

社會科學在憲法解釋中的功能與侷限

張嘉尹

東吳大學法律學系專任特聘教授

1. 問題的提出.....	48
2. 憲法解釋的特質	49
3. 將社會科學納入憲法解釋的途徑一：「社會模型」與 憲法理解	54
3.1. 憲法預設的社會模型.....	54
3.2. 基本權理論	56
3.3. 憲法理論	58
4. 將社會科學納入憲法解釋的途徑二：憲法理論與「結果 考量」	62
4.1. 法律論證正當化作為觀察架構	62
4.2. 作為一般實踐論證的「結果考量」	65
5. 社會科學在部門憲法學中的角色.....	67
5.1. 部門憲法學	67
5.2. 部門憲法的橫向體系化	68
5.3. 部門憲法的縱向體系化	70

1. 問題的提出

在憲法解釋時，是否可以以及在何種範圍內可以納入立法事實考量的問題，曾經在我國法學界引起討論，黃舒芃與邱文聰分別撰寫論文，以大法官釋字的 584 號解釋為例，探討立法事實在大法官進行違憲審查時，可否作為解釋所依據的論據¹。兩文看似針鋒相對，實則探討之核心問題並無二致。黃舒芃對於該號解釋的最主要批評，便是認為大法官以立法事實取代了應有的規範論證，而邱文聰是希望透過論證的架構，立法事實在解釋形成的過程中找到一席之地。

上述兩篇論文所探討的課題，其實涉及一個更具普遍性的議題，亦即經驗事實陳述能否納入以及如何納入法律論證的問題，若以法律論證理論所提供的論證正當化架構來觀察，黃舒芃指出，大法官並未對於「內部證成」與「外部證成」進行充分的說理，邱文聰則主張，可將實證科學關於事實的研究成果，納入「外部證成」的普遍實踐論證類型中，而得到解決。

在憲法解釋中可否以及如何納入立法事實的考量，本質上就是一個憲法領域中科際整合研究的問題，亦即如何在憲法學與社會科學之間進行科際整合研究 (interdisciplinary studies) 的問題。在過去的研究中，我曾經指出「科際整合」這個中文概念並不是對於 interdisciplinary studies 的一個恰當翻譯，因為這類的法律學與其他學科之間的跨領域 (inter-discipline) 研究，並沒有產生兩者之間任何真正意義上的「整合」(integration)，因此翻譯為「跨領域研究」或是「跨學科研究」方屬適切²。當然，除了專門術語的正確翻譯之外，更重要的是以法學知識建構過程作為觀察對象，探討各種跨領域的關係。其實在更早之前，我曾以「結果考量」為論文主題，已經探討過憲法解釋中的跨學科合作的問題，我認為作為「一般實踐論證」（「普遍實踐論證」）特殊類型的「結果考量」論證，乃是法律思維與社會科學

1 黃舒芃，數字會說話？—從大法官釋字第 584 號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，變遷社會中的法學方法，2009 年，頁 127-171（原發表於中研院法學期刊，第 1 期，2007 年 9 月，頁 1-43）。邱文聰，被忽略的（立法）事實：探討實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第 584 號解釋，臺大法學論叢，37 卷 2 期，2008 年 6 月，頁 233-284。

2 張嘉尹，憲法之「科技整合」研究的意義與可能性 - 一個方法論的反思，憲法學的新視野（二）－憲法科際整合研究的理論與實踐，2025 年 3 月，增訂再版，頁 3-44。（原發表於：世新法學，3 卷第 2 期，2010 年月，頁 1-49。）

進行跨學科合作的契機，並主張為了「結果考量」的合理性，必須在「結果考量」與憲法原則之間建立一種回饋關聯，並以憲法原則為其衡量準則³。在處理「部門憲法學」中引進事實領域研究成果時，我認為必須以「憲法—憲法理論—『結果考量』」的相互關聯為導向，在其中，憲法理論提供建構「社會模型」所需的事實資料，「結果考量」提供解釋社會後果的評估與預測。

本文將首先探討憲法解釋的特質，其後從三個不同但相關的理論脈絡：作為憲法解釋前理解的社會模型、作為憲法論證正當化的「結果考量」、部門憲法學的部門建構與體系化，探討社會科學對於憲法解釋的可能貢獻。

2. 憲法解釋的特質

在本文進一步考察，社會科學（或有關於社會事實的知識）在憲法解釋與憲法論證時所扮演的角色與其侷限前，有必要先對於憲法解釋的特性做一個初步闡釋。

憲法解釋既是法解釋的一種，但是又不同於一般的法解釋，一般針對法解釋發展出來的法學方法論，就有可能因為憲法規範的特質與憲法解釋的獨特難題，而無法直接適用，尤其是針對高密度法典化發展出來的民法解釋學與刑法解釋學，在憲法領域可能會遭遇到結構性的挑戰，因而無法在發揮其表面上的功用，例如協助法文本意義的確定。在民法領域或刑法領域發展的法律解釋學，無法全然適用於憲法解釋。雖然各個法領域有其各自的特性，法解釋學因此並非鐵板一塊，而必須針對不同法領域特性發展出其各自的法解釋學。這個說法尤其特別適用於公法領域，因為公法領域跟民刑法領域有一個重大的差異，主要在於民法與刑法都是具有高密度法典化的法領域，而且通常最重要的法典都處於一般法律層面，但是公法卻是一個跨憲法、行政法、行政命令與行政規則的法領域。

如果將討論範圍限縮到憲法領域的話，對於憲法學而言，很清楚的是許多重要事項都是憲法沒有明文規定的，無論是基本權的領域，還是立基

³ 張嘉尹，憲法解釋、憲法理論與「結果考量」—憲法解釋方法論的問題，憲法學的新視野（一）—憲法理論與法學方法，2012年10月，頁87-120（原發表於：憲法解釋之理論與實務第三輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁1-32。）

於權力分立原則的國家組織法領域都一樣，在這個低密度法典化的憲法領域，因此就有需要發展一套不同於高密度法典化法領域的方法論與解釋學。此外，憲法解釋所涉及的亦非只是憲法規範的層面，尤其是討論憲法解釋時，通常涉及一個具體的違憲審查制度脈絡，無論是屬於集中審理制或是分散審理制，因此所討論的憲法解釋常常意味著對於法規範或是對於裁判的憲法審查。再者，憲法規範如同一切法規範，都不可避免的具有時間面向，然而憲法規範所涉及的時間面向可能是更長期的，加以在事物面相上，憲法規範較於一般法律規範，更加的空洞與更具有彈性，因此在進行憲法解釋時，更需要創造性的具體化或是建構。

上述對於憲法解釋特質的簡要說明，並非憑空想像，亦非僅憑理論性的推論而來，因為無論是從 1958 年起，在德國所發生長達 20 年的憲法解釋理論論戰⁴，還是從 1975 年開始，在美國，由原意主義 (originalism) 的主張所挑起，歷經幾代學者，迄今超過半個世紀而尚未平息的憲法解釋理論論戰看來⁵，憲法解釋學與一般的法解釋學都有相當的差異。

德國法學方法論常將法律解釋 (Interpretation des Gesetzes) 與法續造 (Rechtsfortbildung) / 漏洞補充 (Ausfüllung der Lücken) 兩者做清楚的劃分，並透過所謂的文義來確定兩者的界線，在文義以內的屬於解釋，超出文義範圍的就是續造，然而問題的解決如果有這麼清楚就好了。將法解釋與漏洞填補區分開來，在德國法學方法論的領域雖然是很典型的想法，但是也是很教條的講法，說這組概念區分是教條有兩個意思，其一是指許多傳統法學方法論都接受這樣的區分，其二則是指出，這樣的區分建立在一些沒有被仔細檢驗的前提下，而且這些前提不一定能成立，除非這些前提能夠被證明為有理由、有根據、正確的，否則這樣區分的知識地位僅僅是教條。

