

從基本權總論出發的審查模式

——基本權利案例解析方法

張志偉*

要 目

壹、問題提出、方法立場與論述 步驟	二、基本權利功能面向作為歸 責問題
一、從民法、刑法與公法的審 查模式說起	三、合憲性審查
二、常見的憲法案例解析模式	肆、結論
三、何以借鏡於德國法	附錄：基本權利解題模式——基 於基本權利總論的審查 模式
貳、從基本權總論開展的基本權 利審查體系	模式 1：基本權利之一般審查 模式
一、德國與美國基本權利審查 之方法差異	模式 2：基本權利作為對抗干 預之防禦權
二、保護領域、歸責與正當化 之三階層審查	模式 3：保護義務情形
參、基本權利審查階層：保護領 域、歸責與正當化	模式 4：間接第三人效力
一、結合基本權利各論的保護 領域界定	參考文獻

投稿日期：114 年 02 月 17 日；接受刊登日期：114 年 11 月 17 日

* 高雄大學政治法律學系副教授；慕尼黑大學法學博士。本文承蒙
研討會與談人陳淑芳教授與期刊匿名審查人惠賜諸多寶貴意見，
令筆者獲益良多，於此謹致謝忱。

關鍵字：憲法案例、基本權審查模式、基本權功能、保護義務、審查密度

中原財經法學

壹、問題提出、方法立場與論述步驟

一、從民法、刑法與公法的審查模式說起

在專業領域中即使面對同一事例，不同參與者切入角度、討論順序、採用標準或評價基礎，彼此或許都大相逕庭。倘若欠缺一套基本的討論（審查）模式，即不易獲致最起碼的共識，在憲法案例解析的面向亦是如此：從大一同學的憲法學習，直到憲法法庭的憲法審查，都需要一套基本的討論（審查）模式，以確保彼此對話的可能性，借助這些框架，使得所有須進一步檢視的要素，得以透過清晰的、合體系邏輯且遞進的步驟獲得詳盡的分析與審視，最終得以獲致穩健的、可重複與可驗證的審查結論，此亦為方法論之基本立場¹。因此，對於憲法問題的分析框架與審查模式遂成為憲法教育乃至於憲法審查都必須掌握的基本功。

此一理解在我國法學教育與法律實務上，已見諸於民、刑事案例之分析，如王澤鑑教授所建構並系統引介之《請求權基礎理論體系》已為我國民法研究的共同資產²；而刑法中的犯罪階層審查更是深植每個法律工作者之中³。若進一步觀察，此等審查步驟或體系不可諱言地可以說是繼受德國學理之思想結晶。然而此類審查模式的提出與操演，在公法領域卻或多或少顯得難有基本共

1 張志偉，法學方法與憲法，收於：翁岳生、蘇永欽、陳春生主編，法學研究方法論——憲法編，頁 67 以下，2023 年。

2 王澤鑑，法律思維與案例研習——請求權基礎理論體系，校正 2 版，頁 39-101，2021 年。

3 僅參見許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，頁 7 以下，2000 年；蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2 版，頁 70 以下，2017 年。

識，更有甚者，相較於行政法學已有較為穩定的案例解析結構⁴，憲法領域在審查模式上的共識似乎更為薄弱。

在民法中典型的提問是：「誰得向誰，依據何種法律規範，主張何種權利」，此處的法律規範即為請求權規範基礎（Anspruchsnormengrundlage）⁵。刑法中之案例提問則多為「誰的何種行為可能構成刑法第 x 條第 x 項的何種犯罪」作為大前提⁶。而公法範疇則多在探求：「某一（可歸責於）⁷國家行為是否形式上或實質上違法（違憲）侵害當事人之權利」⁸。而行政法院之訴訟係涉及特定之訴訟標的，當此一訴訟合法（zulässig）且有理由（begründet）時，即為勝訴⁹。依此即為一般行政法案例解析之基本模式。於憲法領域，若以基本權利為例，其大前提（Obersatz）則多界定為：「當公權力行為對於憲法訴願聲請人某項基本權利保護領域形成干預，而此干預又無法被正當化時，即構成基本權利之侵害」。因此，或可進一步說明的是，公法案例多以探問「權利救濟之勝訴希望」（Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs）為出發

4 行政法案例的審查，大抵上可分為行政行為合法性的審查，或是行政法上請求權基礎的探求兩大類。前者多始於行政行為的定性，進而即可審查其概念要件、形式與實質合法性，並且配合行政訴訟之訴訟類型以為對應；而後者則著眼於人民向國家依何種請求權基礎，主張何種權利。就此可參見李建良，行政法基本十講，8 版，頁 1-49，2018 年；陳愛娥，以行政行為類型為中心的行政訴訟類型，萬國法律，112 期，頁 26-35，2000 年。

5 王澤鑑，註 2，頁 40、70。

6 蔡聖偉，註 3，頁 77。

7 蓋於公法領域中，亦有可能非直接以國家行為為審查對象，如公私協力行為等，但可歸責於國家（Zurechnung）。Vgl. Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl., 2023, Rn. 40, 486 ff.

8 行政法領域，參見 Baade, Die gutachterliche Prüfung im Verwaltungsrecht, in: Eisentraut (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Klausur, 2020, S. 3.

9 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 10 Rn. 1.

點，因此審查結構上係結合訴訟法與實體法，第一層次係區分訴訟之合法性（Zulässigkeit）審查與實體上有理由性（Begründetheit）之審查。實體面向上，若於行政法案例，則多係以行政行為之合法性為審查對象；若為憲法案例，則多係探求某法律或某國家行為是否違憲，亦即審查某審查標的之形式與實質之合憲性或合法性。此亦為德國公法學案例解析的特色：實體法結合程序法（訴訟法），或可稱為實體法兼及程序法（訴訟法），無論是處理何種問題（行政合法性、基本權利或國家組織），大抵可概分為行政行為是否合法（國家行為是否合憲）或請求權是否存在的「實體問題」以及應循何種救濟途徑的「程序問題」。至於具體案例解析上，基於功能考量與思維（訴訟）經濟的觀點，審查步驟上係以程序問題先於實體問題，從法院審查的角度而言，即屬先審查程序是否合法，再探究實體有無理由¹⁰。

二、常見的憲法案例解析模式

但若進一步觀察我國常見的憲法案例解析的討論，卻只有略顯不明的審查步驟，例如就基本權利解題架構常見分為國家公權力行為限制基本權利題型，以及第三人行為侵害基本權利題型兩大類型。就前者而言，係採取以下步驟：（一）步驟一：判斷「誰」的「何種」基本權利受到限制；（二）步驟二：找出「誰」作成基本權利限制行為，並區分國家公權力、第三人行為或國家私經濟行政限制基本權利之不同解題架構；其後則是連結到所謂德派或美派「審查密度」，而認有嚴格、中度及合理審查標準；後者則是僅以「基本權利對第三人效力理論」作為處理模式¹¹。但若進一

¹⁰ Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 3. Aufl., 2009, S. 159 ff.

¹¹ 參見張陳弘，憲法案例研習講義，3版，頁5、20、38、247，2022年。此一論述模式亦可見諸其他補教界所編書籍中，由於未揭示作者本名，姑且容未引述。而國內教科書的論述，則多停留在以Pieroth/Schlink所介紹的德國法上古典基本權利的操作模式，例如

步比較以德國法為基礎的民、刑法或公法之審查模式，有以下幾點或可斟酌：

1、未能形成有體系、遞進的審查步驟：審查體系與步驟適足以顯示法釋義學對於相關法律爭議的完整掌握與處理，換言之，必須透過此等審查步驟詳盡、完整地呈現待處理的爭議何在，不致有所遺漏，以達此一釋義學內涵理性化、體系化的目標。若以基本權利審查為例，即在體現基本權利並非綱領條款，亦非僅法律或政策討論上的論點而言，而是有拘束力的法條。體系化的審查步驟某程度上即可確保法拘束性與可司法性，基本權利保障遂由法院審查與貫徹實現¹²。舉例而言，前述所採取之步驟僅以「誰作成基本權利限制行為」，卻未能顧及國家應作為而不作為之基本權利保護義務之面向，即有未足；就合憲性審查上，亦僅提及所謂之審查密度，並未結合形式合憲性與實質合憲性的審查；就國家組織法或其他憲法原則，如法治國原則之相關審查，亦未能體現於此一審查體系（詳後述參、三部分）。

2、未能和基本權總論相連結：憲法釋義學的基本內涵必須反映在審查模式上，諸如基本權利主體、義務人、不同的基本權利功能（例如因國家不作為所生之保護義務審查）、基本權利競合與衝突等基本權總論的基本內涵，亦應呈現在憲法案例審查的審查體系與步驟。釋義學上的不同立場與爭議，都可以在不同階層的審查步驟中揭示其見解，並供檢視，如此方能讓審查清晰、可檢證。本文所指的基本權總論係指具有體系性與方法要求的「基本權一般理論」（allgemeine Grundrechtslehre），乃所有基本權利共

法治斌、董保城，憲法新論，9版，頁226以下，2024年。關於Pieroth/Schlink為代表的審查模式及其後微調，詳後述貳、二、（二）部分。

¹² Kielmansegg, Die Grundrechtsprüfung, JuS 2008, 23.

通適用的概念、結構與審查方法，在德國主要由其聯邦憲法法院及學理所共同發展的基本權利之法釋義學體系。本文所處理的基本權利審查模式即為基本權利總論的重要內容之一。

3、審查標的亦不明確：就審查標的而言，個案中所涉及的究屬法律、命令、行政機關的事實認定、規範解釋或裁量，抑或是法院的裁判，對於憲法訴訟與憲法審查的開展亦有其重要性¹³。而美國法上之基本權限制的審查基準，僅涉及與立法權的互動關係；相較之下，德國除了與立法權之審查外，尚有審查一般法院判決之憲法訴願制度¹⁴，就此部分實與我國憲法訴訟新制後較為接近。

4、審查標準與審查密度：兩者究何所指，其間關係為何未見清楚說明。憲法解釋與裁判若未能有意識地運用此等概念，即有可能難以理解、對話，甚至衍生標準何來的爭議。在憲法訴訟法明定裁判主筆制之下，也可看到判決理由中會指明「據以審查之憲法權利」，但未必均會提及「中度」或其他審查標準之語¹⁵。依筆者所識，在德國法的討論脈絡中，審查標準（Kontrollmaßstab,

¹³ 一般抽象法規範與具體個案行為的合憲性問題，在德國法上本屬兩個不同層次的審查，就此參見 Michael/Morlok(Fn. 7), Rn. 612.; 由於本書有改版，論述結構上有所變動，故邊碼有相當差距。故以下則對照新舊兩版，倘有不同且必要時茲一併補上新版出處：Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl., 2025, Rn. 80. ; Epping/Lenz/Leydecker, Grundrechte, 9. Aufl., 2021, Rn. 42.

¹⁴ 如陳愛娥老師以「基本權限制之審查基準」為題的論文中，即分別指出此一差異所在。參見陳愛娥，基本權限制之審查基準，收於：司法院秘書處編，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會——違憲審查基準與社會國原則，頁 13、16、32 以下，2008 年。

¹⁵ 如 112 年憲判字第 17 號論及言論自由時，即有稱「本件應採中度標準審查立法者對醫師為醫療廣告之言論自由管制」，但 113 年憲判字第 3 號【公然侮辱罪案（一）】時則僅表示「據以審查之憲法權利」，並未表示何種審查標準。

Prüfungsmaßstab) 的用語，有時是在指稱「作為規範審查之邏輯結構之大前提的憲法規範或憲法原則」，有時則是在表述「憲法法院在審查立法事實問題時之寬嚴要求程度的標準」。為避免不必要的誤解與混淆，本文將前者界定為「審查基準」或「審查標準」，而將後者界定為「審查密度」(Kontrolldichte) 的問題¹⁶；亦即前者所指涉的是憲法中成文或不成文的憲法規範或憲法原則（如民主原則、法治國原則，或此處所關注的比例原則），而後者則是指涉法院得否以及如何探問有權機關所為決定，並且以自己判斷取而代之以的立場。若以憲法審判機關與立法者為例，即屬對於立法者所為事實確定與預測決定審查的程度問題¹⁷。在憲法審判機關與一般法院而言，亦有類似的問題意識，如德國法上關於法院裁判所涉特別憲法之侵害的概念，或是如 111 年憲判字第 8 號判決邊碼 29 及第 30 處所示。此一區分在規範違憲審查上之意涵即

16 Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 51. 進一步可參見張志偉，比例原則與立法形成餘地——由法律原則理論出發，探討審查密度的結構，國立中正大學法學集刊，24 期，頁 57 以下，2008 年。

17 Oreschnik, Verhältnismäßigkeit und Kontrolldichte, 2019, S. 2. 惟我國學界有認為我國憲法審判實務上已有將「審查標準」應與「審查密度」共用，而非與審查基準共用之趨勢，參見李惠宗，法學方法論，4 版，頁 250-252，2022 年。另湯德宗大法官係認定，「標準」係指由權威、習慣或公認所建立之模式或例舉；而「基準」則為裁判或決定所得依據之標準，但考量「標準」與「基準」在中文已混用成習，行文時並不嚴格區分；並認「違憲審查基準」即指釋憲機關解釋憲法所採取之尺度，亦即大法官於「案件」中衡量（判斷）系爭國家機關行為合憲與否之標準，美國稱之為違憲審查標準，德國則以審查密度稱之。參見湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，收於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第六輯（下冊），頁 2 註腳 2，2009 年。由此亦足見，美國法上似無「憲法規範與憲法原則」以及憲法審判機關對於「立法事實或司法事實」介入密度之差異。

為：以比例原則作為規範審查基準的基本權利釋義學的規範要求不變的前提，在立法事實的審查程度上區分出寬嚴程度有別的審查密度¹⁸。筆者認為，在本文脈絡中，區別「憲法規範與憲法原則」以及憲法審判機關對於「立法事實或司法事實」介入密度的問題，應有其意義。概念上仍應將「審查基準」或「審查標準」用以指涉「憲法規範與憲法原則」，而「審查密度」則指涉憲法審判機關對於「立法事實或司法事實」介入程度的問題。本文以下將「審查基準／審查標準」限於指涉作為審查大前提之憲法規範、憲法原則或基本權規範；「審查密度」則指憲法審判機關在適用該審查基準時，對於立法者、行政機關或普通法院之事實認定、預測判斷與評價決定，介入至何種程度。

為了瞭解目前常見的憲法審查模式，筆者曾到坊間書局檢視憲法領域相關的考試用書和教科書，發現補教用書或脫胎於補教用書的案例書，絕大多數都推薦憲法案例審查時，要用上美式的三重審查基準，有些補教用書甚至提醒讀者小心別用上如「必要」兩字帶有德國比例原則的用語。但反觀國內憲法教科書，卻多為源自於留學德奧背景的公法老師所寫，緊貼著憲法第 23 條的文本出發，強調「必要」即指涉比例原則之涵義，並以此為審查。此一落差顯示，我國憲法案例解析方法與憲法教義學之間，仍有進一步整合的必要。本文主張，我國基本權利案例解析不宜僅以「權

¹⁸ Bryde, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 555 ff.; Brun-Otto Bryde (李玉君譯)，聯邦憲法法院判決之事實認定與社會現實，收於：Peter Badura、Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯註，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（上冊），頁 584 以下，2010 年；Christian Starck（李建良等譯），憲法解釋，收於：法學、憲法法院審判權與基本權利，頁 264，2006 年；陳愛娥，註 14，頁 16 以下。

利類型—審查密度」作為主要架構，而應回到基本權利總論，以「保護領域—歸責—正當化」作為基本審查階層。如此方能將基本權利主體、基本權利義務人、基本權利功能、保護義務、第三人效力、基本權拋棄或競合、形式與實質合憲性以及審查密度等問題，置於各自適當之體系位置中加以處理。

三、何以借鏡於德國法

德國法學者 Gustav Radbruch 曾言，法學者對於法律之任務在於：解釋、結構與體系¹⁹。為了能妥適地將憲法學上抽象理論合於體系地運用到具體案例，筆者認為德國法案例審查的審查體系應有其可取之處，尤其是以基本權總論為基礎的基本權利審查的結構與方法²⁰。一言以蔽之，其案例解析的特色從程序到實體、結合總論與各論的審查模式：

1、從程序審查開始（訴訟是否合法提起），再到實體上有無理由（有理由階層），結合了訴訟法與實體法。因此在德國法學院無論是考試或是作業（Hausarbeit），應考人或學生都被要求從訴訟救濟是否合法出發，逐步審查（行政訴訟或憲法訴訟中）各個訴訟類型之實體判決要件（或受理要件），訴訟合法提起後，再審查實體有無理由，藉此接軌實體法上諸多爭議的開展，從而訓練從程序到實體的完整思維²¹。

¹⁹ Gustav Radbruch（王怡蘋、林宏濤譯），法學導論，頁 263-268，2000 年。

²⁰ Graf von Kielmansegg, Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren, JuS 2009, 19.

²¹ 就筆者檢視所及，德國法學教育取向的法學雜誌，如 JuS, JA, Jura 以及線上法學期刊如 ZJS，每期都有民、刑、公法案例研習的固定欄位，姑舉一例：Mast/Gafus, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Die Online-Versammlung, JuS 2021, 153-160.

2、無論是立法、法學研究或教學上，都從總論出發，再到各論的個別規定，此種理解在我國的民事法、刑事法、行政法到憲法都是如此²²。在此理解下憲法（基本權利或國家組織法）各論的個別規定都是結合總論的體系思維而為解釋與操作。

3、以基本權利審查為例，從基本權利各種功能面向的諸多開展而開始，必須先判斷個案事實是涉及到何種基本權利及其何種基本權利功能（作用）面向而決定其審查模式。質言之，基本權利的案例審查係植基於基本權利釋義學的整體開展（總論與各論部分均體現在審查模式中的不同階層處理），兩者必須有所連結²³。

22 德國法學方法論所開展的法律解釋方法亦適用於民、刑與公法等法領域，Forck, Methodik der Gesetzesauslegung: Wann stößt die Argumentation mit Wortlaut, Systematik, Telos und Historie an ihre Grenzen?, JJS 2022, 357-361.

23 在此理解下，筆者於博士班階段曾三度針對司法院釋字第 699 號、第 709 號及第 728 號解釋分別為文評釋，蓋這幾則解釋分別涉及基本權利的防禦權功能、組織與程序保障功能，以及保護義務功能。參見張志偉，憲法解釋的歧路——評司法院大法官釋字第 699 號解釋，收於：財團法人李模務實法學基金會編，判解研究彙編（十七、十八）：李模務實法學基金會一〇一年、一〇二年第十七、十八屆法學論文徵選優勝作品集，頁 21-41，2014 年；張志偉，適宜居住權、財產權保障與衡量誠命——評釋字第 709 號解釋，收於：財團法人李模務實法學基金會編，判解研究彙編（十七、十八）：李模務實法學基金會一〇一年、一〇二年第十七、十八屆法學論文徵選優勝作品集，頁 137-165，2014 年；張志偉，私法規範的憲法審查——以大法官釋字第 728 號解釋為例檢視我國釋憲制度的結構困境，收於：財團法人李模務實法學基金會編，判解研究彙編（十九、二十）：李模務實法學基金會一〇三年、一〇四年第十九、二十屆法學論文徵選優勝作品集，頁 177-208，2016 年。

搭配釋義學與案例解析的開展，德國法學界將法律文件或案例解析的寫作格式分為兩種：「鑑定模式」與「判決模式」，其中第一次國家考試之前的案例解析係以鑑定模式呈現，而第二次國家考試則以實務取向為之，則以判決書模式為主要訓練。因此，多半法學教育期刊係以「專家意見書模式」（*Gutachtenstil*，或稱為「鑑定書」模式）為介紹對象。鑑定模式係一種法學審查的方式，有別於判決書模式（*Urteilstil*）²⁴，前者係於開頭處提出一項假定（大前提），並逐步地審查其要件是否成立。於實例題解析上尤指某一生活事實「可能」與某一法律規範有關聯；依此假定，運用涵攝模式探討該假定是否成立。因此，並非指涉個人表述方式的風格問題，而是一種思維模式（*Denkform*）與分析方法。如德國公法暨方法論學者 Franz Reimer 指出，專家意見書模式顯示出一種符合法治國運作的根本要求：結論開放性²⁵。此一模式的意義在於，為案例解答踩上煞車並且將其思路慢下來。藉此有助於處理重要的問題提出，並且逐步地處理為導出答案所需之要件，取代直接得出問題解答²⁶。在我國法學教育中，民、刑法的審查模式已多有建議採取此種案例解析方法²⁷，在公法領域中亦應有援引之空間，亦可對於我國憲法案例的審查有所助益²⁸。

24 反之，判決書模式則是如同法院判決一般，先作出結論，再敘述理由。

25 Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2020, Rn. 718.

