

## III 基本權總論

在整體憲法秩序的建構下，基本權作為對抗國家侵犯而保障自由的法秩序核心，不僅是一種主觀權利，而且也提供了客觀法秩序和一般法解釋原則的依據。因此，在基本權所日益被認識到的憲法釋義學意義，已經導致基本權在憲法上的論述區分，在大部分的憲法教科書中，也將一般基本權理論（基本權釋義學：基本權總論）和特別基本權規範（個別基本權的內涵：基本權各論），分別加以論述說明。

### § 1 基本權的發展與意義

#### 壹、基本權的發展

要對基本權有比較好的瞭解，透過基本權的歷史發展來掌握，應該是最適合的方式。而對現今瞭解意義的基本權，最早是起源於英國保障人權的思潮，從一開始與宗教信仰奮鬥相關的權利請願書（Petition of Rights, 1628），到人身保護令狀（Habeas-Corpus-Akte, 1679）、權利章典（Bill of Rights, 1689）……等。但是，那時候所保障的人民權利，並非賦予每一個人自由權。反之，一開始它只是貴族的特權，後來及於議員，直到最後才慢慢普及於每個人。在英國，學說上闡揚基本權最有體系的是洛克（Locke），尤其是他在1690年出版的政府次論（Treatises on Government），後來則有布萊克史東（Blackstone）等人的持續努力。然而，英國雖是憲政主義的鼻祖，但它的婦女的基本權是到20世紀初才被保障，也是經過漫長的時間而來。英國的憲法與基本權發展，使自由權與國家權力限制成爲其最重要之處，並逐漸變成保障人權的世界典範，影響了人權的整個未來持續發展（Katz, 2005: Rn. 550）。

然而，英國人權運動的真正落實，則是在北美洲。首先，殖民地人們要求英國國王賦予其自由與權利，包括信仰宗教自由、印刷自由、私人財產權……等，並在1776年美國維吉尼亞州的州憲法制定時，提出了成文憲

法的人權宣言。其次，是1789年的美國聯邦憲法，在美國聯邦憲法最初原始制定時，並沒有基本權的內容，是1790年修定後在第1條到第10條增加基本權規定。後來，德國的憲法學者耶林內克（Georg Jellinek）將其視為人權宣言的典範，並認為這些北美洲成文憲法的保障人權規定，是現代基本權運動的發動機（Motor der modernen Grundrechtsbewegung）。事實上，之後的人權運動達到最高潮，反而是發生在歐洲大陸。在1789年的法國大革命，由法國國民大會所提出的人權宣言，引起全世界很大的迴響。1791年的法國憲法更明白規定，任何人類的政治結合體（主要指國家），它的最終目的都在維護人類與生俱來的、絕對的、必要的自由權利（Katz, 2005: Rn. 550）。

從此之後，基本權保障幾乎已成為憲政國家的至明之理。所以，1948年聯合國成立時也發表了人權宣言，之後1950年在歐洲也提出歐洲人權公約（die Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK），即使是近年來建立的歐洲聯盟，也在歐盟成立契約強調遵守歐洲人權公約。事實上，歐洲人權公約已被德國聯邦法律所接受，並因此也被作為德國法適用（Maurer, 2005: § 9 Rn. 3）。

至於在我國的制憲史上，比較有基本權保障的憲法規定，是始於1923年的曹琨憲法，在五五憲草也有一些基本權保障規定，最後便是現行的中華民國憲法。國內學者一般認為，由張君勱先生主稿的現行憲法，大致上是繼受自德國的威瑪憲法，而仿效威瑪憲法的立法例，在主要的人民基本權與義務（第2章）之外，另設國家基本組織規定（第3章至第12章）與基本國策（第13章）（吳庚，2003：71-85；李惠宗，2006：86-87；法治斌、董保城，2006：111-114；許志雄等人，2004：69-76；許育典，2005c：45；陳新民，2005：115-126；陳慈陽，2005：289-304）。

## 貳、基本權的意義

在現代的憲法國家中，在其憲法的構成秩序中最重要的一部分，即基本權的保障。憲法規定基本權最重要的意義，即保障人民的自由，防止國家的權力侵犯，防止國家恣意的行為。因為在過去，國王即國家的情況下，國王的權力根本不受限制。但是，在憲法規定了基本權之後，就根本

不承認國家擁有不受限制的公權力（Katz, 2005: Rn. 545）。

在現代立憲主義的發展下，基本權相當重要地型塑了憲政秩序和法秩序。尤其是在19世紀已經被爭取到的：基本權作為對抗國家侵犯而保障自由與財產的主觀防禦權，在此基本權確定了國家和人民間的關係，從而放射到包含了人民間法律關係的規則，迄今這個主觀防禦權仍然是本質上重要的基本功能。整體而言，基本權為主觀權利、客觀法秩序和一般的法解釋原則提供了根據，其特殊的意義在於：基本權是以人民的觀點為基礎，並與此相應地被表達且被確立為主觀的權利。因此，人民被承認為權利主體及個人（als Rechtssubjekt und als Person anerkannt）。人民並非臣民，而是自由的人，他僅被整合在國家的團體中，而對人民而言，團體提供人民在其保護下的安全及開展可能性，也使人民要承擔且須承擔特定的拘束（Maurer, 2005: § 9 Rn. 1）。

