

東海大學法律學研究所  
碩士論文

指導教授：蕭淑芬 博士

基本權體系思考與三階段審查之意義-  
由德國學說與大法官解釋出發

The theory of the system of fundamental  
rights - from the theory in Germany and the  
J.Y. interpretations in Taiwan.

研究生：黃威元  
中華民國一〇〇年七月

碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 黃威元 君所提之論文：

基本權體系思考與三階段審查之意義——由德國

學說與大法官解釋出發

經本委員會審查並舉行口試，認為符合

碩士學位標準。

考試委員簽名處

\_\_\_\_\_

王通宇

黃啓禎

蕭淑芬

2011年 7月 22日

## 致謝

在東海的最後一個學期，終於在最後關頭把論文趕完。能夠完成這篇論文，首先要感謝我的指導老師蕭淑芬老師。來到東海後，接觸老師說明的憲法，第一次感覺這門學科是有趣的，老師的很多想法，讓我在憲法的思考上，開啟了不一樣的天地。在論文指導過程中，十分感謝老師對我漏洞百出的論文耐心指導，最後在論文口試過程中，老師還大力相助我得以順利過關。總之在東海的這段日子裡，能遇到老師的我是幸運的。

其次要謝謝論文口試委員黃啟禎老師與王迺宇老師。十分感謝老師對我漏洞百出的論文作出指導，幫助我釐清觀念，若沒有兩位老師的建議與指導，很多觀念可能會繼續將錯就錯下去。除了論文上的幫助，老師的指導更對我往後思考問題上，提供了一大助益。

再來要感謝仁華，我們一起度過寫作論文的階段，直到口試完，這段期間有你討論使我獲益良多，沒有你的話，我論文還可能過不了，總之很感謝念書趕論文時光有你相伴，是繼遇到蕭老師後第二幸運的事情。還要感謝小芳，謝謝你在論文口試發表時的幫助。感謝令倫，你在我找資料與整理上幫忙很多，感謝你常常聽我講一些自以為真理的歪理。感謝小猴提供論文格式，謝謝小白的口試經驗。

最後要謝謝我的家人，謝謝你們讓我可以念書到現在，雖然未來還是不確定，不過這個階段已經完成了，我會繼續努力在下個階段打拼，這段期間捅了很多樓子，讓你們擔心了，謝謝你們，我會繼續努力的。

2011.8.7 於台中



## 中文摘要

觀察我國繼受德國學說，本文提出違憲審查三段論法的操作方式，以及就釋字六八二號解釋的事實為操作。由於本文重點在自由權部分，考量平等權在德國模式下，與比例原則理解不同，因此關於本案涉及平等權部分，本文未操作。

就三段論法而言，第一階段涉及基本權保護領域的確定。本文認為大法官有義務說明基本權保護領域確切範圍，考量基本權為一變動概念，為符合社會觀念價值，就消極構成要件部分，大法官仍有說理義務。其次在基本權侵入部分，由於國家行為已不限於干預型態，基於基本權功能體系思考，基本權構成與基本權危害，亦屬基本權侵入。因此基本權侵入應採寬鬆認定，本文表示贊同。最後涉及侵入合憲性審查部分，首先在形式合憲性上，

其次三段論法依本文之觀察，多屬利益衡量之問題，操作過程中，關於利益衡量部分，本文雖已建構操作架構，惟過於抽象，以致操作時仍感到困惑，關於這方面有可能是筆者人生經驗不足，但透過此一架構的好處，至少可以讓讀者理解在每一個階層本文是如何思考，以及如何取捨價值判斷，若大法官為違憲審查時，若能採本文建議之架構，或至少能依一種審查模型完整論述全部流程，亦足使人明瞭其思考流程與價值取捨。在此有兩個優點，第一可讓人民對違憲或合憲解是能理解大法官為何作成，其次可透過個案累積，達到學說所希望的可預測性。

因此就三段論法中關於利益衡量抽象操作部分，本文期待我國實務能透過個案累積，學者能就大法官解釋提供具體化判準，但本文仍須提醒，價值利益屬一種流動狀態，若個案形成之判準已不符時代演變下的價值利益，則大法官仍須勇敢的在違憲審查中反對過時的判準。本文透過整理我國繼受德國學說，希冀在憲法訴訟法草案可能通過的將來，對可能越來越多的憲法訴訟提供在訴訟上的思考。

**關鍵字：**自由權、三段論法、利益衡量、價值利益、憲法訴訟、違憲審查



# 簡目

第一章	前言.....	1
第一節	研究動機.....	1
第二節	研究方法.....	1
第二章	基本權功能體系與德國三段論法概說 ...	3
第一節	基本權功能體系.....	3
第二節	德國三段論法概說.....	10
第三章	基本權利保護領域.....	13
第一節	我國學說介紹.....	13
第二節	學說觀察兼簡介我國釋憲實務.....	29
第四章	國家行為是否介入基本權利.....	35
第一節	我國學說介紹.....	35
第二節	學說觀察兼評我國釋憲實務.....	52
第五章	限制基本權利之憲法上合法化理由 .....	57
第一節	我國學說介紹.....	57

第二節 學說觀察兼評我國釋憲實務 .....	100
<b>第六章 結論.....</b>	<b>113</b>
第一節 德國模型架構下的我國違憲審查可操作 方式.....	113
第二節 以釋字 682 號案例為例操作三段論法 .....	115
第一項 事實摘要 .....	115
<b>參考書目 .....</b>	<b>1</b>



# 目錄

第一章 前言.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法.....	1
第二章 基本權功能體系與德國三段論法概說 ...	3
第一節 基本權功能體系.....	3
第一項 主觀權利功能.....	3
第一款 防禦功能.....	4
第二款 給付功能.....	4
一、程序給付.....	5
二、物質給付.....	6
三、資訊給付.....	6
第二項 客觀規範功能.....	7
第一款 價值決定.....	7
一、第三人效力.....	7
二、保護義務具體化.....	8

第二款	制度性保障 .....	8
第三款	國家權限有限性 .....	9
第三項	主觀功能與客觀功能之關係 .....	9
第二節	德國三段論法概說 .....	10
第一項	三段論法思考起源 .....	10
第二項	三段論法內涵 .....	10
<b>第三章</b>	<b>基本權利保護領域 .....</b>	<b>13</b>
第一節	我國學說介紹 .....	13
第一項	基本權保護領域概說 .....	14
第二項	基本權功能體系與基本權保護領域之 關係 .....	18
第三項	內在限制或消極構成要件 .....	21
第四項	基本權競合之問題 .....	26
第二節	學說觀察兼簡介我國釋憲實務 .....	29
第一項	學說觀察 .....	30
第一款	基本權保護主體 .....	30
第二款	基本權保護內容 .....	30

一、基本權消極構成要件 .....	31
二、列舉基本權與概括基本權之間的關連 .....	32
三、基本權競合 .....	33
第二項 簡介釋憲實務 .....	34
<b>第四章 國家行為是否介入基本權利 .....</b>	<b>35</b>
<b>第一節 我國學說介紹 .....</b>	<b>35</b>
<b>第一項 基本權侵入與限制概說 .....</b>	<b>36</b>
第一款 概說 .....	36
第二款 基本權侵入及限制與基本權保護領域之相對性 .....	39
<b>第二項 基本權侵入與限制之認定 .....</b>	<b>40</b>
第一款 傳統意義 .....	40
第二款 現今意義 .....	40
<b>第三項 輕微干預之問題 .....</b>	<b>44</b>
<b>第四項 基本權危害與基本權介入之關係 .....</b>	<b>45</b>
<b>第五項 基本權構成與基本權侵入之關係 .....</b>	<b>46</b>
<b>第六項 基本權侵入或限制之類型化 .....</b>	<b>49</b>

第一款	概說.....	49
第二款	德國學說.....	50
第三款	德國實務.....	51
第二節	學說觀察兼評我國釋憲實務.....	52
第一項	學說觀察.....	52
第一款	輕微干預.....	53
第二款	基本權危害應稱基本權風險.....	53
第三款	基本權構成.....	54
第二項	簡介釋憲實務.....	55
<b>第五章</b>	<b>限制基本權利之憲法上合法化理由.....</b>	<b>57</b>
第一節	我國學說介紹.....	57
第一項	形式合憲審查.....	57
第一款	法律保留原則.....	58
第二款	重要性理論.....	62
第三款	法明確性原則.....	69
第四款	習慣法與個別性立法.....	71
第五款	地方法規.....	72

第二項 實質合憲審查 .....	74
第一款 概說 .....	75
第二款 立法事實與審查密度理論 .....	81
第三款 目的性審查 .....	84
一、概說 .....	84
二、公益階層理論 .....	86
第四款 適合性審查 .....	87
一、有效性 .....	87
二、適合目的達成 .....	88
三、事實認定時點 .....	90
第五款 必要性審查 .....	91
一、概說 .....	91
二、相同有效性 .....	91
三、較少限制性 .....	92
四、較少或相同的公益成本耗費的判斷 ...	95
第六款 適合性審查 .....	96
一、概說 .....	96
二、較少限制性 .....	97

三、確定所獲致或維護之利益的大小.....	98
四、法益衡量 .....	98
第六款本質內涵保障 .....	99
第二節 學說觀察兼評我國釋憲實務 .....	100
第一項 學說觀察 .....	100
第一款 形式合憲審查 .....	100
一、法律的定義 .....	101
二、重要性理論 .....	103
三、明確性原則 .....	104
第二款 實質合憲審查 .....	105
一、審查密度理論 .....	106
二、比例原則 .....	107
(一) 目的性審查 .....	107
(二) 適當性審查 .....	108
(三) 必要性審查 .....	108
(四) 狹義比例性審查 .....	109
第二項 簡介釋憲實務 .....	110
第一款 形式上合憲 .....	110

第二款 實質上合憲 .....	110
<b>第六章 結論.....</b>	<b>113</b>
第一節 德國模型架構下的我國違憲審查可操作 方式.....	113
第一項 基本權保護領域 .....	113
第二項 基本權侵入.....	113
第三項 侵入的合憲性 .....	114
第一款 形式合憲性審查.....	114
第二款 實質合憲性審查.....	114
第二節 以釋字 682 號案例為例操作三段論法 .....	115
第一項 事實摘要 .....	115
第二項 三段論法操作 .....	116
第一款 基本權保護領域.....	116
第二款 國家侵入行為.....	116
第三款 對應考試權操作合憲性審查 .....	116
一、形式合憲審查.....	116

二、實質合憲審查.....	117
第四款 對工作權操作合憲性審查.....	118
一、形式合憲審查.....	118
二、實質合憲審查.....	119
第三項 結論與展望.....	120
參考書目.....	1



## 第一章 前言

### 第一節 研究動機

我國憲法第二三條規定，以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。我國多數學者，多以德國模型的違憲審查觀察，其中法律，認為係法律保留原則。四大公益事項，表明限制之目的。最後所謂必要者，係指比例原則。前述認知，自李建良教授引進基本權保護體系後，提出三段論法，亦即違憲審查須先確定基本權保護領域，其次確認國家行為侵入基本權保護領域，最後審查侵入的合憲性。我國德派學說對此議題即表達關注，惟說法莫衷一是。考量德國學說為我國繼受，大法官解釋亦多引用德國學說及實務見解操作適用，因此為文欲整理完整三段論法架構，以供違憲審查操作上明確。

### 第二節 研究方法

有鑑於三段論法，學說有共識部分僅及於架構，對於其內容，仍有不同意見，因此本文以介紹我國德派學者對三段論法的介紹，並輔以大法官解釋評析之，最後基於德國學理建立本文認為可供參考的三段論法架構，並操作釋字六八二號解釋的事實，以供參考。因此本文為如下編排：

第一章前言，關於德國三段論法介紹研究動機與研究方法。

第二章基本權功能體系與德國三段論法概說，三段論法涉及基本權保障，故三段論法各階段學者皆會以基本權功能體系為出發點思考，因此本文於三段論法討論前，簡介基本權功能體系以及為何須以三段論法建構違憲審查。

第三章基本權利保護領域、第四章確認國家行為侵入基本權保護領域、第五章審查侵入的合憲性，分別就三段論法內涵之學說介紹，並輔以大法官解釋評析之。

第六章結論，提出本文觀察學說後，作出可能的三段論法操作模型，

並以釋字六八二號解釋之案例事實為例，操作三段論法。



## 第二章 基本權功能體系與德國三段論法概說

憲法違憲審查是權力分立原則的具體化，旨在確保憲法優位原則的實踐與貫徹人權保障，可謂人民憲法權利保障的核心。違憲審查的制度的確立，系為確保違憲審查具可預測性而不致流於恣意，同時也是對政治部門的尊重。一般認為違憲審查制度濫觴於美國1803年的Marbury V. Madison一案，二戰後，大部分法治國家皆意識到憲法秩序與法治精神的重要，紛紛建立違憲審查制度以確保憲法規範的效力與最高性，控制法令或法律秩序下的各種行為並無牴觸憲法的條文與精神。違憲審查制度於各國以不同形式存在，德國模型主要採取集中式抽象審查且具一般效，但仍有具體審查的憲法訴願模式。自一九九六年李建良教授引進基本權力理論體系後，使我國明瞭德國違憲審查操作上係採三段論法，其中基本權功能體系影響三段論法內涵甚大，因此以下簡介李建良教授對基本權功能體系之看法並就德國違憲審查操作之三段論法為概說。

### 第一節 基本權功能體系

基本權利功能體系，係指從功能面向，觀察基本權利，目的在藉由基本權利內涵，提供多面向思考解釋憲法基本權利。依李教授所言，由於觀察基本權已不只存在於統治權與人民之間，因此由主觀面向擴張至客觀面向，於主觀面向，本文觀察其重點在於基本權本身即具此種功能，而客觀面向，則在探討各別基本權於整體基本權保障下的相對價值，以及須由後天立法形成的基本權價值。惟二者間並非互不相容之關係，基本權由主觀權利功能擴張到客觀規範功能，對基本權可以採整體價值判斷，但仍不可超脫基本權主觀權利本質，蓋客觀規範功能提出，主要仍在補足主觀權利功能。因此以下就此二面向分別介紹之。

#### 第一項 主觀權利功能

在主觀權利功能，本文認為基本權最初即在防禦國家干預，因此基本權最原始的功能，即防禦功能。此外隨著國家型態變遷，社會狀態改變，

國家由最小政府概念，演變為國家須積極介入人民生活，始足保障基本權，因此基本權使國家負有給付義務，而產生給付功能。

### 第一款 防禦功能

關於基本權防禦功能，李教授指出基本權利最初是一種免於國家干涉的自由<sup>1</sup>，因此具有防禦功能或稱自由功能<sup>2</sup>。

由於基本權有此防禦功能，人民對國家違法侵害基本權之行為，得透過法律程序排除之。李教授認為其防禦之對象包括抽象之法規、具體之行政處分、司法裁判及事實行為等<sup>3</sup>。

### 第二款 給付功能

基本權給付功能出現，係考量時空變遷，國家對人民已不僅是不干預為已足，取而代之的是國家負有照護人民的義務。因此李教授認為基本權利之作用擴及以國家之積極作為為訴求目標，成為一種「給付權利」，是為基本權利之「給付功能」、「受益權功能」<sup>4</sup>。本文就給付功能觀察，認

<sup>1</sup>基本權利最初的作用在於對抗國家權力，以「國家之不作為」為主要訴求目標，希望能藉此確保人民之自由與財產免於受到國家的侵犯，並創設一個不受國家干預的「自由空間」。參照李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，1997年3月，頁43。基本權利的理念變遷與功能體系-從耶林內克「身分理論」談起，憲法理論與實踐（三），2004年7月一版，頁41。

<sup>2</sup>為基本權利最原始且最主要之功能，一般稱為「自由權」或「防禦權」。我國憲法關於基本權利之規定，率多具有防禦權之性質。例如憲法第十條規定：「人民有居住及遷徙之自由。」第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」等均屬之。參照李建良，註1一文，頁44。註1二文，頁44。

<sup>3</sup>具體言之，對於侵害基本權利之法律或命令，人民得請求宣告無效；對於侵害基本權利之行政處分或司法裁判，人民得訴請撤銷或廢棄，並請求除去違法之結果；國家行為有侵害基本權利之虞者，人民得訴請防止之。又國家基於一定公益之考量，規定人民必須事先經過國家之許可，始得從事一定之行為，即所謂「禁止但附許可保留」，例如：建築房屋必須事先申請建築執照是，於此情形，國家所為之「禁止措施」自屬對人民自由財產的一種干預，基於基本權利之防禦功能，人民得請求國家設定明確之許可要件，並於符合法定要件時，享有請求核發許可之權利。此外，人民之權利如因國家之行為而受有損害時，亦得向國家請求賠償或回復原狀。以上所述均屬基本權利，「防禦功能」的具體作用。參照李建良，註1一文，頁44。註1二文，頁44。

<sup>4</sup>參李建良，註1一文，頁45。

為國家權力發動，有其法定程序，因此須保障人民的程序行使，可分為「權利保護」途徑，受理陳情並答覆，程序權行使以及主動之參政權。此外涉及物質給付，重點有二，第一種為人民得使用公共設施的權利。第二種為人民得請求國家為一定之給付。至於李教授最後提及之資訊給付，本質上即屬前二類型可涵括。

因此以下就李教授「給付權利」之內涵，將國家所提供之給付分為程序給付、物質給付及資訊給付等三大類，分述如下：

### 一、程序給付

所謂「程序性」之給付或服務者，第一種型態是「權利保護」途徑，即「訴願權」及「訴訟權」<sup>5</sup>。第二種類型為國家機關受理人民之陳情，並予以處理、答覆，即「請願權」<sup>6</sup>。第三種類型為國家為使人民得以實現其基本權利，而提供其他各種可能的組織或程序，即「程序權」<sup>7</sup>。第四種類型，係基於「主動地位」，亦即，人民得主動為國家有所作為，並形成國家意思之自由，即所謂「為國家而有所給付」而形成之「參政權」<sup>8</sup>。

<sup>5</sup>其中「訴訟權」尤屬一項典型的程序性給付，基於憲法保障訴訟權之意旨（憲法第十六條），國家除應開放訴訟救濟途徑外，並應確保如審判獨立、公開審理、言詞辯論、武器平等、審檢分隸等符合法治國原則的程序內涵。參照李建良，註 1 一文，頁 45。

<sup>6</sup>參李建良，註 1 一文，頁 45。

<sup>7</sup>例如：確保人民得參與國家各項行政程序之權利。參李建良，註 1 一文，頁 45。註 1 二文，頁 48。

<sup>8</sup>依據德國公法大師 Jellinek 所提出之「地位理論」，人民與統治權之間，除發生「消極地位」及「積極地位」之關係外，尚有所謂「主動地位」，亦即，人民得主動為國家有所作為，並形成國家意思之自由，即所謂「為國家而有所給付」。其具體內容通常係指選舉、罷免、創制及複決之權利（憲法第十七條）、被選舉權（憲法第一三〇條）及應考試服公職之權利（憲法第十八條）等，一般稱為人民的「參政權」。此類權利之作用主要在促使國家提供人民參政之機會，例如：舉辦選舉或公務員考試，從憲法基本權利之功能以言，自較偏重於「給付」功能，特別是具有「程序權」之性質。惟須指出者，此類參政權同時兼具有「防禦」之功能，例如：對於人民選舉權或被選舉權之不合理限制，人民得請求除去之（大法官釋字第二九〇、三四〇號解釋參照）。尤須一言者，在現代民主、開放的多元社會中，對於所謂「參政權」意義之理解，不宜僅侷限於「選舉權」及「應考試服公職之權利」，尚應包含其他具有政治性之基本權利，如言論、集會結社之自由等。蓋民主政治制度乃是一種「公意政治」，為便於公意順利形

## 二、物質給付

所謂「物質性」之給付或服務者，第一種類型為人民得使用國家之設備或公共設施的權利<sup>9</sup>。第二種類型係人民得請求國家為一定之給付或補助<sup>10</sup>。

在「物質性」之給付或服務，李教授認為在概念上區分為「分享權」與「給付請求權」兩種，前者係指人民請求使用國家現有設備或資源<sup>11</sup>。而後者，指人民請求國家應為積極創設性之給付<sup>12</sup>。並指出德國學界對於前者多持肯定見解，特別是承認人民享有合理使用公共設施之請求權<sup>13</sup>。反之，後者涉國家財政能力、國家資源之運用以及社會利益之調整等多項因素，除非是屬於人民生存之「最低限度保障」，否則如何提供給付乃屬立法者之政治決定與形成自由之範疇<sup>14</sup>。

## 三、資訊給付

所謂「資訊性」之給付或服務，係指國家必須提供人民一定之資訊，並確保人民得以平等接近國家資訊及媒體之程序<sup>15</sup>。

---

成，人民的「意見自由」與「結社自由」必須確實予以保障，方能使各種意見得以充分表達、匯集與凝聚，換言之，參政權之行使尚須其他周邊條件之配合，方能具體落實。是以，諸如言論出版集會、結社（特別是組黨）等基本權利之保障，以及後述「物質性」及「資訊性」給付之提供，均與人民參政權之行使，息息相關，誠值注意。參李建良，註 1 一文，頁 46。

<sup>9</sup>例如：大學、圖書館、音樂廳、禮堂等。參李建良，註 1 一文，頁 46。

<sup>10</sup>例如：私立大學或企業請求國家提供一定經濟上之補助；生活陷於困境者請求國家給予急難救助等是。參李建良，註 1 一文，頁 46。

<sup>11</sup>參李建良，註 1 一文，頁 47。

<sup>12</sup>參李建良，註 1 一文，頁 47。

<sup>13</sup>參李建良，註 1 一文，頁 47。

<sup>14</sup>參李建良，註 1 一文，頁 47。

<sup>15</sup>嚴格言之，此類給付或服務之提供，亦屬前述「程序性」與「物質性」給付的一種，惟因「資訊公開」乃是現代社會中備受關注的一項課題，故本文將之單獨論列，以彰顯其重要性。參李建良，註 1 一文，頁 48。

## 第二項 客觀規範功能

基本權主觀權利仍係考量基本權本身權能發展，本文觀察李教授見解發現客觀規範功能，則係由整體基本權觀察價值體系，因此可以觀察到個別基本權在整個憲法規定基本權中，所展現價值。其次擴及後天形成的法秩序，須由法律型塑基本權內涵，此即制度性保障。最後確立基本權客觀價值，同時也確立了國家權力的界限。

### 第一款 價值決定

客觀規範功能面向著重在憲法所保障基本權利規定之整體下，基本權利是一種客觀的價值秩序<sup>16</sup>。其客觀功能，在要求國家機關必須盡到保護人民基本權利之義務，使人民之權利免於遭受公權力或第三人之侵害<sup>17</sup>。其具體內涵，本文觀察李教授依德國學說及實務所發展之理論，價值秩序可存在於私領域間，因此基本權不僅是在人民與國家間存在，在人民與人民間，基本權行使若有摩擦，國家亦須調合，如採取私法為之，即基本權對第三人效力。若非採取私法調和，則以保護義務具體化稱之。以下就李教授見解，介紹之。

#### 一、第三人效力

基本權利之客觀功能，在將基本權利之規定視作一種「價值決定」，

<sup>16</sup>細察基本權利以上兩種功能，其共同的特徵俱為「權利性質」，吾人可稱為基本權利之「主觀功能」，在此意義下，基本權利乃是人民的一種「公權利」，其必有「權利主體」，以資附麗，乃屬當然。及至二次戰後，憲法學界及實務界對於基本權利功能之觀察，除著重於個別性、主觀性之權利面向外，同時從保護基本權利之理念，抽繹其所蘊含之客觀價值決定，換言之，就憲法所保障基本權利之規定整體觀之，基本權利乃是一種「客觀的價值秩序」，從而，基本權利之作用不再只是一種「權利」，而是一種「價值體系」或「價值標準」，為國家公權力乃至於全體人類所應共同追求之目標，吾人可逕稱為「客觀的基本規範」，或稱基本權利的「客觀功能」，在此理念下，基本權利的功能乃獲致另一種新興的面貌。參照李建良，註 1 一文，頁 48。

<sup>17</sup>所謂基本權利「客觀功能」之主要作用，在於從基本權利中抽繹出客觀之價值決定，使之「放射」至所有法律領域，進而成為立法者、行政機關及司法機關行使職權時所應遵循的重要準繩，要言之，基本權利之「客觀功能」，旨在要求國家機關必須盡到保護人民基本權利之義務，使人民之權利免於遭受公權力或第三人之侵害，吾人亦可稱為基本權利之「保護功能」。參照李建良，註 1 一文，頁 48-49。

將基本權從對抗公法領域擴張到任何法領域，李教授指出特別是私法的領域<sup>18</sup>。德國學界稱此種基本權效力為「基本權利之對第三人效力」，以有別於基本權利之「對國家效力」<sup>19</sup>。就基本權利之規範功能而言，李教授認為國家機關，尤其是民事法院於解釋及適用私法時，必須顧及基本權所含之價值決定，否則即屬對系爭當事人基本權利的一種侵害<sup>20</sup>。

## 二、保護義務具體化

國家為保護人民之基本權利免於受到他人（私人）的妨礙與侵犯，除得以「私法」之方式予以規制外，尚得採取其他保護之措施<sup>21</sup>。對於基本權利此種功能，李教授稱德國學界及實務界通常以「基本權利之保護義務」或所謂「不足禁止原則」等用語來表達<sup>22</sup>。

惟「基本權利保護義務」之涵義及規範內容，李教授指出在德國學界及實務界，所謂「不足禁止原則」與「過度禁止原則」之間的差異如何？學者仍有歧見<sup>23</sup>。惟李教授表示其中較無爭議者，乃國家保護義務之目的須視侵害之種類及程度，作不同程度之保護措施，而非使人民之基本權利「絕對地」不受侵害<sup>24</sup>。因此，國家仍擁有相當廣泛自由於具體化保護義務內容的形成。

### 第二款 制度性保障

所謂「制度性保障」者，其目的在確保某些基本權利之存在與實現<sup>25</sup>。

<sup>18</sup>參李建良，註1一文，頁49。

<sup>19</sup>參照李建良，註1一文，頁49。

<sup>20</sup>蓋國家機關未能善盡調和私權衝突之義務。參照李建良，註1，頁49。

<sup>21</sup>具體言之，國家得以禁止、許可程序、其他程序之要件或以刑法之規定等方式達到保護人民基本權利之目的。此外，人民基本權利所遭受之侵害，尚可能是來自於外國，或來自於「自然現象」，如天災，對此國家亦應盡到保護義務。參李建良，註1，頁50。

<sup>22</sup>參李建良，註1一文，頁50。

<sup>23</sup>參李建良，註1一文，頁50。

<sup>24</sup>參李建良，註1一文，頁50。

<sup>25</sup>在德國實務及學說中，時而可見以「制度性保障」之概念，來詮釋基本權利的客觀功能，其主

「制度性保障」除財產權制度、婚姻制度及家庭制度外，李教授指出德國聯邦憲法法院經常透過憲法解釋，嘗試自其他基本權利中導出「制度性保障」之意旨，強調國家應確保上開諸項制度的存在及正常運作<sup>26</sup>。

### 第三款國家權限有限性

「國家權限之消極規範」係對基本權利內涵以一種客觀的「法規範」，以之作為國家行為及決定之界限詮釋<sup>27</sup>。李教授認為此種詮釋之角度，在於闡明人民受基本權利保護之範圍，即是國家權限之界限所在<sup>28</sup>，而不問人民是否主張或行使該權利。

### 第三項 主觀功能與客觀功能之關係

綜上所述，基本權之主觀功能與客觀功能，並非互不相容，甚而客觀功能可謂確實達成基本權主觀功能亦不為過<sup>29</sup>。是以李教授認為客觀功能面向之提出，旨在強調國家不僅應「尊重」人民之自由，不妄加干預，尚應採取各種不同的防範措施，以創設並確保人民行使自由之「客觀條件」，達到保護人民權利之目的<sup>30</sup>。

---

要意義在於要求國家必須建立某些「法制度」，並確保其存在，藉以保障基本權利之實現，尤其該制度所賴以存在之基本規範，國家（立法者）不得任意加以更動，以免使基本權利之保障，失所附麗。參李建良，註 1 一文，頁 50-51。

<sup>26</sup>例如，自「出版自由」之憲法保障導出所謂「自由的出版制度」；自「私人自由興學」的憲法保障導出「私立學校制度」，或從「學術自由」之憲法保障導出「自由的學術制度」。參李建良，註 1 一文，頁 51。

<sup>27</sup>例如：國家對於新聞或出版制度之事項，有規範及管理之權限，惟國家此項權限之行使不得過度限制人民之新聞自由及出版自由。參照李建良，註 1，頁 51。

<sup>28</sup>參李建良，註 1 一文，頁 51。

<sup>29</sup>基本權利之「客觀功能」並非獨立於其「主觀功能」之外，彼此互異，涇渭分明。按強調基本權利客觀面之用意，在於「補強」主觀權利之功能，所謂，「主觀」/客觀之區分，只是對基本權利觀察角度之不同，而非謂二者分屬不同領域之概念，此為理解上述基本權利之功能面向時，所不能不注意者。參照李建良，註 1 一文，頁 52-53。

<sup>30</sup>是以，諸如程序權、分享權或給付請求權等權利，均可謂兼具主觀權利與客觀規範之功能，特別是基本權利所具有的原「防禦功能」，並不因其具有「客觀功能」而有所減損。參李建良，註 1 一文，頁 53。

## 第二節 德國三段論法概說

我國就德國三段論法的介紹，最早為李建良教授引進。本文觀察李教授見解，三段論法主要意義在體系化思考違憲審查的操作，並得以驗證，其次論理過程中，可使各種不同的利益受到比較周全的考量與兼顧。基本上若無基本權被國家行為侵入，當然無須討論國家行為是否合於憲法規定。因此本文觀察到操作違憲審查須先確定基本權保護領域，始能判斷國家行為是否侵入基本權保護領域，最後若國家行為侵入基本權保護領域，須判斷國家行為是否合於憲法的要求。因此以下就李教授見解介紹之。

### 第一項 三段論法思考起源

李教授認為違憲審查之目的有三，其一為維護憲政體制，其二在確保憲法優越地位，其三在落實人民基本權保障<sup>31</sup>。前述目的中，李教授認為最重要者為落實基本權保障，因此李教授進一步認為基本權的保障在探討國家行為是否侵害人民之基本權利，並檢驗是否符合憲法保護基本權之意旨<sup>32</sup>。處理基本權問題思考流程，應先就國家行為是否侵入人民的基本權利<sup>33</sup>。其次檢視該侵入行為是否具憲法上的合法化理由<sup>34</sup>。但在判斷基本權利是否受有侵入，與憲法保障基本權領域有關<sup>35</sup>，因此探討基本權侵害問題時，仍應先確定基本權的保障範圍，並以此作為是否受有侵害之基礎。

### 第二項 三段論法內涵

德國憲法學界及實務界，李教授認為基於上述思考，逐步建立了三段論法作為處理基本權利侵害之問題。所謂三段論法，係面對基本權利問題時，所應採取之三個思考層次：①基本權利保障範圍之詮釋<sup>36</sup>。②基本權

<sup>31</sup>參李建良，註1一文，頁53。

<sup>32</sup>參李建良，註1一文，頁53。

<sup>33</sup>參李建良，註1一文，頁53。

<sup>34</sup>參李建良，註1一文，頁54。

<sup>35</sup>參李建良，註1一文，頁54。

<sup>36</sup>參李建良，註1一文，頁54。

利是否受有侵入之判斷<sup>37</sup>。③侵入基本權利之憲法上合法化理由之審查<sup>38</sup>。李教授指出德國聯邦憲法法院經常使用此論理方法，處理基本權利問題，建構基本權利理論體系。該三方面層次化觀察，著重並不完全相同，故可就不同層次，探討其中所欲保障之利益，並針對不同的問題，於相應之層次探討<sup>39</sup>。此三段論法雖無法涵蓋所有基本權問題，但李教授認為有兩項重要意義，首先，可使基本權利問題之論理過程系統化、合理化，並有驗證之可能性<sup>40</sup>。再者，在此論理過程中，可使各種不同的利益受到比較周全的考量與兼顧<sup>41</sup>。

多數學說認為我國係繼受德國違憲審查，理論上操作審查時，應使用三段論法，承認三段論法之體系架構為國內德派學說不爭之事實，惟三段論法之內和卻各自表述，莫衷一是，故以下就國內學者自李教授以降，對三段論法提出較有爭議見解的學者，就各自引進德國不同學說關於三段論法之內容為介紹，許宗力教授係自李教授引進三段論法以來首先建構綜合若干美國見解的三段論法，其次陳慈陽教授則係引進德國學說較完整者，至於陳愛娥教授，其對基本權保護領域與審查密度理論提供不同的看法，李建良教授則為我國首先引進三段論法者，最後吳信華教授雖大致上等同許教授與李教授，但細微處仍有不同，因此本文就此五位學者介紹之，並觀察我國釋憲實務，以為比較。

---

<sup>37</sup>參李建良，註1一文，頁54。

<sup>38</sup>參李建良，註1一文，頁54。

<sup>39</sup>參李建良，註1一文，頁54。

<sup>40</sup>參李建良，註1一文，頁54。

<sup>41</sup>參李建良，註1一文，頁54。



### 第三章 基本權利保護領域

關於基本權的保護領域，諸如何為言論、出版、講學、宗教信仰、集會結社等，為各該基本權解釋問題，牽連甚廣，但在各別基本權之間有其共通部分，是否是有內在限制，列舉基本權權與概括基本權間的關係，以及多數基本權競合等問題，故本文就基本權保護領域共通的問題為探討。

#### 第一節 我國學說介紹

本文觀察前舉五位學者，發現在基本權利保護領域的部分，學說討論者可略分為四點，分別是基本權保護領域概說、基本權功能體系、內在限制（消極構成要件）以及基本權競合。

依本文觀察，許教授重點在於劃定基本權保護領域，應不考量內在限制，此外當國家侵入行為涉及多數基本權時，應採合併審查。

而觀察陳慈陽教授學說，對於基本權保護領域，首先陳教授除以構成要件解釋基本權保護領域外，並以基本權功能體系闡述之。此外進一步延伸出國家對於基本權僅具消極權能。最後論即本文認為與基本權保護領域較無關之基本權受損害而有國家賠償問題，本文推測可能係基於有權利即有救濟之觀點，因此亦為人民得主張權利，故陳教授於此討論之。

至於陳愛娥教授見解，其闡述原則上與吳庚教授相同，除由基本權本身解釋外，尚應由基本權整體客觀價值規範還原基本權保護領域內涵。

李建良教授有下述重點，首先劃分基本權保護領域意義在於可建立憲法保障各基本權利的可能範圍，了解國家干預行為與人民基本權利之關係，確認憲法中某些設有特別保護規定之基本權利。主要可分為人的保護領域與事物的保護領域兩大類。此外區辨基本權利保護領域與基本權功能體系不同，不可混淆。其次就基本權保護領域的解釋，李教授認為除積極構成要件，仍應承認消極構成要件。