26 關於專家意見書模式的詳細操作，參見 Reimer (Fn. 25), Rn. 723 ff.; Valerius (Fn. 10), 3 ff. 並附有不同法領域的案例解析。

27 參見王澤鑑，註 2，頁 349 以下；蔡聖偉，註 3，頁 18 以下。

28 德國已有線上教科書及案例書的教學與研究資源，如 OpenRewi（或可譯為「開放法學」）即已有多個法領域資料，其連結可見：OpenRewi (2025), OpenRewi, in <https://de.wikibooks.org/wiki/OpenRewi>.（最後瀏覽日：2025/04/07）。依筆者所檢索，目前已有憲法基本權、行政法案例等教科書或實例研習書等開放教材於線上供人參閱。如憲法基本權利案例：OpenRewi (2022),

本文基本上認為，基本權審查模式有其共通性，不同國家憲法審查所討論的問題亦有其類似之處，因此在貳部分以下，主要即以德國法為檢視借鏡對象。若有論及我國法之處，也是以個別案例作為比較、參考之對象。凡此，若有提及我國法部分，亦僅在指出若干兩國憲法或少部分基本權利條款異同之處，或是我國憲法解釋未必清楚之處，以為適例。簡言之，本文目的並不在具體指出我國基本權利案例解題應如何深化，此應為另文目標，而毋寧是完整介紹德國法上的審查模式，以為比較之基礎；惟此一立場絕非輕忽其他外國法對於我國法的影響，而毋寧是在前人的基礎上，補充德國公法學對此的進一步開展，以及我國法可為借鏡之處。此一作法係立基於我國基本權利審查模式仍有未明，且不甚清晰之處，故有必要（如同民、刑法一般）參考德國法上較為嚴謹、有序的審查模式，以為借鏡。

為求集中焦點，德國憲法學理上雖亦有針對國家組織法領域發展出其類似之審查體系與步驟，其審查模式亦如同於基本權利案件類型，訴訟上先審查由何種憲法訴訟類型可供適用（如機關爭議、抽象規範審查或聯邦與邦之爭議，在我國即屬地方自治團體之憲法訴訟類型），再進而就有無憲法上權限（力）受侵害，討論憲法本身及憲法法院所開展的審查標準、立法者評價空間以及最後裁判的宣告模式等²⁹。但考量到篇幅與集中討論，仍集中於基本權利審查，尤其是以自由權為主，合先敘明。

Grundrechte-Fallbuch, in https://de.wikibooks.org/wiki/OpenRewi/_Grundrechte-Fallbuch. (最後瀏覽日：2025/04/07); OpenRewi (2022), Klausurkonzeption, in https://de.wikibooks.org/wiki/OpenRewi/_Grundrechte-Fallbuch/_Klausurkonzeption. (最後瀏覽日：2025/04/07).

²⁹ Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer, Klausurtraining Verfassungsrecht - Grundstrukturen, Prüfungsschemata, Formulierungsvorschläge, 4.

貳、從基本權總論開展的基本權利審查體系

我國憲法學界早有引介德國基本權利審查模式，已有若干重要成果累積³⁰，足供憲法案例操作審查之用。但觀其論述，主要仍集中在自由權之防禦權面向為介紹，易給人似乎只有此一基本權作用審查模式的印象。故本文擬就其中特別是針對審查模式與體系面向若干值得一提部分，特別是著眼於除防禦面向以外之其他基本權利功能，以及與傳統審查模式略有差異的部分，再予敘明。本文之作，旨在提出基本權利的審查模式與步驟的建立與分析架構，其目的即在於建立一項可供事後檢視的檢驗清單（Checklist）。

一、德國與美國基本權利審查之方法差異

本文之所以強調基本權利審查必須從基本權利總論出發，不僅是由於我國憲法學教科書中對此都有介紹，從而基本權利總論相關內涵亦影響我國憲法裁判實務甚深。而德國法基本權利釋義學之操作亦為如此，從基本權利總論出發的基本權利功能體系係為基本權利審查模式之出發點³¹。反觀另一影響我國憲法學理與實務發展甚深的美國法，相較之下，甚少論及基本權利之「總論」

Aufl., 2021, S. 36 ff.; Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl., 2008, S. 279 ff.

³⁰ 除教科書文獻外，另可參見李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9 卷 1 期，頁 39-83，1997 年；吳信華，基本權利的體系思考，月旦法學教室，9 期，頁 122-132，2003 年；許宗力，比例原則與法規違憲審查，收於：法與國家權力（二），頁 75-94，2007 年；許宗力，比例原則之操作試論，收於：法與國家權力（二），頁 119-140，2007 年；陳愛娥，註 14，頁 1-39。

³¹ Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl., 2021, Rn. 277; Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 14 ff.

部分。因此若基本權利審查模式上未能結合基本權利總論的開展，即難以在案例處理中體系化、完整化其中可能的爭議面向。以下擬引述兩位具有代表性的德國學者見解，以說明兩國憲法學理與裁判實務上的若干差異，俾使其後得以提出何以從基本權利總論出發，建構基本權利案例審查之方法論。

誠如以「美利堅合眾國之基本權與憲法法院審判權」為教授資格論文的德國學者 Winfried Brugger 所指出，美國憲法學理上之所以少有處理基本權利總論之議題，其理由一方面是其憲法本身文本僅包括個別、若干的基本權利保障，而未有規定「總論」範疇或是包含總論規定在內的規範整體。其次，「總論」是以相當高度的體系化與內在一致性為前提，而此一前提在美國法上是陌生的：普通法傳統所開展之案例法始終支配了美國法與美國憲法的理解，因此由個別案例或特定案例群所發展出的標準成為真正的法，就此則是甚為有限地適用於抽象化與一般化，特別的法律規則優先於抽象的法律原則。再者，美國社會係由種族、宗教與收入面向上甚為歧異的組合，這部分也導致文化與法律價值的解釋與認定的不一致，這也反映在權利的界定與解釋上，內容上的價值共識甚為有限。因此，不意外的是，更多是從現實政策貫徹的觀點下而獲致權利，勝過回溯到彼此共同內容上的確信；只要不涉及司法或政治參與權利時，即遭遇到基本權利一般化的界限³²。也因此，美國憲法並沒有普遍地運用「保護領域」、「侵害」以及「正當化」之審查模式。雖有若干基本權利條款有簡短提及保護領域，但大部分仍屬簡略；也沒有發展出涵蓋個別保障內容而確立於文本拘束下的釋義學。基本權利限制的表達方式僅於憲

³² Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S. 83. 其教授資格論文為 Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987. 但筆者並無此書，故無法進一步參閱。

法文本邊緣有所確立；通常是取決於法院所發展出的個別相關審查標準³³。

此外，亦可從兩國關於法官法之理解有別出發：如德國公法學者 Rainer Wahl 在一篇名為「公法學中的法釋義學與法政策——從德國觀點下的基礎研究與釋義學」專論中指出，「不同國家發展其法官法時，其論證與操作方式亦有所不同。特別是德國法官法與英美或歐洲其他國家法官法即有所不同。其主要差異在於，當德國法律人在操作法官法時，他是將其置於體系之中。而英美的法官則係與其他案例打交道，他們比較，當下的具體個案事實與早先發生的個案事實是否可相比較。對他們而言，完全著重的是個案事實。這也和英美的學習過程相關，在學習的階段中，學生學習的是為數眾多的案例，去探求待決個案事實中重要的要素、並且去分析在已經判決的案例中關於事實的情況什麼是重要的、什麼是不重要的。反之，德國法律人則是著重於釋義學上的大前提（Obersätze）或是具體的裁判規則³⁴。他們問的是，是否當下的案例就其法律上內涵與證立要素是與先前的案例相同，並且可藉此回溯到體系性的註釋之中。由此以觀，（英美與德國）這兩者都有回溯到先前裁判的鏈結，但是各自具有不同的要素。德國法思維首先是藉由來自於在文獻中的案例類型高度抽象化的圖象（Figur）來開展的，例如基本權利所內含的保護義務面向。雖然憲法法院具體化此一保護義務的圖象也是藉助案例，但是這些案例的共通性並不是在於其幾乎差不多相同的事實，而是透過抽象模式的共同關聯性所建構。若不是這樣的話，保護義務的法官法就不會是透過一連串的案例，如墮胎、核電廠安全案、綁架案、機場噪音案、Waldschäden, Kontaktsperregesetz, Aids 等案所開展

³³ Brugger (Fn. 32), S. 90.

³⁴ 從國內不同留學國學者所撰寫的的教科書亦可觀察出此一傾向。

而成。但對於英美的法官法而言，幾乎不可能從這些不同類型的案例事實總結出共同的證立路徑以及找出對於其他具體案例的裁判基礎。對於德國的法官法而言，案例事實是與其分離的，其關聯性是透過釋義學的模式與原則所建立。因此也就能從中得出有別於 **common law** 的法官法。裁判風格與論證的差異性也就由此而生」³⁵（粗體為本文所加）。

以上並非評價德、美模式孰優孰劣，而是指出兩者在憲法文本、法律傳統、案例法運作與司法角色理解上有所不同，因而不宜在我國憲法案例解析中未經轉換地混用二者之方法。上述論述亦無意完整呈現德、美兩國憲法裁判風格與審查模式之差異，而僅在說明本文採取「從基本權利總論出發之審查模式」的必要性。而此一必要性正是基於兩國憲法文本、釋義學以及憲法裁判等各面向發展差異所致。我國憲法學理及裁判實務早有援引、參酌德國憲法學理與裁判之例，教科書所介紹亦依不同之基本權利功能詳加論述，實無理由在審查模式時斷裂其論證。更有甚者，德國聯邦憲法法院早期裁判即已定下基調，亦可為我國憲法學理與裁判實務所借鏡。於此或可引述德國公法學者 Oliver Lepsius 所為整理並指出德國聯邦憲法法院對於基本權利總論開展的三個核心裁判：»Elfes«案提供了基本權利程序法面向功能的基礎：每個一般行為為自由的侵害都可以透過憲法訴願被指摘，那麼憲法訴願實際上就成為人民之規範審查（Normenkontrolle des Bürgers），憲法法院藉此獲致客觀上的審查任務。»Apotheke«案則是在審查體系釋義學與審查密度上，亦即將法律保留發展為比例原則之前階段。

³⁵ Wahl, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Öffentlichen Recht, Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht, in: Rolf Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung: Ein japanisch-deutsches Symposium, 2010, S. 134.

而»Lüth«案則是將實體的憲法優位予以實現，亦即主觀基本權利轉變為客觀價值秩序，藉此以便能夠分享憲法規範層級效力並作為整體法秩序的標準。藉由 Lüth 案，憲法審判權作為設定標準之權力，也就走向了內容上自由，亦即由主觀權利衍生出的客觀規範之路³⁶。而德國公法學者 Christian Bumke 於 2019 年對於德國基本法下公法學理就基本權利釋義學諸多發展的一篇長達 80 頁的回顧文獻中，亦僅處理基本權利總論部分，由此亦可見總論的思考模式對於基本權利釋義學的影響與重要性³⁷。正因為基本權利總論之於基本權利審查體系的關鍵地位，德國法下的憲法案例便是從基本權利總論出發而為的審查模式。凡此，應可作為我國法上借鏡參酌之用。

二、保護領域、歸責與正當化之三階層審查

（一）德國法的基本立場

德國戰後公法學對於基本權利審查的基本立場，乃建構在清楚的基本權利構成要件與其限制的審查步驟上。基本的出發點即為「基本權利保護領域、基本權利限制與限制的制限」三個分項

³⁶ Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/ders/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 186 ff.; auch Bumke, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AöR 2019, 9 ff. 關於 Elfes 案，可參見 BVerfGE 6, 32-45; 譯文參見謝銘洋，關於「艾菲爾事件」之判決，收於：司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯第 2 輯，頁 1-12，1991 年。關於 Apotheke 案，可參見 BVerfGE 7, 377-444; 譯文參見蕭文生，關於「職業自由（工作權）」之判決，收於：司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯第 1 輯，修訂再版，頁 120-171，2020 年。關於 Lüth 案，可參見 BVerfGE 7, 198-230; 譯文參見黃啟禎，關於「呂特事件」之判決，收於：司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯第 1 輯，修訂再版，頁 94-119，2020 年。

³⁷ Bumke (Fn. 36), 8.

來掌握基本權利內涵³⁸。因此，植基於憲法功能與其規範文本、形式乃至於風格乃是緊密連結的前提下³⁹，在我國憲法基本權利文本、體系與目錄均與德國法較為相近的背景下，毋寧更應參酌德國基本權利釋義學對此的開展。德國戰後一開始對於基本權利的理解即已深受「基本權利的雙重性質」(Doppelcharakter der Grundrechte)所影響：基本權利不但作為個人之主觀權利，同時亦為效力及於所有法領域之憲法基本決定的客觀秩序⁴⁰。惟此處之基本權利功能的主觀-權利面向與客觀-法面向(subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Wirkung)⁴¹之區分切

³⁸ Klaus Stern (林三欽、張錕盛譯)，基本權及其限制，收於：Peter Badura、Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯註，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下冊），頁 3，2010 年。

³⁹ 就此參見 Voßkuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 1994, S. 58 ff. 關於憲法規範風格一般性討論，可參見 Vitzthum, Form, Sprache und Stil der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 10, S. 373 ff.; Hilf, Die sprachliche Struktur der Verfassung, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.), HStR XII, 2014, § 262, S. 269 ff.

⁴⁰ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 279 ff.; Bumke (Fn. 36), 29; Klaus Stern (林三欽、張錕盛譯)，註 38，頁 11。

⁴¹ 德文中的 Recht 一詞，有「權利」與「法」的不同意涵，須視脈絡而定。例如司法院中譯德國基本法條文第 1 條第 3 項：「以下基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利。」最後一字 Recht 譯為「權利」，即似有誤解之處；經查德國官方條文原文如下：„Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“；英譯版本如下：“The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.”（連結如下：Gesetze im Internet (2025), Basic Law for the Federal Republic of Germany, in http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0015。（最後瀏覽日：2025/04/07）係使用「法」(law)這個字；另參考德國聯邦憲法法院前法官 Hesse

不可混淆為客觀規範與主觀權利之對立。所有的基本權利作用或內涵均可尋得其客觀基本權利規範之基礎，但必須探問的是，個別的作用或面向是否結合主觀之（基本）權利⁴²。基本權利審查模式首先係依循基本權利不同的功能而開展，多種不同的審查模式乃對應不同的基本權利功能體系，基本權利釋義學乃由基本權利各個功能面向的進一步開展而得出。惟此處須留意的是，審查模式係對應基本權利功能體系，而非對應傳統上的基本權利分類（如自由權、平等權、受益權等），兩者之別尤應審慎區分⁴³。舉例而言，由基本權利防禦功能而開展的三階層審查模式，並不能直接表達為係適用於自由權案件，蓋目前德國憲法與我國留德背景的公法學者皆肯認，每項基本權利各論的個別基本權利都或多或少地具有多個功能面向，例如學術自由除了自由權下傳統防禦功能，要求國家不作為之請求權外，其實現尚須仰賴一系列的組織與程序保障，甚至是理解為制度性保障。因此，分析基本權利案例時，除了於保護領域階層中必須確認涉及哪種基本權利，還必須在歸責階層進一步認定是處理該基本權利的何種功能面向。

此外，就審查架構而言，方法論上亦有若干值得留意之處，依德國方法論學者 Puppe 之見解，合理的審查架構應遵循下列思考邏輯：首先，審查步驟必須在邏輯上符合正確順序，一個正確的審查流程必須在邏輯上正確地排列個別審查步驟的順序。「在每個審查步驟中，皆不得把任何尚未審查的事物或任何依其任務不

指出基本權具有雙重性質，除了作為主觀權利（subjektive Rechte）外，亦作為客觀秩序要素（Elemente objektiver Ordnung），係基本法下法治國家法秩序的基礎。作為法治國原則，基本權利也拘束所有國家公權力。Hesse (Fn. 40), Rn. 295. 由此以觀，最後一字似應譯為「直接適用之法」。

⁴² Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., 2020, Rn. 55.

⁴³ Kingreen/Poscher (Fn. 31), § 6 Rn. 277.

應審查的事物拿來當作前提」；其次，審查結構上也必須留意審查步驟的連貫性，亦即不可重複任何的審查。「若同樣的法律問題在另一個不同脈絡下再次出現，就應該援用先前的審查結果。」此一要求不僅是基於經濟理由，也是避免矛盾。最後，案例審查亦必須留意經濟性與普遍性，在實例解析後，是否有必要去處理某個特定法律問題，應盡可能簡短及經濟，不應包括多餘的步驟⁴⁴。

（二）立基於傳統基本權利審查模式下的微調

在此理解下，筆者認為以德國學者 Bodo Piroth/Bernhard Schlink 合著的基本權利經典教科書中，係從保護領域與侵害的認定出發，進而審查侵害之憲法上正當化事由，此一審查模式基本上奠定了德國憲法學上基本權利審查的起手式⁴⁵，也構成我國學者繼受德國憲法釋義學之著例⁴⁶。但由於 Piroth/Schlink 在論述上係將「基本權利功能」（§ 4 Grundrechtsfunktionen）與「基本權利的保障與限制」（§ 6 Grundrechtsgewährleistungen und -beschränkungen）分列兩章，以致於在論述基本權利限制時，多僅以自由權之防禦功能為例，對於其他基本權利功能則略有忽略。影響所及，我國憲法學理上亦多集中於此，造成若干討論上的不足，也給人錯誤印象，除了防禦功能外，基本權利再無其他審查模式。在此理解下，德國基本權釋義學的進一步發展之一即在於，區分不同的基本權利功能與其審查步驟。例如繼任

44 參見 Ingeborg Puppe（蔡聖偉譯），法學思維小學堂——法學方法論密集班，2版，頁362-368，2023年。我國方法論學者中，李惠宗教授亦著有專論可資參考，參見李惠宗，註17，頁250-252。

45 僅以 Piroth/Schlink, Grundrecht, 28. Aufl., 2012, Rn. 212 ff. 為例。

46 Vgl. Piroth/Schlink (Fn. 45), Rn. 239 ff. 國內學者受其影響者，在其引註中均可尋得其線索者，例如李建良，註30，頁55；吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，增訂7版，頁142以下，2021年；董保城、法治斌，憲法新論，9版，頁226，2024年。

Pieroth/Schlink 合著教科書寫作任務的 Thorsten Kingreen/Ralf Poscher，關於基本權利審查結構的論述，亦大幅改寫，第六章改為「基本權利之結構」，並指明基本權利之審查結構取決於其不同的功能，改採與 Michael/Morlok 類似，以防禦權結構、基本權利之給付權結構（Struktur grundrechtlicher Leistungsrechte）以及平等權之三種審查模式作為介紹，區分防禦權結構、給付權結構及平等權結構⁴⁷。但或許是由於乃原著續作的作品，其審查體系基本上仍與原著有其類似性，顯得未有完整處理。

在此理解下，筆者認為德國公法學者 Lothar Michael/Martin Morlok 所著教科書中，將德國法上基本權利審查的結構係區分為保護領域（Schutzbereich）、歸責（Zurechnung）與正當化（Rechtfertigung）三階段審查⁴⁸，略為修正傳統以 Pieroth/Schlink 為代表的基本權利審查模式，亦較有體系地將各類基本權利案例所衍生的不同功能面向問題，包括較為細膩的諸多細節問題，諸如基本權利競合或衝突、拋棄各於何處審查、或是何時應著重審

47 Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 277 ff. (防禦權結構)、Rn. 449 ff. (基本權利的給付權結構)、Rn. 671 (平等權結構)；另德國學者 Epping 所著教科書及 Jarass 所編註釋書中，亦有意識到防禦功能、給付功能與平等之審查有別，參見 Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 17, 42, 143, 775; Jarass, in: Jarass/Kment (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., 2022, Vorb. Vor Art. 1, Rn. 3-7. 由 Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer 合著的案例演練，亦採取此一立場，可參見 Augsberg/ Augsberg/Schwabenbauer (Fn. 29), S. 67 ff., 73 ff.

48 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 486; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 89 f. 則提及，在不改變實質內容的前提下，三階段之基本權審查結構也可被調整為：將前兩個階段合併在同一標題下，稱為「對保護領域之干預」。對於毫無疑問地開啟保護領域且存在古典干預的案件，此種寫法尤其方便。但在特殊保護領域之邊界案件中，這種寫法也可能使得從基本權權利人與基本權義務人兩個角度的說明更為簡明。

查組織與程序功能，又或如法官保留或國會保留之議題、保護義務與第三人效力的特殊性、其他基於民主國及法治國原則的諸多憲法原則應置於何處審查，以及審查密度的進路等問題，均置於不同層次予以檢視，相較之下即較符合前述審查架構的思維體系，應值得進一步引介，其詳細理論與傳統審查模式之大體比較如下：

居於第一層次的保護領域審查是指向人民 (Bürger gerichtet, 基本權權利人之觀點 Perspektive des Grundrechtsberechtigten)，此一階層包括人與事物的保護領域。基本權利審查始於自由保障的「積極」問題，此一審查係借助基本權利之構成要件，係探求誰 (wer) 得主張基本權利 (人的保護領域)，並且享有何種自由 (welche Freiheit)，亦即某一事實得納入何種基本權利保障領域之中 (事物的保護領域)⁴⁹。就此階層而言，與傳統審查模式差異不大，均係強調界定保障基本權利之範圍與領域何在，但在傳統審查模式上，仍強調係以古典防禦功能為主，其他保護、分享與程序權僅為強化其主觀權利保障之用⁵⁰。就此，即有若干不同之處。

其次，第二階層係將視角由基本權利主體轉向對於基本權利負有義務之國家 (指向國家，基本權義務人之觀點 Perspektive des Grundrechtsverpflichteten)，此即涉及基本權利拘束何人 (wen)，以及對於基本權利保護領域之限制可否歸責於 (zurechenbar) 高權主體的問題。對人民而言，這意味著基本權利並不能抵禦各種阻礙⁵¹。歸責階層的功能在於回答：人民自由或法益雖受減損，但此一減損是否應由國家負憲法上責任。若答案為否，即無須進

49 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 39; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 90.

