德国公法学基础理论

（增订新版·上卷）

陈新民 著

法学家书坊

JURISTS SERIES

法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法学家书坊
JURISTS SERIES

德国公法学基础理论

（增订新版·上卷）

陈新民 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国公法学基础理论:(增订新版.上卷)/陈新民著.
—北京:法律出版社,2010.9
ISBN 978-7-5118-0960-5

Ⅰ.①德… Ⅱ.①陈… Ⅲ.①公法—法的理论—德国
—文集 Ⅳ.①D951.6-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第135133号

德国公法学基础理论:(增订新版.上卷)	陈新民 著	责任编辑 王旭坤 文稿编辑 费翔萍 装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5　　**印张** 16.5　　**字数** 406千
版本 2010年9月第1版　　**印次** 2010年9月第1次印刷
出版 法律出版社　　**编辑统筹** 独立项目策划部
总发行 中国法律图书有限公司　　**经销** 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司　　**责任印制** 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn　　销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn　　咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782　　西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908　　上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456　　深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0960-5　　**定价(全两卷)**:65.00元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总目录

上 卷

第一篇　德国19世纪法治国概念的起源 / 1
第二篇　国家的法治主义
——英国的法治与德国“法治国”之概念 / 35
第三篇　社会主义法治国之概念
——从越南及东德的经验谈起 / 112
第四篇　德国行政法学的先驱者
——德国19世纪行政法学的发展 / 163
第五篇　论宪法委托之理论 / 187
第六篇　公共利益的概念 / 228
第七篇　论公务员的忠诚义务 / 261
第八篇　论政党的内部民主制度 / 298
第九篇　宪法基本权利及对第三者效力之理论 / 330
第十篇　论宪法人民基本权利的限制 / 387

第十一篇　宪法财产权保障之体系与公益征收之概念
——德国与美国的比较研究 / 443
第十二篇　公益征收的目的 / 508

下　卷

第十三篇　公益征收的补偿原则 / 1
第十四篇　财产权保障的阴暗角落
——论被征收人的回复权问题 / 44
第十五篇　知识产权的社会义务
——从宪法学的角度检验知识产权的属性及其界限 / 82
第十六篇　法治国家理念的灵魂
——论法律溯及既往的概念、界限与过渡条款的问题 / 139
第十七篇　国民抵抗权的制度与概念 / 211
第十八篇　示威的基本法律问题 / 254
第十九篇　戒严法制的检讨 / 308
第二十篇　法治国家的军队
——兼论德国《军人法》/ 331
第二十一篇　平等权的宪法意义 / 383
第二十二篇　平等原则拘束行政权的问题
——论不法平等 / 400
第二十三篇　论社会基本权利 / 430
第二十四篇　新闻自由与司法独立
——一个比较法制上的观察与分析 / 454

目录

第一篇　德国19世纪法治国概念的起源 / 1
第二篇　国家的法治主义
——英国的法治与德国“法治国”之概念 / 35
第三篇　社会主义法治国之概念
——从越南及东德的经验谈起 / 112
第四篇　德国行政法学的先驱者
——德国19世纪行政法学的发展 / 163
第五篇　论宪法委托之理论 / 187
第六篇　公共利益的概念 / 228
第七篇　论公务员的忠诚义务 / 261
第八篇　论政党的内部民主制度 / 298
第九篇　宪法基本权利及对第三者效力之理论 / 330
第十篇　论宪法人民基本权利的限制 / 387
第十一篇　宪法财产权保障之体系与公益征收之概念
——德国与美国的比较研究 / 443
第十二篇　公益征收的目的 / 508

第一篇　德国19世纪法治国概念的起源

一、前言——法治国的语源及概念

法治国(Rechtsstaat)一词,不论在法学界或社会中,早已成为一个共通的名词。此名词乃是一个标准的德语产物,既不是由英文翻译而来①也不是源自法文——虽然法国的"宪政国家"(état constitutionelle)和法治国理念颇有相通之处。德语的"法治国"嗣后也随同其他德国法律制度及用语,

① 反而是有些英文著作会将德国法治国僵硬的依字义翻译成英文(law state),或以德文"法"(recht)本意即含有正义、正当之意(如同英文之 right),故译成"just state",见 G. Dietz, *Two Concepts of the Rule of Law*, Liberty Fund, 1973, pp. 6,11。不过,不论是译成 law state 或 just state 都不能正确反应德文法治国之原义,所以一般学界仍照法治国之国家"依法而治",直译为 rule of law。

先传日本,再由日本传至中国。① 本文主要探究的重点在于"溯其源"地讨论此一名词之滥殇,并以编年史方式对此名词的酝酿与宣扬曾积极发挥作用之德国法政学者的著作,逐一分析之,以了解本名词的成长历程!

然而,在本文正式溯源讨论法治国语源的发展前,应简短地分析法治国的概念。法治国依其语义,很容易"当然"地解释为国家"以法而治",即英文的(rule of law),但国家"依法而治"所涉及者,到底是单纯国家的"统治手段(方式)",抑或是此制度本身即含有国家的目的在焉!前者明显地是以"法"来取代传统以"实力"统治国家的手段,其注重的是手段层面。因此,公法学即将之称为"形式意义"的法治主义。基于此理念所成立之法治国,即可称为"形式意义法治国"(Rechtsstaat im formellen Sinne),或称为"狭义"的法治国。

如果实行法治之目的,不仅仅依赖"法"为工具,且进一步要对此"工具"——即"法"——的目的,或称为"法律目的",以及国家实施整套法治主义的目的为何?加以探讨,并用一个价值体系来统括之,此时,作为国家统治依据的法律,固然依旧保有其主要是作为工具的角色,但是其正当性的诉求就时常被挑战,这已经是偏向"实质主义"的法治观了。讨论一个法治国如由"形式意义法治国"为基础,再加以价值判断,即构成"实质意义法治国"的概念(Rechtsstaat im materiellen Sinne),或称广义的法治国。例如,德国《基本法》第20条第3项规定,所有国家权力都受到法律及法之拘束。这条被德国著名法哲学教授考夫曼(Arthur Kaufmann)称为"天才之作"的条款,②便是将法治国原则、法律、法——

---

① 据日本学者高田敏之分析,日本在明治二十年代——按日本系在明治二十三年(1889)公布宪法——已经将德语的法治国译成日文,旋成为学界流行之用语。见高田敏:"法治主义",刊载石尾芳久(编):《日本近代法一二〇讲》,(京都)法律文化社1992年版,第120页。

② Kaufmann, *Vierzig Jahre Rechtsentwicklung*, Über Gerechtigkeit, Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, 1993, S. 245.

特别是法，密切连接在一起。就德国法治国理念的发展而言，形式意义法治国无疑是发展的第一步，实质意义法治国则为第二步。由于现代社会结构复杂，法律变动甚速，法律数量亦多，所以，由宪法理念及其他正义观等浓缩而成的较少量但高层次（位阶）的"法价值"，就变成追求实质法治国理念所不可或缺的判断标准了。① 易言之，法治国观就如同名学者佛斯多夫（E. Forsthoff）所称的已成一种"反求诸己"的"内向型法治国"（introvertierter Rechtsstaat），将法治国的重心朝向人民内在权利的保障及正义的实现。②

不过，如本文前所述及，本文之目的不在探讨法治国的概念，上述法治国的形式及实质意义区分，只能提纲挈领地说明之。然于此应再为一言：按实质意义法治国固然强调"价值理念"，也强调国家任务的"正义取向"，然不可谓形式意义的法治国，即放弃追求"正义"或毫无价值观作理论依据！例如，本文即将探究之德国早期提倡法治国之人士颇多是哲学家，且多为自由主义、人道主义的支持者，同时，建构此时法治国观之理论，如权力分立、政府最小之干涉……也皆寓含价值观在内。所以，若吾人要采纳德国公法学现今的法治国形式及实质意义"二分法"，其前提必须将界分重点放在作为治理国家的手段——法律或法——之上。单纯就区分之目的而言，可将支撑形式意义法治国背后的自由主义之价值因素排除，若强调实证法之功能，即可称为形式意义之法治国矣！

---

① U. Scheuner, *Die neue Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*（Hrsg. v. Listle, Rüfner）, Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammte Schriften, 1978, S. 219.

② E. Forsthoff, *Der introvertierte Rechtsstaats*, Rechtsstaat in Wandel, 1964, S. 213 ; E – W Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, Festschrift für A. Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 76.

二、"法治国"用语的产生

(一)酝酿期

在德国法制史上,第一次使用"法治国"用语乃是普拉西度斯(J. W. Placidus)在1798年出版的《国家学文献》(Literatur der Staatslehre)一书。在此之前,已经逐渐酝酿出法治国概念的理论,值得一提的是,康德及威廉·洪博两位著名人士的法政理论。

1. 康德(1724~1804)

这位伟大的哲学家虽然未在其著作中明白提及法治国的用语,但其"国家观",已为日后产生的法治国理念立下了坚定的理论基础。

康德对于国家观的见解,主要出自于其在1797年所撰写的《法律学》(Rechtslehre)第二篇"公法"第一节的"国家法"(Staatsrecht)中。①

康德的国家观可由"国家目的"(Zweck des Staates)来予以了解。康德基于自然法的观点,认为每个处于自由状态的个人,不免会出于恣意(Willkür),而侵犯到他人的自由。为了"理性"(Vernunft),每个人必须从自然状态(Naturzustand)中解脱出来,而借一个由人群组成的"团体",以实力来界定个人之义务及行为界限,此"团体"即国家(civitas)。所以,国家对于康德而言,并非历史的产物,毋宁是人类理性的产物。② 国家既然通过制定法律来规范个人间的自由,所以,国家是属于"合法性问题的领域",而道德则属于规范人民"内在自由领域"的工具。国家的任

---

① Immanuel Kants Werke, Bd. Ⅶ, (Hrsg. B. Kellermann), Verlegt bei B. Cassirer, 1922, S. 117.

② 康德(在第49段)认为国家之组成目的,并不在保障国民的福祉或快乐,而是一个基于理智,追求一个国家组织能和法律原则最一致的状态!因为,即使在没有国家的"自然状态",以及在专制暴虐领导政权下,亦可能有此快乐。见Kant, aaO. S. 124。

务即在维持法律的秩序。至于规范个人间自由界限的法律，亦即规定个人何者可为，何者不可为的法规，则是一种“公共意志的产物”（Aktur eines öffentlichen Willens）。这种“公共意志”是全体国民的意志，也是一种颠扑不破，具有持续性的理性，借以决定何者为正确（应为），何者为不应为之标准。所以是超脱个人认知之上的共通理性，而非“个人意志”的总结合（数学式的集合），其理由乃是担心若由个人意志的总和，会流于“恣意”也。

对于护卫法律秩序的国家组织，康德则遵循当时的启蒙思潮。他认为国家拥有三种权力（第45段），也就是“集共同意志于一个三重人”（trias politica，den allgemeinen vereinigten Willen in dreifacher Person），亦即立法人拥有统治权（主权）、统治人的执行权（依法律而统治）、法官的司法权（以确认每个人依据法律属于其之权利）。这三种权力的功能正如同一般“理性”的推论过程，康德认为一般的推论乃三段论证：前提要件（Obersatz，上位原则）；构成要件：意志行诸于法律；涵摄要件（Untersatz，下位原则）：依据法律规定的程序进行；结果要件（Schlußsatz），包括诉讼程序在内，如在个案中如何确定权利者（Rechter）范围。

这三种国家权力都是一种“尊严”，也就是“国家尊严”（Staatswürde）（第47段）；同时，三种权力有三种关系：第一，彼此并立（potestates coordinatatae），为了完整地达成国家宪法之目的而互相补充；第二，互相隶属（subordinatae），不篡夺其他权力，亦即各权力都有“自己的原则”来达成“更上级的意志”；第三，由各权的“尊严”来看，立法者之意志是涉及“外在的你和我”（äußere Mein und Dein），所以是“无可责难的”（untadelig，irreprehensibel）；行政权的国家元首的执行能力方面，则是“不可反对的”（unwiderstehlich，irresistibel）；在最高层法官的诉讼权力，则是“不可变更的”（unabänderlich，inappellable）（第48段）。

综上所述，可知，康德的国家观实际上不如其在哲学领域中所具有

之独特、异于他家的开创性。吾人可分为下列几个特点来说明之:

第一,在对于个人权利的肯定方面,康德主张人民应该享有相当的自由及平等的观点,明显是受到同时代英国经济哲学家亚当·史密斯(1723~1790)在1776年所发表"国富论"("论国家富强的本质及原因")的影响,同时导出了国家任务的"有限性"原则(干涉越小越好)。

第二,法律作为界分人民权利的工具,康德提出的"公共意志"理论以及众人所组成的国家,是一种类似"契约"的行为,乍看之下与瑞士哲学家卢梭(1712~1778)在1762年所发表"社约论"的"国民公意"(volonté general)类似。但康德的"公共意志"却是理性的推演,而非国民个人意志的集合,所以对于民主理念及现实政治,就失去了号召的动力。另外,既然康德强调这种"公共意志"应该是理性的产物。但是,一旦不从人愿产生非理性的法律以及暴君统治,个人也无法加以改变。盖,康德基本上仍身处于警察国家之时代,其也未支持由人民代表行使制定法律之权也。①

第三,对于国家机关而言,卢梭的三权分立理论,明显与孟德斯鸠(1689~1755)于1748年所发表之"法意"一书的见解一致。康德对于三权彼此"并存",以及类似"互补"——即相互补充来达成国家宪法目的,纵然较符合孙中山先生对五权宪法的初衷——五权相维而不抗衡。但和孟德斯鸠的权力分立系基于相互制衡的初衷,却极迥异。

第四,康德的国家观对促进德国日后法治国家理念的产生,贡献最大的部分,恐在其鼓吹国家必须靠法律来统治,以及其对国民任务与人民权利界限基于"理性"的认知。康德在公法篇国家法节开头(第43段)便开宗明义地提及:法律的概念必须向公众公布,以产生一个法律状

① 所以康德并不赞成人民拥有革命权,认为对抗暴君仅有口诛笔伐的言论权而已! F. Garzoni, *Die Rechtsstaatsidee im Schweizerischen Staatdenken des 19. Jahrhunderts*, 1952, S. 77.

态，即公法，此也为一个民族（一群人民）或一群种类，彼此在一个共同的意志——宪法——下之法律状态下，相互影响所需要的“法律制度”。此外，康德也提及民法体制（民族个人间的法律关系）及国际法等制度。另外，关于国家概念（第45节一开始），康德定义为：“一个国家为一群人在法律下的结合体”（Ein Staat ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen）。康德这种结合国家与实证法律成为其国家观的立场，以及国家任务（及个人自由所系）在于维护“法律秩序”，极清晰地将国家统治与法律连在一起，且是“理性”的体现。因此，康德被认为是实行“形式主义”的法治国家观，其理在此。①

2. 威廉·洪博（Wilhelm v. Humbolt, 1767～1835）

比康德约迟生一代的德国著名政治学及哲学家，在1809年设立柏林大学的洪博，也是建构德国法治国思想的早期人物。洪博在1792年——较康德的《法律学》还早5年——撰写的《一个尝试有效限制国家权力的意见》（Ideen zu einem Versuch-die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen）②表达其对国家权力行使界限的看法。

洪博是典型及积极地以个人主义及自由主义为出发点！洪博认为人类真实的目的，也是永恒颠扑不破的理性者，便是以最大限度及最妥当方式，全力地发展自我。全人类便靠着这种动力，造成文化的多样性及进步之源。因此，自由——或是最大的自由——即不可或缺之因素。至于国家的任务，依洪博之见，不外两种：不是积极地提供国民任何形式的福祉，就是消极地以消除罪恶为目的。其宁采后者，因为只要国家实行积极的福利措施来影响人民生活，就会使人民生活造成“一种制式化”（Einförmigkeit），社会进步需要的多样性，就会被压缩，甚至毁灭。同时，会使个人放弃所应负担的自行改善生活，为自己及家庭谋福祉之责任

① F. Garzoni, aaO. S. 78.

② 但本文却在洪博去世后16年（1851年）才正式发行。Garzoni, aaO. S. 79.

心。这种对国家福祉行为所养成的依赖心,将使人民永远成熟不了,成为国家监护下的婴儿。基于反对警察国家①的思想,洪博呼吁人民不可信赖国家权力这种以为"全民谋福利"为任务所给予的授权。盖,一个为国民谋福利之行为或以其为出发点,往往会转换成造福少数人之福利,也成为赤裸裸的权力滥用。洪博担心国家权力容易"变质"的见解,如鉴诸德国在20世纪纳粹政权之史迹,不能不佩服其真知灼见于百年之前!

洪博鼓吹自由的重要,即使人民仍未培养成"有责任感"的自由观。易言之,人民的政治及法治观仍未成熟时,洪博也认为唯有靠自由来培养之。显然其并无一些后来德国学者,如毛鲁斯,②所持有之类似孙中山先生的"训政"思想。故洪博极力主张国家任务应该力求单纯,只要维护法律秩序即可。借着维护治安性质的法律秩序即可培育出国家文化发展的园地。任何对于人民福利措施,唯有在最不得已时,也就是人民依"自行性"(Selbsttätigkeit)及"自助性"(Selbsthilfe)无法自力达成时,国家方得伸出援手。③ 洪博此"国家任务有限性"的见解实与康德及亚当·史密斯的见解一脉相传!

综上所述,洪博的法治国观,只局限于国家任务的认知及个人自由的绝对重要性之上。国家最高及首要之任务诚乃"维护法律秩序",但其既未详细指出此法律秩序的产生及来源为何,亦未强调权力分立原则,当然更未指出"法治国"的名词,对法治国的理念并非以形式意义来了解,反而将注意力集中在(有限的)国家任务之上,这是以实质意义来强调国家的法治制度。故有学者称其法治国理念为"自由主义式的实质意

① 关于警察国家的概念,可参见笔者:《行政法学总论》(第5版),1995年,第7页。

② 参见本文第27页注②。

③ Garzoni, aaO. S. 80.

义法治国"(materieller Rechtsstaat liberaler Prägung),[①]在19世纪中期这是极少数持实质意义"法治国观"的例子。

(二)萌芽期

由一位名为普拉西度斯(J. W. Placidus)的哲学家所著,1798年于史特拉斯堡出版的《国家学文献》(Literatur der Staatslehre)一书,是德国文献首先提出"法治国家"一词者。普拉西度斯是一位康德的信徒,也明白引述并支持康德的国家观是"一群人在法律下的结合",所以普拉西度斯便自称,该本涉及讨论德国在18世纪末所推行的国家与法律制度相结合之运动及国家学文献的书籍,为一本具有批评性质的《法治国家学》(Rechts-Staats-Lehre)——有别于一般国家学偏向神学或哲学的角度。虽然普拉西度斯提出的"法治国"原来用语是合并"法与国家"两个字而成,与现代用语在拼写上多了一个连字号(Hyphen),但其意义并不受影响。法治国用语终于作为"学说"而首度出现。不过,除了作为"概括"的名称外,普拉西度斯并未强调此名称所应具有的含义,也未主张(及预料)本名词日后所具有的重要性。[②]

继普拉西度斯后,第二个提出法治国名词的是一位浪漫派学者米勒(Adam Müller)。米勒在1809年出版的《国政艺术之要素》(Elementen der Staatskunst)一书中,将国家司法部长当成"法治国的代表"(Repräsentanten des Rechtsstaates),因而法治国的用语再度出现。然而,米勒此"法治国"的意义却有待商榷。米勒这句对司法部长角色的认定,本义为:"司法部长对于国家所涉及任何事务的法律关系,应该和活生生的自然人对其所涉及的法律关系一样,了然于胸,而不是仅仅引用一些

---

① C-F Menger, *Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart*, 1982, S. 107.

② T. Stammen, *Der Rechtsstaat-Idee und Wirklichkeit in Deutschland*, 4. Aufl., 1972, S. 19; H. Hofmann, *Geschichtlichkeit und Universalitätsauspruch des Rechtsstaats*, Der Staat, 34. Bd., Heft1, 1995, S. 10, FN. 43.

概念的用语而已……"所以,依米勒的见解,所谓"法治国之代表"之"法治国"(Rechtsstaat)用语中,第二个复合字——国家(Staat),并不能解释为"国家",而是接近作为"状态"(Zustand;拉丁文 status),或是"本质、事务"(Wesen)解释,也意味着司法部长乃是负责处理国家"法律事务之代表人"而已。所以,米勒的"法治国",其实应类似"法律式司法事务"(Rechts-und Justizwesen)意义,而非对于一种国家"属性"的认定。①

第三个使用法治国家用语,也是较具重要性的学者,为主张自由主义的魏克(Carl Theodor Welcker, 1790 ~ 1869)。魏克在 1812 年出版了一本名为《法、国家及刑罚的最后理由》(Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe)的第二篇篇名为"客观理性法及法治国的理由"(Begründung des objectiven Vernunftsrechts und Rechts-Staates)②里,把法治国的用语首次当成标题,更显得令人注目。魏克在本著作中强调了实证法律的重要性,并以历史学的眼光,类推人类成长三部曲(儿童期、青年期及成年期)于国家的发展,国家因而也可以分成三个发展阶段:专制国家(Despotie),即"意念之国"(Staat der Sinnlichkeit);神权国家(Theokratie),即"信念之国"(Staat des Glaubens);法治国(Rechtsstaat),即"理性之国"(Staat der Vernunft)。因此,法治国是基于理性,且是人类发展到最高层次的国家。③ 魏克在本书内再三强调人民与国家存在的"法律关系",同时强调实证法律的重要性。在第二篇"客观理性法及法治国的理由"一开始,魏克对一个法律(Rechtsgesetz)——有别于可规范

① Stammen, aaO. S. 19.

② Neudruch 1964. 魏克在第二篇篇名中将法治国合并写成一个复合字,和普拉西度斯一样。但在文中则去掉连字号,而成为一个单字。

③ Stammen, aaO. S. 19.

个人内心，属于道德律的“律法”（Gesetz）——①认为有三个要素：一、必须是对所有国民都有共同的适用力（Allgemeingültigkeit），以及外在上具有可认知性（äußerliche Erkenntbarkeit），与任何个人道德上的自由及自主性无涉；二、法律制定的授权来源并非来自道德律（Sittengesetz），故是人民外在自由行为的“可行”准则（ein freies äußeres Dürfen），也可说是可“恣意”的行为；三、最后需要有关实证法律强制力的权限及效力之规定。魏克基本上承认国家法律只是作为限制个人自由滥用的手段。魏克说道：通过所有国民的意志及力量，赋予国家一个无可抗拒的实力——像水坝一样，以便国家在危难和急迫，以及为了达到国家更高目的与为了防止危及社会和谐基本条件及福祉时，能够抗拒来自个人的凭自己意念（Sinnlichkeit）或其他的妨害行为……②魏克对于国家可借立法来界定人民外在自由，但对国家目的，也持“有限度论”的看法。魏克承认人民可同意（Einwilligung）授予国家限制人民自由之权力，故国家可被视为“最高福祉”及完全自由者。由这种理念可对抗所有与之抵触的哲学观，并应由现今人类观点并在所有的“法治国”（in alles rechtliches Staaten）中获得实践。同时在当今由最新的“补充品”（Zusatz）——即“宪法”（les constitutions），清楚地将这种见解表现出来。③ 法律既不只是单纯规范个人间自由的工具，也作为人民与国家关系定位之工具。所以，任何成熟的国民都会严肃地体认出，个人和国家与法在“现存的模式”中，不再靠个人内在律法及意志来寻求一个和谐的关系，而国家与个人的关系应该

---

① 在康德的许多著作中，律法（Gesetz）亦是经常出现的术语，也和“法律”（Rechtsgesetz）有所不同。魏克认为每个人内心都有一个律法来决定其行为，每个人都有一个律法，即可能发生冲突，“理性”即可“指引”个人一条“道路”来满足自己之“律法”与他人“律法”之冲突。但是，这种出于“内在义务感”不能有效地维持一个国家所需的外在秩序，此外，该秩序是“法律领域”，是大家外在所共认及同意的“客观的法”（objectives Recht），Welcker, S. 73。

② Welcker, aaO. S. 85.

③ Welcker, aaO. S. 90.

是全靠"客观的法"来定位。此外,完全欠缺其他标准存在!魏克提出一个最理想的法治国的模式,便是:"一个国家愈注重自己的尊严及依赖,也会对国民与其尊严更注重"。国家愈自由,愈重道德,也就会"愈政治化",这种国家会尽量少通过"找麻烦",及财产权限制等方式来与人民不利益。国家既然经常要获得国民的同意及保障之,使其法律获得完全之实效力,若完全剥夺人民的自由权,就丧失作为一个法治国的特性,也实际上丧失了对限制自由所需要的国民之同意!这无疑成为一个"坏的政治",这种国家不再是一个"自由及法治的国家",其法律关系不再是最自由及最能追求福祉,只变成"强制"(Zwang)及"压迫"(Plage)的工具。① 所以,魏克最后综合其法治国的概念规定为:第一,法治国家最高的法律(höchstes Gesetz)应是:外观上是一个规范全民的客观的"法形式"(Rechtsform),但内在确是一个自由的法。凡在外观上与此法律相符合,且可确认时,便是客观的法。易言之,人民即可享有自由的空间。同时(最高)法律——法律基本精神,即保障人民自由。第二,国家的终极目的在于,通过及在客观"法形式"中来尽可能达成美德及和谐的目的,及促成全民最大的福祉。第三,所以,魏克也接着认为法治国的原则必须契合良知之声音及全民对于尊重自己及他人道德尊严的义务感,但这皆必须通过建立客观的法来达成。所以,魏克强调法治国不可或缺的便是全民通过公意,而非个人判断所产生的"确信法律"(fest Gesetze),且这些法律应该公告周知,使人民知道自己已产生哪些意志,从而应当承担起哪些义务矣。②

从上述看法可清晰地了解魏克具有强烈的自由主义色彩,不仅重视实证法律的重要性,且将法治国的性质定位在靠法律来决定人民与国家之间的关系(客观的法),且国家必须是自由的,尽量少给予人民限制及

① Welcker, aaO. S. 92.

② Welcker, aaO. S. 101.

不利，否则会构成“坏的政治”。虽然魏克在学术上并无盛名，在政治上亦无可观之建树，甚至现今一般介绍德国19世纪公法史之论著，大都没有介绍其生平，不似酝酿期的康德及洪博，生前已有显赫地位可比。但此著作却受到后世之重视。魏克对宣扬法治国概念的贡献，不仅是文中法治国的名词触目可及，且对法治国虽主要是实行“形式意义”的认定——依法律而治，但其对国家任务的重视及价值判断，也接近实质意义的认定了！至于一个法治国家是否必须实施权力分立，或应实行君主、贵族政治或民主体制，作者则以“在法律上的讨论”而未有立论。[①]所以，未能提出一个深入且肯定的论点。不过这是19世纪大多数德国学者的态度，下文将持续提及之。

三、法治国用语的流行与概念内涵

19世纪20年代德国因击败拿破仑，全德意志弥漫一片欢欣及改革气息，对于新的法政思想、法治国家概念，也进入了阐扬期。提倡这个理念的学者约有下列六位：

（一）莫耳（Robert von Mohl，1799～1875）与《法治国原则的警察学》

对于使法治国家这一名词变成德国政、法学术界通用名词贡献最巨者，应推曾任杜宾根及海德堡大学法学教授、司法部长及国会议员的莫耳。莫耳1824年出版了《美国宪法》一书，是德国第一位介绍美国宪法的学者，并且也是德国近代警察法的创始人。在1829年莫耳出版著名的《符腾堡王国宪法》（Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg）一书，

① Welcker, aaO. S. 101.

本书被称为是德国19世纪中叶以前的"宪法经典之作",①对于法治国家的看法,仍承袭魏克的"理性之国"(Staat der Vernunft),而称为"理智国"(Verstandesstaat)。1831年至1834年,莫耳出版了《法治国原则的警察学》(Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates),这本三巨册的著作,并且是德国首次以法治国为书名的著作,在莫耳生前一共修正出版三次,成为德国警察法学的经典之作,致使法治国家的名词成为耳熟能详。因此,莫耳是促成德国当代政法学界人士采纳此一用语的最大功臣。②

莫耳认为法治国亦是人类理性发展的极致。和魏克区分国家有三种形式相比较,莫耳认为国家有五种形式:神权国家、专制国家、世袭君主制(Patrimonialstaat)、族长(酋长)式国家(patriarchalischer Staat)以及法治国,增加世袭君主及族长制国家两种。两人对于法治国皆报以"最高层次"之看法,则无差别。这种对法治国认定为人类社会发展的"最终结果",也是获得国民内心共识。尽管人民内心会有其他价值判断,但基于建立一个可以达到"更高生活目的"的自觉(Bewußtsein eines höheren Lebenszwecks),使得这种形式的国家应运而生。③ 对于法治国的概念,莫耳的见解颇类似卢梭的契约论,认为每个人如果完全依己意行为,即可能侵犯他人(和自己一样)的权利,若不加以限制,一个共存的社会即不能存在。这是国家应当限制人民权利的理由。但是,这种限制人民自由,以及所有国家权力的行使,都应该"随时在法律上明白掌握"(jederzeit rechtliche faßbar),也就是必须"披上法律形式"的外衣(in rechtliche Formen)。所以,莫耳的法治国家观具有明显的形式意义,和魏克所提的"客观法"(objectives Recht)立场相同。

---

① 拉邦德(Paul Laband, 1838~1918)在1883年所著的《德意志帝国宪法》(Das Staatsrecht des Deutschen Reiches),则在19世纪下半叶被公认为德国宪法的经典之作。

② Stammen, aaO. S. 20.

③ Stammen, aaO. S. 80.

其次，对于法治国的解释，莫耳和前述几位自由主义先驱者所主张应尽量给予人民更大的自由空间，以及国家应尽量缩小干涉人民权利之看法，迥然不同。莫耳在提及警察任务时，已经揭示了“行政权（警察权）独大”的理念。对于一个法治国的存在目的，莫耳虽仍残留部分自由主义的思想，例如，对法治国的目的，其认为是：“扶助及鼓励每个国民能够自由及全力地行使与利用其能力”。莫耳认为国家的任务，特别是警察（行政）之任务，可及于一切的福祉及文化任务，也就是可以贯穿到人民全部生活领域之内。莫耳反对以往自由主义学者实行“有限国家任务论”，也反对将法治国的目的“退缩”到成为“法律目的”（Rechtszweck）的同义词。然而，尽管国家可将一切有关人民福祉之事项视为自己的责任，但方法上必须通过法治国家的方式来达成，这与警察国家的理念完全背道而驰，故必须通过拥有立法权的人民代表制定法律，来实行“法律之治”、法官独立审判及责任政治，等等。① 同时，莫耳也提醒，若国家太主动及太过度地执行其任务，将会阻碍“人民运用自己力量”（Selbsttätigkeit der Bürger）来追求幸福。所以，国家“不要反应太多”。这种看法颇符合德国现今当国家实行有益于公益行为时所盛行的“辅助性理论”（Subsidiaritätsprinzip）。亦即，国家只有当人民无法凭己力达成生存照顾之目的时，才有介入之必要，②只是莫耳并未明言提出这个辅助性理论之用语而已。

虽然莫耳的见解并不能说服当时已弥漫自由主义思潮的德国学界，但因为莫耳是一位夙负盛名的公法学者，辅以本身在政坛也颇活跃——

---

① H. Schambeck, *Vom Sinnwandel des Rechtsstaates*, 1970, S. 18. 但尽管如此，莫耳却认为国家权力本身只要满足全民福祉即有正当性，所以不赞成权力分立的学说，认为这是“乱源”，只会造成人民自由及秩序的混乱！直到莫耳晚年后才赞成议会民主等理念。见 F. Garzoni, S. 87; Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Aufl. 1989, S. 19。

② 关于辅助性理论，请参见笔者：《公共利益的概念》，收录于本论文集第六篇。

曾于1848年一度担任德国司法部长,故法治国的术语便成为学界及政治讨论的热门话题,此用语也迅即成为一个学界普遍接受的术语。因此,莫耳可说是确立法治国用语的最大功臣。①

(二)史塔尔(Friedrich Julius Stahl, 1802~1861)的《法律哲学》

另一个提倡法治国理念的是与莫耳同时期求学(法学)及担任教职的史塔尔②。和莫耳专攻宪法、警察法等公法不同,史塔尔是以研究法哲学及宗教法的角度讨论国家的目的。在1830年至1837年,史塔尔出版著名的《法律哲学》(Philosophie des Rechts)一书,在本书第二册("基于基督教观点的法律及国家学")第三十六节中,将国家分成两种属性:第一种是外在的"法之国"(Reich des Rechts),即"法治国";第二种是内在的"道德(风俗)之国"(Reich der Sitte),即"道德的团体"(sittliches Gemeinwesen)。但吾人较有兴趣者系其对法治国的见解。史塔尔提及法治国的目的及概念如下:国家必须是一个法治国,这是现代潮流的解决良方,也是真理。国家应将其活动的轨迹及界限,以及人民的自由范围,以法律详加规定及予以缜密的保障,并且应考虑国家的目的乃将道德理念直接地,即不打折扣地实践(及强制实践之),但必须在涉及人民的法律关系,且在绝对必要时,方得限制之!所以法治国的概念,不在于国家仅是拥有一个法律规范而欠缺行政目的,或是单纯地保障人民的权利,也完全不再意味着只是实践"国家的目标及内容"(Ziel und Inhalt),而仅是达成此目标及内容的方式及特征(Art und Charakter)。③ 换句话说,史塔尔法治国不再泛泛讨论属于形而上的"国家任务"等问题,而是

---

① E-W Böckenförde, aaO. S. 54.

② 莫耳于1817年开始在杜宾根大学学习法律,1819年转赴海德堡大学,1824年担任杜宾根大学副教授,1927年升正教授;史塔尔则于1819年起在渥兹堡及海德堡求学,1832年起升任渥兹保副教授。两人在海德保皆师事大师Thibaut教授。至于二人在海德堡是否相识,则不得而知!

③ F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Bd. 1963(Neudruck), S. 37.

实际注意“如何”实践国家任务的方式及种类之问题。而此实践的方式端借“法律”，即实证法律一途。史塔尔可说是具体主张法治国家“形式意义”的代表，法律——及法律秩序——本身也成为纯粹的工具，史塔尔可以说是“法律工具论”的典型代表。至于道德方面，则是国家的目的，易言之，国家存在的目的，则是实践所谓的“道德之国”。依史塔尔的看法，国家存在之目的不在于保障个人，而是保障整个国家共同客观存在的基础，是以整体的眼光来考虑的。例如，刑事正义、个人的福祉、教育、道德等，即非以保障个人法益为着眼点，而是更高层次的考虑。故国家之所以保障个人权利，乃基于这种保障会“关涉”全体的福祉，也就是“通过”这个个人法益有助于全体法益时为限![①] 但这是属于“道德之国”，而非“法治国”的范围，所以在实际的法治生活方面，人民不受到这种观点的影响。[②]

由史塔尔对法治国实行“形式意义”的认定，且必须通过实证法律来界定国家权力运作之轨迹及范围，已经相当符合现代法治国家，特别是英美国家所谓的“依法而治”(rule of law)。不过，史塔尔却不是一个具有现代民主理念的学者。诚然史塔尔也批评法治国异于以往的君主世袭、族长(酋长)式政体，以及警察国家，因为这些国家的权威往往是利用道德理念或其他现实目的，而任意地采取行动，但却祭出道德或为全民福祉的口实！但史塔尔也同样地反对卢梭或法国大革命时期实行恐怖统治的罗伯斯庇尔——其称他所建立的国家不是法治国，而是“民国”(Volksstaat)，因为他们主张主权在于全民，所以全民所做的决定必属理智，具有完全的政治美德，且无法予以任何法律界限，因此，对一个主张人类理性必须由基督教精神来予以界定的史塔尔，便不能赞成国民主权的看法！故史塔尔不仅反对革命权，也反对利用普选方式推翻君主立宪

① 这个看法和康德的极为类似。

② 第三十八段，Stahl, aaO. S. 144。

政体,只主张利用"阶级议会"方式通过法律,并以此作为国家统治的唯一工具![①] 对于国家的权威性,也同样构成史塔尔国家观的特色。由上述其对个人法益保障重要性的漠视可知,其属于"国家至上论者"——其称为"国家绝对论"(Staatsabsolutismus)。[②] 故看法不免仍极为保守,也是王政的支持者。

(三)贝尔(Otto Bähr, 1817~1895)的《法治国——一个构想的发表》

继史塔尔而起,对于提倡法治国家概念极有贡献者为贝尔。和前几位提出法治国家理念者皆为学术界人士不同,贝尔是一位法律实务工作者,终身都在法院——起初在 Kassel 地方法院任法官,终于帝国法院(今联邦法院前身)参事职位(Reichsgerichtsrat),并曾于 1892 年针对德国民法官方草案提出不同意见的草案,所以是一位具有丰富实务经验的法官。

贝尔最重要的著作乃 1864 年于 Kassel 市担任法官时所出版的《法治国家——一个构想的发表》(Der Rechtsstaat-eine publizistische Skizze)[③]一书。这是德国首次单纯地以"法治国"为书名及主要部分——不似前述莫耳是以"警察学"为书名的主要部分——之著作。在这本书分成 55 个小段,总共 194 页的论著中,贝尔并未花太多的篇幅来建构或分析法治国的概念。在本书第一小段的"导言"(Einleitung)的第一句,贝尔就全段引述史塔尔对法治国家的目的及概念的文句,[④]并且其几乎完全肯定史塔尔的见解,所以贝尔在书中表明其撰写该书的目的乃在于填补一般人对史塔尔法治国理念不明了,以及不知如何达成此目的的缺憾! 所以,贝尔将重点放在强调如何达到一个"法治国"的方法。

对于一个法治国的概念,贝尔赞同史塔尔的见解,认为法治国诚然

---

① Garzoni, aaO. S. 88.

② 第四十一段,Stahl, aaO. S. 160。

③ Scientia Verlag Aalen(Neudruck), 1969.

④ F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Bd. 1963(Neudruck), S. 37.

设法将其生存发展完全地置于法规的统治之下，并且国家的目的也不只局限于实践法的目的而已。但是，国家应将法“提升”至规范国家生存（存在）的“基本条件”（Grundbedingungen），并将由其所发生的生活，连同个人与国家之关系——以及保障人民不可或缺的自由——纳入法的基本规范体系之内（Grundangeln des Rechts）。这种崇尚法的重要性，逐步建构出贝尔对法治国家观念的基本概念。总而言之，其特点可归纳为下面四点：

1. 法律优位原则。贝尔认为“法”（Recht）是规范国家生活的主要依据。而法的构成来源便是法律及司法判决（第五段），法律是一个抽象原则（in abstracto），经过立法者冷静衡量且多方判断后所定下的规定，故是国家最神圣的产物，也就是构成法的主要来源。国家的行政权（政府权）及司法权都必须臣服于法律之下，行政权对于法律的服从，实与一般人民无二（第十七段）。所以，贝尔虽然并未提出“法律优位”（Vorrang des Rechts）——此是日后奥托·麦耶所提出的用语，但此用语实已呼之欲出了！

2. 分权的原则。贝尔所一再强调的法治国家原则是建立在行政权与司法权分立之上。由贝尔认为法治国家的“法”是由法律及判决所组成，即可看出其对司法的重视。贝尔认为司法必须由行政权分离，而由另一国家机构主掌之，其目的不在于“分工原则”，而是树立一个基本原则，即行政权必须臣服于判决之下。易言之，行政权不能和司法权分庭抗礼，所以贝尔明白表示此乃“法治国家之重要前提”（第十七段）。

3. 公法的任务及定位。在本书“导言”中贝尔提及本书撰写目的，主要乃在于发掘达到法治国家理念的方式，而其所愿尝试的方法，便是确立“公法”在法律中的任务定位。在确立公法的地位方面，贝尔承认当时的公法仍处于法学发展的“幼稚期”（Kindheit），不能和其“老姊”（die ältere Schwester）的“私法”相比较。甚至以往常认为公法不属于“法”的范畴（第十八段），不应受司法权之拘束（第四十二段）。故贝尔认为公

法之目的乃在于规范国家统治者与被统治者的关系,且其界限应该在有利于"被统治者"的考虑下,明确地规定出来(导言,第一段)。同时为了确保行政权力在运作时能有一个清楚的范围,"公法应该比私法更需要明确地有白纸黑字的成文规范"(第二十一段)。此外,贝尔也承认行政权在行使限制人民自由权利时,可依"目的性考虑"(Zweckmäßigkeitsgründen)来限制之,且拥有某些裁量的自由空间,但此裁量并非完全自由,而是对人民自由作越大限制,且越会引起对该行为认为加以限制之虞时,就必须由"法律及法"来加以明确限制。一旦行政权逾越此界限,人民即可诉请法院保障之(第四十八段)。所以,类似"比例原则"的概念也已经初步萌芽矣!

4. 合法诉讼制度的建立。贝尔对于公法"定位"的另一个具体看法是成立公法诉讼制度。基于行政权必须服膺司法权之优位,以及行政权(政府权)必须依法律及法而行使,所以司法判决可以拘束行政权。[①] 但鉴于私法法院的法官不能够了解国家生活所涉及的诸多公法问题,所以贝尔主张成立另一种法院,即"公法法院"(Gericht des öffentlichen Rechts)(第二十三节),来承审有关公法的诉讼。不过究竟此"公法法院"应该设在一般法院内(类似英美制),抑或独立成立一个行政法院体系,亦即法官是否全然为"纯法官",贝尔并未明言。但其主张设立公法(行政)诉讼制度,却成为德国提出此种主张的先驱,并且是以拘束行政权力的逾权侵犯人民权利为目的,且作为实践法治国家之方法,因此自有其重要性。[②]

---

① 贝尔认为,一旦行政权违反法律明确的规定时(jus in thesi),便非"行政问题",而是法院可裁决的"法律问题"了(第19段)。

② 尽管日后皆称贝尔是最早提出公法法院的人士,但贝尔在书中第23段注17处明确提及格耐斯特(下文将提及)在1857年出版的《当今英国宪法及行政法》(Das heutige englische Verfassungs-und Verwaltungsrecht)上册,及1860年出版的下册,皆已倡言德国应建立公法诉讼制度,贝尔称其受到甚大鼓舞及启示!

因此，贝尔的法治国见解，明显是一种“形式意义”的法治国见解，特别强调国家依据法律及法的统治。唯其对于“法”的内容，除了法律外便是“判决”，亦即通过法官的“诠释”，而无其他“价值要素”在内，和德国《基本法》第20条第3项之（行政、立法及司法等权力应受到法律及法之拘束）的“法”规定不同；同时其所谓的“法律”虽要获得“国民代表”（Volksvertretnung）的同意，但贝尔所谓的“国民代表”并非民主国家“民选”的代表之谓，而是依当时德国——尚未完全实行君主立宪前，国家实际掌权者之君王、领主等诸侯及其他人民代表，共同组成的“国家意志”之谓。故，所谓法律获得国民代表之同意，便是获得领导权者及人民代表“共同”同意为其前提也。所以，贝尔并非卢梭“国民主权”的代表者，当然也非现代意义的民主主义支持者。①

（四）格耐斯特（Rudolf von Gneist，1816～1895）的《法治国与行政法院》

贝尔在1864年出版《法治国》一书，鼓吹行政（公法）诉讼制度的重要性后，接棒而起的是名学者格耐斯特。和其他前述提倡法治国概念的学者都在德国统一前的各邦国不同，格耐斯特终身都在普鲁士的首都柏林市里求学，在柏林大学担任教授（民法），先后出任普鲁士议会议员、德国国会议员、普鲁士邦高等行政法院法官等，是一个在学界及政界都有辉煌经历的普鲁士人。由于格耐斯特在研习法律过程中，曾经利用八次的暑期，赴法国、比利时及英国考察彼国的法政。特别是对英国的法治情形有着深刻的认识。格耐斯特在1857年起陆续出版两册《当今英国宪法及行政法》一书，②已经分析英国宪政成功的要诀是在“自治行政”（selfgovernment）。依其见解，英国将政府机关（如法院）中的许多职位交由荣誉职人士（如陪审团员）担任，可分担国家之任务，让人民产生

① 贝尔在第5段也明确地认为，德国当时正迈向立宪政体，但也绝非是议会政府，可以证明其保守的政治态度。Bähr, aaO. S. 13, FN. 6.

② Garzoni, a. a. O. S. 88.

"治理"国家的参与感。至于国家行政则应该"依法行政",包括成立行政诉讼体制,等等。本书出版后,格耐斯特迅速成为德国有关英国宪政的权威,声名大噪。次年(1858 年)升任柏林大学教授,又一年(1859 年)获选柏林邦议会议员(相当于普鲁士邦国国会)。直至去世前两年,格耐斯特一直都活跃在政坛,特别是 1867 年至 1884 年出任帝国议会议员期间,经历了德法战争及德国统一,使得格耐斯特成为俾士麦政策的支持者,并且在 1872 年参与了德国史上第三次的行政改革(史称"俾士麦、格耐斯特改革"),使德国东部各级地方机关(从乡至邦)都制定自治法,作为地方行政之依据。有鉴于格耐斯特对行政改革的努力,以及其他的贡献,德国皇帝于 1888 年特别颁授予贵族称号,并授予文武最高级的"蓝徽勋章"(pour le merit),此乃德国学界人士,特别是法学界人士极难获得之殊荣。① 可想而知,格耐斯特在政坛(特别是国会及内阁)拥有极大的影响力,加以其对自己见解之推行亦不遗余力,故其对法治国理念的提倡,更易引起德国朝野的重视。

格耐斯特在 1857 年出版《当今英国宪法及行政法》一书后,复于 1872 年出版了《德国的法治国及行政法院》(Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland)一书,②可以说是最完整地呈现出格耐斯特的法政见解,也成为其毕生代表作。但是,本书虽然以"法治国"和"行政法院"并为书名,但主要是在宣扬其于 1875 年出版有关《英国宪政》一书中所意犹未尽地阐释的自治行政理念,同时也主张借成立各级

① 少数几个例子是 Otto v. Gierke 和耶林。参阅笔者:《耶林论法官的独立性》,收录于《法治国公法学原理与实践》(上册),第八篇,中国政法大学出版社 2005 年版,第 204 页。

② 第二版出版于 1879 年,1958 年 Hermann Gentner Verlag 重印。

独立的行政法院之方式来进行行政改革，①对于法治国家的概念，并未着墨太多。

格耐斯特在此本大作的第三章（第26页）即以“法治国的概念”为标题。在本章中，格耐斯特表达了对法国大革命及日后发展所带来国家社会失序及恐怖政治的厌恶，也庆幸德国并未遭遇此假借“人民统治”之浩劫。德国这种命运应该归功于德国理想主义传播的成功，以及德国自普芬多夫（Samuel Pufendorf，1632～1694）及康德以来所提倡之国家的法治观（Rechtsauffassung des Staates），使得国家权力受制于“法律”（Rechtsgesetz）已成为通说所致！格耐斯特不赞成国家任务只是局限于等于“契约论”的“有限法律任务论”，②基本上赞成国家应该承担起福利及文化任务，前者乃在于避免处于经济上弱势的国民遭受剥削，后者乃国家应提倡文化，使社会开化，国民不至于无知。但，他也认为，社会福祉应由社会自行来达成（靠社会繁荣），而国民的开化、文明也涉及道德层面，应由其他社会机构，如教会来职司其责，非国家所应“独揽”之任务，因此国家的职责仅是“防卫性、平衡性及补充性”而已。③ 由此可见格耐斯特国家任务的“附属性”见解（辅助性理论），以及国家任务并非与法律任务为同义词。这和莫耳之看法一致，也明显地带有自由主义之

---

① 格耐斯特认为行政法院制度是以保护个人权益为主，比起英国及法国行政诉讼只有二审级，他主张普鲁士的行政诉讼应有三审级。在各乡级（Amtsbezirk）应设一位综里所有行政（警察事务）之首长，称为“职务长官”（Amtsvorsteher），此为荣誉职，可由平民担任之；县级成立“县委会”（Kreisausschuss），由六名委员组成，当以县议会议长为主席，作为县最高行政机构，以及作为对乡职务长官或其他更低一级行政组织（市）地方警察事务争议之初级行政法院；省级行政法院（Bezirksverwaltungsgericht）作为所有超过一万人城市居民不服县委会决定之初级审法院及对所有县委会决定不服所提起的第二次救济程序；高等行政法院乃普鲁士最高行政法院，针对不服省级行政法院所提之诉讼及对所有社级行政法院及权限问题之最终审法院。Gneist，aaO. S. 292.

② 这是其在批注内所简略提及之看法，并未于正文中详加讨论。见 Gneist，aaO. S. 333，FN. 2。

③ Gneist，aaO. S. 31.

色彩。

对于法治国家的其他概念,格耐斯特除明文援引了史塔尔对于法治国家的定义①外,并未再予以任何详尽的分析或批评,且如其在本书第一章的"问题说明"(Die Stellung der Frage)未所提及的,其认为德国正流行的法治国理念(尽管概念仍不明确,且多误解之处)并非只是创设一个单一的制度问题,而是针对个人法律关系的"基本特性"(Grundcharakter),且强调了国家与社会的互动,而且欧洲各国以不同文化背景,当会有相当不同的内涵!② 故,格耐斯特对法治国的看法不在于概念的理论分析,反而重在实践面! 格耐斯特认为正如教会对人们具有"道德任务",国家对人民即有"法律任务",国家为了达成此任务,亟须有能将社会置于"法律及法"控制之下,及使之"习惯"于此控制之下的"中继组织"(Zwischenbau),此组织便是立宪政体下的政府,使得不论是哪一个政党执政,都必须在政府内解决政策歧见一样,来接受法律及法之控制。其认为德国法治国基于回顾及前瞻所得的理念,独立的国家权力必须通过"明确"的法规,规范人民的财产、营业及职业权利,并以提供人民法律之保障及援助弱势族群为国家任务。为使人民外在权利界限能有强制力,国民享有自由的第一前提便是服从法律及公权力。③ 然而格耐斯特对于法律及法应该是有何种"质量"? 以及应否完全由民意机构产生以获得其正当性等,并未深加讨论。不过,其对于法治国的原则,基本上也赞成实行权力分立制度,也(再度)强调可以具有"德国法治国"之基本架构(Grundgerüst),所以其对当时德国宪法(俾士麦宪法)已有三权分立之规定,即认为已符法治国之精神。④ 故,格耐斯特对德国公法学最大的贡献,恐怕是在主张德国应该成立独立于普通法院以外之三

① F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Bd. 1963(Neudruck), S. 37.

② Gneist, aaO. S. 7.

③ Gneist, aaO. S. 34.

④ Gneist, aaO. S. 203.

级审行政法院体系，且其本人也是促使此制度实现的最大功臣，反而对法治国理论的充实及学术价值，其贡献就不能与前者相提并论了。①

（五）毛鲁斯（Heinrich Maurus）的"现代法治国应为宪政国之批判"

格耐斯特1872年出版《德国的法治国家及行政法院》后六年，一位名叫毛鲁斯的法学博士于海德堡出版了一本《评现代宪政国为法治国》（Der moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat, Kritisiert von Dr. H. Maurus）一书。② 毛鲁斯的生平及学术贡献并未见诸当今许多德国公法著作之中，③连20世纪初叙述德国公法学著作甚详的耶律芮克之《国家学总论》（Allgemeine Staatslehre，1921年第3版）内也未有丝毫记载。不过，吾人当不以著作人声望作为评涉其学术贡献之标准，由于本书在出版近百年后能被重印出版，可见毛鲁斯之著作颇有值得一述之价值。

毛鲁斯在本书第一篇"法治国的概念与本质"中，以总共166小段，分成四章讨论法、国家、国家法及法治国家的问题。其中对法治国家占的篇幅最多，计有79小段之多。④ 综观毛鲁斯的法治国观，可以下列几点说明之：

1. 其对法治国家的见解为：一个国家的立法与行政（政府）必须依"法"来规范，一切为了国家而对人民自由所加的限制，都构成了"法"。国家若只是维持秩序及安全，尽管此任务极有限（符合自由主义思想），

---

① 德国普鲁士邦高等行政法院（后来之帝国行政法院 Reichsverwaltungsgerichthof）便在1875年成立，格耐斯特旋即获选为法官兼副院长。本法院全由专职法官所组成，此和格耐斯特主张应在各级行政法院加入荣誉职法官之见解不同，并且法官享有独立审判之地位。而后本院许多判决都获有名声，也对行政法学的发展有极大之贡献。最著名的一案当推在1882年7月确立比例原则的"十字架山"案件。参阅笔者：《论宪法人民基本权利的限制》，收录于本文集第十篇、四、二处。

② Verlag Ferdirand Keip 1970.（重印）

③ M. Stolleis 在1992年出版叙述德国19世纪公法学发展的专书《德国公法历史》（Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland）第二册（1800～1914）中，也未有毛鲁斯的记载。

④ H. Maurus, S. 59 FF.

仍不足构成法治国。国家在维持此秩序及安全之目的,必须"全部"依据立法程序产生的法律来实行之不可(第88段)。因此,法治国(Rechtsstaat),便是"法之国"(Staat des Rechts),毛鲁斯赞同史塔尔的看法,认为法治国只是注重达成国家任务的方法及特征而已(第89段),[①]其法治国是实行形式意义之见解,所以其约束立法及行政的"法",其实就是实证的法律。

2. 作为规范行政及立法的法律,必须是"全民(国民)意志"的表现(Ausdruck des gesammten Volkswille),所以立法的主动权应操在人民手中,一个法律的生效也不能靠第三人之意志或物理与道德力来阻止之(第90段)。毛鲁斯对于法律的性质也多有表示,如法律必须公告周知,使每个人民知悉全民意志为何(第91段);法律的规定必须极为明确及周详,俾使人民知悉其权利界限,也避免可能造成恣意的解释,因此,立法宜由"对法律学理透彻、经验老到"之人(theoretisch gebildeter und praktisch erfahrener Gesetzverständiger)来将全民意志形诸法条,这是法治国的必备条件,也是既定的立法秩序。依其之见,人民(代表)仅需就这些"专家立法"后的草案行使表决权即可,而非直接由人民代表将国民意志形成法条(第93段);一个新法制定之后,必须在法中明白及完整地将旧法相抵触的部分宣告失效,避免整个国家的法律状态陷于混乱,使得政府有可能滥权及扭曲法律(Rechtsverdrehung)之虞(第95段);同时新法可以废止旧法,因此国家即可不必负有补偿失去权益国民之责(第97段)。由这些对法律性质的见解可知毛鲁斯心中已有"法律安定性"的概念矣!

3. 强调行政权必须屈服于立法权之下。毛鲁斯认为一旦行政权脱离立法权之控制成为"独立"(Selbständige)的政府,便会与国民利益冲突、无限制滥权及高度地控制人民,故行政权应居于立法权之下,形成

① F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Bd. 1963(Neudruck), S. 37.

"国家秩序的一致性"(Einheit der Staatsordnuug),因此行政权绝不可掌握任何形式的立法权(第111段及第114段)。一旦行政权能够自行决定其权威的范围及限度时,国家便成为专制国家矣(第148段)。故毛鲁斯批评德国通说采撷自孟德斯鸠"三权分立"的看法,认为国家行政权及立法权诚然应分离,但两者处于"平等"且独立的地位,才提出此类似英国制度的"立法优先"论(第110段)。

4. 实行一个法治国也涉及政府的形式,也就是现今宪政所谓的国体及政体。除了专制国家不可能属于法治国外,君主国及共和国皆可能实行法治国,所以毛鲁斯批评当时许多见解认为欲实行法治国,唯有先实行共和,推翻君主国不可(第123段及第134段)。所以,毛鲁斯本书的书名"评现代宪政国为法治国",即明显地表达了毛鲁斯认为法治国只是"现代宪政国"之"专利"的反对意见。至于实行何种政府形式较好?其认为并无定论(第140段),由全民公意来决定,只要现存的政体不符合国家任务所需,以至于国民无法容忍就会起而变更之,因此国民有权,但不能意随所好(das Belieben)的变更政体(第135、136段)。因此,依毛鲁斯的看法,即使是当时正实行君主立宪的国家——如德国,一样可以实施法治国,只要将行政及君主权局限在实行立法权的范围内,并受到法律的拘束即可。而全民意志可以拥有更换政府形式,实行共和之"自主权"(Selbstbestimmung),能针对国家内在与外在一切关系来决定现存政府形式能否满足国家任务之需要(第140段)。①

5. 国家侵权责任制度的确立。毛鲁斯认为:如果所有国家公务员(行政及司法)皆有法定权限,所以,一旦逾越权限侵犯人民权利时,则视

---

① 毛鲁斯也认为国民公意虽可影响法治国家的政府形式,但更重要的是,国民的"自主性",也就是法律及义务感,对公共事务的参与度(关心),也就是"政治感热度"的大小,往往可决定政府权限的大小。所以,国民自主性越大,政治自由越大,可作为国民公意表达的方式。同时,法治国的实践也要看国家的"国情",如一国如常陷于分裂、长期经历暴政、内部冲突以及政治及道德荡然无存,都是法治国的"不适格"(第155段)。

同一般人民之侵权行为,都必须使人民受到国家的保障,[①]法治国必须立法规定由法院保障这种来自公权力的侵权行为。为了防止公权力的滥权,最有效的方法莫如"行政行为的公开化",这是应该创设的政府制度(第152段)。

6. 毛鲁斯认为法治国家必须使立法权如同行政权一样,完全依法律来行使。人民依法律来界定其权利,便是"法"。所以立法者亦须受到现存法律的拘束。毛鲁斯在本书第一章最后一节末(第166段)首次提出了"立法上的不法"(gesetzliches Unrecht)的问题,假如国家行政并非依据一个有全民意志基础所制定的法律来实行,即使行政权力是由某些人民来参与——如同格耐斯特一再宣扬英国模式的"自治行政"。但是,这些法律都是"不法",也就不能符合法治国的要求。毛鲁斯在1878年所提出"立法上不法"的概念,是由立法程序的完备与否为出发点,不涉及其他"价值"——例如由公平正义及宪法理念来作评定。但在德国公法学界一直没有受到太大的重视,直至第二次世界大战后的1946年,才由著名的法哲学家赖特·布鲁赫(G. Radbruch)提出,而成为讨论、批评一个实证法效力的重要用语。[②] 因此,毛鲁斯恐怕可以说是有"无心插柳"之功也。

(六)奥托·麦耶(Otto Mayer, 1846~1924)的《德国行政法》

在19世纪德国公法学界讨论法治国最后一位代表性学者为创立德国行政法学的巨擘奥托·麦耶。麦耶在1895、1896年出版的《德国行政法》(Deutsches Verwaltungsrecht)第一册,继在第四节讨论"警察国家"的制度后,亦在第五节以"法治国"为节名讨论法治国家之概念。依麦耶的

---

① 同样的看法,贝尔也已在其《法治国》(第46节)第162页处明白提及。

② 赖特布鲁赫批评德国纳粹政权,利用军人及法官的服从命令及法律之心里,执行其高压统治。前者系以"命令就是命令",后者以"法律就是法律"来执行职务,遂不去论究命令或法律有无违反人性及有无正当性,造成"非法治国"(Unrechtsstaat)。Radbruch, Rechtsphilosophie, 1950, S. 347.

看法，警察国家是一个由古代专制国家进入现代法治国的一个过渡性质的国家形式。但法治国不然，乃以法律来拘束国家的权力。麦耶是研究行政法之学者，对于法治国的见解也明显地以行政法的角度来思考。麦耶的法治国观可以归纳如下：

1. 麦耶认为法治国首应强调"法律统治"（Herrschaft des Gesetzes），只要经国会通过的法律，行政及司法必须完全地服从。所以"权力分立"制度是法治国之前提。尤其是对于行政的拘束而言，其认为法治国的第一个要求，即为行政应该用法的方式来确立，尽可能地通过法规的方式来拘束之。宪法应将此任务付诸立法机构，立法者应尽可能地以许多法规，或以制定命令之方式拘束行政权力。①

2. 麦耶认为法治国的理念并非德国所特有的产物，由其产生的理念渊源，如权力分立、法律优位、为保障人民权利而限制行政权，都是外国——其称为"兄弟国"（Schwesternationen）——都已经历过，所以法治国理念有其国际共通性。② 故，其也认为所谓的法治国应该和宪政国的概念一致。③

3. 法治国的用语产生时，法治国已经是一个已实践的国家形式。其认为法治国应该强调"当为"（sollen）的问题，不是"要不要"实践法治国原则，而是如何"实践"法治国的问题。所以麦耶将法治国观的重心置于实践层面，也就是行政行为的"司法形式"（Jutizformigkeit der Verwaltung）。其创设出著名的"行政处分"之制度及概念，使得行政权能在个案时，如同法院判决一样，使得具体个案能产生法的确定力！因

---

① Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895/96, S. 62.

② 麦耶自承其行政法是受到法国行政法原理的启示，所以此"兄弟国"其实应指法国而言。Otto Mayer, aaO. S. 65.

③ 麦耶因而认为一个法治国不仅需要立宪，同时也需要实行政党政治，由政党组成政府。不过，其不在本文，而是在附注中约略提及此见解。Otto Mayer, aaO. S. 61. FN. 12.

此麦耶明文其对法治国的期待便是:尽可能多地运用法律,以为行政来产生法规;尽可能多地运用行政处分,来对个案以法规范方式产生拘束力。所以,其也宣称:一个国家若没有为行政来创造法律及没有行政处分的制度,便不是法治国。同时,一个是否属于完全或不完全的法治国,也端视其上述两个制度的适用到底完不完备,以及其效果而定。①

4. 比起行政权在法治国的重要性,麦耶对司法权的重要性就显得较不关心,除了认为司法权一样要由法律产生法规来拘束外,由于德国已有行政诉讼体系,所以,麦耶便将重心置于行政处分,对于行政法院的制度,法官是否独立审判之问题,不认为构成法治国的重要因素而皆未提及之。

由上述麦耶的见解,吾人可知其仍是典型的法律实证论者,既未提及宪法理念及其拘束力,也未提及法治国应受到任何价值因素的拘束,因此也无疑是采纳形式意义的法治国观。

四、结论

19 世纪几位对德国法治国之用语及概念之萌芽与兴起有积极贡献之学术人士的见解,已经在上文略加讨论,现在吾人可以约略综合下列三点特色:

1. 法律实证论的强调:几乎所有的学者在提出法治国概念时,皆强调使用法律作为拘束国家权力的工具。虽然亦有部分学者明确提及,法律外尚有"法"(Recht)可以拘束国家权力,如毛鲁斯、格耐斯特、贝尔等。但这些所谓的"法",并非指由法律更上位的法规,如宪法,或由自然法所导引出的法理念,毋宁是法律所衍生的"法秩序"之谓。如贝尔认为

① Otto Mayer, aaO. S. 66.

"法"是法律及司法判决;毛鲁斯的"法"是人民由法律所受到的拘束;格耐斯特对"法"并未详加解释。至于如史塔尔则是明确地使用法律,而不言"法"。所以,法治国(Rechtsstaat)实应易名为"法律国"(Gesetzesstaat)为妥。① 推其因,乃当时仍弥漫着自由主义思潮,基于保障人民财产及其他自由权利,唯有借着明确的法规来限制国家——特别是行政权力——之范围,此时由立法机关通过的法律较能满足此一需求!如此注重"法律"的形式特征,亦可看出宪法几乎没有发挥太大的拘束功效!即使麦耶主张法治国必是宪政国家,但是也只将宪法作为建构国家机构的大典,对于法治国理念并不具有提供"法"依据的功能。②

2."权力分立"原则的确立:德国在19世纪法治国理念的发展中,既然是以限制国家权力为主轴,行政权的可能滥权遂成为众矢之的。随着"法律优位"的观念,自然地产生立法权及行政权的分立。从而,司法权也鼎足而立。三权分立正式地成为法治国理念的骨架!然而,实际上就一个独立司法权的重要性加以阐释、发挥,并作为法治国不可分之重要理念成分者却甚少——上述由在19世纪法治国家理念发展已届尾声的麦耶对司法独立重要性的漠然态度,即为一例。相反地,借强调对行政权的"制衡",促使产生行政诉讼制度,却是此时期法治国理念的另一具体产物!此当然也是贝尔,特别是格耐斯特等鼓吹所致!所以,德国法治国的概念成型,其动因是来自对行政权运作拘束的"法治化"及"司法化"所作的努力也。③

3.思想的渊源问题:德国19世纪法治国观念的萌芽及兴起,其思想

---

① Stammen, aaO. S. 87.

② 所以德国学界也认为此时的法治国不仅是"法律国",也是"司法国"(Justizstaat)。Stammen, aaO. S. 87.

③ 麦耶对"依法行政"的见解,自始就排除宪法的效力,宪法亦不为行政法的法源。此问题可参阅笔者,"论宪法与行政法的关联",刊载于《法治国公法学原理与实践》,中册,第二十六篇,中国政法大学出版社2005年版,第275页。

依据不出四个方向的可能性:一、美国宪政的启示;二、卢梭的"主权在民"或"社约论";三、孟德斯鸠的"权力分立论";四、康德的理性论。吾人可由提供法治国理念诸位学者的思想脉络,予以筛汰、溯源与分析如下:

(1)每个人在其著作中几乎都会援引康德的理性主义及自然法观念,作为法律规范个人自由及国家权力之界限必要性的理论基础,此是19世纪任何人文论著——特别是法律学方面,喜欢援引哲学家见解的常态。所以,各家皆明显受到康德的影响。

(2)在实际主导法治国理论架构成立方面,似乎仍是孟德斯鸠的"权力分立"论,占了最大的分量,如自康德始,至麦耶为止皆持此见解。所以,"权力分立"当是德国法治国理论的中心支柱。

(3)在卢梭的思想方面,除了"社约论"可以在部分人士的论著中寻得其踪迹外——此多在涉及限制个人权利与有妨碍社会公益时,例如康德、莫耳、魏克,至于影响后世更大之"主权在民",似乎就没有受到应有重视。这些德国法学者,除麦耶明白表示法治国理念应源自法国外,大多对主权问题避而不谈,其理由可能是基于对法国大革命后的混乱及恐怖政治之排斥,①或是德国当时仍是君主立宪,故主权在民之观点无疑会抵触国家当权者之利益。所以,卢梭主权在民之论点就没有成为建构德国法治国理念的依据![2] 毛鲁斯的著作驳斥一些流行见解认为国家唯有实行共和方可能实行法治国,便是一个支持君主立宪式法治国的心态反应!另外,对于人民基本权利之保障则多持肯定之见解。此亦与德国各

① 格耐斯特的见解即代表。

② 与此种"不捋虎须"心态相辉映的是每位学者——似乎除毛鲁斯主张基于国民公意可以起而决定政府形式,易言之,可以更换政府,推翻君主制外——,对于"民主"制度,特别是涉及立法者是否应完全民选,都十分保守,且多半采"协同立法",即民选代表与君主共同立法之制度。

邦国在19世纪已经实行君主立宪体制有密切关联。① 这些邦国之宪法，尽管多半仍属钦定宪法，且非民主宪法——即立法权不全操在人民代表手中，但多半有人权条款之规定——特别明显的是1848年公布的法兰克福宪草，所以人民依宪法可以享有人权。但也多半是"依法"才享有人权也。

(4)在援引美国宪政的经验方面，美国独立革命成功及立宪诚然给予欧洲相当程度的震动，也是鼓舞法国兴起大革命的热潮之一，但是对于德国法治国理念，却没有证据显示有任何显著的影响！本文所引的当时全部论著中没有任何一位提及美国宪政制度、宪法规定等，来作为法治国理念的榜样。即使对美国宪政颇有认识，曾经在1824年出版介绍美国宪政专书的莫耳，也没有援引美国的行宪史实来支持其论点！这颇令人纳闷，其可能的解释即为美国制度在当时欧洲主要国家知识分子心目中，恐怕仍未占有足够的地位矣。因此，横亘19世纪德国法治国理念是强调其形式意义，通过立法一方面限制国家权力与界定人民的权利！此目的大致是以保障人民权利为出发点，也是延续18世纪自由主义及更早的启蒙思想而已。所以其讲求国家任务的有限性及法规的"制式性"——实证法律，且将法律视为纯粹"工具"，所以，不强调法律的"内容"，而是强调法律的"形式"——这也是史塔尔的见解("法律仅是国家

① 德国各邦国在19世纪初开始进入立宪政治时代，其趋势系由南向北。受到法国1814年6月4日颁布宪法的影响，南德的那骚(Nassau)邦国便立刻在同年9月1日首先颁布宪法，巴伐利亚邦于1818年5月、巴登邦于8月……最迟一邦为1820年的黑森·丹史达特邦(Hessen - Darmstadt)。北德诸邦则由库尔黑森邦(Kurhessen)开始在1831年1月制宪，布朗史外格邦(Braunschweig)继之而起于1832年10月，之后北德也陆续开始制宪。最后一邦是普鲁士，1850年才制宪。北德诸邦国立宪系受南德诸邦国立宪的震撼，但是其理念却受到南德法政思想家，如莫耳及魏克的影响。莫耳及魏克之提倡法治国的著作，皆被印成各种小册，躲避过北德诸邦警察之监控，终于在北德知识界播下了法治国的种子，也使得较封闭的北德诸邦国产生了立宪的风潮。见 E. Forsthoff, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1961, S. 110。

达成任务的方式及特征")一再被后人所重复援引的重心——的主因,[①]有其理论的逻辑性。就使国家权力由以往单纯基于"唯心论",也就是只要强调出于"为民谋福利",即可赋予国家权力——特别是行政权力——来拘束人民之自由权利,此亦是警察国家制度的特色,转而将国家权力箍制在形式的法规之内,无疑是德国法政文明发展史上的一大突破!对于要将理论上可以补充活力,规范层面可及于一切人民行为及人民本身的国家权力局限在白纸黑字的法条之中,当然考验了德国朝野政法人士将立法意志"条文化"的组织能力及逻辑推理能力。连带的此形式主义的法治国之建立(成为法律国),促成法律实政主义的发达,也使得国家持续亟须一大批受到严谨法学训练的专业人士,法律学变成显学,德国各大学的法律系莫不欣欣向荣。德国19世纪法学大师辈出,使德国成为世界大陆法系的翘楚,影响19、20世纪世界法学甚巨,皆可归功于形式意义法治国理念所产生的"副作用",此恐是上述19世纪诸位德国主张法治国理念人士所意想不到的收获矣!今日,尽管形式法治国理念已被实质法治国理念所取代,但以立法者明白之产物(实证法律)作为法治国运作的最主要工具依然不变,所以形式法治国当为法治国理念之根本结构,而实质法治国理念恐只居于作为弥补形式法治国制度上可能偏差之用。如此,吾人研究追溯到上两个世纪德国形式法治国意义理念的产生过程,即不是探究一个已全然"作古"理念之"考古"行为矣!

(本文原刊载于台湾《政大法学评论》第55期,1996年6月)

① 这也是一位著名的英国学者,爱丁堡大学教授麦克科米克,对法治国概念所持之见解。N. MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, JZ 1984/2, 68.

第二篇　国家的法治主义

——英国的法治与德国“法治国”之概念

一、前言

国家应该创设法律体系，并且依此法律之规定来治理国家，已是每个民主国家的立国原则。国家这个依法而治的属性也被认为是最进步，且合乎理性的国家形态。在形容国家此属性，最常被援用的外文用语为英国19世纪末著名的宪法学者戴雪所提倡的法治（rule of law）；而同时一个依法而治的国家（a rule of law nation），被称为法治国，却是不折不扣的德文用语（Rechtsstaat）。正巧，这个德国用语也始于，且盛行于19世纪。今日一般宪法著作多半将这两个概念视为同义词，然在语意中，此两个法学用语可以共有一个概念固是当然，不过在发展史上，此两个英美法系及大陆法系的见解是否一致？是否有类似的发展过程？此外，英国的法治

观及德国法治国理念在迈入20世纪后,是否有进一步的发展?两国的法治观有无任何同异之处?似乎都仍是一个具有学理探究价值的课题。为使我国台湾地区公法学界对此关涉国家法政文明程度的属性理论能进一步的了解,本文将尝试对此勾勒出一个具体的轮廓。本文将先就英国法治观创始人戴雪教授的见解,以及同时代,甚至同一时期德国公法巨擘的奥托·麦耶的见解作一个详尽的比较,即可知道其答案矣。

二、戴雪的法治观

(一)生平简介——志在从政,而非从事法学的不顺畅经历

提到法治(rule of law),任何研习英、美宪法的人士无不立刻联想到英国的戴雪(Albert Venn Dicey, 1835~1922)。此肇因于戴雪在1885年出版了一本《英国〈宪法〉学导论》(An Introduction to the study of the law of the Constitution, 国内译为《英宪精义》),并于书中揭示法治(rule of law)此一用语及理念,自此以后,任何论及此概念者,皆不能忽略戴雪,可见其在英国《宪法》学上所占的分量。但尽管如此,戴雪的学术生涯其实并非一帆风顺,甚至,其学术成就也是无心插柳的结果,这和其志向原非在法学,当有不可分的关系。

1835年戴雪出身在一个属于上流社会的家庭,父亲毕业于剑桥大学三一学院,得到数学文凭后,即回到家族事业,且在当地老牌周刊的北安普顿报(Northampton Mercury)担任总编辑。母亲为衡平法院院长之女,出身贵族。故可说是书香世家。戴雪与兄妹三人均未进入正规学校就读,都在母亲的教导下读书,直到中学的程度。也学会了拉丁文、希腊文、德文及法文。因数学程度不好,不能如父亲及一位哥哥般地进入剑桥大学三一学院,但也幸运地进入了牛津大学贝里奥学院(Balliot College)。贝里奥学院是牛津大学最好的学院之一,英国文坛及知识界

不少知名人士皆出自本学院，例如撰写《国富论》的亚当·斯密，以及著名的历史学者汤恩比，皆是本学院的毕业生。在牛津求学的7年，戴雪除法学外，也广泛地学习了哲学及史学。同时，他对政治产生了浓厚的兴趣，成为英国个人主义及自由主义先驱密尔（John Stuart Mill）理念的服膺者。后者影响了戴雪的一生，直到其撰写《英宪精义》时都可看到密尔的精神。① 此外，对于边沁（Bentham）的自由主义及功利主义，更是引起戴雪甚大之共鸣。持平而论，戴雪在求学期间可算是用功且成绩不错的学生（拿过几次奖学金），1860年毕业论文《论枢密院》（The Privy Council）更获得阿诺奖（Arnold Prize）的殊荣。但还不能列入顶尖且属于天才型学生的范围之内！主要因素是，戴雪对法学的兴趣不如对政治的强烈，这也影响着戴雪的一生。

戴雪自1861年牛津毕业后，进入伦敦内寺（Inner Temple）的律师公会（Bar）学习，两年后成为会员，也就是俗称的小律师（barrister）。在担任律师时期，戴雪希望借律师行业能够投身政界，结果既未能获得公会的人望，又未获得任何大律师（solicitor）的青睐及支持，不得政界之门而入。在此期间（1870年），曾与好友——后来在1888年以撰写《美国宪法论》（The American Commonwealth）著名的普莱士（James Bryce）——一起游览美国及欧洲大陆。1876年戴雪应法务部长之召，到政府担任有关财税法务的职员，由其官职基层参议（junior consel to the commissioner of Inland Revenue），可知其职级不高。戴雪自此踏入公门，所承办的业务是打官司。虽然赢过几次漂亮的官司，但戴雪也开始厌倦此工作。由于大学毕业后，戴雪陆续发表一些法学著作，如1870年的《政党运作的选择规范》（Treatise on the Rules for the Selection of the Party to an

① 戴雪自称，在其就读牛津大学时期，同学们生吞活剥密尔的著作，甚至以之为精神食粮，直到1860年止。见Richard A. Cosgrove, The Rule of Law—Albert Venn Dicey, Victorian Jurist, University of North Carolina Press, 1980, p. 12。这是唯一一本介绍戴雪生平的知名著作，是研究戴雪学术历程不可或缺的工具书。

Action)及 1879 年的《英国法中的户籍法》(The Law of Domicil as a Branch of English Law)等三部著作,使得戴雪的文名受到瞩目。1880 年正值牛津大学讲授英国法权威的教席温尼讲座(Vinerian Chair)的教授职位出缺,戴雪开始对 20 年来的徘徊及失意感到厌倦,就争取此职位,终于获得遴选委员会的肯定。① 1882 年戴雪正式踏入学术界,迄 1909 年退休为止,在此岗位共度过 27 年之久。担任教授后的戴雪,如鱼得水般地发挥其法学才长,很快地,戴雪便因 1885 年出版的《英宪精义》获得学术界的盛名。

依一般人的想象,戴雪必是一位神采飞扬、气宇轩昂的才子型学者。但据戴雪传记作者 Cosgrove 教授的描述,戴雪其实是一个挫折感极重、内向,且自我期许很高的人。出版《英宪精义》时,他又极担心该书会滞销,②但第一版却在六个月内销售一空,堪称反应热烈,本书也成为戴雪的代表作。直至 1922 年戴雪逝世为止,共出了八版,最后一版是在 1915 年,年届 80 岁时的第八版,嗣后在 1939 年及 1959 年由英国 Wade 教授整理,写了一个长序后出版了第九版和第十版(现行版)。③ 虽然距离第一版已有 113 个寒暑,但是今日英国《宪法》教科书几乎仍将本书列为主要参考书,且在英国大学法律系的宪法课程中,戴雪的见解亦系讲授内

---

① 在争取此职务前,戴雪的内心曾经过一阵挣扎,因他仍不愿就此中断从政之生涯规划,直至最后一刻才决定踏入学术界。见 J. Jennings, *In Praise of Dicey*, 13 Journal of Public Administration (1935), p. 125。

② 因此,戴雪特别交代出版商,务必要在牛津大学秋季班开学前把书印好,并陈列在橱窗上,以便吸引学生及教授的注意。Cosgrove, Ibid. p. 68.

③ A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillian and Co., 1885; 第二版(1886);第三版(1889);第四版(1893);第五版(1897);第六版(1902);第七版(1908);第八版(1915);第九版(1939);第十版(1959)。第九版及第十版为 Wade 整理(Wade/Dicey),除非有特别说明,以下所引注皆出自第十版。中国早在 1930 年即有雷宾南依据第六版所译之中译本,由上海商务印书馆印行,台北学人月刊社于 1971 年曾有影印,收入《五元文库第二十七号》。现刊本系帕米尔书店于 1991 年再度翻印,以下皆引用此翻印本。

容之一，正如德国大学法律系讲授行政法不能不提奥托·麦耶（Otto Mayer）、我国台湾地区的大学法律系讲授行政法不可忽视林纪东教授一样。戴雪关于法治的见解，更是《英宪精义》中的精华，也是本文将继续讨论的重点。

（二）《英宪精义》中的法治概念

戴雪的《英宪精义》（以下简称本书）除了开头有一个类似前言性质的内容大纲（Outline of Subject），标题为宪法的真实本质（The true nature of the Constitutional law）外，共分三章（part）。第一章标题为国会主权（The Sovereignty），以下又分三节；第二章标题为法治（The Rule of Law），以下又分十节；第三章标题为宪法与宪法惯例之关联（The Connection between the law of the Constitution and the Conventions of the Constitution），以下又分两节。由上述本书章节的分配，已可略知本书的重心。戴雪在内容大纲处已首次标明英国宪法是不成文宪法，[①]也再三向读者说明讨论英国宪法的不易，不像美国或比利时学者，可方便地以成文宪法作为讨论之标的，将宪法像其他法律般地予以注释，故成绩比英国的宪法注释书来得优秀得多。[②] 戴雪因此承认英国这种不成文宪法必须就实质面来讨论，他将英国宪法的特征分成三大点：第一，国会拥有——在法律上而言——无限的权威，可以完全拘束执法及司法权，是为国会主权；第二，即国会主权下的接续体系——国家的依法而治；第三，则是宪法惯例。所以本书讨论英国宪法，就可以分成此三个部分。然而，由本书对三个部分所占之分量，例如由第一章的国会主权，下分三节，使用约144页的篇幅，相对于第二章的法治，下分十节，共享约224页的篇幅，可知戴雪将英国《宪法》的重心放在法治部分，是极为明显的

① 戴雪也是宪法学界最早界分刚性或柔性宪法之人。我国台湾地区学界长年把此归功于戴雪的好友普莱士，笔者已曾指出此张冠李戴的错误。

② Dicey/Wade, p. 7.

事实。①

戴雪在本书第二章一开始的第四节法治的意义及一般运用中,即清楚地界定法治的意义。其所提到的法治(rule of law),本来是使用法律的优势或法律之治(the supremacy or the rule of law)的用语,②并提出此用语至少有三个相互关联的意义:

(1)人民非依法定程序,并在普通法院前证明其违法,否则不能遭受财产或身体上不利的处罚。法治的第一要义乃防止人治政府行使广泛、擅断限制人权的裁量权力。

(2)法律面前人人平等。即每个英国人不论地位或阶级,无人能高过法律,皆需臣服于普通法律,并受普通法院的管辖。

(3)英国的宪法是英国各法院由个案判决所累积的成果,所以是法院所保障之人权的结果,而非保障人权之来源。

戴雪对于英国宪法的法治观,除了(3)是在强调英国宪法不成文的性质,与法治概念之内容较无关涉外,其余两点法治意义都是环绕在保障人权及司法独立之上,而后者也与由普通法院担纲的司法一元主义息息相关。以下就以戴雪的论点,再加讨论。

戴雪在(1)中强调,法治的首要条件乃在排除政府——主指行政权而言——的独断权力。他以法国大文豪伏尔泰于1717年遭受文字狱为例,说明法国贵族及执政者可以在无法律依据,且无法院可供伏尔泰申诉的情况下,两次将其关入巴士底监狱。反观当时的英国,人民绝不可能遭此专制独裁之害。法治的要义即人民依法律之规定,方得接受惩罚。在此部分,吾人可以清楚综合戴雪此见解和现代法治国家的刑法指

---

① 戴雪在第一版时,分本书为八章(Lecture),第一章为内容大纲,第二章至第四章为国会主权,第五章至第七章为法治,第八章为宪法与宪法惯例之关联,其中讨论国会主权共享131页,法治部分共享174页。嗣后历次修版时,加强法治部分,使两者的差距越来越多。

② Dicey/Wade, p. 187; 雷宾南,第273页。

导原则罪刑法定主义——人民在法无明文时，不能加以处罚（nulla poena sine lege）——几乎完全一致。而法治的第一要义也是摒弃专制政体。故戴雪在解释（1）的意义时，再三强调专制政体之有害于人民权利！

在（2）的部分，明显是强调平等权。戴雪强调英国每一个人，上自殖民地总督、内阁部长到军官与公务员，其法律上的地位与一般人无异。而为了与（1）之依法处罚原则相配合，戴雪提出了普通法及普通法院优越主义，及人人服膺于普通法及普通法院之原则。戴雪虽不否认有些国民可以特别法加以规范，如军人或僧侣。但是尽管这些人受特别法之规范，仍不能免除普通法所赋予之权利与义务。为了强调此司法一元主义，戴雪在本书第十二节法治与法国行政法之比较中，即大力抨击了法国的行政法院体系。戴雪认为英国法中并无公法及私法之分，他不仅否认法国发展出来的行政法（droit administraf）之存在，且认为英文中极难找出同义词。[①] 在此，戴雪共用了78页的篇幅来比较英国法和法国行政法之优劣。戴雪毫不掩饰地指出，法国行政法的特色乃在于以违反平等原则来维护行政权，使私人不能享有平起平坐之权利，同时也误用权力分立原则。法国行政法已形成法官法或案例法（case law），但只是形式上像英国法而已，根本上则和英国法完全不同。所以英国法强调普通法的完整性，而用特别法规范、界定政府权益。普通法院对政府行为无管辖权而另由行政法院管辖，会导致普通法院与行政法院权限混乱，以及更恶劣地趋向保障政府官员权力——此被戴雪称为法国行政法的四大特征。[②] 法国的行政法对于英国而言，几乎是毫无可取之处，英国也毫无受其影响之必要，也无类似法规产生的情形。[③]

法国行政法及行政法院会导致官官相护，使人民屈居于官府之下的

① Dicey/Wade, p. 330.

② Dicey/Wade, p. 336.

③ Dicey/Wade, pp. 384, 388.

反面,即英国普通法及普通法院的优越。这也是戴雪在(2)中所强调的,比法国专制政府时代——或即使法国不再是专制政府亦然——且实行行政法及行政裁判制度,所给予法国人民的法律保障而言,普通法院靠着执行普通法,提供人民更周详的法律保障。在此,英国的不成文宪法如何提供确切的人权保障?戴雪认为实行成文宪法的国家,人权虽受宪法明文保障,且人权是由此宪法所创出的,并非当然存在及当然受法院肯定!而所有人权甚且可由法律加以限制,则宪法保障即成具文。戴雪认为英国的人权确是早在法院的日常判决中已存在,有无宪法再规范赋予(及限制)已无足轻重。所以既然法院目前已存在各种各样由国会通过的实证法律——制定的年月不计,可以早到1679年(复于1816年修正之)出庭法案(提审法,The Habeas Corpus Act),也可以近到最近国会通过的任何法律中,可获得裁判的依据(戴雪基本上认为这些实证法律的条文都是提供人民权利保障的来源,如同其他国家成文宪法中的人权条款的功能一样),即可确保英国人民享有人权。戴雪在强调了英国宪法的不成文性质之仍足以保障人权,完全是全国的普通法院的尊奉法治,易言之,全国普通法院长年来依循那些实质上都是保障人权的法律,并加以判决,累积判例所构筑成一个法治国家。在这里我们已知戴雪内心全认定英国实证法体系的符合人权理念,并且在本章中会再分节讨论涉及人权保障的诸多制度,例如人民人身自由与提审法(第五节)、言论自由(及出版自由)之范畴与界限(第六节)、人民集会、结社自由(第七节)、戒严法及本法与人民自由权利的限制(第八节)、军法体系(第九节)、权利救济(第十节)、涉及公务员责任的部长责任(第十一节)及强调英国法制度可以保障人民平等权与防止官官相护的法治与法国行政法之比较(第十二节)。戴雪对不成文宪法的人权体系所作之讨论,明显地不同于成文宪法国家之学者使用演绎法来推演出宪法所保障之人权规定在个别法律中的实践,反而使用归纳法,借由各个人权法律实践情形而得出一个不成文的英国宪法应该有如何的内容。故要说其存在、产

生或讨论的方式有何不同，倒是无可厚非，然似不能称为此对英国法治之提升有何积极之益处也。①

（三）戴雪法治概念的来源

戴雪在撰写本书时，是在踏入学术界三年后，而主稿是以其在牛津第一年教学的底稿，故撰写的思考时间不可谓长。而且其所担任的讲座是法律专业，且集中在英国法。这个外在的环境决定了其撰写本书的性质，是一部偏重法学且是实证法学的著作，而不是侧重在法理学或政治哲学方面的研究。戴雪也认为学习及教授宪法的目的在于了解国家宪法的真实面，②因此，在本书中对于其诸多宪法理念的来源，以及相关的哲学价值并未着墨，本书可以说是属于归纳性的法律注释书。若不计戴雪就读大学时，就已受到密尔及托克维里（Alexis de Tocqueville）的政治及哲学思想影响之因素，就法学的意义而言，到底戴雪本书的法治观是受到何人的影响？终戴雪之世，并未撰文提及。1957 年一位任教于澳洲堪培拉大学（University of Canberra）的安特教授（H. W. Arndt）撰写了一篇《戴雪法治概念的来源》（The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law）这是目前学界探讨戴雪法治观渊源的最早及最权威的论文。这篇论文刊载于 40 年前的《澳洲法学月刊》（The Australian Law Journal），不仅分析戴雪法治观的产生脉络，同时提供吾人了解英国 19 世纪法治

---

① 戴雪并不反对有朝一日英国会制定出一部成文宪法，同时一旦该宪法出现即可将其在本书中所归纳出的多个人权的基本原则加以成文化。由戴雪对比利时宪法的人权规定逐条和英国宪法原理相比较，也一再强调这种比较研究的重要，显示他不反对英国有此类似的人权条款也。见 Dicey/Wade, p. 204。

② 戴雪明确提到一个宪法教授并非是宪法的批评者、非难者或辩护者，而仅是一个发现者，其任务并非攻击或防卫宪法，而只是阐述宪法。戴雪在此将自己定位对宪法仅仅是发现者（an expounder）及阐述（explain）宪法。宪法学者对宪法价值必须完全中性？Dicey/Wade, p. 4. 但综观全书戴雪对英国宪法的感情，似乎又相当主观且强烈。宪法学者对国家宪法的情感能否漠不关心？似乎无法作此解释。

概念的发展情形。①

据安特教授的分析,戴雪的法治思想是源于自由主义及启蒙思想。早于1688年提出《政府二论》的洛克已经提到法律面前人人平等,以及人民权利系由立法者通过之法律加以限制,法官依法律独立审判等。但是,洛克所强调的大半是政府与法律之关系,对于人权虽然重视,似未将法院当做保障人权的主要工具。而后者正是戴雪的法治观——主要是(1)及(2)所特别强调的。洛克和戴雪法治观(2)都强调法律面前人人平等,但戴雪将此平等权的实践置于法院——且是唯一可实践之处(,则是与洛克相异者。故洛克不重视法院——其将法院的重要性和国会之重要性不可相提并论,也影响英国学界甚大。因而整个18世纪洛克的思想已普遍受到英国朝野人士的接受,主张国会优越地位、限制王室特权、用提审法保障人民人身自由、法官独立及实行陪审团制度,均已是朝野政党之共同政见,但20世纪中没有一本英国宪法的书籍曾提出国家及其行政体系应该屈于普通法及普通法院之下,亦即戴雪法治概念之(1)、(2),并未成为当时法政学界之主张。戴雪将法治概念重心置于法院——即普通法院,排斥行政法院,是特异之处。也因此戴雪在其论著中对于洛克的思想并无援引或褒扬之处。②

据安特教授之分析,早于戴雪一个世纪前,一位法国学者戴洛美(Delolme)在1775年便出版了一本《英国宪法》(Constitution of England)。这本在英国伦敦出版且用英文撰写的书,分析了法国当时的政府制度和英国的法政现状后,大力赞扬英国人民在法律上的平等,人民受到政府官员的违法侵害,皆可在法院起诉获得救济。相形之下,处在路易十四最昏庸荒淫,距离大革命爆发前15年的法国,正是民怨爆发

① H. W. Arndt, The Australian Law Journal, Vol. 31 (July 25, 1957). 本文烦由雪梨市陈树强博士代为搜集,得来不易,特此致谢。

② H. W. Arndt, Ibid. pp. 118, 119.

的临界点，英国宪政制度在此更显出其优越性。当然，戴美洛的论述不免夸大了法国制度的暴虐程度，也过分揄扬了英国人权的完善程度。[①] 但这个论点却符合英国人的民族自尊心，再加上不久法国大革命爆发，许多政权中的显贵、学者及艺术家亡命英国，既表明法国革命的恐怖，同样也显示出民怨所由产生的专制恶景。故在本书出版后近四五十年间，本书常常被英国的自由主义者引用，作为呈现英国重视人权的例证。[②] 戴雪此书不也是呈现出类似戴洛美的心态？

另一个相当接近戴雪法治观的见解是 1805 年一位名叫费里斯（J. Ferris）出版的《英国宪法的基准》（A Standard of the English Constitution），这本广泛采撷自启蒙时代诸多进步思想——如洛克及孟德斯鸠的宪法书籍，分章地讨论了法律、法院体系、赋税、国会、陆军、海军等国家制度。在本书讨论法律时特别指出，英国以前也出现过专制暴虐的君主及诸侯，人民遭受到酷刑，生命财产被恶意侵犯，法官循私、畏惧王权官府……但这些暴政皆久已成历史，过去戴雪的著作中也出现过，[③] 在英国现在则是靠着健全的司法（established judicature）来保障人民自由的快乐岛国（happy island）。讨论到法律体制时，费里斯提到英国司法虽以法官为主角（presides），但法官必须依法来裁判。所以已经标示出国家与人民关系之间的依法而治。并且，人权靠着健全的司法来保障，费里斯的见解已和戴雪相当接近了。[④]

就戴雪法治观念所强调的法律优越性而言，1863 年寇克斯（H. Cox）在伦敦所出版的《英国政府体系》（Institution of English

---

① 即使戴雪在论及英国法治概念的优越性时，也不讳言地指出，当巴士底监狱被民众攻破时，囚禁在内的犯人不及十人；而当时全英国待处决之囚犯不下百数十人，法国专制之甚，实际上不比欧陆其他各国为甚，英国人（及世人）已夸大法国专制的程度。

② Arndt, Ibid, p. 120.

③ 例如，戴雪在 1887 年出版的一篇"论枢密院"（The Privy Council, pp. 94, 95）这是其在 1860 年的毕业论文，已经指出此点。

④ Arndt, Ibid. p. 121.

Government)更具有启发性。在本书第二篇(Book Ⅱ)第五章(Chapter V)标题为法律的优越力(The Spreme Power of the Law),由此标题已可端倪出作者对法律优越地位的肯定。作者提及本章撰写的目的在勾勒出一个普遍的原则,亦即英国不论何人及何种势力,都必须臣服于法律之下。虽然为了公共福利(public convenience)之考虑,可以赋予外国大使、王室、国会议员或法官一些有限的免责权。但除此之外,所有对人民的侵害,不论来自私人或国家的侵犯,都毫无例外地可由普通法院获得保障。这是外国所不能比拟的法律优越势力。寇克斯在此也提起英国无须建立行政法院体系的理由即在于此,此论点也是嗣后戴雪所一再强调的,表示不赞成法律之区分为公法与私法。本书为凸显英国人法治的良善在本章结尾时也特别援引了戴洛美前述揄扬英国法治的见解。①

与戴雪法治观的脉络最具关联的学者,应是晚寇克斯大作四年(1867年)出版一本《英国政府》(The Government of England)的希恩教授(W. E. Hearn)。希恩是一位著名的经济学者及政治、法律学者,当时担任澳大利亚墨尔本大学法学院院长。希恩本书和寇克斯的观点极为相似,但是在法治概念部分则花较多的篇幅来探讨。希恩是一个标准的维多利亚老式的保皇派人士,且以其母国的制度为荣,极力支持英国的王室,并攻击主张废止皇室制度的民主理念,除了政治观是极保守外,在法治观方面,希恩却是人权的支持者。他认为英国的法治乃是:任何权力及特权,不论属何人拥有,完全是法律所赋予,也是完全依法律来实践。作为一个保皇派,他承认王室可以依法律有特权,但既然国王不会为非作歹(The King can do no wrong)显示国王的人身受到完全的保护,但此特征不及于其臣仆,所以各级公务员只要有违法之行为,即不可免责。这是法律面前人人平等的伟大原则,在英国宪法中占有最高的重要性,且是早已确立的原则。这个确立国家侵权责任的原则,也宣示了各

① Arndt, Ibid. p. 121.

级官员向普通法院负责的原则。希恩反对类似法国所实行的行政法及行政法院体系，并称这些国家是较不幸的国家，英国也无必要区分公法及私法，普通法及普通法院是维系国家法治的主要工具。由以上的分析可知，希恩的见解和寇克斯差距不大，但希恩的著作中并无援引及提到寇克斯之处，似乎显示希恩并未参考寇克斯的著作。而两人的看法极为接近，也可推测出他们似乎是代表着当时英国法政学界的普遍见解。

戴雪曾在《英宪精义》第一版的序言中，明确提及希恩教授的《英国政府》一书给予他本人甚大的启示，是其他书所无法比拟的。不过在《英宪精义》讨论法治观念时，却无词组只字提及希恩。但吾人由戴雪的法治观，例如：(1)之人民无抵触法律及经普通法院审判，不能处罚；(2)之法律面前人人平等等见解，以及赞成王室之有限特权，反对法国之行政法制度，独尊英国普通法之不区分公法与私法……可知戴雪承继希恩的见解甚多。难怪安特教授也抱不平地指出，希恩实在是戴雪法治观的原创者。在希恩该书出版十八年后的戴雪法治观，应该分一些功劳给这位前辈。①

(四)戴雪法治理论的批评

戴雪《英宪精义》的法治观是否真的反映了英国宪法的精神？在《英宪精义》发表后，一直遭到抨击，特别在30年代更是达到高峰。其法治概念的三大要素，都无一幸免于学术界的质疑。以下即分别就其观点所遭到的批评加以叙述。

1. 法治观的第一个要素，即人民若非违反法律及经普通法院之审判，不能加以处罚；及行政权不能拥有独断权力及裁量权力方面：

在1828年著名的罗伯森教授(W. A. Robson)便基于国家已迈入福利国家的阶段，举凡卫生及社会福利等事项，都应授权行政机关，人民权利就不可避免地必须加以限制，英国法传统上重人权轻公益的考虑也必

① Arndt, Ibid. p. 123.

须加以调整。戴雪对个人权利的重视毋宁已不合乎时代的需要。① 但是学术界对于戴雪这个理论的一个批评在于其夸大了人权的重要性。对戴雪理论开炮最著名的学者则是詹宁斯(Sir W. Ivor Jennings)。这位当时年甫30岁,在伦敦大学政经学院担任讲师,后来担任剑桥大学三一学院院长的年轻法学者,在1933年出版的《法与宪法》(The Law and Constitution)对戴雪法治理论提出的批评,是至今被引述最多的反对见解。② 在戴雪法治观(1),詹宁斯批评其过于夸大人权的重要性。詹宁斯认为戴雪是一个主张放任主义的自由主义者,对于人权采取尽量宽广的保障范围虽不足怪,然而他却忽略了国家的新政治哲学观念——福利国家理念、计划经济等新的思潮——已赋予政府更大的公共任务。同时,为履行公共的任务,已经许可政府有广泛的权力来侵害人民的权利,如为了整齐都市及扫除贫民窟拆除人民的房屋。因此人权的侵害已极为普遍。因此已是一个过时的观点,反映出戴雪是持19世纪中叶时辉格党(Whig,保守党的前身)的法政见解。③ 詹宁斯是在20世纪初叶时,身处国家任务扩张的时代,才会清楚地指出戴雪基于个人主义出发的法治观。此一批评日后普遍获得学界的共鸣。

第二个批评乃戴雪对于人民权利遭到来自政府的干涉只有强调在

---

① W. A. Robson, *Justice and Administrative Law*(1928), pp. XV, 251 - 252;引自P. P. Craig, Dicey: Unitary self - correcting Democracy and Public Law, The Law Quarterly Review, Vol. 106 (1990), p. 138; Juwell/Oliver, The Changing Constitution, Clarendon Press, 1994, p. 59.

② 4th Edition (1935), p. 132;本书第五版(1959年)已有中文译本,书名为《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,北京三联书店1997年版,第38页。本书第305页以下且有作者对戴雪理论的批评短文。C. Harlow/R. Rawlings, Law and Administration, 1988, p. 18; Bernard J. Hibbitts, The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law, Anglo - American Law Review, 1980, p. 3, I. Loveland, Constitutional Law - A critical Introduction, Butterworths, 1996, p. 64.

③ 对于英国政党的发展历史,可参阅李声庭:《英国宪法论》,台北自由太平洋文化公司1965年版,第217页。

明白违反法律时才能遭到身体或财产的处罚。这个命题似乎窄化了人民与政府之间的关系。易言之，戴雪只看到人民与国家公权力只存在刑事的关联，本项原则也无异是罪刑法定主义的无刑罚规定即不可处罚（nulla poena sine lege）。按奉行罪刑法定主义几乎是所有19世纪文明国家的立国原则，连刚刚实行西式君主立宪的日本也不例外，①且是迈向法治国家的第一步，以控制国家国会为非作歹地滥用刑罚权。但是真正令法学界关心的不只是人民与国家的刑罚关系，而是及于一切与公权力的关系。由申请建筑执照、税捐决定、诸多警察处分……都必须有一个清楚的法律关系，否则，公权力反而会利用法无明文禁止来侵犯人权。②但是戴雪的法治观却不及于这些最普遍及日常会出现的行政案件。在此，又暴露出戴雪法治观最重要的缺点之一：他忽略了国家行政的复杂性。在《英宪精义》中，戴雪并不讨论地方政权的问题，只论及中央政府，显示戴雪忽视地方自治的重要性。而在中央政府的职权方面，戴雪也只针对警察、陆军及税捐（Revenue），因此三者与人民权利的关联较密切也。③ 戴雪对于国家行政权只强调了警察、陆军及税捐，前两者因对人民的行动自由加以侵犯（因陆军可实施戒严），后者涉及人民的财产权。这

---

① 日本明治二十四年发生著名的大津事件，最高法院院长儿岛惟谦坚守罪刑法定主义，对于谋刺沙俄王子者不类推刑法谋刺本国王子之律处罚，便是一例。见穗积陈重：《法窗夜语》，大正五年六月，三版，第28页。

② Alder即指出英国的一个案件Malone v. Methopolitan Police Commissioner (1979) Ch. 344。这是一个涉及非法窃听的案件，法官Robert Megarry便认为英国并无一个法律禁止行政机关行使此窃听行为，且该窃听并未侵犯到原告之住居及财产权，故许可警察窃听人民之电话。Alder, Constitutional and Administrative Law, 1989, p. 45.

③ 牛津大学教授罗森（F. H. Lowson）曾撰写一篇《再访戴雪》为戴雪辩解。罗森认为戴雪当时的确比较了法国和英国在此部分的绝大差异，法国行政法院管不着警察的滥权逮捕人犯，虽然也许法国有法律保障人民之财产权，但法院却不如英国法院般可颁提审令。罗森认为这是英、法两国的民族性差异：法国人重财产权之保障，英国人注重人身自由之保障也。见Lowson, Dicey Revisited Ⅱ, Political Studies, Volumn Ⅶ, 1959, p. 214。

种顾虑和19世纪时德国所盛行的干涉行政理念中,将国家行政仅限于绝对必要的治安行政——包括警察权及财税权——如出一辙。戴雪被认为是放任主义的支持者,实非空穴来风!

第三个批评是戴雪对行政裁量的误解。戴雪法治观(1)将政府胡作非为的独断(arbitrary)及政府广泛的裁量(wide discretionary)混为一谈,且认为一个政府拥有该二者之一都已非符合法治理念。诚然戴雪并不反对行政权拥有裁量权,但他只反对广泛(wide)的裁量而已,而且把此广泛裁量和专制时代——如戴雪所一再指摘的法国18世纪前专制政体——蹂躏人权的独断权等量齐观,也引起学界的抨击!任何法律都会有解释的空间及裁量的余地,但是授予政府的裁量是否仅可以广泛或狭小地作为是否符合法治之绝对因素?恐怕如何由法院控制此裁量才是重点。Wade教授便指出,假如戴雪在1885年时能仔细查对一下法规的话,那么他一定可以列出一长串已经授权行政权行使裁量的法规名单。所以Wade教授认为戴雪对裁量的兴趣,并不在于裁量如何在法院内受到审查及限制的问题,反而是其存在的问题。① 因此,戴雪这种漠视行政权任务扩张、法规数量庞大及广泛授权裁量的复杂性,而排斥行政权可能拥有的广泛授权,是其法治理念最大的谬误。② 而且此和戴雪前所强调,且是构成英国宪法三大特征之一的国会主权理论互相矛盾。按依国会主权或国会优越理论,国会可以制定任何一个法律,如果国会决定立法授权于行政机关或多或少的裁量权时,亦非英宪所许可乎?更何况英国法院在戴雪发表《英宪精义》之前,早已将行政机关行使执行法律的权

---

① Wade/Dicey, Introduction, CXVii.;Wade教授在编辑《英宪精义》第9版及第10版时,都在戴雪本书前加上一个甚长的导论(Introduction),其中有不少地方对戴雪的见解加以批评。罗森的辩驳则是由于英国的行政权受到国会的严重控制,且行政机关并无对违法者处罚之权,故对人民权利的侵害不大。Lowson, Ibid. p. 218.

② 德裔美籍的著名法哲学家W. Friedmann也认为,将独断及广泛裁量相提并论,且合二为一,是戴雪理论最大的败笔,且也少有学生接受此种模拟。W. Friedmann, Law in a Changing Society, Penguin Books, 1964, p. 276.

限有无逾越法定限度而加以审查，而对于行政机关行使裁量权并非新鲜之事，而是习以为常，法院把审查行政权有恣意（arbitray）与否，列为其职责之一，英国法制史上也有极多的判决来佐证行政机关之拥有裁量权及法院实行审查裁量权有无滥用也。①

2. 法治观的第二个要素，即法律面前人人平等，且不论平民或官员皆受普通法院管辖之问题，可分成两大点加以讨论，第一点乃前者所谓平等权的质疑，第二点乃后者所谓英宪中普通法院是否已经或应该拥有如此大的优越地位？兹分别讨论之：

（1）平等权的存在。戴雪强调英宪中法治精神最明显的乃在于法律面前人人平等，不论贫富贵贱都同受法律的保护。戴雪在本书中提出法国大文豪伏尔泰的例子，说明法国贵族可以囚禁、当众鞭笞这位大文豪而不须受到法院的处罚，而在英国则不可能发生此种情形，显示平等权的存在。但就在戴雪出版本书时的 1885 年，英国是否实际上如此的平等？戴雪诚然承认为了公共考虑可以给予某些特定人物——外交官、法官、国会议员及王室——特权，但并未在讨论法治概念时强调此特权存在的依据。其中最明显的就是王室的免责权，基于国王不会为非（The King could do no wrong），英国普通法承认不能对国王及其臣仆因契约或其他侵权行为，而对其人身或财产权利行使任何法律手段，是为王室的免责权。在戴雪提出英国任何人都必须皆受法律平等的对待时，王室的特权已存在，直至第二次世界大战结束后，民主理念高涨的 1947 年才公布王室诉讼法（The Crown Proceeding Act），才把王室及其官员的侵权行为及其他违约行为，得由法院加以审判，但仍有许多限制，例如不能对王室财产行使强制执行，故除非王室自愿支付赔偿金，否则判决形同具文。

---

① 关于此资料可参见罗明通、林惠瑜：《英国行政法上合理原则之应用与裁量之控制》，台英国际商务法律事务所 1995 年版，第 25 页。我国台湾地区法学界有关英国行政法的著作甚少，因此本书甚具参考价值。

因此,所谓的英国人人享有平等权,亦有夸大之嫌。①

另外,戴雪在政治理论上被人诟病的一点是其反对女性享有投票权。在政治上以保守著称的戴雪,早年系鼓吹普选制,亦即主张每个国民不分贫富及缴税与否,皆享有投票权。但是对于妇女的投票权,戴雪却投下反对票。依 Cosgrove 教授的分析结果显示,戴雪反对妇女参政的理由,大略可分成下列几种:①戴雪区分妇女的人权(civil right)及政治权(political right)。前者包括受教育、接受公正审判等权利,妇女当然可享有,但参与国家政治运作的参政权,则属于政治权,不再属于人权的范畴,女人并不一定非享有不可;②学理上,戴雪申言服膺奥斯丁的能力论,认为国家及政府必须依据法律,在必要时得行使实力(power),而行使此实力的任务唯有男人可以胜任;③在政党考虑方面,戴雪认为开放妇女投票,势必会支持主张妇女参政的自由党,而使自己所属的统一联盟(Uninst)处于劣势;④在急迫性方面,戴雪认为一旦妇女参政后,不仅国会将有妇女席次,内阁中也将有妇女加入,如此一来会打破英国政治的传统,牵动过大,而英国当时正面临日益严重的欧洲紧张局势,有无引进妇女参政的急迫性?戴雪表示怀疑;⑤在对妇女参政的心理上,戴雪认为女性较情绪化,绝大多数也不关心政治,所以没有投票权,对妇女的权益也不至于造成太多的伤害。故尽管有些激进的团体会行使激烈抗争,戴雪也摆起法治的脸孔,认为英国的法治精神不容许暴力之威胁。故戴雪反对妇女参政的态度,便成为戴雪守旧的写照。② 所以直到 1928 年英国才立法通过赋予妇女参政权。戴雪不会不清楚英国法制上并非全然是平等,只是戴雪将平等权的触角伸向公务员,而不及于王室。且为了要导入他所强调的普通法及普通法院优越性,以抨击法国行政法体系的主题,而特别把平等权的内容表现在公务员的侵权行为上。所以,

---

① Wade/Dicey, Ibid, CXVi; J. Alder, Ibid. p. 50.

② Cosgrove, Ibid. pp. 210,218.

与民事侵权行为无关的法律制度中是否有平等权的问题，如女性不享有投票权之歧视，戴雪并不列入考虑，这种平等权的视界毋宁太过狭隘！这也是其平等权理念极为薄弱的地方。

既然法律面前人人平等，如果国会通过法律规定哪些人才是平等对待时，是否符合法治理念？Alder 教授也提出此是否已和戴雪前的国会主权理念不合？[①] 所以戴雪的平等理念并不能拘束立法者，无法提供立法者在立法时如何贯彻真正的平等，意即法制定的平等。此理论只停留在法律执行层面的平等。易言之，只是比较下位位阶的法执行平等而已。[②]

总而言之，如詹宁斯所指摘的，本来依戴雪的平等权只是提及即使官吏违法侵及人民之权利时，也如同一般民事侵权案件一样，受到普通法院的审判，是故其宪法的平等权无异于官吏债权的责任平等而已，戴雪似乎也太看轻了平等权概念的复杂性。[③]

(2)普通法及法院优越性的问题。戴雪在此段法治观里抨击司法二元主义的法国行政法院，亦批评除普通法院外另设其他法院之不智，是遭到外界最多抨击的部分，几乎所有批评戴雪者都指出此谬误。

罗伯森(Robson)教授在 1928 年时，已经针对戴雪误解法国行政法及法院一事，提出反驳。罗伯森认为，法国行政法院不能视为单独保障公务员及公权力违法失职的工具，而是以专业的人员来界定公务员与人民的公权力争议。罗伯森同时也举出不少例子证明，在戴雪当时已有特

---

① 戴雪自然也会了解此矛盾，故其试图调和法治及国会优越的关系，而认为需依赖法律之修改须经两院同意方可，且因众议院须改选，为获选民支持便不会违反民主理念等，作为维系两者之关联。这个看法除了英国自 1911 年通过国会法案(1949 年修正)已不许可上议院否决下议院通过之议案外，太偏重议员的再选意志及选民监督，已非法律层次，也无法使人信服。见 J. Alder, Ibid. p. 47。

② 关于法律的平等问题，参见笔者：《平等权的宪法意义》，收录于本文集第二十一篇。

③ 龚祥瑞、侯健译：《法与宪法》，第 217 页。

别的行政法庭来解决行政机关与人民的争议。同时主张国家任务的扩张,不可避免地会赋予行政权更多的权力,行使公权力不仅仅只是国会所独有。职司控制行政权的行政司法(Administrative Justice),亦即行政法院是否一定就会与独断、不公及不妥画上等号?倒令人不敢苟同也!所以,罗伯森教授认为,授权行政机关的代价、时效性及弹性,以及相对于普通法院的迟缓,有必要创设新型的行政法院,行政法院不见得就天生地劣于普通法院。这也反映出行政法的重要性,已渐渐不可忽视也。①

首先上场的仍是詹宁斯。詹宁斯认为早在亨利八世时,早已设立了专门的法庭审理有关食品的案件,而在本书出版前 10 年的 1875 年,英国还成立卫生法更授权各地卫生机构可以实行各种强制的手段来防止流行性及其他传染病的传播,普通法院并不能禁止行政权行使该项权力。因此,在英国普通法的传统中已经承认这种行政法庭的存在,而普通法院也不再是可以作为拘束行政权的主要机构。②

戴雪独尊普通法院及普通法的考虑只是集中在公务员的侵权之上。诚然戴雪并不排斥国家可能另立审判体系,例如对于军人或僧侣之审判,得由军事法庭或宗教法庭为之。但戴雪认为这是他们除了一般人民外,另有军人或僧侣的身份之故,因此并不排斥这些人仍具有一般人民的身份,从而就此身份仍是受到普通法及法院之拘束也。③ 这种将公务员身份拟平民化,使公务员兼具平民及公务员身份,而兼受普通法院及特别法院的审判,反而会造成更多的问题。以侵权行为为例,戴雪认为公务员如因执行职务而侵犯人民之权利,应该由普通法院审理。一旦法院发现其越权,该公务员或其机关即应负起赔偿责任,与一般平民(及其

① P. P. Craig, Ibid. pp. 138 - 139.

② Wade/Dicey, CXX.; Jowell/Oliver, Ibid. p. 59.

③ Wade/Dicey, p. 194;雷宾南(译),第 278 页。

雇主)无异。① 但是,现代政府的行政任务不只是单纯如戴雪所料想的,仅如警察处分等。Alder 教授便指出,如果人民向政府要求给付福利金、申请营业执照及其他涉及人民的自由等,能否单纯地向法院起诉,要求政府赔偿了事?所以,戴雪以警察违法搜索而致人民财产受损为假想对象,也为了强调人民自身自由——明显地又以法国大文豪伏尔泰当时曾一度无故被囚为楔子——所意涵的政府有限任务,也是戴雪独尊普通法院的法理依据。②

法国行政法是否发展成只是负面的功能,换言之,未能发展出一套公法理论来保障人免予遭到行政权力之滥用,而行政法院只是一味地偏私行政权力?英国是否不需承认公法的存在?这些戴雪在本书的肯定看法,不仅是英国学者,大部分的法国学者都不敢苟同。法国著名的行政法学者 Hauriou 便对戴雪深表遗憾,认为戴雪若能花更多时间来了解法国中央行政法院(Conseil d'Etat)及学者们的见解,便会发现法国行政

---

① 这已在 1866 年著名的判例 Mersey Docks and Harbour Board Trustees v. Gibbs 获得确认。Wade/Dicey, CXXi.

② 关于政府搜索人民的权力的变更,Alder 也举一例。在戴雪著作中一再出现的一个 1765 年的案件 Entick v. Carrington 19 st. tr. 1029. 确认政府无权擅入人民家中,搜索有无煽动暴动之文件,除非法院给予的搜索状注明可因何罪而搜索及可扣押何物外,不得单以国家需要而行搜索及扣押。这个可以符合戴雪法治理念的判例,在 1980 年被 R. v. Inland Revenue Commissioner ex parte Rossminster Limited 所推翻。法院对于税务署(戴雪一度任职后单位)执有搜索票,但却不加区分,把一个专门替人提供逃税咨询服务公司的档案,一股脑儿地扣押,带回署里慢慢清查。法院在判决中认可此行为,法院以为现代的国家为了对抗那些巧思的逃税专家,必须许可其有较大的裁量权力和时间来搜索证据,故在扣押证据时,并不能依 Entrick 案所表示的那种明确性,来申请搜索状。所以,法院承认行政机关应该拥有更大的权力来执行法律。Alder 举这两个例子本是来说明法律可授权行政机关拥有更多权力,相比之下,戴雪的法律面前人人平等的重要性随即降低,但也可用在显示政府任务加大而予以人权更多的限制。J. Alder, Ibid. p.47.

法院并非如戴雪所言之成为行政滥权的帮凶。[①] 而时代进入20世纪后,戴雪也目睹了国家制定不少有关社会及财经的立法,不承认公法的存在,无疑是漠视事实。所以到了戴雪晚年时,他也修正——尽管只是小步的——其见解。1915年戴雪在英国《法律季刊》(31 Law Quarterly Review, 148)发表一篇《英国行政法之发展》(The Development of Administrative Law in England),文中承认英国已有类似法国行政法的法律,但仍坚持即使行政案件的争议,还应以普通法院审判。本来戴雪并不认为法国的行政法(droit administratif)可以直译为英文的administrative law,所以《英宪精义》中提及法国行政法时,皆直书法文而不写成英文。戴雪对行政法的摒斥之坚持,由此可见一斑。戴雪撰写本书是受到上院一个特殊的启示。第一个案件是1911年宣判的Board of Education v. Rice,第二个案件则是1915年宣判的Local Government Board v. Arlidge,这两个案件都涉及教育主管机关对法令的解释权。前案里,上院肯定教育局可以完全解释所涉及之法律问题,后案则更进一步认为,教育局为此解释时,无须依照普通法院的判例。对于这两个案件的批评,戴雪明言已经破坏了英国宪法的法治,也无疑是引进了法国的行政法。对于行政机关的权限,他认为有两个前提:第一,必须在法律明确授权的范围内才可;第二,行政机关行使此含有司法或准司法性质之权限时,虽不需遵照普通法院之惯例,但仍须遵守司法之公正(judicial fairness)及衡平(equity),这也是所谓审查行政授权所适用的两个原则:

---

① 英国在20世纪初最有名的政治学者拉斯基教授(H. Laski)与美国最高法院法官霍姆斯(Justice O. W. Holmes)交情甚笃,两人经常写信讨论政情与法律。拉斯基有多次批评戴雪的法治观,例如在1930年2月11日的信上,就提到法国行政法权威的Hauriou教授批评戴雪的见解乃严重误解法国行政法。同时拉斯基教授也说过,他希望戴雪可以看一看每年送到国会议员手上高达五百页有关部长的裁量权及行政机关行使裁决权的证据,并再说明其看法如何也。见Holmes-Laski Letters, Volumn Ⅱ, Harvard University Press, 1953, p. 1223;此外,戴雪的《英宪精义》(1897年出版的第5版)出版后就被译成法文,也受到法国学者极大的批评。Lowson, Diecy Revisited, I, p. 111.

越权禁止原则(ultra vires doctrine)及自然正义(natural justice)。[①] 其实早在一年前(1914 年),戴雪在《法律与舆论》(Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century, 1905 年初版)第二版中,也抒发了类似的看法。戴雪认为,进入 20 世纪后,英国人民对于放任主义已逐渐失去兴趣,受到欧陆传来集体主义的思潮所影响。他细数自 1908 年的《老人年金法》(The Old Age Pensions Act)、《煤矿法》(The Coal Mines Act)、1909 年的《财政法》(The Finance Act)、1911 年的《国家保险法》(The National Insurance Act)等,都是带有法国行政法色彩的法律,使行政机关拥有部分的立法权(制定行政命令)及司法权(如罚锾)。同时因大型国有企业(如铁路)的释股,使得人民变成股东,人民和政府截然对立的情形被打破。虽然戴雪在本文中因忧虑英国可能迈向集体主义而表示反对,也不解为何英国的资产阶级会跟着迷恋此反对个人主义的风潮。[②] 戴雪这个观点的改变也反映在《英宪精义》的修正上。1915 年修正的第八版中,戴雪终究承认,如果能由富有行政经验及法学素养的官员参与行政案件的审理,或许比最高法院各庭审理更能有效地执行法律,唯必须完全独立于政府影响之外。

戴雪对于法国行政法及行政法院制度的厌恶,虽然到了晚年已稍加更正,但是对英国朝野的影响太大了,以至于英国迟迟没有对建立妥善的行政法院制度认真考虑,也不承认公法是英国法中另一个和普通法鼎

① Wade/Dicey, Ibid., CXlix.;罗森也认为戴雪独尊所谓的普通法(Common law),其实无疑等于承认普遍的公平精神(general spirit of fairness),并不仅是英国当时法制而已。Lowson, Dicey Revisited Ⅱ, p. 220.

② Wade/Dicey, Ibid., CXlvii.

足并立的新兴的法,①此情形在第二次世界大战后也跟着有所转变,在战前就批评普通法院优越论的罗伯森教授(W. A. Robson),已主张英国应该建立一个中央级的行政法院(General Tribunal),可以受理部会中各行政法庭的上诉,来制止行政部门违法的决定。1955 年英国伦敦三大法律学院的内寺保守党及统一联盟协会(Inns of Court Conservative and Unionist Society)公布一份名为法治的档案,要求在英国高等法院内设立一个行政庭,审理有关行政法之案件。② 但影响最大的,真如 1957 年的法朗克斯委员会(The Franks Committee),这个由法朗克斯爵士(Sir Oliver Franks)所召集的委员会全名是行政裁判庭与公共调查庭委员会(Committee on Administrative Tribunals and Public Inquires),负责研究英国应否立法规定设立多种行政裁判庭及公共调查庭的组织。该委员会在同年公布一个报告书,采取了肯定的见解。英国国会遂于次年(1958 年)公布一个行政审判庭及调查庭法(The Tribunals and Inquires Act),英国目前有多种的行政裁判庭。英国设立行政裁决所的目的乃在于能迅速,且花费较少地解决有关行政案件的争议,并且达到公开、正确及公正(openness, fairness and impartiality)等在法朗克报告中所揭示的三大原则。行政裁决所准用此庭的诉讼程序;采合议制(多半是三人),但多半以习法者担任;独立行使职权;且承认案件是同一类型的,故几乎是专门

① W. Friedmam, Ibid. p. 278.;甚至直到今日,一提到法文的行政法(droit administratif),都多半是指政府违法但却不必负起法律责任的特权而言。例如,大名鼎鼎的高等法院法官丹宁爵士(Lord Denning),在 1970 年的案件(Ministry of Housing and Local Government v. Sharp)判决中说:英国法并不许可政府官员躲进 droit administratif 的庇护之中!同案的另一个大法官 Salmon 也说:英国无 droit administratif 的适用余地。由此可见对法国行政法的误解与成见也。见 H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 6th ed., 1988, p. 26。

② Wade/Dicey, cxxvi.

案件的裁决所。① 不过，对于这些行政裁决所的裁决不服，如果涉及法律争议时，可以上诉到法院。法朗克报告中建议仍由高等法院（High Court）来承审。易言之，不必另行成立类似法国的中央行政法院之类的法院。② 这个建议也被采纳。故在法律方面已经承认行政法的存在，以及让具有专业知识背景者充分解决行政法争议而设立多种行政裁判庭，但又保持英国普通法庭独尊的传统，不采法国式的成立中央行政法院，这种折中式的改良可以明显地看出已采纳戴雪晚年的见解，③目前英国有各种各样的行政裁决所，总数达到 70 余种之多。④

3. 法治观的第三个要素，亦即英国宪法是人权实践的结果，而非原因之问题。

戴雪为了英国并没有成文宪法而辩护所提出此法治观的第三个要素。严格而言，此第三个要素涉法治的概念较少，学理上讨论的价值也随着降低，学界的批评也较少，不过詹宁斯也不放过。戴雪认为英国二三百年来就实施法治的关键乃是法院依法律独立审判的结果，似乎国家只要有法院依法律独立审判即称为法治。詹宁斯质疑法国在路易十六时也有法院及法律制度，却不能保障人民之权利。而且法院的职责既然只是就现存有效的法律加以公正的执行及加以批注，则国家制定的恶法

---

① J. Alder, Ibid. p. 277；例如，在 1988 年英国社会安全上诉裁决所（Social Security Councial）在一年间即可处理三十万起案件。该上诉裁决所共有裁判员达 7000 名，主席有 650 名之多。税务署也有裁判员 450 名，在 1987 年度也审理六十万起案件。英国行政裁决所的案件吞吐量委实惊人。见 Sir H. Woolf, Protection ofthe Public - A new Challenge, 1990, p. 69。

② J. Alder. Ibid. p. 279.

③ 对于英国不愿抛弃普通法院独尊的看法，Friedmann 也表达了强烈的批评！W. Friedmann, Ibid. p. 316.

④ Sir H. Woolf, Ibid. p. 69.

就可能被法治的制度来利用,成为戕害人民的工具。① 詹宁斯的批评实不无道理,戴雪苦心诣旨说明英国法院在许多案例中形成人权的理念来说明英国在不成文宪法已存在的人权体系之架构,反证有成文宪法之国家(特别指比利时)宪法中的人权条款徒然仅是条文而已,因为诸项人权仍可由各种法律来加以限制,故不如英国在实际上已通过法院来实践了人权。② 然而,只要吾人进一步考察,为什么英国法院能够塑造了法治的判决?依戴雪的理论是,依几个护卫人权极有贡献的法律,最典型的是提审法之于人身自由;暴动法(The Riot Act)之于公开集会自由等。因此,英国是已有合于宪法人权理念的下层次的实证人权法律,方是构其为法治之国,所以即使英国已有成文宪法也不妨害其具有法治国之特性。由这个推断可知英国是否为成文宪法,并不是以说明其法治是否具备。戴雪称英国为不成文宪法才会形成其独一无二的法治,在逻辑推论

---

① 詹宁斯把法治形容为一匹桀骜不驯的烈马,见龚祥瑞、侯健(译),第42页;罗森则反驳,既然戴雪认为英国是真正的法治(a very real sense by law),且是以英国的民主体制和法国路易拿破仑时代作比较,当然会反对把对一个类似纳粹德国之流没有人权的国家,列入法治国家之行列。Lowson, Diecy Revisited I, Ibid. p. 113; 同样地,Hibbitts也援引戴雪在1905年的《法律与舆论》(第407页)所说的,法律是以保障人民免受政府干涉之自由为目的,这种法律是高过一般的政治。法律及其工具(Instrumentalities)——法院,应防止来自政府的干扰。B. J. Hibbitts, Ibid. p. 31, note 107.

② 由此可以看出戴雪对于类似人权条款效力的怀疑。戴雪在1905年的《法律与舆论》就有一段话表示,法国虽然公布人权宣言,但并不能避免成千上万的人民送进革命法庭处死;美国即使公布独立宣言及增订宪法人权条款,亦并未让黑人免予奴役。这些人权档虽可使世人确信主权者的暴力不能变为公理,但也显出人权条款只是对抗暴政的一个非常软弱的篱障(a very feeble barrier)。P. P. Craig, Ibid. p. 141.

上并不能成立。①

詹宁斯就此部分对戴雪理论的批评，已经触及法治概念的根本核心，即恶法之治的问题。戴雪肯定英国法院依法律独立审判，使人民获得充分的保障，才是法治的体现，因此法治的前提乃法律是保护人权、而非蹂躏人权。否则尽管有法律及法院，人权并不一定能获得保障，最明显的例子莫过于德国在纳粹统治时期，大部分违反人权的案件都在普通法院内，由法官独立依法律判决！如何使法律成为法治的工具，涉及法律实质的问题，这种上位的价值观方是左右法治之因素！

（五）戴雪法治概念的贡献

尽管戴雪法治概念容有甚多值得批评之处，詹宁斯甚且批评他是戴着自己的眼镜来观察英国宪法。② 但是平心而论，戴雪的理念有甚多值得吾人赞同者，试举一二以明之：

第一，其理论是以护卫人权为出发点。虽然《英宪精义》的篇幅未及于英国整个宪政体制，例如对于王室的权力、地位即略而不谈，但其重点则置于人权。并且，他用极简单的归纳性用语来描述法治的意义，而避免使用令人望之生畏的哲学式与法学用语，也是本理论容易被人接受之处。③ 戴雪处处称赞英国制度之优于他国，特别是法国，也可吸引爱国主义的同胞接受其理念，进而肯定保障人权的重要性。虽有不少人批评其系代表19世纪的个人主义、放任主义及自由主义，但这是其个人的信仰

---

① 此观乎戴雪对美国宪法实施成功的赞许即可得知。戴雪除了在《英宪精义》中明白提及实行成文宪法的国家中，只有美国拜实施类似英国的普通法及普通法院体制之赐，才可以算是一个法治成功的国家。另在《英宪精义》第一版出版后不久，戴雪在英国《法学季刊》(2 Law Quarterly Review 1886, pp. 88－89)中说到，美国宪法已展现出其确实的可行性，方可将如潮水般的民主导入安全的管道中，可见得戴雪内心钦羡美国的成文宪法也！见 B. J. Hibbitts, Ibid. p. 28。

② 龚祥瑞、侯健(译)，第220页。在批评戴雪法治观的结尾最后一句话，詹宁斯也意有所指地提出警告：过时的宪法原则不能当成新时代政策的决定指标，因为宪法学者们的原则，对于政策的形成，往往是一个危险的基础。

③ J. Alder, Ibid. p. 44.

问题。另外本书专门分三节讨论人民的人身自由、言论自由及集会自由,将法治与人民自由紧密地连接在一起,这是当时一般宪法教科书中所少见的。①

第二,强调法院的功能:戴雪的法治观完全是以法律学者的视界所构成,因此对于法院的功能极为强调。构成其法治观的三个要素无一没有法院的任务在内。可见戴雪对法院的重视。书中讨论许多法院的判决(例),使得本书是严谨的法学著作,亦为其特色。②

第三,对于行政权的不信任。戴雪把英国宪法主义分为两大部分,国会优越理论推崇立法权之崇高;法治理论则置重法院之依法独立审判。相形之下,而对任务正日益增多、势力正日益膨胀的行政权反而不予重视,而戴雪一再表示忧虑的正是行政的滥权,③故其法治观处处表现在压抑行政权。在欧陆各国随后饱受国内极权政府统治或是受到极权国家侵略的苦痛,使英国人不得不佩服戴雪的卓见。对行政权的怀疑成为法治的背景思想,使得法治观带着防御性的色彩,戴雪的宪法大作也有公民教育的功能在焉!

戴雪的法治观在本世纪初叶,遭到学界甚多的批评,而戴雪也不大力捍卫自己的看法,再加上第二次世界大战后,英国服膺福利国的理念,借着公益征收推行国营化运动,秉持自由主义的戴雪法治观顿成过时之理念,而其著之《英宪精义》也变成标准的古典作品,无疑仅具有法制史

---

① 本人手边正巧有两本当时最有名的宪法教科书,一本是 W. Bagehot 在 1865 年出版(第二版 1872 年)之 The English Constitution。本书只讨论国会、内阁、王室之关联,对于人民权利根本未讨论;另一本是当时的权威著作 Edward A. Freeman, The Groth of the English Constitution from the earliest times (1872) 也是偏重在英国当时政治结构的分析,未提人权。

② Alder 教授也认为戴雪信任法官超过立法者,使法院作为人权的保护者。J. Alder, Ibid. p.50.

③ 戴雪在晚年时最担心的则是政党及其他社会团体(如工会)的嗜权,也担心社会主义和集权主义会侵蚀及推翻英国的宪政及法治。B. J. Hibbitts, Ibid. p. 13.

教材的价值。但20世纪80年代后，英国又对福利国政策重作考虑，对人民自由权利及市场竞争力的重视又成为主流思想，戴雪的法治观重新受到学界的重视①。故吾人可知，后世的英国学界尽管对戴雪的法治观持保留的看法，但对于戴雪前述的用意及贡献，多表肯定，而且将其学术见解解释为（或美其名曰为）时代的产物！亦即戴雪的大作乃英国19世纪末期的政治、社会现象及民主体制下的产物，故可为系反映出当时的公法观，吾人不必以后世法政思想的发展来批评云云，皆可看出学界颇尽力为这一代公法学巨人提出辩解也。②

三、英国法治观的发展

（一）韦德教授的法治概念——修正的戴雪法治观

戴雪的法治观虽然有理论上的缺陷，且终其一生并未对该法治观的三大构成要素加以更正，但时代终究会对此老旧的理论挑战，学界虽不否认英国是一个法治的国家，但此法治应有何种内涵？一位赋予戴雪宪

---

① 享誉国际的经济学家海耶克在1944年出版的《到奴役之路》（The Road to Serfdom）中已经重新阐扬戴雪的法治观。海耶克反对大有为的政府，认为政府只需保持军队以御外侮、维持警察以防止犯罪以及设置法院用以解决契约、刑事及财产官司即可。应该给予人民最大的自由，并且任何法律的界限都应让人民确知，以便预先安排其权利范畴。法院应该以保障人权，防止政府侵犯人权为主要目的。海耶克的见解明显是对当时酿成人类浩劫的欧洲法西斯及共产政权所标榜的集体主义所做的反思，故主张最小规模及作为的政府。据说1979年至1990年英国撒切尔首相即是服膺海耶克的理论也。见I. Loveland, Ibid. p. 74；中文译本可参见海耶克《到奴役之路》中译本，张尚德（译），桂冠图书公司1987年版，第66页。

② P. P. Craig, Ibid. p. 143；即使批评戴雪最力的詹宁斯教授，其在戴雪去世后所撰写的一篇论文“向戴雪致敬”中，也很感性地提出这一看法，认为即使戴雪在大作中不宣扬其（颇有问题的）法治观，同时戴雪似乎也对于政治经济并不专精，但也无损于本著作的学术地位。J. Jennings, In Praise of Dicey, p. 123.

法理论新生命,在《英宪精义》第九版及第十版内撰写《导论》的韦德(H. W. R. Wade)教授,提供了新的看法。

韦德教授在其权威著作《行政法》(Administrative Law)一书中,对于构成英国宪政基础的法治定下五个意义,吾人可综合如下:(1)合法性原则;(2)裁量限制原则;(3)平等原则;(4)特权禁止原则;(5)罪刑法定主义原则,谨再析述之:

(1)合法性原则:韦德教授认为法治首重一切依法(everything must be done according to law)。政府所为任何会侵犯到人民财产或自由的行为,都必须由国会通过的法律来证明(justify)其行为合法。亦即必须提供其侵犯人民权利已有严格的法律依据(a strictly legal pedigree)。如果法院认为这个法律依据有瑕疵,即可宣布本法失效,而不承认其侵权之合法性。[①] 我国台湾地区学界对于韦德这一定义并不陌生,乃明确的法律保留原则(Vorbehalt des Gesetzes)。

(2)裁量限制原则:相较于戴雪把行政裁量当成恣意独断的权力的褊狭见解,韦德则采与戴雪完全相反的观点。韦德了解现代政府功能复杂,不能没有广泛的裁量权。但是政府的裁量权必须有适当的限制,此即为法治的第二要义。韦德指出,以英国内阁制的国家,行政权往往与立法权互为表里,国会往往以睁一只眼、闭一只眼的方式通过法律,漠视政府可能滥用裁量权的危险性。最明显的便是使用概括或广泛授权的字义(excessively sweeping language)来通过法案。此时,要防范行政滥用裁量权,唯有依赖法院。法治原则要求法院在审查案件时,应仔细推敲授权法律的意义,在字里行间寻觅出既可保持行政权达成其任务,而另一方面又不会造成行政滥权的诸多原理及原则出来。所以,法院的职责重大,但实行不无困难。因为前述的合法性原则是一个斩钉截铁的概念(a clear - cut concept),但本原则就较为抽象,无一具体的内容。故法

① H. W. R. Wade, *Administrative Law*, p. 23.

官应该脱离政治成见，不管政治原则，纯就法的原则来对行政裁量加以定规定矩，即使授权法律内无此规定亦然！

（3）平等原则：对于第一项的合法性原则有所争议时，则可将此争议提交普通法院审理。和戴雪一样，韦德也承认英国（包括曾为其属地之美国）的不另设行政法院，而以普通法院负责审理行政法案件之优越性。只不过与戴雪心直口快地批评法国行政法院体制的偏颇不同，韦德虽认为目前诸如德、法、意等国的行政法院并非没有享有完全独立于政府的独立性，但从其对英国制度之使用由最高独立性（highest independence）的普通法院法官来审判行政案件之字样，可知韦德心中的用意了。

（4）特权禁止原则：第三个原则乃强调官与民争是由普通法院审理，显示出英国法治观的平等——其实毋宁是显示出英国普通法院的优越地位。第四个原则强调政府与人民在法上的平等（even-handed）。易言之，韦德承认政府必须拥有比人民更多的权利，但不允许政府（或王室）享有不必要的特权及免除普通法（unnecessary privileges and exemption from the ordinary law）。韦德所举的例子，如王室直至1947年前，皆可主张其臣仆——官员及雇用之人员，一旦侵犯他人权利时，王室可以免除一般雇主之赔偿责任。[①] 此外，韦德亦批评英国邮局对于寄件人的交寄物品有所损害时，并不负担损害赔偿责任的特权，认为此举已违反法治。[②] 这些被批评为法治的小漏洞（lacuna in the rule of law）者，显然都局限于侵权行为之上。故韦德认为，原则上所有公权力（public authority）只要不妨害（not in consistant）政府之功能时，就必须负担完全的法律责任与义务。

（5）罪刑法定主义原则：本原则系指除非法律有明文规定，否则国家

---

① 不过，英国王室却未尝如此主张过。Wade, Ibid. p. 25.

② 依英国1969年的《邮局法》（Act of Post Office 1969），邮局已不是政府机关，但本法规定，除挂号信件外，其他交寄品在运送过程中发生的损害，即使是邮局的过失所致，邮局亦可免除赔偿责任。Wade, Ibid. p. 166.

对于人民之行为不能加以处罚。韦德指出此一构成法治的第五个概念,是唯一一个不在公共行政范围内的原则。

韦德教授此五个对法治的新解,已将戴雪法治概念的三大成分完全包括。例如,戴雪法治观(1)和韦德法治概念(5)一致;戴雪法治观(2)和韦德法治概念(3)及(4)并无太大差异;戴雪法治观(3)的不成文宪法问题,韦德虽未触及,但戴雪强调普通法院的优越性也在韦德法治概念(3)中获得共鸣。不过,韦德法治概念毕竟较戴雪更具全面性。例如,第一,将法治的规范范围及于所有的国家行为,此可见其法治概念(1)和戴雪将法治观只局限于司法,特别是刑罚权,有所不同。第二,重视行政权的规范,戴雪不将法治原则施于规范行政权之上,韦德却相反!其在解释法治概念(5)时,已指称前四者概念是公共行政(public administration)范围内的原则,故其法治概念是基于行政法的眼光,唯有概念(5)的罪刑法定主义才是行政外的法治概念。故韦德法治概念是行政法治观,戴雪虽自称是宪法的法治观,但实际上是司法的法治观。为此,韦德称法治是行政法的主源(main spring)。[①] 第三,当然作为行政法专家,韦德不仅不排斥行政法的存在,且加以系统化地分析,故其法治概念进一步肯定行政裁量的存在价值,但致力于拘束该权力的行使,此形成其法治概念(2)的内容,和戴雪误解裁量即为权力专断滥用,益可见得韦德法治观的进步!

不过,韦德的法治观也处处看到戴雪的影子!虽然韦德成功地避开了戴雪错误观念的阴影,如裁量与行政法的成见,但在格局上仍显狭隘。他并未提到成文或不成文宪法的问题及对法治的影响,也未强化法治之质的问题。按依法行政或依法审判都是依法,但法若是恶法应如何处理?韦德虽在概念(5)处提及法治常系于公正及适当之政府(fair and

① Wade, Ibid. p. 26.

proper government)，但无助于解决上述恶法亦法的疑虑![1] 韦德虽然宣称其整本行政法都致力于如何阻止政府的滥权，以贯彻法治的实践，[2]却未在法治概念内勾勒出一个原则，也未有像戴雪强调重视人权而获得法治观的特色。故韦德的法治观不免失之纷杂。但既然其概念大体上承袭戴雪的构思而加以改正，故可称为是修正的戴雪法治观。

(二)形式意义的法治观

主张把法治当成一个中立的机制者，吾人可以称为形式意义上的法治观，英国宪法学者主张此见解者，不乏其人，兹举詹宁斯、艾德及古德哈特三位学者为代表。

詹宁斯教授认为法治是一匹桀骜不驯的烈马，既可形成保障人权的机制，亦可形成专制及强权侵占他国的借口。因此，他认为必须靠其他的机制来辅助。他认为，法治并非法律和秩序的同义词，毋宁是区分民主宪政体制和专制的代名词。詹宁斯着重法治于实际面，认为唯有实践的法治方有意义，方不致沦为理论家的纯粹政治观点。詹宁斯提出实践的法治观最根本的要素便是：定期自由选举。这种民主的政体才会自然地产生权力分立、保障人民自由权利、平等权以及其他政党竞争、言论自由等的实践。詹宁斯对于法治并不在意理论如何，反而是所谓的配套制度，法治即成为一种技术性质的工具也。

另一目前英国甚为盛行的宪法与行政法教科书的作者艾德教授(John Alder)，也讨论了法治的概念。艾德教授认为英国广义的宪政主义(Constitutionalism)，系由法治及权力分立两个大原则所构成，其目的乃在于控制政府(此政府包括职司立法的国会在内)的权力。但法显然是由政府制定及执行的，如何使政府也愿意受到法的拘束？艾德认为有

---

① 虽然在概念(3)处，他曾要求法官在审查裁量时严加把关，将法律即使原本未对裁量设限，但却已有滥权之虞时，法官仍应加以限制以维护人权。但却未言及法官可以舍弃一个明显违法的法律而不予适用！

② Wade, Ibid. p. 26.

四种方式来确保政府必须受到法的拘束:(1)靠独立的法院来创造出基本的正义与人权原则;(2)实行分权制,包括三权分立及中央与地方之分权;(3)建立民主及代议政治,使得政府的更替受制于民意;(4)使人民参与政府的决策,例如引进公民复决的制度。这四项规范政府与法之间关系的方法,都系于政治的善意(political good will),[①]也和韦德教授所说的公正与适当之政府(fair and proper government)类似。此四个方式都是环绕在一个前提之下,亦即国家依法而治。

艾德教授认为,这一本于个人主义的法治概念,乃着眼于人类的事务是需要规范的及有可预见性的(predictable)。所以法治概念的第一个意义,便是政府及政治势力都必须被已制定及周知的规范来限制,且此规范应该公正地适用于全体之上;第二,法一经制定,全体应一致遵守,即使当初不赞成者亦然!这是法治在道德观上显现的要求。不过,艾德也认为,这第二个意义不是法律的意义,只是道德律,所以应排除在法治的概念之外!既然法治依第一个意义是依已公布的法规作为法秩序的来源,故法治概念便成为一种保守,且依先例(precedents),意即实证法规建构的体系,也就不能避免恶法亦法,以及将法作为政府行为正当性的依据。[②] 对此问题,艾德也明确承认,光凭法治这个概念是无法避免法治成为暴虐政权的工具。易言之,艾德把法治视为单纯的工具论,法治概念并不涉及法的质量——是否为保障人权或授予政府滥权——的问题。要防止政府利用法治的概念来胡作非为,就必须借助其他机制,如前述之权力分立,或是使政府受到法拘束的四种方法,方可有效地限制政府冒用法治之名,行滥权之实。故艾德一再提及,今日大多数英国的

---

① J. Alder, p. 39.

② 因此法治并不能充分保障国家不沦为暴政,艾德曾举一个左派的英国教授 E. P. Thompson 所说的名言:法治是一个不够格的人类之善(unqualified human good)。Alder, Ibid. p. 43.

法学教授及律师，均视法治概念为无意义，且内容空泛的政治理念而已！[①] 艾德的法治观呈现出浓厚的价值中立色彩，和戴雪或韦德之或多或少强调保障人权的含义，迥然不同。不过，艾德虽未强调人权与法治的关系，但其把法治目的局限在控制政府的滥权，当然也寓有保障人权之意涵在焉，且不可忽视其所谓人类事务（human affairs）之需要规范及可预见。前者已包括政府及人民的行为在内，后者则可称为可预见性理论，此处亦和德国的法治观不谋而合。另外，艾德在法治概念中并未对法院特别着墨，而将法院的功能放在权力分立部分内，也再度呼应出艾德不是靠法治概念本身，毋宁是靠分权等其他体制来确保国家宪政的生命。虽然艾德在其大作中对于法治概念的讨论，几乎完全集中在分治及批评戴雪的见解上，并未对法治观提出更进一步且深入的理论架构，当然也未提及其法治观所显现出的工具论，或是如德国宪法学所谓的形式意义法治国概念。但本文既已仔细分析其理论，即可得到此见解，且由此来推论如艾德教授所称的，英国法学界多半不再重视法治概念，而认为无意义时所显现本概念的仅具形式而已！艾德教授此见解也可称为形式的法治观。

艾德教授的见解其实并非全皆创见，英国法学前辈亦有持类似见解者，例如牛津大学教授古德哈特（Arthur L. Goodhart）在 1958 年就发表了一篇《法治及绝对主权》的论文。[②] 这篇论文是针对一位美国联邦最高法院法官罗伯兹（Owen Roberts）的一个演讲所作的解释。罗伯兹于 1951 年 11 月赴牛津大学发表一个著名的演讲《国际世界的法治》（The Rule of Law in the International Community），古德哈特时任牛津大学法学院（University College）的校长，借此发表其对法治的见解。

罗伯兹提到一个法治的国家有三，第一，必是代议政府；第二，人民

---

① Alder, Ibid. pp. 42, 45.

② A. L. Goodhart, *The Rule of Law and absolute Sovereignty*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 106, 1958, p. 943.

的自由及权利必须由法律来保障;第三,政府对人民权利的侵犯必须由法律来界定其范围。古德哈特认为罗伯兹的见解可以综合成三个名词:民主、基本人权及法治。而且这三个名词也因此彼此混淆不清,而有澄清的必要。

古德哈特并不将民主视为法治的概念之一,因为即使民主政体并不能保证完全实行法治,此时宪法的实证控制力才是面临考验的时刻,故民主和法治不能混为一体;在基本人权方面,法治当成一个机制(machinery),法治本身并不一定可以保护人民的基本权利,人权的存在只是法治实践的基本结果而已,因此,古德哈特将法治的拘束对象朝向公权力的行使者。易言之,包括行政、立法及司法部门的人员,即所谓公职人员(public officiers)之上。

在此,对于法治的用语就有加以解释的必要。其认为一个法治(a rule of law)和法治(the rule of law)不同。前者有两个意涵:用法律(law)来拘束人民以及拘束公职人员(public officiers)。国家法律若只是以拘束人民为对象,就和"rule by law"无任何差异,①此非法治之真意。从而,法治应该以法律拘束公职人员为对象,所有公职人员的行为接受法律拘束,亦即所谓的居于法下之治(rule under the law)。故法治的意义即指所有广义的行使公权力者为对象。法治的用语应具有广泛性质的"the rule of law"及"the rule under the law"。至于可能会产生混淆的"a rule of law"及"rule by law",则应避免使用。②

---

① 我国台湾地区宪法学界早在20世纪60年代即有李鸿禧教授指出此差异,见其著"战后台海两岸民主政治之推展与竞争"一文,载《宪法与人权》,1991年第6版,第228页。

② 不过欧美学界对于法治是否要把"rule by law"的用语排除,亦颇有争议。例如,美国著名的高斯(G. F. Gaus)和德沃金(R. Dworkin)都认为,政府应该被列为"rule by law"的对象,此乃法治(rule of law)的当然解释。如此既然都是把政府及人民皆列入法的管制,"rule of law"和"rule by law"即无差异。见R. Dworkin, Political Judges and the Rule of Law, in: A Matter of Princple, Harvard University Press, 1985, p. 11; 另见G. F. Gaus, Public Reason and the Rule of Law, 1995, p. 328; A. L. Goodhart, Ibid. p. 997。

古德哈特认为美国哈佛大学法学院院长庞德把法律分成书本上的法及生活上的法，可以搬到法治概念之上。宪法诚然可以冠冕堂皇地规定有关法治的制度，但也可能彷佛一个漂亮的橱窗，正可掩饰窗后空无一物的商店一样。他认为一个实践的法治国家应该也有三个要件：第一，国家应有适当的规范执行程序，特别是法律的执行。一个人知道宪法有保障其免予非法逮捕拘禁之规定，其实并不重要，重要的是有一些机制可以使这种非法拘禁的状态结束。第二，所有国家的公职人员都应知晓其受到法律的拘束，这些公职人员由立法人员开始，因此，并无国会主权优越的理论。① 至于行政权及司法权受到法律拘束就更不在话下。一个国家的法治质量，只要看看该国警察是否尊奉法治的原则即可判定。第三，最重要的因素乃每个社会男男女女的心中，应该把法治当成最高价值，使违法行使公权力者，受到法律的制裁。他亦警告，容忍政府可以为达目的不择手段，无疑宣告政府依法而治的终结。② 易言之，社会应该养成尊奉法治的文化，不仅不允许个人权利遭到侵害，也要防止其他人的权利遭到类似的非法公权力侵害也。③

由上述古德哈特教授的法治观，特别是把法治当成一个机制（machinery），已经呈现出相当程度的价值中立。吾人把其立论，例如把法治作为拘束国家公权力行使的主要机制（易言之，法治的拘束对象局限在公职人员）；民主及人权概念不能和法治混为一谈；全民的法治文化

---

① 古德哈特批评戴雪所持国会主权理论，认为没有任何法律可以拘束英国国会，所以英国国会拥有绝对主权云云，会把英国国会比拟为专制国君一样！只要英国国会依然受到历年先例、历史人权典章等的拘束，即丧失自由立法的意志，就不会拥有绝对主权也。A. L. Goodhart, Ibid. p. 950.

② A. L. Goodhart, Ibid. p. 962.

③ 德沃金也认为一个法治国需要人民拥有这种道德上的权利及义务，并在国家法律上承认人民有此政治权利来纠举国家及政府之不法。法治即国家用人权正确的公共概念来治理。R. Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law*, in: A Matter of Principle, Harvard University Press, 1985, p. 11.

素养表现在使违法妄为之公职人员接受法律的制裁……都可以理解古德哈特把法治精神置于限制公权力的滥权之上。而法治的质量,其也断言在对此机制的尊奉程度,而非对于作为规范工具的法律本身之价值,古德哈特教授所持的法治观,仍只停留在形式意义之层面。

(三)实质意义的法治观——瑞兹教授见解的变与不变

与艾德及古德哈特教授注重其他配套制度的所代表的法治观作比较,现于戴雪母校——牛津大学贝里奥学院任教,且极著名的瑞兹教授(Josepf Raz)实行实质意义法治的概念,值得注意。瑞兹在1977年发表"法治及其特点"一文,①认为法治如果仅是强调政府一切作为依循现行法却不能防止政府滥用法治来侵犯人民时,此法治即无任何意义可言。瑞兹因而主张,法治应该有其他价值的要素渗入不可。这便是讨论实质意义上的法治。

瑞兹提出作为法治概念的法必须具有五个特点,分别是:(1)普遍性(general);(2)预期性(prospective);(3)公开性(open);(4)明确性(clear);(5)稳定性(stable)。析述如下:

(1)法之所以要求有普遍性,乃在于避免政府采取不理智,且针对个案规范的方式来侵犯人民的权利。

(2)法之所以要有预期性,乃在于避免不当的溯及既往。其引述1870年的Phillips v. Eyre案件,主审法官J. Willes所裁示的,对于过去依法交易的行为,既已有合法性,则不能随便以嗣后的法律加以更改。除非为了避免产生现实的公共不利及错误(practical public inconvenience and wrong)时,方得为之。另一个1892年的Lauri v. Renad案件,法官Lindley也明确指出:除非法律有明确的语意规定溯及效力,否则英国法的基本原则是不承认此溯及规定(restrospective operation)。

---

① J. Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, 93 LQR 195; C. Turpin, *British Government and the Constitution*, Weidenfeld and Nicolson (London), 1986, p. 53.

(3)法要有公开性,这是指法律必须广为国民所知,此在英国并不成为问题,但要求所有行政命令都有公开性,就极难达到这个程度。

(4)法之所以要有明确性,旨在使法能确实成为一个有效且可靠的行为指标(guide to conduct)。

(5)法之所以要有稳定性,乃用以避免人民因朝令夕改而不知所措,从而不能未雨绸缪。①

瑞兹虽然提出法治的五个特点,但他也预见了此五个原则有时会产生冲突,故其阐释法治的意义乃在:使法能够成为一个有效的指标,以实现尊重个人尊严及自主性的理想。这五个法治的要素都代表着宪法的价值观,但应注意法治并非绝对不变的价值,而是于必要时可彼此平衡地存在于各种法律体系内的价值。

瑞兹的法治观将法的品质与法治概念合二为一,将价值观带入法治的概念内,无疑是英国宪法学理的一个重要的里程碑。明确可见的,这种价值观仍是属于法律的价值观,诸如法的普遍性、预期性……都可归类到法理学的讨论范畴内,也仍可算是法律人所关注的焦点。瑞兹也将其法治观视为严格的法治概念。相形之下,其对于更宽松或是更扩张的法治观就不能接受。此可举1959年在印度德里(Delli)举行的国际法学大会(The Congress of the International Commission of Jurists)所发表法治的宣言为例。这个宣言认为法治是一个会扩张的机动概念(dynamic concept),每一个法律人应该促使此概念的大力实践。法律人除了要作为自由社会中个人人权及政治权利首要的保护及促进者,也要创造出使人人能获得发展及尊严的社会、经济、教育及文化环境。这个被称为德里法治宣言的法治观,将社会权的概念引入法治的价值观,且将法律人的任务由追求实证法律正义,提升到社会正义之上。瑞兹反对这种扩张式的法治见解,他批评,如此一来,法治(rule of law)已转变成良法之治

① Raz, Ibid. p. 199; C. Tulpin, Ibid. p. 54.

(rule of good law),把整个社会哲学当成法治的概念,反而混淆了法治的本意,使法治的用语丧失任何有关的功能!因此,瑞兹主张法治概念非采严格的解释不可。①

瑞兹上述见解似乎前后已相当矛盾。按理说,瑞兹前述五个法治特点已指出法治内在的价值观,例如不当溯及既往的法,即不成真正的法治。如此一来,法治应该等同于良法之法!但在批评德里法治宣言时,瑞兹却又摇身一变,反对把法治的价值渗入社会正义的价值,彷佛又像前述持形式意义见解(如艾德)②一样。瑞兹已较重视实质的法治意义,但却不能完全摆脱形式意义的法治观,故可说其处于摇摆在形式及实质意义的法治概念之中矣!

瑞兹教授在 1990 年另一篇颇有意义的论文《法治的政策》(The Politics of the Rule of Law)。③ 在本文中瑞兹把其法治的概念作了调整,对于诸如其在 1977 年提及的五个法治的特点,以及诸如罪刑法定主义等,其都将之列为法治的狭义的法学观点(a narrow legal point of view)。这些原则放入实际的政治制度后,往往会变得更模糊不清。所以在本文中即将重心置于一个国家如何落实法治主义。基本上瑞兹的论点如下:第一,国家一定要以民主体制为实行法治的首要前提,他相信唯有民主政治方可有效解决多元社会所涉及的各种阶层人民之利益冲突,所谓民主体制应该是通过定期改选、实行权力分立制度、法律优越性可拘束行

---

① Raz, Ibid, p. 195; C. Tulpin, Ibid. p. 58.

② 对于法治概念内不要有法律价值以外的因素渗入,其实艾德也有类似看法。艾德曾提及美国一些州法院在判决中指出政府应该实施福利政策,让低收入民众住屋的平等权利,对于英国人而言,此法治观无疑是一种把政治角力转到法律舞台的移转战场,用积极的政治斗争取代追求客观及绝对的真理。同时企图用法律方法来平衡不同的经济与社会团体间的矛盾。艾德也指出,此举将①给予法官极少的判断信息;②这些案件的结构性冲突,将不易妥协;③法院判决后,无法有效地监督判决之执行,例如地方政府无财力兴建国宅给中、低收入户。故美国法治所称的追求平等及正义,在英国并不能完全被接受。J. Alder, Ibid. p. 50.

③ Ratio Juris, Volume 3, No. 3, Dec. 1990, p. 331.

政及司法，而宪法的功能即在使国家的制度可以满足此要求。[①] 第二，维系法治主义的动力应该来自执法方面。瑞兹提出所谓的官僚正义概念（bureaucratic justice），官僚体系必须正义的不受党派政治的影响，中立地执法。瑞兹所谓的官僚范围比传统的官僚观念系专指行政官僚来得广泛，包括了法官、法律人（包括律师、法学教授）、警察及所有的文官体系。这些人应该中立地执法及适用法律，对涉案人民而言，渠等应该全为独立的陌生人，使官僚机构成为无名的中立机构（anonymous impartial institutions），特别是职司审判之法院更应中立且强大，[②]法院且可利用判例方式，以产生直接的规范力！第三，法律的质量应该符合前述的公布及公开要求，使人民可以预期其权利范围，以规划人生，以及符合明确性、理性等，以作为前述官僚机构执行的依据。第四，除了在制度层面及法律的质量要求外，瑞兹也和前述的古德哈特教授见解一样，认为国家也要产生法治文化，国家上下应该要把国家依法而治当成是一个奉行不渝普遍共同的文化（pervasive common culture）。人民可以知悉自己权利的极限，决定其道德观，也可借着民主体制来调整其对法律规范的不满意。瑞兹虽然承认每个国家或社会，可根据不同的文化及伦理价值观，而产生不同的法治。但是一个现代国家的多元社会，如果没有上述几个实行法治的机制及文化观，那即使通过几个法律，对实行法治也无济于事。[③]

---

① J. Raz, Ibid. p. 335.

② J. Raz, Ibid. pp. 333, 338.

③ A. L. Goodhart, Ibid. p. 962; J. Raz, Ibid. p. 339. 另外由两位英国的公法学者 Harvey 及 Bather 在 1965 年所写的一篇，且被译成德文的论英国的法治国中，作者的看法和瑞兹颇为接近。作者认为如果法治国概念不再补充下列四个原则，就会丧失意义，此四个原则为：①国会须由可代表人民意志的人员组成；②人民应可自由表达意见；③人民有结社集会之自由；④法律不能许可社会中的某些成员——如公务员、警察、其他公职或政党党员——可拥有不当的特权。见 J. Harvey / L. Bather, über den Englischen Rechtstaat. —Die rule of law, in: Tohidipur (Hrsg.), Der Rechtsstaat, 1978, Bd. 2, S. 364。

比较瑞兹教授前后两个阶段的法治观,可发现前后已有明显的改变。在较早期的见解中,其虽把法律的质量视为法治主义的核心,以保障人权,但此阶段较重视法治的实质意义。不过后来 1990 年的见解已作修正,他虽仍注意法律的质量,但重心却是把一个国家法治成功的重心置于制度层面,特别是国家民主性及执法机关中立性。易言之,已经朝向如艾德及古德哈特教授的见解,也是确保法律的执行及产生能够避免专权独裁及不公也。瑞兹教授的法治观也具体的由实质意义进一步地又融入形式意义的法治观之中。吾人可获得一个结论,似乎英国著名的公法学者的法治观已实行形式意义,彼此差距不远,而已形成共识矣,唯此形式意义的法治观并不接受恶法亦法的宿命,而是进一步地要求配套机制,两者不可或缺!瑞兹教授的见解之所以突出,乃是其最后所持的形式意义法治观,已经包括了讲求法律质量的实质意义法治观,故吾人可称为是修正的形式意义法治,比起其他学者又更显出其周延的特点也!

四、德国法治国家的概念

德国在 19 世纪是一个人文科学高度发展的时代,法学亦不例外。对国家的研究,如以法律的角度来观察,即产生所谓的国家学(Staatslehre)或一般国家学(Allgemeine Staatslehre)。[①] 这种将国家的属性侧重在与人民的关系或法律关系上讨论,便产生法治国家的理论。横亘 19 世纪,德国法学界讨论法治国家蔚为风潮,其中好几篇脍炙人口的著作,不仅讨论法治国的概念,同时也把法治国当成书名。按法治国家的德文用语为 Rechtsstaat,便是将国家(Staat)和法(Recht)结合在一起,

① H. Nawiasky, *Allgemeine Staatslehre*, *Erster Teile*, Aufl. 1, 1958, SS. 2, 59.

以和所谓的强权国家(Machtsstaat)相对应。此用语使人一望可知,系彰显国家应依法而治的意义。

本人曾撰有一文专门讨论德国在19世纪法治国家概念的发展,①为了比较德国在此时期对法治国概念的理解与英国的法治观有何不同,本文将讨论的时期断代在1885年前后。盖英国的戴雪在这一年出版了《英宪精义》,而总结一个世纪以来德国法治国家理念发展且日后创建德国行政法体系的奥托·麦耶(Otto Mayer),也正于此年完成《法国行政法原理》的巨作,并于次年出版。在1885年之时,可以清楚地比较德国及英国法治国家概念发展的情况,本节先就此时期前德国法治国理念的特色,奥托·麦耶在1886年的见解及日后德国法治国理念的转变,加以探讨。

(一)19世纪德国法治国理念的特征

笔者所作《德国19世纪法治国概念的起源》文章篇末,曾综合此阶段德国法治国理念发展的特色,计有三处,兹略加转述如下:②

1. 法律实证论的强调:德国在19世纪提倡法治国理念的诸位学者,均主张法律是维系国家秩序的工具,而此法律又指立法机关所通过的法律,故系形式意义的法律。法治国(Rechtsstaat)无疑成为法律国(Gesetzesstaat)。法学界认为法治国的法(Recht)不包括公平、正义的形而上学之意义,也不包括宪法所制定的人权条款在内。

2. 权力分立原则的确定:德国鼓吹法治国理念者都受孟德斯鸠权力分立论的影响,并且针对行政权可能滥权而强调权力分立的重要,用以制衡行政权力。

3. 思潮渊源方面,几乎所有人皆援引,并讨论康德的理性主义及自然法观念,作为国家摆脱以往人治的理论依据。同时并以孟德斯鸠的权

① 参见笔者"德国十九世纪法治国概念的起源"一文,刊载于本文集第一篇。

② Stammen, aaO. S. 87.

力分立论为骨架,但对卢梭的主权在民及美国宪政,却无特别重视的迹象!

如果吾人要对英国戴雪等学界主张法治的过程,德国此阶段的法治国理念又有几点特色值得注意:

第一,对于法国法政制度的重视:虽然大多数德国学者提到法治国概念,皆会援引德国哲学大师康德的见解,但真正影响德国法治国理念者,却是法国的法政制度。此特别明显地反映在:(1)承认行政法的存在,以及(2)建立行政诉讼制度之上。德国法治国观念,既然一开始就承认行政权的可能滥权,规范行政权的运作就唯有靠行政法的体制,此造成德国行政法的独立发展,与法治国理念的发展几乎是同步进行。例如,德国第一本关于行政法的著作为波哲(Josof Pözl)在1856年出版的《巴伐利亚行政法教科书》(Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts)后,撰写行政法的专论也蔚为风潮①,行政法成为法学研究的一环。同时自1870年起,德国大学将行政法列为讲座课程之一,故德国行政法的研究和法治国理念的确认与发展,不能分开!而德国对法国法政制度更进一步的肯定之处,可由其承袭法国行政诉讼的制度见之。虽然德国在1848年发生革命风潮,这个受到法国自由主义影响的运动,次年全邦代表在法兰克福公布的宪法草案第十章(Artikel X),专门规定司法制度,其中第182条第1项明确规定废止行政争讼,所有对权利侵害的审判概由法院行之。乍看一下似乎不许可设立行政法院,唯当时德国各邦并未设立行政法院,此行政争讼(Verwaltungsrechtspflege)系指行政官署就行使职权产生疑义时,得享有审判权,可谓集司法权与行政权于一身。1848年宪法的此项禁止行政争讼之意,当指此种行政机关球员兼裁判,

① 参见笔者:《德国行政法学的先驱者》,刊载于本文集第四篇。

也就是行政司法（Administrativjustiz）之谓！[①] 在19世纪中，德国提倡法治国理念最有影响力的两人，应推在1864年撰写《法治国家》的贝尔（Otto Bähr）及1872年出版《德国法治国及行政法院》（Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland）的格耐斯特（Rudolf von Gneist）。前者主张普通法院的法官恐不能胜任裁决涉及国家生活的公法争议，已建议成立公法法院（Gericht des öffentlichen Rechts）。此类似行政法院的法院，是否应如法国般地独立于最高法院外？或是设置在最高法院内？贝尔并未明言。但其不赞成公法及私法争议皆按英国制度由普通法院承审的立场，已极为明显。[②] 而曾经在1857年出版两本介绍英国宪政专书《当今英国宪法及行政法》（Das heutige englische Verfassungs - und Verwaltungsrecht），对于英国司法体系并不陌生的格耐斯特，在1872年出版的《德国法治国及行政法院》一书，更是把德国法治国理念建立在仿效法国行政诉讼体系而建立三级审的行政法院之上，并不采纳英国由普通法院承审有关公法争议的制度。按法国在1801年立法规定设立行政法院的体系，并作为保障人民受到违法公权力侵害的救济管道。格耐斯特提出此主张的当时，德国只有巴登（Baden）邦设立此类法院（1863年）。但很快地德国各邦日后皆接受格耐斯特的建议，纷纷成立行政法院。例如，黑森（Hessen）邦于1874年、普鲁士邦于1875

① 例如，萨克森邦1900年才开始立法建立行政法院，在此之前实行的则是行政司法性质的行政争讼制度。依该邦1835年1月30日公布的行政诉讼法之规定，当人民与行政官署涉及公法争议时，得提起行政争讼，此争讼采二级审，第一审由各城市成立裁决委员会（Amtshauptmannschaft）；第二审则由各邦组成裁决委员会。每个作成处分的机关内，应至少有一名具有法官身份的官员，方得为行政处分。对不服部所为之裁决，并没有行政救济的管道。见 Curt von der Mosel, *Handbuch des Königl - Sächsischen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., 1897, S. 7。

② Otto Mayer, aaO. S. 66，第61页。另可参见翁岳生："西德行政法院之组织及其裁判权之研究"，载《行政法与现代法治国家》，第11版，1990年，第417页。

年、符腾堡邦于1876年、巴伐利亚邦于1879年……都设立行政法院。[①] 当然,德国设立这种独立于普通法院外的行政法院体制,系采纳法国法制,但实质上仍是一级审的行政法院。易言之,只有此法院是由独立的法官来对系争案件为裁判,且只有一审。至于所谓的三级审乃合并前二级审,仍是设于行政机关内的行政争讼制度,还不能算是真正独立的行政法院,此与我国台湾地区的只有行政法院一级审,几无二致。而此行政司法(Verwaltungsjustiz)也是受到法国的影响。所以德国在19世纪60年代至90年代舍英就法的情况,可说是再明确不过了。[②]

第二,承认公法及私法之分:德国法治国家理念的发展既反映在建立行政诉讼体制,无疑承认公法的存在。德国法治国观念建立在对行政权的不信任上,亟须对行政滥权加以防止,成为法治国制度的考虑。早在1852年,一位著名的学者盖柏(C. F. Gerber)出版了一本《论公法》(Über öffentliche Rechte)。这是作者继1848~1849年出版《德国私法体系》后的另一著作,书中明确区分公法与私法。[③] 而在此《论公法》中,不仅是以法学方法分析了国家的政治结构及政府权限,同时也认为人民受

---

① F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl. 1928 (1963重印), S. 36; 翁岳生,前述文,第419页。

② 德国著名的公法学者Scheuner在1953年撰写一篇"法国行政法对德国的影响"一文,已明确指出有位德国学者Köstlin在1822年就撰文介绍法国行政司法制度,德国各邦甚多接受此看法。见U. Scheuner, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, DÖV, 1963, S. 718。

③ 按依今日的理解,盖柏此著作之书名应当译成《公法权利论》,而《论公法》应该系《Über öffentliches Recht》的译名才对。虽然后世对盖柏本书许多见解并不赞同,例如德国在1837年即有人(如W. E. Albrecht教授)主张国家法人说,认为国王为机关(Organ),1844年E. Wippermann也继而主张。但盖柏主张此学说会混淆公、私法之分,且政治立场保守的盖柏也不愿把国王矮化成机关,故对国家法人说持保留态度,宁采国家道德人格说(persona moralis)。见M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1992, S. 333。在战前普受日本法学界所重视,而由美浓部达吉教授所主张的天皇机关说,即可从百年前德国公法学界中(如Albrecht教授)获得理论的支柱了!

到公权力侵害时，不论该权利是基于公法或私法所保障，都应毫无差别地受到法院的保障。故本《论公法》也可称为《公法权利论》，[①]而公法权利的概念正与行政权的滥权分不开。故德国法治国家理念已经关注到全面性质的行政权侵犯个人权利的可能性，不只是类似私法的财产权受到侵犯之情形而已！

（二）奥托·麦耶的法治国思想

1. 麦耶前期（1886 年）的见解

堪称为德国古典行政法学开山始祖的奥托·麦耶于 1886 年出版了《法国行政法原理》，由书名可知其系以法国行政法为讨论对象，[②]而非专门讨论宪法。但令人惊讶的是，麦耶并未于此大作中提及任何法治国的用语，显示他对于此概念似乎并未加以重视，这和其于 10 年后所出版的更重要的著作《德国行政法》（Deutsches Verwaltungsrecht）中，将“法治国家”一词辟专章讨论相比较，可以看出这 10 年间麦耶态度的改变。不过，在此部显现麦耶公法早期理念的《法国行政法原理》大作中，已经可以探索出麦耶法治国理念的端倪。

麦耶《法国行政法原理》在进入第一篇《官署规则》（Die Behördenordnung）之前，有一个引言（Einleitung）叙述本书的基本理念。引言计分四小节，分别是权力分立；政府、司法及行政；行政法；及行政法学的任务。我们可尝试由此四节中分析麦耶对法治国的理解。

在本书第一节权力分立一开始，麦耶发表下列精辟的看法：行政法

---

① U. Wesel, *Juristische Weltkunde*, 1993, S. 120.

② 当然，麦耶并非将法国行政法的现状原封不动地搬来德国——此与麦耶于序言中之所述不符——而是已咀嚼了法国行政法的精华，且加入不少自己的创见。当时德国公法权威 Laband 教授即指明此点。参见笔者《德国行政法学的先驱者》，即使戴雪在论及英国法治概念的优越性时，也不讳言指出，当巴士底监狱被民众攻破时，因禁在内的犯人不及十人；而当时全英国待处决之囚犯不下百数十人，法国专制之甚，实际上不比欧陆其他各国为甚，英国人（及世人）已夸大法国专制的程度。见 Welacker, aaO. S. 101。

应该对于行使管理权的国家与居于其下的人民之关系,给予一个规则。这些可以规范所有国家行为及行政的规则,国家早就由宪法规范中获得,也是由权力分立的学说来获得之。任何法国行政法的讨论皆与此脱离不了关系。

这句开场白明确点明了国家对人民行使管理权,必须受到规则——行政法——的规范。这是源于国家的宪法秩序,也是权力分立原则的要求。麦耶在此虽然没有提到国家依法而治的上位概念,只提及行政法规范的对象是国家与人民的管理关系;但在稍后的本节中,他进一步分析合宪的权力分立之内容(Inhalt der verfassungsmässigen Machtverteilung)时,又提出了法律保留的概念。麦耶认为自法国大革命发表人权宣言以来,对于人民的自由及财产的限制,必须保留在法律方可。[①] 次而,在讨论行政及立法的关系时,麦耶提出了行政对法律的依赖关系(Abhänigkeitsverhältnis)理论。行政不能够表达任何违反法律的国家意志,[②]行政只能执行法律的意志。麦耶贬抑行政的优越地位,而取代以法律的优越地位,进而讨论行政及法律之间还有授权(Ermächtigung)及权力移转(Machtübertragung)的关系。前者指任何属于法律保留的范畴,行政只能为执行立法者的意志,方能对之侵犯。这种授权仅能由法律明白授予,并仔细地规定。后者指法律可针对某些对象,把立法权限授予行政,行政因此所为的立法便是行政命令,或称为第二级法律(Gesetz zweites Ranges)。[③] 不论是授权或权力移转,都凸显了对人民权利的保障。因此,麦耶在此讨论行政法的基础理念时,已勾勒出国家与人民间应有的法律关系、强调法律之优于行政的地位、基于人权保障的法律保留,以及由此衍生的立法授权问题。故在 1886 年时的麦耶虽未提及法

① O. Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrecht*, 1886, S. 4.

② O. Mayer, aaO. S. 6.

③ O. Mayer, aaO. S. 7.

治国的用语及其概念，但由上述的叙述可知法治国理念已融入麦耶的公法概念中了。

在第二节政府、司法及行政中，麦耶借着区分政府（Regierung）及行政之权力时，再度强调行政与法律的依赖关系。麦耶认为属于执行权的范围中，有某些行为不属于行政权，这些权力，例如最明显的莫如元首的权力，如批准公布法律、统率军队、颁给贵族头衔、任免官员及对外代表国家等行为，以及政策的制定、政党的合作……这些均称为政府行为（acte de gouvernement），也是一种领导全部国家机器（die Oberleitung der ganzen Staatsmaschine）的行为。政府权与行政权不同处在于前者系受到合宪权限（Verfassungsmässige Befugnis）的规范，并不一定要臣服于一般法律。后者则反是，行政权系依附在法律之下。麦耶重申，行政乃是从事于既定规范下的国家事务（Die Verwaltung besorgt die Geschäfte des Staates in der gegebenen Ordnung），①故必须获得法律的授权，方能干涉人民的自由及剥夺其财产，行政法律便是此种授权的法律，用以维持国家及社会现存的规范。同时对于行政权力有无遵守这个界限，则为行政诉讼（行政法院）的职责。而政府权是否逾越界限，则无法类同行政权限逾越，而无法律救济的可能。② 因此，麦耶称政府权的运作是否符合宪法所定的秩序，是属于宪法的问题，而非行政法的问题；是属于权力问题，而非法律问题。既然不能寻求行政法及行政法院的救济，此时唯如寻求宪法所规定的制裁途径，例如弹劾、倒阁、解散国会、诉诸选民……由麦耶对政府权及行政权的差别在于法律拘束的有无，依法律行政的概念已跃然纸上。另外，在本二节关于司法权，麦耶认为此国家行为的司法权之中心点便是确保人民权利，这是司法权的首要目的（Hauptzweck）。③ 司

① 麦耶也称这是：宪法进入行政法的渡口（Übergangspunkt），见 O. Mayer, aaO. S. 7, FN 1。

② O. Mayer, aaO. S. 9.

③ O. Mayer, aaO. S. 12.

法权的任务既在确保人民权利,所以司法权必须完全由行政权脱离出来,并保持独立,任何国家权力不能干涉司法权的运作。司法权也与行政权一样,都是执行权,故受到法律的严格拘束,此包括了选择适用法律,并在具体个案中将此法律规定加以实践,故司法权亦为执行法律权的一种国家行为。强调司法独立及依法审判,是麦耶继续前节三权分立及本节区分行政权与政府权时强调之依法行政另一个涉及法治国家理念的结论。

在第三节行政法中,麦耶将行政法定义为所有国家对人民行使管理(行政)权力的法规范。因为国家与人民发生的关系是由国家单方面行使权力来产生的,行政法的意义即在于依据法律的拘束力,使行政权力能确保及完成法秩序。麦耶认为可援引民法关系的两造当事人观念,把官署和人民视同行政法关系的两造,行政法即规范两造关系的总体法规范。在此部分,麦耶明确提出行政法对行政权力存有法律保留及法律优越(Vorrang des Gesetzes)的关系,甚至行政官署受到行政法的拘束,且超过民事法院之受到民事法律的拘束。麦耶提出法律保留及优越的用语,显见已经为其10年后出版《德国行政法》对依法行政的理念,构筑了清晰的架构。①

在引言最后一节(第四节)关于行政法学的任务,麦耶综合了行政与人民之间已经存有宪法及行政法的关系,故两者之间是一个法律关系。人民在此法律关系中,当成行政权力行使的对象,举凡所施之命令、负担、征收及补偿之给予,莫不要人民服从,故人民是受苦的一方。亦即只有国家对人民的权限(Befugnis),反之,人民对国家无此干涉之权。行政法暨规范了行政与人民的法律关系,行政权力之运作也就如同民事法的法律行为一样,任何行政涉及人民权利的行为也必是行政法律行为,成为行政法界探究的对象,且单纯的行政法规并不涵括一切行政行为,行

① O. Mayer, aaO. S. 19.

政法学必须基于宪法权力分立的界限来审查行政权力对人民权利干涉的最外界限。①

综合麦耶在1886年的见解，我们可获致以下之结论：

(1)确定国家与人民的法律关系。虽然麦耶在此部总计有536页的大作中，并未提及法治国的用语，但他已提及国家与人民间应该存在一个法律关系，而行政法便是扮演此角色的最重要法规，使得任何行政权力的实施能易换为法律行为，可以受到司法的审查。

(2)肯定人民权利的重要。麦耶分析行政权与人民的关系，已经指明人民是受苦的一方。易言之，行政权皆是干涉行政，行政权之必须依据法律便是禁止其逾权，以免侵犯人民权利。

(3)确定依法行政的理论架构。麦耶界定行政与立法的关系时，已经明确指出行政对法律的附属性，且进而——虽然并未特加强调——已提出了法律保留及法律优越的用语。同样地，对于法律优越性也及于司法权，故司法权应该独立、依法审判也成为麦耶的结论。

(4)宪法与行政法的关系并不明确。可能是基于本书乃讨论行政法，故麦耶对于宪法并未加以讨论，从而宪法与行政法的关系并不明朗，这和麦耶当时并没有法律违宪审查的制度与概念，有不可分之关系。然而麦耶并未忽视宪法的重要性，此由他将行政法的法律关系认为是由宪法及行政法规范所组成，解决政府权的逾越权限需靠宪法之规定及行政法学要依宪法分权原则来探讨行政权之界限等方面，均可略见端倪。但不可否认的是，麦耶仍将宪法视为政治意义的法规——此和戴雪之将宪法视为法律性质的法规不同，其宪法的重点在于树立分权的制度。亦即作为国家权力组织及权力分配的规范，故宪法明确发挥制衡行政及司法滥权的作用并不明显。

由以上麦耶前期对法治国的见解，吾人如比较同时代英国戴雪的法

① O. Mayer, aaO. S. 22.

治见解,可以综合出几点差异:

(1)麦耶不强调普通法院的优越性。麦耶认为德国民、刑法已有相当的制度,且成为法律制度(Rechtsinstitut),不仅是已由法典明确规范了任何可行的公权力态样,如对人民科处刑罚之界限,且法院受其拘束已成为传统的法律确信,德国行政法的发展正可以取法自民法及刑法。最明显之处莫过于把民法体系的两造及法律行为之概念引入行政法之内。依麦耶之意,似乎德国民、刑法已在民、刑事方面扮演好了保护人民权利及维持法秩序的角色,但行政法关系部分则否,故唯有靠此新兴的行政法来补实之。因此,不像戴雪将法治第一要义摆在防止政府的刑事滥权上。

(2)对于政府的滥权方面,麦耶将重心置于国家的行政滥权上。此乃源于行政的多样性,行政法规的严谨度较低以及行政法学不若刑事法学之发达所致。在麦耶大作中看不出有对司法滥权的疑虑。

(3)对于行政权性质的认定方面。麦耶将行政权的性质定位成对人民权利的侵犯,故属于干涉行政。而戴雪的行政权观念也不外是警察权、税捐及军队权(对人民的限制),且在《英宪精义》中加以分章介绍。这是两人观念最一致之处,也都是服膺越少干涉越好的自由主义者。

(4)与上述(3)之见解相关联者乃对于人权的重视方面,不论是麦耶或戴雪都是基于对人权的保护着手。虽然两人对于人权的根源均未特别交代,处在实行不成文宪法的英国,戴雪既无法指出英国人权是根源于一个成文宪法,甚至在其法治概念(3)处否认这种宪法渊源说,而且戴雪也不主张人权源自天赋,即自然法说。毋宁认为是英国法院由判决累积的传统所致。麦耶撰写本著作时虽已有宪法,但当时实行的德意志帝国宪法(俾士麦宪法)却无人权条款。因此,就此人权援引的意义而言,犹如不成文宪法。在交代人权来源方面,麦耶亦未明确指出源自自然法。大凡主张自然法存在论者,泰半会提及超国家或先于国家法

(über – oder vorstaatliches Recht)存在的自然法。[①] 但麦耶在本书第三节为确定国家行政权与人民之间存在明确的(行政)法律关系时,已否认有所谓超过国家的更高权力存在。[②] 这说明了麦耶并不承认自然法的存在,当然也没法由自然法引出人权。麦耶当然是一个法实证主义者的代表。

(5)在平等权方面,戴雪强调的平等权局限于刑事正义方面,且列为其法治观(2)的要件。这种重视普通法院对任何人的审判权见解,并未受到麦耶的重视。麦耶虽未曾对平等权及普通法院的刑事管辖权加以着墨,不过在对元首的权力方面,麦耶承认宪法可以给元首一些特权,例如颁给贵族头衔及特赦。在谈及政府权方面也举出一些政府行为不受法律之规范,也无由法院审判之必要,故由此实际面的观察——特别是元首的特权,麦耶在理论上不会遭到类似戴雪所蒙受之批评。

(6)对于依法行政方面,戴雪忽视行政法的重要性,且简化行政权的种类,麦耶则反是。麦耶强调行政权(行政法)的多样性,这是源于国家行为的多样性,故麦耶可以致力于控制行政权的理论架构。此时麦耶已经提出法律保留及法律优越的见解。后者和戴雪除法治理论外的另一著名的国会优越理论不谋而合。虽然出版时间几乎同时,不过两人在当时并未就彼此的著作互相参考,故这种巧合是两人的法治理念在理论架构方面最一致的地方。

2. 麦耶后期(1895 年)的见解

相对于 1886 年出版之《法国行政法原理》一书并未出现法治国的用语,麦耶在 10 年后(1895 年)出版的《德国行政法》中之第五节却以法治国为节名。由本节是紧接在第四节的警察国家之后,且是该章德国行政法发展史的最后一节,可知麦耶把法治国当成是行政法发展到最后阶段

① 例如,德国现行《基本法》第 20 条即有此含义;参阅本文四、(三)(3)部分。

② O. Mayer, aaO. S. 18.

的国家形态。由本书对于法治国列入一节,显见麦耶已明白承认法治国的理念,故本节当可表征麦耶对法治国概念的认识。

笔者在《德国在19世纪法治国概念的起源》曾简要地归纳麦耶在本书的法治国观为以下四点:(1)强调法律统治;(2)法治国不是德国所独有,外国——特别是法国——已有此理念;(3)此种国家形态已形成,唯其重点应置于实践层面,麦耶特别举出行政处分制度的重要性;(4)独立的司法审判重要性若不依法行政,故忽视司法权。①

为了凸显德国这位伟大的公法学者在与戴雪学说风行英国的同时,所呈现出的法治国观,吾人除了了解其十年前的法治观,可以不妨再对麦耶此时的见解加以了解:

(1)法治国的本质及定义:麦耶比较法治国与警察国的最明显差异在于:在警察国家时代,国家公权力只服膺民法及受到民事审判的拘束,②而法治国则更进一步,所有公权力都受到法律的拘束。在本节的结尾时,麦耶明确地综合法治国的本质为:国家将其与居于其下的人民之关系以法的方式(in der Weise des Rechtes)来界定,国家确认法规范及人民之权利,并维持之,即使在行政领域中亦然。③ 在本节中,麦耶特别针对当时德国学界将法治国与宪政国(Verfassungsstaat)当成是同一个概念。麦耶基本上不反对这种见解,不过他不仅把宪政国当成是法治国的必备条件,并把法治国当成是更高阶段的宪政国。按照麦耶的用语,法治国是一个已完成的宪政国(ein vollendeter Verfassungsstaat)。④ 宪政国的确因为实行宪政,已在宪法中规范了一个国家的内部结构(inner Ausbau),但仅有结构(即制度)是不够的,国家必须更进一步为受国家行

① 参见笔者:《德国十九世纪法治国概念的起源》,Stammen, aaO. S. 87。

② 而警察国家和以往专制国家的不同,在于后者公权力根本不受任何法律及司法的拘束。故警察国是国家由专制国发展到法治国的过渡阶段。

③ O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd I, 1895, S. 65.

④ O. Mayer, aaO. S. 61.

为影响的对象——一般人民——建立一个规范。麦耶认为用一句最好的术语来形容这种现象，就是将国家作为的轨迹（Bahnen）及界限，以及人民自由的范畴，用法的方式加以明确地规定与界定。① 所以，麦耶认为法治国是把法当成国家权力行使的界限，以保障人权，获得秩序的明确性。

（2）重视实践的方式问题：由麦耶界分法治国与宪政国，可知他重视法治国之处，不在宪法所构筑的分权制度面，而在实践面。麦耶承认此一问题不易解决，但既然法治国的主要症结是实践（Verwirklichung），所以其明言：假如不给此实践的方式一个司法形态（juristische Gestalt），则整个法治国的意义会丧失殆尽。由于这个思维，使得麦耶把实践法治国的理念置于对行政权的控制。②

（3）重视行政权的控制：本书对行政权与法治国理念结合最透彻的一句话为：为了使法治国家的行政用法的方式来确定，就必须尽可能地用法规来拘束之。为此，宪法就必须交付此任务于立法机关。立法机关必须尽可能地给予行政越多的法规，或通过授权之行政命令来赋予之，此无疑是法治国的第一个要求。③ 相对于戴雪把法治的重心置于司法审判及对普通法院所扮演角色的重视，在上文麦耶1886年的立场时已有部分涉及，但在本书中，麦耶更明确地把其理论具体呈现。一来，早在警察国家时代，公权力——特别是行政权——早已接受民法及其他私法的权威性，亦即私法争议服膺普通法院的管辖权；二来，就司法审判的独立而言，既然自警察国家以来，在民、刑事案件的审理上，国家早已承认法官依法审判的传统，故本问题并不太大。法官依据法律及判决先例的拘

① O. Mayer, aaO. S. 62；麦耶在此援引当时德国所有著名学者的见解均相同，特别是吉尔克（Otto v. Gierke）的名句：法治国是一个国家不居于法之上，而是居于法之下的国家。

② O. Mayer, aaO. S. 62.

③ O. Mayer, aaO. S. 63.

束,只能体现法治国的一面。麦耶已发现了行政与司法的不同,行政权行使的态样有极大的多样性,这与司法审判只有裁判一种方式不同。所以,麦耶才会把法治国的重心由司法移向行政,也致力于把行政权如何运作才能达到法治国的理想,当成是法治国及行政法学的任务。所以,依麦耶的见解,行政方为侵害人民权利的来源,并非法院,这一见解恐怕较之戴雪更符合各国实际的政治现实!对于更深入地建构行政权运作的方式,亦即所谓的行政处分制度,麦耶希望靠着受法律严格拘束的行政处分,犹如金箍咒般地罩住桀骜不驯的行政权。本书在本节最后的两段话最能表达麦耶的认知:①一个国家如不能将法律及行政处分赋予行政机关,则不能算是一个法治国;②一个国家已有上述两种制度(行政法律及行政处分),但其能否被认为是一个完全或不完全的法治国,端视其如何利用这两个制度,以及实际上达到何种程度而论。①

(4)实证法律的优越性:尽管麦耶在(1)分析法治国的本质及概念时,把国家一切行为以及行政权,都规范在法(Recht)、法规范(或法秩序)(Rechtsordnung)、法规(Rechtssätze)或法律(Gesetz),而不仅仅只是法律而已。到底麦耶使用此四个标准而拘束行政权是否亦有所指的不愿独尊实证法律?因为以现代的公法学,上述四项作为拘束国家公权力的法依据,是有相当程度的差异。质言之,以前三者作为法治国的规范来源,符合今日对法治国概念的理念,单凭最后一项的法律则否。② 但麦耶的法治国观并未对之加以深究。由(3)处的叙述可知,麦耶认为控制行政权的标准只有一种,即独尊法律。在其1886年的《法国行政法原理》中,虽然已初步提出法律保留及法律优越的概念,但在本书本节中并未再强调此两种概念。麦耶提出了法治国的行政必须和司法一样,臣服

① O. Mayer, aaO. S. 66.

② 此即是德国传统公法学所称的实质意义或形式意义法治国之分,当然此种区分仍有斟酌讨论之余地,本文即将讨论到。

于法律之下，这是首要的原则，称为法律之治（Herrschaft des Gesetzes）。行政必须屈服于法律之下，这与戴雪的 Rule of Law 意义并无不同。另在本书第六节立法与行政权，麦耶再度提出法律保留与法律优越的用语。基于权力分立的原理，麦耶在分析法律与行政权的关系时，提出了三个原则：①法律的优越力（Kraft des Vorrangs des Gesetzes）；②法律保留；③法律的拘束力（bindende Kraft des Gesetzes）。前两者并不令人费解，第三个原则表示法律——特别是行政法律——可以如同民、刑事法律般地以其条文规定拘束行政机关也。① 这些法律都是形式意义上的法律，殆无疑义矣！而其余三个也可拘束行政权的标准，不外是由法律授权而产生之法规命令，因此由法律、法规命令所容纳的法规（Rechtssätze），加以依法律行政原则所不可或缺的行政处分，构成整体的法秩序（Rechtsordnung）及法（Recht），方是法学者麦耶心中理想的法治国模式也。

（三）20 世纪德国法治国理念的演变

1. 魏玛宪法时代——法治国概念的变与不变

德国在 19 世纪发展的法治国理念，到了奥托·麦耶时期已达到成熟期。这些法治国理念虽然在理论基础上多半服膺个人主义、自由主义及启蒙思想中的权力分立及国民主权理论，但其更重视的却是实证法律所发挥规范国家生活的秩序。由立法者通过的成文法规容易极清楚地确定及建构一个秩序，可避免空泛地援引类似民主、人权等其他源自自然法之标准所招致的不明确性，故本法治国理念逐渐地偏重在其形式方面。易言之，法治国理念强调把法律当做治理国家及课于人民服从义务的工具，至于法律本身的质量是否符合宪法所追求之保障正义及人权，

① O. Mayer, aaO. S. 76；麦耶甚至在第七节以行政法律的拘束力为名，仔细地讨论此问题。

就失去其重要性。① 19 世纪迄 20 世纪初,由这些法律实证主义者(Rechtspositivist)所揭示的法治国概念,既可以称为形式意义的法治国概念(formaler Rechtsstaatsbegriff),也是当时法实证主义所盛行下的产物。

形式意义法治国的概念一直到 1919 年魏玛宪法公布,进入魏玛共和国时代,二十余年来,基本上并未受到太大的挑战。《魏玛宪法》虽然在结构与内容上迥异于其前身 1870 年的《普鲁士宪法》甚多,举其荦荦大者,例如废止君主立宪、王室改行共和立宪与总统元首制;废止三级选举制改为全民普选制;增订人权条款使人权的保障提升至宪法位阶;以及增订许多有关社会权的条款。然而这些极进步的改进,虽然包括了国家任务的期许,但对于法治国的概念实际上并无太大的改变,此由《魏玛宪法》的主稿人雨果·普鲁士(Hugo Preuss, 1860 ~ 1925)的见解即可透视无疑。②

在魏玛共和时代的学者对法治国见解的讨论虽并不热烈,③但是学界亦有一部分人士讨论了法治国的概念,如著名的汉斯·凯尔生(Hans Kelsen)、卡尔·史密特(Carl Schmitt)及但斯达特(Friedrich Darmstaedter)等,现就以此三人的法治观加以讨论。

维也纳大学法学教授凯尔生,也是名噪一时的纯粹法学派(Die

---

① 这种把法律视为工具论,但其规范对象显然不只是人民,国家公权力亦包括在内。见前注 70 所称的"rule by law"与"rule of law"的同构型问题。

② 盖普鲁士仍愿更进一步地发挥实证法的力量来使国家的公权力受到法律的拘束,特别是身为国家元首的总统,其行使紧急命令,亦受到紧急命令法的拘束。可见,其法治国概念仍维持传统见解。见 T. Stammen, Der Rechtsstaat—Idee u. Wirklichkeit in Deutschland, 1972, 4. Aufl. S. 96。

③ 例如,魏玛宪法时代最著名的宪法学者安序兹(G. Anschütz)在 1921 年出版的《德意志宪法论》,是研究《魏玛宪法》的经典之作(Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1. Aufl. 1921; 13. Aufl, 1933),在此巨作中就完全没提到法治国的概念问题,此当意味著作者并没有意识到法治国的概念有任何值得一述的价值及改变。

Reine Rechtslehre)的掌门人。他于1925年在德国柏林出版的《国家学总论》(Allgemeine Staatslehre)一书中,首先提出了实质意义与形式意义法治国的差异。凯尔生的纯粹法学派是专就法律的本质来作精细学理的分析,也表现在其国家观之上。一般国家学的著作对于国家的认定,不外由经验观的事实面来予讨论,因此导出国家的组成要素必须为领土、人民、政府与主权,且构成今日对于国家组成概念的通说与常识。凯尔生摒弃这种观察方式,而把法律的因素纳入,他认为任何国家一定要有一个法秩序(Rechtsordnung)不可,尽管此法秩序有位阶的不同,但仍有其共同的特征及强制力在内。因此,任何国家皆有法秩序,而此法秩序非以国家为前提,反而国家应以法秩序为前提。依凯尔生之见解,任何国家其实就应是法治国家,故所谓法治国的概念乃将法的概念与国家的概念结合在一起。① 凯尔生明白提出法治国的概念,强调国家有法秩序,此乃所谓的形式意义法治国概念(formaler Begriff des Rechtsstaates)。其所注重者乃严格的实证法意义,而将一切自然法排除在外。此种形式法治国概念,不强调国家法秩序内有其他内容,亦即无特定的法制度(Rechtsinstitution),例如民主的立法、国家元首命令的副署制度、人民的自由权利、法院的审判独立以及行政诉讼制度等。这些凯尔生称为技术意义(technischer Begriff)或实质意义(materialer Begriff)的法治国概念。凯尔生自提出此法治国概念的二元论后,即未再对法治国的概念加以申论,但其摒弃后者见解,即甚为明显。② 唯凯尔生将实证意义的法治国又名为技术意义的法治国,此种用语是否妥当不无问题。如果将法律视为工具论,则法律可显示其作为实践的方式,就应该将技术意义用于形容为形式意义法治国为妥。而实质意义的法治国,则可强调实践秩序的实

① 关于国家与法的同一性,可参阅林文雄:"凯尔生的纯粹法学",载《法实证主义》,台大法学系列,1977年,第9页。

② 见H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 91。

质内容,而非实践的技术与形式而已。

在凯尔生发表《国家学总论》后三年,于德国波昂大学担任公法教授的卡尔·史密特(Carl Schmitt)所刊行的《宪法学》(Verfassungslehre)对于法治国的概念有进一步的介绍。基本上,卡尔·史密特仍然维持传统的法治国概念,也就是对实证法的重视。但同时,他也对法治国的概念作进一步且精细的分析。在本书第十二章标题为"国民法治国的原则"(Die Prinzipien des bürgerlichen Rechtsstaates)之中,史密特将当时的法治国称为国民法治国。① 史密特反对任何有法律规范的国家皆可称为法治国,②而是有其特殊的概念。基本上,其将法治观与宪法合二为一加以讨论。史密特承认,现在的法治国家宪法包含两个重大成分,亦即两个重大原则:一为分配原则(Verteilungsprinzip),二为组织原则(Organisationsprinzip)。前者乃以保障人民权利为主,将个别的人民权利予以界定并分配其范畴,以防止国家权力的侵犯;而后者乃就国家公权力的结构与权限加以区分,可谓服膺权力分立的理论,且权力间有互相监督与制衡的关系。因此,分配原则产生了基本人权体制,而组织原则则生出权力分立体制。③ 对于法治国的概念既然以保障人权与权力分立为基础,因此其也认为法治国的概念已经有所谓的价值观在内。第一,法治国不能只强调国家有客观的法秩序以及保障人民的法律上权利为已足,因为德国在19世纪已有许多个邦国皆已满足此条件。第二,法治国之所以有别于强权国家(Machtstaat)及警察国家,乃因有许多相对的形态显示出其特色,而这些特色则表现在对涉及国民权益的法秩序,提

---

① 按德语 bürgerlich 可翻译为市民的,或概称国民的或人民的。但如径翻译成市民法治国,显然只局限居住于城市的人民,不免过于狭隘。以后者而言,反较普遍与正确。例如,民法的德文即 Bürgerliches Gesetzbuch。因此,国民法治国亦可译为人民法治国,或是干脆以此法治国所标榜的自由主义,称为自由主义法治国。

② 这明显是凯尔生的见解,但史密特并未点名批评之。见 C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 125。

③ C. Schmitt, aaO. S. 127.

出保障。易言之，凡涉及人民私有财产及个人人权的法规范皆可称为国民法规范（bürgerliche Rechtsordnung），国家应该视为对此国民秩序与公共安全和安宁提供保障。因此，史密特称为国民法治国的意义乃凸显在对人民权利的维护。就此价值性的目的而言，史密特的法治观与德国传统的法治观，如奥托·麦耶的见解，并无二致。第三，史密特进一步分析法治国的概念后认为，除保障人权的原则外，更需要一些结构层面来作为法治国的真实特性。其综合出几个子原则：①法律保留原则：国家侵犯个人的自由权利，应该要有法律的依据，特别是所有的行政权力（尤以警察权为然），史密特在此特别引申麦耶的法律保留与法律优越原则；②法治国是所有国家的行为，完全无遗地规范入仔细界定的权限之中，此所遵循之分权原则，可导出所有国家权力行使的可预测性（Meßbarkeit aller staatlichen Machtäußerungen），此可预测性是作为全面审查的前提要件；③法官的独立性：此独立性不论国家是否实行行政法院体制，都可以使法治国形成所谓的司法国（Justizstaat）；④法治国完美的理想达到最高峰乃是国家生活达到普遍的司法性（Justizfömdigkeit），使国家行为与争议都可以有类似司法的途径来解决；⑤对于政治案件的司法审查。这也是继承上述④的问题而来，史密特提出了一些针对高度政治性的案件，例如政治犯、部长与总统弹劾、宪法争讼、审查政府的统治行为、选举诉讼等，都应朝向以类似司法的方式加以解决。[①] 由史密特上述的看法，已可看出史密特认为法治国的概念不能仅以空泛的人权保障为已足，而是要辅以其他的法律制度及原则，已经脱离了传统的形式意义法治国概念——虽然史密特仍未明确提及其在法治国概念上已有如此的突破。

接着在本书第十三章《法治国家的宪法概念》（Der rechtsstaatliche Rechtsbegriff），史密特对其法治国概念的转向有更明确的表示。其认为法治国乃基于法律之治（Herrschaft des Gesetzes），因此法治国无疑等于

① C. Schmitt, aaO. S. 130 ff.

法律国(Gesetzesstaat)。但是史密特亦不完全囿于恶法亦法的实证论观念,反而认为假如要维持法治国家的话,法律就必须符合法治国家的原则与保障国民的自由,否则,任何专制帝王及当时的苏联与无产阶级专制国家也可称为法治国。法治国的法律之治必须讲求法律的概念,换言之,某些法律的质量(Qualität)是作为法治国的特征,才会有别于专制国家的法规范。① 对于这种法律质量而言,史密特认为应该强调着重在保障人民以及防止人治的后果。另外亦含有一些传统的成分,例如追求正义、公平及诚信原则等。从史密特认为可规范所有国家行为的法律,应该具有某种质量看来,已经步入了实质法治国概念的殿堂。但由史密特仍然执著于实证法律的重要性,而不特别强调来自宪法或自然法的法规范效力,吾人可认为就实质法治国的概念而言,史密特已经登堂,但尚未入室也!不过,在学术的突破性方面,无疑具有代表性的突破价值。②

在魏玛共和末期的1930年,一位在海德堡大学任教的但斯达特(Friedrich Darmstaedter)也发表了一本有名的著作:《法治国家现实之界限》(Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates),提出了对法治国概念转型的疑虑,但斯达特已发觉到德国因受到法西斯主义的影响,开始利用公共利益以及国家应追求实质正义的想法,并且将当时依据传统法治国理念所建构的政治制度,例如权力分立、议会政治、干涉行政的保障人权思想等,视为不能符合正义,因此维护传统法治国理念成为团体主义者众矢之的。在此,但斯达特认为德国的法治国观念已步入了危机。依其之见解,法治国之所以取代了落伍的警察国理念,乃在于用实证法

① C. Schmitt, aaO. S. 138.

② 不过鉴于史密特在本书发表后不久即登场的纳粹政权里,并未坚持其学术理念,后世学者们,在讨论法治国概念的发展时,皆未提出其贡献,至为可惜。例如,T. Stammen(见前注114),分析魏玛时代的法治国见解时,就未提及史密特的贡献。另外,可参见 V. Neumann, Der Staat im Bürgerkrieg – Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitt, 1980, S. 34。

律来摒弃抽象的自然法思想，也用明确的依法律行政来取代行政广泛的福祉义务。因此，如果仅仅为了追求国民的实质福祉，易言之，将法治国由形式法治国演变成实质法治国，便是滥用公益的理念，使法治国退回到警察国家的时代。① 对于这种转变为实质法治国的最明显例子，莫过于《魏玛宪法》第153条第2项所规定的公益征收，按魏玛宪法规定，征收仅能为公共福利，且依法方得征收之。这种新的征收形态使得国家可以为广泛的公共利益征收私人的土地，而不像传统所谓的古典征收概念，必须因公共事业或国家有具体需要土地时方得征收。另外，魏玛宪法的征收理念也有别于古典征收的全额补偿规定，而改为适当的补偿，且例外时可用法律排除此定。② 但斯达特批评这种被认为是代表新的实质法治国理念，乃法治国概念的敌人，且罪魁祸首为空泛的福祉原则（Wohlfahrtsprinzip）。因为任何强权国家都可以使用此危险的概念来胡作非为。③ 因此，为了把国家的任务及所有国家行为当成纯粹法律问题来看待，但斯达特坚持，仍然以维护传统的形式法治国为宜。④

但斯达特的看法已经为德国日后纳粹政党可能利用公共福祉及造福全民意志来推翻法治国理念，吹起了警告的号角，⑤同时也可显示出传统德国公法学者对于实质法治国概念的排斥。

2. 纳粹时代的演变——排他性实质法治国概念的出现

1933年1月30日，德国纳粹政权登场后，已明目张胆地废止了《魏玛宪法》所树立的权力分立、保障人权、依法行政与审判独立等，构成形

---

① F. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, 1930, SS. 61, 77.

② 关于古典征收的概念，可参见笔者：《宪法财产权保障的体系与公益征收的概念——德国与美国的比较研究》，刊载本文集第十一篇。

③ F. Darmstaedter, aaO., S. 241.

④ F. Darmstaedter, aaO., SS. 249, 283, 295.

⑤ 1930年可以说是历史的转折点。当年希特勒领导的纳粹党由1928年的获得八十万选票，暴增到六百五十万票，已成为德国的第一大党。

式法治国理念所有的成分。此时,讨论法治国已无任何意义可言。然而在此时期,亦有公法学者明确地宣扬传统法治国概念的式微,而代之以符合时代精神的国家观。

著名的纳粹公法大师胡柏教授(E. R. Huber)在1937年所刊行,且被誉为纳粹宪法权威教科书的《大德意志帝国宪法》,便批评传统法治国观乃基于限制国家权力,独尊国会以及将行政权束缚在法律的见解,已不符合纳粹德国的新思潮——集权于希特勒的领袖国家(Führerstaat)。故几乎所有法治国的理念,无一可再继续沿用下来。①

而在魏玛共和国时期提出形式法治国概念转向的卡尔·史密特也更早就感染了纳粹狂热的国家主义,在1935年发表了一篇《法治国概念争论的意义为何?》的论文,认为德国形式意义法治国的时代已告终结,接下来的是国家社会主义法治国(Nationalsozialistischer Rechtsstaat),而此国家社会主义法治国便是追求实质正义的正义之国(Gerechtigkeitsstaat)。② 由纳粹时代这些偏颇的法治国概念,吾人已知,实质意义的法治国概念的用语已经产生,然而其概念却是排他式的法治国概念,易言之,纳粹当政的实质意义法治国家,固然强调国家应有追求公共福祉的任务,但其理念的基础乃是与形式法治国不仅相对,更且相排斥!纳粹的实质法治国排斥了形式法治国蕴涵的一切基于自由主义所产生的理念与制度,因此,此实质意义法治国固然援引部分自然法的思想作为国家行为正当性的依据,但是另一方面摒弃自然法与自由主义结合的人性尊严与其他人权理念。不过在行使的手段方面,此法西斯国家仍实施法律实证主义,也就是利用法律作为其统治的工具,只不过此法律之

---

① 见E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reichs*, 1937, S. 162。

② C. Schmitt, Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat? in: ZgStW (1935), S. 189ff.; dazu I. Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: M. Tohidipur(Hrsg. 前注81处), Band 1, S. 68.; V. Neumann, aaO., S. 154.

治仅及于人民而不及于执政者而已。① 因此此阶段的实质意义法治国与现行基本法的包容性的实质意义法治国迥然不同，不可不察也。

3. 现行《基本法》内的法治国概念——包容性的实质意义法治国概念

引发德国学界对法治国概念重新认识的浪潮，始于第二次世界大战结束，纳粹政权崩溃，而西德重新建立宪政体制的时代。这个时代横亘约有 15 年，即 1945 年至 1949 年基本法成立后的酝酿期，至基本法实施后 10 年左右，即 1960 年为止的成熟期。由于篇幅所限，本文仅介绍性的以两人为代表。此可由开启讨论的赖特布鲁赫（Gustav Radbruch）着手。接着，阐述新的法治国理论最著名的学者莫如萧尔教授（U. Scheuer），本文也将以他的看法为讨论重点，当可勾勒出此时代法治国概念全貌之一斑。

实质意义法治国概念的产生与摒斥法律实证主义的权威性有密切不可分的关系，也因此才可凸显出一位非以公法学而是以刑法学和法理学著名的教授赖特布鲁赫，能够在讨论德国法治国理念转变的学术领域内，占着一个极重要地位的原因。赖特布鲁赫于第二次世界大战前在德国学术界及政界享有盛名，希特勒掌权后，赖特布鲁赫便受纳粹的迫害。他在冷静地忍耐、观察纳粹政权十三年的倒行逆施后，于纳粹政权崩溃的次年——1946 年 8 月——便在《南德法学报》（Süddeutsche Juristen - Zeitung）发表一篇极为著名的论文《法律上的不法与超法律的法》（gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht），对于纳粹时代法律实证

① T. Stammen 称呼此时的法律保留已改为政治保留（Vorbehalt des Politischen），显示人民的权利义务，不再靠法律，而是靠政治的意志来左右。T. Stammen, aaO. S. 105.

主义的滥用,提出严厉的批评。① 这篇论文的主要重点乃批评纳粹时期的法官囿于法律就是法律(Gesetz ist Gesetz),使得法官们无法秉承自己的良知来对抗恶法。在这不到4页的小论文中,赖特布鲁赫当然不可能将此法理学的大题目提出极为周延及透彻的解答。但是他提出了国家司法权力应该符合三个条件,即合法性(Gesetzmäßigkeit)、追求正义(Streben nach Gerechtigkeit)及法律安定性(Rechtssicherheit)。这三个在纳粹时期皆无的条件,已经使德国造成了一个非法治国(Unrechtsstaat),因此在本文的结论,赖特布鲁赫提出了以追求正义作为重建德国法治国的标准,而此正义中当然包括了法律安定性的一环。在本文结尾处,赖特布鲁赫写了一首诗表达了其对德国新法治国概念的期许:

民主诚然是一个极为可贵的东西,
但法治国家正如同每日的食粮,
也像饮用之水与呼吸之空气般;
最好的民主乃在于
其有能力妥善地来护卫一个法治国。②

赖特布鲁赫法治国概念的特色有二:第一,他强调了正义应是法治国主要的追求目标,而且正义必须由超实证法的理念来予以理解,

---

① 关于赖特布鲁赫此篇论文,林文雄教授曾加以简要地简介,参见林文雄:《赖特布鲁赫的自然法论》,J. Alder, Ibid. p. 277;例如,在1988年英国社会安全上诉裁决所(Social Security Councial)在一年间即可处理三十万起案件。该上诉裁决所共有裁判员达7000名,主席有650名之多。税务署也有裁判员450名,在1987年度也审理六十万起案件。英国行政裁决所的案件吞吐量委实惊人。见 Sir H. Woolf, Protection ofthe Public - A new Challenge, 1990, p. 69。

② Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.; G. Radbruch, gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen - Zeitung, 1946, S. 108.

同时传统自由主义法治国所树立的原则，如形式严整的合法性原则以及追求法律安定性，皆可构成此正义的一个元素，因此传统的形式意义法治国理念，应可融入此新的法治国概念中——虽然赖特布鲁赫并未明确指出此点；第二，法治国的概念已和民主产生关联，虽然在本诗的第一句所提的民主似乎重要性逊于法治国，但结尾最后一句却把能否护卫法治国当做民主存在的价值，因此吾人可得知其概念为没有民主即无法治国可言。民主之对于法治国有不可分的关联矣。

德国1949年制定的基本法可说是一个由法学者大量参与制定，也是具有浓厚法律技术性质的宪法，其和以往德国其他宪法例不同的是，其以将法治国的用语和概念，完全地引入《基本法》之中，例如，《基本法》第28条第1项规定：各邦的宪法秩序必须符合联邦基本法所定之共和、民主及社会法治国原则。因此，法治国的概念与用语已在宪法条文中出现。另外，《基本法》第1条第1项规定：所有国家权力必须尊重及维护人类尊严；第3项规定：基本人权条款可视同现行法来拘束所有国家权力。而《基本法》第20条第3项且规定：行政与司法权受到法律与法的拘束。因此，《基本法》的架构由《基本法》的上述相关条文可知，法律并非拘束国家权力的唯一法源，而渊源于自然法所谓的人性尊严与正义等高位阶的法，乃是超法律的法（übergesetzliches Recht），并已形成法治国家的最高法源。特别是《基本法》第93条及第100条赋予联邦宪法法院执司宪法审查，更是强化了国家法治的功能，使得德国的法治国概念已经提升到宪法层次，已远非传统形式主义法治国的格局所可比拟。

虽然德国《基本法》第28条第1项提及的基本法法治国观念乃社会法治国（sozialer Rechtsstaat）。此社会法治国的概念乃呼应德国《基本法》第20条第1项所规定的德国应该为一个联邦的社会国而言，也因此

社会法治国应该是结合法治国与社会国而言。① 社会国的概念乃较新颖,且以提供社会福利政策、追求社会正义为鹄的,故是一种朝向国家政策方针(Staatszielbestimmung),表明国家要利用立法方式来达成的国家生存目的,因此社会国乃有别于资本主义国家或是社会主义国家的一种较温和、中庸的国家形式。②

而基本法中法治国的概念,就法条字面而言,虽无法导出其已由形式意义法治国转向实质意义法治国,必须借重基本法其他相关的规定,来证实此法治国概念的转变,例如前述所提拘束国家公权力的法源,不再限于实证法。讨论基本法法治国概念最透彻的可举德国基本法时代迄今最著名的公法权威萧勒教授。

萧勒教授在1960年发表了一篇著名的《德国法治国的新发展》(Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland),仔细地讨论了德国行政法最新的发展。

萧勒教授分析德国追求与实施一百余年的形式意义法治国,只使法治国剩下一个合法性的空壳(eine leere Schale der Gesetzlichkeit),因此,新的法治国概念必须要有特定的、实质的基本价值(Grundwert)及基本要素(Grundelement)。这种基本价值有二:一乃保障个人的自由;二乃将国家权力用法来规定之,来对抗恣意滥权与不法,在此萧勒特别强调法律实证主义的不足,而正义与平等的精神以及必须符合民主的立法程序,方足以称为法治国家的法律。因此,萧勒曾综观实质意义法治国家的概念,不在仅仅于依法行政或概括的法院审查能力,也不仅在遵守法

---

① 这是几乎所有德国学术界的共识,少数持不同意见者,例如著名的 E. Forsthoff 即持不同的看法。参见 Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, 载 Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, S. 71。

② 关于社会国的概念,可参见李鲤澄:"我国宪法上民生福利国家原则之研究——以德国基本法第20条社会国原则(Sozialstaatsprinzip)为借镜",辅仁大学法律研究所硕士学位论文,1994年,第9页。

律安定性原则，而是法规必须由人民所出，其目的乃在保障人民的人权与政治权力及国家权力的节制及法拘束之上。萧勒教授同时认为法治国必须承认欧洲某些传统文化的价值，如承认人性尊严、法律保留、权力分立、独立审判等，易言之，将形式意义法治国的理念纳入实质意义法治国之中，易言之，实质意义法治国也容纳且不排斥形式意义法治国中有助于达成实质意义法治国的理念，此与纳粹时期所标榜的实质意义法治国之排斥、摒弃形式意义法治国有完全不同的观念基础。吾人因此可称为包容性的法治国概念。①

除了基础理念外，萧勒教授也认为要达成实质意义的法治国必须有其他制度来加以配合。这些制度略有：(1)授权明确性原则(德国《基本法》第80条第1项)；(2)行政裁量制度仍可存在，但任何一个行政裁量有无逾越法律授权皆应受法院之审查；(3)法治国原则可引申出一连串的子原则来规范法规的解释，例如禁止溯及既往原则、诚信原则、信赖保护原则及比例原则等；(4)法律平等原则；(5)广泛的权利救济途径，特别是违宪审查的重要性使得法院可追求实质的法；(6)行政程序应朝向法制化；(7)各种诉讼程序应该注重人民权益的保障，例如引进听证的制度；(8)法治国原则也应深入刑法的制度，例如《基本法》第102～104条规定的死刑废止、被告的人权与受刑人的权利等；(9)公务员责任及政治责任制度的建立，确保人民因国家之侵权行为可得到救济；(10)基于国家保障人民的财产权，应建立公平的征收制度；(11)违宪审查权制度及

---

① U. Scheuer, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in: Staatstheorie und Staatsrecht (Hrsg.), Listl und Rüfner, 1978, S. 207. 同样地，Böckenforden 教授也认为实质意义法治国如果只讲究追求实质的正义及基本价值，而忽略形式法治国的理念——如依法律之治，则独裁专制者亦可轻易引用此原理。实质意义法治国必须采纳形式法治国之部分理念，并把重心置于保障人权及把国家置于法之下。E－W Böckenforden, Entstehung und Wandel des Rechtsbegriffs, in: Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 74.

宪法诉愿制度为法治国之潮流。①

由萧勒教授的法治观,吾人已经看出其与35年前的卡尔·史密特的见解颇多类似之处。萧勒强调了法治国的精神内涵外,亦不忘记将法治国的实践,委诸于其他的制度。虽然萧勒提出的11项制度不无琐碎或相互重迭之嫌,但其也清楚地看出了仅凭纯理性讨论获得的法治国精神理念,尚不足以达到法治国的实际,必须靠制度面来予以实践。②

五、英、德两国法治主义概念的异同比较

本文已经在讨论德国19世纪末奥托·麦耶的法治国观时[四、(二)、1及2],比较了同时期英国戴雪的法治见解并综合出几点彼此的差异。基本上不论在保障人民基本权利或所援引的自由主义思潮,在两人见解以及当时两国的法治主义思潮,基本上并无不同。而英国重视普通法院的功能,排斥行政法或独立行政法院的重要性,而德国却适反其是,已在本文前述之处讨论。进入20世纪后,显然地,两国的法治概念皆有相当程度的发展,两者是否相同?英德两国宪法学界将之相互比较的专门著作,并不太多,但吾人仍可综合出正、反两个意见。兹分别述之。

(一)异质说

此说理论依据,可以参考德国著名的公法学者克理勒教授(Martin Kriele)的看法。他研究德国法治国家的概念发展后,认为德国目前的实质意义法治国概念是将形式意义法治国观念加以兼并,取其长,例如保

---

① U. Scheuer, aaO. SS. 809, 215.

② 目前德国的学界对于法治国的概念也普遍采纳萧勒此种理念与制度并重的见解,将法治国的理念(Rechtsstaatsidee)分成概念及制度来讨论。参见A. Albrecht, Rechtstaat, in: Herder's Staatslexikon, Bd. 4, 1988, S. 738。

障人权及法律保留后再加以权力分立及法官独立等制度而形成一种包容性的法治国概念。① 另外，基于英、德两国法治主义概念的发展史，克理勒也提出英国的法治和德国的法治国概念，不仅在实质面，也在思想层次有显然的不同。

克理勒认为，英国的法治是基于该国特有的政治现实，也就是国会政治下的产物。由国会立法通过的法律，主要目的乃在拘束法院的诉讼程序，因此，目的极为简单及明确。这必须归功服膺法治的人士泰斗是政治或法律实务的工作者，例如法官、律师或国会议员。英国产生此制度的主因乃基于国民与社会的经验，也就是基于对于数百年来专制政体厌恶的经验，才会产生用法治来代替人治的观念，因此本概念有其现实性。

相反地，虽然德国法治国概念的产生也于同时期，但是德国的法治国概念提出者泰斗是学术人士，鲜少有实务工作者主张之。盖德国当时仍未实施类似英国的国会立法制度，国家法律仍是国王意志的代名词。产生德国法治国家概念的基本理念是自然法以及其衍生的启蒙思想，但此启蒙与自然法思想并无人民与社会的情感基础，遑论国家权力掌有者会乐意地服膺之。② 德国 19 世纪的法治国概念，既然是学者们的思想产物，加上国会立法制度的阙如，此进步的法治国概念，无疑形成对掌权诸侯的道德诉求，德国当时为数众多的大小邦国，实施符合法治国理念者当然即有程度上的差异。另外，德国法治国概念之规范面既富有理想性，也是对于理想政治体制的憧憬，而不似英国法治主义是从政与执法

---

① M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., 1976, S. 226.; dazu I. Maus, aaO. S. 50.

② 克理勒更进一步认为，德国只在 1849 年革命风潮中曾昙花一现地涌起自然法思潮，但随即消散殆尽，一直到第二次世界大战后，《基本法》成立的 1949 年，自然法才在德国复兴。这 100 年理应是德国法治国家理念发展最重要的 100 年，但克理勒却称为德国寒冻的百年（die finsteren hundert Jahre），见 M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 4. Aufl., 1990, S. 111。

人士普遍对暴政的警惕而生的产物,也自然不及英国之将法治主义的规范面用在法院诉讼程序上,而显得太复杂,最后不免备多力分,克理勒因而批评德国的法治国概念,立意固佳,理论井然,但缺乏了客观的实践条件,使得德国的法治国概念与现实生活脱节,而无法成为真正有拘束力的原则。依克理勒教授的见解,德国法治国的概念与英国的法治,无疑为两个完全不同的制度。①

克理勒教授的分析,诚然掌握了英、德两国法治主义发展史上的差距,然而对于德国法治国概念比起英国来所显出的无力感,也就是实际的实施环境无法配合之见解,显然已接触到德国形式主义法治国概念核心的弊病,而纠正此弊病所需要的其他配套制度,例如民主原则,也正是日后英德两国学界所获得的共识,可惜克理勒教授并未由鉴往知来获得采取同质说的启示,不无可惜也。

(二)同质说

任教于英国爱丁保大学的麦克科米克教授(Neil Maccormick)在1984年德国《法学报》(Juristische Zeitung)发表一篇《论法治国及 rule of law》的文章,②经过这位英国学者分析后,获得了两个概念同构型的结论,麦克科米克诚然不反对英、德两国在发展法治史上的客观历史环境的确不同,此是无可否认的事实,但这两个理论概念的本质及其目的却无不同,基本上,都在要求对于国家权力(包括行政、立法、司法三权)行使的方式,而非内容为其对象,也就是求理想的法律形式(ideale Rechtsform)而非在理想的法律内容(idealer Rechtsinhalt)。另外,两者在道德价值观方面(moralische Wertvorstellungen)亦无不同。英国的法治援引洛克的见解,希望将政府的权限纳入法律之中来防止滥权,此亦正是德国法治国概念最核心的理论,亦即行政与司法的合法性,使国家权

① M. Kriele, aaO. S. 109.

② N. MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, JZ 1984, S. 65 ff.

力变得可预测。麦克科米克教授进一步地认为，英国的法学者们，现在对于法治的见解也逐渐形成共识，国家的法秩序不能仅靠规范，而需依据一些原则来建立规范的正当性，这些法规的原则必须靠所谓的时代精神来解释，这些时代精神可概称为政治价值的精神，包括了目的性原则、比例原则等，因此，法治的概念也必须再衍生出其他的制度，例如法律的普遍拘束性、持续性、公开性与禁止溯及既往所生之可预测性。另外，还有法安定性及权力分立也应当作为法治国的辅助手段。① 因此通过上述的分析，麦克科米克教授认为英国的法治观与德国现行的法治国概念并无本质以及价值理念上的差异。

上面正反两个见解似乎应以同质说为妥。诚然德国的法治观与英国的法治理念，在发展史上及一些着重层面不同，但此种发展史上的歧见不足以作为异质说的根本。尤其是吾人以现代德国所盛行的实质法治国理念与英国的法治观明显地可看出其同构性。第一点，就讲求法治国家的基本目的乃在于保障人权与抑制政府的滥权，使得法作为规范国家生活的唯一准则，此是英德两国法治主义者所不争的事实。

第二点，就法治主义的方法论而言，基本上两国皆朝向以纯粹法学的方式，而非以社会学或政治学的角度来讨论此一问题。此可由英国自戴雪以后的讨论，皆由法学者担任之；而德国讨论法治国的概念也几乎全由公法学者所包揽，使法治国的讨论成为宪法学及宪法解释学上一个重要的课题。

第三点，英国的法治观念由戴雪展开讨论后，历经学者的批判，目前对此讨论的结论，俨然成为学界的共识，此共识乃为：国家依据法律来统治，使得法律带有工具的色彩，但是对于此作为工具的法律，是否应该具有某些合乎时代的质量？英国的学者们看法，有主张实行法律价值中立论者，此派的见解，例如艾德或古德哈特教授等。认为徒法不足以自行，

① N. MacCormick, aaO. S. 68.

仍须辅以其他的制度,例如,代议政体、法律保留等,来完成法治国的实践;也有一派认为,作为工具的法,必须反求诸己来检视其质量,此派学者如瑞兹教授等,强调法律的价值观,准此,立法者的作为必须受到法治国的基本原则来监督,例如,法律要有普遍性、预期性、公开性、明确性及稳定性等质量。然而上述两派的见解是否截然的二分,可相合或必然排斥?英国学界虽然少有将之清楚说明者,不过只要详细分析各派见解,当可察觉出主张依靠国家其他制度来补正纯粹依法律来治国之不足者,并不排斥追求法律应有最符合价值的质量,易言之,也希望(虽然并不明言,甚至反对此用语的)法治变成良法之治。而讲求法治质量论者,当然也将目光及于其他的辅助制度,例如平等原则及特权禁止原则等,两派的见解实有互补的作用。只不过英国学界似无人对此融合及两派异同加以析论,也无产生形式意义及实质意义法治观的用语及相互区分的明确概念,可见英国对法治概念并未能如德国同行之在理论层面的区别上花太大的工夫。

相形之下,德国公法学界,在确定实质意义法治国的概念时,学界的见解即较少分歧,细查其理由不外乎:第一,德国经过纳粹暴政的记忆犹新,使得恶法亦法的法律实证主义普遍遭到摒弃,从而拒绝了将法治国的法律视为纯粹工具论。第二,德国实行成文宪法,故基本法条文将法治国的定位与明确概念——即国家权力受到法律及法的拘束,有助于统一学界纷纭不定的见解。第三,德国对于传统的形式意义法治国概念,虽加以批判,然而此种法治国概念并非全无价值、而需被时代淘汰,反而是因其所标榜的重人权与自由主义,正是可被新的法治国理念吸收而获得新生。最后再由德国新的法治国理念所产生的时代背景,正是德国大劫余生之后,学、政界所作的痛定思痛的反省,也因此比英国主张法治国概念者有更深切的感受。由德国萧勒教授所代表的新法治国概念,可知德国的现代法治国概念明确地强调法律应有浓厚的质量说,此构成法治国的秩序质量,例如必须符合宪法所定的诸多价值及精神。此外,为确

保法律的质量而必须衍生出的其他子原则，例如信赖保护、法律安定性及溯及禁止等，才是通过推演此法治质量下的衍生原则。因此，德国法治国概念显示出其理论的成长面；就此而言，克里勒教授指摘德国法治国概念仅系学者们的创作，显然并未注意到德国法学者在新的法治国概念里所能贡献的积极进步之能量。而与英国法治观学界们的见解毫无差异的另一面，德国新的法治国概念，显然也重视了制度配合的问题。除了在制宪时已重视了实践法质量之最重要的制度——违宪审查权的制度外，德国学界对于法治国的概念与其实践面都一并加以讨论，特别显现在对于权利救济及强调民主与分权原则等制度考虑之上，德国学界讨论法治国概念已不再仅限于法的质量或法律的当为规范，而也无不重视制度的实践。德国的法治国家概念与英国的法治观基本上已无差别，此亦是德国公法学界纠正以往重理论轻实践的象牙塔式见解的一个例证。因此，吾人只要检视本文参及四部分的各家学说即可看到其同构性之高。长年以来，英德两国的公法学界几乎甚少交流，相互模仿者亦少，但两国学界对法治国概念的认识竟如此的不谋而合，诚为异数也。①

六、结论

提到法治国家，吾人马上会想到国家依法而治而摒弃依人而治的景象。这对于摆脱数千年专制以及甫结束威权统治的中国而言，法治国家代表了国家步入法治文明的时代阶段；但是想起法治，吾人也不会不想起恶法亦法的法律实证主义的现实面。其实中国传统由儒家文化所熏

① 英国公法学界自戴雪始，对于法国公法的重视与兴趣，远超过德国，今日英国大学内讨论行政法，只会部分援引法国的学理，对于德国几乎丝毫不予研究。而德国公法学界也甚少注意英国的制度，故两国地理虽近，但公法学界几乎有老死不相往来之情形。

陶的社会,对于"法治"一词,实质上是代表了负面的价值,此主要是由历史因素所造成的。按远在战国时代的法家思想,成功地使后世将法治塑造成严格、追求执法平等,以及可以迅速与有效达到施政目标及维持纪律的法律工具论。也因此中国的法家在2000年前所主张的法律实证主义使得法治主义带有标准形式且价值中立论的特征,而法家人士无疑成为酷吏与当权之鹰犬。法家也变成严格执法的代名词,而未能受到中国儒家社会与文化衷心的支持。

由上文讨论到英德两国的法治国概念,我们可以清楚地获得对于新的法治国概念的认识:法治国必须承继传统形式意义法治国的杰出理念,诸如最大幅度地维护人民基本权利、基于自由主义的对国家权力可能滥权的疑惧以及确保上述两个原则所必须实行的法律保留及所衍生的信赖利益保护、溯及禁止与可预测性原则的实践等。同时必须符合国家追求整体实质正义以及将国家行为确实用法而非单纯用法律来加以束缚,使得法治国无疑可通过违宪审查权的制度,来摒斥恶法亦法,而达到良法之治。因此,法治国的精神已将实证的法律工具论视为下层次的执行原则,而追求法的质量论,也涉及宪法学及法理学的争议与发展,无疑是今后法治国概念的发展最主要关注之处!

综上所言,现代的法治国应强调如何达到良法之治的方法。[①] 英德两国学界似乎都由制定法律的来源着手,民主立法显然是其唯一的答案。易言之,由独裁者与专制政权所制定的法,不论其质量如何,已当然地排除在法治国概念之内!当然,为了解决各国对于民主的认知与制度可能产生的差距,学界当然采取相当的相对主义,此又以人民是否拥有充分的政治性基本人权,如参政权、结社权以及国会的组成与政党自由

① 德国著名的法理学家拉伦兹(Karl Larenz)也认为新的法治国概念,乃将拘束矛头针对立法者。法治国的理念乃在追求正确之法(richtiges Recht),真是一针见血之见。参见K. Larenz, Richtiges Recht, 1979, S. 142。

等一并考虑，当不难导出评判一国是否达到民主的程度。对于民主与法治国相互拥有的唇齿关系，本文所援引的德国赖特布鲁赫在1946年的斯文，值得咀嚼再三。民主既然融入法治国的概念之中，一个国家如是此种法治国，其统治权力之基础方完全具备正当性及合法性，也才是达到人类法政文明最高阶段的国家属性也。①

（本文原刊载于台湾《台大法学论丛》第28卷第1期，1998年10月）

① 法国宪法学者谢瓦利教授（Jacques Chevalier）曾有一文论及法治国的移植问题，指出东欧国家解体后的自由化运动，虽努力移植西方国家的法治国及民主概念，不能很成功的理由，就在于不能确实掌握此二者真正的精神及相互的关联。这位法国学者也认为法国学界已接受德国法治国的用语，法治国的法文Etat de Droit即由德文直译而来，同时也接受与英国法治观同质论的见解。法治主义似乎已在德、英及法国有相同的概念矣。见J. Chevallier, The Importation of the Etat de Droit, Journal of Chinese and Comparative Law,（H. K.）Vol. 2, Nov, 1997, p. 157。另外刘军宁："从法治国到法治"，载《公共论丛》，北京大学，1997，第三辑，第118页。本文可能是迄今中国大陆发表相关论文最深入的一篇，颇值参考。

第三篇　社会主义法治国之概念

——从越南及东德的经验谈起

人们往往忘记了他们法律上的权利，乃是起源于他们的经济生活条件，正如同他们忘记了他们自己的人种起源于动物界一样。

——[德国]恩格斯

一、前言——共产制度最大的变革

近二十年来，人类的政治世界进行最大的变革，当在于实施共产主义的国家，纷纷进行极为剧烈甚至是在整个理论层次颠覆其“立国精神”的重大改革。最明显的是在中国 1979 年进行的“改革开放”，已经使整个神州大地彻底地改变了面貌；在苏联及东欧共产国家更是惊天动地地进行革命，成立西方资本主义式的民主政体。这一些共产或前共产国家所进行的改革，可以包括经济层面的将计划经济转为市场经济；政治层面的加强民主体制或

完全将共产的“无产级专政”改为多党竞争的资本主义国家之民主体制；在法制上则引进法治国家、依法而治的原则。就法律学的立场而言，后者的重要性便显得更加突出，这代表了这些国家的改革已经重视到以法律及法律的精神来拘束国家权力的行使、并作为指导国策推行的最高原则。这对于一开始便强调阶级斗争，认为达到最大正义的目标不在于静态的法理探讨，而必须系乎积极与赤裸裸地使用暴力（斗争力）之初衷，已有了甚大的差异。

中国在1999年修改宪法在第5条第1项增定了：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”之规定，建设一个社会主义的法治国家已成为大陆的最高国策。究竟这个社会主义法治国家的概念为何？中国学者也进行了相当程度的讨论。而同样处于大幅度实行开放政策的越南，也注意到了有必要将“依法治国原则”作为基本国策的急迫性。另外，在共产国家中法律研究最为重视的东德（德意志民主共和国），在累积近两百年的法学研究的基础上，也有对如何结合社会主义与法治国的理念，以及是否有可能进行这种“结合”的问题，进行了讨论。本文便是打算对于越南及东德的经验过程加以探讨。唯限于篇幅，本文只集中在理论的发展部分，不对个别制度作细节分析，所以只算是一个“见树不见林”初步探讨。

二、越南宪法采纳的法治原则

越南在1992年公布了自建国以来第4部宪法（前3部分别为：《1946年宪法》、《1959年宪法》及《1980年宪法》）。这是越南在实行市场经济机制及多区域性商品经济制度后，为因应开放政策所制定的新宪法。和以往宪法迥异之处在于本宪法强烈地引进了法律的精神。早在1986年第6届越南共产党全国代表大会开始决议摒弃苏俄的计划经济

模式,实行资本主义的市场经济,特别着眼于利用越南充沛而低廉的人力资源,吸引外资设立以外销导向为主的经济体制,来挽救已经奄奄一息的越南经济。并且吸引外资的首要条件乃是确保投资的合法利益,最好的保证应当是来自宪法层次所确定的法律保障体制。本届全国人民代表大会获得这项共识后,已经为修正《1980 年宪法》订立了一个大方向。随着在 1991 年召开的第 7 届越南共产党全国人民代表大会,便决议将法制改革纳入经济改革的范围内,并由越南共产党中央委员会召开了国民大会,进行修宪的工作,国民大会也成立了修宪委员会,直到 1991 年 7 月为止,共召开七次会议,完成了两个草案送交大会。并在大会审议后通过的三个草案,当年 12 月,发布为公众讨论的官定本草案。而后,再根据各方意见,修正成为第四个草案,经国民大会第十一次通过后,于 1992 年 4 月 15 日公布。①

《1992 年宪法》强调法治的重要性可以由下列几个规定中窥见:

1. 揭示了民有、民治、民享的原则:当《1980 年宪法》第 2 条仍然强调越南社会主义共和国是一个"无产阶级专政"的国家,本宪法更改为"越南社会主义共和国是一个民有、民治、民享的国家。国家之权力属于由工人、农民及知识分子为基础组成联盟之人民"。"民有、民治、民享"是美国总统林肯在 1863 年盖茨堡的演讲中的名言,不仅我国台湾地区"宪法"第 1 条引用,法国在 1946 年的《第四共和宪法》第 4 条第 2 项中也引用之。② 以美国曾经是越南最大的敌人,越南共产党且"浴血"抗战

---

① Tinh Dinh Le, Pursance of the Rule of Law in Vietnam: The 1992 Constitutuionand Elections, and Afterwards, http://www2. hawaii. edu/ ~ tinhl/ROLVN. pdf#search = vietnam%20constitution,关于本部宪法的中文译文及越南宪政发展过程,可参见谈虎译:"越南社会主义共和国宪政发展概述及条文",收录于《新编世界各国宪法大全》,我国台湾地区"国民大会"秘书处,1996 年 5 月,第 735 页。

② 我国台湾地区制"宪"时已有"国大代表"(如名学者傅斯年)就曾质疑我国台湾地区"宪法"采纳这句外国总统的名言,是否有伤国格的问题,见笔者:《中华民国宪法释论》(第 4 版),2001 年,第 64 页。

"美帝"侵略十余年之久，现在居然引用一位美国总统的名言入宪，应当显示出越南共产党当局"变法"的决心。①

2. 对共产党指导原则及位阶的调整：作为社会主义的国家，越南共产党由宪法第4条第1项肯定其作为国家领导政党的优越地位。但是对指导共产党的原则，除马列主义外，另外增加了"胡志明思想"，同时本条文增加第2项：所有党的组织，都必须在宪法及法律的规范下运作。这两个新增的规定，显示出新宪法对越南共产党重新予以定位。又可分约束越南共产党的指导原则及位阶两点来论。

第一点，就胡志明思想的置入而言，本来在历次的宪法前言，都会一再宣扬胡志明的丰功伟业。然而在作为指导越南共产党施政的理论依据，此时，纳入了胡志明的思想，恐怕并非仅是教条式的形式主义，恐怕还有深意在焉！这必须由胡志明亲自主导的两份有关宪政的文件来予以讨论。

第一个胡志明在1919年以阮爱国的化名（Nguyen Ai Quoc）被派往参加巴黎和会时，发表了"安南人民的请愿书"，表达越南人民脱离法国殖民独立的愿望。并且要求法国政府从速保障越南人民有言论、出版、集会、受教育、移民的自由，越南与其他欧洲人一样的司法保障，以及可以依法更换政府的权利。胡志明的想法，无疑是服膺了西方自由主义的理念，并要求将西方法治国家的原则适用在其祖国之上。故越南学者即

① 这当然也是美国是越南外商投资的最重要来源，美国投资人便最关心越南的法制不能保障投资人的权益。例如，越南在1991年起担任总理的武文杰（Vo Van Kiet），便曾经告诉国民大会美国投资者的忧虑：越南的司法体制无法创造一个安全、透明及长期稳定的投资环境，来吸引投资者与企业家，见 Dror Ben Asher, What's the Connection? Vietnam, The Rule of Law, Human Right and Antitrust, J. Int'l. L. 433 (1998～1999)。不过美国在越南的外国投资排名并非前茅，都在第九、十名左右。从1988年至今，外商投资最多前五名分别来自新加坡、我国台湾地区、日本、我国香港地区及南韩。

称"法治"(The rule of law)的思想,其实早在1919年便已在越南萌芽了。① 这也是越南司法部法律研究司在1993年新宪法公布后,所发布的《学习胡志明的国家与法律理念》一书,所表达的"官方见解"。② 其次,在第二次世界大战后的1945年9月2日,胡志明发表了独立宣言,并建立了越南民主共和国。1946年11月,越南国会通过了第一部宪法,这部由胡志明亲自主导下所制定的宪法,在宣示保障人权的第二章方面,有极为详尽的规定,与一般民主国家并无差别。且明白规定必须"依法"方得侵犯之;而在权力分立方面,也实施三权分立,三年改选一次的人民议会为国家最高权力机关,选举总统及总理;行政权以总统为首的总统制,享有人身特权;司法权则由独立的最高法院等,采四级审法院,法官依法律独立审判且享有身份保障权;采公开审理及禁止刑求、非法证据取供等。本宪法公布后不到一个月,法国殖民政府的军队便与胡志明军队交战,九年的越法战争后,再接着是美军的介入,战争的升级,使得这部宪法成为标准的"纸上宪法"。但是就理念价值而言,学者仍然赞许此宪法堪称是一个极为符合法治精神的宪法。③ 且直到1992年宪法才重现这

① 例如,Tinh Dinh Le, Id. ,1. ;Truong Trong Nghia, The Rule of Law in Vietnam: Theory and Practice。

② Study on Ho Chi Minh's Ideology on State and Law (Research Institute for Legal Sciences under the Ministry of Justice, 1993), 75~76. 同时,在这本书中(第181页及第182页),也网罗了胡志明在同时用越南文写的诗,其中有:"我愿法律,这个神圣的上帝,能主全权,也希望给越南创造一部宪法"。1926年胡志明与其他两位同志发表的"告各国书",重申越南要独立建国外,也要继承一个基于保障人民权利的宪法。都可以看出在此阶段,胡志明的自由理念。胡志明在1927年出版的"革命之路",是作为训练越共干部的教材,介绍美国、法国及苏联革命的过程,其中且部分地将美国独立宣言的精华列出。例如,所有人类都被负有不可剥夺的权利;例如,生命、自由及追求幸福之权……如果政府不能达到这个目的,人民有权起来更易之,并建立新的政府。因此,具有官方色彩的越南学者Truong Trong Nghia,便认为总观胡志明的上述文献,可以得知胡志明的三大理念:制定一部宪法;国家依法律而治,以及保障人民的基本权利及自由。一言以括之,胡志明早年的理念便是实施法治。Id., 126.

③ Truong Trong Nghia, Id., 129.

部第一代“经典宪法”的精神。

因此,《1992 年宪法》在第 4 条第 1 项增加了胡志明思想,作为最高的指导原则,以及官方的诠释,都在向国人灌输了胡志明实施法治的初衷,也将 1992 年新宪的正当性,取得了一个完美的依据。

第二点,对共产党的定位而言,宪法新规定共产党的组织必须在宪法及法律的规范(framework)下运作。这便宣示了共产党与其他政府机关、人民一样,都没有特权,必须臣服宪法及法律的规定(见下文)。不能逸出此“法律框架”之外。这正是国家实施法治的最重要表征。

3. 依法律治国的承认:宪法第 12 条的修正也是最受到重视之处,这包括三个条文,第 1 项:“国家依据法律来管理社会;国家应该持续地加强社会主义的合法性”;第 2 项:“所有的国家机关、经济及社会组织、人民武装部队单位及全体人民必须严格地遵守宪法与法律,也必须努力防止及抑制所有的犯罪以及违反宪法与法律的行为”;第 3 项:“所有侵犯国家利益群众与个人合法利益及权利的行为,必须依据法律加以制裁”。这个条文可以说是《1992 年宪法》实施法治最为透彻的规定,也强调了宪法与法律的优越性、国家依法行政的原则,以及第 3 项的法律保留原则,都是实践人权保障的不可或缺之制度。

4. 基本人权重要性的承认:本宪法第五章是规范人民基本权利与义务。第 50 条规定,越南民主共和国尊重人民在政治、公民、经济文化及社会领域的人权,这些人权由宪法及法律形成公民的权利。这也是继《1946 年宪法》后,再度重申基本人权重要性的条文。另外对于司法人权的保障,则可由第十章,第 126 条以下的规定来实践。其中,第 130 条揭示独立审判原则;第 136 条规定法院裁判有类同法律的绝对拘束力。第 137 条对人民检察院体系监督各级政府、部队及人民,有无遵守法律的职权,都是保障人权及法律执行机制。

由上述《1992 宪法》的相关规定,如果不看到有社会主义的用语,会被认为本宪法乃是一般非社会主义国家的民主宪法。因此,本宪法已经

是由社会主义法制跨向资产民主法制的典型。

《1992 年宪法》公布后,越南也根据这部宪法进行了一连串的法律改革,例如,《国民大会代表选举法》(1992 年 4 月 15 日),因此全国在同年 7 月 15 日进行无记名投票的国大选举;首次制定《民法典》(1995 年);《行政法院法》(1996 年);《商事法》(1997 年);《企业法》(1999 年)。在这股立法的热潮中,强调法治似乎成为越南政治改革的一大基本动力。1996 年 6 月召开的第八次越南共产党全国代表大会的官方文书中,正式出现了国家要"依法而治"的用语。这也是迄今为止,这句用语第一次形诸官方文书。①

在这种崇尚法治的浪潮下,2001 年越南进行第五度的宪法修正,并在第 12 条第 1 项"国家依据法律来管理社会;国家应该持续地加强社会主义的合法性"中的前段,加以文字修订,改为"国家应依法行政"。这个将原本的"依据法律"(by means of law),改为"依法而治"(by rule of law),这个由前者的"Rule by Law"改变成后者的"Rule of Law",明显地看出越南修宪者已经正确地了解了法治主义的真谛。

在 2001 年越南成功地将法治国原则形成国家发展的最高原则后,越南虽为社会主义国家,且实施法治国原则,就人权的保障、分权原则及实行西方经济体制的立场,似乎应当是社会主义的政体结合了西方的法治国家原则,这是越南式的社会主义法治国的一大特色。

三、东德建国前关于法治国概念的探讨

(一)战后政治真空的酝酿期

在第二次世界大战结束前,德东是德国法学的重镇。著名的学府,

① Truong Trong Nghia, Id., 133.

诸如柏林大学、莱比锡大学、耶拿大学、德勒斯登大学等都有法学院，名师辈出，和其他德西与德南的大学相比毫不逊色。其中佼佼者当属柏林大学更是法学大师汇集之地。纳粹统治德国时，虽然对持不同政见的法学家及其见解，或有摒斥或迫害，例如，对著名的赫曼·黑勒（Hermann Heller）、赖特布鲁赫（Gustav Radbruch）等，但是对于法学的研究，以及传统公法学研究并没有中止，反而视为德国法律智慧的光荣，而继续研究。各大学法学院并没有视这些"前朝旧法"为异端，反而继续如往昔般的作为教学的内容。因此，通过合法政权移转而来的纳粹政权，反而利用实证法的体系，包括法学教育研究的制度及贯彻纳粹思想的法律制定，一步步来建立纳粹的法权体系。所以，综纳粹政权十二年的寿命，全德国法学院不仅没有奄奄一息，反而活力积极，与以往无异，法学院源源不绝地每年为国家提供无数的司法人才，①这和所有社会主义国家获得政权后，法律学院普遍衰颓，形成强烈的对比。因此可以说直至第二次世界大战结束为止，德国的司法体系及法学教育并没有停止运作。

在这种法学人才及信息并未匮绝的历史背景下，随着第二次世界大战结束，苏俄占领德东，度过刚开始的绥靖期，开始扶植德东的共党政权，也开始面对了如何重新建立一个国家及政府的法律问题。其中自然必须先决定国家的属性，也就是应否为一个法治国家的问题。

按"法治国家"（Der Rechtsstaat）一词是德国的产物，整个19世纪以来，承认国家应当是一个法治国家，也就是所谓的"自由主义法治国"（ein lieberaler Rechtsstaat），已成为学术界的主流思想。直到魏玛共和国时代，又有两位著名的学者汉斯·凯尔生（Hens Kelsen）、卡尔·史密特（Carl Schmitt）开始对传统法治国家的概念提出批判，认为法治国家已经

① 关于第三帝国时代的司法及法学状况，可参见 Bernd Rüthers, Entartetes Recht-Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 2Aufl., 1989; Ralph Angermund, Duetsche Richterschaft(1919－1945), 1990。

由形式意义的法治国概念转变为强调法质量、追求正义的实质法治国家。因此,法治国家概念已经产生了巨大的转变。针对这种新学说的看法,当然也有不同的意见,例如但斯达特(Friedrich Darmstädter)的抨击,形成学术上著名的争议。以及在纳粹时代由卡尔·史密特所强调的:德国已经成为一个"国家社会主义法治国"、同时也是一个"追求社会正义的正义之国"。因此,承认国家应当是一个法治国(纵不论是统一的自由主义法治国,或是新型的实质法治国,抑或是纳粹式的社会主义法治国),仍为学术界所承认。①

德东在1945年成为苏军占领区,至1949年成立德意志民主共和国为止,在这段战后政治重建期间也展开了对法治国概念的重新讨论。在这个过渡期间,战胜国东西两大阵营尚未公开决裂,除了占领军势力外,随着唯一政党(纳粹党)在1945年5月8日的崩溃,德东五邦的政治真空地带,以前被压制的反对党,立即死灰复燃。这些新冒出头的政党,可以大略分为支持自由主义及资本主义的民主政党,例如基民党(基督教民主联盟,CDU)及自民党(德国自由民主党,LDPD);以及主张社会主义的政党,例如社民党(社会民主党,SDD)及德国共产党(KPD),两党在实施社会主义的方式不同,前者不如后者的激进,因此社会民主党位于德东的党部,②遂在1946年4月与共产党合并成为统一党(社会主义统一党,SED)。

由于上述两大阵营,一方偏向英美势力,另一方偏向苏联,对于攸关将来立国方向的法治国概念也就有了不同的立场。

---

① 可参见两篇笔者:"德国十九世纪法治国概念的起源","国家的法治主义——英国的法治与德国法治国之概念比较",收录本论文集第一篇、第二篇。

② 西柏林社民党在1946年3月31日举行党员投票结果八成二反对与共产党合并;该党遂分裂。德东党部遂在次月19日庆祝四十年党庆时宣布与德共合并。德西党部遂被军政府宣布为非法政党,不准在占领区活动。

(二)民主党派的法治国理念

首先就民主政党的立场来谈。鉴于纳粹不法政权的余悸,1945 年 7 月 5 日成立的自民党,就在成立宣言(第十五点)中明白宣示,该党所要达到的目标:"社会的共同生活唯有依赖法律规范。为此应建立一个法治国家来对抗强权及不义"。而在稍早同年 6 月 26 日在柏林成立的基民党,虽然在经济政策上比信奉自由经济主义的自民党来得激进,主张将所有土地予以国有化,但是仍然在其宣言中强调:"吾人摒弃实行阶级斗争及阶级专政的革命手段来达到社会主义的目标。吾人也相信,各阶层国民虽有矛盾,但并没有不可跨越的鸿沟存在,正如同世界上各国家般一样。并且将实行和平的平衡方法,以及依据民主法治国家与社会主义的道德法则为自由发展的原则,来达成吾人的目标。"在 1945 年 7 月 14 日,以德东各政党所组成的一个"民主反法西斯政党统一阵线",也在宣言(第三点)中宣示这些新兴政党的任务,乃在:以民主法治国的基础来完全恢复法律的安定性(Herstellung voller Rechtssicherheit auf der Grundlage eines demokratischen Rechtsstaates)。①

这在德国战后第一批民主政党的奋斗目标已确定建立一个法治国家的出发点,乃纠正纳粹时期的"非法治国"(Unrechtsstaat)行径。同时,这些政党首脑们所理解的法治国家理念,应当还是魏玛共和时代所流行的自由主义法治国家,也就是强调保障人民的自由财产、国家依法律而治,同时要抗拒国家非法的暴力统治。当时这些民主政党还要在拟塑未来国家法政蓝图的架构外,还面对苏联军政府的严厉管制(以军法替代普通法律的另一翻版之独裁);军政府对追捕、清算前朝政权帮凶,并否认前朝法律效力所引起的法律秩序之惶恐(法律安定性的丧失),以及军政府独自统一党的"政党垄断"(形同虚设的党派平等),这些时空背景,

① Klaus Sieveking, Die Entwicklung des sozialistschen Rechtsstaatsbegriffs in der DDR, S. 18, 1975.

当然构成了这些民主政党追求法治国决心的动机。

在德东从1946年10月开始,就已经陆续进行各邦邦议会及地方的地方议会选举,①各邦也考虑制定邦宪法。政党的法治国概念也由党纲的地位跨入了实证法条的讨论。最明显的例子在1946年12月19日突林根(Thüringen)邦政府发表的政府宣言:"建设突林根为一个法治国家(Ausbau Thüringens zu einem Rechtsstaat),作为将来制定突林根《邦宪法》的重要原则。这个由当时德国自由民主党所主导的政府宣言虽然只是政坛的一个插曲,②随后引发社会主义统一党的激辩(下述),但值得重视的是在突林根邦议会的讨论中,已经出现了较传统更为具体的法治国概念,也是把抽象的法治国原则形成法治化的一个突破。

突林根邦司法部长库尔兹(Helmut Külz,自民党)是代表这种新思潮的人物。在宣扬突林根邦的法治国家理念的重要性时,库尔兹在1947年10月10日的邦议会上,提出了一个构成民主法治国家的三大重要原则:第一,社会个人及团体的关系必须通过一个明确、任何人都能理解且能排除任何事实及人为权力滥用的法律关系来予以规范;第二,法律规范的适用必须无视当事人的差别而能平等地来执行;第三,由专业法官与公民挑选出来的陪席法官所组成的法院必须独立、平等地执行法律的规范,其任务不仅仅在执行形式的法,而是特别要创造符合道德及社会认知正确的法(sittlich und sozial richtige Rechte)。③ 库尔兹部长同时也提到了一个民主国家必定是一个法治国家,两者有重迭性,同时也提到

---

① 1946年10月20日德国五邦进行战后第一次总普选,获得苏联占领军大力协助,并在不少杯葛民主政党(例如不准成立支党部,不准宣传……)下,统一党获得四成五七的选票;民主党派(自民党及基民党)都在二、三成(480万)加起来近五成较统一党(465万)多一点。见 Hermann Weber(hrgb), DDR, Dokumente zur Geschichtecher DDR, dtv. 1986, S. 89。

② 当时突林根邦议会中(100席),统一党占了50席;民主派两党共47席,但民选的邦主席是自民党。政府阁员是各党都有。

③ Klaus Sieveking, aaO. S. 19.

了法治国家也应该是一个“真实的法治国家”(ein wirklicher Rechtsstaat)。

库尔兹部长在法治国概念的三要素里,提到的观念颇有前瞻性,以第一点的“清楚及任何人都可以清楚懂得法规范”的说法,明显地和当今对于法律安定性及预见性原则(Vorsehbarkeitsprinzip)不谋而合,①同时在第三点提到的法院要追求符合实质正义的“道德及社会认知正确的法”,显然已经呼应了前一年(1946 年 8 月)著名的学者赖特布鲁赫在“南德法学报”所发表的“法律上的不法与超法律的法”中的见解。② 同时,突林根邦要建设成为一个不只是形式意义,而是要追求正义、符合伦理道德及正确的法秩序的真实法治国,正是实质意义法治国的概念。因此,库尔兹部长已经抱持了先进法治国概念。

与库尔兹部长所属的自由民主党站在同一阵线的基督教民主联盟,也支持这种新的法治国概念。例如马根议员(Abg. Magen)在评论库尔兹的见解时,便认为一般法律秩序之上还有一个不得违背的秩序,称为“上帝的世界秩序”(Göttliche Weetordnung)也是说的道德法则与人性理智,这是任何人为法律所必须达成的目标,国家必须有义务来制定这个法律。马根议员这种结合基督教理念与法律价值的立场也指出了:这个保障人民自由及个人人性尊严的永恒法则,不能被侵犯,必须是吾人现在所追求的现代法治国家所必须强调与确认之处。③

马根提出人性尊严是法治国家所有法律秩序所不可侵犯的最高原则,已经和两年后(1949 年)西德公布《基本法》第 1 条第 1 项的精神完全一致。同时,强调的实证法秩序外还有一个更高的精神价值,不论他当时是援引神学意义上的“上帝世界秩序”或是援引自然法的道德法则,

---

① 可参见“台湾司法院大法官”在 1999 年 10 月公布的“台湾司法院大法官会议解释”第四九一号解释。

② 参见笔者,收录本论文集第一篇,(三)、3 处,Wade,Ibid,p. 26。

③ Klaus Sieveking, aaO. S. 22.

都是可以解释构成实质意义法治国家概念的正义价值。不过,尽管民主党派已有实质意义法治国家概念的提出,不过,总体来讲,这些党派绝大多数的政治人物仍只是企求能建设一个符合传统意义的法治国家。

甚至在1947年1月1日,德东共党出版了关于法律思想与制度的机关报"新司法"(Neue Justiz)月刊,第一卷第一期便刊有前帝国法务部长、现任苏俄占领区德国法院联合会主席西佛博士(Dr. Eugen Schiffer)的文章,便主张今后德国:不仅仅只是要恢复那种被法西斯政权残酷摧毁的法治国,而是要创设一个新的、民主的法治国家。①

(三)社会主义党派的法治国见解

统一党阵营在此期间也展开了对法治国家理念的讨论。统一党之所以也投入讨论行列,除了也要研议日后政权建立的属性,以说服选民外,主要的目的在于战后不论东西阵营的占领区内各邦已经进行的制订宪法任务。② 统一党在德东占有主导性的地位,必须在德东五邦的新宪法中呈现其法治国家的理念,亦即,必须用形式法条的方式,例如通过对国家权力行使的基本架构(如实施权力分立与否),表达其立场。同时,也要会当时在德东,苏军占领区采取一些土地改革的措施提出合理化的依据。③ 统一党的法政理论家也在此混沌不明的时代,一步步提出一个配合时代需要的法治理念。以下谨提出公认几位具有指标性的人物的见解。

---

① C. H. Ule. Die DDR – ein sozialistischer Rechtsstaat? DVBl. ,1989,1221.

② 当时各邦都积极制定邦宪法,在东西方占领区各邦,其余诸邦都已制订邦宪法。例如汉堡邦(1946年5月),黑森邦及巴伐利亚邦(1946年12月)、布来梅邦(1947年10月),法国占领区各邦则直到《基本法》制定后,各邦才制定邦宪法,例如巴登·符腾堡邦(1953年11月)。

③ 在1949年9月以后,苏军在德东立即进行土地改革,将一切纳粹党政高阶人员的财产(房屋),以及所有土地超过100公顷的土地都加以充公,不予补偿。这已经违反当时(应)仍适用之《魏玛宪法》有关征收应予补偿之规定(第153、156条)。这个措施获得统一党的赞同。但民主党派不支持之。

1. 包革顿的理论

首先，是甫由瑞士流亡返国的包革顿（Arthur Baumgarten）谈起。包革顿（1884～1966）是一位钻研刑法学、法理学的教授，也是德国著名刑法学大师李斯特（Fr. von Liszt）的高徒，至1909年以一篇“理念与法律竞合的学说”，取得布莱斯瑙（Breslau）大学的博士学位后便到日内瓦大学任教，开始了学术生涯。

在魏玛共和动荡的年代，包革顿任教于莱比锡大学，他目睹了传统法治国理念的无力，遂将希望寄托于工人及劳动阶级的力量，他和公法学界的赫曼·黑勒教授基本的政治立场极为相似。都属于左翼的学者。包革顿认为德国的社会需要一个革命性的、文艺复兴式的巨大改革，来取代资产阶级以及自由主义的法律次序。他寄希望于劳动阶级的自觉，通过民主的机制，来夺取国家的政权，来达成这个改革。

所以，在此阶段的包革顿教授，仍属于“体制内改革者”，对于苏联式的革命，并不寄以厚望。他这种期待劳动阶级来达成社会革命的理念，被日后东德的学界及官方，都尊称为“独特的乐观主义者”。①

1939年1月，纳粹政权登台后，对于纳粹批评不遗余力的包革顿，立刻辞去法兰克福大学的教职，流亡瑞士。在此期间，他的思想有了重大改变。他去了一趟俄国，发现唯有靠社会主义制度才能达到改革的理想。为了深入了解无产阶级的理论，他开始学习俄语，成为一个共产理论的专家。并且与他人共同筹组了瑞士劳动党。

在纳粹政权崩溃后，包革顿满怀热情重回到了满目疮痍的故乡，担任了莱比锡大学的教授。他在1946年9月发表了一篇“新时代民主及

① H. Schroeder, Ein grosser Staats – und Rechtsdenker – Zum 100. Geburtstag Arthur Baumgartens, NJ1984, 3, 92; K. Polak, Der Weg Arthur Baumgartens zum Marxismus, in: Festschrift fuer Arthur Baumgarten zum 75. Geburtstag, 1960, S. 1.

法治理念的发展"。[①] 包革顿将未来国家的重心置于实践"直接民主",也就是卢梭当年所主张的理念,只是卢梭当时将抗争对象朝向专制强权,而建立自由主义的法治国家,现在则应针对社会的经济强权。所以民主和法治国家通过自由的理念而结合在一起。民主的自由是通过国家的方式,在国家内达成之;法治国家的自由,则是建立一个自由的国家。而新时代的国家应该是保护人性尊严。但在自由主义法治国家时代,虽也保障人性尊严,但却保障资本阶级垄断生产工具的自由及妨碍经济民主;虽也保障经济及社会民主,但也放任这个民主,通过人民公意(立法方法)来侵犯人性尊严。所以包革顿将新国家重心不置于民主,而是置于法治国之上。法治国绝不是集权国家,为此,传统自由主义法治国家若干制度(例如权力分立、依法律行政、依法管制及罪刑法定主义等)必须更正。因此,法治国家不应该只是维持传统的法治国家般的只是保障个人权利及财产而已,[②]而是要进一步调整社会的经济结构,也就是将社会生产工具财产权予以公有化,同时要解放国人的思想以跟得上时代。

包革顿一方面承认要保障人性尊严,反对专制国家而有必要建立一个法治国家;但却反对因循往日自由主义的法治国家,使苏区进行之土地及经济的措施能有一个宪法理论的依据。但是,这些理论能不能符合马克思的理念?依马克思的理念,社会一旦达到社会主义时,国家的现况将会消灭,但当时德国离马克思这个理念——无阶级的社会——距离仍极遥远,所以包革顿也承认,无法预先拟制出一个符合马克思主张的法治国家模式。[③] 所以包格顿这篇统一党阵营最早关于法治国家的论文表达了应建立一个具有实践直接民主、积极进行生产工具国有化政策,

---

① A. Baumgarten, Die Entwicklung der Ideen der Demokratie und der Rechtsstaat in der Neuzeit, Stuttgart, 1946.

② aaO. S. 18.

③ A. Baumgarten, aaO. S. 18; Sieveling, aaO. S. 33.

不汲汲于保障个人(特别是地主及资本家)权利的法治国家之见解。

2. 波拉克的理论

在包革顿主要是强调"直接民主"的价值后,另一个重要的理论家为波拉克(Karl Polak)。

不同于包革顿的流亡瑞士,另一位流亡苏联的法律学者波拉克,也带来了不同的思维模式。波拉克在 1946 年 12 月于统一党的机关刊物"统一"上发表了一篇论文《权力分立、人权及法治国的理论的概念形式主义与民主》,①获得了外界更大的注意。这是因为本文是刊载代表统一党立场出现的关于法治国的理论,是合于党的权威性。波拉克主要的论点——由该篇论文的副标题为"批判魏玛宪法"——可知,他是反对旧有的宪政体制,同时也反对法治国家的概念。

波拉克是首先提出社会主义法治国用语及讨论其概念的学者。他是从历史的角度来检视法治国的理念。在传统法治国家都主张以形式法律(形式上的平等)来统治国家,作为法治国家的写照的话,即让波拉克怀疑到,任何国家由中古时代到纳粹国家,都可以称为法治国家。如此一来,当然也可以产生一个所谓的"社会主义法治国家"了,所以波拉克认为讨论社会主义法治国的概念,并没有太大的实益! 同时,在以往自由主义时代,人民利用法治国理念作为对抗贵族滥权的武器;在社会主义的国家,人民都已经当家做主,已无值得打击统治阶级,因此,法治国这件武器就不需要了。同时,波拉克也指摘由于德国过去就是信奉这种形式意义的法治国家理念,致使国家沦入纳粹的暴政,法治国家理念不仅成了暴政的帮凶,这个理念自然也失去了时代价值。②

波拉克论文的主要论点其实是针对权力分立的原则。这在传统法治国家原则中是不可或缺的一个要素,同时也在当时德东制定宪法时必

---

① Gewaltteilung-Menschenrechte-Rechtsstaat, Begriffsformalisierung und Demokratie.

② Polak, aaO. S. 399.

须先解决的问题,波拉克反对此种源于自由主义的权力分立之制度,和包革顿主张的"直接民主"制度类似,他提出"真正民主"(wahre Demokratie)概念,强调援引卢梭的"国民主权"(Volkssouveränität)理念,这个最高民意必须集中在一个彰显其最高性的机关,也就是"民主集中制",这便是国民议会。任何国家权力必须由此机关的授予也向此机关负责。这个最高权力的独揽,包括对立法权的拥有及对行政、司法、国防等机关人事权的同意等之。易言之,苏维埃最高人民代表大会当是这种民主集中制的代表。

同样的,既然法律是由民主集中制的国民议会所制订,代表全民意志,所以行政必须依据法律(Gesetzmässigkeit der Verwaltung,依法律行政,或行政合法性原则),则为波拉克所肯认。故赞成建立行政诉讼制度及行政法院体系。但对于违宪审查权,则持反对立场。波拉克在来年(1947年)发表的一篇"司法革新——迈入民主化的司法"一文①表示,若承认法官能拥有违宪审查权,由于这种判断一个法律是否违宪必须借重抽象的法律原则来作依据。如此一来无异是承认法官能引用这些"古老的法律原则"来否认人民最近表达的意志。故即使依孟德斯鸠的权力分立也不允许法官滥用此权力。②

尽管波拉克的法治国概念存在不少错误,其中包括致命的谬误之处——例如在塑建社会主义法治国的理念时所提到的;只要一国有实证法来治理,就可以称作是法治国,因此他把中古时代的专制国亦列入法治国。这种见解的确荒谬到不解法治国的概念至少应在自由主义的立宪时代才孕育成功的!③ 不过,波拉克当时身居统一党的中央委员会处长要职,为党内法政的理论指导者,因而波拉克将法治国理念贬抑为不

① Justizerneuerung—Wege zu einer demokratischen Justiz in: K. Rolak, Reden und Aufsätze, Zum Entwicklung der Arbeiter - und Bauernmacht, 1968, SS. 79 - 125.

