

學術專論

民主國家的憲法 及其守護者

黃舒芃 著

民主國家的憲法 及其守護者

黃舒芃 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民主國家的憲法及其守護者 / 黃舒芃著. -- 初

版. -- 臺北市 : 元照, 2009.08

面 ; 公分

部分內容為英文

ISBN 978-986-6540-76-9 (平裝)

1. 憲法 2. 文集

581.07

98009596

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

民主國家的憲法及其守護者 1D145PA

2009年8月 初版第1刷

作 者	黃舒芃
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 480 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2370-3286
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 978-986-6540-76-9

謹將本書獻給我的老師

許宗力大法官

序 言

還記得1999年，碩士班剛畢業的時候，我一方面決定出國深造，並以憲法作為主要研究領域；但另一方面，對於究竟要選擇哪一個留學國，以及撰寫什麼樣的博士論文題目，卻幾乎是毫無概念。回首當時的迷惘，很慶幸自己後來在身邊許多師長、親朋好友的鼓勵之下，選擇先後體驗美國與德國的留學生活。因為，這個決定不僅讓我的生命視野加倍寬廣，更幫助我下定決心鑽研「民主立法vs.違憲審查」這個讓我深感興趣的研究主題，今天這本書也才得以誕生。

本書所收錄的文章，都是我從這段寶貴的留學經歷中獲取的研究心得。這當中，有些是在選擇博士論文主題的過程中摸索、學習的紀錄，有些是博士論文部分內容的改寫與補充，有些則是因為受到博士論文的啟發，繼續延伸撰寫而成。儘管寫作時間先後有別，各篇文章分別在國內各學術期刊出版至今也有一段時日，但大抵說來，我在各篇文章推論過程中所表達的一貫立場，迄今仍未改變。若從這個角度看來，撰寫博士論文這個階段對我而言，無疑具有奠定思想基礎的意義。

如果沒有許多人在我求學、求職這一路上，給予扶持與關懷，我不可能有持續的動力與耐力來完成這些作品。其中，最要感謝許宗力老師與翁岳生老師多年來對我的種種協助與鼓勵，以及我的博士論文指導教授Prof. Dr. Stefan Koriath在我留德期間細

心而寬容的指導。他們的關懷，是支持我走過這幾年學術生涯高低潮最重要的助力。也要特別感謝這些年來一直不厭其煩閱讀我的文章，帶給我許多靈感與寶貴意見的討論伙伴鍾芳樺學長，以及在智識與生活上都提供我諸多啟發，也始終不吝關心我、激勵我的蔡宗珍老師。助理李孟哲先生與張之萍小姐協助本書的校對工作，在此也一併致謝。最後要謝謝我的父母親。他們在我成長過程中無盡的愛與呵護，使這一切成為可能。

黃舒芃

2009年2月謹誌於德國慕尼黑

目 錄

序 言

民主國家的憲法及其守護者——導論	1
------------------------	---

I. 憲法基本原則之理論內涵與制度化實踐

- 法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵 7
- 多元民主中的自由保障
——Hans Kelsen的多元主義民主觀暨其對議會與
憲法法院的證立 55
- 社會權在我國憲法中的保障 99

II. 司法違憲審查之權力本質與權力界限

- 德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡
——從H. Kelsen與C. Schmitt的辯論談起 141
- 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「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋
活動的本質 179

• 「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	245
• 從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題.....	293
• The Countermajoritarian Difficulty Revisited — An Examination of Bickel's Theory of Judicial Review from Dworkin's Perspective	363
【中譯文】再訪「抗多數困境」 ——從Dworkin憲法理論的角度檢視Bickel的司法審查理論	391
著作目錄.....	413

民主國家的憲法及其守護者

——導 論——

司法違憲審查與立法兩權之間的關係，是我博士論文的研究主題，也構成本書的核心內容。書中所收錄的各篇文章，或多或少都涉及這兩個權限彼此之間的權力分立難題。當然，這樣的討論議題要能成立並有意義，必須預設法治、民主、權力分立、基本權利保障等憲法基本原則的前提。因此，在章節的安排上，本書以「法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵」、「多元民主中的自由保障：Hans Kelsen的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立」，以及「社會權在我國憲法中的保障」等三篇文章作為起頭。其中，「法律保留」一文從德國十九世紀以來奠基的法治國傳統出發，分析立法權之所以能在德國法秩序結構中占據領導地位的緣由。基於論證所需，本文也連帶檢視了美國法背景下的立法與行政關係，藉此更進一步凸顯德國法制中權力分立體系的特色。第二篇「多元民主」一文，旨在透過對Hans Kelsen的思想史研究，闡釋Kelsen對相對主義與多元民主的主張。從這個角度出發，可以特別清楚地理解國會（立法）與憲法法院（違憲審查）在德國整個民主制度中的重要性，以及兩者之間究應如何互動，以能守護民主的永續經營。至於列入第三篇的「社會權」一文，則是以我國憲法為討論場域，試圖從憲法的「民生福利國原則」出發，檢視社會權在我國憲法中的保障地位與保障方式究竟為何，並因此而連帶檢討社會權落實過程中牽動的權力分立問題。由於我國憲法在這個部分的內容仍高度仰賴對德國法的移植，因此本文在論述過程中，仍先大量援引了德國法相關文獻對於社會國原則內涵與來龍去脈的剖析，以便澄清我國法學界的討

