

憲法概括性權利保障條款之解釋 — 德國法的觀察

謝碩駿

(世新大學法學院副教授)

壹、前言

貳、德國基本法對基本權之概括保障規定

- 一、德國基本法第 2 條第 1 項作為保障依據
- 二、德國基本法第 2 條第 1 項保障幾個基本權？
- 三、德國基本法第 1 條第 1 項作為基本權之概括保障依據？

參、德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之規範競合

- 一、德國基本權規範競合問題之討論必要性
- 二、基本架構：法條競合

肆、德國基本法第 2 條第 1 項之適用餘地

- 一、德國基本法第 2 條第 1 項之承接功能
(Auffangfunktion)
- 二、德國基本法第 2 條第 1 項之保障補充功能
(Schutzergänzungsfunktion)
- 二、德國基本法第 2 條第 1 項之保障媒介功能
(Schutzvermittlungsfunktion)

伍、結語

壹、前言

一提到憲法第 22 條，大家腦海中應該立刻浮現出來的第一印象是：此乃憲法對於基本權的概括保障條款。若進一步追問如何適用憲法第 22 條，大家的思維應該也都是：（1）「憲法第 22 條乃是基本權保障的普通規定」→（2）「憲法第 8 條至第 18 條以及第 21 條，乃是自由權保障的特別規定」→（3）「依據特別法優先普通法適用原則」→（4）「應優先適用憲法第 8 條至第 18 條以及第 21 條」→（5）「在憲法第 8 條至第 18 條以及第 21 條未提供保障時，最後才補充性地適用憲法第 22 條」。

以上這一套思維，其實說穿了，就是法學方法論上「特別規定對普通規定之適用造成排擠效果」的規範適用邏輯。然而，在司法院釋字第 749 號解釋中，大法官在審查道路交通管理處罰條例相關規定的合憲性時，同時適用了憲法第 15 條及第 22 條。另外，在司法院釋字第 728 號解釋理由書中，大法官提到「財產處分行為」之保障時，同時援引了憲法第 15 條（財產權）以及憲法第 22 條。再者，在司法院釋字第 716 號解釋理由書中，大法官提到「契約自由」之保障時，也同時援引了憲法第 15 條以及憲法第 22 條。為什麼在這幾號司法院解釋（理由書）中，大法官已經適用了特別基本權的規定，卻還可以同時再適用憲法第 22 條？難道說，「特別規定對普通規定之適用造成排擠效果」的規範適用邏輯錯了嗎？

有趣的是，我國釋憲實務經常參考的德國聯邦憲法法院裁判，也屢屢出現「基本權概括保障條款」與「特別自由權條款」同時被適用的情形，而沒有產生排擠效果。這究竟是怎麼一回事呢？關於我國憲法基本權概括保障條款的適用問題，我國學者已撰有鴻文詳予探討¹，但針對德國法上基本權概括保障條款的適用問題，國內則似乎尚鮮見完整之專門論著。為了一探基本權概括保障條款在德國法上的適用全貌，釐清德國聯邦憲法法院

¹ 李震山，多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，2 版，頁 1-66（2007 年）

何以同時適用「基本權概括保障條款」與「特別自由權條款」，以供我國學界及釋憲實務參考，本文以下將就德國法上「基本權概括保障條款」之適用問題，尤其是德國法上「基本權概括保障條款」與「特別自由權條款」之關係，進行研究探討。

就研究架構而言，本文首先將把研究目光集中在「德國基本法之基本權概括保障條款」本身的內容²。繼之，本文將探討「德國基本權概括保障條款」與「特別自由權條款」的規範競合問題³。最後，本文將分析「德國基本權概括保障條款的適用餘地」⁴。在展開正式論述前，要先說明的是，本文的研究客體，僅侷限於德國基本法內的自由權保障規定，也就是說，研究範圍僅及於「在德國基本法內，基本權概括保障條款與特別自由權條款彼此間的關係」，至於德國基本法的基本權概括保障條款與各邦憲法規定之基本權條款、歐盟基本權憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）規定之基本權條款，乃至於歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）規定之人權條款彼此間的關係，則非本文之研究內容。

貳、德國基本法對基本權之概括保障規定

一、德國基本法第 2 條第 1 項作為保障依據

德國基本法第 2 條第 1 項規定：「任何人在不侵犯他人權利以及不違反合憲秩序或道德規範之限度內，均有自由發展其人格之權利」⁵。此一「自由發展人格」之保障規定，其構成要件具有高度開放性，舉凡一切基於自由人格發展所為之行為，均可被德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍所涵

² 請見本文「貳」。

³ 請見本文「參」。

⁴ 請見本文「肆」。

⁵ 本項規定之德文原文為：Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

蓋，如果要用一句話簡單扼要指出德國基本法第 2 條第 1 項之保障標的，那麼可以說：受德國基本法第 2 條第 1 項保障者，自由也⁶。由於德國基本法第 2 條第 1 項具有幾乎無所不包的廣泛保障內涵，所以本項規定遂被認為是德國基本法對基本權提供之概括保障條款⁷。要特別強調的是，雖然德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍幾乎無所不包，但其條文文義終究仍侷限在「自由」的框架內，所以德國基本法第 2 條第 1 項作為基本權的概括保障條款，其實僅指涉對「自由權」（*Freiheitsrecht*）之概括保障，而與「平等權」（*Gleichheitsrecht*）無關⁸。

二、德國基本法第 2 條第 1 項保障幾個基本權？

德國基本法第 2 條第 1 項為基本權提供了幾乎無所不包（例外：平等權）的概括保障依據，這一點固然已經成為共識，但此一基本權概括保障條款究竟保障幾個基本權，在德國憲法學界則仍存有爭議。

（一）多數見解：兩個各自獨立而截然不同的基本權

依據德國憲法學界的多數見解，受德國基本法第 2 條第 1 項保障的，首先是「一般行為自由」（*allgemeine Handlungsfreiheit*），其次則是「一般人格權」（*allgemeine Persönlichkeitsrecht*），而「一般行為自由」與「一般人格權」乃是「兩個」各自獨立的不同基本權⁹。

⁶ *Hans-Detlef Horn*, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 2. Aufl., 2016, Art. 2 Rn. 6.

⁷ 德國基本法第 2 條第 1 項乃是自由權在憲法上之概括保障條款，這一點已屬德國憲法學界之普遍共識，就此結論可參見：Horst Dreier, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art. 2 I Rn. 21; Horn (Fn. 6), Art. 2 Rn. 6; Friedhelm Hufen, *Staatsrecht II Grundrechte*, 5. Aufl., 2016, § 14 Rn. 3; Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 14. Aufl., 2016, Art. 2 Rn. 2; Wolfgang Kahl, *Die allgemeine Handlungsfreiheit*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. V, 2013, § 124, Rn. 32; Ingo von Münch/Ute Mager, *Staatsrecht II Grundrechte*, 6. Aufl., 2014, Rn. 215; Dietrich Murswiek, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 7. Aufl., 2014, Art. 2 Rn. 10; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, 31. Aufl., 2015, Rn. 403; Dieter Schmalz, *Grundrechte*, 4. Aufl., 2001, Rn. 461; Christian Starck, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, 6. Aufl., 2010, Art. 2 Rn. 49; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV /1, 2006, S. 878; Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 31. Aufl., 2005, S. 212.

⁸ Steffen Detterbeck, *Öffentliches Recht*, 9. Aufl., 2013, Rn. 328; Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 98; Horn (Fn. 6), Art. 2 Rn. 138; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 137; Starck (Fn. 7), Art. 2 Rn. 61; Stern (Fn. 7), S. 982.

⁹ 採此見解者：Detterbeck (Fn. 8), Rn. 331; Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 22; Volker Epping, *Grundrechte*, 5. Aufl., 2012, Rn. 661; Horn (Fn. 6), Art. 2 Rn. 14; Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht II Grundrechte*, 2010, § 56 Rn. 2;

1. 一般行為自由

德國基本法第 2 條第 1 項的條文用語是「自由發展人格之權利」，若要嚴格依照文義，那麼本項之保障內涵應該僅侷限於與「人格發展」有關的權利才對。不過，德國聯邦憲法法院在 1957 年作成的「愛爾夫案」判決（*Elfes-Urteil*）¹⁰ 中，首次以「一般行為自由」稱呼德國基本法第 2 條第 1 項之保障內涵，並從中導出「出境自由」（*Ausreisefreiheit*）¹¹，在此之後，「一般行為自由」這個在德國基本法第 2 條第 1 項其實並未被明文提及的概念用語，便受到德國憲法學界廣為採納接受。就保障範圍而言，一般行為自由要保障的乃是人的行為，舉凡一切行為（包括作為與不作為），均受一般行為自由保障¹²。由於一般行為自由的保障範圍廣泛涵蓋人的一切行為，所以某一行為只要在其他自由權條款找不到保障依據，均受德國基本法第 2 條第 1 項之一般行為自由保障¹³。也正因為無法受其他自由權條款保障的行為均能被一般行為自由承接保障，所以一般行為自由被認為具有承接基本權（*Auffanggrundrecht*）的性質¹⁴。依照德國聯邦憲法法院的見解，諸如像出境自由¹⁵、契約自由¹⁶、經濟活動¹⁷等，雖然不在其他自由權條款的保障範圍內，但可由一般行為自由予以承接保障。

Lothar Michael/Martin Morlok, *Grundrechte*, 5. Aufl., 2016, Rn. 416 ff.; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 64; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 402; Michael Sachs, *Verfassungsrecht II Grundrechte*, 2. Aufl., 2003, B2 Rn. 2; Schmalz (Fn. 7), Rn. 462; Stern (Fn. 7), S. 981.

¹⁰ BVerfGE 6, 32 ff.

¹¹ BVerfGE 6, 32 (36).

¹² BVerfGE 113, 29 (45); Detterbeck (Fn. 8), Rn. 325; Epping (Fn. 9), Rn. 564; Horn (Fn. 6), Art. 2 Rn. 20; Hufen (Fn. 7), § 14 Rn. 4; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 52; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 404; Sachs (Fn. 9), B2 Rn. 5.

¹³ Detterbeck (Fn. 8), Rn. 328; *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 418; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 404.

¹⁴ Detterbeck (Fn. 8), Rn. 328; *Dreier* (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 26; Epping (Fn. 9), Rn. 582; Hufen (Fn. 7), § 14 Rn. 3; Kloepfer (Fn. 9), § 51 Rn. 18; *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 418; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 215; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 137; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 404; Sachs (Fn. 9), B2 Rn. 41; Stern (Fn. 7), S. 978.