4 這個論戰首先由 Ernst Forsthoff 所開啟，他嚴厲批判當時德國聯邦憲法法院基於價值秩序理論所為的基本權解釋，將法院所持方法論立場稱為「精神科學（人文科學）——價值層級方法」 (geisteswissenschaftlich-werthierarchische Methode)，並呼籲要回歸「法律方法」 (juristische Methode)，參閱 Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Dreier/Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1. Aufl., 1976, S. 5 ff.，當時許多著名公法學者皆加入戰局，例如 H. Ehmke、A. Hollerbach、Martin Kriele、Peter Lerche, Friedrich Müller，相關論文可參閱 Dreier/Schwegmann 所編前揭論文集。有關該論戰的始末分析，參閱 Dreier, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Dreier/Schwegmann (Hrsg.), ebd., 1. Aufl., 1976, S. 14 ff.

5 美國憲法解釋理論圍繞在新原意主義 (new originalism) 的論爭，可參閱 LAWRENCE B. SOLUM & ROBERT W. BENNETT, CONSTITUTIONAL ORIGINALISM: A DEBATE (2011) 一書。

將前述見解運用在憲法解釋，本文並非主張不可以使用憲法解釋 / 憲法續造的區分，然而由於這組區分往往是論證與解釋的結果，因此有必要很謹慎的論證，否則就容易陷入形式主義與循環論證的謬誤了。形式主義的意思是說，很武斷的決定，哪一種解釋還在憲法解釋範圍內，哪一種憲法解釋實際上已經屬於憲法續造。

如果可以將憲法解釋 / 憲法續造的討論，銜接到美國憲法解釋理論中新原意主義 (new originalism) 的討論，則我們會發現，至少在抽象的問題結構上相當近似。鑑於舊原意主義對於制憲者或批准者原始意圖的堅持，而遭遇到的種種批評，新原意主義主張，不再是原始意圖，而是原始公共意義 (original public meaning)，才是判斷憲法解釋是否正確的標準，亦即憲法文本的意義在制定的時期就固定下來，這就是所謂的意義固定命題。除了意義固定命題之外，新原意主義的另一個重要教條是「解釋 / 建構」 (interpretation/construction) 的區分，這個區分與前述「憲法解釋 / 憲法續造」的區分相當類似。

新原意主義者對於「解釋 / 建構」的區分並沒有一致的定義，Keith E. Whittington 作為新原意主義理論的重要代表人物，他首先使用「新原意主義」的概念⁶，並首度提出解釋與建構的區分，他認為這兩者是截然不同的兩種憲法解釋方式，而且還相應於權力分立中的不同權力機關，前者主要是指法官對於憲法的解釋，是相當常見的一種發現憲法文本意義的過程，或是把憲法文本轉譯為一個特別有用的新公式，讓案件得以適用於其上；後者則是司法之外，行政權與立法權對於憲法的建構性解釋，已經超越單純的去發現先前存在於憲法文件的意義，因此必須使用到政治的想像力。前者追尋的是憲法文件中既存的隱藏意義，後者則是創造性的建構憲法的意義⁷。另一個代表人物 Randy E. Barnett 亦將憲法解釋區分為解釋與建構兩個階段，他認為憲法解釋就是文義解釋或語義解釋 (semantic interpretation)，就是要去發現憲法文本中文字的語義，亦即在特定脈絡中去辨識出語言使用的語義 (semantic meaning)，憲法建構則是一種適用性

6 Keith E. Whittington, *The New Originalism*, 2 Geo. J. L. & Pub. Pol'y 599 (2004).

7 KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION: DIVIDED POWERS and CONSTITUTIONAL MEANING 1-19 (1999).

的解釋（應用性的解釋），將所辨識出的文本語言意義運用在特定的案件或爭議上，使其產生效果⁸。Lawrence B. Solum 的看法則與 Randy E. Barnett 相近，同樣區分解釋與建構⁹，並主張憲法解釋就是認出憲法文本的語言意義（linguistic meaning）¹⁰，憲法建構則是讓憲法文本的語言涵義產生法的效果，既可以是指將憲法文本的語言意義轉譯為憲法學理（doctrine），基於憲法文本發展出可以適用於個案審查的判準，將憲法文本的意義具體化為判準或學理，或是指將憲法文本適用於個案上¹¹。

Whittington 對於憲法解釋與憲法建構的區分，相當類似於前述所討論的憲法解釋與憲法續造的區分，只是他認為如果是屬於憲法建構的活動，則不再屬於司法權限，憲法建構的主體是行政權與立法權。其實 Whittington 的區分同樣預設了一個有待討論的觀點，亦即他認為如果是屬於解釋，則已經蘊含了原意主義的主張，所以在做憲法解釋而非憲法建構時，就必須同意原意主義的主張，然而這個蘊含關係存在與否，不應具有結論的地位，反而是必須事先加以辯護的前提，否則就是一個循環論證。既然 Whittington 所說的憲法建構是超越憲法文本既存文義或原始意義的創造性解釋，他對於憲法解釋與憲法建構的區分，將遭遇德國憲法解釋理論在區分憲法解釋與憲法續造時同樣的問題，如果憲法文本的文義有待發現與確定，憲法文本的文義又要如何作為區分憲法解釋與憲法建構的標準？即使在進行憲法解釋時，沒有道理一定要接受原意主義的看法。

因此憲法解釋的真正問題，終極而言仍舊是憲法文本的文義究竟是什麼的問題，這個問題沒有辦法只是透過查字典，或是僅由制憲者 / 修憲者的原始意圖的辨認，或是指是對於憲法文字原始公共意義的歷史考察而得出，只有在憲法案件上，我們才得以辨識與確認憲法文本的文義。就此而言，憲法解釋與憲法建構的區分沒有多大的用處，因為要解決憲法解釋的爭議問題，真正的關鍵仍在於憲法建構。對於什麼才是正當的憲法建構，則與憲法解釋的範圍界定息息相關，跟憲法文本意義範圍的確定也息息相

8 Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611, 611 (1999); RANDY E. BARNETT, RESTORING the LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION of LIBERTY 89-130 (2004).

9 SOLUM & BENNETT, *supra* note 5, at 22-24.

10 SOLUM & BENNETT, *supra* note 5, at 10, 23.

11 SOLUM & BENNETT, *supra* note 5, at 25-26.

關，結果，憲法建構的爭議與憲法解釋的爭議就成為一體兩面，或是，根本就是同一個問題。

本文前述見解與 Jack M. Balkin 有異曲同工之處，Balkin 認為一般所謂的「憲法解釋」涉及了至少兩種活動，其一為憲法文本的意義探知，其二為憲法建構，就是使用所有的解釋模式來實現與運用憲法，包含歷史、結構、倫理、後果考量與判決先例等論證模式，前者可以稱為「解釋作為意義探知」，後者則稱為「解釋作為建構」，他認為大多數人論及憲法解釋時，實際上所言者屬於後者，亦即憲法建構¹²。Balkin 的框架原意主義 (framework originalism) 認為，忠於原意能夠促進憲法的核心目的，此即設定一個政府的基本結構，使得政治能夠運作，並為未來的憲法建構創造一個框架¹³。框架原意主義將憲法視為一個起始的治理框架，這個框架不但讓政治得以運作起來，而且在歷史進程中必須透過憲法建構來填充其內容，當然，未來世代在建立並落實憲法時，必須忠於這個基礎框架¹⁴。在 Balkin 的理論中，憲法解釋與憲法建構的區分雖然看似被維持下來，但是卻是基於一個嶄新的界定方式，憲法解釋所能確定的只是一個基礎框架，在忠於此基礎框架的條件下，每個世代都在進行憲法建構，所以實際上，對於每個世代而言，憲法解釋即是憲法建構。

