

憲法學叢書系列

憲法學

二〇〇五年 二版

陳慈陽 著



元照出版

本書簡介

憲法學一書內容建構於當代憲法學兩大學理支柱：憲法核心理論及基本權核心理論，憲法核心理論不僅是現代憲法秩序賴以存續之正當性理論依據，更是在憲政實務上提供多元自由民主法治的憲法國立於不墜最重要的防衛及發展機制；基本權核心理論則是建構人權保障理論論證體系及在憲政實務有效率的保障機制，應是我國人權立國之理論基礎。這兩大現代憲法學理的精神及理論論證貫注於全書當中，涵蓋了研究憲法學不可或缺的基礎理論與概念、憲法基本原則、基本權總論、基本權各論及國家理論，內容之編排正是一本研究憲法學有體系的導論，但內容的深度及廣度卻不僅限於此，所以可稱為具「專論性質的憲法學導論」。

從這本書中不僅可以看出自希臘羅馬時期及至二十一世紀的憲法學理論與實務的發展，其中不僅是針對英、美、法、德等典型憲法國家所發展的當代憲法理論與實務，還針對我國憲政現實及憲法理論之發展提出分析與批判，最重要的是作者在本書中所建構的憲法學理論體系。更是珍貴的是，本書不僅將外國學理與實務予以說明與剖析，並對我國憲政實務所面臨的難題在參酌外國學理及實務經驗後，提出解決問題的自我見解。

ISBN 957-41-3189-0



9 789574 131891



5C30PB

定價：750元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

D911/11

2005

憲法學

陳慈陽 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法學 / 陳慈陽著. -- 二版. -- [臺北縣中和市],

陳慈陽出版; 臺北市 : 元照總經銷,

2005 [民 94]

面 : 公分

參考書目 : 面

含索引

ISBN 957-41-3189-0(平裝)

1. 憲法

581.1

94020040

憲法學

5C30PB

2005 年 11 月 第二版第 1 刷

作 者 陳慈陽

出 版 者 陳慈陽

總 經 銷 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

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

海
外
用
書

Copyright © by Angle Publishing Co., Ltd.

李鴻禧 教授 序

台灣戰後初期，因受二二八事件及白色恐怖的影響，一般父母避忌子女關心政治、法律；法律科系一向未如西方先進國家，成為青年學子所憧憬的世界、志願入學的熱門科系。到了七十年代，則因司法官特考之時或停辦、律師錄取率之超低，使參加聯考學生望法律系而怯步。直到九十年代，一方面，因為解除戒嚴、終止戡亂，社會上出現一批法律科系出身的政治人物，讓人稱羨；同時另一方面，律師、法官錄取率較前大為提高，法科學生出路寬闊許多；方使法律學變成人文社會科學中的顯學。

然而，令人遺憾的，在這種社會文化變遷中，對台灣未來最具重要性，最近更聚訟盈庭、議論紛紛的憲法學，在九十年代初期，仍然是法律學中的冷門，一樣乏人眷顧。當時，科班出身的憲法學者，老一代的固然鳳毛麟角，中年代者也寥若晨星。抑且，由於老一代的，或忙於紹述行為科學底實踐憲法學，或致力闡揚法哲學底理論憲法學，抑或盡心於移植違憲審查權之理論與制度；而中生代的，則忙於撰述深入、專門的憲法論文。因此，在市衢坊間，要尋購理念正確、體系井然的憲法教科書，竟然也成一件不容易的事；就連想找一本國外優異之憲法教科書之遑譯為中文者，亦不容易；這對有意研究、理解憲法者而言，實在是件憾事。

特別是在台灣，名門大學科班出身而且觀念嚴謹的憲法學者，為數不多；現對於此，對憲法一知半解，祇因汲汲充任「御用學者」，而從其他法學領域、甚至非法學學門，轉為「憲法教授」和「憲法專家」的，卻多如過江之鯽、喁喁麇集。這種「御用學者」在學界媒體優予豢養運用下，卻勤於發表憲法論文、撰著憲法教科書；不但在憲法學研究領域裡，造成「劣貨驅逐良貨」之倒退現象，而且逼使真正憲法學者，不得不為澄清其謬誤而煞費苦心。憲法學界因而期待真正憲法學者，儘速撰寫憲法教科書，正確闡揚現代世界主流之憲法原理原則，俾能收撥亂反正效益。最近三數年間，這種憲