2 民主國家的憲法及其守護者

論（仿效德國）區分不同的社會權保障位階背後的規範性基礎何在。有趣的是，儘管三篇文章各自的撰文背景有所不同，但歸納的結果，卻很巧合地分別對應至法治國、民主國與社會國這三個同為德國與我國憲法最重要的憲法基本精神。透過這三篇文章，我希望除了能藉由脈絡追尋的方式，進一步理解法治國原則、民主原則及社會國原則在德國與我國憲法中的內涵與具體發展狀況之外，也能藉此對司法違憲審查、立法與行政三權在憲政制度安排中彼此間的相對位置，有更細緻而立體的觀察。

本書第二部分所收集的五篇文章，主旨都在探討作為「憲法守護者」的司法違憲審查權。其中，「德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡：從H. Kelsen與C. Schmitt的辯論談起」，與「再訪『抗多數困境』（The Countermajoritarian Difficulty Revisited）」，都是在摸索博士論文主題的過渡階段所進行的思想史考察。前者嘗試透過對Hans Kelsen與Carl Schmitt一手文獻的分析，解讀在德國威瑪時期國家學相當著名的違憲審查爭議，而後者則涉及美國不同憲法理論之間針對違憲審查「抗多數困境」問題的交鋒，在此爭議背景之下檢視了Alexander M. Bickel與Ronald Dworkin的辯論。單從這兩篇文章彼此間的對照，已可約略看出德國及美國法傳統在同樣面對司法違憲審查權限問題時不同的思考基礎與處理態度。至於「從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題」、「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『法制訂』的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質」，及「『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之問題與解套」這三篇文章，則是在博士論文主要論點完整成形以後的改寫之作。其中，「普通法」一文透過對美國普通法傳統思考特質的分析，重新反省美國長久以來的違憲審查正當性爭議；而「憲法解釋」與「功能最適」這兩篇文章，則站在德國法秩序傳統的基礎上，指出：違憲

審查與立法之間權限分際問題的釐清，必須以確保「法適用」與「法制定」兩者在方法論上的區分為前提。一如在博士論文中的主張，這三篇文章都立基於「英美普通法（common law）與歐陸法（civil law）傳統各自以不同方式定位司法權、乃至於司法違憲審查權」的認知，並在此一基礎上，分別檢視司法違憲審查與立法兩權之間在美國與德國看似雷同、實則彼此歧異的權限爭議樣貌。這些文章共同透露的訊息，就是「法制定（law making/Rechtsetzung）」與「法適用（law application/Rechtsanwendung）」的區分在德國法傳統下的意義與必要性。我認為，「法制定」與「法適用」的區分在司法違憲審查權的討論上之所以重要，是因為它一針見血地指出了司法與立法兩權之間權力分立的問題在美國與德國法制背景下之所以具有不同意涵的關鍵：有別於美國普通法重視「透過不同個案情境不斷累積，來塑造法律實體內涵」的司法傳統，德國所立基的歐陸法背景，始終都強調司法機關（包括憲法法院）必須「根據一套客觀存在的法規範體系」來進行個案審判，從而不斷執著於探究：這套提供司法機關進行「法適用」的客觀法規範基礎及標準究竟何在。也正是此一論點的確立與發展，開啓了我之後對法學方法論濃厚的研究興趣，以及希望藉助法學方法論來釐清釋義學問題的一連串構想（敬請參見筆者隨後即將出版的法學方法論學術論文集：《變遷社會中的法學方法》）。儘管在比較法的世界裡，歐陸法與普通法之間的差異，已在國際化、全球化的背景下大幅地被稀釋；但值得注意的是，從美國及德國各自所累積無數的法院判決當中，我們依然可以清晰地看到普通法與歐陸法不同的法學思考與訓練方式，對兩個傳統下的法律人所造就的深刻影響力。這樣的發現，不但一再幫助我確認這兩套法系分別觀察的必要性，更時時提醒我在分析不同法系背景下的問題時，必須極力避免欠缺脈絡認知的比附援引或任意批評。