吳信華教授對於基本權利保護領域的見解，基本上本文認為概說部分

與李教授見解類似，但在細微處有多加說明。其中基本權利保護主體，相較於李教授，有較清楚之見解，區分基本權利性質，而異其保障主體。而在基本權利保護內容，其重點在於應如何適用概括基本權，以及當基本權競合時似採合併審查。以下就四項分類引介學說介紹之。

### 第一項 基本權保護領域概說

就基本權利保障範圍，許宗力教授開宗明義指出每一基本權利均涉及一定的生活領域，保護一定的法益<sup>1</sup>。該被基本權保護的生活領域或法益就是基本權的保護領域。因此基本權保護領域的確定意義，在於決定了各該基本權保護所及範圍。基本權主體所為行為該當基本權保護領域，無論是積極作為，或是消極不作為，均統稱為基本權的行使<sup>2</sup>。陳慈陽教授亦表示基本權之保護係指防止侵害任何基於基本權構成要件所刻劃出的領域，此一領域係受憲法保障之基本權構成要件，稱為「基本權保護領域」、基本權受保護之構成要件，又可稱為「基本權規範領域」<sup>3</sup>。此外，陳教授認為只有在合乎保護領域內之基本權利主體所為之行為，才可基於基本權本質，而受保護<sup>4</sup>，故陳教授又稱此為基本權之行使。基本權行使包含作為，亦可以不作為方式存在，前者可稱積極之自由權，而後者稱為消極之自由權<sup>5</sup>。許教授與陳教授所言相似。

李建良教授在此認為憲法對於人民基本權利之保護有其一定之範圍，且因各別基本權利之種類而異其保護之範圍，範圍的內涵在於何種「行為」、「法益」、「特性」或「狀態」為憲法所保障<sup>6</sup>，且此內涵有如基本

<sup>1</sup>參許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，2003年9月，頁65。

<sup>2</sup>參許宗力，註1文，頁65。

<sup>3</sup>參陳慈陽，憲法學，2005年11月第二版第一刷，頁401。

<sup>4</sup>參照陳慈陽，並非所有行為皆可落入基本權保護領域範圍，註3書，頁401。

<sup>5</sup>參照陳慈陽，註3

書，頁401。

<sup>6</sup>參照李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，1997年3月，頁55。

權利之「構成要件」，故亦有學者稱此為「基本權利之構成要件」<sup>7</sup>。在各種不同之基本權利，其受憲法保護之範圍與所涉及之生活領域，亦不相同<sup>8</sup>。對於基本權所保障之生活領域，德國學界稱為「基本權利之保護領域」<sup>9</sup>。而關於基本權利保護領域之界定，李教授亦認屬憲法解釋上之問題，有賴實務及學界之努力，方能逐步具體化。

基本權利構成要件或保護領域之詮釋與界定，李教授進一步指出其目的在於提供一種「表面」或「初步」的保障領域，且具有三種意義。①基本權利保護領域之確認，可建立憲法保障各基本權利的可能範圍，並可藉由權利內涵之分析與塑造，建立案例類型，逐步充實憲法上空洞的用語，以便於適用<sup>10</sup>。②對於基本權利內涵之掌握，有助於了解國家干預行為與人民基本權利之關係<sup>11</sup>。③基本權利保護領域的確認，對於憲法中某些設有特別保護規定之基本權利，別具意義<sup>12</sup>。

其次，李建良教授進一步細分基本權保護領域內涵。區分為人的保護領域與事物的保護領域兩大類。所謂「人的保護領域」，李教授又稱人之

<sup>7</sup>參照李建良，註 6 文，頁 55。

<sup>8</sup>例如：憲法第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」該條所保護之範圍，乃涉及人民宗教活動之生活領域及其他與信仰有關之事項。又如憲法第十一條規定，人民有言論自由，則該條所保障者，係涉及人民交換資訊、表達意見，以及與他人相互溝通的生活領域。參李建良，註 6 文，頁 55。

<sup>9</sup>參李建良，註 6 文，頁 55。

<sup>10</sup>參李建良，註 6 文，頁 56。

<sup>11</sup>蓋侵害之構成，必有其侵害之「客體」，故確立基本權利之「外延」乃是判斷其是否受到侵害的前提要件。參李建良，註 6 文，頁 56。

<sup>12</sup>例如：憲法第八條對於「人民身體自由」之保障，設有所謂「法官保留」之規定（大法官釋字第三九二解釋參照），則所謂「人身自由」保護範圍之詮釋，對於是否適用憲法第八條之規定，自有相當密切之關係。例如：「人身自由」所保障的範圍，是否僅限於因犯罪嫌疑而身體自由遭受限制者，抑或包括其他處罰性之限制（大法官釋字第一六六、二五一號解釋參照），甚至包括其他非處罰性之身體自由限制，例如：將精神病患送交一定處所強制治療，或對受虐兒童施以強制：保護安直」寺，此等問題之釐清，自與憲法第八條之適用，關係密切。又憲法第十五條關於「財產權」保障範圍之確認，亦具有實際適用上之實益，蓋國家若對人民之財產權予以「徵收」，則生應予「補償」之問題（大法官釋字第四〇〇號解釋參照）。參李建良，註 6 文，頁 56。

要素，係指受基本權利保護之對象而言，亦即基本權利之主體<sup>13</sup>。確認基本權利保護範圍之人的要素，其重點在於探討各基本權利保護法益之歸屬問題<sup>14</sup>。關於得否為基本權利之主體，尤其是法人、非法人團體、未成年人、外國人、胎兒或死者等，李教授於此僅提及問題，而未敘明。

在此吳信華教授則表示，就保護的主體而言，所謂主體係指何人是可以享有該基本權利的主體，而本案當事人是否該當該基本權利主體<sup>15</sup>。就此問題，即須明瞭憲法上基本權利之保護主體為何。憲法上基本權利保護主體，原則上及於自然人與法人，除非性質上不允許<sup>16</sup>。在自然人部分，我國憲法大部分條文上用語均係人民，因此文義上並未嚴格區分本國人基本權與外國人基本權，但依通說仍須依個別基本權特性，而分為人權、國民權與公民權，以區分外國人得否在我國享有該基本權<sup>17</sup>。至於我國憲法第7條明文規定主體為中華民國人民，而外國人享有平等權，可以由憲法第22條或將平等權擴張為共通適用的平等原則，而仍以憲法第7條為依據，此即考量平等權為一普世價值的人權，不因憲法有明文中華民國人民而謂在我國境內之外國人不享有之<sup>18</sup>。惟外國人不得享有參政權<sup>19</sup>，乃因參政權為國民主權之行使，而僅中華民國國民方可享有，配合憲法第3條，具有中華民國國籍者方為我國國民的體系解釋，可得知參政權主體不包含外國人。故基本上基本權利保護主體包含本國人及外國人，亦包含未出生之胎兒<sup>20</sup>。法人在私法人方面為基本權利主體並無疑問，惟在公法人方面，因

<sup>13</sup>參李建良，註6文，頁58。

<sup>14</sup>參李建良，以憲法第十一條為例，其所保障「言論、出版自由」之對象，係指任何表達意見或從事出版新聞事業之人，其範圍包括未成年人、法人、非法人團體、報社編輯、節目製作人、書商等，但不包括讀者。又關於「講學自由」之保障對象為任何從事學術工作之人，包括私立大學在內。註6文，頁58。

<sup>15</sup>參照吳信華，基本權立體係思考，月旦法學教室，2003年7月，頁124。

<sup>16</sup>參照吳信華，註15文，頁125。

<sup>17</sup>參照吳信華，註15文，頁125。

<sup>18</sup>參照吳信華，註15文，頁125。

<sup>19</sup>參照吳信華，註15文，頁125。

<sup>20</sup>參照吳信華，註15文，頁125。

係基本權利的相對人，亦即基本權所要對抗之人，故原則上無法享有基本權利<sup>21</sup>。

所謂「事物的保護領域」，李教授又以「事物之要素」稱之，係指與各該基本權利保障規定有關之行為方式、法益、特性及狀態等<sup>22</sup>。包括積極之作為<sup>23</sup>，或消極之不作為<sup>24</sup>。且基本權利之保障範圍亦可以是「單純之存在」或存續之狀態<sup>25</sup>。

就此問題吳教授以基本權利保護內容為探討，亦即基本權利所保護的事實或行為態樣為何，即須就憲法有關基本權之規定加以闡釋，並與案例事實結合而得出結論<sup>26</sup>。亦即須考量各個基本權利的內涵，並對其內涵有詳細確實的了解，在判斷上方不致有誤差。因此，必須對各個基本權利的

<sup>21</sup>參照吳信華，註 15，頁 125。

<sup>22</sup>參李建良，註 6 文，頁 57。

<sup>23</sup>例如：發表演論或經營事業。參李建良，註 6 文，頁 57。

<sup>24</sup>例如：不加入某一政治團體或不表示一定之政治意見或保持緘默。參李建良，註 6 文，頁 57。

<sup>25</sup>例如：憲法第十五條規定，人民之財產權應予保障，此規定保障的範圍自包括財產的利用行為及財產之單純「存續」（大法官釋字第四〇〇號解釋參照）。又如憲法第十條規定，人民有居住之自由，其範圍包括個人居於自宅中不受干涉之權利，以及決定何人得進入其內之權利等。再如憲法第十一條保障言論自由，其範圍包括任何型態之意見表達，諸如言語、書面、動作，或藉由錄音帶或唱片播放，或簽名活動，或藉由廣播及電視之方式表達意見等，此外，「接近使用傳播媒體」之權利亦屬之（大法官釋字第三六四號解釋），而在言論之內容方面，則包括政治性、商業性（例如：廣告）之意見（大法官釋字第四一四號解釋），乃至於單純事實之報導等。關於事物方面之保障範圍，在實際認定上常生爭議。例如：憲法保障財產權之目的，固然在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，惟其範圍如何，容有待探究，例如：土地所有權（大法官釋字第三四七號解釋）、債權（大法官釋字第三八六號解釋），乃至於無體財產權（大法官釋字第二一三、三七〇號解釋）等，為財產權所保護之範圍，固無疑問，惟諸如地下水、工廠之營運（大法官釋字第三九〇號解釋）或公法上之財產請求權（大法官釋字第二〇一、二四六、二六六、二八五、三一二、三八九號解釋），或商業之顧客群、地理位置或商機等所謂「經建立且營連之管業權」等，是否亦屬憲法財產權所保障之範圍，在學說及實務上爭論仍多，有待進一步的釐清。參李建良，註 6 文，頁 57-58。

<sup>26</sup>參照吳信華，註 15 文，頁 125。基本權利案例的精確判斷-大法官釋字第四一四號解釋評析，月旦裁判時報，2010 年 8 月，頁 6-8。民事第三審上訴金額限制的憲法問題-最高法院七十四年台抗字一七四號判例及八十六年度第一次民事庭會議決議（一）的檢討-，全國律師，2000 年 9 月，頁 78-79。

內容有精確掌握，除憲法第7條至第18條及第21條之各種基本權利外，憲法第22條亦有概括規定，保障非列舉的基本權。吳信華教授指出，憲法第22條為一種概括性或補充性基本權利保障，必須憲法第7條以下各種基本權，即使透過解釋，仍無法成為本案之基礎時，方得以憲法第22條為依據，且援引本條時，更須註明係本條之何種基本權利<sup>27</sup>。

## 第二項 基本權功能體系與基本權保護領域之關係

就基本權保護領域的確定，基本上陳愛娥教授似認同吳庚大法官關於基本權保障範圍認定之意見<sup>28</sup>。按司法院大法官釋字第404號解釋吳庚大法官不同意見書第一段<sup>29</sup>及司法院大法官釋字第368號解釋吳庚大法官協同意見書。可知經由制度保障功能之確認及對憲法人民權利條款作體系論之解釋，當可建立各個基本權利之保障範圍，在範圍內受保障之事項，可稱之為基本權利構成事實。就此已透露出，陳教授認為基本權功能體系與基本權保護領域之解釋有相關性。

此外陳教授對基本權作為自由權，進一步由基本權功能體系出發，認為自由權必須考量，在現代民主法治國內實現自由保障的前提要件，受保障的對象（主體）<sup>30</sup>、得用以保障自由之法律手段（受益）<sup>31</sup>、自由應受到社會拘束的程度（限制）<sup>32</sup>，如此才能確切掌握基本權規定對國家權利的影響。由德國法上對基本權的理解，對確定憲法基本權規定之規範意涵意義重大的，首先是基本權本身就是自由權並進而對基本權作客觀保障的劃

<sup>27</sup>參照吳信華，註 15 文，頁 126。

<sup>28</sup>參照陳愛娥，中醫師不得交付病人西藥成藥？-關於憲法工作權保障-，台灣本土法學，1999 年 4 月，頁 110。

<sup>29</sup>對於憲法所保障之各種基本權利，本席一向主張，釋憲機關在受理聲請案件，作成解釋時，應對相關權利之本質及內容給予適當之詮釋，並建構明確之保障範圍，俾彌補憲法第二章第九條以次關於人民權利之各條規定，過分化約之不足。參照陳愛娥，註 28，頁 110。

<sup>30</sup>參照陳愛娥，基本權限制之審查基準，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會違憲審查準與社會國原則，2008 年 9 月，頁 16。

<sup>31</sup>參照陳愛娥，註 30，頁 16。

<sup>32</sup>參照陳愛娥，註 30，頁 16。

分<sup>33</sup>。因此，憲法的基本概念就是以基本權來保障自由，並依其基本權本質作客觀區別。其次陳教授認為德國憲法學發展出「價值決定性的原則規範」，進一步支撐、強化個人自由的保障<sup>34</sup>。要之，基本權規範功能轉向為客觀法規範，其意義為基本權的保障範圍擴大，但基於基本權本質仍為自由權，其擴大範圍仍須考量其本質之自由權，基本權仍應與其作為自由權之本質相連繫<sup>35</sup>。綜上所述，基本權規定被擴張理解為價值決定、客觀的原則規範，在此一理解下，意謂著解釋權也被擴大，因此也擴大了憲法法院的審判權，相應限縮了立法者的政治形成空間。

與此相同以基本權功能體系建構基本權保護領域者尚有陳慈陽教授。基本權行使亦包含僅單純處於保護範圍內之狀態。此一狀態又可分為主觀面相（對人）與客觀面相（對事），前者涉及基本權主體本身的保護，故稱為對人保護領域，後者則關於基本權在保護領域內的行為方式與內容，稱為對事客觀的保護領域，要實現基本權保護領域內主體的行為行使，須有二者同時存在<sup>36</sup>。上述主客觀狀態主要是因為基本權主體在保護領域內所為行為之所以受到保護除了是基於主觀權利本質，亦有一些基本權是基於制度性保障所形成的，亦即由基本權具體的客觀面向形成<sup>37</sup>。同時所有基本權還具有客觀規範內容。陳教授進一步指出上述主觀權利本質與制度性保障可能兩者個別單獨存在，或同時存在來保護基本權<sup>38</sup>。綜上所述，基本權具有雙重個性，因而強化了基本權主觀權利，而得以對抗國家侵入行為，此外更進一步擴充到給付參與權、保護義務等。因此基本權保護領域之解釋與適用，須考量保障主觀權利、制度以及確定一般法律須合乎憲法基本權之精神。

然而基本權保護並非意味著基本權利主體可毫無限制的行使基本

<sup>33</sup>參照陳愛娥，註 30，頁 16。

<sup>34</sup>參照陳愛娥，註 30，頁 16。

<sup>35</sup>參照陳愛娥，註 30，頁 16。

<sup>36</sup>參照陳慈陽，註 3 書，頁 401。

<sup>37</sup>參照陳慈陽，註 3 書，頁 402。

<sup>38</sup>例如學術自由。參照陳慈陽，註 3 書，頁 402。

權，因為當某一基本權利主體行使基本權時，可能會與其他權利主體產生利益衝突，也可能與國家或社會利益衝突，為解決這種衝突，憲法對於基本權設有限制以調和衝突，學理上有採取就個別基本權為個別特殊限制要件<sup>39</sup>，或就基本權整體為一致性之限制要件規定<sup>40</sup>兩種作法。陳教授表示此種憲法上對基本權限制規定之本質被視為具客觀法規範本質之基本權規定<sup>41</sup>。

此外基本權既然是人民得主張，而人民在社會生活上本就有不同領域存在，比如精神層面或是經濟層面，而在各該領域中亦可能包含基本權適用<sup>42</sup>。因此在各該領域所涉及之基本權保障有其一定之範圍，可能在某些領域較為寬廣，又可能較為狹窄，當然也有能在一個領域中同時存在兩基本權且又有重疊部分。此時基本權行使還要考慮到與其他憲法保護之法益的衡平性。

在此功能體系下，國家作為基本權義務主體或稱受基本權拘束者，對於基本權陳教授指出國家具有消極保護義務<sup>43</sup>，在此義務下國家必須尊重基本權，不去侵入基本權保護範圍內之行為，不論方式與內容。同時國家對基本權保護還具有積極面向<sup>44</sup>，就此國家必須採取合乎憲法秩序內所有可能對基本權保護之方式，亦即當國家權力行使在涉及人民基本權時，應以法規範禁止任何侵入保護領域之規定，如不得已要侵入保護領域時，須限制在具備憲法嚴格要件時，始得為基本權限制的行為<sup>45</sup>。

<sup>39</sup>此如德國基本法之規定。參照陳慈陽，註3書，頁402。

<sup>40</sup>此如我國憲法第二十二條與第二十三條之規定。參照陳慈陽，註3書，頁402。

<sup>41</sup>參照陳慈陽，註3書，頁402。

<sup>42</sup>如精神生活領域之信仰自由、經濟領域之財產權與職業自由以及文化教育領域的學術自由及出版藝術自由。參照陳慈陽，註3書，頁402。

<sup>43</sup>參照陳慈陽，註3書，頁402。

<sup>44</sup>參照陳慈陽，註3書，頁402。

<sup>45</sup>此如我國憲法第二十三條及德國基本法第七十九條第三項原則規旋禁止對基本權存在基礎的人性尊嚴為任何侵害行為，且同時課與立法者不得制定違憲法律之義務，以及如有違之，則該法律無效的效果，還有要求行政權不得為違憲行為或依違憲之法律來為執行，此均為無效之命令。參照陳慈陽，註3書，頁402。

此外就司法權觀之，司法相較立法、行政權具被動性格，惟司法權行使時，仍不得適用違憲之法規範，且違憲之法規範受憲法法院管轄，以此作為最終審查及控制行政與立法之手段<sup>46</sup>，惟若依現行憲法秩序已用盡所有手段，人民基本權侵害仍無法消除，人民當然可基於國民主權原理而主張並行使抵抗權<sup>47</sup>，來層層保障基本權。

但不同於前述二位學者，李建良教授指出基本權利保護領域與基本權功能體系不同，李教授指出前者係自現實面予以觀察，以了解各該基本權利之「打擊範圍」及在實際生活領域中之「各種切面」<sup>48</sup>。而後者在強調各種「保護作用」<sup>49</sup>。

### 第三項 內在限制或消極構成要件

在基本權保護領域與內在限制之關連，在於個別基本權憲法有賦予其內涵，然此憲法定義多為正面規定何者屬基本權保護範圍，然基本權是否存在內在限制，而自始排除一定行為不受基本權保護領域涵蓋，本文觀察許教授見解，可知其從保障人權角度認為列舉基本權不應有內在限制，且我國憲法第二二條，雖有規定內在限制，但基於同一考量，仍須限縮解釋。因此許教授應認基本權保護領域須盡量擴大。惟李建良教授認為採從寬解釋，失之於保障範圍過寬，而使基本權保障領域涵括難以為人民法感情接受之行為<sup>50</sup>，因此李教授認可從狹解釋。

<sup>46</sup>參照陳慈陽，註 3 書，頁 402。

<sup>47</sup>參照陳慈陽，註 3 書，頁 402。

<sup>48</sup>憲法第十五條明定人民之工作權，應予保障 6 所謂工作權「保障範圍」之界定，旨在確認何種人類活動為憲法所保障，例如：「娼妓業」是否是一種職業，而為憲法所保障。參李建良，註 6 文，頁 57。

<sup>49</sup>所謂工作權之「保障功能」，則係指人民如何向國家主張憲法所保障之職業自由，例如：請求除去對專科醫師執業之限制（防禦功能）（大法官釋字第四〇四號解釋），或請求國家提供資金補助，或請求准予使用與職業有關之國家設備（給付功能）。參李建良，註 6 文，頁 57。

<sup>50</sup>憲法第十五條工作權（職業自由）保障範圍之界定，旨在確認何種人類活動為憲法所保障。一般而言，所謂「職業」者，係指人民為維持生活所從事之任何活動，不問是否為主業或副業、長期或短期。惟如此廣泛之認定，顯然會使諸如「職業殺手」、「毒販」、「慣竊」或「收贓業」等活動，亦被劃入憲法所保障的範圍，自非妥適，故其範圍應有所界定，以免失之過寬，乃屬

關於總論的探討部分，許宗力教授提出一個一般性問題是：於外部界限，也就是國家對基本權之行使所施加之限制外，究竟尚有無所謂基本權內在界限之存在？

按許教授之定義，所謂基本權的內在界限，並非「從外部」去設定基本權的界限，而是直接從基本權構成要件內部本身的限縮解釋，自始就將某類行為，排除於基本權保護領域之外。基本權構成要件如具有此內在界限的限制，凡落入此內在界限的行為，自始就不在基本權保護領域之內，所以國家對其所為干預或限制，也就不構成基本權的干預或限制，而干預基本權所需滿足的後述的各種法治國憲法上要求，例如法律保留與比例原則，當然也無從適用。

對基本權內在界限持肯定論者，至少有兩種學說<sup>51</sup>。第一種說法主張民主功能的基本權理論者，認為基本權只保護出於公共或政治動機，對公共或政治目的之達成有所助益的行為，至若出於私益動機，與公共目的全然無關者，則不在保護之列。另一種說法則是考量憲法第二二條已將妨害社會秩序或公共利益之行為，排除於保護領域之外，而憲法第二二條為補遺權規定，其限制亦應適用於各該列舉權，故妨害社會秩序或公共利益之

---

當然。參李建良，註 6 文，頁 59。

<sup>51</sup>準此，則人民不參與公共事務的決定（如拒絕投票），以及任何無關公益性的「私」的行為（如無涉公共目的之私人集會或言論），都將因此自始被排除於基本權保護領域之外，不適用任何法治國的基本權保護機制。如以為憲法第十五條的工作權只保障一般社會所公認的「正當」職業，不可能連以殺人、搶劫、竊盜或走私為業的工作（職業）自由，亦保障在內；憲法第十三條的宗教自由亦只保障一般所公認的「正派」宗教，不可能納提倡怪力亂神、淫蕩不倫之「邪教」於其保護範疇；或主張第十四條的集會自由自始不保障在高速公路示威遊行的自由！或第十一條的表現自由自始即不保障有傷風化的色情表演等是。此說的可能根據是憲法第二二條。依該條規定，「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。單就字義解釋言，本條的確是以「不妨害社會秩序公共利益」作為基本權保障的內在界限。雖然本條僅是就未列舉的補遺權設規定，但既然補遺權僅於「不妨害社會秩序公共利益」的前提下始受憲法保障，則同屬基本權的個別列舉的基本權，當亦無免於受相同內在界限制約的道理。總之，採此說，即表示縱無明文規定，一切列舉的基本權仍須以「不妨害社會秩序公共利益」為其先驗的內在界限，唯經此道篩選程序剩下的，才納入基本權的保護領域，也唯有屬該保護領域內的行為，國家對其施加之限制才有進一步受法律保留與比例原則制約之必要。參照許宗力，註 1 文，頁 65。

行為亦應自始即排除於各基本權保護領域之外<sup>52</sup>。

關於第一種說法，許教授基於傳統基本權理論強調自由之保障不問動機，且自由之保障本身就是目的，認為民主功能基本權理論認為為公益目的而保障自由的主張，實際上限制了基本權保障<sup>53</sup>。而對於第二種看法，許教授先認似有道理且較符合人民法感情，為最後仍認此內在限制不必要<sup>54</sup>。其認為對於人民基本權之限制構成要件之認定與其交由行政或司法權認定，還是以交由具直接民主正當性及議會程序之立法權為妥<sup>55</sup>。其次，憲法第二三條已明文允許國家為「維持社會秩序」或「增進公共利益」，得以法律限制人民的自由權利，則判斷是否妨害社會秩序公共利益，在基本權的限制階段審查即可，若相同的限制理由，重複在保護領域與限制兩個階段判斷，不免浪費有限的司法資源<sup>56</sup>。最後的一點是，承認基本權的內在界限，將有使法律保留淪為空轉，進而讓行政權得以恣意玩弄基本權的危險<sup>57</sup>。許教授進一步指出行政權得無視法律授權之有無，動輒就以人民行為、妨害社會秩序公共利益，從而非屬基本權之行使為由，徑以職權

<sup>52</sup>就某方面言這一說確非無道理，蓋如果不在基本權保護領域的判斷階段，就先行將妨害社會秩序公共利益的行為剔除，勢必會產生憲法保障人民有諸如殺人，搶劫、竊盜或走私為生的職業自由（工作權）、提倡信仰「邪教」的宗教自由、在高速公路示威遊行的集會自由，以及在光天化日下從事色情表演的表現自由等等的奇特現象。雖說將此行為納入基本權保護領域，還不表示其就是終局的、確定的權利；換言之，國家仍非不能在其後的基本權限制階段立法予以取締、限制之，但不容否認，單單「初步」承認人民有從事這種妨害社會秩序公共利益之行為自由一事，就已可能與人民法感不符。為其先驗的內在界限，唯經此道篩選程序剩下的，才納入基本權的保護領域，也唯有屬該保護領域內的行為，國家對其施加之限制才有進一步受法律保留與比例原則制約之必要。參照許宗力，註 42 文，頁 66。

<sup>53</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 66。

<sup>54</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 66。

<sup>55</sup>立法權相對於其他兩權具直接與多元民主正當性基礎，有更多機會透過公開、謹慎讀會程序參與限制人民，自由之決定的作成。且考量如何界定社會秩序與公共利益等概念實屬不易，還是宜由立法者從事利益衡量，以對擬禁止行為的構成要件透過法律作更精確規定。參照許宗力，註 1 文，頁 66。

<sup>56</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 66。

<sup>57</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 66。

命令限制之，排除立法者事前約束行政行為<sup>58</sup>。因此法律保留具有實質存在意義，就不宜承認有所謂基本權內在界限的存在。綜上所述，許教授還是贊成將妨害社會秩序或公共利益之行為亦納入基本權保護領域內，也就是不承認有所謂基本權內在界限的存在。

其次許教授就概括基本權觀之，亦有討論內在限制之空間。我國憲法對基本權的保障，是採列舉與概括的混合方式。之所以於個別列舉基本權外，另設第二二條概括性基本權規定，目的即在考量基本權非永恆不變，會因時空環境不同而發現新興權利，並因應時勢變遷保障新興權利的需要<sup>59</sup>。而補遺權究竟是哪些權利，少數經司法院大法官透過解釋明文承認的有婚姻與家庭的保障、無責任（故意過失）無處罰原則、一般隱私權與人格權等。其他進一步權利則仍有待學說進一步探究及有權解釋機關的最終確認。惟概括基本權範圍的大小，與個別列舉基本權保護領域的解釋，有密切關係，亦即解釋從寬者，落於概括基本權領域的自由權利即趨少，反之解釋從嚴者，則趨多<sup>60</sup>。

就第二二條的概括基本權，許教授提出的問題是，該條所稱「不妨害社會秩序公共利益者」究係指基本權的內在或是外部界限？就第二二條作文義解釋，符合概括基本權須不妨害社會秩序公共利益，配合第二三條作體系解釋，似乎可以確定制憲者當初採的是內在界限說。許教授認為概括基本權因內容欠缺歷史經驗的背書與鍛鍊，是否有保護必要，內容為何，皆尚待觀察，對其基本權性格的承認因而有必要稍採謹慎、保守態度的緣故<sup>61</sup>。故制憲者只特別對概括基本權另設內在界限的限制，對個別列舉的

<sup>58</sup>參照許宗力，註1文，頁66。

<sup>59</sup>參照許宗力，註1文，頁67。

<sup>60</sup>比如對第十一條的言論自由倘從寬解釋，則廣播電視自由與藝術自由即非不能落入其保護領域；倘從嚴解釋，將其排除於保護領域之外，則該二自由類型就只能回溯到第二二條，靠補遺權來捕捉了。參照許宗力，註1文，頁67。

<sup>61</sup>何況果真讓諸如在公共場所酗酒喧鬧，乃至殺人、竊盜、搶奪等等明顯妨害社會秩序公共利益的「自由」也落入基本權的保護領域，其難以獲得一般人法感的共鳴，也確實是無庸置疑的。參照許宗力，註1文，頁67。

基本權則僅以外部界限的把關為已足。

然不容否認的一點是，過早就把自由所必然帶有的公益關聯提到基本權的構成要件中討論，進而把特定對公益有害的行為類型自始就排除於保護領域之外，有造成對自由過當限制的危險，並開啟行政權規避法律保留的大門<sup>62</sup>，這方面的缺點亦同前述列舉權之內在限制。是倘明知有此危險，卻因憲法本身的明文（第二二條）而不得不承認所謂基本權內在界限的存在，許教授認為對概括基本權的適用與解釋就宜採審慎態度，亦即在不逾越憲法解釋界限的前提下，儘量對個別列舉基本權的保護領域從寬解釋，以縮小補遺權的適用範圍<sup>63</sup>。倘依然落入第二二條概括基本權適用範疇，對該條所稱「不妨害社會秩序公共利益」的內在界限則宜採限縮解釋<sup>64</sup>，而增加外部界限的適用機會<sup>65</sup>，使人民自由能因法律保留與比例原則的把關，而獲得更確實與更深一層的保障。

綜上所述，許教授認為應限縮內在限制，而擴大基本權保護領域。在此理解下，對於許教授認為人民得享有者乃受限制後的基本權<sup>66</sup>。依本文觀察，許教授重點在於劃定基本權保護領域，應不考量內在限制。因此基本權行使已包山包海容納全部人類行為，因此會認為基本權原則是得以限制的。

惟由李教授文章觀之，其認為採從寬解釋，失之於保障範圍過寬，而使基本權保障領域涵括難以為人民法感情接受之行為<sup>67</sup>，故李教授應認可

<sup>62</sup>參照許宗力，註1文，頁67。

<sup>63</sup>參照許宗力，註1文，頁67。

<sup>64</sup>參照許宗力，註1文，頁67。

<sup>65</sup>所以例如同性婚姻，就不宜逕以「妨害社會秩序公共利益」為由，自始就將其排除於婚姻自由的保護領域之外。參照許宗力，註1文，頁67。

<sup>66</sup>國家對基本權保護領域內之基本權行使進行干預、限制，非自始所不許；唯有當國家的限制不符合法治國憲法所要求的各種基本權限制要件，基本權主體始得根據基本權向國家發動防禦請求。德儒阿列西稱基本權在其保護領域所提供的保護僅是一種初步、表象的保護，即是此故。參照許宗力，註1文，頁65。

<sup>67</sup>憲法第十五條工作權（職業自由）保障範圍之界定，旨在確認何種人類活動為憲法所保障。一般而言，所謂「職業」者，係指人民為維持生活所從事之任何活動，不問是否為主業或副業、

從狹解釋。而採從狹解釋者，主要係基於某些行為根本不應屬基本權保障之行為。至於如何限縮基本權保障範圍，李教授引介兩個學說，其一基於基本權利之保護，並非賦予免受法律拘束之特權，故認為，凡屬法律所一般禁止之事項，即非屬基本權利所應保障之範圍<sup>68</sup>。其二主張應以所謂「社會有害性」作為劃定職業自由保障範圍之消極要件<sup>69</sup>。

關於上述兩種說法，李教授認為前者易使基本權利之保障受到立法者之支配，而使憲法對法律之規範效力有所減損<sup>70</sup>。蓋就憲法的觀點以言，法律本身應是基本權利之規範對象，而非基本權利之內涵，故在探討基本權，保障問題時，宜明確區分「保障之主體」與「規範之客體」，始為允當<sup>71</sup>。而認為後者，採取避免以「立法者」之意思作為界定之標準，免去受立法者支配之疑義，自較前說為優，惟為避免流於主觀價值判斷，仍應審慎為之<sup>72</sup>。總之，在對基本權保護領域從狹解釋下，李教授認為對基本權利保障範圍之解釋，仍應以法學方法論之解釋法則為基礎，分析各該規範之文義，並探知其發展沿革、特性及體系，再參酌社會通念與價值秩序，以作出妥善適切之界定<sup>73</sup>。

#### 第四項 基本權競合之問題

國家侵入行為涉及多數基本權，此時有判斷究竟應以哪一個基本權操作違憲審查的問題，應全部審查或僅審查其一已足，此時有基本權競合問題。本文觀察許宗力教授學說，認為基本權競合，應先以特別普通關係判

---

長期或短期。惟如此廣泛之認定，顯然會使諸如「職業殺手」、「毒販」、「慣竊」或「收贓業」等活動，亦被劃入憲法所保障的範圍，自非妥適，故其範圍應有所界定，以免失之過寬，乃屬當然。參李建良，註 6 文，頁 59。

<sup>68</sup>參李建良，註 6 文，頁 59。

<sup>69</sup>參李建良，註 6 文，頁 59。

<sup>70</sup>參李建良，註 6 文，頁 59。

<sup>71</sup>參李建良，註 6 文，頁 59。

<sup>72</sup>參李建良，例如：對於「命相師」、「紅頂藝人」、「舞廳業者」、「電動玩具業」或「檳榔業者」等行業，吾人是否應對之預作「非價判斷」，而使其自始喪失憲法之保障，誠值思量。註 6 文，頁 60。

<sup>73</sup>參李建良，註 6 文，頁 60。

斷，若無特別普通關係，則應採合併審查。

關於基本權的競合，指同一基本權主體的某特定行為同時落入數個基本權的保護領域之謂<sup>74</sup>。該問題的提出，目的在探討究應根據哪一基本權以判斷國家所為干預行為的合憲性的問題。

基本權競合依許教授之看法，主要以是否有「特別—普通」關係判斷，亦即多數基本權競合時，該多數基本權間是否存有特別法與普通法之間的關係<sup>75</sup>。如存有「特別—普通」關係時，此時基本權主體的特定行為，同時落入兩個以上基本權保護領域，倘其中之一基本權可視為是以另一基本權為其權源，而從該權源所分離出來的獨立權利，則該分離出來的基本權相對於其權源之基本權即存有特別法與普通法關係，根據特別法優於普通法原則，單獨適用屬特別法的該分離出來的基本權判斷國家干預行為的合憲性即為已足，屬普通法者並不適用<sup>76</sup>。在此一步驟下，學說並無歧見。問題在於若無此一關係時，應如何判斷。

許教授進一步說明如兩相競合基本權，彼此間未存有，或未能清楚確定存有特別法與普通法關係<sup>77</sup>，此時究應如何適用該兩相競合基本權，學說上即有疑義。對此，有主張平行審查說者，以為所有競合的基本權皆應平行適用，也就是認為同一行為受到不同基本權的雙重保護，國家所採限制措施須通過兩基本權的雙重審查，始為合憲<sup>78</sup>。另一種說法採合併審