法教科書之出版日多，固然值得欣慰，而陳慈陽教授出版這本憲法教科書，則格外令人印象深刻，倍感喜悅。

陳慈陽教授自留學德國魯爾大學學成歸國後，目睹台灣由威權統治進入民主發展過程中，憲法學理與憲政現實相互矛盾與衝突，就開始努力從憲法法理之深入研究，析理探索能適合憲政現實之理論，希冀能有助於解決此一矛盾與衝突的問題。然而，在曠廣深邃、浩瀚無邊的憲法學領域中，特別選定憲法基礎理論為這塊台灣仍屬荒蕪的園地，筆路藍縷、以啟山林，為台灣憲法學研究深化工作，做浪漫的拓荒者。於是從一九九七年四月出版「基本權核心理論之實證化及其難題」，同年九月又付梓「憲法規範性與憲政現實性」，到二〇〇一年三月刊行「人權保障與權力制衡」，繼續撰著憲法學基礎理論之系列叢書。在這些書籍中，陳教授先從憲法學之主要內涵——基本人權——切入，就其形成起源及依據作為原點，從其歷史發展做時間的縱剖，加上各國之比較研究做空間的橫切，歸納演繹、辯證推理，以所析理之基本權核心理論；再對照基本權限制理論，來尋繹台灣憲法之基本權核心理論之適用理論。同時，再擴而從憲法核心部分理論，包括民主共和、基本人權、權力分立、法治國、社會國、聯邦制度等原則之實證化及其難題，以德國憲法為例證，多方而深入引述探討；不僅填充厚實了憲法核心部分理論之規範性理解，而且也解析剖明了憲法實證化之現實性認識；如此縱橫交錯、全盤對照，頗有裨益於覓尋憲法學理，使憲法規範與憲政現實較有可能彼此和諧、相互適用。

由於陳慈陽教授擇善固執於其憲法學基礎理論之研究；從而，在研究一般憲法問題時，不論是有關抽象之理念探討，抑或是牽涉具體問題之解析；陳教授類多以憲法學基礎理論做法理之根據，來演繹引申。其相關論文收錄於所著「人權保障與權力制衡」，內多新穎罕見之議題、見解，頗受憲法學界之關注研討。

此次，陳慈陽教授決定將其長年來構思、研究、撰寫、修整之憲法教科書，付梓出版。鴻禧有幸能先睹其文稿，發現此書不僅用

在闡述憲法學基礎理論之總論的篇幅字數，相當龐多而又深入；而且在本論的基本權篇章中，用在闡述憲法基礎理論之章節頁數，也多而細緻；就連基本人權分則之探討詮釋，也都對所關涉之基礎法理，不厭其詳地紹述解析。抑且，在本論之國家機關篇章上，也先從國家論、政府論之憲法基礎理論，做深入之紹述探討，與坊間常見憲法教科書，汲汲切入憲法法典所定國家機關章節論敘者，頗為迥異。全書之結構章節之安排，對憲法學之關照與詮釋，與今日台灣常見的憲法教科書之遵循傳統著述者，略有不同、異其情趣。在人類已進入二十一世紀，十八世紀以來之憲法學及憲法已漸難以因應世變日亟之新世紀；吾人必須重新析理憲法法理、對照憲政現實，來覓致新憲法、撰著新憲法學書籍，或更深一層理解憲法的實然，高瞻遠矚未來憲法的應然時；陳慈陽教授這本教科書，必能刺激、邀引出新穎想法、另類觀點，值得蒐購閱讀。日前剛好慈陽兄請我閱讀建言，我覺得此書值得向讀者推薦，是以略寫數語，介紹陳教授研究憲法業績，也談自己對此書的看法，來作為推薦的話。

李鴻禧

於新店鶯齋

2003.11.30

翁岳生 教授 序

陳慈陽教授自德國留學歸國任教以來，即全心致力於憲法學的研究與教學。歷經十餘年之努力，著有憲法學基礎理論（一）（二）（三）三大冊論文集，收集了其對憲法學重要基礎理論深入研究所發表的論文。作為一位憲法學者一生最大的期許，莫過於建構出自我獨到之憲法學理論體系，本書是陳教授對憲法學持續不斷深入研究後，所累積具有完整體系的憲法研究成果。