② K. Polak, aaO. S. 117; K. Sieveking, aaO. S. 44.

③ C. H. Ule. aaO. S. 1225.

公平的时代落伍产物。新的社会主义德国大可另辟坦途，不必再通过“旧瓶装新酒”的方式重新借用法治国家这副“行头”。相形之下，统一党内部少数人士①及民主党派政界想借重实践社会正义等的实质法治国要素之努力，重新让东德回到法治国的轨道，即和统一党的摒弃法治国，已如云泥之势！

统一党内法政理论路线之争，波拉克的理论终于占了上风。1949 年 10 月统一党主导下所推行的第一部“德意志民主共和国”宪法中，完全不提到“法治国家”一词，即可明证。至于包革顿的理论，便失势矣。虽然包革顿日后担任东德科学院（德国最高学术机构，相当于台湾的中央研究院或大陆的中国社科院及中国科学院）院长及柏林大学教授的崇高

① 统一党阵营内主张援用法治国最著名的应属当时位职突林根邦司法部司长的舒尔特斯（Dr. Karl Schultes）博士。舒尔特斯在 1948 年发表三篇论文，分别讨论：《苏军占领区各邦宪法的制订》；《真实民主中的法律保护及法律安定性》；《真实民主之宪法体系中的法治国及司法制度等问题》。由两篇论文标题中出现两次“真实民主”（Reale Demokratie），即可知舒尔特斯对真实民主的重视。大体上舒尔特斯是肯定传统法治国的价值，包括使用实证法律来治理国家及法律安定性的重要。但其也明确指出传统的法治国与民主之间会产生矛盾。例如，法治国以保障人权为鹄的，特别保障人民的言论、集会及结社自由，但这些自由发展到最后会被滥用，修改摧毁法治国及民主，纳粹政权摧毁魏玛即是殷鉴。舒尔特斯即认为民主应该给法治国一个界限。当时的政、经、社会情况使得民主已转变成为一个真正的民主（社会民主及经济民主），这个由苏军打破纳粹独裁带来的土地改革及大企业国有化等措施所形成的民主，已经不是由传统法治国理念——例如《魏玛宪法》所树立的财产权保障体系（及征收应予公正补偿）的理念所可涵括。所以，其认为法治国家理念已由形式意义转向实质的实践社会正义，也就是真正的民主和实质法治国已经合二为一。所以，依老旧法治国保障人权所树立的法律安定性，已经不能符合国家要求立法者要随时反映社会需要弹性立法的积极性。真实民主的宪法要强调社会关系高度的可预测性及计划性。其中对人权的保障将界限于防止资本主义、军国主义及法西斯的复辟！法律仍作为法治国家的唯一工具，且由权力集中制的议会所产生，具有绝对的拘束力。法官只能审查法规有无和上位法规相抵触，例如邦法及联邦法；行政命令及法律，不能就法律有无违宪进行审查，避免法官涉及政治争议。K. Sieveking, aaO. SS. 33 - 39.

职位,但只是形式的尊崇而已。①

(四)德东邦宪法的法治国概念

德东战后在各个政党的势力角逐,法治国的概念成为双方论述的中心。由于苏联占领军挟执政之优势,手中握有国家之一切权力,且掌握了当地最急需的民生物品之调配权力,自然掌控了此法政重建的方向。在包革顿及波拉克两个统一党的法政理论家议论发表的时刻,德东五邦都正如火如荼地进行邦宪法的拟定,因此为了统一论调,统一党遂在1946年11月14日公布"德意志民主共和国宪法草案",作为日后德东建国立宪的版本,也作为各邦议会内统一党议员的理论依据。

出乎一般人意料的,1946年的社会党宪草不论是在前言或是在内容中,都没有提到法治国家,也没有提到共产主义、共产党或社会党的用语,更不必提到那些政党对制订本宪法所付出的贡献,所以这部宪法除了大幅度容纳了社会基本权利外,大体上是仿效《魏玛宪法》的模式,尤其是宪法将人权置于国家组织之前(第7到39条)且人权条款占了宪法1/3的篇幅,也可看出对人权的重视。另外,在关于私人财产的限制方面,加入了更多社会主义的色彩。例如,在第18条一项规定经济生活必须符合社会正义的原则,以达到保障任何人能获得符合人性尊严的生存之目标。在此界限内应限制私人的经济自由权。第二项则专门对于私人所拥有之能影响生产、价格及销售的垄断事业、集团等都应予以禁止。同时本宪草也强调应保障人民的财产,非经法律与公共福祉的需求并给予适当的补偿外,不能予以征收。此规定大致上也与《魏玛宪法》类似。但为贯彻土地改革及追惩纳粹余孽,本宪草也规定大地主超过一百公顷

① 甚至在东德1946~1947年的宪草讨论过程中,德共都会将专家意见刊印出来,却独漏了包革顿的见解,可见得包革顿早就不为东德当局所喜。见K. A. Mollmau, Schwund der Mitte, Über eine frühe Differenz zwischen Arthur Baumgarten und Karl Polak, in: Recht und Ideologie, Festschrift fuer Hermann Klenmer zum 70. Geburtstag, 1996, S. 413。

以上的土地，将无偿地征收，同时无土地之农夫及无土地所有权者，应保障其由土地改革中获得所有权（第 23 条）；而战犯、纳粹狂热分子的企业，以及参与纳粹战争的军需工业所有人之企业，都应充公为国有（第 21 条第 4 项）。这些条文可以看出即使是土地改革，对大地主的财产充公上限为一百公顷，这比起战后其他共党实施土改对地主，严则公审处决，轻则扫地出门，不可同日而语。而以台湾地区引以为傲的土地改革，当年（1953 年），农地的所有权人可以拥有的田地上限为最优等水田（一至六则）1.5 甲（约略少 1.5 公顷），到最差的旱田（19 至 26 则）12 甲（约略少 12 公顷），也比统一党的宪草标准来得严苛。这个草案的规定，后来被纳入《1949 年宪法》之中（第 24 条第 5 项）。

另外，对政府体制的设计也仿魏玛旧制，实施议会政治，国会议员由政党比例选举制，三年一任。总理由国会选出，并可由国会以不信任案罢免之，故为内阁制。值得重视的是本法第 85 条第 1 项明确规定："本宪法的条文视为直接适用的法。"而三年后西德《基本法》第 1 条第 3 项也有类似的条文："下述基本权利之条文视为直接适用的法，拘束立法、行政及司法。"这两个条文的文义基本相同，但统一党的宪草显然范围更大，不仅人权条款，而是整部宪法都可作为法律加以适用；另一个差别为基本法只规定人权条款拘束国家权力，不及于规范私人间的法律关系，才会引发了德国学术界如火如荼地关于基本权利第三者效力理论的争议。[①] 而社会党的版本，当可以避免了这个争议。其次，本条文第 2 条规定国际法上所承认的一般原则视为直接有效的法，即使本国法律没有明文规定亦然。这也是完全延袭魏玛宪法第 4 条的规定，但加进了后段（即使法律未明文规定）的加强用语，故较为先进，同样的《基本法》（第 25 条）也采纳此理念。

为了配合国会是最高的国家机关（第 40 条第 1 项），本法第 23 条规

① 参见笔者："宪法基本权利及第三者效力之理论"，刊载于本论文集第九篇。

定依合法程序公布的法律拘束法官,法官对之无违宪审查权限。另外,本宪草也规定各级法官必须依据社会正义来依法判决(第88条),法官应独立审判(第91条)并且应设立行政诉讼制度(第94条)。都可以看出这部宪草的政治色彩并不激进。

这个"温和"的统一党的宪草似乎产生了影响力,德东五个邦由突林根邦最先公布邦宪法(1946年12月20日),最晚为萨克森邦(1947年2月28日)。在结构上大致和社会党的宪草颇为类似,不论是政府的组织、实施议会政治及人权等几乎都无差别,甚至也规定了邦法律、命令及其他议会决议可拘束法官,法官对之无违宪审查权。① 至于法治国家的用语在五个邦的宪法中都没有提及,但是几乎都在所有宪法的第一条内规定了邦必须依据宪法及法律来处理所有的公共事务(Alle öffentlichen Angelegenheiten)。也是至少遵循着依法治国的原则。所以与统一党的宪草没有太严重的歧异。

但是,在西方阵营十个邦也同时进行邦宪法的制定,大部分的邦宪法中都没有规定法治国的原则。② 少数的例外,例如南德巴伐利亚邦在1946年12月2日公布的邦宪法(迄今仍有效)第3条即明确规定:巴伐利亚邦是一个法治、文化及社会国,为公益而服务。因此,综观德东的五个邦宪法尽管和统一党的宪草相近,但实际上也跟德西的邦宪法基本精神类似(例如德西的邦宪法中也都有土地改革的规定,只是较温和而已),未受到苏联占领当局太多的影响。③ 因此,当时整个德国不分东西,对于法治国用语及概念的入宪,似乎都没有太大的兴趣。

---

① 例如,突林根邦邦宪法第43条、布来登堡邦邦宪法第37条第1项及萨克森邦邦宪法第60条。

② 至于在《基本法》公布后才制订的邦宪法,例如下萨克森邦宪法(1951年4月13日)会在宪法第1条规定其为社会法治国,就不足为奇了。

③ Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd IX, 1997, S.28.

四、德意志民主共和国法治国概念之演变

(一)法治国理念的沉寂期

东德1949年10月7日公布了一个新宪法,尽管新宪法的前言已经揭示了保障人民的自由及权利,以及社会与经济生活必须符合社会正义来发展,但是却没提到任何法治国家的用语。然而,新宪法也提到国家的权力必须符合国民的福祉,为自由和平及民主的进步而服务(第3条第5款),所有公职人员都为整体而非为一个党派服务并受立法的监督(同条第6款);国家所有的权力必须服膺宪法的规定,立法机关享有违宪审查权,任何违反议会决议的行为,国民都拥有抵抗之权(第10条)。此外本宪法和1946年统一党的宪草并无太多的差别,也因此本宪法却不像其他东欧国家实行苏俄1936年12月所公布的《斯大林宪法》的模式,强调为一个无产阶级专政,以工农为主的共和国宪法;反而是处处仿效《魏玛宪法》,[①]颇会令人觉得东德在实行一个社会主义,而非斯大林式的共产主义。

而西德于同年更早半年的5月23日公布了《基本法》,其中第20条及第28条二度提到德意志联邦应是一个(社会)法治国。此消彼长,东德方面遂对法治国视为保守、替资产阶级效力的老旧思潮。换言之,战后一度在统一党内兴起,企图将社会主义等实质法治国因素注入的新思潮家(如包革顿、舒尔斯特之流)的努力即将付诸东流。东德与西德处于争夺代表德国主权正统地位,自然不承认法治国是实质的法治国理念了。

在东德立宪建国后,东西阵营的冷战正式登场,对西德及所称的法

① P. Badura, Staatstrecht, 3. Aufl., 2003, A. 33.

治国理念攻击不遗余力,其中有几件事件扮演了"触媒"的角色:

第一件,对纳粹党的态度问题:德国共产党与犹太人是纳粹党迫害最厉害的两种人,因此,战后劫生的德东共产党领导人多半是流亡在外国,方能避免遭到毒手,留在国内的精英几乎全被消灭,①故战后德共对于纳粹余孽的衔恨之深可想而知!东德政权成立后,除了早已效忠新政权的前情治及警察人员(因系无可取代的专业人士)外,前纳粹党官员,一概不予录用。甚至战后一度仍任职的司法人员,东德也一步步清算,逐出法院及大学大门之外。②

相对东德的雷厉风行,西德方面就显现出极大的宽容。法界人士,除了几个在纳粹政权当作指标性的人物,例如卡尔·史密特为典型代表外,其他法学教授即使有附和纳粹的排犹思想(例如民法的 Karl Larenz,公法的福斯多夫 Ernst Forsthoff 及胡伯 E. R. Huber),但在西德成立后仍能安坐大学教授宝座,继续法学研究及讲课。至于法官及律师就更不在话下,德国的法院(不包括军事法院)在纳粹统治期间总共作出了五万件的死刑判决,但在西德的领域内,居然没有任何一个法官或检察官被定罪,可见得西德对于这些纳粹的司法共犯予以网开一面的态度。③

另外,西德也一直坚持继承魏玛共和的合法性,纳粹时代的法律在经过小心排除纳粹理念的条文后,大都继续延用。甚至法院的判决也承

---

① 在纳粹当政前一个月(1932 年年底),德共一共有 36 万党员,结果 15 万人锒铛入狱;死于狱中者至少上万人。参见 Fberhard Aleff, Das 3. Reich, 21 Aufl. 1970, S. 228。

② 据统计,当时法律界人士共有 6000 人在这波"清洗纳粹"的运动中被纠出。

③ Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 3 Aufl., 2002, S. 363;至于军事法庭的审判,"二战"期间至少作出了 628000 件的判决,其中死刑者超过 12000 人。其他非经军事法庭处决者更多,可参见 Hirsch/Majer/Meinck, Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismismus, 1984, S. 556. 德国联邦宪法法院也两度承认前纳粹政府的公务员(BVerfGE 3, 58)及法官(BVerfGE 6, 132)在战后的西德能够继续任职。

认其合法性。[①] 更刺激东德的是西德在 1956 年 3 月 19 日修改《基本法》，增订建军的条文。并于同日公布军人法，西德恢复义务兵制。这个针对东德（及华沙公约）的“武装西德”举动，当然增加东德的敌意。而来年 1957 年 7 月 26 日西德公布“勋章法”，明确规定，凡是西德军人获得以前政府（纳粹政府及其同盟国，例如匈牙利、意大利等）所颁授的勋章，不论是在国防军或是党卫军内服役都得认为是为国服役所获得的荣誉，可以在军服上佩戴，只不过要除去勋章上的纳粹标志。看到新成立的西德军人，尤其是职业军官几乎人人佩戴铁十字等触目的纳粹勋章，东德便一口宣称，认定西德已成为“法西斯复辟”的政权，[②]而基本法明定的法治国原则也蒙上了护卫此思潮“复兴”的帮凶！

第二件因素是西德联邦法院公布的“德国共产党违宪案”。西德联邦宪法法院在本案中为了证明所谓“防卫民主”（Wehrhafte Demokratie）的概念，所获得的结论是：德国共产党是一个危害西德宪法“法治国”原则的政党，应予以禁止。[③] 同时，也剥夺了德国共产党在联邦众议院及各邦议会内所有的席位。

西德联邦宪法法院公布“共党违宪案”判决后，东德统一党视西德共产党为同路人、兄弟党，当不容忍此判决，东德政、法界的火力全张。在东德当然不会承认西德《基本法》所追求的法治国意义，也一再强调西德

---

① 西德在战后制订了许多战争补偿法，特别针对遭到纳粹迫害者给予补偿（这点东德也有相同的立法），但明确排除其他非因政治迫害的刑事犯。至于被纳粹时期法院判决有罪的刑事犯，西德基本法采取肯定法院的立场，被害人必须负举证责任方可推翻法院的判决合法性。

② 关于西德建军及接受过去勋章的过程，可参见笔者：“法治国家的军队——兼论德国军人法”，收录于本论文集第二十篇。

③ 关于本案判决可参见施启扬：《西德联邦宪法法院论》，台湾商务印书馆 1971 年版，第 140 页以下；译文可参见刘孔中译：《西德联邦宪法法院裁判选译（一）》，司法周刊社印，1990 年，第 1 页。

联邦宪法法院已赤裸裸地沦为政治玩弄的工具。①

东德自此对西德的法治国怀着嘲讽的立场,一直到两年后的1958年4月3日、4日,东德总书记乌布里希(Walter Ulbricht)在柏林近郊的波茨坦巴比仑山(Babelsberg)"德意志国家法及法学研究院"(Deutsche Academie für Staats-und Rechtswissenschaft)召开一个讨论会,乌布里希在会上发表一个演说"人民民主德国国家的发展"(Die Entwicklung des deutschen Volksdemokratischen Staates),指责国内仍有不少法律工作者以旧有的资产主义法学方式来评论、臧否东德的法律及国家制度。这种行为将会严重地减损国家健全发展的动力。因此,乌布里希以强硬的口吻要求东德的法学界必须要抛弃任何继受外来法律思想、法律用语的念头,反过来应该自马克思、列宁思想中发展符合时代需要的新德国法律思想。这是东德最高领导人为防止东德受到1956年秋以来东欧自由化浪潮及苏共1956年初召开第二十次党代表大会所引发的修正主义浪潮,所提出的最高指示。② 这个"防止外来法律思想"自然以同文同种的西德法学为主要对象。因此可以说,东德全面排斥对法治国理念到了巴比仑山会议是达到了第一次高峰!

这个会议是由当时担任柏林大学教授的波拉克所筹办,也因此证明波拉克成为东德官方理论的指导者。巴比仑山会议对东德法制发展的定调,一直到东德政权的结束为止,都有举足轻重的地位。③

---

① 例如,东德当时公法权威艾钦格(Rudolf Arzinger)在"共党违宪案"一公布后,便在"新司法"(Neue Justiz)上发表"政治思想清算的高潮"(Ein Höhepuhkt politischer Gesinnungsverfolgung, NJ(1956, 508-512)一文,代表官方立场,严词批判西德"已经根本不能与法治国沾上边!"

② K. Sieveking, aaO. S. 55. 在这个指示中,乌布里希也抨击行政诉讼的制度必须为毁坏权力集中制及行政纪律负责。Reich/Reichel, aaO. S. 89.

③ K-H Schoeneburg, Die Babelsberger Konferenz des Jahres 1958: Dialektik von Ziel, Inhalt und Wirkungsgeschichte, NJ1990, 1, 5.

(二)讨论法治国理念的另一波起落

在东德讨论法治国的声音沉寂了十年有余后,1961 年 8 月 13 日东德开始修筑柏林围墙后,有了转机。柏林本来无围墙隔开东西阵营的占领区,但随着德东往德西及西柏林迁移渐多,尤其是技术工人大量往经济已复苏的德西寻找工作机会,为保技术工业人力,东德迅即决定兴建围墙。为了合理化这个措施,东德方面的法律专家决定将矛头指向西德,认为西德政府纵容人口买卖,从东德将儿童、妇女拐骗到西德。当年九月号的"新司法"月刊就刊有专文,指摘西德的基本法所谓的法治国无异是买卖人口的护身符。

法治国的用语又再次出现在东德的刊物。其中最醒目的莫过当时东德的法务部长海蒂·班杰明(Heide Benjamin)①发表一篇《犯罪与法治国》(Kriminalität und Rechtstaat),②把西德联邦宪法法院对共党违宪判决大肆抨击外,也集中焦点在东德人力流失现象解为违反国际法的人口贩卖,认为西德口口声声说实施社会法治国,其实是一个帝国主义及法西斯主义的"反动法治国"(Rechtsstaat der Reaktion)。随后,班杰明的论文再转而叙述东德法制的健全及优越性,并且作出了"吾人不屑以西德的标准来称呼东德为法治国"的结论。③

班杰明的言论显示出东德对于法治国的概念不再采取闪避的态度,似乎有"另立认定标准"的打算。

1963 年 1 月 15 日统一党召开了为期一周的第六届的全国代表大

---

① 海蒂·班杰明(1902~1989)是一个老牌的德共领袖。二十一岁就读大学法律系时便入共产党,之后终身献给共产党事业。纳粹掌权后一再组织地下反抗活动。其夫班杰明医生(亦为共产党员)死于集中营,唯其幸存。战后德东的司法制度建立,海蒂·班杰明为主要策划人。历任东德最高法院副院长、人民议会议员、司法部长、柏林大学教授等。可以说是东德首席法律专家。其生平事迹,参见"新司法"(1989 年 4 月号)杂志对她的悼词。

② in: Neues Deutschland, 1961/9/27, S.4.

③ K. Sieveking, aaO. S. 62.

会。在会中通过了党纲的修正案。在党纲第二章增加了:"德意志民主共和国是德国首度对任何人赋予正义、自由及平等,及保障与尊重公民权利的德意志法治国家"。这是东德执政党首次在党纲中出现法治国的字眼。同时宣称东德是"德国首次出现的法治国",否认西德是法治国。而此"德意志法治国"是实践人权、正义及自由平等。

统一党第六届大会也通过了"重建社会主义"的决议。虽然这个决议主要在强化东德的经济实力来对抗日益高涨的东欧自由化浪潮。但这个"重建案"也要求法制的再建设。所以统一党即将"建立社会主义"的法制为重点,特别指明要加速民法、刑法及亲属法的立法。当时民法只有草案,大致上仍延用老的民法典。① 党纲的建立德国法治国形成具体步骤便是将民事及刑事关系明确地赋予法律基础。东德在党代表大会结束后立即公布一个"司法改革会",将各级法院统归于最高法院指挥,同时建立最高检察院,为贯彻法律的执行,作为监督各级政府执法的机关。

在这个 1963 年 4 月 4 日公布著名的"司法命令"(Rechtspflegeerlass)也在前言中强调社会主义法制中有关法律理论的见解。"命令"虽然不脱教条八股,但也重申:东德法律的整体乃在谋全民之福祉,国家政策有义务持续提升国民在物质及文化生活的水平,并且促进有教养的人格之发展。所以社会主义的法律应作为确保社会主义社会秩序的工具。②

在党纲确定建立"德意志法治国"以及"司法命令"强化法院及检察院的功能,并且要求积极强化社会主义法制建设(立法)的最新国策后,连以往最鄙弃法治国家的波拉克(此时担任统一党国会党团发言人)也

---

① 东德在战后苏军当局将纳粹法律全部废止,只留下与纳粹理念无关的法律(如民、刑及诉讼法),加以一个排除纳粹理念的概括条款,继续适用。新的法律大都在此时期内完成立法,例如《亲属法》(1965 年 12 月);《刑法》(1968 年 1 月);《契约法》(1965 年 2 月)等。Reich/ Reichel, aaO. S. 30.

② Reich/ Reichel, aaO. S. 32.

于1963年4月7日的会议上公开称赞东德已经成为"真正的德意志法治国",社会主义的法治国似乎已经在东德的法制建设中找到了一个具体的模式。

1963年统一党第六届党代表大会提出"德意志法治国"后,学界将贯彻重心于实际的立法,并没有在理论上作出太大的突破。到了1967年4月17日公开的第七届全德党代表大会,总书记乌布里希在开幕致词时发表一篇"德意志民主共和国的社会主义国家及法律秩序"的演讲(三页),重申东德是一个"民主的德意志法治国"。此次大会的主题依旧是政经议题,也以"再建社会主义"为决议,东德统一党宣称东德的社会已是社会主义"已开发"的社会,故社会主义的国家及法律秩序,已扮演了重要的角色。此次党代表大会也确立了大幅修订宪法的决定。为了使这个(在1968年4月9日公布)新宪法的内容能否符合"德意志法治国"的要求,一波讨论法治国的热潮又兴起了。

值得注意的代表人物是法学新秀罗兰·麦斯特(Roland Meister)教授。麦斯特1956年在东德"德意志国家及法学研究院"出版的《国家与法》(Staat und Recht)杂志——这是东德最权威的公法杂志——发表一篇《评共产党违宪案判决》(Zum Verbotsurteil gegen K. P. D.),笔锋辛辣有力地批判西德联邦宪法法院,展露头角。以后十年发表甚多论文批判西德的《基本法》及联邦宪法法院。1966年他以"西德法治国问题的现状、功能及改变"①一文,获得柏林大学教授资格。可以说是标准的"西德宪法通"。学界新人麦斯特立刻受到东德领导阶层的青睐。

1967年4月第七届党全国代表大会召开后半年的9月28日,德意志国家及法学研究院为庆祝俄国大革命爆发五十周年,特别召开一个针

① Das Rechtstaatsproblem in der Westdeutschen—Gegwart, Funktion und Wandel der bürgerlichen Rechtsstaatsideolegie in Deutschland und der Weg zum demokratischen Rechtsstaat in der Bundesrepublik, 1966.

对西德国家意识形态的国际讨论会。会中特别邀请这位补拿到教授资格的新秀担任大会论文的发表人,麦斯特教授所发表的论文《西德的法治国理念的功能》①大都取材自其升等教授的论文。值得重视的是,这位娴熟西德社会法治国理念的学者,倒是提出了一套论述东德社会主义法治国的理论。

在1964年麦斯特在《国家与法》就发表一篇《法治国岂可无正义?》(Rechtsstaat ohne Gerechtigkeit?)的论文,强调法治国不可或缺的要素即是社会正义。此后将法治国及正义结合在一起,成为麦斯特的学说主轴,其社会主义法治国,便是基于这个概念而产生的。

其实主张社会主义的法律秩序应该结合社会正义早是统一党的官方见解,②只不过是麦斯特教授将之理论化而已。

通过对西德《基本法》的法治国理论及战后西德政治经济及社会发展之分析,麦斯特认为西德《基本法》尽管提出不错的社会法治国及国民主权之理念,但却不敌资本主义及帝国主义的影响。西德实行资本主义,使得政党与资本家结合,再经选举,政党领袖进入政府,形成国家等于政党,再等于资本家,无异造成"国家垄断资本"的现象。一般中下层人民,尤其是劳动阶级的民主政治思想亦形同枯萎,一听到政客呼吁要建立法治国却不能辨识新的法治国为何物,自然易受到蛊惑。批评西德政经结构不能达到社会正义,是西德法治国只是假象的主要因素。

其次,西德对纳粹余孽的司法人员并没努力清除,反而继续委以重任,形成了一种"阶级司法",同时西德基本法广泛设置各种法院体系

---

① Die Funktion der bürgerlichen Rechtsstaataideologie in der formierten Gesellschaft des Staatsmonopaliestischen Kapitalismus und der Kampf für einen demokratische und sozialen Rechtsstaat im Westdeutschland.

② 其实乌布里希在1960年发表的国政宣言(Programmatische Erklärung)便一再指出"社会主义法的本质便是正义,也是真正的正义,这不是纸上文章之公式,而是可以贯彻到生活各个层面"。

(如五大法院体制),诉讼高度专业化,程序之复杂,使人民无所适从。这和东德宪法要求司法走人民间,让各阶层人民能有担任陪审员之机会,[①]截然不同。故批评西德的司法形成另一种阶级,普罗人民不能受到司法的保障。又随着联邦宪法法院作出德共违宪后,许多法院也作出许多不利共党的所谓"政治判决"。在没有代表人民意志的其他政党(例如社会主义政党)的监督下,西德国会在1968年6月24日通过针对紧急状态所增订的"紧急宪法"条款,更被麦斯特批评为"法治国蒙尘的高峰"(Gipfel der Rechtsstaatsverbrämung),也是军国、纳粹及资本主义的显灵。

在国民主权方面,联邦宪法法院自然逃不过被批判的命运。麦斯特认为一般人民都不知道此最高司法机关的运作已经形成少数人的独裁。这个"独占团体"具有强烈的帝国主义法治国家的煽惑性(emperialistische Rechtsstaatsdemagogie),将自由主义的法治国家导入司法的形式主义。他质疑宪法法院的违宪审查权竟可以否认国会基于国民主权所制订的法律,而一般法官若也拥有此违宪审查权更是侵犯人民意志之最高性。所以宪法法院已经导致"民主窒息"(Zum Drosselung der Demokratie)。值得注意的是,麦斯特所祭出的法宝是"国民主权",而非"权力分立"之原则。作为一个共产主义的公法理论家,麦斯特认为以西德政治的权力结构可知并没有实施法治国的前景。反观东德,麦斯特在报告中严词批评了波拉克,及其在1946年发表的"权力分立、人权及法治国的理论"一文所代表对法治国退避三舍的态度,认为这种消极的看法有害于社会进步,他认为应该勇敢地提出:"社会主义法治国"的口号,并且坚定地认为:"唯有在社会主义中,一个成熟的法治国才可以保障正义的范围内实现"。社会主义运动必须强力地促成这种法治国家的实践。而且,和西

---

① 1946年的宪草第89条便规定国家应设置法学训练机构让各阶层人民有成为法官的机会,第90条也规定由民意机关遴选陪审员参加审判;《1949年宪法》第129条、130条以及《1968年宪法》及《1974年宪法》第94条、95条也有类似的规定。东德也因此产生了所谓的"全民司法"概念。

德社会资本垄断不同,东德只要在财产及生产工具(包括计划经济)的法律关系中处理好了,便能很快地实践社会正义,从而达到社会主义的法治国的初步理想。至于何谓"正义",麦斯特认为应该以社会发展的客观标准来界限,不同社会发展阶段会是其标准。而法必须达到正义而经过立法行政及司法来达成。所以东德的社会法治国的概念,依麦斯特看法,是通过工人阶级的党通过法律方式实践国民主权的社会主义法治国家权力,有意识及计划来实践,以全面地形成及确认一个和平、人文及社会正义的秩序。①

虽然麦斯特的社会主义法治国的概念,扣除了对西德宪法及宪法法院的批判外,实际上,就剩下了"追求社会正义"作为此新型法治国家的标志,然而实践这个社会却是宪法、党及政府的职责,司法不可触及。按依西德(以及以前魏玛时代)已形成对实质意义法治国的看法也一样提及社会正义的要素,且多半与超实证主义、自然法画上等号,并期待由司法机关(特别是各级地方法院法官)来援引此法源。但麦斯特却坚持社会主义"法律性"(Gesetzlichkeit)的立场。其检讨德国自由主义法治国理念发展到魏玛末期、纳粹时期,正是因为"超实证主义"的作祟,才使得德国步向法西斯。他且点名纳粹时臭名昭著、专门镇压反抗人士的特别法院(人民法院)院长 Freisler,便是一个彻底的超实证主义者。其他的如卡尔·史密特也在批判之内。同时,西德在战后自然法思想兴起的现象,也被其指为走回魏玛的老路,当然危险至极也!

所以,麦斯特所主张的社会主义法治国要通过(主要是)立法来达成,却和西德《基本法》的社会国原则极为类似。按《基本法》第 20 条一项社会国及法治国原则,即将社会国主导原则社会正义作为补充法治国

① R. Meister, aaO. SS. 1490,1491.

原则所不及之处。[①] 不过麦斯特并未对社会国的理论作太多的阐释，所以西德社会国理论及相关法院的判决（例如联邦社会法院）未能协助麦斯特塑构社会主义法治国的理念，实为甚可惜也！

不过，麦斯特的学术论文却是给予东德政、学界一剂强心针："东德也能发展具有德国特色的社会主义法治国之概念，而不必拾人牙慧的和自由主义法治国原则求其同异。尤其是麦斯特在报告中也坦承，"当今的东德只是已经跨入了社会主义法治国的门坎"，因为东德已是主权独立的国家、政党是工人阶级组成的、基于国民主权的议会权力集中制（法院无违宪审查权）、司法体系已完整、剥削的大地主及资本家本来已不存在，以及宪法与法律已有保障公民权利的规定。但麦斯特这种保守的看法，和党总书记一再公开宣称的东德"已经是一个法治国"，易言之，东德已经是一个完全步入法治国的国家，虽然公然唱反调，但也看出其尚有知识分子直言的勇气。[②]

东德在1968年1月12日制订了刑法，在这个法律的前言，便指出了"德意志民主共和国的社会主义法律，是德国人民意志的表现，乃在保障公民之权利，并确认德意志民主共和国是一个真正的德意志法治国家"。上述这段文字，并未采用麦斯特信心满满所提出的"社会主义法治国"用语，而是较保守、正统的"真正法治国"（波拉克的说法）。似乎东德领导

---

① 德国《基本法》将法治国及社会国原则并列，构成社会法治国的概念，似乎社会国及法治国即可各自拥有其内涵，从而法治国的概念即可不必包括社会正义，法治国又回到形式意义，而非实质意义的法治国。然而这种看法不是主流。德国通说是认为社会国固然强调社会正义，但却倒置其重心于社会立法来补充传统法治国理念的不足之处。参见 Hans F. Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd1. 1987, S. 1102；及同作者 Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen? in: Hamburg, Deutschland, Europa, Feschrift für H. P. Ipsen, 1977, S.244。中文部分可参见郭明政："法律在社会福利制度中之角色与任务"，载《社会安全制度与社会法》，1997年，第93页。

② 麦斯特在日后似乎著作的频率便低落甚多，只在1972年的《新司法》刊载一篇讨论联邦宪法法院的文章。是否遭到整肃？则不得而知，尚有待探究。

阶层还不能下定使用此用语之决心。

这个决心也反映在1968年的宪法修正案。1949年这部偏向传统魏玛宪法的温和宪法,似乎没有办法反映出东德面对东西冷战中所显示出的强硬社会主义路线。① 因此1968年的宪法,彻底地改变了这个现象。

1968年的宪法,已经转变为一个社会主义及共产主义的宪法。在宪法前言中,在第二段严词批评西德在美国帝国主义的指使下已变成资本独占的德国,并且作为帝国主义对抗社会主义之基地,已经违反了德国国家的生存利益。宪法前言虽然宣示本宪法乃赓续《1949年宪法》之精神,但也加入了《1949年宪法》前言中所没有的社会主义作为本宪法的指导原则,并且在最后将本宪法命名为社会主义宪法。而在宪法的第1条关于德意志民主共和国的属性,也一改以往,明确地定位为社会主义的国家,由劳动阶级共同领导,并由马克思、列宁主义的政党来实践社会主义。至于其他政治结构与基本人权的规定,则没有基本上的变更。只不过在第47条加入了民主集中制(demokratischen Zentralismus),作为建立国家领导组织与系统的基本原则。这也显示出议会政治的体系已遭毁弃。

在这种政治意识形态的定位之后,东德宪法已由右转左,法治国家的用语已不再受到青睐。换言之,1968年的宪法不能够与1964年以来东德所产生的讨论法治国之风潮及当年刑法修正的前言说明相互配合。

随着西德总理布兰德(Willi Brandt)大力推行东进政策,促使两德和解,终于在1972年7月11日两德签订了"基础条约",相互承认主权,德

① 例如,德国著名的学者罗特曼(J. Rottmann)就认为到底东德当年制订这部宪法只是一个骗局,来迷惑西方阵营的国家及作为争取西德民心的工具,或是统一党当时确是有决心来实践这部宪法,但是随着日后国家情势的转变,无法依据这部陈义过高的宪法,才会让这部宪法几乎已形同具文,所以不必苛责这部宪法的起草者。罗特曼教授认为这是一个历史公案,恐怕很难获得答案也。参见 Joachim Rottmann, Die Entwicklung der Grundrechte in der DDR, in: Rottmann/Ramm/Westen/Motsch, Die Deutsche Demokratische Republik im Lichte der Grundrechte und der Rechtsstaatsidee, 1989, S.21。

国正式在法律上分裂。同年，东德也增加 20 个外国之邦交（总数达 58 国），同时进入联合国。在这种与西德和解的前提下，1968 年对西德大力抨击的宪法前言也必须跟着修改。1974 年的宪法修正条文遂将前言第二段的批评美国与西德的文字删除，但是将指导东德发展的原则，继 1968 年加入的社会主义外，再加上共产主义，本部宪法的属性更加明确。因此，综观这部 1974 年宪法也没有纳入建设法治国家，甚至社会主义法治国家的理念及呼吁。就法治国家理念发展的过程而言，自 1968 年宪法公布后，此风潮已经跌入谷中，到 1974 年宪法公布正式跌到了谷底矣。①

（三）东德官方对法治概念的冷漠

在宪法对法治国不置一词的情况下，学术界也对法治国不再有讨论的兴趣。这边可举两本东德大学及专科教育部所编撰及国家出版社（Staatsverlag）的教科书来予以说明。如同苏联一样，东德的法政教科书都有官定的版本，并且是集体创作。

第一本是东德大专教育部在 1975 年网罗国内 21 名教授联合撰写的《马克思、列宁的国家与法理论—教科书》（Marxistisch-leninistische Staats-und Rechtstheorie），如出版说明所说的，本书是东德首次就马克思的国家与法的理论，所出版的官方教科书，专供大学法政学系使用。因此可以看出官方对相关议题的态度。值得注意的是，在这本多达 624 页的教科书中，竟然没有出现任何一个法治国家的用语。特别在讨论社会主义国家的形式（第十三章）中也没有提到任何此用语相关的概念，例如自由主义法治国等，甚至也没有作为反面教材来予以批判。霎时间颇令

① 学术界解释这个现象，应当是东德已经完全舍弃了统一的企图，也不试图去改变西德人民对东德的印象，东德虽然依旧批评西德的政经法体系，但目的是稳定民心，不企图鼓舞西德人民背弃基本法，改为支持东德的社会主义。所以是标准的消极、锁国式的心态。罗特曼教授便一针见血地指出来，认为统一党人士在 1949 年宪法的时代，尚较敏感，懂得思考法治国原则的重要性，但自 1968 年及 1974 年宪法后，已经顽固、僵硬，二十年来失去了先前的感性，而大幅度地退步。J. Rottmann, aaO. S. 43.

人认为过去包括党总书记乌布里希的"真正德意志法治国"的说词,都已云消雾散,不在这本官定的大学宪法教科书中出现任何的踪迹。

第二本是在1980年出版的"资本主义国家的宪法"(Staatsrecht bügelicher Staaten)由15个教授分别介绍各个主要实施资本主义国家宪法的教科书,虽然有三度提到法治国家的用语,都是在批评资本主义国家以及美国的司法制度,是作为资本阶级动听的煽惑用语或是压迫劳动阶级的工具。至于讨论西德的基本法体系就不提到其社会法治国的属性。因此,这本教科书对法治国的概念也是负面性质。

(四)再度昙花一现的社会法治国概念之复兴

20世纪80年代中期之后,东欧及苏联的改革开放已经达到了鼎沸点,连一向社会福利与社会秩序都在华沙公约诸国中稳居前茅的东德也感受到了这波压力。国内要求自由移民、自主组织工会、政党……的声音日渐高涨。统一党的领导也不得不实行了因应的措施。1988年6月,统一党中央委员会召集的第六届中央委员会议,除了一些政经改革的决议外,也作出了东德必须坚定的"朝向社会主义法治国家迈进"的决议。这个决议公布后,对此议题沉寂接近二十年的东德法学界又开始活跃起来,一时间讨论如何构建社会主义法治国的著作极多,其中不少是回顾过去统一党曾经主张过的建设"真正的德意志法治国",而认为东德并没有改变初衷,一路走来都是在实践社会主义法治国,只不过是此次统一党六中全会再次宣示此路线罢了!但也有的重新将麦斯特的理论检讨,认为应当重视麦斯特的先见之明。

首先是侯尔(Klaus Heuer)的主张。在统一党六中全会召开后,侯尔就在1988年12月号的《新司法》发表了一篇《德意志民主共和国社会主义法治国的考虑》,可以说是学界最迅速的回响。[①] 侯尔的论文主要是

① K. Heuer, Überlegungen zum sozialistischen Rechtsstaat DDR, NJ, 1988. 12. 478.

回顾过去三十年来东德出现的法治国理论，特别是麦斯特的主张社会主义法治国往事，侯尔认为麦斯特的看法，同时也不妨继续使用“德意志法治国”作为社会主义法治国的写照，来与资本主义法治国作一个对比的概念。

侯尔教授认为一个社会主义的法治国要有四个构成要件：第一，要有一个严格确定的立法机构全方面地形成确定人民权利与义务的制度。第二，由法官独立审判所组成的法院保障体系，审判权限且及于人民与机关间的争讼。第三，确立法规范能严格拘束国民、企业及国家机关的原则。第四，建立高度保障人民的法律安定性原则。

侯尔的见解也要求国家应该要尽速制订行政程序法，赋予法院能够审查所有行政机关的决定。东德也刚好在此时刻（1988 年 12 月 14 日）公布一个《法院对行政决定审查法》，因此侯尔教授的见解是朝向加强行政救济的功能之上。①

第二个发表的理论为德国学术院国家与法律研究所的米歇尔·班杰明（Micheal Benjamin）教授，②他在 1989 年德国学术院国家与法律研究所出版的刊物《国家与法律》（Staat und Recht）的 1 月号，发表了一篇《论社会主义法治国》，他认为社会法治国必须要继续建设社会主义的法律与法规范，社会主义法治国要反映社会主义社会的特征与发展的需求。所以由社会主义的法来构建出社会法治国的内涵，这种类型的法治国家应当要：（1）由农、工的劳动阶级结合其他国民行使权利；（2）通过社会主义法制来约束生产与财产的关系；（3）以法律保障的方式来促进社会主义民主的发展，包括劳动者与组织能广泛且直接有效地参与国家所有权力机关及法院的运作；（4）尽一切可能利用社会主义的法制来促使国民社会主义人格权的发展，以保障政治、社会及个人权利；（5）社会

① C. H. Ule, aaO. S. 1223.

② 他是海蒂·班杰明教授的儿子。

主义法制的根源为实现社会平等、社会正义及社会主义道德之原则。①

班杰明的看法已经相当程度地触及了法治国的核心:利用充分的法律制度来规范国家生活,包括法院的保障功能。而其对于法律的质量,适用极高标准"社会正义"为鹄的,已经将社会主义法治国的属性,由形式意义的法治国跨入了实质意义的法治国。这是颇应令人重视的观点。

第三个是由布和兹(E. Bucholz)教授提出。为庆祝纪念东德成立四十周年,德国科学院在1989年9月13日至15日在东柏林举行一个盛大的法学研讨会,题目为"德意志民主共和国宪法——为已发展的社会主义的基本法(Die Verfassung der DDR-das Grundgesetz zur Gestaltung der entwickelten sozialistischen Gesellschaft)"。其中由布和兹教授提出了"社会主义法治国及社会主义法制与司法的合宪基础"一文,布和兹对于社会主义法治国的看法是:社会主义法治国是用法律的方式生产社会的关系,并用法来使社会主义下的社会秩序,能基于人道的基础来构建之;同时利用法来约束所有国家机关及社会组织的运作,以及国民间与国家间的关系。同时,他也认为社会主义法治国的生产与权力关系,是一种具有道德与伦理的原则,也是属于劳动阶级的法律及社会秩序,必须要由这些国民持续密切且直接地参与,来形成法律及促使法律的实践。

所以布和兹的看法,是以劳动阶级的立场作为出发点,他也明白地指出,社会主义法治国和资产阶级的法治国完全不同之处,在于后者是以资本统治阶级的利益为出发点,而通过政治机关所形成的法治,便成为压迫另一个阶级的工具,所以他强硬地批判,有人宣扬资产阶级的法治国理念,认为必须依其标准,才能论定是否为法治国家,这是一个错误的见解。社会主义法治国必须要有自己的模式、理念及判断标准,不必

① C. H. Ule, aaO. S. 1224.

随人应声起舞。①

所以社会主义法治国是以工人及劳动阶级当家做主的国家，由工人及劳动阶级自行积极参与或是由其充分授权的代表来立法及监督法律的实施。同时也应该用法院的保障体制来审查行政的决定，法官必须获得独立的地位。关于社会主义法治国属性，布和兹也认为社会主义法治国，不仅仅用法律治国及保障法律的安定性，同时也要适用社会正义的原则来确保劳动阶级人民享有政治、经济、社会的利益。所以也是持实质意义法治国的看法。

最后布和兹也提到了依据东德宪法第105条的规定，宪法条文视同具有直接拘束力的法律，因此可以拘束到所有国家权力机关的运作，甚至国民间的行为也受到了所有条文的直接拘束。② 东德宪法这一条的规定，比起西德《基本法》第1条第3项的规定，将宪法条文直接具有拘束力的条款，仅限于基本人权的部分，东德宪法显然是具有极大的强制力，如此一来，困惑西德学界甚久的宪法“对第三者效力理论”，亦即宪法条文能否直接拘束私人的法律关系，便可迎刃而解。然而东德宪法学界似乎几乎没有讨论这个问题。

其次，既然东德宪法是实质有效的最高法规，法律当然不能抵触之，社会主义法治国理应发展出一套更灵活、有效且积极的法律违宪审查制度。但是不仅布和兹教授没有提到建立这种机制的必要性，其他的学者也是如此，使得东德宪法的最高性规定，丧失了可以发挥功效的机会。

第四个发表见解的则为当代东德公法权威教授也是上述官定版教科书撰写及编辑，也是班杰明教授的同事莫瑙教授（Karl A. Mollnau）。

莫瑙教授在1989年10月号的《新司法》发表了一篇“社会主义法治

① W. Weichelt, Sozialistische Verfassung-Grundrechte-Rechtsstaatlichkeit, NJ1989, 11,440.

② W. Weichelt, aaO. 441.

国一类型化的尝试",①试图为社会主义法治国的概念予以澄清。

莫瑙除了呼应侯尔教授的见解外,也坦承以东德法学界,甚至当时各社会主义国家的法学界都还没有发展到能为社会主义法治国这个概念予以妥善的定义并且勾勒出其概念的结构。他也认为各个社会主义国家可以根据不同的实施社会主义的程度来界定此法治国家的概念。在方法论上,莫瑙摒弃了历史的研究方法,也就是不从传统的自由主义法治国概念着手,来讨论东德的社会主义法治国与这一个"德国的法律文化"(Rechtskultur)下的产物——法治国,之间有没有任何理念的关联及历史的传承关系,就后者而言是论述德国社会也应当由自由主义法治国迈进社会主义法治国的必然性,而是直接就东德实施社会主义的情况下来讨论如何实践这个理念。

如本文早先所提到的,统一党在1967年4月的第七次党代表大会由总书记乌布里希,公然提出了东德是一个民主的德意志法治国家,但在随后1968年的宪法废弃了宣示这个国家理念的属性之后,久已不闻此名词了。但莫瑙重新提起这段往事。在论及东德此次在十一届六中全会提出建立社会主义法治国的时代背景时,莫瑙认为东德的法治建设早已是朝向这个目标发展,而且是在第八次全国代表大会时就已开始进行。因此符合统一党的社会与法律政策的逻辑结果。他指出了以下几点现象来予以佐证:

第一,自从第八次全国代表大会以后,东德已经致力于法律的建设工作,当然大的法典(例如民法典)的制定并不十分顺利(因为东德一直未能完成类似西德的民法典),但是并不妨碍东德的法治国家属性。东德的积极立法已经使人民的福祉受到最大的保障,所以东德的经济与社会政策的实施,加上相应的法制建设已经使人民享受到社会主义的

① Karl A. Mollnau, Sozialistischer Rechtsstaat (Versuch einer Charakterisierung), NJ 1989. 10. 393.

优点。

第二，东德十分注意法律的宣传，使得人民普遍能够理解法律的内容，法律在人民日常生活中已产生了权威，加深了东德的法治国家属性。

第三，东德社会主义法治国的质量之所以能成功发展，也不能脱离了东德过去对抗法西斯独裁统治，并争取到政权正当性的历史过程，所以论定东德的法治国家性必须与批判纳粹的非法统治连接在一起，对抗法西斯主义成为东德法治国家的一大特征。

第四，东德的法治国家性的另一个重要特征是保障劳工阶级的利益。在德国帝国及魏玛时代，此议题都涉及法治国家的原则。但是，这些资本主义的国家却垄断了司法的阶级，使得劳动阶级的利益完全被剥夺掉。所以，东德的社会主义打破了司法阶级来切实地保障工人的利益。①

第五，这是东德与其他社会主义国家的不同之处，乃在于法治国一词乃是德国法律文化的产物。这个源于资本主义兴起时代的概念，在其他社会主义国家的语言中并没有类似的用语。尽管这个法治国概念仍然在资本主义被错误地适用，这也形成了东德法治国家概念要经常加以注意并严于区分、克服的对象。

第六，最后构成社会主义法治国检验的标准，是社会主义的法律文化必须经常的修正及现代化，这必须靠法学及法院的实务来达成。东德自20世纪70年代就已经开始了这个过程。莫瑙特别指出了所有的法学都必须更加严谨地来检视目前的水平，尤其是必须要加强行政法的学理研究。

由上面六点现象解释出，东德的法治国家的属性已经属于适合发展

---

① 莫瑙认为早在1925年就有一位德国的学者克希(K. Kosch)所撰写的一篇"苏联社会主义共和国宪法"的论文，便认为唯有保障劳动阶级者的宪法才能称为法治国家。所以这类型的法治国也可以称为"苏联式的法治国"。Karl A. Mollnau , aaO. S. 394.

与必须发展的阶段。①

莫瑙认为要讨论社会主义法治国家的概念,会面临到许多似是而非的观念,首先他点明了波拉克在1946年12月发表的那篇著名的论文,但是也严词批评波拉克的见解并没有经过严格的学术分析。波拉克当时认为任何形式的国家(只要使用实证法来治理国家),就可以称为法治国,从而社会主义国家当然可以称呼为社会主义法治国,因此波拉克导出"讨论社会主义法治国并没有太大意义"的结论。莫瑙批评波拉克这种论调主宰了东德法学界几十年之久,阻碍了学界对社会主义法治国的研究,是一个极为可惜之谬误。

莫瑙认为东德法学界对实施社会主义法治国仍存在三个迷思:

第一,认为这个法治国原则只是一个纲领式的宣言罢了,没有实质意义,不必当真!第二,认为一旦实施(社会主义)法治国,就表明了东德今后将无产阶级专政、社会主义国家及工农国家之属性,以及相关的法律及法规范等全部废弃;第三,认为此法治国原则是一个上位及结合的概念(Dach - und Komination),会把法律性原则、法安定性原则、平等原则全部容纳在这个概念之内。

莫瑙认为上述三个迷思的答案都是否定的。第一个迷思的导出正是确认实施这个法治国原则是实质性的;第二个关于东德国家属性并不会随着实施社会主义法治国而变更,两者可以并存;第三个关于社会主义法治国的概念确定,乃莫瑙的雄辩:倘若承认这个新的法治国概念是包括了这三个(以上)子原则(如法安定性)的上位结合概念,岂不是表明在过去东德执政的近四十年期间并没有实施法安定性原则、平等性原则及法律性原则乎?②

莫瑙在此提出了社会主义法治国的判断方式,便是法规范的质量特

① Karl A. Mollnau , aaO. SS. 394, 397.

② K. A. Mollnau, aaO. S. 395.

性问题(Qualitätseigenschaften der rechlichen Regelung)。亦即,在社会主义的国家中依然要运用法规范来界定个人与团体、公民与国家之间的关系,社会主义法治国所强调的是这种法规范的"水平",也就是真正的效果如何(tätsächliche wirlsamkeit der rechtlichen Regelung)。而社会是一直发展的,这个效果也必须一直跟上,不可落伍,国家政策及一切作为便为达到此目的而存在。此即是法秩序的质量的问题之核心。

为了使这个法规范质量的判断更加具体,莫瑙尝试用五个类型化的条件来解释、界定东德社会主义法治国之特性:

(1)依然必须利用法规的位阶性,使人民及社会、国家间有法律秩序。并且必须符合宪法之规定;(2)法律面前的平等仍应贯彻,法律应赋予人民可以请求其权利不受差别待遇的对待;(3)法律必须依法定程序来执行,其程序应是每个国民所能预见、且能遵循。这是就执法层面所作的观察;(4)公民对国家所为的错误行为,有救济的可能性。且必须形成司法之体制。这是就"法控"层面的界定,以维系人民与国家间的信赖关系;(5)强调社会正义,这是社会主义法治国之异于资本主义法治国最明显之处!也是整个社会主义法治国的指导原则精神所在。①

因此,莫瑙已经可以导出结论了:唯有继续实施社会主义才能促进社会正义的实践,而农工政府及无产阶级专政也不至于妨碍法规范及国家政策的质量。所以东德的社会主义法治国理论不必顾虑资本主义法治国的理论,自然也不必费神去讨论"究竟是法大,还是国家比较大"等空泛的问题。所以,若要讨论东德是否为一个社会主义法治国,只要以东德的法律政策与国家任务来观察即可。只要东德保持社会主义持续的发展,即可保证这个社会主义法治国理念的实践。②

上述的莫瑙社会主义法治国的理论,仔细分析和当代东德的宪法教

① K. A. Mollnau, aaO. S. 396.

② K. A. Mollnau, aaO. S. 397.

授如米歇尔·班杰明及布和兹教授的见解,和以往的麦斯特,颇多似曾相似之处,尤以社会正义的实践,几乎是每个学者所主张作为构建社会主义法治国之法律建构的指导原则,且是麦斯特早年的见解。莫瑙一再强调的"法规范之质量"问题,其实也是自由主义法治国发展过程中已经出现的论点。在魏玛共和国时代,卡尔·史密特等先驱学者就已经质疑到形式意义的法治国的法律质量,从而产生了实质意义的法治国家的概念。① 所以法规范的质量问题并非学术界新创。而莫瑙将社会主义法治国的界定解释置于规范个人与国家之间的法规范及国家作为之质量也就是现实性的水平,但这个"水平"的判断标准何在?莫瑙也含糊其辞,只以"合于时代发展"(或发展中……)的抽象用语,似乎难以令人同意;此外,对于如何作出这些改革及立法者的问题,亦即"国家权力结构"问题,莫瑙也巧妙地回避掉。其主张类似无产阶级专政等政体属性仍应继续,即可见其保守的心态矣!

不过,莫瑙所提到的东德社会主义法治国的五大界定类型,似乎和西方国家并无不同(虽然莫瑙在文章一样承认社会主义法治国不能跟人权脱钩,如何继续有效保障人权亦为社会主义法治国之核心),所以尽管莫瑙口口声声宣称要摆脱资本国家之法治国概念的影响,但显然这个"绝缘"的工作仍然未能奏效也!所以莫瑙也不得不呼吁,要独自建构一套社会主义法治国的理念,尤是更多钻研马克思、列宁法律理论学者的一个任务!

(五)夕阳晚照的尾声

在1988年接连出现班杰明、布和兹及莫瑙教授的理论,尽管仍然将社会主义法治国的框架,及现在由劳动阶级所把握的"社会主义民主"机制,由劳动阶级人民及其代表积极参与国家权力的运作,并通过立法建

① 参见笔者:"国家的法治主义——英国的法治与德国法治国之概念比较"一文,收录于本论文集第二篇。

构依法行政与依法审判的制度。而这些理论模式，都已经强调了国家依法而治、宪法的最高性及具有实证的拘束力，利用明确的法律来拘束所有国家权力机关的运作，以及人民与国家间的关系。同时也确定了法官的独立审判地位，以及应制订《行政程序法》，并赞同法院对行政决定具有审查权。另外，这些论述都触及了法律质量的问题，援引社会正义作为其根源，也是学界的主流思想，而且比西方的实质意义法治国的法律质量指导原则——概略的正义观，这个社会主义法治国的指导原则——社会正义，就更有了针对性。也就和西德宪法第 20 条所规定的社会法治国原则，相去不远了，这是就理念的模式而言的。

东德宪法学者在 1989 年这些言论的发表后，引起了西德行政法学大师乌勒（C. H. Ule）的注意。这位当年以提出基础关系与管理关系作为规范特别权力关系之分，而成为德国学界无人不晓的学者，便在 1989 年 12 月 15 日发表了一篇《德意志民主共和国是一个社会主义法治国?》。[①] 乌勒简单地叙述了东德法治国理念的发展过程，特别针对当年度若干学者的见解，然后提出他的质疑。

乌勒认为要判断东德是否是一个社会主义法治国家，必须要解决对法治国概念的看法。他批评波拉克早年（1946）对法治国的错误见解（实施法律的国家就是法治国），乌勒认为一个法治国不是自己自称是法治国，便是法治国，而必须要有一定的机制，这个机制便是国家利用成文法规范，来拘束所有国家机关及人民的关系，法律也能具有道德的意义，法治国家要拘束权力的滥用，因此必须实施依法律行政，包括法律优越及法律保留原则。这有赖于法院的独立审判，故这两个体制成为法治国的形式要件。

有意思的是，乌勒坦承权力分立原则及人权本非传统法治国的要件，而是第二次世界大战后，兴起的实质意义法治国后才纳入之，因此，

① Stammen, aaO. S. 19.

乌勒不要求社会主义法治国一定要纳入这个制度。乌勒认为依东德宪法的规定(第19条、第86条),东德的法律要符合正义、平等、和平及人道,所以如侯尔、班杰明教授所说的国家必须要严格遵守这个原则,乌勒便提出了:必须制订这种法律,以及建立法院审查行政决定的机制,作为检验东德是否为法治国的标准。

对于立法的问题方面,作为行政法学有关裁量与不确定法律概念的权威教授,乌勒就特别针对东德法律滥用这种立法方式加以抨击。他举出了数个东德法律,例如《护照法》,授予行政机关广泛的裁量权,这是违反法治国的原则。乌勒提出了一个非常重要的看法:裁量与不确定法律概念必须是例外情形下才可规定之,如将这种立法视为常态即非法治国家。①

例外针对法院审查行政决定的问题,乌勒不在意东德有无成立行政法院,或是将行政争讼交由普通法院审理;也不在乎行政诉讼范围为列举或概括方式规定,但他在乎的是法院能否有效地审查行政机关所做的裁量或不确定法律概念的运作。如果裁量与不确定法律概念只是形成法院所不能审查的授权,便不能称为法治国家。乌勒因此质疑,东德迄今没有对这个问题表态过,而东德法院也没有任何一个案子涉及这个问题。因此,东德是否为社会主义法治国的答案,就呼之欲出了。乌勒导出了他的结论:如果东德要成为一个真正的社会主义法治国家,就要看今后东德的立法以及法院能否加强在法院审查、撤销行政决定的功能之上了。②

在1989年10月莫瑙及12月乌勒教授分别发表的这两篇有关社会主义法治国的论文后,东德的政治与经济情况发生了天翻地覆的改变。在1989年秋天,大批的东德人民已经涌入已开放边界的匈牙利等国家,

① C. H. Ule, aaO. S. 1228.

② C. H. Ule, aaO. S. 1229.

并向捷克布拉格西德大使馆寻求政治庇护。东德国内已经骚动蠭起，统一党已经无力控制政权。1989 年 11 月 9 日东柏林人民冲破围墙，东德政府已陷入土崩瓦解之势，1990 年 3 月 18 日东德人民议会首次以开放政党、自由候选人的方式选出了民主议员，随后便加快了东德的崩溃。同年 5 月 18 日，两德签订了统一的条约；8 月 23 日东德国会决议同年 10 月 3 日起加入西德，东德正式消灭，结束了不到四十一岁的寿命。

莫瑙的这篇论文刊载后，可能在尚未获得学、政、党界的任何响应之前，统一党已经处于崩溃边缘。东德朝野所关心的不外是自由化、与西德合并或是保存自主的东德政权，鲜有人会去关注这种充满符合当道的理论。莫瑙这篇论文呈现出了东德政权夕阳晚照的一个镜花水月式的社会主义法治国的理念，只留下作为给后代的学界一个批判或论证东德国家建设历史过程的理论依据，而没有作为东德执政当局日后实践这种独树一格之法治国家的理论指针，恐怕绝对是莫瑙教授所始料未及的，可以说是东德公法学界近半个世纪来讨论法治国家历史的“天鹅之歌”吧！

五、结论

由本文讨论越南与东德这两个社会主义国家的法治国家观念之演变，看出了越南在 80 年代大力推行自由化的市场经济政策之后，已经大步地朝向建设一个法治国家的途径发展，其中以 1992 年的宪法纳入了林肯总统的“民有、民治、民享”的原则最为醒目。而越南在 1992 年开始了无记名投票的国民大会代表选举，以及以后一连串对重要法律的制订，都显示出越南利用法律来统治国家、发展经济的国策。

虽然越南尚未像一般民主国家的开放政党、媒体，但利用广泛的实证法律来取代以往共产党式的人治，却是步向一个进步的法治国家所不

可或缺的步骤。就此进程而言,颇类似东德常年所主张的社会主义之"法律性原则"。

东德对法治国家理论的探讨,由上文讨论可知,东德的学术界并没有对东德的法治国家属性,提供一个极为深入、获得学界及执政当局共识,以及持续性的研究成果。换言之,东德以其夸称实践社会主义的杰出成果,却不能相对的就社会主义的法治国家理论,甚至有连带关系的社会主义法制的特性、质量以及有关马列主义的公法学理论,似乎都没有获得令人惊异的成果,真是令人遗憾。

然而,纵使不在结果的获得,但至少在讨论的素材方面,本文能对东德的法治国概念探讨比越南着墨较多,主要是东德一直有讨论之文献。因为东德建国后没有经历战争的创伤,同时作为社会主义国家中工业化程度最高的一国,国民教育及生活素质都较为优越,加上常年与西德毗邻的竞争,都使得讨论法治国家的概念,具有政治的必要性。综观近半个世纪来的讨论,东德的法治国家理念之研究都脱离不了现实主义,也就是为了短期的、明确的政治任务,才兴起讨论的热潮。

例如,东德在制定第一部《1949 年宪法》之前,为了研拟邦及东德的宪法,才引发第一次的法治国家概念讨论。这一波热潮的动因,却是例外的由民主党派所兴起。民主党派虽然已经将建立法治国家作为日后国家重建的基本原则,但基本上仍然操持恢复魏玛时代较传统的自由主义的法治国家,但也有部分主张纳入较先进的实质意义的法治国家概念。相反的,在社会主义党派则对法治国的兴趣不大,由于对权力集中制的坚持,以及反对权力分立、法官的法律违宪审查权,形成了社会主义统一党拒绝采用法治国的概念。尤其是波拉克的鲜明立场,说明了社会主义政党的态度。不过在此政治真空的时代,德东五个邦的宪法及东德 1949 年的宪法虽没有规定法治国的属性,但仍然规定了大量的人权条款,并没有浓厚的社会主义宪法的色彩。这必须归功当时民主党派具有的实力,以及社会党愿意妥协的温和态度。

东德建国后，由于与西德关系的恶化，特别是西德的反共立场，西德揭示的法治国思想，也被抨击为反共及法西斯与帝国主义的宣传工具，法治国概念受到压制，以后法治国的概念就一蹶不振。东德在执政四十年间共有三度兴起讨论法治国的热潮，三次都是面临了国内外紧张的情势。

第一次在1961年8月柏林围墙修筑后，为了稳定民心，才重新摭取法治国的称号，1963年1月第六届党代表大会党纲出现的"德意志法治国"用语，是为代表。

为了1968年的修宪，在1967年4月第七届党代表大会召开后，兴起的另一波讨论法治国的理论，虽然已有麦斯特提出了社会主义法治国的用语及理念，但是未被1968年宪法所接受。随着《1968年宪法》的"转左"成为典型的共产主义宪法，第二度讨论法治国的热度又冷却了下来。

第三度，也是最后一度的兴起法治国的讨论是在1988年6月，统一党中央委员会六中全会作出了建设"社会主义法治国"的决议，也是面对了东欧各国的开放边界，实施自由化，以及东德人民涌出国境，国内政局面临建国以来最严峻的危机所作出的决议，不过此次提出的"社会主义法治国"却没有变成挽救东德的一贴良方。莫瑙教授响应该次决议所撰的宏文，出版后墨迹未干，东德政权就已崩溃，也让东德法学界未能真正就社会主义法治国——这也是东德建国四十年来第一次由执政党正式公开宣扬的理念——进行广泛且深入的分析，尤其若能比较西德的社会国原则，在当时对西德《基本法》的敌意已大形消退及信息容易取得的情况下，恐怕会有突破性的研究成果出现。

反观越南的执政党成功地避过了东欧与苏联"变天"的危机，强而有力的执政党能够决心采取跳跃级的改革手段——林肯名言入宪便是一例，并且在欠缺人权及法治国理念的法律文化下，越南执政党会援引早年胡志明自由主义及立宪主义的言论，作为新宪法制度的正当性基础。越南这种"古为今用"，借助胡志明神圣的号召力，来弥补本国传

统法政文化欠缺之处的做法,和东德法学界在四十年讨论法治国概念时,先预设立场就排斥传统法治国的概念,也刻意忽视马克思在最早的法律论文中亦有甚多主张人权、自然法及法治国家理念相关的著述,[①]以至于这些宝贵的法律思想遗产,没有对形成东德法治国概念的内涵提供太大的帮助有相似之处。这也是东德公法学界对法治国概念讨论著作之稀少,与西德公法学界对相关领域的讨论简直是"汗牛充栋",形成云泥之判。这当然也应该归因于东德法学界未能拥有高度的研究自由所致也。

究竟社会主义法治国要如何探究出一个清晰的定义及概念?早在50年前的包革顿已将此难题点出。作为马克思公法学理论家的莫瑙教授,也认为这是所有钻研社会主义法学者们的任务。可以想见,要勾勒出这一个宏伟的法治国家的概念内涵,除了必须对社会主义的理论有深厚的研究基础外,还要对传统与现在的公法学理论具备宏观的见解,不仅应了解自由主义法治国的优与弊,也要了解现代意义与实际意义的法治国理念,并对实际政治与社会政策对此理念的实践所作的反应,来评断其成败与可取否的价值。同时,社会主义法治理论也要针对不同国家实施社会主义的程度而有不同的探讨,属地主义的色彩当然极为浓厚。故要探讨出社会主义法治国的具体概念,乃为一个浩大的学术工程,值得有志之士作为终身研究的课题。本篇小文只可以作为作者观察东德四十年来研究此相关议题的心得罢了!

不过,探究了东德学界对法治国概念的研究历程,如果吾人想进一步对此概念进行一个较为超然,也就是不专以某一个国家的法律或时代

---

① 例如1842年1月末。此时马克思在《莱茵报》担任主编,针对当时发生的重大政治事件,撰写出第一批法学论文,包括"评普鲁士最近的书报检查令"、"关于出版自由和公布等级会议记录的辩论"(1842年2月)、"法的历史学派的哲学宣言"(1842年4~8月)、"关于林木窃盗法的辩论"(1842年10月)、"评离婚法草案"(1842年12月)五篇法学著作。都有极为丰硕讨论法治国家概念的素材。

发展背景为考虑的因素为探讨，恐怕要先确定这个新型概念的指导原则不可。社会主义法治国的指导原则当然是社会主义，而社会主义固然以实践社会正义为最高准则，但除追求社会正义的手段，是否必须完全与马列主义，或是斯大林主义……连接在一起？抑或是实行法治国家的手段，也就是利用传统法治国家的原则，例如权力分立、民主体制、人权保障、依法行政、法律安定性等制度及原则，作为达到社会正义的基本手段，但是却加重了社会主义的若干理念，例如对大型生产工具及私人资本的节制等来形成这种社会主义色彩的法治国？这可以由研究西德的社会国原则是否能结合法治国的历程获得若干的启示。

而法治国家的概念发展本来就是具有价值判断，由早期的自由主义法治国具有浓厚的立宪主义及受到自由主义所影响形成的人权理念，都可以看出自由主义的法治国家，具有一定的意识形态，纵使当时适用的法律实证主义，也可称为是形式意义的法治国，都是以这种自由主义作为法律的精神特征。而不论是后来发展到的实质意义法治国强调了法律的“质量说”（这里令人想起了莫瑙所称呼的东德法治国家的法规属性），必须维护人权、社会正义等，或是西德宪法实施的“社会法治国”通过法治国的原则来实践社会国的理想，都是法治国家的本质，是借重了法来达到立国的目的，并据以创设相应的法律制度，其中当然包括了达到社会主义最重视的社会正义，也当然包括了反对剥削的公平法律秩序，以及不能承认国家可以漠视一些国民生活在如马克思思想产生时代所常见的没有人性尊严的社会制度。因此，如同莫瑙所说的，法治国家的概念是处于持续发展的，社会主义也是否一样？

如果吾人对现代实质意义的法治国家认为具有包容新思潮的胸怀，任何一个社会主义的国家如果实施符合时代需求的改良式社会主义，只要在大前提下仍然保持追求社会主义，则这种社会主义的法治国已经朝向社会国及社会法治国发展，一样可以将之列入在追求实质意义的法治国家。所以，讨论实质意义的法治国家，包括实践此理念之其他法律制

度及子原则,便可以拿来检验或者协助塑造新的社会主义法治国家的概念,这无疑将提供(这些处于转型期国家)的法律学术界一个新的研究领域。

(本文曾刊载于台湾《军法专刊》第51卷第8期、第9期,2005年8月、9月)

第四篇　德国行政法学的先驱者

——德国19世纪行政法学的发展

一、前言

德国与法国并称为现代大陆法系的两大脊梁。所谓大陆法系的特色，强调法典编纂的完整与立法过程的严谨在前，法学界的分析讨论以形成法规范完整体系在后。特别是后者往往形成一国法规范的理念维系者与思潮创新者。法国在大陆法系中固以民法学的贡献为大，此必须归因于1804年公布的拿破仑法典，成为欧洲各国效尤的对象。但在公法学，特别是行政法学，后来居上的德国也形成了现代世界行政法体系一股不可忽视的力量，对各国行政法发展的影响更大。

德国近代行政法学的发展，如同德国其他学门的法学一样，皆于19世纪中叶奠基，逐渐形成今日之规模。对于现代德国行政法的理论，台湾地区行

政法学界的介绍及讨论并不乏见,反而是在草创期的19世纪方面,迄今尚未有系统介绍之文献。本文的目的即在浅介德国行政法学在此奠基期内发展的轨迹,并介绍其中最重要几位学者们的贡献,以填补中国行政法学此学术空隙。

二、德国19世纪的公法思潮

德国在19世纪是一个法学发展极为迅速的时代。一方面,作为中欧兵家力争之地的德国,不仅成为国际政争的中心,例如,拿破仑势力的扩张首受其冲击即为德国;法国大革命所引发的解放农奴、打倒腐败诸侯贵族统治皆改变了德国旧有的政治结构;而法国风起云涌产生的新思潮与新的社会政治运动,例如,法国大革命产生的自由、平等、博爱思想、社会主义思想及共和思想,等等,无不立刻影响德国,尤以知识分子为然。故德国在19世纪的公法学理念基本上和法国所代表的主流思想无太大差异。

德国在19世纪可以说是一个思想相当活泼的时代,其公法发展主要有几个显著的特色,可分述如下:

(一)法治国用语的产生

所谓的法治国(Rechtsstaat)指国家依法而治,已经成为现代法学界的共同语言。按法治国一语起源于德国,英语中并无同样的用语。德国法治国用语的产生以及其概念的发展皆始于19世纪。

首次提出法治国用语的乃是在1798年出版一本名为《国家学文献》(Literatur der Staatslehre)的普拉西度斯(J. W. Placidus),将国家与法律结合在一起,并以法律的角度来讨论国家观。日后,继之而起的为米勒教授(Adam Mueller),在1809年出版的《国政艺术之要素》(Elementer der Staatskunst)一书,将司法部长当成是法治国的代表,已寄语国家必须

依据法律来治理。由普拉西度斯及米勒教授开风气于先后，日后还有甚多的学者使用此名词，例如莫耳（Robert von Mohl），在 1831 年至 1834 年出版的《法治国原则的警察学》（Polizeiwissenschaft nach den Grundsaetzen des Rechtsstaates）；史塔尔（Friedrich Julius Stahl）在 1830 年出版的《法律哲学》；以及贝尔（Otto Baehr）在 1864 年出版的《法治国——一个构想的发表》（Der Rechtsstaat - eine publizistische Skizz）；格耐斯特（Rudolf von Gneist）1872 年出版的《德国的法治国与行政法院》（Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland）；以及毛鲁斯（Heinrich Maurus）1878 年出版的《作为法治国的现代宪政国家》（Der moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat）。①

上述几位影响远大的法政学者不论只单纯地使用法治国用语，抑或将法治国用语当成篇名或是书名，都对于提倡、宣扬法治国用语发挥了极大的影响力。因此，国家在法律学者的眼光中已经转化，或是应该转化成为一个法治国（Rechtsstaat）已是当然之理。与法治国相对者则为强权国（Machtsstaat），按 Macht 此一德语可译为暴力、强权、独裁，和公平正义与法的 Recht 相对应，以两者作为国家形态的属性，即可知法治国家的基本形态。可以说，19 世纪法治国不仅名词已经产生且被广泛接受。②

（二）法治国的概念——自由主义的影响

与法治国用语的产生和传播同步发展者，为对法治国概念的成型。由于法治国发展的同时也是德国内政改革发展的时代，法治国的理念一开始即受到自由主义的影响。如此，几乎在上述所有的著作中都援引孟

---

① 参见笔者："德国 19 世纪法治国概念的起源"，收录于本文集第一篇。

② 例如，当时极著名的学者格柏（C. F. v. Gerber）在 1865 年出版的《德国宪法体系概要》一书（Grundzuege eines Systems des deutschen Staatsrechts, S. 233.）中即指出：假如法治国的概念要有什么实际意义的话，那么唯有一步步地给予行政领域坚实的法律规定，来消除滥权的根源。参见 M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. Ⅱ, 1992, S, 382。

德斯鸠权力分立的理论,而由此分权理论的基本立场可导引出对于行政滥权的疑虑。① 加上19世纪展开的立宪主义与国家奖励民间汇集资本与集中资本政策,其前提必须是在充分保障人民的财产权利。因此,政府应给予人民最大的自由,尽量给予人民最少的干涉,政府不患少有作为,而患太大作为,会导致人民自由权利的侵害。19世纪的法治国概念也形成所谓的古典法治国概念,与现代国家追求之所谓的新法治国概念,也就是以追求实质正义的社会法治国观念(Sozialer Rechtsstaat)不同。②

代表19世纪时代德国法制国概念最清楚的学者莫如史塔尔(Friedrich Julius Stahl, 1802~1861)在1830年至1837年出版著名的《法律哲学》(Philosophie des Rechts)一书。在这本影响当时法学界极重要的著作中,史塔尔将法治国当成是国家的主要形态。国家必须将其行为的界限和人民的权利用法律明确地加以界定。而人民权利唯有在最绝对的必要时,方能加以界定。史塔尔这个见解,已是强调法律的界限工具之价值。而在最必要的限度时方能限制人民之权利,也符合近代的比例原则。由史塔尔的代表性见解已可见德国当时弥漫的自由主义色彩。③

(三)实证法律的重视

19世纪中期以后,随着立宪政体的普遍实施,对于人民权利的限制以及国家行政权力行使的依据,皆需通过立法者的法律方得为之,是为法律保留原则。此时期也标志着警察国家(Polizeistaat)时代的终结。此可以从两方面表示之:第一,政府组织的分工化。按国家的进步,也显现在国家行政组织的专业分工化,特别在内政方面。19世纪以前,政府行

① U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 197.

② 关于社会法治国家的理念,参见笔者:《行政法学总论》,1997年,第19页。

③ 关于本时代德国其他的法治国概念,可参见笔者:"德国19世纪法治国概念的起源",收录于本文集第一篇。

政机关除了军事外，其他皆属内政，且冠在概括的警察权之下。警察掌握了国家权力的除外权，亦即政府之权力除了明显划归某一部门——军事——来执行外，剩余权全归警察所有。因此，警察权限固然包括狭义的治安行政外，也包括了环境卫生、市场经济、宗教风俗……也因此产生行政法所谓的风俗警察、市场警察、文化警察及宗教警察等概念。内政部长即成为广义的警察首长，警察权力代表了内政权力。① 故在17世纪开始，德国即出版许多关于警察法的书籍，对于警察法的研究可以说是代表了公法学的研究。警察法与公法成为同义词。自从1806年普鲁士被法国拿破仑打败后，遂进行刻骨铭心的行政改革。这由普鲁士首相史坦(Freiherr von Stein, 1757～1831)在1808年所进行的，除了实行地方自治外，也将普鲁士政府引进法国的五头专业部——中央政府由外交部、内政部、国防部、财政部及司法部所组成。从此国家进入现代化国家之林也展开了现代意义的政府分工。警察权力尽管仍拥有所谓的除外权和剩余权——其他四部职权以外之事务管辖权。但政府的精密分工拆散了庞大的内政部门，相形之下，内政部已失去重心。②

其次，对于人民权利的拘束，在以往的警察国家时代，往往通过概括的警察命令(Polizeiliche Verordnung)来作为规范人民的法令依据。此具有行政法规性质的警察法令，随着警察权限的宽阔，可对人民日常生活造成实质的拘束力。而警察依据此警察命令在颁布的警察处分

---

① 众多警察法及警察学的专论显示出警察权的重要性。兹随意举例几本著作：Seckendorff (V. L. v.)在1656年出版《德国诸侯国》；Dithmar (J. Ch.)在1731年出版《经济警察及财政学导论》；Justi(J. H. G. V.)在1756年出版《作为理性达成警察任务的警察学原则》；Jung Stilling(J. H.)在1788年出版《国家警察学教科书》；1799年至1809年，Berg(G. H. v.)出版了七册装的《德国警察法手册》(Handbuch des Teutschen Policeyrechts)成为警察法研究的经典代表作，W. Thieme, Verwaltungslehre, 3 Aufl., 1977, S. 33. 唯此时所指的警察学和警察法的区分并不大，警察学亦是就警察权的权限和法规加以讨论的。

② K－H. Mattern, Allgemeine Verwaltungslehre, 1982, S. 18.

(Polizeiliche Verfüegung)——此相当于现代的行政具体行为——可具体地对人民产生命令服从的法律效果。但在19世纪后此由警察颁布的警察处分已由各行政机关所拥有,易言之,其他政府机关皆依法律拥有公权力,不以穿制服的警察为限。因此,国家强调所谓的实证主义,国会及地方议会通过明确的立法界定人民的权利、义务范围,从而授权行政权力,同时,也有限制行政滥权之用意在焉。19世纪的国家与其称为法治国,毋宁称为法律国(Gesetzesstaat)即着眼于此。① 因此,强调实证法所产生的后果即为法规数量的暴增,自然会妨碍行政权的行使。故以增加行政效率为对象的行政学以及就现实行政法律作研究对象的行政法学即应运而生。两者也类似警察学及警察法的关系,步入由合转分的关系。

三、行政法学的萌芽

在19世纪强调法治国理念并受自由主义思潮的影响下,行政法学无法脱离宪法的理念影响。19世纪初期行政法学尚未发展时,讨论国家宪法的著作中只要是涉及宪法的立国理念,也就是法治国原则时皆会提及分权的原则。同时,也会提及国家行为受到法律约束的原则,最明显的是一位毛伦布莱希(Romeo Maurenbrecher)在1838年刊行的《现代德国宪法学之原理》(Grundsaetze des heutigen Deutschen Staatsrechts)以及查佛(Heinrch Zoepfl)在1849年所发行的《德国宪法的共同原则》(Grundsaetze des gemeinen deutschen Staatsrechts)等,这两本德国最早期的宪法著作中都已标示出行政与宪法的密切关联,也因此期待将国家行政领域用法治国的原则来加以探讨的潮流应运而生。这个潮流的发生

① T. Stammen, Der Rechsstaat - Idee und Wirklichkeit in Deutschland, 4. Aufl. 1972, S. 87.

约在1850年开始，最明显的特征是有关行政法和行政学及宪法学的分离发展。

（一）行政法与行政学的分离发展

行政法学的独立发展可以显现在其与行政学及宪法学的脱离之上。先以行政学而言。行政学（Verwaltungslehre）也是一个在19世纪中叶才兴起的社会科学。本来在19世纪中叶以前，警察权即是行政权的化身，故当时德国的警察权（Polizey）研究极为热门，有关著作极多，也是警察国家理念残余的写照。至19世纪开始，警察权已分化成为各个政府机关权限，警察权才逐渐退化成为治安权，行政学也取代了以往警察学的地位，随之产生。顾名思义，行政——此处是专指公行政而言——乃国家行政权所行使的内容。所以，举凡国家行政权力行使的范畴——如警察权限、财政、国防等——都是行政学研讨的对象。如此一来，行政学及行政法所论究的对象即一分为二。此两个学门究竟有何不同？是研究目的不同，抑或只是研究方法不同？可以再加讨论。

先以前者而言。行政学的研究对象既是国家及地方政府之行为，目的乃在追求行政的正确性及效率性。在此应先提及德国行政学的开山大师罗伦斯·冯·史坦（Lorenz von Stein，1815～1890）。这位史坦和上文提及1808年进行行政改革的史坦首相（Freiherr von Stein），并非同一人或同一家族之人士。他一生阅历丰富，既担任过丹麦官职，也在德国担任过国会议员及基尔（Kiel）大学教授，曾被放逐至法国，所以1850年返国后便撰写一本专门介绍法国社会运动的书籍，成为德国早期对法国社会主义运动最关注的公法学者之一。自1855年开始，亦即他生命最后的30年，是在维也纳大学担任教授度过。史坦专门研究宪法学、财政学。1865年至1868年撰写的《行政学》（Die Verwaltungslehre）一书，则成为行政学的巨著。

在政治理念上，史坦是服膺黑格尔的自由主义。他认为行政是运行中的宪法（taetig werdende Verfassung）。因此，行政必须依循宪法的原则

来遵行,同时也必须配合社会思潮、运动来形成其内容。他这本堂皇八册所组成的《行政学》中,分成7个篇章,来讨论所有行政的范畴,包括警察权、国家及地方行政组织、民政、卫生健康、治安行政(包括乞丐、殡葬管理……)及教育行政等。① 史坦如此长篇大论地讨论行政行为,也是朝着行政应有的作为。换句话说,期待行政权能符合宪法及时代精神的运作。史坦这种将行政学的任务提升到如此高度的价值,使得行政学的概念变得极为宽广。若依史坦的学说,行政学可以包含两个次要的学门,即行政法学及行政政策学。行政法学是专就法的角度来研究行政权的运作,它也要求行政权的应为(Sollentaetigkeit),但却是朝合法性方面。而行政政策学(Verwaltungspolitik)也可称为狭义的行政学,则是专就行政权应如何实行方可以确保社会的需要。另外,必须讲求行政效率及行政方法以求行政目的的实现。故在目的方面其要求行政权的应有作为则是朝向合目的性(Zweckmaessigkeit)方向,故更可以加强对行政权的控制。②

史坦这种扩张性质的行政学概念,将行政法纳入其中一环,虽言之颇有说服力,但是,在方法论上,显然有矛盾。史坦在维也纳大学担任的教职是政治经济学,其对国家制度的观察,虽未明白抛弃法律的眼光,但显然已经转向社会学的方向,特别是在行政政策方面尤然。所以,面对日益增加的行政法律而研究必须依凭纯法学方式的行政法学,能否勉强放在行政学下,当然不无问题。③

---

① U. Stolleis, aaO. S. 391.; W. Thieme, aaO. S. 36.

② U. Stolleis, aaO. S. 420.

③ 代表史坦这种见解最极端的,莫如昆波罗维兹教授(Luduig Gumplowicz, 1839~1909),这位奥地利格拉兹(Graz)大学的教授,虽也是宪法及行政法学者,曾撰写几本著名的社会学著作,尤以社会学的角度讨论宪法为名。他主张用先验性质的社会学的方法来探究行政权的运作,极力反对当时德国时兴的以法学方式来讨论国家及行政权力的运作。他曾经用一句挖苦的说法形容德国的那些支持纯法学方法论者,是想用汤匙来吃贝多芬的奏鸣曲。L. Gumplowicz, Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl. 1907, S. 450; Dazu, U. Stolleis, aaO. S. 444.

在1865年至1868年史坦在德国司徒卡特(Stuttgart)市出版的《行政学》,立刻洛阳纸贵,引起德国学术界极大的重视,不过,这种融合社会学方法论,又要掺杂纯法学方法来讨论现有的行政权力行使的范畴,复又需注意社会运作与变动中,会产生那些新需的行政新项目的行政学,显然不被德国行政法学界接受。① 所以,除了奥地利当时受到史坦的影响,大学将行政学列为必修,且与行政法并列外,在德国只有昙花一现的影响力。② 德国大学并不讲授行政学,行政法及行政学不仅是分道扬镳,在法学界的分量且是前重而后轻,甚至行政学且易为社会政策(Sozialpolitik)而成为社会学的一支,史坦的构想可以说是彻底地失败。19世纪中叶以后,德国兴起行政法的研究热潮,也因此掩盖了行政学的研究及发展!行政学自此步入长达百年以上的沉沦期。③

(二)行政法与宪法的分离发展

在与宪法学方面的关系方面,由于行政法在国家法律中的分量逐渐加重,且行政法各论的种类不尽相同,一般宪法论著中已难将之全部包括在内。另外,19世纪中叶以后,德国各邦已经历流产的1848年革命风潮,改革派的法学界人士认为,若要避免使用暴力性质的革命手段,而同样能使握有政权的王室及听其令的行政权力步向保障人权的大道,莫如致力于建立一个能严格遵循依法律行政的体制,以及规范行政权力的行

---

① 参见彼得·巴杜拉教授:"行政法之任务——彼得·巴杜拉的自由主义法治国及社会法治国中的行政法",收录于笔者:《法治国公法学原理与实践》,中册,第三十二篇,2005年9月,中国政法大学出版社,第382页。

② 德国学者Thieme也指出,史坦学说在奥地利获得两个传人:昆波罗维兹及K. Th. v. Inama-Sternegg(1843~1908),但皆没有作出超越史坦学说的更大贡献。W. Thieme, aaO. S. 36.

③ U. Stolleis, aaO. S. 422;但德国大学在第二次世界大战后受到美国的影响,开始成立政治系,行政学成为政治系的主要科目,行政学又获得新生了,但发展极慢,在60年代末才开始萌芽,至70年代中才摸索出并建立自己的理论架构。参见W. Thieme, aaO. S. 40。

政法学。要求行政法学能建立自己的理论的呼声即逐渐传开。① 故行政法学可以摆脱现实政治的因素,独立就现存行政法律来加以探讨,也造成了19世纪中叶以后行政法学的兴起。②

四、行政法各论研究的发展

正如同任何法学学课发展的轨迹一样,行政法也是先由分散零落的个别行政法律,也就是所谓的各论发展,而后,才形成总论的体系,而竟其功。在19世纪50年代正是此各论发展的重要起点。

德国第一本以行政法为专论的著作是波哲教授(Josef Poezl)继1851年出版一本《巴伐利亚宪法教科书》后,又在5年后专门就巴伐利亚行政法出版了一本《巴伐利亚行政法教科书》(Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts)。这本教科书系以巴伐利亚为重要的行政权力部门,如警察、财政、社会救济、军事及司法的相关法令加以讨论。在波哲著作出版后,次年,伏腾堡(Wuerttemberg)的一位名叫F. F. 麦耶(Friedrich Franz v. Mayer)的行政高级专员(Oberamtmann)出版了一本《德国行政法与法律程序》的概要,1862年又把这本书修正增订发表,并冠以一个甚长的书名《行政法的原则——特别针对共通的德国法及参考普鲁士邦、巴伐利亚邦及伏腾堡邦最新立法及最高邦行政机关的重要裁定》,F. F. 麦耶这本书,由其书名可知其不仅是以其任职的伏腾堡邦的行政法为探讨对象,且扩及德国政治上当时最具影响力的两大邦——普

---

① 例如,格柏在1865年即呼吁行政法要建立自己的理论体系及制度,并认为行政法要跳离宪法而独立存在及发展,让宪法维持其作为规定国家权力者的权限及防止其滥权的独立性及纯质性(Reinheit)。

② W. Meyer - Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S. 33.

鲁士邦及巴伐利亚邦——的行政法律，已和前述波哲之专以巴伐利亚邦行政法令来探讨的领域明显来得宽广。并且，也尝试探讨出一个德国各邦可以通用的原理，此为第一个特点；本书由标题可知其，不仅参酌三邦的最新立法，也大量参酌该三个邦最高行政机关的规定，此在方法论上是一大突破。在此时期强调行政法律的重要性，来拘束行政权，故对行政机关的规定（多半是行政法规），率皆不予重视。但这些行政法规可以补充行政法律的解释及适用，且也在实际的行政运作上产生了实质的规范力，实不应加以忽视。所以本书在方法论上，已经探触到行政法最重要的法源之一了。此为其特点之二；F. F. 麦耶甚且进一步将各邦通行之行政法的共同原则抽离出来加以讨论。例如在本书第一章标题为个人与国家的公法关系中，已经探讨了国籍、公权、选举、缴税与服勤务义务、警察法对人权的限制，同时也讨论到公物法、公共机构（公营运物）的使用关系，对于公法人及地方自治法以及公用征收等措施也另立专章讨论。此外，本书最引人注目的，并且被称为具有里程碑的价值系在本书的第四章，也是其作为结论的一篇，标题为总结与法规（Allgemeine Ergebnisse und Rechtssaetze），在此篇中，F. F. 麦耶总结了他的研究结论并将其法政见解，也就是自由主义法治国的见解融合在其行政法的见解之中。因此，在此章节中其强调了国家不仅是一个机关，且是一个法人，国家的任务应有限度，且应尊重人民的自由权限，同时，他也讨论到了行政必须依法律为之，行政裁量的范围，公法与私法的区分，公共机构（公营造物）以及特许的企业等，甚至也已经初步提出了行政处分的概念，即行政官署在具体个案对人民有拘束力的规定等，①可以说已经约略拟具

① 德国法学界最早提出行政处分此一用语者，为 F. Schmitthenner。其在 1845 年所出版的《一般国家法或理想之国家法之原则》（Grundlienen des allgemeinen oder idealen Staatsrechts）中（第 449 页）已提及，例如街道之兴建及文化设施之建筑，都是 Verwaltungsact。只不过，此处之行政处分其实不是与人民权利有直接关联之行政处分，毋宁是行政事实行为也。U. Stolleis, aaO. S. 41, FN 177.

了行政法总则的架构。然而,这部理应受到学术界重视的著作却因为人的因素,而未能发挥其应有的影响力,F. F. 麦耶虽然在行政机构中职位不低,且拥有贵族的头衔(von),但其并未在大学任教,没有门生学子跟随,于是也就未形成一股门派,也因此,其著作并未广泛被大学引为教材,F. F. 麦耶以非学术中人而被埋没是极为可惜之事,也是学术发展的损失,当然也是生不逢时的写照。

随着德国在1870年普法战争的胜利,德意志帝国宪法在1871年1月1日开始施行,德国各邦国引发一股欢庆德国统一的民族主义思潮。这股思潮也传播到行政法学界,寻求一个全德共通的行政法学遂成为学界努力的目标,20世纪80年代遂有多本主要著作问世。首先在1883年,一位在德国法学重镇耶拿大学(Uni. Jena)任教的G. 麦耶(Georg Meyer,1841 ~ 1900)出版了一本《德国行政法教科书》(Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts)。此书是一个标准的各论教科书,把国家现实的行政法分门别类地讨论,例如治安、卫生、风俗、电信、金融……因此本书研究的题材甚多,却失之过于杂乱,尽管在讨论这些各别的行政法制度时,他都会有一个提纲性质的说明,但只有局部性质,无法窥行政法的全貌。

G. 麦耶的行政法教科书既然是集中在行政法的各论方面,同时也反映出一个法学家认为有必要对当时甚多的行政法律加以整理、分析,以作为行政法学任务的学派。G. 麦耶可以说是这种研究个别的实证论派的中坚人物,同时也左右了当时的行政法学界的撰写方面。

接着在1884年沙威(Otto von Sarwey)出版了一本书名为《行政法总论》(Allgemeines Verwaltungsrecht),和G. 麦耶同样的,这本在德国行政法学首先使用总论为书名的著作仍是基于宪法的理念将行政认为是:宪法原理所指导的国家行为,且其领域在外交行为、军事行动、内政及财政,以履行公共利益。故本书也强调法治国的概念,并主张以法律来限制警察国家时代的滥权行为,以保障人民的基本权利。此外,沙威区分

了行政学及行政法。前者是研究国家概念中，那些是关于国家行政行为的领域，求其理想妥善，并不以现实的国家行政行为为其任务；而行政法则以讨论国家现实且拘束行政权运作的法规范为对象。行政法乃注重现实性，不似行政学具有抽象性及未来性。另在行政法的内容方面，沙威将重心置于内政之上，同时，他也主张把行政权力归纳出几个必须遵守的基本原则，即法治国原则，如依法律行政等，认为行政法应该就各种不同行政行为中求其共通原理产生总则，使得在学术上能予以掌握，并为德国各邦所遵守。所以他可说是在行政法学界和 F. F. 麦耶接近，不甚强调各论，而强调总论的一位先驱人士。①

与沙威同年（1884 年）间一位名叫艾佳·洛林（Edgar Loening）出版了一本《行政法教科书》（Lehrbuch des Verwaltungsrechts）。洛林本是一位宗教法制史教授，后对行政法产生了兴趣。在本著作里他将行政法区分为行政组织、内政与行政救济的三大部分。除了行政组织和行政救济乃针对德国各邦的行政组织及行政法院的制度与诉讼程序加以讨论外，其内政部分仍是依循传统的方式将个别的行政法加以提出讨论，例如治安警察，卫生行政，国家与经济生活，甚至医药，丧葬管理等政法各论的讨论，和 G. 麦耶同出一路。越二年，一位在普鲁士以研究行政法著名的教授史腾格出版了一本《德国行政法教科书》（Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts），这一本厚达 495 页的著作，并以三分之二的篇幅讨论下述问题：行政法与其他法律以及与行政学的区分、行政法的法源、公法权利、公物法；并且对国家行政及地方行政之组织，行政官署的组织及行政行为法，如警察命令、处置（Verfuegung）、行政契约、信息、许可以及行政强制与行政救济等，因此，已经明显地勾勒出行政法总论的架构。在剩余的三分之一部分史腾格也不可免俗地将实证行政法各论加以讨论，但省却许多细小的枝节问题，而提纲挈领地讨论这些行政实证法制度与

① W. Meyer - Hesemann, aaO. S. 13.

理论依据。由史腾格书中对于总论部分的重视以及在各论中重视各种行政法制度的原则性,而不斤斤于枝节法令的描述,影响了下一位集行政法大成的奥托·麦耶(Otto Mayer)的理论甚巨。

五、集行政法发展大成者——奥托·麦耶

德国行政法学在经过近50年来积极的发展后,直到1895年时任史特拉斯堡大学(Strassburg)教授的奥托·麦耶,先在1886年出版一本《法国行政法原理》(Theorie des Franzoesischen Verwaltungsrecht),十年后又出版了一部上、下两册《德国行政法》(Deutsches Verwaltungsrecht),可以说是达到本世纪行政法研究的最巅峰。吾人在此先由第一本的《法国行政法原理》来讨论。

(一)《法国行政法原理》的出版

出生在1846年的奥托·麦耶,本是一个收入颇丰的知名律师,但基于对法学的热爱,便放弃律师生涯,投身学界。在1881年以一篇有关罗马法的论文在史特拉斯堡取得讲师资格后,次年起即在母校任教。当时的史特拉斯堡大师云集,例如公法学大师拉班德(Paul Laband)即在此校主持宪法讲座。由于当时德国虽将阿尔萨斯及洛林两邦收入德意志帝国版图,但这两邦依然适用法国民法及行政法,[①]故为使德国公务员能够了解此地原有的法国行政法,学界努力想要撰写有关的论文。而麦耶原本是开课讲授法国民法与国际私法,由于对法国法的深入了解,他在1886年参考了法国的行政法学及最高行政法院(Conseil d'Etat)的判决,撰写了《法国行政法原理》一书,开始跻身行政法学者之林。

---

① L. Wittmayer, Otto Mayers Lebenswerk, zum 70. Geburtstage, in: Zeitschrift für das Privat - und oeffentlichen Recht der Gegenwart 42 C(916), S. 520.

由于《法国行政法原理》是麦耶行政法学的处女作，对于麦耶日后形成德国行政法理论体系有极重要的影响。此书在德国一般大学图书馆并不易寻得，本人特别请学生林依仁先生自科隆大学寻到一本。而吾人可由此书的内容中，摸索出麦耶理论与法国行政法学间的关联。此书实是了解，甚或批评目前德国行政法学体系不可忽视的一本著作，值得加以重视。

在《法国行政法原理》一书的序言中，麦耶开宗明义地指出本书是写给法官及行政官员，作为了解行政法原理之用。麦耶也指出，德国的行政法是断断续续地取材自法国行政法，因此，仍然处于支离破碎的状态（noch in Truemmern liegen）！而学界也没有对法国行政法作整体性的研究，使得德国法律工作者无一窥法国高度发展（hochentwickelt）行政法原理之机会。又由于是为德国法官和行政官所写，而非针对法学者所写，麦耶在序言最后也表明：他只是叙述法国行政法的现存原理，本身并无定见，也不打算为法国法学者们的见解辩护。[①] 易言之，麦耶并不想去激怒或试图挑战当时德国行政法学界的心态，是再明显不过了。麦耶在整个序言中表现出来的谦逊，吾人可看出此位初探踏入德国行政法学界路况的麦耶大师所持惶恐慎戒的心情！[②]

本书计分三篇（Abschnitt）七十二节，达 528 页。除了引言讨论分权、立法权与行政权、政府的区分、行政法的定义与行政法学的任务外，三篇主文分别以官署规则（Behoerdenordnung）、固有行政法（Eigentliche Verwaltungsrecht）及自治行政（Die Selbstverwaltung）为篇名。官署规则篇讨论中央行政官署（称为固有行政官署）、中央及咨议团体及行政法院

① O. Mayer, Theorie des Franzoesischen Verwaltungsrechts, 1886, Vorwort X.

② 在当时，德国正于普法战争中战胜法国，德意志帝国成立，全国弥漫着一片热烈的民族主义。而麦耶却颂扬战败国的行政法优越性，且要将法国行政法作为德国法官及行政官员学习的典范，已经是要冒极大的风险。所以，他采低姿态、少树敌的时空背景，吾人当可理解也！

体系、职权。固有行政法篇讨论警察法,包括一般警察法、职权、警察罚及特别警察法;公共机构(即公营造物 oeffentliche Anstalten)的制度,包括公共财(oeffentliches Eigentum)、征收、负担、公法契约、特许及赋予公权力、公物的使用、征收补偿等;国家财产法,包括国家财产的运作、国家赔偿制度及为国库的强制执行。第三篇的自治行政,顾名思义即知系讨论地方自治行政各级组织的法律及财政制度。在此其又分为公共团体(包括乡镇)、财团法人及认可之宗教团体,皆作为自治团体来讨论。

由本书的内容即可得知,麦耶借着高度发展(序言所使用的术语)的法国行政法原理,摒弃了当时资深行政法学界同仁以行政法各论为对象,来撰写行政法教科书之风气,反而以纯法学的总论方式讨论行政法。麦耶之所以被称为使用纯法学的方式,乃在于其适用甚多民法的观念。最明显的例子莫过于在讨论官署部分。其对于公务员的制度乃援引民法的委任,将公务员定义为受国家委任的人员,并进而导引出任命、官署成立的法律依据、侵权责任、逾越权限等相关制度。此外,几乎所有章节都以实证法律及法理为讨论对象,故纯粹是法学式的讨论方式。同时这三篇主文的划分极为明确清晰,使人可以一下子就了解法国行政法大体上的结构,而不似当时德国行政法因侧重于各论,致使内容芜杂,令人茫然无适,故本书一出版后,马上引起德国同行的重视。例如,望重士林的拉班德教授在本书出版次年《公法文摘》(Archiv des oeffentlichen Rechts)中,仔细介绍及批评了本著作。在此篇长达 14 页的书评中,拉班德再三称赞本书在方法论上的突出,是其最大的贡献。其也把传统行政法学的讨论方法,特别是举出艾佳·洛林的著作为代表,麦耶已不再就行政法律关系层面来讨论。[①] 另对于麦耶本书在警察法部分,公共机构、行政契约……拉班德都一一仔细分析。拉班德可以说是将本书作全书介绍,对一个新进教授的著作花下如此多的工夫,固然可以看出拉班德教授的奖

① P. Laband, AöR (2), 1887, S. 150.

掖后进，但至少本书的研讨价值也占了甚大的分量。当然拉班德不可能照单全收，也批评了本书的部分见解，但字里行间不乏许多褒扬。拉班德也直言，麦耶虽谦虚称本书是译作，但实际已是一个创作。因此，在此书评的结论，拉班德坚定地确信本著作的出现代表行政法研究的一大进步，①而拉班德此篇书评可以视为学界对麦耶此公法处女作的肯定！

（二）《德国行政法》的问世

麦耶在撰就《法国行政法原理》后，声誉鹤起，同时也深深体会出德国行政法学是一个尚未开垦的处女地，不能和已上轨道的民法学和刑法学相比。因此，他产生了一个提升德国行政法学的抱负。② 故自出版《法国行政法原理》之后，反而将研究兴趣由私法转向行政法。恰巧在1888年一位著名的德国刑法教授宾丁（Karl Binding）欲编纂一个《德国法学全书》（Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft）。宾丁看中了这位行政法学的新秀奥托·麦耶，并请其执笔撰写一本适合统一后的德意志帝国行政法。麦耶接受委托后经过七年的努力终于完成此《德国行政法》一书，分为上、下两册，也和法国行政法原理一样，分篇、章、节讨论。本书计分两篇，即总论篇及各论篇，共61节。其中总论篇（分三章）18节，各论篇（分两章）14节，总计32节，刊于上册，下册则刊载各论剩余的四章，共29节。麦耶的各论不像一般的各论是分别讨论各种行政权事项，而是分章讨论警察权、财政权、公物（包括土地征收、公物及其使用、财产权的限制）、特别勤务、特别债权法、有权利能力之行政等（包括公法人、公营造物、地方自治机构……）。易言之，在史腾格一

---

① P. Laband, aaO. S. 162.

② 奥托·麦耶在1888年撰写的《公法契约的学说》（Zur Lehre vom oeffentlich-rechtlichen Vertrag）时曾说过：如果行政法学要和其他的老姐妹（指民、刑法学）有同等的法学原理，那么就必须要把国家行政发展出一个独特的法律制度不可，且此制度只有人民对国家的权力与服从的关系而已！说明麦耶的行政法学是集中在干涉行政之部分。参见E. V. Heyen (Hrgb.), O. Mayer, Kleine Schriften zum oeffentlichen Recht, 1981, Bd. I; Dazu, M. Stolleis, aaO. S. 404.

样也是计对特殊形态的行政权力行为来探究,同时具有撰写该种行政权力运作的总则原理。不过,具有影响力的仍是其上册。

奥托·麦耶行政法总论的上册,专以各行政法所共通的原理为讨论对象,不针对个别的行政权力,也是迄今为止第一本以宏观角度,并且采撷已较为发达的私法的研究方法来讨论行政权的运作。就后者而言,恐怕麦耶也斟酌了德国在民法立法典方面的丰硕的成就。① 也因此,本大作以对于法律——特别是私法——已有相当根基的人士阅读,较为妥适。至于就一般读者而言,则显得过于深奥,是为本著作的读者群有相当程度的局限性也。② 奥托·麦耶在上册的《德国行政法》中首先讨论警察国家的概念与法治国的原则,麦耶以法学的角度讨论警察国家的概念,特别举出了警察国家已发展出将国家视为一个国库的法人组织,也使得国家由专制国家递嬗到现在的法治国家有一个过渡阶段。此外,奥托·麦耶也分章讨论行政法的基本原则为依法律行政,同时揭示出一个至今仍为行政法最重要的所谓比例原则(Verhaeltnismaessigkeitsprinzip),麦耶在第二十节警察权的界限(Grenzen der Polizeigewalt)中已将警察为防卫公益而行使权利时,应该符合比例性的要求,且认为这是渊源于自然法之基础,已经初步树立了比例原则的优越性;开创出行政处分(行政具体行为)的概念,且成为本书最重要的一章,举凡行政处分的构成要件、附款、撤销等,皆有充分的讨论,并且把行政处分当作是行政法的基础。这

---

① 德国虽然早在1814年即有产生该否仿效法国1804年之民法典制定一部德国民法典的争议,但迟至1888年终于创立出第一个版本,事后迭经三易其稿,终于1896年完成三读程序,并定于1900年开始实施,奥托·麦耶在撰写行政法总论时正值《德国民法》完成立法的最后阶段,对此立法的伟大成就自也影响了麦耶的理论架构。麦耶在其大作的序言中也屡屡提及他援用不少民法的用语及概念来补行政法的不足。Vorwort, Ⅷ/Ⅸ.

② 这是瑞士著名的行政法学者弗莱耐(Fritz Fleiner)在1924年追悼奥托·麦耶的论文中所提及。参见F. Fleiner, Ausgewaehlte Schriften und Reden, 1941, S. 353. 在台湾各大学法律系和德、奥等国一样,将行政法课程排在第二或第三学年讲授,使得学生已对私法、刑法或宪法有根基后,才研究行政法,也是一个不无道理的安排。

种对行政处分的重视，也影响日后德国行政法的发展甚大，整个德国版的行政法学几乎都是环绕在行政处分的周边来发展，也是德国行政法的一大特色。[①] 行政法的法律关系方面，提出了影响后世甚为深远的所谓特别权力关系理论，此理论迟至 1972 年才由联邦宪法法院（BVerfGE 33.1）加以宣告违宪，失去学术价值。另外，本书也提及公法权利，行政法法源及公权力对人民的财产侵害，如对财产的公用征收等。因此，已经涵盖了国家行政权最重要的部分。特别是其创立了不少行政法学仍陌生的名词——最明显的为行政处分，更是与后来行政法学发展甚大之影响。

（三）奥托·麦耶对学术界的影响

奥托·麦耶出版这本《德国行政法》后，再度引起学界高度的回响。[②] 1902 年被聘请莱比锡大学担任行政法学教授，此代表其学说及学术地位获得了肯定。在此德国最重要的法学重镇，使得奥托·麦耶逐渐成为德国首屈一指的行政法学大师，而自此大作问世后，德国行政法的研究已开始转向，当然负隅顽抗不采纳这种模式的行政法学者亦所在多有，[③]然风潮究竟已经形成，本世纪以后，撰写行政法总论已成为德国行

---

① L. Wittmayer, aaO. S. 523.

② 例如当时一个著名的学者 Rehm 在 1897 年《公法文摘》的书评中，也称赞本书在方法论上的突破，以及对警察法的研究极有帮助，并称本书对德国行政法学的研究具有里程碑的历史价值。本书的文字优美，也是德国法学论著中少见的艺术作品。见 AöR 12 (1897), SS. 590, 595.

③ 德国在 1906 年出版一大套的《当代文化大全》（Die Kultur der Gegenwart，主编为 P. Hinneberg），其中有一大册（第二册）是法学部分，由法哲学大师 R. Stammler 等当代法学教授撰写，名为《法学体系》（Systematische Rechtswissenschaft）。本册第五篇《行政法》分由两位学者撰写。著名公法学者安序兹（G. Anschuetz）负责第一章行政及司法，文中讨论两权的划分及行政救济问题。第二章则由 E. Bernatzik 主稿，标题为警察及文化照顾（Polizei und Kulturpflege），计分九节，由警察法（权）讨论到风俗、宗教、文化、教育、健康、国民经济等诸多国家行政行为。易言之，仍是各论性质的讨论。由此一堂堂巨作中之行政法仍采老式的行政法学研究方法观之，说明麦耶学说的抗拒力，仍是不小的！

政法教科书的同义词,行政法学研究的重点及大学讲授行政法的内容已朝向总论,而不再专注各论。本世纪以来,麦耶的门生不少,对其学说的阐扬不遗余力。例如 1911 年起出版了八个版本《德国行政法体系》的 Fritz Fleiner 教授及 1928 年出版三个版本《行政法论》的 Walter Jellinek,都是把麦耶的理论加以补实,成为行政法大师。流风所及几乎没有一本行政法教科书不依循奥托·麦耶的格式来论就行政法的原理,同时,德国行政法也就依循此模式发展,不再像麦耶一样研究法国行政法,而与法国行政法理论分道扬镳,自成一格地发展下去。① 直至 1924 年他逝世为止,此巨作共经三次版本修正,成为经典之作。故奥托·麦耶被称为古典德国行政法学的开山始祖,实在是实至名归。② 本大作在 1904 年也由麦耶本人着手翻成法文,在法国也造成甚大的影响,许多法国行政法学者也对此一由法国行政法取经,而后转为德国产物的著作给予了甚大的评价。③

奥托·麦耶的巨作不仅对于德国本世纪行政法的发展有如此重大的主导力量,甚至对亚洲的行政法的影响也毫不逊色,例如,中国在二三十年代行政法学萌芽时,几乎都依据日本的行政法著作来撰写。④ 而日

---

① Scheuner 教授也指出,德国公法学界自此对法国行政法的发展失去兴趣,吾人也可以说是德国公法学者对自己理论与体系产生信心,一直到第二次世界大战结束后的 50 年代,才又开始对法国行政法产生兴趣。U. Scheuner, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, DöV 1963, 719.

② 早在 1924 年麦耶甫去世,弗莱纳教授所发表的纪念文中,一开头即称呼麦耶为现代德国行政法学的奠基者。按当时称现代者,在 10 年后由福斯多夫(E. Forsthoff)等出现后,则可称为古典矣!

③ L. Wittmayer, aaO. S. 525.

④ 例如 1925 年白鹏飞出版的《行政法总论》(上海商务印书馆),即是大量参考其老师,日本名教授美浓部达吉的著作而成。另一位也是留日出身的朱章宝于 1931 年出版的《行政法总论》(上海商务印书馆),基本上其格式也同于白氏的著作。参见笔者:"行政法学的拓荒者——浅介几本早年的行政法教科书",收录于笔者:《法治国公法学原理与实践》,中册,第二十八篇,中国政法大学出版社 2005 年版,第 306 页。

本行政法的理论指导者系日本东京帝国大学美浓部达吉教授。美浓部达吉在大正十三年(公元1924年)出版了《行政法撮要》,即是参考甚至是仿效奥托·麦耶的《德国行政法》一书而成。因此,直至今日,一般日本行政法的教科书——尽管内容与立论有所改变——但行政法总论的基本架构,例如,行政处分、依法行政原则,行政强制、公用征收,等等,仍未有太大的改变。

至于早年自日本承继德国行政法的台湾行政法学界而言,由50年代初期的林纪东教授的行政法教科书至目前,也大体上维持奥托·麦耶所订下的架构。由于台湾地区或日本相当程度可说是继受德国法,如果比较性的仅以一位外国法学者的著作能影响台湾法学界如此深远者,恐怕仅有奥托·麦耶一人也。

六、行政法学科在大学的独立讲座

行政法在19世纪中叶虽然已经独立成为学术界讨论的课题,但是行政法仍然类同法院法(司法权)或国会法(立法权),当作是宪法学的一个构成内容而已。因此,大学内鲜有独立将之视为一门学科并延聘教授讲授者。① 随着行政法律的增加,也为了保障人民的权利不受行政权力滥权侵害,同时,律师及法官亦需要行政法的专业知识,呼吁大学讲授行政法及行政法列入国家考试的呼声一直不断,特别是进入60年代后行政法院纷纷成为行政救济的主要审理机关,例如,1863年巴登邦(Baden)公布《行政法院组织法》,1875年普鲁士邦及1878年伏腾堡与巴伐利亚邦皆公布类似的法令,不久,几乎各邦也成立了邦行政法院,使

① 极少数的例子,例如1844年杜宾根大学(Tuebingen)曾设立一个行政法讲座,延聘Hoffmann教授担任新开设的行政法讲座,但并没有维持多久即撤销。

得行政法院成为国家正常的司法体系之一,监督行政权力有无依法行政。因此,行政法成为大学教学科目的时机已趋向成熟。首先,普鲁士邦在1880年通过大学改革法案,将行政法列为大学法学院独立的讲座,得以聘请教授讲授,与民法、刑法、宪法、诉讼法等同。前述的史腾格教授就是普鲁士邦新治实施后第一位担任行政法讲座的教授。自1881年开始,海德堡大学、杜宾根大学、慕尼黑大学等都设立行政法的讲座。至此,行政法学开始进入学术殿堂,成为学校授课以及国家考试的课目。①

七、结 论

由上文讨论,我们可以得到一个大致的结论:德国19世纪行政法学发展的步骤,重点集中在中叶以后。在19世纪前半期,行政法仍只是宪法学中附带讨论的课题。故行政法学仍包括在宪法学的范畴之内。也因此行政法学饱受到宪法学原则,即自由主义法治国原则的熏陶,当然也塑造了行政法学日后的理论体系,例如依法律行政。

次而,行政法学自宪法独立发展、行政学的兴起与衰落,当时行政法律大量出现,需对这些法律作专门且较精细的研究,纯法律式研究行政权运作的需要即告产生。60年代行政法各论的研究蔚为风潮。本文介绍了当时几位著名学界的著作,可知,由行政法实证制度的开展,使得法学和实际的行政权运作相互联系,正是行政法学发展的契机。而最令人注目的是,在80年代正是德国行政法教科书百花齐放的盛世,当和1881年起各大学提升行政法为法学的主要课目,并设有讲座以及国家必考的课目有密不可分的关系。当然,掩藏在讲授行政法以分析日益繁复的行政法律体系的现实必要性之后,是德国学术界谋求建立统一德国行政法

① W. Meyer, Hesemann, aaO. S. 12.

的民族主义热潮。最后，是由奥托·麦耶的《德国行政法》的出现，才将此半个世纪的行政法学发展推上了最高峰。然而，到了20世纪末，尽管行政法已登堂入室，进入大学殿堂，且有关行政法的教科书也佳作屡出，但是学界见解人言人殊，并无定见。至于具有压倒性影响力的奥托·麦耶著作也来得甚迟，故19世纪后半叶，德国行政法学界的见解对于德国行政法实务（审判）界并没有太多的影响力，此和进入20世纪以后的情景全然不同。① 故而，19世纪中叶以后的德国行政法学可以说是处于酝酿期，且大多数的政治学著作没有实行例如奥托·麦耶式的纯法学方式来探讨，也未以探究出对行政权有拘束力的原则，来作为行政法学的主要研究任务。② 因此，奥托·麦耶的著作已经为本世纪行政法的发展奠定下一个坚实的基础。③ 也说明了一个完整的行政法的总论体系是朝向一个周延的行政法总则法典的立法必经途径，吾人观乎德国在1976年完成了《联邦行政程序法》，便是在奥托·麦耶行政法总论的理论基础上，再经过80年学界的努力钻研后，学理成熟才建构的一个宏伟的法典，也让我们知道法学是一个渐进的学门，印证了一句拉丁名言——自

---

① R. Smend, Der Einfluss der deutschen Staats-und verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, S. 342.

② 例如，德国行政法学一个重要的原则是德国普鲁士邦高等行政法院在1882年6月14日作出的一个名为十字架山（Kreuzberg - Urteil）的判决。本案是针对一家申请建房案，因位于柏林市北郊之十字架山，房屋建成后会妨碍居民观看到市区的胜利纪念碑，故市府不予建筑执照。法院径自援引普鲁士一般邦法（ALR）的相关规定，否认市府可以依循概括的警察法公益条款来限制人民之权利。这个可以说是德国行政法学史上最重要的判决公布时，德国行政法学界并未有权威的见解供法院参酌，而是法院独立的判断，行政法学界对行政法院实务并无影响力，可见一斑。关于本案件及对行政法学的影响，可参见笔者："论宪法人民基本权利的限制"，刊载于本文集第十篇。

③ 尽管他的行政法只局限在公权力的干涉行政方面，以今日的眼光来看不无保守之嫌，但这也是反映当时的自由主义理念所致，故后世学界并不以此来苛责他，反而称赞他为宣扬法治国家理念所建立的行政法体系及方法论。参见F. Fleiner, aaO. S. 355。

然的一切皆无法一蹴可及(Natura non facit saltus),每个进步的立法一定要花上许多法学者无穷的心力与创思,学术的基石必然是前辈心血累积的结果,前人种树,后人乘凉,正是一个贴切的写照。①

(本文原刊载于《城仲模教授六十华诞祝寿论文集,行政法学总论》,第二册,1998 年,第 1 ~44 页)

① 本人对于我国台湾地区即刻通过一个由深奥学理(以德国行政法为取材对象)所撰拟之行政程序法,是否受适所抱的怀疑态度,即本于此见解。参见笔者:"行政程序法的立法考虑——是否达到立法成熟期的问题",收录于笔者:《法治国公法学原理与实践》,中册,第三十篇,中国政法大学出版社 2005 年版,第 339 页。

第五篇　论宪法委托之理论

不要存心放弃自己之责任，更别妄想将它推卸给别人，要认识自己的特权，将之归入于职务的范围来实践之。

——尼采，《罪恶的彼岸》，第二七二节

一、前言

任何国家的宪法，对于其所规定之事项，都不可能在这部宪法内，毫无保留地，巨细靡遗地规定。而是，赋予立法者订定法律，来达成之。这种由立宪者在宪法内，规定由立法者有所作为的指示，可称之为宪法委托（Verfassungsauftrag）。[①] 对于这种

① J. Lücke, Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, AÖR, Bd, 107, S.22.

宪法委托的概念、①法律效果以及附随而来的立法不作为诸问题,似有值得吾人研究之必要。由于台湾尚未有相关文献讨论,故权以德国法的眼光作一探讨。

二、宪法委托的古典概念——方针条款

(一)魏玛时代的方针条款概念

在第一次世界大战以前的德国宪法思潮,主要是致力于界分国家权力以及确保人民权利之上,宪法的功能也就在使国家权力的运作,能纳入法的轨迹,并且使得法治国家原则,自由原则以及人民的政治参与权(参政权),能获得确立。一直到第一次世界大战结束,《魏玛宪法》诞生,宪法的内容,增加了对国家政治发展一种前瞻性的期待。《魏玛宪法》第二篇(第109条以下)系规定德意志人民之基本权利及基本义务;而其中第二章共同生活(Das Gemeinschaftsleben)及第五章经济生活(Das Wirtschaftsleben)就是这种宪法内容新要求的表现。②

然而,宪法委托的概念,正式踏入宪法学界及学术界,是导源于争论《魏玛宪法》第二篇基本权利及义务所宣示的人民基本权利是否具有直接的拘束力,亦即,宪法规定人民拥有基本权利之条文,是否产生了直接创设人民权利(如同法律之规定一样)的效果。③ 这个问题不仅牵涉宪法的功能,是否针对立法者而为[然后行政及司法(法院)再经过立法者

---

① 对宪法委托的用语,尤其是委托之用语,并非相当具体。因为依《德国民法》第662条(委托)的法律性质,皆是以受任人同意承受事务为义务产生之前提。但是,在宪法委托时,则不以立法者之允受委托为必要。T. Maunz, Verfassungsaufträge an den Gesetzgeber, BayVBl 1975, S.601.

② K,Stern, Das Staatsrecht der Bundesrpublik Deutschland, Bd. I,1997, S.62.

③ R. Herzog, in: Evangelisches Staatslexikon, 1975, S.1934.

制定法律行使其权力],抑或可以直接越过立法者立法此一阶段,产生直接拘束人民、行政及司法之积极法律效果,是而,宪法及一般法律之关系,亦面临检讨。

依德国古典宪法学者,如大学者拉邦德(Paul Laband)的学说,认为宪法及一般法律,都是民意反应的结果,宪法及法律都是由国会所议决,所以具有"实质的同一性",所差别的只是,宪法及法律,有外在的、形式上的修改程序的难易罢了。① 拉邦德之看法,亦受到另一个名学者耶律纳克(Georg Jellinek)的赞同。②

魏玛时代的学者,对于宪法规定的问题,作了较深入的探讨,诸如:

1. 安序兹(Gerhard Anschütz)

德国20世纪最有名的宪法学者安序兹权威的《德国宪法》一书(Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919),系魏玛当时,最脍炙人口,传颂一时之巨作。在讨论《魏玛宪法》规定之基本权利条款,能否赋予德国人民,可以直接行使之权利时,安序兹认为,并非所有的宪法条文,皆能赋予人民直接之权利,而是应区分下列两种不同性质的宪法条文而定:③

一是狭义的及严格意义的法规:这些法规系具有实时的,可适用的效果,并可使和其抵触的前法(业已存在,施行的法律)无效。如《魏玛宪法》第109条第3项第2款,第4项、第5项(贵族称号,称号、勋章之不得颁给,德国人民不得接受外国政府颁赠之勋章,称号);第139条(星期日应休假);第145条第1项(一般性之国民教育义务)等。

---

① P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. Ⅱ, 5. Aufl. Tübingen, 1911, SS. 39, 72; E. Wienholtz, Normative Verfassung und Gesetzgebung, Die Verwirk lichung von Gesetz - gebungsaufträgen des Bonner Grundgesetzes, 1968, S. 18.

② G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 Aufl. Berlin, 1914, SS. 532, 534; dazu, Wienholtz, aaO. S. 18, FN23.

③ G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches Vom 11, 8, 1919, 14 Aufl. Berlin, 1933, S. 514.

二是单纯的法律原则(blosse Rechtsgrundsätze)。宪法的条文,属于单纯的法律原则者,并不能直接产生法律效果,亦即无直接适用性,必须等待立法者,制定实行法律后,才有施行之可能。对于和这种宪法条文有所抵触的前法,亦必待立法者颁布特别法后,才可以变更其效力。因此,此类的宪法条文,无异仅作为给予立法者,为将来之立法之一种"指示"(Richtlinien),而缺乏一种积极的效力及可适用性。如《魏玛宪法》第109条第3项第1款(公务员关系之原则,由联邦法律定之)以及第143条第2项(师资之培养适用高等教育通用之原则,由联邦统一规定)、第157条第2项(联邦应制定统一之劳工法)等皆是。Anschütz认为这些宪法条文皆权宜明确(unzweideutig),必须经由立法者之制定施行法律后,才得以实现及具体化。在立法者未制定施行法律之前,该些宪法条文仅是对立法者的一种方针(Programm)或是训令(Direktive)。还有其他条文,虽然并不如上述之方针条款之有明确特征,但是其施行,若无法律进一步规定其细节及其效力范围,则事实上将无法实现,如第113条(国内操外语国民之保护);第119条(婚姻建立在两性平等上,子女众多之家庭有要求救济扶助之权利,母亲有权要求国家扶助);第137条第1项(国教不得成立)等,皆属于方针指示的条款。

至于,如何认定一个宪法的条文是属于直接效力的严格意义的法规,或是属于针对立法者而为的"方针条款"(Programmsatz),安序兹认为应以个案,亦即各个条文的内容来断定。[①] 倘若条文已相当具体明确,例如第110条第2项(德国人民在各邦都有和该邦邦民同等之权利义务)以及第118条第2项(新闻检查不得施行),则应视为属于直接适用

① 同理 A. F. v. Freytagh - Loringhoven, Die Weimarer Verfssung in Lehre und Wirklichkeit, München, 1924, S. 292。其认为此项界分标准亦是政府代表之意见。

的严格意义的法规。① 由上述安序兹的分析可知，安序兹将绝大多数的基本权利条文，归属于方针条款，因为如安序兹所言，②《魏玛宪法》之意图十分明显的，并非直接创设权利，而是对立法者的指示（因为绝大多数的基本权利，都是要经立法者制定法律后，才获重现）。方针条款的理论，无异是承认宪法的效力并非都有拘束力。除了可直接适用的法规（吾人似可称之强行规定）外，方针条款是给予立法者将来立法的方针指示，自无强制力可言。③ 因而，宪法和法律之间的位阶性，即有泯混之势！④

安序兹此种宪法实证主义（Verfassungspositivismus）见解，普遍受到学者之支持。⑤

2. 卡尔·史密特（Garl Schmitt）

继安序兹之后，成为德国宪法学另一个开山祖师的卡尔·史密特在1932年出版的《德国宪法论》（Handbuch des Deutscher taatrechts）对《魏玛宪法》第二篇基本权利及义务的见解，是以具体宪法的具体内容为出发点。卡尔·史密特认为该篇之规定，是一个庞大的、多元迟延性质的一种形式妥协的编纂（eine riesige Kompilation pluralistisch dilatorischer Formelkompromisse），据卡尔·史密特之分析，《魏玛宪法》第二篇的规

---

① 关于《魏玛宪法》第107条的第四号草案，曾有下列条文：基本权利及基本义务之规定，系作为联邦及各邦立法行政、司法之准（Richtschnur）及界限。由于这个草案内容，并无法说明基本权利之法律性质，所以被删除。Anschütz, aaO. S. 515.

② G. Anschütz, aaO. S. 516.

③ T. Maunz, aaO. S. 602.

④ E. Denninger, Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt, JZ 1966, S. 769. 其更认为安序兹之观点，系承认宪法及法律，都是同一者的意思表示；（亦即广续 P. Laband 的看法）并且，立法者乃宪法之最权威的解释者。

⑤ 例如，R. Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung , in : Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd, I, Berlin 1927, SS. 5,9,12; A. F. v. Freytagh – Loringhoven, aaO. S. 292。

定,其条文的适用性,可以分为:

(甲)直接可以适用的单独规定:此类条文,法官可以直接地引用,如同其他法律的条文一样。

(乙)直接可以执行的,对立法者的个别指示。这个指示,在立法者仅需颁订一个特别法律后,就可以完全的消灭。

(丙)为某个事项的立法方针,如第 152 条第 2 项:联邦应制定一个统一的劳工法。

(丁)对国家各阶层的一种积极性质的方针指示,这种指示,应原则上作为行为及解释的根据。

(戊)对于未来的一种目标确立。如《魏玛宪法》第 155 条所宣示的,每个德国人都应有一个健康的住居等是。①

卡尔·史密特这种区分理论(Einteilungstheorie),虽然是以宪法各个条文内容规定的实证性及积极性之程度不同为着眼点,然而,在根本精神上,Schmitt 认为宪法之规定对立法者,都有所拘束。因为立法者所处的媒介地位(auctoritatis interpositio)是对宪法条文内容的一种具体化之,而不是组成之。② 因此,虽然就宪法规定的可执行性而言,或容有直接可执行的宪法规定(如其所分类之第 1 项及第 2 项性质之条文),或是间接执行之条文(如其所分类之第 3 项性质以下之条文)之分,其所拥有之拘束力则如一。因而,对于安序兹等所代表之理论,将宪法规定,以对立法者之拘束力之有无,所为之二分法,卡尔·史密特表示不予赞同。③

虽然,卡尔·史密特欲使宪法的条文,皆对立法者产生拘束力,但是依其对《魏玛宪法》第二篇条文所作的五种分类,隐约中仍是采取二分法

---

① Carl Schmitt, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1932, Bd. Ⅱ S. 572ff ; E. Denninger, aaO. S. 770.

② C. Schmitt, aaO. S. 598; E. Denninger, aaO. S. 770.

③ C. Schmitt, aaO. SS. 572, 603; Hildegard Krüger, Art. 6, Abs. 5 ein Programmsatz? DÖV 1967, S. 357.

(直接执行和间接执行),而对于间接执行的法律效力以及划分之理由如何,则未见其详。尤其是类属于间接执行性的条文,亦不乏可归于安序兹所区分的"方针条款",因此卡尔·史密特之见解,其实益性以及理论之完善,颇值商榷。

(二)方针条款概念的修正

以安序兹之意见为代表的方针条款概念,将方针条款视为对立法者一种无拘束力的建议,①在魏玛后期,除了卡尔·史密特外,已遭到学界的怀疑。②

尚吾人再反顾安序兹所划分的方针条款,其宪法之内容,的确尚待立法者的作为(颁定法律),方得确定且具体(如第109条第1项:在法律面前,人人平等)。这种方针条款,不可否认,系宪法的一种期待,但是,这种期待正如第二次世界大战后,两德最权威的公法学者毛兹(T. Maunz)所描述的:也显示了,立法者将来在制定涉及此方针事项(例如平等权时)之法律时,应该如宪法所指示的方针去制定。再而,倘若方针条款只是对国家行为(除了立法者外,当及于行政行为,司法)的抉择取向有所影响的话,那么这个方针,也就有了直接法律的性质了。③ 所以方针条款不是立法者"该不该"(要否)要立法的问题,而是"如何"立法的问题了。④ 也就是说,方针条款至少是一个当(立法时)就(应该如此立法)的条款(eine Wenn - Dann Vorschrift)。⑤

甚至连安序兹稍后的见解,在讨论《魏玛宪法》第107条(联邦及各

---

① Vgl. E. Wienholtz, aaO. S. 18ff.

② R. Herzong, aaO. S. 1934.

③ 主要的是在讨论《魏玛宪法》第109条第1项(德国人民在法律面前人人平等),这条系方针条款,但是对立法者有否拘束力之问题,参见 E. Kaufmann, VVDStRL3(1927)S. 2ff.; E. Wienholtz, aaO. S. 17, FN18。

④ T. Maunz, aaO. S. 602.

⑤ H. Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetsgebers, DÖV, 1963, S. 42.

部应设置行政法院,以保障人民受到官署行政命令及处分之侵害)之方针条款时指出:宪法第107条,不是一个单纯宣示性的,而是一个要贯彻的(dispositive)立宪者的意思表示,只不过这个意思表示,是无法被强制的。[①] 安序兹这种意见的修正,只不过是承认(第107条的)方针条款,是具有拘束力的,但是安序兹并未提及有拘束力的理由。

因此,吾人可以概而论之,在魏玛时期,所谓立法者有义务来履行宪法所揭露的方针规定,只是一种纯粹的宣示性质(rein deklaratorisch),方针条款的法律拘束力在法律上意义,毋宁是说,方针条款前有比其他的法律条文更高的、形式上的法律效力罢了。但是,实际上,这种宪法的实际拘束力,却极微不足道,因为宪法在当时宪法的思潮,仍然是供立法者之用(Zur Disposition des Gesetzgebers),并不能积极地规律、指示立法者之作为。[②]

(三)法院之见解

德国帝国法院(Reichsgericht, RG)在1921年4月29日(判决102/168)认为,倘若一个宪法的条文,规定其细节由法律定之的话,则该项规定,只是对立法者一个有拘束性质的命令,但是这种命令仅是具有解释而非有强制之意义在内,因而仅拥有有限的实际适用性质。[③] 然而,在以后的帝国法院在审理有关公务员侵权行为(《魏玛宪法》第131条第1项)时,虽然第2项明文规定(国家对侵权公务员有求偿权,其细则由法律定之),尚待立法者制定施行法律,但是法院认为宪法第131条第1项之规定,有直接适用之效力,并据以作为裁判之依据,而学界及立法部门,却也依从法院之见解,以至于并无制定及颁布该施行法律。

由上述帝国法院的判决显示,关于《魏玛宪法》第二篇条文法律性质

---

① T. Maunz, aaO. S. 42.

② G. Anschütz Art. 107 WRV, in: Nipperdey, aaO. S. 135f.; E. Wienholtz, aaO. S. 18.

③ E. Wienholtz, aaO. S. 19;同理参见J. Lücke, aaO. S. 27。

的划分，安序兹所区分的方针条款及直接适用的宪法条款，实不如卡尔·史密特之以可执行性与否来作为区分直接执行或间接执行的宪法条款来得恰当。①

至于人民可否因方针条款或是类似宪法的规定，请求立法者为一定之作为？有鉴于帝国法院之见解（如上述帝国法院 1921 年 4 月 29 日判决），认为依立宪者之意图，并未欲赋予人民直接的权利，②因此，宪法的规定，原则上是专属对立法者的规定，人民不得提起立法作为之请求的。③

三、《基本法》时代的宪法委托概念

（一）方针条款概念之消逝

魏玛时代盛行的见解，将方针条款解释为对立法者将来立法的一种无法律拘束力的指示，在《基本法》成立后，即遭全盘性的检讨。

首先是在宪法条文本身，《基本法》第 1 条第 3 项，规定下列之基本权利规定，视为直接适用之法律，拘束立法、行政权力及司法。这种直接适用的强制规定，无异是宣告传统的方针指示概念的一个丧钟。因为在这种直接适用的规定之下，立法者，在战后艰苦的岁月中，避免订立“不能履行的条款”（unerfüllbare Verheissungen），而致力于使所规定的事实，都能获实现。因此，《基本法》的立法精神，就是拒绝再延续魏玛时代以来的方针条款之思想。④

尽管《基本法》不接纳方针条款之概念，但在德国的一些邦宪法，如

---

① Hildegard Krüger, aa O. S. 357.

② Hildegard Krüger, aaO. S. 357.

③ Hildegard Krüger, aaO. S. 358.

④ 参见 RGZ 139. 177; H. Kalkbrenner, aaO. S. 41。

《巴伐利亚邦宪法》,①少部分的学者,②以及偶尔出现的判决,③亦仍持方针条款的概念,但是,总而言之,此种概念,已广被否认。

(二)立法者主权理念的式微

随着《基本法》第1条第3项基本权利的可直接适用原则被确定,立法者的中介(媒介)化功能(Mediatisierung)之必要性消失,④促使了立法者和宪法之间的关系,发生巨变,亦即立法者的法律地位问题,被提出讨论。除了《基本法》第1条第3项外,《基本法》第20条第3项前句明白宣示:立法权受到合宪秩序(Verfassungsmässige Ordnung)之拘束。因此,依《基本法》的体系,立法权力是受到了合宪的拘束了。立法者和宪法之间的关系,已不再是如《魏玛宪法》的看法——将宪法视为立法者所用,而是,宪法和法律之严格位阶性已获得实证的肯定。魏玛时代盛行的"立法者主权"(Souveränität des Gesetzgebers),或者"立法者自主权"(Selbstherrschkeit des Gesetzgebers)理念,即有检讨余地。

所谓立法者主权是说,立法者原则上是自由的,而不受任何的拘束。因为立法者是民意之代表,可为任何之法律价值之判断。立法者,是立

---

① W. Rüfmer. Grundrechtliche Leistungsansprüche, im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 379.

② 如第131条规定:(1)学校不仅只教导知、能亦应教育心灵及品德。(2)最高的教育目标是敬畏上帝对宗教信仰,人类尊严、自治、自重、负责心、助人的尊重及真、善、美的追求。(3)学生应教导,使之对民主精神,巴伐利亚邦的故乡、德国人民及其他民族的热爱。(4)女孩除了育婴、幼育及家事外,应特别予以教育。

③ 例如v, Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundges etz, Bd, I,2, Aufl. ,1966, Art. 6, Anm. Ⅵ1;其认为《德国基本法》第6条第5款(非婚生儿童在社会中的地位以及其身体心灵的发展条件,应由立法创造出,以与婚生儿童相同),虽然是对立法者一种法律拘束性的方针(方针条款),但是这个规定,仍不是一个可直接适用之法律。然而,H. v. Mangoldt 在其稍早之意见,又似与上述见解有违,在 Grundrech te und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesettzes(AÖR 75,1950, S. 276)一文, v. Mangoldt 却认为全部的基本权利规定,都有直接之效力。

④ 只有在《基本法》颁布前后,1949年的判决,才持有这种见解,但仅极少数,如 OGHBrZ, NJW 1949, S. 751,; Hildegard Krüger, aaO. S. 84。

于宪法及法官之间，唯有法律才可执行宪法。因而，法律的内容和基本规范亦即法律和宪法有否抵触的问题，属于政治性质的问题，只有立法者可以解决。①

为理解此种见解，可以略以耶律纳克之理论来探究。② 耶律纳克是宪法学的古典法律实证论的支持者（klassisches Rechtspositivismus），其认为所有的国家行为，都可分为自由的行为以及拘束的行为两种。而法官的审判行为正是拘束的国家行为最明显的代表。而立法行为，就是自由的国家行为。立法机构——国会，是由君主（象征意义）以及两院（实质意义）所组成，是直接地、独立地行使立法权的机构。立法行为的原始自由，在法律之体系看，只不过是所谓的权限问题，也就是说：立法者的权限，并不是以义务的方式出现，而仅是权力的权限方式亦即是授权的方式出现。所以，立法者是最权威的宪法诠释者，③甚至后来制定的法律，可以更改宪法的规定（称为沉默的宪法变更，stillschweigende Verfassungsänderung），④因此，绝不可能有一个一成不变的内容，来强制立法者履行。耶律纳克认为立法权原则上是无所限制的，并无所谓的立法者的义务存在，因为该义务是无人可强制的。然而，实质上来限制、拘束立法者行为的，唯有立法者的负责的情感。因而，其认为，唯有靠着立法权者坚强的伦理确信，来行使立法权力，不侵犯法及风俗，否则整个法律体系将荡然无存。⑤

古典法律实证主义所代表的立法者主权理论，将宪法之规定，视为

---

① J. Seiwerth, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungern des Gesetzgebers durch Unterlassen, 1992, S. 84.

② A. Arndt, Das nicht er füllte Grundgesetz, ein Vortrag 1960, S. 3.

③ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3Aufl. Berlin, 1914, 1959 年版，第 616 页。

④ G. Jellinek, System der subjektiven Öffentlichen Rechte, 2 Aufl. Tübingen, 1905; 1963 年重印，Darmstadt, S. 13。

⑤ K. H. v. Köhler, Kann der Gesetzgeber durch Schweigen die Verfassungswirklichkeit ändern? NJW1955, S, 1089. G. Jellinek, Staatslehre, aaO. S. 620.

立法者单纯的道德义务,而非法律义务,且过分将国家行为置重心于立法行为之上,明显的和《基本法》之精神不符。

《基本法》第20条第2项国家权力由人民所出。权力经人民选举及同意,由特别的立法、行政及司法机构行使之。此条款,如同学者依甫生(H. P. Ipsen)所称的,《基本法》系将立法和司法与行政权力,置于同等价值之地位,《基本法》并未特别置重心于立法权,因此立法者主权之思想,根本即未为《基本法》所接受。① 再加上违宪审查权制度的成立及运作(《基本法》第61条、第93条及第100条),更确成立法者的立法行为以符合宪法之规定,是法律义务,立法者主权思想至此,已是不存在。②

(三)宪法委托概念的兴起

由于《基本法》仍然不免是其他万法之母法(norma normans),③并且对于所规律的问题,亦须委由立法者再定法律来规律之,因此,《基本法》只能规定纲要、原则,具体成形即是立法者之职责。为了扬弃方针条款以及其附随之理论(即立法者无拘束),《基本法》颁布后,德国学术界即欲另起新理论以替代之,所谓的宪法委托(Der Verfassungsauftrag)或称对立法者的宪法委托(Der Verfassungsauftrag anden Gesetzgeber)即应运而生。宪法委托是谓宪法在其条文内,仅为原则性之规定,而委托其他国家机关(尤以立法者为然)之特定的、细节性的行为来贯彻之。④ 为了明了宪法的规定和立法者的关系,以及其效果,就不能不对《基本法》的法条内容作一个通盘的研究,因此,正如魏玛时代讨论《魏玛宪法》内的

---

① H-P Ipsen, Gleichheit, in:Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Hrsg. von K. A. Better - mann, L. Neumann, H. C. Nipperday, U. Scheuner, Bd. Ⅱ 1954 S. 169.

② 同理,A. Hamann, Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW 1955, S. 969; K. H. v. Köhle, aaO. S,1089。

③ Vgl. A. Arndt, aaO. S. 3.

④ 此是通说,关于宪法委托之概念,下文将会继续讨论。参见 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 24 Aufl. 1982, S. 41;H. Kalkbrenner, aaO. SS. 42,43 等。

方针条款一样(见前文关于安序兹及卡尔·史密特之学说部分),在60年代中期起,许多德国学者即展开对《基本法》内容的探讨及分类。

1. 依甫生(Hans - Peter Ipsen)

对宪法委托第一个作有系统分析的学者,应首推依甫生在1949年11月17日(《基本法》甫公布半年之时),出任德国汉堡大学校长职位的就职演说"关于基本法"(Über das Grundgesetz),提及《基本法》所接受的宪法委托之特性问题,正式采用"宪法委托"(Verfassungsauftrag)一词。[①] 然而依甫生并未说明《基本法》内容有哪些宪法委托的条文。迄1956年依甫生发表"手工业规则的宪法问题"(Verfassungsfrage zur Handwerksordnung)[②]一文,将宪法委托的条文,分为下列数类型:

(1)最狭义的,绝对的宪法委托。就是宪法为了规律一个新的宪法秩序,因此,为求宪法内所欲保障的权利,获得贯彻起见,宪法直接规定一个期限,使得宪法的规定,在这个期限之内,可以产生明显的法律效果。例如《基本法》第117条第1项规定:和本法第3条第2项(男女平等)违反之法律,至1953年3月31日(亦即距《基本法》公布后三年又十个月)一律无效。

(2)无设期限的、绝对的宪法委托。此类的宪法条文,都是强行条款(Muβvorschrift),亦即,宪法条文内有……应的形式,皆属之。立法者必须依照宪法的条文内容而予立法。例如《基本法》第6条第5项(应立法保障使非婚生儿童的社会地位及身心发展之条件与婚生儿童同)以及第131条(保障第二次世界大战结束前已任公务员之生活)等。

(3)明确规定,宪法之规定由立法者订定施行法律的宪法委托。而

---

① 见H. P., Ipsen在汉堡大学出版社出版的小册子:Über das Grundgesetz, in: Hamburger Universitätsreden, Nr. 9, 2. Aufl. Hamburg 1964; Dazu, U. Kuhlmann, Der Verfassungsauftrag, Kritische Bestandsau fnahme anhand der Rechtsprechung und Literatur zum Grundgese tz, Diss. Hamburg, 1975, SS. 29, 30。

② DVBl. 1956, S. 358ff.

宪法内其细节由法律定之者都属之。

(4)未定期限的宪法委托,但是期待一未定期间内所颁布的法律,来达到宪法之理想。例如早已形成具文的第 117 条第 2 项(因制定《基本法》当时之房荒而违反行动迁徙自由原则之法律,由联邦立法废止之前,仍有效力)。

上述的划分却有共同之特点,即该宪法委托,不论其类属何型,皆是对立法者一个有拘束力的命令其来颁布法律。① 依甫生此种划分,完全是以宪法的法条来作为判断的基础。因而,是一种纯粹的法条解释,德国一位学者 U. Kuhlmann 便认为依甫生的看法不妥,因为,倘若宪法委托是一体的话,那么这种以纯粹法条结构来解释宪法委托的特性及种类,是不妥当的;Kuhlmann 教授认为以宪法学的眼光,来探讨宪法委托,就不应斤斤于现时的条文来作探究依据。因而主张依甫生形式的界分少有实益。②

2. 勒尔谢(Peter Lerche)

继依甫生之后,继续对宪法委托作深入研究者,是勒尔谢。③ 其在 1961 年发表的"逾越限度与宪法"(Übermaβ und Verfassungsrecht),④将宪法的结构,划分为几个部分,而其中有一个部分,是宪法内的经常性的训令(stetige Direktive der Verfassung)。这种经常性的训令,本由一些原则性的规范(Grundsatznormen)或指导性原则(Leitgrundsätze)所组成。勒尔谢称这些规范,是一种在质量(qualitative)方面,具有新性质的宪法

---

① H - P, Ipsen, Verfassungs frage, aaO. SS. 358/359; U. Kuhl - mann, aaO. S. 65.

② U. Kuhlmann, aaO. S. 70.

③ 勒尔谢为慕尼黑大学公法教授并在 1995 年后退休,笔者曾常聆其授课,获得公法学理基多之启示,至今犹觉印象深刻。勒尔谢教授且为笔者博士论文的第二位评审人。

④ Übermaβ und Verfassungsre cht - ZurBindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäβigkeit und der Erforderlichkeit,1961.

委托。对于宪法委托，勒尔谢认为乃一个经常性且继续来执行的委托。然而，勒尔谢提出以履行期限（Erfüllungsdauer）来划分宪法委托。其认为宪法委托可分为两种：①

（1）宪法命令（Verfassungsbefehl）：系宪法一次性的委托，亦即立宪者只委托立法一次，而立法者可以以一次之立法作为或分数个阶段来达成，如颁布政党法（《基本法》第21条）。

（2）（狭义的）宪法委托：乃指非一次性的委托，而是一种继续性，长期性的委托。勒尔谢这种划分，以一次性或继续性的委托来作分界，是不甚妥善的，因为，即使是一次性的委托——就以订颁政党法为例，亦需于日后不断地配合社会情事，而予以更改，因而，就勒尔谢之对宪法委托的理解，是一个经常性且继续来执行的委托来说，即令一次性之委托，亦必具有继续性及经常性之立法者作为其要件，因此，这种理论，有其欠周详之处。

勒尔谢在稍后的1965年发表另一著名的论文“联邦宪法法院与宪法训令”。② 对其以往之见解，作了更进一步的增饰。

对于立法委托（Gesetzgebungsaufträge），在德国的学界③及实务界，④皆视为乃宪法委托之同义语，勒尔谢认为乃宪法对立法者一个有拘束力的训令，亦即可称为宪法训令（Verfassungsdirektiven）。在宪法训令的上级概念（Oberbegriff）之下，勒尔谢又分为四种宪法委托之类型：

（1）修正传统意义的方针条款（Programmsatz）。方针条款是宪法对立法者的一种方针，借立法者之作为来达到宪法的特定目标。这种方针

---

① P. Lerche, aaO. SS. 61, 63. 同理可参见 E－H Ritter, Verfassungsrechtliche Geset zgebungspflichten, Diss. Bonn, 1967, S. 45。

② P. Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungs direktiven, zn dennicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen. AÖR 90, SS. 34lff.

③ 例如，E. Denninger, aaO. S. 767; H. Kalkbrenner, aaO. SS. 41, 42,; K. Stern, aaO. S. 66; J. Lücke, aaO. S. 25。

④ 例如，BvefGE8, 210/216; 25, 167/168; 44, 1/22。

(Richtung),勒尔谢认为是一种时间上有继续性、效力性的指示。[①] 其认为,方针条款和纯粹的宣言(Die Deklamation)不同,因为所谓的宣言是相对于直接适用的法而言,而方针条款之有适用之余地,就是其直接在法律上,对法律之解释,必须有影响力之故。[②] 而《基本法》上亦不乏这种内容各不相同甚至相互矛盾的方针指示条款,如法治国家原则;社会(福利)国家原则等,皆属于(方针指示)之条款,在属于这种条款领域之内,是立法者主要的工作,来斟酌事务的先后缓急、大小及方式来具体实现宪法之指示。尤其在经济性的立法尤然。[③] 因而,吾人可说方针条款,依勒尔谢之见解,虽然大部分仍承袭魏玛时代之见解,将实现寄托于立法者并直接受到方针条款的拘束,方针条款虽因其乃方向确定但嫌空泛不具体,因而,主要是一个"抵触规范"(Anstoβnormen),亦即,立法者之作为,不能抵触这个规范,[④]如法治国家原则等,皆是例子。

(2)宪法命令(Verfassungsbefehle)。此种宪法训令,是立法者必须履行的一种一次性事务的训令,经过立法者一次立法作为之后,这种训令就消灭。此外,这种训令尚包括将来必须制定的保障内容,对于依该内容的制定,不能无代替的就予以删除。[⑤]

勒尔谢这里仍然保持宪法命令之类别,但是此刻,其对宪法命令之理解,是以对立法者一次性事务的训令,比其以前之见解(见上文注48处),对宪法命令乃一次性之委托,增加了事务两字,自是较为周详。因

---

① P. Lerche, AÖR90, S. 347.

② P. Lerche, AÖR90, S. 346;关于宣言,已经不被《基本法》所采纳。因为这种并无法律效力的宣言,是《魏玛宪法》以前的产物,但目前仍有少数邦宪法有类似之条文,如《巴伐利亚宪法》(1946年12月2日)第125条第1项第1款规定健康的儿童是一个民族最实贵的资产,以及第141条第3项规定享受自然美及大自然的休闲,特别是享受林野乐趣……是任何人之权利等,都是宣言式的规定。Vgl. E. Wienholtz, aaO. S. 44, FN130.

③ P. Lerche, AÖR90, S. 348.

④ P. Lerche, AÖR90, S. 348.

⑤ P. Lerche, AÖR90, S. 355.

为一次性事务的用语，很明显地将时间因素——一次性的重要性降低，而是以事务为训令之着眼点。

勒尔谢认为立法者此种履行宪法命令的任务，可由宪法制度（Verfassungsinstitution）的继续发展——通过颁布特定的法律来达成，例如保护男女平等的法律，保障非婚生儿童等。宪法的这类条款，和方针条款不同之处，在于其并非一个事务上且时间上是继续性的方针。因此，最常见的例子，是法条上出现的其细节由立法为之。①

（3）宪法构成的委托（Aufträge zur Verfassungsbil dung）。此种委托，是立法者不仅要担负起宪法实现，也要担负起"宪法完善"的任务。勒尔谢认为《基本法》在创立之时，由于种种因素，致使立宪者不能"一口气"将宪政秩序规定得完美，这个工作，就必须委由立法者来做。而立法者这种立法行为，实质上是一种"后续性的立宪"（nachholende Verfassungsgebung）。这种后续性的立宪将立法者的立法行为，提升至宪法程度，在一个变动中的社会，亦有其重大意义，因为宪法本身可以不断地修正及补充，宪法即可更趋向完善。②

立法者受到宪法构成的委托，所为的立法行为，都是使宪法能具执行性的行为。这种委托，并不具有裁量的特征，亦即立法者并没有裁量立不立法之余地，而是有义务。

隶属于这个范畴的条款，依勒尔谢之见，较少是关于规律国家与人民之间的关系，反而较多是规律中央（联邦）及地方（邦）之间权限的条文。例如《基本法》第106条，联邦及邦的征税种类区分，《基本法》只明定某种税乃联邦立法征收权限，但是，必由立法者再立法详订，就是属于此类型宪法委托之条款。③

---

① P. Lerche, AÖR90, SS. 355/356.

② P. Lerche, AÖR90, SS. 364/365.

③ P. Lerche, AÖR90, S. 366.

(4)一贯性的、形式的准则(durchgehende formanle Richtsätze)。勒尔谢认为上述三种宪法委托类型的条款,都免不了将立法者作为执行者的角色,而最后一种宪法训令,却是宪法实际指示的核心。勒尔谢将这种训令,置于如此崇高的地位,认为这种一贯性、形式准则,是由法治国家思想以及平等自由理念而来的,宪法的这种条款,并不如上述三个宪法训令类型,系相当明显,相反的,其乃散见于整部《基本法》内,并不易明白指出,吾人可归纳而言之,勒尔谢所认为的此类宪法训令就是宪法的立宪精神,也就是所谓的比例原则、必要性原则、目的性原则、机会均等原则,甚至对联邦忠诚(Bundestreu)都包括在内。勒尔谢认为这种准则有其形式效力,能拘束任何立法者的立法作为。①

勒尔谢虽然将宪法委托划分成为四个类型,然而,正如勒尔谢所称的,这种界分的标准,并不是相当明确,而容有所谓过渡区域(Übergangzone)存在②(尤其是在界分宪法命令及宪法构成之委托两者方面);再而,当德国学界以及联邦宪法法院都将方针条款视为区分《魏玛宪法》及《基本法》的标志,但勒尔谢却又将方针条款重新定以新义,但又未仔细、详尽地提出《基本法》内究竟有哪些条款属于方针条款?此外,勒尔谢区分的第四类训令,所谓的一贯、形式的准则究竟和方针条款的区别何在?其又应如何运作?亦语焉不详。因此,勒尔谢这种区分理论,如 U. Kuhlmann 所称,反而引起新的宪法问题,使得宪法委托的问题,愈有愈复杂之趋势。③

3. 温厚兹(Ekkehard Wienholtz)

学者温厚兹在 1986 年发表的"规范性宪法和立法"(Normative

① P. Lerche, AÖR90, SS. 369ff.

② P. Lerche, AÖR90, S. 364.

③ U. Kuhlmann, aaO. 70;其他批评参见 E. Denniger, aaO. S. 771。

Verfassung und Gesetzgebung)一文,①也是一篇值得关注的论文,该文将宪法有关宪法委托性质的条文,分为两大类型:

(1)立法委托(Gesetzgebungsaufträge)。温厚兹认为宪法委托,若"明显"且"专属"的委托由立法者来执行的话,那么就是立法委托的范畴。因为一部宪法有许多条文,需要立法者的立法作为之后,才能达到一个"规范性的宪法"的功能,亦即才可为一个"现实的宪法",因此,对立法者的依赖自较为强烈。其委托的强度(Auftragsintensität 或 Auftragsstärke)也益为明显,立法者自宪法获得这种委托时,作为自由的空间也更为狭小,必须依宪法所定之方向为立法作为。②

而在立法委托概念内,亦再可分为明显(explizite)及隐含(implizite)的委托两种。③

明显的委托是宪法直接指示立法者的立法作为,如《基本法》第6条第5项(制定保护非婚生儿童法律)以及第29条第1项(重组邦行政区域)等。

至于隐含的委托,是宪法用间接的方式,指示立法者应有所作为,如《基本法》第94条第1项,只提及联邦宪法法院的法官成员系由何者组

---

① E. Forsthoff, Der introvertierte Rechtsstaats, in: Rechtsstaat in Wandel, 1964, S. 213 ; E - W Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für A. Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 76.

② E. Wienholtz, aaO. SS. 45,47.

③ 明显(explizite)委托概念之提出,首推 E. Denninger,其将许多《基本法》的条文,称为明显的或是无条件的(绝对的)委托规定(unbedingter und expliziter Regelungsauftrag)。例如保护非婚生儿童之法律,重新界定邦行政区域之法律等,这是宪法委托内,最简单的形式,因为条文都使用命令式语句。另外,有些条文是相对的委托(bedingter Regelungsauftrag),这些委托是当立法时,就应该如何立法,亦即是应如何立法之条款(das Wie),而非应不应立法(das Ob)。例如第19条第2款,规定当人民权利可由立法限制时,则只能概括规定,就是一例。Denninger 认为的相对的委托,实合乎 Wienholtz 所称的隐含式委托。Vgl. U. Kuhlmann, aaO. S. 67, FN. 7; E. Denninger, aaO. S. 768.

成,由何种程序产生等,并无明言(如第2项然)须由立法者订立法律,但是对立法者一种宪法委托,则是毫无疑问。①

(2)宪法训令(Verfassungsdirektive)。宪法的规定,除了由立法者履行外,仍可由其他国家机关,如行政及司法达成之,温厚兹称这种宪法委托为宪法训令。这种训令的委托,自然立法者亦受拘束,只不过是对立法者的委托,不较立法委托条文的委托来得强烈,因此,这种条文对立法者而言,是偏重于尊重宪法条文的价值决定,并在其立法行为的全部领域内,都要实行这种决定。然而宪法训令所欲保障、达成的宪法理想,亦即宪法借训令条款来规定的秩序或有所作为的任务,却可独立于立法者的特定作为之外,因而,并不系乎立法者的立法作为之上。② 属于这种训令的条款,主要的是宪法指导原则,例如法治国家原则,比例原则、福利国家原则,以及有关联邦及邦的权限划分规定(《基本法》第70条以下);《基本法》内得为规定(相对于强行规定而言),温厚兹认为宪法内有得由法律规定……者,是为立法者的得为保留(Kann - Vorbehaltsregelung);此外如基本权利条款——因为基本权利条款,依《基本法》第1条第3项规定,基本权利条文可直接拘束行政、立法、司法。然而,亦并非所有的基本权利条款皆属于宪法训令,其认为像《基本法》第4条第3项第2款(拒绝服兵役权利之细则,由法律定之)之类的基本权利条款,亦是一种宪法特定化(Spezialisierung)的立法委托。③

温厚兹此种将宪法委托,依宪法条文不同的性质(或可称为委托强度),分为专对立法者为对象的立法委托及宪法训令,基本上获得部分学者的赞同。如名学者史坦教授(K. Stern)将宪法规定和立法作为有关的条文,分为三种类型:(1)对立法者的宪法委托:这种条文之规定,使立法

① U. Kuhlmann, aaO. S. 67.

② E. Wienholtz, aaO. S. 46.

③ E. Wienholtz, aaO. S. 46.

者多少甚或完全无转圆之余地，例如制定政党法（第21条第3项）；制定保护非婚生儿童法（第6条第5项）制定拒绝服兵役细则法律（第4条第3项）等，这些委托，立法者立法后，委托就消灭了。（2）宪法训令，宪法虽然并未明言要颁布法律，立法者在立法活动时，也拥有自由限度，但是依旧受到宪法方针（Programm）的影响。例如：男女平等原则（第3条第1项）；德国统一原则（宪法序言及第23条第2项第146条）及邦行政区重组原则（第29条）等。（3）宪法指导原则（verfassungsrechtliche Leitgrundsätze），这个类型较不易区分，只给予立法者作为时的一种准则，例如基本权利条款，自由民主基本秩序，国家组织之规定皆属之。①

4. 联邦宪法法院的见解

联邦宪法法院在学界展开对宪法委托概念热烈的讨论，亦于其判决中采用宪法委托的用语。在早期的判决（BVerFGE6，257/264），法院提出了《基本法》对立法者明确的委托（ausdrücklicher Auftrag des GG）用语，这个明确的《基本法》之委托用语，自此屡屡为宪法法院所引用。（例如E8，1/9；E12，139/142）此外，法院亦分析《基本法》的部分条文，系属于《基本法》对立法者的明确委托，例如第6条第5项（E8，210），法院在本案件之裁决，亦提及了本条乃《基本法》对立法者有拘束力的委托。第29条（E. 5，34/39）；第101条第2项第2款（E. 19，52/62）；第131条第1项（E. 3，187/197；特别是E6，257/264）；第134条第4项（E19，150/155；另较早的有E6，257/264；8，210/216；11，255/261；12，139/142；15，46/60）。然而，上述之判决，皆是针对个案的宪法条文，以寻求个案的解决，对于宪法委托整体概念，并无深入研讨。联邦宪法法院这种条文注释式的提及宪法委托，依U. Kuhlmann之研究，宪法委托即可以分为两类：原始（originäre）委托以及衍生的（derivative）委托。前者是依宪法之规定，十分明显的宪法委托（符合联邦宪法法院之一贯见

① K. Stern，aaO. SS. 66，67.

解),后者是迂回式的,亦即由整体的立宪精神来看,方能探寻得出宪法的委托。①

联邦宪法法院对宪法委托见解微露转机,是1972年,在判决著名的大学入学定额案件(numerus - clausus - Entscheidung)。② 本案是因为汉堡大学法(1969年4月25日公布),对大学入学资格的限制,未明确加以规定,导致学校自行决定入学之申请,因而大学某些科系,有否违反《基本法》第12条第1项(自由选择就学地权利),便产生争议。联邦宪法法院在此判决首次提及一个客观宪法委托存在的可能性,③并且认为,唯有重大侵犯宪法委托时,④才有宪法救济的可能,诚然,宪法法院提出这个客观的宪法委托概念,但是宪法法院并未深入研究这个概念的内容,也未提及任何学说作为支持其见解的依据,同时,对客观的宪法委托亦未作任何决议。因此,联邦宪法法院的历次有关宪法委托之见解,亦无助于统一学界对于宪法委托纷乱之意见。⑤

宪法委托的用语在1990年以后,因为两德统一产生的原来在德东地区有不动产的人民,可否请求发还该些早已被没收或分配给其他原德东居民的房地产,另外也对于在第二次世界大战以后被两个阵营所组成的军政府实施没收或强制征收所造成的损失,以及遭受到东德政府镇压的牺牲者,能否向统一后的政府请求补偿或赔偿的问题,在德国引起热烈的讨论,也针对《基本法》第14条的财产权保障意旨,及不及于约束立法者必须制定一个溯及既往的财产权保障法律,来恢复这些财产损失者的权益。因此,宪法委托的概念又重新地出现。对于这些复杂的问题德

---

① U. Kuhlman, aaO. S. 68.

② BVerfGE33,303f.

③ BVerfGE33,303/333.

④ BVerfGE33, 303/333.

⑤ U. Kuhlmann, aaO. SS. 68,69,72,73. U. Kuhlmann 怀疑联邦宪法法院甚至对宪法委托之概念亦无信心,否则就不该在稍早一点的判决(E33,1/13,关于废止特别权力关系的著名案件),有意规避使用宪法委托之用语。aaO. S. 69,FN1.

国联邦宪法法院的见解与学界大致一致，认为《基本法》第 14 条的财产权保障条文之效力，应当不属于一个没受到《基本法》所拘束之东德政府的宪法委托，故不能要求统一前德东的财产权制度应受到《基本法》的规范。至于两德统一后如何构建德东地区的财产权法制，则当然受到这种宪法委托的拘束。①

四、宪法委托的法律效力

尽管学界对宪法委托的概念，以及其分类，容有纷纭莫定之势，并且宪法委托迄今仍是一个在继续发展的学说，②但是，对于宪法委托的法律性质，学界倒是颇为一致，认为乃宪法予立法者一个有拘束性的命令，来颁布法律，以贯彻宪法之理想。因此，宪法委托并不是一个单纯的对立法者的一种政治或伦理的呼吁（politisch - ethischer Appell），而是一个有强制性的、法拘束性的义务。③ 然而，究竟宪法委托在实证法上，是如何行使其效力，亦即宪法委托的法律效果如何，亦值得讨论。

依西德基本法时代权威学者毛兹之分析，④最强效果的宪法委托是，经过某一个时间，立法者不履行其立法义务，则和宪法相抵触的法律，就自动地失去效力（例如《基本法》第 117 条第 1 项规定，凡是和《基本法》第 3 条违背的法律，至 1953 年 3 月 31 日即失效）。其次是授权立法的条文，毛兹认为，凡是宪法有规定其细则由法律定之，则此种宪法委托是对立法者一个为细节、限制、排除适用规定的授权，或是一种期待，但并

---

① BverfG, NJW 1991, 1597, 1600; von Münch/Kunog, Grundgesetz - kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992. Rdnr. 44. zum Art. 14.

② U. Kuhlmann, aaO. S. 72.

③ E. Denninger, aaO. S. 772.

④ T. Maunz, aaO. S. 606.

不是予立法者积极作为之义务。除了授权立法条文外,有关权限,禁止逾越,比例性原则等条文,是对所有国家权力之运作(包括立法权)的一种普遍的界限,而有遵守之义务;再次弱的效果,是宪法委托视为对立法者的一种训令或是指导原则。这种宪法委托,是立法者在立法时,所必须确守的标准。因而,据毛兹之看法,这种指导原则并不是要求立法者有积极作为之义务,只是立法者在立法时,必须遵从这种原则。如《基本法》在第20条及第28条,所揭示的,西德是一个民主的共和国。这种民主的原则,即是属此类。① 值得吾人重视的是,毛兹依然是支持勒尔谢之看法,认为方针条款,亦有存在之必要。毛兹认为宪法委托中,效果最弱的,就是一种仅是方针式的建议,以作为达成某种特定目标,而无必要充实之内容可遵循之方向。② 毛兹认为《基本法》第20条及第28条规定的社会国家原则(亦即福利国家原则),因为其内容,太不具体。并且,随着时代的变迁及社会的发展,内容必定会随之不同,因此毛兹认为《基本法》的福利国家原则,并不是对特定立法作为的委托,而是一个宪法的价值判断及国家的目标(Staatszielbestimmung),也是予立法、行政裁量的一种指示。③

由毛兹上述的分析,宪法条文的委托性质,其原则上都认为有拘束力,亦即立法者皆必须遵守。即使其认为效力最弱的方针式建议亦然。④ 然而毛兹在论及宪法条文中有授权甚而裁量的范围及其效力如何,其在宪法委托概念中,居何种地位,值得进一步之探究。

---

① T. Maunz, aaO. S. 604.

② T. Maunz, aaO. S. 606.

③ T. Maunz/Zippelius 认为《基本法》在制定时,对于社会法治国家原则,视为一般性质的国家目标,而非要求立法者为特定立法措施的委托。

④ Maunz 认为《基本法》内此种方针条款(Programmsatz)不同于其他的政治方针(Sätze eines politischen Programmes),而在法规解释之时,能视为直接法律而有所影响。因此,是一种当(立法时)就应(如此)的法律(eine Wenn - Dann Vorschrift)。Maunz 赞成 Lerche 之见解,将这种条款,视为宪法之训令(Direktive),T. Maunz aaO. S. 602。

(一)授权立法及立法保留

在宪法条文中,对某些规定之事项,立宪者无法或不欲详加规定,因此,便授权予立法者,订立执行法律,来实行之。在宪法中出现的其细节由法律定之,或是以法律定之、依法律等,都是立法授权之例子。立法者由宪法中,直接获得立法权限。立法者这种宪法的授权,表现在有关人民基本权利方面,就是狭义的法律保留。①

诚然立法者由宪法获得立法授权,然而,立法者的立法行为是否是如毛兹所形容,仅是一种期待,即不无疑问。立法者获得的授权,无疑的,是立宪者予立法者一种立法的委托或是委任、授权。② 因此,吾人可以相信,立宪者系希望立法者续其未尽之志,而为一定之作为。联邦宪法法院之判决认为,③所谓的其细节由法律定之,是宪法本身已确定内

---

① 奥地利名学者依曼科拉(Feliz Ermacora)教授在其"宪法的法律保留"一文,将宪法予以立法者的授权规定,通称为对立法权的保留(Vorbehalte an die gesetzgebende Gewalt)。在对立法权之保留的概念之下,依曼科拉再以《基本法》的内容,区分如下三类之保留:

(1)此类保留系宪法委托立法者制定执行性的法律,倘若立法者不履行其任务,则宪法之规定,即无法执行。此类的保留,诸如宪法有关联邦的立法权限划分之规定;《基本法》第7条第4项的……私立学校由邦法律规定以及《基本法》第21条第3项(政党活动细节由联邦法律规定)。

(2)第二类之保留,系将形成某种内容之权利,保留予立法者。和第一类不同的是,即使立法者不履行其任务,宪法之规定,亦可执行。例如第5条第2项,人民的新闻、意见等自由,在未有制定法律限制其自由之前,自有拥有其自由之余地。因而,在限制性法律方面,多属于此类之保留。

(3)此类之保留,系在特别案件之时,可界分立法优势和行政权力,亦即,借着立法优势原则,保留予立法者规定某些内容之权力,而依依法行政之原则,行政权力须予尊重。这是狭义的法律保留。

依曼科拉虽然界分上述三项保留,但是这种界分亦非十分严格,而是容有相互混杂之可能。例如关于制定人民权利之法律,即可同时类属于第二类及第三类之保留。参见F. Ermacora, Der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt, eine Deskussionsgrundlage, DÖV 1960, SS. 562ff。

② F. Ermacora, aaO. S. 562.

③ BVerfGE15, 144; Vgl. auch7, 377; 12, 45; Dazu T. Maunz aaO. S. 603.

容,而细节由法律规定。然而,假若《基本法》本身并未对该内容为确定之,而该内容又是必须规定者,则由立法制定法律包含之亦属其细节由法律定之之范围内,因而,在除了得为规定(Kann - Vorschrift)之情形外,①宪法的目标,须借由立法者来实现,②因此,立法者制定执行性质法律,来贯彻宪法,不仅是权限,亦是一种义务,③是而,即使立法者获得宪法的授权,对于"要否"立法之问题,亦没有自由抉择之余地。④

(二)立法裁量及其范围

宪法委托的概念,以及包括在这概念之内的授权立法,皆认为立法者有制定法律,贯彻宪法之义务。然而,立法者除了无法抉择"要否"立法之外,是否仍有其他的权限?亦即,在宪法委托概念之内,立法者系扮演什么角色?在60年代中叶,德国公法学界热烈讨论不确定法律概念及裁量声中,⑤亦有学者以两者的概念,置入讨论立法权的角色之中。

持这种态度的,首推哈曼(Andreas Hamann)。其是德国Oldenburg的公证人及行政法专业律师,1955年其发表了"立法裁量自由"一文,⑥详细探究了立法裁量之理论。

哈曼认为立法和行政,虽是各有不同的职权,亦各有不同之本质,但是裁量的概念,不仅是行政所独有,在立法方面,亦有立法裁量之可能。其认为,假若不确定法律概念,是一个上级一般原则的表现形式,也就是

---

① 《基本法》第12条第1项第2款(职业行使得由法律或依法限制之),及第15条(能依法改为国有)等都是纯粹的授权立法规定。这种得为规定,只赋予立法者立法作为,形成之能力(ausgestaltungsfähig),而非形成的必要(ausgestaltungsbedürftig),因此,立法者可以自行决定,要不要(ob)立法。参见E. Wienholtz, aaO. S.596。

② W. Jellinek所称为,若无执行法律,则吾人只得在黑暗中摸索(im Dunkeln tappen),参见W. Jellinek, Das Nähere bestimmt ein Gesetz, DÖV 1954, S.596。

③ Vgl. T. Maunz, aaO. S. 603; F. Ermacora aaO. S. 563.

④ 此只是德国学界一般之看法,参见H. Kalkbrenner, aaO. S.43。

⑤ 德国学界讨论有关裁量及不确定法律概念的重要著作,都在60年代中叶,请参见翁岳生:《行政法与现代法治国家》,1966年版,第27页。

⑥ Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, NJW1955, SS.969ff.

说，是对一未详尽规定条文具体化之授权，那么立法者和宪法之间的关系，立法者亦有适用宪法条文的不确定法律概念之余地。①宪法的不确定条文，正如同立法者可以在法律内，以不确定法律概念之方式，订立法条，以供行政及司法运用一样。立法者及司法、行政，追本溯源，都是在法之实践。

关于不确定法律概念和裁量之界分，哈曼原则上赞同 H. Reuss 等之见解，②将一个法规的适用问题，视为法律问题，而不是作为裁量决定之标的。裁量决定之标的，只能是法律中立的评价，亦即是法律效果的裁量。哈曼将这种见解表现在立法者之权限之上。如同在行政裁量之情形，行政对法律要件存在与否，无裁量之余地，但是对法律效果，尤其有数个法律效果存在时，即有其裁量之适用。同理，立法者之裁量，也唯有在选择实践宪法规定的方法之上，方有自由裁量之余地。这种方法选择，很明显的，并不是“要否”立法的裁量，而是“如何”立法之裁量。哈曼认为这种裁量是认定裁量（kognitives Ermessen），也是立法者对自己选择的方法所作的目的性的价值决定。③

哈曼的见解，将适用于行政法领域的不确定法律概念及裁量理论，来讨论立法者的裁量权，是在理论上不无勉强之处。因为宪法委托之概念及其分类，如上文所述，许多部分都是相当明确且具体。其虽有时亦使用不确定法律概念，诸如公益、公共福利等概念，但是只可说是例外（例如《基本法》第 14 条第 3 项，公用征收只得因公众福利之需要而为之），而不似不确定法律概念，皆是以这些不确定之概念为主。

然而，哈曼之立法裁量理论，亦有吾人赞同之处，即可阐明立法者在

---

① A. Hamann, aaO. S. 971.

② H. Reuss, Das Ermessen, Versuch einer Begriffsklärung, DVBl. 1953, 585ff, 649ff; A. Hamann, aaO. S. 971; 关于 Reuss 之见解，请参见翁岳生，前揭书第 64 页。

③ A. Hamann, aaO. S. 971, 关于认定裁量（kognitives Ermessen），中文著作可参见翁岳生，前揭书第 66 页。

选择实践宪法规定之方法方面,享有自由裁量余地。[①] 立法者即可因政策的需要,自身的世界观以及社会、经济的变迁,以目的性来作斟酌。这种在"如何"实践宪法方面的裁量,而非在决定到底"要否"予以实践宪法方面之裁量,亦契合宪法委托之概念及规范性的宪法之理念,应为吾人所赞同。[②]

五、立法不作为及其救济

(一)何时立法之问题

《基本法》第117条规定:和第3条第2项(男女平等原则)规定相抵触之法律,至迟至1953年3月31日失效。除了该条之外,《基本法》并未明定立法者应在何时履行其宪法委托之义务,是所谓"何时"立法之问题。

1. 学界之意见

德国学界对讨论立法者何时应立法履行其立法义务,主要先是讨论《基本法》第131条第1项(制定保障战争结束前任公职者福利之法律)以后在讨论第6条第5项(制定保障非婚生儿童法律)两个案件,而引发的。

学界首先讨论立法者立法期限的是Herbert Krüger。Herbert Krüger

---

① H. Kalkbrenner亦认为立法者可以以其目的性之观点(Zweck-mässigkeitsansichtspunkt)作为立法之依据。aaO. SS. 43/44. 其亦称之为义务拘束性的裁量(pflichtgebundenes Ermessen)。aaO. S. 41.

② 关于使用立法裁量名词勒尔谢即采否定之见解。勒尔谢认为行政和立法本属不同领域,将裁量适用于立法权内,甚为不妥。其批评联邦宪法法院多次使用立法裁量,乃不察之举,以后联邦宪法法院即很少使用该语了。例如E22, 349,宪法法院称立法形成自由;E33,303ff,称立法者之喜好等代替立法裁量之用语。见其AöR 90, S. 344, FN10-13。

认为联邦立法者应在一年又一天内制定第 131 条第 1 项所规定的保障前公务员福利的法律。因为《基本法》第 131 条是一个过渡性质的法律，人民在联邦法未公布前，除有邦法外，不得提起诉讼请求，因此，认为不能使该过渡条款形成延续规定，故依德国法制之古老形式，应以一年又一天为期。①

在讨论制定保护非婚生儿童法律时，哈曼认为应于《基本法》颁布十年内颁订，②而 R. Wägenhauer 却认为应在十二年内。③ H. Kalkbrenner 对于宪法委托则以一年至十年内由立法者制定法律，是为适当。④

上述学者提出具体期限，多半并未说明决定该期限之依据。因而，只凭个人主观推断应立法之期限，故其立论之妥当性，只是学界的个人意思而已。

2. 联邦宪法法院之见解

联邦宪法法院在早期的判决，⑤采取否认学界所明确认定立法期限之态度。⑥ 宪法法院在上述之判决中，认为立法者虽然不能自行决定何时立法，但是必须在适当时间内制定法律。联邦宪法法院只要求立法者依个案情况之不同，而有各个不同适当时间来制定执行性法律。这种态度比起学界从前之看法，硬性决定一个立法期限，显然较合乎《基本法》之原意。因为很明显的，《基本法》并未预期立法者应于何时立法；再而，

---

① Herbert Krüger, Zur Auslegung des Art. 131 des Bonner Grundgesetzes, NJW 1950, S. 163; Dazu, U. Kuhlmann, aaO. S. 90; H. Kalkbrenner, aaO. S. 44.

② A. Hamann, Das GG für die BRD vom 23, 5, 1949, 3Aufl. 1970. S. 187.

③ R. Wägenhauer, Zur Aktualisierung des Art. 6, Abs. 5GG. durch die Rechtsprechung, Fam. RZ1962, S. 12.

④ H. Kalkbrenner, aaO. S. 44.

⑤ 联邦宪法法院 1957 年 2 月 20 日判决，E6, 257/265 关于《基本法》第 131 条第 1 项；1958 年 10 月 23 日判决，E8, 210/216 关于《基本法》第 6 条第 5 项。

⑥ 亦有些学者不赞成硬性订立立法者颁订法律之期限，例如 Hildegard Krüger, aaO. SS. 356/358，即认为立法者不得遥遥无期式（in nebelhafter Ferne）地订立法律，而是应该在适当时间内为之。

所谓的适当时间亦是具有相当弹性,也足以表明立法者有遵守之义务。联邦宪法法院的判决一出,旋即获得学界的肯定;①②而不再尝试硬性地要求立法者在一定的期限内有所作为。

联邦宪法法院早期之见解,扬弃为立法作为订立一个期限,其着眼点,除了《基本法》并未明言规定立法期限外,法院之见解,也希望借各个国家权力的忠诚合作来贯彻宪法。③ 法院此种消极、退让的态度,以后为制止立法者忽视其判决,又转趋强硬,期限理论(Fristtheorie)便正式为联邦宪法法院所采纳。

联邦宪法法院 1969 年 1 月 29 日,④在审理有关非婚生儿童案件时,曾判决,立法者应在联邦众议院第五个会期结束前,⑤制定法律规律非婚生儿童的法律关系(以保障其之利益和婚生儿童一样)。联邦宪法法院在这个判决中,用了十分强烈的措辞,指出了德国《基本法》保障非婚生子女的权益,是对立法者的宪法委托,立法者即受到其拘束。假如立法者不在上述期限完成修法,则期限一过一切与本判决违背的法律都一律失效。各级法院可以依据本号判决在个案审判中,作出最能保障非婚生

---

① R. Herzog, aaO. S. 1935; J. Seiwerth, aaO. S. 95; 另 Ermacora 认为立法者应不得迟延的贯彻其立法义务;aaO. SS. 563/564。

② 勒尔谢反对联邦宪法法院这种适当时间理论,认为应让诸立法者自行决定立法时间,因为宪法委托是委托立法者迟早或多多少少地来实现宪法之委托,因此,无法界定一个适当时间。P. Lerche AöR 90, SS. 341/363. 此外温厚兹之论点,以立法之作为,并非纯是法律判断,而也是政治判断,所以必须经由一个自由及公开的政治意见形成过程,方能达成实践宪法委托的目的。故而上述之过程是不可能用一个特定期间(包括所谓的适当时间亦然)来确定。立法者只须在合乎时宜(zeitgerechte)的来实践立法委托之情况下,负起责任,aaO. SS. 93ff。

③ BVerfGE6, 257f.

④ BVerfGE25, 167.

⑤ 即在 1969 年 10 月 20 日前。

子女权益的判决。①

另一个例子是1972年3月14日，著名的特别权力关系消逝案件。联邦宪法法院在判决中宣示，在1973年秋天的众议院立法会期结束之前，（当时）目前有关监狱犯人法律关系之现况可暂维持，立法者在上述会期内应制定法律，规定犯人的法律关系。②

联邦宪法法院上述二个实践期限理论，对其所谓的适当时间，更有不同的认定标准。在非婚生儿童案件，联邦宪法法院要求立法者在当年内且仅有9个月的时间完成立法；而在监狱犯人权利方面，却容有立法者较长的立法期限。联邦宪法法院此种抉择之标准何在，却未见法院详细说明。其是否有恣意滥权之嫌，亦不无可疑。尤其是联邦宪法法院此种"限期立法"的命令口吻，立法机关如果不愿忍气吞声接受此几近颐指气使的命令，恐怕不可避免地会造成这两个宪法机关的冲突。无怪乎针对宪法法院在同一个时间内两个不同标准的限期立法判决，学界因而有批评联邦宪法法院上述之判决，仅是个案之判决（Einzelfallrechtsprechung），不足作为日后探讨有关案件之表率。③④

---

① 德国国会面对联邦宪法法院如此凌厉的态度也屈服了，遂在1969年8月19日的期限届满前两个月通过了一个《非婚生子女法律地位法》，以符合宪法法院的判决。

② BVerfGE33, 1/13.

③ U. Kuhlmann, aaO. SS. 96/97.

④ Christian Pestalozza亦批评，联邦宪法法院讨论第6条第5项时，在极早期（BVerfGE8, 210/209 ff）亦维持同样见解及结束法公布20年后（1969年）才公布该项保障非婚生儿童权利之法律。其忽视宪法规定，可见一斑！参见C. Pestalozza, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, I, 1976, S. 514；德国学界亦有批评，立法者对非婚姻生儿童权利保障，待宪法公布20年才付诸实现（其中联邦法院BGH 1956年7月4日之判决，亦再强调，制定保障非婚姻生儿童权利之法律，系福利国家原则之实践，应尽快达到这个理想）但是对于（《基本法》未规定的）监狱人犯法律关系的重组——废止传统的特别权力关系，联邦宪法法院却即刻要立法者制定法律，可见联邦宪法法院重视监狱犯人权利，达甚于对非婚生儿童的关心云云；参见U. Kuhlmann, aaO. S. 96, FN6。

3. 期限理论之商榷

诚如温厚兹所称,立法者的作为,并非单纯的法律决定,而是一个经过人民参与,形成的政治判断。立法的作为和行政行为和司法行为并不一致,其形成过程,必须仔细参酌立法的动机、立法当时主观、客观的政治,经济及社会等情况,而后方可立法;因此,关于立法的时间何时到以及立法细节如何立法是应由立法者决定。倘若由司法部门(如联邦宪法法院)——这是没有民意作为基础,亦即不需经过人民政治意见形成过程而影响的部门——径依其意见,强制立法者于一定期间内制定法律,其势将引起其他问题。例如:(1)合不合乎目的性原则?立法者能否在宪法法院所界定的期限内,完全斟酌立法所必须考虑的政、经等方面复杂的问题,而合目的性地完成立法?(2)对三权分立原则有无违背?诚然司法和立法在宪法中是居于同等之地位。司法权能凌越立法权,唯有职司释宪的宪法法院在立法作为有违背宪法时,方得显现。然而对《基本法》并未表现其有要求立法者在特定期限内作为之意图,可否由职司解释性质的宪法法院越俎代庖?不无可疑。倘吾人依《基本法》第117条第1项之立法例以观,《基本法》明确地指示立法者之立法期限,可见,其他的宪法规定,立宪者不欲再以期限拘束立法者,《基本法》这种态度,应极为明显,毋庸可疑。

有鉴于此,释宪机关(联邦宪法法院),径自规定立法期限,有违《基本法》立宪本意,又有和三权分立原则抵触之疑,更和目的性原则不符,应不可视为适当之举。①

(二)立法不作为的救济途径

1. 立法不作为

宪法委托之概念以及实证宪法理念之要求,使得立法者对"要否"立法,无自行裁量之余地,亦即,立法有制定法律、贯彻宪法之义务。然而,

① 同理,U. Kuhlmann, aaO. S. 97。

倘若立法者并不积极地制定法律，尤其是颁订执行性法律，或是不完全地颁定法律，则此种立法不作为，除了有关基本权利的条文，可直接适用外（《基本法》第1条第3项），将使宪法成为具文，①因而，学界在讨论宪法委托的概念，实际上，也在讨论宪法执行（Verfassungsvollzug）的问题。② 因而，唯有讨论程序上有哪些救济途径，方使宪法委托概念具有实益。

2. 可能的救济途径

（1）宪法诉愿（Verfassungsbeschwerde）。依《基本法》第93条第4项以及《联邦宪法法院法》第90条以下之规定，人民因公权力侵犯其权利时，皆可循宪法诉愿程序，请求联邦宪法法院之救济。而所谓的公权力，毫无疑问的立法（积极）行为是包含在内的。③ 然而，对于立法不作为，是否包括在内，虽然在《联邦宪法法院法》第95条明文规定：宪法诉愿如被许可时，应在判决中确认，由于哪些作为及不作为，违背哪些《基本法》的条文。亦即公权力（包括立法权）的不作为，按字面解释，亦可作为宪法诉愿的标的。究竟人民可否有因立法不作为而以权利受侵害为理由，提请宪法诉愿，进而（和本文契题者）经宪法诉愿程序，要求立法者为一定立法行为之权利，亦值得进一步的讨论。

宪法法院在极早期的判决中，④采取反对意见。法院的见解认为，倘若准许人民经由宪法诉愿程序，可以请求立法者为特定立法作为，会削弱立法权，而这种情况，是《基本法》所不欲见到的。这种见解，联邦宪法

---

① Vgl. Ermacora, aaO. S. 563D.

② T. Mauna, aaO. S. 601.

③ BVerfEG1, 91;6/277; Maunz/Zippelius, aaO. S. 161;施启扬：《西德联邦宪法法院论》，1971年，第255页。关于公权力之概念，可参见笔者译："公权力的概念及其法律救济"，载《宪政思潮》第65卷，1984年，第1页。

④ 1951年12月15日判决，E1，93f。法院认为其审查权限只及于已经颁布的法律E1，101。

法院在稍后的判决中,亦再度坚持。①

联邦宪法法院早期这种见解,在后来,曾作了一个修正。在1957年2月20日的裁决中,法院对人民提起要求立法者作为的诉愿,认为:若《基本法》对立法者已有一个明确的委托而该委托对立法义务的内容及范围,已相当程度地界定了,则人民可据而来提起诉愿,请求立法者履行其立法义务。② 联邦宪法法院这种态度的转变,不仅是承认,即使立法不作为不能和行政及司法不作为相提并论,但是,并未完全被排除在宪法法院审查的范围之外。人民亦得以宪法委托,作为提请法院审查立法者作为或不作为之依据。

基于宪法诉愿的理论,乃人民权利遭到侵害,而《德国联邦宪法法院法》第95条亦规定,法院判决中必须确认哪些不作为已侵犯了《基本法》的哪些条文。因此,在上述的判决中(BVerfGE6,257),宪法法院已审查立法不作为的要件:明确的宪法委托存在(包括其内容要件),以及立法不作为已侵害了人民的权利③等两个要件。因而,如果一个立法者不作为并不侵犯人民权利时,④宪法法院即不准人民对之提起诉愿。而对相对的立法不作为方可准许诉愿。宪法法院在本案中认为,立法者应在"适当时间内"立法,法院考虑了自己作为宪法解释机关并无制订政策的能力,才会诉诸"道德力",希望立法者有忠诚合作之义务。但也拒绝对立法作为做进一步的介入。⑤

---

① 1953年5月13日判决,E2, 287/291.

② BVerfGE6,257f.

③ 在德国实例,多半是侵犯了《基本法》第3条的平等权,参见U. Kuhlmann, aaO. S.99, FN1。

④ Franz Wessel 所提出的,Die Rechtprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, DVB1. 1952, 161。

⑤ 宪法法院曾驳回一案,认为立法者并未依《基本法》第29条之规定,颁定重组邦界之法律,此种立法不作为,不至于侵犯诉原人之权利, BVerfGE13, 54/89。

联邦宪法法院这个判决，确定了将宪法委托视为宪法诉愿的辅助体（Hilfskonstruktion）。[①] 使得人民再提起诉愿，有成功的可能。是而，宪法委托的概念，也只得扮演附属的角色。当初众多学者在讨论这个学说时，希望借这个学说的开展，能使宪法之理念完全被贯彻，自不无遗憾。[②] 但是，宪法委托的概念发展，自亦有其功能，其赋予立法者有立法之义务，在立宪者本身并未废止该款规定之前，立法者无论如何也无法摆脱此项义务。联邦宪法法院，甚至是整个第三权（司法权），为基于三权分立原则之尊重（《基本法》第 20 条第 2 项），必须尽可能地抑制，避免利用扩充对宪法委托的解释，来介入立法权的运作，因而让诸立法者，可对立法作为的何时（Wann）及如何（Wie），有自行决定之权限，亦是法治国家的写照。即使在联邦宪法法院这个判决显示，人民因立法者明白违背一个明显的宪法委托，应立法而不（或不完全）立法，则可提起宪法诉愿，宪法法院亦可确认立法者此举乃违宪，而必须在适当时间内制颁法律。虽然联邦宪法法院未（也不应）明定立法者应如何及何时立法，但是，此项判决已明显予立法者一个义务。[③] 由于司法权力无法取代立法权，宪法法院除在不完全立法之情形，可以将不完全立法之法律，以违宪（如违反平等原则），予以宣告违宪无效外，亦无法取代立法者之自行立法。是而，联邦宪法法院采行此消极态度，亦合乎德国目前之法制。[④]

（2）法规审查（Normenkontrolle）。另一个可能的针对立法者不作为或不完全作为的救济方式，可举法规审查方式。此法规审查又可分为抽象的法规审查及具体的法规审查方式两种。

所谓抽象的法规审查，是指联邦法或是邦法，在形式上或实质上，有无抵触《基本法》或是邦法有无抵触联邦法，有争议时，可以由联邦政府、

---

① BVerfGE, 6, 257/265f.; E. Wienholtz, aaO. S. 4.

② U. Kuhlmann, aaO. S. 104.

③ 参见 T. Maunz, aaO. S. 604。

④ 此乃宪法法院稍后之见解 BVerfGE15, 46。

邦政府或三分之一的联邦众议院议员提请联邦宪法法院审判(《基本法》第93条第1项第2款,联邦宪法法院法第13条第6项)。抽象的法规审查,可以提请宪法法院审查法规,在形式、实质上(尤其是实质上为然)有无合宪,因而,在一个已制定的法规,方有审查其合宪,亦即有无符合宪法委托之可能,也可以针对立法者未完全符合宪法委托而立法——部分不作为或不完全作为,而借抽象法规审查来予以救济。但是对一个完全的立法不作为,亦即并未立法——无法律之存在,即无法提请抽象法规审查。此种抽象审查之提请人,可以由众议院的三分之一议员提出,更显出其政治意义。因为众议院的三分之一成员,是居于少数,也是代表国会内的少数,可以借国会多数通过的法律不合乎宪法委托(实质上的违宪)为理由,而提请宪法法院宣布该法律无效,亦是促使宪法委托之实践的一种可能途径。①

而具体的法规审查,是指一般法院在审判时,发现该适用的法律,有违宪之虞时,应停止诉讼之进行,将该法律请宪法法院解释无违宪(《基本法》第100条第1项,《联邦宪法法院法》第13条第11项)。一般法院享有的此种一般具体法律违宪审查权,很明显的,唯有针对诉讼所适用的法律有无违宪之虞;因而,系着重于已立之法而非未立之法。对于立法不作为或是部分不作为,也就是未立之法及尚未订立之法条,即鲜有置喙之余地。故,针对宪法委托之实现而言,具体法规审查亦少有贡献之可能。②

有鉴于法规审查之途径,系对一已公布的法律为主要对象,因而,联

---

① Vgl. P. Lerche, AöR 90, S. 363; J. Seiwerth, aaO. S. 120; Manunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand 1979, S. 97a; Denninger, aaO. S. 771. 有些学者亦认为,法院在审查立法不作为之时(借审查诉愿程序),并未使立法者为当事人,因此,立法者所以不立法之原因,法院即无从知晓,如此,对法院审查的公正性及妥当性,即不无疑问。U. Kuhlmann, aaO. S. 100.

② H. Kalkbrenner, aaO. S. 48. 尤其强调此点。

邦宪法法院在多次的判决中，即采取此狭义的见解，将法规审查的标的（不论抽象或具体的法规审查），只限于已制定的法律为限，而将立法不作为，排除于法规的审查之外。①

（3）联邦总统之制衡。经宪法诉原及法规审查方式，联邦宪法法院对立法不作为之救济，其功能在实际上是极有限的。因为联邦宪法法院的判决，要求立法者在适当时间（甚或强制订立一期限），制定法律，其判决之效力，主要的还是在道德效力，而非在法律效力方面，对于立法者有意迟延立法，联邦宪法法院实亦束手无策。德国学者 E. Denninger 因而想起联邦总统的制度。

Denninger 认为联邦总统的地位是举国最崇高的。联邦总统是国家整体的代表，其职位的权威（auctoritas）应该作为督促立法者履行其立法义务的督促者（Mahner）。由于《基本法》的分权原则，将国家权力分由数个宪法机构（联邦总统、联邦众议院、联邦政府及联邦宪法法院）来执行，因此，由联邦总统来督促立法者实践宪法委托，亦是合乎《基本法》之思想。②

依《基本法》的规定，联邦总统完全无法过问联邦众议院的立法行为，Denninger 这种见解，无疑是魏玛时代德国传统见解的再现，将联邦总统视为宪法的保护者，③想借联邦总统超然的地位，中立的角色，再以其无制裁力之督促，④促使立法者实践宪法委托。可见得，即便是联邦总

---

① BVerfGE18, 38/45，此外参见 BVerfGE13, 248/253; 15, 46/60; 15, 126/132; 15, 131ff; 16, 332/337。Maunz/schmidt - Bleib - treu/klein/ulsamer, aaO. S. 79; seiwerth aaO. S. 33.

② E. Denninger, aaO. S. 772. 立法者一直不作为时，总统可以颁布紧急处分令之方式，来规范之。不过，这种总统权行使之方式，在魏玛时代屡见不鲜，但绝非法治国家之常态。故而，期待总统利用紧急权力来取代立法者不作为之构想，理论上有此可能性及合法性，但绝非完善及妥当之措施。

③ Maunz/ Zippelius, aaO. SS. 368, 369.

④ E. Denninger, aaO. S. 772.

统这种未必有权的督促,亦只不过予立法者道德之压力,其有无成效,皆端视立法者之己意。故除 Denninger 外,尚未见有其他德国学者支持此一看法。

(4)直接适用论。在宪法法院亦无法有效地要求立法,而宪法委托,又完全系乎立法者的自觉之上,学界就有提出直接适用论。

早在 1957 年,Hildegard Krüeger 在谈论制定保护非婚生儿童法律时,即提出义务移转理论(Pflichtübergang)。① 其认为,倘若立法者在相当时间内,仍不履行宪法委托时,则宪法命令的执行,就直接移转到适用法律的行政及司法上。亦即实践宪法的义务,就由立法者,移转到司法及行政机构。这种义务移转是基于宪法的补充原则(Subsidiaritätsprinzip)而来,使得立法权应作为而不作为,致沉默地改变宪法时,可由行政权及司法权来补充之。因而,又称之为宪法结构的转变(Strukturwandel der Verfassungsbestimmung)或立法者功能之转变(Funktionswandel des Gesetzgegers)。Hildegard Krüger 这种较激烈的看法,②完全是希望借着这种义务移转,以迫使立法者来立法,虽然在实务上,也曾有过实效,③也获得部分学者的赞同。④

Hildegard Krüger 提出这种直接适用理论,立意虽甚良好,但是,亦存有甚多理论瑕疵之处。例如究竟在义务移转之后,立法者仍有无立法实

---

① H. Krüger, DöV, aaO. S.359.

② 其亦批评立法者对关于制定保障前公务员权利之法律(《基本法》第 131 条),较制定保障非婚生儿童的法律有兴趣。其认为德国的非婚生儿童数目,占当时在德国出生儿童总数的十分之一,因而,为数众多的非婚生儿童其权利及需要保障。aaO. S. 359.

③ 例如,德国联邦劳工法院(BAG)1956 年 4 月 20 日之判决,曾确认在北莱茵、维斯发勒(Nordrhein - Westfalen)邦之劳工,依该邦宪法第 24 条第 3 项之规定:劳工有依法获得充分并照旧支薪休假之权,在无法律规定该休假权利之情形下,亦享有该权利。在劳工法院确认该项权利后,该邦立法者随即在该年的 11 月 27 日通过《劳工休假法》以实践该邦的宪法委托。参见 Krüger, aaO. S.359。

④ 例如,H. Kalkbrenner, aaO. S.50。

践宪法委托义务及权利，Hildegard Krüger 则未言及。① 再而，宪法委托之有委托立法者的必要，系因为宪法的规定，仍只是理想，尚须立法者为执行性之规定，若没有了立法者这种中介化功能，行政及司法，能否一致性地规律案件？尤其是现代的法律社会极其多样复杂，行政及司法各司其职，见解各异，其补充立法者之功能，极可能造成法律秩序的不安定。再进一步言之，直接适用理论，有无侵犯三权分立原则？有无违背宪法委托之真意（委托立法者，而非委托行政及司法），亦需再三斟酌。故而，Hildegard Krüger 这种理论应不被采纳。②

六、结论

一个实行法治国家的宪法，不是一个宣言式的宪法（eine deklaratorische Verfassung），而是一个要实践的宪法（eine zu verwirklichende Verfassung），因而，一部宪法内，纵含有不同强度的宪法委托，其目的都是一样——立宪者希望该委托迟早或多多少少能被贯彻！③ 由于宪法委托在时间上，有继续性的特征，其贯彻之内容，亦不应只局限于立宪者的原来标准，而是必须依照立法时代社会的演变，主、客观需要的增长，而作充实。④ 因此立法者在宪法委托内扮演着一个不仅是执行宪法，又是充实宪法的角色。

宪法委托，有其效力，即是课予立法者立法之义务。这个义务在实

---

① 其在其稍后发表的论文 Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes nach dem Grundgesetz, Berlin, 1960 中，亦未提及这个问题。

② 反对者亦甚多，例如，E. Wienholtz, aaO. S. 40; J. Schweda, Nicht erfüllte Aufräge des Verfassungs gebers an den Gesetzgeber, insbesondere diejenigen des Bonner Grundgesetzes, Diss, Münster, 1968, SS. 148, 149.

③ P. Lerche 之见解，AöR 90。

④ F. Ermacora, aaO. S. 564；同理 BVerfGE9, 323/324。

际上无法强制之,因为基于对三权分立原则的尊重,以及民意无法被取代,立法的妥当性,仍以民意机关行使为佳,故宪法委托之实行,依法理,还只能留诸立法者自觉,或外在地促使立法者"产生自觉"而为立法。

经由释宪程序,主要是宪法诉愿,可以对宪法委托之实践,作一个道德上之督促,使立法者产生一个立法的动因。但是,采取绝对的期限理论,要求立法者在限定期间内立法,即违反三权分立原则及立法妥当性问题。因此释宪程序对实践宪法委托之功能,将极为有限。至于,在其他各级法院来实践宪法委托的可能性就更少了。有的学者认为,倘若一个宪法委托的条文已经是达到如此明确的程度,同时其法律后果也同样的可以推定出来时,如德国《基本法》第6条第5项对非婚生子女的权益保障之强制规定,这种情况如同宪法要求在私人法律关系中仍然可以直接适用,所谓"第三者效力理论"的问题。则可以例外地承认各级法院法官能直接援引宪法委托的条款。然而都只是特例而非常例。① 此看法颇为正确。

为了达到宪法理想,实践宪法委托,则必须维持一个运作正常的修宪及立法机构。唯有修宪机构正常执行职务,即可随时修正宪法委托,使之不至于形成无法执行的委托。而正常运作的立法机构,可以正当地反映人民的政治愿望,再加上权力交替的运作,为了争取选民的支持,立法者(尤以代表执政党的立法者为然),唯有在立法作为上,显现出其继续寻求选民支持之成果。反之,反对党派亦可用此作为抨击时政之理由。倘吾人认为民主法治国家的宪法皆是为求国民福利,则宪法委托即是满足这个理想的方向,而立法者之立法,又是填充这个理想的不二方法,则借人民的参政权运用,应是促使一个民主政治的立法者达成宪法委托的最佳方式。

---

① 学者Badura教授便称这种法院功能的扩张,仅具有附属性的效果而已。P. Badura, Staatsrecht, 3 Aulf., 2003, D.61.

换言之，完全舍弃政治运作之方法，以及忽视政党政治必须以施政理想及实质的施政成果来吸引选民之支持，并获得政治权力之事实，单纯的宪法学理来研讨宪法委托之理论，虽然可获得本理论在现实面的“应为”（Sollen），但是，对宪政的“实然”（Sein），往往徒有扼腕之叹矣！故，以宪法的委托作为国民及各党派论政的最高指标，以及立法的动因价值，才有可能使一部宪法的理念，逐渐且较快速地随时代所需来达成。

第六篇　公共利益的概念

是以一人则一义，二人则二义，十人则十义。其人兹众，其所谓义者亦兹众。

——《墨子》，第十一篇尚同上

一、前言——一个罗生门式的概念

公共利益（public interest，bonum commune，salus publica，öffentliches Interesse），以字面上的解释，可认为乃公共的利益（简称公益）。公益的维护及提倡，可以说是现代国家积极的任务，也是许多实际政治运作行为所追求的目标之一。鉴于公益的概念极具抽象性，其除了充为口号的表面作用外，亟须对概念内面，作一理论上的探讨。本文的主要目的，先在于以宪法的理念讨论有关公益及其他相关的概念，并尝试对其内容的确定性，提出一些决定的标准。德国自第二次世界大战以来，对此概念的研究，成果颇丰，本文即以参考彼邦之文献为基础。

一切立法行为都必须基于公益而非私益，是早自罗马时代以来的法律常识，所以举凡法律的正当性，以及法律的权威性，都建立在追求公益的前提下。法律中使用公共利益的例子，即不胜枚举。

这些除了由立法者广泛运用的公益概念外，也在司法权，尤其是行政诉讼中屡见不鲜，行政法院或者将行政机构依法执行其职权内之行为，可视为符合公益之行为，法院也常会推断此种行为为公益，且为其判决之理由。公共利益的概念，由最高位阶的宪法以降，所有国家之行为——立法、行政、司法——皆广泛使用公益作为其行为合法性的理由以及行为之动机。在法治的国家，公益的概念，即是成为法学界所讨论的一个法律概念（Rechtsbegriff）。①

二、公益概念的特征及内容

（一）概念的特征——公益概念内容的不确定性

公益概念的最特别之处，在于其概念内容的不确定性（为典型的不确定法律概念 unbestimmter Rechtsbegriff）。这种内容不确定性，可以表现在其利益内容的不确定性及受益对象的不确定性。兹分述之：

1. 利益内容的不确定性

讨论公益内容的不确定性（Unbestimmtheit，Varibalität），即必先对利益的概念作一检讨。依德国 Walter Klein 之分析，②德国公法学界一般对

---

① T. Läuter, Gemeinwohl und öffentliches Interesse – Summarische Wertsetzung oder unverzich tbare Rechtsprechungshilfe? JuS 1975, S. 690.

② W. Klein, Zum Begriff des öffentlichen Interesses, Diss. Münster, 1969, SS. 14ff.

利益的解释,不外是一个主体对一个客体的享有,①或是主体及客体间的关系;或是在主体及客体关系中,存有价值判断(Werturteil)或价值评判(Wertschätzung)等。② 故利益也者,实难离不开主体对客体之间所存在某种关系的一种价值形成(Wertbildung),换言之,是被主体所获得或肯定的积极的价值(positive Wertung)。如此,利益即和价值(感觉)产生密切的关联。价值的被认为有无存在,可直接形成利益的感觉,这一切,又必须系乎利益者(Interessenträger,即主体)之有无兴趣的感觉(Gefühl der Lust oder Unlust),③所以,利益概念无异于价值概念(Wertbegriff)。④而价值判断是人类所运用进行的精神行为(Geistestätigkeit),是主体对客体所作价值评判后所得到"(积极的)结果"(Gut)。⑤ 这种价值(判断)及形成之利益的概念,如 W. Jellinek 所言,含有不确定性,因此,既不限于物质上的利益,也及于形而上属于理想式的利益,如文化、风俗及宗教等利益皆可包含在内。⑥

再而,利益的形成及利益价值的认定,恒以当时社会客观事实

---

① 此是名行政法学者 H. J. Wolff 之主张,见 Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, I. 9. Aufl. 1974, S. 167。其以为,以拉丁文之意义(inter - esse),就是等于参与(Anteil - nahme),享有;因此,是一个主体对一个标的(客观)上所存在的"积极关系"(positive Bezogenheit)。这个标的(精神或物质)对主体产生有意义的及有价值的作用(有用的、有追求价值的)。和利益概念相对的是不利益(Deinteresse),是被主体感觉及推测该客体是不值得争取的(nicht erstrebenswert)及无价值的(unwertig)。

② W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948, S. 43; M. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 207.

③ W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, (重印 1964), S. 68. Jellinek 认为利益及价值皆是(主体之)喜好(Geschmack)的问题,也认为两者皆有不确定性。

④ Erwin Krüger, Die Lehre vom "öffentlichen Interessen" in der Verwaltungsrechtswissenschafe, 1932, S. 29.

⑤ E. Krüger, aaO. S. 31.

⑥ H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2Aufl. 1929, S. 22; Dazu, E. Gassner, Die Überwindungslast bei der Abwä - gung öffentlicher Interessen durch die Verwaltung, DVBI 1984, S. 703.

(sachliche Gegebenheit)所左右,公益内容的保障成型时,自然的必须是随着发展的及动态的国家社会情形而有所不同。尤其是宪法的公益理念,通过针对国家社会需要而制定法律的立法者手中将公益的理念予以成文化,并且最后通过法院,在个案(有争讼时)对个案所涉及之公益考虑予以最后之决定,此等皆表示价值及利益是无法一以贯之而予以测定,是弹性的、浮动的受到诸些决定公益的要素所决定(见下节),也是在人的社会中与人们之(喜好与否)感觉息息相关的价值决定要素所决定。此如同 T. Läufer 所称的,利益这个概念,无一定之成型(Dasein, 实体),如同价值概念,完全系乎变动中之社会、政治及意识形态来充实这些概念之内容。① 因此,简言之,利益是价值判断的结果,是人们以感觉肯定其存在之实益,也是民所好之的不定物件,由此可见利益之不确定性及多面性。

2. 受益对象的不确定性

公益概念最主要及最复杂的特征,就在其受益对象(即受益者 Interessensobjekt, Interessenträger)的不确定性。这是缘于一般对公益(公共利益)及其相关之用语、概念如大众福祉、公众利益、社会利益等之解释,概括为公共(公众)之(享有)利益之上。而享有利益的对象既然是公共(公众、大众),何谓公共(öffentlich, public)? 若只采简单二分法概念,将公共的概念,相对地提出私人之概念,也就是将公益相对于私益外,并不能完全清晰了解公共的定义为何。因为公共是许多私人的集合体,一个公共须由多少的私人来组成,抑或该项私人所能组成公共的可能性完全不能存在,就是一个值得深入考虑的问题。由以往迄今,公法学界讨论公益的概念,所着重的地方,并不在于对于利益概念的讨论,而是一律地环绕在所谓公共的概念,及努力来阐明这个概念的问题所在。

早在 1884 年 C. E. Leuthold 发表的"公共利益与行政法的公共诉

① T. Läufer, aaO. S. 690; E. Krüger, aaO. S. 5.

讼”一文,①即将公益的概念,分为公共及(公共的)利益两个方面来讨论。除了利益观念是益处(Vorteil)及享有(Anteil),如本文前节所述,无须于此再加阐述外,其对公益的见解,主要在其对公共概念之理解之上。其认为公益是任何人,但是,并不必是全部人们的利益。为了界定任何人之利益,而不必是全体人们的利益,其提出了所谓的地域基础(territoriale Grundlage)作为界定人群的标准。准此,公益是一个相关空间内关系人数的大多数人的利益,换言之,这个地域或空间(Raum)就是以地区为划分,且多以国家之(政治、行政)组织为单位。所以,地区内的大多数人(平均数 Durchschnitt)的利益,就足以形成公益,至于在地区内,居于少数人之利益,则称之为个别利益(Sonderinteresse),是必须屈服于大多数人之平均利益之下的。以这种大多数人之利益作公益的标准,则只要居于某区域内之某种阶级的人民是居多数的话,那么代表他们所谓的阶级利益即可形成公益。

Leuthold 这种见解,偏重于以地域(也就是行政区域)作为计算区域内大多数人的(利益)准据,因此,若无此区域作界分,则超区域的人们利益,其则只称之为团体利益(Gesamtinteresse),而不是公益。这种见解,过度以区域作为利益主体归属所在的标准,虽然可以据以解释行政机关之一项措施,可否嘉惠某行政区域内大多数之人民,但是,Leuthold 亦忽略了,即使属于别区域的人民,亦可越区而受到利益(如越区使用交通设施、文教设施等),因此,区域界定实亦无法完全阻绝利益的赋予,他的地域论不足以满足解释公共之概念。②

两年后,F-J. Neumann 在其所发表之“在公私法中关于税捐制度、公益征收之公益的区别”一文中,对所谓公益的概念,有较精辟及可行性

---

① Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwal tungsrecht, Hirths Annalen des Deutschen Reiches 1884, S. 322ff; Dazu, E. Krüger, aaO. SS. 11ff.

② E. Krüger, aaO. S. 40.

的见解。[①] Neumann 亦将公益分为公共及利益两方面。所谓利益，其以为可以分为主观的利益及客观的利益。主观的利益是团体内各个成员之直接的利益；而客观的利益则相反的，不再是存在成员的利益，而是超乎个人利益所具有之重大意义的事务、目的及目标，Neumann 认为如航运利益及祖国利益都是一般（具普遍性）的利益。质言之，利益可由个人直接享有及其他目的所享有两种。对于公共之概念，其亦分为两种：一种是提出公共性原则，也就是开放性，任何人可以接近之谓，不封闭也不专为某些个人所保留；另一种，是国家或地方自治团体等所设立，维持之设施所掌握的职务。这是以国家设施之存在及所为是为了公共事务之故。故，其将公益亦分为主观的公益，此种公益基于文化关系（Kulturverhältnis）之下，而不是基于 Leuthold 所主张的地域关系或是其他属于阶级利益的阶段关系，一个不确定之多数（成员）（unbestimmte größere Personenmenge）所涉及的利益。[②] 另一个是客观的公益，这种公益，是基于国家、社会所需要的重要之目的及目标，因此，这种客观公益率多以信赖国家机关或地方自治团体之方式，借着彼等机构，以合乎目的性考虑（即本于职权，斟酌事务情事而行为）即可达成公益之需求。因其之见，客观公益就是等于国家目的（任务），然而，哪些是国家目的？哪些是国家社会急需的目的及目标，而国家可以借达成这些目标来侵犯私益？其以为端视当时社会的文化关系，来决定诸些目标有否达到社会需要的重要性。[③]

Neumann 这种见解，可提供吾人参考的是，第一，其提出公益受益人的不确定性。公益是一个不确定多数人的利益。这个不确定的多数受

① Das öffentliche Interesse mit Bezug auf Gebühren – und Steur – wesen, Expropriation und Scheidung von privat – und öffentlichen Recht, Hirths Annalen des Deutschen Reiches, 1886, S.357; E. Krüger, S.13.

② E. Krüger, aaO. SS.14, 35, 41.

③ E. Krüger, aaO. SS.14, 16, 17.

益人也就符合公共(公众、社会大众 Publikum)的意义。因此,对于公共的概念,在早期,如 Neumann 所揭示的,就是以利益效果所及之范围(Interessenweite),换言之,以受益人之多寡的方法决定,只要大多数的不确定数目的利益人存在,即属公益。故,是强调在数量上的特征。① 而且,以过半数(多数人)的利益作为(可排斥私益的)公益之基础,也符合民主多数决定少数,少数服从多数的理念。② 因此,不确定多数人作为公共的概念,直至目前,仍是在一般情况上,广为被人承认的标准。③

第二个由 Neumann 所提出,值得注意的论点,是将对国家社会有重大意义的目的——国家任务——作为论定公益概念的要素。其虽然对构成该目的达到重要性与否的判断基础是当时社会的文化关系,至于何谓文化关系,以及国家的目的(任务)有哪些,其又未言明,不过,该文化关系吾人可推论是社会意义,也就是一般社会之观点,故,可以了解 Neumann 之意旨,唯国家任务的范围,即是下文须详论之论题。但是,其推出这个判断要素,却是将判断公益的概念,由主观公益的纯粹数量(受益者)标准(reiner quantitativer Maßstab)转为偏向质(qualitiv)方面的价值标准,这被 Neumann 称为客观公益的公益,是借重国家权力及信赖公权力来达成,原则上肯定公权力所为是满足公益,就这方面而言,以现代公益法学的眼光而言,虽不可予以完全肯定,质言之,其在现实法政情况而言,是未必之事(否则即无须有司法释宪及行政诉讼之制度,要求纠正

---

① W. Klein, aaO. S.27.

② W. Klein, aaO. S.46.

③ G. Dürig, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes "öffebtkucges Interesse", Diss. München 1949, SS. 108, 118; H. Niedermayer, Keine Krise der Verwaltungsgerichtbarkeit, NJW 1959, 1897; VGH München, DVBl 1954, 28; W. Klein, S.27. 这个强调不确定之特征是可以承认。但是,强调须大多数,则和宪法理念发展之轨迹不符。自《魏玛宪法》以后(我国台湾地区"宪法"亦同),国家为了保障社会之弱者,可采取许多扶助性之措施。这些措施(例如救济穷困人民及与建国宅予低收入之国民等),是对少数弱者之扶助,亦合乎福利国家之公益理念,因此,不确定之多数人说法,该多数人特征可予省略。

立法及行政不合法之行为的必要),但却是法治国家理念的要求之原则。[①] Neumann 这种看法,强调在公益的目的,决定在质的方面,可说是符合现代宪法理念对公益的认定。由人的受益转化为目的的价值之上,使以后宪法内许多不涉及多数利益人之价值决定得以具有公益之价值。而且,以质作公益概念的特征,亦可以在(下文将讨论的)关于公益的层次问题方面,发挥其特点,故 Neumann 的此项见解,极有意义。

(二)公益内容的决定方式——宪法理念的实践

宪政体制的法治国家,其法律体系内所追求的公益,最重要的决定因素,便是直接由宪法所导源出的公益理念。这个公益理念拥有宪法层次,也可称为宪法公益理念。宪法是一个价值理念,而以立法技术方式予以成型的结合体,故欲穷究宪法内的公益价值,必须以宪法整体的精神以观,决定这公益理念的基础,可分为以下的国家任务以及国家基本原则两点:

1. 国家任务范围的演变

宪法是国家法规范内的最高规范,是万法之法(norma normans),[②]在宪法内所规定的条款,莫非是立宪者受立宪当时时代的思想潮流以及选民付托所影响,形成的价值判断及价值决定;故,在有关规范,期待日后国家,应有何种作为之上,则会随时代(思想)之递增而有不同的结果,国家任务范围的大小,即随而更异之。

(1)国家无为而治论

在 18 世纪盛行的警察国家(Polizeistaat)理念,虽然也将公共福利、公共福祉作为国家任务,但是,对人民权利的侵犯,却可无须法律的授权。故在此"国家类型"时代,拘束国家权力的公法并未被承认为

---

① Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2 Aufl. 1966, S. 763; H. J. Wolff, aaO. S. 167.

② A. Arndt, Das nicht erfüllte Grundgesetz, ein Vortrag. 1960, S. 3.

"法"。① 在迈入19世纪盛行的自由主义法治国家理念,强调国家必须依法律方可限制人民之权利(所谓法典国家 Gesetzstaat)。斯时之思想,唯恐国家予人民过多之干涉,而侵犯人民的自由权利。这种渊源于自由主义的理念,实已在19世纪警察国家时代就已孕育,例如英国名思想家 John Locke 就认为政府(国家)之目的,就只在于"保障人民自由、生命及财产"的消极目的之上。德国名思想家及政治家 Wilhelm v. Humboldt (1767~1835)在1792年时也认为,要确定国家行为的界限,而且,国家只能防止犯罪,保障社会安全,而不能够促进幸福以及积极的福祉。② V. Humboldt 这种自由主义的见解,以后更受到英国思想家 J. St. Mill③及 Herbert Spencer 的广为宣扬。④国家任务,是以自由主义来引导,便只主要的限于国防及治安两大方面。除此之外,再无其他基于人民公益需求而有所作为之必要。

(2)国家积极作为论

强调国家应该一反以往所趋向消极、保守的态度,积极地以讲求公益作为国家之任务,是20世纪以来宪法思潮所在。最明显的是德国在第一次世界大战以后所公布的《魏玛宪法》,以及受该宪法之精神所缔造出来

---

① O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895/96, 3Aufl. 1923, S.47.

② 其所发表的名作《尝试界定国家行为范围的意见》(Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Virksamkeit des Staates zu bestimmen)。参见 H. P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1977, S.23。尽管其提出如此消极的看法,但 H. P. Bull(S.22)却指出,作为政治家的 W. v. Humboldt 日后所实施的教育政策,却是以积极的方式来谋求公共之福利。

③ 1859年出版的《自由论》(Oh Liberty)。

④ 1843年,其出版的《政府的适当(职权)范畴》(The proper sphere of Government)以及1884年出版的《对抗政府之人》(The Man Versus the State),都是宣扬自由主义的名文。H. Spencer 认为政府除保障人民之权利外,任何"积极的造福人民"之行为,都是可诅咒的,对英国当时所实施的义务教育制度,其也以为是侵犯人民之自由,故极力批判之。参见 A. Menzel, Beiträge zur Geschichte der Staatslehre, Wien, 1929, (1976年重印),S.508。

的其他国家宪法内，都是将这种精神，融贯于整体条文之内。《魏玛宪法》在第109条以下（尤其在第151条经济生活章以下），所提倡的，国家应保障并扶持青少年、妇女使得其正常发展；奖励学术及艺术、全面免费之义务教育；经济生活须保证人人享有人类尊严之生活水平、保护劳工、艺术家及中产阶级之生活，以及应广泛地以社会立法促进全民的福祉等。

这种要求国家一切行为，均以上述宪法理念，来促使民众福祉之实现，公共利益的概念，也就由以往自由主义笼罩之时代狭窄的“治”及“安”方面，转到海阔天空的，一切“民众所需”的范围之上。国家变为福祉国家（Wohlfahrtsstaat）、服务国家（Leistungsstaat）或是“照顾（人民的）国家”（Vorsorgungsstaat）。这些用语，由其“冠”于国家前的概念，就可以知道，国家除了保有原来的、传统的“治”及“安（全）”的任务外，所加入甚多直接“满足人民所需”的任务项目。

大概而论，凡是这种形态的观念兴起以及促使宪法对之的承认及提倡，多半起源于当时“民生之凋弊”。民生的凋弊，又率多因为战乱，国内外局势动荡不安以及经济的衰颓所致。由彼“乱”而“兴”的思想，多具有要求国家“力振其弊”的气魄，也多含有团体主义的趋向。此观乎《魏玛宪法》起于第一次世界大战之后，德国基本法起源于第二次世界大战之后，德国《基本法》（第20、28条）主张德国永远必须是一个社会法治国，主张社会正义，并且，借法治的制度来达成这种理想，因此，社会法治国（sozialer Rechtsstaat）就是将“社会国家”（Sozialstaat）理念加上“法治国家”（Rechtsstaat）相合而成。①

---

① 这是德国学界多数之看法。少数反对意见者，例如名学者E. Forsthoff则认为社会法治国乃以法治国家原则为根本原则，而社会国家原则是由行政及立法权来达成，由于法治国家与社会国家原则的差异极大，且两者的紧张关系常需由司法途径来解决，故不能由“半个法治国家原则”加上“半个社会国家原则”来形成一个“社会法治国”原则。参见 Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtssatates, in: Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, S.71。

国家任务的特征,即显现在国家负有一个广泛的责任(Prinzip der umfassenden Verantwortung),追求公共福祉,促进经济成长、社会福利以及文教之振兴。故而,目前之宪政理念所期待的国家任务是福祉目的(Wohlfahrtszweck)及文化目的(Kulturzweck)。①

(3)新自由主义论之萌芽——国家辅助性理论

如前所述,要求国家有义务促使人民获得最大之福祉,有其产生的思想背景,这些思想及制度起于民生凋弊、经济衰败之时,人民无法自力获得幸福,故只得赖国家以公力来达成民众之愿望。但是,这种在立宪之时及立宪之初所产生的,带团体主义色彩的理念随着国家承平日久,经济复苏,人民收入大增之后,代表最好的政府,最少干涉的旧日自由主义的思想,所谓新自由主义(Neoliberalism)又有萌芽之趋势。②

德国名宪法学者 Hans Peters 在 20 世纪 70 年代初,极力提倡这个见解。H. Peters 提出所谓的辅助性理论(Subsidiaritätsprinaip),认为实现公共利益(bonum commune)是国家责无旁贷的绝对任务。但是,这种国家追求、实现公益的行为,必须在社会的个人,凭自己的努力,都无法获得利益,也因此使公益无法获得时,方得为之,故是一种次要性的补助性质的辅助行为。③ 其提出这种见解的根源,是基于对现代极权国家(der totalitäre Staat)的恐惧与排斥。现代典型的极权国家,如共产国家及法西斯国家,率多是极端的团体主义者。虽然彼等国家,在理论上相信国家的任务,就是仍在保证赋予全民最大的福祉,同时,依这些极权国家排斥

---

① P. Badura, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grund - gesetzes für die Bundesrepublick Deutschland, 1986, S. 194.

② 参见 H. H. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 479 ff。

③ H. Peters, in: Peters/Heydte/Ridder/Bindschedler, Art. Staat, Staatslexikon, 1962, SS. 532/533; H. P. Bull, aaO. S. 29. 其实知名学者 G. Dürig 在 1953 年(JZ 1953, 198)就在"福利国家的宪法及行政法"(Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtstaat)一文中,主张此原则。但是,只不过未详言罢了。

其他不同的政治意见者，主要目的所在，也在于确保其所掌握之政权，是最能造福于全民。故而，在国家追求公益的借口之下，个人的自由能被限制到最小范围，国家（为分配正义所主导）的计划经济剥夺了人民经济自由权利的生机，国家的福利措施成为人民福祉的唯一来源了。H. Peters 尤其是以身经纳粹政权的国社主义为感触。希特勒的政权崛起于魏玛动乱的时代，国内经济濒于崩溃，失业人口达 600 万之巨，外有亿兆战债国耻，内有千万待哺之口，正是国家积极行为论产生的极好背景。1920 年公布的《国社党党纲》第 24 条，要求私人财产公用先于私用（Gemeinnutz vor Eigennutz），个人的权利因此置于无足轻重的地位。这个时代既以公共利益广泛作为国家行为的依据及动机，因此，公益不仅作为行政行为的权限，同时，公益的范围，也随而极度地扩充。①例如，在当时夙享盛名的学者 W. Merk 在 1934 年发表著名的论文“公益思想在德国国家法律学中的发展”中，也提出看法，认为个人对其权利，不能独自地享有及掌握（Selbstherrliches Haben und Herrschen），而是必须负有社会功能（soziales Wirken），其以为，以后的新思潮，是将法治国家（严格依法律行政）及法安定性的重要性，较不为公共福祉概念所重视。而真正的公共福祉是不再局限于冷漠地及不合人性地维持公共秩序（ordre public）及马克思主义所强调为阶级利益的阶级斗争，而是全民共享一切（die lebendige Fühlung Aller mit Allen）。②

虽然，如 W. Merk 辈的见解，认为个人权利应屈服于公益之下，负有社会义务等，在第二次世界大战以后迄今的德国及其他许多国家宪法

---

① 例如，当时的《警察行政法》（PVG）第 14 条即将以往警察的任务由“依法防止危害、维持公共秩序”扩充到警察得“依社会利益”（Belange der Gemeinschaft）而执行任务，因此打破依法律行政之制度，而且任务范围则包括得以“国社主义之理念”来教育民众。警察任务即由传统的治安行政兼负责教育民众之责。参见 H. Hofmann, über Gemeinwohlformeln im NS－Recht, Die Verwaltung, Bd. 10, 1977, S. 381。

② Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staatsund Rechtsentwicklung, 1934, SS. 70, 172.

理念依然与之并不相悖,唯过度滥用公共利益以剥夺私人之自由,则后果不堪设想。因而,国家行为辅助性理论,即否认国家拥有动辄可援引公共利益之需要,作为其行为合法性的借口。

同在1962年,W. Weustenfeld发表了一篇"现代法律及国家思想的公益意义"博士论文,①也是着眼于极权政府的滥权,其认为,个人应主动地、积极地以全力谋求自己的幸福及利益(称为私人自发性Privatinitiative)后不逮,方可以请求国家及社会予以援助。国家不是作为人民追求利益、幸福的监护者(Bevormundung),而是要保障人民都有一个可以独立追求自己幸福的活动(自由)空间。故须以法律来界定这种空间之范围。② 他反对国家成为全面的照顾国家(Versorgungsstaat),认为此举必须以全面的计划经济方式才能达成,也因此大幅度地牺牲了人民的基本权利。故会引发为国家支配主义(Staatsdirigismus),人民不仅会成为国家佣人,也会成为永久之奴隶,后果极为严重。③ Weustenfeld否认国家是一个福利机器(Wohlfahrtsautomat),亦非产生幸福之制度(Beglückungsinstitut),只是法律的保护者(Schirmherr),其乃基于每个人皆能自我负责(Selbs tverantwortung)的追求幸福之理论,故无疑的是重视如W. v. Humboldt辈的个人自由主义之理论。④

另一个讨论国家辅助性理论的学者J. Isensee在1968年发表了"辅助性原则与宪法"一文,⑤对于辅助性原则,他引述了天主教教宗庇护十一世(Pius XI)在1931年发布的"四旬斋教谕"(Enzyklika Quadragesimoanno)中所宣示的基督教的社会哲学。教宗在该教谕中认

---

① Die Bedeutung des Gemeinwohls im Rechts - und Staatsdenken der Gegenwart, Diss. Münster, 1962.

② W. Weustenfeld, aaO. SS. 140ff.

③ W. Weustenfeld, aaO. SS. 27, 28.

④ W. Weustenfeld, aaO. S. 142.

⑤ Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968.

为每个人应该以自己的自发性极尽自己的力量去追求幸福，这种权利不应被剥夺，并且，也不可以违弃此原则只依赖社会（团体）的扶助行为，如此是违背正义。任何社会（团体）的扶助行为，以其本质及概念而论，皆是附属性的（辅助性的，subsidium）。① J. Isensee 认为宗教这种见解，不仅是天主教的社会哲学，也具有法学上的价值。其以为虽然德国的基本法内并未提及这个辅助性原则，但是，基于实质法治国家之理念，国家应该尽量保障人民的基本权利，对于自由权，也应尽量给予活动的空间，所以，其认为辅助性原则是宪法的成立背景之一部，也是日后在解释宪法条文时，应该参考之处。因此，依其之见，国家尽可能地给予个人来追求利益，以满足公共利益，若在个人自由的自发性仍无达成公共福祉之需求时，国家才介入之。② 依此见解，不可避免的 J. Isensee 原则上仍是采自由主义之见解。③

诚然，辅助性理论认为由个人组成的社会，会因为社会的需要、期待及可为个人带来利益的诱因下，鼓舞个人全力地投入去满足社会（公众）的需要，因此，社会本身即可达成社会公益的需求，无须径使国家公益行为的介入。④ 而人民事事仰赖国家之服务及福利措施，也会抑制个人才智的发挥。个人自发性（Privatinitiative，Spontaneität）之窒息，也非目前科技及经济突飞发展的现代社会之良态。⑤ 但是，辅助性理论亦未能明言，到底国家应在何时（所谓弹性模式）方能介入，何时才是个人及社会

---

① Acta Apostolicae Sedis 1931，S. 203；H. P. Bull，aaO. S. 191，FN4.

② J. Isensee，aaO. S. 109.

③ 但是 Isensee 却反对这种划归其理论是自由主义的说法。其认为基于个人主义的自由主义太过僵硬，只将国家之任务局限于治安目的之上。而“辅助性”原则却是采“弹性模式”，对于社会所需之利益皆是国家所要负担的责任，只不过国家是负“最后”之责任，是在社会本身（由许多单独个人所组成）无法达成公益时，国家才介入。因此，又将社会和国家分为两个实体、两个概念。参见 J. Isensee，aaO. S. 54；H. P. Bull. aaO. S. 192。

④ W. Weustenfeld，aaO. S. 192.

⑤ H. P. Bull，aaO. S. 190.

本身不能达成公共利益的迫切需求的时刻。在这个由个人及社会之不能满足公益需求的抽象概念具体化的过程,以及公益的需求是随着社会意识形态的更异而有不同,势必仍需肯定,国家应负有在适当时机之积极作为之任务。然而,辅助性理论倾向将国家独揽促进公益的任务亦开放至人民之行使自由权之上,公益的实践非国家化(Entstaatlichung)、多元化也是现代公共利益的特征。① 在实证的意义上,这个起源于讨论国家经营事业之权限的辅助性理论,也有助于阐明国家如何实行措施来提供人民之福利。这亦涉及了人民的工作权(营业权)及财产权保障之宪法基本权利之问题。由于国家借助国营(公营)事业为达到其国家任务的一个重要方式,而现代宪法保障人民工作及财产基本权利之理念,虽然对国家经营事业(指以营利及非以营利为主要目的的经济活动)并未予以禁止,②但是倘若国家欲以独占之方式,排除私人经营同类事业,则必须有基于公益的急迫需求(这点较易引起争论)及宪法及法律的根据方可为之。③ 而辅助性理论则在公益需求方面,予以一种阻抑性的效果,就此点而言,本理论与当代基于保障人民财产及财产行使(营业、经济自由权)基本权利之观点,限制国家独占制度的滥用方面,实相契合。

总之,国家任务范围的更异,不可讳言的,真如辅助性理论学者所观察的,有起伏性的征兆,由自由主义法治国家时代的谷底,上扬到20世纪中叶之前的最高峰,直到70年代国家上下全享富庶之乐之际,保守的自由主义又有抬头之势。此点亦可由若干法律思潮及制度——最明显的例子,如公益征收的许可及补偿——即可验证。④ 因此,扩大人民的经

① P. Häberle, öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 721.

② P. Badura, aaO. S. 550.

③ 参见P. Badura, Die Verwaltungsmonopol, 1963, S. 316。

④ 参见笔者:"公益征收的补偿原则",收录于本论文集第十三篇。于该文中,笔者曾分析,德国在第二次世界大战之后,对于公益征收的补偿,未采全额补偿,即是以公共福祉之考虑,代表自由主义的全额传统补偿制度,即未被重视。迨德国经济复苏之后,学界及立法、司法界又恢复到全额补偿制度,就是明显的例子。

济自由权，亦正显示自由主义思潮的扩散。但是，吾人仍须由宪法对国家行为的期待出发，国家应有在广泛层面积极提供福利措施满足公共需求之任务，①在另一方面，亦肯定人民依宪法拥有最大自由之权利，因此，可相并行不悖。②

2. 国家基本原则

决定公益的内容，除了国家以宪法的理念，实行之国家任务可以属于公共利益之概念外，另一个亦属于"宪法层次"的公益理念，也是如 P. Häberle 教授所称的"由宪法形成公益"（salus publica ex constitutione），乃国家的基本原则，或是立国的基本原则。宪法本身就包含许多价值要素，可作为公益具体化的出发点（Operationsbasis），而国家（立国）的基本原则，是宪法内最重要的理念。除了国家任务（国家目的之规定，Staatszielbestimmung）亦宪法的基本内容外，另有其他重要的立国原则，例如：法治国家，主权在民（民主理念）以及人民基本权利之制度的保障，皆可形成公益的内容。③ 因为这种形成国家基本制度及原则的理念，皆可以衍生其他亦符合公益的其他价值。例如由法治国家理念可衍生出

---

① 在国家经济繁荣之后，国库财力充裕，若遵循社会福利国家原则，国家更易保障人民可获得生存的最起码条件（Existenzminimum），这也是国家政治的现实面。国家若无充沛国库为后盾，可以想见，纵有万番积极作为之抱负，终不易施展。

② v. Armin, aaO. S. 475 认为，虽然辅助性理论未获得德国学界肯定（如 H. P. Bull, aaO. S. 193），主要的理由，即在于（德国）宪法未明白承认此原则，而且，若在侵及人民的基本权利时，自然可以其他的标准（如限制人民权利的比例原则）可以断定国家的行为有无违宪，故无承认此理论之必要。此辅助性理论在具体性方面，不够成熟，不过本理论似可只运用在限制独占之制度上，有其适用，而在其他方面，国家以不实行独占之方式，积极地在人民生存照顾（Daseinvorsorgung）方面，有所作为，也就是与民营事业并行，共同满足社会之需求，因而，对于辅助性原则似可予以修正（modifiziderts Subsidiaritätslehre 所谓"修正辅助性理论"）。另参见 H. P. Bull. S. 195。

③ W. Klein, aaO. S. 55; H. J. Wolff, aaO. S. 170; P. Häberle, aaO. S. 349; 另同作者, Die Gemeinwholproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Rechts - theorie, 14. Bd. 1983, S. 272。

法律不溯及既往的基本原理,法律安定性之原则,①以及三权分立,例如依法行政,依法裁判、保障司法独立之理念等,都是符合公益之宪法概念。② 故法治国家理念,通过这些制度的建立及宪法解释(Verfassungsinterpretation),可以形成公益的内容。③

在民主理念方面,偏向承认经合法程序(due process of law)制定之法律,皆可以(或多或少地)决定公益的内容。④ 这种由程序形成公益(salus publica ex processu,或 ex processu salus publica)⑤是以公益理念的转变及扩展,衡以国家之统治形态(Herrschaftsform),及理性(Staatsverständnis)、社会的伦理(社会一般之见解、观念,Sozialethik)以及"正义的观念"所形成。在现在的民主政体,由人民的代表所议决的法律,原则上肯定该法律可以形成公益之内容。这便是在程序方面,所给予的肯定。⑥

公益概念最普遍运用的范围,即在涉及人民的基本权利方面。一方面,对基本权利的保障,是国家公共利益所必需,保障人民基本法律皆可

---

① 因而,唯有在"更重要之公益理论存在时",才可以侵犯此原则,BverfGE25, 371/403; 30, 250/268; 30, 392/401; 51, 356/362; 57, 361/391; 59, 128/164。参见 P. Badura, aaO. S.209。

② 以国家利益与审判独立孰重要之争论为例可以作一判断。公益不单单是指"(狭义的)国家(机关)"利益而言,也及于地方(自治团体)以及民众之利益在内(P. Häberle, S.351, 所引之巴登邦行政法院判决,VGH Bad - Wütt. Verw. Rspr. 13Nr. 178, S.611),所以国家利益属于公益这个上位概念(Oberbegriff)范畴之内。审判独立自然属于国家(因其乃国家之机构及执行国家事务)利益,而以立国原则之原则以观,其亦包括了保障人民利益在内,因此,司法独立所保障的,正是整个国家制度之公共利益。所以,司法独立实也符合(广义及狭义的)国家利益,两者毫无孰重孰轻之争。

③ P. Häberle 认为,以公法历史发展的过程而言,法治国家理念在公开、明白的形成公益内容方面,成效较小,这个理念反而是在加强有关程序保障(Verfahrensgarantie)方面,也就是在立法、司法及行政程序方面,成效较著。其所据以立论的依据是以许多联邦宪法法院的判决而得,见前述,SS.353, 354。

④ BverfGE 44, 125/142; 47, 146/159.

⑤ P. Häberle, aaO. SS.87f.

⑥ P. Häberle, in: Rechtstheorie, S.270.

认为乃合乎公益之需求。但是，另一方面，对于限制人民基本权利，也必须是基于公益方可以为之。骤而观之，殊易令人不解，因公益一方面认为保障人民基本权利，另一方面又赞同限制该受公益理念所肯定的基本权利。不过，基本权利的受宪法之保障，率多于宪法内另有限制保留之规定，易言之，宪法内已明文规定保留者（称为宪法保留 Verfassungsvorbehalt）或是由宪法授权予立法者，予以限制（称法律保留 Gesetzesvorbehalt），无论何者，都有予该基本权利制定一个界限之作用，也无异地以为，唯有在该界限（Schranke，Grenze）内之基本权利，方受宪法之保障，同时，保障该范围内之基本权利，才是公益所需。基于这种见解，所以，传统的见解，皆将公益理念之作用，置于限制人民基本权利之功用之上，较少认为对基本权利之保障，亦为公益的意义所在。① 与人民基本权利之限制关系接近的人民基本义务（Grundpflicht）的条款，②如人民负有纳税、服兵役以及受教育之义务，也应是认为乃公益所必需。准此，国家由人民履行这些义务而获得之结果，如国库利益，国防及文教利益皆可以归为一般的公益范围之内。③

公益视为限制基本权利之依据，在宪法上可以有不同的用语及价值判断，作为宪法上限制基本权利的理由，但皆可涵括在公益的概念之内。唯在论究对基本权利之限制，务须遵照比例原则（Verhältnismäßigkeit），一则要求非在必要时不可侵犯基本权利；二则要求必须在最小限度范围内，或最轻范围内来限制人民之权利（简写尽可能轻微之侵犯 möglichst-

---

① P. Häberle, aaO. S. 357.

② R. Stober, Grundpflichten und Grundgesetz, 1979, S. 14.

③ 自然由宪法所定的基本义务条款亦可予侵犯人民基本权利之法律，予以合法（宪）化之理由。因而，若不承认，例如国库利益是公益的话，则征税之法律的理由即无法在合宪基础上获得肯定。在较早期的学者，则以公益是涉及不确定多数人之利益及国家（整体）利益，故亦认为国库利益属于公益。参见 E. Krüger, aaO. S. 14; P. Häberle, aaO. S. 513. 亦认为学界之通说亦肯定国库利益合于公益，而且，立法者亦可以使两者合二为一。

geringster Eingriff),庶几,方可认为是合宪及符合公益的限制。故比例原则之贯彻,是公益理念所坚持。①

(三)公益内容的具体化

1. 立法者之作为

由宪法理念所揭示的公益概念,为了不使其变成一个空泛条文(Leerformel)起见,②必须借立法的途径,使其得具体化,这种认为公益的内容由立法者予以满足、充实(Aus-füllung)的见解,早在20世纪初期,即有学者强调之。

服膺 Hans Kelsen 纯粹法学派(Reine Rechtslehre)的维也纳 Adolf Merkl 教授,在1919年发表的"国家目的及公共利益"一文即认为,③唯有用法律形式表现出来的国家目的,才属于公共利益。其采纳 Kelsen 学派的严格法实证主义,将国家目的予以法制化,才完成承认其为公益的过程,他否认如 Leuthold④ 所主张的,公益不需以受到国家承认为前提。反而认定所谓公益必须获得国家承认之后,方有公益之价值。⑤ 若未通过立法,由法规取得其内容时,则该公益是对国家无价值(Unwert)之存在。因而,并没有一个先验(a priori)的公益概念,一切端赖立法者之创制之后,公益的内容,方会产生。⑥

立法者虽然承续宪法的价值决定,在法规范围内也形成价值之判断(Wertung),并且,借着法规范的成立及该法规范内之价值的评判及实

---

① P. Häberle, aaO. S. 357, FN. 42.

② E. Denninger, JZ1970, 150, FN30;参见 H. J. Wolff, aaO. S. 170。

③ A. Merkl, Staatszweck und öffentliches Interesse, Verwaltungsarchiv, Bd. 27, 1919, S. 268 ff.

④ 本文在洪博去世后16年(1851年)才正式发行。Garzoni, aaO. S. 79.

⑤ 如 Haller, Der Begriff und rechtliche Stellung des Interesses im Verwaltungsrecht, Wütt. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, 1927, Heft. 3, S. 34, 亦同此见解。参见 E. Krüger, aaO. SS. 38, 52。

⑥ A. Merkl, aaO. SS. 247, 276.

践，可以达到公益所要求，①但是，并不能即肯定立法者享有公益理念的最后决定权。立法者是决定公益概念及内容最重要及频繁的机构，然并非如严格法实证论所言的，是唯一的机构。宪法（本身）及其理念已存在公益的概念及期待，因此，公益的概念，就可以提升到宪法的层次，而非只停留于（由立法者所从出的）实证法之层次，此可由司法释宪之制度，可以以宪法规定之（公益理念涉及之）价值（如基本权利之规定）宣告立法者之法律为无效，作为说明。

立法者作为促使公益概念法制化及具体化也有使在个案时，由法律之公益条款可使该条文的适用机关——行政及司法，能够对公益的内容，得到可能的确定性。② 鉴于无法对公共利益之概念，求得一个一贯的见解，因其概念具有可变性，已如前述，立法者唯有在针对不同事项而立法时，才以宪法理念、社会价值来决定应贯彻及维持的公益内容。故而，在不同事项，可有不同实质的公益内容。Ule 教授以为公益这种变性（Variabilität），就是借立法者使其斟酌的事实，而有不同之立法目的时，予以规定之。因而，即可在不同的法律内，各有不同内容之意义，即指此而言。③

立法者制定公益的成文概念，还有另一层深远的意义，就是借着决定公益的过程中，可以使公共的意志，得以发挥影响力。此亦是宪法理念的民主制度之目的（P. Häberle 教授所谓的“以程序决定公益” salus publica ex processu）。尤其在多元的社会，弥漫在社会的多元价值观念，

---

① H. H. Rupp, Wohl der Allgemeinheit udn öffentliches Interessen – Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Hochschule Speyer, 1968, S. 124.

② E. Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts-und Staatswissenschaften, Freiburger Rechts – und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 27, 1967, S. 18.

③ C. H. Ule, Allgemeines Wohl und öffentliche Interessen in der Rechtsprechung der Verfassungs – Verwaltungsgerichte, in: aaO. S. 147.

必须经过充分的公共意思的沟通,方可寻出一个符合多数价值理念的公益概念。故而,F. M. Marx 教授所言极是!其以为公共利益的"内容拘束力",必须在一个开放的社会中,用以论究一个公益可能达成目的与否之信息,必须广为大众所周知,大众方可借此形成正确的价值判断,来影响立法者之立法行为。因而借公开讨论,也就是民主程序来决定公益,使该公益概念之形成,更具说服力。①

2. 行政及司法之作为——不确定法律概念之适用

以依法行政及依法审判的理念,致使行政与司法,皆必须依循法律的规定。法律内既然已包摄了不同内容,以及为了达到不同立法目的、规范目的而有各态样的公益条款,则司法及行政,就必须依该公益条款而有所作为。各种公益条款,皆是典型的不确定法律概念,其内容必须在个案中实现。②

由行政促成公益的情形,可以是以借法律公益之规定,授权或拘束行政机关采取防止公益被侵犯的情事发生。这种行政机关因公益考虑,避免人民之行为侵犯公益,进而限制人民之权利,可说是行政机关防卫公益的消极行为。这种消极性意义的行政行为,构成行政行为的主要内容。除了基于公益考虑,行政可以针对人民而限制其行为外,行政行为本身,也必须符合公益条款之要求。也就是行政行为既须是"依法"行为(包括在个案时限制人民权利),亦须遵守法律内公益之要求。因此,就

---

① F. M. Marx, Gemeinwohl und politische Strategie – mit Beispiel aus der Verwaltungsreform, in: S. 55. 关于这种公开性决定之问题,P. Häberle 指出亦有某些公益之决定,并不以公开为必要,如国防及外交行政事项之决定,以及在涉及私人名誉之保障之裁判,都是可以肯定不公开程序的必要性。参见 P. Häberle, aaO. S. 102ff;及同作者,Rechtstheorie, S. 270。纵然如此,吾人可以认为,公开议事以决定公益之内容,是为原则,P. Häberle 教授所言,只是极少数例外,不足为否认公开制度之合理性。并且,此公开制度,亦与立国原则之民主理念相一致。

② 将公益之概念视为不确定法律概念是德国之通说,参见 C. H. Ule, aaO. S. 140; P. Häberle, aaO. S. 596。

此公益条文既拘束行政行为之相对人(人民),亦可拘束行政主体,故 H. J. Wolff 即指为:公益条款是任何一个公行政行为之合法性(Berechtingung)及界限之理由。①

行政机关除了可以依法律行使制止私人有害公益行为之权力,复可由法律授权,积极行使增进公益之行为。行政机关这种创设公益的行为,可以存在一般传统之干涉行政的行政权力之中,例如,德国警察法的传统把警察之任务定为依法维持公共秩序、保护社会安全、防止一切危害及促进人民福利。② 亦可以在给付行政的行政权力方面,促使公益的实现。

司法行为,尤其是法院的审判行为,亦可促使公益概念得在个案中,具体实现。所谓由司法决定公益(salus publica ex jure)③的方式,可以以基于公益的考虑,在程序方面来践履之,④也可以在实体审判方面,也就是在系争案件时,对所援引法律内的公益条款,针对涉及之事实,为具体的阐释。这也是由 P. Häberle 教授所言的,以法官的智慧(richterliche Weisheit)来配合经过公开讨论程序而制定公益条款的立法者之智能。⑤法院在实体法上得到公益条款的法律依据,作为个案具体化的过程中,可以作价值判断的基础。这些公益条款以不同用语的方式散见在各法律内,如民法的公序良俗、诚信原则概念,经济法的促进经济发展、安定国民生活以及其他行政法的国家利益、公共秩序、公共安全,等等,都是

---

① H. J. Wolff, aaO. S. 167.

② 这种将增进人民福利视为警察之任务,早源于德国的普鲁士警察法理念。1882 年 6 月 14 日,普鲁士高等行政法院(PrOVG9, 353),在著名的"十字架山案"(Kreuzbergurteil)中,即宣示此旨。

③ P. Häberle, aaO. S. 349.

④ 如《德国联邦宪法法院法》第 32 条,联邦宪法法院得因公益之急需,而为紧急处分。另依该国之《行政法院组织法》(VwGO)第 80 条之规定,原则上,议异及撤销之诉可以有停止行政处分之效力,但在该处分因公益有实时执行之必要时,不在此限。

⑤ P. Häberle, aaO. S. 723.

含有社会评价的不确定法律概念(sozialer wertender unbestimmter Rechtsbegriff)。[①] 这些由立法者代表国民的"整体社会价值评价"(gesellschaftliche Gesamtwertung)而形成之成文的公益条款无疑的使法院的判决成为该国民公益概念的发现者及适用者(Auffindung und Anwendung)。[②] 立法者是以概括的价值观念予以立法,而却须赖法官作最后的公益价值之决定。因此,法官即负有在个案,依其法学者共通的内在客观感觉(而非依个人一己之感觉),来对该公益条款为价值之充实(Wertausfüllung)。[③]

再而,立法者以宪法层次的公益要求,作为涉及限制人民之基本权利之依据时,则在有司法释宪制度的国家,司法亦可审查一个法律有无违宪。宪法法院之法官,同前述在适用法律(之公益条款)时之审判,亦乃公益价值的最后决定者。只不同的是,斯时之公益条款是宪法层次,由宪法内引源出之价值,而且,不再是以法官之智慧配合立法者之智慧,而是以法官智慧来审核立法者之智慧。

(四)利益冲突之问题

1.公益与私益

(1)对立论

公益的概念,由前文的讨论可知[二,(二)、2],是一个不确定多数人的利益。由 Neumann 所主张,公益乃是不确定的多数受益者为其概念

---

① E. Streissler, Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts - und Staatswissenschaft, Freiburger Rechts - und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, 1967, Bd. 27, S.3.

② E. Streissler 所主张,aaO. S.7。

③ 名学者 Erik Wolf 早于 1931 年即明示此旨,Festschrift für Max Pappenheim, Breslau, 1931, S.434; E. Streissler, aaO. S.8, FN53.

之内容，①因此，公益的传统见解，即排除少数人之利益在其概念范围之内。

E. krüger 以为，传统的见解，是采取所谓公益与私益的对立论。而最明显的例子，可拿公益征收来说明。为了公共利益之故，可以征收私人的土地及其他财产权利，就是因为在征收案件时，是公益与私益相冲突所致。②

代表公益与私益对立论的见解，可拿 M. Layer 在 1902 年出版的经典之作——《公益征收之原则》一书，③略见端倪。其亦从公益征收之问题着手，认为由征收制度可知，私益和公益相冲突，而且，必须屈服于公益之下。这是因为公益是团体的利益，团体是一个多数人组成的一个单位，这个单位高于个人。而可以享受利益的这个团体，可能是一个具有人格的组成体，如乡、镇等公法团体，也可能是无人格的组织体，如居住于某些市区的居民等。④除了主张这种团体（利益）高于个人（利益）的位阶说外，其也提出所谓的利益持续说（Dauer des Interesses）。所谓的私益，最久也不会超过私人的一生。而公益的享有，则可以因为团体成员的更易并不会影响团体的存在，所以，在利益的享有延续时间上，可以比私益所享有的时间，来得更久远。其以征收之实益来证明这种公益持续性的理论。故而，其以位阶说及利益持续说，来分别公益为社会利益，以相对私益的个人利益。⑤

---

① T. Stammen, Der Rechtsstaat-Idee und Wirklichkeit in Deutschland, 4. Aufl., 1972, S. 19; H. Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsauspruch des Rechtsstaats, Der Staat, 34. Bd. ,Heft1, 1995, S. 10, FN. 43.

② Immanuel Kants Werke, Bd. VII, (Hrsg. B. Kellermann), Verlegt bei B. Cassirer, 1922, S. 117.

③ Prinzipien des Enteignungsrechts, Staats - und Völkerrechtliche Abhandlunge, Bd. III, Leipzig 1902; E. Krüger, aaO. S. 18.

④ M. Layer, aaO. SS. 176, 216; E. Krüger, S. 18.

⑤ E. Krüger, S. 21.

此导源于罗马时代名法学者西赛罗 Ciceros 的名言"公益优先于私益"(salus publica suprema lex esto),而在 18 世纪发扬光大的将公益视为最高的(法)(oberste lex),[①]而认为公益和私益相对立,影响迄今仍然十分明显。例如将公益的维护,视为限制人民基本权利的理由,如我国台湾地区"宪法"第 23 条之成例,皆足以表明此对立论之适用。

(2)并行论

对于传统理论,认为公益与私益二分法概念的否认,E. Krüger 可为代表。E. Krüger 认为,举公务员的薪俸为例。一个公务员可由国家获得足以养廉之薪俸的制度,是公益所需求,但是,若以受薪的公务员本身而言,公务员也同时可以获得私益。他再举国家抚恤贫民为例,国家抚恤贫民是为公益,同时,受到抚恤的贫民因此获利(生存利益),也是事实。即以公益征收之制度而言,征收必须给予私人(被征收人)公正之补偿,而且,只要符合公益需求的要件之下,征收也可为有益私人而征收其他私人之财产。[②] 故而,其以为,基于现代社会生活现象的多样性(Vielseitigkeit der Lebenserscheinungen),不能将公益和私益,视为相反之概念,两者应是一个相成、并行(Zusammingehen)的概念。[③]

针对公益与私益之间的关系,W. Leisner 认为两者之间有一个不确定之关系存在。[④] 他以为,多数人之私益可以形成公益,因此,公益是由私益所组成,故不能绝对地排除私益。依 Leisner 之见,有三种私益,可以升格为公益。第一,是不确定多数人之利益。这个不确定多数人之利益,必须是由民主的原则来决定,到底必须累积多少人之私益,才可以构成公益。这个民主原则,必是经过立法程序不可,否则会丧失法律的可预见性。第二,具有某些性质(质量)的私益,就是等于公益。这种特别

① P. Häberle, aaO. S. 526.

② E. Krüger, aaO. S. 34.

③ E. Krüger, aaO. S. 35.

④ W. Leisner, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DöV 1970, S. 223.

性质的私益，就是指私人的生命及健康方面的私人利益，这些涉及生存保障的私益，国家负有危险排除的义务，易言之，国家保障私人的生命、财产及健康，就是公益的需求。所以，保障这些私益就是符合公益。① 第三，可以通过民主之原则，对于某些居于少数的特别数量的私益，使之形成公益。这是对于社会上的某些特别团体，其成员之数量，不足以形成多数，例如乡、镇等小行政组织之利益，这些小规模的组织化利益，自不足以构成在较大组织内，所包含之成员的多数。故可以以民主之方式，承认彼等代表之私益，可以形成公益。②W. Leisner 之看法，可比较 H. J. Wolff 的区分公益为普通公益和特别公益之看法。Wolff 认为所谓普通公益是国家及地方之公法团体的利益。这种团体的成员数量较为庞大，并且，这些团体是可以视为一个由其构成员所形成之功能及秩序的单位（Wirk – und Ordnungseinheit）。所谓的特别公益，则是指地区内，以及国内其他且有某些特别功能的团体，例如工会等的利益。这些团体的构成员是较小范围的人群，故也可以使其得益，列入公益的范围之内。③

由前文的讨论[二、(三)]可知，公益概念的内容，须渊源于宪法的理念，斟酌国家任务及立国原则而由立法者具体来实践之。基于宪法的理念，尤其是基于福祉国家及法治国家原则，对于个人之利益可受到宪法保障，例如，基于财产保障原则，必须对公益征收之许可，采严格要求，以及必须给予私人公正之补偿；以及对于社会上，经济地位上之弱者，应采积极之福利政策等，皆可由立法者决定，给予特别之利益。由这些非多数之个人之私益的保障，可视为公益，可以赞同 W. Leisner 的见解，即以立法者合宪之规定及程序，所决定之私益，不必一定须认定其为大多数人之私益，即可列之为公益之内。

① 准此，刑法等法律，其中有不少保障个人法益之规定，即属公益之需求。

② W. Leisner, aaO. S. 221.

③ H. J. Wolff, aaO. SS. 169ff.

而且,法治国家,对人民权利之保障,既必须依法为之,故而,利益乃由权利所创设,并保障之,人民之私益,亦由人民之权利而生,也必须是受到国家之法之承认。这个法的概念,不应只局限于法律而是应再上推及宪法之层次,亦即合宪之法秩序的承认,是私人利益存在之前提。因此,可以解释,在引公益为限制私人基本权利理由之时,是以公益来限制私人权利之形成,或是继续存在及行使。盖该私人之权利的形成,继续行使及保有,虽仍可增加该个人之利益(私益),但已和公益之要求有悖。而该私益所由来之(权利),也不再受到宪法价值之承认也。所以,所谓公益与私益的冲突,虽在(实际面)上——尤以当事人的利益感觉上,时时会存在,但以私益与法之关系来予以观察,①既然未获法承认之利益,即不成为利益,而获法承认之利益——例如人民财产权之征收保障,也并不全然排斥具公益之性质,因此,单线式的公益、私益冲突问题,从而认定基本人权乃私益,而当然要为公益所牺牲,这种单纯的思维方式及理论逻辑,有再修正之必要。也因此,公私益冲突理论模式,不足以充分理解受法保障之私益与公益之间的关系,下述的公益层次界分问题,益显得重要!

2. 公益的层次界分

公益的内容也表现在其利益内容的多面性及不确定性,而且,是弹性的受到社会、国家法秩序的价值概念来予以判断,已如前述。故而,国家的公益需求,即可以以不同的出发点来成型,在诸多之价值标准为公益的出发点时,可能会造成在一个同一的事件之上,会有因为不同价值所形成之公益的冲突。

诚然,促使国家经济发展,是公益所需求,而且,保障劳工之权利,也是可溯源及宪法条款公益。同时,环境保护,亦可称为人民的生存环境

① 为了避免将结论流向专依法律来形成公益(salus publica ex lex),本文强调,是以"法"代替"法律",尤须考虑宪法理念之作用。

权，维护之是具有公益之意义，亦不容否认。实则，这些公益彼此间，如何界分其优先次序，除了是实际政治之问题，亦是宪法理论之问题。

任何一个公益的产生，必定有一个（或数个）背后之"价值要素"，而且，这些价值要素可溯源至宪法的理念，因此，要解决这些公益的冲突，根本之计，可在诸些价值要素之间，作一个价值的比较。

W. Klein，正确的看法，①在于排斥学界及实务界所代表的公益冲突理论，②而提出价值标准区别论。依其之见，每个价值标准，可以形成一个公益，而在一个公益的标的之上，却可能同时存在几个价值标准，因此，即存在了价值标准的冲突（例如在某地区成立一个水泥工厂，一方面，可促进地方繁荣，增加就业机会，但另一方面，却造成地方生态改变，居民生活质量的降低），因此，由同一个公益标的之上，存在了两个以上，互相矛盾的内容不同的价值标准。W. Klein 以为，此时不可能成立了几个公益之后，再选择一个最优的公益，而淘汰其他的公益，毋是说，是就诸多存在、待斟酌的价值标准之中，选择一个最优先考虑的价值标准，而后方形成公益。③

然而，以何种标准来决定诸些价值标准的优先次序？其以为，这个价值标准（Wertskala）并无一个绝对的最优先标准，而是必须比较彼此的价值后才产生。由于公益系追求公益受益者的福利，这个福利则要以人类的生存关系为其最重要的判断标准。故而，将生存关系的重要性与否，作为独立地判断该两个冲突价值标准的第三分量标准（Drittgröße）来

---

① 据日本学者高田敏之分析，日本在明治二十年代——按日本系在明治二十三年（1889）公布宪法——已经将德语的法治国译成日文，旋成为学界流行之用语。见高田敏之："法治主义"，刊载石尾芳久编：《日本近代法一二〇讲》，（京都）法律文化社1992 年版，第 120 页。

② 如 H. J. Wolff, aaO. S. 170; BVerwGE, (1958 年 10 月 30 日之判决) DBV1 1959, 100; W. Klein, aaO. S. 72, FN232。该公益冲突理论是将公益区分为几个优先次序之公益，所以公益之间，即有不同等级之区别。

③ W. Klein, aaO. S. 74. 因之，其改称公益冲突为价值标准之冲突。

精细地比较,分析该两个标准所能给受益者带来的福祉(称为比较分量Vergheichgröße)。具体而言,W. Klein 认为,必须价值标准所带来之质与量来作判断之标准。最优先次序的价值,必须是量最广(Maximale),而且,也是质最高(Optimale)。所谓量最广是指受益人的数量最多,尽可能地使最大多数人(breiteste Mehrheit)能均沾福利,同时,基于国家扶助弱者之立场,也必须考虑受益者的重要特性,诸如职业、收入、年龄及地位。①在质方面,以对受益人生活需要的,强度(Intersive,Dichte)而定,凡是对满足受益人生活愈需要的,亦即与生活需要紧密性愈强的,即是质最高的价值标准。然而,以现代生活的需要,具有多样性,物资、非物资等要素,皆足以形成生活之需求,所以,要由生活依赖的强度来予以界分,依其之见,人类生活的基本要素(衣、食、住等)是最重要的,因为生命总须依赖物资。②

W. Klein 提出这种"最高质、最广量"(optimale Qualität, maximale Quantität)标准,虽然不无瑕疵,③但小瑕不掩大瑜,原则上,就其对公益概念中,关于质的要求,实和德国的实务界看法一致。依德国联邦宪法法院早期的判决,如药房案(Apothekenurteil),④已确认了所谓阶层理论(Stufentheorie),也就是,唯有立法者肯定为了更高社会利益时,才可以限制个人的职业自由权利。另外,在著名的手工业者案(Handwerksurteil),⑤法院亦认为维持手工业的水平以及其服务水平,对于社会的价值,比个人的职业自由,来得更重要。⑥ 值得重视的是,法院在本案件首次提出所谓

---

① W. Klein, S. 76.

② W. Klein, SS. 76, 77.

③ 就量之广而言,公益有时亦可及于对少数私益之保障,已如前述,于此,则不是受益者多寡之问题。虽其亦注意及此,故言必须斟酌受益人之重要特性,然而,这种特别斟酌之理由,似应归入在质的考虑方面才是,而非量的考虑方面。

④ 1958 年 6 月 11 日判决,BverfGE 7, 377/405。

⑤ BVerfGE 13, 97ff, 1961 年 7 月 11 日判决。

⑥ BVerfGE 13, 97/104, 107.

绝对社会利益和相对的社会利益。所谓绝对社会利益，如国民健康，是一个广泛为人所承认，独立于社会、国家当时之政策之外的社会价值，因此，不似相对的社会利益，是经由立法者之考虑，才被提升为具重要性的社会利益。[①] 德国联邦宪法法院的见解，虽然亦承认公益（社会利益）之间，仍可分为两个层次（绝对及相对之公益），这在公益之质量上所作的区分原则（Differenzierungsgebot），却和 W. Klein 之价值取舍标准实质上相一致。[②]

公益的价值标准的取舍，既有各不同的标准，在其个案中所引起的矛盾及冲突时，唯必须寻助一个最高的价值。这个最高的价值，应如 K. Larenz 教授所言的，以人民之生存权及人类尊严为最高之价值。[③]在国家、社会濒于衣、食俱缺之窘境，将汲于求富之经济发展，列为最优先之公益（或公益标准），可予赞同。唯国家已摆脱穷困，迈入富庶之境后，公益的概念也应随之改变。基于生存权及人性尊严的利益，如环境权（涉及生存的环境）及劳动基本权利（涉及劳工之人类尊严）所可达成之公益（及其价值），应高于基于国家困境时代所强调的经济发展之公益价值。

总而言之，不同的公益价值，可以形成不同的公益形态。这种公益形态，是可在国家的法秩序内，如宪法及法律内形成具有法意义的公益制度，如公益征收、纳税、人民之兵役义务及基本权利限制，等等。这些公益制度之皆可达成公益需求，但是，可以各有不同的公益考虑（及公益价值），这些公益制度之合宪性及在个案时的合法性与否，就必须仔细斟酌其在宪法内的地位及要件，及其在具体化过程中（立法、司法及行政行

---

① BVerfGE 13, 97/107; E. Gassner, aaO. S. 708.

② 另外，在磨坊案（BVerfGE 25, 13/16），法院也承认保障国民健康，是最高程度之公益。T. Läufer, aaO. S. 693.

③ K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4 Aufl. 1979, S. 401.

为中),有无切实的实践该公益制度所具的宪法意义。①

三、结论

公益的概念,经过上文的讨论可知道,无法给予一个放诸四海皆准的绝对适用之定义。公益概念最大的特色,即表现在其内容的不确定性,亦是公益的受益人及利益的抽象性。由于现代的宪法思潮,对公益概念的认知,将逐渐由对不确定多数受益人的重视,转向对公益的质量之上,易言之,所谓最重要的社会利益,是以宪法的基本精神来决定,准此,即使对少数的受益人(如对国民中少数的社会弱者,予以特别的扶助行为)的扶助措施,亦可认为是合乎现代公益之概念。故而,对于公益概念的了解,亦宜由量(受益者之数量)转向对质(公益的性质)的方向之上。②尽管如此,公益的受益人不必一定是多数,但是,其具有不确定性,应采肯定之看法。

不同的公益制度各具有不同的公益价值,也包含相异的公益要件,如亦属公益概念及公益制度的公益征收,即与司法独立是各有不同的公益需求及公益价值。

另外,国家为实践公益要求而建立各种法制,在现代的民主理念,系以公益作为国家各种权力行为的合法性理由。因此,公益是一种价值的概念,由人类纯粹喜、恶之取舍升华到为规范国家制度以及国家行为之

---

① W. Leisner 以为立法者应尽少使用不确定的公益用语,而应尽量地对"个别公益",予以特别立法化,使得各种不同的公益,皆有专法,以具体化之。而且,行政及司法,也应该对各个公益事件,予以诠释,以增加说服力。尤其要勇敢地强调平等原则,因平等基本权利的实践,亦是公益的需求。W. Leisner, aaO. S.223. 洵为的论!