¹⁵ BVerfGE 6, 32 (36).

¹⁶ BVerfGE 103, 197 (215).

¹⁷ BVerfGE 113, 29 (49).

2. 一般人格權

依據德國憲法學界的多數見解，德國基本法第 2 條第 1 項除了保障一般行為自由，同時也保障「另一個」基本權：一般人格權。與一般行為自由之保障「純粹」引據德國基本法第 2 條第 1 項不同的是，一般人格權乃是德國聯邦憲法法院從德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項（人性尊嚴之保障）導出的基本權¹⁸，被若干學者認為是法官造法（*richterliche Rechtsfortbildung*）的產物¹⁹。就保障範圍而言，一般人格權對「人格」（*Persönlichkeit*）提供廣泛的保障，只要人格的某種組成成分未能在其他自由權條款中找到保障依據，均受德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項導出之一般人格權保障²⁰。迄今，在其他自由權條款中欠缺保障規定，但被德國聯邦憲法法院承認可受一般人格權保障者，約有如下之適例：私人與私密領域之保障（*Schutz der Privat- und Intimsphäre*）²¹、個人名譽之保障（*Schutz der persönlichen Ehre*）²²、個人肖像權（*Recht am eigenen Bild*）²³、個人話語權（*Recht am eigenen Wort*）²⁴、個人自我表現決定權（*Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person*）²⁵、資訊自主權（*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*）²⁶、保障資訊科技系統機密性及完整性之基本權（*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*）²⁷。

¹⁸ 德國聯邦憲法法院一貫的論述：BVerfGE 35, 202 (219); 54, 148 (153); 82, 236 (269); 90, 263 (270 f.); 99, 185 (193); 114, 339 (346); 118, 168 (183); 120, 274 (302).

¹⁹ *Dreier* (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 69; *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 417; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 234.

²⁰ BVerfGE 99, 185 (193); 114, 339 (346); 118, 168 (183); *Dreier* (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 69; Horn (Fn. 6), Art. 2 Rn. 139; Jarass (Fn. 7), Art. 2 Rn. 36; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 238; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 59; Sachs (Fn. 9), B2 Rn. 51.

²¹ BVerfGE 138, 377 (387).

²² BVerfGE 114, 339 (346); 119, 1 (23 f.).

²³ BVerfGE 120, 189 (198).

²⁴ BVerfGE 106, 28 (39).

²⁵ BVerfGE 114, 339 (346).

²⁶ BVerfGE 65, 1 (43).

²⁷ BVerfGE 120, 274 (302).

雖然一般行為自由與一般人格權同樣受到德國基本法第 2 條第 1 項保障，但在德國憲法學界多數見解的眼中，卻是兩個完全不一樣的基本權。一般行為自由由於保障的是人的行為（作為或不作為），所以是一種「活動性之保障」（Aktivitätsschutz），其保障屬性較為動態積極；相較於此，一般人格權要保障的則是個人生活領域中的人格組成成分不受任意破壞侵犯，從而維護人格的完整健全，所以是一種「完整性之保障」（Integritätsschutz），其保障屬性則較為靜態消極²⁸。另外，一般行為自由對人的行為提供幾乎無所不包的廣泛保障，凡是未受其他自由權條款保障之行為，均能以一般行為自由作為保障依據，所以一般行為自由具有「承接基本權」的性質²⁹；至於一般人格權，其保障領域則侷限於「人格」，僅能在其他自由權條款出現人格權保障漏洞時提供補充保障，因此並不具有「承接基本權」的性質³⁰。保障範圍限縮於「人格」的一般人格權，就如同其他自由權條款保障的基本權一樣，其相對於一般行為自由（＝基本權之一般保障）而言，具有「特別自由權」的地位³¹。透過德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項導出的一般人格權，其作為特別自由權，在德國基本法中並未被明文提及，所以又被稱為「無名基本權」（unbenanntes Grundrecht）或「無名自由權」（unbenanntes Freiheitsrecht）³²。

（二）少數見解：一個整體的基本權

對於上述多數見解，在德國亦有少數學者持反對意見。例如 Prof. Kube 便認為，德國基本法第 2 條第 1 項要保障的，就如同其條文用語一

²⁸ Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 22. 相類似之說明亦可參見：*Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 419.

²⁹ 請參見前揭註 14 引用之文獻。

³⁰ *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 417 f.; Stern (Fn. 7), S. 301. Prof. Murswiek 以及 Prof. Sachs 雖認為一般行為自由與一般人格權乃是兩個不同的權利，但一般人格權就如同一般行為自由一樣，也具有「承接基本權」的性質，參見：*Murswiek* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 65; *Sachs* (Fn. 9), B2 Rn. 51.

³¹ *Detterbeck* (Fn. 8), Rn. 331; *Dreier* (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 99; *Horn* (Fn. 6), Art. 2 Rn. 139; *Kloepfer* (Fn. 9), § 56 Rn. 2; *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 417; *Murswiek* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 64; Stern (Fn. 7), S. 301.

³² BVerfGE 54, 148 (153); *Kloepfer* (Fn. 9), § 56 Rn. 45; *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 417; *Murswiek* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 64; *Starck* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 14.

樣，乃是一個整體的「自由發展人格之權利」，而一般行為自由與一般人格權，則是這個整體基本權之動態積極面以及靜態消極面的保障內涵，並非兩個各自獨立的基本權³³。Prof. Kahl 也抱持同樣的立場認為，德國基本法第 2 條第 1 項保障的基本權，可將其名為「一般自由權」（allgemeines Freiheitsrecht），而一般行為自由以及一般人格權，其實都同樣屬於「一般自由權」的一部份，只不過分別代表不同的保障面向罷了（質言之：一般行為自由與一般人格權，乃是同一個基本權的兩個部分保障內容）³⁴。也因此，德國憲法學界多數意見認為「一般行為自由與一般人格權，前者為一般自由權，後者則為特別自由權」，Prof. Kahl 對這樣的見解也感到不以為然³⁵。

關於「德國基本法第 2 條第 1 項保障幾個基本權」這個問題，德國憲法學界的多數見解（二個各自獨立而截然不同的基本權）與少數見解（一個整體的基本權），何者較具說服力呢？就本文看來，少數見解的說服力顯然比多數見解來得高。如前所述，在德國憲法學界多數見解的眼中，一般行為自由乃是一種「承接基本權」；而一般人格權則是一種特別自由權，並不具有「承接基本權」的性質，由於此一特別自由權未被德國基本法明文提及，所以可稱為「無名基本權」。然而，德國基本法第 2 條第 1 項的條文明明就清楚地寫著「自由發展人格的權利」，為何德國憲法學界多數見解還會認為「一般人格權」乃是德國基本法未明文保障的「無名基本權」，實在讓人大惑不解。其次，德國憲法學界多數見解一方面認為，一般人格權以「人格完整性」為保障領域，可在其他自由權條款出現人格權保障漏洞時對人格權提供補充保障，但另一方面卻又否定一般人格權具有「承接

³³ Hanno Kube, Persönlichkeitsrecht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 148, Rn. 108. Prof. Zippelius 與 Prof. Würtemberger 合著的憲法教科書，將一般人格權劃歸到一般行為自由的保障項目下，似乎也站在少數見解的陣營，採取「德國基本法第 2 條第 1 項保障一個整體基本權」的見解，參見：Zippelius/Würtemberger (Fn. 7), S. 211.

³⁴ Kahl (Fn. 7), Rn. 63.

³⁵ Kahl (Fn. 7), Rn. 64. Prof. Cornils 似採相同立場：Matthias Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 168, Rn. 28 ff. Prof. Kube 雖然認為德國基本法第 2 條第 1 項保障的是一個整體的基本權（Kube (Fn. 33), Rn. 108），但卻也贊同多數見解的看法，認為「一般人格權」乃是特別自由權，而「一般行為自由」則是一般自由權（Kube (Fn. 33), Rn. 30）。

基本權」的性質，顯然前後自相矛盾。而且從另一個角度來看，若一般人格權因為保障領域侷限於「人格」，所以就像言論自由、職業自由一樣，被定位為保障範圍有限的「特別自由權」，那麼一般行為自由以「人的行為」為其保障範圍的構成要件，同樣也是一種保障範圍有限的基本權，為何卻不被定位為「特別自由權」？這個問題，德國憲法學界多數見解始終沒有提出令人滿意的答案。尤其讓人質疑的是，德國憲法學界多數見解認為一般人格權與一般行為自由之間具有「特別規定與普通規定」的關係，但卻從未看到德國憲法學界多數見解對此舉出任何具體的例子說明「究竟有哪些自由領域，是一般人格權出現保障漏洞，所以必須由一般行為自由予以承接保障」。

本文認為，「人格完整不受侵犯」與「人可以依照自己的意思作為或不作為」，彼此互為表裡，相輔相成，難以截然二分。一方面，人因為人格完整不受他人（包括國家）侵犯，所以可依照自己的意思作為或不作為；另一方面，人依照自己的意思作為或不作為，從而得以創設出不受他人侵犯的個人生活領域，以維護其人格的完整。德國基本法第 2 條第 1 項以「自由發展人格」作為其保障內涵，既對人格完整性提供靜態保障，也對人的行為提供動態保障，一靜一動的兩個保障面向相互結合，才是德國基本法第 2 條第 1 項完整的保障內容，而這樣一個保障內涵動靜兼顧的完整基本權，也才足以擔當「承接基本權」的重責大任。德國憲法學界多數見解將德國基本法第 2 條第 1 項的內容區別成兩個各自獨立的基本權（一般行為自由與一般人格權），且這兩個各自獨立的基本權又各自侷限於「行為」與「人格」的保障，無疑是將一個完整而面面俱到的基本權硬生生割裂成兩個殘缺不全而互有保障漏洞的基本權。如此一來，究竟要如何單獨透過（有保障漏洞的）一般行為自由或單獨透過（同樣也有保障漏洞的）一般人格權，讓德國基本法第 2 條第 1 項為基本權提供無漏洞保障，實在讓人質疑。

基於以上的分析思考，關於「德國基本法第 2 條第 1 項究竟保障幾個基本權」這個問題，本文認為德國憲法學界少數見解（保障一個整體的基本權）較為可採，並不贊同德國憲法學界多數見解的看法（保障兩個不同基本權）。以下，本文提到德國基本法第 2 條第 1 項時，均將其保障內涵理解為「對行為與人格同時提供概括保障」的一個整體基本權，不再區分一般行為自由與一般人格權³⁶。