<sup>74</sup>如神職人員的佈道行為，同時落入宗教自由、言論自由與職業自由（工作權）的保護領域；參與公職人員之考試，同時落入應考試、服公職與工作權的保護領域；醫生招徠廣告也同時落入言論自由與工作權的保護領域等，皆是基本權競合的適例。參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>75</sup>參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>76</sup>如講學、著作、出版與集會自由相對於言論自由，祕密通訊自由相對於一般隱私權（第二條）。或服公職權相對於工作權，整體言都居於特別法地位，則判斷國家對各該相關自由所採干預措施的合憲性，直接根據講學、著作、出版自由、祕密通訊自由與服公職權判斷即可。參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>77</sup>如宗教慶典的遊行，宗教自由與集會自由競合，或醫師為醫師業務的醫療廣告，工作權與言論自由競合，或樂師於公開音樂會演奏樂器，藝術自由與職業自由競合，或神職人員的傳教佈道，宗教自由與職業自由競合，或於自家外牆上為前衛藝術圖畫，財產權與藝術自由競合等等的情形，則於此場合究應適用哪一基本權。參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>78</sup>平行審查說似為德國通說。惟德國基本法因對不同基本權提供的保護程度有強弱之別，採平行

查，所合併審查即一次將兩相競合基本權合併適用、審查，使其併合發生作用<sup>79</sup>。關於平行審查，其源自德國，而德國基本法對於基本權之建置，明文即規定強弱之分，藉由通過保障較強之基本權的審查作為最後防線，來達到保障人權，不致有所缺漏。而合併審查係使競合基本權併合發生作用，觀察到所謂「價值聚積」的現象，既屬「價值聚積」，則特別是在適用比例原則審查國家干預人民基本權之必要性的場合，其份量重於個別單獨發揮作用的基本權<sup>80</sup>，亦即在不考量個別基本權保障強弱之情況下，同樣可達到當一行為該當數基本權競合時保障較該當單一基本權為強，足以保障人權。上述兩種說法並無優劣之分，究應如何取捨仍須回歸各該憲法對於基本權之規定，如憲法有就基本權作強弱之差別規定，則可使用平行審查，而在憲法無特別規定基本權強弱時，採取合併審查，亦足以評價多數基本權。

許教授認為由我國憲法第二三條基本權限制之規定，並無就個別基本權為區分，對各基本權接有適用，故我國憲法對每一基本權皆視為相同價值，並無較強或較弱之區別<sup>81</sup>。因此許教授認為採平行審查並不具多大實益，因保護強度既同，通得過其中一個基本權審查者，通常也都通得過另一個基本權的審查<sup>82</sup>。亦即於此情形，無論是根據其中任一個基本權，或是平行根據兩個基本權審查，結論基本上應皆相同，故一限制行為侵害一個基本權與侵害數個基本權，並無不同，無法達到強化基本權保障的效果。

有鑑於此，我國應採取的是合併審查<sup>83</sup>。合併審查藉競合基本權併合

---

審查意謂亦應通過保障較強之基本權的審查，所以確實是能夠帶來強化人權保障的效果，而強化人權保障也正是主張平行審查者所持的主要理由。參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>79</sup>參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>80</sup>參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>81</sup>反觀我國憲法則因基本上對每一基本權利皆一視同仁平等看待，並不承認有較強或較弱基本權的區分（觀諸憲法第二三條的基本權限制要件規定，對各基本權皆有相同適用即自明）。參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>82</sup>參照許宗力，註1文，頁68。

<sup>83</sup>與平行審查不同的是，平行審查基本上只是把兩相競合基本權拆開來分別審查，其特點是將兩相競合基本權視為永不交會的兩條平行線，不認為其彼此間會發生任何影響作用。參照許宗

發生作用，產生「價值聚積」，既有價值聚積，則在不區分基本權強弱的國家如我國，基本權競合的份量會重於個別單獨發揮作用的基本權<sup>84</sup>。在價值聚積的使用上，許教授進一步提醒，不同基本權併合發生作用的「價值聚積」原則上固應比單獨作用的個別基本權獲得更多的保護與容認，但站在「價值聚積」基礎上的基本權的行使，最後是否能予允許，仍應視個案與之衝突的相反法益的份量而定<sup>85</sup>。並非只要價值聚積即一定產生限制行為違憲，但至少比單一基本權受限制時，應提高審查基準的選擇。吳信華教授亦同許教授見解，其認為一個案例事實通常會涉及多種不同基本權利，此際則有基本權利競合問題<sup>86</sup>。在此必須依個案，判斷哪個或哪些基本權利是本案中涉及重要者，均須逐一說明，而後在違憲審查方不致有所誤差，就此並無特定判斷標準，而應就個案認定<sup>87</sup>。

李建良教授雖未表達關於競合之見解，但對於人身自由等憲法權利，認為係憲法設有特別保護規定之基本權利，本文認為此係與一般自由權有強弱不同之差別規定。因此我國憲法是否容有平行審查之可能，仍有待討論。

## 第二節 學說觀察兼簡介我國釋憲實務

關於基本權保障領域，整理前述學者見解，首先基本權保護領域概念上為受基本權保障的行為人所得行使的基本權範圍。在此定義下，基本權保護領域的要件可依李教授之分類，分成基本權保護主體與基本權保護內容，本文認為此為淺顯易懂的初步分類，且應先就基本權保護主體為判

---

力，註 1 文，頁 68。

<sup>84</sup>以吹奏樂器為例，倘出於職業樂師所為，因本身不僅在於表現藝術，更追求維持經濟生存的目的（藝術自由與職業自由兩基本權價值聚積），所以應比業餘者單純出於藝術嗜好動機所為者（藝術自由單獨作用）。獲得更多的重視、保護與容認。參照許宗力，註 1 文，頁 68。

<sup>85</sup>並不是說以單一基本權為後盾的吹奏樂器行為（如業餘者所為），因違反噪音管制標準而被禁止，換作是有「價值聚積」的基礎者（如職業樂師所為者），就必然應予允許，這一點仍不可不辨。參照許宗力，註 1 文，頁 69。

<sup>86</sup>參照吳信華，註 15 文，頁 126。註 26 二文，頁 6-8。

<sup>87</sup>參吳信華，註 15 文，頁 126。註 26 二文，頁 6-8。

斷。以下分述之。最後簡評我國釋憲實務。

## 第一項 學說觀察

### 第一款 基本權保護主體

蓋判斷有無權利存在的問題上，首先即須判斷該權利主張之人，能否主張該權利，亦即是否具權利主體適格，若主張權利之人本身並不享有該權利，法院未審酌而直接就權利內容判斷，無異浪費司法資源。至於基本權保護主體應如何判斷，留德學說基本上在我國為通說，故吳教授在介紹時亦是引介許教授之見解<sup>88</sup>，此外李震山教授亦同，至於其他學者亦未著墨太多，概略言之，基本權應以權利本質而區分為普世價值基本權、具國民主權性格基本權以及公民性格的基本權，因而分別出一般人皆得主張、本國人始得主張，以及本國公民方得主張<sup>89</sup>。關於前述分類，本文持贊同見解，然有論者提及應擴大國民權與公民權的範圍，以強化人權保障<sup>90</sup>，似值參考，惟本文著重在德國理論之介紹，故並不在此多做討論。

### 第二款 基本權保護內容

其次涉及基本權保護內容的部分，本文綜觀前述留德學者的介紹，皆肯認基本權係由主觀權利與客觀功能面向所構成。因此基本權在現今意義下，其內涵已非僅具古典意義的防禦權功能，而具價值決定的功能。對基本權保護內容定義學說無爭議，列舉權部分，敘就各該憲法條文解釋，至於概括權依我國憲法第二二條，須符合權利本質上已具基本權利品質，行使不妨害社會秩序與公共利益，且權利實踐合於憲政程序<sup>91</sup>，且若判斷為概括基本權，須指明為何種基本權。因此本文著重在基本權的內在限制、列舉基本權與概括基本權間的關係以及多數基本權競合的問題。

<sup>88</sup>參吳信華，註 15 文，頁 125。

<sup>89</sup>參吳信華，註 15 文，頁 125。參照李震山，論憲政改革與基本權利保障，國立中正大學法學集刊，2005 年 4 月，頁 6-12。

<sup>90</sup>參照廖元豪，外人做頭家？--論外國人的公民權，政大法學評論，2010 年 2 月，頁 245-306。

<sup>91</sup>參照李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障-司法院大法官相關解釋之評析，憲法解釋之理論與實務第三輯上冊，2002 年初版，頁 393。

## 一、基本權消極構成要件

基本權保護領域，其文義既為基本權所保護的範圍，想當然爾必須界定出基本權範圍的大小。界定方法積極的一面，是由憲法保護基本權條文解釋要件，刻劃出何種行為國家須保護，以及何種行為國家不得行使，藉此刻劃出保護領域範圍。至於消極的一面，則是由憲法抽象規定何種行為不屬基本權所保護，而自始排除於憲法之外，此即學說稱之內在限制，或基本權消極構成要件，我國釋憲實務迄今未見相關說明。惟本文在此欲先澄清一下用語，日本法上亦有所謂內在限制，與外在限制不同者，在於該內涵在實現憲法上調和基本權間衝突的規定，意義上似較類似德國法上基本權內容構成，因此為避免混淆，本文認為內在限制應以基本權消極構成要件稱之為妥。基本權積極構成要件的部分，學說認為此為該基本權解釋問題，且應由司法權為之。而基本權消極構成要件的部分究應否承認，學說即有爭議。

首先，許教授認為對於人民基本權之限制構成要件之認定交由具直接民主正當性及議會程序之立法權為妥，且重複在保護領域與限制兩個階段判斷相同的限制理由，浪費有限的司法資源，最後如承認基本權的內在界限，將有使法律保留淪為空轉，進而讓行政權得以恣意玩弄基本權的危險<sup>92</sup>。考量前述三個理由，許教授不承認基本權消極構成要件的存在。惟本文以為，許教授的第一個理由，係基於對內在限制的獨特理解，蓋許教授所指內在限制係指，直接從基本權構成要件內部本身的限縮解釋，自始就將某類行為，排除於基本權保護領域之外，並非「從外部」去設定基本權的界限，在這個定義下，與李教授所言，基本權消極構成要件並無不同<sup>93</sup>。而基本權消極構成要件為構成保護領域之一環，照陳教授之見解，即屬司法權解釋之範圍，而無由立法權置喙。其次，許教授因限制二字，而落入與外在限制比較的陷阱。蓋照許教授定義下的內在限制，應仍屬違憲審查

<sup>92</sup>參照許宗力，註 42 文，頁 65。

<sup>93</sup>參照李建良，註 6 文，頁 59。

第一階段的問題，而外在限制屬第二階段問題，不同階層討論的問題，本文認為本質上有不同，將二者同論，易造成學生誤解，進而混淆三段論法的一階段與第二階段之體系。再者許教授提出的第二個理由，亦係對內在限制之獨特理解，本文仍認為基本上二者為不相屬領域的問題。許教授的最後一個理由，承前述，內在限制被理解為基本權消極構成要件，本非法律保留所得涵蓋，再者行政權干預人民行為時，在法治國原則下，應不論人民是基於何種權利而為，皆須依法始得為之，故亦不會如許教授所言，使法律保留空轉，行政權得恣意為之等情形。惟本文著眼於人權保障觀點，基本權保護領域解釋空間過大，以及解釋的細緻度未較其後之比例原則操作為高，故在結果上仍肯認許教授不採基本權消極構成要件之見解。惟考量基本權保護領域為一流動狀態，若基本權構成要件之解釋，能進一步體系化，使其細緻度能比的上其後之阻卻違憲事由審查，甚而過之，則本文認為承認基本權消極構成要件，亦不妨人權之保障。

## 二、列舉基本權與概括基本權之間的關連

次的一個問題是，列舉基本權與概括基本權之間的關連。首先，概括權的存在係考量基本權利處於隨時被發現的狀態，在不同時空背景下，可能會發現新興基本權，若無此概括規定，將不足以適度評價係爭權利，而有礙人權保障。其次，列舉權與概括權其界限屬流動的，亦即列舉權解釋範圍越大，則概括權能涵蓋得部分越少，反之亦然。吳教授與許教授在此提及一操作上的提醒，即須先盡可能解釋列舉權，如無法由列舉權涵括，始得以概括權為基礎並應指明為何種權利<sup>94</sup>。最後在此二者間，許教授仍提及列舉權是否亦有不妨礙社會秩序、公共利益之要求的消極構成要件的問題。基本上許教授否定消極構成要件存在以及我國雖於概括權有規定此消極構成要件，其認為此係考量概括權未經歷史考驗而設的保險裝置，因此適用上應限縮解釋<sup>95</sup>。惟就德國基本法第二條第一項觀之，「人人有自

<sup>94</sup>參照吳信華，註 15 文，頁 126。

<sup>95</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 65。

由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限。」此應為德國的概括權規定，其所謂人人有自由發展其人格之權利，考量基本權係由主觀權利本質與客觀價值面相構成，列舉權亦應包含在此文義之內，又其規定於所有列舉權之前，依體系解釋，應對所有列舉權皆適用之。反觀我國憲法第二二條，「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」從文義上解釋，概括權須不妨害社會秩序公共利益，依舉輕以明重法理，列舉權更須不妨害社會秩序公共利益。其次由體系觀之，德國基本法係將概括權規定於列舉權之前，故其用語係以所有人格發展稱之，以涵蓋下舉列舉權，反觀我國，概括權係列於列舉權之後，其條文用語凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，依體系解釋，應認由此概括權規定反推回列舉權皆有適用。故應認列舉權亦有不妨害社會秩序公共利益之要件。

### 三、基本權競合

最後一個問題在於基本權競合。基本權競合係指同一基本權主體的某特定行為同時落入數個基本權的保護領域。此時會牽涉多數基本權，而應如何評價該數基本權。許教授先就此數基本權間有無特別與普通法間的關係來判斷，如有則依特別法優於普通法，而適用具特別法地位之基本權<sup>96</sup>。此學說上無爭議。

惟無上述關係存在之數基本權，應如何評價，吳教授認為必須依個案，判斷哪個或哪些基本權利是本案中涉及重要者，均須逐一說明<sup>97</sup>，由此觀之似類似許教授介紹之見解，即合併審查說。德國通說採平行審查說係藉審查保護較強之基本權來達到足夠評價數基本權存在的問題。而合併審查說則在處理基本權未規定保護強弱的狀況，應透過價值聚積來達到對基本權足夠的評價。此兩說最大的分歧在於，基本權規定有無強弱之分。故許教授與吳教授應認為我國對基本權規定並無強弱之分，亦即所有基本

<sup>96</sup>參照許宗力，註1文，頁65。

<sup>97</sup>參照吳信華，註15文，頁126。

權皆受憲法第二三條限制。惟在此李教授卻認為我國對基本權限制仍然有區分<sup>98</sup>，原則上所有基本權皆有憲法第二三條限制，惟憲法第八條卻是本身具特別規定，因此依許教授之見解，此時憲法第八條與其他基本權即有保護強弱之別。故本文以為我國有關基本權競合情形，第一步仍是以普通與特別關係判斷。若無普通與特別關係存在，則進一步判斷數基本權是否包含憲法第八條保障之人身自由，若有，則依平行審查，選擇人身自由為繼續審查合憲性問題。若無人身自由牽涉在內，則採合併審查，觀察價值聚積，以適當評價該數基本權。

## 第二項 簡介釋憲實務

本文觀察司法院大法官解釋，就基本權利保護主體部分，在釋字560號解釋未否認外國人具平等權與財產權，釋字618號解釋則對原為大陸人民之我國國民肯認限制服公職權限。至於在基本權利保護內容方面，個別列舉權之解釋不在本文討論範圍，且數量繁多，因此不作介紹。於概括權部分，重要者在於應先解釋該基本權利是否不受列舉權涵蓋，此如釋字577號解釋認為資訊自主權或可歸為言論自由知的權利下。

至於在消極構成要件部分，就列舉權部份我國大法官解釋並未敘及，本文進而觀察大法官不受理決定，亦未可見，然在概括權，則皆受有不妨礙社會秩序、公共利益之限制，此如釋字242號解釋，婚姻與家庭權，以及釋字554號解釋，性自主權，即可觀之。此外對於基本競合情形，皆採合併審查，此如釋字577、682號解釋。

---

<sup>98</sup>參照李建良，註6文，頁67。

## 第四章 國家行為是否介入基本權利

### 第一節 我國學說介紹

關於國家行為是否限制或介入基本權利，學說上大略先從基本權限制或介入為概說，並採寬鬆認定，其次在此寬鬆認定下，依次討論輕微干預、基本權危害以及基本權構成等與基本權介入或限制的關係。

許宗力教授對於國家行為是否介入基本權利，依本文觀察，許教授先就基本權限制等同基本權干預作說明，進而認為基本權限制為基本權侵害之上位概念。其次在基本權限制於採寬鬆認定下，許教授認為基本權危害與基本權的具體化，亦有可能成為基本權限制，惟不認可輕微干預屬基本權的限制。

與大部分學者不同，陳慈陽教授對於國家行為干涉基本權，稱為基本權侵入，考量在國家對基本權干涉不限於限制，亦包括保護基本權，本文較贊同，因此稱為相類似概念為介入。並區辨與基本權構成不同。此外陳教授指出基本權侵入係相對於基本權保護領域之解釋大小而定。最後依德國法上對基本權侵入與以類型化。

關於基本權限制之問題，陳愛娥教授依憲法學理上的見解，基本權為一種防衛權，故基本權規定主要在防衛來自國家或其他公權力主體的侵害，基本權規定並不直接適用於私人之間<sup>1</sup>。因此，就基本權限制，陳愛娥教授的說法與通說並無差異。

李建良教授對於基本權侵害之見解，本文認為其先就基本權侵害採寬鬆認定，其次認為基本權利之確定以及形成與限制間的關連，僅在學理上有討論其不同之價值，實務面上，二者難以區分，因此若認基本權確定與形成存有干預成分，則應以基本權侵害視之。

---

<sup>1</sup>參照陳愛娥，中醫師不得交付病人西藥成藥？-關於憲法工作權保障-，台灣本土法學，1999年4月，頁110。

本文觀察吳教授見解重點，其首先認為侵害未必等同違法，其次定義基本權侵害，基本上與李教授無甚大差異。

以下就前述四項重點作學說上之說明。

## 第一項 基本權介入與限制概說

### 第一款 概說

於確定基本權主體的特定行為落入某特定基本權保護領域後，接下來則應確定國家所為涉及該基本權行使的行為，是否構成基本權的限制。有鑑於學說間對基本權限制有多種不同用語，比如基本權的干預、基本權的侵害等，許教授於此為文先做一番概念的澄清，以助於觀念之統合。

首先是基本權的干預。這是受德國法影響而慣常使用的詞語。依許教授的理解，基本權的干預與基本權的限制，乃屬同義語。其意義為，只要人民的基本權，增加行使上的困難，或致根本無法行使係因國家行為的介入所致，即可認定存有基本權限制或基本權干預。至於基本權的侵害或基本權的損害，許教授指出其與基本權的限制概念不同。氏指出基本權的限制，包括合法（憲）與違法（憲）兩者，而基本權的侵害，則專指其中違法（憲）的基本權限制一項，與德文所稱Grundrechtsverletzung相當<sup>2</sup>，因此基本權限制可說是基本權侵害的上位概念。由上述可知原則上基本權限制與侵害意義是不同的，但在憲法保留的狀況下，基本權限制例外與基本權侵害有同等意義<sup>3</sup>。所謂憲法保留，係指憲法就特定基本權保護內容已自為明確規定，可據此推測憲法已無另外允許立法者以憲法第二三條為理由作進一步限制之意思<sup>4</sup>，如憲法為上述規定則表示該基本權內容具「憲法保留效力」，該事務屬憲法保留由其自行規定，不容立法者再行以法律設限。若立法者執意以法律對憲法保留事項設限，必即構成違憲的基本權限制，

---

<sup>2</sup>參許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，2003年9月，頁69。

<sup>3</sup>參許宗力，註2文，頁69。

<sup>4</sup>參許宗力，註2文，頁69。

也就是基本權的侵害，不容再援引第二三條為合理化藉口<sup>5</sup>。

惟由許教授所描述之基本權限制，似仍偏向傳統一義國家對基本權僅有限縮之效果，而忽略基本權功能體系擴張下，國家介入基本權已不限於限縮。因此陳慈陽教授認為基本權行為已不限於限制意義，進一步應以侵入基本權稱之。基本權侵入行為，依陳慈陽教授之定義，為國家權力侵入基本權之保護領域或限制到基本權主體在保護領域內之行為，包含作為、不作為或單純存在狀態<sup>6</sup>。以此概念為前提，又可分為合憲之侵入及違憲之侵入行為。前者係指當基本權主體行使其權利時，可能造成與公益或其他基本權主體權利衝突，在符合憲法第二十三條限制要件下，所為對該基本權之限制行為<sup>7</sup>。後者則是國家非法侵入基本權保護領域之行為<sup>8</sup>，由於不符合憲法第二十三條限制要件，國家就此惟法侵害須負賠償及回復原狀責任。國家侵入行為的態樣可能是個別具體的，也可能是普遍抽象的。也有可能經法律授權而由行政權以具體處分行為為之。

李建良教授之見解看似相同陳教授，其指出在談及基本權利限制前，李教授基於基本權利的功能，認為憲法保障基本權利之目的，並非在使人民之行為或法益免於受到任何的影響<sup>9</sup>。並進一步提出權利之本質即為權利的界限所在，蓋權利若毫無界限，則將造成權利行使之齟齬，導致權利主體間之相互傾軋，從而失去權利應有之作用<sup>10</sup>。為了預防前述衝突現象發

<sup>5</sup>我國憲法所保障基本權中具憲法保留效力者，可以第八條人身自由之保障為代表。其具憲法保留效力，從其明確不過的組織與程序規定，即知之甚稔。大法官釋字第一六六、二五一號解釋，不審查基本權的限制是否符合憲法第二三條的要件，即直接指陳違警罰法允許警察官署得對人民裁決拘留、罰役及矯正處分，與憲法第八條第一項人民身體之自由「非由法院依法定程序，不得審問處罰」的規定不符，當係由於對第八條人身自由的憲法保留效力有所認識的緣故。參照許宗力，註2文，頁69。

<sup>6</sup>參陳慈陽，憲法學，2005年11月第二版第一刷，頁403。

<sup>7</sup>參陳慈陽，註6書，頁403。

<sup>8</sup>參陳慈陽，註6書，頁403。

<sup>9</sup>參照李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，1997年3月，頁60。

<sup>10</sup>參照李建良，註9文，頁60。

生，應使各種利益有所分際，進而達到和諧之境界，因此國家自得對基本權利之行使，設定某種程度的界限，李教授稱上述界限為「基本權利之限制」<sup>11</sup>。綜上所述，基本權利保護與基本權利限制，兩者相輔相成，故確立基本權利之保護領域時，應同時認識基本權界限之所在。然而，由基本權利之防禦功能面觀之，基本權限制無異是對人民權利的一種干預或侵害，基於憲法之存在在於保障基本權利，國家自不得恣意為基本權之限制，否則即可能構成對基本權利之違法侵害。因此，李教授認為落實基本權保護功能，最重要的就是在於平衡防止權利濫用與保護權利之間關係，此為研究基本權利所必須面臨的根本問題。

因此李教授認為所謂「侵害」者，通常須來自「受基本權利拘束之相對人」的行為<sup>12</sup>，基本權係在對抗國家權力，故侵害即公權力主體之行為，通常是國家所作的行為，而該行為與基本權利主體所受不利益間，至少應具有一定之因果關係，從自由權角度觀之，任何型態之國家干預行為，均可能構成對基本權利之侵害<sup>13</sup>，因干預行為多少會影響自由權行使。此外，除公法關係外，國家機關在適用私法之規定時，若未能注意到基本權利之保護，亦屬侵害的一種方式<sup>14</sup>。

最後，陳慈陽教授表明侵入概念應由司法者決定<sup>15</sup>，立法者受基本權拘束，故立法者在此不能確定侵入概念為何，而行政權往往惟侵害之造成者，故意不能由行政權決定侵入概念。但握有釋憲權的司法機關可以基於憲法第二十三條之要件來判斷基本權侵入行為是否合憲，為憲法明定之機制，及考量權利分立之必然，故司法權有權決定侵入概念當然是無庸置疑的。

---

<sup>11</sup>參照李建良，註 9 文，頁 60。

<sup>12</sup>參照李建良，註 9 文，頁 61。

<sup>13</sup>諸如禁止人民從事某種活動、命令人民必須為一定行為、拒絕人民分享或利署國家資源、拒絕為一定之給付，或怠於行使形成制度之權限等，均屬之。參照李建良，註 9 文，頁 61。

<sup>14</sup>參照李建良，註 9 文，頁 61。

<sup>15</sup>參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

## 第二款 基本權侵入及限制與基本權保護領域之相對性

基本權侵入與保護領域之關係並非固定不變，其存在一種相對關係，亦即在解釋上基本權保護領域愈廣，則國家侵入基本權的可能性愈大。相反地，如保護領域在解釋上愈窄，國家侵入人民基本權之可能性就愈小。考量基本權侵入與保護領域間的相對性會影響國家侵入行為是否侵入基本權，而有是否須符合憲法規定之正當性要件的問題。有鑑於此保護領域應盡可能擴張或有限度限制在學說上即有不同見解。陳慈陽教授指出有力學說係基於民主法治國的理念而認為，基本權的保護領域應盡可能的擴張，使國家要限制或侵入人民基本權時，均需要有憲法正當性理由<sup>16</sup>，亦即盡可能將所有國家對於人民所為之行為，藉由擴大基本權保護領域，而納入於基本權侵入或限制概念中，如此國家侵害或限制行為即可受憲法限制正當性嚴格審查。惟陳教授認為基本權保護領域擴張應須有其基準，而非容許恣意無限放大。因此基本權保護領域擴張範圍必須經由法律解釋方法，亦即從法條的文字、結構、意思、立法過程、歷史發展及整體法體系來為解釋始得特定保護領域<sup>17</sup>。又侵入概念亦非一般推論得出，而是與基本權保護領域之相對性觀察基本權的作用及概念來為確定<sup>18</sup>。

關於保護領域確定，陳教授指出保護領域不可以認知為空間模式，而應由該基本權作用及角色是否能合乎憲法基本權保障之精神為判斷<sup>19</sup>。基本權不論是基於主觀本質或制度性保障而來，個別基本權保護領域間常有重疊，不能切割觀察某單一基本權，而是必須與其他基本權與憲法規定為體系觀察與解釋，才能得確定內容。由於保護領域與侵入行為具有互相影響的關係，為一體之兩面，所以有時候也可以經由侵入行為來確定保護領域。

---

<sup>16</sup>參陳慈陽，註6書，頁405。

<sup>17</sup>參陳慈陽，註6書，頁405。

<sup>18</sup>參陳慈陽，註6書，頁405。

<sup>19</sup>例如學術自由並不僅是在大學或研究機構中之研究與講學之保障，而是研究與講學自由在此保護領域中能否充分發揮及作用，這才具有意義。參陳慈陽，註6書，頁405。

## 第二項 基本權介入與限制之認定

### 第一款 傳統意義

對基本權限制的概念認定，許教授指出傳統見解與現今之不同，傳統公法學採相當保守、嚴格態度，認為基本權的限制，必須是出於強行手段（強行性）的國家法律行為所刻意並直接造成者<sup>20</sup>，亦即要符合傳統的基本權限制須具備強行性、法律性、目的性以及直接性。

李建良教授指出基本權利之原始本質為防禦權，目的在於防禦國家之侵害，故傳統上對於「侵害」行為之理解，通常係著重於是否對人民造成「命令性之影響」<sup>21</sup>，由防禦權角度出發，傳統上所謂「侵害」者，多含有如下之特徵<sup>22</sup>：「目的性」，亦即國家侵害行為必須具有一定之「意欲」，而非只是單純結果。「直接性」，就結果觀之，必須是國家措施所欲達到目的之直接侵害結果，而非只是間接結果或附帶效果。「法效性」或「規制性」，國家侵害行為必須是具有「法律行為」性質，而非只是事實行為。「下命性」或「強制性」：侵害必須具有下命性，必要時並得以強制力執行<sup>23</sup>。吳信華教授亦表示侵害的傳統見解，係指國家行為為法律上行為，且以直接並以強制或命令的方式為之，而以損害人民基本權為目的，方可構成侵害<sup>24</sup>。基本上所有學者對傳統定義皆同於許教授。

### 第二款 現今意義

惟現代公法學則不採此嚴格的認定，而改採非常開明與寬鬆態度，基本上，凡國家行為所導致的後果，只要增加人民基本權行使的困難，甚而使人民根本無法或不可能行使基本權，無論是國家有意或無意，直接或間接，以法律或事實行為，以及是否以強行手段所造成，均可認定構成基本

<sup>20</sup>參許宗力，註 2，頁 69。

<sup>21</sup>參李建良，註 9 文，頁 61。

<sup>22</sup>參照李建良，註 9 文，頁 62。

<sup>23</sup>根據上述之特徵，所謂「侵害」者，通常係指如處罰、禁止、管制等國家措施，例如科處罰鍰、拘留、羈押、禁建或限建、禁止出版、勒令歇業、土地徵收等。參照李建良，註 9 文，頁 62。

<sup>24</sup>參照吳信華，基本權利體系思考，月旦法學教室，2003 年 7 月，頁 127。

權的限制<sup>25</sup>。

基本權限制概念的認定由傳統見解與現行認知來看，可簡單歸納為由嚴格轉寬鬆，從國家行為的「形式」與「目的」轉移到單純的「後果」，氏經由歷史觀察指出，往昔國家任務僅及於干預行政領域，國家為達成目的所採取的手段，主要為行政處分（特別是負擔處分），因此人民要對抗國家主張基本權保護，以及作為國家限制人民前提的基本權限制，不難想像均係針對行政處分所設計與構成。因此基本權限制概念的認定，之所以要求須具備強行性、法律性、目的性與直接性等特性，有其歷史背景。惟今日國家任務已不限於干預行政，不僅擴張至經濟、社會乃至整個生存照顧領域，國家統治手段亦因任務領域改變以及科技的進步，而趨多樣化與複雜化，很難由國家行為的「形式」與「目的」來作類型化界定，為避免掛一漏萬，終促使基本權限制的認定不拘泥於國家行為的「形式」與「目的」，而轉移到單純的「後果」上面。

李教授亦表示傳統侵害概念，所刻劃侵害的範圍相當有限，現代多元社會，與最初建立基本權時代已大不相同，且基於侵害與基本權保護領域具相互性，基本權主觀功能面向的擴大，連帶也增加了侵害的態樣，如依照傳統見解下的侵害概念，是否足以達到保護人民基本權利之目的，李教授持懷疑立場<sup>26</sup>。考量傳統侵害概念已不敷使用，李教授進而闡明對擴大後侵害之理解：首先所謂國家之「侵害行為」，不以具規制性之「法律行為」為限，即令非規制性之事實行為，若對基本權利之保障範圍產生一定

<sup>25</sup>職是，比如警察追捕逃犯，流彈誤傷行人，縱非有意造成；或國家出資補貼甲企業，使與甲企業有營業競爭關係的乙企業，競爭地位因而趨於不利，該不利縱非國家所直接造成；或國家的秘密監聽、信件檢查、關於人民資料的儲存與傳遞，乃至單純提供資訊，警告民眾勿食用有危害人體健康之虞的某廠牌食品，所採手段縱非屬法律行為，亦不具強行性，甚至缺乏外部性與公開性，而今亦都已無礙於基本權干預的認定了。參照許宗力，註 2，頁 70。

<sup>26</sup>蓋國家行為中可能侵害人民權利之情形，所在多有，尤其在現代多元社會中，國家功能丕變，其各種措施及態樣，呈多樣化與多元性，加上基本權利之功能面向因社會變遷與人民需要，已逐步擴大，異於往昔，是以，若仍侷限於過去傳統上對侵害概念之理解方式，自不足以保護人民之基本權利。參照李建良，註 9 文，頁 62。

事實上之影響或妨礙基本權利之行使者，即可視為一種侵害<sup>27</sup>。其次國家行為對人民基本權利所生之侵害，非必出於該行為之直接結果，尚應包括所謂「間接效果」者。在學說及實務上最常被提出來討論的型態，為國家對於人民採取某些措施時，同時對於其他第三人產生不利益之結果<sup>28</sup>。最後因國家行為所生事實上之「附隨效果」，亦可能構成對基本權利之「侵害」<sup>29</sup>。要之，對於「侵害」概念之理解，自不應再停留於過去的狹隘觀念，而應加以擴張，只要因國家之行為而致人民之基本權利無法完善行使者，均可能構成對基本權利之「侵害」，且不問於該行為是否出於有意或無意，直接或間接，屬於法律行為或事實行為，以及得否予以強制等。

同樣陳慈陽教授表達由於侵入行為係相對於保護領域，因此在確定保護領域後，依本文觀察，陳教授就侵入行為採寬鬆認定，及侵入行為權例不僅涉及實體權利與程序權，亦包括與基本權具重大關聯之行為。

基於人權保障，所以國家侵入概念在從自由法治國發展至社會會法治國過程中逐漸擴大，亦及侵入未必等同危害。由基本權作用由主觀權利作

<sup>27</sup>例如：於軍事演習中，砲彈誤擊民宅，或戰車誤碾民車；或警察於追捕逃犯時，開槍誤擊路人；或人民於接受強制預防注射時感染疾病；或調查機關對於人民進行電話監聽等，均屬國家之侵害行為，要應無疑。尤值一提者，在現代多元社會中，國家為達到保護人民權益之目的，經常會公開發表言論，或提出警告、呼籲或建議等，其中因含有負面指涉而可能對人民之名譽權、工作權或財產權造成侵害者，所在多有，誠值吾人注意。此種情形在方式上主要有二：一、國家以「指名道姓」之方式提出呼籲或警告，甚至鼓動人民從事某種「抵制行動」，例如：國家指出某種廠牌之食品有害健康，並呼籲消費者不要購買食用，即屬最常見之例子。又如國家公開指出某一團體為「異端份子」所組成，並呼籲民眾不要參加等，類此情形均可構成對人民基本權利之侵害；二、國家並未「指名道姓」，而僅針對某一事件或事項，提出警告、呼籲或建議等，例如：於大眾媒體上大作「檳榔有害健康，切勿食用」之「公益廣告」；又如公開指出「過貓菜」可能致癌，勸告民眾不要食用等，類此事實行為雖非針對某特定對象，惟其影響所及範圍若可得確定者，亦可能構成對基本權利之侵害。參李建良，註 9 文，頁 63。

<sup>28</sup>例如：國家對於某一業者為經濟上之補助，結果對於其他之同業競爭者造成不利之影響；又如建管機關核發建築執照，對於領有執照者之鄰人造成侵害等是。此一問題主要涉及「第三人保護」之問題，在行政法之領域，通常係以「公權利理論」或「規範保護理論」討論之。參李建良，註 9 文，頁 64。