② W. Klein, S.29, 采两者兼重之见解,唯在稍后处讨论公共之意义时,才将量的因素(不确定多数人),转化成质的因素。见 S.62。

目的所在。公益概念既极具抽象性，又是一种正面价值评断的概念，因此，必须以一个变迁中之社会（eine wandelnde Gesellschaft）中的政治、经济、社会及文化等因素及事实，作为考虑该价值的内容。尤其，在民主及法治国家，对于公益价值之决定，更须以法的角度，来予以充实。其中，应以宪法理念作为公益价值决定的首要来源。宪法本身即是一个价值理念的集合体，故而，本文以为公益内容的原则须实践宪法所定的各种条款，由国家任务的条文到牵涉立国根本原则，诸如法治国家原则、民主原则、权力分立原则以及最重要的，基本权利的尊重等，皆乃颠扑不破的立国之道，都是宪法所欲国家达成的最高价值。面对这些为数甚多的宪法委托条款，立法者有义务，殚精竭虑地去制颁法律，来履行这些极具公益价值的委托。吾人以为，立法者遵从宪法所确认之价值决定（Wertentscheidung），积极地以法律来达成之，是公益内容具体化的最寻常及最有效的方式，而且，如 W. Leisner 所言的，立法者于规定公益内容之时（尤在有公益授权，授权行政机关来执行公益之需求时），应尽可能避免援用空泛及抽象之用语，而是将公益予以类别化、特别化，使得立法者所欲规范之公益的内容，能使其在该法律条文中，得悉其公益之内容、动机以及范围。尤其，在利用公益条款，公益需求作限制或形成人民基本权利之内容及理由，更显出这个公益具体化的重要性。唯有立法者在理念上承继宪法理念，在立法技术上，强调具体规范原则，国家权力滥用公益之情况，将可望被遏阻。①

变迁中的社会，亦表示价值的变迁。在公益的概念亦然。公益这个动态概念（dynamischer Begriff），在现今之多元社会乃一个充满价值多元化的社会，可能造成许多个公益概念的矛盾及冲突。因此，应以宪法理

① W. Leisner；另 F. M. Marx 亦以为，为了不使公益条款成为适用机关的空白条款，立法者有将公益概念予以具体化之任务，不可任诸（特别是行政机关）来自行填补，满足之。见 F. M. Marx, aaO. S. 55。

念,衡诸国家、社会之现实状况,寻出一个最高价值理念,作为界定公益概念(内容)间的层次。以经济发展之过程,所累积的,不可避免的后果——环境公害问题已经极为严重。到处住民不断有以寻求自力救济作为解决问题之手段为例。这个典型的价值矛盾之例子,正是全体公益决定机关(尤其是立法者)应起而力行决定公益层次问题的时刻。本文以为,德国学者如 K. Larenz 所提的生命(健康)及人性尊严乃最高之价值,①可作为参考。

故而,公益概念尽管有其抽象性,但并非缥缈不可及,因为其乃价值问题,故可以借思考、讨论、批判及诉诸宪法理念及法理,在不同情况取得某些程度之具体结论。民主的宪法及宪法适用过程,实与这种公益的寻求、确定及适用过程,有如同唇齿的密切关系。有鉴于此,公益的价值层次及公益的认定,亦可与民主宪政之理念及其所树立之制度,相互补充与实践。公益概念的罗生门特征,迨将只为其表象,而非实象矣!

(本文原刊载于台湾《政大法学评论》,第 34 期,第 217 ~ 263 页,1986 年 12 月)

① 德裔美籍的著名法哲学家 W. Friedmann 也认为,将独断及广泛裁量相提并论,且合而为一,是戴雪理论最大的败笔,且也少有学生接受此种模拟。W. Friedmann, Law in a Changing Society, Penguin Books, 1964, p. 276.

第七篇　论公务员的忠诚义务

欲天下之治，而不修为治之法，治不可致也。欲行为治之法，而不得行法之人，法不可行也。

——明，方孝孺，《逊志斋集》卷三，官政

德意志帝国最优秀的公务员体制之崩坏，乃起于公务员已不能超然于党派斗争及政治意念之外，忠心为国效力以及以政治意念取代公务员的任事能力之时！

——希特勒，《我的奋斗》

一、序言

国家为了执行其任务，必须选拔符合某种条件的国民，成为其为此所设置之文官制度的一分子。这些执行国家任务（其中绝大部分是行政任务）的文官以事务官组成之，吾人习称为公务员。对于身为公务员者，除了须将其全部精力、才智贡献给国家外，亦须效忠国家。公务员这种效忠义务，是一

般所视为理所当然之事。但是,以国家法制、法学的眼光来看,这个忠诚义务须是一个制度,而此制度,就需有某种理念及理论,予以支持。因此,公务员应如何效忠?其忠诚要求的范围及界限如何?皆值得吾人予以探讨。德国公务员,在使德国成为一个现代化的强国上,功绩甚伟!而其公务员之纪律及其忠诚度,亦得世人颇多赞誉。但是,彼国对公务员的忠诚要求,自20世纪迄今以来,已有相当程度的转变。虽然公务员的义务、制度,牵涉国家的形态,主、客观条件甚巨,他国的制度及法理,能否完全移植到另一国,实属疑问。不过,本文目的,即主在引介、剖析德国的有关理论及法制,期待能略收他山之石之功效。

二、德国帝国时代的忠诚义务——对人的忠诚

(一)忠诚的意义及其概念之发展

何谓忠诚?早于19世纪中叶之后,德国学者Victor Ehrenberg即明确指出,所谓忠诚(Treue)是:因两个人间所产生的关系,一个人负有义务,以其最好的智、能(nach bestem Wissen),以言、行(mit Rath und That)来增益他方。①因此,这个忠诚义务,即可产生积极及消极之作为,也就是说,依义务人之见,一切有利于被效忠者之行为,义务人皆应去完成!反之,若一切有害于被效忠者之行为,义务人即负有不作为之义务。

早在帝国时代,公务员(文官、官吏)的忠诚义务,就已融合在服从义务之中。此观乎德国1794年所公布的《普鲁士一般邦法》(ALR, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)第二章第10节即明确

① V. Ehrenberg, Commendation und Huldigung nach fränkischem Recht, 1877年于Weimar出版, S. 115 ff; 见H-W Laubinger, Die Treuepflicht des Beamten im Wandel der Zeiten in: öffentlicher Dienst, Festschrift für Garl Hermann Ule zum 70。Geburtstag, 1977, S. 91.

规定，官吏及军官应致力于国家安全、秩序及福祉之增进（第1条）；除一般下属义务（Unterthanen - Pflichten）外，对国家元首负有特别的忠诚及服从之义务（第2条）以及每位任命任职后，对国家及其职务有宣誓之义务。

《普鲁士一般邦法》肯定官吏应该对国家元首——国王，负有特别的忠诚及服从义务，并有宣誓之义务。在1833年11月5日普鲁士内阁命令，于规定军官及官吏的誓词中，也载明彼等对普鲁士君主竭尽忠诚及服从之义务。是故忠诚对象只及于国家元首本人。这种局限国家官吏之忠诚对象只于元首的情形，德国在1848年的革命浪潮之后，才略作修正。1850年1月31日公布的《普鲁士宪法》（Verfassungs - Urkunde für den Preußischen Staat）第108条第1项，揭示国会（参众）两院之议员及所有国家公务员[①]须宣誓对国王效忠及服从，并发誓要竭诚尊重（die gewissenhafte Beobachtung）宪法。

至此为止，公务员对国王（国家元首）之个人，负有效忠及服从义务，而对于国家之宪法，只负有竭诚尊重之义务。这种情形，在君主国家，即使在君主立宪之国家，实属可以理解，国家于这种时代，非主权在民，而是主权在帝王之手，所以，官吏效忠于其君主，而只以尊重由君主所钦定之宪法，亦不是价值次序颠倒之情事。

公务员，既然自1794年的《普鲁士一般邦法》以降，皆明定其对国家元首，负有特别的忠诚服从之义务，然而，忠诚义务却一直与服从义务并

① 而在前一年，亦即1849年公布的《法兰克福宪法》草案第113条，则只规定国会两院议员要宣誓：忠诚地尊重帝国宪法及维护之。但是，不提及公务员这种义务。见H. Häberle教授之发言，刊载于Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37/1979, S. 127。

称,而绝少被单独提出来。① 历次政府所颁布之誓词,如1833年11月5日之誓词,1867年5月6日颁布之誓词,1871年6月29日钦定之誓词,除皆明定公务员对君主的忠诚及服从义务之外,亦表明公务员有竭尽一己之知、能来达成职务所负之任务。因此,公务员的忠诚义务,实质上,是服从义务,也是忠实地履行职务之义务。故,在帝国时代,涉及公务员权利义务的法律,未有一个法律明文(expressis verbis)规定公务员之忠诚义务。②

由于实证的公务员法律并未明文将公务员的忠诚义务,予以明定出来,③因此,关于忠诚义务的性质及其内容,在学界即发生不同的争论。Hermann Rehm在讨论公务员勤务的法律性质时,即认为公务员只负有纯粹的法律义务(echte Rechtspflichten),这个纯粹的公务员法律义务,只有三种,就是职务义务(服勤务之义务);保守职务秘密之义务,以及过着值得令人尊敬之生活的义务(亦即保持品位之义务)。除此三种义务之外,忠诚义务,依其之见,仅是良知义务(Gewissenspflicht),而非法律义务,所以,不能使公务员产生法律上之拘束效果。④

与H. Rehm见解稍近的Paul Laband认为公务员的忠诚义务,具有一个强烈的伦理性质(vorzugsweise ethische Charakter)。公务员在任命

---

① 可见例子唯有普鲁士政府1849年7月11日所发布的《公务员惩戒命令》,其中第20条第2项规定,倘若公务员违反忠诚义务或是实行职务所要求之行为,以及对政府采取敌对之行为时,可以予以免职。这个条文,并未被1852年7月21日所公布的《(公务员)惩戒法》(Disziplinargesetz)所采纳。见R. Böttcher, Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und Grundrechte der Kommunikation, 1967, S. 23。

② 例如,1852年7月21日公布的《惩戒法》第2条规定,公务员(1)违反职务所定之义务时;(2)在职务内、外之行为,有损及职务所需的尊荣、形象及依赖性时,皆可惩戒之,见R. Böttcher, aaO. S. 23, FN13。

③ 例如,1873年公布的《帝国公务员法》亦未特别针对公务员的忠诚义务予以规定。

④ H. Relm, Annalen des Deutschen Reiches, 1885, SS. 65, 82, 86; H-W, Laubinger, aaO. S. 95.

之后，通过宣誓的程序被要求来达成这个职务，并且，也通过自己的宣誓行为，产生一个道德的保证（eine moralische Garantie）来履行这个义务。然而 Laband 强调公务员的忠诚义务，是在伦理及道德面上的义务，①所以，其亦以为，由宣誓中，并无法产生完全法律的义务，也无完全的要公务员履行这种义务，Laband 又以为，既然公务员宣誓效忠，并无法使公务员产生独立的义务（eigenständige Verpflichtungen），而仅是产生一个指示方针（Richtsschnur），指示公务员如何来履行其因职务所产生之义务。Laband 以为，在数量上（quantitativ），公务员可因职务之范围，产生不定量的勤务义务；而在质量（qualitativ）方面，即可援引其所负有的忠诚义务，在执行职务时，以最大的努力、谨慎及投入全力来完成勤务。② 故 Laband 并未将公务员的忠诚义务，予以独立化，而是将忠诚与其他职务义务（亦包括服从义务），合而为一。所以，公务员忠诚之义务，毋宁成为公务员忠实服勤务之义务。反而，宪法及誓词所揭示对君王效忠之义务，就实证法而言，也就失去了其实质意义。

H. Rehm 及 P. Laband 之见解，代表了德国学界当时的一般见解，将公务员的忠诚义务作为履行职务义务的一个质量上的指导原则。德国名学者 H－W Laubinger 教授曾研究当时的各家学说，将学理上，公务员由忠诚义务可衍生的其他义务，计有下列数种：

1. 未获元首之许可，不得为外国服务，或接受外国所颁赠之勋章、退休金及爵位等称号。

2. 负有保守职务秘密之义务。

3. 全力投入职务之义务，也包括不得兼营与职务所抵触之副业。

---

① 同样的认知，1851 年 1 月 1 日，内政部长 Grad von Westphalen 通告全体公务员，认定忠诚义务是振奋全体行政体系的一种精神及意志。见 R. Böttcher, aaO. S. 23, FN14。

② P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I. Bd., (1. Aufl. 1876), 5. Aufl. 1911, S. 459; H－W, Laubinger, S. 95.

(不竞业义务)

4. 因执行职务之需,而居住于特定之地区时,未获上级官署同意,不得迁居之义务。

5. 未获许可,不可私自结婚之义务。

6. 直至帝政末期,才产生公务员不可罢工之义务。①

在学界持有这种看法者,认为公务员经过宣誓所肯定、要求的忠诚义务,系停留于道德、伦理层面,而无产生法律义务之际,代表实务的惩戒体系,则持有不同的看法。依皇家惩戒庭 1877 年 6 月 30 日裁决中所宣示的,公务员一经任命后,即产生国法上公务员关系,这种关系是基于遵从国家权力,及负有服从及忠诚的勤务关系。而针对上述学界的看法,该庭在 1910 年 7 月 4 日的裁决,更明白指出,公务员的义务,不只是在诚挚地执行勤务,及在职务内外,为保持品位的行为,而是每位公务员皆负有特别的服从及忠诚义务,这种义务,是自一任命之后即产生,无须待其他法律之明白规定。② 此裁决显示出,该庭否认学者所指之忠诚义务非法律义务见解。

此外,鉴于自德国产生立宪政体、议会政治之后,公务员在面临国内政党政治的运作时,其忠诚之要求为何?代表实务界的普鲁士高等行政法院的一贯见解,则认为公务员支持赞同一个主要是反对现行法律及国家秩序的活动时,就属于违反公务员的职务义务,而可以被惩戒。③ 被普鲁士高等行政法院判决中所禁止公务员参加及支持的活动,都是当时的反对党(如社会民主党等),这些政党的主张,不是偏向主张社会主义理想的改革(如社会民主党),就是带有地方主义的色彩(如在北德地区成立的丹麦党及东德地区成立的波兰党)。由于这些反对党,以攻讦政府

---

① H-W Laubinger, S. 96.

② H-W Laubinger, S. 94.

③ PrOVG 14, 404/407; PrOVG 55, 467/473; PrOVG 56, 447, 等等,见 R. Böttcher, aaO. S. 24, FN. 15。

及执政党为其政治活动之宗旨，因此被视为敌视国家之活动（staatsfeindliche Bestrebung），也就是敌视国家现行法律秩序的活动，所以，普鲁士高等法院的见解，亦表示公务员基于职务（忠诚）义务，不可参与、支持这些活动①。由于公务员亦是国民之一分子，亦享有公民权，尤其是选举、罢免权，如同其他公民一样。公务员的政治活动，如参加政党、聆听政见、参加公共辩论会，甚至投票行为，是否可以独立地视为公务员的个人行为，亦即是以身为国民、公民的身份进行，而不是以国家公务员之身份为之？也就是，公务员的职务义务，及不及于这些公务员于公余时间所为，所参与的政治活动。

诚然，公务员的职务义务亦可及于拘束该公务员公余时间，如保持令人尊敬之行为义务（保持品位义务），即属于与公务员职务无关之职务（及时间）外之义务。在代表实务界的皇家惩戒及普鲁士高等行政法院的扩张公务员的职务（忠诚）义务，及于公务员职务外（公余）的政治行为时，德国学界的见解，则颇不一致。在肯定公务员有忠诚义务（即使是在道德层次）的大前提之下，关于何时是违反该义务，则颇不一致。名学者 J. K. Bluntschli 以为，人的心理意识是无法抑制及禁止的，所以，公务员在内心、在意识上敌视、反对现行政府，是无可奈何之事。唯有公务员将这种内在敌视化为外在行为，如持续性地支持反对现行政府的组织，或在帝政时代，支持共和活动，或在共和时代，支持复辟活动，才属违反忠诚②。J. K. Bluntschli 这种见解，将公务员的忠诚义务分为外在及内在的二分法，只要外表忠诚的履行职务，内心却可仇视其所履行职务的

---

① 皇家惩戒庭 1899 年 3 月 25 日及 1904 年 2 月 22 日的审判。但是，亦有少数的较早期判决，却是采取较开放之意见，以为公务员在公余时间，可以参加反对政府的政治活动，并对政府予以批评，但是其行为应遵守其品位之限制（职务义务之一），并且，批评的行为方式及种类，仍应该予以自制才可。1887 年 6 月 25 日的普鲁士高等行政法院判决。见 H－W Laubinger, aaO. SS. 97, 98. FN. 34, 35。

② Johann Kaspar Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, München 1852, S. 432; H－W Laubinger, aaO. S. 98.

对象——国家、政府,如此,能否属于公务员全心投入工作的义务,则属疑问!这种见解,在现行的德国理论,已遭到批判(详后述)。

然而,一般理论仍偏向与实务界的保守见解相一致。学者 Von Stengel 即以为,公务员面临选举时,对于偏激的政治意见及政党活动,应予排斥,并且,支持政府的政策,这是因为公务员由其宣誓所得之义务。[①] 名学者 R. Piloty 在帝政末期,共和时代即将来临前之意见以为,公务员一方面要尽忠职守,努力工作,另一方面(于执行职务外)却支持推翻现行宪政体制的活动,而其尽忠的职守,却是该宪政的基础所在,故这是矛盾的,所以,依 R. Piloty 之见,所谓公务员的忠诚义务,就是凡是一切有害于职务之行为,不论在执行职务时间内、外,皆负有不作为之义务。[②]

由上述之讨论可知,由于帝国时代,对于公务员的忠诚义务,是与其职务义务密不可分的。而且,因为成文法内未明定公务员的忠诚义务为何,实务界将公务员之职务扩张至公务员的政治行为,亦缺乏理论上之依据,故,于此阶段,公务员的忠诚义务,虽已略显雏型,但仍嫌抽象。

(二)自由主义的忠诚理念——《魏玛宪法》的时代

第一次世界大战,德国战败,帝制瓦解,德国在战败之民生凋弊,社会主义及自由主义思潮浓厚之际所制定的《魏玛宪法》,即对公务员之制度,予以重建。《魏玛宪法》在第二部分关于人民权利义务之章节内,详尽规定了公务员的权利,计有 4 条(第 128 ~ 131 条),其中,最值得注意

---

① K. Frthr. von Stengel, Das Staatsrecht des Deutschen Rei - ches, Bd. I. 5 Aufl. 1911, S. 144. 同样的 F. Everling 亦以为公务员既以宣誓效忠元首,尽忠职守,所以,不能参与任何反对政府的团体及活动,甚至在选举时,更不可以支持(投票支持)反对党的候选人。见 F. Everling, Der Preußische Diensteid, 1915, S. 52; H - W Laubinger, aaO. S. 98。

② R. Piloty, Streitfragen aus Beamtenrechte, AöR 33(1915), S. 23; R, Böttcher, aaO. S. 24.

的是公务员终身保障的制度确立(第129条第1项);公务员系为国民全体服务,而非为一党派服务;公务员的政治信念自由及结社自由不受限制(第130条第1项及第2项)及公务员应对本宪法宣誓(第176条)等。尤其是公务员的政治信念自由,不受拘束的规定,这种革命性的修正,实引发了公务员制度本质的争议。① 尤其是公务员的忠诚义务。

《魏玛宪法》条文内,并未明定公务员的忠诚义务,只在第186条处,规定公务员须向本宪法宣誓,其誓词由联邦总统定之。而联邦总统于是于1919年8月14日命令公布誓词,本誓词内规定公务员向宪法效忠,服从法律之规定并竭诚履行职务义务。然而,公务员的忠诚义务,可否由总统之命令来予以规定?亦即,虽然宪法规定公务员要向宪法宣誓,究竟这个宣誓,只是要涉及执行职务而不及于忠诚义务,亦即是,这个誓词有无产生法律义务之效力?有无违反《魏玛宪法》第130条所揭示公务员政治信念自由受到保障之规定?原则上,实务界及学界皆持肯定联邦总统颁布的誓词是合宪及可产生法律效力。例如普鲁士高等行政法院1921年11月10日的判决,认为公务员之宣誓尊重宪法,即因此产生忠诚的义务。② 在同年12月5日,帝国惩戒法院更表示,公务员的忠诚义务,并非借宣誓而新创设出来,而是经誓词这个合法的法规,而来加强拘束力。然而,为了界分公务员的忠诚义务与其(内在的)政治信念自由,法院以为公务员须对宪法忠诚,所以公务员不是仅仅服从宪法个别的法条,而是必须全力维系由宪法所创设出的国家法律制度,凡是一切有违背于宪法原则的行为,公务员皆有不作为之义务,除此之外,职务外之行为,公务员之所受到宪法保障的政治信念自由的行使,也必须有所

---

① 由于《魏玛宪法》内只提及(保障)公务员的权利,丝毫不提及公务员有何义务,就可见魏玛立宪者的心态,是较偏向反对传统(帝制)的社会主义理念。见 H. Hattenhauer, Geschichte des Beamtentums, 1980, S. 321。

② PrOVGE 77, S. 495. 见 A. Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928(1978 重印) S. 118。

节制,不能影响其形象及可尊敬性。[①] 惩戒法院这种限制公务员政治信仰自由之见解,是尝试去界分公务员的忠诚义务和政治信仰自由的一个努力,然而,法院这种看法,实在仍无法脱离内心信仰不可侵之窠臼,其结论亦可模拟帝政时代 J. K. Bluntschli 所代表之意见。

在魏玛时代对德国公务员忠诚义务有较明确的,以成文法规定的,始于 1922 年夏天发生的拉特瑙暗杀案件的激荡。在魏玛成立后,政局不安,政潮迭起,1922 年 6 月 24 日,曾任重建部长,主张保守主义,承认凡尔赛和约的时任外文部长的 Walter Rathenau 被两名右倾分子暗杀后,[②]帝国政府(实质是联邦政府)旋于同年 6 月 29 日公布《保护共和命》(Verordnung zum Schutze der Republik),该行政命令,又以极快之速度,完成立法程序,于同年 7 月 21 日公布《公务员保护共和义务法》(Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik)。这法律后成为自 1873 年已公布实行之《帝国公务员法》第 10 之 a 条,规定:国家公务员负有义务,以其全部之职务行为,使得合宪的,共和的国家权利得以实现。并且,一切与身为共和国家公务员职务不相协合之行为,皆有不作为之义务。[③] 这些与其职位不相协合的行为,立法者特别指明是:(1)滥用职权或借职务之便,支持意图改变合宪之共和国体的活动。(2)于执行职务及滥用其职权,对涉及合宪国体、帝国国旗、合宪选出、组成的帝国政府及邦政府,发表不敬言论,可使公众对之产生鄙视之后果。(3)于执行职务及利用职权,对下属灌输反对、鄙视现行合宪之帝国及邦政府之言论。除此三项外,公务员亦不可公然狂热地及偏激地支持君王复辟及反对共和政体的活动,也不可以参加一个以谩骂、侮辱共和政体

① 见 H-W Laubinger, aaO. S. 100。

② 参见 Ronald Taylor, Literature and Society in Germany 1918-1945, 1980, p. 19。可略知当年德国政界混乱之情形。

③ H. Hattenhauer, aaO. S. 327.

及帝国、邦政府要员为目的的活动。①

德国公务员的忠诚义务，自这条《保护共和法》公布，并成为公务员法的一部，对于确立公务员的忠诚义务范围，有极大之贡献。也可以看出，魏玛立宪者，致力于公务员体制的自由化（Liberalisierung），实在是不合乎实际情势之要求。② 但是，碍于公务员的信念自由是《魏玛宪法》所明定，所以，立法者于此《保护共和法》内，亦只能规定公务员的诸些不作为，是在涉及职务之时（执行职务及利用职权），并且也在部分情况是强调在公然的情形，所以，对于在非执行职务时，及非公然的情况，则公务员的政治活动，则免除忠诚之要求。故，在遭到公务员可否加入偏激政党之情形，即孳生重重困扰。德国高等行政法院在 1924 年的一件审判案件，就是处于这种矛盾的一例。本案原告是一个市政府的高级秘书，并且是共产党员。原告参加一个罢工活动，并且被指为乃煽动罢工的罪魁而遭惩戒。法院在本案判决中表示：公务员的政治信念自由，虽然不限制该政治信念可以支持一个违宪的目标，但是，只要身为公务员，就不可参与那些违法的活动。法院以为，为了表达政治信念自由，所参与的政治活动有许多层次，从入党、缴党费到实际地（不唯地）参与党务，担任干部及发表煽动行为之间，有许多可以由公务员参与的可能性，所以，该公务员不能直接参加左翼政党的罢工活动。③

再而，《魏玛宪法》对于政党活动，也采取极放任之态度，一个政党，若欲以合法（不鼓吹暴力夺权）的方式攫取政权，不论该政党的意识形态如何，概受《魏玛宪法》的保障。而且，《魏玛宪法》第 76 条规定的修宪程序，规定国会在一定的情况下，可以修改宪法的规定（当然包括变更国体），所以，一个政党致力于改变宪法的努力，亦即，其宪政目

---

① 见 R. Böttcher, aaO. S. 28, FN. 39。

② A. Köttgen, Grundgesetz und Beamtenrecht, in: Recht, Staat, Wirtschaft, 4. Bd., 1953. S. 230.

③ OVGE 78, 448/455; H. Hattenhauer, aaO. S. 326; BVerfGE 39, 337/364.

标是违反或推翻现行宪法理念及制度,只要是用和平方式,就是一个合宪的政党。公务员的忠诚义务,于此,即面临考验。例如鉴于国内左翼、右翼的争战过于激烈,而且,代表左翼的共产党及代表右翼的国社党都是和魏玛宪法所揭示的理念,背道而驰,故德国普鲁士邦政府曾于1930年6月25日作成决议,所有的公务员必须退出共产党及国社党,并且不得再参与及支持该党的活动。但是,普鲁士高等行政法院,却于1932年10月18日判决,普鲁士政府之该项决议违宪,因为,法院认为,希特勒已经明白表示,该党将以合法的方式争取选战胜利,故法院在判决文中虽明知希特勒夺权后,将推翻魏玛共和政府成立第三帝国,但是,鉴于该党将以合乎《魏玛宪法》第76条的方式来修宪,因此,该党的活动既未违宪,公务员当然就可以参加该党,并且支持其政纲及活动。①

《魏玛宪法》对于公务员政治信仰自由的确认及《公务员法》对忠诚义务的创设,学界的意见,颇有分歧。对于公务员宣誓的义务以及忠诚义务,学界率皆予以赞同,②对于公务员应替国民全体服务,而非为一党

① R. Böttcher, aaO. 26, FN. 29.

② 例如,名学者 Otto Mayer 于评论普鲁士高等行政法院1921年11月10日的案件时,就表示:公务员秉承以往对国王效忠之道德理念,对宪法宣誓,就是对共和政体效忠,因此誓为共和政体的一分子。否则共和则失去其意义。(JZ 1922, S. 610)另外学者 Hans Klüber 亦以为,公务员经由总统所颁布的誓词宣誓,不论是宣誓效忠宪法或是个人,都产生了忠诚义务,公务员既然宣誓效忠宪法,因此,不管他人可以利用合法途径来改变宪法条款,公务员应仍尽其全部人格,不论在执行职务之时间与否,皆要以宪法的精神来维系之。见 H. Klüber, Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, Verw Arch. 31(1926), SS. 136/138; H - W Laubinger, S. 102。

派服务，学界也大致无持异议，①但是，对公务员拥有完全的政治信念自由以及结社自由，则反应激烈。Ernst Friesenhahn 即认为，《魏玛宪法》第130条第2项肯定公务员的政治信念自由是在立宪政策上，乃过分之举！因为在理智的角度上，国家根本不能保障公务员一个完全的信念自由。否则，如 Friesenhahn 所强调的，公务员一方面为国家执行勤务，另一方面却认同一个以推翻现存国家秩序的政党，这是一件不可思议的事（ein Unding）。② Brand 则以为公务员的政治信念若形诸于外，就必须受到公务员法规的拘束，而忠诚义务，正由宣誓而取得，所以公务员的政治活动就必须予以限制。因为，公务员对国家是处于一个忠诚及服从的特别关系。③ 而公务员有不可剥夺的结社自由，也促使了以往完全效忠国王，对

---

① 例如，Leo Wittmayer 就以为公务员的这种执行职务之义务，可以避免如美国一样的情形，因政权的更迭，而造成许多公务员的去职。Wittmayer 以为，这个条款具有方针指示（Richtlinie）的效果，使得公务员的惩戒判断方面，有一个标准。见 L. Wittmayer: Die Weimarer Reichsverfassung, 1922, 1974 年重印，S. 31。又名学者 Brand 亦以为公务员的政治活动应保守，并且，公务员的中立性（Unparteilichkeit）以及超党派（überparteilichkeit），是政党政治之国家所不可缺的。因为倘若行政体系不操在一群中立，固守职位的文官体系来把持的话，而任由更迭无常的政党来操纵的话，国家的任务就无法达成。所以 Brand 坚决以为，公务员的中立性，必须对宪法效忠，并且采取支持国家（政府）的态度（eine staatsbejahende Haltung），支持共和的政体，否则就不能担任公务员的职务。见 Brand, Art. 128 – 131 der Weimarer Reichsverfassung, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1930, 1975 年重印，SS. 235, 236。

② E. Friesenhahn, Der politische Eid, Bonn, 1928, SS. 120ff; H – W Laubinger, aaO. SS. 101, 102. 甚至国会在表决保护共和法时，已明知这个法律已经抵触了《魏玛宪法》第130条的政治信念自由。见 H. Hattenhauer, aaO. S. 328。

③ Brand, aaO. S. 237. 而帝国法院（刑庭）早于1922年10月19日（RGSt. 56, S. 412/413）以及1926年3月19日（RGSt. 60, S. 139）的判决中，就界分公务员关系和一般民法的雇佣契约有别时，即采纳自 Otto Mayer 以来所提倡的特别权力关系，以为公务员对国家是负有忠诚及服从等职务义务的特别权力关系。但是，法院主张这种理论主要是认定公务员关系是公法性质，不是私法性质。关于特别权力关系之理论，见翁岳生："论特别权力关系之新趋势"，载《行政法与现代法治国家》，1976年，第131页以下。

政治事务(包括己身权利)的公务员也可组成工会,使得公务员体系政治化(Politisierung),因此,公务员也推选代表组成工会,原本安分坚守职位的公务员,也成立同其他人民团体的组织,德人以之自傲的,公务员的团队精神(seperit de corps)则逐渐失去其优良之传统。①

(三)忠诚义务的全盛期——希特勒的时代

德国公务员的忠诚义务,自希特勒1933年1月30日获取政权后,达到全盛期。希特勒的国社党,在其夺权之后即于同年4月7日公布《重振文官制度法》(Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentuns),依该法第4条,所有公务员以其目前的政治行为,不能保证其随时会毫无保留地贡献给国家时,可以予以撤职。借此除去文官体系中的异己分子公务员②。此外,又于同年6月30日公布法律,修正1907年的《公务员法》(原法是1873年公布)第1条,增订内容规定:本法所称之公务员系对帝国存有一个公法之勤务与忠诚关系的人员。这个对公务员的定义已为二次大战后,联邦德国的宪法及公务员所采纳(详后述)。于同年底12月1日公布的《公务员及军人宣誓法》第1条又明定公务员于任命时须宣誓,其誓词由帝国总统定之。而由公务员宣誓之誓词(次日由希特勒公布之命令),公务员宣誓向民族及祖国效忠,并宣誓尊重宪法、法律及竭诚执行职务。至此阶段为止,公务员之宣誓效忠尚未脱离德国民主之常态。然而,自国社党政权稍稳之后,次年(1934年)8月20日公布修正之《公务员、军人宣誓法》(第2条)就将宣誓之标的更异为谨宣誓向德国帝国及民族领袖希特勒效忠及服从,并尊重法律及竭诚履行职务。这个条文,已明白抛弃了公务员须向宪法效忠之旨意,转而向希特勒个

---

① 参见Brand, aaO. S. 241; 1920年德国成立一个拥有150万会员之众的德国公务员协会(Deutscher Beamtenbund),由于绝大多数的公务员尚能认清其义务,故这个协会始终未承认公务员有罢工之权利,见H. Hattenhauer, aaO. S. 330。

② R. Böttcher, aaO. S. 28. 依本法第2条之明定,凡是为共产党及其卫星党派的公务员皆予革职。H. Hattenhauer, aaO. S. 378.

人的效忠，又回复到帝国时代的对国王效忠。而本法，又被1937年1月26日所公布修正的《帝国公务员法》（第4条第1项）所容纳。该《公务员法》第1条也改为：德国公务员系对领袖（希特勒）及帝国，存有公法勤务及忠诚之关系。①

德国1937年公布的《公务员法》，系标准独裁国家之产物，除了上述对希特勒效忠之规定外，亦规定公务员的忠诚义务，及于执政党及政党的意识形态之上。例如公务员应特别保卫领袖至死忠心不渝（第3条第1项第4款）；随时毫无保留地维护国社党政府，以全部行为维系国社党的领导民族地位（第3条第2项第1款），具如此要件者方可为公务员（第26条第1项第3款），甚至退休人员有对国家不友善之行为，亦属失职行为，得（删除退休金）予以惩戒（第22条第1项第2款）。②

在这种对一党及一人的效忠狂潮里，不仅是学界，③甚至是实务界，④也认同这种公务员忠诚义务的对象。所以，综而言之，在第三帝国内，公务员已沦为一党独裁的工具，希特勒虽亦明言称赞德国文官体系是世上无与伦比，其操守是如此廉洁，令人肃然起敬，⑤但是，经希特勒政权之独裁，德国公务员的中立、公正特征，借着公务员忠诚义务的扭

---

① H－W Laubinger, aaO. SS. 105.

② H－W Laubinger, aaO. S. 106.

③ 例如，极著名之学者 Otto Koellreutter1938 年所著之《德国行政法教科书》Deutsches Verwaltungsrecht, S. 48，即完全支持现行法的有关规定，以为在以前（魏玛时代）公务员的政治见解是自由的，但在第三帝国，则要积极地支持国社党的理念。

④ 法院的看法，可以说是极为狂热。帝国惩戒法院在许多判决中表示，只要心中不满政府之意念向任何第三人透露，即属违反忠诚义务；另外，如参加党的团体，悬挂国旗，参加领袖所号召的选举（肯定施政结果的选举）等皆是公务员的忠诚义务。见 Laubinger, aaO. S. 107, FN 64－69。

⑤ 翁岳生，前述书，第135页，注9。又 Denninger 在前述注2，VVDStRL 37/1979. S. 147 亦言及希特勒于夺政权前，极歌颂德国公务员的政治中立美德。

曲,已步上歧路。①

三、民主时代的忠诚义务——对宪法的忠诚

(一)忠诚义务的成文制度确立

德国在第二次世界大战战败后,1949 年成立的(现行)《基本法》第 33 条,对于公务员的制度及其概念,有明确的规定。依该条第 4 项第 2 款,公务员是一个具有公法的勤务与忠诚关系的成员。第 5 项则规定有关公务员法律须斟酌传统文官(公务员)制度(Berufsbeamtentum)的原则来予以制度。公务员的忠诚义务,因此即提升到宪法规定的层次(Verfassungsrang),故而,这种公务员的忠诚义务,是德国的民主法治国家的重要构成要素,依德国学界的一般见解,这是不可以经过修宪程序来予以废除的条款(《基本法》第 79 条第 3 项)。② 由《基本法》上述的条款来看,可知《基本法》的立宪者,明确地不再援用《魏玛宪法》的强调保障公务员的政治信念自由及结社自由之基本权利的成例,而采用德国在第三帝国统治时期修定的法律(1933 年 6 月 30 日及 1937 年修正之《公务员法》第 1 条)所使用的术语,肯定公务员具有公法勤务与忠诚义务。

---

① 如 O. Koellreuther 以为,公务员是国社党的意志执行者。公务员须全力以赴,来达成这个任务。所以公务员的中立性质,甚至政治活动之界限问题,早已不复存在。

② 例 P. Lerche, Grundrechte des Soldaten, in: Die Grundrechte (Hrsg. Neumann-Nipperdey-Scheuner) Bd. 4, 1, Halbband, 1962, S. 485; Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand. 1983, Rdnr. 59, 77 zum Art. 33; 早在《基本法》成立初期,Herbert Krüger 即有此主张,H. Krüger, Grundgesetz and Berufsbeamtentum, Bay Bz 1950, 173ff。然而亦有人主张,《基本法》并未如《魏玛宪法》一样,将公务员之制度及权利(第 33 条),置于人民之基本权利章节部分,因此,可以经过修宪程序,来予以变更。所以,这个传统公务员制度的忠诚义务即不是所谓的永远条款(Ewigkeitsklausel)。见 Klaus Stern, Berufsbeamtentum - gestern, heute, morgen. Art. 33 Grundgesetz und sein verfassungsrechtlicher Kontext, in: Festschrift für Ule(同注 1),S. 203。

究竟公务员的忠诚义务的范围何在？公务员有无政治信念之自由？基本法许可公务员参与政党政治之界限何在？在战后迄今的德国，有极详尽的讨论。

由于《基本法》只约略提到公务员是一种具有公法忠诚关系的人员，而有关公务员的法律，又必须依照传统的公务员（文官）制度来制定。关于公务员的忠诚义务，依 1957 年 7 月 1 日公布的《联邦公务员基准法》（Beamtenrechtsrahmengesetz，简称《基准法》），①第 35 条规定公务员的义务如下：（1）公务员系为整个国家，而非为一党派服务。公务员须不偏颇（中立的）及公正地履行任务，于执行职务之际，应注重公共利益。公务员须以其全部行为（sein gesamtes Verhalten）认同《基本法》所揭示的自由、民主的基本秩序，并且，致力维护之。（2）公务员从事政治活动时，应注意自己职位对大众及职务所产之义务，而以节制及保守之方式为之。而早于 1953 年 7 月 14 日公布的规范联邦公务员的《联邦公务员法》（Bundesbeamtengesetz，简称《联邦法》）第 52 条完全与《基准法》第 35 条第 1 项同，而第 53 条也与《基准法》第 35 条第 2 项同。而其他各邦的《邦公务员法》，也与上述二法的有关条文并无二致，②因此，由现行实证法体系，可以归纳出公务员的忠诚义务及其他与忠诚相关的义务，略有忠诚义务及保守及节制义务两种，由这两种相关的义务，可以讨论公务员在政党政治中，关于忠诚要求的内涵。

（二）忠诚义务及政党活动

依《基准法》及《联邦公务员法》的规定，公务员的效忠对象是《基本法》的基本秩序，是故，纳粹时代课予公务员效忠领袖（希特勒）、国社党

---

① 全名是《统一公务员法律的基准法》（Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts）。依《基本法》第 75 条（连同第 72 条）之规定，联邦政府可以立法统一规定各邦订定公务员法的原则，因此，这种基准法，可以决定各邦公务员法的内容。

② 如《巴伐利亚邦公务员法》1960 年 7 月 18 日公布之第 2 条，即和《联邦公务员法》第 52 条一致。

及国社主义的专制义务,已完全被代以效忠宪法的立宪精神。此观乎有关成为公务员的要件,必须是能保证随时会致力于维护《基本法》的自由民主基本秩序者,方可为公务员(《基准法》第4条第1项第2款),①以及公务员任职前须宣誓尊重德国基本法及其他法律,及竭诚执行职务(《联邦法》第58条)等,②可以得见,效忠之对象为宪法及其所揭示之精神。这精神,就是要求公务员要认同民主宪法(宪政)所追求之法治国家理念,自由、平等的价值和人权的尊重,以及主权在民等的至上理念,公务员必须反对鼓吹暴力斗争、独裁专制的思想,并且,予以反对。因此,基本法所期待的公务员适格条件是有一致的信念,故魏玛时代强调公务员可保有信念自由,已成为明日黄花。③

再而,现行法皆一致要求公务员的全部行为必须满足忠诚之要求,因此,就忠诚义务而言,已无区分公务员的行为是于执行职务时或执行职务外,皆有对宪法忠诚之必要。但在公务员职务时间外的私人时间,公务员参与政治活动,尤其是政党活动,是否应许可?倘该政党是激进的政党或团体,则公务员的忠诚义务是否存在?前述问题是自《基本法》成立以来,争论最多的一个问题。在帝政时代,德国官吏制度,亦即传统文官体制,系对国王及其政策完全忠诚(volle Loyalität),因此,文官对于政党是敬而远之(保持距离与中立 Distanz und Neutralität),④但《基本

---

① 《巴伐利亚邦公务员法》第9条第1项第2款亦同。

② 另《基准法》第40条亦同。对于拒绝宣誓者,可以依法(《基准法》第23条第1项第1款;《联邦法》第28条第1项第1款;《巴伐利亚邦法》第40条第1项第1款)之规定,予以解任。由于公务员依以上法律已取得忠诚职务,因此宣誓只是一种公务员关系的成立要件,本身并不会产生忠诚义务,所以,宣誓应可以补行,以完成公务员关系的成立。见 Hilg/Müller Beamtenrecht in Bayern, 2. Aufl. 1981, S. 308。

③ 见 Leusser/Gerner/Kruis, Bayerisches Beamtengesetz, Kommentar, 2 Aufl. 1970, S. 39; Hilg/Müller, aaO. S. 299。

④ G. Püttner, Zur Neutralitätspflicht des Beamten, in: öffentlicher Dienst, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag, 1977, SS. 383/384. 这原则上也是君王对各个政党的基本态度。

法》第33条第1项特别订明，所有的国民可以依其能力及学识等成为国家之公务员，①此外，《基本法》同条第5项也规定公务员法要斟酌德国传统公务员之制度，而未论及在民主体系下，公务员与政党的关系。由于政党，依《基本法》的理念（第21条第1项）是结合人民的政治理念，而政党政治又是《基本法》所确保、追求的基本理想，所以，公务员参加政党的基本权利，是不可抹杀的。② 但是，参加偏激，甚或是有违宪嫌疑的政党及团体，则是否属于违反忠诚义务？

早于1950年5月17日公布的《联邦公职人员法》（Bundespersonalgesetz）第3条即规定：所有联邦政府的公职人员皆必须以全部行为认同民主国家理念。而在同年9月19日，联邦政府公布一项决议，其中公布13个团体（其中多半是极左派的，如德苏友好协会的团体，或是极右派，如社会帝国党及国家阵线的组织）是以推翻德国现行民主政治之制度为职志，所以，联邦政府认定所有公务员若是参加、支持及参与活动这些组织，即是严重违背忠诚义务，该决议也建议各邦政府，从速采取行动来制止、惩戒其下属公务员参加、支持这些组织之行为。③ 诚然，这些组织，包括党派及团体，是采取对宪法敌视之态度，但是，联邦政府这个公告，一方面限制了公务员参与集会结社之权利，④另一方面该些团体或党派又未被有关机关（行政主管机关针对违法团体，联邦宪法法院针对违宪政

---

① 《魏玛宪法》第128条第1项亦同。

② C. H. Ule, Beamtenrecht, 1970, S. 142. 在魏玛时代A. Köttgen却主张，公务员应促使公务员体制的非政治化（Entpolitisierung），鉴于当时有许多公务员带职竞选国会议员，故其以为公务员应坚守中立，所以，应该远离政党因为公务员的职责，不似国会议员乃在于创设新的政治价值而在于执行已决定之政治价值故，Köttgen认为，公务员之制度应可允许其公务员有选举权，但不允许其有消极选举权（passives Wahlrecht，即被选举权），但A. Köttgen虽主张公务员应远离政党，但并未言明反对公务员参与政党。见A. Köttgen, aaO. SS. 265, 266。

③ Böttcher, aaO. S. 17；另BVerfGE 39, 337/365。

④ 现行的公务员法，不仅是《基准法》第57条或《联邦法》第91条，皆肯定公务员可以有组成公务员协会的权利。

党,①)宣告为违法或违宪,所以,联邦政府此举,不啻侵犯了公务员的权利与该些组织的权利,故学界普遍视为此公告乃违宪。② 在一个政党被联邦宪法法院宣告为违宪前(如当时的德国共产党 KPD 及社会帝国党 SRP),③可以允许公务员参与的话,对于《基本法》的忠诚规定,是极大的考验。然联邦行政法院在 1960 年审理的一件有关该(1950 年)联邦政府公告的案件即表明,一个公务员只要参与一个攻击民主基本秩序的组织,就属于违反政治忠诚之任务。原告乃一个邮政公务员,不能以其参加共产党(当时共产党仍是一个合法的政党),以为抗辩。④

关于公务员参加一个偏激政党或组织的违反忠诚问题,在德国联邦政府 1972 年 1 月 28 日所公布的对抗偏激分子决议事件,又造成一次高潮。⑤ 这个决议是联邦总理与各邦的邦长经过商讨后,联合发布,该决议文中特别指明:依联邦各邦的公务员法之规定,所有公务员(不仅是常任的公务员,包括雇员等临时人员)皆负有积极认同宪法自由民主基本秩序理念的义务,并全力来维系之。公务员若加入对抗宪法秩序之团体或党派,或参与其活动,即属于忠诚之冲突(Loyalitätskonflikt)。诸些团体之敌视宪法的活动(verfassungsfeindliche Bestrebung)即构成义务之违背。

---

① 《基本法》第 9 条第 2 项;第 21 条第 2 项。

② 例如:C. H. Ule, DVBl. 1951, 41; Böttcher, aaO. S. 17。另外 W. Berg, Politik, Beamtentum und politische Beamte, MDR 1973, S. 188。

③ 德国共产党于 1956 年 8 月 17 日,经联邦宪法法院(E5,85ff)宣布为违宪。

④ BVerwGE 10. 213/215, 216. 1960 年 3 月 10 日判决。此外,在 50 年代初,柏林高等行政法院也判决,公务员只要加入社会统一党(SED,东德的执政党)或是德苏友好协会,即可推断其赞同共产党的理念,即违背忠诚之义务。(OVG Berlin, Bd. 5, S. 6)

⑤ 该决议全名是"各邦邦长、部长对于解决担任公职之左倾及右倾分子事件之共同决议"(Gemeinsamer Runderlaβder Ministerpräsidenten und aller Länderminister zur Beschäftigung von rechts - und linksradikalen Personen im öffentlichen Dienst),简称为对待偏激分子决议(Radikalenerlaβ 或 Extremistenbeschluβ),Bulletin Nr. 15 vom 3. 2. 1972(S. 142); Ingo von Münch, in. Bes, VerwR, 6 Aufl. 1982, S. 63。

公务员违背了此由《基准法》第35条所定之义务时，则各该公务员所属上级机关可以根据事实决定，审查是否要将之予以革职或拒绝延聘之处分。①

德国政府首长们这个决议，并非在消除已任职之公务员参加偏激团体所造成的忠诚危害，毋宁是在未雨绸缪，因为在60年代中期，西方世界普遍爆发，由左派分子所操纵的学潮，德国大学亦然。许多学校内纷纷成立左派的学生团体，对学校当局、政府之政策，大肆抨击。至60年代终了，这些大学生已面临就业问题，其中不乏有许多人有意成为公务员，但德国各级政府不欲这些左派学生担任公务员，故有些决议之产生。值得注意的是这决议中为了避免引起有关违宪问题的无谓争议，故对于左倾（及少数右倾）党派及团体的攻击民主制度行径，不称之为违宪（verfassungswidrige Bestrebungen）行为，而称为敌视宪法之行为或对宪法不友好之行为（verfassungsfeindliche Bestrebungen），使得该些政党无法以未经联邦宪法法院之宣布违宪作为主张，抗议该决议为违宪之借口。并且，决议也使用忠诚冲突之用语，以示公务员的认知理念（一是宪法，另一是其所参涉及之团体之理念）之独一性，必须予以肯定（于宪法），方不至于违反忠诚之义务。

学界对这个决议所引起热烈之讨论，多半持反对之立场。该些反对之出发点，并非认为政府借这个决议来消除政治上之异己分子，而是认为，这个决议已违反了《基本法》所揭示的平等权，因《基本法》第3条第3项明文保障每个国民不可因其性别、种族及政治信仰（politische Anschauungen）等，而受到歧视；以及言论自由权（《基本法》第5条）；自由选择职业权（《基本法》第12条）以及出任公职之权（《基本法》第33

① Ingo v. Münch, aaO. S. 63; G. P. Strunk, Beamtenrecht, 1980, S. 77; 另 J. Isensee, Der Beamte zwischen Parteifereihteit und Verfassungstreue, Zur Vereinbarkeit der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei mit dem Beamtenstatus, Juristische Schulung, 1973, S. 265。

条第2项);及政党活动的基本权利(第21条)。并且,认为这个决议过度地将敌视宪法者排除于公职之门,是过度保护公务员的制度,所以主张这个决议是违宪的。①

(三)联邦宪法法院的忠诚案判决

值得重视的是联邦宪法法院1975年5月22日宣判的案件,对此,联邦宪法法院对公务员的忠诚义务有极明确的说明。本案原告是法律系的毕业生。该生于1971年10月通过了第一次国家考试,次年3月1日其要求至Schleswig-Holstein邦高等法院担任实习工作,并准备参加第二次国家考试。同年7月17日,该邦高等法院院长予以拒绝其申请。理由系该员在大学就读时,曾经参加一个左倾法律红色小组(Rote Zelle Jura)的组织。并且,是该组织的活跃分子,曾经参加过该小组40次以上的活动,并公开担任该小组的委员职务。因此,基于该员以上的经历,法院当局以为,这个小组是敌视宪法的组织,该员既然积极参与这个组织,即表示不能保证其能够随时毫无保留地维护并认同宪法理念,故不适格担任公务员之职位。原告于是提起诉愿,行政诉讼皆被驳回后,转向联邦宪法法院提起宪法诉愿。②

联邦宪法法院首先肯定公务员对于国家及宪法有特别的政治忠诚义务(eine besondere politische Treuepflicht)。这个义务,尽管宪法秩序是可以经过修宪程序来予以变更,但是,公务员必须完全尊重,并维护这个现行秩序。然而,公务员必须全力来维护,并促使宪法秩序的实现,该全力、全部行为系如何解释?法院以为,基本法的公务员忠诚义务并不是仅仅要求公务员对宪法及国家只有一个形式上正确的态度,而内心上却对之采取漠不关心(uninteressierte)、冷漠(Kühle)、内在排斥(疏离innerlich distanzierte)的态度。公务员必须完全远离那些攻击、对抗、诋毁

① 见Ingo v. Münch, aaO. S. 64, FN. 524。

② BVerfGE 39, 337/338.

宪法机构及宪政制度的团体及活动。如宪法法院所确认的，因为公务员的忠诚义务期待，倘若国家在遭遇了危机（Krisenzeit）或紧急的冲突情况（in ernsthaften Konfliktsit uationen）（即国家与该个人所认同团体，发生利益冲突时），而国家又须依赖该公务员时，该公务员会站在国家一边。①

关于原告所指摘的，被告机构并未提出充分的证据，证明其参加该法律红色小组期间，该小组有何敌视宪法之行为。故只凭该小组的意识形态，即率而断定其乃敌视宪法，是不法云云。② 宪法法院以为，关于公务员适格要件的随时能效忠宪法，这种对公务员申请者的人格定位，是机关的决定权限。机关可以从各个不同的申请者案件，所存在的事实及要件，逐案地审定及评断，并只要有可假设（Prognose）情况，可以怀疑（Zweifel）其忠诚度时，即可认为其不适合作为一个公务员。行政机关这种假设性的判断（prognostisches Urteil），对申请者人格（Persönlichkeit）存有对宪法忠诚之怀疑（Zweifel an der Verfas - sungstreue），不仅仅只是从申请者以往所参加的团体、参与的示威活动或是发表的言论等来作考虑，也是经过这种考虑后，产生的确信。③关于这种确信，该申请人并不能担保其能随时效忠宪法及宪政制度，联邦宪法法院否认原告之主张，而认为负责的机关并不负有举证责任（Beweis - last）。④

关于公务员（及申请者）参加一个尚未经宣告违宪之政党的问题。缘德国共产党（KDP）于 1956 年经联邦宪法法院宣布为违宪并予解散之后，共产党又以另一个党（也称）德国共产党（DKP，只是名称前后更改），借尸还魂，继续活动。联邦宪法法院则以为政党及公务员制度，是

---

① BVerfGE 39，337/348. 甚至全国民众及政府也会期待公务员能够履行这种义务。S. 349.

② BVerfGE 39，337/339.

③ BVerfGE 39，337/353.

④ BVerfGE 39，337/351，355. 这可援引《基准法》（第 4 条第 1 项第 2 款，联邦公务员，第 7 条第 1 项第 2 款）之规定，公务员的要件，就是要能保证（die Gewähr）其随时会维护宪政的基本秩序。也就是该公务员的人格，有忠诚的保证性。

两个不同的制度,彼此并不冲突。因为,公务员的忠诚义务,是《基本法》第33条第5项的揭示传统文官体系的坚强之构成部分(fester Bestandteil),①因此,公务员无论如何,即使现行宪法及宪政体制有缺点,亦有待改进,但是公务员仍须绝对维护之,是公务员政治忠诚义务中心所在。但是政党之制度则不然。依《基本法》之理念(第21条),只要一个政党未经宣告为违宪,而且,在未触犯刑事等法规(如德《刑法》第90a条)以前,是视为合法且受宪法保障的政党。政党在这种法律保护的情形下,可以吸收党员,使用一切合法的方法,来对宪法的理念予以抗争,并可借此来争取或达成修宪的目的。这个政党既然是可以合法地煽惑、诋毁宪法,很明显的,和公务员的忠诚要求有违。② 联邦宪法法院即提出两种基础(立足点)理论(Zwei - Ebenen - Theorie),③主张公务员和政党有截然不同的理论基础。对于这个看法,获得学者 Ruppert Scholz 的支持。Scholz 以为,民主国家的政党是开放性的,但是,公务员制度,却不是(对政治理念的)开放的。《基本法》可以容许政党批评、抨击现行宪法,而不允许公务员不忠。所以,公务员制度不能成为议论政治的广场(Arena),因此,公务员不能议论宪法之优劣,更不能如政党般致力于宪法的修改。④ 联邦宪法法院基于这个基础,决定只要是曾经参加一个政党,而该党是有敌视宪法之目标时,则不论该党经过联邦宪法法院合宪(违宪)审查程序没有,皆可认为乃违反忠诚义务。⑤ 为支持这个理由,法院认为,欲一个政党遭到违宪审查之效果,必有一定的申请程序。依《联邦宪法法院法》第43条之规定,有权提起审查者是联邦政府及联邦

---

① G. P. Struck, aaO. S. 77; BVerfGE 39, 337/347.

② BVerfGE 39, 337/359.

③ Ingo v. Münch, aaO. S. 65.

④ R. Scholz, Verfassungstreue im öffentliche Dienst - Anderbares Verfassungsgebort? In: Demokratie in Anfechtung und Bewährung, Festschrift für J. Broermann, 1982, S. 422.

⑤ BVerfGE 39, 337/359.

众议院及参议院三者，但若只在某邦活动的地方性政党，亦可由该邦政府提请审查。所以，必先经过有权提出者的提出审查程序，而提出与否，又操在这些人之裁量权之中。例如联邦政府即可决定一个政党的违宪程度有无提起审查的必要。联邦宪法法院曾举一例子。一个主张无产阶级专政的小政党，宣传暴力革命，推翻现行之宪政体制。但是，联邦政府认为这个小政党的偏激政见，可以通过大众对这个政见的批判，而且，这个政党根本不成气候，无法发挥任何影响力，故不对之提起违宪审查程序。但是，公务员加入这种政党，其不忠之情况，可想而知。①

联邦宪法法院这两种基础理论，将只要加入政党，而该政党之政纲是敌视宪法，即可借此将公务员之申请人的忠诚予以怀疑，自是极具决断性的看法，学界反应自是不同。有一派之见解以为，单单只是有党籍关系，亦即只是单纯地入党（die bloße Mitgliedschaft），在该公务员申请人没有其他更具体的行为来证明其有赞同该党的目标时，不可以径依其以往曾入党及缴党费，即怀疑其不忠。学者 H. C. Dicke 在 1973 年曾提出论文公职中的偏激分子一文中，即提出所谓政党特权理论（die Parteiprivileg），依此理论，政党依《基本法》第 21 条（第 2 项）之规定，是从《基本法》获得一个特权，可以吸收党员，发表国事，在被宣告违宪以前，这个特权可以阻止国家侵犯，所以，公务员只是单纯地入党，又未参与其活动，自不可径指为违反忠诚义务。②

即在联邦宪法法院第二庭审理本案的八位法官，亦有三位法官提出不同意见。Seufert 法官认为判决文中亦承认，倘若公务员只是单纯地怀有敌视宪法的意念及将这个意念怀有的事实，通知（告诉）他人，则仍不

---

① BVerfGE, 39, 337/360. 这是德国政府应付许多（其中大多数在选举期间才冒出的）小政党的方法。

② C. H. Dick, Radikale im öffentlichen Dienst, ZBR 1973, 1, 8. 同理 VG München，慕尼黑之行政法院 1973 年 5 月 15 日判决，Bay VBl 1973, 502。

算是行为,必须形诸于外,亦即付诸行为时,才算违反忠诚。[①] Seufert 即以为,扩充这个概念,应推及只是单纯入党的问题之上。也就是对待已任命的公务员及申请公务员者的标准必须相同。联邦宪法法院认为对于已任命的公务员(终身职),则必须检附证据,并经惩戒程序,其不忠的情形,在份量及证明已起码确认时(ein Minimum an Gewicht und an Evidenz),就可以予以撤职(Entfernung aus dem Dienst);而在实习公务员及申请之情况时,则可以不必经过这种举证程序,径予以革职(Entlassung aus dem Amt),其不公平在此。[②] 而另一个持反对意见的法官 Rupp,则也针对形式上(名义上)入党,但未积极参加活动(inaktive)的公务员,不能在未有其他证据支持其不忠的话,就径自怀疑该人之忠诚度。原则上,Rupp 赞同 Seufert 之意见,而且,Rupp 亦支持 Dicke 所提出的政党特权理论,[③]因为,据 Rupp 所称,政党由《基本法》第 21 条所获的保障,是《基本法》的新制度,而该条文却是第 33 条之传统公务员制度所未熟悉之制度。故 Rupp 反对负责决定人事的行政机关可以径自决定申请者的忠诚,因为此举不但是破坏政党特权,又予一政党实质的不利益(faktische Nachteile),[④]这种行政行为,Rupp 认为是与宪法(第 21 条)不协合的。所以 Rupp 认为,此种决定可以造成政府,径对尚未违宪,但是不喜欢(Mißliebig)或是不顺眼(unbequem)的政党的党员,排除在公职之门外。[⑤]

另一个采取不同意见的法官 Wand,基本上不反对判决主文的两种

---

① 因为单纯地拥有确认(Das bloβe Haben einer überzeugung),仍然不算是必须全部行为支持宪法之义务的行为概念,联邦宪法法院引用 1921 年 11 月 10 日普鲁士高等行政法院的判决(PrOVG 77, 493/439),必须是形诸于外才可。BverfGE, 39, 337/350。

② BVerfGE, 39, 337/350, 376.

③ BVerfGE, 39, 337/382.

④ 因为党员可能恐惧以后不能担任公职,因此该政党即不能够吸收较多之党员。BVerfGE, 39, 337/382.

⑤ BVerfGE, 39, 337/385.

基础理论，但是，Wand 以为由行政机关单方决定申请人之忠诚，则未免不公，因此，其主张，原则上，该公务员（及申请人）一旦申请参加该党，该可以确定其系认同该党之理想，行政机关有足够理由怀疑其之忠诚，但是，若申请人证明其并无可资怀疑之处，则可由该公务员负举证责任。①

诚然反对意见者，除了上述数字外，亦复不少。② 然联邦宪法法院此项决定，有其历史上的意义。③联邦宪法法院在判决主文中，一再言及：德国由于魏玛共和国命运的惨痛经验（bittere Erfahrung），对于怀有异志的公务员，采取自杀性的容忍，④使其仍留在公职之内，促使魏玛共和之灭亡。⑤ 因此，法院主张《基本法》应组成，维持一个有战斗力的、抵抗力的民主（eine streibare, wehrhafte Demokratie），以有别于魏玛共和的无抵抗力的民主。⑥ 故，法院以为，宪法所保障的平等权，也是要求平等权的

---

① BVerfGE, 39, 337/390. 另学者 J. Isensee 在论及公务员参加（实质上）违宪的政党活动时，亦主张行政官署有积极举证，证明该申请人有令人怀疑其将来会不忠于国家的具体事实之存在。这种举证责任，不能推到申请人身上，并且，申请人亦有提出反证之权利。行政机关除非证明该人过去之行为，可对将来担任公职时，产生忠诚危机（Loyalitätsrisiko），否则，不能径予拒绝。见 Isensee, aaO. S. 270。

② 如名学者 E. Denninger，即表明这是参加即有罪（guilty by association），是不许可的。见 E. Denninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37/1979, S. 34; Hilg/Müller, aaO. S. 207 亦同。

③ 联邦行政法院亦持同样的看法，EuGRZ 1975, SS. 250, 259, 261。

④ Ingo v. Münch, aaO. S. 66.

⑤ 对这种指责，学者 H. Hattenhauer 颇有异议。Hattenhauer 认为，希特勒上台之后，曾倡言德国公务员曾努力促使纳粹夺权成功。这种说词与事实相反。实际上，负有决策力之上级官员，多半比较保守。纳粹党在 1933 年成为执政党前，公务员占该党党员 4% ~5% 之间。根据柏林警方，在 1931 年 3 月搜获的数据显示，纳粹党的武力组织突击队（SA）中，公务员只占 2.5%，其中多半为邮差。故，德国公务员在当时，实在未助纣为虐。见 H. Hattenhauer, aaO. S. 366。

⑥ 这个战斗的民主，是引用名宪法学者 Karl Loewenstein 在 1937 年时的用语。K. Loewenstein, Militant Democracy and Fundamental Rights, Am. Pol. Science Rev. XXXI (1937), pp. 416/638; 及其另一著作 Verfassung - slehre, 2. Aufl. 1969, S. 348. 见 E. Denninger, aaO. S. 16。

保障,能帮助国家将其敌人排除于公职之外。① 法院因而特别指出:自由、民主的法治国家,无法也不应将命运交到其毁灭者之手。②

联邦宪法法院于1975年判决了此重要案件之后,1981年亦遭遇类似案件,亦维持原见解。③ 而且,在1981年联邦行政法院也接纳了联邦宪法法院之意见。④ 在另一个法院体系也不例外,可见,由联邦宪法法院之判决,⑤可代表德国目前的主流理念。

由于,对于公务员违反忠诚义务,法律能给予的处分极为严厉,多半是将之排除于公职之外,如此,对于如此严密的条款及其后果,现行公务员法并未予以详密的规定,故,德国联邦内政部于1982年3月26日提出一个修改《基准法》及《联邦公务员法》的草案。该草案欲修改有关规定《公务员失职(Dienstvergehen)基准法》第45条第1项及《联邦法》第77条第1项部分,增加三个字句,即是规定公务员,在违背忠诚义务的个

---

① BverfGE 39, 337/369. 这是许多该院判决对平等权的见解。

② BverfGE 39, 337/349.

③ 本案当事人是一位化学家,是一位极右翼政党的活跃分子,后欲在一大学任讲师职,被邦政府发现其资历,且被撤销其试用资格。本案经联邦宪法法院,认为毫无胜诉希望,予以裁定驳回。法院所持理由与前述之案件同。1981年7月31日裁定。NJW 1981,2683.

④ 如1981年6月9日之判决。本案是一位试用国校教员,当巴伐利亚邦政府发现其在就读大学时,曾是左派的学生团体代表,故取消其教师资格。联邦行政法院认同邦政府对该教员忠诚之怀疑。BverwGE 62, 267ff. 另一个案件,乃同年10月29日判决。本案是一位邮务人员,参加共产党及参加其活动,法院则认为,并宣布,即使德国共产党(DKP)虽仍未违宪,但是,这是一个敌视民主自由政治的团体。联邦行政法院在洋洋洒洒的判决文中,几乎全阐扬联邦宪法法院的上述案件之理由。NJW 1982,779.

⑤ 联邦劳动法院1982年7月15日之判决。本案是一位中学教员,以其在大学时是马克思主义之团体及其他反战组织之成员,后被教育主管机关撤销教员资格。该教员即以乃雇员为名义提起诉讼。法院则以为,即使该教员也已辩解其所参加之团体皆未有违宪之事实理念,其本人亦主张由选举来改造社会。但是,因为原告拒绝以前参加组织之事作答及不愿排斥该组织理念,法院则以为,此是以成立及加强对其忠诚之怀疑,并不必负举证责任。NJW 1983,1812.

案时，在份量及证据已起码确认时可以惩戒之。①此外，有关公务员在职务以外，违背忠诚义务之行为，应如何处置？草案以为：必须根据该行为的种类及程度如何而作决定；并且，也要斟酌该公务员平日所担负的任务而定。② 因而，依内政部此草案之见，所谓公务员违背忠诚义务，可以依公务员所担负职务不同，而有不同的责任。如邮差可以较不忠诚，因为其所担负的工作——投递邮件，和其忠诚之要求无甚关联也。但是，诸如法官、保安人员，则要求其忠诚即极为严格。③ 又而，违背忠诚之行为，端视其产生之后果及行为种类，而有不同之后果。这是冀望在违背忠诚业务时，须有归责条件，亦即，必须是有责的情况下，违背忠诚，才有可罚性之存在。

联邦内政部这个草案，R. Scholz 教授即表不满，其以为，公务员体系内的一个原则，就是公务员可轮派职位。所以，每一个公务员是可以依行政任务异其职务，何可因其居不同职务，而变更其对宪法的忠诚义务④？况而，公务员对宪法忠诚的义务，怎可有被分割及可分割性之存在？内政部这个草案，是一个违宪之举。⑤ 直到如今（1985 年 2 月 27 日，两法最后修正为止），联邦内政部这个草案，终未完成立法程序。⑥

（四）公务员的中立义务及节制原则

公务员的政治中立原则，早于帝政，尤其是君主立宪时代，已经确定。在彼时，依 Püttner 教授所言，文官体系是不涉及政党之斗争。文官

---

① 此明显是采纳联邦宪法法院判决文之字句，见前注 68 处。

② 见 R. Scholz, aaO. S. 433。

③ 这是由联邦行政法院的一件判决所引起热烈讨论之结果。该案件即前注 81 第二个案件。

④ R. Scholz, aaO. S. 427.

⑤ R. Scholz, aaO. SS. 428, 429, 432.

⑥ 如学者 H. H. Klein，在 1979 年即表示反对这种看法。见 H. H. Klein, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37/1979, S. 85。

对于政党的选战及意识形态的争论,是采袖手旁观之态度。这就是所谓保持距离与中立之原则(Distanz und Neutralität)。[①] 因为,文官及代表国家的君王,都是国家连续性的保有者(Träger der Staatskontinuität),[②]国家的一贯性,不受内阁更迭,政潮所中断。

《魏玛宪法》首将公务员的中立义务明列入宪法明文之内(第130条)。依该条,公务员系为国民全体而服务,而非为一党派(die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei)。这个条文,并未为德国的现行《基本法》所承受。[③] 但是,依《基本法》的体制,公务员的任务,只局限于行政,即政策之执行(vollziehende Gewalt,《基本法》第20条)方面。而和政府,亦即是国会负责的政治家——部长等政务官所组成的政府不同,公务员体系是一个无政策决断力的文官体系(ein politisch entmachtetes Beamtentum)。[④] 这个制度,不对政策负责,不对国会负责,只是执行政策而已。

虽然《基本法》未采纳《魏玛宪法》中立义务之成例,但这个义务,在现行之《基准法》(第35条第1项)及《联邦公务员法》(第52条)[⑤]也明确规定此义务。公务员不对任何一个政党偏私,因此,公务员是对上忠诚,对外(内)中立[nach oben loyal, nach außen (und innen) neutral zuhandeln]。所谓对外,系对公务员体系以外之各个政党,一视同仁;所谓对内中立,也意味行政部门在对内,也应对各个政党之价值,作中立之判断(如不予其他政党之活动,党员的待遇予以歧视。此亦是政党平等

---

① 少数几个例子是 Otto v. Gierke 和耶林。参阅笔者,〈耶林论法官的独立性〉,收录于《法治国公法学原理与实践》,上册,第八篇,2005年9月,中国政法大学出版社,第204页。

② A. Köttgen, aaO. S. 229.

③ 反而是实行独裁制的《东德宪法》第3条有此条之规定。

④ A. Köttgen, aaO. S. 229.

⑤ F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 2. Bd. 1963(Neudruck), S. 37.

原则之实现)。这种公务员的不偏性(Unbefangenheit),①或不可偏颇,不公正(parteiisch, parteilich),②在一般事务官(常任公务员)较易实现。不无困难的,是部长类的政务官。③ 有鉴于该些政务官是国会政治的产物。以政见、政策之获选民支持,为入阁之条件。因而,拥此些职务者,既是政党政治下的产物,其于任职的主要目的,亦希望其所隶属政党的政绩,于若干时日后,可再获选民肯定。因此,要部长等政务官免除党私则事实上颇不容易。由于部长等政务官,不属于公务员之概念范围,自有联邦部长法的特别法予以规定。于此即不赘言讨论。不过,依《基本法》第64条之规定,联邦政府部长在任职前,必须依《基本法》第56条所定之,联邦总统就职时宣誓的誓词,而作宣誓。该誓词除有竭诚履行职务之字句外,最后有对任何人实现正义之句。故可以此誓词中得知,即使部长亦应公正执行职务。但是,以学理而言,宣誓本身无法产生具体的法律义务,④以故,部长的此实现正义宣示,只能作为评判其政绩优劣之标准,且只是加强部长的道德拘束力罢了。

而在《基准法》(第35条第2项)及《联邦公务员法》(第53条)所规定,公务员的政治行为(politische Betätigung),必须遵守所谓的节制及保守原则(Mäßigung und Zurückhaltung)。这种节制及保守原则,既然是针对公务员的政治行为(参与政治活动)而发,则这是专以公务员的行为,具有政治意识而言,而不分此行为发生于执行职务时间与否,所发生之

---

① G. Püttner, aaO. S. 394.

② R. Scholz, aaO. S. 422.

③ 并非德国公务员法所谓的政治事务公务员(poltische Beamte)。按《德国联邦公务员法》第36条规定某些与政策之推行,有密切关系的职务,如各邦的秘书长,外交高级官员,保防高级官员等,属于政治事务之公务员。这些公务员系属高级文官(事务官),但非属政务官,联邦总统可随时希其暂时退休,但该公务员可等待下一个(终身职)任命令,并且,有义务接受。见该联邦法第37至第40条。参照翁岳生,前述书第175页。

④ Hilg/Müller, aaO. S. 308.

行为。此之谓的政治活动,包括言论自由、信仰自由等基本权利的实行,而与政治染上关系。而这种节制的限制,如公务员不仅在服勤务时,即使在公余时间,亦不可发表偏激的言论,如批评长官、社会政策等。因此,公务员的言论自由即受到限制。然公务员的基本权利,在民主法治国家,应该受到保障。公务员的基本权利,受到法律的限制,系立法者由《基本法》第33条第5项之必须斟酌传统文官制度最高指导方针,来予依各种公务员不同的种类及性质,而对其权利,有不同之限制。① 而这种传统文官体系,并非绝然只是一个僵硬的体系,亦即,专以近代某一个时期的公务员(文官)制度,作为蓝本(如俾斯麦时代,或魏玛时代)而是以参照传统的,和基本法基本精神一致的制度,诸如节制、忠诚、中立等美德,才有留存及立法予以规定下来之必要。因而,在第二次世界大战以前,基于Otto Mayer辈发扬光大的特别权力关系理论,可以在对公务员职务内之义务拘束,一直扩充到职务外在行为领域,也就是理论上,公务员——自愿加入公务员之行列,即表示自愿放弃其基本权利,其在职务外之私人时期,仍受到职务纪律之拘束。因而,有公务员一直在执勤(immer im Dienst)的看法,将公务员在公余的私人时间内,所为之言论,亦由品位原则(公务员在私人时间所为之行为,必须注意形象及其可信赖性)来予以拘束。② 现代的理念,公务员在执行职务外之私人时间,基本权利之限制,唯在必要范围下的最小限度才可予以拘束。所以,在公

① 如可以对教育人员、法官及警察、保防人员而有不同权利的限制。Ingo v. Münch, aaO. S. 61.

② 这是普鲁士高等行政法院时代的看法,PrOVG 14, 407, 66, 437f. JW 1927, 2867。这种公务员的私人时间内的行为要值得令人尊敬(信赖,Vertrauen),在以前,可以扩充到拘束公务员的政治行为之上。这种看法,已不合现代理念。因为这个信赖的要求,主要是要求公务员在公余之私人行为,是指品格上的言行,也就是保持令人尊敬的行为,以免有辱官哉。而非在政治行为方面。见 Ingo v. Münch, aaO. S. 61; R. Böttche, aaO. S. 125。

务员的私人时间，依现行法，①若涉及品德者，②有品位原则之拘束，在涉及政治行为者，则有节制及保守原则之拘束。

因此，公务员的政治信念，表达于外时，则必须保守及节制。不可为激进的政党作宣传，亦不可发表失去中庸的言论（如读者投书）。以德国的实务显示，公务员的政治行为，在职务内外，有不同的节制标准。在执行职务期间，公务员发表涉及政治之言论，只能在不影响工作之执行及工作情绪（工作气氛 Betriebsklima），视为私人谈话时，则可以许可。但是，仍然不可以发表有计划的、蓄意的煽动言论（planmäßige Agitation），并且，也不可作演讲式的使第三人能得听闻自己的见解。③ 但是，在执行职务外时间，公务员参与之政治活动，如何遵守节制及保守原则？亦即，既然有此节制原则的存在，即表示，公务员可以参与政治活动，如参加党派，发表演说，甚至可以批评政策，④然而，这种如何（wie）进行政治活动

---

① 《基准法》第36条及《联邦公务员法》第54条，规定公务员：应全力（mitvoller Hingabe）贡献予其职务，并大公无私地（uneigennützig），竭诚地履行勤务。在勤务内外之行为，应达成其职业所必须的尊荣及信赖要求。条文虽亦将勤务内的行为包括在信赖的要求之内，但重点所在，还系要求公务员在职务外之行为。

② 此处之品德，除了一般意义的道德外，也包括公务员职业的尊荣。所以，公务员（警察）不可以在公余，着制服，沿门传教，BverwGE 47，30，29。同样的，教员亦不可在课堂内传教，或攻讦某宗教。见 Ingo v. Münch，aaO. S. 62。

③ Ingo v. Münch，aaO. S. 62；另 G. P. Struck，aaO. S. 38。汉堡行政法院1979年3月6日的判决，认为教员在上课时，公然悬挂反对兴建核能电厂的标志（胸章），是公务员在执勤时，违背节制及保守原则，因为反核能是涉及政治事件，NJW 1979，2164。但是，同年4月20日的柏林行政法院，对于同样的事件，却和汉堡行政法院，作出完全相反的判决。柏林法院以为，教员有不偏不倚的教学义务，因此，教员于上课时，悬挂反核能之标志，正是予学生多方之数据来源，可以使学生多方思考，达到教学目的。NJW 1979，2629. 同年6月6日的汉堡劳工法院的类似案件审判，亦与柏林行政法院相同的看法。NJW 1979，2638. 另 A. Beyer，Zur politischen Meinung säußerung im besonderen Pflichtenverhältnis，Bay VBl. 1981，S. 236. 亦同意之。

④ 唯有政治事务之公务员不可以批评政策。因为该些公务员，依《基准法》第31条之规定，与政府政治的观点及目标，基本上有持续性的确认（fortdauernde übereinstimmung），所以，不能够批评政府。C. H. Ule，Beamtenrecht，S. 143.

的界限,在于节制及保守,则分寸极不易把握。在德国联邦行政法院的判决例中,曾认为若有(民选)市长欲再寻求连任,而在公余参加政治活动,可以批评政策,上级政府等言论,也可以召开演讲会。对于这种政治活动,法院以为与执行职务关联较少,而只要用节制原则,未蓄意煽惑群众,而且,可以偏私其党(不必遵守政治中立之义务)。但是,若该集会是市长执行职务时(如召开某某仪式),则市长就必须遵守中立义务,自不待言。① 故,公务员在职务外之政治活动,在内容上,不得有违背忠诚义务,已于上文论及。除了忠诚问题以外,则端视表达方式如何而定。原则上,以一般方法(übliche Methode)②来表达其参与政治的意愿,并以平和的态度(包括措辞),应是所谓保守、节制(有所保留,有所不为也)的适用。③

(五)宣传义务及沉默权

公务员对宪法及现行宪政的忠诚义务,可否要求公务员在任何场合(其中主要是在执行职务以外之私人时间),遇到有攻击宪法,煽动贬视宪政理念的活动时,有挺身而出,予以辩驳之宣传(民主理念)之义务(所谓宣传义务 propagandapflicht)?抑或拥有沉默权(Schweigerecht)?

在纳粹时代,要求公务员至死不渝、全部行为、毫不保留地效忠国家元首及执政党,自然要求公务员以全部心力(Leib und Seele)④来效忠,公务员即有奋起辩驳之义务。而在西方国家中,唯有瑞士于 1927 年公布的《瑞士联邦公务员法》第 22 条,规定公务员有宣传义务外,其他各国,如法国公务员有保守义务,亦不可解释为积极的宣传义务。而美国

---

① BverfGE 24, 315. 1966 年 7 月 8 日宣判。C. H. Ule, Beam - tenrecht, S. 143.

② C. H. Ule, aaO. S. 143; Ingo v. Münch, aaO. S. 63.

③ 节制及保守,是不确定的法律概念,可以完全由法院来审查。联邦行政法院 1973 年 11 月 14 日的判决。另 BverfGE 43, 215/217 亦同。W. Berg, MDR 1973, S. 188.

④ W. Berg, aaO. S. 189.

在20世纪50年代，消除公职人员内的共党潜伏人员之行动时，亦未有此类之规定。反而是东德的《宪法》（第6条）及1955年3月10日公布的《惩戒令》（第3条第2项），明确规定，公务员在任何时间，要积极地致力于东德国家目标的实现……任何时间要对敌意的意见，予以抗争。①因此，学界以为，宣传义务的订定，多系专制，独裁国家的产物，故不宜列为忠诚义务的附属义务之内。②

然而，实证法规定，公务员必须以全部行为（durch sein gesamtes Verhalten），来认同并维护宪政，则这个措辞——全部行为，易为人解释为积极的作为义务。但是，在《联邦公务员法》该条文（第52条第2项）的订定过程时，审查委员会即表示，公务员即使在私人场合（in privatem Kreise），亦应该起而发言，以防卫民主政体，并尽量争取发言机会。因此，每位公务员，即成为一个小型的宣传中心（ein kleines Propaganda-Zentrum）。③ 对于学者所主张的，公务员并不负有积极的宣传义务，只有绝对的沉默权利（ein absolutes Recht zum Stillhalten），即可不违反政治忠诚义务，④委员会表示反对。委员会以为，倘公务员参加一个自始就是反对宪政体制的集会，自然是明显地违反忠诚义务，自不待言。倘该集会，先是由支持宪政的主辩单位所举办，中途变质，由左派或右派的极端分子所操纵，倘若仍允许公务员负有沉默权，任诸其坐壁上观，易让人误认其有默许、认同该偏激言论之嫌。因此，委员会同意，至少公务员应起身离去以释嫌。但是，可能事实上，集会场地过大及会场情绪激动、热烈，公务员之离去，无任何示意价值（引起人注意），则公务员在可能的方法内（如可以获得发言机会），应公开表示其无法赞同那些敌视民主宪政的

① R. Böttcher, aaO. S. 119, FN 7.

② R. Böttcher, aaO. S. 117.

③ R. Böttcher, aaO. S. 119, FN 11.

④ 例如，A. Köttgen, Die Meinungsfreiheit des Soldaten, in: Von den Grundrechten des Soldaten. 1957, S. 68。

言论。倘若公务员无法当场发表言论,至少在事后,应补充书面报告予其上级机关,以释嫌疑。①

公务员这种必要陈述,而且,只须一次即可,只是表示其不同意敌视宪法的言论,其目的,在于表态,在于划清界限,而不在于积极改变会场的言论趋势。②

诚然,倘若公务员偶然参与之集会及政治活动,中途异质,而引起有攻击宪政之嫌,然而,国家既然保障一般人民有集会结社以及言论等诸自由,其等自由,可以(只要在仍未违法的范围之内),不受干扰地实行下去。此不受干扰,应包括反对意见的介入。而以公务员的立场,国家设有各个不同职权之机构,各有不同任务、职务的公务员。该政治活动,若有逾越法律之情形,职司其事之公务员自有处置之权限及处置义务。而涉足的公务员,只须适当地表明立场,应即可(也应该)离开会场,不必静观其变,或奋战不懈。此亦系对公务员基本权利(不言论之自由及信念自由等基本权利)尊重的表示。而且,借着表明宣示,可以折中易启人疑窦的沉默权主张及积极的宣传义务,故,这个表态义务,似较为可行。③

四、结论

本文讨论的德国联邦宪法法院以及德国各邦对于公务员政治忠诚的要求到处都弥漫着保守主义的色彩。同时也显示出东、西冷战所留下来的强烈色彩。其中对于公务中忠诚度只要有怀疑即可作为拒绝人民担任公务员的借口,是否为紧张过度似的权力滥用,自20世纪60年代

① A. Bochalli, Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 2 Aufl. 1958, Anm. 3 zu §52; R. Böttcher, aaO. S. 139.

② R. Böttcher, aaO. S. 140.

③ R. Böttcher, aaO. S. 147.

以来几乎在学术界的批评从没有停止过。虽自1990年西德统一以来，此问题已渐渐不受重视，但随着右派新纳粹主义已有死灰复燃之势，目前此问题再度获得重视，尤其是职业军人，与新纳粹党（新共和党）的关连，使得今年（2000年）前半年德国联邦行政法院便产生三个判决。因此，本论文的讨论似乎仍有实际的价值。

（本文原刊载于台湾《东吴法律学报》第5卷，第125～166页，1987年2月）

第八篇　论政党的内部民主制度

在一个政党中，思想来自上层，然后影响下层，这是产生愚蠢思想的最佳途径，……政党的思想应该来自下层。

——西蒙·波娃，
《沙特最后的话语》

一、前言

民主国家的政党，是由某些国民聚集所成立的一种"政治团体"（社团），借着参加国家或地方之选举，争取选民支持，获得行政或立法机关之职（席）位，在这种政治过程中，来形成、凝聚及实现本身及国民的政治意志。因此，政党是一个论政及参政的团体。每个政党之属性——如以有无具备民主要求，自会对一个民主及追求民主理念的社会，或多或少地造成影响。要求政党必须是一个民主政党的呼声，中外皆早有所闻。探讨一个民主政党的概念与制度，尤其是以宪法的角度着手，是本文所欲

尝试之处。

一个政党可否归为民主的政党，可以以两方面来观察：第一，以该政党所要追求之理念（党纲所要揭示者），是否是一个民主的或是一个独裁的政治理念。这是以该政党的行为目的所为之区分。第二，是以该政党的内部来区分。若是该政党之内部——结构及行事准则——有符合民主者，即可称之为民主政党。由于前者——政党之行为目的——有无合乎民主，率多会与国家之宪政秩序有所抵触。在许多国家，这些政党之活动也不会获得法律之许可——例如经过政党禁止的政党违宪审查手续。① 因而政党之目的有无符合民主要求已变成讨论政党违宪性与否之问题范围。不复再为讨论民主政党时所重视。②故，一个政党方是否为民主政党，端以其之内部有无民主来论断。亦即，一个内部民主的政党是一个民主之政党。

政党的内部民主制度，会因为各国的政治、法制及法律体系之不同，而异其内容。鉴于我国台湾地区法律之渊源及体系，与德国之关系极为密切；而对于政党内部的民主体制问题——就以纯法律角度来讨论，及其探讨层面之深广而言，该国法学界贡献尤多。本文即以德国学理及制

---

① 例如，德国《基本法》第21条第2项，《联邦宪法法院法》第43条至第47条，《西德政党法》第32条以下；意大利1948年1月1日《宪法过渡条款》第12条的禁止法西斯党；《土耳其1961年宪法》第57条，见 Y. Abadan, Das Türkische Parteiengesetz, in: Die moderne Denmokratie and ihr Recht, Festschrift für G. Leibholz zum. 65. Geburtstag. Bd II. 1966, S. 303；瑞士在40及50年代，许多联邦及邦法禁止纳粹党及共产党之成立活动，见 C－A Conrad, Die politischen Parteien in Verfassungssystem der Schweiz, 1970. S. 120；以及美国1950年的《颠覆防止法》（Subversive Activities Control Act "Mc Carran Act"）及1954年的《共产党防止法》（Smith Act）等。

② 不过，政党的"追求目的（理念）"及其"内部"形态多有密不可分之关系。一个追求集权主义之政党（如极右的法西斯党或极左之共产党）在党内能维持真正的"民主原则"也令人怀疑。所以，讨论某一政党有无"违宪"时，也常常会讨论到其内部的"民主性"问题，反之亦然。而德国联邦宪法法院的两次有关政党违宪案：禁止极右的"德国社会帝国党"（SRP, BVerfGE 2,1）及极左的"德国共产党"（KPD, BVerfGE 5,85）皆是其例。

度为讨论中心,再于必要时,参酌其他国家类似或相关之制度,相予佐证及补充。冀望这个在台湾地区仍停留在政治价值讨论的政党内部民主问题,在本文剖析后,能以实证的法律规范立场,获得一个全面及清晰的制度架构。

二、政党与民主

(一)政党之自由与政党之民主

以宪法的眼光重视一个政党的"内部民主"问题,是在第二次世界大战以后才兴起的。在第二次世界大战前各国的宪法"政党"理念——举德国《魏玛宪法》而言,认为人民有权利组成并加入一个政党。这是人民之基本权利(结社权)。人民行使上述权利与人民在私法领域内行使,如成立公司等,并无二样。只不过,政党是"政治性"的结社罢了。政党并未形成一个特殊的"宪法制度"(Verfassungsinstitution),而无异是人民结社权的衍生制度。在这种对政党之组成及其内部运作,由人民依"私法自治"及一般社团法来规定之状态可知,宪法对一个政党的"民主性"问题,任诸党员及政党本身来决定。因此,宪法只是以保障人民结社权之立场,来维护政党之"自由"而漠视政党的"民主性"问题。①

诚然,若是能够妥善地运用"政党自由"制度,亦非不可以达到"政党民主性"之理想。这种情形,多以海洋法系的国家为然。以实行两党内阁制的英国,政党的目的是挑选及支持该党的候选人进入国会,组成内阁或国会中的反对派。政党的活动,主要在国会内表现。政党的领袖

① 《魏玛宪法》对政党未特别规定,只是在第130条提及公务员"为全民服务,而非为一党派服务"时,提及"政党"。故将政党视为国内政治纵横捭阖之团体,而公务员与之保持"政党中立"。

就是国会领袖(在执政党方面则为内阁首相),故政党及政党领袖兢兢业业,多于"选民之声音"而少于"党员之声音"。政党所在意的,是以后能否继续在位,而不太在乎党员之期待。因此,英国对于"党内民主"之问题,显然并未太关心。由于"国会政治"的制度使然,由"两党竞争"(或"多党竞争")为争取选民支持,"政党间之民主竞争"(Interparty democracy)显得较"政党内之民主"(Intraparty democracy)来得重要。①虽然党员并不能予政党领袖许多实质上之影响,即政党领袖主要是代表政党向"选民负责"。但是,政党领袖也不能完全漠视党员之声音及期望。由于社会及国家长久树立的民主理念及传统,英国由"政党自治"(autonomy of party)引申的政党政治,由政党的内部规范及参与选举的外在国家选举程序,使得英国的政党亦能博得"民主政党"之声音。②

另外一个例子,可举美国作说明。美国的政党性质也和英国有极大之不同。美国并无类似英国组织及立场泾渭分明的政党。英国因为实施责任内阁制度,国会内的"政党纪律"(party discipline)颇为严格,也造就了强而有力的政党领袖。为了贯彻党的政见及部署选战,党拥有全国性之组织及以全国、全盘着眼的党政策。相形之下,美国的政党,就显得极为松散。就党之组织而言,各政党几乎没有常设且有实权之全国性组织存在。③ 国家采"分权"制度,掌行政大权的总统及掌立法大权的国

---

① 见 W. Jäger, Partei und System, eine kritische Einführung in die Parteienforschung, 1973. S. 113; K. Loewenstein, über die parlamentarische Parteidisziplin im Ausland, in: Forsthoff/Loewenstein, Die politischen Parteien im Verfassungs recht, 1950, S. 31。

② R. T. Mckenzie, British political Parties, The Distribution of Power with the Conservative and Labour Parties, 2nd Edition New York 1963, pp. 636, 647.

③ 如"中央党部"之类的组织。美国的政党虽亦有类似"全国委员会"(national committee)的组织,但这些组织名义上是政党的全国最高机构,却未有任何实权可以指挥及监督各州之党部。各州的党部同样地也无法支配"更下级"之党部决议。所以,各党部间并无严格的"隶属"关系可言。见 F. J. Sorauf, Political Parties in the American System, Boston, 1964, p. 40。

会,分庭抗礼,总统可拥有"立法否决权",否决国会所通过之法案,也因此,类似英国责任内阁所需求的,行政权必须获立法权之支持方可之制度,即不须在总统制适用。美国国会内的政党色彩及国会议员之"政党性"便不太明显!从而,类似英国国会内的"政党纪律"要求即不存在。①

美国的政党也未如许多欧洲的政党是一种具有强烈"意识形态"的"信念团体"(Gesinnungsgemeinschaft),②对政策的路线有明显的价值取向。而美国的政党却是专以"选举公职"竞取公职职位为目的。利用"公职位置"的更迭,来决定及改变政策。因此,各个候选人的"个人色彩"超过了其所隶属政党之色彩。故美国的政党的组织及功能是为配合上述"人的推举"而存在,政党并未为其自身及其党员"事先"即订立一个"政策方针"以资号召选民。是美国政党与欧洲政党一个极大之分野。③

这种以地方党部为党务运作中心(分权化,decentralization),政党的政策及意识形态的淡化,并无频繁及积极意义的党内活动、中央(联邦)及地方的立法及行政之分权制度等使得美国的政党制度,并不迫切需要考虑"党内民主"之问题。在现实的运作上,美国政党主要在"提名候选人"之过程上(即党内初选制度,primary),方有实践"民主理念"之必要(详见下文)。除此外,学界及政界鲜有主张"党内民主"制度之建立者④。

---

① K. Loewenstein, aaO. S. 26.

② J - T Blank, Die innerparteiliche Willensbildung nach dem Grundgesetz, ihre Ausgestaltung im Parteiengesetz und ihre Berücksichtigung in den Parteistatuten, DVBl 1976, 566.

③ E. J. Sorauf, supra, p. 50; P. Haungs, Parteiendemokratie in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 17; C. J. Friedrich, Constitutional Government and Democracy, revised Ed. Boston, 1949, pp. 416, 417.

④ F. J. Sorauf,认为除上述理由外,政党由外在之控制——如舆论——亦可更有效的(比由党内而来的)监督政党行为。Supra, p. 52.

由“政党自由”及竞争制度，和靠着“政党自治”、“政党自律”制度，可以在上述两个国家内实践民主政治。但是，这两个国家，一个是世界上历史最悠久的立宪及议会政治国家；另一个是实施成文宪法最久且同是实行民主政治历史悠久之国家。两国除了已树立坚实的民主理念外，后者极特殊的政党制度，却也是世界各国所少见的。在世界其他国家的政党政治就曾产生弊害。尤其是于第二次世界大战期间，在欧洲兴起的极端主义之政党，竟有夺取或推翻民主政权体制之情形出现，如德国、意大利、俄国及西班牙等。这些在政党内、外皆以反民主方式宣扬及组成的政党，究竟应否受到国家法律规范之“拘束”，是在第二次世界大战之后的欧洲，受到政界及宪法学界所重视的课题。

第二次世界大战后，意大利在 1947 年 12 月 27 日公布的《宪法》第 49 条规定“每个人民有自由组党之权利，来以民主之方式，决定国家政策”。意大利在本宪法中规定人民享有“组织政党”之权利，同时也要求该政党必须“以民主方式”决定国家政策。唯《意大利宪法》未再对政党之行为有所规范，而意大利亦未制定规范政党“民主性”之政党法律，故“政党民主”仍只停留至宪法的宣示作用。①

1958 年 9 月 28 日公布的《法国宪法》第 4 条亦规定：政党及政治团体可参与竞选。其组成及行为皆享有自由。其并应遵守国民主权及民主之原则。《法国宪法》对政党之民主性即有明确的规定，即国民主权及民主两大项，是极有助于对政党民主概念的阐释。

1976 年 4 月 2 日的《葡萄牙宪法》第 47 条亦规定：人民拥有结社，包括组织政党之权利，而政党内之意见须以民主之方式形成之。《葡萄牙宪法》此条规定是将党内民主之保障，以“民主形成党内意见”为内容。

1975 年 6 月 5 日的《希腊宪法》第 29 条（第 1 项）规定：政党之组织

---

① T. Stammen, *Political Parties in Europe*, translated by G. Cannon – Kern, Westport 1981, pp. 72, 86.

及行为应有助于国家民主秩序的自由开展。此种对于政党的"民主"要求自是以较抽象之方式表现之。

1961 年 5 月 27 日的《土耳其宪法》第 57 条(第 1 项):规定政党的内部规章、政纲及行为必须符合基于人权及人类自由之民主共和国理念……①《土耳其宪法》此条规定是将政党与"人权"相连接,显示出其重视人权与政党相关联之意义。

最后可举 1949 年 4 月 23 日的德国《基本法》第 21 条(第 1 项),该条除保障政党的成立自由外,亦规定"其内部秩序应符合民主原则"。至于何为"内部秩序"及"民主原则",则须另以法律定之(同条文第 3 项)。

上述欧洲国家之宪法内皆或较具体,或较抽象地提及政党之应具"民主性"。然而,究竟政党的"民主理念"为何?亦即,政党以何种标准及原则,作为其内部"民主化"之指标?有待再予讨论之必要。

(二)政党的"民主"概念

1 政党发展之弊病——寡头趋向

提及政党"民主化"问题,必先讨论罗伯·米谢尔斯的"政党寡头趋向论"。德国名学者罗伯·米谢尔斯(Robert Micheals)于 1911 年,在德国莱比锡出版一本名为《现代民主中的政党社会学》(Zur Soziologie des Parteiwesens in der Demokratie),副题是"团体生活的寡头趋向之研究"(Untersuchungen über die Oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens)的书,以社会学之立场研究政党之问题。② Micheals 以当时德国社会民主党(SPD)以及大工业同会"德国贸易同盟"(DHU)之结构及运作,获得一个结论。其以为现代社会的政党,规模都逐渐庞大起来,也逐步走上了"专业知识"的时代。政党也因此会形成固定的"组织"——所谓的组织体系化(organisatorische Strukturierung)。政党的组织必会操在极少部

① 参见 Tsatsos/Morlok, Parteienrecht, 1982, S. 241。

② 1 Aufl. 1911; 2 Aufl. 1925, (1957 年重印)。

分的“党精英”之手中。党的领导阶层除了控制政党的日常政务外，也实际影响了政党政策之决定，党员只有听任党领袖之领导。政党走上了这种“寡头领导”之趋势是不可避免的，故其提出一个脍炙人口之名言——“寡头之铁律”（eisernes Gesetz der Oligarche，iron law of oligarchy），来综归其结论。依此铁律，政党必会形成“寡头领袖”之组织，除了小的政党外，愈大的政党，其寡头领导情况愈严重，其距离“民主”的理念也愈远。党员对党务及党政策已毫无置喙之余地，所谓“党大会”对党之“政策提案”也成为党代表最多能称“是或否”，甚至沦为“鼓掌大会”之情况。所以，其称“组织即等于寡头”（Organisation = Oligarche）。寡头组织必使民主“窒息”。① Micheals 以社会学的眼光分析这种发展之趋势，可以由“技术层面”及“心理层面”来讨论。在“技术层面”上，由于现代的政党的组织极为庞大，组织的运作，非一般的党员（尤其是当时的德国社会民主党的党员，多系劳工）有时间及能力，能予参于。最后必须靠一群“专业党工”及职业政客来掌握，方得顺利推动党务。在“心理层面”而言，党员间广泛地存有一种心态，希望所隶属之政党，是一个（或是会形成一个）大规模的政党，如此即更能保障其利益或是愈易使彼之政治意志得以实现。同时，群众心里也希望有人能“领导”他们达到这个理想。当政党的领导阶层获得广大党员承认及信任后，本身除一方面会期望达到党员之期待外，另一方面必会“巩固”其领导地位，于是乎，“寡头”地位即会形成。②

R. Micheals 提出这个政党“寡头铁律”，认定现代政党不可避免必

---

① R. Micheals, aaO. S. 24; R. Wichard, Parteien in der Demokratie, eien Einführuug in die allgemeine Parteienlehre, 1977, S. 68; U. Lohmar, Innerparteiliche Demokratie, 1968. S. 2.

② R. T. Mckenzie, p. 16. 以 1910 年德国社会民主党的干部共有 34 人，而其党员的数目是干部的 250 倍，可知干部与党员的悬殊比数，见 M. Duverger, Political Parties (Translated by North), New York, 1963. p. 154。

会背离"民主"理想而趋向"寡头",受到许多学界之批评。① 尽管如此,证诸欧洲稍后的历史,许多大规模的政党,如俄国的共产党、意大利的法西斯党及德国的国社党,都形成了寡头式政党,也掌握了国家之政权。为了正本清源,就必须对所谓政党的"民主"概念予以分析。

2. 国家"民主"理念与政党"民主"理念

何谓政党内的"民主"?该"民主"理念和国家的"民主"理念有无差别?是首先要讨论的问题。

一般而言,"民主"是用在国家之层次,如决定国家之政体,人民之基本权利及立国基本原则等,在日常的法律用语中,将"民主"作为规范行为之标准者,就极为少见。② 主张两者有"同一性"者,认为政党所要"遵循"的民主与国家所要遵循的民主是相同的,无所差异。因此,国家所应适用之民主原则及民主模式,如肯定人民之基本权利,实行代议制度,主权在民,法治国家原则等都可以及必须在政党之制度内,付诸实现。③

坚持政党的"民主"和国家的"民主"理念必须是相同之看法,容易导出一些极端之结论。由于国家的民主理念,主要是渊源于古典的"主权在民"之理论(即"国民主权")。国家的权力来源必须获得人民之同意方可。由此理论导引出国家的人权,代议制度,法律保留,权力分立……倘若完全移植到政党之制度上,首先将使政党之功能萎缩下去,例如,政党内部的"民主",依 R. Micheals 在其"寡头铁律"中所使用的

---

① 学界批判 Micheals 多以其当时特定时期及特定政党所作的结论,未必适用于今日,如 R. Wichard, aaO. S. 69; 美国学者 Sorauf 则以美国政党之特色否认 Micheals 之理论可适用在美国政党。Sorauf, supra, p. 52; Mckenzie 则以英国与欧洲大陆不同的国会政治、阁员须为"选民"而非为"党员"(或政党)负责的民主传统,也不适合 Micheals 所倡议的"铁则"。Mckenzie, supra, p. 644.

② E. Forsthoff, aaO., S. 16.

③ 类似的规定,较清楚的是上述《土耳其宪法》;较不清楚的是《法国宪法》。主张"直接适用者",如德国学者 J-T Blank, aaO. S. 565; 意大利学者 G. Cassandro 及 V. Crisafulli, 见 G. Cassandro, in: Die Stellung der politischen Parteien in der Verfassung, 1969. S. 52; V. Crisafulli, in S. 67。

（虽然对其并未再予详论及予以定义）该“民主”见解，无疑的，却是这个古典的，由鲁索主张的“治者须得到被治者同意”，让被治者由治者的“擅断权力”中解放出来，作为“民主”之写照。所以，Micheals 认为推展到政党之内部关系，亦必须党魁（党之组织及领导阶层）能够得到党员之同意，方可有所作为，此是他认为政党所不可能会达到这个“民主”之理想！Micheals 以这种古典式的，单纯地以“治者须得被治者同意”作为“民主与否”的“单一标准”，也是其受到抨击之处。① 由于嗣后之历史显示出寡头政党之弊害，有些引 R. Micheals 之论者，在战后便兴起一种“激进民主”（radikaldemokratische Theorie）之理论。为了根绝政党会形成“寡头”制度，该理论认为政党必须贯彻“全面民主化”（Totaldemokratisierung）。党员必须由“专擅”的党组织中“解放”出来，该党方可属于一个“民主政党”。党的政策必须完全“由下至上”反映及决定，因此，党的组织完全成为“反应”及“传达”党员“公意”之机器，除了担任“党员公意”的“传声筒”及执行该“公意”外，政党的组织，不应该有任何作为；这才是“民主”的政党，②方是“直接民主”制度。③ 这种唯恐政党之组织会形成“寡头”而要将政党之组织“单纯化”（退化）为只是“接收及传递”党员意见之执行机构，未免有“因噎废食”之憾。而且，对于日渐复杂及多样化之社会，党员数目庞大且成分复杂，如何方能“完全”地凝聚党员之“公意”以作为党政策之决定标准？故“全面民主论者”（以激进民主论者）其出发点虽然无可非议。但是，在现实方面以空泛的“国民主权”（党员主权）来诉诸政党体制改革，注定前途坎坷而在

① 如 R. Wichard, aaO. S. 69。

② R. Wichard, aaO. S. 63. 关于此种理论之发展，见 E. Fraenkel, Strukturanalyes der modernen Demokratie, Aus Politik und Zeitgeschichte, B49/69, 1969, 3 - 27。

③ 国家“民主”原则中的“代议制度”在此就未受到重视。参见 G. Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1967, S. 93ff; P. Haungs, aaO. S. 13。相反的，见 R. Scholz, Krise der parteienstaatlichen Demokratie? Grüne und Alternative in Parlament, 1983. S. 39。

理论上也不无极多可疑之处。①

另外,适用在国家的"民主"体制能否在政党之体制内,全盘适用,亦应考虑到政党的"体制"及功能方可。例如,人权及其依宪法的保障及限制,可否完全于政党内部,视为党员之权利来适用?如承认党员亦有完全之"结社权"则可在所属政党内再度"结社",政党是否会形成分裂?国家民主制度规定投票制度是"秘密投票"制,在政党内亦否一律须秘密投票不可?政党应否如国家一样,设立类同"国会"之机构及制定"依法行政"之制度来控制党务之进行?这些问题明显地皆容有商酌之余地。② 因此,国家的民主理念,许多是涉及且规范国家(公权力)与人民之间的关系,与政党的民主要求,是规定人民与非公权力之"社团"——政党之间的关系不同,不可一概而论。以目前学界绝大多数之见解,是采"修正适用说",适合规范政党内关系的"民主"理念,原则上是源于国家之民主理念及制度,唯,必须"有所修正",必须考虑政党之"功能"及特性后,才予援用。③

接下来的问题便是,如何在考虑政党的功能制度下,界定可适用在政党内部关系中的"民主"原则及其内容?

---

① W. Jäger, aaO., S. 118.

② 学者 Seifert 即认为,以最后一个例子做说明,政党不可能设置一个类似"国会"之机构,长期地(常设地)来监督及控制党务"行政"之行为。同样的,党员代表大会虽然是政党的最高权力机构,但也不可能时常且持续的召开,来"复决同意"政党机构之决策。故无法全面接收国家之民主理论。K-H Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 195.

③ 如 Tsatsos/Morlok, aaO. S. 36; W. Henke, Das Recht der politischen Parteien, 2Aufl. 1972. S. 50。

三、政党民主概念具体化——德国法制之参考

虽然欧洲许多国家之宪法皆已揭橥政党民主化之理念，已如上述。但是，这是皆为不太明确的理念。能够经由国会以制定专门法律（如《政党法》）之方式来"具体化"者并不多见。① 而其中以德国在1967年7月24日所制定的《政党法》，有较详尽的规定。而在1967年制定《政党法》之前，德国宪法学界对《基本法》第21条所谓"政党内部秩序应合乎民主原则"，也已经有热烈的讨论。例如，名学者E. Forsthoff在《基本法》甫公布时（1950年）就认为政党的内部民主原则，不外乎是：（1）摒弃法西斯的"领袖政党"之形式，将党之大权不可操在党领袖手中；（2）指政党的意见决定，应循由下至上之方式，政党不可以只由少数人控制，必须保证党员能持续地影响党的决策。亦即，政党的体制必须由基层而起，开放来遏制党的官僚及专擅主义，依其之意见，前者似嫌狭隘，因为，即使禁止"领袖政党"之存在，但基于党员公意，愿服从在某"党领袖"下，亦实质会形成该型政党。故依其见，宁不采前者"除外式"的诠释而主张后面之看法。② 然而，不论是由《基本法》立法时之背景③或是日后学界及

---

① 除了德国外，其他制定政党法的国家略有奥地利1975年7月1日的《政党任务、财政及选举法》（Bundesgesetz über die Aufgaben, Finanzierung und Wahlwerbung politischer Parteien, BGB1. Nr. 404）。土耳其于1965年7月13日公布《政党法》（见Y. Abadan, aaO. S. 283f）；阿根廷于1965年亦公布《政党法》；葡萄牙于1974年公布《No. 595/74法律》；韩国于1962年12月（第1246号法律，最后修正1980年）皆有公布《政党法》。不过，对于政党内部民主问题，上述诸法律皆未作进一步详尽之规定。

② Forsthoff, aaO. S. 16.

③ Forsthoff, aaO. S. 44; U. Lohmar, aaO. S. 6, 在草拟本条文时，即以纳粹之统治经验作为立法之理由者。

法院的许多看法,①对德国甫经历过的"集权式政党"(领袖式政党)心仍有余悸,故有意排除这类型的政党是不违反立宪原意,是可以确定的!②

除了政党的组织形态外,Forsthoff 的意见——如同前述之意大利及葡萄牙宪法对政党民主化所做之要求一致,政党必须让党员能民主决定及参与党的决策。为了贯彻这个目标,德国的《政党法》便在传统的"政党自律"(由政党自行决定其内部秩序)及目前的政党民主化理想中,加重后者之分量。而对前者加以适度之限制。③ 大致上,德国《政党法》对政党的组织及其权限皆有限制,其重心便在于保障党员的权利,能够获得政党之重视。④ 以德国政党之内容,有以下数个重点可供比较法学上研究之处:

1. 政党的组织

德国《政党法》对政党的组织及其权限,原则上可由各政党自行依照党章来决定。不过,该法(第 6 条)也要求各政党必须具备书面的党章及党纲,而党章必须规定除政党的各级组织及权限外,必须对党员的加入

---

① 如联邦宪法法院在 1952 年所作的"社会帝国党违宪"判决时,即表明党员对党领袖不必绝对服从。BVerfGE2, 1/40.

② 如 Seifert 所认为,不仅是纳粹党的"领袖式"政党应予排斥,就是共产党的"民主集中制"(der demokratische Zentralismus)也同样不可容忍。K - H Seifert, aaO. S. 190; 以及 Klaus v. Beyme, Parteien in westlichen Demokratie, 1982, S. 289。

③ 由政党本身的"自律"、"自治"(Autonomie)转为国家法律对之的"他律"(Heteronomie)来遏制政党因"自律"而产生之反民主后果。见 R. Wolfrum. Die innerparteiliche demokratische Or - dnung nach dem Grundgesetz, 1974, S. 81; 也如 v. d. HeydteSacherl 所称,是"强迫性的政党民主化"(Die erzwungene De - mokratisierung der Parteien),见其著 Soziologie der deutschen Parteien, 1955, S. 153。在其他国家的《政党法》多半只规定政党的成立事项,其余都让诸政党之"自律"来决定政党之运行。

④ 德国内政部早于 1957 年即网罗数名宪法名教授,组成政党法立法的专业小组,参与研究立法事宜。当时小组对政党民主的见解即主要是:党内之意见形成必须由下至上以及政党之组织及运作不可流向独裁化,堪称正确见解。见 Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Parteienrechtskommission, 2Aufl. 1958. S. 157。

及退出的权利义务、纪律措施(包括开除党籍)等,予以规定。针对各级政党内部最高权力机关,该法规定必须是党员大会及代表大会。党员(代表)大会至少每两年必须召开(及改选)一次。各地区的党大会,有权决议其管辖区内关于党纲、地区党章、仲裁法庭规则、缴费规则、本区党部之解散及与他党合并等事宜(地区党部之自治权)。党大会亦可选举党之领导人(如党委员会之主席及委员、仲裁法庭之仲裁员,参加上级会议之代表……)等人事表决权。以及,至少每两年,政党之委员必须接受党大会之审查财务及工作成效(见该法第8、9条)。因此,类似国家行政机关受到民意机关之拘束,政党内部之党务机关也受到"党员代表"之拘束,以平衡党干部之权力。①

2. 宪法基本权利与党员权利

虽然每个政党皆必须在其党章内规定党员之权利与义务。但是民主与"人权"是密不可分之理念,党员享有宪法的保障之"基本权利"与否?是讨论党内民主问题必须先解决的一个前提。这个问题也涉及一个政党的党章对党员权利之限制,所可达到的"限度"。

在德国学界是广泛承认一个政党的党员在具所属政党内,仍旧享有宪法所定的,如言论权、结社权等基本权利,而免受到政党之内部规章(纪律措施)之限制。但是,对于党员这些权利的来源依据,却存有分歧。

主张"直接渊源说"之学者,认为党员在政党内可完全行使基本权

---

① 依同法第9条第2项甚且规定,倘党章有规定各级党部的某些干部可以成为"当然"的上级党大会之代表时,这种"依职务取得代表权"(ex officio)之代表不得超过全体有表决权之大会代表总额之五分之一。这个规定旨在防止党务干部操纵党大会之决议,立意颇值参考。这种"职务代表"(ex officio)制度在美国的民主党亦有,以今年(1988年)7月的民主党全国代表大会代表4162位中,有645位所谓的"超级代表"(super delegates),就是这类代表。见雇贝克:"从超级星期二到代表大会的召开",载《青年日报》1988年3月21日。至于,由现任的党干部(委员)选举下任干部(委员)的"内选制自由"(Kooptations freiheit)更是违宪而不许可之制度。见 Tsatsos/Morlok, aaO. S. 58。

利,是因为这些权利直接源于宪法的人权条款。宪法的人权规定直接在"政党内部关系内"获得实践。这并非为了反对政党本身,而是为了促使党员更能积极且民主地参与党内意见之形成。故党员的权利是由宪法基本权利条款直接所赐,产生一种"程序的积极权"(status activus processualis)。①

采"直接渊源论"将党员与政党间的关系,比同国家及人民间之关系,才有产生这种将人权直接适用在政党内部关系上之理论,引起学界极大之批评。由于党员是以私人之身份加入政党,而党员与政党关系是纯粹之私法关系②适用公法关系的人权理论,总是明显之瑕疵。③

另有折中"直接渊源说"与承认政党内部关系是私法关系者,认为可以采用"对第三者效力理论"(Drittwirkung),使宪法基本权利能够在政党内的私人(私法)关系内,获得直接之适用效力。④ 由于基本权利的对第三者效力理论并未获得学界的普遍承认,而直接适用此理论亦有实际上之困难,⑤故将这个理论移植到政党内部关系,亦未被接受。⑥

---

① 如 H. Trautmann, Innerparteiliche Demokratie im Parteienstaat, 1975, SS. 186, 189; E. Lengers, Rechtsprobleme bei Parteiauschlüssen, Diss. Bochum, 1973, S. 66。

② 只有极少数的学者,如 K. Hesse 认为这种关系是"公法关系",其因而推论到政党对党员权利之限制,是"极接近特别权力关系"更是在德国学界无人接受之看法。见 K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL H. 17(1959) S. 45, 另收录在 K. Hesse, Ausgewahlte Schriften 1984, S. 77; G. Ziebura(hrgb.) Beiträge zur allgem - einen Parteienlehre, 1969. S. 149。批评者甚多,如 W. Henke, aaO. S. 55; R. Walfrum aaO. S. 135; H. Lenz/C. Sasse, Parteiausschluss und Demokratiegebot, JZ1962, S. 240. FN91。

③ W. Henke, aaO. S. 86.

④ 引发这个问题的讨论,是在德国内政部的项目小组之报告,见 Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, S. 160; 支持者,如 W. Luthmann, Die innere Ordnung der Parteien nach dem Grundgesetz und ihre Ausführung durch das Parteiengesetz, Diss Koln 1961, S. 97,98. 关于"第三者效力理论",请参见本论文集第九篇。

⑤ 见笔者,前揭文,收录于本文集第九篇,四处。

⑥ Tsatsos/Morlok, aaO. S. 54ff; R. Wolfrum, aaO. S. 135; W. Henke, aaO. S. 87; K - H Seifert, aaO. S. 214.

绝大多数之学者，是以《基本法》在第21条已经明文规定政党的内部秩序必须合乎民主原则，而所谓民主原则必也承认党员基本权利在内，故由此有拘束力之宪法条款，可以导出党员亦拥有基本权利之结论。而且，就宪法的结构，规范政党内部民主性之条款（第21条）是制定在宪法人权条款（第1～19条）外，亦可佐证，政党的内部民主制乃另一个"宪法制度及要求"，不必视为宪法人权条款的直接衍生制度。① 诚然，德国《基本法》是将政党制度及其内部民主化，提升成为宪法的一个制度（宪法化，Konstitutionalisierung），②自然应可由立法者依宪法的人权理念，在实践这个宪法委托（Verfassungsauftrag）过程——制定《政党法》——来实践之。③ 因此，这个见解洵为合理之见解。④

3. 入党及退党权

德国《政党法》（第10条第1、2项）规定，政党内部的人事机关依党章有关规定，可以自由决定党员的入党申请。对入党申请之拒绝，不需附理由。经法院判决丧失选举及被选举权者，不得加入政党为党员。另外，唯恐政党会成为"封闭性"的政党，同法条也同时规定，政党制定或公布概括性或有期间性的"不收党员"之政策，亦非法所许可！故除此之外，在原则上，政党拥有极大之自由来决定党员之加入。另外，党员也可享有随时退党之权利。

由上述规定，除退党权外，在"入党权"方面亦有不少问题有待澄清。

---

① 如 W. Henke, aaO. S. 86; R. Wolfrum, aaO. S. 136; K－H Seifert, aaO. S. 214; N. Zimmermann. Rechtsstaatsprinzip und Parteigerichtsbarkeit, 1979. S. 138。

② BVerfGE5, 85/388; R. Scholz, aaO. S. 9.

③ Rechtliche Ordnung des Parteiwesen, S. 160; 关于"宪法委托"之理论，参见本文集第五篇："论宪法委托之理论"。

④ 少数反对者，如 E. Lengers，则以为《基本法》第21条有关政党内部秩序应该合乎"民主原则"，只不过是空泛的法律（指导）原则，并不能因而确定党员即可享有人权，必待立法者决定方可。见 E. Lengers, aaO. S. 67/68。其这种看法忽视基本法该条文之"强行性"，自不足采信。此参见 Tsatsos/Morlok, aaO. S. 42。

首先,是关于政党"决定权"之问题,由于政党只须依党章的规定,即可否决入党申请者,又不需附理由,因此,倘若政党以意识形态、个人喜好以及滥权之方式,故意拒绝入党之申请者,却无须附理由,极有可能,该"恣意滥权"可隐藏于"不必附理由"之制度下。学界对此制度之"合宪性"与否,即存有极大之怀疑![①] 要求《政党法》应该强迫各政党的党章内应该规定禁止恣意拒绝入党申请之呼吁,早有所闻。[②] 再加上被拒绝入党者,亦无实质的法律救济程序[③]可资补救。故为避免政党利用党章以违反宪法平等权之方式吸收或拒绝某些党员,似有必要强制政党的党章订定不可滥权行使政党"党员抉择权"之条文。此外,拒绝入党申请应附理由,恐亦系政党民主风度之体现。[④]

德国《政党法》虽只规定被法院剥夺选举(及被选举)权者不得为党员。至于其他未成年人、外国人、公务员(含法官)及军人之入党权,则毫

---

① 如 H. Trautmann 以为,宪法保障人民有服公职及参政之权利(《基本法》第 31 条),而参加政党寻求参政机会,即可能被政党"滥权"剥夺,这个"参政权保障"效力减低至极,故认为"不必附理由否决"制度乃违宪之制度。H. Trautmann, aaO. S. 198/199. 在《政党法》公布前联邦宪法法院(在社会帝国党案)曾反对这种制度,BVerfGE2, 1/42. 69; K - H, Seifert, aaO. S. 209, FN152 亦认为是不民主之制度。

② W. Henke, aaO. S. 92; G. Schmid, Politische Parteien, Verfassung und Gesetz, 1981, S. 149;《土耳其政党法》第 8、9 条有禁止政党党章因为语言、家教、种族、性别……之差异作为吸收党员之标准。见 Y. Abadan, aaO。

③ 目前德国三个主要政党基督教民主党简称基民党(CDU);社会民主党简称社民党(SPD)及自由民主党简称自民党(FDP)的党章都有救济规定,许可被拒绝入党者,向上级党部"申诉"之权利;而向法院提起诉讼者,法院虽可受理,但是,只要政党已依党章之规定办理,则是属于政党的裁量权范围,法院将会予以驳回。H. Schiedermair, Parteiausschluss und gerichtlicher Rechtsschutz AöR 104, 1979, 217。

④ 不过,德国学界之通说反对之。如德内政部项目小组即主张不可强迫政党接收党员,只须有救济程序规定即可,S. 164; Henke 以为民主原则并不一定要有"绝对入(某一)党权",因为这是政党的"自由裁决"范围,W. Henke, S. 90; 同 K - H Seifert, aaO. S. 209。

无限制，自可由各政党以党章决定之。①

另外，政党不可以“概括性及附期间”地停止吸收党员之规定。虽然立法者这种要求政党“开大门原则”（Grundsatz der offenen Tür）②使得新血能继续进入政党组织内。但是，假设政党内部有此需要（如行政人员正欠缺）时，自可以频频利用“个案拒绝”（且可不必附理由）方式，来达成不收党员之目的！故，这条“开大门”之条款，其实际可行性，不无值得怀疑。③

4. 党员的言论权

政党是人民政治性的结社，党员参加政党也是希望借此来参与及形成其政治意志。因此，在政党内部“民主化”原则，无疑的是党员的言论自由权居于最重要之地位。④

（1）消息来源（信息自由）之保障：

为确保党员拥有正确及充分的信息及价值判断标准，政党不可以以党章或其他内部规章来限制党员“接触”其他信息之权利。例如，不可以禁止党员参观别的政党所举办之展览、参加他党所办之政见演讲或是禁止订阅他党及党员所著作、出版之刊物等属于“信息”（Information）之来

---

① 目前德国三大政党接受上述人等之入党申请，唯未成年人年纪需满16岁以上。至于法官、公务员及军人之入党权利，《意大利宪法》第98条（第3项）有规定，可依法律予以限制。而德国学界普遍反对限制之。G. Rabus曾言，若禁止法官及公务员入党，会使政党在政策决定上，少了有专业知识及训练之党员之参与及协助，政策之质量，将会降低！G. Rabus, Die innere Ordnung der politischen Parteien im gegenwärtigen deutschen Staatsrecht, AöR39, 1952/53, S. 180；另 Tsatsos/Morlok, aaO. S. 56，亦持此见解。

② G. Schmid, aaO. S. 148.

③ R. Wolfrum, aaO. S. 158；除此理由外，Seifert更以“政党自由”之原则，批评这个条款是违宪的。aaO. S. 210.

④ 几乎是学界一致的见解，如 K－H Seifert, aaO. S. 215；N. Zimmermann, aaO. S. 139；J－T Blank, aaO. S. 566。

源。对党员的"信息 自由",应该是采"绝对保障"。①

(2)言论自由的时间限制

传统的见解,为了维护政党"对外一致"之印象,并且,使内部能够团结起见,多数认为,在政党形成"决议"以前,允许党员自由之议论,一经"决议"后,即必须停止。② 然而,这种看法,渐渐形成德国学界少数之见解。由于政党的政策并非一成不变。少数言论不必恒为少数言论。为了促使政党之决策能够有所更迭,尤其是现代社会愈形复杂,政治决策考虑的层面,就必须深远其变动性也愈速、愈快。故即使政党内部已经形成"决议",并不意味着该"决议"已经作了最妥善之决定。故党员亦可继续谈论(及批评)之。以促使决策人员随时修正其决议。③

认为政党既经"决议"后,党员再予批评会导致政党"团结形象"受损,甚或"分裂"者,似有过尤之虑。因为,即使许可党员继续言论,并不意味着该"决议"不被该议论者所奉行!除了该"反对言论"有逾越"言论尺度"(详见下述)可另行究论外,行使言论自由者其"言"与"行"——"奉行决议",既未一致,应该不会损及已决之党政策,故宜尽可能容忍之。④

(3)党内言论与党外言论

学界一般看法,承认党员在"党内言论自由"(parteiinterne Meinungsfreiheit)较在"党外言论自由"(parteiexterne Meinungsfreiheit)尺

---

① K. Hesse, aaO. In: Ziebura(Hrsg.)S. 150; J-T Blank, aaO. S. 566; K-H Seifert, S. 215, 然而,Seifert 更进一步认为,政党亦不可以"强迫"党员接受及参加本党提供的资源。

② 如 K, Hesse, in:Ziebura(Hrsg.), S. 150;G. Rabus, aaO. S. 182;J-T Blank, 567。

③ K-H Seifert, aaO. S. 215; H. Lenz/C. Sasse,aaO. S. 240;Strunk 则以为,为了避免党员成为"鼓掌党员",形成"僵硬的党内民主",更应许可党员自由言论,以活泼党内的意见交流。是 G. P. Strunk, Meinungs freiheit und Parteidisziplin, JZ1978, S. 89。

④ 如 G. Dux 所言。Meinungsfreiheit als innere Ordnung der politischen Parteien, DVBl. 1996, S. 555.

度为宽！在党外之言论，应有更大之“谨慎义务”。①

党员既然在党外亦有言论权利，可以将其在政党内之反对意见，在党外（公众）披陈，唯党员必须随时注重维护党的形象、维护党的利益，否则，极易形成对党的伤害，而构成政党纪律权行使之物件。②

（4）党员言论的尺度

党员在党内及党外——尤其在党外——之言论权之限度，在于不能违背对政党的“忠诚”。党员应可以言论来反对党之“决议”，但是，仍必须遵守之，倘若本身或是呼吁他人不要支持本党，若是攻讦本党之声誉（如党已经腐化、不值得支持；或是本党已为利益团体把持，丧失公正性……），及足以影响选战者，皆可以认为是逾越言论之尺度。③ 对于党之领导人及干部之批评亦应许可，唯对个人及政党的名誉已形成侮辱及伤害时，多会形成纪律之违反，通常会造成被开除党籍之后果。此时，即不得援引“言论自由权”之保障。④

5. 党员的结社权问题

在德国《基本法》及《政党法》，甚至于其他外国相同性质的法律，皆未提及党员的“结社权”问题。党员的“结社权”，可以分成“在党外的结社权”（Externvereinigung）以及在本党内形成派系（Faktion）的“党内结社权”（Internvereinigung）两种。在此先讨论在党外的结社权。

---

① K－H Seifert, aaO. S. 216; N. Zimmermann, aaO. S. 141; G. P. Strunk, aaO. S. 89.

② G. P. Strunk, aaO. S. 89 亦有些学者认为应广泛许可党员在党外之言论权。其理由系在于：现代的政党是大众式的政党，其组织庞大、人员众多。党内的沟通管道太少，基层党员的意见反应，很不容易传达至上层，即使传到也费日旷时，唯有靠“公开”言之，传递讯息及意见之速度才会快速！如 R. Wolfrum, aaO. S. 142; G. Dux, aaO. S. 556。Dux 更认为，倘若政党压抑党内少数意见不予公开，使得外界有“全党一致”之印象，会令人产生该党有“误导选民”之心意存在！

③ R. Wolfrum, aaO. S. 143; G. P. Strunk, aaO. S. 88.

④ G. P. Strunk, aaO. S. 91; N. Zimmermann, aaO. S. 140; K－H Seifert aaO. S. 217.

党员在参加本党外,依然享有参加以及组织其他社团之权利,本党不可以党章或其他党内之规章来限制之。除非该社团之宗旨及目的,是与本党相违,或是攻击本党、国家民主秩序等,方可禁止党员加入,如禁止党员跨党以及加入别党的外围组织和违宪的团体,皆是共例。①

另外,党员也享有宪法所保障的"消极的结社权"——"不参加结社"之权利。故政党除依党章可要求党员加入本党的附属组织外,并不可以强迫党员加入其他之组织——如工会,违反此之党章,便有侵犯人权之虞即违法无效。②

比较复杂的是党员在本党内部结成派系(Faktion)之权利问题。虽然在理论上及逻辑上,可以立即否决党员可以拥有此项权利,例如,《政党法》既然允许人民自由组党,在一个党内组成派系,必会削弱本党之团结,促成党争及分裂,甚至会导致选民之信任减低。③ 另外,以国会体系而言,代表不同政见及理念的政党,是在国会内来形成反对力量,现在尤无须在政党内形成之。故反对承认党员拥有该项权利,免得助长党内意见之纷纭等。④

持赞同说者则认为,党内民主一定代表了党内可以存有不同之意见。为了沟通及茁长这些不同意见,自然可以集合同党内之同道,形成力量,在政党决定政策时,发挥作用。故为了党内竞争、党内多元化且摒弃党内形成"单一体制",应许可党员成立党内之派系组织。而且,现代政党既是全民政党,要代表许多不同的各阶层的利益,亦有必要在党内

---

① K-H Seifert, aaO. S.217; N. Zimmermann, aaO. S.136; H. Lenz/C. Sasse, aaO. S.241;最明显的是德国的社民党(SPD)在党内规定,可由中央委员会公布哪些组织是属于党员不得加入者。例如,该党章在1970年11月14日便公布了凡是德国共产党以及东德的政治组织有关的几个组织,该党的党员皆不得加入,是欲党员与该组织划清界限。见K-H Hasenritter, Parteiordnungsverfahren, 1981, S.156。

② K-H Seifert, aaO. S.217.

③ Tsatsos/Morlok, aaO. S.65.

④ R. Wolfrum, aaO. S.146.; K. Hesse, im: Ziebura(hrgb). S.150.

形成“党内社团”。只要这些“党内结社”不是“不忠之结社”——非专为分裂、分化本党，摧毁本党生命为目的的结社，即可令其存在。①

诚然，“党内有党”会加速且加烈党内人事、决策过程之复杂化，也可能会使本不会分裂的党分裂，削弱政党力量。然而，每个政党内部不可避免地都会产生及存在派系，②这些派系可或明或暗，似乎无法明文且有效予以禁止。故较理智之做法，是不必以法律来“确认”之，而政党亦不必以党章来制止之。不如听其自然。若采激烈手段（如动辄以纪律措施罚之）其效果亦恐会未彰也。③

6. 党籍的开除

德国《政党法》第10条第4、5项，规定了政党对一个党员的开除，必须是党员：故意违反党章，或严重违反了党的信条或纪律，因而对党造成重大损害时，方得为之。在程序方面，开除应由党的仲裁法庭判决。应保障党员有上诉权利以及判决书须以书面并附理由。

德国《政党法》将政党开除党员之实体要件，定在“故意违反党章”以及有造成党重大损害的严重违反党的信条及党纪时，方可为之。依德国学界之通说，对上述之“构成要件”，皆必须予以严格解释，且不得类推解释，以维护党员之利益。④ 然而，由于这些构成“开除”之要件，皆属典型的“不确定法律概念”，在适用上即显示出极大之弹性。⑤

例如，所谓“严重违反党的信条及党纪”可构成开除理由。所谓的“党

---

① K－H Seifert, aaO. S.217; N. Zimmermann, aaO. S.144.

② 依德国学者 Hasenritter 分析，全欧洲54个主要政党中，有31个政党中存有极明显的派系问题。在德国的政党中，唯在左翼的德国共产党没有明显的派系问题。见 K－H Hasenritter, aaO. S.18。至于日本只有一个超级大党（自民党），但日本自民党派系林立，更是众人皆知，意大利也是政党林立，且党内派系也林立！

③ K－H Seifert, S.217; G. Schmid. aaO. S.153.

④ 例如，K－H Seifert, aaO. S.225; H. Trautmann, aaO. S.209; N. Zimmermann, aaO. S.129。

⑤ Tsatsos/Morlok, aaO. S.63; H. Schiedermair, aaO. S.217。

的信条"(Grundsätze)概念就十分之模糊。以德国政党的实务经验,是将此"信条"解释为本党高阶层的一切"决议"在内。① 故,此解释之范围加上"党纪"范围,似乎党员必须遵守之规范,就极为广阔。此外,上述之违反,必须造成党的"重大损害"方可构成开除之要件。党员违反义务所造成党的"重大损害",通常皆是"非实体的政治利益",例如,伤害党的名誉,削减选民对党的信任与支持……与民法债篇的"损害"概念并不全然一致,并且通常是无法举证的。何况实质上这种对党的"重大损害",多系只有"有损害之虞"。而政党在实务上,也是以这种有"之虞"的"损害"作为开除之理由。② 故,本法此条规定,并未能发挥其妥当的规范效果。③

鉴于开除党籍是对党员权利最大之侵害,《政党法》的立法者及学界皆希望借着严格的要件,遏制政党可能的滥权,学界除了有不少人尝试以"司法化"来规律政党开除党籍之事宜外,也期望各政党的党章应再对上述本法所订的"开除要件"予以仔细的规定。④ 不过,德国几个主要政党的党章多只是重复这些要件罢了,未能再对这些"不确定法律概念"予以具体化。⑤ 不过,政党的活动并无常轨,而党员可能侵害党利益之种类

---

① 德国社民党之例子,见 K - H Hasenritter, aaO. S. 45。但是,不包括政党平常事务性的决议。

② H. Trautmann, aaO. S. 120; K - H Seifert, aaO. S. 226; N. Zimmermann, S. 149. 例如,社民党常以该党的"名誉"(信用)及"团结"作为被侵害之法益,行使开除权利。见 G. P. Strunk, aaO. S. 87。

③ 也因此,自本法公布后,许多学者要求将本条款予以删除。H. Trautmann, aaO. S. 208.

④ 例如,Seifert(S. 226)及 Zimmermann(S. 150)的主张违规行为与开除间有"比例关系",处分不可过度;G. Rabus,认为应实行"罪刑法定主义",党章应明确订明开除之构成要件;以及"类推禁止"之通说,都是"开除司法化"的表现。

⑤ 见 K - H Hasenritter, aaO. S. 55ff; W. Henke, aaO. S. 95; G. P. Strunk, aaO. S. 87。例如,社民党党章(第 35 条)除了明言"严重违反本党大会决议"可开除外,其余皆和《政党法》的开除要件之用语相同。基民党(在党章第 12 条)也指出在其他政党之刊物及舆论刊物批评本党既定政策,泄露本党委托之事项等之外,其余与政党法相同。

也极具多样性，故欲将政党开除要件比拟司法（尤其是刑事）制度的努力，是无法达成目的的。为制止政党的滥权与在其党章的开除构成要件费心，不如在程序上另辟蹊径，可能较有帮助。①

另外，各政党在党章上常有规定“视同退党”者——多半是党员超过某些期间不交党费，或是丧失国籍，遭到刑事判决及禁治产宣告，与党组织失去联系达某些时间等。这些要件有的可能与“开除要件”会相重叠（如遭到刑事判决宣告），然而，因这些视同“退党要件”而离开政党者非因党的“处分”，故可视为入党时的“协议退党条款”，应可与“开除”有所区别。②

7. 政党内部的仲裁

德国政党对保障政党内部民主制度最具创意及最具意义之一的规定，便是有关政党内部必须设立“仲裁法庭”（Parteischiedsgerichte），用类似司法的制度来解决党内的争议的事件。

（1）仲裁法庭的组织与权限

依《政党法》第14条之规定，政党及地区党部为了调停及判决与党员之争端，为了解决关于党章及其他内部规章的解释及适用之疑虑，以及（第10条）对党员所做的开除党籍之处分，都是该所设立的仲裁法庭的职权范围。对于仲裁法庭的审级问题：同条文虽只提及，至少应于政党及最高阶层的地区党部成立仲裁法庭；对数个县级地区党部，得成立联合的仲裁法庭（第14条第1项）。再加上关于党员开除之判决，应有让党员上诉之权利（第10条第5项）可知，依《政党法》之旨意，审级制度虽可以由各政党自行于党章内决定，但是，至少不得少于两个审级（即

① 德国内政部的项目小组报告就建议，《政党法》最多只要规定，各政党不可以（依民法观念的）滥用权利来行使开除权，不必直接规定开除之要件，而让各政党去自行规定。政党法只须规定“程序”方面（及救济程序）来保障党员权利即可以。这个小组的见解堪称扼要、正确。

② W. Henke, aaO. S.95; N. Zimmermann, aaO. S.152.

中央——联邦法庭及地方法庭两个阶层)。[①] 而目前德国的几个主要政党都是维持三级审之制度。[②]

关于政党仲裁法庭的组织,是采合议庭或独任庭?《政党法》并未规定。而是由各政党自行决定。德国三个主要政党皆采"合议庭"制度,仲裁员之人数由3人至11人不等。[③]

另外,同法(第14条第3项)也授权政党可在党章内规定,必要时可由争执双方平等地指派"陪审员"(Beisitzern)参与审判。但是,目前的德国政党,并无一个曾经将此规定纳入其党内仲裁之制度内。[④]

仲裁程序依《政党法》之规定,各政党应颁布仲裁法庭规则,以保障当事人合法之审讯、公平之处置以及因恐有偏颇之虞的申请仲裁员回避权(同条第4项)。这个规定是德国《政党法》努力将仲裁法庭"司法化"之表现。目前三个政党的仲裁法庭规则,皆允许言词辩论,唯经当事人同意,才实行"书面审理",各审理皆公开为之;审理过程可以选派诉讼代理人;[⑤]有证据调查之程序;上诉的权利亦应享有等。为了促使党员权利能在仲裁程序中更能获得保障,三个主要政党皆或明文地、或实质地适

---

① G. Rabus 极早时即主张这种至少二级审之制度,见 aaO. S. 184; E. Lengers, aaO. S. 164。

② 例如,基民党分为联邦党法庭、邦党法庭及县党法庭三级;社民党分为联邦仲裁委员会、区仲裁委员会及基层仲裁委员会(Unterbezirkschiedskommision);自民党则分为联邦仲裁法庭、邦仲裁法庭以及区(或县)仲裁法庭三级。不过,在许多案件,如高级党干部(如邦或联邦之议会议员)之纪律(开除)处分以及急速处分案件,则大约皆只能有两级审之规定。见 E. Lengers, aaO. S. 185ff。

③ 例如,社民党的仲裁委员会成员一律是3人(其中一人是主席,下同);基民党由上至下之党法庭分别是5人、3人及3人;自民党在联邦仲裁法庭内分初审庭(3人)及复审庭(11人),而邦以下之仲裁法庭由8人组成之。N. Zimmermann, aaO. S. 68, FN 4.

④ N. Zimmermann, S. 68.

⑤ 自民党甚至规定,诉讼代理人必须具律师或法官之资格方可。

用国家的诉讼法律，以补充党内仲裁法庭规则之不足。①

(2)仲裁法庭的独立性

仲裁员至少每四年要改选一次。其不得为政党(包括地区党部)之委员，与党部不得有服务关系或从其领取经常性之收入。仲裁员系属独立，并不受指示之拘束。上述规定是德国《政党法》对仲裁法庭之独立性所做之要求(第10条第2项)。

德国《政党法》虽未明确规定该仲裁员的产生途径。不过，通常是认为仲裁法庭是政党必设之机关，其独立之地位应该免于党"委员会"之影响，故，所有仲裁员必须由党的(代表)大会，由党员选举产生之。德国三个主要政党也都是实行这种选举方式。②

仲裁员除了有形式上的不可竞业之规定——不可身兼政党的委员会成员，以及与政党有服务关系外，更不可以有"经常性之收入"关系，如接受(法律)顾问费、研究费等，立法目的是欲根本杜绝能在实质关系中影响仲裁员公正判断之因素。③ 这种"独立性"的要求，除了党的委员会不得对待审事件有任何指示外，即使党大会对之有任何决议，亦不能影响仲裁员之决定权利。④

---

① 基民党(仲裁规则第44条)规定可准用《德国行政诉讼法》，《非讼事件法》以及《民事诉讼法》之有关规定；自民党(仲裁规则第14条)则准用《非讼事件》以及《刑事诉讼法》；而社民党虽未明文提及适用国家诉讼法律，但在实务上，是准用刑事诉讼之程序及规定。见 E. Lengers, aaO. S. 180。甚至有的政党如基民党的联邦党法院，也将判决文刊登在法学刊物上，供做学术界研究及批评，如同国家法院判决一样，引起学界对之热烈之赞扬。如 W. Henke, Parteigerichte und öffentlichkeit, NVwZ 1982. 85。

② 当初在草拟《政党法》时的第一个草案，曾将仲裁员之产生规定须由党员大会选出，后来被删除，让诸政党去自行决定。R. Wolfrum, aaO. S. 168; E. Lengers, aaO. S. 171; N. Zimmermann, aaO. S. 68.

③ Zimmermann 用了一个贴切的德国谚语比喻之"我吃谁的面包，就唱谁的歌"(Wess' Brot ich ess, dess' Lied ich sing)，如同我国俗语的"吃人的嘴软"之意也，aaO. S. 64。

④ N. Zimmermann, S. 630.

由上文所述,为了使仲裁程序能够公正及慎密,国家的诉讼法律规定往往形成补充诉讼党规之不足。党内仲裁制度朝向"司法化"之大方向,必然也涉及了法律的专业人才的需求。对于党内仲裁员应否具备法律素养之问题,德国政党中不乏规定,仲裁员中应有某些比例的法律专业人才在内。①

政党内部的仲裁,明显的在本质上及功能上和法院有别。政党的仲裁、判决固是其中之一个方式,但是调解纷争、促进党的团结及和谐也是其中最重要之目的。尤其在党内意见形成过程及派系整合过程不顺利,往往会交付仲裁,此时仲裁法庭之作用,非仅仅于谁是谁非,而是努力在化除歧见,使意见协商之过程能够恢复。故其政治性之意义,尤大于法律性,这是一般法律诉讼程序(尤其是刑事诉讼程序)所难比拟!故党内仲裁庭之成员,亦不必太强调法官之资格。唯,在某些重要之程序(如开除)则有必要进行类似国家法律诉讼之程序,故法律人才之专业素养必能发挥其积极之功能。② 本文因而以为,仲裁庭既然负有多重之作用——整合党内歧见、保持党内正义、正确解释党内法规范,仲裁员之学养及经验须与之相配合方可。职是之故,仲裁员最好包括法律人才、党内的清流及夙孚众望之人士(包括未在党职的元老及前党领袖等)三元组成之,应是最理想之配合。

8. 政党的候选人推举制度

政党推举代表参与中央及地方之选举,也正是必须遵守党内民主——由党内意见民主形成来推举之。关于这点,德国《政党法》只简单规定,依国家选举法律及各政党之党章来决定(本法第17条)。依德国

① 例如,基民党规定,联邦党法庭中,主席及两位仲裁员须具备司法官之资格;邦法庭是主席及一位仲裁员,县法庭只须主席具备这些资格;自民党则在联邦仲裁庭内实施。该庭的初审庭只需主席具备司法官资格,复审庭至少须三位成员具备此资格。至于社民党,就完全没有实行这个制度。E. Lengers S.172.

② H. Trautmann, aaO. S.287.

《联邦选举法》(Bundeswahlgesetz)①第 21 条规定,联邦众议会的政党"选区候选人"可由三种方式选举产生。第一,是由党员大会直接选出;第二,是由小选区选出党员代表,再召开党员代表大会选举之;第三,是由党员事先选举出的全权"选举代表",由这些"选举代表"概括且全权的授权,对每一种选举都有表决权。这三种方式,第一种召开全体党员大会,会因为党员人数众多,场地及交通等事实的筹备工作费时费力,所以,未被德国各政党实行。而第三种方式,因为每次选举性质不尽相同,时间也不一致,故亦不甚妥当。目前德国各政党是实行第二种选举"党员代表"之方式,来进行党内的提名表决。② 虽然选举区的政党领袖拥有实质的影响力,但是,公然地向投票党员代表"推荐"某候选人之情形很少发生,因为,通常会造成反效果,③也违反公平之原则。另外,依《联邦选举法》之规定,政党的中央委员会曾为了统筹政党的全盘选举战略,以及日后在国会之功能(如"组阁"),可能会不赞同某些由"选举区"选出的候选人。此时,中央委员会可以有权力否决该投票,发回重选。待重选后效力即确定,不容再更迭(同法第 21 条第 4 项)。不过,这种权力行使往往伤害党的形象及与党员之意志相违,故,迄今并无政党公然为之者。④

德国因为是实行"政党得票比例制"之国家,政党可以依选民投票支持该党之比例,推派候选人进入国会。这些"候选人"(通常由邦党部提出,称为"邦名单" Landesliste)是由政党平衡党内之利益团体、预筹以后之国会政策而为招揽专才入国会等因素,故各党皆是由政党中央及地方党部决定。故虽依法(同法第 27 条)是准用"选区候选人"之推举程序,

---

① i. d. F. Vom 1. September 1975(BGBl I. S. 2325).

② Tsatsos/Morlok, aaO. S. 119; H. Trautmann, aaO. S. 281.

③ H. Trautmann, S. 282.

④ B. Zeuner, Innerparteiliche Demokratie, ergänzte Aufl. 1970. S. 110; Dazu, H. Trautmann, S. 282.

但是,运作上是由党员代表大会上,依政党所提之名单来表决通过。党员代表对之几无置喙余地,循例表决通过。①

依德国《联邦选举法》的规定,强制性的是由法律来规范政党在提名过程中须由党员代表来决定,②而实质上党员代表的决定范围只及于"选区候选人"而不及"邦名单"上之候选人。党员的"公意"决定力已显薄弱,另外,由于党员人数是居全国选民人数的极少数,而能参加直接的投票的代表,最多只占党员总数的3%左右。相形之下,民意及党员意见代表的基础就益显薄弱。③ 因此,近年来,德国学界、政界要求选举法要大幅修改,使得党员"直选候选人"之制度能够实现。④ 当然,直接选举政党候选人是党内民主最具体化之呈现。由党员"代表制"的间接方式是不得已之举。唯,妨碍党内"直接初选"的因素,多半是"事实困难",诸如党员太多无有可足容纳之场地,这些技术上之困难亦可研究克服!德国学界有人建议,改以党员通讯投票推举,或是在各地设投票所,定期收取党员选票等,都是可以考虑实行之方式。⑤

---

① Tsatsos/Morlok, S. 122.

② 不像大多数的欧洲国家,未有制定类似德国的这个法律,而是任由政党自行由内部规章来决定。不过,欧洲大多数民主国家之政党,皆可许可党员表决候选人之人选及排名次序。见 G. Schmid, aaO. S. 160; H - W Wilde, Die politischen Partien im Verfassungssystem österreichs, Diss. Keil 1984. S. 110。

③ 依1979年,德国最大党(社民党)的党员总数在百万人左右。基民党(及其同盟CUS)共约85万人。1975年全德国选民中,政党党员只占5%而已!见P. Haungs, aaO. S. 41; 在1969年,参加党提名大会的党员代表,社民党是23,500人,基民党是13,000人,可见比例之小。见H. Trautmann, aaO. S. 281, FN231。

④ 主张者多半援引美国的"党内初选制"(primary),尤其是,为了打破党员数目比例远低于选民之劣势,也为了引进其他非党员选民之意见,来参与决定党内候选人之人选,垂青美国这种"开放初选制"(open primaries)者,亦为数不少。如H. Peters, Zur Kandid - atenaufstellung für freie demokratischeWahlen, Festschrift für H. Nawiasky, 1956 S. 353; W. Luthmann, aaO. S. 121。不过,着眼美国政党党员"党意识"之松散,能否将"党内初选制"(尤其是"开放初选制")移入欧洲,不无怀疑者,如G. Schmid, aaO. S. 159。

⑤ H. Trautmann, S. 281.

9. 法院审查权范围与政党民主

党员与政党的关系是私法之关系，倘这个私法关系发生争议（如遭到开除党籍、停止党权之处分），国家的法院当然拥有管辖权，与之相反的规定（如某党章有类似“放弃诉讼权”规定时），应该无效。唯《政党法》既已经规定党内一定要设置仲裁法庭，故，在提出到国家法庭前，必须先经党内之仲裁法庭审查，是所谓的“党内仲裁程序先行论”。违反者会遭到法院的“程序不合”驳回。① 然而，法院在审理政党之“内部争议”，有哪些原则应遵守？亦即，法院的“审查范围”标准何在？可以分几个理论来阐释：

第一，是“否认说”。这个理论是认为政党的自治权（及自律权）应予完全尊重。尤其是政党内部既有了仲裁制度，故法院不应对政党内部之家务事（häusliche Angelegenheit）②有所干涉。如恒以驳回对之。这种看法太过重视政党之自治权，忽视其可能对党员之滥权可能，故在德国学界几无采纳者。③

第二，是“有限度审查说”。这个理论是德国传统的理论。德国法院早于魏玛时代以前就实行这种理论来处理有关“私法自治”及“社团处罚权”（Vereinstrafe）之案件。为了尊重政党的自治权以及保障党员之权利，法院对有关政党内部的争纷事件，以采“形式审查”为主。以政党之处分，有无依照“党章”以及有无依照“程序”——仲裁程序，包括仲裁法院的组织有无合法。除此之外，在实体审查方面，对于一切民事事件皆

---

① 如 K - H Seifert, aaO. S. 285; W. Henke, aaO. S. 99; H. Schiedermair, aaO. S. 210; N. Zimmermann, S. 154。

② 如 G. Dux 所言，aaO. S. 556。

③ 在日本，似乎是不时常见之。如名古屋，地裁昭和 53. 11. 20.，本案是一个（共党）党员被县党委员会开除。法院以为，政党的自律权必须尊重，至于处分是否妥当，非一般市民之权利侵害可比，故法院拒绝审查。刊《判例时报》，第 242 页以下。参照佐藤幸治：《宪法诉讼上司法权》，日本评论社，1986 年 8 月 10 日，第一版七刷，第 82 页。

应遵守之法律指导原则——诚信原则、公序良俗及权利不可滥用等,为了保障党员免受政党之侵犯,法院可以使用这些不确定概念,来对系争案件做实质审查。若与权利滥用等无关时,涉及目的性考虑,以及需要政治性价值衡量时,法院率会尊重政党的自治权,而不予审查。虽然,法院对每一件案件皆可以以有无滥权、公平之角度来审查,唯恐对政党做太多的干涉,法院常以该滥权有无"明显及重大"为法院介入之取舍标准。这个"有限度审查说"形成德国之通说。①

第三,是"全面审查论"。此理论认为传统的及通说之"有限度审查说"是基于传统"私法自治"(社团自治)理念而来。而政党之功能及结构和一般社团,有功能质量上差异(qualitative Funktionsstrukturverschiedenheit),故不必囿于附植于"社团自治"的传统理论。此派学说主张,《基本法》第21条揭示的"政党内部民主制"要求,其范围早已超过民法的诚信原则、公平及权利滥用原则,而是树立党员"民主参与权"。法院应该维护党员这个由宪法而来之权利,故应许可法院在个案中,全权审查仲裁法庭之决定。②

如同本文所讨论政党内仲裁员之资格应否全面"司法官化"之问题时所指之出发点,政党的"家务事"非全是法律性的,往往政治多于法律性。如果依"全面审查论"而实行的话,不仅要让专精法律知识,但可能欠缺政治折冲及政治价值判断经验、能力之法官来审查许多涉及政治事

---

① W, Henke, S.96; K-H Seifert, s.221; 德国联邦法院(BGH)也持同样见解。在1979年7月2日公布的一个判决,法院也认为,党内仲裁法庭拥有自行判断之权限,法院并非拥有"无限制之审查权",除非该仲裁法庭有"侵及一般法律原则"及"明显恣意滥权"外,法院不予审查。见 Der Betried, 1980, S.79。

② 强烈主张者,是H. Lenz/C. Sasse, aaO. S.239; 其以为,不可让政党压制党员,党员对政党之关系,如同国民对国家一样,皆是同样的人权。故可以人权之侵害,要求法院予以全面的审查救济(S.240);其这种见解,明显的是受到K. Hesse之党员与政党关系是"公法关系"之影响,才会导出"党权人权化"之理论。这种理论之弊亦于此显现矣!另支持此说者,亦如R. Wolfrum, aaO. S.177。

件之是是非非，是否妥当？立见其非也！此似乎是主张积极的"全面审查论"者所失虑之处。德国之通说，还是比较持中。①

四、结论

国家欲获得深厚的民主基础，必须靠其民主的政党体制，方可有功。在政党的组织愈见庞大，功能趋向多样、专业及复杂，似乎形成组织寡头，政治卡特尔及集中化是极普遍之现象！② 而党内全党民主化又是一种不太可能立待可及之理想。而消极地靠社会上国民产生民主要求的（国民自觉）或是让私法自治式的政党自律（政党自觉）来增进党内民主细胞之萌长，一样缓不济效期待。德国的《政党法》以及学界的钻研——如本文阐述的，正是致力于如何结合立法力量及学术力量，建立一个政党的"内部秩序"之原则，来符合（或是尽可能符合）民主理念，并力挽政党急速倾向恶性的"寡头领导"之狂澜。以德国《政党法》公布迄今刚满20年，其成效，大概堪令人满意！这显示了不必陈义过高，但是面面大纳兼顾的一个政党法规，可以在党人民主原则方面，促使各个政党内部在制度方面立竿见影地形成党内的民主秩序。

（本文原刊载于台湾《东吴法律学报》第六卷，第33～62页，1988年2月）

---

① H. Schiedermair 也批评 Lenz/Sasse，是太重视党内的少数者之权利，而忽视党的作用，也不太信任政党，才会导出彼此之结论。而且，目前的党内仲裁制度已经很妥善，足以救济可能产生的权利侵害，故无须主张"全面审查论"矣！见 S. 223.

② H. H. v. Armin, Politische Parteien, DöV 1985, S. 596/600; K - H Hasenritter, S. 67; G. Cassandro, S. 54; W. Jäger, aaO. S. 136 皆持同样看法。

第九篇　宪法基本权利及对第三者效力之理论

一切理论都是灰色的，唯有生命的金树，才会枝茂长青。

——歌德，《浮士德》

一、前言

传统的理论认为，宪法的主要功能之一便是保障人民的基本权利。因此，任何一个以实现民主及人权，作为政治发展目标的国家，皆会将有关人民之基本权利，列入宪法的条文之内。《美国宪法》在1789年至1791年，增订了人权条款（Bills of Rights），就是将人民的基本权利置入宪法之体系内的滥觞，同时，此举也无异表明了宪法步向民主，时代走进了现代及自由法治国家之阶段。①

① Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 157.

然而，作为国家实行民主，提倡法治象征的基本权利之规定，究竟有何种效力？其除了规范国家权力外，能够直接在私人的法律关系中，被援引，被直接适用的？则不无疑问。

针对上述问题，德国法学界自 20 世纪 60 年代初期起，即开始展开了热烈之讨论。其讨论之热潮，至 20 世纪 80 年代中期，方陆续消退。本文即拟以德国的论点，予以析释，由于本问题涵盖之范围颇广，而学者之意见亦莫衷一是，故而，本文采取编年式（chronistisch）之讨论方式，尽可能以提出理论之先后，作为批评论述之基础，使得问题讨论发展的脉络，较有清晰之径可循。

二、基本权利效力的传统理论

（一）传统理论

以历史发展的眼光来看，宪法的基本权利之规定，无异是在保障人民免于遭受国家权力滥用之侵害。① 因此，基本权利本身是一种消极的权利（status negativus），也是一种“防卫权”（Abwehrrechte），来对抗国家的侵犯。依据此时代的思想，国家之权利行使，须予节制，而人民的（自由）基本权利，原则上是无所限制的。在这样两种利益（国家及人民）相互对立之下，国家之权利，由基本权利之规定予以节制，而私人的权利，则由契约予以节制。因此，宪法基本权利之规定，是完全针对国家而发，基本权利条款的本身，就富有纯粹针对国家性质，而非针对人民性质。② 所以，依此传统理论，宪法的基本权利之规定，只是关涉国家权利之行使，对私人之间，无任何效力可言。

---

① Carl Schmitt, aaO. S. 126.

② D. Merten, Annerkung, Njw 1972, 1799.

(二)《魏玛宪法》的特别规定

传统理论的第一次修正,是在1919年公布的《魏玛宪法》。依据该宪法第118条第1项及第159条之规定,人民的言论自由,不能被私人间的工作契约来予以限制;而以劳工运动为目的的结社自由基本权利,亦不得以私法之关系来予以限制。①

《魏玛宪法》这种以积极的态度,介入人民的私法关系,来确保人民的言论自由及结社自由,有其历史发展的理由。因为《魏玛宪法》创立于第一次世界大战之后,民生凋弊,《魏玛宪法》本身即富含革命的色彩,并且,本着社会伦理的方针,《魏玛宪法》认为只凭民法的规定,不足以贯彻宪法保障基本权利之意旨,故而直接在宪法内规定:言论自由及结社自由,不能在私人关系中,被剥夺及被拘束。尤其在第159条,更明申,"限制及妨碍该项自由之约定及措施,均属违法"。即是表明宪法的该项规定,可直接取代民事的有关规定,在私法个案中,可被适用。这种类型之立法例,无异是对传统的基本法理论之一大修正。②

但是,《魏玛宪法》的立宪者之制定这两个法条,其主因并非体认基本权利本质的转变,而是希望借着这个规定,使得人民参与劳工运动之权利,能够确保。故而,在魏玛时代学者的看法,对于宪法的一般基本权利,除了涉及保障劳工参与劳工活动的极少例外(此第118条及第159条),其余依然是只防止公权力的侵害,而非为了防止私人的侵害。③ 然

---

① 《魏玛宪法》第118条规定:所有德意志人民在普通法律限制之范围内,均有以语言、文字、刊物、图书或其他方法自由表达其意见之权利;任何工作条件及任何条件,均不能妨害此项权利,任何人皆不得阻碍此项权利之行使。

《魏玛宪法》第159条规定:任何人及任何职业以维持并促进劳动条件及经济条件为目的之结社自由,应保障之。限制或妨碍此项自由之约定及措施,均属违法。

② W. Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung und in der Wirtschaftsrechtsordnung, in: "Die Grundre - chte in der Privatrechtsordnung," 1960, SS. 13/14.

③ 例如,G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August, 1919; 14 Aufl. 1933, SS. 549. 556。

而，面对《魏玛宪法》这两条特例，对于其直接之适用，学者亦主张须予以严格的解释，免得发生无法接受的后果。①

总而言之，《魏玛宪法》虽然制定了两个条文，期望人民的结社自由及言论自由不被私法（之劳动契约）所限制及剥夺，虽然引发了宪法基本权利在私法效果本质转变的契机，但是，这种宪法史上的新转变，并未引起学界应有的重视。《魏玛宪法》第 159 条第 2 项所规定的，具体的效果——限制或妨碍该项（结社）自由之协议及措施，均属违法，可直接产生《民法》第 134 条（违反法律规定之行为无效）以及《民法》第 823 条（侵权行为的损害赔偿）之后果，②但究竟民法的规定和宪法的规定，应如何配合？以及同受《魏玛宪法》保障的契约自由（《魏玛宪法》第 152 条第 1 项）原则，如何能受到限制及运作？均未被充分讨论。故而，在魏玛时期，只欲以简单的两条宪法条文，来解决错综复杂的私法问题，而还有甚多现行法之间的矛盾亦未解决，③故而，徒引起许多困扰，而成效亦

---

① 当时权威学者安序兹（G. Anschütz）即认为《魏玛宪法》第 118 条之适用范围，必须予以严格解释，否则公务员也享有言论自由，可以随便发表有关职务之言论，其后果实不可思议！G. Anschütz, aaO. S. 556.

② G. Anschütz aaO. SS. 557, 736.

③ 依当时学者之看法，魏玛的立宪者，制定第 159 条的主要理由是因为“罢工权利”的问题。因为《魏玛宪法》在第 159 条所保障的结社自由（Vereinigungsfreiheit），实际上是参加协会之自由，在《魏玛宪法》制定之时，三次草案都使用协约自由（Koalitionsfreiheit）一词。但有鉴于“协约自由”一词，当时的解释，是罢工自由之同义词。而《魏玛宪法》本身即不欲明确规定及保障人民有罢工权，另外也不愿对罢工的问题，有所决定，因此，协约自由之措辞趋向罢工自由的色彩太浓，遂被更换以结社自由一词。但是，《魏玛宪法》一方面不欲人民以破坏契约协议之方式，参与罢工（依《德国民法》第 626 条及《营业法》（Gewerbordnung）第 123 条第 3 项之规定，雇主可以对参加罢工的员工，以违背雇佣契约之重大理由，而提前解约；这是当时学说及法院之见解）。并且，《魏玛宪法》亦不愿劳工只参加协会（如工会），而雇主即可以此为理由，辞退劳工，故第 159 条是一种折中之处理。但是，《德国民法》第 626 条之功能继续存在，如何和《魏玛宪法》第 159 条之精神配合？实大有问题。见 G. Anschütz, aaO. S. 733; John v. Bredt, Der Geist der Deutschen Reichsverfassung, 1924, S. 361; C. Schmitt, aaO. S. 165。

属有限。①

(三)《基本法》的有关规定及其特征

德国在第二次世界大战后,制定的现行《基本法》第9条第3项,是赓续《魏玛宪法》第159条之遗制,不论是基本架构还是是措辞,均无太大区别。② 然而,值得吾人重视的是,《魏玛宪法》另一个保障基本权利在私法关系中效力的第117条第1项(任何工作条件及任用条件及任何人均不得妨害言论自由),却不再被《基本法》所采纳。由拟定《基本法》的过程可知,《基本法》的立宪者仍然对于基本权利在私法中的适用问题,并无太大的体认。在《基本法》制宪会议(Der Parlamentarische Rat)之中,对有关基本权利在私法中的适用,只有约略提及,但是,并未广泛地要求所有的基本权利应可在私法关系中获得适用。③

《基本法》的立宪法者,系将基本权利效力的重心,置于《基本法》的另一个条文之上,此是《基本法》第1条之规定:

(第1项)人类尊严不可侵犯。尊重及保障此种尊严,是全体国家权力之义务。

---

① J. V. Bredt, aaO. S.363,即认为《魏玛宪法》这些规定,实际上亦无法有效的保障劳工之权利。同理,W. Geiger, aaO. S.14。

② 《基本法》第9条第3项第1、2款:任何人及职业,参与以保障及追求劳动及经济条件为目的之团体的权利,应予保障。对此权利所为限制或妨碍之约定,皆属无效,所采之措施,亦属违法。

③ 参见德国"公法年报"(Jahrbuch des öffentlichen Rechts, JöR)1949年。在审议第9条之时,即未对扩充基本权利之适用问题,有所争议,亦未提及基本权利之功能,只是"针对国家"(Staatsrichtung)。JöR, SS.79, 138。依学者Walter Leisner之意见,立宪者除对宪法基本权利的"扩张适用问题"的重要性及特别性,尚不清楚外,更重要的是,立宪者不欲宪法来干涉私法的关系。不欲将私法事务,列入宪法条文之内。W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 313, FN 74 a, b. 此外,学者Dieter Voigt亦言,立宪者(在制宪委员会之咨询会议中,Beratung im Parlamentarischen Rat),对于宪法基本权利在私法的适用问题,采取既不反对又不赞成的模棱两可态度。D. Voigt, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrecht - sbestimmungen des BGG, 1960, S.89.

（第3项）下列基本权利，视为“直接适用的法律”，直接拘束立法，行政权力以及司法。

《基本法》的此项立法目的，很明显是着眼于德国在第二次世界大战结束前，遭受希特勒国家社会主义强权式的统治之痛。鉴于当时《魏玛宪法》的基本权利规定，面对国家权力之滥用，而无法有任何实证之效力。故而，在德国《基本法》内第1条，特别着重于基本权利应直接拘束国家权力（立法、司法及行政）。并非着眼于私人之权力所引起之他人基本权利之侵害，即如《基本法》的制宪会议在有关本条人类尊严之维护时所称：经过一段持续对人性尊严所为之压迫及极度蔑视之后，对人类尊严之尊重，是维护老式的自由权利，所必要之基础……私人和国家的关系，必须予以重整，而须对“国家侵犯之权力”，予以限制。① 所以，以立宪当时的客观环境，急于为破碎的国家“制定一个规范过渡时期，政治生活新秩序的宪法”（如《基本法》前言之意旨），学者及立宪者，将基本权利之眼光，只专注于对国家权力侵犯之防卫之上，是不足为奇的。②

《基本法》第1条第1项，将人类尊严之维护，局限于乃“全体国家权力之义务”，明显地和代表各邦政府意见的“赫尔金湖草案”（Herrenchiemseer Entwurf）不同。在《基本法》“制宪会议”召开前三周，各邦政府推派代表于赫尔金湖附近召开会议，研讨的草案中第1条，曾

---

① W. Schmidt – Rimpler, P. Gieseke, E. Friesenkahn, und A. Knur, Die Lohngleichheit von Männern und Frauen, AöR 76, 1951, S. 169.

② 例如，学者C. H. Ule，当时即认为：“纯粹”的基本权利（echte Grundrechte），是超越国家的权利，国家不得以立法、司法及行政权力，来予以侵犯。“纯粹”的基本权利，是私人之权利，以对抗有侵犯可能的国家。其乃欲针对国家之权力实际运作，在立法及行政方面，制定限制。C. H. Ule, Deutsche Verwaltung, 1949, S. 333 另外，在“制宪会议”担任“基本权利”部分评述的H. v. Mangoldt即再三表示，宪法的“基本权利”条款，只是规定“国家及私人之关系”，并“限制国家之权力”（Allmacht des Staats Schranken zu setzen），见 v. Mangoldt, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgeseztes, AöR 75, 1949, S. 275；另外，W. Schmidt – Rimpler 等，亦赞同此种意见，参见 W. Schmidt – Rimpler, aaO. SS. 169/170。

表示:维护人类尊严,不仅是所有国家权力,同时也是每个私人的义务。"赫尔金湖草案"此项扩充维护人类尊严之义务,及于私人之上,而遭到《基本法》之立宪者所删除,益发显得《基本法》之立宪者,只欲将《基本法》之效力,局限于对国家权力之限制之范围内。①

三、新理论——"对第三者效力理论"之兴起

(一)理论之代表

尽管《基本法》之立宪者,对保障人民之基本权利之重心,置于防止国家权力之侵犯之上,但不可否认的是,随着社会结构的变迁,社会上拥有优势地位的团体及个人对于其他居于实力劣势之私人,是有可能以"压倒的实力"(überlegende Gewalt)妨碍其基本权利的。这种所谓"社会实力"(Sozialgewalt)②的侵犯,使得私人的人类尊严遭到忽视时,而依宪法规定对该人类尊严有防卫及尊重的国家权力,应否予以介入?自《基本法》公布之后,这个问题,即开始被学者提出讨论,所谓"对第三者效力理论"——宪法基本权利对第三者(国家对人民之关系外之第三者,亦即私人对私人间)之效力——(Drittwirkung der Grundrechte)③,或谓"基本

---

① W. Leisner, aaO. S.313, FN 74 a.

② 学者 Sinzheimer 之用语,见 J. V. Bredt, aaO. S. 333; G. Anschütz, aaO. S. 731。

③ "第三者效力"之用语,虽系德国学者 H. P. Ipsen 在 1952 年所提出,Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Stand 1979, Rdnr. 127 zum Art. 1. GG;蔡钦源:"宪法上基本权利之规定在私法关系中之效力",台湾大学法律研究所硕士论文,1983 年 7 月,第 6 页;但是,早在"《基本法》立宪会议"之时,著名学者 Richard Thoma 即提到"对第三者(之效力)""Drittrichtung"一语,见 JöR, 151, FN Bd. 1. SS. 63/64; W, Leisner, aaO. S.313, FN 74a。

权利效力之新学说"(Neue Lehre der Grundrechtswirkung)即应运而生。①

所谓的第三者效力理论,主要是在探究,除了宪法有明文规定外(如《基本法》第9条第3项,以及其他邦宪法②的明文规定),宪法的基本权利,在同为"基本权利之享受者"(Rechtsgenossen)的私人之间,在何种范围以及以何种方式能发生拘束力,如同基本权利能拘束国家权力然。③

1. 尼帕代(Hans Carl Nipperdey)

大学者尼帕代教授是新学说肯定宪法基本权利在私人的法律关系中有直接效力的主要代表。尼帕代在1950年发表的"妇女同工同酬"一文中,④主张基本权利之条文,在私人的法律关系中,应该有绝对的效力,并且可以直接援用。尼帕代是基于《基本法》人类尊严之最高目标,认为基本权利是最高层的规范(Normen höchsten Grades),故而,倘若基本权利之条文不能直接在私人间被适用的话,则宪法的基本权利之条文

---

① G. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zum gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 165.

② 例如,《巴伐利亚邦宪法》第110条及170条;《布莱梅邦宪法》第15条及48条;《黑森邦宪法》第11条及36条;《莱茵发尔滋邦宪法》第9条及第66条等。这些宪法所包括的有关内容,皆大同小异。而且,就以《巴伐利亚邦宪法》之第110条及第170条而言,完全是《魏玛宪法》相关条文的翻版。

③ A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 137。原则上,宪法的基本权利,在私法中,有无适用之问题,在依"立法合宪性"的大原则之下,私法(尤以民法)的规定,皆必须合乎宪法(尤其是基本权利)之规定,故而,从这种角度来看,毫无疑问的是,宪法的基本权利规定在私法的适用问题,将是不存在的。然而,所谓宪法基本权利的"第三者效力理论",却是为了避开上述这种矛盾,而去探究该基本权利如何适用之问题(das Wie),所以,学者对"第三者效力理论"定义为"私人间受不受到基本权利之直接约束",而不定义为宪法基本权利在私法中的适用,学者 Jürgen Schwabe 即指称后者之概念乃不确实,甚乃错误,理由即在此。见 J. Schwabe, Die sogennate Drittwirkung der Grundrechte, zur Einwirking der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, 1971, S. 9 FN 2。

④ Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, RdA 1950, S. 125; Dazu, A. Bleckmann, aaO. S. 144.

将沦为仅具"绝对的宣示性质"(absoluter deklaratorishe Charakter)罢了。故而,尼帕代为了保障私人在和其他私人的法律关系中,能获得一个合乎人类尊严及基本权利的法律地位,亦即,每个私人在社会中能获得"社会立足点"(社会地位:status socialis)之保障,故主张法官在审判民事案件时,因为《宪法》第1条第3项规定"基本权利之规定,视为直接之法律,拘束行政、立法、司法",法官就必须直接引用基本权利之规定,不必通过民事法律来予以审判,使得基本权利之规定得以在民事之个案中,获得实现。

尼帕代的看法随即遭到了学界的批评。代表传统理论者W. Schmidt-Rimpler等共同提出一份"波昂研究所评论"(Bonner Institutsgutachten)①,认为,基本权利之规定,只以限制国家之"侵犯"为主。(故有规定人民之基本权利,必须通过法律方得侵犯,是为明证)所以《基本法》的序言提及《基本法》的制定是为"国家之生活,有一新秩序",足以说明基本权利,并非规范"私人之关系"。② 针对尼帕代所称,基本权利乃"最高层之规范"之时,Schmidt - Rimpler 等之看法以为,基本权利既为"最高层之规范",那基本权利本身就非(可直接适用之)规范。其主要是规范国家及人民之关系。③ 至于私人之间的法律关系,尼帕代的"一般评价原则",亦即"确认合宪的最高正义思想"并不能直接在私法中实现。顶多只能通过解释的管道将隐含的一般评价原则表现出来。Schmidt - Rimpler 认为"光凭主张,是不够充分的"。此外,基于"实际原则"(Praktikabilität)以及"法律安定性原则"(Rechtssicherheit),宪法基本权利不适合在民事个案中实现。也许,基本权利之规定,足以胜任限制政府权力之任务,但是,不够具体到可以满足民事问题的复杂

① 1950年5月3日提出,Garzoni, aaO. S. 80。

② W. Schmidt - Rimpler, aaO. S. 170.

③ W. Schmidt - Rimpler, aaO. S. 172.

情况,①又,关于法官直接适用基本权利之问题,Schmidt - Rimpler 等认为法官审判的依据是法律;在民事审判涉及基本权利之问题时,法官有双重任务:首先,法官须先审核所适用的法律,有无违宪(违背基本权利)?其次,倘若法律不违宪,再使基本权利之功效在私人的法律关系中,予以实现。② 所以尼帕代认为法官应直接引用《基本法》之基本权利条文,是不足采信。因为法官引用基本权利条文,是法官被要求(注意基本权利)之"请求原则"(petitio principii),而不是法官作审判之证据。③

面对 W. Schmidt - Rimpler 等之批评,尼帕代除在其于 1954 年发表之"人类尊严"④一文中,予以部分修正意见外,⑤并再对自己之意见予以进一步的充实。其认为《基本法》第 1 条第 1 项的"人类尊严应维护"的条文,是一种静态的,界定国家权力及人民权利的防卫权。产生"自由地位"(status libertatis)之权;也是一种面临国家权力侵害时,可以主张的"防御权"(Schutzrecht)——产生积极的实证权利 status positivus 之权;也是一种在私人法律关系中的"社会地位权"(status socialis, negativus)。⑥ 依据人类尊严是不可侵犯之条款,所以,其认为,除了国家公权力外,私人(包括社会有实力者),皆不能侵犯。依《基本法》该条规定之目的及意义,人类尊严之不可侵犯性,产生绝对的(可请求的)权利,

---

① W. Schmidt - Rimpler, aaO. S. 173.

② W. Schmidt - Rimpler, aaO. S. 176.

③ W. Schmidt - Rimpler, aaO. S. 177.

④ H. Nipperdey "Die Würde des Menschen", in: Ne umann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, 2, Bd, 1954, S. 1ff.

⑤ H. C. Nipperdey, Die Würde, S. 21, FN 44。尼帕代亦承认 Schmidt - Rimpler 等的批评不无道理,尤其是关于法官直接引用宪法基本权利方面。尼帕代承认法官引用基本权利,是视为引证基本权利之"请求原则"(petitio principii),而非作为断案之证据。而且,关于法官受基本权利直接拘束之原则(《基本法》第 1 条),依德国学界目前之通说,是偏向程序法方面,而非实体法,亦即并不是以基本权利条文直接作为断案之准则。见 Maunz/Dürig/Herzog, aaO. Rdnr. 119。

⑥ H. C. Nipperdey, Die Würde, S. 20.

即使在私法关系中,亦应适用。所以,尼帕代以为国家应保障人类尊严,无疑就是认为,基本权利之规定,除了国家权力(行政、立法及司法外),在私人间亦应适用。①

尼帕代的积极主张宪法基本权利有对第三者之效力,理论体系最完备的,应推其在1962年提出的"基本权利及私法"一文。② 其理论大致如下:

(1)私法是由私财产权、继承权、营业自由、竞争自由以及契约自由所构成,且是人类的生活要素。私法是一个统一的、自由的,社会整体法律秩序的最重要的成分。而这个整体法律秩序的基础,也是私法体系的基础,便是人类尊严。人类尊严是法律理念的领域内最高度的价值,也是在法内"形成风俗化的力量"(versittliche Kraft)。③

(2)诚然,依照《基本法》第2条第1项的规定,④每个人都有发展人格之权,但是,配合着维护人类尊严之条款,《基本法》肯定每个人有个别价值(Eigenwert der Person)之存在。面对着强有力的团体、协会以及公众(Publicity),也就是面对社会实力者以及经济上之强者之时,谈个人的个别价值的保障,应受到宪法的承认。因为这些社会团体,并非是比个别价值更高的价值,个人不应沦为他们的工具。⑤

(3)由于个人不是一个孤立的主权个体,而是必须和社会、团体发生关系,《基本法》已经调合两者之关联。由于《基本法》不欲建立一个集权式之国家,亦不欲建立一个完全自由放任之国家,其所揭示的"社会

---

① H. C. Nipperdey, Die Würde, S. 21.

② H. C. Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, eine Universitätsrede, in; Festschrift für Erich Molitor zum 75.

Geburtstag, 1962, S. 17 ff.

③ H. C. Nipperdey, Grundrechte, SS. 17 - 18.

④ 《基本法》第2条第1项规定:只要不侵犯他人之权利,违反合宪之秩序以及风俗法律,任何人皆有发展其人格之权。

⑤ H. C. Nipperdey, Grundrechts, S. 18.

(福利)国原则"(Sozialstaatsprinzip),必须阻止社会上有力的强者来压迫弱者,而侵犯公益。亦即对强者经济权利的运作,必须予以必要之限制。①

(4)就基本权利的内容而言,尼帕代承认,绝大多数的基本权利乃"纯粹的、古典的基本权利",是针对国家权力所设,也是拘束一个法治国家公权力的基本权利。这种权利,可能是保障个人有一个免于国家侵犯的"自由领域"(status negativus sive libertatis 消极的地位或是自由之地位);还可能是请求国家为某种行为之请求权(status positivus socialis);也可能是参与国家(政治)生活权利(status activus sive civitatis 主动之地位或是公权之地位)。而这些权利,是针对国家权力的,所以,在私人之关系中,并不适用。② 然而,还有一些基本权利,是视为宪法"制度性或系统性的保障"(Instituts - oder Einrichtungsgarantien)这些基本权利,不仅仅具有纯粹基本权利之性质,以防止公权力之侵害,同时也具有可在私法关系中直接拘束力之特征。这些权利,如婚姻及家庭,营业自由,财产及继承权等基本权利,都属此类。这些基本权利,是被视为宪法的制度,所以,任何私人间的协议及法律行为,都不可侵及此"制度保障"。

此外,仍有许多基本权利之条款是一种秩序原则(Ordnungssätze)或是原则规范(Grundsatznorm),这些是整个法律秩序的客观规范,不必待立法者立法,即可直接拘束私人的法律关系。尼帕代以为,除了《基本法》第9条有明文规定外,亦有其他许多的基本权利条文,概属此类。关于此种基本权利,尼帕代认为,都具有对第三者效力,亦即,这些基本权

① H. C. Nipperdey, Grundrechts, SS. 20 - 21.

② H. C. Nipperdey, Grundrechts, S. 23; 尼帕代在"人类尊严"论文处已经就基本权利之种类,作一个分析,认为专属于针对国家权力侵犯之基本权利,略有:集会自由(《基本法》第8条);迁徙自由(第11条);住所不被侵犯权(第13条)财产权保障及公益征收之规定(第14条);国籍、庇护以及不被外国引渡权(第16条)以及请愿权(第17条)等;见"Die Würde", S. 19。

利具有绝对之效力,依其特性,也是一种客观的、有拘束力的宪法条文,也有直接的规范之效力。这些具有直接适用性的基本权利条文,可以废止、修正、补充,甚或重新创设私法的规定。为了强化这种直接拘束之功能,尼帕代更认为,整个法律秩序应视为一体,这些基本权利,不应只被视为指导原则(Leitsätze)或是解释原则(Auslegungsregeln),而是可在私人的法律关系中,视为个别的私法规定,而予援用。倘若这些基本规范在私人的法律关系中被抵触的话,依尼帕代之见,可导致法律行为无效。若可由基本权利之规定衍生出私法权利来,则可依《德国民法》第823条第1项之"侵犯他人之其他权利"之侵犯行为,予以救济。在客观的违法侵犯之际,也可提起危害排除及不作为之诉。此外,若涉及有责之侵害,亦可提起损害赔偿,在某些案件,若侵及《德国民法》第847条有关人格权,亦可提起赔偿实质损害之请求。①

(5)针对反对第三者效力理论理由中,最重要的一点——依实证法,只有《基本法》第9条有所明文规定基本权利有直接之私法适用性。尼帕代认为,必须依历史的眼光来了解。由于宪法是其颁布时社会生活的一面镜子,所以,其制定有其历史之背景。但是,宪法之解释必须随时代进展,不必拘泥于其立宪之看法。在19世纪之时,人民遭受之侵害,首来自国家权力之滥用,故而,将防卫来自私人的"社会势力者"之侵害视为次要的。但是,工业社会之到临,使得私人遭受到其他个人及社会势力者之侵害亦大。《魏玛宪法》的首开风气,并非是和基本权利的本质有所轩轾,而是基本权利的意义已经转变。因此,传统上将基本权利视为"纯粹的防卫权"以及着眼于反面解释(对《基本法》第9条明文规定方式的反面解释),尼帕代都认为无所可采。②

(6)就私人之间的关系而言,其以为基本权利虽然同时针对国家及

① H. C. Nipperdey, Grundrechte, S. 24.

② H. C. Nipperdey, Grundrechte, S. 26.

私人，但是效果之强度不同。对国家权力之效果，是无限制的；但私人间，即有所不同。为了保障私法自治（Privatautonomie）之制度，尼帕代认为，私人之间亦可以协议，来限制自己之基本权利。但是，这种私人自己的处置权限，必须在当事人在事实上及法律上都处于平等地位时，方存在之。以一个劳工法及民法学者著称的尼帕代，鉴于势小力薄的私人，面对强而有力的社会团体，所为之意思决定力，往往都是居于虚幻的平等地位，因此，主张自我限制之自由必须衡量对方基本权利所保障的法益是具有更高价值时，方可许可自行限缩之！所以，综而言之，私人间的法律关系，必须依基本权利之决定，来界定自由权限之范围。①

由上述可知，尼帕代这种积极的思想，促使基本权利在私人的法律关系中获得适用，无疑是鉴于《基本法》施行后的国家秩序，是一种客观的价值秩序，所以，任何基本权利之旨意，都必须被贯彻到私法个案，方是客观宪法秩序的表征。尼帕代视宪法为规范性之宪法（normative Verfassung），极为明显。故，称尼帕代为新学说的理论之开山始祖，实不为过。

2. 米勒（Gerhard Müller）

另一个支持第三者效力理论的学者，可举米勒。其于 1965 年发表“基本权利的第三者效力和社会国家原则”一文，②系就《基本法》的立国原则——社会国家原则，对基本权利的效力适用问题，作为立论根据。

米勒系着眼于：基本权利乃首要之规范（Primärnormen），因此，应该在法律的所有领域内，获得实现。只要基本权利是首要规范，此首要规范又是其他（次级）规范之基础，而且这些规范也是由首要规范而衍生，而适用于法律的各个领域内。故依米勒之意见，在私法领域内，基本权

① H. C. Nipperdey, Grundrechte, SS. 27 – 28.

② G. Müller, Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip, in: Im Dienste der Sozialreform, Festschrift für Karl Kummer, Wien, 1965, S. 368 ff.

利的适用,就可以不一定须"假手"(通过)私法法条(尤其是所谓的"概括条款"——如"公序良俗")来发挥效力。①

米勒亦不否认基本权利系针对国家权力而设。但是基于现实社会结构之转变,所谓市民国家(Bürgerstaat)之时代已过,基本权利的效力,必须跟着环境现状而改变。再加上《基本法》肯定人类尊严及基本权利之"不可让渡"(《基本法》第1条第2项),以及依《基本法》第79条第3项之规定,若修宪案涉及基本权利原则之改变,皆为无效,显示基本权利之维护,乃"宪法之确信不移者"(Verfasungsfest)。而且,宪法确定的"社会国家原则",亦要求基本权利能有对第三者之效力。因而,在《基本法》的基本权利条款中,依米勒所言,有关人类尊严(《基本法》第1条第1项);人格自由发展权(第2条);平等权(第3条);自由选择职业、工作地点及教育地点之权(第12条第1项);婚姻及家庭基本权(第6条第1项)以及财产及继承权(第14条)等,皆是有第三者直接之效力。②

但是,随着基本权利的对第三者效力理论成立之后,会有所谓的基本权利之摩擦(Reibung der Grundrechte)的问题发生。米勒认为,基本权利既然在民事个案的法律关系中,得到直接适用,则必然发生当事人间之基本权利的摩擦。其并举了几个例子:③

其一,《基本法》第9条第3项,承认任何人及任何职业皆有组织及参与追求经济及劳动条件协会之权利。但是,人人有权组织工会,因此,可能造成工会林立,而彼此之间为招揽会员而恶性竞争,形成使对方毁灭为止的"谋杀式竞争"(Mörderkonkurrenz),是否亦为《基本法》第9条所保障?

其二,依《基本法》第2条规定,人人有扩展人格之基本权利,但是

① G. Müller, Die Drittwirkung, aaO. S.370.

② G. Müller, Die Drittwirkung, aaO. S.372 ff.

③ G. Müller, Die Drittwirkung, aaO. S.375 ff.

“解约保护法”(Kündigungsschutzgesetz)之制定,则是依照《基本法》所追求的社会国家原则(第12条)以及维护人类尊严(第1条),来保障处于经济上及社会上力量弱者之受雇者,能于经过一定的缓动期后,才遭解雇。但是,十分明显的是此时雇主的人格自由发展权,也就是“行为自由权利”,立即由该法律受到限制了。然而,无可讳言,以客观的立场而言,亦有必要来维护雇主(资本家)的利益。因为,雇主借着经营其企业,来“发展其人格”,亦是《基本法》第2条所应保障之标的。故在类似“解约保护法”内,亦应该对“解约预告期间”,有一定的限制,来防卫资本家的权利。可见,双方(劳方或资方,或雇方或被雇方)彼此的基本权利即处于相互矛盾的地位。

其三,依《基本法》第3条3项之规定,不得因性别、种族、籍贯、信仰等差异,而受到歧视或享受特权。这条原则是直接渊源于人类尊严之条款。但是,《基本法》第2条的保障人格发展自由,可以行为自我决定,则在遗嘱之案件,立遗嘱人有无行为自由,自行决定(违反平等原则)遗产之受益人?(例如,明文将某个种族或是某种信仰或性别的人排除为受益人?)此刻,人格自由发展权则和平等权发生基本权利摩擦(Friktion der Grundrechte)。

为了解决这种随着基本权利对第三者效力之肯定而来的权利冲突问题,米勒提出了依事务之本质(Natur der Sache)方针,来作为矫正“对第三者效力理论”所带来之弊害。

依米勒之见解,宪法的基本权利之规定,诚然有对第三者效力之必要性。但是,在各案施行中,却不必要有“绝对的效用性”(Absolutheitswirkung),以避免发生上述所谓的“基本权利彼此间之摩擦”问题。

而所谓依事务之本质方针,就是以“事实关联”作标准(Maßgabe des Sachverhalts),易言之,即以现存一切应规范之事实、个案仔细去分析其受基本权利之保障范围后,才能排除几个基本权利项目的摩擦。而不必

强行硬性规定,基本权利任何一条条文,在民法中有对个案完全绝对的适用效力。《基本法》第20条的社会国家原则,若只是以保护经济弱者为唯一宗旨,则显得太狭隘了,而是应该给每一个社会分子同等之尊严,而在基本权利保障之领域内,获得一定之地位。故,社会国家原则被米勒提出来,作为指导依事务本质方针之基石,来界定发生冲突的各个基本权利之范围。①

依米勒之理论,倘若能依照"事务本质"原则来评估基本权利规定在各案之效力,则上述三个"权利摩擦"之案件,即会得到圆满之解决。例如:

其一,关于追求经济及工作条件团体之组成权利,只要在符合"多数团体原则"(Koalitionspluralismus)情形下,保障有多数相互竞争的团体存在时,则"谋杀式的竞争"应可以禁止之。

其二,权衡劳资方关系的本质显示出来,应肯定劳方有以工作获得其生存之基础,而资方,也有必要可以解雇劳工,所以必须定一个期限,以及制止恣意妄为之解雇,就可以调合双方之基本权利。②

其三,立遗嘱人遵守平等原则问题,则必须在现存事实下,有无违背人类尊严?例如,立遗嘱人乃独身主义者,遗嘱中将遗产赠给独身主义者之养老院,则不违背其他人的人类尊严,则应许可之。但是,规定遗产赠给某个性别(男或女)之受益人,则违反人类尊严(以及"禁止歧视"原则),所以,不应许可之。③

由上述之理论,吾人可推知,米勒虽然否认每个基本权利在民事关系中,皆有"绝对的效用性",但是,如其自己所言的,亦不否认基本权利应直接适用到对第三者之关系上。然而,其所提出修正对第三者效力理

---

① G. Müller, Die Drittwirkung, aaO. S.381. 关于"事务本质"之概念,参见笔者:"平等权的宪法意义",载本文集第二十一篇。

② G. Müller, Die Drittwirkung, aaO. S.385.

③ G. Müller, Die Drittwirkung, aaO. S.382 ff.

论的"依事务本质"之方针，将基本权利在个案的效力，以个案不同的"事实因素"来作协调，来解决发生冲突的双方当事人的基本权利。此种见解，远观之下，似乎和尼帕代所主张的"对第三者效力理论"背道而驰。因为该新理论，正是要求毫不犹豫地将基本权利直接适用在私法之内，而成为其理论之特征。

但是，吾人似可再退一步，以基本权利效力适用在个案而言，则明显的，所谓"个案"或"各案"，皆有不同的"事实"及"权衡之标准"（Abwägungsmaßstab），一个法律的效果，唯有充分考虑到这些个案的特质之后，所谓的效果，方有可能乃"个案之正义"（Gerechtigkeit im Einzelfall）。① 米勒之看法，虽然在某些地方，仍不够清晰，例如，其一及其二例的"禁止谋杀性竞争"及制定"解约保护法"，都涉及立法步骤，而非直接溯引基本权利。而第三个例子，许可遗赠问题，平等权原则则几乎在实质上未被考虑过其直接效力。但是，基本上，其提出的修正方式，有助于补充"对第三者效力理论"的妥善。②

（二）法院见解——联邦劳工法院

德国法院实务界对宪法基本权利规定的"对第三者效力理论"的呼应，首推由尼帕代担任院长的"联邦劳工法院"。于1954年12月3日就劳动关系的问题，③联邦劳工法院判决中，采纳了尼帕代之"新理论"。法院认为，虽然并非全部宪法基本权利之规定，都只是针对国家权力而

---

① 参见C. G. von Pestalozza, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 2（1963）S. 447 ff。

② G. Müller提出的看法，受到Albert Bleckmann之支持。Bleckmann认为在私人的私法关系之中，都会发生基本权利"冲突"（Bleckmann不用G. Müller所使用的"摩擦"（Reibung, Friktion）字句，而使用"抵触或冲突"kollidieren用语，名虽不同而实质同），而必须予以"衡量"方可。在"权利衡量"之中，必须予以契约当事人在遂行私法关系时，可以在某种界限之下，放弃一些基本权利。如此，在实行"对第三者效力理论"时，私法行为之自由仍可确保。见A. Bleckmann, aaO. S. 153。

③ BAGE1, 185 ff；关于本案，请参见蔡钦源，前述书第106页。

发的自由权,而是有一连串"重要的基本权利规定",皆是"社会生活的秩序原则"(Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben)。这些"社会生活的秩序原则",对于国民之间的法律关系,具有"直接之意义"(unmittelbare Bedeutung)。因此,所有私法的协议(Abmachungen),法律行为及作为,都不能与之相抵触。国家及法律秩序具体的结构及"公秩序"(ordre public)都是由之形成的。①

联邦劳工法院的这种见解,认为私人之间的法律关系,都要受到宪法所宣示之价值的拘束,在以后的审判案件中,屡屡出现。②

于1957年5月10日发生的著名"单身条款案"(Zöllibats - klausel),联邦劳工法院认为以契约规定"维持单身"之条款,基本上违反《基本法》保障的"婚姻及家庭"制度(第6条第1项),"人类尊严"(第1条第1项)以及"人格发展权"(第2条)等,此类契约为无效。联邦劳工法院除了重申以往之见解外,并强调:并不承认民事法的独立性能够脱离宪法的基本权利体系而存在。因为民事法是受到宪法所预期的基本价值体系所拘束的,故民事法不能被视为宪法外之物。③

直至现在为止,德国联邦劳工法院依旧维持基本权利"对第三者效力"理论之立场。故在有关劳工方面,基本权利之效力,皆可在私人法律间获得适用之余地。④

---

① BAGE1, 185/293; G. Müller, aaO. S.731. 联邦劳工法院只用"直接意义"之用语,而非"直接效力"。

② 例如,1955年1月15日之判决(BAGE1, 258/262ff);1957年3月23日之判决(BAGE4, 240/242ff);1957年5月10日之判决,刊载NJW 1957,1688 ff. 1962年6月29日,BAGE13, 168/174 ff; K. Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1976, S.199, FN23。

③ BAGE4, 274/278; G. Müller, aaO. S.24; 参见蔡钦源:《宪法上基本权利之规定在私法关系中之效力》,台湾大学法律研究所硕士论文,1983年7月,第109页。

④ T. Schramm, Staatsrecht, Bd II, Grundrechte und ihre verfassungsrechtliche Absicherung 1971, S.31.

四、通说——“对第三者效力理论”之否认

尼帕代提出新学说于先，德国联邦劳工法院呼应于后，极力主张宪法的基本权利条文有实证的直接效力，并且，可直接具体的在私法个案中由当事人援引之，作为基本权利的理由。但是，这种“运用的方式”和这种“直接方式”，不通过私法之“个别法律”来达成防卫基本权利的效果，妥不妥当？引起学界及实务界的激烈反应。

（一）理论之代表

1. 杜立希（Günter Dürig）

集否认“对第三者效力理论”之理论大成者，应推杜立希教授。杜立希在1956年发表的“基本权利及民事诉讼”一文中，①提出其排斥“新学说”的理论体系：

杜立希首先承认宪法的基本权利，并非是专为第三者之权力而制定，而是针对国家之权力而产生！但是，基于《基本法》第1条第3项之规定，基本权利之规定，对司法（视为国家权力行使之一种）有直接拘束力，所以，基本权利之规定，毫无疑问是对民事法律诉讼之“种类”（Art）及“方式”（Weise）有“直接的效力”。但是，基本权利规定对民事法院审判的拘束力之内容上的范围，则端视事实上，所应适用的“实质民事法律”所应受到基本权利之拘束的程度而定。所以，依其所见，民事法院之审判是国家行为之一，必须不能违背基本权利之规定。正如同行政及立法行为受到基本权利之拘束一样。但是，事实上，民事诉讼既然须依待审案件之私法关系受基本权利保障之情况而受到拘束。故这种拘束，是

① “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”，SS. 157－190.

"间接之拘束"。①

对于《基本法》第1条第3项之规定,尊重维护基本权利是所有国家权力之义务,而私人有无尊重此规定之义务?其以为本条既然是拘束国家权力,是增强"基本权利人之对抗国家权力之地位"。倘若,将本条的"国家行为应为性"(Verhaltensollen des Staates)性质,推广到"私人行为应为性"(Verhaltensollen Privater),则不啻宣示,倘若无本条之规定,相反的,私人的基本权利即会受到未能增强其地位——对抗私人的限制?此对私法而言,是极为危险的看法。故而,无法从本条追溯出其对私人行为的"拘束性"。②

杜立希其次论及"人类尊严"与"人格发展自由权"(《基本法》第2条第1项)之关系,其以为,《基本法》第2条第1项保障的"发展人格之自由权"优先于《基本法》第3条所保障的"平等权"。而在概念上,国家不能否认同处平等地位的私人,可以为任何符合私法正义的相互行为(私法之交易正义 Verkehrs - und Tausch - gerechtigkeit des Zivilrechts)。而公权力必须负有义务(法官之权力亦然),来承认私人间的契约、单独行为、行为及不行为,都是合法的——即使和宪法之原则有所违背亦然。因为依杜立希之看法,由人类尊严"衍生"的"自由权利",应该在法律上可以准许当事人之间,将平等权及其他自由权"不予使用",易言之,当事人之间,可以不愿那些宪法只欲规范"国家和私人关系的要求及禁止规范"的规定,来发展其私法之关系。杜立希这种"基本权利人可放弃部分之权利"是着眼于个人的发展自由,使得个人成为抽象的(in abstracto)私法关系之主体(Privatrechtssubjekt),但是,在具体案件中,可以在发展

① G. Dürig, Grundrechte, SS. 157/158, FN1。这个问题,可参见笔者:《公共利益的概念》;此外,C. Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes - zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, JuS 1981, S. 244, 亦持同一见解。

② G. Dürig, aaO. S. 158.

法律关系中，为自己成为除去法律不利益者以及维护法律利益者。[①] 所以，实际的案件中，民事法可以许可个人在签订契约时，予男性对方较多利益（和男女平等之原则违反）；也可以“不使用自己的某种自由权利”——例如与某种意识事业（Tendenzbetrieben，如教会、政党、宣传广告公司等，这些团体要求其成员对某种价值判断有所一致性之看法）签订工作契约，故只能依约表达“某特定”之言论；以及也可以对他人为不平等之对待，例如，只予男性后裔为赠送或遗赠；以及签订契约是只限制及确定一方放弃某些自由权利（如言论自由、迁徙自由甚或“良心自由”等）。这种将“基本权利之违反”（Grundrechtswidrigkeit）和“私法违法”（Privatrechtswidrigkeit）之相互分开的理由，依杜立希之见解，系根源于私法的独立性以及私法的法典独自性（Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Zivilrechts）的原则。这种原则乃相对于宪法基本权利之体系而存在。[②]

杜立希提出“私法独立性及法典独自性”理由，强调私法本身即具有特定的功能。依宪法所保障的“人格发展的自由权”项目中，附有但书，即“在不侵及他人权利及不违反宪法秩序及风俗法律时”，方保障之。（《基本法》第2条第1项）这句“他人权利”之意义，依杜立希之意见，已明确指出，《基本法》系将“规律”私人间的“法律关系”，委由“私法”去具体化。而基本权利之功效，则只在拘束国家权力之上。杜立希这种二分法，使得对第三者效力之理论无法存在。私人有完全的处置可能性，就其自由权及平等基本权利之是否或如何行使，可自行决定。[③]

针对尼帕代以及联邦劳工法院的见解，将任何宪法基本权利之规定，从“形式的移植”到私人的法律关系，其以为是侵犯了“私法自治”以

---

① G. Dürig, aaO. S. 158.

② G. Dürig, aaO. S. 161; Dürig 曾举例以为若有人自愿抛弃物质生活条件（亦即违背享有过着“合乎人类尊严”之生活）成为托钵和尚，也是个人的权利。

③ G. Dürig, aaO. SS. 164, 173.

及"契约自由"等私法体系的基本价值。①

为了使基本权利对私法有直接效力,经由私法为之之目的能够达到,杜立希提出了私法中"概括条款"作为在私法中实现宪法之基本权利理想的"媒介"(Mittel)。杜立希认为"概括条款",具有"价值满足之能力及价值满足之必要性"(Wertausfüllungsfähigkeit und Wertausfüllungsbedürftigkeit der Generalklauseln),来满足《基本法》(通过其基本权利规定)所制定的"价值体系"(Wertsystem)。其认为,唯有通过"概括条款"的适用,方可妥善地调合私人间(被基本权利所肯定的)私人的"处置自由"(Dispositionsfreiheit),而可以在法律体系及逻辑上,来保障私法的独自性(Eigenständigkeit des Privatrechts);另外,在"法律道德"之下,却又可以维持"整体法的一致性"(Einheit des Gesamtrechts)。②

杜立希认为,私法的"概括条款",如"善良风俗"(《德国民法》第138条第1项)的运用来满足基本权利的价值内容,有三种不同的"强度层次"(Intensitätsgrade),可供"价值实现"(Wertrealisierung)之用。③

(1)最通常的情形是单纯的"价值分辨与价值澄清"(Wertdifferenzierung und Wertverdeutlichung)之效果。法官在审判具体案件之时,利用私法这个传统以来,系用来防止私权"箝制、滥用及恣意妄为"(Knebelungs - Miβbrauchs - Willkürabwehr)的防卫性规范——概括条款,是可以引述宪法基本权利的"价值内涵"(Wertgehalte),作为其"判决之理由"。因而,由"概括条款"——最明显的是《民法》第138条善良风俗之概括条款——的善于利用,即可足以保障人民之基本价值。

---

① G. Dürig 毫不留情地称这种"新学说"为对私法体系一个"毁灭的杰作"(Zerstörungswerk), aaO. S. 165。

② Dürig, aaO. SS. 176 - 177.

③ Dürig, aaO. S. 177; Dürig 在较后出版的著作中,对这种看法,再加充实,Maunz/Herzog/Dürig, Kommentar Grundgesetz, 1979, Rdnr. 133 zum Art. 1;另蔡钦源:《宪法上基本权利之规定在私法关系中之效力》,台湾大学法律研究所硕士论文,1983年7月,第98页。

为了支持这种见解，杜立希曾举出些例子，例如，联邦普通法院曾经对“恣意的不平等对待”（willkürliche Ungleichbehandlung），认为乃违背“善良风俗”，而予认定法律行为无效。杜立希认为，以此即可引来作防卫《基本法》第3条“平等权”之用。故每个基本权利都可以借助这种方式，由单纯的“宪法条文”来“较弹性”及“较活泼地”（plastischer und lebensnäher）实现其价值。①

（2）较少见，但于本问题较重要的是“价值强调及价值强化”（Wertakzentuierung und Wertverschäfung）功能。杜立希认为在私法的“防卫规范”已很完备并且亦无任何“价值防卫的漏洞”存在之时，因为宪法的“观念改变”，促使了私法对某些价值有价值强化的解释之必要。这种因为宪法的改变，直接影响到私法价值的改变，将宪法价值作为私法价值的解释准则，所以，宪法所欲强调的价值，也必须在私法中被强调及强化。因而，依其之见，此种情形并非上文第一个情形所谓的“单纯的价值分辨及价值澄清”，而是因为宪法及法律秩序对“价值概念”的改善，故而对私法“防卫规范”（即“概括条款”）作为一种纯粹的“价值满足的解释”以及“价值强调”。

杜立希亦举例认为，依德国现行宪法非常强调的价值观念，不再认为以契约约定不租房予犹太人是合乎“善良风俗”的。因而，以宪法之价值强调，可以影响私法对“价值”的认知。②

（3）最少见，但是却在此最重要的是“防卫价值之漏洞填补”（Wertschutzlückenschließung）。亦即，宪法要求私法的“概括条款”能够担任起填补价值体系的漏洞之任务。杜立希认为，《基本法》并未许可私法得免除某些（由“人类尊严”及“人格发展自由”所引出之）价值取向

① G. Dürig, Die Grundrechte, S. 178.

② G. Dürig, Die Grundrechte, S. 179. 蔡钦源：《宪法上基本权利之规定在私法关系中之效力》，台湾大学法律研究所硕士论文，1983年7月，第99页。

(Wertorientierungen),因此,在私法的领域内,私法应独立地去履行这些价值取向。但是,宪法并未给予私法——特定的"模式"(Modalität),要求私法循这个模式来规范私法事件。而是让私法在自己"私法概念世界"(zivilistische Begriffswelt)之内,将涉及私法之问题予以解决。所以,在私法体系领域之内,有些"私的及隐密"范畴(Privat - und Geheimsphäre),①可能会陆续遭遇到需要宪法基本价值保障之处。其理由,依杜立希之看法,似乃因为私法当初在立法之时,未避免重复使用这些已使用的措辞,所以,因陋就简,使得字义不清,便有价值防卫之漏洞存在。② 例如,《德国民法》在制定之时,以及在《基本法》制定前,并不承认"人格权"存在之问题(Persönlickeitsrecht)。但是,依《基本法》保障"人类尊严"以及"财产权"保障之意旨,即有保障私人"人格权"之必要。因此,杜立希以为私法的"皇冠条款"(Krönender Abschluß)——概括条款,即可负起基本价值的防卫任务。③

由上述杜立希之论点可知,杜立希非常强调私法是应直接受到宪法

---

① 意即密切但并不直接明显之"现象状态"(Erscheinungsformen),见 Dürig, Grundrechts, S. 179;另 Maunz/Herzog/Dürig, Rdnr. 133 处,杜立希乃使用"密接领域"(Intimsphäre)一词,取代"私的及隐密范畴"用语。

② 杜立希曾举《德国民法》第 826 条为例,该条规定"以违背善良风俗之方法,直接给他人造成损害者,应负赔偿之责",而这种立法精细程度,尤其是"侵犯标的"之上比起《德国民法》第 823 条之规定"以故意或过失违法侵害他人之生命、身体、健康、自由、财产及"其他权利"时,负损害赔偿之责",实有所差距。故立法者并非对某些私法价值(如禁止以违反风俗之方式之侵权)有所忽视,但是,在立法(如《民法》第 826 条),不欲再重复已使用之法条措辞(如《民法》第 823 条)。

③ 基于宪法并未予私法某个"实践模式",故 Dürig 为保障人格权,是可以由私法体系自行为之。宪法学者对于是否要承认私人有"一般的人格权"(allgemeines Persönlichkeitsrecht)——此是德国联邦普通法院所确定之见解——或是直接引溯到《德国民法》第 823 条侵权行为侵及他人的"其他权利"(ein sonstiges Recht)及《德国民法》第 826 条的"违反善良风俗致人于损害"之方式,来保障人格权,Dürig 认为都无所轩轾。因为,私法自始对"解决之模式"(lösungsmodalität),有完全的"独自负责性"(Eigenverantwortlichkat)。见 G. Dürig Die Grundrechte, SS. 180 - 181。有关德国学说对"人格权"之现状,见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),1981 年,第 37 页。

基本权利之拘束的。但是，拘束之方式，是通过私法的“实体法律”（Sachgesetz）为之。杜立希欲大力运用“概括条款”之制度，来补救新学说之“对第三者效力理论”的僵化或硬性①规定，以维持“私法的独自性”。最后，对于新学说的后果，杜立希亦谓，私人间的法律关系，难免有因人民拥有“人格发展”，因而使他人产生不平等待遇之情形出现。但是，要求一切私法行为，皆能实现宪法的基本权利条文，则只有两个途径：或是将社会上一切力量（包括私人）导入于国家的体系之中，一切法律关系都和国家之“公法机构”发生的。抑或将私人间的“法律行为”，视为国家和人民之间，公法的“强制法”（jus cogens）。但是，这两种方式，都会造成私法体系的“国有化”（Verstaatlichung，Sozialisierung）。所以，杜立希认为“对第三者效力理论”支持者，虽极为善意，但“不自觉”地将私法带上毁灭之路。②

2. 盖格（Willi Geiger）

另一个亦持反对“对第三者效力理论”立场者，可举担任联邦普通法院庭长及联邦宪法法院法官的盖格在所著“在私法秩序及经济法秩序内的基本权利之意义”③一文中，首先表明以法制史、比较法以及功能上的眼光来讨论宪法的功能，终究是在规范“国家和个人”的关系。因而，基本权利规定的特性，就应该只局限于公法性质的，保障一个不受国家侵犯的自由行为领域。然而，自从《魏玛宪法》及《基本法》第 9 条有关基本权利直接对“私人间”之法律关系有所适用之规定，并不是基本权利规定的“本质”有所改变，而是立宪者有意之举，所以，只能视为一种例外之

---

① 杜立希称“概括条款”的作用，是基本权利规定进入私法体系的“突破点”（Einbruchstelle）。见杜立希另一文章 Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 525；另在同作者“Die Grundrechte,”一文 S. 177, FN 43，再度提及之。

② Dürig, Die Grundrechte, SS. 183 - 184.

③ W. Geiger, Die Bedeutung der Grundrechte in der Privat - rechtsordnung und in der Wirtschaftsordnung, SS. 7 - 32.

情形,并不能予以一般化。因为,此是立宪者之决定,非他人——尤其是民事诉讼——所能替代。

其次,盖格认为所有的法律秩序,都是一个"强制性的秩序",其中,几乎皆是"实证法所定之秩序"。而依《基本法》,这些秩序都是一个"价值秩序"(Wertordnung)。整个法律秩序,都必须以不同之方式,在不同阶段,用具体的法规来承认及保障这些价值及法益。这些具体的法规,产生特别规范。如民法、经济法及劳工法等,皆系在同一的最高法律秩序下,给予那些基本权利之价值必要的"实证内容"(positiver Inhalt)。因此,依其之见,唯有个案时通过"价值满足必要的"①及"不确定法律概念"以及对"诚信原则"、"恶意抗辩"等概括条款的解释,方可求得既能满足宪法精神、基本权利之特别意义,又能符合民法或经济法之秩序之要求。因而,盖格认为,通过私法法规对不同案件的详为规定,辅以法院诉讼实务对权利的保障继续的发展,是极为必要之举!如此,虽较不舒服,但却较直接引用宪法条文来规范民事及经济法案件要"具体多了"。②

总而言之,盖格系以维持其认为对法律体系极为重要的"公私法二分法"为理由。以为对第三者效力理论,将基本权利直接适用在私法内,是将问题视为"过度简单"(unzulässige Vereinfachung des Problems),③因而,仍不足来肯定新学说,现行的私法体系,已足够来防卫宪法针对国家而发的基本权利。因此,无须采行对第三者效力之理论。④

盖格在两年之后,发表了另一篇论文"私法法律行为中,基本权利的

---

① 很明显,盖格已使用杜立希所运用的措辞,其采纳杜立希之看法,极为明显。

② W. Geiger, Die Bedeutung, S. 23.

③ W. Geiger, Die Bedeutung, S. 14; 杜立希有同样的批评,亦认为持新学说者,视问题显得"太单纯了"(zu idyllisch),Dürig, Die Grundrechte, S. 183。

④ W. Geiger, Die Bedeutung, S. 32.

限制及侵害”一文，①对其见解，略加补充。盖格认为，基本权利除非在实证法明文规定(de lege lata)外，不能由法官在诉讼时，方可直接引用。因为，法官不能取代立法者，此外，倘若宪法的基本权利规定可直接适用在民事关系上，则对民事法院较在行的法官必须适用宪法理论来作为审判依据，其不妥性可想而知！② 因此，不得允许法官直接适用宪法之规定，避免法官权力过大，使得“法治国转变为法官国”(Vom Rechtsstaat zum Richterstaat)。③

3. 其他学者之意见

一般之见解，系认为“对第三者效力”理论仍未形成通说。反对者，除了杜立希及盖格外，仍有数位之见解，值得一述。

(1) Konrad Hesse 之看法：由于每个私人间，都是同等地受到基本权利之保障，这与私人和国家之关系不同。因此，私人当事人间，一方可主张是行使权利，他方则可主张是权利受到侵犯。因此，倘若要求私人毫无条件地都受到基本权利之拘束，无异会对“私法自治”及“自我负责之自由”，做极大之限制。私法的特性及意义也会根本地受到改变。此外，法官在审判私法个案时，所需要的是更明确、更详尽及更确定的规范来解决争议，若法官需花更大精力来讨论“基本权利的效力及限制”问题，则困难极了。因此，依 Hesse 之看法，制定法律来防止经济及社会力量庞大的团体及私人来权力滥用和在私法方面，立法界分私人之权限，以保障基本权利之价值，是不可少之举。庶几，方可避免民事法官引用较广泛且不确定的宪法标准，来解决个案的民事纷争。④

---

① Begrenzung und Verletzung der Grundrechte im Privat – rechtsverkehr. 1959 年 5 月 5 日发表，SS. 33 – 50。

② W. Geiger, Begrensung, SS. 37 – 38.

③ W. Geiger, Begrensung, S. 50.

④ K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 1984, SS. 103 – 104; 同理，C. Starch, aaO. S. 245。

(2)Erhard Denninger 亦将问题解决之重心,置于立法者身上。其以为依照现行宪法的理念,要将基本权利之价值在私法关系中得到实现,已经不是一个对立法者极为困难的"宪法委托"。① 因为,《基本法》确立了社会国家原则的立国原则,在理论上,就使"保障人民最起码的生活地位"(Mindeststa - tussicherung)是法治国家法律之实质任务。所以,私人间的权利行使,就须由"个别立法"(legislative Einzelleistungen)方式,来予规定。立法者应是防卫宪法基本价值的"意识形态创造者,接受者及加工者"(Ideologieproduzent, Abnehmer und - Verarbeiter)。②

(3)Theodor Schramm 仍操持基本权利是针对国家权力滥用的、单纯的"防卫权"之见解,若是承认对第三者效力理论,将会导致整个私法法律行为的"全面法律不安定"(totale Rechtsunsicherheit)③的后果。这种希望将基本权利保障予以全面化(totalisieren),是一种错误的"第一法决定"(Erstrechtschluß),亦即,只用一个宪法来决定全部的法律关系。因此,Schramm 认为"私法的违法性"(zivilrechtliche Rechtswidrigkeit)和"基本权利违反性"(Grundrechtswidrigkeit),乃并无"同一性"(Identität)之存在。因为,彼此处于不同的出发点。故其和杜立希之基本看法一致,为了维持私法秩序的独自性,故对于新学说,予以排斥。而支持对第三者效力者所主张的法律秩序统一性的见解,其以为唯有在数个法规,于同一案件中皆适用,亦即法规彼此发生冲突时,方有法律秩序统一性的问题发生。而基本权利之规范和私法法规范两者各有适用对象不同,所以,依 Schramm 之见,不发生法律秩序统一之问题。但私法法规范和其更高位阶的基本权利规范,并非全然无关联,其以为杜立希所称的具

---

① 参见笔者:"论宪法委托之理论",刊载于本文集第五篇。

② Erhard Denninger, Staatrecht, I. 1973, SS. 123 - 124.

③ 同理 Galperin (JZ 56, 107),亦认为如此。Dazu, Maunz/Dürig/Herzog, aaO. Rdnr. 129。

有价值满足能力及必要性的概括条款，就是满足这种关系最好的桥梁。①

(4) Jürgen Salzwedel 于 1964 年发表的“平等原则和对第三者效力”一文，专就平等权立场，对第三者效力理论，作一检讨。② 他首先分析宪法保障平等权之体系。依《基本法》第 3 条，所谓平等权，是由分别规定于第 1 项的“法律平等原则”以及规定于第 3 项的“禁止歧视原则”，两种所形成。③ 而这两种原则，各有其不同之特性。

第 1 项的“法律上平等原则”，完全是针对立法者立法行为而设。因此，这项原则，是一种“附属性”(akzessorisch) 或是“补充性”(subsiubär)，不能离开一个立法者的作为而存在。因此，《基本法》这条原则之目的，乃在纠正立法者制定之时，对其规范对象，有差别待遇，而产生不平等之后果。故，对于立法者立法之“技术错误”(technischer Fehler des Gesetzgebers)，而制定不平等之法律，使得某些人因此得到利益或遭受不利益之时，这条法律上平等原则，可宣告该法律失效。然而，却不能要求该不平等之法律，能通过法院的诉讼，扩充法律适用对象的范围，或是确认立法者有扩充该法律适用对象之义务。故法律上平等及针对立法者而为，对于私人间的法律关系，则无置喙之余地。④

第 3 项的“禁止歧视原则”，则是禁止对“某种属类之成员”(Gruppenangehörige) 予以差别待遇。本条原则，是要求人民不分种族，宗教等，都能得到平等之待遇。所以，这种原则是宪法人类尊严保障的表现，也是人格发展权利的实践。所以，和第 1 项的原则不

---

① T. Schramm, SS. 28/29。

② Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss für 70. Geburtstag am 19, Aug. 1964, SS. 339 - 353.

③ 《基本法》第 3 条第 1 项：在法律之前，人人平等。第 2 项：男女平等。第 3 项：任何人不得因其性别、血统、种族、语言、家庭、籍贯、信仰、宗教及政治立场而受到利益或不利益。

④ J. Salzwbebel, Gleichheitsgrundsatz, SS. 342, 346.

同,禁止歧视原则不仅是在实践平等权,甚至是享受平等权的资格要件。①

然而,基于个人有"自由发展人格权",亦即行为自由之权利,所以,人民有自由,可以自由地以不理智、矛盾的、不合逻辑的以及兴之所至的为某种行为。所以,商人可以以不同价钱和他人做生意,房东也可以随己所好选择房客,也不必予每个房客同一待遇。故除非立法者有特别立法规定,否则个人是不能拥有这些权限的。②

但是,宪法树立禁止歧视原则,是为了维护人类尊严,防止人格权被侵犯之"适用案件"(Unterfall),故《基本法》第3条第3项(禁止歧视)和《基本法》第2条1项(行为自由权),发生"法律竞合"(Gesetzeskonkurenz)之情形出现。而"人民的行为自由",就必须受到禁止歧视原则之拘束。故依Salzwedel之见解,歧视禁止原则能在私法获得适用,就完全针对着私人权利滥用,以至于侵犯到人格权之上。所谓以歧视方式侵犯人格,是使被侵害者的"价值感觉"(Wertgefühl),达到侵害,而且,有时极难事后补救。故,针对禁止歧视原则,能在第三者间发生效力,以及对于民事中可能发生之歧视案件,其皆以侵犯人格权之角度,作为解决及解释这些问题之基础。③ 例如:

①无法依禁止歧视,请求强制缔约。例如,旅馆以种族理由,拒绝一个中国人投宿,则中国人不得请求法院紧急处分,来获得房间;房东不欲出租房间予信仰新教之学生,该学生亦不得要求法院强迫房东签约;以

① J. Salzwbebel, Gleichheitsgrundsatz, SS. 345,346.

② J. Salzwbebel, Gleichheitsgrundsatz, S. 348.

③ J. Salzwbebel, Gleichheitsgrundsatz, SS. 349, 350.

遗嘱规定，受益人嫁给黑人，则撤销对受益人之遗赠，[①]则该受益人无法要求法院重新安排遗产之分配，俾使该受益人和其他受益人同一待遇。但是，上述被歧视者，仍可以人格遭到侵害为理由，主张其权利。（请求赔偿等）

②被歧视者，无法依法律上的平等原则，禁止歧视者与未被歧视之第三者签约。亦即法律上平等原则，不适用于私人关系。

③被歧视者，可以以歧视者之歧视陈述及行为，提起排除及不作为之诉。例如，青年协会在招收会员时，规定"私生子不得入会"；以及餐厅、电影院张贴"有色人种不受欢迎"等，都是对人格之侮辱，都可以由被侵犯人提出不作为排除侵害之诉。[②]

④至于提起损害赔偿之诉，Salzwebel 以为，只能以恢复被侵犯人格权之价值感觉之损失为范围。被拒绝住宿的中国人，不得以另觅他处较高的房钱，来要求歧视者的赔偿。至于实际的法条，可引《民法》第 823 条（违背风俗之侵权）或是第 847 条（因侵权行为之慰抚金），作为请求依据。并借此可以予将来的歧视者有所警惕。

⑤此外，依《德国刑法》第 185 条（公然侮辱）之罪名，对于餐厅及电影院公然悬挂对某些种族等予以歧视之布告，亦可依该法条予以控诉。

⑥此外，虽然警察权力不足以直接强制私人契约之缔约，但是，公然

---

① 关于遗嘱违反"歧视禁止"原则之效果如何？法国 1947 年 1 月 22 日判决，极为著名，该案乃是一次于第二次世界大战法国维基政府统治时的一件遗嘱，规定和犹太人结婚，则剥夺受益人之权利。（所谓的 civil de la Seine 案），法院认为这个遗嘱，违背了法国 1946 年 10 月 27 日公布宪法的"公共秩序"（ordre public），即"绝对的平等权原则"，宣告该遗嘱无效。这个判决，被德国学者 Gustav Boehmer 提出来，作为其支持"平等权"有"对第三者效力"理论的依据。见 G. Boehmer, Erbrecht, S. 422, FN. 7。倘若吾人承认法官可以有此权限，则以后遗嘱人必须和立法者一样，必须证明其所作所为之理由何在。立遗嘱人以后欲对受益人有所不同之分配时，也就必须"隐藏"其内心之真正意图，庶几不会遭到日后被"撤销"遗嘱之命运。则"遗嘱自由"（Testierfreiheit）精神何在？故而，这种看法是否值得采纳，亦不无疑问。见 G. Salzwebel, aaO. S. 341。

② G. Salzwebe, aaO. SS. 350, 351.

的歧视行为,足以引起公共安全及秩序的,自不待言,故可依有关规定予以制止。①

由 Salzwebel 上述之解决方式可知,基本权利的第三者效力论,无法有效地保障社会安宁,所以,其将希望系于立法者之上——如同 K. Hesse, E. Denniger 之看法!其希望立法者能在民事及刑事法上,制定有效规定,来对抗私人的歧视行为,以保障人格及荣誉。此外,立法者亦应针对大企业,订定"强制缔约"(Kontrahierungszwang)条文,以防止歧视之发生。这种将希望系于立法者身上,也是不希望将平等权视为直接对私人法律关系有直接之拘束力。其之结论,人民都有对他人偏见、特性、感情产生行为的自由。国家并不能片面地要求人民必须平等、博爱;宪法也未要求每个国民都过着理智及道德的生活,所以,硬要将国家力量注入私人生活,造成私人间关系的平等,则依其所言,无异敲起自由之丧钟。②③

(二)法院见解——联邦宪法法院之有关审判

1. 路特(Lüth)案

(1)案情简要:1950 年 9 月 20 日,在汉堡举行了一次德国电影周,当时担任汉堡新闻协会主席的路特,曾为了另一德籍剧作家兼导演 Veit Harlan 所导演的影片"永恒的爱人"(Unsterbliche Geliebte)亦参展之事,公开表示抵制,并且,公开批评 V. Harlan 在纳粹时期曾导演一部名为

---

① G. Salzwebe, aaO. S. 352.

② G. Salzwebe, aaO. SS. 353.

③ 类似的看法,例如,Götz Hueck 认为平等权是针对公权力的使用而存在。在私法,并无绝对的,只有"相对的"(relativer)的平等权原则,而这种相对平等权是一种"恣意之禁止",使得私法的法律关系,用宪法的平等权作为解释之标准,作间接的影响。值得注意的是,Hueck 排斥将"正义"及"诚信原则"作为"平等权之拘束"以及"私人行为自由之标准",是因为前两者无法明确地界分后两者间的关系。并且,其更认为平等原则并不能比更上级之法律原则——例如契约自由,更具优势。见 G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, SS. 169, 323 ff; Dazu, Bleckmann, aaO. S. 151 ff。

"犹太人瑞思"(Jud Süß)的反犹及辱犹影片,使得德国影剧界遭全世界之耻笑,故德国抵制该导演之作品,云云。代理发行"永恒的爱人"影片的公司去函要求路特解释及道歉。随后在1950年10月27日在报上刊登了一封公开信,攻击V. Harlan是纳粹的第一号导演,并且,其复出对世人之观感而言,将是对德国之复兴造成不可挽救的损害,因此,路特认为起而杯葛Harlan今后之作品,是所有德国人的权利。故要求德国的戏院及代理商不要放映及代理该片,也呼唤德国人不要前去观赏该片。

代理及发行Harlan影片的公司向法院提出了不作为之诉,以V. Harlan以其在纳粹时代之行为,已经过法院的判决,认为当时乃奉命拍摄,已丧失刑事应被诉追之责任,而宣判无罪①为理由,以及路特的抵制乃违反《德国民法》第826条(以违反善良风俗之方式而侵权),要求汉堡法院予以救济。汉堡地方法院,赞成原告之意见,以为被告之目的乃在使拍摄普通影片的Harlan无法有再发表作品之机会,并且明知法院已洗刷其在纳粹时之恶名,却故意要杯葛Harlan,是违反善良风俗之行为,所以,应停止对该影片的一切杯葛行为。高等法院驳回被告上诉,路特因而提起宪法诉愿,认为法院应审查其杯葛抵制之内容有无公平及正确。并且,这种言论应受到宪法的"言论自由"保障,故汉堡地方法院及高等法院之判决违宪。②

(2)联邦宪法法院的判决理由:联邦宪法法院于1958年1月15日宣判了这个极为著名的"路特案",③判决诉愿人胜诉,并且,针对对第三者效力问题,首次发表其立场:

联邦宪法法院认为到底宪法基本权利之规定,可否直接在民法中获得适用,不无疑问。但是,对于联邦劳工法院之采取直接适用,认为乃失

---

① 1950年4月29日判决,见BVerfGE 7, 198/203, 222 ff。

② BVerfGE, 7, 198/202, 见蔡钦源:《宪法上基本权利之规定在私法关系中之效力》,台湾大学法律研究所硕士论文,1983年7月,第102页。

③ BVerfGE, 7, 198 ff.

之过宽。[①] 基本权利,毫无疑问的,首要的是在保障个人的自由权利范围,免得遭受国家权力之侵犯,所以,是个人针对国家的"防卫权"(Abwehrrechte),这种基本权利本质的认定,联邦宪法法院(以下简称"法院"),以为该基本权利理念的发展,及每个国家采纳基本权利,将之列入宪法的历史,以及将基本权利乃为维持人类尊严,而拘束国家公权力之目的,可得明证。再加上,宪法诉愿之制度,乃针对"公权力之行为",益发证明基本权利之本质,乃"防卫权"性质之权利。[②]

然而,法院亦承认《基本法》并非一个"价值中立之秩序"(wertneutrale Ordnung),基本权利的规定,就是要建立一个"客观的价值秩序"(objektive Wertordnung),以强化基本权利之适用力。对立法、司法及行政都有拘束力,并给他作为行为之"方针"及"动因"(Richtlinen und Impulse)。对民事法亦然。任何民法不能和基本权利相违背,并应依其精神,来予以解释。因而,任何民法条文,必须依照基本权利之规定来适用及解释,那么私人间关于私法权利及义务的争执,不论在实质及程序上,都是民事问题,由民事法来规定。

法院以为民事法内的"概括条款",诸如"善良风俗",就是可以用来实现宪法基本权利对民事关系的影响。法院赞成并引用杜立希所主张的概括条款是基本权利对民法的"突破点"(Einbruchstelle),是宪法基本权利进入民法关系的入口。[③] 法官在具体审判案件之时,就必须以宪法基本权利之精神来审查,解释及适用民法条文,是乃"私法的修正"(Modifikation des Privatrechts),亦即是法官受到基本权利的拘束之明证。(《基本法》第1条第3项)倘若法官不循此方式,忽视宪法所保障的"客观的规范"——基本权利之内质——之时,就是视为"公权力之侵害",

---

① Gehen zu weit, 见 BVerfGE 7, 198/204, 关于联邦劳工法院之判决。同理见 Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I. 12 Aufl. 1979, SS. 56/57。

② BVerfGE 7, 198/204, 205.

③ G. Dürig, Freizügigheit, S. 525。BVerfGE 7, 198/206.

人民即可以提出宪法诉愿。由宪法法院来审查基本权利对民法的“放射作用”(Ausstrahlungswirkung),有无被实现。①

为了解决系争的言论自由基本权利,在系争案件中,有无存在之理由,法院提出所谓不可或缺的“利益均衡”理论(Güterabw ägung)原则,来审核双方当事人相互冲突之权益(Interessen - Rechtskollision)。法院认为,必须以个案的一切客观因素,来斟酌双方的权益——基本权利——断定哪一方应受到保障。② 在本案中,法院认为“言论自由”是一种“对外界之精神作用”的表示(geistige Wirkung auf die Umwelt),是一种纯粹的精神作用,其受保障的程度,应该较 Harlan 所得到的职业利益以及发行及代理影片公司的经济利益较为广泛。亦即“言论自由”的“应保障性”(Schutzwürdigkeit),应该较“行为自由”(《基本法》第 2 条)及“财产权”(《基本法》第 14 条)之应保障性来得大! 以这个理由,法院判决路特有杯葛之言论自由,其行为不构成《德国民法》第 826 条的违反善良风俗之侵权行为要件。③

(3)路特案之批评:联邦宪法法院明显地支持杜立希等的看法,否认基本权利有直接、绝对的对第三者之效力理论,受到了学界的普遍赞同,④也被稍后的宪法法院裁决所采纳。⑤

但是,针对法院的判决理由,亦有学者认为理论内容有缺憾。例如,Jürgen Schwabe 即认为联邦宪法法院之见解,将基本权利之效力,(为了维持“私法之独自性”)由私法内“直接适用之条款”(亦即“概括条款”)

---

① BVerfGE 7, 198/207.

② BVer fGE 7, 198/210.

③ BVer fGE 7, 198/220, 216, 218, 220.

④ 例如,K. Hesse,Dürig,见 Rdnr. 132 处亦认为联邦宪法法院此种看法,一方面保存了在“法道德”中,整体法的“完整性”,另一方面也保障了“私法之独自性”,免受到“公法”之支配;T. Schramm, S. 30; K. Doehring, S. 199; 以及 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 24. Aufl. 1982, S. 134 等。

⑤ 例如,BVerfGE 12, 124; 13, 325; 18, 290; 25, 263; 及 42, 423/147。

直接适用于个案,但仍属于私法之适用来维护基本权利;这种方式,并不能算全然正确,因为除了民法外,其他的法律,如刑法亦有"重大不法",营业法的"不许可"在适用之际,须和民法的"概括条款"一样,详细斟酌事理来决定其条款之内容,所以,在本质上,民法的"概括条款",即无任何特别性存在。并且,关于《德国民法》第826条的"概括条款",防止"违反善良风俗"的侵权行为,来保障基本权利,但是,刑法亦有保障财产及人格权(如"名誉保障")之规定,亦可用于保障基本权利,所以,只说由民法之"概括条款"来保障基本权利,似有所不足。① 再而,联邦宪法法院屡屡提及基本权利是要产生"客观的价值秩序"(objektive Wertordnung),而"客观的价值秩序",应该在各个法律领域内实践。然而,所谓的"客观规范",依其所认为,就是"普遍适用"(objektiv-universall gültig),所以,"客观秩序",应该产生"主观(可主张)之权利"方可!然而,联邦宪法法院却只认为基本权利是有"拘束力的价值秩序",却不认为个人有主观权利,亦即法院并不承认基本权利是私法的"防卫权",法院引用宪法对民法的"放射效果",作为其裁决宪法诉愿的标准,以实现基本权利之"价值理念",但是,究竟基本权利不适合作为私法的"防卫权"理由何在?以及宪法法院直接认定普通法院对"概括条款"之适用见解,有无使联邦宪法法院成为实质的"超级审"(Super-revision)?或是到底基本权利如何在私法内,获得实现?这些在路特案内,皆未见明了,因此,J. Schwabe认为本案只有宣示的性质,在实际的运用及学理上,殊鲜实益。②

另一个学者A. Bleckmann亦认为,法院在路特案之判决理由,到底在适用民法的"概括条款"之时,是否还有其他的价值标准,作为解释

① J. Schwabe, Bundesverfassungs gericht und "Drittwirkung". der Grundrechte, AöR 100, 1975, SS. 447, 448.

② J. Schwabe, Bundesverfassungsgericht, SS. 451, 452, 469.

"概括条款"之内容？其次，既然基本权利之适用于民法，须通过解释之方法为之，因而，在具体个案之时，当事人双方的"基本权利冲突"存在时，即会面临"权利均衡"的困难，而标准区别何在？所谓的"利益均衡"（如在路特案，法院认为路特的"言论自由"，应超过 V. Harlan 的"职业及行为自由"，以及影片代理及发行公司的"财产营业自由"，亦即"精神"的胜于"物质"），究竟区分标准何在？再如，私人在私人契约中，到底有多少权利可予放弃？私人在私法关系中，应许可其权利放弃之额度可高于公法关系。最后，法院亦未指明，在私法行为违反基本权利之时，其法律效果如何？会否导致法律行为无效（法律行为违反法律规定者，无效；《德国民法》第 823 条）？故，依其所言，路特案亦未能充分解决因"对第三者效力理论"所引起之问题。①

2. 其他相关案件的判决

（1）"张贴选举海报案"（Wahlplakatfall）：在联邦宪法法院公布路特案宣判的同一天，宪法法院亦公布了另一案"张贴选举海报"之宣判。②然而，宪法法院处理这两案件的方法，却颇有差距。本案诉愿人是一位汉堡市议员，1953 年联邦众议院选举期间，在其所租之屋外，悬挂大型并安置照明设备的"选举海报"，房主以"妨害住居安宁"为理由，向法院提出"不作为及排除侵害之诉"（《德国民法》第 1004 条第 1 项）。诉愿人则以"人格发展权"（行为自由），"言论自由权"以及"住居不得侵犯"理由相抗抗。并认为基本权利不得在私法关系中被限制。汉堡普通及高等法院判决则明白表示基本权利不能于私法中直接引用，并实质地认为，诉愿人张贴海报，已影响原告之"住居安宁"，故判决原告胜诉，③诉愿人则向联邦宪法法院提起宪法诉愿，理由除前述外，再加以"在双方权

① A. Bleckmann, aaO. SS. 159/151.

② BVerfGE 7, 230.

③ BVerfGE 7, 230/232.

利冲突之时",其"政治意见表达之自由",应"超过"房主"财产权权利"。本案的特色,实和路特案有类似之处,因两案一方都涉及"言论自由权",另一方都涉及财产权。并且,皆由民事诉讼中提及"基本权利"在私法中的"适用"问题。但是,在经过路特案,联邦宪法法院以不少篇幅详及"对第三者效力"问题之后,宪法法院,在本案居然对"对第三者效力"一词,丝毫未见提起。宪法法院对本案之处理,完全集中在对"住居安宁"有无影响之实质问题上。并未对诉愿人所主张的"利益均衡",亦即主张其"言论自由权"应超过"财产权"——此亦为宪法法院在路特案所提出的,认为路特的"言论自由权"应受之保障,应超过影片代理及发行公司的"财产自由"等权利之保障——有所辩明及引用。此外,对于诉愿人所提及之问题,到底房东可否禁止承租者在住宅内布置及装饰旗帜及宗教物品之问题(私法契约可否拘束基本权利),宪法法院以避重就轻之方式,以为:须以交易习惯来作解释租约标准。不过,无论如何,以上述那些装饰及布置品对"住居安宁"之侵扰,一定会比在选举期间,张贴选举海报来得少云云作为判决理由,来驳回诉愿之申请。也未对诉愿人提出之问题,详为解答。以同一天公布的两个案件,联邦宪法法院处理之态度,有如此程度之轻重之别,实在令人不解。①

与本案案情相当类似的另一个案例出现在1994年2月9日的"天线案"。本案是一位土耳其房客为了收听来自祖国的电台遂在承租房屋外装置了接收天线。房东认为此举已经超越了租约规定而侵犯了其房屋所有权,遂向法院起诉并获胜。案子提到联邦宪法法院,法院便认为依据德国《基本法》第5条第1项"人人都有自由获得信息的权利"之规定,即使外国的房客也同样享有此种权利。宪法法院在此特别指出,民事法院法官不能够只认定房东的财产权的重要性超过了承租人的信息自由权,所以在对于两者权益的权衡之后,作出了有利于信息自由的判

① BVerfGE 7, 230/238;见 E. Denninger, aaO. S. 82。

决。在本案件中明显的宪法法院也未提出第三者效力理论的用语，也未援引第三者效力的理论。而相隔 36 年这两者法院的见解完全相反，但也全部都是利用法益衡量，而作出“今是昨非”的判断。

(2)1961 年 1 月 25 日裁定“史密特”案(Schmid - Fall)，①是一件涉及言论自由权及名誉保障权相冲突之案件。原告史密特博士乃某邦高等法院院长，由于明镜周刊曾在报道时，对其有所抨击，故史密特便在一日报上撰文反击该周刊乃哗众取宠式的批评，并将该杂志之作风比作以猥亵文章来吸引读者。明镜周刊即提起刑事的“侮辱名誉”之诉。海德堡地方法院判决原告胜诉，并处被告罚金 150 马克。在提起诉愿之后，联邦宪法法院则对于诉愿人提出之诉愿，认为有理由，因为，联邦宪法法院此时又重申“言论自由”是基本权利中极为重要之权利之一，也是人格极直接的表现，应该得到特别的保障，②宪法法院也再度提出“利益权衡”(Güterabwägung)原则，认为应在双方之权益——“言论自由”及“名誉保障”作一个斟酌，故认定诉愿人此种“反击”，是《德国刑法》第 193 条，防卫自己权益所作之合法反击，故许可其诉愿之成立。法院 1965 年 5 月 25 日裁决的另一个案子，亦涉及言论自由权。③

在本案是诉愿人因寄发攻讦他人之信函予许多第三者，致遭民事法院判决其有“不作为之义务”，而须停止此项侵害他人名誉之行为。诉愿人上诉驳回后，以“民事法院之判决乃侵害其言论自由权”为主要理由，向联邦宪法法院提出宪法诉愿。宪法法院于裁决本案之时，即认为：本案纯属民事问题，本案乃民法依据个案情形而判决之“不作为”义务。除非诉愿人的基本权利被侵害之时，宪法法院并不能据以审查(民事)法院判决之“正确性与否”之问题。故予以认定原审判决合宪，而驳回该宪法

① BVerfGE 12, 113 f.

② BVerfGE 12, 113/115.

③ BVerfGE 19, 73 f.

诉愿。①

这两个案件,虽然皆系涉及"言论自由基本权"以及"名誉保障",亦即"言论自由权"之界限问题。但是,其进行诉讼之方式,却有不同。在前案(史密特案),完全是以刑事诉讼之方式来"保障名誉",而在后者,则是以纯粹民事之方式,提起"不作为之诉",来"保障名誉",限制对造之"言论自由权"。② 联邦宪法法院对这两案皆未再论及基本权利的"对第三者效力"之问题。此外,由这两个案件的判决不同结果可知,就理论而言,就有若干矛盾之处。因为,如学者 J. Schwabe 所批评的,在刑事法方面,基本权利(此处乃言论自由权)应视为"对公权力侵犯之防卫权"。而在民事方面,则不是较单纯的"对公权力侵犯之防卫权",而是会令法官头痛的"对第三者效力理论"。因此,同一个"国家之禁令"(保障私人名誉不受他人言论自由之侵害),就有两种不同的理论模式来达成目的(民事途径及刑事途径),实足令人困惑。③

(3)1968 年 10 月 16 日裁决的"旧物品收集案"(Lumpensammler - Entscheidung),④起源于 1965 年年初,诉愿人乃德国一天主教青年协会,发起运动向教徒收集旧衣物及纸张杂志出售,以救济穷困国家之青年。此项运动由天主教教士在教堂中传播并在报纸上广为宣传。其他同行

---

① BVerfGE 19, 73/74, 75.

② 本案的不作为之诉,是以《德国民法》第 823 条第 2 项第一句的"违反保护他人之法律",作为侵权行为之理由;而该"违反保护他人之法律"在本案则援引《德国刑法》第 185 条的"侮辱罪"作根据。所以,是一种迂回的法条引证方式,并非一开始就引用《德国民法》第 826 条的"违背善良风俗之侵权行为"。见 J. Schwabe, Bundesverfassungsgericht, S. 451。

③ J. Schwabe, Bundesverfassungsgericht, S. 452. J. Schwabe 曾指出本案的重要性应该大过路特案。因为本案(通过其诉讼之方式)可现出现行学说的窘状,远非单纯的路特案可及。而且,联邦宪法法院以裁定方式驳回本案,却未引用路特案之判决理由,以及"基本权利及私法之关系",所以在程序上亦不无瑕疵。(依《联邦宪法院法》第 24 条之规定,除非事前已告知诉愿不成立之理由,否则诉愿裁定应具理由)

④ BVerfGE 24, 236 ff.

之旧衣物商以为此协会之行为乃“违反善良风俗”之方法并侵犯《不正竞争法》第1条之规定，诉请法院制止，并获得胜诉。诉愿人提起诉愿，谓法院判决违反《基本法》第4条所保障之“宗教自由”。联邦宪法法院于本案之判决时，明白指出，法院在解释及适用《不正竞争法》所谓的“违反风俗”不正竞争行为之概念时，必须斟酌“宗教自由”的实质及其效力。① 假如收集旧物品是宗教活动之一时，则法院就必须考虑到这种基本权利对解释“不正竞争行为”之“违反风俗性质”的“放射作用”(Ausstrahlungswirkung)。亦即，在审理“违反风俗”的“概括条款”之时，必须斟酌该案所主张的“基本权利之放射(至私法)作用”。然而，联邦宪法法院并未一语言及任何“对第三者效力理论”以及“基本权利及私法之关系”。②

(4)联邦宪法法院例外地再度提及“第三者效力理论”系在1969年2月26日判决之“Blinkfüer杂志案”。③ 本案是汉堡一名为“Blinkfüer”的综合性质杂志(即诉愿人)，以刊有(西德)及东柏林的广播电视节目为宗旨，以致引起几家大型之同性质杂志社，以反东德为立场，去函其他经销商共同杯葛经销刊登东德电视及广播节目的“Blinkfüer”杂志。诉愿人向法院提起侵权行为之损害赔偿之诉，然而法院认为杯葛人之行为未违背善良风俗，而予以驳回。④ 联邦宪法法院于判决中，重申本案须依照私法规定予以判决。并且，引述Lüth案认为宪法的基本权利规定的“客观价值秩序”(objektive Wertordnung)应在私法的解释中实现。在审

---

① BVerfGE 24, 236/244.

② BVerfGE 24, 236/251；在另一个案件BVerfGE 32, 311, 所谓的“墓碑案”(Grabsteinfall)，诉愿人沿门推销墓碑，被控告以违背“不正竞争法”之“违反风俗之竞争行为”。本案联邦宪法法院亦不言及“对第三者效力”问题。

③ BVerfGE 25, 256 f.

④ BVerfGE 25, 256/257, 258；参见蔡钦源：《宪法上基本权利之规定在私法关系中之效力》，台湾大学法律研究所硕士学位论文，1983年7月，第105页。

理《德国民法》第823条第1项的违法性,宪法的规定即极高意义。[①] 然而,联邦宪法法院又将本案和路特案相比较,认为两者情况截然不同。在路特案,路特其所提出之言论,是一种道德及政治责任的呼吁。而导演V. Harlan的艺术及人格发展之可能性并不会受到路特这种言论之限制,因为路特的言论并无强制力。但在本案则不同,大杂志社以切断经销关系为要挟手段,来作为其杯葛之方式,因此,是一种以经济上强大力量对弱小经销商的一种"巨大之压迫"(massiver Druck)。[②] 宪法法院最后确认自由民主国家保障新闻自由之制度,必须维护出版公司不受到其他经济力量强大之团体之侵害及妨害其出版物之传播及产生。因此,原审判决应废弃,Blinkfüer杂志公司应得到赔偿。[③]

本案之判决,联邦宪法法院虽然未能对"对第三者效力之理论"作更深入之探讨,也未能对双方的权利冲突——大出版社的"言论自由权"及小出版社(即诉愿人)的"出版自由权"——作更具体的划分,但是,其能将问题解决之重心置于保障经济上弱者之角度之上,并用于影响对概括条款(即"善良风俗")之方式来达成,是实质合乎社会国家原则的理想上。本案的实质贡献,系将"对第三者之效力"防卫的矛头,朝向对"社会力量弱小者"之上(überlegene Sozialmacht)。如此,突出基本权利这个"对第三者效力理论"所欲防制之侵犯之来源,将有助于今后对概括条款解释时,所涉及物件之澄清。[④]

(5)1973年2月14日判决的"索拉雅案"(Soraya - Entscheidung)。本案主角索拉雅王妃系伊朗国王前妻,德国某刊物报导其私生活不实之

---

① BVerfGE 25, 256/263.

② BVerfGE 25, 256/267.

③ BVerfGE 25, 256/268.

④ J. Schwabe反对这种看法。其以为不应以"社会势力大小"作为保护之趋向,而应以法律及法院判决之禁止以及国家权力之侵害之时,来作为对基本权利限制与否之标准。J. Schwabe, Bundesverfassungs - gericht, S.462.

内幕，故王妃向法院提起侵害人格权之损害赔偿，法院判其胜诉，诉愿人于上诉驳回后，以新闻自由受损为理由，提起宪法诉愿，宪法法院仅简短提及宪法的基本权利规范包含了客观的价值秩序，在私法中亦有适用。其视为宪法的基本决定，在任何法领域内皆有其效力。这种尊重宪法规定的放射作用，由联邦宪法法院职司之。① 此外，本案除强调法官审判除受实证法拘束外，并必须依受宪法秩序所蕴涵的“价值理念”(Wertvorstellungen)之拘束。② 类似本案的判决，可举 1973 年 6 月 5 日的“Lebach 案”。联邦宪法法院在本案亦认为联邦宪法法院之任务，系在于审理宪法基本权利所包含的基本决定对民法的放射作用有无在民事判决中，被充分地尊重，以及基本权利有无被侵犯。如同前案之判决一样，有关对第三者效力理论及私法与基本权利之关系，亦未见于判决中讨论过。③

3. 联邦宪法法院见解综论

由上文之联邦宪法法院之实务见解可知，自从 1958 年宣判了路特案之后，联邦宪法法院即对“对第三者效力理论”之探究，驻足不前。路特案之判决，本身即存在之问题，如前文已述，宪法法院非但未尝试解决，甚至连“对第三者效力”(Drittwirkung)一语，亦极少引用，④遑论再对存在于该理论之不明处，予以澄清。因此，如学者史瓦伯(J. Schwabe)所言，就以基本权利对“对第三者效力理论”之深入而言，路特案达到了

---

① BVerfGE 34, 269/280.

② BVerfGE 34, 269/287.

③ BVerfGE 35, 202/219；在近年来的案例，如 1982 年 6 月 22 日(BVerfGE 61/1, 3, 6, 7, 11)以及 1982 年 11 月 15 日(BVerfGE 62/230, 242, 244)之判决，都是涉及“言论自由权”及“出版自由权”与“名誉保障”之关系。联邦宪法法院皆表示基本权利应对民事法律之解释及适用有所影响，也再三引用路特案，但是，亦未言及“对第三者效力”一词。此外，法院“强调”“言论自由”及“出版自由”之“制度”重要性，并不重视其可能侵犯之其他权益，故趋势又在于保障所谓的“精神法益”。

④ 似乎只在 1960 年 2 月 10 日(BVerfGE 10, 302 ff)的一件不允许私自监禁已届成年的精神病患案中，才稍为提及，但仍只一语带过，并未深入探究。

理论之顶点。其后之联邦宪法法院判决,皆未超过其程度。而由后来之宪法诉愿判决,皆对"对第三者效力"问题三缄其口,足证明联邦宪法将该问题视为"空泛的问题"(Scheinproblems)而不予重视,因此,史瓦伯以为,联邦宪法法院迄今仍未遇到一个案子,是用契约来限制(或放弃)自己之自由权为标的。倘有这种案子,就要有更精密的理论出现才可。①

史瓦伯教授在1975年提出的这个"期待",在15年后的1990年联邦宪法法院公布的一个判决中,再度遭到了检讨。这个案件牵涉"定期执业禁止契约"违宪的问题(BVerGE 81.242)。诉愿人本是一个酒类的经销商,与供货商签订了代理销售契约,并约定双方关系终止三年内,诉愿人不得到任何酒类公司任职以避免造成竞争。同时在此三年禁止执业时间亦不得要求发给待业补偿金。针对这个利用契约自由以保障一方竞争利益的案件,联邦宪法法院认为已经侵犯了德国《基本法》第12条第1项所保障的"人民拥有自由选择工作的基本权利"。此项权利虽可由契约来限制,但不能够过度,以及造成双方地位的不平等。就本案而言,宪法法院认为,诉愿人三年内不能到其他酒类公司就业,而其专长正是在此行业,三年的禁止执业,无疑是剥夺其生计。而在此待业期间也不发给待业补偿金,形同不顾签约人的死活,所以这个契约虽然以自由的方式签订,但双方的地位显不平等,当事人即使签订也不能作为另一方合宪的借口。宪法法院虽然明白地指出宪法人权条款对私法有拘束力。也举出了冀望法官利用补充《德国民法》有关概括条款与防止权利滥用的相关法条(例如第138条、第242条及第315条)的方法来实践人权。在此实践的方法上,宪法法院明白地指出大体上应遵循路特案的模式(BVerGE 81.242/254)。同时,也未使用第三者效力的用语。因此,路特案至今仍然主导着德国联邦宪法法院的思维。

综而言之,联邦宪法法院遵循杜立希之意见,在实际之审判案件之

① J. Schwabe, Bundesverfassungsgericht, S.470.

中，尤其是其主观介入解释概括条款等，亦不可避免地，成为实质的“超级审”（Superrevision），由上述几个案情类似而结论不同的案例，似可证明之。①

五、对通说理论之批评

（一）莱斯乐（Walter Leisner）之理论

德国法学界在杜立希等提倡了对第三者效力否认说，而且联邦宪法法院判决于后，支持否认“新学说”，大致上形成了主流，反对由尼帕代等所主张之理论。然而，亦仍有少数学者，继之而起，就通说理论之不妥处，予以批判。

学者华斯乐于1960年出版了一书，名为《基本权利及私法》，即对上述通说，有尖锐之反应，②其首先就存在于否认“第三者效力理论”的一些理论障碍，予以摒弃：例如针对“法无明文表示基本权利有对第三者效力”之理论，华斯乐则以为只要基本权利之条文是中立，亦即未有反对新理论的话，则必须审视现代的一切因素，不可僵硬式地来解释宪法条文。因而，基本权利规定，可以“沉默地”和“新理论”并存不悖③云云。然而，其之理念，主要针对杜立希之理论。

由杜立希所强调的方式，是利用私法本身已有的制度——“概括条

---

① 例如，路特案再三强调“精神法益应超越经济法益”，然而，路特的精神法益（言论自由），何能可以超越导演Harlan的“创作法益”？（宪法法院判决中不言Harlan的法益是“精神”，而只概括的称为“职业法益”）在Blinkfüer一案，亦循路特案的“精神及经济领域之分离原则”（Prinzip der Trennung der Sphäre des Geistigen, von der Sphäre des ökonomischen），但在选举海报一案，却回到重视所有权人之“住居安宁”亦即以“财产权”为基础，而非承担人精神式的“政治意见表现权”。见E. Denninger, aaO. S. 82。

② W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 306 ff.

③ Leisner, aaO. S. 212.

款”，来作为基本权利进入私法体系的突破点。这些由杜立希认为“概括条款”应该履行之任务是为了保障私法的独自性。因而，有三种不同的“强度层次”来满足基本权利之功效——由“单纯之价值分辨与价值澄清”、“价值强调及价值强化”以至于“防卫价值之漏洞”。杜立希认为通过这些“概括条款”之运作（主要是解释），即可以将宪法基本权利之规定，在私法中实现。① 这种通过“概括条款”之运作，莱斯乐称为“概括条款的意义（满足或）实践”（Sinnerfüllung der Generalklausel），亦简称为“意义实践学说”（Sinner füllungslehre）。② 莱斯乐以为私法的概括条款，本身并无一定的、具体的内容。就以善良风俗，诚信原则以及交易习惯等概括条款而言，其意义之满足（或实践），是作“健康”的判断而得来的。③ 因此，对基本权利而言，并不是概括条款之概念，可以去解释基本权利。所以，基本权利是经过立宪者确认的政治意思之决定，其内容是相当决定性的，所以，不是可以由单纯的概括条款之概念，如善良风俗来包含。因为莱斯乐以为，概括条款，并非一个“概括的类推制度”（generelle Analogieins－titute），也不是用来接收其他法规范的“空白法规”（Blankett），只是指示要依照现行的，例如，交易的观念。所以，立宪者在制定基本权利规定之时，绝不会考虑到要借重对民法“善良风俗”的解释，来保障基本权利之效力。④ 其反对杜立希的看法，通过（此乃杜立希主要重心所在）“概括条款”，将基本权利之规定，视为私法的“次要的，补充性”（Subsidiarität）之规范，如此，杜立希学说弊病所在，依其所言，则人们不在论究基本权利之内容，却只去追求私法的概括条款更弹性的运用，其所谓价值强调的“漫无标准”（maßstablos），将会导致比“对

① 所以德国学界也认为此时的法治国不仅是“法律国”，也是“司法国”（Justizstaat）。Stammen，aaO. S. 87。

② Leisner，aaO. S. 362.

③ Leisner，aaO. S. 366.

④ Leisner，aaO. S. 365.

第三者效力理论”，带来更多的法律不安定！因此，莱斯乐主张，所谓的意义实践学说，是要求“概括条款”不再是如杜立希所描述的“有解释能力的”（auslegungsfähig）规范，而是“应该实践（基本权利）”（erfüllungsbedürftig）之规范。故如“诚信原则”等之概括条款，应该独自地，援引适用更高阶层效力的基本权利之规定。①

针对杜立希之理论，莱斯乐更以为，对概括条款运用之限制（用基本权利规定限制），可以制止法官任意借着自己对概括条款之解释，以私法之秤来恣意地决定两造哪一造应有较多的基本权利。可以防止法官恣意的“价值强调之分配”以及“价值之独裁”（Wertakzentverteilung und Wertdiktat）。②

因此，莱斯乐之见解，原则上乃支持尼帕代之新学说。③ 但是，其批评尼帕代的直接论之缺点，乃未能提出基本权利“如何”（Wie）在私法中适用之问题及方法。④ 为此，其以为基本权利在私法中之效力，可分为契约内及契约外之行为来论。⑤

在契约法内之行为，则需以“基本权利保障的可放弃性”（Verzichtbarkeit des Grundrechtschutzes）为其前提。因为在契约内之行为，应注意契约自由之原则，此原则是宪法所保障的私法制度。然而，

---

① Leisner, aaO. SS. 364, 365, 370, 371.

② Leisner, aaO. S. 372, 其更以为概括条款并未予法官在判决之时，有任何法规范之拘束，因而任何（如杜立希所称的）的基本权利之突破入私法，无异是予法官依其己意判决作“实证之基础”，故其以为，沦为“补充性质”的基本权利，在法官判决中，虽然明白宣示：配合宪法第一条之规定（in Verbindung mit），作为其解释“概括条款”之理由之一，究竟这种配合，无任何实效可言，基本权利之规定，只不过是法官的一些无拘束力的“消息材料”（Informationsmaterial）罢了！见 Leisner, aaO. S. 369。

③ 但是，两者稍异之处是，莱斯乐并不视“人类尊严”乃基本权利之一，而是《基本法》“最高价值”，可在全部的法律领域内适用。而一切的基本权利，都是为了达成这个“最高价值”而产生。Leisner, aaO. S. 141.

④ Leisner, aaO. S. 356.

⑤ Leisner, aaO. S. 378 f.

"权利保障"之可放弃的程度如何,则必须依每个法条的"法律保留"而定。亦即,法律保留乃是宪法许可国家(经立法)侵犯人民基本权利之部分,故而,在这种情形,亦许可人民以契约来放弃其权利。而宪法内有绝对不可侵犯之规定者,如"人类尊严",信仰及宗教自由(《基本法》第4条)等,以及基本权利之"核心部分",依《基本法》第19条第2项之规定,不可以立法方式侵犯之,则人民亦不可依己意放弃。因此,个人之基本权利"可放弃与否"和其基本权利之规定,有无(针对立法者)法律保留有着密切关系。故"人格发展自由权"(《基本法》第2条第1项),可以立法限制,所以个人亦在为经济目的,而予以放弃。然而,何以将针对国家(立法者)所存在的,公法的法律保留原则,可否亦用在决定私人可否放弃基本权利之保障方面?其以为"基本权利之重要成分"(Wesensgehalt),或是"核心领域"(Kernbereich),是任何人都不可侵犯的,且只有"一个",因而,以法律秩序的一致性来看,必须承认在每个法律领域内皆能实现。故此"公法的判断要素",亦应适用到私法领域,至于那些涉及核心领域之问题,则须赖广泛的,具体的法院审判实务之后,方进一步的"典型化"(typisieren)之可能。①

在契约外之领域,依莱斯乐之看法,则纯粹是双方基本权利之冲突。而解决这种冲突之依据,端视各个权利规定之方式及种类。因而,"法律保留强度之层次"(Intensität der Gesetxesvorbehalte)亦可作为解决之标准:例如仅"部分法律保留"者较"广泛法律保留"者较应保护;于同等保留强度时,则特别权利优于普通权利;倘若两个同等保留强度或同性质种类之权利并存时,则只有赖法官为仲裁,②然而,法官仲裁之根据,依其所言,不可循该案所使用的"利益权衡"(Güterabwägung)原则。③ 因为

① Leisner, aaO. SS. 389, 390.

② Leisner, aaO. S. 391.

③ Consgrove, Ibid, at pp. 218, 210.

法官均权双方利益后，产生一方“较高价值”（Höherwertigkeit），并非由宪法的规定产生，而是由法官的哲学推演而出。所以莱斯乐认为唯有完全依宪法自己的规定，亦即视法律保留之层次，法理上较为单纯。① 莱斯乐因而提出三个方向，俾供决定基本权利之内容要件之用：保护人格价值基于物质价值，基本权利乃保障自由之行使，而非“行使之结果”；基本权利尤其保障政治自由，使有自由之感觉，任何对基本权利之限制，都必须先审查，有无和民主理念相冲突；基本权利保障（因“核心领域”之故）个人“最小限度之保障”（Minimalschutz），故愈对基本权利为限制，即愈肯定有“残留部分”之保障。是私法上的“最小限度原则”（Minimalgrundsatz）。②

综上所述，莱斯乐支持“对第三者效力理论”，其认为基本权利之规定，应该可直接被法官引用的，传统的概括条款，并非以援用其他法规范，作为其解释依据，故其以为应将基本权利之规定，直接通过《德国民法》第 134 条及第 823 条第 2 项之规定，在私法中发生效力。③ 倘能如此，终有一日，联邦宪法法院会承认联邦（普通）法院可以对民事有专属之裁判权，而不致像目前的情况，宪法法院借着对概括条款解释之影响，行使实质的最后审造成“双重（最后审）裁判权”（Doppelzuständigkeit）之现象。④

莱斯乐之理论，可见的，亦无法全无缺点。就以其提出的“以法律保

---

① Consgrove, Ibid, SS. 393/394.

② Consgrove, Ibid, SS. 394 ff/400.

③ 《德国民法》第 134 条“法律行为违反法律禁止者无效”系不包含《德国民法》第 138 条。同理，《德国民法》第 823 条第 2 项“违反以保护他人为目的之法律者，亦负（赔偿）之义务”之内容亦不包含在《德国民法》第 826 条。莱斯乐此举，无异在使宪法基本权利之规定，视同“实证法”之效力，故莱斯乐使用将基本权利“强压入私法”（Eindringen ins Privatrecht）之用语，可见不无勉强之状。Leisner, aaO. S. 403.

④ Leisner, aaO. S. 376 ff; U. Koebel, Grundrechte und Priva - trecht, JZ 1961, S. 522.

留来作为私人可否放弃其权利"之准则,则十分明显系混淆法律保留欲规范的对象乃立法者。再而,于契约外领域所发生的权利冲突,莱斯乐主张僵硬式的就"法律保留这强度层次"而为探究两方权利人所应保障之范围。然而,"以法官取代立法者之角色"(因法律保留乃立法者所适用,而非法官),是否合乎立宪者立宪法之本意?① 又如 U. Koebel 所指摘,②欲以私法审判之法官,详究各个基本权利规定之"种类及方式"来决定曲直,这些顾虑,完全是针对国家而发,而非"以私法为考虑之出发点"。故 Koebel 以为基本权利发展之历史甚短,实不如已有数千年历史的民法,故直接以基本权利来介入私法本身,其不妥明甚。此外,莱斯乐摒弃"利益权衡原则",依 Koebel 之看法,亦不妥当。因为所谓的"利益权衡",不只是均衡双方之"私益",亦应加以"公益"为斟酌因素。故亦可求出衡平的结果。所以,综上所论,Koebel 以为莱斯乐长篇之大论,亦无法导出可实行之结果。③

(二)史瓦伯(Jürgen Schwabe)之意见

史瓦伯于 1971 年出版《所谓的基本权利的对第三者效力》一书,提出了其对"对第三者效力理论",与一般意见不同的看法。④ 史瓦伯对基本权利在私法中的效力问题,认为通说者,如杜立希辈欲保持"私法之独自性",是将宪法的基本权利分为在两个领域内——公法及私法内——各有不同的效果。在公法的领域内,视为公权力之侵害,所以,对基本权利之保障也就是绝对的,人民即可直接引用基本权利之规定。但是在私法领域,则视为,私人权力(Privatge - walt)之侵犯,其基本权利的效力就必须

---

① Schwabe 亦认为立宪者在立宪之时,亦未曾有意来划分几个"不同层次的立法保留",所以,在法律保留的规定,存有"不协调"及"巧合"之现象,也非立宪有意形成!见 J. Schwabe, Sogenannte, aaO. S. 117。

② U. Koebel, aaO. S. 525.

③ U. Koebel, aaO. S. 526.

④ J. Schwabe, Die Sogenannte.

“减弱”(entschärft),并且,必须通过“实体法律”(Sachgesetz)之媒介才可得到适用。这种“二分法”(Dualismus),史瓦伯以为不可。依其所见,基本权利是针对国家而产生,也就是对“国家的法律”而产生。所以,不是在公、私两个不同领域,就有两种不同的适用结果及方式。倘若基本权利之规定,可以在公法及私法内有不同效果(即公法内,基本权利保障严格,在私法内保障较松驰),则无异是允许立法者在立法之时,可有“自由选择权”,来决定一个对基本权利之干涉,采取以公法或是私法之方式,而有不同的效果出现。这点,是《基本法》所无法赞成的。① 故而,史瓦伯以为,私人间的“行为权限”都是由法律所赋予,私人对他人权利的“介入权”,如“形成权”及“请求权”,都是国家法律规范之下的产物。故私人对他人权利自由之侵害行为,不论是否是基于契约,都不是一个“独立于国家以外的社会力量”,而都是由“国家的法律力量”,获得依据。基本权利就是对这种国家法律力量作一个“验证”(konfrontieren)。基本权利之效力,针对“法律”,故而,不应该在公法及私法内,有不同效果。② 再加上,公法及私法之同流之趋势已渐明显,严格划分公私法,似有所不妥。③

---

① J. Schwabe, Die Sogenannte, SS. 115, 155.

② J. Schwabe, Die Sogenannte, S. 155.

③ 此是莱斯乐所欲保持的。见 Leisner, aaO. S. 332。Schwabe 曾举了一个例子:立法者可颁布下述法律:

1. 依本法的“矿厂交易”系指下述行为……

2. 矿厂交易不准进行。

3. 违反第 2 条者,其同行竞争者及工会得提起不作为及损害赔偿之诉。

4. 主管官署得依邦法予以制止该交易行为。

5. 违反第 2 款者,科一万三千元之罚金。

6. 本法自……生效。然本法究竟归于公法或私法?本法的“主要规范”(Primärnorm)乃第 2 条的“禁止交易”,而“次要的规范”(Sekundärnorm)是如何禁止之规定(第 3 ~ 5 条),第 3 条是私法制裁,在第 4 ~ 5 条,则是公法制裁。故氏以为公法及私法实无法严格界分。见氏 aaO. S. 38, Bleckmann aaO. S. 140。其对 1956 年 5 月 25 日判决之案件(BVerfGE 19, 73)比起路特案有更重要之意义,意即在此。

次而,针对莱斯乐之摒弃"利益均衡原则",[①]史瓦伯亦表示反对。史瓦伯以为在私法关系中,私人权利都呈现"两极化"(Polarität),对一方有利,即对他方有限制。即许可一方有侵人权,则不许可他方防卫权之存在,故而,就必须有利益均衡之原则的适用。其之所以赞同这种看法,是其认为此利益均衡本乃公法之制度,针对国家权力而设。但是,既然基本权利之适用,不分公法及私法内有不同效果,故可将此公法之制度,移至私法之体系之内。因此,私人在私法之中有利益均衡之必要性存在。而公法中适用的"最小侵害原则",在私人关系中,亦应被适用。史瓦伯此种看法,系着眼于"基本权利效力的一贯性";故而,规范私人之法律关系的法律,就必须符合基本权利之要求。然而,和杜立希辈对利益均衡的看法不同,史瓦伯以为通说系本公私法二分法,才欲借利益均衡原则来对"私法中的基本权利效力"作"弹性",亦即"减弱效力"的适用。[②] 国家的立法权力在立法时,侵犯了基本权利,人民可提起违宪请求,就是在私法中,基本权利之效力适用之表示。在肯定了"是否"(Ob)承认基本权利之在私法体系内有适用力之后,针对私人得以行使"多少"(Wieweit)基本权利之问题,其认为还须由立法者立法,具体地来界定私人的"权利领域"如同宪法对私人基本权利的利益均衡然。史瓦伯主张基本权利,在私法内,亦享有"公法请求权"。请求审查违宪的私法,就是作为基本权利的"防卫功能"(Abwehrfunktion),[③]在公法性质的法内及在私法性质的法内(虽然史瓦伯不愿使用这种措辞),都有同一性质的基本权利之效力,故史瓦伯以为,《基本法》第4条所保障的"信仰及良知自由"等,可以在私法的意识事业之案中,予以放弃(基于基本权利之"相对性"),同理,在公法勤务关系,也可以引用之。[④]

---

① Leisner, aaO. S. 391.

