解到憲法規範的框架秩序特性⁵⁹。與 Böckenförde 相同，Starck 認為，憲法作為框架秩序的特徵在於，一方面憲法畫定了立法者權力所不得逾越的界限（＝框架），但另一方面，框架的內容（＝界限內的事項）要如何充實填補，則是政治便宜性的問題，憲法對此並未預先作出具體的規定，而係留給立法者一定的政策決定空間，由其透過多數決的政治運作過程去決定⁶⁰。因此，對於 Starck 來說，區分憲法的框架與立法者的政治形成自由，乃是維持立法

55 Wahl, 同註 51, S. 145.

56 Wahl, 同註 51, S. 146.

57 Wahl, 同註 51, S. 148.

58 Wahl, 同註 51, S. 149.

59 C. Starck, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, S. 1038 f.

60 Starck, Die Verfassungslegung, in: HStR VII, § 164, Rn. 7. 本文簡要版的中譯見 Christian Starck 著，李建良譯，憲法解釋，載於李建良「憲法理論與實踐(一)」，2003 年 2 版，189 頁以下。

權與憲法審判權之間功能區分的必要前提：只有將憲法視為框架，才能夠確保立法者擁有自主的形成餘地。Starck 強調，憲法的規範密度越低，則立法者所擁有的形成餘地就越寬廣，立法者之所以享有寬廣的形成餘地，來自於憲法作為框架秩序對於許多事項都只有低密度的規定⁶¹。Starck 指出，框架的界限要如何確定，屬於憲法解釋的問題，為了清楚畫定國家權力行使的界限，將要求釋憲者以可信賴預期的方式來確定框架的界限何在，儘管立法者形成餘地的存在並非來自於框架界限的不確定性，但 Starck 認為，憲法解釋的結果仍會影響到憲法法院與立法機關的權限功能分際，因此他主張某種功能法取向的憲法解釋⁶²。

從「憲法作為框架秩序」的觀點出發，Starck 與 Hain 從功能/權限的角度對於原則理論提出了批評。Starck 認為，即便基本權可以視為一種原則，但「原則只設定了框架，其無論如何不必以最佳化的方式來加以實現」，因為「憲法作為框架，其並未包含一個法學上具體清楚的標準，據以判斷憲法是以最佳、最低或以其它程度被實現。」⁶³ Hain 則指出，如果將原則視為最佳化命令，那麼憲法法院不僅在適用原則的時候必須進行最佳化的工作，甚至還可以去審查，系爭的高權決定(*hoheitliche Entscheidungen*)是否在事實以及法律的可能範圍之內盡可能地實現了所有相關的原則。如此一來，憲法法院在每一個案件中都得以對於立法者的措施進行高密度的審查，這將導致憲法法院審查權限的過分擴張，從而威脅到憲法的框架特徵，Hain 因此認為，最佳化命題將導致功能法上所不能接受的後果⁶⁴。Hain 又進一步以原則在論證與適用方面所具有的認識的不確定性(*Erkenntnisungewissheit*)，來反對憲法法院得以對立法者的解決方案進行「最佳化」的審查。所謂認識的不確定性，按照 Hain 的理解，指的是適用原則的案件—特別是相衝突原則之間的衡量—無法保證總是能夠有唯一正確或唯一最佳的答案。亦即在許多具體案件當中，對於相衝突的原則彼此之間的優先關係要如何安排，總是存在著多種可供選擇的可能性。Hain 認為，由於原則本身的規範內容並沒有提供一個標準，得據以判斷或決定哪一種安排方式才是「最佳的」解決方案，因此每一種安排都可以說是「符合原則的」(*prinzipienkonform*)。這意謂著原則在適用上容許一定的決定餘地(*Entscheidungsspielraum*)，對於原則之間關係的最佳安排，對於 Hain 來說，只不過是在多種符合原則的可能性之間選擇其一罷了⁶⁵。

61 Starck, 同註 60, Rn. 7.

62 Starck, 同註 60, Rn. 13.

63 Starck, *Besprechung zu Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*, *Der Staat* 32, 1993, S. 475 f.; Starck, 同註 60, Rn. 8.

64 K.-E. Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, 1999, S. 131 ff.

Hain 承繼了 Starck 的想法，主張「原則作為立法者具體化可能性的框架」(Prinzipien als Rahmen für gesetzgeberische Konkretisierungsmöglichkeiten)：在多種符合原則的具體化可能性之間，原則本身並未陳述應該如何選擇，亦即原則本身並未規定，其應以何種方式被實現。原則毋寧只是畫定一個框架，在框架之內，根據具體狀況的不同，允許不同的實現方式，立法者對此擁有選擇的餘地。憲法法院不能審查立法者選擇何種實現方式，而只能夠審查立法者的決定符合或不符合原則⁶⁶。框架理論之所以排斥以「最佳化」為標準的審查，如前所述，乃是因為一方面憲法作為框架無法給定一個判斷最佳實現程度的標準，另一方面這將導致憲法法院得對於立法者選擇以何種方式實現原則的決定進行審查，從而侵入了在框架內立法者原得以享有的自由形成空間，造成功能法上不能接受的後果。因此，Starck 和 Hain 都認為，憲法法院只能審查立法者的決定「是否」符合原則（是否逾越框架的界限），而不能審查其「如何」實現原則（如何具體化或填補框架的內容），換句話說，憲法法院的審查只能依循「合憲／違憲」二者擇一的模式，而不能夠去審查立法者是否以最佳的方式實現憲法原則—尤其是基本權規範—的要求⁶⁷。

但是 Hain 自己又承認，「是否符合原則」的問題，無法脫離「如何實現原則」來回答，亦即必須區分那些實現方式才是符合原則，而哪些實現方式是不符合原則的。對此，Hain 提出了所謂的「最低標準理論」(Mindeststandardtheorie)。按照最低標準理論，所謂「符合原則」被定義為「滿足原則所要求的最低標準(Mindeststandard)」，此一最低標準構成了框架的界限，同時也就構成了憲法法院對於立法活動的審查界限：憲法法院只能夠審查立法者對於原則的實現是否達到了最低標準，只要立法者符合了最低標準的要求，則其要選擇以何種方式來具體化原則（如何填補框架），即屬於立法者的權限，而非憲法法院所能審查⁶⁸。Hain 多次強調，憲法法院的審查密度取決於原則在內容上的規範密度⁶⁹；將原則視為框架秩序，並且以最低標準作為框架的界限，即意謂著原則乃是一種低密度的規範，憲法法院對於立法者如何實現原則，不能作「最佳化」的高密度審查⁷⁰。

65 Hain，同註 64，S. 155 ff.

66 Hain，同註 64，S. 184.

67 Starck，同註 60，Rn. 8; Hain，（同註 64），S. 184, 187 f.

68 Hain，同註 64，S. 188 f.

69 Hain 在他的論文中多次援引 Hans H. Klein 的話：「法院的審查密度乃是規範密度的函數」(“Die gerichtliche Kontrolldichte ist eine Funktion der Normdichte”，Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kritik, in: Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat, 1996, S. 44 f.) 轉引自 Hain，同註 64，S. 31, 137, 138.

