

憲法理論與實踐 (一)

李建良 著



學林

憲法理論與實踐(一)

李建良 著

德國哥廷根大學法學博士
中央研究院副研究員

學林文化事業有限公司 / 出版

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法理論與實踐(一)/李建良著, -- 一版, -- 臺
北市:學林文化, 1999 - [民 88 -]
冊; 公分, -- (學林法學叢書; 9)

ISBN 957-98349-9-7 (第一冊:精裝)

1. 憲法 - 中國 - 論文, 講詞等

581.27

88008575

憲法理論與實踐(一)

作 者: 李建良

出 版 者: 學林文化事業有限公司

台北市重慶南路一段13號5樓

電話:(02) 23141078 傳真:(02) 23319972

E-mail: law@sharing.com.tw

登 記 證: 局版北市業字第1190號

一 版: 1999年7月

二 版: 2003年2月

郵撥帳號: 19168499學林文化事業有限公司

定 價: 新台幣600元

本書如有缺頁、破損、倒裝, 請寄回更換

ISBN 957-98349-9-7

再版序

本書自一九九九年七月初版迄今，倏忽已近四年，其間法制實務，變動頻仍，學說論述，亦有增易。因此，原擬借再版之便，適度增修內文，更新文獻，俾能與時俱進。奈何教研兩忙，瑣事纏身，蹉跎再三，未克竟事。近忖本書或可呈現作者「階段性」研究軌跡，保存原貌未必全無意義，旋思除校正錯字及增列索引外，仍以本來面目重行付梓，一則避免再版計畫一再延宕，另則留作自我省思之用，由是終有二版問世。本書重印期間，承蒙陳淑貞及林靜妙小姐多方協助，特此致謝。

李建良 謹誌於

二〇〇三年一月二十三日世界自由日

自序

法律係社會規範的一部分，法律的研究，貴在使之能適用於實際社會生活之中，進而發揮規範社會的功能，憲法為國家最高規範，更應如此，故憲法的研究，應以其對政治現實及社會生活的規範作用為重心，方不致使憲法流於抽象之學，失卻國家根本大法的意義。本於此項信念，作者於德國留學期間及返國從事學術工作迄今，對於憲法學理與問題的探析，無不著眼於憲法理論的實踐面向，除對相關理論與原則有所闡述外，並留意各該理論的歷史成因與法制背景，同時嘗試對大法官解釋進行總體分析與個別詮釋，期能兼顧學理與實務，使憲法成為一項實用之學。

本書所收錄的論文，即作者近五年來對於憲法理論與實務研究的心得，含專論十篇及譯稿二篇，共十二篇。在內容上主要有兩項主題：一是憲法基本原則及基本權利的體系與實務；二是司法審查制度的理論與實際，前者以基本權利體系建構為重心，後者則集中在違憲審查制度的功能結構與界限問題，二者之間具有理念實踐與制度設計的關連性。由於原文隨著刊登時間的經過，部分資料容有更新修正之必要，故除二篇譯稿仍以原文形貌呈現外，其餘十篇專論均作若干修改與補述，期能與時俱進，增加文章的參考價值。

近代民主憲法國家的最大成就，在於使國家權力受到憲法的制約，藉以保障人民的權利。憲政主義的旨趣固以建立「有限政府」為核心，惟人權保障的理念則可無限的延伸，本書名為《憲法理論與實踐（一）》，即有意藉此作為作者研究憲法的一個起點，期望日後繼續努力，為我國憲政體制的建立貢獻些許心力。

本書得以問世，首先要感謝諸位師長多年的教導與鼓勵，特別是城師仲模與翁師岳生的啟迪與指導，使作者在治學方法及處事態度上獲益良多。其次要感謝家母、岳家及妻兒的關懷與照顧，沒有他們的支持，作者無法悠遊於學術工作之中。最後，本書的付梓，承蒙蔡怡亭、石登祺及戚繼華等諸位小姐的協助，謹此申謝。