50 Vgl. Pieroth/Schlink (Fn. 45), Rn. 218 ff.

51 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 40; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 91.

入正當化審查；若答案為是，則須進一步檢驗該限制是否合憲。此處之所以未援引國內多數見解所使用之「侵害」或「干預」術語，主要是由於此一概念係指涉基本權利之防禦權面向，尚不足以涵蓋所有可歸責於國家之行為。此亦為傳統模式中較為薄弱之處，蓋其主要處理源自於公權力所生之侵害，並且關注焦點基本上在於如何從古典之干預概念，擴及於擴張之干預概念，而未能及於其他對抗國家不作為之基本權利保護義務的面向⁵²。筆者認為，Michael/Morlok 之論述中可清楚界分此一階層係以指向國家作為基本權利義務人的觀點而為討論，較為清晰可採；再者，此一論述亦可結合基本權利功能面向進入基本權利審查體系之中，而非如一般教科書係分屬不同章節予以處理（詳後述參、二處）。

於第三階層係涉及基本權利界限，亦即涉及正當化可歸責於國家之基本權利限制的「消極」面向。就此而言，傳統模式主要是從防禦功能所衍生出的比例原則作為討論重點，並在比例原則之上擴及至「不足禁止」之概念，但並未清楚將作為過度禁止之比例性與作為不足禁止之比例性兩者相提並論。正當化要件包括（一）形式面向：「如何」能限制基本權利，亦即限制基本權利必須以何種方式與形式，始得為之。就此源自於法治與民主觀點下的法律保留（*Vorbehalt des Gesetzes*）即居於核心（*formelle Rechtfertigung*，形式正當化）；以及（二）實質面向：基於「何種目的以及何種程度下」得限制基本權利，此即實質正當化要求（*materielle Rechtfertigung*）。就此主要即為比例原則之審查，藉

⁵² Vgl. Pieroth/Schlink (Fn. 45), Rn. 222 ff.; 其繼任 Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 469, 449. 亦僅表示，並無「透過不作為之干預」（kein „Eingriff durch Unterlassen“）。

此判斷，何種自由限制必須被容忍。此外，必要時亦包括基於法治國原則下對於基本權利限制所導出之其他憲法要求⁵³。

就正當化階層之審查模式而言，於德國法上係隨著個別基本權利限制與正當化條款而有不同。蓋於德國基本法有些基本權係立於一般法律保留（如基本法第 2 條第 2 項第 3 句生命與身體不受侵害權）、有些基本權利則有特殊之限制要求（基本法第 11 條第 2 項遷徙自由），而有些基本權利則是無保留地受保障（如基本法第 4 條第 1 項宗教、世界觀與良心自由）⁵⁴，而有不同的限制條款，即為不同的正當化標準（*Maßstab der Rechtfertigung*）⁵⁵。蓋法律保留原則關注的是，何種干預必須「經由法律（本身）」（*Eingriff durch Gesetz*），何種事項僅須「基於法規之原因」（*Eingriff aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung*），而得以授權母法及法規命令作為依據。但此一複雜的法律保留體系，並未為我國憲法實務完全援引，而係以「層級化法律保留」（釋字第 443 號解釋參照）方式，作為形式上限制基本權利之要件。

此三階層審查模式係指涉自由權之審查，倘個案事實涉及多個自由權時，則依此三階審查模式反覆審查限制各別基本權利是否合憲（**基本權利競合問題**，則於保護領域階層處加以討論⁵⁶）；若個案事實中有線索可認定涉及自由權與平等權時，筆者認為，

⁵³ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 41; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 94.

⁵⁴ 無保留之基本權的形式正當化要件亦須以法律保留為之，可參見 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 560.

⁵⁵ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 41; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 94.

⁵⁶ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 53. 中文文獻，可參見林依仁，審查依據之尋找與決定——從基本權競合到結合基本權，公法研究，7 期，頁 49-82，2023 年。

審查順序上自由權審查原則上應先於平等權案例審查⁵⁷。蓋法律上平等無法排除那些因行使憲法上所保障之自由所得出的不平等 („keine Gleichmacherei“，並無平均主義)，自由本導向於不平等 (Freiheit führt zu Ungleichheit)⁵⁸。因此原則上必須先確定究竟某一行為或狀態是否為憲法自由權保障所容許，其後才就其規範是否符合平等之要求予以檢視。如德國公法學者 Lothar Michael 指出，這一方面是基於自由優先於平等的想法；同時也避免在自由權審查操作比例原則時，摻雜或混淆平等原則在德國聯邦憲法法院所提出新公式審查模式下⁵⁹，借助比例原則作為侵害限制的觀點下所為之比例性審查。於基本法第 3 條第 1 項僅以差別程度為觀察，依平等原則審查之新公式，差別待遇之差別程度必須以比較案例和事實上差異的方式與重要性的「比例」決定之。反之，自由權審查則是決定個人自由空間的範圍，自應優先為之⁶⁰。以

57 就此，黃昭元教授似持不同見解而主張：「平等權為獨立權利，有其獨立的規範內涵，因此將涉及分類及差別待遇的系爭侵害，都優先（或僅）以平等權進行審查。只有在審查系爭差別待遇的『量』（程度）（分類效果）是否合憲時，才可能需要進行類似自由權限制的審查」。參見黃昭元，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 期，頁 21 以下，2009 年。

58 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 749; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 847.

59 所謂「新公式」（或稱為「新審查公式」（„neue“ Formel）係指由德國聯邦憲法法院第一庭於 1980 年所提出，嗣後為第二庭所接受之平等原則的新審查公式（相較於先前之「恣意禁止公式」）。其意指放棄統一的恣意禁止公式，而應依不同類型的事件情境適用不同的審查模式，由單純恣意禁止到嚴格的，應符合比例原則的要求，其考量因素大抵包括：（一）係屬與人格相關之區分或與事實相關之區分；（二）差別待遇影響的範圍；（三）立法類型化要求的考量。就此參見陳愛娥，註 14，頁 21-22；Nußberger/Hey, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: GG, 10. Aufl., 2024, Art. 3, Rn. 13 ff.

60 Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit — Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2001, 153; 同此見

釋字第 666 號解釋為例，該號解釋未竟之志即在於，未處理性交易之自由權面向。質言之，欲探求究竟在我國憲法秩序下，人民是否有從事性交易或以性作為對價之自由，此一自由保障的問題並非單純僅處理平等與否所能回答。由平等原則僅能推導出雙方均應或均不應處罰，仍需借助自由權審查始能得出「不應處罰」之誠命規範⁶¹。若認定性交易行為實非屬個人之自由範圍內，禁止一方而未禁止他方，仍屬違反平等，從而即有可能得出交易雙方均應受處罰之規範結果；但若認為性交易已屬個人之自由範圍卻被違憲規範完全禁止，即便從平等原則要求性交易雙方均受相同之對待（雙方皆處罰），亦僅徒增違憲之效果（限制更多人之自由），而不具憲法意義；從而只有在性交易行為已屬個人之自由的前提下，而僅於行使自由之層面上容或受有限制，方有可能細緻

解亦參見 Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 777, 801 ff. 在審查順序，自由權原則上優先於平等權審查之立場乃筆者向來所持之見解，此一疑惑起自於釋字第 649 號解釋，一直沿續到釋字第 666 號解釋。

- 61 詳可參見張志偉，再訪釋字第六六六號解釋，收於：程明修、張惠東、高仁川編，陳春生教授榮退論文集——如沐法之春風，頁 85 以下，2020 年。關於自由權與平等權競合之檢討，可參見 Pieroth/Schlink (Fn. 45), Rn. 348 ff.; Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 308 ff. 以下之說明。氏亦持自由權審查優先於平等原則之立場，蓋從該受干預之基本權主體角度出發，其核心關懷並非在於追求與其他基本權主體獲得同等對待。若國家不僅干預其自由，亦干預其他人之自由，同樣也達成同等對待之效果。該基本權主體並非想要達成此種結果，而是想要抗辯對其自由的干預不具正當性並予以排除；唯有當對其自由的干預具備正當理由時，他才可能單純關切同等對待（平等的）問題。就此，同等對待不僅能透過「使他與其他人一樣免受干預」來達成，亦能透過「干預其他人的自由，使其如同自己的自由般受到干預」來實現，並舉聯邦憲法法院先審查大麻之刑罰禁止是否可正當化基本法第 2 條第 1 項之自由權後，復審查與免於處罰之飲酒行為的差別待遇是否合於基本法第 3 條第 1 項之平等原則為例。

化保護法益與構成要件，從而設計不同的行為義務人與要件，以符合平等原則之要求。然而此一前提假定均取決於性交易行為是否已屬自由權保障的認定，而非要求平等對待的爭議，此亦為違反秩序行為之行為不法的認定基礎問題。又如欲擔任警察或消防人員設有身高限制之爭議，亦應先審查應考試權及服公職權面向，是否容許限定一定之身高限制，若有必要設定，再考慮是否會造成不平等之情況；或是如憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決中，關於醫療法第 84 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」關於禁止醫師為醫療廣告之部分，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨有違，也是只審查自由權部分，而未及於平等，亦可為適例⁶²。

以下則依此審查模式，進一步介紹並分析其重要內涵，並於適當之處嘗試援引我國法之相關釋憲實例，以為印證。如此作法雖可能有不夠清晰之批評，但或許亦可收比較借鏡之效，亦有助於理解並釐清可能涉及之實例為何。此亦呼應本文之作目的：參酌德國嚴謹的基本權利審查模式，提出可為我國論述基本權利實例之借鏡。此外，考量到平等權案例論證上的特殊性，容另文處理之，以下討論原則上即不涉及此，合先敘明。

⁶² 審查意見有提及，此處可能是大法官「在難易之間，取法乎易地僅用平等權」，需要進一步研究，並舉釋字第 727 號解釋為例。而吳信華老師對於憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決之評釋，亦有類似見解，參見吳信華，「自由權」與「平等權」的競合及合憲性審查——以憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決為說明，月旦裁判時報，145 期，頁 5-13，2024 年。對此，筆者認為釋憲實務上容或有此便利思考，又或於個案中亦有可能違反平等的態樣較為明顯（如罰娼不罰嫖），而逕以平等權或平等原則而為審查；但也可能是於個案中未必有自由權受侵害之情事（如涉及給付行政之審查），而仍有進一步討論差別待遇是否合憲的必要。惟基於前述理由，筆者目前仍認為自由之審查事涉個人行為界限的界定問題，似應先予處理，但或可進一步思考的是，是否有再予以類型化的可能。

參、基本權利審查階層：保護領域、歸責與正當化

一、結合基本權利各論的保護領域界定

戰後德國公法學第一個發展階段即為更傾向於將倫理學或政治爭議轉化為法律問題與司法問題（法律化與司法化），在憲法脈絡中特別是涉及基本權利的問題而進入法院⁶³，諸如人有無自殺之權利、孕婦有無墮胎之權利、恐怖份子劫持客機時，國家可否擊落被劫持客機以挽救更多的人。就此部分之審查，首先即始於保護領域的界定。列舉性基本權利的審查步驟，大抵上乃是透過界定基本權利之一般性指引概念（*allgemeine Leitbegriffe*），例如「宗教」、「言論」或「遷徙」等概念，藉此掌握受該基本權利保障之生活事實。基本權利條款並非如同一般法規範，連結構成要件與法律效果之法條結構，而是保障由基本權利所界定的自由領域：法律上保障是規則，而侵害之容許方屬例外。在此種規則-例外（*Regel-Ausnahme-Verhältnis*）的結構下，即須依某些特定之前提下，始得例外正當化其侵害；反之，只有當此一正當化的審查未能通過，該措施結論上即非符合憲法，該基本權利始為違憲侵害（*verletzt*）⁶⁴。因此，相關可能涉及之基本權利保護法益的探求實屬基本權利審查的第一項挑戰。簡言之，此處涉及的問題是：何者為基本權利所保障。此一問題的解答必須源自於個別基本權利規範的文義與其他解釋。通常亦保障基本權利主體之特定作為或不作為；但特定的法益或生活利益亦可能為基本權利之保

⁶³ Wahl, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 414-421.

⁶⁴ Kielmansegg (Fn. 12), 23.

護法益，例如生命、健康或財產⁶⁵。基本權利保障的方式與強度繫於保護領域的確定。自由保障與法治國明確性的利益在於，將保護領域與限制盡可能各別的指向被保障的行為⁶⁶。

舉例而言，針對規制廣告行為的國家行為予以審查，究應以言論自由抑或職業自由為審查標準，即有不同的理解⁶⁷。若考量到其規整重點本就不在於表意內容，而是著眼於對於未來經濟上利益的獲取方式的管制，審查重心即不該置於言論自由，而毋寧是職業或營業自由的管制⁶⁸。另一適例或可以居住自由為例，居住自由保護領域主要在於保障居、住所的隱密性，任何人在其居、住所內享有一定的安寧居住空間，公權力機關或私人不得非法侵入，個人因此而得以在其私密空間內自由活動而為其人格開展，質言之，係私領域保護於空間場域上的展現（*räumliche Privatsphäre*）⁶⁹。就此而言，財產之徵收或都市更新即非屬之，蓋此等措施所涉及的並不是針對「於住所內開展其人格」之限制。

⁶⁵ Kielmansegg (Fn. 12), 24; Frenzel, Das Definieren von Rechtsbegriffen – Beispiele aus dem Verfassungsrecht, ZJS 2009, 487-493.

⁶⁶ Hoffmann-Riem, Neue Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit, NVwZ 2002, 259.

⁶⁷ 如最新一例，112 年憲判字第 17 號【禁止醫師為醫療廣告案】即屬之。

⁶⁸ 歷年來關於廣告行為的審查，大法官多以言論自由作為審查標準，就此實亦有檢討之必要。廣告內容本身未必含有評價之「意見」內涵，而僅以「事實」為內容（如僅表示姓名、學經歷、營業時間、地點，銷售商品項目等），以言論自由為審查標準即有偏差，蓋此時「自我實現」何種內容呢？而毋寧是著眼於未來經濟上利益的獲取，質言之，職業執行自由之管制形態。此於德國聯邦憲法法院關於律師廣告一案裁判即屬如此，參見 BVerfGE 76, 196 ff. - Werbeverbot für Anwälte.

⁶⁹ BVerfGE 65, 1 (40).; auch Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 365 ff.; Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 1086 ff. 就此而言，釋字第 732 號

此即連結到基本權利各論所開展的相關釋義學與憲法裁判，因此基本權利事物保護領域的界定適可作為不同基本權利審查之「路線設定」(Weichenstellung)，若並無特殊基本權利(spezielle Grundrechte)開啟保護領域時，則至少得以一般行為自由作為補遺性基本權利，開啟憲法審查⁷⁰。於此，德國基本法上係立基於列舉性基本權利有著不同的限制條款，亦即必須基於特殊的前提下方能限制該基本權利(例如第 11 條第 2 項遷徙自由相對於第 2

以下宣示即有進一步檢視的必要：「人民居住自由亦屬憲法第十條保障之範圍。國家徵收人民土地，不但限制人民財產權，如受徵收之土地上有合法居住者，亦嚴重影響其居住自由。」首先，居住自由之保障範圍並不以是否合法居住為限，逾期仍繼續居住於租屋處，也不代表任何人均可無視其居住自由的保障而任意侵入。其次，徵收乃是財產之剝奪的特別法，關於因火災、坍塌而導致需拆除房屋者，該拆除命令亦無涉居住自由。

而最新一例，112 年憲判字第 9 號【搜索律師事務所案】則表示：「按憲法第 10 條規定人民有居住自由，旨在保障人民有選擇其居住處所，經營私人生活不受干預之自由(司法院釋字第 443 號、第 709 號及第 739 號解釋參照)。對居住自由之保障，不僅包括人民住宅不受不當之侵擾，亦及於人民工作及營業場所。律師事務所既為律師經營律師業務之處所，該處所屬憲法居住自由保障之範圍。」對於居住自由即採取較為正確的理解；但就「選擇其居住處所」一點，若以較嚴謹的釋義學理解，則屬遷徙自由所保障，就此亦有違誤之處。

⁷⁰ 筆者先前即曾以釋字第 699 號解釋為例，說明於道路上駕駛動力交通工具係屬一般行為自由保障，並分析何以無涉憲法第 10 條遷徙自由之保護領域，參見張志偉，憲法解釋的歧路——評司法院大法官釋字第 699 號解釋，註 23，頁 25-30。惟同號解釋中羅昌發大法官於協同意見書則認為「實無區別兩類自由移動在憲法上分別依第十條及第二十二條做為保護依據之必要。」

另應留意的是，德國學者 Graf von Kielmansegg 指出，若以一般行為自由開啟保護領域，由於一般行為自由之保護領域並無界限，實際上幾乎任何國家措施都會間接影響之。倘干預概念不應喪失任何輪廓，則在此即必須更嚴格地處理歸責標準。Vgl. Graf von Kielmansegg (Fn. 20), 21.

條第 1 項之一般行為自由)，保護領域的區別意義即在於基本權利的不同限制體系，列舉性基本權利僅於嚴格要件下始得被限制，故即享有較高的保護水準。特別自由權之意義即為差異化（Differenzierung）。至於何種基本權利必須特別被保障，則屬憲法解釋的問題⁷¹。

於我國基本權利體系而言，憲法解釋上亦借助憲法第 22 條之概括條款肯認憲法上一般行為自由之保障，惟似未明顯提及，一般行為自由相較於其他列舉基本權利而言是否作為獨立之審查標準，且其限制條款是否有別（釋字第 689 號、第 699 號及第 749 號解釋參照）⁷²。就此或係由於我國憲法基本權利條款中並無如德國基本法若干基本權利條款中有明列其限制要件，而係一體受到憲法第 23 條所拘束。惟若進一步檢視憲法第 22 條文義：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之

⁷¹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 42 f.

⁷² 採取廣泛理解的一般行為自由的審查結構，意味著限制人民自由權利之法規範，必須在形式及實質上均合於憲法秩序，始得為之。如此審查結構也符合一般行為自由所具有截堵性基本權利之保障功能以及免於不法強制之自由的性質（Freiheit von gesetzlosen Zwang），就此而言，若以不承認一般行為自由的美國法基本權利體系而言，就難以得出此一結論。就此可參見，張志偉，憲法解釋的歧路——評司法院大法官釋字第 699 號解釋，註 23，頁 28 以下。此一理解，在程序法的意義則在於，任何人可藉由憲法訴願程序主張，該限制一般行為自由之法規範並不屬於「合憲秩序」之列，蓋其牴觸各別（形式或實體上）憲法規定或憲法原則，因此亦屬侵害受基本法第 2 條第 1 項保障之基本權利，就此參見 BverfGE 6, 32 (36ff.)(Elfes). 就德國基本法上一般行為自由就實體上廣泛理解之保護領域與主觀防禦內涵，但憲法法院於程序審查上因避免超級上訴審，而限於「特別憲法」（spezifisches Verfassungsrecht）受侵害時，始介入一般法院個案適用之合憲性審查，兩者詳細說明，參見 Kube, Die Elfes-Konstruktion, JuS 2003, 117 ff.

保障。」或可抽繹出相較於其他列舉基本權利，一般行為自由係補遺基本權利之定性，且其限制條款亦應較嚴格⁷³。

就基本權利保護領域的界定而言，基本權利乃保護基本權主體主觀上具有重要性的自由，因此保護領域的界定必須出於自我理解 (Selbstverständnis)，例如其認定某些行為係藝術或宗教或是從事某行為作為職業⁷⁴。因此保護領域必須在概念上保持開放，有疑時則以探問自我理解出發，但客觀上必須可得理解地予以證立，亦即須為有說服力地表達。至於高度爭議的問題，究竟基本權利之保護領域要趨向於擴張抑或限縮地予以解釋，無法抽象地回答，而必須取決於個別基本權利間以及與一般行為自由間的關係而定⁷⁵。

再者，基於只有在某一基本權利於個案中被侵害 (Beeinträchtigung) 時，相關之保護領域事實上也隨著開啟。此處之侵害即指涉 (作為基本權利之) 自由在任一方面之減損 (jede

⁷³ 關於一般行為自由，除前述幾號大法官解釋外，個別大法官之協同意見書亦有提及此一基本權利。參見張永明，一般行為自由與一般人格權作為憲法保障之基本權，月旦法學雜誌，273期，頁38以下，2018年；借鏡於德國法的分析，可參見謝碩駿，憲法概括性權利保障條款之解釋——德國法的觀察，月旦法學雜誌，273期，頁47以下，2018年。惟學者陳宗憶則認為憲法第22條必須限於「憲法第22條的存在價值是人性尊嚴與人格自由發展之維護，其成為新興權利的憲法基礎」，就此似乎未能及於一般行為自由，似有不足。參見陳宗憶，憲法第22條之詮釋——以司法院釋字第748號解釋為例，法令月刊，69卷4期，頁96，2018年。

⁷⁴ 宗教或世界觀自由即為最明顯的案例，vgl. Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 189.