70 Hain，同註 64，S. 31, 134, 184 f.

Hain 以「最低標準」作為框架的界限，如此一來，憲法法院與立法者權限是否能夠明確畫分，就取決於「最低標準」要如何設定。如果憲法法院能夠對每個原則都能夠設定一個絕對的，不必經過衡量即可確定，且不隨具體案型條件而變化的最低實現標準，那麼就可以清楚地認識到憲法法院審查界限之所在⁷¹。但是這種設定絕對的最低標準的嘗試，Hain 認為不具可行性，他主張一種相對的最低標準理論，亦即最低標準必須視個案的情況而定，根據案件具體狀況條件的不同，會有不同的最低標準。他最後亦承認，最低標準必須衡量個案中所有的相關原則才能確定⁷²。但如此一來，Hain 自己所承認的衡量不確定性即會導致框架界限的不確定性，從而回頭造成立法者與憲法法院之間權限分際難以清楚畫定的問題⁷³。Hain 本人亦意識到此一難題，儘管他認為畫定權限分際的嘗試並非完全徒勞無功，但他也只是一再強調，與原則理論相較，框架理論將審查的範圍限定在維持原則實現的最低標準之上，更符合原則的結構特質。問題是，一旦最低標準被相對化，必須經過個案中的衡量才能予以確定，則其與原則理論的差異，似乎就沒有 Hain 所主張的那麼大了。

Starck 與 Hain 的框架理論，可以總結為以下幾點：(一)原則作為框架秩序，它只畫定立法者活動與憲法法院審查的界限，在框架之內，立法者可以自由選擇實現原則的方式。(二)憲法法院只能審查立法者是否符合原則，但不得審查立法者如何實現原則。原則理論的最佳化命題使得憲法法院得以審查立法者是否以最佳的方式實現原則，這將侵犯到立法者在框架內的形成餘地。(三)原則實現的最低標準構成了框架的界限，但具體的最低標準為何，仍須透過個案中的衡量來決定。然而，衡量的不確定性將可能導致框架界限的不確定性。

肆、基本權作為最佳化命令與框架秩序

上述框架理論的代表性學者中，儘管彼此之間有理論上各有不同立場，例如 Böckenförde 根本反對將基本權視為法律原則，Starck 與 Hain 則在一定程度上可以接受將基本權作為法律原則的看法，只不過他們將原則視為一種低密度規範內容的框架秩序。但他們的共同點在於，將「最佳化命令」與「框架秩序」視為互不相容的規範特質：若將基本權規範視為一種最佳化命令，就會過分限縮立法者的形成餘地；若要避免這個後果，就只能將基本權規範視為一種框架秩序。框架理論都強調「框架秩序」的雙重功能：一方面

71 建立絕對最低標準的嘗試，參照 *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht* (見註 34)，S. 78 f., 193 ff.

72 *Hain*，同註 64，S. 193 ff. (insbesondere S. 196)

73 *Hain*，同註 64，S. 192.

畫定立法者得為與不得為的事項之界限，另一方面則在於預留立法者在界限之內的自由形成空間。然而，比起原則理論對於最佳化命令的定義，「框架秩序」毋寧近乎一種形象式的比喻，而有待進一步精確化。在本節中將指出，一旦釐清「框架」這個概念之後，可以發現所謂「框架秩序」和「最佳化命令」並不是處於非此即彼的關係：基本權可以一方面是具有最佳化命令特質的法律原則，另一方面同時構成了立法活動的框架秩序，從而可以在原則理論的基礎之上建立起一套立法餘地的理論，最佳化命題並不會導致過分限縮立法者形成自由的後果。

一、「框架」概念的精確化

「憲法作為立法者的框架秩序」可精確地表述如下：「框架」可被定義為「憲法所命令與禁止之事項」。憲法的命令規範（例如給付基本權），要求立法者必須為一定的行為，構成了立法者的作為義務；而憲法的禁止規範（例如防禦權），要求立法者不得為一定的行為，構成了立法者的不作為義務。凡是憲法課予立法者的作為義務與不作為義務，即構成了所謂的「框架」。凡是憲法既未命令立法者必須去做，但也不禁止立法者去做的事項，即屬於框架內放任(*freistellen*)立法者自由決定之事項，立法者對此不負作為義務，也不負不作為的義務。所謂「立法者的餘地」(*Spielraum des Gesetzgebers, gesetzgeberischer Spielraum*)，即可定義為「憲法既未命令，亦未禁止，而放任立法者自由決定之事項」⁷⁴。這種源自於憲法規範結構的立法者餘地，Alexy稱之為「結構性餘地」(*struktureller Spielraum*)⁷⁵。結構性餘地的界限（＝框架）來自於憲法所確定命令(*definitiv geboten*)與確定禁止(*definitiv verboten*)之事項，凡是憲法所沒有確定命令，也沒有確定禁止的事項，即落在立法者的餘地之內⁷⁶。屬於立法餘地的事項，立法者可以自由決定作為或不作為，不管立法者選擇那種行為方式，憲法法院都會因欠缺審查的依據（＝命令規範或禁止規範的存在）而無從加以審查。就此而言，結構性餘地的界限即等於憲法法院審查的界限：結構性餘地開端之所在，即為憲法法院審查終止之所在⁷⁷。當然，之前曾提及的另一個問題

74 Alexy, Postscript, in: Alexy, A Theory of Constitutional Rights, 2002, p. 393. (筆者按：該文乃是 Alexy “Theorie der Grundrechte”一書「後記」(Nachwort)的英譯，但德文原文尚未出版。鑑於德文與英文術語上的一些差異，在術語的引用上仍以 Alexy 教授給本人的德文原稿作為依據。)

75 這裡所謂的「規範結構」，指的主要是命令、禁止與自由（放任）之間的規範邏輯關係，對此詳見 Alexy，同註 6，S. 182 ff.; 王鵬翔，同註 19，4-6 頁。

76 關於確定命令(*definitive Gebote*)與初步性命令(*prima facie Gebote*)之分，見 Alexy，同註 6，S. 87 ff.; 王鵬翔，同註 19，20-22，32-33 頁。

77 Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VV-

一 從原則理論初探立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)問題

是，我們能不能夠清楚地認識到這條界限之所在？如果對於某個事項是否為憲法所確定命令、禁止或放任者有疑義或甚至是有爭議時，立法者和憲法法院之間誰擁有優先的決定權？這屬於所謂的「認識餘地」(*Erkenntnispielraum*)的問題，容後再述（見下文肆、三）。

回到框架理論與原則理論的爭議。框架理論對於原則理論的批評在於，基本權的規範結構必須要使得結構性餘地的存在成為可能，從而容認立法者有不受憲法法院所審查的自由空間存在，但原則理論將基本權規範作為最佳化命令的主張，無法達到這個要求，因為最佳化命題將使得立法者的每個可能的決定不是預先被命令就是被禁止，從而將使得立法者喪失自主決定的空間。以下將指出，基本權作為法體系的基本原則，固然對於社群的基本重要問題作出了決定，從而不可能如純粹的程序模式一樣，將所有實體事項放諸立法者自由決定，但原則的最佳化命令特性，也不至於走向純粹的實體模式，完全剝奪了立法者對於法律內容形成的自由空間。原則理論可以一方面對於立法活動設定框架（禁止或命令某些事項），另一方面又允許立法者餘地的存在（放任某些事項）。要證成這一點，必須對於結構性餘地作更細緻的分類。

二、結構性餘地

(一)目的設定餘地

第一種結構性餘地涉及的是，憲法是否放任立法者自行決定基於何種目的或理由來限制基本權，這種結構性餘地可稱之為「目的設定餘地」(*Zwecksetzungsspielraum*)。依 Alexy 之見，如果憲法授權立法者得限制某個基本權，但若憲法並未對限制該基本權的理由（亦即限制基本權所欲達成的目的）作出規定，或者雖然作出規定，但當所規定的目的或理由存在時，並未強制立法者必須採取限制基本權的措施，而只是允許立法者「得」限制基本權，此時立法者對於系爭之基本權，即享有目的設定餘地⁷⁸。在第一種情況下，立法者得自由選擇根據何種理由來限制基本權；在第二種情況下，立法者對於是否要以限制基本權為代價來實現其所欲達到的目的，以及要以何種程度來實現其所欲達成的目的，仍然有選擇的餘地⁷⁹。

DStRL 61, 2002, S. 16.

⁷⁸ Alexy, 同註 74, p. 395; Alexy, 同註 77, S. 17.

