

法學方法與基本權解釋方法導論

李建良*

中央研究院法律學研究所研究員

法學作為一種學科或學術，時受到欠缺方法及不具客觀性的質疑，尤其涉及人民基本權利之憲法解釋，經常遭逢流於主觀恣意或政治考量的批判。緣此，本文以基本權解釋為探討核心，嘗試從法學方法的基本觀念與運作要素出發，一則分析法學方法之一般性特徵，另則聚焦於憲法基本權的解釋方法，檢視現行司法解釋下之基本權構造體系，並反思基本權釋義學及對其實務的影響。最後，分別針對自由權與平等權的憲法規範構造，提出憲法解釋（違憲審查）之基本法學方法，以供學術討論與實務運作之參考。

關鍵字：法學方法、基本權利、憲法解釋、比較法學、自由權、平等權

Method is much, technique is much, but inspiration is even more.¹

Benjamin Cardozo (1870-1938)

引言

法學能否作為一種學科或學術，關鍵在於是否如其他學科（特別是自然科學）有其自身的「方法」？不同於數學或經驗科學可以透過演算或實驗之「方法」證明假設為「真」，法學經常受到無法驗算、不可預測的質疑。相對

* E-mail: chenyy@sinica.edu.tw

收稿日期：106年6月15日；接受刊登日期：106年10月20日

1 引自 Benjamin Cardozo (1931: 163), "The Game of the Law and Its Prizes," p. 163 in *Law and Literature and Other Essays and Addresses*.

於自然法則的可驗證性（透過演算或實驗），法的決定往往受到主觀因素的左右。法學若要具有客觀性，唯賴一定的「方法」（論理或依循之道），²俾以驗證「法之決定」的正確性，而非言人人殊、自由「心證」。

法學有無方法？相關理論何在？為法學正常發展不可或缺的門徑與出路。此不僅是法學研究與法律運用的前提要件，同時也是法學作為一種科學的正當性主張；³具體而微的訴求是，如何將抽象的法律規範轉換成具體可信的法之決定？

方法之於社會科學的難題與困境，已故法國社會學暨哲學家 Pierre Bourdieu (1930-2002) 妙喻：「對於方法的不安，如果到了偏執的程度，就會像這樣的精神病患，終其一生不斷擦拭眼鏡，卻一次也沒戴上過 (Bourdieu et al., 1991: 6)。」現任德國聯邦憲法法院院長 Andreas Voßkuhle (1963-) 則翻轉取譬，提出反思：「一個人如果終其一生戴著沒有擦拭過的眼鏡，四處遊走，其結果又將如何 (Voßkuhle, 2001: 172)？」⁴。身為法學者如何看待方法？如何作法學思考，為本文之所由作與研究旨趣之所在。

法學之於方法，首要問題在於如何理解法學本身。法學若有公、私法領域之分，憲法、法律位階之別，則所謂法學之方法須各有關照，難於定乎一尊。然若缺乏提綱挈領之通則，則方法思維將陷於紛雜，難期綱舉目張。準此考量，筆者擇取基本權之憲法解釋方法為課題，嘗試就公法學方法論作導論性之初探。全文分成緒論與本論兩大部分，先就法學方法作一般性的觀念釋義，並論析憲法解釋的意涵與層次，以之為基礎，俾利理論之開展；其後進入本題，循序剖陳基本權解釋的前理解與基本方法，再試築基本權解釋的構造與體系，最後綜合本文見解，提出結論，期能為憲法學方法論建構之起步，略盡棉力。

2 方法論的英文 methodology，由 meta、hodos 組成，前者為循、沿之意，後者為道、路。

3 法學是否足堪為學術，並非自明之理。對此問題有興趣者，可閱讀兩篇經典之作：von Kirchmann, 1848; Larenz, 1966。

4 Voßkuhle (2001: 172) 將方法論的難題喻為歌德 (Goethe) 戲劇《浮士德》(Faust) 中所謂「葛蕾倩難題」(Gretchenfrage)，即主人翁浮士德面對瑪格麗特 (Margarete)，暱稱葛蕾倩 (Gretchen) 對他提出的問題：「說吧，你對宗教有何高見？」(Nun sag, wie hast du's mit der Religion?)

壹、緒論

一、法學方法釋義

基本權解釋方法，為法學方法之一種；法學方法的觀念釋義，為基本權解釋方法論的首要課題。

(一) 從「比較法」談起

何謂「法學方法」？本身就是一道方法論問題。

Karl Larenz《法學方法論》⁵ 1991年第6版第二部分體系篇開宗明義之句：

今日之治法者，有一系列不同的學科：法哲學、法理論、法社會學、法律史及法理學（「法釋義學」），僅舉其要者（Larenz, 1991: 189）。

比較法未在其列，是否意味「比較法」⁶不是研治法律的重要學科之一？翻查舊版，實則不然。該書1969年第2版在論及「當代關於方法論之諸般努力」⁷時，即提到法社會學與比較法的研究在法釋義學討論的範疇益發重要，同時援引Sandrock《關於民事法比較之意義與方法》一書，⁸彰顯比較法在法學上的多元功能（Larenz, 1969: 128）；另則在闡述「事物本質」時提及：「**類型建構之方法對比較法的重要性，強調於此相互比較者，並非只是不同法秩序之個別規則或概念，而是規範整體暨特定類型之法圖像**」，註解更援引Zweigert於1960年發表的比較法經典論著之一：〈關於通識課程之法比較

5 書名原文：*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*。

6 *Rechtsvergleichung* 一詞之直譯為「法比較」，意指不同法規之間的比較。然「法比較」於中文語境中「動詞」的意味較濃，加之 *Rechtsvergleichung* 的對應英文語彙是 *comparative law*，故一般譯為「比較法」，行之有年，諒不致有「比較法為特定之法」的誤解。本文原則從之，為配合行文脈絡，亦兼用「法比較」一詞。

7 標題原文：*Methodische Bestrebungen der Gegenwart*。

8 書名原文：*Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*（1966）。

方法)，⁹ 以為印證（Larenz, 1969: 447）。上述兩段論述不復見於 1991 年版的《法學方法論》，代之所謂「案例比較方法」的論述，闡析類型化、具體化之法學方法的意義與運用（Larenz, 1991: 292 ff.）。1993 年，Larenz 辭世，《法學方法論》一書由 Claus-Wilhelm Canaris 續編增補，1995 年問世的「學生版」第 1 章開宗明義之首句照錄上引文字，並增列比較法為法學研究的重要方法之一，餘者未改（Larenz and Canaris, 1995: 11）。以上看似版本修訂的寫作問題，其中蘊含法學方法的基本觀念與基礎課題。

中世紀時期，法律出身的 Nicolai de Cusa（1401-1464）¹⁰ 承襲中世紀經院學派的嚴謹邏輯學，創立比較式的自然哲學，通過比較相對、異中求同，趨近真理，開啓了近代哲學先鋒。1440 年問世的《論受教之無知》一書，¹¹ 著有以下幾段「比較方法」的文字，大意如下（Cusa, 1979: 6）：

- 舉凡事物的探研，皆是本諸未知事物與既定前提條件之關係，在比較之中判斷未知事物。¹²
- 所有的研究探索，皆是藉由類比度量工具，透過比較為之。¹³
- 任何的研究均存在於一種或簡或繁的比較關係中。¹⁴

Nicolai de Cusa 建立神學與哲學理論體系的樞紐是比較的概念與思考方

9 篇名原文：Über die Methode der Rechtsvergleichung in Studium Generale。

10 Nicolai de Cusa 是十五世紀德國（神聖羅馬帝國時期）的哲學家、神學家及數學家，為歐洲從中世紀後期進入近代時期的重要人道主義者，留有哲學及神學拉丁文著作。Nicolai de Cusa 是拉丁文，又寫作 Nikolaus Cusanus，英文為 Nicholas of Cusa，德文為 Niklaus von Kues。Cusa 是 Nicolai 的出生地，位於摩賽河（Mosel）畔，今之德國 Rheinland-Pfalz 邦 Bernkastel-Kues 市，故而得名，中文意義是：在庫薩的尼古拉。

11 書名原文 De docta ignorantia，英譯：On learned ignorance；德譯：Die belehrte Unwissenheit 或 Vom Wissen des Nichtwissens，意為「論受教之無知」，又譯作「論有知識的無知」或「論有學識的無知」。本文引用的是德譯版：Nicolai de Cusa, *De docta ignorantia, Liber primus, Lateinisch-Deutsch*, übersetzt von Paul Wilper, 3. Aufl., 1979.

12 原文：Omnes autem investigantes in comparatione praesuppositi certi, proportionabiliter incertum iudicant.

13 原文：Comparativa igitur est omnis inquisitio medio proportionis utens.

14 原文：Omins igitur inquisitio in comparativa proportione facili vel difficili existit.

法，推而廣之，逐漸成爲所有科學研究的通理，同時否證人類對「無限與絕對」的認識能力，強調所謂「有限與無限之間不存在比例關係」。¹⁵ 這套立論與睿見至今未見褪色，且歷久彌新，影響所及，法學研究與法理探索遂也不出類比推理與比況較真的思辨方法，「研究探索之道在於比較」爰成爲法學之爲學術的基礎要諦，非僅限於漏洞填補之「類推適用」。法律解釋比較的思維方法不是特定國家的專利，古云：「格物致知」¹⁶ 內含窮究事物之理，亦不外辨分比較之法，道理相通。¹⁷

從基本權的視角觀照法學方法，平等作爲法的一般原則與正義準則，同時構成法學理論建構與法律制定適用的憲法要求。所謂「同者等之、不同者不等之」公式的操作方式，¹⁸ 其前提要件亦是辨分「何者與何者是否相同」，此種論理的基本方法，不僅運用在司法實務，亦在立法過程，更是法學教育的尋常之法，不問何種法領域皆須熟悉此種推理思考方法。作爲基本權之平等原則的解釋與運用，究實而言，也就是一種「類推」的思維方法，從有限的法條與規則中找出爭點，進行建構與論理，歸納出個個法規中的相類處與近似意涵，進一步演繹推陳，建立類目與綱要，最後再據以得出解決問題的方案。

法學教育的目的，即在培養法律推衍論理的能力，尤其要具備提出有助於解決問題且具有說服力論證的能力。法律變動頻繁且快速，法學教育的任務自不在也不可能悉數講授現行法規之內容，重要的毋寧是傳授一套認識、解釋、分析、組構法規的方法，用以掌握無窮不盡、源源出新的法律條文，找出或認識相關法條間的相類與相異之處，進而耙梳出邏輯有條的規則與原則，成就法律人的基本思維方法，據以探求當前與未來新興的法律問題（West, 2003: 108）。

15 原文：Finiti et infiniti nulla proportion.