李建良 謹誌於
中央研究院社科所
一九九九年六月四日

目次

再版序／I

自序／III

- ✓ 一、民主政治的建構基礎及其難題——以「多元主義」理論為主軸／1
- ✓ 二、基本權利理論體系之構成及其思考層次／51
- ✓ 三、基本權利之保護義務(譯)／101
- 四、論學術自由與大學自治之憲法保障——司法院大法官釋字第三八〇號解釋及其相關問題之研究／149
- ✓ 五、憲法解釋(譯)／187
- 六、國會議事自律與違憲審查——司法院大法官釋字第三四二號解釋評釋／225
- 七、修憲程序、議事自律與違憲審查——司法院大法官釋字第三八一號解釋評析／245
- 八、論司法審查的政治界限——美國「政治問題原則」初探／267
- 九、國家高權行為與公法訴訟制度——論德國「政府行為」理論

與「不受法院管轄之高權行為」概念／321

十、政治問題與司法審查——試評司法院大法官相關解釋／395

十一、論法規之司法審查與違憲宣告——德國聯邦憲法法院裁判
之分析／435

十二、大法官的制度變革與司法院的憲法定位——從第四次憲法
增修條文談起／531

事項索引／591

民主政治的建構基礎及其難題

—以「多元主義」理論為主軸—

壹 前言

貳 民主制度的基礎理念

一、「多元主義」的基本立場

(一)理論的緣起

(二)多元民主的基本要素

1. 政黨政治與多黨體系
2. 多元團體體系
3. 大眾傳播媒體機制

二、「反多元主義」的基本立場

(一)盧梭的民主思想

(二)卡爾·史密特的政治理念

參 民主制度的異化與質變

一、「多元主義」民主理念的

破綻與弱點

二、「反多元主義」民主理念的 神話與變異

肆 民主制度的「防衛」

一、理論上的反省

(一)「反多元主義」民主理念的 思辯

(二)「多元主義」民主理念的 修正

二、制度上的回應：以德國基本 法為例

(一)建立「價值拘束性」的憲 法體系

(二)確立政黨的憲法地位

(三)「防衛性民主體系」的基 本構造

1. 基本權利剝奪制度
2. 政黨禁止制度
3. 結社禁止制度
4. 公務員的忠誠義務

(四)「自由民主基本秩序」的 意義

伍 現代多元民主政治的難題與困 境

陸 結論

壹 前言

現代民主政治體制的建立，係以「憲政主義」(Konstitutionalismus, constitutionalism) 思想為基礎，並以「自由主義」、「國民主權」、「議會政治」、「法治主義」、「多數決原理」等多項原理原則為其主要架構，希望藉由選舉制度產生議員，組成議會，再經由議員的提案、討論、辯難、說服、妥協等和平手段，形成「公意」，以取代暴力或流血事件，故民主政治制度乃是一種「公意政治」。為便於公意順利形成，人民的「意見自由」與「結社自由」必須確實予以保障，方能使各種意見得以充分表達、匯集與凝聚。是以，民主議會政治必然會與社會各類團體及政黨發生密切的關連，進而形成「團體政治」或「政黨政治」。

誠然，「政黨政治」乃是民主政治不可或缺的要素之一。然而，如果「公意」被窄化為「黨意」，議員淪為「黨意」的執行工具，則議會民主政治制度的功能將會逐漸式微，進而徒留形骸。特別是在一個多元化的社會中，由於價值觀念互異，人民權益關係錯綜複雜，各類利益團體雜然並存，其所代表的政治、經濟、文化、社會等思想價值，更是多樣而分歧，因而經常引發對立與衝突的緊張局面，致使民主政治體制面臨嚴重的衝擊與考驗。回顧歷史，人類在追求民主政治的過程中，始終徘徊於民主與專制獨裁之間，可見民主政治體制的建構，誠屬不易。

基於此項認識，本文擬從「多元主義」理論出發，嘗試探討民主政治的建構基礎及其難題之所在。全文內容主要分為四大部分：首先，闡述「多元主義」理論的意涵，說明民主政治基本要素，以作為討論的基礎。其次，探索「反多元主義」民主理念的根源，作為反面

思考的素材。再者，探討民主政治發展過程中所面臨的若干難題，並著重於「價值相對主義」及「法實證主義」等理論的分析。最後，則從「防衛性民主」的觀念，分析憲法上若干因應制度及憲法理論上的問題，並提出幾個思考方向，俾供參考與思索。又為彰顯問題癥結之所在，本文論述的重點及徵引的文獻資料，多半側重於民主建制歷程屢遭波折的法國與德國，至於美國方面的多元主義理論，則暫置不論，特先敘明。