⁷⁹ 第二種情況涉及了目的設定餘地和下述衡量餘地之間的聯結。因為在此牽涉到限制基本權所欲實現的目的與被限制的基本權之間的衡量。如果前者較為重要，則立法者必須採取限制基本權的措施，如果後者較為重要，則立法者不得限制基本權，在這兩種情況下，立法者都沒有選擇的餘地，只有當兩者之間孰輕孰重無法確定時，立法者才享有選擇限制與否的自由，這時立法者享有所謂的「衡量餘地」，而得根據自己的衡量結果決定是否要透過限制基本權以實現其所欲追求的目的。

如果立法者可以完全自行選擇限制基本權的目的或理由，那麼立法者就享有最寬廣的目的設定餘地。因此，目的設定餘地的寬廣和憲法中對於基本權限制條款的規定方式密切相關。以我國憲法為例，授權立法者限制基本權的條款，係概括規定在憲法第二十三條。憲法第二十三條已經明定，除非是為了「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，否則立法者不得以法律來限制憲法所列舉之各項基本權。依照此條之規定，立法者顯然並未享有完全不受限制的目的設定餘地，而必須基於上述四種目的之一，才「得」制定限制基本權的法律，不過在這四種目的之間，立法者仍得自由選擇以何種目的作為限制基本權的理由，因此其仍然享有相當寬廣的目的設定餘地。再者，憲法第二十三條所稱之四種目的，均屬抽象的法律概念，其在語意上具有高度的開放性與不確定性，而容許多種解釋可能性的存在。因此，具體的立法目的是否可被歸入於這四種目的之下，立法者仍享有很大的解釋空間⁸⁰。

(二)手段選擇餘地

如果憲法放任立法者自由選擇實現或限制基本權的手段，則立法者就享有手段選擇餘地(Mittelwahlspielraum)。在涉及如何實現給付性基本權(grundrechtliche Leistungsrechte)——例如社會基本權、組織與程序請求權、以及由基本權所導出的國家保護義務——的問題之上，手段選擇餘地的存在特別明顯⁸¹。按給付請求權與防禦權在規範結構上的不同在於，後者要求立法者負有不作為（不採取干預措施）的義務，前者則要求立法者負有一定的作為義務（例如提供保護）。作為義務與不作為義務之間具有不同的規範結構特徵。對於不作為義務而言，每個違反義務的行為都是被禁止的，以「禁止殺人」（＝負有不殺人的義務）這個規範為例，每一種殺人的手段——不管是用槍殺人、用刀殺人、或用毒氣殺人——都是這個規範所禁止的行為。作為義務的履行則非如此。如果某個作為義務有多種實現的手段，則並非所有的手段都是被命令採取的，作為義務的實現，允許有手段選擇的餘地。倘若某甲負有「應該拯救溺水者」的義務，而這個義務既可以透過游泳，也可以用拋出救生

80 值得注意的是大法官釋字 476、544、551 號解釋所稱之「目的正當性」，除了釋字 476 號以「國民期待或國民法感情」作為解釋標準之外，也只是重申立法目的必須符合憲法第 23 條的要求，並沒有提出其它更明確的判斷標準。就憲法第 23 條的規定來看，幾乎絕大部分的具體立法目的都可以被歸類在憲法第 23 條所列舉的四種理由之下。在這種規定態樣之下，似乎只有當(1)立法者明白引用非屬憲法第 23 條的理由作為限制基本權的目的，(2)立法者引用的理由顯然不屬於系爭法律的立法目的，以及(3)立法者完全未指出其係基於何種理由來限制基本權的情形之下，立法者的目的設定才會被認定為逾越目的設定餘地的界限。典型的例子就是大法官釋字 603 號，在該號解釋中，大法官指出國家蒐集錄存人民指紋，應以法律明定其蒐集之目的，並以戶籍法未明文規定按捺及錄存指紋的目的，且防範犯罪亦明顯不在戶籍法立法目的的涵蓋範圍內，作為認定戶籍法第 8 條第 2 項及第 3 項違憲的理由之一。

81 Alexy，同註 74，p. 396；Alexy，同註 77，S. 17.

一 從原則理論初探立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)問題

圈，或者也可能用派出一艘船駛向溺水者的方式來實現。此時這個作為義務並不要求某甲應該採取所有三種措施，相反的，某甲在這三種方式之間，享有選擇的餘地，他只要採取其中一種方式來拯救溺水者，就算履行了他的作為義務了。跟防禦權相較，立法者在決定如何實現給付基本權時，之所以享有更大形成餘地，其原因即在於，給付權的規範結構本身即賦予立法者較為寬廣的手段選擇餘地⁸²。

手段選擇餘地在理論方面的問題在於，它經常牽涉到其它形式的立法餘地。如果多個手段 M_1, \dots, M_n 都能夠以同樣的程度來實現某個基本權 P_1 ，那麼立法者當然有選擇其一的自由。手段選擇餘地會涉及的複雜問題在於，如果(1) M_1, \dots, M_n 對於原則 P_1 的實現程度不同；或者(2)雖然 M_1, \dots, M_n 都能夠以相同的程度實現 P_1 ，但是 M_1, \dots, M_n 卻對於另一個原則 P_2 造成不同程度的負面影響，則在這兩種情況之下，立法者的手段選擇餘地都可能被限縮。就(1)的情況而言，問題的癥結其實不在於實現程度高低的不同。倘若某個手段 M_i 的確能夠比另外一個手段 M_j 以更高的程度來實現 P_1 ，那麼立法者即應該採取前者，而沒有選擇的餘地，真正的困難來源於，如果 M_1, \dots, M_n 對於 P_1 的實現程度高低不同難以確定時，是否容許立法者根據自己的判斷，採取其所認為實現程度最高的手段？這涉及到所謂「經驗上的認識餘地」問題，容後再述。就(2)而言，牽涉到前述的原則衡量問題⁸³，這就必須討論衡量餘地的問題。

(三) 衡量餘地

原則理論和框架理論的主要爭論點之一，在於最佳化命題是否能夠留給立法者一定的衡量餘地(*Abwägungsspielraum*)。許多框架理論的支持者都認為，什麼是「最佳的」解決方案，只有一個唯一正確的答案⁸⁴，因此立法者對於包括基本權在內的憲法原則的實現方式，就只能固定在一個如 *Lerche* 所稱的「最高實現方式」(*das Höchsterreichbare*)或某個「理想點」(*ein ideeller Punkt*)之上，從而喪失了選擇的餘地⁸⁵。框架理論的批評，來自於其對於「最佳化」(*Optimierung*)的概念有所誤解。由於原則理論和比例原則彼此相互蘊涵，因此以下將分別從比例原則的三個子原則出發來說明，即便將原則視為最佳化命令，仍有可能留給立法者一定的自由決定空間。

首先，適當性原則和必要性原則，都明顯地具有「框架」的特質⁸⁶。適當性原則要求，立法者不得採取一個無助於實現其所欲追求之目的，卻反而會限制基本權實現的手

82 *Alexy*，同註 6，S. 420 f.; *Alexy*，同註 17，S. 278 ff.

83 (2)的情形詳見前面關於原則理論和比例原則之間的關係的論述，見上貳、二、(三)。

84 *Böckenförde*，同註 33，S. 196; *Wahl*，同註 51，S. 146.

85 *Lerche*，同註 30，S. 205 ff.

86 *Alexy*，同註 74，pp. 397-399.

段。對於立法活動的界限，適當性原則只提供了一個負面的標準：將某些可能的措施排除在外，亦即禁止立法者採取不適宜達到目的之手段，至於立法者應該採取何種手段以達成其所欲實現之目的，適當性原則並未作出要求，而是放任立法者自由選擇。必要性原則也同樣具有此種框架特性，必要性原則要求，如果事實上的確存在另一個能夠以同樣程度達到目的的手段，且其對於系爭之基本權的限制程度比原本所欲採取的手段較為輕微時，此時立法者即不得採取原本之手段。就此而言，必要性原則同樣對於立法活動畫出了一個負面的界線：它只是要求立法者在事實的可能範圍內，採取限制程度（和原本的手段相比）相對輕微的手段，如果存在有其它手段，其限制程度同樣較為輕微，立法者當然也可以採取之。但必要性原則並沒有要求立法者要採取限制程度絕對最低之手段，因為這等於是要求立法者完全不得對基本權作出任何限制（限制程度等於零），這顯然是不合理的。因此，適當性原則和必要性原則所表達的「最佳化」理念，並不是要求所有相關的基本權規範都必須以「最高的」程度被實現，毋寧只是要求立法者「在不影響某一原則實現程度的前提之下，就能夠讓另一原則得到更高程度的實現」⁸⁷，換句話說，它們只是要求立法者應該避免無謂的基本權侵害，而沒有把立法者所得採取的手段固定在某一「最高點」或「最佳方式」之上。

