

知識天地

基本權的規範結構與立法餘地問題

王鵬翔（法律學研究所籌備處助研究員）

大法官在釋字第 499 號解釋中，曾將憲法第二章保障人民基本權利的規定，連同第一條之民主共和國原則、第二條國民主權原則以及有關權力分立與制衡原則，一併稱之為「憲法基本原則之所在」。對於所謂的「法律原則」，至少有下列兩種理解方式。第一種乃是以規範在法秩序中的根本地位及重要性來界定，可以稱之為「法體系的原則概念」。釋字第 499 號顯然就是採取此種界定方式。在該號解釋中，基本權規定之所以被視為是憲法基本原則，乃因為其在「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎」。基本權的根本重要性在於它表達了憲法對於政治及社會生活的基本結構所作的規範性決定，作為憲法位階的規範，基本權具有拘束所有國家機關的效力。而基本權的拘束力，主要是透過司法違憲審查制度，在我國也就是大法官的釋憲制度來維護。

對於基本權的原則性質的第二種理解方式，則是從規範的結構特徵與適用方式來界定，這可以稱之為「規範理論的原則概念」。典型的代表如德國學者 Robert Alexy 將「原則」定義為「最佳化要求」(Optimierungsgebote)，它要求某種價值或目的在相對於法律與事實的可能範圍內以儘可能高的程度被實現。原則在法律上實現可能性的限制，主要是因為適用某一條原則（例如言論自由的保障）的時候，往往會與其它原則（例如名譽權的保護）相衝突。由於相衝突的原則不可能都獲得百分之百程度的實現，這時候就必須透過衡量來決定何者應該優先實現或獲得比較高程度的實現。衡量的工作在於比較優先被實現的原則 P1 的重要性，是否足以平衡另一原則 P2 被犧牲的程度，若 P2 不被實現或被侵害的程度愈高，則實現 P1 的重要性就必須隨之愈高。就事實上實現的可能性而言，最佳化要求我們在不影響一原則實現的前提之下，儘可能地讓另一條原則獲得更高程度的實現。因此，當我們為了實現某些目的而要對基本權進行限制時，我們（一）不應該採取一個無助於實現目的，卻反而會對基本權造成侵害的手段，並且（二）如果所採取的數個手段都可以同樣的程度達到目的時，則應該採取對於基本權限制程度較為輕微的手段。由此可以看出，從原則的最佳化要求特徵可以導出「比例原則」(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) 的三個組成部分：即適當性、必要性以及衡量要求。

基本權一方面作為法體系的基本原則，對於所有國家機關都具有拘束力，另一方面在規範結構上又具有最佳化要求的特性，這意謂著立法者也必須在法律及事實的可能範圍內以最佳的方式來實現基本權的要求，而基本權的拘束力，又是透過大法官的違憲審查來確保，這就產生了一個問題：如果大法官有權審查立法者是否以最佳的方式來實現包括基本權在內的憲法原則，這是否將不當地擴張大法官的審查權限，而過分限縮了立法餘地——亦即立法者在制定法律時在內容與方式選擇上的形成自由？

德國憲法釋義學上的「框架理論」(Rahmentheorie) 認為答案是肯定的。他們認為，「最佳化」意謂著涉及基本權的問題只有一個唯一正確的（即最佳的）答案，如果將基本權原則視為最佳化要求，勢必使得立法者對於憲法原則的實現只能固定在唯一的最佳方式之上，而喪失了選擇的餘地。框架理論認為，要避免過分限縮立法餘地，就必須將基本權規範視為「框架秩序」(Rahmenordnung)，而非最佳化要求。不同的框架理論理學者（如 Böckenförde, Wahl, Starck, Hain 等）儘管在理論細節上有所出入，但其共同主張的命題可以歸納如下：包括基本權在內的憲法原則都只是框架性的規定，它們只畫定立法活動的外圍界限，在框架的界限內，立法者可以自由選擇實現原則的方法與措施。釋憲者只能夠審查立法者是否逾越了框架的界限，而不能以「最佳化」為標準審查立法者在框架內如何實現憲法原則。

然而，筆者認為框架理論之所以認為「框架秩序」和「最佳化要求」乃是互相不相容的概念，其原因在於其未能釐清「框架」的概念，同時又誤解了「最佳化」的涵意。按「框架」可定義為「憲法所確定地命令與確定地禁止之事項」。凡是憲法既未確定地命令，亦未確定地禁止立法者去作的事項，即屬於框架內放任立法者自由決定之事項，此可稱之為「結構上的立法餘地」(struktureller Spielraum des Gesetzgebers)。屬於結構性餘地的事項，不管