貳 民主制度的基礎理念

一、「多元主義」的基本立場

在近代民主思潮中，「多元主義」理論對於民主制度的建構，占有相當重要的地位。所謂「多元主義」或「多元論」(Pluralismus, pluralism)者，在政治理論或國家學的領域¹，係以社會多元團體在國家公共事務中所扮演的角色，為主要論述重點²，其強調社會中各種不同的政治、社會及宗教等團體，應相容並存，共同享有參與政治活動的權利，並且受到憲法的保障。多元主義論者主張，在多元的社會中，並無放諸四海皆準的真理，公共意見的形成，恆需經由社會各種

1 「多元主義」或「多元論」亦屬哲學上的一項概念，用以表示現實世界係由多種獨立的實質單元所組成。哲學上多元主義之用語，最早係由德國哲學家及數學家 Christian Wolff (1679-1754) 率先使用，而 Wolff 氏的學說又可追溯至萊布尼茲 (Leibniz, 1646-1716) 的「單元論」(Monadologie)。參見 Schischkoff Georgi (Hrsg.), Philosophisches Wörterbuch, 2. Aufl., 1991, S. 572. 由於本文的重點在於探討政治理論及國家學上的多元主義，故對哲學上的多元主義理論，不加討論，特此說明。

2 Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1975, S. 367-416.

團體的共同參與，透過討論、辯難、折衝及相互妥協，方能達成，故國家的任務應在建立一套公平、開放的制度，以廣納各種解決問題的可能途徑，並建立形成公意的基礎機制³。多元主義論者對於社會結構的基本立場，係承認社會利益、意見及團體組織的多樣性與歧異性，換言之，社會及政治的多樣性毋寧是一種自由的表徵。由於在多元的社會中，衝突與共識之間經常是處於一種緊張的關係，為使公意得以在多元的基礎之下逐步形成，「相互競爭的民主制度」(Konkurrenzdemokratie)自然是一種比較適合多元社會的政治制度⁴。

(一)理論的緣起

根據德國現代多元主義理論代表人物 *Ernst Fraenkel* (1898-1975) ⁵

- 3 *Drechsler/Hilligen/Neumann* (Hrsg.), *Gesellschaft und Staat*, 9. Aufl., 1995, S. 630; *Ulrich Scheuner*, *Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem* (1976), in: *Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften*, hrsg. von Joseph Listl und Wolfgang Rüfner, 1978, S. 145.
- 4 *Peter Eichhorn* u. a. (Hrsg.), *Verwaltungslexikon*, 2. Aufl., 1991, S. 649; *Pasquale Pasquino*, *Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel*, in: *Staatslehre in der Weimarer Republik*, hrsg. von Christoph Müller/Ilse Staff, 1985, S. 125.
- 5 *Ernst Fraenkel* 於 1898 年生於德國科隆，大學時期主修法律學與歷史學，並從著名勞工法學者 *Hugo Sinzheimer* 攻讀博士學位。1923 年，*Fraenkel* 氏以《論無效之勞工契約》(*Der nichtige Arbeitsvertrag*)為題提出論文，獲得博士學位。自 1921 年起，*Fraenkel* 氏即加入社會民主黨(SPD)，並積極參加多項勞工運動，同時從事律師業務。由於 *Fraenkel* 氏具有猶太人的血統，且經常替受納粹政權迫害的人士辯護，因而遭到納粹當局的注意。為避免遭到迫害，*Fraenkel* 氏乃於 1938 年流亡到美國。在流亡期間，*Fraenkel* 氏就讀於芝加哥大學，鑽研美國的法律。於 1941 年出版《雙重國家》(*The Dual State, Der Doppelstaat*)一書，該書對於納粹政權的統治結構有極其深刻的剖析與批判，出版後引起廣大的迴響。1944 年至 1950 年間，*Fraenkel* 氏任職於美國政府，擔任美國駐南韓辦事處顧問。1951 年，*Fraenkel* 氏返回德國，執教於柏林自由大學，並逐步發展其「多元主義理論」，1975 年逝世於柏林，參見 *Alexander v. Brünneck*, *Leben und Werk*