框架理論和原則理論的爭論焦點在於狹義的比例原則中的衡量餘地問題，亦即憲法是否允許立法者自由決定相衝突原則其實現的優先順序。對此宜先指出關於衡量問題的兩種極端立場。第一種可稱之為「衡量的懷疑論」(Abwägungsskeptizismus)。衡量懷疑論認為，凡是涉及原則衝突的案件，都沒有唯一正確的答案可言。這意謂著，各種不同的衡量結果，都是為憲法所可能允許的。衡量懷疑論將使得立法者享有完全無界限的衡量餘地，不管立法者對於原則衝突採取何種解決方案，憲法法院都將因為欠缺審查的基準(憲法並未要求或禁止採取哪一種衡量結果)，而無從審查立法者的衡量結果正確與否⁸⁸。第二種極端立場可稱之為「衡量的決定論」(Abwägungsdeterminismus)。衡量決定論認為在每一個原則衝突案件當中，都只有一個唯一正確的答案⁸⁹。舉例而言，倘若原則 P_1 與 P_2 相衝突，在兩個可能的衡量結果（ P_1 優先或 P_2 優先）之間，必定有一個是應該採取的方案，另一個則是被禁止採取的方案，而不可能出現兩者皆被允許的情形。因此，衡量決定論將導致立法者不享有任何的衡量餘地。

87 適當性與必要性的要求即相當於經濟學上的 Pareto Optimality。

88 衡量懷疑論的見解可見 Schlink, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (見註 34), S. 455 f.; 458 ff. Schlink 認為衡量所涉及的評價始終帶有主觀、決斷的特性，而應留給屬於政治領域的立法者去進行。

89 典型的代表是 Dworkin 的唯一正解命題(one right answer thesis)，見 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, pp. 279-290.

— 從原則理論初探立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)問題

原則理論的代表者 Alexy 認為，原則理論能夠在上述兩種極端看法之間取得平衡，亦即在原則理論的建構下，可以透過理性的衡量確定某些案件的結果，但也仍然可能存在一些透過衡量仍無法確定其結果的案件。前者構成了立法者的框架，後者則構成立法者自由決定如何解決的衡量餘地，因此衡量和框架秩序的概念可以彼此相容⁹⁰。要證成這一點，我們必須回頭檢視衡量法則的結構：「若一原則不被實現或被侵害的程度愈高，則另一原則實現的重要性就必須隨之愈高。」按衡量的重點在於確定系爭之基本權 P_i 在特定條件下被限制的程度，與限制基本權所欲實現的原則 P_j （我們假設限制基本權的目的或理由，例如「增進公共利益」也是一種原則的表述）在該條件下的具體重要性，透過這兩者之間的相對比重，以判斷 P_j 的重要性是否足以證成對於 P_i 的限制。如果 P_j 實現的重要性超過於 P_i 被限制的程度，那麼立法者當然得以（或甚至必須）限制系爭的基本權；反之，如果 P_j 的重要性程度不足以平衡 P_i 被侵害的程度，那麼立法者即不得限制系爭的基本權，在後面這個情況，立法者對於系爭之基本權的限制即因「不合比例」而構成了對於系爭基本權之違憲侵害。關於狹義比例原則中的衡量問題，Alexy 曾以更精確的方式加以表達。試以“ $IPiC$ ”代表「基本權 P_i 在條件 C 之下被侵害的程度」，而以“ $WPjC$ ”代表「相對立的原則 P_j 在條件 C 之下的具體重要性」。這兩者可分別被評價為「輕微」(l)、「中度」(m)、「重大」(s)三個值。 $IPiC$ 與 $WPjC$ 這兩者之間的關係依三階評價總共有下列九種可能組合⁹¹：

		P_j 的具體重要性： $WPjC$		
		l	m	s
P_i 被限制（=不被實現）的程度： $IPiC$	l	(7) ?	(5) V	(4) V
	m	(3) ×	(8) ?	(6) V
	s	(1) ×	(2) ×	(9) ?

從上述的排列組合可以清楚地看出，在(1)到(3)的情形，目的 P_j 實現的重要性都低於基本權 P_i 被侵害的程度⁹²，故基本權 P_i 優先於限制的目的 P_j ，從而立法者不得限制系爭的基本權

90 Alexy, 同註 74, p. 402; Alexy, 同註 77, S. 19.

91 Alexy, 同註 23, S. 777 ff. 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。不過，評價的程度越精緻，出現衡量僵局的機會就越少，從而結構性的衡量餘地也就越小。此外，本文係以類似矩陣的方式來處理 Alexy 對於衡量法則的說明，此種處理方式亦可見陳顯武，同註 23, 27-28 頁之註 99。

92 P_j 的具體重要性可以定義為「若不限制 P_i 將會對 P_j 所造成的負面影響」。亦即，在 C 的條件之下，若不限制 P_i 對 P_j 所造成的損害程度越大，則 P_j 的具體重要性就越高。用此方式亦可定義基本權原則 P_i 的具體

（所以打×）。反之，在(4)到(6)的情形，目的 P_j 實現的重要性都超過了基本權 P_i 被限制的程度，亦即 P_j 優先於 P_i ，因此立法者可以或甚至必須限制系爭的基本權（所以打√）。在上面這兩類情形，都可以決定相衝突的原則之間何者優先，從而能夠確定衡量的結果。

我們可以用兩個例子說明透過可以確定衡量結果的案件。第一個例子是釋字第五七七號。在本案中大法官認為，菸害防治法中要求業者應於菸品容器之上標示尼古丁等含量的規定，雖然限制了菸品業者的言論自由與財產權，但這只要求其提供商品成分之客觀資訊，其對於言論自由以及財產權的限制程度「尚屬輕微」。然而系爭規定之目的係為了提供消費者必要商品資訊與維護國民健康的「重大公共利益」，輕重衡量之下，公共利益的重要性顯然足以證成對於系爭基本權的限制（相當於上表的情形(4)或(5)）。第二個例子是釋字第六〇三號。在本案中大法官認為，戶籍法第八條第二項、第三項強制人民按捺指紋並予錄存的規定，其理由之一「辨識迷失民眾、路倒病患、失智老人及無名屍體」雖然屬於合憲之重要公益目的，但此種具有特殊辨識身分需要的個案甚少，亦即，此一目的透過強制按指紋的規定所能達到的實現程度（＝具體重要性）並不高⁹³，若僅為此即強制所有年滿十四歲之國民均須事先錄存個人指紋資料，將造成個人資訊外洩之極大風險，亦即可能造成對於隱私權的重大侵害，兩相權衡之下，大法官認為系爭之規定「損益失衡，手段過當，不符合比例原則之要求」，（相當於上表的情形(1)或(2)），從而要求立法者不得採取該項限制措施。

當然，上面這兩個例子還涉及許多其它與比例原則相關的複雜問題，但它們至少顯示了前述衡量法則的特性：如果對於基本權的限制程度越高，則限制所要追求的目的，其重要性也就要隨之愈高。如果後者的重要性顯然超過前者（表的(4), (5), (6)情形），則限制並非「不合比例」並無疑問，但更值得注意的是(7)到(9)的情形：當限制的目的 P_j ，其具體重要性恰巧足以平衡基本權 P_i 被限制的程度，亦即兩者的程度相等時，即屬於所謂「衡量僵局」(Abwägungspatt)。在衡量僵局的案件中，無法確定哪一個原則優先（所以打？），故此時不管選擇哪一種衡量結果（ P_i 優先或 P_j 優先），都不能被認為是違反憲法的要求，因此，僵局案件即構成了所謂的衡量餘地，而得放任立法者自由決定如何解決⁹⁴。這種情形可以釋字第五四四號為例說明之。本號解釋涉及的是肅清煙毒條例與麻醉藥品管制條例對於施用毒品者的刑罰規定是否合憲的問題。大法官指出自由刑涉及對人民身體自由之

重要性，因此 P_i 的被限制程度，就也代表了 P_i 在條件C的具體重要性。對此參見Alexy，同註23，S. 780.