② J. Schwabe, Die Sognannte, S. 115.

③ Bleckmann, aaO. S. 141.

④ J. Schwabe, Die Sognannte, SS. 115/116.

由于其将基本权利之效力完全针对国家法律权力之上，所以其认为所谓的“对第三者效力理论”，是“空泛”之问题（Scheinproblem，亦即不存在之问题）。因为，除了国家法律权力外，依立宪者之意，无私人第三者可以作为该基本权利规定之限制对象，因此，第三者系不存在，“对第三者效力理论”之概念，即属错误。① 私人的基本权利，涉及法律解释也好，不确定法律概念也好，概括条款也好，都是“法律技术问题”，也是单纯地违背基本权利的“法律效果”之问题，故无所谓“对第三者效力”之问题发生。②

史瓦伯虽然努力使公私法之区分，予以泯除，然而，不可避免的此种二分法仍是目前学界之主流，亦是重要的宪法制度。③ 其所提出的利益均衡理论，亦系将清楚界定私人双方权利范围之任务，交付予立法者。然而，自有释宪制度，立法者制定违反基本权利之法律，自有“违宪”及“释宪”之问题，然而，端赖史瓦伯这种视立法者立法来赋予私人在私法关系中，可行使之（基本）权利，后再论及有无违背《基本法》有关基本权利之规定，此种看法，无异是忽视自尼帕代以来，学界及实务界“对第三者效力”问题所致力的目的，将基本权利之规定可否直接适用于私法关系内之问题，予以澄清。④ 不过，由史瓦伯之意见可知，其认为个人在私法内，可直接（不一定须通过概括条款）获得。

---

① J. Schwabe, Die Sognannte, S154.

② J. Schwabe, Die Sognannte, S. 155. 其亦认为杜立希之辈将“概括条款”，视为逃避“硬性”（Rigidität）的将基本权利适用于私法的“避风港”（Zuflucht），是不必要的。“概括条款”本身就可以不存在，对基本权利之效力，亦无所妨害。见 J. Schwabe，另一篇文章“Drittwirkungund Kein End”，NJW，1973. S. 230。

③ 例如，《基本法》第 19 条第 4 项提出“公权力侵害的法律救济途径”，就是以公私法区分为主要依据。其次，如“行政诉讼”就以公法争论为主要标的。

④ 参见 Bleckmann，aaO. S. 142。

六、结论

"对第三者效力理论",在德国引起的热烈讨论,在近年以来,虽然已经消逝。然而,倡积极说者,亦即"新理论的尼帕代之流",所致力使宪法的基本权利能够直接地为私人所引用,使基本权利成为"私法正义发现之泉源",是值得为之喝彩。然而,就以宪法发展之脚步而言,尼帕代这一步(如德国联邦宪法法院在路特案所称的)是超出时代法律观念甚多的前进的思想,说其跨得太远也不为过。

在尼帕代提出新思想超过半个世纪后,德国学界及宪法实务界对于新理论的直接适用说,也只采取"例外直接适用"的见解。这是遵循传统对基本权利之认知,本只是拘束国家权力,除非宪法有特别的明确的规定能够在私法关系直接适用,即可产生"对第三者效力"。这种宪法直接的强制适用之例外规定,如《基本法》第9条第3项两句明确规定:私人契约有排除其限制结社自由之条款者无效。自然可以在私法关系直接适用此项条文。另外在宪法解释某个条文时,也可以导出这种强制性适用的结论时,也例外的可以承认享有对第三者的效力。此乃现阶段德国的通说。①

所以,即使德国主流思想采行"例外直接适用"理论,但仍以间接适用理论为根本。如果要改弦更张全部《基本法》之基本权利之基本思想,是不易达成的理想。② 然而,吾人必须肯定,基本权利之规定,是一种"价

---

① P. Badura. Staatsrecht, 3. Aufl. 2003. C.23.

② Ekkehart Stein 即以为除非修宪,否则新学说绝不可取。见 E. Stein, Staatsrecht, 1973, S.254;瑞士于1974年会组成一个"全面修宪专门委员会",所撰"草案"第25条中建议增列下述条文:(1)立法及司法应有效保障私人间的"基本权利"之效力;(2)私人行使基本权利,应尊重他人之基本权利。个人行使基本权利不得滥用于侵害他人。见 Bleckmann, aaO. S.138;另外,Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Stand 1983, S.7 参照。

值理念"(Wertidee),欲创造出一个"价值的秩序"(Wertordnung),因而,基本权利,虽仍不免是免予国家权力侵害的"消极权利"(status negativus),但是,国家权力应该积极地维护之,是现代法治国家之特色。①

鉴于时代已经改变,社会之结构,已从农业迈入工业,社会结构之改变,明显地影响到基本权利之效力。在工业社会下的生存弱者,民法所谓的契约自由、私法自治,对其都无意义!② 对个人尊严以及基本权利之侵害,除了国家以外,实质的"社会势力者"(Sozialgewalt),亦是主要来源之一。③ 故国家应起而保障这些国民之权利,是现代福利国家之立国政策,此即是德国所谓的"社会国家原则"(Sozialstaatsprinzip,《基本法》第20条第1项),基本权利之规定,需由立法者立法之后,才成为"具体之法"(status positivus),也才可以使私人拥有据以产生可以在私法关系中主张之权利(subjektives Recht),因此,如上文所述,德国学界如 K. Hesse, E. Denninger, J. Salzwebel 以及 Schwabe 之看法,将希望寄托在立法者之作为上,尤其是制定"社会法"(Sozialgesetzgebung)之上。④ 是较合乎我国台湾地区"宪政"制度,同时也是极为迫切之事。

除了立法者必须积极在社会法——劳工法、(保护承租人的)房租法(Mietgesetz)等方面,应尽使宪法基本权利之规定在私法中可清楚地实现之外,其他公权力——行政及司法,亦有其贡献之处。行政在其职掌方面(行政规章之订定及解释),应以贯彻宪法基本权利(尤以平等权为著)作为其执行公法案件及解释公法法规范最频常使用的不确定法律概念,如公共利益、公平、正当、善良风俗的最基本标准。而司法,则必

---

① E. Stein, aaO. S. 253.

② Karl Larenz, Einführung zum BGB, Beck - Texte, 24 Aufl. 1978, SS. 18 - 19.

③ Franz Laufke 曾有言,法国大革命已经将社会上有实力之团体予以压抑,不至于危害一般人民之基本权利,所以,只有国家是"可怖"的! F. Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Feste - chrift für Heinrich Lehmann, 1955, S. 147 f.

④ K. Larenz, Einführung S. 19.

须——依现行法,将基本权利视为概括条款(尤其是公序良俗)的"核心内容",①由于民法所代表的农业社会形态,其蕴涵的私法自治以及契约自由,应不再是基本权利篇外,有更高层次的原则,而是,应受到基本权利的拘束及保障,由德国在第一次世界大战之后,对概括条款的极妥当运作,可以证明,即使一个老旧的民法(至今已半百),在灵活运用其概括条款之际,仍可使社会正义以及基本权利实质存在。故环盱目前台湾地区法制,唯有将宪法基本权利规定之精髓,在私人之法律关系中,被尊重、发挥及实践之希望,系乎在为数众多的法官及其可以有权及能力来解释的"民法"第72条等条文之上。

(本文原刊载于《宪法基本权利与"对第三者效力"之理论》,台湾《政大法学评论》第31期,第67~112页,1985年6月)

① K. Larenz, Einführung S. 22.

第十篇　论宪法人民基本权利的限制

我宁愿遭到由于太多自由而引起的种种纷扰，也胜过由于自由过少而致的纷扰。

——1791 年，杰佛逊《致 Stuart 函》

法律不是压制自由的手段，正如重心定律不是阻止运动的手段一样。

——1842 年，马克思，第六届莱因邦议会《关于林木盗窃法的辩论》

一、前言

人民基本权利的肯定及维护，是任何一个崇尚民主法治且实行宪政的国家所责无旁贷的任务。现代国家率皆在宪法内明文肯定基本权利的存在及价值，另外，也或多或少同时规定了该基本权利的限制问题。而对于国家的该基本权利制度在实质上的实践成果，却往往成为政治上抗争、冲突的

导火线及借口。诚然,在一个法治国家,宪法内所揭示的基本权利理念,必须以形成法律制度的方式来实践。如何在宪法的最高理念及拘束力的影响下,使基本权利的实现及其限制性的问题,能在法律制度内尽可能完善的运作,是吾侪习公法之士,时所关切的论题之一。人民基本权利的限制,其条件即为(1)基于(广义的)公共利益之考虑及(2)上述(1)之公益考虑的必要性及(3)须以法律来限制三个要件存在时,方可侵犯人民的基本权利。这三个要件是宪法所保留的要件,来决定任何一个涉及侵犯人民基本权利之国家最高权力(行政、立法及司法)行为的合宪性,因此这三个保留,吾人可称为宪法保留(Verfassungsvorbehalt)。①由于任何国家的行为皆极易会涉及人民的基本权利,上述三个保留条款的重要性即显得极为突出,而对其内涵及意义,作深入的探讨,使得其内容的抽象性较易掌握,自具有宪法学理及实际政治运作上的积极目的。本文有鉴于此,即参考以德国宪法理论为主的法学数据,重新再以系统性的、前瞻性的分析检讨并阐释有关人民基本权利的限制诸些问题。②爰以此三保留所涵摄的关于基本权利限制的出发点——公益条款以及由该限制必要性所演发的以法律限制的法律保留原则以及比例原则等大三论题,依次研讨如下:

二、限制基本权利的公益条款

(一)基本权利限制的目的

宪法对人民基本权利,以在为公共利益的需要为前提下,许可国家

---

① W. Schmidt, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR, 106 (1981), 498, 509.

② 德国《基本法》并没有一个条文统一规定人权的限制,所以必须由各个人权条款的内容取得一个共通的原则。

以订立法律之方式来限制之。这种基本权利的可限制性之目的，并非因为国家可以在法律上，有概括的优于人民的优越地位，故许可国家以法律来限制的基本权利，①毋宁是以宪法肯定基本权利的存在为前提的。由于基本权利保障了人民广泛的自由权利，此种自由的行使，可能会影响到其他宪法所要保障的公益。因此，宪法一方面肯定基本权利的存在及由保有和行使这个权利所带予私人之利益（吾人可泛称为私益），另一方面也承认这个利益亦可能侵及公益，故两者间存有一个隐藏的紧张关系（eine latente Spannungslage）。这个紧张关系原则上有待立法者以制定法律的方式来消弥及调和之。不过，对民主宪法的角度而言，立法者如何来达成协调（Homonisierung）及平衡（Ausbalancierung）这两种利益的任务，②则显非易事！由于公共利益的概念极为抽象，为典型的不确定法律概念，本身除了具有利益内容的不确定性及受益对象的不确定性外，更随着国家任务范围扩充及国家基本原则——例如法治国家原则，民主理念以及保障人民的基本权利——的实践，都可以改变旧有的公益概念并据以形成新的公益内容。其次，对公益和私益的本质而言，公益概念并非绝对排斥由基本权利所赋予人民的私益。亦即，由以往两者系处于对立的立场，变为今日的并立立场，此由保障人民基本权利之国家措施亦可合乎公益要求，可以得见。③ 由此公益和私益彼此并立、并行的关系亦可引申到对传统的公益优势理论的重新检讨。虽然古典的宪法理论承认公益乃最高之法则（salus publica suprema lex），并在依循公益、私益对立论的情况下，认为为了公益，可予（或应予）私益有所限制（即采限制人民基本权利之方式）。但是，在现代宪法保障基本权利的理念，无条件以牺牲人民基本权利，以满足公益之绝对性，已面临考验！易言之，宪

① 见 W. Henke, juristische Systematik der Grundrechte, DöV, 1984, 4。

② F. E. Schnapp, Verhältnismäßigkeittsgrundsatz und Verwaltungsverfahrensrecht, in: Recht und Staat im sozialen Wandel. Festaschrift für H. U. Scupin, 1983, S. 908.

③ 参见笔者，“公共利益的概念”，刊载于本文集第六篇。

法承认公益和私益之间,若任凭人民无限制的行使基本权利,是会影响社会其他的法益,①故须予适当的限制,但绝不可任意以谋求公益为借口而牺牲私益(基本权利)。例如,径以公众所需即强制征收私人财产权,即是一例。② 所以,如何促使公益的增进及维持之,以及调和其与私人的基本权利之关系,都是宪法赋予立法者的形成权。

(二)宪法内公益条款的立法方式

1. 概括式的立法例

这种概括限制的制度,外国宪法亦甚多有采取此种立法例。例如《日本宪法》第13条:所有国民,均作为个人而受尊重。对于生命、自由及追求幸福之国民权利,于不违反公共福祉之限度下,在立法及其他国政上必须予以最大之尊重。③ 但是,宪法既然以确保人权为其最高宗旨,但采概括公益保留之方式,则可否凸显出宪法对个别基本权利到底有无特别的保障强度之问题?很明显,答案是否定的!也无异是说,宪法对所有基本权利之保障乃一视同仁,无所偏颇。因而,立宪者对于每个基本权利的本质上的可限制性,是委由立法者来自行限定。但有些立法者规定人权的条文却不完全只言限制,也在于决定人权的内容,这也是德国学界所称的,由立法者来立法形成基本权利内容之作用,其重要性大

① 这正如德国联邦宪法法院在判决中所认为的,任何一个基本权利只要一行使,即会产生社会关联性(Gemeinschaftsbezogenheit)及随之而来的社会拘束性(Gemeinschaftsgebundenheit),这是因为每个人不可能遗世而独立也。最早在BverfGE4, 7/15;以后常被援用 BverfGE 30, 173/193; 32, 98/107, 见 R. Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das übermaßverbot, AöR,104, (1979), 432。

② 学者 Schnapp 即言,宪法要兼顾人民的基本权利以及公益,不可使其中之一成为另一个的牺牲品,见 F. E. Schnapp, aaO. SS. 907/908。

③ 又如《世界人权宣言》第29条。

于以立法来限制基本权利之功能。①

是否每个基本权利的本质皆有差异？是否立宪者即可规定彼此间可有不同程度的可限制性？谨试举德国宪法例来作讨论。

2. 区别式的立法例

德国现行《基本法》在人权条款(第 1 条至第 19 条)部分,对作为限制基本权利之公益目的,作了不同层次且逐条不同的限制规定。这种区分式保留(differenzierender Vorbehalt),约有以下列几种方式出现:

(1)单纯法律保留(einfacher Gesetzesvorbehalt)

这种立法例是宪法对立法者相当信任的表现。立法者只要依任何公益即可限制人权。宪法对立法者限制该人权之公益目的并未明定。所以,立法者所获援权的弹性很大。属于这种单纯公益的条文,计有第 2 条第 2 项(人身自由得依法律限制之);第 8 条第 2 项(室外之集会自由得依法限制);第 12 条第 1 项第 2 款(职业权之行使得依法限制之)等,都是可由立法者依法(律)限制人权。②

(2)加重法律保留(qualifizierter Gesetzesvorbehalt)

这种条文,是指宪法对基本权利的保障,极尽周延之能事。在宪法的个别条文中,已对该权利的可限制性及其条件预为指定。立法者只能依据各条之预定公益考虑规定,来予基本权利之限制。例如,人民的迁徙自由,只能在为防止战祸、天灾、瘟疫等及为监护青少年,或刑事预防等情况下,才能予以限制(第 11 条第 1 项);住居自由的侵犯,亦得在为防止人民生命危险、瘟疫、重大公安问题及防止房荒之前提下,才可限制

---

① 例如宪法对于人民财产权的内容规定,对于请求补助的额度范围……都可以看出之。传统的人权限制特征是表现在认为宪法的基本权利是具有防卫功能(Abwehrfunktion),可以遏制国家之不法侵犯,人权限制条文主要作为在必要时可限制人权的宪法依据,即为古典宪法学说所谓的防卫权(Abwehrrechte)也。见 A. Bleckmann, aaO. S. 227。

② 另外,如第 10 条第 2 项一句,对通讯自由的限制;第 5 条第 2 项,对言论自由的依一般法律之限制。

(第13条第3项);公益征收只能为公众福祉之需且予公正补偿后,方得为之(第14条第3项)等。这些立宪者已决定的限制目的多是较单纯公益保留加上更多的条件及资格要件(Qualifikation),故可称为加重的公益保留(或称为资格要件的公益保留)。采取这种公益保留类型的人权,自是宪法对其保障有更进一步的注重。①

(3)概括限制

依《基本法》第2条第1项,任何人的发展人格之权利(行为自由权),只要在不侵犯他人权利,违反合宪秩序及风俗法的前提下,皆能拥有之。所谓人格发展权就是要保障一般行为自由权(allgemeine Handlungsfreiheit)。② 因为鉴于德国学界及实务界,并未将此条对于一般行为权之范围推及于其他基本权利之上。③ 所以,本条只是在补充其他人权条款的限制性质,本身只具备附属性质(Subsidärität)。质言之,本条之规定使得行为自由权成为保障其他未被基本法所明确规定(列举)之基本权利之宪法依据。因此,亦被称为收容之基本权利(Auffanggrundrecht),④因而,对那些被收容(而被宪法保障)的人权,即可由此三个概括原则来限制。⑤

---

① 由这点可以看出,德国立宪者对各种人权在国家行政统治权时实际执行统治权时所会遭到的妨害,所以预先许可立法来限制之,也是一种高底精细的法律思维功夫。

② V. Mangoldt - Klein - Starck, GG Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 1985, S. 155; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 24 Aufl. 1982, S. 173.

③ 其理由是以特别法优于普通法之原则(lex specialis derogat legi generali),所以以后条文所规定之基本权利之特别限制可以排除本条之概括限制。V. Mangoldt/Klein/Starck, S. 157; Dürig, in: Maunz/Dürig, GG. Kom. I. Stand. 1983, Rd. 7 zum Art. 2. I.

④ BverfGE 30, 292/335; V. Mangoldt/Klein/Starck, SS. 170, 173; Maunz/Dürig, aaO. Rdnr. 6.

⑤ 德国联邦宪法法院认为《基本法》未明言的契约自由权(BverfGE 8, 328; 12, 347; 25, 407),是经济行为自由权的表现;出国旅游权,亦是行为自由权之表现(BverfGE 6, 32),见 Maunz/Zippelius, aaO. S. 173。

(4)毫无限制保留

德国《基本法》内,尚有几个条文,并未规定有任何限制的规定。例如,第4条的宗教自由;第5条第3项的艺术自由;第12条第1项的选择职业之自由及第16条第2项的庇护权等,皆无法在条文内寻得有依法律限制,或在……情况下可依法限制等字句。是否,宪法即必须绝对保障这些无保留的人权?① 针对这个问题,德国学界一致的看法,皆反对采取这种机械式的条文解释方式。但是,究竟采行何种理论,来解决这种宪法条文上明白的差异?可说是众说纷纭。有认为可以径援引第2条第1项的一般行为自由的三项限制(Schrankentrias)来限制之。② 但是,既然一般行为自由权只是有附属性质,无法对宪法明文规定之权利予以限制,已如前述。所以,此说无法获得存在;另有以为——如德国联邦宪法法院早期的见解,个人不可绝世而独立,因此,个人无疑的和社会有连带关系。一个即使宪法并未予以限制的基本权利,其仍须受到立法者为社会共同生活所为立法的限制。③ 宪法法院这种强调社会关联性(Gemeinschafts bezogenheit)及社会拘束性(Gemeinschaftsgebun - denheit),以及西德联邦行政法院,认为所有的基本权利,都不可以侵犯社会存在所须赖的法益[所谓(社会)共同条款,Gemeinschaftsklausel]。④

---

① 人民可否利用艺术(表现)自由及宗教自由,在半夜演奏音乐或大声传道?或是以著作诽谤他人之名誉?国家制定职业法,规定须经考试及格才可执行某些职业(如医生、律师),可否认为侵犯其自由选择职业之权利?

② W. Henke, aaO. ,SS.4, 5; 而 Dürig 也认为,第2条第1项的不侵犯他人之权利,可视为其他人人权之法律逻辑之内在限制(die rechtslogisch immanente Schranke);合宪秩序等公安需要,为人权之社会内在限制(die gesellschaftlich immanente Schranke),而风俗法则视为伦理内在界限(die ethisch immanente Schranke)。见 Dürig/Maunz, aaO. Rdnr. 73, 74, 75。

③ 1954年的判决,BverfGE4, 7/15; A. Bleckmann, aaO. S.247; T. Schramm, Staatsrecht, Bd. 2, 3Aful. 1985, S.38。

④ BverfGE 1,48,52; 1,92,94; 5,153,159; 都是该法院极早期的看法;见 T. Schramm, aaO. S. 38。

很明显的,这个强调个人(及其人权)和社会有连带说的理论,是和21世纪初,法国名公法学者狄骥(Léon Duguit, 1859－1928)的社会连带说相一致。① 不过,这个理论对于未限制保留的人权,无法充分说明其和其他被宪法明文限制保留(不管单纯或加重保留)的人权,在可限性上有何不同之处。因此,旋即未再被采纳;②联邦宪法法院后来改采以宪法整体性(Einheit der Verfassung)及宪法所保障的整体价值秩序(gesamte Wertordnung),来针对涉及艺术自由权与名誉权冲突的问题、③对证人举良知自由拒绝作证之问题④及法院援引宪法所树立之制度(如国军)的观点,来解决涉及兵役的问题⑤及以宪法保障人权之制度性保障之观点来解决婚姻制度的问题⑥等,都是希望使宪法上无限制保留之基本权利,还能够受到法律之限制。⑦

---

① 狄骥的学说,在当时(21世纪初)已受到德奥学界的重视。奥地利名学者Adolf Menzel也为文推崇狄骥之学说,见前注17处S, 518。

② T. Schramm, aaO. S. 39.

③ 如著名的梅菲斯特案(Mephisto), BverfGE 30,173/191, 对于出版者的艺术自由权侵犯一个死者之名誉权,法院援引人类尊严不可侵犯(第1条第1项)来肯定人格名誉权也是宪法所保障的价值和艺术权相同。但是法院肯定后者(名誉人格权)的法益高于前者,因此,法院明显的执行了利益权衡(Güterabw ägung)的方法。

④ BverfGE 33,23/29.

⑤ 因良知理由,而拒绝服野战部队兵役的权利(《基本法》第4条第3项),可以因为满足国军的组织及满足该国军功能的前提下,而被限制,BverfGE 28, 243/260; 32,40/46; 48,127/159。唯法院仍以宪法的整体性及价值及利用利益权衡方式来作阐释。

⑥ 关于婚姻自由的问题,虽然宪法未对该自由予以限制。但是,婚姻法上对和外国结婚之人须提出对方有结婚能力(未婚或已离婚等)之规定(德国《婚姻法》第10条),并不违反该自由权。因为,据法院以为,婚姻制度是宪法所保障的人权制度,形成这个制度的最重要基础——如一夫一妻制是源自历史,伦理的理念,且与民法之规定相符合。所以,婚姻的自由权(缔结权)不能和宪法这种制度理念相违背。BvdrfGE 31, 58/68; A. Bleckmann, aaO. S. 250.

⑦ 关于德国人权的诸多限制问题,请参阅笔者译(T. Schramm著之)"基本权利的可限制性问题",刊载于台湾高雄中山大学:《中山社会科学译粹》,第1卷4期,1986年9月,第46页。

3. 概括式、区别式立法例优劣之评论

以西德基本法这种区别式的限制保留立法例的主要目的，是基于德国近代史上的惨痛经验——先是魏玛时代，因信任立法者导致纳粹专政；后来因国家分裂，另一半国土实行共产专政，使得基本法采取分层保留体系（System des abgestufen Vorbehalts）。使立法者为何种目的、在何种范围、以何种方法方可以侵犯（限制）人权，都可以在宪法条文内，寻得依据。这种宪法上的立法例，自然是着眼于防止立法者的可能会恣意的侵犯人权的预防性之上！① 这种立法意旨，若是站在确保人权的努力立场上，自然值得吾人赞许。但是，在学理的完善性及政治上的实用性上，是否能达到立宪者的预定目标，则不无令人怀疑之处！明显的例子，就是宪法上定有无保留限制的基本权利（如艺术自由）的规定，不知是立宪法者无心所产生的结果？抑或是制宪者有意的创作？很明显的，考诸立宪只及学界通说，皆肯定是立宪者的有意创作。② 但是，由于法律事实上所产生的问题（如行使艺术权侵犯他人名誉权或公共秩序），又不得不对该无限保留的人权，予以适当的限制。学术界及审判实务界（尤其是联邦宪法法院）所作的极大尝试，不论是引用社会连带说，或是宪法整体价值系说，都是要一方面寻找出这些未有限制之人权可予限制之理由。这些努力既然都抱着先见结果之成见（一定要对那些人权予以限制）的推论，可见得，一方面显示出，基本法上的差别立法字面意义，已失去了其绝对性；另一方面也显露出，每个基本权利，似乎在本质上都含有内在的

① K. A. Bettermann, aaO. S. 5.

② 如学者 W. Schmidt 即宣称，立宪者这种立法例是为了突破以往宪法的只是单纯公益保留的成例。但是，立宪者这种冒险（Wagnis）是将仍未经试验的理论概念（eine noch unerprobte theoretische Konzepteon）采入《宪法》条文中。可见得是西德立宪者的创见也。见 W. Schmidt, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106, 1981, S. 512。

(可)限制性(immanente Beschränkbarkeit)。① 因此,若是宪法上硬要将基本权利以不同保障程度为目的,而有不同保留条件的立法,倘若不能十分完美,而无挂一漏万之方式来立法的话,则会形成如德国某些宪法学者所作的批评——宪法法院利用审判的方式,将诸些不能(完全)实行的,且是无保留人权的规定,予以架空、曲解及改变其字义,使得该最高程度保障的条文及人权没有实际性(Praktikabilität)可言,而徒负立宪者之美意。②

诚然,基本法的区别式立法例,并未有一个坚实的限制理论(Schrankenlehre)作为出发点。所以,造成解释学上的莫大纷扰。③ 而且,宪法法院所提出的解决(无保留人权)之理念,所涉及的,如宪法整体价值理论或制度性保障理论等,多半又会援用其他亦极为抽象的概念,例如法治国家原则;法益衡量原则(所谓更高价值的法益);宪法的制度要求等,和采用概括公益限制立法例的运用概括公益,其手法相去不远。但尽管如此,欲以宪法的立场,巩固人权保障的基础,可否运用在宪法内有关公益保留的立法努力的方式,亦即采纳区别式的立法例,在实际人权的实践性上——包括由立法者立法限制及掌司释宪的宪法审判方面,由理论上推论,其成效能否优先于采概括式的立法例?是两种立法的制度理想度之问题。

不过,区别式的立法例,主要目的在以更详尽的成文规定方式来授

---

① 此又深涉入人类基本权利的本质上的法哲学问题了。狄骥的学说似又有可加以援用之机会矣!

② W. Schmidt 对联邦宪法法院的批评,即是如此。H. Schambeck, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, 1970, S. 18. 但尽管如此,莫耳本身却认为国家权力本身只要满足全民福祉即有正当性,所以不赞成权力分立的学说,认为这是"乱源",只会造成人民自由及秩序的混乱!直到莫耳晚年后才赞成议会民主等理念。见 F. Garzoni, S. 87; Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Aufl. 1989, S. 19。

③ K. A. Bettermann 称之为限制的混乱情况(Schrankenwirrwarr),见 aaO.(注 8),S.3。

权并限制立法者，使其不致会有滥权之可能。这种属于尝试性的新型限制保留之立法例，在德国实践的成果，虽未能尽善尽美，但是，其赋予立法者明确的限制方针。依这些明确立法目的的规定，可以在宪法审判过程及结果中，使法官对判定法律的合宪性与否之问题，能获得更多的且具体的宪法资料来作判断，①自有助于增强法律和宪法之精神相互配合之功用。另外，以任何法律之立法技术的进化，皆由初期的概括式方式，进步到精细式的立法技巧，其足以显示立法者思虑的周密度，另外，在保障人权方面，以西德保障人权的成效可证，则应肯定其有更具体之功能！因此，发生在德国学界对该国宪法所采行区别式立法的批评，虽合乎事实，但是，小疵不掩大瑜。区别式立法例的优越性，可获肯定。②

三、基本权利的以法律限制——法律保留的原则

（一）法律保留原则之意义

宪法法律保留原则是指对人民基本权利的侵犯，必须依法律方得为之。法律保留原则和前章所述之宪法公益条款之间，有极密切之关系。公益条款是以宪法本身对一个涉及基本权利的限制方面，就目的上的许可性问题所作之规定。而法律保留原则是涉及执行这个目的许可性方面的执行工具之制度——即必须以法律来限制。讨论宪法的法律保留原则也就是谈论受到宪法所保障的人权规定及所涉及的法律之关联问题。渊源于《法国人权宣言》第4条的法律保留原则，承认只有经过立法

① 区分式立法例的好处，即表现在对立法目的的明显指示性上，上具有过滤的功能（Filterfunktion），见 R. Wendt，S. 425。

② 以德国《基本法》的区别式立法例为例，若该基本法能够对引起争议最多的无限制保留之人权规定，予以适度的修正的话，则似乎可以使此制度更趋向完美，而使学界的抨击无所附丽了。

者同意并且形诸法律后,国家才可以限制人民之权利。

由法律保留制度的起因,是为了人民的基本权利能够受到更大程度的保障,也是国家实行法治国家之依法而治及行政上之依法行政的必要前提。是故,法律保留制度能成为宪法之制度,是国会取得权力的表现,也是国会权力受到宪法信任的表现,并借此来防止人民权利之遭到国家第二权(行政权)及第三权(司法权)非法之侵犯。① 在法律保留的早期观念,并不是以宪法的公益条款来限制立法权,反而是授权立法权来限制人权,已于上文讨论。此是法律保留制度的原始本意所在。这种原则也表现在涉及人权的法律——作为执行法律保留制度之工具——的意义之上!

法律在法律保留制度之原义,只扮演原则——例外的角色。源于法国人权宣言的法律保留制度其基本的出发点是承认基本权利是一个本无限制的自由权利,只是为了公益,才会例外的被立法者侵犯。② 所以,这种见解也反映在法律的解释上,传统上认为例如涉及一个法律(限制人权的法律)的解释时,应该采取最有利人民权利之方式为之。正如拉丁文语谚,所谓有疑问时,以肯定人民自由之方式为之(in dubio pro libertate),就是这种视法律保留之法律为限制人权之工具。而在另一方面,以人权的限制程序方面来说,法律保留制度则变为削减人权范围之制度之写照。③

当然,基本权利并非是纯粹的国家产物,亦即基本人权在现代民主国家之宪法理念,普遍认为乃一种先验(apriori)的权利,也是先于宪法(成立时)已存在(ein vorkonstituteionelles Recht)及超实证法存在(überpositives

① K. A. Bettermann, aaO. S. 4; T. Wülfing, aaO. S. 20.

② W. Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 68.

③ 见 U. Scheuner, Zur Systematik und Auslegung der Grundrechte, in: U. Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften, 1978, S. 715。

Recht)的基本权利,[①]应该获得国家所有法律秩序之维护与尊重。所以,尽可能地维护人民有最大的自由权限亦是正确的想法。但是,涉及人权规定之法律,是否仍然只是限制(人权)性之法律?法律保留之概念(Gesetzesvorbehalt)是否仍只是等于侵犯保留(Eingriffsvorbehalt)之概念?随着时代之演变及法律作用之强化,已呈现剧烈的转变。

(二)法律保留原则之转变

1. 法律功能之多元化

(1)法律概念三元化论

涉及基本权利的法律,其功能已不再只限于限制人权,而是已具有多元化的作用。其中,最明显的,莫过于法律亦具有形成基本权利内容之任务。

名学者 Otto Bachof 早年即对法律保留原则中的法律概念,分成三个不同目的的类型:第一个类型的法律,是纯粹作限制人权的法律。例如,《刑法》、《警察法》等;第二个类型的法律,则是负有对宪法上已经明定界限的基本权利,予以明确具体化(verdeutlichende Konkretisierung)的目的。例如,依德国《基本法》第 4 条第 3 项第 2 款规定所订定之拒绝服战、兵役的施行法律及第 5 条第 2 项之防止以言论自由、出版自由、侵犯名誉权及保障青少年身心之法律,都是其例。这个第二种目的的法律,可以延伸到具有实行宪法限制之细则性法律;第三个类型法律,是对基本权利的内容本身具有形成(Ausgestaltung)的功能。例如,依《基本法》

---

① 早在魏玛时代,名宪法学家 Carl Schmitt 已提出这种看法,见 Grundrechte und Grundpflichten(192), in: C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, 1958, S. 192; 战后成为德国联邦宪法法院一贯的见解,认为基本人权的规定是含有自然法之色彩,BverfGE 15, 126/144; 41, 126/157. 德国名学者 Hans Huber 在 1936 年时即认为,就宪法学理而言这是尝试将自然法之自由原理导入实证法之努力!见 U. Scheuner. aaO. S. 715。

第14条的规定,财产权之内容由法律规定之作用的法律。[①] 对于Otto Bachof教授的这种三分法,德国另一个名教授P. Lerche在1961年提出的"升教授论文逾越限度与宪法"(übermass und Verfassungsrecht)一文,提出所谓的印证基本权利之规范(die grundrechtsprägenden Normen)理论。其认为,法律和人权之关系,可以分为若干典型:一是干涉人权规范(die grundrechtseingreifende Normen)。二是澄清人权之规范(die grundrechtsver deutlichenden Normen)。这种规范和Bachof的第二种法律明确具体化目的不同,Lerche认为这种法律是解释宪法内的人权——例如何谓讲学自由之法律,不过,《基本法》内未有这种规定;对于Bachof所提,第二及第三种的目的,Lerche以为法律可以作为印证基本权利,也就是可以形成或实践基本人权之内容之工具。其更将这个印证基本权利之规范分成直接印证及间接印证两种规范作用。所谓直接印证之规范,是指立法者为宪法直接授权,来对形成基本人权之内容,直接予以填补之谓。(所谓实质填补Substanzausfüllung)例如,德国《基本法》规定人民的财产权内容,可以由法律定之。(第14条第1项);或是职业权的行使,须由法律规定(第12条第1项)都是典型的例子;所谓间接印证之规范,是指宪法对某一个基本权利的内容,是借助另一个法律来形成之;例如德国《基本法》认为人民言论自由之限制,要以一般法律(如《出版法》、《著作权法》、《刑法》等)来予限制,就是借助该法律来形成基本权利之内容。[②] 这些在实际功能上负有担任人权内容形成作用的法律,不论是如O. Bachof所区分的明显具体化或形成性的法律;抑或是P. Lerche所区分的直接印证或间接印证法律,皆不再是传统法律保留论所

---

① O. Bachof, Berufs-und Gewerbefreiheit, in. Neumann-Nipper-dey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, 1968, 2Aufl. S. 208; L. Schneider, Der Schutz des Wesensgehalts Von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2GG, 1983, S. 43.

② P. Lerche, übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhäcthismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961, SS. 106, 107.

谓的限制人权的法律概念。①

上述涉及人权的法律规范，虽可分成三个类型，这是德国学界就德国《基本法》的立法体系，作缜密分析所产生的结果。但是，尽管学说上有此区别，但限制人权和形成人权法律之间的关系仍十分的含糊，彼此有重叠的可能，到底要如何界分一个侵犯（限制）人权或形成人权之法律？一个形成人权内容的法律如财产法律——是否也同时有限制人权之功能？为解决此问题，名学者 P. Häberle② 教授提出了其独特的见解。

（2）法律概念一元化论

P. Häberle 认为传统的法律保留理论，对法律是予人权侵犯之概念，是错误的看法。③ 不论法律对人权是侵犯（Eingriff）或限制（Beschränkung）其皆认为是法律对人权的一种定置界限（Begrenzung）之作用，而且，立法者在涉及人权之立法，负有双重任务：形成人权（Grundrechtsausgestaltung）及界定人权（Grundrechtsbegrenzung）。④ Häberle 之见解是承认立法者有形成（制定）法规范（Normenkomplexe）及形成基本权利之制度（Rechtsinstitute）之双重义务。这都是立法者为宪法服务（im Dienste der Verfassung），并且使宪法的价值决定具体化的结果。若没有立法者这种具体化的立法，则宪法的目标即无法达成。有鉴于此，Häberle 认为人权的立法是宪法极有需要的媒介（Medium）及工具（Mittlerin），以使宪法的规定能够成为社

---

① L. Schneider, aaO. S. 44; A, Bleckmann, aaO. S. 254; T. Wülfing, aaO. S. 34.

② P. Häberle 教授目前任教于德国拜鲁特大学（Uni Bayreuth）。

③ 否则即会出现对人权合法的侵犯之用语。这个用语多半使用（及起源于）在公益征收的例子。P. Häberle 反对这种其以为病语的矛盾术语。其以为，凡是侵犯都是违法的；违法侵犯人权，更是宪法所不容许。其对于自己修正并扬弃这种干涉人格概念，认为是对传统法律保留的干涉概念及限制概念，所为的一种法律概念的净化（Reinigung des Rechtsbegriffs），见 P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Aritikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, (1Aufl. 1962) 3. Aufl. 1983, SS. 222,223。

④ P. Häberle, aaO. S. 180.

会之现实产物(soziale Wirklichkeit)。[①] 因而对基本权利的形成和界定的立法,其概称为基本权利之实行(Ausführung der Grundrechte),任何在宪法条文内的基本权利都必须有实行性的法律,方有实现的可能,故称为基本权利实行的必需性(Ausführungsbedürftigkeit)原则。[②] 扮演这种角色的法律,对人权的界定及形成功能,这两个功能可以称为刀之双刃,关联十分密切,而且,可以相互支持。任何于人权界定范围的立法行为,同时也就是形成人权内涵的法律;反之亦然。[③] 所以,严格区分立法的界定及形成作用,显已不具重要性矣!

P. Häberle 此种重视人权的立法,是含有宪法人权规定的广义的执行法(Ausführungsgesetz)的意义,已开启了人权法律概念一元论的先声。继 P. Häberle 在 1962 年发表的理论之后,另一位 Hippel 教授则完全支持 P. Häberle 之看法。并以为,所谓的法律保留制度,是予立法者可以全盘考虑社会各阶层的利益及国家社会需要后,公正的决定人权的界限及人权内容。所以人权的形成及界定之功能可合二为一,都乃人权规范的公正执行(sachgerechte Ausführung der Grundrechtsnormen),[④]此即所谓法律概念的一元论(统一论 Einheitstheorie)。[⑤]

一元论的支持者既然强调宪法的人权规定和立法者之间相互依存的密切关系。代表这种理论的另一个学者 K. Hesse 则更提出内在界限理论(Immanenzgedanken)来支持一元论。依其之理论,宪法内最高的价值规范莫过于所谓的法治国家及社会国家条款(《基本法》第 20 条、第 28 条)。任何人民的基本权利都必须配合这个最高原则。[⑥] 以至于所有

---

① P. Häberle, aaO. S. 184.

② P. Häberle, aaO. S. 197.

③ P. Häberle, aaO. S. 190.

④ E. v. Hippel. Grenzen und Wesensnehalt der Grundrechte, 1965, S. 54; L. Schneider, aaO. S, 45.

⑤ L. Schneider, aaO. S, 45.

⑥ 就此而言,这种见解可以带有自然法(naturallaw)的色彩。

的基本权利的内在都有这个界限。所谓宪法直接的内在界限(die verfassungsrechtsunmittelbare immanente Schranke)。立法者的任务,则只在于澄清这些权利早已在宪法内存在的界限而已!所以,法律保留的意义,就退化成为立法者就宪法的人权限制所为之形成性立法的诠释作用。① 和 Häberle 及 Hippel 的看法不同的 Hesse,轻视立法者的形成人权之作用,而是看重立法者之诠释宪法的作用。②

不论是法律概念三元论也好,一元论也好,都是强调传统法律保留原则只适用在侵犯(限制)人权的法律作用,已成明日黄花。就宪法人权条款之架构而言,三元论者,明显以德国基本法的立法例作探讨对象,③吾人宁采一元论较能符合现状。尤其是 P. Häberle 教授的视立法者形成及界定基本人权之见解,尤是清晰的指明立法者对涉及人权的立法,所具有的意义。④

2. 法律保留之适用范围

(1)适用范围的扩张

传统的法律保留原则,除了上节提及的,只是限于对法律的对人权侵犯性(限制性)的认识之外,彼种早期的法律侵犯性概念,也表现在实质的法律层面,形成对人权的效果。据学者 A. Bleckmann 之分析,在第二次世界大战以前,在古典的法律保留原则下,所谓侵犯(或限制)人权的概念是以下列五个要素组成之:

---

① K. Hesse, Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 Abs. GG bei der Verwirklichung einer verfassungsmäßigen Ordnung, 1968, SS. 77, 97.

② L. Schneider, aaO. SS, 45, 46.

③ 这也是部分德国学界对一元论的批评。如 L. Schneider 即认为一元论并没有宪法之依据。因为基本法既然没有同程度的人权保障规定,即是表明立法者有区别立法之义务;同样的,Hesse,基本法上明文分别运用形成及限制人权之用语,所以,不可混两者为一。对所提的内在界限理论,其也认引用空泛的如法治国原则,也忽视到基本法明文区分保障制度背后所代表的意义。见 L. Schneider, aaO. SS, 46,47。

④ 如以法治国家讲求的依法而治(The rule of law),法乃为个客观的标准,就不问其与人权的内容是何关系,只要表现出其标准的要求即可。

①侵犯的产生,是以国家对人民之基本权利产生限制的欲望,并采取一定的行为,而有直接关系,所造成的不利后果,才属于侵犯人权。例如警察对人民集会的禁止;不准人民发表言论,才属于侵犯人权。但是,对于国家行为的反射效果,如国家为禁止示威,而封闭街道所产生沿街商户之营业损失,则不属之。

②需是国家直接造成的损害,亦即,多系干涉行政之产物;至于涉及给付行政方面的间接侵害,例如给予其人民津贴补助,致影响其他人民的竞争能力,非可认为是国家之侵犯。

③只针对国家之依法令行为(如法律,行政处分及法院判决),至于事实行为之产生不利后果则排除在外。

④凡是与③有关的,必须是国家依法令行为,所谓法令行为须与人民之权利产生关联才属于侵犯理念。至若国家与人民权利无关的行为——如裁撤学校及国家机关,则不在法律保留之侵犯概念。

⑤最后,侵犯须源于国家单方面的高权行为——行政处分、行政命令,法律及法院判决。若契约行为,以及所谓的特别权力关系,则不与焉。①

德国自1949年公布《基本法》之后,代表宪法新思潮的法律保留理论,于是兴起。依M. Kloepfer教授的分析,因为国家任务的变更以及国家形态的改变,使得法律保留的基本原则产生变化。这种变化可以以侵犯概念的扩张及自由的扩张两大方向来解释。

所谓侵犯概念之扩张(Eingriffsausweitungen),不再限于传统公权力的攻击(Zugriff)所产生的不利后果。即使是反射利益,例如因他人获得授益的行政处分后,使自己之竞争力产生削弱的效果,亦属权利受损。(这可援引宪法平等权的违反作理由)。至于所谓自由的扩张(Freiheitsausweitung)Kloepfer教授认为比侵犯概念之扩张来得重要多

① A. Bleckmann, aaO. S. 231.

了。自由的扩张乃指经过法院实务(尤其是宪法审判)及学界推动、肯定所达成的自由的膨胀(扩充)(Grundrechtsexpansion)。这个自由的扩张表现在:①废止流传已久的特别权力关系理论。德国联邦宪法法院在1973年已废止了此理论,使得限制监狱受刑的人通讯自由权利,①学校予学生退学的处分②等,都必须要有法律的规定,方可为之;②可以由立法者依据宪法精神,创设新的自由权利,例如,联邦宪法法院在早期的判决中,创出所谓人格权的制度。③ 只不过,这种情形较不常见;③自由基本权利的扩张,将不限于所谓防卫权(Abwehrrecht,防止国家不法侵犯之权),同时也及于给付基本权。对于人民生存所需要的基本权利,若是国家不给付就属于侵犯人权。关于这点涉及的问题极广。首先引发的问题,到底在给付基本权中,应否受到法律保留的限制问题?依联邦宪法法院在著名的"定额案"(numerus - clausus - Entscheidung)中已明确指出,人民申请入大学就读,是一种宪法所保障的受教育人权。学校即使限于名额等编制之限制,必须拒绝其他申请之学生时,亦属于人权之侵犯而必须有法律的依据才可拒绝,不可遂依大学自行颁订的入学原则。④学界也大致采纳赞同宪法法院的看法。⑤ 联邦宪法法院这个判决所涉及的人民教育权的保障,即受限于入学的名额,(即机会的不足)人民能否直接请求国家兴建大学?却持否定之看法。这个关系到立法者的立法的义务之问题。这个连带的问题——究竟立法者的立法规范权限何在?这个问题将在下文(2)述之;④最后,关于自由的扩张,更及于对国家组织及程序规定,只要和人权有关,即必须受到法律保留的拘束。⑥ 无疑

① BVerfGE33, 1/10ff; 64, 261/268.

② BVerfGE41, 251/260.

③ BverfGE6,32/36.

④ BverfGE6,303/337.

⑤ 如 W. Krebs, aaO. S. 127.

⑥ M. Kloepfer, Der Vorbehalt des Gessetzes im Wandel, JZ 1984, S.688.

的,在古典的法律保留理论,已和这种新的理论大相径庭,因为于传统概念里,组织与程序问题属于行政(内部)之职权,无须立法者之费神。

(2)法律之保留范围——重大性理论之源起

在传统的法律保留理论,只是认为侵犯(限制)人权,须以法律为之。上节述及的扩张理论显已摒除只限于侵犯人权的见解。① 既然新的法律保留理论要将立法的权限涉及人权时,应有法律之授权,但立法者到底在法律的保留范围——亦即法律所规范人权的程度(密度,Intensität)应如何?可否让诸如行政机关等来规范?在德国宪法界引起一个新的理论出现——所谓重大性理论。

德国联邦宪法法院是在审理一连串有关教育法中,提出这种理论,其中,最具代表性的,莫如有名的"性教育课程案"(Sexualkunde)中,②阐扬这一个理论:认为任何涉及人权的事项,诚然是立法者立法范围,但是,立法者仍不得随便授权行政机关以行政命令规定。对于牵涉人权之重大部分则必须保留予立法者为之,此即所谓的重大性理论(Wesentlichkeitstheorie)。在本案中,法院认为对中学生开授性教育课程,是涉及人民教育权利的重大事项,必须由法律明文规定才可,不可授权行政机关(教育机关)自行决定。③ 联邦宪法法院开创这个理论之后,在以后关于审理民用核能案件;④民营电台的营运案件⑤皆本此原则。此外也影响联邦行政法院,使该法院也采纳此理论。⑥

重大性理论不仅是要求立法者对涉及人权之事项要不要(Ob)立法的问题,也是如何立法(Wie)的问题。也是冀望立法者能够十分清晰的

---

① 这也是宪法学发展是否先进的一个指标。

② BverfGE 34, 165/192 (Hess. Förderstufe); 47, 46(性教育课程案)。

③ BverfGE 47, 46/78.

④ BverfGE 49, 89/126; 53, 30/56.

⑤ BverfGE 57, 295/320.

⑥ 见该法院一贯的见解 BverfGE 47, 201/203; 51, 253/238; 56, 130/137; 56, 155/157; 57, 360/363; 64, 308/310; M. Klopfer, aaO. S.689。

制定人权的法律。所以，这个理论——依宪法法院之见，着眼在于法确定性原则的要求，所以，借此遏制立法者的滥行授权行政机关及使用不确定性法律概念及裁量于条文之中。

诚然，依德国《基本法》第 80 条第 1 项，任何法律要授权行政命令时，必须在法律内订明授权之内容、目的及限度。但是，这种规定只能认为是授权的形式要件，但是对于国会应该保留那些应自行规范的内容，本条则无法提出确切的答案。① 在涉及人权的规范事宜时，就可能产生保护不同的缺失。同时在个案时，一个法律是否因违反此原则未遭联邦宪法法院宣判为违宪，也可能会有不一致的情形，徒然造成相当大程度的不确定性，亦是此理论的缺憾之一。②

由重大性理论的出发点也表明了德国宪法法院对法律保留原则，已由传统的保障人权扩展到干涉立法者的政策决定（例如应不应该在中学导入性教育之课程），这种新的理论是否妥当，也引起学界极大之反应。

（3）重大性理论的批评

联邦宪法法院提出的重大性理论遭到的批评，大约可以综合为以下的几点：

①认为理论的根源不明确。例如 Kloepfer 认为本理论是基于法律确定性原则。则使得法律保留和法确定性原则合二为一。依其之见，这种见解有误，因为这是两个独立的制度。因法确定性原则不仅在立法，也应在行政及司法中实现。所以，即使是授权予行政命令，仍可以且应该受到法确信原则之拘束。③

②标准不确定。本理论对何为重大性？亦未能提出一个妥当且一

---

① C－E Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DöV1984, 487.

② 就法律安定性的角度，要求法律应有可预见性，亦是此理论所无法很清晰可达成的目的。

③ M. Kloepfer, aaO. S.691.

目了然之标准,联邦宪法法院虽认为任何国家措施只要是实践人权所重要或重大的涉及自由及平等权即属此重要性之意义,①但是,一来该法院本身的价值标准亦常常不一致;②二来会形成联邦宪法法院会以自己的价值观念及价值标准,强加在诸立法者之上,而形成立法者的监护人。③所以,法院的重要性理论,非但无法达成法确定性的要求,却会造成法律秩序混乱的后果。

③对委任立法(立法授权)制度的充分不信任。其实,限制人权(或形成人权)可以(及在事实上,亦需要)授权行政命令等为之,只要妥当注意法定之程序(如德国《基本法》第80条第1项)及以确定性原则,则仍必须让这个授权制度有能够发挥作用之机会。④

基于上述论点,部分学者或认为此理论只是一个理论雏型(Theorieskizze),所引发的问题比解决的问题更多。⑤ 或者认为过于抽象而不具实用性,而予排斥。⑥ 但是,着眼于本理论保留了联邦宪法法院对立法者的一种督促作用,使得立法者在处理有关人民权利时,须如履薄冰的作仔细的考虑,而不可推向行政机关代为决定,对于充分的保障

---

① BverfGE 49, 89/126.

② 例如在审理有关学生留级的案件,法院则以为学生留级非退学可比,所以非重要之原则,可以不受法律保留之保障。因为退学会影响学生将来选择职业之能力,BverfGE 58, 257/275; 但在核能废料的处理方面,却准许授权行政机关自行决定,因为乃为了机动的人权防卫(dynamische Grundrechtsschutz) BverfGE 49, 89/137. 由这两案件可知,法院的价值标准堪为摇摆不定。见C-E, Eberle, aaO. SS.487,488.

③ W. Kloerfer, aaO. S.690; 其也批评联邦宪法法院这种职权膨胀的做法,而认为联邦宪法法院应该是宪法的维护者而非主宰者(Hüter der Verfassung, aber nicht Herr der Verfassung). aaO. S.692.

④ W. Kloerfer, aaO. S.693.

⑤ 如W. Kloepfer, S.689。

⑥ C-E Eberle, aaO. S.490.

人权而言，自具有极重大之意义。[①] 故该理论广受到现今德国学界之支持。[②]

（三）法律保留原则之限制

法律保留原则即是涉及人权规范极其重要的一个制度，其意义及适用范围的转变及演变，已如上述。但是，有鉴于这个制度仍是有其实用性，并且，涉及人权的维护方面，仍有许多重要问题，有待解决。德国《基本法》的另一条条文——第19条第1项及第2项——之规定，即针对这个原则而发，其内容如：(1)第一项：只要依《基本法》之规定，可以依法律或经法律授权来限制基本人权者，该法律必须是广泛的，而非只对个案适用之法律。此外，该法律必须指明该（被限制）基本权利的条款号数。(2)第二项：在任何情况之下，基本权利的根本内容皆不可侵犯。

德国《基本法》第19条的内容，因此可以分成三个部分，个案法律之禁止、指明条款要求以及根本内容之保障三大原则。由于这三大原则全系针对法律保留原则而来，而且，该法律保留原则的古典意义表现在其乃限制人权之功用，并且，本条条文又是明言针对限制基本权利之法律，所以，学界普通认为本条条文是所谓的“限制之限制”（Schrankenschranken）。[③] 但尽管如此，前已述及——法律保留的概念已形扩张，并获得学界的肯定。本条条文第1项虽明言只提及限制（Einschränkung）人权的法律，方有本条条款的适用。[④] 但是，由于本条文

---

① C-E Eberle, aaO. S.487. 其亦以为通过国会讨论人权的公开（Veröffentlichung）及平衡（Ausgleichung）的程序功能上，可以使人权受到更大的重视。见S.493。

② 我国台湾地区行政法学界已引进此理论。1992年6月12日公布的“台湾司法院大法官”释字第298号解释即援引德国的重要性理论，作为主论依据。

③ Dicey/Wade, p. 187.；雷宾南，第273页。

④ 如《基本法》第11条第2项（迁徙自由之限制）；第70条a（士兵权利之限制），都是在宪法条文内明白的使用限制用语。虽另在其他条文，如第2条第2项，第8条第2项，第10条第2项等基本人权之条文，都也使用类似的用语——如侵犯（Eingriff）等一。但全属限制之意义。见BverfGE 24, 367/396。

已被提升到成为宪法的原则之一,因此,依德国学界及实务界之看法皆一致认为——除了第19条第1项第1款的指明条款要求外,其余的不仅是限制人权的法律,而是所有涉及人权的法律——包括形成人权之法律,都是受到下述三个原则的拘束。① 此三个原则可略述如下:

1. 个案法律之禁止(Einzelfallverbot)原则

《基本法》第19条第1项第1款所树立的此原则,要求限制(此处及以下,全以原条文用语代用)人权之法律,必须是广泛的及非只对个案适用的法律。说明了立宪者要求限制人权的法律须具有抽象性。使得适用该法律的当事人及案件具有不可确定的数量。个案法律的禁止主要是在使宪法的平等权获得实践,使得某些人民,不会遭到由法律所加诸的特别利益或不会遭到由法律所加诸的特别利益或不利益之待遇。② 然而,到底立法者如何制定的法律,才属于被禁止的个案法律?原则上,立法者可能会以订立的抽象法条之方式,但实质上,却是只针对少数的,可预测的案件时,依联邦宪法法院之见解,这种抽象于外,具体于内的法律,仍属个案法律;③另有一种可能性,立法者只受到某一个(一些)案件的影响(或刺激)而立法(可能具有亡羊补牢之意义)。但是,即使这种立法的方式是采取广泛且抽象之立法,实质上,立法者于立法时已明知将来有那些少数个案会在为法律的规范对象,这种情况,依法院之见解,④则不属于个案法律,所以,本原则无异成为立法者舞文弄墨规避技巧的对象了。只要将内心所欲规范的对象予以抽象化后——和上述抽象于外具体于内不同的——除了动机案件可予意料中的规范外,能再对

---

① BverfGE24, 367/396; L. Schneider, aaO. S.58.

② L. Schneide, aaO. S.59; A, Bleckmann, aaO. S.240.

③ BverfGE13, 225/229; 24, 33/52. A. Bleckmann, S.241. 可设想的例子,是以某些富豪的收入作打击对象,而在所得税法所规定的超高税率,结果在依法收税时,这些人士则被课重税矣!

④ BverfGE 25, 371/396; 36, 383/401.

其他不特定案件予以规定以为掩饰即属不被禁止的广泛法了。①

又所谓的个案法律概念也和所谓的措施性法律概念有别。措施性法律(Maßnahmegesetz)的概念,是近20年才在德国公法学界的兴起的。按法律的概念,可分为古典的规范法律(Normgesetz)。这种规范法律使规范具有持续性的生命力(ein Lebensbereicht auf Dauer),一直可以适用到法律被废止为止。② 但是,措施性法律则不然。这个法律形式,虽可早溯至魏玛时代的Carl Schmitt所提出,③但真正创出这个概念的是著名学者E. Forsthoff在1955年所提出的。④ 措施性法律和古典的规范法律相异处,最明显的,是表现在其目的性导向之上。措施性法律是立法者采取具体的步骤,针对某一种社会、经济及政治等目的考虑,所采行的立法方式。这种法律,并没有永续性,只要目的一达成,该法律即失去实效性了!⑤ 进入20世纪之后,立法者面对社会迅速且巨大的变迁,往往对许多事件的解决,自行决定而不假手行政机关为之。所以,措施性法律的盛行,不可避免的,行政的决定权限,将会受到某种程度的限制。措施性法律既然具有这种明确的目的导向,是否属于个案法律?就必须再深入对所谓个案作解释。个案也者,依学者Herzog之见,是强调在适用人数之上。Herzog教授认为,解释此个案之意义,必须由《基本法》第19条第1项的立法意旨(ratio)来作诠释,即可认定该条文是基于平等权而来,避

---

① W. Schmidt称本原则流为立法者的成文化技巧(Formulierungs - kunst: des Gesetzgebers). W. Schmidt, S. 513。

② A. Bleckmann, S. 239; Herzog, in: Maunz/Pürig, GG Kom. Ⅱ. 1983, Art 19 Ⅰ Rdnr 5.

③ 其在前处,论及德国魏玛共和总统的措施权时即提出。若是以《魏玛宪法》第48条有关总统的措施权(Maßnahmerecht)系类似台湾的总统紧急处分权,本措施性法律用语或译成处分式法律,较合乎其历史上的渊源。

④ E. Forsthoff über Maßnahmegesetz, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 221 ff; 收录在Forsthoff, Rechts - staat im Wandel, 2Aufl. 1976, S. 105 ff。

⑤ 所以措施性法律亦可称为权宜性法律。

免可预见的少数当事人受到法律特别的待遇。① Herzog 教授这种诠释,也契合宪法法院的裁判意见,法院认为,立法者即使采行措施性法律来限制人权,但是,被规律的对象仍是抽象多数的数量,所以,非宪法所禁止。②

诚然,个案法律之禁止原则,是德国宪法的一种创见,但立法者又可以运用技巧,以具体要规范之案件融合于外表冠冕堂皇的抽象法规内,所以,本原则的成果——以西德宪法法院迄今极少有关此类案件(原则适用)的结果——可知,本原则鲜能有所作用。③

2. 指明条款要求(Zitiergebot)

《基本法》第 19 条第 1 项第 2 款规定,限制人权的法律,必须指明所限制人权之条款。其目的十分清楚,是要求立法者限制人权的意图应尽量明确化,免得适用法律之机关——行政及司法——会曲解,甚或扩张被限制人权之范围。本条指明条款之要求即具有一种对立法者的警戒功能(Warnfunktion),提醒立法者,彼等行为已经是限制了某些人权之规定了。④

这条原则之违背,会导致法律违宪之结果,故是一条纯粹的形式规定。但对本条款的解释,异于前节的个案法律之禁止,却是采缩窄解释。依联邦宪法法院之看法,本条款既只适用在行宪后之法律,在《基本法》公布前已公布实施且在《基本法》公布后,仍然延用的法律,则不适用此

---

① Herzog, in: Maunz/Dürig, aaO. Rdnr. 33/34.

② BverfGE 15, 126/146; A Bleckman, aaO. S. 239 另 E. Forsthoff 也持此见,见 Rechtsstaat im Wandel, S. 107。

③ W. Schmidt 称本条项为形式的空洞(formale Entleerung)条文,种因在此。W. Schmidt, aaO. ,S. 513. 类似见解,如 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 24Aufl. 1982, S. 152。

④ A. Bleckmann, aaO. S. 241; L. Schneider, aaO. S. 59.

条原则;①又在宪法条文上已经明定概括限制之人权(如第2条第1项)或形成保留(如第14条第1项二句,第12条第1项二句)时,亦可以不必适用指明条款之要求。②

指明条款要求因此能发挥保障人权的效果亦极有限。但是,其基于要求立法者立法时,负有相当程度的注意义务,注意有那些人权已被侵犯,将有助于日后发生解释立法意旨时,司法单位易掌握该被涉及之人权条文的范围。③

3. 根本内容之保障

第三个在《基本法》第19条(2项)呈现的原则是任何人权之根本内容不得侵犯,即所谓根本内容之保障(Wesensge - haltgarantie)。基本权利的根本内容,或是核心(Kern)——因此可称核心保障是绝对不可被限制,否则该法律将以违宪而无效。但是,究竟每个基本权利的根本内容之限度何在?德国学界及实务界会举出不同的判断标准来解决这个人权解释上的难题。主要的理论,不外是残余论及利益论两大意见。

主张残余论(Restsbestand)最有力的学者,如Herbert Krüger,是采取人权的核心绝对论,以为一个涉及人权的法律,有无违反本原则时,必须在量及宪法政策两个标准上来作考虑。在量的问题,该法律除了不可淘空(aushöhlen)人民该种人权外,亦须至少使其他之人民仍可以拥有该权利(意即可以限制某些人之人权,但不可以限制所有人之人权,使该项人

---

① 法院认为这种行宪前法的限制人权规定,如刑法、民法等许多法律即使被后来另一个新法律所承继下来,只要对人权之限制并未更多的话,该新法亦不可不必遵守指明条款之原则 BverfGE 2, 161/162; 5, 13/16; 8, 214/329; 28, 36/46; A. Bleckmann, S. 241。

② 法院一方面,不希望本条文成为僵硬的形式规定,另一方面亦不希望立法者的职权受到不必要的干扰,所在解释上作此决定。BverfGE28, 36/46; 35, 185/188, 见 L. Schneider, S. 60。

③ 名学者T. Maunz表示,此原则可以予立法者一个有益之强迫(eine heilsame Nötigung),有良知的立法者可借此省察该法律有无侵犯(限制)人权之必要。见 Mannz/Zippelius, Staatsrecht, S. 152。

权之规定完全不存在);在宪法政策上更要作进一步的考虑,到底经过该法律施行后,人民所拥有的该项人权,是否已经名存实亡矣![①] 残余论的目的,在使人民之每个人权,无论如何都会有最起码的内容(Mindestsinhalt)存在,不至于被剥夺殆尽。正是德国基本法本条文最重要的旨趣。[②] 但是,这种残余的范围何在?例如无期徒刑的制度,剥夺犯人终身行动自由,属不属于该人权之核心侵犯?依此残余理论,处无期徒刑的犯人几乎将在牢中度其余生,似乎其行动自由已无残余之空间了。[③] 针对这个问题,就产生核心内容的核心相对论理论。指出这种理论的是以实务界为代表。早在1955年,联邦普通法院即反对残余理论,而认为《基本法》第19条第2项的本条原则乃在于防止人权受到过分——也就是超过立法目的及事实上应予限制的界限——之侵犯也。[④] 类似的看法,例如联邦宪法法院所采取的利益论(Interessentheorie),则以为,必须以人权的整体来观察。唯有基于更重大的法益及特殊的理由,才可以对人权(如人身自由权)予以限制。[⑤] 所以,这个理论,将人权所绝不可被侵犯的核心部分;利用手段有无过分(即下文述及之比例原则)及有无和更重大法益冲突(即法益权衡)作界定核心之界限,因此不承认有绝对核心内容之存在。[⑥]

在这两个理论争执之下,名学者T. Maunz提出的折中办法,将这两

---

① H. Krüger, Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des Art. 19 GG, DöV 1955, S.597.

② 可以依本理论,人权的限制,不可以等于剥夺,当然也常会牵涉到死刑应废止与否的讨论。

③ 讨论死刑制度时,所谓残余论又面临更大的挑战。死刑是对生命权及生存权的完全剥夺,绝不再仅是对该权利的限制可言!在德国固有宪法明白的规定死刑废止之条文(第102条),因此逃避了死刑违不违反人权的困难问题。

④ 1955年10月17日之裁决,DöV. 1955, 729。

⑤ BverfGE 22, 219; 30, 53.

⑥ 联邦宪法法院在近年来的判决,皆否认核心绝对论,认为无期徒刑是合宪之制度,见BverfGE 54, 100/114; 及45, 187; P. Häberle, aaO. S.290。

个理论皆视为核心保障的成分。因此，每个人权的规定，至少皆须保留起码的内容，作为人类尊严内容（Menschenwürdegehalt）之表征。而且，立法者在立法时，也要受到比例原则的拘束，不立不必要之法律限制人权。① 这个折中看法，虽然不比绝对理论能够突出了绝对核心的神圣性，但是失之东隅，收之桑榆，折中说也兼容了比例原则的作用，应是较周全的看法。以此理论来解决，讨论一个法律制度——如上诉限制、无期徒刑、军法审判之范围以及刑事法中的刑度规定，则有实际之作用。此对我国台湾地区的人权法制及其解释，亦有相当的帮助。

四、基本权利限制的比例原则

（一）比例原则的意义及概念

所谓宪法的比例原则问题，就是讨论一个涉及人权的公权力（可能是立法、司法及行政行为），其目的和所采行的手段之间，有无存在一个相当的比例（Verhältnis）问题。首先，先以宪法学上的理论，分析所谓的比例原则（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）②的概念架构：

1. 比例原则的概念内容

所谓的比例原则是一个广义的概念，本身并不是一个单一的概念，而是包括了三个次要概念（所谓三分法）：妥当性原则（Geeignetheit）；必要性原则（Erforderlichkeit）以及狭义的比例原则。或称为比例性原则（Verhältnismäßigkeit im engerem Sinne，Proprtionalität）等，各有不同的含义。③ 兹分述之：

---

① T. Maunz/Zipplius，aaO. S.153 另参见 T. Schramm，S.44。

② 其实本原则应译为“合比例原则”较为妥切。

③ 比例原则应否分为三个要件，在德国学者及实务界也未有完全一致之看法。本文除会再予批评外，原则上是暂以德国盛行的三分法作讨论。

(1)妥当性原则

妥当性原则系指一个法律(或公权力措施)的手段可达到目的(Zweckerreichung)之谓也。因此,就以侵犯人民权利的法律而言,若是立法者所规定的限制条款根本无法达到立法的目的(即我国台湾地区成语所称的治丝益棼或欲治反乱)则即属该手段的不妥当(ungeeignet)。这个原则既然是一种目的导向的要求,依德国联邦宪法法院的见解,即使只有部分能达成目的,也算是符合这个原则的要求。① 所以,完全以符合目的性要求(Zweckmäßigkeit)与否,可以决定该法律使用之手段,有无违宪。这个纯以手段能达到目的与否——所谓目的符合性(Zielkonformität)及目的切合性(Zwecktauglichkeit)②——作为限制立法者滥行权职来限制人权之功效,较为有限。这是基于此项原则无法否认立法者所采行的方法,多多少少能达到预期之目的也。

(2)必要性原则

必要性原则是指在前妥当性原则已获肯定之后,在所有能够达成立法目的之方式中,必须选择予人民之权利最少侵害的方法。也就是说,以不违反或减弱该法律所追求之目的的前提下,立法者应该选择对人民权利侵犯最轻之方法。本原则因此可称为尽可能最小侵害之原则(der geringstmögliche Eingriff, die geringstmögliche Beeinträchtigung)。③

本原则适用的前提,是在于有一目的与数手段同时存在的情况才能产生,否则,只有唯一的手段方可达成目的时,本必要性原则即无法适用。所以,考虑的焦点便集中在各个手段间的取舍之上。依本原则,手段与目的间存在一个相对关系,并且和妥当性原则一样,都是以客观的角度,来考虑及评估①诸些手段可否同样程度的达成目的?②诸些手段

---

① BverfGE 16, 147/183.

② U. Zimmerli, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öf - fertlichen Recht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F. B.97. II. 1978, S.13.

③ U. Zimmerli, S.14.

间，哪一个（或几个）皆能予人民权利最小之侵犯（限制）？在民主法治国家以尽力保障人权的实现，可借助本原则之处不少。诸如可限制立法者滥采重罚之方式。讨论对某种社会利益有重大危害的犯行（如贩毒），若能以有期徒刑（或无期徒刑）制裁即可达以立法目的（惩罚及遏制贩毒），是否即可免以死刑加诸犯人之上？就是一例。另外，本原则亦广泛使用于行政权力之拘束方面，如果予人民负担性行政处分（例如命餐厅限期改善卫生）而同样可达成行政目的时（如维持饮食卫生），则不可处分撤销性处分（如撤销该餐厅之营业执照）。

要求采取最温和手段（mildestes Mittel）的必要性原则是渊源于德国的警察法理论。早在魏玛时代的名行政法学者 F. Fleiner 的一句名言警察不可用大炮击麻雀（只用鸟枪即可）①——若换成我国台湾地区俗语类似割鸡不用牛刀，表明了严厉的手段唯有是在已成为最后手段（ultima ratio）时，方可行之矣！②

（3）比例性原则

比例性原则或是狭义比例原则是谓一个措施，虽然是达成目的所必要的，但是，不可以予人民过度之负担。到底一个限制法律如何才符合比例性原则？所谓过度的负担是指法律（或一公权力措施）所追求的目的和所使用的方法，在造成人民权利损失方面，是不成比例（Mißverhältnis）。③ 质言之，本原则所强调的方法，是一种利益衡量之方式，衡量目的与人民权利损失两者有无成比例（理智的比例，彼此相平衡也）。若以吾国俗语，可比喻成杀鸡取卵——形容一个行为（杀鸡，剥夺

---

① Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen, F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928（1963 重印）, S. 404.

② F. Fleiner, aaO. S. 404.

③ U. Zimmerli, aaO. S. 16; A. Wolffers, Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Zeitschrift des Bernischen Juristenverein, Bd. 113. 1977. S. 298.

鸡之生命)和所追求的代价——一个鸡卵之间,不成比例的关系。①

故在此原则的基本观点上,本原则和妥当性原则及必要性原则都有出入。妥当性原则及必要性原则在根本上,是以达成措施目的为着眼点。所以,不会为手段的后果(不利人民之人权)而牺牲其为目标之追求。但是,比例性原则则根本上容有可推翻该目的的追求(只要被损害的人权重过所追求目的的价值的话)。② 基于这种差异,依学者U. Zimmerli之意见,妥当性原则及必要性原则是偏向客观的立场,来决定手段的取舍问题;但是比例性原则则反而以主观的角度,以偏向人民的立场来决定该目的应不应追求,继而手段要不要采取之问题。③ 另外,Hirschberg在1981年出版的其升教授论文《比例原则》一书中,④对于必要性原则、妥当性原则两者和比例性原则的差别,亦有深入的分析。Hirschberg认为广义的比例原则是建立在目的和手段关系的审查之上。任何有意志的行为,都含有目的和手段的因果关系。而这个目的——手段的关系模式,却可以分成经验的及价值的两要素。首先,在所谓的经验要素方面(empirische Seite),是因循以往由经验及学识得来的因果律(Kausalität),对于面对社会及自然情形,会达到如何的预期结果。这种推测因果的方式,正是妥当性原则及必要性原则所适用之处,利用经验式的因果律,寻找可达成目的以及尽可能少侵犯人权之手段。但是,在价值性方面(vertmäßige Seite)方面,目的是被人认为有价值(wertvoll),

---

① L. Hirschberg曾以Fleiner以炮击雀之名言,比喻"必要性原则"和"比例性原则"之差异:用大炮击麻雀,是违反必要性原则,因为,只需使用鸟枪即可;而用大炮击麻雀,不论击中鸟与否,炮声会惊吓邻居,则是违反了比例性原则。L. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S.6.

② 因此,比例性原则即成为利益衡量(Interessenabwägung)的代名词,此是联邦宪法法院之一贯见解,见E. Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechtung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98, H.4, 1973, S.575;另A. Bleck-mann, aaO. S.29。

③ U. Zimmerli, S.16.

④ Raz, Ibid,at p. 199.; C. Tulpin, Ibid,at p. 54.

所以，才要采取手段来追求之。目的的价值必须在手段的实行之上。但是，目的的价值也会否定某些手段，因此，对于一个手段产生人民权利过度牺牲的后果时（两者关系不成比例时），则非该价值及目的所肯定。[①] 因此，依 Hirschberg 认为，妥当性及必要性原则是以实在的目的——手段关系为前提。但比例性则摆脱这种实在因果律，升高到价值判断的层次。[②]

比例性原则既然是以宪法对人权的关涉分量（Bezugsgröße）[③]来决定一个措施的合法含义与否之标准。所以，比例性原则成为利益衡量（Güterabwägung）的适用，而这个价值要素的决定因素，便必须以宪法内的价值秩序（Wertordnung），例如平等原则、法治国家等原则来作判断。如此一来，明显的，由价值决定所作导向的比例性原则，不可避免的即相当有抽象性及弹性了。[④]

上述学界对比例原则三项构成原则（Teilgrund - sätze）的比较，当然并非没有瑕疵。像 Zimmerli 所认为的妥当性及必要性是以客观角度，而比例性原则是以偏颇人民的立场来作区别。这种看法亦颇待商榷。如必要性原则既然是采最温和手段之要求，为此原则作审查时，岂能不心怀人权之理念而只是作冷漠且客观的判断？在比例性原则的适用情形，岂可不也要同时以客观公正的态度，就宪法的价值理念而对涉及的利益（措施之公益追求，人民的私益损失）作一个理智的决定？Zimmerli 之见解，唯一的帮助，只在于凸显比例性原则之尽量着力于人权的保障之上也。

次而，Hirschberg 的看法，亦值得斟酌。诚然，妥当性及必要性可受经验的因果律所影响，但是，形成比例性原则的价值决定，是否亦有可能

---

① L. Hirschberg, aaO. S. 44.

② L. Hirschberg, aaO. S. 47.

③ L. Hirschberg, aaO. S. 245.

④ M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl 1985, S. 98.

受到经验因果律的影响?例如,讨论一个刑事法律中,刑度的严厉与否之问题,于必须援比例性原则决定该法有无违反人权、违宪之虞所作的价值决定时,传统由经验所产生的因果律观念(如乱世用重典、严法立威等国人甚喜用之观念),实际上能否发生或多或少之作用?似乎应采肯定的看法。反之,在必要性原则方面,亦不能完全脱离价值判断及双方法益的考虑之轨线。倘如一个措施的目的被肯定为公益所迫切要求连带的,考虑该所欲采取诸些手段是否会过严的尺度,将极有可能会有较宽松之后果(此即德国的谚语目的使手段合法,Der Zweck heiligt das Mittel)。同样的,在撷选诸些预期手段对人权的侵犯程度时——为择最小损害者,不可避免的,价值判断的因素即产生。此刻绝非只是机械式的经验因果律,必也是参杂着人权价值的评估作用。以故,Hirschberg 的努力,亦不无令人有欠缺完备周延之憾也。

2. 所谓三阶理论及评议

由上文的讨论可知,广义的比例原则概念分成三个组成概念,这些概念间的意义及作用都不相同。到底这种三分法的理论,有无妥当?早在德国学界已引起争论。其中,就以联邦宪法法院的态度来作检讨。该法院起初很迟疑的,一直到 1958 年 6 月 11 日判决的"药房案"(Apothekenurteil)①以后,比例原则即成为法院常用之原则。② 在药房案中,法院对于人民自由权利(本案是营业权)之侵犯的合法性问题,提出了所谓的三阶理论(Drei - Stufentheorie)——就是手段的妥当性、必要性及比例性原则。③ 以后的法院审判实务也就将这三阶理论成为比例原则

① BverfGE 7, 377 f.

② E. Grabitz, aaO. S. 570; H. Huber, Über den Grundsatz der Verhäßigkeit im Verwaltungsrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd 96, I. 1977. S. 7.

③ BverfGE 7, 377/405; M. Gentz, Zur Verhäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968. S. 1603.

的内容。[①] 法院对于比例原则的适用，则先审查妥当性。以此原则的存在，作为次要二原则的前提要件；再次审查必要性，最后才决定比例性问题。井然有层次之分。[②]

不可讳言的是，西德联邦宪法法院所创及实践，以及由学界一般通说所支持的比例原则三阶论，可以使对人权限制的问题，在思维脉络及方法上，有一个程序可供进行。但是，这三个不同层次的原则之间，是否有阶级森严之鸿沟存在？彼此是否不可相通？自不无疑问！实际上，在判断一个手段是否绝对必要（也就等于在询及是否已是最轻之手段）时，应该同时也会斟酌妥当性及比例性问题了。如前节所讨论的，价值因果始终可以在必要性原则中发生作用。例如，在讨论警械使用的必要性情形，自然不会不顾及妥当性问题（警械使用的效用）以及比例性问题。[③] 另外，在考虑次序上，三阶理论代表的次序说，亦嫌僵硬。可能在某些情况，对涉及人权的侵犯措施——例如以直接比较相关法益间的关系着手，即可作成决定，无须再依次以妥当性及必要性原则审查之必要。[④] 所以，在内容本质上，适用次序上，似乎不必采取绝对严格之界分论。本三阶理论可作为一种一般原则性之思维方式罢了。[⑤]

比较三阶理论内的三个构成原则，其中，似乎妥当性的功能，极为不

---

① L. Hirschberg, aaO. S. 2. FN9 有许多判决，可供参照。

② 此即 U. Zimmerli 所称的层次秩序（Rangordnung），aaO. S. 26；A. Wolffers 称，每后一个原则正是有强化（Verschäfung）前一个原则之功能。见 A. Wolffers, S. 298。

③ 如在何种情形下才可以使用警械？因为警械之使用，虽是公权力行使，但不可避免的会伤及人民之生命、身体、健康等人权，所以，此时的考虑自也将人权的分量一并加入了！

④ 例如一个法律规定，未得许可摆设摊贩者，基于市容美化原则，可处一年有期徒刑。这个法律，只须以“比例性原则”作考虑即足作决定（美化市容——一年人身自由之剥夺），虽也可援用“必要性原则”，但根本不必讨论妥当性矣！

⑤ Zimmerli 即认为此三原则的界限十分松动（fließend），审查次序也可以颠倒，见 aaO.，S. 26. 这种看法极为正确。

彰。质言之,其余两个原则——必要性及比例性原则——之能够成立,本质上即应以妥当性为前提。这是事理之当然(selbstverständlich)无须再定一个原则作为前提。即使是三阶理论对妥当性的运作,也形成形式主义——任何立法者(或公权力)所采之措施多多少少会达成目的,[①]即无法利用此原则遏制人权的被过度或滥权的侵犯。必须留待以后之两原则来施补救。这个妥当性原则无异是必要性原则及比例性原则的附属物,无法具有太多实际之功能。[②]

有鉴于此,即有二分法的理论出现。名学者 P. Lerche 在 1961 年发表的逾越限度(或可译为过度较通顺)及宪法,副题为以比例原则及必要性原则对立法者之拘束一书,即阐扬二分法之见解。[③] Lerche 为了避免比例原则有广义、狭义之分,产生概念上的困扰起见,将广义的比例原则定名为过度禁止(übermaßverbot)原则。原广义的比例原则就是讨论手段与目的间的限度(Maß)及过度(übermaß)的问题,所以,比例原则的主要作用既在于制止过度的侵犯人权,Lerche 的正名为过度禁止,令人耳目一新,可以立即的掌握该原则的主要目的所在。其主张在过度禁止原则中,只有两个构成原则——即必要性原则及比例性原则两个。除了比例原则和三阶理论的比例性原则相同外,Lerche 心目中的必要性原则是:对诸多可能手段(即适合达成目的手段)中,仅能择造成最小的侵害者之原则也。[④] 因此,Lerche 的必要性原则,就在实际的运作中,包含了妥当性原则的功用了。其虽然明白的未依通说将妥当性原则列为(广义)比例原则之一部分,而只采二分法,但是却也未公然的抨击妥当性理

① 参见联邦宪法法院之意见,只要部分能达成目的的手段也属合乎"妥当性原则"。

② 同样见解,L. Hirschberg, aaO. ,S. 55。

③ 贝尔认为一旦行政权违反法律明白的规定时(jus in thesi),便非"行政问题",而是法院可裁决的"法律问题"了(第 19 段)。

④ P. Lerche, aaO. , S. 19.

论的不良之处。在他的理论中，是将手段的妥当性视为手段必要性的先行问题（即前题 Vorfrage）。所以，任何已进入必要性问题讨论的手段，已经断无妥当性的问题了。①

和 Lerche 教授意见相同，但是立场鲜明多了的学者 L. Hirschberg 即明文表示妥当性理论的不足，其意以本原则除了无法充分且有效的制止过度之侵犯人权外，在结构上，只要对手段采行必要性审查，则自然的，也会将妥当性原则纳入。比起必要性原则来，妥当性原则是显得肤浅及无足轻重矣！② 因而，依其之见，所谓的必要性原则，就是选择最妥当之手段的过程。该最妥当的手段，必是可达成目的的最温和手段，因此，即使必要性原则是一种广泛的妥当性审查（Geeignetheitsprüfung），该妥当性审查虽形同原来的三分法的妥当性原则，但内在精神上已完全不同矣！③

虽然在用语上，绝大部分德国学界及宪法裁判是采用（广义）比例原则，而少用由 Lerche 所代表的过度禁止之用语，④但是，综归这些用语的目的，皆在要求限制人权的手段和目的之间，要有适当之比例，即不过分。唯所不同的意见，是针对妥当性原则而言。本文意见和 Lerche 及 L. Herschberg 之看法一致，关于比例原则还宜以二阶理论为妥。

3. 比例原则的定位——渊源及位阶

关于比例原则的根源，在学界也是一个争议不绝的课题。若大类的区分，可以以主张成文根源及非成文根源的两大派别。主张成文要源者，认为可以直接由德国《基本法》内的条文，引导出比例原则的适用。

---

① P. Lerche, aaO., S. 346. FN 101.

② L. Hirschberg, aaO., S. 59.

③ L. Hirschberg, aaO., S. 60, FN 76.

④ 依 R. Wendt 之分析，即使联邦宪法以往众多的判决中，对比例原则的用语，亦参差不一，如有使用三分法的；有将比例原则等，于过度禁止的；亦有分为“过度禁止”（必要性原则）及“比例原则”（狭义的）等多种。不过，仍以三分法为最常见，见 aaO. S. 415 FN 4。

例如德国联邦普通法院即认为,可由《基本法》第19条第2项的核心保障原则导出,①名教授G. Dürig认为由《基本法》第1条的人类尊严不可侵犯条款,可以产生这个拘束人权限制的原则;② P. Lerche以为由宪法条文内许多指导性原则③(dirigierende Verfassung)可以形成比例原则及其标准,④这些主张直接由宪法条文产生比例原则的见解并不易获得共鸣的理由,端在德国的基本法内,实在无比例原则的明文规定(expressis verbis),故势必由非成文之方式求得之。

早在Otto Mayer时代,即对必要性原则的根源(当时尚未发展今日概念的比例原则,下述)是在自然法之中,即基于自然法(von der naturrechtlichen Grundlage)的要求,对人权之侵犯,不得过度。⑤ 这种将比例原则视同一般法律原则,是德国学界大致的看法。例如,联邦宪法法院认为比例原则是渊源于法治国家理念及基本人权的本质的最基本法律原则。⑥ 因此,比例原则即使并未在宪法的人权条款中被明言提及,但是,由每个人权的本质应可包含该内在的原则。所以,比例原则不应被认为乃人权之一部分,毋宁是一个法秩序的最根本原则,是法治国家原则由自身(von Haus aus)产生的最高规范。⑦

比例原则既然是宪法的基本原则,也是宪法人权制度的本质所产

---

① BGHSt. 4,375/376, 385,392; Genttz, aaO. S. 1601.

② G. Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AöR. 81, 117.

③ 参见笔者,"论宪法委托之理论",刊载于本文集第五篇。

④ P. Lerche, aaO. S. 6155.

⑤ O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I. 3Aufl. 1923. (1969重印), S. 223.

⑥ 联邦宪法法院在极多的判决,申述这种见解,如BverfGE23, 127/133; 另见Gentz,aaO. S. 1601,FN10; F. E Schnapp,Die Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffs, JuS1983,852。

⑦ H. Huber即认为比例原则本身不属于基本权利。这见解颇正确。否则同是基本人权的比例原则如何能保障其他之人权?因此,宜将本原则视为宪法基本原则。见H. Huber, aaO. S. 19。

生。基于这种认识，这个原则是拥有宪法层次的位阶，任何国家公权力之行为，违反了这个原则，会导致违宪的后果。①

（二）比例原则概念的发展

1. 萌芽期：德国的警察法开治

比例原则虽然可追溯到英国《大宪章》（Magna Charta，公元 1215 年公布）规定——人民不得因为轻罪而受到重罚，但真正出现在宪法——公法——领域是在 20 世纪，也主要集中在警察法内。1802 年德国学者 von Berg 出版的《德国警察法手册》一书，已经明白的提及，警察之权力唯在必要时可以实行之，②是广义比例原则出现之滥觞。

在 19 世纪中，对警察的权力，原则上是赋予维持公共安宁、秩序及安全（简称防御危害 Gefahrenabwehr）的责任，而未予限制。③ 一直到 1882 年 7 月 14 日普鲁士高等法院在著名的“十字架山案”（Kreuzberg）判决中，④对警察机关援引为促进福祉（Wohlfahrtspflege）而订定的建筑

---

① BverfGE23，127/133；30，292；Jakobs. aaO. S. 98；Wendt，aaO. S. 415；德国学界持反对意见的较少，唯有 Hans Peters，见 Geschiche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung，1969. S. 248，反对理由端在本原则于成文（宪）法内并无规定也。在瑞士则亦大致和德国通说相同，唯有 H. Huber。S. 17. 认为比例原则原是适用在行政法领域的一般法律原则，后才在宪法领域内引用，所以，当视为法律层次之原则也。适种见解也是源于《瑞士宪法》内，未对本原则有任何着墨之处，故在 1977 年瑞士组成的全面修宪专门委员会所提出的草案，即建议在《瑞士宪法》第 5 条第 1 项条文内加入比例原则的字句，但未被接受。见 U. Zimmerli，aaO. S. 20。此外，H. J. Becker 也认为本原则不是由实证法所导出，而是一个原则（Maxime），可以在整个法律秩序内被贯彻，并且具宪法位阶，见 Das verfassungsmäßige Prinzip der Verhältnismäßigkeit，Recht im Amt，1972，S. 212。

② G. H. v. Berg，Handbuch der Deutschen Policeyrechts. 2. Aufl.（1. Aufl. 1799）Hannover 1802. S. 89 - 91；Dazu Jakobs，aaO. S. 97.

③ 如 1850 年 3 月 11 日公布的《普鲁士警察行政法》。

④ 本案是柏林市郊有一座十字架山，该山上建有一个胜利纪念碑。柏林警方为使全市市民仰首即可看见此令人鼓舞的纪念碑，遂以警察有促进社会福祉之权力与职责，公布一条建筑命令，规定今后该山区附近居民建筑房屋高度，有一定之限制，不能阻碍柏林市民眺望纪念碑的视线！原告不服，此诉讼于焉展开。Pr OVG 9，353ff.

法令(禁区令),以未得法律授权为理由,而宣告原告胜诉。这个著名的十字架山判决,给予公法学上的启示,略有以下几点:(1)本案确定了自由主义的民主法治国家的理念,将警察的权力,由扩张性质的促进福祉观念推回法定的防御危害之原处;(2)本案也宣示了,未得法律明白授权,不可以侵犯人民权利,法律保留原则因而树立;①(3)警察以美学眼光所颁布之禁区令,非其法定权力所必要。必要性原则也因之获得运用;(4)更重要的启示,说明了一个公权力的措施(此处是警察命令),涉及侵犯人权,可以由一个独立的行政法院予以审查,甚至否认其合法性;以及附带引起的回响;(5)激发鼓舞了行政法学对行政权力之拘束的研究。② 自后,行政法学界对比例原则(必要性原则)的研究,正式步入开拓期。

行政法大师 Otto Mayer,在 1895 年出版的《德国行政法教科书第一册》,即举出了警察权力不可违反比例原则,唯此处之比例原则实指必要性而言。更清楚的,是其在 1923 年同书第三版(最终版)中,对比例原则有更具体的主张。其在论及警察权力的界限时以为,逾越必要限度即是违法的滥权(Machtüberschreitung)。③

Otto Mayer 虽已开启了运用比例(必要)原则来限制行政(警察)权力之契机,但是,终究属于理论雏形,不过,也足以启迪后进。继 O. Mayer 而起,对比例(必要)原则有过仔细阐述的 F. Fleiner,在 1911 年出版的《德国行政法体系》一书,④除了提出了一句久与脍炙人口的名言警

---

① 德国普鲁士于是在 1902 年,1907 年陆续制定法律,规定禁建等条文。

② Hirschberg, aaO. S. 3.

③ 其以为,涉及违规责任时,倘若能够区分责任,则不可以连累及他人,是不可将稗子与小麦一起拔除(Unkraut mit dem Weizen ausraufen);其另举例,小店偶而卖烧酒,虽未得许可,但警察径予歇业处分,即属违反比例原则。O. Mayer 对比例原则的见解是源于自然法已见上文提及。aaO. S. 223.

④ 现行刊本是 1928 年的重订第八版。

察不可用大炮击麻雀外，①也表示，对违反警察商业法令之商店，若警察可用其他较温和手段（如执行罚、警察罚）来处置的话，就不可使用吊销执照的方式。② 其认为最严厉的手段只能供作最不得已时刻用的最后手段（ultima ratio），警察的侵犯人权，必须合乎适当的比例，也就是合乎比例原则。而且，Fleiner 认为警察对人权之限制既然不可逾越绝对的必要限度（das absolut erforderliche Maß），警察官署在个案时，有无遵守这个限度，则可由行政法院予以审查。至此，Fleiner 已对比例原则中的必要性原则作了淋漓透彻之解析。③

由 V. Berg 到 O. Mayer 再到 F. Fleiner 都是由必要性原则着手，而不及于现代意义的比例原则的其他要素——如三阶理论的妥当性原则及比例性原则。但比 Fleiner 等人更进一层的研究者，是另一行政法大师 Walter Jellinek。

W. Jellinek 在 1913 年出版一本，题献 Otto Mayer 的法律、法律适用及目的性衡量巨著中，对于警察权力行使的界限问题，有极深入的探讨。④ 依其之理论，警察的权力行使，不可有侵害性（Schädlichkeit）、不足性、过度性，同时，也不可以违反妥当性（目的性）。所谓侵害性，指人民并无义务违反，却遭到警察权力之侵犯。所谓妥当性（Geeignetheit），是违反行政权力所要追求之目的而言，假如一个警察权力的行使已经偏离

---

① 连 Otto Mayer 在其大作《行政法》第三版 S. 223，FN17（1923 年）中也引述 Fleiner 这个言语。自此之后，凡是德国重要的行政法教科书，几乎无不引用这句名言；如 E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allg. Teil. 10. Aufl. 1973, S. 284。

② 同为 O. Mayer. S. 192，（贩卖烧酒例）所举之例子，这是普鲁士高等行政法院之一贯见解，ProvG, Bd. 13, S. 424；51. S. 284。其另举一案，若游乐场的旋转木马，配上某些刺激性的音乐，会导致游客（乘客）精神负荷不了而被警方认为有害健康时，警方只能命禁止配乐而不能将整个木马设施封闭。Fleiner. aaO. S. 404, FN. 59.

③ F. Fleiner, aaO. S. 405, FN61.

④ W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zwecksmäßigkeitserwägung, 1913,（1964 重印）。由本书副题为警察处分及命令无效理由之体系可知这本书以讨论警察权为主要内容。

了其所要达成的目的(如公益),即属不妥当(ungeeigent)。所以,妥当性是和目的性有相当密切的关系。① 行政权力,亦不可以构成不足性(Unzulänglichkeit)原则。所谓不足性是指行政权力之措施,虽然在方向上是妥当的,可以达成目的,但是,在操作上仍不足达到行政(警察)利益。也就是一半的规则不算规则(Halbe Maßregeln sind keine Maßregeln)。② 和不足性原则相反的,是行政权力的过度性。W. Jellinek 对警察权力的过度,造成权力行使无效的情形,叙述至为详书,其重点约如:(1)若以标的、当事人、空间及时间上之关系,认定已超过警察要防卫的利益时,即属权力之过度。③ (2)若其他方法,亦可同时达成目的时,警察即不可行使禁止权。这就是尽可能以负担性的处分代替禁止式的处分,也是和 F. Fleiner 的意见相同,流传至今,影响甚大。④

---

① W. Jellinek, aaO. S. 297. 其认为前文提及的十字架山案件,就是一个法院可以以妥当性原则作为判决理由的案件,见 S. 298。另外,他亦举另一个案件作说明。警察为了维持市场交易利益,命令一波兰人之摊贩,将写在广告牌上的名字,换成德文。法院否认警方的权限。法院认为警方这个命令,不会达到维持市场交易利益,因为市抬上写上波兰名字,德人也能了解(因为,同是罗马字母),若是该外国人名字是其他符号表示的(如中文,阿拉伯文),则另当别论。是妥当性原则之适用。

② W. Jellinek, aaO. S. 299.

③ 其举出许多普鲁士高等行政法院的判决,以资佐证:例如,警察诚有义务,防护有治疗疾病效果的温泉,但推及一切泉水都列入管制,即是过度;警方可禁止产生噪音的工厂在市区存在,但不可据此禁止正在建筑的工程,端因其产生噪音也;有倾圮之危的围墙,若人民只拆除其上半部,则无倾倒之危时,则不必拆全部;一商人(非药商)拥有许多药品及处方,为恐其滥用,警方不可径予没收,只须予以适当之监督即可。见 W. Jellinek, S. 291。

④ 如在邻近森林处,建筑焚化炉之声请,不可径予拒绝,只须先要求同时装置救火设备即足。W. Jellinek, S. 293.

(3)若只是单纯行使禁令已足时,不能再加诸人民积极行为之要求(Gebot)。① (4)最后,较易产生问题的是,若警察同时有几个方法,同时可以达成目的时,则警察权力的相对人(即义务人—人民),可拥有选择权。这是在人民可以自行改善违反警察义务之情形,让人民自行选择侵害最小之措施。②

W. Jellinek 将构成一个行政权力(警察权力)的违法性理由,分为四个理由:妥当性、不足性、侵害性及过度性。③ 除了对过度性的理解和现行的必要性原则一致外,他也提出了妥当性理论。所以,倘以三阶理论之架构以观,Jellinek 之理论已满足了其 2/3 之内容矣。

2. 法制的肯定

在第一次世界大战前,德国公法学者努力钻研下所确立的比例(必要性)原则,虽然只限于警察权方面,已在行政法院的实务及学术界获得肯定。但在实证法上——尤其是警察法令上,仍未能获采纳。一直到战后成立的魏玛共和时代,情况才有所改善。关于比例原则在这个阶段的

---

① 例如一个屠宰场不合规定,警方可禁止店主继续使用,但是不可要求店主另行建造新的屠场,否则予以处罚;房东供出租的房间,因为不通风、不透光有害承租人之健康,警方可制止这个房间的出租,但不可另行要求房东改建该房间;一起重机在运转时,会超越路旁,妨害行人车辆安全。警方命其十日内迁移。法院以为,十日内迁移该机器,是以该起重机要继续使用为前提。现该机器所有人决定停工,该机器则不会运转,即无十日内须迁移之必要了。见 W. Jellinek. S. 293,FN 130。

② 不过,这容易和官署由法律所赋予的裁量权(后果裁量)相互混淆。其对此原则也较轻描淡写的带过。S. 294. 这种意见,在 1931 年《普鲁士警察行政法》中被采纳,见下文注 207 处本文。

③ 关于这四个原则之区别,Jellinek 曾举一简单之比喻:两个猎人同去猎狮。突然一狮子出现,猎人甲举枪射击,但射到高空,这一枪显然是不能达成目的(依一般自然法则),是为不合目的性,不妥当性之成就;若猎人甲欲射狮子,却打中猎人乙,则非特无法达成目的,且与目的相违背,就是达成了行为的侵害性;若是猎人甲有幸击中狮子,毙命在旁,就是正确的目的达成(手段与目的相一致);若打中狮子,但狮子未死(或带伤逃免),即是构成(不足性);若是狮子已死了,猎人又在其体上捕打几枪(泄愤),就是行为过度之举矣。参见 S. 79。

发展,可以分两途进行。

首先,比例原则的用语,首先用在非警察法范围的刑事法上。当时的学者,如 W. Franzen, Laforet 在讨论(当时)德国《刑事诉讼法》第 127 条第 1 项现行犯任何人都能逮捕的问题时,认为对于犯轻微罪责的犯人,纵使在逃脱,警察亦不可以使用警械,是乃纯粹比例原则的适用范围。① 另一件引发比例原则适用问题的,亦是刑事(诉讼)案件。如在 1925 年发生著名的 Höfle 博士案。该博士在一个侦察羁押程序中死在拘留所,这引发了学界对羁押制度(当时之《刑事诉讼法》第 112 条)之检讨。学者 Ed. Kohlrausch 即主张:若羁押有危及犯人之生命时,该羁押是不许可的,职是之故,在行政法内适用的比例原则能够同样适用在(任何)国家行为之上。② 由上面这两个案例及讨论,可知在魏玛时代,比例原则由关于刑事程序引起了重视。尤其是 Kohlrausch 已提出了初步的比例性原则(犯人之生命权和羁押的法益相衡量)及主张比例原则在所有国家行为(Staatsakt) 皆适用的先进看法。

此外,在另一方面,比例原则中的必要原则也获采纳成为正式条文。1931 年 6 月 1 日公布的普鲁士警察行政法提及了警察处分应该选择对人民及社会最少侵害的方式为之。同时,假如仍有其他较温和的手段亦可同时达到排除危害之情形时,该法也准许人民可以声请警察采行之。③ 这个普鲁士警察行政法的立法例,自后即形成德国各邦相同法律的母法,广被采纳。所以,比例原则中的必要性原则即在成文法中获得实证

---

① 例如践踏草坪者;夜间骑自行车,车速快且未亮灯者;将商店橱窗广告牌私自卸下的大学生等,都是轻微案件。W. Franzen, Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, BdI, 1932, S, 1145; W. Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 229; L. Hirschberg, aaO. S. 7.

② Ed. Kohlrausch, Die Untersuchungshaft, JW 1925, 1442; L. Hirschberg, S. 7.

③ 该法第 41 条第 2 项。另外,在同法第 55 条,关于直接强制的施行细则中,也重申直接强制之作用,乃于达成必要之警察目的为限。另参照朱武献,前述文,第 25 页以下。

存在。至于比例原则中的比例性原则，则终魏玛之世，尚未面世而起。①

在1949年德国《基本法》公布后，次年的《黑森邦（Hessen）直接强制法》（第4条）即规定行政直接强制只得择予当事人及公众损害最小的方式为之，且不得与所达成之结果'明显的不成比例'（in offenbarem Mißverhältnis）。这个立法例，在1953年的《联邦行政执行法》（第9条第2项）重获青睐。该条文首先言明：强制手段必须与其达成之目的有一适当比例。② 另外，在20世纪50年代以后，德国许多邦重订警察行政法典时，大多是重申必要性原则外，也如同直接强制法般的，将比例性原则融入法条之内。③ 因此，在50年代之后，成文法内已出现了比例原则，而联邦宪法法院在50年代早期开始，以药房案为始，大量援用比例原则于是乎，本原则之适用才一如Wolffers所言的——全面展开矣。

（三）比例原则的审查

以比例原则作为人民基本权利之保障利器，其具体的功能，虽然可以表现在三个层面：第一，视为一个宪法委托，要求今后立法者制定法律，涉及人权时（尤其在形成人权内容时），应该要有所注意，有所节制；第二，视为解释标准，来对法律内的规定（尤其是授权规定）予以简释，以制止所有国家权力（尤以行政权力为然）可能侵犯人权之虞；第三，当作司法审查的标准。其中，当然是以第三的功能最彰。因此，比例原则之

---

① 这是学界的通说，但是，依德国第二次世界大战之后，第一本研究比例原则的博士论文，R. v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verfassungsrecht, Diss. Hamburg, 1955, S. 15, 之数据显示，早在纳粹当政的1937年，《但泽市警察命令法》第2条，即规定如下：警察官署在衡量其所保障之价值及受到措施影响之当事人所能获得社会期待的权利价值之情况下，应本于合乎义务性的裁量，为达成目的而采纳必要的措施。依此但泽法，则有值得今人注意之处有二：一是比例性原则已显露出来；二是官署有所谓的合乎义务之裁量，已开始现代法治国家裁量观念之先声。V. Krauss这篇论文也是第一个将比例原则的结构予以区分，及使用狭义比例原则术语的著作，对学术极有贡献。L. Hirschberg, S. 15.

② L. Hirschberg, S. 13.

③ L. Hirschberg, S. 13.

功效可说明表现在其作为人民法律救济之万应丹之上。①

比例原则当作司法审查的标准,可表现在其限制立法权力及行政权力两大范畴。易言之,可以比例原则对立法裁量及行政裁量之限制,分别来作讨论:

1. 立法裁量之限制

立法者在宪法公益条款及法律保留的要件下,拥有制定法律的权限与义务。在涉及人权的立法方面,立法权如何受到比例原则的拘束?质言之,立法者对于法律目的的实现过程,拥有多少的裁量权?这个问题也涉及对一个法律的合宪性审查的界限问题。因比例原则主要的功效,在于求得目的与手段间一个合理比例。因而涉及有对手段与目的间的目的性关系及必要性的审查问题和比例性的审查问题,兹可分述如下:

(1)目的性(及必要性)之审查

首先,针对立法者的立法目的,可否予以审查问题。立法者基于公益需求、公益因素可以对人权予以限制,自不在话下。但是,立法者这种目的考虑是否正确?连带的,所采取的手段会不会达成目的及是否为达成目的的最必要之手段?亦即必要性及妥当性原则有无存在?应予以一并讨论。

一个立法者所预期的目的,能否在客观上达成目的?进而,宪法法院可否审查这个目的会否实践?以德国联邦宪法法院早期的见解,是承认立法者拥有决定预期目的的权限。只要立法者在立法时,认为这个目的,有经由所采取的手段可以达成的确信存在时,即使以后到宪法法院裁判时,该立法目的仍无法由其采纳之方式达成时,或只一部分达成时,该法律并不当然违宪,②这种审查态度的出发点,是偏向肯定立法者主观的立场,承认立法者对将来事件发展的预估可以容有错误之余地,显然

① 见 F. E. Schnapp, aa0. S. 853。

② BverfGE25,1/12; 30,250/263; E. Grabitz, aaO. S. 512.

是过度的维护立法裁量权。① 当然，法院亦非全然不审查立法者的目的考虑的妥当性及必要性问题，只是采溯及式（ex ante）的推究立法者在作决定时，是否所作为立法依据的推测根据就是不妥当及不必要的，无法达成预期的目的？倘若如此，即可以否认立法者的目的决定是正确的。②

这种偏向以立法者当时主观或当时系正确推断而作为审查标准的态度，自亦无法满足充分保障人权的要求。解释侵犯人权之法律，有无违反比例原则，许多学者因而主张应该采取客观的角度。易言之，似乎必须以宪法法院在裁决该法律时，以一切客观的证据及资料，来评判该法律之手段，有无能完全或部分达到预期目的。③ 这种客观说的见解，认为法院可以采取嗣后式（ex post）的方式，全盘决定立法目的（预期因素）及手段，是否立法者对日后情事发展作了错误的预测。④

在以宪法承认权力分立的原则下，似应该肯定立法者拥有相当程度的政策决定权。由于目的与手段间的关系，是一种假想式的因果关系。⑤为了达成目的，才采取手段。倘若立法者之政策决定，能否达成预期目的，可以随时由法院否决的话，则忽略了立法者亦拥有以政策向选民负责的政治意义，故在某些程度内，不可否认立法者可以拥有预见（Prognose）权限。⑥ 但是，又为了使法院的审查权可以正确的行使，势必

---

① A. Wolffers 因而认为，德国联邦宪法法院这种见解，是将一个法律的合宪性问题转换成立法者对该法律合宪性的确信问题了。aaO. S. 304.

② 例如，在以维护行车安全及“搭便车”人之自身安全作立法理由，禁止“搭便车”中心的设立规定（Bverf GE 17，307/315）及以消费者保护着眼，要求所有杂货零售店主要拥有专业证明之证件（Bverf GE 19，330/338），都被法院认为自始即不妥当。

③ A. Bleckmann，aaO. S. 259；E. Grabitz，aaO. S. 673 A. Wolffers，S. 304.

④ 如联邦宪法法院在近年的核能电厂案（Kalkarentscheidung，Bverf GE 49，89/130）即肯定法院可以事后发展情形来决定法律是否违宪。

⑤ W. Schmidt，aaO. S. 518.

⑥ BverfGE 50，290/332.

在绝对主观论及客观论中,寻得一个折中。依德国 R. Stettner 教授的看法,①立法者的不当预期,可以分为两种:一种是在立法当时,就是明显错误的考虑者。这种错误,称为错误预期(Falschprognose),立法者基于错误的数据、认识,所作的决定。这种决定公信力极为薄弱,宪法法院可以直接宣告法律无效,或是命立法者予以改善。是法院予以否认该法律的合宪性。② 另一种不当的预期是立法者当时的考虑,完全无误。只不过日换星移,白云苍狗,使得立法者非可预料的后果产生,使法律已不能符合当初之立法要求,关于这种情形,Stettner 称之为不良预期(Fehlprognose)。而对这个立法者当时并无错误的法律,宪法法院只能课予限期改进之义务,不能径而宣告法律违宪。③

R. Stettner 教授这种区分法,主要是着眼于避免对立法者作太大的箝制,以免立法者丧失立法勇气,而且,任何立法总不免有瑕疵,可由政治的方式予以改进,不必完全由法院来强行矫正。④ 其提出这种模式,在理论上颇有创意,也能符合立法权和司法权间应有之尊重。似可作为解

---

① Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl 1982,1123 ff.

② 例如,德国曾唯恐托运动物会使动物受到虐待,立法禁止将活动的动物当作货物运送。法院以为这个条文是基于某个议员提及其爱犬因托运而受到虐待的事件,促成法案通过。但是,忽略了这种动物托运行之有年,且这禁令也侵犯了人民的营业权,所以乃预期及考虑错误,Bverf GE 36, 47; 另一个是著名的药房案,法院对于立法者要求将来市场需要时才准新开设药房,避免药房恶性竞争以维护国民健康的看法,引述外国(瑞士)制度及法理,肯定立法者当时的决定及考虑,即有错误。见 R. Stettner. S. 1124。

③ 例如,在一个选区划分法案件,一个法律规定之选区划分,经过了 12 年,选民结构已完全改观,原划分区域已无法胜任选举要求。法院即命立法者应在下个会期内改正。BverfGE 16,130; 另一个案 BverfGE56,54,81 亦同。

④ R. Stettner, aaO. S. 1125.

决立法目的审查方法之难题。①

再而，在对立法者所欲已经采纳的方法可否达到目的已获宪法法院肯定之后（依三阶理论），哪一个方法才是最必要的，亦即是最温和的手段？早在药房案判决中，法院已承认，法院可以自行决定最必要的方法。这个必要性的决定，是在个案不同的情况，可以有不同的标准。但是，假如每一个方式都是达到法律目的同样必要及有效时，此时立法裁量权即发生作用，应肯定立法者有行为之自由也。立法者不必只选择其中之一种方法，亦可能选择两种以上之方式以针对不同的法律状况。②

（2）比例性之审查

比例性原则是法律所追求之目的和人民因此遭受权利的损失，有没有一个比例之谓。因此，这个原则是以法律目的和人权价值作一个衡量。法院审核一个法律和比例性原则之关系，是采纳消极式的，即两者有无不成比例。由于利用本原则可以制止人权的被侵犯——亦是（若采三阶理论通说）整个比例原则中最后一个防卫人权之可能性机会。但是，这个原则也最为抽象！

在本原则适用的方式，是将个别人权之规定和法律目的——公益间，必须作一个利益衡量，但是，衡量的标准何在？理论上虽各有主张，有认为应在公益概念中，区分为绝对公益及相对公益者。所谓绝对公益是社会所承认一贯不易之公益，有社会价值独立性的特征，如国民健康的公益便是。所谓相对公益是指因为社会现实所需，由立法者所制造出之公益。唯有绝对公益才可以径自否认其他人权；③也有就人权规定本身在宪法内位阶高低来作决定，假如在条文内（以采公益区别保障的立

① 这种模式，须待司法权和立法权彼此尊重，才能达成。司法权除了不能滥行否认立法之目的考虑（预期）之正确性外，立法权也必须肯定司法权命其改正（Nachfassen，Nachbesserung）之义务。

② BverfGE21，150/157；E. Grabitz，S.574.

③ 联邦宪法法院在手工业案（BverfGE13，97/107）中之见解。

法例而言)最少被限制的人权,则应在利益衡量时,享受更大之保障。①

要正确回答这个问题,需确认比例性原则的出发点乃在使人民不致遭到过度之侵犯。因此,必须讨论到第一,侵犯程度的紧密性及持续性与否。第二,该人权是否会因此名存实亡(核心保障原则之适用)?第三,该人权在宪法内的价值地位来考虑。② 职司宪法守护者(Hüter der Verfassung)的宪法法院此时转换成人权维护者(Hüter der Grundrechte),宜以社会一般之正义观念为考虑,公平的衡量法益之高下,尤须常对立法者之目的确信及法益确定加予检定(experimentiert)。③ 庶几比例原则之成能宪法最高原理之美誉,方不虚得。④

2. 行政裁量之限制

在德国及台湾地区法界之情形,比例原则(必要原则)是先在行政法内获得肯定,以后才发展到成为宪法原理。⑤ 由行政法院援引比例原则对行政权力作目的上及手段上之审查,也早自20世纪末叶的普鲁士高等行政法院之审判实务,获得充分的验证。行政法是一个具体化的宪法(das konkretisierte Verfassungsrecht),也表现在比例原则在所有行政法上的适用之上。⑥

---

① 所谓人权阶层论(Stufentheorie),德国联邦宪法法院在药房案中认为人格自由权是最高价值之人权,BverfGE7,377/405;但法院在以后判决,如 BverfGE 12,45/52;19,135/138,却又否认人权中,有那一个比较高阶的人权。见 E. Grabitz, aaO. SS. 577, 609.

② 如 K. Larenz 教授所言的人民之生存权及人类尊严是最高的价值。促进及维护这个价值的人权,自宜比其他的人权——如言论自由权拥有更重要之价值。

③ A. Wolffers, aaO. S. 304; A. Bleckmann, aaO. S. 264;

④ 见 M. Ch, Jakobs, aaO. S. 98。

⑤ 这点和瑞士的发展过程刚好相反,瑞士先是由宪法保障人民的商业营业权不受到警察的过度侵犯开始,再向下蔓延成为对警察权力及其他行政权力之拘束原理。见 H. Huber, aaO, S. 4。

⑥ F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVB1 1959, 527.

在行政裁量之情形，行政官署虽在法律中获得裁量之授权，可以在达成法律目的的大前提下，就是否已达到采行行政措施与否（ob）或是如何采行行政措施与否（wie）拥有裁量之余地。原则上，前者属于决定裁量（Entschließungsermessen），在立法时有授权行政机关时（如在……情况下，官署得处以……措施）才存在。一般所称之行政裁量多在后者之选择（手段）裁量之上（Auswahlermessen）依据行政合法性原则，（法律优势原则）任何行政权力不得违反法律之规定；行政裁量也不可以违反法律授权之目的及限度。若一个行政裁量权之发动，已逾越了客观的法律目的（如前引著名的十字架山案，警察权行使之目的在美学观点而非公安防御目的）及使用手段超过了法律所许可的外在范围（如法定许可罚锾500元以下，而竟处700元），是属于行政裁量的逾越权限（überschreitung），可以径以行政违背法律（Gesetzwidrigkeit）予以否认其合法性。① 比例原则在行政裁量之适用问题，必在前面之前提问题（Vorfrage）不存在之后，也就是在裁量的法律限度内，才有发展之余地。

和宪法法院利用比例原则审判法律合宪性（立法裁量权）稍异，行政法院在裁决行政裁量所适用之比例原则，可以在法律（授权法律）内寻得一个予行政机关较具体的行为界限。在选择裁量之情况，一个行政措施，虽然在法律所许可（授权行政机关选择）之范围内，原则上，其妥当性较不致发生问题（否则立法者不会制定该法条），但是，对于必要性（有无绝对必要）或是比例性（不成比例的负担）的原则，则非可由行政机关自由裁决。而是行政机关因为法律裁量授权之本质——利用行政专业智识，追求个案正义——以及宪法的人权理念，如平常原则、比例原则的适用，使行政裁量权，是一种合乎义务之裁量（pflichtmäßiges Ermessen）行政裁量权在行使时，有无遵守比例原则，易言之，达成同样目的的手段是否仍有较温和之手段？衡诸客观因素，行政权力之侵犯是否过度？皆

① 《德国行政法院法》第114条前段。

是法院可以审查。所以,比例原则是法律原则,裁量审查也成为法律审查。未遵守必要性及比例性之行政措施,是行政权力(裁量)的滥用(Mißbrauch),构成行政违法(Rechtswidrigkeit)之后果。①

另外,在行政决定裁量(ob)方面,在客观法律构成事实已成就时,行政权力是否要采行法定措施之裁量时,原则上,行政法院的审查范围,应较选择裁量来得少。行政法院唯在作比例性的考虑方面可供使用之机会较多也!②

(四)举证责任之问题

一个符合比例原则的公权力措施,必是合乎目的的、必要的及未过度侵犯人民权利的措施。但在涉及本原则审查方面,证明比例原则存在与否之问题时,举证责任归属之争议即告发生。关于讨论举证责任分配问题,在属于宪法诉讼及行政诉讼方面都会发生,不过,以行政诉讼程序最常发生,爰以此方面,作一讨论。

人民主张一个公权力措施已违反了比例原则,则应由被告官署或人员负举证责任。在讨论比例原则的效用时,明显的将民事诉讼法中主张对自己有利者,负举证责任之原则,并不准用在本问题之上。

学界对这个问题之看法也颇不一致。有认为双方应各负举证责任者。例如 Bettermann 认为,官署对其所采行之措施之抽象的妥当性及必要性,负有举证之责任;而人民却必须在个案所涉及具体的不妥当性及无必要性负举证之责任。③ 而对于比例性,依 Gentz 之见解,也是由人民主张以明显不成比例(Evidenz der Disproportionalität)来证明之。④

---

① 《德国行政法院法》第 114 条后段以不适合授权目的之方法,行使裁量权。

② 按法院在行政权力之认为到底完全有无采取措施的迫切性(需要性)方面,恐怕无法取代行政专业智识之决定。不过,讨论此处之问题时,不可将法律构成事实之是否已满足之问题,和本问题混而为一,应再予指明。

③ 参见 Gentz, S. 1607。

④ 参见 Gentz, S. 1606。

Wolffers 则认为，一个措施能够达成目的与否（妥当性）及是否是公益所需（利益衡量，比例性原则），是可依一般的生活经验法则以及专门智识来作判断，这两个原则有无满足，应由国家（行政官署）方面负举证责任；至于在必要性方面，国家（行政官署）之措施，人民认为还有他法可供采用，以可减轻人民之损失，则人民就应该承担为主张该他种方法可在的举证责任。①

而 Zimmerli 则将比例原则之三个构成原则，分别为两部分。其以为，所谓举证是证明一般生活经验的认知及事实，所以，举证的标的是事实问题（Tatfrage）。一个措施能否达成目的，端赖于广泛技术及科学的释明，才能给予答案，因而，必要性及妥当性是属于这个层次的技术问题，也是事实问题，得为举证之标的。官署若不能证明这两个原则上存在时，比例原则就必须作为保障人权之原理和工具。但是，相反的比例性原则就是法律问题，是涉及法益价值判断之作用，则依其之见解，非为证据之标的，所以，可由法官以其法律见解来决定涉及法益的高下，无须论及举证责任矣！②

在现代宪法的人权理念，仍是以保障为主，限制为例外（有疑问时，推定为自由，in dubio pro libertate）为主导要素。诚然，行政官署自法规处获得授权可以侵犯人权，而取得其措施之出发点的合法性。欲否认该合法性似乎应由人民举证之。但以另一个角度而论，一则该行政权力亦须合乎义务而发；二来该措施乃是——以宪法眼光——例外的予人民权利保障的破坏，故又似须由人权破坏者——即行政官署，来证明其行为乃不得已之举。权衡上述各家理论，本文拟采 A. Wolffers 之见解；人民只须在必要性原则方面，负具体的举证责任，是因此可以使法院明了，到底更温和的手段有无实际存在也。这种举证责任之分配，将具有更大之

① A. Wolffers, aaO. SS. 306, 307, 308.

② U. Zimmerli, aaO. S. 120.

可行性——如在公益征收,讨论人民使遭到最可能轻微之征收侵害时,可以明确的验证之。

(五)对比例原则之批评

比例原则虽然被视为人权保障最重要的制度之一,但是,在德国学界反对、抨击这个理念的声音,也并不微弱。而反对人士中,竟不乏许多位名行政法学者在内。

首先对这个原则大加挞伐的是 Eb. Schmidt。其在 1969 年所发表的刑事诉讼法一文。① 反对立法者将比例原则列入刑事诉讼法内,及许可宪法法院法官可以运用本原则来作判决基础。Schmidt 认为比例原则并没有一定的标准,会流向主观的、反理智的(情感主义的)的后果,使得其他同属宪法理念——如平等权、法律安定性及确定性原则,都遭到伤害。而且,加上法官滥用这种原则,足以构成比例原则的暴力统治。Schmidt 之结论比例原则可适度的在行政法及法官法内存在,不可扩充到宪法,尤其不可进入刑事法之领域。②

行政法学大师 E. Forsthoff 也继之而起。1971 年其在"工业社会之国家"一文,就批评学界及实务界,将比例原则由行政法领域提升到宪法层次,造成了比例原则的质变(Qualitätsumschlag)。③ 另外,宪法法院可以运用这个原则在个案中,纠正法律,但是,这个原则却被法院视为得为,而非当为条款。所以,可用也可不用,悉听法官们尊便,因此,法确定性及可预见性皆遭到伤害矣! 所以,Forsthoff 以立法权限遭到侵害,法

---

① Der Strafprozeß, Aktuelles und Zeitloses, NJW 1969, 1137ff.

② Eb. Schmidt, aaO. S. 1142.

③ Der Staat in Industriengesellschaft, 1971, 173. 另其在著名的行政法教科书(lehrbuch dee erwaptungsrechtf, 10. Anfl, 1972, S. 71),亦有相同之见解;另 R. Wendt, S. 416。

律安定性，可预见性遭到破坏，而认可过度的适用比例原则。①

上述学界的指摘，虽然比例原则的确会造成法律不安定的成果，使得在不同的个案，可能会因法官的价值观念之迥异，造成对比例原则内容有不同的诠释，以致于导致不同的法律效果。② 另外，也使得法院（及研习法律人）不去钻研法律的构成要件及推敲法律之内涵（hart Arbeit am Gesetz），就随便援用比例原则，使得论究一个法律问题，须去费神、分神去斟酌许多抽象的考虑因素。③ 这些都是实情。但不可因这些不妥的因素即否认比例原则在保障人权上可以具有更大积极的！④ 故基本之道，似乎仍将希望寄在职司诠释宪法的宪法法院身上，由法院的判决，日积月累，可以对公益（优势公益价值）及人权价值的关系，逐渐累积成一些典型案件可供比例原则在概念形成上，有一个较清晰的指标，能如此，这比例原则久且为少数人诟病、怀疑的不确定特征，则或可以因此祛除，消减其缺憾之处，则可预见矣！⑤

---

① 同样的见解，见 H. J. Becker, S,212；另 E. Eyermann 也赞同这种看法。而认为：诚然不可用大炮击麻雀，但同样的，也不可以用手提灭火机去救森林火。比例原则不能成为只替行为人脱罪之工具而不替社会及第三人之利益着想。其以行政及司法机关若一味地偏向行为人，将使国家成为无法状态，使国家走上枯萎之路，Die Hausbesetzungen und der malträtierte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Umwelt und Planungsrecht, 1981, S. 17。

② 在瑞士的情形，由于法院无法对本原则的概念予以制度化、系统化的区分，使得这个原则的发展，无任何轨迹可寻，如同 Zimmerli 所形容的如热带林般的蔓延，U. Zimmerli, S. 11。

③ 见 F. E. Schnapp, S. 851。其认为正如同许多民法学者要求学生直到最后才援引所谓的公序良俗条款来讨论民事问题一样。这样讨论法律问题，才不致流于空泛。

④ L. Hirschberg 比喻：不可因为水是潮混的，就厌恶水。L. Hirschberg, S. 212.

⑤ R. Wendt, aaO. S. 467.

五、结论

人权——人民的基本权利,是表征人民拥有人性尊严之谓。一个没有人权的人民,没有人类尊严的人民,无异于走狗,是一个只是具有生命力之生物罢了。人权的神圣性,可想得之!本文的努力,即欲显扬人民基本权利的限制理论,尤其是期待能消除对人权限制的问题——认为只要授权立法者,为公益考虑,即可限制之,这是对严肃的宪法权利限制问题,染上过度简单化的时弊。尤其是宪政国家所保障的人权,必须靠着法律制度以及宪法的人权理念,相互配合才能妥当的达成目的。人权的实践,虽然可以动态的政治运作——如选举,国会法案之辩论——部分奏功,但是,基于民主国家必是法治国家的前提,人权不仅是在宪法上,也必须是在宪法学上的一个重要制度。必须予以缜密的剖析、比较法制、思潮的研究,才可以在日趋复杂的社会及实证法体系中,寻得其扎实且颠扑不破之崇高地位。本文由法治国家限制人权(或涉及人权)所要依循的准则着手,计讨论了公益条款、法律保留以及比例原则三大范畴。其中,最足以保障人民基本权利之制度,莫如比例原则。由时代的思潮,渐渐由20世纪初期盛行的团体主义消退到尽可能的保障人民基本权利。人权的重视,几乎成为各国政府戮力以救之鹄的。由德国的宪法审判前例可如,广泛且深入的引申比例原则足以启迪人权的理念,激发学术人权规范及内涵的重视。比例原则变成公法里的帝王条款,其重要性比起诚信原则之在民法内,有过之而无不及。若说此原则是德国公法学内第一原则,当不过誉也。

(本文刊载于台湾《政大法学评论》第35期,第161~193页,1987年6月;《政大法学评论》第36期,第57~182页,1987年6月。)

第十一篇　宪法财产权保障之体系与公益征收之概念

——德国与美国的比较研究

凡治国之道，必先富民，民富则易治也，民贫则难治也，……故治国常富，乱国常贫。是以善为国者，必先富民，然后治之。

——《管子》，第四十八篇治国

一、序言

人类之成为人类，必须依赖外界之物质，以维系其生命。这种拥有、掌握外界的物质，就是所谓所有权制度的滥觞，如同德国伟大的哲学家黑格尔（Georg Wilhelm Friedrich Hegel，1770～1831）所称："人"之所以为"人"，就必须拥有所有权，[①]并且，

① G. W. F. Hegel, Zusatz zu & 49, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Leipzig 1921（重印）S. 299.

"人"作为"理念"(Idee)而存在,必须予以其自由的外在范畴(eine äussere Spähre)。① 人唯有在(拥有)所有权之内,方可合乎"理性"(Vernunft)。② 因而,就法制以及宪法的眼光而言,人民自不能不依靠外在物资,来维持其生存,进而来满足其"人类之尊严",则建立及维系一个由宪法来严密保障的所有权(或财产权)体系,就是一个现代法治国家的必要之举。③ 由于德国法学界对财产权保障,以及涉及本问题的其他法律问题,早已进行深入之研究,故本文即以德国宪法的理论,分析财产权保障在宪法的体系,如何占有一席之地及其发展,进而再对于有关公益征收的概念及其演变,予以阐释。

二、德国财产权保障的宪法意义

(一)宪法财产权保障体系的成立

德国宪法史上明文出现保障人民财产权之制度,可溯源至1849年3月28日公布的《法兰克福宪法》草案。该宪法第164条规定:所有权不可侵犯。征收唯有因公众福利(gemeines Beste),且依法律,以及给予公平补偿之后,方得为之。这部以当时在欧洲所笼罩的"自由、平等"思潮,所孕育而成的宪法草案,可以说是德国中产阶级以及法政学者之政治理念的结晶,可惜未被各邦国所接受。

有关人民财产权保障的理念及制度的粲然大备,应推1919年公布

---

① Hegel, & 41, aaO. S. 52.

② Hegel, Zusatz zu & 41, aaO. S. 297. 另在参考同作者, Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenshaft, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1983(重印)S. 17 ff。关于黑格尔的财产权概念,可参见 Jeremy Waldron, The right to private Property 一书第十篇(Hegel's Discussion of Property)。Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 343.

③ BGHZ 6, 270/276.

的《魏玛宪法》。《魏玛宪法》第153条规定如下：

(1)所有权受保障。其内容及其限度，由法律定之。征收唯有为"公共福利"(Wohl der Allgemeinheit)且依法律，方得为之。除联邦法律有特别规定外，征收必须给予适当之补偿。有关征收之争讼，由普通法院判决之。

(2)所有权负有义务。其行使应同时有益于公众福利(gemeines Beste)。

《魏玛宪法》的宪法财产权保障之体系，可说是完完整整地被第二次世界大战后，1949年公布的现行《基本法》所承继。依《基本法》第14条之规定：

(1)所有权和继续权受保障，其内容及限度，由法律定之。

(2)所有权负有义务，其行使应同时有助于公共福祉。

(3)征收唯有因公共福祉所需方得为之。征收之执行，须依法律或基于法律，而该法律必须同时规定补偿之种类及限度后，方得为之。征收之补偿，以公平地均衡公共利益及私人利益后，决定之。关于征收补偿之额度，其争议由普通法院裁判之。

由于《基本法》将保障财产权视为宪法人民基本权利体系的一环，因此，宪法所保障的一般自由权利和财产权基本权利之间的关系，则十分密切。人民享有财产基本权利是表示，在物质方面宪法予以保障，以及促使个人自由有所发挥。并且，宪法保障财产制度内获得可以追求物质的基础。[①] 因此，宪法的承认及保障人民之财产基本权利，是可以补充个人的行为及形成自由即"人格发展之自由"，使得该项自由能够更具体地

① EkkEHART Stein, Iehrbuch des Staatsrechts, 6 Aufl, 1978, S. 158, 另外, BverfGE 50, 290/339; 53, 257/290。

实现。① 宪法的财产权保障,也就是基于"财产"本身所具有的"特性",具备一个"确保的功能"(Absicherungsfunktion),来作为人民享受其他基本权利之基础。②③

(二)财产权保障的范围及内容

1. 范围的扩张——由所有权保障至财产权保障

论及宪法财产权保障的范围,就是论及受宪法保障之财产权利的"标的"。按德国宪法史及宪法学上所意味的财产权保障,其"财产"之用语(Eigentum),实系所有权,而非财产权(Vermögen)之谓。④ 前者"所有权"之标的及用语,已在民法物权篇内予以规定。德国民法第 903 条,赋予"所有权人"(Eigentümer),可以"依其喜好",行使其"所有物"(Sache)。而依德国民法之意旨,该项"所有物",显系民法物权篇的"物",不分动产或是不动产而言,皆属于"所有权的标的"。

随着社会、政治、经济结构的急剧转变,由农业社会过渡成工业社会之后,由自由主义时代,以及农业时代背景所制定的德国民法,以及对所

---

① 此是德国联邦宪法法院的一贯见解,见 BverfGE 14, 263;277; 14, 288/293; 24, 267/389; 30, 292/34; 31,229/239; 40, 65/84; 41, 126/150; 42, 64/76; 42, 263/293; 46, 325/334; 50, 290/339. P. Badura, Eigentum und soziale Pflichtbindung in: Politische Bildung 2/1975, S. 43; 以及 T. Schramm, Staatsrecht, 2 Aufl. 1979. S. 150 59, 290/339; 53, 157/290.

② C. Timm, Eigentumsgarantie und Zeitablauf, 1977, S. 25. 学者 Erwin Stien 亦言,假若没有财产权保障之规定,那么基本法保障人民有发展人格的"行为自由"(《基本法》第 2 条第 1 项),即形同具文(nur eine leere Formel),见 Erwin Stein, Zur Wandlung des Eigentumsbegriffs, in:Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 518。

③ 直至《魏玛宪法》以前,德国各邦国宪法,皆将自由及所有权之保障并列,德学者亦认为"没有自由,就无所有权",反之亦然。故对于自由权及财产权之概念,并未划分。魏玛宪法制定以后,Carl Schmitt 首先将两者概念分开(C. Schmitt, Verfassungslehre 1928, SS. 163, 171),见 G. Dürig, Das Eigentum als Menschenrecht, in: ZgesStW 109, 1953, S. 334/335。不过,将财产权之与自由并列,可以溯源到法国大革命之将自由、平等及财产权利,列为人民不可剥夺之天赋人权,是影响深远。

④ 中文对此两个概念似乎并不易区分,时常混用在一起。

有权的认识，即面临转变。《魏玛宪法》的立宪者，在制定第153条，有关"所有权保障"时，虽然仍是依循"所有权"固有的概念，亦即仍是认为所保障之范围，是局限于民法物权篇的"所有物"之内。① 一直到1923年，柏林大学教授Martin Wolff，发表了"联邦宪法及所有权"一文将宪法所有权保障的标的，由传统的、由民法物权概念沿袭而来的"（物体）所有权"，扩充到"任何具有财产价值的私权利"（Private vermögenswerte Rechte aller Art）②。因此，任何具有"财产价值"的"请求权"，即可包含入宪法本意的"所有权保障"范围之内。③ 这种将宪法"所有权"保障扩充到"（具）财产（价值）权"保障的意见，旋即获德国学界④以及实务界⑤的热烈支持，而获得确认。

魏玛时代已被确认的"扩张的所有权概念"（Der erweiterte Eigentumsbegriff），便在《基本法》内被承继下来。使得《基本法》第14条第1项的"所有权保障"，系和"财产权保障"同义。准此，所有具有财产价值的"私权利"，如（物权的）所有权，精神财产权（著作、出版及专利权）、⑥债权以及其他私法的权利，皆可归属于《基本法》保障范围之内。⑦

---

① H. Sendler, Zun Wandel der Auffassung Vom Eigentum, DöV, 1974, 74.

② M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Wilhelm Kahl, 1923, SS. 5/20.

③ E. Forsthoff, Zur Lage des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, in: Festgabe für T. Maunz, 1971, S. 89.

④ 参见E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, S. 331, FN 1。

⑤ 例如RGZ109, 319; 137, 167; 139, 182; RGZ 124, Anhang, S. 33; 见E. Stein, aaO. S. 509, FN11。

⑥ 联邦宪法判决，有关"著作权"BVerfGE 31, 229; 31, 275; 49, 382; 专利权BverfGE 36, 281/290; 商标权BverfGE 51, 193/216ff; 参见P. Badura, Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Instiutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des "geistigen Eigentums", in: Festschrift für T. Maunz zum 80. Geburtstag, 1981, S. 1 ff。

⑦ BVerfGE 14, 236/276; 28, 119/141; 31, 229/239; 36, 281/291.

德国宪法财产权保障理论,将财产权保障的范围扩张到"一切的私权利"之上。因此,公权力必须维护并尊重这些权利之范围。在现代工商业的社会,企业及营业权是推动社会、经济进展所不可或缺之要素。德国宪法学界及实务界,在界定国家权力侵犯人民财产基本权利之权限时,(尤其在公益征收方面)特别主张宪法所保障人民的财产权,在"营业权"方面,已经发展到保障所谓的"已成立且运作的营业权"(Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb),即谓一切供作"营业目的"而使用的"物体及权利之总体"(Sach - und Rechtsgesamtheit),都视为财产,而受到宪法的保护。① 然而,这种"保护"亦有一定之限制。宪法并非漫无止境的,对一切对于营业有利的因素,都予以保护,依德国之学界以为,值得保障的,唯有营业的"实质"(Der Substanz),也就是"营业体正常的经营"(ungestörte Funktionieren des Betrieborganismus),才是宪法保障营业财产权的目标所在。② 受到宪法保障的"营业权",即包含了"营业的实体",如营业的不动产、设备、存货等,以及其他一切个别的因素,只要是能使营业机构获得具体"经济价值"的,都可计入之,如"业务(良好)关系"、"顾客来源"、"特殊之地利"[也就是商业机构所处的特殊的地点,如向外界接触(Kontakt nach aussen)等皆是。③]除了这些"营业之现状"以及个人所拥有的"具财产价值"之权利外,对于其他只是将来纯

---

① BVerfGE 13, 225/229; 30, 292/335; P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S. 107ff;中文部分,参见廖义男:《企业界与经济法》,1980年刊印,第50页。

② BVerfGE 13, 225/229; BGHZ 23, 157; 45, 83; NJW1967, 1857; P. Badura, Entschädigung nach Entignungsgr, undsätzen, 1971, S. 25.

③ BGHZ, 73, 159; NJW 1968, 293; H. Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 2 Aufl. 1969, S. 51ff. 德国联邦普通法院在"停电案"(BGHZ 29,65)中,认为停电是会侵犯营业之进行后,联邦普通法院即认为:凡是对营业有"价值"之要素,皆属"营业权"内,BGHZ 54,154;48,66。见 D. C. Dicke, in: v. Münch(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd 1, 1973, Rdnr 14 Zum Art. 14, 5.481。

粹的获利期望(Erwartung),赢利机会(Chance)以及反射利益,则依法院之见解,是失之"过于空泛(不具体)",故排除于宪法第14条的保障之外。①

自Martin Wolff以来所主张的,宪法对财产权的保障,是延伸到"任何具有财产价值的私权利"之后,则具有财产价值的"公法"权利,是否应包含在宪法所保障的财产概念之内?在魏玛时代的见解,认为《魏玛宪法》的财产权保障,只是在保障由民法物权概念扩充而来的私法财产权并非包括"公法"的权利在内。② 学者亦以为"公法的权利"(如依国籍法所承认的国籍权利),是由国家依立法所产生,因此,不具有宪法财产权保障之要件。③

《基本法》公布之后,联邦(普通)法院(BGH)即承认所有具有财产价值的权利,都可以包括在《基本法》第14条的财产权概念之内。④ 联邦法院这种"一视同仁"的态度,也就是任何公法之权利,只要具有财产之价值,亦即可以产生财产利益时,受到侵犯,即可要求补偿其财产利

---

① 唯有在有"特别的信赖理由"存在时,才可以例外地认为列入于宪法财产权的保障之内;BGHZ, JZ 1968,130。不过,受保障的"具有经济价值的因素",和纯粹的获利期望,要如何区别,是法院在具体个案时须面临的难题之一。见H. Kröner, aaO. SS. 52,53。有鉴于宪法财产权是保障营业体的"实质存在",并且该营业权之所以应保障(schützwürdig),是以该营业体已经"成立且运作之中"(BGHZ LM Nr. 56 zu Art. 14GG, H. Kröner, aaO. S. 52),因而营业所追求之目标——财产价值必须相当具体,故"期望"(不受保障)和"获利预期"(应受保障),应以"客观的外在情况"(objektive Gegebenheit)之有无获利(财产)价值之具体性而定,较为妥当。

② 例如,PrOVG 81, 181/201f;见 G. Dürig, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich - rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in :Festschrift für Apelt, 1958, S. 15。

③ 例如,E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Aufl. 1954, Bd. Ⅱ, S. 19f; G Dürig, aaO. S. 27f。

④ BGHZ 6,278. 联邦法院的看法以为,既然公益征收,是可征收任何有财产价值的权利,因此宪法的财产权保障,就应该包含任何有财产价值的权利,不论是公法或是私法,稍后的同院审判实务,亦持此见解。BGHZ 13, 265/316ff; 15,17/20; 16,192/201ff.

益。德国联邦法院所持这种看法,已经忽视"公法权利"本身所具有的多样性(Mannigfaltikeit)以及复杂性(Komplexität)。因为,公法权利的范围太广,种类太多,由一般人民担任公职之权利,到一般行政法律所产生之权利,皆包括在内。若只以该权利具有"财产价值"与否,就列入同私法权利一样的保障,将引起学界及实务界的激烈反应。都认为应该对这种过度宽广的范围,予以缩小,免得任何公法案件,只要一与"财产价值"沾上边,当事人即可援引宪法财产权保障之规定,请求补偿。为此,联邦宪法法院采取所谓的"区别解决"理论(Die Lehre der differenzierenden Lösung),认为唯有公法权利,已经具备"财产权构成的特征",①或是"公法请求权"已经具有类似私法的财产权要素,②或是公法已经赋予权利人"类似财产权人之地位"(eine eigentümerähnliche Rechtsposition),若毫无补偿地"剥夺"该项权利将致违背"法治国家原则"(如实质上的信赖原则)之后果时,则该项具有财产权性质的"公法权利",就应受到宪法的保障。③ 联邦宪法法院且进一步地将公法权利之具有"财产价值"者,只局限于国民因自己"劳务给付"或"资本"(财产)投入,而产生"公法权利"之请求权时,才准许其获得宪法之保障。因此,个人要求国家(单方面的)立法保护,或是要求国家提供之救济,福利措施,则不在宪法所保障的财产权概念范围之内。产生财产价值的公法权利,而且是受到宪法财产权保障者,主要是指依公法法规所规定之"社会保险"得来之公法的"期待权"及"请求权"。因为这种"公法权利",是人民投入相当的"给付"(年资及保费等)而形成"参与权"(Teilhaberecht),和国家"单方面"

① BVerfGE 1,264/278f.

② BVerfGE 2,380/399,403.

③ BVerfGE 3,4/11; 24,220/226; 18,392/397; 32, 111/128 . G. Dürig, aaO. SS.21/22.

的给付行为不同，所以，依德国实务界①及学界之通说，承认该项权利具有财产权之重要特征，而予以保障。② 故，人民就不能随便援引财产权保障规定，而漫由向国家请求赔偿或补偿也。

2. 内容由立法者制定

自《魏玛宪法》（第153条第1项）首创于先，《基本法》（第14条第1项）呼应于后，皆认为财产权受宪法保障的“限度”以及财产权的“内容”，是必须由立法者经过立法程序来决定。人民的财产基本权利，其性质，依德国联邦宪法法院的确认，既然是一种“超实证法的权利”（ein überpositivers Recht），而非单单仰息国家来创设及规定出来的权利；亦即，如联邦宪法法院多次强调的，③这种基本权利（甚至所有的宪法基本权利的条款），拥有一个“先于且超于国家的特征”（ein vor-und überstaatlicher Charakter），但是，从如此，人民的财产权却和国家的实证法规，有密不可之关联，这些法规，也可因国家各时代之国情之不同，而异其内涵。④

《基本法》的此项规定，即明白显示出，宪法不欲有一个依传统见解的，一成不变或绝对内容的财产基本权利。⑤ 故而，由自然法思想以及天赋人权理念所孕育的见解，所谓超实证法而存在的财产基本权利，即必先通过一个实证法律，来获得其权利具体的内容，而肯定其实质的存在。并且，先决定了某种财产权的内容之后，其应受到宪法所保障的限度，亦从而可由立法者之行为中，获得确认。因此，宪法系授权予立法者，有一

---

① BVerfGE 50，290/339；53，257/299－；另外联邦行政法院 BVerw-GE，DVBl. 1966，751；联邦社会法院 BSGE 5，40；9，127/128。

② 例如，Dürig，aaO. S. 13/23；P. Badura，Das Eigentum，in：Handbuch des Verfassangsrechts，（Hrsg. Benda，Ernst），1984，S. 668ff；D. C. Dicke，aaO. S. 482。

③ 例如，BVerfGE 15，126/144；41，126/157。

④ Erwin Stein，aaO. S. 503.

⑤ BVerfGE 20，351/355；31，229/240；BGHZ 54，293/295；C. Timm，aaO. S. 23.

"形成可能性"(Gestaltungsmöglichkit),来决定人民所应拥有,并受到法律保障的财产权。立法者这种"宪法委托"(Verfassungsauftrag),①使得立法者可以依据当时社会之理念,或是斟酌社会、经济情势之需要,将目前已在,或将来可能产生之财产权利,以立法方式,予以变更或是根本上予以改变。②

立法者既然担负起决定财产内容及限度的重责大任,立法者的立法行为之准则何在,即受到重视。依目前德国《基本法》的立国原则,德国是一个"社会(福利)法治国",国家即负有义务来提倡社会正义(《基本法》第20条)。③ 由于国家的任务,已逐渐地扩充,要求立法者积极制定一个财产权政策的法律,亦形成国家之任务之一。宪法保障财产权制度的重心,以及法治国家的根本问题所在,即在探究立法者在制定法律,规定人民的财产权利之内容及受保障之限度时,该立法者由宪法受到何种之"拘束"。④

立法者制定财产权内容之法律的"行为权限范围",是受到《基本法》其余有关的基本权利规定之拘束。细察《基本法》之有关规定,可胪列如下:

※人民有自由发展其人格之自由(行为自由之权利,《基本法》第2条第1项)。

※平等权(《基本法》第3条)。

※《基本法》承认及支持"私有财产"与制度(涉及财产权的"个别

---

① 参见笔者:"论宪法委托之理论",刊载于本文集第五篇。

② 由于立法者可以依据立法,来改变财产权之内容,故Badura教授称此为"财产的政策可塑性"(Politische Plastizität des Eigentums),见P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht der Gegen - wart, Verhandlung des 49. Deutschen Juristentags, 1972, Bd. 2, T. 5。

③ BVerfGE 43, 291/316; 44, 125/142.

④ P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht, T. 11; BVerfGE 50, 290/341; 53, 257/292.

性”及“制度性”之保障，详见下节）。

※法治国家及社会（福利）国家的立国基本理念（《基本法》第20条第1款，第28条第1项）。

※财产权负有“社会义务性”（《基本法》第14条第2款，详见下文）。

以上原则，皆是立法者必须遵循的宪法原则。①

此外，立法者制定法律亦必须受到法治国家的另一个一般原则——比例原则（Verhältnismäss igkeit）之拘束。依此原则，立法者在限制财产权人之权限时，必须系为达到立法目的所必须为限。必须是在“适当”及“并非过度”之范围之内可准许之。这项“比例原则”尤可和《基本法》第19条第2项所揭示之“重要本质保障”（Wesensgehaltsgarantie）之原则相配合。② 依“重要本质保障”之原则，无论在任何情况之下，倘若立法者在制定限制财产权之法律时，都不可侵及财产权之“核心本质”，此即言及，财产权不可“徒具形式”而已（此也是下述将讨论的“财产权制度化保障”的内涵）。③

（三）财产保障的效果体系

《基本法》第14条规定：财产权受保障。此一宪法的规定，即在学说及理论上，使财产权产生两个“保障效果”（Schutzwirkung）：一是财产权的“制度性保障”，二是财产的“个别性保障”。

1. 制度性保障（Institutionsgarantie）

宪法财产权制度性之保障，是将人民的私有财产，视为一个客观的

---

① 下列联邦宪法法院判决皆承认这个原则：BVerfGE 14，263/278；18，121/132；20，351/355；21，73/82；21，150/155；24，367/389；37，132/140；38，348/370。

② BVerfGE. 8，71/80；18，121/132；21，73/86；21，150；50，290/341.

③ BVerfGE 24，367/389；42，263/293；50，290/341；W. Weber，Eigentum und Enteignung，in；Neumann/Nipperdey Scheuner，Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte，Bd Ⅱ，1952，S. 357.

制度(Institution),如同宪法上其他有关的"制度"一样,例如政党(因为实行政党政治故);教会(因为宗教自由故);家庭及婚姻(因为《基本法》第6条有"国家应特别保护婚姻及家庭"之规定)等,这些如同私有财产,都是宪法要通过立法者形成的"法律制度"(Rechtsinstitution)。早在30年代,这个由 Carl Schmitt 所倡议的"财产权制度性保障",①将私有财产制度,拟为"个人人格发展自由"以及"社会及法律秩序"的重要成分及架构。② 立法者必须依此理念,据以制定各种类的财产法。在"财产权制度保障"范围内,最重要的所谓的"财产的私使用性原则"(Privatnützigkeit des Eigentums):财产是为"私人"所使用,拥有及收益之用。此即是西德联邦宪法法院所表示之:财产权人,得以通过"私使用性"原则,作为个人行为及追求自己利益之基础。③ 因而可知,所谓"财产权制度性"保障,是针对"立法者"而为。立法者在制定财产权的内容及其保障之"限度"时,必须注意财产权存在的本意,即财产权的"私使用性"。立法者即必须保障财产权,使得财产权人,在依该财产标的种类及在社会一般情事之下,尽可能仍使其能拥有在经济上的"使用"及"收益"之权限。④

论及财产权的"私使用性"原则时,对于财产权人对财产标的的处分权限,应予以保障。也就是,财产之所以为财产,就是一如民法物权篇所规定的,财产权人可以自由支配其所有物。唯有在例外的情况,方可以

---

① C. Schmitt, aaO. S. 171.

② U. Scheuner, Grundlagen und Art Enteignungsentschädigung, in: Reinhardt/Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 69.

③ BVerfGE 42, 263/294;50,290/339; P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht, T. 14. 联邦宪法法院首次提及"私使用性原则",是在审理著作权案件之时,BVerfGE 31,229,239,见 Ekkehart Stein, aaO., S. 161。

④ 此即联邦普通法院所一贯主张的"依情事的私使用性原则"(situationsabhängige Privatnützigkeit),BGHZ 23,30ff, 33;48,193,195;60,45,147。

予以限制。① 此外，在财产权的自由，随财产权人自由意志使用方面，值得一提的是德国法制上所谓的“员工参决权”（Mitbestimmungsrecht）之问题。鉴于今日的社会，以及经济结构，依赖薪资生存的人民，比起农业时代，为数骤增。因此，一个企业（尤其是大型企业）的经营优劣成败，所影响的，不再只是资本家（即是该“企业财产”的所有权人）个人财富的损益罢了，可能（绝对可能）更牵涉到其他借薪资为生的员工。西德战后所兴起的“企业民主”思潮，要求职工能够参与企业的决策权，因以产生“员工参决权”，就是基于此。② 然而，由传统的财产权观念，尤其是民物权篇（有关所有权）之概念，所有权人的“使用及处分权限”，是形成所有权（财产权）的本质之一。德国自 1951 年制定的《矿业参决权法》（Das Montanmitbestimmungsgesetz）、1952 年制定的《企业组织法》（Das Betriebsverfassungsgesetz）到 1976 年制定的《企业参决权法》（Das Mitbestimmungsgesetz von 1976）等，皆准许已达某种经营规模企业的职工可以参决企业的经营。③ 企业所有权人的完全“使用、处分”其财产标的之权限，即受到限制。④ 故而可知，立法者通过对财产权内容的制度，

---

① 首次出现的，是在审理有关土地交易法合宪性与否之问题。因为该法禁止土地之自由交易，因而，联邦宪法院认为“处分权限”是财产权制度的重要成分，因而，在必要及例外情形（如该法所规定之情况）方可准许之。BverfGE 26，215，222.

② 这也是一个最缓和的社会主义思想，逐步将生产财由企业家的手中释放出来。

③ 并非所有企业的员工皆有“企业决策的参与权”，而是经营规模大的企业才有。例如 1976 年的《企业参决权法》规定是超过二千员工之企业，而 1952 年的《企业组织法》规定是五百员工以上（未至二千人）等，各有不同的参决权之规定。可见，人数少的企业（尤其是家庭企业），并不受到“企业参决权”之影响。关于德国参决权的发展及演变，以及各个参决权法律的适用范围及限制，请参照：A. Krieg, Unternehmensverfassung - Mitbestimmung und Grundgesetz, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 1984（同注 28 处），S. 697ff。

④ 名学者 W. Weber 即认为，财产权保障之理念，不容许如《参决权法》似的，大幅度地削弱、剥夺企业所有权者的“使用及处分”权限。见 W. Weber 之论文“财产权及其保障之危机”（Das Eigentum und seine Garantie in der Krise），in: Festschrift für K. Michaelis, 1972, S. 335，大声疾呼财产权的保障已有危机了。

可以促使对农业时代所形成,传统的、古典的财产权利以及对于现代的工业财产权,为不同程度的宪法保障,①也是为宪法法理所认可。②

在宪法保障财产权的"制度性保障",系要使财产权的标的,能保有"私使用性原则"所涉及的另一个问题,就是税捐之问题。由于现代福利国家之观念兴起,国家的任务也随之扩大,政府有必要采取社会政策及经济财政政策,来引导、调整社会及经济之结构。国家所实行的货币政策(如货币贬值或升值等措施)③以及税捐政策,都能实质地侵及财产权之内容。自第一次世界大战以后,财产权受到公法——尤其是行政法的规定,重要性已逐渐超过私法的对财产权之拘束。④ 就以税捐的规定而言,人民有依法律纳税的义务。因此,立法者之制定税捐法律,决定人民缴税之准则,这即牵涉立法者制定诸项法律,仍否应尊重宪法财产权保障之原则?由于宪法所欲保障人民的财产权,是欲人民借此财产,可以

---

① P. Badura, Eigentum im Verfassugsrecht, T. 12. 亦持此意见。

② 德国联邦宪法法院于1979年5月1日,就《企业参决权法》,有无合宪之问题,作了肯定的判决。(BVerfGE 50,290ff)认为基本法的本意,对于应制定及保障何种的经济政策,是采取"中立"之立场。故可由立法者来决定。学者赞成者亦众。例如 A. Krieg 就认为本参决权法的制定,有确立和平及保障自由的功能(friedenstifende und freiheibewahrende Funktion),可以促进劳资关系的和谐,并可以缩小和东德之"集权经济体制"的差距。见 A. Krieg, aaO. SS. 728 - 730,及 FN49。然而,就本法律,严重地侵及企业财产权人之财产权利甚巨,反对声亦不弱,例如由名学者 Badura/Rittner 及 Rüthers,联合著的《共同评鉴书》,Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, Gemeinschaftsgutachten 1977,即认为本法是"未先经修宪程序的修宪法律"(Verfassungsänderung ohne verfassungsändernder Gesetz),是侵及基本法的基本原则。见本书 S. 285 ff。

③ 基于平等权的原则,倘若贬值是违反法治国家原则(例如不公平,或违反信赖原则),则才属侵犯财产权保障。参见 BVerfGE 50,57; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in:Besonderes Verwaltungsrecht, Hrsg. v. Münch,6 Aufl. 1982, S. 316。不过,这种国家对货币"贬值"的措施,在货币主管行政当局总会有充足的"说辞",作为其贬值措施的合法性及公益考虑理由,同时,对此贬值的利弊问题,也极难判断,因此,要以宪法财产权之"制度性保障"原则来拘束国家的货币政策,至少在目前的公法学认知上,仍只停留在"理论"之阶段。

④ P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht, T. 8.

生存以及发展其人格，故而，即使国家行使其租税权，亦应受到财产权保障原则的拘束。德国名公法学者 P. Badura 教授之意见以为，区分税捐为两类：一是为国库目的，亦即为国家财政目的的税捐，则人民缴交此类税捐，是为了国家任务所需要，因而，此类税，人民即较少受到宪法财产权的保障。二是基于国库目的以外的税，就是以经济调整（Wirtschaftslenkung）为目的的税。这种税，是为了"调整"财产权人之拥有财产权之大小为目的之税。例如，为避免社会的财富分配不均，对遗产人以及高收入者，课以"高额度"的税，因而，产生了类似没收的效果，①这则侵及了财产权的私使用性原则，是为宪法所不许。② 因此，立法者在制定税法之际，仍应受到私使用原则之拘束，是为"制度性保障"之要求。③

2. 个别性保障（Individualgarantie）

宪法财产权利的"个别性保障"，就是使人民产生一个积极的（可主张、请求的）权利，来抗拒公权力，对其合法所拥有的、具体的财产（权利），所为之侵害。故宪法财产权的"个别性保障"亦可称为财产权的"法律地位之保障"（Rechtsstellungsgarantie）。④ 任何对私人具体财产权利的剥夺或限制，都必须在宪法所预见——许可——的情况下，方得许

---

① 此即 W. Weber 所指责的"勒死式的税捐"（Erdrosselungsteuern），W. Weber, Eigentum in der Krise, S. 335。

② P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht, T. 31, 32. 同理 W. Weber, Eigentum in der Krise, SS. 335, 336。

③ 联邦宪法法院亦认为税捐不可过度地课予人民负担 BVerfGE 4, 7/16, 19, 119/128f, 30, 250；但是，究竟"过度之负担"系何意义，则未见其详。故 Badura 批评这个判决理由是"太空泛"，及对理论之发展毫无帮助。Badura, Eigentum in Verfassungsrecht, T. 31. 以后，联邦宪法法院仍持相同之见解。BVerfGE 38, 61/102; 63, 312/327 及 63, 343/368。

④ Ekkehart Stein, aaO. S. 162; W. Weber, Eigentum und Enteignung, S. 361.

可之。[①] 和"制度性保障"不同,财产权"个别性保障"只是针对立法者而发——要求立法者依照宪法的基本原则,来制定财产权政策之法律。但是,此"个别性保障"乃欲保障人民之财产权利,免受(不合法的)国家权力之侵害。故其针对之对象,就不只是立法者,而是全体的国家权力,包括行政权力及司法权力在内。[②] 这个"个别性"的保障,使得一切使个人(财产)权利地位发生变动后果的公权力,都必须是合法的,[③]也就是,立法者应制定财产权内容及其保障限制范围的法律,使一切合法对财产权的侵犯,唯有依循由立法者"合宪制定"的法律。《基本法》第1条第3项明言,"下列的基本权利之规定,视为直接适用的法律,以拘束行政、立法及司法权",故财产权利的"个别性保障",就可援引上述条款最后可经由宪法救济途径——宪法诉愿,来获从实现。宪法财产权"个别性保障"的功能,主要在防范国家权力不合法地侵犯私人财产权利例如公有化(《基本法》第15条),公益征收(《基本法》第14条),以及刑法及行政法上的没收(没入),等等。[④]

(1)公有化之问题(Sozialisierung)

依《基本法》第15条之规定,土地、自然资源及生产财产,为了达到"公有化"的目的,得由立法的规定,同时规定补偿的种类及额度后,移转为公有财产或是其他形式的公营经济体系之内。这公有化(亦可译为社会化)的补偿,系比照公益征收之方式。

西德在战后,马克思主义式的集体经济主张者,一度又活跃起来,所

---

① P. Badura, Eigentum und soziale Pflichtbindung, in :Politische Bildung, 1975/2,1975, S.44.

② W. Weber, Eigentum und Enteignung, S. 363;P. Badura, Eigentum und soziale Pflichtbindung, S.44.

③ Ekkehart Stein, aaO. S.162.

④ W. Weber, Eigentum und Enteignung, SS.364/365.

以在1949年,《基本法》的制宪会议,仅以些微票数通过的这条公有化条文,①赋予立法者,可以在任何时刻,不需任何理由,将土地、自然资源及生产财产,收归公有,②因而,公有化是宪法私有财产权保障原则之例外,公有化是将国家、社会内财产结构的"重组",因此,公有化可以说是一个宪法的"独立、独自的法律制度"(ein selbstständiges, eigenständiges Rechtsinstitut),③《基本法》第15条授权予立法者,可以制定此项法律,而不是一项立法者应制定该项法律的"宪法委托"(Verfassungsauftrag)。④鉴于这种社会主义色彩极为浓厚的公有化措施和德国日后发展的自由经济体系不调和,并且,参酌英国在战后所实行的类似措施,亦无助于解决英国经济的困境,因此,西德自《基本法》公布后,并未曾制定过一部公有化之法律。⑤ 而且,甚至连在联邦众议院内有席位的任何一个政党,也再无主张该项"公有化"之政策者⑥职是之故,《基本法》第15条是"备而

---

① 当时代表保守主义的"基督教民主同盟"(CDU)的意见(Ahlener Programm)即激烈反对。而主张此条文的是"社会民主党"(SPD)之主要政见(Godesberg Programm),两党势均力敌。Ekkehart Stein, S. 170.

② Vgl. Ekkehart Stein, aaO. ,S. 170.

③ F. Klein, Eigentumsbindung, Enteignung, Sozialisierung und Gemeinwirtschaft in Sinne des Bonner Grundgesetzes, 1972, S. 11;同理 T. Schramm, Staatsrecht, 2 Aufl. 1979, S. 152。

④ BVerfGE 12, 363; W. Weber, Eigentum in der Krise, S. 323; D. C. Dicke, aaO. S. 533(Rdnr. 10 zum Art. 15GG).

⑤ 《魏玛宪法》第157条已有公有化之规定。在魏玛时代也公布几个社会化之法律,例如1919年3月23日的《社会化法》(RGBl. S. 341),及同日公布的《煤业法》(RGBl. S. 342);4月24日的《钾矿业法》(Kaliwirtschaftsgesetz, RGBl. S. 413),以及《电气业社会化法》(12月31日公布,RGBl. 1920,S. 19,但未执行)。基本法公布之前,已有5个邦宪法有类似条文,《基本法》成立后,也有一邦增订有关社会化之条文,但是,战后至今,唯有在黑森(Hessen)邦有执行过社会化政策,但旋即撤销。见P. Badura, Eigentum, in:Handbuch des Verfassung srechts, SS. 695ff。

⑥ Ekkehart Stein, aaO. S. 170.

不用",其并不具有实际的效用。① 然而,就以将个人财产公有化,则必须完全遵照《基本法》第15条之严格规定,亦即必须是"全面性"地对某种财产种类,予以收归公有并有,必须予以公正的补偿,否则,即属于侵犯财产权保障,个人即可提起宪法诉愿,保障其财产权利。②

(2)没收以及公益征收

财产的没收(Vermögenseinziehung),在概念上,可以区分为政治意义的没收(Konfiskation),以及传统意义的没收(traditionelle Konfiskation),这包括了刑事法上的没收(strafrechtliche Einziehung)以及行政法上的没入(administrative Einziehung)。③ 政治意义的没收,是以政治动机,来对私人财产权予以剥夺。例如,实行共产主义的国家,在对于已拥有财产权的富人,予以无偿式的,或仅形式上补偿的将财产充公。而在德国,只有在《基本法》第18条规定,人民滥用基本权利(财产权包括在内),来攻击(国家)自由民主的基本秩序时,可由联邦宪法法院宣告该基本权利之(保障)失效。《基本法》此条之目的,乃在防止魏玛时代的"政治自由放任思想"(laissez - faire Gedanken),导致希特勒当权的再版。④ 不过,即使如此,联邦宪法法院宣告财产权之生效,意即只在该人无法继续"攻击民主政治"为限,是为"比例原则"仍在《基本法》第18条处,有所适用。⑤

---

① W. Thiele, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2Aufl. 1974, S, 207. 但 Thiele 认为纵使社会化条文未被使用过,但是并不可视为一个"死条文"("totes" Recht),因为这是立宪者授权予立法者之权限,为"日后"之用。

② Vgl. F. Klein, aaO. S. 12; W. Weber, Eigentum und Enteignung, S. 365.

③ W. Weber, Eigentum und Enteignung, S. 365,但是 E. R. Huber,就用语及意义而言即竭力反对"传统意义没收"——刑事法上之没收及行政法的没入,因为 Huber 认为"Konfiskation"专指"政治意义的没收",而"Einziehung"才是包含一般的没收及没入。E. R. Huber, aaO. S. 41.

④ F. Matthey, Rdnr. 3, 40 zum Art. 18, in: GG - Kommentar.

⑤ F. Matthey, aaO. Rdnr. 22. 不过对于个人之基本权利而言,《基本法》本条款之适用在德国联邦宪法法院之实务,尚未有前例发生。

刑事法上之没收及行政法上之没入，皆是以“违法”(Rechtsverstösse)为其前提要件①。就宪法而言，被“没收”及“没入”之“财产权”，是因其“行使”或“获得”，已超出其受保障之“限度”，且达反财产权行使所负有的“义务性”(《基本法》第14条第2项，详下述)。因此，其“违法行为之工具及结果”(producta et instrumenta sceleris)，必须剥夺在宪法“财产权”的保障之内。② 关于刑事“没收”及行政“没入”之“合宪性”，须由法律定之，此乃财产权保障之限度，自不待言。③

宪法财产权“个别性”保障的另一个方向，是针对公权力的公益征收而来之侵犯。公权力(国家)因公众福利之需要，可以征收私人之财产，而征收必须依照严格的要件——公益所必需，须公正地补偿(详后述)，倘一个征收措施，未能满足此宪法要件，即属违法侵害人民之财产权利，自不为宪法所许可。

(四)财产权的社会义务性

所有权人(财产权人)，应如何行使其财产权之问题，依德国民法第903条之条文规定，所有权人可以“依其所好”地使用其财产标的。《基本法》第14条第2项，明定财产权，负有所谓的“社会义务”。财产权的“社会义务性”(Sozialbindung des Eigentums)或是财产权的“义务拘束性”(Pflichtbindung des Eigentums)原则，因而确立。

1. 魏玛时代的萌芽

早在德国民法制定之时，其制定者即不顾当时夙素盛名的学者，如

---

① 因此，没收与没入，是含有惩罚之意义。

② E. R. Huber, aaO. SS. 40,41; W. Weber, Eigentum und Enteignung S. 365.

③ 对于行政罚——没入——之制度，其合宪性与否，现今之学界，大都没有争议。因为即使是由行政机关课予没入，但亦是经法律规定，并且，亦可由(行政)法院审查其合法性，故对人民财产权之保障，可以实质之效果。但 E. R. Huber 否认之。见 Huber, aaO. SS. 41/43。

耶林(Rudolf von Jhering),[①]基尔克(Otto von Gierke),[②]以及门格(Anto Menger)[③]等的建议、抨击以及反对,将民法的所有权之概念,决定为一种富含自由主义之浪漫,而且绝对性的概念。[④] 德国民法第903条,系依据自由主义的思想,赋予所有权人的权限,除了在违反法律之规定及妨碍第三者的权利之情形外,有绝对的排他权利。可以"依其所好"(nach Belieben)[⑤]地行使其财产权之标的,并排除他人之介入。[⑥] 虽然第903条也包含了些限制,但是对于本质上原是"绝对权利"的所有权而言,这些限制,是视为对所有权的一种"异体"(Fremdkörper),自始即含有例外规定的特征。[⑦] 这些加诸私人所在权上的例外规定之本意,也只是在保障(另一个)私人的利益,而不是导源于对财产权本身即应负有"社会责任"的理念之上。[⑧]

这种强调自由主义色彩的所有权概念,与主张"社会正义"为立国原则的《魏玛宪法》,是无法吻合的。《魏玛宪法》首次(在第153条第3项)宣示,财产权的使用应有助于"公共福利"(Dasgemeine Beste)。个人

---

① R. v. Jherig, Der Zweck im Recht, 1887, Bd. 1, SS. 510ff.

② 其在批评德国民法第一次草案时,即说道:依私有财产的概念,私有财产绝对不是一个绝对的权利,一个无义务性的财产权,将"毫无前途"可言。见 O. v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatechts (1889), in: E. Wolf (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1950, SS. 478/492。

③ Erwin Stein, aaO. S. 507.

④ K. Rudolph, Die Bindungen des Eigentums, 1960, S. 4.

⑤ 在德国《民法》第一次草案(1887年),是将"依其喜好"之用语,定为"依其恣意"(nach Willkür),但在第二次草案时(1896年),方将"恣意"用语改为较温和的"喜好"(Belieben)。见 H. Dies - ter, Enteignung und Entschädigung nach alten und neuen Recht, 1950, S. 24。

⑥ 这种立法例,是参酌法国民法典 code civile 第544条而来。

⑦ K. Rudolph, aaO. S. 3;同理 Erwin Stein, aaO. S. 506。

⑧ 见德国《民法》的立法理由, Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutschen Reich Ⅲ (Amtliche Ausgabe, Berlin Leipzig 1887) S. 258; Dazu, K. Rudolph, S. 6。

的经济自由，唯有在符合正义的情况下，也就是在能满足合乎人类尊严的生存的情况下，方可以受到宪法的保障（《魏玛宪法》第 151 条第 1 项）。

虽然，《魏玛宪法》在第 153 条之处，将财产权人对社会的义务，由传统见解之宗教式及道德式的义务提升到"法律义务"（Rechtspflicht）的层次，①但是，依据当时的学说，仍然将"财产权的对社会负有义务"规定，停留在只是"当为规定"（eine Sollvoschrift）的阶段，②本身对于立法者，并不构成，亦未含有直接、强制性的法律拘束性，故财产权的社会义务性规定，终魏玛之世，系视为一种对立法者的指示，期望或呼吁"方针条款"（Programmvorschrift）而已。③

2.《基本法》时代的发展

和《魏玛宪法》将财产权社会义务性视为"方针条款"迥异的是，西德《基本法》将该项原则（第 14 条第 2 项），系对于财产权人一项有适用力的、直接的法律义务。④ 故《基本法》制定此项规定之意，即含有下述数款之功能：在对财产权人而言，财产权必须对"社会福祉"负责。此种"社会负责义务性"，是构成其财产基本权利所不可或缺之成分，以故，财产权人的权限行使，也不可以逾越侵犯财产社会义务的界限。⑤ 对立法者而言，该项义务性的规定，系赋予立法者一个有拘束力的方向指标，指示立法者在制定规范人民财产权之内容及界限之时，能有一个正确的决

---

① M. Wolff, aaOS. 12; K. Rudolph, aaO. S. 14.

② 例如，见当时著名的 G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Anm. 16 zu Art. 153, 14. Aufl. 1933; Erwin Stein, aaO. S. 512; K. Rudolph, aaO. S. 115.

③ "方针条款"之理论与实际，参见笔者："论宪法委托之理论"，刊载于本文集第五篇。

④ BGHZ 28, 112; Erwin Stein, S. 515; K. Rudolph, aaO. S. 15; P. Badura, Eigentum imVerfassungsrecht, T. 12, Anm. 25. 但是，1953 年 4 月 10 日的联邦普通法院，却有相反的意见，仍然认为这面规定是"纯粹的方针条款"，LM Nr. 2 zu & 903 BGB (B1. 2), 31，引自 K. Rudolph, S. 343。不过，这只是少见的一个特例，已无人支持。

⑤ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10Aufl. 1973 S. 343.

定标准。[①] 此外,对于行政及司法机关而言,这项"财产权义务性"的规定,亦应作为解释的"准绳",有所拘束。[②]

财产权的社会义务性既然是一种法律标准(ein rechtlicher Massstab),来拘束立法者,而不是一个全权赋予立法者,可以依立法者之政治意念来填充的"空白规定"(Blankettnorm),[③]故立法者在制定有关人民财产权政策的法律时,也就必须仔细斟酌财产权对社会的"关联性"及"功能性"(sozialer Bezug und soziale Funktion),而不可过度地要求及决定该财产标的及种类负有"社会义务性"。[④] 尤有进者,《基本法》在第20条第1项以及第28条,皆宣示了所谓"社会(福利)法治国家"(sozialer Rechtsstaat)之理念。由于"社会法治国家"之立国原则,是以追求"社会正义"为首要目标,不可避免的,就必须通过"人民私有财产的社会义务性"来达成。尤其在有关土地等不动产以及工业资本财产方面,为了消弭随着国家工业化而来的社会问题,必须经过法律的规定,对财产权人的权限,加以限制。就以土地的所有权方面,民法的"依其喜好"地使用、处分其所有权之标的,已不复存在。依德国现行法制,土地所有权人之权限,已由建筑法、土地交易法、古迹防护法、环境保护以及有关自然资源及农业法规,大幅度地予以限制。其中,极为显著的,可举土地所有权人的"建筑自由"(Baufreiheit),以及"农林业用地"的"移转所有权自由",只是残留为一种"附带的权利"(zugewiesene

① 见联邦宪法法院的判决:BVerfGE 8,71/80; 18,121/131;25, 122ff;34,139/146ff; 37,132/140。

② P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht, T. 12, Anm. 25;Ekkehart Stein, S. 162.

③ P. Badura, Eigentum (in:Handbuch), S. 673.

④ BVerfGE 37,132/140f;38,348/370;49,382/394;50,290/340ff;52,1/32;Dazu, P. Badura, Eigentum, aaO. S. 673,FN 70.

Rechtsposition）罢了。[①] 建筑自由已经必须事先获得建筑许可（Baugenehmigung），其失去了行为自由，已极为清楚。[②] 相同的例子，例如大型企业的所有权人（如前文所述），因“员工参决权”的立法通过且形成，其对“财产标的之行使及处分”，已经遭到严重限制；再如限制“卡特尔”协议，以及“企业融合”，也在显示出，基于“财产社会义务性”，配合立法者的经济政策及社会政策，财产权人依其“喜好”行使其财产权的自由行为权限，已大幅度减少。[③] 至此，古典之财产权“神圣不可侵犯”之理论，已经失其意义矣。

（五）公益征收概念的形成及发展

1. 近代公益征收概念的形成

西方的公益征收法，起源于罗马时代。[④] 其近代的意义，可由格老秀斯（Hugo Grotius，荷兰法学家，1583～1645）所阐明。他指出，“征收”的许可，是因为领主对其臣民有“最高统治权”（dominium eminens），依此原则，如有“合法之理由”（iusta causa），而且，此项“合法理由”，系以“公共用途”（utilitas publica）为目的，领主自可以侵犯人民的“财产”。[⑤] 人民可以由领主之处，取得“损失”补偿。终 18 世纪之世，只要是为了“公共用途”之需，人民的财产即可“征收”之，不需特别的法律作依据。直至法国大革命之后，确定了以自由主义为嚆矢的自由法治国家（liberaler

---

① 例如：§§1，9，Grundstückverkehrsgesetz vom 28. 7. 1961（BGBl. S. 1091）；BverfGE 73/82ff；P. Badura，Wirtschaftsverfassung，und Wirtschaftsverwalitung，1971，S. 104；D. Willoweit，Historische Grundlagen des Privatrechts，JuS 1977，439，B. Breuer，Die Bodemutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie，1976，S. 126f。

② P. Badura，Eigentum（in：Handbuch），S. 685.

③ Erwin Stein，aaO. S. 505；P. Badura，Pflichtbindung，S. 51，及同作者，Wistschaftsverfassung，S. 105。

④ 参见 G. Meyer，Das Recht der Expropriation，1868，SS. 9－130。这是德国学界在 19 世纪中叶广受注目的一本有关征收之专论，迄今仍普受重视。

⑤ F. A. Mann，Zur Geschichte des Enteignungsrechts，in：Festschrift Deutscher Juristentag，Bd. Ⅱ，S. 295ff.

Rechtsstaat)理念,才将财产征收的许可要件,列入宪法之内,而成为一个"法律制度"。政府也因之必须有法律基础,方可侵犯人民的财产权利。①

德国普鲁士邦国 1794 年颁布的《普鲁士一般邦法引论》(Einl. ALR)第 74、75 条,已规定了"征收"的一般原则。② 财产征收的本质,依该法,乃具有"强制收买"的特性。③

德国第一个"征收法",是黑森大公园(Gross herzogtum Hessen),于 1821 年 5 月 27 日公布。④ 随后,各邦国也陆续制定了征收法典。依这阶段所陆续制定的"征收法典",财产之征收,是为了"公共福利"所必需,并且,须给予被征收人"公平"或是"全额"或"适当"的补偿,方可许可。1849 年 3 月 28 日的法兰克福宪法(第 164 条第 2 项,),正式地将财产征收予以规定:唯有"因公共福利之需要,并依法律,且给予公正的补偿"之情况下,征收才属合法。次年(1850 年)普鲁士于 1 月 30 日公布之《普鲁士宪法典》(Preuss. Verfassungs - Urkunde),在第 9 条,对征收之要件及程序,有更周延之规定:……财产,唯有在为公共福利,并且事先给予补偿;在急迫情况时,至少须暂时定额地给予补偿后,且须依法律之规定,方可以剥夺或限制之。由上述这种规定可知,其受当时所弥漫的"财产权不可侵犯"理念之影响极大。对于政府行使征收之限制,极为严

---

① H. Queck, Reichsenteignungsrecht, 1939, S. 1. 法国 1789 年发表之人权宣言第 17 条即规定所有权是神圣而不可侵犯之人权,除非为了公共利益之要求,以及事先给予公正之补偿,不得予以剥夺。

② 依该法引论第 74 条规定:倘人民之权利及利益,和公共福利相抵触之时,人民的权利及利益应屈服于公共福利之下。

第 75 条规定:任何人之特别权利及利益,系为公共福利之必要而牺牲时,应获得补偿。此外,该法第 4 条第 1 项第 11 款:唯有在为公共福利所必要时,国家才可强制收买人民之财产。

③ H. Stödter, öffentlich - rechtliche Entschädigung, 1933 S. 93; F. A. Mann, aaO. S. 309.

④ 引述自 H. Queck, aaO. S. 1。

厉。倘一块土地(私人财产),实系公共福利之建设所必需,政府无法利用私法的程序(自由买卖等方式),或是,利用私法途径,必须旷日废且极为困难时,才可运用征收方式,强制地取得土地,故强制性质的征收,必须"附随"于私法行为之后,方可行使。①

2."古典征收"之概念兴起

德国的"征收"理论,经过了将近百年的演变,在1848年(《法兰克福宪法草案》公布)后,逐渐酝酿成一个明确的"法律概念",此即是所谓"古典征收"(Die klassische Enteignung)理论。这个"古典征收"学说之成例,可由普鲁士于1874年1月11日公布的《土地征收法》,以及以本法为榜样,而制定于德国的其他邦法之中,得窥一斑。直至第一次世界大战结束为止,在德国盛行的此种"古典征收"理论,其主要特征约略如下:②

(1)财产征收之标的,只局限于所有权及其他的物权。征收是对人民财产权利之侵犯,它可能是采取"完全"或"部分"的方式,来限制或是剥夺人民(行使或拥有)财产的权利。③

(2)为了征收,所采取的法律手段,是行政机关以行政处分方式为之。因此,财产征收便形成行政法体系内,一个极为重要的制度,④是为

---

① H. Diester, aaO. S. 35.

② 依学者Huber之看法,自1874年的《普鲁士土地征收法》起,才算是"古典征收"理论兴起之时代,而非自1848年之法兰克福宪法起算。见E. R. Huber, aaO. S. 20; 同理,H. Diester, aaO. S. 35。

③ 这是《普鲁士征收法》第1条之规定。O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. Ⅱ. 2. Aufl. 1917, S. 3; O. Kirchheimer, Die Grenzen der Enteignung, 1930, S. 24; G. Meyer, aaO. S. 4;但是学者W. Weber却认为"古典征收"并不排除征收物权以外之权利,例如债权及专利权之可能性在内。见W. Weber, Eigentum und Enteignung, S. 390,然而,Weber这种看法,仅是极少数见解,理论上虽是可能,但是,依古典征收之实务,则极鲜存在。而Weber也未提出明白的立法例以支持其见解。

④ 见《普鲁士征收法》第2~4条,都有明白的规定行政处分之程序,来予以征收私人之财产。

典型的"行政征收"制度。

(3)征收私人财产权利,虽然是以公共福利为主要目的,但是何谓"有益于公众福利",则极不易判明。因此,"古典征收理论",要求必须有一个公共事业(或是公用事业,如自来水厂、电厂及政府机构、学校等)存在。亦即是,必须该事业,有需要被征收之标的物时,方可认为有"充足"的公益需求。故而该企业是须承继该被征收之财产权,以实现公共福利①。在征收时,这种征收权利之"移转",是为征收要素之一,而且,这种物权之移转至公用事业,是以剥夺、限制原财产权人之权利为代价。这种剥夺后,再"移转"到新所有权人的步骤,在法律的眼光上,是一气呵成,"同时"完成,故这种"权利人的变换"(Rechtsinhaberwechsel),②学者 W. Weber 称此种征收是一种"财产创设过程"(Güterbeschaffungsvorgang),③Weber 认为,征收是为公用事业产生一个财产的"过程",是一种取得财产的手段。④

(4)征收必须给予"全额"的补偿方可。⑤ 全额补偿的范围,不仅仅

---

① 依魏玛时代学者 Anschütz, Die Verfassungs - Urkunde für den Preussischen Staat vom 31, 1. 1850, 1912, S. 156; 同理 G. Meyer, S. 1。

② G. Dürig, Zurück zum klassuschen Enteignungsbegriff, JZ 1954, 9, FN 32.

③ W. Weber, Eigentum und Enteignung, S. 371; 及同作者,Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung, NJW 1950, 402。

④ Weber 这种以公企业之财产获得为着眼点的"财产创设过程"理论,受到 G. Dürig 之抵制。Dürig 是以征收乃对财产权人之侵害为主要对象,故征收制度及概念之特征,绝非对公用事业的财产"取得",或是财产之"增加",而是对人民财产之剥夺。故征收也者,是以财产权利丧失为其意义。G. Dürig, aaO., S. 9, 10; 另一个学者,E. R. Hubr, aaO. S. 24,亦赞同 Dürig 之批判。

然而,客观而论,Weber 在其论文之中,亦非不明了征收乃是对财产权之侵害,其所提出之"财产产生过程"理论,无非在于叙述公用事业借征收而取得被征收标的物之事实而已,因此,Weber 和 Dürig 之歧见,是于叙述同一事件之角度不同罢了,两人对于征收的"本质"——侵犯财产权,并无差异。

⑤ 《普鲁士土地征收法》第 1 条明定:私人土地唯有因公企业,为了公共福利之需要,且给予全额之补偿之后,方可以以征收来剥夺或限制之。关于德国征收补偿问题,参阅笔者论"公益征收的补偿原则"一文。

包括被征物之损失，亦包括其他因征收而引起之损失。这种征收补偿范围的认定，系受到私法之损害赔偿极大之影响。①

在“古典征收”理论盛行的此一时代，是希望国家及其他行政机关，尽可能地不要侵犯人民基本权利（财产权），因而，“古典征收理论”，是将征收制度，予以精密地界定其概念，而和实际的实务相配合。但是，对征收的基本认识，仍如同19世纪中叶一样，是以绝对性地保障私有财产为出发点，抑制国家公权力的侵犯。②

3. 魏玛时代“扩张的征收概念”

《魏玛宪法》在第153条第2项，规定了“财产征收，唯有因公共福利，根据法律，方可准许之。除了联邦法律有特别规定外，征收必须给予适当之补偿，有关征收之争讼，由普通法院审判之”。

《魏玛宪法》的这一条款，是世界第一部宪法将征收之过程，以“精密技术性”的方式，规定于宪法内。此征收法，在魏玛时代，是一个大放异彩的时代，学者称为“扩张的征收概念”（Der erweiterte Enteignungsbegriff）。这种由“古典征收概念”，在魏玛时代，演变成“扩张的征收概念”，有数点可资注意之处：

（1）征收标的扩充

早在魏玛初期，帝国法院审理有关房屋强迫分租的案件，就在判决中明白地宣示：只要对所有权的限制，就足以构成征收侵害的要件（RGZ 102，165）。在稍后，帝国法院在撤销一件有关退休金的案件（Lippische Rente）时，更表示，任何对于《魏玛宪法》第153条所保障的财产权利（各种具有财产价值的私权利）所为之侵害，都应该视为征收之侵害（RGZ 103，200ff）。都征收法而言，这个判决，具有划时代之意义。因为这个判

① 补偿应以“市价”（justium pretium，如同私法的“交易价格”），来作为认定标准。W. Weber 因此称为“公法赔偿”（öffentlich - rechtliches Surrogat），Weber，Eigentum und Enteignung，S. 390f；同理，E. Forsrthoff，Verwaltungsrecht，S. 330。

② E. Forsthoff，aaO. S. 330；H. Diester，aaO. S. 36.

决,使征收之标的,不再是以所有权,以及其他物权为限。只要是任何具有财产价值之权利,包括代债权在内,皆可列入征收侵害的标的之范围。①

(2)征收可以经由行政处分——所谓的"行政征收"(Administrativeenteignung),或是由法律直接予以执行——所谓"立法征收"(Legalenteignung)

这种认定由"法律"可以直接造成"征收"之效果,在法院实务中,系帝国法院在1924年12月13日,民事第五庭审理一件因矿业法(Anhalt-Berg Gesetz)而导致退休金被撤销之案件时,首次肯定之。② 立法征收的可能性受到肯定,应可源于当时的对受宪法财产权保障之见解,系扩张到一切"具财产价值之私权利"之上。故只要直接可因一法律的实施,致私权利有财产上的损失,即可归属至"立法征收"之概念之内。但是,就"传统意义的征收"(即"古典征收"),一个有益公共福利之征收计划(如建造公路、机场等),则尽管在魏玛时代已存在"立法征收"之概念,但终魏玛时代,亦皆留由行政处分来实行,未见有直接经由立法方式,来遂行征收计划的事件出现。③

---

① 其余之判决,见 W. Weber, Eigertum und Enteignung, S. 339;此外,亦可参考 W. Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 2. Aufl. 1964, S. 341。

② RGZ 109, 311, 引自 C. Schmitt, Die Auflösung des Enteignungsbegriffs, JW 1929, S. 495。

③ 《魏玛宪法》第153条规定,征收必须"依法律"为之(auf Grund eines Gesetzes)。名学者 C. Schmitt 即认为,基于法律及行政处分两者功能的"不容相互混淆性质",对于《魏玛宪法》本句"依法律"而可征收的正确解释,应该只有"行政征收",亦即,不可遽因法律而可直接在征收个案中遂行。必须由行政机关依法律,再颁发个案的行政处分后,才可实行征收。见 C. Schmitt, JW 1929, S. 496。

帝国法院认为,只要侵及《民法》第903条,所有权人的"依其喜好"的处分权限且有利第三者时,即可属于征收,在帝国法院稍后的看法,RGZ128, 18ff 亦再度表示这种见解。C. Schmitt, JW 1929 S. 495.

RGZ 112, 189;以及 RGZ116, 274;见 U. Scheuner, aaO. S. 128;笔者:"论公益征收的补偿原则",刊载于本文集第十三篇。

(3)征收不再以一个“公企业”或政府机构之存在为必要

帝国法院1927年3月11日之判决,主张只要将具有古迹价值之不动产,登录在“古迹保护表”上,只要该不动产之所有权人因此而遭到财产上的损失(如该不动产的市价,应而遽跌),即应视为征收之侵害。在本案件之中,即不再以一个为公益服务的公企业存在为征收之前提(RGZ 116,268)。①

(4)征收之补偿只须“适当”,必要时,可由联邦法律排除补偿

虽然《魏玛宪法》规定补偿只须“适当”(angemessen)即可,而不须“全额”。然而,在帝国法院的审判实务,却将所谓的“适当”补偿,解释成依以往之《普鲁士土地征收法》之成例,仍以全额也就是“市价”为原则。征收的补偿,也就是以被征收之客观价值加上对被征收人本身的“特别价值”,作为标准。② 鉴于《魏玛宪法》之制宪者,用了“适当”两字来规定此征收补偿之额度,显有别于以往法律所使用的“全额”(vollständig)用语,因而,当时许多学者,即据以主张,应给予立法者在制定征收法律时,有可弹性解释该条文之权限。③ 征收之补偿,应否公平地衡量变方之损益后,亦即先衡量被征人之损失,以及社会由之而得到的利益才由立法者决定补偿之额度?魏玛时代的帝国法院,④却以为公共福祉太过于抽象空泛,无法作为评判征收补偿额度之标准,故以无实益性之观点,拒绝了这种见解。⑤

---

① 帝国法院认为,只要侵及《民法》第903条,所有权人的“依其喜好”的处分权限且有利第三者时,即可属于征收,在帝国法院稍后的看法,RGZ128,18ff亦再度表示这种见解。C. Schmitt, JW 1929 S. 495.

② RGZ 112,189;以及RGZ116,274;见U. Scheuner, aaO. S. 128;笔者:“论公益征收的补偿原则”,刊载于本文集第十三篇。

③ 例如G. Anschütz, aaO. S. 717.

④ U. Scheuner, aaO. S. 128,FN 183;H. Diester, aaO. S. 41f.

⑤ 这是德国《基本法》以后所采的方式,以往只有希特勒当政后的帝国法院,才开始逐渐有这种看法。见H. Diester, aaO. S. 46。

此外,《魏玛宪法》虽然授权"联邦立法者(而非邦之立法者),可以制定法律,免除征收之补偿,但是,魏玛共和之时代,并没有制定一个这类型的法律。这种法律,其所能造成之财产权侵害,至深且巨也。①

除了《魏玛宪法》上述规定(第153条第2项)外,《魏玛宪法》在第155条,于第2项规定"为了满足住宅之需要,奖励移殖、开垦以及振兴农业之目的,得征收必要之土地"。这主要是针对第一次世界大战后,所引起房荒的社会问题,而制定的规定,是一种图利私人之征收,国家征收私人土地后,将再度移到另一个私人之手中,故学者 E. Forsthoff 称这种类型的征收是"过渡型的征收"(die transitorische Enteignung),②其不同于"古典征收"的是,古典征收的公企业所得被征物之后,是持续性地使用该被征物(即自己保有),来满足公益。而"过渡征收",却是将被征物"暂时"征收,而旋即出让予第三者。这种着眼于社会政策的"土地再分配",会由德国立法,并沿用至今。③

4.《基本法》的征收概念及其概念之界分

(1)征收的宪法意义及特征

公益征收的主要特征,在于其能侵犯私有财产权利。这种侵犯财产权,是以剥夺,或是限制财产权利之方式为之。要以宪法保障人民财产权利之眼光,来讨论公益收之合法性的理由,则可远溯到法国1789年之大革命之时,彼时将公益征收的许可要件,加入宪法之内,而成为一种

---

① 见 H. Diester, aaO. S. 38。

② E. Forsthoff, Verfassungsschutz, S. 99.

③ E. Forsthoff 反对这种"过渡型之征收",Forsthoff 认为,解决房荒,可以采过渡型之征收,是魏玛宪法之"特例",德国基本法没有类似的条文,故为了这个目的,德国1919年8月11日新定的《国家垦殖法》(Reichssiedlungsgesetz),在1976年3月15日曾修正(BGBl. I. S. 533),而现今仍再适用此法律。Forsthoff 以为这种"过渡征收",和基本法精神不合;被征收之土地,建成住宅,最多只能出租而不可售,否则是"以大暴易小暴"(den Teufel mit Beelzebub austreiben, 直译:以魔王驱小鬼),见 E. Forsthoff, Verfassungsschutz S. 100。

“法律制度”。公益征收的许可要件，亦即，宪法对将来征收立法的要求，立宪者在宪法内定有其一定之准则。在公益征收之概念，历经“古典征收”及魏玛时代“扩充的征收概念”的演变后，《基本法》第14条第3项，也定有明文。依《基本法》的思想，一个合宪的征收，其许可要件约如下：

①必须是为了公众福利而征收。征收是因为该人之财产权利，已无法满足公众福利之需求，故而，在所谓公众福利，此一抽象概念之具体化，就必须在征收的个案中显示出，该征收计划所要达成的公益必须远超过目前该私有财产所保持的私益。这种“利益之衡量”（Interessenabwägung），是立法者之责任，[①]立法在制定有关征收之法律时，应该将这种“利益衡量”，予以阐明，何种征收计划是可有益于公共福利。[②]

②必须有充分的法律基础。《基本法》是依循《魏玛宪法》成例，一方面维持行政征收，另一方面《基本法》亦明定，征收亦可“（直接）依法律”（durch Gesetz）而为之，至此，魏玛时代备受争议的“立法征收”问题，《基本法》正式肯定之。鉴于一个征收计划，直接由立法决定之，则人民对该征收之合法性问题，只能经由“法律违宪”审查之程序，而不似一般的“行政征收”，可有充足的法律救济程序（行政诉讼程序及宪法诉愿）可资保障，故依德国联邦宪法法院之见解，唯有在特别例外之情形，才可以许可立法征收。[③]

③“比例原则”必须被尊重。《基本法》第14条第3项，虽未明言征

---

① Vgl. BVerwGE 19. 171.

② 参见 E. R. Huber, aaO. S. 53; H. H. Rupp, Wohl der Allgemeinheit und öfferessen Bedeutung der Begriffe meinheit und öffentliche Interessen – Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, 1968, S. 117。

③ BVerfGE 24, 367/405；本案系起源于对《汉堡堤防法》（Hamb. Deichordnungsgesetz, 1964年4月29日公布）的“立法征收”，有否合宪之争议而起。而宪法法院肯定之。

收必须遵守此原则,但依法治国家之基本精神,比例原则适用于征收案件,毋庸赘言。① "比例原则"要求征收是公权力为实现公共福利之目的时,所不得已的"最后手段"(ultimaratio),公权力之征收乃为"辅助手段"(Hilfsmittel)②,应尽量避免使用这种措施。德国实际的征收法律,便有"协议价购"制度,行政机关有义务,于实施征收以前,先行"协议价购"该欲行征收之标的物。③

④必须予以"公正的补偿"。除了其他的要件已被满足外,征收还必须给予补偿。因此,所谓的宪法财产权保障,就此方面言之,即转成为所谓的"财产价值之保障"(Vermögenswertgarantie)。④ 此外和《魏玛宪法》迥异之处,《基本法》并不承认征收之补偿,可以经由联邦法律排除之(《魏玛宪法》第153条第1项)。相反地,《基本法》为了确保人民在征收之侵犯时,一定可以获得补偿,因而,制定了所谓的"唇齿条款"(Junktimklausel),依此条款,财产之征收,唯有依据法律,而该法律并"同时"有规定征收补偿之"额度"及"种类"时,方可准许之(《基本法》第14条第3项)。⑤ 这种"无补偿即无征收"(Keine Enteignung ohne Entschädigung)之条款,促使立法者,"事先"就必须知道,其制定之征收法律之合宪法与否全系乎有无补偿之规定。⑥ 由"唇齿条款"的制定,可以清楚地显示出,如德国学者 Urich Scheuner 所指陈:在宪法的体系中,财产权保障、征收和补偿三者,不仅在经济上,也在法律上,都已融合为

---

① BVerfGE45, 297/321, 335, 338.

② 此是联邦宪法法院在近年来所表示:BVerfGE 56, 249/261。

③ 例如:&87, Abs.2, S. 1, BbauG;&11 Abs. 2a. Landbeschaffungsgesetz; Art. 3, Abs. 2Nr. 1. BayBG 等。

④ Martin Wolff 所主张,见 M. Wolff, aaO. S. 13。

⑤ "唇齿条款"之德文原意为"连结条款"。为了突出两者(征收与补偿)之密切不可分之关系,作者特引申,取材吾国成语"唇齿相依、缺一不可"之意,多译为"唇齿条款"。按本条款是由学者 H. P. Ipsen 所命名,见 H. P. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDSt RL 10(1952), SS. 74/78。

⑥ Vgl. BVerfGE 4,219/235; 45,63/75.

一体，而不可分离。①

(2)征收概念之界分

自魏玛时期以来，已将财产权保障的范围，扩充至一切具有“财产价值”的私权利，已如上述。而且，征收的方式，亦不限于对财产权的全部或部分的剥夺，只要是限制该财产权利之行使，亦足以形成征收之侵害。再加上，《魏玛宪法》及《基本法》皆承认私有财产权，应有社会义务性，其应为公共福祉之需要，由立法者限制之。因此，就一个立法行为而言究竟要如何界分其乃一个(应予以补偿的)征收行为抑或系一个不必予以补偿的，单纯的财产权限制之行为？易言之，当立法者规定一项限制某种财产权利之条款时，如何决定其属于征收条款(就必须增列补偿之条文)或是属于“财产权内容及其限制”之条款？魏玛时代以来，即是学界及法院争议不决的一个问题。其主要的学说，略有下列数种：

①个别处分理论(Die Einzelaktstheorie)

魏玛时代的名宪法学家 G. Anschütz 首先提倡本理论。② 这个理论，将“征收”视为“对特定个人或是确定的及可得确定一群个人之财产权利的侵害”。虽然立法者在制定征收法律时，已经订明“何类”的财产权，可以作为征收的标的，但是，这种规定，并非说所有“该项财产标的”，都会遭到“征收的命运”，毋宁是，只有在少数个案时，亦即是因为公共福祉之需要时，才会对某些个人及人群的斯种财产予以侵犯。因此，遭到征收侵犯的必定是个案的、特别的情况。故“个别处分理论”，亦可称之为“个别侵犯理论”(Die Einzeleingriffstheorie)。③ 相反地，倘若一个法律规定人民的某种侵犯之时，则这种立法的侵犯，是概括性的规定，其系规定该种类的财产权利皆一律地受到侵犯，故是一种“财产权的社会义务

① U. Scheuner, Die Abgrenzung der Enteignung, DöV 1954,588.

② G. Anschütz, aaO.,FN 7,9,zum Art, 153.

③ O. Kimminich, Eigentum, Enteignung und Entschädigung, 1976, Rdnr, 125.

性",而非个案性的征收侵害。Anschütz 的这个理论,符合大部分的征收实务,将"征收"视为个案发生的公权力之侵害。而且,也符合征收是由行政机关依法以行政处分来征收之实务,故这一理论在魏玛共和国时代,是为主流理论,迭为法院所采纳;①甚至第二次世界大战之后,英国占领区内的最高法院,亦再度采纳这种见解。②

②修正个别处分理论(Die modifizierte Einzelaktstheorie)

德国《基本法》公布后,德国联邦普通法院于 1952 年 6 月 10 日,对于征收的概念,作了重要的阐释。③ 法院是基本上肯定魏玛时代盛行的"个别处分理论",但是,联邦法院将此理论,予以修正,将理论之重心,置于强调宪法所欲保障的平等权之上。准此,规定财产权义务性,亦即限制财产权之法律,是不可违背平等权之法律。每一个被此类法律所规范的财产种类,皆可预期地受到侵犯。而征收的法律则不然。(事后之)被征收人民,并不因一个征收法律之公布而"实时知道"自己的财产权利将遭到侵犯。必待日后单独的,依该法制定的"征收计划"之被提出,且征收的处分也具体公布后,方可知道自己的权利遭到征收之侵犯。故征收是违反宪法保障之平等权,而只使少数人之财产权遭到侵害,因而,此针对少数个人为了公共利益而牺牲时,基于"负担均分"(Lastungsausgleich)原则,补偿的必要性即随而确立。而财产权之社会义务性,却是一般性之规定,故无特定之被害人,自无特别予以补偿其损失之必要。④ 因而,本理论又被称为"特别牺牲理论"(Sonderopferstheorie),是联邦普通法院迄今一贯支持的理论。⑤

---

① RGZ 124 Anh. S. 33; 127, 281; 128, 28, 171ff; 135, 311; 150,13.

② OGH K. öln vom 1.7, 1948 = NJW 1949, S. 147; O. Kimminich, aaO. Rdnr. 126.

③ BGHZ 6, 270.

④ 同理可见, H. Diester, aaO. S. 141; U. Scheuner, aaO. S. 101。

⑤ BGHZ 15, 268, 271; 23, 30, 32; 32, 208; 近来的判决:BGHZ 45, 150/153; 60, 145,147。

③应保障性理论(Die Schützwürdigkeitstheorie)

本理论是40年代Walter Jellinek所倡。[①] Jellinek认为征收是对"财产权应(值得)保障之实体"(Die schutzwürdige Substanz vermögenswerter Rechte)的侵害。至于哪些财产权利,是值得或是不值得,应该或不应该来保障,依Jellinek所言,应依历史、社会一般认知以及立法者之意思,来具体形成。易言之,征收是经过上述的媒介,并对公共福祉及私益作一个衡量之后,确认为不应该保障的财产标的,而为之侵害。Jellinek这种理论,无法十分具体地决定何者乃不应保障的权利,以及何者是应保障的权利,故失之过于抽象,未为学术界及实务界所重视。[②]

④实质减少理论(Die Substanzminderungstheorie)

和Walter Jellinek同时代的Walter Schelcher教授,提出此理论,作为界分征收与财产权社会义务性之方法。征收是一种高权力对人民财产权利的实质现状及内容的侵犯,以至于依该权利本质极为必需之经济性功能已经被剥夺或严重地被侵犯。[③] 本理论是以私有财产权的"实质减少"为立论标准。但是,即使是基于财产权义务性,来对财产权内容作限制的法律,例如员工参决权,亦可使财产遭到实质之侵害。故两者或许可说是"侵犯的程度"有所轩轾,但仍不足以区别其两者间之差异。如上述之"应保障性理论"一般,本理论仍只是停留在纯学理之阶段,未为其他学者及实务界所采用。

⑤可期待(忍受)性理论(Die Zumutbarkeitstheorie)

自以德国联邦(普通)法院为领导系统的民事法院实务,支持"修正个别处分"理论以来,德国联邦行政法院,却采取"可期待性理论"来分

---

① W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3 Aufl. 1931, S. 413.

② O. Kimminich, aaO. Rdnr, 134.

③ W. Schelcher, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung, AöR 1930, S. 321ff.

庭抗礼。这个本是由40年代名公法学家Hans Stödter所创的理论,①视征收是对于财产权利的重大之侵害。因而,对于一个立法措施,是否归乎财产权之社会义务,抑或是征收行为,纯粹视该措施之严重性(Schwere),效果(Targweite),重要性(Wesentlichkeit)及持续性(Intensität),作为事实上断定之标准,所谓的"可期待性理论",也就是认为,所谓的"财产权社会义务性",是对财产权极轻微的侵犯,而且,可以期待人民忍受之。例如,位于高速公路、铁路旁的居民,必须忍受噪音,故财产负有义务,是因为该义务,不侵及财产权之实质也。但是,征收(剥夺所有权等),是对人民财产权极为严重之侵犯,非财产权之负义务可比。故而这种理论,亦称为"严重程度理论"(Die Schweretheorie)。

联邦行政法院,在1957年首次表明支持这个理论之立场。② 后来便维持引见解。③ 然而,所谓的"侵犯之严重性"极不容易认定,联邦普通法院,就认为这个理论,是"太无特色"(farblos),并未提出一个明确的及统一的征收概念。并且,对于"侵犯严重性"的认定,亦可由管辖单位的不同,而易其标准。如此,有关征收及财产权保障的基本价值概念,就要最后委由认定单位——主要是法院——来决定,而产生不公平及不一致之结果。故联邦普通法院认为仍以"个案处分理论"为妥。④ 除了联邦普通法院的批评外,学界亦在针对本理论,既然将征收的概念界分,由实际上的"侵犯严重性"与否来断定,如此,有关财产权的社会义务性和征收之间,即无一个明显的界限存在。也就是表示,两者概念之间,该规范效果的界限(normative Abgrenzung)问题,会被在实际上运作的事实上之界限(materielle Abgrenzung)来取代矣。而且,由于"唇齿条款"之要求,

---

① H. Stödter, öffentlich - rechtliche Entsch ädigung, 1933, Hamburg, S. 190f;及同作者,über den Enteignungsbegriff, DöV 1953, SS. 57,136ff。

② 1957年6月27日之判决,BVerwGE 5,143。

③ 例如,BVerwGE 7,297; 11, 68;19,94;32,173。

④ 首次在BGHZ 6,270;后在BGHZ 32,208。

立法者应在立征收之法时，已确认将来有征收行为之存在。现依此理论，反需将征收之断定，留诸后来之法院，其违反宪法之精神，极为明显，故学界间亦批评时起。①

尽管这两个德国最高法院所持之理论不同，但是，因“修正个案处分理论”和“可期待（忍受）理论”两者之间，亦非绝对截然对立，实际上，亦可有相互截长补短之机会。联邦普通法院虽持“修正个案处分理论”，但是，在判定一个不平等的“特别牺牲”存在时，会同时考虑到“侵犯的严重性”，②同样地，联邦行政法院在判定一个“侵犯的严重性”时，亦会考虑到此项侵犯有无注意到宪法的平等权，而造成对当事人的不公平。③因此，关于这两个理论之差异，学者 G. Dürig 称为“微不足道”（Nuance）而已。④

⑥私使用性理论（Die Privatnützigkeitstheorie）

学者 Rudolf Reinhardt 将这个理论的架构，建筑在宪法保障财产权利的本质，亦即是论及财产权制度性保障的“私使用性原则”。其以为《基本法》所树立的价值体系，在于确定人民有发展人格之自由及私有财产之制度。因此，立法者在制定一个规律经济活动的法律时，必须严格地遵守人民私有财产权的要素，系在于追求私利性。倘若，一个立法者所制定的法律，其主要功能并不在于保障人民财产权利的私使用性原则，则便是征收之法律。反之，若法律“无意”排除财产权的私使用性原则，而且，该财产权仍能行使其经济上之功能，则应视为单纯的对财产权拘束的条文罢了，因为，这种拘束，使得财产权之行使的功能，虽遭侵犯，仍

---

① 例如，H. Diester, aaO. S. 141; U. Scheuner, aaO. S. 101。

② 联邦普通法院以后是采取这种趋势，称为“标准改变判决”（Niveauänderung-surteile），BGHZ 8,273;30,241;50,98;O. Kimminich, aaO. Rdnr. 137。

③ O. Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1966, S. 225.

④ G. Dürig, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ 1954, S. 6.

可保持其追求经济上之目的,故必为客观上轻微之侵犯而已。① 可见得本学说,仍采纳部分"可预期性"理论之特色。这个理论将征收制度之概念,偏重于宪法对财产权保障的认知,是其理论之优点;然,对并未剥夺权利之征收侵犯,亦即只是限制权利之征收侵犯,则不包括在征收概念之内,因而其和单纯的财产权限制之界分,则仍失之空泛,故本学说亦仍乃单纯的学术理论,无法影响实务界。②

上述的各种学说,各有其不同之立论。本书以为,依德国之宪法体系,财产权的社会义务性,是财产权利不可分离的一个成分,③这个义务性,只有通过立法者对财产权之内容及其受保障之限度之规定,才可能具体化。依《基本法》第19条第1项之规定,凡是侵及人民基本权利之规定,都必须是广泛的规定方可,这是所谓"个案法律之禁止原则"(Verbot des Einzelfallgesetzes);从此,由被征收人与其他拥有与被征物同等种类之财产权人,两者之境遇相比较,即可判明,被征收人是为了公共福祉,所遭到"特别之牺牲"。故以征收之本质来论,征收之目的,并不像财产权之义务性规定一样,是以广泛性来侵及财产基本权利,而是以个案的、特别的来侵及。准此,由联邦普通法院所主张之"修正个案理论"(或称"特别牺牲理论")似较值得推许。④

(3)重返"古典征收"概念之呼吁

自从魏玛时代,法院及学界对于财产权保障的范围以及征收之概

---

① R. Reinhardt, Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäss Art. 14 des Bonner Grundgesetzesüber Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen? In: Reinhardt/Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 10ff.

② O. Kimminich, aaO. Rdnr. 131.

③ E. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 343.

④ 虽然如此,但是,此处所称之"特别牺牲理论",并非完全排斥其他的理论,而是,亦将"可期待性理论"之部分精神(主要是"侵犯之程度"与否)加入,如同在前文介绍"修正个案处分理论"时所提及。这种亦注重侵犯程度之"特别牺牲理论",是目前德国立法者所采纳在制定征收法律时之基本态度。O. Kimminich, aaO. Rdnr. 138 参照。同理 U. Scheuner, Die Abgrenzung der Enteignung, S. 591。

念，作了极为广泛及大幅度的扩充性解释，引起了各种理论，来界分征收侵害和财产权义务性，两个纠缠不明的概念问题争议越烈，并显示出“征收”之概念已呈现混杂之势。在此情况之下，早先单纯、清晰的“古典征收理论”，即令人有觉其概念优点之处。

早在魏玛时期，名学者 Carl Schmitt 于 1929 年发表了“征收概念之消逝”一文，①针对魏玛时代，法院利用解释财产权保障范围之机会，以个案式地，完全没有系统地来扩充征收之概念，表示不满。C. Schmitt 以为，任何一个法律，只在给予人民财产的不利益，法院都可以找到一个理由，便可将这个侵犯称作征收，而不“精细”地去论究到底何谓征收。故 Schmitt 主张尊重立法者的权限，而且，对于《魏玛宪法》第 153 条之规定，应予某种程度之限制，也就是：①古典征收概念，将被征物及权利，移转到受征收利益者的特征，不可放弃。②《魏玛宪法》第 153 条对私有财产权的保障，仍维持魏玛前之情况，亦即是，维持古典征收之概念，“立法征收”系不可能。征收是“依法行政”的结果，故只有“行政征收”。③扩张征收之概念，是欲借法官之力来拘束立法者，并非法治国家理念之表现，故解释宪法第 153 条，应全盘地以宪法之角度来决定。②

《基本法》公布后，名学者 Günther Dürig 在 1954 年发表“重返古典征收之概念”一文，亦表示对“古典征收理论”的怀念。③ 然而，G. Dürig 并非一成不变地采纳“古典征收”之概念，而是作某种程度之修正：④①被征物不只包括“所有权”，也包括一切具有财产价值之权利，由于债权，亦可作为征收之标的（使之消灭），故并不一定须有一个受益的公企业存在，只要公众得利益即可。②财产权保障对征收而言，是绝对的“财

① C. Schitt, Die Auflösung des Enteignungsbegriffs, JW 1929, S. 495 ff.

② C. Schmitt, aaO. SS. 496/497.

③ 参见笔者：《平等权的宪法意义》，第 21 篇。

④ 故 G. Dürig 自称之为“修正（古典）征收理论”（Der modifizierte Enteignungsbegriff），aaO. S. 8。

产价值之保障",也就是着眼于财产权人之损失,故征收是财产之剥夺,而不仅仅是限制。故宪法的征收概念,应将征收局限于权利完全的剥夺或是极具体部分权利的剥夺方可能和征收补偿之规定相结合形成所谓的"特别牺牲"。除此之外,其他的轻微的权利侵犯就只是太抽象,只能称为财产权之拘束(义务)性。③征收是使财产权利,导致损失,而财产权之限制,只是处分权(Verfü - fügungsmacht)遭到侵犯,故待拘束一消失财产权人完全之权限便即刻回复。④"立法征收"在理论上有所矛盾,因为依《基本法》第19条第1项之规定,则法律必须是抽象及具有概括性质。故和个案处分理论无法吻合。亦即"立法征收"的征收法律,依实证宪法之规定,虽获肯定(《基本法》第14条第3项有明文)可以存在,但是,立法征收的法律亦必须是抽象及概括的法律,因此,Dürig 认为"立法征收",亦是平等的侵害,但是,是"特别的牺牲"。另外 Dürig 对"个别处分理论",则表示:依该理论,征收是特别的侵犯,不平等的侵犯;而财产权限制是概括的侵犯,是平等的侵犯;这种"个别处分"之见解,已不再可能有"立法征收"之情况出现。"个别处分理论"即不如"特别牺牲理论"来得妥当。故其之见解和"古典征收"理论不同之处,主张"立法征收"亦属许可。①

不可否认的,征收概念之扩张,带来了征收概念和财产权限制之界分的困扰,是古典征收概念所未曾发生之事。但这种困扰,亦是因为宪法欲保障人民"财产权利"之效果越强而引起。Dürig 所倡议的"重返古典征收概念"之呼声,一以因为 Dürig 之"修正古典征收概念"之内容,亦

① Dürig 曾举例子表示:立法征收之可能,如经由法律征收某种药品,及交通工具送至灾区,就是立法征收的可能例子。见 G. Dürig, aaO. S.9, FN 31。

容有未臻妥善之处，①二以时代潮流，《基本法》的结构，基本权利的体系，远非百年前粗陋，或是尚在萌芽的宪法体系可比拟，因此，这个“重返”的呼吁，并未获得学界积极的反应。②

三、美国财产权保障与征收的概念

（一）《美国宪法》的有关规定

保障人民之自由权利及财产权利，是任何一个民主国家的写照，美国这个拥有实行“形式”及“成文”宪法最悠久历史的国家，亦不例外。人民所合法拥有的财产权，在何种情况下，可以遭到国家之“限制”，是宪法学上讨论人民“财产权利”的重心所在。一般而言，人民财产权利，必须受到“公益”的拘束。

在“公益”的要求下，这个对人民财产权的拘束，即可分成两个不同的体系——单纯的“限制”人民财产权以及对人民财产的“公益征收”。本文即以讨论美国宪法理论及实务上的“公益征收”之概念为出发点，而不可避免地，也必须针对其他对人民财产权利的“限制性”问题，一并提出讨论。现兹以《美国联邦宪法》有关之规定，先予阐述：

美国宪法规定保障人民财产权利是在第五修正案及第十四修正案。

---

① 学者 U. Scheuner 随即批评 Dürig 之看法，谬误甚多，例如，“征收是财产权利之剥夺”，而财产权之限制，只是处分权遭到侵犯”，Scheuner 以为，若对财产权一种“持续性的禁止使用”，即使是处分权遭到侵犯，亦属征收之侵犯。故 Dürig 这种看法，即有所不妥。另外，U. Scheuner 对所谓的古典征收之概念，再追本溯源，发现，学界所谓的古典征收理论，并非纯“古典”的。在盛行古典征收理论时，已将征收之范围，并不予以“缩小”。依 1870 年的法令，征召人民“守卫”拘留所，就可引用《普鲁士一般邦法引论》第七章第 15 条之征收原则。但学界不察，皆为“古典征收”只限于“所有权”等物权。见 U. Scheuner, DÖV 1954, SS. 590, 591, FN 16。

② U. Scheuner, aaO. S. 591 ff.

在第五修正案之后段规定,任何人民不得"未经正常法律程序,而被剥夺其生命、自由及财产权;私有财产亦不得在未予以公正补偿后,予以公用征收"。另在宪法第十四修正案一项末段,又特别针对各州政府,而规定"任何州政府,非经正当法律程序,不得剥夺任何人民之生命、自由及财产权"。

由上述两条文之内容可知,《美国联邦宪法》借着"正常法律手续"(due process of law)以及"公正之补偿"(just compensation)两大理念,来作为保障人民财产基本权利之方式。若是,纯粹以这两个法案有关对人民财产权利之"限制"及财产"征收"之规定而论,则美国宪法中所包含的"财产权限制"及"财产征收"之制度,即有待进一步讨论之必要。首先,先以对人民财产权之"限制"而言。宪法第五修正案及第十四修正案,分别许可联邦及州立法者,在通过"正当法律手续"之前提下,方可以对人民财产权利,予以"剥夺"(deprive)。虽然立宪者在此时未使用"限制"(restrain)之用语,但是,既然许可联邦及州"剥夺"人民之自由及财产权利,自然亦可包括了许可联邦及州行使对人民权利造成侵害效果较轻之"限制"立法措施在内。因而这种"用语"上之差异,系无关闳旨!但是,不无疑问的,却是宪法是以"正当法律手续"条款作为保障财产权之利器,如此,对人民财产基本权之"剥夺"(及限制)则只靠"正当法律手续"原则作为"形式"要件,至于联邦及州之立法者"何时"方得制定限制及剥夺人民财产权利之法律,这种涉及限制人民财产权之"实质(许可)要件",似乎并未在第五修正案及第十四修正案中,有所提及。也似乎由此二条文已经授予联邦及各州立法者有"随其所好"地规范人民财产权利之权限。

次而,讨论《美国联邦宪法》内之"公益征收"之问题。第五修正案规定人民私有财产不得在"未予公正补偿"后"收为公用"(betaken for public use)。这个条文内所树立之"征收"制度,即形成两个概念之特色,即"征收"须给予"公正补偿"及"征收"是私有财产之"收为公用"。

准此,《美国联邦宪法》之"征收"是为典型的"公用征收"。在以比较法的眼光,参酌大陆法系国家(如德国)有关"征收"之概念及制度,可以发现,对私有财产之"征收",早已不再局限在为"公用"之目的而征收——例如收用私人土地以建造道路、学校等公共用途,亦即,德国法上所谓"典型"及"古典征收"的概念,将"财产征收"等于"公用征收"之见解,早已不合乎现代国家之需要。国家为了其他公共利益之急需(如实行"土地政策"等),亦可实行征收人民之私有财产。这种将"公用征收"之概念扩张到"公益征收"之过程,早已在德国及中国台湾地区之征收法制,获得实践。究竟由《美国联邦宪法》第五修正案所形成的这个"公用征收"之概念及制度,有无随着时代之改变,而异其内容?颇有予以探讨之必要。

针对上述由《美国联邦宪法》条文所直接树立之"限制财产权"及"征收"制度,其由宪法条文之"明显语义"所产生之概念,到底能不能满足现代美国社会之需的问题,亦即,由这两条制定于距今两百年前的老旧法条及陈旧观念,能否负起充分保障人民财产权利之功能的问题,由探讨美国联邦最高法院迄今所作的许多相关的判决着手,即可获得答案。在详细讨论了德国的相关概念及制度后,本书即打算以采撷美国联邦最高法院之见解,作为讨论美国宪法对财产权利之"即制"及"征收"制度之依据。这也是了解实行"判例法"(case law)法系国家,如何解决法律争议的一个良好的案例。

(二)财产权利之限制——"警察权力"之行使

1."警察权力"之原始概念

《美国联邦宪法》在第五、十四修正案,分别许可联邦及州经过"正当法律手续"即可"剥夺"人民之财产权。但是,为了更清楚地说明联邦及州立法者之"侵犯"人民财产基本权利之理由,美国宪法实务及学界即产生所谓的"警察权力"(police power)理论,来作为肯定联邦及各州之立法行为之依据。所谓"警察权力"理论,是指联邦及各州可以拥有"警

察权力"来管理人民,而且连带地也可以将人民的自由权及财产权等基本权利,予以限制及剥夺之。国会及州立法者所拥有此项"权力",可以说主要是源于宪法上述两个条款,赋予立法者广泛的权限来规范人民之基本权利。所以,早在19世纪中,举凡国会及州立法者,对于"商业"行为及商店的管制立法(如对酒类的管制);①消防法规之颁定;②娼妓的管理;③垃圾的处理规定④等,都包含在"警察权力"的概念范围之内。这种国会及立法者广泛地基于"公益",也就是为了"维护公共安全、公共福祉、社会安宁、秩序及道德"可以对"人与事"采一切必要之限制及管理措施,⑤人民的财产权,其行使、享有及处分之权限,因而完全屈服在立法者这个权力下。本来美国宪法只对人民基本权利(包含财产权)之侵犯,初只以"正当法律手续"原则的"形式(程序)"保障,至此,已增加了一项,人民权利须屈服于为"公益"之"警察权力"之"公益拘束"的"实质"保障。是"警察权力"理论之产生及被使用,所带来"补充"对美国宪法理念缺憾所作之贡献。

"警察权力"行使之目的,早期是针对人民基本权利之"有害的行使"(noxious use)。⑥ 人民行使之权利,致使社会大众遭到"不利"、"有害"之后果,故必须由立法者予以禁止。此亦符合一项拉丁文之法谚"行使你的权利,不要侵犯他人之权力"(sic utere tuo ut alienum non laebas),

---

① Boston Beer Co. v. Massachussetts, 97U. S. 25(1878); Mugler. Kansas, 123U. S. 623,679(1887).

② Munn v. Illinois, 94U. S. 113,146(1876).

③ L'Hote v. City of New Orleans, 177 U. S. 587 (1900).

④ Gardner v. Michigan, 199U. S. 325(1905).

⑤ T. D. Havran, Eminent Domain and the Police Power, 5 The Notre Dame Lawyer (1930), p. 38.

⑥ 在1887年的Mugler v. Kansas案中,联邦最高法院大法官Harlan即提出此见解,Ibid, at 660;以后在1922年,Pennsylvania Coal Co. v. Uahon, 260U. S. 393,417, 大法官Brandeis在反对意见中,亦重申此旨。

"警察权力"之行使，即是在遏制及排除对"公益"有害之私人行为。① 这种"警察权力"限制及剥夺人民的财产权，不必给予任何之补偿，是以任何人民之权利，都必须在"不违反社会公益"，作为受到宪法保障之前提。②故立法者制定法律，来规范人民的财产权，只要立法者之立法，并未"不合理"（unreason - able），"恣意的"（arbitrary）及"反复无常的"（capricious）的话，法院原则上都承认该法律的拘束效力。③ 易言之，只要立法者的出发点是为了公共利益，其立法与公益间已存在一个"真实"（real）及"存在"（substantial）之关系时，法院即尊重立法者的裁量权。④

2. "警察权力"范围之扩张

随着社会结构之改变，社会关系的趋向复杂，传统的、消极性质的"警察权力"只是针对排除个人行使"对社会有害"行为（行使财产权行为），已不敷时代所需。尤其进入 20 世纪以来，国家任务之范围益形庞大，国家使用"警察权力"，来"促进公益"，积极达成社会正义之必要性，也益显重要。"警察权力"概念的扩张，是现代美国宪法学的一大特色。其概念扩张的范围，可以下列联邦最高法院所作的判决，以为说明：

（1）战时立法及战争行为：在战争期间，为管制战时经济及节约物资所为的立法，如封闭私人金矿矿场，不得开采之禁令，⑤以及战争行为，如摧毁民房，私人油槽，避免资敌等行为，⑥都是政府"正当权力"之行使。

（2）维护较高经济利益之农业：著名的案件是在 1928 年所判决的

---

① T. D. Havran, supra Note7, p. 382.

② 依 Havran 之见解，此亦是国家"主权"之传统权力，supra Note 7，p. 380。

③ Nectow v. Cambridge, 277U. S. 183 (1928), 72 L. Ed. 482. 48 S. Ct. 447.

④ Harvan, supra Note7, p. 383.

⑤ Unied States v. Central Eureka Mining Co. 357 U. S. 155(1958), 2L. Ed 1228 1236, 1237, 78 S. Ct. 1096.

⑥ 第二次世界大战，美军推毁马尼拉附近之油槽，见 United States v. Caltex, 344U. S. 149(1952)一案。

"Miller v. Schoene"一案。[①] 本案是美国 Virginia 州公布了一部法律,因为该州有些农人种植一种观赏用的红杉,若该杉木感染一种"铁锈"病后,即易传染予苹果树。鉴于该州的苹果种植是该州的农业主流,且雇用该州极大比例之州民,故为了维护该州人民之就业机会及经济利益,该州法即牺牲经济利益较小之杉木。规定,凡在苹果园周围某些方里之"传染半径"内之红杉,不论有无染病,皆一律砍除。联邦最高法院认为为了维护"更高利益"(由经济利益所带来之就业利益等),可以牺牲较低之农业,所以,是州议会之"正当警察权力"之行使。本案的"警察权力"行使对象和以前的传统"警察权力"行使之场合不同的是,本案有些杉木种植者,本身并非全有产生"对公益有害"之行为。其即使无感染锈病之杉木亦须砍伐,故全是为另一种行业(苹果业)而牺牲之例子,和下述要讨论的"公益征收"之案件相类似。但是,联邦最高法院拒绝给予迁徙费及补偿费之要求。

(3)都市计划及土地使用规则的划定:在 1926 年的 Euclid v. Ambler Realty Co. 一案,[②]最高法院认为关于土地分区使用的"区域计划"规定(Zoning Ordiance),不准在住宅区内兴建工厂及商业大楼;不准在家庭住宅区内兴建高楼公寓,虽然使个人财产(土地)产生损失,但属于"理智"的"警察权力"之立法,其有助于公共健康及安全之维护。另外,在实行都市计划方面,对私有土地,命令予以填补坑洞、禁止挖掘等立法行为,亦属"警察权力"之行使。[③]

(4)古迹、纪念建筑物之认定,因而可予"禁建"之决定:在著名的

---

① 276U.272, 48S.Ct.246, 72L. Ed. 568.

② 272U. S.365, 47 S.Ct.114, 71L. Ed.303.

③ 典型的例子,是 1962 年的"Goldblatt v. Hempstead"一案,369U. S. 590。本案原告在市郊拥有一块砂地,并以采砂为业。致在砂地区内遗下一大坑洞。讵市区发展快速,已及于砂地区域。市政府公布新法令,依此法令,原告非但不能再掘砂为利,甚必须将原坑洞填平。原告认为如此花费甚巨,故提起诉讼。联邦最高法院认为此乃"警察权力"之理智使用(有利公共安全)故驳回原告之诉。

"Penn Central Transp. Co. v. New York City"(1978)一案,[①]位于纽约市的 Grand Central 车站,被该市的"纪念建筑物认定委员会"认定为纽约市之纪念建筑物。该车站(即原告)所有的改建计划——欲拆除该车站之老建筑,另建摩天商业大楼之计划——将不可能实现,因而主张其财产权受到侵犯。联邦最高法院肯定市政府之理由,认为因为认定系争房地之"纪念建筑物"虽是基于"美学"之观点,而予"禁止改建"之处分,实是类似于一般人民之建筑物所为"建筑高度"及"安全措施"之管理,都是"警察权力"行使之表现。同时,也和一般的相关土地"分区使用"之法规,同其性质,故判定原告败诉。以本案之意义,为了"市容及观光之价值",可以加入"警察权力"之概念范围之内。

(5)环境保护、生态维护,如为了保护某些濒临绝种之稀有禽兽所为之立法。1979 年的"Andrus v. Allard"一案,依联邦通过之"白头鹰保护法",禁止人民猎取、贩卖、持有及运输美国稀有的白头鹰(Bald Eagle)及其躯体之一部(如毛、骨等),但在本法公布前所为之上述行为,不在此限。[②] 本案是一印第安人,将其前所拥有的白头鹰标本,在该保护法公布后,制成手工艺品贩卖给游客,致遭到取缔及处罚。联邦最高法院认为,本法虽然已经限制人民当初已合法获得之财产标的(如老鹰之标本)的使用——如不得再转卖他人及制成工艺品,但亦系国会的警察权力。依大法官 Brennen 之见解,这是基于"保护野生稀禽"所为之立法,可以对传统财产权利,(即拥有、收益及处分之权)予以拒绝。此权力亦属"警察警力"。

(6)土地政策与租金管制方面:在最近,美国法院也将"警察权力"的行使范畴,延伸到有关规范"土地政策"及"租金管制"方面。先就前者而言:1984 年联邦最高法院判决一个"Hawaii Housing Authority v.

① 438 U. S. 104, 98 S. Ct. 2646, 57L. Ed. 2d. 631.

② 444U. S. 51, 100 S. Ct. 318, 62 L. Ed. 2d 210.

Midkiff"案。[①] 缘夏威夷州的土地集中在某些少数人手中的情况极为严重。为实现正义,使得佃农能拥有自己之农地,该州州法强制规定,佃农可以以市价向佃主购买承耕地。这种为打破"土地垄断"所为之"土地政策"之立法,联邦最高法院,以 O' Connor 大法官为首之意见,认为系一种"传统州警察权力之行使的例子"(a classic exercise of a State's police power),故限制地主之权利,并不违"宪"。

另在"限租"之立法方面,在联邦最高法院虽尚未有明确之判决可供讨论,但在 Wew Jersey 州,1977 年州最高法院有一个判决,认为州法规定对年老的承租人,出租人不得增加租金之规定,也是属于州之"警察权力"的行使范围,故不得谓之为违宪。[②]

(7)为促使竞争及消费者利益:1984 年联邦最高法院公布之"Ruckelshaus v. Monsanto Co."案,[③]依联邦一个有关杀虫、灭鼠的农药法案规定,在有人提出新药剂上市之申请时,主管官署在收取申请人缴交之某些补偿费后,会公布以前已提出申请之同样产品的研究数据,供后来者参考。原告认为此举已使其以往花费庞大的研究效果减低,并增加后来上市公司的竞争能力,故本法已经损害了其"智能财产权"。联邦最高法院则赞同官方见解,以为前申请人已获得公平的补偿费后,为了不使后申请人浪费金钱及时间,而公布他已完成之"研究成果",将有助于新产品的迅速产生,使市场竞争加强,消费者将因此蒙受利益,此亦是国会可以行使"警察权力"的权限之内,人民的"智能财产权"即可因而受到限制。

---

① 467U. S. 229,104 S. Ct. 2321, 81L. Ed. 2d 186.

② Property Owners Association of North Bergen v. Township of North Bergen 378 A. 2d 25, 见 1980 Supplement to E. S. Corwin's, The Constiution and What It Means Today, p. 121。

③ 467 U. 986, S. Ct. 2862, 81L. Ed. 2d 815.

3. “警察权力”范围之限制

联邦及州的立法者，通过援引“警察权力”之概念，来拘束、规范人民的财产权利，由早期消极性质地“排除”对公益有妨碍的个人财产权行使之立法措施，到20世纪来积极性且多样性地“促进”公益的立法目的，“警察权力”的范围也膨胀极快。虽然，立法者援引“警察权力”所为之立法，少数的例子是有给予被“规范”的人民予以补偿（如上节6之Hawaii Housing Authority案及7 Ruckelshaus案，详下节述之）外，绝大多数是不必给予人民任何补偿。因此，在“不必补偿”为原则的“警察权力”行使之案件，和宪法（第五修正案）所承认的“必须给予公正补偿”之“征收”案件，皆是对人民财产权利所为之侵犯。如何区分这两个制度，除了将在下节讨论外，对于立法者实行“警察权力”之界限问题，如何在该“权力”随着社会演变而“膨胀”之际，同时予以“规定”其概念界限，联邦最高法院在1922年判决的“Pennsylvania Coal Co. v. Mahon”一案，已有了初步的讨论。①

本案原告宾州矿业公司依当时有效的（1878年公布之）衡平法，将土地让渡与被告，但在让渡契约上言明，原告仍保有地下采矿之权，而被告也愿意承受原告因采矿所产生之任何效果，而不得要求任何赔偿。但宾州在1921年却公布一个矿场法，为了防止有人居住之地层下陷，该法规定，除非是自己之土地，否则须在至少距离他人土地1500尺以外之土地下，方得开矿。本案原告之开矿权利，即因本法之公布，而完全被剥夺。本案在州下级及高等法院裁判，皆以此法乃“州之警察权力”为理由，遭驳回之命运。

然而，以大法官Holmes为首的判决意见，则认为每个人民的基本权利，都有一个“内在限制”（an implied limitation），就是必须屈服于“警察权力”之下。但是这个限制，必须有其限度，否则“契约”及“正当法律手

① 260U. S. 393, 43S. Ct. 158. 67L. Ed. 322.

续原则"两个制度都会丧失。考虑这个"限度"的标准之一,便是人民"权利丧失之程度",若达到某一"限度"(certain magnitude)时,就会形成应予人民补偿的"征收"行为了。立法者若是有如此行为时,而不予人民补偿,则非法院所许可。在本案,以 Holmes 为首的意见,认为被告既然已经由订立契约之方式,愿意承受原告开矿之后果,被告虽在矿场上土地地面,拥有一间房间,原告只要将开矿之情事"通知"被告,就可以保障其安全(即被告可暂离该处,或提高警觉)。况且,两方利益之损失不成比例,法院以为拥有"矿权"者即应有完全可开采,产生商业经济效果之权利。其对原告权利侵害之大,故法院否认本法是"正当的警察权力"之行使。尤其值得重视的是,联邦最高法院认为不可随便扩张"警察权力"之范围,否则,私有财产将会"一步一步地消失"![①]

在本案的判决理由,Holmes 虽未提出确切的标准来界定"警察权力"的范围(详下节),但是,其已明白宣示,禁止立法者滥用"警察权力"侵犯人民之财产权利。本案也是美国联邦最高法院所作的极少几个否认立法者使用"警察权力"裁量权之判决,故有其极为重大之意义。至此,欲论究一个"合宪"的"警察权力"之概念,则和"征收"之概念讨论,有密不可分之关联矣!

(三)"公益征收"之制度与概念

1. 征收概念的演变——由"公用征收"到"公益征收"

虽然美国宪法第五修正案之条文明言,可以为了"公用"(public use)来征收私人之财产。国家实行凡可使人民财产有"被征收"(be taken)后果之权利,一般认为可分为征税权(taxing pwoer)及征收权(eminent domain)两种。所谓国家的"征税权",是国家征收私人之财产(金钱)而缴入国库,并以国库支付国家公用之需,但无须再予人民"公正补偿",故不可以归属于第五修正案的"财产征收"范围,也不可不免

① 260 U. S. 393,413, 415.

同遭被征收之命运。由于原告之房产被征收后，会再拍卖给其他私人（或公司），故原告也主张，该征收目的未符宪法所定之“公用”（public use）要件。联邦最高法院，以 Douglas 大法官为首的判决意见，驳回了原告之诉。其理由以为，维持公共安全、健康、道德、和平、安宁及秩序，都是立法者可以使用的，传统性质的“警察权力”来规范市政事务。这些广泛于“公共福祉”（public welfare）之概念，是立法者决定之权限，而非法院所能置喙。司法权力应该“尽量少”地介入这种属于立法者的权限范围。以本案而言，立法者经由制定《整建法》方式来使美国首都看起来更美观，亦非法院所得干涉。至于原告所指陈之，征收应该为了“公用”之用途，Douglas 大法官则将宪法所使用的“公用”（public use）扩张解释为，只要立法者立法是为了达成任何“公共目的”（public purpose），即合乎宪法之要求。本案之私人土地经征收后，将会转由私人承购（租），法院以为，若假借私人之整建行为，仍符合规定之“整建计划”，即可收“整建”效果，故不必一定须由政府来“承继”诸些被征地及亲自从事整建计划。

Berman v. Parker 案所代表的意义有三：（1）联邦最高法院在判决中，将立法者之“警察权力”和“征收权”混在一起。将“征收权”视为达到“警察权力”（更清楚的，应是“警察目的”）之手段。因此，不能突出“征收权”之发动，本身即有一个“公益”之出发点为必要前提，却须假借一个“警察权力”（整建公益）作为手段之出发点，是混淆了“警察权力”及“征收权”之概念；（2）本判决很明确且正确地将狭义及僵硬的“公用”概念转变成合乎时代所需的“公益”（公共目的）概念；①（3）法院承认司法权力应该“有所节制”，原则上极尊重立法权及行政权力对“公益”所

① 如 Havran 氏所言，征收之目的必须为“整个社会”蒙受利益，而不得为某些个人或阶层人士所享有。Supra Note 7，p. 381.

作之裁量决定。[①] 本案这三种启示,尤其是将"警察权力"与"征收权"相互协合之看法,以及将"公用"目的转换成"公共目的",在以后的联邦最高法院判决中,也获肯定。最明显之例子,是前已述及之"Hawaii Housing Authority v. Midkiff"(1984)一案,[②]由 O'Connor 大法官为首的判决意见,完全援引了本案的判决理由,将平抑"土地垄断"之"土地重分配政策"视为"警察权力",而将"地主强制出卖义务"比照"征收"(taking)之作用。且转卖土地予私人(佃农),虽然更明白地违反了宪法"公用"之本意,但法院也援引 Berman v. Parker 案之转为"公共目的"之新义,而承认其合宪之效力。另一个也是前述的,亦于 1984 年判决的"Ruckelhaus v. Monsanto Co."案,[③]关于主管分署公布前人之研究成果予后来申请人,联邦最高法院虽然认为这种公布他人"研究成果"是一种侵犯人民财产权之行为,但是乃基于"警察权力"之行使,而以"征收"(taking)为手段。然而最高法院却反对下级法院之认定此举乃"有利私用"(private use)之征收。援引 Berman 案及 Hawaii Housing Authority 案之处理,联邦最高法院认为,只要该征收"有想象得到的公共特征"(a conceivable public character)存在时,即可由立法者实行之。为了丰富市场经济及竞争,及增加消费者选择之对象,法院也许可适用这种"非公用"之征收。

由上述判决的演进可知,"公用征收"之概念已演化成"公益征收"。

---

① 法院所扮演的角色,则只限于"程序"方面,以及在遏制立法者及行政"明显的滥权(恣意)"时,才有其作用。Harvan, Ibid, p. 381.

② 此观乎戴雪对美国宪法实施成功的赞许即可得知。戴雪除了在《英宪精义》中明白提及实行成文宪法的国家中,只有美国拜实施类似英国的普通法及普通法院体制之赐,才可以算是一个法治成功的国家。另在《英宪精义》第一版出版后不久,戴雪在英国《法学季刊》(2 Law Quarterly Review 1886, pp. 88 - 89)中说道,美国宪法已展现出其确实的可行性,方可将如潮水般的民主导入安全的管道中,可见得戴雪内心钦羡美国的成文宪法也!见 B. J. Hibbitts, Ibid. at p. 28。

③ O. Mayer, aaO. S. 61.

征收之目的既然只在为“公益”，而限制人民财产权利之“目的”——“警察权力”之行使——亦为了“公益”，前者之为了“公益”，须以付出“公正补偿”为代价，后者则否，相差有如云泥之隔，如何区分之？即成为下一个欲解决之问题。

2. 公益征收与警察权力之界分

尽管在上节提及的“公益征收”的概念，在经过 1954 年划时代的 Berman 案，到目前在 1984 年两个 Hawaii Housing Authority 案及 Ruckelhaus 案，成功地将古老的“公用征收”概念，转化成“公益征收”概念，但是，这三个代表性的案件，也同步地，牺牲了对“警察权力”和“征收权”相互区分的讨论。三案皆将这三个权力混在一起，使后者成为前者之手段。但是，着眼于“补偿义务”的存系与否，这两个制度实必须严格划分。其实，在上章提及有关“警察权力”范围扩张问题之案件，多半也同时在讨论，警察权力如何与“征收”制度相互区别之问题。为了解决这个复杂的且在宪法条文内丝毫未言及之问题，美国联邦最高法院的大法官们，不论是在判决意见抑或在反对意见里，分别提出一些解决之尝试方案，兹择其重要者，予以讨论：

(1)移转权利论及无专论：早在 1887 年，联邦最高法院大法官 Harlan 在“Mugler v. Kansas”案的判决中，就提出这个理论。[①] 本案乃是因为 Kansas 州通过“禁酒法”，使得原告所经营的啤酒厂濒临倒闭，本人也面临失业及破产，故主张“禁酒法”是一个征收法，须予原告补偿。联邦最高法院否认之。Harlan 大法官提出两个准则，来区分“警察权力”与“征收”之制度。其首先认为，本法之通过，并未“剥夺”原告之酒厂所有权，原告之“财产”并未损失。所以，Harlan 是以宪法“字义”解释“征收”之制度(即“公用”征收)。次而，其提出“无辜论”(Innocent)，认为凡是“警察权力”之行使，只是在“限制”人民之“有害”(公益、社会)之使用，

① O. Mayer, aaO. S. 62.

财产权行为(所谓"有害使用"noxious use)。相反地,公用征收之相对人,则皆是"无辜"地使用其财产权(innicrent use)。本案是禁止原告继续酿酒及贩酒,所以,是限制其对社会之"有害"行为,非"公用征收"之"无辜者"可比。① Harlan 大法官这种界定,明显地,是以古典的"公用征收"和原始的"警察权力"概念相区别,也不符合两者都早已变化的新概念。但着眼于这个理论的"明确性",自 Harlan 提出以后,仍有少数大法官采纳。例如 Brandeis 大法官,在 1922 年的"Pennsylvania Coal Co. v. Mahon"案②所提的反对意见,也引用 Harlan 之理由,认为原告仍拥有"矿权",一旦禁令解除,原告照旧可开矿,而现行法禁止其开矿,也是为排除"开矿之有害行为"。③ 另还有在 1954 年判决的"United States v. Central Eureka Mining Co."。④ 关于战时法令,矿场中非主要之矿场,须中止开采,以节约设备及人力。大法官 Burton 认为,政府并未"占有"、"使用"或其他"实质占有"该矿权,所以,不符合征收之要求。故这个理论,将征收之特征,表现在被征物的"移转"其所有权或"实质占有"(in physical possession)予政府之上,可说明阐述"古典征收"论之代表。

(2)损失程度论:这个理论是 Holmes 大法官在前述之"Pennsylvania Coal Co."案中,所提出之看法。Holmes 在判决理由上提出脍炙人口的名言:当"警察权力"行使得"太过分"时(goes too far),则会被认为已形成征收之要件矣。为区分"警察权力"和"征收"之不同,其认为应该以对权利侵犯之程度——人民利益损失之程度——(magnitude of loss)大小来作判断。凡是属于"警察权力"之侵犯,必属于"微小",而被"征收

① 见 J. L. Sax, Takings and The Police Power, The Yale Law Journal 74(1964) p. 38。

② O. Mayer, aaO. S. 63.

③ 260 U. S. 393, 417 另见:The Supreme Court, 1977 Term, in ;92 Harvard Law Review,(1978 - 1979). p. 28。

④ 357U. S. 155,78S. Ct. 1097, 2L. Ed. 1228.

权力”所侵犯到的财产权，效果必然极为庞大，故人民财产权损失之“程度”可作为判断之标准。Holmes 的基本出发点，仍是以保障人民之财产权为主。在 Holmes 进入美联邦最高法院（1902 年）时，美国联邦有关管制人民经济行为之法令，不到两册。但是，随着时代进步，工商业发展，国家管制性法律之数量也随之膨胀。① Holmes 大法官认为不论传统的“警察权力”及传统的“征收权”在“质”上，都没有任何差异，都是可以对人民之财产权利，造成侵犯之效果，也都是可以源于“公益”之要求。故只有人民“经济损失之限度”（extensiveness of the economic harm）作为两者之界分。②

Holmes 所提出的这个理论，其最明显的缺点，是本身并未提出一个“明确”的“最后界限”，来界定“警察权力”可行使的最后极限。反而，Holmes 提出之必须“个案审查”原则，也无异于表明，每个不同案件，都可能有不同的最后“损失程度”之极限。甚至，如联邦最高法院在本案判决所显示的，其拒绝承认本案是“正当警察权力”之行使，也是经过一种平衡原告、被告双方之“权益”后才作之决定。如此，本案最初之“公益动机”之重要性，即未受到应有之肯定。③ 另外，在许多判决里，如前述的 Mugler v. Kansas 案，制酒业者必须停业，其损失极为庞大；在有关“土地分区使用原则”等法令，对当事人财产价值之决定，往往亦极为可观。但一般之见解，率将此类规定，视为“警察权力”不去反顾财产价值之损

① 这是另一个比 Holmes 资深 30 余年的大法官 F. Frankfurter 为 Holmes 所做评论，Mr. Justice Holmes and the Supreme Court（1950），p. 50；Sax，supra Note 33，p. 40.

② Sax，Ibid，p. 41；260U. S. 393，at 413.

③ 此是 Brandeis 大法官在反对意见之理由。其除采纳 Harlan 之“移转权利论”及“无辜论”外，也反对使用个案“利益衡量”方法。他更以为，任何“警察权力”之行使，只要涉及“限制”人民财产权，多少会剥夺其权利，只要有“防卫公共利益”之目的存在，根本不去顾虑利益衡量问题（there is in my opinion，no room for considering reciprocity for advantage）。Ibid.

失情形,而不必给予任何补偿。可见得 Holmes 之理论,亦不易适用。[①] 综合言之,Holmes 这个"损失程度论"和德国联邦行政法院在 1957 年以来所持的"严重程度论"(die Schweretheorie)完全一致。"失之空泛"应是其主要之缺憾所在![②]

(3)特别负担论:这个理论的特点是将"征收"和"警察权力"行使的对象,区分为"个案性质"及"一般性质"两种。对被"征收"者,是造成其对个人财产权的一种"特别负担"之后果。1958 年判决的"United States v. Central Eureka Mining Co."[③]一案,另一位大法官 Harlan[④] 所提出的反对意见,除了部分采纳"实质占有"(权利移转)理论以及赞同"Pennsylvania Coal Co."案的"过度侵害论"外,同时更提出,类似战争法规的侵犯人民财产权是一种"全国性质"(nationwide),而非"个案"性质的狭窄范围之规定,所以不再视为应予补偿之征收。[⑤] Harlan 大法官在这个意见里,虽然未再就这个"广泛规定与个案规定"予以详述,但也已经接近了本理论的特色——以"平等权"为出发点的考虑。阐述这个考虑较清晰的是在 1978 年判决的"Penn Central Transp Co. v. New York City"[⑥]案。三位大法官(Rehnquist, Burger 及 Stevens)提出的反对意见

---

① 如 Hadacheck v. Los Angeles, 239U. S. 394, 36 S. Ct. 143, 60L. Ed. 348 (1915); Euclid v. Ambler Realty Co. 272U. S. 365, 47 S. Ct. 114, 71L. Ed. 303, (1926). 见 Lockhart, K&C. Constitutional Law, case, comments, questions, 4th Ed. 1975, p. 553。

② BVerwGE5, 143; 7,297; 11,68; 19,94; 32,173.

③ 这是凯尔生的见解,史密特并未点名批评之。见 C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 125。

④ 此位大法官 Harlan 与提出"移转权利论"的 Harlan 大法官并非同一人,但两人为祖孙关系,且姓名同为 John Marshall Harlan。前者(1833 年至 1911 年)于 1877 年起至 1911 年担任大法官职务;后者(1899 年至 1971 年)于 1955 年起至 1971 年担任大法官职务。

⑤ 这是凯尔生的见解,史密特并未点名批评之。见 C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 125。

⑥ N. H. Hoskins, Police power and compensable takings - A Landamark decision clarifieds the rules, 11 Conn. L. Revies (1979), pp. 273 - 291.

(由 Rehnquist 代表提出),认为本案原告所拥有的火车站大楼,被列为"纪念建筑物"而不能改建,则也已形成了"征收"之处分。其认为判决意见(及市政府之意见)认为对人民财产划分为"古迹"之规定是相同于对人民之建筑物所为"高度"、"安全设备"及其他基于"健康"及"公共安全"所为之规定,这种见解颇不能赞同。依反对意见之见解,本案原告之财产被划定为"古迹保护",即形成了两个特点:①被划定为"纪念建筑物"之私人财产,数量一定不多,如此,即使这些特定之"建筑物"和其邻近之其他"非古迹"建筑物,有了"差别"的待遇;被指定为"纪念建筑物"之财产权人,仍必须以自己之费用,维护该建筑物;②财产权人就其被指定为"纪念建筑物"而产生之财产损失,本案原告不能就原地改建为摩天大楼,所肇致的经济利益损失,完全由原告一方所承受。而因之享到"纪念古迹"之"美感"享受之纽约市民,却不必去分担任何原告之损失,故显然只造成原告"特别之损失"。基于上述之论点,原告是因为其财产,"盖得太好了",所以才必须遭到这种"损失"。Rehnquist 大法官等不同意见便肯定应予原告补偿其因此"征收"所形成之损失。

由 Rehnquist 等反对意见所揭示的理论,可见得这个理论是基于宪法"平等权"的考虑,主张人民因为公益(古迹维护)所产生之"特别损失",应该基于"公平分担负担"(Lastenausgleich)原则,予以补偿。这个原则,和德国在第二次世界大战前及现在,由联邦普通法院所代表的"(修正)个别处分论"(Die Einzelaktstheorie)基本精神相一致。不过,令人不解的却是 Rehnquist 等并未明白地提出宪法的"平等权"原则作为论究的利器。本原则可惜未被广泛地采用。

(4)实质侵犯论:假如一个对人民财产权的侵犯是"持续"的及"实质"的,即可能形成征收。联邦最高法院在 1946 年的"United States v. Clausby"案所作的判决,[①]以 Douglas 大法官为首之意见以为,军机持续

① 328U. S. 256,66 S. Ct. 1062, 90L. Ed. 1206.

性及经常性地低飞,致使地上的养鸡场内的鸡群,因惊恐而不能下蛋,而造成之损失,是属于"征收"之侵害,应给予补偿。Douglas 大法官认为,空中虽亦为航道如公路然,但是,飞机低飞得使地面之私人土地受损,应该同视为"侵入土地表面",而应予补偿。① 这种可能可以形成对私人财产之"实质侵犯"(physical invasion)的公权力行为,有如本案之"噪声";②政府之修筑水坝,致使地下水位升高,邻近土地因而不能耕种,所致地价暴跌之损失;③私人之池塘与公用航道相连,政府开放及规定公众亦可进入该池塘(上下岸),虽未造成池塘价值之损失,但属于"侵犯"私人之财产权等。④ 这种"侵犯"尤其是以"持续性"(且经常性)为其理论特征,如 1982 年的"Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp."一案,⑤本案系起因于一个纽约州法规定,有线电视公司为了替客户安装天线,可以在公寓屋顶及墙壁上钉上必要之装置。每次只需予公寓房主一元之(象征性的)补偿费。联邦最高法院则认为,装置天线,已经是对房屋所有权人之财产,造成一个"持续性的实质侵占"(a permanent physical occupation),这种侵犯是一种"持续性的负担",比起一般对于财产权的限制(警察权力之限制)而言,是在"质量上"显得多了(qualitatively more intrusive)! 故应承认为征收之侵害。联邦最高法院这个判决所称的"质量上较多之侵犯",明显地是以侵犯"时间"的"持续"作为评判之标准。但是,这种以"时间持续"以及"实体"(physical)所造成之侵害作为区分

---

① 另见 V. Countryman, The Judicial Record of Justice William O. Douglas. p. 375。

② 亦如 Griggs v. Allegheny Country, 369 U. S. 84, 82 S. Ct. 531, 7L. Ed. 2d. 585(1962);另见 R. A. Brazener, Traffic Noise and Vibration from Highway as Element of Damages in Eminent Domain, 51ALR 3d. pp. 856 - 872。

③ United States v. Kansas City Life Ins. Co. 339 U. S. 799, 70 S. Ct. 885, 94 L, Ed. 1277 (1950).

④ Kaiser Aetna v. United States, 100 S. Ct. 383 (1979).

⑤ 458U. S. 419, 102 S. Ct. 3164, 73L. Ed. 2d 868.

"警察权力"规定及征收之标准,却不能有效地解决其他亦被认为是"警察权力"规定及征收之标准,却同样也造成人民财产权"持续"且"实质"上之损失。例如,在 1979 年的"Andrus v. Allard"案,①以 Brennen 大法官为首的判决理由,认为对传统财产权利的拒绝(本案是原告不能够随意处分、收益其财产权——老鹰标本),并非可以全属于征收,因为"至少在财产权人拥有一大串权利(a full bundle of property rights)时,剥夺其中一小股(one strand of the bundle),并不算征收"。② 比较 1982 年的"Loretto"案和 1979 年的"Andrus"案,二者对人民财产权利,都是"持续性"之侵犯;前者有"实体上"(实质上)之侵害,但后者不准财产权之交易,处分其有无"实质上"之侵害?似乎后者之侵犯效果不弱于前者矣!所以,这个理论亦不甚完善。

(5)无定论之区分理论:持这种见解者,基本上否认"警察权力"和"征收"制度及概念间,存有一个"定式"(set formula)可以来区分之。大法官 Clerk 在 1962 年的"Goldblatt v. Hempstead"案之判决意见中认为,③并没有一个"定式"(There is no set formula to detetermine whese regulation ends and taking begins)。另外,在前述的 1982 年"Loretto"案,亦有三位大法官提不同意见书,也重申不愿有一个"定式"存在,亦不愿意产生一个僵硬的"征收法则"(a rigid per se eakings rule)。凡是主张这种"不定论"者,同时也会反对援引任何"固定"之(前述的)区分标准。如 Clerk 认为采取"双方利益衡量"(如 Holmes 在 Penn Coal Co. 案所持之态度),是决定征收概念方式之一,但并非绝对的;以 Blackmun 为首的三位反对意见法官,在"Loretto"案主张,以历史的眼光来看,仍应以"多种因素的衡量标准"(multifactor balancing),不必去区分"实体"与"非实

① O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Id. I. 1895, S. 65.

② Lockhart, K & C & S, Constitutional Law, 6th Ed. 1986. p. 417.

③ 参见笔者:《德国十九世纪法治国概念的起源》,Stammen, aaO. S. 87。

体"之侵害;巨大或不巨大之损失;持续或非持续之侵害等。故所谓"不定论区分"者,是谓其个案地,弹性地撷采前述一家之理论,或同时援用数家之理论,非谓其可漫无规则地,随己所好地作下判断。故持这个见解者亦可称为"弹性运用"理论。

(6)混淆区分:并非在美国宪法界有此一理论,而是本书就联邦最高法院一些判决意见里,认为有将"征收"之功能、特性与概念与"警察权力"者,相互混淆,致使两者之"严格区分"之必要性,产生疑惑者而言。

在本文上节提及的,由"公用征收"演进到"公益征收"过程中,扮演重大角色的"Berman v. Parker"案(1954 年);"Hawaii Housing Authority v. Midkiff"案及"Ruckelhaus v. Monsanto"案(皆在 1984 年),联邦最高法院皆将"警察权力"之功能和"征收"并用,率将"征收"视同达成"警察(公益)目的"所使用之手段。最明显的例子,莫过于在 Hawaii Housing Authority 案件中,以 O' Conner 大法官为首的判决理由,一方面说到,解决土地问题,是"州传统警察权力的行使"(a classic exercise of a State's police power);另外,对于将土地"重分配"(redistribution)使土地市场供需正常化,亦是"征收权力的理智行使"(a rational exercise of the eminent domain power)这种"混淆式"的见解,殊令人不解,因为"警察权力"之制度本身即有执行力,不必一定须以"征收"方式,作为其执行之工具。而"征收"理念及制度背后,也会有一定的"公益需求"理念,作为其行动之合法前提,不必再援引"警察权力"(警察公益目的)作为其手段之合法性依据。故这些"混淆式"的见解,虽然其本身在判决理由中,并未明白揭示这个"混淆"之处及承认两者"混淆"之特点,但是,其亦使征收和"警察权力"相处于一个更不确定之地位及概念之中,是极明显之至!

(四)征收的补偿

形成了"征收"之侵害,则必须予人民"公正之补偿"。所谓"公正之补偿"(just compensation)之问题,相比关于征收概念界分之问题,较没产生争议。"公正"补偿是指补偿财产权人因为征收,所肇致之"损失"

而言。故是以被征收人之“损失”，而非政府之“得利”价值而言。故公正之补偿，就是以“市价”（marker value）作为补偿之标准。① 所谓“市价”是指在征收当时，被征物在当地的自由市场上，可以购得之价钱。也就是，一个“不一定非卖不可”的卖主，卖给一个“不一定非买不可”之买主，所可协议的价钱。② 故其价钱不必是该被征物以往有过的“最高”的市价。③ 除了“市价”补偿被征收人的“被征物”损失外，被征收人其他因征收而产生之损失——如“迁移费”，“预期利益之损失”，“顾客来源（信誉）损失”，则和联邦德国法例相反，并不属于该“损失补偿”之范围。④

征收之补偿应以“金钱”为之。虽然加州法院在一个判决里表示（San Diego Cas & Elec. Co. v. San Diego）⑤（1981）虽以程序驳回，但有三位大法官（以 Brennen 为首）的不同意见，则明白主张应该以金钱补偿人民因此所受之损失。故以“金钱”补偿，应是公正补偿之真正含义。

四、结论

由本书的讨论可知，纯就理论上来看，《美国联邦宪法》本身，不像德国《基本法》一样，能够提供日后产生之许多涉及人民财产权益的案件，在法理上解决之妥善依据。《美国联邦宪法》上并没有清楚提出“财产

---

① Unied States ex rel. Tennessee Valley Authority v. Powelson (1943) 319U. S. 266. 63 S. Ct. 1047, 87L. Ed. 1390; United States v. Miller (1943) 317U. S. 369, 63 S. Ct. 276, 87L. Ed. 336. Just compensation and the puboic condemnee, 75Yale L. Journal (1966) p. 1055.

② 即双方非因“急需”所作的交易。United States V. Miller.

③ United States v. Commodities Trading Corp. (1950) 33a U. S. 121, 70S. Ct. 547, 94L. Ed. 707.

④ Note 21 U. Of p. 77L. Rev. 97 (1959).

⑤ 450U. S. 621. 101. S. Ct. 1287, 67L. Ed. 2d. 551 (1981).

权应予保障"之宣示;也未提及人民财产权在何种情况下,可予以"侵犯"。对于征收制度,除了提及"公用"及"公正补偿",也未有进一步之阐明何时方得征收,美国这个成文宪法的简陋不足,比起近代西方大陆法系国家,例如德国《基本法》(第14条)及《魏玛宪法》(第153条)所树立之原则:例如人民财产权应负有社会义务,征收应为公共福祉之必要方得为之的规定,使得立法者拘束人民财产权之立法依据,以及一个征收法律之合宪依据(且不限于在公用方面),都有一个清晰之脉络可寻。但是,这只不过就宪法"实证"条文之意义而论。美国诚以一个老式的财产宪法条文来保障人民之财产权,但是,基于该国系以深邃之人权立国基础作为保障财产权之理念依据,故在利用司法释宪制度方面,逐渐地将老式的财产权制度,予以换血改造,使能适应复杂而崭新之社会情势。利用所谓的"警察权力",认为每个人的人权,都必须有一个"内在限制"(an implied limitation)①在解释上,使任何财产权利须屈服在"公益条款"下,是有将宪法条文内,未含特定内容的"正当法律手续"原则予以"充填"之作用。使得人民财产权之行使,也受到"公益"之拘束(如同德国宪法理念中的"财产权社会义务性"原则)。但是,援引这个由判决中所产生的"警察权力",也未尝没有问题。其最主要的缺点在于,究竟"警察权力"的概念极限何在。由本文所讨论可知,德国宪法学界完全没有使用此概念,美国联邦最高法院,对于联邦及州之立法者所拥有的该项权力,不仅只是在消极地排除人民"有害"社会公益之行为,也在于达成管理社会安全、健康、道德等之目的,范围不可谓不广。这种极广泛的"警察权力",可以拘束人民之基本权利,虽然是赋予立法者,但是,也已经极类似欧陆(尤其是德国)在18世纪时代所盛行之"警察国家"(Polizeistaat)理念,对于"国家任务"——追求公益,维持社会治安、福

① Holmes 语,O. Mayer. aaO. S. 66。

祉——归划在警察权概念，警察任务之追求范围之内，①由于美国联邦宪法法院及学界所承认的警察权力（概括）定义极广，②故具有类似警察国家时代，警察权的“概括条款”之性质。③ 有鉴于警察权力无限制地扩张，会造成人民财产权，逐渐消耗丧失之后果，Holmes 亦早已提出警语。而欧洲的公法学界，也早已将警察权力概念局限于只是行政方面（警察法）之危险排除（Gefahrabwehr）——美国法警察权力之“有害行为排除”一方面，也打破广泛的使用“概括条款”——即使是赋予立法者亦然——来限制人民基本权力，所以，在美国宪法界，将警察权力之行使，以限制人民权力，则这个可以借以限制人权之概念却也无异于“主权”制度——国家可凭借主权来管理及限制人民。是使用广泛的警察权力来限制人民财产权，在理论上，不太妥善之处。为了避免联邦及州立法者，运用这个警察权力之“万应丸”，来过分地侵犯人民之财产权，则有必要积极地，再以联邦最高法院，在审判时（司法审查）予以个案之纠正其有无“恣意”之处。盖“解铃尤需系铃人”，警察权力概念既系由该院所创设所承认、所支持，自宜仍由该院予以适当之限制。联邦最高法院实行这种控制（审查）之手段，除了可以拒绝承认该违宪侵犯财产权法律的适用在个案外，亦可认定其属于征收法律，而予人民公正之补偿等两个方法为之。

在有关征收之制度，《美国联邦宪法》第五修正案，原来本意只在于“公用”及“公正补偿”。则其原始含义，宪法对人民的财产权，在遭到征收时，所保障的只在财产价值之保障（应给予公正之补偿）。虽然美国联

---

① 见 F. Gygi, Zum Polizeibegriff, in: Beiträge zum Verfassung - und Verwaltungsrecht, Bern, 1986, S. 308。

② Sax, supra Note 33, p. 36, note 6; Havran, supra Note 7, p. 382.

③ 所谓“警察国家”，是指德国公法上所讨论的，在 1808 年以前之老普鲁士国家，见 H. V. Heyen, in: Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa, 1982. S. 30。美国公法学界并不熟悉这个“警察国家”之理念。迨“警察国家”（Polizeistaat）被译成英文（Police State），已是在第二次世界大战前，也是成为描写法西斯国家之代名词，不复为其之本意。

邦最高法院,在日后许多征收判决,已经摒斥了公用的狭义解释,而扩张成为公用目的,也显露出美国宪法条文之明白原义,可以经过最高法院予以有意的改变。这种"旧瓶装新酒",使陈旧的宪法条文及其制度,改变成新的内涵,却省略了"修法"之途径,也令人惊异于美国最高法院"权力"之庞大。相形之下,宪法条文之字义价值(literal value)已微不足道,最高法院似乎不止于解释宪法法条,甚且可以改变宪法法条之原义矣!这点也是大陆法系国家,尤其是德国联邦宪法院所不能比拟的。

诚然,要界分征收及警察权力之概念,并非易事,由德国及美国宪法界的努力及众说纷纭,可以得见。尽管如此,征收之制度,其要求被征收人牺牲其财产权利(不仅是所有权,也及于使用权等),质言之,被征收人之必须为公众、公益作特别牺牲之特征,则极为凸显。故根源于平等权而必须予以补偿。也因此,似乎以平等权之作用而观,特别遭到财产权利损失者,则应划归为征收之侵害,准此,本书认为"特别负担论"显有可采之论。又评论系属当事人之财产权利有无特别损失,造成对人民的"特别负担",又可能需要援引"损失程度"及"实质侵犯"等理由及方法论,作为评断之依据。故可以援自变量个方式,当然,以"特别负担"为主导因素共同决定一个征收概念有无存在,应是可行之论究方式。① 这也是与德国的情况的不同。

此外,在讨论有关"实质侵犯论"的案件时,也已经出现了端倪,宪法对"征收"之规定——私有财产不得为公用而"剥夺"(deprive),而这些被联邦最高法院肯定应予补偿之征收侵害,本身之财产权并未被"剥夺",毋宁只是财产权利遭到损害(damage)。故随着这些案例之获得肯

① 例如,在讨论一个限制人民基本权利之法律,有无违宪之问题,所使用的"评判"方法,除了法条之解释外,亦须参酌"立法意旨"、比例原则、公益概念等,所使用之判断方法也有数个,故在判断本问题时,亦可如此为之。

定，宪法征收条款的“剥夺”意义，也转变成损害之新义。①

在此讨论最后，吾人可以发现，以美国不太完美的宪法条文，却能运用深厚的人权理念，积极的司法解释程序，来予宪法理念新的内容。美国以立国二百年，成为资本主义最发达之地区，民间凝聚无比雄厚之财富，是美国宪政二百年来，对人民财产基本权利，高度予以肯定之表现。由国家之宪法理念肯定并尽量维护人民的财产权利，并使人民借此权利，追求更富足之生活，方更能鼓舞人民创业谋利之雄心。在讨论人民财产权之限制及公益征收之问题，也无异于是对国家干涉人民财产权利的许可性问题所作之讨论。尤其在论究有关征收之特征，既然是对人民基于公益所要求其做特别牺牲，则基于社会之共同享受公益成果，也应共同分担成本之原则，给予那些受特别不利之人民适当且公正之补偿，方是合乎宪法财产保障之理念。由德国宪法对财产权保障的体系以及相关的财产权社会义务性原则及征收（与补偿义务）原理的相当深入的分析，也使人世间惊讶德国公法学发展的先进。学理的探究也为国家立法实务的发展提供良好的基础。所以，综观德国、美国的例子，我们认为，立法机关必须负担起最大的责任来保障人民的财产权利。自由与财产系人类存在的两大基本权利。财产基本权要获得宪法体系的保障，就必须妥慎运用公益征收的制度，正确界定征收之概念，并且，绝无犹豫及例外的，应予被征收者公正之补偿，方是“生民之国，护民之邦”的理想界境之达成。

（本文原刊载于台湾《政大法学评论》第33期，第194～232页，1986年6月）

① 现在美国州宪中，有一半以上已经增订法条，认为州政府即使未“剥夺”人民财产权，但只是为公益之“损害”（减少价值）私人财产，如因修路而肇致损害亦必须予以公正补偿。首开例子的是伊利诺伊州在1870年修订州宪而增加此规定。Kratovil/Harrison, Eminent Dolicy and Concept, 42 Cal. L. Review (1954). p. 599.

