

大學用書

部門憲法



主編 蘇永欽

基本理論 蘇永欽 張嘉尹
洪謙德 魯貴顯
李立如 張文貞
經濟憲法 莊春發 吳秀明
楊坤樵
社會憲法 林萬億 郭明政
勞動憲法 林佳和 劉士豪

傳播憲法 馮建三 石世豪
教育憲法 秦夢群 許育典
文化憲法 林信華 陳淑芳
宗教憲法 林端 吳志光
環境憲法 丘昌泰 黃錦堂
科技憲法 牛惠之 張文貞
家庭憲法 蘇永欽 陳昭如

部門憲法



蘇永欽 主編

蘇永欽・張嘉尹・洪鎌德・魯貴顯・李立如
張文貞・莊春發・吳秀明・楊坤樵・林萬億
郭明政・林佳和・劉士豪・馮建三・石世豪
秦夢群・許育典・林信華・陳淑芳・林 端
吳志光・丘昌泰・黃錦堂・牛惠之・陳昭如

合 著

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

部門憲法 / 蘇永欽等合著. -- 初版. -- 臺北

市：元照, 2005[民 94]

面：公分

ISBN 986-7279-14-X (平裝)

1. 憲法 - 論文, 講詞等

581.07

94005282

部門憲法

1C40PA

2006 年 1 月 初版第 1 刷

- 主 編 蘇永欽
- 作 者 蘇永欽・張嘉尹・洪鎌德・魯貴顯・李立如
張文貞・莊春發・吳秀明・楊坤樵・林萬億
郭明政・林佳和・劉士豪・馮建三・石世豪
秦夢群・許育典・林信華・陳淑芳・林 端
吳志光・丘昌泰・黃錦堂・牛惠之・陳昭如
- 出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
- 網 址 www.angle.com.tw
- 定 價 新臺幣 750 元
- 訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
- 訂購傳真 (02)2331-8496
- 郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7279-14-X

編者序

這本書是憲法釋義學的一個新的嘗試。

憲法釋義學的主要功能，在於經由對憲法內容的系統詮釋、整理，來協助憲法的適用，提高規範的可預見性與合目的性，這一點和其他法律領域的釋義學沒有兩樣。但憲法規範的高度抽象，以及適用的主要對象具有民主多數決基礎，使得由誰、以何種程序、用什麼方法來適用憲法，都需要一些特別的思考。因此憲法釋義學不能不建立於特殊的方法論和憲法理論基礎上，連憲審查制度的決定，也成了憲法釋義學的一項必要前提。

記得我在二〇〇二年六月，受命參與在台北舉行的第二屆德台憲法研討會，特別跑了一趟德國的美麗小城哥廷根（Göttingen），拜訪第一屆的東道主Christian Starck教授，商談兩天研討會的議題，為兩地憲法學者的第二次對話尋找最有意義的焦點，很快的我們就決定了主題：憲法學在民主發展上的角色。在和同校青壯輩的Werner Heun教授談到這個主題時，他用嚴肅的口吻說：「千萬不要高估了德國憲法學的角色，我只看到憲法學者跟在憲法法院後面整理判決。」同樣的評語也見於法蘭克福大學Walter Schmidt的一篇有關戰後德國人權理論的文獻回顧，他直指現代德國的憲法學，就是「裁判實定主義」。

德國在威瑪共和國時期其實已經有很好的憲法和憲法理論，但民主政治還是被希特勒的巨舌和巨棒攪得完全變形，也許這可以解釋後來學者們對憲法理論的嚴苛評價。慘痛的經驗使得戰後的波昂共和國對於民主的變質有特別高的戒心，憲法法院作為人權的堡壘，從一開始就牢牢攔住人民的信賴，由憲法法院來設定憲法學的討論議程，似乎便是十分自然的事。德國民主的第二次輪迴，憲法法院的貢獻有一

