

教育部補助法律專業科目教學改進計畫

憲法時事導引教學計畫
成果報告書

計畫主持人

中興大學財經法律學系 李惠宗教授

協同主持人

東海大學法律系 蕭淑芬副教授

中興大學財經法律學系 林昱梅副教授

執行期程：96年6月至97年1月（8個月）

執行單位：中興大學財經法律學系

目錄

目錄.....	I
第一案 死後取精.....	1
1-1 事實背景	1
1-2 法律爭點跟宗教觀點	2
1-3 相關理論闡述	3
1-4 結論	10
1-5 延伸問題	12
1-6 參考資料	15
第二案 記者拒絕証言案.....	17
2-1 事件背景	17
2-2 憲法爭點	17
2-3 相關理論闡述	17
2-4 問題解決	18
2-5 結論	19
2-6 參考資料	19
第三案 路口監視器案.....	21
3-1 事實背景	21
3-2 監視器設置之主要功能	21
3-3 憲法爭點與解決	21
3-4 監視器設置之法律依據	25
3-5 相關理論闡述	26
3-6 延伸問題	28
3-7 結論	29
3-8 參考資料	30
第四案 職場歧視案.....	31
4-1 事實背景	31
4-2 工作權作為社會權或自由權	31
4-3 基本權第三人效力	32
4-4 職場歧視	33
4-5 競業禁止	35
4-6 歧視女員工條款	41
4-7 參考資料	42
第五案 宗教信仰拒絕當兵與受教案.....	43
5-1 事實背景	43
5-2 憲法爭點	43
5-3 正反方辯論	43

5-4 延伸問題	55
5-5 參考資料	56
第六案 立委入獄薪水照領案.....	57
6-1 事實背景	57
6-2 何謂「立法委員」	57
6-3 憲法的爭點與解決	63
6-4 延伸問題	65
6-5 參考資料	70
第七案 中正紀念堂易名為台灣民主紀念堂案.....	72
7-1 事實背景	72
7-2 憲法爭點	73
7-3 相關理論闡述	76
7-4 延伸問題	80
7-5 參考資料	82
第八案 人獸胚胎研究案.....	83
8-1 人獸胚胎	83
8-2 憲法爭點	86
8-3 研究自由是否有界限	90
8-4 國家危險及風險管理的義務	92
8-5 相關病症	92
8-6 各界對胚胎幹細胞之看法	95
8-7 基因改造食品之管理	97
第九案 NCC組織法違憲案.....	107
9-1 事實背景	107
9-2 違憲內容	108
9-3 憲法爭點	109
9-4 權力分立原則	112
9-5 問題及討論	115
9-6 延伸問題	119
9-7 大法官面對泛政治問題之態度	120
9-8 結論	121
9-9 參考資料	122
第十案 台中市行動電話基地台管理自治條例案.....	124
10-1 前言	124
10-2 事實背景	124
10-3 延伸問題	129
10-4 比例原則與必要性原則的闡釋	130
10-5 究地方自治範圍的狹廣至何處	131

10-6 制度性保障的意義	132
10-7 中央與地方分權理論	133
10-8 我國中央與地方之關係	134
10-9 我國政府現行制度之探討	136
附錄.....	139
第十一案 北市里長延選案.....	141
11-1 事實背景	141
11-2 憲法爭點	145
11-3 相關理論闡述	160
11-4 延伸問題	164
11-5 結論	167
11-6 參考資料	168
第十二案 國務機要費案.....	170
12-1 事實背景	170
12-2 國務機要費的性質	171
12-3 憲法爭點	173
12-4 總統刑事豁免權之內容	173
12-5 結論	187
12-6 參考資料	191
第十三案 樂生療養院.....	192
13-1 事實背景	192
13-2 問題探討	192
13-3 參考資料	202
各案分組人員.....	203

第一案 死後取精

1-1 事實背景¹

94年9月7日，孫吉祥上尉連長於陸軍586旅戰車部隊進行移防作業時，遭到暴衝的戰車撞傷，送醫後不治死亡。

94年9月8日，孫連長的家屬與其女友李幸育小姐(據家屬聲稱兩人有儀式婚)希望能取出孫連長的精子作試管嬰兒，為孫連長留後，求助於醫師遭拒。當時醫師是依照「人工協助生殖技術管理辦法」裡的相關規定：生前取出保存的精子，在該捐精人死亡後精子也要跟著銷毀。因而拒絕死後取精。

由於李小姐為孫連長留後的意志堅決，四處求助，在立法院及輿論壓力下，行政院衛生署於94年9月9日改變原先禁止的態度，同意孫連長的家屬在黃金時期取下孫連長的精子，避免精子死亡²，至於是否允許李小姐進行後續的人工生殖手術，仍須召集專家開會討論後才能決定。此案會有此轉折，是因為在社會大眾同情李小姐處境的壓力下，衛生署改變了立場聲稱「人工生殖法草案」因尚未經立法院審議通過，所以無法律規定不可以死後取精³。

衛生署為此案兩度召集專家開會討論，最後結果對於死後取精生殖一事表示反對立場，主要由幾個方面探討：1.若同意死後取精作人工生殖，未來在子女的身份認定上會有問題，而且可能會影響孩子的人格發展。2.在目前同意進行死後取精的國家，前提也必須要有死者生前同意，而且有半年至一年的等待期，甚至還要經過法院判決同意才能施作。3.人工生殖應該以治療不孕夫妻為目的，於此案並不符合條件。

94年12月17日，孫連長的父親要求儲存精子的診所醫師，銷毀孫吉祥的

¹ 參高點法律網，死後取精之法律問題分析—以孫吉祥及楊凱偉案例為中心，新聞評釋—公法篇，95/7；蕭夙眉等報導，連長女友哭求取精 衛署難成全，自由電子報 2005/9/9。

² 這是台灣首度取自死亡後五十七小時屍體的精蟲，經初步檢測，孫吉祥的精液中，每西西(毫升)平均有三百萬隻精蟲，但沒有活動精蟲，染色後活的精蟲約佔百分之十五，推估受精率六成左右，受孕率五成以下，而且即使受孕，流產率也比正常人高出一倍。(參蕭夙眉等報導，孫吉祥精蟲 受孕率不到5成，自由電子報 2005/9/10)

³ 雖然人工生殖法草案於事件當時尚未通過，但有相關辦法規定不能死後取精，衛生署此說法有矛盾。(參蔡政雄，有法沒法都對？，自由電子報 2005/9/12)

精子，並以存證信函告知李小姐銷毀一事。

1-2 法律爭點跟宗教觀點

一、法律爭點

(一)憲法：

1. 身體的自主權是人性(人格)尊嚴之核心，人性尊嚴是基本權的基礎⁴。在未經死者同意的前提下，其遺體誰有權處分？又遺體與生殖細胞分離後，誰又有權支配死者之生殖細胞？如死者生前同意，是否就可以進行取精生殖？
2. 基於個人的人格發展，每個人都有與異性擁有自己後代之基本權(人格發展自由權)⁵。本案李幸育小姐與孫連長(未婚夫妻)欲擁有子嗣，但法律(人工生殖草案)禁止非婚姻關係進行人工生殖，此法是否違反憲法基本權？
3. 未出生者是否亦有人性尊嚴的問題？

(二)民法：假如本案死後取精生子成功，死者死後才孕育的孩子能否與死者確認親屬關係(死後認領)？孩子是否擁有繼承權？

(三)刑法：對於死者之人格、身體及財產等刑法均有保護之規定。未經死者同意死後取精是否違反刑法之規定？死者之繼承人是否有屍體所有權之行使(取精)？

二、宗教觀點⁶：

(一)天主教：生命是上帝所賜予，不得任意殺害，也不能由人為的力量產生，因此天主教徒不但反對墮胎，更反對以人工受孕方式產生生命。

⁴ 參李惠宗，基本權之概念，憲法要義，元照，2006/9，頁 82-86。

⁵ 參李惠宗，死後取精—基本權與人性尊嚴的衝突？月旦法學教室，第 37 期，2005/11，頁 6-7。

⁶ 參林良哲報導，贊成反對 宗教界有歧見，自由電子報 2005/9/10。

- (二)基督長老教會：生命的起源是上帝，因此對於所謂「死後取精」一事表示存疑，在道德及宗教信仰方面，都可能讓人類的主體性消滅。
- (三)道教：國人普遍有「不孝有三、無後為大」的觀念，孫吉祥因公殉職，其女友有意取精留後，情有可原，只要法律允許，應該可行。

1-3 相關理論闡述

憲法第十五條保障人民的生存權，生存權包括生命權及生活權，國家制度應力求人民生活得以延續、生命受到尊重。生存權係基本權之一，基本權的保障以人性尊嚴的維護為核心，基本權可依法加以限制，人性尊嚴則否，因人性尊嚴已屬基本權的核心，不生限制。具有實現能力的狀態，才可稱擁有基本權能力，因此，未出生者和已死亡者非基本權主體，無基本權能力，然人性尊嚴與權利能力不同，不始於出生、不終於死亡，並不以生者為限⁷。憲法保障的生存權，基於人性尊嚴的核心價值，適用生者、未出世者。死後取精案涉及生者、未出世者及死者三方，基本權與人性尊嚴相衝突，該如何衡量的問題，值得深切思量。

