

憲法與國家. 一

蔡宗珍著

元照出版公司

憲法與國家(一)



蔡宗珍 著

元照出版公司

序

憲法乃法與政治之交會點，憲法法學之發展當無外於政治現實之可能，憲法研究毋寧須不斷地面對來自動態、真實政治層面的衝擊與挑戰，亦由此獲得其規範性根基與生命力。我國憲政發展歷程可說一路顛簸，從有民國之名，到有憲法之形，已然經過了三分之一世紀的時間，而一直到了二十世紀最後十年，徹底擺脫了由戒嚴與動員戡亂時期之名義所扶植的威權體制後，方得有民主憲政之實質，憲法規範的莊嚴地位始得以慢慢浮現並鞏固。然而，憲法規範效力卻非自此即享有實質優越性，仍須不斷地在憲法學理與憲政實踐的互動之中，藉由思辨批判以澄清之，這也是選擇以憲法法學研究為志業的作者最深切的自我期許與研究方向。

本書選錄了作者近年來於學術研討會、學術期刊或主題專書中所發表有關憲法與國家權力研究的學術論文十一篇，大致環繞在憲法的基本概念、憲法機關的定位與權限、憲法下的政黨、憲法基本權之具體保障以及國家責任問題等幾項主題，各篇內容於此次出版前均已經過程度不一的增刪修改，期能補綴其中疏失缺陋之處。本書另行收錄五篇作者因應時事問題所寫的文章，這些文章雖非以學術論文的規格所書寫，背景情境亦已事過境遷，然其中所論介之法理問題仍有一定程度的思考價值，因此以附錄形式收於書後，以供參考。

多年來在學術研究之路上一直有幸遇到許多提携照顧我，並在思想上與專業上不斷提供我發展養分的師長、前輩與道

友，尤其那些不吝時間心力與我討論各種問題、分享彼此觀點的好友，常常讓我感到人生此路不孤單的幸福感，除了衷心感謝外，實無其他更適當的言語。我親愛的家人（當然也包括我的寶貝狗兒與貓咪）對我一向包容與支持，讓我年近不惑之年仍得以任性地享受幾乎沒有心理與生活負擔的悠哉生活，只管自己讀書、教書、寫作，對他們，我只能銘感於心，無以言謝。一本書的成形，當然是許多人大力幫忙的結果，尤其元照出版公司諸位同仁鼎力協助，讓此書得以於短時間內順利問世，謹在此致以由衷謝忱。對於本書疏誤之處，尚祈各方家先進不吝賜正。

蔡宗珍

二〇〇四年二月二十九日

目 錄

序

卡爾·史密特之憲法概念析論

壹、問題基點與研究主題·····	3
貳、基礎概念的建構·····	6
參、四種層面之憲法概念的辯證·····	9
肆、兩種憲法內涵的衝突——市民法治國憲法vs.政治性 憲法·····	28
伍、兩種法律概念析辨——法治國的法律概念vs.政治的 法律概念·····	33
陸、反省與啓發——代結語·····	35
參考文獻·····	39

國民主權於憲政國家之具體結構與相關問題之檢討

壹、國民主權之意義與問題關聯·····	47
貳、國民主權下的制憲權理論·····	48
參、憲法有效支配下的國民主權與制憲權·····	54
肆、國民主權於憲法中具體化之路徑：國家權力之結構與 回饋體系——民主正當性之建立·····	59

當前立法院憲政地位之評析

壹、前 言·····	67
貳、六次修憲後立法院主要的憲政權力及功能之分析·····	70

參、立法院與總統、行政院間相互關係之分析·····	81
肆、結語·····	86
附錄：十年憲改歷程之回顧·····	88

我國憲法審判制度之檢討

壹、前言·····	101
貳、我國憲法審判制度之定位與發展·····	102
參、現行憲法審判制度之合憲性思考·····	117
肆、全國司改會議之兩階段改革建議之合憲性與可行性 ——代結論·····	129

憲法、國家與政黨

——從德國經驗探討政黨法制化之理論與實踐

壹、前言·····	135
貳、民主憲政秩序下的政黨關聯性·····	138
參、德國政黨法制規範發展之評介·····	148
肆、我國政黨與政黨政治之發展歷程與政黨法制之建立·····	169
伍、結語·····	175

我國憲政體制下政黨的定位、發展及其危機

壹、前言·····	179
貳、政黨於民主國家中的意義、定位與發展脈絡 ——憲政理論的思考·····	181
參、政黨於我國憲政秩序下的定位·····	203
肆、政黨於我國現階段憲政秩序下的質變·····	216
伍、結語·····	220