16 語出《大學》。朱熹《大學章句》曰：「格，至也。物，猶事也。窮推至事物之理，欲其極處無不到也。」

17 開創「史學即史料學」新史學方法論的傅斯年曾說：「假如有人問我們整理史料的方法，我們要回答說：第一是比較不同的史料，第二是比較不同的史料，第三還是比較不同的史料。」（傅斯年，2013a: 3），旨趣亦同。

18 詳見後述「貳、三、(三)」。

(二) 比較法與法認識論

從目的與標的來說，法學方法具有多義性與多面性，可以且必須分辨以下三種不同的層面：

其一，法學研究的方法（包括法學論文的寫作方法與論述層次）；

其二，法律制定的方法（立法方法）；

其三，法律解釋的方法（解釋方法，包括司法審查的方法）。

「比較」若是一切學術研究的基本方法，則比較法的面向至少可拓衍出「外國法與本國法的比較」（狹義的比較法）、「內國不同法體系的比較」、「新法與舊法的比較」等等（廣義的比較法）。法之比較，基本上有兩種思維取向：找出相同點與分析相異點。同異之辨，非僅條文字義之推敲甄別，法之所由及所在，與法之意旨密切相關，法律史自然是比較法的重要方法之一。狹義的比較法旨在照見本國法的優劣得失，取徑有二：

其一，觀察相同法律理念在不同法律架構運用之差異性？

其二，觀察不同法律理念在相同法律架構運用之差異性？

比較的客體可分為法秩序之整體、特定之法領域（宏觀比較）、個別之法制度或法律問題（微觀比較）（Starck, 1997: 1026）。微觀比較以宏觀比較為前提，後者揭示整體法秩序之規範及社會脈絡，提供法秩序的整體架構、立法技術、法律解釋方法、判決先例之影響作用、法律人的養成過程、衝突問題之解方，乃至於整體法秩序的精神與風格（Strebel, 1964: 412 ff.; Krüger, 1997: 1393 ff.）。法越具有普遍性，形之於法律越具有可接受度。法學的「總論」、法律的「總則」，發乎於此，理之至然。不過，在方法上及形成順序上，並非先有總則或總論架構，再推演支生出分則或各論。恰恰相反，通常先有散亂各別的行政法規，再透過歸納方法，淬取出一般性、普遍性的規則，同時藉由比較方法，奠定建構總則或總論的架構與基礎。¹⁹

比較法的方方面面各有不同，但有一項共通、首要的方法課題，就是「法

19 德國傳統行政法的核心部分，例如警察法、租稅法、公營造物法等。於十八世紀在依附於國家法而發展，成為獨立的學科與法領域，殆為十九世紀 60 年代以後，特別是「行政法總論」體系的建立（Starck, 1997: 1021）。

的認識（法認識論）」，此同時是法學教育（尤其法學緒論）、法學研究、法學考試不可或缺的關鍵環節之一。法發乎思想，著為文字，逐為條文。法學研究不能離開法律條文，否則將流於清談。美國聯邦最高法院大法官 Felix Frankfurter（1882-1965）以倡議「司法自制」（judicial restraint）觀念聞名於世。據信，他在哈佛大學任教時一再提醒學生，法律解釋的三大要訣是：一、閱讀法條；二、閱讀法條；三、閱讀法條（Friendly, 1964: 36; Frankfurter, 1947: 527-546）！

法認識論又可分為本國法的認識與外國法的認識，前者為後者之前提，亦為比較法的基礎。十九世紀英國上議院法官 Lord Bowen（1835-1894）曾有一句揶揄比較法的妙語：「法律人除了自己國家的法律外，對於每一個國家的法律都略知一二」（Brown, 1971: 232-234），²⁰ 寓意雋永，發人深省。

以「法認識論」為基礎，法比較的層次主要有二：

層次一：法條比較

層次二：體系關聯與制度比較

此所謂之法條、體系、制度，就「憲法解釋」而言，尚可區分出「憲法規範」與「憲法以下之規範」兩種位階。依解釋目的之不同，上述二層次可各自派分出子層次（後詳）。²¹

由上觀察當前法學研究及論述的方法，值得反思的常見弊病及盲點有三：其一，於文章中無來由地引述某一或若干外國學者的見解。

其二，引述某一或若干外國學者的見解，未加分說即直接當成自己的見解。

其三，引述某一或若干外國學者的見解，並就該見解的正誤與其他學者進行論辯，焦點卻不在自己見解與他人見解的辯證，而是該外國學者見解的考究。

法諺有云：「任何人不得轉讓大於自己享有之權利」；²² 反面引申，任何

20 原文：A jurist is a man who knows a little about the law of every country except his own.

21 參見本文「壹、二、(-)」。

22 原文：nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet，即一個人只能移轉自己享有之權利，係源自 Corpus iuris civilis（D. 50, 17, 54）的法原則。

人不能代替別人主張權利，也不宜為他人辯護他人的見解。在法學研究上，吾人習慣擔任別人或他國的代言人或進入代理人戰爭，此種現象不利於本土法學的生成與法治深耕，允宜避免。

(三) 法學與法學方法論

法學基本上是一種規範科學，致力於法制訂、法解釋與法適用。法學方法作為一門學科，稱為「法方法學」或「法學方法論」，²³ 乃一套自成體系的學問。從法學分科的角度出發，法學方法能否成為一門獨立學門，未有定說，但訴求並建立穩健一貫、理之有據的法解釋與適用步驟，允應為法學方法論的任務之一。

法解釋的目的在探求「成文法」或「實定法」²⁴ 的內涵旨趣，²⁵ 法解釋大抵可能面臨法有明文、法無明文、法文不明三種情境。法解釋的方法，如文義解釋、體系解釋、目的解釋、歷史解釋，為法學方法論的核心課題與任務之一。法解釋的界限何在？則超越單純的「方法」，更進一步地牽涉權力分立與解釋者之正當性等實質憲法規範課題。與此同時，發覺「界限」之所在？是否可能「越界」？亦有賴解釋方法探求法律之意旨。蓋唯有準確運用解釋方法，方能正確認識到解釋的界限。²⁶

解釋方法是法學方法論的重點之一，法解釋之目的在於法適用，法學方法脫離不了**特定的法律條文與特定的法秩序**。法律旨在規範社會生活，法律必然是由「構成要件」與「法律效果」兩項要素所構成（無法律效果之法律，難以發揮規範社會的功能；無法律要件之法律效果，無從規範社會），於特定之「法律事實」發生時，同時引動法律要件與法律效果，形成實踐中之法

23 對應的外文語彙有 *juristische Methodenlehre* 或 *legal Methodology*。

24 對應的外文語彙主要是 *positives Recht* 或 *positive law*。拉丁字源是 *ius positivum*，字根 *ponere* 有「制定」(*setzen*) 之意，*positum* 則是「被制定」(*gesetzt*)，德文法律 *Gesetz* 一詞殆與此字源有關。

25 源自 Savigny 的四種解釋方法，主要亦是針對「法律的解釋」(*Auslegung der Gesetze*)，後詳。

26 法解釋的核心問題有二：一、誰有權決定？二、準據何在？前者涉及決定權限問題；後者涉及準據設定問題，均有賴一套縝密的法學方法 (*Looschelders and Roth, 1996: 6 ff.*)。

規範。法律人的核心任務是對社會事實進行法律判斷。所謂「法律判斷」，除認定事實外，²⁷ 主要是形構「法律要件」與「法律效果」兩組體系，故法律的適用必須運用邏輯思維的三段論法：²⁸

- 解釋建構「法律要件→法律效果」的法規則（大前提）
- 確認特定之法律事實是否該當於法律要件（小前提）
- 將法律效果適用到該當於構成要件之法律事實（結論）²⁹

「有社會，就有法」，法之所由生，乃因社會生活需要規範、方有秩序。法學方法旨在使法律發揮其規範功能，首要之務即是正確建構「法律要件→法律效果」的法規則。前揭條件式法語句的建立與運用，為法律人的主要任務與必備能力之一，須經過訓練。法律的適用必然有法律事實，法律事實的探求調查確認，除要由法律要件作為導引外，尚且需要法律以外之專業知識與技能，尤須注意並掌握不同脈絡下的社會條件與現實處境，方能得出允當之結論。權且將「法律要件」、「法律事實」、「法律效果」分別以 A、B、C 標誌之，可形成「A+B=C」的公式，是為法律思維的基本邏輯，可稱為「法律人的 ABC」（Wesel, 1984: 10）。

法律邏輯處理抽象應然與具體實然之關係，並得出具體應然的結論，私法、公法均然。³⁰ 法律語句通常使用抽象概念或開放性構成要件，而其相對應的社會事實卻複雜多端、變動不居，再加上評價概念所在多有，如何詮釋及建構大前提（上位規範）厥為法適用關鍵與難題之所在，憲法暨基本權的解釋尤然。公權力措施是否符合民主原則或法治國原則之憲法規範問題，即是一例。

27 法律事實的調查與認定，可藉由實證方法，成為法的實證研究。

28 西方哲學之 Syllogismus 或 syllogism，源自古希臘文 συν-λογισμός=syllogismos，原意是推論。

29 此一過程西方哲學稱為 Subsumtion 或 subsumption 一詞（中譯：涵攝或包攝），從字源來看，是 sub（下方）與 sumere（放置、取拿）兩個字的組合，原意是把某物置於某物之下。原為邏輯學上三段論式的概念，用以指稱將某一概念納歸於另一概念之下的過程。運用在法律論證上，則是指將「特定事實」納歸於「特定規範」的過程。亦即，特定的事實情狀契合於特定規範的內涵。因此，必須先確定規範的抽象內涵（規範意旨），才能進行個案事實與抽象規範之間的比對，進而作成契合與否的論斷。

30 刑法的規範邏輯思維方法，參見 Engisch, 1983: 47 ff.。

正因法律人的 ABC 直接對應特定的法規範暨法秩序，故法學方法與實定法之間具有緊密的交互影響關係，從而也就不存在幻想式的法學方法論，³¹亦無脫離特定法規範（實定法）暨法秩序之「普世」法學方法。³²相對而言，不同的法領域或法秩序理應各有其特有之法學方法思維。³³法學方法的多樣性與多目的取向，法與方法之關係，不能抽象度之，法的調控能力及其操作方法互為因果。是故，若無法學專業，則無法學方法。

二、憲法解釋概說

基本權解釋是憲法解釋之一，憲法解釋的方法論須先從釋義「憲法解釋」概念本身著手，並進行若干基本觀念的區辨。

（一）憲法解釋的概念與解釋層次

「解釋」一詞，在我國憲法規定的脈絡下，具有多義性。憲法解釋首先是一種制度，包含憲政爭議解決機制與法規違憲審查制度。司法院大法官審理案件法第 5 條規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……」，所稱「解釋憲法」，為制度概念，指由司法院處理機關爭議與違憲審查之聲請程序，乃有「解釋案件」等相關程序用語。以「解釋」作為制度名稱源自憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」其中「解釋」二字係憲法直接賦予司法院之職權，於行使此一職權範圍內，司法院為憲法機關。³⁴憲法「解釋」同時是「裁判名稱」，憲法解釋或統一解釋之結果向以「解釋」名之，並對外公布。³⁵憲法未規定解釋之名稱，司法院大法官審理案件法亦僅有「解釋文」及「解釋理由」之用語，³⁶故「解釋」作為裁判名

31 同理亦可適用於法哲學、法律史學與法實證研究。不以特定法領域及法規範課題為指涉對象的法哲學、法律史學與法實證研究，殊難想像其具有法學意義。

32 Karl Larenz 的「法學方法論」，主要是以民法為對象與課題。

33 從刑法學觀點之相同見解，參見 Jahn, 2008: 175, 181 f.。

34 對照司法院釋字第 632 號解釋文：「監察院係憲法所設置並賦予特定職權之國家憲法機關」。

35 始自 1949 年 1 月 6 日公布之「司法院釋字第一號解釋」。

36 司法院大法官審理案件法第 17 條。司法院釋字第 1 號解釋僅有解釋文，而無解釋理由。

稱，屬釋憲實務之司法慣行。³⁷ 在憲法規定的脈絡之外，「解釋」主要是闡明法規範意旨的行為，為任何適用法律者之任務。所謂「憲法解釋」，非憲法明文所設「解釋機關」的專利，任何機關（尤其是法官）均須解釋並適用憲法。

基於上述之制度面觀點，進一步辨析憲法解釋作為一種「司法行為」的內涵與類別。依解釋標的而分，至少有四：解釋「憲法」、解釋「法律」、解釋「命令」、解釋「裁判」。從權力作用來說，「解釋」有兩層意涵：一是「法解釋」，即闡明法的規範意旨；另一是「法審查」，即進行違法或違憲的司法控制。茲以「法解釋」為經、「法審查」為緯，析論憲法解釋層次如下：