93 易言之，如果立法者不採取強制按指紋的規定，也不會對於辨識身分的目的造成重大損害。

94 Alexy，同註74，pp. 410-413; Alexy，同註77，S. 22 ff.

— 從原則理論初探立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)問題

「嚴重限制」，因此刑度之制定必須考慮「行為之侵害性與法益保護之重要性」，這兩者之間「須處於合乎比例之關係」。大法官清楚認知到，系爭之規定「未按行為是否成癮為類型化之區分，就行為對法益之危害程度亦未盡顧及」（按：指的是未按毒品危險性予以分級，亦未區分不同之行為型態而予不同之法律效果），但基於施用毒品對於身體健康的戕害，對於生活及工作能力的影響，乃至可能結合重大犯罪，惡化治安等理由，大法官認為施打毒品之行為「嚴重損及公益」，亦即系爭規定所要實現的目的，具有相當高的重要性。在目的實現的重要性與對基本權的限制程度相平衡的情況下（相當於上表(9)的情形），大法官認為系爭之規定尚未違背比例原則。而在合乎比例的條件之下，「選擇以何種刑罰處罰個人之反社會性行為，乃立法自由形成之範圍」。亦即立法者可以自由選擇是否要依毒品危險性，成癮程度，初犯或累犯等不同行為型態而處以不同的法律效果。雖然修正後的毒品危害防制條例以及管制藥品管理條例，立法者即已採取此種類型化的規範方式，但從解釋文可以清楚看出，立法者只是「得」，但並非「必須」採取此種規範方式。

從上面這個例子可以看到，在基本權 P_i 與限制基本權的原則 P_j 兩者處於衡量僵局（具體重要性 = 限制的程度）的情況，立法者即享有衡量餘地，其可以不採取系爭的限制措施而讓基本權 P_i 優先實現，但亦得採取該措施而讓限制的目的 P_j 優先實現⁹⁵。由此可以得出一個命題：

「立法者所追求之目的 P_j 的具體重要性 WP_jC ，雖然不必超過，但至少必須要平衡基本權 P_i 被限制的程度 IP_iC ，立法者才得以對 P_i 採取限制措施（=「立法者的限制合乎比例」）。」

如果立法者所追求之目的 P_j 的重要性無法平衡（即低於）基本權 P_i 被限制的程度時（例如在上表(2)的情形），此時就必須舉出更多（或更好的）的論據來提昇 P_j 之重要性（從(2)往右移到(9)），或者改採對 P_i 限制較為輕微的措施（從(2)往上移到(8)），以達到平衡的狀態，才能讓立法者對於基本權的限制成為被允許的⁹⁶。

95 更精確一點說，上例的「自由選擇」指的是，在限制基本權所欲實現的公共利益，其重要程度足以平衡對於自由權的嚴重限制時，立法者得自由選擇是否對於刑罰與刑度作類型化的規定。如果立法者選擇不運用刑罰，而採取讓基本權只受到較為輕微限制的其它措施（例如修正後之規定對於經勒戒而無繼續施用毒品之傾向者，採取除刑不除罪的規定）時，就必須論證，採取此種限制程度較輕微的措施對於公共利益亦將造成較輕微的損害，此時他的決定才仍然屬於衡量餘地的範圍之內。倘若立法者採取輕微的限制措施將造成公共利益的重大損害時，此時顯然後者應該優先實現，而非屬優先關係不能確定的僵局案件，因此也就不在立法者的衡量餘地範圍之內。易言之，目的的具體重要性和基本權被限制的程度必須始終處在互相平衡的情況，立法者所選擇的決定才能夠一直落在衡量餘地當中。

96 德國聯邦憲法法院於著名的「藥房案」(*Apothekenurteil*, BVerfGE 7, 377 ff.)所提出之三階理論，恰足以作為衡量的三階模式與上述命題的適例。本案中對於為限制職業自由所欲追求之公益目所作之區分：「一

這個觀察可以讓我們從原則理論的角度來精確重構 Hain 的相對最低標準理論。首先，上表(7)，(8)，(9)這三種衡量僵局情況所構成的區段，可稱之為「僵局線」(Pattlinie)。落在僵局線下方的每一個案件，都因為 $IPiC$ 大於 $WPjC$ ，而禁止立法者採取限制手段。而落在僵局線上以及僵局線上方的每一個案件，都因 $IPiC$ 不大於（即等於或小於） $WPjC$ ，因此立法者即得以或甚至必須採取限制手段。若著眼於基本權的實現而言，則僵局線本身及其上方的部分，都可以被認為是符合基本權最佳化的要求，因為在這些部分，不可能透過提昇目的之重要性（例如由(8)往右移到(6)）或改採較輕微的限制手段（例如由(8)上升到(5)），使得立法者的限制手段從原本被允許的轉變成被禁止的，從而讓基本權獲得更大程度的實現。由此可以很清楚地看出，只要達到僵局線，就符合了最佳化的要求，因此「最佳的」實現方式並沒有固定在某一個點之上。狹義比例原則所表達的「最佳化」，毋寧只是要求，立法者對於基本權的限制不能落在僵局線的下方，否則就會因為「不合比例」而被禁止，而所謂「不合比例」即意謂著「相對於目的之重要性而言，對於基本權的限制程度過高」。由於基本權的「限制程度過高」就等於是「實現程度不足」，因此所謂的「最低標準」的意思是：「當立法者限制基本權時，必須讓基本權實現的程度不致於低於目的之具體重要性」。由於基本權的實現程度越低，就等於限制程度越高，因此最低標準理論所要求的，其實就是上面那個命題的另一種表述：「當立法者為了實現某個目的 P_i 而限制基本權 P_i 時，其所採取之措施對於基本權造成的限制程度 $IPiC$ 不得高過其所追求目的之具體重要性 $WPjC$ 」，一旦 $IPiC$ 高過於 $WPjC$ ，則立法者的措施即會因落在僵局線之下，未達到最低標準，而被憲法所禁止。如此一來，僵局線恰巧構成了基本權實現的「最低標準」的界線。由於僵局線是由(7)、(8)、(9)這三種情況構成的，因此可以清楚地了解到，為什麼 Hain 認為最低標準是「相對的」，「必須透過衡量相關的原則才能確定」。這理由如下，從(7)到(9)這條僵局線我們可以看到，由於目的 P_i 在個案中的具體重要性不同，基本權 P_i 所要求的最低實現標準也會有所變化。如果 P_i 在個案中只有「輕微」(l)的重要性，則立法者不得對 P_i 進行比「輕微」的程度更高的限制（ m 或 s ），這時基本權所要求的最低實現程度就相當高；如果 P_i 在個案中具有「中度」(m)的重要性，則立法者僅不得對 P_i 進行「重大」程度(s)的限制，這時基本權所要求的最低實現程度就降低了；如果 P_i 在個案中具

般公益」(Gemeinwohl)、「重要公益」(wichtige Gemeinschaftsgüter)與「極端重要公益」(überragend wichtige Gemeinschaftsgüter)，可依序相應於限制目的之「輕微」、「中度」及「重大」的具體重要性。若立法者對於職業自由進行輕度的干預（例如職業執行自由之限制），則其所追求之目的僅須為一般公益即為已足。倘若立法者欲對於職業自由進行中度的干預，例如職業選擇設定主觀要件之限制，則其追求之目的至少必須為重要公益，而對於職業選擇設定客觀許可條件，由於屬於對職業自由之重大限制，立法者只有當其所追求之目的屬於極端重要公益時，方得為之。

有「重大」(*s*)的重要性，則立法者就允許對於 P_i 進行「重大」程度(*s*)的限制，這時基本權所要求的最低實現程度就降到非常低（僅不得採取比「重大」程度更為嚴重的限制）。這也就是為什麼「最低標準」會隨著具體案件而變化的原因：隨著目的在個案中具體重要性的提高，基本權所能要求的最低實現程度就隨之降低，從而也就更能允許立法者採取限制程度較高的措施⁹⁷。