<sup>29</sup>例如：因修築道路或地下鐵工程，而對道路鄰近商家之營業造成重大損失，或造成附近居住品質之降低。又如因飛機之起降所發出之噪音，而使飛機場鄰近居民之身體健康，大受影響。參李建良，註 9 文，頁 64。

用內容擴增，進而發展出基本權客觀法內容之保障作用亦可證明前述觀點，增加基本權的內涵，擴充有異於傳統主觀防衛作用之另一面向的表現形式<sup>30</sup>。在前述前提下，陳慈陽教授認為侵入行為可能係對現在對人民提供生存保障，出現在促進基本權發展過程中，也包含危害可能性，出現在有侵害可能性中。國家與人民接觸由疏離及最小政府概念演進至今接觸面越廣及越緊密，基本權保護領域及侵入行為衝突的可能性就逐步地提高<sup>31</sup>。基本權層面越寬廣，則侵入行為亦相對增加，因此基本權之意義與作用擴大到政府與人民實際接觸的最末端，即給付、程序、參與及組織等層面時，侵入的程度就更深入到組織、程序、參與及給付之規定中。

陳教授進一步說明侵入行為包含實體權利及程序權之侵入。實體權利的侵入行為，一般國家行為涉及人民基本權皆屬之。而程序權侵入，即在人民行使程序權時增加過當之困難度<sup>32</sup>，使得人民無法主張實體權利，以及無法參與程序或參與程序時增加困難度。陳教授指出此種未達侵入程度，而僅是處於行使程序權上造成障礙困難或有行使不可能之情形，以及在程序上增加過當之困難度，足以被視為程序規定之濫用等均屬不確定法律概念，於實務適用上易造成判斷不易<sup>33</sup>。不過此仍須依憲法基本權保障精神及憲法價值秩序內涵來為增加過當之困難度，足以被視為程序規定之濫用解釋之基準<sup>34</sup>。

受基本權保障之行為如受國家禁止，當然屬基本權侵入行為，此外當行使與基本權具重大關聯之行為亦受國家限制者，此時也是屬基本權侵入行為<sup>35</sup>，後者情況常出現在行政機關使用公開言論之表達、指示或警告，

<sup>30</sup>參照陳慈陽，註 6 書，頁 406。

<sup>31</sup>參照陳慈陽，註 6 書，頁 406。

<sup>32</sup>如由於訴訟費用過高，造成實體權利受損之人民，無法經由司法制度來獲得救濟此即為程序基本權之侵入。又如國家在行政或其他程序增加過當之困難度，足以被視為程序規定之濫用，亦是程序基本權之侵入。參照陳慈陽，註 73 書，頁 406。

<sup>33</sup>參陳慈陽，註 6 書，頁 407。

<sup>34</sup>參陳慈陽，註 6 書，頁 407。

<sup>35</sup>參照陳慈陽，註 6 書，頁 407。

而使得相關人的基本權利所保護領域內之行為受到具體影響（侵害）<sup>36</sup>。

最後本文觀察吳信華教授學說，侵害應屬架橋連接基本權保障領域與合憲性之過程，侵害的判斷在於國家是否有限制人民基本權之行為，包含作為與不作為，至於侵害之合憲性，係在確定國家有侵害行為後對國家侵害行為判斷是否有憲法上正當化事由的問題，因此侵害的確定與侵害之合憲性係屬兩不同層次之問題<sup>37</sup>。而有鑒於侵害與基本權保護領域具相互影響性，此一見解在基本權保護領域擴大的今日，已過分狹隘國家侵害之認定，故近代對侵害之界定已有改變，只要國家的行為妨礙或干預到人民基本權利的行使，即屬侵害，而不再區分國家的行為是事實上或法律上行為，直接或間接行為，或是否以強制性的方式為之，或是否具目的性，均屬侵害<sup>38</sup>。綜上所述，吳教授對侵害之理解與國內一般通說並無太大差異。

### 第三項 輕微干預之問題

許教授提出輕微干預的問題，關於對基本權微不足道的輕微干預是否具有憲法上評價意義。許教授贊同目前的有力學說，其認為輕微干預不具嚴肅的法律上評價意義，故主張將其排除於基本權限制的概念範疇之外<sup>39</sup>。並進一步指出輕微干預不構成基本權干預，且這類干預均乃日常生活可預期，並與一般社會通念相符的例行事件，不具有嚴肅的法律上評價意義。在此前提下，意謂輕微干預並無法律保留、比例原則乃至權利救濟等法治國保護機制的適用。

<sup>36</sup>例如對特定產品發出有危害人體之警告或不符合環境保護之產品等，此也是基本權侵入行為。參陳慈陽，註 6 書，頁 407。

<sup>37</sup>參照李建良，註 9 文，頁 66。

<sup>38</sup>參照吳信華，註 24 文，頁 127。

<sup>39</sup>比如警察設置路障，阻止遊行民眾進入博愛特區，對受阻民眾而言固構成基本權的限制，但對因交通阻塞而必須繞道行駛陷入車陣的一般民眾言，原則上則僅屬日常的不便，也就是不具法律的評價意義的輕微干預。這種輕微的干預亦常見於公營造物主體對使用人一般行為自由的限制上，如禁止在圖書館內喧嘩、進食或抽菸，禁止在校園內溜狗、攀折花木或騎乘機車，教師要求學生遵守課堂秩序、繳交作業、保持儀容整潔等是。個人主觀上的厭惡或不快，亦屬不具法律上意義的輕微干預，如不滿市政建設或對市府的自我宣傳感到「噁心」，和平主義者對軍校招生宣傳短片感到不快等皆是。參照許宗力，註 2 文，頁 70。

同樣的陳教授與李教授皆提及基本權的輕微干預不屬國家侵入行為，基本上節解與許教授相同。所謂基本權干預係指一般人所共識的微不足道細瑣小事、每天可能面對的阻礙或主觀敏感性之感受，造成個人不愉快<sup>40</sup>。基於基本權本須互相調合，且屬輕微，故陳教授不認為有國家侵入行為的問題。

#### 第四項 基本權危害與基本權介入之關係

在基本權介入或限制許宗力教授提出所謂有關基本權的危害的問題。所謂基本權的危害，係指對基本權的保護法益尚未構成實害，但有造成實害之虞之謂<sup>41</sup>。本文認應稱基本權危險。關於基本權的危害是否可構成基本權的限制，我國相關學說與實務見解未見說明。故許教授引介德國聯邦憲法法院見解，其認為單純的基本權危害一般而言固尚未到有憲法上重要意義基本權干預的地步，但不排除危害視其規模大小，也就是視實害發生風險的大小與可能造成損害的種類、強度與範圍，亦有「晉升」為干預之可能<sup>42</sup>。許教授贊同上述見解，並指出雖該建議判斷標準仍嫌模糊，只要基本權危害狀態有疑義時從寬認定基本權干預的存在，而不是逕行認定基本權危害非基本權干預<sup>43</sup>，對人權保障就能更加完備。

相同概念下，陳慈陽教授與李建良教授亦有提及。陳教授指出侵入行為不僅限於針對特定個人，在侵入行為擴大意義下，甚而可能針對不願接受該國家行為或不知情之第三人，陳教授稱此為「相關或利害關係之基本權第三人」<sup>44</sup>。

<sup>40</sup>如因集會遊行而交通阻塞警察所為的交通指揮、每日上下班時間的車道調撥，使另一縮減車道之道路使用人之不便或主觀認為國家宣傳所引起個人之不愉快等，均非屬侵入概念。參陳慈陽，註 73 書，頁 407。例如：國家所為軍校招生廣告，對於「反戰者」或「和平主義者」而言，或許不是一件舒服的事情，但尚未達侵害其「信念自由」之程度。參李建良，註 9 文，頁 64。

<sup>41</sup>如國家允許台電興建核能電廠，核能事故發生的風險，對鄰近居民言即構成生命、身體健康等基本權的危害。參照許宗力，註 2 文，頁 70。

<sup>42</sup>參許宗力，註 2 文，頁 70。

<sup>43</sup>參照許宗力，註 2 文，頁 71。

<sup>44</sup>特別是核能廠興建之附近居民之基本權。參照陳慈陽，註 6 書，頁 406。

李教授表示「侵害」概念之擴張亦非全無問題，蓋過度擴張「侵害」概念的結果，將可能導致國家動輒得咎，同時會影響其他人民基本權利之行使，此外，亦可能造成法院負擔過重，進而影響法院的正常功能，此種情形最常見於行政法上之「第三人訴訟」<sup>45</sup>。也是因上述困難，故李教授認為如何對於「侵害」概念作適度的界定，以避免因過於廣泛而有害國家之機能，且又能達到保護人民基本權利之目的，尚待學說建構理論與觀察實務如何表達立場。

### 第五項 基本權構成與基本權介入之關係

此外，德國法還區分基本權限制與所謂基本權的（內容）構成。德國基本法第十四條第一項第二句明定「（財產權與繼承權的）內容與界限，以法律定之。」，因此德國法有基本權限制與構成的區分。基本權利主要是由主觀權利與制度性保障所形成，前者可直接、單純經由對人類出自自然天性之狀態或行為（如生存、信仰、居住、遷徙、言論、通訊與集會等）的觀察即得確定，而後者則非如前者依靠直接觀察即得確定，尚有賴國家法秩序後天的規定與形成，才能具體勾畫出輪廓。德國學界最常舉的例子除財產權，還有婚姻的保障，在這兩種基本權利中，並非任何種類的財產利益的擁有，或任何種類的人類同居生活狀態，均屬受憲法基本權保護的婚姻或財產權，亦即惟有經法律從中切割出來並加以承認者，才足以稱之為憲法保障之基本權<sup>46</sup>。綜上所述，基本權構成此一概念，類似基本權保護領域所敘及的基本權內在界限。承前可知許教授不認可內在界限之理由在於，事先排除會導致無法治國原則等較嚴格檢驗程序之適用，故在此許教授亦認為不利於人權的保護，因此在我國憲法並無明文「基本權內容以法律定之」，就不宜仿效。但須敘明的是，許教授基本上並不堅持反對有所

<sup>45</sup>例如：國家核准某一核能工廠的設立，附近居民因感於生命、財產及健康受到嚴重威脅，乃群起提起行政訴訟，請求撤銷該許可。參李建良，註 9 文，頁 64。

<sup>46</sup>準此，比如法律對商標專用權、專利權與著作權等新興財產權，或對婚姻所為一切積極與消極要件的設定，都將一律被劃入基本權保護領域，認為其只是涉及基本權保護領域之確定的所謂基本權的構成，而非基本權的限制，也因而無比例原則與權利救濟等法治國保護機制適用的問題。參許宗力，註 2 文，頁 71。

謂基本權構成或基本權具體化的存在，就憲法權力分立觀之，事實上立法者確實負有具體化基本權的任務<sup>47</sup>。但須區辨的是不應將基本權的構成與基本權的限制切割為兩個不相容的對立概念，也就是說從基本權的構成規定中，可以檢驗出干預的部分，就應有法治國保護機制的適用，而不得以基本權的構成抗拒法治國審查，降低對人權的保障。相同的考慮對無數組織與程序性規定亦適用，因基本權新興功能，尤其是組織與程序保障請求權功能等的逐步開發，許多組織與程序性的規定都已具基本權重大意義<sup>48</sup>。這類規定的目的，主要係在幫助基本權的實踐與保護，但往往亦兼含基本權限制的成份<sup>49</sup>。是以遇此情形，許教授建議首先應從基本權組織與程序保障請求權功能兩個面向來思考，審查該規定本身是否符合憲法所要求的「適當」標準，接著從基本權防禦權功能的面向審查其對基本權的限制是否合乎比例原則<sup>50</sup>，自更有利於人權之保障。

相同問題李建良教授亦認為應採寬鬆認定基本權介入。基本權利之確定以及形成與限制間的關連，不論在學理上看法不一，在實務運作上也有難以界定的模糊地帶存在。其關鍵在於基本權利之「限制」及其內涵之「確定」或「形成」間之關係，在憲法保障各種基本權利之中，有些基本權係基於主觀權利本質而存在，而亦有若干權利須賴一定「法制度」之配合，方能順遂行使，一般稱為「須受法規範形成之基本權利」<sup>51</sup>，此類基本權利係仰賴法制度而生與其他因主觀權利本質而存在之權利<sup>52</sup>有所不同，原則上

<sup>47</sup>比如稱集會遊行法是集會自由基本權的具體化，亦無不可。參照許宗力，註 2 文，頁 71。

<sup>48</sup>參許宗力，註 2 文，頁 71。

<sup>49</sup>比如示威遊行，法律要求應履踐聲請許可的行政程序。由於對經許可的示威遊行，警察有維持交通秩序、確保行經道路安全，並防止「反制者」對示威者進行干擾的義務，是這類程序規定可謂有助於室外集會基本權的實踐與保護。但就另一角度言，對示威遊行採許可制，而非報備制，亦無異於增加人民基本權行使的困難，其兼含基本權干預的色彩，至為顯明。參許宗力，註 2 文，頁 71。

<sup>50</sup>參許宗力，註 2 文，頁 71。

<sup>51</sup>例如：財產權或婚姻權（大法官釋字第 242、362 號解釋參照）。參李建良，註 9 文，頁 65。

<sup>52</sup>如集會自由或言論自由。參李建良，註 9 文，頁 65。

人民無法依其人類之自然稟賦而予以實現。為保障此種因法制度而存在之基本權利，立法者自應制定一套法制度，以便確定並形成該等基本權利之內涵，進而實現憲法保障該等權利之意旨<sup>53</sup>。立法者制定法制度而確定權利本質，學者多認為立法者之行為係就基本權利之內涵予以「確定」、「形成」或「塑造」<sup>54</sup>。而這種立法者行為對權利內涵確定、形成的概念與對基本權利之「侵害」或「限制」並不相同。為李教授認上述二者非可完全劃分清楚，事實上人類社會存在已久，法律制度在人類社會生活初期已逐步形成，故若干須經法規形成之基本權利，例如：財產權或婚姻權等，多由法律制度歷經歷史的演進而達成某種程度之確定或形成，於此背景下，縱令國家僅欲「形成」或「確定」權利之內涵，無意侵害或限制人民之基本權利，惟仍不免牽動既有的權利狀態，影響人民既有的權利，進而構成對基本權利之「侵害」或「限制」<sup>55</sup>。有鑑於此，李教授強調應審慎為所謂基本權利內涵之形成或確定，以免某些侵害行為隱藏其中，規避憲法之制約<sup>56</sup>。要之，就理論層面而言，所謂基本權利內涵之「確定」或「形成」，在概念上固然可與基本權利之「限制」或「侵害」相區別，惟在實際上難以截然劃分，從而基本權利內涵之確定或行程仍須受「比例原則」的制約。因此，立法者並非可以恣意對於基本權利內涵之形成，而應遵守比例原則，且須衡酌各該基本權利之原有功能，作適切之調整與形成。

惟陳慈陽教授似不認可許教授與李教授之見解。其認為基本權具體化是國家利用各種行為方式去開啟或促進基本權之實踐，與基本權為限制或侵入有本質上差異。此種基本權之行使非由主觀本質所形成，而是經由法

<sup>53</sup>例如：憲法第十五條規定：「人民之財產權應予保障」，惟人民如欲行使其財產權，如所有物返還請求權，首先須主張其為該物之所有人，然而，何以其為該物之所有權人，則須賴民法之規定，方得以決定「物之歸屬」，是以，民法之規定乃是行使財產權之前提要件。又如大法官於釋字三六四號解釋中指出，從憲法第十一條所保障言論自由之範圍，可以導出所謂「人民平等接近使用傳播媒體」的權利，惟此一權利之行使，仍有賴立法者創設法制度，人民始得行使「接近使用傳播媒體」之權利。參李建良，註 9 文，頁 65。

<sup>54</sup>參李建良，註 9 文，頁 65。

<sup>55</sup>參照李建良，註 9 文，頁 66。

<sup>56</sup>參照李建良，註 9 文，頁 66。

秩序所形成的，屬制度性保障下的產物，所以此類型之基本權應稱為「具法規範所塑造之保護領域」<sup>57</sup>。在上述意義理解下，基本權具體化存在不是在限制保護領域之範圍，而是經由立法者依其在社會共同生活之發展而定其界限及範圍，進而創設法秩序來確認基本權的內容，故立法者在創設法秩序時，仍受有限制。此類型的基本權本質上就須有國家制度性保障機制來確保，故國家就此負有創設義務。

## 第六項 基本權介入或限制之類型化

關於基本權介入類型化，本文觀察陳教授見解，可分為基本權以一般法律保留方式限制、基本權以較嚴格法律保留方式以及基本權毫無限制的保留。此外陳教授並就德國學說與實務對此類型化思考作說明。以下介紹之。

### 第一款 概說

基本權侵入概念上為類型化的意義，主要是德國基本法在個別基本權規定中，有不同的限制方式，傳統上可區分為①基本權以一般法律保留方式限制<sup>58</sup>。②基本權以較嚴格法律保留方式為之，也就是除法律保留要求外，侵入行為要符合一定狀態、一定目的及一定手段才可為之<sup>59</sup>。③基本權毫無限制的保留<sup>60</sup>。由於德國基本法對基本權限制有前述三種類型的不同設計，德國憲法學者因此對基本權尋找所謂內涵性的限制。

反觀我國，基本權限制概念未若彼邦具有不同之設計，而採將個別限制要件規定於第二十三條中。惟陳教授認為，德國有關基本權內涵性限制亦是我國釋憲者在適用憲法，對基本權限制為解釋時，所不能忽視的比較法上之理論論證上重要的依據<sup>61</sup>。因此以下就陳教授提出的基本權限制類型

<sup>57</sup>生存權及人身自由是基於個人自然存在本質就應有保護憤毗，相反地，如財產權或結婚自由則是基於在法秩序下共同生活中所逐漸形成的。參陳慈陽，註 6 書，頁 403。

<sup>58</sup>此如基本法第八條第二項之集會自由。參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>59</sup>此如基本法第十一條第二項之行動遷徙自由。參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>60</sup>如基本法第五條第三項第一段之藝術、學術研究與教學自由。參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>61</sup>釋憲者在為基本權限制或侵入之具體案例判斷時，除依憲法第二十三條要件為之外，亦應注意

化為介紹之。

基本權限制，在憲法學中應以法之限制為論述著眼點，由憲法出發，學說上對限制之分類，種類繁多。以法之限制觀之，學說有認為，基本權係規定於憲法中，本身就已存在內涵性的限制，立法者所制定之限制如等同基本權本身內涵限制，只是宣示性的履行憲法秩序所賦予任務，此時不存在限制概念<sup>62</sup>。與此相對的是，法之限制係基於憲法規定或授權而由法律所為之限制<sup>63</sup>。此外，有所謂保障之限制與保留限制理論。前者就是存在於基本權本身之限制，也就是以基本權保障內容為基本權行使之界限<sup>64</sup>，此也是一種所謂基本權內涵性限制，既然涉及基本權行使，則此種限制含有對主體及對事實客觀的限制類型。至於保留限制，主要是指在就上述內涵性的限制下，得到限制的明確要件後，再直接依憲法或基於憲法規定，於法律上所形成之限制<sup>65</sup>。此又稱其為憲法直接限制及憲法間接限制，以相對於基本權內涵性之限制<sup>66</sup>。還有認為所謂基本權內涵性限制僅是針對於憲法中對該基本權毫無限制保留規定<sup>67</sup>。

## 第二款 德國學說

較具體系統性說明限制的是Bachof就德國基本法規定，所提三大類型的基本權限制方式，第一種是在基本法條文僅以法律保留或經由法律授權方

---

到個別基本權內涵性的內容，此時出現基本權限制與保障內容的一體兩面，也就是基本權除有內涵性本質之界限外，亦同時在此界限內有基本權存在不可或缺的要件內容，即所謂的基本權核心。參照陳慈陽，註 6 書，頁 411。

<sup>62</sup>如果立法者欲就在憲法基本權規定中已存在的限制，以法律規定束實踐時，此時就不存在所謂結構上之基本權限制概念，而只是宣示性的履行憲法秩序所賦予任務。參照陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>63</sup>參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>64</sup>參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>65</sup>參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>66</sup>參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

<sup>67</sup>此如德國基本法中之人性尊嚴，並無明文憲法規定之限制要件，充其量僅能說於其中存有內涵性之限制。參陳慈陽，註 6 書，頁 409。

式規定之真正基本權限制<sup>68</sup>。第二種僅在須更具體部分交由法律規範之，此稱為已存在之限制的具體化<sup>69</sup>。其三為相關基本權在某種程度於內容形成上還須要有更詳細的解釋才能確定<sup>70</sup>。

屬南德學派的Lerche，在某些論點上仍循Maunz及Bachof之方向，然其卻在有關限制的論述上創設了「塑造基本權內容」的規範概念<sup>71</sup>，在「塑造基本權內容」的規範概念作為上位概念，又區分為直接與間接塑造基本權內容之規範<sup>72</sup>，所謂直接塑造基本權內容之規範，係指立法者被直接授權為基本權本質內容之填補<sup>73</sup>。而間接塑造基本權內容之規範為其他基本法並未說明應由立法者「直接塑造」之基本權保障規範，而僅是間接說明由一般法律規定之<sup>74</sup>。此外Hiberle則以基本權限制與內容形成作為立法保留之作用，而認為立法者任務應包含基本權內容形成與限制<sup>75</sup>。

### 第三款 德國實務

介紹完學說上對限制的理解，陳教授亦提出德國實務上見解以資比較。德國聯邦憲法法院對基本法有關基本權限制具憲法正當性問題，認為「可以以法律或基於法律限制之」此一在基本法上的規定，對於基本權立法限制的標準而言，應以個別基本權本質所存在的為依據，而非指立法者得恣意決定何為基本權客觀之內容及應限制之範圍<sup>76</sup>。

<sup>68</sup>此例如基本法第二條第二項為基本法原則上並非僅以法律保留方式來作為限制要件，而是已說明其行使限制主要內容。參陳慈陽，註6書，頁410。

<sup>69</sup>如基本法第四條第三項有關基於良知自由而拒絕軍事服役之相關「較詳細規定」由聯邦法律定之。參陳慈陽，註6書，頁410。

<sup>70</sup>此如基本法第十六條有關國籍的規定。參陳慈陽，註6書，頁410。

<sup>71</sup>參陳慈陽，註6書，頁410。

<sup>72</sup>參陳慈陽，註6書，頁410。

<sup>73</sup>此如基本法第十四條第一項第二段所言「財產權與繼承權之內容與限制由法律定之。參照陳慈陽，註6書，頁410。

<sup>74</sup>此如基本法第五條第二項對言論自由之限制等。參陳慈陽，註73書，頁410。

<sup>75</sup>參陳慈陽，註6書，頁410。

<sup>76</sup>參照陳慈陽，以第十二條第一項第二段規定「可以以法律或基於法律限制之」之標準為例。參註6書，頁410。

前述基本權限制的類型化，雖不直接適用於我國，但考量基本權保護領域與基本權的侵入，係一體之兩面，且在思考限制是否合憲性上，德國學說與實務，提供思考類型化的說理中，亦足提供我國思考。

## 第二節 學說觀察兼評我國釋憲實務

### 第一項 學說觀察

違憲審查的第二個階層，在於確認係爭基本權有無受到國家公權力的限制。惟限制一語，本文認為依中文文義，易理解為限縮人民基本權行使，考量基本權已從主觀價值擴張到客觀價值，國家任務也不僅是干預行政，而負有更多積極照護人民的義務，且擴張到所有法領域，限制一詞概念趨於狹隘，因此本文較贊同陳教授所稱基本權侵入<sup>77</sup>，侵入較接近於國家介入或干涉人民基本權，而未必只有限縮人民基本權行使，但本文認為介入此一名詞叫為中性，因此以介入稱之。而論即介入之定義前，上數學者皆指出介入與基本權保障係相對的概念，亦及保護領域範圍越大，則國家介入之機會越多，反之，若保護領域範圍越狹小，則國家介入行為亦趨少。

由前述學說可知，傳統的介入概念，具有強行性、法律性、目的性以及直接性等四種特性。惟此傳統概念是由基本權最初的功能出發，也是由基本權身為防禦權的面向，基於介入應與基本權保障範圍結合觀察，故可發現在此一角度下，介入依照傳統見解當然可如此理解僅具前述四種特性已足。惟國家為護憲法基本權之任務，已由國家對個人轉變為國家對整體法秩序的關係，基本權在此已不僅限於防禦國家介入，而包含接受國家給予利益，甚而國家應積極介入法秩序，調和私人間的法律關係，因此介入在此嶄新的意義下，已不侷限於傳統所指具四項特性，而係依「後果」判斷是否侵入基本權保護領域。綜上所述，基本權保護領域介入之認定，已達極寬鬆之程度。惟應寬鬆至何種程度，至此學說即有輕微干預，基本權危害以及基本權構成等問題。

---

<sup>77</sup>參照陳慈陽，註 6 書，頁 406。

### 第一款 輕微干預

關於輕微干預，係指國家行為對人民所造成之影響，僅屬於單純「枝微末節」之事項，或只是造成日常生活上之不便，或是產生觀感上之不愉快等。參照許教授，陳教授與李教授所提的例子<sup>78</sup>，第一種多半為禁止在圖書館內喧嘩、進食或抽菸，禁止在公立校園內溜狗、攀折花木或騎乘機車，集會遊行而交通阻塞警察所為的交通指揮、每日上下班時間的車道調撥，使另一縮減車道之道路使用人之不便，此類應為其所稱單純枝微末節或日常生活不便。惟由此些例子觀之，在基本權保障範圍擴張下，仍屬介入基本權之範圍，因此本質上仍屬介入，學說為何認為得以排除，除「輕微」干預這一解釋外，或可考量此些例子符合德國基本法第二條第一項但書，所稱但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限，考量公益衡平而排除於基本權保障範圍內，不認前舉例子屬對基本權之侵入。第二類例子為不滿市政建設或對市府的自我宣傳感到「噁心」，和平主義者對軍校招生宣傳短片感到不快，此種屬產生觀感上之不愉快。李教授在此例子中，提及這種情形雖不是一件舒服的事情，但尚未達侵害其「信念自由」之程度<sup>79</sup>，在基本權侵入與基本權保護領域係相對的前提下，是否意味著也不屬信念自由的保護範圍，頗值玩味。

### 第二款 基本權危害應稱基本權風險

所謂基本權危害，許宗力教授定義為對基本權的保護法益尚未構成實害，但有造成實害之虞。惟本文認應稱基本權危險，觀察許教授之解釋，本文認為稱基本權危險應較危害恰當，蓋此時仍未有實害發生，僅是有危及基本權之風險。基本上與陳教授所稱「相關或利害關係之基本權第三人」問題與李教授稱行政法上之「第三人訴訟」問題<sup>80</sup>，概念相同，雖未如許教授般明確定義，但三者就此問題所舉例也是如出一轍。在此問題上，許教授認為，參考德國實務見解，單純的基本權危險一般而言固尚未到有憲

<sup>78</sup>參照許宗力，註2文，頁70。參照陳慈陽，註6書，頁407。參照李建良，註9文，頁64。

<sup>79</sup>參照李建良，註9文，頁66。

<sup>80</sup>參照許宗力，註2文，頁70。參照陳慈陽，註6書，頁407。參照李建良，註9文，頁64。

法上重要意義基本權干預的地步，但不排除危險視其規模大小，也就是視實害發生風險的大小與可能造成損害的種類、強度與範圍，亦有「晉升」為干預之可能，並進一步補充為，若難以切割二者時，應放寬認定國家侵入基本權<sup>81</sup>。亦即許教授肯認基本權危害也屬基本權之介入。陳教授未見其說理，但其結論也同許教授，亦即認為該危險屬基本權侵入<sup>82</sup>。至於李教授，基於「侵害」概念之擴張亦非全無問題，蓋過度擴張「侵害」概念的結果，將可能導致國家動輒得咎，同時會影響其他人民基本權利之行使，此外，亦可能造成法院負擔過重，進而影響法院的正常功能。而認為如何對於「侵害」概念作適度的界定，以避免因過於廣泛而有害國家之機能，且又能達到保護人民基本權利之目的。似可認為不認同將基本權危害劃入基本權介入之範圍<sup>83</sup>。本文認為德國憲法法院之說理，其最大考量仍在基本權保障範圍。有鑑於基本權保護領域系由司法權確認，因此本文以為關於基本權危害問題，仍須由釋憲實務累積見解，期待能發展出一套確實的判斷標準。

### 第三款 基本權構成

最後的一個問題，在於基本權的構成與基本權介入之關係。所謂基本權的構成，或稱之基本權具體化，係指不同於主觀本質形成之基本權，而係由法秩序所形成，因此此類基本權須有法律予以制度性保障，亦即須由法律構成其基本權內涵，使其具體化。在此理解下，原則基本權構成與基本權侵入並不相當。在此前提下，陳教授指出立法者有創設義務，且認為立法者在此仍受有限制，此限制為社會共同生活之發展<sup>84</sup>。惟許教授與李教授，認為基本權構成不應嚴格與基本權侵入切割，其中許教授認為若基本權構成中發現有干預之成分，就應有法治國保護機制的適用<sup>85</sup>。李教授

<sup>81</sup>參照許宗力，註 2 文，頁 70。

<sup>82</sup>參照陳慈陽，註 6 書，頁 407。

<sup>83</sup>參照李建良，註 9 文，頁 66。

<sup>84</sup>參照陳慈陽，註 6 書，頁 407。

<sup>85</sup>參照許宗力，註 2 文，頁 71。

就上述干預成分則更進一步解釋，認為由法律制度經歷史的演進而達成某種程度之確定或形成基本權，縱令國家僅欲「形成」或「確定」權利之內涵，無意侵害或限制人民之基本權利，惟仍不免牽動既有的權利狀態，影響人民既有的權利，進而構成對基本權利之「侵害」或「限制」<sup>86</sup>。因此，許教授與李教授認為基本權構成仍有法治國保護機制的適用，以免某些侵害行為隱藏其中，規避憲法之制約。誠然，就理論層面觀之，陳教授言之成理，基本權構成與基本權限制或侵入為截然不同概念，也是如此，陳教授會認為限制立法者的乃是社會共同生活之發展，基本上屬立法形成自由的部分。惟就實際面觀之，上述兩者實難以完全切割，且確有可能存在許教授與李教授所稱之情況，如認此為立法者形成自由而規避違憲審查機制，無異開人權倒車，故本文就此問題上仍採許教授與陳教授見解，而認基本權構成仍可屬基本權介入之一環。

## 第二項 簡介釋憲實務

就基本權侵入部分，司法院大法官早期之解釋對於造成基本權介入認定，曾採取嚴格的立場的有釋字155號解釋基於機關最適，而認定考試院依其法定職權訂定考試規則及決定考試方式，均未逾越考試院職權之範圍，對人民應考試之權亦無侵害。以及釋字第243號解釋認為特別法律關係中，國家行為非屬侵害。惟現今見解多採寬鬆認定，諸如釋字298、491，尤其特別法律關係中，公務員身分變動與重大影響之懲戒處分，亦認為基本權介入行為。

---

<sup>86</sup>參照李建良，註9文，頁66。



## 第五章 限制基本權利之憲法上合法化理由

### 第一節 我國學說介紹

於我國有關限制基本權之憲法上合法化理由，主要繼受德國學說與實務見解，並用以解釋我國憲法第二三條，可區分為形式合憲審查與實質合憲審查，以下就國內學說分述之。

#### 第一項 形式合憲審查

關於形式合憲審查，主要在操作法律保留原則，在此議題下，學說主要重點可分為法律保留原則、重要性理論、地方法規之問題、個別性立法與習慣法、法律明確性與授權明確性，以下就前述重點介紹之。

許宗力教授主要先說明，基本權原則上只要符合一定要件，即得限制。而其所謂要件，包括法律保留原則以及比例原則，亦即只要符合此二原則，國家即得限制基本權。而關於法律保留，本文參考許教授見解認為傳統意義在對抗國家干預，而現今意義在於最符合國家機關最適功能配置原則。其次該原則內涵由重要性理論，而予以體系化。最後則討論地方法規亦屬憲法第二三條之法律。

陳慈陽教授介紹之個別、概括或特殊基本權限制的要件與方式，都脫離不了限制基本權具憲法正當性理由之制度，亦即須受法律保留、國會保留及比例相當為標準之法益衡量原則及基本權核心之限制。此外陳教授表示我國憲法第二十三條還特別提出四項判斷之不確定法律概念依據及德國基本法第二條第一項有關人格自我發展權提出合憲秩序或道德規範的基準，前指依據與基準，均是憲法上用以填補不確定法律概念要求。因此這些原則與基準在基本權限制上有其緊密關聯性。關於法律保留原則，陳教授先簡介歷史原由，進而敘及重要性理論，在此為重要者，係其不認為我國得直接繼受限制基本權得由法律授權行政機關以法規命令為之。其次介紹法律保留類型，此與前述侵入行為類型化有關連。接著為明確性原則介紹。最後說明個案立法禁止。其體係皆在不承認單純法律保留類型出

發。

陳愛娥教授對於基本權侵入合憲性討論上，未見對法律保留原則多作說明。

李建良教授於此未提及重要性理論，首先的重點與他人不同，李教授認為除單純法律保留，我國尚有特別法律保留。此外就法律的認定上，也不承認行政機關的經由立法者授權為法規命令限制人民基本權。並提出不承認習慣法。

吳信華教授對基本權侵入合憲性審查，架構上與李教授無甚大差異。其要點在於提出法律包含中央法律、地方法律及法律授權之法規命令。此外，判斷法律就屬何種保留時，則可能為實質面之判斷。

以下就學說介紹之。

#### 第一款 法律保留原則

法律保留原則，與基本權限制的關聯上，許宗力教授稱之為干預保留，係指有關人民基本權的限制，應保留由立法者以法律規定，且若沒有法律的依據，行政權即不能擅自對人民基本權為限制<sup>1</sup>。會有干預保留的概念，許教授由歷史觀之，認為其起源於十九世紀歐陸的自由憲法運動，當時基本權的主要功能為防禦功能，亦即防禦國家傳統上等同君主的行政權利的侵犯，故如行政權須介入基本權利保障範圍時，須由代表人民之議會以法律同意始得為之<sup>2</sup>。干預保留之出現有其時代背景，惟時至今日，已無所謂君主等同行政，而人民等同議會等對立存在，如今已是民主共和政體，行政立法等權力皆來自人民，皆具有民主正當性，干預保留似應被時代淘汰，惟現實上，干預保留仍存在於歐陸，甚而被不具相同歷史背景的我國繼受。關於前述弔詭的情形，許教授表示干預保留的存在，主要是最

<sup>1</sup>參照許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，2003年9月，頁72。

<sup>2</sup>為保護人民自由與財產權利，使上該權利免於遭受傳統即由君主控制的行政權力（國家）之恣意侵犯，因此要求行政對此權利的干預，須事先經代表人民一方的議會（社會）以法律方式表示同意，始得為之所致。參照許宗力，註1文，頁72。

符合國家機關最適功能配置原則的緣故<sup>3</sup>。考量國會組成具直接多元民主正當性，以及議事程序的透明、公開、多數決等異於行政權的特性，法律保留仍有存在必要。