1. 解釋「憲法」

解釋「憲法」，係以憲法條文（含憲法增修條文）為標的之法解釋，旨在探求制憲者或修憲者之意旨。就違憲審查而言，屬「法律要件→法律效果」（大前提）之建構，構成要件可大別為「程序規範」與「實體規範」，法律效果除「無效」外，憲法未有規定，有賴憲法續造。³⁸

憲法的修正若採「有界限說」，則憲法條文本身亦可能成為違憲審查之標的（違憲之憲法），「憲法」的解釋爰尚須區分「不可變動、各憲法機關應遵守之憲法規定」（釋字第 499 號解釋）與「可以更動、可被審查之憲法規定」兩種規範位階，據此建構憲法內在規範的大前提。

2. 解釋「法律」

解釋「法律」，係指以立法院通過、總統公布之法律條文或總統依憲法發布之緊急命令為標的之法解釋。從違憲審查之觀點出發，法解釋的問題設定方式有二：

1) 法律是否牴觸憲法？

1958 年 7 月 21 日制定公布司法院大法官會議法後，自 1958 年 11 月 26 日公布之釋字第 80 號解釋起，增加解釋理由書。

37 政黨違憲解散案件之審理，司法院大法官審理案件法明定以「判決」為之（第 24 至 28 條）。對照憲法增修條文第 5 條第 4 項規定：「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項。」其中並無「判決」一語，顯示此為法律所定，故理論上法律亦得規定司法院解釋憲法以判決為之。

38 此涉及司法院憲法解釋的效力問題，非本文之主題，於此不論。

2) 命令是否牴觸法律？

於 1) 之情形，法律是被審查之標的，「法律」解釋之目的在於正確解讀立法者的規範目的與範圍，再以之與憲法（大前提）進行比對檢視。系爭法律意旨若有不明，其是否構成違憲即生疑義，乃有所謂「合憲解釋」方法應運而生。不過，此種解釋方法的運用以法律意旨不明、且不牴觸「法律明確原則」為前提。法旨若明確可徵，釋憲者為使系爭法律合憲所為「曲解法意」之合憲解釋，則已逾越憲法解釋之憲法界限，不被容許。

於 2) 之情形，法律是作為命令違憲審查之準據，同樣亦須探明法律的意旨，但不生法律合憲解釋之問題。於釋憲實務上，命令是否違反「授權明確性原則」，究竟是法律違憲，抑或命令違法而違憲，屢有混淆，有待廓清。本文認為，基於授權不明確之法律（例如空白授權）所訂定之命令，不僅命令違憲，該法律亦違憲；反之，命令若增加法律所無之限制，例如法律並無以「是否到案說明」作為定罰鍰額度之授權，但行政機關逕以命令為此規定，則僅命令牴觸法律而違法，同時違反法律保留原則而違憲，但法律本身不生違憲問題。³⁹

3. 解釋「命令」

解釋「命令」，繫於如何理解「命令」的概念與類型，其本身同時涉及「憲法」的解釋問題（命令於憲法之定位），難以一概而論。若以有無法律授權來分，概有授權之命令與非授權之命令二種，⁴⁰ 違憲審查的解釋課題首先有二：

1) 授權依據來自組織法或行為法（作用法）？⁴¹

2) 授權依據是否明確？

上述二者，嚴格而言，屬「法律層次」之解釋。系爭命令之依據來自「行為法」且授權明確者，該命令因承接立法者的法規制定權及規範指示，屬於

39 參見司法院釋字第 423 號解釋。

40 於此不使用行政程序法「法規命令」與「行政規則」之用語，一則避免過快涉入「職權命令」容許性的爭議（解釋「憲法」問題）；另則儘可能囊括所有實質意義之命令，例如由司法機關所訂定之命令（釋字第 530 號、第 665 號解釋）。

41 參見司法院釋字第 570 號解釋。

法規的一部分，解釋方法及取向與解釋「法律」大體相通。授權依據非來自行為法或不明確者，系爭命令因欠缺法律的直接規範聯結，衍生之類型及問題較為複雜，略之有二：

1) 行政機關依職權發布法律規定所無之命令，例如（舊）遊藝場業輔導管理規則，原則上為憲法之所不許；⁴² 於給付行政領域，則有條件例外容許。⁴³

2) 行政機關依職權發布或下達法律具體化之命令，依其內容，可分為裁量基準與解釋性規定（通常以「函釋」形式表現）。將之置於違憲審查的視角下，前者涉及是否構成裁量瑕疵之問題；後者之規範內涵，嚴格而言，係行政機關具體「法律見解」之抽象化與一般化，而非導源自法律之抽象法規制定權。

4. 解釋「裁判」

解釋「裁判」，係以法院（狹義之司法機關⁴⁴）之判決或裁定為對象之法解釋，也就是探求法院（法官）認事用法之意旨。作為國家權力之一支，司法權的特徵是：在最可能正確的保障之下，法官被動受理具體爭議事件，經過正當審理程序，以中立之地位對具體爭議事件作成具有權威拘束力之法的判斷，⁴⁵ 不問表現型態為何，「裁判」若能成為違憲審查之標的（違憲審查制度選擇問題），受審查乃至於應予解釋者，始終是法院（法官）之「法律見解」，而非抽象之法規。釋憲實務上，將「判例」、「決議」視作「命令」之一種而納入憲法解釋的範疇，旨在擴大釋憲功能，強化人民權利之保障。然審查法院「法律見解」之本質未變，仍應與「規範審查」相互區隔，不宜

42 參見司法院釋字第 514 號解釋。

43 參見司法院釋字第 443 號解釋理由書。

44 廣義之司法機關包括檢察官，參見司法院釋字第 392 號解釋。

45 司法院釋字第 392 號解釋理由書謂釋：「法院係職司審判（裁判）之機關，亦有廣狹兩義，狹義之法院乃指對具體案件由獨任或數人合議以實行審判事務，即行使審判權之機關，此即訴訟法上意義之法院；廣義之法院則指國家為裁判而設置之人及物之機關，此即組織法上意義之法院。故狹義之法院原則上係限於具有司法裁判之權限（審判權）者，亦即從事前述狹義司法之權限（審判權）而具備司法獨立（審判獨立）之內涵者，始屬當之；……」，其中關於「狹義之法院」的闡釋，雖未盡完整，旨意大抵相通，可資參照。

混淆。蓋立法者在憲法的框架下享有形成自由；反之，法官受法律與憲法的拘束，並無政策形成權。

(二) 憲法解釋與釋憲制度的關係

人權理念與憲法理論的開展，與制度設計暨實踐機制密切相關。以德國基本權理論為例，其開展結合法治國、社會國、自由權、分享權、主觀功能、客觀價值秩序等不同面向之觀點，形成一套人權規範體系，深受聯邦憲法法院制度運作的影響。反觀美國人權理念與學說討論中，未必沒有法治國、社會國、自由權、分享權、主觀功能、客觀價值秩序等觀點或理念的提出與討論。然在司法實踐面向上，則多少受到分散式違憲制度與權力分立憲法格局的框限。憲法作為國家及社會「基本大法」的理想，在德國得以透過基本權的「水平效力」貫穿所有法領域，特別是私法領域，於美國制度下較難想像，故僅在「國家行爲」理論的框架下探討與開展。

(三) 憲法解釋與外國裁判的引用

比較法為法學方法之一，引用外國文獻或裁判，多所難免。關於憲法解釋引用外國裁判的問題，馬漢寶大法官針對釋字第 342 號解釋曾提出協同意見書，指述如下：

「中華民國司法院大法官解釋憲法及統一解釋法律與命令，除依法應參考制憲、修憲及立法資料外，自得於審查過程中參考內外國之判例、學說、習慣等其他相關資料。惟解釋文及解釋理由書之文字，係大法官基於中華民國憲法及法律規定，本個人之知識、智慧與經驗，獨立而合議所作成，有其本身之權威與尊嚴，而不宜仰仗外來之助力，包括外國之資料在內。外國資料之引據，主要在於案件審查過程中，用以支持及加強對於解釋文及解釋理由書提出之見解，使其更具說服之力。」

此份協同意見書的提出，緣於該號解釋理由分別援引了一則美國最高法

院判決 (Field v. Clark, 143 U. S. 649)、一則日本最高裁判所裁判 (日本最高裁判所大法庭 1962 年 3 月 7 日判決)、一則德國聯邦憲法法院裁判 (BVerfGE 44, 308 ff.)。依照馬大法官的看法：「該三案之事實與爭議與本件解釋案之事實與爭議，均頗有出入，而並非無可質疑之處，致節錄各案有關文字，煞費心機，徒增大法官對此段文字所負之責任。」因此，馬大法官提出引用外國裁判的二種處理方式：

- (一)首先宜用加(註)方式，即在理由書「此在各國實務上亦不乏可供參考之先例」下加(註)字，然後將節錄上述三國判例之文字記入於理由書後所加之(註)內。加(註)為學術性文字通用之方式，其可取之處，在於(註)內文字較具舉例與參考之意，即所舉之例僅供參考，並非必限於此是。司法院大法官之解釋如未曾用過加(註)方式，則既然法無明文禁止，何妨開此一例，亦可略增大法官解釋之學術性。
- (二)其次可採括弧方式，即在『此在各國實務上亦不乏可供參考之先例』下加括弧(如……)，然後記入節錄三項外國判例之文字。如此亦可達到提供參考之目的，並得減輕對節錄文字所負之責任。本席提出上述意見，主要在呼籲今後如必須引用外國資料，其宜採之方式，不再將外國資料直接用於解釋文或解釋理由書內，而係於解釋理由書後採加(註)方式。不得已時，再用正文內加括弧之方式。

憲法解釋應否引用外國裁判？如何引用？方法論上之意義為何？亦為憲法解釋的重要課題之一。馬大法官上述見解為引用外國裁判或文獻的基本要求，亦適用於憲法學術論著的撰寫。以下再運用比較方法，略作進一步的觀察。

1958 年，德國聯邦憲法法院作成著名的 Lüth 判決，奠定戰後德國基本權理論的基礎，並開展出前所未有的基本權效力潛能，影響至鉅且深。在判決理由中有一段廣被引述的闡釋：

對於自由民主之國家秩序而言，言論自由具有建構性之意義。因為，唯其如此，方能持續進行精神上的論辯，成就自由民主國家秩序生命要素的言論競爭。於某種意義上，言論自由是任何自由之根基。⁴⁶

在這段闡釋言論自由真諦的文字中，德國聯邦憲法法院直接引述英文：“the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo).”⁴⁷，是出自美國最高法院 *Palko v. Connecticut* (1937) 一案 (302 U. S. 319 (1937)) 由 Benjamin N. Cardozo 大法官主筆的判決，強調言論自由是其他自由的「基礎」、不可或缺的條件。⁴⁷ 美國最高法院違憲審查「雙重標準」，奠基於此。兩國最高法院對於言論自由的詮釋站在同一個基礎 (matrix/Martix) 之上，意義非凡，作為德國 (最高) 法院引用美國最高法院見解之一例，亦是為德國與美國憲法 (基本權) 比較的重要典範之一。

從時間視角進行方法論與比較法學的思考。1958 年方為德國聯邦憲法法院運作之最初階段，相對於美國最高法院違憲審查制度彼時已運作 145 年，德國聯邦憲法法院可謂如同學步，以有百年經驗的美國最高法院為取法模範，一則尋找問題的解方，另則建立司法威信，⁴⁸ 立穩腳跟，⁴⁹ 似可理解。不過，從實質內涵的發展來看，緊接在上引論述之後，德國聯邦憲法法院隨

46 原文：“Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebensmoment ist (BVerfGE 5, 85 [205]). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, “the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo).” (BVerfGE 7, 198, 208)

47 原文：“This is true, for illustration, of freedom of thought and speech. Of that freedom one may say that it is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom.”