致的公論，憲法學則被認為只是盡到了綠葉的微勞。像美國學界那樣的反多數決質疑不是沒有，但憲法學者間方法論上的砲火交織，顯然要比挑戰法院判決的聲音激烈得多。

上世紀九〇年代湧現的第三波民主國家，幾乎全部都選擇了德國式的憲法法院來鞏固民主，他們也都需要建構憲法釋義學，作為憲法法院的理論支撐，我們在台灣也見證了這樣一段過程。不同於德國的是，我們到目前雖倖免於民主的二次輪迴，但大法官作為一個制度，也很公平的無法享有人民源於「痛定思痛」（*Vergangenheitsbewältigung*）所投射的信賴。另一方面，我們的大法官也不能像德國憲法法院那樣，肆意的在前半世紀憲法學留下的豐厚遺產中擇肥而噬。和多數新興民主國家一樣，我們其實是在脆弱的憲法理論和實務相互扶持下，摸著石頭過河。

像許多新興民主國家一樣，我們用來約制民選公職的憲法論述，就是「先進」民主國家的憲法釋義學，在一個急於和國際接軌，好擠進自由之家前排俱樂部的新興民主國家，再彪悍的民選公職，也很難對抗這樣冠冕堂皇的論述。所以才有大量「國籍不明」的憲法論文出現，大法官也才可以不需交代根據憲法哪一條，逕用比例原則或正當程序原則宣告某個法令無效。至少在民主轉型的初期，這種開國際標的憲法理論和實務，不會遭到太強的反多數決質疑。不僅用解釋補充的這些憲法原則，都有民主國家的產地證明，而且許多舊體制產出的法令，本來就沒有堅強的多數決基礎。但這樣怪異的進口釋義學，畢竟不能持久。

當整套法制的多數決基礎都已經穩固之後，人們會開始挑剔憲法原則的適用，權衡公益和人權的標準，是不是有點水土不服？比如在政教間有幾百年緊張關係，宗教仍然深刻影響許多社會制度的國家，所孕育出來的有關宗教自由的權衡標準，用在台灣這樣一個「擴散性宗教」（相對於「制度性宗教」）的社會，到底妥不妥當？一個高度

組織化，公團化（Corporatism），而有上百年工運背景的歐洲社會，累積出來有關勞動權的內涵，比如勞工參與（Mitbestimmung），能不能完全套用在一個以中小企業為主幹的經濟體，所有夥計都夢想作老闆的台灣社會？釋義學的「議題化」（Thematisierung）功能，也因為視角的外偏，而大大的削弱。比如我們在思索大學自治的憲法規範內涵，鉅釘諸如學術自由、大學自治或學習權的漂亮概念時，有沒有注意到，美國的大學是像一個半營利社團一樣在經營，和激烈的競逐，德國的大學則更像一個半開放的公園，供過客一樣的老師和學生徜徉其間？所以美國會發生非裔入學優惠的憲法爭議，德國會發生名額管制的憲法爭議，到了我們這個科舉文化流變下的大學，則生出了二一退學的憲法爭議，讓大法官找不到參考對象而窮於應付。憲法釋義學的失焦，也表現在某些社會議題的遲遲沒有憲法化，比如外籍和兩岸新娘、農業中的主佃關係。當整個社會都學會要認真對待憲法和人權以後，進口釋義學對憲法文本的輕忽，乃至明目張膽的拮抗，更會很快的達到一個可容忍的極限。

總而言之，正因為憲法的高度政治性和社會性，不同於民法或商法那樣作為市場規則的技術性和普遍性，進口釋義學最多只能作為民主轉型期的策略，多數決的結構漸趨穩定，用它來抵擋反多數決的質疑，力道就會越趨微弱。憲法學如果始終只能提供這樣的火力支援，面對強勢的民選公職，大法官終將潰不成軍，憲法釋義學縱使不至於回到威權時期只可遠觀的窘境，最好的情況大概也就是像日本的憲法學一樣，變成圈內人相濡以沫的「純學術」了。所以我在前面提到的研討會裡，提出本土化的呼籲，而我認為本土化的主要方法，就是開始正確認知憲法的社會背景，認知憲法所要建立的應然結構原則，是套用在什麼樣的實然結構原則上。也從實然的認知，反過來去形成具體評價的標準。換言之，就是從歐美釋義學逐漸換軌到社會科學，透過社會整體認知的強化，來重塑反多數決的理論基礎。