本書之內容涵蓋了研究憲法學不可或缺的基礎理論與概念、憲法基本原則、基本權總論、基本權各論及國家理論，在體系編排上雖以導論方式呈現，但內容卻具有專論之深度，故可稱為具有專論性質的憲法學導論。

本書首先以二次大戰後，建構多元的自由民主憲法秩序之基礎論據——憲法核心理論與基本權核心理論——做為本書論述之主軸。在此主軸下，第一篇闡明自希臘羅馬以來對憲法概念在學理之演進，及今日憲法學基本概念之意義；並對自法國大革命以來制憲、修憲及因此所形成的憲法核心，多面向予以釐清及說明，建構出作者在憲法基礎理論上之體系。第二篇以作為憲法核心之憲法結構原則為論述重點，來說明一部民主憲法中，憲法正當性基礎之結構上之原則為何，並更進一步闡述有關政黨的各種原則，在今日憲法理論及憲政現實之必要性與具體化。第三篇及第四篇係就基本權自古代到二十一世紀在內容上之演進為論述對象，建構以人性尊嚴與價值為核心之基本權體系，並以基本權理論之實證化來說明作者在建構基本權理論所持之精神與目的。第五篇則針對國家存在正當性及要素，以及國家權力在權力分立下之作用分別論述。本書之論述並不侷限於任一實證憲法，而係以建構二十一世紀憲法學體系為目標，擬從論述中得出一「正確」、「理性」的現代憲法應有之內涵。

由本書不僅可深刻了解自希臘羅馬時期至二十一世紀的憲法學基本概念與理論之發展脈絡，更可窺知陳教授在本書中持續不斷嘗

試建構及闡述他個人所建構的憲法學理論體系，所作之努力。彌足珍貴的是，本書不僅將外國學理與實務予以說明與剖析，更對我國憲政實務所面臨的問題在參酌外國學理及實務經驗後，提出解決問題的獨到見解。

此本具專論性質的憲法學導論，提供了豐富的國內外憲法學理與實務的研究題材與資料，更是作者十幾年來憲法學研究成果有體系的論述，實為國內憲法學導論的佳作，值得讀者細細品嚐。

許岳生

二〇〇三年十一月二十二日

城仲模 教授 序

我國近代法政糟亂歷史發展中未曾有機會道地學習西方憲政體制的實質精髓，自然也就不能奢望孵育出紮實的法治成果；國人在社會日常生活中祇知承先啟後依循儒家所濡染的尊親重情善感性之倫理道德觀，當然會使上百億生民於二千餘年的歲月裡，仍然過著靜態寂寥代代相沿的老日子。

迨現代化的風吹東漸，法政知識界菁英一鼓作氣從成文憲法典章中去學習、去要求理論上與形式上的字字珠璣，並堅持儒學「必也，正名」，精準註釋其義，果然，是快速簡便，但全然不得要領；致拘泥並損耗了無數寶貴光陰於無謂說文解字的遊戲之間。殊不知憲政法治的成形茁壯，端賴其傳統精神的延續與活潑動態的創新，是速成不了的；並且，尚須默默耕耘，懷抱老子義理「道可道，非常道；名可名，非常名」，穩穩盤根錯節，最後必然你濃我濃，將法意識融入於人們活絡的日常生活裡。

溯自十三世紀，英國逐漸進行長時期的薰陶憲政文化賴以建立的不成文憲政精神；十八世紀末美國成文憲法開啟三權分立憲政體制的典範性宏規；十九世紀末日本明治憲法使該國奠定現代化法治國的雛形；二十世紀初期德意志威瑪憲法以理想色彩的創意開拓憲政結構運作規模及新的民權保障；稍後奧地利制定的憲法使該國更牢固傳統法治文化上典章制度的深耕；同世紀中葉法國第五共和憲法開創本土性需求上必要的調適變革。這些重要憲政史略及諸多因現實大環境的逼迫使憲法發生階段性變遷演化的無奈，都很值得學界留意研參，以便深究其然，探尋其所以然，並闡明其所應然。

一九六〇年代，我遊學日、歐、美研究公法學，直接瀏覽了憲政理論與實踐紮實運作諸國的相關文獻鉅著，諸如：日本由東京大學憲法研究會十四位教授編纂，「有斐閣」出版的「註解日本國憲法」六鉅冊，計約三千頁（法學協會，昭和二十八年）；A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (pp. 535) Tenth