如果以德國憲法解釋理論的術語來表達，可以說憲法解釋即是憲法續造，在透過憲法文本所初步確定的框架中，基於憲法規範時間面向與事物面向的特性，為了讓憲法解釋可以適應每一個新的世代，讓憲法解釋可以適應新的社會條件，必須對於憲法文本進行創造性的續造，如此一來，憲法解釋就可以同時具有穩定性與適應性，在憲法文本的文字沒有改變的情況下，透過憲法解釋在合憲的範圍內進行憲法變遷。

12 JACK M. BALKIN, LIVING Originalism 3, 21 (2011), at 4.

13 BALKIN, *supra* note 錯誤！尚未定義書籤。, at 21.

14 BALKIN, *supra* note 12, at 22.

3. 將社會科學納入憲法解釋的途徑一：「社會模型」與憲法理解

3.1 憲法預設的社會模型

現代憲法形成於 200 多年前，目前的社會條件顯然已經不同於當時，因此可以審視：現代憲法是否已脫離其形成的社會條件？倘若今日的社會條件已經不同往昔，那麼現代憲法在歷經社會條件變遷之後是否還能夠發揮其規範效力？現代憲法形成時的社會條件以及其變遷，就影響了對於現代憲法的功能界定，因此影響了現代憲法的自我理解（憲法理解），這些問題的探討與釐清，同時構成了憲法解釋時一般性的前理解 (Vorverständnis)。從這個角度切入可以發現，社會理論 (social theory; Gesellschaftstheorie) 對於憲法理解與憲法解釋的重要性，在討論社會科學對於憲法解釋的貢獻時，論者常常將眼光侷限於社會科學的經驗研究 (empirical studies in the social sciences)，而忽略了社會科學的社會理論層面，因此就同時忽略了，這個作為理解憲法與解釋憲法的重要背景因素。

在已經除魅化或理性化的現代社會，基於傳統或宗教的統治已經無法再取信於人，尤其是面對舊政權被顛覆後的正當性真空，為了解決國家權力正當性的問題，以被統治者的同意與委託為依歸的憲政主義似乎成為唯一選擇，這也可以說明，即使權力擁有者不真的希望落實憲政主義，也必須以號稱受全國人民委託而制定的憲法，來裝飾其統治或提高其統治的接受度¹⁵，憲政主義憲法固然在兩世紀來有了世界性的擴展，但是普及不意味著實際發揮作用，事實上隨著現代憲法的普及，相對於國家權力的現實與社會條件的變遷，可以觀察到的更多是憲法的規範效力暨其問題解決能力的式微，這不一定導因於權力擁有者的虛情假意，亦即所謂的「虛假憲政主義」，或是欠缺憲法法院來貫徹憲法的主張，而有其更深層的原因，從社會結構變遷的角度觀察，此處所涉及的是一個對當前社會而言的普遍問題，亦即政治（系統）想藉由法律來進行社會調控所遭遇到的結構性阻礙¹⁶，比之形成現代憲法的時代，當前高度複雜的社會必須面對的問題狀況已然改變，現代國家的型態與功能也因此相應的有所調整，在形成條件（於此可簡約為憲法所預設的社會模型）與規制對象都已經改變的情況之下，

15 Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 61.

16 Ebd., S. 62.

憲法的規範效力當然會受到影響。

現代憲法形成後，原先預設的市民社會模型 (das bürgerliche Sozialmodell) 在工業革命後與現實差距過大，取代等級秩序的是階級分裂的社會秩序，社會的自我調控並無法達成合乎正義的利益均衡，社會正義的問題日趨嚴重，於是國家被期待對實質的目標採取積極的作為，而非原先所預設的，只要保障既存秩序即可，這就對已形成的現代憲法造成衝擊，因為現代憲法原本並不是設計來解決實質問題的，當其規制對象漸漸轉型為現代福利國家時，憲法的規制力（也是「規範效力」的一個面向）就會因此降低。由於現代憲法原先主要設計來拘束干預性的國家行為（亦即「干預行政」），當國家的任務越是轉變為計畫性的、引導性的與給付性的行為（亦即「給付行政」）時，原本設計的功用就越來越失去焦點¹⁷。尤其是，為了履行新出現的國家任務，以命令與強制為主要型態的傳統國家手段即漸漸失去作用，當國家轉而求助於能夠間接發揮作用的動機手段時，國家就會越來越依賴於私人的配合，私人也就越來越處於可以與國家談判的地位，許多國家決策即使在外表上表現為國家決策，實質上卻是國家與私人協商的結果。結果是，在國家的公共決策上，公共權力與私人權力相互混和。當私人參與履行國家任務時，對於憲法而言就意味著其拘束力（亦為「規範效力」的一個面向）的流失，因為憲法原先的設計已經無法完整涵蓋形成集體拘束性決策的過程，也無法完整涵蓋所有的決策主體¹⁸。這種被稱為「去國家化」(Entstaatlichung) 的發展，意味著公共權力不但被移置於非國家主體的手上，並且在非國家的程序中被履行，不但對於憲法處境以及憲法制度的制度性與運作性理解，而且對於憲政主義傳統都已經造成嚴厲的挑戰¹⁹。現代憲法是否因此而不再具有原先所要求的整體秩序的性格，而萎縮為所謂的「部份秩序」(Teilordnung)²⁰，雖有進一步討論的餘地，但是至少可以推論，由於兩百年來社會條件與國家性質已經產生重大變遷，尤其是福利國家形成之後造成國家任務的轉型，影響所及不但產生公共任

17 Ebd.

18 Ebd., S. 64; 397.

19 Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Michael Brener, Peter M. Huber, and Markus Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, S. 146-156.

20 Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, S. 65.

務的「去國家化」趨勢，再加上近年來「全球化」的發展，對憲法的規範效力已經產生極大的影響，雖然這個影響會不會造成規範性憲法的質變尚在未定之數，卻已經到了必須正視的時刻。

3.2 基本權理論

前述憲法所預設的社會模型與憲法理解（憲法理論）之間的關聯，以及其作為憲法解釋前理解的意義，可以以德國憲法學者 E.-W. Böckenförde 有關基本權理論的見解為例來闡明。

Böckenförde 在基本權解釋的脈絡下探討基本權理論，鑒於基本權規定總是具有簡短形式，而且率皆由基本原則所構成，無法僅僅藉由一般法律解釋方法來闡明其意義，因此有賴於補充性的解釋 (*ausfüllende Interpretation*) 或是具體化 (*Konkretisierung*)。由於基本權解釋無法在字義、文義或是規則的關聯中得到充分的支柱，因此就有需要使用到基本權理論；Böckenförde 將基本權理論定義為「一個關於基本權的一般性格、規範目標以及內容範圍的體系性觀念，原則上以特定國家觀或憲法理論為其參考點（體系性的導引）」²¹；他認為基本權理論使得個別基本權解釋具有一個國家觀或憲法理論的總體關聯，不致迷失於法律規則的技術性叢林當中。