三、德國基本法第 1 條第 1 項作為基本權之概括保障依據？

前面提到，德國聯邦憲法法院在論證憲法上之人格權保障時，若認為特別自由權條款對人格權保障不足，會援引德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項導出人格權之一般保障³⁷。乍看之下，德國聯邦憲法法院這樣的論證方式，會讓人誤以為人格權的概括保障有兩個憲法依據，其一為德國基本法第 2 條第 1 項，其二則為德國基本法第 1 條第 1 項。不過，若仔細觀察德國聯邦憲法法院的後續論證，不難發現，其實德國聯邦憲法法院並未將德國基本法第 1 條第 1 項視為人格權概括保障的憲法依據。

德國基本法第 1 條第 1 項「人性尊嚴不容侵犯。尊重及保護人性尊嚴乃一切國家權力之義務」的規定³⁸，究竟是否具有基本權保障條款的性質，迄今在德國憲法學界仍存有爭論³⁹。若認為德國基本法第 1 條第 1 項本身

³⁶ 因此，本文認為，德國基本法第 2 條第 1 項就是一個純粹的「一般自由權」保障條款，並無保障「特別自由權」的成分存在（依據德國憲法學界多數見解的看法，德國基本法第 2 條第 1 項除了保障具有「一般自由權」性質的一般行為自由外，也保障具有「（無名）特別自由權」性質的一般人格權）。本文以下提到「特別自由權」，均指受德國基本法第 2 條第 2 項及第 4 條至第 19 條個別明文保障且保障範圍有一定限制之自由權。

³⁷ 請參見前揭註 18 引用的德國聯邦憲法法院裁判。

³⁸ 本項規定之德文原文為：Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

³⁹ 認為德國基本法第 1 條第 1 項保障之人性尊嚴具有基本權之性質者：Detterbeck (Fn. 8), Rn. 321; Epping (Fn. 9), Rn. 599; Wolfram Höfling, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 1 Rn. 6; Hufen (Fn. 7), § 10 Rn. 12; Kloepfer (Fn. 9), § 55 Rn. 3; Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 132; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 156; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 375; Sachs (Fn. 9), B1 Rn. 3; Schmalz (Fn. 7), Rn. 451; Starck (Fn. 7), Art. 1 Rn. 32; Stern (Fn. 7), S. 62 f.; Zippelius/Württemberg (Fn. 7), S. 211. 反之，認為人性尊嚴並非基本權，而是憲法上之客觀原則者：Dreier (Fn. 7), Art. 1 I Rn. 125; Christoph Enders, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., 2016, Art. 1 Rn. 38.

不具有基本權保障條款的性質，那麼這個條文當然不能成為基本權的概括保障依據。值得注意的是，德國聯邦憲法法院曾在零星幾次裁判中，明確提及「源自基本法第 1 條第 1 項的基本權」（Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG）⁴⁰，似乎有將德國基本法第 1 條第 1 項定位為基本權保障條款的傾向。但即便如此，德國聯邦憲法法院應仍無意將德國基本法第 1 條第 1 項視為人格權概括保障的憲法依據。眾所周知，德國聯邦憲法法院及憲法學界在思考基本權干預是否合憲的問題時，向來依循三階段檢驗步驟，亦即：（1）先確定案件涉及哪一個基本權的保障範圍（Schutzbereich），（2）其次再分析該基本權是否遭到「干預」（Eingriff），（3）最後再以法律保留原則、比例原則等檢驗對基本權造成之干預能否阻卻違憲（verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs）⁴¹。如果德國聯邦憲法法院真的有意將德國基本法第 1 條第 1 項也當成是人格權概括保障的另一個憲法依據，那麼在第一個階段確定涉及的基本權是「德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項」後，接著應該要分別以德國基本法第 2 條第 1 項與第 1 條第 1 項當作標準，繼續檢驗這兩個基本權條款的保障領域是否遭到干預，以及干預是否具有阻卻違憲事由。但從德國聯邦憲法法院歷來涉及人格權概括保障的裁判看來，德國聯邦憲法法院確認案件涉及「德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項」導出的基本權後，接下來關於「是否對基本權造成干預」以及「對基本權造成之干預能否阻卻違憲」的檢驗，便只剩下德國基本法第 2 條第 1 項繼續留在違憲審查的舞台上，而未再提及德國基本法第 1 條第 1 項⁴²。由此可見，德國聯邦憲法法院在推導人格權的概括保障時，

⁴⁰ BVerfGE 109, 133 (151); 125, 175 (222).

⁴¹ 關於基本權干預之三階段檢驗步驟，可參見：Detterbeck (Fn. 8), Rn. 275 ff.; Dreier (Fn. 7), Vorb. Rn. 119 ff.; Hufen (Fn. 7), § 8 Rn. 1; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 149; Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 180.

⁴² 相同的觀察結論：Wolfgang Kahl, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 2000, S. 6 f. 若德國聯邦憲法法院真的要拿德國基本法第 1 條第 1 項當作審查標準，繼續檢驗「是否對基本權造成干預」以及「對基本權造成之干預能否阻卻違憲」，那麼對德國基本法第 2 條第 1 項的違憲審查也就顯得多餘而沒有意義了：德國基本法第 1 條第 1 項既然已經明文規定「人性尊嚴不容侵犯」，若人性尊嚴具有基本權之性質，這樣的基本權也就受到「絕對保障」，一旦國家公權力對人性尊嚴造成干預，根本不可能阻卻違憲（Detterbeck (Fn. 8), Rn. 323; Epping (Fn. 9), Rn. 622; Höfling (Fn. 39), Art. 1 Rn. 11; Hufen (Fn. 7), § 10 Rn. 34; Jarass (Fn. 7), Art. 1 Rn. 16; Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 544; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 171; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 397; Sachs (Fn. 9), B1 Rn. 30; Schmalz (Fn. 7), Rn. 452; Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 209）從而也就沒有必要再審查對德國基本法第 2 條第 1 項造成之干預是否合憲的問題。

提到「德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項」，其實僅以德國基本法第 2 條第 1 項為保障依據，至於德國基本法第 1 條第 1 項對於人格權的概括保障而言，應該只具有「加持」效果，讓國家公權力對人格權造成的干預必須符合較高標準的憲法要求（尤其是用比較嚴格的標準來審視是否符合比例原則），方能阻卻違憲⁴³。綜上所述，從「德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項」導出的人格權概括保障，其憲法上的基本權保障依據，只有德國基本法第 2 條第 1 項而已，並不包括德國基本法第 1 條第 1 項⁴⁴。質言之，從「德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項」導出的人格權，並不是從兩個基本權保障條款（德國基本法第 2 條第 1 項與第 1 條第 1 項）產出的「孿生基本權」（Zwillingsgrundrecht）⁴⁵。

參、德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之規範競合

一、德國基本權規範競合問題之討論必要性

法學上所稱「規範競合」（Normenkonkurrenz）是指，兩個以上的法規範，依其構成要件之文義，對於同一個事實均設有規定⁴⁶。基本權條款作為一種法規範，當然也會有規範競合的情形。當同一個生活事實剛好被兩個以上的基本權條款保障範圍所涵蓋，此時便會出現基本權條款與基本權條款之間的競合⁴⁷。此種基本權條款與基本權條款之間的競合，在德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之間，尤其明顯。德國基本法第 2 條第 1 項透過「自由發展人格」此一具有高度開放性之要件，為自由權提供

⁴³ Kahl (Fn. 42), S. 7; Kube (Fn. 33), Rn. 32; Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 420 f.; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 63; Schmalz (Fn. 7), Rn. 486; Starck (Fn. 7), Art. 2 Rn. 15.

⁴⁴ 但亦有學者採不同見解，認為兩個條文均是一般自由權的保障依據：Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 205.

⁴⁵ Kahl (Fn. 7), Rn. 63; Starck (Fn. 7), Art. 2 Rn. 15.

⁴⁶ Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2012, S. 30.

⁴⁷ 德國憲法學通常將此種情形稱為「基本權競合」（Grundrechtskonkurrenz），對此之一般性說明可參見 Wilfried Berg, Grundrechtskonkurrenzen, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, 2009, § 71, Rn. 1 ff.; Epping (Fn. 9), Rn. 259 ff.; Hufen (Fn. 7), § 6 Rn. 45 f.; Kloepfer (Fn. 9), § 52 Rn. 2 ff.; Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 50 ff.; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 136; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 355 ff.; Sachs (Fn. 9), A11 Rn. 1 ff.; Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 179 f.

廣泛而無所不包之保障，舉凡人的自由，無論是動態面的行為，或是靜態面的人格，均在本項規定的保障範圍內。同樣地，德國基本法中的特別自由權條款，也為人的自由提供各式各樣的保障，只不過保障範圍沒有像德國基本法第 2 條第 1 項那麼廣泛罷了。既然德國基本法第 2 條第 1 項以及特別自由權條款要保障的都是人的自由，那麼在具體個案中，若人民的某一行為或與人格有關的某一生活領域，遭到國家措施的干預，而這個被國家措施干預的行為或生活領域，又剛好同時受到德國基本法第 2 條第 1 項及特別自由權條款保障，則司法機關在審查該國家措施的合憲性時，便會遇到「應該適用德國基本法第 2 條第 1 項，抑或應該適用特別自由權條款，還是應該併用德國基本法第 2 條第 1 項以及特別自由權條款」的規範競合問題。

在出現規範競合的情形時，如果相競合的法規範，其法律效果都相同，那麼討論究竟要適用哪一個法規範，其實沒有什麼太大的實益。但是，如果相競合的法規範，其彼此的法律效果不同，甚至在邏輯上互斥，則究竟應該適用哪一個法規範，便有討論之必要。德國基本法上的自由權條款，其構成要件描述各種受基本法保障的自由樣態；至於自由權條款的法律效果，除了包含「該自由權應受保障」這個各種自由權條款均共同一致的效果，還包括「該自由權乃受無保留保障之自由權（*schränkenlose Gewährleistung*）」⁴⁸、「該自由權之限制適用普通法律保留（*einfacher Gesetzesvorbehalt*）」⁴⁹、「該自由權之限制適用加重法律保留（*qualifizierter Gesetzesvorbehalt*）」⁵⁰、「該自由權之保障內容由法律進一步具體型塑（*Inhaltsbestimmung*）」⁵¹等諸多各自殊異的規定⁵²。由於德國基本法中的

⁴⁸ 例如德國基本法第 4 條之宗教自由保障條款，並無「得以法律限制」之明文規定。

⁴⁹ 例如德國基本法第 2 條第 2 項之生命、身體不受侵犯及人身自由保障條款，僅規定「得以法律限制之」，而無其他限制要件。

⁵⁰ 亦即必須在符合一定的要件下，始得以法律限制該基本權。例如德國基本法第 13 條之住宅不受侵犯保障條款，其第 7 項規定僅在為了防止一定之危險情狀，始得以法律限制該條保障之自由權。

⁵¹ 例如德國基本法第 14 條之財產權保障條款，其第 1 項第 2 句規定，財產權之內容以法律定之。

⁵² 關於德國基本法中各種自由權的不同「保留」模式，一般性說明可參見：Detterbeck (Fn. 8), Rn. 293 f.; Hufen (Fn. 7), § 9 Rn. 9 f.; Kloepfer (Fn. 9), § 51 Rn. 46 ff.; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 119 f.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 271 ff.; Schmalz (Fn. 7), Rn. 461; Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 187. 關於「基本權之限制之法律保留」與「法律對基本權內容之具體型塑」之間的區別，可參見：Detterbeck (Fn.