然而，基本權的產生，並非基於忽視個人的團體主義，而是基於個人主義，這是現代民主國家最主要的思潮。團體主義與個人主義是相對立的，而基本權即根據個人主義而來。基本權的基礎，即在於每一個人在憲政國家中，必然擁有最大可能「自我實現」的保障，這也是基本權「以人為導向」（Menschorientierung）的出發點（Katz, 2005: Rn. 546）。因此，國家是為個人而存在，並非個人為國家而存在，這是現代憲法最重要的基本觀念。雖然，以個人主義為基礎的憲法，保障個人的自由，但其所保障的個人，並非孤立的人，而是在社會群體中生活的個人（Katz, 2005: Rn. 639）。所以，國家雖賦予每個人自由，但這種自由並非是沒有界限的。如讓每個人均有無限制的自由，就可能變成弱肉強食，導致只有少數強者才擁有自由，弱者反而沒有自由。因此，基本權並非毫無顧忌的自由，為了使每個人都有相同實現基本權的機會，在保障基本權的同時，一定也要設定基本權的限制（請參考本書III § 7）。

事實上，我們在研究基本權的時候，常常是在尋求與確定基本權的限制，總在個人自由（私益）與團體生活（公益）之間，衡量兩者處於緊張狀態的輕重關係，思考如何將此緊張狀態找到平衡點，而作出最適的利益衡量（Katz, 2005: Rn. 546）。這個問題可說是學習憲法最困難的地方。也就是說，如果一味將個人自由、私益放在前面的話，將憲法所保障的個

人，當成是孤立的個人，孤立的個人便可不顧到別人，即沒有限制。反之，如果把重點一直放在團體生活、公益的話，又會造成極權主義。這種個人與團體的對立狀態，要如何加以調整與衡量，涉及國家限制基本權的合憲性問題，最主要是經由基本權限制的合憲檢驗步驟達成，這也是我們學習憲法最重要的地方（請參考本書Ⅲ § 7）。

整體而言，中華民國憲法的第2章規定個人的權利義務，之後的規定大都涉及國家政治組織，其將基本權放在國家組織前面規定，目的即在凸顯基本權的重要性。在此，制憲者將基本權視為憲法的靈魂，也就是說在保障個人自由之後，憲政國家才有實現的可能，故把國家組織放在後面規定。就此而言，基本權規定可說是憲法的目的，國家組織規定只是保障基本權的手段。所以，我們從此出發將基本權的意義歸納如下：一、基本權是憲法的靈魂：故基本權也成為憲法的基本精神，構成修憲的界限，修憲機關不能對基本權加以侵犯；二、基本權可拘束所有國家機關：任何國家機關的行為，不論行政、立法、司法、考試、監察，均不能違背基本權；三、基本權須有救濟的途徑：國家有義務設計基本權救濟的程序，使人民在基本權受侵害時，可藉此維護其基本權。如此一來的憲法基本權規定，才能確保每一個人在憲政國家中，所擁有最大可能「自我實現」的保障。

## §2 基本權的本質與法特徵

### 壹、自我實現、法秩序與基本權

#### 一、自我實現作為基本權的本質

自我實現（Selbstverwirklichung）作為一種概念，有其發展的歷史。自我實現作為一個概念，乃是起源於從黑格爾（Hegel）到費希特（Fichte）的存在哲學，尤其在黑格爾的哲學中，自我、自我意識與自我形成的思想，顯得特別重要。然後，經過齊克果（Kierkegaard）的自我型塑倫理，與馬克思（Marx）在社會經濟關係中的自我實現發展，透過容格（Jung）的自我心理學理論，才逐漸形成「自我實現」的概念。但其真正被重視並加以深入探討，則是在美國人本心理學的提倡與實踐之後

(Hsu, 2000: 7 ff.)。自我實現意謂著，人本身若能依其所希望的自我本性與真實性（由其內心對自己瞭解發出的訊息）去發展，而非單純只為符合外在世界的一般要求而配合，人將會逐漸發現原始的生命性向，而自發本能地去喜悅追求自己的人格開展。這樣人格的自由開展，會讓人處於原始內心期待的自我需求狀態，成為自己所希望的人；而不會因外在經驗世界的型塑，而成為家庭、社會或國家標準所期待的人。在這種情況下，人最能發揮自己生命內在底層的原創性，真正自我實現。因此，自我實現是以自我人格的自由開展為主，而以自然人性的發展為導向，由此建構並實踐自己內心所吶喊並嚮往的生命（許育典，2003e：32）。

由上可知，自我實現，意指自我人格的「自由」開展。也就是說，自我實現包含了兩個要素：一個是「自我開展」；另一個則是「自由」的自我開展，也就是對是否與如何自我開展的「自我決定」，亦即在自我開展中享有自我決定的自由。因此，自我實現的兩個本質要素（Wesengehaltselemente），是「自我決定」與「自我開展」。事實上，憲法上基本權規定所保障的本質，就是要求國家提供自我決定與開展的空間，以促進人的最大可能自我實現。德國基本法的基本權目錄規定，也是以「人格的自由開展」（die freie Entfaltung der Persönlichkeit）為基本權的本質（Hsu, 2000: 56）。因此，德國基本法第2條第1項規定：「每個人有人格自由開展的權利，只要他不侵犯他人的權利、不違反合憲的秩序或違反習慣法。」這個規定，類似憲法第22條的基本權概括條款，宣示了憲法基本權目錄規定的例示性，只要涉及自我人格自由開展的事項，皆為憲法所保障。

## 二、自我實現、多元社會與法秩序

然而，只有在一個多元的社會，人的自我開展與決定才有可能。因為在一個多元價值的社會系統中，才有機會去開展自我的價值選擇，而不被社會優位（或國家優位）的價值意識壓抑。人有了在多元社會自我開展的基礎之後，他才能在這種多元社會所提供的多元選擇機會中，自由地做出自我決定，人的自我實現才有可能。因此，自我能否實現與多元社會的建立，有著密切相關。