死後取精，無非想藉人工生殖，繁衍後代，俗稱「留後」。人人皆為不同個體，獨特自主，可單獨決定人生，此為人格發展自由。願為異性留後，為人格發展自由權⁸，應受基本權保障。李幸育欲取精留種，此點而言，無可厚非，報章媒體紛紛擾擾，輿論譁然，多傾向同情李女，然死後取精案，不僅牽涉一方希冀，是否應顧及尊重他方，並為未來多作衡量？死後取精排除例外，無非想進行人工生殖，孕育下代。鑒於人工生殖爭論日益龐雜，相關單位因應時局，完成人工生殖法草案，因多處涉及人文倫理，事發當時，仍留置立法院審核，

⁷ 參李惠宗，死後取精—基本權與人性尊嚴的衝突，月旦法學教室，第37期，頁6。

⁸ 同上。

然此不代表衛生署得以無法可用為由，允諾李幸育取精，應慮及死者生前意願、李女資格、遺體處置，更甚者，生殖細胞可否與器官捐贈同等對待，僅需家屬同意，即可贈與？

一、屍體於法的意義

民法第六條：人之權利能力，始於出生，終於死亡。人死是否即喪失權利能力，由此，得否如下解釋：人體是否為物，取決於生命存續與否。

(一) 屍體是否為物？所有權歸屬？

1. 「屍體為物，固無疑義，然除為供學術研究及合法目的之使用外，不得為財產權之標的，故原則上為不融通物。其法律上之關係，應**依法律及習慣**定之。」—史尚寬 民法總則

屍體為物，唯不得以一般物論之，因屍體仍帶有人格性，再者，普遍習俗觀念，倡尊重屍體，故若非基於公益，不得作他用。

2. 「屍體亦不妨為物，其上得成立所有權。習慣法上屬於繼承人，其內容一公序良俗在公法或私法上受有特別的限制，非如普通所有權為收益使用處分，乃專以為埋葬祭祀供養之權能及義務為內容之特殊的權利，除死者有授權外，不得為其他目的之行為。**屍體的處分，於不違背公序良俗的範圍內，由死者自由決定。**繼承者須依死者遺志為之。對於屍體的不法占有，有占有回覆及基本權之返還請求權。」

—史尚寬 繼承法論

設定屍體為物，繼承人為所有權人，然僅具送終善後之處置權能，屍體的處分方式，仍得循死者遺志，若屍體遭不法侵占，得請求返還。

死者生前來不及做遺體或生殖細胞的處置決定，死者家屬除了為其善終外，就是保護遺體，避免受侵犯。本案涉及遺體尊重，家屬於情於理，似有權代為拒絕遺體取精，唯可否以此推之，家屬有權代死者做不留後之決定。

(二) 申論

屍體非單純之物，處置方式自是與物不同，可稱「具人格之物」。習慣法上，繼承人原始取得屍體所有權，然而屍體的處分，由死者決定。姑且不論李幸育與孫吉祥未完全的婚姻關係(儀式婚)，孫吉祥生前無遺留精子予女友使用之打算。女友願為其留後，固是一番美意，惟死者生前並未應允任何屍體的處置方式，死後卻遭強行取精，雖死者無知覺，但屍體不同一般物，不得予取予求，仍得給予人道尊重，即人性尊嚴。人格自主權為基本權之一，人性尊嚴是基本權的核心，二者孰輕孰重，應不難辨明。顧及李幸育的人格自主權，卻侵害了孫吉祥的人性尊嚴，豈法理能容？

然而，深入談之，所謂人性尊嚴，有兩個基本意涵：

1. 人的主體性不可以將人當做客體或工具加以使用。
2. 人的自由意志應受尊重，自由意識下，人才可依據情況作理性分析，及與否的定斷。

孫吉祥驟逝，來不及作留後決定，不代表若無天人永隔的意外發生，他不打算與李女結婚生子。雖說無論生死，人之主體性應受重視，生者如家屬，基於良善目的及自由意志，可否代為決定遺體取精？死者的主體性與生者的自由意志該如何衡量？

二、生殖細胞之法律性質

通說認為，人體一部，與身體分離者，已不屬人體之一部，不具人格性，算民法中的物，所有權歸分離前之所有人。

預留將來醫療之用而分離的血液、臍帶血、精卵等，是否為通說所稱，一般不具人格性之物？

(一) 通說

1. 德國聯邦法院認為：「科技的進步，使身體的部分得與身體分離，其後再予以接合，如用於自我移植的皮膚或骨骼部分，為受胎而割取的卵細胞及輸血等。若身體的分割，依權利能力者的意思，係為保持身體功能，或其後在與身體結

合時，則為保護權利主體者的自我決定主權與身體本身，從法規範目的言，應認為此項身體部分，在其與身體分離期間，乃構成功能上的一體性。⁹」

2. 與身體分離後的精卵仍有人格性附著，況精卵為生命起源，不該以物論之。

(二) 申論

精卵為人類之生殖細胞，為身體構成部分，本於人性尊嚴及人格權，應不屬民法之物，然精子若與身體分離後，其性質應為何？死亡後，冷凍精子之所有權與使用權歸屬？生前寄存醫療機構的生殖細胞，死後之所有權歸屬？

1. 據德國聯邦法院通說，權利主體者決定自我身體主權，為人格權一種，身體實現人格實質化，為人格之基礎。摘取精子與身體分離，預存以備不時之需，故與身體分離之精子，與身體有功能之一體性，仍有人格法益附著，不得以物論之，再者，精子乃人類生命之起源，自應與物做不同考量。精卵與身體分離後，客觀上為物，然因含遺傳物質，具有生殖決定的人格實益¹⁰。就身體功能一體性和生命之起源而論，分離之精卵仍具人格性，不宜以民法之物論之，有稱之為人格性之物，或以身體的人格法論之，因其介於人與物間，特殊及要求獨立保護的中間體系。

2. 另就配偶死亡後，生殖細胞所有權之歸屬討論。配偶死後，生存配偶得否就屍體摘取生殖細胞，此牽涉屍體的法律性質。通說認為，屍體所有人僅有就屍體盡埋葬、管理、祭祀、供養之權能義務，或無償提供死者器官以供移植。死後取精並無列入上述通說之列中，屍體所有人並無此權能，亦非器官移植之目的，更不是死者配偶之意思，理論上，無論死者配偶家屬，皆不得摘取生殖細胞。

3. 人工生殖法第二十一條第二項三款規定，受術夫妻一方死亡，生殖細胞應

⁹ 高點法律網：<http://www.licence.com.tw/lawyer/practice/news/pl112.shtml>

¹⁰ 蔡顯鑫，死後人工生殖的規範予親子關係，法學叢刊，200期，2005/10，頁126、127

予銷毀，其寄託人死後，家屬得否向醫療機構請求返還生殖細胞？

生殖細胞含遺傳情報，不得以一般財產視之，又生殖細胞具專屬性，與本人生命密切結合，為人格權之延伸，應不得為繼承標的，故寄托人死後，家屬不得向醫療機構請求反還，醫療機構亦應即銷毀生殖細胞。

三、比較法¹¹

(一)德國

1. 德國於 1986 年召開之德國法律專家大會，認為於死亡後人工生殖出生的子女，即出生後無法請求父親之照顧，將會侵害子女的自然權利，是有違德國的基本法，決議應禁止死後人工生殖。
2. 1990 年制定「胚胎保護法」，其法第四條即明文禁止死後生殖，違法者則將處以三年以下有期徒刑及罰金。

(二)法國

1. 法國曾就有關人工生殖之議題進行問卷調查，其中有關死後生殖的部分，有 55% 的受訪者持反對。
2. 1991 年，Toulouse 大審法院判決，死後不得請求反還寄存之精液後，均採禁止死後生殖之見。
3. 1994 年，制定生命倫理三法中，強調家族關係之社會利益，亦醫療行為並非絕對重視個人自由意識，及先進的醫療應和公共秩序相互協調，認為人工生殖應以不孕治療為目的，應立法排除死後人工生殖的實行。
4. 因此，法國保健醫療法典 L-152 條之一，為保護為死亡後人工生殖出生的子女，明文規定實施人工生殖必須實施者生存且有同意能力，若一方死亡，則不得實施人工受孕。

(三)瑞士

¹¹高點法律網：<http://www.licence.com.tw/lawyer/practice/news/pl112.shtml>

於 2000 年，瑞士施行生殖補助醫療法，第三條明文規定人工生殖必須以子女福祉為最基本之原則，並於同法第三條第三項規定，人工生殖實施對象應僅限於有婚姻關係之夫妻，同法第三條第四項更明確規定，生殖細胞或受精卵來源者若死亡，則不得利用該生殖細胞或受精卵進行人工生殖，即明文禁止死後之人工生殖。

(四)瑞典

1. 瑞典政府於制定人工生殖相關法律前，即事先任命調查委員會研究其議題，1983 年，該調查委員會即提出報告，認為人工生殖需生父生存時才使得為之。
2. 有關於體外受精之限制，於 2002 年修正，第六條規定「為實施體外受精，醫師必須選擇適合的精子或卵子，不得使用死亡者之精子或卵子實施體外受精」，即明確規定不得使用死亡者之生殖細胞進行手術。

(五)日本

1. 日本生殖細胞冷凍保存依賴書，通常是記載寄託人死後，醫療機關應當廢棄銷毀生殖細胞。
2. 2003 年 11 月，日本四國松山地方法院，對死後取精生子，追認父親一案，判母親敗訴，附具理由為下：
 - (1) 丈夫死後妻子懷孕，不合乎社會常理
 - (2) 無法證明父親生前是否同意生下這個小孩
 - (3) 現行民法無法對等（遺產繼承及追任父親此類）¹²
 - (4) 2005 年 10 月，日本東京地方法院以「背離自然生殖規律，違反社會倫理」為由，判定親子關係無法成立，駁回原告之訴訟請求。