部門憲法便是從這樣的思考出發，所作的一種新的嘗試。作為一種釋義學，它的新在於從社會部門的認知，去探求憲法的規範。從部門的憲法規範，再回頭去整合憲法的價值秩序，確認基本權的核心內容。我在民國九十二年九月開始的學期規劃了這樣一個講座課程，除了有關部門憲法理論的單元外，共設計了經濟憲法、社會憲法、勞動憲法、傳播憲法、教育憲法、文化憲法、宗教憲法、環境憲法、科技憲法等九個單元。基本理論部分邀請了研究法律社會學的洪鍊德教授和魯貴顯教授、憲法方法論的張嘉尹教授，和憲法變遷的張文貞、李立如教授參與；經濟憲法由經濟學家莊春發教授和研究經濟法的吳秀明教授分別撰寫；社會憲法由社會福利學者林萬億教授和研究社會法的郭明政教授分別撰寫；勞動憲法則是由研究勞動法和勞動關係的林佳和博士和劉士豪教授分別撰寫；傳播憲法是由傳播學者馮建三教授和研究傳播法的石世豪教授分別撰寫；教育憲法是由教育學者秦夢群教授和研究教育法的許育典教授分別撰寫；文化憲法是由文化社會學者林信華教授和研究憲法的陳淑芳教授分別撰寫；宗教憲法是由宗教社會學者林端教授和研究憲法的吳志光教授分別撰寫；環境憲法是由環境政策學者丘昌泰和研究環境法的黃錦堂教授分別撰寫；科技憲法是由科技政策和法律學者牛惠之教授和張文貞教授分別撰寫；為求完整，本書再補上家庭憲法，是由陳昭如教授和我分別撰寫。經由實然面和應然面的對話，讓憲法規範內涵的發掘和體系化本身，就是本土化的開始。

一如預期，這樣的對話不是立刻可以看到火花，但通過對話，法律系的研究生第一次有機會這樣系統的、深入的去思考台灣的憲法問題。大概也是第一次，憲法不是從規範面去作切割的思考——國家、人權、政府體制和基本國策，而是從社會面切入，到規範面去整合不同章節的憲法條文。被進口釋義學割裂的憲法文本，和疏離的台灣社會，在這樣反轉過來的思路下，逐漸補綴起來。所以我決定在請所有參與者再加修改以後，彙集成冊。以一種在內容上比專題論文討論的

範圍寬，在系統上比一般論文集嚴密，在釋義方向上，又不同於包總的傳統教科書和條狀的逐條釋義，而是塊狀的手冊（hand book）。此一形式的文獻在國內雖然已經不是第一本，但就系統化的方法而言，絕對是破天荒第一次，即使在釋義學非常多樣化的德國，我也還沒看過。我曾經和Starck教授討論過這樣的釋義學方法，他不太能感受其必要性。但也許這就是憲法釋義學和憲法理論根本不同的地方：前者必須回應實定法秩序的特殊性，後者才需要追求普世的印證。德國人可以把憲法解釋當成價值的填充而非常自足，美國人也只需要從個案的累積去形成和調整原則，台灣的歷史、社經條件這樣不同於這些國家，我們早晚必須摸索出一套自己需要的釋義學。

部門憲法釋義學取徑的提出，不可能也無意取代現有的各種憲法釋義方向，但作為憲法教學和釋憲實務的支援，這本集合了二十四位教授心血的書，當然也絕不只是一個顛覆或另類的學術噱頭而已，我很期待接續的努力，讓憲法被解釋出來的內涵更貼近社會，並因此可以發揮更大的引導和約制功能。最後，除了對共襄盛舉的所有作者表達由衷的感激外，作為本書的主編，對於準時交稿的作者，也要為編輯上的一再拖延致上最大的歉意。

元照出版公司願意出這本書，多少冒了一點市場的風險，但足以顯示台灣出版人突破現狀的眼光，在感謝之外，我也確信這本書的學術價值，應該會反映在市場上。此外協助處理講座行政事務的陳正和律師和其他幾位助理，付出相當的辛勞，一併謝了。