Böckenförde 從學說與聯邦憲法法院的基本權案例中，整理出五種基本權理論，而形成一個由五種基本權理論所構成的分類：「自由（市民－法治國）的基本權理論」(*die liberale Grundrechtstheorie; die bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie*)、「制度性的基本權理論」(*die institutionelle Grundrechtstheorie*)、「基本權的價值理論」(*die Werttheorie der Grundrechte*)、「民主－功能的基本權理論」(*die demokratisch-funktionelle Grundrechtstheorie*)、「社會國的基本權理論」(*die sozialstaatliche Grundrechtstheorie*)。然而 Böckenförde 提出此種分類的目的，並不在於形成基本權理論的體系，並以此體系指導基本權解釋，而是批判性的指出其缺點。首先，這些基本權理論之中的任一個與德國基本法都不具一致性，然而無論是聯邦憲法法院的判決還是學說，好像都假設在個案中，所選擇的

21 E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1991, S. 116.

基本權理論乃是基本法所預設的，或是至少與其相一致²²。其次是，就像 Josef Esser 所指出的解釋方法選擇的恣意性一般²³，個別基本權理論與基本權解釋之間，似乎也存在恣意選擇的關聯，換言之，基本權理論的選擇在方法上也是無以控制的²⁴，如此一來，為何選擇個該基本權理論就有待說明了。Böckenförde 討論基本權理論的企圖，並不窮盡於批判實務與學說，而是想要進一步建構一個所謂的「合憲的基本權理論」(die verfassungsgemäße Grundrechtstheorie)，他認為在基本法的憲法秩序下，基本權理論並非解釋者可以自由選擇的解釋出發點，因為基本法對此早已做出決定。Böckenförde 反對「類觀點方法」(topische Methode)²⁵，認為基本權理論並非只是解釋觀點或是解決問題的建議，而是「特定國家觀暨對於人民與國家關係之基本看法的表達」，所以基本權理論預設了「憲法的特定理念」，該理念展現了「人民暨社會與國家之間基本法律關係的秩序」²⁶。

Böckenförde 所提出的「合憲的基本權理論」，可以簡要敘述如下，首先，他認為該基本權理論仍是以古典自由權的保障暨自由法治國的自由原則—「自由的基本權理論」—為主，他引用德國古典憲法學在十七世紀所發展的「分配原則」(Verteilungsprinzip) 來說明其意義，認為「自由原則上先於國家的指染，而且在法的層面上，自由的保障自為目的，自由並非特定的、用以標定範圍的價值，亦非客觀化的制度或達到民主目的的手段²⁷。」此原則相應於市民法治國的國家理念與基本權利的定位，意味著人民的自由領域，雖然不是先於社會的(vor-sozial)，但是卻是先於國家的(vor-staatlich)，因此相對於自由領域，國家的權限原則上是有限的，只有在自由的保障任務、規制任務以及安全任務上，以及為了達成此目的上，國家才有其權限。質言之，自由並非是由國家所建構的，反而是國家存在的前提。其次，他認為「合憲的基本權理論」有認識到「自由的基本權理論」的盲點，知道該理論忽視了實現基本權自由的社會條件，因此將「社會國

22 Ebd., S. 118.

23 Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 2. A. 1972, S.125.

24 E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 118.

25 或可譯為「問題探討法」，亦即主張在法律解釋時，應該考慮所有相關的觀點，將其皆視為解決問題的可能方法。

26 E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, S. 141.

27 Ebd., S. 143.

的委託」(Sozialstaatsauftrag) 設立為具有拘束性的憲法原則以謀求解決，因此國家必須擔負責任，要創設暨保障基本權自由的必要社會前提。國家除了必須介入社會的自我調控過程，以緩和持續發生的社會不平等之外，也應該為了建立自由的社會基礎，進而對社會發展與社會福利做全面性的調控²⁸。最後，他主張民主原則與法治國原則構成了「自由民主的基本秩序」，兩者並不彼此相互部分揚棄，而是相互補充，民主原則乃自由行動與自由之擴張的內在界限²⁹。

實質基本權理論的提出提供了我們幾個重要的洞見。首先是，基本權解釋並非傳統法學方法所足以勝任，而且涉及憲法秩序下人民與國家關係的定位——基本權理論與憲法理論的反省，因此在進行解釋時對於基本權理論的選擇，例如在「自由的基本權理論」與「社會國的基本權理論」之間，或是「自由的基本權理論」與「民主－功能的基本權理論」之間的選擇，皆與解釋者的國家觀甚至政治意識型態息息相關，因此有進一步正當化的必要，尤其是倘使兩個實質基本權理論相衝突時，應該選擇何者就成為解釋者的棘手問題，「合憲基本權理論」的提出即是一種解決的嘗試。然而任一個實質基本權理論皆會聲稱自己立基於實證憲法，因此都是合憲的，所以「合憲基本權理論」作為憲法解釋的規制性理想 (regulative Idee) 雖有其必要性，但是所涉及者係一整套更複雜的憲法理論論述，尤其是憲法的規範性與實現憲法之社會條件之間的辯證關係，在合理的建構該憲法理論時應扮演了重要角色。

3.3 憲法理論

回到 Böckenförde 對於憲法理論的理解，他以下述方式界定憲法理論：「憲法理論不只是任何一個關於憲法的既有概念 (Vor-begriff)，而且是一個關於憲法的一般性格、規範目標以及內容範圍的體系性觀念」³⁰。他認為，雖然憲法解釋預設了憲法理論，但是為了保障憲法解釋的合理性，憲法理論並不是讓解釋者自由選擇的，而是要找到一個正確的、具有拘束性的憲法理論，憲法理論不能交由解釋者主觀的前理解或既存的政治共識來決定。

28 Ebd., S. 144.

29 Ebd., S. 145.

30 E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 1976, S. 83。

如同他在討論基本權理論時所主張的，Böckenförde 認為，要透過理性的認識方法，從憲法條文以及憲法的發展，來找到一個憲法所明示或是隱含的憲法理論——「合憲憲法理論」(verfassungsmäßige Verfassungstheorie)。要建構該憲法理論必須從多方面著手，從憲法本身出發，兼顧到其基本決定、構成原則、所繼受與調整的憲法傳統、功能 / 權力間的排序與平衡等等，而且還要探究展現其中的主導秩序理念及其所構成的叢結，並將其開展為一套體系性的指引(systematische Orientierung)，如此一來就才能得出一個憲法體系的基本架構。質言之，可以依此發現，這樣的架構是如何在個別條文中具體化並為其根據³¹。

「合憲憲法理論」的主張在方法論上並非毫無疑問，首先，作為憲法解釋的「前理解」的憲法理論，既然是來自解釋過程中不可避免的「詮釋學循環」(hermeneutischer Zirkel)，如何避免此循環所帶來的恣意性就成為一個待解的問題。Böckenförde 並非沒有注意到這個困境，所以他進一步主張憲法理論不能僅僅是解釋的出發點，解釋時還要一直回到具體憲法的內容、前提與發展脈絡來檢驗此理論，亦即一方面要透過憲法理論來保障憲法解釋的合理性，另一方面也要透過憲法解釋來得到「合憲憲法理論」。這樣的論述當然是論證上的循環，但是也可以說是一種體系性與融貫性的理論建構。其次，如果從同樣的憲法條文導出不同的「合憲憲法理論」，要如何決定何者較合憲也缺乏評判的標準。Böckenförde 從德國基本法導出一個特定的「合憲憲法理論」，將憲法界定為具有規範拘束的性格，但此憲法對自己的規範效力也作了限制，所以此憲法是一個政治行動與決策過程的「框架秩序」(Rahmenordnung)，尤其是行使立法權的「框架秩序」，他並從此憲法作為「框架秩序」的概念，對憲法的不同規制領域－實質法(materiellrechtlich)、組織(organisatorisch)與權限分配(Kompetenzverteilungsordnung)等領域作不同的進一步推論³²。這種「合憲憲法理論」有其反省與整理憲法解釋前理解的貢獻，可使解釋者清楚自己的預設與理論立場，但是其本身卻無法解決不同理論立場之間的爭議，尤其是，將德國基本法界定為「框架秩序」與將其界定為「指令性憲法」(dirigierende Verfassung)，剛好是兩種相反的理論立場，而且各自可以