的看法⁶，近代政治學及國家理論以「多元主義」一詞來討論民主問題，大約可以追溯至十九世紀末的英國⁷。當時由於工業革命造成勞工運動蓬勃發展，使得英國法院必須處理許多與勞資爭議有關的案件，尤其在近代工會數量逐漸增多的情況下，勞資雙方所簽訂的「團體協約」，究應具有何種效力，在實務上屢生爭議，其中經常被提出來討論的問題是，類如勞工團體等「自治團體」的法律地位如何？對於此一問題，當時英國的習慣法 (common law) 尚難提供圓滿的解答，而英國學者對此亦無深入研究，倒是德國學界注意及此，並針對人民團體的法律人格問題展開研究，其中在學理上有重大突破者，首推德國日爾曼法大師 *Otto v. Gierke* (1841-1921)。1902 年，*v. Gierke* 氏於就任柏林大學校長時，在就職典禮中發表一篇以〈論人類團體之本質〉(Das Wesen der menschlichen Verbände) 為題的演說，力陳人民團體的有機性 (Organismus)，主張法人應如同自然人一般具有權利能力，而得以為權利義務的主體，即所謂「法人實在理論」(Theorie der realen Verbandspersönlichkeit)⁸。此項理論於 *v. Gierke* 氏稍後的鉅著

von Ernst Fraenkel (1898-1975), in: Deutschland und die westlichen Demokratien, hrsg. von Alexander von Brünneck, 1991, S. 360-372; Winfried Brugger, Theorie und Verfassung des Pluralismus, in: Brugger (Hrsg.), Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, S. 273-315.

- 6 Ernst Fraenkel, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, in: Deutschland und die westlichen Demokratien, hrsg. von Alexander von Brünneck, 1991, S. 303.
- 7 Fraenkel 氏此項說法，當係指使用「多元主義」一詞而言，而非謂於此之前毫無關於多元主義問題的討論。
- 8 在 *v. Gierke* 氏提出「法人實在說」之前，德國學界普遍受到歷史法學派研究羅馬法大師薩維尼 (Friedrich Carl v. Savigny, 1779-1861) 的影響，對於人民團體的法律人格採取所謂「擬制說」(Fiktionstheorie) 的見解，認為法人只是法律基於一定目的所擬制的團體，本身並無權利能力。*v. Gierke* 的見解提出後，逐漸取代「法人擬制說」而形成通說，並對德國及大陸法系的民法理論產生相當深遠的

《德國團體法》(Deutsches Genossenschaftsrecht) 四大冊中，獲得進一步的闡述。v. Gierke 氏的法人理論提出後，立即引起普遍的注意，而其著作更分別經由英國學者 *Frederic William Maitland* (1850-1906) 及 *Ernest Barker* (1874-1960) 的英譯而傳入英國，結果不但引發蘇格蘭自由教會成員的自治問題，並受到英國學界及實務界的注意與重視。有趣的是，v. Gierke 的理論傳入英國後，並未對人民團體法律地位的問題產生較具決定性的影響，反倒是引起政治學界廣泛的討論，並影響政治學者及國家論者對「國家」概念的理解⁹。特別是英國學者將 v. Gierke 所倡「人民團體亦具有權利能力」的說法加以引伸，進而推演出：「國家」本身亦是一種「人民團體」，「國家團體」與「一般人民團體」並無本質上的差異，所不同者，僅在於「國家」是以追求更廣泛的共通福祉 (Gemeinwohl) 為鵠的¹⁰。此種觀念同時亦呈現英國學者對於「國家」與「社會」之關係所抱持的看法¹¹，誠如英國早期多元主義理論重要人物 *Ernest Barker* 所言：

影響，參見 *Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Aufl., 1967, S. 516.*

9 Michael Newman, *HAROLD LASKI* 39 (1993).

10 *Fraenkel* (註 6), S. 303-304.

11 基本上，早期的英國多元主義理論雖將「國家」與一般人民團體等同視之，但對於國家具有「主權」(Souveränität)，則未加否認。惟值得注意者，1916 年，英國著名政治學者 *Harold Laski* (1893-1950) 於《哈佛法律評論》(*HARVARD LAW REVIEW*) 上發表專文：〈論人民團體之人格〉(*The Personality of Associations*)。文中 *Laski* 援用 v. Gierke 「法人實在說」之理論，主張國家應不具有「主權」，並且主張在一個多元社會中，應改變傳統國家上下階級的制度結構，而以多種功能主體的組合取代之，當社會中有衝突事件發生時，應訴諸個別人民的良知以解決之，而無所謂「國家最高權力」的存在。*Laski* 甚至主張應將國家任務交由「非國家的人民團體」為之，參見 Newman (註 9)，at 37-48。*Laski* 此種拋棄國家主權的主張提出後，立即受到學者的批評，尤其在美國更受到學界極力的抨擊。1938 年，*Laski* 於其名著《政治的法則》(*A Grammar of Politics*) 一書的第四版中，放棄其「國家主權否定論」的見解。