⁷⁵ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 43. 我國文獻，可參見程明修，基本權之寬泛「保護領域」或狹隘「保障內涵」？——德國基本權釋義學之動向描述，收於：城仲模教授古稀祝壽論文集編輯委員會編，二十一世紀公法學的新課題——城仲模教授古稀祝壽論文集——I. 憲法篇，頁235-275，2008年。

Schmälerung)，於此即開啟基本權利審查的第一階層，故有無侵害亦應於第一階層為審查。倘無侵害存在，即無後續之歸責（第二階層）或正當化（第三階層）討論之審查必要，至於可否歸責於國家，則屬第二階層的問題⁷⁶。傳統的干預概念(Eingriffsbegriff)係於第二階層審查，將基本權利侵害的問題挪移至保護領域之後始為檢視。但這往往就導致未必符合審查邏輯，蓋實務上干預的判斷必須取決於不同的基本權利界分，例如於職業自由的限制必須視有無「規整職業傾向」的問題而定，因此必須在第一階層即為處理。基本權利侵害的問題不僅在有疑義時方屬保護領域的問題，而是基本權利侵害的問題始終應於第一階層審查，蓋體系上，**第一階層係從基本權利權利人的觀點而為檢視**。否則將導致，將個案中基本權利作用難以顯現，保護領域的審查係有前提假定的而與個案無涉。但在基本權利審查中，個案有無侵害一事對於所有階層都至關重點。侵害是歸責的前提，但無法取代歸責。就此亦適用於困難的侵害認定（即非古典侵害），亦應於第一階層審查；主要涉及基本權利權利人面向的**基本權利形塑（Grundrechtsausgestaltung）與制度性保障（Einrichtungsgarantien）**，屬規範形塑之基本權利，其審查亦應於開啟保護領域之第一階層為之⁷⁷。除此之外，如前所述，**基本權利競合亦屬基本權利保護領域階層所應處理的問題**⁷⁸。只有當存

⁷⁶ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 44.

⁷⁷ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 45 ff.

⁷⁸ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 53 ff. 就此德國聯邦憲法法院有提出所謂「保護領域強化」(Schutzbereichsverstärkung)、「基本權強化作用」(Verstärkungswirkung der Grundrechte)的審查觀點，就此中文文獻可參見張志偉，憲法解釋的歧路——評司法院大法官釋字第699號解釋，註23，頁38以下；Spielmann, Die Verstärkungswirkung der Grundrechte, JuS 2004, 371 ff.; Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008, S. 173 ff. 惟此等審查觀點的提出，主要

在不同的限制條款，基本權利競合的問題方有實益；當某一行為被歸納到不同之基本權利審查時，因有不同的正當化要求，因此可能有不同的審查結果⁷⁹。

二、基本權利功能面向作為歸責問題

就基本權利審查的第二階層而言，在保護領域之後，即為歸責性之判斷，亦即對於限制人民自由一事，國家是否負有責任，或是該自由的損失（*Freiheitseinbuße*）係因經濟發展、氣候變遷或市場競爭者的競爭優勢使然，此為評價問題，亦即此處的歸責⁸⁰。並不是對於所有的自由限制均必須由國家負責；另方面，可歸責於國家者亦不限於干預，而包括可歸責於國家的三種歸責模式：（一）限制自由之國家作為（對抗干預之防禦權，*Abwehrrechte gegen Eingriff*）；（二）未為促使自由之國家不作為（給付權與保護義務，*Leistungsrecht und Schutzpflichten*）以及（三）相較於其他案例下之特定處理或差別待遇（分享權與平等權，*Teilhabe- und Gleichheitsrechte*）⁸¹。借用 Jellinek 的地位理論，從基本權利主體的角度觀之，此處的基本權利作用係區分為防禦權係以消極

係處理干預正當化的問題（*Eingriffsrechtfertigung*），而不純粹是基本權利競合的保護領域問題，就此可參見 Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 401.

⁷⁹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 54 f.

⁸⁰ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 486.

⁸¹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 487; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 286. 類似見解，如 Kingreen/Poscher 雖仍以「干預」（*Eingriff*）作為第二階層，但仍將保護義務與給付功能置於此一階層下處理，參見 Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 341 ff.; auch Epping/Lenz/Leydecker, (Fn. 13), Rn. 15 ff.

(negativ)、給付與保護權係以**積極**(positiv)而平等權則是以**相對**(relativ)的方式，發揮作用⁸²。

傳統上之干預即屬可歸責於國家之基本權利侵害的典型案列，國家之干預行為雖是古典的，需要正當化的情況，但絕非是唯一的，需要正當化的基本權利歸責態樣，惟國內討論多集中於此。毋寧除防禦面向外，保護義務、給付與分享權以及平等請求權等面向，尚無法為干預所涵括，因此單以防禦面向為指涉的干預並不足夠。只有在基本權利義務人對於基本權利侵害係可歸責的，基本權利方能開展其主觀權利之作用⁸³。歸責的問題在基本權利理論中迄今並未能全面處理，而只是集中於單方由國家所為爭議的干預概念而已。以刑法上歸責理論為對照，或許可以說基本權利理論僅集中於國家作為「單獨正犯」(Alleintäter)之行為不法。惟隨著國家任務與行為形式的變遷，具有重要性的基本權利限制的態樣已隨之擴張，特別是越來越多的公部門將具有基本權利重要之任務**私部門化**(Privatisierung)、國家與私人間合作模式日益增加(公私合作，如社群網路中由平台業者下架或刪除仇恨或違法言論等，即為適例)，當前重要的基本權利限制已擴張為各式各樣的形態，因此原本僅由國家所生基本權利危害的想像也

⁸² Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 356 f.; Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 487; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 287. 關於 Jellinek 地位理論的進一步介紹，可參見詹朝欽，肇建近代德國國家法學與基本權體系——Georg Jellinek 之人與事(1851-1911)，法制史研究，36 期，頁 169-211，2019 年；李建良，基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起(上)，憲政時代，29 卷 1 期，頁 1-29，2003 年。李建良，基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起(下)，憲政時代，29 卷 2 期，頁 175-209，2003 年。

⁸³ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 488. 進一步討論可參見 Hobusch, Der moderne Eingriffsbegriff in der Fallbearbeitung, JA 2019, 278 ff.

隨著相對化⁸⁴。因此就私部門化之後亦衍生國家擔保責任作為填補，問題即體現在國家對於私部門中的基本權利實現究應負起何種擔保義務⁸⁵。因此，在歸責階層首先可就各種私部門化形式或公私合作等所涉及之基本權利審查加以探究。

（一）對抗國家作為之防禦權的基本權利功能

此外，就基本權利之功能體系而言，係從「功能面向」的角度對基本權利進行觀察與詮釋，彰顯基本權利之內涵，以提供憲法解釋與適用之用⁸⁶。無論是否援用來自德國學理將基本權利功能分為「主觀防禦」與「客觀規範」之術語，大法官作為憲法解釋者亦應對此有所意識，換言之，必須對於憲法上各項基本權利之規範「風格」與規範「功能」有所意識，兩者乃相互呼應⁸⁷。依照基本權利釋義學的理解，基本權利最核心的任務在於防禦功能，亦即對抗國家不法侵害之自由保障，從而由防禦面向即可得出對抗國家之不作為請求權。基本權利防禦功能所實現的是國家學上的「不受國家干預之自由」的理念⁸⁸。就此而言，古典的干預概念（der klassische Eingriffsbegriff）並無疑問地包括那些可歸責於國家的基本權利侵害案例，係以四項要素所構成：國家係以強制的、法效的、有目的的、以及直接的方式，為基本權利侵害之行為。惟隨著國家任務與行為手段的多樣性，典型的干預概念已有所不足，學理上遂有提出「擴張之干預概念」（der erweiterte Eingriffsbegriff），包括事實性的、間接的或無意的干預作為回

⁸⁴ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 489.

⁸⁵ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 490.

⁸⁶ 李建良，註 30，頁 43。

⁸⁷ Voßkuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion – Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), 35 ff.

⁸⁸ Voßkuhle/Kaiser, Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte, JuS 2011, 411.

應⁸⁹。就此而言，或可定義為「任何一項國家行為，致使個人屬於某一基本權利保護領域所保障之行為全部或部分無法行使」，即為廣義之干預⁹⁰。最近一例即為氣候變遷所衍生的憲法訴訟中，德國聯邦憲法法院即肯認，基於未來世代的泛自由權與跨期自由的確保（Intertemporale Freiheitssicherung），氣候保護法等相關規範與國家行為具有「類似干預的先發效力」（eingriffsähnliche Vorwirkung），即為特殊型態的干預概念⁹¹。

⁸⁹ 德語文獻，除教科書外，另可參見 Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 7-56; 我國文獻，可參見林三欽，論基本權利之侵害，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁 439-470，2000 年；蕭文生，基本權利侵害之救濟，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁 471-496，2000 年。

⁹⁰ Pieroth/Schlink (Fn. 46), Rn. 253; Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 329; Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 493. 但此一定義於學理上亦有指出其弱點：1、此定義完全只指向基本權行使的預防性阻礙，而未能顧及事後、鎮壓作用也可能有同等重要性，特別是自由權之保障當然亦包括其行使不受懲罰；2、並非每個基本權保護法益都涉及行為自由；3、「不可能性」的要件，未能妥善斟酌作用方式的多樣性，例如 BVerfGE 105, 279 (303) – Osho 等公開警告行為。Vgl. Kielmansegg (Fn. 20), 21.

⁹¹ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18= BVerfGE 157, 30-157. – Klimaschutz, Rn. 183. 其評釋，可參見李建良，氣候變遷、基本人權與憲法訴訟——2021 年德國氣候訴訟裁判釋論，台灣法律人，2 期，頁 1-20，2021 年；傅玲靜，環境保護、氣候變遷及跨時際之自由權保障——簡介德國聯邦憲法法院 2021 年氣候保護法裁判中相關論述，月旦法學教室，235 期，頁 50-56，2022 年；程明修，德國氣候訴訟——基本權侵害新論證模式的試煉場，公法研究，9 期，頁 117-148，2024 年；李東穎，德國聯邦憲法法院氣候裁定之憲法釋義學分析，公法研究，9 期，245-266 頁，2024 年。

（二）對抗國家不作為之基本權利擔保功能：保護義務與給付權

相較於國內所引介的基本權利審查體系仍集中於基本權利的防禦功能，德國法之基本權利審查已及於不同面向的基本權效力。從基本權利總論的基本權利功能體系出發，自呂特案開始，聯邦憲法法院不再僅僅將基本權利視為防禦權，而首次將其描述為「客觀價值秩序」⁹²。誠如德國前聯邦憲法法院院長 Voßkuhle 與學者 Kaiser 所合著的基本權利功能的入門介紹中，開宗明義即揭示，個人得向國家主張何種作用方式與地位係取決於基本權利之功能（Funktionen der Grundrechte），就此而言術語上亦有使用「基本權利意涵、-面向、-內容或作用」。基本權利功能通常分為兩類：主觀權利之基本權利作用，此係從個別基本權利主體之經典視角出發；而客觀法之基本權利面向則往往與法秩序與社會秩序有所關聯。德國聯邦憲法法院在其 Lüth 案裁判中已強調，客觀法面向並非被理解為主觀權利之意涵，而是用作對其之強化與補充⁹³。但於此也必須坦誠，基本權利的客觀法面向尚未發展出如同防禦權一般的堅實結構（Konsolidierung）⁹⁴。即便如此，客觀法面向的審查亦存在於憲法基本權利審查之中，諸如德國憲法法院法第 92 條、第 94 條第 1 項及第 95 條第 1 項之文義即已揭示國家之作為或不作為即屬憲法訴願之審查對象；而我國憲法訴訟法第 59 條第 1 項⁹⁵於 2023 年 5 月之修正理由（三）亦指明，「又人民聲請憲法法庭為憲法審查，應以其憲法上所保障之權利遭受『公

⁹² Hesse (Fn. 40), Rn. 60 ff.

⁹³ Voßkuhle/Kaiser (Fn. 88), 411.

⁹⁴ Bumke (Fn. 36), 55.

⁹⁵ 其規定：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」

權力』不法侵害為要件。詳言之，基本權利主要在於確保個人自由領域免於公權力之不法侵害，為主觀權利而具防禦功能。此外，基本權利也作為客觀價值秩序，直接拘束所有公權力。基本權如受私人，或自然災害之侵害，僅能藉由公權力方能有效排除時，包含法院在內之公權力，其行使或不行使，或就基本權利衝突之衡量，如忽略基本權利作為客觀價值秩序之意義，或對於基本權利之保護有所不足而具不法性，仍屬公權力不法侵害。於基本權利遭受私人侵害時，基本權利客觀價值秩序所拘束之公權力對象尤其指向民事法院，附此敘明。」同樣亦指明基本權利客觀價值秩序之諸多作用，就此自然亦應有其對應的憲法審查模式可資適用。

其中就保護義務之案型而言，並非指涉基本權利受侵害之個人對抗國家之雙面關係（此係屬典型主觀功能下防禦權脈絡），毋寧典型案例涉及「三方關係的解決模式」（Lösung einer Dreierkonstellation）：有別於防禦權面向，此時係某私人（第三人）危及或侵害受保護者之基本權利所擔保之法益。而受侵害之私人並非直接援引基本權利對於另一私人有所主張，蓋此將導致原則上不被肯認的直接第三人效力，而毋寧是指向國家，國家應保護基本權利免於危害。典型之例即為德國聯邦憲法法院首次之墮胎案裁判。因此由兩位公法學教授 Ino Augsberg 與 Steffen Augsberg 以及慕尼黑行政法院法官 Thomas Schwabenbauer 所合著的《憲法考試訓練：基本結構、審題架構、撰寫建議》一書中，即建議可參照已於私法及行政法領域習見的「請求權結構」（Anspruchsaufbau），以為此處保護面向之審查模式⁹⁶。

⁹⁶ Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer (Fn. 29), S. 82 ff. 因此大前提句的撰寫建議即為：「X 的憲法訴願若有理由，須以其是否因行政

就保護義務面向的諸多開展而言，基本權利終究應保障人民事實上之自由（*tatsächliche Freiheit der Bürger*），但相對於防禦權而言，此一請求權之法律技術上的實踐乃次要的。作為對抗國家之防禦權，基本權利僅提供保障免於來自國家之干預，蓋此間或是基本權利首要威脅來源。但基本權利之意義並不限於此，至少亦指向於事實上基本權利效果、人民事實上的自由。為此，基本權利即開展出其他的基本權利作用面向，以確保能獲致其效果。此一理解下的基本權利並不繫於防禦權的技術形式，而係符合基本權利作為法律原則（*Grundrechte als Prinzipien*）的理解，亦即課予以基本權利實現為目的之抽象義務。至於何種措施得以確保基本權利效果，則是第二順位的問題。之所以有新的基本權利作用面向的發展，即係立基於單純防禦來自國家之干預，並不足以確保基本權利之效果⁹⁷。

基本權利之保護義務即被肯認為基本權利總論釋義學的類型之一，基本權利不再是對抗國家之作為，而是亦提供國家積極的基本權利保護。但這並非意指，任何由私人所為之私人自由限制即引發國家保護義務。國家防免此種自由限制的責任，並非全面，毋寧在國家不作為時，是以國家對此負有一特殊的、憲法上的保證人地位（*verfassungsrechtliche Garantenstellung des Staates*）為前提。在此特殊情況下，國家始對於未為阻止基本權侵害之不作為可歸責。對於國家歸責與否的認定，由誰造成基本權利侵害一

法院的判決而受到基本權利侵害為判斷標準。若 X 有一項源自其基本權利的請求權基礎，則屬於此種情況。」（S. 83.）

⁹⁷ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 510. 而 Gusy 則將自由權的各項權利內涵區分為：不作為請求權、廢棄請求權、排除請求權、保護請求權、分享請求權、顧及請求權（*Berücksichtigungsansprüche*）以及衡量請求權（*Abwägungsansprüche*）。Dazu vgl. Gusy, *Freiheitsrechte als subjektive Rechte*, ZJS 2008, 233 ff.

事並不重要。於危險前行為之案例，可能是受基本權所拘束之高權主體，但亦可能為自然力量或其他國家。保護義務甚至亦存在於由同具有基本權利主體身分之私人所為之侵害。就此也許是最重要且同時也是最具爭議的案例，蓋履行保護義務時，亦限制第三人之自由，亦即所謂的間接第三人效力⁹⁸。事實上於 1950 年代中期開始，學理上即已肯認，基本權利是否對於私法關係有所作用已不成問題（ob），而是如何作用（wie）的問題⁹⁹。因此，學理上即有建議採取所謂「間接侵害」或「透過他人所生之侵害」（vermittelte Beeinträchtigungen），用以涵蓋第三人侵害（Drittbeeinträchtigungen）、外國侵害（Fremdbeeinträchtigungen）以及自身侵害（Selbstbeeinträchtigungen）等不同侵害來源¹⁰⁰。

1、可歸責於國家不作為：憲法上的保證人地位

就保護義務而言係涉及國家對於不作為情境下的基本權利侵害所負責任，亦即國家之保證人地位。以德國基本法為例，國家對於人性尊嚴即屬明示的保證人地位（explizite Garantenstellung）。依基本法第 1 條第 1 項，國家本身不僅須尊重人性尊嚴，亦明確規定須保護，特別是免於第三人的貶抑、屈辱以及最低生存的底線。其他明示的促進或保護任務，例如性別的平等促進¹⁰¹、婚姻與家庭¹⁰²、母親保護¹⁰³、非婚生子女¹⁰⁴；而依

⁹⁸ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 511.

⁹⁹ Bumke (Fn. 36), 9.

¹⁰⁰ Vgl. Sachs/Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: GG, 10. Aufl., 2024, Vor Art. 1, Rn. 89-93.

¹⁰¹ 基本法第 3 條第 2 項第 2 句規定：「國家應促進男女平等之實際貫徹，並致力消除現存之歧視。」

¹⁰² 基本法第 6 條第 1 項：「婚姻與家庭應受國家之特別保護。」

¹⁰³ 基本法第 6 條第 4 項：「凡母親均有請求受國家保護及照顧之權利。」

德國聯邦憲法法院裁判，亦有認定新聞、文化國家以及私立學校，亦可從基本法中尋得依據¹⁰⁵。惟除此類明示之特別保護義務外，亦有一些未繫於具體危害情境所生之保護義務，依 Michael/Morlok 的整理，可分為（一）憲法之安全擔保；（二）憲法之自主擔保；（三）由危險前行為與累積的侵害所生之保護義務（Schutzpflichten aus Ingerenz und bei kumulativen Beeinträchtigungen）¹⁰⁶；（四）特別地位關係中的國家保證人地位¹⁰⁷。由於保護義務之實例多涉及前兩者之情境，故先以此為引介對象，合先敘明。

A. 確保安全之憲法上保護義務（verfassungsrechtliche Gewährleistung von Sicherheit）

國家之核心任務之一即為確保安全。憲法國家不僅主張權力獨占（Gewaltmonopol），同時亦受基本權利所拘束¹⁰⁸。負有服從法律義務之人民僅得於例外情況，特別是處於正當防衛或緊急避

¹⁰⁴ 基本法第 6 條第 5 項：「非婚生子女之身體與精神發展及社會地位，應由立法給予與婚生子女同等之條件。」

¹⁰⁵ Vgl. Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 512. 類似見解，如 Jarass 亦有舉出若干基本權利之實現繫於國家積極行為、給付或提供保障，例如權利救濟途徑、法定法官、聽審請求權、母親請求國家照顧及保護之權利及請願權。Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd 2, 2001, S. 52.

¹⁰⁶ 在累積的基本權干預的脈絡下討論，可參見 Kirchhof, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, S. 732 ff. 中文文獻，可參見程明修，基本權釋義學之挑戰——疊加之基本權干預，公法研究，7 期，頁 15-47，2023 年。

¹⁰⁷ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 513-521; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 294-301.

¹⁰⁸ 關於國家權力獨占的進一步分析，可參見 Klein, § 19 Staatliches Gewaltmonopol, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 635-656.

難時，始得對於第三人採取強制力。於其他情況，則是仰賴國家提供保護並於必要時藉由國家強制力貫徹其權利。因此，**國家之基本權利保證人地位係以人民特殊之保護需求（*besonderes Schutzbedürfnis*）為前提**。當私人本身無法自我防衛或基於法律上理由不得防衛時，私人具有基本權利之請求權，國家必須保護其安全以對抗他人之武力侵犯。於此情況下，國家必須防免來自於科技上威脅、他人強制力使用以及其他國家之危害等。提供未出生之生命保護亦屬此處事實上無能為力的極端情況下。惟亦及於法律上禁止為自力救濟之各種情況。針對生命和身體不受侵害之安全擔保請求權，在實務上具有重要意義。於其他基本權利所生之保護需求，則以遭受無可忍受的、無法回復的或無從控制的基本權利侵害之危害為限。保護義務並不包括任何輕微妨礙（*Bagatellbeeinträchtigungen*）¹⁰⁹。

負有保護義務一事意味著，國家例外地因不作為對於基本權利侵害係可歸責的。但此處並未意指國家確已違憲地違反保護義務，特別是國家必須於何種範圍與如何履行其保護義務，則尚未審查。尤其是國家究應以何種手段回應其保護義務，就此具有廣泛的評價空間。此一評價特權則係於不足禁止之處受有限制。實際運用上，保護義務不僅指向立法者，亦及於行政機關，例如安全部門原則上享有裁量，但亦可能存在個案中必須限縮至零的情況¹¹⁰。此類案型特別是處於現代風險社會中，格外有其重要性。個人實現自由之基礎毋寧在於各種風險排除，例如環境議題、食安或能源爭議，就此國家所為各種治理行為可否以及如何進到憲

¹⁰⁹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 513 ff.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 296. 兩位作者於此並沒有進一步舉例。惟可以思考的例子是，一般的民事財產糾紛中，僅以一般法院救濟途徑即為已足，並沒有課予國家對此特殊的保護義務。

¹¹⁰ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 515; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 297.