從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題

壹、前言	225
貳、問題範疇的界定——「安樂死」概念的內涵及其法律定位與爭議	227
參、憲法的思考基準	232
肆、安樂死立法政策發展的憲法反省——代結論	255

從憲法財產權之保障論既成道路與公用地役關係

壹、背景與問題	267
貳、既成道路相關法律見解之回顧與檢討	269
參、具有公用地役關係之既成道路的法律性質及時效取得之問題	281
肆、國家補償責任問題與司法救濟途徑	293
伍、結 論	305

公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討 ——釋字第四六九號解釋評析

壹、前言	311
貳、理論基礎	314
參、七十二年台上字第七〇四號判例見解之謬誤探討	323
肆、釋字第四六九號解釋之評析——代結論	327

冤獄賠償請求權之排除條款的合憲性問題 ——釋字第四八七號評析

壹、問題背景與爭執焦點	335
貳、理論基礎——國家責任理論及其主要型態概觀	338
參、冤獄賠償法制之性質及其憲法依據	344

肆、冤獄賠償法與國家賠償法之關係·····	347
伍、冤獄賠償法立法者之形成自由及其界限·····	348
陸、其他附帶性問題之探討·····	349
柒、結 論·····	352

結社自由與人民團體之名稱決定權

——大法官釋字第四七九號與附隨不同意見書之評釋

壹、本釋憲案之發展過程、爭議所在與結果·····	357
貳、憲法結社自由之保障內涵·····	358
參、對於不同意見書之評釋·····	364
肆、本號解釋之效力射程範圍與人民團體法未來之展望 ——代結論·····	376

附 錄

從分裂到統一——德國統一歷程的回顧與省思·····	379
新聞報導自由與國家機密之保護·····	393
憲法增修條文自何時起生效？一個憲法學理層面 的思考·····	407
從憲法層面看公民投票之爭議·····	415
國民卡計畫案的合憲性與合法性爭議之探討·····	431

卡爾·史密特之憲法概念析論

壹、問題基點與研究主題

貳、基礎概念的建構

參、四種層面之憲法概念的辯證

一、概 說

二、絕對的憲法概念及其意義態樣

三、相對的憲法概念

(一)憲律的本質

(二)相對性憲法的形式性特徵析辨——形式意義的憲法vs.形式意義的憲律

四、實證性憲法概念

(一)政治統一體的存在前提

(二)實證性憲法經由制憲權主體的決定而形成

(三)實證憲法與實證憲律之區分實益

(四)威瑪憲法作為一種拖延性憲法

五、憲法的理想概念

肆、兩種憲法內涵的衝突——市民法治國憲法vs.政治性憲法

一、市民法治國憲法

(一)分配原則與組織原則

(二)法治國的概念

二、政治性的憲法內涵

三、市民法治國憲法與政治性憲法間之矛盾

伍、兩種法律概念析辨——法治國的法律概念vs.政治的法律
概念

陸、反省與啟發——代結語

參考文獻

一、中文部分

二、英文部分

壹、問題基點與研究主題

簡約地說，支持並發展出得以融合自由、民主與法治理念之政治體制的當代憲政主義，其基本特徵有二：一是自由主義的思想基調；二是成文化憲法的形式。本於自由主義的思想，憲法乃維護個人自由領域免於受統治權力干預的憑藉，因此憲法的一大功能即在於保障人民享有不受國家權力恣意侵害的各項基本權，並據以約制國家權力之範圍與行使條件。在此面向上，憲法基本上是一道區隔公、私領域的分水嶺：節制公權力並保障私領域；而欲發揮此一功能，憲法理應「自我主張」擁有得以節制國家統治的權威性與拘束力。本於成文化的憲法形式，憲法因而具備法律的性格，此等憲法法律自然成為法秩序下之「基本法律」，由此開啓了憲法法學與憲法司法化發展之門。

但是，憲政主義下自由、民主與法治三種理念要素的作用並非全無扞格：隨著各國成文憲法內容的多元化取向，以及憲法司法實務的發展，憲法之於國家、政治及社會、個人的關係，似已逐漸脫離傳統自由主義的預設，發展出愈來愈多樣的新興功能與意涵，然而其中卻也蘊含了諸多有關自由、民主與法治三種要素間理念與實踐上之矛盾；此外，積極運作的憲法司法權，究如何在民主體制下獲致其合憲控制的正當性，亦已成為當代憲政國家的一大難題。在此等問題脈絡下，重新審視憲法的概念以及憲法下自由、民主與法治的意涵，應有助於掌握憲政主義發展中所產生的若干難題。