四、死後人工生殖相關問題

人工生殖本為造福不孕症夫婦，現似乎成為意外喪失配偶者的一道希望。

¹² 惟 2004 年 7 月 16 日，此一案件上訴後，高松高等法院出現相反判決，理由為「係法律上的條文不足，所造成的後果」，檢察官不服，向最高法院上訴，終判原告敗訴。法官奧田隆文判決理由指出，使用死者精子創造生命，倫理上存有很大問題。

「留後」不僅為子嗣繁衍，亦安慰亡者家屬，讓他們彷彿救回親人的一部分生命。然則，生殖的決定，不只牽涉生者希冀，亦應顧及死者生前意願，及未出世子女的未來。人工生殖之自由，與個人生殖自由有關，所涉及者，不只死後生殖，亦與單身者、同居關係、同性戀者的生殖自由權利有關，立法者應詳加考慮，然生殖技術使用是否不受限制？生殖技術與生命有關，應受生命倫理約束。死後人工生殖衝擊倫理體系，人工生殖自由，雖為生殖自由的實現，然生殖權利更應顧及母親以外，利害關係人之權利，人工生殖係以擁有子女為目的，自應考慮子女立場，子女的權利保障應為人工生殖限制之由。

人工生殖所生子女之權利保障，分為血統認識權、具雙親之權、身分安定性之權。死後人工生殖，亦來自受胎期即無法受到父親關愛，成長過程僅母親扶持，對子女來說，未嘗不是缺憾，雖說雙親家庭的子女亦有受虐情形，並非絕對比單親家庭的小孩幸福，單親家庭的小孩自小受母方及家屬的倍加關愛下，身心健全成長的亦不在少數，然基於為子女預先設想，死後生殖肯定與否，應多加審思。

據民法 1062、1063 可判斷婚生子女，然死後生殖的小孩多超過法定期限出生，一來父已沒，母與父之婚姻關係早隨之作廢，二來超過時效出生，無得追認生父，更無從繼承父方財產。一出生，多項權利即受侵害，死後人工生殖就是為了留後，如今小孩誕生，卻無得認祖歸宗，為免荒謬，死後生殖的不可行，與倫理相悖，法所不容，換另一面說，亦是法律侵害抵制，雖方時，人工生殖法案仍在審核中，如衛生署向前所述，對於死後取精及死後生殖，是無法可用、無法可防，然反對死後人工生殖者多以子女未來的考量優先，慮及無父親的家庭難以確保子女身心健全成長；慮及子女無得追認生父、繼承父產。諸如前之考量，不過道盡社會制度不夠完善，死後取精生下之子女不適存當今社會，法律剝奪死後生殖之子女的權利，難保不會剝奪一般單親家庭子女的權利。死後生殖案，宜就個案詳加思慮，而非一味否決。假若夫生前即立遺囑，允留精子

予妻使用，家屬都表支持，然妻直到夫亡後才受胎成功，胎兒一出生即無法追認生父，亦無法繼承財產，此絕非倫理不容所得的報應，僅是法律環境造成的缺憾罷了！

1-4 結論

隨著今日人工生殖科技日新月異，高科技的生物技術讓死後取精甚至複製人成為一個簡單的技術問題。但我們仍得顧及到最根本的道德層面和法律層面，也就是人性尊嚴的維護。然而人性尊嚴究竟是什麼，我們可以說它是生命和自由意志的強烈結合進而創造了人的主體性跟人性尊嚴嗎？假如我們可以如此認定它，那活著的人死亡的人和未出生的人，它們的人性尊嚴是否在本質上就有所不同？死亡的人和未出生的人的人性尊嚴基礎是否有更大部分是其家屬所為的情感認同，而不是真正的生命跟真正的自由意志結合所散發的不可侵犯或崇高性。假如可以這樣認定，在一個華人社會下，是否，我們可以將這部分人性尊嚴的基礎擴及其家屬的善良意志。就死後取精的議題而論，在死者生前未為否定意思表示的大前提下，可否將之人性尊嚴的基礎擴大，而由其家屬的善良意志來做個調整，而使得死後取精，在死者生前未為同意表示下，仍無侵害其人性尊嚴的顧慮。因為雖然未經過死者同意，然而取得死者意思這概念，似乎太過匪夷所思不切實際。不論採用任何旁敲側擊，我們都沒辦法真正知道究竟死者若有知的話會怎麼決定，但是我們也不能就這樣一概否認，直接裁定來不及傳宗接代的人自認倒楣。我們必須去顧及每個人擁有自己後代的基本權——這在華人社會尤其重要——，所以在留後跟死者的人性尊嚴上，或許我們可以考慮重新探討人性尊嚴是否可以做某一程度的縮放。

至於未出生的人，人性尊嚴的基礎，應該也可以考慮涵蓋整個家人的善良意志。而像李幸育為了要替孫吉祥留後而決定生小孩，似乎有將小孩當作工具

使用以達其目的之顧慮，但就像前面所提的，那是一個未出生的人，他的人性尊嚴基礎應該是可以放大到整個家人的善良意志，而不是認定直接衝擊康德的理論、認為將他工具化客體化。就像俗話說的清官難斷家務事，這強調的是家牽扯著親情跟愛情的互動，所以家裡內部的很多決定，外人是無法體會，更遑論去評判。所以我們不能隨意就拿康德的一個概念，然後就去套用、就去認定她將小孩工具化，這似乎不那麼公平。還有比較注意的是，我們總會認為人的命運是不該在其人生尚未開始時即命定，縱使現在單親家庭隔代教養情形充斥整個社會，那也不該是讓一個未出生的人生在單親家庭的理由。但是，我覺得生命的可貴就在於它有無限的可能，或許出生在單親家庭確實會對小孩人格有一定程度衝擊，但生命會為自己找出路，每個人生命中都有瑕疵都有不完美，每個人都要去面對它，縱使單親的包袱確實沉重，但那不該是否定生命出現在這世界上的理由。每個可能的生命，都該有被創造的機會，都該有延續下去的機會。所以在大家抨擊未考慮小孩未來未替小孩福祉考量的同時，或許真正該承擔這責任的不是人工生殖，而是政府和社會大眾。我們該著眼的應該是去思索如何創設一個完整的配套措施與成熟的社會文化環境，例如社會對單親家庭的支援體系是否足夠、生存配偶是否有充裕時間深思熟慮且享有完善的人工生殖心理諮商服務、社會對單親家庭子女的烙印是否已經不再那麼明顯等等.....。如此才是真正照顧到未出生小孩的人性尊嚴，這才是真正重視他，而不是否定他可能出生的機會。

當然在現行法規體制下，一切依法行事。之前的「人工協助生殖技術管理辦法」已因2001年12月28日修正之行政程序法第174條之一通過後失其效力。取而代之的是民國96年3月5日三讀通過的「人工生殖法」，然而它只保障有婚姻關係者。對像孫吉祥這樣雖有完成民法的儀式婚，但沒有依軍人婚姻條例作登記的無效婚姻者，仍舊是一點辦法也沒有。所以在死者的人性尊嚴和小孩的未來福祉都能兼顧下，或許該另有它法來滿足孫家留後的基本權。讓本案死者的尊嚴小孩未來的福祉和生者的基本權都能獲得法律上圓滿的保障。

1-5 延伸問題

一、死刑犯留後是否應予許可?¹³

美國與英國允許太太在先生死後取精做人工生殖，前提是必須有死者的同意或以嚴格的模式推定死者同意，且必須由法院判決，等待期為六個月至一年。除了死後留精爭議大，國內也曾發生過植物人、腦死者、死刑犯想要留精的案例，最後都未如願。例如，民國八十三年，死刑犯黃偉忠也曾爭取留下精子，並讓女友為他生育，一時間引起當時社會激烈討論。

他原本希望行刑後取精，當時即有正反意見，正方認為，即使死刑犯也有憲法中的人權，而生育權也是人權一種；反方認為，衛生署說取精無法可管，但不能受孕，意思是說可以在國外做受孕嗎死刑犯不能只要求做父親權利，卻不負教養子女義務，因為憲法所規範的權利都附帶有義務責任，而衛生署以死後取精不宜，一口否決；後來法務部建議，不妨先取精，然後趕在行刑前以人工生殖的方式讓他的女友受孕，但衛生署還是認為，人工生殖依規定只能用於不孕者，黃偉忠的情況不符，最後他只得抱憾離開。

而現今依人工生殖法第一條規定：為健全人工生殖之發展，保障不孕夫妻、人工生殖子女與捐贈人之權益，維護國民之倫理及健康，特制定本法。根據此法，死刑犯不是不孕，也沒有保障人工生殖子女的最大利益，因為可能會影響小孩的未來人格，如被人所指點自己的父親是死刑犯，而造成性格上的扭曲。因此我主張一般家庭確實較能顧及孩子的利益，為了保障人工生殖子女的最大利益，死刑犯留後不應許可。

二、複製人

複製人係指無性生殖，即不需經由精卵結合分裂，只要經由體細胞進行繁殖之人。另外也可以用特殊化學物質促使未受精的卵子開始分裂生長，因而培育出胚

¹³ 聯合報/民生報

<http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1305090907606>

胎。

「複製人」科技係基因科技表現成果之一，基因科技有基因重組、細胞融合...等技術。研究之對象除人以外，尚及於動物、植物及其他生物。基因科技之研究，例如：1.基因治療，即利用基因改正的細胞代替受損的細胞，可對遺傳缺陷作的改正。2.器官複製，主要是經由人體幹細胞分化成人體組織，希望製造出病患所需的各類細胞、組織，和器官，然後進行移植。3.無性生殖，即可製造複製人、複製的動植物等等。