立法者選擇哪種行為方式，大法官都會因為欠缺審查依據（憲法上的命令或禁止規範）而無從加以審查。再進一步區分，結構性餘地又可分為三種。第一種是「目的設定餘地」，即憲法放任立法者自由決定基於何種理由或目的來限制基本權。儘管我國憲法第 23 條已經規定，立法者只能夠基於「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」的理由，才能夠限制基本權，但由於這四項目的都屬於相當空泛的法律概念，絕大部分的具體立法目的幾乎都可以被歸攝於下，就此而言，立法者仍享有相當大的目的選擇空間。第二種結構性餘地則是「手段選擇餘地」，亦即憲法放任立法者自由選擇如何實現基本權的手段。在涉及給付性基本權（例如社會基本權、組織與程序請求權等）時，手段選擇餘地的存在特別明顯。因為相對於防禦權（即傳統的自由權）而言，給付權課予立法者一定的作為義務。對於一個作為義務而言，如果存在多種手段都可以實現此一義務時，並非每個手段都是必須採取的，只要擇一採取一種手段就夠了。

第三種結構性餘地則是所謂的衡量餘地，框架理論的爭議焦點在於，將基本權原則視為最佳化要求，是否就會使得衡量餘地消失呢？我們可以由比例原則的三個子原則出發來說明，為什麼最佳化要求和框架秩序並非不相容的概念。就適當性要求而言，它只禁止立法者採取不適宜達到目的之手段，至於立法者應該採取何種手段以達成其所欲實現之目的，則放任立法者自由選擇。必要性要求也同樣具有此種框架特性，它要求立法者在事實的可能範圍內，採取限制程度（和原本的手段相比）相對輕微的手段，如果存在有其它手段，其限制程度同樣較為輕微，立法者當然也可以採取之。最後，將原則視為最佳化要求也不排斥立法者擁有選擇原則衝突如何解決的衡量餘地，因為在某些案件當中，限制基本權 P_2 所欲實現的目的 P_1 ，其重要性可能恰好足以平衡 P_2 被限制的程度，此即屬於所謂的「衡量僵局」，這時不管選擇讓 P_1 或 P_2 優先實現，都可以算是最佳的解決方案，憲法原則並未命令或禁止採取哪一種解決方式，而係放任立法者自由決定如何解決，因此僵局案件即構成了立法者的衡量餘地。在我國的釋憲實務中，由於大法官在解釋文中經常未能清楚說明其衡量的說理過程，因此到目前為止還不能確定大法官是否清楚意識到衡量僵局與衡量餘地的問題。不過，從釋字第 544 仍可看出一些端倪。本號解釋涉及的問題是：修正前之肅清煙毒條例第 9 條第 1 項與麻醉藥品管制條例第 13 條之 1 第 2 項第 4 款運用刑罰手段（特別是自由刑）以嚇阻毒品施用之規定是否合憲。在本號解釋中，大法官指出「國家選擇以刑罰處罰個人之反社會性行為，須刑事立法之目的具有正當性、施以刑罰有助於目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係。」本號之解釋之爭點即在於，上述規定所欲保護法益的重要性是否足以平衡其對於人民自由權所造成之影響。大法官清楚認知到「自由刑涉及對人民身體自由之嚴重限制」，同時也指出，上開規定之瑕疵在於「未按行為人是否業已成癮為類型化之區分，就行為對法益之危害程度亦未盡顧及」。但基於施用毒品對於身體健康的戕害，對於生活及工作能力的影響，乃至可能其它犯罪行為相結合，滋生重大刑事案件，惡化治安等理由，大法官認為施打毒品之行為「嚴重損及公益」。在法益保護的重要性與對基本權的限制程度相平衡的情況下，大法官認為「選擇以何種刑罰處罰個人之反社會性行為，乃立法自由形成之範圍」，亦即立法者可以自由選擇是否要依毒品危險性，成癮程度，初犯或累犯等不同行為型態而處以不同的法律效果。

從上面的分析可以看出，最佳化要求與框架秩序並非不相容的概念，將基本權原則的規範結構定性為最佳化要求，仍然能夠使得立法者保有一定的形成餘地。不過，形成餘地的界限為何（亦即什麼是整體憲法原則所命令或禁止者），往往會有爭議，而當憲法所要求者為何無法確定時，究竟是立法者或大法官擁有優先的認定權限？這就涉及了所謂「認識餘地」（epistemischer Spielraum）的問題，這將是筆者在基本權理論領域的下一研究重點。