有鑑於憲政主義的發展非僅為一種學理的或抽象的思潮，而是在具體實踐中展現的政治理念，不同的政治體制自有不同的問題網絡與重點，且法學思想的發展與意義脈絡，亦不可能脫離其特有的時空背景而抽象存在，因此，本文無意對所有的憲政國家或憲政理論中之憲法的概念加以歸納、分析，而是將思考的脈絡特定於德國二十世紀以來的憲政理論與實際的發展經驗，並針對堪稱是德國二

十世紀之法學家中思想深具原創性，學術風格亦富爭議性的法學者卡爾·史密特（Carl Schmitt, 1888-1985）的憲法概念進行探究。

就當代憲政主義思想之發展而言，德國絕非思潮的引領者，但卻發展出獨樹一幟的憲政風格：當十八世紀後期，美國一七七六年獨立運動成功後，以及一七八九年法國大革命後，各自制定成文憲法，闢建了當代憲政主義之地基時，德國卻遲至二十世紀初第一次世界大戰後始制定第一部民主的威瑪憲法，正式躋身憲政國家之林。然而，作為德國第一部具有民主之形式與基礎的成文憲法，威瑪憲法一方面在形式上吸納了前文提到的當代憲政主義思想的兩大特徵，而另一方面，在實質上，這部憲法之定性與發展卻也無可避免地延續了十九世紀中葉以來德國國家學與國家法發展上的重大思想爭議，在短暫的威瑪共和期間即形成所謂的國家法「方法論與路線之爭」（Methoden- und Richtungsstreit），威瑪時期的重要的公法學者幾乎均參與其中，影響及於二次世界大戰後之波昂基本法。¹在這兩方面的交互作用下，德國形成了完全不同於美、法等國憲政經驗的獨特的憲法問題脈絡與多股憲法法學思潮之競鬥。

細究德國二十世紀初的國家法領域的論爭，可說與法實證主義（Rechtspositivismus）之發展密切相關。源自Carl Friedrich von Gerber（1823-1899）與Paul Laband（1858-1918）於帝國時期之法學思想的法實證主義，主張「法」（Recht）僅能從法中探求，「法學」（Jurisprudenz）應自我關涉，去除與國家理論、歷史、社會學等的聯繫，亦應與社會的、目的性的脈絡脫鉤，「法」的概念從而具體限縮為經制定而得的法律（Gesetze），對於法律的操作，亦應

¹ 一般認為威瑪共和時期的國家法學領域之方法論與路線之爭是於1926年所舉行的「德國國家法學者協會」年會會議中，由Erich Kaufmann以及Hans Nawiasky就「帝國憲法第109條所指的之前的法律之前的平等」為題所作報告而意外引發。有關論戰發展情形可參閱Friedrich, 1997: 324-325; Rennert, 1987: 22-66.

僅限於法學素材，也就是法律條文本身。法律的概念因而形式化，亦即有權機關經法定多數決程序所為的產物即為法律，不論其實質內容為何。法律在此表現了價值中立性，法律的有效性被認為係直接由其形成程序所證成（Böckenförde, 1981: 211-214）。²此等法學思想表現於國家法領域，即成為國家法實證主義，主張國家法學內涵應獨立於國家理論（國家學）、哲學、歷史與社會學等與國家概念相關的知識系統之外，純以邏輯的、形式的方法處理國家法問題，國家法學因而成為一種純粹的規範科學（Normwissenschaft），其研究的素材乃特定的實證法規範；國家法的實證法律也應該是價值中立的。這樣的國家實證法學也理所當然地去除政治性，成為一種史密特所稱的「沒有原則的形式」（Form ohne Prinzip）的形式法律之學（Schmitt, 1994b: 265-266）。