31 Ebd., S. 83-84。

32 Ebd., S. 86-87。

在基本法上找到依據，前者可以「法治國的分配性原則」(rechtsstaatliches Verteilungsprinzip)³³ 為依據，後者則可論證基本法亦包含具有實質目標性質的「社會國原則」(Sozialstaatsprinzip)。況且也有可能找到第三種理論立場，亦即揚棄此種對立而主張憲法同時包含此二種要素的理論立場³⁴。最後，如果從同一個「合憲憲法理論」出發，也可能得到不同的憲法解釋結果，此時該理論就無法再次作為合理的評判依據。即令如此，「合憲憲法理論」的理論觀，至少將憲法解釋的「前理解」做了相當重要的釐清，將其顯明化以利進一步的理性討論，此外，在「合憲憲法理論」的討論裏，憲法所預設的社會模型以及其所預設的社會理論，就得到一個進入憲法論述的橋樑或平台。在「合憲憲法理論」的討論場域，我們不但可以透過對於具體實證憲法的檢視，對於憲法理解與憲法性質進行論辯，而且還可以將前述對於憲法解釋不言而喻卻可能欠缺反省的社會模型，有意識的引進來討論。

憲法理論在一定意義上是憲法解釋的基礎與前提，雖然憲法理論並不侷限於提供憲法解釋一個有系統的指引。當憲法條文的文義以及憲法釋義學係爭條文的討論都無法提供個案一個明確的答案時，憲法理論就愈顯得重要。例如當基本權解釋遭遇困難時，往往必須求諸比較抽象的討論，像是對「何謂正確的基本權理解？」、「何為基本權的任務或是功能？」等問題所為的基本權理論。由於憲法理論探求憲法解釋的理由與其後果，所以憲法理論不僅是憲法解釋的導引，而同時作為憲法解釋正當化(Rechtfertigung)的理由。

憲法理論除了上述對於憲法解釋所具有的「規範性」之外，也具有事實導向性(Wirklichkeitsorientierung)或其事實關聯(Wirklichkeitsbezug)，憲法理論的這種性質不但有用，也是難以避免的。例如德國聯邦憲法法院從基本權的規定導出「基本權的客觀面向」(objektive Dimension der Grundrechte)/「基本權的客觀－法內容」(objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte)，背後所預設的憲法理論 / 基本權理論即具有明顯的事實導向性，亦即以實現基本權的社會條件來作為具決定性的考慮因素，因

33 E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, S. 119。

34 Peter Lerche, Nachwort, in: E.-W. Böckenförde, *Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, 1989, S. 77。

此會探求基本權規定所預設的社會模型或是社會圖像 (*Gesellschaftsbild*)³⁵，並基於社會變遷 (*Wandel der Gesellschaft*) 的事實考察，來修正原有的社會模型。既然基本權的實現必有其社會條件，當社會條件改變了，原本所設計的保護模式就可能會失效，如果不調整原先的保護模式，就可能無法達成保障「基本權保護法益」 (*grundrechtlich geschützte Rechtsgüter*) 的目的。例如，將基本權定性為主觀防禦權，背後所預設的社會模型是所謂的「自由主義的社會模型」：只要國家能夠透過法律保障形式的自由與平等，則人民的幸福與社會的正義即可透過市場機制自動達成，在此預設下，國家的干預對於自由的實現不但是不必要的，而且還事是有害的，所以基本權功能僅在於防禦來自國家的侵害³⁶。因此將基本權定性為防禦權，其前提應在於，只要社會能夠自行運作而實現幸福與正義，國家即應放棄其干預的可能性，所以當實現自由的社會條件改變時，就有必要重新思考，僅靠定性為防禦權的基本權能否有效達成保障自由的目的？如果在當前的社會條件下答案是否定的，形式的自由導致實質的不平等，就要強調「社會權」 (*soziale Rechte*) 或「給付請求權」 (*Leistungsrechte*) 的思考；此外，當龐大社會組織的出現與其擁有的巨大權力時，基本權除了防禦國家的干預之外，亦應適用於人民之間，此即「基本權的第三人效力」 (*Drittewirkung der Grundrechte*)；又如，技術的進步，例如核電廠的發明，使得生命與身體健康遭受前所未有的風險，則促使「國家保護義務」 (*staatliche Schutzpflichten*) 或「基本權保護義務」 (*grundrechtliche Schutzpflichten*) 的思考再度復興；最後，隨著社會高度的制度化，許多自由的實現有賴於國家的或是社會的制度建立，「基本權的組織與程序功能」 (*Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien*) 就突顯出來³⁷。為了達成基本權保障自由的目的，因此就必須根據當前的各種社會條件，並予以基本權相應的定位與詮釋。

透過這類具有事實關聯性的思考，我們就會得出擴張基本權保障範圍的重要理由。對此，憲法理論所能提供的，是原先所預設的社會模型的「再

35 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. Aufl., 1994, S. 468 ff.

36 Dieter Grimm, *Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis*, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 223.

37 Ebd., S. 228 ff.。

「模型化」(Remodellierung)，對「法事實」(Rechtswirklichkeit)為重新的建構³⁸。憲法理論既然是憲法解釋的必要預設，憲法理論又預設了特定的「社會圖像」，當憲法所預設的社會圖像已經不符合當今的社會狀況，則有修正的必要，連帶著憲法所預設的憲法理論也必須修正。

4. 將社會科學納入憲法解釋的途徑二：憲法理論與「結果考量」

如何將在憲法解釋時納入社會科學的知識，除了上一節從巨視的(macro)層面，亦即從憲法解釋—憲法理解（憲法理論）—社會模型（社會理論）的關聯性出發所為的探討之外。我們將觀察焦點放在微視的(micro)層面，從憲法解釋論證的結構，來探討社會科學知識進入法律論證的可能性與形式。「結果考量」(Folgenorientierung)論證在此具有關鍵性，可視為憲法解釋與憲法理論的討論脈絡中的另一個重要影響因素。憲法解釋的不確定性，很大部分來自於在憲法解釋的層面上，憲法的解釋適用與憲法政策決定(constitutional policy making)的緊密關聯。在此脈絡中，憲法理論是論證上銜接憲法解釋與「結果考量」的中間環節，其作用是雙向的，一方面可以使得憲法解釋具有特定的導向，另一方面則使得「結果考量」不致過於廣泛。在憲法理論中可以建構出憲法體系所預設的社會模型，也可以讓「結果考量」中的結果與憲法條文的目的產生較清楚的連結—回饋關係，使得憲法解釋在納入「結果考量」的同時，不致從憲法解釋(constitutional interpretation)質變為純粹的憲政政策決定，甚至讓憲法解釋質變為憲法制定(constitutional making)/憲法修訂(constitutional revision)。

4.1 法律論證正當化作為觀察架構

在討論憲法解釋與「結果考量」的關係前，應該先確定討論的脈絡。如同在科學方法論的討論中，可區分兩種脈絡：發現的脈絡(context of discovery)與正當化的脈絡(context of justification)，法學方法論的討論亦可區分兩種脈絡：尋法的脈絡(Kontext der Rechtsgewinnung)與正當化的脈絡(Kontext der Rechtfertigung)³⁹，前者著重於描述法律解釋過程（描述性）與