陳慈陽教授亦由歷史觀察，自十八世紀末及至十九世紀，人民推翻君主專制後，唯恐行政權如同以往君主統治權般侵害人民，首先要求行政權只要消極地履行國家安全及社會秩序的任务即可<sup>4</sup>，亦即國家只能為干預行政。惟人民又恐懼國家在維持安全及社會秩序時，換言之國家在行使干預行政時，會濫用權力侵入人民自由權利，所以要求行政權要限制人民自由與財產時須得代表國民之國會以制定法律的方式同意<sup>5</sup>，此即法律保留之由來。故當時之法律就等同自由與財產之限制，因此不存在任何非經法律同意之基本權限制，陳教授進一步闡明，此亦代表著限制人民基本權之法律基礎絕不可能來自習慣法<sup>6</sup>。此法律保留精神與規範亦可於我國憲法第二十三條之規定中尋得<sup>7</sup>。綜上所述，法律保留原則對於傳統上屬自由權性質之基本權，實具重要意義。陳教授進一步指出法律保留原則包涵兩大要件，首先限制人民基本權之法律必須經法定立法程序通過，並經法定方式公告<sup>8</sup>。其次該法律必須是國會所決議通過，並名稱以法律、條例或通則稱之<sup>9</sup>。

<sup>3</sup>係著眼於國會的組成具直接與多元的民主正當性基礎，議事程序又保有直接、透明、繁瑣、言辭辯論與多數決的特性，是由其擔當國家重要事項，包括嚴重影響基本權之保障的干預決定的做成，最符合國家機關最適功能配置原則的緣故。參照許宗力，註1文，頁72。

<sup>4</sup>因此干預行政乃是民主國家最原始行政類型。參陳慈陽，憲法學，2005年11月第二版第一刷，頁412。

<sup>5</sup>參陳慈陽，註4書，頁412。

<sup>6</sup>參陳慈陽，註4書，頁412。

<sup>7</sup>若依憲法第二十三條之反面解釋，亦即憲法第七條至第十八條以及第二十一條及第二十二條所保障之自由權利，僅得以法律限制之，並且須謹守於必要之範圍內，否則即屬違憲。參照陳慈陽，註4書，頁413。

<sup>8</sup>此如我國憲法第一七〇條規定，經立法院通過並經總統公布者為法律，至於立法院如何通過，須遵守民主及法治國原則外，可由立院以亦會內部規則定之。因此立法院通過之法律不符民主程序，不得以議會自律之藉口，不受違憲審查，易言之，此法律乃違憲而無效之法律，所以司法院大法官釋字第三四二號解釋有違憲之虞。參陳慈陽，註4書，頁413。

<sup>9</sup>參陳慈陽，註4書，頁413。

由十九世紀末及至二次大戰結束，國家事務無論在質或量上之擴增，又在時代進步下，許多科技、技術、數據及專業之涉及限制人民自由權利事項，國會亦無此能力來為判斷，現實社會快速演進使得國會無法逐一就涉及人民自由權利事項來為以法律方式同意<sup>10</sup>。因此陳教授指出法律保留方式亦隨時代變遷而擴充<sup>11</sup>，亦即不再以法律方式來為決定，而是國會以法律明確授權，且就授權內容、目的及範圍明確規定，使行政權在此授權下制定法規命令，來限制人民自由權利<sup>12</sup>。

李教授進一步區分法律保留細節，我國憲法第二三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，其中不得以法律限制之，明白揭示「法律保留原則」。在憲法制度上，「法律保留」又可分為「單純之法律保留」與「特別之法律保留」兩種立法例<sup>13</sup>，前者係指憲法概括授權立法者對於基本權利得以法律限制之<sup>14</sup>。後者則指憲法明定以法律限制人民基本權利之原因、目的及方式<sup>15</sup>。基本上，李教授認為我國憲法第二三條之規定係屬「單純之法律保留」<sup>16</sup>，而第八條則可歸類為「特別之法律保留」<sup>17</sup>。陳慈陽教授對此亦有表達意見，陳教授藉由比較外國立法例與我國憲法規定來區分，基本上法律保留有三種立法類型<sup>18</sup>：

①一般法律保留：如要限制人民自由權利，只要基於法律之規定或是

<sup>10</sup>參照陳慈陽，註4書，頁413。

<sup>11</sup>具體內容及變更之快速，實不符傳統法律所必要的安定性要求及普遍抽象之特性。參照陳慈陽，註4書，頁413。

<sup>12</sup>此乃德國基本法第八十條第一項之規定。此時法律保留之意義就包含了法律規定或基於法律授權之法規命令來限制人民自由權利。參陳慈陽，註4書，頁413。

<sup>13</sup>參李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，1997年3月，頁67。

<sup>14</sup>參李建良，註13文，頁67。

<sup>15</sup>參李建良，註13文，頁67。

<sup>16</sup>參李建良，註13文，頁67。

<sup>17</sup>依該條規定，國家除得以法律限制人民之人身自由外，關於「審問及處罰」事項，則專由「法院」（法官）為之。參李建良，註13文，頁67。

<sup>18</sup>參照陳慈陽，註4書，頁417。

法律之授權，再不需要其他要件考量<sup>19</sup>，我國對基本權之限制並未採用此立法例。德國有一些基本權規定條文採用此方式<sup>20</sup>。

②特殊法律保留：要限制人民自由權利，除須有法律規定或法律授權<sup>21</sup>外，還要求要有一定的要件，才可以為之<sup>22</sup>。此為我國所採用之立法例。陳教授分解憲法第二十三條規定如下，除①法律保留外，還要②符合「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」或「增進公共利益」等四不確定法律概念，且③必要時才可以以法律「限制」之，而且不能「剝奪」之，也就是④基本權核心之不可侵犯性。我國特殊法律保留須具備此四大要件下，才可限制人民自由權利<sup>23</sup>。亦即我國憲法對於人民基本權利在形式上，如果限制人民自由權利，不允許在時間上讓人民在一輩子幾乎無法行使或於空間上行使毫無意義。而實質內涵，亦不可在限制時與侵入時若有涉及人民核心價值如人性尊嚴、人性價值等。

③無法律保留：德國基於基本法上有被視為所有基本權及國家存在基礎之基本權是不能被限制的理解，因此有無法律保留適用之基本權規定<sup>24</sup>。我國對基本權之規定，就列舉之基本權部份均以第二十三條為限制要件，而未列舉之基本權則以第二十二條作為是否限制之基準。所以不存在此類型之規定<sup>25</sup>。

吳信華教授大體上與前述見解相符，依憲法第二三條之規定，限制須為法律，吳教授認為此即彰顯法律保留原則，亦即國家侵害行為在外在形式上須有法律之依據<sup>26</sup>。特別的是提出三項法律保留外在形式判斷，區分

<sup>19</sup>參照陳慈陽，註4書，頁417。

<sup>20</sup>如基本法第八條第二項之集會自由。參照陳慈陽，註4書，頁417。

<sup>21</sup>德國基於基本法第八十條。參照陳慈陽，註4書，頁418。

<sup>22</sup>參照陳慈陽，註4書，頁418。

<sup>23</sup>至於德國則在個別基本權保障時有如此規定，如基本法第十一條第二項之行動遷徙自由。參照陳慈陽，註4書，頁418。

<sup>24</sup>如基本法第五條第三項第一段之藝術、學術研究與教學自由。參照陳慈陽，註4書，頁418。

<sup>25</sup>參陳慈陽，註4書，頁418。

<sup>26</sup>參吳信華，基本權立體係思考，月旦法學教室，2003年7月，頁127。民事第三審上訴金額限

三種有關法律的外在形式，①立法權限：立法者有無訂定該規範之權限<sup>27</sup>；②立法程序：立法程序是否合法<sup>28</sup>；③法律的形式：有無符合其外在形式<sup>29</sup>。為此三種區分實益在於，此三種外在形式任一合法性有疑義者，吳教授認為雖未必直接導致該規範無效，惟該規範之效力至少存有瑕疵，以該有瑕疵之規範為限制人民權利之依據，即有未當<sup>30</sup>。至於未當在憲法上的效果，以及如何處置，吳教授惜未提及。

## 第二款 重要性理論

關於重要性理論，重點在於依干涉是否觸及基本權核心領域，區分是否一定要由立法者立法始得限制基本權。其次授權明確性原則確立，區分了單純法律保留與無法律保留。

法律保留在適用上，可大略分為兩種態樣，第一種是全部涉及基本權限制的事項，均須由立法者自行直接以法律規定，或亦允許立法者立法授權行政機關以命令方式規定，前者於學說實務上稱之國會保留或絕對法律保留，後者稱為單純法律保留或相對法律保留<sup>31</sup>。儘管學說與實務上有上述二者之區分，惟許教授認為問題在於，限制基本權事項基於憲法觀點而有憲法上重要性者，應由立法者自行制定法律，或立法者得依立法政策考量，而自行選擇採行限制的方式<sup>32</sup>。就此問題許教授觀察大法官解釋，指出大法官過去曾零星隱約提到幾個事項屬國會保留事項，應以法律定之，但未詳敘理由。只有大法官劉鐵錚氏所提釋字第二四六號解釋不同意見

---

制的憲法問題-最高法院七十四年台抗字一七四號判例及八十六年度第一次民事庭會議決議（一）的檢討-，全國律師，2000年9月，頁79。

<sup>27</sup>此應為授權明確。參吳信華，註26一文，頁128。註26二文，頁80。

<sup>28</sup>參吳信華，註26一文，頁128。

<sup>29</sup>參吳信華，註26一文，頁128。

<sup>30</sup>參照吳信華，註26一文，頁128。

<sup>31</sup>許教授就我國實務作觀察，發現實務理解的法律保留當非僅止於嚴格的國會保留，毋寧還包括允許授權的單純法律保留在內。參照許宗力，註1文，頁72。

<sup>32</sup>就憲法觀點言，根本就禁止立法者授權，而非得其「親自」以法律規定不可？或一切的事項，均得允許立法者依自身立法政策的考量。自由選擇或自行以法律規定的方式，或採以法律授權行政機關以命令規定的途徑。參照許宗力，註1文，頁72。

書，約略提到凡屬法律之重要原則性（事項）者，不可授權，否則法律本身豈非成為虛無空洞。重要原則性事項或重要事項，應以法律定之，不可授權<sup>33</sup>。考量國會的組成、議事程序，法律規範結構，相較於行政的組成、決定程序與命令規範結構等所呈現出來的特殊性差異，重要事項確應由國會自行以法律規範，不宜授權由行政機關以命令決定<sup>34</sup>。因此許教授贊同劉大法官的主張，惟同樣的理由也可作為區分單純法律保留、非法律保留事項的判斷標準。所以許教授進一步指出，若欲保持見解一貫，我們對重要性的判斷就應更加細緻，並應發展出一套重要性的階層理論，在「不重要」、「重要」與「更重要」間作區分，以決定哪些限制基本權事項本質上即屬不重要，根本毋庸法律授權，行政機關即得自行以職權命令決定；哪些限制基本權事項本質有憲法上的重要性，應由國會以法律規定，但亦不禁止授權行政機關以命令決定；以及哪些事項具憲法上不可侵犯性，因此屬不可授權的、專屬的國會權限，無論如何要求非由立法者親自以法律決定不可<sup>35</sup>。

釋字四四三號解釋作成，回應了上述許教授的看法，大法官對劃分標準提出比較完整的說明<sup>36</sup>。由釋字四四三號解釋，可知一般性判斷基準可說是「視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重」而定，基於此一判斷準則，許教授整理出關於法律保留較細緻的範圍：①涉及剝奪人民生命或限制人民身體自由，屬絕對法律保留範圍，須由立法者親自以制定法律之方式規定之<sup>37</sup>。②涉及人民其他自由權利之限制，原則上屬相對法

<sup>33</sup>參照許宗力，註1文，頁72。

<sup>34</sup>參照許宗力，註1文，頁73。

<sup>35</sup>參照許宗力，註1文，頁73。

<sup>36</sup>大法官在該號解釋的解釋理由書指出，「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」參照許宗力，註1文，頁73。

<sup>37</sup>參照許宗力，註1文，頁73。

律保留範圍，得由法律直接規範由有法律明確授權之法規命令規範之<sup>38</sup>。但「視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重」自由權利之限制也可能屬絕對法律保留範圍<sup>39</sup>。③涉及人民其他自由權利之限制，但僅止於「對人民產生不便或輕微影響」不適用法律保留，得由行政機關自行發布命令為必要之規範<sup>40</sup>。

前揭判斷基準依然抽象，只能期待釋憲機關日後能累積更多個案，俾從中歸納出輪廓更為清晰的判斷原則與因素來。此外，許教授亦指出諸如須作彈性反應的事務或發展變遷中的事務<sup>41</sup>、本質上具固有自律性的事務、試驗性事務、有因地制宜需要的事務<sup>42</sup>、細節性與補充性規定<sup>43</sup>，以及自治保留事務<sup>44</sup>，皆不宜採嚴格國會保留，或有助於個案的判斷，作為國會保留的消極衡量標準。

區分出國會保留與單純法律保留之界線後，由於國會保留事項屬憲法上最重要事項，應由立法者親自為之，惟單純法律保留，僅屬憲法上重要事項，未必限立法者親為。因此，許教授指出單純法律保留適用範圍內之事項，立法者除親自為之外，亦得考量立法政策，授權行政機關以命令決定之，但該授權仍須履踐授權明確的要求，而不能為空泛而無確定範圍的空白授權<sup>45</sup>。要之，法律保留原則的涵意，除單純要求基本權的限制，在形式上要有法律的依據外，更進一步要求作為授權的立法機關，在實質上仍負有指導、影響命令內容之形成的義務，此義務明白的說就是立法者在

<sup>38</sup>參許宗力，註1文，頁73。

<sup>39</sup>如應由法院裁定之罰鍰的處分的構成要件（釋四九一），就是涉及人民其他自由權利之限制，仍屬絕對法律保留的適例。參許宗力，註1文，頁73。

<sup>40</sup>據大法官的補充說明，所謂僅「對人民產生不便或輕微影響」者，係指「執行法律之細節性、技術性次要事項」。參許宗力，註1文，頁73。

<sup>41</sup>參許宗力，註1文，頁73。

<sup>42</sup>參許宗力，註1文，頁73。

<sup>43</sup>參許宗力，註1文，頁73。

<sup>44</sup>參許宗力，註1文，頁74。

<sup>45</sup>參照許宗力，註1文，頁74。

授權時仍須就授權的目的、內容與範圍自為明確規定，而不能不作指示即放任被授權的行政機關隨意行事。若立法機關不為明確授權，則所謂法律的授權徒具形式，不具任何實質意義，許教授認為最主要的影響在於無法區分具憲法上重要性的單純法律保留與不具憲法上重要性的無法律保留部分的分野<sup>46</sup>，二者具本質上差異，若無法區分，無法落實人權保障。

綜上所述，法律保留原則採重要性理論而予以細緻化後，如要能區分單純法律保留與無法律保留之狀態，授權明確的要求是不可或缺的。德國基本法（第十條第一項第二句），對授權明確要求設有明文規定，然而我國憲法未若彼邦般，有相同的規定。此外早期公法學相關研究也不深入，致無論是立法實務抑或司法實務，向來都欠缺授權明確性的認識，而任空白的授權條款橫行。在此時空背景下，大法官劉鐵錚氏於一九八九年的釋字第246號解釋不同意見書中指出，「法律授權之範圍必須非常明確，否則法律本身豈非成為虛無空洞」<sup>47</sup>。其後一九九三年大法官作出釋字第313號解釋，明確指出授權明確要求<sup>48</sup>，授權明確要求獲得我國司法實務的正式承認。而今，授權明確要求已為理所當然，新近的大法官解釋一再肯認。

授權明確要求經由大法官解釋之確認後，許教授進一步界定授權明確要求的內涵，其指出授權明確要求原則不嚴格要求立法者皆須就授權的目的、內容與範圍一一為詳細規定不可，惟禁止空白授權方式<sup>49</sup>。亦即法律只要足以令人民從其授權條款與其他相關規定，依一般法律解釋方法推論得出其所要求行政機關以命令追求的目標與範圍，即可視為符合授權明確

<sup>46</sup>無法判斷須經法律授權、規制，從而行政自由決定空間理論上應相對趨狹的「法律從屬行政」與不在法律保留範圍內，根本毋庸法律授權、引導，從而行政自由決定空間理論上應相對趨廣的「法律外行政」兩者間應有的分際。參照許宗力，註1文，頁74。

<sup>47</sup>可謂開啟承認授權明確要求的先河。參許宗力，註1文，頁74。

<sup>48</sup>「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符合憲法第二三條以法律限制人民權利之意旨…」。參許宗力，註1文，頁74。

<sup>49</sup>諸如「本法施行細則由xx機關定之」。參照許宗力，註1文，頁74。

的要求<sup>50</sup>。最後許教授認為還是有賴職司釋憲的大法官發展出較為具體、實用的審查公式來，以充作立法技術的指導<sup>51</sup>。如此一來，立法者的授權規定究須如何設計、安排，始足以達到憲法所要求的明確程度。

惟對於許教授理解之授權明確性，陳慈陽教授有不同看法，其認為德國基本法第八十條第一項賦予此種授權之法源依據，所以與法律規定之法律保留方式均具同位階之效力，適用時毫無疑義<sup>52</sup>。惟陳教授觀察我國憲法條文結構，結合憲法第二三條與憲法第一七〇條，認為立法院通過，總統公布之名為法律者，才是憲法二三條所稱之法律<sup>53</sup>。且退步言之，中央法規標準法第二條雖規定法律可稱為法、律、條例或通則，但卻非是法規命令<sup>54</sup>。在這裡對法律的理解上，吳信華教授認為如須嚴格遵守本條與憲法第一七〇條，應解為限制人民基本權利須有中央法律之依據，而自治條例及法規命令，亦均有中央法律之授權，故亦屬有法律之依據，而可據以限制人民基本權<sup>55</sup>。故依吳教授見解，此處之法律，包含中央法律、地方法律及法律授權之法規命令。與許教授相同，而李教授認為法律原則上係指經立法院依法定程序通過，總統公布之法律而言<sup>56</sup>。且關於細節性或技術性之事項，法律自得授權主管機關以命令定之，俾便法律之實施<sup>57</sup>，行政機關基於此種授權發佈命令，如其內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的者，亦為憲法之所許<sup>58</sup>。又在前述授權時，須符合「授權明確性」原

<sup>50</sup>參照釋字三九四。參照許宗力，註 1 文，頁 74。

<sup>51</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 74。

<sup>52</sup>參照陳慈陽，註 4 書，頁 414。

<sup>53</sup>因為我國憲法第二三條明定以法律才可限制人民之基本權，且於第一七〇條中定義法律為立法院通過，總統公布之名為法律者，才是憲法二三條所稱之法律。參照陳慈陽，註 4 書，頁 414。

<sup>54</sup>參陳慈陽，註 4 書，頁 414。

<sup>55</sup>依憲法第 170 條配合憲法第 23 條作體系解釋，可限制人民基本權利者，應僅限於中央之形式意義法律。惟吳教授認為，此應係當初制憲時，對法律之概念與現今對法律之概念常自法規範角度，在闡釋上有所不同所致。參吳信華，註 26 一文，頁 127。註 26 二文，頁 79。

<sup>56</sup>憲法第二三條與第一七〇條。參李建良，註 13 文，頁 67。

<sup>57</sup>法律對於有關人民權利義務之事項，往往無法鉅細靡遺地加以規範。參李建良，註 13 文，頁 67。

<sup>58</sup>參李建良，註 13 文，頁 67。

則<sup>59</sup>。與陳教授較為接近。

接著陳慈陽教授進一步指出，我國自司法院大法官自釋字三八〇號以來解釋中引入此基於法律規定之授權行政機關，來限制人民自由權利方式，實牴觸憲法規定。故陳教授認為我國如欲引進法律授權機制，應以修憲為之，而非採大法官越權釋憲而達到擴充法律保留原則<sup>60</sup>。

德國基本法第八十條雖可授權給行政機關，在一定要件下以法規命令限制人民基本權，但亦同時使被授權之行政機關對限制基本權之要件有過於廣泛空間，而有濫用可能，相同的問題，在我國釋憲實務肯認授權機制的前提下，亦有發生<sup>61</sup>。因此基本法第八十條許可授權範圍要件下，發展出本質重要性理論，認定如為基本規範領域，尤其在基本權行使領域中，所有本質重要決定還是要由國會親自為之，縱使非屬單純限制人民自由權

<sup>59</sup>又立法者於授權行政機關以命令為補充之規定時，其授權之目的、內容及範圍，亦應具體明確，始合乎法律保留之本旨，此即所謂「授權明確性」之原則。參李建良，註 13 文，頁 67。

<sup>60</sup>司法院大法官如此之解釋及行政程序方法之規定雖符合時代需求，但如憲法已明白規定僅能以法律限制，且又定義了法律概念，這就非以解釋方式可以為之，而須經修憲始含可。司法院大法官在引進此機制雖針對國會時無能力以法律方式來決定所有限制人民基本權事項，但卻明確違反憲法之規定，此種明顯違憲實無解釋可能。因此於一九九九年通過之行政程序法將此司法院大法官所引進之機制規定於第一五〇條以下，已牴觸憲法第二三條之規定，除非修憲，否則應是無效之法律規定。參照陳慈陽，註 4 書，頁 414。

<sup>61</sup>早期行政機關依中央法規標準法第七條所定，就涉及人民權利義務事項以職權命令定之，嚴格言之，以違反法律保留原則，早期大法官卻廣泛地承認職權命令之正當性，亦即釋字第一五五號解釋謂「考試院為國家最高考試機關，得依其法定職權訂定考試規則及決定考試方式，均未逾越考試院職權之範圍」類似見解例如釋字第三四四號、第三四七號以及第三五九號解釋，然而有疑問的是，若僅因行政機關享有法定職權，即肯認其於職權範圍內亦享有廣泛之法規範權，則毋寧是法律保留原則之一大漏洞。及至釋字第三六三號解釋即針對此點加以修正，指出久「地方行政機關為執行法律，得依其職權發布命令為必要之補充規定，惟不得與法律牴觸」惟若增加法律所無之限制，有違憲法保障人民權利之意旨，應不予適用。亦即，司法院大法官仍承認主管機關得以職權命令限制人民權利，但不得與法律牴觸，亦不得增加法律所無之限制。仍舊有疑問的是，倘若對特定事項法律並無規定或僅為低密度規範，是否亦應承認行政機關得以廣泛地以職權命令限制人民權利？如此已違反憲法第二十三條之意旨。縱退萬步言之，也逾越行政程序法第一五九對屬本於職權所發布之行政規則範圍，所以應是屬該法第一五八條第一項第一款之違反憲法及法律之命令，也屬該條第二項之無法律授權而限制人民自由權利之命令，所以應為違憲且無效。參照陳慈陽，註 4 書，頁 414。

利，而是含有促進人民物質及精神生活者亦同，屬國會保留事項<sup>62</sup>。此外，縱使是國家高權在專業領域上所為之事實行為<sup>63</sup>，只要涉及國家對人民自由權利之限制，即應以法律定之且不得逾必要程度，憲法第二十三條定有明文<sup>64</sup>。惟法律內容不可能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬細節性、技術性之事項，依本質重要性理論而非屬本質重要者，法律自得授權主管機關以命令定之，俾利法律之實施<sup>65</sup>。陳教授特別指出在母法概括授權情形下，判斷行政機關所發布之施行細則或命令究否已超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷<sup>66</sup>。

法律保留原則擴張係有跡可循，且法律保留的擴張進而引伸出授權明確性要求，其後又發展出重要性理論以區分可授權之類型，在此反覆間可看到立法權與行政權之傾軋<sup>67</sup>。

<sup>62</sup>參照陳慈陽，註4書，頁415。

<sup>63</sup>參照陳慈陽，例如臨檢，倘若「對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，其實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有法律之明確規範」，註4書，頁415。

<sup>64</sup>參照陳慈陽，註4書，頁415。

<sup>65</sup>參照陳慈陽，註4書，頁415。

<sup>66</sup>參照陳慈陽，註4書，頁415。

<sup>67</sup>上述基本權限制之發展均有其歷史背景及軌跡可循，首先人民在脫離君主專制之統治者濫權侵害後，恐懼且不信任行政權之心態，所以要求國家只要為基本的維持國家運作之行為即可，也就是國家安全、社會秩序及支持國家運作之財稅收入，其餘領域應保留給人民有自由空間，然此三大類型均屬干預行政，所以國會便要求行政權行使權利應受嚴格法律保留，直到二十世紀中期以後，也就二次大戰後，由於國家事務量與質上之增加擴大，國會無法逐一檢驗及審查限制人民權利之法律，所以定以嚴格要件，也就是以明確法律授權、授權內容範圍目的得明確且須是涉及技術、數據、專業、科技及細節事項才可授權。此授權明確性原則乃係由法律明確性原則所得出之概念，所以亦須符合法律明確性之要求。所以立法者不僅對於須自為規範之事項，必須盡可能明確地規定法律構成要件，縱使在有必要授權行政機關為更具體或更詳盡之規範時，亦不得因此不顧及法規範之預見可能性。申言之，若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確/並以憲法第二十三條作為其規範依據。再者，立法者亦必須對於授權目的予以明確規定。惟前述之法律授權明確性要件於規範事項涉及極具專業知識背景時，若法律授權條款雖未就授權之內容與範圍為明確之規定，若依「法律整體解釋」可推之授權之意旨、目的以及範圍，亦屬憲法所許。又明確性要求之強度亦應考量規範事項是

而關於重要性理論，陳教授特別提醒的是，理論的內涵不是在限縮立法者僅能就本質重要性的人民權利限制事項才能自己決定，而是擴大立法者保留之範圍，不僅是傳統法律應由立法者決定事項，以法律定之，縱使可授權事項，如是本質重要時，也必須由立法者親自作決定<sup>68</sup>。至於何者來決定是否本質重要事項，陳教授認為在立法過程中，當然由立法者自行決定，且若已授權，在不違反法安定性及和諧性之要求以及不破壞到憲法更重大法益保障下，立法者亦可依該事項執行時逐漸對人民基本權有重大影響時，收回來自己決定<sup>69</sup>。釋憲權在不違反上述對立法者要求之憲法秩序之要件保障下，亦可基於憲法保障基本權之精神來為決定何者為本質重要之侵入行為，而認定應由立法者來親自為之<sup>70</sup>。

簡而言之，本質重要性理論意指，侵入行為仍必須是法律規定或基於法律授權之法規命令，至於對侵入行為之本質是否重要的決定，仍須由立法者自己為之，因為此決定是針對影響重大之侵入行為<sup>71</sup>。

最後吳信華教授指出法律保留之判斷上，在判斷法律就屬何種保留時，則可能為實質面而非形式面之判斷<sup>72</sup>。

### 第三款 法明確性原則

明確性原則來自法治國之要求，即法律規定須使相對人或關係人可認知到在該規定下之法律地位及因此有不牴觸或為符合該規定之行為可能

---

否涉及權利重大限制或重大公共利益。此可看出人民，逐漸由於國會監督審查能力增強下，慢慢可容許在國會監督與同意下來將限制人民基本權之事填交田行政權為之，當然仍有嚴格條件限制。直到七十年代，縱使可授權之內容與事項，亦有可能在要件上過於廣泛與不確定，且也可能涉及或影響憲法秩序重大，因此才又將可授權之範圍內事項，如涉及本質重要時，特別對基本權行使有重大影響時，仍須由國會親自作決定，此乃對行政權又不放心之表現。參照陳慈陽，註 4 書，頁 416。

<sup>68</sup>參照陳慈陽，註 4 書，頁 417。

<sup>69</sup>參照陳慈陽，註 4 書，頁 417。

<sup>70</sup>參照陳慈陽，註 4 書，頁 417。

<sup>71</sup>概念上須區別者，侵入之重大與影響性取決於侵入之程度，與此不同。參照陳慈陽，註 4 書，頁 417。

<sup>72</sup>若更係國會保留，亦即國會應自為規定而不能授權。參照吳信華，註 26 一文，頁 127。

性<sup>73</sup>。又法律本質為抽象普遍性，所以此明確性要求在此係指可得明確認知或預知其法定要件及法效<sup>74</sup>。此外法明確性之要求，非指法律文義具體詳盡之體例，考量立法者於制訂法律時，為符合現實面以及為將來性的規劃，須衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款時，不得直接指摘不符明確性要求，只須在解釋上要求得確定內容即可<sup>75</sup>，相同概念亦包含受規範者之行為準則及處罰之立法使用抽象概念者<sup>76</sup>。最後如果牴觸明確性原則，其效果為該法律違憲，而無需再以比例相當性原則來為審查<sup>77</sup>。

由前所述立法者制定法律限制人民基本權時須符合明確性，亦即該法律須得使人民足以明瞭其規範內容，惟該明確性之範圍，是否包含使受限制人民了解其所受限制之權利。德國基本法第十九條第一項除書明定，該法律並應具體列舉其條文指出其所限制之基本權利。我國憲法第二三條，雖可由法治國原則引導出明確性要求，惟明確程度是否亦須達於限制基本權法律中指明受限制之基本權，陳教授基於舉輕以明重的法理<sup>78</sup>，認為此仍屬明確性要求之涵蓋範圍。且進一步說明此要求具有對立法者警示及提醒之作用，並對法律解釋及適用也有明確效果<sup>79</sup>，惟此要求仍有例外，對內涵於基本權內之本質限制就無須受此明確限制基本權的限制<sup>80</sup>。至於違反的效力，有鑑於德國對此明確性要求還是有強制或訓示規定之爭<sup>81</sup>，所

<sup>73</sup>參陳慈陽，註4書，頁418。

<sup>74</sup>參陳慈陽，註4書，頁419。

<sup>75</sup>參照陳慈陽，註4書，頁419。

<sup>76</sup>有關受規範者之行為準則及處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。參照陳慈陽，註4書，頁419。

<sup>77</sup>參照陳慈陽，註4書，頁419。

<sup>78</sup>且在下位階之行政程序中對限制人民權利之書面行政處分均需要有法條依據及理由之載明，更何況立法者依憲法授權來為限制人民基本權時，更應是如此。參照陳慈陽，註4書，頁419。

<sup>79</sup>此如基於傳染病應限制人身、居住或遷徙自由。參照陳慈陽，註4書，頁420。

<sup>80</sup>例如人格自我發展自由、財產權限制等。參照陳慈陽，註4書，頁420。

<sup>81</sup>參照陳慈陽，註4書，頁420。

以陳教授認為釋憲者須考量其違反狀況及方式，對憲法秩序破壞程度，特別是憲法核心規定是否因此受侵害，而決定該法律是否無效或警告有瑕疵，須為修改等不同程度之違憲或有違憲之虞的法效<sup>82</sup>。

#### 第四款 習慣法與個別性立法

法律保留原則為法治國家之重要基本原則，李建良教授未於其內涵及範圍作闡明<sup>83</sup>，而就「特別權力關係理論」或所謂「防衛性民主」思想等，強調均只能作為以法律限制人民基本權利之理由，而非可作為限制之法律基礎，否則有違法律保留原則<sup>84</sup>。此外，李教授認為所謂法律，基於憲法保護基本權利之本旨，且避免不恰當之傳統觀念，藉由所謂「習慣法」之名而得再次限制人民<sup>85</sup>，故不包括習慣法<sup>86</sup>。

關於形式上的審查，陳慈陽教授尚提及禁止個案立法，之所以要禁止各案立法，目的在防止立法者濫用法律保留來對特定人課與義務與負擔。德國基本法第十九條第一項本文明文規定，凡基本權利依本基本法規定得以法律限制者，該法律應具有一般性，且不得僅適用於特定事件。我國並無如德國基本法有類似規定，但陳教授認為可從憲法第七條平等權之保障得出此憲法要求<sup>87</sup>。與個案立法相類的尚有措施法，所謂措施法係指國家為克服具體或社會上緊急的事件與危機，不得不制定應付此些具體事件之法律，其特徵與任務，在克服緊急出現之具體問題事件<sup>88</sup>。與個案立法不同的是，措施法不是針對特定人所為。陳教授認為措施法乃對具體事件對人民權利作限制而制定，雖可在傳統普遍抽象法規範外，承認此類型之法規範存在，然仍強調，為措施法制定時必須遵守平等原則與不得侵犯人民

<sup>82</sup>參照陳慈陽，註4書，頁420。

<sup>83</sup>國內已有諸多論述。參李建良，註13文，頁67。

<sup>84</sup>參李建良，註13文，頁68。

<sup>85</sup>避免類似「特別權力關係」之傳統觀念，藉由所謂「習慣法」之名而「借屍還魂」。參照李建良，註13文，頁68。

<sup>86</sup>參李建良，註13文，頁68。

<sup>87</sup>參照陳慈陽，註4書，頁420。

<sup>88</sup>參照陳慈陽，註4書，頁420。

基本權，且不妨礙權力分立原則之作用，始受允許<sup>89</sup>。若個案法非是限制人民權利，而係給付時<sup>90</sup>，是不受禁止的，但仍須嚴格遵守平等原則<sup>91</sup>。

### 第五款 地方法規

地方法規究屬行政立法或議會立法的定位問題，影響地方法規可否限制人民權利，甚而進一步訂定罰則。如認地方法規性質屬行政立法，則地方法規性質等同法規命令，根據法律保留原則，在無法律授權的情形下，自不得限制人民權利，更別提訂定罰則<sup>92</sup>。反之若地方法規的性質採議會立法說，地方法規居地方自治團體之「法律」的地位，自得排除國家法律之授權，而自行限制人民權利，乃至訂定罰則之可能<sup>93</sup>。

地方法規的定位問題，許教授指出我國實務一向將地方法規與法規命令等同視之，從而不許地方法規在沒有法律授權的情形下限制人民權利<sup>94</sup>。實務採法規命令說揆諸憲法，係有其立論依據，根據憲法第二三條及憲法第一七〇條<sup>95</sup>，可知人民自由權利非以「法律」不得限制之，且法律係指立法院通過，總統公布始足稱之，故地方法規不得限制人民權利<sup>96</sup>。惟許教授採不同看法，認為地方議會通過之法規，亦為憲法第二三條所稱之法律。其首先考量地方議會同樣具有如同國會所有異於行政權之特性，

<sup>89</sup>此如九二一地震後所過之九二一震災條例。參照陳慈陽，註 4 書，頁 421。

<sup>90</sup>如補助或租稅優惠，在我國有許多獎勵投資或參與公共建設之條例規定。參照陳慈陽，註 4 書，頁 401。

<sup>91</sup>參照陳慈陽，註 4 書，頁 421。

<sup>92</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 74。

<sup>93</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 74。

<sup>94</sup>像一九五四年的大法官釋字第三八號解釋表示「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利」，即足為證明。參照許宗力，註 1 文，頁 74。

<sup>95</sup>人民自由權利非以「法律」不得限制之，又明定，本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律，並不包括地方議會通過之地方法規在內，由此，地方法規自無由限制人民權利。參照許宗力，註 1 文，頁 74。

<sup>96</sup>人民自由權利非以「法律」不得限制之，又明定，本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律，並不包括地方議會通過之地方法規在內，由此，地方法規自無由限制人民權利。參照許宗力，註 1 文，頁 74。