吾人若從時間的角度來觀察國家與社會的關係，自難確定何者具有優先性，或何者先於他者存在。若謂，有某種社會，…，在發展成為法律意義上有意識的自我組織體系之前，即已存在者，則可謂社會先於國家存在。……反之，由於國家一旦存在，其法令之體系可以提供社會形成所必要的一般保障，使社會易於成長，自此以言，亦可謂國家先於社會存在¹²。

Barker 氏所持國家與社會一元論的看法，恰與德國自黑格爾 (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831) 以來所建立的國家與社會「二元論」¹³，大異其趣，從而，以「人民團體多元化」為重心的政治多元主義，遂在英國生根、形成及發展，並逐步影響西方民主國家的政治理論與思潮。此種理論主要強調人民團體對於形成政治意見的重要性，並要求國家必須採取防範的措施，使各種團體在表達意見時，能夠充分闡述其理念與利益，以便對政府或國會作有效的意見表達與訴求，學者並強調國家必須負起調和人民團體之間衝突的責任，避免個人受到團體暴政 (Gruppentyrannis) 的威脅¹⁴。

德國學者 v. Gierke 的理論能在英國政治學上獲得迴響，以及近代多元主義理論得以在英國發軔，並非只是歷史上的偶然，而是有其法制思想與政治層面的背景¹⁵，尤其在政治實務方面，英國自中世紀以降即已建立「議會制度」，而在實際運作的過程中，議會始終扮演與專制君權分庭抗禮的角色，此項「議會政治」的傳統，使英國逐步

12 Ernest Barker, *PRINCIPLES OF SOCIAL & POLITICAL THEORY* 48-49 (1978).

13 葛克昌，〈國家與社會二元論及其憲法意義〉，《國家學與國家法》，1995 年，頁 13-15。

14 Fraenkel (註 6), S. 303-304.

15 按英國並未繼受羅馬法，且對於法國學者 Jean Bodin (1530-1596) 所提出的「主權理論」(Souveränitätstheorie) 抱持拒卻的態度，此外，盧梭的思想 (詳後述) 在英國亦未受到太大的重視。請參見 Fraenkel (註 6), S. 318.

形成現代西方議會民主制度的典範，進而對世界各國民主制度的建立、發展與運作，產生莫大的影響。

□多元民主的基本要素

按民主政治的根本基礎，在於人民自由與平等的保護，在民主立憲的國家之中，人民乃是國家的主體，其制定憲法，揭示保障基本人權的意旨，並使代表人民行使國家權力的國家機關受到憲法的規制，以達到保障人民自由與平等的最終目標。由於在一個民主政治的社會中，社會利益呈現多元化與多樣性，利益的衝突，勢所難免。於此情況下，公意恆需經由社會各種團體的共同參與，透過討論、辯難、折衝及相互妥協，方能形成。所謂「全民福祉」，並非先驗存在，自然天成，而須藉由社會多元勢力的相互影響、折衝與妥協，方足以獲致。是以，在多元社會中並未存有所謂「先驗的公共福祉」(a-priori-Gemeinwohl)，而應只有「後驗的公共福祉」(a-posteriori-Gemeinwohl)¹⁶。根據多元主義論者的說法，「政黨」與「各類利益團體」對於社會利益的協調、溝通與整合，經常扮演相當重要的角色，而多種政黨與各類團體之間的相互競爭，更是民主制度正常運作所不可或缺的基本條件，故所謂「多元主義之民主制度」至少必須具備兩項基本要素：

1. 政黨政治與多黨體系。
2. 多元團體體系。

此外，在現代多元社會中，大眾傳播媒體對於人民思想及言論的表達，乃至於公意的反映與民主的強化，往往扮演相當重要的角色，故大眾傳播媒體的機制，亦屬多元社會所不可或缺的元素，綜合言之，多黨體系、多元團體體系及大眾傳播媒體機制，乃是民主政治中保障人民自由與平等的基本要素，茲析述如下：

16 Fraenkel (註 6), S. 300; Josef Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 57, S. 41; Joachim Detjen, Neopluralismus und Naturrecht, 1988, S. 201.