蘇永欽

序於2005年11月

目 錄

編者序

第一篇 基礎理論篇

- 部門憲法——憲法釋義學的新路徑？..... 蘇永欽 3
- 憲法、憲法變遷與憲法釋義學——對「部門
憲法論述」的方法論考察..... 張嘉尹 33
- 結構功能論的法律社會學——帕森思法律觀
的析評..... 洪謙德 63
- 以媒介——形式理論重構現代社會之功能分化..... 魯貴顯 101
- 認真看待社會變遷的憲法——變遷機制的
初步探討..... 李立如、張文貞 125
- 橫看成嶺側成峰——從個別社會部門整合
憲法人權體系..... 蘇永欽 151

第二篇 部門憲法篇

第一單元 經濟憲法

- 經濟與法律 莊春發 167
- 憲法與我國經濟部門之基本秩序 吳秀明、楊坤樵 207

第二單元 社會憲法

- 我國憲法與社會權的實踐 林萬億 279
- 社會憲法——社會安全制度的憲法規範 郭明政 313

第三單元 勞動憲法

- 勞動與勞動憲法 林佳和 353
- 我國之「勞動憲法」 劉士豪 395

第四單元 傳播憲法

- 傳播部門——社會科學的分析 馮建三 435
- 傳播部門之憲法初探 石世豪 459

第五單元 教育憲法

- 教育權、教育組織特性與法律保留密度 秦夢群 483
- 教育憲法的建構 許育典 507

第六單元 文化憲法

- 文化現象與政策 林信華 563
- 文化憲法 陳淑芳 595

第七單元 宗教憲法

- 宗教與憲法——社會學家另類的看法 林 端 625
- 憲法保障宗教自由之意義——本土化觀察
之嘗試 吳志光 647

第八單元 環境憲法

- 環境權在台灣環境憲法中的變遷與實踐 丘昌泰 677
- 環境憲法 黃錦堂 709

第九單元 科技憲法

- 「科技法律」議題之研究 牛惠之 749
- 當科技遇上憲法——憲政主義的危機與轉機 張文貞 773

第十單元 家庭憲法

- 我國憲法中的家庭 蘇永欽 795
- 「重組」家庭——從父系家庭到中性的
新夥伴關係？ 陳昭如 807

第一篇 基礎理論篇

- 部門憲法——憲法釋義學的新路徑？ 蘇永欽
- 憲法、憲法變遷與憲法釋義學——
對「部門憲法論述」的方法論考察 張嘉尹
- 結構功能論的法律社會學——帕森思法律觀
的析評 洪鎌德
- 以媒介——形式理論重構現代社會之功能分化 魯貴顯
- 認真看待社會變遷的憲法——變遷機制的
初步探討 李立如、張文貞
- 橫看成嶺側成峰——從個別社會部門
整合憲法人權體系 蘇永欽

部門憲法

——憲法釋義學的新路徑？

蘇永欽*

目次

壹、前言	二、形式與實質部門憲法
貳、釋義學蓬勃發展下的困境	三、廣義與狹義部門憲法
一、直接移植造成的混亂	四、部門如何界定與區隔
二、釋義學明顯脫離文本	五、更加凸顯結構法性格
三、新舊規範間衝突隱現	六、部門特別關係的浮現
四、規範與現實落差擴大	七、部門的同質與異質性
參、從部門觀點分析憲法內涵	八、人權的一般與部門性
一、德國未形成學說主流	伍、潛在危險與若干操作建議
二、國內已見的少數嘗試	一、可以預見的潛在危險
肆、作為憲法釋義學的新路徑	二、適當操作的幾點建議
一、釋義學現狀的再超越	

壹、前言

在任何一個成文法體系，法釋義學都承擔瞭解決法律適用問題，同時提高體系精密度、可預見性以及回應彈性的功能，社會的分殊程度越高，法釋義學承受的負擔越重¹。我國的憲法釋義學在行憲以後相當長的時間，停在一種夫子自道的狀態，憲法在國家生活中被當成一種主義，一堆理想，很少人把它看成和民法、刑法一樣是可以實際適用的法律，因此釋義學只需要以教科書的形式，負起思想啟蒙的任務，偶見一些理論的爭議，卻很少能反映社會實際存在的衝突。這種情形一直到民國七

* 德國慕尼黑大學法學博士，現任國立政治大學法律學系教授。

¹ 參閱Luhmann, N., Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, passim.