48 聯邦憲法法院於成立之初，其憲法機關之法律地位受到其他憲法機關 (如聯邦國會) 的質疑，曾於 1952 年由全體法官共同具名提出一份力陳其屬憲法機關之所謂「地位意見書」(Statusdenkschrift)。

49 聯邦憲法法院於 1951 年設立，Lüth 一案於 1951 年底提出，於 1958 年 1 月 15 日作成，前後長達 7 年之久。Lüth 案可說是聯邦憲法法院的奠基之作，同一時期的另則重要判決是「藥房判決」(Apotheken-Urteil, BVerfGE 7, 377)，作成於 1958 年 6 月 11 日。

即開展出基本權利的擴散效力，⁵⁰ 成爲德國基本權理論與實踐最爲傲人的成績，且構成有別於美國基本權理論之德國特有之憲法秩序暨基本權規範體系。反觀美國，儘管最高法院維護言論自由從嚴審查的尺度未曾鬆動，但仍以國家爲主要權利主張對象，並未廣而擴及私人領域。

隨著時間推移，除涉及跨境爭議或跨國議題外，如近親婚姻（Inzest-Urteil），德國聯邦憲法法院於判決中鮮少直接援引外國法院之見解，較多是出現在不同意見書，⁵¹ 但不表示在作成裁判時未參酌或借鏡外國裁判之法律見解。近期於 Fraport 一案（BVerfGE 128, 226），涉及機場集會遊行限制的合憲性問題，德國聯邦憲法法院於判決提及「公共論壇」的觀念（Leitbild des öffentlichen Forums），承自加拿大最高法院及美國最高法院判決所發展的 public forum 理論，⁵² 即是一例，足證比較參酌外國學說與實務於憲法解釋的重要意義。

貳、本論

一、基本權解釋的前理解

憲法基本權的解釋，若從憲法條文出發，應按文義解釋、體系解釋、歷史解釋、目的解釋等方法爲之。然憲法基本權規定多半抽象、概括且精簡（Böckenförde, 2011b: 156），不易照章按字詮釋，更因基本權作爲節制國家權力之憲法規範，動輒涉及憲政機關與憲法秩序，無不受到主客觀因素（包括社政經文化條件）的影響與制約。

50 本案原因事實涉及針對電影 Jud Süß 導演發動杯葛行動引發是否構成民事侵權行爲之爭議。

51 著名的例子之一是，已故德國聯邦憲法法院法官 Wiltraut Rupp von Brünneck（1912-1977）於涉及藝術自由的 Mephisto 裁判（BVerfGE 30, 173 ff.）及第一次墮胎判決（BVerfGE 42, 143 ff.）的不同意見書中援引美國最高法院判決見解爲論據。

52 BVerfGE 128, 253 ff. 原文如下：vgl. zu ähnlichen Kriterien: Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, [1991] 1 S. C. R. 139; Supreme Court of the United States, International Society for Krishna Consciousness [ISKCON] v. Lee, 505 U. S. 672 [1992]. 關於此項理論，參見後述「貳、三、(二)」。

從比較憲法（制度）的角度出發，若將視角聚焦在釋憲制度或憲法審判權、或違憲審查制度，⁵³ 思考憲法之法比較的「目的論」，也就是各國憲法理論與制度的比較研究最終要獲致何種成果，基本上可以有兩種取向：一是羅列各國之釋憲制度與運作模式，建立一套有如購物清單的挑選目錄，由立法者就中擇取「最佳」的制度（商品）；另一是透過與其他特定國家法秩序與法律制度之間利弊的比較，深切瞭解本國法秩序與法律制度，照見己身得失，再作損益取捨。後一取徑的重要性猶愈於前者（Wahl, 2001: 48）。蓋法制建構不能脫離歷史脈絡與人文傳承，「去蕪存菁」的最佳制度選擇，殊難實踐，故憲法規範暨釋憲制度的比較，毋寧旨在探尋法制的規範元素與基石，掌握法治的建築結構及工法。著眼於基本權的解釋，關鍵之一即是釋憲制度在憲法秩序中的地位，也就是基本權解釋的制度條件，同時構成基本權解釋方法的前理解。⁵⁴ 此外，社會條件的實證分析與鄰接學科的強化，例如語言學、歷史學、哲學等，乃至於以「法學」作為研究客體而發展的「法科學理論」⁵⁵ 或「法學之後設學科」，⁵⁶ 亦有助於憲法解釋暨基本權解釋的有序操作與理性論結，不容忽視。

基本權解釋的制度因素是釋憲法制暨司法審查機制，而釋憲機關（法院）的「權限」範圍及其運作條件，與基本權解釋存在相互作用的關係，其背脊支桿則是權力分立原則。憲法審判權暨違憲審查之制度目的，一言以蔽之，即審查法律的合憲性（立法的合憲控制）。立法合憲控制的必要性與正當性，不是自明之理、事所必然。環顧西方主要國家的法律違憲審查制度，若不忘

53 英文通用語彙是 *judicial review*，德文則為 *Verfassungsgerichtsbarkeit*。

54 亦有強調「國家暨憲法的理解」（*Staats- und Verfassungsverständnis*），例如 Wahl, 2003: 105 ff。

55 所謂「法科學理論」（*Rechtswissenschaftstheorie*），並非指涉法學本身之規範內涵，而是把「法學」當作一種「治法的學科」（*die Wissenschaft (en) vom Recht*）來加以研究，探討各種不同「治法」學科的關係，包括不同法學科（公法、私法、刑法）之間的關係、學說與實務之關係，屬於一種探討「科際問題」（*Fragen der Intradisziplinartät*）的理論，被視為「法學之後設學科」之一（Jestaedt, 2008: 201 ff.）。

56 「法學之後設學科」（*Meta-Disziplin der Jurisprudenz*），旨在究明法學（是否及如何）具有「學術性」（*Wissenschaftlichkeit*）的條件，並在此基礎下探討法學與其他相關學科關聯（Jestaedt, 2008: 201）。

簡略，可粗分為：預防性之合憲控制（法律之違憲審查僅限於法律生效之前，如法國）、分散式之合憲控制（法律之違憲審查必須有個案爭訟，如美國）、集中式之合憲控制（法律之違憲審查未必有個案爭訟，如德國）。上述制度類別顯示出對於法律與憲法關係的不同理解，憲法傳統、法政條件與憲政文化的影響痕跡亦隱約可見。由此衍生的制度表現型態，自有差異，例如以憲法機關（包括政黨）為當事人、以機關權限為標的之「機關爭議」，於集中式的憲法訴訟制度⁵⁷似乎理之應然；於分散式、未嚴格區分公、私法訴訟法制的框架下，則非屬必然之制。

從權力分立與制度功能的角度以言，不得恣意侵犯人民自由、不得違反平等原則、不得對人民為歧視性的對待，係所有公權力的（不作爲）義務，而防免並排除來自公權力之過度侵害、不平等對待，確保法律上的平等，乃司法者（違憲審查機關）的主要任務之一；相對而言，創設人民行使自由權的事實條件、保護人民免於匱乏與恐懼、追求事實上的平等，基本上則是立法者的任務，非司法者（違憲審查機關）的權限所及。因此，體認司法機關的被動性格，嚴守憲法權力分立原則下「機制功能」的分際，為基本權解釋者（憲法法院）必須具備的制度性思維。換言之，基本權解釋者對憲法生活與政治運作的設想與理解為何？對於司法與政治之互動關係，乃至於法與政治的角力與分界（「政治問題」），究係傾向於循司法途徑解決，抑或訴諸民主程序、交付權力競逐市場？不會只是基本權解釋者的選擇題，而是權力分立原則的是非題。

最後，基本權解釋的前理解課題，尚及於對「權利」的理解與期待，包括基本權的指涉對象與規範效力，特別是有無所謂「不容侵犯」的人性尊嚴（權），以及與此相伴而生的人民「憲法訴訟權」觀念與相應機制？憲法能否長驅直入人民的私領域與生活關係？各級法院對此所為「定分止爭」的裁判得否成為違憲審查的標的（裁判之憲法審查）？凡此均會影響基本權解釋的產出。

57 以 Staatsgerichtshof（中譯：國事法院或國家法院）組織型態處理邦聯的權限爭議，於德國十九世紀夙有傳統。

二、基本權的解釋與方法

就司法院大法官釋憲制度以論，憲法解釋為司法權之一，法釋義學與法學方法為司法作用的必要本質與必備要素，憲法解釋自不例外。憲法基本權規定具抽象、概括且精簡的特性，對於基本權解釋的影響面向與相應條件，已見前述。在此框架思維下，基本權的解釋可以分成三個切入點：法續造、法語言、解釋方法。

(一) 基本權解釋與基本權的續造

成文法為人所創設，人之思慮不周，實屬難免，法文不明或闕漏不備者，所在多有。由於法官不得以法文不明或不備為理由而拒絕審判，故法官造法在所難免，且「法官知法」(iura novit curia)、「有法官就有法」(ubi iudex, ibi ius)，將特定訟爭事實放在既有法規範的框架下進行法的「創造」，舊法新詮，或填補規範漏洞，或調理體系乖謬，或組構裁判先例，讓法得以生成續造，為司法機關的職責與任務之一，法解釋與法續造關聯密切，無待多言。⁵⁸ 法律解釋如此，憲法解釋亦然，基本權解釋更有甚之，憲法續造與基本權續造為基本權解釋之基本課題，略綴四點瑣瑣大者：

其一，法續造的原因多端，如立法技術不良、法制素養欠佳、社會變遷、情事更易等，不一而足。⁵⁹ 就憲法暨基本權解釋而言，法續造的需求首先來自基本權規定文字之簡練，不足以提供法解釋最起碼的基礎與材料，例如憲法第 13 條規定：「人民有信仰宗教之自由。」如何建構一套「信仰(或?)宗教自由」⁶⁰ 的規範體系，無法單從上述規定文字憑空得出，必須另闢蹊徑。

58 德國甚至法律中將「法續造」明定為最高法院法律審的任務之一。例如德國法院組織法 (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) 第 132 條第 1 項規定：聯邦法院 (Bundesgerichtshof, BGH) 應分別成立民事及刑事之大法庭 (großer Senat)，此二大法庭構成聯合大法庭。同條第 4 項規定：大法庭處理之案件是具有原則上重要性之問題，且有法續造 (Fortbildung des Rechts) 或統一裁判見解之必要者。

59 憲法續造的制度性因素，參見 Starck, 2008: 20。

60 司法院歷來解釋率多合稱「信仰宗教自由」(例如釋字第 490 號解釋)，僅釋字第 573 號解釋理由分別「宗教自由」與「信仰自由」，但又未加區隔。

其二，憲法修改的難易程度與憲法續造的必要性構成反比關係，憲法修改越難（越少），憲法續造越有必要（越多）。中華民國憲法屬（相對）剛性憲法，2005年中華民國憲法增修條文第12條規定：憲法修正案須經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票通過選舉人總額之半數，「即通過之」，憲法修改的難度提高，基本權的內涵唯賴續造，方能成長。

其三，國際人權公約對內國人權保障的重要性與日俱增，礙於我國不能參與國際條約簽訂的政治處境，加之國際條約未必直接具有國內法效力，透過憲法續造吸納國際人權精神，增益基本權的規範功能與保障內涵，亦是基本權解釋不可忽視的一環。⁶¹ 至於如何將國際規範轉換成基本權內涵，則屬基本權解釋方法論之課題。