1. 複製人的許可與否¹⁴

就歐美部分，美國眾議院通過禁止包括以醫學研究為目的複製和複製人類行為的法案。

而亞洲部分，中國禁止複製人。日本只准許在嚴格規範下從事幹細胞的基本研究，科學家必須先將實驗計劃報告並申請官方准許，且只能用人工受孕過程製出的多餘、不用即棄的胚胎。我國的行政院衛生署表示，複製人雖有醫療價值，但是涉及的爭議太大，因而禁止。涉及的爭議我們從四種層面來探討：

(1) 從生命權保障以觀

胚胎研究是否在生命權保障之範圍內？憲法保護人的生命權首先有生命始於何時的問題。一般見解認為，生命權之保障是從「生命之始」就開始保障，其中亦包括體外製造之胚胎。而生命之始期是從「有生命意識」的生命個體，往前推進到「有生命現象」之個體，所以生命現象則始於精子與卵子結合或以無性生殖技術，形成胚胎之際。我國衛生署所訂定之人工生殖法的第十六條規定不可用無性生殖的方式和培育超過七日胚胎，因此可推測此法條有意將胚胎視為憲法中生命權保護對象。

(2) 從人性尊嚴之維護以觀

人性尊嚴一詞，已成為憲法價值之一部分。憲法中人性尊嚴之核心應有二；

¹⁴ 小泰的生物科技法律網站 <http://www.bio.idv.tw/data/data2.htm>

第一，人的主體性，不得被要求或視為一種工具或手段。第二，人得以自治（律）自決，因此，自決權應受國家及他人之尊重。一個人在其基本權利行使之正當範圍內，若乏自治自決的機會，人亦將喪失其尊嚴。

（3）從研究自由之憲法依據

我國憲法並未具體指名保護「研究自由」，但由司法院大法官釋字第 380 及 450 號解釋可知，將學術自由定位在憲法第 11 條之講學自由，但如果因為學術研究自由的行使而妨礙他人自由，例生命、尊嚴、人格…等，就可以依科學技術基本法第 8 條規定：「科學技術研究機構與人員，於推動或進行科學技術研究時，應善盡對環境生態、生命尊嚴及人性倫理之維護義務。」給予制裁。

（4）後世代之基本權利保障問題

就無性生殖科技的過程或結果中，可能影響後世代之基本權利者，大約有：A. 由於無性生殖〈複製人〉會直接或間接曝露將出生者之隱私，對其人格發展、自我定位皆會有所影響。B. 若基因治療的科技已經相當發達，上一代是否有道德義務避免將導致疾病的瑕疵基因遺傳到下一代。反之，若知有基因缺陷但無法透過基因治療改善，下一代的人是否就可「主張」放棄來到人間的權利呢？總的來說，根據人工生殖法第十六條規定：實行人工生殖不得以無性生殖為之。現今不該從事複製人實驗。

三、人獸胚胎的許可及禁止¹⁵

今年 5 月 17 日，英國政府批准了一項法律草案，允許科學家進行人獸混合胚胎研究。目前英國已有兩個研究小組向該國規範胚胎研究的人類受精及胚胎管理局提出申請，希望能進行人獸混合胚胎的研究。其中，紐卡斯爾大學的一個研究小組計劃將人類細胞植入到牛的卵子中，待其形成胚胎後獲取幹細胞來

¹⁵ 奇摩新聞 <http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/070520/11/elxs.html>

研究治療糖尿病和脊髓癱瘓等疾病的方法。這樣製造出的混合卵子主要還是人類細胞，其中 99.9%的成分是人的。

雖然英國政府為人獸胚胎幹細胞研究開了綠燈，但根據法律草案規定，科學家今後只能進行 3 種類型的人獸混合胚胎研究：

(一)將動物的細胞注入到人類胚胎中

(二)將動物的遺傳物質 DNA 注入到人類胚胎中

(三)將人類細胞的細胞核注入遺傳物質已被去除的動物卵子細胞中。

草案同時規定，人獸混合胚胎研究只能用於醫療的目的，科學家只能在實驗室中培育這種混合胚胎，但時間不能超過兩個星期，也不能將其植入人體內。通過培育人獸混合胚胎，研究人員可以得到大量的幹細胞。而幹細胞可以分化成人體的各种組織和器官，用於人類器官移植手術。但利用人獸混合胚胎得到的器官進行器官移植還是很危險。如將人的胚胎幹細胞移植到羊的胚胎裏面，人的胚胎幹細胞通過整合進一步分化成各種細胞、器官。但這樣的器官裏有人的細胞的成分，也有羊的細胞的成分，如何分離和純化這些細胞將是醫學介面臨的難題。還有排斥反應，如由人獸混種羊培育出來的器官中，大部分細胞仍然是來源於動物的，這種器官移植到人體後發生排異反應的可能性顯然是存在的。但即使羊的器官中所含人類細胞的比例再大，排斥反應也將是無法避免的。

且將動物身上的器官移植到人類身上，將有可能大大增加人類感染動物病毒的風險。因為一些隱性病毒可能對動物無害，但一旦轉移到人類身上，將可能引發巨大的風險。

目前我國尚無有關人獸胚胎的法源不論是允許或禁止。總結，風險實在很大，希望立法者能立法禁止。

1-6 參考資料

1. 高點法律網 <http://www.license.com.tw/lawyer/practice/news/pl112.shtml>

2. 自由時報電子報 <http://www.libertytimes.com.tw/>
3. 李惠宗 基本權之概念 憲法要義
4. 李惠宗，死後取精—基本權與人性尊嚴的衝突？月旦法學教室，第 37 期
5. 蔡顯鑫，死後人工生殖的規範予親子關係，法學叢刊，200 期
6. 聯合報/民生報 <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1305090907606>
7. 小泰的生物科技法律網站 <http://www.bio.idv.tw/data/data2.htm>
8. 奇摩新聞 <http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/070520/11/elxs.html>
9. 複製人的旋風
<http://ccool.ccim.org/htdocs/bf21.nsf/e68dc19e63a9f71985256b42005d2dae/0d167dd7b0d0b71585256c3e005c22ec?OpenDocument>
10. s i n a N E W
<http://news.sina.com/udn/101-102-101-101/2005-09-10/1425126207.htm>
11. 吳焯宗，死後取精生子的民法難題，月旦法學教室，第 40 期
12. 曾淑瑜，從人體精子、卵子之法律地位論死後取精之刑法可罰性，萬國法律
第 145 期
13. 吳介尊，我要你的精子!---「死後取精」倫理法律相關問題初探，萬國法律
第 145 期
14. 戴東雄，孫連長死後取精與人工生殖法草案，萬國法律，第 145 期

第二案 記者拒絕證言案

2-1 事件背景

台北地院在審理股市禿鷹案時，二度傳喚聯合報記者高年億，但其堅持不肯透露禿鷹案報導的消息來源，故合議庭認為其無正當理由而依刑事訴訟法第193條，處以新台幣三萬元罰鍰。

2-2 憲法爭點

- 一、台北地院認為，聯合報關於勁永案的報導，雖滿足公眾知的需求，但也成為犯罪者的犯罪工具，並進而侵害大眾權利，此消息來源是利用媒體獲利的犯罪者，並非媒體基於公益而應予保護的對象。而公共利益與民眾知的權利何者重要？
- 二、記者若在法庭上作證，透露消息來源，則將來不會再有人提供資料，記者之工作權是否會受到影響？記者可否以工作權之保障為由拒絕證言？
- 三、記者的言論自由權是否因公眾利益而必須有所限縮？
- 四、拒絕證言權：刑事訴訟法第182條規定得拒絕證言之業務關係，與刑事訴訟法第307條之拒絕證言事由，有何不同之處？又記者之拒絕證言權相較於實現正義、發現真實之公共利益相比，何者為重？何者有優先保護之必要？

2-3 相關理論闡述

正方理論：媒體的第四權和言論自由

按『人民有言論、講學、著作及出版之自由』，憲法第11條定有明文。即是憲法賦予記者有所謂的新聞報導自由。追根究底，行政、立法、司法都是政府的官員所把持著，即使是民選的立法委員，人們也不知道他們到底是否在為人民爭取權力而孜孜不倦，這時候如果沒有媒體這所謂的第四權，人民將無法有效監督政府，可能造成政府辦事不利，人民權益受損。若記者沒有新聞自由，

那又有誰能來扮演如次重要的角色呢？又有誰能來牽制政府的一切所作所為呢？這個答案迄今仍然是一個未知數。我們只知道要行使所謂的言論自由必須要有保護其言論自由的依據，拒絕證言權便是正方唯一的必要保護與權利。

反方理論：公眾的利益和公平正義的實現

記者雖然以拒絕證言權來保障自身權利及新聞自由，但是在此案例中，維護自身的權利代價則是犧牲了無數股市散戶的公眾利益，因此高等法院判斷「洩漏此一消息者是利用新聞媒體來從事犯罪，而此本為新聞媒體從事公共監督所欲糾舉之對象，顯見查得此一洩漏公務機密公共利益，將明顯高於證人拒絕證言權之利益」，我們更可由公眾利益延伸出來，拒絕證言權在此案中不但妨礙了司法效率，造成訴訟程序的延遲以致消耗相關資源，更影響了真實發現，將影響到更大的公平正義。在此情況下，反方認為，應以廣大的公眾利益和至高的公平正義為優先考量，拒絕證言權應有所限制。