法案例被審查，亦屬爭議所在¹¹¹。惟是否可從國家所負之客觀法上的國家保護義務逕可導出個別人民之保護請求權，則尚待進一步論證。蓋客觀法原則上僅針對國家，而非賦予人民主觀權利。然而保護義務之目的與意義正在於，確保個人之自由開展，若未賦予個人相應貫徹之權，保護義務即難以有效實現，於此即需借助保護規範理論的操作¹¹²。

B. 確保自主之憲法上保護義務（verfassungsrechtliche Gewährleistung von Autonomie）

除上述確保安全而生之保護義務外，學理上另一重要的類型即為從擔保個人自主決定作為自由之基本思維而導出之保護義務。自主決定不僅因國家所為，亦可能因社會權力者而危及。就此，保護需求即為重點。只有當基本權利主體並無法自主行使其自由權時，並於此等範圍內，國家始應提供保護。在此等案例中，相關基本權利主體之保護需求相應於此等弱勢者相較於其他不受基本權拘束之優勢地位者，就此社會上或經濟上顯著弱勢者，即屬此處之例¹¹³。例如由經濟性基本權利，特別是契約自由中所導出之保護義務，在一方利用其優勢地位時，如締約保證契約時，由此所導出之保護義務保護弱勢之一方免於非自主之契約自我拘束。勞動法上的解僱保護亦符合由職業自由所導出之保護義務。而國家以警示方式，提醒民眾免於非自願之基本權限制，就此所為之公眾資訊行為亦可用於保護義務之履行。憲法法院裁判中亦

¹¹¹ 參見德國聯邦憲法法院關於氣候變遷之裁判。

¹¹² Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 137; 另 Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer (Fn. 29), S. 84. 則建議，可從請求權存在、請求權未能實現兩層次予以審查。前者在於審查是否有來自私人之基本權危害，而證立個人之保護需求（Schutzbedürftigkeit），後者則是操作不足禁止原則。

¹¹³ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 516; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 298.

肯認，廣義理解下的財產權所導出利於承租人和被保險人之保護義務¹¹⁴。具有重要意義者，亦屬人格權之保護，例如免於新聞報導、免於現代資料處理或是對抗掩飾其自己出身來源之家庭成員¹¹⁵。就此，保護免於自我損害及自我貶低亦屬於此處之例。保護義務亦不得導致自主行動的人民成為家長制作風（Bevormundung）。確保自主並不能導致自主被削弱¹¹⁶。

在此脈絡中，學理上遂有認定私人間基本權利效力的問題乃是基本權利釋義學的核心，有著諸多開展，基本權利的問題也不再只是涉及國家與個人間的垂直關係，而更多地涉入私人彼此間的水平關係，例如行使言論自由的表意人，是否侵犯到另一私人的人格權或名譽權。此類案例如何審查確屬基本權利審查最具爭議之處。筆者先前曾以釋字第 728 號解釋為例，說明私法規範的憲法審查如何操作：基本權利間接第三人效力主要指涉私法規範的解釋與適用；而私法規範的「制定」（Erlass）之審查則以保護義務為據¹¹⁷。涉及三方關係私法規範的違憲審查中，釋義學上應

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 89, 214, 229 -Bürgschaftsverträge.; BVerfGE 84, 133, 147 – Warteschleife.; BVerfGE 97, 169, 176 – Kleinbetriebsklausel I.; BVerfGE 89, 1, 10 – Besitzrecht des Mieters.; BVerfGE 114, 1, 53 – Schutzpflicht Lebensversicherung. zit. 轉引自 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 517; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 298.

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 101, 361, 380 – Caroline von Monaco II.; E 65, 1, 41 ff. – Volkszählung.; E 96, 56, 63 – Vaterschaftsauskunft; E 141, 186. 轉引自 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 517; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 298.

¹¹⁶ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 517; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 298.

¹¹⁷ 張志偉，私法規範的憲法審查——以大法官釋字第 728 號解釋為例檢視我國釋憲制度的結構困境，註 23，頁 188 以下。而湯德宗大法官於其協同意見書則指出，本案（指釋字第 728 號）乃釋憲者首次正面處理「不足禁止」案件，而非過往常見的「過度禁止」案件，但解釋文及理由書未能分辨此一本質差異，仍因循「禁止

可分為兩層次進行討論：首先審查對象上必須區分針對私法解釋與適用（亦即針對職司私法裁判的法官）以及私法制定（亦即立法者）的違憲審查；其次對於具體個案，亦可分為具有典型「侵害」情狀的侵權行為與遵守私法自治契約自由的契約合致兩種不同類型¹¹⁸。

2、給付與分享權

此處所指稱之原始基本權利的給付權（*originäres grundrechtliches Leistungsrecht*）係指人民要求國家一定作為之主觀權利，而直接由自由權所導出。在此係要求一項特殊的、事實上自由水準。特定之給付只有在非常罕見的情況下始由基本權利所導出。德國基本法有意地不採社會基本權之表達方式，例如工作權或住宅權（*Grundrecht auf Arbeit oder auf Wohnung*）。國家無法兌現所有在此等案例中之請求權。聯邦憲法法院就既有大學名額擴張之請求權一案中，亦非直接由職業自由所導出，而是僅作

過度侵害」之論述審查。參見湯德宗，釋字第七二八號解釋協同意見書，頁1-2。

¹¹⁸ Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 357 ff. 關於第三人效力以及以保護義務為討論基礎的開展，參見 Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 260 ff.; Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 478 ff.; Ruffert, *Privatrechtswirkung der Grundrechte*, JuS 2020, 1-6; Neuner, 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Privatrechts, JöR 2011, 53 ff. 案例可參見 Mast/Gafus (Fn. 21), S. 153-160; Theß, *Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Blog-Berichterstattung über das Zittern der Bundeskanzlerin*, JuS 2021, 247-252; Kulick/Schäufli, *Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Dogmatik, Kritik und Beispielfälle*, ZJS 2023, S. 35 ff. 我國學者中，亦有提及基本權利之規範效力如何影響私法領域，即從基本權利功能為論證路徑，李建良，民事審判與裁判憲法審查——基本權效力的體系思維，收於：陳新民教授六秩晉五壽辰文集編輯委員會編，法治國家的原理與實踐——陳新民教授六秩晉五壽辰文集（上冊），頁330，2020年。

為客觀的社會國憲法委託。由一般保護與形塑要求中通常無法得出可得個別的、具體主張特定國家促進措施的請求權。作為積極給付之例外，僅適用於最低生存保障（Gewährleistung des Existenzminimums）之特例¹¹⁹。作為廣義之給付權，理論上所有客觀法的保護義務均相應有其主觀權利，但均受「可能性」（Möglichkeit）保留¹²⁰

3、基本權利拋棄作為阻斷歸責（Grundrechtsverzicht als Zurechnungsunterbrechung）

自由之行使進而能夠決定放棄尋求國家保護一事，亦屬基本權利下的自主。因此，較不引人誤解的表達方式可能是「基本權利內容的支配」（Disposition über Grundrechtsinhalte）取代「基本權利拋棄」（Grundrechtsverzicht），必要時，此亦為消極之基本權利行使。在可支配性之客觀要件下，以及自願性的主觀-個人要件下，即可肯認有效之基本權利拋棄。當基本權利主體本身以自我負責的方式，自主地拋棄其自由行使之作用時，即解免國家所負之基本權責任。在歸責面向的審查意義即為，阻斷基本權利限制歸咎於國家之可歸責性¹²¹。

三、合憲性審查

就基本權利界限的問題於基本權三階層審查體系內係置於第三階層，亦即「正當化」（Rechtfertigung）之審查，亦即可歸責於國家之基本權利干預，是否合於憲法之要求，而屬合憲限制，抑

¹¹⁹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 526; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 290 f. 平等意義下的分享權及其歸責，參見 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 528; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 292.

¹²⁰ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 527.

¹²¹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 534-539; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 403-409.

或未能通過此一階層審查，而屬違憲侵害。在審查結構上係以特定基本權利之保護領域開啟，且存在一可歸責於國家之基本權利侵害存在為前提，即須接續審查此一侵害是否可正當化的問題，經過前兩階層的審查後，即證立此一侵害需要進一步檢視有無憲法上正當化事由，故亦有稱為「阻卻違憲事由」。基本權利是否受違憲侵害，則須視正當化階層的審查而定¹²²。三階審查模式，其論證方式的特色在於層次井然、釐清問題的思考方向，同時大幅減輕論證上不必要的旁支思慮負擔，可說是典型德國憲法釋義學中，講究體系、嚴謹的典範¹²³。

¹²² Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 540. 須加以說明的是，在德文術語使用上，„Eingriffe“, „Beeinträchtigung“及„Schranken“等語，其所表達的涵義多僅客觀地描述國家對基本權利的干預、侵害或限制，而未含有「違（憲）法性」之評價。相對於此，德文„Verletzung“一詞，則含有「違（憲）法性」之判斷，意指違（憲）法之干預、侵害或限制。反觀中文「侵害」一詞，使用上並不同於德文之「Verletzung」一詞，中文用語中，「干預」、「限制」與「侵害」三者在使用上並未嚴格區分。因此，本文所使用之「干預」、「限制」與「侵害」等語，在涵義上並無特殊之差異，且未含有「違法性」評價判斷，如遇有須表達違法性之意時，則特別加註「違憲」或「違法」二字，以資明確。若從精確概念用語出發，應區分「基本權限制」（Grundrechtsbeschränkung）與「基本權侵害」（Grundrechtsverletzung）二概念。前者在必要時可能也是正當的、因而合憲的；唯有在基本權審查結果之判定時，始有必要時使用「基本權侵害」一詞，亦即當某一基本權限制欠缺正當化，因而違憲時，始稱為「基本權侵害」。惟考量到國內用語對此未見一致，故本文中使用了「基本權侵害」一詞時，並不特別指涉違憲之情形。對此可參見 Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 79.

¹²³ 此種區分基本權利之保護領域與其合憲性審查的模式，亦有國內學者表示質疑見解，如黃昭元教授即認為「在美國法上，審查標準與各個憲法權利的內涵或保障範圍的界定其實難以區分。在消極面向上，審查標準固然是測量法院介入程度的主要量尺；但在積極面上，審查標準其實就是法院透過裁判與解釋來實踐各個抽象憲法權利的具體法則，也是憲法釋義學的具體表現。後者可能

（一）基本權利的限制可能性

在德國基本法基本權利目錄中已有若干基本權利指明其限制可能性，例如基本法第 13 條第 2、3 項以下針對住所之搜索或監聽，規定須有特別之法官命令；第 11 條第 2 項列出得限制遷徙自由之目的。惟亦有若干基本權利，如第 4 條信仰與良心自由、宗教與世界觀認識之自由則未有規定是否或如何限制。基本權利僅得於憲法容許為限制時，始得限制；基本權利優位性亦僅必須於從憲法中得出其界限，方具其效力。基本權利界限的問題一開始即為憲法保留（*Verfassungsvorbehalte*），基本權利既有憲法位階，只有憲法才能決定，是否得為基本權利限制¹²⁴。在德國基本法的背景下，原則上所有基本權利都是可限制的，但人性尊嚴則屬例外，倘存在人性尊嚴之干預或忽略未為保護，則無正當化可言，必然得出違憲之人性尊嚴侵害。亦即，在德國基本法下的人性尊嚴係屬於絕對保障，其規範性質並非得衡量之原則，而毋寧為無例外之規則（*ausnahmslose Regel*）而禁止衡量¹²⁵。此亦適用於如歐洲人權公約中刑求或奴隸禁止（*Folter- und Sklavereiverbot*）。歐洲人權法院即使在對抗恐怖主義之下，亦否認此一禁止存有例

是比例原則模式所無法同時提供的積極功能，因為在德國模式下，權利內涵（或保障範圍）的解釋與比例原則適用，似乎始終是涇渭分明的兩個不同階段」，參見黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準——美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，頁 114，2004 年。其似乎認為以審查標準結合各個基本權內涵的方式，較德國法之基本權利審查模式要佳。然而此種模式卻可能也有著混雜基本權利保護領域之釋義學內涵與合憲性審查階段的疑慮，同時也容易形成「某某權利就必須嚴格審查或合理審查」等基本權利有位階次序高低的印象。

¹²⁴ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 541; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 136; Kielmansegg (Fn. 12), S. 25.

¹²⁵ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 147; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 133, 452 ff.

外¹²⁶。就此而言，正當化階層審查第一步驟即為，首應確認個案中所涉及之基本權利係屬「可限制性」(Einschränkbarkeit)，此係正當化審查之前提問題 (Vorfrage der Rechtfertigung)，抑或涉及人性尊嚴而不得限制。

至於是否就正當化事由的審查上，進一步區分形式與實質正當化要求 (formelle Rechtfertigung und materielle Rechtfertigung)，德國學理上則有不同見解：多數見解認為，仍有必要維持此一區分¹²⁷；惟亦有學者認為，考量到此等正當化事由究竟應置於何者不易判斷 (例如明確性要求的歸類)，論述上放棄形式和實質要求之區分¹²⁸。筆者認為，若形式與實質之區分堪稱完整且清楚，則維持此一審查體系仍有可取之處，故以下仍以此作為討論基礎。

(二) 形式合憲性

就基本權利干預的形式合憲性要求而言，正是實踐客觀法治國原則與主觀基本權間彼此補充的一種機制，正是在一方面保障基本權、另一方面又以形式方式的憲法拘束國家權力的結合之下，國家方得成為一個具有正當性的法治國。基本權利干預的形式正當化事由乃憲法正當化的根本問題。在法治國家中，基本權利並不是任由任何一個高權或任何一種方式即可為限制。毋寧必

¹²⁶ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 544.

¹²⁷ Vgl. Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 542; Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 46 ff.; Kingreen/Poscher (Fn. 31), Rn. 469.

¹²⁸ Bumke/Voßkuhle (Fn. 42), Rn. 88. 氏提出包括重要性理論、指明條款 (基本法第 19 條第 1 項第 2 句)、立法權限 (第 70 條以下)、立法產生 (第 76 條以下)、法清晰與明確性、核心領域與制度性保障、比例原則，以及第 19 條第 2 項本質內容保障。

須確定其高權主體之**管轄**（Zuständigkeit）、**形式**（Form）以及**程序**（Verfahren）¹²⁹。

就此而言，居於核心且古典的要求即為法律保留原則。法律保留原則一方面要求干預基本權利必須有法律之基礎，國家行為僅能在內容受有限制、可預見，且受民主立法者之拘束下，始得限制人民基本權利。就此更深層的意義即在於，將基本權利與民主理解下自由與自決彼此相互連結。基本權利保障每個人之個人自由，得自主決定其行為；當國民本身可決定其個人自由之界限時，民主原則即保障共同之自由¹³⁰。此處之審查除**法律保留原則**外，亦及於法律制定之**管轄**、**形式與程序**，此特別連結到限制人民基本權利之法律，必須形式上合憲，亦即由合憲之機關、以合憲之立法程序¹³¹，以合憲之形式作為限制之基礎。就此而言，形式合憲性的審查得以使閱卷者了解考生對於**國家組織法**的掌握程度，並將國家組織法與基本權利問題相連結。特別是涉及立法程序之規定或權限有無（如有無經過合憲之三讀立法程序，即可於此階層審查，司法院釋字第 342 號解釋、憲法法庭 114 年憲判字第 1 號判決參照）¹³²。再者，「至何種事項應以法律直接規範或得

¹²⁹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 553; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 133, 452 ff.

¹³⁰ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 554; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 149.

¹³¹ 惟此一立法程序係指於若干德國聯邦憲法法院裁判中提及立法者干預基本權時，必須負有事實澄清、觀察和改善義務，亦即課予立法者一定的程序義務，若立法者未採取此種程序行為，即構成形式上違憲。就此可參見許宗力，最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法法院 Hartz IV 判決，月旦法學雜誌，238 期，頁 115 以下，2015 年。但憲法法院後續的判決中，即否定一般性的立法程序義務。Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Mai 2018 – 1 BvR 97/14, 1 BvR 2392/14, Rn. 80 ff.

¹³² 德國法上近年來廣為討論另一重點在於，是否課予立法機關有所謂的程序性義務，尤其是對其立法的說明理由義務

委由命令予以規定，與所謂規範密度有關」(釋字第 443 號解釋理由書)，必須進一步區分究屬以法律直接加以規範之國會保留，抑或得「以法律授權主管機關發布命令為補充規定」，亦即所謂一般法律保留之事項，則須進一步審查授權明確性。亦即，若非屬國會保留之事項而留有授權行政機關訂定法規命令或授權自治團體訂定自治法規，以為限制之依據的可能性時，倘立法機關本身未為完全之限制條款，而留待法規命令或自治條例(章程)作為規範依據時，亦須留意**授權明確性**之要求¹³³。而法律本身亦須符合**法明確性**之要求，亦屬此處審查之要求¹³⁴。倘有個案法律的疑慮時，亦須檢視個案法律禁止原則之適用¹³⁵。

觀察國內關於形式合憲性的討論，多僅停留在法律作為限制依據的憲法要求。但若進一步檢視我國和憲法相關憲法裁判，實

(Begründungspflichten) 或類似之理性化要求，就此文獻甚多，容待日後再予深究。最新文獻可參見 Kluth, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Begründung von Gesetzen durch den Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2023, 648-651.

¹³³ 以自治條例為限制人民權利事項之依據時，其授權明確性可採取較為寬鬆的認定，就此可參見張志偉，地方自治條例與法律保留原則——兼論地方試驗性立法的倡議，銘傳大學法學論叢，36 期，頁 123-164，2022 年。

¹³⁴ 於基本權審查時，格外重要的是警察與安全法制上的概括條款(Generalklausel)作為限制之授權依據。類似討論，如刑事訴訟上援引公法學理所發展的法律保留原則作為干預基本權時，所要求的形式正當化事由，並進一步開展出「門檻理論」(Schwellentheorie)作為判斷在一定干預門檻之下，可援引法律的一般授權條款作為干預基本權利之依據，參見林鈺雄，干預保留與門檻理論——司法警察(官)一般調查權限之理論檢討，政大法學評論，96 期，頁 23 以下，2007 年。

¹³⁵ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 587 ff.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 144 f.

可發現立法權並非唯一參與限制基本權之國家權力。毋寧基於基本權利之各種作用，除了要求立法者必須有所決定外，**其他國家權力部門**，如行政與司法間或亦有被要求必須參與限制基本權利之權力部門。不同權力部門的參與亦有確保自由的作用。於基本權干預的形式合憲性審查上，亦處理於何種情況下基於憲法必須要求其他權力部門的參與，質言之，除法律保留外，亦應審查基本權利對於行政面向的作用（**基本權利之程序法或行政法面向**）¹³⁶，以及對於**司法權**之作用面向，亦即法官介入行政決定之程序。前者包括行政程序法上程序保障（如**聽取意見**）或組織法上的要求，並且應提供有實效之權利救濟，以及須以法規命令或自治章程為之時，必須遵守的憲法要求，就此則體現出基本權利之程序法面向，亦即行政法作為「具體化憲法」之面向¹³⁷。而後者即主要指涉法官保留對於基本權利保護之功能，亦即相較於行

¹³⁶ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 583 ff.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 506 ff. 將其稱為「行政實行保留」(Verwaltungsvollzugsvorbehalt)，用以概稱行政參與基本權利干預時，必須符合的憲法要求。此一德文直譯應為「行政執行保留」，但為避免與行政執行之理解相混淆，爰改為「行政實行保留」。

¹³⁷ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 583-591. 另學理上亦有針對基本權利與程序的關聯性，區分為不同類型，如 Denninger 即依程序目的分為 1、本身即屬程序性基本權利，如基本法第 19 條第 4 項、第 101 條第 1 項及第 103 條；2、基本權利行使之先行審查程序：如各種能力測試、營業許可或藥品許可等；3、用來規範與第三人權利或公益衝突之程序與組織規定；4、請求為一定給付之分配程序，如入學名額。參見 Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3 Aufl., 2011, § 193, Rn. 26-28.

政實行保留的廣泛要求，法官保留（Richtervorbehalt）毋寧是例外，必須體現出特殊之基本權利保障的需求¹³⁸。

就此而言，基本權利之組織與程序保障功能，包括法官保留之審查，即可置於此處形式合憲性之審查階層。就涉及基本權利實現之重要事項或涉及不確定性的危險情況，德國聯邦憲法法院亦發展出透過組織與程序保障基本權利之作用¹³⁹。倘基本權利之實現與保護相當程度上繫於組織或程序之要求，國家自應負有義務，積極提供適當組織或程序規定，使人民藉此獲得行使權利的前提，得以真正有實效的行使其權利。如 Dreier 所言，「國家於此既非不作為亦非賦予個人真正之給付請求權，毋寧是建立基礎設施，以供基本權利主體藉由組織與程序的方式實現基本權利。而此種模式已被證明為有效的手段，以因應非來自於國家之自由危害，並且同時考量到基本權利衝突與自由相容的必要性，而致力於基本權利開展可能性的最適化」¹⁴⁰。例如我國司法院釋字第 652 號解釋理由書即已表明：「均係基於貫徹憲法保障人民財產權之意旨及財產權之程序保障功能，就徵收補償發給期限而為之嚴格要求。」（粗體字為本文所加）；釋字第 709 號解釋中，亦有揭示於都市更新程序中的基本權組織與程序保障內涵為何¹⁴¹；於後者

¹³⁸ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 592-604; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 155, 522, 741 f. 其中除基本法明定之住居所的搜索與監視（聽）外，德國聯邦憲法法院針對資訊科技系統中的祕密侵入，亦要求憲法位階（不成文的）法官保留。Vgl. BVerfGE 120, 274, 331 ff. – Online-Durchsuchung. 轉引自 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 601 ff.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 485.