第十二篇　公益征收的目的

正义所保障的权利，不能屈从于政治的交易或对社会利益的算计之下。

——John Rawls，《正义论》

一、前言

公益征收之制度，是国家为了某些公益目的需要，对人民之财产权利，有偿地予以剥夺或限制。这个制度称之为“公用征收”。由于人民的财产权利是受到强制性的侵犯，国家必须有“合法”之理由，方可以为之。这个合法之理由，认定国家必须是为公共利益方可行之。因之，公益征收是一个典型的“公益制度”，①由于各个“公益制度”各有其所欲规范事项的“特性”，究竟国家据以侵犯人民财产

① 关于公益的概念问题，参见笔者：“公共利益的概念”，收录于笔者：《法治国公法学原理与实践》（上册）第十三篇，中国政法大学出版社2005年版，第325页。

基本权利的征收制度，是否只局限于“公用”，抑或可为一般的“公益”是德国公法学上一个极重要的问题。

征收人民之财产，既然乃为了公益，但是，究竟这个公益目的与一般国家公权力的出发点（及其行为合法性之所在）——也是为了“公益”，两者有无区别？其答案应属肯定。公益征收的公益考虑应该在公益“程度上”，有其特殊性，也就是必须是有重大公益，方可以作为征收人民财产之理由。

二、重大公益之意义

德国宪法中涉及重大公益之处，在于财产权保障及征收的条文部分。

德国《基本法》第14条对公益征收的有关规定是：（第2项）——财产权利负有义务，其行使应同时有益于公共福祉（福利）（Wohl der Allgemeinheit）；（第3项）——一个公益征收，唯有为公共福祉故，方可准许之……征收之补偿须公正地斟酌公共利益及参加人之利益（Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten）后，决定之。

由于基本法的立宪者，在这条条文内，对征收之许可，使用了“公共福祉”之用语，同时，对于一般财产权的“社会义务性”的要求，[①]也是以公共福祉为对象，而对于征收的“补偿”方面，却使用了（公正地斟酌）“公、私益”的用语。同一个条文内，却同时使用两种公共福祉及公共利益的措词，是否表示立宪者对这三种“制度”（征收之要件，财产权的社会义务性，以及征收的补偿斟酌标准），借着两个不同用语而表达不同的期待？抑或立宪者这种用法，纯粹是单纯的“用语问题”（facon de parle）

① 关于财产权的“社会义务”，请参照笔者前述文。

罢了,本身并未有任何意义上的不同?这两种意见,在学术界及实务界争论不已,主要在征收制度(许可要件),公共福祉及公共利益是否具"同一性"(Identität)之问题。诚然,公共利益可以以不同的术语表达其意义,故,一般而言,公共利益的概念,应和公共福祉无所轩轾。而前文再三提及的各个公益制度,皆以追求"公益"为其目标,但也可以以其不同的"事务(对象)特性"而规定构成此制度的"要件"。故以征收的"特性",尤其是立宪者的同时分别使用这两个用语,可以想见,就"征收许可"此一要件而言,公共福祉和公共利益有所区别(尤其是条文上规定,征收"仅得"因公共福祉而为)。① 尽管如此,公共福祉实和"公益"之概念相近,所不同的,只不过是"质"上的程度差异罢了。"公益"的概念,属于一种"上位概念"(Oberbegriff),范围较广,并且,原则上可以肯定国家的任务,皆可属于"公益"的范围。但是,一个"征收"之行为,却需以"人民财产权具体的损失"为其代价,故其意义,不同于一般之"公益",毋宁是说,公共福祉是"公益"广泛概念之中,"质"上要求较严格的,也就是说,是经过"选择的、重大的、特别的公益",才属公共福祉之概念。②

为了有别于一般的"公益概念",并且,肯定国家不能任意为了达到其任务,而动辄借着"征收",来侵犯人民的财产权利,则有必要在公益的"质"上,深入讨论,何为"重大"的"公益"。

(一)国库利益的问题

首先值得讨论的是"国库利益"的问题。国库利益原则上是属于公共利益,③但是,这种"国库利益",以及与其相类似的其他"公库利益",

---

① 如 C. H. Ule, Allgemeines Wohl und öffentliche Interessen in der Rechtsprechung der Verfassungs - Verwaltungsgericht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Hochschule Speyer, 1968, S. 128; B öhmer, NJW1981, 1260; 反对者,如 P. H äberle, öffentiches Interesse als juristisches Problem, 1970. S. 37。

② H. Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, 1970, S. 85.

③ P. Häberle, aaO. S. 513. 假如否认"国库利益"是公共利益的话,那么人民缴税义务是"合乎公益"的说法即不能成立。

在未有“法律”的明白许可之下(尤需获宪法的根据),并不能据以侵犯人民的基本权利,如“营业权”①及财产权。德国在魏玛时代,帝国法院已明白宣示“纯粹的国库利益”并不能视为公共福祉之需求,因而,一个征收不能为满足国库利益而为之。② 德国《基本法》成立后,一个为人重视的判决,是 1950 年巴登邦的邦高等法院(Bad. Staatsgerichtshof)更明白地表示:并非所有的公共利益,皆是为作为征收借口的公共福祉,尽管为了达到国家及其他公共任务,国家斟酌这些任务而采取之措施,是符合公共利益之需求,但是,并不一定能满足公共福祉之要件。③ 这个具重大意义的判决显示,政府为了解决公共财政所实行的措施,其目的虽可以符合公益,但是,仍不得认为符合公共福祉,因而,若必须实行征收之途径,则必须具备更进一步之要件方可。④ 名学者 W. Weber 曾言:征收制度不能视为公共财产的“附带制度”(Nebeninstitut),其理在此。⑤ 联邦宪法法院在一项判决中,也承认,为了增加国库以及为了改善其他公共团体之财政状况而为之公共措施,并不能认定是公共福祉之需求。⑥为了“国库利益”是不能用以行使征收之措施,是为法界所肯定,但是,除了不准借征收“图利国库”外,在征收补偿方面,可否考虑到国库之利益问题?在宪法条文解释而言,《基本法》第 14 条第 3 项也明定,补偿之额度及种类必须公正地斟酌公益及参与人之利益。因而,此公益应可包含

---

① 就此部分而言,行政独占制度涉及侵犯人民的职业自由,营业自由等权利,必须在宪法上有明确的规定,方能许可其存在。

② 《魏玛宪法》第 153 条第 2 项也将征收要件订为为公共福祉之必要方得为之,和《基本法》第 14 条同。见 RGZ 136, S. 123. W. Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 2. 1954, S. 382。

③ Vw Rspr. 2. SS. 411/416.

④ C. H. Ule, aaO. S. 129; Fr. Schack, Enteignung “nur zum Wohl der Allgemeinheit”BB 1961, 76.

⑤ W. Weber, aaO. S. 392.

⑥ Bverf Ge38, 175/180.

国库利益在内。唯此时的国库利益,主要是涉及国库的支付能力。由德国及其他国家征收(补偿)法制历史以观,不乏可见(多半在战后国家财力窘迫之时)因为国库支付能力薄弱,致对被征收土地人之补偿,以低于市价的方法行之的例子。而且,对于这种偏低补偿的成例,当时的法学界(中、德皆然)亦大致肯定其合宪、合法性,因此,吾人可获得的结论是,国家不可为了积极图利国库,而行使征收之措施,来牺牲人民之财产基本权利。但在征收补偿方面,公正的补偿是以"完全补偿"为原则,唯在国库空虚的非常时期,对征收补偿范围的决定,则可斟酌国库利益(支付能力),由立法者决定之。

(二)"直接受益论"的主张

在排除国库利益是公共福祉的概念外,H. Schulte 亦尝试将重大、特别的公益以"直接受益论"来界定之。其以为所谓"直接受益"是公众借着一个公益征收可以直接获得利益而无须先通过私人之获利,公众才获利。[①] 依 Schulte 之看法,任何私人的经济活动,只要在法律许可范围之内,皆可以符合公益。但是,这种"公益"的达成,是"间接性"的,因为私人经济活动的主要目的,在于创造私人的"利益",公益在此时是由"间接"的私人的经济活动中获得,如纳税,以及由私人提供的"社会就业机会、科技进步",等等。但是,一个公益征收所追求之目标,则反是。征收计划,如铁路之建造、电厂之建造、学校之设立,却不在于追求计划本身的获利。而是社会公众可以直接由这种计划获得利益。因此,其认为,用在征收制度的公共福祉,便可以以受益的直接性与否,作为论断之依据。[②]

Schulte 的看法,殊值得斟酌!先以其提出的受益直接性来讨论。究竟一个公益征收之计划,可否决定其对社会直接的受益性?按现代的征

① H. Schulte, aaO. S. 85ff.

② H. Schulte, aaO. S. 92.

收概念，征收之目的，已不是只限于成立公用事业之目的之上，亦及于国家经济建设所需及有益私人（详下述）之目标之上。因此，公众直接受益的标准，即显得无所适用。再而，所谓公共利益本身已是一个不确定的概念，意义已经不易掌握。其再提出“直接或间接受益”的标准，H. R. ittstieg 教授即批评，认为一个已经不清晰的概念——公益概念，绝不因人提出另外两个亦不明确的概念（直接或间接利益），而会变得“清晰”起来，①洵为正确之批评。

（三）公用性原则

上述在 1950 年德国巴登邦高等法院所作的判决中，除将“国库利益”排除在征收目的，而引起法界极大之重视外，在此判决中，法院更进一步地，将公益征收所追求的公益，限在“唯有为了整个民族所不可或缺的重要的使用（该土地）”的情况下，即可满足公共福祉之需求。② 这种见解，着重于强调征收计划的“公用性原则”，亦大有值得讨论之必要。

不可讳言的，公益征收主要目的，是在于被征物（土地等不动产，以及如军事征用法所规定的不动产等）的公用性，是一种容易令人迅为接受的理念。这除了在传统的征收是为公用外，也可以在私有财产权的制度理念上，寻得依据。

宪法保障人民享有财产权，是国家承认私有财产制度。因此，财产的目的，主要表现在为其拥有（私人）的使用及收益之上。这个“制度”是宪法财产制的本质，所以财产权的特性，即是财产的“私使用性”原则（Privatnützigkeit），这原则使得财产作为私人获利的基础。公益征收既是以公益为目的，而对私人的财产权予以侵犯（多以剥夺所有权方式行之），可见得，在征收的标的之上，原所有权人的“私使用性原则”已因该财产标的重大公益故，而遭到贬斥的后果。也可以认为，在同一（财

① H. Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S. 417, FN 303.

② Vw Rspr. Z. 411/416.

产)标的之上,私人使用性原则和征收目的是无法并存。准此,与私人使用性原则相反的公使用原则(Gemeinnützigkeit),即易为人肯定为征收公益的主要内容。

以公共性原则作为征收之公益内容,是所谓"古典征收理论"(die klassische Enteignung)的特色。这个征收理论,系在《魏玛宪法》以前流行于德国,国家是必须为了"公共事业"的需要,可以征收私人之财产。这个公共事业也包括了中央及地方政府在内。

"古典征收"概念将征收的目的,用于一个公共事业上,该公共事业原则上并不追求事业主体之利益(利润),而是追求该事业所成立之目的。这种事业可以肯定是为公共利益而服务。因而,"古典征收"之概念,现虽已过时,但是,由于其概念清晰,可以避免讨论如征收之目的在——公共利益之增进的抽象问题,因此,仍可获得部分学者的支持。①

自《魏玛宪法》公布以来,国家为了达成福利国家之理念,积极为国民提供福祉,并强调社会正义,许可国家利用公益征收之方式,来达成这些目的。如《魏玛宪法》认为为了满足住宅需要,奖励移植开垦及振兴农业,得征收必要之土地。② 国家为了经济政策之实施,在法律规定的情形之下,亦可征收私有土地,现代宪法理念,对于征收不再是为公共事业之需要,无法再适用"古典征收"概念时代的公用性原则作为决定征收公益之标准。

(四)利益衡量原则

征收的公益目的有别于一般的公益,是产生一种对人民财产权利严重侵犯的后果。这种严重后果,在古典的公益征收——土地征收——之案件,是以人民土地所有权利强制性的剥夺为最常见之模式,而这种制

---

① 德国学界有"重返古典征收"概念之呼唤,见笔者前述文。

② 《魏玛宪法》第155条,1919年8月11日公布《国家垦殖法》(Reichssiedlungsgesetz),1976年再修正后适用迄今。

度的许可性，必须经过一个利益衡量的方式来肯定之。

由于一个私有财产权之存在及行使，应同时有益于公共福祉是《基本法》第14条第2项所明定，人民合法地取得财产权以及行使该财产权利，是有益于公共利益，也就是说财产的私使用性是合乎公共利益之需求，这是现代国家之宪法理念，以尊重基本权利之制度，即属公益之要求也。但在征收之个案时，"私使用性原则"必须被放弃，是为征收之公益目的之故而如此，则必是征收公益是高于一般公益的"私使用性"原则。这个"高于"的价值，就是以立法者斟酌该征收公益能给社会带来"更高"价值的公益所致。故在征收标的之利用之上，必须是经过一个利益衡量(Güterabwägung)的方式，肯定了在征收后，该财产标的能给社会、公众产生比先前原财产权人所使用的"更高"的公益价值。① 所谓"更高"的公益价值，并非是数量的问题，也就是非受益人多少之问题(因在某些征收之个案，如建造国宅之征收，则该国宅的受益人可能是少数的可确定的受益人)，而是该征收之目的之"质"的问题。② 而且，这个"更高价值"的认定，是立法者的职责，仔细斟酌国家所必须达成的任务及尊重人民基本权利的特质(尤其是财产基本权利)之后，以立法的方式来决定之。这个价值，必定是如前述德国巴登邦高等法院所称的，具有"不可或缺"的重要性。必须是立法者斟酌立法当时的客观环境，国民的正义观念之后，决定征收公益的"类型化"。这个经过立法者肯定其具征收公益价值的"类型"，在立法技术上，可以规定征收之事项，但以分散各个法律之方式为之(如水利法、防空法)，亦可以制定统一的征收法律专法为一。而以征收法律专法之方式，有采列举及概括式混合之方式，决定征

① E. R. Huber, Wirtschaftsver waltungsrecht, Bd. 2. 2 Aufl. 1953/1974, S. 53.

② H. H. Rupp. 所称，并非受益人利益的"数学总和"。Wohl der allgemeinheit und öffentliches Interessen—Bedeutung der Begriffe in Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Hochschule Speyer, 1968, S. 117。

收公益之种类,亦可采取列举式之方式,①或是只采概括方式。②

立法者有决定征收公益类型的职责,因此,对于立法者可否在制定一个征收法律时,仅仅是概括地规定在公共利益之需要(或使用公共福祉之用语),作为授权行政机关征收之基础?依德国联邦宪法法院在许多案件的判决中表示:作为征收目的的公共福祉是一个抽象的法律概念,其包含事实及目的的多样性,必须在个案具体地表现出来,故在一个征收的法律中,立法者应该明白规定,在何种计划及在何种要件之下,人民方可遭到征收之侵犯。③ 联邦宪法法院这种见解,无异于表明,立法者必须"预见"征收的类型何在,并且,不能够只是在法律内重复运用宪法的征收公益要求——公共福祉之用语,作为授权行政自行决定征收类型

---

① 例如,德国巴伐利亚邦 1978 年 7 月 25 日公布的《应予补偿的征收法》(Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteignung)第 1 条规定:财产之征收,系为达成以公共福祉为目的之计划。尤其在下列的情形,可予征收:

(1)为建造或改建供健康、卫生等医疗作用之设施。

(2)为建造或改建学校、大学及其他文化、学术研究设施。

(3)为建造或改建公用(水电供给及垃圾排水)设施。

(4)交通事业设施之建立或变更。

(5)为建造或改建维持公共治安之设施。

(6)各级政府及公法人团体达成法定任务之需。

(7)其他法律有规定征收之情形者。

(8)为补偿因征收而损失土地及其他权利者,可再行征收以补偿之。

再如日本《土地收用法》(昭和二十六年公布,昭和五十三年最后修正)第 3 条且罗列可请求征收私地之事业,计达三十五大项,其分类由道路设施,至社会福利事业,宇宙开发事业等,可称包罗万象,琳琅满目。日本这种立法例,立法者极尽归纳征收"公益事业"类型的能事,有无"挂一漏万"之虞?殊值可疑。另见黄鸿湖:"从法学观点论日本之土地征收制度",中兴大学硕士论文,1981 年。

② 德国并无联邦统一的征收法,而是任由各邦自行制定之,除了巴伐利亚邦外,其他各邦多采概括方式,例《黑森邦征收法》(HEG),1973 年修正公布,第 3 条;《下萨克森邦征收法》(NEG),1981 年修正公布,第 2 条;及《莱茵发尔滋邦征收法》(Rh-PfEG),1966 年公布,第 2 条。德国也曾有意制定全国统一的"联邦征收法",但未实现。

③ BverfGE 24, 367/403, 404; 38, 175/180; 56, 249/261.

之依据。因此，基于征收的公益要求，立法者必须认定何种情况下，可以允许行政机关征收人民之财产，并且，唯有具体规定征收目的类型的法律，才是具有“执行力”（所谓足以执行 Vorzugsreif）。① 基于此种认识，立法者应尽可能在认为有需要时，在规范不同事项的法律中，个别规定征收之目的要求，但是，对于征收一般程序事项，例如补偿之程序、征收计划之决定等事项，不妨以订立征收专门法律之方式，作统一之规定。在这种征收专法中，似可不必如日本法例，列征收之目的，亦不必如德国目前大多数邦之邦征收法，只重复规定概括公益条款，作为征收之目的。而是，纯为程序及技术性法规，不作征收公益类型之决定。

三、征收公益的审查

征收公益的审查，主要靠（行政）法院审查征收的“必要性”问题。② 如同其他的公益概念一样，征收公益也是一个典型的“不确定法律概念”，可以由司法来审查其内容。③ 以司法来审查征收公益，以其层次不同，分为宪法层次的，由宪法法院来审查决定征收公益类型的征收法律，有无违宪；分为行政层次的，由行政法院审查，行政机关在实行征收之个案时，有无遵从征收法律的规定。

在审查征收法律内决定之征收公益类型之时，宪法法院应慎重考虑立法者之立法，有无符合公益的急迫需求。必须将征收公益和重大、急

---

① A. Scharf, Zur Verfassungsmässigkeit von Enteignungsnormen, Bay VBl, 1965, 332, 333; K. Obermayer, Verfassungswidriges.

② 主办征收事项的行政机关，亦可就“需地机关”所提出的“征收计划”，进行实质及形式合法性之审查，见德国联邦行政法院在近年（1986 年 3 月 21 日）的一项判决，见 Bay VBl 1986, 473, 474。

③ 此即 Häberle 所称的，以司法决定公益（salus publica ex jure），P. Häberle, aaO. S. 349。

迫公益之"一致性"获得肯定后,以及对于人民财产权利之保障,已尽最大保障之能事后(如比例原则、必要性原则以及公正补偿之确认),该征收公益才属合宪。如同德国联邦宪法法院在1968年12月18日,对有关《汉堡水坝法》(Ham. Deichordnungsurteil)著名案件的裁判文中表示的,宪法法院审查一个征收法律,其见解并不受立法者的拘束,而是以一切有关的因素、事实,公正地作评判的标准,来决定该立法所肯定的征收有无违反宪法保障人民权利之精神。①

行政法院审查征收之个案时,亦可审查该征收措施实质及形式的合法性。其中较有问题的,是法院审查征收目的的实质合法性之问题。行政法院诚然可以审查一个征收之公益,是否实际存在,因此,可由行政法院考虑的项目,在于:究竟在此个案,有无征收之目的存在?以及对于征收之范围及方法,有无其必要?但是,到底行政法院有无"能力"可以决定,到底一个学校、军事设施,一条道路有无建筑之必要性?即使肯定其有需要建造,法院又有无能力来决定,究竟要筑四线公路,抑或二线公路,即足以解决公众"行"的问题?以及究竟一个军用飞机场是否只需四个飞机起降跑道抑或两个跑道,即足满足军事需要?以德国征收法发展的历史,其答案应属否定!② 故,在司法审查征收之个案公益需求时,即有行政法院审查的"极限"出现。

因此,法院审查个案的征收时,既然对征收必要性方面,成效不彰,多半会赞同由行政机构所提出的征收计划内之看法,法院的"实质"的

① BverfGE 24, 367/406.

② 就是因为(行政)法院无法具有这种"专业能力",因此,对于征收公益是否为裁量,而非不确定法律概念之问题,据E. R. Huber, aaO. S.54,即指出,在迄魏玛时代为止,德国公法学界,皆认为法院无法审查这个公益,而任诸行政机关之裁量,目前支持此见解者,是居少数,如O. Kimminich, Eigentum, Enteignung und Entschädigung, 1976, Rdnr. 267; H. Köhler, Strassenbau und Eigentumsschutz, DVB1. 1963, S.620。

"审查效力"即不复存在。① 法院只得转而对亦属征收要件之一的要点，例如有无经过"认真的协议价购"程序，有无其他不妨碍征收目的，但可予财产权人"较小之损害"之方式存在，征收的补偿有无公正等，属于补救性的审查方法，来尽可能保障被征收人民之权利。②

四、结论

公益征收之目的，是以牺牲人民之私有财产，也借此达成一个具体的、急迫的公益需求，因此，征收之公益有别于一般的公益，是一种"特别选择的公益"（qualifiziertes öffentliches interesse）。决定这种征收公益的类型，是立法者的职责。立法者应严谨地斟酌国家、社会之急迫需求，并且，必须着眼于尽可能地保障人民之财产为其出发点后，才可决定何时可行使征收之权利。因此，权衡"社会急需"及"私人财产保障"是法治国家立法者的"智慧"表现。鉴于除宪法法院可以审查立法者的决定"征收公益"有无违宪外，其他的法院（行政法院）有其"审查能力的极限"，常无法矫正由"专业机构"（行政机构）所拟决之征收计划，导致在个案审判时，法院无法履行宪法所赋予其审查该征收计划有无合乎"比例原则"——尽可能地缩小对人民财产权侵犯之范围，因此，唯有尽可能在程序要件上寻求补救。德国法制的"协议价购"制度，甚值得称许。

---

① H. Rittstieg. aaO. S.416 也认为法院只是审查形式上的要件，鲜对该"公益内容"作实质之审查。

② 虽然德国学界通说，仍采肯定行政法院可以全权审查，如 Fr. Schack, Enteignung nur zum Wohl der Allgemeinheit, BB1961, 77; P. Häberle, aaO. S.596; C. H. Ule, aaO. S.140; 联邦宪法法院也是这种见解，见 BverfGE24, 367/404; 32, 195/197; 45, 297/321, 335, 338; 58, 300/322。但在联邦行政法院之判决，却偏向只审查"比例原则"问题，也就是在"有无较和缓"之方法。BVerwGE 2, 35/36; 3, 332, 335; 4, 185, 187; 13, 75; 19, 171; 21, 191; H. Rittstieg aaO. S.147。

公益征收既是因为国家需要土地为公益所需,才会征收私人产业,如果国家手中仍拥有土地可以使用时,就不可以征收人民土地,否则,国家一方面吝惜手上拥有之土地,另一方面却强制征收私人之土地,来供社会建设之用,是有违征收乃"最后手段"之原则,也不能平息被征收人民之众怒也。

最后,本书愿重申,征收乃重大公益的急需,为了"大我",理应牺牲"小我",理智的人民当会忍受这种合理的牺牲。但是,征收的目的,必须严格限定,否则,人民辛苦而累积的财产,即可被滥权侵犯。这一点,关于人民对自己财产权的丧失,Jean Bodin (1530~1596)的一句话,虽不能不谓夸张,但足令人省思,这句话是"人民对自己的杀父之仇,容或可忘;但是,对剥夺财产之怨愤,终生不忘!"可资一志。

(本文原刊载于台湾《政大法学评论》第34期,第217~263页,1986年12月)

法学家书坊

JURISTS SERIES

独角兽工作室

平　面　设　计

ISBN 978-7-5118-0960-5

9 787511 809605 >

定价（全两卷）:65.00元

德国公法学基础理论

（增订新版·下卷）

陈新民 著

法学家书坊

JURISTS SERIES

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学家书坊

JURISTS SERIES

独角兽工作室
平 面 设 计

ISBN 978-7-5118-0960-5

9 787511 809605 >

定价（全两卷）:65.00元

法学家书坊
JURISTS SERIES

德国公法学基础理论

（增订新版·下卷）

陈新民 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国公法学基础理论:(增订新版.下卷)/陈新民著.
—北京:法律出版社,2010.9
ISBN 978-7-5118-0960-5

Ⅰ.①德… Ⅱ.①陈… Ⅲ.①公法—法的理论—德国
—文集 Ⅳ.①D951.6-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第135132号

德国公法学基础理论:(增订新版.下卷)	陈新民 著	责任编辑 王旭坤 文稿编辑 费翔萍 装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5　　**印张** 15.75　　**字数** 389千
版本 2010年9月第1版　　**印次** 2010年9月第1次印刷
出版 法律出版社　　**编辑统筹** 独立项目策划部
总发行 中国法律图书有限公司　　**经销** 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司　　**责任印制** 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn　　销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn　　咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782　　西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908　　上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456　　深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0960-5　　**定价(全两卷)**:65.00元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总目录

上 卷

第一篇　德国19世纪法治国概念的起源 / 1
第二篇　国家的法治主义
——英国的法治与德国“法治国”之概念 / 35
第三篇　社会主义法治国之概念
——从越南及东德的经验谈起 / 112
第四篇　德国行政法学的先驱者
——德国19世纪行政法学的发展 / 163
第五篇　论宪法委托之理论 / 187
第六篇　公共利益的概念 / 228
第七篇　论公务员的忠诚义务 / 261
第八篇　论政党的内部民主制度 / 298
第九篇　宪法基本权利及对第三者效力之理论 / 330
第十篇　论宪法人民基本权利的限制 / 387

第十一篇　宪法财产权保障之体系与公益征收之概念
——德国与美国的比较研究 / 443
第十二篇　公益征收的目的 / 508

下　卷

第十三篇　公益征收的补偿原则 / 1
第十四篇　财产权保障的阴暗角落
——论被征收人的回复权问题 / 44
第十五篇　知识产权的社会义务
——从宪法学的角度检验知识产权的属性及其界限 / 82
第十六篇　法治国家理念的灵魂
——论法律溯及既往的概念、界限与过渡条款的问题 / 139
第十七篇　国民抵抗权的制度与概念 / 211
第十八篇　示威的基本法律问题 / 254
第十九篇　戒严法制的检讨 / 308
第二十篇　法治国家的军队
——兼论德国《军人法》/ 331
第二十一篇　平等权的宪法意义 / 383
第二十二篇　平等原则拘束行政权的问题
——论不法平等 / 400
第二十三篇　论社会基本权利 / 430
第二十四篇　新闻自由与司法独立
——一个比较法制上的观察与分析 / 454

目录

第十三篇　公益征收的补偿原则 / 1
第十四篇　财产权保障的阴暗角落
——论被征收人的回复权问题 / 44
第十五篇　知识产权的社会义务
——从宪法学的角度检验知识产权的属性及其界限 / 82
第十六篇　法治国家理念的灵魂
——论法律溯及既往的概念、界限与过渡条款的问题 / 139
第十七篇　国民抵抗权的制度与概念 / 211
第十八篇　示威的基本法律问题 / 254
第十九篇　戒严法制的检讨 / 308
第二十篇　法治国家的军队
——兼论德国《军人法》/ 331
第二十一篇　平等权的宪法意义 / 383
第二十二篇　平等原则拘束行政权的问题
——论不法平等 / 400

第二十三篇　论社会基本权利 / 430

第二十四篇　新闻自由与司法独立

——一个比较法制上的观察与分析 / 454

第十三篇　公益征收的补偿原则

对征收那对老夫妇的土地，我只想交换，并不要抢夺之。我诅咒你们这种鲁莽的蛮横！

——歌德，《浮士德》

一、前言

现代法治国家的最主要特征，是将保障人民的自由权及财产权，当作国家存在及政治运作的主要目的。尤其作为生活之资的财产基本权利，在现今的工业社会及追求物质生活的社会，更有值得重视之处，因为，毋庸待言的，国家法制保障人民的工作成果——财产权愈力，应愈能促发人民的内在潜力来追求幸福及财产。

然而，政府为了公共利益之需要，必须征收人民的财产——尤其是土地，则这种财产之征收，应不应予补偿，其应补偿之标准何在，则应加以研究。然而，财产权之征收目的，并非专为公用而为，只要为公共利益所急需，即可经立法来肯定其合法性。以故，习以为常的公用征收之用语，以其意义过狭，

及名实并不相符起见,似可改为公益征收为妥。

本文系以德国有关财产征收之补偿原则,由19世纪以来迄今之理论及实务作一个有系统的综合分析。

二、德国宪法之征收补偿原则及制度

(一)19世纪之全额补偿理念

由于受到法国1789年大革命之影响,当时实施君主帝制的德国各邦国,在19世纪中,系弥漫一种自由主义之风气,这种自由法治国家(Der liberale Rechtsstaat)理念也反映在对财产征收的补偿原则之上。德国普鲁士邦国于1794年颁布的《普鲁士一般邦法》(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten,简写ALR)引论(Einleitung)第75条,即规定人民的特别权利(seine besondere Rechte)及利益(Vorteile),在必须为公共利益而牺牲时(引论第74条之规定),应予以补偿。而补偿的范围,《普鲁士一般邦法》第9条第2款第11项(§9 II(11),ALR)规定:征收之补偿,不只对被征收物之通常价值(Der gemeine Wert),亦应及于该物之特别价值(Der ausseror dentliche Wert)。所谓的通常价值,系指物对任何人皆能使用的价值以及对任何人都能产生及估价计算得出之便利(Annehmlichkeit)及舒适(Bequemlichkeit)之价值。特别价值则是除通常价值外,基于某种条件(Bestimmungen)及关系(Verhältnissen),才产生之价值。《普鲁士一般邦法》进而明文指出,只有在以故意或重大过失而来毁损物者以及在公益征收两个情况之下,方允以请求特别价值之赔偿(补偿)。[①]《普鲁士一般邦法》这种规定显示出,征收

① 第118条:Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 2. Aufl. 1853, Bd. I,S. 120; Dazu, J. Schulthes, Die Höhe der Enteignungsentschä digung, Köln, 1965,SS. 10 ff。

之补偿和侵权行为的补偿(Deliktsentschädigung),本身并未有所差别。人民遭到公权力的侵害而牺牲之时,应给予被征收人民任何损失之补偿,这种通常损失及特别损失之并列补偿,而且,以市场经济之交易价值(Verkehrswert)作为估价标准,在表示《普鲁士一般邦法》将公益征收解释为另一个亦是一般邦法所许可的强制收买(Zwangskauf)之制度,①普鲁士这种财产权之绝对保障之制度,自是其遵循自由法治国家理念之忠实反映。②

《普鲁士一般邦法》将征收补偿分为通常价值及特别价值之补偿的二分法,原则上亦被德国的另一个大邦国——巴代利亚邦国所采纳。巴代利亚于1837年11月17日公布的《公益征收法》③即规定征收之补偿,除了补偿被征收物之通常价值外,亦补偿因征收而引起的其他不利益(sonstige Nachteile)。该法第5条规定补偿所谓其他的不利益,主要是指补偿:

(1)被征收之土地,以其和其他未被征收土地之关系以及其目前之使用方式,能带给被征收人之更多利益。

(2)因征收而使被征收财产人所拥有(其他之)财产的价值减低部分。

(3)被征收人因征收而暂时性或持续性的,不可避免的(营业)收益的损失,但此项损失不得超过土地补偿费估价的30%。

---

① 《一般邦法》第4条第1款第11项规定:唯有在公共利益急需之时,国家才可以强制收买人民之财产。故在《一般邦法》之体系内,公益征收比照强制收买之标准,以市价作为补偿标准。两个制度即相互重迭。E. Schmidt - Assmann, Zur Dogmengeschichte und jüngeren Entwicklung der Enteignungsentschädigung, Festschrift für W. Weber, 1974, S.591.

② E. Schmidt - Assmann, aaO. S.592.

③ (Bayrisches) Gesetz, die Zwangsabtretung von Grundeigentum füröffentliche Zwecke beterffend,应译为为公共目的之地强制征收法。17.11.1837, 1910, Art. V, Anm.8; J. Schulthes, aaO. S.11.

(4)因征收而影响之物的孳息。

《巴伐利亚邦征收法》虽然将有关其他不利益补偿的种类,予以列举式的规定出来,但是,依当时的学界看法,①这种列举式的规定,并非完全排他性的列举,只不过是例示性的规定,因而,被征收人财产的所失利益,应完全被补偿,私法的损害赔偿原则,有补充适用之余地。②

由《普鲁士一般邦法》规定在先,《巴伐利亚邦征收法》呼应在后,将征收补偿不仅及于补征收土地之本身,也及于因征收而附随而至的损失,而学术界当时的一致看法,③亦完全倾向于尽可能完全补偿的看法,将人民遭受的任何可能的损失,皆能毫无漏洞(lücklos)地予以弥补。④这种见解,使得政府实行一个征收计划,所费不赀,因而在1874年,拟订《普鲁士地征收法》前,对于应否允许或是限制补偿被征收人民的其他不利益问题,又被提出讨论。鉴于当时仍在普鲁士邦适用的《普鲁士一般邦法》,采用通常价值及特别价值补偿二分法,会带来价值的重迭,亦即,界分一个被征收物(土地)所损失的价值,究竟应属于通常价值或特别价值?而且,所谓特别价值的范围,如何界定?因而,征收补偿原系在于补偿客观的价值损失,至此,亦可能将被征收人的主观价值损失,包含在

---

① 例如,W. Laforet, Das Zwangsabtretungsgesetz von Grundeigentum für öffentliche Zweche betreffend vom7. 11. 1837,1910, Art. V, Anm. 8; J. Schulthes, aaO. S. 11。

② J. Schulthes, aaO. S. 12.

③ 例如,学者 Grünhut 即主张将应补偿之征收之损害分为三种:依市价决定的被征收土地之损失;其他的基本损失 Grundschaden[剩余土地的价值减低以及被征收的土地,依目前的使用方式,能和其他土地带来更多之利益以及个人(因素)的损失 persönlicher Schaden](例如有利的营业地点及顾客来源的损失),见 Grünhut, Das Enteignungsrecht, 1873, S. 100 ff; Georg Meyer 亦区分为(征收)物之一般的价值以及(民法的概念)全部利益(gesamtes Interesse), G. Meyer, Das Recht der Expropriation, 1868, S. 271 ff。在稍晚期的 Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 152 亦赞同 Grünhut 之看法。见 J. Schulthes, aaO. S. 12。

④ J. Schulthes, aaO. S. 12.

内，形成双重补偿问题（die Doppelentschädigung）。[①] 因此，普鲁士邦立法者即在1874年6月11日公布的《普鲁士土地征收法》[②]中第1条明定，征收补偿是以全额为之（vollständige Entschädigung）。而另在第8条第1项规定：征收应补偿被征土地及其附属物及孳息之全额（voller Wert des abzutretenden Grundstückes，einschlisslich der enteigneten Zubehörungen und Früchte）。在第2项才规定因部分征收，而引起剩余土地的价值减低（Wertminderung），这种特别损失，亦应予以补偿。[③]

至此，征收补偿即被分为征收物本身（包括所有地上物）的损失，是以全额补偿为必要；另一个特别损失是剩余土地的价值减低，两者都是由征收而来的具体损失。本法的起草委员会将征收补偿之认定标准予以客观化，终于尘埃落定。因而，被征收人必须是客观价值损失，方可以请求补偿。而属于个人主观因素的价值，例如情感价值（Affektionswert）以及个人嗜好等有关的偏爱价值（Vorliebenwert）等的主观价值（subjektiver wert），[④]即不可请求补偿。而且，依立法者之本意，属于间接的损失（mittelbare Schädigung），诸如营业迁延的损失等，亦不能请求

---

① E. Schmidt – Assmann, aaO. S. 594.

② Das Gesetz Über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874, GS S. 221.

③ 自依1871年5月1日提出的第三次草案起，本条（原为第7条）系以如下之规定补偿的范围是：

（1）被征收土地及因征收而损失之附属物及其孳息的通常价值。

（2）被征收土地以和其他未征收土地之关联及目前的使用方式能予财产权人更多的价值。

（3）因征收使其他剩余土地所减低之价值。

（4）因征收而致土地之使用权、地上权、佃权及承租人有所损失之价值。见J. Schulthes, aaO. S. 13, FN 26。

④ 本法第五次（最后一次）草案的立法理由中即明言除了特别偏好之价值外，一切之损失均予补偿。J. Schulthes, aaO. S. 13, FN 28.

补偿①。

然而,《普鲁士征收法》既然承认征收是完全补偿,并且也是从宽补偿(reichliche Entschädigung),被征收人之补偿,也是以市场导向的补偿(marktorientierte Entschädigung),②则要完全地补偿被征收人之损失,势必亦要考虑一些主观因素方可。本法的立法者,显然欲以客观方法(objektive Methode)来对被征收土地以外致使被征收人所产生的其他损失皆予补偿,而这些其他损失,只要当事人可以客观地举证即可。因此,若被征收人能举证其仍有其他的经济损失(如主观价值或间接损失等),以本征收法的补偿大原则(第1条之完全补偿)来作判断,则应无疑的,必须予以补偿,方乃公平。③ 这是因为完全补偿是以市价(Marktwert)为主,而市价即自由买卖之经济价值(freiwilliger Verkauf),所以,即使《普鲁士征收法》第8条并未概括地规定补偿其他之损害,但是,只要该损害能举证,即不再是被认为乃特别的损失,而是认为乃系于自由买卖时,双方(尤其是卖方能计入其卖价内的)可以承认的费用(Kosten)(如营业损失等)。④

帝国法院在审判实务中,亦操持这种保障从宽补偿的看法。在1893年1月1日的判决中,法院对于一个因征收计划之公布,而致租金损失(因即将有征收故无人愿意承租)者,即以为应予以补偿。法院以为虽然

---

① 在最后表决本法的辩论时,Mique及Virchow等人引述罗马法保障财产权之旨意,力争间接损失应予补偿,但遭商务部长(Handel - minister)Dr. Achenbach的拒绝。U. Scheuner, Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in: R. Reinhardt/U. Scheuner,"Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 127, FN 178.

② E. Schmidt - Assmann, aaO. S. 592.

③ 1872年3月4日的委员会报告,即以为:完全的补偿,是对征收之前后,人民财产产生所有明显的不利差额,予以补偿之谓也。J. Schulthes, aaO. S. 14, FN 30.

④ 这种从宽补偿的看法,是认为政府的征收,乃有关公共利益,但是,这种对人民财产权利的侵害,某种程序上,还是予民不利,故是一种半侵权式的征收(Quasi - Delikt Enteignung),故国家予以从宽补偿,是一种国家歉疚(staatliche Sühne)的表现,J. Schulthes, aaO. S. 15.

《土地征收法》第8条并未提及这种未征收前的损失，但是依《土地征收法》第1条完全补偿之意旨，赋予当事人有请求补偿之请求权，因而，纵使该法第8条未明言，但第8条只不过是第1条完全补偿的适用案例（Anwendungsfall）。故法院以为倘若不在征收，而是在一般买卖时，被征收的人民在出卖该被征土地（房屋）时，必会将租金之损失视为必要费用而提高其售价，故应视为损失，征收时应予以补偿。①

另一个重要的案例，系1893年11月4日判决的眼镜行案（Optikerfall）。② 本案是一个有60年历史的眼镜行老店及其土地被征收，店主即主张，以该土地之通常价值无法弥补其营业损失，为了顾客来源之缺乏，其势必于更昂贵的地段来找寻店面，以吸引新的顾客，方可获得以前由老顾客处所获得的利润。由于所谓的（被征收物之）通常价值，并不能包括营业的传统（声誉）（die Geschäftstradition）在内，只是拥有对一般人之价值，而本案的老店，只对眼镜行业者有较多的价值，对非经营该业之其他人民，则失去特点，故法院认为店主的这种更多之价值，并不属于客观价值（objektiver Wert）的概念范畴之内。但是，衡诸被征收人之财产状况，该项征收之损失，实应包含固定的顾客来源（Kundenstamm，good will），法院即主张依《普鲁士土地征收法》第1条之意旨全额补偿应包含固定客源之价值。但是这种价值，法院将之归为个别更多之价值（individueller Mehrwert）之概念内；亦即，因个别特别因素，并且有客观之基础（eineo bjektive Grundlage）以资佐证，而对个人有更多之价值存在，以不同于所谓的客观价值。法院这种看法，可说是承继立法者从宽征收补偿之初衷。并且，法院以为，允许个别价值之存在，并非肯定乃系因为被征收人之才干所致，（因为人之才干，即使到别处，另开新店，亦可展开，发挥其才干），而是因为被征收物（土地、店面），有较高之使用性，可使财产权人获得更大之利益。这种物之较高使用

① RGZ 31，214.

② RGZ 31，298.

性即法院所称之客观(证明)之理由。①

普鲁士帝国法院这个判决,以后即被法院采用,而成为法院一贯之见解,②甚至时至现在,德国联邦(普通)法院在对一个营业中的商业之土地予以征收,皆必须对营业地点(Geschäftslage)及顾客来源之损失,予以补偿,故本判决实影响深远。③ 既然只要能客观地提出证据,则被征收人之一切其他损失皆可获得补偿,④即使预期利益之损失亦同,⑤故,实际上公法的损失补偿及民法的损害赔偿即不易区分矣。⑥

(二)《魏玛宪法》的有关规定——适当补偿之概念

1919 年德国甫经战败,帝国帝制崩溃,实行民主联邦制度,是年 8 月 11 日公布的《魏玛宪法》第 153 条第 2 项有如下之条文:

(1)所有权受保障,其内容及其限度,由法律定之。

(2)公益征收唯有为"公共福利"之故,且依法方可行之。除联邦法律有另为规定外,征收必须给予适当之补偿。有关征收之争讼,由普通法院审理之。

---

① J. Schulthes, aaO. SS. 17, 18.

② RGZ, 43, 356; 79, 296; 84, 254; RG JW 96, 141, 99, 20; 1900, 198; 1900, 541; 01, 412; 05, 300; DJZ 07, 1085; J. Schulthes, aaO. S. 18, FN 51.

③ BGHZ, 14, 363; 23, 157; 30, 338; 参见 P. Badura, Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen, 1971, S. 22。

④ 帝国法院以后常使用客观价值的概念,并且以民法原则来决定有无损害之存在;如在一个私有道路收归公用之案件,法院以为被征收土地之客观价值包含了剩余土地作为出口之用,而该剩余土地之价值并未因征收而减少(因为该剩余土地本即为私有道路之出口),故驳回补偿请求,RGZ EE XXV,280;被征收人主张土地以前以极高价购得,法院则以为这种差额,并非客观价值,RG1903 年,JW 03,56;被征收人因花园被征收以后,除了按平方尺数获补偿外,更要求因无花园致房客减付租金,请求补偿。法院认为这是双重补偿,只能择一视为客观价值(花园之市价以及其获利能力 Ertragswert 之价值)而补偿。J. Schulthes, aaO. S. 19, FN 52.

⑤ 帝国法院在 RGZ 79,296 之判决中宣示,若能证明有第三者因为欲扩展营业,急需该被征收土地,会付比该土地之通常价值更高之买价,则这种预期利益(Gewinnchance)之机会,已极为具体,故应予补偿。J. Schulthes, aaO. S. 19, FN 54.

⑥ J. Schulthes, aaO. S. 19; E. Schmidt - Assmann, aaO. SS. 594, 595.

比较起迄当时的完全补偿制度,《魏玛宪法》此种立法例,有两个极突出之特点:其一是征收之补偿不再是全额而是适当之补偿(die angemessene Entschädigung);其二是如在必要之时,联邦法律甚至可以免除征收之补偿。

由战前德国法制尽可能对征收人从宽之补偿,到魏玛时代适当并且可以不必补偿,无疑是对有关征收补偿理念的一大转变,盖德国在第一次世界大战后,百业凋弊,社会动荡不安,代表战前和平、繁荣的自由法治国家理论已趋向照顾社会上大多数中下阶层、蓝领阶级人民生活的社会法治国家理论。因而,《魏玛宪法》已扬弃以往钦定宪法之本质,大地主、贵族、皇室之利益,已经自《魏玛宪法》的保障范围予以排除出去。《魏玛宪法》含有的强烈社会福利主义色彩极为鲜艳!然而,究竟何为适当之补偿?其与全额补偿关联如何?不仅在魏玛宪法内,即使于制宪会议中,亦未予以明言。① 纵如此,倘若从制宪前的立法来看,不难寻出制定适当补偿条款之端倪。

第一次世界大战战起,德国的国内经济情况随着战争范围的扩大及时日的拖久,而日益困难,为了支持战事,德国采取一连串战时经济管制措施,尤其是管制民生物资,这些措施,包括价格的冻结,强制私人出卖物品给其他人民(即不准囤积物品),以及政府强制收购物资及军事征用等,都不可避免地侵及人民之财产权。然而,若依以往的全额补偿,对于

---

① 1919年2月17日德国内政部提出的草案(第37条第2项)中仅提及征收须予补偿之规定,而未言明补偿之额度应如何。然而,制宪会议以何种理由以及何人主张加上适当两字于补偿之前,则不得而知,考诸制宪会议之记录亦无记载。只知在当年5月30日,制宪会议(National - versammlung)宪法委员会一读通过时,现行的第153条文中即出现了适当补偿字句。而在制宪会议的辩论、讨论时,仅二次提及适当补偿问题其中Heinze代表以为适当补偿乃理所当然之事;名政治家,时任政府秘书长(Staatssekretär)的Hugo Preuss,更表示,所谓的适当补偿,也可能是不予补偿,不过,不予补偿是特殊情形罢了。故《魏玛宪法》之制宪者无异议摒弃全额补偿之本意甚明。见J. Schulthes, aaO. S.22;另外魏玛时代名学者,R. Stödter, öffentlich - rechtliche Entschädigung, 1933, S.238亦提及。

人民因而遭受的一切损失皆予补偿的话,政府的上述措施即无法实现,故德国即于许多法令中,明定予以涉及损失之人民,给予适当之代价(Angemesser Preis)。① 这些战争期立法(Kriegsgesetzgebung)以适当之代价取代完全补偿,但是,终至战争结束,立法者仍未公开使用适当补偿之字句,直至战后,为了解决严重房荒,才正式使用此适当补偿之用语。②

《魏玛宪法》采用了适当补偿,这种是更具弹性的模式(eine beweglichere Formel)③来决定征收补偿之额度,立法者即可以权衡公益的需求,以有参酌当事人间的财产状况,而来制定各种不同程度的征收法律,而不必拘泥于以往的,偏重于保护被征收人之权益的全额补偿,应是《魏玛宪法》征收补偿制度之初衷所在。④ 但是,即令如此,但是实际的立法情形,即有问题。《魏玛宪法》规定的适当补偿原则,和当时德国各邦适用的,以以往流行之全额补偿原理而制定的征收法律有无冲突之情形,亦即,仍以战前理想而制定的全额补偿之征收法合不合宪之问题。依当时的通说,⑤《魏玛宪法》这项适当补偿的规定,可以由联邦法来作

---

① 这种将征收于比拟强制收买措施,在许多法律内甚至代以买受价格(der übernahmepreis)之用语。见 J. Schulthes, aaO. S.24, FN 73 ff。

② 例如,1919 年 1 月 15 日公布的《解决房荒令》(VO zur Behebung der dringendsten Wohnungsnot, RGBl, 1916)以及和《魏玛宪法》同一天公布的《帝国垦殖法》(Reichssiedlungsgesetz, RGBl. 1924)等,都使用了适当补偿之用语。见 W. Ehrenforth, Die Enteignungsentschädigung nach Art. 14 des Bonner Grund - gesetzes, BVBl 1950, 266。

③ U. Scheuner, aaO. S.128.

④ E. Schmidt - Assmann, aaO. S.596; J. Schulthes, aaO. S.33; W. Ehrenforth, aaO. S.268; R. Stödter, aaO. S.238.

⑤ 魏玛时代之名宪法学者 G. Anschütz 即持此意见,见 G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1. Aufl. 1921, Bem. 5 zu Art. 153; 另外,少数意见者如柏林大学教授 Martin Wolff (M. Wolff 之其他有关财产权保障见解,见陈新民前述注 1 文,收录于本书上册第 322 页)即以人民基本权利保障为出发点,以为《魏玛宪法》的适当补偿规定,是对邦法有关补偿规定的最下限(als untere Grenze der Entschädigung)。除此下限外即可由邦法自由规定补偿额度。见 M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Kahl, 1923, S.18; J. Schul - thes, aaO. S.33。

细节的规定，倘联邦法不为规定时，则可以由邦法而规定。《魏玛宪法》的适当补偿，并不反对、排斥以往的完全补偿概念，只要立法者维持以往的全额补偿制度（例如普鲁士邦维持其于 1874 年制定之《土地征收法》），亦不违反《魏玛宪法》。①

《魏玛宪法》立宪者这种弹性补偿的理念，却未能被尔后的联邦及邦法的立法者所贯彻。魏玛时代所制定或修正的征收法律，纵使将全额补偿之用语改为适当补偿，但是，对于应该补偿当事人的何种损失，亦即，严格界分被征收人财产的客观损失或主观损失之价值，却未见规定。②故原则上，由法院的态度可知，③魏玛时代仍延循以往的完全补偿见解，

---

① 例如，帝国法院 1930 年 2 月 28 日判决即表明之立法者有自由裁量之权限，来决定适当时之补偿。除非明显地超越裁量界限，而不适当时，法院才可以审查之，见 R. Stödter, aaO. S. 238。

② 例如，《国家垦殖法》即将征收补偿之问题，交由各邦之邦法来规定。该法第 15 条只对因战争因素，使得土地不劳而获的涨价部分，是不必予以补偿。至于其他损失则委由邦法决定。普鲁士邦制定的《国家垦殖法施行法》（1919 年 12 月 1 日公布，GS S. 31），即明定关于征收补偿准用《普鲁士土地征收法》第 8 条第 2 项（部分征收时，对剩余土地价值减低之补偿）等之有关规定。故实际上，并未排除其他损失（主观价值）的请求可能性。而 1921 年 4 月 19 日公布的《突林根邦征收法》（Thüringisches Enteignungsgesetz），则不再言及完全补偿，但是仍然对其他损失及所失利益予以补偿。见 J. Schulthes, aaO. S. 35, FN 107。

③ 帝国法院因为立法者未明白规定应适当补偿的种类，所以，只能由仍在适用的法律中来找寻适当的补偿规定，因而，法院之实务，皆将全额补偿引用于适当补偿的范畴之内。W. Bielenberg, Ist die Bemessung der Enteignungsentschädigung nach dem Verkehrswert in Bundesbaugesetz verfassungswidrig? DVBl. 1974, S. 114; Fr. Schack, öffentlichrechtliche Entschädigung und Schadenersatz, Der Betriebs – Berater, 1959, 1261. 这是法院实务界和学界看法不同之处，学界之通说以为，既然是适当之补偿，故应该无论如何要比完全补偿之额度来得少些。见 H. Diester, Enteignung und Entschädigung nach altem und neuem Recht, 1953, S. 41。

对于肇致人民财产的一切损失,仍予从宽补偿,①而因征收所产生之公益因素,并不作为衡量应予被征收人补偿之因素。②

魏玛时代承续以前的全额补偿制度,而且,立法者也无兴趣来界定何谓适当的补偿,这种情形,一直到希特勒的国社主义政权上台,才有转机。纳粹政权虽然以没收手段来对付政治见解不同人民之财产,③但是,对于纯粹的公益征收事件,仍予以补偿。④

国社主义政权甫掌握政权,即展开一连串的建设计划来增加就业机会及振兴国力,为了建筑高速公路及重整军力,需要征收土地之事件极多。⑤ 以往全额补偿之理念即面临考验。德国在此政权时代所制定的法律,几乎全部采用和《魏玛宪法》第153条同样的适当补偿之用语。⑥ 然

---

① 例外的情形是1925年12月8日的帝国法院判决(RGZ 112, 189)。本案是一镇公所,依据1923年7月26日公布的《帝国房荒法》(Wohnungsmangelgesetz, RGB1. I. 754)第5条之规定,征收两间未由屋主使用而任由闲置的房屋。镇公所将之作为游民收留所。民主除了请求剩余土地的价值减少外,可要求因被征收房屋(且被作来收容娼妓及乞丐等复杂人士之用),而产生遭窃盗及因而购置警犬防卫等特别支出费用,应获得补偿。帝国法院则以为,依《魏玛宪法》之趋势,不应给予被征收人比(当时)在德国大多数邦所适用的征收法律所规定之(全额补偿)规定,更多之补偿。法院之看法,认为应援引《普鲁士土地征收法》的有关条文(在别邦则分别援引该邦的类似法律)来作决定。关于本案,法院以为适当的补偿,只是补偿被征收土地(及房屋)的价值以及剩余房屋(土地)所减失的价值而已。而窃盗及警犬费用,则不应补偿。帝国法院明白表示《魏玛宪法》不保障给予被征收人民的一切的损害赔偿,这种只补偿客观价值的见解,以后并未被法院继续采纳。见J. Schulthes, aaO. S. 35; Fr. Schack, aaO. S. 1261, FN 24; R. Stödter, aaO. 120(关于《房荒法》);H. Diester, aaO. S. 41。

② RGZ 128, 33; H. Diester, aaO. S. 41.

③ 例如,1933年5月26日公布《没收共产党财产法》;同年7月14日公布《没收民族及国家敌人财产法》等。

④ 即使当时极端拥护纳粹思想的论者,也持此看法,如Queck/Bussmann, Reichsenteignungsrecht, 1939, S. 6; O. Koellreutter, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1935, S. 89; 另外参见H. Diester, aaO. SS. 43, 44。

⑤ 例如,1933年6月27日公布《帝国高速公路建造法》;1935年3月29日《军事用地征收法》;1936年3月8日之《运河用地征收法》及1935年12月13日公布之《能源(事业)奖助法》等。

⑥ 例如,注38所述诸征收法皆明定应给予适当之补偿。J. Schulthes, aaO. S. 44.

而，立法者亦同魏玛时代的立法者一样，未确切地表示应适当补偿的内容。故实务界的看法，就有其值得重视之处。推动这种补偿内容的看法，主要是普鲁士高等行政法院（Preussisches Oberverwaltungsgericht）对一连串有关国防目的征收案件的判决。① 这法院诉讼主要特点在界分被征收财产标的市价（交易价值）以及收益价值（Ertragswert）。缘以往普鲁士土地征收法是给予人民从宽之补偿，②故一切肇致人民之损失，皆应予补偿，则此种财力负担，非当时政府所能及所欲负担。法院在作补偿适当性的斟酌时，即提出公益权衡之主张。1937 年 8 月 3 日之判决，高等行政法院即宣示，所谓的适当补偿，是经过对全盘因素（alle Verhältnisse）都考虑后，得到公正（gerecht）及衡平（billig）的结果。是谓适当的补偿，所考虑的不仅是以被征收人的立场为出发点，而是以所有因征收而获得利益的大众来作考虑。③ 高等行政法院将公益作为斟酌补偿的适当性，可说是契合《魏玛宪法》第 153 条的立宪精神，并且对于以后（现行）波昂《基本法》的有关征收补偿理念之成立，有直接的影响（详后述）。故此判决，实深具意义。

高等行政法院在审判土地征收补偿时，即面临应补偿被征收土地的收益价值，亦即该土地实际的经济价值，抑或补偿其交易之价值（以全额补偿之理念来补偿）。由于许多土地（尤其在都市郊区）的收益价值和交易价值（市价），有甚大之差异，④法院于 1937 年 8 月 3 日的判决中，⑤

---

① 依《魏玛宪法》第 153 条，关于征收补偿事件之争讼，由普通法院审理之，但是 1935 年 3 月 29 日公布的《军事用地征收法》（Gesetz über die Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht, RGBl. I. S.467）第 3 条特别规定有关征收补偿之争讼，由普鲁士高等行政法院成立补偿庭（ES）审理（最终审）。其目的系使诉讼能较迅速终结。

② 当时的 Queck/Bussmann, aaO. S.34 仍主张。

③ 1937 年 8 月 3 日判决，RverwBl. 1937, S. 1009, EG/OVG 100, 329; W. Ehrenforth, aaO. S. 267。

④ 如市郊的农地即是收益价值还低于市价，因为该土地有期待价，可以有朝一日由农地转为建地，故存有这两种价值之差别。

⑤ Stahl, aaO. S. 160.

表示:被征收人不可以(牺牲)大众(利益)之代价取得不劳而获之利益(unverdienter Gewinn),故征收之适当补偿,是补偿被征收物的收益价值,而非较高的,含有期待及投机性质的市价。① 然而,这种补偿既然低于市价,则对于依赖该土地为生的人民(如依耕种该土地为生的农人),势必无法以所获之补偿,于区域内,另觅地购之。则对于斯类被征收人产生了不公平之情形。高等行政法院1938年1月15日判决,②即针对上述判决之缺点而弥补之。法院认为,若是被征收人系依赖被征收土地而生存(指农业方面),则所谓适当的补偿,是指该土地的完全或通常价值(voller oder gemeiner Wert)而言。故征收补偿必须使被征收人有能够获得另一个相当的土地之能力。法院这种以保障被征收人民的生存条件(die Existenzgrundlage)作为主因的重新获得(土地)原则(Prinzip der Wiederbeschaffung),实系正确之见解。③ 这种见解,以后即屡为法院所接纳。法院也对于肇致当事人其他特别的不利益,也列入补偿的范围。故综论高等行政法院的见解,所谓收益价值是征收补偿的最下限(untere Grenze),倘若征收危及被征收人生存(Existenzgefährdung)时,则应予市价补偿,而其他的损失,只要是非投机性之价值,并且,一般经济眼光认为是公平的话,亦可获得补偿。④

此外,《魏玛宪法》虽然明定,联邦可以经由立法免除对征收之补偿,但是,这种形同没收式的征收,究系违反宪法保障人民财产权的旨意,故

---

① 依《魏玛宪法》第155条第3项,土地增值非依自己劳力及资本而致者,应归公所有。

② RverwBl. 59; W. Ehrenforth, aaO. S. 267.

③ W. Ehrenforth, aaO. S. 267; J. Schulthes, aaO. S. 47. 在宪法有保障人民生存权利(《魏玛宪法》第163条第2项及我国台湾地区"宪法"第15条参照)的前提下,这种经由法院为个案正义的解释,实值得赞许。

④ W. Ehrenforth, aaO. S. 267. 故大农户的土地被征收时,由于其对土地的依赖性不若小农户之殷切,故仍予以收益价值之补偿。J. Schulthes, aaO. S. 48.

终《魏玛宪法》之世(连同纳粹政权在内),从未制定一条此类的法律。①

(三)德国《基本法》公平补偿原则

第二次世界大战后,德国于1949年公布了《基本法》。依该法第14条第3项,征收唯有因公共福社所需方得为之。征收须依法律或基于法律,而该法律亦规定补偿之种类及限度时,方得为之。征收之补偿,以公平地衡量公共及参与人之利益后,决定之。关于征收额度之争论,由普通法院审理之。

比起战前的《魏玛宪法》,《基本法》对有关征收补偿的规定,主要有两个不同之处:其一是征收之法律必须同时规定补偿的种类及额度;其二是补偿之标准乃以公平地衡量公共及参与人的利益后所作之决定。兹分别论之:

1. 唇齿条款之概念及其功能

虽然《魏玛宪法》允许联邦立法者,可以订定不予以补偿的征收法律,而已如前所述,魏玛时代亦未尝制定过此种法律,《基本法》的立宪者进而为了完全制止一个无补偿的征收(entschädigungslose Enteignung),故明定征收唯有依法律,而且该法律也同时规定了征收的补偿额度及种类时,方可为之。这个宪法的理念及制度,将授权及规定征收的法律(征收法律基础)与补偿规定,强制性地合为一体,说明了《基本法》强调征

---

① H. Diester, aaO. S.38. 但是,这是指纯粹的征收,也就是狭义的公益征收而言。至于其他的公权力措施,只是限制某种财产权利的行使,则不包括在内。1931年6月5日,联邦立法者公布一个《第二次保护经济及财政状况的紧急令》(2. Not VO zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen, RGBl. I. S.279)中,曾规定政府采取限期禁建(befristete Bausperren)措施却不必补偿。而这个规定,帝国法院却已于1930年2月28日,(RGZ 128, 18/31)认为乃征收之侵害(enteignender Eingriff),故是一个实质意义的无偿的征收。J. Schulthes, aaO. S.21, FN 61; 40年代的名学者Stödter, aaO. SS.247, 250。关于界分广义及狭义之征收概念,见陈新民前述书注1文,注113及注121之本文。

收补偿的不可缺性(Unabdingbarkeit der Entschädigung)。① 征收之法律必须规定了补偿之条款,方得有效存在及适用。故自《基本法》公布不久后,名学者 H. P. Ipsen② 称之为唇齿条款(Die Junktimklausel),形容征收与补偿的不可分性后,此名称已广为学界及实务界所引用。③

唇齿条款的功能在于保障人民的财产基本权利。因而,补偿是一个征收行为的许可要件之一。假如一个法律并非规定(或是不公平地规定)征收补偿时,即会违反唇齿条款而为无效。唇齿条款这种防卫性的功能(Schutzfunktion),显示出征收法律内必须有补偿的条款,这种同时性(Gleichzeitigkeit)④的要求,并不能事后由法院的判决,来求得补救。联邦宪法法院在早期的判决即表明,法院在审理案件时,遇见一部未规定补偿的征收法律时,应依《基本法》第 100 条第 1 项的具体法规审查程序,提由联邦宪法法院审查其合"宪"与否,而不得径依《基本法》第 14 条第 3 项有关征收补偿原则(亦即依公平衡量双方利益后决定补偿之标准),来决定个案当事人应获得的补偿。⑤ 联邦宪法法院在以后的判决,亦再度表示,有关征收补偿之标准,依唇齿条款之意旨,是专属于立法者的事,法院不得越俎代庖。⑥

---

① O. Bachof, Zur Bedeutung des Entschädigungs – Junktims in Enteignungsgesetzen, DÖV 1954, S. 592.

② H. P. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952) S. 74/78; O. Bachof, aaO. S. 592; R. Rausch, Enteignungsrechtliche Probleme in Lichte der Junktimklausel, DVBl. 1969, S. 167.

③ 按 Junktim 本为拉丁文,意为连接,串联。笔者原意以中国成语的唇齿相依及唇亡齿寒,表示唇与齿之关系极为密切,缺一不可,故舍直译之串联条款不用,而代以唇齿条款。

④ E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2. 2. Aufl. 1954, S. 55.

⑤ 这就是联邦宪法 1955 年 7 月 21 日著名的唇齿条款案判决(Junktim – Urteil) BverfGE 4, 219/231, 233. O. Bachof, aaO. S. 594。

⑥ BverfGE 24 367/419; 46, 268/296. 联邦宪法法院这种见解,否决了德国联邦行政法院的见解(如 BverfGE 1, 44; 1, 144),这些早期的判决认为假如征收法律未规定补偿条款时,法院可以依正义及衡平原则,来决定个案之补偿原则,以求事后补偿。

此外，规定补偿既系立法者的专责，假如立法者未规定补偿之标准，甚或是完全授权由下级法规（如行政命令及地方自治规章）来自行决定补偿之标准，有无违反唇齿条款，众说纷纭，①不过，鉴于唇齿条款基本精神，同时性原则要求征收（要件）与补偿是在同一法律内完成，故征收法律不得明文委由下级法规而代行其规定补偿标准之责，更不可以本身未规定（忽视）补偿条款，而由下级法规来事后补救。②

对于立法者而言，唇齿条款更有警惕功能（die Warnfunktion）③。立法者在制定一个法律——尤其是涉及侵及人民的财产权之际，更要注意该法是否含有征收之特征（而在颁布明白的关于征收之法律，自更不待言）。④ 倘若一个法律是征收之法律，立法者即被迫须衡量征收之必要性，以及必须付出之征收补偿的种类及额度，是否公平，是否为国家财力所能负担。立法者这种检查义务（检查该法律是否为征收法），衡量义务

---

① 例如，名学者 W. Jellinek 即主张只要终究有补偿的结果就可以，不必一定要由原征收法律来规定。若依下级法规，甚至连习惯法，都有对征收予以补偿之规定，即不违反《基本法》第 14 条之规定。见 W. Jellinek, Anmerkung zum Urteil des Hamburgischen Oberver – waltungsgerichts vom 14, 10. 1950, DVB1 1951, S. 283。反对者 O. Bachof, aaO. S. 593; G. Dürig, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ. 1954, S. 7。

② E. R. Huber, aaO. S. 55; W. Weber 甚至认为唇齿条款是新瓶旧酒（die Übernahhme eines alten Grundsatzes in eine neue Lage），无足为奇之事。因为早在魏玛之前，未尝有一个征收法未具补偿规定的。W. Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann – Nipperdey – Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 334.

③ 最早由 G. Dürig, aaO. S. 8; O. Bachof, aaO. S. 594. H. P. Ipsen, Die Junktimklausel im völkerrecht-lichen Vertrag, NJW 1963, S. 1377; H. Wulf, Die Junktimklausel, Diss. Hamburg, 1968, S. 64 以及 F. Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Enteignungs-regelungen im Enteignungsrecht, 1980, S. 24。联邦宪法法院亦采纳这种用语，BverfGE 46, 268/287。

④ 这是因为征收乃公权力违反公平原则，对人民之财产权利予以限制或剥夺而致损失。故一个法律是属于征收法律，除了传统意义的征收法律（例如以剥夺所有权为主的《土地征收法》等）外，只是单纯限制人民财产权之法律（例如限期之禁建），亦可能属于为公益之征收。故界分“征收”与单纯的财产权限制之概念，是一极困难的工作，有关之理论。

(衡量补偿是否公平,国家财力是否堪负得起)以及最后的决定义务,皆是为了避免其立法被认为乃违背宪法而致无效之命运。① 故唇齿条款此之警惕功能系其保障功能的具体实现。②

2. 公平补偿之概念

《基本法》决定了立法者制定征收法律时,必须就公共及涉及参与人之利益,作公平之衡量后,规定征收之补偿(《基本法》第14条第3项)。《基本法》在制定第14条此项条文时,曾对征收补偿之标准,有过争执,不少制宪代表主张仍然延用《魏玛宪法》的适当补偿原则及用语,但是,终以少数差额未能实现。③ 新条文使用了公平衡量(gerechte Abwägung)之用语,即表明一个征收之补偿,是一种经过利益衡量(Die Interessenabwägung)之结果。和《魏玛宪法》的适当补偿概念以及法院实务不同的是,《基本法》将公共利益及征收所涉及之参与人之利益,并为斟酌,而且,应以公平地衡量之,即是将此些利益均视为同等级之价值(因素)(gleichrangige Faktoren)④来考虑之。这种既不偏颇当事人之利

---

① 此可称为征收的可预见性(Die Vorsehbarkeit der Enteignung),立法者必须预知其所立之法是《征收法》。R. Rausch, aaO. S. 170; F. Weyreuth, aaO. S. 12 ff, FN 31, 联邦宪法法院判决 BverfGE 4, 219/235, 45, 63/75 f. Anm. 23。

② 唇齿条款之本意,乃是使征收法律内规定了征收(许可)要件外,亦要同时规定征收之补偿。但是,立宪者有无考虑到,这种硬性规范的后果?例如该征收法只是约略地规定了补偿原则,实质上尚须邦法来作细部规定,是否合乎唇齿条款?又所谓征收法律,是指立法得所明知的征收法律?(例如 G. Dürig, aaO. S. 7; O. Bachof, aaO. S. 594),亦是泛指一切可以造成征收后果之法律,而立法者于立法时不知其为征收法律,待事后法院(宪法法院)认定,且以违宪(违背唇齿条款)宣告之法律?则以立宪当时之数据显示,《基本法》的制宪者未有一言明白谈及唇齿条款之功效,自也未考虑上述诸项问题。故学者 H. P. Ipsen(同注册4,S. 78)即怀疑立宪者到底知否唇齿条款之重要性及其法律上之功能;G. Dürig 亦持此怀疑态度,Dürig, aaO. S. 169; H. Wulf 亦赞同,见 H. Wulf, aaO. S. 12。

③ H. Diester, aaO. S. 172.

④ W. Opfermann, Die Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz, 1974, S. 37.

益，亦不私好公众而以私人利益为牺牲的公平补偿（gerechte Entschädigung），即为《基本法》的征收补偿原则。①

（1）公共利益的斟酌

如前所述，《魏玛宪法》的立宪制定了弹性的适当补偿条款，赋予立法者能够依不同的事实及国家社会情况而弹性地决定补偿标准，而不必一味地保障财产权人之全额价值。但是，尔后的立法及法院实务并未采纳魏玛立宪之初衷，甚至帝国法院亦明白否认一个征收所给社会带来之公共利益可以作为征收补偿斟酌之标准，而全以当事人之损失为论断之依据。②《基本法》将公共利益作为衡量征收补偿之因素之一。此时所谓的公共利益是指该征收措施所欲追求（或达成的）之一切利益而言。不仅仅是该征收所肇致之经济利益（可以以数额方式来估计的利益），还有其他非经济性价值的利益，诸如政治、社会、文化等之利益，皆包括在这个公共利益范围之内，以故这是一个总体利益（Intersse einer Vielheit）。③ 魏玛时代所确定的理念，④纯粹国库利益并不能视为公共利益，亦在《基本法》时代，奉为圭臬而遵从之。⑤

（2）参与人利益之斟酌

和公共利益之利益不同的是，此际所谓的参与人之利益，系包括了征收人之所获得之利益及征收人之损失而言。征收人（通常是国家，地方自治团体等征收受益之对象）所得之利益，如上节述及公共利益所言，

---

① 此是联邦宪法法院之见解 BverfGE 24, 367/421。

② Garzoni, aaO. S. 88.

③ F. Freundling, Zum Maß der Enteignungsentschädigung, Bay VBl. 1972, 11.

④ RGZ 136, S. 123; W. Weber, aaO. S. 382.

⑤ Fr. Schack, Die Berücksichtigung des Interessensausgleitchs bei Enteignungsentschädigung, DÖV 1965, 551; U. Scheuner, aaO. S. 131. 但是极少数持反对者如 Opfermann（注 66）则认为国库利益须被认为公益来讨论。因为唇齿原则要求公权力在征收时，必定给予补偿，因此国库之利益必须被考虑到。Opfermann 以为《基本法》和《魏玛宪法》是不同的两个体系，所以魏玛时代的见解（主要是帝国法院之见解，注 70）不必再承继下来。W. Opfermann, aaO. S. 60.

并不只是经济上(财政上)之利益,也包含政治及社会等价值在内。因而,此部分的征收人利益,可以并入公共利益来讨论。《基本法》所称的参与人,实际上是指财产权人而言。①

财产权人之损失,是否是依民法的损害赔偿,来界定其范围?依德国民法第249条及第252条,损害赔偿之范围,不仅是侵害时的现状损失,甚至及于将来的期待利益,亦即,不仅仅是实质的损失,还有预测所失利益在内;抑或是依据魏玛时代的一些见解,将财产权人之损失,只局限于现时及客观之损失?② 由《基本法》制定的过程显示,立宪者并未论及这个问题,不过,《基本法》既然要求并赋予立法者决定补偿额度的权限,则对于财产权人所产生之损失,自应以一般的经济眼光而论,因此,考虑一个被征收财产权人之一切损失,应以民法的损害赔偿的范围来作基础。③ 不过,这些损害的范围是予立法者作利益衡量时采用,实际上由立法者所斟酌、决定之公平补偿,并不一定须与此损害之范围相一致。④⑤

(3)公平的利益衡量

《基本法》赋予立法者可以弹性地,公平的衡量因征收所带来之大众

---

① 当初《基本法》在制定本条文时,此句参加人(die Beteiligten),原系使用财产权人(der Eigentümer)字句,稍后改为当事人(die Betroffenen),最后才改用现行条文用语。见 E. Knoll, Eingriff in das Eigentum in Zuge der Umgestzltung gesellschaftlicher Verhältnisse, AöR 1956, Bd. 81, S. 397;同理 Opfermann 以为这三个用语皆一致,皆是指财产权人而言,因为另一方(指征收人)可以归入公共利益之内。甚至联邦(普通)法院亦将参与人认为征收之被害人(BGH 59, 250, 254; 60, 126, 144), W. Opfermann, aaO. S. 58, FN 24。

② Stahl. aaO. S. 144. RGZ 112, 189/192; 128, 18/33.

③ Fr. Schack, BB 1959, 1260; BGHZ 6, 270/292; 13, 395; 14, 106.

④ Chen, Shin - min, Die Enteignungsgrundsätze nach dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Republik China, Diss. München 1983, S. 84.

⑤ 此外,在理论上,倘若立法者决定以民法的损害赔偿之范围为征收补偿之范围时,亦非《基本法》所禁止(详后述),故在对《基本法》此条被征收人之损失范围认定,自应以民法的,较宽之损失范围来作基础,庶几可予立法者预留其权衡补偿额度之空间。

利益及被征收财产人的损失后，决定一个公平的补偿（gerechte Entschädigung）。因此，如同《魏玛宪法》一般，《基本法》亦免除立法者，必须遵守一个单板、僵硬的市价补偿之拘束。① 立法者即可以审视立法时的一切客观政治、社会及经济环境，以及社会正义、公平之概念，以及征收之标的及目的，作其决定补偿公平性的标准。② 然而，立法者的此项权限，有无一定之界限，亦即立法者可以自行决定征收之额度，而不受任何拘束，则必须依宪法的财产权保障之理念方可。由于宪法财产权保障之理念，首先在保障财产权人有一个实存保障（Bestandsgarantie）（可以拥有财产标的），其次在符合征收要件时，才可以在给予补偿为要件下，被征收之，故才享有财产价值之保障（Eigen - tunswertgarantie）。③ 因此，倘若立法者有意忽视宪法保障财产权之宗旨，制定一个毫无补偿规定之征收法律，因违反唇齿原则，该法律违宪自不待言，即使规定一个有名无实的征收补偿（Nominalentschädigung），④则亦违宪，故立法者并无决定补偿额度的完全权限。⑤ 因此，所谓公平的权衡是指立法者可以在完全的市价及完全的有名无实之补偿两个范围内，拥有一个折衷的决定权限。⑥

为了使公平补偿的概念有一个更具体的轮廓，许多学者即提出其看法，例如：

---

① 此是学界之通说，见 E. Knoll, aaO. S. 396; W. Rüfner, Die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit bei der Bemessung der Enteignungsentschädigung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, S. 514; 另 BverfGE 24, 367/368。

② 联邦宪法法院 BverfGE 24, 367/421。

③ BverfGE 24, 367/397; 45, 63/76.

④ 此是德国名学者，亦是制宪会议成员的 v. Mangoldt 所主张。V. Mangoldt, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AÖR 75 (1949), S. 289.

⑤ Rüfner 以为，纵使此举有利于公共利益，但是亦侵犯《基本法》第 14 条保障财产基本权利，故亦属违宪，Rüfner, aaO. SS. 511, 528; 同理 U. Scheuner, aaO. S. 130; H. P. Ipsen, aaO. S. 98.

⑥ W. Opfermann, aaO. S. 33.

①U. Scheuner 在 1954 年即撰文[①]认为在公平的利益衡量中,有一些应该予以衡量的标准也有一些不可以衡量的标准。其中应予考虑补偿的是:(甲)对于即将征收之标的所为投机性的加工,致使被征收之标的物价值的升高,可以予以阻止。(乙)被征收物的主观价值(感情价值,Affektionswert)应和被征收物对目前财产权人有特殊之经济利益相区别。即后者应考虑予以补偿。(丙)被征收物与被征收人之经济地位(wirtschaftliche Lage)所发生的影响,如对借被征土地为生的圃农及农夫,因征收措施可影响其经济上生存,因这种生存的侵犯极为严重,故应予考虑。(丁)征收时的一切经济及社会状态,可以列入考虑,特别在经济危机时,这些征收可以概括地且暂时地有益于公共大众。例如在战时对原料的限价收购(如同军事征用)都是许可考虑的因素。对于不应该考虑的因素,Scheuner 以为有:(甲)征收时,若征收之目的含有政治、社会、文化之因素时,这些因素不必列入考虑,Scheuner 以为过度高估这些因素的结果,会导致将被征收人视为公众的特别牺牲(Sonderopfer)的后果,这种后果是不准许的,故应不考虑征收措施的其他因素。(乙)被征收人的一般社会地位不必予以考虑,尤其是在征收富人之财产时,不应予以较低的补偿,否则违反宪法第 3 条所揭示的禁止歧视原则(平等权)。(丙)与(乙)是类似的,被征收人的个人特征(persönliche Eigenschaft),例如其家族情形及其是否为法人,都不应列入考虑(此是防止对以前社会之豪门巨族的歧视)。(丁)对于被征收人财产标的之使用及利用情形,假如该标的是以社会及政治的观点来评断时,则不应将该标的运用情况列入考虑;但是若是就该标的之经济运作观点来讨论,例如该土地未充分利用等,即可于权衡补偿标准时考虑之。故 Scheuner 反对对于大地主采取歧视,以政治目的来剥减对其征收补偿的额度。(戊)最后一个因素是,政府及征收受益机构(受益人)的支付能力(财政

① Garzoni, aaO. S. 80.

能力),亦不应列入考虑。唯有在国家遭遇特别情况[如上文应考虑因素之(丁)时],诸如战时及经济危机时,才可以实施,一旦承平之后,即不可再将这种国家财政能力予以列入考虑。①

Scheuner 这种看法,可以归纳为,除非在战时(或国家遭遇经济危机等困境时),方可以予被征收人较不利的考虑。而且,本于平等原则,对于被征收的人之身份及财产、社会状况,应不列入考虑之内。但是唯有此征收之对象是社会上之弱者,如赖土地为生之农人等时,则要特别的,如同前述德国高等行政法院 1938 年之判决②意旨,考虑其生存所需之其他利益。因此,所谓公平的考虑,依 Scheuner 之意见,不注重征收所含带之政治、社会等因素,此点是和《基本法》第 14 条所创的,重视地将公共利益列入考虑,只有在战时或国家经济困境时方可实行,平时则不许可。无疑将公共利益只局限于时间性之因素内(战时等时间),有否合乎《基本法》之本意,不无值得怀疑。不过,Scheuner 引申平等权之原则作为公正补偿之指导原则,是为高见。

②W. Rüfner 在 1973 年纪念 U. Scheuner 的纪念论文集中,③亦表示:所谓公平的衡量就是尊重平等原则,使得被征收人借着征收补偿的获得,不会产生其对其他未被征收之财产权人比较起来有不公平的感觉。所以公平衡量就是造成一个公平的秩序(gerechte Ordnung),因此不会让被征收人成为公众的特别牺牲者。故依 Rüfner 之见,公益的衡量并

---

① U. Scheuner, aaO. SS. 136, 137.

② Garzoni, aaO. S. 31.

③ A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillian and Co., 1885; 第二版(1886);第三版(1889);第四版(1893);第五版(1897);第六版(1902);第七版(1908);第八版(1915);第九版(1939);第十版为 1959 年。第九版及第十版为 Wade 整理(Wade/Dicey),除非有特别说明,以下所引注皆出自第十版。中国早在 1930 年即有雷宾南依据第六版所译之中译本,由上海商务印书馆印行,台北学人月刊社于 1971 年曾有影印,收入《五元文库第二十七号》。现刊本系帕米尔书店于 1991 年再度翻印,以下皆引用此翻印本。

不是作为概括削低征收补偿之借口,所以公平的补偿是以一般市场经济之眼光来评价,就是通常价值或市价。① Rüfner 这种看法,明显地承继了 Scheuner 之意见,同是以平等权为论点之出发点。②

③E. Knoll 在 1956 年时的见解,亦值得一述。③ Knoll 是以征收之目的来讨论。依 Knoll 之见,征收的目的主要可分为两种。一种是公用性质的征收。典型的例子是将征收视为替政府或地方自治团体取得土地之手段(Güter beschaffung)即古典征收的概念,而且,征收的受益人可能是一人机构(如铁路局征收土地建造铁路或办公大楼,而成为铁路局之财产),亦可能是国家。但是这种类型的征收,主要的公益考虑,依 Knoll 之见,主要涉及国库利益。第二个类型的征收系指社会目的性的征收。也就是征收之目的,在于改善社会财产结构,亦即是政治、社会之目的,来调节社会贫富之间的差距。因此,此时所称的公益,实在不是国库利益,而是政治或社会利益,也是一种对被征收人主要是大地主的一种社会目的的剥夺财产权(die Sozialentwährung)。④ 对于这两大类型的征收,Knoll 以为在第一种征收,是近似强制收买(Zwangskauf),⑤所谓公

---

① W. Rüfner, aaO. S. 527 ff.

② Rüfner 亦明言支持 Scheuner 之见解,aaO. S. 527。

③ 德国各邦国在 19 世纪初开始进入立宪政治时代,其趋势系由南向北。受到法国 1814 年 6 月 4 日颁布宪法的影响,南德的那骚(Nassau)邦国便立刻在同年 9 月 1 日首先颁布宪法,巴伐利亚邦于 1818 年 5 月、巴登邦于 8 月……,最迟一邦为 1820 年的黑森.丹史达特邦(Hessen - Darmstadt)。北德诸邦则由库尔黑森邦(Kurhessen)开始在 1831 年 1 月制宪,布朗史外格邦(Braunschweig)继之而起于 1832 年 10 月,之后北德也陆续开始制宪。最后一邦是普鲁士,1850 年才制宪。北德诸邦国立宪系受南德诸邦国立宪的震撼,但是其理念却受到南德法政思想家,如莫耳及魏克的影响。莫耳及魏克之提倡法治国的著作,皆被印成各种小册,躲避过北德诸邦警察之监控,终于在北德知识界播下了法治国的种子,也使得较封闭的北德诸邦国产生了立宪的风潮。见 E. Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1961, S. 110.

④ E. Knoll, aaO. SS. 393, 395 FN 169。而学者如 W. Weber 之意见,正是反对这种类型的征收,认为是有违《基本法》之原则。W. Weber。SS. 357, 358, 365, 388.

⑤ E. Knoll, aaO. S. 400.

益的需求，在这种征收，主要在使需地机构获得土地，而不是在使需地机构以较低之代价取得土地。① 因此，为了不使当事人产生特别牺牲起见，应给予市价，亦即立法者无法改变这种标准，以使被征收人可以再依此价重新取得土地。② 而第二个征收案件，则因为这种征收并非以图利国库为目的，而以社会阶层之重组（gesellschaftliche Umgestaltung），③故不需予以市价，只须给予其收益价值（Ertragswert），即实际的经济价值即可。④

Knoll 这种以征收的主要目的来区别公用性质的征收及公益性质的征收（为了政治及社会目的），可以说是契合征收之制度本质。由于 Knoll 这种区分，立法者的公平衡量义务，即可较清楚地呈现出来，立法者之补偿额度的决定权，依 Knoll 之见，已被局限了一个最下限，即得利价值故财产权人在最起码的财产权之实质价值亦可确保，合乎宪法保障财产权利之基本精神。

3. 法院与立法实务之见解——全额补偿之争议

（1）法院之见解

《基本法》第 14 条规定了补偿应公平。究竟这个公平补偿与《魏玛宪法》的适当补偿之概念，有无相通之处？这并不只是为了用语之争，而是德国有些在魏玛时代所制定的法律⑤以及一些邦宪法⑥依然使用在适

---

① E. Knoll, aaO. S. 401.

② E. Knoll, aaO. S. 405.

③ 见前注 43 处本文。另依 F. Freudling 之看法，所谓收益价值，又称得利价值是指可兑现之，持续性的纯粹收益而言。见 F. Freud - ling, Wert, Schaden, Entschädigung, DÖV 1970, S. 310。

④ E. Knoll, aaO. SS. 420, 422。

⑤ 例如，1935 年 12 月 13 日所制定的《能源法》仍然在适用，最近一次于 1977 年 12 月 19 日修正（BGBl. I. S. 2750）。

⑥ 例如，《巴伐利亚邦宪法》第 159 条；《莱恩发尔滋邦宪法》第 66 条第 4 项亦称：每个补偿皆须斟酌公益与私人之利益后，所为之适当的补偿。见 Fr. Schack, DÖV 1966, S. 550。

用,或是使用适当补偿之用语。《基本法》成立之后,许多学者即展开对公平补偿之探讨,以及该公平补偿与适当补偿是否乃为同一概念(所谓同位理论 Die Gleichstellungstheorie)①以及与全额补偿有无冲突之问题。

采取纯粹继续延承理论(Die reine Fortführungs – theorie)者,②可举其著名者如 F. Giese, E. Forsthoff, 以及 W. Weber 等。F. Giese 在 1950 年,《基本法》甫经公布,即发表许多有关之论文讨论这个问题。依其之见,所谓公正补偿并非是对《魏玛宪法》所规定之适当补偿作一个修正(Modifikation),而是就补偿之适当性作更详尽的说明罢了。亦即,利用新设的利益权衡制度来使魏玛时代的适当补偿概念更加清晰。因此,《基本法》这公正补偿规定不会使既存的(征收)法律内容有任何更异,只是换了新句子使原来之概念更具体。③

名学者 E. Forsthoff 在其大作行政法总则教科书 1951 年出版的第二版亦宣称,如同 Giese 所主张的,《基本法》之公平补偿是继承魏玛时代的适当补偿,而且,必须经过利益权衡之补偿,才是公正的,才是适当的。④

W. Weber 在 1954 年主张市价(全额)补偿在魏玛时代的帝国法院审判实务已被确认,因此其正确性毋庸置疑。《基本法》之公平补偿就应承继,而且全额补偿也是补偿的最低标准,故依其之见,所谓公正补偿和适当补偿及全额补偿之意义皆相一致。⑤

---

① W. Bielenberg, aaO. S. 113.

② W. Opfermann, aaO. S. 75.

③ F. Giese, Enteignung und Entschädigung früher und heute, 1950, S. 30.

④ E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrehchts, Bd. 1, 2. Aufl. (1951); Forsthoff 在此教科书最后一版,1973 年的十版第 351 页仍然持此看法。

⑤ W. Weber, aaO. (注 57) SS. 390, 391.

这些盛名学者的看法，原则上是获得学界的支持，①甚至法院审判时，亦将公正及适当补偿之用语交互使用。②③ 联邦普通法院（BGH）首先支持这种看法。法院在 1952 年 6 月 10 日之判决，④就是以平等权保障为出发点。法院认为所谓公正的补偿，是使被征收人能够有能力回复到征收前的财产状态。在土地征收案件中，被征收人可以由补偿费，再获得（市价买到）与其被征收之土地同样价值（质量）的土地。（所谓的重新取得理论 Wiederbeschaffungs – theorie）⑤联邦普通法院这个判决公布后，以后即被该法院视为圭臬，而奉行不渝。⑥

在联邦普通法院主张等值理论给予被征收人市价（全额）补偿之见解，作为所谓公平补偿概念之诠释后，联邦宪法法院在 1968 年 12 月 8

---

① 例如 J. Schulthes, aaO. S. 78; U. Scheuner, aaO. S. 129; Knoll, aaO. S. 347（原则上赞同）；学者 Ehrenforth 在 1950 年即表示所谓征收之公正性和适当性的概念，实和民法的诚与信（Treu und Glauben）相似，所以无法予以分开。见 W. Ehrenforth, aaO. S. 268；亦可参阅 R. Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 82, FN 301。

② 例如联邦普通法院 BGHZ 25, 225; 26, 374; 29, 221; 参见 O. Kimminich, Eigentum, Enteignung und Entschädiigung, 1976, Rdnr. 305 zum Art. 14。

③ Opfermann 反对这种看法，其以为学界这种看法，明显地漠视了《基本法》制宪会议的讨论及本意。而且，Weber 的看法，纯粹是个人的正义概念，并非立宪者之真义。见 W. Opfermann, aaO. S. 76。

④ BGHZ 6, 270/293, 295.

⑤ Rüfner, aaO. S. 512. 关于用语，有称为等值理论（Äquivalenz – theorie）。例如联邦普通法院（BGH）1962 年 11 月 8 日判决（BGHZ 39, 198/200）就明白表示征收须予当事人一个真实的价值补偿（ein wirklicher Wertausgleich），而须借这个补偿来再获得与被证物同品质的标的。被征收人应给予被剥夺物之完全等值（das volle Äquivalent für das Genommene）的补偿。参见 R. Breuer, aaO. S. 83，再例如 W. Bielenberg, aaO. S. 115；也有称为重新恢复理论（Restitutionstheorie），例如 J. Schulthes, aaO. S. 77。

⑥ 例如 BGHZ 11, 156/163; 14, 106; 19, 139/145; 26, 273; 29, 207/216; 39, 198/200; 41, 354/358; 57, 356/368; O. Kimminich, Rdnr. 312；另外在 1976 年 9 月 30 日及 10 月 7 日两个判决亦表明类似之看法，见 Kreft, Bemessung der Enteignungs – entschädigung nach der Rechtsprechung des BGH, Zeit – schrift für Wirtschaft und Bankrecht, Nr. 2/1977. S. 3。

日宣判了极著名的汉堡水霸法案(Hamb. Deichordnungsgesetzfall)。[①] 针对有关征收之补偿,法院以为:《基本法》第 14 条第 3 项所规定之公正补偿,系宪法授权立法者,可以斟酌、审视立法时之各种不同的、所欲规范事件及时间因素之特性(situationsbedingte Beson - dereithen des Sachverhalts und der Zeitumstände),而来决定是否应给予被征收人全额或是低于全额(市价)之补偿。《基本法》根本未期待征收补偿一定须全额给付,一个僵硬(starre)的,只以交易价值为导向的补偿要求,自非《基本法》之本意。因此,依法院之见,被征收人并不一定须给予与被征物完全等值(das volle Äquivalent)之补偿。[②]

联邦宪法法院这种看法,和联邦行政法院之看法一致,[③]虽然是符合当初《基本法》制定第 14 条条款之初衷,[④]但是使得联邦普通法院所致力的,将抽象的公正补偿概念,能整理出一个较单纯的、清晰的范畴,以资遵循之努力,予以抵消。[⑤] 不过,由于德国之立法实务多是采纳全额补偿(详下述),联邦普通法院认为只有在例外之情形(如立法者特别之立法),方可准许低于市价之补偿。[⑥]

(2)现行制度——重返全额补偿的双类补偿体系

第二次世界大战战后,盟军进占破碎的德国,举国一片废墟,再加上

---

① BVerwGE 24, 367 ff.

② BverfGE 24, 367/420;联邦宪法法院完全否认 BGH 所使用之术语及其解释,其否认等值理论之立场甚明,以后之判决如 41, 126/161; 46, 268/286 亦采纳这种看法。

③ BverfGE 1956 年 3 月 5 日之判决,本判决赞同当时的巴伐利亚邦垦殖法,只规定给予收益价值之补偿。见 Rüfner, S. 513。

④ J. Schulthes 即认为制定《基本法》时,制宪会议的多数代表所担心的,并不是给予被征收人过低的补偿,而是不希望给予当事人更高的补偿要求之权利,以影响国家重建之绩效。这种意见是以名政治家 Dr. Carlo Schmid 为代表,见 J. Schulthes, aaO. S. 69。

⑤ 见 E. Forsthoff aaO. S. 352.

⑥ BGHZ 59, 250, 254; Kreft, aaO. S. 7.

数百万计由苏联占领流亡而来的难民，造成各邦严重的社会问题，尤其是居住及工作（农业）所引起的土地资源分配问题。

在1949年5月23日《基本法》公布前，各邦纷纷制定了土地改革法（Bodenreformgesetz）。[①] 这些土地改革法的主要目的，在于不只是征收私有土地，来供作建设房舍（供未有住宅之人民居住）之用，也是为了要消弭大地主之存在。[②] 此外，为了国家之重建，废墟应予铲平重建（Aufbaugesetz），[③]所颁布的重建法，都未能适用战前《魏玛宪法》的适当补偿规定。为了能够迅速、不复杂地确定征收之补偿额度起见，这些法律采用了统一价值（Einheitswert）制度。这个统一价值制度，系以被征土地之税额作基础。盖土地之需缴土地税，必有课税物的基础价值，而且，凡是全邦（按：此乃是邦法所规定）同等级的土地，皆有一定的、统一的价格，故以此价格来作为征收的补偿标准。

这种全邦一致性的征收补偿标准，不计及各个征收土地在个案时的交易价值（在建地之情况比农地为甚），亦即，不斟酌每个征收个案所应考虑的市场因素，故此称统一价值制度虽实行，却引起学界激烈的反对。盖谓赋税本质是为了国民能平均分担税额，而征收补偿制度是为了填补被征收人民之实际损失，两种制度实不能混而为一。[④]

1953年8月3日公布了德国战后第一个联邦征收法律——《建筑用

---

① 例如，1949年5月16日公布之《Nordrhein－Westfalen邦之土地改革法》。

② E. Knoll, aaO. S. 416.

③ 例如：Württ－Bad，即1948年8月18日颁布；Hesse邦1948年10月25日颁布；下隆克森邦1949年5月9日公布等。见J. Schulthes, aaO. S. 59, FN 196。

④ 例如：H. Diester, aaO. S. 177; U. Scheuner, aaO. S. 198; Heitzer－Oestreicher, Bundesbaugesetz und Städtebauförde－rungsgesetz, 5. Aufl. 1973, S. 652；不过，尽管有反对之看法，对于这些法律，是否符合（是后）颁布之《基本法》问题，在当时学界却多表示并未违宪。这是因为这些法律有极急切之需要。见J. Schulthes, aaO. S. 71, FN 249。但是以后之学者却认为是违反《基本法》原则，因为乃是过度地减低补偿之额度。见Schulthes, S. 81。

地取得法》(以下简称《建地法》)。[①] 由于1953年德国之经济复兴已显示出了成果,故对于被征收人之补偿额度给予提高之呼唤也较热烈,[②]本法即对于日后的联邦征收法律之立法,有其不可磨灭之影响。《建地法》所规定之征收补偿,(第9条第1项)系包括了补偿被征收土地的权利损失(Rechtsverluts)以及其他因征收而引起的财产之不利益(Vermögens - nachteile)。这种将征收补偿分为两类的双类补偿体系(doppelstufiger Entschädigungsmechanismus),[③]补偿了被征收土地本身的实质损失,以及附带而来的,其他的财产损失,实已趋向了补偿被征收人之全部(依市价所定之)损失。故以这个法律自制定以后,其基本架构,已被日后之联邦法律,如《军事用地征收法》[④]及《联邦建筑法》所采纳(详后述)。然而,本法第10条却规定采取所谓的定价措施(Preisstop)。依本法之规定,虽需给予全额之补偿,但是,评估补偿之额度,却非以当时的市价为标准,而是追溯到1936年10月17日的价格状态,[⑤]在1936年之后,对于土地所作的土地使用之改变(如由低值的农地改为建地),所肇致的价值改变,并不给予补偿。本法虽然亦规定对于战后贬值的货币之购买力应予以考虑,但是,定价措施是以17年前之法令及价值关系为基准,而非反映现时的财产损失,故也引起少数学者认为是违反《基本法》所规定的公

---

① Baulandbeschaffungsgesetz, BGBl. I S. 720.

② 本法早在1950年拟订时,仍希望以低价取得建地,以广筑国民住宅。嗣后在冗长的国会讨论中,平等权之因素才加入。这是因为联邦普通法院在1952年6月10日重要的判决,给予朝野极大之影响。J. Schulthes, SS. 73, 76.

③ Chen, Shin - min, aaO. S. 89.

④ 正式名称是:1957年2月23日公布的《国防目的用地取得法》(Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung, 1976年12月20日修正)第17条。

⑤ 1952年11月28日公布了价格令(Preisverordnung, BGBl. I. S. 192)。由于德国纳粹政府为了严格管制物价,统制经济,以俾战时能迅速动员及稳定物质,故于1936年10月17日对全国土地予以确定,其价值及其使用之种类。由于1936年当时物价平稳,故被《建地法》受得作为定价措施之起算标准,参考H. Diester, aaO. S. 178。

正补偿原则。①

目前德国联邦有关征收法律中最重要的，应推采纳《建地法》之补偿体系，而于1960年6月23日通过的《联邦建筑法》。②《德国联邦建筑法》之主要目的，在于基于公共福社之需要，来订定合乎社会正义需求的土地利用规范（sozialgerechte Bodennutzung），使得都市及小区的发展，有一妥适的规则可资遵循。③ 为了达到这种都市建设、发展之计划，《联邦建筑法》（在第85条）亦准许予以征收私人土地。而依本法第93条以下，则详举征收补偿之规定。《建筑法》内对征收补偿，有三种之补偿种类，即实体损失（财产之不利益 andere Vermögens - nachtelie 本法第96条），其他财产损失，以及负担之补偿（Härteausgleich 本法第122a条），兹分述之：

①实体损失

此种损失，系指被征收之土地以及其他征收之标的之价值而言。因此，是对征收标的实体之补偿。故对征收所失权利之补偿，又称为实体补偿（Substanzent - schädigung）。④ 而且，对这种实体补偿之标准，是征收官署决定征收计划时的市价（交易价值 Verkehrswert，本法第95条第1项第2款）。本法同时在第142条第2项指明：所谓市价系指依通常之交易，该（被征收之）土地及其他标的所具备之法律（权利）状态，⑤事实特征，其他状况及其所在之地点，所作之价值决定；特殊及个人关系，不

---

① 例如，H. Diester, aaO. S.179; U. Scheuner, aaO. S.133。多数的学者以为这种定价措施，主要在于阻止不劳而获的土地增值，故其合宪性不容置疑，本案在参议院表决时，唯有巴伐利亚邦表示本法乃违宪而予否决外，获其余各邦之赞成通过，J. Schulthes, aaO. S.74。

② Bundesbaugesetz，最后一次修改，1979年7月6日。

③ 参见本法第1条（尤其第6款）。

④ E. Schmidt - Aßmann, aaO. Festschrift S.590.

⑤ 如有无抵押权等之法律问题。

列入该价值决定之范围内。① 所以可知,征收补偿既然主要在于补偿征收之标的(现况),而且以市价来界定其额度,因此,这实质补偿之目的,乃在于回复已被剥夺之权利,故是一种补偿客观价值,②并且,既然须以客观之市价,亦即以一般价值(gemeiner Wert)③来决定,所以征收双方当事人之财产状况(国库之支付能力固不须考虑,前已言之,主要指被征收人之财产状况);④以及将来征收后,该财产标的系作何种用途(亦即征收目的为何,是否用以建造供中下收入民众居住之平民住宅等),⑤均不列入考虑。职是之故,征收实体补偿,实际上已未考虑《基本法》第14条所揭示之利益衡量(Interes - senabwägung)之制度。⑥

《联邦建筑法》第95条第2项也对实体补偿之界定有所限制,这些规定多在于防止被征收人因征收补偿而有不当得利之情形发生,因此,例如未经许可而改变土地之使用;因预期之征收而引发之财产价格之异动(不论价格升或降皆不受影响,全以征收计划决定时之市价为准);以及为图更高额之补偿而对征收标的予以改良等,皆在计算征收补偿额时,不必依市价予以考虑。⑦ 另外,若征收标的之上,另有第三人之权利存在,足以减损该财产之价值,或是因征收,则必须使该权利人另于他人土地上重新置权(如地上权),或应予以补偿时,则对被征收人之市价补

---

① 因此个人的情感价值(Liebhaberwert)则不计入之。H. Schrödter, Bundesbaugesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1973. S. 514.

② Heitzer/Oestreicher, aaO. S. 394.

③ 依德国1934年10月16日公布之《估价法》(Bewertungsgesetz, RGBl. I. 1035; 1952年1月16日修正,BGBl. I. S. 22)第10条第2项,对有关一般价值之规定,几乎和联邦建筑法第142条第2项市价之规定,如出一辙。Heitzer/Oestreicher, S. 652.

④ E. Schmidt - Aßmann, Festschrift, S. 601, FN41.

⑤ Heitzer/Oestreicher, S. 394.

⑥ 所以公益之考虑,不列入此类征收补偿之考虑之中 E. Schmidt - Aßmann, Festschrift, S. 598; J. Schulthes, aaO. S. 79。

⑦ Heitzer/Oestreicher, S. 395.

偿就应该酌以扣除这些必要之差额。(同法条第4项)

犹有一点值得注意的,本法条第3项规定,公权力在任何时间皆可依公法规定予以(无偿的)拆除之建物,则唯有在遵守衡平(Bulligkeit)原则下,方予以补偿。这条规定之着眼点是就违章建筑之补偿而言。缘于战后初年,德国境内之违章建筑甚多,官署虽可径以拆除,但是民生既然凋弊,国库亦空虚无以广置国宅,以大庇天下寒民,故人民之违建以供休息有其苦衷,实也是官署之容忍所致。故早在《建地取得法》(第10条第3项)就有类似此条款之规定,在有因衡平之要求时,对于人民因自力(资本加劳力)所兴筑之建物,纵系违法,但拆除之亦应补偿之。衡平一语系不确定法律概念,法院可以完全审查。所以,对于违章建筑之一切情况予以斟酌:例如违反法令之多寡,情节轻重如何,官署是否明知,明知了多久,该建物之完成年数有多少,以及财产人之财政及职业情况如何,是否特别值得保障。因此,对于违章之补偿,并非全以实体补偿之市价标准为界定原则,而是以法院所确信之衡平(公平、正义)原则来斟酌之。①

②其他财产损失

所谓其他财产损失系指实体补偿之后,财产权人仍有损失之谓。对于这种损失,必须斟酌公益及私益后,予以补偿(本法第96条第1项)②。为了使这项其他财产损失更具体起见,同条也列举了三项其他损失之种类:计有(甲)对目前财产权人之职业、营业能力以及其欲达成之工作,造成暂时持续性之损害。但是这种损失额以不超过在另一块土地上,造成与目前(被征收之)土地同等之利用,所需之花费为限。(乙)除(甲)情形外,因征收使得征收剩余之土地,或是使得与征收土地有空

① Heitzer/Oestreicher, S. 400.

② 由这条文本身可知,其前条(第94条)所规定之实体补偿即未有利益衡量可言。

间及经济上密切关联之财产权人,产生价值上的减损及(丙)因迁居所引起之必要的迁徙费用。

其他财产之损失,依联邦(普通)法院(BGH)之见,是一种被征收人与其(被征收)物之价值无关,而因征收产生之直接及必然(Zwangsnotwendige)之损害。① 因而,这种损失是超过实质损失范围之外,而存于不同之个案的一种特别损失。故有些损失,②如得到许可而改良建物之投资,使得标的之价值升高,则虽皆可属于实质损失及其他损失③,但是既经实质价值之补偿,则为了避免双重补偿(Dopelentschädigung),即应不得再予其他损害之补偿。可见,实质补偿与其他损害并无严格界分之可能。④ 这种损害,既系经征收之后果所直接得来之具体损失,⑤亦称为后果补偿(Folgenent - schädigung)。⑥

其次,以《联邦建筑法》(第96条第1项)所列举之(甲)营业损失而

---

① BGH 1971 年 7 月 12 日之判决;E. Schmidt - Aßmann 另一篇著作:Die enteignungsrechtliche Folgenentschädigung, Njw 1974, S. 1265。

② H. Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 2 Aufl. 1969. S. 89; E. Schmidt - Aßmann, NJW 1974. S. 1265, FN 5.

③ Heitzer/Oestreicher, S. 408.

④ E. Schmidt - Aßmann, NJW, S. 1265,另 Aust/Jacobs, Die Enteignungsentschädigung, 1978, S. 36; 又联邦法院 1971 年 2 月 8 日之判决(BGHZ 55, 290/297);1972 年 5 月 4 日(III ZR 111/70)之判决;1976 年 10 月 10 日(III ZR 60/73),本案是一农地被征收为高速公路用地。官署及前审法院皆同意给予所征收地之实质补偿,又给予剩余农业开支之负担(Resthofschäden)之其他损失补偿。这个剩余农业开支负担是被征收人主张其土地一部分被征收后,在剩余土地上从事农业,但是其花费依然如昔,不能节省,故是一种特别损失。联邦法院却认为这是一种典型的双重补偿。因为实质补偿已完全弥补征收人民之损失,该项开支,是人民之必要花费,即使土地不被征收时,亦须支出,所以,不得再给予之;见 Kreft, aaO. S. 22。

⑤ 因这种损失是直接的,因而,若有使用其他法律途径来解决这种损失时,则不应再予补偿;例如 BGH 曾有一案,一位地主为图较高额之补偿费,故以私法方式解除与之订有租赁契约之他人,对于他人之租赁权之解除,并非因征收之直接所致,故 BGH 否认须予补偿,BGHZ 50, 284(NJW 1968,1925);E. Schmidt - Aßmann, NJW, S. 1266, FN 10。

⑥ BGH 1971 年 2 月 28 日判决,刊载于 DÖV 1971,420。

论，本法条文之立法意旨亦系配合宪法保障人民财产基本权利之最高指导原则。盖人民经营商业权利，所受到宪法之保障者是一个已成立且运作的营业权（der eingerichtete und ausgeübte Gewerbetrieb），既经合法成立而运作这营业整体，概受宪法之保障。故依联邦法院之实务意见，凡是营业之事实及法律上之整体，遭到征收之侵害而有损失，不仅是实质方面的损失（如土地、店面、存货及债权），也包括无形的损失（如商业之联系、顾客来源等具有商业经济价值之因素），都可以视为可请求之征收补偿之侵害。① 但是，必须是具体价值，亦即商业体必须已投入相当之准备（如资本及劳力），作为营业体之更新、重组，以便马上可以取得经济利益，这种投资之准备，如 Schmidt – Aßmann 教授所言，已有（利益）发展之趋向（die Entwicklungstendenzen），利益已在望，据因征收侵犯，致遭损失，因此，可以请求后果补偿。② 倘若未符合此具体利益条件，只是单纯的期待利益（Gewinnchance），则不受本法律之保障。③

对于营业损失之补偿最高额，不能超过将另一块土地重建为原来质量之必要花费，亦即，不能逾越其重建费用（Wiederbeschaffungskosten）④。然而，这个重建费用是一种抽象性之计算方式，不若当事人可以主张其所遭到之持续或暂时性的具体损失，故以这个抽象性之极限（Obergrenze）来作为界定具体价值之补偿，有否妥当，不无疑问。故学者 Schmidt –

---

① BGHZ 23，157/163（NJW 57，630），E. Schmidt – Aßmann，NJW S. 1267；参照前注 21 处本文之眼镜行案，可以说是回溯至支持 1983 年时之见解。

② BGHZ 30，338/356，NJW 59，2156；E. Schmidt – Aßmann，NJW，S. 1267，Aust/Jacobs，aaO. S. 101.

③ 联邦宪法法院 1966 年 1 月 31 日判决（即有名之捕蟹渔夫案 Krabbenfischer – Fall），法院认为政府筑引水坝，使得渔夫须改变航道来捕蟹，因此比以往更多花费，并不能视为系其营业权被侵犯后的结果，因为渔夫捕鱼之最佳路线非宪法所保障之营业权之标的，这种利益是单纯的期待。BGHZ 45，150（NJW 1966，1120）；P. Badura，S. 24；Aust/Jacobs，aaO. S. 102。此外，在另一个（Knäckebrot – Entscheidung），降低关税亦不侵及本国有关行业商人之商业权 BGHZ 45，83。

④ E. Schmidt – Aßmann，NJW，S. 1266.

Aßmann 教授以为,这个抽象的重建费用应尽量和事实配合,凡是个案之特性(只要涉及利益),不论是对当事人有利还是不利益,皆应列入这个极限之考虑范围之内。①

又在同属后果补偿列举的(乙)项,系补偿因部分征收,致财产权人之所遗土地价值之减损。这种特别不利益之补偿早于 1874 年《普鲁士土地征收法》第 8 条第 2 项即明定之,故为历史渊源最久之补偿种类。对这种剩余财产权人之损害(Restbesitzschäden),依德国法院实务,若是对于已征收部分之市价,已超过其实际之价值甚多时(如对农地部分征收,但建地之价值补偿),则不可另提起独立的剩余价值之减损请求。②这是因为德国自帝国法院时代,③就采取所谓的差额计算法(Differenzberechnung)。此种计算法是将整块不动产在征收前之市价,减去部分征收后,剩余土地之市价,所得之差额,便是应支付之(已征收部分土地之)补偿费及(剩余土地之)所失利益之总和。这个计算方法为战后联邦法院所采纳。④适用剩余价值减失之情形,亦可举噪音干扰之例子。倘原被征收之土地(或建物),有阻挡噪音、废气等功能,经征收后,该项功能丧失,即可使当事人提起特别损失之补偿请求。⑤

关于亦为后果补偿列举(丙)项之迁徙费,则包含营业体在迁移过程所必要之开销,诸如运费、保险费、人员安置费甚至连寻找店面之费用以及以后之适应费(如水电插头之改装),只要不属于营业损失范围内,皆

---

① E. Schmidt - Aßmann, NJW, S. 1268, 因此,在案时,须经一个双层估价程序,先经过对个人之商业损失之估算后,再估算一个重建费用(抽象的),若前者不及后者,则只支付重建费用为止,则对界定重建费用之抽象性质,有其实质之意义。

② E. Schmidt - Aßmann, NJW, S. 1268.

③ RGZ 32,350;53,194;62,268;Aust/ Jacobs, aaO. S. 121.

④ 1957 年 9 月 23 日判决,Aust/Jacobs, aaO. S. 122。

⑤ BGH, NJW 72, 949; E. Schmidt - Aßmann, NJW, S. 1269, FN 48; Aust/ Jacobs, aaO. S. 123 参照。

可包含之。①

在联邦法院的审判实务中，亦承认因征收侵犯所产生之（被征收人合法的理由）必要的律师费用，甚至为支付各级机关程序之公费（如注册费、登录费），亦可属于可请求补偿的特别损失之价值之内。②

③负担补偿（特别不利补偿）

《联邦建筑法》于 1976 年 8 月 18 日新增定了两条（第 122a 条，第 122b 条），另辟了负担补偿（Härteausgleich 亦可译为特别不利之补偿）之规定。③ 本规定是为了避免因实行都市建设计划而采取之征收措施，使得人民的生活状态（尤其是经济及社会生活方面），产生了经济方面的损失。而且，这种损失是无法由依征收之实质补偿或是后果补偿而获得任何补偿，倘以衡平之观点以观，此举有违公平时则得对人民这种特别的不利负担，予以补偿。

这主要是指：因征收而解除之租赁契约，或是该契约之解除（或中止）乃因为该房屋即将为整建或是强制更新，以致无人承租，或是致使闲置无用，这种空间，将使财产权人短暂地失去租金之收入（可能为期数月），这对依收取租金为生的人民，将产生特别的不利，故应予以补偿（第 122b 条第 2 项第 2、3 款）；以及因此承租人或承佃人因被解约（或暂时中止租约，以等市区整建完竣），必须迁居以及暂时另觅居处，而所需之迁徙费等之损失，包括在特别负担之范围内。

因此可知，《联邦建筑法》所包括的特别负担补偿，是针对租赁契约关系而发。④ 而且，所涉及之都市整建措施，多半是社会计划（Sozialplan）

---

① E. Schmidt – Aßmann, aaO. S. 1269, FN 51.

② 1964 年 4 月 27 日判决。

③ 本条款系采纳城市整建及发展《措施法》（简称《城市整建促进法》Städtebauforderungsgesetz），1971 年 7 月 20 日公布（BGBl. I. S. 1125），第 85 条之成例。

④ K. Gelzer/F. Busse, Der Umfang Des Entsch ädigungsanspruchs aus Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff, 2 Aufl. 1980. S. 190.

所需,亦即多半牵涉到中低下收入之房舍整建。① 立法者此项规定,赋予人民可以申请官署给予其此项特别负担之损失补偿,而官署却先不必主动给予之。因而,此项条款是一种当为条款(Sollvorschrift),人民申请后,官署即有法律义务来斟酌亦给予此项负担补偿。② 然而,《联邦建筑法》此项补偿费,完全是社会(福利)国家(Sozialstaat)理念下的产物,亦非依据《基本法》第14条,有关征收补偿之理念而来,③亦即纯粹是立法者之产物,故学者之通说,将负担补偿排除在属于征收补偿体系的实体补偿及后果补偿之外。④

④地价评监委员会

关于依《联邦建筑法》的征收补偿,是由一个地价评监委员会(Gutachterausschuss)来评定其额度。这个委员会,可以接受当事人,利害关系人,法院及有关官署之委托,来对系争地价作一评监,同时,也对实质损失及后果损失之额度,确认其范围。⑤ 这个委员会由邦政府视地区大小(乡镇或市)来分别成立,并且,邦政府亦可经过立法程序,成立一个高等地价评监委员会(Oberer Gutachterausschuss),专司接受法院委托,就

---

① Heitzer/Oestreicher, aaO. S. 1238.

② Aust/Jacobs, aaO. S. 114; Heitzer/ Oestreicher, aaO. S. 1238; E. Schmidt - Assmann, Festschrift S. 603.

③ 见O. Kimminich, Rdnr. 325。

④ Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau - und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 1978, S. 281; Kreft, aaO. S. 3; O. Kimminich, Rdnr. 325; 学者Schmidt - Assmann认为这个负担补偿是一种衡平补偿(Billigkeitsentschädigung)并非是一种救世主条款(salvatorische Klausel)(意即不是一个广为推广的条款),也就是说,负担补偿不是继实质及后果补偿后,立法者承《基本法》的征收补偿概念,经过利益权衡程序,要再进一步保障人民财产基本权利的一项措施。并未有意使其和实质及后果补偿鼎足为三。见E. Schmidt - Assmann, Festschrift, SS. 603, 605。既然这负担补偿是一种衡平补偿,则前述之对违章建筑之补偿,亦应列入此项之补偿范畴之内;因为两者皆是以衡平,而非以征收补偿之原理而产生之制度。

⑤ 本法第136条。

已由地价评监委员会所完成之评监,①再做评监。凡是委员会之委员(不论是地价评监委员会或是高等地价评监委员会)皆由上级行政官署所聘任,②且系荣誉职,为期4年,连选得连任。委员会必须依良知及专业知识,独立行使职权,不受任何指令拘束;此外,亦应保守业务秘密,并且,对标的有任何利害关系者,皆应回避。所有之委员,均须是对地价以及各类土地种类有深厚经验及专长之人,并且,地方财政官员,精通税法(尤其是土地税法)者,亦应加以延揽。③

值得注意的是,委员会所为之任何评价结果,并无强制力,④因此,征收官署仍得有权力对征收补偿之额度予以决定,而且,法院在审理时,亦可自行确认系争之补偿额数。以故,地价评监委员会,系以专才作成地价补偿之数据,提供职司(行政部门、法院甚至当事人)者之参考。⑤

(3)征收补偿与《民法》之损害赔偿

现行《联邦建筑法》为了保障人民的财产权,⑥分别承认了实质损失及其他财产损失(后果补偿),因此,人民自征收所得之侵害,已达最小之限度。⑦ 这个制度也已被其他法律及邦法承继,而成为目前德国法征收补偿之主流。⑧

---

① 本法第137条。

② 本法第183条。

③ 本法第139条。

④ 本法第143条。

⑤ 联邦法院1962年11月8日判决。BGHZ 39, 198; Ernst/Hoppe, aaO. S. 276.

⑥ W. Dittus, Die Enteignungsent schädigung nach heutigem Recht, NJW 1965, 2183, 2186.

⑦ 这个两类补偿制度,名学者 Wer ner We ber 早于1954年即大力主张,见氏著 S. 390; E. Schmidt – Assmann, Festschrift, S. 590。

⑧ 例如:《都市整建促进法》(前注160处)第23条;《军事用地征收法》(前注125处)第17条;广泛作为巴伐利亚邦邦征收准据的《巴伐利亚征收法》(1978年7月25日公布,Bayerisches Gesetz)über die entschädigungspflichtige Enteignung)第8、10、11条。

如前已述及,德国联邦法院在1952年6月10日之判决①,提出重新取得理论,也就是主张征收补偿是给予实质损失以及因征收直接附随而来的其他财产损失而言,因此,联邦法院这种重新取得理论实和目前由《联邦建筑法》所代表的征收补偿体系,相合为一,联邦法院在本判决中即明言指出,德国《民法》第252条,有关侵权行为应赔偿的所失利益,②这种所失利益,并不属于征收补偿所及之范围。③ 在以后联邦法院众多有关征收补偿之审判中,法院亦对早期的重新取得理论,作某些程序上之补正。例如,1962年之判决即以为,征收补偿应予被征收人能重新取得一个同种类及同质量的土地,这种重新取得理论是一种比喻性(nurbildhaft)的。这种比喻性,主要在确保人民能获得市价全额的补偿,至于,被征收人能否实际地在土地市场上获得此土地,则在所不问。④ 因此,法院以后再度言及,依《民法》损害赔偿之原理(德国《民法》第249条),损害赔偿须回复原状,则经法院嗣后修正过后之重新取得理论,既然是比喻性的,所以,征收补偿,只是补偿已被(取走的 das Genommene)剥夺的财产权利,并非在补偿一个假想的、拟制的财产损失(eine gedachte, fiktive Verm Ögenslage),因此,实际上重新取得理论无法和《民

---

① 德裔美籍的著名法哲学家 W. Friedmann 也认为,将独断及广泛裁量相提并论,且合而为一,是戴雪理论最大的败笔,且也少有学生接受此种模拟。W. Friedmann, Law in a Changing Society, Penguin Books, 1964, p. 276.

② BGHZ 6, 270/295; Schrödter, aaO. SS. 507, 512.

③ 早在魏玛时代,1925年12月8日之判决(RGZ 112, 189/192),帝国法院即表明:征收补偿虽不是(民法的)损害赔偿,但仍须全额为之;1962年6月4日联邦法院之判决(NJW 1962, 2051)亦重申所失利益,不计及之。Ernst/Hoppe, aaO. S. 274,另BGH1966年之判决(NJW 1966, 447),征收后土地之增值,是所谓的所失利益不予补偿;BGH1972年之判决(法兰克福地下铁案 Frankfurter U-Bahn Urteil, BGHZ 57, 359/370),对于征收以后,照比例成长的营业收入额,并不可视为应补偿之损失。E. Schmidt-Assmann, NJW, S. 1267.

④ NJW 1962, 1441, 1443; E. Schmidt-Assmann, NJW, S. 1266.

法》之回复原状，相提并论。①

由上述之现行立法实务可知，征收补偿之范围已极为广泛，尤其是《联邦建筑法》第96条例示性地明白指出农业损失、剩余地价值减低以及迁移费之应补偿性，因此，德国的征收补偿理念，又重返到第一次世界大战前，所盛行的全额、充分补偿理念之时代。② 而且，除了所失利益不计外，公法的征收补偿与民法之损害赔偿，就额度而言，已相去不远矣。③

（四）征收补偿之种类

依古典征收之理念，征收补偿是以金钱为之，④而以金钱支付补偿费，亦是目前德国征收法律之主要规定。⑤ 依《基本法》第14条之规定，规定征收补偿之额度及种类，是立法者之职责，所以立法者可以在权衡公、私益之情况后，决定以现金或是其他方式，来支付补偿费。⑥《联邦建筑法》亦特别规定，倘若被征收人，必须依靠土地来维持其营业、职业及其他重要工作时；或是依征收官署之合乎职务（公正）的裁量（pflichtmässiges Ermessen），征收收益人只以适当代价即可取得一块补偿用途之土地（Ersatzland）时；则被征收人得请求补偿其一块土地，而免得补偿金额。⑦ 而且，为了使得这种补偿用途之土地能够取得，《联邦建筑法》及其他一些

---

① BGHZ 59, 250/258; Aust/Jacobs, aaO. S. 36.

② J. Schulthes, aaO. S. 98.

③ J. Schulthes, S. 80; Fr. Schack, BB S. 1260; R. Breuer, aaO. , S. 83.

④ 如普鲁士1874年之《土地征收法》第7条第2项。

⑤ 例如：《联邦建筑法》第99条第1项；《城市整建促进法》第23条第1项；《巴伐利亚征收法》第13条。

⑥ BverfGE 24, 367/419 德国在战后实行的土地改革，其征收补偿即是以10%现款，其余以公债支付。J. Schulthes, aaO. S. 57.

⑦ 本法第100条。在1935年6月30日公布的《帝国自然保护法》（Reichnaturschutzgesetz）第18条就有土地补偿之前例；1953年之《建地取得法》第8条，亦同斯旨；见E. Forsthoff, Lehrbuch, (1973), S. 350。

征收法律,亦允许将再行征收作为另一个征收补偿之手段。①

诚然立法者能对征收补偿之种类,予以完全之决定,但是,这种立法裁量权,却受到宪法保障人民财产权之精神所拘束。倘若,以唇齿条款之理念而论,若征收补偿诚然存在,而且,只是少数给予现金,而其余率给予(不能马上兑现,或十足全额兑现之)公债,则这种全额,是一种表面全额,②其无法符合市价之实质要件甚明,因此,财产权人对其所得补偿之处分能力已大不如昔,即违反了宪法财产权保障之原则,应为违宪之举。③

而《联邦建筑法》,以明言肯定被征收人因生存必需得请求土地补偿,在盛行所谓修正重新取得理论的德国法院实务界,认为既然给予全额的重新取得理论只是比喻性的,无法保证被征收人能现实地取得(另购得)生存、职业所需之土地,则公权力,有义务地介入,辅以利用公权力之手段(利用征收),来达成被征收人民土地的再获得,这种方式,实合乎正义之要求。④

三、结论

由上文检讨德国征收补偿的理念及制度可知,征收补偿的范围也随着时代不同,社会、国家的意识转变而受其左右,以德国之实际情形,综观而论,第一次世界大战前强调对财产权人充分之保障,因而,对于财产

---

① 例如:《联邦建筑法》第85条第1项第3、4款;《巴伐利亚邦征收法》第1条第2项第2、3款。

② W. Weber, aaO. S. 394; M. Dietlein, Verfas - sungsrechtliche Probleme der Enteignungsentschädigung, DöV 1973, S. 263.

③ W. Weber, aaO. S. 394; O. Kimminich, Rdnr. 314.

④ U. Scheuner 在 1954 年即主张斯旨,S. 131。

权人之损失，亦予以全额即市价之补偿。第一次世界大战之宪法理念，趋向社会福利主义，宪法财产权保障之重心即较偏离保护被征收人民之财产权，然立法者及法院却少为所动。第二次世界战后的德国，虽然立宪者亦同《魏玛宪法》之立宪思想，欲将补偿额度（标准）付诸立法者裁决，而彼国之立法者唯有在战后艰苦数年岁月时，在实行重建法及土地改革法时，方有未全额补偿当事人之法例产生。迄德国经济复兴之后，国力更生之际，立法者又返回全额补偿之理念。这由德国目前盛行之实体补偿以及后果补偿双轨体系，可以得见。由于德国立法者强调征收是因公益所要求，不得不违反平等原则来侵犯人民，因而，倘再于补偿额中予以人民不利益，则形成双重负担（侵犯），故虽然德国《基本法》中有关征收补偿必须经过公益及私益之公正衡量程序，然而，这个原则已被以注重财产权人之完全损失为着眼点的市价补偿原则所取代，故名存而实亡。①

有关地价评监问题，德国的地价评议委员会的决定创设，法定拘束力，然彼邦之法院及学界，深信市价乃不确定法律概念，法院在个案裁判时，可以审查该个案当事人所获之补偿额是否为真实市价，故其追求个案正义，即较灵活。也可以在个案中平抑人民真实的损失。

最后，我们必须十分理智地提出呼吁，土地是人民生存的依据，土地上的房舍屋宇，虽是一砖一瓦，莫不是人民一滴血、一粒汗的努力累积而成。国家即使必需为公益而剥夺之，必须以不忍人之心来面对，并易地而处地感受之。所以对于征收补偿的额度争议，便可理解如之作为解决之标准了。

（本文原刊载于台湾《政大法学评论》第32期，第195～236页，1985年12月）

① 如 W. Weber 所主张，所谓利益权衡原则，只适用在有关征收补偿方方式（种类），而对于补偿之（额度），应无所置之处。见 W. Weber, aaO. S. 388; E. Schmidt – Assmann, Festschrift, S. 601。

第十四篇　财产权保障的阴暗角落

——论被征收人的回复权问题

宪法保障最重要的基本权利，除了自由权外，便是财产权，它与人身自由结合在一起。这对人类文明发展所作出的贡献，远远超过任何人类所创设的其他机制。

——美国总统威廉·塔虎托

一、前言

国家为了公共事业及公共利益之需要，得征收私人的财产并给予公正的补偿，是现在的民主法治国家的宪法原则。这个为了公共利益而使人民承受“特别牺牲”（Sonderopfer）的征收制度，在法国大

革命以后都被列入宪法财产权的保障范围。[①] 宪法在宣示人民的财产一方面受到宪法的保障，另一方面又规定在一定情况下（公共利益、必要性、预先支付之公正补偿），人民必须牺牲所有权，忍受国家给予的强制剥夺其所有权的公权力措施。这是一种标准的“限制—限制”（Schranken-Schranken）基本人权限制，[②]政府可以利用公共利益来剥夺人民的财产权，取得宪法的依据；人民也可以由宪法的规定来防止政府侵害其财产权，在双方都援引宪法作为“侵权”、“护权”的依据，而遵循法治主义，此征收的制度必须靠实证法律来形成。所以征收制度的每一个层面，都是立法的产物，也都必须受到宪法对于财产权保障的“上位概念”（Oberbegriff）的拘束。易言之，都必须被宪法保障人民财产权的效力所涵盖，不能有所谓的“人权阴影”。

既然“传统”的宪法对征收的许可条件，也就是由两百年前的法国人权宣言所揭示的最明显的条件，在于明显及必要的公共利益、事前支付的公正利益，也就是目的与补偿的两大要件。许多国家的宪法对征收的要件，可能散落于法律的各个条文或是较为简陋，例如我国台湾地区“宪法”（1946 年）仅在第 15 条，概括地提及财产权应予以保障；而在涉及中央与地方分权（我国台湾地区“宪法”第 105 条），才提到征收的用语；较完整的则为日本《宪法》提到公共利益与正当补偿条件下，得予以征收（日本《宪法》第 29 条）。中华人民共和国《宪法》的最新增订条文（第

---

① 法国在 1789 年公布的《人权宣言》第 17 条，规定财产神圣不可侵犯的权力，除非当合法的公共需要所必须并给予公正的补偿之后，私人财产才得予以征收。所以法国的人权宣言树立了征收的许可条件为：目的（公共需要）、必要性原则（显然必要）、公正补偿以及预先支付补偿费。美国《宪法第五修正案》（1791 年）也同样规定未给予正当补偿，不得剥夺任何私有财产为公共使用。

② K. A. Bettermann, Grenzen der Grundrechte, 2. Aufl. 1975, S. 18.

10条第3款),[①]亦有类似的规定。

因此就宪法的财产权保障意旨的传统见解,只保障到人民被征收财产的层次,至于在完成征收手续以后,征收机关未依照征收目的而行为——包括不符合原征收目的的作为,以及消极的不作为——人民当否有取回原有所有权的基本权利,就不是原来宪法财产权保障规定所设想的状况。

然而这个在各国实证法所创设的征收制度中,所称为的被征收人"买回权"的制度,早已行之有年。例如台湾地区"土地法"在1930年制定开始,便已规定征收机关在征收完毕后一年内未使用该土地,人民可依原价取回(1930年版本系第351条;1946以后版本改为第219条)。"土地法"关于征收部分的条文,后来被"土地征收条例"所取代,其第9条"延长为三年未依征收使用等,人民得以原价取回之";同样的,日本《土地收用法》(1951年)第106条,中国大陆也有类似的制度。早在1994年的《城市房地产管理法》第25条规定:"以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费;满二年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权;但是,因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。"而在2004年修订后的《土地管理法》第37条关于耕地保护中也谈道:"已经办理审批手续的非农业建设占用耕地,一年内不用而又可以耕种并收获的,应当由原耕种该幅耕地的集体或者个人恢复耕种,也可以由用地单位组织耕种;一年以上未动工建设的,应当

① 2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第10条第3项修正,国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。

按照省、自治区、直辖市的规定缴纳闲置费；连续二年未使用的，经原批准机关批准，由县级以上人民政府无偿收回用地单位的土地使用权；该幅土地原为农民集体所有的，应当交由原农村集体经济组织恢复耕种。”

但是这个征收买回的制度，已经有甚短的买回期限限制，是立法者的决定；立法例上还有其他的限制，例如：以土地作为补偿者，不能请求返还（日本《土地收用法》及德国的立法例，后叙），亦是立法者的决定。在此便必须探讨这些由立法者被征收买回权制度，有无受到宪法财产权保障的必要，及其范围何在。这也是一般宪法教科书甚少讨论的议题。

因此，本文将先由德国宪法学上的理论与德国联邦宪法法院相关判决讨论起，以了解这个制度在宪法财产权保障体系内的地位问题。

二、德国征收回复权的意义转变——“回复征收”概念的检讨

（一）“回复征收”的概念

虽然德国在普鲁士时代已经建立了征收买回权的制度，但是对于宪法如何保障被征收人的买回权问题，传统的见解却并不明确，这可以由对于买回权的用语，由“回复征收”（Rückenteignung）改为“回复取得权”（Rückübereignung）知道其意义的改变。

依德国联邦《土地取得法》（Landbeschaffungsgesetz，1957）第57条第1项，有规定“回复征收”的制度。依该条第1项的规定，当被征收土地不再符合本法第1条之目的所需要，或是在征收计划确定后两年内，被征收土地未依征收计划而开始实施者，原土地所有权人得为其利益依本法的规定申请征收之。对此征收，法条使用此“回复征收”（Rückenteignung）的用语。同样的用语，也为联邦《建筑法》（BBauG，1960）第102条所承继。该条便是以“回复征收”作为条文的名称。

由使用“回复、反向”（Rück）的用语，可知这是对于一个已经获得了

所有权者,重新进行的征收。易言之,重复进行一个征收的手续,也必须依据同法的程序来进行。这也契合了德国对于传统古典征收的概念(Die klassische Enteignung),一个征收行为同时产生剥夺旧所有权人及创设新所有权人的效果,也就是如德国著名的学者 Werner Weber 所称的征收乃"财产创设过程"(Güterbeschaffungsvorgang)。①

回复征收的概念,便是承认一旦征收计划完成,也就产生一个新的所有权人。在大多数情况便是有一个公共机构成为被征收土地的所有权人,要返还给原所有人就必须再进行一个征收的手续。这个制度立刻呈现出概念上的矛盾:既然要进行再回复征收,是否也涵括在宪法财产权上的保障原则的范围之内?征收除了在少数例外是"为私人而征收"(Enteignung zugunsten Privater),也就是例如征收私人土地来让售给私人(多半是平民住宅的社会政策方面),或是让售予工业(涉及国家的经济政策),大部分被征收土地既然是为公共机构之需要(国家或地方政府、其他公共事业),那已然公法人及公共事业原则上并非宪法财产权的权利人,从而不享受宪法有关财产权的保障。那么在回复征收方面,则只有征收的程序可资援用,但宪法保障财产权人的意旨,便无适用之余地。同时,征收必须基于公共利益考虑,在第一次征收的目的是为大多数的公众所使用;而第二次的回复征收之公益考虑,却是专为被征收人的利益所考虑。何以同样的征收公益目的,且为同一之征收标的,问之怎可有如此截然不同的认知?

很明显的,回复征收的理论依据在此便显出了破绽。

(二)传统德国宪法学界及法院对回复征收的认知

德国《基本法》(1949 年)第 14 条对于征收的规定,是德国近代史上所有宪法条文最为详尽者。除了公共利益及法律授权作为征收的要件

---

① W. Weber, Eigenntum und Enteigntum, in: Neumann / Nipperdey/Scheuner, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd Ⅱ, 1954, S. 371.

外，还特别规定征收的法律必须同时规定公正的补偿，方足以作为征收的法律依据。这个被德国著名学者 H. P. Ipsen 所称之“结合条款”(Junktimklausel)，①使得任何征收都必须有明白的补偿之法律规定方可。也避免了宪法许可立法者制定不给予补偿，或不公正补偿的情形(如德国 1919 年的《魏玛宪法》第 153 条第 2 项)。

“结合条款”其实也是继承了法国《1789 年权利宣言》的精神，而把“预先支付公正的补偿”要件结合了“法律授权”的要件，如用在回复征收情形，只保障了回复征收人必须符合结合条款。所以在回复征收的情形，新的被征收人仍然必须依照原征收的补偿程序给予补偿。② 补偿义务人仍为政府，原所有权人则负返还该补偿费之义务。在这种基础上，回复征收也就取得了核心基础。然而，这种回复征收的补偿标准，是否应当完全与第一次的征收一致？还是可以有立法裁量的空间？以及回复征收权利人的回复征收期限应否限制？端视此回复征收的宪法上定位了。

德国《基本法》成立后，所通过的征收法律中，只有在几个较重要的法律中才有规范回复征收的规定，如 1957 年通过的《土地取得法》，以及 1960 年的联邦《建筑法》；但是其他绝大多数的个别征收法律，都没有明白规定这个制度。至于有明白规定回复征收者，有回复征收的请求权期限规定。这些实证法律没有规定回复征收或订有期限规定者，是否已经违反宪法财产权保障的意旨？

早期大多数的宪法注释都认为，依据《基本法》的精神，财产权的保障范围，只及于传统的征收制度，人民的财产权保障只系乎必要的公共利益以及公正符合结合条款要求的补偿即可。尤其是后者对补偿额度

---

① H. P. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10 (1952) S. 74/78. 本人则以法律与补偿两者密不可分的关系，取名为“唇齿条款”，盖取成语“唇齿相依”之意。参见笔者：“论公益征收的补偿原则”，收录于本论文集第十三篇，第 16 页。

② 例如德国《土地收用法》第 57 条第 4 项，及《建筑法》(1987 年)第 102 条第 6 项都有回复征收准用原征收程序的规定。

的"公正"认定标准,要采对被征收人民最有利的选择,即"重置价格"(Wiederbeschaffungswert),让被征收人可以还原被征收的财产状况。① 因此,只要有公正的补偿,使得"财产权保障"(Eigentumsgarantie)可以转变为"财产价值的保障"(Eigentumswertsgarantie),也就符合了宪法保障财产权的旨意。② 因此大多数学界的看法都认为对于回复征收的制度,毋庸源自宪法的财产权保障理念,毋宁是认为乃立法裁量的结果。使得立法者可以根据不同的立法考虑(法律安定性原则、减少行政负担、避免法律诉讼……),决定创设回复征收制度的内容。③

最明显支持这种理论的实务见解,是德国联邦行政法院 1967 年 11 月 8 日所作的判决。

本案是一位农地所有权人,其土地在 1939 年已被依据《房屋平准线法》(Fluchtliniengesetz),公告征收作为街道用地。征收计划后因战争爆发而未进行。战后的 1950 年,当地政府依据战前的法律(当时仍继续适用),征收该农地并支付补偿金完毕。该所有权人则继续在该系争土地上拥有种植农作物的地上权。1961 年年底,原所有权人以该系争土地迄未开始建筑为由,请求回复征收该土地。案经两审级的行政法院驳回,遂上诉至联邦行政法院。结果仍是遭到驳回的命运。本案是德国法院审判实务对于回复征收的制度问题所作出的最有讨论价值的案例,值得加以重视。④

德国联邦行政法院(以下简称法院)的立论主要可分成下列几点来叙述:

---

① BGHZ 39, 198/200.

② 这是在德国魏玛时代已经被一个著名的学者所主张, Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Wilhelm Kahl, 1923, S. 13。

③ Maunz, in: Maunz - Dürig - Herzog, Kommentar zum GG, 3. Auf. 1969, Rdnr. 92 zum Art. 14; Ingo v. Münch, (Hrsg.), Kommentar zum GG Bd. 1, 1974, Rdnr. 70 zum Art. 14.

④ BVerwGE, 28, 184.

1. 法院认为，所谓的回复征收，也是一种纯粹的征收。依据基本法的规定，回复征收同样需要有明确的法律基础与补偿的规定，所以如果没有法律明白规定回复征收的话，就不可实行此制度。

2. 由《基本法》第 14 条明白地规定，人民受到财产权保障，可以规范了征收的制度。但是此征收制度，并不能解释为包括性质与之同样的回复征收。也因此回复征收的存在必须由立法来创设，法院明白地承认，由《基本法》第 14 条“毫无疑问”地应该导引出创设一套回复征收的制度，但必须先通过立法者来创设，才具可行性。

3. 由于回复征收应该是一个法律制度，然而由德国的相关法律来看，这种制度有许多不同的“模式”出现。法院仔细胪列了德国在 1874 年《普鲁士征收法》以来，不少邦法是以“优先承购权”（Vorkaufrecht）或是买回权（Wiederkaufrecht）来赋予被征收土地人取回土地的权利；而第二次世界大战以后，若干邦法，以及早在第一次世界大战以前制定但继续沿用的老邦法，也是以民法的返还请求权赋予被征收人；只是在德国《基本法》公布以后所制定的若干征收法律，如联邦《建筑法》及《土地取得法》等，才创设“回复征收”的制度，允许被征收人提出回复征收的申请，主管机关即有向征收受益人颁布征收处分的作为义务。①

4. 由回复征收的制度，是立法裁量的“选项之一”，所以不能够由基本法保障人民财产权的意旨，就当然推演出被征收人拥有“回复征收的一般请求权”（ein allgemeiner Anspruch auf Rückenteignung）。

5. 既然回复征收的制度必须明白由法律来创设，系争案件的征收乃依 1950 年当时适用的法律（《房屋平准线法》），但是本法嗣后被联邦《建筑法》所废止，联邦《建筑法》第 179 条第 1 项明白规定了只有两个法律（1931 年的紧急命令及 1953 年的《建筑用地取得法》）所为之征收，亦适用本法的回复征收之规定。也因此联邦《建筑法》所规范的回复征

① BVerwGE, 28, 184/187.

收之制度,便不可适用在本案之上。

6. 至于当事人主张的可以利用法律解释的方法来类推适用这些基本法成立后所颁布的联邦新的回复征收之规定(如联邦《建筑法》),法院认为既然涉及实证法的适用问题,因此举凡关于:(1)何时才能提出回复征收之请求?被征收人必待其被征收土地未依征收计划使用达到多久的年限,方能行使回复征收之请求权?(2)回复征收请求权的消灭时效多久?亦即被征收人可以行使回复征收请求权的期间有多久?(3)回复征收补偿的义务人为何?征收补偿费用的决定,应由征收机关,还是回复征收申请人来决定?依德国《基本法》第14条第3项规定,关于征收补偿费用的争议,包括额度之争议,应由普通法院裁判之,此时涉及谁是征收补偿义务人的问题。

上述在个案适用都必须面对的问题,也同样需要明白的法律依据,显然不能通过法官的类推适用途径来排除这些没有法律依据的困扰。所以寄望类推解释,已超越法官依法解释的宪法界限。①

(三)德国联邦宪法法院的见解——"回复征收"概念的检讨

1. 联邦宪法法院较早期见解:由"回复征收"改为"回复请求权"

德国联邦行政法院在1967年这个对于回复征收的制度之承认,有赖于立法者的形成之后,方能在实证法秩序中立有一席之地,从而,单从宪法保障人民财产权的意旨不能延伸至承认被征收人拥有取回被征收土地的当然权利。这种见解,是否太曲解了宪法保障人民财产权的崇高意义?本案遂被提起宪法诉愿。经过漫长7年的岁月,德国联邦宪法法院遂在1974年11月12日作出了判决,便是著名的"回复征收概念消逝案"的判决(Auflösung des Rückenteignungsbegriffs)。②

---

① BVerwGE, 28, 184/188. O. Kimminich, Eigentum, Enteignung, Entschädigung, 1976, Rdnr. 281.

② BVerfGE, 38, 175.

联邦宪法法院废弃了联邦行政法院的见解，宣布："依据宪法保障人民财产权的旨意，当被征收土地已不能符合征收之目的时，原所有权人拥有'回复取得权'。这个权利的实现，毋庸明确的法律为请求权之基础。"宪法法院的立论，可综论为下述几点：

(1)宪法法院首先批判了传统所谓的"回复征收"的概念。宪法法院认为当被征收土地已经不能符合征收目的，而能要求取回之权利，不是一种要求征收之权利，而是一种"回复移转请求权"(Recht auf Rückübereignung)。宪法法院也坦承，的确由《基本法》第14条并没有明白提出了解决回复移转请求权的答案，但是只要从宪法保障人民财产权，以及关于征收制度的严格规范意旨，就可以导源出承认人民财产权保障可以涵括至取回被征收土地的权利之上。

(2)宪法法院认为征收人民土地，也是属于所谓的"古典征收"的概念，是将私人土地征收予公共事业。但征收不是以为公共事业"创设财产"为目的，①而只是一个为达到公共利益所为的手段而已。这个不得已的手段，在当目的已不能达成时，当然可以回复原来的所有权状态，所以借着对征收的"本质认定"——不得已强制剥夺所有权，可以导出人民拥有"回复请求权"。②

(3)关于部分学界的看法，甚至联邦宪法法院也一度采纳的见解，③认为"财产权保障"的本质已经改变成"财产价值保障"，所以财产权保障的重心系要正视补偿的公正问题。宪法法院采取否认的看法，认为：已经获得补偿费乃是合法征收的当然结果，所以认为"财产权保障"的本质已经改变成"财产价值保障"，是在合法地征收土地，并依目的使用土

---

① 这也有批判(虽然在判决中没有明白指明)前述W. Weber的见解。然而必须澄清的是，W. Weber在上述文中，只是"形容"古典征收实行当时的理论含义，并非赞同此理论含义。

② BVerfGE, 38, 175/179.

③ BVerfGE, 24, 367/405.

地的标准征收情况,才有这种意义的转变而已。

(4)对于所需要实证法律的基础问题,宪法法院认为法律保留和人权的侵犯保留,有密不可分的关系,所以征收需要法律的授权。但是土地征收给公共事业,公共事业的权利不似基本人权,所以不受到法律保留原则的保障。故不能够用法律保留原则作为反对人民取得被征收土地的理由。

(5)对于德国征收法治史上的被征收人取回权问题,宪法法院和联邦行政法院一样,都由过去的征收法律中找出依据,但却导出不同的结论。宪法法院认为从德国第一个征收法律,也就是1835年巴登邦《征收法》(Badisches Expropriationsgesetz,1838)起,不少的邦法及帝国法都有类似的"买回权"制度,所以一直到20世纪以来直到《基本法》制定前——宪法法院一一举出12个法律,都有类似的规定。尽管法条的内容不尽相同,但是都已经形成一个德国《征收法》的"不破的连贯性"(eine ununterbrochenen Reihe),便是许可被征收人取回土地。甚至在基本法成立后,不管是联邦或地方立法,也都承继了这个精神,所以被征收人民的取回权,已是德国宪法"财产权保障的传统要素"(ein traditionelles Element der Eigentumsgarantie)。①

(6)因此,基于人民取回被征收土地的回复取得权,并非请求征收权,无须法律明白地授权。至于现行实证法上的确对于如何实施此权利,联邦与各邦法律有不同的规定,例如:本权利的实施"门槛"——未依征收目的而使用土地的年限,许多现行联邦及邦法(12个)采5年,必要时可再延5年;有的采4年;有的采2~3年,但必须在5年内完成使用等。联邦宪法法院也承认这种差异,但是宪法法院认为,就本案而言,系争土地自1950年被征收至今,都尚未使用,则无论如何都不能够来否认

① BVerfGE, 38, 175/182.

原所有权人要求取回该土地。①

2. 联邦宪法法院最近的见解——回复请求权的"限缩论"?

德国联邦宪法法院在1974年的"回复征收概念消逝案"的判决中,宣示了被征收人可以取回被征收财产,是源于宪法财产权保障的理念,以及本于征收的本质,所以可以突破现行实证法"规范不足"的缺憾,得由法官运用法律类推的方式,也就是"填补漏洞"(Lückenfüllung)的方式②,来允许人民实现取回财产的权利。③ 但是这种立论,在出发点上为保护人民权利,固值得肯定,但对于具体个案所造成的困扰亦不容忽视。例如请求权的"提起时限门槛",便是一例;此外,既然取回权是一种请求权,便应有消灭时效以保障法律秩序之安定,此在私法及公法上,都应有此制度。但是宪法法院在本案中却忽视了此原则。同样的,既然宪法法院拒绝了承认回复征收的概念,从而法律对于回复征收的案件,准用征收的规定(如德国联邦《建筑法》第102条第6项),便失去依据。立法者必须特别针对回复请求权的制度为新的规范,也同时应有不同的具体内容,例如对于联邦宪法法院在本案针对征收受益人为公共事业时,其权利"不受法律保留保障",所表示的意见,就必须在"有利于私人的征收"

---

① BVerfGE, 38, 175/187.

② O. Kimminich, Anmerkung zum BVerfGE, 38, DöV1975, 314.

③ 在本判决作出后,联邦普通法院并据以对一个在1955年依据老普鲁士《土地征收法》所为之征收,依据新的邦《征收法》之程序来规定取回权的行使。BGHZ 76, 365.

Dazu, H. Kröner, Rechtssprechung zur Rückenteignung nach §102BauGB, in: Verantwortung und Gestaltung, Festschrift für K. Boujong zum 65. Geburtstag, 1996, S. 264. 德国联邦行政法院在1990年一个判决(BVerwGE85, 96)也是准用这种延用新的法律来解决旧法无取回权之困扰。B - O Bryde, Rückenteigung bei zweckverfehlter Umlegung, JuS 1993, 285.

方面加以修正。① 故立法者应当在这种完善各种不同回复请求权制度,扮演绝对必要的角色。而且,赋予法院越过实证法律,直接援引宪法规定,也需更强的论证(虽然《基本法》第1条第3项规定宪法人权规定具有实证之拘束力)。只可惜联邦宪法法院也没有说明立法者角色的重要性。②

联邦宪法法院这个较早期的见解,也在两个最近的案件中,遭到了挑战,前联邦宪法法院作出了限缩的解释。第一个案子是"统一前的征收案",第二个案子是"纳粹时期的征收案",都是"以子之矛,攻子之盾",依据法院以前所宣示之"取回征收物无须法律依据"的立论,作为宪法诉愿的主张。

第一个案子:联邦宪法法院在1997年12月9日作出的"统一前的征收案"。③ 两德统一后,因东德的解体,不少征收计划即停顿,产生征收目的消失之情形,关于回复土地所有权的争讼就不断发生。学界颇多主张应比照西德制度许可之。④ 本案的诉愿人的土地,在两德统一前两年的1988年被当地政府征收为盖学校之用,然而两年内都未动工。被征收人提出诉讼,要求依据德国联邦《建筑法》之规定,回复取得被征收

---

① 可以想象的例子是,土地被征收为兴建平民或低收入国民之住宅,是为社会国原则所肯认之有利于私人之征收。该被征收之土地已经为他人所承购。但征收机关因其他非可归责于承购人之理由,迟迟未兴建住宅,例如经费不足、环保法令或居民抗争……此时是否当然否认承购人的权利,不具有"可保护性"(Schutzwürdigkeit),就不无值得考虑之处。

② 德国学界也因此批评联邦宪法法院此立论方法不妥,认为法院应该直接宣告没有(或是未妥善)规定回复权之法律为违宪即足,不当径自宣告回复权无须以法律作请求基础。见 J. Wieland, in: H. Dreier(Hrsg.), GG Konrmentar, Bd I, Aufl., 2, 2004, Rdnr. 107 zum Art. 14。但反对意见如 O. Kimminich 则认为一个征收法律即使没有回复权规定,亦不算违宪,法院可直接援引宪法第14条之规定,许可人民回复取得财产。不过,其也批评联邦宪法法院的立论"太过简单"也。O. Kimminich, aaO. (DöV),315. 同样批评,A. v. Mutius, VerwArch,1975, Ⅲ,286。

③ BVerfGE. 97, 89.

④ P. Wessels, Rückenteignung, Restitution außerhalb der Vermögensgesetzes, DVBl 1994,458.

之土地，但联邦普通法院则以联邦《建筑法》不适用在本案情形而驳回之，[①]被征收人便提出宪法诉愿。

依据两德统一时（1990 年 8 月 31 日）所签订的“统一条约”（Einigungsvertrag）中已经明白地规定德意志联邦共和国之《建筑法》有关征收与回复取得权的制度，一样适用在统一后的原德意志民主共和国。问题在于：究竟联邦《建筑法》的规定及不及于统一前已征收完毕的土地？主管机关及所有前审法院的见解，采取否认说，其等立论乃依据法制史的角度，两德统一条约在讨论联邦《建筑法》的适用问题时，已设想是统一后，原东德五邦能开始适用本法，并依本法行使征收权力。从而被征收土地人民的取回权利，也应是基于本法之征收为对象。

诉愿者主张，既然征收的本质，已包含了人民取回被征收物之权利。联邦宪法法院也承认此权利毋庸有具体法律依据来落实。诉愿人被征收土地且在两德合并的过程中，满足联邦《建筑法》可以声请回复所有权之条件。因此应当享受基本法有关财产权保障之旨意。同时，同样是被征收的人民，不论是在东德或西德之，却有可以与不可以取回土地之分，显然也违反平等权。[②]

联邦宪法法院虽然也承认了原财产权人得依“立法者之形成”标准，获得取回权，易言之，承认实证法不可缺之重要性。但采纳了主管机关与前审法院的见解，认为系争的征收“已经执行完毕”（die Enteignung wurde bereits in der DDR vollzogen），故基本法所创设的财产权保障秩序，仅限于基本法效力所及之处，德意志联邦共和国没有义务为其权力所不及之处的征收行为负责。联邦共和国的立法者面对过去东德未规定人民拥有取回被征财产的“不正义现象”，也没有义务用后来立法的方式，来予以救济。也因此，基于不同的征收状况，而有不同的回复财产之

① BGHZ, NJW1995, 1280; H. Kröner, aaO. S. 572.

② BVerfGE 97, 89/95.

规范,即没有违反平等权。①

德国联邦宪法法院在本案判决中显然已经大幅度修正了前所持"无须法律基础"的浪漫见解,而回到"立法初衷",也就是统一条约的立法考虑。而本案也是一个"过渡期案",与前一个案子颇为类似。前一个案子处于1950年的建国初始,至1960年联邦建筑法规范之前的过渡时期。宪法法院对于此过渡案件,赋予法官可以类推他法适用,也给予较宽容的判决。② 同时在此判决中也不复出现行使回复请求权,可以对抗实证法律欠缺或不足的论调。

就两德统一后,东德并入西德的基本精神,原东德政府所为之公权力行为,是否权为西德所承受,自然是一大问题。但在进行中的公权力行为,理应按照新的法律秩序来予以规范。就以本案的征收而论,尽管该征收发生在统一之前,但并不能如联邦宪法法院所称的因为征收处分"已经执行完毕",遂导出了一个结论:"整个征收行为已终结",从而原财产权人已无任何权利主张可言。

所以,以联邦宪法法院1974年的理论,征收已经执行并不代表"案子终结"。对本案而言,毋宁应有一个合理的过渡期,亦即依据若干西德各邦邦法所规定的5年期限,只要在统一前5年以内所为之征收;或是比照德国联邦《建筑法》的规定(第102条第1项及第113条第1项)之精神,在原征收计划确定期满的两年内,未依计划施行,或知悉未依计划执行的情事之两年内,原财产权人可行使取回权。所以,只要在统一时,该两年期限未满,以及在统一后才产生的两年请求期限,都可延伸至统一后请求之。如此才有可能使征收人能有机会依据新的基本法财产权保障的体系,获得取回被征财产之保障。这也是将"征收行为"及后续的

---

① BVerfGE 97, 89/100, 101. 当然,德国学界也有批评这种见解,将如同许可西德"抢夺"东德人民之财产。P. Wessels, aaO. S. 464.

② 如联邦《建筑法》第102条第3项规定,回复请求权只有两年的消灭时效,而本案之请求时已超过十年之久,也未闻联邦宪法法院有提及消灭时效之说。

“有无依征收目的而使用”视同一个整体行为，从而给予一个合宪与否的判断。①

第二个案子：联邦宪法法院在2000年2月3日所作的裁定。本案诉愿人的土地在1942年战争期间为纳粹政府所征收为国防使用。随着德国军队裁减，许多国防用地闲置，诉愿人便要求取回。

诉愿人委请了德国科隆大学著名的公法学教授 Karl Heinrich Friauf 为诉讼代理人，所主张的理由有环绕在征收的本质，已包括了被征人民的取回权利以及不须实证法的基础之上。诉愿主张认为财产权人的请求取回被征土地，不应该仅仅被视为一个“宪法实施后的合法权利”，易言之，不能视为依据基本法所为的法律制度，毋宁是由宪法直接创设的，且由征收处分所发动的“原始的请求”（ein originärer, von Enteignungsakt losgelöster Anspruch），所以被征财产有没有符合征收目的的使用，以及经征收所创造出来的财产权地位，日后还须经宪法秩序的价值来予判断。系争土地在被征收后，欠缺得以取回的制度，现既然已知道该土地不再为国防所用，即可请求取回之。

联邦宪法法院则重申了1997年12月9日作出“统一前的征收案”的见解，强调被征财产取回权是基本法所创设的财产保障之体系，对于行宪前所征收的土地，既然效力产生在宪法制定之前，也非基本法效力所及之时，故不能加以适用。因此对于诉愿理由认为财产取回权应当以得请求时刻的法律价值来判断，宪法法院认为此见解只能在基本法实施以后所为的征收情形可以适用，因此以裁定驳回诉愿。②

联邦宪法法院否认基本法制定前的征收行为，应当依照对当事人“有利后法”——《基本法》，其实渊源颇久。早在德国联邦宪法成立的第二年，对于在纳粹时代、战后占领军政府与地方政府所为的征收，并没

---

① 参见 P. Wessels, aaO. S. 459, 464。

② BVerfGE 1 BvR 1553/99 vom3. 2. 2000. Absatz Nr5.

有给予补偿或没有给予公平补偿的合宪性问题,联邦宪法法院已经使用了"已经执行完毕"作为驳回宪法诉愿的理由。宪法法院也同样否认了诉愿理由所主张的"征收必须给予补偿"是一个"超越实证法的规范"(eine übergesetzliche Norm),所以立法者必须负有履行此规范的宪法义务的主张。①

上述这两个最近的联邦宪法法院案例,诉愿理由都尝试联邦宪法法院在1974年所提出的由征收本质所附丽产生的回复请求权,以及漠视实证法重要性的立论,以及可以跨越征收行为的"时段"往后延伸到可以检验有无符合征收目的之使用的时刻。也因此这两个诉愿案,特别是后者由公法学者Friauf教授便是企图利用此论点,想把1974年的理论模式延伸到基本法制定前与两德统一前之征收行为。联邦宪法法院如果能够对其30年前所提出的理论,趁这两个案子的审理,再进一步地阐释被征收人民取回被征财产的权利重要性,特别是在涉及"国权承接"的案例,包括第一个案子两德统一时的转型期,且是短期性的法制承接阶段,宪法法院没有让基本法在这个新适用领域内,发挥其具有更高价值及保障人民财产权的功能;同样的在第二个判决中,对于原本在西德领域内的"旧时代"之征收,虽然也涉及"国权承接"的复杂问题,但西德政府自从承接了纳粹政府所征收的土地,成为国防用地,似乎承认了当初征收的合法性;而和基本法实施后的征收,却可有回复取得权,有绝大不同的差别,按西德政府成立以后,曾在1957年特别为国防的需要用地,特别制定了一部《土地取得法》(Landbeschaffungsgesetz, 1957),其第57条第1项也赋予财产权人,当土地已不再为征收目的所需要时,得在两年内申请回复之。所以军事用地,只要闲置后,就应该由原所有人取回之。联邦宪法法院拒绝用基本法的财产权理念来实质地判断被征收人的权利,却未善尽说理的义务(Begründungspflicht),例如是否为了保护法律

① BVerfGE 2, 237.

安定性(尤其是已经超过半个世纪的征收,此立论颇能成立,但就不适合在第一个案子的统一前之短期性年限问题),抑或没有实证法律作为依据,因为该国防用地不是依西德《土地取得法》所征收而来(此和1974年的见解刚好相反)。而且联邦宪法法院使用的"征收已执行完毕"的借口,和50年前法院提出此见解的时空背景完全不同(当年联邦政府甫成立,国家为因应战后重建财政困难,与统一后德国国家财力的雄厚,是不可相提并论的)。

所以,这两个案子联邦宪法法院,援用了50年前的理由即最简单的方式,来予以驳回。使得人民被征财产取得权的概念问题,没能超越法院在30年前的格局,尤其是对实证法的实践方面,也没有任何澄清的功能,整个气势呈现"限缩"的趋势,使得征收标的的取回权制度,且势将退回到"纯粹立法"的产物,至为可惜。

至于,联邦宪法法院在1974年的判决,反对回复征收的概念及其用语,但是实务上却不理会之。例如,在1987年7月1日,德国大幅度修正所有涉及建筑之法律,将《联邦建筑法》(BBauG)改为《建筑法》(BauGB),其在第102条及第103条的内容几乎与旧法一致。所以回复征收的制度与用语仍然适用至今。

三、被征收人回复权的制度分析

(一)回复权的宪法上地位及性质

由德国联邦宪法法院对于征收回复权的讨论,可以了解该法院已经承认被征收之财产权人能够原以宪法的保障财产权之精神,取回其被征收财产。尽管近年来出现两个引人注目的案例,想企图扩张或溯及此项原则及于《基本法》效力所未及之时代与,却未成功。但并不妨碍宪法该项原则具有拘束力法者的效力。

然而相对于学术界与宪法规定对征收的重视,回复请求权的重要性,显然逊色得多,即使公法学发达的德国,比较起对被征收讨论的汗牛充栋,回复请求权的讨论,便少得可怜。① 我国台湾地区的情形也是一样,学术界宪法财产权的保障,也鲜少论及对征收人取回权之上。②

这也涉及对财产权的解释问题。以德国《魏玛宪法》(第153条第1项)以降,对于财产权的内容与界限,都由法律来规定之(德国《基本法》第14条第1项;日本《宪法》第29条第2项),使得立法者可以依据宪法的精神,包括同条文所课以的"财产权负有保障公共福祉的义务",而能对被征收人行使回复请求权的内容与界限,加以规范。

而在宪法条文中没有规定财产权之内容,应由立法决定者——例如我国台湾地区"宪法"第15条,在解释上可以依据"宪法"第23条概括人权保障的条款,立法者在公共利益及遵守比例原则的前提下,能对人民的财产权加以限制。同样的"宪法"第143条第1项也规定人民依法取得土地所有权,并应受到法律的保障与限制。所以立法者对于人民的财产权内容,有了极大的"形成权",自然也包括了对被征收人民的回复请求权的规定之上。

另外,承认我国台湾地区"宪法"财产权保障的范围可以及于被征收者的取回权,也可依据实证法的规定,按我国台湾地区在1930年制定的

---

① 如德国最著名,也最详尽的《宪法注释书》, Maunz - Dürig, Kommentar zum GG, Stand 1999,三巨册之中,仅有半页的篇幅讨论之(Papier, Rdnr. 598)。而其意见也不外重复联邦宪法法院1974年的判决内容。而另一本九册的《宪法注释书》Isensee/Kirchof, (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts,则只有短短的两行字交代此问题(2Aufl, 2001, Bd. 6, §149, Rdnr. 170.)。无怪乎A. Krämer戏称此问题长年来在德国学界是被"继母"的方式来对待之。A. Krämer, Verfassungs - privatrechtliche Aspekte der Rückenteignung, in: Festschrift für H. Hagen, 1999. S. 115.

② 我国台湾地区讨论此问题少数的学术著作,主要在"土地法"的讨论。如著名的学者史尚宽教授在1954年出版的《土地法原论三版》,便对收回权有极为深入的讨论,迄今似无超过之者。至于公法学者的讨论,似仅有陈立夫一篇案例分析短文,刊载于《月旦法学》第83期,2002年4月,第26、27两页。

“土地法”后，已规定了所有权人在一定的情况下，具有取回权。这种所谓“宪法制定前的实证权利”（vorkonsititutionelle Rechte），是伴随在制宪时的征收制度之内，也因此可以认为属于宪法所保障的权利。

在实证法方面，我国台湾地区法制可以包括两个制度：一是所谓“买回权”的制度；二为“撤销征收”的制度。兹分别论述之：

1. 关于买回权，可由两部法律先后规范之：

依“土地法”的规定（第219条），原所有权人在补偿发给完竣届满一年之次日起，五年内行使之。其“买回权”的条件为：

（1）征收补偿发给完竣届满一年，未依征收计划开始使用者。

（2）未依核准征收原定兴办事业使用者。

上述的行使买回权的期间为补偿发给完竣届满一年之次日起，五年内行使之。

新法为“土地征收条例”（第9条），增订了一个二十年的除斥期间，由征收公告起二十年内，取回权方能行使之。其条件：

（1）征收补偿费发给完竣届满三年，未依征收计划开始使用者。

（2）未依核准征收原定兴办事业使用者。

（3）依原征收计划开始使用后未满五年，不继续依原征收计划使用者。

然而，如同任何实证法的规定，都要通过符合时代需要的宪法解释，来重新认定其内容是否符合宪法保障人民权利之意旨。特别是在制定年代越久远的法律规定，更有必要来予以严格的检视。

对于被征收人民取回权的问题，便因此应该由宪法保障人民财产权之旨意，以严格的比例原则作审查的标准，否则不能任意以“立法裁量”或“立法形成权”来决定其在宪法上的地位。“台湾司法院大法官”对于此议题作的一个重要解释为2001年11月30日公布的“台湾司法院大法官会议解释（以下简称释字）”第534号解释。本解释固然承认依“宪法”第23条得作为限制人民财产权利的依据，但对于实证法律（“土地

法")关于征收取回权的制度,并没有作任何合宪性的审查,易言之,"台湾司法院大法官"并未强调财产权保障的意旨可以延伸在此议题上的重要性,从而"挑战"此行之70年来的"古董法律制度"。因此必须对此制度的具体内容,再作一番阐释。

受到德国普鲁士1874年《征收法》及日本明治二十二年(1889年)《土地收用法》的影响,我国台湾地区在1930年公布的"土地法",在第219条规定,原土地所有权人的取回权。此取回权究竟是一种民法性质的"优先购买权",抑或是公法性质的"返还请求权",法条规定并不明确。如以德国普鲁士法规定之取回权为"优先承购权"(Vorkaufrecht),则应为民事性质,从而应以民事诉讼,即以需地机关为被告;然而,"土地法"第219条对于原土地所有权人的取回权利,在条文名称虽然称为"买回权",但其内容用语却是"取回权",①也没有使用同法中出现甚多次的"优先承购权"用语(如第34条之1的共有人,第104条之基地承租人、地上权人、典权人或承租人,第107条的耕地承租人、永佃权人等之优先承购权),或"先买权"(第218条之区段征收原所有权人),实务上也认为土地法是民法的特别法,也容易误解取回权为民事属性。

"土地法"第219条及现行的"土地征收条例"第9条都是规定了原土地所有人可向征收机关申请收回土地,并将补偿费缴清。易言之,并没有适用民事的程序,也未如民事诉讼程序之向被告事业请求购买其所有土地之程序。因此,是公法性质的争讼,实务上也循着诉愿及行政诉

① 在"土地法"1989年修订前的旧条文,第219条文本使用"收回权"。但基于"行政法院"的实务见解(1981年判字1284号),认为当时收回权的行使,并无消灭时效,应适用"民法"第380条买回权的五年期限之规定,而视征收收回权为"民法"之买回权规定。故1989年的修正草案便改为"买回权",其理由乃"易导致滋生被征收土地所有权是否移转之疑义"。易言之,征收后所有权已移转,使用"取回"一辞甚为不妥。但"立法院"仍维持原来条文,只有标题改为买回权。见陈铭福:《土地法》,1992年刊印,第491页。

讼的程序进行。① 然而，我国台湾地区的行政诉讼在1998年10月、“行政法”大幅度修正之前，仅有撤销之诉一种，并没有请求行政机关为一定处分之诉讼（义务之诉），及要求行政机关为一定给付之给付诉讼。因此，人民这种取回权的实践，仅能视为一种撤销之诉。所以征收取回权的制度，并未能在法律救济的体制中获得妥善的处理。

在因应现行行政诉讼法，此取回权当是一种公法权利，当原财产权人行使取回权时，系请求征收机关代为向原所有人取回目前已成为需地机关财产权的土地，因此，是要求征收机关向另一个财产权人行使强制权力，征收机关必须为一定行为的义务，如需地机关拒绝交还，征收机关是否即应当行使“回复征收”，现行土地征收条例并未明文规定。但因两机关间并无隶属关系，即会产生可提起行政救济的公权力关系。因此实行行政处分的征收方式，当是征收机关替人民取回土地的可行方式。从而，针对行政机关拒绝为此处分，人民当利用“课予义务之诉”来实践取回权。故德国的立法例，如《联邦建筑法》等所规定之“回复征收”的制度，在台湾便有讨论的价值。② 这也是我国台湾地区目前法律对于人民取回权的规定，并未十分周详考虑的例证。

---

① 不过这和台湾学界与实务界的看法，并不一致，如上注所言，“行政法院”的见解如1981年判字1284号，便将“土地法”视为“民法”之特别法，特别法未规定，则适用普通法之“民法”的（买回权）的规定，所以征收买回是民事案件。同样见解：台湾“行政法院”1984年判字276号、479号及1003号。史尚宽也持同见解，认为学说上认为如果收回权是一种征收解除之请求权时，则为公法权利；反之，若是一种法定的买回权，则为私法权利。史尚宽采后者见解，史尚宽认为收回权是回复原财产权人的所有权，但是是为其私生活所认之权利，而对征收事业权利所为之请求，故为私权，如有争议，应依民事诉讼主张之，故是一种法定买回权，也是一种法定物权的买回权。见史尚宽：《土地法原论》，第592页以下。

② “土地法”第220条规定：原供（可为征收之需地事业）使用之土地，除非“因举办较为重大事业无可避免者”，不得征收之。易言之，为原所有权人之回复征收便不可行。新法（“土地征收条例”）未有此规定，是否即可行使此回复征收乎？

2. 关于撤销征收的制度:

另一个可以提供征收土地返还原财产权人的制度为撤销征收。这是土地法所无,而为土地征收条例所创设之制度。

"土地征收条例"第49条第1项规定:已征收之土地,需用土地人应切实按核准计划及所定期限使用。在未依征收计划完成使用前,需用土地人应每年检讨其兴办事业计划,并由其上级事业主管机关列管。有下列情形之一者,应办理撤销征收:

(1)因作业错误或工程变更设计,致原征收之土地不在工程用地范围内者。

(2)公告征收时,都市计划已规定以联合开发、市地重划或其他方式开发者。

(3)依征收计划开始使用前,因都市计划变更,规定以联合开发、市地重划或其他方式开发者。

(4)依征收计划开始使用前,其兴办之事业改变或兴办事业计划经注销者。

(5)已依征收计划开始使用,尚未依征收计划完成使用之土地,因情势变更,致原征收土地之全部或一部已无使用之必要者。

上述的五项理由,都使得被征收土地不再符合征收计划所必须,也因此必须让所有权人取回之。但本条例却认为这是征收主管机关的职权,来检讨直到征收计划完成前,被征收土地有无符合征收计划的使用情形。

但是本制度却存在不少问题,例如:

① 本制度是否为撤销处分或废止处分?由使用"撤销"一语可以知道这是一个对典型违法行政处分的救济(台湾"行政程序法",1999年,第117条)。但上述(1)的理由,则为可撤销理由并无问题,至于其他理由应当为废止理由。所以名为撤销征收之情形,不如为废止征收。

② 如果为主管机关得行使的撤销权,应由主管机关或其上级机关

基于职权而为之(台湾“行政程序法”,1999年,第117条)。但本条例第50条第1项规定为由需用土地人向中央主管机关“申请”撤销,既非向当初征收机关申请撤销,亦非征收机关或其上级机关与中央机关的“主动撤销权”,因此不符合撤销权应由原处分机关及上级机关的撤销权意旨。同时也使得第49条第1项,主管机关的“列管”征收计划是否确实进行的规定,并无任何实质作用可言。

③由于这是行政机关被动的撤销权,和“行政程序法”的重新进行行政程序的制度较为接近。依台湾“行政程序法”第128条(德国联邦《行政程序法》第51条)之规定,行政处分在法定救济期间过后,得因新事实、新证据等理由,由行政处分相对人及利害关系人向原处分机关申请撤销、废止或变更原处分。而此申请权应在法定救济期后3个月内请求之,事实发生在后或知悉在后者,由发生或知悉时起算。但法定期经过后已满5年,不得申请之。但明显的,本规定也只部分被本条例所采纳。例如只有撤销征收处分一种,申请撤销人也只有“关系人”——需地机关,最重要的原征收相对人(原财产权人),反而不在其中(下叙)。

④对土地所有权人而言,并没有有效之权利保障之机制。第50条第1项至第3项的规定,需地机关可向中央主管机关申请撤销,但若需地机关不申请时,原财产权人仅能向主管机关“请求”进行审查。主管机关接获请求后,应会同需用土地人及其他机关会同审查,认为符合规定,仍需再由需地人向中央主管机关申请撤销。当其未符合规定者,该管直辖市或县(市)主管机关应将处理结果函复原土地所有权人。原土地所有权人不服前项处理结果时,得向中央主管机关请求之,经土地征收审议委员会审议符合规定者,得由中央主管机关径予撤销。

因此原所有权人只拥有到最后向中央主管机关请求的权利。何以不在一开始就许可所有权人与需地机关拥有可以申请撤销的权利?可知本规定对财产权益的不重视。

⑤对撤销征收的行为有无一定的期限?本条例并未规定。依“行政

程序法"第121条第1项之规定,撤销权应自原处分机关或其上级机关知悉有撤销原因起两年内为之。这两年期限可否适用在撤销征收?由行政机关并无依职权主动行使撤销权,而是被动等待需用机关的申请后方的行使之,特别是连情事变迁(第49条第1项第5款之理由)可作为废止合法授益处分之理由("行政程序法"第123条第4款),但也不许可行政机关的主动撤销权可知,此行"政程序法"两年期限规定,并无准用于此的必要。

⑥ 关于权利救济的问题,基于有"权利必有救济"之法理。当财产权利人向直辖市或县市主管机关的审议"请求",以及最后向中央主管机关的"请求",能否提起诉愿及行政诉讼,本条例都无规定。本文以为,既然只有最后的中央主管机关拥有径予撤销的权限,因此可以据以作为行政救济的理由。从而可依"诉愿法"及"行政诉讼法",提起诉讼。

因此由上述这些问题可知,撤销征收制度变成一个特殊的行政救济制度,且是由中央主管机关所被动行使的权力。再加上其制度不明之缺陷甚多,对人民取回权的维护,始有严重的不足。还有待修法作更细密的规定。故本文以下所讨论的取回权仍将集中在上文"1."的买回权部分。

(二)取回权的期限问题

依我国台湾地区"土地法"第219条的规定,原所有权人得行使"买回权"的期限为补偿发给完竣届满一年之次日起,五年内行使之。其条件为:(1)征收补偿发给完竣届满一年,未依征收计划开始使用者;(2)未依核准征收原定兴办事业使用者。

本来在1930年最初制定的"土地法",并没有规定取回权的消灭时效之问题,但日后的行政诉讼实务,认为此取回权应当视为"民法"所规定的买回权,从而应准用"民法"第380条关于买回权,五年消灭时效的规定。遂在1989年修正"土地法"时,将此实务的见解加入法条之中,一直实施到2000年。

在取代"土地法"后的"土地征收条例"(2000年2月2日)中,对原所有权人之取回权的行使期间,有若干的改进。依该法第9条规定,除

区段征收与法律另有规定外，原土地所有权人得行使取回权的条件，除了仿效日本《土地收用法》（1951 年）第 106 条第 1 项增订了一个 20 年的除斥期间，由征收公告起 20 年内，取回权方能行使之，以维护法律安定性的原则。第 9 条规定了三项取回权要件：

（1）征收补偿费发给完竣届满 3 年，未依征收计划开始使用者。

（2）未依核准征收原定兴办事业使用者。

（3）依原征收计划开始使用后未满 5 年，不继续依原征收计划使用者。

关于期限的方面，由（1）之条件，给予了需地机关比旧法三倍长的不作为期限，对取回权而言似乎是一个不利的限制，但买回权期限可达 20 年，故仍有 17 年的请求权，对当事人仍属有利。

然而，吾人只要仔细比较与旧“土地法”第 219 条之规定，可知其乃明确限制需地机关在 5 年内受到原征收计划内容的拘束，但是 5 年后需地机关就完全获得自由使用、处分财产的权利。就此点而言，新的“土地征收法”对取回权的规定，只有“枝节式”的澄清，没有进一步的宏观格局之改进。① 而纠正旧法仅有四年的买回期限，对于人民的保障较多，是值得赞同。但是这个保障，人民只有 20 年的期待期，且原财产权人因为该土地被征收后，所有权已经转移，原财产权人已无从拥有所有权人得以掌控其财产状况的能力，例如政府机关的门禁森严，特别是当被征收为国防用地，原财产权人即无从了解其征收财产有无合目的地使用。即使知悉真相时，可能已经逾越了请求的期限。② 因此，有必要考虑规定使

---

① 同见陈立夫，前述文，第 27 页，注 4 处。

② 按日本《土地收用法》第 106 条第 1 项规定，二十年为买回权的消灭时效，原所有权人在土地未供原计划使用或公告十年后，未将其“全部”征收土地提供业务使用，财产权取得与买收权，起算期限为五年。逾期买收权消灭。第 107 条规定了买收权的消灭事宜，第 1 项规定课予需地机关有“尽速通知”的义务，当需地机关（起业人）知有前条买回权之情形时，应尽速通知买受权人。起业人非因过失而无法确知买受权人，则必须在土地所在之地方新闻，一个月间至少为三回内容之公告。第 2 项规定，当买受权人接获起业人的买回通知，或第三回公告之日起逾六个月者，买受权消灭。

用人有"告知义务",当征收土地已不必为征收计划所需时,即负有告知原财产权人之法定义务,俾使期能行使取回权利。① 因此基于征收计划必须符合"明确性"原则的考虑,如德国联邦《建筑法》(第102条第1项第1款)便采纳"两年逾期条款"。该法规定(第113条第2项第3款),征收确定计划书都必须详列征收目的以及该土地能达成征收目的使用的期限。当征收财产权逾越了此期限的两年期限内(法定许可延长者例外),②便可以提出取回的请求权。德国巴伐利亚邦的《征收法》(Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteigung, BayEG, 1978年),也有相同的立法例(第31条第1项第3款、第16条第1项)。

德国立法例的好处,在于不同的土地提供征收目的之用,需要有不同的完成时间。因此,德国采纳了这种可以因应长期建筑性质、并弹性的使用期限,且是以"完成使用"作为判断,故完成利用的时间不宜硬性规定。也可以避免我国台湾地区"法制"这种可能会造成"虎头蛇尾"的"开始利用"之模式及"定期失效"的不公平制度。同时,利用这种征收开始前已明白确定的完全使用之年限,也可以避免财产权人必须随时注意何时开始可以行使取回权的问题。例如我国台湾地区"土地征收条例"第9条之规定,财产权人必须在征收计划开始使用的五年内,随时注意该土地有无依该计划使用。对原所有权人也不无是一大负担。

(三)未依征收目的之使用及判断

买回权的要件必须不再为事业所使用。

依台湾现行"土地征收条例"(新法)及"土地法"(旧法)之规定,取回权的理由必须基于被征收之土地未依征收计划而使用,这包括:

---

① Stahl, aaO. S. 144, Garzoni, aaO. S. 88.

② 在期限届满前,如有不可归责于需地机关之事宜,或是其他法律的因素致使不能在期限前完成土地之使用,需地机关须向征收机关请求延展,且必须负举证责任。同时,征收机关得以裁量决定是否展期。德国联邦《建筑法》第114条、德国巴伐利亚邦的《征收法》第32条第2项,亦同。

（1）已逾一定期间未开始使用。旧法规定为一年，新法则延长至三年。

（2）未由原征收计划事业使用者。新法、旧法规定一致。

（3）未满五年便不依原征收计划使用者。为新法所无，旧法所新增。

上述三个条件，与“土地法”的规定有若干差异：

在（1）的情形，被征收土地如果保持未动工的状态，在判断上便极为容易。但是所谓“开始使用”，是否只要事实上有开始使用之行为，尽管日后未按计划之进度使用，亦无不可？或是必须按照征收计划所预定的期限，完成使用？

台湾的征收实务以及“行政法院”很早就实行了前者的见解。“行政院”在1964年发布一个解释令[台（53）内4534号令]：“需地机关是否已于征收完毕一年后实行使用之认定，应以该项征收土地之整体为准，而不能仍按征收前之个别原所有权之各个以为认定已否实行使用之准据。”需地机关只要有局部动工，便符合了“开始使用”的条件。台湾“行政院”的看法日后更获得了“行政法院”的采纳，并选为判例。此判例为“行政法院”1979年判字52号，“土地法”第219条所谓“征收私有土地后，不依核准计划使用”，系对于所征收土地之整体不依原核准计划使用而言，若就征收之土地已按原核准计划逐渐使用，虽尚未达到该土地之全部，但与不依核准计划使用之情形有间，应无该条之适用。

“行政院”与“行政法院”上述判例的合“宪”性，也获得“台湾司法院大法官”的肯定。在1989年3月17日，作出的释字第236号解释，“台湾司法院大法官”认为：“所谓‘不依核准计划使用’或‘不实行使用’，应依征收目的所为土地使用之规划，就所征收之全部土地整体观察之，在有明显事实，足认属于相关范围者，不得为割裂之认定，始能符合公用征收之立法本旨。行政法院1979年判字第52号判例及行政院1964年6月30日台（53）内4534号令，即系本此意旨，与‘宪法’第15条并不抵触。”

这种见解，使得需地机关可以借着“整体规划”作借口，而规避了征收合法与正当性所强调的“绝对必要范围”，演变成除非需地机关完全地

不作为,否则原所有权人即不可申请买回。①

这种有利于需地机关的见解,会造成需地机关未认真依征收计划使用土地,或"敷衍"地虚应故事,造成许多争议。因此,为了杜绝旧法时代的争议,新法("土地征收条例")便将"台湾司法院大法官"及"行政法院"判例的见解形诸法条。在第9条第4项规定,所谓"开始使用",系指兴办事业主体工程动工,但依其事业性质无须兴建工程者,不在此限。

但是,所谓"主体工程的动工",在行政诉讼的实务上,也采极宽松的认定。例如"行政法院"在1999年判字4131号判决,便认为:主体工程虽尚未兴建完成(本案之兴办市场工程),唯以从事有关达成征收计划(已办理规划、施工及完成计划之第一期、第二期工程),宜亦应认已使用。同样的,认为只要按计划开始第一期发包、开工,即使主要建筑尚未动工,亦属于实行使用("行政法院"1999年判字2763号判决);甚至,动工只是设置"简易围篱工程",也可视为设立学校的先前准备,也属于征收土地的开始使用("行政法院"1996年判字3143号判决)。由上述判决可知,其等援引"台湾司法院大法官""整体观察"的判断标准,已造成"无限上纲"的后果,亦使得需地机关可以有许多借口来抗拒原财产权人的取回权利。②

在(2)的情形,乃使用主体是否为当初需地机关,属于被征土地的新所有权人是否为当初之需用机关的问题。因为该公共事业可能日后面

---

① 刘铁铮"大法官"在此号解释所提出的不同意见书,认为"行政法院"上述判例已经严重侵犯人民的财产权。使得所谓"不依核准计划使用",将变成不确定法律概念,形成主观认定之缺陷,有易被误用、滥用之可能。解释文认可的"整体观察"标准,刘"大法官"也质疑:在整体观察下,纵仅使用征收土地14%,另85%尚未使用(如本案之情形),也可谓非属不依核准计划使用;在整体观察下,部分征收土地虽长达二三十年闲置不用,也可谓与不依核准计划使用有间。此见解颇值赞同,见刘铁铮:《"大法官会议"不同意见书之理论与实际》,2003年5月再修版,第95页。

② 参见"台湾司法院"编:《行政法院公用征收裁判之研究》(续篇),1999年,第173页以下。

临废止、变更等，已不再承担该公共任务，也就毋庸再需要该土地者。[①]这个条件也极空泛，只要为征收目的之事业机关，继续拥有该土地所有权，而不转让，尽管日后没有依照原征收的目的使用而变更之，例如当初征收土地为盖校舍之用，后来改为运动设施，或是种植花木，甚至任之荒芜，也就符合征收目的，原财产权人即不能够行使买回权。

表达这个见解最透彻的是“行政法院”在1983年的判例。法院认为上述情形：“需地机关是否于征收完毕一年后实行使用完毕之认定，应以该项征收土地之整体为准，而不能仍按征收前之个别原所有人之各个为认定，已否实行使用之准据，征收土地如依原核准计划所定之期限内使用，则其法定要件即已具备，纵令此后对于该项土地另有使用或处分，系属于土地所有权之行使范畴，不发生原土地所有权人照原征收价格收回其土地之问题。”[②]这个在1983年的判例，明显地把买回权视为一个法律创设的权利，而不再是基于原所有权人的地位，所以在判决中提到经过一定使用期限后，需地机关即使另有处分“系属土地所有权之行使范畴”。所以，原财产权人的买回权利，已显得无足轻重。[③]

较困难的则为(3)开始使用后未满五年期间内，“不继续依征收计划使用”的判断问题。依立法旨意，需地机关必须在开始使用五年内，维持合于征收目的的使用。然而，同条文(4)项亦规定：所谓“开始使用”，系指兴办事业主体工程动工，但依其事业性质无须兴建工程者，不在此限。所以只要整个征收计划主体工程的“动工”即可，不涉及系争的个别所有权人之土地是否包含在内。

依“土地征收条例”第13条规定，征收前应由需要土地人拟具详细征收计划书，并附具征收土地图册、土地改良物清册及土地使用计划书，

---

① 参见日本《土地收用法》第106条第1项，便有此规定。

② 我国台湾地区“行政法院”1983年判字217号。

③ 德国对征收标的的用途改变，即使该新用途仍是可行使征收权之用途，亦不许可之。BVerwG，NJW 1994，1749；H. Kröner，aaO. S. 566.

送征收机关核准。所以征收计划必须对征收之所有标的物的使用,予以详尽的规定。因此所有权人应当知道其土地被征收后的具体目的,并作为将来行使取回权(及撤销征收)的判断依据。

如前所述,由于土地征收后,所有权已经转移,原财产权人已无从拥有所有权人得以掌控其财产状况的能力,因此不能察知土地有无真正符合征收计划的使用。判断征收土地有无符合计划的责任,便应该由法院来承担之。

(四)举证责任与有责性问题

法院(行政法院)的诉讼程序便应当作有利于人民的解释。既然,原所有权人之取回权并非民事的先买权,而系公法上诉讼权利。① 因此,举证的责任问题不能由原所有权人所负担,基于需用地机关在此期限内,有依原征收计划使用之义务,征收机关亦有监督之义务,故举证责任便应由此两机关负责之,以示公平。

因此,法院对于被征土地征收后的使用,仅限于是否符合原征收计划而已。至于土地征收后,是否真正的符合公共利益,易言之,征收计划是否真正的能符合公共利益所必须,特别是能否达到"征收的目的性"以及手段的绝对必要性,例如,征收土地为校舍之用,到底需不需要如此多的校舍;征收为军事基地,需否如此多的营房或飞机跑道等,在涉及征收的合法性争议时,行政法院鲜少能行使实质的审查权。此时唯一能够给人民救济者,唯有在涉及取回权时,此由法院重新审查该征收计划的公

① 依比例原则,征收机关应尽量先通过民法的买卖方式取得用地。倘人民为避免征收命运,和征收机关缔结土地买卖契约。嗣后征收机关不再需要土地,出卖人可否要求买回?德国实务认为,除非当初契约附有买回保留,否则不得准用征收买回权之制度。BGHZ 71,293;H. Kröner,aaO. S. 570. 在 1997 年 3 月 14 日联邦普通法院(BGHZ 135,92)作的一判决中也重申此意旨,不可援引宪法财产权规定作为解释买卖契约之依据。A. Krämer,aaO. S. 122.

益性与比例原则，于是经过“事实检验”后的司法再审查。①

然而，不论是德国的联邦《建筑法》、德国巴伐利亚邦的《征收法》(BayEG，1978 年)、日本《土地收用法》，以及我国台湾地区的“土地法”及“土地征收条例”，都没有赋予法官此一事后审查以前征收计划合法性的机制，这也是各国征收法制，并未有效置于“司法审查”之下的一个明显及严重的现象，值得加以重视。

在此还涉及的另一个问题为未依计划使用的“归责”问题。被征收土地未依征收目的的使用，既然是一个客观的事实，但如果有可归责的原因造成此事实的成就，依台湾法律即可否认此买回权。这个归责的原因，台湾法制近年来做的转变。在旧的“土地法”第 219 条第 3 项，原先规定：“如果构成取回权的理由，系因可归责于原所有权人或使用人，则不得申请收回。”所以是采取土地所有权人必须是“无责性”的原则。如果在征收土地上仍有其他的改良物有其他使用人，但该使用人等有不配合征收的抗拒行为而导致征收无法开始进行，则此“有责性”归为使用人负担还是所有权人？法条解释似为两者皆应负责。但此解释太苛求所有权人要对使用权人。故应视为使用人之个人行为，应与所有权人无涉，所有权人当可行使收回权。我国台湾地区“司法院大法官”在 2001 年 11 月作出的第二个涉及买回权解释——释字第 534 号解释，便持此见解。“台湾司法院大法官”的看法认为，征收机关得依法除去地上物的强制措施或进行诉讼等，需地机关亦可行使权利，但却怠于行使致使征收计划未能执行，即不可归责于所有权人。

代表这个保护所有权人的“有责性”原则，却因为 2002 年的“土地征收法”第 9 条第 3 项悄悄地变更为：“如果构成取回权的理由，系因不可

① 我国台湾地区“最高行政法院”在最近的 2006 年判字 00109 号，也对上诉人所主张的“征收土地原为扩充小学之用，但学生已逐年减少，由征收时两千余人减少至八百余人，减少三分之二，校舍且可挪为他用，校舍应足以使用，毋庸征收，而应予返还”，“行政法院”的见解则认为，此情事变迁不是买回权行使的理由，而予驳回。

归责于需用土地人,则不得申请收回。"所以,转变为需用机关的"有责性"原则。这和德国法例一样,明白许可需地机关因不可归责的理由,许可期限前申请征收机关延展之。① 此一转变给予需用机关甚多的可能性因素:上级政府政策变更、预算的删减、②法院的干涉、其他被征收人或民众的抗争、③与环保问题的干扰……都可以列入"不可归责"于需地机关的事由乎?因此,"土地征收法"这个归责性的改变,与"台湾司法院大法官"在一年后所做解释的立论不合,故其合宪性亦值得怀疑。④

(五)回复权的例外

我国台湾地区土地征收依据"土地法"的规定(第219条),规定所有征收的补偿,都给予补偿费,而没有如同外国的立法例得给予土地来补偿地价者,从而在这种"以地易地"的情形,便不能要求行使取回权⑤。

但在区域征收之情况,便有差别。在"土地法"第218条规定,政府为区段征收之土地,于重行分段整理后,将土地放领出卖或租赁时,原土

---

① 尽管日后皆称贝尔是最早提出公法法院的人士,但贝尔在书中第23段注17处明白提及格耐斯特(下文将提及)在1857年出版的《当今英国宪法及行政法》(Das heutige englische Verfassungs - und Verwaltungsrecht)上册,及1860年出版的下册,皆已倡言德国应建立公法诉讼制度,贝尔称其受到甚大鼓舞及启示!

② 行政法院1994年判字735号判决认为,征收土地以供设校,因经费庞大,需地机关乃将预定校舍用地改为球场及运动场,并提供民众使用,亦符合征收计划之使用。对此,德国学界认为需地机关必须负可信的举证责任,由征收机关裁决之。至于,需地机关可否因财务问题无法遵期使用土地之借口,也可由征收机关判断之,显然不无可能也。见 Breuer, in: H. Schrödter, Bundesbaugesetz, Kommentar, 5. Aufl. 1992 Rdnr. 5 zum §114。

③ 参见,"最高行政法院"2005年判字01172号。

④ 诚然"台湾司法院大法官"在作出释字第534号解释时,新的"土地征收条例"已经公告实施,那么"台湾司法院大法官"虽然仍需依旧法("土地法")的相关规定来作合宪性的判断("土地征收条例"第61条),但既然新法已经作出完全不同的有责性归属之问题,"台湾司法院大法官"却没有一并就新法来加以判断,也是本号解释不完善之处。

⑤ 如德国1957年《土地取得法》第57条第3项、联邦《建筑法》第102条第2项;日本《土地收用法(1951年)》第106条第2项。

地所有权人或他项权利人有优先承受之权。① 在新的“土地征收条例”第40条，且进一步将区域征收之原财产权人的优先承购权，改为“抵价地”，且在同条例第44条第1项第1款规定，该抵价地发交所有权人领回。故同条例第9条第1项也排除区域征收的原财产权人拥有取回权。

对于区域征收之财产权人没有取回权的理由，吾人当可赞同，但应一并检讨一般征收的财产权人之补偿。依“土地征收条例”第11条，已经有规定征收前应该先与所有权人协议价购，或用其他方式取得土地。但是“土地征收条例”的第3条对于征收土地，并没有包括了利用征收来作为补偿用地之可能性。② 因此，使得征收机关并无足够的手段取得补偿土地，从而被征收人民也没有获得“替代用地”（Ersatzland）的可能性。因此，“土地征收法”是否应考虑增订这种征收之目的？

其次，如果不能赋予被征收人民拥有替代土地的权利，则可考虑引进“优先承购权”的概念。超过上述的行使取回的最高期限（20年）之后，如果需地机关有所处分该土地时，应当许可原财产权人之优先承购权的权利。但为避免时间太长，可规定拥有20年的优先承购权，这也是符合比例原则的改进之道。

“土地征收条例”第59条：私有土地经依征收计划使用后，经过都市计划变更原使用目的，土地管理机关标售该土地时，应公告一个月，被征收之原土地所有权人或其继承人有依同样条件优先购买权。但优先购买权人未于决标后十日内表示优先购买者，其优先购买权视为放弃。本条文虽未规定此权利的消灭时效，有待立法补充，但立法精神上当是一

① 其他在我国台湾地区“平均地权条例”第54条第1项及“都市计划法”第84条都有类似的规定。

② 德国《建筑法》第85条第1项第3款。

个立意颇佳的规定,应尽可能推展到所有的征收案件之上。①

四、结论

由本文的讨论可知,征收的取回权制度,没有受到法学界,特别是宪法学界太大的重视,以至于不论在立法的实际规定,以及法院的审判实务,都忽略了被征收财产权人取回其土地,应当是宪法保障财产权的范畴。这也挑战了传统宪法对财产权保障的认知,只及于当初第一次的"征收侵犯"之防卫之上。却没有顾及此侵犯会"先正后邪",使得征收获得财产后,违反了当初征收的目的。这种宪法的保障堪称"虎头蛇尾",也会引起"为德不卒"之讥。

诚然,财产权负有"社会义务性"(Sozialbindung des Eigemtums),私有财产的使用必须符合公益,这赋予了征收制度的合"宪"性;而同时财产权的限制与内容,也是立法裁量权与形成权的范围。立法者行使此权力时,必须以财产权保障的旨意,也就是财产权的"制度性保障"(Institutsgarantie),不能使财产权只沦为纯粹立法的产物,立法者要以最大密度的公益考虑与比例原则,来构建整个征收制度,以及伴随而来的"取回权"体系。②

由实证的取回权制度可知,举凡买回权的行使期间、条件(有无符合征收目的之使用)、征收公益性的审查及法院的积极角色……都值得全盘地加以考虑。这也的确是触及了法律安定性原则的维持与限制之困

---

① 另一个可以让征收人取回土地的为"促进民间参与公共建设法"(2000年)第17条,但不是征收他人土地,而是由公有土地中让售取得一定的土地,由被征收之财产权人折算领回。

② 德国学界也慨叹,目前也还是"立法不备"的时代,有赖依法院实务,包括联邦宪法法院之判决所创建之原理来解决争议。A. Krämer, aaO. S. 129.

难抉择。

到底，一个被征收的财产权人，应当最长保有多久的买回权限？台湾与日本所定下的20年最长期限，是否公允？这个渊源于日本《土地收用法》(1889年，第66条第1项)，以一代人20年作为取回权的最长期限，也渐渐地在现在社会私人取得土地的益行困难，以及社会变动甚速，一个征收计划往往不能如百年前来提供数十至上百年的公共任务。因此超过20年后，征收土地常常改为他用。因此，规定优先承购的制度，当是可以具体保障原财产权人的方式之一。

财产权的保障在现今社会也面临到更多侵犯的机会。特别是征收的需地机关，由以往盛行古典征收的时代，征收土地移转至公有公共事业之手，但随着国家“生存照顾”(Daseinsvorsorge)的任务，已可以由民间来达成，所谓的“公行政私法化”(Privatisierung der Aufgaben öffentlicher Hand)，①例如私营的能源、交通及卫生等企业来达成，“为私人之征收”(Enteignung zugunsten Privater)已是征收中不乏可见的例子。进入私人企业，且以赢利为目的(尽管不是唯一的目的)，手中的私人土地，变成其所有权，原财产权人要取回之已非凭个人的能力所可及，而必须有有利于其的法律规定，以及友善且积极为之伸张权利的法院，否则甚难回复其所有权，这也是“司法正义”的所在。特别是，近年来流行的“BOT”政策，也赋予了民间企业能参与公共建设，政府征收土地来由民间经营，此时决定征收的决策即由民间企业来实质决定。例如台湾的“促进民间参与公共建设法”(2000年)，许可主办机关经行政院核准后，委托民间机构拟定都市计划草案，及办理区段征收开发业务(第13条第2项)；主办机关得价购及征收私人土地，并在征收计划中载明，系以联合开发、委托开发、合作经营……提供民间机构开发、兴建、营运(第16

① 见J. Wieland, in: H. Dreier(Hrsg.), GG Konrmentar, Bd I, Rdnr. 106 zum Art. 14。

条第1至第3项);民间机构因兴建、营运取得之营运资产、设备,非经主管机关同意,不得转让、出租或设定负担。但该公共建设为配合国家政策、由民间投资兴建,拥有所有权,并自为营运或委托第三人营运(如台湾高铁),则不在此限(第51条第2项)。因此被征收土地得由民间机构自由决定转让。而被征收人的取回权问题,似乎更为困难。①

立法者必须正视财产权所显现的重大危机,不能够以现今征收补偿已经达到了市价补偿的公平即可,从而忽视了征收行为,至始至终都必须只是最后手段而已,如仅能剥夺一时之所有权,何苦永远剥夺之?财产基本权如同德国学者 Günter Dürig 所说的人民拥有财产的权利,是"先于国家所存在、国家仅是承认"的权利(ein vorstaatliches, vom State nur anerkanntes Recht),②立法者负有完善实践此一理念的宪法义务。③

人民汲汲一生之目的,纵使宗教家、哲学家总会述说一套人生哲学、追求非物资价值的大道理,但升斗小民所珍惜的莫非辛苦获得的财产及使用财产来追求幸福、快乐。所有权保障的妥善与否,即标志一个国家的文明程度。法国哲学家 Jean Bodin(1530~1596)的一句话:"人民对杀父之仇,容或可忘;但对剥夺财产之怨恨,终生不忘。"应该可以作为立

---

① 然而这个目前在我国台湾地区方兴未艾,但也造成极大争议的 BOT 法,有关征收以及买回权的规定,是否适用征收准据法——"土地征收条例"之规定?本条例却未规定,依该条例第2条的"本法未规定,适用其他有关法律之规定",应做肯定解。如此将该民间机构比照需地机关的权利义务,即可纳入买回权的问题。不过观诸整部 BOT 法的精神,似乎又有替民间机关"松绑"的用意在焉,所以本法第二章"用地取得及开发"中,才会丝毫不提适用征收准据法的规定,这是否立法者"故意放水"或"有意含糊"?

② Das Eigentum als Menshenrecht, in: Glaeser/Häberle1 (Hrsg.), Günter Dürig, Gasammelt Schriften 1952 - 1983, 1984 S. 60.

③ 这也是宪法财产权保障具有"双重功能性"(Doppelfunktionalität),一则保障财产权之价值,二则保障财产权人对财产标的的处分权,不可只注重前一种功能。A. v. Mutius, aaO. S. 286.

法者及我们法学者的警语。

（本文原为2006年11月11～12日，在杭州市所举办之东亚行政法学会第七届国际学术大会所发表之论文；经修正而成）

附录：我国台湾地区“司法院”大法官会议解释

解释字号	解释文
第236号	土地法第二百一十九条规定：“征收私有土地后，不依核准计划使用，或于征收完毕一年后不实行使用者，其原土地所有权人得照原征收价额收回其土地。”所谓“不依核准计划使用”或“不实行使用”，应依征收目的所为土地使用之规划，就所征收之全部土地整体观察之，在有明显事实，足认属于相关范围者，不得为割裂之认定，始能符合公用征收之立法本旨。行政法院1979年判字第五十二号判例及行政院1964年6月30日台五十三内四五三四号令，即系本此意旨，与宪法第十五条并不抵触
第534号	人民依法取得之土地所有权，应受法律之保障与限制，为宪法第一百四十三条第一项所明定。土地征收系国家因公共事业之需要，对人民受宪法保障之财产权，经由法定程序予以强制取得之谓，相关法律所规定之征收要件及程序，应符合宪法第二十三条所定必要性之原则。土地法第二百一十九条第一项第一款规定，私有土地经征收后，自征收补偿发给完竣届满一年，未依征收计划开始使用者，原土地所有权人得于征收补偿发给完竣届满一年之次日起五年内，向该管市、县地政机关（2000年1月26日修正为“直辖市或县（市）地政机关”，下同）声请照征收价额收回其土地，原系防止征收机关为不必要之征收，或迁延兴办公共事业，特为原土地所有权人保留收回权。是以需用土地机关未于上开期限内，依征收计划开始使用征收之土地者，如系因可归责于原土地所有权人或为其占有该土地之使用人之事由所致，即不得将迁延使用征收土地之责任，归由征收有关机关负担；其不能开始使用系因可归责于其他土地使用人之事由所致，而与原土地所有权人无涉者，若市、县地政机关未会同有关机关于征收补偿发给完竣一年内，依土地法第二百一十五条第三项规定径行除去改良物，亦未依同法第二百三十八条规定代为迁移改良物，开始使用土地；需用土地人于上开期间内复未依征收计划之使用目的提起必要之诉讼，以求救济，应不妨碍原土地所有权人声请收回其土地。土地法第二百一十九条第三项规定之适用，于上开意旨范围内，不生抵触宪法之问题

第十五篇　知识产权的社会义务

——从宪法学的角度检验知识产权的属性及其界限

当我的思想可以畅行无阻地由我的灵魂流出时，我知道，我已无所属了。

——歌德，1813 年，《财产》

一、楔子

知识产权是人民以精神、智慧创作的成果，而形成具有财产价值的权利。在这种“精神产物”的法律保障体系，可以分成著作权、商标权及专利权等。虽然这三种权利在各国都有各自的法律来规范，然而也都具有许多共同的特点。其中当以著作权所包括的范围最广、历史发展最久，也和国民的生活、福祉关涉最大。本文虽以“知识产权的社会义务”为标题，但行文则以著作权的讨论为主，便综因于讨论著作权的重要原则可以涵括适用到另外

两种权利之上。

我国台湾地区“著作权法”(1993 年 4 月 24 日)发展的趋势,和目前世界不少相同的立法例,系尽量扩大著作权保障的范围,也因此,举凡重制、出租、公开演奏……该著作物,都会引发侵犯著作权的问题。也因此产生了知识产权这个发展较晚的“新兴财产权”与传统的财产权,也就是民法物权篇所主要规范的“物体所有权”(Sacheigentum)形成鼎足而立,甚至可能产生相互矛盾的后果。

依传统的财产权理念,财产权人得对其财产为任何的使用、收益,故房屋所有权人得对房屋为出租、自用或买卖。但是,拥有一个合法著作物(如书籍、美术品)的所有权人,因非著作财产权人,即不能自由将“财产标的”予以出租、展示重制(本法第 22 条至第 29 条)。因此,限制了这个知识产权标的所有权人的财产权利,以来保障著作权人之利益。所以,这种利益的保障,不可谓不强。

然而,就如同所有财产权一样,著作权属无体财产权,且必须负起促进社会公益的义务,所以著作权法中,多半会规定著作权负有一定的“社会义务”。① 这在著作权法中,也称为“公共领域”,或是称为“对他人著作标的的合理使用”。这些制度的理念,乃基于著作是一种智慧与精神的产物,国家一方面要保障著作人的心血结晶,使得著作人能获得经济利益,借以鼓励创作风气;但在另一方面保障著作权不纯为保障私人而

---

① 例如,我国台湾地区“著作权法”第 1 条前段规定:为保障著作权人著作权益,调和社会公共利益,促进国家文化发展,特制定本法。大陆《著作权法》第 4 条 2 项规定:著作权人行使著作权人不得违反宪法和法律,不得损害公共利益。这两种立法例,反而显示出大陆对著作权公共义务性的规定更为强烈。大陆的规定,和民法对于权利的行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的之民法权利滥用之禁止原则,有极大的相似性(台湾“民法”第 148 条第 1 项),也可以看出著作权和民法所规范的权利,有甚大的同构型。而我国台湾地区对著作权的规定,反而较像另一个新的立法,由立法者“从新”来考虑著作权与公共利益的调和问题,似乎没有再给予法律适用者,包括法院,太多衡量公共利益考虑的空间。

已,也有促进社会文化的传播及提升其水平之功能。在后者的意义上,著作权的保障范围即必须受到限制。例如,对于一个音乐创作采严格保障主义有"衍生权",如禁止其他作曲家将原主题曲或旋律,改编为变奏曲、交响曲(诗)、歌剧等,则文化的丰富便无从谈起!同样的,若可限制他人对著作的演出,则除作曲人指定的歌手外,他人便不得公开演出,如此文化就无从传播!

立法者必须规定著作权的内容,而究竟立法者的裁量范围何在,这就必须由宪法的角度,来作判断。而主导立法者这种裁量的标准,应当是衡量著作权在现今信息社会所带来的重要意义,人们需要如何获得充分,且合理负担下的信息及其他文化接受之权利,以及著作权必须同样和其他财产般的履行社会义务之界限何在等问题。而这些问题都可以泛称在后者著作权人必须承担,或是是否必须承担哪些公共利益的问题,这也要对于著作权的属性加以分析,才能获得一个较为清晰的概念。

由于著作权法长年被视为私法学的一环,不仅台湾地区如此,德国亦然。著作权法学的研究,率多由私法学者来进行,且相当程度主导了著作权的发展。[①] 这种情形,日后将(正确地)维持下去。然而,著作权既然属于宪法财产权保障体系的一环,能否由宪法学的角度来探究立法者应当如何构建出一个配合宪法财产权秩序的著作权法制似有必要。故,本文便尝试以德国宪法学的角度,来探究此问题,看看德国宪法学界能否提供吾人若干思考此问题的方向。

① 见 E. Ulmer, Urheber - und Verlagsrecht, 3. Auf, 1980, S. 10。

二、著作权的属性

(一)德国宪法史的发展

比较起英国在1701年公布的《安纳法典》(Statute of Anne),将著作权保障列为21条;法国在1789年大革命后已经产生了知识产权,例如:不能公开演奏他人之作品;以及美国在1790年就开始制定著作权法,并在美国宪法第1条第8款规定:国会应立法保障著作及发明人对其著作与发明,有一定期间的专属权利,以促进科学及技艺的发展。这种将知识产权保障提升到宪法层次的地位,德国的发展则晚得许多,一直到1848年的《法兰克福宪草》(第164条第3项)才有特别的规定国家应立法保障著作权。但此宪草最后并没有形成宪法,整个19世纪,德国的帝国宪法(1871年)及邦国宪法也都没有没有类似的立法,一直到《魏玛宪法》,才再度引入。

《魏玛宪法》在第158条规定:精神作品、著作权人、发明家及艺术家的权利,应受到国家的保护与扶助。《魏玛宪法》这一条规定,依德国当时权威学者的看法,都认为这条规定属于训示化的规定,易言之,并不具有强制力,而是提供立法者参考之用。① 而魏玛时代最权威的学者安序兹(G. Anschuetz)也认为这一条主要在保障著作权人著作权标的,而非保障著作权人。因为,著作权人及艺术家等的权利,已可划归在《劳工法》(第157条)之中。所以本条文只是作为保障著作权人的财产权利外,也可作为宪法艺术自由与学术自由(第142条)的特别补充条款。②

安序兹虽然对于著作权的重要性没有给予太大的重视,但是他将此

---

① O. Buehler, Die Reichsverfassung, 3. Auf, 1929, S. 160.

② G. Anschuetz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, S. 730.

著作权视为财产权,而与艺术自由和学术自由连结在一起,可以提供吾人对于著作权的属性多一层认识,这也是安序兹的独特见解。

然而,《魏玛宪法》在第153条第1项规定了财产权的保障。而在第3项则增加了:财产权负有义务。其使用必须同时有助于公共利益。这一条被称为《魏玛宪法》最重要条款之一的"财产社会责任制度",也称为"财产社会拘束性"(Sozialbindung des Eigentums),把财产的使用必需"同时"符合公共利益,这也是打破民法"物权绝对论"的进步思想。本来在民法的体系当中,虽然有公序良俗的限制条款,但是对于物权这种条款的适用可能性不若债权来得重要。《魏玛宪法》这种具有社会主义思想的规定,乃在指导立法者在衡量制定财产法律时,应当同时地加诸财产权人若干的"公益保留"。这个立法例也流传到"二战"后制定的德国基本法第14条规定之内。

但是显然的,《魏玛宪法》第153条第3项的财产社会义务性规定,并没有被当时的学者发挥到著作权的社会拘束性之上。所以连安序兹也未特别强调著作权应当和财产权一样负有社会义务性,可见得,社会拘束性的理念,仍未能充分地运用到著作权的法制概念之上。

(二)纳粹时代的若干发展

在《魏玛宪法》明白规定财产权具有社会义务的先进规定之后,但却没有能在宪法学界获得充分发挥的效果。财产的社会义务性显然只形成具文,而只作为主要是行使国家征收权力的依据而已(《魏玛宪法》第153条第2项)。随着纳粹党在1933年1月底上台,这个主张团体主义、团体至上的纳粹党,在其党纲第24条第2项明白宣示的"公共使用优先于私人使用"(Gemeinnutz geht vor Eigennutz)原则,会否在当时的著作权法制产生具有革命性的影响力?

如果吾人囿于传统看法,认为纳粹德国是一个彻彻底底的"非法治国"(Unrechtsstaat),政党利益凌越于一切,而司法仅作为政治服务的工具,人民权利不足为道的话,当然会导致出在纳粹时期,已经把财产权社

会义务的理念发挥到极致，从而对于著作权的社会拘束性，也会导致同样的结果。

在此，我们可以把德国当时帝国法院民事庭两则重要的判决，来作一个解释。

1.“威廉·布斯故事集”的判决

第一个可以用来检视的案例，为纳粹德国司法机关对于著作权人是否可以基于财产权社会拘束力的原则，来无偿地提供其作品予公众使用。这是在1934年3月10日所作出的“威廉·布斯故事集”（Wilhelm Busch－Buch）。

威廉·布斯是一个在1866年以后颇有名气的作家，其作品广为流传。在其一生的作品当中，出版的态样众多，有具名或不具名、有授权或已过授权期限……本案涉及被告将其历年作品与图片等汇集成册，而引发争讼。①

对此，本文不拟多加讨论其案情与法律依据问题。值得重视的是，这个德国民事最终审的法院作出有利于原告的判决理由当中，对于被告所举出的“公共使用优先于私人使用”的原则，能否拘束帝国法院，从而作出有利于被告的判决。

法院在判决理由当中，特别地指称了在前审法院（二审法院）曾经讨论到了必须援引纳粹党纲的问题，而认为必须配合这个新时代的“公益优先论”的见解，认为被告这种广泛搜集威廉·布斯的信息与数据，将有助于读者对于这位德国文学家的认识，所以不应斤斤计较于版权的有无；对此，帝国法院并不认可这种看法。帝国法院很委婉地表示：

“由1869年Diether伯爵所撰写的《德国法律谚语》一书已经提出了‘公众使用优先于特别使用’原则，所以，现在德国国内法律界最新的发展，诚然符合了德国日耳曼传统的法律格言。同时，也致力要来推

① RGZ144，106.

动这个理想。而过去不少的德国法律也是秉持着这种理念来制定。至于著作权法应当如同许多其他法律的规定,权利人的权限必须受到'社会拘束力'的思想,来限制其权利,或负担相当的义务。在帝国法院的判决实务当中,早已屡见不鲜。而德国在最近正热烈地讨论修改著作权法时,已经确定了原则是:著作权人的权限,对社会而言,并非是'例外性'(wie Ausnahmen, gegenueberzustellen)的对立,而是'平等并立'(Gleichgeordnete),并且应该将其置于法律条文之中,广泛地宣扬之。虽然目前的有效的法律仍不能够达到上述的理想,但是已经显示出这种思想的架构。一旦这些法律完成立法程序,就可以利用这些原则来解决双方彼此的权限问题。然而就本案而言,既然目前适用的艺术保护法(第19条)仍明白地规定著作权人享有对其内容专属的诠释权,因此,对于其图片的转载使用,也就必须获得其允许;本法院也维持这个条文的解释。"①

帝国法院在这个纳粹甫掌权月余后所作出的判决,明显地是采纳了实证主义的看法,对于纳粹党纲的公益优先论,视为政治口号而没有加以采纳。尤其是帝国法院明白地提出来著作权人的权益比起社会利益而言,是处于平等的地位,而非属于劣势的处境。所以实质上,是把保护著作权人的权益,视为公共利益的一环。所以打破了"公益优先著作权人利益"的原则。

2."广播电台播放唱片案"的判决

另一个更受重视的案件,是在1936年11月14日所判决的"广播电台播放唱片案"。

电台播放唱片,给不特定的听众收听会否侵犯歌曲著作权人的权益?这个问题,虽然迟至德国在1966年1月1日开始实施的著作权法第20条,才正式将此"播送权"(Sendrecht)予以明文化,但早在魏玛共和

① RGZ144/106, 112, 113.

国时代，帝国法院就在一个判决中承认电台播放唱片是侵犯了著作权人的散布、传播其著作之权益。也因此实务界将此“播送权”纳入了著作权保障的范围。因此，电台未经许可播放他人的唱片，属于侵犯著作权。[①]此举有利于著作权人的立法，被认为是保障著作权人在纷纷成立的电台播放广播节目过程中，可以获得丰厚的报偿，也是符合了宪法所规定的国家应当扶助艺术家、著作权人的权益及生活之本意。

既然魏玛共和时代帝国法院已经承认著作权包括播送权，所以在纳粹登台后，公益条款优先性可否挑战这个旧有的、也获得实务界承认的见解，值得一述。

1936 年判决的本案被告，是一家在 1925 年就成立的广播公司。这个广播公司是由纳粹党所出资，依其公司章程规定，将播送音乐、新闻、广播剧等节目。被告向若干唱片公司购买唱片以后，没有支付公开播送的报酬，也没有得到著作权人的同意，就在节目当中播放唱片；因此，遂由数家唱片公司联合提起诉讼。

由于本案的被告来头不小，自从 1933 年 1 月 30 日纳粹党掌权后，被告变成了国库支持的广播电台，业务督导均隶属于帝国宣传部，本案被告便成为了彻彻底底的“国家宣传工具”；而宣传部长便是大名鼎鼎的戈培尔（Josef Goebbel）。再加上本案判决时，纳粹党执政已经两年，政党控制力已达到高峰。恰好也正可以检验帝国法院对于著作权人的公共义务性，有无更进一步的发挥。[②]

---

① RGZ113/413. 至于唱片作为著作权的标的，德国早在 1900 年国会讨论制定著作权法时，就曾对此问题进行讨论。由于在当时，唱片业属于一个新兴的产业，帝国议会也认为应当尽量扶持这个新兴工业，所以许可唱片业者灌制没有授权的音乐、戏剧及演说等唱片。但不久便遭到社会甚大的抨击，因此在 1910 年著作权法被加以更改之后，这个俗称“自由小鸟”条款（Vogelfreiheitsklausel），才被废止，见 von Rauscher auf Weeg, Schallplatte und Urheberrechtsreform, in: M. Löffler (hrgb.), Die Urheberrechtsreform 1963, S. 42。

② RGZ 153/1.

本案的原告主张因为电台的广播,已经使得唱片公司投入巨资、著作权人花费心力所完成的产品,会被电台的播送减少许多销量;另外,依据1886年的瑞士伯恩著作权公约,早已将广播归类在属于一种公开演奏的类型,应当给予著作权人或其公司报偿。1928年的罗马公约已将之纳入。而德国也在1933年10月31日将此条款列为帝国法律之一,同时帝国法院的判决也承认此原则。因此被告应当支付损害赔偿,毫无疑义。至于被告的主张主要是认为:本电台乃执行政府的文化与广播政策,属于公权力行政之工具。而且,特别值得一提的是,本电台乃是非营利组织,没有任何经济上的获利问题,所以是纯粹的公共利益团体,因此,不能够循私法争讼的途径加以主张权利。

另外,被告也主张这种公益性质的广播,也不是要提供听众下载之用,因此并不符合再制的条件。尤其是,被告祭出了政权移转后,重视公共利益的大帽子,认为法院应当跟上时代的脚步,而在判决中扬弃旧有的保障私人著作权的见解。

本案中,帝国法院作出了有利于原告的判决,法院的看法,值得一述的有两点:

(1)关于本案争讼的属性问题

帝国法院赞同前二审级法院的见解,认为本案属于私法争议。帝国法院认为,虽然被告的经费来自于国家,其内部的监督也操纵在国家机关之手。因此,被告与国家之间所存在之公法关系自不容否认。而被告进行的任务,既受国家的委托或命令,也属于公法问题。但是光就执行广播的任务而言,则是民事性质。质言之,被告公司是依民事法向法院登记取得法人的资格,此外,举凡公司的运作、唱片的取得、播送等,都属于民法的性质,也因此,依据德国法学传统的公、私法二元区分理论,本案无疑属于民事争讼,此情形不因1933年1月30日政权轮替而有所变更,所以法官仍应当依据法律明白的规定,来作出裁决。至于被告承担一定的公法任务,这在德国第一次世界大战时,情形并不鲜见。不少的

私人公司当时都或多或少负有一定的公法上的任务，也负担一定的民事责任。①

(2)关于公共使用先于私人使用原则的适用问题

至此，实务界已无法规避这个烫手山芋，为此帝国法院摆出了正面迎战的态度。帝国法院认为：

被告强调在国家社会主义的国度中，个人在整体民族社会中的地位，应当从根本上加以改变；著作人个人的权益及使用权，必须对整个社会的利益让步；此种说法是不正确的。帝国法院在过去已经有不少的判决一再重申著作权人如同其他权利人的权限，都应当为民族社会而受到限制，且付出义务，是为社会拘束性。但是，这一个由现在正复兴的德国法律思潮，所树立的认知，并不会抵触到保障著作权人获得正当的利益，也就是由其收益权获得的利益。当然，在著作权中，仍应让党纲的“公共使用优先于个人使用”原则可以获得实践。每个国民都有义务符合民族整体及社会要求下，获得精神与物质的发展(纳粹党纲第10条)，而最好的可能性便是使国民能在满足其义务的条件同时，也能够获得最大的利益。所以，对著作权人及其权利而言，能够符合古老的事实，也就是有劳者应获得等值的报酬。所有类似能力者，能付出这种代价，也便是对于公众提供了最大的福祉。而德国现在正是一个新的国家，其重大的任务之一，便是开创民族的创造力，因此，新德国所树立的正义观可以配合瑞士伯恩公约所强调的：应在电台广播著作作品时，支付著作权人合理的报酬。因此，法院给纳粹党纲及“新国家”的任务，戴上了一顶“高帽子”，同时，也援引了国际公约的条款，而作为承认原告之主张为有理由的主要依据。②

帝国法院在这一个判决中，将著作权视为个人精神创作的“劳务”所

① RGZ 153/4.

② RGZ 153/22.23.

得,所以属于正当的利益。至于冠冕堂皇的"公益优先论",法院也认为可以将之把保障著作权人正当利益以涵括。和前一个帝国法院判决有异曲同工之妙。而法院更宏观地将国家的任务与保障著作权合一,来奖励文化艺术的创作。而在这方面与国际公约的配合,也与纳粹党日后撕毁国际协约的行径大相径庭。

由上述纳粹德国两个重要的判决可以看出,德国帝国法院在政党凌越一切的时代,并没有极度发挥著作权的社会义务性的原则。归咎其因,恐怕是德国那时一切强调"复兴",增加工商的生产力,奖励发明与专利,以增强国力。尤其是强调外销,争取外汇,也就期待能够保障德国的知识产权。也因此,财产的社会拘束力,并没有在知识产权有太值得一述的发展。①

另外,有一个小插曲也许可以了解纳粹德国对于著作权保障的态度。希特勒本人虽然为残暴之独夫,但个人对钱财的操守似乎没有遭到太多的非难。希特勒本人的金钱来源,主要来自于其著作《我的奋斗》的版权收入;以及德国邮票上头所印制许多希特勒肖像之肖像费。横亘纳粹政权13年之中,希特勒的著作与邮票,印制之多,已足以提供其个人丰厚的经济来源。易言之,希特勒本人也系德国知识产权大幅度保障制度下的受益者。

(三)德国基本法的规定

1.宪法财产权保障规定与著作权的关系

在历经纳粹政权后,德国在1949年制定了《基本法》,其中第14条

---

① 关于德国纳粹时代的著作权发展,可参阅 Hefti, Das Urheberrecht im Nationalsozialismus, in: Dittrich [Hrsg.] Woher kommt das Urheberrecht, wohin geht es?, 1988 S. 165/175f.; Dazu, G. Schricker, Urheberrecht, vor §§ 44aff., Rdnr. 2, 2006。另外,针对纳粹德国当时大力清除"堕落艺术家",对于异议分子之作家、艺术家开除其"艺术家公会"会员资格,从而无法享有国际版税收入。学界也以此指责纳粹德国忽视著作权之重要者。见 F. Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, S. 56。不过,Fechner 为此立论时,并未提到帝国法院这两个判决。

规定了财产权的保障事宜，不论从条文的结构、意义及用语，都和《魏玛宪法》第153条大同小异。准此，财产权受到宪法保障，财产权的内容及范围由法律来决定；财产权必须负有社会义务，其使用应同时有利于公共利益；公用征收必须基于公共福祉并依法律之规定方得为之，且该征收法律必须同时规定公正的补偿方可，大致上，都和《魏玛宪法》相似。①

对于著作财产权而言，《基本法》并没有在第14条中有任何的着墨。反而在第73条关于联邦的专属立法规定中，将著作权立法与营业保障、出版法，列为联邦的专属事项之一（第73条第9款），显示基本法的制定者并未忘怀著作权此一制度。然而，这个视为宪法财产权保障条款一环的著作权，是否和宪法第14条所规定的财产保障体系能够契合？恐怕仍需进一步地加以分析。

首先，要论及宪法财产权保障的最重要的"防卫对象"——征收。国家为了公共福祉所需，可以征收私人的财产。因此，防止国家不当地征收便成为近代宪法国家保障人民财产最重要的动机。由法国大革命开始宣布所有权神圣，国家必须依照征收法律，并事先给予公正的补偿后才可以加以征收人民的财产。以后所有国家的宪法财产保障制度，最重要的，便是针对国家的征收权而来。

相形之下，另外两种也较常产生的国家侵犯人民财产权之行为态样，例如：征税权及没收权，在非法治国家固不足论外，在一般法治国家中，前者涉及租税法律是否合宪的问题；后者涉及人民是否满足法律的没收要件，从而可能形成国家赔偿的问题。但这些已经属于违宪或违法的财产侵害，在法治国家属于特例，而非如征收般的"常例"。

然而，宪法财产权保障重点的征收侵害，却主要是针对传统的"物体"所有权，也就是民法物权篇所规范的动产与不动产之所有权而言。

---

① 参见笔者："宪法财产权保障之体系与公益征收之概念——德国与美国的比较研究"，收录于本论文集第十一篇。

至于知识产权中,也有可以成为征收标的者,主要为专利权。① 而著作权则鲜少成为征收的标的。也因此,宪法财产基本权保障最重要的对象,反而不至于对著作权造成值得一述的威胁。

其次,财产权负有社会义务,同样的,也应该在著作权上产生拘束效果。然而,由前述讨论德国对著作权的保障,显然社会义务的拘束力委实有限。而且,著作权人的权利范围,在德国极早时(1909 年)的著作权论著中,便被认为是属于"立法者的财产权限制",和物体所有权一样。② 也因此,立法者负有形成著作权内容与界限的权限。易言之,德国基本法,和以往学界的见解一致,是由立法者享有"形成"著作权的权限。

立法者既然可以决定著作权的内容,当然也可以对著作权的权限加以限制,然而,立法者这种权限的界限何在?有无来自宪法位阶原则的拘束?要回答此问题,显然仍得回溯到宪法对财产权保障的意旨,以及立法者如何把握著作权应当负有的社会义务,来予探讨方可。如何能够具体地界定出一个合乎宪法精神的著作权权限范围,而又不失之于在空泛、不确定的法律概念中打转,也有待于著作权的价值作出正确的判断不可。

2. 著作权限制的合宪性问题

究竟著作权的"界限"何在?德国著作权法有所谓的著作权之限制(第 44 条),如为社会提供新闻之必需;为司法公安所需;防止歧视弱势国民、减轻教育负担、为教学与研究的正当利益;创作自由;技术发展之目的,其他私人与个人之使用等,这些在美国等国以"合理使用"作为限制著作权的理由,在德国概称为"著作权的限制"。然而,如果以《基本

① 我国台湾地区"专利法"第 76 条第 1 项:"为因应国家紧急情况或增进公益之非营利使用或申请人曾以合理之商业条件在相当期间内仍不能协议授权时,专利专责机关得依申请,特许该申请人实施专利权;其实施应以供应国内市场需要为主。但就半导体技术专利申请特许实施者,以增进公益之非营利使用为限。"

② Riezler, Deutschs Urheber-und Erfinderrecht, 1909, S430; Dazu G. Schricker, Urheberrecht, vor § § 44aff., Rdnr. 1, 2006.

法》第14条的立法意旨，属于财产权内容的限制部分，例如建筑高度的限制、禁制品（如毒品、枪械）的拥有禁止、某些特定身份者股票的限期不准转让等都是各类财产权限制的例子。而且，基于与公益征收的区别，这些财产权利内容的限制，且以无偿为原则。著作权的限制，属不属之？德国联邦宪法法院在1971年7月7日一口气作出了四个相关的案例，分别是：（1）教科书将著作编入而无须给付版税的合宪性——“汇编教材侵权案”判决；（2）私立图书馆应否付费给著作权人之争议；（3）制造录音设备的厂商必须付费给著作人是否违宪；以及（4）教育单位内部的广播室储存与使用著作，而无须付费的合“宪”性争议；以及在次日（7月8日）又作出的第五个案件：（5）立法者将旧法有关保障著作改编权的年限，加以缩短，是否违反宪法保障财产权的意旨，都足以了解德国联邦宪法法院对于著作权立法，限制著作权的范围，是否符合宪法的规定。其中当以第一个“汇编教材侵权案”的案件讨论最为深入，也最受学界的重视。爰先讨论之。

（1）“汇编教材侵权案”判决

①案情说明

对于著作权的属性，以及保护界限的问题，在德国最受重视的案例，莫如德国联邦宪法法院在1971年7月7日所作出来的“汇编教材侵权案”。以下仅就本案加以说明。

德国在1965年9月9日制定的《著作权及相关权利保障法》（Gesetz ueber Urheberrecht und verwandte Schutzrechte，以下简称本法），第46条规定著作权的限制。本条文主要是针对教堂、学校及教育机构如果有使用他人著作之需要，包括音乐著作，而将数作者的作品一小部分集合成册，而供信众、学生及受训练者之用时，得无须事先获得作者之同意，仅须两周前发出书面通知，而不须支付任何报酬。作者如果认为这种引用、再制及传播其著作不合乎上述法定目的，或是这种行为将会导致其丧失大多数的利益时，可以请求禁止。

这是明显地基于有著作权人为了社会的教化以及国家教育之需要,必须提供其著作,以供教育及宗教单位汇编成册,且再制供给特定人使用。所以是著作人为了公共利益所付出的贡献。

德国国会立法时却波涛汹涌。本来德国在1965年9月9日制定,次年1月1日开始实施的新著作权法之前,并没有一部统一的著作权法,而是将著作权的保障分成两个法律,一个是1901年制定的《文字与声音艺术作品著作权法》(LUG)以及1907年公布的《形象与摄影艺术作品著作权法》(KUG),因此,如何将此两部法律合而为一的讨论,早在纳粹时代就已进行,但因战争的影响,一直到20世纪60年代才再度受到重视。

1962年3月23日联邦政府提出的著作权草案,对于这个早在1901年LUG法及1907年KUG法中已经明白承认的"教育公益性原则",也就是为了教会及学校执行任务所需,毋庸获得授权的传统原则,进行了检讨。联邦政府最后在本草案中,提出了折衷的原则:一方面承认著作权人为了青年及社会教育的公共利益,应做必要的牺牲,所以可以不待其许可,而被编入教材。但是另一方面为弥补其损失,应当给予适当的报偿。因此,在草案第46条第4项将此原则纳入,这也是战后各种著作权法版本的共同见解。

但是,政府草案通过联邦众议院这一关后,遭到了联邦参议院的反对,其理由为:如果要给予著作权人报酬,会导致教材的涨价。同时认为著作权人的财产利益应当为了公共利益而退让。没有任何一个著作权人能够独立地完成其作品,而是必须立于整个民族的知识产权的基石上,才能继续创造出自己的作品,所以为了促进下一代的国民教育发展,著作权人应该将其源于传统文化财的创作,无偿地贡献出来。有趣的是,参议院的法律委员会是赞成政府及众议院的见解但参议院的文化教育委员会,采反对的立场。最后,参议院采纳了后者的见解。

参议院的看法,联邦政府表示不能认可,因为这抵触了草案所要保

障的著作权人的利益,因为著作权人在相当程度是靠着版税的收入来过活。如此一来,将使得著作权人为了公共利益而牺牲其财产利益。

案子最后在联邦众议院表决时,采纳了联邦参议院的看法,法案的官方理由为,当著作权人之著作被纳入为教材或教堂用书,并广为流传时,便表明了将其著作贴上了被认可的文化标签。如果要赋予著作权人一定的报偿时,会促使出版商排斥这些现代的作品。①

②原告的违宪主张

对于这个条文,原告是作曲家,他所作的曲子,主要是作为学校用的曲子,被收入教材后,没有社会其他消费群,因此,认为这个条文侵犯了其收益权,故申请释宪。其提出违宪的主张。大致上基于以下几点:

A. 违反国际公约所创立的精神。依据 1948 年 12 月 10 日国际人权公约第 67 条规定签约国应当保障文学及艺术创作且应赋予财产利益的请求权。依基本法第 25 条之规定,德国应当遵守此国际公约。

B. 本法第 46 条之规定,会严重地侵犯著作人的财产利益。因为德国每一年有将近 85 万名新入学的学生,都需要购买教材,因此是一个重要的经济来源。此外,对于官方的看法,认为如果这种教材也要支付版权费,将加重学生的负担,原告也认为,由于教材印刷数量庞大,所以单册的成本增加结果应当只不过会增加 0.33% ~1% 左右。

C. 本法第 46 条规定也侵犯了基本法第 14 条规定的财产权。因为要求著作权人免费提供著作,无疑是要求著作权人为了公共利益做牺牲,因此是类似公益征收,也应当给予征收补偿。同时如果为了纾减政府的财政而作出这种立法决定,也违反了基本法第 14 条对于征收许可性的要求。因为德国基本法不许可为了政府财政利益而进行征收。易言之,既不可以为了减少政府财政支出而征收人民财产,也不可以为了同一理由而减少支付征收补偿。

---

① 关于立法过程,参照 BVerfGE, 31, 229/232。

D. 这种制度也侵犯了基本法第 3 条以下的平等权。因为本条文剥夺了著作权人的版权,但却会照样地支付给出版人一笔出版工作费用。这些出版人便是学校的主管机关及教会。出版工作费依德国的标准大概在 6% ~8%,因此造成了著作权人反而分文未进的不公平现象。同时在理工科的教材方面,学习者也会使用不少实验器材,而这些实验器材的费用也包括了支付给商标或专利费等,所以形成这种同是知识产权的创作却有两种不同待遇。这也违反了平等权。

E. 也有认为(指本条款的立法理由),如果教材强制收取版权费,会使教材出版人尽量使用老旧且无须支付版税的著作,将会使当代作品减少被采纳出版的机会。原告也认为利用这种牺牲作者经济利益而来介绍其作品给学生的正当性也不足,因为,尽管出版商会减少收入当代作家的作品,但学校仍可以用其他方式介绍当代作家,如举办演讲等,所以不必要把提供学生了解作品的管道,与牺牲著作人版税收入合而为一。

F. 原告甚至还举出 1967 年 7 月 14 日在瑞典斯德哥尔摩会议上所公布的"开发中国家保障艺术与文学作品公约",认为各领域基于教学、学习及研究所需对于著作权的限制,各国立法应当立法规定一些预防的措施,来保障著作权人能获得一定程度的报偿。德国早已不是开发中国家,岂能够低过此标准?

G. 原告也请了 Giessen 大学的 Helmut Ridder 教授提出鉴定报告,认为著作权人基于习惯法,便有概括的收益权,同时受到了基本法第 14 条的保障。另外,本法第 46 条也侵犯到基本法第 5 条第 3 项的艺术自由,因为如果著作权人丧失了经济的收益,便是丧失了艺术作品的权利,两者不可分。侵犯了前者,便是侵犯了宪法艺术保障之自由。①

③联邦司法部的抗辩

联邦司法部代表政府提出了抗辩,其意旨主要是本案乃纯粹依据宪

① BVerfGE, 31, 229/233.

法第14条财产权内容的限制问题，由立法者来决定著作权的内容。而原告所认为这种限制著作权人作品处分权限所导致的经济损失，会侵害其艺术创作自由，是站不住脚的，因为作者仍可保有完整的创作权。另外这种要著作权人为教育公益所做的牺牲，也不构成宪法第14条第2项所规定的征收要件。因为在本案的情形著作权人仍然保有其著作权的全部，不像一般征收财产权因征收而消灭。

另外，司法部也举出众议院当初立法的另一理由，便是立法者裁量著作权的限制，虽然造成报酬请求权的丧失，但是这是基于给予学生们较廉价与新式的教科书的优势公共利益，因此合乎宪法精神。同时著作人借着其著作被收纳入教科书汇编之后，会使其名气大增，随着教材的广泛发行，也可以增加作者著作的销量，这都可以作为不必付费给作者所得到的回报。因此要求法院驳回原告之诉。①

④联邦宪法法院的立论

联邦宪法法院作出的判决，则是支持原告的立论。法院的看法可以汇整如下：

本法区分著作权的范围，分为著作人格权，以及著作的收益权两大类。本案只涉及著作的收益权，也就是就著作权的财产价值方面，来作合宪性的审查。既然是涉及财产权的问题，因此是以基本法第14条的标准来审查著作人使用权的限制是否合宪的问题，基本法第5条第3项的艺术自由并不是作为判断的标准。

法院明白地肯认著作权属于宪法财产权保障的范围。既然属于财产权的范围，因此著作权的保障也是一种制度性保障，而由“私使用性原则”以及财产权人对财产标的拥有“原则上完整的处分能力”，这反映在著作权便是：要将著作人的智慧成果视为宪法所保障的财产权，其财产价值应当通过私法的体系来予以规范，并赋予著作权人拥有能自行负责处分其

① BVerfGE, 31, 229/237.

财产的自由。但是,这不意味着宪法应当保障赋予著作权人"所有想象得到的收益可能性"(Jede nur denkbare Verwertungsmoeglichkeit)。宪法的财产权的制度性保障主要是要创造出一个"私人财产权的规范",所以立法者要据此正确地衡量符合事物本质与权利的社会意义,制定出妥善的财产权使用与收益之规定。著作权法赋予著作权人有排他的收益权,所以基本上著作权人拥有基本上的自由权限来获得各种收益的可能性,并通过契约的方式来达成。此契约自由并非毫无限制,所以著作权法可以给著作权一定的"限制",而且分成各种不同程度与密度的限制,容许他人不经著作人的许可或不给予报偿即可使用该著作。这种限制的合宪性,仅在立法者已经公平地基于公共福祉的需要,定且没有逾越权限,才可以获得之。

本法第46条这种要求著作权人为公益所做的牺牲,虽然学校与教会当局选入并传播这些著作,是具有一定的公共利益,法院也不否认,但是这个公共利益足够优势到否认著作权人因为花费精力、劳力所创造的成果而因给予一定报酬的程度,法院并不赞同。法院的立论为:

A. 是否传统的立法例足以支持之?的确两个过去著作权的法律不必给予报酬,但是法院也举出德国在1939年德国法律协会所提出的著作法草案以及战后所有的著作权相关法案皆更改为应给予报酬。而本法在制定过程也几乎是给予报酬者占了主要的优势,所以过去的法律思想也不见得都是支持不必付费。宪法第14条虽然规定财产权的内容可由立法者加以限制,若说一公共利益的考虑,人人都应该有权接近文化财,但这并不意味必须要求无偿提供其作品为代价。

B. 至于被告辩称的假如一定要求付费的话,会使出版商及教育机关排斥现代作品,这也未必然,因为现代作品可以选择的对象甚多,也不见得都会有付费上的困难。因为有些作者甚至不一定要许多的报酬。

C. 至于强制付费会导致书价上涨的问题,法院也未必同意。因为,教材的印刷数量往往较为庞大,相形之下每本书分摊下来的版权额则非

常的小。尤其是德国早已经有版权的中介团体，可以有效地进行团体协约。若谓强制付费，会使得出版与发行的利润降低，那更不可以此作为限制著作财产权人之理由。

D. 而在国会立法时也常提到的著作权人的作品，都是在前人文化财的基础上所创造出来，不应特别地回馈社会，这种说法也忽视了创作就是一种新的创造成果，不同的“创作时代背景”，不可作为负担法律义务的依据，法院也赞同原告所指称的自然科学的法明必须使用的仪器费用中，已包括专利或商标费等，为何在此情形下有差别待遇？

E. 原告的另一主张，以违反平等权为诉求：教材的出版，是以著作人的作品为构成要件。也是居功最大者。至于出版商、出版人、印刷厂商等仅居于次要地位。而主角却未获分文，也是不能令人接受的。

F. 参议院认为著作权人作品应被辑入教科书也获得了名誉上的利益，足以作为其无偿的回报。这也不能够令人信服，因为仅仅名誉上的回报不能和经济上的利润相提并论。司法部认为教科书的作者，可以借此使其著作获得更大的销售机会，同样也是没有事实的依据，尤其是不少教科书往往流入旧书店，使得作者的著作，更没有销售的机会。

基于上述论点，联邦宪法法院宣告本法第 46 条的规定违反宪法财产权保障的原则而无效。

联邦宪法法院在这一个可称为划时代的宪法诉讼中，把宪法规定著作权必须“同时”承担社会义务的原则，加以稀释，变成唯有给予报酬，才能将著作纳入教科书。也就是尽管著作权人没有拒绝教材纳入的权利，也就是没有“否决权”。但是必须以支付一定的报酬“平衡”作者的损失。易言之，作者已经为了教育的公共利益，损失了否决权，但获得了报偿。因此，似乎已将相当接近了征收的概念。

本案的当事人是作曲家，且专门为学校教学之用途而作曲。舍学校之用外，并没有其他的消费族群。所以若无偿地辑选其作品进入教材，将对于著作权人的收益产生致命性的损害，这种考虑应该给予本案的释宪

者极大的"保护弱者"的正当性依据。但是,若对其他作者而言,如果其著作并非只适合学校教学之用,而在社会上也可以独立地吸引读者,则其收益来源就和本案的情形完全不同,此时,作者所损失的金钱利益似乎就微不足道矣。也因此在德国学界也有认为本案之判决乃是囿于极为特殊的案情所作成,实在毋庸太过重视并受到其价值判断之拘束也。①

德国国会也因此修改著作权法,将联邦宪法法院的解释意旨纳入。新的立法已和目前我国台湾地区②与大陆③的著作权法的规定相符合。

(2)私立图书馆应否付费给著作权人之争议④

德国《著作权法》第27条规定:"享有著作权的作品,除非专供出租者使用外,不能加以出租或以其他方式加以散布。但是非营利的出租,

---

① H. Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S. 366. 亦可另参考照联邦法院一个判决,见蔡明诚(主编),肆 德国著作权法令暨判决之研究,国际著作权法令暨判决之研究(我国台湾地区《"内政部"八十五年度研究报告》),第497~510页,"内政部",1996年。

② 我国台湾地区"著作权法"第47条规定:"为编制依法令应经教育行政机关审定之教科用书,或教育行政机关编制教科用书者,在合理范围内,得重制、改作或编辑他人已公开发表之著作(第一项)。前项规定,于编制附随于该教科用书且专供教学之人教学用之辅助用品,准用之。但以由该教科用书编制者编制为限(第二项)。依法设立之各级学校或教育机构,为教育目的之必要,在合理范围内,得公开播送他人已公开发表之著作(第三项)。前三项情形,利用人应将利用情形通知著作财产权人并支付使用报酬。使用报酬率,由主管机关定之(第四项)。"

③ 大陆《著作权法》第22条规定:"在下列情况下使用作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利:……(六)为学校课堂教学或者科学研究,翻译或者少量复制已经发表的作品,供教学或者科研人员使用,但不得出版发行。"

同法第23条规定:"为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书,除作者事先声明不许使用的外,可以不经著作权人许可,在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品,但应当按照规定支付报酬,指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利(第一款)。前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制(第二款)。"

④ BVerfGE, 31, 248.

不在此限。”随着此条文的规定，各级学校的图书馆、公立图书馆及教会图书室的书籍、唱片等都可自由外借。而私人的图书馆，如有收费时，以及私营的出租书店，都必须支付报酬，方得外借图书、唱片。

本案原告认为此条文有若干地方有违宪之虞。其理由乃基于：

有侵犯平等权之虞。因为都是图书馆，也提供借书服务，却造成了不公平的法律后果对待。公立图书馆和私营图书馆都有促进社会进步，提供文化信息的功能。而私营图书馆及出租书店，如果必须付出额外的版税，便加重了营业负担，造成与公立图书馆不同的竞争基础。特别是本法在立法时，官方理由为公立图书馆是以收藏文化、艺术等属于社教类的著作为主，而私营者，多半以休闲著作为主，两者领域不同。对此，原告更提出质疑，因为公立图书馆及教会图书室也经常收集休闲性质的著作，两种机构的收藏性质同构型甚高。

另外，针对公立图书馆、教会图书室，以及学校，或是工作机关内部不营利（如大公司或工厂内部的）图书室之出借著作物，也无须付费，是否侵犯著作权人的财产权？因为，这形同著作权人为公共利益所为的牺牲。

法院对这个案子并没有长篇大论地来讨论。因为图书馆等给予版税的问题，早在德国的老著作权法中，都予以否认。这个被称为“图书馆零钱”（Bibliotheksgroschen）的用语，也看出了对于著作权人版税（零钱）的漠视。联邦宪法法院驳回了原告的诉讼，法院的立论认为：宪法并不是要求立法者应当尽可能将任何想象得到的收益可能性，都划归给著作权人，毋宁是宪法对著作权的保障，“仅是”要求立法者将著作权标的的财产利益，作合理的规范，使得著作权人能获得适当的收益。而财产权保障既然是朝向经济的利益方面，所以只要这些图书馆没有营利的目的，就不算侵犯著作人的经济利益。而这些不营利的图书馆，也许会要求借书人付一些手续费，但法院也认为这种付费乃在填补图书馆的营运所需，因此，不属于营利的范围。

至于,公立与私营图书馆不同待遇的问题,法院也认为这些不营利的图书馆乃在履行"国民教育的任务",也是符合公共福祉的要求。这些图书馆所提供的,不论是优美的著作或是知识的文献,都是提供许多国民能够分享文化与智慧创作的结晶;相形之下,私营图书馆仅在获得私人经济利益为目的。两种完全不同的情形,自然不抵触平等权。这也是德国政府在提出本条文草案时的标准官方理由。

另一个重要的问题是,本案是否构成征收的要件?法院采取否认的立场。法院提出的论点是,依据老著作权法,任何出租著作物,都无须获得著作权人的许可。因为老著作权法承认著作权人拥有广泛的营业收益权,但并不将出租权包含在内。所以,出租书店可以自由出租,各种图书馆也可以自由出借。所以,出租自由,并没有剥夺著作权人的任何权利可言。以往如此,现在亦然。所以,不构成征收的概念。

最后,至于原告所提及的一般公司内部的图书室可以自由出借书籍与唱片的问题,法院认为这是本案以外的问题,必须先经诉讼程序,以后再循释宪管道来讨论,非本案的诉讼范围。

联邦宪法法院在这个案子,区分公立与私营图书馆的不同,从而可以有不同法律后果的对待,其立论只是由是否为营利而论,而私营图书馆与公立图书馆负有不同的任务,以及公立图书馆自由借书不会侵及著作人的财产权利,宪法法院的说理并不容易说服。因为:

第一,先以公立与私营图书收集数据不同而言,德国立法者想象公立图书馆只收集"正经八百"的书籍,而不及于流行、休闲类等软性图书,也不合乎现代图书馆"开放社会大众"的宗旨。所以,公立图书馆收集"平民读物"已极普遍;而私营图书馆,甚至专业图书馆,会收集真正高水平,专门提供社会金字塔之"曲高和寡"之著作,也不少见。所以,这种私营图书馆更是负起了"文化传承",甚至是"宣扬高度智慧"的场所。谁曰不是履行"社会教化"之任务?因此,德国著名的传播法学者 Löffler 便指责这种二分法,是太"学究式的贬抑"(Schulmeisterliche Abwertung)

休闲性的著作。他也提出了历代许多伟大的著作，在出版当时，也是提供时人休闲阅读，而非学问钻研之用。①

第二，公立图书馆虽不营利，但自由出借著作给读者，读者就不必去购买该书籍或唱片，自然减低了作品的销售量，难保不会间接造成著作权人的财产损失。也因此，德国学界普遍反对这种见解。例如，Löffler教授也认为，现在全德国共有28,000个公、私图书馆，各图书馆可以很容易地要求借书人付出一点点的“作者零钱”（Autorenpfennigs），这样，“积腋成裘”也可以累积一笔可观的报酬。②

第三，到底这样要求作者为公立图书馆牺牲版税，而在私立图书馆则否，是否构成为公共利益牺牲的征收？宪法法院虽采否定的立场，但法院在强调不营利图书馆是在满足国民教育的“公共福祉”之任务。值得注意的是，法院使用了“公共福祉”（Wohl der Allgemeinheit）的用语，正是德国基本法第14条第3项所许可行使征收的要件，易言之，在德国宪法学上，将一般人权（包括财产权）所得限制的公益条款（Öffentliche Interesse），和许可征收所特别加重的“公共福祉”条款，是有明白的区别。可知道联邦宪法法院这种用语的选择，已经相当程度地误用了征收的公益要件，③所以尽管法院以并未剥夺著作权人之其他收益权利来否认，但著作权人为高度公益所牺牲已是不争之事实。④

联邦宪法法院公布这个判决后，虽然宣布现行规定合宪，但是德国国会却立刻在1972年11月10日通过修改本条文规定，即使是公立图书馆，也必须付费给著作权人。也因此将本案的争议予以彻底的解决。

---

① M. Löffler, Press - und Urheberrechtsrofom, in: M. Löffler (hrgb.), Die Urheberrechtsreform 1963, S. 21.

② 同上注。

③ 参见陈新民：“公益征收的目的”，收录于本论文集第十二篇。

④ BVerfGE, 31, 248/254.

这个在我国台湾地区①及大陆②著作权法尚未被承认的"公共出借权"(Public Lending Right),已经逐渐地获得欧洲国家的肯认,都认为是国家对文化创作者尽量保护其权益的一种进步措施,目前全世界共有16个国家实施这个制度。③

(3)制造录音设备的厂商必须付费给著作人是否违宪④

本案涉及著作权的标的物提供给私人使用后,私人可能将该著作物予以复制,可能为自用、亦可能加以流通,著作权人如何防卫权利的问题。德国著作权法在第53条第1项许可私人重制著作物,唯须为自己使用。但该条第5项规定:若该著作物系图像或声音等可借由机器来转录之著作时,则该机器的制造商以及进口商等,必须共同负担给付酬金的义务。此酬金不超过售价的5%。

这一个条文也是一个极为重要的限制著作权范围的条款。早在德国著作权时代,如LUG(第15条第2项),都许可私人只要系非营利目的,皆可复制著作物为个人使用。但是随着现代通讯科技的发达,私人拥有录音复制设备,容易产生侵权行为。所以德国联邦法院在1955年5

---

① 我国台湾地区"著作权法"第48条规定:"供公众使用之图书馆、博物馆、历史馆、科学馆、艺术馆或其他文教机构,于下列情形之一,得就其收藏之著作重制之:

一、应阅览人供个人研究之要求,重制已公开发表著作之一部分,或期刊或已公开发表之研讨会论文集之单篇著作,每人以一份为限。

二、基于保存资料之必要者。

三、就绝版或难以购得之著作,应同性质机构之要求者。"

② 大陆《著作权法》对图书馆借书不必付费予作者的规定,似乎没有明白规定,而其第22条规定:"在下列情况下使用作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利:……(八)图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要,复制本馆收藏的作品。"本项规定仅是复制权限,似乎仍难导入借书不必付费给作者的法源依据。不过在实务的运作似乎仍没有给予作者补偿费的情形发生。

③ 叶乃玮、赖文智:"数字图书馆与著作权",载 http://www/is-law.com/专文发表/IPR/数字图书馆与著作权.htm,查访日期:2007年11月23日。

④ BVerfGE, 31, 255.

月便作出一个判决,[①]认为这种私人使用,不包括利用录音设备将作品转录自用之行为。法院认为,老著作权法诞生于19世纪初,当时并未预想到日后的录音设备既方便又可普及至家家户户,使得人人皆可在家复制,也使得著作权人遭受到当初立法时未预料到的侵害。基于著作权的基本原则,应当随着科技的发展,使得著作权标的专属使用范围能够尽量涵括到所有的领域之内。所以,作出这个决定。

但在德国1962年提出著作权草案时,认为这个老判决要干涉每个私人使用著作权的权利,要禁止之,实际上是一个不可能执行的任务。这部草案本来是规定,当著作权人发现私人有这种录制或传播行为时,可以向之提出报酬请求权。这个规定遭到联邦参议院的反对,认为这种向个别使用人的求偿,是不可行的。案子又回到了众议院,众议院考虑到科技越来越进步,如果一味地许可私人可以自由地复制他人著作,将会逐渐掏空著作权的内容。而参议院的看法也不无道理,著作权人很难向分布全国的私人提出告诉,也因此提出一种折衷的看法,建议将求偿对象定在录音设备的制造商,而制造商也可以将这些报酬转嫁给消费者,因此也不会特别遭受损失。

原告认为这个条文侵犯了其营业权、平等权及财产权,原告指称:尽管录音设备的流行,并没有因此反而侵犯到著作权人的利益。原告引述德国近十五年及十年来,版税团体及唱片工业的生产量都成倍数或十倍的成长。而且,私人重制的质量,甚至成本,都无法与正常的产品来得好,所已不足以构成影响。

其次,如真有盗录行为,也必须通过磁带才可,故制造磁带的业者,也应当负担版税。另外录制机器,由生产、买卖至使用者,共有三方面,为何只有制造商需负责?所以,这是牺牲制造商的利益,形成不公平的征收。

---

① BGHZ, 17, 266.

所以,厂商制造录音设备,并不是提供使用人盗录之用,而是一种"功能中性"的机器,而立法者只把他想到会造成盗录结果,则是一种立法者的恣意,不构成违宪。

联邦宪法法院在本案作出了驳回的决定。法院认为本条文已经斟酌到了著作权人为许可个人自由使用、复制其著作物的损失,而由制造商的补偿来获得平衡,并不能视为恣意之举。至于,录音设备是否为中性的使用,法院也认为以如此庞大的销售量,以及以常理的分析,都可以知道录音设备会被大量地作为复制他人著作物之用。所以,这种机器必须付一些报酬给作者,并未侵犯了其财产权,更何况,这些钱还是会转嫁到消费者的身上。使得享受到这种信息好处的终端消费者也会付出代价。法院也赞同当初立法者的决定,如果要将当年 1955 年联邦法院的判决,许可著作权人个别向使用人起诉,是不可行的政策。同时,如果要将这种付费明白课予使用者,则版权团体必须监控设备所有人的使用,也会侵犯到宪法所保障的"住居不可侵犯"之原则。另外,制造磁带公司是否应当一并负责,法院举出国会当年讨论的结论,认为空白磁带有许多用途,很难讲会被作为转录之用,所以将之排除在付费范围之外。最后,对于制造录音设备的厂商,也只有制造私人使用的设备者,才适用本条款的规定。其他可以大规模或快速转录的设备制造商,则不在此限,是否侵犯了平等权的问题,法院也认为,会造成侵权的,主要是在私人所拥有的设备,因此此条文有一定的专对性,所以不构成违宪后果。①

联邦宪法法院这个加诸生产录音设备厂商的单方责任,且是消费者自己使用的重制行为之替罪羔羊,是否真的没有侵犯到其财产权利?诚然,录音设备的产生,可以使一个著作被复制多份,也会影响原作的销售,但是这可否将之归类为科技进步给予著作权人可容忍的"反射不利益"?易言之,只要此转录纯供私人使用,而无营利或流通,似乎不必定

① BVerfGE, 31, 255/256.

要找出一个替罪羔羊来付费，也值得再深究。

（4）教育单位内部的广播室储存与使用著作，而无须付费的合宪性争议①

第四个案件与第一个案件颇为类似，都是将著作权无偿提供教育单位使用之情形。德国《著作权法》第47条规定，如果学校、教师研修及青少年扶助中心的广播室，因为教学研究需要，得复制作品来使用。该复制品仅能在课堂上使用，若无给付著作权人报酬，则仅能使用一学年。

原告也认为这个侵犯了著作权人的财产权及艺术发展权。同时，这种免费复制的用意，只不过是要减少地方财政的支出而已。而且，使用人可以毫无拘束地转录、复制各种作品。法条虽然规定，这种复制使用权仅有一年，但法条没有课予使用人通知著作权人的义务，这一年的期限，无从掌控。因此，无从保障著作权人的权利。

联邦宪法法院在此重申在第二个案子判决的见解，立法者必须衡量著作权人能够获得适当的收益。在本条文虽然许可为了教育目的，而可以不经许可来重制，但并没有剥夺著作权人的其他收益权。宪法虽然要保障著作权，而且著作权包括了播放权，广播公司在广播时已经付费，现在教育机关转录广播节目，也是形同已经付费。立法者没有义务在此，再纳入几次应付费与著作权人的规定。②

（5）新立法缩短旧法保障著作改编权的年限是否违宪

本案是涉及德国1965年制定的新《著作权法》（第135条）将旧法（LUG）所保障的著作改编权，由作者死后的五十年减为二十五年，是否对既存权利造成侵害的问题。

由于德国财产权的保障，联邦宪法法院长年以来的见解都是在保障“合法获得的权利”（wohlerworbene Rechte），也就是保障财产的现状

---

① BVerfGE, 31, 270.

② BVerfGE, 31, 270/272, 273.

(status quo),所有属于现存法令所保障的财产整体,都应受到宪法的保障。① 宪法法院于本案中分析了一般物权的财产权与知识产权有不同的性质。前者属于"永续财";后者属于"时限财",所以在保障的"强度"方面可以有所不同。在后者情形,立法者拥有可以决定的权限。易言之,宪法财产权保障并没有不可以缩短其保障某些法律地位之年限,也没有永远不可侵犯的法律地位。②

但是,立法者作出这些决定时,也必须基于优势的公共利益考虑,以及比例原则,才可以来限制这些已受法律保障的财产权利。否则,便抵触到宪法基本权利保障的范围。在本案中,拥有作品改编权的著作人其受保障的权限由死后的五十年裁减到二十五年,尽管立法者曾考虑给予在其死后五十年间的保障,未免过多,但是,这种将权利保障期裁减一半的立法,已经将旧有受旧法保障的权利,只留下一半受到新法的保障,另一半则无偿地遭到剥夺的后果。这是对宪法所保障的财产权意旨不合,故宣告该条文违宪。③

在本案件,联邦宪法法院在立论上,一开始乍看下似乎让立法者拥有较大的规范权限,但结果却还是朝向有利于著作权人的方向作出判决。

三、知识产权属性与限制的分析

从德国联邦宪法法院在 1971 年 7 月初作出的五个重要的判决得知,德国联邦宪法法院确定了著作权的内容与范围,可以由立法者来决

---

① BVerGE, 20, 31/34, H. Rittstieg, aaO. S. 366.

② BVerGE, 31, 275/287.

③ BVerGE, 31, 275/294.

定。这是将著作权视为宪法财产权的一环。因此，著作权也应负担社会义务，而此社会义务便是由立法者衡量财产权的本质、公益需求后，“妥善”地界定出著作权因受保障的范围，便足以满足著作权的社会公益责任。在这些个案中，宪法法院认为著作权人必须为教育政策而牺牲其著作权，使得教科书可以不经许可而刊载作品，但另一方面应以支付报酬为代价。同时对于公立图书馆与学校通讯室的援用著作物，法院则认为这是著作权履行社会义务的必须牺牲，从而不必支付报酬。而对于录音机制造商必须付费给著作权人，这是基于录音机将广泛地被用来私人转录著作物之用，故单方面课予制造商一定的付费义务。

由上述联邦宪法法院著作权立法范围的检验，都是环绕在对于著作权的属性——究竟是著作权内容的立法规定，因此可以适用基本法第 14 条第 1 项的“立法者决定受保障之财产权的内容及其界限”，抑或是著作权，视为一个“整体”被保护的财产个体，从而其“限制”可能造成为公共利益牺牲的后果，则便形成了应当给予补偿的征收概念，则其本法依据为宪法第 14 条第 3 项的征收要件规定？而立法者在立法规范著作权受保障的限度，以及著作权人的权限范围时，必须衡量此权利和宪法哪些基本权利可能冲突之问题？也就是立法者的“宪法衡量”基准何在，都是负有形塑著作权内容的立法者，必须承担的沉重负担，宪法学也有加以探讨的必要。

（一）著作权的限制属性——财产内容的限制或构成征收的要件

著作权已被视为财产权，从而负担公共义务，如同一般物权一样，早在德国 20 世纪初最早的著作权著作，已揭示此原则。[①] 而对于著作权人所享有的著作权范围之外，也就是所谓的著作权之“限制”，也是著作权为符合公共利益，所加诸的限制。这些“公益条款”，可以基于为传播教育、文化及学术，所为的许可个人使用、国家机关、各级学术科研单

① Garzoni, aaO. S. 80.

位……的无偿使用或复制,为扶助弱势族群(青少年、残障人士及少数族群)的社会、民族政策目的……而排除著作权人所可主张行使其专属权利的可能性。因此,公益需求的范围,系于立法者衡量社会与国情的需求,而且属于概括的认定,且抽象地规范至所有的著作权人。

因此,针对知识产权的权利特色,著作权法也形成了类似规范土地所有权之土地法,针对资本财运用与公司营利法人的公司法,以及类似以股票形式出现的股份财,所制定的证券交易法一样,著作权人所得行使其著作标的的限制,都可归入这种财产权受法定限制的例子,并没有太大的争议。

然而,这些法定财产权利的限制,也就是通过对受法律保障之财产内容的立法规定,是毋庸给予被限制人——财产权人,一定的补偿,其乃基于此限制并非个人对公共利益所作的牺牲。而毋宁是认为,这些必须加以限制的部分,正是财产权利满足公共利益的"同时",所必须排除在受法律承认的范围之外。这是"义正严词"所作的排除规定。

然而在第一个"教材汇编侵权案",联邦宪法法院认为著作人已经为公益牺牲了"汇集否决权",从而必须给予一定的报偿,作为回报,以符合宪法财产权的保障意旨。法院在此虽然以提出"报偿"(Vergütung)用语,来替代征收案件所使用的"补偿"(Entschädigung)用语,来避免被认为法院已承认的这种付费与作者(团体),是一种补偿,进而被误认为已构成征收的概念,而这是法院所加以拒绝者。同样的在第二案的公立图书馆不必付费给著作人的理由中,宪法法院竟然使用了宪法征收条文所明定的"公共福祉"的用语,来肯定著作权人必须无偿忍受公立图书馆借书给民众,从而减少其著作销量的义务性。而德国著作权法在本案件公布后立刻修法,将这种不付费的规定废止,而以付费来填补著作权人的损失,则又和征收的法理更近了一步。

然而,联邦宪法法院在四个案中都面对了原告的指责:著作权人必须为了公益而作出以减少销售量的特别牺牲;录音设备制造商为了不确

定数量的第三人可能侵犯著作权，而必须付出报偿来牺牲自己的财产权等，都已构成为公共利益所做的牺牲，联邦宪法法院则是以“未剥夺著作权人的其他得行使之权限”为由，否认构成征收之侵害。这是法院将这些对著作权人或设备制造者厂商权利的侵犯，比较起一般财产的征收是以“剥夺所有权”来以了解，乃截然不同所作的结论。

但是，这便涉及了对于征收概念的认知问题。难道对于一个财产权利所做的公益之限制，虽然未到剥夺财产权之程度，即无被视为征收的可能性乎？由德国宪法对征收概念的发展讨论，可以得到否定的答案。

德国在魏玛共和时代，便已经将征收由传统、基于物权的所有权观念所出发的“古典征收”（Klassische Enteignung）的概念，也就是以剥夺被征物所有权为特征，转变为以对任何具有财产价值之权利，包括退休金，所为之侵害，都可以视为征收的所谓“扩张的征收概念”（Der erweiterte Enteignunsbegriff），这种征收的概念，也被德国基本法实施后的德国学界所承认，①所以，联邦宪法法院仍然援用老旧的“古典征收”概念来否认对著作权人及厂商财产的“侵犯”，在理论的依据上，便显得薄弱。

令人惊讶的是，德国宪法学界对于著作权的社会义务问题，却没有进行更多的讨论。例如，德国目前对于宪法讨论最深入的宪法注释书（Insensee/Kirchof，（Hrbg），Handbuch des Staatsrechts），共有九册之多，而由著名学者 W. Leisner 负责撰写的财产部分（第 149 节），长达 74 页的论文中，几乎未对于此问题有任何的撰述，②而另外也是相当著名的宪法注释书：Maunz - Duerig，Kommentar zum GG，1999 三巨册当中，则更令人惊讶的，是长达近 150 页的叙述中，竟然没有提到这个问题，似乎德国宪法学界都将宪法财产权的保障问题全部集中且“专属”在传统的财

① 可参见笔者：“宪法财产权保障之体系与公益征收之概念”，收录于本论文集第十一篇。

② Bd 6，SS. 1023 - 1097.

产权之上。①

较少数的例子为德国最著名的宪法学者之一的 Theodor Maunz,在联邦宪法法院判决后不久的 1973 年年初,便发表了一篇"宪法观点中的知识产权"(Das geistige Eigentum in verfassungsrechtlicher Sicht),②针对宪法法院这种看法加以批评。Maunz 认为著作财产权固然要负担社会责任,但这种社会责任化成对于著作权的限制,必须是通常的(Übliche)、社会可接受的(Sozialadäquate)以及可预测的(Zumutbare)。如果逾越这种程度,将财产价值予以减损,便会构成征收侵害。就著作权而言,要造成类似一般财产的征收,也就是将整个著作权收归为公有,这种情形极为罕见。也因此对著作权的保障矛头,要注意到类似一般征收对著作权的侵犯。Maunz 也认为联邦宪法法院的第一个案件所宣称的:宪法并不保障每个所有可想象得到的著作权的财产利益,而交由立法者来衡酌著作权的本质、著作权的社会价值、公平衡量、以及适当的公共使用……都是一连串不确定法律概念。在另外的案件中,法院许可为了公益而给予著作权人无偿的限制。同样的,对于立法者肯定将著作纳入教科书得不经作者许可的公益性,Maunz 也质疑,立法者为何不一并也考虑到社会教育的需求,从而将作品可收入的范围纳入所有一切进修教育及社会教育的教材之内?如此一来,这都是给予著作权人"不可预料的"财产损失。

然而这种不可预料的财产损失,是必须给予一定的补偿,是当视为财产权的征收?或是为公共利益而"无责性"的"准征收侵害"?还是必

---

① Maunz - Duerig, Kommentar zum GG, Stand 1999, Bd2. 另一个例子为 O. Kiminich 所撰写的一本著名的《财产、征收、补偿》的专书,共有 370 页,其中讨论到知识产权的社会义务,也不过数行而已。见 O. Kiminich, Eigentum, Enteinung, Entschaedigung, 1976, Rdnr. 16。

② T. Maunz, Das geistige Eigentum in verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR, 1973, S. 107.