38 對於之社會事實「再模型化」的討論，參閱 K.-H. Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung, 2. Aufl. 1995, S. 155 ff.；對於「法事實」重新建構的討論參閱 Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 149 ff.。

39 Robert Alexy, Juristische Interpretation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 78.

探討如何正確的解釋法律（規範性），發展出來傳統法學方法論的解釋方法 (Methode der Auslegung)，後者著重於藉由論證來正當化法律的解釋適用，探討法律論證正當化的條件，將焦點置於法律決斷的正確性 (Richtigkeit der Rechtsentscheidung) 與其證成 (Begründung)，強調法律決斷與其理由 (Gründe) 的關聯⁴⁰，這種理論通常稱為法律論證理論 (Theorie der juristischen Argumentation)。既以法律規定作為評判法律決斷的標準，同時以「正確性」 (Richtigkeit) 與「合理性」 (Rationalität) 的要求來作為法律決斷的重要指引。法律決斷雖然以法律規定為導向，但是並不是單獨由法律規定所決定，而是要找尋理性論證的標準⁴¹。

法律論證理論雖然強調涵攝 (Subsumtion) 對於法律決斷正當化的作用，但是區分「內部正當化」 (interne Rechtfertigung) 與「外部正當化」 (externe Rechtfertigung)⁴²。前者就是被稱為涵攝的邏輯推論架構（演繹推論），即是由大前提（法律規定）與小前提（案例事實）推論出結論（法律效果）；後者是指對於演繹推論所使用前提命題進行論證性的正當化 (argumentative Rechtfertigung)。法律解釋的傳統問題「如何找到可資適用的法律規定並為正確的解釋？」在此脈絡中就轉譯為「如何證成法律論證及其推論前提？」。

為了證立推論的前提就需要論證，Robert Alexy 將論證形式簡化區分為四類⁴³：語言論證 (linguistische Argumente)、發生學論證 (genetische Argumente)、體系論證 (systematische Argumente)⁴⁴ 與一般實踐論證

40 Ulrich Neumann, Juristische Argumentation, 1986, S. 6 f.。

41 Ebd., S. 11。

42 此處所區分的論證正當化架構是一個通用的區分，Robert Alexy 稱其為內部正當化 / 外部正當化 (Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl., 1991, S. 273 ff.)，其他學者所使用的詞彙並不相同，有學者將其稱為「第一序」 (first-order) 正當化 / 「第二序」 (second-order) 正當化，或是「主要架構」 (Hauptschemata)/「次要架構」 (Nebenschemata)，參閱 Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1986, S. 6; Ulrich Neumann, ebd, S. 80; Aulis Aarnio, The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification, 1987, S. 119 ff.。

43 Robert Alexy, Juristische Interpretation, S. 84。

44 語言論證可區分為語意 (semantisch) 與文法 (syntaktisch) 論證，發生學論證可區分為主觀－語意 (subjektiv-semantisch) 與主觀－目的論 (subjektiv-teleologisch) 論證，體系論證則可分為八類：維持一致性 (konsistenzsichernd) 的論證、脈絡 (kontextuell) 論證、概念一體系 (begrifflich-systematisch) 論證、原則論證 (Prinzipienargument)、特殊的法律 (speziell juristisch) 論證、先例 (präjudiziell) 論證、歷史

(allgemein-praktische Argumente)。並稱前三類論證為「制度性論證」(institutionelle Argumente)，因為其可能性是建立在法律體系的制度框架上，而且其權威性植基於實證法(positives Recht)。問題是僅僅透過此類「制度性論證」就可以解決所有法律案件嗎？僅僅根據實證法就可以解決所有的法律問題嗎？本文贊成 Alexy 的主張⁴⁵，認為無論在事實層面還是在規範性層面，有時光靠「制度性論證」無法合理的完成外部正當化，此時他認為有必要引進所謂的一般實踐論證。

相對於「制度性論證」，一般實踐論證又可稱為「實質論證」(substantielle Argumente)，該論證著重內容的正確性(inhaltliche Richtigkeit)⁴⁶，而非形式的合法性與權威性。根據 Alexy 的分析，在下列五種法律論證的場合有必要使用一般實踐論證：想要證立能夠使得不同論證形式飽和(Sättigung)的規範性前提時，想要在不同的論證形式所導致的不同解釋結論之間選擇時，想要證立與檢驗法律釋義學命題時，想要在有關判決先例的論證中作析辨(distinguishing)與推翻(overruling)這兩種論證時，想要直接證立內部正當化所使用的推論前提時⁴⁷，在此意義上，法律論證的完成就取決於一般實踐論證⁴⁸。另一方面，一般實踐論證也依賴法律論證，在實踐理性論述中，由於一般實踐論述具有不夠確定的弱點，同一套實踐論述的程序有時會允許不同的結論，但是有時決斷是有必要的，所以就有賴於法律論述來解決個問題⁴⁹。

當在案件中只透過「制度性論證」無法得到清楚的法律決斷，或是當同一個案件的「制度性論證」允許不同的法律決斷，則有賴實質評價(substantielle Wertung)的輔助才能作出最後的決斷，換言之，此時法律決斷需要實質論證的支持才能完成其外部正當化。當然，實質評價的作出仍須考慮既有的制度性安排，也就是與各種「制度性論證」具有論證的關聯。要如何處理此處所說的實質性評價與「制度性論證」的關聯，即有賴憲法

(historisch) 論證與比較(komparativ) 論證，參閱 Robert Alexy, ebd., S. 85 ff.。

45 Ebd., S. 87 f.

46 Ebd., S. 88。

47 Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation., S. 347。

48 Ebd., S. 355.

49 Ebd., S. 256.

理論。

4.2 作為一般實踐論證的「結果考量」

當我們進行憲法解釋時，如果遭遇所謂的棘手案件 (hard cases)，則通常無法僅僅透過「制度性論證」得到滿意的答案，在本文第二節的討論裏，此時必須進行憲法的（解釋性）續造或是所謂的憲法建構，要進行憲法續造則有必要引進一般實踐論證，進行憲法理論論述，並採用「結果考量」的憲法論證。

一般實踐論證可區分為兩類，一類稱為目的論論證 (teleologische Argumente)，取向於解釋的結果；另一類稱為義務論論證 (deontologische Argumente)，植基於當為觀念 (Vorstellung des Sollens)⁵⁰。本文認為「結果考量」論證由於亦視解釋結果為支持論證的理由，因此屬於目的論論證，為一般實踐論證的一種。

目的論論證並不只包含規範面向，而是同時也包含認知面向 (kognitive Dimension)，這尤其表現在「結果考量」論證上。「結果考量」的前提是對於結果的描述與預測，雖然根據當今社會科學的認識，預測不可能具有絕對的確定性，但是不能因此就主張，要取消目的論論證中的認知面向，因為預測基於其假設的性格，還是具有真假值的 (wahrheitsfähig)，換言之，雖不具有很高的確定性，但是仍可判斷預測的真假⁵¹。「結果考量」論證所具有的認知面向，亦可稱為經驗論證，因其指向經驗層面，涉及如何在法律論證中引進社會科學知識的問題，尤其是法律與社會科學之間如何進行跨學科合作 (interdisziplinäre Kooperation) 的問題。於此，必須回歸到對於法律活動所隱含的背景假設—對於當代社會的前理解—的反思，要做「結果考量」，必須要先理解與確定法律解釋與論證時，該套法律或憲法體系所預設的社會圖像，如此一來，「結果考量」才能在論證脈絡中具有較高的融貫性，因此應將「結果考量」納入整體憲法理論的思維當中。法解釋（當然包括憲法解釋）(Interpretation des Rechts) 就如同德國哲學家