近代憲政主義的成就，在於使憲法成爲具有規範性的制度。憲政理念與憲法規範之落實及其程度，因國而異，因時而別。不同的法制背景、歷史條件、學理體系、解釋方法，往往映襯出人權理念實踐與憲政文化底蘊的相似性與差異性。我國缺乏固有或已生的憲政法治傳統與憲法人權思維，憲法學及人權理論的生成與開展自需仰賴外來的思想資源與法治經驗，「法繼受」爲我國憲法學說及人權理論開展與實踐的必要路徑。透過清晰井然的問題意識與課題設定，運用縝密有序之解釋方法與分析工具，進行準確比較剖陳，或可匡正法繼受過程之誤差，穩健續造憲法規範與基本權學理。

(二) 語言、概念與基本權的解釋

英國語言學家 Henry Sweet (1845-1912) 曾對語言 (language) 定義如下：「語言是透過聲語與文字的結合，進行觀念的表達。文字連結出文句，觀念連結出思想」。⁶² 這段定義，廣被引述，對於基本權的解釋，有啓發意義。

61 目前「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」、「兒童權利公約施行法」、「身心障礙者權利公約施行法」、「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」等法律的頒行，僅屬法律性質，不具憲法位階。

62 原文：Language is the expression of ideas by means of speech-sounds combined into words. Words are combined into sentences, this combination answering to that of ideas into thoughts. 轉引自 Everett, 2012: 31。

語言文字是思想的載體，通過語言文字可以捕捉、傳遞人類的思想。人類經由思考將外界的訊息與事物進行歸類，運用文字標記同類人、事、物、行動或想法（觀念）的主要屬性或共同特徵，再冠以一定之名稱，形成「概念」。這些概念詞彙簡化想法、減少溝通成本、降低資料負荷、避免思維負擔，並據以因應周遭的變化與情境，進行推理、論辯、決策。概念在知識與認知具有承上啓下的功用，屬於思考活動與知識領域的基本單位，足以累積形成特定的理論或學說；但過於堅持或計較概念用語，有時會產生溝通的阻礙，反而成爲接近實質問題的絆腳石，不可不慎。

廣義的比較法之所以是人文及社會科學研究的必要之法，原因在於人社學科主要依賴語言文字表述思想，以語言文字爲載體歸整、傳遞複雜的思想與觀念，建立思想體系與知識系統。透過「比較點」與「差異點」的設定與提煉，進行事物的歸同辨異一格物以辨同異，法學研究如此，法律實務亦然，諸如：立法者以抽象、一般的概念規範社會生活，必須先就待規範的事實情狀進行比較、分類，而後將相類事物轉換成抽象法律文字，方能建立井然有序的法規範；行政機關爲「合義務之裁量」，必須遵守比例原則及平等原則，同樣需要將待決事實在法規範的框架下辨分比較，建立準則；⁶³ 其後，行政裁量之司法審查，亦然。凡此無不需要通過語言、概念的運用與操作，經由說理、推論、綜結，始有可能，也因此準確使用語言概念、又不受語言概念所囿，⁶⁴ 爲基本權解釋的重要課題之一。

以平等權解釋爲例，司法院對於憲法第 7 條規範意旨闡釋的用詞，初則僅稱「非不許法律……爲合理之不同規定」，⁶⁵ 繼則指出「實質上之平等」、「法律上地位之實質平等」的觀念，⁶⁶ 再之強調「非指絕對、機械之形式上平

63 關於公法比較的意義，參見 Sommermann, 1999: 1017-1029。

64 傅斯年在「戰國子家敘論」一文開宗提出「論哲學乃語言之副產品」的觀念，略以：世界上以哲學著名的三個民族：印度亞利安人、希臘、德意志，在他的文化忽然極高的時候，他的語言還不失早年的形質，思想提高了，語言之原形猶在，語言又和思想分不開，於是繁豐的抽象思想，不知不覺的受到他的語言之支配，而一經感覺到第一層，遂爲若干特殊語言的形質作玄學的解釋（傅斯年，2013b: 74）。

65 司法院釋字第 179 號解釋。

66 司法院釋字第 205、211 號解釋。

等」暨「立法機關基於憲法上價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之差別待遇」的立法指示，⁶⁷以迄「須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違」的憲法誠命。⁶⁸其中「形式」、「實質」、「合理」等形容詞交錯使用，意涵未臻精詳一致，引致爭議與探討。林子儀大法官於釋字 571 號解釋所提之協同意見書，於「註六」力陳歷來司法院使用的「實質平等」用語，僅相當於「等者等之，不等者不等之」的形式平等。憲法學界上亦有呼應此項見解者（黃昭元，2009: 17-39），蔚為「形式平等」與「實質平等」語辨之熱潮，構成我國學界探討平等問題的基本前提問題之一。

持平以言，「形式平等」與「實質平等」概念語彙使用的正誤之辯，牽涉平等保護課題的不同維次憲法認知，同時兼及比較憲法及法學方法上的基本觀念辨正。過於計較「形式」與「實質」用語的差異，容易將思考的方向導引到如何正確表述的語源爭辯上，忽略隱藏在用字遣詞背後的法理思維與關懷課題。⁶⁹

(三) 解釋要素與基本權解釋方法

時下常用的「文義解釋」、「體系解釋」、「歷史解釋」、「目的解釋」四種解釋方法，⁷⁰大抵可溯及 Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) 的法律解釋方法論，氏謂之「解釋的基本規則」(Grundregeln der Auslegung)，並將「法律解釋」理解為「法律內涵思想的重構」(die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens) (von Savigny, 1841: 213)。⁷¹法律旨在確立法律關

67 司法院釋字第 596 號解釋。

68 司法院釋字第 649 號解釋。

69 平等權之規範構造與思考層次，參見後述「貳、三、(三)」。

70 這四種常見的解釋方法，以憲法規範為對象，可再細分為「文義闡明」、「規範語句之文法解構」、「規範整體之體系定位」、「探求立法當時之規範目的」、「演繹客觀目的觀點」等五種方法 (Starck, 2008: 15)。

71 在同頁的註解中，Savigny 說明其刻意捨棄 Sinn (意旨，相當於英文 sense) 而使用 Gedanke (思想，相當於英文 thought) 一詞的理由：Gedanke 一詞可以最準確地表達出法律的「精神內涵」(geistiger Inhalt des Gesetzes)；Sinn 一詞亦屬正確，但有兩重意義，可能涵蓋法律內涵以外、為法律所欲間接影響之目標。至於羅馬人，則是 mens 與 sententia 二字交互使用 (作者按：此二字均有規範的意涵)。

係，表彰某種思想，使法律關係的存立免於錯誤與恣意。為達此目的，必須正確掌握與法律關係相涉之法律意旨，也就是要立足於立法者的觀點，開掘闡發立法意旨，使之適用於未來。唯有經過解釋，方得穩健且完整地洞識 (Einsicht) 法律的內涵，也才能達到法律之目的 (von Savigny, 1841: 212 f.)。就此而言，Savigny 認為法律解釋與其他詮釋思想之學科，例如語言學 (Philologie)，並無不同，法律解釋的獨特之處，則在於可以拆解成四個成分 (Bestandtheile) 暨四要素 (Elemente) (von Savigny, 1841: 213-214)：⁷²

1. 解釋的文法要素，係以法律中的文字 (Wort) 為解釋對象，該文字是將立法者思想傳達給我們 (解釋者) 的媒介。因此，重點在於詮釋立法者使用的語法 (Sprachgesetze)。

2. 解釋的邏輯要素，係指向立法者思想的環節及構造 (Gliederung des Gedankens)，也就是同一組立法思想之各別部件交互構成之邏輯關聯。

3. 解釋的歷史要素，係指立法當時對於系爭法律關係欲透過法律規範之情狀或處境 (Zustand)，即法律何以要以特定方式介入 (eingreifen)、進而增益法內涵的特定社會情境。

4. 解釋的體系要素，指涉法律的內在關聯，由此連接所有的法制度 (Rechtssinstitute) 及法規則 (Rechtsregeln)，使之成為宏鉅的單一體 (eine große Einheit)。此種內在關聯應早已浮現在立法者的眼前，解釋者只是將立法者的思想完整重現。

Savigny 強調：通過上述四個要素，洞察法律要旨的工作即告完成。此四要素的選用，非可任憑個人品味或好惡，其意味的是不同的解釋取徑與精神活動 (Geistesthätigkeiten)，必須綜合交互運用，始能正確解釋法律 (von Savigny, 1841: 207; 215)。

咀嚼原創於十九世紀的法學見解，反思現代基本權解釋的發展走向，至少有三點值得引申：

1. 儘管法律制度歷經遞嬗、國家政體時有變遷，解釋方法的典範猶存。

72 Savigny 的法律解釋四要素的原文分別如下：文法要素 (das grammatische Element)、邏輯要素 (das logische Element)、歷史要素 (das historische Element)、體系要素 (das systematische Element)。

這套為法律解釋設想的解釋路徑與思維要素，對於基本權解釋（憲法解釋）來說，最重要的啓示及意義首先是：法律是釋憲的標的之一，釋憲者必須運用解釋方法，正確理解其規範意旨。⁷³ 若無正確的法律解釋，即無正確的憲法解釋。

2. 所謂「歷史解釋」，主要是立法當時的規範處境，而非單純只是立法史料或白紙黑字的「立法理由」。後者固然重要（有字為憑），但只能作為詮釋的基礎，而非前提。也因此「歷史解釋」與「目的解釋」之間存有一道互通的提問，即：法之規範意欲何在？此點不僅適用在解釋「法律」，於「憲法」（基本權規定）的解釋亦然。

3. 所謂「體系解釋」至少有「內在體系」與「外在體系」二種指涉意涵，前者著重在特定法律之法條規定或整部法律之內在規範體系；後者則脫逸特定法條或法律之格局，投射到零散但井然之法秩序。Savigny 所謂「規範內在關聯應早已浮現在立法者的眼前」的境界是否存在於我國，暫且不論，至少解釋者應設法趨近於此一法治理想國。

相對於上述四種方法，比較法是否為第五種解釋方法？⁷⁴ 若然，與其餘四種方法的差別何在？「法解釋」基本上對應「法適用」，不問是「文字語義解析」、「目的射程究問」、「邏輯體系觀照」、「重建歷史現場」，皆以設法準確連通「立法者」與「規範事實」為目標。提高到憲法解釋（基本權解釋）的層次，法解釋暨法適用之目的更進一步地將「視界」與「觸角」往外伸及，傳統的文義解釋、歷史解釋、目的解釋與體系解釋的運用（理論上）亦當隨之拓延而更具廣度與深度。於此情況下，「比較法」之為解釋方法是否仍有容身之地？抑或已然置身其中？有認為比較法不外是目的解釋，而非另一獨立之解釋方法（Starck, 1997: 1024）；相對於此，論者有謂：比較法的重點不在目的解釋，而是歷史解釋，且蘊含有獨立的要素（Tschentscher, 2007: 812）；另有主張「比較法」不僅不是第五種解釋方法，更非只是一種「法適用方法」，而應該是「違憲或違法審查」的方法（Möllers, 2012: Rn. 41; Schmidt-Abmann,