三、立法者的認識餘地與形式原則

框架不僅構成了立法者結構性餘地的界限，同時還構成了憲法法院審查的界限，因為處於結構性餘地之事項，本即允許立法者自由決定，憲法法院根本無從審查。假設我們對於憲法的認識能力處於完美無缺的理想狀態，在這個理想的認識條件之下，對於每一個可能的案件，都可以清楚地認定，什麼是憲法所命令或禁止者，什麼是憲法既未命令亦未禁止者，如此一來，當然可以明確地判斷，哪些案件屬於立法者的形成餘地，放任立法者自由決定，而哪些案件立法者負有一定的作為或不作為義務，沒有選擇的餘地。在這樣的理想狀態下，憲法法院的審查範圍和立法者的自由形成空間，可以明確的畫分。由這一點可以得出：如果框架可以清楚地確定，亦即我們可以清楚地認識到，什麼是憲法所確定地命令與確定地禁止者，就可以清楚地區分哪些屬於憲法法院得審查之事項，哪些是屬於立法者的餘地，憲法法院不得審查之事項。如此一來，對於憲法法院和立法者之間的權限畫分，就只有「得否審查」的二分法問題，而沒有所謂「審查基準寬嚴」或是「審查密度高低」的程度問題。但這當然只是個「理想」狀態，在實際的世界中，我們在規範上或經驗上的認識能力都是有一定侷限的。存在著許多案件，在這些案件當中，對於「什麼是憲法所命令、禁止或放任者」存有疑義，從而無法百分之百地確定憲法所要求者為何。事實上，「有疑義」往注意謂者「有爭議」，憲法法院和立法者之間權限畫分之所以會是個難題，就在於這兩者對於「什麼是基本權所命令、禁止或放任者？」這個問題有不同意見，因而產生「誰擁有優先的決定權限？」的功能/權限畫分爭議。這正是認識餘地(*epistemischer Spielraum, Erkenntisspielraum*)理論所要處理的對象。

所謂「認識餘地」，其產生的根源在於，我們無法確定地認識到，究竟什麼才是憲法所命令、禁止或放任立法者自由決定者。而認識餘地理論所要解決的難題在於，在承認我們對於憲法的認識能力具有侷限性的前提之下，對於「憲法所要求者為何？」出現無法確

97 由此觀之，Starck 和 Hain 的主張「憲法法院只能夠審查立法者對於原則的實現是否達到了最低標準」，其實仍然是一種狹義比例原則的審查：即審查立法者對於原則的限制程度是否剛好不高於（=實現程度不低於）相衝突的原則，而至少處於平衡狀態。

定或具有爭議的情形時，是不是要姑且認為，立法者具有優先的認定權限？如果在無法確定「什麼是基本權所命令、禁止或放任」時，容許立法者在有權根據自己的判斷去決定基本權所要求者為何，此時立法者即享有一定的認識餘地⁹⁸。我們可以區分兩種認識餘地。第一種來自於限制基本權所依據之經驗性或事實性前提的認識不確定性。這主要發生於適當性與必要性的審查中，對於「限制基本權的手段是不是適宜達到立法者所欲追求的目的，以及「是否存在其它同樣能夠達到目的，但對於基本權的限制程度更輕微的手段」存有疑義的情形。在這種情況下，如果容認立法者得根據自己對於相關經驗事實的認識與判斷，來決定是否採取限制或採取何種限制手段時，立法者即享有「經驗上的認識餘地」(empirischer Erkenntnispielraum)⁹⁹。由於經驗性認識餘地涉及的通常是立法事實的認定、預測與評估的不確定性問題，因此經驗性的認識餘地又可稱之為「預測餘地」(Prognosespielraum)或「評估餘地」(Einschätzungsspielraum)¹⁰⁰。第二種認識餘地來自於規範性前提的認識不確定性，亦即對於相衝突原則之重要性或限制程度如何評斷存有疑義的情況。在這種情況下，是否容許立法者得根據自己的評價，決定原則之間的優先關係？如果是的話，那麼立法者就享有「規範上的認識餘地」(normativer Erkenntnispielraum)。允許規範性認識餘地的存在，等於肯認立法者得根據自己的判斷來決定相衝突原則孰輕孰重，因此又可稱之為「認識上的衡量餘地」(epistemischer Abwägungsspielraum)。

認識餘地的存在，等於是允許受到基本權拘束的對象（立法者）自己得決定其受到其受基本權拘束的範圍。無論是經驗上或規範上的認識餘地，它們共同的特點就在於，允許立法者得基於不確定的前提來限制基本權。由於不確定性—不論是預測評估的不確定性或評價的不確定性—就意謂著錯誤的可能性，因此認識餘地的存在，即意謂著容忍立法者得基於錯誤的預測或評價來限制基本權，儘管這樣的限制可能實際上對於基本權造成了不適當、不必要或不合比例的侵害，卻無法為憲法法院所審查。換句話說，肯定認識餘地的存在，等於是允許基本權保障的範圍和憲法法院所得審查的範圍之間具有一定程度的落差。認識餘地的界限，就取決於在多大的程度內我們能夠容忍這樣的落差存在？

我們以經驗上的認識餘地為例，簡單說明在原則理論的架構下如何處理這個問題。若立法者對於經驗事實的認識或預測有誤，則其所採取之手段，就不符合適當性或必要性的要求，從而有可能使得系爭之基本權在事實上未獲得最佳的實現。肯認立法者享有經驗上

98 Alexy, 同註 74, pp. 414-415.

99 Alexy, 同註 77, S. 27.

100 對此問題的全面性深入討論見 M. Raabe, Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, 1998.

— 從原則理論初探立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)問題

的認識餘地，使得立法者所為之預測和評估免於憲法法院的審查，將等於允許基本權的要求不必在事實的可能範圍內盡可能地被實現。因此，基本權作為原則，其最佳化命令的特質將反對認識餘地的存在。若僅著眼於基本權的最佳實現，則立法者就只能根據完全確定為真的經驗性前提，才得以限制基本權，而不容許立法者有任何預測或評估的餘地。然而，原則理論支持立法者仍得享有一定的認識餘地，其理由在於，除了實質的基本權原則之外，我們尚必須考量到民主原則作為「形式原則」(*formelle Prinzipien*)在法體系中的角色。形式原則要求，「社群的重要決定，應盡可能地由具民主正當性的立法者為之」。這個原則同樣具有最佳化命令的特質，它之以被稱為是「形式」原則，是因為其並未對實質內容，而只是對於決定權限的分配—亦即「實質內容應該由誰決定？」—作出規定¹⁰¹。由於涉及基本權的爭議，幾乎總是社群中的重要事項¹⁰²，而許多涉及基本權的重要決定，特別是立法者對於基本權的限制之適當或必要與否，必須仰賴經驗事實的預測方得為之，若對於經驗事實的認識具有不確定性時，按照形式原則的要求，立法者仍應有優先的評估或決定權限¹⁰³，因此，形式原則支持立法者必須享有認識餘地¹⁰⁴。

101 關於形式原則，詳見 *Alexy*，同註 6，S. 120, 267, 427; *Afonso da Silva*，同註 35，S. 152 ff. 從前面的行文以及關於 *Alexy* 理論的介紹，可能會令人以為，原則理論處理的僅限於基本權的規範結構問題，但這是個誤解。所謂的「原則」是個上位概念，正如大法官釋字 499 號所明白指出的，除了基本權規範之外，民主原則和權力分立原則也都是憲法原則。它們和基本權原則一樣具有最佳化命令的特性，同樣對於所有的國家機關（包括憲法法院）具有拘束力。區別只在於，基本權原則是對於實質事項（「什麼是國家/人民所被命令、禁止或允許去作的？」），而民主原則則是對於決定權限（「哪個機關有權優先認定憲法所要求者為何？」）的分配作出規定。

102 參照上文貳、一關於基本權原則在法體系中的根本重要性的論述。

103 若著眼於決定權限分配這一點，則可以清楚地看出，為什麼在認識餘地的問題，很容易地就會引入所謂「功能法取向」(*funktionell-rechtlicher Ansatz*)的考量。功能法的論據，簡言之，就是認為在涉及認識不確定的問題時，立法者在組成結構與決策程序的特性，比起司法者更適宜作出決定，亦即相較於司法者而言，立法者為「功能最適」(*funktionsgerecht*)的機關。然而，所謂「功能最適」與否，仍然必須取決於立法者在功能結構的安排上是否的確比起司法者更能作出正確的實體決定。如果完全不考慮實體正確性的標準，純粹以功能結構上的考量作為區分立法者和憲法法院權限分配的基礎，則會產生下面這個不能接受的後果：即便立法者作出的決定在實體上確定有誤或有錯誤的可能性，仍得主張其在形式上為「功能最適」的機關，排除憲法法院介入審查的可能性，從而造成對基本權的不當侵害。因此，除非功能法取向對於實體問題是否存在正確答案採取一種極端懷疑論的立場（如前述的衡量懷疑論），否則，功能法的論據是否成立，仍然必須以趨近實體正確性作為最終的判斷標準。對於功能法取向在認識餘地建構問題上的批評，詳見 *Raabe*，同註 100，S. 262 ff. 關於功能法取向的深度闡述與批評，另詳見黃舒芃，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分—德國功能法論述取向(*funktionell-rechtlicher Ansatz*)之問題與解套，政大法學評論，第 91 期，2006 年，116 頁以下。