當本於民主程序而形成的成文化威瑪憲法出現後，「憲法」似乎理所當然地進入實證法學的氛圍中而成為憲法法律學的標的，成文化的憲法法律似乎也即等同於憲法本身。然而，國會制定的一般性法律尚可援引憲法以判斷立法程序的正當性，但憲法或憲法法律條文的正當性如何建立？若憲法本質即為一種規範，此一規範如何形成？形成憲法的終極性權威或實力，是否為法學研究的主題？這樣的終極性權威或實力與成文憲法間究有何種關係？如何解釋國會一方面依憲法規定以主張其權力之正當性，另一方面卻又有依憲法規定而來的修改憲法條文的權限？即使行使此一修憲權限的程序性難度遠比立法程序高，但無論如何，憲法本身規定了這樣的權限。如此一來，是否使得進行修憲的國會因擁有修憲權，從而凌駕於憲法之上？國會立法者是否也因此不受憲法實質性規定的拘束？

再者，威瑪憲法被視為是自由主義思想在德國第一個民主體制

² 有關法實證主義的概念分類以及主要命題，可參考顏厥安，1998: 235-335；2002: 4-20。

中具體的展現與成就，然而傳統市民自由主義主張憲法應藉由明文規定各個人之基本權的方式，限制國家權力的恣意行使，保障社會領域有別於國家領域的自主性。威瑪憲法中雖然明文規定了若干傳統的自由權項目，但卻也明定了諸多人民之義務項目，並要求國家應遂行多種社會性、經濟性、文化性、教育性任務。在這樣的憲法明文規定下，究竟威瑪憲法欲成就的是一個去政治性、社會化的國家，還是一個政治性無所不在的、國家化的社會？如何可能在憲法之下建立國家與社會間之最適關係？

本文之所以選定史密特的憲法概念作為探究對象，理由正在於史密特的憲法理論與當代憲政主義的思想主流有著相當明顯的差異，其特殊的思想脈絡正足以提供批判地審視當代憲政主義發展之困境時極佳的思考素材。以下本文將依序析論史密特的憲法學基礎概念、四個層面的憲法概念間之辯證、兩種憲法內涵的矛盾性、兩種法律概念的析辨，最後將回到以上的問題脈絡，嘗試對史密特的憲法觀作一整體性的評價。

貳、基礎概念的建構

史密特的學說中以獨特的概念建構著稱，其憲法概念建立在其對於人民（Volk）、政治統一體（politische Einheit）、國家（Staat）等概念的預設理解之上，而這幾個概念之間存在著觀念上的承先啓後關係。

「人民」是一個集合性且持續存在的概念，不同於個別的市民或公民，通常將之等同於「民族」（Nation）的概念而理解。史密特強調，人民必須是一個對其自身在政治上之特別性與政治性存在之意志有明確意識，且具有政治行動能力的統一體（Einheit），也就是必須是以「民族」的意義存在（Schmitt, VL: 79）。人民所構成之政治統一體的呈現便是國家。因此，「國家」是一個人民或民族

之政治統一體的「狀態」(Status)。由此可知，史密特認為人民或民族並不同於國家，國家反而是人民的一種狀態，也就是一種政治性的狀態，所以政治性特徵才是連結人民與狀態、因而得以掌握國家概念的關鍵所在，並非種種直接定義國家的方式，因此，史密特強調，「國家的概念是以政治性的概念為前提」(Schmitt, BP: 20-21)。³國家的具體形式與類型，則是由憲法所表彰，換句話說，國家作為一個政治統一體是憲法有效性的前提，而不是憲法的產物，憲法無法建構一個國家，但憲法賦予一個國家具體的政治性形貌，並決定了國家具體統治行為應有之秩序的展現。就此而言，史密特主要的法學論著雖以憲法而非國家法為名，⁴可是嚴格說來，其法學論述實以具有特定人民及政治性意涵的「國家」為中心所構成，其憲法概念可說從屬於國家概念而發展。從基礎概念的關係來看，已可預見史密特認為國家不可能去政治化，國家法也不可能去政治化，憲法不可能不具政治性意義的基本立場，憲法必然是政治性的呈現。由此也意味著史密特基本上認為憲法的改變，並非當然使得國家或人民之政治統一體之實質亦隨之改變。由史密特此等對於國家與憲法所本之立場觀之，已可推知史密特認為用以界定憲法之內容的準據，應該是在國家概念上探求，而無法由憲法本身得出，由此亦已留下史密特反對（國家）法實證主義之立場的重要線索，以及其於威瑪共和時期所致力建立之主權概念與非常狀態（Ausnahmezustand）雖均不受憲法拘束，但卻是不折不扣的法學問題之端倪。