4 民主國家的憲法及其守護者

以上的認知，可以說是我的博士論文帶給我最重要的體會，也決定性地影響了我之後從事研究工作的基本態度。透過這層認知，我一方面不再過於武斷地用「孰優孰劣」的評比態度，來看待彼此不同的制度或理論；另一方面，也因此而對法律思想史的研究，產生更進一步的興趣，因為它不但往往是解析一套體制背後生成脈絡與條件的最佳線索，也幫助我更深刻體認到學說、思想的多元性，進而瞭解：法律思辯從來都不只是甲乙丙說的歸類與採納，而毋寧蘊含無數豐富、活潑的腦力激盪。當然，在這段探尋的過程中，我也發現思想史的研究在台灣不容易得到認同，也經常引來許多誤會與批評。例如，倘若在詮釋一個思想的過程中，忠實分析一手文獻的主張，就容易被認為是「重複一手文獻講過的」、沒有創見的表現；但如果一反（存在於台灣的）所謂「通說」見解，對一手文獻提出個人創新的解讀，又容易被批評「論證欠缺根據」。此外，思想史研究主題的設定，也容易招致質疑：聚焦式的討論往往被批評忽略周邊問題，通盤式的脈絡考察往往被批評偏離主題，而一些在台灣不常見的研究，更常引來諸如「為何要進行此項研究？」、「A學者已經發展出類似理論，為何還需要研究B學者的理論？」，或者「此項研究否定（台灣）通說某種觀點，因此已是一種『走向虛無的後現代研究』」等等的疑問或評述。以上種種，都使我在這幾年來寫作的過程中，深感必須加倍努力，才能以更紮實的知識基礎，來面對這些質疑。數年累積的結果，也為我帶來很多的收穫。

如前所述，本書收錄的文章各自著眼於德國法、美國法與我國法的研究。儘管我的博士論文正是不折不扣地運用「比較法」作為研究方法，試圖透過對美國法相關問題的觀察，回過頭來對比、檢視德國法本身的問題核心所在；但就本書各篇文章個別而言，由於主題設定與篇幅限制的關係，因此嚴格而論，均非「比較法」之作。相反地，正因為這些文章都不希望以單純對照式的

法制比較為訴求，所以在論述過程中，我所關心並期許自己能做到的，都只是盡可能完整而忠實地呈現一個制度或理論在它原本所屬的法秩序脈絡當中的發展軌跡。因此，雖然當初在投稿過程中，許多審查意見批評這些文章「欠缺本土反省」，但我仍認為，唯有先掌握不同法秩序背景各自的特色與彼此間的差異，方能在日後進行真正的本土化反省。更何況，當代的台灣法，立基於多階段、且先後受到不同國家影響的複雜繼受。相較於德國與美國，台灣法秩序背景的掌握，難度反而更高。平心而論，現階段的我還沒有足夠能力分析處理許多外國法制在台灣的繼受問題。

儘管如此，我仍希望本書內容能有助於釐清台灣許多憲政問題的本質。畢竟，當今許多發生在台灣之爭議，往往摻雜了對外國法的誤解、扭曲或斷章取義的解讀。然而，如果能回歸到這些議題背後各自所本的制度背景與發展脈絡，我們就不難發現：台灣的問題往往不是未能將外來制度「本土化」，反而恐怕經常是未能完整體察這些制度的精神，繼受不足的結果。所以，雖然本書中大部分的文章都著眼於外國法，而非本國法的分析，但正因為台灣本來也就是透過繼受這些外國法來建構自身法制的內涵，因此對外國法的完整觀察，其實往往也同時是反省台灣現況的重要憑藉。除非我們拒絕接受民主、人權、法治這些來自西方經驗的基本價值，否則，即使時至今日，台灣憲政的進步，還是必須在相當程度上仰賴西方法的傳承。當然，必須承認的是，這樣的認知無疑是受到筆者個人基本價值觀的影響。由於始終抱持對民主與自由的信仰，因此我無法認同所謂「民主與自由不合乎我國法制傳統」的看法。對我來說，台灣自解嚴以來的發展，恰恰彰顯出民主與自由的可貴。若以「本土化」為由，排擠民主、自由在台灣茁壯的空間，不僅對過去數十年來大批法學者致力於將留學國的法治精神引進台灣的現象是一大諷刺，台灣法對於國際化