○年代中期，較大幅度的民主改革終於啟動，大法官解釋制度也一再自我突破，而在社會運動之外打開了另一扇人權改革的大門後，才出現了明顯的改變。大量的論文開始針對各種政治社會問題，從憲法角度做規範性的探討，經過這樣的廣挖深掘，憲法才有了越來越高的現實性，解釋憲法的大法官解釋，一方面從這些討論中汲取養分或引為奧援，另一方面也為釋義學提供再詮釋和批判的材料。

倒是在憲法釋義學蓬勃發展的背後，有心人應該不難看到一些隱憂，現在應該是我們認真的去作一番檢驗的時候。個人基本上認為，我們的憲法釋義學發展到今天，概念和方法的百花齊放，固然大大增加了憲法干預社會生活的空間，但同時也使它的恣意性升高到難以忍受的程度。更令人憂心的，是一方面它在很多地方已經呈現與文本脫節的現象，另一方面，憲法與社會現實的差距也愈來愈大，顯示釋義學與憲法文本的脫節，並非源於對社會變遷的回應，因此也未能阻止憲法的走向異化。有鑑於此，本文才大膽的提出部門憲法的論述方向，作為釋義學的新路徑，一方面希望藉此把憲法的適用拉回到文本，正視規範內部整合不足的問題；另一方面也在既有的釋義學基礎上，通過對個別部門的整體觀察，而以更全面的詮釋循環來理解憲法的內涵，使它面對快速變遷的台灣社會，仍能發揮適當的規範和引導功能。此一角度的討論並不是第一次，但過去多為淺嚐輒止，而且未從方法上去做較深入的反省，包括可能的實益與危險，應注意的界限等。部門憲法會不會是克服目前釋義學混亂的良方，當然還不得而知，所以本文標題加上了一個問號，不過至少應該是一個有價值的嘗試。

貳、釋義學蓬勃發展下的困境

一、直接移植造成的混亂

作為憲法釋義學基礎的憲法學（Verfassungslehre）、國家學（Staatslehre）²和一般的法律理論和方法論，都是後設於實定法，而需要在不

² 這當然只是德國或德語系法學的分類，憲法學早期的名著如Schmitt, C., Verfassungslehre, 1928; Loewenstein, K., Verfassungslehre, 4A., 2000（按此書原以英文寫作，

同時空求得印證的理論，印證的程度越高，說服力越大。但任何法釋義學本身必以特定法秩序的實定法為其研究分析的標的，追求的是該法秩序的順暢運作，而不需要超越時空的印證。因此外國法律及其釋義學，可以作為比較研究的材料，但不能直接輔助本國法律的註釋，具有理論價值而可以提供本國釋義學參考的，必然是比較的結果，而不是外國釋義學本身。法律移植是唯一的例外，只有在這種情形，釋義學必須隨同法律移植，一如機器的操作手冊，是附隨機器買賣的技術移轉，至少在初期，移植國的釋義學最好是亦步亦趨的跟著母國釋義學走。但即使在法律移植的情形，基礎理論的研究，仍然是成功的最大保證。我國在一個世紀前開始民、刑法及其訴訟法的移植，隨之發展出來的法律學，實際上就是各母國釋義學的再製，經過這麼長的時間，民刑法學者大部分的精力還是用在與母法的比較上，對於後設於釋義學的理論，如私法自治的哲學意義，財產權的經濟分析，犯罪的社會學分析，訴訟程序的體制意義等，並未顯示太大的興趣。以這些法域的技術性與實用性，以及台灣法學人力的有限性，會有這樣的結果雖然可以理解，但長期而言，我們民刑法的釋義學必如無根的浮萍，很難期待會有較大的突破或自主的發展。