¹³⁹ Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 134.

¹⁴⁰ Dreier, Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, Jura 1994, 512.

¹⁴¹ 參見張志偉，適宜居住權、財產權保障與衡量誠命——評釋字第 709 號解釋，註 23，頁 150-154。

而言，我國憲法解釋與判決中亦有提及特定之基本權利干預須由法官為之，如釋字第 588 號對於管收、釋字第 708 號及第 710 號解釋之續予收容，乃至於釋字第 631 號解釋要求通訊監察書必須由法官為之，皆為適例。

總而言之，形式合憲性的審查能使出題人掌握考生對於國家組織法的掌握程度，蓋如此一來即可將國家組織法與基本權利問題相連結。在案例中倘有爭點涉及立法程序的規定，或是權限主體（聯邦或各邦、中央或地方乃至於其他自治主體、議會權限或行政立法權限等），即可進一步開展。但若時間有限時，只有當案例事實有相應的提示，始須進行較為細膩的審查；否則，只須單純確認從哪條規定得出立法者之立法權限即可。若案情沒有明確提及，對立法程序與形式的討論可以省略。除此之外，形式合憲性的審查亦包括行政權負有保障基本權利的組織與程序規範，以及司法權提前介入的法官保留要求¹⁴²。

¹⁴² 此處憲法審查的困難之處在於，如何發展出司法違憲審查上可操作的標準，以區辨出對於立法者而言，保障基本權之組織與程序規定之憲法要求，抑或是立法政策上的選擇。德國聯邦憲法法院所發展出的各種論證途徑，無論是「組織與程序上之基本權最適化」(Optimierung)、「最低程序保障標準」(Minimalstandard)、抑或是放棄一般性論述之「個案衡量」(Abwägung im Einzelfall)的嘗試，都無法得出具普遍性、令人滿意的答案。即使如此，學理上仍有若干努力提供進一步思考的方向，如 Denninger 仍嘗試提出適用於規範制定及適用的五項程序正義核心要素，應可藉此作為適切之基礎來檢視本號解釋：1、當事人範圍的劃定；2、當事人主觀地位的確保；3、不受扭曲的資訊流通；4、時間因素應於決定形成時被考量；5、國家決定必須始終取向於事理正確及公益要求。Denninger (Fn. 37), Rn. 59 ff.

（三）實質合憲性

當基本權利限制於形式面向已可被正當化時，即接著審查實質合憲性事由，此為第三階層的第二步驟。就形式正當化面向是探問，以何種方式可以限制基本權利；而實質正當化框架內則是探究何種目的與何種範圍內，憲法上容許基本權利限制，亦即法律保留並非授權國家，得恣意限縮人民之自由，故須有其實質界限¹⁴³。就此而言，實質合憲性之審查實具有最為核心的意義：在憲法基本權拘束所有國家公權力之下，實質合憲性即傳遞了憲法內容上自由的最低標準，基本權利效力即非單純空洞承諾¹⁴⁴。其實質合憲性最為關鍵者，即為比例原則之要求，更精確地說，是比例原則於各別基本權利所開展的防禦面向與保護面向的效力：

1、作為過度禁止之比例性

過度干預必須排除，被稱為「過度禁止」(Übermaßverbot)之比例原則¹⁴⁵即有其基本權利與法治國的憲法基礎。作為防禦權功能，基本權利即為國家設立內容上的界限；法治國原則亦有其權力限制的功能。比例原則之審查即在處理「比例」——手段與目的間的關係(比例)，基本模式即為：只有當立法者以適合、必要且合比例的方式，為追求正當目的，始得使用為限制基本權利的手段。因此，傳統上防禦面向上，即以比例性作為過度禁止

¹⁴³ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 605.

¹⁴⁴ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 607.

¹⁴⁵ 比例原則包括三項子原則之完整內涵，其上位概念，即一般所指稱的「廣義比例原則 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne」。亦有學者為避免「比例原則」一詞於上、下位概念重複使用而滋生混淆，亦有將其上位概念以「過度禁止」(Übermaßverbot)原則加以取代，質言之，不符比例之國家行為即為過度之國家行為。Vgl. Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 463.

(Verhältnismäßigkeit als Übermaßverbot)，審查國家行為是否過度限制人民之基本權利¹⁴⁶。就此國內已有諸多討論¹⁴⁷，於此即不再深入討論，僅提出若干案例審查上值得留意之處。

A. 規範與個案行為作為手段，以及自始不容許的特殊手段

就國家行為作為基本權利干預之審查而言，首應區分究竟是何種國家公權力行為係此處比例原則所審查的手段。因此必須區別是立法行為或其他個案行為，兩者審查自有不同。此外，德國基本法中有明列若干特殊手段不得為之，即屬此處自始違憲的特殊手段 (Spezialfälle illegitimer Mittel)，如涉及意見表達自由時，不得設立「事前檢查」制度 (Zensur，基本法第 5 條第 1 項第 3 句)¹⁴⁸。

B. 目的合憲性

比例原則之審查要求兩階段的審查，第一階段是審查系爭手段所欲追求目的之合憲性，亦即首要之務即在於確立該立法目的

¹⁴⁶ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 611 ff.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 156 ff.

¹⁴⁷ 參見林明鏘，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231 期，頁 65-79，2014 年；許宗力，註 30，頁 119-140；張志偉，註 16，頁 1-74；湯德宗，註 17，頁 1-38；黃昭元，註 123，頁 45-148；蔡宗珍，公法上之比例原則初論——以德國法發展為中心，政大法學評論，62 期，頁 75-103，1999 年。

¹⁴⁸ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 612 ff.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 595 f. 就此而言，若於我國法的理解，「事前審查禁止」(Präventivzensur) 之法理，不能望文生義，認為凡是「(國家) 對基本權利的行使在事前予以審查」或「基本權利須經審查通過方能行使」者即均屬之。實則若參酌德國基本法第 5 條之內涵，事前檢查係指出版物或其他精神作品（因而涉及思想或心靈層面內涵之基本權）在發行或散布（基本權行使或展現於外）前，其內容應經國家機關審查及准許。可參見吳信華，憲法釋論，修訂 5 版，頁 358，2024 年。

何在，其後才能進行比例原則之審查；而第二階段則係由比例原則下之三個派生原則予以檢視其手段與目的之合比例關係¹⁴⁹。作為保障人民基本權利之法原則，其要求國家機關的權力行使，不可逾越必要的限度，並且對於所採取之手段與所欲追求目的間應保持一定程度的合比例性要求，質言之，手段與目的之合比例關係（Zweck-Mittel-Relationen）¹⁵⁰。以此為基礎，應可得出「目的與手段間」、「各種可選擇之手段間」以及「受犧牲之基本權利與欲實現的公共利益間」三組對照性要素，據以掌握、理解、並進而判斷前述之「合比例關係」是否具備。由此便發展出適當性、必要性以及狹義比例性的雛形：適當性（Geeignetheit、亦有稱 Tauglichkeit）指的是一種目的與手段間的關係——某一手段是否「適於」達成某一目的；必要性（Erforderlichkeit、亦有稱 Notwendigkeit）所指涉的是諸多可能達成目的之手段間，如何擇定以何種手段限制的問題；而狹義比例性（Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne、亦有稱 Proportionalität）則是針對所欲實現之公共利益與因此被犧牲之自由權利兩者間之衡平關係¹⁵¹。

關於目的合憲性的審查，首先是要求系爭國家行為（在規範審查上，多為立法行為）消極面向上不得追求明顯違憲之目的，如種族隔離或男尊女卑等違憲目的；積極面向上必須要求該立法目的必須符合憲法所預設並允許之基本權利限制目的。德國學理上進一步指出，目的審查應單獨且客觀地觀察（isolierte und

¹⁴⁹ Maurer, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 4. Aufl., 2005, § 8, Rn. 56 ff.

¹⁵⁰ Krebs, Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes, Jura 2001, 228.

¹⁵¹ 僅參照蔡宗珍，註 147，頁 79。其對於狹義比例性之用語，其主張應以「法益相稱性」以取代「狹義比例性」之用語，蓋其係針對法益間的關係而論。關於比例原則在術語上的混亂，另可參 Krebs (Fn. 150), 228 ff.

objektive Zweckbetrachtung)，立法者可為了公共利益或私人利益而採取干預，前者包括從地方到國際層級之共同體利益，而後者則及於他人具基本權利保護價值之個人利益，就此即存在基本權利衝突。再者，立法者意志與明示規定的立法目的則是審查之始點與切入點。但於限制基本權利措施之比例原則審查中，所納入考量的正當化事由，並不限於立法者所提及者¹⁵²。立法目的審查的結構因素在於，基於憲法框架與開放特質，立法者就立法目的、手段之選擇上，自應享有一定程度之立法形成空間。質言之，立法者得以優先自主擇定根據何種理由來限制基本權利；或是對於是否要以限制基本權利為代價來實現其所欲達到的目的，以及要以何種程度來實現其所欲達成之目的，亦即目的設定餘地（Zwecksetzungsspielraum）¹⁵³。但於釋憲機關審查階段，應避免概括地泛稱「公共利益」作為立法目的，而必須審慎探求立法者具體、客觀可檢視之立法目的，以確保後續比例原則之精確涵攝與衡量之可行¹⁵⁴。更具體地說，審查限制自由或不平等對待人民的法律是否符合憲法，必須先運用公認的解釋方法來確定該法律的目的。倘若該目的是受允許的（正當的）目的，則必須進一步探求其他正當化要求，特別是比例性，是否得到滿足。但若立法機關所追求的所有目的都是不被容許的（unzulässig，或無可支持的 nicht vertretbar）抑或立法機關根本沒有追求任何特定目的，則法院不得審查是否存在其他可被允許的、但並非立法機關所意圖

¹⁵² Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 614; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 158.

¹⁵³ Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2001), 17.

¹⁵⁴ Michael (Fn. 60), 149; Michael, Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 655. 這兩篇文章是將比例原則運用在三種案型上（過度、不足禁止以及平等原則）論證模式及其實例，可為進一步參考。

之目的，俾使其得以「拯救」該法規範¹⁵⁵。若某一基本權干預專為自始不正目的（*per se illegitimen Zweck*）所為，則無須再為比例性的相對審查，蓋此時自由權已因單獨的目的審查為由即認定受有侵害。在此脈絡中，必要時亦須討論基本權保障之中立性面向。國家不得對意見或宗教信仰、藝術與學術、集會與結社之內容作出實質評價，違反國家中立誠命者，在此階段即可排除於正當化審查之外。若某一特定目的是否具有歧視性，則應依平等原則予以判斷；若由平等原則導出該目的被認定為不正當，則該目的亦無須在過度禁止之審查中被納入。若該干預係為多數目的時，則對每項目的均須分別檢視是否足以正當化該干預¹⁵⁶。

C. 比例原則

在比例性審查之下仍須區分三項子原則階段，這三個階段都必須在前述目的之單獨觀察之下，各自獨立檢驗：適當性——必要性——狹義比例性。倘一項干預可能用於三項不同的正當目的，則此三項目的也可能在後續不同審查階段中被逐步排除：如果該手段對其中一項目的的不適當，但對另外兩項目的仍有助益，則在必要性階段，只須就其餘兩個目的加以討論，此即為比例審查的「過濾功能」（*Filterfunktion*）。最終而言，只要該干預對其中之一項目的，以適當、必要且狹義上合比例的方式為之，仍可能被認定合比例¹⁵⁷。

按適當性原則要求限制基本權利的手段必須有助於所追求公益目的達成，若是一個措施加深目的達成之困難或根本無效

¹⁵⁵ 關於「誰決定基本權利限制規範的目的」的問題，進一步討論可參見 Wernsmann, *Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm – BVerfG oder Gesetzgeber?*, NVwZ 2000, 1360-1364.

¹⁵⁶ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 616 f.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 159 f.

¹⁵⁷ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 618; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 162 f.

果、或甚至是有害的、造成反效果的，則該手段自屬不適合。適當性的問題少有在立法者措施上被否定¹⁵⁸。蓋考量到立法者對於立法目的選擇、手段之適當及必要性具有廣泛的預測及評價空間¹⁵⁹，適當性審查僅在於消極排除完全不適當、使得目的達成更為困難或根本毫無效果之手段，而非在於審查立法之合目的性¹⁶⁰。在案例作答中，適當性審查通常屬於較具技術性的問題；如無特別爭點，多半可簡短處理，而不宜在此投入太多價值評斷¹⁶¹。

而手段必要性之審查，則係要求立法者應在所有相同有效達成目的之限制基本權利手段中，選擇對基本權利限制最小者為之。就此即以「相同有效性」與「最小侵害性」兩者共同構成其內涵。立法者是否已就同等適合達成目的之手段中，選擇對人民基本權利限制較少者之必要性審查，涉及到其他想像上可能的手段比較（Mittel-Vergleich），並不限於立法者實際上所採行之高權手段作為審查標的¹⁶²。此處審查必須發揮想像力

¹⁵⁸ Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 32. 中譯本，參見 Klaus Stern（林三欽、張錕盛譯），註 38，頁 39 以下。

¹⁵⁹ Merten, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, Rn. 45, 65. 氏指出，因立法者廣泛之評價特權，法律甚少因未符合適當性而違憲。而 Pieroth/Schlink 則表示，立法者對此複雜事實情況及彼此的經驗關聯性，就適當性與必要性標準而言，某程度上享有「信賴優勢」（Vertrauensvorsprung），參見 Pieroth/Schlink (Fn. 45), Rn. 282.

¹⁶⁰ Stern (Fn. 158), 32. 氏另指出，適當性（Eignung）與合目的性（Zweckmäßigkeit）並不相同，前者是法律問題，後者則是評價問題。

¹⁶¹ Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 164.

¹⁶² Michael (Fn. 154), 149. 氏指出，比例原則中適當性及狹義比例性審查則（與必要性審查不同）限於立法者實際上所採行之高權行為。

(Ideenreichtum)，思考國家是否本即可以採取更好的措施來實現其目的。唯有在存在較溫和、且對所有目的都同樣有效之替代手段時，原措施方屬違憲。反之，若某些目的雖可由較溫和手段同樣有效達成，但其他目的不行，則該等目的僅是在狹義比例性階段不再被列為支持原措施之論據。只有當此種較溫和手段至少同樣有效時，才能推翻原干預之必要性。此處也必須就所有相關目的加以討論。對作出行為之國家機關而言，應承認其有權決定欲在何等程度上追求其正當目的，並選擇何種手段，以最快、最好，或者最有可能的方式達成該等目的。其中也包括：決定要在何種程度上保護第三人之基本權。對立法者，在此同樣應承認一定之評價特權 (Einschätzungsprärogative)¹⁶³。必要性審查必須以國家行為為自身設定之有效性標準 (den Effektivitätsstandard staatlichen Handelns zugrunde) 為準，而不得在必要性階段透過整體權衡來相對化這一有效性標準。換言之，若某一替代方案雖然對基本權侵害明顯較小，但對於國家所追求的某一（即便只是唯一的）目的，無法達到同等效果，則該替代方案便不足以推翻原措施之必要性。必要性審查乃是一種手段之比較；在此，目的達成程度並非可任意浮動之因素，而是由國家干預所欲達成的效果所預先決定。真正對手段與目的進行權衡，乃屬比例審查第三階段狹義比例性所為¹⁶⁴。

倘系爭手段已通過適當性及必要性原則之審查後，尚須進一步審查法益衡量，亦即手段所造成基本權利限制與所追求之公益價值或程度是否合於比例。換言之，狹義比例性所欲探求的——與必要性審查有別——並非比較問題，而係手段與目的間的衡量問

¹⁶³ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 621; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 165 ff.

¹⁶⁴ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 622; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 167.

題（Abwägung zwischen Mittel und Zwecken）¹⁶⁵，其核心想法即在於禁止「逕以目的正當化手段」（der Zweck heiligt die Mittel）¹⁶⁶。就此合比例性之審查，學理上遂提出三步驟加以判斷：首先係分別**抽象**觀察彼此對立之利益及其重要性，例如言論自由對於民主之重要性、國民健康係高度重要的公益目的等。其次，**具體**澄清於個案中的系爭手段對基本權利的侵犯強度，以及所獲致公益份量與實現可能性。藉此釐清系爭手段所課予當事人之負擔是否仍屬期待可能，並考慮是否設定例外要件或過渡條款；另一方面也必須具體評價目的實現之程度，在衡量架構下，必須進一步評價該基本權干預究竟在多大程度上促進其所追求之目的。涉及預測時，在合理可接受的範圍內，原則上仍應以採取干預之國家機關的判斷。憲法法院不應自居於立法者、行政機關或專門法院，而自為實體判斷。最末則是探求，於前述兩步驟精確界定之下，對於手段與目的是否仍合於比例進行**整體衡量**，越是精確地探求基本權所受具體侵害程度以及所欲追求之公益目的之重要性，釋憲者就能更容易進行法益衡量；而衡量越是精確，所可能造成之基本權利侵害就越能「合比例」¹⁶⁷。至於「衡量」模式欠缺可預見性的瑕疵，應可藉由與憲法法院原則性的裁判先例及案例比較（Präjudizien und Fallvergleich）而相對化。方法論上，案

¹⁶⁵ Michael (Fn. 154), 657. 附有更多裁判實例。

¹⁶⁶ Merten (Fn. 159), Rn. 71.

¹⁶⁷ 參見 Reuter, Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Jura 2009, 515 f.; Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 623 ff.; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 168 ff. 附有更詳細說明。Michael/Morlok 舉未出生之生命保護為例，尚未出生之生命，其保護強度會隨著接近出生而逐漸提高，並於出生至死亡之間達至最高程度（所謂「分級保護概念」（sog. abgestuftes Schutzkonzept）），因此為保護母親生命而允許墮胎，抽象上是可正當化的（Rn. 169）。關於生命權之分級保護，亦可參見 Dreier, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377 ff.

例比較即益顯重要，正因基本權利條款的不明確性，司法裁判於此範圍即有特殊的重要性。指標裁判先例就此之意義即在於，理解並批判性地反思，以便從中得出類比及反面推論的論證¹⁶⁸。在案例作答中，若整體趨勢已屬明確，只須將占優勢之理由與較不重要之理由予以對照呈現即可。結論上明顯不合比例者，通常是對於某項特別自由權造成重大干預，或對一般行為自由造成極為嚴重之限制之措施，但卻只在有限程度上促進公共利益。若整體趨勢並不明確，則後續論證則相當程度上取決於法院依個別案件情境而定之審查密度。原則上，若有疑義，不應輕率認定違憲，蓋憲法法院之任務並非在衡量問題上，以自身判斷取代立法者、行政機關或專業法院之評價¹⁶⁹。

比例原則的審查脫離不了基本權利各論的釋義學內涵，事實上德國法的基本權利審查係結合比例原則的操作與個別基本權內涵的具體開展，此觀基本權利各論的具體內涵，即體現出比例原則審查時如何界定干預該基本權利的範圍、程度與內涵，蓋德國基本法基本權利體系中本即蘊涵個別基本權利的不同限制目的、程度與限制手段的界定，因此比例原則的審查上必然結合基本權利的具體規定，無從脫離。個別基本權利的審查上亦有具體化比例原則的進一步開展，例如言論自由中的交互影響理論、職業自由與人格權保障的三階審查或領域理論等¹⁷⁰。此係掌握德國法時所必須留意的。但由於我國基本權條款的抽象與簡潔性，除憲法

¹⁶⁸ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 32.

¹⁶⁹ Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 176 ff.

¹⁷⁰ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 634 ff. 即針對每一個基本權利的比例原則操作，逐一說明。另可參見 Heintzen, Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, DVBl 2004, 721-727. 該文係處理將比例原則具體化到各別基本權的相關討論。

第 8 條包括具體要求外，其他基本權均未有進一步規範內容，就此應為我國比較法操作時尤應謹慎之處。但也必須強調，基本權利之有效性並非是空洞許諾，而毋寧是提供基本權主體真實而具體援引某些自由，作為憲法保護之基本權利，背後的實體內涵即在於，要為自由確立由憲法所擔保的最低標準，任何國家對自由之限制，均須符合此一要求。因此，過度干預應被排除，作為比例原則原型的過度禁止，正可從基本權利防禦權功能與法治國原則尋得其憲法基礎¹⁷¹。

2、作為不足禁止之比例性

就保護義務之審查而言，乃在探問保護措施必須要履行到何種程度，始為足夠。相較於過度禁止係處理干預「太多」，就不足禁止（Untermaßverbot）的審查而言係涉及保護「太少」的問題。正是因不足禁止，方使得保護義務成為法院可資審查的審查標準——否則保護義務即成為空洞要求¹⁷²。惟如何審查基本權利保護義務是否為不足，即為學理上聚焦之處。就基本權利保護義務審查模式的建構而言，即便在德國學界也未能取得一致見解。惟學理上基於前述私法及保護義務特性，有認為就保護義務或私法規範的審查不生嚴格的三階審查（保護領域-侵害-正當化事由）及比例原則之適用¹⁷³；亦有認為比例原則的論述模式仍可適用，只是必須於若干要件上予以修正¹⁷⁴。惟被肯認的是，缺少保護不

¹⁷¹ Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 181 f.

¹⁷² Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 627; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 305.