须另起炉灶，创设出另外一种新形式的“负赔偿义务的财产权限制”？

实行第一种见解的立论比较容易，因为著作权人为了公共利益，而牺牲了著作权的收益。比较起其他没有被公立图书馆收集、教材编入的其他著作权人而言，这些“雀屏中选”的著作权人必须付出的牺牲，可以归类为抵触平等权之“特别牺牲者”（Sonderopfe），符合征收的要件，也因此应当赋予适当的补偿。

但是，这种侵犯权如视为征收，还有其他宪法上的要求。依照德国基本法第13条第3项的规定，规定征收的法律，必须同时规定补偿的条款，才可以作为征收的依据，这个被称为“唇齿条款”（Junktimklausel），可以防止立法者明知是构成征收，却将之视为一般的财产限制，从而不给予人民补偿。① 联邦宪法法院承认“汇编教材”须给作者付费，但是著作权法并没有付费的规定以及付费的标准，显然不得作为征收的依据，联邦宪法法院在第一个案判决原著作权法未付费的规定违宪，却没有援引基本法的“唇齿条款”，而后新立法将付费标准列入，实质上满足“唇齿条款”之规定，但仍不被立法者明示为征收侵犯。在第三个“录音设备制造厂商付费案”判决中，法院认可著作权人可向设备厂商收取一定额数的补偿金之法律规定为合宪，这个事实上也符合“唇齿条款”的规定，法院仍承认为一般的内容限制，而非征收。所以，这些付费与否的立法规定无法落实基本法第14条第3项当年立宪时所希望的借由征收补偿条件具备与否，来厘清究竟是无偿的财产权限制或是有偿的征收侵犯。

第二种方式为所谓的“准征收侵犯”（Enteignungsgleiche Eingriff），这个又被称为类似征收的侵害是德国联邦普通法院在1952年所作的一个裁定，②这是将国家侵犯私人财产利益的情形，由公权力有责的、有一定

---

① 可参见笔者：“论公益征收的补偿原则”，收录于本论文集第十三篇。

② BGHZ6，270/285. 陈新民：《行政法学总论》，台湾三民书局2005年版，第562～564页。

明白目的取向的侵犯,从而应当给予人民补偿的义务,延伸到国家因不可抗力等无责的情形,使国家仍必须一定的补偿责任,如军队因为演习不可抗力地损害人民财产。

在著作权的情况,这种因为公权力不可抗力的情况较少发生,因为著作权明定的限制情形,都是具有一定的限制内容以及积极的公益目的,由立法者所明定,所以仅能归到前者征收的侵犯方面。

第三种是否有可能在财产权受到限制的情形时,另创设出一种请求补偿的制度? Maunz 认为,诚然德国联邦宪法法院曾经数度认为,基于社会拘束性所为的立法规定,也可以给予补偿,①而德国学界普遍反对,认为如此将会侵犯了征收与财产限制的严格区分。但是,Maunz 也认为,联邦宪法法院借着第一个案子的判决,已经开启了解决此问题的另一扇门,也就是在财产的内容规范时,赋予了应予补偿的立法可能性。从而,立法者可以摆脱宪法加诸征收法律的制定者许多较为严格的条件。②

如果撇开德国基本法第 14 条第 3 项"唇齿条款"的特殊规定,光以要求著作权人为一定公共利益必须提供著作为某种团体、个人的特定使用,虽然会以减损财产收人为代价,这种财产权的限制,如果立法者赋予一定的补偿义务,能否一定视为征收的概念?

德国另一名重要的宪法学者 Peter Badura 教授在 1981 年为庆祝 Maunz 教授八十大寿的祝寿论文集中,发表了一篇"由知识产权的例子,论宪法财产权制度保障的学说",③对于 Maunz 的见解有若干差异的讨论。

---

① BVerfGE20, 356; Maunz, GRUR, 1973, S. 110.

② Maunz, GRUR, SS. 110, 114.

③ P. Badura, Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des "geistigen Eigentums", in: Festschift für T. Maunz zum 80. Geburtstag, 1981, S. 1ff.

Maunz 是以宪法财产权保障的观点来分析知识产权，如同一般财产权一样，享有制度性与个别性的保障。前者是立法者必须了解宪法保障财产权之真谛，平衡著作权的社会公益责任后，制定财产权的保障范围；后者是确定知识产权人在法律许可的范围内能够享有一定的财产价值利益，从而享有对侵犯者提出赔偿的请求权。Badura 教授特别从知识产权的制度性保障着手，来分析立法者如何界定著作权人履行社会公益的责任范围，与享受著作成果的经济利益的宪法界限。

就宪法的财产权制度性保障而言，知识产权被视为私人财产的一环，因此“私使用性原则”（Privatnützigkeit），以及对财产标的的“处分能力”，是构成知识产权法律制度最重要的特征。关于前者的原则，是让著作权人的智慧产物能够给予著作权人最大的经济价值。让著作能够有助于增加著作权人的利益。至于著作权法的规定便是这种任务的工具。而后者的“处分原则”也是德国《著作权法》传统地将著作权财产视为著作权人的专属与排他的收益权。由于著作权的诞生比其他物体所有权产生时间较晚，也因此在德国 1965 年研商制定统一的《著作权法》时，学界有许多的关于知识产权与一般物体财产权是否有本质上的不同讨论，也因此导致了是否有不同的社会义务之要求。①

德国不少学者认为著作权及所有权有本质上的差异。一般财产权是以有形物体为对象，且以所有权的拥有为权利象征，这些传统的财产权标的，立法要求赋予的社会义务，如房屋所有权的一定建筑、消防法规之限制，工商资本财产权的工商法律之条款限制，以及因为公共任务所实施的征收侵犯……都和由精神与智慧创作者之无体财产权——著作权截然不同。一般财产权是以拥有权及排他权诠释出来；著作权则是一种“讯息财”（Mitteilungsgut），而与传播体系有更大的关联，同时基于著作产物也是承继以往前人智慧成果的产物，也因此负有传承下一代的义

① P. Badura, aaO, S. 9.

务,都使得知识产权应比一般财产权获得更多的社会拘束力。①

面对这种来自德国过去法院诉讼实务以及德国立法者比较偏向于尽量保障智慧创作者的利益,而另一方学界或社会上也颇多要求著作权要履行更大的社会义务,Badura 教授认为,著作权人必须回到其制度的本面,也就是确保著作权人主要在经济利益的考虑,也就是财产价值。而无须讨论著作权与一般财产权是否有本质上的不同。都是财产权的宪法保障之层次。因此在制度保障有较大的可述性,诚然立法者不一定,如联邦宪法法院在 1971 年的案子所显示的,规定要将每个可能获利的机会都保障予著作权人,但是通过立法对财产权的规范,仍然必须使得著作权人能够有充分的自由来运用其财产的标的。使得此著作权标的能够作为著作权人来满足生存发展所需要的物质基础,使能够完全在私人与市场经济的次序中来自由决定其产品的生产、交易以及使用,并自行负责地来承受其成果与损失。由于财产权对于著作权人这种个人权益的息息相关,国家必须保障著作权人能够有最大的获利权,也就是由出版或是其他企业与市场的营销模式来获得利益。著作权人将著作权作品的问世,多多少少也产生了作品与社会的关联性。在这关联性上,优势的公共福祉自然可以限制著作权之范围,因此对于此被视为基本权利的著作权利益之限制,必须基于更重要、高度的公共利益之理由,方得为之,这也必须通过财产权制度性保障的方式,也就是通过正确的著作权立法,方得为之。这也涉及了《基本法》第 19 条"基本人权核心不得侵犯"之原则与"比例原则"之拘束问题。②

而德国《著作权法》的立法者在规范著作权的限制时,似乎没有在这个所谓的"优势公益"的前提上进行缜密的考虑,只是认为有哪些有助于公共利益便足以作为限制著作权的依据。而仔细考虑一下,著作权人之

① P. Badura, aaO, S. 5.

② P. Badura, aaO, S. 12.

所以创作，不是要来提供其他人来使用其著作。所以将著作权予以限制，就摆明了授权许可“非创作人”可以使用创作人，也就是财产权人其具有财产价值的权利标的。所以这种侵犯到著作权人的财产权利，进而会影响其靠这些具有财产价值权利来发展自我生涯规划、人格形成自由的可能性，便已逾越了知识产权的社会义务。

所以立法者在形塑著作权的制度保障时，不可以将社会义务作为财产权的“个人价值性”形成对立。因此，应当加以适度的调和，著作财产权无妨视为一种特殊的财产权，有强烈的个人价值之作用，立法者在发挥其规范与形成的任务时，必须确定这种著作权制度性保障所为的拘束力。①

由 Badura 这种见解，将著作权内容的规范，也包括了著作权可以受到法律限制的任务，交到立法者的手上，立法者必须遵守宪法对著作权给予最重要的制度性保障之原则，来正确地“形塑”此制度。诚然知识产权发展较晚，且如德国学者所言的，此权利与通讯制度及科技发展息息相关，Badura 也认为国家必须随时根据科技进步所可能带来对著作权人之伤害，尽速立法或修法加强保障著作权人的权利，也就是著作权法要加强著作权人对权利受损的“监控能力”。②

但是，并不是因为科技的发展就必须减损著作权人的权利。著作权回归到财产权的属性，可以把著作权创作的目的，如同个人通过劳力的付出、取得一定的财产，作为个人生存、在社会上立足发展的基础。也因此不需要用太多有利于第三者的“著作权人社会义务”来令著作权人付出财产的损失代价。所以，立法者不能过度扩张公共利益作为限制著作权之借口。

---

① P. Badura, aaO, S. 15. 德国学界也因此有建议应进行修宪，基本法第 14 条应增加一项，把知识产权列为特殊之财产权，而有不同的规范内容。见 F. Fechner, aaO. S. 502。

② P. Badura, aaO, S. 2.

也因此,Badura 教授虽未明白支持 Maunz 的主张将著作权人之所以获得报偿,列为别出于财产权内容限制及公用征收以外的另一种新型的"财产权得补偿之限制"模式。但似乎也认为,只要立法者在最严格的条件下,方可以要求著作权人无偿地提供他人使用其作品,至于在此条件外,著作权人仍然保有的财产利益,则仍靠立法者的规定来确保。此时若有侵犯时,依"个别性保障"之原则,即可以赋予著作权人一定的报偿请求权。这也是 Badura 认为著作权视为一种特殊的财产权法制之用意。也因此,毋庸视为另一种改变宪法第 14 条结构的"第三种"财产权为公益需求所为的"可补偿之限制"。

本文赞同 Badura 教授这种见解。诚然,如果以单纯著作权人为公共利益而牺牲的角度,则已违反平等权,从而应当给予一定之补偿,尽管仅是就财产权人部分的权益受损,包括销售的减少。但是对于著作权真实应该为社会公共利益付出一定贡献的财产义务性保障,便会产生混淆的情形,从而导致两者的混一。

如果吾人再从所谓的人权限制,乃是例外的限制,在限制之外,仍是权利保有的范围。再加上比例原则的适用,使得对人权的限制仅限在"绝对必要"之前提下,方得为之。所以,对于著作权的限制,如适用这种"最小范围"的例外限制,便可以反映在对著作权的限制事项之上。一旦立法者认为对于公共利益的要求可作为限制之借口时,如教材的汇编事件,只要剥夺著作权人的"同意权",仅便足以达成文化教育的政策时,此时,不能再减损作者的经济利益,从而还诸著作权人应有的财产权利,易言之,不减损作者的财产损失,这也是比例原则最好的实现,也因此不需要再将这种"例外限制"的运用模式,如同 Maunz 所主张的,再增加一个"补偿义务"来作为第三种宪法许可的立法限制之手段。

(二)著作权的保障范围与其他基本人权的关系

作为宪法所保障的基本人权之一环,著作财产权的保障也会和一般人权一样,与其他人权产生抵触的情形,是为"基本权利之抵触"

(Kollision der Grundrechte)。每一个对于著作权的限制,也多半是和其他基本人权,或是其他公共利益的考虑产生抵触的后果,才会形成法制上对其权利内容的限制规定。在德国联邦宪法法院上述五个案件的讨论当中,已经接触到了释宪者对于著作权法益的保障范围以及其他相关的人权制度的相互衡量之问题。①

1. 著作权与一般财产权的冲突

作为财产概念内,比较特殊的知识产权,和传统宪法所保障的物体所有权,尽管都受到了宪法的保护,但是两者在本质上与法律保障的强度而言,仍然还是有显著的差别。

德国联邦宪法法院在上述第五个案件当中,将传统的财产权保障标的视为一种永续的权利,而将著作权视为有期限限制的保障客体。这是承认了立法者可以斟酌该项权利得以提供著作权人经济利益到达何种年限即足以满足宪法的要求。所以对于改编著作者,应当保障在死后五十年或是二十五年,以后该不被保护的作品,便可以提供社会更自由地运用之。这种年限的判断,可由立法者来加以决定。宪法法院承认这属于立法者比法院更适合判断的范畴。同样的,在美国的释宪实务也有类似的见解。依据美国《宪法》增修条文第 1 条第 8 项第 8 款的规定,这是国会拥有的权限来决定知识产权人有多久的专属保障年限。所以美国国会曾经四度延长著作权保障的年限。也因此在 2003 年,针对第四度延长著作权法的释宪案中,对于国会决定延长保障年限是否合宪的问题,美国联邦宪法法院也作出了肯定的判决,这便是著名的"Eldred v. Ashcroft"案。②

---

① Maunz, GRUR, S. 107.

② 537 U. S 186, 123 S. Ct. 769, reh' g denied, 538 U. S 916, 123 S. Ct. 1505 (2003). 参见王明礼:"著作权存续期间的宪法界限——试评 Eldred v. Ashcroft",收于焦兴铠(主编):《美国最高法院重要判决之研究:二〇〇〇~二〇〇三》,我国台湾地区"中央研究院"欧美研究所,第 192~195 页,2007 年。

在这种一定期间内,才享有保障的著作权,它对公共利益的配合,就和传统财产权不同。在这种"限期专属享有"的特殊财产权部分,其财产所负有的社会义务,分为两种情形:在第一种的"专属享受期限内"之情形,著作权人受到公益拘束较少,而是以尽量获得收益价值来稀释公共利益的负担。而在"超过保护期后",作品此时才全面地提供社会使用,易言之,如果以智慧创作成果能够加速科技与文化的发展,越是能够自由或是低廉、甚至无偿地取得使用的机会,就更能够促进社会的进步的话,那么无疑的,知识产权在第二阶段的时刻,才真正的最大满足公共利益。

由这两个阶段的公益满足性而言,显然地,知识产权在第一阶段保障期内,并没有"同时"满足公共利益,而此也正是德国《基本法》第14条第2项所要求者,要求所有财产权保障的前提要件。也唯有在"永续"保障的传统财产权,其未区分两种期限的保障效果,才会符合这种前后一贯的财产社会义务性的特征。

因此,作为特别种类——如 Badura 教授所建议的——财产权、著作权必须在第一阶段之内,重视到著作权人收益利益的特殊性,将其作充分且适当的保障,是作为第二阶段"完全贡献予社会大众"的代价。唯有用这种解释,才能够了解,如何一方面要求著作权人要承担理应极为沉重的社会义务,而在另外一方面又要尽量维持其各种的获利机会,到头来,将会使得加诸其社会义务部分,仅成为具文而已。

诚然,立法者形塑著作权的法制,是宪法制度性保障的要求,此时最重要的应当是"私使用性原则",应当使著作权人对其著作财产标的,能够拥有充分的使用、收益及处分的权限,不可"架空"财产权人对财产的处分权利。然而,对于著作权人相对的一方,也就是通过交易取得财产标的,也就是重制后的著作权标的,如书籍、唱片等的所有权人,同样的,也是否应当适用"私使用性"原则的保障?

这个发生在私人经营的公开场所,如饭店、酒吧、理发店……店主能

否将拥有之唱片播放给自己、员工或者客人来聆听欣赏？可否将书籍提供上述人等阅读？除了契约自由原则得由著作权人与购买者定约外，著作权法可否一概地批准或者禁止之？

如以末端所有权人对于拥有财产标的的私使用性原则而论，如同传统的财产权标的一样，可以将购来的所有物予以出租、出借等使用，也因此德国联邦宪法法院在上述第二个案子讨论时已提到，在旧著作权法时代，乃许可租书店出租书籍，而毋庸付费予著作人及获得其许可。这也是所谓的“第一次权利耗尽原则”，借由第一次的交易，如买书，便将该书的附带权利概括地移转予所有权人，除非法律明白保障的例外，例如重制权等。这便是承认著作权重制标的的所有权人，亦基本上拥有可以适用私使用性原则的权限。① 如果秉持此原则，将可以阻止著作权人许多主张“违法散布其作品”的依据，如著作权人可否主张其作品不得在书店公开陈列，必须以封装的方式出现，以避免读者可以“无偿”地阅读其内容？同样的，唱片的著作人，可否禁止唱片公司提供试听服务给不特定多数顾客？

在后手主张私使用性的原则的妥当性方面，也有加以限制的必要。例如，为了保障著作权人的永续利益，使著作权人“保留”出售后的若干获利机会，例如要求对日后的交易抽取一定的报酬。例如法国《著作权法》便有此立法例。这种被称为著作权的“后续权”（Folgerecht），主要是保障美术创作人。不少美术创作者，一生创作的作品有限，而其在年轻创作力旺盛时代的作品，往往以极低廉的价格卖出，而日后年老，不复再

① 这个原则的理论基础，依学者罗明通的见解，乃在于限缩著作财产权人之散布权，使著作权人之散布权与重制物所有人之所有权权益间获得平衡。著作于获得“合理报酬”而让与所有权后，则应首在保护著作重制物所有人，俾使受让人或再受让人得使该受让物之经济或文化价值利用殆尽而物尽其用，以保护公共利益、促进文化发展，兼顾人民宪法上权利之保障，并免于违背自由贸易之基本精神。罗明通：《著作权法论II》，我国台湾地区台英国际商务法律事务所2004年版，第196～200页。

能创作时,此时已创高价的创作却无法回馈到原作者的身上,形成作者凄凉潦倒的晚景。这在艺术界可以说是一种屡见不鲜的现象。如果国家为了保障艺术工作者的生活,奖励文化艺术的发展,引进此制度,将可以比光在宪法上宣示国家应当积极保障艺术工作者的生活(例如《魏玛宪法》第158条第1项;我国台湾地区"宪法"第165条),对艺术工作者的实际生活,有更大的保障。例如德国便采纳了法国的立法例,在德国《著作权法》第26条便规定:凡是在400欧元以上的美术及摄影作品买卖,都必须由买受人给予著作权人,按买卖价格高低,抽4%到成交价50万欧元以上的0.25%不等的后续金予作者,但总额不能超过12,500欧元。这种强制要求买受人"回馈"原作者,固然有抵触"私使用性原则",但如以优势的公共利益考虑以及只有较低的回馈比例,而不至于侵犯到交易者的负担——因为比一般交易税及拍卖佣金来得低廉许多——也可满足比例原则的要求。①

但是,这种"后续权"似乎也并非完全排斥私使用性原则,而加以绝对化。例如大陆《著作权法》第18条规定:美术等作品原件所有权的移转,不视为作品著作权的移转,但美术作品原件的展览权,由原件所有人享有。此条规定,和我国台湾地区"著作权法"第57条第1项规定,美术著作或摄影著作原件或合法重制物之所有人或经其同意之人,得公开展示该著作原件或合法重制物,是一致之规定。之所以将原件的自由展览,而不及于其他权利,例如重制,也是对于后手取得原作所有权后,能够拥有更多的权限,而解除了部分著作权的拘束,也是尽量适用私使用性的原则之一例。另一个例子为委托创作的作品,例如绘画肖像,或是

---

① E. Ulmer, Die Urheberrechtsreform im Lichte der interantionalen Rechtsentwicklung, in: M. Löffler(hrgb.), Die Urheberrechtsreform, S.4. 国内学界也有称为"利益分享权",谢铭洋,智慧财产权之制度与实务(智慧财产权法系列(二);"国立"台湾大学法学丛书(85)),第13~14(17~18)页,自版,台湾翰芦图书出版有限公司经销,2006年版。

摄影肖像，著作权法（例如我国台湾地区“著作权法”第11条第2项、第12条；大陆《著作权法》第17条）到底应规定由谁享有著作权？由民法的委托行为，当然是希望由委托人拥有该物品的所有权及著作权法上规定的所有权利。例如：去照相馆摄影的顾客，拿到照片后，当然要有完全的使用权，包括提供个人底片的加洗、赠送他人等散布行为，而不需获得照相馆的许可。同样的，委托绘画个人肖像，也是要提供自己悬挂或印成自传……来流传，这些都是有偿的民法行为。法律秩序到底是要保障出资人的权利，或是创作人的权利？由保障后者的创作权而论，还让后者拥有可以加工、散布的权限？但是，著作权法的立法判断，则将这种委托作品的著作权归属，除有契约另定外，原则上归给创作者（我国台湾地区）或受托人（大陆、德国亦同）。这也是必须就民法个别制度的本意，和宪法的私使用性原则，一并重新检讨的例子。

2. 著作权与言论自由

著作权的保障与他人言论自由发生冲突的机会也甚多，如介绍、评论等，都可能引用他人的作品，便涉及是否侵犯了他人著作权的保障范围。在大陆《著作权法》第22条第2项便许可这种引用，我国台湾地区“著作权法”第52条也将报导、评论、教学研究或其他正当目的之必要，在合理范围之内，得引用公开发表的著作。

由于言论自由是宪法保障的最重要人权之一，而此言论自由又是国家民主、宪政体制所赖以维系的最重要的基础，因此，其保障属于高度的社会公益，而非斤斤着眼于个人的利益，所以，就宪法保障的角度而言，其重要性超过经济利益性质的财产权及著作权。[①] 美国学者 Patterson / Limberg 曾经将著作权与言论自由权视为“一枚硬币的正反面”，似乎将

① 著作权虽然包括了著作人格权与著作收益权，但前者的重要性显然不如后者，因为丧失了著作权的收益价值，若光有著作人格权就并无太大的实益，也因此，著作权保障重心来自于收益权之上，Maunz, GRUR, aaO. S.110。

两者的重要性相提并论,似乎没有注意到美国《宪法》增修条文第1条与第8条的明显差异。第1条规定国会不得制定人民言论自由的法律;而第8条第8项第8款则规定了国会应当制定法律"有期限的"保障著作权人的专属权利。从两种不同的立法行为义务(一个是不作为;另一个是积极作为),可以看出两者不同的重要性。①

著作权在涉及与他人言论自由的冲突时,便应受到法律较少的保障,也因此在著作权法中,将引用他人的著作视为合法的行为,将不构成侵犯著作权的行为。然而,言论自由也可能造成了权利滥用的情形,也因此"适当使用"或是"正当使用"的行为,构成限制言论自由的依据。在何种情况内,属于正当的引用?又在何种情况内属于不正当的引用?属于著作权法讨论最多的制度之一,②例如我国台湾地区"著作权法"第65条。

3. 著作权与新闻自由

同样和言论自由都会涉及他人著作权领域的新闻自由,也有比财产价值更重要的公益需求,使得其受到宪法的保障,高过于纯粹著作权人的经济利益之保障,也因此,我国台湾地区"著作权法"(第49条、第52条)许可在为时事报导或是一般非时事报导都可以引用已公开或者是所接触著作。大陆《著作权法》(第12条第3项)也有类似的许可。

新闻自由的可能滥用,大陆与我国台湾地区的"著作权法"也都和言论自由的限制一样,举出合理范围、必要范围或是"不可避免"的要件。然而,这些都是属于比例原则的要件,在产生个案冲突时,究竟来自新闻工作者的判断抑或著作权人的判断,何者较为重要?如果以宪法保障新闻自由的意旨而言,特别是例如德国《基本法》第5条第1项将每个国民

---

① 吴汉东:"著作权作品合理使用的宪法问题研究",载《法治与社会发展》1996年第4期。

② 刘孔中:"建立信息时代'公共领域'之重要性与具体建议","智慧财产权法制的关键革新",第8~12页,自版,台湾元照出版有限公司经销,2007年。

都有通过公开来源无限制地获得信息之权利，列入宪法位阶的层次，因此，如何将大众所关心的事件，迅速、翔实且深入地提供给国民，将是新闻工作的最重要职责，也是新闻媒体受到宪法特别保障的目的之所在，在事件突发后，新闻媒体便有立刻报导的职业义务，不给予新闻工作者最大的判断余地，来决定援用哪些他人著作及其范围，便无法使新闻媒体胜任此责任。①

当然，新闻媒体的报导与评论，除了上述时间性的情形外，仍必须适用比例原则的要件拘束，故在有较长期间制作的节目以及可以采取不侵犯著作权但仍能达到报导或评论的任务时，则必须紧缩援引的范围，以达到最小范围的侵害。

4. 著作权与学术或艺术发展自由

另一个最容易产生与著作权相抵触的是学术或者是艺术发展自由。著作权之所以受到立法者的保障，主要是希望借着保障著作权人的财产利益，来促进社会的创作风气，进而提升国家的文化与技艺水平，美国《宪法》在200年前先知先觉地将著作权保障入宪，其目的便在于促进国家社会的发展。

著作权和一般财产权产生的背景不同的是，如同德国联邦宪法法院在公立图书馆是否付费案的讨论时，已经提到了这个在德国1965年新《著作权法》立法时，经常被加以讨论的问题：每件作品都累积了前人的智慧，所以绝没有“全新”的智慧创作，也都是站在前人的肩膀上所累积出的新成果。因此，著作权本来就具有应当回馈给社会、公众，让国家文化与技术水准能够据此更上一层楼。因此，知识产权负有提升文化与学术的社会义务。

---

① 可参见德国联邦法院一个判决，见蔡明诚（主编），肆 德国著作权法令暨判决之研究，国际著作权法令暨判决之研究（我国台湾地区《“内政部”八十五年度研究报告》），第511～519页，我国台湾地区“内政部”，1996年。

学术自由与艺术自由都是属于"创新"取向的基本权利,因此,鼓励改变现状追求不同的学术与艺术成果。也因此,例如德国《基本法》第5条第3项规定:"艺术、科学、研究及学术自由。学术自由不能免于对宪法的忠诚。"德国基本法这条文规定,将这四款人权视为最大保障的人权种类。而相对其他三种人权,德国《基本法》特别将学术自由课予"对宪法的忠诚",也是显示出立法者担心受过纳粹极权统治后,如果当时被纳粹思潮掌控的德国学界,如果仍然运用学术自由为幌子来鼓吹推翻基本法的秩序时,将会辜负宪法保障此种权利的美意,故有此特殊规定。而且,对学术自由保障的权利人,德国联邦宪法法院的看法也及于任何人,包括学生在内,而不只限于大学教授才能享有之。①

这些四个基本人权虽然在宪法里面没有特加限制的条款(只有学术自由例外),但并非表示此四个权利都可畅行无阻,没有抵触其他基本权利的可能。② 例如:艺术自由也可能侵犯到他人的名誉权与人格权;学术自由权也可能与学生的受教育权或他人的名誉权与人格权相抵触。而,与著作权方面,也会造成一定的摩擦。

着眼于学术及艺术都是基于目前的学术与艺术成果,且希望保障学术研究与艺术研究的创新,必须给予创作者更大的自由度,来对"现状"进行运用,甚至批判。尤其是在科学方面,新的理论与科技出现,往往是以"淘汰"旧有的理论(旧有的智慧结晶)为代价。所以就进步的眼光而言,"随时准备取而代之"是学术与艺术自由,特别是前者所存在的主要目的。就此意义而言,学术自由代表人类进步的希望,艺术自由代表丰

① BVerfGE55, 37/67.

② 参见陈春生:"论讲学自由","论法治国之权利保护与违宪审查",第63~65页,台湾新学林出版股份有限公司,2007年。关于艺术自由,德国联邦宪法法院也在一个"侮辱国旗案"(BVerfGE81, 278.)中,肯定法律可以限制艺术自由,尽管宪法并没有明定艺术自由的限制条款。见G. Manssen, Staatsrecht II, 2. Aufl., 2002, S. 103。

富人类生活的方式，都有优越于著作权财产价值的重要性。①

为了学术，包括讲学的必要，是著作权法里头最多的限制依据，例如：学校授课（我国台湾地区“著作权法”第46条）、编订教材（同前第47条）、提供图书馆、博物馆等使用（第48条）。大陆《著作权法》第22条，也有类似的规定。

为了学术目的，所许可重制他人已公开发表的著作，仍必须在合理范围内，方得许可。而且仍必须斟酌该著作的种类用途，以及重制物的数量及方法，不能因而损害到著作财产权人的利益（我国台湾地区“著作权法”第46条第2项、第44条）。所以，学术目的似乎仍必须考虑到著作权人的利益。也因此，似乎针对重制物的数量与方法，足以作为影响著作权人的利益判断标准，这种“数量论”似乎也可反映在为教科书所侵犯的著作权，应支付依定的报酬（第47条）规定之上。② 这点，在大陆《著作权法》第22条第6项就将许可为教学或科研使用的作品，只许可翻译，及复制少量作品，以及不得出版发行。虽然，大陆也使用不确定法律概念（如“少量”），但可能比我国台湾地区立法例使用的较少，也较为明确。

而在艺术自由方面，著作权法能否对于他人对于艺术作品，如音乐的改编、加工而成的音乐作品，不视为侵犯著作权？台湾“著作权法”（第6条及第28条第1项），将这种“衍生著作”视为著作人之专属权，但表演不适用之。而大陆《著作权法》（第12条），则将之归于加工之著作

---

① T. Maunz, GRUR, S. 114；另外可参见：李建良，论基本权利的位阶次序与司法审查标准，宪法解释之理论与实务（第三辑上册），第129～191页，我国台湾地区“中央研究院”中山人文社会科学研究所，2002年9月。

② 我国台湾地区“最高法院”1996年台上字第1695号判决：“‘著作权法’第47条规定，依法设立之各级学校，为教育目的之必要，在合理范围内，固得公开播送他人以供开发表之著作；上诉人之网页重制系争图像虽亦为非营利之教育目的，然却系在公众得使用之网页将系争图像‘重制’其上，提供网络浏览、打印，为公开传输行为，显已超出著作权有关‘合理范围’之规定。”

权人的权利范围。这种属于"加工著作人"(Bearbeiter - Urhehaber),应当属于促进艺术与文化发展的重要一群。他们可以丰富艺术文化创作的多面性。例如:西洋古典音乐作品中经常出现有大师作曲后,被同时代或后人取其主旋律,谱写成主题变奏曲。便是艺术加工后,变成另一个新的艺术创作。如果仅仅执着于保障原著作曲的原貌,从而禁止他人改作,例如:我国台湾地区"著作权法"第92条,对于"改作"行为可处以三年以下有期徒刑,或并科七十五万元以下的罚金。将可能大幅度限制文化、艺术的多面性发展。我国台湾地区"著作权法"是否有必要就此问题重新检讨?①

5. 著作权与其他优势公共利益的平衡

著作权法对于权利的限制,有许多是为"概括公共利益"的考虑,例如为政府机关,包括行政、立法、司法机关的使用。这些国家机关在执行法定任务所需的"合理范围",所使用的私人著作作品,也是将私人财产标的提供公共使用的例子。虽然法律上会给予若干的限制,我国台湾地区"法律"的"合理范围",以及"使用的数量与方法"之限制;大陆法律的只以"合理范围",以尽量符合比例原则,但不可讳言地都以牺牲著作权的财产为代价。由于这种"无偿提供",一来提供行政机关的方便,无须获得著作人的许可;二来可以给国家机关省却一笔版权费用,有利于国库的财政。

如同对于教材的选入作品,都是著作人为公共利益的牺牲,因此在这种提供政府机关的著作标的时,应当加以区分:对于后者的"减少政府支出"的公益考虑,是站不住脚的,不足以要求著作权人牺牲财产利益。而政府机关是否都有必要来限制著作权人之利益?若依德国《著作权

① 关于艺术自由的保障问题,可参阅许育典:"艺术自由作为文化宪法的保障",载《文化宪法与文化国》(国立成功大学法学丛书19),台湾元照出版有限公司2006年版,第80~114页。

法》第45条的规定，仅限于司法机关为诉讼之需要，以及治安机关的任务需要，才能够重制或散布他人之著作。此外，其他国家机关不得援用此规定。

如果我们以国家及地方机关数量之多，任务之多样性，“开大门”的许可各级机关，能主张公务需要而限制著作权，将造成著作权人不可预期的利益损失。因此，应当仿效德国立法例严格限制能够侵犯著作权领域的机关种类，来平衡著作权人的损失。

相对基于“概括公益”许可政府机关的限制著作权，立法者也可以基于其他优势的公共利益，例如提供残障人士更多的信息来源，而许可复制他人作品（我国台湾地区“著作权法”第53条；大陆《著作权法》第22条第12项①）。另外对于少数族群，而将著作翻译该少数族群语言文字者，大陆《著作权法》（第22条第11项）也列为著作权的限制。此固然有国家民族政策的需要，但如果此少数民族也可能具有一定的作品销售市场机制时，将不免侵犯著作权人的利益。因此，似乎可以强制授权及给予报偿来加以平衡。

四、我国台湾地区学界对著作权限制的探讨

我国台湾地区学界对著作权应当负有一定的社会义务，而加以限制的正当性，都持正面肯定的态度。以下，仅就台湾较著名相关学者的见解，加以汇述：

（一）贺德芬

自文艺复兴以降的人文主义思潮下，以个人为本体、尊重个人独立性、自主性，造就了今日的民主法治社会，给予个人创造物权利是必要

① 德国《著作权法》第45条a则规定，除非复制一份外，否则仍应给付相当报酬。

的。但从另一方面来说,人既也是社会所组成的一分子,既然创造物权利的授予必须由社会而来,自然有其社会意义,何况在现代讲求高度分工、效率的情况下,个人各有专长所带来的创造力才能继续维持社会文化成长,增加国际间的总体竞争力。因此,著作权既作为对个人权益的尊重,也担负着文化创新的重责大任,两者间应谋求调和之道。著作权既然是一种绝对、排他性的权利,难免与公益——尤其是言论自由间,发生冲突,著作权相关法律不能不忽略此一问题,在一定情况下,著作权应加以让步,这就是著作权法中"合理使用"的问题。①

贺教授的见解主要是利用"合理使用"的原则,来中和具有排他性质与绝对性质的著作权。

(二)谢铭洋

保护知识产权之目的在于对创作人提供保障,使其在人格上受到尊重,在财产上能取得相当之利益,另一方面则在于通过对私人权益的保障,鼓励创新,使整个社会之文化与文明之水平皆能有所提升,以增进公共之利益。因此如何在私益与公益间取得平衡,并成为知识产权保护上之一大难题。知识产权在宪法私法自治的前提下,可由权利人依契约自由原则自由形成契约关系,以追求并实现其私益,然而此一自由有其界限,即不能因过度行使而妨碍到公共利益。②

谢教授的见解,明显将知识产权的限制作为调和公益与私益的结果。特别是他以"宪法的私法自治"作为调和著作权的保障范围与著作权归属的制度依据。这种见解,大致符合著作权乃源自于私法的特征。不过,以宪法层次而论,作为制度性保障的著作权法制,必须由立法者来界定其内容与保障限度,相形之下,著作权人能够通过"私法自治"及

---

① 贺德芬:《文化创新与商业契机——著作权法论文集》,国立台湾大学法学丛书(41),台湾月旦出版股份有限公司,1986年,第15、111页。

② 谢铭洋:《契约自由原则在智慧财产权授权契约中之运用及其限制》,台湾台大法学论丛第23卷第1期,第309~330页,1993年12月。

“契约自由”来形塑著作权范围的空间，益形狭窄，如关于出资委托创作的著作权归属协议，已是极少数适用此“私法自治”原则的例子。

（三）林昱梅

艺术自由本为台湾“宪法”所保障（来自第11条之表达意见自由与第22条概括自由权），若有人欲利用他人享有著作权之著作来作为自己作品的一部分，即发生艺术自由与著作权相冲突之情形，按照德国联邦法院对此的观点，解释基于艺术自由而合理使用他人有著作权之著作，应放宽其艺术自由优于著作财产权之认定标准。

德国联邦宪法法院点出了艺术自由与著作财产权之冲突，并对于德国《著作权法》有关引用之合理使用，基于鼓励艺术创作，提升文化方面之成长，对于艺术作品引用他人有著作权之作品的认定，应该参酌整个艺术作品之表达内容，而能够表现出创作者之意图与想法，以及该部作品所呈现的整体意义与作用，即认为属于合理使用之引用。不该与单纯学术作品的“引据”（参证、注释或评注）之合理使用等同判断，否则即忽略了艺术自由的核心价值。德国联邦宪法法院的突破性见解可供台湾在判断“著作权法”第52条之“其他正当目的”之合理使用时，就艺术作品是否合理引用他人著作之参考。①

（四）罗明通

著作权之独占性保障并非毫无限制。著作虽由著作人个人所创作，但也是国民共有之文化财产，为了兼顾调和社会公共利益，促进国家文化之整体发展，于必要时应予以限制，使在一定范围内，允许国民得自由运用。再者，著作人于创作著作时，往往摄取先人之文化遗产，多少受先人直接或间接之启发与影响，故个人之创作，在某种程度上，亦是社会协

---

① 林昱梅：“著作之引用与艺术自由——评德国联邦宪法法院判决 B. v. 29. 6. 2000 - 1 BvR 825/98”，载《当代公法新论（上）——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》，第251～277页，台湾元照出版有限公司2002年版。

力之结果,其利益应该在合理的范围内由社会成员共享。①

罗教授的见解,令人想到了德国学界曾一再主张的见解:著作权是立于前人智慧结晶的基础上,所创作出来的成果。既要"饮水思源",也要替下一代来"回馈"社会。也因此,著作权不应有"独占性",且应在合理的范围内,负有与社会共享的义务,此见解颇为正确。

五、结论——著作权保障"极大化"潮流下的反思

奖励国民成为一个具有时代观,进步思想的社会一分子,是每一个现代化国家所应当达成的任务。把国家从贫穷落后的科技、经济及文化状态,提升到科技昌明与经济富庶、文明开化,则更是各国政治家所梦寐以求的治国理念。"文明开化"有赖于国民智慧的提升。适度保障国民知识产权,当是"催生"此民族创造力不可或缺的制度。

宪法学上虽然将著作权视为财产权之一,但却给予极少的重视。按著作权是一种可以给予其权利人创造出另一种财产价值的权利,在权利的内涵上,和传统财产权能够有许多不同之处,甚至造成两方权利行使矛盾的后果,立法者此时将会作有利于著作权人的价值判断,主因当是在于著作权人的"获利期限"并非永久,而是限期,故不妨特加保障之。至于,其他对于一般财产最大侵犯来源的征收,并不会对知识产权造成太大的困扰,从而宪法学上对于征收所给予的最大的关注以及征收法制

① 至于合理使用之法律性质,罗明通认为最主要有下述三说:"(1)权利限制说:合理使用乃是拘束对著作权人之权利。我国台湾地区'著作权法'第三节第四款标题为'著作财产权之限制',即属是例;(2)侵权阻却说:其假定合理使用本是侵权行为,乃因法律规定,使该行为阻却违法;(3)使用者权利说:此说认为合理使用乃依法享有著作权作品之权利,故只要是法定之合理使用,即属合法行为。"罗明通:《著作权法论II》,第196~200页,台湾台英国际商务法律事务所,2004年版。

上形成许多深入规范的保障体系，都没有适用在知识产权上的余地，显示出知识产权在宪法保障体制内，属于十分松动的宪法基础上，易言之，它没有来自于太多宪法理念的支撑以及法条的保障。所以能保障的，唯有立法者的肯认著作权对时代进步的绝对重要性，加强保障著作与智慧成果，能够使民族的创造力更加活泼，及具有更大的吸引力。

背负着同样要履行社会义务的重担，特别是历经两个当年在宪法制定时，曾笼罩在社会主义的理想氛围下，德国宪法（《魏玛宪法》及《基本法》）高度期待所有财产权都必须在受到保障"同时"，满足公共利益。似乎也赋予了著作权高度社会义务性，从而大幅度减少著作权人的权利范围。在另一方面，由于著作权被视为私法权利，依据传统对所有权的概念，也加强了法律界对其权利的尽可能加大范围的保护。形成了上位阶宪法要求立法者"向左"为财产权立法、而处理民法争议的司法界还是"保持"私法所有权制度的"向右"现状。无怪乎，在本文曾经讨论的德国纳粹时代，帝国法院所作出两个重要的判决中，连极力鼓吹"公共使用先于私人使用"的独裁政权，也无法影响司法实务的变更，著作权法有利于著作权人的诠释。

随着第二次世界大战的德国新宪法体制，以保障人权为国家生活的重心，期盼著作权通过社会义务性的条款，来要求著作权人为公共利益来牺牲的希望，益见渺茫。德国在 1965 年后的立法，且通过联邦宪法法院的诠释，已一步步地扩大了对著作权人权利的保障。而在宪法学界也逐步地"撤出"对著作权立法界限的讨论。

由本文对德国联邦宪法法院 1971 年五个重要判决的讨论，以及两位德国重要的宪法学者 Maunz 及 Badura 相关的评论，都将著作权人为公共利益而牺牲其著作权享受范围是否构成了征收的侵害，抑或只是单纯立法者所给予的著作权标的之内容规范与限制，这个看似纯粹宪法学理的争议，却是关涉应否给予著作权人一个适当补偿的理论依据，这也涉及是否要把著作权人在一完成作品后，马上形成一个如"民法物权篇"所规范的物体所有权，从而保障了其有独揽、重制以及其他的专属权限，

而一旦有产生为公益而限制时,就可以提起补偿及损失的请求权。德国《著作权法》,显然还是采取了单纯的内容限制与界定说。而将比例原则作为这种限制著作权人权利,若干情形,必须给予著作权人一定报酬的理论依据。这种情形说明了德国宪法学对于著作权的限制,无法用宪法一般财产权及其限制的法理来讨论,也因此宪法财产权以及相关的规定,已经越来越无法充分地适用在规范著作财产权的适用之上。尽管如此,吾人还是要尽量在宪法学的领域之中,妥善地将著作权利的属性加以确定,以及其他与人权一样应负有的限制,而可以提供立法者在形塑财产权法制的若干思考的依据。

著作权的重点,在保障其收益权部分。现代的财产权,已经历经了多次的功能转变(Funktionswandel des Eigentums),人民由以往依靠民法的土地所有权来生存的情形,已经一步步改变到靠工商社会的资本财,以及个人收入的薪俸来形成满足个人生活所需的私人财产。国家也由以往对人民财产情形不闻不问的状态,转为以许多公法法规来介入,并且主导形成了各种财产的使用与收益之限制,同时也加诸国家要基于公益来限制人权,以及提供积极的服务。但,在财产权仍然必须通过对于财产制度性与个别性的保障,来使得财产权人能够凭着自己的付出,获得满足其生存及发展人生目的的经济基础。所以,以自己能力"付出"所产生的著作权,便属于财产权具有必须满足的"个人功能"(Personalfunktion),应当受到宪法的强力保障,此时不能苛责其要负担太大的"社会功能"(Sozialfunktion),故减低了著作权的社会义务性。①

故,这种基本上的财产权法制形塑标准,适用在著作权时,就必须确实保障著作权人的获利能力,唯有在极绝对必要时,才要求其为公共利益,承担起社会责任。而这种牺牲,不该基于概括公益,如以为国库减少

① P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht der Genwart, Verhandlungen des 49. Deutschen Juristags, 1972, Bd. 2, T7.

财政负担为出发点。因此传统上认为著作权人，应当为提供社会教育之用且减少教育负担，而牺牲著作权，从而应无偿提供作品为教材或供图书馆使用，都面临检讨。同样的，概括允许各级政府及国家机关的重制著作物，也可以考虑采取强制授权，而给予必要的补偿，来取代目前所广泛认可的，且认为是对著作的“合理使用”。

在宪法上要强调著作权这种尽可能的“可保护性”，也是针对通讯科技的迅速进步，都提供了社会不可预料极大的侵害著作权利益的机会。国家必须尽力保障基本权利人的利益，也没有比在著作权的案件上，来得更迫切的了。

而少数还能够显露出要求著作权人履行公共义务的场合，除了优势公益的考虑，如对于残障少数族群提供更多信息为目的的重制作品外，也要审查包括在著作权法律保障的领域内是否有抵触到其他宪法的基本权利，例如：传统财产权所重视的私使用性原则，艺术与学术创作的重要性，以及新闻与言论自由的可能冲突。

这些检验必须抛弃将著作权视为“尽可能绝对保障”，或是著作权“应尽量为公益牺牲”的两极想法分开。在后者的主张声势越来越小之时，吾人反而要将前者“来势汹汹”的趋势，加以审慎的关注：由对录音设备制造商的课予付费依据，到赋予美术作品著作人“后续权”，都是这些著作权“极大化”的趋势。这些极大化的措施，其中不乏值得称许之处，如合理规划的美术家后续权，便是一例。① 不过所有这些“极大化”的新

---

① 当然，在立法时也可以考虑：这个也属于建立“文化国家”（Kulturstaat）的理念，到底是要由消费者“埋单”，从而由买受艺术品者承担履行财产权社会义务的责任，抑或是由国家来承担，亦即，国家借着对艺术品课征交易税，其中定下一个百分比，作为给予艺术家的报酬？本文认为，如果一般交易，包括艺术品交易，已有课税的话，那么再要求艺术品交易人另外负担一笔给作品创作者的报酬金，形同两度对交易人的课税，违反税务公平原则。因此，本文主张采取前种方式。而这种方式也可以称为是一种新型的“社会补偿”（Sozialentschädigung）的体制，亦有别于传统因公权力侵犯是否合法与非法，而区分为补偿与赔偿的二分法。关于社会补偿的制度，请参见陈新民：《行政法学总论》，第567页，2005年版。

制并非当然地可以引入实证法制。而是必须先审慎地评估是否仍有为优势公共利益保留一扇空间的可能。当然,面对似乎无可阻挡且动力主要来自西方"信息强国"所推动的"绝对化与极大化"的潮流,吾人是否应进行必要的反思?这种建议是否只是"螳臂当车"式的"蜉蝣撼木"?我们不妨拭目以待。①

(本文初稿发表于2007年12月15日广州市中山大学法学院举办之2007海峡两岸暨港澳地区法律发展学术研讨会,经修改而成,经修改后,刊载于台湾:《台大法学论丛》第37卷,第115~177页,2008年12月)

① 同样的反思,请参见王明礼:"著作权存续期间的宪法界限——试评Eldred v. Ashcroft",收于焦兴铠(主编):《美国最高法院重要判决之研究:二〇〇〇~二〇〇三》,台湾"中央研究院"欧美研究所,第225~227页,2007年。

第十六篇　法治国家理念的灵魂

——论法律溯及既往的概念、界限与过渡条款的问题

一、溯及效力发展历史的回顾

法律可不可以溯及既往的问题，依《中华人民共和国立法法》以下简称《立法法》（2000 年 3 月公布）第 84 条的规定，回答是肯定的，但也有例外："但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益，而作的特别规定除外"。所以，这是"有利的溯及"。也是对人民，而政府、社会等"公共利益"方面所许可的例外溯及。这种情形，如刑事责任有"从新从优原则"，犯罪人之刑责，以行为时的法律规定为准，但行为后法律变更，而行为人更有利之时，则采新法之规定，便是"有利"的溯及。但是，《立法法》这种独惠个人私益，而舍公益考虑的溯及规定，是否符合法治国家的原则，值得进一步的探讨。

(一)19 世纪前的发展——确立刑法不能溯及之定律

法律溯及既往的问题在公法开始迅速发展的 19 世纪前,虽然已有学者加以讨论,并且已获得了与今日我国台湾地区学界见解相同的结论:法律基本上以不可溯及为原则,但立法者可随时以例外加以溯及规定。但此问题只限法理学上的讨论,并未在公法学中受到应有的重视,在理论的体系上同样也未构建出相当的理论依据。著名的罗马法学家西塞罗(Cicero)在公元前 74 年在其著名的《立法学》中表示,在民事法中不得有溯及既往的规定,但在刑法中,如涉及了所谓的绝对的犯罪行为,则不妨可溯及既往。西塞罗这个和当今见解完全背道而驰的看法,主要的乃以不容忍客观上、伦理上属于罪恶重大的行为,也是构成其正义观的内容。① 公元 400 年罗马皇帝狄奥多西乌二世(Theodosius Ⅱ)公布的法令明确规定,法律对于任何过去的事实都不能溯及的生效,但是这只是原则,如果立法者认为有必要时仍可明确规定其溯及效力,而不分民事与刑事法律。狄奥多西乌二世的法典的立法例也直接影响着公元 536 年制定的查士丁尼大帝法典(Corpus Iuris)。依此法典,法律原则上以不得溯及既往为原则。但立法者得随时为例外的规定,成为罗马法的基本原则。欧洲在 12 世纪开始重新兴起对罗马法的重视,并采纳为各国法律的基本精神后,被视为罗马法经典之作的《查士丁尼法典》中所树立的法律溯及规定,遂成为了法律的普遍原则。②

在迈入 19 世纪前,西方有三个涉及法律溯及既往的立法例,值得特别重视:

第一个立法例:美国 1789 年公布的《宪法》第 1 条第 3 款第 9 项规定:联邦不得制定任何溯及既往的法律(ex post facto law);复在同条第

---

① L. 7C. de legibus 1, 14. 参见 *M. Gegerle*, Die Verfassungsproblematik belastender Rückwirkungs - gesetze, Diss. München, 1960, S. 13.

② *M. Gegerle*, S. 10 - 15.

10 项规定各州亦不能制定此溯及既往的法律。

第二个立法例:法国 1793 年 7 月 24 日公布的《宪法》第 14 条中,已明确地规定法律不能溯及既往,并将溯及既往视为暴君的法律。在两年后(1795 年 9 月 23 日)公布的《宪法》第 17 条的前言中并重申,不论任何法律,不论民法或刑法,皆不得有溯及效力的规定。法律不得溯及既往成为法国大革命后人权思想的基本内容。

第三个立法例:德国 1794 年 2 月 5 日公布的《普鲁士一般邦法总则》(Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten)第 14 条明确规定,任何新法律对已经完成的行为(vorher vorgefallene Handlungen)及事实(Begebenheiten)皆不能适用。易言之,这个类似德国普鲁士宪法的普鲁士邦法总则规定,也宣示了法律绝对不溯及既往的原则。

上述三国的宪法虽然容纳了有关溯及法律的问题,但具有实质意义,且居先驱地位,厥为美国《宪法》的规定,以及引起关于此溯及法律范围的争议问题。爰先在此进一步讨论在美国的发展。

美国 1789 年公布的《宪法》第 1 条第 3 款第 9 项及第 10 项明文规定联邦及各邦不得制定溯及既往的法律(No … ex post facto law shall be passed)及(No state shall … pass any … ex post facto law)。乍看之下,似乎美国《宪法》已明确预知法律溯及既往可能产生的质疑,故在制宪时就一劳永逸地将此问题明确列入宪法条文之中。事实不然!首先光是此条文的原义及范围的争议,就提供了案情复杂的讯息。

按溯及法律(ex post facto)一词是拉丁文,故可知其乃纯粹法律用语。此用语有广义及狭义解释两派的争议。

采取广义论者,认为宪法的溯及法律是中性的,亦即不仅是禁止制定刑事的溯及法律,也包括民事性质的溯及法律在内。主张此派见解的理由,例如,(1)英文法律文书中使用此术语,本即采广义解释。许多在 17 世纪及 18 世纪的英国判决即采此意义。例如,1723 年公布的

Wilkinson v. Meyer 案,涉及政府以新规定重新规定私人契约的权利义务,就被批评是一个溯及既往的法律;而在 18 世纪极重要的法律辞典——1739 年出版的 Jacobs Law Dictionary 对于溯及法律的定义,也指一个行为在嗣后的法律公布后可能变得有利,而先前并非如此;也有行为嗣后被认为为非,而先前却被认为是善者。可知 Jacobs Law Dictionary 的溯及法律概念不以刑事法律为限。① (2)开国元勋,特别是制宪的灵魂人物的见解:如麦迪逊(James Madison)在著名的联邦主义者(The Federalist)书信集中(第 44 节)特别提到这个制度,目的乃在于防止政府嗣后的立法来侵犯人民的安全及财产权利,麦迪逊虽未明言其范围不只是刑事法律而已,但长期以来推论麦迪逊当时本意却如此。② (3)其他州宪的例子:虽然美国联邦宪法在列入溯及法律条文时并未对此条文的概念作极深入的讨论,制宪资料也语焉不详,但论者可举当时订定的几个州宪也有类似的条文来佐证。美国共有 8 个州宪法中有类似联邦宪法的规定,其中最明显的是新罕布什尔州(New Hanshine)州宪第一章第 23 条明定,任何溯及性的法律(Retrospective Law)不论是民事或刑事的,都是高度不法的(injurious)、专制的(oppressive)及不正义的(unjust),故不能订定之。德州州宪(第 1 条第 16 项)及几个州(如科罗拉多州、俄亥俄州)等州宪也把带有广义概念的溯及法律(Retroactive Law)及联邦宪法所使用的(ex post facto law)并用,一概在禁止之列,③显见当时美国制宪风潮下,对人民权利的保障唯恐不周,才会不约而同地采广义见解。因此,溯及法律的用语有三:ex post facto law 、retrospective law 及 retroactive law,都有相同的含义。

采纳狭义见解,认为此条款本意应该只限于狭义之刑事法律者也不

---

① *G. Kisker*, Die Rückwirkung von Gesetz, 1963, S. 74.

② 参见荆知仁:《美国宪法与宪政》,三民书局 1985 年版,第 90 页。

③ *G. Kisker*, S. 101.

少。其理论依据，不外如下：(1)就美国法律实质见解而论：当时英国虽然将溯及法律包括广义的民事法律在内，一些美国州的法院实务也有类似见解，但当时的美国法律界大致上是将 ex post facto law 视为针对刑事法所制定的原则，也是受到英国大法学家 Blackstone 脍炙人口英国法注释书对溯及法所作的解释，他虽认为所有法律应嗣后的生效，但唯有刑事的溯及法律才是最特别恐怖的，①因此制定者使用 ex post facto law 一语，而舍弃 retrospective law 或 retroactive law，是有其考虑。(2)就立法的体系而言：联邦宪法在规范此条文(第 1 条第 5 项第 3 款)时非单指溯及法律的禁止而言，而是一并指出，政府不能制定任何剥夺公权(bill of attainder)、溯及法律及损害契约义务的法律(law impairing the obligation of contract)。宪法把这三种法律合在一个规定内，委实令人纳闷：按剥夺公权乃刑事法；损害契约义务是典型的民事法。而居其中的溯及法是否兼具两法的性质(所谓的双重性格说)，抑或是过渡说，即溯及法乃接着刑事法的褫夺公权禁止法，而后再禁止溯及的处罚法律，故仍是在刑事法的范围内。而过渡说则是占了主流地位，认为这个溯及条文是贯彻刑事正义的一个表现，使得美国《宪法》当初虽未有人权条款，但本条款可以具体防止遭到政府不公正刑罚的侵犯。(3)也由一些州宪的立法例来说明：和持广义论者一样，采狭义论者由和联邦宪法有类似的州宪条文中寻找理论依据。他们找到了两个有力的证据：马里兰州及北卡罗来纳州人权宣言中都将溯及既往的法律(ex post facto law)仅仅限于刑事法的溯及法(retrospective law)，由于这两个州的人权宣言的订定都早于联邦宪法，可以证明是影响了联邦宪法的立宪者。②

以上两派的见解，各执一词，公说公有理，婆说婆有理。直到 1798

---

① *W. Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 15 ed. 1809; *G. Kisker*, S. 73.

② *W. Blümel*, Zur Rückwirkung von Gesetzen in den U. S. A, JZ 1952, S. 409.

年联邦最高法院公布了一件著名的案件——Calder v. Bull 案采取狭义说后,此争论方告一段落。这是一个涉及遗产继承的案件,康涅狄克州(Connecticut)以法律修正了继承的相关规定,致使继承程序重开是否引起违宪的争议。却斯大法官(Justice Chase)代表判决意见,引述狭义说(特别是(2)及(3)的见解),认为 ex post facto law 和 retrospective law 是有区别的。前者一定是后者,后者却不一定是前者。美国《宪法》所禁止的溯及法律主要是刑事法律,不许可政府嗣后对行为当时不违法的,加以处罚或加重处罚,不仅是实质法,也是程序法方面,都在禁止之列。因此,本条文禁止所谓的司法法(judicial act),而非其他民事法(legislative act)。①

最高法院 Caldar v. Bull 案的判决公布后,虽然以后迭遭批评,②但大致上获得美国法院及学界的支持。③ 目前美国一般宪法论著提到本条款时,率将其限于刑事法之内。④ 美国《宪法》在制定不到 20 年就已在最高法院的判决中讨论,并决议了有关溯及法律的范围,不仅明确地为刑事法律不得溯及的原则下了严格的戒律外,也宣示民事法律的溯及并不违宪,起了定分止争的作用,对于甫独立建国的美国联邦及各邦立法,

---

① 3. Dall. (3 U. S.) 386/391, 荆知仁,前述书,第 90 页。

② 例如,大法官约翰逊(Justice Johnson)在 1829 年一个判决中就批评 Caldar v. Bull 案甚厉。他认为《宪法》本条文应该是具有民事及刑事的双重性格(ex post facto laws partook of both characters),没有证据只限于刑事法。*G. Kisker*, S. 73; 也有些判决认为民事法亦不得溯及,以免对人民造成侵害,见 Dash v. Van Kleeck, 7 Johns. 477 (N. Y. 1811).

③ 荆知仁,前述书,第 91 页以下有几个案件可供参考。另外,美国最高法院在 1951 年一件涉及加州洛杉矶市立法规定过去 5 年内犯有某种罪行者,不能担任公职之规定是否违宪的问题,所作的判决,对于原告指陈违反溯及法律禁止原则,法院认为本原则只限于禁止刑事法律而已,对于此种涉及就业禁止之规定,即不包括在内。参见 Garner v. Board of Public Works of Los Angeles, 341 U. S. 716, 95 L. Ed. 1317, 71 S. ct. 909. *Emerson/Haber*, Political and Civil Rights in the United States, 1958, volume I, p. 657.

④ *Cohen/Kaplan*, Constitutional Law, 2. Ed., 1982, p. 6.

指出了一条明确的立法方向，这是欧洲国家，如德国所不能望其项背的。

（二）19 世纪后的发展

在 19 世纪前，除美国外，德国及法国许可法律的溯及规定明显地和中世纪以来所认为法律不得溯及既往的理念仅为立法原则，却允许立法者可为例外规定，并不相同。19 世纪初期，已有一些国家在立法上采取此绝对不溯及既往的立法例。例如，1804 年《拿破仑法典》第 2 条明确规定不得溯及既往。1811 年 6 月 1 日公布的《奥地利民法总则》第 5 条也规定：法律不溯及既往，对于已经完成的行为或以往已获得的权利，不受影响。

不过，尽管 19 世纪的立法例以绝对不能溯及既往为原则，但是此原则局限在属于法律的立法原则，或是属于民事法的规定，尚未提升到宪法的原则。因此，在 19 世纪中期几乎所有德国各邦的宪法大都未明确宣示此原则。①

随着德国历史法学派的兴起，逐渐地对传统学说认为法律溯及会引起法律混乱的疑虑，不以为然，并且认为立法者并非不能够对过去的事实溯及的加以规定。著名的法学家萨维尼便打破传统一概不许溯及的规定，萨维尼认为所有的法规应该分为两种类型：第一种类型为关于权利获得的法规，也就是有关法律制度与人（权利人）相关联的法规；第二种类型为权利存在的法规，也就是牵涉一个法律制度存不存在的法规。唯有第一种情形因为权利的获得已为过去的事实，成为所谓的既存权利，新法律不得随便溯及规定之。但在第二种情形则许可立法者为溯及的规定。以萨维尼之意，第一种规定乃着眼于法律的溯及将改变已成立之法律关系，因此偏向个案性质较多。在第二种情形则是客观地、通案地把现实的法律制度予以修正或废止。此时，当然会牵涉已拥有权利的

① 唯一的例外为《萨克森·阿登堡大公国（Herzogtum Sachsen – Altenburg）基本法》第 47 条规定：任何法律不得有溯及既往的效力。

个人,但既然是更改法律制度,就不必顾虑会涉及个人权利的变动了。不过,明显可见萨维尼的这种区分仍极为模糊。基本上在德国法学界具有盛大影响力的萨维尼,对于法律溯及规定仍持极保守的态度。他虽承认立法者当有在必要时可溯及规定之权力,但他也对此权力之行使,提出了必须谨慎、节制与中庸的警告。①

萨维尼的见解基本上主导了19世纪德国法学界的立场。立法者在必要时得为溯及性的规定,并且立法者在维持例外规定时,或是处理过渡时期所产生适用新法与旧法的问题,有加以明确规定的义务。此学术见解也在立法实务中,显现出来。例如,德国在1871年4月16日公布的《宪法》中以及1896年公布的德国《民法》及其施行法中,即有许多溯及规定的例外。②

在此时代主张法律绝对不能溯及既往也不乏其人。但最重要的可举德国19世纪末期著名的法学者基尔克(Otto von Gierke)为例,他将法律不得溯及既往的原则认为是所有文化国家中的一种习惯法与不成文宪法所引导出来的实质法律原则,因此应当拘束立法者。③

综上所述,19世纪对于法律溯及既往的概念发展成果有限,远不如其他法律理论,例如,民、刑法与行政法的许多原理、原则在本时期的发展来得成果丰硕。本时期唯一的论证结果仅是打破法律不溯及既往的绝对性,许可立法者在例外的情况下,得为溯及规范而已。但对于为何立法者应该不得溯及的法理依据却未进行讨论。众多学者中,仅有民法学者基尔克,宣称此原则渊源于文化国家(Kulturstaat)的理念,而非渊源

---

① 参见 *Savigny, F. C. von*: System des heutigen Romischen Rechts, Bd. 8, 1849. §384 (S. 374f) &§398(S. 514ff); Dazu *M. Gegerle*, S. 17。

② 特别是施行法的内容都涉及溯及的问题,参见本文五(二)处。

③ *Gierke, Otto von*: Deutsches Privatrecht, Bd. 1. All Teil und Personenrecht, 1. Aufl., 1895; *M. Gegerle*, S. 17.

于当时已讨论甚久，且已蔚然成行的法治国理念。[①] 19 世纪中期以后的德国各邦国已逐渐迈向立宪国家，对立法权颇为重视，再加上法律不溯及既往未形成宪法原则，再讲求实证主义的当时，不会承认立法者应受到此原则的拘束，乃为论理的当然。即使是刑事法律不溯及既往的此一重要理念，德国经重要的法学家费尔巴哈（P. J. A. Feuerbach，1775～1833）的大力鼓吹，遂成为德国《刑法》的思潮，且在 1871 年公布的《刑法》第 2 条已明确揭示此原则，明显的仍只是立法者的产物与意志决定，自然可以依立法者之意志加以更改。即使如基尔克将此原则视为不成文的宪法原则与自然法理念，既然无法拘束立法者，遑论法官之受此原则之拘束。[②]

在美国方面，前文提到美国《宪法》的禁止溯及规定，经联邦最高法院的 Calder v. Bull 案件的判决，仅局限在禁止刑事的溯及法律。但既然有些州宪法，如新罕布什尔州明确将此禁例亦延伸到民事法律，就不免会产生争议。最著名的一案为联邦最高法院 1814 年的福音传播协会案（Society for the Propagation of the Gospel v. Wheeler）。[③] 大法官 Story 对于本案所涉及的新罕布什尔州宪法明确禁止民事溯及法律，采取了极广义的见解。为了补强他的理论，Story 大法官提出了新法效力理论（Nova－Constitutio）及既得权理论（vested right）。所谓的新法效力理论的用语（Nova－Constitutio）是撷取自一句拉丁文的法谚新制定的法律仅能规定后来，而非以前之责任（nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis）的前二字为理论名称，其意义至为明确。而既得权的理论可以上溯至洛克（John Locke）的理论，依洛克著名的政府二论，

---

① 参见笔者：《德国十九世纪法治国概念的起源》，参见本文集第一篇。

② 基尔克认为不溯及既往之原则应可拘束立法者，但是他也无奈地指出，由于法官不无拒绝适用法律之权，同时法官亦无依据宪法原理来审查法律之权限（违宪审查权），故对于一个溯及既往的法律，只能遵照适用之一途而已。*Gegerle*, S. 17.

③ 2 Gall. C. C. 105(1814) : 22 Fed. Cas. 756.

政府必须保障人民获得的财产权利。人民拥有财产权乃自然法所赋予,此既得权牢不可破,政府不能滥权地侵害。本于这两个理论,Story 认为既然宪法(及州宪)明文禁止溯及法律,亦即要保障人民的财产权现状不受法律的侵害。准此,他将任何法律只要侵害了既存权利者,皆视为溯及法。这个广泛的定义,在民事法律方面实又包括了两种情形:一是标准的溯及法律,即将后法的效力延伸到已经成立的法律事实(praeteritis formam imponere),不论此事实或权利是否存续;二是尽管本新法是嗣后才生效,但对现存法律关系造成影响,如新的课以较高交易税的法律,都列入 Story 的溯及法律概念之内。在后者情形虽然是一般法律的通常情形,Story 之所以将其列入溯及法律,明显的是把既得权(vested right)的绝对效力过于重视,且把新法理论与既得权理论视为一体,才会产生此后果。① Story 这种定义明显地忽视了国家利用立法方式来限制人权,本是对人民权利的现状加以干涉,所以广泛地溯及法定义,对于既得权范围应该予以限制。但是,Story 此种见解对于 19 世纪以来的美国法学有极重要的影响,他强调了保护人民权利的新法理论主要是在民事法方面,却也获得不少支持自由主义法界人士的重视。

但是,对于抑制国会制定溯及性民事法律可能造成侵犯人权的后果,前述禁止不溯及法律(ex post facto law)的联邦宪法条文既然功能不彰,但却又有一个宪法的条款能担负起保障的任务,此即 1791 年公布《宪法第五修正案》所规定联邦限制人权时应遵守的正当法律程序条款(Due Process of Law);后在 1868 年公布《第十四修正案》时,将此条款的效力及于各邦之上。正当法律程序原则虽然是针对国家刑罚权行使的程序,以及在内战结束后也扩展到实体法方面,但既然本原则以保障人民的财产权为标的之一,也可拘束立法者不当的民事法律,1856 年的 Wynehamer v. New York 一案,法院便是援引本原则否认立法侵犯人民

① *G. Kisker*, S.47.

既得权的合宪性。[①] 但是，既然溯及性法律会引起侵犯人民权利之虞，此种法律的违宪性依正当法律程序原则来检验，法院所注意的，也和其他侵犯（限制）人民权利的法律一样，有如在程序及实质上的立法理由、立法依据的完整。易言之，不专注在讨论一个法律的溯及规定，在本质上是否合宪的问题。因为，正当法律程序原则并不导出当然反对溯及立法的原则。1873 年的 Stockdale v. The Insurance Company 一案最能代表联邦最高法院对所得税法有溯及效力的立场。对于涉案的 1869 年所得税法，本应在该年年底失效，但国会却在次年 7 月中立法，决定该法律继续生效至 7 月为止，其中间 7 个月视为失效。这个溯及法律，最高法院认为毫无违宪之虞。因为缴税本是人民的义务，且此修法在课税义务期间内，所以不算违反正当法律程序。[②] 联邦最高法院对于所得税法的溯及规定视为合宪的态度，影响至为深远，迄今仍遵循本原则。再如，1875 年的 Lane v. Nelson 案，联邦最高法院重申溯及的民事法律并非违宪之举，[③]代表了美国在此时代对于溯及民事法律及所得税法合宪性的基本态度。

不过，在涉及契约部分，《美国联邦宪法》第 10 条同时也规定，各州不能制定损害契约义务之法律。此规定本身即寓有溯及法律的意味在内。如果州立法者制定嗣后（将来）生效性质的契约法律，当然并非宪法所不许。[④] 本条款被称为契约条款（Contract Clause）目的在于保障契约

---

① 13. N. T. 378(1856), *G. Kisker*, S. 80.

② 20 Wall. (87 U. S.) 323/331.

③ Lane v. Nelson, 79 Pa. 407(1875); *W. Blümel*, S. 409.

④ 依德国学者 Blümel 的分析，美国立宪当时面临严格的财政危机，此条款主要目的乃在于避免日后会以立法方式图利债务人——制宪者颇多是财力雄厚者，此条文并非针对溯及法律而定。*W. Blümel*, S. 70.

自由及交易安全,①对于立法者如果以溯及立法方式来改变人民已签订的契约内容,即违反此原则而违宪。不过,自19世纪以来,主张援用契约条款来主张溯及法律违宪的案件极少,主要是正当法律程序原则可以实质地论及法律的制定有无公正,且不仅联邦及各州的立法皆受拘束,不似契约条款只拘束各州立法,国会则不受拘束,故功能有限也。②

综上所论,不论是欧洲的德国或是美国在19世纪中期,对于溯及法律的许可性问题,都没有引起太多的争议,溯及法律的许可界限理论仍未发展。

(三)20世纪初期的发展

进入20世纪,溯及效力的问题开始在德国公法界著作中出现,成为法学讨论的一个课题。不过在此时期,大致上仍是承袭19世纪以来的见解,如著名的宪法学者安序兹(G. Anschütz)即认为:过去学界颇多认为立法者不得侵犯人民的既得权利来制定溯及性质的法律,此种见解颇值得再斟酌。法律不得溯及既往的规定,并非对于立法权所加的限制,只不过是对于立法政策的要求罢了。同时,法律不得溯及既往原则已非永远且于任何情形下皆颠扑不破的原则。③ 安序兹的见解明显是由实证主义的立场出发,并基于公共利益的考虑,认为立法者应拥有溯及规范的权力。

本时期重大的进展乃1919年公布的《魏玛宪法》第116条规定:任

---

① 现行条文使用损害(impairing)契约义务之用语。但原草案是使用改变(altering)与减少契约义务之用语。但在定稿前经决议删除改变用语。但已将改变的用意纳入损害之内。*W. Büümel*, S. 70.

② 关于美国最高法院在19世纪判决溯及法的情形,可参见 *James L. Kainen*, The Historical Framework for Reviving Constitutional Protection for Property and Contract Rights, 79 Cornell L. Rev. (1993), pp. 87, 102 - 23。

③ *Meyer - Anschütz*: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7, Aufl, 2. Teil, 1914, S. 665. 安序兹在其另一个著名的《魏玛宪法》注释书中,针对第116条的罪刑法定主义条文的诠释时,完全不提及法律的溯及问题,亦可佐证其对此问题的忽视。另见 *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14, Aufl, 1933, S. 547.

何行为唯有在行为当时的法律，已明确规定其可罚性时，方得科以刑责。罪刑法定主义（nulla poena sine lege）正式入宪，取得了具有宪法位阶的效力，许可溯及的法律范围，明白排斥了刑事法律。但比起美国宪法的规定，德国宪法重视此问题，足足慢了一个半世纪之久。

另外，在行政法及著作中仍普遍持有传统的见解，吾人可举20世纪初期行政法学最重要的学者弗莱纳（F. Fleiner）的见解为代表：弗莱纳认为行政法上原则也适用法律不溯及既往的原则，但是，除非宪法或其他法律有针对某些事项为特别规定——如宪法确定的罪刑法定主义——外，立法者当然拥有可决定要否溯及的权限。弗莱纳认为在行政法中发生此现象比私法普遍。他特别指出像以新法来规定于新法公布前已完成的建筑物，如与公共安全有违，即应依新法来整建。故只要涉及公益越大，就应越可溯及也。所以溯及既往的法律只要符合公益，几乎不成任何问题。①

在此时期德国帝国法院与行政法院的见解已大致和学界的见解相同。帝国法院（Reichsgerichts）在判决中鲜少对本问题加以深论，但在基本立场上承认立法者拥有溯及的权限，但逐渐地也开始对立法溯及规定的时机与其范围有无界限的问题，加以重视。在此时期有一个判决特别值得重视：这是在1924年3月1日，帝国法院认为立法者的溯及规定倘若违反《宪法》第153条的关于财产权保障与征收的规定，而有违反诚信原则时，不得为溯及之规定。此外，此溯及之规定是否基于帝国与国民的急迫需要，而为的是必要与紧急立法，亦为应斟酌之处。② 本判决对于

---

① *F. Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Teil, 8. Aufl, 1928, S. 88；弗莱纳认为，在应否产生溯及效果，应该在个案时决定是否公平，且应由法院来作判断。但在许多情形则是立法者自行统一规定。依弗莱纳整体见解，似乎连许可新法产生溯及效果都无须由新法明确规定，故反而视为法律的适用原则也。弗莱纳强调公益的绝对效力可见一斑。另外，可参见另一行政法大师Jellinek，也有相同的见解。*W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1931, S. 159.

② Bd 107, S. 373.

溯及学理值得重视之处,乃在于:明确地提出了立法者溯及效力应有界限,且其界限乃在于:第一,宪法所定的原则,例如《宪法》第153条所保障人民的财产权利,以及被视为私法帝王条款的诚信原则。第二,立法者实行溯及规定是否为绝对必要与急迫的手段,也列入此界限的一个原则。帝国法院这一判决开启了法律溯及规定学理的一个新的里程碑。然而,本判决并未在当时的学术界及帝国法院审判实务中,获得应有的重视,①整个魏玛时期仍然弥漫着立法者自由溯及的认知。溯及理念在此时期的发展大体上仍沉滞不前。

美国在19世纪30年代,或是在划时代实施新政(New Deal)的1933年以前,关于溯及法律合宪性的问题,却有比德国较明确的发展。

基于正当法律程序原则,立法者对人民权利的干涉必须在无理智决定(unreasonable)、恣意妄为(arbitrary)及不公平(unjust)的前提下方得许可之。这也是所谓实质的正当法律程序(substantive due process)原则,也发展出所谓的理智原则(Reasonability Test),作为检验人权法律合宪性的依据。在19世纪中期及20世纪初期已有不少美国最高法院的判决揭示此原则,②法院也可使用此标准检验溯及法律。兹举几个著名的案件为代表说明之。

在1901年的De Lima v. Bidwell案件是一个代表。本案是发生在1900年4月。一个公司被课予关税,但该公司主张此课税程序有误(未得法令充分授权),在申诉期间照缴该税。在同时,立法当局发现原处分瑕疵,遂修正相关法律并溯及生效。法院认为立法者虽然并非没有权力

---

① 例如,帝国法院再于次年(1925年)10月21日所作的判决(Bd, 112, S.11)明确指出,立法者拥有法定上的权力得制定溯及的规定,这并且已获广泛的共识。本判决又推翻前一年法院对于立法溯及规定所应有的限制之立场。

② 1857年的Dred Scott v. Sandford 19 How. (60 U. S.) 393; 1922年的Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393 (1922). 参见荆知仁,前述书,第83页;郭介恒:"正当法律程序——美国法制之比较研究",载《宪法体制与法治行政,城仲模教授六秩华诞祝寿论文(二)》1991年版,第134页。

来制定所谓的补救法(the curative act),来弥补旧法的瑕疵与漏洞,但是若是溯及的侵犯人民的权利,像本案当事人是在抗议、申诉不法的过程中,立法者又立法将此不法合法化,正是违反正当法律程序的要求,宣布该法律违宪。① 1905 年的 Lochner v. New York 案,对于法律溯及规定每周最多工作时数的争议,法院亦运用正当法律原则来宣判违宪。② 而另两个案例则具有更重要的指导意义。1927 年最高法院公布了 Blodgett v. Holden 案,1928 年最高法院又公布了 Untermyer v. Anderson 案,两案都涉及赠与税法的修正可否溯及的问题,而法院的见解一致。在第二案的说明较详尽。就以此案而论,在赠与税法修正案审议过程中,一个赠与行为遭到新修正法律溯及的规定,需缴付较多的税额。主管机关认为当事人在法案审议过程中已经知悉了赠与税会提高,且会溯及的规定,故当事人应该早已预见(foresee)修法后果,也获得了充分的警告,因此溯及立法不能谓为违宪。法院在判决中驳斥此种见解。法院认为,除非到了最后一刻,人民无法预知法律会以何种面貌出现。所以所有法案在国会之外,都是不正确的。因此,认为人民由审议草案可以预知其权利的侵害,是一种猜测性的恣意妄为,侵犯了正当法律程序之规定,而宣布该修法为违宪。③

1927 年的 Blodgett v. Holden 案及 1928 年的 Untermyer v. Anderson 案所强调的可预见性作为溯及法律的合"宪"与否之依据,在嗣后判决中屡被引述。例如,1931 年的 Milliken v. United States 一案,法院认为人民已知死者的赠与列入遗产的范围来课税,已是立法明定,当事人也知道,故不为违宪;④同年类似的 Phillips v. Dime Trust & S. D. Co. (1931)

① 182 U. S. 1 (1901).
② 198 U. S. 45 (1905).
③ 275 U. S. 142 (1927); 276 U. S. 440/456 (1928).
④ 283 U. S. 15/24 (1931).

案,也重申类似的见解。[①] 可知这种可预见性也不经常对人民有利。最明显的案子,也和1927年及1927年的《赠与税法》立场不同。如1936年的Hudson v. United States一案,[②]涉及《银税法》在1934年6月19日公布时,将依该法课税的日期提早至当年5月15日以后购买银物之行为者,皆适用之。对此溯及的效力,法院认为立法当局主张5月15日总统的特别代表已向外界提出修法建议,人民当已知悉,故不能称此立法为不理智而违宪。所以,美国最高法院对《所得税法》的态度与《赠与税法》不同。最高法院在此时代又有一件最明显使用实质正当法律原则,认为一个溯及法律会因此侵犯人民财产权的案例。在1935年公布的Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co.一案,对于法律规定铁路公司应成立退休基金,并将法律公布前一年已退休的工人纳入退保给付,是要求雇主负担以前未有之义务,而宣告违宪。[③]

美国联邦最高法院在1927年提出的可预见性理论所建立的信赖原则(principle of reliance),和德国在第二次世界大战后的联邦宪法法院见解——下文将详述,如在1953年所提出的可预见性理论及1960年论及溯及法律费用法修正案所提出的信赖感理论——早了1/4个世纪之久。由德国联邦宪法法院为该两项判决时并未援引美国此判决,且学术界亦未重视美国的制度,美、德释宪机关的见解,恐纯系巧合的殊途同归也!而在美国最高法院本案中否认法案在审议期间对人民有警告性质,从而反对人民对后法的新秩序已产生信赖感,证诸下文即将述及的德国纳粹时将此作为合理化的溯及理论以及德国联邦宪法法院却导出相反的结果,美国最高法院(在涉及赠与税法部分)的见解恐更见其合理性。

不过,美国最高法院这种基于自由主义、放任及保守主义的见解,随

---

① 284 U.S. 160/166; 引自 *G. Kisker*, S.86。

② 299 U.S. 498 (1937).

③ 295 U.S. 330, 55 S. CT. 758, 79 L. Ed, 1468 (1935).

着美国新政的推行，大法官的换血，法院的态度转变，故自1936年以后至20世纪60年代以来，几乎没有一个溯及性的法律被认为是违反理智原则，[①]1935年的本案有如彗星一般，代表美国第二次世界大战前的自由、放任主义！

（四）德国纳粹时代的逆向演变

德国在20世纪30年代魏玛时代结束后，进入了被后世广泛抨击为背离法治国家原则，倒行逆施的非法治国（Unrechtsstaat）时代，法律的溯及既往理论与实务更大幅度的逆向发展。其情况大致归纳为如下两点：

第一点，完全肯定立法者得为溯及既往之规定，对于立法溯及的界限问题根本未成为学界与实务界关切的焦点。

第二点，最令人诟病者乃纳粹政权明确废止《魏玛宪法》第116条罪刑法定主义。为了建立所谓新的刑事正义，得在刑事法律中为溯及既往的规定。纳粹政权甫登台（1933年1月30日）不久的2月27日，国会大厦遭纵火焚毁。由于公共纵火罪依当时《刑法》规定，最高可处无期徒刑。国会旋于次日（2月28日）通过法律，规定所有现行法最高处无期徒刑之罪，全部改处死刑。纳粹政权恨极了有纵火癖的犯人，必欲置之死地而后快，又于3月29日再修正法律来溯及规定，凡同年1月30日至2月17日间犯有无期徒刑罪行者，得处死刑。纳粹政权掌权不到两个月就已破坏罪刑法定主义之原则了。另外，更进一步在1935年6月28日通过《刑法修正案》，废除了德国自1871年制定之德国《刑法》第2条的罪刑法定主义，使得《魏玛宪法》第116条已名存实亡。另外，纳粹德国往往基于冠冕堂皇的正义理由，来溯及地处罚犯罪，例如，以维护德国家庭与儿童幸福为名，防止诱拐儿童及施以重罚，而在1936年6月22日公布的《绑架勒索儿童防止法》便溯及自1936年6月1日起生效（溯及22天前）；为了避免利用汽车等交通工具来抢劫，而于1938年6月22日

① *G. Kisker*, S.89. 同样见解，亦如 *W. Blümel*, S.411。

公布的《汽车行劫法》溯及自1936年1月1日生效(溯及2年又6个多月);1941年9月24日的《帝国刑法》修正的实施令,溯及同年9月15日实施(溯及9天)。①

纳粹政权的刑事法律得溯及的情形,已明确抵触了西方法学自法国大革命以后形成基本原则的罪刑法定主义,此原则也已深深地植入德国刑法学的土壤。故纳粹这种行径,促成了大战后法学界开始重视法律溯及既往问题的主因。②

(五)德国《基本法》规范溯及法律的理念

1.《基本法》的相关理念

德国在第二次世界大战结束后,学术界立即对纳粹政权主张的法律思想大加鞑伐,尤其是对法律不当地溯及既往。

首先特别值得一述的学界声音为赖特布鲁赫(J. Radbruch)教授在1946年5月发表了一篇重要的论文"法律上的不法与超法律的法",展开了对纳粹法学的批判。赖特布鲁赫认为一个法治国家的司法应该符合三个条件:合法性(Gesetzlichkeit)、正义性(Streben nach Gerechtigkeit)及法律安定性(Rechtssicherheit)。赖特布鲁赫虽把这三个条件当作是法治国家司法权力运作的标准,无疑正是对于一个法治国家要件的要求。吾人在此可特别注意的乃法律安定性原则。但是如果比较起纳粹政权时尽管以高唱正义且将正义作为其法律的立法原则,以及也宣扬恶法亦法的实证主义,相反地法律安定性原则正是纳粹政权所轻视,且少加以讨论之原则。溯及既往问题的关键即法律安定性。因此,赖特布鲁赫摒弃了法律实证主义,强调应凭借抽象、渊源于自然法思想的正义观,与法律安定性原则,作为一个国家是否为法治国,且为实质意义

---

① *M. Gegerle*, S. 24, FN, 18.

② 参见郑逸哲:"纳粹第三帝国刑法类推适用之研究",台大法律研究所1990年硕士学位论文,第106页。

法治国的判断标准。对法律溯及理论发展而言，赖特布鲁赫教授所强调的法律安定性原则构成法治国概念的要素之一，当是具有时代的意义，也对后世的德国法学界及法律实务界，及本问题的探讨指明了具体的方向。①

1949 年制定的德国《基本法》在第 103 条第 2 项重新采纳了《魏玛宪法》第 116 条罪刑法定主义的立法例。此外，并未对其他法律及溯及问题有为任何的规定。《基本法》此项外观上显得保守的规定，显示出《基本法》的制定者，并未对于法律的溯及深入的研究，也当可确定立宪者没有对德国传统法学，尤其是魏玛共和国时代之对立法者拥有溯及规定权限的见解，有加以变更的打算。否则，《基本法》应在第一章基本人权内增加一个条文，宣示基于法律安定性的原则，应保障人民不受溯及法律的拘束，也可进一步规定许可溯及的条件及其界限。不过，如果吾人更进一步就《基本法》整体而来考察，《基本法》比起《魏玛宪法》能够提供德国实务界及法界更多阐释此问题的空间有三：第一，《基本法》明文规定国家的属性为法治国与社会法治国（《基本法》第 20 条第 1 项及第 28 条），使得法治国家的原则能够拘束国家权力的运作；第二，《基本法》明文规定立法权受到合宪秩序的拘束，行政与司法受到法律及法的拘束（第 20 条第 2 项），使得类似法律安定性的原则，可以通过合宪秩序与法来发挥拘束力的可能；第三，《基本法》赋予基本人权的规定，有视同现行法，可直接拘束行政、立法与司法的效力，因此，举凡人民的财产权、平等权一旦遭到法律的侵犯，并不只是一般普通法院的民事适用问题，

---

① 赖特布鲁赫对于法律溯及的贡献当是无心插柳的结果。按赖特布鲁赫那篇论文的本意乃在批评德国纳粹时代法官的墨守恶法亦法，所关注的焦点为国家司法权力，而非立法权力。关于赖特布鲁赫此篇论文，可参见笔者："国家法治主义——英国的法治与德国法治国家的理念"，收录于本论文集第二篇。不过，赖特布鲁赫也基于对正义的实践，认为第二次世界大战后占领军追溯纳粹罪刑，并不理会战犯们主张此追溯乃战后新立法，是违反罪刑法定主义的溯及刑法，而认可这种行为，前后理论似乎极矛盾！参见 *E. Tietz*, Rückwirkung von Gesetzen, NJW 1951, 468。

亦可成为法律违宪与否的争议。

因此,《基本法》虽未对法律的溯及订立明确的单独条款,但《基本法》整体的价值判断与人权保障体系已使法律溯及问题能够提升到宪法的探讨层次。德国《基本法》实施后迄今整整半个世纪以来,本问题成为联邦宪法法院释宪实务中最热门的问题之一,①且学界讨论数量之多堪称汗牛充栋,恐怕已是《基本法》的制定者当初所未预料到的。

2. 法治国概念的导源

德国在魏玛时代的帝国法院实务上虽然已使用诚信原则及宪法保障人民财产权之意旨来对溯及法律的合法性提出质疑,但真正将溯及法律提升到宪法争议的层次还必须到《基本法》制定后才展开。

首先必须简略探讨规范溯及法律的理论依据——法治国家的理念所导源出来的法律安定性(Rechtssicherheit)及信赖保护(Vertrauenschutz)的问题。

前已述及在19世纪末期提及限制溯及法律的理由,基尔克教授(Otto v. Gierke)提出的文化国家论。而赖特布鲁赫教授提出的法治国家法律安定性及正义才更是提供解决溯及法律合宪性界限问题的依据。德国《基本法》所揭示、实践的法治国家理念是所谓的实质意义法治国家,而非形式意义的法治国。实质意义法治国的特色乃在于利用奠定形式意义法治国的诸多源由自由主义时代的理念及制度——如分权、尊重人权,再加上追求实质正义、社会公平等价值,而构建成一种新时代的法治国体制。② 这种新的法治国理念强调对国家法律的质量有加以管制的必要,不再如形式法治国时代极度尊重立法权,甚至放纵立法权,形成恶法亦法的现象。这种对于法律质量的控制,称为法律国家的法律制定要

① 德国皮洛教授曾仔细将1980年以前,凡是联邦宪法法院中有明确提到将法治国原则当成法律溯及问题之原则的判决挑出,共有七十余个判决,可见本问题的重要性。B. Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, S.50, FN 55.

② 关于实质意义法治国概念的起源与发展,可参见笔者"国家的法治主义"一文。

求(Rechtsstaatliche Anforderung an die Rechtssetzung)。这个原则,如依著名的舒兹·菲力兹教授(Schulze - Fielitz)之分析,必须包含三个子原则:(1)法明确性(Bestimmtheit von Gesetzen):法律必须在立法条文内明确让法律的适用者——人民、行政及司法权力者,知道其合法权限所在,借以界定一个清楚的权利义务范围,这是整个国家形成一个客观且复杂的法律秩序所不可或缺的因素。由此法明确性要求可以再导源出另两个实践此原则的次子原则的问题:不确定法律概念(与概括条款)以及立法授权的明确性原则(德国《基本法》第 80 条)。此二次子原则是行政法极著名的原则,也是现代行政法迥异于第二次世界大战前,所谓古典行政法的特征之一。(2)法明白性(Klarheit der Gesetze):这是要求立法在字义上必须极为明白(klar)、单纯(eindeutig),不会有含糊不清,同时与其他法律之间的关系亦必须由立法者加以澄清。易言之,立法者有义务负责提出第一流法律的语义质量。由此可见,法明白性是强调语义本身的要求,而法明确性原则专门是要求个别法条的规范事项,两者稍有不同。① (3)法安定及性及信赖保护:立法者依此两个要求,必须在立法时考虑,人民由以往法律——不论是否遵守了前两项的法明确性或法明白性原则——所构建的秩序下所获得的利益,应该获得何种程度的维持。②

德国联邦宪法法院很早就承认由法治国家理念可以导出法安定性及人民对国家法律的信赖关系。在 1952 年 7 月所公布的判决中,宪法法院提到宪法除了包括成文规定外,还有其他属于法治国理念的原则,

---

① *W. Herschel*, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, 729; *H. Schulze - Fielitz*, in: H. Dreier (Hrgb.), Grundgesetz, Kommentar Bd Ⅱ, 1998, Art. 20, Rdnr. 129.

② *H. Schulze - Fielitz*, Rdnr. 116.

此原则也包括法律安定性在内。① 最透彻的一个说明,可举 1961 年 12 月 19 日所作的提高法人税合宪案的判决。法院提到:法治国家最重要的要素为法安定性。人民应该尽可能地预知国家的侵犯,以便实行应对之方。人民如果依据当时现行法来为某种行为,可以得到何种法律后果的法律秩序应该获得信赖感……因此,法律安定性对于人民而言,信赖保护即居于最首要之地位。② 这个最常被德国实务界及学界引述的说法,无疑是把法治国家、法律安定性及信赖保护之概念,合为一体。③ 人民既然由法律的明确性、明白性获得一个法确性,在行为时能够有一个完整的预测(verständige Vorschau),是所谓的可预测原则(Messbarkeit),所以其信赖国家法律秩序,也就是信赖国家立法者的计划(Planung)及处置(Disposition),也就是不能随便由国家反悔,这也是国家法律秩序连续性(Kontinuität der Rechtsordung)的表现。④ 这点,德国联邦宪法法院在其成立后最早的判决之一,例如,1952 年 4 月 30 日就提出此完整的预知,⑤并在 1953 年 4 月 24 日判决,更明确提出可预见性原则(Voraussehbarkeit)。⑥ 故法律安定及信赖保护是一体两面,也是法律明确性及明白性所要追求的目的显现。

3. 与诚信原则之关联

提供规范法律溯及问题理念的基础,除了上述法治国理念及信赖保护外,最容易马上进入法律人思维中的另一个原则则为诚信原则。诚信原则可否作为替代信赖保护及法律安定性之主导因素?先由肯定说来讨论。

---

① BVerfGE 2, 380/403;在 1953 年 12 月 18 日公布的 E3, 237 也宣示法律安定性是法治国原则最重要的成分。

② BVerfGE 13, 215/224;另早在 1959 年的 E 9, 201/212 已经约略的提及。

③ *S. Muckel*, S. 60 及 FN. 202 引述许多判决。

④ *R. Zippelius*, Das Wesen des Rechts, 3 Aufl., 1973, S. 128.

⑤ BVerfGE 1,280.

⑥ BVerfGE 2,264.

采取肯定说的立场，主要是着眼于诚信原则帝王条款的崇高地位。诚信原则虽本是民法的条款，不论是原先规范债的关系，或提升到所有民事关系中的适用原则——尤以后者是今大陆法系，如德、日、我国台湾地区、瑞士为然，法学界极普遍的看法，诚信原则已经由一般的私法原则提升到一般法律原则，应该在所有的法律内实践。① 因此不仅是私法，即连公法也应该适用此原则。诚信原则如能提升成为一般法律原则，尚可看其提升到何种层次：一种是如果只是提升到立法原则，亦即立法者在制定所有法律都必须注意到的原则，但对立法者并不足以形成拘束力；② 另一种则是提升到宪法位阶，即形成对立法者有拘束力之超实证法之原则等两种。唯有后者才会产生替代法律安定性及信赖保护原则的可能性。

德国在《基本法》实施后的初期，持赞成论者不乏其人。其论点除了认为民法的诚信原则已成为法律共通原则之外，而依据国家机关（立法机关）纵使有前后届之分，但本于机关延续性（Kontinuität des Organs）及拉丁法谚立法者不能违背自己以前的行为（venire contra factum proprium）及协约须遵守原则（pacta sunt servanda），法律是立法者与人民的一种公约（引自卢梭的《社会契约论》），故立法者必须取信于民，是为立法者的诚实（fides）义务。这种见解把诚信原则视为一种渊源于自然法的不成文的宪法条文、超实证原则。

德国联邦宪法法院在一成立时就宣称，德国《基本法》所树立的法治国家并不只是尊奉宪法明定的诸成文规范，也受一切超实证法律原则之拘束。③ 故《基本法》甫实施后不久，不少学界便支持诚信原则具有此种

---

① 我国台湾地区不少法律学者都持此见解。参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），1985年10月，第331页；另可参见林合民："公法上之信赖保护原则"，台大法律1985年硕士学位论文，第30页。

② 参见施启扬：《民法总则》，1985年增订7版，第394页。

③ BVerfGE 1，18.

自然法的地位而拥有拘束溯及法律之功能。① 甚至行政法的法学界及实务界,颇多持肯定见解。法学界虽然都比较含蓄地将诚信原则适用在类似民事事务的行政法范围,如类似意思表示涉及行政官署对于行政救济之教示(Rechtsmittelbelehrung),②或是行政救济方面,将诚信原则视为针对行政滥权所为的规范原则,并因此可产生行政诉讼的法益侵害。③ 联邦行政法院在早期也持肯定立场,④因此,诚信原则与信赖保护的概念无异,甚至后者由前者所产生。

不独德国早期的看法看重诚信原则,与德国民法及行政法体系类似的瑞士,情形亦同。瑞士著名的公法教授汉斯·胡柏(Hans Huber)曾撰文分析。由于《瑞士民法》在1912年制定后,《瑞士民法》第2条第1项规定的任何人行使权利与履行义务应依诚信原则的观念已根深蒂固,故瑞士的学者与实务界——特别是公法,皆将诚信原则列为公、私法共通的法律原则。因此,在为数众多的瑞士联邦法院判决实务中皆肯定诚信原则在公法中应适用,行政官署如违反诚信原则,可被行政法院认定为滥权。而对于信赖保护原则,不是略而不谈,就是与诚信原则合并使用。故瑞士是明显以诚信原则作为可以规范法律溯及效果的指导原则,迄今

---

① 最具代表性的,如 *H. Coring*, Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen, BB 1954, S. 139; *M. Gegerle*, S. 85. 另外著名的公法教授秀勒(U. Scheuner),在1960年发表的一篇享有盛名的论文"德国法治国最新发展"一文中,亦持此看法。参见 Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in : Listle/Rüfner (Hrgb.) *U. Scheuner*, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 211。

② 如著名的行政法学者乌勒。*C. H. Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl, 1978, S. 187.

③ *Tschira/Glaeser*, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl, 1985, SS. 63, 72, 105.

④ BVerfGE 5, 312; 8, 261; 10,308; 11,136; 13, 28; 19, 188; 44,294; 德国联邦行政法院在1957年的一个判决代表此立场最明显。本案是一位住在东柏林的公务员遗孀,向西德政府申请给付抚恤金。主管官署要求其先要在西柏林定居后才支付。当该妇在西柏林定居,并领受部分抚恤金后,主管机关又认为资格不符,要求退回已领抚恤金。联邦行政法院明确宣示诚信原则不只是民法原则,也是可以在公法内实践的原则,判决主管机关败诉。这是联邦行政法院早期重要的判决之一。BVerwGE 9,251.

未有改变。①

德国在早期就将诚信原则列入公法，并与信赖保护原则混同的见解，其实并非没有遭到质疑。问题的症结点可分几个方面来讨论。首先，就当事人性质来论，究竟在民法中——纵不论此原则是否应如原始观念般仅以债之关系为限（此答案当为否定），此拘束双方当事人，且是处于平等地位之人民（及有准人民地位的公权力所为之私法行为）的原则，能否用在具有高权地位的立法者（与人民间的关系）之上？按立法者的判断容有时间性，难免有错误时，在日后即有更易的必要性，甚至义务性。任何一个法律的更易撤废都代表立法者判断之今是昨非，如何要求立法者前后一贯地接受其类似民法契约所树立的义务内容？倘一切立法者的修法都视为违反诚信原则，立法者就不能随时代需要修法。更何况立法者一旦发现以前立法时的预测错误（Prognosenfehler），从而产生改正义务（Nachbesserungspflicht）时，更是法治国家所课予立法者之义务。② 所以，法律安定性原则并不要求立法者一成不变地维持本法，反而是要督促立法者跟得上时代脚步，制定进步的立法。③

其次，诚信原则成为民法中的帝王条款，主要理由是立法决定——列入民法内的实证条文。在讲求依法行政，尤其是讲求法律明确性的时代，在为数甚多的公法法律中，却未有一个法律明确地引入此条文，故是否即可当然地把民法的成文规定引入公法，而不问此民法帝王原则之所以受到民法学界、实务界重视的因素，而一概适用到公法之上，仍值斟酌。

---

① *H. Huber*, Vertrauenschutz; in: (Bachof/Heige/Rodeker (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bildung, 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 317; *H. Huber*, Vertrauen-schutz im Rechtsstaat, in: Häfelin/Haller/Schindler (Hrsg.), Menschenrecht, Föderalismus, Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Kägi, 1979, S. 199.

② *R. Stettner*, Die Verbesserungspflicht des Gesetzgebers, DVEl., 1982, 100.

③ *R. Zippeliu*, S. 128.

上述两大疑问实是将诚信原则取代信赖利益,并构成法律安定性原则内涵的疑难!的确,民法的诚信原则并不排斥立法者的事后修法决定。易言之,诚信原则亦要求将法律嗣后的改变亦可形成公序良俗的内容。民法保守的传统见解将诚信原则仅涉及私人间的议定事项——契约,倘上位规范性质的法律改变,虽然并非规范下位当事人关系(且可在民事法院促其实践)的诚信原则所敢于挑战,或想要探讨之课题。这是诚信原则在本身性质上的致命伤。此外,再由德国《基本法》上的规定而论,诚信原则与其息息相关的私法自治及契约自由原则都是由《基本法》第2条第1项一般人格权所导出。而此人格权的界限也是所谓的合"宪"法律,可见得立法者可以合"宪"方法来修正,甚至形成、规范诚信原则之内容。① 诚信原则不是用来规范立法者的原则,其理甚明。反而是要借着立法者把这个在民法中普受敬仰的原则,引渡到其他法律之中,特别是公法中(如行政法),有许多事项性质和民法并非排斥,正是可以引入之。行政程序法中可以将此原则明确援引适用在意思表示;行政契约的订定、解释;行政指导与救济的教示;行政保证……②德国行政法名家O. Kimminich教授正是持此见解者。③ 准此,诚信原则可以称为一个可以跨法的法律原则,也是可以由纯民事法外销到其他法律的法律原则——如在行政法内适用,且可提醒立法者注意。但当然地视其为源于自然法,具有拘束各个法域内的资格,并取得超实证法优越地位的宪法

① *R. Zippelius*, Einführung in das Recht, 1974, S. 60.

② 参见笔者:《行政法学总论》,1997年第6版,第83页;吴庚:《行政法之理论与实用》,1998年第4版,第56页。

③ *O. Kimminich*, Die Rückeirkung von Gesetzen, JZ 1962, S. 522; *T. Schram*, Staatsrecht, Bd Ⅰ, 3. Aufl., 1985, S. 268亦同此见解。

原则，恐亦未必也。①

早期德国学界最早指出此看法的是克莱教授（F. Klein）。其在1954年发表一篇讨论税法溯及问题的文章中，克莱教授认为规范溯及法律的原则并非基于一般人格权、诚信原则或依法行政，而是基于实质的法治国家原则，以及由此原则产生出来的法律安定性，从而应该导出溯及法律原则上应该采禁止、例外采许可之结论。②

克莱教授的看法很快受到德国学界的重视，③并影响了德国联邦宪法法院。德国联邦宪法法院在1961年所作提高法人税法的判决中，明确指出，规范溯及法律的问题，并不在于诚信原则，而是基于法律安定性原则，其首要之处即在于信赖保护之问题。④ 本判决明确排斥诚信原则的适用以后，现在几乎已少有人再将本原则列入规范溯及法律的讨论范围之内了。⑤ 代之而起的是对于溯及概念进行较精细的分析，而不再引

---

① 一个法律原则能否晋升成为宪法原则，汉斯·胡柏教授以信赖保护原则为例，提出四个可能性：(1)宪法以其特征，可得到此原则者，如权力分立原则；(2)由法律原则转换而来亦可能，例如由行政法原则转换成宪法原则的比例原则，但必须此原则已发展成具有人权的概念时为限；(3)通过释宪机关的判决宣示，可导出国家追求的原则，例如德国联邦宪法法院对于法治国及社会国家原则的宣示；(4)能提起宪法诉讼的依据。胡柏教授便认为信赖保护原则不能满足上述四个要件之一。*H. Huber*, S. 320. 至于诚信原则不能视为宪法原则当可推论也。

② *F. Klein*, Von der Zulässigkeit zur Unzulässigkeit rückwirkender Steuergesetz, StW 1954, S. 21.

③ *F. Giese*, Können Verfassungsgesetz sich rückwirkende Kraft beilegen? DöV 1954, 321.

④ Garzoni, aaO. S. 34; *O. Kimminch*, S. 522.

⑤ *B. Pieroth*, S. 113 及 FN 26。

用概括性质及充满道德色彩的诚信原则。①

4. 信赖保护性质的宪法定位与基本权利条款之关系

法律安定性的法益主要即在于保障由过去法律秩序所创造的状态,故信赖保护的标的也是此带有怀旧色彩的权利状态。宪法的法治国规定固然是产生此理念的泉源外,还有没有其他宪法依据?最需解决的疑惑在于信赖保护原则是否具有人权条款的性质,以及其与人权条款效力的相互关联。

第一个问题,到底信赖保护属不属于德国《基本法》中的人权种类?只要检视《基本法》条文即可得知,信赖保护并非《基本法》内明确规定的基本权种类之一。但通过解释,信赖保护可否视为宪法基本权之一,有正反两面的看法。

采肯定说者,立论又有两种说法。第一种说法,是以社会法的角度,认为既然《基本法》(第20条)已强调德国是一个社会法治国家,对于追求社会正义的立场极积极,因此如果一个社会立法——如社会保险法的溯及规定(如将保费提高)会造成人民意外的负担,则与宪法揭示的社会法治国理念不合。信赖保护原则也因此由所谓不成文之基本权规定,转换成为一种新型的连续性基本权(Grundrecht auf Kontinuität)。② 这种理论之立论专注于社会立法方面,并不是全面性的立论,故并未受到德国学界普遍重视。第二种说法,将信赖保护列入宪法概括的人权,也就是

---

① 当然在公法学的讨论并不因此终止,例如,德国 F. Ossenbühl 教授(Vertrauenschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, 27.)的意见,即把信赖保护原则归纳为三个子原则:法律安定性、诚实信用及权利保障原则。此和联邦宪法法院通说把法律安定性原则表现在信赖保护,且与诚信原则分离的情形不同。可参见陈爱娥:"法律原则作为行政法的法源",载《宪法体制与法治行政》,第57页。瑞士学者 H. Huber 也采较中庸看法,认为诚信原则与信赖保护两者实是相亲与相系(verwandt und verbunden),信赖保护是诚信原则要求的引导动机,两者必须相互尊重。见 H. Huber (Festschrift für Kägi), S. 200.

② *R-U, Schlenker*, Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz, 1986, S. 194; *S. Muckel*, S. 63.

一般人格权的范畴。具体法条依据为《基本法》第2条第1项，据此，人民除非侵犯他人权利、违反风俗法及其他合宪秩序，否则拥有概括的自由权利。这条被称为收容权（Auffanggrundrecht）的条款乍看之下，似乎可以将信赖保护列入。德国有不少学者也持此种看法，理由是一个溯及法律若侵犯了信赖保护，即违反法治国原则，当然便符合本条合宪秩序的要求。①

采反对说者，反驳赞成论对收容权的理论，即忽视了《基本法》创设收容权的目的，并不是在创设其他各种各类的新人权，②而是对其他宪法所明定人权给予一个界限，同时也确保人民基本权利能够在这些限制外，享有一个自由的空间。故《基本法》本身并未纳入信赖保护原则，能否由此条文而登堂入室、进入《基本法》之内，更值怀疑。此外，学界也提出另一个思考方向，假如由本条可以导出信赖保护原则，从而为禁止制定所有的溯及法律提出法条依据的话，那么《基本法》第103条禁止溯及刑事法之规定即属多余。故可见本条不能导出此原则之理由甚明。③ 德国联邦宪法法院在刚成立不久的1953年4月24日的判决中便明确支持此见解。④ 因此，不承认由一般人格权能导源产生信赖保护原则，已是德国的通说。⑤

第二个问题，既然信赖保护无法成为一个独立的基本人权种类，则它与其他相关人权条款有何种关联？法律安定性及信赖保护是法治国

---

① 如 *Meyer - Cording*, Die Rückwirkung von Gesetzen, JZ, 1952, S. 165; *G. Kisker*, S. 14; *E. Grabitz*, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl., 1973, 675。

② 这点和我国台湾地区"宪法"第23条的规定不同。请参见笔者："论宪法人民基本权利之限制"，收录于笔者：《法治国公法学原理与实践》（上册）（第6篇），中国政法大学出版社2005年版，第128页。

③ F. Klein, S. 25; C. Arndt, Zur Gültigkeit rückwirkender Gesetzen, DVBl., 1958, 122.

④ BVerfGE 2, 265；随后又陆续本此意旨判决，E 3, 12; 7, 89；参见 *O. Kimminich*, S. 520。

⑤ 参见 *P. Badura*, Staatsrecht, 2. Aufl., 1996, C 108, D53。

家立法的一个准则,它要期待的主要在国家法律秩序的客观层面,也就是针对立法者而为的定律,是立法者应注意的原则。于此,又有两点值得重视:一、虽然基本人权不少已不再只是单纯地针对国家侵权可能性的防卫权(Abwehrrecht)。但此基本权发挥在护卫人权的重要性上仍不可忽视。就此意义而言,信赖保护原则也需要类似的功能;二、信赖保护的特色乃是怀旧,以保护旧有秩序状态为目的。而问题在立法者制定新法规之时便产生了,也表明是新的立法形成权与旧有秩序的冲突。新的立法形成权代表新的公益考虑,旧的秩序——信赖保护及法安定性——所代表的个人利益,必须由立法者衡量,则和涉及制定侵犯人权法律的公益考虑,并无二致。这种同样是立法者必须承担的考虑,再辅以信赖利益无法独立成为一个人权,从而丧失独立约束立法者之权限,必须另寻依托。此时刻,信赖利益的客体——受侵犯的标的,遂成为思考问题的焦点。易言之,人民的何种权利是值得保障的,所谓的值得保障性(Schutzwürigkeit)。依德国学界及实务界的通说,《基本法》的基本权利条款,本身即可建构出一个完整的体系及保障范围。换句话说,无须另外外溯一个信赖保护的原则,才可以给个别具体的人权种类——如财产权、职业自由权及公务员权利等,提供保障信赖利益的依据。这便是人权所谓的体系完整性理论(Prinzip der systematischen Geschlossenheit),也导出信赖保护原则的附属性地位理论(Subsidiaritätsprinzip)。这是德国宪法学界强调基本人权本身即可以要求国家立法者应该给予最合乎法治国原则的保障,立法者侵犯人权时,必须在合法性基础上,以及符合其他原则——如比例原则、公平正义,毫无瑕疵方可。所以,一旦人民的基本人权遭到侵害,法院行使违宪审查权时,首先要审视的,即个别的基本人权内容,其次再考虑信赖利益的存在及范围。故信赖保障的重要性是附着在各种人权的重要性之上,没有办法独立发挥保障人民基本权利的

功能。[①] 同时，信赖利益的保障即追求实质正义，同时渊源于法治国家原则，而另一个同样渊源于法治国家原则的比例原则，其功能及其包括的子原则——所谓权衡公益与私益的比例性原则（Prinzip der Angemessenheit），亦与信赖保护原则并无不合，因此信赖保护原则亦可融入比例原则的内容，故信赖保护的独立地位，又变得极为模糊。

不过，就信赖保护原则之所以由法治国家原则来导出，而不是由原先是行政法原理，在第二次世界大战后，也就是德国《基本法》制定时才进入宪法位阶的比例原则所衍生而来。此两个原则受到公法学界的重视、提升到宪法层次的讨论也是同时，故信赖保护原则仍有其独特的关注重点，此重点为信赖保护的客体——有资格、能力享受本原则的对象，是所谓信赖利益的密度（Dichte）问题。

前已提及，法律安定性及信赖保护乃在保护人民在旧法秩序下所获得之利益。换句话说，本原则旨在保护人民当时在不能预想其行为会遭到日后法令更易的情况下，从而其所作所为——综称为其对其财产，或其他权利的处置（Disposition）是信赖现行的法令，故应该享有信赖利益。信赖保护其实便是对人民处置权保护（Dispositionschutz）。人民如何行使处置权是反映其对现行法的信任程度。[②] 但一个法律溯及规定会影响人民的权利，但此涉及溯及侵犯人民权利的客体，可分成客体的种类及程度两个问题。

在侵犯受信赖保障的客体种类方面，可以由所侵犯的人权来予以救济。例如，侵犯宪法所保障的财产权、职业自由权、公务员服公职及其衍生的其他权利（如抚恤金等财产权）。特别是产生案件最多的财产权利方面，由于财产权的内容是由法律来规定（《基本法》第 14 条第 1 项），立法者即有义务及立法裁量来形成人民财产权之内容。立法者在制定

---

① *S. Muckel*, S. 64; *M. Aschke*, S. 321.

② 联邦宪法法院在下列的判决中清楚地表达了这个见解：BVerfGE 18, 135/144。

这种财产法律时,应该斟酌公益考虑及比例原则,来界定那些财产权的保障范围。① 因此,信赖保障的前提需要有一个明确的权利状态。

在此,吾人还可以再对一个经常被提起的平等权问题,略作检讨。一个溯及法律常会被指责造成不公平的后果,故信赖保护原则是否源于平等原则?人们常会质问,为什么两组同样事实,适用同样旧法的案件,却可以因是否在溯及法律的溯及期限的范围内,而有不同的后果(纯粹溯及之案例);或为什么前后两组同样案件,后者(未完成之事实)可受到新公布法律的差别待遇(不纯粹溯及之案件)。如果立法者果真有这样差别待遇,是否属违反宪法的平等原则?本文前已提到瑞士将诚信原则运用到规范立法者的溯及立法之上,但承认原来规范平等权的恣意禁止原则,所以平等原则也形成规范溯及立法的指导原则。至于德国《基本法》实施后,早期也有不少学界支持这种看法。②

但是,只要了解宪法平等权的意义,上述的疑惑当可获得澄清。平等权是要求相同的,应同样对待;不同的,应区别对待(gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche ungleich behandelt),并应由立法者决定何者为相同,何者为不同之情况。只要立法者合理的判断后,即可形成法的拘束力。③ 立法者对于法律的适用对象应该注意同同异异的差别,且其判断的范围并不狭窄。

按任何法律的修正或新法的制定,都会使法律的后果产生变易,旧法所创设的秩序产生影响。以时间前后来看,同样的事实——例如所得税法规范的人民年收入——会因新、旧法产生不同的法律后果,是极平常之事,也是任何修法的当然结果。对于同一类型事实,平等权原则应

---

① *E. Grabitz*, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl., 1973, 678, 679.

② 例如, *Ipsen*, Gleichheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd Ⅱ, 2 Aufl., 1968, S. 167; *H. Krüger*, Die Verfassungswidrigkeit des lex Schörner, DVBl, 1955, 758; 791。

③ 参见笔者:"平等权的宪法意义",请参见本文集第二十一篇。

关注在同一时期适用法律的对象，有无不合理的差别待遇——例如同收入却有不同的缴税义务。至于不同时期，尽管有完全同质的事务，而由新法课予不同的法律后果，则不是平等权之拘束范围。所以对于法律溯及所要论究的是跨时的法律规范力问题，并且溯及法律都是对所规范之事务一体适用，故在不纯粹溯及方面，既然立法者已决定，将一切有正在持续法律状态的案件，适用新法规范，即区分了已完成及未完成的案件，而予以不同的对待；在纯粹溯及方面，对于列入溯及范围内的既决案件全部适用新法，也界分了适用新法与旧法的区别待遇。但是到底立法者在作此决定时，对于溯及的案件是否违反法治国的法律安定性，抑或信赖保护？显然不是平等权所关切的地方。尤其是后法常有因前法规范不周，产生漏洞造成不公平之处，反而要后法的溯及规定来填补之，更可见平等原则无力解决溯及法律合宪性的问题。[①] 故除非溯及规定在此溯及范围本身已有造成不公平的状态——正如同一般法律的不平等规范时，才会涉及侵犯平等权之问题。因此，一般平等权无法衍生出信赖保护原则的见解，已获得德国学界普遍的肯定。[②]

信赖保护的客体确定后，次而要论及保障的密度，也是所谓信赖评价（Vertrauenbewertung）。那些权利状态（Rechtsbestand）或是处置内容是值得保障的。除了各种不同法律会牵涉不同人权规定，因而可以形成程度不一致的信赖利益，倘若许可立法者制定溯及性质的法律，无异于将该当的、受限制的旧有权益列入不值得享有信赖之范畴。故要判断那些情况下，人民由旧有法律获得的利益、处置权享有信赖到何种程度，必须由立法者及职司释宪者，依据各种不同的法律，[③]仔细衡量实质正义及法律安定性的重要性后归纳出结论。为了解答这个极抽象的问题，德国

---

① *S. Muckel*, S. 56.

② *S. Muckel*, S. 58; *M. Aschke*, S. 396; *B. Pieroth*, S. 146.

③ 最明显的例子是在行政程序法中规定行政处分的撤销与废止，对于善意行政处分相对人应给予何种信赖利益的保护。

联邦宪法法院几十年来,困于解决许多涉及溯及法律许可性的案件,所发展出一套复杂的溯及规定概念,可以提供吾人一些思考此问题的依据。

二、德国法律溯及效力的概念分析

(一)讨论法律溯及效力问题的对象——仅限于不利的溯及

在对法律溯及效力的诸多问题讨论前,吾人先对此问题的对象加以澄清。按法律溯及效力问题之所以值得法学探究,主要是此溯及效果会对人民产生不利的后果,至于法律溯及的后果对人民有利,所谓有利的溯及自然不会引起人民的怨怼,因此本文所论究的法律溯及,专指不利的法律溯及而言。

至于对有利溯及的法律排除在讨论范围之外,明显地与以保护法律的现状或维系旧有法律秩序为标的所树立的法律安定性原则及信赖保护,产生矛盾。可知法律安定性及信赖利益似乎其价值非绝对。在许可立法者有利的溯及方面,已提供了初步的证据。①

(二)溯及规定概念种类的区分

德国学界讨论法律溯及的问题最通常的划分,乃是区分一个溯及规定是否为所谓的纯粹溯及(Echte Rückwirkung)或是不纯粹溯及(Unechte Rückwirkung)法律效果。

---

① 一个最明显的例子乃是对从新从轻原则的肯定,依此原则,例如,德国1870年《刑法》第2条第2项规定,在犯罪后宣判前,如法律产生变动时,适用行为时之法律,但新法律有利于犯罪人时,依新法。此原则应该是罪刑法定主义原则之例外。依罪刑法定主义的本意,或绝对的法律安定性与信赖保护,就应坚持适用犯罪时的法律为量刑的唯一标准,不能改采对犯人更有利的后法。

1. 纯粹溯及

所谓纯粹溯及，乃是法律将其规范的效果延伸，到法律公布前已完成的事件及权利之上。易言之，立法者有意将新法生效前所产生的法律秩序加以事后为溯及性的改变。[①] 这种溯及性质的法律，最明显的例子，表现在其对生效日期的往前规定。原则上法律应自公布之日起，或是在公布后经过某一段时间起生效。法律如果在条文中回溯其效力至过去某一时间起生效，则新法纵于公布后才生效，但其效力已溯及延伸至过去时间。《刑法》所绝对禁止的溯及规定，即具有此种溯及的特性。例如，上文提及德国在纳粹时期之几个溯及条款的刑事法律，便是将新法的规定一并溯及新法生效前已着手完成的犯罪行为，无异于提早地适用了新法。

这种纯粹的溯及既往，对于人民既得权利的影响极为深远，同时也违反法律应自公布后才向后产生效力的原则。人民依当时合法法律所为的行为，理应受到国家公权力的保护。再如一个税法修正规定新的税率后，追缴人民过去依旧法与新税率的差额，也是此纯粹溯及的例子；纯粹溯及以其对人民权利影响的强度，故在德国法学著作中，也被称为强烈的溯及、固有的溯及、自然的溯及、狭义的溯及以及高度的溯及。[②] 或者着眼于其以新法律效果溯及旧的法律状态，故也有称为法律后果的溯及（Rechts - folgenrückbewirkung）或是反向溯及（Retroactive Rückwirkung）[③]。

---

① 这是德国在《基本法》实施后，对法律溯及问题最早加以研究的麦耶·克丁教授（Meyer - Cording）在1952年所下的定义。参见 *Meyer - Cording*, S. 161。

② *M. Gegerle*, S. 7, FN 11.

③ 与其相反的不纯粹溯及也因此被称为回顾溯及（Retrospective Rückbewirkung）。参见 *H. Schulz - Fielitz*, Rdnr. 186。对于 Retroactive 及 Retrospective 的用语虽在德国学界经常使用，但在中文却皆为溯及之意，字典也无区分。本文将前者译为反向乃欲强调其主动性（active），以配合其概念本意。而后者译为回顾，则含有较弱势的顺势溯及的意义。如中文一样，在英美法学上，这两个用语亦无任何差异！参见 *G. Kisker*, S. 46, FN 135。

2. 不纯粹溯及

上述的纯粹溯及是对立法前已完成的法律事实及法律关系为溯及的规范,如果该法律事实与法律关系,在新法生效之时与之后,依然在延续状态者,此时既然新法已产生效果,可规范依旧法所成立的法律关系,即所谓的不纯粹溯及。例如,《消防法》新增订的规定,对于已获建筑执照的房屋,课予装置另外新型的消防设备,或改变执照内容之义务,即为一例。

其实,载在罗马时代著名的《查士丁尼法典》已首先区分了纯粹与不纯粹的溯及概念。公元528年《查士丁尼法典》为抑制民间高利贷,规定民间的借贷年利率一律由旧法所许可的一分二厘(12‰),降低为6厘(6‰)。但同时规定:依过去老利率所为的借贷与支付行为不受影响,但在本法公布时,依契约所生的利息尚未交付者,概依新利率支付之。①

《查士丁尼法典》这个规定了本法不得为纯粹溯及——对过去已完成的借贷交易不受新法的影响;同时也创设了不纯粹溯及——对于新法公布时,老的法律关系仍在存续中,但并未完结,如未支付之利息者——不论是否在涉讼之中,则依新法的规定。因此,一个溯及的法律可分为纯粹和不纯粹的溯及,实有源远流长的历史。

德国在1949年公布《基本法》后,学界立即讨论法律溯及的问题,同时,也区分出纯粹与不纯粹之溯及概念。1950年席格(K. Sieg)便使用了承袭的(übertragene)、非固有的(uneigentliche)及不纯粹的溯及,来形容不纯粹溯及。② 名行政法学者福斯多夫(E. Forsthoff)在当年出版的

---

① L26 c de iuris 4, 32; *M. Gegerle*, S. 10.

② 20世纪初一本著名的德国《民法施行法》的诠释者 Staudiges - Gramm, EGBGB 10 Aufe, Einl, zu 4 Abs. 已提出此看法。席格也援引了一些魏玛时代帝国法院的判决,证明当时已承认这种概念的区分。*K. Sieg*, Das Problem der Gesetzesrückwirkung, insbesondere bei verfahrensrechtlichen Normen, SJZ 50,879; Dazu *Meyer - Cording*, S. 161.

行政法教科书，也称为纯粹的溯及与真实（wirklich）①溯及。1951 年提兹（E. Tietz）在一篇名为“法律的溯及效力”论文中，更明确地指出，凡是法律不向过去已完成的法律事实产生拘束力，而是就现存的权利向将来发生效力，便不能算是溯及的法律。提兹认为立法者对于以前所成立的法律关系及权利，只要是延续到现在，便可以加以立法变更之，来达到立法目的所欲达成的改革。这种法律是往后生效的，故不能称为溯及的法律，提兹也和席格一样称为非固有的溯及。② 对于日后德国法学界及实务界影响最大的，乃为 1952 年 3 月麦耶·克丁（Meyer – Cording）所撰写同名为“法律溯及效力”的论文。麦耶·克丁在本文中正确地把制定对人民有利的溯及法律认为是无任何瑕疵，故排除在本问题的讨论之外；另外，他也质疑个案上也许界分有困难，但大体上并非不可克服，因而主张法律的溯及有纯粹和不纯粹之分，并且加以详尽讨论，但作者的论文及立场基本上都将重心集中在纯粹溯及法律之上。③

麦耶·克丁的见解之所以广受以后德国学界的重视乃因为德国联邦宪法法院在半年后一件有关法律溯及是否合宪的案件，采纳了麦耶·克丁这种区分纯粹与不纯粹溯及的二元论。

德国联邦宪法法院在 1960 年 5 月 31 日公布的费用法修正案（Kostenrechtsnovelle）判决中首先采纳了此种见解。德国修正了诉讼费用法规定，本法生效时，凡在法院诉讼系属中的民事案件，盖依新法的费用规定。这个规定与前述的《查士丁尼法典》降低利率的立法例颇有神似之处。德国联邦宪法法院在本案的判决中区分了法律有所谓纯粹的溯及与不纯粹的溯及。法院认为：人民依当时有效的法律所为的合法行为，无论如何都应该享有合法的法律效果，人民因此获得对法律的信赖

---

① *E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Aufl, 1950, S. 122, FN. 22.

② *E. Tietz*, S. 470.

③ *Meyer – Cording*, S. 161.

感。如果立法者对于这些已完结的法律事实赋予不利的后果,干涉了人民的处置权,便是违反了法治国家原则而违宪,这是属于纯粹溯及的情形。至于立法者对现存的以及尚未完结的事实,加以以后的、向未来的规范,则属于不纯粹溯及,而不同于前述纯粹溯及,因此判决该法律合宪。①

德国联邦宪法法院在本著名的案件中,除了区分溯及有纯粹及不纯粹之外,同时视人民对行为当时法律秩序产生的信赖感,为受到宪法所保障的原则,至于不纯粹的溯及便不能受到宪法信赖原则的保障,所以,认为宪法学值得重视的溯及问题仅指纯粹溯及而言。

德国联邦宪法法院自从1960年5月31日宣判采纳此二分法后,遂成为联邦宪法法院对本问题的基本立场。在往后的30年内,联邦宪法法院一再宣称宪法信赖保障原则不能走得太远,只要是立法者考虑了过去存续至今的法律秩序与个人权利,如果不变地存续下来会对公共利益造成不利的后果,立法者便有职责来加以变更,并不构成违反宪法的信赖保障原则的问题。②

(三)法律溯及许可的界限

法律的溯及虽然被联邦宪法法院区分为纯粹与不纯粹的溯及两种,对于纯粹溯及的许可性,联邦宪法法院基本上采取禁止的立场。但是,除了刑事法律之溯及已经依《基本法》第103条的规定,毫不通融地不得许可外,其他法律可以例外地许可之;对于不纯粹溯及法律,联邦宪法法院基本上采取许可的立场,但在特殊的情况下,则不许可之。所以,就许可制定该项法律的关系而论,纯粹与不纯粹溯及法律的许可关系,正如同例外原则(Ausnahme⇔ Regel),此便涉及了纯粹溯及法律的许可与不

---

① BVerfGE 11, 139/145; 陈庸之:"法律之溯及效力——从德国判例及学说论法律变更时人民权益之保护",台大法律1991年硕士论文,第8页。

② 德国联邦宪法法院在许多判决中一再宣称这一原则。参见 *S. Muckel*, S. 69.

纯粹溯及的界限。

1. 纯粹溯及的许可

立法者原则上不可制定纯粹溯及法律。在例外时的情形，依德国联邦宪法法院 1961 年 12 月 19 日在关于提高法人税是否合宪的案件所作的解释，认为纯粹溯及法律例外许可的情形，共有下述四种见解，却引起极大的重视：

第一，须有可预见性（Voraussehbarkeit）：当人民可以预见会有法律秩序变迁时，事后纵然法律回溯的发生效力，即早在人民预料之中，则许可溯及之。此情况多半指短期性的溯及而言，如某法律将其生效日期提早到法律讨论最热烈或接近议决之时，以防止接近法律生效时，人民知道旧法将修正，而引发的“抢搭列车”的投机行为，此和本文前述美国 1928 年的 Untermyer v. Anderson 案导出完全相反的结论，宜相互参照。

德国纳粹政权时期制定的几个溯及刑事法律即本于此意旨（当然，联邦宪法法院不会指明纳粹时期的此种立法例）。这种将立法生效日提前的案件，促使宪法法院提出这个可预见的要件，而此亦早在（1952 年 4 月 30 日）联邦宪法法院的另一个判决中出现。[①] 法院首次认定具有溯及效力的法律纵可判定，但仍须有界限。一个法律溯及侵犯国民的权利与法律地位时，如该人民对此法律之生效并不能够事先预见，致使不能够清楚地盘算其个人及职务之处境时，则这种法律即违宪。另外，在处理战后有关补偿纳粹受害者的法律时，法院也认为，如果人民原来所适用的旧法是属于临时的、过渡的法律时，当时人民当可预料到依该法律关系，仅有暂时性的后果。心理上对该法律秩序随时会产生更易，应有所准备。故后来制定的溯及效力法律当为当事人所可预料之中，故不致有违宪之虞。[②]

---

① Bd. 1, 264/281.

② Bd. 13, 39; 18, 196; *O. Kimmich*, S. 518.

第二,消除旧法的不确定性:如果基于旧法立法者的错误,使旧法体系发生不明确及混乱的后果时,可由后法加以溯及的澄清。

第三,为填补法律漏洞:如果旧法因各种理由,特别是因违宪被宣告无效后,为填补无效法律所遗留下来的法律漏洞,即可由后法加以溯及的填补之。

第四,必须有极重要公益的考虑。

联邦宪法法院提出这四个原则来许可一个溯及规范的法律,其实早已有其理论脉络可循。根据联邦宪法法院在1957年7月24日宣判有关于汉堡邦(1950年11月9日)制定的养狗税法案件中已提到,假如一个溯及性的税法,如满足三个前提,即可溯及规定,不会逾越法治国的原则。此三个原则为:

第一,满足可预见性;第二,有正当的理由;第三,对人民的负担轻微(unbedeutend)。因而判决该法并不违宪。①

联邦宪法法院在此汉堡邦养狗税法中提出此三原则,但强调限于税法而已,不及于其他性质的法律,但已是对纯粹溯及法律不可侵犯的藩篱打开了一个缺口。②

至于关于澄清旧法意义之不清及法律规范的混乱,以及为了填补旧法不备或其遗留的法律漏洞部分,克莱教授在1954年已撰文指出,基于保障法律安定性,唯有排除法律秩序的不确定性(unsichheit)及不明白性(unklarheit)时,才许可溯及之,③是一种积极性的维护法律安定性的表现。不久,德国联邦宪法法院便在1957年10月16日公布的有关(1955年8月5日通过)公务员职务惩罚法修正案是否违宪所作的判决中,首

---

① Bd. 7, 89/93. 联邦宪法法院在14年后(1991年3月23日)公布的联邦补偿法(Bundesentschädigungsgesetz)修正法违宪案中。又引伸本判决之三项原则,来认定该法溯及剥夺了部分旧法补偿遭受纳粹暴行的申请范围为违宪。BVerfGE 30, 367/387.

② *O. Kimminich*, Die Rückwirkung von Geseten, JZ, 1962, S. 523.

③ *F. Klein*, S. 42; *F. Giese*, S. 323.

次阐明了立场。这个被通称为“雄乐将军法”(lex Schörner)的争议,①法院明确指出:如果为了正义的理由以及为了排除前法的错误与填补法律漏洞,立法者只要在不侵犯原有法律体系且能和谐地符合原来法律的目的与意义时,即可为溯及的规定。因此,本判决许可溯及法律能为了澄清与填补法律漏洞而获得其可行性。②

德国联邦宪法法院在1961年12月19日对于纯粹溯及所提出的四种例外情形,实践上只有前三个较有实益,也在事后的法院甚多实务中被运用;至于第四个强调优势公共利益的考虑,未免过于抽象而了无新意。③ 因此,纯粹溯及之禁止的例外许可情形,必须有立法者给予具备上述四项要件之一,方可免除其违宪的命运。

2. 不纯粹溯及的界限

比较起纯粹溯及法律的许可为例外,则此不纯粹的溯及原则上可获得合宪性,唯在例外时才违宪。何时才属于一个违宪的不纯粹溯及法律?基本上和一般法律的违宪所经常面临的问题并无二致,即系于有无

---

① Bd. 7, 129/151. 本案是涉及一位在第二次世界大战中的将军(雄乐)在苏俄被俘期间有不当言行,后来西德政府予以停发退休金之处分,所引发后法可否以公布前的行为作为规范对象。法院认为,这可视为法律给政府选拔公务员提出选择标准。

② 关于本雄乐将军法合宪性问题在德国学术界当时引起甚多的争议,代表主张违宪的可举 Hildegaed Krüger。Krüger 以为,联邦宪法法院只认为唯有刑事法律绝对不能够溯及,其理由乃可自《基本法》中获得依据。相反地,其他法律则无此严格的限制。这种见解显然错误,应该视不可溯及为出于自然法和超实证法的理念,不能仅仅以《基本法》有无明文规定为断。另外,Krüger 也基于三点理由反对本溯及法律的合宪性:(1)以法律的本质(Wesen des Gesetzes):法律应该皆只有往后生效的效力,易言之,是向未来拘束的法规;(2)溯及性法律缺乏一般性,只是对残存个案的适用;(3)侵犯平等原则,此同一性质的案件,在前后却可发生不同的法律效果。另见 *H. W. Scheerbarth*,. Zur. Rückwirkung von Gesetzen, insbesondere der lex Schörner, DVBl. 1956, 395。

③ *V. Götz*: Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in : C. Starck (Hrgb.) Bundes – verfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestebens des BVerfG, 1976, S. 433.

基于优势公共利益,易言之,立法者的公益考虑有无超过私人利益。在20世纪60年代初的《柏林补助法》(Berlin Hilfegersetz)案件中,诉愿人由系争法律获得了5年的优惠税率,但该法嗣后却修正减为3年,引起诉愿人认为已溯及的侵犯其财产权利。联邦宪法法院虽然认为人民由法律获得的五年租税优惠诚然有一个信赖利益,但是旧法于公布后,立法者基于政治及经济情势的改变,删减了原有的优惠年限,此公益的考虑如已超过私人的利益时,应许可立法者予以删减之。因此,判决该修法之举并无违宪。① 法院在本案中虽然肯定人民的信赖利益是值得保障的,但却也必须放在公益考虑的天秤中一并秤重,所以此信赖利益原则并不能当然地取得宪法保障资格的地位。所以,人民挑战此种法律的违宪性,成功机会甚为渺茫。这也是原认此种法律的合宪性为原则,其产生违宪的结果为例外。②

(四)纯粹与不纯粹溯及二元概念的商榷

德国联邦宪法法院在1960年所提出的溯及概念二元论,受到该院历年判决所援引,虽然备受学术界批评,但却形成了德国公法理论的主流地位。

早在联邦宪法法院提出概念二分法之前,也可说是影响宪法法院采纳其理论的麦耶·克丁已明确地指出:所谓不纯粹溯及根本不能算是溯及性法律,因此,尽管在其文章中区分了此两种概念的差别,该文却实际怀疑此概念的周延性。联邦宪法法院虽然实行这种二分法,但学术界基

---

① Bd. 30, 392.

② 在行政法上,涉及溯及效力的争议最多的部分为行政计划,一个行政计划如产生不纯粹的溯及效果时,人民唯有能主张现存的计划不更动能获得更大的公益时,方能否认新计划的合法性,故人民能胜诉的机会极为例外。参见 *H. Maurer*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1997, S.416; 也因此在联邦宪法法院成立的前十年之内(1961年前),并没有一个法律溯及规定违反法治国原则而被该院宣布违宪。B. Pieroth, S.53.

本上却呈一面倒的反对声,①也显示出二分法存在甚多值得商榷之处。吾人可约略的讨论如下:

第一,界分标准的模糊。二元论的界分标准在所谓的已终结之事实以及法律事实或权利是否在新法公布时仍在持续之中。当然在某些典型的案例,如罪刑法定主义所设想预防的案例,极容易地区分一个行为——例如已完成杀人、诈欺等行为,从而应该明确地担负起当时法定的刑责;但是一个国家法律生活(Rechtsleben)是如何的多样与复杂,如何断定一个法律事实已在过去终结,如以刑事案例而论,如果一个犯罪人于案发后逃亡,但法律延长了追诉期间的年限;或是法律(或条约)修改了引渡规定,使得原本不必引渡者遭到引渡的命运等。此两种情形应否和《刑法》的实体法溯及相提并论?兹举德国一个著名的案件以明之。德国在1960年曾经拟议,将《刑法》的追诉期间加以延长,来追诉战后至西德政府成立间(1945年5月8日至1949年9月15日)发生的战争罪行及纳粹的暴行。依德国《刑法》第78条第3项,无期徒刑的追诉期为30年,至1963年1月底,纳粹暴行的追诉期即将届满(纳粹政权于1933年1月30日登场),仍有可能继续发现纳粹党徒的犯行,故有修法及立法之议,因而引起学术界对于延长追诉年限,是否违反《基本法》第103条的罪刑法定主义的争议。由于学术上有一派见解,以及官方也认为罪刑法定主义原则仅限于刑事实体法,也就是刑法以及刑事制裁的法律等一切明确规定可罚行为的要件及其刑度的法规范而已。至于程序法方面,则不属于宪法所保障的罪刑法定主义,同时,也认为犯罪人逍遥法外乃旧有法律关系并未终结,而是仍在持续之中,且延长追诉时效规定也

① *S. Muckel*, S. 70 有详尽的叙述。H. Bauer, Bundesverfassungsgericht und Rückwirkungsverbot, JS 1984, 247 也指摘这种二元论更加深溯及概念的不明确性及不明白性。Götz 教授也批评这种不纯粹溯及概念是一个死胡同,参见 Götz, S. 435.

是向将来产生效力,并不构成溯及的效力问题。[①] 几经争论德国国会终于在1965年4月13日制定了一个《追诉时效延长法》(Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfrist),将时效延至1969年12年31日。为此该法的合宪性,联邦宪法法院在1969年2月26日作出判决,承认其合宪性。联邦宪法法院认为《基本法》第103条的罪刑法定原则是禁止嗣后规定可罚性要件及加重可罚之刑度而言。至于追诉时效属于可追诉性(Verfolgbarkeit),并不包括在内。对于仍在追诉期内之犯行,立法者为了平衡法律安定性及实质正义,而延长甚至取消时效,只要不出于恣意,就可获得合宪之基础。所以,法院认为本法既然只是针对时效未完成之犯行(犯无期徒刑罪刑者),而不及于已完成之事实者——已时效完成者的纯粹溯及,故不侵犯法治国的信赖保护原则。[②] 联邦宪法法院这号著名的判决虽然否认追诉时效的延长及取消并非对已完成事实的溯及,也不算侵犯犯罪人的信赖利益,且提起可预见性理论作为理论基础。但客观而论,在追诉时效已近届满之时才匆忙地延长时效年限,可以了解连立法当局都早未预见的修法事实,怎可要求当事人预知其追诉时效会延长?同时,以本修法所规范的对象乃法律关系存续中作为合宪依据,人民对期限无期待利益可言,将使得《刑法》的时效规定处于可随时经立法者修改的恒动状态,时效制度所要追求的首要目的——法安定性——之重要性已大幅贬低了!

按法律关系虽然依旧法完成而取得权利,但迄新法颁布之时,倘若

---

① 这种见解引起学界甚大的批评。例如,著名的政治家及学者恩特(Adolf Arndt),即认为行为的结果与法律规范的结果应有所谓的同时性,因此,犯罪人的时效规定应当比照实体法一样毫无例外地不可溯及。易言之,法律是实体法或程序法,在溯及的问题上已失去其区分的意义。同时依据一个拉丁法谚,也是自由法治国家的原则——当法律有疑问时应朝有利人民自由来解释(in dubio pro liberate),立法者如果违反此原则,即违宪。*A. Arndt*, Die Zeit im Recht, Zum Streit um die Rückwirkung vom Gesetzen, NJW 1961, 14, 15.

② BVerfGE 25, 269/290.

其法律地位与法律后果无任何延续效果，如交易标的已灭失、房屋所有权的房屋已倒塌，则不产生法律溯及的问题。法律的溯及，尤其是不受宪法信赖原则适用的不纯粹溯及，虽然以新法生效时，旧法所获得的法律地位与权利是否仍在持续之中为其前提要件，但是任何会因新法变动造成权利实质影响的案件，似乎皆已终结而处于存续状态中。例如，民法（亲属编）欲对婚姻的成立条件，或亲子关系的认定加以变更时，则发生现实夫妻与亲子关系的行为，如结婚或诞生是否依旧法，但夫妻或亲子关系在新法生效时仍在存续之中，从新法可否主张其制定的新规定，可向将来产生效力，而自始不承认旧法所成立的夫妻与亲子关系乎？再如，《消防法》可规定大楼消防设备的种类及装置，若修法后对于已领有使用执照之旧大楼及正在兴建中之新大楼的拘束性而言，效果是否应不同乎？按前者老大楼却与《消防法》的关系仍在持续之中，与后者无异。易言之，只有法律规范力所及的标的，已终结事实的界分便是灰、白、黑相杂，除少数典型的教科书样本外，其余实际案件即极难区分。

第二，信赖利益保护范围的模糊。与前述分析已完成事实但仍在存续之中的案件，居涉及法律争议案件的绝大多数。但是对于所有的后法牵涉的法律关系，皆是依前法的规定而成立，此种已属依赖国家法律者应该享受何种范围的保护，若依此不纯粹溯及概念的法理，则完全可以不予考虑。如果立法者完全墨守与坚持这种原则并作为立法政策的依据时，恐怕不仅将造成法律秩序的混乱，更可能使国家坠入非法治国家之列。[①] 假设立法者将前述亲属法的规定悍然更改，岂不引起社会大乱？尤其是国家的立法者虽有改选之制度，但仍然有其存续性（Kontinuität），代表国家权力的延续，依据前述的拉丁法谚立法者不得违背自己以前之

① 例如，麦耶·克丁在前述影响甚大的论述中，便一再以德国纳粹政权制定的不溯及既往为例，认为已违反德国法的传统，对溯及法律的不当持反对立场。*Meyer – Cording*, S. 161.

行为(venire contra factum proprium),人民对国家新法与旧法的依赖应受到立法者慎重的重视。立法者对于人民的权利应加以保障,此又是涉及所谓永续权利(dauernde Rechte)与期限权利之分,前者如亲子关系或土地所有权关系等具有永续性、长期性,或者短期性,如前述联邦宪法法院承审的柏林补助法案件,人民获得5年的优惠税率。前者容易遭到各种后法的影响当可想象,但如已获有短期权限的权利,理应使人民对于立法的依赖感更高,却可由立法者随时加以删减,似乎对于人民信赖利益之保障显然漫无标准。①

第三,立法裁量权已过度扩张:对不纯粹溯及的许可性方面,二元论基本上并不认定不纯粹的溯及乃真正的属于溯及性的法律,因此,在内心上本即不给予任何限制,也不认为对人民权利侵犯有任何违宪之问题,联邦宪法法院在不下10个判决中,一再宣称宪法的信赖保护没有办法使每一个国民不会失望(jeglich Enträuschungen ersparen)。依宪法法院这种看法,人民信赖法律秩序后的失望,即使存在,也不是全都值得挂齿。② 故对不纯粹溯及法律的例外限制,仅是公益与私益的权衡问题罢了。但纯粹溯及却在四种前提下方得许可之。但不论是纯粹溯及或不纯粹溯及的许可关键,全部系于立法者的考虑,属于立法裁量的问题。然而,此种立法裁量是否和其他法律的立法裁量一样必须受到所谓的合宪秩序(《基本法》第2条第1项)及其他基本权利规定的严格拘束。③此概念二分法显然未能获得明确、肯定的答案,指导此概念二元化的宪

---

① 在此,吾人并不意味此延续性的权利并不比期限性的权利享受更高的依赖利益保障。相反的,此延续性的法律经常对人民的重要性更强,也是法律违宪与否的判断依据。所谓的重要性理论,本文在此欲表明:即使在立法者不久前所明确授予的权利如此迅速地更易,则法律的安定性状态更可破坏无余。

② 如BVerfGE 47, 85/93; 见 *S. Muckel*, S.69。

③ 立法裁量此概念可参见笔者:"论宪法委托之理论",请参见本文集第五篇。关于此用语之批评,参见城仲模:"公法学上裁量之用语",载《当代法学名家论文集》,法学丛刊,1996年版,第257页。

法原则，不论是基于信赖利益保障，或法治国原则，都忽视了宪法上之各种人权规定，如财产权，所能产生的拘束力，所以二分法呈现出宪法依据理论的薄弱。兹举一例明之：依不纯粹溯及的原则广泛许可立法者对既得权利，但仍处于持续状态者加以更易，而无违宪问题。如果政府征收了人民合法获得的土地财产权，除了需给予公平的补偿外，仍须以基于优势的公益考虑与绝对必要时为限，此固为《基本法》第14条的明确规定。对于大企业收归国有制情形亦是如此（《基本法》第15条）。因此，宪法对于人民既有权利的保障，并不许可立法者假借不纯粹溯及的原则来加以侵犯。论者或以为上述征收的许可条件，乃宪法特殊的规定，以强化财产权保障的效果。① 此立论虽不无理由，但是宪法保障人民的财产权利是否不重视国家除征收以外的任何现状侵犯？例如，来自租税的权力或滥权的侵害，而宪法对之束手无策？恐怕答案是否定的。兹再举一例，我国台湾地区“宪法”保障人民拥有服公职及参加选举的权利，如依法选举而当选的公职人员，其法定任期若能由立法事后地加以变更或延长，纵不论此举会否造成政党倾轧与破坏国家民主体制的后果，②但依不纯粹溯及的概念，公职人员在新法生效时，其任职的法律关系仍处于持续状态之中，当可适用新法无疑。如此一来，宪法所保障的服公职与选举权利，本应保障人民除了可参与公职选举外，亦可享受选举及公职的果实（任满公职年限的权利），便随之落空矣！因此，溯及概念的二元论，虽然重视所谓的信赖保护原则，但此原则却不是《基本法》明确规定之人权项目，而是衍生的宪法基本原则，且此概念内容亦引起见仁见智的争议，反而宪法明确规定的各种人权，却未获得此二元论应有的重视，此为本二元概念最值得批评之处。

---

① 关于公用征收与财产权之间的关系，参见笔者：“宪法财产权保障之体系与公益征收之概念”，请参见本文集第十一篇。

② 可以想象的例子，例如，甲党在地方公职选举失利，但却在国会中居优势，通过这种立法方式缩短地方公职人员的任期，并实时生效。

第四,许可条件内容的正当性商榷:二元论在联邦宪法法院的实务中提出原则与例外模式,在对于纯粹溯及的许可方面,显然成为讨论溯及法律合宪性问题的重心所在。法院提出来的四项例外许可原则的立论是否妥当,实有疑问。吾人可一一分述如下:

(1)就可预见性而言:法院认为一旦人民可以预见该法律会溯及既往时,即可许可后法溯及规定。宪法法院之所以认可立法者将生效提前到即将通过法律之日期,其理由是:一个仔细的人民当已经能够从报纸媒体知道了新法即将公布,从而可调整预谋对策;或是在临时性法律,人民当知其依据本法所建立的法律关系具临时性,故立法者会在一段时间废止该临时法,理应在人民预料之中。在前一种情况,法院无疑地要求人民具有先见之明,知悉法律嗣后会修改或可能的溯及。尤其是一般溯及生效的规定,多半在法律最后的附则与过渡篇中规定,也无异于要求人民要随时清楚地了解法律的立法进度,这对于一般非从事于法政专业的人民,显然是过甚的苛求。就后者有关临时性法律的问题,法律纵使有常态法及临时法之分,但对法律秩序的要求与安定应无二致。① 总而言之,常态法与临时法仅是客观考虑与有无适用时间长短的考虑。在法律与法律秩序的质量方面,并不允许有高低之分,也因此越是临时性的法律,其应受法治国原则的检验也越见凸显,以避免立法者滥用危急时不顾法的原则(Not kennt kein Recht)。如依联邦宪法法院之见,将鼓励人民不信任依临时法律成立的法律秩序,如此一来,将否定临时法律所要创造法律秩序的目的性及功能。更何况国家制定临时性法律多半处于非常时期或非常状态,这种属于措施性的法律更需要人民共体时艰,

① 不少的溯及规定出现在权宜性质的措施性法律(Massnahmengesetz),但并不减损其对法治国原则的尊重。BVerfGE 7, 129/151.

倘人民对此临时性法律丧失信赖感，岂不使国家处境雪上加霜乎？①

（2）关于澄清语意不清部分：联邦宪法法院承认为了澄清旧法的语意不清与错误，能加以溯及的规定。此正是以今日之是格昨日之非。诚然，吾人承认立法者有所谓的改正义务（Verbesserungspflicht），本此义务，立法者在立法时应有审慎的义务来立法，此乃宪法赋予立法者之职责，且不容许立法者推卸。② 立法者如有疏失、错误或其他偏颇立场制定了不良立法，并不能完全以后法来一改了之。须知，受此不良立法所拘束的人民已正是食此立法之恶果者。信赖此旧法而产生的法律关系即应分别斟酌有无加以保护之必要。尤其是倘若涉及立法的价值判断，特别是政党轮替的情形，更容易以后来的正义观视以往的正义观为不正义。一概地废弃旧法所成立的法律关系的正当性，便更值得商榷。

（3）填补法律漏洞：法律漏洞是法律秩序完整的一大缺陷，为了避免法律因失效引起的法律中空状态，释宪者能容许违宪的法律继续存在，直至新法公布时为止。因此，对此所谓不法的容忍，也是为了保障法律秩序的完整所为的不得已措施，按法律违反宪法者无效，命令违反法律者亦同。此无效乃溯及的无效，但为了避免旧法已废弃而新法尚未制定所形成的法律中空状态。在此可进一步讨论填补法律漏洞的溯及法律应否一概许可之问题。如果在不纯粹溯及方面，此漏洞在继续状态，而可弥补使将来没有漏洞，问题较小。但对纯粹的溯及而言，既然法律事实已完成，且其状态未必延续至今，则其漏洞——法规所未规范的——有无溯及得加以填补之必要？尤其是法律漏洞与法律所不欲规范之处

---

① 当国家失信于人民且人民对临时性法律失去信心，将会使国家付出惨痛的代价。同见 *R - U. Schlenker*, SS. 191, 204; *K. Quack*, Die Rückwirkung belastender Gesetz, DVBl. 1962, 293。

② 参见 R. Stettner, aaO. 另见笔者："立法者的审慎义务与释宪者的填补任务"，收录于笔者：《法治国公法学原理与实践》（上册）（第 17 篇），中国政法大学出版社 2005 年版，第 423 页。

常有模糊的界限,一概许可溯及,恐已失公平。此在对于溯及性租税法或社会福利立法方面应特别考虑。① 其实在上述不纯粹溯及方面,尽管即日起填补漏洞并无太多问题,可否要求人民一定须承担填补前洞之义务?例如,立法对某种进口项目漏未规定税率,可否于事后立法填补并追缴税额?如果一概许可,岂不和纯粹溯及的课予人民罚金之规定,也就是类似课以刑事罚之效果无异?

(4)公益的考虑问题。如前文所述,对纯粹溯及既往的许可引用优势公益为前提要件,实了无新意可言!在此的公益考虑上与例外对不纯粹溯及不许可的公益考虑,有无实质的不同?联邦宪法法院并未详加分析。加上几乎所有的立法行为皆可以、也必须基于优势的公益,因此,本公益的考虑过于笼统,而失去了作为具体指导决定溯及许可界限的标准。

综上所论,纯粹与不纯粹溯及概念的二元论,并不十分周延,是否有必要维持此概念的二分法,学界普遍持怀疑之态度。尽管二分法破绽甚多,吾人可不必因咽废食忽视此二分法的用意。溯及概念二元论,加上《刑法》绝对不得溯及原则,总共构成溯及法律的三阶论。② 刑法溯及、纯粹溯及不纯粹溯及的许可性光谱,是由绝对禁止的红色,转成原则禁止、例外许可的粉红色,再转成原则许可、例外不许可的黄色,代表给予立法者注意的明确指针。吾人不否认纯粹与不纯粹溯及界分之困难,但此可由立法者及释宪者可能的阐释,或在灰色地带时,依有怀疑时,以对人民有利(in dubio pro libertate)原则,将该事务列入纯粹溯及的原则与不纯粹溯及的例外范围,从而使立法者维持旧有权益的保障。③ 故二分法概念可以使立法者由较广泛、抽象的公益衡量与比例原则中抽离出

---

① 陈清秀,前述书,第184页。

② *H. Schulze - Fielitz*, Rdnr. 142.

③ 这也是比例原则中必要性(Erforderlichkeit)原则,亦是最小侵害原则之适用。另见 *S. Muckel*, S. 106。

来。德国公法界援用此二分法的著作甚多，迨亦基于此见解矣。①

（五）二元概念的改变努力与最近之发展

德国联邦宪法法院第二庭所发展出来，并且独领风骚 20 年的二元论，到了 20 世纪 80 年代开始在该院（庭）受到反省。首先，检讨之风在 1983 年 3 月 22 日，联邦宪法院院第二庭所公布的德奥司法互助条约案（Deutsch – Österreicher Rechtshilfevertrag）中，针对一个法律（本案是条约）可否把国民以往依旧法享受免被引渡，或是在国外免被地主国强制查封财产的法律地位，由新法加以变更的问题。第二庭废弃了该院传统的见解，把一个法律是否被视为溯及性的法律，端视其是否把实施的日期，提前至其公布前的时间而论。易言之，是实行所谓的法规适用的时间的适用范围（zeitlicher Anwendungsbereich），作为判断标准。本判决认为，一般法律是在公布后才生效，故其生效起算点是自此时间开始，如果法律溯及的规定其生效期间——如前述提及许可溯及的满足可预见性条件所举之例子，才属于溯及法律。至于传统不纯粹溯及概念所关注的法律事实的持续特点，第二庭称为事实的连接范围（tatbestandlicher Anknüpfungsbereich），则不必加以顾虑，且认为这是新公布法律所当然可以规范之范畴，不将之列入溯及性的法律概念之内。本案的条件欣然是明定其生效日期在公布之后，原告虽在新条约公布后，财产将被地主国查封，但并不算是受到溯及性法律的侵犯。②

第二庭此种区分法律适用的时间范围及事实连接范围，明显希望用快刀式的二分法，来斩断传统理论界分的盘根错节，光以法律的生效条文有无明确规定溯及效果来论其是否为溯及法律，而不管新法是否实质上更易了旧有的法律地位及个人之权益。此理论虽然收到简易、清爽之

---

① 目前德国宪法教科书多持此见解，例如，*P. Badura*, Staatsrecht, 2. Aufl., 1997, D53; *F. E. Schnapp*, in : *Münch/Kunig*(Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd I, 4 Aufl., 1992, Art. 20, Rdnr, 27。

② BVerfGE 63, 343/353, 356; 陈庸之，前述书，第 30 页。

效,但是却忽视了德国公法学界及实务界在20世纪60年代以来发展、讨论溯及法律概念之目的——厘清新法实质的改变旧有法律秩序所可能带来不正义的效果。如果只为简单、单纯起见,实行这种新式的溯及理论,一来,如果将之发挥极致,将可能重蹈令人心悸的法律实证主义,全以立法者的意志及立法技巧为唯一依据之时代;二来,此新理论虽将新法对旧法律秩序的事实连接造成影响,但视为正常,从而降低对其后果危险性的重视,同时并不能否认新法实质带来的溯及效果。如果此概念无法提供解决澄清此问题的内涵及理论依据,则对新理论的实际功效将极有限也。例如,新理论对其所承认的溯及法律(一般称的纯粹溯及法律)方有所谓信赖利益保障原则及法律安定性原则的适用余地,至于不再属于其所承认的(传统所称的不纯正溯及法律)若无此原则的适用,对人权保障的进步恐将是一大打击。不过,尽管如此,本案的理由书中,第二庭仍然使用公益衡量的方法作为合宪判断的依据,来超过信赖保障与法律安定性的要求。所以,尽管第二庭对于此不再属于其承认的溯及案件,却还必须和以前对待不纯粹溯及的理论(及界限)的法律一样,实行同样的审查标准也。

第二庭代表的新理论,可以将其溯及的概念称为时间派,也是所谓的法律后果溯及论(Rückwirkung von Rechtsfolgen),摒弃以往的传统论,以后成为该庭的通说见解。例如,1986年5月14日公布的所得税法修正案中,该庭除了支持三年前的见解,并且对于传统理论中有事实连接溯及的法律称为广义的溯及,重申认为不能和时间溯及的法律一样同样适用宪法及法治国的原则来检验。[①] 在1987年5月30日公布的公务员退抚法律修正案中仍持此见解,认为新公务员退抚法减少了退休金之规定,既然是法律公布之后,也就是向未来(pro futuro)生效,故不算是溯及

① BVerfGE 72, 200/243.

性法律，也不违反信赖保护、法安定性及比例原则等之规定。① 值得注意的是，在本案判决理由中，第二庭又重新使用了纯粹溯及之用语，认为本案不属于纯粹溯及之法律。② 明显地，本庭把时间性溯及与纯粹溯及等同，实际上又回到传统二分法的老路。虽然此用语的出现只昙花一现，却也透露出第二庭的立场已有转变之征兆。③

联邦宪法法院第二庭对此新理论的立场虽极明显，也一再援用，但对第一庭却无任何影响，这是因为两庭各有其法定的管辖范围，④因此，第二庭所对溯及概念更易见解并不动摇第一庭，第一庭持续运用传统二分法至今。在甚多的案例中，吾人可略举几个例子以证之，例如，在1993年5月25日公布的《利率调整法案》(Zinsanpassungsgesetz)，第一庭把新法更易了前东德房屋贷款利率规定，以生效日为准，区分为已完成事实的溯及与仍继续事实的溯及两种，并分别检验其许可界限。⑤ 在1997年10月14日公布的有关法律将奖助金改为助学贷款是否合宪的案件中，法院(第一庭)认为凡是奖助金制度之更改对于现就学之学生而言，属于

---

① BVerfGE 76, 256/347.

② BVerfGE 76, 256/345.

③ 其实第二庭在德奥司法互助案中并未对纯粹与不纯粹溯及概念的传统分法加以批评，来建立其理论体系，而是各说各话式的提及新概念的定义而已。相反地，在此案公布前不久(同年2月9日)，第二庭在一件关于删除公务员退休金补助医疗复健费用的法律是否违宪的案件中，却仍维持宪法法院的传统见解，明确使用不纯粹溯及的用语及其界限。BVerfGE 63, 152/175. 相形之下，在下一个月时立场转变，但未作出更详尽的说明，可见第二庭对此新概念的理解未极透彻也！

④ 德国《联邦宪法法院法》第13条规定该院共有十五项的职权。在第14条规定两庭的管辖权限。第一庭主要承审法律违宪及邦法违反联邦法的案件，特别是关于服公职(《基本法》第33条)、司法性人权，如听审、罪刑法定主义及人身保障权等(第101条、第103条及第104条)。其他除外案件即由第二庭审理。关于联邦宪法法院的职权，可参见翁岳生："论西德司法制度"，载《行政法与现代法治国家》，1990年第11版，第500页。

⑤ BVerfGE 88, 384/403. 另见次月的BVerfGE 89, 48/66. 亦明确实行纯粹及不纯粹的溯及概念。

不纯粹溯及法律规定,只要符合比例原则及尊重信赖利益保护原则,即可认同立法者制定此种法律,在本案法院承认正是此情形,亦即学生对现状保持之利益,并不重于立法者为增强国家日后对学生福利支出能力所作的修法决定![①] 本案虽未提及纯粹溯及的问题——例如已获奖助金之学生可否命其退回的问题,盖此非本案原告所指陈与本案实质涉及之问题,故法院无须为此作决定——只在阐述一下相关之不纯粹溯及概念而已,但已可证明第一庭维持二分法,已近四十年之久。

走笔至此,吾人可再参照第二庭最近之见解。在1997年12月3日公布了一件所得税法修正条文违宪案,涉及新法缩短了旧法以减税方式来补助建筑商船之条件(一年),是否溯及地造成已签约建船人民的权益问题。第二庭的溯及概念似乎已有重大的改变。首先,法院认为依基本的法治国家原则,立法者对过去系属行为嗣后的改变之,而造成不利的法律后果时,应该需要特别的合理化理由。这句话已明显地将溯及概念与过去系属行为(ein der Vergangenheit zugehöriges Verhalten)连在一起。其次,第二庭继续分析溯及分为两种:一种是该庭认为的时间适用范围的溯及(法律后果的溯及),也称为纯粹溯及!另一种值得注意的是,第二庭更举出前述的事实连接范围的情况,是与时间适用相对应的事实范围,属于不纯粹溯及,而此不纯粹溯及乃法律规范的事实,在法律公布时已然存续之中(ins Werk gesetz worden ist)。易言之,即传统理论对不纯粹溯及概念的典型定义。对于此两种不同类型的溯及,第二庭认为不纯粹溯及不能适用纯粹溯及的较严格标准,而是以基本人权为标准,来作不同的判断。[②] 在本案的情形,如果立法者担心人民利用国会修法所需冗长程序来"抢搭补助列车",而在法律条文中规定其适用范围提前,如提前至政府修法方案提出之时或法律条文经国会通过之日(因此时距离

① BVerfGE 96, 330/340.

② Bd. 97, 67/78.

批准生效日——如需欧洲共同体批准——尚有一段时间），宪法法院亦承认其所具有的优势公益考虑，因为此时当事人已有预知政策改变之能力，而不至于有所谓侵犯其信赖利益之嫌。① 德国联邦宪法法院第二庭在1997年12月3日所作出这个判决，重新采用纯粹与不纯粹溯及用语与概念的做法，无异是宣告该庭15年前（1983年）改变传统溯及概念所作努力的失败！万源归宗，德国联邦宪法法院对于溯及理论的见解复归一致了。

三、美国对于溯及法律概念与许可界限的新发展

（一）许可溯及的法律类型

在美国的联邦最高法院审判实务中，对于溯及法律的问题，在20世纪70年代以前并未像德国联邦宪法法院一样，发展出纯粹溯及与不纯粹溯及的概念。对于溯及性法律的用语 retroactive legislation，美国法界使用 retrospective legislation 互代，在此时并不区分此两种概念。以下将简略地讨论美国联邦最高法院对于溯及法律的许可问题。

美国联邦最高法院在1933年美国实施新政后，对于溯及法律的违宪性看法，有明显的改变。尤其是对于所得税法的溯及规定，大部分都给予合宪的裁判。但不少案例中也可归纳出溯及法律的许可界限。其可能略有：

1. 溯及期限：1938年的 Welch v. Henry 一案，对于一个溯及规定的所得税案，尽管原告援引1927年的 Blodgett v. Holden 及1928年的

---

① Bd. 97, 67/80. 在本案法院承认，国会立法给予人民减免租税的利益并不能列入《基本法》第14条第1项受到宪法保障之财产权的范围之内，易言之，人民享有此权益完全是立法者的创设行为，以借此来缓和人民享有此权的公益分量也。

Untermyer v. Anderson 案作为依据,但法院仍认为,本案因为在修法时,人民已知道会溯及课税,故不算是侵犯了其信赖感。同时,人民日后的行为是否会受到此新法的影响,也是未知之数,故修法的溯及规定并不致人民权利遭受不可测的危害,故宣判此法不违宪。法院这种看法明确地希望国会适应社会发展,让政府的支出能够不虞匮乏,而和以往属于放任、保守及自由主义的立场不同。在本案中,法院虽然也认为立法者纵然有权规定溯及的课税义务,但立法者也负有义务,不能随便地为恣意行为。法院给立法者下的界限有二:(1)必须仔细衡量人民的所得及缴税能力;(2)不能够将溯及期限过度延长,应该以一年为限。① 联邦最高法院在本案虽然提出一年溯及极限的见解,但却不具拘束力。在 1944 年的 Wheller v. Comm. of I. R. 一案,针对前审法院(第二巡回法院)所援引本案 Welch v. Henry 法院的一年期限为由,宣布涉案法律溯及二年的违宪的见解,联邦最高法院改变以前见解,认为该一年只是宣示性质,法院可以就个案审查新立法是否造成不公平的后果,不必局限于有否超过一年与否的溯及期限。② 所以,最高法院以期限来界定溯及法律的许可条件之努力,并未成功。

2. 紧急性立法:国家为了应付严重的危机,包括财经危机,可以获得公益的考虑来溯及立法。这是联邦最高法院最容易认同的溯及法律的类型。例如,1940 年的 Veix v. Sixth Ward Bldg& Loan Assn③ 案,针对国会立法溯及废止给予建筑业的贷款补贴,法院认为这是政府为了财政困难,且是因应大萧条而为的正当手段所公布,明确表明紧急性立法的公益性。另外,可再举一个著名的案例以明之:1938 年美国国会通过《公平劳动基准法》(Fair Labor Standards Act),规定最低工资等属于新政范

---

① 305 U. S. 134/147 (1938).

② 143 F. 2d, 162 (1944); *G. Kisker*, S. 141.

③ 参见 John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law 5th ed., 1995, p. 422, note 24。

畴极进步的社会立法。但对于工资中计算工时的定义不明，致产生工人何时开始算上工——由出门、着工作服、试机器等——计不计入工时，引起争议，是为所谓的总工时争议（portal - to - portal）。甚多的争讼，联邦法院大都采保守立场，宣告只有少数行业——如钢铁及煤矿工人才能列入之。但联邦最高法院在 1946 年的 Anderson v. Mount Clemens Pottery Co. 一案中，①基于保障工人权益，将各种行业比照钢铁、煤矿行业，得请求支给补助。如此一来，本法迄今雇主所积欠的金额极可观。故美国国会遂于 1947 年通过《总工时法》（portal - to - portal Act），溯及的规定自 1938 年本法实施起，上述的工时无请求权，而且也不得就此提起诉讼。针对本法的溯及规定，联邦最高法院虽未曾有过相关判决，但下级法院及州法院却承审几个案件，都持合宪解释。其理由为：由于国会在制定本法的前言明确说到，如果雇主必须补给全部工时，将使美国的经济、国库支出承受不起——估计约付出 57 亿美元，也会使许多大公司倒闭，故为了避免美国的财经陷入危机，遂有此法的制定。各法院承认国会此举的公平性。在理论方面，法院特别举出信赖问题，虽然最高法院在前一年的 Anderson 案宣告所有行业的工时应支给，但在过去几年中，绝大多数工人并无此认知，所以当大多数工人无信赖或期盼在上工准备期间内亦会有薪水时，故新法的溯及剥夺（或不许可）他们的请求权时，不算侵犯他们的信赖感。② 严格来说，以本案情形并不能算是国家真正的危机，毋宁是担心国家的景气及大型企业的财政能力无法负担也。

3. 填补法律漏洞或瑕疵补正：这是涉及补救立法（curative legislation）。在前文提到 1900 年的 De Lima 案及前述的 portal - to - portal 案，都是典型的补救法案。在 1900 年的 De Lima 案法院站在维护人民权益的立场，前已述及。但 6 年后的 United States v. Heinzen 一案，

① 328 U. S. 680 (1946).

② See v. Bethlehem Steel, 168 F. 2d, 58/60 (4th. Cir.).

却结果迥异。Heinzen 公司因自菲律宾进出口货物,被菲律宾(殖民)政府依总统行政命令课税,Heinzen 公司认为该课税命令无法律授权,而起诉。在此期间,国会发现该命令并无法律授权之基础,遂紧急立法,予以溯及的补救。最高法院认为国会应拥有这种补救错误的权力,并援引了1883 年的 Ewell v. Daggs 案,该案乃国会废止一个重利法案,但在新法中承认依已废弃的旧法所签订之借贷契约仍有合法性。① 美国法院实务上广泛利用这种补救法来对于未具有授权基础的行政命令或无效的行政决定,予以溯及的救济。②

(二)溯及概念的发展

到了 20 世纪 70 年代前后,美国学界及司法界对于溯及的理论又再度受到重视。在学界方面,值得重视的是对于溯及概念已进行较精细的分析而产生类似德国的二元论。

值得注意的是,麦克那提教授(John K. McNulty)在 1967 年撰文分析法律在时间上的冲突问题,首先提出了所谓首要(primary)及次要(secondary)溯及的概念。前者是法律改变了前法的效果。后者是法律名义上是嗣后效果,但造成溯及效果。③ 这种二分法和纯粹及不纯粹溯及的概念完全相同。

10 年后,曼泽教授(Stephen R. Munzer)在 1977 年撰文研究各种态样的溯及法律后,提出二元论的概念。他认为溯及有两种:一是强度溯及(strongly retroactivity);二是弱度溯及(weakly retroactivity)。强度溯及是指法规向前看(backward - looking),将其效力规范到法规生效前的事

---

① 206 U. S. 370;另外类似见解如 Swaye & Hoyt, Ltd. v. United States, 300 U. S. 297 (1937); Paramino Lumber Co. v. Marshall, 309 U. S. 370 (1940)。

② Graham & Forster v. Goodcell, 282 U. S. 409 (1931); *Charles B. Hochmann*, The Supreme Court and The Constitutionality of Retroactive Legislation, 73 Harvard Law Review, 703. (1960).

③ *John K. McNulty*, Corporations and the Intertemporal Conflict of Laws, 55 Cal. L. Review, 12, 58 (1967).

件;弱度溯及是法规向后看(forward - looking),乃法规将效力规范到法规生效前的案件之上,但效果是自法规公布后才发生改变。曼泽也举了一个例子,一个新的法律将以往被认为无效的婚姻规定为自始有效,则为强度溯及;如果法律规定该婚姻为嗣后有效,则为弱度溯及,因本法并未消除过去这段时间婚姻存在的不法性。可见曼泽和麦克那提的二元溯及概念①并无不同。虽然两位学者提出溯及概念的二分法,但他们同时都提到这种划分不尽精确,同时对于两种溯及的法律效果也应该无差别!这种二分法也受到不少的抨击。② 但是,法院的审判实务却也采纳这种二分法的概念。例如,第九巡回法院在 1992 年公布的 National Medical Enterprises, Inc. v. Sullivan 一案,法院就明确指出新的法律减少补贴权利之规定,尽管产生溯及的效果,但却是次要的溯及。③ 最明显的例子是 1994 年联邦最高法院公布的 Landgraf v. USI Film Products 一案,本案是涉及所谓的裁判溯及的问题。所谓裁判溯及(adjudicative retroactivity)是指法院在审判中法律发生改变时,该诉讼系属案件可否适用新法而言。与针对法官职权的裁判溯及并立的即立法溯及(legislative retroactivity)。这是美国在 20 世纪 70 年代以后兴起许多案件所涉及的问题。本案在涉及溯及方面,特别重要的见解有二:第一,提出纯粹与不纯粹溯及的用语。由大法官史蒂文森(Justice Stevens)所代表的多数意见认为,一个法律若是溯及立法,必须是纯粹溯及方可(genuinely retroactivity)或是真正溯及(true retroactivity)。这种法律的定义是:该法减损了当事人过去行为所拥有的权利,或是使当事人为了过去行为负担起责任,或为了过去已完成的交易课予新的义务。④ 第二,对

---

① *Stephen R. Munter*, Retroactive law, 6 J. Legal Studies, 373/381 (1977).

② 例如,Willian v. Luneberg, Retroactivity and Administrative Rulemaking, 1991 Duke L. J. 106/156。

③ 957 F. 2d 664 (9th Cir. 1992).

④ 511 U.S. 244/277, 280 (1994).

于程序法溯及与实体法溯及是否在法律效果上并无区别?实体法及程序法之分,在宪法保障正当法律程序条款有过演变,将本条款由规范程序面转向实质面,所谓的实质法律程序(sunstantive due process),已于前文述及,可见得实质与形式法之分,意义并不太大。但在刑法方面,由于对 ex post facto law 条款实施的绝对要求,故对于刑事法的实体法,不能为溯及是为当然外,程序法若在修正中,可否对系属中的案件产生拘束力(吾人可暂先抛开从新从轻主义)?① 美国最高法院对此采赞同见解,②但是,法院仍可依 ex post facto 来审查有无违宪,不论该法是否为程序法或实体法,易言之,属于程序性法规,可以运用在未决的案件。③ 对于《刑法》以外的其他法律,法院的看法就较分歧。④ 在 20 世纪 70 年代法院基本上采取肯定解释,例如,在 1969 年的 Thorpe v. Housing

---

① 参见 John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law 5th ed., 1995, p.422, note 24.

② 例如,最高法院在 1925 年的 Beazell v. Ohio 一案中已认为,若是新的裁判程序条文能贯彻 ex post facto 原则,为何不能适用之? 269 U.S. 167/171;另在 1987 年的 Griffith v. Kentucky 一案,479 U.S. 314 (1987) 重申此见解。

③ 例如,Collins v. Youngblood, 497 U.S. 37/46 (1990)。

④ 对于 ex post facto law 原则只适用在刑法,对于与刑事法及案件有极密切的关系,亦无法适用。例如,将已归化,或已获有永久居留之人民,应外国要求引渡到国内,为其以前之行为受审之问题,美国最高法院的一贯立场皆认为引渡为民事案件,而非刑事,故没有援用 ex post facto 原则之余地,参见 Bugajewitz v. Adames, 228 U.S. 585 (1913); Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924); Marcello v. Bond, 349 U.S. 302 (1955)。不过,一般的理解,引渡乃涉及刑事诉讼管辖权的归属与独揽,并非民事,在 1996 年美国国会制定了两个法案:一为防治恐怖分子,另一为移民法修正案,都规定对归化或已有美国长期居留之人民可因恐怖行为溯及的引渡到外国受审,引起学界广泛的讨论其合宪性问题。通说的看法,虽未将此溯及的引渡事件引用 ex post facto 条款,但应引用正当法律条款来判断其是否合宪,例如,纽约大学教授 Nancy Morawetz 即认为已侵犯实质法律程序,故不无违宪之虞。Rethinking retroactive Deportation laws and the Due Process Clause, 73 N.Y.U. Law Review, 97 (1998)。关于界分民事或刑事溯及法律的问题,可参见 *Harold J. Krent*, The Puzzling Boundary Between Criminal and Civil Retroactive Law - making, 84 The Georgetown Law Journal, 2143 (1996)。

Authority of Durkam 案[①]及 1974 年的 Bradley v. School Board of Richmond 案中,[②]联邦最高法院都认为,法院原则上应该使用判决时的现行法规。易言之,即使是该法规已造成实质的效果,亦属当然。在 Bradley 案中,法院对上述的原则外加但书:除非会导致不公正,或是法律另有明文规定,或参酌立法经过会导致相反结果者,不在此限。[③] 这三项但书的第二项及第三项明显是表达立法者的意志,表示联邦最高法院承认立法者可以制定溯及条款;第一项的不公正例外,即无异确定法院可以裁量此溯及适用新法有无带来不公平的后果。所以,立法者和法官都拥有可以决定是否制定或运用溯及性条文之权力。但在 20 世纪 80 年代中期,例如,1985 年的 Bennett v. New Jersey 案[④]及 1988 年的 Bowen v. Georgetown University Hospital 案,[⑤]法院又回到否定的立场,认为除非法律明文规定外,法院不能将待决案件径自适用新法。但很快的,法院又转回到肯定的立场。例如,在 1990 年的 American Trucking Association v. Smith 案,法院认为,若溯及的使用新法适用在未决案件,则比较起其他同性质,且同时进行诉讼,却幸运地及时在旧法被修正前决审的案件,如果显然是不公平及过度负担的,则溯及性的适用新法将被批评为不公正。[⑥] 按这些程序性法规的问题,在 Landgraf 案中又再度出现。本案大多数法官的见解,认为人民对法律信赖利益(reliance interest),对实体法较高,而对程序法较低。因此,对于程序法方面的溯及,立法者及法院的裁量权限就较宽松。对于待决案件适用新法规之情况,本案判决认为,在法律没有明文规定溯及的情形下,可以适用此溯及

---

① 393 U. S. 268 (1969).
② 416 U. S. 696 (1974).
③ 416 U. S. 696/711; 另参见 Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U. S. 97 (1971)。
④ 470 U. S. 632 (1985).
⑤ 488 U. S. 204 (1988).
⑥ 496 U. S. 167/182 (1990).

效果的新法有三种情形:法院认为会造成实质的不公正、法律授权法院可以行使此权限以及法律变更了程序规定。[①] 由 Landgraf 案的许可法官基于公平的考虑对于程序法的溯及拥有裁量权,可知即使没有立法者的明文规定[②]——在实体法及程序法皆然,显见美国联邦最高法院对于程序法之从新原则,采取弹性的立场。至于程序法及实体法的区别标准,以及是否可截然区分,美国最高法院当然也在不少判决中采取保留立场,就不在本文讨论范围。[③]

(三)溯及法律的许可理由

对于立法者为溯及性的许可问题,美国最高法院的立场一直未有太大的改变,也就是以合理性原则来判断,特别是在涉及正当法律原则时尤然。例如,1976 年的 Usery v. Turner Elkhorn Mining Co. 一案,[④]最高法院采取和 1935 年的 Alton Railroad Co. 案保护雇主利益完全相反的立场。这个类似的法律将法律公布前已离职的矿工列入肺病医疗福利给付的溯及规定,法院承认其合宪性,并不违反正当法律原则。由马歇尔大法官(Justice Marshall)代表的看法指明宪法本身即不禁止溯及立法,只要立法与政府追求的正当目的(legitimate gonernmental purpose)之间有一个理智关系,法院便认同此决定。易言之,与德国公法学所称的比例原则完全一致。而马歇尔大法官亦指出,如果就矿主由已退休、离职矿工辛劳工作所获得之利益,和法律规定他们应该溯及性质地拿出医疗、照顾这些罹患肺结核病及死者的费用所侵犯的财产权相比较,法院认为是一种理智的方法(a rational method)。对于矿主的信赖问题方面,

---

① 511 U. S. 244/273.

② 参见 John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law 5th ed., 1995, p. 422, note 24。

③ 参见 Mistretta v. United States, 488 U. S. 361 (1989); Sun Oil Co. v. Wortman, 486 U. S. 717/726 (1988), 都讨论到区分的困难。

④ 428 U. S. 1. 96 S. CT. 2882, 49 Led. 2d 752 (1976).

诚然矿主当然当时不知矿工可能遭到的职业危险，故法律当时也没课予矿主义务。但既然宪法本身不禁止溯及，只要嗣后立法者认为有必要，且理智（合乎比例原则）地课予义务，即不违反正当法律原则。值得注意的是，马歇尔大法官指出溯及条款不能仅使一些人造成失望（simply because it upsets otherwise settled expectations），就宣告其违宪。① 此用语及立论和德国联邦宪法法院的见解②完全一致，堪为巧合之至！再如，在1977年公布的United States Trust Co. v. New Jersey一案，最高法院除了援引1938年的Welch v. Henry一案认为，宪法的正当法律程序原则并不禁止立法者制定溯及性法律，除非该立法导致特别的严厉（harsh）及苛刻（oppressive）外，不在此限。③ 在1994年的United States v. Carlton案，④法院认为一个新法若是有补救性质，且适用时间不长及适用案件不多时，就无违宪性。很明显的，Carlton案的见解与半个世纪前的Welch案颇为类似，这成为法院对立法者的公益考虑所为效力强度的判断标准。⑤

四、过渡条款的制度问题

（一）过渡条款之概念

过渡条款是法律在处理新法与旧法关联的规范。一个法律经修正或废止后，其所创建的法律关系、权利等，所谓现存的法律现状（Rechtszustand），

---

① 428 U.S. at 19，965 S. CT. at 2894.

② Wade/Dicey, cxxvi.

③ 431 U.S. 1/17 (1977); Pension Benefit Guar Corp. v. R. A. Gray &Co., 467 U. S. 717 (1984).

④ 512 U. S. 26 (1994).

⑤ 其实早在1922年最高法院在Pennsylvania Coal Co. v. Mahon案中就明确将法律的公益目的重要性与溯及侵犯人民权利的比重，作一番衡量，这也是著名大法官Holmes所代表的多数意见，参见260 U.S. 393/413 (1922).

在新法公布后即会面临冲击。过渡条款(Übergangsregelung)即新法改易或部分维持旧法关系的条文,也是处理新旧法位阶关系(Rangverhältnis)的规定。如果一个新法完全废弃旧法所建立的秩序,或是针对旧法所未规范的新标的为全新的立法时,这种清清爽爽的新法自无制定过渡条款的必要。反之,在旧法关系藕断丝连与不绝如缕,特别是在不纯粹溯及法律的情形,新法的断然性实现即产生困难,过渡条款的中庸与中介作用,即显出其必要性。

过渡条款以其对于旧法秩序是否产生变更效力,而可以分成广义及狭义的过渡概念。

所谓广义的过渡条款,是指凡是新法的规定,目的在处理原来旧法的规定如何及在何种条件、期限下在新法内的效力,以及依旧法所成立的(那些)法律状态之法律后果——依旧法或新法的问题,皆可包括在内。此广义解可纳入所谓引导条款的概念。引导条款(Einleitungsvorschrift)顾名思义可知,是一种类似牵引车、导引管类的法规,把旧法所创建的秩序——如依旧法所获得之许可、法律资格等行政处分,如何适用新法的规定。故这是一个经过立法者过滤式的考虑。引导法的目的,便是以适用新法为目的。至于新法中针对旧法的秩序,有加以废止、消灭,或是仍依旧法来规范其继续存在或消灭、废止时——不溯及既往,则不能属于引导条款之概念。①

狭义的过渡条款,是指新法中明确承认旧法之部分条文及秩序,能够继续(及新加限制的)在新法实施后存在之条款。易言之,新法承认在此新旧交替的青黄不接时刻,旧有秩序仍有存在之价值——尽管可以加以限制。但其存在的规范是仍循旧法,而非依新法,故狭义的过渡条款正好与引导条款相反。所以狭义的过渡条款是立法者专门检讨旧法秩序存续更替的条款,本文所探讨的信赖保护原则、纯粹与不纯粹溯及的法理

① *M. Aschke*, S. 26.

与界限，以及诸项人权条款的内容，都可在此过渡条款内获得立足点。

不过，虽然立法者在立新去旧之际，应该对新旧法律之间的事项及承接问题全盘检讨，旧秩序应如何由新法来整治，容应予立法者形成之自由空间，故涵盖在空间的条款——过渡条款，以采广义解为宜。①

（二）过渡条款之立法方式

过渡条款的制定是立法技巧。除了将条文混杂在新法内不特别标明，所谓实质意义的过渡条款，这是比较含混、不清晰，且较不足取法之立法方式外，大致上过渡条款可援三种立法方式。

第一种是订定附则方式：这是过渡条款最通常使用之模式，且衡以置于新法的最后一节以表明其与前后法之关连，也是所谓的形式意义之过渡条款。②

第二种是以订定法律修正法之方式：这种立法是利用制定修正法律（Änderungsgesetz），修正一个法律时顺便将原法的相应规定一并过渡处理，如在票据法修正法中纳入过渡条款。③

---

① *M. Aschke*, S.27.

② *B. Pieroth*, S.72.

③ 这种以修正法方式修改原法律乃是德国常例，有些法律（如每年预算法 Steueranpassungsgesetz）迄今修正已达数十次，而德国《政党法》在今（1999 年）已是以第七次政党法修正法的版本出现。修正法与原法在法律数目的计算上是独立——虽然新法修正公布后规范实质会融入原法，然其过渡规定之对于原法相关规定，即属于可独立产生后法修正前法的依据。而我国台湾地区立法实务实行的法律修正案则是直接以原法为修正客体，法律修正后，原法的相关部分即必须调整：如果欲删除，且无过渡规定时，删除之较无问题。若有过渡必要则需保留，并需在修正案中订明。在我国台湾地区当修正案通过后，原法即以纳入修正案之方式出现，此时本法的原本规定，不是在原法的最后附则篇增加过渡规定（形式意义之过渡条款），就是需在原本条文处增加一项但书，表明其过渡性（实质意义之过渡条款）。前者情形显得十分唐突，因为一个法条的前后规定竟然出现过渡规定；后者情形，如法条结构简单，且新修正法律后原法规定未变动，只是保留与否的问题，但如果原条文在过渡期后会产生变动（新法内容），则会出现一个条文规范内容产生三个版本：（1）原本规定；（2）过渡条款；（3）过渡期届满后的新规定。如此一来，法条结构即变得复杂。此是我国台湾地区修法方式较不科学之处。

第三种是以订定施行法(Einführungsgesetz)之方式:这是德国在19世纪末期处理大型法典化立法方式所经常使用者。例如,1870年制定的《北德联邦刑法施行法》;1877年的《法院组织法施行法》、《民事诉讼法施行法》、《刑事诉讼法施行法》及1933年的汇票及支票法施行法等。中国在1933年前后仿效德国法典立法后,也时兴此种立法模式。施行法是一种典型的过渡条款,其目的乃分具引导法及处理过渡问题,例如联邦立法当时依其他法律——最明显的由邦法——所创建之秩序如何调适。施行法明显地是另一个专门处理过渡之专法,体系上与本法分别独立。本法本身规范并不涉及溯及与否之问题,乃一律向未来适用,而在新法公布时已存在(如在争讼中之案件及依前法所成立之法律关系),是否及如何溯及,才由施行法来解决。施行法存在的必要性一定是新法公布时,旧法秩序的规模庞大、案件众多及问题复杂,故必须另以一法来处理此盘根错节,这由德国及我国台湾地区民法典立法时,必须处理旧时依民间习惯及地方法所成立的亲属、民间债权、物权关系之复杂,即可得知。①

施行法与本法在体系上虽然分别独立,但皆是同样的立法行为。理论上,本法在嗣后修正时,亦可以在条文中规定过渡条款,而不一定非在施行法中再纳入此过渡条款不可!按施行法的立法时空环境比后来本法的修正,应有相当程度的差异,前者复杂,需要为溯及与否的考虑度高;后者已是新法秩序的修正,时间越往后,施行法所需面对的问题越少(标的自然消失)。所以法律的立法及施行,当受到时间之拘束(Zeitgebundenheit des Gesetzs)。故嗣后立法者所面对的修法只是新秩序建立后的改变,从而要解决溯及及信赖问题亦以新法的规定为主。因此,在本法部分直接规定过渡条款,自较另外在施行法中规定来得合理

① 参见刘孔中:"民法总则施行法之回顾与检讨",载《台大法学论丛》第27卷4期,1998年版,第260页。

及清楚，否则立法者必须另外重新在施行法中再动修法手术，违反立法经济原则。故德国在1933年以后已经摒弃制定施行法之立法模式，直接在本法内规定过渡条款，即本于立法新秩序的体系完整性（Systematische Geschlossenheit）及明确性（klare Erkennbarkeit）。① 施行法的制度及重要性，已经式微矣。②

（三）过渡条款制定的必要性

过渡条款存在的目的，既然是因应新法制定时的旧有秩序之存废，不仅是机关的权限，也及于实体法及程序法性质的法规。

过渡条款因此是立法者全盘规范一个新的法律秩序下的立法手段。一个立法行为是否完整、符合法治国原则，自可以在过渡条款的是否制定及实际内容中见之。因此，过渡条款与立法者对溯及问题的态度实有不可分之关系。

对于立法者有义务制定过渡条款的问题，德国联邦宪法法院在1967年判决的税务顾问法（Steuerberatungsgesetz），是一个具有指标性的判决。德国在1961年制定了一个《税务顾问法》，统一规范税务顾问与当事人之间的法律关系，同时规定税务顾问有竞业限制，不能经营一些经济营利事务。本法亦规定现职税务顾问——不论以往有无执行兼营利业务，皆一体适用本法之规定。本案提起诉愿的税务顾问年届62岁，过去数十年皆以兼营事业为主，占总收入六成，本业的税务咨询收入仅占四成，故主张本法骤然实施已侵犯其工作权，亦为溯及法律而违宪，云云。联邦宪法法院赞成诉愿人之主张，其论点大致可归纳如下：

---

① *M. Aschke*, S.21, FN 54.

② 德国《民法施行法》目前虽仍是一个实证法，但功能已大不如前。许多条文已名存实亡。例如，占本法绝大多数篇幅，规范民法典与当时帝国法律与邦法的规定，已无任何规范力。目前剩下的条文主要是国际私法的规定——相当我国台湾地区的"涉外民事法律适用法"，在此部分才仍有存在的价值也。本施行法最后一篇（第五篇）为过渡规定，却是将其他法律有关民法及施行法的规定纳入，其中并未有专门针对民法施行法提出修正法律。

1. 本法对现职税务顾问一体适用,所以其他兼职工作必须立刻停止(不纯粹溯及)的立法模式,基本上并不违宪。

2. 本法大体上虽有公益考虑而合宪,但仍须个案的考虑有无侵害当事人的人权,并且应以比例原则来审查。

3. 本案当事人已年届 62 岁,且过去数十年的合法收入六成已为新法所剥夺,要当事人重新谋生、学习一技之长已强人所难,故已侵犯《基本法》第 12 条第 1 项保障人民有选择工作及工作训练自由之权,且是违反比例原则不可预期(unzumutbar)之侵犯。

4. 因此,立法者对于现职税务顾问应该针对不同情况而制定过渡条款,来处理这些不纯粹溯及的案件。①

联邦宪法法院在本案判决确定了立法者必须针对个案情形及比例原则有制定过渡条款之义务后,已成为该院的主流见解。例如,在 1988 年同样涉及规范职业法的案件中,法院不仅重申税务顾问法判决理由外,另外,强调立法者制定过渡条款之理由为:依据比例原则及信赖保护!② 所以,立法者制定过渡条款的义务与评判溯及规范所应注意的原则,已融为一体。

除了关涉职业自由的法律外,另一个最需要制定过渡条款的情形是涉及人民财产权利者。例如,联邦宪法法院在 1982 年连续的两个判决中就揭示此原则,基于对人民财产权的保障,如果法律对于人民既存的财产权利造成不可预期的特别牺牲(unzumutbares Sonderopfer)时,立法者就必须制定过渡条款及补偿规定,否则即属侵犯财产基本权利。③ 1991 年联邦宪法法院对一个涉及所得税法的案件,法院也认为基于宪法平等权原则应该贯彻租税平等(Besteuerungsgleichheit)原则,如果所得税

---

① BVerfGE 21, 173/183.

② BVerfGE 64, 72/83.

③ BVerfGE 58, 137; 58, 300; P. Badura, C. 25.

法提高申报人的义务时，未定有过渡条款赋予过渡期限，即违反平等权及法治国连续性要求（rechtsstaatliches Kontinuitätsgebot），这个立法未定有过渡条款之疏失，立法者应有补正义务（Nachbeserungspflicht）。宪法法院并指出立法者之所以需要有过渡期间，乃可以在此期间仔细斟酌各种可能情况而谋求补正。①

上述德国联邦宪法法院的代表性见解，可知个别性人权规定可以在溯及法律、信赖保护及过渡条款制定的必要性上发挥具体保障功能，而过渡条款之功能即不可或缺。

五、结论

法律溯及既往概念及其许可问题的复杂性，已高度地显出法学界及司法（释宪）实务界努力在如何提供人民基本权利最大的保障，以及兼顾一个后来的修法与立法所可带来社会进步的公益性。民主国家新法律代表国民之新的公意，每个后法的制定，理论上也应该是优于前法。正如同德国海德堡大学教授史耐德所说的，每个立法者都会自认为比前辈优秀。只要这种自信心越强，越会肯定自己的立法有全面实施的正确性及迫切性，随着也容易主张新法的溯及既往效力，以维护所谓的平等原则。② 为了避免立法者这种不可避免的本位主义及自我为是观念的过度作祟，讨论法律溯及概念及许可界限问题所连带之信赖利益保护与过渡条款原则，可以研讨出不少理论来检验立法者怀有上述心态下所作出的立法决定。尤其是当立法者可能会因为立法时间的急迫而为粗率与疏

① BVerfGE 84, 239/285.

② *H. Schneider*, Gesetzgebung, ein Lehrbuch, 1982, Rdnr. 543.

忽的立法时,上述的讨论更可作为释宪判断的考虑。①

由本文的讨论,吾人可以约略导出下列的结论:

1. 法律溯及既往的禁止原则在刑事法律——不论是实体或程序法,已形成西方法学的基本原则。美国《宪法》首先揭示此原则及最高法院二百年前就陆续阐释本原则,使此原则成为法治国家的基本要素。德国在20世纪30年代后明白背离此原则的行径,正是德国当时沦入暴虐非法治国的写照。

2. 其他法律的溯及禁止原则就未普遍地受到肯定。基于对于人民既得权利及信赖利益的维护,德国及美国的学界、法界也分别由宪法条款中找寻理论依据,如正当法律程序、②契约条款,或是法治国家原则,作为对立法者的拘束规范。

3. 由德国法学界提出、联邦宪法法院发展出来的二元溯及概念虽然在理论的完整性方面容有缺憾,但至少可以据以分别一个新法对旧法秩序冲击所形成程度上的差异。德国联邦宪法法院(二庭)一度对此概念产生疑惑,但目前仍是该院的基本态度。美国学界及司法界在20世纪70年代后也引进了此种二元化概念。

4. 在许可溯及法律方面,纯粹与不纯粹溯及的许可性正好呈相反态势,前者为原则禁止、例外许可,后者为原则许可、例外禁止,但主要关键为立法者的公益判断。虽然类型上紧急性立法、溯及期限短及对人民权

---

① 立法者的一时粗率,往往会造成适用者的疑虑以及法学界为解释此规定而引致人仰马翻的困境。兹举一例:1998年5月27日公布的"政府采购法"第104条第2项规定:前项采购之适用范围及其处理办法,由主管机关会同国防部定之,并送立法院审议。一般授权命令只须交由立法院审查,但此项特别使用审议用语,立刻引起是否应类同法案的审议程序一样?是立法者的不察,或有意为严格把关所特加之限制?由立法院会议数据并无法得悉也。另外,本法并无任何过渡规定,本法一旦施行(1999年5月27日)就必须适用在一切正在进行中的政府采购事务,是否会产生不当的溯及效果,立法者显然也未注意。可以想见本法在制定过程的思虑颇不周详也。

② 美国《宪法增修条文》中规定的正当法律程序原则可以作为规范法律溯及既往原则之依据,本文已述及。

利侵犯程度少的溯及，易获得许可，但仍以比例原则为判断依据。故立法者的公益考虑及追求的实质正义，须经得起人民其他基本权利——如财产权、工作权等所导源出信赖利益与法律安定性诉求的挑战。

作为检验溯及性法律合宪性标准的信赖保护原则及法律安定性原则，系渊源于法治国家理念，但并未形成一种人权种类，因此在内容上呈现不确定之特征。而各种人权也可以衍生出值得宪法保障的权利地位，来防止立法者违反比例原则为溯及立法的侵害。各种不同人权——如最常见的财产权利，可在个案中发展出不同保护密度，溯及法律的合宪性与否往往视个案案情不同，而有不同的结果。故信赖保护原则无法产生一个具有独立内容的基本人权，即本于此。

过渡条款的任务在处理新、旧法发生适用重迭的冲突问题，借着过渡条款可让立法者判断溯及规范的意旨呈现出来。一个没有过渡条款的立法很可能是立法者过度自信心或疏忽的表现，也亦引发日后的违宪争议。① 至于过渡条款的制定，形式性过渡条款并非绝对必要，但以施行法为过渡规定的立法模式已属被淘汰的老式立法。

最后，吾人要对立法者的诚信加以强调。的确，德国部分学界及瑞士将民法的诚信原则，由民法原则提升到宪法原则，并不能符合立法及修法的本质。每个修正旧法的决定反映出立法者今是昨非之价值判断的更易，且立法者有改正前法错误的义务，在此情形指摘其违反诚信，将导致立法者怯于修法的立法怠惰后果。② 但民不信不立、国不信不存的古训仍不失为真理，此时唯有高度期盼、督促立法者是否真正的关心民瘼，如果没有极优势的公益考虑下，即悍然漠视人民既得权利是典型的

---

① 不仅一般法律的立法者应该注意过渡条款制定的必要性，即连宪法修正条款的制定者——修宪案（及德国的修宪法律）——亦同样应有此义务。德国克莱教授在1954年即撰文讨论此问题。

② *K. Vogel*, Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernuftsrecht und Verfassungsrecht, JZ 1988, 835.

立法专制与多数暴力。当人民对国家立法公权力怀有怨怼之心时,将会腐蚀国家法治主义的基础。立法者为溯及立法时岂能不再三慎之、戒之乎?一个国家是法治国家必须在此具体细微地表现出国家为人民的父母之国,法治国家原则可贵的灵魂存在是焉!

(本文原载台湾中央研究院社科所:《第二届宪法解释之理论与实务》(第2辑),2000年8月)

第十七篇　国民抵抗权的制度与概念

自由之树必须时时浇上爱国志士与专制暴君的鲜血，才会欣欣向荣，这乃是天然之肥料。

——1787 年，杰斐逊，

《致史密斯上校函》

让每一个人都牢牢记住，触犯法律就是践踏父辈的鲜血，就撕毁自身自由和子孙自由的宪章。

——1932 年 12 月 27 日，林肯，

在伊利诺伊斯普林菲尔德的演讲

一、前言

所谓国民拥有抵抗权（Das Widerstandsrecht，droit de résistance，right to resistance），是谓人民拥有权利，在必要时，可以对其由国家法律所产生之义

务,采取不服从及抵抗之行为。① 在一个民主的法治国家,国家由宪法、法律以降,层层法规范,形成法纲,作为保障人民基本权利及达成国家任务之行政权力及司法权力运作之依据。只要行政权力及司法权力容有活动之空间,个人基本权利即有受到限制,受到侵犯之可能。原则上,国民有遵守一个合宪之法律的义务。并且,也有服从一个合法公权力(行政或司法权为主)之义务。这是一个法治国家之法规范具有规范力的当然结果。同样的,法治国家除了已经设计、包含了各种态样的法律救济程序,来予国民遭到权利之侵害时提供保障外,如何在实证法之体系内,承认人民可以否认其由实证法所产生之义务,进而采取抵抗之行为,是20世纪中期以来,西方宪法学界所关心的一大问题。目前,西方国家中的德国《基本法》(宪法)中,已经将抵抗权之制度列入。考察德国《基本法》此项条款的历史渊源、相关的外国法例及其精神,以及该项抵抗权制度之内容,进而比较德国及美国近年兴起的,与该项抵抗权相类似的国民和平反抗权以及人民的革命权,以及对抵抗权概念作理论上及实际性之批评,是本文重心所在。希望通过本文之初步探讨,能对这个在中外政治运动中时常被援用,也不乏常易被误解的抵抗权概念,能有一个较清晰之轮廓,呈现在读者面前。

二、近代宪法思潮中的抵抗权——兴起、传播及成形

(一)兴起——由美国宪政思潮之启蒙

近代宪法思潮中,最早孕育了人民抵抗权概念的典章,应推1776年6月17日,美国维吉尼亚州公布的《人权宣言》。在该《人权宣言》第三

① 参见宫泽俊义:《宪法Ⅱ》(新版),法律学全集4,有斐阁昭和四十九年,第140页。

节(Section 3)有如下之条文:任何政府是,且应是为了公共之福祉、保护及防卫人民、国家及社会而成立的。政府的一切组织及形式,应以能产生予人民最高程度之幸福及安全,以及最有效地防止产生暴政之危险来组成之。当任何政府不能达成这个目的或与这个目的背道而驰时,社会上的大多数人,可以拥有一个当然的、无可让渡的及断然的权利,来改变、更换及废止之,以满足最大之公共福祉。

维吉尼亚州这个人权宣言的条文,明确提及人民对于政府施政不满意,以及政府成为暴虐之政权(maladadministration)时,社会上大多数人(a majority of community)即有推翻政府之权利。易言之,人民可以不再服从政府之法令,起而抵抗之。唯此处明言的社会大多数人,亦即表明了,须是大多数人才可以推翻政府——以代议制度,多数决之决定之,而非赋予个人或社会上之少数人,拥有推翻政府之权利。①

另外,在1776年11月11日,《马里兰州宣言》第4条也明确表示:对于专擅权力及压迫不抵抗原则,是对人类福祉及幸福的一种荒谬、奴役及毁灭性之原则。

同样的,在1776年7月4日公布的《美国独立宣言》中,也揭示了当该政府不能达到保障人民生命、自由及追求幸福之权利,以及政府未获得被统治者人民之同意而剥夺人权时,则人民有权起来更换或废止此政府。

由《维吉尼亚州人权宣言》、《美国独立宣言》及《马里兰州宣言》中所揭示的推翻政府——不论是无能或无道之政府——权利,是操诸在人民手中。人民拥有这种撤换政府权利之理论依据,主要是国民主权及天赋人权两大根源。以国民主权(Volkssouveränität)作为肯定人民拥有反

① Hans Schneider, Widerstand im Rechtsstaat, 1960, S. 15. 一般讨论抵抗权之滥觞,援引《维吉尼亚人权宣言》此项条款之著作,多半概括认为人民皆拥有推翻政府之权利。惟其却强调在此社会大多数人之明文规定,故否认少数人及个人可以拥有此权利,堪称慧眼独具。

抗政府权利之理论,可引法国大思想家卢梭之《社会契约论》,国家的主权是操纵在国民之手中(故称为国民主权),而且是操纵在国民整体之手中。国家公权力之行使及法律之形成,是国民以公意(volonté générale, Gemeinwillen),以公益为目的来形成之。整个国家存立及运作类似一个契约之签订,人民不仅是这个契约(社会契约)的签订者,以形成公意,同时,也签有服从契约,来遵循公意,作为公意之服从者。至于政府及君王,只不过是人民公意的执行者,是受到人民之委任者(agent, magistrat)。倘若人民不满意时,便可能撤换之。① 卢梭这种社会契约论,虽然都是拟论式的比喻,但是,明显地成为美国立宪时代的主导思潮。《美国独立宣言》中提及的治者须得到被治者之同意以及维吉尼亚州及马里兰州的宣言中所言及之推翻政府权利,都明显地和卢梭的看法一致。由这种可撤回的授权、委任理论,当政府也成为人民不满意的暴虐政权时,人民自可毁约,而恢复到未缔约前的自由,不必再遵守服从之约了。②

基于天赋人权理论,则以为每个国民都有不可剥夺之人权,而且,这些人权都是超实证法而存在的。亦即,基本人权是先于国家而存在,有超于国家法律之价值。政府若是不尊重这些权利而滥加侵害时,人民自然可以起而抵抗,以保障其这源于自然法之权利。故如《维吉尼亚人权宣言》所称的,人民推翻无道政府之权利是不可让渡的,即本于此。

虽然,美国这几个立宪时代的人权典章内,已经庄严地肯定人民有变更、推翻人民不满意的政府之权限。但是,这些权利,多半只具有崇高政治理念的政治作用,在对法律体系而言,这些宣示之原则,并不能获得具体的法律概念。若承认人民有权推翻或更换无能或无道的政府是可以选举或是革命之方式来达成(虽然在当时,主要强调,在号召以革命之

---

① C. Heyland, Das Widerstandsrecht des Volkes gegen verfassungswidrige Ausübung der Staatsgewalt im neuen deutschen Verfassungsrecht, 1950. S.61.

② G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 Aufl. 1914. S.212.

方式)。故严格来说,美国这几个立宪时代的人权典章,只是将当时盛行的伟大人权思潮——国民主权及天赋人权理论,融入人民的反抗政府权之中,作为肯定该项权利的理论依据。至于法律意义(及宪法意义)的抵抗权概念——本文在开始处对抵抗权所作的定义——则尚未显现出来。当时的反抗政府权,强调的是政治意义,而非法律意义,但是,无疑的,美国立宪运动所援引的国民主权及天赋人权理论作为肯定人民可以反抗现行政府之理论依据,一直影响到后代法国及德国有关承认抵抗权制度之问题(详后述),故美国独立时代的宪政思潮堪可称为近代抵抗权概念及制度之启蒙者。①

(二)传播——法国大革命之继受

由于受到卢梭思想的熏染及美国反抗英国统治,革命成功之激励,1789 年的法国大革命也继受了承认人民有反抗政府及推翻政府之权利。② 1789 年 8 月 26 日公布的《人权宣言》第 2 条,宣示了人民拥有抵抗暴政之权(le droit de résistance à l'oppression)。这个抵抗权同时也被视同为先于国家而成立之人权之一。1791 年 9 月 3 日公布的《法国宪法》,也将《人权宣言》之条款纳入为宪法之内容。同时也确认人民的自由权、财产权及抵抗权,俱为不可剥夺的,源于自然法之人权。对于抵抗权阐扬最热烈的,莫过于 1793 年 6 月 23 日公布的《雅克宾(Jakobin)宪法》。本宪法中有数条条文,皆承认人民可以起而抵抗政府。例如,第 11 条,规定当政府沦为专制及暴君独裁时,人民可用暴力及武力来推翻之;第 33 条,则肯定人民之抵抗权,抵抗暴政是基本人权;另第 34 条及第 35 条也同样表明,人民可团结起来抵抗无道之政府,并且,第 35 条且将抵抗权视为国民之义务! 尤其是,本宪法在第 27 条,甚至承认每一个

---

① C. Heyland, aaO. S. 60.

② K. Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswirdrige Ausübung der Staatsgewalt, 1916, SS. 351, 367; C. Heyland, S. 59.

为了自由的国民,都拥有杀暴君(tyrannicide, Tyrannenmord)之权利。1793 年公布的这部法国宪法,无疑的,其狂热的革命色彩显得十分突出。尤其是,承认人民可以行使武力,将抵抗视为不仅是人民之权利,而且是义务。以及,最偏激的,许可人民行使杀暴君之手段,将人民的抵抗权利渲染得血气、暴力气氛十分浓厚。这也许可和当时暴戾的政治情况,相互辉映!旋即在 1795 年公布的《法国宪法》中,即未再有任何规定抵抗权之条款。① 同样的,1848 年的《法国宪法》,虽然亦将 1789 年公布的《人权宣言》,整体列入为构成该宪法之一部分,但却未再强调抵抗权之功能及重要性。故自 1795 年以后,法国历次公布之宪法条文内,抵抗权已不再出现。直至第二次世界大战结束后,1946 年法国一个经国民复决,但被否决的宪法草案(第 21 条),曾提及:当政府侵犯人民的自由及权利时,人民拥有抵抗之权利。②

虽然,抵抗权出现在法国宪法史上的时间极为短暂,随即在自 1795 年以后迄今之实证的宪法条文上,已经完全失去踪迹,不过,法国的学界自始即认为,抵抗权之存在,已经如同其他基本人权一样,在人权宣言公布后,获得法国及全体民众之肯定。故抵抗权亦为民权之一,不必非形诸明文不可。③

尽管学界仍持肯定抵抗权是人民基本权利之一,但是,察诸实证宪法条款及相关法律,却未再存有肯定人民该项权利存在之迹象。尤其是,形成法国抵抗权定义及方式之一的,由 1793 年宪法所承认的狂热之抵抗权条款,几乎已不再被法国宪法所承认。故抵抗权之规定,在法国宪法史上,可说是已属式微。

---

① C. Heyland, S. 58; Führer, Das Widerstandsrecht in den deutschen Verfassungen nach 1945, 1973, S. 58.

② S. Führer, aaO. S. 60.

③ S. Würer, S. 60; K. F. Bertram, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes, 1970. S. 83.

(三)茁长——在德国的实践

比较起美国及法国早期波涛汹涌、气势壮阔地承认人民抵抗权之宪政历程,相反地,德国在同时代,虽然在学术界、思想界,有提出对人民抵抗权及革命权之讨论,①但在实际的宪法典章上,却丝毫未承认此项权利。在19世纪中期,德国对于人民抵抗权之讨论及主张,声音也极微弱。② 其理由是,德国并未如同法国及美国一样,政权遭人民推翻。故王权及政府权威仍然存在。次而,德国在19世纪已实行宪政,法律实证主义(Rechtspositivismus)盛行学界及政界。依立宪理念及法律实证论,宪法即负有保障人权之功能。且通过权力分立,人民挑选议员职司立法工作,国家权力受到法治之拘束,地方实行自治等制度,使得政府滥权之机会减少。从而抵抗权在于宪法理念中,无立足之地。

这种情况,维持到第一次世界大战结束后公布的《魏玛宪法》,仍未改变。魏玛时代著名的宪法学家,如 G. Anschütz, Giese, Ernst v. Hippel 及 C. Schmitt, 不是对抵抗权毫无叙述,就是否认该权利可形成人民之基本权利之一。③ 德国《宪法》及法律开始讨论及拟订抵抗权之

---

① 例如,大思想家康德,在18世纪末期出版的一些文章,如"道德的形上学"(Metaphysik der Sitten, 1796/97),"学院之争议"(Streit der Fakultäten, 1797/98),都有讨论人民有否反抗政府之权。康德一方面在精神上肯定美国及法国大革命,但在法学及哲学理论上,却也否认人民拥有该权利。参见D. Scheffel, Kants kritische Verwerfung des Revolutionsrechts, in: Reinhard Brandt (Hrsg.) Rechtsphilosophie der Aufklärung, Symposium Wolfenbütel 1981, 1982. SS. 178 - 217。

② 少数的例子,是在1839年1月26日,德国杜宾根(Tübingen)大学法学院提出一份报告,认为倘若国家之统治者(国王)未能遵守法律及宪法时,人民即不再负有服从之义务。但这只不过是昙花一现的立论而已。参见K. F. Bertram, aaO. S. 38.。

③ 如魏玛时代,夙负声誉的两本宪法学著作,G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14 Aufl. 1933. 以及 F. Giese, Deutsches Staatsrecht, 1930, 皆未提及抵抗权。E. V. Hippel 则以为抵抗权早已成为一个死的制度。§99, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd II(1932), S. 551; C. Schmitt 也认为,抵抗权之行使,有违国家法律秩序之安定性,故未获得德国学界所赞同。见同上, Bd II, § 101, S. 575; C. Heyland, aaO. S. 18。

制度,是在第二次世界大战结束后,才展开的。这段历程,在1968年德国《基本法》修订时,正式将人民抵抗权纳入《宪法》为止,可以以《基本法》该次立法拟议时为基准,划为在此之前的(1)酝酿期及在此之时的(2)立法目的第二个阶段。兹分别叙述之:

(1)酝酿期

德国在第二次世界大战之后,兴起讨论人民是否应有抵抗权问题,与德国遭到纳粹党独裁统治12年,并使德国国家及民族,因为发动侵略战争,且遭致国土沦丧,全国一片废墟,德国民族空前劫难之历史,有密不可分之关系。战后涉及抵抗权之思想,在法制方面,首应推1945年12月20日,盟军占领军政府公布了《第十号法律》。这个法律认定了德国之公务员及军人不应该认同纳粹政府违反国际法及道德的法律。同时,宣布纯粹政府所制定具上述性质之法律应予失效。同时,接连而起的纽伦堡大审则更清楚地表明,德国公务员及军人不反抗政府所颁布之违反人道之命令,而接受及服从该法令之作为者,亦应负战犯之罪责。因而,人民应该反抗纳粹政府是这些判决所确立之原则。① 但是,这些属于惩罚过去犯行之法律及判决,并未能形成日后的抵抗权法制。而德国首先拟议肯定人民抵抗权,是在几个邦的宪法中,尤其是黑森邦(Hessen)的成就,最令人瞩目。

在1946年5月29日,黑森邦通过一个邦法,规定了凡在纳粹时代因为反抗纳粹政权而被定罪者,应予免罚,仍在监狱服刑者,应立即释放。是德国第一个邦的法律肯定以前人民之抵抗行为,应属正当。同年12月1日,黑森邦通过了邦宪法,在该宪法第二章第十一节列有保护宪法(Verfassungsschutz)一章节,其第146条以下,是开德国抵抗权立法之先河。其重要条文之内容略有:(第146条)每位国民有尽其全力来维护宪法之义务。(第147条)①当公权力违宪而行使时,每位国民有反抗之义

① S. Wührer, aaO. S. 64.

务与权利。②知悉有人意图破坏宪法(Verfassungsbruch)或破坏宪政组织时,向该管法院提起刑事诉追之告发,是国民之义务。(第148条)任何使宪法暂时或长期丧失作用之革命行为,其促成者及事后有协助之来侵犯宪法,而其情属实者,于违宪状态恢复外,应依法追诉之。(第149条)前两条所规定之刑责,以法律定之。

由黑森邦宪法这些条文之内容,抵抗违宪之公权力行为,不仅是人民之权利,亦系义务。①这个义务只是向该管法院刑事告发之义务(第147条2项)罢了,所以,严格而言,并不是人民应起而实行其他抵抗作为之义务。对于人民行使抵抗权之对象,除了是公权力之违宪行使外,也及于其他(政治)团体有意图破坏宪政体制者(第147条2项),也就是必须及于可以反对违宪之私人行为。②

另一个模仿黑森邦宪法的是1947年10月21日公布的布莱梅邦宪法。依该宪法第19条,当公权力违宪地侵犯人权时,抵抗之是每位国民的权利与义务。布莱梅邦宪法这个规定,比起黑森邦的类似规定,显得简洁多了。而且,其将人民行使抵抗权之目的,置重在于保护人权,而非如黑森邦宪法的,在于维护宪政体制方面。③ 这两个对抵抗权所保障法益的歧见,对以后影响颇大。而布莱梅邦宪法提及抵抗权亦是义务,却未有制裁之规定。故同黑森邦一样,只存有义务之名,而无其实。④

另外一个属于地方,也是最后一个有关抵抗权规定的宪法,是1950

---

① 如同《法国1793年宪法》第35条。

② 明显地,是以类似纳粹党的政治团体为对象。

③ C. Heyland, S.92.

④ 黑森邦曾积极研拟执行该邦宪法有关之刑责的法律,在1948年12月也提出《邦防卫法》(Staatsschutzgesetz)草案,在邦议会未完成立法前,《德国联邦基本法》即完成立法(1949年5月23日)。依此《基本法》(第74条)刑罚之规定权属联邦,故该法立法工作之事遂寝。参见 H－J Reh, Anmerkungen zum Widerstandsrecht nach der Verfassung des Landes Hessen und nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Erwin Stein, 1983, S.279。

年9月1日公布的《柏林宪法》。依该宪法第23条,当公权力违宪且公然地侵犯人民之基本权利时,抵抗是人民之权利。《柏林宪法》对抵抗权的行使要件和布莱梅邦宪法相同,是在于保障人权之方面着手。与前两个邦宪法相异,《柏林宪法》只认为抵抗权是纯粹之权利,而非义务;另外,必须待公权力侵犯人权已极公然(offensichtlich)时,人民方得行使此权利。

在黑森邦及布莱梅邦宪法肯定人民应该拥有抵抗权来防止国家宪政或人权之受损之际,德国正在进行的联邦《基本法》草案拟议过程中,亦有人建议草案中列入当有破坏宪法及以非法及违反道德之方式行使国家权力时,人民即享有抵抗权之规定。不过,唯恐此条款会激起民众滥用及误用之后果,故未为会议所接受。[①]《基本法》之条文内,即未有抵抗权之规定。

虽然德国有三个地方宪法中,列有保障邦民抵抗权之条款。属于联邦的立法方面,则仅有1953年9月18日公布了一个《联邦补偿法》(Bundesentschädigungsgesetz),[②]含有肯定人民抵抗权之微弱意义。本法是德国联邦为了对反抗纳粹政权而遭到生命、财产之损害者,国家予以补偿而制定。在本法的前言中,认为过去基于信念及良知,起而抗暴的德国人是已经为德国民族及国家,作出贡献,故才有本法的补偿规定,以示酬谢。这个联邦补偿法虽肯定国民过去对纳粹暴政抵抗行为,但对砥砺来兹——承认德国人民在基本法之体制下,亦有抵抗权之作用——的含义,则仍极为不显著。

由战后到1968年《基本法》正式将抵抗权采纳为止的酝酿期中,影

---

① 例如,当时的名政治家,时任 Wüttenberg - Hohenzollern 邦司法部长的 Carlo Schmid 即认为,倘若宪法列有此条款,会有误导人民使用该条款之不良后果发生,社会秩序将受到损害。而人民因为误用抵抗权,却不免必须接受法律制裁,是极不公平之事,故其力主删除之,大会果采纳其意见。参见 H. Schneider, aaO. S. 11.

② BGB1, I. S. 1387.

响形成日后有关抵抗权概念最深的，是联邦宪法法院于 1956 年 8 月 7 日公布的“德国共产党禁止案”（KPD）之判决文。①

德国联邦宪法法院在本案判决中，针对原告——德国共产党所主张的理由之一，究竟在德国《基本法》（当时）并未有明文规定抵抗权之情况下，国民有否享有抵抗权之问题。宪法法院认为抵抗权可以分为两种：第一，是对一个已经极为明显的不法政权（ein evidentes Unrechtsregime）之抵抗；第二，是对合法政府之违反宪法行为之抵抗。对于前者不法政权之抵抗，宪法法院以为，反抗这类政权之学说理论，在近代并不陌生。而且，以经验证明（指德国经历之纳粹政权统治），对这些政权之倒行逆施，已经无法以正常的法律救济途径来予挽救。依法院之意，人民尽可能起而抵抗之。② 至于后者之情形，政权之存在完全是合法的，只不过在运作之中，发生个案的违反宪法之行为。宪法法院则以为，人民对于公权力违宪措施之纠正，必须依法定之救济管道为之。例如，人民自可以依宪法诉愿以及其他行政诉讼之方式，谋求补救，一样可以达成挽回违宪措施之不法性。但是，法院并非完全否认人民应享有抵抗权。法院认为，此种权利含有维护效果（konservierende Wirkung），是一种维护及恢复法律秩序的紧急权。人民必须待政府公权力之不法情形已经十分公然（offenkundig）并且有效的法定救济手段已经显然少有希望（wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe）时，人民方得行使此权利。③

联邦宪法法院对抵抗权这种二分法，认为对一个已经全然是不法政权，亦即政权之成立及运作，完全不以宪法及民意为基础之政府，人民尽可能实行抵抗。而对政权之合法性不容置疑之政府，对其反抗，只能在极例外的情况下——不法情况已经极为公然明显（这明确是采 1950 年

① BVerf GE 5, 85.

② BVerf GE 5, 85/376.

③ BVerf GE 5, 85/377.

《柏林宪法》的立法例),法律救济手段已少有希望时,才承认抵抗权之存在。因此,界分这两种行使抵抗权之时机,即对所谓不法政权之认定问题,倘若政权系是不法——不获人民承认为合法政府,人民即可无限制地行使抵抗权,反之,则不可随便行使。然而,法院却未对不法政权之意义作一个清楚之界定。法院可能是以此问题认为无关本案判决,无须再作阐释,因为德国政府并非不法政权,其义甚明。另外,对于如何实行抵抗权,宪法法院也未予讨论。尤其对不法政权之抵抗,似乎亦可允许人民以革命之方式为之。故法院在本案中也未尝将抵抗权和革命权予以区分。① 尽管联邦宪法法院对抵抗权之解释容有不甚清晰之处,但是,基于这个国家释宪最高且系终极地位的机关,承认人民可以拥有这个宪法来明文规定之抵抗权利,自有其极重要之时代意义。

(2)立法目的

德国在1968年6月24日公布第17次《基本法》修正案,增订了《基本法》第20条第4项。在这项中规定:对于任何意图排除上述(第1项至第3项)之秩序者,在别无其他救济程序时,任何德国人民皆拥有抵抗之权。随着本条款的制定,抵抗权正式成为《基本法》内容之一部分。

《基本法》之所以要增订这抵抗权之条款,是一种政治妥协之结果。第17次《基本法》修正案的主要功能,原来只是要增订国家之紧急权,② 俾使国家在遭到紧急事故时,政府能够拥有更大的应变权限。在本修正案通过的前一年,代表工会立场的呼吁即热烈的展开。工会担心政府会因为宪法通过了增订紧急权条款之后,会有滥用此项权力,来干涉劳工的罢工权及对抗劳工运动之可能。尤其是德国在1920年曾经发生过劳动工会利用政治性罢工,迫使一次借军事政变后成立的政府塌台,来恢

① S. Wührer, aaO. S.73.

② 即现行《基本法》第115a条以下至第1151条之《紧急宪法条款》(Notstandsverfassung)。

复共和政府之前列。[①] 故工会及黑森邦，皆主张增订一条保障人民可以实行之政治性罢工权（于《基本法》第9条内），来对抗政府可能滥用紧急权，以维护宪政体制。[②] 但是，由于承认人民（尤其是工会、工人）拥有对社会秩序、国家经济、社会及政治情况影响甚巨的政治罢工权，后果将十分严重。故为了取代增订政治罢工权，本次修正案才增订了人民抵抗权之规定。[③]

因此，德国《基本法》之制定抵抗权，并非完全基于需要及主动的因素，而是一种因应新的紧急权立法，为了安抚（Beschwichtigung）及缓和反对者之情绪及消除彼等之疑惧，所谓的一种妥协式之替代立法。[④]

三、抵抗权的实证内容

（一）抵抗权的行使要件

1. 宪政秩序之侵害

《基本法》第20条第4项所规定之人民行使抵抗权的对象，是意图

---

① 这是著名的卡普政变（Kapp－Putsch）。1920年3月，德国右翼的自由团占领了柏林，迫使政府之首脑逃亡到德国西部。政变之自由团推举卡普博士（Dr. Wolfgang Kapp）出任政府总理。但是，当时的陆军持观望之态度。结果，工会发起政治性的大罢工，以示杯葛新政府，而政府官员也采取对新政权的不合作态度。因政令不行，新政权随即结束。

② 所谓"政治性罢工"（der politische Streik），是指工人基于政治目的的罢工，有别于一般的，为工人福利的经济性罢工。《基本法》第9条是肯定工人有经济性的罢工权，但并不享有政治性罢工权。参见J. H. Kaiser, Der politische Streik, 2 Aufl. 1959, S. 21。

③ H. Schneider, aaO. S. 9; H. H. Klein, Der Gesetzgeber und das Widerstandsrecht, DÖV 1968, S. 865; C. Böckenförde, Die Kodifizierund des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, S. 169.

④ H. Schneider, aaO. S. 11; C. Böckenförde, aaO. S. 171; H－J Reh, aaO. S. 28.

排除《基本法》在第20条内所揭示之宪法秩序之行为者。所谓宪法秩序,是指确定德国是一个民主的及社会福祉之联邦国家(第1项);主权在民,以及三权分立之原则(第2项)及立法必须依宪法原则,行政权和司法权之行使,须依循法及法律之原则(第3项)。故这三项原则,可以说是德国的立国精神及基本的立国原则。由这三项宪政秩序的内容以观,颇易令人觉得,基本法许可人民实行抵抗权,其欲保障之法益,是在于维护国家之宪政体制,而不着重于保障个人免受到国家公权力的违宪侵害。因此,以抵抗权所要保障之法益来论,究竟宪法承认人民的抵抗权,是侧重于采纳黑森邦宪法之模式——保障国家宪政体制,抑或采纳布莱梅邦及《柏林宪法》之模式——以保障个案之人权为主?是一个颇具争议之问题。

Isensee教授持前者之看法,其以为抵抗权在《基本法》内的意义,已不再是古典的、传统的保障个人法益之权利。而是具有更高价值的,为了保障国家之立国原则及宪政体制。因而此抵抗权,必须是防卫整体利益。易言之,是为防卫国家的民主宪政之秩序,而非为个人之法益而存在。① Wertenbruch教授则认为,抵抗权应该区分为宪法意义的抵抗权和刑法意义的抵抗权。宪法意义的抵抗权是如同《基本法》该条文所言的,应该在于保障国家法益。相反地,刑法意义的抵抗权,是个人的紧急权,只在保障个人之法益罢了。② Ganseforth教授认为,当国家公权力只是个案地侵害人民权利时,则属于个案之不法,且是未破损之国家机器的一个运作的意外事件(Betriebsunfall),仍然不可以据以行使抵抗权。③

---

① J. Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 40; 同理 K. F. Bertram, aaO. S. 45; G. Scheidle, Das Widerstandsrecht, Entwicklung anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung der BRD, 1969, S. 149.

② W. Wertenbruch, Zur Rechtfertigung des Widerstandes, in: Festgabe für Ernst von Hippel, 1965, S. 327.

③ H. Ganseforth, Das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz im System des Verfassung sschutzes, 1971, S. 74.

Kempen 教授也认为个案的不法，虽然侵犯了人权，但是，并非《基本法》第20条第4项所称为排除（Beseitung）宪法之秩序。依其之见，这个排除字义是极具严重性的，是国家之民主宪政体制已经到了紧急关头，非实施及肯定人民拥有抵抗权不可。至于个案的不法发生时，国家之宪政体制仍处于常态（Normallage），并非可满足《基本法》之该排除的语义及条件。①

另外，Blank 教授持的看法，则以为抵抗权是被列入《基本法》第20条内，而非在《基本法》第1条至第19条所谓的人权条款之中，况且《基本法》第20条第1项至第3项内，也全然未提及人权之保障。显然，抵抗权是为了保障宪政结构原则，与人权之实践无关。②

当然，努力在寻求理由支持抵抗权是为了保障国家宪政制度而不在于保护个人法益而存在的看法者，其所意图的另一个目的便是认为，倘若将抵抗权行使之重心，置在于利他或是为大我，而非利己、利小我时，则行使抵抗权及其制度最大的不利后果——被滥用——之机会，可望减少。采取这种见解者之理由，乍观之下，颇言之成理，但却忽略了抵抗权之原始精神及其本意，都是具有保障人权的深厚意义。

如 Kock 教授所言，若抵抗权是为了维护国家宪政制度而存在，则当国家面临独裁者统治时，无法以人权遭到迫害而作抵抗之号召。依其之见解，对付极权之政权，只用空洞的法治国家理念（如《基本法》第20条）是不够用的。唯有用人权，才是最有效之武器。③ 此外，到底《基本法》第20条第1项至第3项所提及的宪法原则，是否也排斥或不包容人权实践之目的及意义？也令人怀疑。例如，主权在民之原则（第2项）应

---

① O. E. Kempen, Widerstandsrecht (Art. 20 IV GG), in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, 1968, S. 73.

② T. Blank, Die strafrechtliche Bedeutung des Art. 20 IV GG (Widerstandsrecht), 1982, S. 32. 其也认为，抵抗权之行为，乃因为国家法秩序已遭到了全面攻击矣，见 S. 101。

③ B. Koch, Rechtsbegriff und Widerstandsrecht, Notwehr gegen rechtswidrige Ausübung von Staatsgewalt im Rechtsstaat und unter Nationalsozialismus, 1985, S. 40.

即表示了人民参政权之不容剥夺;立法须依宪法原则及对行政权及司法权是以法及法律来拘束的,都是表明了基本权利的保障与实践,已形成国家的宪政体制及构成其内容。① 职是之故,人民抵抗权所实行的法益保障,应认为是保障国家宪政法益及个人法益(人权)两大方向。②

次而,则涉及了上述法益的攻击者之问题。传统的及古典意义的抵抗权是一种针对公权力(政府)行使违宪及违反正义时,以至于侵犯了人权及宪政体制,才为之抵抗的行为。故可称为是对合法权力及法律之反抗权(jus contra legem)。③ 柏林及布莱梅邦宪法内的抵抗权概念,就属于这个范畴。这种情况的攻击法益者,是国家之机关(如政府首脑),故可以称为是由上而来之国家政变(Staatsstreich von oben),由上而来的侵犯宪政原则及宪政的基本体制。④《基本法》的抵抗权则是如同黑森邦宪法一样,也及于对非由公权力(政府)而来的,对国家宪政体制之侵害之抵抗。例如,可对其他革命团体的攻击宪政行为予以抵抗。故可称此种为对由下而来之国家政变(Staatsstreich von unten)之抵抗。⑤ 这种对抵抗权概念的重新认识,显示了《基本法》体会非公权力方面亦可以形成对宪政秩序之严重侵犯。故才有这种概念的扩张。

2. 严重公然之侵害

鉴于《基本法》第20条第1项至第3项所保障的宪政秩序范围过于

---

① 参见《基本法》第1条第1项:所有国家之公权力,负有义务以尊重及维护人类尊严。第3项:基本权利是视同直接有效的法可拘束立法、司法及行政权。故可以和《基本法》第20条相配合,同是被人民抵抗所保障的法益。

② 这是增订本条项时,联邦众议院司法委员会之意见。故立法者之本意实包含在此。H. Ganseforth, aaO. S.59; Wührer, aaO. S.83.

③ K. Kröger, Widerstandsrecht und demokratische Verfassung, 1971, S.6.

④ H. Schneider, S. 16; Blank 称为"公权力之宪法破坏者"(hoheitlicher Verfassungsbrecher), T. Blank, aaO. S.33.

⑤ T. Schramm. Staatsrecht, Bd II. 1985, S.288; Blank 称为"非公权力之宪法破坏者"(niecht - hoheitlicher Verfassungsbrecher), aaO. S.33。另外,C. Böckenförde, aaO. S.172; K. F. Bertram, aaO. S.43 亦提及之。

广泛，在发生有侵犯上述法益时，若人民可随意地行使抵抗权，对于法律及社会秩序之影响，必极严重。因而，即有再对侵害程度予以讨论之必要。

诚然，《基本法》第20条第4项对有关抵抗权行使时机，并未有如同《柏林宪法》及德国联邦宪法法院在"德国共产党禁止案"所宣示的——必须在不法情况极公然时，方可行使之——类似规定。① 但是，学界一般之通说，皆采赞同之看法。② 采取这种见解，补充《基本法》未规定这种要件之主要目的，是希望当违宪侵害已经达到公然的明显状态，达到人所共知时，方可行使之，避免个人因轻微的，主观的认知，即骤然行使此抵抗权，造成法律秩序之破坏。

另外，亦有学者认为在侵犯程度上，必须是犯者有意图全面排除宪政价值及体制时，方可行使抵抗权。持这种看法者，认为宪法条文之意旨，如只是单纯个案的且侵犯者并无意图来毁宪——非如纳粹党当年之情况，则并未达到宪政危机之时刻，故不构成抵抗权行使之要件。③

除了公然论及严重程度论（即全面排除论外），另有一说后果成功论，也引起了广泛之讨论。

缘于1961年7月14日，联邦普通法院在审理一起关于联邦补偿法④之案件。联邦法院在本案件中对于人民行使抵抗权（对已往纳粹非法政权）之要件，作了严格之解释。法院的出发点在于维护法律安定性

---

① 在《基本法》拟议制定本条款时，即有人提议，将公然之要件列入，但未获采纳。参见H. Schneider, aaO. S.19。

② T. Schramm, aaO. S.27; S. Wührer, aaO. S.45; H. Schneider, aaO. S.19.

③ 如J. Isensee, aaO. S.22; Kempen, aaO. S.73; K. Kröger, aaO. S.12。

④ 在康德的许多著作中，律法（Gesetz）亦是经常出现的术语，也和"法律"（Rechtsgesetz）有所不同。魏克认为每个人内心都有一个律法来决定其行为，每个人都有一个律法，即可能发生冲突，"理性"即可"指引"个人一条"道路"来满足自己之"律法"与他人"律法"之冲突。但是，这种出于"内在义务感"不能有效维持一个国家所需的外在秩序，此外在秩序是"法律领域"，是大家外在所共认及同意的"客观的法"（objectives Recht），Welcker, S. 73。

原则,同时,也为了清楚地界分以往之反抗行为是基于纯良知的反抗纳粹政权之行为,抑或是基于私利的违反(当时之)法律行为?基于何者之抵抗行为,方可依本法承认其补偿之请求权存在。法院对于抵抗权的要件,决定在于需依抵抗行为之动机、目标及成功希望(Erfolgs - aussicht)之有无,能够被认为这个举动是出于真诚严肃的以及有意义之尝试,有希望使该非法状态被排除,并且,能造成促使大众改变该不法恶性之结果也。① 联邦普通法院这种真诚意图及后果成功论,认为人民不应轻易尝试使用抵抗权,引起学界普遍的反对。其主要反对之理由,端在于人民行使抵抗权,应该注重于出发点而不在后果,亦即成功不必在我。行使抵抗权是注重其伦理层次。故后果成功论无法令人接受。②

上述三种皆是为限制抵抗权行使之理论。除了公然论被广泛认可,后果成功论被普遍拒绝外,全面排除论则是仍然未获学说通说所肯定。故为了再对抵抗权概念之限定,学界即致力于下述最后手段论方面来着手。

3. 最后手段

如同《基本法》第 20 条第 4 项的法定要件,以及联邦宪法法院在上述案件的判决意见,人民的抵抗权必须在别无其他救济途径可行使时,方可以使用其抵抗权。抵抗权因此成为人民维护宪政体制,基本人权制度的最后手段(ultima ratio)。③ 在国家遭到由上或由下而来的侵宪、毁宪行为,若仍有其他救济管道(尤其是法院)时,则人民不可实时行使此

---

① Rz W 1962, S. 68; 见 H. Schneider, S. 8. 支持这种见解者,如 J. Isensee, aaO. S. 22。

② A. Arndt 在该判决发表后不久,所撰著名的评论文章,即认为《联邦补偿法》是一种精神(道德)的补偿,是对罹难的反抗者一种慰抚法律,故不应该用苟刻的后果成功论来曲解法意,减低该法深远之立法目的。参见 Agraphoi Nomoi (Widerstand und Aufstand), NJW 1962, S. 430; F. K. Bertram, aaO. S. 46。而 Wührer 则采折中见解,以为当人民采行暴力抵抗的方式时,才须以后果成功论为要件,参见 aaO. S. 45。不过,这种区分并无实益可言!

③ H. Ganseforth, aaO. SS. 134, 136.

种抵抗权之权利。因而，抵抗权含有一种次要的、附属性原则（Subsidiaritätsprinzip）。①

抵抗权必须是维护宪政及人权体制的最后手段之目的，在于保障法律秩序之安定，避免人民滥行此项权利。由于国家并不可能维护一个毫无漏洞的正义，②国家的机构（如法院、议会）、制度（如选举、人权制度，如请愿、言论、集会等权利）皆可以充作解决政府不法行为及维护正义之用途。因此，唯有国家已经不愿及无法提供这些管道，如国家之法院已经完全丧失其定分止争及维护人权之功能；民主宪政及联邦国家已告崩溃，宪法已经丧失其拘束力时，才可认为是最后手段适当时刻。当国家已经步上这种程度，也就是国家进入了危急时刻，人民行使抵抗权就含有护宪之用意。联邦宪法法院认为抵抗权是有保护效果的即此意。

由于抵抗权是必须仰赖其他救济手段的附属及是最后救济之方法，这也已经限制了这个权利的实际可运用性质。③ 假如国家至少仍然存有公正、有效率的司法体制，则人民行使抵抗权的机会，将不存在。这是联邦宪法法院在前述案所作的结论。然而，何时才是别无他法救济？何时才是国家民主宪政体制崩溃？何时法院才能被认定已丧失公正性？这些问题皆极不易解答，这也是本文在下节关于抵抗权之批评章所要讨论之论题所在。④

（二）抵抗权的行使方式

1. 种类的不定性

《基本法》第20条第4项内之概括、抽象地表明，人民可抵抗侵犯宪

---

① K. Kröger, aaO. S. 16; H－J Reh, aaO. S. 282.

② H. Ganseforth, aaO. S. 158.

③ E. Benda, Die Notstandsvefassung, 10 Aufl. 1968, S. 144.

④ 在德国早期学者的对抵抗权之认识，则不强调这个最后手段之原则。例如，Heyland肯定任何一个违宪行使的公权力，不论事之轻重；也不论不法情事会否会危及宪法存在，也不要求是否乃最后手段，皆许人民反抗之。见C. Heyland, aaO. S. 90.

政秩序者。至于抵抗行为的方式有哪些,则未规定。抵抗权之行使方式,一般说来,可以以不服从及实力抵抗两种。① 不服从是指依平时法令,负有服从义务(尤其是公务员)之国民,可以不服从公权力之命令。实力抵抗是积极采取反击及抗拒之行为。上述这两种消极或积极的抵抗行为,都构成行为当时刑事法律或警察法律的犯罪或违法要件,且属可罚之行为。而不服从产生之问题较少。比较困难的问题在于究竟实力抵抗的方式,可扩张到何种程度。虽然在立法时,工会意见(及黑森邦)普遍认有最有效的抵抗方式,是全面采取杯葛性的政治性罢工,来迫使侵犯宪政者屈服。这种期望政治性之总罢工能产生积极效果的学者,为数不少,②但这种见解却将抵抗行为之重心置于工会及工人之上。若未获社会其他阶层人民及职业者之响应,这种政治性罢工效果即不易显现。③ 而这种抵抗方式是一种团体抵抗之方式,即有组织之抵抗方式,也非一般个人之抵抗可言。不过,政治性之罢工可以产生巨大之号召力及震撼力,当可确定。

次而,关于暴力之可否使用?运用暴力的可能方式极多;由轻微的毁损,妨害人身自由,到严重的行使武力式的叛变、暗杀之方式,皆可包括在内。关于此点,学界意见极为分歧。有认为无论如何,不可采行暴力行为反抗者;④也有以为在非常时期,非使用暴力甚至武力不可时,则可许可之;⑤但是,多数之意见采抵抗方式之不定性看法。以为无法对抵抗之方式预先定型。易言之,可以采任何有效之方式——包括使用暴

---

① J. Isensee, aaO. S. 61.

② 如 K. Kröger, aaO. S. 15; K. F. Bertam, S. 68; W. Geiger, Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus, Grundfragen des Rechts, 1963, S. 110。

③ Kröger 即认为要援引 20 世纪 30 年代初期所发生抵抗卡普政变时的例子,运用到今日,是不太可能了。参见 S. 15。

④ 如 C. Heyland, aaO. S. 100; W. Geiger, aaO. S. 110。

⑤ 如 Julius v. Gierke, Widerstandsrecht und Obrigkeit, Gedanken anläßlich des FallesSchlüter, 1956, S. 20。

力——来达成护宪之目的。①

使用暴力抵抗最极端的方式，就是采杀人一途了。在抵抗权的概念中，容不容有杀人之余地？学界讨论这个案件之动因，一方面是要重评历史上著名的7月20日暗杀事件，②另一方面则着眼于一个独裁体制——如第三帝国，断不会允许人民之抵抗。而在希特勒统治时，若不采暗杀希特勒，似乎别无他法可循，这种杀暴君之方式，虽于法国《1793年宪法》（第27条）已有前例，③到底可否再引用？采承认立场之看法者多以为：第一，杀一个独裁暴君可以拯救其他许多无辜国人之生命，也可以挽救国家宪政生命，这种以一换多，是值得出诸以谋杀之方式。第二，在危急时，刑事法亦许可人民为了防卫自己或他人之生命及其他权利，而剥夺他人之生命，这是合乎自然法则之要求。同理，亦可使用在暗杀暴君之例。第三，暴君多不排斥处决其反抗者，唯一阻止危及国家最高利益，唯有以除掉暴君为唯一途径。④ 而反对采行此暴戾手段者之看法，则多以为人的生命是最高的法益及人所追求最高之价值，绝不可能会有一个比人的生命更为重要的法益（如赞成说者所主张的国家宪政体制之价值）值得以杀人之方式来追求。而且，生命是不可替换的。刑法学上的正当防卫制度可侵害生命来保全另一人之生命说法，无法适用在这种

---

① 如 H. Schneider, aaO. S. 16; R. Dreier, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 577。

② 指1944年7月20日以德国陆军上校 Stauffenberg 为首的一群军官，图谋暗杀希特勒，来终止已不可避免会战败的战争，拯救德国命运的暗杀事件。但功败垂成，罹难者甚众。

③ 康德（在第49段）认为国家之组成目的，并不在保障国民的福祉或快乐，而是一个基于理智，追求一个国家组织能和法律原则最一致的状态！因为，即使在没有国家的"自然状态"，以及在专制暴虐领导政权下，亦可能有此快乐。见 Kant, aaO. S. 124。

④ 如 U. Karpen, Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984, S. 253。其肯定1944年7月暗杀希特勒之举乃最后手段（ultima ratio）时，是可许可之。见 S. 262；及 T. Blank, aaO. S. 100 亦持相同见解。

情形。另外,《基本法》也明文揭示废止死刑(第102条)。所以,剥夺生命之说法,无法于基本法之体系内立足。否则以暴制暴,将使法治国家倒退到非法治国家之境地。①

要解答这个问题,似乎凭空想象推论易生争议。如有一个具体案件存于前,则易得理智之考虑。诚然,假如再有一个国家元首如希特勒然,且国人皆曰可杀(当然,这种说法不似法学用语)时,权诸当时一切情况,且出于良知非采此一途不可时,似乎《基本法》第20条第4项并不排斥采纳此行为之可能性。② 不过,这种行为方式,似乎已不再是在法治国家讨论法学之范围之内矣。③

2. 适用之原则

一旦发生抵抗权行使之情况,这种权利之行使有无其他仍应遵守及适用之原则?一般学者意见,皆采肯定之看法。准此,当人民在构成可以形成使用抵抗权之场合而行使此权时,必须适用比例原则及法益权衡此二原则。④ 所谓比例原则,指手段尽可能地和缓。抵抗行为必须采行最和缓的必要手段,不可以过度地造成被抵抗者及其他人民法益之损

---

① 如K. F. Bertram, aaO. S. 84。其也指出杀暴君和冒险救山难之情形不一样。有人主张,如同救援山难之情形,明知将可能会再折损救授人员之生命,仍必须去冒险搜救山难之例说明这种冒险是应该且值得的,故为了救人民而杀暴君,也是值得的。Bertram反对这种推论,但却没法提出反对之理由。aaO. S. 86.

② S. Wührer认为,虽然依天主教之教义(如Thomas v. Aquin)认为若依国民公意,可予篡位者死刑,这是属于社会的自卫权,故可采行暗杀一途。但其也认为,任何谋杀都属不法(Unrecht)。然而,假设一切罪恶皆可归诸一人,而杀该一人则万恶可弭时,这是个人的良知及价值观之判断问题。其能否获得以后法律给予正当性之评价,非现在所可预言也。aaO. S. 48.

③ K. Kröger教授认为可否采纵火、绑票、暗杀手段、方法之问题,诚非在法学上可讨论也,其本人亦不知应如何解答! aaO. S. 15.

④ 如H. Schneider, aaO. S. 17; S. Wührer, aaO. S. 46; R. Dreier, aaO. SS. 575, 592; K. F. Bertram, aaO. S. 57及U. Karpen, aaO. S. 253。另外,在主张不得使用暴力作为抵抗方式的W. Geiger则以为,使用暴力即违反此比例原则,作为其反对之理由。

害。任何抵抗行为皆必须恰得其分外，也必须达成抵抗目的所必要。因此，遵守此原则，可以避免抵抗权人可能造成的恣意之行为之后果。[①] 所谓法益权衡原则，系指抵抗行使之行为所侵犯到的法益——如他人之财产法益，法律安定性原则之破坏等，必须小于受到该抵抗权所保障之法益价值。质言之，抵抗权所追求之法益价值——如宪政体制之维护的价值，必须高过、大过抵抗权所损害之法益价值——如不服从所造成之损害——便得每一个抵抗权之行使，社会不至于因小失大。[②] 故依循比例原则及法益权衡原则是拘束行为者之行为的准则。一般习称的非常时期用非常手段，似即须受到修正，而必不能免除前两个原则之拘束矣。

由德国学界普遍将一般法律（《刑法》及《警察法》）原则适用在抵抗权之案件可知，学界多半将行使抵抗权视同类似刑法的紧急权概念——正当防卫。这种见解是否安当？不无值得怀疑之处。

（三）抵抗权的法律效果

行使抵抗权之人民，通常会违反现行法律——尤其是构成刑事法律之犯罪要件。既然宪法肯定人民可以行使抵抗权，此合宪行为之法律效果——多半涉及刑事法及警察法效果——应该如何决定，是肯定宪法抵抗权在实体法律体系中能否产生实证效果之关键所在。首先，先讨论抵抗权与刑事法之上正当防卫制度之关系。

1. 与正当防卫之关联

假设人民依宪法规定行使的抵抗权，可以符合并引入刑法正当防卫之构成要件，即可以免除刑罚之制裁。这似乎是一种可以调和抵抗权之

---

① 这是标准地把公权力对人民侵犯必须符合的比例原则援引到由人民行使的抵抗权之上。

② 如 Dreier 所称，法治国家的抵抗权问题，就是以比例原则而成立的法益权衡的判断问题。这涉及抵抗行为的正当性问题。抵抗行为诚然是不合法的，但是是合宪的。见 aaO. S. 575。以抵抗权是追求合宪的高度价值而侵犯合（实证法之）法价值，是予法益权衡一个贴切之注释。

实证化与其为宪法制度之妥适方法。乍观之下,抵抗权可被认为人民正当防卫权之表现。然而,若仔细分析刑法正当防卫的制度与概念,则上述之见解,即有检讨之必要。

依德国《刑法》(第32条第2项)对正当防卫(Notwehr)之规定,是:为防卫自己或他人,对现时违法之侵害所为之必要的抵抗之谓也。主要的构成要件内容,计有防卫自己或他人权利,须现时的违法侵害以及必要的抵抗行为三项。逐一针对这三要项来检讨宪法的抵抗权,即可略见其相似却相异之处。

第一,就以正当防卫所欲保障之法益,是自己或他人之权利而言,诚然,《刑法》只提及自己或他人之权利,但是,这个他人自然也包括了法人在内,不论公法人或私法人皆同。而国家属于公法人,其利益之可包括在内,早在德国魏玛时代,获得法院之肯定后,①已成学界之不疑见解。②但是,《刑法》的正当防卫承认行使此权所要保障的国家法益,其范围并无严格限定,不以抵抗权之行使,必须是维护国家极重要之宪政秩序及宪政体制,而非泛泛之一般国家或政府及社会法益之可比,③因此,在法益的保障上即有显著差异。

第二,必须是现时的违法侵害之要件而言。正当防卫强调现时防卫之急迫性,是因为无法期待公权力之救济也。然而,观乎抵抗权之行使时机,则是该公权力之救济机会根本已经完全无望;故非不及受到公权力救济,而应是已不能受到公权力之救济也,此其一。其二,关于正当防卫是抵抗实时之侵害,有时间之匆促及急迫性。而抵抗权之行使时,可

---

① 帝国法院1929年5月8日判决,RG St.63(215)220;S. Wührer, aaO. S.42。

② 如战前的v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 1930, Bd II. S.204 ff; R. Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aful. 1931, Anm. 1 zu § 53;战后的,如H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.88; Dreher/ Tröndle, Strafgesetzbuch and Nebengesetze, 42 Aufl. 1985, S.338; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 20. Aufl. 1980, S.444;反对者,如H. Mayer, Strafrecht, 1953, S.203。

③ Maurach/Zipf, aaO. S.353; H. Schneider, aaO. S.14.

能侵害者之侵害国家宪政所采之方式，或是采一举颠覆，或是采侵蚀性。在前者，如革命、政变之情形，可迅即成就了既成事实。而后者，则欠缺骤变之征兆。但两者皆形成违宪之状态后，也仍是抵抗权之可以行使之时机，况且，抵抗权之行使有时也必须从长计议。亦即，借慎谋详筹而实行之抵抗权，亦非宪法所反对。所以，也不合乎正当防卫行为之必须出于间不容发之可予比拟。其三，所谓违法之侵害是正当防卫权行使之抵抗目标。其违法之准据，偏向于一般实证法令；而抵抗权所抗拒之违法行为，则全属于宪法价值——如《宪法》第20条所揭示之理念，则抵抗权本身更触犯现行法律，即本身亦违法行为。① 也因此，对所谓违法（宪）事实认定，正当防卫远比抵抗权之案件可以获得具体性及客观性之判断。②

第三，是对于必要的抵抗行为而言。除必要性原则是两者皆必须遵守，较不生问题外；政治防卫是纯粹的抵抗及防御行为。而抵抗权之行使态样则不受狭义的抵抗语义之支配。为了恢复及保持宪政体系，抵抗权人所行使之方式，概以达成目的所必要者皆得为之。如此，不可避免的，抵抗权之行使，可含有主动性质的攻击权，直到违宪状态之消失以及宪政秩序之重建及恢复为止。比起政治防卫，一是主动的、积极的反击，一是被动的、消极的反抗，其具不同之特征，是极为明显的。③

另外，除了上述几点差异外，学者（尤其是刑法学者）④亦以行为权人之不同来区分之。依《基本法》第20条第4项，行使抵抗权之主体只限于德国人民，而刑法之正当防卫权主体则不限于此。这虽属枝节之

---

① S. Wührer, aaO. S.42.

② K. F. Bertram, aaO. S.56; T. Blank, aaO. S.100; 及 Maurach/Zipf, aaO. S.359。

③ S. Wührer, S.43.

④ 如 H. Welzel, aaO. S.89; Maurach/ Zipf, aaO. S.353, 366。

分,亦一并志之。①

虽然《基本法》所成文规定的抵抗权,和《刑法》的正当防卫制度有别,但这两个制度也有共通之点,就是两者皆是针对不法之侵害者而发,以及两者行为时,都是处于——一个国家利益;另一个虽也包含国家,但主要是个人之利益——危急时之状态。只不过是不法及危急状态在程度上皆有差异罢了。着眼于这个共通点,以及希望将《刑法》正当防卫之比例原则(不可过当)能运用到抵抗权之案例,学界颇多将抵抗权制度归类入国家紧急避难权(Staatsnothilfe)或国家正当防卫权(Staatsnotwehr)。依这种紧急权之性质,人民为了防卫国家利益,已经无其他之方法救济时,国民即可以免除其平时对国家应负之和平义务及可以行使平日所禁止的自力救济之权利也。② 抵抗权制度也因此成为正当防卫概念的一个衍生制度(Unterfall)了,也因此可以适用比例原则。③

由《基本法》制定抵抗权之目的,在使人民可以为维护宪政体制而实行抵抗行为。故而是具有政治性意义大于正当防卫的纯法律之意义。④假如两者在目的上及制度上不必区分的话,那么,大可不必大费周章地利用修宪方式,来将抵抗权增列入《基本法》内。只需在《刑法》正当防卫条文处,将抵抗权之条款酌予加入,即省事多矣。因此,这两个制度,可称为相类似,而实质不同之制度。一个依抵抗权而实行之行为,若触

---

① 由于《基本法》的德国人(第116条)概念很广,理论上东德人民亦属之。故讨论上有及于到底东德之人民及军人有无抵抗权之问题。学界几乎全采否定之立场。如K. Kröger, S.11; H. Schneider, S.16; Bertram, S.50。

② H. Ganseforth, aaO. SS.20, 156; T. Blank, aaO. S.36; Bertram以为,这种制度与德国《民法》(第229条)自助权(Selbsthilferecht)相类似,故可称为"公法自助权"。aaO. S.47.

③ Bertram, aaO. S.57. Maurach/Zipf, aaO. S.366; 也因此,有些学者认为这两个制度是一样的。如W. Schier, Das Recht zum Widerstand, in Geschichte, in Wissenschaft und Unterricht, Zeitschrift des Verbandes der Geschichtslehrer Deutschlands, 1959, S.613。

④ H. Ganseforth, S.75.

犯刑章，其应有无违法性（nicht－Rechtswidrigkeit）之特权方可。然而，抵抗权即不同于正当防卫，一个抵抗权行为如何具有正当性（阻却违法）之理由（Rechtsfertigungsgrund）？则是另一个不易解决之问题。

有人认为可以援引超实证法（自然法）之法理。如正当防卫及紧急避难（及自力救济、自助行为）是渊源于这种自然法之原则一样，当国家濒临其宪政生命之危机时，人民可以牺牲实证法律之法益（如法律和平及安定性原则），以牺牲这种较低阶法益来成就较高位阶的国家宪政秩序之法益。① 由援引这种超实证法之正当性理由，认为触犯刑章之抵抗行为，不必援引正当防卫制度之免责理由（阻却违法理由），直接可由此超实证法律之正当性赋予其行为合法性之基础。这种见解，似乎忽视了，抵抗权——如同正当防卫制度一样，都是成文法制之产物。自然法虽可视作前二者（免责）之思想渊源，但这两个制度的成文、实证化意义，也不容忽视。所以，反对超实证免责理由说之学者主张，应该由肯定人民斯项权利之法规范——《基本法》第20条第4项，来独立地及特别地，授予人民抵抗权免除刑责之法律拘束力。②

唯，为强调抵抗权的宪法制度（Verfassungsinstitution）之独特价值，应承认由本条款可直接赋予合乎该条项要件而实行之抵抗行为，不会构成违反刑事及其他法律的违法要件，从而可以免除刑事（以及民事）方面之任何责任。例如，基于护宪而行使之武力（暴力）行为，不致形成叛国罪

---

① S. Wührer, aaO. S. 44; K. F. Bertram, aaO. S. 98; Herbert Krüger, All gemeine Staatslehre, 1 Aufl. 1964, S. 948.

② 如 T. Blank, aaO. S. 35。名学者 Karl Doehring 教授认为，人民的抵抗权不可以因源于自然法，而主张可以自然法作为其合法性之依据。否则，人民自也可以援引这个法源来反对《基本法》所树定之宪政秩序，也可以用这个理由反对联邦宪法法院的判决。见其著 Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2 Aufl. 1980, S. 278; R. Dreier, aaO. S. 588. 另参见 J. Isensee, aaO. S. 101。

(德国《刑法》第81条以下)之行为等是。① 以使宪法之价值能与实证法体系,相互配合。

2. 与妨害公务之关联

抵抗公权力之行为,往往形成妨害公务(德国《刑法》第113条以下)之罪行。倘若人民以出于行使宪法抵抗权之意旨,而违抗合法之公权力,倘已经合乎抵抗权之要件者,自可以产生阻却违法之效果,已如上节所述。然,有待澄清之处,计有下列几项:第一,如果公权力之措施是违法(实证法令)者,人民反抗之,则不形成所谓抵抗权之案例。由于这种类型的抵抗公权力违法之侵犯,不构成违反《刑法》妨害公务之罪名,倘出于急迫时,是属于正当防卫,故乃纯粹刑事法律之问题。② 在宪法的归类上,这种反抗行为是包含在保障、肯定有法律救济(《基本法》第19条第4项)之权利条款之内,而非属抵抗权的适用范畴。③

第二,假设公权力之措施是合法的——合乎实证法,但是,却有违反宪法之基本价值及宪政体制之疑义时,此时,若人民径予反抗,恐亦未能援引抵抗权之阻却违法理由。乃是因为此时法律救济之手段,是否已经完全绝望,以及该有违宪之疑的公权力措施是否有全面排除宪政体制之危险性及企图之问题?犹未明朗也。

因此,个人借故一个公权力行为是违反宪法规定而直接采取之抵抗行为,若不符合上述要件,即不能被视为正当之抵抗权行为也。④ 宪法抵抗权之制度也因此在国家平日之法律生活中,几乎无法被人民援引以来抗拒一个公权力——不管是适法或非法之公权力——之余地矣!

---

① 至于实际上新的政权是否采纳此见解,是另一件事,下文将提及。参见Bertram, aaO. S.96。

② Dreher/Tröndle, aaO. S.666.

③ J. Isensee, aaO. S.44; H. Ganseforth, S.73.

④ 这种直接援引《宪法》规定,来抗拒公权力之行为,进而可否认该公权力之合法及合宪之效力,有赖宪法明确的条文方可。

四、相关之概念

(一)抵抗权和革命权

革命是快速且剧烈的改变现有秩序——法律秩序、政治、经济及社会秩序,而以建立新的秩序为目的的一种行为。① 在同样是反对现有之法律秩序情况下,抵抗权和革命权是否有其本质上之差异?

在德国的宪法学界,自第二次世界大战以来几乎所有的讨论抵抗权之概念时,皆将抵抗权和革命权相区别。依这些见解,国民行使之抵抗权之目的,在于保护现有的法治国家,而非取代法治国家。抵抗权之功能,是人民行使之,以确保国家不至于产生革命之结果;或者一旦发生革命、政变时,可使这些违宪状态,予以恢复。因而,抵抗权是具有防止、遏阻革命之作用。而与抵抗权相反的,革命权却是在于创设新的(宪)法律秩序摒斥旧有的(宪)法律秩序;且是采行暴力式之行为。故两者在本质上,是有一种相斥之作用。②

鉴于革命是采行不依照国家宪法及法律途径,而诉诸暴力来推翻这种制度的行为。因而,民主国家之宪法断不会许可及承认人民拥有该项权利,来革自己之命,是合乎逻辑之推论结果,也是宪法所要求人民对宪

---

① 也如同大家所熟悉的孙中山先生之名言:"革命是非常之破坏及(继之而起的)非常之建设。"另见 K. F. Bertram, Widerstand und Revolution, Ein Beitrag zur Unterscheidung der Tatbestände und ihrer Rechtsfolgen, 1964, S. 67; T. Blank, aaO. S. 58。

② 由战后早期的 C. Heyland, aaO. S. 117; 到现在的 H. Ganseforth, aaO. S. 157; K. F. Bertram, aaO. S. 44; P. Badura, Staatsrecht, Systematische Erläuterng des Grundgesetes für die Bundesrepublik Deutschland, 1986, SS. 18, 172。

法需有忠诚之义务。① 国家之宪政秩序及相连带的,国家之实证法律并不能容忍革命,但是如德国,却许可人民在适当时候,可以实行抵抗权。而这种抵抗行为,也是许可在必要时,使用暴力。究竟如何来区分之?德国传统及目前通说,虽然以目的及出发点不同——一个是维持现有的(旧的)基本法所规定之宪政秩序,另一个却是新创另一个新的宪政秩序——来区分这两个行为之不同处。然而,却不能妥善地解决此问题。现试举一个例子:假设国家已沦入一个独裁者之统治——如希特勒之类之元首,宪政体制已遭斩害,人民在此时是可以行使抵抗权的,即使诉诸暴力亦是宪法所许可。然而,同是反对暴君统治之革命行为,却非属《宪法》许可之抵抗权行为。纵不论两者皆可能遭到暴君法律之制裁。后者未获得《宪法》(《基本法》)之认可,不视为合宪的主因,在其并未揭示要恢复旧有(《基本法》)宪政秩序之理念也!② 由此差异可以再导入一个疑点,假如旧有的宪政体制,因为体系不良本易导致当今暴政出现、暴君当道,③革命家以未雨绸缪之先知先觉者,主张另建新的宪政体系,以革旧弊来号召及促成革命行动,却不能如同那些只持抱残守缺见解之国民所行使之抵抗行为,可获得宪法抵抗权之正当性之评价。这种歧异对

---

① T. Blank, aaO. S.59;宪法上承认及提及革命权之国家,除了共产国家外,情形不多见。例如,土耳其1937年的《宪法》即一个极少数例子。该《宪法》认为土耳其是一个民主的、革命的共和国。但是,土耳其仍然保有对推翻此革命共和国之人民,予以处死刑之法律,可见得革命依然是不许可的。参见H. Schneider, aaO. S.21。

② Blank更明言,抵抗权之行使,不必要有成功希望为要件,而革命权则否。革命必须成功方可显现其价值及获得正当性,否则,永远是会被认为乃不法之举动。其之见解,颇合乎成王败寇之传统见解及革命只许成功,不许失败常见的政治口号。aaO. S.61.

③ 例如,可因为宪法关于人权之理念未尽周详,或者因为宪法所定之制度——如政党制度、三权分立制度、对国权之制衡制度等,留有致命之缺憾……皆是可能发生之例子。《魏玛宪法》之所以崩溃,主因也在于此。

待，对整个国家民主、宪政生命，是否有裨益，恐有待再斟酌！①

由德国学界持这种抵抗权与革命权相互具有相斥及相克性质可知，革命权被认为是来推翻现有《基本法》宪政体制及价值暴力之行为，才会有这种排斥革命之见解。② 这种理论的出发点也是认为现行《基本法》之宪政体制已堪称完善，无结构上非经暴力改变之必要，故纯是以本位的立场来摒弃革命的必要性及正当性的表现。③

（二）抵抗权与和平反抗权

另一个与抵抗权概念与制度相关联的，是近年来在美国兴起，也影响到德国法学研究的，涉及人民可公然反抗公权力的和平反抗权（civil disobedience，ziviler Ungehorsam）之概念。

和平反抗权的行使，在近代系由美国著名的文学家梭罗（Henry David Thoreau，1807～1862）所倡。梭罗以良知及宗教理由，反对当时爆发之美墨战争中，美国侵占墨西哥之领土，并且反对美国南方实行奴隶制度以及美国对印地安人之不人道对待。所以，以拒绝交税的方式来抗

---

① 恢复旧秩序（现有宪政秩序），有时并不一定值得赞许。假设纳粹政权崩溃是经过人民抵抗权行使或革命而肇致，今日德国宪政是采行纳粹执政前的旧有《魏玛宪法》较合乎时代需求，抑或只另订新《宪法》，如今日之《基本法》会较优？恐怕大多数宪法学者会采后者见解。这就是为何在《基本法》成立前，主张将老宪法（《魏玛宪法》）重行适用的呼声极为微弱的理由所在。宪法之妥善与否应有时代进展之因素与之配合不可！像美国维持一个行年两百年之老旧《宪法》，是世界宪法史之异数矣！

② 1946 年 Baden－Wüttenberg 邦研拟邦宪法时，有人即主张将人民保护及恢复宪政之权利（抵抗权），列入邦宪法中之人权条款之内。但恐惧人民会因而想到可行使革命权，此提案终被打消。J. V. Gierke, aaO. S.21.

③ 革命，除了在手段上是采取激进、暴力且是违反现时法律秩序，破坏法律和平及安定性为特征外，在价值理念上似乎应认为是中性的。易言之，端视革命者奉何种理念——民族主义、民主主义、社会主义、共产主义、法西斯主义等——为圭臬。国家——如德国学界之见解——着眼于革命之手段特征，而忽略革命之中性价值（革命在理论上，非必为造成共产或是法西斯社会而发动），而径自反对任何革命行动，也是国家处于承平时候学界的通常见解，并不足异！

议。并且,在1849年出版了一篇文章,阐述其和平反抗政府的理由。[①] 受到梭罗这种思想及行为鼓舞的,是印度圣雄甘地。甘地为了争取印度独立,反抗英国殖民地政府之统治,号召并领导印度人民实行和平反抗(Satyagrahi)及不合作主义,用不使用暴力,不流血的方式来获得印度独立。但是,引起美国学界讨论此问题最主要的事件及动因,是同样引梭罗及甘地精神的黑人民权运动者金恩博士(Martin Luther King)在六七十年代所倡导的民权运动,借着游行、瘫痪式示威、杯葛、包围政府机构及实行种族歧视之私人公司及商店,公然违抗政府之公安法令……来达成其等要追求之政治目的。之后是美国学生的反越战运动,以拒绝服兵役、静坐示威来违抗政府之征兵行动。这些在美国产生之抵抗公权力行为,也传播到德国。20世纪70年代以后,德国学生运动,一度如火如荼,行使瘫痪交通式的示威,抗议房荒而闯入、占据他人闲置之空房,到近年来抗议核能电厂,要求美军拆除核子飞弹的示威运动……这些行为许多涉及侵犯国家法律(刑事及警察、秩序法),且这些行为多半可援引法律来予处罚。由于这些行动之诉求——尤以甘地及金恩之活动为然,多是基本人权,且依现实法律途径,彼等认为无法达成目的。而且,这种违法之后果——行使反抗公权力,有与本文之抵抗制度,相与比较之必要。[②]

所谓和平反抗的意义,是指——以金恩的民权运动为例子——人民基于某一个政治及道德之动机,为了达到国家政策的改变(多半是以修改法律之方式),公然地采取不服从的举动,破坏秩序法令,但是以非暴力之方式来行使之,以抗议不正义之法令。[③] 和抵抗权不同的地方,可以

---

① The Resistance to Civil Government, in; Aestheic Pepera, Boston, 1849; U. Karpen, aaO. S. 249.

② P. Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, Wien, 1986, S. 362.

③ R. Dreier, aaO. S. 593; H. A. Bedau, Meaning of Civi Disobedience, in: Bishop/Hendel(Edited), Basic Issues of American Democracy, New York, 5th Ed. 1961, p. 283.