即所謂的多元、直接民主正當性基礎，以及適用縝密、透明的議事程序等特殊的功能結構特徵<sup>97</sup>。其次憲法第二三條所稱「法律」，經由憲法第八十條，法官未必只能依中央的法律審判，故得擴張解釋為包括地方議會通過的地方法規在內<sup>98</sup>，大法官亦有解釋在案<sup>99</sup>。因此只要能正確理解所謂法律保留的緣由與精神，將憲法第二三條所稱「法律」擴張解釋為包括地方議會通過的地方法規在內，並非無據。

確認了憲法第二三條之法律包括地方議會通過之法規，許教授更深入就自治事項與委辦事項作出說明，首先地方只有在自治事項內，始得毋待中央法律授權，自訂法規限制人民權利<sup>100</sup>。且地方自治團體就自治事項能毋須法律授權即獨立限制人民自由權利，但在刑事罰則的訂定上，仍不得為之，根據憲法第一〇七條，刑事法律屬中央立法並執行的所謂「中央保留」事項，根本無容地方有置喙餘地<sup>101</sup>。至於行政罰的部分，雖非中央保留事項，但在我國早期似仍採保守的行政立法立場，故地方法規所見甚少<sup>102</sup>。遲至一九九九年地方制度法公布施行，經該法第二六條授權，地方法規始有權規定十萬元以下之罰鍰，以及勒令停工、停止營業等一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。其次關於委辦事項，有權者仍為中央，因此地方有無立法權，係以法律有無授權為前提，則該地方法規就委

<sup>97</sup>因法律保留原則之所以要求限制人民自由與財產應以法律定之，主要乃因議會擁有具多元、直接民主正當性基礎，以及適用縝密、透明的議事程序等特殊的功能結構特徵，足以擔保能比行政機關作成更為「正確」之決定的緣故。參照許宗力，註1文，頁74。

<sup>98</sup>憲法第二三條所稱之「法律」根本不是問題，雖然憲法第一七〇條本憲法所稱之法律乃指中央之法律，但一般仍認為非無例外，像憲法第八十條規定法官依據「法律」獨立審判，相信不會有人僵化到以為法官真的只能依據中央的法律審判，其他的法規則通通不能考慮。參照許宗力，註1文，頁74。

<sup>99</sup>大法官釋字第三八號解釋謂，憲法第八十條所稱「依據法律者，係以法律妥為審判之主要依據，並非除法律以外，與憲法或法律不相牴觸之有效規章，均行排斥而不用。」參照許宗力，註1文，頁74。

<sup>100</sup>參照許宗力，註1文，頁74。

<sup>101</sup>參照許宗力，註1文，頁74。

<sup>102</sup>參照許宗力，註1文，頁74。

辦事項要限制人民自由財產權利，更應以法律有明白授權者為限<sup>103</sup>。綜上所述，地方法規之制定仍存在許多限制。吳信華教授大體上與許教授相當。

同樣問題陳慈陽教授亦表達意見，自治法規限制人民係基於於憲法第一〇七條以下規定，而制定者，與法律同具憲法授權之位階，如此限制人民自由權利自無不可<sup>104</sup>，但如僅是地方制度法之依據，而制定限制人民的自由權利，則如同上述司法院大法官之解釋及行政程序法之規定，牴觸憲法對限制人民基本權僅能以法律為之要求<sup>105</sup>。李建良教授與陳教授見解類似。

## 第二項 實質合憲審查

實質合憲性部分，在於比例原則之操作，但其中仍有許多重要內涵，學者間見解亦未盡相同，觀察學說重點，主要是在探討目的審查，其次操作比例原則轄下適合性原則、必要性原則與狹義比例原則，且實質審查亦會涉及立法事實的問題，以下介紹之。

關於比例原則，由許教授見解可觀察到主要採通說見解，分為適合性原則，必要性原則與狹義比例性原則，特別的是許教授在操作此三原則前，應先操作目的合憲性的審查。其次的一個重點在於得對立法事實審查，審查時須依審查密度理論選擇審查密度。關於目的合憲審查，許教授先指出德國早先與我國目前之困境，在於目的審查空泛。為解決此困境，引進德國公益階層理論。以下分述之。關於適合性審查，在此重點有二，應確定手段的有效性，須採寬鬆判斷。其次探討手段適合目的，在此有事實認定的問題。此外許教授提及事實認定時點，應採立法時。在必要性審查中，係找出一代替手段與系爭手段相比較，此代替手段須先符合適合性。其次依立法事實判斷相同有效性，再依所涉及基本權的種種相關狀態，手段對基本權侵犯的強度，以及受侵犯之相對人的數量等判斷較少限制性，最後考量較少或至少相同的公益成本耗費。操作狹義比例性審查，

<sup>103</sup>參照許宗力，註1文，頁74。

<sup>104</sup>參陳慈陽，註4書，頁414。

<sup>105</sup>參陳慈陽，註4書，頁414。

許教授認為主要在衡量利益。因此思考上的重點在於應先確定係爭手段對基本權的侵犯強度，其次判斷所獲利益的大小。最後使用「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，進行該彼此對立之法益的衡量。

關於比例相當性原則，陳慈陽教授內涵與通說下轄三子原則並無不同。其次說明比例原則對立法權與行政權之意義，最後關於比例原則之操作，僅概括敘及，且未提及立法事實相關問題。

陳愛娥教授對比例原則操作提出迥異於他人之見解，即合憲性操作重點不在於比例原則，而係對基本權保護領域之詮釋與審查密度之選擇。並觀察德國法之操與我國如何適用作出說明。審查密度理論在審查立法事實，與許教授提出不同者在，陳教授限於立法預測才有審查密度選擇之適用。

實質合憲審查部分，李建良教授提及比例原則與本質內涵保障。基本上李教授介紹比例原則與通說相同，至於其提出之本質內涵保障，李教授認為可被比例原則涵蓋，沒有獨立操作必要。

對實質審查部分，吳信華教授認為須先確定四大公益目的，其後操作比例原則，惟比例原則中又先操作目的審查，難以理解目的審查與四大公益關聯為何。其亦認可審查密度選擇，但僅認為就比例原則等憲法原則導出，尤須注意。

以下就學說見解所敘及之重點分述之。

### 第一款 概說

國家對人民基本權施加的限制必須具形式外觀與實質內容，形式上必須有法律依據，即前述討論的法律保留原則。實質內容上，國家對人民基本權施加的限制有其追求的目的與因此而採取的手段，二者也都必須符合一定要求。為何在基本權的限制於法律保留外，仍須就目的與手段為一定要求，許教授認為係源自基本權的本質而來，基本權的限制若因法律有保留即為合憲，則基本權無異全然受立法者處置、擺布，基本權的保障淪為徒具形式，再者也與立法須受憲法基本權拘束的意旨，憲法第一七一條第

一項不符<sup>106</sup>。要之，依憲法第二三條意旨，憲法一方面允許立法者限制基本權，他方面又不允許法律侵害基本權，在此看似矛盾的情形下，惟有解釋為立法者無論是選擇保護法益或選用限制手段都須受到憲法拘束，才能解決此看似矛盾的狀態。我國憲法第二三條之所以要求法律對基本權的限制不得超出「為防止妨礙他人、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要」的限度，亦是秉此考慮而來。因此憲法第二三條對目的與手段的要求，國內已逐漸凝聚出共識，稱之為比例原則<sup>107</sup>。只是共識僅止於對比例原則而已，至於比例原則的具體內涵為何，如何操作，到今都還是極具爭議的問題<sup>108</sup>。由大法官解釋觀之實務似僅片面操作<sup>109</sup>，而學說亦未有統一見解，就比例原則的內涵與操作，許教授認為我國實務操作上仍有不足。

有關我國操作上，吳信華教授有約略提及操作方法，認為有關限制基本權之憲法上合法化理由，亦即國家侵害之合憲性，應由我國憲法第二三條出發，其提供了一個國家侵害基本權利是否合憲的初步判斷標準。依法條規定，其要件可分為四項公益理由、法律保留、比例原則。其中法律保留屬形式審查，而公益理由及比例原則則為實質審查。基本上仍嫌籠統。

<sup>106</sup>參照許宗力，比例原則操作試論，法與國家權力（二），2007年1月，頁121。

<sup>107</sup>參照許宗力，註106書，頁121。

<sup>108</sup>參照許宗力，註106書，頁121。

<sup>109</sup>許教授觀察大法官解釋發現從釋字第四三六號解釋起，就已正式使用比例原則這個用語，可惜一直都沒有闡釋其意義，直到釋字第四七一號解釋，才在解釋理由書中首次以「最小侵害手段」，以及目的、手段間應具「合理適當之關係」等概念，來說明比例原則的內涵。何謂「最小侵害手段」還算容易理解，至於目的、手段間的「合理適當之關係」，具體意義為何，如何認定，可惜大法官未作進一步說明。稍後的釋字第四七六號解釋提到，國家對人民基本權的限制，倘與憲法第二三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則。算是大法官對比例原則的完整圖像首次作出的描繪，認為「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」三個概念共同構成比例原則的內容。其後的第五四四、五五一號解釋，也重申這種看法。「目的正當性」是首次使用的觀念，應該是大法官首次對立法者所追求目的提出的要求，這部分固然可以與憲法第二三條的「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」銜接起來，但如何判斷，使不流於恣意，仍是一個問題。「手段必要性」似乎相當於第四三六號解釋所稱之「最小侵害手段」至於「限制妥當性」具體內涵為何，除非有進一步說明，否則仍不具可操作性。參照許宗力，註106書，頁121-122。

許宗力教授認為由大法官操作之本土的比例原則尚嫌粗糙，離建立一套具理解與預測可能的操作判準還有段距離。故許教授引介德國法的學說與實務，認為比例原則，首先要求限制基本權的目的必須具憲法正當性，且要求所採限制手段首先必須適合於目的之達成（適合性要求）<sup>110</sup>；其次必須屬不得已的，也就是對基本權影響、限制最小的手段（必要性要求、最小限制要求）<sup>111</sup>；以及最後，達成目的所獲致利益必須大於對私人基本權所造成損害（比例性要求）<sup>112</sup>。因此學說一般稱比例原則下轄適合原則、必要原則與狹義比例原則等三個派生原則，且這三者具次序性，蓋若採取手段已不符目的達成自無考量最小手段與比例性要求之必要。

陳慈陽教授理解大致與許教授相同，其認為若通過形式審查，亦即對基本權的限制符合法律保留原則後，則須進入實質探討，亦即檢討限制基本權欲達之目的與所採取的手段間之關聯性，此即為學說所稱比例相當性原則。比例相當性原則下轄妥當性、必要性及手段目的之衡平性<sup>113</sup>。所謂妥當性是國家所採取之手段，不論立法或行政行為須以能實現該追求之目的<sup>114</sup>。必要性係指國家所採取之手段如有多種選擇可能性時，應以最能達到目的且對人民侵害最輕微之方式為之<sup>115</sup>。最後所謂手段目的之衡平性係指，欲達到目的所採之手段應與欲達之目的間存有衡平妥適，而不過當之關係<sup>116</sup>。

陳教授指此原則係來自法治國原則之要求，不僅是限制基本權時在本質上所必須考量之要件，也是一種禁止恣意的控制閥<sup>117</sup>。要之，比例相當

<sup>110</sup>參許宗力，註 106 書，頁 122。

<sup>111</sup>參許宗力，註 106 書，頁 122。

<sup>112</sup>參許宗力，註 106 書，頁 122。

<sup>113</sup>參陳慈陽，註 4 書，頁 422。

<sup>114</sup>參陳慈陽，註 4 書，頁 422。

<sup>115</sup>參陳慈陽，註 4 書，頁 422。

<sup>116</sup>例如侵入產品製造者基於營業自由所製造的危害健康產品之行為與保護消費者身體不受侵害自由彼此間就存在基本權之法益衡量，此時就是以價值評斷為衡量之前提要件。參陳慈陽，註 4 書，頁 422。

<sup>117</sup>參照陳慈陽，註 4 書，頁 421。

性原則拘束所有國家權力行使，特別是立法權在制定基本權限制所作考量以及行政權為干預行政或執行公權力時之行為，比例原則具重大意義<sup>118</sup>。比例相當性原則對立法者的意義是，立法者制定法律其目的須正當，手段須有效，且目的與手段須合乎比例<sup>119</sup>。因此陳教授進一步表示法律保留就是合乎比例相當性之法律保留以及國會保留<sup>120</sup>。而比例相當性原則對行政權而言，是憲法層次之要求，且在執行面上更是具體的行政法原理及行政程序法規定之拘束要件<sup>121</sup>。

其次陳教授認為比例相當性原則不僅拘束立法者，亦拘束行政機關，其差異在於，立法者自我形成空間較廣<sup>122</sup>。相比下行政權發動須先有法律依據，就不具如此多樣的限制手段選擇性<sup>123</sup>。上述兩者的差異，也是憲法與法律相較或法律與行政行為相較就可得出之結果。要之，在必要性與妥當性的考量下，立法者相對於行政機關，會有較高的評估特權<sup>124</sup>，因此立法者可以較自由地從現實經驗上觀察，而認定採取限制人民基本權手段是否可達憲法上的目的。

陳愛娥教授指出在我國限制基本權行為之合憲要件，在憲法第二三條<sup>125</sup>。憲法第二三條要求限制基本權必須以法律為之，在學理上稱為基本權

<sup>118</sup>參照陳慈陽，註4書，頁421。

<sup>119</sup>法律作為達成立法者履行憲法任務所使用手段措施，必須在實際上能夠實現該任務，否則就是不合乎目的性之權力行使，也就是不合乎比例原則目的性要求。參照陳慈陽，註4書，頁421。

<sup>120</sup>基本權拘束立法者，其意義並不完全在於法律之制定，而在於立法者有無遵守比例原則來限制人民之基本權。參照陳慈陽，註4書，頁421。

<sup>121</sup>參照陳慈陽，註4書，頁421。

<sup>122</sup>但如相對於德國基本法對個別基本權限制給立法者有不同之廣轄的自我形成空間相較，我國憲法第二十三條仍是對立法者在為基本權限制時，為較嚴格的要件限制。參照陳慈陽，註4書，頁422。

<sup>123</sup>因越抽象規範下，自我形成空間愈廣，相反地如越具體的規定，則自我空間越窄。參照陳慈陽，註4書，頁423。

<sup>124</sup>參照陳慈陽，註4書，頁423。

<sup>125</sup>參照陳愛娥，中醫師不得交付病人西藥成藥？-關於憲法工作權保障-，台灣本土法學，1999年4月，頁111。

限制的法律保留<sup>126</sup>。再者憲法第二三條除法律保留外，更進一步要求法律只能在必要的範圍內限制之，此「必要」一詞，學理上係指比例原則<sup>127</sup>。亦即，限制基本權的措施應有助於其欲追求之公益目標的達成（適當性原則）<sup>128</sup>，在所有同樣有助於公益目標的措施中，應選擇限制基本權最小的手段（必要性原則）<sup>129</sup>，對人民基本權的限制措施與所追求的公益目標，不得顯然輕重失衡（狹義比例原則）<sup>130</sup>。如法律限制基本權違反此項原則，即構成對基本權的違憲侵害。

其次陳愛娥教授就德國法觀之，指出德國聯邦憲法法院對限制基本權之立法，主要是透過比例原則的操作，判斷限制基本權所擬保護的公益為何，以及為此採取之手段是否適合、必要及合比例<sup>131</sup>。比例原則由權力分立觀之，係針對行為規範出發，期待立法者能作出適當的、完美考量所有相關利益的決定，具有指示上的意義<sup>132</sup>。而比例原則對司法權而言，考量維護立法形成自由，憲法法院應只消極審查，立法採取的手段是否從任何觀點來看都是不適當、不必要或不合比例<sup>133</sup>，若牽涉立法事實的問題時，司法權應審查立法當時是否被恰當的認定或預測，就此則有審查密度的問題<sup>134</sup>。再決定審查密度的當下往往也決定了違憲審查的結果<sup>135</sup>，基於審查密

<sup>126</sup>參照陳愛娥，註 125 文，頁 111。

<sup>127</sup>參照陳愛娥，註 125 文，頁 111。

<sup>128</sup>參陳愛娥，註 125 文，頁 111。

<sup>129</sup>參陳愛娥，註 125 文，頁 111。

<sup>130</sup>參陳愛娥，註 125 文，頁 111。

<sup>131</sup>參陳愛娥，基本權限制之審查基準，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會違憲審查準與社會國原則，2008 年 9 月，頁 16。

<sup>132</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 17。

<sup>133</sup>然而，假使憲法法院對立法作這樣深入、實質的審查，對受限制之基本權與藉此擬追求的公益間的權衡以及為此採取的手段，要求極致完美，勢必侵害立法權。參照陳愛娥，註 131 文，頁 17。

<sup>134</sup>假使立法在決定選擇何種手段必須作事實認定或預測的話，為了不使基本權的保護落空，憲法法院應審查是時是否被恰當的認定或預測，聯邦憲法法院僅就此發展出不同階層的審查密度。參照陳愛娥，註 131 文，頁 17。

度有此重要性，因此陳教授進一步揭示審查密度的選擇。

李建良教授認為，符合基本權限制的對低要求，亦即符合法律保留原則後，接著要檢討的就是實質阻卻違憲事由。基本權與限制是一體的兩面，因此劃定保護領域的同時，亦構成國家限制基本權利之界限所在。法律保留原則在阻卻違憲事由的意義，是保護人民基本權利的一種手段<sup>136</sup>，因此法律本身尚須合乎一定之要求<sup>137</sup>。此要求學說稱為「限制基本權利之限制」，又稱「限制之限制」<sup>138</sup>。因此李教授認為法律保留原則之實質內涵主要為法律之內容必須符合比例原則，又稱過度禁止原則<sup>139</sup>。

所謂「比例原則」，係由法治國原則衍伸之子原則，從「方法」與「目的」之關連性，來考量國家行為的合憲性。比例原則主要目的在保護人民之基本權利免於遭受國家行為之侵害，此原則存在，方足以保障基本權利。依學界與實務上之通說，「比例原則」可以分為三個下位原則。①「適合性原則」（又稱「妥當性原則」或「適當性原則」）：限制基本權利之措施必須能夠達到所預期之目的<sup>140</sup>。②「必要性原則」：在適合達到目的之多種手段中，應選擇對人民侵害最小之手段，又稱「最小侵害原則」<sup>141</sup>。③「狹義比例原則」：對於基本權利之侵害程度與所欲達到之目的間，必須處於一種合理且適度的關係，又稱「合比例性原則」或「期待可能性原則」<sup>142</sup>。以上派生原則素為德國憲法法院在處理基本權利之問題時，所經

---

<sup>135</sup>憲法法院對立法者之事實認定或預測的審查密度意義重大，其經常影響最後決定的結果。參照陳愛娥，註 131 文，頁 17。

<sup>136</sup>參李建良，註 13，頁 68。

<sup>137</sup>以免重蹈「法實證主義」之覆轍。參李建良，註 13 文，頁 68。

<sup>138</sup>基本權利既然具有「憲法規範」之位階，則限制基本權利之國家行為，尤其是法律，其實質內涵仍須受到基本權利之拘束。參李建良，註 13 文，頁 68。

<sup>139</sup>我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」其中「所必要者」之用語，即屬「比例原則」之具體規定。參李建良，註 13 文，頁 69。

<sup>140</sup>參李建良，註 13 文，頁 69。

<sup>141</sup>參李建良，註 13 文，頁 69。

<sup>142</sup>此項原則主要著重於「受限制之利益」與「受保護之利益」間之「利益衡量」，期能達到利益

常援用的審查準則，我國多數學說亦採之。

## 第二款 立法事實與審查密度理論

關於審查密度理論的前提，就是司法機關得審查立法事實。陳愛娥教授認為基於權力分立，司法權仍得僭越而去審查立法者作成限制所依據的事實，並指出任何法律都以對事實上認定為前提<sup>143</sup>。因此，司法權於操作違憲審查時，就必須同時審查立法者制定法律時所根據的事實或預測基礎<sup>144</sup>，因而認定制定法律時的因果關係，以及或然性。立法事實的審查既然為司法機關的任務，陳教授參考德國實務見解指出兩個審查時應注意之建議，其謂司法審查不應以事後回顧的方式，而應由通過法律時立法者的認識情境出發，來評價立法措施<sup>145</sup>。其次立法者所規整之事實通常尚未終結，與一般法官裁判案件事實有別，因此也不可能藉一般法院程序的證據調查手段來確認<sup>146</sup>。

立法事實應如何審查，陳教授引介德國學說，將立法事實區分為事實認定與預測兩個問題<sup>147</sup>。事實認定部分，須考量於各種不同情境下立法者制定法律時應調查之事實的範圍與應有的審慎程度，尤其是立法的時間壓力、立法侵害之自由權的深度與廣度<sup>148</sup>。至於預測本身具不確定性，難以藉司法審查完全排除，此際聯邦憲法法院創立了審查密度以資適用<sup>149</sup>。要

---

利譜之目的。參李建良，註 13 文，頁 69。

<sup>143</sup>假使必須評估將來的情況、發展與影響的話，立法者的決斷就必須植基於預測。確定事實及預測事實，其與法律之合憲性判斷標準，包括限制基本權之法律的適合性或合目的性的處理密切相關。參照陳愛娥，註 131 文，頁 17。

<sup>144</sup>否則即流於形式。參照陳愛娥，註 131 文，頁 18。

<sup>145</sup>於審查立法者事實與預測時，所有取向將來的決定，特別是在複雜的情境下，都必須仰賴或多或少可靠的評估；並非事後實際出現的影響，而是評估本身才是決定的基礎，因此也是判斷該當立法決定之合憲性對象。參照陳愛娥，註 131 文，頁 18。

<sup>146</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 18。

<sup>147</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 18。

<sup>148</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 18。

<sup>149</sup>聯邦憲法法院指出，預測必然包含或然性的判斷，故應承認立法者享有評估特權；此一評估特權的範圍與相應之審查基準，取決於不同因素。參照陳愛娥，註 131 文，頁 18。

之，審查密度其意義在認定司法權於審查立法預測應涉入程度多寡，其決定標準的考量為擬處理之事務領域的特性、被影響之法益的重要性以及立法者作成確實可靠之判斷的可能性<sup>150</sup>，在前述考量下依其對基本權影響程度得分為三階審查基準。而三階審查基準，係指明顯性審查，可支持性審查與強烈內容審查。採明顯性審查時，立法機關擁有最大的空間，只有當法律的評估有顯然、清楚、無疑義、任何人皆識的錯誤時，才會被認定違憲<sup>151</sup>。採可支持性審查時，對於可獲得的事實材料，立法機關必須作合乎事理的，憲法審判機關可得理解的判斷<sup>152</sup>。最後如採強烈內容審查，將會在實質正確性的要求下，對立法行為作最廣泛的審查<sup>153</sup>，此對立法機關的認定範圍限制最嚴重。由於選擇審查基準的考量如上述並非固定不變的，因此三階審查基準彼此間仍存有模糊地帶，故陳教授稱之為滑動的標準<sup>154</sup>。

就決定審查基準的考量因素中，陳教授指出德國學說上，針對立法者作成判斷的可能性此一因素，更加以細緻化操作，其謂立法時必須考量法律影響的不確定性，就此可以運用包括限定適用期限或作更大的一般化的立法技術<sup>155</sup>。藉此，立法者對被規範的複雜事實可以有一段收集經驗的時間，以便日後作必要的修正，在此之前就不應以其過度抽象而為違憲的非難<sup>156</sup>。誠然，縱有前述過渡情況，一旦立法者無法克服實務上常有的不確定性，在違憲審查操作上，當然不容採取該立法措施<sup>157</sup>。

<sup>150</sup> 審查密度依聯邦憲法法院「共同參決法判決」以來的穩定見解，決定審查基準的因素包括：擬處理之事務領域的特性、被影響之法益的重要性以及立法者作成確實可靠之判斷的可能性。參照陳愛娥，註 131 文，頁 19。

<sup>151</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 19。

<sup>152</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 19。

<sup>153</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 19。

<sup>154</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 19。

<sup>155</sup> 參陳愛娥，註 131 文，頁 19。

<sup>156</sup> 參陳愛娥，註 131 文，頁 19。

<sup>157</sup> 就法律受影響之法益重要性而言，假使其影響的權利如此重要，以致要求事實認定的確定性與確切評估立法措施的影響，一旦立法者無法克服實務上常有的不確定性，在憲法上就不容採取該當立法措施。參陳愛娥，註 131 文，頁 20。

根據憲法第二三條，國家「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」，得於「必要」範圍內，以法律限制人民的基本權。首先陳教授先指出此處之基本權應被理解為自由權<sup>158</sup>。且贊同許宗力大法官對此條之理解。認為該條分別從目的與手段兩層面來約束限制人民基本權的法律，並以比例原則稱之<sup>159</sup>。

按憲法第23條所規定之比例原則，究為所指，學說紛歧。陳教授認為憲法規定才是違憲審查的依據，因此必須回歸條文解釋，以確定憲法第二三條是否為德國法上之比例原則。憲法第二三條已明確要求，法律限制人民基本權應基於合憲的公益目的，並且採取之限制基本權措施須為追求公益之必要手段<sup>160</sup>。且適合性審查，在於判斷法律採取的措施抽象看來是否完全無助於立法目的之達成<sup>161</sup>，而必要性審查則應進一步探究，立法者是否別無其他對立法目的而言同樣有效，但對於基本權限制較小的手段<sup>162</sup>。因此，適合性與必要性審查是一種由寬到嚴的審查步驟，陳教授認為此種操作方式應有助於理由構成的清晰性<sup>163</sup>。故陳教授基於本條既為審查立法限制基本權合憲與否的基準，應理解為德國法上的比例原則，在此前提下，可知我國對立法限制基本權的審查採德國模式<sup>164</sup>。並進一步指出若正確掌握德國憲法學對立法限制自由權所發展的審查模式，重點不在比例原則，而在相關基本權規定內涵界定以及審查密度<sup>165</sup>。

相同的見解，吳信華教授認為除考量憲法第二三條外，仍須考量在國

<sup>158</sup> 參照陳愛娥，特定此基本權應按德國學理，被理解為自由權。註 131 文，頁 23。

<sup>159</sup> 亦即立法限制人民基本權係為追求前揭目的，且其採取之手段僅能於必要範圍內為之。參照陳愛娥，註 131 文，頁 23。

<sup>160</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 24。

<sup>161</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 24。

<sup>162</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 24。

<sup>163</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 24。

<sup>164</sup> 參照陳愛娥，註 131 文，頁 24。

<sup>165</sup> 憲法審判機關調整其對立法權控制力道的主要手段並不在於比例原則的理解，毋寧是相關基本權規定意涵的界定以及對於立法決定所植基之事實認定的審查密度。參照陳愛娥，註 131 文，頁 24。

家行為所涉及的個別基本權利中，因各該基本權利之特殊性而有其在合憲性的判斷上特別的要素<sup>166</sup>，比如選擇審查密度。

### 第三款 目的性審查

#### 一、概說

在比例原則操作下，學說幾乎如同陳慈陽老師的理解，認為目的與手段的審查難以分割。故陳教授認為手段與目的必須衡平妥適之目的，在於不要使得欲達成目的所採取的手段，雖然達成目的之要求，但卻破壞了更重要的法益<sup>167</sup>。故陳教授認為比例相當性原則所著重者，在不斷的衡量手段與目的衡平性、公益與私益的衡平性及所採取之手段是否是必要且妥當的<sup>168</sup>。惟在操作此原則陳教授特別指出要避免流於主觀的判斷或事先的偏見<sup>169</sup>，基於所有制度皆是人在操作，因此陳教授認為此是該原則適用時最大危機。

另比例相當性原則在於手段能有效妥適達成目的，故不許因採取手段過輕，以致不足以達到目的<sup>170</sup>。蓋此限制行惟此時不具實益，且浪費國家資源。又比例相當性原則不應限於高權手段之「合目的性」要求，而應考量對於人民權利之侵害是否屬必要及目的與權利侵害間衡量<sup>171</sup>。綜上所

<sup>166</sup>例如涉及工作權之案例即須考量係對何種階段之侵害，而在國家公益目的之要求即有不同層次，而涉及比例原則中國家之方法與公益目的，和侵害人民私益間是否均衡之判斷，即有程度上差異；或如政治性言論，因係促進民主政治良性發展所必要，故國家在合憲性的審查上即須注意民主原則價值在具體個案之適用，而即可能較他種言論有不同之審查密度；或涉及財產權之侵害，更須區分一般之侵害或徵收，後者之侵害顯然較為強烈，國家手段合法性之要求當即更高。參吳信華，註 26 一文，頁 129。言論自由論述。基本權利案例的精確判斷-大法官釋字第四一四號解釋評析，月旦裁判時報，2010 年 8 月，頁 10-13。

<sup>167</sup>例如為了要維持社會秩序，所採取的手段卻造成人民之傷亡，就違反所謂手段與目的的衡平性。參陳慈陽，註 4 書，頁 423。

<sup>168</sup>因為具體狀態是隨時都有可能改變，此種衡量是須不間斷的進行。參陳慈陽，註 4 書，頁 423。

<sup>169</sup>參陳慈陽，註 4 書，頁 423。

<sup>170</sup>參陳慈陽，註 4 書，頁 423。

<sup>171</sup>參陳慈陽，註 4 書，頁 423。

述，在為比例相當性原則適用時，三大子原則應同時兼顧，反之則為違反憲法之憲法適用<sup>172</sup>。

但許宗力教授確認為目的與手段雖具關聯，但比例原則之操作，先應判斷目的是否合憲，若目的不合憲，當然無後續處置之必要而當然違憲，因此許教授先就目的合憲性作說明，通過目的合憲審查，始有操作比例原則之餘地，在此與多數學者不同。首先對於目的合憲性之審查，許教授分成消極與積極的面向觀察。消極的一面是禁止立法者追求明顯違憲的目的<sup>173</sup>。至若積極的一面，則是進一步要求立法目的，必須符合憲法所預設並允許的基本權限制目的<sup>174</sup>。其中最常被討論者，仍係憲法第二三條所列「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」。許教授認為該四大公益目的，無論是為「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」或「增進公共利益」，皆屬極度空泛、概括的不確定概念<sup>175</sup>。因此幾可涵蓋所有的立法目的，且若採客觀解釋方法與合憲解釋原則來詮釋立法目的，盡可能將立法目的朝有利於維持法律效力的方向解釋之，則立法目的難有通不過合憲性審查者<sup>176</sup>。基於上述原因，許教授指出從德國聯邦憲法法院與我國大法官歷年來的違憲審查實務，幾乎未

<sup>172</sup>準此，冤獄賠償法第二條對冤獄賠償請求權之行使定有限制，其第二款前段規定，曾受羈押而受不起訴處分或無罪宣告者，若行為違反公共秩序或善良風俗，則不得請求賠償。立法目的雖在維護社會秩序及公共道德，然泛以公序良俗之違反為理由，而未具體說明公序良俗與冤獄賠償請求權行使之限制，是否符合比例相當性原則之三大子原則，而使得身體自由因羈押遭受嚴重限制之受害人，其冤獄賠償請求權受到排除，此種未能以其情節是否重大，致為社會通常觀念所不能容忍為衡量標準，與同款後段及同條其餘各款所定之其他事由相較，亦有輕重失衡之處，實與憲法上之比例原則未盡相符。參照陳慈陽，註4書，頁424。

<sup>173</sup>如追求實施一黨專政、族群淨化、族群隔離或實現男尊女卑的社會秩序等明顯違憲的目的是。參許宗力，註106書，頁123。

<sup>174</sup>我國憲法除特別於第一四五條第一項明定國家限制私人財富及私人企業，應基於防止「妨害國計民生之平衡發展」的目的外，並於第二三條一般性地揭示四種限制目的，要求任何對人民基本權的限制，無論如何至少皆須為了宣求所揭示四大公益理由之一，始為合憲。參許宗力，註106書，頁123。

<sup>175</sup>參許宗力，註106書，頁124。

<sup>176</sup>參照許宗力，註106書，頁124。

見有法律因追求的目的違憲而被宣告違憲的實例<sup>177</sup>。

在此吳信華教授有些許不同意見，其雖指明該比例原則即為行政程序法第七條之比例原則<sup>178</sup>。依其見解操作比例原則須先就立法目的為討論，其次依序就適當原則，必要原則與狹義比例原則<sup>179</sup>。但認為在操作目的審查前，須先判斷憲法第二三條揭示四項公益理由，因此在判斷上須先為目的作有無符合該公益理由之判斷<sup>180</sup>。

## 二、公益階層理論

前述立法目的審查的困境，在德國聯邦憲法法院在藥房判決後，出現了轉機，可將立法目的審查進一步一般化。藥房判決發展出所謂三階理論，將國家限制職業自由所追求的公益目的，區分為「一般公益」<sup>181</sup>、「重要公益」<sup>182</sup>與「極端重要公益」<sup>183</sup>。而三種公益的差別在於追求「重要公益」時，立法者始得對職業自由設定主觀許可要件之限制，追求「極端重要公益」始得設定客觀許可要件之限制，至於一般職業執行行為之規制，則追求一般公益為已足<sup>184</sup>。

德國法上區分此三種公益後，許教授進一步說明此三種公益的內涵。所謂「極端重要公益」也可稱為「絕對公益」<sup>185</sup>，指一般所公認，獨立於社會共同體當時的政治氛圍之外，且先於立法者存在的公共價值<sup>186</sup>，「重

<sup>177</sup>參許宗力，註 106 書，頁 124。

<sup>178</sup>參吳信華，註 26 一文，頁 128。註 26 二文，頁 80。註 166 二文，頁 9。

<sup>179</sup>參吳信華，註 26 一文，頁 128-129。

<sup>180</sup>故在判斷實質合憲上須先就「防止妨礙他人自由、避免緊急危難，維持社會秩序及增進公共利益」為探討。參照吳信華，註 26 一文，頁 128。註 26 二文，頁 79。

<sup>181</sup>參許宗力，註 106 書，頁 124。

<sup>182</sup>參許宗力，註 106 書，頁 124。

<sup>183</sup>參許宗力，註 106 書，頁 124。

<sup>184</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 124。

<sup>185</sup>參許宗力，註 106 書，頁 124。

<sup>186</sup>被法院列為「極端重要公益」者利有國民健康、市民生命與安全、交通安全、減低失業與促進就業等。參許宗力，註 106 書，頁 124。

要公益」也可稱為「相對價值」<sup>187</sup>，係因立法者的設定方才具有重要性的公共價值<sup>188</sup>。關於公益階層理論，其判斷依據在價值判斷，因此許教授提醒不同位階之公益的區分可能失之主觀，不同國情造成不同國民價值觀會造成公益的認知與判斷上的歧異<sup>189</sup>，因此在引進公益階層理論時，仍須考量我國國情而生之價值判斷，未必外國之價值認知亦符合我國適用。