Ed. Macmillan and Co. LTD. London, 1964 ; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland , Band I , Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, (S. 1111) Verlag C. H. Beck , München, 1984 ; Ludwig Adamovich JR. Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts (S. 582) 6. Aufl. Springer-Verlag, Wien, 1971 ; Paul G. Kauper, Constitutional Law, Cases and Materials, (pp. 1326) Third Ed., Little, Brown and Company, Ann Arbor, Michigan, 1966。手抱這些珍貴書籍，搔首研鑽，日以繼夜，終日為伍，愛不釋手。迨返國不久，又見林紀東教授獨力完成「中華民國憲法逐條釋義」四大冊，三民書局（一九七〇年以後接續出版），心中欽羨不已，感動興奮之情輒溢於言表，深覺吾國數十年的動戡與戒嚴，已使推展憲政宏願之氣數幾近斷喪；學界當前最為緊要之天職，應係趕緊從先進諸國引進重要學理與經驗，好讓國人有從頭重續學習法治社會、憲法文化之機會。彼時，輒到處呼籲並祈望自己或學界同儕諸君能針對外國重要文獻資料續予譯著傳誦或撰述闡揚，以恢弘吾國憲政之進步。

數周前國立台北大學陳慈陽教授來訪，將其十餘年來教學精研憲法的心得彙編近著「憲法學」草稿見示於我。經詳予研閱，在近八百頁鉅著中從憲法史、基礎理論、憲法實證、基本權總論暨各論、國法學相關重要核心學說等，均經旁徵博引並逕作自創新說，詳予剖析辯證，清楚明晰，與上陳早年拜讀各國諸大作，洋洋灑灑的大部憲法文獻同屬，頗覺陳教授用力勤奮、描述精深與創說理明，超乎尋常；此新作必為吾國公法學之進步提供更為堅厚之基石，至為欽佩，乃連綴數語聊表感懷並勵其志。

成仲樑

二〇〇三年十一月二十五日
謹識於司法院

自序

本書是作者近十餘年來持續地對憲法學的研究精華。憲法學者所期望的就是能成一家之言，建構獨特完整之憲法學體系，對此初步的成果即本書之誕生。

本書內容之架構始於在德國研究憲法學期間，思考當代憲法學兩大學理支柱：憲法核心理論及基本權核心理論之建構，此兩大理論不僅是現代憲法秩序賴以存續之正當性理論依據，更在憲政實務上提供了多元自由民主社會的憲法國立於不墜最重要的防衛及發展機制。返國後，進一步針對基本權核心理論為更深入闡述，期能帶給我國人權保障之發展中，在學理上更有理論論證體系，在憲政實務更有效率的保障機制，以建構我國人權立國之理論基礎。這兩大現代憲法學理的精神及理論論證貫注於全書當中，本書涵蓋了研究憲法學不可或缺的基礎理論與概念、憲法基本原則、基本權總論、基本權各論及國家理論，內容之編排正是一本研究憲法學有體系的導論。從本書中不僅可以看出自希臘、羅馬時期及至二十一世紀的憲法學理論與實務的發展，其中不僅是針對英、美、法、德等典型憲法國家所發展的當代憲法理論與實務，還針對我國憲政現實及憲法理論之發展提出分析與批判，最重要的是作者在本書中所建構的憲法學理論體系。

本書之寫作時間雖長達十餘年，但將全書作有體系的規劃與論述則是在作者今年休假期間，特別是在五月及八月期間兩次前往歐洲，對德、法、英等國憲法發展在德、法大學圖書館中為全面性的深入研究，對本書之完成有決定性的影響。最為可惜的是，在本書完成前，因故未能遠赴美洲大陸去深究美國憲法學理及憲政之深入發展，不過可以確定的是，在本書未來改版前，美國的憲法學研究之旅將是作者最重要的行程。此外，本書之完成還要感謝家人的支持，因為原本在休假期間應該是彌補平日工作繁忙，未能陪伴家人之憾，而多留與家人共聚時間，但由於本書之寫作不是每日於躲書