各種自由權條款，其法律效果在「基本權限制模式」的部分並不相同，所以司法機關在進行違憲審查時，若發現待決之個案涉及自由權規範競合，有必要先決定應該適用哪一個基本權條款，然後方能繼續檢視國家措施對自由權造成之限制是否符合該自由權條款在「限制模式」部分的各種「保留」要求⁵³。既然德國基本法第2條第1項作為自由權的概括保障條款，其保障範圍與「每一個」特別自由權的保障範圍均高度重疊，那麼德國基本法第2條第1項與特別自由權條款之規範競合應如何解決，也就成了違憲審查時的重點問題，備受矚目。

以下，本文將說明德國基本法第2條第1項與特別自由權條款相競合時的解決之道。但在展開說明前要先澄清的是，如前所述⁵⁴，雖然德國聯邦憲法法院在闡述德國基本法第2條第1項對於人格權之保障時，通常會結合德國基本法第1條第1項，但人格權一般保障的憲法依據，終究僅源自德國基本法第2條第1項，而非德國基本法第1條第1項。德國聯邦憲法法院慣用的「德國基本法第2條第1項結合第1條第1項」的論證，並未使德國基本法第2條第1項和德國基本法第1條第1項融合成一個新的基本權保障規定，也沒有讓德國基本法第2條第1項的位階，被提升到和人性尊嚴保障條款一樣具有至高無上的地位。因此，德國基本法第2條第1項與特別自由權條款之間的規範競合，乃是相同位階法規範之間的競合，不適用「低位階法規範牴觸高位階法規範，即屬無效」的法則。當然，若將德國基本法第1條第1項定位為自由權保障條款⁵⁵，且將基本法第1條第1項視為「至高無上」的基本權，則德國基本法第2條第1項一旦與德國基本法第1條第1項相競合，即屬「不同位階基本權規範之競合」，此等情形應如何處理⁵⁶，雖屬饒富興味之問題，但不在本文以下的論述範圍之內。

8), Rn. 515 f.; Hufen (Fn. 7), § 6 Rn. 13; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 602.

⁵³ Klaus Stern, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., 2016, Einl. Rn. 6.

⁵⁴ 請見本文前述「貳、三」。

⁵⁵ 關於德國基本法第1條第1項是否具有基本權保障條款之性質，學說上之正反意見請見前揭註39引用之文獻。

⁵⁶ Prof. Murswiek 認為，若將德國基本法第1條第1項定位為基本權條款，則其即為德國基本法第2條第1項之特別規定，參見：Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 138.

二、基本架構：法條競合

（一）特別關係

當相同位階的 A、B 兩個規範相互競合，但案件之處理僅適用 A 規範，而 B 規範之適用則遭到 A 規範排擠（質言之，已經適用了 A 規範，所以不（再）適用 B 規範），規範競合理論將這種情形稱為「法條競合」（Gesetzeskonkurrenz）⁵⁷。在競合理論發展較為成熟的刑法學領域，依其通說，又將法條競合分成三種類型：特別關係（Spezialität）、補充關係（Subsidiarität）、吸收關係（Konsumtion）⁵⁸。其中，特別關係由於乃是邏輯上必然之結論⁵⁹，所以在不同的法學領域（不限於刑法學領域）皆普遍受到承認。當 A 規範的構成要件包含 B 規範構成要件中的所有構成要件要素，且除此之外還多了至少一個 B 規範所無的構成要件要素，在此種情形，A 規範乃是 B 規範的特別規定，而 B 規範則為 A 規範的普通規定，A 規範與 B 規範之間即屬於特別關係⁶⁰。基於「特別規定較普通規定優先適用」（lex specialis derogat legi generali）之法理，在特別規定的構成要件所及之領域，不適用普通規定⁶¹。

德國基本法第 2 條第 1 項對於自由提供廣泛之保障，並未侷限於特定的生活領域，相較於此，特別自由權條款雖然也保障人的自由，但還會進一步具體規定其對自由之保障侷限於哪些特定生活領域（例如：發表言論、集會遊行、宗教信仰等）。就法條構成要件的結構而言，特別自由權條款

⁵⁷ Urs Kinderhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2013, § 46 Rn. 1; Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2011, § 33 Rn. 10; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Aufl., 2013, Rn. 787.

⁵⁸ Kinderhäuser (Fn. 57), § 46 Rn. 3 ff.; Puppe (Fn. 57), § 33 Rn. 10 ff.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 57), Rn. 788 ff.

⁵⁹ 依 Prof. Kinderhäuser 的看法，法條競合都是從法律適用邏輯推導而出，所以法律對此也無須特別規定（Kinderhäuser (Fn. 57), § 46 Rn. 3）。

⁶⁰ Kinderhäuser (Fn. 57), § 46 Rn. 5; Puppe (Fn. 57), § 33 Rn. 10; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 57), Rn. 788; Zippelius (Fn. 46), S. 31.

⁶¹ Kinderhäuser (Fn. 57), § 46 Rn. 5; Puppe (Fn. 57), § 33 Rn. 10; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 57), Rn. 788; Zippelius (Fn. 46), S. 31 f.

的構成要件將德國基本法第 2 條第 1 項的一切構成要件要素（質言之：保障自由）完全包含在內，但特別自由權條款除此之外還多了「在某種特定生活領域內保障自由」的其他構成要件要素，因此，德國基本法第 2 條第 1 項乃是特別自由權條款的普通規定，反之，特別自由權條款則是德國基本法第 2 條第 1 項的特別規定，德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之間從而即屬規範競合理論中的特別關係⁶²。而也正因為特別自由權條款的構成要件包含了德國基本法第 2 條第 1 項的所有構成要件要素，所以特別自由權條款的保障範圍與德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍重疊，但由於特別自由權條款比德國基本法第 2 條第 1 項多了至少一個構成要件要素（對自由之保障限縮在某種特定生活領域），所以特別自由權條款的保障範圍較德國基本法第 2 條第 1 項來得狹窄。如此一來，德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍與特別自由權的保障範圍便呈現出同心圓的關係⁶³：特別自由權的保障範圍是德國基本法第 2 條第 1 項保障範圍的一部分⁶⁴，德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍就像大圓，而特別自由權條款的保障範圍則像小圓，小圓被大圓完全包含在內。

德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之間因為屬於特別關係，所以依照「特別規定較普通規定優先適用」的法理，在特別自由權條款對某一行為或特定生活領域已設有保障規定時，僅適用特別自由權條款即可，而德國基本法第 2 條第 1 項的適用可能性便遭到特別自由權條款排擠。除了特別關係之外，法條競合（至少依據刑法學的競合理論）還包括補充關係與吸收關係這兩種類型，但有趣的是，德國憲法學者在論述基本權的法條競合（數個基本權條款相互競合，最終僅適用其中一個基本權條款）情形時，幾乎都只提到特別關係，而沒有像刑法學者一樣，另行再討論補充

⁶² Berg (Fn. 47), Rn. 28; Dreier (Fn. 7), Vorb. Rn. 155; Epping (Fn. 9), Rn. 268; Hufen (Fn. 7), § 6 Rn. 46; Kloepfer (Fn. 9), § 52 Rn. 4; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 136; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 137; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 360 f.; Sachs (Fn. 9), B2 Rn. 40; Schmalz (Fn. 7), Rn. 464; Starck (Fn. 7), Art. 2 Rn. 49; Stern (Fn. 53), Einleitung Rn. 161; Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 179.

⁶³ Kahl (Fn. 42), S. 41 f.

⁶⁴ Hufen (Fn. 7), § 14 Rn. 16; Jarass (Fn. 7), Vorb. Vor Art. 1 Rn. 17.

關係與吸收關係。對於這種憲法學與刑法學在處理法條競合情形時的差異，Prof. Kahl 便指出，就德國憲法學的多數見解看來，基本權之間的法條競合情形，其實只有特別關係這種類型而已⁶⁵。由於德國憲法學多數見解對於基本權條款間的法條競合情形只承認特別關係，所以德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之間，是否（也）可能存在補充關係或吸收關係，迄今幾乎未見德國學者對此有所討論。不過，既然德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之間已可確定存在特別關係，那麼就規範適用邏輯而言，其規範競合問題之基本架構乃是法條競合的模式，這一點也就跟著一併獲得確立，再討論是否還有可能存在補充關係或吸收關係，倒也已經沒有什麼太大的實益可言⁶⁶。

（二）想像競合？

與法條競合不同的是，若位階相同的 A、B 兩個規範相互競合，而邏輯上並不存在 A 規範之適用遭到 B 規範排擠或 B 規範之適用遭到 A 規範排擠，所以案件之處理可以既適用 A 規範又適用 B 規範，A、B 兩個規範之適用各自獨立互不影響，此種情形在規範競合理論上被稱為「想像競合」（Idealkonkurrenz）⁶⁷。由於想像競合指涉的情形是相互競合之規範可各自獨立平行適用，因此在刑法學上，想像競合會踩到對同一行為予以雙重評價（Doppelverwertung）的敏感紅線⁶⁸。相較之下，從憲法學的角度觀之，各該基本權條款之適用，只要邏輯上彼此沒有排擠必然性，當然是多多益善，並無「禁止雙重評價」的問題⁶⁹。因此，基本權之規範競合問題，在通常情況下，最終均以想像競合的方式解決，也就是在同一個案件中平行適

⁶⁵ Kahl (Fn. 42), S. 41.