¹⁷³ Epping/Lenz/Leydecker (Fn. 13), Rn. 141, 372. 於此則採取保護義務的二階審查，亦即保護領域是否違反保護義務的二階段審查。

¹⁷⁴ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 627 ff.; Michael (Fn. 60), S. 151 ff.; Michael (Fn. 154), S. 765 ff.; Calliess, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 29 ff. 稱為「多方憲法法律關係下多方衡量之比例審查」。另參見 Merten (Fn. 159), Rn. 82 ff. 氏認為，不足禁止並非過度禁止的一種表現形式，

能被解為係依過度禁止原則所拘束的間接侵害；不足禁止係具有獨立內涵的審查模式，其重點在於基本權利衝突及其相關利益的衡量上¹⁷⁵。

學理上參酌防禦功能的過度禁止原則，提出保護義務之不足禁止原則的具體審查步驟如下：首先就手段與目的關係分別檢視，係以保護義務的未履行作為手段，係以國家具體行為而非假設的行為為審查對象¹⁷⁶，換言之，國家不作為也可能是一種手段。就目的審查而言，此時重點並不在於檢視立法目的之正當性，而是要確定目的為何。除了保護目的為作首要目的，其他國家作為或不作為目的，如第三人之基本權利、公益等均必須列入目的。換言之，不能只看是否能保護得更多，而要看國家如果採取更強保護，是否會損及其他同樣正當的公共目的或第三人自由¹⁷⁷。就適當性而言，所探求的是立法者所選取的手段是否適合用作保護目的或其他目的。於此如同過度禁止原則，「部分適合」即為已足；國家完全不作為本身也可能是適合的，蓋於此係有效自我規整的機會（Chancen wirksamer Selbstregulierung）¹⁷⁸。其次，於不足禁止原則下，係以實效性（Effektivität）取代必要性。相較於過度

兩者係相反作用的：過度禁止指向國家不作為，而不足禁止則是指向國家作為，但此一相反作用並不影響個別要件或審查階層的類似性。

¹⁷⁵ Calliess (Fn. 174), Rn. 6, 12 ff.; Merten, (Fn. 159), Rn. 82.

¹⁷⁶ 類似見解，Cremer, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht – Abwägung von Grund und Gegengrund statt Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus, DÖV 2008, 105 ff. 基於改善措施幾乎無窮盡，因此限於憲法訴願人所提出的保護措施。

¹⁷⁷ 舉例來說，在綁架人質案（BVerfGE 46, 160 – Schleyer）為例，即以實際採行的大規模追捕（Großfahndung）為手段，而非以綁匪所欲的釋放遭拘禁的恐怖份子為手段。

¹⁷⁸ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 630; Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 308.

禁止係探求侵害較小但同等有效的選項，不足禁止原則下所要問的是，是否有更有效的保護措施，但同時不會危及其他目的；亦即當存在其他可能的較佳或更有效的保護措施，同時對於第三人或公益干預強度同樣小的措施，國家若不採行即違反此原則¹⁷⁹。最後狹義比例性所衡量的是，未能達成的保護目的則是與相衝突、已達成的其他目的。於此，所有目的首先必須抽象且具體地予以評價後¹⁸⁰，相衝突的目的是否能夠平衡該受保護之基本權利限制，抑或後者已屬期待不能。此處特別涉及預測與評價的審查密度，國家究竟能提供何種保護措施的問題。只有當某一特定手段明顯是實現保護義務的唯一手段時，才例外地肯認實現保護義務的選擇裁量限縮至零¹⁸¹。

就基本權利保護義務與不足禁止之比例性審查而言，學理上或有兩方面的質疑，其一是源自於基本權利保護義務的憲法要求，應要求有效的保護義務實現，而非僅訴諸不足禁止的下限；另一質疑則是，不足禁止與過度禁止結構上有其近似性，有認為僅需審查過度禁止即可，毋庸再處理不足禁止原則。就此等質疑，或可借助德國公法學者兼聯邦最高法院法官 Oliver Klein 的分析以為釐清：就第一項問題而言，Klein 正確指出，此一質疑誤解了行為規範與審查規範（Handlungs- und Kontrollnorm）的差異，蓋

¹⁷⁹ 於此，不足禁止原則並沒有要求所有手段與目的的最適化。毋寧說，此處目的必須是分別看待的：有效性的提升是涉及保護目的；而同等干預強度則是指涉其他相衝突的目的。參見 Michael (Fn. 60), 151.

¹⁸⁰ 此處如同過度禁止原則下狹義比例性的操作，Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 632.

¹⁸¹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 632; Michael (Fn. 60), S. 151 ff.; Calliess (Fn. 174), § 44 Rn. 34. 則援引「實踐和諧」原則。關於實踐和諧原則在案例解析的意義，可參見 Kalenborn, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6 ff.

這兩者是指向不同的目的，保護義務是基於行為層次，指涉的對象是立法者，並不限於最低限度，而是基於其法律原則的性質，確立一項最適化要求（*Optimierungsgebot*）；而不足禁止係作為審查規範，指涉對象為司法，最終則係針對憲法法院，考量到憲法法院與立法者間的權限分配，審查權限必須有所限制¹⁸²。就不足禁止與過度禁止之比較而言，亦有質疑認為，保護義務審查欠缺獨特性，蓋其與比例原則並無法區別。立法者對於第三人之限制的侵害強度與範圍亦享有預測餘地。然而 Klein 亦指出，此一質疑忽略了過度禁止與不足禁止在審查對象上的差異，過度禁止所涉及乃具體措施作為審查對象；而不足禁止則是具體目標，為達此一目標則有多種不特定的行為可供選擇。就實現保護義務而言，立法者旨在形塑未來，不足禁止原則係將立法不作為與眾多不特定之作為可能性相衡量；反之，立法者係藉由侵害以排除當下的缺陷，過度禁止旨在審查既已存在的積極行為。由此，兩者的差異即已明顯，蓋立法者為實現保護義務的形塑餘地係法律上（*de iure*）真正的評價裁量空間，立法者享有在各種不同合法措施中規範意義的選擇可能性；反之，立法者就基本權利限制的預測餘地乃純粹事實上的方式，在法律上則係過度禁止的精確規範，立法者的評價特權僅係基於事實上的不確定性，僅屬事實上（*de facto*）的預測餘地¹⁸³。至於個案中（例如在私法關係中）究

¹⁸² Klein, Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung, JuS 2006, 962. 氏進而認定，必然有一部分的行為義務是不受審查的。類似見解，參見 Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 218 ff.

¹⁸³ Klein (Fn. 182), S. 962; 對於基本權利保護義務下，立法者所享有廣泛的評價與形成空間，亦可參見 Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts: Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, AöR 1994, 550.

應以保護義務或干預之釋義學處理之，則取決於個案情境。惟正當化負擔始終應作有利於國家干預相對人之處理，即使國家所為干預係為第三人基本權利之保護所用¹⁸⁴。Voßkuhle/Kaiser 亦有類似說明：惟此處釋義學上的問題在於，一般而言國家具有多數可能性，以實現憲法所要求之保護目標。僅有罕見案例，僅有特定措施始足以符合保護義務之要求。蓋明確化保護義務一事係優先委由立法者之任務，國家通常享有廣泛的評估、評價與形塑領域，其界限僅在於所謂「不足禁止」(Untermaßverbot)。但即使作為過度禁止之相對概念，其內涵仍非清楚。惟無論如何，國家不得明顯不作為。特別是事涉當事人之生命權與身體不受侵害權時，憲法法院尤其要求，國家必須採取適當且有效的保護，而此一保護係植基於審慎調查之事實與可支持地評估之上¹⁸⁵。因此，或可認定相較於過度禁止之比例性操作，不足禁止之比例性應理解為一種審查密度受有限制之審查標準 (Untermaßverbot als Kontrollmaßstab mit begrenzter Kontrolldichte)，基本權保護義務僅在極其例外才會導致對於立法者或行政機關課予必須使用某一特定手段之要求¹⁸⁶。

綜上觀之，學理上即有認定，「比例性」的概念實則為國家權力設定了不同的衡量過程，而這些過程也並非同一個論證模式，並非所謂「廣義」或「狹義」比例原則，而是三種隱藏於比例性底下的不同論證結構。分別是對於自由侵害之限制、禁止不足作為基本權利保護義務之規範，以及作為平等原則之限制¹⁸⁷。就此實有待進一步研究。

¹⁸⁴ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 505.

¹⁸⁵ Voßkuhle/Kaiser (Fn. 88), 412.

¹⁸⁶ Michael/Morlok (Fn. 13), Rn. 305.

¹⁸⁷ Michael (Fn. 60), 148 ff.

3、其他基於民主國及法治國原則的諸多憲法要求

就國內關於實質合憲性審查的討論而言，多僅及於比例原則之審查作為最末階層，惟此一審查結構似有不足，蓋未能及於其他基於民主國及法治國原則的諸多憲法要求。以德國法的討論而言，自聯邦憲法法院的 *Elfes* 一案後，基本權侵害必須在任何方面均屬合憲時始得正當化，亦即包括所有實質與形式規範，特別是立法權限及立法程序。純粹客觀的憲法範圍亦屬正當化要求之列，其並不與個別基本權利問題直接相關，甚至該規範亦不必證立任何相關人的主觀權利。此係基本法第 2 條第 1 項「**合憲秩序**」之概念，但此一審查結構並不限於一般行為自由始有其適用¹⁸⁸。因此，基本權利案例審查時，倘遇有個案事實涉及其他憲法要求之線索，即可在比例原則之後，繼續審查其內容¹⁸⁹，如先前所提及的氣候變遷一案中，基本法第 20a 條¹⁹⁰即為基本權利干預之正當化事由之一（*Vereinbarkeit mit objektivem Verfassungsrecht*）¹⁹¹，即為適例。就此而言，從基本權利審查模式的完整性出發，亦應納入此一部分的審查。

4、審查密度的進路

就審查密度的開展，國內討論似多習以在案件審查的起始階段即為處理，一開始即以涉及「某種基本權利，應採 xx 審查標準」作為審查步驟之始¹⁹²。惟此一理解下的審查模式實與德國法下的審查模式理解有別，此一操作模式即容易使人誤以為，特定基本

¹⁸⁸ Kielmansegg (Fn. 20), 123.

¹⁸⁹ Michael/Morlok (Fn. 7), 510.

¹⁹⁰ 其規定，「國家為將來之世代，負有責任以立法，及根據法律與法之規定經由行政與司法，於合憲秩序範圍內保障自然之生活環境及動物。」

¹⁹¹ BVerfGE 157, 30, Rn. 189 - Klimaschutz.

¹⁹² 如張陳弘，註 11，頁 33，並舉釋字第 744 號解釋為例。

權利即採取某種審查標準之理解。眾所周知，美國法上最高法院係從違反平等權案件中發展出審查基準理論，亦即所謂「三重審查基準」¹⁹³，我國釋憲實務與學理，甚至是考生考試作答上即有繼受此一理論之傾向¹⁹⁴，而擴及適用於特定之基本權利即採取嚴格審查的立場¹⁹⁵。在此背景下，形成很奇特的論述模式：美國法上常見的言論自由、宗教自由或特定態樣的平等權，就套用三重審查模式的用語；除此之外，非屬美國憲法常見的基本權利類型時，卻又回到最基本的德國式理解下比例原則審查模式的用語。

惟若觀察德國法理解下的基本權利案例審查，並非如此之適用，蓋於德國基本權目錄而言，即與我國基本權利目錄甚為近似，並不限於言論自由、宗教自由或平等權之案例，而是以不同的基本權利保護法益、行為或內涵而受到不同基本權利之保障，再透過補遺性基本權利作為補充的基本權理解，應有其相似性。再者，如前所述，我國憲法學理於構成要件（保護領域）的界定多採取廣泛理解，但卻又在特定幾類基本權利的審查密度上動輒援引中度或嚴格審查密度，如此一來就可能發生干預措施僅觸及該基本權利的外圍，卻又認定是嚴格或中度審查，如此一來顯非合理，

¹⁹³ 廖元豪，美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響——以方法論為中心，月旦法學教室，100期，頁52，2011年。

¹⁹⁴ 此可參見國內坊間諸多補教業者所整理的考試用書，即可知悉一二。

¹⁹⁵ 如黃昭元，註123，頁85。即認定涉及「嫌疑分類」或「基礎性權利」的平等權案件、言論自由的事前限制、直接管制宗教信仰自由，以及基礎性權利的限制，即適用嚴格審查標準。「準嫌疑分類」或「重要性權利」的平等權案件、象徵性言論、非針對言論內容的管制、商業性言論的內容管制，即採取中度審查標準。至於一般分類或社會經濟立法的平等權案件、低價值言論的內容管制、非直接管制宗教信仰自由的限制、乃至於非基礎性權利的社會與經濟性權利自由、財產權之限制或徵收，即以合理審查標準為之。

且有矛盾之嫌¹⁹⁶。在此成文憲法的理解下，就基本權利保護領域的界定、歸責乃至於合憲性事由的操作，實可參酌前述德國憲法學理與裁判見解之開展，以為借鏡。在此基礎之下，審查密度之操作即非如美國法三重審查模式一般。蓋審查密度本質上乃基於憲法法院作為審查者之功能法取向下的產物，即深入探究毋寧須植基於國家組織法的掌握¹⁹⁷。

凡審查必然涉及範圍與強度的問題：審查者應判斷何種事物以及何種決定面向應保留予被審查者決定，亦即誰來判斷（„*quis iudicabit*“）的問題。在行政法脈絡中，關於裁量或判斷餘地，或是對於地方自治之自治監督的討論，即屬典型之適例。而憲法法院審查密度的問題則有不同開展，蓋憲法與憲法法院審判權本質使然：憲法規範的作用範圍與不確定性，結合所有國家權力直接受基本權利拘束，乃至於憲法法院廣泛權限與其裁判之拘束力，憲法法院的少數法官即可內容上形塑每個國家行為的標準。但此並非憲法所意欲，亦不符合憲法法院審判權之功能。毋寧每個國家權力都有其自身之權限，質言之，憲法法院僅具審查功能：憲法法院既不負有政治決定之責，此為民主立法者所應負之責，亦非屬一般法院之「超級上訴審」¹⁹⁸。因此，誰應該決定基本權利

196 舉例而言，德國基本法中人性尊嚴被認定是禁止衡量之絕對保障，因此人性尊嚴之保護領域即應嚴格界定，而無法既採取廣義理解保護領域，又持嚴格禁止衡量之保障。又如商業性言論，但又涉及「事前審查」之例，可參見吳信華，「商業性言論」因「事前審查」而不採「寬鬆標準」？——釋字第 744 號解釋評析，月旦裁判時報，59 期，頁 27-37，2017 年。

197 如 Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers - Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2014. 關於立法者評價特權的教授資格論文，即先處理國家組織法的基礎，再處理基本權利。

198 Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 933.

之內容與界限，是個法律問題，而非僅涉及權限行使的合目的性上的克制，例如出於權威或認可之維繫。法院自不得任由自己決定是否司法自制或是司法積極。**審查密度的法界限毋寧是個憲法界限**。就此可藉由先由基本權利釋義學乃至功能法取向的兩步驟，確定審查密度之界限：**首先係連結至基本權利釋義學**，處理完釋義學問題後，進一步探問個案中的基本權利問題在特定範圍中係屬評價問題，以及有何基本權利論據支持，必須於個案中加重其審查密度；**其次則是功能法取向**，亦即從國家組織法角度提問，一方面是憲法審判權的功能，以及其他國家權力部分，尤其是立法者與專業法院，何者適合回應此處所涉及的評價問題¹⁹⁹。

因此，審查密度的討論在案例解析上，其審查順序乃是次於基本權利釋義學之後。只要基本權利內容並無爭議，適用於個案中之結論亦無疑慮時，即不生審查密度的問題。如此「明確」的牴觸，即應得出憲法訴訟之程序有理由的結論。反之，審查密度的問題僅存在於，特別是基本權利之解釋與適用繫於評價空間（Wertungsspielräumen），亦即在衡量、目的設定與手段選擇之評價空間²⁰⁰。在案例解析上，倘保護領域界定或衡量結果並無疑慮者，則無須深入審查密度的問題²⁰¹。審查密度的問題只有在當案例事實的基本權利評價有所疑慮，並且答題者認識到有其他解答可能性及判斷餘地時，始須深入處理審查密度的問題²⁰²，此尤其

¹⁹⁹ Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 935.

²⁰⁰ 就此可參見 Alexy (Fn. 153), 7, 16 ff. 王鵬翔，基本權作為最佳化命令與框架秩序——從原則理論初探立法餘地問題，東吳法律學報，18 卷 3 期，頁 22 以下，2007 年。

²⁰¹ Michael/Morlok 即指出，基本權釋義學上即由過度禁止、不足禁止與平等權的邏輯一貫性三方面共同結合，構成對於立法者形塑餘地的三面限制。Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 934.

²⁰² Michael/Morlok (Fn. 7), Rn. 936. 對於審查密度的進一步開展，可參見 Bickenbach (Fn. 197), 232 ff.

體現在嚴重的基本權干預時，猶應加強審查密度²⁰³。亦即，憲法審查上即應先確切面對待審查的國家行為之規範內涵，以憲法基本權利作為審查標準，判斷該國家行為是否違憲；倘有事實預測與評價空間時，再納入審查密度的檢視，以判定究應以何者之判斷為準。就此，亦足以明瞭德國法上的審查密度理論與美國法上的三重審查基準之差異所在²⁰⁴。

肆、結論

審查階層與步驟的建構，同樣具有釐清爭議，清晰提問的功能。一篇好的案例解析，必然建立在答題者能夠提出好的法學論證基礎上，除了必須區分標準建構與事實評價外²⁰⁵，其法學論證要求也必須對於法學方法有一定程度的掌握與瞭解²⁰⁶。體系完

²⁰³ Michael/ Morlok (Fn. 7), Rn. 940 ff.

²⁰⁴ 在此理解之下，國內若干留德學者所著教科書中，係將德國聯邦憲法法院於職業自由脈絡中所發展出立法者對於立法事實認定與評價的不同審查密度，從寬鬆至嚴格可分為：明白性審查、可支持性審查及強烈內容審查，並直接置於比例原則中目的正當性與適合性的審查，此一論述似與筆者此處所引介之討論有別。就此可參見許育典，憲法，12版，頁165-166，2022年。而李惠宗，憲法要義，8版，頁675-676，2019年，則是以「違憲審查的基準」標題下，探討法律明確性原則、不當聯結禁止原則、比例原則、平等原則、信賴保護原則以及基本權利等內涵；而在「違憲審查的標準」下，則是以我國大法官繼受美國最高法院之「寬鬆審查標準」、「中度審查標準」以及「嚴格審查標準」為題探討之。

²⁰⁵ Forck, Maßstabsbildung und Sachverhaltsauswertung – Formulierungsbeispiele für die öffentlich-rechtliche Klausur, JuS 2020, 931.

²⁰⁶ 例如德國學者 Carsten Bäcker 即指出，涵攝與衡量是法學方法的基本模式，案例解析上即必須有所掌握。Bäcker, Juristisches Begründen - Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Methodenlehre, JuS 2019, 321.