73 參見前述「壹、二、(-)」。

74 比較法作為「第五種」解釋方法的觀念主要源自 Häberle, 1989: 913-919。在此之前，參見 Kübler, 1977: 113-118。

1993: 519)。

本文認為，「比較」法的標的非僅一端，功能作用亦不以法解釋為限。⁷⁵ 法解釋之目的在於正確重構法內涵的思想（Savigny 語），法的文義要素、邏輯要素、歷史要素、體系要素及目的要素的解明，可謂同等重要，相需為用。比較方法足以深化各個要素並貫串之，對於以繼受外國法為法內涵的我國來說，尤其重要。至於「憲法文化」的觀照與比較，⁷⁶ 例如歐陸的歷史傳承，⁷⁷ 固然重要，但非屬可以操作運用的解釋方法本身。準此以論，若將比較法納入基本權解釋方法，必須注意三個重要環節：

其一，設定解釋的共通命題，進行本國法與外國法的比較。

其二，尋找可能與本國法相對應的外國法，正確理解外國法的規範意旨，包括學說解釋、實務解釋（含法續造）。

其三，尋找可能與外國法相對應的本國法，正確理解本國法的意旨，包括學說解釋、實務解釋（含法續造）。

解釋如何得法，Savigny 逾一個半世紀前表述的解釋精髓，可供翫味（von Savigny, 1841: 215）：

任何解釋之成功與否，繫乎兩個條件：其一，面對呈現眼前之各個思想具體表述，吾人應栩栩如生地掌握其所由生成的思想活動。其二，此等具體思想之表述唯有從歷史與釋義學之通盤觀察

75 參見前述「壹、一、(-)」。

76 Häberle (1989: 913-919) 提出比較法作為「第五種」解釋方法的觀念，主要著眼於此。

77 例如曾留學美國、於哈佛大學獲得法學博士學位的 Matthias Kumm 教授在 2012 年底一場為 Donald Kommers 教授（*Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 一書作者）八十大壽而舉行的榮祝研討會（會議主題：「基本法在美國的奇妙生命『The Curious Life of the Grundgesetz in America』」）上，生動的描述留學時期親歷的「文化衝擊」：在德國法學教育過程中，習得憲法是一種精確可分析的工具，可以用來乾淨地（sauber）處理可能的憲法案件。美國呢？初體驗的印象是「混亂、無序、鬆軟思考」（chaos, disorder, sloppy thinking）。在憲法課堂上，教授問到：「想在最高法院贏得訴訟需要什麼？」他果敢地舉手回答：「堅實的論證」，得到的回應卻是：「你需要 5」（You need five!），也就是 9 位大法官中的 5 位，你必須知道他們在想什麼？有何確信？信奉什麼？至於分析嚴謹、論理一貫，則無人問津（Steinbeis, 2016）。

中，方能豁然開朗，從而吾人應充分具備歷史與釋義學之整體觀點，俾以洞察各該具體思想表述在既有條文中所處之脈絡關聯。

三、基本權的構造與體系

基本權解釋方法之為用，在於能夠具體而微的形構體系與法則，並運用於實然的憲法生活中。以下先從基本權的功能出發，闡析基本權釋義學的基本格局與規範取向，再擇「自由權」與「平等權」二端，嘗試建構其解釋運用之法。

(一) 基本權的功能與基本權釋義

基本權之功能向來分為主觀權利與客觀規範二種取向。主觀權利概有防禦功能與給付功能二種功能面向，後者依「立法者給付」內容之不同，又可細分為程序基本權、資訊基本權及社會基本權。自由權之客觀規範以基本權作為一種「價值決定」，可派分出基本權之對第三人效力與基本權之保護義務。此外，淵源流長的「制度性保障」，則介於主觀防禦與客觀規範之間，來回擺盪。以上之功能體系，儘管學說論述方法不同，殆已成為「主流」基本權知識，尤其是所謂「基本權主客觀二元功能體系」(Böckenförde, 1990: 1)。

不過，嚴格而言，基本權的「給付面向」或所謂「保護義務」面向，雖早已發展出有別於防禦面向的所謂「不足禁止」(Untermaßverbot)原則，具體可操作的思考層次與檢驗步驟，卻仍停留在摸索階段，猶待開拓。推究其原因，非出於基本權釋義學暨解釋方法論的發展遲滯，而是訴求「立法給付」無可避免會面臨到「資源分配」的政策選擇與如何司法審查的難題。反觀以防禦公權力侵害為主軸功能的自由權與平等權，組構可資操作之思維層次與審查步驟之基本權解釋類型，相對較為可能，以下論之。

(二) 自由權的規範構造及其體系

具有規範意義之法語句是結合「構成要件」與「法律效果」之條件語句，而憲法保障人民自由權利之旨趣在於排除暨防止公權力恣意侵犯人民的自由，則憲法自由權若要成為具規範性之法語句，關鍵即在如何建構自由權的

「構成要件」。

從「禁止規範」的思維出發，人民自由權（相對於公權力）的規範要素與命題主要有二：

命題 1：公權力「是否」干預人民自由？

命題 2：公權力「得否」干預人民自由？

命題 1 的解答須先設定自由的「範疇」（可能被干預的標的），再以之為準據，始能判定公權力是否干預人民自由。循此邏輯演繹的結果是，如何確定憲法保護自由權的範圍（自由權之憲法保護範圍）。所謂「保護範圍」，⁷⁸指何種行為、法益、特性或狀態受到憲法自由權規定的保護。不同的自由權受憲法規定保護的範圍與所涉及的生活領域，容有不同，須透過解釋確認、界分之。與公權力「是否」干預自由命題的共同要素是何謂「干預」，為「保護範圍」之相對概念，即凡減損自由權之「保護範圍」者，概皆屬之。

命題 2：公權力「得否」干預自由的命題涉及公權力「不／應然」的規範面向，可分為「形式阻卻違憲事由」（有無法律依據？是否違反法律保留原則？）與「實質阻卻違憲事由」（是否合乎比例原則？）二種審查準據，由此形成「保護範圍界定？」→「是否干預？」→「有無阻卻違憲事由？」的思考層次與檢驗步驟（李建良，2003: 73-87）。

若謂「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障」，⁷⁹則憲法第 23 條規定之適用暨各該自由權保護內涵的探求與界定，即須進行基本權解釋的憲法續造，而非能將所有的自由權等量齊觀、機械地依循上述思考層次與檢驗步驟。試舉二例說明之：

藝術自由，依德國基本法第 5 條第 3 項規定，屬無法律保留之基本權，公權力能否予以限制？有無法律保留原則之適用？如何審查限制之憲法正當性？首先面臨的是如何界定「藝術自由」保護範圍的難題，也就是什麼是「藝術」？正面、直接的界定？誰來界定？皆有困難。或可先反面思考，汰除「不

78 德國憲法學說通稱為 *Schutzbereich*；德國聯邦憲法法院裁判首次出現 *Schutzbereich* 一詞者，為 1958 年 6 月 11 日作成之「藥房判決」（BVerfGE 7, 377 [410]）。

79 司法院釋字第 443 號解釋理由書。

應」屬於藝術「自由」的部分，例如未經許可而在他人牆上塗鴉，不問塗鴉內容是否關乎藝術，至少「非法使用他人財產」不在藝術「自由」的保護範圍，⁸⁰ 可以受到「毀損」的法律非難；⁸¹ 而如何將此一「負面要素」置入藝術自由保護範圍的界定，例如「藝術噪音」的問題，⁸² 誠屬基本權解釋與續造的重要課題。

(三) 平等權的規範構造及其體系

憲法第 7 條平等權之規範構造及其體系建構，首先必須克服的觀念難題是，如何解釋憲法第 23 條所稱「以上各條列舉之自由權利」與第 7 條所稱「中華民國人民……在法律上一律平等」之間的關係？

從第二章章名「人民之權利義務」出發，憲法第 7 條至第 24 條規定之內容，除第 23 條法律保留原則暨比例原則（除……所必要者外）外，⁸³ 非「權利」即「義務」。憲法第 7 條所定「在法律上一律平等」應非中華民國人民之「義務」，則所謂「法律上一律平等」只能是一種「權利」（平等權！）。再從憲法第 23 條所稱「以上各條列舉之自由權利」之文義以解，其中所稱「權利」自應包含第 7 條之「平等權」，理之一貫的推論似乎是：平等權，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。簡化的命題是：平等權之限制，須有法律依據，且須符合比例原則！

以上之基本權解釋，從文義及條文體系解釋的角度來說，似無疑問。然從歷史解釋、目的解釋、規範體系解釋，乃至於加入比較法的觀點，則不無可資斟酌之處。有待探討的問題是：憲法第 23 條於第 7 條有無適用？所謂「平等權」之憲法規範意涵為何？

80 Böckenförde 使用 Gewährleistungsinhalt 一詞，以資與 Schutzbereich 區隔（Böckenförde, 2011a: 237）。相關案例及討論，參見 BVerfG, NJW 1984, 1293 ff.

81 至於塗鴉者是否享有該塗鴉之智慧財產權而受憲法保障，則屬另一問題。

82 相關討論，參見 Ritter, 2008: 960 ff.。

83 司法院解釋首次出現「比例原則」用語者，為 1996 年 7 月 5 日公布之釋字第 409 號解釋（「仍應受土地法相關規定及土地法施行法第四十九條比例原則之限制」）。

先從「比較法」著手。類如憲法第 23 條之概括性法律保留條款，環顧世界並不多見，甚難比較，鮮少之例為 1946 年德國巴伐利亞邦憲法第 98 條：「憲法保障之基本權利原則上不得限制。依法律之限制，於維護公共安全、道德、衛生及福祉所必要者，始得為之。……」此一規定目前仍有適用。同樣從德國巴伐利亞邦憲法第二編的名稱「基本權利與基本義務」出發，該編第 98 條至第 123 條，凡 28 條，規定人民（邦民）之權利義務。值得注意的是，前述之概括法律保留規定（第 98 條），置於該編之首條（不同於我國置於第二章之末條〔暫排除第 24 條國家賠償規定〕），關於平等保護之規定，於第 118 條、第 118a 條始出現，規範位置在自由權規定之後，第 117 條甚且規定自由權的「忠誠義務」。顯而見之，第 118 條之平等保護應不在同法第 98 條所稱得以法律限制之基本權，而是獨立之憲法保障規範，不生上述所謂平等權之限制須有法律依據之問題。更精確的說，平等保護係課予國家「不得歧視」及「同等對待」的憲法義務，人民享有受國家同等對待之權利。⁸⁴ 在規範邏輯上，沒有平等（權）受限制的問題，只有國家權力受平等限制的憲法要求。

經過上述法比較獲致的觀點，有助於修正我國憲法規定的無心之失，也就是憲法第 23 條不適用於第 7 條「中華民國人民……在法律上一律平等」的平等保護規定，該條本身即是以平等原則為內涵之法規範，意旨是人民應受平等對待之憲法要求，賦予人民請求公平對待之基本權，具有直接之規範效力，以國家為對象，即是禁止國家公權力為任何之歧視或不公平的差別對待（歧視禁止）。在此基本理解下，平等權的基本思維方法依次是：

命題 1：確認公權力是否為差別對待？

命題 2：檢證該差別對待是否具備憲法上之合理正當事由（是否為合理之差別對待）？

首先就命題 1 來說，是否存有差別對待？也就是要確認是否存有「同者不等之」或「不同者等之」的情形，邏輯順序上必須先確認是否為「同者」

84 巴伐利亞邦憲法第 117 條第 1 項規定：「法律之前，人人平等。法律應以同等方式課予人民義務，任何人享有同等之法律保護。」

(相同事物)或「不同者」(不同事物)，而後方能判斷是否「不等之」或「等之」(差別對待)。因此，必須先設定「比較點」，經由排比甄別後，歸類出相同事物，形成「共同點」，再後找出相同事物的「差異點」，⁸⁵用以判別是否被差別對待，也就是「類其所同，辨其所異」的思維方法，為平等原則可操作性的基本前提。