104 必須注意的是，單靠形式原則，還不足以作為限制基本權的根據，亦即立法者不能夠主張因為其具有民

從這裡可以看出，認識餘地的界限何在，取決於作為實質原則的基本權與作為形式原則的民主原則之間的衝突如何解決。如果基本權原則具有絕對的優先性，那麼只要經驗性的前提具有不確定性，立法者就只能採取有利於基本權的措施而必須放棄對於基本權的限制，易言之，立法者將只能夠根據完全確定為真的經驗事實，才能採取限制基本權的措施，而沒有任何的預測餘地可言。如此一來，將完全癱瘓立法者的行動能力，有違權力分立與民主原則的要求。反之，如果民主原則具有絕對的優先性，則即便立法者對於經驗事實的預測評估具有高度的不確定性，仍得據此對基本權進行重大的干預，如此一來，立法者將擁有完全無界限的認識餘地，立法者基於錯誤的預測所導致對於基本權的重大侵害，也將完全不受憲法法院審查，這將完全掏空基本權對於立法者的拘束性。如果這兩種極端都不能接受，那就只能找出一個折衷的解決方案。著眼於基本權規範和民主原則的最佳化命令特性，則這兩者之間都不具有絕對的、無條件的優先關係，其衝突只能透過衡量來解決。因此，認識餘地的界限實取決於形式原則和實質的基本權原則之間的衡量結果¹⁰⁵。對此 Alexy 曾提出一條認識上的衡量法則(*epistemisches Abwägungsgesetz*)來說明之：

「對一基本權的限制程度越高，則限制所依據之前提的確定性程度就要隨之越高。」¹⁰⁶

主正當性，所以在沒有任何實質理由的支持之下，對基本權進行限制。立法者若要限制基本權，必須始終提出實質原則作為理由。如前所述，限制基本權的實質原則和基本權原則本身之間的衡量可能會出現規範上或經驗上的不確定性，但法體系無法容許因為不確定性而導致實體問題始終懸而未決的狀況，易言之，無論如何必須需要某個有權機關作出決斷。而形式原則的一個主要功能就在於，當因為規範上或經驗上的不確定性，導致實體問題難以解決的情況時，發揮決定權限分配的作用。然而，一旦不確定的因素消失，例如經驗知識的進步，導致立法者所根據的預測被證明為錯誤，或者能夠提出新的堅強論據指出立法者所立基的評價不合理或不正確，此時就不能夠再單純地援引民主原則作為規避憲法法院審查的藉口，隨著我們知識（不管是規範性或經驗性知識）的進步，原本屬於立法者認識餘地內的錯誤決定，仍然可能被憲法法院所推翻。

105 這裡再次涉及了一個方法論的問題，即形式原則和實質原則之間是否具有不可共量性，從而難以放在一起衡量的問題。由不可共量性出發對於原則理論的批評可見 *Hain*，同註 64，S. 136 f.; *M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 226 (Fn. 84)。限於篇幅，本文無法對此一批評多所著墨，深入的回應及研究請見 *Afonso da Silva*，同註 35，S. 170 ff。

106 *Alexy*，同註 74，p. 419; *Alexy*，同註 77，S. 28。若將確定性程度的評價分為「低」（＝並非顯然錯誤），「中」（＝可予支持或有理由）對「高」（＝必須非常確定），即相應於國內所熟悉的「三階審查基準」。（關於審查密度的三階理論，其理論源頭來自於德國聯邦憲法法院的「勞工參與決定案」(*Mitbestimmungsurteil*)，*BVerfGE* 50, 290 ff. 中文文獻可見許宗力，*憲法與政治*，載於氏著「憲法與法治國行政」，1999年，48-51頁；吳庚，同註 1，409-416頁；李建良，同註 36，314-316，374-378頁；蘇彥圖，同註 36，76-87頁。然而，正如實質的衡量法則允許對三階模式作更精細的階層化一樣（見註 91），認識上的衡量法則也允許對於確定性程度作更細緻的畫分。

— 從原則理論初探立法餘地(*gesetzgeberische Spielräume*)問題

和前述的實質衡量法則不同在於，此處所要比較的對象是基本權被限制的程度，與限制所依據之前提的確定性。如果立法者所採取之手段對於系爭之基本權極可能造成重大的侵害，但其能夠達成目的的可能性卻非常低時，即難以證成對於系爭基本權的限制。也就是說，當立法者的限制對於基本權的負面影響程度愈大時，對於其預測或評估的確定性要求就要更高，從而憲法法院的審查密度也就應隨之提高，換言之，當基本權受到重大侵害的可能性越高時，立法者所得享有的認識餘地也就越小¹⁰⁷。由認識上的衡量法則可以看出，對於立法者基於不確定的前提所作的決定，憲法法院仍然得以進行審查。其之所以得進行審查的基礎，來自於基本權最佳化的要求，但從另一方面來看，憲法法院要進行何種程度的審查—亦即立法者所得享有的認識餘地的寬窄—仍然取決於憲法法院衡量相對立的形式原則與實質原則的結果而定¹⁰⁸。由於衡量結果會隨個案而有所不同，因此，除非我們能夠預見到每一個可能具有（經驗上或規範上）不確定性的案件，並且都可以預知其衡量問題的解決方案，否則我們無法事先就為立法者和憲法法院之間關於憲法認識的權限分際畫出一條永恆不變的界限。固然，透過個案先例的累積，可以漸漸得出某些初步性的判斷標準，但碰到新的個案，仍有可能因為原則之間優先關係的改變而出現例外。因此，正如同實質的衡量法則只是告訴我們衡量說理的方向，在個案中相衝突的原則何者具有優先性，仍須提出理由論證其具體的重要性與侵害程度才能判定；同樣的，認識上的衡量法則並非一勞永逸的解決公式，在運用上仍必須透過的慎密的說理與細緻的評價，才能夠判定立法者在個案中享有多大程度的認識餘地¹⁰⁹。就本文所關切的重點而言，可以說，在考量到結構性餘地的存在與形式原則在認識餘地問題中的作用與角色之後，應可初步地消除原

107 由此可以看出，原則理論並非主張「只要在違憲審查過程中發現事實經驗或規範上的不確定性，便應該提出形式原則，同時藉此要求基本權必須退讓」（外審意見二之語），因為這樣的主張顯然是認為一旦基本權原則與民主原則相衝突時，後者一定具有絕對的優先性。但原則理論的解決方案則是認為，形式原則只是初步地(*prima facie*)支持立法者應該擁有認識餘地（得依據不確定的前提來限制基本權），至於立法者在個案中是否確定地(*definitiv*)享有認識餘地，則取決於兩者之間衡量的結果。此外，認識上的衡量法則的一個重點就在於指出，在具有不確定性的案件當中，憲法法院是否得以審查，並非全有或全無的問題，而是個程度問題。因為對於每一個有可能侵害到基本權的案件，憲法法院基本上都有介入審查的權限，真正的問題在於憲法法院審查密度能夠有多高，而認識上的衡量法則正提供了層級化審查方式的一個說理出發點。

108 從認識上的衡量法則可以看到，基本權的重要性與基本權被限制的程度經常才是決定認識餘地寬窄與審查密度高低的關鍵因素，因此儘管前註所提及的三階審查基準雖然常被視為功能法取向的產物，但實際上卻常被認為帶有強烈的實體法色彩，因為其操作上仍然不可避免地必須進行實質的說理—特別是對於基本權的重要性與限制程度高低的論證。上述看法見黃舒芃，同註 103，123-132 頁。

109 審查密度問題之高度複雜性來自於認識衡量法則與實質衡量法則的結合運用，對此之精確處理，見 *Alexy*，同註 23，S. 789 ff.; 陳顯武，同註 23，30-34 頁。