整、嚴謹的審查步驟建立，不但能清楚區分案例事實的認定與審查標準的建構，憲法審查對象的差異（法律、命令、行政機關的事實認定或裁量，抑或法院裁判），同時也可以將個案中待處理的爭議依其體系定位分別置於不同審查階層而為處理，如是亦可彰顯出審查者的體系思維，就其審查步驟與結論，也才可以立基於共同的討論架構與概念下，進一步予以辨正、釐清。完整的案例解析不僅可測驗答題者的精確掌握相關爭議，同時亦可避免掛一漏萬；同時藉此審查模式亦可體現出基本權釋義學的具體開展。因此，相較於民、刑法的審查步驟已堪稱粲然大備，如何建構一套合於釋義學，完整全面涵蓋所有問題點，且各別階層清晰分明避免討論焦點渙散，提供思考分析的方向與思維路徑的基本權審查體系，或許也應該是當前憲法學發展的重點之一²⁰⁷。

²⁰⁷ 底下所附審查體系與步驟，正可供思考、參酌之用。對此，或有認為附錄此一基本權利解題模式，係相當於德國教導學生如何應付國家考試的解題步驟，對憲法教學固有所貢獻，但作為學術論文，則屬不宜。對此，筆者認為完整的基本權利審查模式自然可以有更多不同的見解或立場，但就本文所引介的審查模式而言，底下所附審查體系與步驟應可相當程度上體現出德國法從基本權總論出發的審查。故應強調的是，此一審查體系與步驟並非毫無缺點或值得進一步討論之處，但應可作為討論之基礎出發點，故仍保留於內文附錄以（僅）供參考之用。

附錄：基本權利解題模式

——基於基本權利總論的審查模式²⁰⁸

模式1：基本權利之一般審查模式

壹、保護領域（從基本權利權利人之觀點）

- 一、客觀保護領域之侵害
- 二、個人保護領域之開啟與基本權利資格（特別是外國人與法人）

貳、歸責（從基本權利義務人之觀點）

- 一、負基本權利義務的國家所受基本權拘束
- 二、基本權利侵害之歸責（特別是：國家干預或保護義務）

參、正當化（基本權利違憲侵害的問題）

- 一、正當化標準（特別是：限制條款）
- 二、形式正當化（特別是：法律基礎）
- 三、實質正當化（特別是：比例原則）

模式2：基本權利作為對抗干預之防禦權

變體1：藉由法律所為之干預

壹、保護領域

- 一、客觀保護領域之侵害
- 二、個人保護領域之開啟及基本權利資格（特別是：外國人及法人）

貳、干預

- 一、在典型干預的簡單案件中，僅需確認法律如何直接干預基本權利

²⁰⁸ Vgl. Michael/Morlok (Fn. 7), 508-517. 其中模式3係「無保留之基本權干預」的審查模式，與我國憲法基本權利體系比較無法直接對應，故略過不譯。

二、在其餘案件類型中則須對擴張的干預概念進行檢驗
參、正當化

一、基本權利之可限制性（限制條款）

法律保留之類型

二、法律之形式合憲性

（一）有需要時：立法權限及程序，指明要求

（二）有需要時：個案法律禁止、行政實行保留與法官保留

三、法律之實質合憲性

（一）過度禁止

1. 手段-目的關係之具體化

- 對於開始解題之表述建議：「此干預最後必須合於比例。於過度禁止上所提出之問題是，干預之於其目的具有何等關係（手段-目的關係）」

- 始終必須先處理的：於此提及干預之目的

- 於有需要時：提及其他更多目的

- 於例外情形：於此論述目的是否自始不合憲之問題（原則上所有公益目的為合憲）

- 於例外情形：於此論述手段是否自始不合憲之問題

2. 適當性

- 干預必須至少有助於目的之達成（部分適當即為已足）

- 僅須目的達成之可能即符合適當性

3. 必要性

- 論述是否有更溫和但（至少）能同樣達成（有必要時及於**所有**）目的之手段的問題

- 更溫和的＝整體而言更顧及基本權的
- 4. 狹義比例原則
 - 論述基本權利干預的嚴重性是否可藉由所追求目的之利益而被衡平
 - (1) 抽象認定所危及公益之價值（尤其是憲法或歐洲人權公約所強調之價值）
 - (2) 具體認定干預之嚴重性以及目的達成之程度
 - (3) 顧及審查密度下的利益衡量：認定此等干預為可容忍的，是否係憲法上無法接受？

(二) 其他憲法保障

注意：在過度禁止之外，仍有基於追求法治國原則及民主原則之其他保障。該等保障於有必要時應接續比例原則而進行審查，蓋其要求係依干預之種類及嚴重性而有所不同。

1. 干預之授權有足夠之明確性。
2. 國會保留：重要性理論。
3. 基本權的程序法面向。

變體2：個別行為之干預

壹、保護領域

- 一、客觀保護領域之侵害
- 二、個人保護領域之開啟與基本權利資格（特別是外國人與法人）

貳、干預

- 一、在典型干預的簡單案件中，僅需確認法律如何直接干預基本權利
- 二、在其餘案件類型中則須對擴張的干預概念進行檢驗
- 三、有需要時：基本權利拋棄作為阻斷歸責

參、正當化

- 一、基本權利之可限制性（限制條款）

法律保留之類型

- 二、個別行為之形式合憲性

（一）干預之法律基礎

- 是否存在法律基礎？
- 該法律之合憲性。於有疑義之情形：於此應對該法律進行完整的基本權審查（見變體 1），因此包含其實質合憲性，有需要時亦應以其他基本權為標準檢驗之

（二）有需要時：法官保留

- 三、個別行為之實質合憲性

（一）過度禁止

1. 目的-手段關係之具體化

- 對於開始解題之表述建議：「此干預最後必須合於比例。於過度禁止上所提出之問題是，干預之於其目的具有何等關係（手段-目的關係）」
- 始終必須先處理的：於此提及干預之目的
- 於有需要時：提及其他更多目的
- 於例外情形：於此論述目的是否自始不合憲之問題（原則上所有公益目的為合憲）

- 於例外情形：於此論述手段是否自始不合憲之問題

2. 適當性

- 干預必須至少有助於目的之達成（部分適當即為已足）
- 僅須目的達成之可能即符合適當性

3. 必要性

- 論述是否有更溫和但（至少）能同樣達成（有必要時及於**所有**）目的之手段的問題
- 更溫和的＝整體而言更顧及基本權的

4. 狹義比例原則

- 論述基本權干預的嚴重性是否可藉由所追求目的之利益而被衡平
- （1）抽象認定所危及公益之價值（尤其是憲法或歐洲人權公約所強調之價值）
- （2）具體認定干預之嚴重性以及目的達成之程度
- （3）顧及審查密度下的利益衡量：認定此等干預為可容忍的，是否係憲法上無法接受？

（二）有需要時：其他憲法保障

特別是：基本權利之程序法面向。

注意：干預授權之**足夠明確性**以及國會保留於有需要時，應於干預授權之合憲性（參、二、（一））下予以審查。

變體2a

注意：模式 2 亦將甚少出現之問題（如法官保留與基本權利之程序法面向）納入審查。在一般情形則無需如同變化 2 一般將參、二、（二）及參、三、（二）納入檢驗。如此形式合憲性的問題（參、二）減縮至干預法律基礎之問題，而實質合憲性的問題減縮至比例原則之問題。如此一來審查模式可簡化標題。

模式 3：保護義務情形

壹、保護領域

見模式：1、壹

貳、保護義務

一、審查，是否國家防止對於基本權利侵害具有保護義務（具有資格的保護需求）

二、有需要時：欠缺權限劃定歸責之界線。

三、有需要時：基本權利拋棄作為阻斷歸責

參、正當化

一、形式正當化

（一）始終必要者：確認對於所請求國家行為之權限與法律基礎

（二）於有需要時：當履行保護義務，同時干預（第三人）之基本權利：法律保留，見模式 2：參、二、

二、實質正當化

（一）不足禁止

1. 目的-手段關係之具體化

- 對於開始解題之表述建議：「國家就某（其他）措施之不作為可能抵觸過度禁止。當所採取之手段/全然不作為對於憲法所要求之

保護目的並不切合時，即屬此處之牴觸（反向的手段-目的關係）

- 始終必要者：於此提及保護之目的
 - 於有需要時：提及更多，間或可能相互衝突之目的
 - 於例外情形：手段合法性之問題
2. 適當性
- 所採取之手段/完全不行動是否有助於上述之目的
3. 實效性（取代必要性）
- 是否存在更有效但同樣溫和之手段？
 - 更溫和的＝整體而言更顧及基本權利
4. 狹義比例原則
- 論述基本權利干預的嚴重性是否可藉由所追求目的之利益而被衡平
 - 三步驟，見模式 2：參、二、（四）（注意在審查密度上，原則上國家就手段/保護措施之選擇上有選擇裁量）

（二）其他憲法保障

見模式 2：參、三、（二）

模式 4：間接第三人效力

壹、保護領域

見模式 1：壹、

貳、歸責

一、檢討何以反對直接第三人效力

二、在國家與（至少）雙方私人間三方關係的歸責

- (一) 國家的干預（倘若國家介入雙方私人間的關係），
見模式 2：貳
- (二) 國家的保護義務（倘若國家沒有或太少介入雙方
私人間的關係），見模式 4：貳

參、正當化

一、基本權利之可限制性（限制條款）

見模式 2：參、一、或模式 3：參、一、

二、形式正當化

- (一) 始終必要者：確認對於所請求國家行為之權限與
法律基礎
- (二) 於有需要時：當履行保護義務，同時干預（第三
人之）基本權利：法律保留，見模式 2：參、一、
注意：間接第三人效力係藉由一般條款之解釋而
被媒介，因此對於法律明確性之要求不高

三、實質正當化：經由過度及不足禁止之衡平解決基本權利 衝突

- (一) 倘若國家介入私人之間的關係
見模式 2：參
- (二) 倘若國家沒有或太少介入兩私人之間的關係
見模式 4：參

參考文獻

一、書籍

- Gustav Radbruch（王怡蘋、林宏濤譯），法學導論，2000 年。
- Ingeborg Puppe（蔡聖偉譯），法學思維小學堂——法學方法論密集班，2 版，2023 年。
- 王澤鑑，法律思維與案例研習——請求權基礎理論體系，校正 2 版，2021 年。
- 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，增訂 7 版，2021 年。
- 吳信華，憲法釋論，修訂 5 版，2024 年。
- 李惠宗，憲法要義，8 版，2019 年。
- ——，法學方法論，4 版，2022 年。
- 許育典，憲法，12 版，2022 年。
- 李建良，行政法基本十講，8 版，2018 年。
- 法治斌、董保城，憲法新論，9 版，2024 年。
- 張陳弘，憲法案例研習講義，3 版，2022 年。
- 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，2000 年。
- 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，2 版，2017 年。
- Augsberg /Augsberg /Schwabnbauer, Klausurtraining Verfassungsrecht, 4. Aufl., 2021.
- Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., 2020.
- Epping/Lenz/ Leydecker, Grundrechte, 9. Aufl., 2021.
- Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995.
- Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021.
- Jarass/Kment, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., 2022.
- Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl., 2021.

- Maurer, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 4. Aufl., 2005.
- Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl., 2023.
- Michael/Morlok, Grundrechte, 9. Aufl., 2025.
- Oreschnik, Verhältnismäßigkeit und Kontrollrechte, 2019.
- Pieroth/Schlink, Grundrechte, 28. Aufl., 2012.
- Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2020.
- Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001.
- Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: GG, 10. Aufl., 2024.
- Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl., 2008.
- Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008.
- Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 3. Aufl., 2009.

二、期刊論文

- 王鵬翔，基本權作為最佳化命令與框架秩序——從原則理論初探立法餘地問題，東吳法律學報，18 卷 3 期，頁 1-40，2007 年。
- 吳信華，基本權利的體系思考，月旦法學教室，9 期，頁 122-132，2003 年。
- ——，「商業性言論」因「事前審查」而不採「寬鬆標準」？——釋字第 744 號解釋評析，月旦裁判時報，59 期，頁 27-37，2017 年。
- ——，「自由權」與「平等權」的競合及合憲性審查——以憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決為說明，月旦裁判時報，145 期，頁 5-13，2024 年。
- 李東穎，德國聯邦憲法法院氣候裁定之憲法釋義學分析，公法研究，9 期，245-266 頁，2024 年。
- 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9 卷 1 期，頁 39-83，1997 年。

- ，基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起（上），憲政時代，29 卷 1 期，頁 1-29，2003 年。
- ，基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身分理論」談起（下），憲政時代，29 卷 2 期，頁 175-209，2003 年。
- ，氣候變遷、基本人權與憲法訴訟——2021 年德國氣候訴訟裁判釋論，台灣法律人，2 期，頁 1-20，2021 年。
- 林依仁，審查依據之尋找與決定——從基本權競合到結合基本權，公法研究，7 期，頁 49-82，2023 年。
- 林明鏘，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231 期，頁 65-79，2014 年。
- 林鈺雄，干預保留與門檻理論——司法警察（官）一般調查權限之理論檢討，政大法學評論，96 期，頁 189-232，2007 年。
- 張永明，一般行為自由與一般人格權作為憲法保障之基本權，月旦法學雜誌，273 期，頁 28-46，2018 年。
- 張志偉，比例原則與立法形成餘地——由法律原則理論出發，探討審查密度的結構，國立中正大學法學集刊，24 期，頁 1-74，2008 年。
- ，地方自治條例與法律保留原則——兼論地方試驗性立法的倡議，銘傳大學法學論叢，36 期，頁 123-164，2022 年。
- 許宗力，最低生存保障與立法程序審查——簡評德國聯邦憲法法院 Hartz IV 判決，月旦法學雜誌，238 期，頁 102-130，2015 年。
- 陳宗憶，憲法第 22 條之詮釋——以司法院釋字第 748 號解釋為例，法令月刊，69 卷 4 期，頁 84-98，2018 年。
- 陳愛娥，以行政行為類型為中心的行政訴訟類型，萬國法律，112 期，頁 26-35，2000 年。
- 傅玲靜，環境保護、氣候變遷及跨時際之自由權保障——簡介德國聯邦憲法法院 2021 年氣候保護法裁判中相關論述，月旦法學教室，235 期，頁 50-56，2022 年。

- 程明修，基本權釋義學之挑戰——疊加之基本權干預，公法研究，7 期，頁 15-47，2023 年。
- ——，德國氣候訴訟——基本權侵害新論證模式的試煉場，公法研究，9 期，頁 117-148，2024 年。
- 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準——美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，頁 45-148，2004 年。
- ——，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 期，頁 17-43，2009 年。
- 詹朝欽，肇建近代德國國家法學與基本權體系——Georg Jellinek 之人與事（1851-1911），法制史研究，36 期，頁 169-211，2019 年。
- 廖元豪，美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響——以方法論為中心，月旦法學教室，100 期，頁 51-69，2011 年。
- 蔡宗珍，公法上比例原則初論——以德國法的發展為中心，政大法學評論，62 期，頁 75-103，1999 年。
- 謝碩駿，憲法概括性權利保障條款之解釋——德國法的觀察，月旦法學雜誌，273 期，頁 47-71，2018 年。
- Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2001), 7-33.
- Bäcker, Juristisches Begründen - Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Methodenlehre, JuS 2019, 321-327.
- Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 7-56.
- Bumke, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AöR 2019, 1-80.
- Cremer Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht – Abwägung von Grund und Gegengrund statt Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus, DÖV 2008, 102-108.

- Dreier, Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, Jura 1994, 505-513.
- Dreier, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377-383.
- Forck, Maßstabsbildung und Sachverhaltsauswertung – Formulierungsbeispiele für die öffentlich-rechtliche Klausur, JuS 2020, 931-935.
- Forck, Methodik der Gesetzesauslegung: Wann stößt die Argumentation mit Wortlaut, Systematik, Telos und Historie an ihre Grenzen?, ZJS 2022, 357-361.
- Frenzel, Das Definieren von Rechtsbegriffen – Beispiele aus dem Verfassungsrecht, ZJS 2009, 487-493.
- Gusy, Freiheitsrechte als subjektive Rechte, ZJS 2008, 233 ff.
- Heintzen, Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, DVBl 2004, 721-727.
- Hobusch, Der moderne Eingriffsbegriff in der Fallbearbeitung, JA 2019, 278-281.
- Hoffmann-Riem, Neue Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit, NVwZ 2002, 257-265.
- Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), 345-381.
- Kalenborn, Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, JA 2016, 6-12.
- Graf von Kielmansegg, Die Grundrechtsprüfung, JuS 2008, 23-29.
- Graf von Kielmansegg, Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren, JuS 2009, 19-23, 118-124, u. 216-221.
- Kirchhof, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, 732-736.

- Klein, Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung, JuS 2006, 960-964.
- Kluth, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Begründung von Gesetzen durch den Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2023, 648-651.
- Krebs, Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes, Jura 2001, 228-234.
- Kube, Die Elfes-Konstruktion, JuS 2003, 111-118.
- Kulick/Schäufli, Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Dogmatik, Kritik und Beispielfälle, ZJS 2023, 35-57.
- Mast/Gafus, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Die Online-Versammlung, JuS 2021, 153-160.
- Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2001, 148-155.
- Michael, Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 654-659.
- Neuner, Jörg: 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Privatrechts, JöR 2011, 29-58.
- Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts: Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, AöR 1994, 529-563.
- Reuter, Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Jura 2009, 511-518.
- Ruffert, Privatrechtswirkung der Grundrechte, JuS 2020, 1-6.
- Spielmann, Die Verstärkungswirkung der Grundrechte, JuS 2004, 371-375.
- Theß, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Blog-Berichterstattung über das Zittern der Bundeskanzlerin, JuS 2021, 247-252.

- Voßkuhle/Kaiser, Grundwissen – Öffentliches Recht Funktionen der Grundrechte, JuS 2011, 411-413.
- Voßkuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion – Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), 35-60.
- Wernsmann, Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm – BVerfG oder Gesetzgeber?, NVwZ 2000, 1360-1364.

三、專書論文

- Brun-Otto Bryde (李玉君譯)，聯邦憲法法院判決之事實認定與社會現實，收於：Peter Badura、Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯註，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（上冊），2010 年。
- Christian Starck (李建良、林三欽、張嫻安、許宗力、陳英鈴、陳愛娥、楊子慧譯)，憲法解釋，收於：法學、憲法法院審判權與基本權利，2006 年。
- Klaus Stern (林三欽、張錕盛譯)，基本權及其限制，收於：Peter Badura、Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯註，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下冊），2010 年。
- 李建良，民事審判與裁判憲法審查——基本權效力的體系思維，收於：陳新民教授六秩晉五壽辰文集編輯委員會編，法治國家的原理與實踐：陳新民教授六秩晉五壽辰文集（上冊），2020 年。
- 林三欽，論基本權利之侵害，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務（第二輯），2000 年。
- 程明修，基本權之寬泛「保護領域」或狹隘「保障內涵」？——德國基本權釋義學之動向描述，收於：城仲模教授古稀祝壽論文集編輯委員會編，二十一世紀公法學的新課題——城仲模教授古稀祝壽論文集——I.憲法篇，2008 年。
- 張志偉，憲法解釋的歧路——評司法院大法官釋字第 699 號解釋，收於：財團法人李模務實法學基金會編，判解研究彙編（十七、十八）：李模務實法學基金會一〇一年、一〇二年第十七、十八屆法學論文徵選優勝作品集，2014 年。

- ，適宜居住權、財產權保障與衡量誠命——評釋字第 709 號解釋，收於：財團法人李模務實法學基金會編，判解研究彙編（十七、十八）：李模務實法學基金會一〇一年、一〇二年第十七、十八屆法學論文徵選優勝作品集，2014 年。
- ，私法規範的憲法審查——以大法官釋字第 728 號解釋為例檢視我國釋憲制度的結構困境，收於：財團法人李模務實法學基金會編，判解研究彙編（十九、二十）：李模務實法學基金會一〇三年、一〇四年第十九、二十屆法學論文徵選優勝作品集，2016 年。
- ，再訪釋字第六六六號解釋，收於：程明修、張惠東、高仁川編，陳春生教授榮退論文集——如沐法之春風，2020 年。
- ，法學方法與憲法，收於：翁岳生、蘇永欽、陳春生主編，法學研究方法論——憲法編，2023 年。
- 陳愛娥，基本權限制之審查基準，收於：司法院秘書處編，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會——違憲審查基準與社會國原則，2008 年。
- 許宗力，比例原則之操作試論，收於：法與國家權力（二），2007 年。
- ，比例原則與法規違憲審查，收於：法與國家權力（二），2007 年。
- 黃啟禎，關於「呂特事件」之判決，收於：司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯第 1 輯，修訂再版，2020 年。
- 湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，收於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第六輯（下冊），2009 年。
- 蕭文生，基本權利侵害之救濟，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務（第二輯），2000 年。
- ，關於「職業自由（工作權）」之判決，收於：司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯第 1 輯，修訂再版，2020 年。

- 謝銘洋，關於「艾菲爾事件」之判決，收於：司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯第2輯，1991年。
- Baade, Die gutachterliche Prüfung im Verwaltungsrecht, in: Eisentraut (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Klausur, 2020.
- Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers - Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2014.
- Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993.
- Bryde, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd. 1.
- Calliess, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006.
- Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3 Aufl., 2011, § 193.
- Hilf, Die sprachliche Struktur der Verfassung, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.), HStR XII, 2014.
- Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd 2, 2001, S. 35-54.
- Jarass, in: Jarass /Kment (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., 2022.
- Klein, § 19 Staatliches Gewaltmonopol, in: Depenheuer, Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010.
- Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/ders/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011.

- Merten, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006.
- Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd. 2.
- Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001.
- Stern Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001.
- Vitzthum, Form, Sprache und Stil der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010.
- Wahl, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003.
- Wahl, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Öffentlichen Recht, Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht, in: Rolf Stürner (Hrsg.): Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung: Ein japanisch-deutsches Symposium, 2010.

摘 要

相較於民、刑法與行政法的審查步驟已堪稱粲然大備，在憲法領域卻多少顯得混亂而難有共識。如何建構一套合於憲法釋義學，完整全面涵蓋所有問題點，且各別階層清晰分明避免討論焦點渙散，提供思考分析的方向與思維路徑的基本權審查體系，或許應該是當前憲法學發展的重點之一。本文擬參酌德國憲法學理的開展，特別是著眼於從基本權總論開展的基本權利審查體系，首先就保護領域部分結合基本權利各論的界定；其次，則指出不同的基本權功能面向作為歸責問題，其中尤為關鍵者乃保護義務的審查。最後合憲性審查中，形式合憲性與實質合憲性之區分與各別審查重點，以及審查密度的問題，亦有所處理。

中原財經法學

Case Analysis Method for Fundamental Rights – A Review Model Based on General Principles of Fundamental Rights

*

Abstract

The judicial review process of civil law, criminal law and administrative law may have already been well-defined. Comparing to that, the process of the constitutional law appears to be chaotic and it has been difficult to arrive to a consensus. One of the key issues of contemporary constitutional law may be how to construe a judicial review system that is compliant with the doctrine of constitutional law, completely covering all issues, clear at each level which can avoid any defocus, and providing ways to analyze and process the issue. This article refers to the development of German constitutional law theories, and especially focuses on judicial review system of fundamental rights which is developed from general theory of fundamental rights. This article first combines with the specific fundamental rights theories to define the scope of protection. The article then points out different functions of the fundamental rights as a method to decide whether the state is liable. The key issue is the review of

* Associate Professor, Department of Government and Law, National University of Kaohsiung; Dr. iur., Ludwig-Maximilians-University of Munich, Germany.

protective obligation. The article also deals with the distinction of formal constitutional review and substantive constitutional review, the important issues of the respective judicial review and, the level of judicial review.

Keywords: Constitutional Law Cases, Judicial Review Models, Function of Fundamental Rights, Protective Obligation, Judicial Review Levels

中原財經法學