不過這裡要談的，還是憲法釋義學從一開始就陷入的美麗錯誤。源於民、刑法釋義學的成功經驗，後發的憲法學耕耘者，不知不覺的把這樣一個高度政治性、社會性的法律，當成和民法一樣高度技術性的法律，而把德國的憲法釋義學沒有經過太多反芻就直接移植到我們這裡，完全忽略了代表主權國家存在的憲法不適合，也完全不可能像財產法一樣的「移植」，最多只有在制憲時以當代具有典範地位的憲法作為參考對象，學習其體例、技術或足以反映時代精神的大原則。因此跳過憲法理論的「轉化」，直接援用德國憲法釋義學來註釋我國的憲法，或者把

書名為Political power and governmental process，為了配合德語系國家的語境才在德文版改為憲法學）；較近則有Haverkate, G., Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992; Brinkmann, K., Verfassungslehre, 2A., 1994；國家學的書則如Ermacora, F., Grundriss einer allgemeinen Staatslehre, 1979，中譯本可參林信和，一般國家理論要義，國民大會憲政研討委員會出版，1986年；Zippelius, R., Allgemeine Staatslehre, 9A., 1985; Kriele, M., Einführung in die Staatslehre, Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaats, 3A., 1988.

德國的憲法釋義學當成可以放諸四海而皆準的憲法理論，在方法上已經欠缺任何正當性。即使多數時候只是參考了德國憲法的原則，也因為德國戰後發展出來的憲法釋義學，所訓詁的基本法和我國憲法主要借鑑的威瑪憲法，其實是建立在截然不同的國家社會關係模型上³，從而不論就指導原則或規範體系而言，任意取譬都隱含了相當高的風險。至於把美國憲法實務發展出來的原則和分析觀點，現買現賣的引進到我國的憲法解釋，就更不能不多考慮兩個法系間方法和概念上的差異，乃至背後相去甚遠的國家與社會哲學了⁴。

指出這個基本的方法錯誤，絕無意忽視憲法所宣示人權的「普世」性格，也就是多數人權已從特定歷史情境昇華為人類共享文明的事實。故德國憲法法院或美國最高法院所詮釋的人身自由或言論自由內涵，如果代表的是人類文明的再提昇，我們直接把這些新創的內涵移植到我國憲法規定的人身自由或言論自由，應該沒有什麼不妥。然而區隔各國人權釋義學的，本來就不在人權的內涵，而在進一步處理人權與公共利益衝突，或不同人權之間的優先性，所採用的方法，其差異通常會反映在各國憲法對不同法益的權衡，落實人權保障的組織程序，乃至政府的分權方式上。跨越國界的借鑑，如果未通過這些審查比較，很難不造成內部體系的扞格。事實上不僅跨越國界如此，就是內國實定法秩序的轉換，釋義學的重建也不能不留意這一點。德國憲法學者從人權規定發掘出種種「客觀效力」，始於主觀人權未能在程序上充分落實的威瑪憲法時代，當戰後基本法把所有公權力都納入人權的規範，並建立廣泛的憲法訴訟制度以後，這些客觀效力的理論已經不是絕對必要，但還是繼續

³ 參閱李建良，自由、人權與市民社會——國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義，收於憲法理論與實踐(二)，2001年，頁1-57；兩種模式也有操作技術上的不同，比如德國就有學者認為Carl Schmitt提出的制度性保障理論是威瑪憲法對基本權採間接保障下的產物，因此到了基本法採直接保障後即非必要，可參陳春生，司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討，收於李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第2輯，2000年，頁276。

⁴ 至於兩個社會發展階段不同，更是不宜複製憲法釋義學的重要理由，在Peter Häberle的比較研究中即曾特別指出，參所著Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalt, Kleinstaaten und Entwicklungsländer, 1992, 821 f., 轉引自石世豪，從司法院大法官釋字第364號解釋論廣播電視自由之客觀法與基本權利雙重性質，收於李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第2輯，2000年，頁402，註106。