然陳愛娥教授不認同許教授之見解，認為目的審查係德國模式基於對立法權的尊重及權力分立的考量，承認立法者對限制基本權之公益目的享有選擇空間<sup>190</sup>，惟陳教授強調的是，德國法上的比例原則不因上述理由而不包含立法目的審查，比例原則操作順序上，首先就必須立法目的正當，才會進入以下審查<sup>191</sup>。惟陳教授不認可對立法目的作階層化審查。其理由認為德國模式以立法目的為獨立的審查對象並僅審究目的本身的合憲性，亦包含對立法政策方向選擇自由的尊重<sup>192</sup>。其次，藉由比例原則模式中狹義比例性的操作以及決定審查密度所考量的因素，已足將不同立法目的對審查密度的影響列入考量<sup>193</sup>。要之，對立法目的的審查，依陳教授見解，似以寬鬆審查即可，畢竟在陳教授的理解下，違憲審查重點仍在於相關基本權規定內涵界定以及審查密度，而非比例原則的操作。

#### 第四款 適合性審查

##### 一、有效性

介紹完目的正當性後，接著就是適合原則的問題。適合原則的內涵在

<sup>187</sup>參許宗力，註 106 書，頁 124。

<sup>188</sup>指基於立法者特別的經濟、社會政策目的所產生，列為「重要公益」的則有消費者保護、有效能的司法救助制度、手工業效能之維護等。參許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>189</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>190</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 25。

<sup>191</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 26。

<sup>192</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 26。

<sup>193</sup>參照陳愛娥，註 131 文，頁 26。

要求限制基本權的手段必須適於所追求公益目的之達成<sup>194</sup>。許教授在此提出一個問題，限制基本權的手段究應達到何種適合程度，始能認其符合適合原則的要求？就此問題，若就消極面言之，即所採手段對目的之達成根本就毫無效果，或更嚴重的狀況，非但毫無效果，甚至有害，亦即增加目的達成的困難，則可以明確指出，該手段絕對是不適合的<sup>195</sup>；惟就積極面觀之，則該手段須有效助目的之達成，其中有疑問的就是所謂的有效。手段助目的達成應至何種程度始可稱為有效，究應完全達成抑或有部分效果即為已足，委實難以取捨。有關此一問題，德國聯邦憲法法院基本上採的是一種非常寬鬆的判斷標準，該判準只考量立法者所採措施是否非完全或全然不適合<sup>196</sup>。亦即手段只要對追求目的之達成能有部分或些微的助益或效果，即足以認為滿足適合原則的要求，而不限於完全的效果。此種寬鬆的判準，或稱「完全不適合之禁止準則」<sup>197</sup>。許教授認為「完全不適合之禁止準則」是可以接受的，其認為採用「完全不適合之禁止準則」係尊重立法者富政策意味的手段選擇自由<sup>198</sup>。此外若改採要求手段必要度或完全有助於目的之達成的較嚴的判斷，有時反會造成要求國家須採一個對人民基本權限制更嚴之手段的反效果<sup>199</sup>。因此手段的有效性只須有部分效果，而無須具完全效果。

## 二、適合目的達成

其次手段適合性在判斷系爭手段是否適合目的之達成，許教授指出在作成判斷時涉及事實的認定或預測，因此須作立法事實的調查與判斷<sup>200</sup>。

<sup>194</sup>參許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>195</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>196</sup>參許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>197</sup>參許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>198</sup>參許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>199</sup>爭執系爭手段的適合性，原意在於要求國家根本就應放棄對基本權施加限制。參許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>200</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 53。違憲審查程序之事實調查，法與國家權力（二），2007 年 1 月一版，頁 52。

在此，許教授參考德國聯邦憲法法院所發展出的三種寬嚴不同認定標準，來輔助適合性的判斷。即所謂明白性審查<sup>201</sup>、可支持性審查<sup>202</sup>與強烈內容審查<sup>203</sup>，三個寬嚴有別的認定標準。首先明白性審查標準最寬鬆，只要求立法者對適合性的判斷，在一般理智、謹慎的人民不認為具有公然、明顯的錯誤，法院即不對其指摘<sup>204</sup>，故對立法者最為有利。可支持性審查標準則較前者為嚴，其非僅止於要求立法者的判斷不得公然、明顯錯誤而已，尚且進一步要求其判斷須合乎事理、可以支持，說得過去<sup>205</sup>。最嚴格的是強烈的內容審查基準，在此審查標準下，法院必須對立法者的判斷作具體而詳盡的深入分析，若法院無法確信立法者的判斷是正確的，舉證的責任則就應由立法者負擔<sup>206</sup>。在強烈的內容審查下，立法者倘欲免於違憲的指摘，就必須向法院證明其所決定確實適合於所追求目的之達成，且不容有疑義，因此強烈的內容審查對立法者最為不利。

至於何種情形適用何種審查或認定標準，聯邦憲法法院認為應依所涉及規範領域的性質<sup>207</sup>、形成有足夠把握認為手段有助於目的達成的決定的可能性的大小<sup>208</sup>，以及所涉及相關法益之重要性<sup>209</sup>等等而定。但區分標準仍不甚明確，大致上只能歸納出，基本權只於「外圍」被觸及者，適用明白性審查標準；在非屬基本權保障核心領域之基本權，預測可能性較有把

<sup>201</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 62。

<sup>202</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 62。

<sup>203</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 62。

<sup>204</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 62-65。

<sup>205</sup>至於是否合乎事理，可以支持，說得過去，法院有時認為僅參酌當時一切相關情況、事實與知識作實質審查，有時則較為自制，以為只要審查立法者於立法過程是否以正確及充分的方式獲得有關法律公布當時存在的事實與知識，即為已足，也就是只要立法者履行此種程度的程序要求，即推定其決定的事實內容合乎事理、可以支持。參許宗力，註 106 書，頁 53。註 200 二文，頁 62-65。

<sup>206</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 62-65。

<sup>207</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 67-68。

<sup>208</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 67-68。

<sup>209</sup>參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 67-68。

握，適用可支持性審查標準；至若涉及基本權核心保障領域之基本權的限制，則採最嚴的強烈內容審查標準<sup>210</sup>。前述說明雖提供不同審查標準的選擇參考，雖仍失之明確，但許教授認為至少提供我們一套論理模式，且依此論理模式操作，其選用判準也可能因判決的累積，而越來越具可預測性。

### 三、事實認定時點

此外事實認定的時間點，也是適合性的問題。德國聯邦憲法法院及多數學者均認為手段是否適合，不能依嗣後的事實發展來判斷，而必須以立法當時，而非判決當時作為適合性審查的基準時點<sup>211</sup>。要之，法院只能在證實立法者所選擇手段在立法當時也是自始不適合時，才能確定其不符適合原則的要求，而不能由事後事實來檢視最初立法所依據的事實。許教授考量預測本身之困難以及錯誤風險具不可避免性<sup>212</sup>，法院同樣可能為二度猜測<sup>213</sup>以及尊重有民主正當性之立法者的手段形成自由<sup>214</sup>等觀點，對此看法表達贊同並進一步延伸，認為事實認定的基準時雖採立法當時，非指法院因此就可以對判決當時的事實認知完全棄而不顧，如判決當時新的事實認知，已足證實立法者所採限制基本權的手段已明顯完全不適合目的之達成，基於憲法首要任務在保障人權，法院有義務保護人民基本權利被「判決當時已證實完全不適合」的限制手段繼續侵犯，法院此時應課與立法者限期改正的義務<sup>215</sup>。要之，有權釋憲機關不應囿於立法事實，而罔顧憲法賦予維護憲法的責任。

---

<sup>210</sup>在經濟管制領域，倘營業自由基本權只於「外圍」被觸及者，適用明白性審查標準；在經濟基本權領域，倘預測可能性較有把握，適用可支持性審查標準；至若涉及生命與人身自由等重大基本權之限制，或其他基本權的重大限制者，則採最嚴的強烈內容審查標準。參許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 67-68。

<sup>211</sup>參許宗力，註 106 書，頁 127。

<sup>212</sup>參許宗力，註 106 書，頁 127。

<sup>213</sup>參許宗力，註 106 書，頁 127。

<sup>214</sup>參許宗力，註 106 書，頁 127。

<sup>215</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 127。

## 第五款 必要性審查

### 一、概說

所謂必要原則，學說上亦有以最小限制原則稱之，指的是要求立法者應在所有同樣適合達成目的之限制基本權的手段中，選擇對私人基本權限制最小者為之<sup>216</sup>。立法者所採手段如何認定是必要的，許教授原則採排除法，如無其他相同有效，也就是對目的之達成有相同效果，且對私人基本權根本毋須限制，或限制較少的手段可供選擇，則立法者所採手段即可認定是必要的<sup>217</sup>。此外通說認為必要原則的審查除前述排除法，尚須考量手段的成本耗費的考量因素<sup>218</sup>，在相同有效手段中，成本耗費顯大於係爭手段，雖限制較少，係爭手段仍符必要性。總而言之，許教授指出適用必要原則審查的重點在於，其他可能手段的相同等效性，較少限制性，以及較少或至少相同的公益成本耗費等三者，以下分述之。

### 二、相同有效性

首先敘及的是其他手段的相同有效性的判斷。許教授指出相同有效性的判斷是比較的問題，在操作上應先確定作為系爭手段之對照物的手段究竟有哪些<sup>219</sup>。找出相同有效手段，考量法律違憲審查涉及公益，並非一般涉及私益而適用當事人進行主義的民事訴訟可以比擬，故為司法者之任務，應採職權調查主義，而不得將找出相同有效手段課予當事人自行提出<sup>220</sup>。惟可惜的是法院能力有其先天上的侷限性，同時也為了避免過度侵犯立法者的手段形成自由，德國聯邦憲法法院所比較的對象，多僅以當事人

<sup>216</sup>參許宗力，註 106 書，頁 128。

<sup>217</sup>參許宗力，註 106 書，頁 128。

<sup>218</sup>準此，其他可能手段即便與系爭手段相同有效，對私人基本權的限制亦較少，但尚須耗費更大公益成本，比方說造成國家財政的困難，花費更多的人力、物力與時間，對執行機關造成不可期待的負擔等，則仍不能指摘系爭手段違反必要原則。參照許宗力，註 106 書，頁 128。

<sup>219</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 128。

<sup>220</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 128。

所主張者，或在公共討論中曾被建議的可能替代手段<sup>221</sup>。找出與係爭手段相比較之手段後，須判斷手段的相同有效性，由於是比較的問題，所以該作為比較的其他可能代替手段，除須符合適合原則<sup>222</sup>，亦即須對目的之達成有部分或些微的效果，此外其達成目的的有效性，還必須與系爭手段的有效性至少具有實質的相同價值<sup>223</sup>，符合上述二者，才稱得上是相同有效的手段。當然在判斷是否相同有效，也須作立法事實的判斷，此時同樣有「明白性審查」、「可支持性審查」與「強烈內容審查」等三個寬嚴有別之審查標準的選擇問題。

### 三、較少限制性

其次是判斷較少限制的問題，系爭手段與替代手段何者限制較少，許教授提出了三個方向來判斷，首先可從①所涉及基本權的種種相關狀態<sup>224</sup>，②手段對基本權侵犯的強度<sup>225</sup>，以及③受侵犯之相對人的數量<sup>226</sup>等相關因素作綜合觀察，以求合乎具體正義的較小限制。

①首先是所涉及基本權的種種相關狀態。許教授指出所謂涉及基本權相關狀態判斷，主要在探討基本權核心領域的問題<sup>227</sup>。亦即判斷限制手段就係觸及基本權保護領域核心或外圍。基本上，限制手段所觸及的，若越接近基本權保護領域之「核心」，則表示限制越大、越多或越強；反之越趨「外圍」，即意謂限制越小、越少或趨弱<sup>228</sup>。前所指判斷標準，仍然抽象，畢竟什麼是基本權的「核心」，什麼則是「外圍」，不易判斷。故許教授進一步引介，德國聯邦憲法法院與學界見解，其在許多種類的基本權

<sup>221</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 128。

<sup>222</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 129。

<sup>223</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 129。註 200 二文，頁 53。

<sup>224</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 129。

<sup>225</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 129。

<sup>226</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 129。

<sup>227</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 129。

<sup>228</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 129。

利，已逐步發展出有說服力的基本權保護領域的階層理論，而降低了適用上的困難。

以職業自由為例，德國聯邦憲法法院即區分出單純執業規定、主觀許可條件以及客觀許可條件等三個階層<sup>229</sup>。在單純執業規定階層，立法者只能就職業活動的種類、方式、內容與範圍等作規定（如限制廣告、規定營業時間、地點、電影分級等），限制只觸及職業自由的外圍，未及核心，故此限制因而最弱<sup>230</sup>。在主觀許可條件階層，法者得進一步要求必須具備某些與人的特質、能力、技能有關的條件，才能從事某種職業（如要求擔任律師、會計師、醫師、客車或客機駕駛，須經考試及格），限制越趨職業自由的核心，故此限制已較單純執業規定為強<sup>231</sup>。在客觀許可條件階層，立法者則已可以對進入某一職業設定非個人能力所能影響，以及非個人努力所能達到的條件（如因市場飽和或國家獨占而不開放某類營業執照，或採限額措施），此時碰及職業自由的最核心，屬最強的限制<sup>232</sup>。要之，在判斷較少限制的問題上，若系爭手段屬主觀甚至客觀許可條件階層，而具相同有效性的其他手段卻屬單純執業規定階層，則系爭手段就違反了必要原則。

上例為職業自由部分，許教授進一步認為應將此發展自職業自由的階層理論作一般化，以適用在其他基本權上。許教授表示，在其他基本權，也可以就「是否」允許作基本權的限制與「如何」作基本權的限制加以區分<sup>233</sup>，並在「是否」允許作基本權的限制上，再進一步區分個人「有影響可能」的限制與「不具影響可能」的限制<sup>234</sup>，而達到階層化所有基本權的目的。因此得配合此種階層區分，分辨出基本權限制的不同強烈程度。

<sup>229</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 130。

<sup>230</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 130。

<sup>231</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 130。

<sup>232</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 130。

<sup>233</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 130。

<sup>234</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 130。

除職業自由發展出階層化理論，德國聯邦憲法法院也另在人格自由發展權與藝術自由發展出類似的保護領域階層理論<sup>235</sup>。與職業自由不同的是，在人格自由發展權與藝術自由，德國聯邦憲法法院，除表示類似職業自由的階層化，又提出了以私人性（創作領域）、社會性（散布領域）的區分<sup>236</sup>。由於此處具基本權行使行為的私人性或社會性的區分，以判讀出基本權限制強度的思考模式，許教授亦認為也同樣有一般化之可能，可作為一般性通則，適用於其他基本權的判斷上。

除上述兩種區分方式，尚可由涉及權利究屬已實現的既得權或尚未實現的期待權為區分<sup>237</sup>。由信賴保護出發，對既得權的侵犯遠重於對期待權的侵犯<sup>238</sup>。最後，許教授提及價值聚積也是一個考量因素<sup>239</sup>。

②接著是手段對基本權侵犯強度的考量。這一層次可以考慮的因素也有許多，許教授首先提出關於時間的影響，略言之即侵害時間的長短<sup>240</sup>以及侵犯的時間點<sup>241</sup>，皆足以影響手段對基本權侵害強度。除時間因素外，

<sup>235</sup>如在人格的自由發展，大致上即區分成隱私範疇（如日記的記載與保有等屬個人獨立享有，而毋須與週遭他人接觸、聯繫的領域）、私人交往範疇（如與公共目的無關的家庭生活與親友活動）與公共性、社會性交往範疇（如一般經濟活動自由、經濟上的契約自由等）等三個不同階層中隱私範疇屬人格自由發展的最核心，限制最強；公共性、社會性交往範疇則是最外圍，限制最弱；對私人性交往範疇的限制則居中。在藝術自由，則區分創作（作品）領域與散布（效果）領域。前者通常尚未與外界發生接觸，屬藝術自由核心領域，對其保護最強，對其限制也當然屬最為嚴重；後者則反是。參照許宗力，註 106 書，頁 130-131。

<sup>236</sup>創作領域、散布領域的區分方式明顯與私人性、社會性的區分相通，並遙相呼應。參照許宗力，註 106 書，頁 131。

<sup>237</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 131。

<sup>238</sup>同樣的，由人性尊嚴與民主原則在整個基本權與憲法價值秩序的體系關聯中觀察，被涉及基本權與人性尊嚴或與民主政治之實踐關係越密切者，即越重要，對其侵犯當然即屬越嚴重。參照許宗力，註 106 書，頁 131。

<sup>239</sup>被涉及之私人行為究係落入單一基本權保護領域，或落入兩個以上發生「價值聚積」作用之相競合基本權的保護領域，也具有判斷上重要意義，換言之，對後者之侵犯，其嚴重程度原則上應重於對前者之侵犯。參照許宗力，註 106 書，頁 131。

<sup>240</sup>原則上持續時間越久、侵犯越嚴重；越短，即越輕微。參照許宗力，註 106 書，頁 131。

<sup>241</sup>配合美國法「明白而立刻危險原則」之觀察的話，對基本權（特別是言論自由）之限制選在對公益發生明白立刻危險之時點實施，與選在有發生危險之虞的時點，前一時點的選擇相對於後

其他尚可考量者，如是否有配合採取其他緩和措施，亦即限制手段如有搭配緩和措施，可能比單獨觀察限制手段而侵害較不嚴重<sup>242</sup>。最後的一個可能判斷因素則是立法者對基本權行使的限制屬「例外性許可」或「原則性許可」，所謂例外性許可係指限制目的在盡可能阻絕所禁止的行為，僅於例外始予許可<sup>243</sup>，限制較嚴。而原則性許可則指限制目的則僅止於審查原則上允許的行為有無違反法令，只就違反法令的例外情形不予許可<sup>244</sup>，限制較例外性許可寬鬆。

③至於相對人數量因素，受影響的相對人數量越多，表示基本權受影響的程度越嚴重，反之，則基本權受影響的程度較輕微<sup>245</sup>。當然上述三種主要考量因素分類，主要在提供一般性的判斷，實際上仍須就個案衡量。

#### 四、較少或相同的公益成本耗費的判斷

最後是較少或相同的公益成本耗費的判斷，其他可能手段與系爭手段相較下具有相同的有效性，對基本權的限制程度亦低於系爭手段所造成者，惟若須花費比系爭手段更多的公益成本，許教授認為不能逕行指摘系爭手段違反必要原則的要求<sup>246</sup>。而前述所稱公益成本，許教授認為係專指與立法者所追求公益目的，或者說與立法者所預期產生之結果無關的「副作用」而言，否則由相同有效性涵蓋即可，無須另創此成本耗費判斷<sup>247</sup>。現實面上，國家的財力負擔、行政的人力、物力與時間的花費等，都屬於

---

者，就明顯屬較小侵害之手段。參照許宗力，註 106 書，頁 132。

<sup>242</sup>因有時單對基本權限制措施本身作獨立觀察，可能以為限制十分嚴重，但搭配對立法者所配合採取的其他緩和措施的綜合、整體觀察，最後可能發現限制其實不如初步所認為般地嚴重，如限制高中學歷，但允許檢覆、減少給付、設置過渡條款等。參照許宗力，註 106 書，頁 132。

<sup>243</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 132。

<sup>244</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 132。

<sup>245</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 132。

<sup>246</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 133。

<sup>247</sup>唯有如此，在相同有效性的判斷外，另追加提出一個新的成本耗費的判斷，才有意義。參照許宗力，註 106 書，頁 133。

這裡考量的公益成本，惟許教授考量必要原則提出的基本目的<sup>248</sup>，以及「人權保護總是要花代價」的基本信念<sup>249</sup>，因而認為公益成本耗費的判斷，在整個必要原則的審查中，充其量應只能扮演一個附帶的、消極的管制閥角色，而不是積極的、決定性的發動機角色<sup>250</sup>。要之，關於公益成本的考量應限縮解釋在顯不相當即花費懸殊的狀況下，始有適用餘地<sup>251</sup>。

## 第六款 適合性審查

### 一、概說

系爭手段皆符合適合與必要原則的審查後，最後還須審查有無符合狹義比例原則的要求，在此須審查的是，手段是否與所追求的合乎比例，更明確的說，即審查限制基本權的手段所追求或增進之公益是否大於對私人所造成之損害或不利益。此階段審查具有補足必要原則可能缺漏的部分<sup>252</sup>。

<sup>248</sup>在於保護人民基本權利，而非公共利益。參照許宗力，註 106 書，頁 133。

<sup>249</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 133。

<sup>250</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 133。

<sup>251</sup>一個同時具相同有效性並對基本權較少限制性的其他可能代替手段，即便須花費比系爭手段更多的公益成本，只要該須多花費的公益成本，在一般謹慎、有理智的市民眼中，非屬強國家所難而對國家造成明顯不可期待的負擔者，仍應肯定其通過相同或較少成本花費的審查。替代手段既通過相同或較少成本花費的審查，則無異於表示系爭手段違反必要原則的要求。參照許宗力，註 106 書，頁 133。

<sup>252</sup>許教授認為前兩個原則，特別是必要原則的審查，固應透過其對基本權最少限制性的要求，而可相當程度阻絕了過度侵犯基本權之手段，但還是免不了有落網之魚，提出狹義比例原則的目的，正在捕捉這些漏網之魚，使基本權的保障更趨周延、完善。氏並舉例說明，假設立法者為追求某一公益（如禁絕賭博），而採取一種對基本權限制異常嚴厲，但對目的之達成卻「特別有效」的手段（如處以無期徒刑或死刑）。對比明顯荒謬刑法手段，透過適合原則的審查，並無法達到排除的目的，因重刑確能達到相當程度的嚇阻效果。嗣便進一步透過必要原則的審查，答案還是否定，因通常對基本權侵犯越嚴重，對目的之達成越為有效，致吾人確實難以找到一個對基本權限制較輕微，但對目的之達成卻仍同樣「特別有效」的可比較手段來。在此技窮之時，就可以清楚凸顯出狹義比例原則的存在意義來，因本例立法者所追求公益的份量明顯無法正當化其對基本權造成的嚴重侵犯，亦即目的與手段明顯不合比例，故援用狹義比例原則，即能達到排除該明顯荒謬之手段的最終目的。參照許宗力，註 106 書，頁 134。

手段與目的是否合於比例性，主要在衡量達成目的所獲致利益（公益）究竟有無大於對私人基本權（私益）所造成損害。所謂公益與私益均屬抽象概念，且利益衡量離不開價值判斷，而價值判斷容易流於判斷者個人主觀感情<sup>253</sup>，故衡量結果可想見易具爭議性。故許教授認為應予利益衡量一般化的思考方法，使利益衡量盡可能具客觀，及可預測性<sup>254</sup>。

因此許教授提出判斷比例性的思考方法，首先應先確定係爭手段對基本權的侵犯強度，以及所獲利益的大小<sup>255</sup>。其次，使用「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，進行該彼此對立之法益的衡量<sup>256</sup>。

## 二、較少限制性

在前述思考邏輯下，在判斷比例性問題時，應先就第一階層所指手段侵犯強度以及所獲利益多寡為探討。首先，許教授認為對基本權的侵犯強度具個案性，因此只能就足以影響基本權侵犯強度大小的因素為列舉<sup>257</sup>。這些因素依許教授之見解其實與必要原則審查中的基本權最少限制性的判斷階段相同，於此不贅<sup>258</sup>。

<sup>253</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 134。

<sup>254</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 135。

<sup>255</sup>狹義比例原則的內容既在於衡量達成目的所獲致利益（公益）有無大於對私人基本權（私益）造成的危害，則先分別確定系爭手段對基本權的侵犯強度，以及所獲致利益的大小與份量，當是首要之務。參照許宗力，註 106 書，頁 135。

<sup>256</sup>即要求對基本權的侵犯越嚴重，所獲致利益就須越大，越有份量。更確切說，所維護公益須越重要，其保護並須越迫切，亦即危險須越嚴重，發生的可能性越大。參照許宗力，註 106 書，頁 136。

<sup>257</sup>系爭手段對私人基本權的侵犯究竟有多強，只能於個案分別求之，無法一概而論，充其量只能臚列出若干足以影響基本權侵犯強度大小的因素。參照許宗力，註 106 書，頁 135。

<sup>258</sup>亦即侵犯手段所涉及基本權的種種相關狀態，比如被觸及基本權保護領域的「位置」究屬「核心」（越強）或者「外圍」（越弱），被觸及權利狀態究屬既得權（越強）或期待權（越弱），被觸及基本權與人性尊嚴以及與民主政治之實踐的密切程度（關係越密切者越強，反之越弱）等是，以及所採侵犯手段本身的種種相關特性，如侵犯持續時間的長（越強）短（越弱）。有無緩和的配合措施（有則越弱，無則越強）。對基本權行使的限制究屬例外性許可（越強）或原則性許可（越弱）等是。參照許宗力，註 106 書，頁 135。

### 三、確定所獲致或維護之利益的大小

其次則須確定所獲致或維護之利益的大小。德國聯邦憲法法院認為公益的重要性與迫切性兩者因素曾影響到對所獲致公益之大小與份量的判斷<sup>259</sup>。其中公益的重要性，德國聯邦憲法法院發展出相類基本權保護領域的階層理論<sup>260</sup>。而關於公益迫切性，則在考量公益所可能面臨的危險程度，在此須考量危險嚴重程度，以及危險發生的可能性的大小。前述危險程度雖分為兩種考量，但仍屬抽象不確定概念，而具個案性<sup>261</sup>。惟就此仍須有一般性準則以利個案思考，因此許教授引介德國聯邦憲法法院認為應依所涉及事務領域的性質，形成有足夠把握之決定的可能性的大小，以及所涉及相關法益的重要性等等，以決定選出從寬或從嚴的審查準則<sup>262</sup>。亦即在此仍須作立法事實之判斷。

### 四、法益衡量

於分別確定系爭手段對基本權的侵犯強度。以及所獲致利益的大小及份量後，接著當是進行該彼此對立之法益的衡量，操作「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，要求對基本權的侵犯越嚴重，所獲致利益就須越

<sup>259</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 135。

<sup>260</sup>德國聯邦憲法法院不僅在若干基本權的討論中發展出基本權保護領域的階層理論，即在反面一方的公益概念的討論中，也同樣發展出類似的階層理論，俾與前一個階層理論搭配適用。例如，在藥房判決區分「一般公益」、「重要公益」與「極端重要公益」。參照許宗力，註 106 書，頁 135。

<sup>261</sup>危險究竟有多嚴重，危險發生的可能性究有多大，同樣只能斟酌具體個案的相關事實、情況與認知等等判斷之，不能作抽象論斷。參照許宗力，註 106 書，頁 136。

<sup>262</sup>惟於個案判斷危險發生的可能性，與前面適合原則審查階段中判斷系爭手段是否適合於目的之達成，同樣都不能憑空抽象臆測，而恆須根據一定的基礎事實始能進行，故當法院於審查立法者所認定事實與所作（危險發生可能性的）預測的正確性時，同樣會再度面臨寬嚴不同認定標準（即明白性審查、可支持性審查與強烈內容審查等三種標準）的選擇，以及究應以「立法當時」或「判決當時」作為危險預測審查的基準時點的問題。對此等與預測審查有關的問題，如前述，德國聯邦憲法法院認為應依所涉及事務領域的性質，形成有足夠把握之決定的可能性的大小，以及所涉及相關法益的重要性等等，以決定選出從寬或從嚴的審查準則。參照許宗力，註 106 書，頁 136。註 200 二文，頁 54。

大<sup>263</sup>。許教授認為前述判準仍嫌模糊，但至少提供面對法益衡量時思考的方向<sup>264</sup>。要之，「越如何，則越如何」的比較性衡量公式至少提供我們的事後檢視法官評價觀點，進而達到提升判決的可預測性以及法安定性的最終目的。

### 第六款本質內涵保障

所謂「本質內涵之保障」，係指基本權利之限制不得觸及憲法保障基本權利之「核心」，否則即屬違憲<sup>265</sup>。關於「本質內涵」之確定，在德國學界仍莫衷一是，尚未提出比較明確的判斷標準，李教授整理其爭論，主要有兩個問題：①所謂「核心部份」者，究係針對「主觀」之基本權利法律地位，抑或針對該基本權利規範之「客觀內涵」？②所謂「核心部份」者，究係具有「絕對」之性質，抑或只是一種「相對」的概念？關於此二問題，李教授認為本質內涵本身，可由比例原則操作加以涵蓋<sup>266</sup>。因此上述兩個問題，僅具學理上意義，而不具操作之實益。

最後，吳教授認為操作違憲審查，除法律保留與比例原則外，所有的憲法原理原則，尤其是法治國原則與其派生原則，均為審查基準，於個案

<sup>263</sup>法院認為對職業的選擇，設定非相對人努力所能達到的客觀許可要件，是對職業自由最嚴重的侵犯，因此只有為了防止對極端重要公益「可以證實」或有「最高可能性」的嚴重危險時，始能被正當化。倘對職業的選擇設定個人努力所能達到的主觀許可要件，其對職業自由侵犯的嚴重性稍次，法院因而認為不限於「絕對公益」即為了維護「相對公益」亦足以正當化立法者所為之限制。若不涉及職業的選擇，而是只對執業行為的內容與方式等設定限制，因其侵犯原則上算屬輕微程度，是法院以為只要是基於對任何不與憲法價值秩序牴觸之一般公益的合理考慮，其侵犯均可被正當化。參照許宗力，註 106 書，頁 136。

<sup>264</sup>至少指出了思考的大方向，告訴人們，什麼是衡量過程中所應理性說理的，基本上，倘法官能善盡理性說理的義務，闡明其究係根據什麼樣的評價面與事實面的理由觀點，認為本案基本權的侵犯是如何嚴重，所追求公益是如何重大、如何迫切需要保護，以及為何所追求公益可以或不可以合理化基本權的侵犯，一個有間主觀理解與批判可能的利益衡量應是可期待的。且倘能進一步透過案例類型的累積與比較，更可相當程度減少恣意決斷出現的可能，並逐步達到提升判決的可預測性以及法安定性的最終目的。參照許宗力，註 106 書，頁 137。

<sup>265</sup>參李建良，註 13 文，頁 70。

<sup>266</sup>以上之問題在學說上固有爭論，惟應檢討者，係此等問題之討論是否具有解決問題之實益，倘無實益，則其爭論僅具理論上之況味而已。實則，吾人若能妥善運用「比例原則」，嚴格審查國家行為之合憲性，則應可達到保護基本權利本質內涵之目的。參照李建良，註 13 文，頁 70。

具體適用<sup>267</sup>。

## 第二節 學說觀察兼評我國釋憲實務

### 第一項 學說觀察

基本權三段論法的最後一個步驟，就是判斷限制的合憲性。合憲性判斷，上揭學說主要分成形式合憲審查，與實質合憲審查。前者係以國家對人民的限制，有無法律外觀判斷，後者則為通過形式外觀審查後，對系爭限制的目的與手段作比例原則的操作。兩者間應先審查形式，若形式審查通過，始須討論實質問題，此為論理邏輯上必然。由於二者具前述之次序性，故以下就此分類次序分析之。

#### 第一款 形式合憲審查

關於形式合憲審查，主要在操作法律保留原則。法律保留係源於對抗干預行政，在現今國家侵入基本權已不僅干預行政，為何法律保留仍存在，前揭學者中，僅有許教授表明應是考量最符合國家機關最適功能配置原則的緣故<sup>268</sup>。惟有學者指出，法律保留之所以留存，在於基本權擴張至客觀法面向，因此擴張了基本權保護領域受法律保留範圍，且基本權領域由干預角度轉向為保護內涵的角度，立法者負有達成此保護義務<sup>269</sup>。此論點足供參考。所謂法律保留原則，依前述學說係指有關人民基本權的限制，應保留由立法者以法律規定，且若沒有法律的依據，行政權即不能擅自對人民基本權為限制。由此定義觀之，原則上基本權應不得限制，而例外需限制人民時，該限制應保留由立法者規定。在基本權具主觀價值與客觀價值的現今，基本權利原則國家不得侵犯，上述理解應無疑義。惟許教授的認知與此相左，其認為國家原則上得限制人民基本權利，惟有限制不符法治國所要求的各種基本權限制要件，人民始得對抗國家的限制<sup>270</sup>，故

<sup>267</sup>參吳信華，註 26 一文，頁 129。

<sup>268</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 72。

<sup>269</sup>參照蔡宗珍，法律保留思想及其發展的制度關聯要素探微，台大法學論叢，2010 年 9 月，頁 52-61。

<sup>270</sup>參照許宗力，註 1 文，頁 64。

依許教授言，人民得享有者乃受限制後的基本權。然若依許教授之理解，國家原則得限制基本權，此與憲法保障基本權系在防禦國家干預基本權，似有矛盾。退步言之，若將許教授之限制擴張理解為除干預之外尚包含基本權客觀法面向的型塑（基本權構成）與基本權保護義務的建立，或可理解許教授認為原則國家得限制人民基本權，惟由前揭許教授對限制之說明，至少關於客觀法面向型塑的部分，許教授認為若基本權客觀法面向的型塑（基本權構成）中發現有干預之成分，就應有法治國保護機制的適用<sup>271</sup>，至少仍不認為客觀法面向的型塑等於限制。因此，本文仍認為基本權原則不得限制，若需限制則須以法律為之，而不認可所謂基本權原則得加以限制。

於確定法律保留原則意義後，其在學說上具重要性者，有所謂法律的定義、重要性理論、以及法明確性與授權明確性問題，以下就此三問題分析之。

### 一、法律的定義

第一個問題是法律的定義。德國基本法第十九條第一項本文，凡基本權利依本基本法規定得以法律限制者，該法律應具有一般性，且不得僅適用於特定事件。配合基本法第八十條第一項，聯邦政府、聯邦閣員或邦政府，得根據法律發布命令。此項授權之內容、目的及範圍，應以法律規定之。所發命令，應引證法律根據。如法律規定授權得再移轉，授權之移轉需要以命令為之。依陳教授之見解，德國之所以限制基本權時，允許立法者得法律授權於行政機關以命令方式為之，其根據即在基本法此二條文。故在德國法上，所謂法律至少包含法律與法規命令。依本文理解，基本權限制以不限於干預型態，基本權保護甚至需要法律介入，在此多樣化與快速變遷的現今，適當的賦予行政權得介入人民基本權，對應主動服務人民的行政權以及實質保障基本權，有存在必要性，我國釋憲實務上自釋字三八〇號解釋中引入此德國學理，認為限制基本權亦得由立法者授權行政機

<sup>271</sup>參照許宗力，註1文，頁71。

關以法規命令為之，其後解釋更視之理所當然。惟相同學理，能否引進我國，仍須視我國憲法如何規定，按我國憲法第二三條與第一七〇條，可知我國限制人民基本權僅限於法律，且法律係指立法院通過，總統公布始足稱之，陳教授與李教授原則皆採此見解，並認為在細節性或技術性之事項，法律得授權主管機關以命令定之<sup>272</sup>。陳教授指出，我國釋憲機關擴張限制人民包括經法律授權之法規命令，係逾越憲法的解釋，我國如欲具有此一限制基本權型態，應以修憲為之<sup>273</sup>。惟許教授與吳教授，則不認可我國憲法僅規定限制基本權限於法律。吳教授認為，在我國憲法第二三條與第一七〇條的架構下，此處法律係指限制人民基本權利須有中央法律之依據，因此法規命令有中央授權，故應包含於此處法律之中<sup>274</sup>。本文以為，關於限制基本權立法者得否授權行政機關以法規命令為之，考量憲法的規定對基本權影響重大，仍須以憲法有規定為前提，在此前提下若能合理解釋，則引進德國學理，未必不妥。憲法第二三條僅規定法律，而憲法第一七〇條則定義該法律為立法院通過，總統公布之法律。本文認為實難從這兩條連結中得出吳教授所謂限制人民基本權利須有中央法律之依據的解釋。惟基本權限制誠如前述早已不僅限於干預成分了，國家權力甚至負保護基本權的義務，若任何對基本權侵入行為皆須由立法者為之，並經總統公布，未必符合現今多變之社會，難收快速有效的基本權保護效果。有鑑於此，解決前述問題，最好方法仍為修憲，規定行政機關得根據法律發布命令。此項授權之內容、目的及範圍，應以法律規定之。所發命令，應引證法律根據。如法律規定授權得再移轉，授權之移轉需要以命令為之。若在未修憲的現今，考量人權保障，本文認為應退讓，而接受許教授與吳教授之見解，限制基本權亦包含法律授權之法規命令。