⁶⁶ 就算答案為是，仍屬法條競合的子類型，同樣還是以法條競合的方式解決。

⁶⁷ 以刑法學競合理論中的想像競合而言，即是指一行為同時實現數個條文的犯罪構成要件（一行為觸犯數罪名），參見：Kinderhäuser (Fn. 57), § 47 Rn. 1; Puppe (Fn. 57), § 33 Rn. 7; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 57), Rn. 753.

⁶⁸ Puppe (Fn. 57), § 33 Rn. 7. 就以我國刑法第 55 條而言，對於一行為觸犯數罪名（想像競合）的情形，便是基於避免雙重評價的考量，才會規定在處罰時「從一重處斷」。

⁶⁹ Kahl (Fn. 42), S. 41.

用數個基本權條款⁷⁰。一旦 A、B 兩個基本權條款之競合問題最後可以採取想像競合的方式解決，那麼對於國家的同一個干預措施，法院在確定該措施干預了 A 基本權（以及對 A 基本權之干預能否阻卻違憲）之後，仍可接著繼續審查該措施是否也對 B 基本權構成干預（以及對 B 基本權之干預能否阻卻違憲）。

仔細觀察德國聯邦憲法法院歷來的裁判，可以發現，德國聯邦憲法法院在裁判中「平行適用德國基本法第 2 條第 1 項以及特別自由權條款」的情形並不算罕見，換言之，常常可以看到德國聯邦憲法法院對於案件事實中的同一個國家措施，一方面拿特別自由權條款作為違憲審查的標準，另一方面又獨立檢視該國家措施是否也牴觸德國基本法第 2 條第 1 項之保障規定。例如早期於 1979 年作成的「共同決定案」判決⁷¹中，德國聯邦憲法法院便先以德國基本法第 12 條第 1 項（職業自由）作為第一個審查標準，檢驗共同決定法（Mitbestimmungsgesetz）是否違憲⁷²，接著又拿德國基本法第 2 條第 1 項（一般行為自由）當作第二個審查標準，再次檢驗共同決定法之合憲性⁷³。又例如晚近於 2006 年作成的「通聯資料案」判決⁷⁴中，德國聯邦憲法法院認為，通訊結束後儲存在通訊當事人支配範圍內的通聯紀錄，受德國基本法第 13 條（住宅不受侵犯權）以及第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項（資訊自主決定權）保障，因此德國聯邦憲法法院先以德國基本法第 2 條第 1 項（結合第 1 條第 1 項）作為審查標準，檢驗卡斯魯爾邦高等法院（Landgerichts Karlsruhe）之裁定有無違憲⁷⁵，接著又再以德國基本法第 13 條第 1 項及第 2 項當作審查標準，審視該裁定的合憲性⁷⁶。

⁷⁰ Jarass (Fn. 7), Vorb. Vor Art. 1 Rn. 17b. Michael Sachs, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 2014, Vor Art. 1 Rn. 6.

⁷¹ BVerfGE 50, 290 ff.

⁷² BVerfGE 50, 290 (362 ff.).

⁷³ BVerfGE 50, 290 (366).

⁷⁴ BVerfGE 115, 166 ff.

⁷⁵ BVerfGE 115, 166 ff.

⁷⁶ BVerfGE 115, 116 (196 f.).

德國聯邦憲法法院在上述舉例的裁判中，對於同一個國家措施（法律、法院裁定），以先後各自獨立審查的方式，檢視該措施有無牴觸特別自由權條款以及德國基本法第 2 條第 1 項，此種平行適用德國基本法第 2 條第 1 項以及特別自由權條款的審查模式，很明顯地，就是想像競合。然而，本文在前面已經說明，就構成要件而言，特別自由權條款的構成要件包含了德國基本法第 2 條第 1 項的所有構成要件要素；而就保障範圍而言，特別自由權條款的保障範圍則完全被德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍包含在內（兩者的保障範圍就像同心圓），所以德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款間，其規範競合的基本架構乃是法條競合（特別關係）。一方面，法條競合乃是「A 規範排擠 B 規範之適用」；另一方面，想像競合則是「A 規範與 B 規範並未相互排擠，得各自獨立平行適用」，從而法條競合與想像競合彼此互斥，在邏輯上，法條競合與想像競合不可能並存，若 A、B 兩個規範具有法條競合的關係，就不可能也成立想像競合的關係⁷⁷。因此，德國聯邦憲法法院在裁判中獨立平行適用德國基本法第 2 條第 1 項以及特別自由權條款，等於是承認「兩個具有法條競合關係的規範，也可以存在想像競合關係」，邏輯上實在講不通⁷⁸。在具體個案中，既然已經確認國家措施干預了特別自由權條款的保障範圍，該國家措施當然也就干預了德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍，雖然基本權規範競合的問題並不像刑法一樣禁止雙重評價，但基於「特別規定較普通規定優先適用」之法理，德國基本法第 2 條第 1 項的適用可能性已被特別自由權條款排擠，又如何能與特別自由權條款各自獨立平行適用？德國聯邦憲法法院以想像競合的方式解決德國基本法第 2 條第 1 項以及特別自由權條款的規範競合問題，這一點在方法論上確實頗讓人質疑。

⁷⁷ 換言之，只有在不成立「法條競合」時，才有「想像競合」的存在空間。

⁷⁸ 相同的批評：Cornils (Fn. 35), Rn. 60; Kahl (Fn. 42), S. 27. 同樣的立場亦可參見：Wolf-Rüdiger Schenke, Grundrechtskonkurrenzen, in: Martin Kment (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischen Öffentlichem Recht. Festschrift für Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag, 2015, S. 249. 但亦有學者主張，德國基本法第 2 條第 1 項得與特別自由權條款成立想像競合，例如：Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 55.

肆、德國基本法第 2 條第 1 項之適用餘地

A、B 兩個規範就構成要件的結構來看，彼此雖然具有特別關係，導致 A 普通規範的適用可能性遭到 B 特別規範排擠，但這並不表示，A 規範即完全無適用之可能。一旦在具體個案中，普通規範與特別規範並未出現規範競合的現象，換言之，特別規範對於該具體個案之待決事實「未規定」，那麼普通規範的適用空間也就沒有遭到特別規範排擠。德國基本法第 2 條第 1 項作為自由權保障的普通規定，在特別自由權條款「未規定」的情況下（也就是說，德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款沒有出現規範競合的情形），也就有了適用的餘地。此等適用餘地，套用德國憲法學常見的一個專業術語來描述，就是：德國基本法第 2 條第 1 項具有「補充性」（Subsidiarität）⁷⁹。以下，本文將德國基本法第 2 條第 1 項的適用餘地，區分成三種不同情形予以介紹說明。

一、德國基本法第 2 條第 1 項之承接功能（Auffangfunktion）

（一）意義

人的某一個行為或生活領域，若完全未被特別自由權的保障範圍所涵蓋，但該行為或生活領域又屬於「自由發展人格」的一環，而落在德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍內，在這種情況下，即得適用德國基本法第 2 條第 1 項當作該行為或生活領域的保障依據。雖然該行為或生活領域完全未能受到任何一個特別自由權所保障，但卻能被德國基本法第 2 條第 1 項所承接，而同樣被納入德國基本法對於自由的保障網內，有德國學者即稱此種情況乃是德國基本法第 2 條第 1 項發揮其「承接功能」而被單獨拿來

⁷⁹ *Cornils* (Fn. 35), Rn. 63; *Detterbeck* (Fn. 8), Rn. 328; *Dreier* (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 98; *Epping* (Fn. 9), Rn. 581; *Horn* (Fn. 6), Art. 2 Rn. 9; *Kahl* (Fn. 7), Rn. 89; *Kloepfer* (Fn. 9), § 56 Rn. 43; *Michael/Morlok* (Fn. 9), Rn. 418; *von Münch/Mager* (Fn. 7), Rn. 215; *Murswiek* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 137; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 404; *Starck* (Fn. 7), Art. 2 Rn. 49; *Stern* (Fn. 7), S. 979; *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 7), S. 212.

適用⁸⁰。例如在德國基本法中並沒有任何一個特別自由權條款保障「吸菸自由」，德國聯邦憲法法院在 2008 年作成的「旅館禁菸案」判決⁸¹中，便以德國基本法第 2 條第 1 項當作審查標準，檢驗巴登符騰堡邦以及柏林市的「不吸菸者保護法」（Nichtraucherchutzgesetz）關於「禁止在旅館內吸菸」的相關規定，是否對吸菸者的行為自由造成侵害⁸²。

（二）關於保障事項之承接問題

德國基本法第 2 條第 1 項要發揮承接功能而被拿來單獨適用，其前提在於，特別自由權條款對於待決之事實「未規定」。若特別自由權條款對於待決之事實「已設有規定」，那麼德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能便遭到阻斷，案件又回到法條競合（特別關係）的方式處理。然而，有疑問的是，究竟在什麼樣的情況下，可以認定特別自由權條款對待決之事實「已設有規定」，以致於德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能遭到阻斷，從而德國基本法第 2 條第 1 項不能被拿來適用呢？

在德國憲法學上，基本權條款的「規制領域」（Regelungsbereich）與「保障範圍」（Schutzbereich）乃是兩個不一樣的概念：基本權條款的「規制領域」是指，基本權條款涉及的生活領域；而基本權條款的「保障範圍」則是指，基本權條款要保障的生活領域⁸³。例如德國基本法第 8 條第 1 項規定：「任何德國人均有權和平且不攜帶武器集會，無須報備或獲得許可」⁸⁴，此一集會自由之保障條款，內容與集會有關，所以其「規制領域」乃是「集會」；但德國基本法第 8 條第 1 項卻只提到要保障「和平且不攜帶武器之集會」，所以其「保障範圍」並不及於一切集會，而僅侷限於「和平且不

⁸⁰ Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 28; Kahl (Fn. 42), S. 16; Kloepfer (Fn. 9), § 56 Rn. 43; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 10.

⁸¹ BVerfGE 121, 317 ff.

⁸² BVerfGE 121, 317 (359).

⁸³ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 222.