50 Robert Alexy, Juristische Interpretation, S. 88; Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 346 ff.

51 Hans Albert, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, 1993, S. 30 f.

Jürgen Habermas 所說，乃「對於以特定方式所掌握社會情境的挑戰所為的回應」⁵²，所以「結果考量」要在這個背景上來進行，才不會失去其焦點。

「結果考量」在憲法解釋實務上的無可避免，表徵出釋憲機關所為的憲法解釋同時具有法律與政治的雙重性格⁵³，片面的從法的觀點對之批評，亦即嚴格的將法的創設與法的適用予以分離，不但昧於事實，也誤解了憲法解釋的特殊性，「結果考量」的探討與憲法理論密切相關，尤其是有關權力分立原則的具體化、違憲審查制度的理論定位，以及基本權利的「功能變遷」等問題的思考；另一方面，「結果考量」不但是法律思維與其他學科（例如社會學）跨學科合作的契機，也是「法律體系」具有開放性的一個重要因素—法跟法之外的因素產生相互影響的場合，因為為了解決法律解釋與續造的一些難題，「法律體系」必須參考一些體系外的知識與理論，以檢討其自身所預設的「社會模型」，並基於此作一些法律適用「結果」的預測。

「結果考量」涉及了憲法解釋「結果」的預測以及其評價，亦即價值衡量，因此「結果考量」要具有合理性，首先必須使考量的「結果」與憲法規定或原則的目的產生一種回饋關聯，其次是，在結果的「考量」，亦即衡量時，必須以憲法規定所體現的原則與價值作為衡量的準則⁵⁴，如果涉及不同的憲法價值或是不同憲法原則之間的衝突，則可嘗試透過原則理論所提供的「原則衝突」(Kollisionen von Prinzipien) 模式解決，「原則衝突」跟「規則衝突」(Kollisionen von Regeln) 不同，規則的衝突會造成某個規則的消滅，或是兩者形成例外關係，不同的原則之間衝突則不會造成其中任一個原則失去效力，只會在具體的案例中有某個原則佔優勢，優先適用，與其衝突的原則退居幕後備而不用，但是在其他場合可能另一個原則也會佔優勢⁵⁵。

52 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 468。

53 有關處於法律與政治之間的憲法解釋，參閱許宗力（見註 10），頁 19 以下。

54 於此當然會再度遭遇「價值衡量」或是「利益衡量」合理性的問題，但是這不是「結果考量」的特殊問題，而是法律解釋與論證必然會遭遇的一般性問題。參閱 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 23 ff.。

55 Robert Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 196 ff.

5. 社會科學在部門憲法學中的角色

5.1. 部門憲法學

部門憲法學的提出，原先是為了解決台灣憲法釋義學的困境，具體而言，即是為了解決繼受外國憲法釋義學所引發的問題，主要是因為多元典範（多重來源）的繼受所引起的不一致與欠缺體系性。如果對於司法釋憲實務而言，憲法釋義學扮演的是，導引憲法解釋、協助憲法具體化的角色，並使其具有穩定性與可預見性，當憲法釋義學本身不具有某個程度的內在融貫性時，將直接或間接影響司法釋憲的穩定性與可預見性。部門憲法學的提出，就是想要穩定化憲法釋義學的發展，所以部門憲法學一方面是憲法解釋與體系建構的方法，另一方面同時是一種新型態的憲法釋義學。然而，在部門憲法學提出時，並沒有將自身局限於憲法釋義學層面，而有更大的企圖心，想要穩定化憲法變遷，並成功地促成憲法變遷，在此意義下，部門憲法學還具有憲法政策學的意義。

從方法論的角度觀察，部門憲法學一開始似乎屬於體系解釋的一種特殊型態，體系解釋主要就是根據概念與條文所在的上下文（脈絡、意義關聯）來解釋，上下文的範圍則視具體情況而定。部門憲法學作為體系解釋的獨特性在於主張，以憲法的第三種結構「基本國策」來作為憲法「橫切面」體系化的載體，或是透過基本權利與憲法原則來整合基本國策規定⁵⁶。部門憲法學強調「從憲法所規範的領域回過頭來決定憲法的解釋⁵⁷」，不但在人權、中央政府體制、中央地方權限、基本國策等規定之間作「橫切面」的體系化，更「經由規範領域與規範之間的詮釋循環，建立足以反映應該規範領域特性的規範體系」⁵⁸。

部門憲法學就不局限於體系解釋，而是以各種方法將憲法體系化。換

56 蘇永欽，〈部門憲法——憲法釋義學的新路徑？〉，收錄於《當代公法新論》（上），2002年7月，頁745。

57 蘇永欽在〈經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範〉一文中，初步將「部門憲法論述」界定為憲法釋義學的一種「體系解釋」（見《新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集》，2002年9月，頁157），但是在〈回應有關部門憲法的幾點質疑〉初稿中（2003年10月6日發表於「部門憲法」第一次研討會），更清楚的主張該論述「並非新的『解釋方法』，而毋寧為新的『體系化』方向…和解釋方法的關係，應該不必限於『體系解釋』的觀點。」（頁1）

58 蘇永欽，〈經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範〉，頁157。

言之，既然以體系化為追求的目標，在方法上能夠協助體系化的都可以採行，而不限於體系解釋。所謂的部門憲法，就是在這種體系化努力下，在各個（社會）部門建立的憲法學（次）體系。

5.2. 部門憲法的橫向體系化

針對以憲法第三種結構作為整合與體系化的載體，本文有不太一樣的看法，本文認為，體系化應該以基本權利與憲法原則為載體。主要的理由在於，本文的憲法理解不同蘇永欽教授，他認為我國憲法是一個相對封閉型的憲法，因此要認真對待基本國策，並以其為載體。這個看法的缺點在於過度提升基本國策的地位，將其與基本權利及憲法原則相提並論，忽視了在規範種類上，基本國策的地位並不清楚，在司法院大法官幾的發展中，固然有些基本國策的條文被認為具有憲法拘束力，但是一般而言，這一部分的憲法條文，被認為是類似德國威瑪憲法中不具拘束性的「方針條款」（Programmsätze）。條文性質有爭議的基本國策，很難與具有拘束性的基本權利條款或憲法原則條文等量齊觀。因此本文主張，應該以具有拘束力的基本權利以及憲法原則為主來做部門整合，以基本權利與憲法原則為起點，而對基本國策規定採取較消極的態度，僅在與前二者有聯繫的情況下，才將其納入考慮。這個論點立基在一定的憲法理解上，認為我國憲法屬於規範性憲法類型，以整體國家秩序作為其規範對象，並要求落實規範效力。

在憲法史上，在憲法中加入社會部門是相當晚近的事，二十世紀德國威瑪憲法是一個典型，然而如果涉及憲法規範效力的維護與維持，在憲法中加入許多政策性的條款是否合適，當有討論餘地，因為政策性條款能否落實，繫諸於許多憲法本身恐怕無法決定的條件，例如國家財政、社會結構與社會條件，因此常常必須面對理想無法實現的窘境，並反過來影響社會對於憲法規範效力的期待，而且可能會更進一步影響國家機關受到憲法拘束的意願，造成憲法規範效力的貶值。一旦憲法的政策性條款持續的無法發揮規範效力，連帶的會在事實上影響憲法其他部分的規範效力，原本具有高度拘束性的基本權利規定，或是有關於中央政府機關組織、權限與程序的規定，可能會因此被認為不一定遵守。反過來，如果要強化憲法中屬於社會憲法的部分，則可藉由與基本權利的關聯性，來強化基本國策或方針規定的效力，這樣的操作方式屬於體系解釋的一環，而且在具體案