2-4 問題解決

關於記者是否應有拒絕證言權的爭執，參考美國大部分州之州憲法及1972年聯邦最高法院所做出判決中，以Stewart為首的大法官意見，記者的拒絕證言權應予以尊重，但如果涉及特殊情形，分別是：關聯性、無其他方式、迫切及重大需要等三要件，記者仍有作證義務。由此可知，對於記者的拒絕證言權我們應給予保障，此舉符合了新聞自由以及言論自由，大眾因資訊的流暢也有了知的權利，達到了媒體身為監督政府第四權和傳播消息的角色及責任。但是享權利也應盡義務，當證言的有無關係到大眾的重大利益時，記者應提出消息來源以協助法律調查的進行。因此我們認為，在現今的民主社會當中，記者擁有拒絕證言權是必要的，但是在有條件和有限制的情況下行使此項權利才是最適當合法的。

2-5 結論

記者拒絕證言權對於新聞記者來說，是一個非常重要且不可或缺的權利，若無此權利，媒體這個第四權將失去其獨立自主性，而新聞自由也會受到限縮。但若將拒絕證言權無限制的擴大，可能造成記者濫用此權力，因此記者的拒絕證言權應該是有一定限制的，是依個案不同而有所彈性的。

而且我們可以見到美國大多數州憲法，都已將記者的拒絕證言權法條化，然而我國記者卻仍連享有有限的拒絕證言權的權利也沒有，這是值得檢討的。

2-6 參考資料

(一)參考文獻

- 1.吳巡龍，月旦法學教室，第52期，記者有無證言權
- 2.王兆鵬，月旦法學雜誌第，134期，論新聞記者之拒絕證言權
- 3.林孟皇，記者應否享有拒絕證言權？

(二)參考網站

1. <http://politics.soc.ntu.edu.tw/old/news/finalP94322013.pdf>
2. <http://www.epochtimes.com/b5/6/4/24/n1297758.htm>
3. <http://www.epochtimes.com/b5/6/2/17/n1227591.htm>
4. http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,6,&job_id=101717&article_category_id=19&article_id=43183
5. <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1405102907957>
6. <http://www.epochtimes.com/b5/6/4/24/n1297412.htm>
7. <http://www.epochtimes.com/b5/6/6/7/n1341859.htm>
8. <http://www.epochtimes.com/b5/6/4/28/n1301500.htm>
9. <http://www.epochtimes.com/b5/6/4/26/n1299724.htm>

10. <http://www.lre.org.tw/read.php?id=274>

11. http://www.jrf.org.tw/mag/mag_02s.asp?SN=1650

第三案 路口監視器案

3-1 事實背景

各縣市普遍均在主要街道路口裝設監視器，臺北市更透過頻寬系統，將視訊傳遞至各派出所及每個網路家庭。其設立監視器之主要目的是為了預防嚇阻犯罪，且蒐證較為容易，亦可提供民眾交通路況之最新訊息。但監視器之設置是否會對人民的基本人權，如隱私權、肖像權、資訊自主權造成干涉，以及是否違背憲法保障人民之基本權利，而裝設監視器之法律依據及誰有權限調閱監視錄影帶或規定範圍，皆有待商榷。

3-2 監視器設置之主要功能

- (一)、預防犯罪：道路設置監視器其目的基於警察為主動積極的角色，在犯罪尚未發生前，即應預防、制止，使犯罪行為消失。不管是對個人生命、身體、財產或公共利益有害的犯罪，均須在犯罪行為發生之前即早預防。
- (二)、嚇阻犯罪：從歹徒犯案心理，會為了避免被循線查獲；或監視器上有可能攝錄到犯人的面貌特徵，因此會有效嚇阻犯罪的發生。依據外國相關之統計，發現在停車場裝設監視器，可有效地降低汽車竊盜案件發生。
- (三)、證據功能：監視器可作為協助偵查犯罪，當一件案件發生時，一般會先尋找附近裝設的監視器，檢視有無拍攝到相關的影像，作為追查犯罪之證據。例如台灣台北地方法院 93 年度釋字第 202 號刑事判決：「…為防止犯罪，甚多住宅、社區、商店，普遍設置錄影機以監視各時段之動態，其錄影之內容，全憑機械力拍攝，無經人為操作，未有人之主觀意見在內，具有證據能力。」

3-3 憲法爭點與解決

- (一)、隱私權：以德國為例，路口監視器係為查看車輛是否有繳交費用，而非

作用於犯罪偵查，然在台灣此監視器似乎已習慣於偵查犯罪之用，然並未立法明示其作用，且監視錄影不挑人、不挑時，皆全部錄影存證，此恐侵害人民之隱私。關於隱私權之爭點，以下就隱私權、肖像權和監視資料如何侵害隱私權以及大法官解釋等四點來討論。

1、隱私權：

關於隱私權的定義，應先從隱私的定義來說；隱私是指個人在自己個人領域的事務，此個人領域是公眾不得入侵的領域，因此隱私權即是所謂對個人領域事務的控制；此可從憲法第二十三條之立法比例原則檢視；所謂比例原則：包括了三個概念：適當性原則、必要性原則、及過度禁止原則。

(1) 適當性原則：在干涉人民之權力時，須符合憲法之依據，且以憲法第二十三條所列舉的四項目的為標準；如果經由某一措施或手段之助，使得所欲追求的成果或目的較易達成，那麼此一措施或手段相對於該成果或目的是適當的。

(2) 必要性原則：又稱為「侵害最少原則」，是指在所有能夠達成目的之手段中，選擇對人民的權利「最少侵害」之方法。因此，本原則可稱為「盡可能最小侵害之原則」。適用的前提，是在於有一目的與數手段同時存在的情況下才能產生。否則，只有「唯一」的手段方可達成目的時，「必要性」原則即無法適用。

(3) 過度禁止原則：即「狹義比例原則」，是比例原則最後一道檢視手續，雖然是達成目的所「必要」的，但是已讓人民「過度之負擔」，則國家機關不得採行。所謂「過度的負擔」是指法律或公權力措施所追求的「目的」和所使用的方法，在造成人民「權利」損失方面，是「不成比例」的。故監視器之設置，若太過泛濫或無明確規定其調閱權限和範圍，即可能違反憲法第二十三條及比例原則之規定，對人民之隱私權有所侵害。

2、肖像權：

肖像權原是從民法上私人的權利所產生出來的，個人對其肖像和容貌擁有其權力，若未經本人同意，不得任意拍照、攝影；縱使對本人的拍照或攝影已事先

告知或事前本人已同意，但是對拍攝之影帶、照片的利用程度及範圍，仍須經過本人同意。

肖像權的內容為對自己的容貌，有不被任意拍攝、公開的權利；此權利應屬人格權的一種類型。一般對於在沒有具體發生犯罪危險的地方，而以犯罪預防為目的拍攝，形成侵害肖像權。然政府並無將此資訊加以公開散佈、作為廣告，或用來從事獲利行為，或是不當的利用他人肖像，使其社會評價受到減損。而且，此拍攝真正有達到其遏阻犯罪之效果。故為維持社會秩序，應可合理的架設監視器。

3、監視資料如何侵害隱私權：

「監視系統」具有以下特性，即身份辨識、位置資訊、通訊安全、資訊安全。下文就以此四點為例，探究「監視系統」可能涉及之隱私爭議。

(1) 身份辨識：現今的監視器可以清楚的拍到該特定人之容貌與行為舉止，若在將之與其他類資料(如特定商店監視器、刷卡紀錄等等；此等資料以下稱為異類資料)併同處理，其確認身分之程度更高。

(2) 位置資訊：若將各個路口監視器之監視資料整合，以呈現動態，則可清楚描繪其行動過程。若再配合民間之監視系統及「行動生活」所提供追蹤用戶現實所在位置的新功能，即有可能在此交叉比對與深化追蹤中呈現，以致侵入其私密。

(3) 通訊安全：採用無線傳輸技術或是經由實體線路者，皆容易被竊聽。若是通訊過程所傳輸的資料因而洩漏，被監視人行蹤等私密資料即有遭受侵犯之虞。

(4) 資訊安全：確保資料的安全，避免駭客等人侵入其資料，侵犯隱私權。

4、大法官解釋：

依照司法院大法官釋字第 603 號解釋：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領

域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。」依此解釋可知，隱私權乃人民不可缺少的基本權利，而人民擁有個人資料的自主控制。

(二)、資訊自主權：若將攝影之視訊內容，傳遞至各派出所或是網路家庭，恐將違反資訊自主權。

依照司法大法官釋字第603解釋中對資訊自主權的定義是：「人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，以及人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」若直接將攝影之視訊內容，傳遞至各派出所或是網路家庭，則人民對其個人資料是否被揭露則無決定權。此明顯違反了資訊自主權。縱使提供大眾觀看可以減少罪犯，或是減輕其被害人之傷害，但其已違反資訊自主權。故攝影之視訊內容，應該更審慎的保管，不該直接公諸於世。

(三)、監視錄影帶保存及調閱權限

1、監視錄影帶保存：

在影帶資料保存與銷毀方面，依電腦處理個人資料保護法第十三條第三項：「個人資料電腦處理之特定目的消失或期限屆滿時，公務機關應依職權或當事人之請求，刪除或停止電腦處理及利用該資料。但因執行職務所必須或經依本法規定變更目的或經當事人書面同意者，不在此限。」及警察職權行使法第十條第二項：「依前項之規定蒐集資料，除因調查犯罪嫌疑或其他違法行為，有