⁸⁴ 本項規定之德文原文為：Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

攜帶武器之集會」。由於德國基本法第 8 條第 1 項只提到要保障「和平且不攜帶武器之集會」，所以暴力集會雖然在德國基本法第 8 條第 1 項的「規制領域」內，但卻在本項規定對集會自由的「保障範圍」外，那麼，未被德國基本法第 8 條第 1 項保障範圍所涵蓋的暴力集會，能不能藉由德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能而受到保障，關鍵就在於：德國基本法第 8 條第 1 項是否對「暴力集會」設有規定。

對於這個問題，有德國學者主張，某一行為只要落在特別自由權條款的「規制領域」內，那就表示特別自由權條款對該行為已經設有規定，此時德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能即被阻斷，因此，該行為若在特別自由權條款的「保障範圍」內，固然沒有德國基本法第 2 條第 1 項之適用，而若該行為在特別自由權條款的「保障範圍」外，也同樣不能拿德國基本法第 2 條第 1 項當作保障依據⁸⁵。按照這樣的見解，德國基本法第 8 條第 1 項對集會已經設有規定（只保障和平不攜帶武器之集會），所以德國基本法第 2 條第 1 項對於一切集會均無適用之餘地，舉行或參與暴力集會的群眾從而不能主張其行為受德國基本法第 2 條第 1 項保障⁸⁶。不過，也有德國學者持反對見解認為，某一個行為若不在特別自由權條款的保障範圍內，那麼特別自由權條款對該行為即屬「未規定」，此時德國基本法第 2 條第 1 項即可發揮承接功能，對該行為提供憲法上之保障依據⁸⁷。依據這種見解，暴力集會可以因為德國基本法第 2 條第 1 項發揮承接功能，而受到一般自由權的保障（至於國家禁止人民舉行或參與暴力集會，是否具有憲法上之正當性，那是另一個層次的問題）⁸⁸。

⁸⁵ Horn (Fn. 6), Art. 2 Rn. 137; Kahl (Fn. 42), S. 19; Uwe Volkmann, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, JZ 2005, S. 261 (268); Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 179.

⁸⁶ 採此結論者：Berg (Fn. 47), Rn. 28; Hermann-Josef Blanke, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 2. Aufl., 2016, Art. 8 Rn. 46; Cornils (Fn. 35), Rn. 64; Christoph Gusy, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, 6. Aufl., 2010, Art. 8 Rn. 92; Horn (Fn. 6), Art. 2 Rn. 137; Kahl (Fn. 42), S. 19 f.; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art. 8 Rn. 126.

⁸⁷ Detterbeck (Fn. 8), Rn. 328; Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 28, 98; Epping (Fn. 9), Rn. 585; Hufen (Fn. 7), § 14 Rn. 16; Jarass (Fn. 7), Art. 2 Rn. 3; Kloepfer (Fn. 9), § 56 Rn. 43; Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 440; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 215; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 362.

⁸⁸ 採此結論者：Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 98; Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 440; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 363; Sachs (Fn. 9), B8 Rn. 6.

上述第一種見解，以較為限縮的態度看待德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能，凡是在特別自由權條款的「規制領域」內，德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能均被阻斷。相較之下，上述第二種見解，在承認德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能時態度較為寬鬆，只有在特別自由權條款的「保障範圍」內，德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能才會被阻斷。這兩種見解彼此立場相左，針鋒相對，何者較具說服力呢？就本文看來，其實兩種見解都有法學方法論上的論證瑕疵，簡單地說，第一種見解太過嚴格，而第二種見解又過於寬鬆。關於第一種見解太過嚴格的問題，可以舉德國基本法第 17 條為例來說明。德國基本法第 17 條規定：「任何人均有權個別或共同以書面方式，向主管機關或民意代表機關提出陳情或異議」⁸⁹。此一請願權（Petitionsrecht）之保障規定，乃是以「請願」為其「規制領域」，而「保障範圍」則侷限於「書面請願」。若依照第一種見解，由於德國基本法第 17 條的「規制領域」涉及「請願」，所以本條已經對「請願」設有規定，德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能從而在「請願」的範圍內被阻斷。一方面，依照德國基本法第 17 條明確的文義，非書面之請願行為不在德國基本法第 17 條的保障範圍內；另一方面，在第一種見解的推導下，德國基本法第 2 條第 1 項之承接功能又因為遭到基本法第 17 條「規制領域」阻斷，無法對非書面請願行為提供保障依據。如此一來，非書面請願竟成了不受德國基本法保障的行為。雖然德國基本法第 17 條的保障範圍僅及於「書面請願」，但在法學方法論上，似乎無法透過對德國基本法第 17 條進行反面論證（argumentum e contrario, Umkehrschluss），而得出「德國基本法顯然不欲保障非書面請願」的結論。上述第一種見解，在承認德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能時太過嚴格，導致德國基本法並未顯然不予保障之行為（可能只是特別自由權條款對該行為漏未保障，或制憲當時對於是否保障該行為尚抱持觀望態度），也跟著被排除在德國基本法第 2 條第 1

⁸⁹ 本條規定之德文原文為：Jedermann hat das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden.

項的保障範圍外，有違制憲者設置德國基本法第 2 條第 1 項對自由提供概括保障之初衷。

至於上述第二種見解，則是對德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能作了過於寬鬆的認定。以德國基本法第 8 條第 1 項為例，本項的保障範圍僅侷限於「和平及不攜帶武器之集會」，依照第二種見解，德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能僅在「和平及不攜帶武器之集會」此一範圍內被阻斷，所以暴力集會雖然不受德國基本法第 8 條第 1 項保障，但仍可適用德國基本法第 2 條第 1 項之一般自由權保障規定。然而問題是，制憲者在德國基本法第 8 條第 1 項使用了「和平及不攜帶武器」此一構成要件，顯然是要藉此宣示「非和平集會不受基本法保障」的價值⁹⁰，對於制憲者透過德國基本法第 8 條第 1 項明顯不欲保障的「暴力集會」，何以卻能在（同樣是制憲者制定的）德國基本法第 2 條第 1 項找到保障依據？上述第二種見解在推導德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能時，在法學方法論上忽略了應該要在德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款之間進行體系解釋（*systematische Auslegung*），以致於讓特別自由權條款顯然不欲保障的行為，全部受到德國基本法第 2 條第 1 項保障，造成德國基本法成為一部價值自我衝突矛盾的憲法⁹¹。更何況，若完全不考慮特別自由權條款是否已透過構成要件明顯表示出「不欲保障」的價值，而認為一切未被特別自由權條款保障範圍涵蓋的行為，都可以納入德國基本法第 2 條第 1 項的保障範圍，那麼特別自由權條款的存在就顯得毫無意義可言，同時也不免讓人納悶，是否整部德國基本法的自由權保障規定都可悉數刪除，只要留下德國基本法第 2 條第 1 項即可⁹²。

⁹⁰ Berg (Fn. 47), Rn. 29; Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 252.

⁹¹ 對此之批評：Kahl (Fn. 42), S. 20 ff.

⁹² 相同質疑：Kahl (Fn. 42), S. 20.

總而言之，上述第一種以及第二種見解，前者失之過嚴，而後者則失之過寬。就本文看來，關於德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能是否遭到阻斷，比較好的論理應該是：某一行為或生活領域，若未被特別自由權條款的保障範圍所涵蓋，而且特別自由權條款已經顯然表現出「不欲對其保障」的價值（而非只是漏未保障或抱持觀望態度而已），則特別自由權條款對該行為或生活領域即屬「已設有規定」，從而德國基本法第 2 條第 1 項之承接功能即遭阻斷，不能以德國基本法第 2 條第 1 項當作該行為或生活領域之保障依據。

（三）關於保障主體之承接問題

特別自由權條款的構成要件可分成兩個部分，第一個部分是表明該條款對「何種事項」提供保障（關於保障事項之要件），第二個部分則是表明「對誰」提供該事項之保障（關於保障主體之要件）。就特別自由權條款保障的主體而言，德國基本法第 8 條第 1 項（集會自由）、第 9 條第 1 項（結社自由）、第 11 條第 1 項（遷徙自由）以及第 12 條第 1 項（職業自由）的構成要件明文規定，該條款之自由權主體並非任何人（Jeder），而是德國人（Deutsche）。由於非德國人不在這幾個特別自由權條款的保障範圍內，所以前述的問題又再度出現：德國基本法第 2 條第 1 項能否發揮其承接功能，對非德國人提供相同事項之保障？還是說，這幾個特別自由權條款既然針對保障主體已有明確規定，從而德國基本法第 2 條第 1 項的承接功能即被阻斷，非德國人因此不能適用德國基本法第 2 條第 1 項同樣享有這些「德國人的自由權」。

德國聯邦憲法法院在 1988 年作成的「自然醫療師法案」裁定⁹³中，清楚指出：「德國基本法第 12 條第 1 項雖然不適用於外國人，但這並不表示，外國人在此一領域不受憲法保障。就體系正義而言，外國人之職業活動毋

⁹³ BVerfGE 78, 179 ff.

寧可透過德國基本法第 2 條第 1 項具補充性的一般自由權保障之」⁹⁴。質言之，德國聯邦憲法法院認為，非德國人不在德國基本法第 12 條第 1 項的保障範圍內，所以德國基本法第 2 條第 1 項可發揮承接功能，對非德國人之職業活動提供保障⁹⁵。

不過，德國聯邦憲法法院的此番見解，被 Prof. Kahl 在 2000 年出版的著作中批評為「完全無視於德國基本法第 12 條第 1 項之文義」⁹⁶。依照 Prof. Kahl 的看法，德國基本法第 12 條第 1 項規定職業自由之權利主體為「德國人」，並非對外國人的職業自由「未設規定」，而是有意藉此消極地規定「非德國人並非職業自由之權利主體」，既然德國基本法第 12 條第 1 項對於職業自由之權利主體已設有規定（對德國人設有積極規定，對非德國人設有消極規定），則德國基本法第 2 條第 1 項之承接功能即遭阻斷，不能再透過德國基本法第 2 條第 1 項對非德國人之職業活動提供保障⁹⁷。雖然「禁止歧視」乃是各種國際人權法的核心內容，但 Prof. Kahl 認為，國際法的位階低於德國基本法⁹⁸，既然德國基本法第 12 條第 1 項對「不保障

⁹⁴ BVerfGE 78, 179 (196). 德國聯邦憲法法院在 2001 年所作的「儀式屠宰案」判決（BVerfGE 140, 337 ff.）中，仍持相同見解，而清楚指出：「憲法訴願人並非德國人，而是土耳其人，故其職業活動不受德國基本法第 12 條第 1 項保障。對憲法訴願人職業活動提供保障之規範，毋寧乃是德國基本法第 2 條第 1 項」（BVerfGE 140, 337 (346)）。

⁹⁵ 採此見解者：Cornils (Fn. 35), Rn. 62; Detterbeck (Fn. 8), Rn. 278; Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 46; Hufen (Fn. 7), § 35 Rn. 11; Jarass (Fn. 7), Art. 12 Rn. 12; Kloepfer (Fn. 9), § 70 Rn. 51; Thomas Mann, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., 2014, Art. 12 Rn. 33; Gerrit Manssen, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., 2010, Art. 12 Rn. 266; Michael/Morlok (Fn. 9), Rn. 442; von Münch/Mager (Fn. 7), Rn. 573; Murswiek (Fn. 7), Art. 2 Rn. 139; Martin Nolte, in: Klaus Stern/Florian Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., 2016, Art. 12 Rn. 56; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn. 7), Rn. 134; Sachs (Fn. 9), B2 Rn. 44; Hans-Peter Schneider, Berufsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V, 2013, § 113, Rn. 47; Schmalz (Fn. 7), Rn. 54; Stern (Fn. 7), S. 985. 亦有學者認為，非德國人之職業活動雖可適用德國基本法第 2 條第 1 項受到保障，但保障程度較德國基本法第 12 條第 1 項來得弱，質言之，在審查國家措施對非德國人職業活動造成的干預是否合憲時，以一般比例原則審查即可，無須使用較嚴格的「干預職業自由之三階段理論」，就此參見：Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 172.