³ 由於史密特主要的法學論著大多出版於二次世界大戰之前，到了1960年代才陸續重新再版，為了避免文獻引用上的困擾，本文所引用之史密特的著作，除已收錄於史密特兩本以論文集形式發行的文章仍採通行的註解格式外，其餘單獨出版的專論部分，均以縮寫代替文獻出版年份，詳細資料則仍附於參考文獻之中。

⁴ 例如1928年出版的《憲法學》、1958年首次出版的《憲法論文集》。

至於政治性概念的認定，史密特認為必須先找出特定的政治範疇（politische Kategorie）。特定的政治範疇指的不是「政治」（Politik），不是特定的事務領域或行為態樣，也不是針對某種可以清楚界定的、特定的客體領域，而是依據一定的判準（Kriterium）進行區分後所呈現的政治性現象或氛圍，「政治性必須存於最後獨自的區分之上，所有特定意義下的政治性行為均得以回溯至此等區分」（Schmitt, BP: 26）。基此，史密特認為判別政治性的特殊準據，也就是可藉以歸納所有的政治性行為與動機的準據，即在於敵友之分（Schmitt, BP: 26）：「敵友之分的意義在於標示出代表著連結或分離、聚合或分化的最極致的強烈程度（äußerster Intensitätsgrad）。」（Schmitt, BP: 27）史密特強調，敵友之分的概念要在具體的、存在性意義上理解，而不能視為一種比喻或象徵，也不能將之與經濟的、道德的或私領域內的私人感情與傾向等混雜在一起並減弱其意義。此一概念既非規範性、假設性的，亦不是「純粹想像上」（rein geistig）的對立，而是真實的、有進行區分之實際可能性（Schmitt, BP: 28）。但史密特主張的政治性的概念僅表現於公共領域，私領域中並不存在政治性的問題，私領域中也不會有政治性概念下的敵人（Schmitt, BP: 29）。實際進行敵友之區分後，對於敵人，即意味著必要時須發動武裝戰鬥，而且是真實的戰鬥。對國家之內敵人的戰鬥即為武裝內戰，對於國家外來的敵人，即為武裝戰爭（Schmitt, BP: 33）。

以敵友之分為準據的政治性概念運用於國家作為政治統一體時，不但表示國家必須具有必要時可根據自己的決定而認定敵人為何，並且與之戰鬥的實際可能性，而且國家擁有極大的權限可以發動戰爭，並公開處決人命——不但有權要求人民犧牲生命，也有權殺死敵人（Schmitt, BP: 45-46）。國家之所以在必要時須作出敵友之分的決定，並對抗敵人，目的是在確保國家內部完全的和平，建立「穩定、安全與秩序」（Ruhe, Sicherheit und Ordnung）的正常

狀態，以形成法規範得以有效支配所不可或缺的前提，也因此，國家在其作為政治性統一體的地位可能被撼動的危急的情況下，也必須作出認定「內部敵人」的決定，甚至發動內戰（Schmitt, BP: 46-47）。史密特認為，即使是在一個受到憲法法律所拘束的立憲市民法治國，也毫無疑問擁有此等用以護衛國家之政治統一體地位的特別權力（Schmitt, BP: 47）。

由此等國家的政治性意涵來看，實已隱微地指出並界定了史密特特殊的憲法概念：具有敵友之分意涵的政治性憲法，與不具敵友間之析辨能力的非政治性憲法部分兩者間的劃分不但有可能，甚至在史密特的思維體系中更是理所當然且必要的，也因而形成史密特環環相扣的憲法法學理論。

參、四種層面之憲法概念的辯證

一、概 說

史密特對於威瑪憲法的批評，可說幾乎出現在其所有的法學論著中，而對於其所主張之憲法概念完整的體系性解析，則主要表現在一九二八年問世的《憲法學》（*Verfassungslehre*）中。這本著作，就如同史密特在此書的前言中明白指出的，並不是一本註釋書，也不是一本專題論著，而是嘗試建構一套以市民法治國類型為主之憲法理論的「體系」（System），從內容來看，甚至是以威瑪憲法為主要的分析藍本，因此若認為這部憲法學根本是一部針對威瑪憲法所為的實證性研究，亦不為過。此外，由於當時興盛的國家法實證論者基本上是將有關憲法理論的基本問題，自國家法中分離出來而歸入一般國家學的範疇，致使一般國家理論之於國家的意義，與哲學、歷史、社會學等知識範疇之於國家的意義幾無差異，因此史密特特別強調他是以憲法學乃公法學的一種特殊分支領域的立場來進行憲法理論的研究（Schmitt, VL: ix）。史密特藉此即已表明其