保存之必要者外，至遲應於資料製作完成時起一年內銷毀之。」因此，為維護個人資料保護之精神，個人資料中不應有「永久的」儲存。

2、監視錄影帶之調閱權限：

目前一般路口所配置的監視器，通常為各里的里辦公處所設置，並由各里里長負責管理以及維護。另外，在其他重要路口所設置的監視系統，則由各地鄉、鎮、市公所出資購置，並統一交由當地分局派出所管理及運作。一般民眾若有需要，大多可向各里里長申請調閱監視器。因此，即便為非當事人，亦可透過申請而調閱監視器。如此一來，個人之容貌與行為舉止，便在不知情的情況下，為他人所窺知，危害到個人的隱私權。為避免此情況發生，是否應設立一定標準，規範可查閱監視器錄影帶之對象。

3-4 監視器設置之法律依據

(一)、憲法第二十二條之規定為：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。

(二)、憲法第二十三條之規定為：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。

(三)、警職法之規範重點：

1、人：為不特定人，不管有無犯罪一律入鏡。

2、事：須經常發生犯罪或經合理判斷可能發生犯罪。

3、時間：無限制規定，法律也無規定多少時間之內要廢除監視錄影器。

4、地：限制之公共場所或公眾得以出入之場所為警察自行判斷，無特別明定。

5、法條所指之監視器在解釋上包含監視器所連接之電腦，甚至相互連線中的相關設備，解釋空間很大。

條文中所稱的「經常發生」或「經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所」，

是否被相關單位過度寬鬆地界定，來做為現存及即將架設之監視器就地合法的依據。

3-5 相關理論闡述

(一)、參考事項

民國八十七年內政部為維護治安，頒布「建立全國社區治安維護體系—守望相助再出發推行方案」，採取結合社區資源，落實治安全民化，各地警察機關配合推展，並輔導裝設保全設施的錄影監視系統，藉以嚇阻犯罪，產生預防效果。此時主要以防範犯罪之治安考量，但其執行依據只依本計劃，並未有法律授權。及民國八十八年七月內政部配合「全國治安年」，宣布將規劃在全國各重要路口、金融機構設置十萬個監視器，並與七十多家有線電視業者合作，透過網路錄影監視系統，全面監控各地的治安狀況，防堵犯罪。一開始並未明文規定與設置監視器之相關事項，且其裝設監視器之法律依據或管理問題方面，如九十二年台北市為例，里長加上警察局、工務局等相關單位裝設全市街頭之監視器至少有七千多台，許多里長根本不清楚纜線的位置，而交由監視器業者負責，因此監視器之管理始受到主管機關的重視；到後來的明文立法，顯示出監視器在科技日益進步的社會，對警察行政的重要性。因此對監視器設置的規範就顯的更加重要了。直至九十二年六月公布警察職權行使法第十條第一項之規定：「警察對於經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所，為維護治安之必要時，得協調相關機關裝設監視器，或以現有之攝影或其他科技工具蒐集資料。」警方欲使用個人資料進行蒐集或電腦處理時，須符合「於法定規定執掌必要範圍內」、「經當事人書面同意」，或「對當事人權益無侵害之虞」三者之一。對當事人權益無侵害之虞，應該無爭論之處；至於逾法定規定執掌必要範圍內有待商榷。而於公共空間設置「公告設置」之方式為之應較少爭議，然依民刑法對於公共空間的隱私保護多採消極觀點，係因「對

當事人權益無侵害之虞」，因此無多爭議。而根據第一三條賦予當事人針對其個人資料的更正補充權與刪除權請求權，警方只須「因執行職務所必要、或經依本法規定變更目的者、或經當事人書面同意者」警方皆可不以准許其更改。

(二)、與他國之比較：

1、與德國之比較：

(1) 德國的法條：

『德國聯邦個人資料保護法第六 b 條明定：「以電子設備監視公共通行處所：(一)以電子設備監視是公共通行場所(錄影監視)僅於下列情形而有必要，且無是由足認為，當事人值得保護之利益應為優先者，方受許可：1.公務單位為履行任務；2.為踐行家之主權；3.為具體確定之目的而保護合法利益。(二)應以適當之方式，使人知悉監視之情況及負責單位。(三)處理或利用依據第一項所蒐集之資料，已達成蒐集目的所必要，且無事由足認為，當事人值得保護之利益應為優先者為限。為其他目的而處理或利用該資料，僅以防止國家或公共安全之危害或追訴犯罪所必要者為限。(四)錄影監視所蒐集之資料與特定當事人比對者，處理或利用應依第十九 a 條及第三三條通知該當事人。(五)該資料未達成目的已無必要，或繼續儲存違反當事人值得保護之利益時，應立即刪除。」

(2) 德國個人資料保護法第六 b 條之特點：

A、特別考慮當事人值得保護之利益。

B、不只為了治安機關而規定，也考量了一般專業領域機關。例如：建築管理機關對於工地安全之管理、道路主管機關防止人民在道路上有違法行為。

C、裝設監視器要用適當之方法，讓人民清楚知道其設置處；誰可保管監視資料；監視資料該如何利用，尤其是蒐集資料時對被監視者有告知之義務。

(3) 德國個人資料保護法跟我國法制之比較：

A、德國個人資料保護法對設置監視器不以警察機關為限；依我國的警職法設置監視器是為了偵查犯罪或預防犯罪，則私人之錄影為確保自我

主權及保護合理法益並不以此法為依據。

B、明定告知之義務。依德國個人資料保護法第六 b 條第四項之規定:錄影監視所蒐集之資料與特定當事人比對者,處理或利用應依第十九 a 條及第三三條通知該當事人。而我國並無特別明文規定。』

2、與日本之比較：

日本最高法院判決指出,依憲法第十三條規定,對國民私生活的自由,即使是警察權的行使國家權力,亦應對其保護,即警察若無正當理由,是不可對個人容貌攝影;因此在私人方面,任何人在未得到承諾前,每個人皆有不被任意拍攝其相貌的自由。而正當理由為以下情況 1.對現在有犯罪行為或任有即將犯罪行為的情形時 2.在證據保全上有必要性及緊急性時 3.不超過一般攝影所容許的限度等三個標準。

3-6 延伸問題

(一)、道路監視器內容可否作為車輛違反道路交通規則之證據？

本文的結論為可。依照道路交通管理處罰條例第七條之二:「汽車駕駛人之行為有左列情形之一,當場不能或不宜攔截掣單舉發者,得對汽車所有人舉發處罰:…六 其他違規行為經科學儀器取得證據資料者。…第一項第六款以科學儀器取得資料,得委託民事辦理。」且監視器可將畫面保留,錄攝的範圍大、時間長,重要的是未經人為影響,因此較為客觀;但其本來目的非以處罰人民為主,應是在維護交通安全,期使人民可以遵守交通規則,因此與一般道路監視器設置之目的並不相同。

(二)、道路監視器錄影內容可否作為通姦罪之證據能力？

本文的結論為否。若以道路監視器之影帶內容作為通姦罪之證據,這種行為已違反憲法第十二條保障人民秘密通訊自由而無法成為證據之一,甚至會反

遭起訴。(刑法第三百一十五條之一妨害秘密罪可處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。)

3-7 結論

在現今的社會中，路口監視器有可能存在之必要，其實質之正當性是有的。但監視錄影器的設置，有利有弊：從維護治安方面來看，許多案件之破獲都是透過監視錄影器，可確實達到遏阻及預防犯罪的效果；裝設路口監視器可能拍攝到案件之關鍵人、事、物，節省辦案之資源、時間，使受侵權人得到應有的補償及公道，如此具有客觀性的證據正是破獲案件之重要資料，故設置路口監視器是有其必要性的。但另一方面，路口監視器之設置如未有明確的規範與依據，將有可能侵犯憲法保障人民的基本權利之隱私權、肖像權、資訊自主權等，如監視錄影之資料不小心被作為他用，便會對人權造成侵害。

雖設置路口監視器有干涉到個人隱私，惟依照憲法第二十二條之規定：人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受到憲法之保護；憲法第二十三條：以上各自由權利，除維持社會秩序及增進公共利益外，不得以法律限制之；警察職權行使法第十條規定警察機關裝置監視器之要件：警察對於經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所，為維護治安之必要時，得協調相關機關（構）裝設監視器，或以現有之攝影或其他科技工具蒐集資料；在裝設符合法律要件及設置必要性的監視器並無違憲法第二十三條所保障人民自由權利。在不違背比例原則之下，有限制及法律規範的設立監視器，且妥善保管其資料，使其不被濫用，在干預人民自由與維護公眾利益之間獲得平衡，應有違背憲法所保護人民之隱私權之虞。而在肖像權方面，國家機關在未經人民本人同意前，存取監視之影像，因人民無法掌控，如將此影像全部無差別的儲存紀錄，應有侵害到個人的肖像權。然警察行政機關所設立之監視器並未將所存儲之資料加以散布或從事獲利行為，或是不當的利用他人肖像，使其之社會評

價受到減損，且設置監視器之目的在於增進公共利益，使人民受到保護，故路口監視器將會是一個對社會極有貢獻之科技產品。

依政府資訊公開法第五條「政府資訊應依本法主動公開或應人民申請提供之」；因此，政府需公告路口監視器之設置地點。依警職法第十條第一項規定中，對於路口監視器之設置地點是由警察自行判斷其「經常發生犯罪或經合理判斷可能發生犯罪之場所」，並無詳細界定經常或可能發生犯罪地點之定義，可能造成監視器之設置過於氾濫，故立法者可考慮增訂相關之規定。