例如假設法律規定：「單親母親之子女得優先就讀公立幼稚園。」此一規定是否存有差別對待？構成何種差別對待？因「比較點」設定之不同而有差異：

以「親子關係」為比較點，則可將「有子女之家庭」歸為同一組群（共同點），再以「單親與否」為差異點，則該規定構成「同者（同樣是有子女的家庭），不等之（優待有單親子女的家庭）」之差別對待，也就是「雙親家庭」受到上述規定之差別對待。

以「單親」為比較點，則可將「單親家庭」歸為同一組群（相同點），再以「單親的種類」為差異點，則該規定構成「同者（同樣是單親家庭），不等之（優待單親母親的家庭）」之差別對待，也就是「單親父親」受到上述規定之差別對待。

命題 2：是否為合理之差別對待？為憲法平等保護的難題所在，蓋平等保護並非絕對，容許基於特定之考量為合理之差別處理，蓋憲法基本上僅禁止「恣意」的差別對待。然則，何謂「合理」？如何始構成「恣意不合理」的差別對待？憲法未有明確的指示，解釋者必須設法建立一套檢驗公式與考量準據。以法律是否違反憲法第 7 條為例，試闢路徑如下：

1. 檢視重點首先落在前述之「差異點」上，辨明立法者進行差別對待之考量因素，前舉之例即有「單親與否」、「單親的種類」兩種分類方式。

85 「共同點」與「差異點」的思考方法，源於西方傳統邏輯學的 *genus proximum* 與 *differentia specifica* 概念，德國憲法學者 Bodo Pieroth 與 Bernhard Schlink 將之分別譯為 *gemeinsamer Oberbegriff*（共同之上位概念）與 *Unterscheidungsmerkmal*（差異要素），並運用於法律是否違反平等原則的審查思維步驟（Pieroth and Schlink, 2011: Rn. 465）。筆者嘗試引進此項概念，主要取其觀念，旨在建立平等審查的思維方法。至於此二概念在西方知識論的意涵及其發展條件，於此無法詳論，將另文深究之。

2. 針對立法者之分類方式及分類要素，審究是否存有「禁止分類」之情形，例如「直接」以性別、宗教、種族、階級、黨派作為分類之準據，並賦予法律規範效果。

3. 立法者之分類只有違憲「嫌疑」，⁸⁶ 尚未至直接構成恣意之程度者，如何進一步認定其是否「合理」，可分成四個檢視層次：

- 1) 分類及差別對待之目的何在？是否具有正當性？
- 2) 分類及差別對待能否（有助於）達到上述之「正當目的」？
- 3) 為達上述「正當目的」，是否有其他分類及差別對待的可能性？
- 4) 分類及差別對待所欲達成目的之利益與受差別對待者所受之損害是否顯失均衡？

以上形似「比例原則式」的審查公式，⁸⁷ 旨在讓「合理」、「嚴格」、「中度」、「寬鬆」審查等不確定法律概念、乃至於「主觀態度」得以有較為客觀的輪廓，提升前後驗證、交互論詰的可能性，使平等權解釋保有法學的學術性格，提升違憲審查的客觀性與可驗證性，儘管得出的結論難免仁智互見。當然，從平等保護的規範目的出發，在觀念上尚須分辨造成不平等的原因及來源為何？有可能來自國家公權力（行政、司法、立法），或者出於特定的私人（個人、企業、財團），甚至是根源整個社會，包括傳統、文化、宗教、成見（例如重男輕女的觀念）、社會條件、地理因素（例如生活在土地貧瘠或易發生天災的地區）等。規範上時爾透過制憲者、立法者或（經授權）行政部門積極介入，進行調整與調動，往往有特定的社會脈絡與時代因素，也因此須隨著社會環境的改變或時代觀念的演進而有所修正，否則國家介入過甚的結果，將形成另一種來自公權力之不平等對待，而須予以防止或排除之。例如憲法第 85 條規定：「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，並應按省區分別規定名額，分區舉行考試。非經考試及格者，不得任用。」前段揭櫫「公開競爭之考試制度」（考試平等原則），卻又採「按省區分別規定名額」。即是考量各區地理環境及教育條件的差異，以排除來自社會因素所造

86 美國最高法院發展之「嫌疑分類」（suspect category）觀點。

87 「比例原則式」之平等審查，不等於「比例原則」之審查，亦非使平等審查轉換成「自由權」的審查，此點經常受到誤解。

成的不公平現象。中國歷史上明朝洪武三十年（1396年）科考發生的「南北榜案」，⁸⁸緣由即是出於區域與社會條件的差異，為歷史社會學的重要研究對象（吳宣德，2009: 1-7）。此種因素於臺灣已不存在，故憲法增修條文第6條第3項爰規定：「憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行考試之規定，停止適用。」

平等權解釋的方法反思，自不以上述檢驗步驟的建立為已足。法律規範所由生之特定社會條件或法律規範對社會生活產生的實際效應，亦須重視而不容忽略，以避免單純條文比較演繹可能存在的盲點與不足。例如司法院釋字第666號解釋於審查（舊）社會秩序維護法第80條第1項第1款就意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰之規定是否牴觸平等原則時，論及「鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利」，即是將社會條件與實際境況納入釋憲視角的最佳範例，此部分容待另文探索研究之。

參、結論

法學方法的任務與目的，在於建立有序的法律解釋與秩然的體系建構，使法學成為一項有系統、客觀化的學科，法學思維與理論開展方不致紊亂紛雜、流於主觀。本文以比較法為主軸依序探討法律解釋、憲法解釋、基本權解釋，期有助於憲法解釋學的理論開展與實踐。茲撮要整理本文研究心得，期有助於健全觀念，並供查考，俾以作為進階探索的基石：

一、「研究探索之道在於比較」為學術的基礎要領，法學亦不例外，具

88 洪武丁丑會試，取進士51人，以閩縣陳郊為首，中原西北士子無人登第。明太祖朱元璋下詔命儒臣再考下第卷中擇優者復其科第，取61人殿試，再賜策問，以山東韓克忠為首（黃瑜撰，1999: 29）。另見《明太祖實錄》卷之二五三：「洪武三十年……六月辛巳朔上御奉天殿策試下第舉人先是禮部會試者多而中式者少被黜落者咸以言上命翰林儒臣考下第卷中擇文理優長者得六十一人……廷對中擢韓克忠為第一……。」

抽象、概括且精簡特性之憲法基本權的解釋與適用尤然，比較法是憲法學暨基本權解釋不可或缺的方法。

二、比較法的基本方法是找出不同規範之間的「相同點」與「相異點」，並進行優劣損益的分析，其應用面向自不以「外國法與本國法的比較」（狹義的比較法）為限，「內國不同法體系的比較」、「新法與舊法的比較」、「社會條件的比較」（廣義的比較法），亦屬比較法的實驗與應用範疇。

三、比較法的首要方法課題是「法認識論」。法律離不開條文，閱讀法條是比較法的基本功夫，而且本國法的認識應先於外國法。以「法認識論」為基礎，法比較又可分為「法條比較」與「體系關聯與制度比較」兩種層次。就「憲法解釋」而言，所謂之法條、體系、制度，尚可區分出「憲法規範」與「憲法以下之規範」二類。

四、法學研究與比較法學的實踐，應避免三種方法上的瑕疵：(一)於論述時無來由地引述某一或若干外國學者的見解。(二)引述某一或若干外國學者的見解，未加分說直接當成自己的見解。(三)引述某一或若干外國學者的見解，並就該見解的正誤與其他學者進行論辯，焦點卻不在自己見解與他人見解的辯證，而是該外國學者見解的考究。

五、法學是規範科學，法學方法的建構脫離不了特定的法律條文與特定的法秩序。法律人的核心任務是對社會事實進行法律判斷。除認定事實外，主要是形構「法律要件」與「法律效果」兩組體系，法學方法論的任務在於使法律發揮其規範功能，正確解釋建構「法律要件→法律效果」的法規則。

六、法律語句通常使用抽象概念或開放性構成要件，而其相對應的社會事實卻複雜多端、變動不居，再加上評價概念所在多有，如何詮釋及建構大前提（上位規範）厥為法適用關鍵之所在，憲法暨基本權解釋尤然。某公權力措施是否符合民主原則或法治國原則之憲法規範問題，即是一例。

七、法學與方法對應特定的法規範暨法秩序，法學方法與實定法之間具有緊密的交互影響關係，故無脫離特定法規範（實定法）暨法秩序的法學方法。相對而言，不同的法領域或法秩序理應各有其特有之法學方法思維。

八、憲法解釋作為一種「司法行為」的內涵與類別。依解釋標的而分，至少有四：解釋「憲法」、解釋「法律」、解釋「命令」、解釋「裁判」。從權

力作用來說，「解釋」有兩層意涵：一是**法解釋**，即闡明法的規範意旨；另一是**法審查**，即進行違法或違憲的司法控制。其中解釋「裁判」，係以法院之判決或裁定為對象之法解釋，也就是探求法院（法官）認事用法之意旨。「裁判」若能成為違憲審查之標的（違憲審查制度選擇問題），受審查乃至於應予解釋者，始終是法院（法官）之**法律見解**，而非抽象之法規。

九、憲法基本權規定多半抽象、概括且精簡，不易照章按字詮釋，更因基本權作為節制國家權力之憲法規範，動輒牽及憲政機關與憲法秩序，無不受到主客觀因素（包括社政經文化條件）的影響與制約。法制建構不能脫離歷史脈絡與人文傳承，憲法規範暨釋憲制度的比較，旨在探尋法制的規範元素與基石，掌握法治的建築結構及工法。著眼於基本權的解釋，關鍵之一即是釋憲制度在憲法秩序中的地位，也就是基本權解釋的制度條件，同時構成基本權解釋方法的前理解。此外，社會條件的實證分析與鄰接學科的強化，例如語言學、歷史學、哲學等，乃至於以「法學」作為研究客體而發展的學科，均有助於憲法解釋暨基本權解釋的有序操作與理性論結。

十、憲法解釋為司法權之一，法釋義學與法學方法論為司法作用的必要本質與必備要素，憲法解釋自不例外。憲法基本權規定具抽象、概括且精簡的特性，基本權解釋的影響因素與相應條件相對較為複雜。讓憲法基本權規範得以生成續造，為司法機關的職責與任務之一。憲法續造與基本權續造為基本權解釋之基本課題。近代憲政主義的成就在於使憲法成為具有規範性的制度。憲政理念與憲法規範之落實及其程度，因國而異，因時而別。不同的法制背景、歷史條件、學理體系、解釋方法，往往映襯出人權理念實踐與憲政文化底蘊的相似性與差異性。

十一、比較法為人文及社會科學研究的必要之法，原因在於人社學科主要依賴語言文字表述思想，以語言文字為載體歸整、傳遞複雜的思想與觀念，建立思想體系與知識系統。透過「比較點」與「差異點」的設定與提煉，進行事物的歸同辨異，法學研究如此，法律實務亦然，需要通過語言、概念的運用與操作，經由說理、推論、綜結，始有可能。因此，準確使用語言概念、又不受語言概念所囿，為基本權解釋的重要課題之一。例如「形式平等」與「實質平等」概念語彙使用的正誤之辯，牽涉對平等保護課題不同維次的

憲法認知，同時兼及比較憲法及法學方法上若干基本觀念的辨正。過於計較「形式」與「實質」用語的差異，容易將思考的方向導引到如何正確表述的語源爭辯上，忽略隱藏在用字遣詞背後的法理思維與關懷課題。