⁹⁶ Kahl (Fn. 42), S. 23. 與 Prof. Kahl 同採反對立場者：Starck (Fn. 7), Art. 2 Rn. 44 f.

⁹⁷ Kahl (Fn. 42), S. 22 f. 不過值得注意的是，Prof. Kahl 在 2013 年的出版著作中，似已改變見解，認為外國人可透過德國基本法第 2 條第 1 項，而在「德國人基本權」的領域內獲得符合法治國原則的最低保障（Kahl (Fn. 7), Rn. 38）。

⁹⁸ 德國基本法第 25 條規定：「國際法之一般規定乃是聯邦法之組成部分。其位階高於法律，並對聯邦疆域內之居民直接創設權利與義務」（Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes）。依據德國基本法第 25 條之規定，國際法之一般規定在德國乃是聯邦法的一環，而其位階高於聯邦法律，但低於德國基本法（BVerfGE 37, 271 (279); Detterbeck (Fn. 8), Rn. 25; Jarass (Fn. 7), Art. 25 Rn. 17; Zippelius/Würtenberger (Fn. 7), S. 509）。

非德國人之職業活動」已經設有（消極）規定，當然不能再拿國際人權法「禁止歧視」的相關規定要求對德國基本法的自由權保障條款作「合於國際法之解釋」（*völkerrechtskonforme Auslegung*），否則國際人權法將凌駕於德國基本法之上⁹⁹。就 Prof. Kahl 看來，國際人權法「禁止歧視」的相關規定於此處能發揮的影響力，頂多只是在解釋德國基本法時，應盡量作成「對國際法友善之解釋」（*völkerrechtsfreundliche Auslegung*）而已，但「對國際法友善」本身太過模糊不明，能否拿「對國際法友善之解釋」來突破德國基本法第 12 條第 1 項明確的文義，以達成相當程度的憲法續造，Prof. Kahl 對此仍抱持懷疑的態度¹⁰⁰。就 Prof. Kahl 看來，非德國人的職業活動要適用德國基本法第 2 條第 1 項獲得保障，只有一種情形，那就是不具德國國籍之當事人具有歐盟公民的身分¹⁰¹。就此，Prof. Kahl 的論證是，德國基本法第 23 條第 1 項第 1 句提到「實現歐洲整合」乃是德國的國家目標，而且從歐洲共同體條約（*Treaty establishing the European Economic Community, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, EGV*）¹⁰²第 10 條規定之「歐洲共同體忠誠原則」（*Prinzip der Gemeinschaftstreue*）¹⁰³可導出「合於歐洲法之解釋原則」（*Grundsatz der europarechtskonformen Auslegung*），由於歐洲共同體條約第 12 條對於「禁止在歐盟領域為國籍歧視」已有明文規定¹⁰⁴，那麼在解釋德國基本法關於基本權的保障條款時，即應遵循「合於歐洲法解釋原則」，但德國基本法第 12 條第 1 項的文義又清楚將權利主

⁹⁹ Kahl (Fn. 42), S. 23.

¹⁰⁰ Kahl (Fn. 42), S. 23 f.

¹⁰¹ Kahl (Fn. 42), S. 24.

¹⁰² 歐洲共同體條約自 2009 年 12 月 1 日起，已被「歐盟運作條約」（*Treaty on the Functioning of the European Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV*）所取代。

¹⁰³ 歐洲共同體條約第 10 條第 1 項規定：「成員國為履行源自本條約或共同體組織之行為而生之義務，應採取一切必要之一般或特別類型之措施」（*Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben*）。2009 年 12 月 1 日起，歐洲共同體條約被歐盟運作條約取代後，歐洲共同體條約第 10 條第 1 項亦遭廢止，取而代之的是在「歐盟條約」（*Treaty on European Union, Vertrag über die Europäische Union, EUV*）第 4 條第 3 項另訂條文內容幾乎一模一樣的「歐盟忠誠原則」。

¹⁰⁴ 歐洲共同體條約第 12 條第 1 項規定：「在不牴觸本條約之特別規定情況下，於本條約之適用領域內禁止一切以國籍為由之歧視」（*Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten*）。此一「禁止歧視」之規定，自 2009 年 12 月 1 日起，被歐盟運作條約第 18 條取代（條文內容幾乎完全相同）。

體侷限於「德國人」而無解釋空間，所以不具德國籍之歐盟公民，其職業活動得適用德國基本法第 2 條第 1 項受到保障。

Prof. Kahl 對於德國聯邦憲法法院見解的批評，以及其關於「不具德國籍之歐盟公民權利保障」的論證，基調均為：德國基本法第 12 條第 1 項（以及其他同屬「德國人自由權」的規定），其文義清楚明確將權利主體侷限於「德國人」，所以可以看出制憲者有意排除非德國人享有該條款保障之權利，非德國人一方面無論如何都不能適用德國基本法第 12 條第 1 項，另一方面原則上（歐盟公民例外）也不能適用德國基本法第 2 條第 1 項獲得與「德國人自由權」相同之保障，否則不但不符德國基本法第 12 條第 1 項清楚的文義，也造成德國基本法第 2 條第 1 項與第 12 條第 1 項彼此之間的價值衝突矛盾。然而本文認為，Prof. Kahl 的論證始終建立在一個前提上，那就是「德國基本法第 12 條第 1 項只保障德國人」等於「德國基本法不保障外國人的職業活動」，但這個前提（或者說，這個等號）本身能否成立，非常可疑。就像本文前面提到的¹⁰⁵，特別自由權條款依其文義未提供保障，有可能是「漏未保障」，也可能是「在制憲當時對於是否保障尚持觀望態度」，未必等於「制憲者有意排除保障」。基於「自由推定原則」（*in dubio pro libertate, Freiheitsvermutung*）¹⁰⁶，任何主張「不受自由權條款保障」的論者，應負起舉證論理責任，透過詳盡且具說服力之說理將「自由推定」予以推翻。但可惜的是，就本文看來，Prof. Kahl 並沒有論證（以及反駁）德國基本法第 12 條第 1 項對於非德國人是否只是「漏未保障」或「制憲時對於是否保障尚抱持觀望態度」，便率然指出「德國基本法第 12 條第 1 項文義很清楚，不保障非德國人」，結論似乎是下得太快了一點，也沒有盡到應負之舉證論理責任。更何況，就算條文的文義再怎麼清楚將權利主體侷限於「德國人」，從法學方法論的角度觀之，「清楚的文義」從來就不是牢不可破的鐵板一塊，因為規範的適用始終存在著「類推」（*Analogie*）

¹⁰⁵ 請見本文前述「肆、一、（二）」。

¹⁰⁶ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 517 f.

的可能性¹⁰⁷。只不過，由於德國基本法第 2 條第 1 項可以發揮承接功能，對特別自由權條款未保障的主體提供保障，使德國基本法對基本權的保障呈現「無漏洞」的狀態，所以才沒有使用「類推」方法的空間罷了（既然沒有法律漏洞，也就沒有使用「類推」方法填補法律漏洞的空間）。

二、德國基本法第 2 條第 1 項之保障補充功能 （Schutzergänzungsfunktion）

（一）意義

某一個行為或生活領域，雖然僅一部份被特別自由權條款的保障範圍涵蓋，不過，由於德國基本法第 2 條第 1 項對自由提供廣泛概括之保障，所以未被特別自由權條款保障範圍涵蓋的其他部分，仍然可以受到德國基本法第 2 條第 1 項保障。由於在這種情況下，德國基本法第 2 條第 1 項乃是基於「補充特別自由權條款保障不足之處」而被拿來適用，所以有德國學者稱之為德國基本法第 2 條第 1 項之「保障補充功能」¹⁰⁸。本文前面提到的「承接功能」¹⁰⁹，乃是特別自由權條款對某一行為或生活領域完全未提供保障，所以單獨適用德國基本法第 2 條第 1 項作為保障依據；至於「保障補充功能」，則是特別自由權條款對某一行為或生活領域僅提供部分保障，而該行為或生活領域未被特別自由權條款保障到的部分，則由德國基本法第 2 條第 1 項予以補充保障，所以會同時合併適用特別自由權條款以及德國基本法第 2 條第 1 項。另外，德國基本法第 2 條第 1 項發揮「保障補充功能」而被適用，也與「想像競合」不同：想像競合乃是「平行適用」數個相競合的規範，這些相競合的規範在適用時彼此各自獨立，並未結合在一起，簡單地說，就是適用了 A 規範後，又適用了 B 規範；至於德國基

¹⁰⁷ 亦即以平等原則為基礎，讓不符法條文義的事實，也能適用法條的法律效果，以填補規範漏洞（就此在法學方法論上的一般性說明，可參見：Zippelius (Fn. 46), S. 55 f.）。

¹⁰⁸ Cornils (Fn. 35), Rn. 61; Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 40; Kahl (Fn. 42), S. 12 f.; Stern (Fn. 7), S. 980.