下述几个角度来予分析：

其一，不似抵抗权行使的方法，和平反抗（不服从）固是其中一种方式，但是，暴力也是可行之方法。但是，和平反抗却是强调以非暴力之方式为之。① 然而，这里所谓的和平（非暴力），如常使用的瘫痪交通式的示威、包围……本身亦是以积极行为来违反法律。虽然并不一定形成刑法妨害公务之构成要件，但是，转变成暴力之情况，即极为容易——尤其是当警察采取驱散行为之抗拒时。②

其二，不似抵抗权所抵抗的是不法政权——当国家宪政体制遭到危害，是国家处于危急之状态，而和平反抗只是法治国家中，对某些不正义之政策及法律，而违反法律之行为，③而政府本身却非完全无道而一无可取！

其三，抵抗权具有次要性原则，附属性原则，必须待其他救济方式已全然无望时，才可行之。但是，和平反抗权则不如此。虽然主张和平反抗者也曾以别无选择作为其行使反抗行为之理由之一；但是，基本上，彼等不勉力寻求其他救济方式——如屡屡投诉大众舆论，或是借助选举及

---

① 例如，哈佛大学名教授 J. Rawls 认为构成和平反抗概念必须有三大要素：必须是针对一个明白不正义之法律或政策；无法通过投票等方式，来实践宪法所保障之人权及正义以及必须是和平的，不会因此反抗行为导致其他不良的副作用（如革命行为等，予社会更不利）。而其特别强调和平之特征，倘若一背离和平，即不属和平反抗。J. Rawls, A Theory of Justice, Cambridge/Mass. 1971, p. 363, 德文版, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 403。

② P. Pernthaler, aaO. S. 363. 前美国联邦最高法院大法官 A. Fortas, Civil Disobedience, in: Reading from Left to Right, Amend/Hendrick (Edited), New York, 1970, p. 89。

③ 关于此点，Karpen 认为抵抗权系属于大的抵抗而和平反抗是基于良知的，属于小的抵抗权。两者都是反抗实证法，违反法律义务，只是程度有不同罢了。参见 U. Karpen, aaO. S. 251；这种将和平反抗权视为第二级之抵抗权（Widerstandsrecht zweiter Klasse），引起大多数学界之反对。如 R. Scholz, Rechtesfrieden im Rechtsstaat, NJW 1983, 708; G. Frankenberg, Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie, JZ 1984, 268。

司法诉讼——来达成目的。毋宁希望借公开的反抗行为,来造成社会压力,以速求成效。①

其四,行使抵抗权,倘若符合宪法的要件时,可以获得正当性,亦即,由宪法给予行为者免除刑责之阻却违法之理由。但是,和平抵抗权却不能获得宪法及法律的任何正当性判断待遇。而且,行使和平反抗之人,是明知故犯,其自愿要因为故意触犯法律而接受刑罚之处分。② 如金恩所宣称的,借着反抗、违法、坐牢,使社会感染一股紧张(tension),③来吸引舆论之注意。至于行为能否获得法律之宽宥,则不在考虑之列。因此,这种是视刑罚如甘饴之违法举动。④

诚然,主张和平反抗者,为了达成彼等认为是正义——在许多情形,亦属实情,如黑人民权运动——之目标,不惜以身试法视法律制裁如归。这种以殉道者自居之精神,⑤虽然具有其道德上之正当性,但却必须与其法律上之正当性相区别。⑥ 其应否仍然须接受法律之制裁?见仁见智虽各有所引,但,似乎主张依法而治者,占了上风。基于明显的违法意识及

---

① 如 J. Ralws 之看法。另外,金恩在一封发自监狱的信(1963 年 4 月 16 日),也认为,由于选举法令不公,司法审判也失去公平性,才迫使他必须走上街头。因为等待(Wait)意谓绝不会(Never)使其理想实践。M. L. King, Letter From Birmingham City Jail, in: Bishop/Hendel, supra Note93, p. 290.

② A. Fortas, supra Note 95, p. 94; E. A. Bedau, supra Note 93, p. 283.

③ 金恩称为建设性的非暴力紧张(constructive nonviolent tension), supra Note93, p. 289。

④ U. Karpen, aaO. S. 251; G. Frankenberg, aaO. S. 268. 关于这种故意违法之行为,Fortas 认为与梭罗的反抗不一样。梭罗并不是拒绝缴全部的税,只是拒缴不义(主要是联邦税)的税。而和平反抗运动者——如金恩,所违反的法律(如《秩序法》)并非不义的法,只不过借违反这个仍属善法之法,来作宣扬其意见之手段。A. Fortas, supra Note 95, p. 90.

⑤ 金恩自许之,supra Note93, p. 292。

⑥ 如曾任哈佛大学法学院院长,后出任联邦司法部长的 Erwin Griswold 在论及和平反抗者之责任时,所主张之立场。参见 R. M. Dworkin, On Not Prosecuting Civil Disobedience, in: Philosophy of Law, Feinberg/ Gross (Edited), California, 1975, p. 197。

实际产生违法之效果，要以牺牲法律正义来成就其他正义之追求，恐非可采之方法。①

另外，和平反抗运动虽然最易引起社会及舆论之注目与重视，也是少数民族（或少数意见者）争取其被漠视之权利的一个显目之方法。但是，假如这些在社会势力居于弱者地位之行动，若不能在社会大众和平及理智的尊重与维护下，极易引起占多数势力者之对抗！尤其是当和平反抗者，公然且故意地违反秩序及法律时，可能更易激起反击之运动。②因此，充满煽动情绪的和平反抗运动，真可使社会秩序充满摩擦及剑拔弩张之气氛，法律之功能及尊严，即面临挑战。

因此，抵抗权和和平反抗并非相同之制度。和平反抗并不能获得法治国家宪法及实证法律之承认。因此，其不能如同抵抗权可以称为人民之权利之一，故以严格语义，和平反抗犹不能称为和平反抗权！③

---

① 主张不予追究其责任者，多半以为彼等情有可原；以及其所追求之价值（如反歧视、人类尊严）比所违犯之法益（如道路交通利益）要大得多；国家法治也不会因此崩溃以及将这些具有崇高理念者，如金恩、甘地之流——予以入狱拘禁，将是社会之损失等，作为理由。如 J. L. Sax, Civil Disobedience: The Law is Never Blind, in: Amend/Hendrick, supra p. 80；也有认为可以衡量犯罪动机，对社会之有恶性而来裁定要不要起诉或是酌以减至最低之罚则。如 G. Frankenberg, aaO. S. 274; M. Dworkin, supra p. 207。主张处罚者为数不少，如 R. Scholz, aaO. S. 708; U. Karpen, aaO. S. 259; J. Dickson, The Limits of Disobedience, in: Blshop/Hendel, supra Note 93, p. 303。

② 在金恩等经常举行的和平示威，一旦遇到不同意见的另一群示威者，即不再能维持非暴力之原则了。D. Lawrence, What's Become of Law and Order? in: Bishop/Hendel, supra p. 285, 以及如 C. Frankel, Is it Ever Right to Break the Law? in: Bishop/Hendel, p. 307。尤其以印度近年来常发生的锡克族与印度人之流血冲突，可以了解一个原本要非暴力之群众运动若以刺激法律秩序为手段，易引起社会侧目反感，尤其是在社会占少数势力者为之时尤然。

③ 如 J. Rawls 所言，和平反抗本身具备的是法律伦理的意义，而非法理念的正当性理由。也不求于实证的法体系内建立其概念，行为人也不要求其行为是合法（免罚）之权利。J. Rawls, aaO. S. 403 及 p. 366; R. Dreier, aaO. S. 587。

五、抵抗权制度与概念之批评

由上文所提及之抵抗权概念及制度,可以得见,不仅在概念的完善性方面,也在实际的可适用性方面,存有极大之瑕疵。兹试举几点申述之:

第一,关于抵抗权行使之目的,虽然依《基本法》(第20条第4项)之成文规定,是为了维护宪政秩序。由于该宪政秩序之范围过于广泛且抽象,由法治国家原则,联邦国家原则、社会国家原则、权力分立原则以迄于人权制度……皆包括在这个宪政秩序之上位概念之内。但是,立法之本意,这个抵抗权所应该保障的法益,到底是侧重在国家之宪政秩序或是强调——如传统的抵抗权——在于保护人民之基本权利,免遭到公权力违宪之侵害?这个问题在基本法中,语焉不详,而德国学界对此争议不绝的看法,多偏向支持前者——不再是个人为了维护自己之权益为主要考虑,而可行使之权利。但是由基本法对这个抵抗权的诉愿规定,却不能与这种看法相配合。为了协合基本法新增订的抵抗权条款,德国在1969年1月29日,公布第19次《基本法》修正案,修订《基本法》第93条第1项4 a条。依此款之规定:针对公权力侵犯《基本法》第1条至第19条之人权及其他如《基本法》第20条第4项(抵抗权)……之权利时,人民可向联邦宪法法院提起诉愿。[①] 由《基本法》此条条文之语义可知,抵抗权虽不是宪法人权条款内容之一,却是视同基本权利之权利(grundrechtsgleiche Rechte),如同人民的服公职(《基本法》第33条的出

① 另见《联邦宪法法院法》第90条第1项。

任公务员及第38条的出任议员)之权一样。[①] 抵抗权之可获得宪法诉愿制度来受到保障,是与其他基本权利之情况一样,必须在受到公权力侵犯之前提下,方可为之。所以,《基本法》之此项救济规定,却将抵抗权之保障法益,着重在人权保障方面。同时,德国联邦宪法法院法又不允许人民拥有公众诉愿(Popularklage,即以公益为考虑,不以自己利益受损为理由而提起之诉愿)之权利。人民即使欲为事不关己之国家宪政利益而提诉愿,却不得其门而入。因此,形成理论及制度之矛盾。

第二,抵抗权的立法者虽然也希望该项权利不会动辄被误用及滥用,故在条文内明定行使此权利,必须是在别无其他救济途径时方可为之。然而,何谓别无其他救济途径?是否须以国家仍存有可以投诉之机关——法院及议会,或其他社会管道——大众舆论,即属仍有救济可能之途径?似乎这是立法者所欲指之内涵所在。倘若所谓其他救济管道是指上述这些机构及大众媒体,下一个问题,何时这些救济途径已经丧失功能?例如,法院的审判,不能满足个案正义者,并非不常见之事。而民主国家议会不能在法案内满足全民所需亦属平常之举。大众舆论不对某亟关公义之问题有所兴趣,也仍极有可能。这些机构存在但不胜任及不合乎所愿时,可否立即判断已是抵抗权行使之时机?而且,别无其他救济途径也涉及时间延续之问题。除法院之救济程序,有个案的程序问题(如三审制度,一事不再理等),人民无法对某一问题,持续性地循此途径寻求解决外,其他管道——如议会及大众媒介,在寻求救济之努力上,则有时间不受限制之特点。[②] 此又涉及忍耐之极限,何时才是被认为已经绝望之时刻?欲回答这些问题并非易事,恐亦非抵抗权之立法者已预存其答案矣!

---

① R. Wassermann, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd II, 1984, S. 1053.

② 例如,美国黑人争取平等对待之权利,可达到百年之久,才获美国联邦最高法院之肯定。

第三,《基本法》第20条只提及人民可予抵抗。宪法所肯定人民的抵抗方式,虽然立法者属意,独钟于政治性罢工,但条文上显现出的,却是抵抗方式的不定性(及多样性)。其可许可人民使用之暴力抵抗之极限能否包括了谋杀(独裁者及其顽恶死党)及其他暴力行动(如伤害、纵火、囚禁……)?以《基本法》施行后,德国法界、政界及学界(包括西德及东德)对纳粹政权普遍之嫌恶,且对当年暗杀希特勒者,(如1944年7月之暗杀案)予以法制上①及道德上之肯定,似乎是赞成可采行暗杀手段。然而,人民如何实行这些对社会秩序有极大威胁(包括可行杀人行为之)抵抗行为?《基本法》也未有只字片词提及。虽然学界有提出的比例原则及法益衡量原则,作为抵抗权行使之适用准则。但是援引这些原则者,多半将抵抗权比拟刑法正当防卫制度,而准用该制度的比例原则。却不是将抵抗权视为人权,而准用所有人权之行使及限制所必须适用的比例原则,是援引此原则过程的一大弊病!此外,对于实行抵抗权之行为——如果,是真符合宪法要件——多半是在反抗国家独裁统治及其他国家纲纪不振时期。可否能预期行为人适守严格之比例原则?是属于理论化之问题!例如,对于杀暴君之情形,比例原则肯定可以杀暴君必须是非杀不可时,才可出此下策;否则应先尝试及考虑,有否先使用绑架、囚禁、击伤等比较温和手段之可能性。以历史之经验可知,对抗独裁政权的暴力统治还必须遵守这些平时法治国家之行为准则,是无法达成目的的。所以,在以绝对暴力对抗暴力时,不易以平日之法治标准来规范这些暴力之行为尺度。

第四,行使抵抗权之法律后果,《基本法》也未予以规定。学界有将行使法定抵抗权之正当性,以援用刑法有关正当防卫之阻却违法之理由,来免除抵抗者之刑责。这种方式有待考虑。鉴于抵抗权是宪法所定的一个制度,必须在刑法责任方面,也可以产生阻却违法之后果方可。否

① 即《联邦补偿法》之公布。

则，此抵抗权即不能产生任何实证意义。但是，刑法内并无此项可以配合宪法抵抗权之责任的条款。为了厘清抵抗权之法律责任，刑法之关于责任部分，应增订条文作为充分支持宪法抵抗权制度之刑事效果之功能。

第五，国民抵抗权行使之目的，即在于维护及恢复宪政体制。其行使之场合，虽然有两种，一是由上而来之政变，另一是由下而来之政变。① 在前者，由国家机关之破坏宪政体系，人民可以依抵抗权行使反抗，可能发生之机会还可预料；而后者——由非公权力来侵犯宪政者，如革命行为，人民有无采行抵抗权之可能性及必要性？则易生滋疑。假如，国家仍能维持有效的治安体系——如警察制度及司法追诉制度——时，人民虽然遇见有他人或团体意图破坏宪法体制时，其出于防卫宪政意图所为之抵抗行为，仍不得视为抵抗权行为。因为此时抵抗权的另一要件无其他救济程序，仍未满足也！② 即此行为出于急迫性，仍可归纳在（为公益）之正当防卫概念之内。假如国家之治安体系已全然或部分丧失——例如叛军或叛乱团体已占领国土之全部或一部，人民对这些叛徒，本即无服从之义务。反抗人之反抗，亦可属于刑法正当防卫所规定，针对违法侵权行为所作反抗的阻却违法要件。另外，因为叛乱团体不构成国家公权力之要件，所以，倘该权力之侵犯人民，人民亦无法由宪法诉愿来寻求有效救济。因此，抵抗权不能够在这种情况中适用。因此，虽然《基本法》及学界将抵抗权，由传统针对秉国权者之违宪行为，扩张到

---

① F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 2. Bd. 1963 (Neudruck), S. 37.

② 因为国家治安机关仍能保有追诉、侦查之权限及能力。关于此点，学界误解者不乏，如 Bertram 在讨论比例原则之适用问题时，主张当人民发觉有人在散发颠覆国宪之档时，可以行使抵抗权，如将档取走或毁弃（不构成刑事之窃盗及毁损罪名），但不可加暴于散发者。若有颠覆意图之行为者，自始即不会形成气候时（无成功希望），则只须轻微地予以阻挡，如孤立之或阻止其散发行为即可。应择时间及方式最轻微之程度为之。aaO. S. 58. Bertram 明显地忽视了抵抗权的附属性原则。国家机关此时并非无法制止或者追诉颠覆者之方法或可能。即使在时间急迫时，其所提及人民之制止行为，亦可属于为公益之正当防卫，而不是符合抵抗权之要件。

及于非公权力之违宪行为,但是,其实际发生案例之可能性,令人怀疑。

第六,以抵抗权实证效力来讨论。《基本法》虽然承认人民有可以合宪合作该权利之可能性。但是,凡是国民正确使用该权利之时机,也正是国家宪政体系已经遭到威胁、部分破坏或完全破坏之时,以人民最可以且毫无疑问可行使的时刻——国家已沦为专制统治时而言,此时,民主法治国家的宪法理念早已丧失功能,何况此抵抗权条款?专制统治者既已毁弃宪政体制,即不会承认这个反对自己的抵抗权。诚如,Peter Schneider 教授所言,抵抗权能真的否发生效力,端视其在非法治国(Unrechtsstaat),即已经篡夺国家政权以后,新政权所颁布的法律中,才可发现其实际效力所在![①] 行使抵抗行为者之命运既然是系于这些人及法律之手中,行为人不论出于良知或是援引(对他们已失效之)抵抗权法理,能避免刑罚,是不可思议之事。所以,如学者 Isensee 所说的,人民对纳粹政权及东德政权所做的抵抗行为,唯有在该政权崩溃后,或在该政权统治范围外之国家法院(如德国法院),才可获得正当性之评价及效力。[②] 因此,抵抗权若是太迟——指违宪企图已遂或已成相当势力——行使,对行为人只有自取鼎镬之后果。抵抗权若太早行使——预防式之抵抗权,又不一定能满足一个正当的抵抗权要件——最后手段之要求。从而,行为者亦必须接受刑事或民事责任之制裁。[③] 因此,《基本法》的抵抗权制度能否在必要时每个个案中产生积极性的实证效力,非该法条

---

① P. Schneider, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, in Recht und Macht, 1970, S. 224.

② J. Isensee, aaO. S. 78. 也就是,是以"事后法"(ex post)来溯及肯定其效力。R. Dreier, aaO. S. 582.

③ 为了避免抵抗权太晚行使产生之后果,学者 Herbert v. Borth 主张应该尽可能地将许可行使抵抗权之时间提早,来完成抵抗的结果。见其著 Obrigkeit und Widerstand, zur politischen Soziologie des Beatentums, 1954, S. 160。倘使抵抗权可提早实施,也可使作为改进社会弊端的一种警告式作用,避免情况恶化造成更严重之不利宪政之后果。见 G. Scheidle S. 113。

及基本法本身可完全决定。

六、结论

距今二百年前，在美国及法国宪政运动中崭露头角的国民抵抗权思想，在该两国实证法体系消声匿迹数十年后，重新在德国之法制内出现。《基本法》虽将抵抗权纳为宪法实证之制度，但却未造成该制度复兴之实证效果。

由于抵抗权之本意，许可人民为了护宪，必要时可以反抗实证法律之效力。倘若人民误用且滥用这种权限，国家法律安定性及国家实力独占性(Gewaltmonopol)即会受到伤害。① 学界否认这种广泛人民拥有自力救济权即基于此考虑。德国《基本法》在 1968 年，虽然通过修宪的方式，将抵抗权正式引进宪法条文内。但是，如本文前所讨论的立法过程可知，其立法目的，并不是基于时代的迫切需要。易言之，并不是《基本法》之体系及价值有被攻击及侵犯之可能性及危险性，②却是为了缓和社会及国会内反对另一个修宪行为(增订宪法紧急条款)的情绪，所做之补偿性之立法。由此可知，抵抗权的立法，并未具主动性，完全是协和、附属在另一个立法的目的之后。③

由于法治国家的法律体系繁复，社会价值多样性，要将一个抵抗权在国家实证法体系内，予以妥当之定位，并非容易之事。由上章所讨论

---

① K. Wolzendorff, aaO. S. 461; R. Scholz, aaO. S. 707; H - J Reh, aaO. S. 283.

② K. Kröger 认为，为何不在《基本法》初立之时就订立此条款？盖当时国家初始重建，法治根基不稳。但却在 20 年后，人民行使此权之必要性已减至最低时才立法，殊不知其理何在，而国会在立法讨论时也未予以提及此问题。见 aaO. S. 10。

③ Scheidle 即批评抵抗权的制度是“紧急宪法条款的早产儿”(Ein Sechsmonatskind der Notstandsverfassung). aaO. S. 154。

的,关于抵抗权不仅在概念上及制度上之缺憾可知,光凭一个抽象且空泛的宪法抵抗权规定,而没再以其他法规范加以辅助(如刑法责任规定或制定一个实行法专法)来实践的话,几乎无法肯定该宪法权利在实证法内有适用之余地。因此,由基本法匆促的立法,未对抵抗权作极充分的法学探讨,即贸然完成立法程序,也使有关抵抗权几个在法学上难解的大难题,在学术界尚未获得共识之结论前,已随而列入宪法条文内矣![①] 这种立法方式,其能产生之实际效力当然有限。再加上,唯恐这种权利不当行使所带来之弊病,学界多采严格解释说,尽量限制人民可使用该权利之机会,免得沦为个人或政治、社会团体作为政治抗争之工具。[②]

由抵抗权概念的未尽清晰,[③]学界又主张予以从严解释。《基本法》虽然承认这个权利之存在,但距今整整20年,却未有一个有关人民援引的抵抗权案件,获得联邦宪法法院之认可。这个抵抗权规定的实际作用,即可想而知矣![④]

然而,讨论抵抗权以及宪法之抵抗权制度之存在,亦非完全无任何意义。虽然抵抗权之制度,本身是一个不完善之法律制度(lex imperfecta),其功能及效果,以严格的法律意义而言,有待商榷。但是,随着宪法的肯定该权利之制度及价值,对人民的护宪情操及行为,却容有

---

① 如H. H. Klein, aaO. S. 867; H. Schneider aaO. S. 23; J. Isensee, aaO. S. 8; 都批评这个立法是草率及不成熟的立法。

② 如T. Schramm, aaO. S. 287; P. Badura, aaO. S. 172; R. Dreier, aaO. S. 582.

③ Carl Schmitt早在魏玛时代即认为,要在法学上形成,建立一个抵抗权之制度,来赋予人民反抗国家公权力之权利,是无法形成的。C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 164; K. Wolzendorff也认为要宪法承认这个制度,是可笑的及堂吉诃德式的神话。参见J. V. Gierke, aaO. S. 18; 同样的看法Isensee, S. 9; Krögerr更以为讨论抵抗权的实证问题是概念的特技表演(Begriffsakrobatik), aaO. S. 17; 可见得学者对抵抗权概念的排斥。

④ R. Dreier, aaO. S. 577.

宣示、培养及激励之作用。[①] 当然，倘若一个民主国家之国民，夙怀有浓厚的，为维护国家宪政价值及体系之抵抗权情操及行动决心，虽国家不幸一度沦入违宪之统治者手中，慷慨赴义之民众，视鼎镬甘如饴者既多且众，宪政重光之日子，当可望早点到来。此大概是宪法学理承认及树立抵抗权利制度的一个长远之动机及理想吧！抵抗权的政治意义及政治价值，高过其法律价值及法律意义——如本文所提及的，即附存是焉。

（本文原刊载于台湾《政大法学评论》第 37 期，1988 年 6 月）

① 《基本法》在立此条款时，主张立法的议员 Even 是国会议员中对此问题之专家，就以为，过去德国人民太温驯，缺乏对暴政的反抗意义。则制定抵抗权条文，将有教育民众之作用。见 Böckenförde, aaO. S.170; H-J Keh, aaO. S.281; K. F. Bertram, aaO. S.63; S. Wührer, aaO. S.96。皆明确提及这种意图及目的。

第十八篇　示威的基本法律问题

群众能够斗争，这是值得敬佩的。不过，他们却拙于判断。

——歌德

一、楔子——问题之导出

示威是宪法保障人民的基本自由权利，《中华人民共和国宪法》第35条明确规定公民拥有集会、游行及示威的自由。一般国家经常将人民的示威权，由集会及行动自由中推衍出来，甚少直接将这个权利明确地列为一种基本权利。中国宪法这种特别承认示威权利，以及可以由行动自由衍生出来的游行权，显示出宪法对人民游行示威权的重视。

1989年10月30日公布的《中华人民共和国集会游行示威法》对于游行示威权的实践，有极详尽的规定，对于本篇论文所要讨论的许多问题，或多或少地都有所规范，例如对于示威的责任，第32条明确规定，如有破坏公私财物或者损害他人身体造

成伤亡，除依照《刑法》或者《治安管理处罚条例》的有关规定，可以予以处罚外，还应当依法承担赔偿责任。由此以观，示威人的违法侵权自然应负担民、刑事责任。然而，主持人即使未为侵权行为，须否负连带责任？这些问题还有待学术的讨论。

本文写作的背景是我国台湾地区在1987年7月15日解除戒严令前后，社会秩序呈现极度的紊乱。其中最引人注目的是街头示威数量众多以及秩序的混乱。因此“台湾立法院”于1988年制定了一个“集会游行法”（以下简称“集游法”或本法），对人民行使集会及游行权利，有特别且甚多之规定。但是，针对人民之示威是一个值得以法律角度来审视的社会现象，本“集游法”似未能对一个示威所牵涉的许多法律问题有充分的规范。易言之，在示威、法理及“集游法”的三角点中仍有待法学界探讨之处不少。因此，本文是以批判的立场，将该法所规定对人民集会游行之限制，并且因文章篇幅所限，只限于对游行示威的限制方面着手讨论，再兼及讨论示威之实行所引发的责任问题。而论文的参考文献是以德国为主，因为德国近年来经常有许多示威产生，其中大多数是以和平的方式进行，而对于如何用法治原则来拘束示威者及执法者（警察），德国学术界亦有甚多的论著，值得我们未雨绸缪地预先研究出一个完善的“示威法制”。

二、示威的概念

不像《中华人民共和国宪法》第35条明确地将游行权及示威权入宪，保守的我国台湾地区“宪法”第14条仅明定人民有集会及结社之自由。而“集游法”也是以人民之集会及游行为规范对象。因此，不仅在宪法，即使是一般法律之条文字面内，都不能直接找到宪法及法律规范人民拥有“示威权”之规定。因此，示威权应该可独立的形成一种新的基本人权之态样，而不是古典法“人权目录”（Grundrechtskatalog）中所明列的

基本权利。[①] 这也是人民行使集会权时,最主要的表现态样,便是游行及示威,因此针对最常实践的人民权利行使之模式(示威)来独立承认其为一种人权态样,才是较进步的宪法理念。

在示威权必须由人民的集会权中引申出来就必须先讨论示威的意义问题。

除非,示威(Demanstration)已有法律加以明定其意义,例如《中华人民共和国集会游行示威法》第2条第3款对示威的定义已有明确的规定(是指露天公共场所或者公共道路上以集会、游行、静坐等方式,表达要求、抗议或者支持、声援等共同意愿的活动)外,并非纯粹的法律用语,其法律概念就较不明确。然而示威经过多年的社会实践后已经可以归纳出若干共通的特点。就字面的解释示威已经具有示众、诉众之含义。是人民借着公开之场地,向公众呈现其某些特定之意见。因此,形成一个示威行为的外在特征,应该是(1)公开的场地,其中多半是在街道及公共场所;(2)必有"意见之表达"两种。由这两个示威的特征也可以看出,示威权与集会权及言论权有着密切的关联。

示威权主要是源于人民的集会权与游行权。而且,法律上对示威权的保障与限制,也是以"集游法"来作基准的,但是,其彼此之构成要件,并非全然相同。集会与游行都是"聚众"之行为("集游法"第2条),而示威虽然亦是以"聚众"为其最常见之模式,但是只是单人式的示威行为,所谓"单人示威"(Ein - Man - Demonstration),亦不能排除在示威的概念范围之外。[②] 因此,人数的聚集与否,非示威的绝对构成要件。再

---

① 德国的情形亦然。故学者有认为示威是受宪法保障,但非宪法明定之权利。见R. Samper, Rechtsfragen zum "Demonstrationsrecht", Bay VBl. 1969, 77; S. Ott, Das Recht auf freie Demonstration, 1967, S. 9。

② S. Ott, aaO. S. 9; T. Maunz, Massendemonstration und Einzeldemonstration, Bay VBl. 1971, 91.

而，集会、游行及示威都是在公开之场所进行，是其共同之特征，①而集会是以定点举行为特征，而游行是以行进为特征，而示威虽也常以“移动性”(Mobilität)为特征但是亦常常混合使用定点示威之方式。② 故将示威准用集会、游行法律来予规范。原则上并无不妥，唯必须将其不适之处——例如单人及双人示威，不能构成聚众之要件者——排除方可适用之。

示威权行使的主要目的是在向公众陈述，故亦在属宪法保障之人民意见自由之范畴。这些向公众陈述，宣扬之意见虽然多半限于政治意见，且不少是属于抗议事件，甚至也在许多场合是属于少数者之意见，却也明显的凸显出，人民借着示威权之行，可以直接的行使其宪法所保障之言论权，而不必通过报纸、书籍及其他大众媒体之途径，向社会表达彼等之意见。示具有这种特殊的“诉求功能”(Appellfunktion)使得社会不至于会完全忽视社会少数人，弱势团体之利益及声音故肯定人可以拥有示威权，将有益社会正常且公正之发展，是不争之论。③ 这种借着示威表达某些人民之意见，尤其是政治意见，亦是现代民主政治所必需。德国联邦宪法法院就曾在一个判决中，对于示威权的意义，有正面的肯定。法院以为示威权不能再视为传统自由主义式的人权。仅为具有抗议性的作用，而应该视为积极性的，参与国家政治意见及意志形成的一种权利。法院进一步的认为，国民显现其政治意见并不能只靠投票选举议员，必须“持续的形成以及影响国家政治意见之形成”。因此，示威权的存在及运用，可使代表行使间接民意的议会，更能反映民意的需求。④ 故示威权的意义，是在其

---

① 这是依我国台湾地区“集会游行法”(第2条)所定的原则。至于只有集会有“室内”举行之例外，依同法第7条有特别之规定。

② J. P. Müller, Grundrechte, B. T., 1985, S. 138. 例如欧美社会目前常举行的静坐示威也是一个例子。

③ 因此，瑞士联邦法院就曾指出，示威权可以提供社会一个“警告、控制及革新”之功能(eine Warn -, Kontroll - und Innovationsfunktion). BGE 100 Ia 400；见 Müller/Müller, aaO. S. 138。

④ 1966年7月19日判决，BverfGE 20, 98。

意见表达方面,显现出其重大意义。因此,示威权虽涉及人民之集会、游行、言论及行动自由权,但在以人权实践的法益方面,应与言论权最接近。这点"法益近似"之特性,在讨论示威权之行使,所引发之与其他人民之基本权利产生冲突时,何者具有宪法所保障之优先性(法益更高性)的问题时,将扮演重要之角色。本文将再讨论之,于此暂不赘言。

三、示威的限制

(一)示威限制的准据法律

示威权既然主要由"集游法"来规范之,关于人民示威的限制,原则上,除非本"集游法"未规定外(第1条第2项),应依本法为之。因此,"集游法"是一个限制人民示威权的特别法,其他法律(例如"刑法")有与之相抵触之条文,应优先适用"集游法",是当然之解释。① 但是一个示威行动,其进行之过程,往往亦会构成其他法律的构成要件,于此产生的一个重要问题是,到底主管机关可否援用其他法律(例如交通法规、警察法规)来限制示威者的权利及课予义务?此涉及了"集游法"属性的定位问题。

主张示威应该由"集游法"排他性来予规范者认为,"集游法"即是专为集会游行之特定目的而制定,因此示威必由本"集游法"专属来规范。除非"集游法"明确的规定其限制理由及程序(如"集游法"第11条)外,主管机关不能援用其他的法律来限制示威权利的行使。② 持这

---

① 例如,对利用游行集会、侮辱、诽谤公务员或他人时,"集游法"第30条的特别规定自有排除"刑法"第140条(侮辱公务员及官署)及第309条、第310条(诽谤侮辱他人罪)之适用。

② 德国学界赞成示威专属法者为数不少。如 R. Samper, aaO. S. 79; W. Müller, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit, 1974, S. 133; Dietel/ Gintzel, Demonstrations und Versammlungsfreiheit, 7. Aufl. 1982, S. 133; K. Meyer, Das neue Demonstrations – und Versammlungsracht, 2 Aufl. 1986, S. 40。

种见解者，认为若许可主管机关能援引其他法律来限制一个示威行为，无疑的会使示威的限制，增加许多因素。而且，既然规范示威的特别法是“集游法”，而依“集游法”却不能完全保障一个示威的遂行，主管机关可以随时冒出一个法条（法律）来限制示威，则一来法律安定性（示威人之法确信力）会受损，二来主管机关可能会有滥权之虞。为了确保示威权的尽可能实现，是否认说的主要目的。

但是，若以我国台湾地区“集游法”第1条第2款之规定而言，示威所涉及之问题，若本“集游法”未规定外，可（应）适用其他法律之规定。所以可见，“集游法”在我国台湾地区立法者之考虑上，并非针对集会游行（包括示威）具有排他性的专属法律。这是我国台湾地区“集游法”与他国（如西德）相关法制，稍有不同之处。① 尤其是，“集游法”对许多在示威案件可能造成之犯罪行为（例如示威人经主管机关命令解散而不从者），并无特别规定，因立法者之意旨，似乎即留待其他相关法令（如构成“刑法”第149条要件时）来论究。② 但是，其他法律之援用，若与示威的特性相抵触时（例如交通法规之援引），则径自用这些法律，对人民示威

---

① 西德的《集会游行法》（1953年7月24日公布）虽未明言提及该法是专属法，亦未规定适用他法。故在解释上就是如我国台湾地区法制之明确。

② 若“集游法”明定是排他性的专属法律（即无本法第1条第2项之规定时），则此时的解释结果将恰好相反。第28条亦只明文规定处罚负责人或其代理人或主持人，一般的（示威）参加人就不能适用本罚则。是法律解释的当然原则。可以参照之情形，西德的《集游法》（第29条第1项第2款）有对集会游行者，不听从解散命令，而继续游行集会，而订定之罚则（处罚一千马克以下）。故可以不必援引也是同样罚度的该国《秩序维护法》（第113条第1项，公务员三次解散命令之不服从）之规定。这点就填补示威案件的“违法制裁”之空档方面而言，言个例子可以说明西德《集游法》可以较充分的达成目的，无需再求诸于他法之助。这也较可作为支持西德《集游法》是示威专属法看法的理由之一。而我国台湾地区“刑法”第149条的“公然聚众”，是以意图为强暴胁迫为要件，经公务员三次解散命令而不从者。对于示威经解散而不从，却无强暴胁迫之意图的示威人，则不能适用“刑法”第149条，又不能依“集游法”处罚，只能依“违警罚法”第55条第1项第6款“未经官署许可，聚众开会或游行，不遵解散命令者”，可处五日以下拘留或三十元以下罚款。引用法律之途径，似嫌迂回费事。

权利的限制将过于广泛。如何协调这种矛盾,必须就示威的目的及特性来作考虑。然而,"集游法"既然是人民示威权利行使及限制的特别法,故对示威的限制应该由此法来作主要及最大来源的限制法律,方可显出其特别法之效力。其他法律唯具有本法的补充作用,避免"喧宾夺主",造成示威权被"群法竞限"之后果。

依据"集游法",示威的举行除了其主张不能违反目的限制(本法第4条),亦不可违反禁区限制(第6条)外,可归纳为申请许可之义务(第8条)及和平义务两大项目。由于后两者对示威的限制较具重要性,兹先分别讨论之。

(二)示威的申请许可之义问题

"集游法"第8条明定室外集会游行应向主管机关申请许可。同要法第9条规定,申请应于六日前,具有非常理由时,可于两日前提出申请。而示威必于室外举行,方成为示威。故一般的示威负有申请许可之义甚明。

值得讨论的是,所谓"自发性的示威"应否申请许可的问题。

所谓"自发性示威"(spontande Demonstration),是指一个示威计划(集会或游行都有可能)是在并无主办人,无预先筹办之计划及组织、公告的情形下,由人民自动自发的形成集会游行及示威的状态。① 自发性示威既然是自发性的组合,自然并未自主管机关申报许可,亦配置纠察员,更未有示威之负责人。这种态样的示威,到底能不能进行?"集游法"到底可不可以适用在此种示威之上?颇值注意。

采否定立场的德国学者较少,例如较早期的 Füßlein 教授以为示威是有经特定程序为必要(德国以报备为必要),因此,一个合法的示威必须依"集游法"之程序不可。由于示威是在室外公众场合举行,对社会秩

① 见 S. Ott, aaO. S. 55; F. Ossenbühl, Versammlungsfreiheitund Spontandemonstration, Der Staat, 10 Bd. 1971, S.57。

序可能造成危害，故需要有主办人（负责人、申请人）及纠察员来维持秩序及担负责任。主管机关亦可借申请内容，实行预防措施。另外，主管机关亦可拒绝一个示威的方便后门，使不获示威许可之申请人可以另辟蹊径，化整为零的以自发性示威的面目出现。故对自发性示威之许可，期期以为不可。①

然而，支持肯定说的学界，却是学界及实务界之主流。德国学界对自发性示威认可的理由，不外是：第一，宪法保障人民拥有之集会、游行之自由，并未明确承认人民必须事先申请方可享受此权利。因此，人民自发性的集会、游行权利，亦应受到宪法之保障。西德联邦宪法法院在1985年5月14日公布的一个裁定（Brokdorf - Beschluß）即主张这种见解。② 第二，由于“集游法”是以规范“有备而来”之集会游行及示威，故该法应该只限定在该种行为方可，不可扩充到立法者所未设想之自发性示威之上。尤其是不可援用“集游法”之罚则到自发性示威之案件上，免得违反“罪刑法定主义”之原则（德国《基本法》第102条第2项）。③ 第三，一般示威虽以事先申请为必要，但是，若是一个示威未经申请（许可），主管机关非必要强制解散不可。主管机关依集游法（德国《集游法》第15条第2项，我国台湾地区“集游法”第25条第1项）“得”在最严重情况，方予命令解散，而非“应”予解散。同理，对于自发性的示威亦然。④ 并且，针对Füßlein教授所指出的，被禁止示威者可以假借举行自

---

① 例如 R. W. Füßlein, Versammlungsgesetz, Handausgabe mit eingehenden Erläuterungen, 1954, Anm. 3 zu §14; Dazu S. Ott, aaO. S. 56。

② NJW 1985, 2395, 2397.

③ S. Ott, aaO. S. 59; F. Ossenbühl 则以宪法比例原则的角度，认为《集游法》所未考虑的自发性示威，若径以《集游法》来限制之，是违反比例原则的违宪之举。见 aaO. S. 66.

④ S. Ott, aaO. S. 60；学界及实务界之看法，认为自发性示威之当时，只要能推举出代表，担任示威之负责人并能维持秩序即可。原本的申报义务，以无主办人（单位）而告消灭。见 K. Meyer, aaO. S. 26; Samper 亦明言，解散与否，全属警方之权宜原则（Opportunitätsprinzip），其可以裁量决定之。见 aaO. S. 80。

发性示威来借尸还魂之顾虑,Ott 氏反驳,以为原来被禁的示威理由,依然存在,若是此自发性示威是以该理由来进行,主管机关可以立予制止解散,而且,原申请人及支持者,亦易被警方认辨出身份,故可充分掌握出此示威之动机也。故 Füßlein 教授之见解,纯属过虑。①

国民自动的集会、游行进而示威之情形,在民主国家并不少见。例如,在一个特殊的日子,民众群集在某一纪念性之地点,或是民众风闻某件事情的发生,而猬集至现场(例如对某外国代表来访之示威)。这些自发性之示威及集会游行,亦有可能发生在某个合法之集会或游行结束之后——例如参加某讨论会后,群众自发性的游行示威。以宪法的眼光,这些权利只要不违反宪法之限制条款(公益条款),就应该许可之。而限制之亦必以法律限制之不可。诚然,我国台湾地区"集游法",如同德国同类法律一样,立法者都是未设想到此类示威(集会游行)之情况在内。但在我国台湾地区法制系采申请许可制,与德国法制之采报备制,在限制示威权的程度方面显著有所不同。② 但是,据以完全排斥人民有临时性自发集会权(示威及游行)亦属过度限制人权,亦不能配合社会之需求,因为自发性的示威游行及集会皆非有预谋,是加入未邀请的主动行为,实不能与一般示威之自始即怀有特殊目的来相比拟。德国学者 Ossenbühl 氏曾引用已故名教授 G. Radbruch 的名言"法律应比其立法者更聪明才是"(das Gesetz soll klüger sein als seine Verfasser),进而以为应用解释的方式来补填关于规范自发性示威所引起之漏洞问题。倘依 Ossenbühl 之见解,自发性示威诚应该允许之,唯在进行中,主管机关仍得依"集游法"对一般示威的限制要件,例如为维护公共安全及社会秩序之需要(德国《集游法》第 15 条;我国台湾地区"集游法"第 11 条和第

① S. Ott, aaO. S. 59.

② 而德国所采的报备亦不必"定式报备",以口头、书面及电话、电报报备皆可。申请人亦不必非亲自办理不可。见 K. Meyer, aaO. S. 39;不似台湾地区(第 9 条)之必以书面申请不可。

15条)来予以限制。依其之见,一个已依法律申请之合法示威,应该比自发性示威拥有更多的特权,亦即受到法律更多的保障。易言之,自发性示威因未予主管机关事先的准备时间及给予准备预防措施,其对社会可能造成比一般示威更多的损害,故在主管机关决定可否解散这种示威时,应该给予较多的裁决权。是可以给予这两种示威以差别待遇也①。

Ossenbühl的见解,颇值得参考。我国台湾地区"集游法"第8条以下所规定繁复的申请许可程序以及所采的申请许可义务,要求示威之需组织化及计划性,皆与自发性示威之特征不合,欲硬套此规范于其上,虽极牵强的可借条文的解释,获得肯定,但总不甚妥当,已于前文述及。折中之计,本文宁采Ossenbühl之见,倘一个自发性示威,系在和平状态下进行,此时示威之秩序,由一般示威的"自律"(Autonomie,即是由示威之负责人及纠察员维持,"集游法"第18条至第21条)转为几乎全为主管机关(警方)所执行指挥之"他律"(Heteronomie),而未予社会秩序有所侵扰及损害时,实无径以排斥之必要。故倘能如此,可不过度的限制人民权利,又可兼顾社会秩序之需求。②

(三)示威的和平义务

示威权行使的绝对要件,必须是以和平的方式来进行。这也是民主国家宪法承认人民此项权利的前提要件。③ 示威权的此种和平义务是指示威之目的及行使过程皆不能对社会秩序、社会安宁造成侵害。所谓对社会秩序及社会安宁之侵害,可归入对"法律所保障之和平性"所造成之侵害(Strörung des Rechtsfriedens)。由于法律之功能在于维系一个和平

---

① F. Ossenbühl, aaO. S. 68;另参见R. Samper, aaO. S. 81。

② 这也是行政权力对人民基本权利之尊重。见《集游法》所明定的"比例原则"。

③ 最明显的是,1948年12月10日公布的《世界人权宣言》第20条第1项:人人有和平集会结社之自由权利;《美国宪法第一条修正案》;西德《基本法》第8条。

的法秩序。示威的遂行,并不能侵犯这个法和平之秩序。① 然而,假若使现行法律所维持的秩序都视为一个示威所绝对不能侵犯之对象,从而可借此来限制示威权之行使时,则可能会使一个示威动辄可指摘其已触法而解散之。例如认为示威已侵犯到他人名誉、侮辱公署、制造噪声、妨害交通、妨害国交等,可能性是不胜枚举。因此,以维护整个国家法律秩序作为可限制示威之理由,如同我国台湾地区"集游法"第25条所规定的立法例一样(第1条第4款,有其他违反法令之行为者,主管机关得予告之,制止或命令解散),将不能充分的保障人民的示威权利。因此,示威的和平义务,有予以限制解释的必要。

鉴于示威之行为,是以群众聚集为主要特征,且多以抗议性质为主。既然是富有情绪性的群众事件,可能会造成法律秩序之破坏,就多在较狭义之社会"秩序法益"之破坏方面。易言之,多偏重于刑法法律及警察法律所保障的法益方面。我国台湾地区"集游法"所欲防止示威造成之危害,除了上述第25条第4项,以概括的违法作为限制理由外,其余的规定,亦循此原则来立法。准此,"集游法"于第1条明定本法的立法目的,在于调和人民集会游行之自由与维护社会之秩序;第3条指定警察为主管机关;第5条禁止对合法举行之活动以强暴胁迫等非法方式之妨害;第11条、第14条及第15条规定警方权限以及第23条禁止示威者不得携带有危险性之物品等。这些规定,皆构成示威和平义务性的内容。综合上述条款,可分成下述问题——危险物品之禁止、暴力行为之禁止,以及警察权力与示威之关系来予探究。

(四)危险品之禁止

本法第23条明定,集会及游行之负责人、代理人及纠察员及参加人均不得携带足以危害他人生命、身体、自由或财产安全之物品,所谓的物

① C. Förster, Die Friedlichkeit als Voraussetzung der Demonstrationfreiheit, 1985, S.35.

品当不只是狭义的武器——例如“枪驳弹药刀械管制条例”(第4条)所规定之禁制品以及具有杀伤力之刀械(如“违警罚法”第54条第1项第7款之“凶器”),而是及于一切技术意义的,只要具有攻击性,可予示威者作为攻击人、物之用,皆在禁止之列。① 然而,不无可议的是,物品的伤害力问题。诚然,以“集游法”本条文之旨意,任何物品,只要具备“攻击性”(可损伤人、物的性质)即可作为禁止之对象,范围似乎过于广泛。吾人知道,示威者并非以“徒手”示威为常态,而是经常要以举标语、布条,在夜间甚至有举火炬来突出其诉求。倘若支撑标语、布条之木棍,认为是具有伤害力(事实上是具有),而火炬亦可作为伤人、焚物之用,依本法即可径予禁止。但这种解释方式,似嫌过度。② 因为,任何物品只要示威人有所意愿,即可以作成“危害”他人身体(健康)、财产之安全也。③因而似乎应视物品的“使用目的”(Gebrauchsyweck)而定,倘若一个物品之使用目的,系为示威所不可缺的,例如标语牌,则应许可之。若是以该

---

① 西方国家对和平示威(集会游行)的规定,主要是以“不携带武器”为强调重点。例如西德《基本法》第8条第1项。这种立法例可以源自法国1791年9月3日的宪法,该宪法第一章已明定:公民拥有和平集人之权利,唯必须不能携带武器及遵守警察法令为前提。见C. Förster, aaO. S. 30。

② 德国《集游法》第2条第3项,本来是规定不能携带武器可以伤害他人之物品。由于这个“伤人物品”之概念过于狭窄,该国于1978年9月25日修改之,将禁制物除了具伤人性质改加可以伤物之条件。台湾“集游法”与德国现行法,在此方面是明显地相一致。

③ 用拳头即可伤人,何况借助他物?采过度“预防性”的见解将流于苛刻。像德国警方有时候也会滥用此种权力,例如因为鸡蛋、蕃茄,甚至示威人手提袋中的涂奶油面包,都可以被示威人用来投掷警察,因而污损其制服之用,警察因而有禁止携带之命令者。学界亦多有批评者,见M. Kutscha, Der Kampf um ein Bürgerrecht, Demonstrationsfreiheit in Vergangenheit und Gegenwart, 收录在M. Kutscha (Hg.), Demonstrationsfreiheit, 1986, S.43。诚然,鸡蛋、蕃茄在示威场合主要目的,不在于食用,而在于投掷之用,可用以污损制服,禁之是可理解,如K. Meyer, S. 16。然若至奶油面包亦在禁止之列,无乃太过也。Dietel/ Gintzel亦认为,这种情形禁止携带“软性攻击物”是立法者本于欲见但是在解释上,却不违法也。见aaO. S.58。

目的之使用,或是以该目的为幌子,主管机关自得禁止之。① 主管机关亦可引"集游法"第14条及第15条之规定,对示威所携之物品作某种限制,缩减或增加可携物之范围。②

危险物品在表现其"人与物之损害性"(Person-und Sachenbecschädigung)而遭禁止,那么非为攻击用而专为防御用之装备,所谓的"防护装备"(passive Bewaffung)可否许可之?我国台湾地区"集游法"对此种情形并未有明文规定。以欧洲国家近年来之情形,由于示威者为了防御警察在行使公权力(执行解散命令时),往往会配带防毒面具来对抗暴警察之警棍及催泪瓦斯。因而引发了使用这些防护装备之合法性问题。示威人携带这种防护装备自始即有针对警方而备之意味。但是,示威的目的,本与这些装备毫无联性。因此,德国学界多持反对许可携带这种装备。③ 而法院也多以为,示威人若拥有这些装备,会使警方的强制措施之效果受到相当程度之降低,也会激发示威人暴乱之兴致企图。另外,头戴盔帽或瓦斯面罩也会使匿名行凶者,无法被辨识出来,故德国法院实务也多支持警方实行此项限制措施。④

然而,客观而言,示威者此种装备,并非《集游法》本欲禁止之具有

---

① 除非法律明定示威必须使用完全无攻击力之物品——例如纸作之标语,然而,这种规定一则太过分限制人民的示威权利,二则并不能完全根绝示威之暴力事件发生,因为,示威人欲施暴,亦可拾取地上石塊作攻击之物。所以,不能发挥太多之禁制作用。另外,诸如雨伞、拐杖、汽水瓶等皆可作为攻击、投掷之用,防不胜防也。

② 例如,纠察员不可携带木棍;夜间游行不得携带火炬;不准焚烧刍像……都是适当的管制行为。

③ 学者 Blumenwitz 即以为,非在狂欢节,或是携带这些装备是作象征性的抗议,例如部分示威人头戴防毒面具以抗议核能发电之政策时,则才可以许可之。见 D. Blumenwitz, Versammlungstreiheit und polizeiliche Gefahrenabwehr bei Demonstration, in: Polozeilicher Eingriff und Grundrechte, Festschrift für 70. Geburstag von Rudolf samper, 1982, S. 141。

④ 据统计,1980年至1982年间,全德警方共颁布1820次禁止携带这种装备之命令,行政法院皆采赞同之立场,见 M. Kutscha, aaO. S. 33。

“攻击性、损坏性”之物品，主管机关对上述公安之理由，而加以限制，在解释上不无牵强。故西德国会便于 1985 年 7 月 18 日增订条文（第 17 条 a），所谓的“防护装备及蒙面禁止”的规定，明定室外之游行集会不能携带为防卫公权力所用之装备及禁止为防止遭警方辨识其身份而作之化装行为（蒙面，Vermummung）。因此，该国法律对禁止装备防护器具之规定，已臻完备。①

我国台湾地区“集游法”只在第 14 条第 1 项第 6 款规定，主管机关对于“妨害身份识别之化装事项”作必要限制。② 唯对于配带防护装备之示威者，能否径以本条款来予规范，似乎应只限于戴面罩（包括防毒面具）及化装者方可。至于配带安全盔者因未违“不可辨识之程度”若主管机关非于示威举行前，基于为维护社会秩序、公共利益及示威安全所需，并以书面追加限制外，似无法于示威当时予以禁止，是以遵守“集游法”第 15 条的当然结果。因此，为了未雨绸缪，德国《集游法》的增订前例，可值得我国台湾地区“集游法”日后修正参考之用。

（五）暴力行为之禁止

示威和平性表现最明显的特征是，暴力行为之禁止。示威的主要目的是“意见传达”。因而，只要其意见能呈现于社会公众，示威之目的即已达成。示威的价值，就应表现在精神抗争，换言之，抗争、争论应只及于精神层面，不可诉诸暴力行动。③《中华人民共和国集会游行示威法》

---

① 至于何谓“防卫装备”，用语并不太明确，解释上当然也可以包括雨衣（可为防镇暴警察喷水之用）、盾牌、厚大衣（可防止警棍）及护膝、皮靴等在内。但是学界亦有指摘过度扩张解释者，认为倘若如此解释，今后示威者“只能赤足，泳裤走上街头了”。见 M. Kutscha, aaO. S.43。信哉斯言！

② 如同德国《刑法》第 125 条第 2 项之规定。

③ H－U Erichsen, Zu den Grenzen der Demonstrationsfreiheit, in: Kritische Justiz, 1973. S. 198；同理 D. Merten 教授亦以为，集会自由之是于言论自由，只在于是在空间方面，可集合一些人来发表言论，除此外，别无差别。D. Merten, Haftungsprivileg für Demonstrationstäter? NJW 1970, 1626.

第5条也明确规定不得使用暴力,或者煽动使用暴力。

示威行为的禁止暴力原则,在法律上可以实行刑法意义的禁止及警察法意义的禁止。例如引用刑法"强暴、胁迫、非法强制行为"之概念(例如《中华人民共和国刑法》第236条的强奸罪、第277条的阻碍国家工作人员执行职务罪或278条的煽动群众暴力抗拒执法罪;同样的,我国台湾地区"刑法"也有类似的规定,例如第101条之暴动犯、①第135条之妨害公务、第304条之强制罪……),本法仅于第5条有使用之。使用警察法意义者较多,如第11条、第14条及第15条。然而,一个示威行为若是已有暴力行为,虽已达到有危害社会秩序或公共利益的程度之虞时,依我国台湾地区"集游法"未明定主管官署可以据此而解散示威,而是需援引本法第25条第1项第4款之有"其他违反法令之行为",亦即反援引刑法之规定来宣告制止及解散。② 因此,示威应禁暴力,亦为其和平义务。③

所谓暴力行为(Gewalttätigkeit),是指强暴、胁迫及其他非法的行为而言(本法第5条及其他相关刑法之概念)。示威是人群的聚集行为,示威人行使暴力行为时,如个人身份之犯行,如杀人、伤害、毁损罪外,以团体(聚众)为特征的刑责,刑法亦有予以规定之处,例如第101条之暴动犯以及第149条之公然聚众罪。尤其后者亦以意图强暴胁迫,且不接受解散命令为要件。而且,由于我国台湾地区"集游法"未对示威人之犯行(除可能的"反制示威"之情形外,本法第31条)有特别之规定,上述刑

---

① 22(1933年)上2292:暴动云者,即多数人结合不法、加以腕力、胁迫以地方人心陷于不安之行为而言……

② 德国《集游法》第13条第1项第2款就明白授权主管机关可以示威有暴行及煽惑暴行时,解散示威之权力。

③ 解释上亦有连带关系,例如本法第5条规定:对于合法举行之集会、游行,不得以强暴、胁迫或其他非法方法予以妨害。然而,人民为反对某一个示威,亦常常可成"反制示威"(counter-demonstration; Gegendemonstration)来对台。此时反制示威就不可行使力,故强暴、胁迫,以及所谓"其他非法行为"之要件及概念,对一般示威之情形,也可适用,故显示出其重要性。

法亦因而有适用之余地。

讨论示威的暴力禁止原则较有实益之点，在于研究一个类似静坐示威的合法性问题。静坐示威本是示威模式中的一种“定点示威”。这种示威值得考虑的问题，起于这种示威已被广泛的使用在目前各种街头抗议行动里。美国自20世纪60年代起，黑人民权运动风起云涌，为了抗议美国法令及社会的歧视黑人，民权人士便号召及组织群众发起各种抗议（ins），例如静坐（sit－ins）；站立（stand－ins）及躺卧（lie－ins）等示威行为。这些抗议之示威，许多是服膺所谓的“和平反抗”（civil disobedience）原则，并不鼓励对公权力之执行（警方的解散行动）实行暴力反抗。① 但是这些静态性的示威，虽然示威者宣称不实行“暴力行为”（non－violence），但是其采取之手段，例如杯葛、包围建筑物、瘫痪交通及适店营业以及阻挡公权力之执行，已经对社会秩序及触犯其他法律之禁止规范。欧洲国家近年来，也常常发生以采取静坐示威方式来包围核能电厂、工地、飞弹基地、美国基地等示威。我国台湾地区亦不乏有示威者以静坐方式阻碍交通，以及抗阻警方的执行公权力之例子。因此，若一个示威实行静坐示威而不解散，构不构成“刑法”第149条之“聚众滋扰”要件？又一个“反制示威”以静坐方式包围一合法举行之集会及游行，算不算是实行强暴胁迫之方式（本法第5条、第31条）？而以静坐方式来杯葛、封锁他人处所、致使交通中断，构不构成“强制罪”（我国台湾地区“刑法”第304条）？便涉及强暴胁迫之概念问题。这在国外常引起许多争议。除非法律有针对这种情形特别加以处罚的规定外，否则必须研究能否符合强暴胁迫的概念。法律有特别规定的情形，例如《中华人民共和国刑法》第291条将“聚众堵塞交通或破坏交通秩序者，与聚众扰乱车站”，同列为该条的处罚范围。但单纯的聚众静坐来阻碍交通，是否仍符合使用强暴胁迫的

① 关于和平反抗之权利，见笔者，“国民抵抗权的制度与概念”，收录于本书第十七篇。见杨日旭，《街头运动民主宪政》1988年8月，第184页。

方法,仍有待讨论。同样的,《中华人民共和国集会游行示威法》第29条第5款也对聚众堵塞交通,列为与占领公共场所、拦截车辆行人等都为可罚行为。所以,都有必要了解强暴胁迫的概念内涵问题。

1.强暴、胁迫概念的演变

强暴(Gewalt)本来指行为人施以实力,对他人为不法攻击,使人无法抗拒,产生强制之状况,进而妨碍被害人自由决定其意志及行为。胁迫是以言辞或其他举动,显示(未来)加害之意思于他人,致生畏惧心理。① 不论强暴或胁迫都是以一定意图(加害)并以行为实施行为必要,并且造成被害人的被强制之状态,而有作为;不作为或其他忍受。强暴的概念,本来是以身体有形的强制力之使用为其特征,但是,以现在的学界对强暴之概念则不以身体之强制力为必要。② 德国在论究静坐示威之

---

① 韩忠谟:《刑法各论》1976年8月,第374页;林山田,《刑法特论》(上册)1978年,第141页。

② 我国台湾地区学界文献对强暴概念阐释较详者,可引周治平,"'强暴'义例",刊载于《刑法分则论文选辑》(五册),五南书局,郑玉波总主编,1984年,第396页以下。其认强暴泰半与胁迫行为并列,其共通性概念,即为不法行使的有形暴力——物理力的行为。刑法的强暴概念有四种。第一种是最广义之概念,指一切有形力——即物理力的行使,攻击对象是人或物,皆不论,构成本类概念之犯罪如"刑法",第149条、第150条之聚众滋扰罪及第101条之暴动内乱罪。第二种是广义的强暴,乃对特定人(不论身体或财物)之间接或直接行使之有形力而言,如第135条之妨害公务罪、第152条之妨害合法集会、第304条强制罪等。第三种乃狭义之强暴,指直接或间接加于人身之有形力,如第125条、第281条等是。这种强暴行为所加于人身之痛苦是可感受的肉体或精神痛苦。第四种乃最狭义的强暴,乃达于抑制他人抵抗程度的有形力之行使而言。如第221条之强奸;第328条之强盗等。周治平主张强暴胁迫的共通概念是"有形的物理力",代表我国台湾地区学界之通说,如蔡墩铭的"有形不法腕力之行使未至成伤之程度"(见其著《刑法各论》,1981年版,第110页关于强制罪;第508页关于第150条之聚众滋扰罪);褚剑鸿之"有形之实力"(《刑法分则释论》(下册),1984年,第1002页)或是"一切不法之方法,直接或间接对人(或公务员)之身体,施以暴力,未至成伤之程度"(同书上册,1983年,第242页关于妨害合法集会、第176页关于妨害公务;第232页关于聚众滋扰罪)。另外,林山田则认为强暴可能由有形体力或其他行为来执行。而其分强暴为"直接强暴"及"间接强暴",前者以身体的强制力直接强制客体,后者乃对行为客体以外之人与物,实行强暴,似仍以身体之有形力为出发点,仅打击对象不同而已。(见其著前述书第141页)

刑责时，即对这些关于强暴胁迫之概念，有极深人之讨论。（德国《刑法》第240条，相当于我国台湾地区“刑法”第304条）强暴胁迫之概念，在德国之发展，可以分成三个阶段来讨论：第一个阶段，在德国《刑法》实行早期，德国帝国法院认为行使强暴是行为人对他人，用身体的实力之施展（körperliche kraftenfaltung）来压制对方欲行及已行的反抗。这种由身体而出的暴力，是使被害人产生“生理上”（physische）及“心理上”的强制。而胁迫，就不如同强暴是予人“现实之不利”，而是单纯的“恐惧将来之不利”，故纯属“精神、心理”上的强制效果。在这个时期，德国法院对于到底实行强暴胁迫者，动用多少身体实力的问题，比较不予重视，例如行为人只要扳动枪机，作警告性的射击；①用人群阻挡他人之去路；②转动门锁，以示欲囚禁他人③等，极少使用身体之实力之情形，只要造成被害人之心理强制效果即可。这种“用身体行为之实施”及“压制对方之反抗”作为强暴之概念，可以称为“古典的暴力概念”（klassischer Gewaltbegriff）。④

第二个阶段，既然德国法院在第一阶段时期已经对行为人实力的实施的重要性不予重视，法院在第二阶段的强暴理论，则着重在对于被害人身体的强制效果方面。假如行为人施于被害人身体之行为是以造成压制被害人反抗力或互解反抗力之理由时，这种行为即足认为是强暴之行为，不论行为人使用多少实力。例如秘密在被害人饮料中掺下麻醉药物，致使其反抗能力丧失，亦足构成强暴之要件。这是德国在第二次世界大战后，联邦法院对强暴的新概念诠释。法院以为，从被害人的角度来看，行为人即使未实行“暴（实）力”来压制被害人之反抗，但是，麻醉药之功效已取代了暴力之实施，故应将重心置于“反抗力的压制及瓦解”

---

① RG St. 60, 157; 66, 353.

② RG St. 45, 153. 本案是用人墙方式阻挡送葬之行列。发生在1910年。

③ RG St. 27, 405; 69, 327; 73, 343.

④ 见 C. Förster, aaO. S. 55。

之上。①

第三个阶段,德国联邦普通法院是将强暴概念的重心,置于对被害人行使妨碍其"意思决定"(Willensentschließung)及"意思活动"(Willensbetätigung)之自由的强制效果方面。联邦普通法院首先在1955年审理"德国自由青年联盟"(Freie Deutsche Jugend)案时,已经开始扬弃以前由德国帝国法院代表的古典暴力概念。本案的德国自由青年联盟是一个忠于苏俄的共产党团体,拥有三万五千名会员,但早于1951年即被宣布违宪而被禁止。本案两名被告系该联盟的干部因为公开呼吁以示威及集体罢工之方式来反抗现行政权,被政府瓦解。联邦法院在本案首次肯定,在示威案件可以援用刑法有关强暴胁迫之概念。法院以为,强暴胁迫是使被害人身上产生强制效果,被告欲实行之示威及集体罢工可使社会及政府产生巨大压力而不安,使得合法政府的统治能力产生动摇,也可能会使政府在最恶劣之情形下,采取屈服之手段,避免人民及社会受到进一步之伤害。故这些行为已造成国家社会法益的强制效果,即使行为人并未有丝毫身体实力施在其外,亦足以构成"内乱罪"(Hochverrat)之要件。② 法院的这个判决,摒弃强暴胁迫之必有身体实力之行使,是认为生理及心理皆构成身体之部分。强制效果是神经系统,亦属心理之一部分。只要满足精神强制,而不必要身体实力之加诸其上也。

联邦普通法院这种强暴胁迫法益之侵害性是在精神方面,这种持"精神化"(Vergeistigung)或"非物质化"(Entmaterialisierung),在日后的许多案件已见诸实现。例如卡车以时速150公里之高速,以超车及闪光灯追逼前车至两公尺内之近距离行驶,即属对被害人之行使强暴胁迫,

① BGHSt. 1, 145 = NJW 1951, 532; C. Förster, aaO. S. 54.

② 德国《刑法》第81条,类似我国台湾地区"刑法"第101条,BGHSt. 8, 102。

因为前车驾驶人因之产生畏怖;[①]向被害人炫示自己拥有手枪在手[②]……都是例子。但是,对于静坐示威之案件具影响力的是,1968 年 8 月 8 日判决的"Laepple – Urteil"案件。

2. 杯葛性静坐示威的可罚性问题

本案发生在 1966 年 10 月 24 日,德国科伦市的一个学生团体为了抗议公交车涨价,决定发动静坐示威。当天下午,示威学生在市区内两个最重要的十字路口的电车轨道上静坐一个小时以上,致使市区电车停驶,交通瘫痪,最后才由镇暴警察用喷水车强制驱散群众。被告 Laeppl 是该学生团体之主席,被控以行使强暴胁迫之手段,触犯德国《刑法》第 125 条第 1 项第 1 款之"聚众骚扰罪"(我国台湾地区"刑法"第 150 条)及德国《刑法》第 240 条之"强制罪"(我国台湾地区"刑法"第 304 条)。[③] 西德联邦普通法院在这个案件的判决,对强暴胁迫的概念,采取了二分法之方式。首先,对于被告不涉及触犯"聚众骚扰罪"之要件时,法院以为,依德国《刑法》的聚众骚扰罪,其构成要件是聚众以违反公共秩序之方式,对人或物施以强暴之行为,既然明示须对人与物施以强暴行为,故示威群众只是以消极的静坐行为,不能算构成刑法"聚众骚扰"的强暴胁迫行为。亦即,"聚众骚扰罪"必以行为人实施积极的攻击行为为必要,单纯心理上的强制效果并不构成,而需身体外在之行为方可。[④]但是,在对他人的强制罪方面,法院认为应该以行为人所使用的方式,行为的目的及强度,足不足以构成对被害人产生强制效,而不必斤斤计较于其是否有实行积极的攻击性行动(即身体之实力)。就本案而言,静坐示威人诚然是静态的抵制行动,但是既然示威人是坐在电车轨道上,电车司机只要前面轨道上有人,为了避免发生车祸,必定会不敢继续开车,

① BGHSt. 19, 263 = NJW 1964, 1426.

② BGHSt. 23, 126 = NJW 1970, 61.

③ BGHSt. 23, 46 = NJW 1969, 1770.

④ BGHSt. 23, 52 = NJW 1969, 1772.

因而造成被迫停车之后果。这种杯葛性之示威形成强制的后果甚明,被告即应担负强暴胁迫之责任。①

联邦普通法院的这个判决,对于前部分有关聚众骚扰罪之强暴胁迫概念,系以古典的概念,必以攻击性之身体实力为必要,缩小了该罪的构成要件之适用性,获得学者之多数赞成意见。② 但是,对后者部分,只以产生强制效果与否作为强制罪之考虑因素,学者虽时常不乏反对之意见,③但由于学界及实务界对强制罪的暴力见解,早已形成通说,示威之强暴胁迫已不再局限在身体实力的行使不可。④ Laeppl 案也就形成西德日后处理许多示威案件,所援引的判决。尤其近年来,西德风起云的反核及环保、限武运动,法院更是常常援引这个判决,作为判定静坐示威应

---

① BGHSt. 23, 52 = NJW 1969, 1772; C. Förster, aaO. S. 60.

② 例如 Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 41. Aufl. 1983, § 125, Rdnr 2; C. Förster, aaO. S. 59. FN 2。

③ 如名学者 S. Ott 就在一评论本判决之文中,批评联邦法院扩张强制罪的强暴胁迫之见解。其以为,强暴胁迫就是强暴胁迫,刑法中不能对此用语,存有两种解释。既然《刑法》第 125 条第 1 项第 1 款之强暴胁迫是以积极的攻击行为为必要,则第 240 条之强暴胁迫亦应有相同之解释方可。其因而主张维持原有之"古典暴力理论"。S. Ott. Urteilsanmerkung yu BGH, Urt. Vom 8. 8. 1969 - 2 Str 171/69, NJW 1969, 2023。持同样见解者,亦如 E. Heinitz, Demonstrationrecht und Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, in: Demonstrationsfreiheit, Strafrechtund Staatgewalt - Informationstagung fpr Richter und Staatanwalt, Bad Homburg vom 23, Nov. 1968, S. 29。而且,对强制罪的强暴胁迫概念也过于宽广,有无违反"罪刑法定主义"(德国《基本法》第 103 条第 2 项),也是值得考虑之问题。

④ 例如,联邦法院在 1981 年 10 月 8 日的一个裁定,认为以噪音等来干扰大学上课的进行,就算是胁迫之行使。NJW 1982, 189. C. Förster 也认为自帝国法院的"送葬案"以后,已无人赞同"古典的暴力理论矣"。aaO. S. 64.

负刑责之理由。①

关于静坐示威的可罚性是否合宪问题，德国联邦宪法法院 1986 年 11 月 11 日作出判决，明确的承认其可罚性。② 联邦宪法法院是针对联邦普通法院在 1986 年 4 月 24 日所做的一个裁定，③该裁定仍是支持及援引该院在 Laeppl 案之法理，认定静坐示威是构成强制罪之要件。这些静坐示威多半是在军事基地门口，以封锁车道人员出入为目的而举行，而且对警方的逮捕行为，皆采不抵抗之态度。原告提起宪法诉愿之理由，主要认为，这些被动、消极不反抗公权力及静坐的示威行为，不构成强制罪之要件，否则，会违反《基本法》第 103 条第 2 款之罪刑法定主义（类推禁止）原则。但是，联邦宪法法院在本案表决是以四票对四票的同票决，故并不推翻联邦普通法院所为之判决。在此判决中，宪法法院认为，前审法院将强制罪的暴力概念扩张到精神强制效果，作为强制罪之构成要件，并不违反宪法所规定之类推禁止。因为诚然依据类推禁止原则，立法者负有义务将犯罪的构成要件及其可罚处之刑责，具体的予以规范。使人民可以预测其犯行及预见其罚责。但是，基于社会生活的多样性及刑法条文的普遍性及抽象性，仍有待法官以具体个案来决定某些人民之行为，属不属于满足刑法某些条文之构成要件。这种情形并不能

---

① 西德联邦宪法法院在 1984 年所做的一个关于法兰克福机场的杯葛案时，仍援用对暴力概念的二分法。BGHSt. 32, 165 = NJW 1984, 931. 近年来西德亦有些地方法院试图对个人的强暴胁迫之概念局限在可被强暴胁迫者感到强制的攻击性行为之上，以及，尽可能运用对德国《刑法》第 240 条第 2 项的行为"可非难性"(Verwerflichkeit)原则之解释，认为某些静坐示威并无非难性可言，故不认定有胁迫之行为。不过持这种异议之法院，究竟是少数也。见 C. Förster, aaO. S. 176.；另见 K. Leb, Zur Strafbarkeit von Blockaden in der jüngsten Rechtsprechung, in: Kritische Justiz, 1984, S. 208; J. Baumann, Demonstrationsziel als Bewertungsposten bei der Entscheidung nach § 240 II StGB? NJW 1987, S. 37; 林山田，前述书(上册)第 146 页亦请参照。

② 称为 Mutlangen 案，BverfGE 73, 206。

③ NJW 1986, 1883.

径认为该刑法条文已违反了"内容明确性"(Bestimmtheit)的要求。① 由于法院只是就法律条文的客观性范围内容来解释法律的构成概念,而且,刑法条文内所明确保护的法益亦非法院可以随便更易,所以,法院自不可自动负起填补法律漏洞之职责。因为此职责专属于立法者。关于处罚强制罪之规定方面,刑法之立法者既然决定可惩罚实行暴力者,法条中(德国《刑法》第240条)有规定其要件(如可非难性……),已足予人民知悉其刑罚的实行场合,业已满足了可预见之要求。所以宪法也不要求,对杯葛性之静坐者应该不予处罚。至于应该适用刑法或是秩序罚,都是一样。在本案之情形倘若法院认定静坐示威之实行已经构成强制罪之条件,并不能算是违宪。但是,也因为本案判决是四票对四票通过,所以法院对杯葛性的静坐示威能否列入刑法的强制罪要件,也持保留的态度。亦即,联邦宪法法院是未能作出决定性之决议。故联邦普通法院的判决,既维持 Laeppl 案以来之见解,也未受到联邦宪法法院之驳斥。②

鉴于本案之诉愿人 G. Bastian 是前隶属绿党之国会议员,在系争案件中,其本人只是率领示威人在美军基地大门口静坐十分钟,因而使交通中断,也使自己遭到法院之判罪。联邦宪法法院四位法官也是基于一个静坐示威,若是其示威之目标(尤其是远程目标),往往具有公益性质,若是由法院就违法性及可非难性角度来作判断(德国《刑法》第240条之规定),静坐诚然使被杯葛者之交通瘫痪,也使临近之行人、交通受到波

---

① 关于此点,学者 Schmidhäuser 认为任何一个刑事法律,皆不可能完全是达到确定性之要求,这是乌托邦的想法,对于何谓强制罪的暴力概念,其以为应完全由法官在具体个案中来决定。凡是法官所认为的,就算是对的。在其论文"刑法的确定性:一个法治国的乌托邦",其以下述作为结语:法官拥有主权,凡是法官许可的,就应许可;凡法官认为可予非难的,就应非难之;凡法官认为属于暴力的,就是暴力。见 E, Schmidhäuser, Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie, in: Gddächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 231。

② NJW 1987, 46 47.

及，但是，若是时间不长，亦应认为是无非难性。① 由本案有四位宪法法院法官的反对见解可知，要承认静坐符合强制罪的强暴胁迫要件，以及该要件仅以“精神强制”（心理强制 psysische Zwang）为已足，无须“生理上之强制手段”（physischer Zwang）之实行为必要，这种见解遭到巨大压力。

本案自公布后，即引起学界热烈讨论，持反对立场者颇不乏人。终于在 1995 年 1 月 10 日，德国联邦宪法法院作出了新的决议，更正了以往的见解。在此案中——亦是在军事基地外的静坐示威，宪法法院认为德国《刑法》所谓的强制性，应该相当的明确。按刑法的立法者并不是欲将所有对人的强制都加以处罚，毋宁是有选择性的，才构成可罚行为。联邦普通法院在 Laepple 案所持的扩张式的暴力概念，会使得任何静坐示威活动皆构成可罚行为，而不论哪些静坐示威真正才会给示威标的产生了受强制的效果与压力，例如对军营的包围静坐，与学生的抗议津贴缩水、学费提高或福利建设停建……强制的效果即不同。所以，宪法法院认为基于刑法不得类推解释、法律明确性的要求，排斥了对静坐示威一律构成强制性的见解。至于在个案中，该行为是否触犯其他法律——

---

① 科隆地方法院在 1969 年的一个判决就曾表示，若是一个在公共交通要道的静坐示威，时间很短（只有 15 分钟），是可容忍的。过久是不许可。JZ 1969, 80/83; Dazu, D. Blumenwitz, S.139。

另外，针对联邦宪法法院这个判决，亦有反对者。有人以为杯葛性的静坐示威，只是象征性的抗议，也是其与社会沟通之过程。并非自力执行自己所揭示之攻策，同时也不能比拟帝国法院的“送葬案”。由于抗议及杯葛之事件，不无公益之考虑，所以刑庭法官应以“社会相当性”（Sozialadäquanz）作为其合法性的考虑。且以示威公益的远程目标作为断定该些杯葛性行为内无可非难性，来肯定这些杯葛性静坐示威行为的合法性。如 A. Bertuleit/D. Herkstöter, Nötiging druch Versammlung? Zum “Sitzblockade” Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Kritische Justiz, 1987, S.336。对以示威的远程目标作为判断其行为有无可非难性之标准，Baumann 教授反对。其以为，法官应该保持价值中立，不管示威所主张的内容，是政治性的、社会性的或宗教性的，皆是言论自由权。法官不应去考虑这些内容的价值。否则会违反法律安定性。若赋予法官可审核一个示威的内容价值，无异宣告示威权利的死亡。见 J. Baumann, aaO.,S. 37。

如《集游法》,或立法者欲如何课予刑罚,则非宪法法院所欲过问也。①

所以联邦宪法法院这种新的见解,可说是部分的回归古典暴力理论,同时也和其他暴力行为,如聚众滋扰以直接的积极之攻击(施暴)行为为必要,即连妨害公务(德国《刑法》第113条)亦以对公务员之施以积极之实力行为为必要,不能仅以消极的反抗,即谓构成妨害公务之要件。② 因此,所谓的强暴概念,则有了一致的内容。

在我国台湾地区法制要将静坐示威课予刑责较不易。我国台湾地区"刑法"第304条第1项和德国《刑法》第240条第1项类似,但我国台湾地区"刑法"并无德国《刑法》第240条第2项(若暴力之运用或恶意之迫与所欲达到之目的相比较,可有非难性时,该行为违法)之规定,因此即无有援用Leapple案之可能。但是我国台湾地区"刑法"第304条第1项所保障的法益乃防止人民遭受不法之胁迫、行无义务之事及妨害行使权利,在杯葛性的示威虽构成此后果(如工厂被围困),但静坐者之行为是否构成强暴胁迫之要件,恐怕不易获得学术界及实务界之认同也。至于大多数刑法所规定的强暴条文,例如第135条及第136条之聚众妨害公务罪,第149条及第150条的聚众滋扰罪,是一例。由于第136条及第150条,皆有所谓"下手实施强暴胁迫者"之加重处罚规定,显然可见,单纯未下手之消极静坐示威者不可构成此种犯罪要件。否则,所有的静坐杯葛行为皆可构成"下手实施强暴"之要件,如此未免株连过广。而同属妨害秩序的妨害合法集会之"刑法"第152条,因为"集游法"第5条另有规定,自应适用后者之特别法之规定。但是,两者却有显著之差异。按"集游法"第5条,对于合法举行之集会及游行,除不得以强暴胁迫之方法阻止外,亦不得以"其他非法方法"之妨害。"集游法"

---

① NJW 1995, 1141.

② 这是德国学界之通说,例如 Dreher/Tröndle, aaO. §13, Rdnr. 19; Maurach/schroeder, Strafrecht, Besonder Teil, Teilband 2, 6. Aufl. 1981, S. 151; C Förster, aaO. S. 70。

第5条这个概括之规定，除了可吸收“刑法”第152条构成要件中的另一要件（以诈术）外，如果未对他人集会及示威进行产生实质上的干扰，固无违法性外，若采杯葛性，即非攻击性的积极强制力之行使行为，即有可能构成不法。① 至若“刑法”第101条之暴动犯，之应该采狭义之暴力概念，自己明定为暴动犯，观念自始与一般强暴胁迫有别，尤必须以“积极侵害行为论”不可。②

3. 零星暴力行为之容忍

示威是集合群体的行动，由于是以抗议性的居多，情绪的举动应是难免。示威应该遵守和平性之原则，固是禁止示威人使用暴力，但是，参加示威者之人数可能众多，分子可能复杂，零星之暴力行为亦不可完全避免，在这种情形时应该在何种极限下，方能继续许可一个示威之进行？

---

① 唯于此应强调静坐示威应该实际上妨害了原示威之进行，例如包围原示威，或是在原示威预定行进之道路上，以阻绝去路之方式静坐……才构成刑责。否则，只在示威（或集会）会场旁，做抗议性之示威，自不能认为构成本条之要件。

② 我国台湾地区学界针对暴动，多半未能强调与一般强暴胁迫应有暴力程度之差别。如褚剑鸿，前述书（上册）第26页；蔡墩铭，前述书，第508页。唯两者关于强暴胁迫之见解，已偏向“不法之有形实力”（褚）或“有形不法腕力”（蔡），也可符合对暴动犯予以最狭义的暴力概念（如周治平氏及德国学界之看法）之要求。另外，对第149条及第150条的聚众滋扰罪，早期有二个判例：20（1931年）上440：上诉人等聚众百余人在某甲家坐食，虽不得谓非聚众实施暴行，唯其实施暴行之程度，是否已达于危害一地方秩序之安宁，仍应审究。

28（1939年）上3428及31（1932年）上1513：刑法第150条既属妨害秩序之一种犯罪，则在实施强暴胁迫之人，自须有妨害秩序之故意，始与该条之罪相符。如实施强暴胁迫仅系对特定之某人或某家族为之，纵此种行为足以影响地方上之公共秩序，仍以缺乏主观的犯意，不能论以上述罪名。

对上述判例代表的聚众骚扰罪，应以“主观犯意”（后者）或“客观法益侵害”（前者），学界有主张应以前者判例（客观法益侵害）为妥者（如周治平前述文），似乃正确之见解。唯对于前者判例所是之聚众在某家“坐食”依判例见解，已不否认乃实施暴行。若该坐食只是行为人自带食品至被害人家中坐食（而非至人家家人强食他人之食物），其情形应不会比杯葛性的示威情形更严重，因为单纯的坐食并未形成包围式的交通中断，侵及他人行动之自由也。故该判例应不否认静坐示威（甚至本案之坐食）之行为可在他罪（如强制罪）中符合强暴胁迫之要件也。

针对示威进行可能发生违反社会秩序之情形,我国台湾地区"集游法"有对于秩序维持方面的特别规定(本法第18条以下)。示威之负责人、代理人及纠察员即负有维持秩序之责任。而示威参加人应依本法对示威之秩序负责,在必要时,可请求警察到场维持秩序。由这些条款之旨意,已经预定了示威参加人可能发生之违法及暴力行为。因此,果真有示威人发生不和平之行为——例如丢石头、斗殴、侮辱等,应是负责人行使秩序权法法定场合。示威之负责人纠察员,无力维持时,应(而非"得")请主管机关维持。故仅有少数人之违法行为,应该不能影响整个示威之合法进行。

然而,若是示威大部分成员已非和平性的示威,而有违法之行为出现,或是虽只有少数示威人行使暴力,但却受到负责人之肯定(包括明示及默示)和支持时,应可论定该整个示威已违反和平原则。这是德国学界及实务界在讨论这种示威法之"容忍极限"问题时,几乎是一致的看法。① 不过,在实行中甚不易坚持此原则,因为主管机关在盱衡全局,发现尽管只有少数零星或小规模之暴力违法发生,若是已有明显征兆能形成或酝酿成大规模或普遍性之暴力气息时,尽管负责人仍力阻(但无力)此气息蔓延或是尽管行暴者仍只居一部分人数,未能代表过半数以上的示威人之公意(和一公意),但是主管机关以持公共秩序之急需,亦可行

---

① 例如 S. Ott, aaO. (注 1), S. 52; H. Hannover, Demonstrationsfreiheit als demokratisches Grundrecht, in: Kutscha (Hrg), aaO. (前注 24 处), S. 75。西德联邦宪法法院在 1985 年 5 月 14 日所做的一个关于核能电厂示威的裁定"Brokdorf - Beschluß",也明白表示,不可因一些零星个人或少数人的不法行为,而使其他大多数和平参加示威的人民,都丧失其宪法所保障之集会行权利。除非示威大多数人已经变质,主持人(负责人)鼓励、煽动或至少是赞同一些示威人违法行为时,或是因为某些零星暴力行为,已经使原示计划无法进行时,主管机关方可论定些示威已非和平之示威。法院以为,不如此解释,则任何一个大规模的示威,即容易因一些散兵游勇的不法行为而轻易遭到禁止,最后几乎所有的大型示威都不可能举行矣。BverfGE 69, 315/343.

使解散及其他行为。对零星暴力行为的容忍原则，因而非绝对之原则。[①] 这点，也可以和我国台湾地区“集游法”第26条所揭示的比例原则限制行政权力之对人民示威权之干涉，以“不得逾越所欲达成目的是必要限度”之规定，不互相抵触。

（六）警察权力与示威

1. 警察法令的适用问题

人民示威行为的主管机关是示威所在地之警察分局。故警察权力实系限制及规定不威之公权力（本法第2条）。除了本法已有对警察权力之规范外（如本法第9条以下），其他亦为规范警察权力之法律，例如“警察法”，可否亦适用在示威之情形？本文在前文（关于示威的准据法律处）已稍提及，本法在第1条第2项已明定，本法未规定者，适用其他法律之规定，故答案应属肯定。

可适用于示威案件之“警察法”，可分别举与警察权力行使极有关的“警察法”、“社会秩序维护法”以及“警械使用条例”来说明。依“警察法”第2条，警察任务为依法维持公共秩序，保护社会安全，防止一切危害，促进人民福利。这个法定的警察任务，已经在“集游法”内，有具体之规定，例如第11条（示威许可之禁止考虑）、第15条（示威的限制）及第25条（示威的管制）等。因此，“警察法”本身对规范示威行为，并无多少实证效力。

“社会秩序维护法”中有一些规定，可能会涉及示威者之权义者，例如第68条第1项第1款处罚焚火者（如示威之公然焚旗、焚像、焚书）；第71条擅入不许出入之场所（示威人闯入“集游法”第6条之禁区）；第73条之学校等公共建筑物附近喧哗（示威者在上述地区之喧闹）；第75条之毁损路灯、道旁树木及其他公共设施者；第85条第1项第1款之不

① 参见 J. Friwein, in: The right of peaceful assembly: Its evolution and limits in a democratic society, British Institute of human rights, 1982, p. 36。

当言语加诸公务员身上(示威者对公务员之不当言语)等,其不胜枚举。然而,上述之禁令,果可加诸于满足该构成要件之个别示威人之身上否?则大有问题。

以"集游法"本身极有限的罚则规定(二条行政罚条文、三条刑罚条文)中,处罚示威的负责人(及代理人,或首谋者)占其中三则(第27条至第29条),处罚示威者之条文一则(第30条),而主要以对非示威者之他人处罚(妨害合法之示威者,第31条)之条一条。可以知道,本法对示威者之处罚,主要的是只有诽谤及侮辱(公务员、公署或他人)罪而已。因此,对于一个因示威可造成社会法律之侵害,例如违反"禁区规定"(本法第6条);示威结束或被勒令解散,而不从之者(本法第22条、第25条);示威负责人不负责维持秩序者(本法第18条)及携带危险物品者(本法第23条)等,本法并未有任何罚则之规定。① 因此,即使警察机关援引"违警罚法"之有关规定。"集游法"第1条第2项之规定,赋予警察机关可援用与"集游法"不相重与抵触之违警法的合法理由。同样的,"集游法"第25条第1项第4款规定,示威有其他违反法令之行为者(例如违反"违警罚法"),警察机关虽可予以警告及制止之处分,②但并不能免除行为人之责任。故"社会秩序维护法"所规定之形形色色的义务规定,除非"集游法"内能够另外增订示威人可能示威违反秩序之轻度罚则,将示威违反秩序之处罚转由集游法专属规定,否则,警察援引"社会秩序维护法"之门,仍可敞开矣。

---

① 而德国《集游法》除了有刑罚之规定(第21条至第28条)外,另对上述这些行为,另有罚度较轻之秩序罚来规定(第29条),而且是以一般之示威者为规范之对象也。

② 不能据以命令示威解散。因为违警行为所侵犯的,是轻微的法益,如Schünemann所称的,只是"小铜板的犯行"(Strataten kleiner Münze)。所以,不能据以解散示威,否则就是违反比例原则之滥权行为。见B. Schünemann, Ordnungwidrigkeit, in: Das Fischer Lexikon, Recht, 1971, S. 102。

2. 警察权实行的法益衡量原则

如同在所有警察权力行使之场合一样，“集游法”第26条明示了警察（在诉讼时，法院亦应适用）对于示威之不予许可、限制或命令解散，应公平合理考虑人民示威权与其他法益间之均衡维护，以适当之方式为之，不得逾越所达成目的的必要限度。此是所谓的“比例原则”（Verhältnismäßigkeit）。① 由此原则的适用，可再对警察权力对示威的法益以及警察权行使手段问题，加以讨论。

对于警察应予“法益衡量”（Güterabwägung，Interessenabwägung），是指警察机关应该就个案的人民示威权利与其他可能冲突的法益（例如公共秩序、他人之权利）之间做一个公正的调适。易言之，示威可能与其他法益处于一种“法益的冲突”（Rechtgüterskollision）之关系。这种法益衡量的标准，以“集游法”第26条之规定，似乎是认为人民的示威权（集会游行权）之法益与其他权利、法益是处于均衡之价值（所以条文有均衡维护之用语），这种见解，得予再申述之。

以西德宪法学对法益衡量的讨论，可知这个原则的适用极为不易。西德联邦宪法法院在1958年1月15日宣布了一个判决“Lüth案”，首次使用了法益衡量之理论。② 联邦宪法法院在这个案件中以为，一个对人民限制基本权利的案件，应该就个案的情形来作考虑。一个限制人民基本权利的法律，也必有一个宜得保障的法益存在。所以，法院在这个情形应在就这两个法益间做一个价值性的衡量。也因此，法益衡量原则也与所谓的“相互效理论”（Wechselwirkungstheorie）有极密切之关系。依后者之一理论，一个限制某种人权（例如言论自由权）之法律，并非只是限制该种人权而已，而是必须肯定该人权的特别价值，而且不能使该权

① 关于“比例原则”，参见笔者：“论宪法人民基本权利的限制”，刊载于本文集第十篇。

② 关于这个判决，参见笔者：“宪法基本权利及对第三者效力理论”，刊载于本文集第九篇。

利在个案时,完全必须被牺牲。法院认为在具体的案件,必须就两种(或两种以上)的法益冲突中,选择最高价值的法益,来予保障。在本案中,法院是肯定人民的言论权是具有高度的精神价值,故应该比与之相冲突之其他财产(商业)价值层次来得高也。①

联邦宪法法院在这个判决所使用的法益衡量理论,以后,被该院在判决时引用之次数极多。② 但是,这个理论要求法院在具体个案来排列系争案件所涉及基本人权的价值高下,也引起学界广泛之质疑。著名的学者 Leche 的见解,可作为代表。以为,宪法本身都未能自行对其所规定之基本权利,作价值上的差别规定,职司审判的法院如何能代替立宪者作这种价值取舍?而且,决定哪种法益之更应具有保障性,亦是立法者之工作,司法何能越俎代庖?因此,任诸法院在具体个案可以决定哪个法益具有更高价值,一则是漫无标准,二则会侵犯法案定性,故法益衡量之理论不无草率之嫌。③ 学界的批评亦未尝没有道理,此观乎联邦宪法法院在日后许多案件,所做的法益均衡可以知道,法院对某种基本权利的价值感并不恒定,常常可因所处之案情及相对之权利不同,而被更换其价值层次。④ 因此,法益衡量原则将基本权利的价值之具体化,交由法院去个案解决,其具体之效果不无令人怀疑之处。

由于宪法本身并未明确指出哪种人权应具有更高之法益,所以,要在涉及示威的案件中,取舍法益之高下,亦不无困难。⑤ 德国学界有认为

---

① BVerfGE 7, 198/208.

② 至 1979 年为止,20 年间,联邦宪法法院明白引用此名词的判决,计达 60 余个。可见得本理论所受到该院的青睐也。见 H. Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979, S. 28, FN 74。

③ P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, ss. 129 ff, 150, 224; A. Arndt, Zur Güterabwägung bei Grundrechten, NJW 1966, 869/871; F. Ossenbühl, aaO. S. 76.

④ 参见笔者,"论宪法人民基本权利的限制"。刊载于本文集第六篇。

⑤ A. Dietel, Ermessenschranken bei Eingriffen in das Versammlungs - und Demonstrationsrecht, DVBl 1969, 578.

《集游法》虽然对示威在有事实认为会危害公共安全及秩序时，可予禁止或限制（第15条），但也是为了保护更高法益时，方可以许可限制示威权。[①] 何谓比示威权具有更高法益之基本权利？则不无疑问。由于示威权之意义主要在表达意见，尤其是表达少数者之意见，故示威权之价值往往类似于言论权之法益价值。若以 Lüth 案以来所重视言论权的精神价值，示威权亦可享有如言论自由权相当的价值层次。

为界定一个基本权利的价值顺位，学界也尝试给予一些标准。例如 Dietel/Gintzel 即以为原则上，凡属于较高级之价值者，必是与人类尊严密切之人权，而且是获得每个人所确信者。例如生命权高过健康权，健康权高过行动自由权，而行动自由权又要高过其他行动自由权。另外，若是与其他宪法最高原则（如民主原则）关系最密切的，又应具有更高之价值。所以，言论自由权、新闻自由、集会结社自由等属于所谓的“民主人权”就要比人民一般的行为自由权来得重要。但健康权及生命权又比这些民主人权值得保障。如果两个人权无法被公认是哪个具有更高位阶时，则是属于“等值人权”（gleichwertige Grundrechte）。如示威权与行动自由权。在个案时，就必须来衡量这些法益的高下。[②]

上述的人权价值高下区分论，实是以一切基本权利以不等价值为基础，但是再由这些权利中取出更高价值之人权。其标准亦未免过于松散。尤其是以有无经“人人怕可作价值区分确信”（jedermann überzeugende Wertdifferenzierung）之方式来分成高级或等值之人权价值，更属抽象。然而，这种所谓的等值价值间之法益衡量，却仍在最近联邦宪法法院内获得承认。[③] 法益因此可有所区别，即人权有“阶层理论”（Stufentheorie）。[④] 不

---

① 如 W. Müller, aaO. S. 138; Dietel/Gintzel, aaO. S. 147。

② Dietel/Gintzel, aaO. S. 151.

③ 1985 年 5 月 14 日的 Brokdorf – Beschluß 案。法院明示此旨。

④ 这是联邦宪法法院在著名的“药房案”所提出之理论。BVerGE 7, 377/405。参见笔者，“公共利益的概念”，刊载于本文第六篇。

过,若是法律有对上述之法益价值,已经为价值高下之排定时,自可免除个案时,由司法及行政做认定上之困扰。这些是减少"法益权衡理论"引人诟病之处。

由我国台湾地区"集游法"第11条第1项第2款和第3款,示威有"事实足以认为有危害国家安全、社会秩序或公共利益之虞"及"有危害生命、身体、自由或对财物造成重大损坏之虞",应不许可之。由本条款对主管机关的法益均衡要求,远比第25条之考虑来得清晰。在第11条第2款和第3款之情形,本法对"生命、身体、自由及财产完整"给予较示威权更重大之法益价值,此时两者不是均衡,而是后者必须为前者而牺牲。而"国家安全、社会秩序及公共利益"(及第15条参照),本法虽立法上承认其高价值性,然却必须经过法益权衡不可。因为这三个法益(国家安全、社会秩序及公共利益)皆是抽象且范围广泛。① 尤其是任何国家法律之违反(例如违警罚法、交通法令、清洁法令),皆可能被认为乃社会秩序及公共利益之危害。示威即是人群之聚集行为。这些零星之违法事件,恐不易避免,所以,法益衡量应多适用,就是这个道理。

鉴于社会秩序法既以处罚低度法益侵害之犯罪行为目的,示威权具有相当于言论自由权之高度法益价值,而且,亦有助于国家民主政治之发展,故不得以部分示威者之违警行为作为禁止或解散示威之理由(尤其是援引第25条第1项第4款之规定)。

法益衡量原则亦可以适用在所谓交通法益方面。维持交通之通畅是警察之义务,且有助于公共利益,是毋庸置疑的。本法第14条亦规定维持交通秩序亦属可对示威为必要之限制。但是,可否以交通问题,禁止一个示威之举行(本法第11条之"危害社会秩序")?示威都是以在公路上(街道上)举行为原则,而诉诸公众即为示威之主要目的。但是,

① 因为维护国民的人权(包括示威权)亦可以不违反"公共利益"之要求。见笔者,注76文。

交通安全通畅亦牵涉到他人之生命、健康及行动自由权利。因此，关于他人之交通法益以分为两大项目。一是关于“交通安全”；二是关于“交通通畅”（Leichtigleit des Verkehrs）两种法益。前者因涉及驾驶人与行人之生命及健康权，因此，可为此利益禁止示威之举行（例如在交通要道，高速公路上及旁边）。而后者，因为示威必然会带来交通之不便，时间的耗费，但是，只要不是以造成阻绝交通之后果为主要目的外，亦应忍受这种示威之副作用。然而，主管机关亦须为避免交通不顺之后果，可予限制及应请求及本于职责到场疏通交通。① 在这些维持交通秩序之努力下示威人亦仍须遵守有关道路法令之规定。②

3. 警察强制之行使原则

我国台湾地区“集游法”第25条第2项规定对示威之制止及命令解散，主管机关得强制为之。故警察权力直接由本条款取得强制执行违法示威行为之限制权限，不必一定须依其他法律（如“行政执行法”）才获得权限。

---

① 联邦宪法法院1985年之判决。这是德国学界几乎一致之通说。见A. Dietel, aaO. S. 578; S. Ott, aaO., S. 51; U. Bairl – Vaslin, Das Verhältnis der Versammlungsfreiheit zum Straßenrecht und Straßenverkehr, 1985, S. 152; W Müller, aaO. S. 130; F. Ossenbühl aaO. S. 69; G. Schwerdtfeger, Leichtigkeit des Verkehrs als Grenze der Demonstrationsfreiheit, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 459; K. Buschbeck, in: Demonstration und Straßenverhehr, 1970, S. LVI。对此问题，慕尼黑高等行政法院在1984年曾有一个判决，认为若示威使该地区之交通全部中断或无改道之可能时才可禁止（不许可）一个示威之举行。否则，应只以限制示威举行之时间与地点之方式。NJW 1984, 2116，这些见解都是显示在某种程度内，示威的法益是超过一般行人的行动自由之法益。

② 例如“道路交通管理处罚条例（如第78条及第82条）。F. Ossenbühl aaO. S. 69。反对者如W Mülle，认为道路法规只是规范路之使用关系，不是规范示威（游行、集会）之法律，所以不应适用该法。aaO. SS. 128/129。但着眼于经常示威之进行与交通之流动，常常是同时要兼顾，因此，课予示威人亦遵守交通规则，一则可保护生命健康，二则并不侵及其示威权，故本文亦持肯定说之见解。另同前理，也不可以以示威人违反道路法令（之最低法益），而命令示威解散。

警察权行使强制力,亦应依照本法第26条之比例原则,不可过度侵害人民之示威权利。关于这种强制力之实施,也及于对实施强制力之时间及方式的考虑在内。首先,有关警察对违法示威的介入时机之问题。警察的任务,依"警察法"之规定,是依法维持公共秩序、保护社会安全、防止一切危害及促进人民福利。在"集游法"中警察之任务,在保障合法举行之示威及排除违法示威之法益侵害,因此,警察的任务,基本上仍是符合传统警察任务之二分法:危害之防止(Gefahrenabwehr)以及为了协助国家司法权力行使之"犯罪追诉"(Strafverfolgung)两大类。前者是以维护国家、社会及他人法益的免受侵害,而后者则是限定在维护国家的司法权力。虽然后者亦可维护私人之法益,但是其着眼处是在辅助司法之作用之上。警察权在防止危害之行使上,学界广泛承认其可适用"权宜原则"(Opportunitätprinzip),即对警察权力之"何时"(Wann)及"如何"(Wie)行使,拥有裁量权力。因而,对于可属于警察法令的实施范围,如"社会秩序维护法"及"集游法"有关警察权之行使部分(包括罚则,如第27条及第28条),皆可由警察裁量为之。但是,若是属于警察辅助司法权力之犯罪追诉,则属于严格之"法定原则"(Legalitätprizip)。依此法定原则,警察有维护之义务。[①] 若由严格的法定原则演绎出警察权力之行使,在刑事法益方面毫无裁量之余地。则似不能全然令人满意其推论。因为,第一,若以法定原则所保障的法益是刑法法律所保障之法益,而此刑法应是实质刑法之意义,故凡是具有"刑名"之处罚,皆应包括之。"集游法"中相关之规定(如第29条至第31条)自应包括。但是,警察得否对在示威时犯侮辱罪者,即依"刑事诉讼法"(第88条)之现行犯逮捕规定,即予逮捕?抑或可以容忍之?第二,学理上虽认为警察协助刑事追诉之任务,但是,在我国台湾地区现行法律下,该义务是以不甚

① 见M. Schreiber, Duldung von Rechtsbrüchen – Neue Strategie und Taktik der polizei? in: Festschrift für R. Samper, S. 25。

明确的条文来规定的。按照所谓法定主义本是指检察官有追诉犯罪之义务("刑事诉讼法"第228条)。而各级警察依法("刑事诉讼法"第229条以下至第231条)只分别有协助检察官之职权,或听检察官之指挥,或受检察官之命令侦察犯罪。而警察知悉犯罪嫌疑时,除应报告上级及检察官外,亦"得"(而非"应")不待指挥径行调查犯罪之情形及搜集证据。所以,"得"自行侦查犯罪,而非"应"侦查犯罪,显示法定原则之适用在有"应"侦查犯罪之职责的检察官,而不态骤然援引在警察之职责上,是我域法制异于德国法制之处。① 因此,警察只有"报告的法定义务",而其他之侦查行为,在未得上级及检察官之指挥及命令前仍可属于"权宜原则"也。

既然,我国台湾地区"集游法"第26条已经强调警察权力的比例原则,而且亦必须遵循法益衡量原则,已如前述,自亦在此布其一体适用之余地。唯对所谓绝对高于示威法益之"生命、身体、自由及财物重大性"之法益保护方面,既是具有可以(应)作为不认示威法益之价值,故警察对保护这种法益,自有法定原则之适用,亦即若示威已侵及他人之生命、身体及自由(此时对此自由之解释,亦限定在身体法益之人身自由,而非概括称谓之如言论自由、意见自由及行动自由等,始为妥当)及造成他人财物之重大损失(如有焚屋之举),警察应立即介入,再无时时之裁量权也,除此之外,警察在执行权力自可盱衡示威当时及现场之气氛,采取战术性的延缓性不作为。但是,这些举动并不能在时间上毫无限制,换言之,警察的容忍应该是暂时性的容忍,而且,这些容忍只是暂不行动之容忍,不能解释为警察对"法律破坏之容忍"(Die polizeiliche Duldung von

---

① 德国《刑事诉讼法》第163条第1项规定警察有侦查犯罪并且立即采取所有合法措施,以免犯罪事实湮灭之义务(但在某些情况下,可予限制,如第153条以下之情形等)。因此法定原则可适用在德国警察之侦查犯罪,是无疑问也。见 Scoller/Broß, Grundzüge des Polizei – und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1978. 2. Aufl. S. 80; H. Schreiber, aaO. S. 25。

Rechtsbrüchen),正因为如此,则无异是表示,警察对某些违法行为的"比例原则考虑"转化成该行为的"合法性考虑"了。故学界多主张,弹性的强制行为战术,应在时间上有所节制。①

警察在行使强制力,所使用之手段,可依"警械使用条例"之规定,使用警械。警察使用警械作为强制执行的工具,具有三个意义。第一,是目的性之考虑。即使用警械可达成驱散群众,解散示威之目的。此亦是并随"集游法"第25条而来的权限。故使用警械之必要性,应该符合及满足这个目的性为必要,不能逾越其必要限度。第二,是保护他人(包括示威人)之生命、健康及其他国家社会公益("警械使用条例"第4条)。第三,为保护警察本人之生命及健康等时,依法则可以使用杀伤力极强之警刀或枪械。在示威之情形,警察可否使用警枪等武器?尤必须以比例原则来作考虑。在没有危及警察本人及其他人之生命及健康之情形,只以驱散示威人为目的时,应严格以目的性(妥当性考虑),选择伤害性较少之工具,例如催泪瓦斯及喷水车及警棍等。不能使用武器类之警械。尤其是倘若示威者已经遵守"集游法"第23条之"禁止携带危险物品"之原则时,应可认为警察无配用及使用枪械之必要。假使示威是已有暴力之趋向或情形发生,而且,执行任务之警察亦有遭受生命及身体

① 如D. Blumenwitz, aaO.,S. 145; H. Schreiber, aaO. S. 29皆持同样的看法。Blumenwitz及Schreiber皆认为德国警察曾经在许多示威案件(例如抗议房荒的霸住他人房空屋之示威行为——这种行为已非只是示威行动;抗议核能电厂的在电厂外的扎营示威),皆监视数日至两个月不等之久,方才采取强制驱散行动。其等认为,这种容忍已经造成国民"安全感"及"守法心态"的危机感,对法治国家的前途堪忧。另外,警察在这种情形,已经不能享有裁量权(所谓"裁量权退缩论"Ermessensreduzierung),而已有积极之作为。见刘宗德:"行政不作为之国家赔偿责任",载《政大法学评论》第35期,1987年6月,参见第118页。

损伤之具体危险时，方得许可配带警械。① 因为警察诚然因其职业之特性有冒险执行勤务之义务，但是国家亦有尽全力照顾公务员健康（及生命）权利之义务，因此，基于保障公务员之基本人权及遵守法治国家之原则，不能要求警察之健康及生命，牺牲在示威产生的暴力行为之下，所谓"打不还手"命令是蔑视公务员人权之违法命令。②

当然。要讨论警察使用武器性警械的正当场合，虽以上述之"比例（法益衡量）法"仍显得抽象，而且，理论上以执法公务员一有受伤之可能，即可依法使用武器。但是，中外之历史常常可知，群众活动极易因双方的一种"震憾性"行为而趋偏激、血腥。若警察在已见有危及生命危险及健康之事件发生或已发生的，即采取防卫性或预防性的打击（如射击）行动，势必造成严重的后果。③ 因此，西方民主国家多致力在取代枪械，又可减弱及瓦解暴民的镇暴器具——如各种效果之瓦斯。尽量避免警

---

① 德国于1977年11月25日由各邦内政部长联席会议通过的《联邦及各邦统一警察法案》，第39条第3款：对群众使直接强制处分时，应尽可能实时告诫，使未参加者尚有时间离开。对群众中之人使用射击武器时，应在使用前不断反复申诫。……第43条第1项：当警察知悉于人群中使用射击武器极可能伤及无辜时，不得使用之。但当射击武器之使用为唯一排除目前生命危险之方法者，不在此限。第2项：无辜者，指在人群中使用暴行，在行动上显然同意或支持该暴行或依第39条（第1项）之一再告诫而不离去者以外之人。德国这个草案，可以供参考。参见李震山译，《西德警察与秩序法原理》，1986年，第265页。本草案对示威群众可许可用武器。另外，西德《联邦公务员执行公权力之直接强制法》（Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch VollZungsbeamte des Bundes，1961年公布）第10条第4项第2款，亦规定对群众使用武器，唯有群众行使强暴或是对个人的强制措施无法或明显的无法达成目的时，方才许可之。不过，这个条款，如同前草案似亦过于抽象，群众人有零星的暴力（可伤人）即许可使用武器，似嫌过度也。

② R. Rupprecht, Anspruch des Polizeibeamten auf Schutz seiner Grundrechte bei Einsätzen, in: Festschrift für R. Samper, S. 60; D. Blumenwitz, aaO. S. 151.

③ 关于示威群众心态，可参见刘世林，"处理聚众活动之理论与实际"，载《警学丛刊》（第73期）1988年9月，第4页。

察配带枪械出现在示威之场所。盖亦是比例原则适用之表现也。①

最后,附带亦略谈可否引用"行政执行法"之问题。"行政执行法"乃规范行政权力行使强制执行之法律。警察机关在一般情形亦可援引本法,在示威已遭警察制止及命令解散,警察依"集游法"第25条的"强制"为之,固已授权警察行使强制权力,然而警察在执行此强制权力,所可实行之方式,可否仍依"行政执行法"所规定之方式,如间接强制处分的"代履行"(代执行)或"怠金"("行政执行法"第28条第1项)?或是直接强制处分的扣留、收取交付、解除占有、处置、使用或限制使用动产、不动产;进入、封闭、拆除住宅、建筑物或其他处所;收缴、注销证照;断绝营业所必须之自来水、电力或其他能源;其他以实力直接实现与履行义务同一内容状态之方法("行政执行法"第28条第2项)?抑或是如"实时强制"的对于人之管束;对于物之扣留、使用、处置或限制其使用;对于住宅、建筑物或其他处所之进入;其他依法定职权所为之必要处置("行政执行法"第36条第2项)?而且依该法第32条之规定,已经间接强制不能达成执行目的,或因情况急迫,如不及时执行,显难达成执行目的时,执行机关方得依直接强制方法执行之。另本法第36条第1项亦规定,行政机关为阻止犯罪、危害之发生或避免急迫危险,而有实时处置之必要时,方得为实时强制。但是,在示威时,警察是否仍须遵守上述一般行政强制之程序?由"集游法",第1条第2项的"本法未规定者,适用其他法律之规定",亦不足排除警察可"强制"执行,而未明定"如何执行"

---

① 为了避免示威事件演变成流血事件,德国警方在某些事件曾禁止警察配备携带武器,也不派喷水车前往示威场所戒备,曾引起部分执法警察的拒绝出动抗议。因为面对成千上万的群众,警察"手无寸铁",心中产生恐惧,才会产生抗命之风波。因此无武装的警察心里不可避免会缺乏安全感。另外,亦有些警察拒绝使用橡皮棒来驱离群众,因为在近距离使用暴力对待同胞是违背彼等良知之举动。可见镇暴装备亦应顾虑使用人的心理感受。R. Rupprecht, aaO. S. 51。本文因此认为,尽量使用有些距离,无杀伤力之喷水及摧泪瓦斯方式,摒弃使用枪械及棍棒等具伤害性之工具,究竟流血是惨事,不论合法或违法者哪一方,皆是一样。亦见D. Blumenwitz, aaO. S.151。

也，理论上，“行政执行法”可作为“集游法”，该条文的程序适用法，这是就法条条理的解释而言。但是，以示威的强制制止及解散而言，警察权力依“行政执行法”之规定，并不能达到“集游法”第25条之目的。再则，“集游法”第25条规定之警察得发之“警告与命令解散”其性质乃是一个新的行政处分，而非告诫。

间接强制的代履行稍有相关的，可试举西德近几年来的《警察费用法》之问题。在西德近年来兴起之大规模示威中，有些静坐示威往往达数万人之多。示威者亦常以杯葛性的静坐方式表达抗议之心声。警察因而要动用大批之车辆及人员来执行逮捕这些示威者所要运用之策略；自愿（不反抗）被警察逮捕，耗其人力，争取时间。为了制止这种新态样的示威战术，西德有几个邦即以制定《警察费用命令》，规定警察在实施直接强制行为时，可以向义务人征收强制费用。①

在西德警察这种征收强制费用，其理论上不无问题。以间接强制的代执行而言。若示威人（以静坐方式）不解散，诚是负有行为义务而不行为，警察此时自己执行（或命他人代执行），将义务人移离现场，属不属于代执行，抑或只是警察的直接强制？而若是前者之情形，警察这种“自己执行”（Selbstvornahme）而不委由他人代行，可否向义务人征收执行费用？由台湾法之体制而论，则十分紊乱。西德学界有认为警察自行执行亦属代执行（因为效果一样）故可征收其费用。② 也因此，警察强制执行

---

① 都是保守政党（如基督教民主党CDU及基督教社会党CSU）执政的邦。始作俑者，是下萨克森邦1977年12月14日公布，次而巴登符腾堡邦（1982年修正行政执法费用命令），巴伐利亚邦于1983年，另外Schlewig－Holstein邦也公布警察费用令等。见T. Weichert, Polizeikosten gegen Demonstranten, in: Kritische Justiz, 1984, 314; A. Adamietz, Demonstrationen und ihr Preis , Eine Dokumentation zum “Demonstrationstenrecht”, in: Kritische Justiz, 1981, 292。

② 西德《联邦行政执行法》第10条仅规定，代执行由行政官署委托“他人”为之。并不明言包括行政机关本身来执行。所以，有学者支持此看法，如Drew/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabweh, 8. Aufl. Bd. I 1975, S.314. r。

之费用可以如同代执行之费用一样,由义务人承担。① 但是我国台湾地区"行政执行法"(第29条)即规定:依法令或本于法令之行政处分,负有行为义务而不为,其行为能由他人代为履行者,执行机关得委托第三人或指定人员代履行之,复又规定经执行机关得依直接强制方法执行于后(第32条)。若依前者,则行政官署可请求执行费用,后者则否。如此将使法律的安定性(可预见性原则)遭到损害,故宜作限制解释。由于"行政执行法"已明定行政官署为代执行,故无法依理论之拒绝官署"自己执行"可为代执行之机关。唯不能予官署征收费用之权,以与其强制执行权(之不能征收费用)相一致。②

以警察执行强制的行动,对付违法示威者,且征收其费用,法理上引起甚多之非议。鉴于警察负有维持社会秩序之职责,而且,警察的装备及出勤费用应该由国库来支付,这是国家的职责,如同消防队之救火,海军的海难救助及警察的缉捕人犯等,皆不应该向私人征收费用,而应由人民纳税之公家来负担。③ 另外,这些警察费用的计算,虽然法律列有费率表,规定每勤职人员及装备费用标准,④但是每次示威时,这些警察人员及装备的派发数量及时间长短,皆全由主管机关来决定,示威者(乃以后之缴费义务人)无置喙之余地,往往最后"账单"数目高达数万至数十

---

① 因此,警察的费用命令,亦常用在典型的代执案件。例如巴登符腾堡邦,就将警察的强制执费用,限定在将示威者置于街头的车辆拖走及驱逐空屋者的费用两种案例。见 G. Schultz, Demonstrationsfolge, Monatschrift für Deutsches Recht, 1983, 184。

② 参见城仲模,前述书,第217页,注112(A)。

③ 这也就是当初主张"征收制度"者所反对的,穷公库之力来花费在无谓的示威事件之上。见 S. Broß, Zur Erstattung der Kosten von Polizeieinsätzen, DVBL 1983, 378。名宪法学者,曾任联邦宪法法院法官的 Herzog 教授也支持这种看法,以为国民只要过失而违反交通规则,即有接受罚锾之义务,何况在故意的示威违法之行动乎?所以,警察的征收费用之自由,是不违宪的。G. Schultz, aaO. S. 184.

④ 以1977年下萨克森邦的标准以每钟头计,每位警察是38马克,警犬马克,警马是12马克,一辆警车每公里0.4马克等。T. Weichert, aaO. S. 315.

万马克之巨，也引发不少纠纷。① 基于这些缺点，由警察征收强制费用之举，其妥当性及合法性，（如义务的不可预见性及“双重缴税”）皆是令人怀疑也。②

综而言之，以示威之特性，以及警察所采之对策，殊不适合“行政执行法”之规定。本文以为，“集游法”第25条第2项应赋予警察强制权限无疑外，此所谓之“强制为之”应解释为“直接强制”，意即，警察可径行直接强制实力于示威者之上，以贯彻立法意旨。无须再依“行政执行法”之规定，免有叠床架屋之憾。③ 至于“警械使用条例”，为辅助及执行法定职务之用途，则仍应适用无碍也。

四、示威的其他责任问题

（一）民事责任之归属

关于因示威而造成他人之损害，致产生民事赔偿请求，应如何负责之问题，本法并未明确的规定。第22条第2款规定：（示威）宣布中止或结束后之行为，应由负责人负责。可否因而推其义，应认为示威未宣布中止及结束前，一切行为皆由负责人负责，包括民事责任在内？本法第32条，纠察员不法侵害他人之权利者，由负责人与行为人连带负损害赔

---

① 例如1980年春天，反核示威者霸占位于Gorleben的核能电厂之工地的示威活动，除被刑事诉追外，亦收到警方因动员2955人的花费，只计一千三百马克，其中光是照相搜证的费用，就占二万五千马克。故批评者认为这种“收费”制度已对示威者造成甚大的“震撼”作用，示威者不知其示威行为将会带来什么后果，将影响人民的示威基本权利之实践。见M. Kutscha, aaO. S. 34。

② T. Wcichert, aaO. S. 317; P. Selmer, Geganken zur polizeirechtlichen Verhaltensverantwortlichkeit, in: Gedächtnisschrift für Wolfgan Martens, 1987, S. 503; M. Kutscha, aaO. S. 34. 亦同。

③ 也可解释为，就警察的强制权规定方面，“集游法”（第25条）是作为特别法，自有优先于“行政执行法”的一般法效力。

偿责任。但行为人基于自己意思之行为而引起损害者,由行为人自行负责。由本条之内容,可知唯负责人与纠察员赔偿责任。但是,由纠察员以外之示威人,不法侵害他人之权利者,则仍由民法之规定(本法第1条第2项)来论断责任,是本法之立法旨意。但是,一个示威活动由平静转为激昂,由和平转向暴力的(即使是只有零星暴力)行为,示威之负责人与该情况之酝酿及产生,若有鼓励或有推波助澜之行为时,以集体施暴的示威人亦应否负连带责任?

对于示威引起民事赔偿之责任问题,西德联邦普通法院首次在1972年5月30日所作的社会印刷厂案(Societätsdruckerei)判决,有极具时代性的判决意见。①

本案发生于1968年4月12日晚上,有一批激进的左翼学生团体(德国社会学生联盟Sozialistischer Deutscher Studentenbund)发动示威,包围了位于法兰克福的"社会印刷场",以阻止该厂承印的报纸能够顺利出刊发行。示威群众(约有一千五百多人)由当晚六时即包围印刷场,阻断所有之通路,使得运报卡车无法驶出大门,人员无法出入。在持续的示威行动中,部分的运报卡车亦被破坏,厂房建筑(如玻璃)亦遭到攻击。示威直至翌日凌晨2时才告解散,2时30分,运报工作才趋正常。但是,报社已经来不及如往昔的将报纸准时发行及运送到全国各地。对这些因被包围而产生的一切损失,如当日报纸销量、广告退费、商誉损失、读者之损失、场房车辆之损害……印刷场要求示威之负责人及当晚积极参与示威者,连带负起损害赔偿之责任。

联邦普通法院在本判决中,认为示威负责人及那几位示威者,应该负起所有损害之连带责任。因为包围行为,已经是侵犯了印刷场(报社)的财产权(商业权)。法院引述前文提及之"Laepple案",以为这些杯葛

① 在本日法院曾作两个判决,前者即本案,收录在BGHZ 59, 30。另一个案件,因为理由与本案相差不多,故无收录在该院之判决汇编内,只刊载于NJW 1972, 1366。

性的行为已达成强制罪的暴求。① 对于示威者主张“责任分担(归属)”之问题,法院以示威负责人在示威前,广为散发传单,并召集、呼吁杯葛行动之目的,无疑是有包围杯葛运纸之明确意图,是“知悉”且“意图”(wissend und willentlich)致造成之损害,应视为乃“造意人”(Anstifter,德国《民法》第830条第2项,我国台湾地区“民法”第185条)。至于这些示威人主张,彼等实不应该为其他亦是动手破坏者及示威者负责之借口,法院认为,德国《民法》已有规定(德国《民法》第840条、第426条;我国台湾地区“民法”第280条),连带债务人之求偿关系。在示威的损害关系中,亦应适用之。此种解释应该符合宪法的比例原则。所以,只要被害人能认出示威人中的几人,并举证证明其侵权行为,即可向之求偿也。②

联邦普通法院的这个判决,以为一个示威造成了他人财产上之损失,只要能证明该损失是由示威之负责人或示威者所造成,则全体之参加人皆视为“共同侵行为人”。似乎有意将示威之民事责任过度简单化。一个示威演变成暴力及侵权之后果,有许多情形可予讨论。先以负责人来说,侵权之结果,可能是负责人事先筹划(可预见的,如本案之情形),或事先没预料,或在示威时鼓动煽惑他人为之,或是曾阻止他人为之,或是默示及无动于衷,或是亲自动手。示威者可能自始谋者,或中途参加(包括曾动手侵权或未为侵权行为),或是在警察宣布解散后已遵令解散,或曾在现场阻止暴行。另外,亦有示威时“自始至终”都不曾出现在现场之幕后人——包括策划人及其他帮助犯(例如提供暴行用之工具、宣传及担任联络工作者),而皆对造成侵权后果有实质之协助及支持效果者。以联邦普通法院这个判决只认为一切在场之示威者皆要连带负责。这种见解,一则可能只是“参加者”即有责任,则忽视了侵权行为之

① BGHZ 59, 35.

② BCHZ, 59, 41.

"因果关系"。二则即使"未在现场者"本亦应负责(造意人),但本判决则不计之。因此,似乎应该再对示威的"责任归属"问题,予以析释方可。

波昂大学 Ballerstedt 教授曾经对此问题作了极深之研究。其以为,必须针对示威的特性,以及侵权之因果关系来解释及适用民法的连带侵权关系。其以为,大体上应分为预谋的及非预谋之暴力示威(造成侵权结果之示威)两种情形来讨论。在"预谋"之情形,虽然理论上,所有预谋者皆应为后果负连带责任。但是亦应视情形来作决定。示威以前的预谋(常以"预备会议"行之),并非全部参与者,参加表决的表决者及在场支持暴力者,都应负责。而当"实际进行"该违法之预谋者,才可以列入连带责任。若是临阵退缩者,则不应该再科以责任。"实际已进行预谋者"则不必以在示威现场,亦可认定有侵权之"共同意思"(der gemeinschaftliche Wille)。① 在预期是和平示威但后来却演变成侵权行为之示威时,则责任归属就只限于亲自动手及鼓励、煽动及协助实施侵权行为者,才可以及之。② 而后者是扮演着"精神帮助犯",自应构成连带责任。至于示威者参加暴行之时间长久,亦应考虑。原则上,参加者一参加暴行,就肯定自始至终皆参与之,除能举反证者除外。若示威人只参加一部分时间后离去(或不再参与暴行),在能举证之情形下,对而后之侵权损失则应该不负责任。他因而认为,参加示威者应承担后果之侵权责任,但亦不可忽视个人之因果责任也。③

Ballerstedt 这种精细的分析示威的民事责任,并未获得实务界的采纳。1981 年,德国下萨克森郡的高等法院在判决关于霸占核能工地的示威案件时,就指出,在示威人中,绝大多数人自始即抱着不和平的态度来

---

① K. Ballerstedt, Zur zivilrechtlichen Haftung für Demonstrationsschäden, JZ 1973, 108.

② 例如 U. Diederichsen - P. Marburger, Die Haftung für Demonstrationsschäden, NJW 1970, 783. 就是坚持这种最狭窄的责任归属原则。

③ Ballerstedt, aaO. S. 109.

示威，进而演出侵权事件，则应一律负连带责任，不必去审查彼此间的因果关系。①

这种情况一直到1984年1月24日，本案件才在联邦普通法院宣判，而法院也才修正其自“Societätsdruckerei”案以来所持的见解。法院认为一个大型的抗议示威活动，其成员可能分别来自不同政治及社会信志之团体。示威的参加人既然有不同的动机，有的根本就想要以和平的方式来参加示威活动；有的人只想采取“和平反抗”的静坐，亦有的根本不排斥行使积极之暴力。若只凭一些激进的示威之不法行为，进而影响所有参加人及仅是同情者必须连带负责，将使国民的示威权利染上“不可预期的及不可承担的危险”，这是违宪的见解。因此，应该只限于直接参与侵权行为者及指挥或煽惑这些行为者，不可过度的扩充连带责任人之范围。②

我国台湾地区“集游法”除第32条外，其余皆未提及民事责任问题，故民法关于侵权行为之规定，应在示威案件适用（本他法律之规定）。本法第1条第2项，本法未规定者，适用其他法律之规定。鉴于德国法制法理与我国台湾地区相类似，上述所提及判决例之演变，以及关于连带责任之归属问题——尤其是Ballerstedt教授之见解，亦有值得吾人参考之价值③。

（二）国家赔偿责任

我国台湾地区“集游法”第24条第1项规定，警察得到现场维持秩序。而第2项规定，主管机关有“到场维持秩序之义务”，然本条款究竟

---

① M. Kutscha, aaO. S. 33.

② NJW 1984, 1226/1228.

③ 67（1978年）台上字1737：共同侵权行为人间，不以有意思联络为必要，数人因过失不法侵害他人权利，苟各行为人之过失行为均为其所生损害久共同原因，即所谓行关联共同，亦是成立共同侵权行为，依“民法”第185条第1项前段之规定，各过失行为人，对于被害人应负全部损害之连带赔偿责任。另见苏永钦，“从一二、二五示威看游行者的民事责任”，刊载其著《宪法与社会文集》1988年，第344页。

是强行规定,抑或是训示规定?此涉及了他人因示威之进行而遭到权利侵害,而未能获得警察之防护措施时,可否请求国家赔偿之问题。

我国台湾地区"国家赔偿法"第2条第2项后段亦规定"公务员敢于执行职务,致人民自由或权利,遭受损害时,国家应负损害赔偿责任"。由此条文之明确内容可以推论,若警察机关有义务实行防卫措施,阻止示威之暴力行为,而警察竟而怠于行使时,即符合国家赔偿之条件。

本文在前文论及警察权力介入违法示威之时间问题时,已经认为,当示威之不法行为已侵及他人"绝对高度之法益"(如生命、健康、自由及重大财物)时,警察应毅然介入,无"决定之裁量"(Entschließungsermessen)。① 故当警察有义务到场维持秩序亦即"集游法"第24条第2项乃强行规定,且有能力维持秩序,却目睹无辜人民遭受示威者之暴力侵害,而不加援手(untätig bleiben)时,理论上认为乃违背"集游法"明定之义务(怠于执行职务),被害人可请求国家赔偿。②

这种结论,是以"国家赔偿法"(第2条)及"集游法"(第24条第2项)之规定为基础。优点是能使国家公权力采主动及积极的态度,以保障社会及其他个人之法益,避免行政怠惰之恶果。但缺点则在于混淆侵权者的定位及其应负之赔偿责任。

我国台湾地区"国家赔偿法"第2条所谓的"怠于执行职务"应是法定的职务,而公务员必须履行者而言。以我国台湾地区"集游法"第24条立法之背景及条文旨意,似宜认为警察应负责人请求而到场协助维持秩序。盖示威秩序之维持,其责任属于负责人所担负(及由纠察员协

---

① 同理,A. Dietel, aaO.,S. 577;D. Merten也认为国家乃人民基本权利之保护者,一方面要维护人民之示威权,同时也要保护人之权利(如营业权),故可提起国家赔偿。aaO.,S. 1626.

② 这是我国台湾地区"集游法"第24条第2项规定因语义未明所肇致的结果。外国(如德国)集游法既没有类似之规定,学界则多未主张可请求国赔偿者。如Ballerstedt, aaO. S. 110; Diederichsen/Marburger, aaO. S. 783。

助),是以本法第28条(第20条)所明定。故若严格以24条第2项即导出警察有完全根绝不法为之义务(否则会有国家赔偿之问题),似乎忽视了示威负责人之"秩序维护之责任"。① 同时,也因为径而承认国家必须因警察未能阻止示威所造成的损害,国家即必须担负赔偿责任。所引发甚多的问题和这种承认国家赔偿之责任,亦可能会益使一些示威人有恃无恐(反正损害,自有国家可赔偿)的遂行暴行,故也为了使国家赔偿责任与本文前述讨论的示威引起之民事责任能相配合起见,应认为"集游法"第24条(尤其第2项)应和第18条以下之条文,一并考虑。其结论可认为警察秩序维持权力的具"附属性"(次要性,Sekundärität)性质。况且,示威者本即负有和平之义务,这种义务不以警察在场为前提。易言之,即使未有"集游法"第24条第2项之规定或警察未依该条出现在示威现场,亦不得有违法之侵权行为。且负责人自始有责任阻止此侵权行为,是"集游法"明定示威负责人之特别规定,自有免除警察(国家)责任之效力。不作如此解释,无法解脱上述法律及法理间之纠葛!至于,国家公权力(警察)在前述不法性事件发生时有应立加干涉之义务,除形成公权力干涉行为的合法性要求,及具有"伦理性"(国家任务之伦理要求)外,亦在极具体之情形时,亦可容有国家赔偿责任之余地。例如路人被示威群众殴打,求助警察,却不获警察之保护(例如警察将该人交由群众"处理"),此时警察依一般"警察法"之作为义务已经产生,已与"集游法"之规定无涉,而拒不作为时,即属"国家赔偿法"第2条第2项后段之要件,可提请国家赔偿矣。因此,在示威的造成侵权后果时,国家非当然

---

① 例如此时,直值行使暴力之人,是与主管机关成为"共同侵权行为人"?彼此有无求偿权?被害人可否有选择任一债务人请求之权利?等等,此恐诚非我国台湾地区"集游法"之立法者在订立本条款时,已预见之问题。因此,"国家赔偿法"与"民法"之关系,尤其在侵权责任的分担关系等问题,有值得再深入研究之必要。我国台湾地区学者如廖义男认为并不当然产生国家赔偿责任,见其著《国家赔偿法》1981年,第53页;但刘春堂,《国家赔偿法》1987年第3版,第144页,则采肯定见解,刘宗德,前述文,第137页亦同。

的、全面的负有赔偿责任,只在例外的情形,才应负责也。

五、结论——法治国的黄昏

示威是人民走上街头,表达其意见的一种方式。其异于言论自由之处乃在于示威以行动,唤起社会及舆论之注意。如同人民一般之基本权利,这个示威权利亦应受到法定之限制。

诚然,示威的诉求内容多半是抗议性的,及居于社会少数或居劣势者之意见,其中不乏具前瞻性及理智性之见解,此亦不少学者希望赋予示威相当程度之"特权"——例如严格限定"暴力"之概念于"积极物理行为上"来使杯葛性示威免责;示威民事责任采最严格之见解,唯有"动手侵权"者才可;考虑示威的"远程目的"断定行为之可非难性以否认警察执行费用的征收等。① 这些问题本书内皆有讨论。但是承认示威有"特权",明显违反法治国家的原则。

如同德国绝大多数学者的看法,示威应如同言论自由,停留在"精神

---

① 明白主张示威有相当"特权"者,如 Diederichsen/Marburger 的前述文系就"社会印刷厂案"在 1969 年 10 月 31 日经法兰克福地方法院初审判决后,所做的评释。其等为声援学生运动,认为学生为了抗议新闻媒体之垄断而做的示威,是为了公益而非私利,其出发点不容怀疑。且实质上也只是延搁报纸出刊,未阻断报纸之发行,情况应非不可容忍。此外,课予示威之负责人负责维持秩序,未免太苛责负责人。因为装备齐全的镇暴警察都控制不了群众,何况手无寸铁的负责人?这些负责人及示威者(全是学生)负担庞大的损害赔偿,是违反言论自由权及示威的,S. 782。另外,Hannover 亦指出,政治性的言论及示威行为,应享有特权。由于新闻媒体的独占,学生们并无任何媒体可资反击,只能以上街头,来唤起社会之重视,其示威之动机,亦值得赞许。而其亦指摘在处理示威中,警察的暴力行径亦十分频繁,但是被害(被殴打)之示威者又无法、不易指认已违法动粗之警察形成"示威自由=警察自由"之后果。而法院多以刑法而非宪法的角度来理解示威之意义及价值。故已忽视示威对现代民主的意义。

层次的抗争”。超过了这个尺度，就丧失了其应受法律的保障价值。① 而且，以民主的理念，示威若是表达一种意见，而持不同意见者，亦可举行“反制示威”，使正反意见，两面俱呈于社会，何必一定须坚持己见，甚至付诸实现？尤其是运用群众示威，造成“被诉求者过度之压力”，无异是使示威形成一种“精神恫吓方法”，更是法治社会所不允许。示威若是形成强制他人必须接受彼等之诉求，或参与讨论等，则形成独裁之效果，业已丧失此自由之可贵性。②

当示威已有违法暴力之情形出现时，代表公权力之警察虽然可以审时度势的决定采取“介入”的时间及方式，前文已述及。然而，应该在时间上的“裁量权”有所限制及节制。因为暴力会有循环性，国家公权力若不能有效地阻止人民行使暴力，亦使暴行者食髓知味；也会被害人采取自力救济，国家整个法秩序之立足点，将受到极严重之挑战。③ 名学者 Isensee 亦认为，若警察对暴力行使制止过晚，将导致整个社会对“法律确信感”（Rechtsbewußtsein）产生动摇。会使人误认为公权力的“忍受不法”是“承认”不法。为避免这个后果，警察的“介入裁量权”不可滥用。不可将政策的“权宜原则”转变成对示威“法与不法”的“权宜原则”。亦

---

① 如 D. Merten 在一篇名为“示威犯的责任特权?”的文章就力斥特权之说。强调示威的精神价值。AaO. S. 1626; H - U Erichsen, aaO. S. 198; P. Lerche, Zur verfassungsrechtlichen Deutung der Meinungsfreiheit (inssbesondere in Bereiche der Bozkotts), in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 197.

② 如 F. Ossenbühl, aaO. S. 83。其以为不必过度重视示威的绝对性。人民亦有权对政治持冷淡态度，更何况怎可要求他人之权利，一定要为某个示威而做相当程度之牺牲？Ladeul 亦言，不可以利用示威来实现“独裁之自我”，示威不可有与现之制度来较力。见 K. H. Ladeur, Ein Vorschlag zur dogmatischen Neukonstruktion der Grundrechte aus Art. 8 GG als Recht auf Ordnungsstörung. In: Kritische Justiz, 1987, 155; Ballerstedt 更言，若利用群众运动来迫使社会、国家来接受某一种看法，无异是恢复到当年纳粹党人窜起时所常用的“反理性”的精神恫赫示威，来决定及影响国家之政策。D. Ballerstedt, aaO. S. 106.

③ 这是西德联邦普通法院在著名的“Mahler 案”之宣示，BGHZ 59, 30/36; Dazu, D. Blumenwitz, aaO. S. 140。

即对示威的解决,不可以政治的考虑取代法律之考虑。其主张公权力应注重其拥有之国家"强制力独占"(Gewaltmonopol)对不法私力行使,不可畏缩或枯萎下去。①

我国台湾地区自解严前后以来,社会上发生不少的群示威,尽管就该些示威的诉求内容,不无值得社会重视之价值,但是,不论在行使示威权利之人,以及行使公权力规范该示威之机关,在许多造成示威后果之处理及预防手段、方法及心态上,都不无严重瑕疵及不符合法治国家之处。诚然,吾人可以归因其理由于台湾朝野对行使及处理示威的经验较鲜,而"集游法"亦甫问世不久,对该法律之规范力仍较不娴熟,及民众尚未对养成该法的权威性体认。但是,此仅是可归责的表面理由之一而已。最根本的理由是对示威权本质及其限制的体认不清所肇致。

由本文之讨论可知,我国台湾地区"集游法"在立法的考虑上犹存有不少待商榷之处。基本上,本文以为,"集游法"应朝向规范集会游行的"专属法律"之方向立法。使得法律后果及责任,"不待外溯"其他法源,②使示威人之法律关系得以单纯化。此有待立法者未来之努力。

最后吾人亦可再展阅名教授 D. Merten 的一篇大作。其在 1982 年发表名为"法治国家的黄昏"(Rechtsstaatsdämmerung)文章,有数语值得

---

① J. Isensee, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates – zur Legitimationskrise des modernen Staates, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen in Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, 1982, S. 40.

② 例如,本文中提及刑法警察法(例如利用违警罚法处罚无强暴胁迫意图之违法不解散)之援用已是一例。另外,鉴于示威人可能污染街道,依"废弃物清理法"(第6条第1项第3款)亦有科以示威人清理街道之责任。因为示威是符合该条款"特殊用途的使用街道"也。另示威燃烧物质(如橡皮轮胎)亦可产生废气,依"空气污染防制法"(第5条第1项第3款)亦同样有禁止之规定。关于前者之问题(清洁街道),西德联邦行政法院,在1988年9月6日,曾作两个判决,对于示威之使用马路来进行示威,是属于法定行人之"超过通常使用程度"(über das übliche Maß)之行为,应可负清洁善后之责任,法院即认为示威之主办人,而非示威当时之"领队"应该负起上述缴费责任。见 DVBl 1989, 57。

吾人作警语之用。其以为德国近年来处理示威案件的软弱及缺乏主动性，公权力不能伸张正义，护法律之尊严，已使整个法及法治国家丧失“自主性”(Autotät)。国家对不法的容忍与人民之行使不法，是同样的危险。国家公权力的滥用及公权力的应使用而不使用，同样是错误的。这些即足以造成一个法治国家的“黄昏”也①。

行笔至此，得德国大法学家耶林(Rudolf v. Ihering, 1818 - 1892)在1872年发表的大作《为权利抗争》(Der Kampf ums Recht)曾有一句名言“勿为不法，固为可嘉，但不容忍不法，更为可贵”。② 在示威的不法行为之情形，显应准用矣。谨以耶林及 Merten 教授之沉重话语，作为本文之结尾。

六、后记

“台湾司法院大法官”在1998年1月23日作出释字第445号解释，宣告本法第11条第1款，主管机关对主张共产主义或分裂国土的集会游行即不予许可的规定违宪。至于偶发性集会需于二日前提出申请之规定，亦属违宪。

至于本法规定集会游行之其他事项及责任，则为维护公共利益所必要，并未违反立法形式自由的范围。本号解释虽未特别针对示威而言，但其立论亦有可作为佐证本文见解——例如对纪律要求的合宪性，值得吾人考虑。

---

① D. Merten, Rechtsstaatsdämmerung, in: Festschrift für R. Samper, S. 48.

② Die erste Regel ist: Dule kein Urecht, die zweite: tue keines. 收录在其著 Der Geist des Recht. (Hrsg. F. Buchwald), Carl Schünemann Verlag, Bremen, 1965, S. 228。

后记:

德国联邦宪法法院在1995年1月1日作出新的回归"古典暴力"的解释后,虽然并不否认静坐示威的可罚性(例如集会法或交通法规),只要求立法者须加以明确规定而已。这个见解引起学术界不少批评,德国学界普遍认为:德国刑法第240条第二项已经有所谓的"行为可非难性"之要件,当足以作为限制"扩张暴力论"可能滥用,例如德国联邦宪法法院在1990年7月26日曾作出一个关于散布(静坐封锁车道)的传单,是否构成煽惑犯强制罪的要件,而作出的判决,便是针对德国刑法第240条第二项可非难性为论究对象,德国联邦宪法法院认为是否构成本罪,应当由在具体犯罪过程已发生的事实,由事实宪法院全盘斟酌重要事项后,来断定涉嫌犯罪行为有无非难性,而不能单论究涉嫌行为是否属于符合构成要件中的扩张暴力概念。

而杯葛性示威案例中,经常出现诸如静坐杯葛者,将自身行为作为阻碍他人意志自由决定之工具,难谓其只是出自"精神胁迫"的行为层次而已。故德国联邦宪法法院于2001年10月作出一个"杯葛核电厂出入"的裁决案,对于示威人以铁链将自己等锁在核电厂大门的行为,联邦宪法法院又扬弃了1995年改弘更张之见解,恢复了扩张暴力理论。宪法法院认为示威人自锁于核电厂大门,已经属于释放身体体力之暴力行为。因此德国刑法第240条第一项之暴力概念并不抵触基本法第103条第二项的"类推解释之禁止"之原则。

关于德国联邦宪法法院上述的判决,台湾学术界泰斗已有翻译介绍,例如,1986年判决,可参见许玉秀译,关于"静坐以封锁军事设施之处罚"之判决,刊载于:德国联邦宪法法院裁判选辑(四),司法周刊杂志社,1993年6月;1990年之判决可参见:黄启禎译,关于"静坐封锁构成

强制罪的要求”之判决，刊载于：德国联邦宪法法院裁判选辑（三），司法周刊杂志社，1992 年 12 月，第 269 页以下；至于德国联邦宪法法院前后三易其见解评论，可参见何赖杰，德国联邦宪法法院关于示威封锁行动涉及强制之见解，收录于：劳资争议行为论文集，台湾行政院劳委会出版，2007 年 6 月，第 741 页以下。

（本文原刊载于台湾《政大法学评论》第 38 期，1988 年 12 月）

第十九篇　戒严法制的检讨

戒严法能出现及存在的唯一理由，便是需要。倘若已无需要，戒严法多停留一分钟，就变成非法之暴力。……唯当外敌入侵或内乱，法院无法开庭及执行判决，才有必要找一些粗糙的替代物，而使用军队，盖军队乃社会唯一残留之力量也！

——Sir James Mackintosh

一、前言

现代国家大都维持文武分治的体制，对国家军队的使用多半针对战争或平定内部的重大动乱，而且是接近“准军事”性质的动乱。军队因此作为执行国家意志的工具。在针对国内法律秩序的维护。现代国家多半将之委托由警察来负责。而警察为因应这种任务，在功能及装备上，都会应运而生出各种执勤能力，所谓的“特别警察”，都相当程度的具有准军队的性质，例如，由针对集体性民众示威骚动所构建的保安警察，以及近年来针对反恐所成

立的特勤队，都是结合了军队的优点。

然而尽管警察体制移殖了军队色彩，但警察仍属于国家文职体系。这在国家维持秩序是靠文人，或军人，以及国家是否为军事统治，都是一个重要的判断指标。戒严是许多现在国家所采行的制度，也是国家机关利用军事力量执行公权力的时刻。而军队平时的训练及装备，多半是对外的暴力战争，一旦在国内行使，以及行使戒严权力时，军事司令官无疑是居于公权力主宰者的地位，戒严制度在这种集中权力的客观必要性上，也演变出由军事司令官负起指挥的责任，这是中外皆同的传统戒严制度。①

然而，面对现在国家已步入高度科技发展、经济财政已国际化的社会，其复杂化已远不是早期工业时代所可比拟的。传统的授权军事司令官来掌控戒严事宜的法制，能否禁得起新时代的考验，本人深表怀疑。本文便是以法制史的角度来验证这个疑虑。

二、现代法治国家的戒严制度

（一）法国法制的滥觞

今日世界各国，尤其是大陆法系的戒严制度，是滥觞于20世纪的法国。1789年8月26日所公布的《权利宣言》，依有名的《西耶草案》第13条的条文中，是规定无论在任何情况之下，国家皆不可以以军力对抗国内的国民。这是主张立宪国家主义者早期的愿望之一。② 即是希望针对国民，只能使用警力，而非军力。但是，着眼于事实的需要，草案第13条

① 参见《中华人民共和国戒严法》（1996年）第10条第2项。

② 西耶，Sieyés, Emmanuel Joseph Comte（1748－1836）是法国大革命时代的著名政治家，1789年成立之国民会议的创始人，也是同年公布的人权宣言的起草人之一。

的理想,则未被采纳。1789 年下半叶,法国巴黎市因为粮食问题,产生暴动,法国政府便于当年 10 月 21 日通过了一个《军法平抑暴动法》(contre les attroupements ou loi martiale)。这个法案是以英国 1714 年所公布的《暴动法》(The Riot Act)为蓝本,规定各级政府,可以在有对国家公安产生危害之情况时,有权利及义务宣布实行军法统制,并马上使用军力(force militaire),以平止暴乱,恢复社会秩序。各级政府可以指挥各种武力,只要认为情况需要,即可在市府大楼上高悬红旗,表示宣布进入军法(loi martiale)统制状况。任何人只要仍参加暴动(游行、示威等)行列,即属违法,可科以刑罚。依该法之规定,市府的文职官员,可由率领军队的军官陪同,至聚嚣的群众旁,询问群众集会所为何事。群众得推派六名代表向该官员陈述愿望,其余者须立即和平解散。倘若群众仍聚集不散,经三次高声宣布,群众仍未自动解散,或群众有使用暴力情势,则武装的军队,即可前驱而以武力,强制的驱逐群众及逮捕不法的群众。① 1789 年这个《暴动法》虽然许可军队介入暴动的平定,但是,也对军队的使用予以严格的限制,也就是必须是(各级)政府已宣布军法之治、文职官员三次宣布解散令未果以及产生暴力行为时,军队的武力才可使用,因此,军力是作为文官统制之后盾,并非为军人统治的工具。② 1790 年 2 月 23 日,掌立宪工作的国民会议亦以命令,要求各级政府要使用军法、军力来消弭任何危及公共安全的行为。在同年 6 月 2 日公布的命令,亦授权各级政府,可以要求任何国民参与平止暴动及任何妨害公安的行为。对此人民有义务协助政府平定骚乱的命令,于次年(1791 年 7 月 26 日)正式以立法的形式通过。

法国法制史上,正式规定军事戒严的法律,是在 1791 年 7 日 8 日公

---

① 这种须经主管官员三次解散命令,才构成参加者违法的程序要件,以后成为大陆法系国家规范类似案件的准则,例如现行的《德国秩序维护法》(1975 年 1 月 2 日公布)的第 113 条第 1 项;《日本刑法》(1968 年修正)第 107 条等均是例子。

② Carl Schmitt, Die Diktatur, 4. Aufl. 1978(第 1 版 1921 年重印), S. 180.

布。该法律针对国家可能会面临外敌之侵害，必须对军队的权力予以确定。[①] 因此，该法律可说是完全针对国家国防目的的立法。其所适用的地点，是109个设防的地区以及59个军事单位。除这些指定的地点外，该法都不得适用。上述地区依其状况，可分为三种情形：(1)和平状况(état de paix)；(2)战争状况(état de guerre)；(3)围城状况(état de siège)三种。在(1)和平状况时期，军事司令官只掌管军事事件及部队的事务，除此之外，完全是警察(治安)及行政官署的职权所在。在(2)战争状况，是国家进入战争状态，此时，民政的官署依然掌握其本来之职权，只不过，在警察方面，若有涉及上述军事基地的安全时，军事司令官可以经基地(要塞)之军事会议(战争会议，conseil de guerre)决议，知会民政官署后，采行必要的(治安)措施。此时，该治安行为的一切责任，即移往该军事机关上。但在所谓的(3)围城状况，军事司令官则不必如战争状况一样，须知会民政官署方取得治安权。而是一经进入围城(被围)状况，司令官即取得所有民政官署的权限，不仅是治安权也及于所有官署的权限，但未包括司法权限在内。这种权限的移转，所产生的责任概由司令官来承担。何以军事司令官在该基地(地区)进入战争及围城情况，权限有如此的差异？是因为国家进入战争情况，依该法第8条、第9条之旨意，必须经过法定的程序，由国王提请议会(国会)通过宣战案后，并公布之。若情况危急，而在国会休会期间，可暂时由国王宣布进入战时，待国会开会后，再由议会追认、议决。因此，国家进入战时状态，军事

---

① 1791年6月20日被软禁的法王路易十六曾逃出巴黎，次日即为民众捕获，送返巴黎。但是欧洲王室对法国大革命的戒心及敌视，使法国革命政府颇有山雨欲来之势。奥地利皇帝雷奥波二世(Leopold II)于当年7月1日发表宣言，照会各国君王共同支持法王路易十六，并且警告法国，不得伤害法王及其亲属。并且陈兵法国边界。不过，尽管如此，一般的论者，却未强调法国7月8日所制定的《戒严法》，和当时的外在局势有关，只是认为是在大革命时代所演变起的思想。如1885年Th. Reinach在巴黎出版的De l'etat: de siège(围城论)，即持此见解。参见K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 1298。

司令官需知会民政官署后,方可以侵犯人民的私有财产(例如将要塞附近的民房拆除,以免危及要塞安全,而且,不必给予任何补偿),是因为国家即使宣战,但是大祸并非片刻可至,况且战争行动(依当时客观的战争技术)亦不可能全面性,故不至于会造成广泛的紧急后果。但在围城情况,就没有如宣战有一定的法定程序。围城是强调事实状况(ipso facto),只要诸些被指定的,有设防的基地,一有被外敌包围的情况,即属围城状态。在这种事实认定之权是由军事司令官来认定,但是,前提要件必须是有事实上的被围攻,而且,一切对外联系的通路、管道已被切断、音讯中断,无法对外联络(请求救援等,向上级报告),才准宣布军法之治。此时的要塞被围,就形成要塞的防御状态(état de defense),也是军事行动的技术性行为,司令官即可为了保障地区及人民、军队的安全,行使自然法的自卫权或紧急避难权,集军政、民政于一身,是形势所迫,不得不然也。①

1791 年 7 月 8 日的法律,对可实施戒严的地区,是对指定的设防的基地,已如上述,而且只限于外敌入寇,民众的骚乱或是反叛行为,并不能够由司令官宣布戒严。一直至 1797 年 8 月 27 日的法律,才将战争状态及围城状况的适用地点,由被指定的基地,延伸到国内所有城镇之上。而军事司令官在宣布为战时的地区,亦不必循民政官署同意,可行使治安之权限。但是,不再限于外敌的危险为足,而是及于内乱,只要军队及地区被叛民(叛军)所包围,围城状态即可成立。因此,围城状况乃采所谓的实质认定标准。围城状况于是由外敌侵入的国防状态,自此始加入了内在的骚乱状况(état de troubles civils)。1799 年 12 月 13 日公布的《宪法》(第 92 条)进而规定,政府为了平止纷乱,可以动用武力,并且经由法律之规定,可以暂停《宪法》的适用,紧急且议会休会时,可由政府宣布暂时停止《宪法》条文的适用。

---

① Carl Schmitt, aaO. S. 184.

关于围城状况的规定，在1811年12月24日，拿破仑所公布的命令中，有进一步的发展。拿破仑为了征俄军事行动，预作准备。唯恐帝国辖内的德国人民会伺机反叛，该命令规定，关于构成围城的要件，可由(1)皇帝以命令宣告；或(2)被围攻，或被袭击、内部骚乱，甚至在要塞地区非法的嚣聚群众。依此敕令，被围状况即不再局限于事实的认定要件(即实质被围)，且及于形式上的皇帝命令，及可以危及要塞、公安之虞即可宣布戒严。在围城状况外，该命令如同1791年的法律，仍存有战时状况及平时状况之分。但在战时状况时，各级民政官署未经军事司令官之许可，不得颁布命令，司令官为了防卫及军事需要，得为任何行为，包括侵害人权在内，亦可视为合法。待进入围城状态，司令官即成为各级文官的上司，任何政事，该司令官可自行为之或指挥文官体系为之。一切行动皆以军事目的列为最高优先，本命令(第103条)甚且明文规定，军事司令官可以为了军事目的所需，将普通法院的管辖权，移到自己的手中(以军事法庭审判)或仍交由普通法院审判。军事司令官即成为名副其实的独裁，揽行政及司法(包括审判及调查)大权，以平抑紧急之状况。

这种围城状况不难了解是给予人民权利保障极大的威胁，极有可能会形成军事司令官滥权的不良后果，尤其是非军人可遭到军法审判一事，随着拿破仑征俄失败，导致王朝崩灭，引起人民极大的反感。1815年4月22日公布的《宪法》(第66条)中，首次规定了围城状况的事项。明定在围城状况时，司令官可以采行限制人权的必要措施，但是，对于对付内部人民骚乱的状况，须另由法律规定，方可宣布围城，亦即由国会保留个案对人民之骚动行使戒严之权限。在同年6月28日法国政府公布巴黎实行戒严及公布在戒严的区域，军事司令官的权限，只局限于纯军事方面，其他民政官署的职责，并不移转到军事长官的手中。由这种戒严立法的趋势，可见得在围城时期，军政及民政官署可并行不悖，军事司令

官采行之侵犯人民权利之措施,唯在军事目的所需为限。①

法国的戒严法制发展到1848年,可算告一个段落(虽然法国在1878年4月3日还公布一个《戒严法》,但是该法的基本精神及内容,则与下述的1848年的《戒严法》相雷同,故德国名宪法学者Carl Schmitt即将1848年认为是法国《戒严法》概念发展的终结点)。由于民主法治理念的滋长茁壮,对于围城状况的规定即产生新的要求。拿破仑法令(1811年)准许司令官广泛的侵犯人民权利的前例,即成为检讨的对象。原则上,在围城状况许可司令官采行必要的防卫措施,是众所不争的看法,但是如何限制司令官之权限,是问题之重心所在。所谓围城状况,法国学界在1829年即有人界分出军事围城(état de siège militaire)及政治围城(état de siège politique)两种状况。② 所谓军事围城状况是指军事司令官可以为了辖区军民之安危,采行必要的防卫措施,而且这些纯属于军事行动的范畴,军事司令官享有决定的权限以为之,所以可以说是纯属军事性质的围城状况,故亦称为实在的围城状况(état de siège réel)。③ 军事围城所肇发的侵犯人权问题,将较不彰。所谓政治围城是指与司令官的军事行动无关的,其他因外患及内乱所引发对该司令官辖区之危害,司令官除采行狭义的军事行动外,其他的防卫措施,诸如信件检查,住宅搜索及嫌犯(间谍)的调查等侵犯人民权利之措施之谓也。④ 这种是想象性的被围心态所采行的措施,故德国名宪法学者卡尔·史密特(Carl Schmitt)即称这种围城是想象(拟制)围城状况(der fiktive Belagerungszustand)。⑤ 拿破仑法令(1811年)就是将军事围城和政治围

① Carl Schmitt, aaO. SS. 190, 191.

② Th. Reinach, S. 105; Dazu C. Schmitt, S. 199, FN. 1.

③ K. Stern, aaO. S. 1297.

④ K. Stern, aaO. S. 1297.

⑤ C. Schmitt, aaO. S. 199; 或者可以认为是由军事侵害之危险转而采行政治性的防御措施,即含有政治作用。

城混为一起的最好例子。政治围城准许军事最高长官以军事目的为理由，广泛地采取可侵犯人民基本权利的防御性措施，自易引起宪法上（合宪性与否的）问题。因此，1848 年 8 月 9 日公布的戒严法律，对军事围城状况虽无改变前例（即许可司令官采取军事行动的全权）外，对于政治围城之状况，则有具体的规定。最基本的原则是，人民由宪法所获得的基本权利，尤其是自由权，并不会因为宣布为围城状况而当然被剥夺，凡是涉及人民权利的限制或剥夺，必须由法律特别规定之。本法虽然作如此的规定，但也同时在法条内列举军事司令官在宣布戒严（围城状况）后，可以采行的措施，包括住屋搜索；嫌疑人的扣押调查；武器弹药的没收；禁止有害公安的集会结社；出版自由、人身自由的侵犯等皆可为之，但是，对于人民的财产权利（除在没收武器弹药外）、良知及艺术自由、工作自由权及缴税的权利（不得额外缴税），则不可由军事司令官来限制。再而，对军事法庭审判人民的问题，虽然 1830 年的《宪法》（第 53 条及第 54 条）会明定人民不得以军法审判，但本法以为这种权利可得限制，但亦不得任诸司令官本人之意志裁决之，须由特别法庭审判，而且对于该法庭的组织及管辖权，另外予以立法规定，也就是原则。①

法国的戒严体制，由于本法的制定，已走上确定之路。其重点可认为人民的基本权利可由军事司令官依法律来限制，但是宪法并非在围城时期整体被中止其效力，只不过是部分的基本（自由）权利，才受到限制。军事司令官的权限可说是较广义的警察权限，目的在于维持治安，以因应军事行动之目的，并非借机授予司令官统率辖区百官的全权。②

（二）《德国普鲁士围城状态法》

法国 1848 年 8 月 9 日的《戒严法》是德国相关法制的仿效对象。1851 年 6 月 4 日德国普鲁士公布了《德国普鲁士围城状态法》

① Carl Schmitt, aaO. S. 199.

② Carl Schmitt, aaO. S. 199.

(Preussisches Gesetz über den Belagerungszustand),在这个法律内,不再区分战争状况与围城状况,只要国土遭到外敌的威胁,或一部分被占领,或内部有动乱危及公共安全,情况紧急之时,不论在平时或战时,都可由皇帝宣布进入战时状况(Kriegszustand)。这是皇帝的特权,①皇帝可以决定何时开始进入战时状况。其他亦可暂时宣布战时状况的机关,亦例如任何要塞的司令官(将官为原则)、地区部队的最高指挥官,在和平时期发生内乱(暴动)时,则由内阁首相等,皆必须呈报皇帝正式宣布之(该法第1条、第2条)。因此该法律一律将国家(地区)的紧急状态归入战时状况,可见得法国制度的围城状况(如同德国该法律亦名为《围城状态法》),即和德国本法的战时状况之意义合二为一。宣布战时状况之后,实施戒严,则一切行政权力皆集到最高军事司令官的手中。各级政府官署皆接受军事司令官的指令行事(第4条)。和法国1848年的法律一样,《德国普鲁士围城状态法》也列举(第6条)军事司令官可侵及人民基本权利的项目:如住房的侵犯;信件的查扣;军法的审判;言论、出版自由的限制;集会、结社的限制。司令官必须在公告戒严之时,即将上述限制人权之内容及范围,一并公告之(第5条),以使人民知晓。而司令官自始对一切行为之责任,由自己负责之。②

关于人民可接受军法审判一事,不论军人及平民,在戒严(战时)时期,一律由军事法庭(Kriegsgericht)审判(第7条以下)。该军事法庭由五名法官组成,其中两名法官由地区普通法院法官(庭长级)中选任,另三名由最高司令官选任,最少是上尉以上官阶之军官出任,由普通法官担任审判长。检察官的职位由军法官,倘若军法人才从缺,由军事司令官指派——军官任之。审判采公开及辩论庭方式为之,若程序公开有害

① 关于德国1851年戒严之问题,请参阅L. V. Rönne, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1. Bd. 1876, (1975重印),S. 84。

② L. V. Rönne, aaO. S.85.

于公益，可以法庭之裁定，改为秘密庭。军事法庭之审判采一审终结制，无任何法律救济之机会（第10条至第13条）。只有在判处死刑之案件，若宣布戒严是在平时（即内乱、暴动），则该判决需经省区将级以上的最高司令官之批准。在战争时期的戒严，则仅须地区最高司令官（例如要塞司令）的批准即足。①

一旦宣布解除戒严，军事法庭即告撤废。所有军事法庭已审判的案件，连同附属档，均移往管辖的普通法院，审判（调查）中的案件，亦改由普通法院依据普通的法律（如刑法）处断之（第15条），至于以前已依军事法庭审判之案件，即有既判力，不得再以戒严已过，重开审判程序。

由德国普鲁士之戒严法（《围城法》）可知，德国普鲁士国原则上是采行法国前三年的法律结构，采列举式的规定军事司令官可采行之措施，以限制人数来贯彻防卫的军事目的，并避免该措施侵及人权会产生法律上的障碍。但是，明显的，普鲁士之法律，系忽视了法国在1848年之法律已不再援引拿破仑时代的成例，反是各级民政官署依旧执掌其平常之职权，并不一定全臣服于军事司令官之下，司令官只是掌握广泛且必要的治安权，但是普鲁士法则将各级官署归于军事司令官之管辖下，因此，司令官即形成军政、民政兼管的，如同专制时代的总督之地位。故在法国已形成讨论重点的政治围城问题，以及即使在战时，军政、民政相并行的双线隶属制度，并未为德国所承继。②

1871年德意志帝国成立所公布的《德意志帝国宪法》（又称《俾斯麦宪法》）第68条规定，皇帝在联邦的公共安全受到威胁时，可对联邦任何一地区宣布进入战时状态。在新的帝国法律规定该宣告战时状况的要件，公布之方式及公布的效果制定之前，1851年6月4日的普鲁士（围

① L. V. Rönne, aaO. S. 86.

② 名学者卡尔·史密特即以为，在19世纪的民主时代会讨论独裁的主要目的，只在于所谓的政治围城事件上，因司令官可以借想象围城（危机）来广泛侵犯人权，而法律却保障司令官的权限。见C. Schmitt, aaO. S. 201。

城)法律,有其适用之余地。一直至第一次世界大战爆发及结束,《魏玛宪法》成立(1919年)前,德国并未订立新的帝国戒严法,因此上述所提及的《普鲁士围城法》,成为有效的法律,达70年之久。①

三、戒严制度及理念的式微

(一)总统紧急权制度的兴起——以德国《魏玛宪法》为例

在第一次世界大战之后,19世纪时代所孕育、形成的戒严体制,已趋向式微。以德国为例:1919年公布的《魏玛宪法》,废除了以往宪法的宣布进入战时状况(1971年《宪法》第68条)的成例,而代以总统紧急措施(处分)权制度。依《魏玛宪法》第48条第2项,德国总统在德国的公共安全及秩序,遭到严重的侵害及危险时,为恢复公共安全及秩序,得采取必要之措施(Massnahme),必要时可动用武力。为达到此目的,总统可宣布人民的人身自由权(第114条);住居不可侵犯权(第115条);秘密通讯权(第117条);意见表达自由权(第118条);集会自由权(第123条);结社自由权(第124条)以及财产权(第153条)等权利全部或一部分暂时失去效力。同条第3项也规定,当总统为上述措施时,必须立即通知国会,国会可决议移请总统撤销上述紧急措施。而各邦政府,遇到有如第2项所言的紧急情况时,为保持邦领域的安全及秩序,也可采取如总统所可行的、限制人民权利的紧急措施,但是,该措施可由联邦总统及国会移请撤销。(同条第4项)。

《魏玛宪法》这种制度,将以往的由总统(或皇帝)宣布国家或某地

---

① 其他的德意志帝国内的邦国,则可另定其邦国的戒严法,只要不和《普鲁士围城法》相抵触即可。例如巴伐利亚邦国在1912年也颁布类似的《巴伐利亚邦战争状态法》(Bayerisches Kriegszustandsgesetz)。

区进入战时状况，而实行戒严，并将戒严地区之军政大权委于当地辖区的最高司令官的成例，改为列举式的，由总统来采行必要的处置。故这种转变，如同魏玛时代名宪法学家 G. Anschütz 所言的，①避免由于民政权力移转到军事司令官手中后，造成民政权力的军事化（Militärisierung der Zivilgewalt）的后果。② 总统所采行的措施，是国家的安全及秩序遭到侵害之时，所必要的行为。这种措施，虽然在立宪时的主要宪法草案（如 H. Preuss 的草案及政府所提出的第一次草案）皆以紧急命令言之，但是终改为措施（Massnahme）的用语，所以可见得总统可行使的行为，不限于近似立法行为的法规命令，也可以涵摄有执行意义的行政处分权力，亦即，可涵摄行政及立法权力在内。只要有需要，总统即可为之。故这种紧急措施权是一种目的导向的紧急权宜措施。③ 但是，这种总统的紧急措施能否包括司法行为？亦即可否干涉司法权力的运作？则引起极大的争论。此亦涉及了究竟总统的措施权可以在何种范围内侵犯人民权利及侵及宪法的其他基本原则的问题，也就是说，总统紧急权力的界限问题。

依《魏玛宪法》第 48 条第 2 项的规定，总统在为紧急措施时，可暂停宪法关于人身自由，住居不可侵犯，秘密通讯、意见表达自由、集会自由、结社自由及财产等基本权利的规定。由于《魏玛宪法》明确地列举这七项宪法基本权利的条文，可暂时被冻结效力，因此，在魏玛时代，宪法学界几乎一致的看法，认为拉丁法谚列举即为限制（enumeratio ergo limitatio），所以总统的紧急权力不能侵及上述七种列举之基本权利范围

---

① G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1. Aufl. (1921), S. 107.

② L. Wittmayer, Die Weimarer Reichsverfassung, 1922, (1974 重印) S. 358.

③ C. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Weimarer Verfassung (1924), in: Die Diktatur (aaO.), S. 247.

之外,[①]其他亦属于人民基本权利的,例如特别法院的禁止(即军事法庭不得审判平民的规定,《魏玛宪法》第105条)及人民的商业及营业自由(只可由法律予以限制,《魏玛宪法》第151条第3项)则依此理论,不得由总统的紧急权力予以剥夺或限制。准此,总统不可以封闭人民的营业场所(《魏玛宪法》第151条),也不可以设立军事法庭颁布缩短审判程序的命令,来维持秩序及安全。这种见解,和实际上的政治运作及政府以及法院的见解,皆有极大之歧异。代表实务界的看法(法院及政府)原则上认为总统的权限,不受上述列举的限制,只需总统认有必要,而国会未决议反对,其合法(宪)性即存在。[②] 不唯宁是,《魏玛宪法》第48条第2项,规定总统实行紧急措施的时机,是在于国家公共安全及秩序遭到严重的侵害及危险时,方得为之。依当时学界的看法,认为这种危机,可以不限于警察法的范围,也就是不必限于治安方面,而是必须涉及国家的安全、宪政的秩序等宪法层次的范围方可属之。[③] 但是,在魏玛时代,总统紧急权力的运作,却远超过《魏玛宪法》此条款的立宪本义。此实在是当时不正常的政治现状所产生。

(二)魏玛时代总统紧急权力之变质

促成《魏玛宪法》之总统紧急权力的变质,应归因于魏玛共和时代政治的紊乱。魏玛共和成立于德国第一次世界大战战败的惨淡岁月,所面临的是繁苛的凡尔赛和约(赔偿战费三百余亿美元),经济破产,货币贬值,国内激进政党的骚动,国内失业人口激增等内政困境。再加上小党林立,政权更迭频繁。魏玛共和在短短的14年寿命(1919年至1933年,

---

① C. Schmitt, aaO. S. 215; K. Stern, aaO. S. 1313.

② 帝国法院亦认为总统可以设置特别法院,因为人民该项权利(第105条)可予限制,RGZ Str. 56, S. 151. 当时甚至也弥漫着,认为总统必要时,可以完全不顾《宪法》的规定,甚至可任意以命令变更法律的看法。见 C. Schmitt. aaO. S. 217, FN. 2; S. 244, FN. 1。

③ K. Stern, aaO. S. 1310, FN. 90.

希特勒政权成立为止),更动了21次内阁。由于国会内小党林立,倒阁频繁,国会内无法承担正常的立法工作。另外,政府亦不敢担负起政治责任,故法案不是迟迟不提出,就是未能被国会所接受。为了使国家之行政能进行,并且解决日趋严重的内政问题,德国总统在国会与政府相争不下之情形下,便极力发挥其特别紧急权力的制度功能。据分析,在短短的魏玛共和14年中,德国总统共使用了约250次紧急命令(措施)。就在《魏玛宪法》成立第一年,就使用了136次的紧急措施。① 此外,在1924年至1930年情况稍改善外,自1930年起,由于经济衰退和经济危机所引起的困境,总统的紧急权力便作为处理国家财经政事的唯一工具,例如以总统命令代替预算案的提出。与此阶段,只有29个法律被国会通过,而却有109个紧急命令取代法律之执行。② 而且,总统的紧急权力的动机及内容,也扩展到财政及社会政策的立法事项(例如各行业的税率及社会保险、抚恤金等),倒是涉及国家公安事项的措施,极为鲜少。很明显的,德国总统的紧急权力已脱离原立宪时第48条第2项的旨意,变成实质解决国会无法立法的宪政窒碍(Verfassungsstörung),或国会危机或宪政危机(Verfassungsnotstand)的方法。③

诚然,德国总统的紧急权力是已达到滥用的地步,其不管在内容或要件上已几乎无任何限制可言,故自魏玛时代起,即有许多学界称呼《魏玛宪法》第48条第2项乃总统独裁之条款,④而应以适

---

① 见E. Benda, Die Notstandsverfassung, 10. Aufl, 1968, S. 19。

② K. Stern, aaO. S. 1312.

③ 在魏玛时代,如J. Heckel即批评此转变。K. Stern, aaO. S. 1312, FN. 104; E. Benda, aaO. S. 21.

④ 1922年有一名学者R. Grau即撰一文"宪法第48条的总统及邦政府之独裁权"(Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Art. 48 der Reichsverfassung, 1922, Berlin.)讨论这些紧急权力已有独裁的意义在内。另外,在1924年更形成讨论热潮,如C. Schmitt;E. Jacobi, VVDStRL, H. 1(1924), SS. 163, 165; R. Thoma, DJZ 1924, 654. 等论文,皆在本年内发表,可见得学界对些问题讨论之烈也,另见K. Stern, aaO. S. 1310, FN. 87。

当的限制。① 不过,尽管如此,在实际的政治运作上,总统之紧急措施,既可迅赴事功,故亦有人认为总统是宪法的维护者,②故不能将魏玛共和的崩亡于纳粹极权政权,视为总统之紧急权制度的不良所致。③

(三)戒严制度的退化

1. 德国之例子

由本文讨论可知,《魏玛宪法》由其第48条所揭示之理念,将在紧急情况时,维持国家及地方之安危及秩序之责任,交给总统及地方的邦政府来采行紧急的措施,而不再是将行政权交到军事司令官手中。平定动乱、管制金融、限制人权皆可由文职机关(总统及邦政府)为之,且受到民意机关——国会——的监督,故传统的戒严制度,已告没落。虽然,随着第二次世界大战之爆发,德国军队在国外的占领范围极广,也恢复类似戒严制度,例如1939年9月1日德军侵入波兰,9月25日即成立军政府,至10月12日方成立总督(Generalgouverneur)取消原来临时的军政府。该总督即握有军政及民政之全权;在其他地区的占领军区司令官亦复如此,故实质上已恢复到以往围城法的制度,但是,这些体系皆是在国外之占领区所成立的例子,因在该些占领区并未有如德国国内健全的各级(分工的)政府机关体系,其辖区内之人民亦非国民(公民),不可与国

---

① C. Schmitt即以为,总统的紧急权力不得延伸及司法,因为司法审判不是措施之本意。此外,宪法的其他基本制度,例如"宣战权"(第45条)是国会之权限,亦不得由总统为之;公务员资格的取得丧失应依法律为之(第129条),总统权力亦不得取代之;故依其之见,该紧急措施虽有暂时性的权宜功能,但是,不能随便援引非常时期需要非常手段(aussergewöhnliche Situationen erforderten aussergewöhnliche Mittel)作为破坏宪法体系及法治国家结构的借口。见aaO. SS.250, 252。

② Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 24 Aufl. 1982, SS. 368, 369.

③ 如E. Benda即以为导致魏玛共和灭亡的主因是德国的纳粹独裁,但是授权纳粹独裁的《授权法》(1933年3月23日)却不是由总统的紧急命令而来,而是由国会通过的法律。故无《魏玛宪法》第48条之规定,亦会形成纳粹之独裁。见E. Benda, aaO. S.22. 另C. J. Friedrich也认为倘无本条文,德国第一任总统可能无法维持共和政府的存在,见其著Constitutional Government and Democracy, Waltham Mass, 1968, p.563。

内之情况相提并论。并且，在德国国内仍未有如总督之设立，亦即，该戒严制度之重返适用，只在战地，未在国内，是应予以辨明。① 第二次世界大战之后，德国的《基本法》(1949 年)亦未有戒严之体制，因此，德国由 1851 年《围城法》所树立的戒严法体系，已成明日黄花矣。

不只是德国已经抛弃了戒严的体制，日本在第二次世界大战之后，业已不再采行戒严体制。这种趋势也发生在英国、法国及美国之上。

2. 英国之例子

英国对戒严的制度，素采排斥之态度，这是英国认为将人民之权利，完全由军事机关来予限制，并非理智及必要之举。所以，学界甚且认为戒严制度，非英国法所熟悉之制度。② 实际上，英国仍可由国会以立法方式，许可戒严制度之存在。英国国会许可的戒严制度，只在英国本土以外的殖民地，例如 1936 年 9 月在巴勒斯坦宣布戒严，就是例子。而在英国本土，在非战争期间，是绝不可以实行戒严的。即使在战争期间，自查理一世以后(Charles I, 1625 ~ 1694)，英国也就没有再实行戒严。③ 基于国家依法而治(rule of law)的原则，英国国会经常以制定《紧急权力法》(The Emergency Power Act)之方式，来因应国家的紧急状态。由第二次世界大战的实例可知，英国的这种紧急权力制度，已足以应付国内外的

---

① K. Hildebrand, Das Dritte Reich, 2. Aufl. 1980, S. 58. 希特勒政权在 1934 年设立之人民法庭(Volksgerichtshof)作为专门审判叛乱罪的特别法院，以及公布许多战时统制的法律，这些法规范已实质上已足令各级政府机关维持战时之秩序，故亦不需另有委任戒严司令官采行立法及行政及司法行为(军法审判)之必要。

② 如英国名宪法学者 A. V. Dicey, 在名著 Introduciton to the study of the Law of the Constitution, (8th Ed.)1915(1982 年重印，Roger, E. Michener, Indianapolis), p. 396 以下; O. Hood Phillips, Constitutional and administrative law, 6th Ed. 1978, Sweet & Maxwell, London, p. 362。

③ 见 O. H. Phillips, p. 363。

紧急危难事件。① 故戒严制度已经可说是在英国法制及思想内绝迹矣!

3. 法国之例子

法国现行(第五共和)《宪法》第36条虽仍承认戒严制度,但是,超过12日以上的戒严,需获得国会之许可。但是,《宪法》第16条同时规定:在共和国制度、国家的独立、领土的完整或国际义务之履行受严重及急迫之威胁,而宪法机关之活动,又复中断时,总统于正式咨询内阁总理、两院议长及宪法委员会主席委员后,应为特殊情形所需要之紧急措施。并布告全国闻知紧急措施之目的……法国第五共和属于将戒严制度与授权总统的紧急权制度并列的双重体制。但明显的,将国家应变之重心,置于总统权力之上。戒严制度虽然仍是合宪之制度,不过已丧失其重要性。②

4. 美国之例子

美国宪法上虽未明言提及戒严之制度,也无戒严法,但是,在19世纪时不论是在对外战争时,如1815年的新奥尔良之戒严或是因国家内在之纷争(如叛乱、骚乱),美国各州亦不乏有宣布戒严、停止人身保护状的前例。③ 进入21世纪后,对于规范国内外紧急情况,以及为了限制人

---

① 英国在1920年以后,政府便经常运用通过紧急权力法案方式,解决内在、外在之危机。迄1980年为止,已使用了十二回。并且,使用此权力之目的,也扩张到解决经济、民生问题的罢工问题之上。见叶振辉译,"英国紧急权力法的适用",载《中山社会科学译粹》(第1卷第4期)1986年9月,第73页。

② 法国在1954年12月7日根据《宪法》第7条之规定,将1848年、1878年的《围城法》,当作现行法的继续适用。但1958年公布的现行(第五共和)《宪法》(又称《戴高乐宪法》)已废止了上述规定,且将第四共和《宪法》内的虚位总统制度改为实权总统制度。尤其是《宪法》第16条的总统紧急权力,及第19条规定,总统行使该项权力,不须内阁总理副署,日本学者小林直树认为法国《宪法》第16条已经蒙上德国《魏玛宪法》第48条之阴影,法国的民主前景,着实令人堪忧矣。见小林直树著:《国家紧急权》,颜宪雄译,八十年代出版社1983年版,第88页。

③ Charles Fairman, The Rule of Martial Rule, Callaghan and Company, Chicago, 1930, p. 78.

民之基本权利，也是通过国会通过特别的法律来限制之，著名的，如第一次世界大战的《间谍防止法》（1917 年，Espionage Act）以及第二次世界大战的《二次战争权法案》（第一次是 1941 年 12 月 12 日，第二次是 1942 年 3 月 27 日）都是采取类似英国的授权法案。至取采行授权军事机关的戒严措施，却只在珍珠港事件后，在夏威夷州实行。夏威夷由 1941 年 12 月 7 日至 1943 年 3 月 10 日恢复文人政府统治为止，共计实施戒严达一年三个月。由夏威夷实行戒严所造成许多不必要，小题大作的侵犯人权之措施，已引起朝野甚多之抨击，也可见得戒严体制在美国也是一个日落西山之制度。

四、戒严体制的过时性

（一）应变能力的不足

由上文讨论戒严法制的历史可知，戒严体制的最明显特征是，全盘信任军事力量及军事司令官，因此，军事目的超越一切。这种观念在德国 1919 年的《魏玛宪法》体系中尤为明显，已将这种授权军事司令官的戒严体制，转化成信任国家元首式的紧急措施制度之上。戒严法制及理念的式微，是有其一定的客观因素：

首先，吾人就戒严制度的起源而言：戒严的制度是为了因应法国（德国随之）的围城状况而产生，而围城状况代表了敌人完全包围了某地区，因此，在该地区无法和其他国权所及之处相联系，也就是该被围区域，无法自上级接到指令的情况之下，且为求自保情况下，允许最高司令官的独揽全权。这种情况，在人类科技（尤其是交通及通讯科技）未发达的时代，是可以认同之。但是，自从人类的交通、通讯的科技突飞猛进的 20 世纪，即使被包围地区，亦可以自由的和外界，尤其和其各上级机关取得密切的联系，例如经由无线电、电台广播，飞机的输送。故在法国大革命

时代,赖以兵马人力作平面式的突围,方得传递讯息(指令)的情形,不易在现代社会重现。戒严本意代表封闭、断绝音讯已不符合时代之现状。①

其次,戒严的产生,只为了对人民的基本权利予以限制,除了借此达成治安的目的外,还需要借此来消除戒严的产生原因。一般而言,戒严是由敌人——外敌及内在叛民或叛军的威胁行动所肇致。古典主义的戒严制度乃破坏立宪国家所力行的权力分立原则,将国家之统治权赋予军事司令官,即系冀望将军事目的置于一切目的之上,以军事作为解决威胁的最佳手段。这种解决威胁的想法及编组架构,业已和现代国家的应变需求无法配合。须知自第一次世界大战的经验已显示出,在现代的战争,两国的战争,已不再只凭军事力量的强寡,而是必须以举国之力来决胜负。此即德国一次大战名将鲁登道夫(Erich Ludendorff, 1865 ~ 1937)所称的总体战争(Der totale Krieg)。② 尤其是国家在进行战争期间,必须依恃后方的一切力量,诸如政治力量及经济力量的密切配合,才可以顺利达成军事目的。因此,在国力所及的地区(尤其是国内的后方地区),必须尽可能地维持在平时已存有的秩序(经济秩序及政治秩序),且再强化之。原有政府各级机关的功能,应更形加强,而不是萎缩。尤其在越进步的国家,社会结构、科技技术越复杂的国家、政府机关的分工及专业知识亦愈重要及明显,在战争濒迫之时,国力的动员,必须依赖这些分工分职的各级政府——主要是统治机构来完成之,因此,实不应将战争期间的政事可单纯化到应可以完全移转到军事司令官,以其几乎

① 早在1816年5月,法国的国防委员会就曾经由电报下达命令给在Grenoble地区被围的军事司令官,当时的电报自不能和现代的通讯设备相比。见C. Schmitt, aaO. S.192。在第二次世界大战中,苏俄的史大林格勒被德军包围将近一年半,但莫斯科仍能充分掌握围城内的音讯,及至1943年1月止,二十万的德军又为俄军所包围,但德国的首都柏林,亦能和被包围的军队保持畅通的连系。

② 请参见张君劢先生译:《全民族战争论》,上海商务印书馆1935年版,台湾商务印书馆1976年重印。

是纯军事的角度来考虑这些高度技术性或高度政策性的问题。① 第一次世界大战德国的投降，并非全是迫于前线军事的溃败，而是败于后方经济的崩溃（粮食欠缺问题），可得知，诸如经济问题所牵涉及复杂的因应措施，似非军人的专业知识所能裁决。② 除在战争外，由叛乱或是骚乱引起的紧急情况，其产生的原因，可能更需要在政策方面着手，作为解决、弭平动乱的方法。例如叛乱系起源于国家的种族政策（如种族歧视），或是经济问题（例如水旱灾，致饥民铤而走险叛乱或是其他的，如劳资冲突问题），面对这些内在骚乱、叛乱，而且其对国家、社会所怀之敌意可能不如有计划性的外敌来得强烈时，其处置的方式及筹划，极可能及有必要在政策的沟通、协商及妥协上，寻求解决。此时，政府所需具备的高度政治智慧，不应只是在以采纳用刀、用枪等暴力式之军事措施来表现出来。故面对这种情况，军事措施只是全盘肆应措施的一环，并且只是偏向治安及社会秩序的维护方面。在这种情形下，旧有的戒严体系显然已如同上述的现代战争情况一样，并非是能提供解决问题的最好制度。

所以，古典的戒严制度已不敷时代所需，已有必要决定其存续与否的价值了。

（二）国家紧急权法制的基本原则

国家遭遇了紧急情况，诸如武力威胁的战争及叛乱，或是非武力性质的财、经及自然、人为灾害，而必须为急速的、非常处置时，如何以法的制度来予以规范，就是讨论国家紧急权法制的目的所在。本来在立宪国家成立以前，君王遇到国家紧急情形之时，可以动用一切力量，采行任何

---

① 由克劳塞维兹（Karl von Clausewitz，1780～1831）的战争论（Vom Krieg）所代表的传统见解之将战争重点置重于武力，而鲜提及物质（经济力量）的时代，应已终结。见张君劢，前述书，第44页。

② 同理，E. Benda, aaO. S.17，其亦云，现代国家在紧急时所采行的一切防卫措施，不应只是军事防卫，也及于其他民事防卫（zivile Verteidigung），例如民生物质的供应，亦同样应予重视，此系现代国家的宪法原则。所以，政治考虑应优于军事考虑。

破坏国家成例(法律、制度)之措施,以求国家之生存,是为国家之主权法则(jus eminens),[①]而且由马基亚维里(Machiavelli)所主张的国家理性(Staatsräson)原则,也肯定国家遭遇到危机之时,根本不必去顾及(国内法之)法律,径以国家之生存及安危为主要目的,采取一切措施,是为国家理性所肯定。[②] 由于覆巢之下无完卵传统的根深蒂固观念,承认国家拥有最高的自救权,因此,也可以援引现代法律的紧急避难之条款及概念,应用到宪法的层次,所谓的国家理性原则即肯定了国家自保权,也成为国家的紧急措施的合法性理由。学界即据此认为国家理性等于宪法理性。[③]

诚然,国家理性的原则,以及由之衍生的,不成文的国家紧急权(自救权),都是基于国家在急迫时,现存的法律制度及其运作无法满足急迫的政治需要,才会促使政治决策摒弃法律制度为非常违法的措施。这种基于现行法律制度之不备,而遭到法律被摒弃的后果,和实行法治的国家理念,自然不能相符合。法治国家之原则,即希望将国家之一切措施,皆能纳入法的体系,即使在紧急时亦然,国家紧急权法制的成文化即表示,法谚:紧急时顾不得法律(Not kennt kein Gebot)的效力,尤其是对政府的效力,在紧急情况时,不得再援引之。[④]

规范国家紧急权的法律制度,除了采纳《魏玛宪法》第48条的总统紧急处分权外,现在德国宪法学界对于此紧急权制度的立法原则,略可归纳为以下几点:

---

① K. Stern, aaO. S. 1304.

② 马基亚维里《君王论》第十六章; M. Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AöR 103(1978) S. 129。

③ M. Schröder, aaO. S. 130.

④ A. Arndt, Gesammelte juristische Schriften, 1976, S. 162; 甚至,早在魏玛时代,名学者 G. Anschütz, R. Thoma, 就反对这种看法。见 E - W, Böckenförde. Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat, Festschrift für Martin Hirsch, 1981, S. 263。

1. 历行分权的原则：依此原则，则宣布及决定国家紧急状态的机关，必须不能为执行该紧急措施的机关。在决定紧急状态的机关，必须是国会方得为之。而且，在实施紧急措施的过程中，国会的监督亦不可免，必要时，国会可以中止及撤销该措施的效力。①

2. 执行紧急措施的机关，应予行政机关集中事权以求迅赴事功。但是，此时非纯是行政时刻，亦仍系国会时刻，行政机关及首长，须比平常负起更大的政治责任。② 为达到行政权力强化的效果，除在危机的成立要件须严格外，倘危机一经（国会）承认，应广泛的给予行政机构行为权限以求能适应危机所需。此乃因为国家可能遭到何种危机，以及应采何种措施方能解除之，是完全不能预料的，因此，唯有授权行政机关，否则，紧急权法制即失去意义。③

3. 在紧急情形时，也应对人民的基本权利予以尊重，但为了达到措施的目的，可以对人民的基本权利，予以暂时的限制，而且，必须注意到比例原则的适用，也就是说，不可以任意及过度的限制人民的基本权利。④

以上所述的紧急权法制存在的主要目的，就是希望由实证法的制度，来使紧急状态能够有效的被消除，并且尽可能地能尽早恢复到平时法制。因此，紧急权的法制，都必具有暂时性的性质，而一切紧急措施都无终局性的效力，只须恢复常态之后，该措施所引起的限制效果即告解除。⑤

由这种以国家紧急权的法制取代戒严法制，以及以民意（国会）来授

---

① E－W, Böckenförde, aaO. S. 265.

② E－W Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1889.

③ 关于措施的不可预料性，见 K. Hesse, Grundfragen einer verfassungsmässigen Normierung des Ausnahmezustandes, JZ 1960, S. 106, 107; E－W Böckenförde, NJW, S. 1890。

④ E－W, Böckenförde, FS, S. 265.

⑤ E－W, Böckenförde, NJW, 1978 S. 1886; K－Hesse 即以为古典的紧急命令制度即有严格的附属性，即其暂时性及（国会）追认性，是其优点所在。见 K. Hesse, aaO. S. 107。

权及监督这项权力的行使,显然比单纯授权军人实行戒严的制度来得妥当,这也是德国及其他西方国家(及日本)取消戒严制度的主要考虑。

五、结论

戒严的制度与理念,原来只是为了平定动乱,保障国家及社会之安全。且是以军队来作为国家权力行使之工具,而且,以军队之司令官作为地区的行政、司法及立法之首长,又可以军事法院来作某些案件的审判机关,其对人权的侵害,就极为严重矣。故戒严制度如同一剂猛药,治烈疾犹可,治一般疾病,或频频用之,可立见其弊矣。英国的 Sir James Mackintosh 早在 20 世纪的一句话,即指出了戒严制度之弊:英国的法律之所以能够容忍戒严法的唯一理由,便是需要。戒严法由何而起,也是基于需要,其继续存在,亦同。假如需要已经消除,而戒严法继续存在一分钟,戒严法就变成了非法之暴力(lawless violence)。唯当外乱入侵或内乱猖狂,法院无法开庭及执行判决,遂不得不寻找一些粗糙的替代物(rude substitute),而使用军队,因为军队乃是社会唯一残存的力量。由于法律因枪声的喧嚣而沉默,军队的领导们必须尽力的惩罚危害他们及社会安全的罪犯。但是,不能逾越必需的时间之外![①] Sir J. Mackintosh 这种见解也说明了,戒严与国家、社会客观需要的密切关系了。同时也看到了戒严法制已到了日薄西山的黄昏岁月!

(本文原刊载于台湾《中山社会科学译粹》第 2 卷第 1 期,1987 年 1 月)

---

① 引述自 A. V. Dicey, p.400。

第二十篇　法治国家的军队

——兼论德国《军人法》

唯有那些打胜仗的将军才能确立独裁者。我现在要求你们去获取的是军事胜利，我甘愿冒独裁专制的危险。

——1863 年，林肯，《致胡克少将函》

一、前言

孙子兵法始计篇道："兵者、国之大事、死生之地、存亡之道，不可不察也。"短短的十九个字把军队的重要性，淋漓尽叙。军队负有保国卫民的任务，自古中外皆然。而军人即是国家武器的拥有及使用者，但是如何在法治国家里正确的规范军人与军队，宁非易事。由于军人掌握武力，无坚不摧，所以历史上军人桀傲不驯的事迹，不绝如缕。欲以一纸法令使为数动辄数十、上百万的军人俯首听命，在专制时代不外使用严刑威吓，或是以高官厚禄羁

糜武人。但是在讲求以法治国之宪政国家中,以威以利来"驯化"军人,显然不合乎立国原则。本文因而以德国为对象,就其军队与国家宪政、法律体制的关系作一探讨。其中亦会对影响西德在1956年重建军队的背景思想,予以介绍,使得构成德国新军的根本精神能有被读者一窥之机会。特别是规范德国军队最详尽,同时也是德国军人基本权利义务的根本法——《军人法》,本文也择要讨论其较重要之制度于前,并翻译全文附录于本文之后,希望对这个大陆法系,又有辉煌军事历史,却不免曾二度战败,历经暴政独裁的德国,以其在重建国家宪政及法治主义后如何"整军"的努力过程,可以给我们在他日面临类似问题时的一些深入的思考方向。

又,本文在叙及德国时,如果所叙者只局限在"二战"后及1991年统一前,则使用"西德"用语,如果在"二战"前及原西德事务(如法律)如今已成为统一后之德国事务,则用"德国"用语,以示有时间上之区分也。

二、宪法与军队

讨论宪法与军队的关系,是讨论在宪法内如何把军队与国防等概称为"军事"的事项,予以定位、规范的问题。对此,我国台湾地区宪法学界并未有一个特定之名称。但在德国则称为"Wehrverfassung",此名称可转译为:国防宪法、国防宪章或军事宪法等,都不失其义。为避免使用"国防宪法(宪章)"会使人误解只是言及我国台湾地区"宪法"第十三章第一节"国防"部分,本文即采"军事宪法"一词。

(一)军事宪法的概念

军事宪法(Wehrverfassung)在德国宪法及学理方面有不同的含义,吾人可以分成广义的军事宪法及狭义的军事宪法两种,予以讨论。

1.广义的军事宪法:广义的军事宪法是指国家的法令体系——包括

宪法及其他有关国防、军事法规所形成的国防体系及军事理念，都包括在这个广义的军事宪法概念范畴之内。德国宪法内出现“军事宪法”用语最早的例子，可举1849年公布的《法兰克福宪法草案》第16条。本条规定：对于一个普遍适用于全德的军事宪法，应以制定一特别的联邦法律为之。而同草案第12条第2项也规定，有关联邦军队的编制大小及其产生方式，应于“军事宪法”（Gesetz ueber die Wehrverfassung）中规定。因此，依德国1849年的宪法草案，此“军事宪法”拟指军事体系、军队组织等。至于我国台湾地区“宪法”第137条第2项所称应由“立法院”制定的“国防组织法”实际上即与上述之“军事宪法”颇相类似。

《魏玛宪法》第6条第4款规定专属联邦立法权的项目，也明确提到“军事宪法”。这里所称之“军事宪法”既然必用联邦法律规定之，故采广义的概念是再清楚不过的。军事宪法和“国防事项”——如同我国台湾地区“宪法”第107条第2款“国防与国防军事”——划上等号。同样的，《魏玛宪法》第79条规定德国的军事宪法应由联邦法律统一规定，也是采广义说。①

2. 狭义的军事宪法：狭义的军事宪法仅指在宪法条文中有关军事之规定者，方是属之。故军事宪法不可同于一般之军事法律，以免位阶上有所不合。这种狭义解释的军事宪法又可以分成：形式意义的军事宪法与实质意义的军事宪法两方面，再作论述。

（1）形式意义的军事宪法：形式意义的军事宪法系指成文的宪法里，所有明文规范军事的条款的总合，可称为军事宪法。因此，军事宪法遂相对于宪法内的其他“非属军事”的宪法，宪法因此一分为二，一个“文”

---

① 在学理讨论上，德国传统学界常将军事宪法和军事行政法相提并论，而认为前者之具体内容为军队组织、训练、人力运用以及军人之权利义务等。例如 Rehdans / Dombrowsky/Rersten, Das Recht der Wehrmacht , 2. Aufl. , 1938, S. 47, 就将“国防大法”（Wehrstaatsrecht）下分成军事宪法（Wehrverfassung ）及军政（Wehrverwaltung）两大部门讨论。

的部分及一个"武"的部分的宪法。

宪法在西方国家成为规范国家生活最重大之法规范后,显然成文宪法须规范国家主要机构的成立,国家权力的运作以及人民权利的保障,对于国家武力的设置——例如军队的统帅权,宣战与媾和的权限,军人的任免以及军队和国会之关系——例如军事预算的决定权限等。因此,几乎每个国家的成文宪法里皆有关于军事之规定。甚至,基于对国家军权的限制,也是近代宪政发展的主要动因之一。军事与宪政既不可分,有的学者便认为国家宪法其实便是一部军事宪法。这种提升军事宪法之重要性之目的,厥于凸显军权在国家宪法体系里所应受到规范、定位之重要性。① 每个国家及对军权规范的理念、认知各异,故也会有不同的军事宪法。由这些不同的军事宪法里,可以分析军事在各该国宪法体系里的地位。

西德在1956年3月19日公布的第七次修宪案规定了建军的宪法依据,这个修宪案即被称为"军事宪法"。相同的,在1968年6月24日公布增订紧急条款,故此次修宪也被称为"紧急宪法"。所以,德国学界就宪法内明文规定适用于某一范畴的法条,即冠以"宪法"之名称。故一个宪法里即有"财政宪法"(Finanzverfassung)、"文化宪法"(Kulturverfassung)以及"紧急宪法"(Notstandsverfassung)等。宪法里有关军事的部分遂可划归于军事宪法之内。故西德学者称军事宪法,多指这种形式意义的军事宪法之概念,②也多半指1956年通过的第七次修宪条文,但不包括1968年通过之"紧急宪法"里有关军事之条文[本文四、

① 例如,1688年英王詹姆士二世便是为军费的增加而与议会决裂,演变成"光荣革命"。而军事需要、战争、国家法制有如密切不可分的关系,且互为因果关系,故法学者早即对战争进行研究。德国名学者Otto Hintz早在1906年在其著《国家宪法与军队宪法》认为国家之存在,自始就脱离不了战争。所以,国家的宪法就少不了有关国防的规定,并且其重要性优先于宪法里有关经济及政治之规定。见O. Hintz, Staatsverfassung und Herresverfassung, Dresden, 1906, S.4。

② P. Badura, Staatsrecht, 1986, A. 35.

(一)、2]。

采形式意义解释的好处,在于能清楚的了解宪法对军事事项明确的规范,但缺点则在于易见树不见林,不能掌握整个宪法的精神,和忽略宪法各条文间,仍有理念的血脉相互联系,应该连锁性地相互呼应。

(2)实质意义的军事宪法:实质意义的军事宪法,指宪法内所有的条文,只要能够规范军事者,都列入实质的军事宪法的范围之内。所以,不仅是宪法明定有关军事之条款——如上述形式意义之军事宪法——外,其他关于人权之规定,例如人民基本权利的范围及其限制,可否适用在军人身份之争议问题上;人民服公职之权利及于担任职业军人等,以及其他宪法所规定之制度,例如"宪法"第67条第2项,军人应到院备询与否之问题,监察院监督军事权力运作之规定以及司法院有无管辖军事审判之权限等,都是属于实质军事宪法之规定。因此,实质军事宪法规范的,不只是人民与国家及军事之间的关系,也是军事、军队与国家、社会之关联。这也是由宪法所揭示的各种理念及制度——尤其是经过位阶居于宪法之下的许多国防法令构建的制度——有关军人的人权,军队的任务,国防组织以至于整个军队在法治国家的角色定位等之问题。所以,军事宪法是具体阐微宪政理念于军事范畴之法,也是一种多重价值判断的推演过程。故德国学界对军事宪法之概念,甚多采此意义者。①

本文以为唯有采纳这种实质意义的军事宪法概念,才可以很完整的将宪法内的"军事秩序"(Wehrordnung),以法的角度作制度性、一贯性的

① 如 W. Roemer, Die neue Wehrverfassung, is JZ 1956, 193; Zoll / Lippert / Rossler, Bundeswehr und Gesellschaft, ein Woerterbuch , 1977, S. 74; M. Lepper, Die verfassungsrechtliche Stellung der militaerischen Streitkraefte im gewaltteilenden Rechtsstaat, 1962, S. 52。

诠释。① 故本文采此实质意义说。

(二)军队在国家权力体系中的定位

军队是国家武力的掌握者,也是一个由军人为主组成的团体。军队在法治国家里,一般可以由国防行政体制所组成之"军政"体系,例如国防部之体系;以及由执行军事任务之军队所组成的"军队"体系,分作观察。在实行权力分立的国家里,军政体系,如国防部,是属于权力分立中的行政权,是再明显不过之事。然而,军队体系究竟应该如何在国家权力体系中定位,值得斟酌!吾人可以从几个理论的角度讨论。

1.军队地位的"独立性"理论

这种理论认为军队系一种具有特殊性质的团体。军队以从事作战——不论与对外作战或是对内敉平叛乱,都是从事激烈式的暴力作为。所以军队无法以国家一般权力分立之原则定位,因此国家法律必须将军队及规范军队的法律由行政法领域中独立出来,自成一格为军事法。易言之,军队以其特殊的地位,应有所谓的"自律性"(Eigengesetzlichkeit),有别于国家其他法律之基本精神。②

另外,大陆法系中传统"军政"与"军令"二分法的制度,也凸显军队体制的特殊性。而"军令"之所以脱离"军政",是基于军队"统帅权"的制度。"统帅权"(Oberbefehl)是源于德国公法学之概念,是指军队的指挥、统帅权。在实行"军政"与"军令"二分法的国家,例如"二战"以前的

---

① 也是根据这个着眼点,学者 Adolf Schuele 却认为一来西德《基本法》在 1949 年制订时,并未预想德国有重整军备之一日,故未预设军事宪法之制度;二来既然国军属于宪法所要规范与拘束之事务,故不应该突出国军在宪法中的特殊地位。所以其反对"军事宪法"之用语。见其在 1964 年 10 月 14 日,西德"国军指挥权"会议之报告,Schuele / Scheuner / Jeschek, Bundeswehr und Recht, 1965, S. 16。而另一个学者 Georg Christoph von Unruh 为避免军事宪法被误解为是狭义的,只对宪法内有关兵役之规定为限,也主张改用此"军事秩序"用语来取代"军事宪法"之用语。见 Fuehrung und Organisation der Streitkraefte, VVDStRL, 1968,16。

② 这德国传统军事法的见解,见 J. Heckel, Wehrverfassung und Wehrrecht des Gro β deutschen Reiches, 1939, S.79; Dazu, M. Lepper, S.102。

《日本明治宪法》第 11 条规定之天皇统率陆海军；德国 1871 年 4 月 16 日公布之《俾斯麦宪法》第 64 条德国皇帝的军队统率权；1919 年 8 月 11 日公布之《魏玛宪法》第 47 条德国总统的统率权以及台湾地区“宪法”第 36 条总统统率三军之规定，都是把军队的统率权操之在国家元首的手里。举凡军队的人事、军队的训练、作战与调动，战争遂行的指挥（战略与战术的决定），都属于不受国会控制的元首权限之内。相形之下，国会得以控制的是属于行政权力体系里的“军政”（Wehrverwaltung）权力，例如军事预算的编列与执行、兵役法规及军备的整建（如要塞、基地的建立）以及军队编列、抚恤、薪俸等事务。在组织体系上，军政事务由内阁的国防部管辖，而军令体系，则由统率权下辖“参谋本部”并指挥各军种总司令执行之。然而，如何清楚的界分一项事务是属于军政，抑或属于军令？例如军事审判事项、武器的研发与采购、军事预算的监督运用、军队人事法令的拟订等，如果完全归于军令而军政体系毫无置喙之余地，恐怕已喧宾夺主的过度膨胀军令之范围矣。①

视军队为国家权力内一种特殊之制度，并辅以军政与军令二分法之理论，军队由统帅权力所指挥，也就不必把军队权力纳入国家三权分立中的行政权力之中，②“军权”于是与“行政权”相对立。依法行政原则无法适用于军事行动之中。③ 军事机关亦不能认为是行政官署，并无颁布行政处分之权力，从而军事命令（军令）不同于行政命令（法规命令），不

---

① 关于军政、军令二分法的诸多理论和批评，参见李承训，“宪政体制下国防组织与军队角色之研究”，政战学校法研所硕士论文，1991 年，第 46 页。

② 在大陆法系的德国及日本行政法学界，例如，Otto Mayer 便把国家元首的权力认为是不属于行政权力，而是国家权力的“第四种领域”。而日本名学者美浓部达吉也认为天皇的“大权”，不属于行政权力之一。见笔者：《行政法学总论》，1994 年 3 月，修正 4 版，第 5 页，注 5。

③ 如德国早期名公法学者 Lorenz von Stein 所称，于战争时统帅必须把战力发挥到极致，此时不能用僵硬的法规来束缚统率权力；易言之，此时不是系乎法律的意志，而是“系乎敌人的行为”，来决定军队的战斗行动。见 L. v. Stein, Die Lehre vom Herrenwesen, 1872, S. 13; Dazu, M. Lepper, S. 96。

受法治国家对行政命令制度所为之限制——如法律授权、行政命令的违法审查——之拘束。① 将军队"特殊化"之结果,使军队变成"国家中的国家"(Staat im Staat),国家宪政秩序无法深入军队体系,与现今法治国家一切"依法而治"的原则,当然是背道而驰。况且传统大陆法系"统帅权"的制度及军政与军令二分法,皆已经因不合乎民主潮流而式微②,故本军队地位"独立性"理论并不足采。

2. 军队乃"公共机构"之理论

为了定位军队在国家权力体制内之地位,德国行政法学界甚早主张,认为其乃"公共机构"(Anstalt)(台湾学界通称为"公营造物")之一种。详言之,公共机构既然是以达成公行政为目的的机构,拥有一定的组成员和设备为特征,③而国家为抵御外辱和维持国内秩序所建立的军队,即符合此成员(军人)和设备(各式武器和基地)之条件,故可认为是国家的"公共机构"之一。在21世纪初期,不少德国公法学者即持此见解,将军队与宪法、行政法的理论相互结合。④ 军队虽然是由各级军人所组成之团体,而军队也拥有武器、营房、堡垒等军事基地和军事设施;同时,附属在军队的设备又可及于军事学校、医院以及运动设备等属于给

---

① 至于统帅权行使时是否还有其他程序上之限制,例如是否需要相关机关首长之副署,如《魏玛宪法》第50条明定联邦总统行使于何权限——在军事领域——亦须经过内阁总理或相关部长之副署;台湾"宪法"第37条之规定亦同。但这种副署制度并不妨害把军令和一段行政命令有不同的对待,只不过是在发布的过程,必须经过相同的副署程序罢了。

② 对于"统帅权"的问题,收录于笔者:《法治国公法学原理与实践》(下册),中国政法大学出版社2005年版,第55页。

③ 见笔者,《行政法学总论》,第112页。

④ 如P. Laband及Anschuetz等教授,即持此见解。见P. Laband, Deutsches Staatsrecht, Bd. 4, 4. Aufl., 1901, S. 34; M. Lepper, S. 100; G. Anschuetz, Die gegenwaertigen Theorien ueber den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Koeniglichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 1901, S. 85; 见K. Obermayer, Das Leitbild der Streitkraefte im demokratischen Rechtsstaat, NJW 1967, 838。

付行政之机构，在外观上军队即可以被归类在公共机构的类别之上。然而，如果再进一步推敲，可以知道军队虽有上述的甚多设备，但是这些设备却非把军人当管理人而提供给人民使用为主要目的。这些军事设备毋宁是给予军队的成员——军人使用，这与一般公共机构（如公立学校、图书馆、公园）大相径庭。同时，军人既系这些军事设施、武器的使用人，亦非单纯只是配备于该设备的管理人，所以把军队当做公共机构的组织，在今日德国公法学界几已无人实行此说矣！①

3. 军队乃隶属行政权力之理论

这个理论不再凸显军队的特殊性，依据国家设置军队主要仍在于维护国家安全为目的，而此目的如同国家必须担负的治安以及文化、经济等任务一样，本质上并无二致，都是国家通过行政权力达成之。西德在第二次世界大战后公布的基本法，在这个问题上，已有几点特殊的规定：

（1）西德《基本法》明确实行“军政、军令一元化”之制度。这个制度是在 1956 年 3 月 19 日西德通过第七次《基本法》修正案时正式确立。依本次修正案所增订数条有关西德“建军”条文中，最值得重视的是增订第 65 条 a，规定联邦国防部长掌握军队的命令与指挥权。本条文的重要意义在于：第一，这是德国历史上第一次把军队的指挥领导权力，交到内阁的手里，因此可以说是对数百年来以强兵立国，且由国家元首统军的“普鲁士传统”，作出历史性的突破。第二，在军队的领导权归属的概念方面，本次修宪中已经扬弃使用传统的“统帅权”（Oberbefehl）的概念和用语，而是取代以“命令与指挥权”（Befehl und Kommando - gewalt）。这种转变将以往国家元首对军队的控制权，且国会无法监督的权力，完

① 如 M. Lepper, S. 100; F. Kirchhof, § 78 Bundeswehr, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd Ⅲ, 1988, S. 980 以及 P. Lerche, Grundrechte der Soldaten, in: Bettermann / Nipperdey / Scheuner, Die Grundrechte, 4 Bd. Ⅰ, 1960, S. 456。

全改变成行政权力之一,并受到国会的监督。①

(2)西德在上述第七次《基本法》修正案里,同时也修正了《基本法》第1条第3项。按修正案的原条文是:"下述基本权利当作是直接适用的法律,拘束行政及司法。"经过修正后的条文,易"行政"(Verwaltung)为"行政权力"(vollziehende Gewalt)。这个一改"行政"为"行政权力"之用语,依学界的通说,是将军队是否属于行政的问题,暂时摆开一边,而军队无疑是可列入国家行政权力——也是强制力——的范围之内,故本次修改《基本法》第1条第3项,便可把军队纳入在宪法各种人权保障的拘束之内。② 正如《基本法》第20条第2项:"所有国家权力源于人民,这种权力经由人民选举与同意,分由特别的立法、行政权力及司法机构执行。"及同条第3项:"立法受合宪秩序、行政权力与司法受到法律及法的拘束。"上述这二项规定均采"行政权力"而非"行政"之语,但其语义与理论都是基于三权分立之原则。所以,尽管仍有部分学者认为即使基本法不作此修正,依第20条第2、3项之解释,军队也需受到法律及法之拘束;亦有认为本次修改《基本法》,更"行政"为"行政权力",恐易引起误解,认为军事权力不同于行政权力,而变成国家"第四权",才会有改为"行政权力"之必要,③但基本上西德国会当年作此修正,是为定分止争的阻绝日后对军队是否受基本人权的直接拘束之争议,且配合第65条a的增订,故军队形成行政权力之一环,应是不争之事实矣。

---

① 在增订本条文的过程中,朝野不少人士仍主张使用"统帅权"的制度,并且让联邦总统仍拥有此权力者,如自由民主党(FDP)即主张此见解。最后国会征询许多位以前在帝国及魏玛服务过,且有经验的政治家及军事家——包括前在魏玛时代担任过国防部长的Ge β ler,最后才肯定有改弦更张的必要。参见N. Toennies, Der Weg zu den Waffen, Die Geschichte der deutschen Wiederbewaffnung 1949 - 1957, 1957, S. 192。

② 见Duerig, in: Maunz/Duerig, Grundgesetz, Kommentar, Stand, Sep. 1983, Rdnr. 11 zum Art. 65a; A. Schuele, a. a. O., S. 16。

③ 参见A. Schuele, a. a. O., S. 17; P. Lerche, a. a. O., S. 457; v. Unruh, a. a. O., S. 168。

三、西德建军的方向与理念

西德自1955年7月23日公布《志愿服役法》之后，开始招募志愿役军人，在1956年通过3月19日所谓形式意义的“军事宪法”条文后，同日并公布号称“德国军队的基本法”的《军人法》(Soldatengesetz)，接着在7月21日公布《兵役法》，12月3日公布《军人诉愿法》，次年3月15日公布《军人惩戒法》，同年3月30日公布《军刑法》，至此西德建军的法制基础才告确立。①

西德建立新的军队，时间在距“二战”结束十年之后。究竟西德要以什么模式来建立军队？在建军之前后，甚至直到今日，还是一个争论不绝的议题。基本上，有“传统派”和“革新派”两大派别之争(Traditionalisten versus Reformer)。

(一)传统派的主张

此派主张西德应该重新建立一个具有传统精神的德国军队，尤其是普鲁士型的军队。其理由略述如下：

德国是一个具有悠久的军事历史之国家，而过去一百余年来，德国不论实行何种政体——君主立宪、魏玛共和及希特勒独裁，在军事人才、战略战术及军事传统上，都有傲世的成就，尤其累积了许多宝贵的经验。西德只要抛弃黩武的侵略思想与记取纳粹政权滥用的经验，即可迅速建立一支优秀又有自己传统与制度的现代军队。而第二次世界大战结束时至1956年建军时，许多加入联邦新军的军士官都是以前的“老式”传

---

① 关于西德建军过程，德文数据可参阅 N. Toennies(前述书)；D. Genschel, Wehrreform und Reaktion, Die Vorbereitung der Inneren Fuehrung 1951 - 1956, 1972. 英文资料可参见 W. H. Nelsen, Germany Rearmed, Simon and Schuster, N. Y. 1972。

统军士官,①更可驾轻就熟的胜任新职。而且,德国军队也曾经显示过其遵从政府决策、忠勇报国与特种纪律与效率,因此这种强调依"传统"建立的新军也必然会效忠民主的西德政府,如同以往对政府效忠的普鲁士军队。②

这种主张恢复过去传统的理念,跟着也展开一套对军队的基本精神的要求,便是:

(1)军队应该远离政治,所以军队不能和政党发生关系,军人除了不能加入政党外,也应该如德国许多军事法律所规定的,不能积极参与政治活动,也不能享有选举权与被选举权,以保持对政治的超然态度,避免介入政争。③

(2)严格区分军队世界和外在的民间世界,认为"文武社会"的分别建立可以保持军队的"纯度性"。军队应该保持自己的道德观、伦理观和纪律观,才可以显示和培养出军人在必要时应"勇于"为国家效命的至高荣誉。如果"军民合一",民间社会的多元价值观一旦渗入军队,军队战力势将濒临崩溃的命运。这就是德国迄今仍广为人所讨论,也就是由著名的军事社会学学者 Wolfgang R. Vogt 所主张的"区隔理论"(无法融合

---

① 西德在 1955 年 10 月 1 日由联邦总统任命 2 位将军及另外 109 位中校至中士的军士官,首先迈开西德建军之第一步。而当时申请志愿入伍的人数超过了十五万人,其中四万名是在大战时曾任军官者,八万七千人是曾任士官者,已居全数的八成。见 N. Toennis, S. 181; W. H. Nelsen, p. 23。

② 见 U. Esser, Das Traditionsverstaendnis des Offizierkorps, Eine empirische Untersuchung zur gesellschaftlichen Integration der Streifkraefte, 1982, S. 18。

③ 例如 1850 年的《普鲁士宪法》第 38 条、第 39 条都限制军人的参加集会结社权利,与 1874 年的《帝国军队法》以及 1921 年 3 月 23 日公布的《国防法》(Wehrgesetz)第 36 条以及 1935 年 5 月 21 日公布的《国防法》第 26 条也规定军人不能够从事政治活动,不能加入党派(包括纳粹党),也没有拥有选举权及被选举权。见 P. Lerche, a. a. O., S. 452; Rehdans / Dombrowsky / Rersten, S. 100,这种态度最明显的,莫过于魏玛共和国国军的创立者 von Seeckt 将军,主张国军要自成一格与政治没有任何瓜葛。O - E Schueddekopf, Das Herr und die Republik, 1955, S. 117.

理论，nkompatibilitaetstheorie）。①

（3）在军人的养成训练方面，要强调军人的“传统美德”，例如服从、效忠长官与国家、追求荣誉，并且在自觉上要把军人当做国家最优先最光荣的职业，高于其他职业之上，易言之，要加强军人的“责任重大”之职业自觉。

（4）军人，尤其是职业军人，应该要组成一个坚强的内聚团体——如军官团，以自己内部的道德和价值观念形成军人道德的指导原则，使军人的内外言行受到比国法更严格的拘束，而和国家一般人民及公务员有所差别。

（5）在军队的“外在形象上”，为保持德军传统的一贯性，以前德军长年惯行的仪式，如向队旗致敬、宣誓、踢正步、可以配挂以前战争（尤其在第二次世界大战）所获勋章及恢复铁十字勋章之制度等都应引进新建的西德国防军之内。所以，主张这种“传统论”的人士——其中包括几乎所有退伍军人团体，希望西德能够把德国军队的传统制度移植过来，而非毁弃之，且使军人再度成为西德社会的“精英”阶级。②

（二）革新派的理念

和上述传统派的见解不同，革新派希望以另一种新的理念构建西德的新军。这些构想在西德筹备建立新军的成员里，形成主导的地位。

1. 建军的研拟

西德在 1955 年 10 月开始有一批正式的军人以前，已经有研拟建军的方案。早在 1950 年 5 月，即西德基本法公布的次年，总理艾德诺便任命前装甲兵将军史维林（Graf von Schwerin）为其防卫、安全问题之顾

---

① Vogt, W. R., Die Theorie der Inkompatibilitaet, in Vogt (Hrsg.), Sicherheitspolitik und Streitkraefte in der Legitimationskrise, 1983; Dazu, Kister / Klein, Staatsbuerger in Uniform – Wunschbild oder gelekte Realitaet? 1989, S. 19.

② 参见 D. Abenheim, Bundeswehr und Tradition, 1989, S. 33 以及 D. Genschel, a. a. O., S. 176。

问,并成立一个小型的办公室,称为"史维林办公室"(Dienststelle Schwerin)。这个办公室的本来主要工作在研究建立全国联邦警察的制度来维护内外之安全,但随着6月25日朝鲜战争爆发后,就负起研究建立国防武力的可能性问题。由于史维林在一个与新闻记者的私人宴会上发表其已拟就之兵役法草案,引起轩然大波,并恼怒了总理,艾德诺遂于同年10月另成立一个由总理直属的"处理因盟军增多而产生之问题之委员会"(Beauftragte des Bundeskanzlers fuer die mitder Vermehrung der allierten Truppen zusammenhaengendenFragen),以由工会运动出身的联邦众议员布朗克(Theodor Blank)主掌,故称为"布朗克办公室"(Dienststelle Blank)。这个机构网罗了史维林办公室的成员,而史维林办公室即于11月撤销。

布朗克办公室在1955年6月6日改为联邦国防部,而布朗克也成为首任国防部长。在此之前,是以建立西德新军为目的,而其成员几乎全是日后西德军队的最高领导成员。[①] 所以,这个西德国军的"催生者"对日后建军所抱持的理念,也就成为此新军的未来结构的基本方案及指导原则。其中,以1951年5月8日加入布朗克办公室,担任主管新设之"领导统御"处(Inneres Gefuege,后改称Innere Fuehrung)的包狄辛(Wolf Graf von Baudissin),所发挥的影响力最大。

2. 包狄辛的改革理念

包狄辛出身贵族世家[其姓名上仍冠有"伯爵"(Graf)之名号],也曾在魏玛共和及纳粹时代服役与接受一流的参谋军官训练。战时在非洲隆美尔军团担任少校参谋,后被俘直至战后才被释放返国(关于包狄

① 例如,本办公室的两位顾问——战时曾任中将的史培德(Hans Speidel)及豪辛格(Adolf Heusinger),成为西德最早被任命的将军,而当时在这办公室四位军人出身的部门主管中的两位,都在后来的西德军队中晋升到最高之四星上将。如(Graf von Kielmansegg)为北约中欧指挥官;前中校的De Maiziere后升为西德军队总监(Generalinspekt)。

辛之生平，详见附录一）。

包狄辛自从1951年担任斯职起，至1967年年底以中将阶退役为止，一共发表了650篇文章，来鼓吹及阐述其“改革”之理念。而其担任主管的“领导统御处”，正是研拟日后西德军队内部领导理念及统御结构的单位，故包狄辛的影响力正是“适得其所”。基本上，包狄辛对日后理想中的西德国军所持的看法，略有下列数端：

（1）长官部属关系的调整。包狄辛最早一篇关于军队内部领导统御的草案，是1951年6月1日发表的“长官关系”（Vorgesetztenverhaeltnis）。在他担任布朗克办公室职务三周后所发表的此一草案中，包狄辛认为军队长官和部属的关系，唯有在执行勤务时才存在；而执勤外这种关系即消灭。故与勤务无关的任何命令——如传统上低阶军人要替高阶军人服务，如提皮包、开门，下级军人无遵守之义务。包狄辛明言的认为要尽量缩小部属的拘束范围，增加其自由的限度以保障人性尊严。①

（2）军人人权的全力维护：这是包狄辛最有名的理论。他认为现代国家需要新典型的军人，军人必须知道为什么而战。而军人必须先享受人权才知道人权之可贵；享受人性尊严，才会知道人性尊严之重要。军人仍保有公民的身份，只能为勤务所需，才予以最小的限制。针对军人人权的应维护性，他于1951年提出军人乃“志愿执干戈的公民”（freier waffentragende Staatsbuerger），1952年提出“执行勤务的公民”（Staatsbuerger in Dienst），到1953年提出的军人乃“穿军服的公民”（Staatsbuerger in Uniform）后，此用语已变成西德公法学界对军人权利地位认知的通说。②

---

① Vorgesetztenverhaeltnis, in: P. v. Schubert (Hrsg.), Wolf Graf v. Baudissin, Soldaten fuer den Frieden（以下简称 Baudissin, Frieden）,1972, S.131.

② 这是包狄辛在1951年起陆续以“未来军人之形象”为专题所提出之见解，见Baudissin, Frieden, S.199。

(3)文武社会的融合:与军人乃"穿军服的公民"理念一脉相承,因此军人和非军人都是国家公民的两种形态,基本上,在人权的享有并无"质量"上的差异,至多仅是"数量"上的差别。

此其一。另外,以现代战争的形态来看(例如整体战)以及战争使用大规模毁灭性的武器(如原子弹),使得传统战争里前线与后方实难截然划分。所以,依包狄辛之见,以后的战争必是全面科技化,军队也变成科技人员组合的团体。整个军队科技化后,军中的"平民"势将增加,也会使民间社会的价值进入军队,故军队应该"民间化",他称此为"由科技化促成民主化"。这是因现代战争既是全国科技必须配合、提供军队的科技装备及研发新的军用科技,故民间在平时,虽然不会像战时那么的明显及严重的军事化,但在程度上也不免有军事化的色彩。所以包狄辛希望以"双向"的"军队社会民间化"及"民间社会军队",以融合军、民之社会。易言之,这种"军民合一论"和传统派的"区隔论"有极大的不同。①

(4)军队的"政治化":包狄辛另一个重要的理念是军队的"政治化"问题。包狄辛不若传统派见解,认为军队可以超越国家日常政治,军人可以不必对政治有任何认知。相反的,他主张军队既然应该重视人权、和民间社会尽量融合,故军队也离不开国家政治的影响。因此,包狄辛的理想便是希望日后西德的国军是一个了解"为何而战"的民主军队。军人不仅不应该不了解政治,也不能拒绝参与政治,故一方面主张军人应该拥有完整的参政权如同文职公务员一样,另一方面也不能阻止军人参加政党,甚至军队里只有各种党派的党员,才更能反映社会多元的意见,使军队内部的民主化早日实现;只有在执行勤务时才要超越任何党

① 包狄辛此见解认为唯有"双向论",才可以避免单向的"民间社会军队化"会造成军国主义之后果。也唯有这种双向的军民社会融合才会确实的使军队里实施人权之保障。这是他在1954年6月22日以"未来德国军人之形象"为题向西德众议院所发表的演说里所强调的论点。见 Baudissin, Frieden, S. 205; Kister / Klein, S. 18。

派的考虑。为树立军队与军人这种政治观，包狄辛主张军队应该进行公民教育，使军人知道民主的可贵，进而愿意为民主政体献身奋斗，包狄辛特别指出德国以往在魏玛时代军队的标榜“远离政治”，造成军队对政治的无知，才会产生使纳粹政权日后有机会滥用德国军队的悲惨后果。①

(5)功能化目的的强调：包狄辛认为军队整个内在的组织，应该给各级军人——尤其是士兵——有参与形成其军营社会的机会。易言之，包狄辛认为传统上把军营当做一个管理严格、无个人自由空间的地方，这种见解应该改变。军营里的内务、布置应该让各级军人有参与管理的机会。同时，他认为现代军队如同大工厂、大企业一样，唯有和谐的工作气氛(Betriebsklima) 才可增进工作效率，故在领导统御的风格上，应该“以合伙(协同)关系代替服从关系”(Partnerschaft statt Unterwerfung)，让长官们放弃传统绝对权威、威吓性的领导模式，而代以唤起袍泽的责任心及理性。因此，他在 1952 年年底就主张军队里应设立一种“信托代表”之制度，作为沟通长官和部属意见的代表。在训练上，他认为在战技训练上应该严格，至于与战技无关的训练(例如教练场上的基本教练与踢正步)等应该废除，避免占用军人为熟悉复杂武器之操作已嫌不足的时间。故包狄辛是以军人战斗的“功能”，强调军队任务的应单纯化，故他

---

① 包狄辛早在 1952 年 6 月 30 日提出的“军队的领导统御”(Das innere Gefuege der Streitkraefte) 草案里已初步主张这种公民教育不是宣传，而是给予军人“信息”并使其了解政治及培养价值观。而在 1954 年 10 月其又发表一篇“部队里公民教育及政治责任的教育”(Staatsbuergerliche Bildung und Er - ziehung zur politischen Verantwortung in der Truppe)中详述这个问题。其再三解释公民教育的重要性及不会加重军队与长官的负担。同时认为公民教育应由长将讲授，军方应该提供各级长官各种辅助教材及数据。这种由长官对部属进行公民训练，可使部属对长官增加信心，因为一个有容忍心的长官才会促使部属衷心接受其指挥，其认为一个称职的长官必须对政治异见的下属有容忍及开导心之修养，否则即不配作一个长官。故公民教育不应由“非军人”讲授，军队也不应该训练一批专门的“政治军人”进行公民训练，因为这两种人才皆会被视为“宣传”用之人员，会失去此公民教育训练之本意。见 Baudissin, Frieden, S. 256。

也被称为是"功能主义者"(Funktionalist)。①

3. 对革新派(包狄辛)理念的批评

包狄辛的改革理念自从 1951 年陆续提出以后,遂成为西德朝野讨论的中心,包狄辛本人活动力甚强,经常发表新的国防意见,也因此成为不少人——不仅是传统派人士,亦有属于自己改革派阵营人士——的批评火力之中心。

传统派人士对于包狄辛的批评,认为他是德国传统军魂的破坏者,要"凭空"塑造出新的军队理念,恐怕是陈义过高的理想罢了。此外,也有一批人质疑包狄辛的阅历,批评包狄辛以前在军队里只是担任参谋军官,并没有担任过各级指挥官,所以不知道指挥一个部队的不易,由于其以前最高军职只是少校,也缺乏更高阶层军官之历练,所以怀疑包狄辛到底有无规划全西德日后数十万大军之组织的"将才"。另外,在一些由退伍军人团体出版的刊物上,出现许多批评包狄辛早在 1941 年被俘,亦尤获得任何勋章,所以不知道当年战争的激烈及代表荣誉之勋章对军人的传统意义,故讥讽包狄辛的战争经验是由"战俘营"所得来,而非由火在线所得来云云。故批评包狄辛所代表的改革理念不具实践性,也称呼包狄辛乃一个改革的"梦幻舞者"(Traumtaenzer)。②

另外,在自己改革派的阵营内,对包狄辛改革构想有意见者,也颇不

---

① 这是包狄辛在上述(注 30)1952 年所提出之"军队的领导统御"草案中所揭示的论点。他在此篇草案里除了提及军人及政治之关系以及军队在内部勤务关系的"功能性"主义外,也分别认为军队内部应用"法治国家"的原则来规范军事审判、惩戒及诉愿制度,来保障军人受到独立之军事审判及其他救济之程序。见 Baudissin, Frieden, S. 133。

② T. Roessler, Innere Fuehrung, in: Zoll / Lippert / Rossler (Hrsg.), Bundeswehr und Gesellschaft, 1977, S. 126; M. Kutz, in: Kister / Klein, a. a. O., S. 22 以及 C. v. Rosen, Wolf Graf v. Baudissin zum 75, Geburtstag, in: Baudissin, Nie wieder Sieg! Programmatische Schriften 1951 - 1981, 1982(以下简写:Baudissin, Nie wieder Sieg), S. 9。连一些战时著名的将领如 Reinhardt 上将及 Tegernsee 上将,也都大力批评包狄辛。见 D. Genschell, a. a. O., S. 177。

乏其人。其中冲击最大的，应推包狄辛手下的第一大将，也是其职位副手的卡斯特(Karst)。

在1955年10月西德正式任命第一批职业军人的前2个月(8月)，卡斯特趁包狄辛访美而自己代理"领导统御"处长期间，发表了著名的"卡斯特备忘录"(Karst－Denkschrift)，这份发给每一位在布朗克办公室任职之部门主管的公开信，除了大肆批评西德国会在研拟各种军事法律时，极度怀疑日后西德新军能否效忠民主政府之能力，同时对最高职位军人(上将)的薪水给予系按一般次长的标准还次一级，不似以往是比照部长级的待遇。① 尤其是包狄辛的新理念系强化国会对军队的控制，要求军官们要具备民主的素养，以全新的观念进行领导统御，使得全德国的前职业军人——包括在"布朗克办公室"里任职的退伍军人——绝大多数都排斥包狄辛的理念，卡斯特无疑的感受到这种强烈的来自办公室内外的气氛。因此，批评这种用严厉控制、低劣待遇所"御辔"的新军变成国家的最低贱人民(Paria)，不仅不是如包狄辛所称的"穿军服的公民"，反而是"住在贫民窟的军人"(Soldat im Ghetto)。所以，把包狄辛的理念看成是"贬抑军人地位"的同义语。②

卡斯特备忘录后经过西德传统最大、销路极佳的"镜报"(Der Spiegel)周刊的全文刊载，造成全德朝野的重视，不仅国会全数赞成通过谴责卡斯特批评国会之看法，连布朗克及包狄辛也倍感狼狈，卡斯特事件虽然并不妨害包狄辛继续阐扬其理论，而国会也基本上支持这个新理念(详见下文)，但是由"变生肘腋"，连长年为包狄辛得力助手及同路人之卡斯特也会起来反对改革理念，就可想到，包狄辛理念所遭遇阻力的

---

① 依目前西德法制，上将是比次长低一阶叙薪(B10比B11)，但总监(Generalinspekt)不在此限。

② Ghetto本义是犹太人之小区，可引申为"教外之区"或少数民族、贫民窟等；D. Genschel, a. a. O., S. 150。

一斑了。①

(三)方向与理念之争的结果

西德在建军前对于日后西德国军的体制及内部领导统御问题的方向与理念之争议,基本上自1956年3月19日通过《基本法》修正案,增订建军的有关条文,以及在同日通过的《军人法》后,暂告终结。虽然至今学界和军方还是继续去探讨此问题,然而讨论的声浪已不太大。

基于传统论和革新论都太过偏激,西德的军事法制便谋求一个折中的方案,分别选择两派主张的一部分,形成西德国军的指导原则,但是,包狄辛的见解被采纳的,仍然占了绝大多数;而属于传统论被采纳的原则,就显得较少。这两派被采纳的原则可略示如下:

1. 传统派

(1)对以往军事传统采取肯定的态度,亦即肯定所有在"二战"时服役的军人。除了参与纳粹屠杀犯行有关的行为外,不论是出自国防军(Wehrmacht)或是党卫队(SS),都承认是为国服役,其所获得之勋章,国家承认其具有"荣誉性"。尤其是1957年7月26日公布的《勋章法》(第6条)规定在第三帝国时代获颁之勋章只要祛除纳粹标志,即可挂配在西德军服之上。同时依同法第11条,对于以前曾获得最高荣誉之勋章(如第二次世界大战的铁十字骑士勋章),其本人或遗属都可获得每月五十马克的"荣誉金"(Ehrensold)。许多回役的前职业军人都可配挂这些琳琅满目的勋章,这是传统派的一大胜利。

(2)为了正确保存德军传统,西德国防部在1965年7月1日颁布《国军与传统的行政命令》(Erlass Bundeswehr und Tradition),共有30条条文,许可各部队举行传统式的庆典——如踢正步、持火炬宣誓、举行军

① 事件发生后,卡斯特并未遭到处分,而包狄辛必宽宏大量继续请卡斯特担任助手。不过,后来卡斯特还是投奔传统派阵营,在70年代属之为文批评新改革理论。D. Genschell, a. a. O., S. 154. 卡斯特日后曾任准将,主管陆军的教育及训练事务。

士官的就职庆典等。对沿用旧番号之部队，其使用以往之德国军旗只要和西德国军军旗并列，亦可树立；只要注意不为纳粹宣传，以前的军人可以来部队演说及开展览会；①对军人可以叙述德国军队之光荣事迹②等。

(3)西德国军仍援用铁十字作为军徽，唯铁十字勋章制度则不再恢复。

2. 革新派

(1) 军队长官部属关系只限于执行勤务时方存在(《军人法》第1条第4项)。

(2)军人公民权利的保障。易言之，"穿军服的公民"原则上被接受(《军人法》第6条)，参政权利也受保障(第25条)。

(3)军人应接受公民及国际法教育(第33条)。

(4)信托代表制度的建立(第35条)。

(5)军人得选举代表以保障军人之权益(第35条a)。

(6)长官对部属，或军人间对不同意见的尊重(同法第12条及第15条第4项)。

总而言之，传统派的见解，只有在西德新建立之国军的外观上，即勋

---

① 违反者，依此"命令"第30条，各指挥官应负责。在此值得一述的是1976年发生著名的"鲁德事件"。鲁德(Hans - Ulrich Rudel)上校是德国第二次世界大战的传奇英雄，也是唯一一位获得德国最高勋章(铁十字骑士勋章镶钻)的军人。1967年西德空军第五一侦察联队(此联队又称为Immelmann联队，盖乃为传承这位第一次世界大战空军英雄之光荣而命名)邀请鲁德到联队演讲。因为，鲁德的战功彪炳，从无一个军人出其右(依官方记载，其战时记录是击毁敌方坦克519辆、击沈战斗舰1艘、本人曾经30度被击落)，故为不少西德军人之偶像。另外，鲁德在战时曾担任另一个Immelmann联队之指挥官，本人也是西德一个主张传统派社团的领导人，故西德第五一侦察联队邀请他列会。但鲁德是一个著名的极右派人士，战后从来不肯批评纳粹党，西德国防部曾通令各军事机构要和他保持距离。第五一联队邀请鲁德演讲便引起轩然大波，最后导致两位空军将领(包括一位中将指挥官)的强制退休后果。这著名的"鲁德事件"可以看出西德国军和传统派的一些纠葛关系。见D. Abenheim, a. a. O. ,S. 191。

② 见D. Abenheim, a. a. O. , 225, Anlage 1。

章、庆典仪式及军徽上获得采纳。至于对军队的"体质"及其法治精神则大幅度接受包狄辛的意见,此由下文讨论西德军人法的制度,可以获得印证。因此,吾人可以认为西德在1956年的建军是以采纳革新而非传统的军事理念,故西德国军应是一个体质全新的新军,殆无疑问。而西德的新军既是采纳"创新"而非"复古"的气息,在内自可获得许多追求民主理念之政党的支持,在外也可减轻诸国对西德"军国主义"复苏的疑惧了。①

四、军队与法治国家之关系

西德的国军在采纳改革派新理念后成立,军队因此在实行法治国家的西德便同样受到法治主义的约束。军队的法制可以分成两个层次讨论。第一,《基本法》对西德国防与军人、军队之《军事秩序》的相关规定;第二,作为规范军人基本权利义务及军队内部体制的《军人法》之相关规定,可以让吾人了解军人及军队在法治国家里的地位。

(一)《基本法》的"军事秩序"规定

西德在现行基本法所树立的"军事秩序"(Wehrordnung),除了《基本法》在最早制定时已有的规定——如第1条第1项规定保障所有人民之人类尊严是国家所有权力之义务,以及第26条规定禁止进行及准备侵略战争外,最具体增订有关军事宪法的修宪活动,可以分成在1956年

① 1955年11月12日国防部长布朗克颁发给西德第一批101位志愿役军人之任命状时,就公开宣称:是把改革理念付诸行动的时候;对于经不起时代考验的老传统,新的西德军队将不接受。故西德新军,要一如豪辛格将军所称重新培养新的传统。可见新军一开始就排斥传统论。而这个颁发任命状的日期,特定选在18世纪末普鲁士最伟大的军事改革家香霍斯特(G. J. D. v. Scharnhorst, 1755 - 1813)的两百岁诞辰纪念日,也显示出当局"改革"决心的时代意义。见D. Abenheim, a. a. O., S. 113。

3月19日公布的第七次修宪案，也就是所谓“形式意义的军事宪法”修正案；以及在1968年6月24日所公布所谓“紧急宪法”的修正案两次。兹分述如下：

1.第一阶段：制定“军事宪法”时的规定

本次修宪更动及增订的范围甚大，共有16个条文之多；具体奠定西德建军的宪法基础，也是历年来《基本法》更动最大的一次。其要点略如下：

(1)通过修正第1条第3项，把基本人权之拘束力及于所有“行政权力”之上，使得军队亦受人权规定之直接拘束，军队也属于行政权力之一。①

(2)通过修订第12条，规定年满18岁男子应服兵役，但是对于本于良知无法服战斗勤务者，得依法律改服其他“替代役”。②

(3)通过增订第17条a，规定军人及服替代役的人权，包括言论、书信及图片的发表及传播权利、集会权利、请愿权、团体(聚众)请愿及诉愿权利以及迁徙自由与住所不可侵犯之自由，皆可以及应以法律来限制之。

本项规定的重要性，在于确认对军人人权的侵犯，必须依“法律保留”之原则。易言之，如同对于人民基本人权的侵犯一样，对军人人权之限制亦必须以法律明文规定，并且也适用《基本法》第19条第1项至第3项之规定——即“个案法律”之禁止、人权核心之不可侵犯、限制人权之法律应指明所限制之人权的条款(指明条款之要求)以及对一般人权限

① Stammen, aaO. S. 19.

② 见现行《基本法》第12条a。

制都应适用之比例原则。①

除了法律保留外,认为既然《基本法》第17条a明确规定立法者可以限制下述军人之人权,因此这种列举并不只是宣示作用的例示,毋宁是具有明白的语义。更何况当初西德国会在讨论本条条文时,曾有一个草案主张:为满足国防任务之迫切需要时,国会得立法限制军人之人权。但是这种仿效《魏玛宪法》第133条第2项立法例的"概括限制"军人人权的草案在众议院法律及宪法委员会内被否决,而改以现行法条之规定,可见得国会对本条修宪条文的旨意十分清晰。因此,军人的人权限制以第17条a之明定为限,是为"排他列举理论"(Enumerationstheo - rie)。这种理论是西德学界的主流,也认为唯有实行这种理论,才能确保军人乃"穿军服之公民"的理念。②

但持"反对说"者,则产生所谓的"身份理论"(Statustheorie),认为《基本法》第17条a只不过强调军人是因为担任军人之后,产生新的身份,并且基于勤务关系才会对其人权加以与其他人民不同的限制。这种限制乃是"依身份所定之限制"(statusbedingte Einschraenkung),但是和传统"特别权力关系"理论迥异的是,在"特别权力关系"理论下的军人人权广泛受到限制乃基于其身份"本身"(an sich)的特殊性所致。但《基本法》第17条a的情况就不同了。本条是一"补充关系"(Ergaenzungsverhaeltnis)之条文,使具有军人身份的人民之人权,在和军事关系发生冲突时,能够获得平衡。

因此,持"身份理论"者认为对军人人权的限制应该以宪法的基本精

---

① 德国学术界遂有称为兵役法内在限制之界限(Grenzen der Verdienst immanenten Einschraenkung), W. Ullmann, Grundrechtsbeshraenkungen des Soldaten durch die Wehrverfassung, Diss. Muenchen, 1968, S.144;笔者,"论宪法人民基本权利的限制",收录于本文集第十篇;P. Lerche, a.a.O., S. 463。

② G. Duerig, in: Maunz / Duerig, Grundgesetz, Kommentar, St - and Sep. 1983, Rdnr 9 zum Art 17a; A. Schuele a.a.O., S.24; E. Cuntz, Verfassungstreu der Soldaten, 1985, S.189.

神——如法治国原则——以及宪法的人权理念作整体性的观察，不必特别凸显本条文之重要性。此派理论反对通说的“列举理论”，认为该理论会过度强调军人和人民具有本质上的不同，从而只会无止境地限制军人的人权——以为立法者已获《基本法》第 17 条 a 的授权，故唯有认为第 17 条 a 之列举乃是“例示”性质，并非“排他式的列举”，方足以更有助于促使“穿军服的公民”理念之实现。①

尽管西德学术界对于《基本法》第 17 条 a 的性质有“排他列举说”和“例示说”（身份理论）之争，但是基本上都有一些共通点：第一，都排斥传统的“特别权力关系”理论，使得军人人权之限制都必须依法律之明白规定；②第二，不论对于志愿役之军人（职业军人）或是依兵役法入伍之军人，一律适用人权保障之规定。易言之，对于志愿役军人不得以拉丁法谚——志愿者不能构成非法（volenti non fit injuria）而对职业军人人权作异于义务役军人之限制；第三，对于其他宪法所规定之人权理念——如第 1 条第 1 项（人类尊严之不可侵）；第 2 条（自由发展人权之权利）；第 3 条（平等权）；第 4 条（信仰、信念及宗教自由）；第 6 条（婚姻自由及家庭团聚权）以及第 14 条（财产权）等，都属于军人不可侵犯之人权范围。因此，《基本法》第 17 条 a 的诠释可以说在保障军人人权，并配合《基本法》全盘人权体系下，对军人某些人权的“得”以立法限制的“特

① P. Lerche, a. a. O., S. 460; W. Ullmann, a. a. O., S. 57; S. Mann, Grundrechte und militaerisches Statusverhaeltnis, DoeV 1960, 411.

② 不过，支持“列举说”的学者也有认为“身份理论”尽管再三申辩主张其学说并非沿袭旧日的“特别权力关系理论”，但骨子里仍是有此理念的阴影在焉。见 E. Cuntz, a. a. O., S. 190。

别授权"(Spezialermaechtigung)条款罢了。①

(4)通过增订第45条a,国会(众议院)成立国防委员会,国防委员会可以成立"调查委员会",经过委员1/4以上的请求,本委员会对该事项有调查之义务。这是德国国会行使的"调查权",尤其在国防事务方面的调查权,可使军队事务受到国会的监督,这是受到美国国会调查权制度甚大的启示。

(5)建立"国防监察员"制度。这是西德《基本法》极为重要的突破,通过增订第45条b,众议院为了保障军人人权以及当做国会行使监督权的辅助机关,国会得设立一位"国防监察员"(Wehrbeauftragter),其细节由法律定之。

这是模仿瑞典在1915年所进行"军事改革"时所改良早于在1809年就已有的"司法监察员"(Justitieombudsman,Justizbeauftragter)制度,而专对军事方面成立之"军事监察员"(Militaerbeauftragter)之前例,这是首次在德国法里面出现。西德国防监察员主要任务有二:一、当做国会监督国防事务的专责辅助机关,二、保障军中之人权。依1957年6月26日公布的《国防监察员法》(最后修正,1990年3月30日)第3条,国防监察员拥有广泛的调阅资料及突击检查任何一个国防设施及军事单位之权力。而且,国防监察员由国会选出,任期五年(第14条),除了每年应向国会提出工作年报外,亦随时有应国会与国防委员会之请,就个案作报告之义务(第2条、第6条)。另外,为了保障军中人权之旨意,本法也规定任何军人都有可以不经职务管道,直接向国防监察员申诉之机会

① G. Duerig, Rdnr. 13; P. Bornemann, Rechte und Pflichten des Soldaten, 1989, S.14; E. Cuntz, a.a.O., S.190. 不过据E. Cuntz之分析,西德国会当初虽然采纳"列举式"立法模式,但是绝大多数的议员并没有坚持国会将来依《基本法》第73条一段(国防事项乃联邦专属立法权限)制定国防、军事法律时,必须严格就这几个所预先设定的人权种类来作为限制人权之界限。这也难怪会有学者认为第17条a的列举只具有"非排他性"的宣示效果罢了。

(第 11 条),唯匿名申诉函件不予受理(第 8 条)。① 因此,国防监察员制度之建立及西德国会之国防委员会,可强化军队受"文人统制"(Civil Control) 的效果,贯彻德国学界所称之政治优于军队的"政治优越性"(Primat der Politik)之原则。②

军政与军令体系一元化:这种转变可以分成几个方向来观察:第一,总统不再对军令部分享有统帅权。《基本法》第 60 条第 1 项虽然仍规定总统对军官与士官有任命权,但此任命权如同任命法官、公务员一样都是仅具形式意义。第二,废弃老式的"统帅权"(Oberbefehl)体制,改为一般性质的军队"命令与指挥权"(Befehls - und Kommandogewalt)。通过增订第 65 条 a,规定军队的命令及指挥权在平时交给国防部长,使得军政与军令一元化,皆受到国会之监督。③ 同时,由增订的第 87 条 a(现行法第 87 条 a1 项)也规定国会应依预算控制国军的数量及其组织原则。故军事权力已操在内阁的国防部长之手上。这种情形到了 1968 年 6 月 24 日公布另一次重大的"紧急宪法"修正案时,④才以增订第 115 条 b 的方式,规定在国防状态(战时)发生后,同时将军队的命令及指挥权移转到总理之手上,俾使总理更能整合内阁各部力量来支持军事。⑤

(6)军事(刑事)法院的"平常化":增订第 96 条 a 规定(现行法第 96

---

① 见 H. Mauer, Wehrbeauftragter und Parlament, 1965, S. 7. 笔者,"军队人权及法治的保护者——论德国国会监察员制度",刊载于本文集第四十四篇。

② R. Jaeger, Der Staatsbureger in Uniform, in: Festschrift fuer Willibalt Apelt zum 80 Geburtstag, 1958, S. 134 。本篇论文中译,请参阅笔者译:"穿着军服的公民",刊载本文集第四十三篇。

③ 早在西德正式建立新军以前,著名的公法教授 Walter Jellinek 即已主张军官任命权应由总统为之,但正确及逻辑上的解释,必须受总理及国防部长之建议的拘束。并且其也主张可以把军队的"统帅权"(氏尚未扬弃此"统帅权"之用语)移至总理之上。W. Jellinek, Grundgesetz und Wehrmacht, DoeV 1951, 545.

④ 关于此次修宪情形参见笔者译,"西德国家紧急条款的制定过程及其架构",载《宪政思潮》(第 69 期),1985 年 6 月,第 51 页。

⑤ W. Roemer(前注 5 处),a. a. O., S. 195.

条)设置联邦军事(刑事)法院。唯本军事法院只有在国家进入国防状况时,对于派遣到国外作战及在军舰上的军人才能行使审判权。并且在体系上,这种军事法院属于联邦司法体系之一,可以由法律定其审级,但最终审是由联邦(普通)法院主掌并由联邦司法部主管其行政事务,故不是属于国防部的下级单位。此外,其正式法官皆应具备一般法官的资格。所以,这种军事法院"平常化"虽授权国会得以立法为之,但是以这种授权设立军事法院的"可适用性"甚小——进入国防状况及派遣至国外之军人及军舰上之军人,再加上军事法院制度在德国过去曾有不少肆行滥用权力之历史,故怀疑其有立法之必要性者甚多,以至于迄今西德仍未立法设立此种法院。西德军人如触犯刑事法律,虽然在1957年3月30日已公布有《军刑法》,但审判仍由一般法院的刑事庭审理。①

因此,由上述七点重大的1956年修宪内容可知,除强调军人人权的保障,亦即促使军人人权的"法律监督"(legal control)外,在制度设计上,已使监督相当完备,故使得"政治的优势"可充分的主控军队的运作。②

2. 第二阶段:制定"紧急宪法"时的规定

另外,在1968年西德通过第十七次修宪案,增订"紧急宪法"之条款时,除了上述的增订第115条b规定军队的指挥权在国防状况发生后,移转到联邦总理手上外,还有不少修正。例如通过修正《基本法》第87条a,明确规范军队的任务范围。依此增订之第87条a2项以下条文,军

---

① 虽然西德政府提出的草案希望使所有军人在平时即受军事(刑事)法院之审判,但遭到反对党及各邦政府的反对而作罢,见W. Roemer, a. a. O., S. 198。

② 依Helmut Schmidt(后来任西德总理,当时任国会社民党党团主席)所写一篇名为"军队指挥权力和国会监督"的论文时,即再三表明西德国会在讨论建立国军时,就竭尽心力在加强国会的对军队之控制力问题之上。见H. Schmidt, Militaerische Befehlsgewalt und parlamentarische Kontrolle, in: Festschrift fuer Adolf Arndt zum 65 Geburtstag, 1969, S. 446。

队除了抵抗敌人防卫国家之目的外，动用军队必须依基本法“明文”规定的情况下，方得为之（第2项）。而此“明文规定动用军队”的条文依第3项及第4项规定，在国防状况及紧张状况（警戒状况 Spannungsfall）发生时，为防卫的必要，军队可以使用在保护“非军事之目标”（zivile Objekte），也可以维护交通及运输秩序。此外，为保护上述目标时可移转警方之权力于军队之上。并且军方应和有关官署共同执行任务（第3项）。在防卫联邦及各邦突遭叛变及有组织的武力攻击，而各邦警力不足以镇压时，军队方可经联邦政府下令投入支持，保护非军事之目标及救平动乱，但当国会众议院及参议院任何一院要求停止行动时，军队则应立即遵从之。

这把军队使用在“对内”防止国家的民主宪政体制遭到革命及叛变的规定，在事实上以警力不足镇压为要件，而且受到国会的随时监督及可以予以制止；在具体军队的行动方面，分成保护非军事（包括民间及政府）之目标、保护交通安全（包括指挥交通）以及从事实际的战斗任务。故以往的军队得以广泛的维持“公安秩序”为由作为介入政治之立法例——例如《魏玛宪法》第48条第2项，德国总统可以以此概括的理由动用军队，以及军队可以借此广泛作为限制人民许多自由权利——也如同是《魏玛宪法》第48条第2项之立法例，都已经被第87条a2项以下的增修条款所限制。军队在使用武力应付“国内”动乱时，不可避免地会侵犯人民的自由权利，如人身自由，住居不可侵权利等，至此也受到军力是作为“辅助警力”的基本认知所拘束。从而军力得为任务所需之限制人权与警察权力所侵犯之人权，产生了在法理及所侵犯之人权种类方面的类似性，而非如传统上动用军队用维护国家内在秩序时（如戒严），赋予军队广泛且概括限制人民许多人权（例如人身自由、集会自由及言论自由等）之权力，因此这种改变堪称是兼顾任

务之需要及人权的保障。①

而军队既然是辅助国内警力不足而投入以恢复国内秩序,并移转警察权于军方,但仍须与有关官署共同执勤的规定(第3项),也是承认原主管机关并未消灭,只是借军力伸张公权力罢了。

另外,此次修宪案就军队的原本对外作战之任务,延伸到维护国内安全及镇压动乱,并作为是"辅助警察"之角色。然而,这种"警察任务"不仅是"维持秩序"之任务,也应包括救灾等属于传统警察任务——增进人民福祉——之上。为此,西德在1968年的修宪案不忘在此范畴因应配合。依增订《基本法》第35条第2项及第3项(现行《基本法》第35条第2项后段及第3项)之规定,在联邦与邦遭到天然灾害或其他不幸事件时,即可由联邦政府调遣军队协助救灾。所以军队救灾任务也是《基本法》所明定,而非由崇高理念(如军爱民)所推衍出来的。军队的任务即以单纯且基本法所明定者为其特色。② 而此救灾即是以国内灾害为

---

① 西德在1965年8月12日已制订《军人及民防警卫人员实施直接强制法》(Gesetz ueber die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausuebung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen)规定(第19条)对人民生命及人身自由可依本法受到限制,赋予军人、民防警卫人员在执行任务时可以监察、拘押嫌疑人、搜索人身、扣押物品、封锁及使用武器。故在这个范围内始得侵犯人民之权利。本法在1968年以前已制定,其本意只在防护西德国军之权益,故被认为是国军的"自卫法"(Selbstschutzgesetz)来制止不法之侵害。但自1968年修宪后,本法才扩充其适用范围由"自卫"本身权益到保卫国家与他人法益之上。见E. Lingens, Die Polizeibefugnisse der Bundeswehr, 1982, S. 1。

② P. Karpinski, Oeffentlich - rechtliche Grundsaetze fuer den Einsatz der Streitkraefte im Staatsnotstand, 1974, S. 82. 其实,早在魏玛共和国时代,学界已普遍认定军队担任警察任务,不论镇压动乱和救护灾难,都必须在法律明白规定下才能进行。例如Liepmann即认为,不持此看法,则无以在法治国家内妥善定位军队的制度。见R. Liepmann, Die polizeilichen Aufgaben der Deutschen Wehrmacht, 1926, S. 8。而德国1921年6月29日公布的《国防法》第17条亦明定军队执行警察任务的程序(以经地方政府请求为原则)及其条件,以清楚界分军队与警察之职权范围。

限，故出动西德国军出国去救他国之灾，依西德通说即属违宪。①

（二）《德国军人法》的有关规定

1. 本法之特色

西德在1956年3月19日通过第七次修宪案（军事宪法）之同日，也公布“军人法律地位法”（Gesetz ueber die Rec - htsstellung der Soldaten，以下简称《军人法》），作为规范西德建军后军人的法律地位——包括军人的权利与义务等问题。由于上述“军事宪法”修宪只是提供建军的宪法依据，尤其着重在国会如何行使有效的监督方法与制度问题之上，要落实新时代的民主、法治及人权理念于新建军队的责任，就落在这个新的军人法之上。

和德国以往的军事法律（例如1921年公布的《国防法》（Wehrgesetz），与据此法在1935年重新修订的《新国防法》）不同的是，以往的《国防法》（以1935年公布的《新国防法》为例），是以其短短的38条条文，却规定有关军队统帅权；役期，内容及种类，免役及退役；军人的义务、福利、法律救济等。条文简短，规定范围却十分广泛。相反的，《西德军人法》在公布时的77条条文中（依1989年6月30日最后修正时，其中有5条条文已经废止），不仅条文规定十分详尽，而且规定的重心集中在军人的权利与义务之上——共有34条之多（由第6条至第36条）；而1935年的《新国防法》有关军人的权利与义务规定的只有9条，其中规定军人义务及限制其人权者有4条，分别是：第25条的军人保密之义务；第26条的“不参政”及禁止接触政治之规定，第27条的结婚应经许

---

① 这不同于军队的“防卫”任务。为防卫（作战）任务，自然得在国外作战（如遭到攻击而挥兵入邻国），这是因为防卫作战的“目的性”使然。况且《基本法》第24条第2项、第3项规定的“安全协约”，使跨国区域盟邦的安全，德军也有执行此协约来防卫区域安全之义务，故西德军队不只负有防卫本国，也负有防卫“协约”——即北大西洋公约组织（NATO）的责任。相形之下，军队的救灾任务则仅限国内，是《基本法》修宪者明白的旨意。F. Kirchhof, §78 Bundeswehr, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. Ⅲ, 1988, Rdnr. 29.

可;第28条的兼职禁止规定。对于军人权利的规定有:第29条担任监护人及荣誉职之规定;第30条军人薪俸及补助金的另以法律规定;第31条规定军人对于国家有关财产权利之争讼由普通法院管辖,唯应先经帝国战争部长(国防部长)之批准;第32条规定退役军人就业的优先权;第33条规定退伍军人仍得着军服配勋章之权利等,共计5条。①

比较之下,《西德军人法》对于军人的权利义务规定,在质与量方面均非以往之立法例可相比拟。所以"人权"的重视是《西德军人法》的一大特色。

此外,与德国1935年《新国防法》内容包罗万象相比较,《西德军人法》仅规定军人之权利义务,职业军人及志愿役军人的法律地位——包括勤务关系的成立、晋升、关系终止等,以及法律救济与规定等。至于其他关于兵役、薪俸、福利等,另以制定专法的方式规范。故《西德军人法》的"单纯化"及"专门化"——即将重心放在上述的重视军人之权利义务关系——是其第二个特色。

2. 本法的主要规定

作为规范西德军人法律地位的军人法,在具体的条文里展现出西德新建军队的理念和对军人角色的期待。本法堪称是德国历史上对军人权利义务等切身权益所作最具体而微的一个法律。其值得吾人比较研究之处,略有下列几点:

(1)军人公民权利的保障(第6条)

本法第6条规定军人拥有和其他公民一样的公民权利。只有为了勤务所需才始得以法律限制。明显的,包狄辛所倡军人当作是"穿军服的公民"的理念已具体实现。② 军人不仅可以拥有选举权及被选举权

---

① 参见 Semler / Genftleben, Wehrrecht, 1935, S. 22。

② 因此,R. Jaeger 即称本法第6条是"穿军服之公民"的"大宪章"(Magna Charta)R. Jaeger, a. a. O., S. 127;刊载本文集第四十三篇。

(参见本法第25条之规定),①也可以加入政党,参加党派活动。唯从事政治应遵守"节制"的原则(详下述)。

虽然本条文仅言军人的"国家公民权利"(staatsbuergerliche Rechte),而不是一般的"人权"保障。但是以西德学界与实务界,几乎狭义地解释了军人之"公民权"为民主、政治意义下的"公民权",而是采实质地解释为概括《基本法》所规定之一切人民基本之权利。② 对于军人人权之限制,本条文虽规定依法律规定军人之义务,但该条文本身非属"限制人权之义务"之具体授权。因此对军人人权之限制必须另依法律之明文规定(如本法第7条以下)方可。就此意义而言,本句之作用只是宣示效果,没有"创设"(军人义务)之效果也。

(2)军人忠勇卫国卫民之义务(第7条)

本条又称为军人的"基本义务"(Grundpflicht),要求军人的忠诚和勇敢。由于军人的主要任务是执武器作战,因此军人对国家的忠诚义务,即和一般人民及普通公务员(警察及消防人员外之公务员)不同,军队对国家忠诚、勇敢作战及牺牲生命,就有分不开的关系。又军人的任务既不免牺牲生命,故本条文所规定军人的忠勇、献身义务,会与军人的生命权及身体健康权利相互冲突。故本条文的解释就必须特别强调法治国家的原则。德国军人法在本条成立的"忠勇义务",必须配合以下几点的规定:第一,依本法第1条第1项后句,国家与军人是"互受忠诚拘束"。这是《军人法》一个特殊的见解,传统要求军人个人效忠国家,也就是"单线式的忠诚义务",不变成为国家对军人也受到"忠诚"义务之拘束。所以国家对军人的效死自不能只求坐享其成,而其必须"忠于军

---

① 《基本法》第137条第1项明确规定公务员及职业与限期志愿役军人的被选举权,可依法限制之。准此,《军人法》第25条即有详尽之规定。

② 这也可以追根溯源由《基本法》第1条第3项,基本人权的直接拘束国家行政权力之规定所导出。见P. Bornemann, a. a. O., S. 13; Scherer/Alff, Soldatengesetz, Kommentar, 6. Aufl., 1988, Rdnr 2 zum Art. 6; P. Lerche, a. a. O., S. 449, FN5。

人之死生”。古往今来,认为国家对军人的照顾一如平日的薪俸(养兵千日)即是以要求军人的效命(用在一时),此观点即不足以说明军人与国家之间的“忠诚”关系;而传统国家对军人的照顾——特别是对被俘及伤亡军人之抚恤,认为只是国家“道义责任”之问题,随德国《军人法》第1条第1项所树立的“双向忠诚”观念,已经更易为法律责任了。① 第二,既然军人的忠勇义务是在保障国家及国民的自由权利,所以军人的任务是“卫国卫民”,《基本法》第26条禁止的“侵略战争”,即非军人的任务,故军人在政府进行侵略战争时,就无忠勇作战之义务可言。第三,军人的忠勇义务虽然不排除殉职之巨大可能性,但并不意味着此种忠勇义务可排除其生命及健康权。同时法治国家的“比例原则”——特别是必要性及比例性——都不可忽视之。故西德学界便普遍主张,会危及军人生命及健康的命令,唯有在最绝对必要,也别无他法时,方得下命。而要求军人自杀、强迫参加自杀敢死队、无战斗实益(只是宣传或振奋民心军心之用的)牺牲死守……,都是毫无意义且违宪的牺牲军人生命之举。这些属于“阵亡命令”(Todeskommando)观念,尽管在古今中外皆认为是军人或是守土有责之文官的最高操守,西德法学界已不再认为可取矣。故军事任务如无相当的“存活机会”(Ueberlebenschance),即不得课予军人

---

① R. Jaeger, a. a. O., S. 128;在魏玛共和时代,1922年3月2日,总统Ebert曾公布《德国军人职业义务令》(Berufspflichten des deutschen Soldaten),计15条条文,其中第1条至第5条皆强调不避个人危险效忠国家是军人至高荣誉及义务。见P. Bornemann, a. a. O., S. 117;著名的学者P. Lerche即认为国家对军人基于这种“相互忠诚”的理念,便可以产生一种“广泛的庇护义务”(allgemeine Obhutspflicht)。这个广泛的庇护义务又可以分成两个子义务:第一个是国家对于任何一个军人的健康、安全都应尽其最大的“保护义务”。因为军事勤务是一个高危险之工作,所以军人的生命权及健康权虽不会因为从军入伍就算是遭到“侵害”,不过,国家必须预先作诸多“预防性”的措施来保障。其称为这是国家对军人的“保障功能”(Garantiefunktion)。第二个义务是国家必须对军人的付出服务,提供报偿。这是国家当做“雇主”——军人服役的受益者,所必须付出的对价。故军人的薪俸、福利及抚恤等,国家都必须承担,称为国家的“报偿功能”(Ausgleichfunktion)。见P. Lerche, a. a. O., S. 459。

担任。①

(3)服膺及维护自由民主宪政秩序之义务(第8条)

本条又称为军人的"对宪法忠诚"(Verfassungstreue)之义务,要求军人不仅在思想上要认同宪法所揭橥的自由、民主的理念,同时在外在行为上还要"以全部行为"支持这种宪政秩序。倘若我们把本条文和德国在1953年7月14日公布的《联邦公务员法》第52条要求联邦公务员负有"忠诚"义务的规定相比较,用语完全一致。而在《军人法》公布后一年,1957年7月1日另外公布的《联邦公务员基准法》第35条第1项规定各邦公务员法对公务员的忠诚要求,亦完全使用同样的用语。这种对各级公务员和军人在"对宪法忠诚义务"要求的"同一口径",这会使人迷惑,宪法对军人权利义务,甚至军人的法律地位,是否与公务员一样,都可源自《基本法》第33条第5项规定——应以斟酌"传统公务员制度"订定之?而且,《基本法》第33条第4项规定执行公权力是公务员的固定任务,而且公务员与国家存有一个公法的执勤与忠诚关系。军队在现代法治国家里,被认定是属于行政权力之体系,在实施军政、军令一元化的德国,不论是部队里担任战斗勤务之军人,或是在国防部里担任案牍工作,或是国防行政单位担任行政等事务之"文官",②皆受国防部部长之指挥。因此如不认为军人,特别是职业军人和其同僚文职公务员,是

---

① 甚至也有人主张,就是有自愿牺牲生命来执行必死之任务者,国家也不能照单全收而"目见其死"。见Ullman, a. a. O., S. 189。而美国普林斯大学名教授Michael Walzer的"为国家而活的义务"一文,亦值一读。见The Obligation to live for the State, in: Obligations, Essays on Disobedience, War, and Citizenship, Harvard University Press, 1970, p. 169。

② 依1987年的统计,西德国军体系内共有六十六万余人。其中军职有四十九万;非军职(公务员及聘雇人员)有十七万人,而三万名是属于公务员、法官及教授。而四十九万军人里,属终身职业军人也只有六万八千余人。以"常任"观点来看,文职公务员和武职的职业军人数目也升到一比二的关系。资料来源:Jahresbericht der Bundesrepublik, 1987, S. 382, 394。

源于同一宪法的制度法源,在理论上似有待斟酌。①

然而,若吾人细察《基本法》第33条第5项的制定历史可知,此"传统公务员制度"(Berufsbeamtentum)的本意实指"常任文官"而言。因为如前文(4)(一)3(3))所述,德国以往都是在宪法里(如《魏玛宪法》第133条第2项)另行规定公务员的权利与义务。因此,就此明确的"立宪史"的证据,德国学界普遍区分军人与公务员之法律地位,不必延伸公务员制度的一般法理于军人制度之上。②

军人法既然采纳《联邦公务员法》第52条的立法例规定军人的"宪法忠诚",这个"忠诚"义务也包括了军人不得参加激进的政党,发表激烈的政治言论等,有使军人对其国家"忠诚度"引人怀疑之行为。而且,由公务员忠诚义务引申出,公务员的政治行为必须要"保守及节制"之原则(《联邦公务员法》第53条),也被《军人法》第10条第6项所采纳。唯《军人法》特别加重军队长官的"保守及节制"义务不限于"政治行为",而是在一切时间所为之任何行为——不分执勤的时间与否——以使获得部属的尊敬,俾加强领导统御的向心力。故德国公务员"忠诚义务"的立法目的,在于使公务员都能在内在、外在的认知里全力维系国家

---

① 尤其是像我国台湾地区,把军人当成是"武职公务员",而历代对官员都是文武相称,品质也一样,所以多半把职业军人当成是另一种公务员来看待。德国学界因此有些学者认为依《基本法》第33条第4项之根本意旨,是把公权力的实施交在和国家有特殊勤务及忠诚关系者之手,尤其是以公法关系存在者为限。这样国家公权力才会得其人而实行。况且军人并非和国家缔结私法契约而作战的"佣军",故主张《基本法》第33条第4项应包括军人。见E. Cuntz, a. a. O., S. 129; F. Kirchhof, a. a. O., Rdnr. 39。

② 德国联邦宪法法院在早年(1954年2月26日,BVerfGE 3,290)公布了一个著名的"军人案"(Soldaten - Urteil),法院虽然不否认军人的行为是执行公权力,也不否认军人与国家是处于一种公法的勤务关系,但是法院也指明《基本法》第33条第5项的"传统公务员制度"是源于《魏玛宪法》第129条之理念,全然不同于军人的法制系依"军事宪法"产生(BVerfGE 3,301),故主张职业军人之权利义务不同于文官。关于此点,即使是认为应把军人纳入宪法公务员概念之内者(如注63)亦不否认《基本法》第33条第5项的立宪本意。另外,联邦宪法法院在日后的许多判决亦重申,BVerfGE 16, 94; 22, 387; 31, 212。见P. Badura, a. a. O., D103。

的民主宪政秩序，故在必要时，需以血肉之躯保卫这种体制的军人，当然也应拥有此认知的义务。①

(4)服从义务的“非绝对化”(第11条)

本法对于军人的服从义务已经除德国军事传统的“绝对服从”制度。② 这个被称为“有条件服从”(bedingterGehorsam) 或是“有良知服从”(gewissenhafter Gehorsam)要求下级军人对于上官违反人性尊严以及非为勤务目的所颁发的命令，可以不必遵守，使得军人可以审查上官之命令内容。这对军人服从义务的重新规定——和公务员有关服从义务一样，是西德在建立新军所欲构建新的“领导统御”模式(Innere Fuehrung)。这个军队的“领导统御”的原则，是由三大“支柱”实现：③第一，军队的法治化。这是以法治国家原则定位军队与军人之关系，并且是源于宪法所规范之“军事秩序”。受到这个最高“军事秩序”，在法制上也展开一连串的制度建立(如诉愿法，惩戒法等)，落实对军人人权的保障，朝向军队“法治化”的确立。第二，“合时宜的领导”(zeitgemaessige Menschenfuehrung)。这个涉及军队领导的核心问题，是改革先驱者包狄辛所力倡上级与下级间应以“协同代替屈服”

---

① 关于德国公务员的忠诚及保守义务，请参阅笔者“论公务员的忠诚义务”，收录在本文集第十九篇。

② 德国《1871年宪法》第64条明确规定军人对皇帝的无条件服从。另外，在1935年7月20日公布著名的军人誓词，也都规定军人有无条件献身及服从的义务，而即使奉行马克思主义的东德国民军也在誓词里强调“无条件服从”。不过不少学者都表示德国却自始不曾实行“绝对服从”及“盲目服从”。在纳粹时代的有关军刑法教科书在对当时《军刑法》第47条有关“抗命罪”的讨论，皆认为军人对长官的命令，如果认为有犯罪嫌疑时，就可以不必遵守之。Schwinge, Militaerstrafgesetzbuch, 5. Aufl. 1943, §47 Anm. Ⅲ 1b; RKG1, 179, in: Schuele/Scheuner/Jeschek, Bundeswehr und Recht (见前注6), S.77。而西德第一任总统 Theodor Heuss 也曾指出，即使在第二次世界大战，德国军人不遵守“绝对服从”原则之情形，屡见不鲜，而依当时的情势、个人判断作决定。这些“擅作决定”的军人，有的上军法庭，有的阵亡，有的获颁最高勋章，不一而足。见 C-G v. Ilsemann, Die Bundeswehr in der Demokratie, 1971, S.120。

③ T. Lau, Normenwandel der deutschen militaerischen Elite seit 1918, 1988, S.83.