十二、法解釋的方法可溯及 Friedrich Carl von Savigny 的法律解釋方法論，氏將「法律解釋」理解為「法律內涵思想的重構」，法律解釋可拆解成「文法」、「邏輯」、「歷史」、「體系」四要素。由此可引伸出三點：(一)這套為法律解釋設想的解釋路徑與思維要素，對於基本權解釋（憲法解釋）來說，最重要的啓示及意義首先是對於釋憲標的（法律）的正確解釋。(二)所謂「歷史解釋」，主要是立法當時的規範處境，而非只是立法史料或白紙黑字的「立法理由」。(三)所謂「體系解釋」有「內在體系」與「外在體系」二種指涉意涵，前者著重在特定法律之法條規定或整部法律之內在規範體系；後者則脫逸特定法條或法律之格局，投射到零散但井然之法秩序。

十三、「比較」法的標的非僅一端，功能作用亦不以法解釋為限。法解釋之目的在於正確重構法內涵的思想，法的文義要素、邏輯要素、歷史要素、體系要素及目的要素的解明，可謂同等重要，相需為用。比較方法足以深化各個要素並貫串之，對於以繼受外國法為法內涵的我國來說，尤其重要。將比較法納入基本權解釋方法，必須注意三個重要環節：(一)設定解釋的共通命題，進行本國法與外國法的比較。(二)尋找可能與本國法相對應的外國法，正確理解外國法的規範意旨，包括學說解釋、實務解釋（含法續造）。(三)尋找可能與外國法相對應的本國法，正確理解本國法的意旨，包括學說解釋、實務解釋（含法續造）。

十四、從「禁止規範」的思維出發，人民自由權（相對於公權力）的規範要素與命題主要有二：命題 1：公權力「是否」干預人民自由？命題 2：公權力「得否」干預人民自由？命題 1 的解答，須先設定自由的「範疇」（可能被干預的標的），再以之為準據，始能判定公權力是否干預人民自由。命題 2 涉及公權力「不／應然」的規範面向，可分為「形式阻卻違憲事由」（有無法律依據？是否違反法律保留原則？）與「實質阻卻違憲事由」（是否合乎比例原則？）二種審查準據，從而形成「保護範圍界定？」→「是否干預？」→「有無阻卻違憲事由？」的思考層次與檢驗步驟。

十五、平等權的基本思維方法依次是：命題 1：確認公權力是否為差別對待？命題 2：檢證該差別對待是否具備憲法上之合理正當事由（是否為合理之差別對待）？命題 1 的解答，必須先設定「比較點」，經由排比甄別後，歸類出相同事物，形成「共同點」，再後找出相同事物的「差異點」，用以判別是否被差別對待。命題 2 的解答，是憲法平等保護的難題所在，憲法未有明確的指示，解釋者必須設法建立一套檢驗公式與考量準據，路徑大約如下：(一)檢視重點首先落在前述之「差異點」上，辨明立法者進行差別對待之考量因素。(二)針對立法者之分類方式及分類要素，審究是否存有「禁止分類」之情形，例如「直接」以性別、宗教、種族、階級、黨派作為分類之準據，並賦予法律規範效果。(三)立法者之分類只有違憲「嫌疑」，尚未至直接構成恣意之程度者，如何進一步認定其是否「合理」，可分成四個檢視層次：1. 分類及差別對待之目的何在？是否具有正當性？2. 分類及差別對待能否（有助於）達到上述之「正當目的」？3. 為達上述「正當目的」，是否有其他分類及差別對待的可能性？4. 分類及差別對待所欲達成目的之利益與受差別對待者所受之損害是否顯失均衡？

十六、基本權解釋不以規範本身的詮釋為已足，法律規範所由生之特定社會條件或法律規範對社會生活產生的實際效應，亦須納入釋憲的視角範疇，避免單純條文比較演繹可能存在的盲點與不足。

參考資料

A. 中文部分

吳宣德

- 2009 《明代進士的地理分布》。香港：中文大學出版社。(Wu, Xuan-De, 2009, *Distribution of Jinshi in Ming Dynasty*. Hong-Kong: The Chinese University Press.)

李建良

- 2003 〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，見李建良（編），《憲法理論與實踐(一)》，2 版，頁 51-100。臺北：新學林。(Lee, Chien-liang, 2003, "Constitution and Thinking Level of Fundamental Right Theory," pp. 51-100 in Chien-liang Lee (ed.), *Theory and Practice of the Constitution (I)*, 2nd ed. Taipei: New Sharing.)

黃昭元

- 2009 〈平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第 649 號解釋談起〉，《法學新論》7: 17-43。(Hwang, Jau-yuan, 2009, “Judicial Review of the Cases Involving Competing Claims of Equality and Liberty Rights: Comments on No. 649 Interpretation,” *Journal of New Perspectives on Law* 7: 17-43.)

黃瑜 (撰)

- 1999 《雙槐歲鈔》(十卷), 魏連科 (點校)。北京: 中華書局。(Huang, Yu (ed.), 1999, *Shuang Huai Note*, 10 Vols., Lian-Ke Wei (proof). Beijing: Zhonghua Book Company.)

傅斯年

- 2013a 〈史學方法導論〉, 見楊榮川 (編), 《史學方法導論及講義文集》, 頁 1-3。臺北: 五南。(Fu, Ssu-nien, 2013a, “An Introduction to the Historiography Methods,” pp. 1-3 in Rong-chuan Yang (ed.), *An Introduction to the Historiography Methods and a Collection of Teaching Materials*. Taipei: Wunan Books.)
- 2013b 〈戰國子家敘論〉, 見楊榮川 (編), 《史學方法導論及講義文集》, 頁 74-144。臺北: 五南。(Fu, Ssu-nien, 2013b, “A Discussion of the Hundred Schools of Thought in the Warring States,” pp. 74-144 in Rong-chuan Yang (ed.), *An Introduction to the Historiography Methods and a Collection of Teaching Materials*. Taipei: Wunan Books.)

B. 外文部分

Bourdieu, Pierre, Jean-Claude Chamboredon, and Jean-Claude Passeron

- 1991 *Soziologie als Beruf: Wissenschaftstheoretische Voraussetzungen soziologischer Erkenntnisse*. Berlin: Walter de Gruyter.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang

- 1990 “Grundrechte als Grundsatznormen,” *Der Staat* 29(1): 1-31.
- 2011a “Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik,” S. 230-263 in Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp Verlag.
- 2011b *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp Verlag.

Brown, L. Neville

- 1971 “A Century of Comparative Law in England: 1869-1969,” *The American Journal of Comparative Law* 19(2): 232-252.

Cardozo, Benjamin

- 1931 “The Game of the Law and Its Prizes,” pp. 160-175 in Benjamin N. Cardozo (ed.), *Law and Literature and Other Essays and Addresses*. New York: Fred B. Rothman & Co.

Cusa, Nicolai de

- 1979 *De docta ignorantia, Liber primus, Lateinisch-Deutsch*, Paul Wilper (übersetzt), 3. Aufl. Hamburg: Felix Meiner.

Engisch, Karl

- 1983 *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl. Berlin: Kohlhammer.

Everett, Daniel L.

- 2012 *Language: The Cultural Tool*. New York, NY: Vintage Books.

- Frankfurter, Felix
1947 "Some Reflections on the Reading of Statutes," *Columbia Law Review* 47(4): 527-546.
- Friendly, Henry
1964 "Mr. Justice Frankfurter and the Reading of Statutes," S. 30-44 in Wallace Mendelson (ed.), *Felix Frankfurter, the Judge*. New York: Reynal and Company.
- Häberle, Peter
1989 "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat—Zugleich zur Rechtsvergleichung als 'fünter' Auslegungsmethode," *JZ* 1989: 913 -919.
- Jahn, Matthias
2008 "Pluralität der Rechtsdiskurse—Sektoralisierung der Methodenlehre," S. 175-184 in Matthias Jestaedt and Oliver Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Jestaedt, Matthias
2008 "Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie," S. 185-205 in Matthias Jestaedt and Oliver Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Krüger, Hartmut
1997 "Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht," S. 1393-1405 in Burkhardt-Ziemske u. a. (Hrsg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*. München: C.H. Beck.
- Kübler, Friedrich
1977 "Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft," *JZ* 1977: 113-118.
- Larenz, Karl
1966 *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin: De Gruyter.
1969 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. Berlin: Springer.
1991 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. Berlin: Springer.
- Larenz, Karl and Claus-Wilhelm Canaris
1995 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. Berlin: Springer.
- Looschelders, Dirk and Wolfgang Roth
1996 *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Möllers, Christoph
2012 "Methoden," S. 123-178 in Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmitt-Abmann, and Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. München: C.H. Beck.
- Pieroth, Bodo and Bernhard Schlink
2011 *Grundrechte, Staatsrecht II*, 27. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller.
- Ritter, Thomas
2008 "Kunstfreiheit und Gesundheitsschutz—Auswirkungen der EG-Lärmrichtlinie auf das Konzertleben in Deutschland," *NVwZ*: 960-966.

Schmidt-Aßmann, Eberhard

- 1993 "Zur Europäischen Verwaltungsrechts," S. 513-528 in Peter Badura and Rupert Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. München: C.H. Beck.

Sommermann, Karl-Peter

- 1999 "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa," *DÖV* 52: 1017-1029.

Starck, Christian

- 1997 "Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht," *JZ* 1997: 1021-1030.
2008 "Rechtsfortbildung durch das Verfassungsgericht," S. 15-26 in Werner Heun and Christian Starck (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

Steinbeis, Maximilian

- 2016 "Amerikas unerwiderte Liebe zum deutschen Grundgesetz," Retrieved Dec. 13, 2016, from <http://verfassungsblog.de/amerikas-liebe-zum-deutschen-grundgesetz>

Strebel, Helmut

- 1964 "Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht," *ZaöRV* 24: 405-430.

Tschentscher, Alex

- 2007 "Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht," *JZ* 2007: 807-816.

von Kirchmann, Julius

- 1848 "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft," Retrieved Dec. 13, 2016, from <http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/kirch1.html>

von Savigny, Friedrich Carl

- 1841 *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Veit.

Voßkuhle, Andreas

- 2001 "Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht," S. 171-195 in Hartmut Bauer, Detlef Czybulka, Wolfgang Kahl, u. Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht, Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt*. Tübingen: J.C.B. Mohr Verlag.

Wahl, Rainer

- 2001 "Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld," *Aus Politik und Zeitgeschichte*: 45-54.
2003 "Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung," S. 96-120 in Rainer Wahl (Hrsg.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*. Berlin: Suhrkamp Verlag.

Wesel Uwe

- 1984 *Juristische Weltkunde: Eine Einführung in das Recht*. Berlin: Suhrkamp Verlag.

West, Robin L.

- 2003 *Re-Imagining Justice: Progressive Interpretations of Formal Equality, Rights, and the Rule of Law*. Burlington, VT: Ashgate Publishing Company.

Reflections on the Legal Methodology and the Interpretation of Basic Rights: An Introductory Overview

Chien-liang Lee

Research Fellow

Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica

ABSTRACT

The study of law, as an academic discipline, can sometimes be questioned for lacking methodology or objectivity, especially concerning the constitutional interpretation of the basic rights of people where these basic rights are subject to the criticisms of subjective or political considerations. Thus, this paper explores the interpretation of basic rights, and attempts to use the fundamental conceptual and operational factors of jurisprudence as its starting point. First, it analyzes the general characteristics of jurisprudence, and second, it focuses on the constitutional interpretation of basic rights, and examines the interpretation of basic rights and the impact of this interpretation on their practice. Last, it presents the basic legal methodology of the constitutional interpretation (constitutional review) of constitutional liberty and equality separately, to provide references for both academic discussion and practical application.

Key Words: Legal methodology, basic rights, constitutional interpretation, comparative law, right to liberty, right to equality