¹⁰⁹ 請見本文前述「肆、一」。

本法第 2 條第 1 項發揮「保障補充功能」而被適用，則是德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款結合在一起而「合併適用」，簡單地說，就是適用「A + B」這個規範。由於德國基本法第 2 條第 1 項發揮「保障補充功能」而被適用，涉及「特別自由權條款結合德國基本法第 2 條第 1 項」，所以會創設出新的基本權，此一新基本權就像雙面神（Januskopf）一樣，擁有兩個保障依據，缺一不可¹¹⁰。

觀察德國聯邦憲法法院歷來的裁判，合併適用德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款，此種情況不算少見¹¹¹。以晚近的裁判而言，例如德國聯邦憲法法院在 2013 年作成的「接續收養案」判決¹¹²中，認為德國基本法第 2 條第 1 項結合第 6 條第 2 項第 1 句（Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG）賦予兒童有權「要求國家保障其能受到雙親養育」（Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung）¹¹³。由於德國基本法第 6 條第 2 項第 1 句僅保障父母對兒童之教養權¹¹⁴，就兒童之權利而言並未提供充足之保障，所以德國聯邦憲法法院透過「兒童有權自由發展其人格」的說理，讓德國基本法第 2 條第 1 項發揮「保障補充功能」，填補德國基本法第 6 條第 2 項「有部分保障，但保障不足」之缺漏。德國聯邦憲法法院在此使用的法學技巧，乃是結合兩個基本權條款（德國基本法第 2 條第 1 項結合第 6 條第 2 項第 1 句），創設出一個新的基本權（兒童要求國家保障其能受到雙親養育之權）。此一新基本權無法單獨從特別自由權條款或是單獨從德國基本法第 2 條第 1 項導出，而是以法官造法的方法，合併適用德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款，產生一個基本法上沒有提到的新基本權。

¹¹⁰ Kahl (Fn. 42), S. 13.

¹¹¹ 就此之適例，可參見：Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 40 mit Fn. 180.

¹¹² BVerfGE 133, 59 ff.

¹¹³ BVerfGE 133, 59 (73 ff.).

¹¹⁴ 本句之規定為：「教養兒童乃是雙親之自然權利，亦是雙親應負之最高義務」（Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.）。

（二）雙面基本權之審查問題

在德國基本法第 2 條第 1 項發揮其「保障補充功能」而與特別自由權條款相結合後，由此導出的新基本權便成了雙面基本權，同時擁有兩個保障依據，而且這兩個保障依據由於（被法官）以「合併適用」的方法結合在一起，所以彼此無法分割。如此一來，釋憲者在審查這樣的雙面基本權案件時，便會產生一些特殊的問題。

第一個問題是，雙面基本權的審查重點以及最後之決定宣告均不明確。對於這一點，Prof. Dreier 便批評指出¹¹⁵，德國聯邦憲法法院將德國基本法第 2 條第 1 項與特別自由權條款相結合後予以合併適用，在審查由此而生之雙面基本權有無遭到系爭國家措施侵害時，究竟應該將審查重點擺在德國基本法第 2 條第 1 項，還是應該將審查重點擺在特別自由權條款？而若最後德國聯邦憲法法院審查確認雙面基本權確實遭到系爭國家措施侵害，在作違憲宣告時指出「系爭國家措施侵害由德國基本法第 2 條第 1 項結合特別自由權條款而生之雙面基本權」，那麼系爭國家措施抵觸的究竟是德國基本法第 2 條第 1 項？還是特別自由權條款？還是德國基本法第 2 條第 1 項以及特別自由權條款均被抵觸？這樣的處理方法實在充滿了不明確性¹¹⁶。對於這樣的批評，Prof. Kahl 則是認為，此等不明確的問題，可以透過合併適用時的前後排序技巧解決¹¹⁷。依照 Prof. Kahl 的想法，德國聯邦憲法法院應該於確定審查重點要擺在「德國基本法第 2 條第 1 項」還是「特別自由權條款」後，指明雙面基本權的保障依據時，先援引主要之基本權條款，然後再援引次要的基本權條款。例如若要將審查重點擺在德國基本法第 2 條第 1 項，那麼便以「德國基本法第 2 條第 1 項結合特別自由權條款」指明雙面基本權的保障依據；反之，若要將審查重點擺在特別自由權條款，

¹¹⁵ Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 40.

¹¹⁶ 類似之批評亦可參見：Schmalz (Fn. 7), Rn. 360.

¹¹⁷ Kahl (Fn. 42), S. 13 f.

則以「特別自由權條款結合德國基本法第 2 條第 1 項」指明雙面基本權之保障依據。如此一來，透過前後順序之安排，應可清楚顯示出「何者為主，何者為副」，並彰顯出其審查重點究竟會擺在何處，從而有助於提升「法明確性」以及「法安定性」¹¹⁸。不過，就本文看來，這恐怕只是 Prof. Kahl 個人一廂情願的想法，因為德國聯邦憲法法院似乎無意透過合併適用時前後順序之安排，彰顯其審查重點。就拿前述德國聯邦憲法法院在 2013 年作成的「接續收養案」判決¹¹⁹為例，德國聯邦憲法法院提到「兒童要求國家保障其能受到雙親教養之權」時，指明其保障依據為「德國基本法第 2 條第 1 項結合第 6 條第 2 項第 1 句」，但細讀整個判決，不難發現，德國聯邦憲法法院的論證重點其實擺在德國基本法第 6 條，至於德國基本法第 2 條第 1 項則只是輕描淡寫帶過而已。

另一個在審查雙面基本權時會遇到的問題則是，雙面基本權之限制究竟應該適用何種「保留」模式。如前所述，德國基本法中的各種自由權條款，其法律效果在「自由權限制」的部分，有各種不同的「保留」模式¹²⁰。由於雙面基本權擁有兩個「不可分割」的保障依據，在審查系爭國家措施對雙面基本權之限制能否阻卻違憲時，必須檢驗該限制是否符合各該自由權條款要求之「保留」模式。就此而言，德國基本法第 2 條第 1 項乃是「一般法律保留」之自由權，而一旦與德國基本法第 2 條第 1 項相結合的是「加重法律保留之自由權」，甚至是「受無保留保障之自由權」，則關於雙面自由權之限制，究竟應該適用門檻較低的「一般法律保留」，還是門檻較高的「加重法律保留」甚至是「無保留保障」，德國聯邦憲法法院迄今對此仍無提出明確之答案¹²¹。

¹¹⁸ Kahl (Fn. 42), S. 14.

¹¹⁹ BVerfGE 133, 59 ff.

¹²⁰ 請參見本文前述「參、一」，以及前揭註 48、49、50、52。

¹²¹ Prof. Schenke 認為，此種雙面基本權的出現，不能導致基本權原本受保障的強度被削弱，而應該讓基本權的保障更為強化才是 (Schenke (Fn. 78). S. 254)。若依照這樣的見解，原本受保障程度較高的「強基本權」與原本受保障程度較低的「弱基本權」相互結合成為新的「雙面基本權」，法院在審查國家措施對此一「雙面基本權」之干預是否合憲時，應該採取原本適用於「強基本權」的高門檻標準。

三、德國基本法第 2 條第 1 項之保障媒介功能 (Schutzvermittlungsfunktion)

德國基本法第 2 條第 1 項的適用餘地，除了上述「單獨適用」（承接功能）以及「與特別自由權條款合併適用」（保障補充功能），也可能與憲法上的客觀原則合併適用，此等情形被學者稱為德國基本法第 2 條第 1 項之「保障媒介功能」¹²²。在德國聯邦憲法法院歷來的裁判中，曾與德國基本法第 2 條第 1 項相結合而合併適用的憲法客觀原則，至少包括：民主原則¹²³、法治國原則¹²⁴、社會國原則¹²⁵。德國聯邦憲法法院將德國基本法第 2 條第 1 項結合憲法上客觀原則並予以合併適用，除了因此（像前述「保障補充功能」一樣）創設出基本法未明文規定的新基本權之外，由此而生的新基本權由於保障依據部分來自憲法上的客觀原則，更使得憲法上的客觀原則出現「主觀權利化」的現象¹²⁶。例如德國聯邦憲法法院在 2012 年作成的「禁止上市之整體類推案」判決¹²⁷中，將德國基本法第 2 條第 1 項結合德國基本法第 20 條第 3 項之法治國原則（Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG），而導出人民有「請求法官不得逾越法律續造之界限，應依據法律審判」之司法請求權¹²⁸，從而原本僅具客觀原則性質的德國基本法第 20 條第 3 項「司法權應受法律拘束」規定，也就產生「主觀權利化」的質變，成為此一新基本權的請求權依據。

¹²² Kahl (Fn. 42), S. 27 ff. 但另有學者將此種情形也視為是「保障補充功能」的一種，例如：Dreier (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 40.

¹²³ BVerfGE 64, 280 (214).

¹²⁴ BVerfGE 111, 54 (81); 132, 99 (127).

¹²⁵ BVerfGE 115, 25 (41 f.).

¹²⁶ Kahl (Fn. 42), S. 27 f.

¹²⁷ BVerfGE 132, 99 ff.

¹²⁸ BVerfGE 132, 99 (126 ff.).

伍、結語

德國基本法第 2 條第 1 項的適用問題，向來被以「一般自由權」、「自由權的概括保障條款」、「特別關係」、「特別自由權條款應優先適用」、「補充性」等術語簡單帶過，但其背後隱含的諸多問題，恐怕遠比想像中來得複雜許多。對於德國法上概括性權利保障條款之解釋與適用，本文提出若干不成熟的觀察研究心得如上，希望對我國憲法學術理論以及釋憲實務在參考德國法的經驗時，能提供微薄之幫助，並敬請各界不吝指正賜教。最後，本文想要提出的一個反思是：憲法上的自由權概括保障條款，對於基本權理論的發展而言，究竟是危機還是轉機？自由權概括保障條款的存在，固然解決了特別自由權條款保障不足的窘境，使憲法的基本權規定能在不動用「類推」的方法下，得以不斷與時俱進，將各種不在特別自由權條款文義範圍內的行為納入憲法基本權的保障網。但是，會不會因為自由權概括保障條款的存在，導致在解釋「人民的行為是否受特別自由權條款保障」時，不再力求將特別自由權條款的保障範圍盡量解釋到極限（規范文義所能承載的最大範圍），便匆匆奔向自由權概括保障條款的懷抱¹²⁹，最後造成基本權「各論」的貧乏空洞化？這樣的基本權理論危機，雖然目前在我國尚無發生的徵兆，但卻不能不謹慎看待。

¹²⁹ 若將基本權概括保障條款當成是基本權中的「母權」（Muttergrundrecht, so *Cornils* (Fn. 35), Rn. 66; *Dreier* (Fn. 7), Art. 2 I Rn. 21），那這種情形大概就是：匆匆奔向媽媽的懷抱。