(Partnerschaft statt Unterwerfung),部属对长官而言,不是全然、纯粹的"服从者",而是心悦诚服的"协调者"(Koordinator)来执行任务。所以包狄辛主张这种"上下从属关系"的改变,是西德新军"领导模式"的精华所在。在本法第10条、第11条即体现这种精神,废除传统盲目服从的观念,把长官视为"永远是对的",造成对长官的理智作盲目的信仰。第三,军队的政治教育。这个制度虽有使军队导向政治化之趋势,但也是新建军理念所欲达成的目标。同时《军人法》第33条有明文规定,本文将续予讨论。军人服从义务的修正,应与本法第10条规定"长官的义务"一并讨论,方可见两者密切的关联。依第10条第4项,长官只能为职务目的,并且必须遵守国际法、法律及有关职务命令之规定下达命令。因此长官的命令,受到勤务"目的性"(Zweckmaessigkeit)以及"合法性"(Rechtsmaessigkeit)的双重拘束。此外,长官依本条第5项规定,必须为其命令负责,此责任包括了命令的目的性及合法性,以及裁量的正确以及有无逾越权限而言。

由本法第10条第4项规定长官下命的合法性,必须是为职务目的及遵守法律、国际法及职务命令之规定,是为合法的命令。而第11条第1项复规定不遵从违反人类尊严及非达成勤务目的的命令,非不服从。而在第2项规定军人"不得服从"的情况,是在命令构成犯罪要件之时。因此军人服从一个构成犯罪的命令必须担负刑责。所以,基本上,《西德军人法》对德国军人服从命令的规定,可以分下列几种情况来讨论:

①违反职务范围之命令(dienstwidriger Befehl),指一个命令并不在于长官的下命权限范围之内。例如管辖权限(形式)不合,或是假公济私的命令等。这个不属于军人职务范围、军事任务目的的命令,下级军人

自得拒绝服从。①

②违反法令规定的命令——包括违反法律、国际法原则(例如违反条约)其他有关之职务命令。这是把长官的命令视同行政行为,都必须是“合法”的命令。违反这种规定之命令,是为“违法之命令”(rechtswidriger Befehl)。

③违反人类尊严的命令。对违反人类尊严的命令已经触犯《基本法》第1条第3项,保护人类尊严是所有国家权力之义务的规定。所以,军队里不得有藐视人类尊严之行为,例如凌辱战俘、枪杀人民等。②

④对于不能达成预定目的(单纯的目的性)的命令,这种“不合目的之命令”(unzweckmaessiger Befehl),指一个命令不能达成预期目的。例如上级命令固守某个阵地,或命令一个出击行动,被认为是徒劳无功之行动等。

⑤构成犯罪之命令。这个命令是构成犯罪的命令,其中又可以分成下级军人明知或不知其为犯罪。又可分成该命令构成犯罪的情况是极清楚,或不清楚,甚至是“隐藏其犯罪性”而在外表是合法的,例如长官明知那些为平民却告知下级为游击队,而命令枪击之。

---

① 也因为对于何者才属于军队的“职务目的”之范围?德国学界多半指“消极定义”,认为凡是私人目的——例如要士兵清洗长官之自用车;违反职务目的之行为——例如要下属参加非军方举办的庆典活动;无意义的命令——例如对于每日已依规定清理的枪械,命令再作清理,或是对已炸毁的桥梁,命令重炸一次。见 P. Bornemann, a. a. O., S. 82。至于军人奉令参加营区外之活动,例如军乐队参加民间游艺;军人参加长官葬礼宗教仪式;接送其他部队来参加有关宪政之会议之军官……德国联邦行政法院是以主办的目的及团体,只要军方是为名义上的主办人,便有命令下级军人协助之权力。Scherer / Alff, a. a. O., Rdnr. 47 zum Art. 10. 不过,德国实务界这种扩充军事勤务范围的看法,似乎与宪法所规定军队有限的任务范围,有所不合。如军乐队的参与民间庆典,这种“与民同乐”的法源依据即非基本法所规定军队任务(如国防、救灾)的任何一种。这恐怕亦是一种和现实妥协的见解。

② 这种对“人类尊严”侵犯的命令,不止是对第三人,也包括被命令者本人在内。例如德国曾发生的一个案例:连长处罚某违纪士兵,要他在大庭广众高声用类似“我是全连最脏的兵”的言语责备自己,就是一桩侵犯个人尊严的非法命令。P. Bornemann, a. a. O., S. 89.

上述各种态样的命令,可能会相互混合,例如③的命令——如凌虐人犯或枪杀战俘——会构成⑤之要件。但基本上可以以①至④为一个单元来讨论,而⑤则特定为对军人刑责的规定来讨论。以①、②及③的命令,都是"没有拘束力"的命令(unverbindlicher Befehl),也是丧失了其作为命令的"拘束力特质",下级军人可以不必遵守上述"没有拘束力"之命令;如其执行时,就可以依⑤的情况来界定该军人之责任问题。如果该行为构成⑤所要求的犯罪刑责,则下级军人不免刑责。若是该行为不构成犯罪,例如上级命令系"违法",但并不是触犯犯罪之命令,却是违反秩序罚,如要求开车超速;命令把车辆停放在红线、黄线……,则下级军人对于这种"违法"行为,固可拒绝,但即使服从也可不必负责也。[①] 这些因为所触犯之法律并非较严重之刑事法律也。

比较困难的是,究竟军人对④不合目的(单纯目的性)的命令,是否拥有拒绝服从的权利。所谓一个命令能否达成预期目的和"无意义之命令"(sinnlosiger Befehl)是在程度上有所不同。倘若一个命令丧失意义(例如对已炸毁的桥梁命令重炸一次),以及毫无意义的牺牲(如前讨论军人忠勇义务时所指的"阵亡命令"),可涉及侵犯军人的生命、健康基本权利(本法第17条第4项明文规定),且无职务目的之必须,同时长官应该"照顾"下属之责任(本法第10条第3项)亦遭侵犯,故本命令属于无拘束力之命令至明。[②] 但是若一个命令的"合目的性"与否并不十分

---

① P. Bornemann, a. a. O., SS. 91, 122.

② 早在第一次世界大战时,德国帝国军事法院在1917年的一个判决已经指明,假如没有绝对的必要却造成部属生命及健康的损害,是一个违法的命令。本案是命令一个在操课的军人,于严寒中浸入及膝的池塘,法院认定此命令是违法而不必服从。RMG 22,78; H-H Jescheck, a. a. O., S. 73。同样在西德新军成立不久后的1957年6月3日发生"易耳河惨案"(Illerungluck)。某伞兵营在易耳河附近演习,部队长官在无救生设备下,命士兵强渡易耳河,致15名伞兵溺毙。事后朝野交相指责军方。这个不幸事件现已成为认定长官命令是否合乎职务目的性,甚至指明这种命令属于(a)的不合职务范围内之命令的标准范例。见C-G v. Ilsemann, a. a. O., S. 122。

明确，且其能否达到预期成果及其重要性（意义）亦不至于达到上述“无意义命令”之程度时，这时候下级军人能否径自拒绝服从？恐有问题。首先，基于军事勤务的多样性，战场情况的瞬息万变，或是基于作战保密的要求，或是情况复杂、时间匆促，都可能使一个命令的颁布，并不能充分的提供下属有关命令的背景资料及已作之斟酌。使得所有下级军人接到上级的军事命令，都只是简短、明确的文句，下级都只知其然而不知其所以然。此时下级军人以有限的信息，有限的战术战略素养，恐怕无法全盘的、整体性的评估此一命令所具备的意义。尤其是战争中为拖延时间，吸引敌军集中，或牵制、佯攻等作用，此时担任这种任务的“诱饵”单位，其成员如知其任务性质，自然会以切身处境抗拒这些较高危险度之任务。故以事实的角度来看，不能高估这个命令“目的性”的可行性。

其次，本法第 11 条第 1 项后段规定对“误认”合法命令为违法者的责任来看，军人如果对命令的合法性及目的性有疑问时，必须该军人并未表示其异议或陈报上级，以及非无表示异议之机会管道时，这种“误认”为违法命令而不服从的行为方可免责。所以，军人对一个命令的合法性，尤其是目的性的正确判断与否，极为重要。以上述诸种命令而言，对于命令单纯的目的性④判断最为困难。并且，在本法第 11 条第 2 项规定军人应不服从的只是触犯刑章之命令。因此，为使军队的任务能够靠上下级军人的阶级及命令制度来贯彻，并配合军事任务的实际性，军人对上级命令的单纯目的性，在为了避免“误认违法”的前提下，有疑问时应提出异议，以后即应该执行，而不得径以拒绝服从也。①

在⑤构成犯罪的命令，军人负有不得执行之义务。自不能算是不服从之行为。唯军人果真执行这个命令时，本法第 12 条第 2 项规定唯有

---

① 这种推定长官的命令是“合法”以及合目的性，是德国之通说。H－H Jescheck, a. a. O., S. 77; C－G v. Ilsemann, a. a. O., S. 122; P. Bornemann, a. a. O., S. 90.

军人在第一,明知其为犯罪。或第二,依当时情况,命令构成犯罪的情形十分"明显"时,军人执行违反刑事法之命令,才属于有责之行为。① 至于上级命令是以"隐藏手法",以合法与合目的之外表掩饰犯罪意图时,亦应依执行命令之军人是否其心相信于外表理由,抑或真正"知悉"其不法性而来判断定其刑责之有无也。同时,为确保军人的服从义务以及上级长官下命的合法及合目的,德国现行《军刑法》第19条以下区分军人违反服从义务行为的诸多形态,例如第19条规定军人单纯不服从命令的"不守命令罪"(Ungehorsam);第20条规定军人公然的言行拒绝接受命令以及二次重申命令而不服从的"抗命罪"(Gehorsamsverweigerung)以及轻微的或过失的未服从命令的"轻微违令罪"(leichtfertiges nichtbefolgen eines Befehls)三种罪行,其中以"抗命罪"罪刑最重(三年以下有期徒刑),"轻微违令罪"最轻(二年以下有期徒刑)。对于长官滥用命令权力于不合乎勤务目的,依本《军刑法》第32条,可处二年以下有期徒刑;对滥用命令权力而触犯一般刑法之罪行,依本法第33条可处该长官触犯刑法规定最高刑度的两倍刑罚。因此,对于长官下达命令的拘束,除军人法外,军刑法也发挥相当的制裁作用。

(5)袍泽情感(第12条)

这是强调军人应该具有浓厚的情感来提振军队的内聚力。所有的军人应不分阶级尊重同袍的尊严、荣誉及权利。并且在危急时也有相互扶持,不畏危急的义务。此外,对于不同意见及看法,彼此也要有容忍的义务。由这个袍泽情感(Kameradschaft)使得长官与下属的许多义务可相互配合,例如长官应有照顾下属之义务,以及依照尊重人性尊严及法律颁布命令之义务等。而一般军人也必需将此袍泽义务和军人的忠勇

① 这和《德国联邦公务员法》第56条第2项部分相类似。依此项规定,公务员不仅对命令违反刑法,甚至其他秩序法,只要在对命令的上述违法性可认知,以及该命令已侵犯人类尊严时,都有不服从之义务也。

义务并立，尤其是当同袍有危难时，军人应该有奋勇投身的积极行为之义务。这是德国把军人以往团队精神由道德要求提升至法定义务之层次。以德国联邦行政法院的实务，凡是伤害部队及单位同僚间情感及团结的行为，致使部队团队精神受损的不当行为，皆属于袍泽义务之范围。① 因此，基本上这个维系袍泽情感之规定是以注意军队“整体利益”，而非个别军人之权益为规范目的。

(6)政治行为的限制(第15条)

在肯定军人和一般人民都享有相同的公民权利于前(第6条)，对于军人享有的政治行为之权利，基本上是持肯定之立场，唯予以必要之限制。

本条限制军人政治行为之自由是以几个方向考虑：第一，基于“行政中立原则”。既然军队是视为国家行政权力之一，而军人也是执行国家公权力者，故在执行职务时，自应保持中立，不应偏颇某些党派(第1项)，而军人穿军服是可显现其身份，故亦不得许可着制服来参与政治性之集会，避免外界产生军人介入某特定政治见解之形象(第3项)。长官尤须保持其政治中立之色彩，以身作则，以获得部属之信赖(此亦为本法第10条之规定)，更何况宣扬或摒弃某种政治意见，并非长官之义务，亦非在职务目的范围之内。因此长官亦应保持中立(第4项)。但若是涉及军队的政治教育(本法第33条)，如宣扬民主、法治国理念，自不在限制之列。

第二，基于“袍泽义务”，为了使同袍间不至于为不同的政治意见伤害情感，分化团结，在营区及基地内共同生活之非执勤时间，个人的政治行为应该“节制”，亦即要有尊重及容忍的袍泽义务。以外在行为表彰其

① 例如上至对同袍的动粗、咒骂、写黑函，以至于涉及同袍的感情纠纷——如妨害婚姻、伤害同袍之女友，财务的诈骗、卖赃物与同袍、偷窃公物、保管公款的监守自盗等，即使侵犯同袍受民事法所保障的法益，亦然。见 Scherer / Alff, Rdnr. 12 Zum Art. 12。

特定之政治意念,如宣传、演说、散发档、充当党宣传代表,甚至张贴标语于个人物品上,亦属违反袍泽义务之政治行为。

这个避免军队沦为政争意见场所的立法,虽用心良苦,但在实际上却不易完全贯彻。如前已述及,军队既然要进行公民及国际法教育,则长官言论自不免涉及政治立场及对政党人物及政见之臧否;而军人私下的言论自由,意见交换既受本法(第1项)之保障,如何界分应许可之"政治意见之交换"和不许可之"政治意见之宣传"并不容易。所以,在学界迭生争议后,才朝向以"节制原则"来限制军人之政治行为。军人的政治行为,如果是以"持续性及有目的导向的影响同袍"(nachhaltige, ziel - gerichtete Beeinfluessung)时,就属于本法所禁止之影响行政中立及袍泽情感的政治行为。①

(7)公民及国际法教育的实施(第33条)

另一个属于德国军事改革家包狄辛的理念,是军队应该了解政治。为达到这个构成新军"领导统御"支柱之一的理想,本法明定军人应接受公民与国际法教育。基本上,本条规定军人应该接受公民政治教育(第1项)以及法律教育(第2项)。这两种教育,在德国统称为"政治教育"(politische Bildung)。《德国军人法》纳入这条规定之作用,系认为军人应了解政治及法律,尤其是切身之权利义务,才可使军人得以成为一个心智成熟的"公民";同时经由法律训练,使得军人能够有智识审查长官所下达之命令,是否违反法令及人类尊严。

本法初实施时,"政治教育"的措辞是以"精神武装"(geistige Ruestung)为名,到了20世纪70年代底才改成"政治教育"之用语。以当初"精神武装"为名进行这种教育,可知是加强军人对民主政体的认知,同时也有消除外界对德国重整军备的疑惧。尤其是东西"冷战"及

---

① P. Lerche, a. a. O., S. 468; K. Riehl, Freie Meinungsaeu β erung in der Bundeswehr, 1987, S. 115.

1961 年 8 月柏林围墙建立后，西德军队的政治教育集中在对抗共产主义方面。1966 年德国国防部颁布有关军人政治教育的“精神武装”命令（ZDv 12 / 1）就明确指出这种教育的目的，在使军人成为“穿军服的公民”，加强知道为何而战，对谁而战的伦理及政治上的确知……①不过，在东西冷战趋向缓和后，西德军队的公民政治教育方向就偏向国内有关之裁军及德国统一的有关问题，而降低对其他民主德国体制的批判与讨论。②

为避免军中的公民政治教育沦为单向的宣传，本法第 33 条第 1 项特别规定长官应该保持政治中立，不得灌输及诱导部属某一特定之政治意见（同见本法第 15 条第 4 项之规定）。然而，既然军队的公民政治教育既是“意有所指”，同时军方也支持——至少是不反对——长官在施行政治课程时会“对比的”批评共产主义与极右派激进主义，所以在实际的政治教育上，要长官绝对秉持中立，并非易事。另外，军人公民教育及法律教育的授课人员并不相同。由于公民教育是以坚定政治的认知，同时也要借此精神战力强固袍泽情感，因此政治教育只以各部队之长官为授课人员。而法律教育是以法律专业为主，不过各个军种所需要之课程稍异——例如对国际法的教育，陆海军比空军来得需要，故可不必由军队之直属长官来予讲授。③

德国《军人法》规定军队应进行公民教育及法律教育，除后者提升军

---

① F. Schultheiss, Politische Bildung in der Bunderwehr, in : Zoll / Lippert / Roessler, a. a. O. S. 247; C – G v. Ilsemann, Die Innere Fuehrung in den Streitkraeften, 1981, S. 73; P. Balke, Politische Erziehung in der Bundeswehr, 1970, S. 67.

② 不过，尽管这个“精神武装”乃针对共产主义出发，但西德的军方及学术界都一再强调不是以单纯的反共及恨共为教育的出发点，而是经过对比及讨论后，加强军人的政治意念。见 C – G v. Ilsemann (Innere Fuehrung), S. 76。

③ 目前德国军队是以每周 1 小时左右的时间进行政治教育。役男服 15 个月的兵役，总共排有 60 个钟头的课程。关于德国军队进行法律教育，可参见 H – J Reeb, Militaer und Recht, Zur Rechtsausbildung fuer Soldaten der Bundeswehr, 1983。

人对自身权益及对长官命令的合法性判断能力,其功能应予肯定外,对进行公民教育的问题,在事实上会否增加部队长官的压力,影响部队训练的时间并且增加部队同袍的摩擦?由于许多军人对政治夙无兴趣,强迫各级长官充当政治课程的讲员,也致使许多军官反弹,认为此举徒增勤务压力。尽管西德在1957年3月成立国军"领导统御学校"(Schule der Inneren Fueh - rung, Koblenz)培训军官的领导统御及实施政治教育之智慧,同时也编印许多政情数据给各级军官参考。不过,批评课程流于教条、刻板、无聊,或是认为干脆废止这种公民课程的呼声一直不断,特别尤以下级军官为甚,①但以德国军队既是强调军人是穿军服的公民一点,要废止本公民训练之制度,大概还不会获得国会各政党的认同②。

(8)信托代表制度的建立(第35条)

为使各级军人在部队里拥有和上级沟通之管道,本法特别接受包狄辛等的建议,③在各级部队里设立了"信托代表"(Vertrauensmann)。这个信托代表的任务是分成两大类。第一,促进部队和谐的"调和权"。信托代表因此必须中立的扮演部队里"和事佬"的角色。因此,信托代表就不得担任任何军人的诉愿代理人,或签署任何的诉愿档,避免自己涉入

---

① 尤其是许多军官都认为,军人在接受战技训练时都必须单向的受到长官命令的严格要求。返回营区进行政治教育却要一改作风,变成双向政治意见的交换,似乎对长官部属都无法适应。见C-G v. Ilsemann(Innere Fuehrung), S. 83。

② 德国军队里进行政治教育的情形,同时也是国会"国防监察员"监督的事项之一。因此,军中政治教育如果有所偏差,也可受到国防监察员的注意,而军人也可投诉之,故本着"政治优势"的原则,国会自然会愿意保存政治教育之制度。

③ 早在魏玛共和时代,信托代表制度就已在德国军队里建立。依1921年通过的《国防法》第9条规定,任何司令部及单位,都应有一位军人信托代表。不过,这些信托代表多半虚应故事,并未真正发挥上下沟通之功能。这个信托制度到了纳粹当政后,在1935年公布修正的国防法即被删除。1952年包狄辛再度提出设置信托代表的制度。

争议的任何一方。[①] 也因此信托代表才不至于变成一个搬弄是非的人物。第二，对于部队之勤务、照顾（如本法第 10 条第 3 项长官对部属的照顾义务及第 31 条联邦对军人的照顾义务）及福利、军营共同生活（如内务）事项，拥有向长官提出建议并和长官讨论之权利。由本法所定这两个信托代表的法定任务可知，信托代表除了单纯扮演“上情下转”成“下情上达”的角色外，更有促进军队整体和谐的（Betriebsklima）义务。不过，如其在第 2 项所拥有的只是建议权及讨论权可知，其并无个案决定之权限，同时对长官的责任及其他军人的权利，此信托代表也只能表示关切而已。故对法律地位的重要性而言，这个信托代表的重要性，并不凸显及具体。不过，正如德国联邦国军退役中将，也是著名的军事学家的 Carl Gero von Ilsemann 所说的，西德军队引进这个信托代表的制度可显示出部队里仍有公平及秘密投票的民主制度，也让军人有学习民主的机会，故深具法及教育的意义。同时，虽然信托代表没有足够的实权，而且士兵和长官的沟通管道又多，譬如平日的交谈，不一定必须通过信托代表，但是以其长年军旅的经验认为，如果各级长官够理智的话，应善用信托代表的制度，并争取到其全力的支持，更能促使任务的达成。[②]

因此，信托代表制度可以说是西德军队的一种特殊制度，而在世界民主国家里亦属少见。这是西德当年在制定本法时考虑到在战斗或相当的勤务单位里的军人，不能有机会如同在“办公”——行政事务里的同僚，能比照文职公务员一样推派代表之制度。由于信托代表都是代表“被领导”之军人，[③]故这些代表可以充当其“选民”的发言人，殆无疑义。

---

① Scherer / Alff, Rdnr. 5 zum Art. 35。本来在惩戒法有规定，信托代表其所属单位有人被嘉奖或被移送惩戒前，应该听取信托代表之意见，但后来怕影响信托代表的中立地位而取消。参见 C－G v. Ilsemann, S. 139。

② C－G v. Ilsemann (Bundeswehr), a. a. O., S. 139.

③ 依 1957 年 7 月 26 日公布的《军人信托代表选举及任期法》第 3 条第 2 项规定，凡是各级指挥官及参谋长，连队士官长及相同职位者，都不能担任信托代表。

如果各级长官果真如 Ilsemann 将军所言,是理智的话,必会和信托代表相互信任,如此改革派们希望德国新军内的领导统御是以"协同代替(权威)服从"(Partnerschaft statt Gehorsam)的理想,就更容易实现了。

西德实施军人信托代表制度34年后,在1991年1月21日公布体系更完整的《军人参与法》(Soldatenbeteili - gungsgesetz),并删除《军人法》第35条与第35条a. b. c等四条文;但原四条文几乎原封不动的搬进此新法之内。

五、结论

希腊哲人亚里士多德在其《政治学》名著里曾说道:武器的掌握者,即是国家宪法存与废的掌握者。① 军队与国家之关系,不仅在战时有关涉国家存亡,人民身家财产之保障……等切身之关联,即在平时,这一大群手执干戈的军人应该如何在训练战技时,仍然服从并受国家宪政及法治原则的拘束,当是现代法治国家要戮力研究的课题。

由于德国在第二次世界大战战败,西德自1950年开始谋划建立新军的历史,我们可以看到以包狄辛为首的革新派理念已经变成西德联邦新军的建军"理念骨干"。西德在重建国防武力的同时,已经妥善定位军队与法治国家之关系,亦即在宪法层次,所谓的"军事宪法"上——不论是以形式意义或实质意义之狭义军事宪法之观点来论皆然,确立了"政治优越性"(Primat der Politik),也就是英美国家所强调的"文人统制"(Civil Control)原则。在贯彻民意政治得以有效的掌握军队,统领军队的制度设计上,西德《基本法》通过增订新的条款,将德国传统的由国家元首掌握的军队统帅权,宜降为平时由国防部长,战时由总理掌握的"指

① 《政治学》(第9卷)1329a;C - G v. Unruh, a. a. O. ,S. 158。

挥及命令权”，使得军政与军令一元化；同时确认军队乃国家三权中的行政权，并且通过预算案得以有效的控制军队；设置国会“国防监察员”之制度，使军队里能切实保障军人之人权以及使军队里“领导统御”的原则都合法地实施。最后，是把军队的任务、军人人权的限制，都在宪法里明确规定。使得以往传统基于“特别权力关系”理论可以广泛限制军人人权和通过元首统帅权可以自由地指定军队任务的情形，成为陈迹。军队的一切在国家宪政的秩序上，均有以法为根基的轨迹可循了。宪法里的整体“军事秩序”也就实实在在可形成宪法里的“军事宪法”矣。在这个“法”的意义上，意大利中古时代一位著名的政治学家 Marsilius von Padua(1290～1343) 的一句格言“在自由的社会里，任何公权力的行使一定要有广泛或特别的授权方可为。盖欲借此限制来保障公权力下的人民也”①，可以在建立军队的法治意义加上一个脚注。

另外，由包狄辛等改革人士所致力的把军人认为是“穿军服的公民”，并且通过军队里的“领导统御”之改革，及在《德国军人法》里已落实的诸多制度，我们可以清楚地看出，西德对于军队的“体质”，一改二百年来军国主义“僵硬”之内部领导统御模式，以更合乎社会变迁、民主理念及人权保障之观念组成及运作其军队。尤其是借着承认军人仍是和一般国家之公民一样，要求军人不仅在享受公民权利的同时，也要担负其作为公民及军人之双重义务，把军人变成成熟的公民及有“权利义务意识”之军人，这种先进的开明思想，应该是契合当今时代之潮流。另外，《军人法》就有关军人之权利义务作详尽的规定，已彰显军队的“法治化”，尤其值得吾人注意的是，《军人法》对违法命令的明确规定，绝对有助于解决军队里基于威权主义及阶级主义所不免发生的权力滥用之问题。德国把军事命令权力用法治主义予以严格的拘束，也是一个把军事权力比拟行政权力的表现。

---

① C－G v. Unruh, a. a. O., S. 157.

诚然,西德军队经过包狄辛崭新理念的熏陶,成为一个脱胎换骨的新军队,但是以法治及民主构建的军队,可能会有人怀疑这种军队的"实战能力"如何?由于笔者并非军事专家无法评估西德国军之作战实力。不过,第一,西德军队虽然采撷包狄辛之新理念,但是这些都是环绕在军队内的领导统御的原则及军人角色的认定。而在军队的战技训练,则丝毫不受影响。易言之,军队在作战要求方面,不致于因领导统御方面之变革而有所松懈,毋宁因为重视军人人权及尊严,反而更可能增加部队的袍泽情感及精神战力。第二,西德军队因为重视法治主义,所以军队的法纪亦甚严明。违法犯纪仍可受到依法且有效的惩罚。第三,西德军队因为国家富裕、科技水平极高,所以武器装备非常先进与新颖。① 因此,西德军队在北约组织里被视为劲旅,应该可以认定西德新军并未因引用包狄辛之理念而以损伤战力为其代价。

反观中国的军事思想及军制,和德国的发展就是殊途而异驰。中国古代虽然出现许多伟大的军事思想家,如孙子之辈,但宋代以后国家的重文轻武使得军事及军队的地位,并未获得国家的重视,已是史上众所周知的。尤其比起德国,当老毛奇元帅(Hel - mut Graf von Moltke)在1857年起主持普鲁士参谋本部起,将普鲁士战略、战术用科学方式研究与拟订,并使军队法制化及现代化,造就一批优秀的参谋军官。而同时期,中国陷于太平天国之乱,曾国藩督练新军(咸丰二年,1852年)却援用明朝嘉靖时代戚继光之制度,这种以中古时代的战术、兵制及武器、领导统御所成立的湘军及军队的私人化,一直延续至公元1911年后。② 所以,近代中国军队的现代化,就欠缺德国所拥有优秀的"军事传统之遗产",这是近代中国先天的条件不足之处。至于后天条件,由于清朝灭亡

① 依1987年的统计,西德国防预算每年为五百亿马克,其中34%是用作国防建设及投资、研发之用。见 Ritter / Ploetz, Die Bundeswehr, 2. Aufl., 1988, S.70。

② 参见罗尔纲:《湘军新志》,黎明文化事业公司1988年版,第122页、第321页。

后，中国的连年内乱及外患迭至，国家政治的不稳定、经济衰退，特别是军阀割据给国家带来的弊害，都使中国没有建立一个符合时代需要的军事体制，以及提升军人应有的地位。中国自清末开始建立新式军队，引进德国或日本的军事体制以及领导统御之精神，但都是在没有实施法治国家的时代，当然贯穿在整个军事法制上，都残留着极为落伍的“特别权力关系”，以及没有实行法律保留之制度。讲究绝对服从的所谓“新式军事服从理念”，反而否认军人应该拥有人权、人性尊严，并没有对长官的违法滥权，给予太多的重视。因此德国在促使国家迈向全面的法治国家同时，致力使军队成为一个讲法治、重正义、朝气蓬勃的团体，也就值得我们深思。德国军事法制有许多参考之价值。师其法，不必尽用其规，我们对德国军事法制及理念，理应持此态度也。

（本文原刊载于《台大法学论丛》第21卷第2期，1992年8月）

附录一　包狄辛将军年谱

1907年5月8日，出生在德国南部近法国边境之Trier市，父亲为邦首长，包狄辛是在西普鲁士地方受教育。

1925年5月，入柏林大学学习法律及历史。

1926年，在波茨坦参加陆军第九团，担任候补军官。

1927年，退役，改学农业，准备掌理家产。

1930年10月，农业课程结束，考试及格后，重新入伍。

1930年至1938年，在基层单位担任干部，并结识许多日后参与刺杀希特勒之青年军官。

1939年9月1日，战争开始，调至步兵团担任情报官，最后参加隆美尔非洲军团。

1941 年 4 月,任少校参谋军官在搜索任务中被俘,送往英国等地,至 1947 年 7 月才释放归国。

1950 年 10 月,担任德国军事重整委员会委员。

1951 年 5 月,被西德总理任命为研究如何整建军备之布朗克办公室之成员。

1951 年至 1958 年,在布朗克办公室主持军队内部领导统御之问题的研究。同时开始发表新国防军之观念。

1955 年 10 月 1 日,升任为德国国防军之上校。

1958 年 7 月至 1961 年,任命为装甲旅旅长。

1959 年 12 月 30 日,升为准将。

1961 年 10 月 1 日至 1963 年,任北约联军副参谋长。

1963 年 9 月至 1965 年 3 月,任巴黎之北约防卫学院司令官。

1964 年 1 月 9 日,升为中将。

1965 年 6 月,任命为联军最高统帅部副参谋总长。

1967 年 1 月,因致力民主理念之阐扬,获致西德最荣誉之 Theodor - Heuss 奖。

1967 年 12 月 31 日,从军中退伍。

1968 年 10 月,受聘为汉堡大学讲师,讲授现代战略。

1971 年至 1984 年,协助汉堡大学成立“和平与安全政策研究所”,并担任所长。

1979 年,被任命为汉堡大学荣誉教授。

1993 年 6 月 7 日,病逝于汉堡。

第二十一篇　平等权的宪法意义

法律应当是就法的事物本质为普遍和真正的表达者。因此，法的事物本质不应该去迁就法律；恰恰相反，法律倒应该去适应法的事物本质。

——1842 年，马克思，《论离婚法草案》

一、前言

平等权与自由权及财产权，是并列为受法治国家所保障的人民三大基本权利。早在法国大革命时代，就已提出了自由、平等、博爱三个口号。其中博爱（Brotherhood）可以当成是道德律，或是人生观，在法律制度上可以影响到后世的作用，大概是促成所谓的社会国原则（德国《基本法》第 20 条所明定的立国原则），以及尊重人类尊严（德国《基本法》第 1 条第 1 项规定，所有国家权力必须尊重人类尊严）。

而自由、平等两个口号却是敲响了近代公法思想的启蒙思潮。于是乎，人民应该享有各种各式各

样的自由权以及平等权利。比较起来,自由权可以在各个人民的生活层面显示出来,例如言论、行动、集会、工作、宗教……所以自由权在公法学上的讨论机会较多,形成百花齐放之气象。相形之下,平等权在讲求同属国民间的平等对待,就来得消极且单调,但在公法学上的重要性,也渐渐受到重视。本文即就平等权的理论着手,分别以平等权的拘束对象不同,分成法律适用的平等及法律制订的平等来予讨论。

二、法律适用之平等

(一)形式意义之平等权

传统对平等权的认知,如法律面前,人人平等,①或中国古代法家所强调的王子犯法与庶民同罪及法不阿贵,绳不挠曲,法之所加,智者弗能辞,勇者弗敢争,刑过不避大夫,赏善不遗匹夫,故矫上之私,诘下之邪,治乱决缪,绌羡齐非,一民之轨莫如法,②是将平等权适用在法律执行之上,即法律适用之平等(Rechtsanwendungsgleichheit)。这种偏向形式意义的平等,要求执行法律之机关——行政及司法机关,不能因该法律所规范对象的差异,而异其规范之标准。法律适用的平等成为法律后果之平等(Rechtsbefolgungsgleichheit)。这种要求执法要公平的平等意义,其实已经不能充分地显现出平等权的宪法意义。因为,任何一部法律,都是以如下之方式规定出来:若社会有甲的情形发生,符合乙的规定(构成要件),则应有丙的法律结果产生。法适用于的形式平等,只要求所有的

① 不少国外的宪法有一个条文明白规定:"法律面前,人人平等"(如德国《基本法》第3条第1项;《日本宪法》第14条第1项;《瑞士宪法》第4条)。而且这一条条文常常可作为一般平等权之概括宣示条款。

② 韩非子:《有度篇》。

甲，应导致丙的结果不可。① 基于法律优势原则（Vorrang des Gesetzes），或是行政及司法权力的合法性原则（Gesetzmässigkeit），上面所提的法适用平等无疑是这两个原则的当然结果。② 除非法律本身有授权适用机关可行使裁量权限，或法律本身已经使用不确定法律概念，否则，法适用的涵摄决定（Subsumtionsentscheidung）过程中，平等的问题，就显得较不重要。因为，法规范的适用（执行）机关，少有决定及侵犯此权利之机会也。③ 但在公权力可实行裁量权及适用不确定法律概念时，法律适用之平等原则，就可产生拘束力。

（二）视为防卫权之平等权

法适用的平等权利，其拘束对象是以行政权力及司法权力为限。至于立法权，就不包括在内。因法律所要规范的事项，法律所决定的法律后果，都不可能完全一致。在承认相同的，应该同样对待；不同的，应该区别对待（gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche ungleich behandelt）之大前提下，何谓相同的及何谓不相同的法律构成要件，全由法律决定。在立法者决定后，即产生法的拘束力。行政以及司法权力，受到此渊源于法治国家原则之拘束，要求执法者公平（平等）执行法律之基本权利，便如同其他古典的人权（如自由权）规定一样，是含有防卫权（Abwehrrecht）之性质。平等权防止国家公权力对人民不公平的侵害，如前所述，特别在公权力适用裁量权时——如申请特许案件；或适用不确定法律概念——如对公益之考虑——时，对具同一条件之当事人，必须为相同之对待。这种权利，尤其是在因公权力违反本原则而致人民之权

---

① R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl. 1986, S. 361.

② 见 M. Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 27; G. Dürig, Gleichheit. Der Glleichheitssatz als Verfassungs - rechtssatz, in: Gesammelte Schriften 1952 - 1982, 1984, S. 386。

③ C. Starck, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Der Gleichheitssatz in modernen Verfassungsstaat, (Hrsg. C. Link), 1982, S. 52.

利受损时,可赋予人民否认该措施合宪性之依据。① 这种要求公权力消极不作为来保障平等权之看法,已经与现代法治国家之人民基本权利,应该具积极性之时代潮流,不能配合。在国家之行政类型,已非干涉行政一枝独秀之今日,对平等权的执行效力,也及于给付行政之上。同样的可针对公权力行使裁量,而为给付行政的拘束方面,平等权对于公权力的裁量权力,已经形成扮演促使裁量自制(Selbstbindung des Ermessens)之角色。② 尤其是法治国家的行政,皆在遵循依法行政之原则,而行政已由依法律行政(Gesetzmässigkeit der Verwaltung)转变成依法行政(Rechtsmässigkeit der Verwaltung)。宪法法理的平等权应拘束任何行政权力的特征,已日渐鲜明。③ 故基于平等权,可要求行政权力援引前例的予人民有利之处分,包括给付行政在内。④ 不过这种援引前例的前提,必须是该前例本身是合法方可。若该前例乃不合法,即无所谓的不法之平等(Gleichheit im Unrecht)权利。国家对于不法的案件本应极力在事前预防,在事后改正,岂可一错再错。故法适用平等不应及于不法的平等执法之上。采这种否认立场,可以不伤及正义观念,也是尊重法律规范力之表现,也无所谓信赖利益违背之顾虑。⑤

---

① G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, S.235; R. Alexy, aaO. S.389.

② 公权力对私人的补贴行政(这是一种典型的给付行政),在数个条件皆相同之申请者,便不能独惠某一人,否则即违反平等原则。见 Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 25. Aufl., 1983, S.215。

③ 这是德国行政法一个极重要的原则,要求一切国家权力都受到宪法基本人权条款的拘束。这也是德国《基本法》第1条第3项之规定:本《基本法》第1条至第20条之(人权)规定视为直接有效之实证法,可拘束所有之立法权。行政及司法权。

④ 即请求国家提供救济、津贴等服务之权利。

⑤ 虽然人民的法律感情可能因此受到不平,例如警察对同样违规只取谛其中之一,被取谛者本身为不合法,即不能要求平等对待。见 P. Badura, aaO. S.99; G. Dürig, aaO. S.391。另外,可参见 W. Berg, Keine Gleichheit im Unrecht? JuS 1980, S.418; A. Randelzhofer, Gleichbehandlung im Unrecht? JZ 1973, S.536。

法律适用的平等权利，若只是拘束行政权及司法权，要求对法律公平的执行。这种注重形式的平等权理论，并不能清晰了解法律本身应该如何实践此平等权利之内容。倘若一个法律本身即不公正（例如采行种族歧视、男女不平等政策），那么通过毫不打折扣的法适用平等原则，适足以加重本恶法造成之弊害。① 因而，新的理论出现，为的便是解决法适用平等对保障平等权效果的无力感。

三、法律制定之平等

（一）平等权意义之转变

要求立法者亦必须遵守宪法平等权，而且在违反平等权时，法律曾因违宪而无效的思潮，在21世纪30年代时，已在德国兴起。本来，《魏玛宪法》第109条规定，法律面前人人平等。但是，传统的理论，仍认为这种平等只是法律适用之平等罢了。② 由于受到《美国宪法》及《瑞士宪法》学理的冲击，以及基于《魏玛宪法》异于以往宪法之特性，德国宪法学界便开始将平等权的拘束对象，转加诸立法者之上。1925年两位德国学者G. Leibholz及Aldag，分别出版了同书名的《法律之前的平等》（Gleichheit vor dem Gesetze）之论著，提出平等权亦应该拘束立法者的新理论。Leibholz也宣称，此乃平等权的意义转变（Bedeutungswandel）。主张新理论者认为，若平等权不能有效的拘束立法者，那么宪法的平等权

---

① 学者Kloepfer就指出，当年德国纳粹政权通过的种族法律，歧视犹太人，这些法律皆具抽象性，也是依法定程序及权限来制定，但却是实质上不平等之法律。而法适用平等原则也要求公平及严格的执行该法，毫不顾及此已成为不正义及不平等之恶法矣。见M. Kloepfer, aaO. S.30。

② 如名学者G. Anschütz即持此看法，Die Verfassung des Detuschen Reichs vom 11. August 1919 14, Aufl., 1933, S.526.

便形同具文。为了拘束立法者的违反平等权利,法院亦拥有审查法律有无违反平等原则之权限。因此,新理论明白的提出,宪法平等权,不仅是法律适用之平等,同时也是法律制定之平等(Rechtsetzungsgleichheit)。这种新理论由于契合法治国家及人权思想,便立即获得德国公法学界迅速的回响及支持。1926 年德国公法教授协会举办的年会,即以本题目作为会议之主题,新理论便成了学术界的主流了。①

将平等权除了法适用平等外,也视同法制定之平等在战后德国《基本法》第 1 条第 3 项的规定下述基本权利视同直接有效的实证法、拘束立法、行政及司法权下,已经是当然的解释。②

(二)拘束立法权之标准

立法权受到宪法平等权之限制,使立法者必须依照相同的事件,相同的规范;不同的事件,不同的规范,以导出了人民在相同事件时的要求平等对待(Gleichbehandlungsgebot)及在不同情况时,应有要求差别对待(Differenzierungsgebot)之权利存在。面对万花筒式的社会,错综复杂的生活形态与事件,立法者如何规范此同同、异异之现象?平等权并不是显现在不愿适用法律之差异前提而一律朝法律后果作平头式的推演之上。立法者如何在规范法律事实及法律后果的抉选上,才能不触犯宪法所保障的平等原则,是宪法学上一个极棘手之问题。吾人可利用几个宪法的理论与方式来予尝试阐明之:

---

① 参见 F. Stier - Somlo, Art. 109, Gleichheit vor dem Gesetz, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (Hrsg. H. C. Nipperdey), Bd. I. 1930(1975 重印),S.182。负隅顽抗的保守见解者,仍以 G. Anschütz 为首。其明白反对所谓的意义转变。认为立法者的政策决定权限并不能因一个空泛的,源于自然法的平等权理念而遭侵犯。其也认为,尽管支持新理论者已居绝对多数,但是学理不是靠多数决来决定其正确性云云。

② 尽管德国《基本法》对平等权保障的用语,与《魏玛宪法》大同小异,但并不会妨害老辞新解。Starck 教授就曾指出:法律之前的平等,凡是平等立于法律之前之谓也。C. Starck, aaO. S.53。这种对法律面前,人人平等的新喻,有画龙点睛之妙!

1. 立法者的理智决定

这个理论是将判断标准放到立法者之上。也就是立法者只要是理智(或合理)的考虑,即可为区别或相同之对待。这是在相当程度上,认可立法者的形成权。美国宪法理论,较早期亦采这种理智区分说(doctrine of reasonable classification,或是 rationality-test)。① 德国宪法学界早在魏玛时代,业已有学者认为,当立法者的裁量权力,未有符合公益需求之理智理由(ohne vernünftige Gründe)而行使时,即属权力滥用,其因而侵及平等权,就不可许可之。② 因德国联邦宪法法院在其成立以来,其所审理涉及人权之案件,便以主张侵犯平等权者,为数最多。而该院成立后的第一个案件就是讨论平等权问题。该院在本案件中,③就以为:若平等权在立法者未依理智的,根据事务之本质(Natur der Sache)以及有充分之理由,就径予为区别待遇规定,即属违宪之恣意(Willkür)。德国联邦宪法法院这一个判决标准,可以下列的模式表现出来:平等权等于恣意禁止,也就是系乎立法者的理智决定与否。而立法者要避免不理智之后果,必须斟酌各种待规范事务(及人民)之事务本质及有充分理由时,方可作为决定同同、异异之规范。德国魏玛时代所提出的理智理由,已经表明是与公益密不可分,甚至也提出了恣意禁止之概念。④ 这个概念很明显的也和德国联邦宪法法院上述判决之见解一致。唯美国宪法学理所称的理智决定(rational basis test),以其之出发点,乃在尊重立法权限的司法自制,使得人民政治参与过程的结果(完成立法)能够获得最大的保障。此时的理智决定标准,毋宁是偏重在立法者的目的性考虑方

---

① 见 D. P. Kommers, Der Gleichheitssatz: Neue Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundes - republik Deutschland, S. 35。另见 A. L. Bonnicksen, Civil Rights & Liberties, 5. Ed. (1982), p. 146。

② F. Stier - Somlo, aaO. S. 184.

③ BverfGE 1, 16.

④ F. Stier - Somlo,平等原则系与立法者之恣意(未依公益之理智考虑)相互抵触。aaO. S. 184.

面,少在公益价值之因素方面。① 不过,在20世纪60年代末期,也就是首席大法官华伦(E. Warren)任期最后的几年,最高法院也渐渐产生新学说(new approach),这种叫作严格审查主义(strict scrunity),主要适用在处理日益风起云涌的黑白种族问题。严格审查主义的重心,是认为一个法律必须是重大且急迫的公益所需,并且所采行之(区别待遇)措施,亦必须是最和缓的手段方可。② 这两个要件使得美国此新的平等权标准,已和德国的理论几无咫尺之遥了。③

2. 事务之本质

德国联邦宪法法院在上述判决及以后形成学界及实务界之通说,以提出事务之本质作为立法者应该考虑为差别立法之对象。何谓事务之本质(Natur der Sache)? 在公法学界却少有讨论。

事务之本质是法哲学的一个概念。在这个用语中,本质(Natur)本有自然之意义可知,事务之本质与自然法的关系,十分密切。事务之本质是寻找存于各种不同的事务中,合乎自然法的正义。事务之本质于是是一种常常在实证法外的一种价值的表现。这种概念的历史几与西方自然法的历史一样长远。由希腊、罗马连绵至今。

如本文在标题下的引头语,所提到卡尔·马克思早在1842年所撰写的《论离婚法草案》中,就明白的提出了事物本质的用语,他那句名言:"法律应当是就法的事物本质为普遍和真正的表达者。因此,法的事物

---

① 如大法官Rehnquist所言,任何法律都是经过各种不同价值判断的结果,完成立法后即拥有道德之价值。这种价值之要求乃非个人之价值感所有随意转变。Observation: The Nation of a Living Constitution, 54 Tex. L. Rev. 693, 704 (1976); Dazu, D. P. Kommers, aaO. S. 39.

② 也是公共利益必须是达到积极的(compelling)、最高的(paramount)及有充足的说服力(cogent),才是许可之公益。United States v. Öbrien, 391 U. S. 367, 376-377 (1968)。可见得比例原则已经被适用矣。Regents of the University of California v. Bakke, 438 U. S. 265, 291 (1978),见D. P. Kommers, aaO. S. 40.

③ D. P. Kommers, aaO. S. 50; Roe v. Wabe, 41o U. S. 113 (1973).

本质不应该去迁就法律;恰恰相反,法律倒应该去适应法的事物本质",就是对立法者立法必须针对被规范事物的普遍与公正性,作出最理智的判断。在这篇文章中,马克思也说道:如果一个立法者,用自己的臆想,来代替事物的本质,那么我们就应该责备他极端恣意。马克思在这句话中,同时使用了事物的本质及恣意(Willkür)这两个原则作为拘束立法者的准则,至今仍然被适用。令人不得不佩服马克思的卓见。

同样的在1842年另外一篇对于"关于出版自由和公布等级会议纪录的辩论"一文,马克思也更明白提出一句名言:"法律是肯定的、明确的,普遍的规范,在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的,不取决于个别人任性的性质。法典就是人民自由的圣经。"在此中所提到的"别人恣意的性质",当然便是指法律制订者(立法者)的恣意。

不过,马克思在提出恣意及事物本质作为法律制定的原则后,马克思在以后的著作,未再有类似的探讨,而德国学界也没有进一步深入的钻研。就此沉寂了百年之久,直到第二次世界大战之后,德国学界兴起自然法研究,这个议题才再度受到重视。①

事务之本质以其和自然法的渊源,因此,一直是具备着辅助法官造法(richterliche Rechtsfortbildung)之功能。例如,"二战"后,曾任德国联邦普通法院院长(BGH),且主张复兴自然法理念甚力的 Weinkauff 即主张,法官应该适用法律,援用事务之本质及符合实质正义的当为法则(如习惯、学理)来行使司法权力。同时,也应运用事务之本质及交易习惯,来填补法律之漏洞。② 由 Weinkauff 的这种认知,事务之本质已经相当接近一般法理之意义了。在同样的基础上,K. Larenz 也认为事务之本质之主要目的,乃在作为排除法律漏洞的一种手段。其认为,事务之本

---

① 参见 H. Schambeck, Der Begriff der Natur der Sache. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, Wien, 1964。

② H. Weinkauff, *Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland*, 1952, S. 15.

质是一种有意义的,且在某种方面,已具备规律性的生活关系,也就是社会上一种已存在之事实及存在之秩序,其亦同时具有一些精神性及一些物质性(etwas Geistiges und etwas Stoffliches)以及现实性兼具理想性(Faktizität und Idealität),可作为指导法官在法律无规定时,可以产生新法(Neuschöpfungen des Richterrechtes),并且可肯定这种创法的正当性。对于法官造法可使用之方式,Larenz 认为可引用学说、法理、事务之本质以及法历史之原则等。对于事务的本质,Larenz 肯定其乃一种蕴涵在实证法内的法理念,具相对自然法之性质。因此,依其之理论可以借助事务之本质,将实证法内所包含的自然法理念,予以引导出来。①

Larenz 将事务本质与自然法及实证法相结合之理论,也和 W. Maihofer 之看法不谋而合。Maihofer 认为事务之本质,是一种生活事务,由于人不能遗世而独立,人与人之间必会产生复杂、多样性之关系,因此,事务之本质必须以人类生活之整体事务面来观察。而且,不是由法律的体系内产生之。依其之见,所谓的事务本质,是一种工具,把法律以外的规范,形成实证法律内的当为规范。易言之,事务之本质乃实证法外的一种法源,是一种具体的实质正义,也就是一种具体的自然法思想。②

和上述各家学说,承认事务之本质是一种法官造法,并可作为排除法律漏洞之方法,或是肯定其具有规范力及规范功能等不同的意见,可举 G. Radbruch 为例。Radbruch 并不承认事务本质是一种法源,并且具有规范性。反而是事务本质是一种思维方式(Denkform)及结构,不停的将一个社会的生活关系,给予法的认知后,重组成一种法律关系,然后,再重组成一种法律制度。其不强调事务本质所具有的价值判断,而是强调由实然(Sein)发展成为应然(Sollen)的过程,立法者应扮演之认知的

---

① K. Larenz, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift für A. Nikisch, 1958, 275 ff; H. Schambeck, aaO. S. 125.

② W. Maihofer, Die Natur der Sache, ARSP (Archiv für Rechs - und Sozialphilosophie) 44 (1958), SS. 145, 157.

角色。[①] 故 Radbruch 这种淡化事物本质之价值观，并重视立法者之抉择及认知之功能，及最终目的，是使一个生活关系，形成法律制度，不能不说是一种有意义之见地。

在运用事务之本质于限制立法者的形成权限，似乎有必要采撷上述 Radbruch 之见解。这是因为前述诸位学者之见解多以辅助法官造法之功能，作为理论之架构，而忽视立法者之重要性。诚然立法者对于各种类型之规范对象（社会生活关系），在如 Radbruch 所称的导入法律关系及法律制度之过程，立法者要加以判断的，除了价值因素（实质正义，如上文之理智原则）外，存乎诸些对象内的本质，能否完全，或是相当程度的保持价值中立？实有疑问。[②]

3. 恣意的禁止

德国学界将立法者（甚至亦可使用在行政及司法权上）违反理智原则、事务本质原则以及违反比例原则等，而对平等权有所侵害，皆视为恣意（Willkür）之行为。因此，恣意就脱离了其一般语义不同，不是批评及指责立法者主观的妄为，而是客观的，就立法的决定，有违反实质的正义之谓也。[③] 因此，恣意的禁止（Willkürverbot）乃是一个概称，防止公权力

---

① G. Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, 1948, S. 161; H. Schambeck, aaO. S. 132; H. J. Rinck, Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, JZ 1963, S. 523.

② 学界亦有否认事务本质之积极功效者。如 Pracht 认为事务本质是低于宪法及法律下层之事务。本身并无充分的价值观，也不能作为各种对象区别对待之标准。而平等权是宪法之理念，应该可自行决定规范下层事务之标准。若反而由事务本质来决定平等权之内容，是一种上层的权利移位至下层架构的现象，应予以阻止。见 D. Pracht, Gesetzeszweck und allgemeiner Gleichheitssatz unter Berücksichtigung der Rechtsprchung des Bundesverfassungsgerichts, Diss. München, 1974, S. 402。

③ P. Badura, Staatsrecht, 1986, S. 98; 德国联邦宪法法院在最近的一个判决也提及，恣意不是对立法者作有责性的非难，只是认定其作为与所要掌握的现实，是不适当的。BVerfGE 70, 93/97。Zuck 甚至也认为，恣意不是人身攻击，被攻击者（立法者）亦可不必动气也。R. Zuck, Was ist Willkür ? MDR 1986, S. 723; 另外，G. Dürig, aaO. S. 388 亦同。

实质不公正的侵及人权。不过,在我国台湾地区"宪法"理念上,这个用语及概念仍极陌生,仅具参考价值。①

4. 比例原则

在前述提及的立法者理智决定原则,已经实质上涉及了立法者在决定有关人民平等权利时,应该遵守比例原则之问题。按比例原则是国家在一个涉及人民基本权利的公权力行为,其目的与手段之间,有无一个适当的比例而言。比例原则既是以保障人民所有基本权利为其标的,自亦包括人民的平等权利在内。不过,再进一步考虑平等权的特性,可了解其并不是与自由权一样,可充分得心应手地运用比例原则来作为保障平等权之工具。

使用比例原则是为保障人民的自由权利(及财产权),在公权力(以立法权为例)为了公益所需,并依法律保留之制度来侵犯(或形成)人民之自由权利时设立比对。因此,自由基本权利本身即是一个可侵犯的人权。宪法并非保障一个绝对不受侵犯之自由人权,故比例原则及法律保留原则及公益原则都是用来一方面授权、肯定立法者可借以限制人权,另一方面也借此防遏立法者之滥权侵害人权。这是所谓基本人权的相互效果理论(Wechselwirkungstheorie)。② 但是,平等权利之情况则有所不同。宪法所保障的平等权利,要求同样的情形,必须要同样的对待(遭到同样的法律效果);不同的情形,必须要差别对待。这个平等权利本身是绝对性的,不能受到国家侵犯,更无任何理由(公益所需、比例原则及法律保留)可授权立法者来对这个铁则予以限制。③ 平等权利在遵守上

---

① 美国法上,关于恣意(arbitrary)之禁止,也是类似德国法,防止人民平等权的遭受不公平之侵犯。见 Norwak/Rotunda/Young, Constitutional Law 2nd Ed. Volume 2, 1986, p. 317。

② BVerfGE 7, 198/208.

③ 如同 Kloepfer 教授所称的,(自由权)本身即有一个基本权利的内容构成要件(Grundrechtstabestand),易言之,自由基本权利即拥有一个领域,国家可以合宪的侵犯,但不可侵及该权利之核心部分(《基本法》第 19 条第 2 项)。M. Kloepfer, aaO. S. 54.

述铁则之外，而在界分适用法律的对象事实时，立法者决定哪些人与事，应该是属于相同或不同的类别，从而有不同与否之法律后果时，上述诸项原则才有所可能适用之余地。在这种前提下，留下较多之疑义。比例原则在涉及限制人民自由权方面，是以最少侵害人权为中心思想，在通常情形下，国家最好以不作为为佳，使人权未受限制者，即为自由。但在平等权方面，则不是这种消极式的立法态度。立法者毋宁负有积极之义务，公正的去界分同同、异异。对适用法律及接受法律效果，也是接近二分法式之非归杨、即归墨。此即一面是平等对待，不然就是差别对待。法律保留之情形亦然。以传统古典的法律保留理念来看，法律保留只及于限制人权之法律而已，若遵从此概念模式，如同前述，平等权的铁则，不可以被侵犯，那么以平等权之限制为目的，也便不能适用本原则。① 不过，依现代已予扩张的法律保留制度，自然也包括了立法的界定行为有涉及人民平等权者。由立法者通过立法的手段来看其与宪法平等权的关系，吾人可知，都是立法者在区分法律对象（及决定法律后果）的同异上，才勉强的撷取比例原则的理念——不可过度，不可超越目的所需及实行利益权衡——及利用法律方式。② 相形之下，对于公益考虑的原则，就较有其实益性的作用。

5. 宪法全盘价值理念

宪法的平等权理念，本就是一个充满价值观的理念。平等常与公平、正义连成一体。因此，要对立法者界定权力的拘束，也势必要运用价值理念之方式不可，这由本文上述几种标准的讨论，时时不能排除价值

---

① 这也是不少德国学者之见解。见 H. P. Ipsen, Gleichheit, in: Die Grundrechte, (Hrsg. Neumann/Nipperdey/Scheuner) Bd. II. 2. Aufl., 1968, S. 129.

② 尽管了解这种不协调之处，德国学界普遍仍支持比例原则及法律保留原则，适用在拘束立法者的区别（界定）行为之上。M. Kloepfer, aaO. S. 58；实务界亦同，如 BVerfGE 21, 12/27; 22, 163/172; 23, 74/83 及 33, 44/51。

评价的观念,可见公平及正义价值的重要。①

由自由权与平等权在适用比例原则的不同性可知,平等权不似自由权有一个权利本体(自由的实体)。平等必是存在两个以上之个案,经过相互比较,产生差别后,才有平等之问题发生。② 平等权因不平(不平之感觉)事实而显出权利所在。因而,在两个并陈的事实,要认定有无违反平等权,就必须要有一个客观的第三者标准(tertium comparationis),作为断定平等权有无受损之依据。③ 这一个客观的第三个标准也是拘束立法者的价值标准,唯有求诸宪法内的整个价值体系,以表现出来。

例如《基本法》第6条第4项规定,每位母亲都有获得社会救助的特别权利,便是宪法保障母性的例子,同时《基本法》第20条规定,德国是一个社会国,所以对于提倡社会正义,也成为国家的任务,这些都是立法者拥有的形成权,但是不能违反上述宪法之委托。④ 所以,立法者在行使界定之形成权力并予法律后果之规范,即有提出正当性理由之义务,且应该由宪法的整体价值体系及宪法基本精神来作全盘之考虑。如法治国家理念,人类尊严,立国原则都是立法者不可忽视之判断标准。⑤

在宪法明示或是宪法基本精神所导源出的价值体系下,立法者及职

---

① 名学者G. Dürig认为,讨论平等权必须由平等权的拉丁文原文aequalis来讨论。该文字本即含有正义,公平之意义也。G. Dürig, aaO. S.387.

② 这也是Leibholz所称的,任何的平等概念都需要一个不平等概念,作为(补充概念)(Komplementärbegriff)。G. Dürig, aaO. S.387.

③ G. Dürig, aaO. S.387; D. Pracht, aaO. S.21.

④ 对于国家特别扶助这些弱者之条款,学者Lampe认为这已经不是渊源于法治国家的平等权,而是直接由社会国家原则所源出。故他不称之为机会平等(Chancengleichheit),而宁称之为机会正义(Chancengerechtigketi)。见E-J Lampe, Gleichheitssatz und Menschenwürde, in: Rechtsstaat und Menschenwürde, in: Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrft für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, S.258。Lampe教授这个见解极为正确,有助于阐明现代国家所应负担之任务特质。

⑤ 德国学者P. Badura就指出,德国联邦宪法法院逐渐喜欢用宪法的价值体系(如社会国家原则),而较少用恣意禁止之理由,来增强宪法平等权之规范力。见P. Badura, Der Sozialstaat, DöV 1989, S.495。

司裁判(尤其是释宪机关)应该形成及树立各种不同的正义类型(Gerechtigkeistype),例如租税正义、兵役正义及津贴正义(如国家补助私人企业之标准)等,皆是宪法平等权具体实践之方式。① 而且,立法者若是形成这种正义之体系之后,且已是以法律方式为之(如租税正义),国家也因而逐步建立了具有法安定性效果的制度正义(Systemgerechtigkeit)。这个由 Leibholz 早期所创,②但在日后由联邦宪法法院予以发扬光大的制度正义亦有拘束立法者之效力。易言之,立法者不可以在法律体系内,树立价值相互矛盾之制度,使得法规范之适用发生法确信力之怀疑,致失正义之后果。③

四、结论

宪法保障人民平等权利的重心,如本文所述,已经由法律适用的平等,转到法律制定的平等之上。这个重心的转移,也印证出国家迈向法治国家的过程,立法者负担形成、主导国家法律及政治生命的重责大任。

---

① M. Kloepfer, aaO. S.34.

② G. Leibholz, aaO. SS.47, 76; C. Starck, aaO. S.71.

③ 联邦宪法法院在一件审理巴登·符腾堡邦消防法的案件,就妥善的使用此制度。该《消防法》规定,凡年满18岁以上之男性邦住民,皆可自愿加入消防队。18岁至60岁男子,除了加入消除队或曾加入满25年外,皆应缴纳消防代金。代金依各人资力高低,由每年三马克至一百马克不等。本件的声请人是一位残障青年,不满自己亦应缴纳代金而提起诉愿。法院依据平等权之原理,认为该邦法对于消防税,可以有三种方案选择:第一,是向享有消防利益者征收,如火灾的受益财产人,可分担消防之费用;第二,向所有成年且有服务能力之男子,而不去服消防义务者,来征收之;第三,向所有住于本区内之住民来征收之。这三种情形之一,该邦法的立法者却未完全符合,使本案不具服务能力之男子,亦需缴纳代金,故是违反制度正义(租税正义)而侵及平等权利。BVerfGE 9, 291 302。C. Starck, aaO. S.71。关于制度正义另可参见李惠宗,前述书,第98页以下及148页。

以平等权来拘束立法者的法律制定形成权,也意味着立法者必须斟酌社会现实事务的本质,权衡宪法全盘之价值体系,才能予其立法行为规范同与不同的法律后果,有合宪性的正当性理由。因此,就法的理念观察,对平等权有较大意义,是环绕在立法者的诸些后果决定的正义程度如何之问题。平等权明显的,是源于自然法理念之公平与正义,也是人心最易感受之价值概念。因此,立法者在形成各种正义体系,也势必经过慎重且理智的价值衡量不可。这种多偏价值层面,少在法律目的(目的性考虑)的平等权理念考虑,使得有关平等权受到侵害与否之争议,较一般基本权利受损之争议,来得更抽象,这是任何具高度价值观之法益,所不可避免之后果。不过,平等权并不是一个孤立之人权。平等与自由,有时会互有摩擦及矛盾之处——尤以国家规范私人经济及财产使用权限为然,但是如同任何基本人权之间,亦不乏可见两种基本权利冲突之情形。故平等与自由之矛盾,亦可不必过度重视。① 反而,两者共戚共荣之机会尤多。往往一个侵及基本权利之公权力,亦同时可能侵及平等权,因此尽管平等权具价值观与抽象特性,但常可与其他人权,得到互补之加强效力及理由矣!

诚然,主张自由主义之学者,常常会强调过度平等化之弊害。② 这个以为平等权只是平头式(水平化),也就是不同的事务却要求同样对待,不过这种看法亦忽视了平等权同时要求不同的事务,不可同样对待(所谓差别对待之要求)的两面效果。这是有关平等权概念的常见谬误!最后,吾人也可援用一个常为人口诵的真平等用语。所谓一个法治国家,

---

① M. Kloepfer, aaO. S.48.

② 如 E. Eyermann,现代社会若要求水平化的声调高张,将导致社会个人收入减少,最后造成同吃大锅饭之命运。见 Eyermann, Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots? in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechtung, Festschrift zum 25 - jährigen Bestehen des Bay. Verfassungsgerichthofs, 1972, S.52。或是海耶克所称的"喂猪式的经济平等"。其著"到奴役之路",殷海光译,载《文星丛刊》1976 年版,第 123 页。

保障人权的真平等，应该是满足宪法理念，实质正义及通过国家公权力来予建立及保障不可。① 探讨宪法平等权之真义，也就是一种寻找正义，并使其在法律制度内实践的奋斗与路程。

（本文原刊载于《平等权的宪法意义》，《理论与政策》第4卷第1期，第46～57页，1989年10月）

① 平等权的真正实践也就必须是“力”（国家公权力）与“理”（正义）相配合不可。吾人反顾德国在魏玛时代的学界，对宪法保障人民平等权之认知，是何等的热情及理想化，但是，残酷的排犹法案及惨绝人寰的种族灭绝，却也在上述学说谠论仍然余音绕梁时，陆陆续续地登场。这种可作为以历史为师（historia vitae magistra）的德国往事，益加深吾人对法制定平等之确认与要求。

第二十二篇　平等原则拘束行政权的问题

——论不法平等

人类要成为思想中高贵又美丽之对象，不能靠把自身中所有的个性之东西，磨成一律平头式。而是要在他人权利及利益许可的范围内，把它培养及阐扬光大。

——J. S. 密尔，《论自由》

一、前言——平等权重心的“回向转变”

《中华人民共和国行政许可法》第5条第3款规定，符合法定条件、标准的，申请人有依法获得行政许可的平等权利，行政机关不得歧视。同样的，我国台湾地区“行政程序法”第6条规定，行政行为非有正当理由不得为差别待遇。这就是所谓的“恣意禁止原则”（Willkürverbot），行政权力的行使受到平等原则的拘束。行政机关行使裁量时，虽然

受到这个平等原则的拘束，但行政机关自然也了解不能公然的歧视某些对象，了解法律且又狡黠的行政官员十分容易利用裁量的机会，假借各种考虑为借口，规避使用任何足以牵扯到其真实差别待遇的理由与说辞。所以在每日层出不穷的行政个案中，要真正实践平等权，的确不是一件简单的事。平等权的侵犯，是明确的行政滥权，但是对侵犯平等权滥权的防止，可能要比侵害比例原则（合理原则）来得更为困难。如何落实具有宪法保障位阶的平等权，能够下放到所有行政案例，产生实质的拘束力，是“行政程序法”及《行政许可法》公布后，两岸公法学者都会重视的问题。

首先，吾人要先对宪法平等权重心何在的问题加以探讨。

宪法平等权的规定，可以分成“执法的平等”与“立法的平等”两大部分。平等权的原始意涵，原本只是前者，也就是“法律适用的平等”（Rechtsanwendungsgleichheit），也就是“执法的平等”，其拘束对象为行政权及司法权。一般人对于平等权最流行的描述：“法律之前人人平等”，便是意指此种平等权的概念而言。

然而，若平等权只限在法律执行的平等，立法权可以不受到平等权的拘束，即不能够符合法治国家创建一个平等社会的理念，因此要求立法者亦受到平等权拘束的思潮，在第一次世界大战以后开始兴起。本来，1919 年制定的《魏玛宪法》第 109 条虽规定：“法律之前人人平等”。德国传统的宪法学界也明确承认，这种平等属于法律执行的平等。① 但在 1925 年有两位学者莱布厚兹（G. Leibholz）及阿达克（Aldag），分出版了同样书名的《论法律面前的平等》（Gleichheit vor dem Gesetze），已将宪法平等权的拘束力朝向立法者之上。尤其是，莱布厚兹教授更是明白的主张，如果立法者未能受到平等权的拘束，则宪法揭示平等权的理念

① 例如，德国对《魏玛宪法》最权威的注释书，G. Anschütz , Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14 Aufl . ,1933 S. 526。

将形同具文。因此,莱布厚兹认为平等权也是"法律制定的平等"(Rechtsetzungsgleichheit)。这是宪法学上平等权意义的重大转变。同时在次年(1926年),德国公法学界最重要的年会"德意志公法教授年会"即以法律制定的平等为大会讨论主题。除了少数守旧学者外,其他学者也接受了此平等权的新概念。①

通过立法权来形成一个符合平等的法律秩序,无疑是现在法治国家的主要理念。因此,法治国家对平等权的重心已大幅度的移置到"立法的平等"之上。我国台湾地区"司法院大法官"受到德国联邦宪法法院的影响,已在不少的案例中,适用了所谓的重大公益的比例原则,认为立法者有义务盱衡各类事物的不同"事物本质"(Natur der Sache),如"台湾司法院大法官会议解释"(以下简称释字)第412号;有无合法性及理智的决定(如释字第224号、释字第340号),以及有无公益的需求(如释字第211号)等,而后为各种不同或相同的区别待遇。② 这些广泛形成释宪者检验法律有无触犯平等权的标准,都是平等权的"向上效力"(nach Oben)——针对立法者而下的标准。所以立法者诚然有广泛的形成自由权——亦即所谓的立法裁量权——但应受到平等权的拘束,故必须依据不同情况创设出那些应相同处理,那些应不同处理的法律秩序。这是将社会上各种各样广泛的不确定事务,归类划分为几种特定法律效果之类型的过程。

相反的,在法律制定平等已变成平等权概念的主要内涵,宪法对平等权重视之重心已移到立法者身上后,古典的平等权概念,也就是法律执行的平等,显然重要性已经减弱。行政权如果违反了平等原则,例如,行政权基于宗教、党派或性别的差异,而有不同的差别待遇时,行政法上

---

① 关于德国这种平等权的概念的改变,参见笔者,"平等权的宪法意义",刊载于本文集第二十一篇。

② 参见许宗力:"从大法官解释看平等原则与违宪审查",载《第二届宪法解释之理论与实务》,台湾"中央研究院"社会科学研究所2000年版,第85页。

即称为属于“恣意”(Willkür)的行为,也是划归入属于权力滥用之态样。易言之,依据依法行政的原则,既然法律制定的本身不会违反平等权,行政权力就不应会违反平等原则,但竟然因为执行人的歧视而恣意妄为,甚至找麻烦的刁难人民,此公权力的行使即为权力滥用,丧失合法性。因此平等权导入“恣意禁止”及“刁难禁止”(Schikaneverbot)原则。①

我国台湾地区在“行政程序法”明白援用平等权之前,“行政诉讼法”(旧法)即在1975年12月12日修订第1条第2项时,增加了把滥用权力视为违法之行政处分。滥用权力的行政处分,不外乎违反比例原则及违反平等原则两大项。因此,即使在我国台湾地区“行政程序法”制订前,平等权保障已可通过禁止权力滥用的制度而获得实现。然而,“行政程序法”第6条明文强调行政权非有正当理由,不得为差别待遇,这是将宪法对立法者的“理智要求”义务移转到行政权之上,显然忽视了何种情况下方可为“差别待遇”的“正当理由”已由立法者决定,易言之,所谓的正当理由内容为何,以及差别待遇的种类与限度,大致上,也就是在可预见的案件类型上,都已经过立法者的事先决定。除非立法者有授权行政机关得为裁量外,行政机关已无太多自行判断的余地。在有裁量授权之情形,虽基于授权明确性的原则,立法者必须针对授权的内容、种类及限度预做决定,因此立法者所应为的判断义务,不得移转到行政权之上,但这些规定仍不免抽象概括,在个案中实现即有可能变质。行政权可以单独在个案中行使裁量权,但更多情况是以颁布内部规则(行政规则),例如制定“裁量准则”来统一规范行政权之行使。因此行政权在执行个案时即有平等原则拘束的问题。除非有事实上的理由(Sachliche Gründe),不能违反这些处理原则。所以“行政程序法”第6条的平等原则虽可继

---

① H. P. Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 147. 这也是德国行政法传统的见解,参见 O. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, 2Aufl., 1964, S. 75。

续延用"权力滥用"的理论模式(新修正的"行政诉讼法"第4条第2项为仍保有权力滥用的制度)。而行政权固不可未有"事实上的理由",即采取差别待遇,这是属于恣意的权力滥用。平等原则且要求行政权进一步的、积极的遵守这些拘束内部的法规,甚至行政惯例的拘束,所以依德国公法学界的见解,这已不局限单纯、多半属于有非难评价的"恣意禁止",而是更进一步的涉及行政自制的问题了。① 此皆将于下文讨论之。

综上所述,虽是现今宪法平等权注重"向上效力",但"行政程序法"第6条的平等权条款,却转向注重"向下效力"(nach Unten)——拘束行政权的"回向转变",即恢复到平等权的原始,古典的意义之上。但不论是该条文的概念形成的基础——即移植立法者的理智区分义务于行政权之上,或是本条文的法律效果,仍必须划归入权力滥用的违法性,使得本条款并无太多的独创性与独立性。

另外由于"行政程序法"对于适用事项采取列举说(该法第2条第1项),使得非属该项所称的,例如,行政处分等行政行为,即不属于该法的适用范围。虽然第6条的平等原则仍应及于一切行政行为,但如果其他实证法律未明确规定适用平等原则时,极可能使平等原则形成具文。② 而行政机关在具体为行为时,往往会依循内部法规及行政惯例,行政权如果不遵循之,就是违反"行政自制"(Selbstbindung der Verwaltung),已如上述。但倘若这些法规及惯例为不合法时,可否援引平等原则及行政自制来要求相同对待?涉及所谓的"不法平等",正是本文所欲尝试阐释的问题。

---

① H. P. Bull, aaO, S.127; A. Randelzhofer, Gleichbehandlung im Unrecht, JZ 1973, 540.

② 例如,我国台湾地区"国家安定基金设置及管理条例"即是一个未将平等原则纳入的立法例。使得五千亿的基金的运作可以凭少数人士的"黑箱式"的决定,会衍生的无穷弊端,将可预料。

二、不法平等的问题

(一)"不法平等"的概念

法律执行的平等既然要求执法者应平等的执法,因此,相同的事物应获得相同的法律效果,如果欲获得不同的法律效果,则必须要有不同的事物为前提。这种相同事物即须有相同法律结果的定律,即为平等原则的表现,也会造成人民对公平价值的认知。

然而,这种平等的概念及不及于要求援引一个违法事实或前例的对待?例如,警察只对众多违法停车人中的一人予以告发,被告发人能否比照其他违规停车之行为,而主张此告发行为违反平等权而无效?同样的,在这种案例中,人民可以使用何种方式来行使救济?这种援引违法的事实,德国著名的公法学者杜立希(G. Dürig)教授在1957年出版的著名的《基本法注释书》(Das Grundgesetz Kommenter)第一版中称之为"不法的平等"(Gleichheit im Unrecht),①此用语遂广被采纳。依杜立希教授的见解,不法的平等可以产生两个衍生的类型。就以上述违规停车遭处罚者为例,第一个衍生的问题为:该被处罚的人民可不可以认为他人已经违法却未受取缔,可援引前例而不受罚?这是消极的要求拥有不法的权利而获平等对待;第二种情形为:自己若遭受到不法的行政权对待,可否要求行政机关应积极的给予他人同样的不法对待?例如,一个人申请建照被拒绝,可否要求行政机关对于同样地区其他相同申请案皆给予驳回的处分?后者的情况较为单纯,按此乃个别的人民与行政不法行为之间的法律关系,至于行政机关与第三人应为如何之法律关系无涉,除非有

① 现行版本为 Maunz / Dürig , Das Grundgesetz , 5. Aufl . , 1998, Rdnr. 171 zum Art. 3。

构成其他的法定理由,例如"利害关系第三人",否则不能类推个人与行政权之关系及于行政机关与第三人的法律关系之上。真正构成"不法之平等"的问题乃在前者,也就是人民与行政权之间就已存在不法的状态延伸到本身的不法行为之上,且使本身的不法行为获得相同的法律后果。①

行政权在这一取缔违规停车的情形,是所谓的"选择性执法",到底行政机关有无此选择性执法的权力以及人民有无请求救济之可能?诚然在有所谓的"权宜性原则"(Opportunitätsprinzip)时,例如警察可决定采取何种方式来逮捕人犯,以及可以基于公益优先性的考虑,有权决定何种行政行为的采行次序及总数外,行政机关对于同样事件所为的行为应当受到平等原则的拘束,应是"行政程序法"第6条的意旨所在。然而对于这种"只取缔其一,不取缔其他的行为",除了是否构成违法失职,而有产生行政惩戒的问题外,这种执法行为是否触犯平等原则?可否主张其权力滥用?是为讨论不法平等概念的主因。

其次假如某种行政事务已依行政规则(例如裁量准则),或是行政机关的解释,形成一种惯性的处理方式——称为"惯行实务"(Regelpraxis),结果该方式并不合法,而法律本身又没有明确与之抵触,人民可否要求继续援用此方式?又万一这些裁量准则已改变,就新准则而言,旧准则已形成不合法,是否即可拒绝人民主张继续援用此旧的准则?都是属于讨论不法平等问题的范围。

(二)台湾行政法院的见解

我国台湾地区学界,对于"不法平等"只有概略的提及此用语,并未对此概念有进一步的讨论,至于行政法的论著也鲜有对此加以详述者。②行政法院诉讼实务中,迄今虽然仍未有使用此用语及明确讨论此问题

---

① Dürig, aaO., Rdnr. 171.

② 少数约略提及者,例如陈敏:《行政法总论》,1999年版,第167页;陈新民:《行政法学总论》,2000年版,第79页。

者，不过仍可找出下述几个有关的案例，可提供吾人探讨。

1. 第一个例子：我国台湾地区“行政法院”47（1958 年）判字 26 号

建筑物有妨碍都市计划者，市县主管建筑机关得令其修改或停止使用，必要时得令其拆除，固为“建筑法”第 31 条第 1 款所规定。但建筑物是否有拆除之必要，应依客观情事以为认定，不容任意率断。若无拆除必要而令其拆除，即非合法。本件原告所有平房铺屋两间，系原业主未经声请核准擅自建筑之房屋，按其位置，固跨越都市计划道路范围，于都市计划，不能谓无妨碍。在实施都市计划拓宽道路时，所有此种跨越计划内道路范围之违章建筑，固应一律拆除，但在未按照计划实施拓宽道路以前，还难以说对原告之两间铺屋有单独予以拆除之必要。参照台湾“行政院”（四五）台内字第二八九八号令颁“违章建筑处理原则”第 5 条规定，对于旧有违章建筑之拆除，亦应依其所定之先后顺序，有计划的分区执行，不应对于某一所房屋单独执行拆除。被告官署单独通知原告将该项铺屋拆除，而邻近同样房屋，均未同时取缔，显难认其系因妨碍都市计划而有拆除之必要。按之首开规定，自有未合。

此号判例值得重视的有下面数点：

（1）违章建筑的拆除本系合法之行为，因此违章建筑的存在即为不法。

（2）违章建筑的拆除应该依行政规章的规定行之时，例如，本案的我国台湾地区“行政院”（四五）台内字第二八九八号令颁“违章建筑处理原则”第 5 条规定（行政规则），则“行政机关”应受此规则的拘束。①

---

① 德国行政法学早期的见解，如 F. Fleiner 认为这是行政机关不能径依法律而为行政处分，须先经制定行政命令，是为所谓的“命令先行原则”（Vorzug der Verordung）。台湾学界即有将本号判例认为是遵守此原则者。见李惠宗，“论平等原则对行政裁量之拘束”，刊载：《宪法体制与法治行政，城仲模教授六秩华诞祝寿论文集（二）》1998 年，第 100 页。但本判例是以行政规则来规范行政权，而非法规命令，此其一；如果法律无授权订定行政命令，是否行政机关即不能为行政处分？恐亦未必，此其二；再而，当今行政法学在讨论平等权，还有无必要考虑遵守此“命令贯彻原则”，还是应该考虑有行政自制的问题？恐值斟酌也！

(3) 倘行政机关并未依此行为而单独拆除其一,对邻近同样房屋不予取缔时即为违法。

本号判例上述见解已经提及了所谓的"行政自制",也就是行政机关必须受到自己的内规行政规则及行政前例的拘束的问题。对此问题,行政法院的见解其实并不一致。试举一例,我国台湾地区"行政院"62(1973年)判字608号判例采取了否定的立场,此号判例认为,本来依行政规则对于人民之走私进口行为应处一倍的罚锾,但行政机关却提早实施新的行政规则规定,改采两倍罚锾。我国台湾地区"行政法院"认为,即使如此,仍未逾越法律的界限(得科处一至三倍的罚锾)。如依此判例即无行政自制原则适用之余地。回到第一个例子而言,对于单独拆除而未同时取缔邻近同样房屋,行政机关若不能提出合理、令人信服的理由,即不免有恣意之嫌。故台湾行政法院47(1958年)判字26号判例对"单独拆除房屋之举",虽未明确指出乃行政机关的恣意,但本判例对认定"有无拆除之必要"时,已经使用了"不容任意率断"一语,可知行政恣意的概念已呼之欲出了。唯本号判例可惜之处另有二:第一,对本例的参考法条仅是"建筑法"及行政规则,未明确揭示禁止权力滥用或公平原则,使得立论依据不够明显;第二,未能强调此选择性执法为不公平之行为,使得本判例并无具体的诉求。

2. 第二个例子:我国台湾地区"行政法院"52(1963年)判字321号

旧有违章建筑妨碍都市计划预定地或公共交通者,县市政府应订定分期分区处理计划,提经违章建筑处理小组审议后公布处理,分期拆除,此在"违章建筑处理办法"第27条规定甚明。本件原告于43年(1954年)间,占用公有巷路搭盖房屋,系属旧有违章建筑,纵令有妨碍都市计划预定地或妨碍公共交通情事,按之首开规定,亦应由被告官署订定分期分区处理计划,依规定程序统筹办理,分期拆除,不应对于某一所房屋单独执行拆除,该地区邻近同样房屋及摊棚尚多,均未同时取缔,独对原告一人房屋先予拆除改建,自难谓平。被告官署引用之"台湾都市计划

令”，查系台湾省日据时期原日本台湾总督所公布，台湾省光复后，虽依前台湾省行政长官公署三十四年(1945 年)11 月 3 日布告之“台湾省适用法令原则”，在台湾省尚继续援用，唯该计划令第 37 条规定之情形，在“违章建筑处理办法”中均已有规定。是该计划令第 37 条之规定，自无复仍予援用之余地，被告官署不依首开“违章建筑处理办法”之规定，订定分期分区处理计划，公布处理，而援引该计划令限令原告拆除房屋，于法自难谓有据。

本判例的案件与第一个例子极为相似，除了第一例的见解多半被维持外，本判例尚有两点值得重视：

(1) 行政机关必须依据行政规则的拘束，且该行政规则必须合法，同时，若行政规则有执行细节时——例如本案的“分期分区处理违章建筑处理计划”，行政机关即应遵守之。

(2) 如果只对其中之一单独执行，本判例要旨使用了“自谓难平”四个字，显然已经比前例更为清楚的将公平原则引用在此种案例之中。

上述两个行政法院的判例，虽然已经初步地揭示了“不法的平等”的概念，然而其中主要的关键仍是对行政权应受行政规则的拘束。① 除了违章建筑的案例以外，其他案件的行政争讼似无类似的判例。这可能是因为台湾违章建筑的问题十分严重，处理也极为棘手，因此，此两号判例才会对违章建筑的拆除采取极严格的标准。

(三)最近我国台湾地区“行政法院”的见解

前述我国台湾地区“行政法院”的两个承认单独拆除违建乃为违法的见解，在近年的我国台湾地区“行政法院”诉讼实务中，已不再受到尊重。试举三个例子。

---

① 对于行 52 年(1963 年)判字 321 号判例，陈清秀曾举例作为乃是一个遵循平等原则所作的判例，参见我国《行政法的法源》，刊载：翁岳生编《行政法二〇〇〇》(上)，第 128 页；但李惠宗虽正确的指出此为“不法无平等可言”的案例，但认为结果的行政法院撤销原处分系违法。见其著，前述文，第 100 页。

1.第一个例子为我国台湾地区"行政法院"86(1997年)判字280号

本号判决值得重视的是:

(1)人民虽然主张依据行政规则("台北市政府违建处理政策及取缔措施"),应可获得暂缓处理的待遇,然法院则以为:"暂缓处理"固使人存侥幸之心(未拆除前可暂为使用),但此究非法律赋予违建物所有人所得主张之权利。且违章建筑既非合法之房屋,则违建物所有人当有"迟早会被拆除之认识",自无信赖利益之可言。法院这个对于信赖保护的见解,显然完全基于"合法的权利"才可以产生信赖利益。对于本身权利地位已有瑕疵及不法者,即无享受信赖利益之余地。而且即使依行政规则应获暂缓处理之违建,法院也认为其非由"法律"所获得之权利,行政机关即使未遵守其内部之行政规则而遵照市长"项目优先处理"的指示,予以实时拆除,亦无违法性。这种行政机关不依抽象性的行政规则,反而依循"个案指示"性的长官命令,单独的执行拆除,正是标准的"行政恣意",法院却未予指摘,显出本判决见解的落伍。

(2)此外,原告曾经指摘为何对于同样他人的违建不予拆除,本号判决认为:至于他人违建不予拆除"系另一问题",而不能作为主张本案违反平等原则之理由。法院这个解释,使用"四两拨千斤"的手法,把原告援引之比较案件视为事不关己的另外案件,也未对平等权为何不能产生拘束力而有任何的阐释,这种"一推了事"的模式显易有传染效果,事后的类似案件已出现这种症状。

(3)法院认为信赖利益产生必须基于"合法的权利",才可产生,正是误解公法信赖利益制度的特色,即在于保障类似违法授益处分撤销的问题(后将叙及),所以针对在不法基础上产生的信赖,更有探究应否保障的价值。

2.第二个案例为我国台湾地区"行政法院"87(1998年)判字1963号

本案也是涉及违章建筑的拆除问题,原告曾主张其他地方也有类似

情形，而仅就原告房屋予以强制拆除，违反我国台湾地区“宪法”第7条的平等原则，有明显瑕疵，即属权力滥用。法院则认为：原告所举其他处所亦有类似违建情形，是否属实应由被告机关另外予以查处，不得执为系争违建免予拆除之论据。本号判决虽言明行政机关亦有“积极查明处理”的义务，比起前例指“系另一问题”来得允当，然行政机关却未因此判决，而取得积极行为的义务——因这个义务并非本案的诉讼标的，即判决主文所欲规范者。但是同样的，对于平等原则能否拘束行政权的问题亦未能有进一步的探究。①

3. 第三个例子为我国台湾地区“行政法院”89（2000年）判字第638号

本案原告申请重新评阅某科考试试题，原告主张援引被告机关不久前公布的一个诉愿决定书，所举出的事实与被告机关处理方式，遂要求在本案中应该以同等的方式来处理本案。法院则以为：所举的案例，其案情与本件不同，尚难作为本件原告得请求重新阅卷之理由。本号判决似乎表面上承认如案情相同时即可为相同对待，然而实质上本号判决亦如同前述“系属另一问题”（我国台湾地区“行政法院”86判字第280号）之判决一样，不承认可予援引。但本判决不一定属于“不法平等”。因为被援引的案件当系合法（尤其援引的诉愿决定），所以本案恐反较像要求“合法的平等”，但法院的排斥态度依旧，与排斥“不法平等”无异也。

综上所述判断，我国台湾地区“行政法院”对于行政权法能否针对其中的一个不法案例执行，在早期1958年及1963年的判例显然采取否定的立场，其立论除了应该遵守行政机关的内部规定外，也含有保障公平

① 此两号判决还愿意对人民指摘行政行为违反平等权的指控加以说明，比较起同时其他的判决，例如我国台湾地区“行政法院”87（1998年）判字927号、88（1999年）判字2013号，便对于原告所指摘平等原则、公平期原则，未有片言只语的说明。

实现平等。而这种维护人民信赖利益的见解,未能延续至今。由近年来行政法院判决,不是对于人民指摘行政权未同时取缔他人,而仅单就其一来执法的不公,有作任何的回应;就是以"事属另一问题"等的类似说法一笔带过。因此所谓"不法平等"的问题在我国台湾地区"行政法院"实务界并没有获得任何值得大书特书的成就。

三、德国对"不法平等"问题的讨论

(一)"不法平等"在宪法上的意义

平等权能不能包括保障一个不法的状态?德国学界及法律实务界始终采取反对立场,其立论不外出于以下几点:第一,基于依法行政的原则:行政权必须受到法律的拘束,因此一个明确违反法律的事务,本身即无受到法律秩序保障的价值,从而行政权即负有排除的义务,假如行政机关不能遵守此一原则,将使依法行政的原则被破坏。第二,对于社会秩序的改善层面而论:不法平等的问题许多是在行政机关通过行规命令或行政规则而持续实施后所形成的行政前例所产生,此行政权如造成不法的效果时,如不许行政机关改正——因为任何的改正都会产生第一个不同于前例的新案件——因此如坚持有不法平等原则的适用,则行政权将永无改善法秩序的机会。第三,以平等权的制度化方式而论:平等权不同于其他的自由权本身有一定的内容,此即杜立希教授所称者平等权并无一个独立的法价值(eigener Rechtswert)①,因此平等权虽然一个追求"标准化",但评判是否平等必须借助一个"比较案例"(Vergleichfall)作为系争个案有否违反平等权时的评判标准。这种判断标准便是由法律来创设,故此比较案例即是把法律所预见之个案的法律效果的发生,

① Dürig ,aaO. ,Rdnr. 164.

也是平等原则成为制度的表现。就以此平等权转换成法律制度而言，其他相同、但与法律并不相合的个案，即无得作为“比较案例”的价值，因此平等权不保障这种不法的案例。第四，平等原则追求的理想而论，平等原则所追求的并非“一齐坏”，也就是将整个法律秩序朝向劣质的标准，因此不能认为已有其他不法的秩序存在，来使自己的不法性消除；或是自己遭到公权力不法之侵害，也要求其他相同个案也应一并不法的处理之——例如一个学生考试被误打分数而不及格，则全班也应不及格。如此不法的平等将会造成法秩序“向下沉沦”的效果；相反的平等原则应具有更积极的意义，即表现在排除不法的区别对待，例如：对于合法的权益，可以通过一个明确的“比较案例”所创设的标准，而人民竟然未能获得此待遇时，即可诉诸平等权的方式来获得法律赋予的利益。其手段不论是请求具体的给付，或排除行政权的侵害，或行政权力应忍受……皆无不可。所以平等原则转化为维护法律秩序在个案实践的利器，也才切合平等权作为“法律执行平等”的意义。如以法律本有维持社会秩序的任务，尤其新的法律尤其有改善旧有法律秩序的进步功能时，平等权应作为辅助法律秩序“向上提升”的功能。

因此，德国公法学界讨论不法平等问题的时间并不太长——都在60年代以后，相关的著作也并不太多。学界见解仍普遍把不法平等排除在宪法平等权的效力范围之外。①

（二）不法平等所牵涉的其他概念

尽管探究宪法平等原则的意旨不能够推衍出保障人民不法的利益，然而倘若人民这种不法利益的获得，行政机关已有责任时，能否一概排斥人民提起救济？则不无疑问。特别明显的案例是当此不法利益系通

---

① Dürig，aaO.，Rdnr. 172；Randelzhofer，aaO. S. 538；W. Berg，Keine Gleichheit im Unrecht，JuS1980，420；V. Götz，Der allgemeine Gleichheitssatz und die Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht，NJW 1979，1479.

过行政机关的行政规则所产生的行政前例来获得时,则行政权当是构成此不法状态的主要推动者。因此讨论"不法的平等"也需斟酌下列相关的原则:

1. 依法律行政与依法行政的差异

如前所述,不法平等之不可包括在平等权的概念内,主因乃因与现行法律抵触,从而其所生之利益未有法律之基础。如以严格的"依法律行政"(Gesetzmässigkeit der Verwaltung)自可以支持此论点,从而行政权利必须依循法律明确的规定,不法平等则毫无存在的空间。然而依法律行政的概念已形落伍,取而代之的依法行政(Rechtmässigkeit der Verwaltung)已将规范行政权力的法源依据扩张到法律以外的法规范之上,此也是我国台湾地区"行政程序法"第4条:所谓的行政行为应受法律及一般法律原则之拘束。特别是在后者的概念极为广泛,举凡任何足以形成公平正义的原则,例如,比例原则、诚信原则、平等原则、行政自制原则等莫不包括在内。这种将一般法律原则导入作为指导行政、及检验行政合法性的标准,目的即着眼于现在行政行为的态样。也不仅是完全受法律拘束的拘束行政一种,反而越来越多的裁量行政,以及没有法律基础,却由行政机关自行规范的,例如行政辅助、给予津贴的"无法律行政"(Gesetzfreie Verwaltung),因此给予讨论不法平等问题一个甚大的空间。

2. 所谓"不法"的意义

不法平等的前提为该事实属于"不法"的状态而言,基于依法行政,而非"依法律行政"原则,已使判断一个行政行为合法性的标准改变,所谓的"不法"除了抵触法律外,亦可抵触其他阶层的法规,例如法规命令与行政规则及其他法律原则,因此不法的原因即有多样性。尤其当不确定法律概念及裁量制度成为规范行政法秩序的常态工具后,不法与合法的界限呈现弹性。且当法院审查密度较低的裁量,此时法律解释(如行政拥有"判断余地")的权限操纵在行政机关手中,即具有可主导何为合

法以及何为非法之效力。在行政的日常作为之中，一旦产生不法状态，其法律后果是否需一视同仁，不容许行政权有加以保障的必要？例如一个裁量处分，并未完全依循现行行政规则，虽有不法性，但是否其结果是和一个违反法律或法规命令者相提并论？此在裁量行政时情况更为明显。例如规范行政裁量的行政规则更改，则形成"昨是今非"。昨日的行政处分为合法，今日则依昨日的标准所做的处分即为违法，且法律基础不变，此时是否有侵犯平等原则的疑虑就会产生。所以不法检验标准的多样性，使得评判所谓的不法状态，其不法性容有轻重之分，特别是当此不法性由行政权力所肇致者，则更有讨论的余地。

3. 行政自制的问题

所谓的行政自制乃指行政机关的"自我节制"而言。由使用"自制"的用语可知，这种控制行政权的来源属于类似"国会自治"的"自律"，而不是其他一般拘束行政权力之属于"他律"法规范。① 行政自制产生主要的目的，乃在于约束行政权在裁量行政与无法律行政时的裁量界限，亦即有限缩行政机关之广泛而无一定准则的裁量权限的作用。② 由于行政自制并非法律用语，也因此行政自制的主要目的乃在于促使行政权力能遵守内部规范，故讨论行政自制的问题涉及行政规则的拘束力，也是平等权在个案的拘束力问题，所以行政权力自行规范内部的价值判断标准从而受此标准拘束之谓。③

（三）德国行政法院的实务见解

对于不法平等及相关问题的讨论，德国联邦行政法院在早期的判决中，有几个见解值得重视。

---

① 即造成"行政他制"（Fremdbindung der Verwaltung），见 F. Ossenbühl, Selbstbindung der Verwaltung , DVBl. . 1981, 858。

② F. Ossenbühl , aaO. S. 858; T. Maunz, Selbstbindungen der Verwaltung , DöV 1981 ,487; J. Burmeister Slbstbindungen der Verwaltung , DöV 1981 ,506.

③ Koch/Rubel , Allgemeines Verwaltungsrecht ,2. Aufl . ,1992, S. 159.

第一个联邦行政法院处理不法平等的问题,是在1954年5月4日,所公布的一件有关"铁路局公务员资格认定"的案件。法院认为:《基本法》第3条第1项的平等权,指人民有获得在法律之前平等的对待,而禁止不同对待的请求权。只有当人民得请求给予一个"符合法律地位"而为的平等给付权利存在时,才能够成功的主张平等权有被侵害之虞。易言之,如果人民的法律地位并不能够要求行政提供此对待,且此对待与客观的法律地位有违时,尽管在其他类似的案例,曾有人获得行政的对待,亦不能够主张其平等权受损。联邦行政法院在这个稍嫌抽象的阐述中提出了平等权的主张必须符合所谓的"客观的法律地位",亦即由合法创设的法律地位,才能够主张平等原则。因此,不法的平等并不存在。同时本判决也说明,可以提起平等对待的请求时必须该主管机关拥有能够阻止,或消除对同一个案件采行差别对待之权限时为限,易言之如果人民主张有不同对待的案例,却是由其他机关所造成时,即非本案是否违反平等权的问题。

德国联邦行政法院成立后最早做成的一个涉及不法平等的案例,将平等请求权,限于请求应具有合乎这个之法律规定的给付,且作为对比差别对待的案例也必须限于同一机关所为,属于较为保守的见解。

第二个值得注意的案例为,1969年12月10日联邦行政法院公布的"兵役缓征"案,则更进一步的阐释了行政自制与信赖保护与不法的平等权问题。① 本案是一位职业学校的毕业生于接到征兵令前一个月,进入机械学校就读,收到征兵令后即申请缓征。依当时《德国兵役法》第12条第4项第1款的规定,应召人除有特殊个人的理由,因入伍会造成特别负担时,可申请缓召;但同条款也同时规定,必须是对"已在持续进行

① 由于本案牵涉有关行政规则的外部效力问题,所以学界对本案探讨的目的也多朝向此方向。见陈春生,"行政规则之外部效力问题研究",载:《行政法之学理与体系(一)》1996年,第107页。

中的学业”(bereits weitgehend geförderten Ausbildungsabschnitt)造成中断者方才属之。依德国联邦行政法院一贯的见解(如 BVerwGE31, 318),所谓“已经进行的学业”系指至少进行三分之一以上的学业进度而言。但对于就读机械及建筑的学生而言,德国国防部却在 1957 年 11 月(本案当时适用的条文在 1964 年修正,但内容未公布)就公布一个行政规则,可能是为了使军队有更多的此项专才人员为目的,对就读机械及建筑学校的役男特开方便之门,役男只要已入学一天即可申请缓征。原告遂申请缓召。但县兵役处以联邦行政法院的一贯见解,认为必须就读达三分之一(即至少两个学期)的标准为由,驳回其申请。原告向邦行政法院起诉,获得胜诉。联邦行政法院认为,上述国防部的行政规则有拘束下属机关的效力,且基于平等权及信赖保护原则,都应许可诉愿人申请缓召。本案上诉至联邦行政法院,改判兵役处获得胜诉。联邦行政法院在此判决中阐述了德国联邦行政法院对于行政自制的概念为:乃是行政权依据客观法律秩序所授权的范围内,对个案或某类型的个案能有决定的自由时,所谓的行政自制,是对行政权有规范,得以拘束其裁量权的原则而言。这个行政自制的规范来源为行政规则及行政惯行的前例,使得在相同的事件存在时,应为同样的裁量。因此,此行政规则虽有广泛拘束性,却不能够作为违反现行法律或法规命令,而作为违反此客观合法秩序的法源。即行政自制不能够期待运用此违法的行政规则来拘束行政的裁量权。所以正确的行政自制乃是指基于平等原则,就“合法的事务”,行政机关应依行政规则给予相同的裁量对待;倘若行政权没有正当的理由而为差别的裁量行使,人民即可提起同等给付的请求权。在此法院也引述依法行政的原则,认为平等原则的界限乃在“合乎法律的范围”平等对待,所以人民既无请求权,且行政机关亦无权限来给予一个违法事件的同等对待。法院特别援引前述联邦行政法院关于“铁路局公务员资格认定”的见解,以支持其论证。

其次,本案件是否涉及信赖保护的问题?法院认为一个行政规则所

形成的违法行政前例,若已形成人民的"信赖"时,易言之,人民信赖此行政事实会继续延续,而造成损害的结果,例如本案的役男,可能是相信当时实施已达12年的行政实务及行政规则,相信只要就读建筑与机械学校即可获得缓征的权利,因此付出了相当代价而就学。法院认为如这种情况产生,有可能造成国家赔偿的问题。不过,就本案的裁判而言,法院此时仅专注判断人民能否主张延续此违法行政前例的合法性问题而已,未对此赔偿问题进行进一步的阐释。因此本案法院认为此行政规则及实务既然在法律基础上站不住脚,人民即不得基于行政自制的原则,来指摘已侵犯了其信赖利益。

联邦行政法院这个著名的"缓征案"对于解决不法平等问题,基本上并无太大的突破。但它指明了可能会涉及信赖保护以及可能造成国家赔偿的责任,已经指出可能解决这个问题的具体方向了。

第三个案例为位于曼海姆市(Mannheim)的巴登·符腾堡邦行政法院在1971年所作的"杜宾根大学学费案"。本判决虽不是联邦行政法院的案件,但是却是第一个对不法平等的问题敢予突破传统见解,且被重要的学术论文加以引述,①故有值得参考之处。本案起源于1970年夏天杜宾根大学并未遵照当时邦教育部"学费规则"所明定应向所有学生征收学费,却只规定一般学生仍不必交学费,但对于就学超过一定年数年数(十二个学期以上)仍予征收之。此对所谓的"老学生"是否造成不平等的法律后果?一位不服此规定的学生遂起诉。邦行政法院认为"学费规则"乃一法规命令,故杜宾根大学规定其他学生皆可免缴学费的规定即为违法。然而所谓的"不法平等"原则,却不应毫无例外的被排斥,在例外情形亦应许可援引此不法的原则。就本案而言,既然绝大多数的学生(93%)都享受违法的利益时,却要要求少数的学生(7%)承受合法的

① A. Randelzhofer ,aaO. S. 537. ;Duerig, aaO, Rdnr. 185ff; NJW71 ,954f; DVBL. 72,186f.

负担，恐已违反了平等原则，因此法院认为此些少数学生亦无须缴交学费。当然本案件是否完全抵触平等权？易言之，学费征收对象仅限于“久读不毕业的老学生”，其与一般免学费的正常就读学生是否已有可区别对待的客观性？另外，诚然教育部的“学费规则”是法规命令，大学颁订的学费规定自应不得与之违背。然而，“学费规则”是否规定学生有缴费的义务，而作为其下级机关的大学是否毫无裁量的空间？而只针对部分学生征收学费，此是否可以援用比例原则来合理化之——即给予人民最小的侵犯？法院都没有进一步的加以讨论。但无论如何，此次联邦行政法院打破了绝对不许可不法的平等的铁律，却是迈出勇敢的一大步。只是遗憾未就例外许可情形进一步的说明罢了。①

（四）不法平等与信赖保护的关系

由上述联邦行政法院“兵役缓征案”的立场，显示出人民在经由长年来的行政实务及行政规则所创设的行政秩序中，可能并非没有完全不值得保障的法益存在。在巴登·符腾堡邦“大学学费案”判决法院已承认应在例外时许可不法平等原则的适用。究竟何时才是此例外情形？以及人民请求平等对待时，其理论依据为何？两个案件都已提及信赖保护的问题而不使用平等原则。这个方向是否正确？

首先，回到平等权的原则。宪法的平等原则必须坚守在维持合法的

---

① 阅于本案，著名的学者杜立希曾批评并非是不法平等之案例。杜立希仔细分析本案的案情后，发现本案的真实情况应为：巴登·符腾堡郡确曾有一个“学费规则”，但郡义会已通过大学生免缴学费之决议，并谕知郡教育部长，修正“学费规则”。郡教育部长遂公告此决议，并着手修改此规则。就在此可以溯及免除学费的学费规则刊登在郡法令公报之前，有些大学已实施免学费的措施，但少数的则尚未全面实施。本案的原告即是其中之一。因此本案应是行政机关的法规命令与行政规则之间的拘束力关系，亦即所谓的行政权“依法自制”（selhstbindung in Recht）之问题。杜立希认为承审法院不察此案件之详情，甚至以电话询问郡教育部何时该“学费规则”会刊载在法会公报的手续都省略掉，即将之作为不平等的案例，不无粗率之嫌。依其著之见，本案只有当成教科书讨论案例的价值，并无太多的学理突破。故称之为“寂寞之突破”（Die einsame Durchbrechung）。Duerig，aaO，Rdnr. 185f.

法律地位之见解并不能改变。因此德国学界对于经由违法状况产生的个案,请求维系或援引此非法个案都不能契合此平等原则的意旨,所以平等原则只能够在合法的法秩序中作为实践的工具。因此对于涉及不法平等之案例,即非平等权发挥功效的场合,所以必须舍弃援引平等原则作为讨论不法平等的依据,须另辟蹊径。①

可行的方法唯有由信赖保护来着手,按信赖保护为行政法上的基本原则,我国台湾地区"行政程序法"第8条也规定:行政行为应以诚实信用之方法为之,并应保护人民正当合理之信赖,故是将诚信原则与信赖保护合为一条。② 虽然我国台湾地区"行政程序法"第8条将信赖原则建立于人民"正当合理之信赖",但是"正当合理"是否单以客观的合法性为唯一判断标准?答案显系否定。故正当合理的信赖,并不当然以利益是否由"合法"的法律地位所获得为标准。信赖利益的保障是法治国家原则中的一个衍生的原则,也就是通过法律安定性的原则产生此原则,然而本原则主要是具体实现在"行政程序法"中有关合法授益处分的废止("行政程序法"第126条),及违法授益行政处分的撤销("行政程序法"第117条以下),尤其后者与信赖保护的关系尤为突出。本来德国《基本法》在1949年制定时并未设想到信赖保护的问题,主张违法的行

---

① W. Heun, in:H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. Ⅰ, 1996, Rdnr. 52 zum. Art. 3.

② 虽然我国台湾地区"行政程序法"本条文制定时的草案说明二,认为:信赖保护乃诚实信用原则之重要内涵,特予明定,以求明确。这种见解与瑞士相似。瑞士系将诚信原则与信赖保护不分。见 H. Huber, Vertrauen und Vertrauensschutz in Rechtsstaat, in:Haeflin(Hrsg.), Festschrift zum70. Geburtstag von W. Kaegi, 1979, S. 199. 但德国的学说则普遍认为信赖保护的来源甚多,源于诚信原则的见解见诸早期联邦行政法院之判决(如E9,251;19,190),但更多见解却认为不必源于诚信原则。因为诚信原则源于民法,而后引用到公法的范围之内,但是诚信原则在公法中的地位实未见显著,而信赖保护反是。信赖保护原则乃源于法律安定性原则,这更是法治国家原则衍生而来,因此其重要性远超过由民法转来的诚信原则。见 G. Puettner, Vertrauenschutz in Verwaltungsrecht, VVDstRl, Bd. 32, 1974, 202。

政处分应享有信赖保护，乃是德国学术界与实务界的努力，才为德国历次联邦《行政程序法》采纳，最后经1976年联邦《行政程序法》制定才成为实证制度。其中值得重视的是，柏林高等行政法院在1956年11月14日所作的判决，①本判决首次更正了以往对于违法行政处分可随时予以撤销的见解，而改为"原则上"得许可随时撤销，但在个案时如已产生了信赖关系时，则可例外禁止撤销之。而后联邦行政法院也采纳这种例外许可维持原违法处分的论点。并且，在以后的审判实务中，曾发展"利益均衡原则"来作为是否得予撤销的基准；②也有其他案件裁判认为应基于可归责原因是否存在？③ 也有裁判的意见认为是否有与诚信原则相抵触等。④ 然而这些案件确认人民可以获得救济利益，皆基于违法的行政处分而来。因此信赖保护的特色乃将保护的合理基础，建立在人民对于这种"违法行政行为"产生信赖，即可满足此条件，因此利用信赖保护的原则便可以在有"不法的事实"上，给予讨论不法平等的问题提供了可讨论的立足点，这和前文提及我国台湾地区"行政法院"86（1997年）判字280号判决见解完全不同，值得注意。

其次，就行政自制的角度而论。行政权既以内部的行政规则来拘束其内部的行政行为，而信赖保护的原则也增加了一个外在的因素——即人民对该行政规则及实务的信任，而迫使行政权"人重自重"的遵守此内部秩序。因此，对于一个已经形成行政前例（即使是不法的情形亦然），人民既已产生信赖时，人民虽不能援引平等原则来要求行政机关应平等

---

① DVBl. 57. 503.；本案事后在联邦行政法院判决获得维持。BVerwGE 9，251；参见 O. Bachof，aaO。

S. 258. V. Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauenessschutz , in Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsricht und Grundgesetz , Festgabe aus Anlass des 25. jährigen Bestehens des Bundesverfassunggerichts, 1976, S. 424.

② E8. 261/269; 9. 251/253; 11, 136; O. Bachhof. aaO. S. 258.

③ 例如18，261/270。

④ 例如1. 251/254; 10，64/66。

的提出对待,但却可以基于信赖保护的原则要求行政机关遵照行政自制而为同样的裁量决定,及提供同样的对待;或者要求给予补偿。故行政自制与信赖保护的结合提供了可以解决不法平等的一些理论依据。

四、不法平等的救济方式

如上所述,不法平等然无法由平等权获得任何救济的可能性。因此,面对着例如"选择性的执法",能够提起的救济方式委实有限。

例如对于众多违规停车者,只被单独取缔的人民仅能够在有信赖利益受损时才能提起救济,例如看到警察不取缔停车,遂以为此处可随意停车。不过,这种情形也鲜能予人民抗辩之理由。因为我国台湾地区"刑法"第16条"不得因不知法律而免除刑事责任",在实务上也承认为行政罚一般适用的原则。① 因此显不能以此为免责的借口,所以在此情形并无法产生信赖利益的余地。

唯在裁量行政,如果法律明确赋予行政权可以有行为的裁量权限时,行政权固应受行政规则(裁量准则)及行政实务惯例之拘束,因此如果对某一个违法事实可予取缔,或不取缔、或不及时取缔的标准存在时,行政机关即有遵从的义务。已以获得德国学界的肯定。② 这点与前述我国台湾地区"行政法院"86(1997年)判字第280号判决,认为可由行政权"专案处理"的见解,更是南辕北辙。

---

① 我国台湾地区"行政法院"75(1986年)判字第2268号及80(1991年)判字第270号判决。这是属于"禁止误认"(Verbotsirrtum),见陈敏,《行政法总论》,第666页。

② 见Koch/Rubel ,aaO. S.162. Berg教授亦言及,若权宜原则对某种违法行为许可"容忍"时,则该容忍即是合法,但却不能消除该不法行为的不法性。但对同是其他违法的行为,即应一并容忍。唯行政机关可随时改变此容忍政策,而采行新的取谛政策。唯亦需全面实施,否则即为违反本来的行政工意。见W. Berg,aaO. S.419。

至于一个行政惯例之实务多半是依据行政规则而来，但此行政规则可能“自始”就违法——例如不合乎法律之规定；亦可能“嗣后”才违法——例如依旧法所为行政规则，嗣后旧法修订，该行政规则却未及时修正；但就此已形成违法的行政实务能否拘束行政机关在将来继续执行——这个多半是人民所请求援引平等对待原则？德国学界大多持反对立场。例如著名的普特耐教授(G. Püttner)便引上文述文中德国联邦行政法院“兵役缓征案”的见解，以为这种“不法平等”的例子，也不能援引信赖保护。① 平等原则所本的“合法性原则”成为行政自制的界限。② 对此布迈斯特教授(J. Burmeister)便认为行政自制实有两种模式：第一种模式是所谓的“针对未来改革现行行政运作权限限制的权限”(vorwaertsgerichtet Einschränkung der Befugnis zur Reform einer bisherigen Verwaltungsübung)，这个模式的行政自制，使行政权有义务维持行政运作现状，不进行改革。这是基于平等原则所产生的原则，才会产生合法性原则，可以排斥不法平等成为可适用之原则。至于第二种模式的行政自制是“针对未来，但溯及到纠正以往行政决定权限的限制”(rückwärtsbezogene und Vorwärtsgerichtete Einschränkung der Befugnis zur Korrektur. früherer Verwaltungsentscheidung)。布迈斯特教授认为这第二种的行政自制不像第一种的行政自制是传统类型的行政自制，第二种类型的行政自制是源于信赖利益的保护，与平等原则无涉，当然也就不以是否原行政决定是否合法的依据。布迈斯特教授认为平等原则只是作为人权之一，不见得比其他人权有较大之保障价值，③因此若其他人权亦有值得保护时，平等原则(及所依据的合法性要求)，并不能决定一切，所

① G. Püttner，aaO. S. 214.

② J. Burmeister，aaO.，S. 508.

③ 德国学界在讨论不法平等的原则时，往往会提到宪法保障的平等原则不能超越同是宪法(《基本法》第20条第1项)所树立的依法行政原则。此时已点出了平等权与其他宪法原则(包括人权)的“分量比重”问题。

以仍必须要由法治国原则所保障的法安定性、可预见性等原则,导源出行政权力的"纠正、改变"权限应受到拘束。亦即只要人民基于"可预见性原则",享有信赖利益,即使行政实务的合法性确实有瑕疵,亦不许可行政权可据以拒绝继续实施之。所以只有第二种的行政自制方可以解决不法平等的问题。① 布迈斯特这种将行政自制概念的二分法,把平等原则及信赖保护分别联系在两种不同的行政自制,使得行政自制、平等原则及信赖保护错综复杂的"三角关系",不再纠缠不清,是为其见解之优点。

对于应继续维持违法行政实务的"例外情形",哥兹教授(V. Götz)曾提出三个要件:

(1)必须是极重大的、值得保护的信赖,使得行政机关必须援引前例。这必须是个案判断。大致上,是比照"行政程序法"有关授益行政处分的不可以撤销要件,以及相当的行政作为已构成"承诺"(Zusicherung)的事件。

(2)无法忍受的竞争不利益。这是指补贴的情形。因为违法的给予补贴,将会使竞争者处于相对的劣势。如果该给予补贴是违法,如对竞争者不予任何响应会造成无法忍受的后果,则应许可继续援用前例;不论是该旧例是否为违法,或是没有法律依据之行政(如给付、服务行政),亦或是通过更改内规(及行政规则)皆然。尤其是依预算的给付,仍有支付之财源时,更应援例给付之。②

(3)在新的、合法的行政实务产生前,可有一段缓冲期者,此时可停止采取行政措施,维持旧有秩序。这多半是指法规处于新旧交错时的"青黄不接"期。如同一个法律在修正后或新法在制定时,都面临应否溯

---

① J. Burmeister, aaO., S. 508.

② W. Heun, aaO., Rdnr. 51;关于这种津贴补助,Maunz 教授认为依平等权所生。因此未有信赖保护的问题存在。T. Maunz, aaO. S. 502.

及既往的问题。此时“过渡条款”即有存在的必要①。哥兹教授的“例外说”也无异说明了行政旧例有“暂时适用”的必要,“限期论”也随之而生。②

这个“限期论”的理论以著名的史塔克(C. Starck)教授为代表。史塔克教授唯有基于信赖保护原则,方可以例外地运用在不法平等的问题。史塔克认为要求平等的对待,如果是援引违法之行政实务,运用到将来的案例——例如邻居要求比照他人获得建筑许可,而主张亦获得起造执照;或某人因他人趁行政机关的失误获得补助,也援例要求补助等,都是对未来合法程序极大的干扰,故不可许可之。但如果是针对过去的案件,亦即所谓的信赖保护是保护过去已获得的“信赖地位”时,则为不同情形。例如在上述“竞争不利益”之情形。申请津贴补助者被拒绝,或者未获补助,而他人违法的却获得补助,此种不同的对待,国家不能“睁一只眼,闭一只眼”,唯一能对此不利益的“老案件”的补救之道,只有照样补足津贴而已。可见得史塔克教授的“补救说”乃针对已属过去之案件方有可能,且虽是援引信赖保护原则,但却是以保护“平等竞争”利益为结果,平等权的影子又复出现。③

其次,对于“期限论”而言,史塔克教授认为只限于当立法者未满足“法律保留”的要件时,行政权以行政规则来规范之。但在法院诉讼时,该法律被以违宪为由宣告无效。此时依史塔克教授之见,若行政机关依本规则的行为拥有裁量权时,即并无“非为不可”的问题时(例如给予津贴),则不能再援引此规则及实务。但如果是有非继续援引不可时——史塔克教授特别举出极著名的“监狱通讯案”(即德国联邦宪法法院宣

---

① 关于过渡条款的问题,参阅笔者:“法治国家的灵魂——论溯及既往与过渡条款的问题”;刊载于本书第十六篇。

② V. Götz ,aaO. S. 1481;W. Heun ,aaO. Rdnr. 52.

③ 史塔克教授“针对过去之信赖”之见解虽然与迈斯特教授第二种行政自制的概念相同,但后者却只援引信赖保障,却反对援引平等权的立场,则较史塔克教授明确也。

告特别权力关系理论违宪之案件)①;及"性教育案"②(即联邦宪法法院采纳著名的"重要性理论"之案件)为例,前者的监狱管理必须照旧进行,直到新的管理规则公布为止;后者学校仍须依旧教材、及所定课程继续授课,直到下学期为止。所以应许可行政机关在一定期限之内继续沿用此不法的实例与规则。是为"期限论"的立论。③ 史塔克教授认为这是平等原则适用,来创建一个广泛平等的过渡时期之行政运作秩序。

史塔克教授的"期限论",大体上为德国学界接受。比起哥兹教授三种"例外许可"援引行政前例,第一种例外"重大信赖利益",既然"行政程序法"已有对应之制度(如承诺或授益处分、撤销之限制),即已无探究之必要;第二种例外"无法忍受之竞争不利益",哥兹教授语焉不详,似乎端视个案中当事人有无"实质不利益"存在;哥兹教授认为只要预算财源仍足,亦应给付之;④史塔克教授对此则只对前者持肯定解,并未另加后者(财源充足)之条件。此见解当较公允。按既然行政权亦应负担平等给付之义务时,若能以预算不足为搪塞时,人民鲜少能了解预算内容,而实质获得补助之机会;在第三种例外的"过渡期停止执行",针对过渡时期,同是限制人民权益之行为,哥兹教授采"停止说",但史塔克教授认为,唯在裁量行为固应采"停止说";唯只在违反"法律保留"的案件,当作为行政行为唯一法源的行政规则被撤销时会形成"规范漏洞",形成行政运作之法令空窗时,方得许可继续实行。史塔克教授之见解实颇值斟酌。按依法行政原则中最重要的"法律保留"原则。遭到侵犯而被宣告无效,整个法秩序即应恢复到合法之状态。至于该违宪法规是否应该

---

① BVerfGE. 33 ,1.

② BVerfGE47 ,46. .

③ 见 C. Starock ,in: Mangold/ Klein, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. ,1999, Rdnr. 253. 254 zum Art. 3。

④ 同见 W. Martens, Grundrechte in Leistungstaat, VVDstRL30 (1972), S. 24; H. Heun, aaO. ,Rdnr. 52。

"实时失效"，抑或有缓冲余地，自是宪法法院应斟酌之权限。例如就以其所举著名的"监狱通讯案"为例，监狱可定期的继续适用旧有管理规则乃联邦宪法法院在判决中所明定，并非行政权自行肯认有此权限也。同时，为了使此过渡时期的法秩序不致群龙无首，而有必要延续旧有制度时，也是基于法治国家的法安定性原则，而非平等原则，且多半应由立法者以制订过渡条款之方式为之。① 史塔克教授之见解，恐亦待商榷也。

五、结论

法国著名的政治学者托克维里（Alexis de Tocqneville）在1835年出版《美国民主论》（La democratie en Amerique）中，提到了人们对于不平等的忍耐度是极低的，他说出了一句名言："平等原则愈是获得实践，特权与非特权之鸿沟愈见消弭时，人们产生更进一步要求平等的欲望也愈见强烈"。② 这句话表明出人们的平等欲望是一种无止境的进行式运动！诚然，平等原则是一种经过"对比"后产生的"法感情"（Rechtsgefuehl），进而觉得自己应有相同对待的权利。

但是，这种要求平等对待的"感觉"能否形成一个主观的权利（subjektives Recht）？直觉上会将此要求与宪法保障的平等权连贯在一起，也就不在乎所要求的标的是否合法了。对于不法亦要求平等的争议，即种因于此。德国公法学界及行政诉讼实务对此问题虽未有极多的阐释，但经由本文初步的分析，已提供吾人几点启示，足以为指引迷津之用：

第一，依法行政为法治国家之原则，所以行政行为不能服膺不法之

① 这是立法者过渡条款的制定义务。Stahl, aaO. S. 144。

② W. Berg, aaO. S. 418.

法规范及行政前例,是为依法行政原则之真谛。同时为了避免行政权一再重复往日之非,亦不允许行政权受到以往非法行政法规及行政前例之拘束。所以平等原则,尤其是"法律适用之平等"(法律执行之平等),只能在合法的领域内,有其适用之余地。

第二,在发生要求不法平等对待的案件,既有"不法"的请求标的存在,显然已无援引平等原则之余地。由于信赖利益的保护亦是法治国家之原则,且此原则往往涉及保护由不法行政行为产生之利益。所以信赖利益保障的原则就取代了平等原则,作为解决不法平等问题的标准。不过,在裁量权事件及无法律规范之行政事件,平等原则亦发挥了主导性质的拘束力。

第三,讨论不法平等问题亦应对"不法"的概念加以澄清。依法行政的原则使得判断一个行政行为是否为合法,经常第一步以行政规则作判断标准,其次才会讨论到有无涉及抵触法规命令或更上位之规范(如法律)之问题。并且,由于裁量权的合法性判断可由行政权(借行政规则之更易)及司法权(法院判断)来变易,亦使同一法条内容的规定可有不同法律效果,所以不论概念的趋向弹性,而无绝对性。

第四,不法平等问题主要发生在有裁量权之情形。"选择性执法"是产生不法平等诉求的主因。为规范行政裁量的统一性,行政规则的拘束力应及于个案,易言之,对同类型不法的个案应一视同仁,此亦"行政自制"原则可发挥规范作用。同时,违反此行政规则而选择性的对个案执行,当构成行政滥用权限限的行政恣意。就此部分而言,平等原则又借着行政规则的广泛拘束性,产生拘束行政执法之效力。如未有此行政规则,而行政权又有"权宜原则"时,自可决定执法之对象及方式,但如有裁量滥用的差别式执法,亦不免是行政恣意。

第五,在没有法律依据的行政行为部分(如给予津贴),作为内部规章的行政规则及行政前例都有继续拘束行政权的可能性。不法平等原则在此有更多适用之余地。特别是当有严重竞争不利益存在时为然。

德国学者多半认为只要预算许可时，即应一视同仁的援引前例给予津贴。此虽亦属于信赖利益的保护，但终究可归于平等原则的要求。

第六，有认为在新、旧法实施之间的缓冲期内，许可行政权的援引不法之旧制，因而有所谓的“期限论”。这种见解忽视了规范过渡期间的法秩序应为立法者及释宪者之职责。最正常的情形是由前者在新法内规定“过渡条款”；较特别者乃由释宪者宣告善后性质的“夕阳条款”。所以行政权不能享有对继续援引不法旧制加以置喙之权力。

如果吾人检视讨论不法平等的问题，当可知道只要当人民本身行为的法律基础在合法性有欠缺时，即犹如孙悟空之于金箍咒，先天上即少了理直气壮的机会。唯法治国家且更进一步的要求行政权之自制，即必须“自重”的遵守行政内规及前例。不法平等虽然不能在宪法平等权的概念中演绎产生，但却可通过讨论行政规则的效力问题时，融入了信赖利益保护——人民相信行政规则及前例——行政自制原则，使得平等原则重新浮现。因此，人民即使是不法，但亦非毫无保留的可受到行政执法的处置。所以不法平等不能毫无犹豫的被排斥，而必须分析各种不同的案件类型，从而利用平等原则、行政自制、信赖保护、行政恣意禁止、行政滥权、行政规则的拘束力……原则来一一检视，即可妥适的评断出该执法是否出于恣意性质的选择性执法。在民主的法治国家，吾人宁可采行这种较具说服性的执法，而摒弃行政权拥有诉诸“不法就理亏”的霸道的执法自由也，此也是“驯化”行政权的最好方式。

（本文原刊载于五南书局：《行政法争议问题研究》（上），第 59～89 页，2000 年 11 月）

第二十三篇　论社会基本权利

老有所终，壮有所用，幼有所长，鳏寡孤独废疾者皆有所养……，是谓大同。

——孔子《礼运大同篇》

什么是路？就是从没路的地方践踏出来的，从只有荆刺的地方开辟出来的。以前早有路了，以后也该永远有路。

——鲁迅《生命的路》

一、前言

在现代国家的宪法中，已有不少国家规定人民拥有生存权和工作权。这个作为人民基本权利的生存权及工作权，既然已经附随不少宪法条款来规定国家应为之措施，《中华人民共和国宪法》内也有许多这种类型的规定，最主要在第42条至第49条，详细的规定了劳动权，包括了休息权、退休权、获得社会救济权、婚姻家庭保障权、受教育权等。这种

权利，在宪法学上，已经将其划入另一个领域，学界称之为社会权（social rights）或是社会基本权利（soziale Grundrechte）以有别于其他的自由权。① 由于为了突出这些权利在宪法基本权利意义，其用语当以社会基本权利为宜。②

西方国家，尤其是欧洲国家之学界，在第二次世界大战以后对有关社会基本权利之问题，进行甚多之讨论。本文之目的，便是针对该权利的概念、实践方式及其所衍生的问题，作一个理论性的探讨。鉴于中国公法学界对人民此项社会基本权利所做之讨论尚不多见，谨望本文之尝试可略为阐明这个领域内的一些问题，以有裨益于中国学界人权理论之研究。

二、社会基本权利的概念

（一）概念之萌芽及目的

在基本权利发展的过程中，人民的自由基本权利比社会基本权利，受到更早与更多的重视。人类在18世纪推翻专制政府，争取民主宪政运动时，所要致力的是，由国家获得自由权、财产权以及平等权。认为人民只有能够摆脱专制政府予之的束缚，个人即可凭借自己的能力及努力成果，获得生存之资。国家愈小的干涉（即个人自由的范围愈大）就更能

---

① 因此，社会权也可说是一种新兴人权。

② 在日本学界，普遍称之为社会权。例如：樋口阳一（等著），《宪法入门（工）》，有斐阁1977年版，第167页；和田英夫，《现代日本の宪法状况——宪法二五讲》，法学书院1974年版，第175页。美国宪法学界极少提及此问题，但担及时，亦有使用社会权（social rights）用语者。见W. Cohen/J. Kaplan, Constitutional Law, Civil Liberty and Individual Rights, 2. Edition, 1982, p.868；西欧国家宪法学界，如德国、奥地利及瑞士等，为强调其位阶性，而多使用社会基本权利一词，以有别于由一般法律产生的人民社会权。

保障个人的幸福。在这种思潮中,社会基本权利即未能于人权理念中,获得任何立足之点。法国1789年公布的人权宣言中,就完全未有关于社会基本权利之规定,而全是有关自由权之揭橥,就是最好的例证。① 但是,在第四年后,即1793年颁布的《法国宪法》中,即初萌社会基本权之芽。依该宪法(《雅各布宾宪法》)第21条规定,每个社会都有给予其人民工作之义务以及当人民陷于不能工作时,社会也有给予人民生活之资之义务。这是在当时盛行个人主义,自由主义(即所谓自由法治国家理念)中唯一的肯定人民工作及生存权利之宪法条款。②

进入19世纪的工业国家,随着社会贫富不均所产生的社会问题,日趋严重,承认每一个国民皆应拥有最起码的生活权利之思潮,也渐渐出现。法国著名的早期社会主义者傅立叶(Charles Fournier)在1808年即首先提出人民(工人)应该享有工作权(droit au travail)之见解。③ 而同时代的德国大哲学家菲希特(Johann Gottlieb Fichte)在1796年出版的名著《自然法的学理基础论》(Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre)中也认为,财产权是人民不可让渡之基本权利,作为其生活之资。而国家也有义务,必须在人民遇到不幸时,负起扶助其生活之责!他也认为,国家为了使人民皆可凭其工作而生存,则教育是达成此目的所不可缺之制度,故菲希特亦要求,人民应拥有教育权(Recht

---

① 同样的,美国在1789年公布的宪法第一至第十修正案(人权条款)也是局限在保障自由权方面。

② 见P. Badura, Das Prinzip der sozialen Grundr echte und seine Verwirkichung im Recht der Bundes republik Deuts chland, in: Der Staat, 14. Band, 1975, S. 19; R. Dörfler, Die Vereinbarkeit sozialer Grundrecht imt dem Grundsatz der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Erlangen, 1978. S. 11. C. Fournier, Théorie dem Grundsatz der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Erlangen, 1978, S. 11。

③ C. Fournier, Théorie des guatre mouvements et des destinéesg`enérales , Paris, 1802, p. 270; 引自 G. Brunner, Die Problema - tik der sozialen Grundr echte, 1971. S. FN5。

auf Bildung)。①

傅立叶提倡的工作权及菲希特提出的生存权及教育权，于19世纪的各国宪法内，并未获得实现。② 直至第一次世界大战结束后，德国所颁布的《魏玛宪法》，社会基本权利才正式的获得其宪法之地位。

由于受到第一次世界大战战败，民主凋弊所导致社会动荡不安，以及俄国产生激进的共产主义革命成功之影响，德国1919年公布的《魏玛宪法》在第二篇第二章（共同生活）及第五章（经济生活）以下，罗列了不少承认人民享有社会基本权利之条文。例如国家应特别保障婚姻、家庭及母性（第119条）；非婚生子女应视同婚生子女来予保障（第121条）；国校学费的全免（第145条）；国家应资助中下收入者能就读中等以上之学校（第146条）；国家经济制度应保障每个人皆能获得合乎人类尊严之生活（第151条）；国民每个家庭能获得健康之住宅及生活空间（第155条）；国家应特别保障劳工之权利（第157条、第159条）；国民有获得工作及失业救济之权（第163条）；等等。《魏玛宪法》这些众多的条款，都认人民应获得教育权、生存权、工作权、住宅权等基本之权利，其目的都是受人民能获得合乎人类尊严之生活（即《魏玛宪法》第151条所揭示之目的）。但是，这些条款也同样是要求国家应该有所作为，来促使人民这些权利之实现。《魏玛宪法》的社会权利之条款，成为其他许多国家之宪

---

① R. Dörfler, aaO. S. 12.

② 德国在1848年公布的《法兰克福宪法草案》，虽然有人提议要将法国《1973年宪法》的工作权以及菲希特之见纳入，然而，该宪法草案却摒弃工作权，而只提及儿童应有受到公立学校教育之机会（第155条第1项）及在某些情形下学校费应免纳之规定（第157条）。除此外，并无其他有关社会基本权利之规定。不过，这个宪草的寿命不足一年，也未能形成一个宪法，故其意义极其有限。见 K. Lange, Soziale Grundrechte in der deatschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen, in: Böckenf örde/Jekewitz/Ramm (Hrsg), Soziale Grundrechte, von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, 1981, S. 50。

法及理念,所取材之对象。①

社会基本权利,在第二次世界大战之后,除了在各国宪法内或多或少地获得肯定外,也在一些重要的国际公约里得以见之。例如联合国在1948年公布的《世界人权宣言》中,所提及的人权虽绝大多数是传统的、古典的自由权,但也有部分条文涉及社会基本权利。如人民有权享受个人尊严及人格自由发展所必需之经济、社会及文化各种权利之实现(第22条);人民有工作权及失业保障(第23条第1项);人民有获得最起码生活程度及其他社会保障之权利(第25条);受教育之权利(第26条)等。另外,1961年通过的《欧洲社会公约》更是广泛的承认人民享有工作、公平待遇、教育、健康、社会扶助等的社会权利。②

这些各种形式的社会基本权利,都是期待国家要有积极的行为,来促使这些权利的实践。社会基本权利的追求目的,依学界的见解,几乎一致的,皆是集中在维护人类尊严的目标之上!荷兰学者范得文(Frans van der Ven),便以为,社会基本权利之存在,是为了人类真正的自由及为了人类尊严。国家不再只是保障及维护过去(18及19世纪时的)追求个人主义式的自由,而应是促使每个人民可以拥有真正之自由,能在社会中发展其人格。③ 奥地利学者克里涅克(Karl Korinek)亦认为,宪法肯定人民之社会基本权利,是为了全面的实践人类尊严。因为这些社会基本权利之重心,并不在于保障人民之自由,而是在保障社会之安全。由于人类尊严是最重要之价值,故为矫正个人自由可能产生之弊害,因而须确认社会基本权利之存在。④ 德国第二次世界大战后所颁布的《基

---

① 例如,法国《第四共和宪法》;《1948年意大利宪法》、《日本宪法》……,故林纪东认为《魏玛宪法》为20世纪的领导性宪法,是极持中之论。其著:《宪法逐条释义》(第1册),1970年版,第51页。

② 见R,Dörfler, aaO. S.34。

③ 见F. van der Ven, Soziale Grundrechte,1963. SS.59.79。

④ K. Korinek, Betrachtungen zur juristischen Problematik sozialer Grundrechte, in Korinek/Dirschmied/Mayr/Horner,Die sozialen Grundrechte, Wien,1971, S.11.

本法》，虽然不再采《魏玛宪法》成例，详尽列举社会基本权利，①只总括的提出社会国家原则（第20条及第28条）作为立国之依据。但是，学界普遍认为社会基本权利之保障仍是《基本法》所追求之理念。因为《基本法》第1条，国家明义规定尊重及维护人类尊严是所有国家权力之义务，而且，基于追求社会主义及维持国民合乎人类尊严之生活（如同《魏玛宪法》第151条之旨意）来保障社会安全，都构成该社会基本权利存在之目的。②

总而言之，社会基本权利之所以得以肯定，是为了解决国家的社会问题，并且，为了维持每个国民能获致合乎人类尊严之生活，且能合乎社会主义拥有真正而非只是形式上的法上的自由，来发展其能力及人格，是学界对该权利之存在所期待之目的所在。

（二）社会基本权利之内容

对于社会基本权利的内容，西方学术界对之所做之分类，也众说纷纭。最广泛的，可推荷兰学者范得文（van der Ven），其认为社会基本权利可分成五大类：

（1）工作权。此种权利包括了涉及工作权的社会及经济层面之诸多附带权利，例如自由选择工作之权利；国家充分就业之政策；适当的工作环境及工作条件（如妥当之薪俸、休假及退休制度等）；罢工权；个人因工作而获得之财产权之保障等。

（2）经济参决权。人民（工人）有参与公司决策的参决权以及争取改善工作待遇及环境的劳动结社权。

（3）生活保障权。此种权利是指社会保险权利，当人民遭到疾病、死亡、年老、失业……无工作能力时，可获得社会扶助之权。这种权利也包

---

① 只在第6条规定应保障母性婚姻、家庭及非婚生子女等之权利。

② 如P. Badura, aaO. SS. 17,23; E－W Bökenf örde, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: Sozial Grundrechte, S. 9。

括上述工作权的充分就业政策在内。

(4)社会保健权。此权利是关于人民生理及心理健康之权利。主要在保障每个人民可获得充分的医疗照顾,儿童也可享受国家特殊之保健措施之益处。

(5)社会文化发展权。这是涉及人民文化精神层面之权利。举凡缔结婚姻组成家庭之自由;家庭扶助之请求权;教育权以及参与学术研究之权利等,皆可归属在此权利之范围之内。①

而划分最少的看法,如德国 G. Brunner 和奥地利 T. Tomandl,采行的三分法,则区分为:

(1)工作权。这种权利的内容和范得文相差无几,但加入工业失业救济权、女工及童工待遇之保障及参决权(即范氏所举第二种之经济参决权部分)于其内。

(2)社会安全(保险)权。举凡一切关于最起码生活要求之权利,如生、老、病、死之抚恤照顾及儿童保健,甚至房屋住宅之拥有,亦包括在这种权利之内。由此可知,其是将范得文见解的第 2 及第 3 种权利(生存保障权及社会保健权)合并为一种社会安全权。

(3)文化教育权。这种权利与范氏所举之社会文化发展权相当一致。②

由上述分类可知,许多个别权利之属性容有相互归属之可能,例如要求国家实行充分就业之政策,既可纳入工作权又可划入生存保障权(之预防措施)内。而对失业之救济,既可属于工作权,亦可属于社会安全之范围。故要严格的区分其属性,是有其实质上之困难。不过,由于讨论社会基本权利内容的划分问题,可以导出该项权利其他附属的权利

---

① 见 Van der Ven, aaO. S. 46ff。

② G. Brunner, S. 11; T. Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, 1967. S. 7.

群问题——例如讨论工作权之属性可连带的提出充分就业政策及劳工失业救济及劳动条件请求权等问题，将有助于对个别权利的概念澄清。鉴于西方国家对人民的生存，原则上是依靠个人，凭己力工作来获取财产，支持自己及家庭之生活。故学界普遍的将工作权独立成一个分类项目。另外，着眼国民过一个有合乎人类尊严的最起码生活，必须以物资及精神生活两个方面来考虑，要求国家在这两个方面予以适当的介入。故三分法中将社会安全（保险）权及文化发展权分别划成二项，亦应该可涵括了绝大多数的社会基本权利，故应可以采取三分法作为社会基本权利的内容划分。①

然而，对于社会基本权利项目划分问题，除了上述所论及，彼此属性可能相互重叠外，而社会的演变及新的社会问题之产生，亦可能使一个新的社会基本权利产生出来，但却在现行的分类项目中，无法找到妥当的归类。这个最明显的例子，是近年所兴起的环境权问题。要求拥有一个健康的生存环境权，不易归入传统意义的，不管是偏向物资方面的社会安全权；或是偏向精神方面的文化发展权皆然，更遑论工作权矣！② 环境权其性质是一种新的生态基本权利（ökologische Grundrechte），且可说是稍偏向物资建设方面（如同人民皆应有健康之住宅权一样，见《魏玛宪法》第155条）之特质而已。故学界已有另外加以独立分类之见解。③

由环境权的新兴及获得肯定可知，社会基本权利的内容，并非一成不变。乃是随社会不停的改变以及人类的喜好及需求感觉观念之演进，

---

① 这也是现在德国公法学界的见解。

② 德国《基本法》内并未提及环境权问题。不过，学界亦普遍认为可援引自该法第12条第2项的生命权保障，例如，见 P. Häberle, Grundrecht im Leistungsstaat, in VVDStRL 30(1972), S. 103。

③ 如 P. Badura, aaO. S. 22; R. Dörfler, aaO. S. 63 以及 G. Brunner, aaO. S. 12 参照。

而异其质。对其所做之分类,亦不能完全永远一成不变,是为学界之定论。①

(三)社会基本权利与自由基本权利之差异

本问题即涉及有关社会基本权利的效力问题。易言之,社会基本权利,是否完全如同自由权一样,是具有权利之规范力。由这两个权利制度的起源历史及其制度目的(功能)所在之差异,其答案应属否定。而学理上讨论这个问题,率必须由21世纪初德国名公法学者耶律涅克(G. Jellinek)脍炙人口的地位理论(Statustheorie)来加以探讨。

耶律涅克在其著作《公法权利之体系》②一书中,针对个人与国家间的法律关系,提出了此地位理论。其认为人民与国家之关系,可以以其所处的四种地位(Status)来予解释:第一种是被动地位(der passive Status)。这是指人民居于应该服从国家统治权力之地位,也就是产生人民义务,故这种被动地位又可称为服从地位(status subiectionis)。③ 第二种是消极地位(der negative Status)。人民在由可述被动地位所产生之义务范围(Pflichtenraum)外,拥有一个可以获得国家承认(公权力不干涉)之自由范围(Freiheitsraum)。在这范围内,人民可以自由的行为以及自主的来满足自己的目标。④ 这种消极的,未受到拘束的地位,又称为自由地位(Status libertatis)。因此,被动地位和消极地位是呈反比关系。人民之义务范围愈大,其自由范围即显得愈小。⑤ 第三种是所谓的积极地位(der positive Status)。系指国家承认及给予人民法律上之资格,可以为其个人之利益,请求通过国家之制度,借国家之统治权力来达成其愿望

---

① T. Tomandl, S.7; van der Ven, S.60; T. Ramm, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, S.33.

② G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2 Aufl. 1905.

③ G. Jellinek, aaO. S.86.

④ R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S.235; G. Jellinek, aaO. S.87.

⑤ R. Alexy, aaO. S.235.

之地位也。这是针对人民系国民之身份，故亦可称为国民地位（status civitatis）。依这个积极地位，人民获得请求国家积极的为某些行为之权利，并且，为了达到该项目的，也同时拥有提起法律救济之程序权利。[①] 因此，这个地位使得个人由法律所保障的权益，可获得国家组织及实力之维护。第四种是主动地位（der aktive Status），这种地位是指人民有资格可以参与国家意见之形成，易言之，就是参政权的肯定。[②]

耶律涅克的这四种地位理论，适用在讨论一般宪法自由权与社会基本权利时，学界多认为，宪法自由基本权利，是可隶属在耶氏上述理论的第二类地位——消极地位。依此种见解，宪法自由基本权利之目的，乃是一种防卫权（Abwehrrechte），保障人民可以拥有一个自由领域，免得遭到国家统治权力之侵犯。而社会基本权利，则是属于第三种之积极地位，是人民可以请求国家积极行为的一种宪法权利。[③] 但是这种区分，实有予以检讨之必要。

首先，耶氏的地位理论本身即有理论上之瑕疵。例如第二种地位（消极地位）与第三种地位（积极地位）之界分，极易出问题。依其之见解，倘若人民对于其由第二种地位而拥有的自由权利范围，认为遭到公权力之侵犯时，所提起要求排除该项侵犯之权利，或确认其权利时则属于第三种之积极地位，而非本于第二种之消极地位。因此，第二种之消极地位无法产生权利，以要求及制止排除公权力干涉，是其理论欠妥之处。[④] 准此，故自由权利若虽归属于第二种的消极地位，但是，若是该自由被侵犯（被国家或被第三人）时，个人为维护该自由权利，而请求法律救济之程序，则又需是基于第三种之积极地位矣，如此，自由权利本身无

① G. Jellinek, aaO. S. 114.

② G. Jellinek, aaO. S. 159.

③ T. Tomandl, aaO. S. 9; R. Dörfler, aaO. S. 69; K. Korinek, aaO. S. 11.

④ R. Alexy, aaO. S. 236.

法产生诉讼权来维系之,该自由权利之效力完整性即有缺憾。①

其次,社会基本权利是否可以划入积极地位之项目,从而人民可以直接请求国家给付之以及予以法律救济之机会?这将于下文关于社会基本权利之实践方法处,一并讨论之。不过,以耶律涅克当时提出此理论时,类似社会基本权利之条款,并未在当时德国宪法,以及世界上任何国家之宪法内出现,故其以传统古典的自由权列为讨论鹄的,其因之所创之学说已不再足为今世所采用,当可理解。②

耶氏的地位理论虽有缺憾,但是由这个有关分析人民权利性质的古典理论,亦可归纳出自由权利与社会基本权利的基本差异。一般的自由基本权利的主要目的,是欲摆国家权力对人民自由范围之干涉,认为人民能凭自己的能力获得最大之幸福。而社会基本权利则刚刚相反,而是要求国家及社会,积极介入私人之自由领域。因为个人有时候并不能自食其力的于社会上发展其才能,有待由国家及社会而来之他力之扶助。故两者正是出自相反之出发点。③ 范得文称之为:一个是对国权的不信任(指自由权);而另一个则是对私权的不信任。④ 正是妥切的比喻。

自由权利与社会基本权利在产生上之差异,在于自由权利是当然的存在,意即,无待法律创设,只要国家未予限制,就当然的存在该自由权利。而社会基本权利则是必须依法律才可产生。亦即,并不能因为宪法的条文有所规定,即可由解释该条文之方式来产生该权利。论者可举人民的住宅拥有基本权(如《魏玛宪法》第155条,每个家庭皆应拥有健康及足够的住宅)或工作权,这些权利的实践皆非涉及国家的财力问题不

---

① 这种缺憾也会被人批评,太多的学理,复杂的推论,使法律成为专家舞文弄墨之对象!

② 因此,针对耶氏理论不合时宜而予以批评之论著,时有所谓。如 R. Alexy, aaO. S. 243; P. Häberle, aaO. S. 80 等。

③ K. Korinek, aaO. S. 10; T. Ramm 亦云社会基本权利是要求国权对私权(私法自治)的干涉,免得私权妨害个人真实自由之发展。T. Ramm, aaO. S. 29。

④ 如 E-W Böckenförde, aaO., S. 11; K. Korinek, aaO. SS. 11/12。

可，若不由立法者以立法方式决定该权利的内容，先由法院解释该些宪法条文，将亦无法实践该权利。①

自由权利既然在目的上及在产生途径上和社会基本权利不同。但是，这两个制度，在尊重人类尊严及价值以及使每个人民尽可能地拥有机会能够发挥才能及发展人格之出发点上，却是殊途同归。② 只不过在目的达成方法方面，前者将希望寄托在个人努力及成效上，可竟其功。而后者却冀望以社会之力（或国家）来济个人之力所未逮，是其方法迥异之处。

然而，在某些权利项目方面，其系归属自由权利，抑或归属社会基本权利？则有待商榷。例如学界通说是划归在社会基本权（工作权）内的劳工结社权、自由选择职业权等，其含有自由基本权利之性质便极为浓厚，并且，常在宪法上被列在基本自由人权条款内，也可享受法院的保障。③ 故这些权利可认为是具有两种基本权利之特性。④

三、社会基本权利的实践方式

国家要具体实践人民所应拥有的社会基本权利，可以以在宪法层次及以一般法律层次实践方面，分别来予讨论。

（一）宪法层次的实践方式

主张社会基本权利应该在宪法的层次来完成者，其理由乃基于：既然社会基本权利是直接在宪法条文内可援引而来之权利，自应该在宪法

---

① T. Tomandl, aaO. S. 11; M. Mayr, Grundrecht auf soziale Sicherheit, S. 52.

② 如 G. Brunner, aaO. S. 12; P. Badura, aaO. S. 24; van der Ven, aaO. S. 55。

③ 因此社会权与传统的自由权即有混合，重叠之情形。

④ J. Cerny, Wie steht es um die Ausprägung sozialer Grundrechte in Österreich? ÖRdA 1965, S. 111; Dazu, Korinek, aaO. S. 20; G. Brunner, aaO. S. 9.

的层次内完成。况且,该权利又称为社会基本权利,自亦比照其他的宪法基本权利(如自由权及平等权)之效力,以使能直接拘束国家次于宪法一层次的其他权力——法律——之措施。也就是希望由高位阶的宪法社会基本权利条款能产生其位阶能力。①

在宪法层次实践社会基本权利,可以由下述几个可能的方式来达成:

(1)视为方针条款。所谓方针条款(Programmsatz)指宪法的规定,是给予国家公权力(尤其是予立法者)一种日后行为的方针指示。这些方针指示的作用,政治及道德意义大过法律意义。② 将社会基本权利视为宪法的方针条款将是达成该条款之希望,完全委由立法者来达成。因此,该些条款虽然树立了国家的价值观,但是鉴于其并无规范拘束力,因此对于一个与之相违背的立法并不能发生矫正效用,其不能达成社会基本权利理念及制度之要求,则至为明显!另外,由于方针条款只是指引立法方向。在内容方面则委由立法者形成,故亦会产生欠缺法律安定性及明确性之憾。③ 故将社会基本权利视同方针条款,虽是德国以前《魏玛宪法》时代学界流行之见解,④现今,欧洲仍有许多国家之宪法,采取这种方式,但是过度贬抑该权利之意义,故并非是一种适当的制度。

(2)视为宪法委托。将社会基本权利视同一个宪法委托(Verfassungsauftrag)条款,是指立法者由宪法获得一个立法的委托。诚然,宪法无法对许多社会基本权利的内容及范围予以明确规定,必须委托日后的立法者来完成。但是,与上述方针条款制度不同,此际宪法委

---

① 参见笔者,"论宪法委托之理论",刊载于本文集第五篇。

② 如 K. Korinek, S. 13; T. Tomandl, aaO. S. 26。

③ G. Brunner, aaO S. 26; R. Alexy, aaO. S. 470; van der Ven, aaO. S. 98; K. Korinek, aaO. S. 14; K. Lange, S. 52.

④ 例如《丹麦宪法》第 45 条第 1 项;《法国第四共和(1946 年)宪法》前言;《爱尔兰宪法》第 40 条;《意大利宪法》第 31 条等。见 T. Tomandl, aaO. S. 25。

托是具有法规范力。立法者在形成(实践)该委托,亦即在决定社会基本权利之内容方面,虽拥有相当大的裁量权限,但是,倘若立的法者订立的法律,有违背这些社会基本权利之条款时,是会产生违宪之后果。① 因此,足以济上述方针条款制度所欠缺规范力之弊。故亦有认为本制度是实践社会基本权利之妥善制度者。②

(3)视为制度保障。社会基本权利视同宪法一个制度保障(Instiutsgarantie)。是指宪法明确的规定,保障某些社会基本权利,如同宪法所特别保障的政党、人民私有财产制度,宗教自由制度及公务员制度等。这个起源于《魏玛宪法》时代的制度保障理念,③也是赋予立法者有相当广泛的形成权力来将该制度予以建构。由于宪法制度保障是宪法特别要保障之制度,对于社会已有之制度——如人民私有财产制及宪法已明白提及之制度——如公务员制度,可以导入宪法的制度保障理论来讨论,但是,针对将来要成立(即由国家以后才实践)之社会基本权利,

---

① 如 E－W Böckenförde, aaO. S.14. 氏以为达成宪法社会基本权利的理念,所采形的方式、范围及形式是立法者的政治考虑之范畴。但是,有三点必须注意:一、对于委托的目的取向,立法者无权更改。二、不完全不实践或恶意的部分不实践某些委托之方针及目的,亦是不许可的。三、已经逐步达成之目的,不可再取消(即不许走回头路,使一步是一步!)其以为,社会基本权利条款是立法者将来所制定实践法律之出发点及合理性依据! 其的上述三项见解,除第一项无疑问外,其余两项,有待再商榷。第二项论及立法者立法时间问题,矫正立法者怠于立法只能依政治方面鲜能靠法律手段来解决。而第三项,则尤属抽象,应该是由个案之不同状态,而来由立法者决定,不宜概括硬性决定之。

② C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928. S.171;E. R. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR, N. F.23, Band(1933),S.52.

③ T. Tomandl, aaO. S.42. 其以为,社会基本权利是具有积极性,要符合社会生活发展而演变。而制度保障则是保守的、防卫性的,目的在保障既有制度的传统内容。针对他这种看法,Kori－nek 也提出反驳,认为所谓的制度保障并非终结式的保障,理应随时配合时代进步而异其制度之内容,故社会基本权利应是这种进取式的制度保障。见 K. Korinek, aaO. S.16. 这种看法显属正确!

是否亦可比照之?则不无问题也![①] 不过,倘若由宪法明确的条文得知,宪法中已有某些社会基本权利理念之具体架构出现时,则认为是可以以制度保障之理论来实践该基本权利的。

(4)视为人民的公法权利。这是最引起争议的一种方式。认为社会基本权利应该如同其他的宪法自由权利一样,具有直接的、强行的效力。易言之,是赋予人民可以主张实践的一种公法权利,并且亦可请求法院予以救济,持此见解者认为必须如此,社会基本权利方可以真正的被实践出来。[②]

西方学者反对这种社会基本权利具有个案的直接实证效力论的理由,主要是基于下述几点的考虑:第一,是基于国家权力的分权体制及原则。假如,承认人民可以于径自由宪法取得社会基本权的请求权利。并且,可以诉诸法院来维护该权利时,则无异是将政治政策的决定权限,由国会转移到法院(尤其是宪法法院)的手上。如此,宪法所分别赋予立法者及法院的任务及职权,便形成混淆。而国家权力分立原则,便遭破坏。第二,社会基本权利的内容亦不甚具体。传统的社会基本权利的内容,虽然主要是源自宪法的条款,但是随着时代演进及社会需求的改变,新的社会权利(如环境权)会加入为社会基本权利基本之概念范围内,在上文亦已言及。另外,即使由宪法直接导出的社会基本权利,其内容方面,也多半极为抽象。而且,基于法律安定性之考虑,若宪法对于上述的细节规定,都要具体规定的话,宪法条文的分量势必增加数倍,方足以应付。显然的,宪法不可能取代这些应属日后之立法者的工作。基于该权利的具体必需性,非再由立法者经过立法手续不可。第三,以事实的角度而言。任何社会基本权利的见诸实践,恒涉及国家的资源掌握及分配

---

① 因此,以后立法者若制定相关的法律,如有违背这些制度之基本内容及目的时,这些法律将构成违宪之效果,是制度保障理率的实证效力之见解。

② 类似的规定,如《魏玛宪法》第145条、第155条;第161条及第163条第2项;《法国第四共和宪法》(1946年)序等。

之问题。假设国家(尤其是行政机关)对于可以支配的社会资源,以及国家的财政资源有所困乏的话,则对于社会基本权利的实践,即使有心,但可能会有完全力不从心之叹!就以人民的工作权及社会救助权为例,当国家无法控制所有工作机会,也就是就业市场由私有企业提供一半以上的就业机会时,对所有待业之人民,国家除非强迫私人企业容纳,不然,必须由国家自行聘用,方可以解决失业的问题。然而问题是,前者,国家强迫民营企业必须雇用他人,基本上已涉及对私有财产权利之侵害,违反自由经济体制,故应尽量避免。① 在后者,国家自己有无拥有如此多的工作职位?这种工作职位不外是公务职位及公营企业职位两者各有其特定之任务,能否成为失业收容机构而不妨害原有任务之达成,是一个值得怀疑之论题。再而,倘若国家无法提供待业人民工作机会,俾使自食其力时,势必须由国家给予生活之资,方可以满足其生存权。若国家的财政状况,并不敷所需时,如何能使这些权利实践?鉴于此,社会基本权利之问题,不是单纯化所可以解决的,往往牵涉到其他的社会情况。尤其是工作权问题的解决有赖社会经济情况良窳。假如国家经济繁荣,自然会带动工作机会之增加,国库的充实,国家财力才有望游刃有余。为达到这种理想,国家必须实行充分就业政策(此亦工作社会基本权利所要求)、妥当的经济政策(包括贸易政策、工业振兴与及稳定政策,职业教育政策……)及财政政策(如货币政策、金融政策)等,缺一不可。这些政策的成效,直接或间接牵涉到所有社会基本权利的可实践性与否及程度之问题。故国家对其可掌握的有效资源(通过预算案及政策拟订)必须由负责政治责任的立法者来予决定,拟订先后的优先次序,一步步的达成目的。倘不如此,直接个案承认人民可请求该些权利之实践,即形成法院来决定立法者的预算权,则顾此失彼即使在一二个个案有成功

① 如 G. Brunner, aaO. S. 36; R. Alexy, aaO. S. 461; R. Dörfler, aaO. S. 161; T. Tomandl, aaO. S. 40 及 K. Korinek, aaO. S. 20。

可能,但不可能各案皆能完全援用,难具有全面性及持续性之效力。

最后,可以以权利冲突的观点来讨论。社会基本权利的实践,往往也会侵及其他的自由权利。例如要绝对贯彻工作权,势必要尽量保障劳工权而抑压雇主之经营权,雇主的营业自由及财产自由,便遭到侵犯。同样的,环境权的实践,也会侵入他人的工作权,经营权甚至住宅自由,迁徙自由,更是明显之例子,再如国家应提倡公医制度,私人医生的营业权便遭到不利之后果,甚至私人兴学自由(建立私人医学院)亦可能受到限制等。因而,两种权利是处于相互冲突之地位。此外,即使在社会基本权利内,亦有彼此权利项目发生冲突之可能。例如环境权可能造成另一个权利的丧失(如工作权及生存权)。假设片面的承认某一个社会基本权利可径而请求实践,则明显的是忽视其他与之相冲突之权利存在。

故基于上述诸项考虑,反对将社会基本权利视为一个公法权利,是欧洲学界普遍之见解。① 也因此,学界亦不少人认为,宪法内不应该规定这种具抽象性且无直接实证效力之社会基本权利条款。② 对于该种权利

---

① 例如,两位著名的瑞士宪法学者皆持此看法。H. Huber, Soziale Verfassungsrechte in: Die Feiheit des Bürgers in Schweizerischen Recht, Fest gabe zur Hundertjahrfeier der Bundesvefassung, 1948。收录在:E. Forsthoff, Rechtss taatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S.13;另外 Müller 也认为社会基本权利无法由法院来保障实践,不同于其他自由权利,所以,宪法内就不应该列入之。见 J. P. Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung. 2. Aufl. 1981, S.54. 更保守的意见,可举美国联邦最高法院在 1973 年的 San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez 一案,法院(以 Powell 大法官为首)认为教育权并不是基本权利之一。受宪法保障人权只限于宪法明文规定者。411U. S1(1973).

② T. Tomandl, S.46;van der Ven, aaO. S.99; M, Mayr, aaO(同前注 33 处), S.62; P. Badura, S.26;E. Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandnungen des fÜnfzigsten Deutschen Juristentages, 1974, Bd. Ⅱ, G.15.

之实践也认为不应该由宪法层次，而应该由一般的法律层次来达成。①

（二）法律层次的实践

诚然，学界绝大多数之见解，将社会基本权利之实践交在立法者手上。这种看法，可符合历史上，善用立法者积极的制定社会政策法律可以造福广大人民，达成社会正义及人道思想之要求的往例。而又不需要任何宪法的依据。即可实质的使人民的一些社会基本权利获得实现。②所以在理论上，社会基本权利可以单纯的由法律来保障及创设，无须任何宪法理念来督促及引导，即可充分的见诸实践。③ 主张法律层次实践论的最大缺点，就是如主张宪法层次实践论所抨击的，社会基本权利是一种基本权。若只由法律层次来全权贯彻，宪法的有关条文只沦为立法的方针指示，而无任何规范拘束力可言。如此，社会基本权，无异与社会权为同义词。制宪者的立宪旨意即被矮化淡化。尤其是，与法律层次实践论相一致的论点，皆有意强调社会基本权利的政治意义，而忽视、甚至否认其应拥有法律意义，更足令人再三斟酌！④ 西方学界内所以会盛行

---

① 例如德国在俾斯麦的秉政下，首在1881年11月17日，由德皇下令实行全民疾病保险（在1883年6月15日通过该保险法）；1884年7月6日通过《灾难救助法》；1889年6月22日通过《残障及退休保障法》等一连串之社会政策法律，就是利用实证法律达成社会正义之例子。见 T. Ramm, aaO.（见前注19处），S. 17; G. Brunner, aaO. S. 8, FN7。

② 德国著名的公法学者 E. Forsthoff 在其早期的成名论文"当做给付主体的行政"（Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938）就以为，人民自始就不能脱离国家的生存照顾（Daseinsvorsorge）政策措施。自20个世纪以来实行的自由法治国家也是这种情形。所以，即使宪法理念及条文未刻意去强调及规定国家有这种义务，也是国家所必需担负之任务。见 E. Friesenhahn, aaO. G. 16。

③ R. Dörfler, aaO. S. 62; G. Brunner, aaO. G. 16. S. 34; P. Badura, aaO. S. 23.

④ 虽然《魏玛宪法》第151条规定，经济生活之秩序须满足正义之原则及保障每个人皆能过着符合人类尊严之生活。但是，德国法院从未承认当时任何一个法律有违背这个原则。但是，对于学费免费之规定（《魏玛宪法》第145条）德国法院在实务上曾经有认为本条文有直接效力，人民可以拒绝学费的支付权利。见 K. Lange, aaO. S. 52。

这种理论,除了社会基本权利本身在制度理念上、概念内容的具体性上及实践程序上,有其因难及窒碍外,另一个重要理由是,即使在《魏玛宪法》时代,宪法所规定的社会基本权利条款许多并未能发挥其拘束力。[①]因此,第二次世界大战后的西德制定基本法时,就有意舍弃《魏玛宪法》这一部分充满理想色彩却少具规范力之条款。而欧洲各国的宪法内,即使有一些社会基本权利条款,但也极少有如《魏玛宪法》的如此规模成例。故讨论起社会基本权的实践问题,便可不重视其位阶性。另外,由《魏玛宪法》所开展的方针理论,虽然到了现代已大半转化成宪法委托之理论,故这个方针理论已时过境迁,且《魏玛宪法》却早已废止而不再适用矣。这些诸多因素使得法律层次论甚嚣尘上。

(三)共同协合实践论

为了协合、调整上述宪法层次实践论或法律层次实践论之争议,学界有第三种,主张两种方式皆并用的共同协合实践论出现。奥地利学者 Dirschmied 即主张,[②]社会基本权利之成文化,应该在法律、政治及道德意义俱备方可。在理论方面,可以分别运用方针条款、宪法委托、制度保障以及视同公权利等来解释之。德国学者 T. Ramm 亦认为,社会基本权利可以分成:(1)可直接请求之权利;以及(2)具有宪法委托、制度保障;及方针条款性质的权利两种。属于前者的社会基本权利极少,其特别称之为社会主要基本权(soziale Hauptgrundrechte)。这是属于个人最起码的生存依据权利,所以可以直接由人民行使之。诸如工作权(因为此权是为其他权利的展开所必需)、健康权及教育权三种权利属之。其

① E. Friesenhahn, aaO. G. 13.

② 其以工作权为例,国家应该成立广泛的职业介绍机关,这是制度保障;劳工可以组织工会,谋求工作待遇之增进,这是属于个人之公法权利,其他关于工作权的,如充分就业等,则属于方针规定。K. Dirschmied, Das soziale GrundrechtRecht auf Arbeit(同前注 11 处),S. 46.

他的则属于第二种权利。①

四、结论

自21世纪以来，承认人民应该拥有最起码的，合乎社会正义及人类尊严之生活权利，并且，以宪法层次来肯定这种权利，是人类精神文明极高度之表现。由于人民只凭法律形式上的自由及平等，并不能保证每一个国民皆能获得最之福祉，法律保障个人之自由，即可能形成徒具形式之自由，②可能造成社会贫者无立锥之地，富可敌国之两极化现象，国家诚不可坐视之。③ 国家宪法用大幅度之条款来肯定这种权利，应予实践之（如《魏玛宪法》），其出发点之崇高，对国政期许之热烈，足以令后人景仰。但是，若法条文流于宣言式之效果，无法产生规范之拘束力——不论是主张有无具公法权利效力与否，将减低这些条款及整部宪法价值的受肯定。也由于宪法内规定空泛式的社会基本权利，会引发彼等效力可否完全相同于宪法其他条文（如自由基本权利）之争议。若采否定见

---

① T. Ramm, aaO, SS. 30, 33.

② 这种形式上的自由，法国早期无政府主义者即尖刻指出：所谓自由者，是指乞丐及百万富翁，皆有在塞纳—马恩省—马恩省—马恩省河桥下，享受餐风露宿之自由也！见 G. Brunner, aaO. S. 7。

③ 瑞士在1977年，由学者专家组成的官方全面修宪委员会所公布的《瑞士联邦宪法草案》第26条，规定了社会权之条款，规定国家应致力保障及促进人民拥有教育权、住宅所有权、生存权等。但是这些权利（第26条），并不是规定在宪法人权篇，而是在社会秩序，财产政策及经济政策篇，如同《魏玛宪法》及台湾地区"宪法"之立法例。依瑞士该宪草委会意见以为，社会基本权利不同于一般自由基本权利，而且，法院也无法审查且维护之，故应该将社会权条款，别列在人权篇之外。见 J. P. Müller, Soziale Grundrechte in der schweizerischen Rechtsordnung, in der europäischen Sozialcharta und den UNO – Menschenrech tspakten, in: BöckenfÖrde/Jekewitz/Ramm, aaO. S. 65。

解(如西方绝大多数学界见解),则宪法的实证效力便遭到损害。① 若采肯定见解,为避免在现实因素及理论上造成窒碍难行之弊,唯有通过在立宪时,对条文内容尽可能的明确及周延考虑,以及立法者对相关法律迅速及广泛的拟订,使得社会基本权转化为社会权的时间及幅度,达到最紧凑之程度,这是履践每一个社会基本权利之具体化最妥当的程序。由于社会基本权利之实践,依赖国家经济能力,立国原则及社会富裕程序等因素甚巨,其实践,不似保障一般自由基本权利,国家仅不加干涉即可达成效果,而是国家应该给予积极的给付行为,方可奏效!故立法者积极的作为,制定法律,是不可或缺之实践方式。其他之方法——例如利用司法权之审查权力,来达成社会基本权利,其是否是以达成目标,亦有充分的理由,足令人怀疑!②

鉴于社会基本权利的保障会侵及个人其他自由权利之范畴,倘若国家只专注前者的实践,而忽视、漠视后者之存在,则民主法治国理念及制

---

① 自1948年公布的《世界人权宣言》及《欧洲社会公约》等有规定社会权利的国际公约,都只是建议各国采行社会政策,而非强迫之。可见得这些国际公约亦知社会基本权利实践之困难!见K. Korinek, aaO. S. 19;G. Brunner, aaO. S. 34。《土耳其宪法》(第53条)就明确提及为达成本篇所规定之社会及经济目标,国家应该在其经济发展之程度及财政能力许可之范围内,努力达成之,是一个十分合乎实际的条款。见E-W BöckenfÖrde, aaO. S. 14。同样的,《日本宪法》第25条参照。

② 此可举教育权——请求入学之权利——来讨论。德国联邦宪法法院在所谓的定额案(numerus-clausus Urteil)。曾经作过三次判决,对于人民可以基于教育基本权利,来主张大学所规定的入学名额限制规定是违宪之举,予以驳回之见解可知。同时,该权利亦不允许人民可要求国家兴建大学,以便增加就学机会之名额。法院以为,兴建大学与否,涉及国家文化教育政策,也涉及国家预算的拟订及分配,这是立法者之职权,非个人所可请求,亦非法院可越俎代疱(BVerfGE33, 303/333;43, 34/44; 43, 291/313)。无独有偶,瑞士联邦法院对于类似的案件,也持相同之看法。BGE103(1976)Ia 369,394;104(1977) Ia305. 见J. P. Müller, S. 67。

度的存在，将面临最大之危机。① 因此，国家在保障及实践社会基本权利时，必须通过法律之程序不可，②也必须对个人的、传统的自由基本权利，予以高度之尊重，求得最大的协合及予自由权最小之限制。③ 职是之故，国家必须在原则上大力维护个人的自由权利，并由人民依自己的能力，创造幸福及造就发挥其才能，而非完全依赖国家之给付措施，④国家应在维护自由经济体制而非计划经济体制，且是民主体制非专制体制的情形状况下是应该保障个人自由权，唯在人民无力达成幸福之追求时，国家方予以积极之援助，其先后秩序，不可颠倒。因此，社会基本权利的功能，是须予以肯定，但是，无需过度夸大及渲染其重要性。⑤

从比较宪法史的角度上看，许多国家的宪法是在战争结束后，民生凋弊、满目疮痍的时空下，贸然且毅然地规定许多的基本权利条文，而未顾及国家客观环境及能力，究竟有无力量足以堪此大任？故，至今许多社会基本权利之不获成文化及具体化，是可以预见及理解的！但立法者必须体会宪法制宪者的苦心，应把照顾人民福祉列为第一要务，视国家

---

① 这点可以举希特勒在其执政时，曾经大力提倡社会政策，使得德国的生活水平及广泛的社会福利措施，均居欧洲之前位为例子。另外，东欧国家的宪法也多有规定社会基本权利者。见 G. Brunner, aaO. S. 21。所以，德国极著名的宪法教授 Leibholz 就表示，社会基本权利既然和一般的自由基本权利，有所差别，甚至相互抵触，故与专制国家、集权国家之理念，却不一定必须相抵触。G. Leibholz, Sturkturprobleme der modernen Demokratie, 3Aufl, 1967. S. 130.

② Badura 教授即指出，民主国家是靠法律来实践社会基本权，而共产国家是靠政治措施来完成社会基本权，是两者手段上之差异。P. Badura, aaO. S. 19.

③ Brunner 认为，民主国家必须用妥协之方式，来达成社会基本权，即是这种意思。G. Brunner, aaO. S. 23. 另外，Tomandl 亦认为，所谓社会基本权利的成文化，就是自由权利相对化的表现，不可为了社会基本权来牺牲法治国原则。T. Tomandl, aaO. S. 44。而 Mayr 教授也认为，一个理智的社会政策就是去解决社会权利与自由权利的冲突。见 Mayr, S. 53。

④ 否则，人民事事形成国家之依赖者，国家成为人民恩赐者，个人之尊严及发展的动力将会沦丧。K. Korinek, aaO. S. 20; J. P. Müller, aaO. S. 196.

⑤ van der Ven 甚至认为社会基本权利的完全贯彻是乌托邦在自由的经济体制下是不可能实践的。Van der Ven, aaO. S. 62; 同理，K. Dirschmied, aaO. S. 33.

财力许可,一步一步的积极立法,才是使宪法理念不致因陈义过高而永远遭到废弃的命运!

五、后记

社会基本权利在1990年东欧自由化后,广泛被这些国家所公布的新宪法采纳。例如《俄罗斯1993年联邦宪法》第40条以下将国民的工作、休闲、接受教育、疾病及老年残障之生活保障、医疗、房舍……都列入到宪法保障的基本权利。同时第37条第3项也规定人民拥有工作安全、高于最低工资之待遇、及失业保障等权利;第58条与第44条则将环境权列入,并对受环境污染者给予得请求国家赔偿之权利。《1997年波兰宪法》则在第65条以下规定甚多的工作权、休假权、身心障碍者保障、妇女、家庭及环境保障及住宅与消费者之保护等;《匈牙利宪法》第70条D也规定确保人民享有尽可能最高水平的身心健康的保障权等。

这些东欧国家的宪法尽管充满理想色彩的将不少社会权利纳入宪法之中,但是却无法将这些社会基本权利比照其他人权条款取得直接适用的效力,例如《俄罗斯宪法》第39条明确规定了,关于人民社会安全之给付及退休金,必须由法律来规定,而其他国家宪法如捷克、匈牙利亦复如此。而《波兰宪法》更是在第79条关于人民针对基本权利受损可提起宪法诉愿的范围,明确加上了排除条款,将第65条以下几乎所有的社会基本权利排除在得提起宪法救济的大门之外。①

东欧国家新宪法这种对社会基本权实践的应然面与实然面的落差,

① 可参见雷文玫:"再访社会权——一九九〇年代中东欧国家宪法变迁社会权入宪之研究",刊载《当代公法学新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》(下册),元照出版社(2002年7月),第571页。

只要了解这些国家在20世纪90年代以后百废待兴的困窘情形，就可知道国家客观的财力才是该国社会基本权利实践的有力保证。不过在这些国家目前一窝蜂地追求资本主义理想，并作为国家发展不二良方的新宪法中，社会基本权利还能获得高的重视，也使人对东欧这些国家倘日后其经济发展成功而转型后，还会否抱持这些高贵的理念的疑虑，有着较乐观的信心。

（本文原刊载于“论‘社会基本权利’”，载台湾《人文及社会科学集刊》第1卷第1期，第199～225页，1988年11月）

第二十四篇　新闻自由与司法独立

——一个比较法制上的观察与分析

在人类追求的所有权利中，请先给我求知、发表意见及彻底自由辩论的权利。

——1664 年，米尔顿，《言论自由论》

普鲁士不可能做到公正及公开，因为自由的法庭和不自由的国家是互不兼容的。

——1842 年，马克思，《致卢格函》

一、前言：新闻自由与司法独立——一个永恒的纠葛？

新闻自由已是当今几乎所有国家所保障的基本人权，新闻自由保障了媒体可以为了满足人民知晓的需要，而发觉、采访以及批评一个事件。而同样是被现代立宪国家视为不可不备的司法独立的宪法理念，除了保障法官可以依据法律独立审判，

不受行政或立法权力的干涉，使法官可依据自己的良知与法律素养，就承审案件为公正的裁判外，也包括建立相关的配套制度，例如法官终身制度、政治中立等，各国依其国情不同，可以有不同的制度设计。这些配套制度的中心点及其是否合宪，端视其能否妥善及恰适其分的保障给予法官一个不受干扰的审判环境而言。

在此，必然会产生新闻行为与司法行为发生交集的情形。如果将新闻自由受到宪法保障的范围及于司法的一切行为时——诸如形式证据的收集、证人身份的曝光、法庭的辩论，则无疑的是将新闻自由的重要性置于司法体系运作的利益之上。反之，如果许可对新闻媒体的自由报道、分析及评论等权利在一定限度上加予限制，则不啻承认司法体系有值得保护的法益，且其重要性逾于新闻自由。一般而言，绝对的新闻自由，也就是新闻媒体可以毫无限制地行使自由权限，在今日行宪诸国皆不可能存在。除了例如关于泄漏国家或公务机务、妨害他人名誉等可作为限制新闻自由的理由外，属于司法范畴内限制新闻自由的理由，最常见的应是“不公开审讯”部分。基于保护私人名誉、身心安宁的理由，或保障青少年、妇女权益，或涉及机密事项，法院可以排除审判公开原则的适用。这在各国的诉讼法、青少年保护法中已屡见不鲜。

提到新闻自由与司法产生“扞格”的效果，也就是“新闻自由与公平裁判的矛盾”（Fair Trial-Free Press Conflict），近30年来最令人瞩目的，当归“舆论裁判”的问题。所谓舆论裁判，是媒体在报道一个尚未开始进行司法程序，或是正在系属之中（即在未决程序中）的案件时，已经利用报道、分析、评论的方式，令读者产生先入为主的印象，无异形成未审先判。这在实行陪审制度的国家，负责定罪的陪审员来自社会各阶层，且不一定以有法律素养为前提，更易受到这种舆论的左右。故对此通过舆论产生的裁判压力。可采行何种因应方式，方可以维持一国司法权的公正运作，并考虑有无可以同时维护新闻自由的原则，造成一个“双赢”的可能性，各国可有不同的法制设计。本文将以比较法的眼光，先后讨论没有

实施陪审制度的台湾地区及德国,次而以有实施陪审制度的英国及美国的制度及理论,针对防止舆论裁判的对策方面,加以比较。此四个不同的法制各有其特色,台湾地区采取最严厉的手段,直接在法律内规定舆论不能评论一个未决案件;德国则对舆论裁判的因应采行不合作的方式,即司法机关可以不提供相关信息给新闻媒体,但对媒体的报导及评论,则不予干涉;英国将重点置于对造成舆论裁判的后果,如何救济的问题,除非有触犯诽谤法庭罪嫌,否则不干涉新闻报道及评论之行为。置于号称世界媒体王国的美国,在极尊重新闻自由的传统下,也不积极朝限制媒体自由方向来着手,反而是对参与法庭诉讼的人员——主要是律师及检察官,利用职业规则制定"禁口令"(Gag Orders),不准在法庭外对舆论媒体发表庭外言论,以造成舆论压力。究竟哪一个制度较妥适?本文在有限的篇幅下,将尝试提供浅见。

二、因噎废食——我国台湾地区的"不得评论"制度

(一)"出版法"的立法例

我国台湾地区在1999年1月废止了"出版法"。"出版法"最早是在1930年制定,其中经过几次修正。但涉及本论文所涉及问题的最重要的修正是在1958年的修正。在本次修正时,修正了第33条。新修正后的第33条规定:出版品对于尚在侦查或审判中的诉讼事件,或承办该案件之司法人员或该事件有关之诉讼关系人不能评论,并不得登载禁止公开诉讼事件之辩论。这个诉诸防止舆论裁判的立法例,历史虽然可追溯到光绪三十二年公布的"报章应守规则"中第6条:凡有关涉词讼之案,于未定案前,该报馆不得妄下断语,并不得作庇护犯人之语。可谓源远流长。"出版法"第33条的规定,在台湾实施了整整40年才废止。台湾在年初废止"出版法"主要是因应时代自由化潮流及废止此在戒严时期管

制出版自由的规定所致，但对于第33条的立法例是否为一个当然之恶？却未能获得朝野政党的共识。因此尽管“出版法”已废止，但我国台湾地区在1976年公布的“广播电视法”（第22条）、1997年公布的“公共电视法”（第36条第6款），仍保留相似“出版法”第33条立法例的条文。所以，本文讨论“出版法”第33条的规定，并非具有讨论法制史的意义，也有澄清我国台湾地区现行法的价值。

另外，与我国台湾地区法制类似的是新加坡。新加坡现行《诉讼法》第149节（Judicial Proceedings Act.，Cap. 149）有专门对法庭审判报道的规定。依此规定，为了维护公共道德，不能对不雅的事务、不雅的医事、医疗及心理细节加以报道。对婚姻事件仅能报道双方当事人及证人的基本细节（basic detail）及内容与双方论证，以及法院的判决与评论的概略性报道（a concise statement）。违反者将可处新台币一万元以下之罚金，得并科一年以下之有期徒刑。①

新加坡的立法例与我国台湾地区，相同处是以媒体为规范对象，但不同处是仅限于“婚姻案件”，保障当事人名誉的立法目的更见明显！

（二）制度的建立

1958年6月20日我国台湾地区“立法院”通过的“出版法”修正案，赋予主管行政机关极为广泛的处分权，可以对于违反规定的出版品处以罚锾、禁止出售、散布、进口及扣押、定期停止发行或撤销登记等权力（第36条以下），引起了海内外媒体极大的反弹。例如当时广受重视、代表民间反对声音的“自由中国”杂志，便在社论中表示：如果这一“出版法”修正案竟真由“立法院”通过，则身受重创的新闻自由不特正式宣告死

① Francis T. Seow, The Media Enthralled, Singapore Revisited, Lynne Rienner Publishers, (Boulder / London), 1998, p. 229；这明显是仿效英国刑事庭法（Magistrates Courts Act, 1980）的立法例。

亡,更是送进了火葬场,彻底化为灰烬!①

而一向亲台湾的旅港人士,例如青年党主席左舜生更联合香港学术、文化界人士45人,公开抗议此一修法,并认为这是我国台湾地区走向集权主义的表现。虽然我国台湾地区政府在官方理解此一修法的目的是"防止出版品评论影响法官判案心理",②但是仍掩饰不了当局为了控制出版品的意图。在这个纷纷扰扰的媒体抨击"出版法"的过程中,却很少有人注意,或批评"出版法"第33条立法的妥当性问题。③

(三)规范的范围

"出版法"第33条所禁止出版的标的,如果细分起来,可以分成下列三项:

(1)正在侦查或审判中的诉讼案件,不能评论。

(2)对于承办案件之司法人员及该案件有关之诉讼关系人,不能评论。

(3)禁止公开诉讼事件之辩论,不能登载。

因此出版品的管制,可以分成两大部分:一是禁止刊载部分;二是禁止评论部分。

对于禁止刊载部分,只限于禁止公开诉讼事件所为的辩论而已。易言之,如果法律对诉讼公开有例外规定时,例如我国台湾地区"法院组织法"第86条规定诉讼之辩论及裁判,应公开法庭行之。但有妨害"国家"

---

① 第18卷第5期(1958年5月1日),引述自《"自由中国"选辑》(三),八十年代出版社1979年版,第166页。

② 当年5月17日,"台湾行政院"院长俞鸿钧向我国台湾地区"立法院"内政等三委员会提出的修法说明,却说修法的目的主要在"限制黄色新闻"。见同注1,第177页。

③ "台湾司法院大法官"曾于1964年10月作出"司法院大法官会议解释第一〇五号解释",承认行政官署拥有处分出版品权限的合法性,但声请及解释的内容皆未涉及第33条的违宪性问题。我国台湾地区"宪法权"威林纪东教授,亦无反对的立场。见《宪法逐条释义》(第一册),1974年(再版),第167页。

安全、公共秩序或善良风俗之虞时，法院得决定不予公开；“民事诉讼法”第600条（规定禁治产程序不公开）以及“少年事件处理法”第34条及第73条对于少年事件的审理及审判不公开等，则“出版法”自然不能违反此项规定。这种出于保障“国家”安全、个人名誉以及青少年权益的禁止规定，并无太多的合“宪”性争议。

有引起争议之处，应在禁止评论部分。刊载是出版品将事实——例如诉讼的事实、诉讼程序的进行及进度、相关法条的内容、解释及争议、法庭辩论、承办人员及其背景……的现状加以据实以报，本身是中性的。就此意义而言，新闻自由等同于报道自由。相反的，所谓的评论是把自己的判断、推测、期待等涉及价值因素置入，因此已经不是忠实、中立的反应事实，而是一种经过精神作用加工过后的结果，含有褒贬谕扬，自是当然之事。“出版法”第33条的主要重心实置于此禁止评论部分！

“出版法”第33条禁止出版品——主要是报纸及杂志，对于正在侦查及审判中的案件，所谓“事”的部分，以及承办案件之司法人员及关系人，所谓“人”的部分，皆不能加以评论，因此若据实报道，便不违反本条之禁止规定！在此立刻会发生两个问题：

第一个问题，本条文的立法意旨是否希望媒体报道法律诉讼案件只能“平铺直叙”，将时、地、人、事及法中性的介绍即可。[①] 不能就正、反方律师、当事人的意见以自己的立场及见解来评论与分析；同时也不能邀请法律、医疗或相关科技专家讨论案情所牵涉的问题，甚至法庭现场的气氛、读者投书等一切可能涉及批评案件、司法人员及关系人的信息，都在禁止之列。如此一来，司法新闻岂非变成一种“制式新闻”。法院法官及检察官将“包揽”形成判决及侦查起诉有关的一切法律或相关信息（如验尸所涉及的医学知识）。民众对于司法案件只能在判决及侦查后

① 但法条却未如《新加坡诉讼法》第149节之规定，应“仅报导基本细节”及“概略性报导”，见前注1处本文。

才拥有完整"知"的权利。对于这个问题,我国台湾地区"出版法"及主管机关,例如"新闻局",无疑是采取肯定的立场。①

第二个问题,究竟"报道"与"评论"有无可以清楚界分的可能性?依"出版法"的本意,应该是采取严格的界分标准。任何报道法律案件,一旦涉及记者或编辑人员的"价值"(或情绪)的用语时,即属禁止之列。"出版法"的罚则进一步规定,违反本规定情节轻微者,得予警告("出版法"第37条);情节严重者,得禁止出售、散布,及必要时可予扣押("出版法"第39条)。由这两条规定,即可以知道对于报道及评论的界分应该是严格主义,否则第37条将情节轻微列为可罚行为,便无存在的必要。②

由上述严格的罚则规定,可知本法对于出版品评论审判中案件之人与事的根绝决心。但是,这个规定可否经得起合宪性的审查?值得再进一步的讨论。

(四)"出版法"第33条的合"宪"性问题与判断基准

虽然我国台湾地区"司法院大法官"在1964年作出释字第105号解释,驳回了声请释宪人民援引我国台湾地区"宪法"第11条保障人民拥有出版自由,以及"出版法"已逾越"宪法"第23条许可限制人民权利的界限。但到底"出版法"第33条的内容是否合"宪"?特别是我国台湾地区自从1987年宣布解除实施长达四十年的戒严后,"台湾司法院大法官"的释宪也开始大幅度的步上时代潮流,在许多符合法治国家原则的释宪案件,都看出"台湾司法院大法官"在近十年来已经在强调限制人权

① 例如,新闻局在解释本条文时的说明:所谓评论,依其表现方式包括社论、短评、专栏、特写、专访、漫画、图片及其说明文字,含有批评、议论性质之新闻报道,其以读者投书、更正、辩驳书、广告等方式,登载于出版品者,应受同等之限制。参见,出版法相关法条、行政裁判、行政解释、判例解释汇编,行政院新闻局1988年编辑,第131页。

② 执行此一禁令的案例并不太多,且罚度未重,例如对我国台湾地区教会公报周刊处以警告,见"行政法院"1981年判字第266号判决;1990年《自由时报》刊载一篇批评五二〇农民示威审判案件,致被停刊一天,则是本条文制定后罚则最重的一个例子。

的法律保留原则、扬弃特别权力关系、重视比例原则以及要求行政授权的明确性等方面，获得极大的成就，我们亦可称之为台湾已步入法政的“文艺复兴”时代。特别是限制人民权利的立法，必须符合“比例原则”，已是“台湾司法院大法官”判断一个立法有无违“宪”的不二法门，到底“出版法”第33条的立法理由能否符合比例原则？我们必须就本法条所要追求的防止舆论裁判的立法目的是否为保障司法独立理念所绝对必要，以及禁止出版评论诉讼中事件之“人与事”是否为达成上述理由所不可或缺的手段？因为，就在台湾解除戒严的当年（1987年），“法务部”研修的“刑法”修正案，曾拟议增订“刑法”第140条第3项：“意图影响在审判中案件之处理，对于有审判职务之公务员公然侮辱或诽谤者，处一年以下有期徒刑，拘役或三千元以下的罚金”。这个对诽谤法官的新立法，立法妥当性引起争议较小，争议比较大的，是另一个增订条文，即增订第141条之1：“对于侦查或审判中之诉讼案件，公然加以指摘或批评者，处一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下之罚金”。“法务部”公布这两个条文草案的理由是“为维护司法审判独立及司法尊严”，且指出该部早在1974年就成立刑法修正委员会，拟出几项修法原则（包括此两条文），并在1983年至1985年三度报“台湾行政院”通过，早是既定政策云云。① 不过，由于社会舆论反弹甚大，认为会大幅侵犯言论自由，故未能完成立法程序。这说明了我国台湾地区对舆论干涉司法是一直怀有警惕之心。

（五）我国台湾地区对舆论裁判后果的认知

不过，台湾法学界对于舆论裁判与保障司法独立的关系，并没有引起太大的注意。因此为了探究两者之关系，应先以司法独立的概念来予讨论。

---

① 该次修法详细过程及批评，可参见段重民：“论藐视法庭罪”，刊载《政大法学评论》（第38期）1988年12月，第119页。

1. 司法独立的防范方向

在传统宪法学界的见解,对于我国台湾地区"宪法"第80条"法官须超出党派以外,依据法律独立审判,不受任何干涉",系指法官审判不受政治之力——包括政党的不当影响为主要的考虑。易言之,司法独立的防卫对象系指政治之力,"宪法"第80条的司法独立亦变成司法官个人的防卫权(Abwehrrecht),可针对不法的政治力(行政力),为法官提供了一个保障功能。因此,我国台湾地区"宪法"第81条接着规定:"法官为终身职,非受刑事或惩戒处分,或禁治产宣告,不得免职,非依法律,不得停职、转任或减俸",提供了法官身份上的保障。故综观我国台湾地区"宪法"第80条及第81条的规定,可以知道宪法的司法独立,主要是一种在制度上防卫法官来自政治势力的影响。① 所以,司法独立即法官独立审判的代名词。在这种意义上,并无存在防止舆论对法官办案可能造成不利影响的空间,同时在宪法制定过程——例如制宪国民大会实录,有关我国台湾地区"宪法"第80条的立法说明中,亦未有任何制宪代表主张司法独立应防止来自人民出版自由方面的侵害。可见得我国台湾地区"宪法"第80条的司法独立是标准之传统意义的内涵。

2. 防止舆论裁判的立论

我国台湾地区公法学界中主张司法独立应防止来自舆论干涉的代表,可举林纪东教授。这位公法学界泰斗在论及"宪法"第80条的目的时,曾提到:主权所属之人民,且不得以请愿等方式,干预审判(参看"请愿法"第4条),对于法官有行政监督权的长官,其他任何国家机关及地方机关,或报纸杂志,自更不得以任何手段,以图影响法官之裁判,凡欲假借任何手段,足以影响法官之审判者,均违反本条规定之精神,而得制定法律以制裁之也。因本条之主要目的,在保障法官之独立审判,不受

① 刘庆瑞:《宪法要义》,1994年版,第201页;这也是德国魏玛共和国时代的通说。见G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., 1933, S.474。

干涉，党派云云，仅其例示规定耳。[①] 林纪东的见解无疑地提供了“出版法”第33条的立法例一个合宪性的说明。尤其是认为“宪法”第80条规定“法官超越党派”仅是例示规定，特别提到报纸杂志亦可能是可以行使任何手段来干涉法官审判的来源。林教授希望保持法官一个完全自由、不受外界干涉的苦心，当可想见。不过，说过这一段话后，林教授并没有就舆论裁判的问题再予讨论，吾人也就无法探知林教授对于保障新闻自由与司法独立之间的平衡问题，有何高见。不过，再对照一下他对于人民出版自由的限制立场，[②]当可知他是对出版自由置于比较不重要的地位。

另一个对“出版法”第33条进行较深入讨论的是黄东熊教授。黄教授在1986年发表一篇“论‘出版法’第33条——审判独立与言论自由之关系”一文，[③]引用日本及美国的资料来探究舆论裁判的问题。尤其是日本学界的见解，可以给我们一个有用的启示。

日本在1949年夏发生一个列车翻覆事件（称为松川事件），1951年12月第一审判决后，20名被告中有5名判死刑，5名判无期徒刑，其他分判不等之有期徒刑，被告将无罪理由寄给一位作家广津和郎，引起了该位作家的兴趣，便邀请一位作家好友宇野浩二前往二审旁听。以后二人便为文宣扬被告无罪，在媒体造成很大的回响。当时日本最高法院院长田中耕太郎，原是东京大学一位著名的教授，在日本法学界享有极高的地位，便一连串发表几篇文章，认为尚在诉讼系属的案件不能加以批评。田中院长有一句话甚为重要：“法官不应听社会之杂音，不应迎合流行之风潮，而应以道德勇气努力于审判事务之处理”。这句话如果只是期许法官“不理会”外界——特别是舆论的批评声音（田中院长使用不甚尊

① 林纪东：《宪法逐条释义》（第三册），三民书局1982年版，第110页。

② 林纪东：《宪法逐条释义》（第一册），第167页。

③ 参见《辅仁法学》第6期，第37页。

重的"杂音"形容之),无异是要求法官对自己的裁判要有信心,当然就不会引起太多的抨击!但田中院长不满意于此,反而认为:"对于诉讼系属中的案件,如果涉及仅仅是程序问题,如果是法律专家的法学教授写文章来批评,不仅无损于司法权威,对法官(未来)的宣判也不会产生影响,且对于法学进步会大有贡献,故可以加以批评;反之,任何非法学专家者,就不能对该法律程序加以批评。至于法律案件的实体问题,例如案件的事实问题及量刑问题,即使是法律专家亦不能批评,以免危及法官的判断。"由于日本现行法并无相关的罚则,田中院长认为宜采英、美国家的"藐视法庭罪"来处罚这种违反规定之人。① 田中院长这种反对媒体批评的见解,受到日本法学重镇东京大学法学院元老级教授的支持。在论争最热烈的1957年,日本一法学杂志曾邀请东京大学七位元老级教授举行座谈会。会中的主流意见,除不赞成采行英、美藐视法庭罪的罚则外,同意田中院长的"实体不批评,程序可批评"的基本原则。至于反对田中见解的,声势亦极伙,认为对任何诉讼中的案件加以批评,正可以使司法质量提升,增加司法的公信力。也有其他人以民主的新闻自由理念,来赋予人民有批评之权……不一而足。② 这个学术见解的大争论,横亘十年之久。以日本最后未引进藐视法庭罪而落幕。在详尽的叙述日本法界正、反两派意见后,黄东熊教授在大作的结论中归纳出其心得,大致如下:关于审判独立与言论自由之关系,应保持调和,两者不侵犯对方。有关实体方面,言论自由不能侵犯审判独立;有关程序问题或形式问题,审判独立不能侵犯言论自由③。黄教授明显的是支持田中院长的见解。至于应否赞成援引藐视法庭罪,黄教授并未明言。但再观黄教授在结论中提及"出版法"第33条不能评论的范围,其说道:乃不包

① 黄东熊,前述文,第48页。

② 黄东熊,前述文,第53~65页。

③ 黄东熊,前述文,第80页。

含有关程序问题或形式问题，乃属显然，殊无争辩余地①。”黄教授用如此斩钉截铁地将“出版法”第33条的适用范围，仅局限在不得评论实体问题方面，即显示出他肯定本条文的罚则禁令，故似即可推断出不必引入藐视法庭罪之结论也！

担心舆论的批判，可能会形成法官心理压力，造成先入为主的观念，故主张制止舆论裁判有其正当性的学者，亦可举对新闻法夙有研究的尤英夫律师。在其一本在台湾普受重视的《新闻法论》一书中，尤律师对于媒体对司法的干涉，造成舆论裁判认为是民主法治国家不应有之现象，因此赞成“出版法”第33条之给予限制，以保障诉讼当事人获得法院公正之裁判，而确定司法权之独立行使。② 故原则上应限制出版品于案件经判决确定或侦查不起诉处分确定后，始可评论。但应考虑言论及出版自由究为时代潮流，如无必要，似可尽量放宽。所以尤律师折中主张：案件侦查开始至终结前，故不得评论，侦查终结为不起诉处分后，直至声请再议被驳回前，或起诉后至第一审判决前，亦不得评论。一、二、三审法院审理中，不得评论。尤律师此种见解，虽在技术细节有些个人见解，但十分清楚尤律师仍站在维护“出版法”的禁止规定。③

由上述台湾的法学界对于舆论裁判及司法独立的关连，可知对于舆论裁判的可能弊病，都有相当的共识，也因此在“出版法”废止后，另外“广播电视法”仍保留相关的罚则，却少引起批评，也无要求一并删除的呼声。④

一个正在系属中的重大案件，往往缠讼经年，动辄拖上个十年，亦非稀罕。人民在案件爆发后如果不能由媒体获得相关信息，必须肚中怀着

---

① 黄东熊，前述文。第79页。

② 尤英夫：《新闻法论》（上册），世纪法商杂志社出版1994年版，第116页。

③ 尤英夫，前述书，第120页。

④ 例如，另一个对著作权颇有研究的律师及法学教授萧雄淋，亦表达类似的看法。见其“出版法废止后的隐忧”，台北《自由时报》1999年1月27日，第15版。

闷葫芦,至数年的确定判决后,才能知其原委,岂非完全漠视人民拥有"知"的权利?更何况司法权亦属于国家公权力之一环,司法公权力有无违反法治国家的运作原则,亦是人民应该知悉的事项。更何况"出版法"废止后,出版品可以摆脱第33条之桎梏,但同为新闻媒体的电视、广播却仍然受到限制,恐怕也侵犯了平等原则。所以,本文对于"出版法"第33条不散"阴魂"的合"宪"性,颇表怀疑。

三、德国的不提供信息制度——不重视舆论裁判的效果

(一)新闻自由包括评论自由

在经过纳粹政权钳制新闻自由,并将新闻媒体作为国家愚民、宣传的工具之后,1949年公布的德国基本法特别重视新闻自由。《基本法》第5条第1项规定任何人皆有以文字、书面及图片发表意见之权利,并有不受限制的获得信息之权。新闻自由及广播与电影自由受到保障,不能实行检查制度。同条第2项规定对前项自由,只能由一般法律,及为了保障青少年及个人名誉时,方能限制之。在这种保障新闻自由的宪法体制下,本来依《基本法》第75条第1项第2款,规范一般新闻法律关系的立法属于联邦立法之权限。故德国联邦即应该制定一个《联邦新闻基准法》(Bundespressrahmengesetz),作为统一规范各邦新闻法的准据。德国联邦在1963年及在1974年9月,两度提出一个草案,都未通过立法程序,此立法工作便延宕下来。迟至今日,该法仍未制定。① 目前德国16个邦都有邦的新闻法,内容大同小异。我们可由这些邦法来探查有无相关的论述。

德国基本法将新闻自由列入人民意见自由中的一环,所以,新闻自

① P. Babura, Staatsrecht, 2. Aufl., 1996, C67.

由不仅仅只是对已发生或将发生事件加以报道的自由(Freiheit der Berichterstattung)为已足,而也有评价之自由(Freiheit der Bewertung),媒体能够借评论、批评来形成自己的意见,这也是德国联邦宪法法院一贯的见解。因此,我国台湾地区"出版法"第33条会将出版行为区分为单纯的报道及单纯的评论,与德国《基本法》对于出版自由的认知,便有根本上的差异。

但对于法院审判等行为,是否一定可曝光于社会大众,易言之,媒体可否主张其新闻自由权而要求法院运作完全透明?德国联邦宪法法院在早年的一个判决中表明:法院审理行为的公开化,并非德国《基本法》中明确规定之原则,亦非由法治国家原则中所衍生出来的原则。只不过,法治国家却常常视其为一个基本的体制。① 但不少的邦宪法,例如《巴伐利亚邦宪法》第90条,则将此公开原则视为具有宪法位阶的原则来予以保障。诚然德国《基本法》并未明文保障司法诉讼程序必须公开,但联邦宪法法院上述见解,实质上已承认"公开审理"是法治国家的一个基本原则。再加上德国人民对于纳粹政权时代,许多法院审判程序采"代表旁听制",不许可人民及媒体自由前往旁听,而是指派各阶层、行业人民代表前往,故才会在许多州的宪法中将此公开原则纳入。②

"法院审理公开化"原则提供媒体一个可以报道、评论司法行为的依据,只是,此原则可依《基本法》第5条第2项,如同新闻自由一样,由法律加以限制,这也就给予立法者不少机会,可通过法院法或诉讼法的规定来限制新闻工作。尤其是法院为维持其运作不受干扰,得禁止媒体录音、录像,及不得将此录得之音、像播放出来,也不得录得作为数据使用。

---

① BVerfGE 15, 303/307.

② K. Mathy, Das Recht der Presse, 3. Aufl., 1984, S. 170.

至于照相则可由审判长决定。①

除了为维护法庭秩序可以作为限制媒体的行为外,对于本文讨论的主题——防止媒体可能干涉司法工作方面,德国所采行对策的重心,是所谓的"信息拒绝给予"(Informationsverweigerung)的制度。

(二)拒绝给予信息的制度

德国各邦内容大同小异的邦新闻法中,并无类似我国台湾地区"出版法"第33条禁止的立法例。各邦新闻法涉及法院裁判案件问题的规定,几乎都统一规定在各邦《新闻法》第4条部分,②兹以巴登邦(Badan - Württemberg)《邦新闻法》第4条为例,该条脱胎于联邦1963年1月10日的"邦新闻法的标准草案"(Modellentwurf für ein Landespressegesetz)第4条第2项第1款的立法例,规定邦任何机构都有提供新闻机构的代表(一般是新闻记者)相关信息,满足其履行公共任务所需信息的义务。除了会造成使现行未定的程序加快、困难、迟误或危害时,或抵触保密规定,侵犯重大公益或值得保护的私人利益,或已达到过分的程度时,不在此限。③

这些规定值得重视之处,有两处:(1)德国承认新闻媒体的行为是满足公共任务。各邦《邦新闻法》第1条大都是有下列类似的条文:新闻自由有助于德国民主、自由理念的实现。再加上《基本法》第5条第1项规定人民拥有获取信息之权,即满足"知"的权利。(2)各政府机关,包括司法机关,都有提供信息给新闻媒体的义务。但是,该法也同时提及机关可"拒绝"提供信息给媒体,特别是在所谓的"未定之程序"

---

① 德国《法院组织法》第169条。在许多国家亦有类似制度,例如美国联邦最高法院在1978年的"Nixon v. Warner Communication"一案中已表示,法院禁止媒体播放法庭的录音带,并不违反其言论及新闻自由,因为媒体本无当然有摄录这些言论的自由。

② 只有黑森(Hessen)邦一邦例外,列在第3条。但只有巴伐利亚一邦的新闻法没有类似的条文。

③ R. Groß, Presserecht, Deutscher Fachschriften - Verlag, 1982, S. 149.

(schwebenes Verfahren)时。这是对何种的未定程序而言？大致上分成两类:第一类是采取较严格的界定,例如黑森邦,将此"程序"明定为刑事及惩戒法院之程序,晚近才立法的德东突林根邦(Thüringen)则明定为"刑事、职业法庭、荣誉法庭及惩戒法院之程序"。第二类是大多数的邦所采广义的界定,属于法院的审判、非讼事件及检察官的侦查、警察的侦查程序,固然包括在内,即连行政机关的程序规定,亦即依据行政程序法已进行的案件,亦包括在内,避免影响行政、司法机关的判断,以及可能侵犯当事人的隐私。至于政府机关一旦拒绝给予媒体信息,这种行为可以视为行政处分,媒体若不服,可依行政救济管道,提起行政诉讼。

究竟哪种界定方式较妥？德国学界立场也颇分歧。不过,通说的见解认为新闻自由可以监督政府的所有行为,故上述信息给予拒绝权的制度即使必须存在,①但应该尽量将上述未定程序的种类仅限于法院或类似法院的程序,否则将使媒体监督国家行为的任务落空。② 此见解不无道理存在!

但是,吾人不可不辨明,德国邦新闻法这些规定,只是邦政府机关(包括法院)不给予新闻单位相关信息而已(Auskunftsverweigerung),至于新闻媒体自循管道的报道,甚至批评,则不在本条文的规范范围内,也就无禁止媒体评论之余地。③

(三)对舆论裁判无因应的理由

比起日本、台湾地区以及下文将提到的美国,德国显然并未感觉到此问题的严重性。对于一个正在系属中的案件,自然会引起国民的重

---

① 德国学界对这个政府机关"拒绝权"的制度大都不支持,但通说也认为,只要将程序限于上述的法定"正式程序",即可获得合宪的基础。见 K. E. Wenzel, in : Löffler, Pressrecht, 4. , 1997, § 4 LPG, Rdnr. 97。

② 例如,R. Groß, aao, S. 150。

③ K. Mathy, aaO, S. 176. 便指出,这种批评是属于人民的言论自由,不应负起任何法律责任。

视,则新闻媒体有义务去采访、报道及评论,方可以呼应邦新闻法赋予新闻媒体执行公共任务的性质。① 依德国通说,媒体如果只报道、评论已决案件,当不能满足宪法对新闻媒体善尽其职责的神圣的委托!② 所以,德国学界一致赞成新闻能评论诉讼中的案件,仅有极少数的学者担心可能造成舆论裁判的后果。③ 但一般的通说却认为,尽管媒体会对于诉讼的案件,不论是就事实面,或是法律程序方面,抑或是法律的适用、法理争议表示意见,法官均可以由此新闻中获得更多的启发或释疑。既然通过新闻,一般民众可以对案件的来龙去脉及复杂的法律关系获得清晰的印象,何独法官会造成负面效果?即使新闻评论不算公正,也可以更正之,所以,德国普遍认为不必对舆论影响裁判抱以过度的悲观。④

德国之所以会有这种考虑,大概可以归纳为以下两点理由:(1)德国并没有实行陪审团之制度,所以担心会受到新闻干扰的对象可减少许多。⑤ (2)对于司法独立的见解,并未包括对抗来自媒体的干涉。德国《基本法》第97条保障法官独立审判。但德国通说的见解,认为法官独立审判有事务独立(sachliche Unabhängigkeit)方面,及人身独立(persönliche Unabhängigkeit)而言。前者是指法官在判断时,并不受其他法官,或其他行政机关之干涉而言,媒体则不在此列。后者是指保障法官独立裁判的配套制度而言,例如《基本法》第97条第2项保障法官终身职,及不能违反其意志的加以调职、退休等规定而言(类似我国台湾地

---

① 张永明:"大众传播自由权之宪法基础",刊载于《宪法体制与法治行政—城仲模教授六秩华诞祝寿论文集》(一),三民书局1998年版,第199页。

② K. E. Wenzel, aaO., Rdnr. 94.

③ Rebmann / Ott / Storz, Das baden - württenbergische Gesetz über die Presse, 1964, §4, Rdnr. 25.

④ K. E. Wenzel, Presse - und allgemeiner Informations anspruch, in: Presserecht und Pressefreiheit, FS für Martin Löffler zum 75. Geburtstag, 1980, S.402.

⑤ 唯这个理由就不能在日本站得住脚,日本亦未采行陪审制。但日本受到美国宪法及宪政的影响之大,远远超过德国。这可能可以解释日本对舆论裁判问题的重视。

区“宪法”第81条)。因此,德国宪法学对司法独立的制度并不包括防止舆论裁判的干涉在内。①

德国不论是宪法学界,或是新闻法学界这种对于舆论干涉司法的危险性并不特别重视的见解,大致是对于法官自主性精神的信任,也相信法官可以为了真理,有“虽千万人,吾往矣”的魄力。

四、英国防止舆论裁判之方式

英国向以其司法独立、司法制度的优秀而自豪。② 因此对于新闻自由造成可能的舆论裁判后果,是由后果挽救的角度来着手。这种措施有:(一)事先的报道限制;(二)藐视法庭罪责;(三)作为上诉理由三大类。兹分别叙述如下。

(一)报道限制

和上文提到新加坡制度相类似的,英国《刑事法庭法》(Magistrates Courts Act, 1980)第8条规定,对于羁押案件(committal proceeding),只能约略地报道嫌疑人的姓名、地址、涉嫌罪名、犯罪大要、辩护人及法官

---

① 这是几乎所有德国宪法教科书的共同见解,例如 P. Badura, aaO., H11; Schmidt Bleibtreu / Klein, GG, 4 Aufl., 1977, Rdnr. 2 zum Art. 97; 少数提到这个问题的,例如 K. Stern 教授认为法官的独立性是针对三个侵犯来源,国家、政党及社会力量。就第三点的社会力量干涉审判方面,Stern 教授认为这种社会力量不外是指利益团体左右法官的产生,使法官具有阶级性而影响其中立性。而舆论可借批评法院而影响裁判方面,Stern 除建议将法院列为“禁制区”,比照游行集会法之将国家宪法机关周遭不准进行集会游行,来阻止媒体干涉司法外,且只聊聊数语,并未详述其理由。见 K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd Ⅱ, 1980, S.910。

② 英国伟大的宪法学家戴雪(A. V. Dicey)在1885年出版脍炙人口的经典之作《英宪精义》(Introduction to the Study of the Law of the Constitution)中,便是表达这种“英国的骄傲”的想法。见笔者,“国家的法治主义——英国的法治与德国法治国家之概念的比较”,刊载于本文集第二篇。

的姓名、有无交保、开庭时间、法院的决定等9项内容。除非法院许可,否则必须等到正式审判结束,才可以仔细报道。自1976年起,强暴案件的报道,亦必须将被害人的姓名隐去。违反上述规则的媒体,可以依1981年的藐视法庭罪加以处罚。虽然这些措施的主要目的在保障个人的名誉,并不是会担心造成舆论裁判的问题,但既然对违反此规定的罚则是援引藐视法庭罪,所以即可和藐视法庭罪一起讨论。不过,尽管刑事法庭法有此限制报道之规定,但在重大案件发生后,引起媒体重视,即会加以报道,所以本法的限制功能即面临挑战。故对防止舆论裁判方面,本法的功能并不显著。

(二)藐视法庭罪

英国1981年公布的《藐视法庭法》①第4条第1项规定媒体如果只是公正、精确及善意(in good faith)报道一个公开诉讼程序的话,即不会构成本罪。易言之,如果媒体在案发后,就发觉嫌疑人的前科、个人交往资料等,含沙射影或明示、暗示的认为嫌疑人即为犯人,或有犯罪动机等,就可以被认为会有造成法院审判工作进行的困难,特别是会误导陪审团成员的判断时,就不在此限。② 同条文第2项更进一步规定,倘若媒体的报道,法官为了避免使该程序或其他未决之诉讼程序中的司法行政(administration of jutice)产生重大偏见的危险(substantial risk of prejudice)时,得命令暂缓发行该报道的一部或全部,直到适当时刻为止。英国实行藐视法庭罪制度有长远的历史。早在1742年即发生"圣詹姆士晚报案"(St. James' Evening Post Case, In re Read and Huggonson),表明这一个报纸的报道可处藐视法庭罪。1873年的史奇渥斯案(Skipworth's Case, Lr 9QB230,234)更肯定一个报纸报道及评论即使是

① Public Law Statutes (ed. A. Mowbray), Sweet & Maxwell (London), 1997, p. 98.

② Attorney - General v. English (1983) 1A. C. 116, 141.

无诽谤之意图，但却有实质的造成误导危险，也可处以此罪。另外，如果诉诸舆论方式，要证人发表证言、被告认罪，或使被告畏于公议不敢提出证人、证据或上诉……或使陪审员、法官产生心理压力，依 1930 年的威廉·汤姆斯船公司案（In re Willian Thomas Shipping Co. Ltd.）及 1966 年的酒园案（Vine Production Ltd v. Green），都构成藐视法庭罪的要件。① 不过，英国法庭对使用这个可以判处最高两年以下有期徒刑，及并科无上限的罚金，又不必陪审团的罪刑，却十分保守，因为新闻报道构成藐视法庭罪，依第 4 条第 1 项及第 2 项的关连似乎十分含混。特别是有构成偏见的重大危险性报道，所使用的用语是针对司法行政之程序。此司法行政很容易被理解为“院内秩序”，也就是违抗法官审判时所给予的命令而言，至于媒体在法庭外的新闻报道及评论似乎即非此司法行政之范畴。另外，同法第 5 条特别对报纸讨论公共事务（public affairs）订立了保护条款，规定出版品如果只要是“善意”报道诉讼事件，或其他有益于公共利益者，即使有妨害诉讼程序或造成偏颇之虞，且这种后果仅是附随的（incidental）效果时，即不构成藐视法庭罪。第 5 条无疑是给予媒体讨论重大诉讼案件时，有一个“护身符”。所以，英国法院为了尊重新闻自由，往往在开庭时，法官会提醒（或警告），媒体对某些证人（或证据）不要渲染。所以，即使真有发生过度的偏颇性报道，大多只是罚金了事，②但在大多数情况下，还是由法官下令暂缓发行该出版品、新闻，直

---

① Goodhart, Newspaper and Comtempt of Court in English Law, 48 Hav. L. Review, 1955, p. 895; L. Dennig, The Due Process of Law, Butterworth (London), 1980, p. 46.

② 英国前上诉法院著名的法官及法学家丹宁（L. Dennig），曾提到 60 年代一个很例外的例子，每日镜报（Daily Mirror）是一个标准的“八卦报”，有一次一个青年被控谋杀罪，每日镜报遂以耸动的头条标题“吸血鬼被捕”刊载，并指出该青年又涉及多起命案，且将死者姓名交付警方云云。法院将该编辑入狱三个月，并罚报社一万英镑，Goddard 法官判决说到：要让其他编辑们知道，如果胆敢再发生这种事，他们会发现，法律的武器仍可以及于他们身上。L. Dennig, ibid, at 44.

至法院所认可的时间为止。

(三)作为上诉理由

在媒体刮"八卦风"特别厉害的英国,许多小报为了吸引读者注意,往往会大肆渲染司法案件。一个案件如果成为媒体焦点,各种各式的评断、臆测、挖掘过去历史……层出不穷。法院实在无时间、精力去一一追究哪些媒体有无触犯藐视法庭罪,对于这种已形成舆论中心的情形,法院常常也有心无力。一般而言,法官会提醒陪审团不要受到舆论影响,或是将审判日期延缓。① 但被告在这种不利的气氛下定罪后,能否据此主张其受公平审判的权利受损,而作为提起上诉救济的理由?

在英国的法院实务上很少承认这种实质受到舆论影响,却不会形诸文书、留下证据的错误判决,从而作为许可据以提起上诉的理由。不过,1990 年以后英国上诉法院在通过两个重要的案件,却打破往例,特别许可这种上诉理由。

1. 麦肯等三人案(R. v. McCann, Cullen and Shanahan)②

麦肯、肯兰及沙那汉三人是北爱尔兰共和军成员,曾涉嫌杀害英国北爱事务部长(Secretary of State of Northern Ireland)汤姆·金(Tom King)。在初审时,三人闭口保持缄默,对于法院(及检察官)问话三缄其口。在此同时,英国内政部长在国会发言,表示英政府正在草拟修法草案,明确规定"在犯恐怖活动罪时,如罪证确凿下,被告的沉默即表示默认"。被告遂被陪审团定为有罪。三人上诉后,英国上诉法院认为内政部长在国会发表的意见在时间上的巧合,使陪审团受到影响的可能性增

① 在 1994 年的一个案件中(Attorney - General v. Independent TV News Ltd),法院认为媒体将嫌犯的前科大肆报道,已产生可使陪审团定罪偏见的危险性。不过,既然审判是在九个月之后,法院认为陪审员大概已忘了这些一时性的报道,所以上述的偏见应该已经消除了。

② 92 Cr. App. Rep. 239 (1991); Bronwyn Naylor, Fair Trial or Free Press : Legal Responses to Media Reports of Criminal Trials, The Cambridge Law Journal, Vol. 53, 1994, p. 498.

强，因此，初审法官应该解散陪审团，否则被告即不免受到偏颇的定罪。①

2. 泰勒姐妹案(R. v. Taylor)

继1991年的麦肯案后，1993年英国上诉法院撤销原判的泰勒案，更是英国上诉法院纠正舆论裁判造成不公正后果的一个重大例子。

1992年有一位男士被发现下班后陈尸住处，身上被刀戮54次。警方找到死者情妇泰勒，认为其有嫌疑伙同小妹犯下此罪刑。许多报纸及电视记者由死者遗孀处，拿到当年的结婚录像带，中间有泰勒亲吻新郎的镜头。于是许多头条新闻遂以"犹大之吻"等恶毒用语，指控泰勒姐妹的犯案。虽然当时被告提出许多辩白：例如案发时刻，被告远在四英里外地方工作，如何可能在交通尖峰时段中，以23分钟来回杀人？但陪审团显然不理会这些辩白，决定泰勒姐妹有罪。泰勒姐妹不服上诉。1993年6月上诉法院作出了此广受瞩目的判决。上诉法院以两点理由判决泰勒姐妹胜诉。第一是实体证据的问题，认为原审在证据的认定有严重疏失。② 第二个重点是：本案的媒体报道是极度偏颇，已达到"持续性的、全面性的、情绪性的、不正确的及误导性的"程度(unremitting, extensive, sensational, inaccurate and misleading)，因此，在这种环境下所作的决定，是极不安全及令人不能满意的。上诉法院也认为，即使在初审时，并未将那些媒体的报道当作呈堂数据——例如录音带等由媒体自行发掘到的信息，且法官也要求过陪审团要秉公处理，不受外界舆论的影响，但这些提醒的效果是有限的。所以，原审当时只能做一件事，便是解散陪审团，如果只是展开诉讼程序是不够的，必须重新选择陪审员及

① B. Naylor, ibid, at 500.

② 主要是警方在第一次询问目击证人时，证人陈述案发后看到两位金发女人走出凶宅，一位可能是黑人。泰勒姐妹两人则是白人。待证人第二次作证时，方改口不提其中有一人可能是黑人。同时改称该二位女人是慢跑，而不是走着离开。B. Maylor, ibid, at 493.

开始审判程序。但原审却径依原诉讼程序,即不是一个公正的裁判。

麦肯案及泰勒案可以代表英国上诉法院处理新闻干涉司法的案例。诚然,法院既然无法阻挡媒体对司法案件的关心、民众的兴趣,尤其是媒体处于竞争激烈的生存环境中,法院可作的反应,并不是藐视法庭的杀手锏。视个案情况,如真的已经产生误导的危险性时,则应该在救济的程序时,予以补救。

英国的例子,可以给我们一点启示:第一,对于媒体可能造成误导的对象,英国上诉法院所关心的,并非社会大众,也就是不担心将来万一法院的判决可能会违反读者们的期待,这也是可能被人认为是会侵犯司法尊严。① 法院所担心的是出身平凡百姓的陪审团成员会受误导。而原审法官也同样不是上诉法院担心他们会受到舆论所左右的对象。显示出对法官自持力的信心;第二,认为舆论会形成对司法诉讼不公正的后果,是以"客观存在严重偏颇的危险性"(substantial risk of serious prejudice)即足。这必须法官以平常人的心里标准来作检验,并不能以法官本身已通过自己长年执业经验及法律素养已练就的"不动心"的严格标准来论断有无上述的危险性;第三,既然媒体可能造成的影响已造成偏颇的后果而论,所以对于该案件的实体(如证据、法条依据或法理争议),抑或程序面,都是媒体可以报道、评论的对象,也都是可能造成误导的后果(及上诉可予救济),因此,如日本20世纪50年代田中院长及部分台湾学者的见解一样,将媒体自由报道及评断的范围有区分实体及程序方面的见解,会在英国上述的司法实务中寻不到知音也!第四,对于舆论裁判的防止,既然已朝后果救济的实效性比较明显,因此藐视法庭罪即使在英国仍是一个可使用的武器,但是英国法院既鲜少将新闻记者及编辑判决入狱,而对财力充裕的媒体,区区数额的罚金也是不痛不痒,故除非媒体言论达到诽谤罪的程度,否则利用藐视法庭罪的制度来防止舆论裁判,

① 我国台湾地区之对于"出版法"第33条规定的支持,不少即本于这种认知。

其效果有限。由此又可倒到另一个问题，藐视法庭罪所禁止涉及的标的为“未决案件”(pending case)，但这种界定极不精确。因为一个案件由案发到最终判决，可能为时甚久，一律要媒体及人民忍耐好奇，实为不可能之事；且如果一种案件牵涉许多类似的当事人，有的官司可能已经结案，有的仍在系属之中，则可形成对已决案件的评释不构成藐视法庭，但对仍在系属的同样案件则不可为之，岂合乎逻辑？因此，英国构成藐视法庭罪之“未决案件”要件和我国台湾地区“出版法”第33条的立法例，都有根本上的缺憾。①

五、美国的公正裁判与新闻自由的冲突问题

美国是世界公认的媒体王国，新闻媒体的影响力无远弗届。而美国也是世界上最早将人权条款入宪(1791年)的国家，如何调和司法正义与新闻自由，美国的制度也提供另一种思考模式。

《美国宪法增修条文》第1条规定国会不能制定剥夺人民言论及出版自由的法律；第6条规定在刑事案件中，被告应有权接受公正陪审团

---

① 丹宁曾提到他所承审的一个案例来批评。这个在1973年判决的“沙利窦曼窦”案(Thalidomide Case, AG v. Times Newspaper Ltd, 1QB710)。1962年许多怀孕妇女服下沙利窦曼窦，致产生畸形儿，故向经销商提起损害赔偿。先后有二批(62起及123起)原告愿意和解。在另一批(266起)尚待开庭时，Sunday Times写了一篇深入的报道，批评经销商没负起道德及法律责任已逾十年了，仍未给畸形儿及家庭合理的赔偿。检察官得知该文章写成后，即要求法院发出暂停发表该文章之命令，以免影响诉讼进行。丹宁主持下的上诉法院驳回了检察官的申请，但上诉法院的判决又被上议院驳回。Sunday Times遂上诉到欧洲人权法院，结果获得了胜诉。丹宁的论点主要是强调本案公开讨论具有优势的公益性，且是全国的公益性，因为畸形儿是遍布全国各地；再而，报纸既然可以追究已结案第一批的62起及第二批的123起，为何就不能追究第三批，另外266起的同一性质、同一法理争议的案件？见L. Dennig, ibid, at 48, 49；中文数据亦参考段重民，前述书，第135页。

迅速及公开的审判。第5条保障的正当法律程序,则可将人民接受公正裁判的权利置于民事案件之上。一个诉讼案件如果已经形成舆论裁判的后果时,美国是采何种措施来防范及解决此争议?尤其是美国近几年来发生许多著名的刑事案件——例如甫落幕不久的名演员辛普森(O. J. Simpson)涉嫌杀妻案,媒体对之关注之高,也是其他各国所少见。在这种情形下,陪审团的成员能否抗拒这种风潮?因此,美国法学界对新闻自由与公平裁判的问题,也极关切。下文将先就解决此矛盾可采行的几种方式,来予讨论。

(一)几种可行的措施

在和英国一样采行陪审制及实行英美法系的美国,针对舆论裁判,可以采行的方式有下列几种:

1. 藐视法庭罪

美国联邦有关于藐视法庭处罚的立法,主要是依1864年的一个立法(18 U. S. C § 401),规定将可罚行为只限于在法庭内及法院周遭(so near thereto)有妨害法院的行为时,方得处以藐视法庭罪。美国这种藐视法庭罪的防卫法益明显是在维护法庭秩序(也就是《英国藐视法庭法》第4条第2项所使用的司法行政之部分),对于媒体在法庭外的报道,即使对诉讼案件有所批评,依联邦最高法院1941年"奈伊案"(Nye v. United States)①的见解,也不可以扩张藐视法庭罪的概念来处罚新闻媒体。

至于美国每个州都制定藐视法庭罪,其规范内容大同小异。但是,针对媒体报道诉讼中之案件可否以违反此种法律来处罚,则涉及了人民(媒体)的言论自由权的限制问题。美国在20世纪五六十年代间,联邦

① 313 U. S. 33 (1941);参见陆润康:《美国联邦宪法论》1953年第3版,第334页。

最高法院曾先后在四个案件中，审核此问题。① 既然都涉及了人民言论自由的限制，则不可避免的必须要援引 1919 年仙克案（Schenck）所推定的“明白及立即的危险”原则（clear and present danger doctrine）来限制。② 上述几个案件的判决结果，都表明了媒体对诉讼事件的报道，很难由司法机关举证该报道会造成偏颇的立即及明白的危险——例如影响陪审团作出不公的决定。这种举证往往不能成功，故联邦最高法院对上述四个案件皆以媒体获胜告终。③

所以，美国对于利用藐视法庭罪来处罚媒体，能获致的成果太小。因为此时所要限制的为媒体的言论自由权。而藐视法庭罪本身的构成要件又太狭隘，对远在法庭外的媒体所表达之言论，就无法由法官以维护法庭纪律或尊严为借口来予以限制。因此，英国藐视法庭罪意图防止媒体庭外言论的立法例，和美国便有甚大的不同，也曾引起了部分美国司法实务界的羡慕。④ 但于前文讨论可知，英国明确将不公的新闻评论列为藐视法庭，成效却不彰，故美国的藐视法庭罪可作为制止舆论裁判的作用，更显得微不足道了。

2. 报道限制

美国很早就对媒体可能对司法造成干扰表示关切。例如联邦最高法院 Holmes 法官就明确在 1907 年的一个判决中提到，在美国的司法体

---

① 此四个案件是 Bridges v. California, 314 U. S. 252, 62 S. Ct. 190, 86 L. Ed. 192 (1941); Pennekamp v. Florida, 328 U. S. 331, 66 S. Ct. 1029, 90 L. Ed. 1295 (1946); Craig v. Harney, 331 U. S. 367, 67 S. Ct. 1249, 91 L. Ed. 1546 (1947); 引自段重民，前述文，第 152 页。

② Schenck v. United States, 249 U. S. 47, 52 (1919). 关于这个理论，可参见刘庆瑞，“论明白而立刻的危险原则”，刊载其著，《比较宪法研究》1971 年，第 114 页；林子仪：《言论自由与新闻自由》，月旦出版社 1993 年版，第 170 页。

③ 段重民，前述文，第 156 页；另外，1962 年的 Wood v. Georgia, 370 U. S. 375, 也是一个类似条件。见 Archibald Cox, Freedom of the Press, University of Illinois Law Review, Volume 1983, Nr. 1, p. 5。

④ 陆润康，前述书，第 334 页。

制中,被告唯有依证据,以及在公开审理辩论后,才可以定罪,绝对不受法庭外任何影响,不论是私人的议论或出版品,皆然。[①] 新闻自由既然是人民言论自由的一环,如能证明有明白及立即的危险存在,方可加以限制,新闻自由即可因防卫公共利益及其他人的权利而予限制。联邦最高法院在1951年的谢佛案[②]中,更明白指出:报纸如果要享受宪法所赋予的自由,就必须不能剥夺被告享受公平审判的权利。因此,就法益的平衡天平而言,美国联邦最高法院无疑是站在维护人民的公平诉讼权利一边。唯有在此基础上才可发展出禁止媒体报道的制度。为了使法院能安静的行使审判任务,各州法院可以颁布"事前限制"(prior restraint),不准媒体进入法庭,以及携带照相、录像及录音设备进入。也可以下令不准媒体报道任何就该案可能造成误导的消息。这个行之有年,也被称为"禁口令"(Gag Order 或 Gagging Rule)的制度,却在1976年遭到联邦最高法院以违反《宪法增修条文》第1条为理由而废弃。

在1976年联邦最高法院公布了内布拉斯州新闻协会案[③]判决。本案是因为内布拉斯州发生一件骇人听闻的谋杀多人案件,法院为了避免媒体大肆报道这件注定会引起群情激愤的命案,遂下令该州所有的媒体不能登载任何涉及本案细节的消息。所以这个封锁新闻的命令引起该州新闻协会的不满,遂提起诉讼,迭经州法院败诉,遂上诉联邦最高法院。最高法院审核了该项禁令后,认为该案件尚不足达到明白及立即危险的程度。因此,此禁令不啻剥夺了新闻媒体的言论自由权。法院认为,如果新闻报道是一种对审判的"寒蝉言论"(Chilling Speech),那么这个禁口令无疑更是使审判产生"冰冻"(freeze)的程度。联邦最高法院统认新闻媒体也具有监督国家权力的义务,一旦新闻媒体丧失这种监督的

---

① Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454, 462 (1907).

② Shepherd v. Florida, 341 U.S. 50,53 (1951).

③ Nebraska Press Association v. Stuart, 247 U.S. 539 (1976).

权限，使公众不能了解司法的运作，将可能使审判造成更不公、更大罪恶的后果，才会有这种“寒蝉与冰冻”的比喻。① 虽然代表多数意见的博格首席大法官（Chief Justice Burger）并不认为所有的禁口令制度都是违宪，而认为“如果真的恶性重大案件，则或许可以颁布禁口令”②，但明显的，最高法院认为禁口令制度的本身已是一种侵犯人民言论自由的制度。故要消除这个侵犯人权的推论，必须赋予正当性的理由方可。最高法院于是表明一个禁口令若要获得合宪性，必须通过下列三个检验：

第一，新闻媒体报道的内涵（nature）及其程度（extent）如何？

第二，如果对新闻上述言论不加限制时，有无其他可以疏解不当后果的可能方法？

第三，如果采行禁口令，能否真正达到消除妨碍的后果？③

上述三个条件并不算宽松，特别是第二点的有无其他更和缓的方式，例如，如果不要限制全部媒体报道权利，只要限制某些人——例如律师及检察官的言论，是否即可达到目的？第三点的条件也是对法官的一个难题，因为民众普遍对知的权利十分注重，即使新闻媒体不报道，但自有其他的管道，例如网络传递、政党集会、议会开会质询……会传播更多不实的猜测之词，是否能够堵悠悠之口？恐怕答案也是很难肯定的。无怪乎哈佛大学宪法学教授楚来伯（Lawrance Tribe）认为，本“内布拉斯加新闻协会案”是给各州法院下了一道实质的栅门（a virtual bar），使他们

---

① 247 U. S. 539, 559.

② If the qravity of the evil was sufficient, a “gag order” might be permitted.

③ 上述这三个审核条件，实质上与大陆法系，特别是德国公法学所发展出来的“比例原则”相当接近。易言之，比例原则可分成三个构成子原则：妥当性（Zweckmäßigkeit，合目的性）：限制的方法可以达到限制目的，如第三点条件。必要性：也是“最后手段”原则，如第二点条件。及比例性：必须是限制之人权具有较高之法益价值，与第一点条件近似。参阅笔者，《宪法释论》，第174页；蔡震荣，“比例原则法律上之定位”，刊载其著：《行政法理论与基本人权之保障》，1993年，第123页。

今后无法随便颁布禁口令。① 故这个措施在美国虽仍保留,但功能不彰。

3. 程序更新与延后

这是如同本文所提及英国所采行的后果补救式的措施,在程序上着手。其中又可以分成下列几种方式:

第一种方式是延缓诉讼进行:英国法界认为延缓诉讼进行的时刻,可以冷却外界的情绪,待风头一过,陪审团也许会静下心,或抛弃成见。② 不过。如此一来,被告反而必须延后一段时间方能接受审讯,又违反了《宪法增修条文》第6条保障被告除了应有公平审判的权利外,也有受迅速审判的权利。更何况,到底大众及媒体是否会因法院不开庭就会对该案漠不关心?答案恐怕也是否定的。故此延后诉讼的策略并不一定能达到效果。③

第二种方式为异地审判。如果审判地点因为案情牵涉,或当事人地缘关系或当地媒体已造成偏颇的舆论时,如果其他法院没有此些问题时(特别是该案件只有地域性的新闻价值),异地审判不失为良策。④ 不过,此种方法也要顾虑到管辖权有无的问题。在美国各州各有司法审判权的分权体制时,此异地审判只有在同州内才有可能。而且,美国联邦最高法院在1947年的海湾石油公司案⑤中也表明,各法院有解决区内法律争议的权力及义务,把案件丢给其他法院并非宪法所许可的。因此异

---

① L. Tribe, American Constitutional Law, 2ed. 1988, p. 858.

② Stahl, aaO. S. 160.

③ Mark, R. Stabile, Free Press- Fair Trial: *Can They Be Reconciled in A Highly Publicized Criminal Case*? The Georgetown Law Journal, Volume 79, No. 2, 1990, p. 344.

④ 我国台湾地区"刑事诉讼法"第10条第1项第2款有"移转管辖"之规定,如果因特别情形,由有管辖权之法院审判,恐影响公安或难期公平者,得由直接上级法院,以裁定将案件移转其他法院。台湾刑事诉讼法学界对于舆论已形成裁判后果能否构成移转管辖之理由,大多没有讨论。如黄东熊:《刑事诉讼法论》,三民书局1991年再版,第93页;褚剑鸿:《刑事诉讼法论》(上册),台湾商务印书馆1976年增订4版,第51页。

⑤ Gulf Oil v. Gilbert, 330 U. S. 501 (1947).

地审判涉及各法院的审判权分配，而且会影响舆论的，也必定是重大案件，或当事人是公众人物，故即使异地审判，能否使情形受到改善，恐也不乐观也。

第三种为由陪审团的筛检及更换着手：在一般法院筛选陪审团员程序时，可以将程序严格把关，淘汰除已受到媒体影响的人选，或是当陪审团已受到媒体的影响已有成见时，应立即更换之，这也是英国的上诉法院在前述泰勒姐妹案中所作的宣示。但美国司法界也怀疑这种方式的可靠性。因为现代民众都已经养成看报纸、听新闻的习惯，已难找到不看报纸、不听新闻的民众，特别是对热门刑事官司的新闻。采行这种方式无疑使法院的任务加重，必须选出更多的人选，进行更多的询问，旷日废时，反而影响诉讼日期的展开。更何况，即使当陪审员自信不会受到舆论影响，实质上是否真如其在资格审核时的表示？也很难令人信服。所以，这种方式效果也极为有限。①

上述三种方式（藐视法庭罪、报道限制及程序更新与延后）都不能奏效，剩下最后一个比较有效的方法——即对律师或检察官的禁口令，这是美国最重要的制度，也是前述几个立法例所陌生的制度，下文将特别针对此制度加以探讨。

（二）诉讼发表规则的起源及历史

为了避免直接攻击媒体这个形成公共舆论的怪兽，形成舆论裁判的帮凶，有时却是在法庭内担任攻、防的一方：检察官及律师。尤其这两方都是娴熟案情、知晓法律，也知道一旦借重舆论讲话，至少对己方有利无害。所以往往会将战场由法庭内移到法庭外。所以，若检察官与律师能够不对媒体发表言论，不推波助澜，便可使舆论裁判的杀伤力减低甚多，这也是美国对律师及检察官有禁口令的制度，美其名曰：诉讼发表规则（Trial Publicity Rule）。

---

① M . R. Stabile, ibid, p. 345.

1. 制度的肇因

早在 1887 年亚拉巴马州就通过一个律师道德法典(Code of Ethics),要求所有的律师必须尽量避免和新闻媒体讨论法律案件,因为报纸对任何正在系属中的诉讼加以批评,都会造成不公的偏见,以及影响公正的裁判。这个在美国联邦及各州首次颁布的、针对防止舆论裁判的规定,只是一种道德规劝的性质,并无罚则,自然无法发生任何拘束力。①

1908 年全美法曹协会(ABA),此由美国法官、检察官及律师所组成的协会,公布了一个职业典范,这个称"第 20 号典范"(Canon 20)除引用亚拉巴马州的道德法典规定外,重申这种行为是可责难的(to be condemned),但此典范也认为,万一情况特殊必须对公众发表意见时,应该署名发表,不宜匿名发表高见。但本典范一样没有罚则,所以无法规范律师等在法庭外的言论,这种情形一直到 20 世纪 60 年代才开始变化。这是肇因于 20 世纪 60 年代产生了两个影响深远的案件。

第一个案件是震惊世界的肯尼迪暗杀案。肯尼迪总统一被暗杀,涉嫌人奥斯华(Lee Harvey Oswald)立即被媒体断定是谋杀肯尼迪总统的凶手,媒体将奥斯华塑造成一个受到苏联指使的刺客,成为人人可起而诛之的不赦之徒。结果奥斯华旋即又被枪杀。奥斯华被当众枪杀,甚至没有为自己辩白的机会,使得受约翰逊总统指派调查肯尼迪暗杀案件的华伦委员会主席,也是当时联邦最高法院首席大法官之华伦,对奥斯华的不幸深感同情。华伦委员会在提出的报告中,特别提到,他们能了解美国人民及媒体对暗杀他们敬爱的总统凶嫌之背景、动机及其他相关信息,一定有极强烈的欲望,这也是美国宪法赋予他们的权利。但是,官方

① Gabiel G. Gregg, ABA Rule 3. 6 and California Rule 5 - 120 : A Flawed Approach to the Problem of Trial Publicity, UCLA Law Review, Volume 43, No. 4, 1996, p. 1331.

毫无保留的提供奥斯华的一切数据，包括其曾前往古巴，都促使社会大众认定奥斯华一定是凶手，这种民众好奇心会不顾忌被告或嫌犯接受公正审判的人权，在这种情形下，华伦委员会很怀疑，即使奥斯华当时没被刺杀，日后能否找到一个完全公正不偏的陪审团来承审其案件。因此，华伦委员会呼吁全国媒体、联邦及邦政府、法曹及公众都要建立一个新的道德典范，以使人民在获得各种信息及被告获得公平审判权利之间，能获得一个平衡！①

1964 年华伦委员会的报告公布后，全美法曹协会便成立一个以麻省最高法院法官吕耳登（Paul C. Reardon）为主席的公平审判与新闻自由委员会，负责研拟一个规范刑事诉讼律师及检察官的道德基准典范。

在吕耳登委员会正如火如荼的研拟典范之年（1966 年），联邦最高法院公布了一个众所瞩目的谢帕案。② 谢帕是克里夫兰市的一位执业医生，被控谋杀他怀孕的太太。讯问嫌犯是在一间高中的大礼堂举行，挤满了记者及民众，嫌犯的律师被摒除门外。报纸除在头版督促法院收押他外，也刊载许多不实的言论来指控他，例如据说他太太生前即说过谢帕是一个双面人，有杀人的癖好，及有婚外情等。法院在开庭审理后，不仅不许可被告要求异地审判及更换陪审团，且安排记者坐在被告席后，使被告无法与律师秘密交谈……其结果可想而知，被告被定罪。这一切都变成被告上诉的理由。

最高法院在本案判决中，痛斥媒体干涉司法裁判，误导了陪审团，被告不能享受宪法赋予的公正裁判之权利。最高法院也督促各级法院应该拿出强硬手段（strong measure）来对抗这些来自法庭外的影响。虽然判决文中建议各法院可以采行几种方法，例如不匆忙裁决、异地审判及

---

① G. G. Gregg, Ibid, at p. 1333. ; Sally R. Weaver, Judicial Restrictions on Attorneys' Speech Concerning Pending Litigation : Reconciling the Rights to Fair Trial and Freedom of Speech, Vanderbilt Law Review, Volume 53, No. 27, 1980, p.499.

② Sheppard v. Maxwell, 384 U. S. 333 (1966).

仔细选择陪审员(如本文上节所述及之方法)外,又口气强烈地指出,法院应该制定更强硬及有效的办法,任何在法庭内执行任务者——律师、检察官、原告、被告、证人……都不可以提供消息给媒体,以免瘫痪公平裁判的体制。如果有违反此义务者,应该受到纪律的惩处。①

谢帕案的判决,无疑是对限制律师(与检察官)之言论自由权(及媒体的新闻自由权),赋予了合宪的基础。吕耳登委员会解决了可能违宪的顾虑后,在1968年终于提出了一份备忘录,为规范律师庭外言论,定下了第一份规范。

2. 1969年的职业责任标准

1968年吕耳登委员会提给ABA一项建议条款,内容为:

律师有责任,对其所参与的未决或紧急刑事案件,不能利用任何方式,对外或委托他人对外公开透露任何有合理认为可能会造成妨碍一个公正裁判,或其他对正当的司法行政形成偏颇后果之消息。②

这个建议马上被ABA所采纳,并定名为"第1-1典范"(Standard 1-1),并在次年(1969年),ABA通过一个《职业责任标准典范》(Model Code of Professional Responsibility),其中《纪律准则7-107》(DR 7-107)是专门规定诉讼言论发表规则。此《准则》包括甚广,及于民事、刑事、行政诉讼等应遵守事项,但第四节是专门规范刑事诉讼,且有陪审团参与的案件,这也是最容易造成舆论裁判之处。大致上,本准则采纳吕耳登委员会上述建议,尤其是给予新闻界的言论有合理认为会可能造成妨害一个公平诉讼(reasonable likelihood of interfering with a fair trial),也就是该种言论会使一个理智的人(a reasonable person)产生误解者,都在禁止之列。所以,ABA这项《准则》,是以客观的可能危险性作为禁止律师庭外言论的准据。

---

① 384, U. S. 333, 363.

② G. G. Gregg, supra note, at 1334.

1969 年这个典范时机来得正好，有了联邦最高法院谢帕案词严意正的理论背景作为靠山，因此美国各州——除了加州外，到了 1980 年前，几乎都以此《准则》及典范的条款，作为州法限制律师（及检察官）对外界发表意见的依据。

3. 1983 年的《职业行为标准规则》

1969 年的准则及 1968 年吕耳登委员会建议书所采行的“合理推断可能性”（reasonable likelihood）原则，让法院有极大的裁量空间可以作预防性的防范措施，且是凭想象的危险可能性，来限制律师的言论自由权。此规定是否侵犯到律师的言论自由权？尤其是《宪法增修条文》第 1 条对人民自由权的保障是非常重视——使用了“国会不能制定限制人民言论自由的法律”如此强烈的用语。因此，ABA 准则及典范及各州规定一公布后，立刻在许多州都有律师提起违宪诉讼，但几乎都遭驳回之命运！不过，1975 年巡回法院公布了一个芝加哥律师协会案，①却支持原告的见解，认为限制律师的言论自由权条件不能太过宽松，且到底有无切实的危险性存在，也应该仔细分别，一概以抽象的危险性存在即限制律师的言论自由，已违反《宪法增修条文》第 1 条保障人民（包括律师在内）的言论自由权。本案随即上诉到联邦最高法院，在次年，遭最高法院驳回。所以依联邦最高法院的见解，1969 年的规则原则上并未违宪。②

在上述案件产生后，ABA 已自行检讨，认为此规则有重新更改的必要，③遂在 1983 年通过一个新的《职业标准规则》，对旧法作了较大的更动，其中《规则 3・6》（Rule 3・6）涉及限制律师言论。这个更动主要有两点：第一点把令人诟病的抽象危害可能性原则化为较明确的措施。律

① Chicago City Council of lawyers v. Bauer, 522 F. 2d 242 (7th Cir. 1975).

② 427 U. S. 912 (1976).

③ ABA 即指定第九巡回法院的法官 Goodwin 组成委员会，并在 1980 年完成建议书，建议把准则的“合理推断可能性”原则改为传统的“明白及立即的危险”，以避免他人有指摘违宪之口实。

师的庭外言论必须会对一个理智的人有造成实质偏颇(materially prejudice)的绝大可能性(substantial likelihood)时,才能禁止之。易言之,这个新的标准是把明白及立即的危险原则的精神纳入。第二点饶有意义的创见是制定所谓的"安全港条款"(Safe Harbor)。鉴于一个刑事案件往往吸引媒体注意,律师步出法庭常常被记者包围,与其要律师三缄其口,不如让他们说几句话较能满足媒体期待。因此,本新规则(C)项规定,律师可以对其受托案件的性质,当事人的要求以及目前进行情况等七大项情形,不加油添醋(without elaboration)的忠实告诉新闻界,即可免除纪律的惩处。①

1983 年的新规则比起老规则来要严格甚多,使得律师的言论权受到更多的保障,因此直到 1990 年为止,全美约有三分之二的州采行此规则的基本精神,其余的不是保持旧的 1969 年的老规则就是有另外的规定。所以 1983 年的规则代表美国法界对限制律师庭外言论标准的主流见解(关于本规则中译文,参见本文附录一)。

4. 1983 年《规则》的挑战——建泰案判决

1983 年新规则为大多数州采行后,也产生一些诉讼,不过并未引起广泛的注意。直到 1991 年联邦最高法院公布建泰案,②才真正的受到合宪性的挑战。建泰是一位在内华达州的执业律师,他的当事人经营一个保管箱公司,被控偷窃警方寄放没收而来的毒品四公斤及若干现金。他认为客户是遭警方办案人员陷害,因此,他经过仔细研究内华达州的《诉讼发表规则》,本规则也是一个脱胎自 ABA1983 年的新《规则》后,确信其若召开记者招待会,将会受到"安全港"条款的保障。于是乎,建泰律师即召开一个记者招待会,反驳警方的所有指控,以及批评媒体的误导。同时为了洗清客户冤屈,他明白指控承办的刑警 Scholl 是偷窃该些毒品

---

① G. G. Gregg, supra note, at 1338. 参见本文附录一。

② Gentile v. State Bar, 501 U. S. 1030 (1991).

及现金的真凶，并提供若干证据。几个月之后，建泰律师遭到该州律师公会的纪律处罚，他在州法院败诉后，遂向联邦最高法院提起上诉。违宪争议的焦点在于到底内华达州《诉讼发表规则》援引 1983 年 ABA 新《规则》所建立的绝大可能性标准，以及安全港制度是否违宪。

1991 年联邦最高法院公布了建泰案判决。这个判决的结果是，九位大法官中，肯尼迪（Kennedy）等四人代表违宪说；首席大法官芮贵斯特（Rehquist）代表合宪说。两边相持不下时，另一关键票奥康那（O'Connor）大法官却分裂投票，支持合宪说的一部分，也支持违宪说的几点看法。其结果呈现下面的结论：

第一，代表违宪派的肯尼迪大法官见解，确认内华达州言论规则中的安全港条款，既然允许律师可以忠实的就案情的性质、当事人及证人的信用、证据向媒体陈述，即使这些陈述也可能会造成偏颇的绝大可能性，也可使该律师免除纪律处罚。但是，本案的情形正显示出此安全条款并不安全。故肯尼迪大法官质疑本安全条款过于笼统不清（vagueness），并没有能清楚界定受安全港条款保护的安全港与不受安全港保护之可受处罚之加油添醋（elaboration）的禁海（forbidden sea）的界限，反而有误导律师之嫌，故此规定违宪。①

第二，代表合宪派立场的伦奎斯特大法官认为此系争规则的确是给律师的言论自由权加诸比一般人民基于明白而立即危险原则更多的限制。但这种限制是合理的。伦奎斯特大法官认为有两个理由可以支持这种给予律师言论比较多的限制，以调和公平裁判与言论自由权之间的紧张关系：律师不像一般民众，律师因承办一个案件有接触更多数据、了解更多内情的机会，所以就握有更多可以影响视听、误导他人的机会；律师既然是在法庭内执行职务，算是法庭内人员（officer of the court），就应该遵守法庭内的规则，由遵守开庭秩序，到法庭外的言论都可包括在内，

① 501 U. S. at 1049.

这也是联邦最高法院一贯的见解。上述两个理由就可以支持州规则的"绝大可能性造成实质的偏颇"基准的合宪性。同时,伦奎斯特也进一步指出,当然法院也可以采取其他方式,例如更换陪审员、易地审判等,但这些成效不大的挽救措施却使美国的司法体制付出太大的代价,为了维护州的司法制度的实益,可给予律师的言论自由权加诸限制。①

建泰案的判决值得我们重视的,乃伦奎斯特大法官提出的:对律师言论自由权的限制并不是基于明白及立即的危险原则,此原则是对一般人言论自由权的限制才适用。律师庭外言论是可以更严格的限制,而不是如一般人民拥有更多言论自由之空间。这个立论堪值重视。②

5.1994 年的现行新《职业行为标准规范》

联邦最高法院发表建泰案判决,并通过抨击内华达州律师诉讼言论发表《规则》部分违宪,表示 ABA 的《标准规则》有无检讨之处。虽然建泰案只是提及安全港条款过于笼统,有误导律师触法之嫌,但最高法院并没有明确指出 ABA 要如何修改之方。但 ABA 马上就着手进行修改《标准规则》,经过三年的缜密考虑,1994 年 8 月 ABA 的理事会通过了一个新的《职业行为标准规定》,名称与 1983 年的《规则》一样不变(包括《3·6 规则》),但内容却有一些新的面貌(参见附录二)。

新的《规则》条文比旧的简洁,目的是使读者能立即明了,也在措辞上较为清晰,以避免造成含糊不清的后果。

新《规则》仍维持旧《规则》的绝大事实偏颇可能性的原则,因其在建泰案中已获得了合宪肯定,故新规则没理由否定之。

新《规则》较明白的改进是安全港的条款,这也是回应建泰案的修正。在旧条文的安全港条款,新《规则》先在文字上润饰一番,次序调整

---

① 501 U.S. at 1070.

② 比照前注 72 处。如此一来,即使 ABA 当年完全接纳 Goodwin 委员会的建议,将"明白及立即的危险"原则纳入新规则内,恐怕在"建泰案"的判决中,又要被推翻了!

外，又增加所谓的“第二个安全港”——俗称的回答条款（the Reply Clause）。本条款（C）项内容为：当律师发现外界有对当事人及案件偏颇的报道，而该报道并非该律师或其当事人所传播时，若一个理智的律师认为有保障其当事人的权益时，可以对外发表辩护的言论。律师发表前述的言论，应该仅限于反驳外界不利传言部分所必要的范围为限。①

所以，新规则增订的回答条款便是因应类似建泰律师当时所采行的召开记者说明会的行为，表明律师可以起而对抗媒体所为不公的报道。这个改进颇受律师的欢迎，因为当媒体可以自行收集证据，其中常常通过警方提供片面数据来刊登新闻媒体上，造成社会偏颇的成见，而身为辩论律师却只能眼睁睁地看到这种不利其当事人及对司法审判不公的现象逐渐滋长而束手无策，岂是一个理智及公平的制度？新规则增订这种回答条款当是一个比较合理的改进。

ABA 在对律师的发表庭外言论作此新的规范外，也改进旧的《3·8规则》（Rule3·8），这是专门课予检察官的庭外言论发表的规则，内容与3·6规则大同小异。另外，本《规则》也增订（D）项，把非直接承接本案的同一律师事务所律师及政府有关雇用的律师，一并纳入本《规则》的适用，避免同一律师事务所“借人头”发表庭外意见的投机行为。

6. 小结——美国制度的特色

美国 ABA《规则》在 1994 年制定后，实施至今。虽然美国社会已经愈来愈知悉媒体炒作审判新闻所能带给司法机关的压力，特别是所谓热门人物的官司（high profiled trial），媒体绝不可能放过任何报道，以及不放松任何有关的蛛丝马迹证据。在这种情形下，狡诈的律师也可能会利用媒体来塑造其当事人是英雄，或是无辜好人的形象，因此限制律师的

① G. G. Gregg, supra note , at 1356. 参见附录二。

庭外言论已成为美国各州共同的政策。①

美国采行此政策,正如同奥康纳大法官在建泰案中所说的,宁可将限制加诸在律师及检察官的言论权之上,而不必直接限制媒体。② 因为这可以避免再陷入讨论有无侵犯广大媒体的新闻自由的泥沼之中。反正律师在法庭中已可以畅所欲言,而媒体当然也有加以报道及评论的机会,再限制彼等在法庭外发表高见,两权相害,取其轻,仅限制人数极少的律师之言论,亦是侵害最小的措施也。所以美国对于防止舆论裁判的方式,即是采行此限制庭外言论的方式,也是本文上述讨论各个立法例,另辟蹊径的一个思考方向。

另外,吾人亦不可忽视美国防止舆论裁判的另一个重要的理由乃法官的民选产生问题。美国各州的法官大都是由人民选举产生,或是由议会行使同意权,或由州长决定之。因此法官必须获得民意之支持,是为其本身能否连任的重要因素。故舆论影响民意,也对法官形成压力。这也是英、德不实行民选法官等国家所无须顾虑之处。③

六、结论

新闻自由与司法独立的确是现代法治国家的两大基柱。新闻自由保障了人民可以拥有知的自由,也保障了人民的言论自由。新闻自由同时使新闻媒体代表人民,形成对政府行使公权力的一个最有力的监督工

---

① 连一向不理会这种政策的加州,也因为著名的辛普森杀妻案形成舆论一面倒的现象,使得加州在1995年3月公布一个州的诉讼言论发布规则,内容是仿效ABA1994年的新规则。本规则有一个绰号——"柯南规则"(the Cochran rule),柯南(Johnnie Cochran)正是辛普森的律师,擅长操纵媒体也。见G. G. Gregg, supra note, at 1347。

② 501 U. S. p. 1082.

③ S. Goldman / A. Sarat, American Court System, W. H. Freeman & Comp. 1978, p. 254.

具。在本文讨论的新闻自由与司法独立的纠葛关系上，正确了解新闻自由的重要性，当是研究设计一套相应其与司法独立体制关系之方策时，应该先确定的准则。

在司法独立的体制方面，诚然古典的司法独立理念是将防卫的矛头针对来自法院外的政治力，考察西方当年建立司法独立理念的初衷，便是担心司法沦为行政的附庸，孟德斯鸠提倡的三权分立所强调的重心，即本于斯矣！当然，在此，吾人当无必要一定必须死守司法独立的古典概念。司法独立的现代理念，虽然有将防止舆论裁判的理念注入司法独立之内，①然而，要达到这个理念就要把法院及其裁判行为变成新闻、舆论所隔绝的范畴，易言之，似乎唯一办法是根绝法院不受任何外界舆论的影响——不论是给予掌声、批评及善意的建议，不过吾人必须怀疑这种釜底抽薪的方法，是否真的符合民主国家的法治主义？法官必须依法审判，一个法律诉讼，不论是实体问题或程序问题，法官都有依法进行审理的义务。而法官审判正代表国家司法公权力、诉讼的程序及结果，也代表、反映国家法制的良窳，假如不符合民意，也必须通过代议制度来修法改正。所以，一个诉讼案件正可以知微见著，基本上，除了有更多值得保障的法益外，例如公开审判外，应该让人民知悉其始末！新闻自由及言论自由在此问题上，除非有足以说服的理由，不能加以限制。

此外，再以司法独立作为限制新闻自由的角度来观察。我国台湾地区与德国对于舆论裁判问题的重视明显的比不上英、美两国。答案极简单，英、美两国是采行陪审制度的国家。一个刑事被告有无触犯刑章，决定权并不操在法官，而是选自平民的陪审员手中。就是这些大多不通法律的平常人，是以社会的一般法律感情标准而断定被告有罪与否，而会受到舆论影响的，也就是这批人。英、美在讨论因应舆论裁判，以及所采行的几种方式，例如更换陪审员、易地审判，延开审判期日及律师禁口令

① 如我国台湾地区林纪东教授（见前注12）所代表。

等,无非防止或矫正陪审员的受到舆论影响而形成偏见。但对于法官,英、美自始至终却没有任何怀疑法官会受到舆论的影响。

而德国无类似我国台湾地区"出版法"第33条的立法例,德国也从不担心法官会受到舆论裁判的影响。反观我国台湾地区的"出版法"第33条、其他相类似现行条文及代表的学术见解,无疑的却是担心职司审判的法官(及侦查的检察官),会抵挡不住舆论的批评。所以,台湾之所以主张维护司法独立或司法威信为"出版法"禁令的合理性理由,前者显示了对法官自信力、自持力的不信任,怀疑法官没有为了法律见解,会毅然的"虽千万人,吾往矣"的勇气;后者则无异是持评论代表诽谤的立场!对诉讼中的案件媒体加以评论,不论出于善意或恶意,皆以涉嫌诽谤司法而一律在禁止之列,①则更是用威吓的手段来强迫人民肯定司法的权威,显然完全忽视民主国家新闻自由及言论自由的存在。因此,舆论裁判在没有实施陪审制的国家,其应受到重视应该远小于英、美等国。

因此,本文以为,鉴于台湾没有实行陪审制,所以舆论裁判对于司法公正所造成的可能危害,已经可以减低到最低的程度。所剩下的是法官的道德观及职业操守、毅力而已!舆论可以对诉讼中的案件加以报道及评论,法官一样可以由这些信息中获得帮助。但是,假如舆论意图影响裁判,例如对法官进行人身攻击、假造证据……自可以构成诽谤罪。刑法如果朝此方向着手,特别修法将诽谤法官明白、且特别的列为一个可罚的行为,即可以有效地阻止媒体可能滥用新闻及言论自由之权利!②这也是英国主要采行之方式。

---

① "台湾法务部"在1987年提出的刑法修正草案便代表此见解。

② 我国台湾地区"刑法"第140条第1项有对公务员执行职务当场侮辱及对执行之职务侮辱者,可处六月以下有期徒刑。第2项则是对官署的侮辱罚则。故"台湾法务部"在1988年所提出增订"刑法"第140条第3项的立法例就可参考。依该项草案,对法官侮辱或诽谤者,可处一年以下有期徒刑。当可遏阻对法官裁判谩骂、侮辱的行为。

另在英、美体制的讨论，特别是美国的讨论可以得知，真正涉及解决舆论裁判的动因，厥在于保障人民可以享受公正的裁判。人民拥有诉讼之权利，包括了人民拥有可以请求法院救济其权利受损的机会，同时，国家必须提供人民一个公正的裁判程序及体制，国家司法独立制度此时才可以扮演积极角色。美国宪法学上讨论新闻自由与公平裁判的冲突，主要的也是基于美国宪法增修条文特别揭示人民拥有受到公平裁判的人权，且此人权在刑事案件又要以通过陪审团定罪的方式来确保。故美国宪法即呈现下面的两联式：公平裁判人权→陪审团裁决。在此基础上，易受到舆论影响的陪审体制又必须特别提出防护措施，演变至今出现的ABA1994 年职业行为《标准规则》，规范了律师在法庭外“有所言，有所不言”之标准。我们认为，尽管 ABA 已制定这个《规则》，限制了律师在庭外的言论自由，但我们也相信，这个《规则》会受到持续的挑战。在媒体有满足读者知的需要，又要响应竞争市场的压力，一定会在热门的诉讼案件表示见解及立场。美国律师如何把握在“安全港”的门坎之内发言，以免有塑造舆论裁判而违规，恐怕也有甚大的争议。① 对我国台湾地区而言，有无必要引进这种制度？因为少了可能影响陪审团的顾虑，一方律师公开发表庭外言论，他方的律师（或检察官）亦可以发表不同看法，如引起社会共鸣，由其他法界人士参与辩论、讨论，是否完全对未来司法裁判质量有害？恐亦未必！现代检警机关为了满足媒体需要，往往会主动提供内情予媒体，造成民众先入为主的印象，如再不许可律师表示意见，即不可避免会形成一面倒的现象，所以，在此情形时，造成舆论

① 这也是美国法学界对 1994 年新规则的批评。见 G. G. Gregg, supra note, p. 1364。

裁判的原因反而是来自官方矣![①] 所以,美国诉诸职业纪律要律师不作庭外言论的立法例,本文认为并无援引之价值。

综上所述,本文以为舆论裁判的问题在没有实行陪审制的国家,应该产生的弊害较少,同时可采因应的方式也应较为温和。我国台湾地区"出版法"立法例所采行的禁止评论已违反新闻自由及比例原则,应不可采!唯报纸及其他媒体应该体认其亦为社会公器,如德国《各邦新闻法》(第1条)所称的,新闻媒体负有公共任务及公共义务,对于诉讼中的案件固可以评释,但是如同报道其他社会及政治争议事件一样,本诸公正亦应是报纸、新闻事业的良知,吾人此时只能要求新闻媒体尽量自律外,实别无他策![②] 由德国、英国及美国等法制对新闻媒体就诉讼中案件的评论不予限制的看法可知,台湾"出版法"第33条的立法例已呈老化、落伍的疲态了!其他本于此法的现行法规,例如"广播电视法"(第22条)及"公共电视法"(第36条第6款)都应加以删除为妥。

(本文原刊载于《台大法学论丛》第29卷第3期,2000年4月)

---

① 这和美国反对舆论裁判的出发点刚好一致。彼等反对言论是:舆论往往是站在反对被告的一方。所以一个被告既要对抗国家的治安机关及检查机关,又要对抗舆论与媒体,呈现不公平的竞争。唯有富有、形象好的被告,例如著名的杀妻案主角,也是电影明星的辛普森,成功诉求种族矛盾及擅长公关,才是异类的特例。不过,以"出版法"第33条的立法目的考虑却正好是相反。反而是担心媒体会站在被告一边,采"评论"方式批评法院,形成法官及检察官的压力也!

② 中国宪法学会等四个单位在1997年6月29日召开一个研讨会,主题之一为"舆论监督审判之正当性及其界限",会中引言人的看法也颇认为以"媒体自律"方是较有效防止舆论干涉裁判的方法。见《宪政时代》(第24卷第1期)1998年7月,第18、21页。

附录一:美国1983年职业行为标准规则之"3·6规则"

(A)如果一个律师明知,或是合理推断应知其利用公共传播媒体发表意见,会使一个理智的人对一个司法诉讼极有可能会产生偏见时,即不应在诉讼程序之外来发表意见。

(B)前项(A)的发表意见通常是指在有陪审的民事案件、刑事案件及其他会导致入狱的案件中会产生的偏见效果而言,且也及于下列的言论:

(1)刑事侦查中的嫌犯、诉讼的一造与即将成为的一造、及证人或即将为证言的证人的品格、信用、名誉及前科,证人的身份言论;

(2)在刑事案件或会导致入狱的程序中,有关无罪抗辩的可能性、认罪或其他自白、许可、被告或嫌犯其他的言论、或其所不获准与无法发表的言论;

(3)任何检查或测验的情况及结果、或是不能或拒绝接受的检验,或是即将呈堂实质证据的内涵及其特性;

(4)刑事案件或可导致入狱程序中,所有关于被告或嫌犯有罪或无罪的任何意见;

(5)律师明知,或合理推断应知一个不大可能被作为证据之用的消息,将之传播出去将会使一个公正的裁判有实质产生偏颇之虞者;

(6)被告被控诉犯罪的事实。但是若陈述只是解释此控诉只是起诉、被告在终于定罪之前仍是无罪的推定时,不在此限。

(C)即使有(A)项及(B)项(1)至(6)之规定,一个在侦查或诉讼程序中的律师能够忠实(不加油添醋)发表下列的言论:

(1)起诉或抗辩的一般特性(general nature);

(2)在公开记录中的消息;

(3)如果是在侦查中的案件,包括侦查的一般全貌、触犯的罪名及控诉或抗辩的相关信息,除非法律另有禁止外,其他涉案人士的身份;

(4)诉讼过程的日程表及结果;

(5)要求协助获得证据或消息的请求;

(6)如有理由相信一个人的行为,如不警告时会对他人或公众利益极大可能会造成侵害时,所提出的警告;

(7)在刑事案件时,有关:

a. 被告的身份、住址、职业及婚姻状态;

b. 被告如未被逮捕,可协助逮捕的必要消息;

c. 逮捕的事由、时间及地点;

d. 执行侦查或逮捕之公务员与机关之身份及侦查所花的时间。

附录二:美国1994年职业行为标准规则之"3·6规则"

(A)如果一个律师参与,或曾参与一个侦查或诉讼案件,明知或合理推断应知其利用公共传播媒体在法庭外发表言论时,会使诉讼极大可能产生实质的偏见时,即不应发表该项言论。

(B)即使有前项(A)之情形,律师可发表下列的言论:

(1)控诉、触犯罪名及抗辩事项,除非法律另有禁止外,其他涉案人士的身份;

(2)在公开记录中的消息;

(3)侦查中的案件;

(4)诉讼过程的日程表及结果;

(5)要求协助获得证据或消息之请求;

(6)如有理由相信涉及一个人的行为,如不警告时会对他人或公众利益极大可能会造成侵害时,所提出的警告;

(7)在刑事案件,除了本项(1)至(6)外,尚包括以下几点:

a. 被告的身份、住址、职业及婚姻状态;

b. 被告如未被逮捕,可协助逮捕的必要消息;

c. 逮捕的事由、时间及地点;

d. 执行侦查或逮捕之公务员与机关之身份及侦查所花的时间。

(C)即使有(A)项之规定,一个律师合理相信为了保护其当事人免予遭到最近不公报道的实质损害,且该报道非该律师或其当事人所散布时,得发表言论;这种言论应该只限于足以减轻最近偏颇报道的范围为限。

(D)任何在律师事务所或政府单位内服务的律师,皆受到(A)项规定之拘束。