房中，或是出國尋找資料文獻，使得陪伴家人之時間更為有限，再次感謝家人之體諒。

最後要感謝本書校稿時，建銘、子傑、佩娟、和均、秉鈞、進來、維哲、敏清、智超及碩延等同學的協助校稿，毓正及韻茹等在德國提供相關資料與文獻。

憲法學一書所論述之領域及理論龐大複雜，以致其中之缺失瑕疵在所難免，還敬請學界諸前輩先進不吝賜正。

陳慈陽

序於二〇〇三年十一月二十三日

台南自宅靖園

簡 目

第一篇 基礎理論與概念	1
第一章 導論	1
第一節 何謂憲法學	1
第二節 憲法在法學領域之歸屬性	1
第三節 憲法學相鄰學科	2
第二章 憲法史	9
第一節 歐美憲法史	9
第二節 我國立憲史	32
第三章 憲法概念、作用及目的	49
第一節 憲法之概念	49
第二節 憲法之作用及目的	63
第四章 憲法之特性	71
第一節 總 論	71
第二節 憲法制定特殊性理論	71
第三節 憲法為一國實証法秩序最高位階之法規範	72
第四節 憲法之不完整性	73
第五節 憲法之高度政治特性	74
第六節 實證憲法與不成文憲法之關係	74
第五章 憲法法條結構	77
第一節 憲法法條位階性問題之探討	77
第二節 憲法條文之類型化	79
第三節 憲法前言及基本國策規定之法本質	80
第六章 憲法之解釋	83
第一節 憲法解釋為詮釋學理論之一環	83

第二節	憲法解釋之特性	84
第三節	憲法解釋之時刻	86
第四節	憲法解釋之方法	87
第五節	憲法解釋之作用	93
第六節	憲法解釋之整體一致性原則	98
第七節	合憲解釋	99
第八節	憲法核心為憲法解釋之指導原則	101
第九節	憲法解釋之界限	102
第七章	實證憲法之制定與修改	109
第一節	概 述	109
第二節	制憲權	111
第三節	修憲權	135
第四節	憲法核心理論實證化之立論依據與意義	141
第二篇	憲法基本原則	155
第一章	自由民主憲法秩序	155
第一節	概 說	155
第二節	一九五〇年代以來之「自由民主憲法秩序」 之內涵發展	155
第三節	二十世紀末及至二十一世紀初之多元的自由民主 社會之憲法秩序	156
第二章	共和原則	161
第三章	民主原則	161
第一節	民主原則之歷史發展	161
第二節	傳統民主概念	163
第三節	民主原則適用之擴張	170

第四節	民主為權力分配之基準與前提	172
第五節	民主原則實踐之難題	173
第四章	權力分立原則	175
第一節	概 述	175
第二節	國家本質與國家權力行使正當性 歷史發展過程之解析	176
第三節	自由民主法治國之本質與於其中之國家權力行使之 受規範性	194
第四節	結 論	217
第五章	法治國原則	221
第一節	法治國理念之形成及發展	221
第二節	法治國之概念	225
第三節	法治國原則之內容	227
第六章	社會國原則	247
第一節	社會國理念之形成及發展	247
第二節	基本概念及涵蓋面向	250
第三節	法本質與規範對象	257
第四節	限 制	257
第七章	政黨國原則	259
第一節	導 述	259
第二節	政黨概念	259
第三節	政黨國原則之憲法位階論	265
第四節	政黨違憲之要件及效果	271
第五節	政黨違憲之效果	279
第六節	政黨國原則應有之價值內涵	282
第七節	政黨國理念在自由民主憲法秩序中之作用	283

第八節 小 結	284
第三篇 基本權總論	287
第一章 基本權發展史	287
第一節 導 論	287
第二節 中古歐洲及至近代之基本權發展	287
第三節 基本權在北美及法國的實証化	292
第四節 十九世紀以後德國立憲主義時代的基本權	295
第二章 我國基本權理論與實務之發展	301
第一節 我國憲法基本權體系	301
第二節 在司法院大法官解釋中成長之基本權理論	305
第三章 基本權概念、本質、類型與作用	313
第一節 基本權概念	313
第二節 基本權本質論	314
第三節 基本權類型	322
第四節 基本權作用論	342
第四章 基本權主體及義務人	377
第一節 基本權主體	377
第二節 基本權義務人	391
第五章 基本權保護領域及效力	399
第六章 基本權侵入及具體化之概念	401
第七章 基本權侵入與保護領域之相對性	403
第一節 保護領域之確定	403
第二節 侵入行為之確定	404
第八章 基本權限制之合憲正當性	407
第一節 基本權限制之必要性	407