6 民主國家的憲法及其守護者

與現代化的追求也將功虧一簣。

本書中的這些文章，都是在秉持對民主與自由的信念之下撰寫而成的。因此，儘管由於筆者個人能力的限制，這本論文集當中許多內容難免有所疏漏，甚至現在看來已有明顯思慮不周之處，但我仍將它們視為一份值得回味的紀錄，從而選擇在這個集結出版的時刻，保留它們的原貌。本書呼應文章主題，定名為「民主國家的憲法及其守護者」。正因為民主與自由是如此珍貴而且得來不易，所以我堅信，民主與自由的捍衛對任何憲政國家而言，都是至關重大的任務。就此意義而言，司法違憲審查權的護憲功能不論在德國、美國或台灣，都應持續占有舉足輕重的地位，其研究自然也將歷久彌新。

法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵

目 次

壹、前 言

貳、法律保留原則的法治國基礎與民主意涵

一、法律保留原則的歷史淵源

二、法律保留原則在德國基本法底下的法治國與民主依據及其意義

參、作為德國憲法與行政法秩序特徵的法律保留

一、法律保留原則對德國立法與行政權限分際的意義與影響

二、法律保留在美國？

肆、結 語

關鍵詞：法律保留、法治國、民主、國會、授權、行政合法性

壹、前言

在眾多台灣公法學界從德國繼受而來的法概念當中，「法律保留原則」儼然已經成為繼受成果最顯著的概念之一。時至今日，將「法律保留」視為積極界定立法與行政權限分際最主要的規範準則，在台灣法秩序底下幾乎已被認為理所當然¹。積極繼受德國法上相關討論的結果，使得台灣公法學界不僅在憲法領域強調法律保留的要求；在行政法領域，尤其強調將「依法行政」當作行政行為的指導原則，從而一再凸顯「法律優位（消極依法行政）」與「法律保留（積極依法行政）」的重要性²。除此之外，更由於法律保留肩負規範「立法與行政權限分際」這項具體並且在實務上經常發生爭議之問題的任務，使得法律保留原則的使用也屢屢出現在法院判決與大法官解釋當中，從而更進一步彰顯其實際意涵與影響力。

或許正因為法律保留具備如此之實際意涵，不論在其「發源地」德國或「繼受國」台灣，都集中相當心力在「法律保留如何具體發揮界定立法與行政權限分際之功能」的探討上，也因此，法律保留的適用範圍（例如侵害保留、全面保留、或德國聯邦憲法法院發展出來的所謂「重要性理論（Wesentlichkeitstheorie）」等）與控制密度（例如根據重要性理論而界定之國會保留或授權

-
- 1 國內最完整而深入的討論，參見許宗力，論法律保留原則，收於法與國家權力，頁117-213，月旦，增訂二版（1993）。新近討論並可參見廖元豪，走自己的路——大法官「法律保留本土化」之路，台灣本土法學雜誌，第五十八期，頁21-40（2004）。
 - 2 參見陳清秀，依法行政與法律的適用，收於翁岳生編，行政法，頁138-154（1998）；吳庚，行政法之理論與實用，頁79-114，自版，增訂八版（2004）。

明確性原則的運用等³⁾，便往往成為相關討論的焦點，也是具體

³ 關於重要性理論、國會保留、法律保留及授權明確性之間的關係，在德國實務發展與學界討論中其實一直有所爭議。簡單地說，各立場之間的歧異，主要繫於對國會保留的概念界定（於此尚不涉及國會保留到底只是「事務保留」、或者也包括「方式保留」的討論。關於這點可參見許宗力，前揭註1，頁196-197；Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 1988, § 62, Rn. 9; Steffen Detterbeck, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Jura 2002, S. 235-240, 237），以及重要性理論的運用範圍。相關分析與檢討可參見Michael Nierhaus, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie, in: FS Klaus Stern, 1997, S. 717-732; Wolfram Cremer, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 122 (1997), S. 248-267; Ulrich M. Cassner, Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz, in: DÖV 1996, S. 18-25; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, § 6, Rn. 11c. 總的來說，多數學者似乎較傾向於認為：儘管國會保留意味著某些事務領域授權的禁止（所謂「加強型的法律保留」），但是並未完全排除國會在該等事務領域範圍內，針對相對不那麼重要的事項，依據聯邦基本法第80條第1項第2句之「授權明確性」原則進行授權的可能，從而不論國會保留、法律保留或授權明確性，論其實際都指向國會法律規範密度的問題，而國會保留的認定也因此不必然直接排除基本法第80條第1項第2句之授權明確性原則的適用。參見Ernst-Wolfgang Böckenförde, Nachwort: Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt. Bemerkungen zur Entwicklung und zum heutigen Stand der Diskussion (1981), in: ders., Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus (1958), 2. Aufl., 1981, S. 375-402, 393; Hans-Uwe Erichsen, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Jura 1995, S. 550-554, 553; Frank Rottmann, Der Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt, in: EuGRZ 1985, S. 277-297, 295 f. 不過亦有論者認為，國會保留事務領域的明確性要求與基本法第80條第1項第2句的授權