件上，同時適用基本權利規範、憲法原則與方針規定，並不罕見。

要進行橫向的體系化，對於憲法規範的種類必須有一套分類架構（例如規則、原則、標準、方針規定等等；或基本權利、國家組織規定、國家目標規定、憲法原則、方針規定等等）⁵⁹，並將這一套分類架構運用到一部具體的憲法上，這樣才能決定要以何種規範為主，何種規範為輔來進行體系化。

另一個重要問題是，部門憲法的部門要如何決定？這個問題在理論上有點棘手，但是在實踐上卻不是那麼難。主要的理由在於，如果部門是指社會部門，亦即特定社會行動領域的實存秩序，在理論選擇又取向於社會學理論，例如結構功能論（Talcott Parsons）或是功能系統論（Niklas Luhmann），那麼就必須先處理社會學理論孰者為優的問題，採取這個步驟，優點是，有專門研究社會秩序的社會學理論作為論證基礎，具有更高的學術性，而且能夠與時俱進，跟隨社會的演進與轉變，不至於採取已經落伍的社會秩序模型作為憲法釋義學論證的預設。缺點是，還沒能建構部門憲法學之前，可能就先陷入社會學理論的典範之爭。而且，社會部門並不一定是各該理論意義下的社會系統，因此一定要採取某個社會理論，反而會局限了部門憲法學的發展。雖然如此，但是仍足以證明，在建構部門憲法學時，對於社會科學知識的高度倚賴。

部門的決定，在實踐上沒有想像的困難，是因為透過憲法本文的預先解讀或是不成文憲法的發掘，已經可以找到不少部門來作為建構次級憲法釋義學體系的領域。在過去的研究裡，至少發掘出十個部門憲法的建構領域：經濟憲法、社會憲法、勞動憲法、傳播憲法、教育憲法、文化憲法、宗教憲法、環境憲法、科技憲法、家庭憲法。這個清單並未窮盡所有的部門，可能的部門想像還有：租稅憲法、族群憲法⁶⁰、軍事憲法、緊急憲法等等。當然，如果不設定任何判準來決定界定部門的依據，可能會導致部門憲法概念模糊化的後果，這也是前面在理論上，必須仰賴特定社會理論來

59 關於憲法規範類型的分類，例如 Peter Badura, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, S. 33-55.

60 有關於將族群研究運用在憲法解釋適用與憲法修改的一個例子，參閱張嘉尹，〈多元族群、國家認同與台灣的憲政改革〉，《中研院法學期刊》第2期，2008年3月，頁109-166。

決定部門的理由。

5.3 部門憲法的縱向體系化

為了面對與處理繼受外國憲法釋義學所引起的問題，尤其是因繼受引起的體系的不一致，以及因繼受而與在地問題之間，以及與本國的政治社會經濟各方面具體處境相疏離等等問題，部門憲法學在橫向的部門體系化之外，同時強調縱向的體系化，亦即在進行憲法解釋與憲法具體化時，強調必須參照被憲法所規制的社會部門或是社會領域，運用規範與規範領域之間的詮釋學循環，來克服因繼受所帶來的疏離。

在進行縱向體系化時，規範與規範領域之間的詮釋學循環只是一個簡要的描述，這裡涉及的是對於憲法解釋而言非常困難的任務。在憲法具體化過程中，除了涉及 Friedrich Müller 所提出的「規範領域分析」之外，還涉及憲法理論與憲政現實（部門）的研究，這兩方面的工作對於憲法解釋而言，都是屬於後設研究或二階研究。

部門憲法學強調「從實存秩序切入」，因此如何認識實存秩序，以及在認識實存秩序之後要如何將其納入，就成為方法上必須解決的問題。換個角度，這個問題就是法律的跨領域研究（*interdisciplinary studies in law*）所要處理的問題：法學如何納入透過社會科學所獲得的知識？部門憲法學在探究規範領域的實存秩序之後，同樣面臨如何將其納入規範性憲法論述的問題，因此部門憲法學與法律跨領域研究就取得一種內在的相互聯繫。一方面部門憲法學有賴於法律跨領域研究提供方法，另一方面，部門憲法學也成為法律跨領域研究的實踐領域。

憲法學要如何汲取社會科學研究的成果？對此，本文不認為有真正的學科整合存在，跨領域研究只能是從這個學科（法學）的立場，或是那個學科（例如社會科學）的立場出發來進行，對法學而言，只有從法學的立場出發才能談跨領域，因此可以將憲法學與社會科學的跨領域研究，區分為「整合性的合作」與「非整合性的合作」兩類。

從憲法學知識建構的角度出發，以論證作為憲法學的基本論述單位，要進行「整合性的合作」時，就有必要尋找承載經驗知識或是現實描述的論證。一般而言，對於陳述構成要件事實的論證就屬此類，此外，在一般

實踐論證中的目的論論證，由於同時包含規範性的面向與認知性面向，後者尤其是所謂的結果考量論證，這些都是經驗知識進入法律論述的橋梁。此外，由於憲法有時會預設特定型態的社會秩序作為制定規範的前提，這些不一定屬於構成要件的事實想像或事實期待，是經驗知識進入法律論述的另一個橋樑，這個橋樑對於部門憲法學更加重要，因為社會部門就是一個特定的實存領域或是實存秩序。

至於「非整合性的合作」，重點不在於「整合」，而在於不同學科邏輯之間如何合作的問題。合作不意味著在方向上必然是「積極的」、建設性的，反而也可以是「消極的」、批判性的，甚至是解構的。社會科學所提供的洞見，對於日常生活知識常常具有顛覆性，即使是有關於日常生活的法律知識，法律人與一般老百姓的認知，亦有顯著的差距，然而法的解釋適用卻常常必須借助於想當然爾的一般人知識，因此引進社會科學或是經驗研究的成果，將會對憲法學所預設的世界觀與社會圖像造成衝擊。

另一種更具批判性的合作可能性可統稱為對於憲法的「意識形態批判」，各種批判法學，例如批判法學運動（CLS）、女性主義法學、族裔法學或是後殖民法學等等，質疑與批判法學的預設前提與事實後果。將這些研究運用到憲法，對於憲法釋義學是更基進的挑戰，迫使憲法釋義學必須面對社會現實，並更徹底的觀察社會現實，在整體層面上調整憲法學的社會圖像與社會現實之間的落差，並在個別案件關連性的層面，納入更多經驗事實的考察。

最後，必須特別指出的是，如果透過社會科學研究，找出了特定社會部門的實存秩序，而這個社會部門其實是一個社會系統，無論是社會次系統，還是所謂的組織系統，那麼就要特別注意該系統所具有的自主性與自我再製（Autopoiesis）性質，當一個系統具有自我再製性質時，法律系統（包含憲法）與它之間的關係，就是互為環境⁶¹，因此直接調控的可能性並不存在，如果不摧毀該社會部門，憲法作為部門秩序的規制者，就必須尊重其自我再製的運作方式，因此在建構部門憲法學時，就有必要將這個系統邏輯內建進去。

61 NIKLAS LUHMANN, INTRODUCTION TO SYSTEMS THEORY. TRANS. PETER GILGEN 63-70 (2013).