3-8 參考資料

- 1、請參考 許義寶，法令月刊，第 57 卷第 2 期，頁 14/17
- 2、請參考 李惠宗，憲法要義，第三版，2006 年，第 111/114 頁
- 3、請參考廖緯民，台灣本土法學雜誌，第 87 期，第 122/144 頁，以個資法作為公設街頭監視系統的法律規範基礎。
- 4、請參考 許義寶，法令月刊第，第 57 卷第 3 期，頁 31/40。
- 5、請參考 李震山，台灣本土法學雜誌，第 87 期，頁 145/154。
- 6、請參考 許義寶，法令月刊，第 57 卷第 3 期，頁 31/40。
- 7、請參考 李震山，台灣本土法學雜誌，第 86 期，頁 114/126。
- 8、司法院－法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/>

第四案 職場歧視案

4-1 事實背景

患有帕森金氏症的 A 先生，智力並未受損且有雙碩士學歷，但求職仍處處碰壁，找不到適合的工作。

4-2 工作權作為社會權或自由權

憲法第十五條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」此條憲法所規定，工作權係經濟基本權，基本上具有自由權之意義。若此權利遭受國家之侵害或干預，則人民可以請求司法途徑救助。

何謂自由權性質之工作權？工作自由權是指，不俟他人許可，即可為了自身或他人之生存從事工作，並可自由選擇其職業，如自行營業買賣等。而基本權性質的工作自由權係法律所形成的工作權不同，後者須經由主管機關許可才可為之，例如砍伐野生植物或採集砂石，此種工作權的行使需經由主管裁量且符合法規，始可行使。

憲法第十五條解釋：「若依此說（工作權為一自由權），則工作權為消極的排除國家對於工作自由之侵害，或國家不得限制人民為某種工作之權利。」而日本議會於審議憲法草案時，其政府說明人謂：『所謂勤勞之權利，為國民基本人權中，自由權之一種。固本條並非具體，保障所有國民，或得勤勞機會之意，而僅係不得侵犯國民關於勤勞之基本人權之意。』

由以上所述而論，我們認為工作權為一自由權。而就此案論述，患有帕森金氏症之 A 先生身為中華民國之國民理應可行使其工作自由權，惟工作自由權僅具一防禦權，A 先生僅可請求國家不得過度干預或侵害其選擇職業之自由。而是否得請求國家給予其一定職業，則須論述到以下所討論之工作權之社會權。

何謂社會權性質之工作權？社會權的基本概念是指，人民為了維護個人生

存或自身之人性尊嚴，惟不能獲得想當之工作時，積極請求國家提供一定程度的社會保障，如社會救助、失業保險等。就此一概念而言，人民對國家有了一種請求權。

我國憲法第 152 條規定：「人民具有工作能力者，國家應予適當之工作機會。」而此條文之解釋是為：「對於具有工作能力之人民，國家不僅應予以工作機會，且應予以適當之工作機會。使其工作與能力相稱復可維持其家屬之溫飽。」就此條憲法而言，工作權之社會權不僅在消極的救濟失業，且為積極使人民在適合的工作上發揮其最大能力。

是否應負與工作權「社會權」之意義，稱其為「勞動權」。由「憲法解釋當代化」來看，以社會國為取向而將工作權賦予社會權之性質其實並非不可。惟以我國目前，人民並不可請求國家給予一定之工作，因憲法第 152 條就通說而論僅具有方針條款之效力，尚不得做為請求工作之依據。此即說明國家對於社會權性質之工作權只付有一定的政治義務（抽象的一個概念，例如因輿論壓力而下台之官員所附的即是政治義務）而非法律義務（必須經由法律程序強制決定才可生效），因此，縱使國家無法給予工作或正確處理失業問題，也不必負擔法律責任。

就上述討論，我們認為目前我國之工作權基本上並無社會權之性質。因此，本案中之 A 先生不得要求行使社會權性質之工作權請求國家給予一定之工作，因國家並沒有負擔須給予人民一定工作之法律責任。

本案小結：

A 先生可行使具自由權性質之工作權，請求國家不干涉其選擇職業之自由，惟不得行使並不具社會權性質之工作權。

4-3 基本權第三人效力

古典的基本權源自對國家的請求權，所適用的對象原本只限於人民與國家之間上下不對等的垂直關係，也就是僅能以個人對抗擁有公權力的國家機關。

而所謂「基本權第三人效力」理論，主要在探討憲法上有關人民基本權利的規定，是否能在人民與人民之間的水平方向適用。因為對基本權的侵害來源有時並不限於國家，私人也可能侵害他人的基本權；而針對來自其他私人的基本權侵害是否得主張基本權，就是所謂的基本權第三人效力問題。

傳統上，基本權被認為是用以對抗國家的工具，並不接受對私人主張基本權的概念。不過隨著基本權由主觀走向客觀化，發展出基本權客觀價值秩序的面向以後，現代學說與實務一般均承認基本權有第三人效力，只是對適用的方式仍然有所爭論。一般學說分成三種：不適用說、間接適用說和直接適用說。

1. 不適用說：認為基本權只牽涉到人民與國家間的公法關係，具有針對國家性，因此人民之間彼此地位平等，應遵循私法自治、契約自由等，如民事關係即依民事法規處理，以維持公私法的區別。
2. 直接適用說：認為憲法上許多基本權的規定，是社會整體法秩序的基礎，即便私人之間亦應受其制約，已完善基本權保障體系。故應令其直接適用於民事關係，以擴張其效力。
3. 間接適用說：認為基本權拘束的對象仍為國家，不能直接適用於私法領域。但因基本權的保障是憲法的基本價值決定而具有強制規範的效力，對基本權形成侵害的法律行為，就是有背於公共秩序或善良風俗，而屬無效。因此，基本權雖然不能直接適用於民事關係，仍可透過民事條款的規定將憲法的基本權利間接適用於私法關係，如我國民法第 71、72 條。

目前學說與實務上之通說採間接適用說，依此，私法關係之當事人間，得舉證證明某一契約條款或法律行為已基本權造成侵害，而主張基本權之拘束力。

4-4 職場歧視

1. 性別歧視

根據北市就業歧視評議委員會發行的「職場性別歧視」刊物中定義，在工作場合中，若因性別上不同差異，而遭受工作上不平等的差別待遇者，就是職場性別歧視。普遍在職場中存在的性別歧視包括：單身條款、禁孕條款、同工不同酬及工作場合性騷擾等等。北市勞工局第二科王專員表示，就業評議會成立至今，最常發生的職場性別歧視為『懷孕歧視』，約佔總件數的 80.95%強。顯示國內就業市場中兩性工作平等的就業環境仍有相當的改善空間。另「國際勞工組織」於三八國際婦女節時公布，女性勞工在全球職場中佔了百分之四十，但是擔任高階主管的卻只有百分之三，即使當上經理薪資也不如男人。

美國零售業龍頭威名百貨七名女性員工集體控告公司性別歧視案，獲聯邦上訴法庭核准審理。此案預估涵蓋一百五十多萬名威名百貨現職與離職的女性員工，是史上最大宗性別歧視案。針對威名提出的集體訴訟，她們在訴訟中指控威名百貨，在薪資與升遷方面有性別歧視。

2. 基因歧視：

所謂基因歧視（Natowicz 等人定義為）係指單獨基於個人基因構造與「正常」基因組的差異，而歧視該個人或其家族成員。在這種定義下可知，只要個人帶有與正常人不同的變異基因，而不問是否確實發病，便有可能遭受歧視。而其家族中若有一人帶有變異基因，則其家族成員亦可能受到歧視。隨著基因檢驗（genetic testing）技術的發展，未來在職場上便可能出現新的基因歧視類型。基因檢驗的基本原理是藉由分析 DNA 分子、染色體或是基因產物（genetic products）如酵素與蛋白質等等，以判斷某人是否帶有可能導致疾病的基因。如果雇主可以取得基因資訊，並且以這項資訊作為是否錄用、晉升或調職的參考，則帶因者（carrier）便可能因此受到不利待遇。有一案例來自美國政府各都會報告：甲男帶有高雪氏症（Gaucher's disease）（註一）的單一變異基因，他的基因可能會遺傳給子女，但是他本人不會發病。儘管他的基因變異對現在及未

來的工作能力毫無影響，然而當他在求職時提出這項訊息之後，他卻被拒絕錄用。這是基因歧視較典型的案例。但也有令一觀點表示：由於某些工作的性質或場所可能導致特定疾病的發生，如果一概不許雇主可以取得基因資訊作為人事決策的參考，將會使員工喪失早期發現與預防疾病的機會。關於雇主可否取得基因資訊就涉及有無侵害隱私權的爭議。假若雇主得以取得基因資訊，那很明顯地取得基因資訊需有範圍限制；因此目前許多人認為雇主只能取得與工作有關的基因資訊，而不應當取得與工作無關的基因資訊，否則放任取得基因資訊可能導致濫用。