同樣的問題在自治法規。許教授認為地方議會通過之法規，亦為憲法第二三條所稱之法律。主要理由有二，第一是地方議會其功能性與國會並

---

<sup>272</sup>參照陳慈陽，註4書，頁415。參照李建良，註13文，頁67。

<sup>273</sup>參照陳慈陽，註6書，頁414。

<sup>274</sup>參照吳信華，註26一文，頁128。

無不同，其次憲法第二三條，搭配憲法第八十條，法律應不限中央法律。故得擴張解釋為包括地方議會通過的地方法規在內，地方只有在憲法第一〇七條以下事項，始得毋待中央法律授權，自訂法規限制人民權利。在此見解上，陳教授似與許教授一致<sup>275</sup>。關於陳教授也認為地方議會通過法規，亦同憲法所稱之法律，本文認為此處陳教授見解或有矛盾，蓋其認為我國憲法所指限制人民需以法律，係依憲法第二三條及憲法第一七〇條，為中央立法並經總統公布為限但地方立法雖有地方議會程序或可類比國會立法，但仍不符總統公布的要件，對比前述嚴格解釋，在地方立法上，陳教授似作出讓步。此外許教授認為地方制度法第二六條授權，地方法規有權規定十萬元以下之罰鍰，以及勒令停工、停止營業等一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分<sup>276</sup>。惟此處陳教授仍不認可，其理由仍係基於牴觸憲法對限制人民基本權僅能以法律為之要求<sup>277</sup>。最後涉及委辦事項，許教授見解一貫，因此地方有無立法權，係以法律有無授權為前提<sup>278</sup>。至於陳教授雖未提及，本文由其思考脈絡地方立法須有憲法授權，而憲法第一〇八條仍規定應由中央立法，故陳教授應認為我國不允許地方就委辦事項立法。綜觀此處學說爭議，本文認為在接受立法者得授權行政機關制定法規命令的前提下，關於地方立法，在不牴觸憲法專屬中央立法部分，考量垂直分權，仍應容許地方立法限制人民基本權。

## 二、重要性理論

第二個問題在於重要性理論。學說皆肯認德國創設之重要性理論，於法律保留上依本質重要性區分為憲法保留、國會保留、單純法律保留與無法律保留，其中四者如何區辨，前揭學者介紹大同小異，本文在此不多作說明。因此，法律保留適用，應得允許立法者立法授權行政機關以命令方式規定，應無疑義。在我國適用上，釋字第四四三號解釋，引進此理論，

<sup>275</sup> 參照陳慈陽，註 4 書，頁 414。

<sup>276</sup> 參照許宗力，註 1 文，頁 75。

<sup>277</sup> 參照陳慈陽，註 4 書，頁 415。

<sup>278</sup> 參照許宗力，註 1 文，頁 72-73。

多數學說也贊同此見解，惟陳教授並不認可。其認為德國之所以可授權由行政機關以命令為之，係由於德國基本法第八十條第一項有此依據，且重要性理論亦係依此發明，我國憲法未如德國基本法有相同規定，文義解釋亦無法導出相同意涵，釋憲機關引進此理論並操作，屬超出憲法文義的解釋，破壞權力分立原則，解決方法應為修憲<sup>279</sup>。故陳教授並非反對重要性理論，只是在操作的合法性上，提出合法性的建議，考量避免破壞憲政體制，本文認為值得參考。

### 三、明確性原則

最後的問題是法明確性與授權明確性。所謂法明確性係指法律規定須使相對人或關係人可得明確認知或預知其法定要件及法效。授權明確性學說上皆認為係法律保留之延伸，其意義在於立法者授權行政機關以命令為補充之規定時，其授權之目的、內容及範圍，應具體明確。關於明確性的第一個重點，陳教授認為立法者須明確使受限制人民了解法律限制其何種基本權<sup>280</sup>。德國基本法第十九條第一項除書明定，該法律並應具體列舉其條文指出其所限制之基本權利。陳教授認為我國雖未有如此規定，但考量下位階之行政程序法中對限制人民權利之書面行政處分均需要有法條依據及理由之載明，因此立法者依憲法授權來為限制人民基本權時，更應表明限制何種基本權。且指明此實益為對立法者警示及提醒之作用，並對法律解釋及適用也有明確效果<sup>281</sup>。本文認為陳教授之見解，實質肯定，基本權為憲法所保障，因此也拘束立法權，若立法權在立法限制人民基本權時，能列明所限制基本權，至少事後檢驗時，可以明確清楚該限制或建構保障係考量何種基本權所為之，且在事前立法為限制時，亦可提醒立法者限制為何基本權，手段是否過當等問題。考量陳教授認為我國不具法律授權此一機制，故在此僅就法律明確性說明，但在承認授權明確性上，此一見解亦應適用，蓋行政機關得制訂法規命令，仍係基於法律授權，此處同

<sup>279</sup>參照陳慈陽，註4書，頁414。

<sup>280</sup>參照陳慈陽，註4書，頁419。

<sup>281</sup>參照陳慈陽，註4書，頁419。

樣有立法者考量應限制基本權，明確此基本權亦可使行政權制訂法規命令，不違反立法者授權限制基本權的範圍。

此外第二個重點在於法律對細節性或技術性之事項明確程度與授權細節性或技術性之事項之方式。首先就法律對細節性或技術性之事項明確程度，陳教授補充明確性之要求，非指法律文義具體詳盡之體例，考量法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，立法上適當運用不確定法律概念或概括條款時，只須在解釋上要求得確定內容即可。至於授權細節性或技術性之事項之方式，李教授認為符合明確性要求下，關於細節性或技術性之事項，法律自得授權主管機關以命令定之，就此部分亦可參考陳教授前述補充明確性之要求，也只須在解釋上要求得確定內容即可，許教授亦同此見解<sup>282</sup>。總括上述，可明白授權明確性之意義，在於禁止空白授權。最後許教授認為，授權明確性於重要性理論之地位，在於區分單純法律保留與無法律保留之狀態。故本文以為由法律保留至授權明確，完整建構了重義性理論的分野。

## 第二款 實質合憲審查

通過了合憲性審查的最低標準，亦即法律保留原則，接下來要檢討的就是在實質內容上，國家係基於目的的追求而對人民基本權採取限制的手段，其目的與手段間，也須符合憲法上的要求。學說亦稱此為限制的制限。在德國法上此憲法上要求稱為比例原則。傳統上關於比例原則之內涵，包括適合性原則、必要性原則以及妥當性原則，然在操作上，為追求比例原則的可預測性與細緻度，學說大多皆承認操作前述子原則時，應搭配審查密度理論，用以審查立法事實。有鑑於審查密度與審查基準之用詞混亂，本文認為在違憲審查操作上，係先選擇審查密度，其後依所選之審查密度操作審查基準，而在德國法上審查基準即比例原則，因此審查密度與比例原則的關係，本文認為係選擇審查密度後進而操作比例原則，合先敘明。以下分就審查密度理論與比例原則分述之。

<sup>282</sup> 參照陳慈陽，註 4 書，頁 420。參照許宗力，註 1 文，頁 74。參照李建良，註 13 文，頁 67。

## 一、審查密度理論

比例原則之操作，係司法權事後被動的審查立法權是否違憲。其中涉及立法者立法當時的事實認定與預測。為了審查立法事實，又不過當干預立法權，德國學說建立了審查密度理論。所謂審查密度理論，係指在認定司法權於審查立法事實應涉入程度多寡，對基本權影響程度得分為三階審查標準，分別指明顯性審查，可支持性審查與強烈內容審查。其中許教授認為，審查密度適用於全部立法事實，而陳教授則認為審查密度在處理預測困難，故僅適用事實預測的部分<sup>283</sup>。本文認為，不論是事實認定或預測，皆涉及司法干預立法權，考量審查密度係基於權力分立原則，故關於立法事實，應全部有審查密度的適用。

至於審查密度應如何操作，陳教授認為，應考量為擬處理之事務領域的特性、被影響之法益的重要性以及立法者作成確實可靠之判斷的可能性<sup>284</sup>。許教授於釋字五八四號解釋協同意見書中，更明確表明應考量系爭法律所涉事務領域以及功能最適觀點、基本權之種類、對基本權干預之強度與憲法的價值秩序。

最後則涉及立法事實認定時點，許教授及陳教授皆認為立法事實不能依嗣後的事實發展來判斷，而必須以立法當時，而非判決當時作為選擇審查密度的基準時點<sup>285</sup>。本文並不認同，蓋事實屬一流動之狀態，基本權保障領域也是一種流動的狀態，或多或少都會受到社會發展的價值觀念影響，因此，在立法當時或許社會觀念對立法事實是認可的，然而發生爭執之時，未必立法事實仍符合現實狀況，若一切違憲審查皆基於立法時的時空背景，本文認為難有違憲法規存在。且若由尊重立法形成空間出發，本文認為立法者須尊重者在於立法者觀察立法事實而作成法律之間的意思形成自由，且司法權其特性在於，就系爭事實與以審酌，而系爭事實通常

---

<sup>283</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 126。註 200 二文，頁 62。參照陳愛娥，註 166 二文，頁 17。

<sup>284</sup>參照陳愛娥，註 166 二文，頁 19。

<sup>285</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 127。參照陳愛娥，註 166 二文，頁 18。

為案發事實，同樣在立法事實上，無由不使司法權參酌爭執時當事人所提事實。又本文觀察大法官解釋，表面上看似並無參酌聲請事實，惟比照聲請人聲請釋憲皆會附加聲請事實，解釋文字裡行間的依據也略窺得聲請事實的痕跡。因此本文認為，關於立法事實的審查，應對照聲請事實為之。

## 二、比例原則

比例原則按照本文理解，應為確定審查密度後操作之審查基準，操作目的與手段間的關連。其內涵為目的性審查、適當性審查、必要性審查與狹義比例性審查，以下分述之。

### (一) 目的性審查

比例原則之操作，應先判斷目的是否合憲。學說大多認同，有爭議在於到底應先審查至何種程度，德國基本法第二條第一項但書，但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限，與我國憲法第二三條四大公益目的，有異曲同工之妙。陳教授認為德國模式基於對立法權的尊重及權力分立的考量，承認立法者對限制基本權之公益目的享有選擇空間<sup>286</sup>，關於目的審查，仍應先於比例原則操作，只是應採較寬鬆之審查，且陳教授不認同目的階層化，其認為比例原則操作在於目的與手段的關係，已足評價目的正當性<sup>287</sup>。惟許教授認為目的審查在於禁止立法者追求明顯違憲的目的，以及要求立法目的，必須符合憲法所預設並允許的基本權限制目的<sup>288</sup>。且許教授認為目的審查不應僅寬鬆考量，參考德國聯邦法院見解，一般化公益階層理論，區分為「一般公益」、「重要公益」與「極端重要公益」。其內涵為「極端重要公益」也可稱為「絕對公益」，指一般所公認，獨立於社會共同體當時的政治氛圍之外，且先於立法者存在的公共價值。「重要公益」也可稱為「相對價值」，係因立法者的設定方才具

<sup>286</sup> 參照陳愛娥，註 166 二文，頁 25-26。

<sup>287</sup> 參照陳愛娥，註 166 二文，頁 25-26。

<sup>288</sup> 參照許宗力，註 106 書，頁 124。

有重要性的公共價值<sup>289</sup>。本文以為，目的審查雖非傳統比例原則所包含，但目的與所限制之基本權具重大關連，亦即若觸及基本權越核心領域，相對的其要求目的應越嚴格，若允許立法者恣意為之，而僅要求在手段排除，不啻認許立法者思想上可恣意侵害憲法保障基本權，因此本文認為許教授之公益階層理論對人權保障具重要性，本文從之。

## (二) 適當性審查

關於適當性審查，在考量所採取限制手段有助於目的之達成。其內涵在於考量手段的有效性以及系爭手段是否適合目的之達成。

手段的有效性，許教授指出德國聯邦憲法法院基本上採的是一種非常寬鬆的判斷標準，該判準只考量立法者所採措施是否非完全或全然不適合，即所謂「完全不適合之禁止準則」<sup>290</sup>。至於系爭手段是否適合目的之達成，許教授指出此涉及立法事實的判斷<sup>291</sup>。本文以為，許教授之見解原則上可資贊同。

## (三) 必要性審查

所謂必要性審查，係在判斷適合達到目的的多種手段中，應採取限制最小的，故學說又稱最小侵害原則。許教授指出於必要性審查中，應判斷其他可能手段的相同等效性，較少限制性，以及較少或至少相同的公益成本耗費。

首先關於其他可能手段的相同等效性，此為與系爭手段比較的問題。故應先確定作為系爭手段之對照物的手段，其次須判斷手段的相同有效性，故該作為比較的其他可能代替手段，須符合適合原則，且達成目的的有效性，須與系爭手段的有效性具有相同價值。在此比較上，許教授指出須

---

<sup>289</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>290</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 125。

<sup>291</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 126。

作立法事實的判斷<sup>292</sup>。因此須先選擇審查密度。

其次關於較少限制，則在比較系爭手段與所選出手段間何者侵害較少。許教授提出了三個方向來判斷，首先可從所涉及基本權的種種相關狀態。德國聯邦法院發展就是否允許作基本權的限制與如何作基本權的限制以及私人性（創作領域）、社會性（散布領域）為區分標準。其次判斷手段對基本權侵犯的強度。須考量的重點為侵害時間的長短、侵犯的時間點、是否有配合採取其他緩和措施以及對基本權行使的限制屬「例外性許可」或「原則性許可」。最後考量受侵犯之相對人的數量<sup>293</sup>。綜合上述考量，以判斷系爭手段是否為最小侵害。

最後考量較少或至少相同的公益成本耗費，惟許教授認為必要原則提出的基本目的不在於保護公益，以及「人權保護總是要花代價」的基本信念<sup>294</sup>。因此，公益成本的考量應限縮解釋在顯不相當的狀況下，始有適用餘地。

本文以為，國內多數學者僅介紹必要性原則為最小侵害，而未就其內涵多作闡釋，甚為可惜，許教授介紹之操作必要性原則，有其體系上思考價值，依序斷定相對比手段，判斷二者限制大小，最後輔以公益成本考量，足資參考。

#### （四）狹義比例性審查

比例原則的最後一階段，在於操作狹義比例性審查。即對於基本權侵害程度與所欲達到目的間，必須處於一種合理且適度的關係，又稱「合比例性原則」或「期待可能性原則」。因此本原則主要在衡量達成目的所獲致利益究竟有無大於對私人基本權所造成損害。許教授提出判斷比例性的思考方法，首先應先確定係爭手段對基本權的侵犯強度。由於此一判準具備個案性，因此許教授認應以足以影響基本權侵犯強度大小的因素為列舉

<sup>292</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 129。

<sup>293</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 132。

<sup>294</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 133。

<sup>295</sup>，基本上與判斷基本權最少限制性的判斷相同。

其次涉及所獲利益的大小。須判斷公益重要性與迫切性。關於公益重要性，即前述公益階層理論。而公益迫切性須考量危險嚴重程度，以及危險發生的可能性的大小，涉及立法事實的判斷<sup>296</sup>，有審查密度理論適用。最後，使用「越如何，則越如何」的比較性衡量公式<sup>297</sup>，操作原則在於要求對基本權的侵犯越嚴重，所獲致利益就須越大。

本文以為狹義比例原則，係補足必要性原則之不足，惟其內涵過於抽象，利益衡量間難免混雜司法者個人價值判斷，難免引起爭議。故許教授提出狹義比例原則之操作模型，對違憲審查具有實質化意義。

## 第二項 簡介釋憲實務

於三段論法最後一個部分，在於操作基本權侵入行為之合憲性。可分為形式上合憲與實質上合憲，以下就二分類，歸納大法官解釋。

### 第一款 形式上合憲

就形式合憲事由，首先釋字443號解釋揭示了重要性理論，區分憲法保留，國會保留，相對法律保留，以及無法律保留。且釋字520號解釋提及個別性法律禁止。其次在法律明確性上，可觀察其用語皆為可預見、可理解及可審查，此如釋字432、617、636號解釋。關於授權明確性要求，則在釋字390、612、638有提及。其中若涉及刑罰，就採嚴格審查，若非屬刑罰之裁罰性不利處分，仍須嚴格法律保留，釋字390、394號解釋著有明文。至於非裁罰性不利處分，則概括授權已足，此如釋字426、510、538、612號解釋。

### 第二款 實質上合憲

在實質合憲上，須先選定審查密度，而我國大法官解釋沒有明確提及，類似者如釋字414號解釋，事前審查及雙階理論，釋字445號解釋雙軌

<sup>295</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 135。

<sup>296</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 135。

<sup>297</sup>參照許宗力，註 106 書，頁 136。

理論，釋字584至649有關工作權之三階理論，釋字641號解釋提出責罰相當，釋字646則提及可支持性審查，…如以刑罰與以限制者，係屬不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制…是立法者對於相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。此外關於比例原則之操作，釋字476、544號解釋雖揭示目的正當，手段必要與限制妥當。惟關於目的合憲性，看似皆採寬鬆標準，僅需符合憲法第23條四大公益目的即可，如釋字659號解釋。而適當性、必要性與狹義比例性，多僅操作其一而未見完整論述，如釋字659僅敘及…限制尚未過當，與目的達成具實質關連性，為保護重要公益所必要…，看似僅操作狹義比例原則。





## 第六章 結論

本文研究目的在於整合德國模型下我國違憲審查操作，有鑒於留德學者們於介紹德國三段論法時，往往僅就某一階層為之，而未為通盤解說，或許學者們認為三段論法的每一階段皆有人提及了，或者認為此在我國是必然之理，而無須敘明，甚或僅介紹德國單一學說，使學習繼受法與不懂德文的我國學生們如本文作者，認為此學說即德國通說，喪失多樣性。此往往使人難窺全豹，難以理解，更遑論達到學者所謂違憲審查應具備可預測性。因此本文整理留德學者就三段論法的每一階層，試圖截長補短，建構本文認為較妥適的違憲審查模型，尤其在操作比例原則前，須輔以審查密度理論所選出審查密度，並就釋字號解釋所載事實為操作。以期明確三段論法於我國之適用。

### 第一節 德國模型架構下的我國違憲審查可操作方式

#### 第一項 基本權保護領域

首先基本權保護領域應先就憲法保障之基本權判斷基本權保護主體，行為人是否得主張該基本權。其次判斷基本權保護內容，是否符合積極構成要件與消極構成要件。若系爭基本權無法由列舉基本權解釋涵蓋，則判斷是否符合概括基本權規定，此規定即憲法第二二條，須符合權利本質上已具基本權利品質，行使不妨害社會秩序與公共利益，且權利實踐合於憲政程序。若判斷為概括基本權，須指明為何種基本權。最後若存在基本權競合情形，本文以為第一步仍是以普通與特別關係判斷。若無普通與特別關係存在，則進一步判斷數基本權是否包含憲法第八條保障之人身自由，若有，則依平行審查，選擇人身自由為繼續審查合憲性問題。若無人身自由牽涉在內，則採合併審查，觀察價值聚積，以適當評價該數基本權。

#### 第二項 基本權介入

確定完基本權保護領域後，接著判斷國家是否有介入基本權。首先，應以國家行為是否介入基本權為斷。其次排除輕微干預，而有關基本權危

害與基本權侵入難以區分時，放寬認定基本權危害屬國家介入基本權。最後若於基本權構成中發現有干預之成分，就應認定為基本權介入。若此處發現係私人行為介入基本權，則有第三人效力理論問題。

### 第三項 介入的合憲性

確定了基本權介入存在後，接著要探討介入是否具備合憲性要件，我國憲法第二三條，定有明文，在此可分為形式合憲性審查與實質合憲性審查，以下分述之。

#### 第一款 形式合憲性審查

依我國憲法第二三條，其謂以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。其中所謂法律，係指原則國家不得侵入基本權，例外侵入時須以法律為之，包括法律、經法律授權之法規命令以及地方法規。又參照憲法第一七二條，形式要件的判斷上，須先檢討法律優位原則，其次依重要性理論區分應採何種法律保留，最後探討法律明確性原則，若係授權行政機關制定法規命令則有授權明確性原則，若法規命令規定刑罰，應採嚴格判斷，若非屬刑罰但具裁罰性質，須嚴格法律保留，至於非裁罰性，則採概括授權已足。

#### 第二款 實質合憲性審查

確定了法律形式存在，符合合憲要件的最低標準後。接著須進行比例原則的操作。首先應確定審查密度，判斷上應考量系爭法律所涉事務領域以及功能最適觀點、基本權之種類、對基本權干預之強度與憲法的價值秩序，作出明顯性審查，可支持性審查與強烈內容審查的選擇。

其次操作目的審查，依所選擇審查密度，區分為「一般公益」、「重要公益」與「極端重要公益」。

接著操作適當性審查，首先判斷手段的有效性，採「完全不適合之禁止準則」判斷。其次判斷系爭手段是否適合目的之達成，涉及立法事實的判斷，因此須輔以前選擇出來之審查密度搭配。

通過適當性審查，則須操作必要性審查。此審查應先找出替代手段，通常由法院就當事人提及部分判斷，選出替代手段後依選定審查密度判斷其他可能手段的相同等效性。其次依基本權的狀態、手段對基本權侵犯的強度以及受侵犯之相對人的數量，判斷系爭手段與相比較手段是否具較少限制性。最後判斷較少或至少相同的公益成本耗費。

最後操作狹義比例性審查。考量上應先依本權的狀態、手段對基本權侵犯的強度以及受侵犯之相對人的數量，確定系爭手段對基本權的侵犯強度涉及所獲利益的大小。其次依所選審查密度判斷公益重要性與迫切性。最後，使用「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，操作原則在於要求對基本權的侵犯越嚴重，所獲致利益就須越大。

## 第二節 以釋字 682 號案例為例操作三段論法

本案除工作權與應考試權外，尚涉及平等權，關於平等權部分，其操作方式與自由權有別，本文重在介紹一般自由權的三段論法操作，因次就平等權部分，不為操作介紹。

### 第一項 事實摘要

聲請人羅〇霖參加91年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試，經評定總成績雖滿60分，惟其專業科目之「中醫內科學」、「中醫診斷學」二科成績未達中醫師特考考試規則第9條第3項所定之及格標準，致未獲錄取。

聲請人向考選部申請複查各科目考試成績。經該部調閱其試卷及試卡核對結果，並無漏未評閱情事，且評定成績亦與成績單所載相符，遂檢附成績複查表函知聲請人。

聲請人不服考選部對其之不及格處分，提起訴願，遭考試院決定駁回；續提行政訴訟，迭經台北高等行政法院及最高行政法院判決駁回確定，乃認確定終局判決所適用之當時專門職業及技術人員考試法施行細則第15條第2項、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第3條第1項及專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第9條第3項規定，有違反平等原

則及法律保留原則之疑義，並致其工作權受侵害，聲請解釋。

## 第二項 三段論法操作

### 第一款 基本權保護領域

按憲法第十五條與第十八條，憲法保障人民之工作權與考試權。關於前者包含職業選擇與執行自由，後者除保障人民參加考試取得公務人員任用資格之權利外，亦包含人民參加考試取得專門職業及技術人員執業資格之權利。在本案例中，涉及當事人選擇從事中醫師之職業自由，以及考試結果認定之應考試權，且不妨害社會秩序與公共利益。惟此時涉及工作權與考試權，有基本權競合情形。首先兩者非特別關係，且又無涉及人身自由，故應採合併審查，分別討論應考試權與工作權觀察價值聚積。

### 第二款 國家侵入行為

其次對於工作權與考試權，本案例中係以專門職業及技術人員考試法施行細則第15條第2項規定：「前項總成績滿60分及格……者，若其應試科目有一科成績為零分、專業科目平均不滿50分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。」（97年5月14日修正發布之現行施行細則第10條第2項規定亦同）、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第3條第1項規定：「……採總成績滿60分及格……者，其應試科目有一科成績為零分，或專業科目平均成績不滿50分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格；……」及90年7月25日修正發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第9條第3項規定：「本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿50分或專業科目中醫內科學成績未滿55分或其餘專業科目有一科成績未滿45分者，均不予及格。」為限制二者基本權，屬國家之侵入行為。

### 第三款 對應考試權操作合憲性審查

#### 一、形式合憲審查

首先就應考試權限制部分討論。系爭法規係採法律授權之法規命令具

備法律優位。再依重要性理論，應考試權非涉及剝奪人民生命或限制人民身體自由，係涉及人民其他自由權利之限制，原則上屬相對法律保留範圍，得由法律直接規範由有法律明確授權之法規命令規範之，故本案符合法律保留原則。

又專門職業及技術人員考試法施行細則、專門職業及技術人員考試總成績計算規則、以及專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則，其母法即在考量尊重考試權，又非裁罰性規定，依法律整體關聯可推知立法者有意授權考試院訂定法規命令，觀其條文字義，明確定義中醫師及格標準，對中醫師考試及格而得執業規定明確，應符明確性原則。

## 二、實質合憲審查

其次涉及審查密度的選擇，本案中考試法規基於我國五權分立，應尊重考試院所作決定，故應較寬鬆密度，此外考量法規對考試權僅具評分標準，其干預程度輕微，故應採明顯性審查即可。

本案所欲達成之目的係保障國民醫療生活健康，採明顯性審查，追求一般公益已足，因此符合目的正當。

於適當性審查，依「完全不適合之禁止準則」，所採評分手段對於提供最低保障之醫療技術並非全然不適合，因此具有有效性，在配合明顯性審查密度，一般理智、謹慎的人民應皆可肯認評分手段對於提供最低保障之醫療技術不具明顯重大錯誤，該手段保障最低醫療水平有助於保障國民健康目的。

進一步操作必要性審查。首先本案事實中，聲請人評定總成績雖滿60分，惟其專業科目之「中醫內科學」、「中醫診斷學」二科成績未達中醫師特考考試規則第9條第3項所定之及格標準，致未獲錄取，聲請人對此不服而提起釋憲，應可推知聲請人認為評分僅需及格，而無須考量各科分數是否達到一定標準。關於此一替代手段，依「完全不適合之禁止準則」，所採評分手段對於提供最低保障之醫療技術並非全然不適合，因此具有有效性，惟在配合明顯性審查密度，考量中醫涉及人民身體健康，應要求較全

面之醫療程度，始不致對人民身體健康診斷失誤，故一般理智、謹慎的人民對替代評分手段能提供最低保障之醫療技術，應可認為具明顯重大錯誤。因此當事人提出之替代手段不符合適合性，故無從與係爭手段比較最小侵害。因此係爭手段應符合必要性審查。

最後操作狹義比例性審查。首先中醫師之考試制度，係國家所創設之考選辦法，考量保障人民身體健康，考選機關自得對此基本權為限制，且其評分標準並未要求過高，僅要求達六十分及格，並對各科分數設置最低門檻，其干預程度與欲保障之人民身體健康，醫療水平等公益，相比較屬輕微。其次依明顯性審查密度可知，本案要求公益僅一般公益，且若不對考選成績為最低標準限制，一般人應皆可認為中醫師無法提供安全醫療，具公益急迫性。最後依「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，系爭手段對要考試權侵犯輕微，所獲利益足以保障人民最低醫療水平，因此係爭手段不違憲。

#### **第四款 對工作權操作合憲性審查**

##### **一、形式合憲審查**

首先就工作權限制部分討論。系爭法規係採法律授權之法規命令具備法律優位。再依重要性理論，工作權非涉及剝奪人民生命或限制人民身體自由，係涉及人民其他自由權利之限制，原則上屬相對法律保留範圍，得由法律直接規範由有法律明確授權之法規命令規範之，故本案符合法律保留原則。

又專門職業及技術人員考試法施行細則、專門職業及技術人員考試總成績計算規則、以及專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則，其母法即在考量尊重考試權，又非裁罰性規定，依法律整體關聯可推知立法者有意授權考試院訂定法規命令，觀其條文字義，明確定義中醫師及格標準，對中醫師考試及格而得執業規定明確，應符明確性原則。

## 二、實質合憲審查

其次涉及審查密度的選擇，對工作權干預強度觀之，若不及格則不能執業，並未限制終身不得從事此職業，但對執業仍有限制，因此干預程度屬中等，其次該限制是人民靠努力即可達成，相對無法憑己身努力可達成，限制較嚴格寬鬆，此外本案中考試法規基於我國五權分立，應尊重考試院所作決定，綜合前述考量應採可支持性審查。

本案目的性審查，須採可支持性審查，在此審查密度下至少須追求重要公益，所謂重要公益係指須立法者的設定方才具有重要性的公共價值。本案所欲達成目的係保障國民醫療生活健康，涉及保障人民生存權，係先於立法者存在的公共價值，因此符合目的正當。

於適當性審查，依「完全不適合之禁止準則」，所採評分手段對於提供最低保障之醫療技術並非全然不適合，因此具有有效性，再配合可支持性審查密度，評分手段係規定採及格制並附加各科最低分限制，此種手段即在考量及格之中醫師，對於診治病人各種分科皆具一定水準，足以支持保障人民醫療健康生活。因此該手段保障最低醫療水平有助於保障國民健康目的，符合適當性。

進一步操作必要性審查。首先本案事實中，聲請人評定總成績雖滿60分，惟其專業科目之「中醫內科學」、「中醫診斷學」二科成績未達中醫師特考考試規則第9條第3項所定之及格標準，致未獲錄取，聲請人對此不服而提起釋憲，應可推知聲請人認為評分僅需及格，而無須考量各科分數是否達到一定標準。關於此一替代手段，依「完全不適合之禁止準則」，所採評分手段對於提供最低保障之醫療技術並非全然不適合，因此具有有效性，惟在配合明顯性審查密度，考量中醫涉及人民身體健康，應要求較全面之醫療程度，始不致對人民身體健康診斷失誤，故一般理智、謹慎的人民對替代評分手段能提供最低保障之醫療技術，應可認為具明顯重大錯誤。因此當事人提出之替代手段不符合適合性，故無從與係爭手段比較最小侵害。因此係爭手段應符合必要性審查。

最後操作狹義比例性審查。首先中醫師之考試制度，係國家所創設之考選辦法，考量保障人民身體健康，考選機關自得對選擇中醫師此一職業自由為限制，系爭限制係行為人依其努力仍可達成，限制已趨職業自由的核心，雖未若努力仍不能達成者嚴重，但此限制已較單純執業規定為強。然其評分標準並未要求過高，僅要求達六十分及格，並對各科分數設置最低門檻，其干預程度與欲保障之人民身體健康，醫療水平等公益，相比較屬輕微。其次依可支持性審查密度可知，本案要求公益為重要公益，且若不對考選成績為最低標準限制，中醫在我國係相當普遍之醫療方式，若未對中醫師選考把關，設定醫療保障，將不能確信中醫師能提供安全醫療，具公益危害急迫性。最後依「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，系爭手段對工作權侵犯輕微，所獲利益足以保障人民醫療健康生活公益，因此係爭手段不違憲。

### 第三項 結論與展望

觀察我國繼受德國學說，本文提出違憲審查三段論法的操作方式，以及就釋字六八二號解釋的事實為操作。由於本文重點在自由權部分，考量平等權在德國模式下，與比例原則理解不同，因此關於本案涉及平等權部分，本文未操作。

就三段論法而言，第一階段涉及基本權保護領域的確定。本文認為大法官有義務說明基本權保護領域確切範圍，考量基本權為一變動概念，為符合社會觀念價值，就消極構成要件部分，大法官仍有說理義務。其次在基本權侵入部分，由於國家行為已不限於干預型態，基於基本權功能體系思考，基本權構成與基本權危害，亦屬基本權侵入。因此基本權侵入應採寬鬆認定，本文表示贊同。最後涉及侵入合憲性審查部分，首先在形式合憲性上，

其次三段論法依本文之觀察，多屬利益衡量之問題，操作過程中，關於利益衡量部分，本文雖已建構操作架構，惟過於抽象，以致操作時仍感到困惑，關於這方面有可能是筆者人生經驗不足，但透過此一架構的好處，至少可以讓讀者理解在每一個階層本文是如何思考，以及如何取捨價

值判斷，若大法官為違憲審查時，若能採本文建議之架構，或至少能依一種審查模型完整論述全部流程，亦足使人明瞭其思考流程與價值取捨。在此有兩個優點，第一可讓人民對違憲或合憲解是能理解大法官為何作成，其次可透過個案累積，達到學說所希望的可預測性。

因此就三段論法中關於利益衡量抽象操作部分，本文期待我國實務能透過個案累積，學者能就大法官解釋提供具體化判準，但本文仍須提醒，價值利益屬一種流動狀態，若個案形成之判準已不符時代演變下的價值利益，則大法官仍須勇敢的在違憲審查中反對過時的判準。本文透過整理我國繼受德國學說，希冀在憲法訴訟法草案可能通過的將來，對可能越來越多的憲法訴訟提供在訴訟上的思考。





### 參考書目

李建良，憲法理論與實踐，2004年7月一版。

李建良等，論憲法未列舉之自由權利之保障-司法院大法官相關解釋之評析，憲法解釋之理論與實務第三輯上冊，2002年初版。

許宗力，法與國家權力（二），2007年1月。

陳慈陽，憲法學，2005年11月第二版第一刷。

#### 參考期刊

李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，1997年3月。

李震山，憲法中基本權利保障規範中之關係，台灣本土法學，2003年8月。

李震山，論憲政改革與基本權利保障，國立中正大學法學集刊，2005年4月

吳信華，民事第三審上訴金額限制的憲法問題-最高法院七十四年台抗字一七四號判例及八十六年度第一次民事庭會議決議（一）的檢討-，全國律師，2000年9月。

吳信華，基本權立體系思考，月旦法學教室，2003年7月，頁124。

吳信華，基本權利案例的精確判斷-大法官釋字第四一四號解釋評析，月旦裁判時報，2010年8月，頁5。

許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，2003年9月。

陳愛娥，中醫師不得交付病人西藥成藥？-關於憲法工作權保障-，台灣本土法學，1999年4月。

陳愛娥，基本權限制之審查基準，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會違憲審查準與社會國原則，2008年9月。

廖元豪，外人做頭家？--論外國人的公民權，政大法學評論，2010年2月。

附錄

蔡宗珍，法律保留思想及其發展的制度關聯要素探微，台大法學論叢，2010年9月。