則理論在功能/權限層面上的疑慮。至於認識餘地的其它問題，特別是規範性認識餘地的問題，只能留待來日另為文論述之。

伍、結語

本文試圖從分析基本權的規範結構出發，對於「立法餘地」的體系概念作初步的釐清，其主要論點，可概略總結為下面幾個命題：

(一)基本權作為法體系的基本原則，其在規範結構上具有最佳化命令的特性。最佳化命令與比例原則處於相互蘊涵的關係，因此，衡量乃是基本權規範的典型適用方式。

(二)原則理論將基本權理解為最佳化命令，仍舊可以保留給立法者一定的形成自由，因為基本權作為最佳化命令，其在規範結構上的特質，蘊涵了結構性餘地—特別是衡量餘地—的存在。

(三)認識餘地的產生根源在於，當我們無法清楚確定地認識到結構性餘地之界限—亦即「什麼是憲法所命令、禁止或放任者？」—時，是否容認立法者具有優先的決定權限。形式原則支持立法者認識餘地的存在，亦即肯認立法者得基於不確定的前提對基本權進行限制。但基本權的最佳化命令特性，則支持憲法法院得對於立法者基於不確定的前提所為之決定進行審查。至於憲法法院的審查密度高低，亦即對於立法者所立基之前提的確定性程度要求有多高，仍是由憲法法院衡量相對立的實質原則與形式原則來決定。

本文的目的在於指出，框架理論的基本想法是合理的，但其對於原則理論的指摘並未中的，原則理論將基本權規範理解為最佳化命令，並不會導致過分限縮立法者形成自由的後果，這其中的關鍵在於衡量餘地的存在以及必須考量到形式原則的角色。立法者的形成餘地與憲法法院審查權限這一根本問題，其複雜性與困難度遠超過單篇論文所能處理的範圍，本文只提出一個初步的分析架構，未來仍有待更進一步的深入研究來加以充實。

參考文獻

一、中文文獻

- Robert Alexy 著，程明修譯，作為主觀權利與客觀規範的基本權，憲政時代，第 20 卷第 4 期，1999 年，83-98 頁。
- Christian Starck 著，李建良譯，憲法解釋，載於李建良「憲法理論與實踐(一)」，台北，學林，2003 年 2 版，189-224 頁。
- 王鵬翔，論基本權的規範結構，台大法學論叢，第 34 卷第 2 期，2005 年，1-60 頁。
- 吳庚，憲法的解釋與適用，台北，作者自版，2004 年 3 版。
- ，基本權的三重性質，載於「司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集」，台北，司法週刊雜誌社，2001 年再版，1-52 頁。
- 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，載於氏著「憲法理論與實踐(二)」，台北，學林，2000 年，299-414 頁。
- 許宗力，憲法與政治，載於氏著「憲法與法治國行政」，台北，元照，1999 年，1-52 頁。
- 陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，載於氏著「憲法基本權利之基本理論(下冊)」，台北，作者自版，1992 年 3 版，57-138 頁。
- 陳顯武，論法學上規則與原則之區分—從非單調邏輯之觀點出發，台大法學論叢，第 34 卷第 1 期，2005 年，1-45 頁。
- 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 卷第 5 期，2001 年，1-31 頁。
- ，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，2002 年，1-48 頁。
- ，基本權理論、基本權功能與基本權的客觀面向，載於「當代公法新論(上)—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，台北，元照，2002 年，29-70 頁。
- 黃舒芃，憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制定」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，政大法學評論，第 81 期，2004 年，51-109 頁。
- ，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分：德國功能法論述取向(funktionell-rechtlicher Ansatz)之問題與解套，政大法學評論，第 91 期，2006 年，99-144 頁。
- 賴志強，「論法規則與法原則的區別」，台灣大學法律學研究所碩士論文，1999 年。
- 劉淑範，憲法審判權與一般審判權間之分工問題，載於劉孔中、李建良主編，「憲法解釋之理論與實務」，1998 年，199-248 頁。
- 蘇永欽，憲法權利的民法效力，載於氏著「合憲性控制的理論與實際」，台北，月旦，

1994年，15-76頁。

蘇彥圖，「立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度的解析與檢討」，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年。

二、外文文獻

- Afonso da Silva, V.*, Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume, Baden-Baden 2003.
- Alexy, R.*, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986.
- , Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995, S. 262-287.
- , Rechtssystem und praktische Vernunft, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995, S. 213-231.
- , A Theory of Constitutional Rights, Oxford 2002.
- , Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61, 2002, S. 7-33.
- , Die Gewichtsformel, in: *J. Jickli/P. Kreutz/D. Reuter*(Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, S. 771-792.
- Borowski, M.*, Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden 1998.
- Böckenförde, E.-W.*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991, S. 159-199.
- , Die Methoden der Verfassungsinterpretation-Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991, S. 53-89.
- , Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991, S. 11-28.
- , Schutzbereich, Eingriff und immanente Schranke, *Der Staat* 42, 2003, S. 165-192.
- Bydlinski, F.*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, Wien/York 1988.
- Canaris, C.-W.*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Dreier, H.*(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 2004.
- Dreier, R.*, Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, in: *A. Kaufmann* u.a. (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer, Frankfurt a.M. 1998, S. 86-107.
- Dworkin, R.*, Taking Rights Seriously, Harvard 1977.
- Forsthof, E.*, Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl., München 1971.
- Gellermann, M.*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Tübingen 2000.
- Hain, K.-E.*, Die Grundsätze des Grundgesetzes, Baden-Baden 1999.
- Hesse, K.*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., Heidelberg 1999.
- Isensee, J.*, Verfassungsrecht als politisches Recht, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*(Hrsg.),

- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII § 162, Heidelberg 1992.
- Jestaedt, M.*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen 1999.
- Kelsen, H.*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960.
- Koch, H.-J.*, Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht, in: *B. Schlicher/P. Koller/B. - Ch. Funk*(Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, S. 245-257.
- Larenz, K./Canaris, C.-W.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1995.
- Lerche, P.*, Verfassung als Optimierungsquelle, in: *J. Burmeister u.a.*(Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern, München 1997, S. 197-209.
- Raabe, M.*, Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, Baden-Baden 1998.
- Scherzberg, A.*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, Berlin 1989.
- Schlaich, K./Korioth, S.*, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., München 2001.
- Schlink, B.*, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- , Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: *P. Badura/H. Dreier*(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II., Tübingen 2001, S. 445-465.
- Schuppert, G. F./Bumke, C.*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Baden-Baden 2000.
- Sieckmann, J.-R.*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.
- Starck, C.*, Die Verfassungsauslegung, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII § 164, Heidelberg 1992.
- , Besprechung zu Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, *Der Staat* 32, 1993, S. 473-478.
- , Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, *JZ* 1996, S. 1033-1042.
- Wahl, R.*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt a.M. 2003, S. 161-187.
- , Der Vorrang der Verfassung, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt a.M. 2003, S. 121-160.

Constitutional Rights as Optimization Requirements and Framework-A Preliminary Inquiry of Legislative Discretion (gesetzgeberische Spielräume) from the Viewpoint of Principle-Theory

Peng-Hsiang Wang*

Abstract

This essay tries to give a preliminary systematic account of the structure of constitutional rights and legislative discretion (gesetzgeberischer Spielraum) from the viewpoint of principle theory. The basic tenet is that constitutional right norms constitute the fundamental principles of legal system and have the structure of optimization requirements (Optimierungsgebote). This essay also scrutinizes some critical arguments from the framework (Rahmenordnung) theory, the main opponent of the principle theory in the contemporary German constitutional doctrine, which claims that the characterization of constitutional principles as optimization requirements would lead to the elimination of all independent decision-taking capacity of the democratically legitimated legislature. However, this essay will argue that the concept of framework and the idea of optimization are not incompatible with each other. On the foundation of principle theory it is possible to construct an adequate doctrine of legislative discretion consisting of the structural and epistemic discretion. Considering the existence of the structural discretion, which derives from the principle-characters of constitutional rights, and the role of formal principles in the epistemic discretion, this essay concludes that the principle-theoretical construction of constitutional right norms will not excessively reduce the sphere of legislative freedom in shaping the legal system.

Keywords: Constitutional Rights, Principles, Optimization Requirements (Optimierungsgebote), Weighing, Framework (Rahmenordnung), Legislative Discretion (gesetzgeberischer Spielraum), Structural Discretion (struktureller Spielraum), Epistemic Discretion (epistemischer Spielraum).

* Assistant Research Fellow, Institutum Iurisprudentiae(Preparatory Office), Academia Sinica.