註一：一種肝臟、脾臟腫大、骨骼退化的隱性遺傳疾病

3. 種族歧視：

以瑞典來看：自十二世紀以來，瑞典便是個移民國家。瑞典現代移民政策制訂於一九七五年，三大目標：平等，文化選擇的自由，以及合作和團結。平等意指移民與他人享有同等機會、權利和義務；文化選擇的自由意味少數族群應能選擇接受瑞典文化認同，以及維持和提振原本文化認同的程度；合作與團結是指，移民群體和瑞典出生的人須一起解決共同利益的議題。上述移民政策制訂於經濟穩定成長時期，但隨經濟下滑，失業提高，人們將不滿情緒投射在日增的新移民。八〇年代末期，一股反移民政策，以及反移民的潮流開始興起。一九八六年，瑞典通過「反工作歧視法」，以確保移民在職場不受歧視，同年設置「反族群歧視申訴局」處理勞動市場及其他公領域生活的族群歧視申訴案件。

4-5 競業禁止

一、何謂競業禁止

競業禁止分為法定之競業禁止與約定之競業禁止。法定之競業禁止，即如公司法第 32 條規定：「經理人不得兼任其他營利事業之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務。但經董事或執行業務股東過半數同意者，不在此限」、第 209 條第 1 項規定：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。」以及民法第 562 條規定：「經理人或代辦商，非得其商號之允許，不得為自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得為同類事業公司無限責任之股東。」然此等法定之競業禁止義務係針對特定人於任職關係存續中所制訂之競業禁止規範，至於不具前揭特定身份之一般受僱人，則可以契約之附隨義務，解釋其於任職關係中之競業禁止義務。

至於任職關係終止後之競業禁止義務，法則無明文可循。充其量只有勞動契約法的第 14 條規定：「勞動契約得約定勞動者於勞動關係終止後不得與僱方競爭營業，但以勞動者因勞動關係得知僱方技術上秘密，而對於僱方有損害時為限。前項約定應以書面為之；對於營業之種類、地域及時期應加以限制。」惟此法於民國二十五年公佈至今未施行。然而為求營業秘密保護之完善，針對離職後之競業禁止，則須依賴當事人間之特約以求確保。基於私法自治以及契約自由等民事法基本原則，以及保護秘密以確保競爭優勢之目的性需要，原則上應無不允雇主及受僱人任意訂定競業禁止條款之理。惟在訂定競業禁止約款時，自應本於維護營業秘密之必要目的，在不過度侵害人民生存權及工作權之限度下作適當合理之限制。

二、外國立法例

任職關係結束後之競業禁止，法無明文規定，倘契約亦無明文約定，尚難認定公司員工離職後有競業禁止之義務。惟在當事人間有明文約定離職後競業禁止條款之場合，是否有效，而其效力又如何，法既無明文規定，則外國立法例當可作為重要參考依據，茲簡介如下：

（一）德國

德國商法第七十四條明文規定：雇主與受僱人就僱傭關係終止後，於其產業活動中對受僱人之限制合意，必需以書面為之。且雇主於競業禁止期間，每年至少應支付受僱人離職前一年年收入之二分之一做為補償額，否則該競業禁止條款不生效力。另外，與未成年人或低薪資之受僱人所定立之競業禁止條款也是無效的。而所謂低薪資的意義，是指僱傭契約終止時之最後一年之年薪少於一定標準而言。此標準則依每年之物價指數變動，由主管機關以行政命令定之。

（二）日本

日本之法制與我國相當類似，關於此問題雖尚無法明文規定，但在判例中則明白的指出，競業禁止條款有效與否，與該約定的內容是否合理密切相關。一般來說，應考慮的因素包括：企業主是否有合法的利益存在？員工因此所受到之不利益為何？最後則是衡量整個社會所受之影響如何？如果發現員工因此所受到的不利益，比起企業主應予保護的利益要大時，該約款及可能被認定為違反公序良俗而無效。

（三）美國

關於競業禁止條款，美國各州的規定並不一致，有些州認為這是一種限制競爭的行為，與國家所維護並提倡的自由公平競爭環境有違，因此根本否認此種條

款的效力。而承認這種條款的州，在其判例上可規納出幾點限制，也就必須考量下列因素，以綜合判斷約款之效力。

1. 企業主必須是為了保護其合法的利益或營業秘密，為維持其競爭地位必要時始可定立此種約款。換言之企業必須要有一個定約的正當理由。
2. 約款的內容必需合理，例如競業禁止的年限，地域範圍及限制競業的範圍等，必需是適當的。
3. 約款的內容必須是可執行的，如違反公共利益自屬不可執行。所謂公共利益包括公共健康或安全的問題。

三、競業條款之合理性探討：

(一) 有保護合法利益之必要

所謂合法利益，一般指企業主有值得保障的權益存在，並不只限於營業秘密。美國有案例指出，合法的利益包括營業秘密，機密的顧客名單及雇用人獨特不尋常的服務。而若企業指派員工接受特殊的訓練，也是一種合法可受保護的利益。至於，有沒有值得保護的利益，應該由企業主負舉證責任。

(二) 受僱人離職競業將使企業利益受損

企業既然是為了防止其合法利益受損，而與員工定立競業禁止條款，則受規範之對象應該也是以其離職後的競業會造成企業受到損害為範圍，而不能及於所有的員工。所以，薪資低職位低的員工，縱使離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，此時之競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由，不應予以允許。

（三）競業禁止的年限

競業禁止乃是企業主為保護其營業秘密及合法利益，以便維持其優勢地位。因此，營業秘密及合法利益本身在競爭市場之時效性，在決定競業禁止年限之合理限度上有重要意義。德國商法規定競業禁止的期限不超過兩年，而美國法院的相關判決中，在通常情形下，最高年限為五年。由於各行業情形不同，競業禁止的年限也難有絕對標準。因此，在如何的年限範圍內作限制始為合理，有待多方斟酌與探討。

（四）競業禁止的地域

在國外有以企業主營業的範圍為大小，來作為限制競業的範圍。不過，就企業主保護其合法利益這一點來看，學者認為以競爭利益是否受影響來判斷具體的禁止競業地域，似乎較具說服力。

（五）競業禁止的範圍

所謂競業禁止之範圍，就是指員工離職後不得從事的業務或工作。若以企業所從事的行業為範圍，則此範圍將擴大至不合理的範圍。因此，這個範圍應該限定在員工因為在企業內服務，有學習或接觸到特殊專門的業務範圍內，否則，競業禁止就失其因果性。當然，有關是否為受保護之特殊知識，企業主應負舉證責任。

（六）補償

補償原本是行政法上之概念，主要是針對國家之合法行為所造成人民之特別犧牲而為之給付，為一種調和作用。與民法上所謂賠償不同，賠償是針對行為人之故意過失行為所造成損害之救濟。因此，補償是一種政策上衡平調和的功能，最好的方式是透過立法程序來達成。目前，只有德國商法有明文規定，僱傭人

對於競業禁止之受僱人有支付補償金之義務；日本則透過判例的解釋，以公序良俗來規範。透過補償金的支付，不僅受僱人的損害可以彌補，而僱傭人支付一些金額以保障其較大利益也是值得的。

四、可用保密條款來代替

有鑒於競業條款可能引起法律爭議，企業也可以用保密合約（或保密條款）來代替，且於聘雇關係開始之前簽妥較無後顧之憂。其內容應詳述機密範圍和保密義務，並註明若因職務異動，而增加其保密責任時，必須另行簽約。

為避免新進員工使用前雇主的營業秘密，而使公司無故捲入糾紛中，最好在聘雇契約中訂明，員工在未經授權下，不得使用他人的秘密或智慧財產，否則應自負其責。

在員工離職時，公司應以書面或口頭提醒其所應盡的保密義務（離職面談「Exit Interview」），並且追蹤有無洩密的情形發生。即使是臨時人員、工讀生、約聘人員，若有可能接觸到營業秘密，亦應簽訂保密合約。

五、結論

綜合上述，目前對於競業禁止條款之訂立大多採肯定之見解。然其於約定之內容應受到相當的限制，以求利益之衡平。當然，如果能透過立法，明訂此新興契約之相關要件及效力，以求適用上之統一，對於此爭議問題的解決將有更大的幫助。不過，員工為公司之重要資產，如能以積極的獎勵措施取代嚴苛的競業禁止條款，更能留住員工的心，創造公司營業秘密確保，員工積極研發的雙贏局面。

4-6 歧視女員工條款

1. 單身條款

單身條款是一項嚴重危害女性工作權的陋規，早年信合社、銀行業、部份服務業都有這種規定，要求女性員工簽署「結婚就自動離職」的不平等條款，不僅於此，還有「年滿三十歲自動離職」的規定。

2. 禁孕條款

禁止女性員工懷孕，如果懷孕就要自動離職的規定。常見的情形包括：

- (一) 雇主強制懷孕後之女性受僱者在懷孕後若干期間內離職
- (二) 雇主拒絕由懷孕之女性受僱者自己決定其離職之時間
- (三) 雇主對懷孕之女性有受僱者言語上之侮辱，如諷刺懷孕的女人比較笨拙無能等，使懷孕之女性處於一個不友善之工作環境
- (四) 請完產假之婦女在復職一事上受到雇主刁難等

懷孕或結婚並不能構成雇主解僱員工的正當理由，因此女性在結婚或懷孕後可不必理會公司的這種要求並繼續工作，然後要求公司如期支付薪水，如果公司硬是不讓結婚或懷孕的員工去上班，那是公司受領遲延，可以不必工作坐領薪水。即使當初女性受僱員在進公司時，曾與公司簽訂的工作契約中有明定懷孕或結婚必須自動離職的條款，但是人民本有結婚或懷孕之自由，不准他人結婚或懷孕，依照民法第七十二條的規定，此有違社會之公共秩序與善良風俗的條款，應屬無效，可以不必理會。

有鑑於台灣懷孕歧視現象嚴重，兩性工作平等法中第十一條即明訂：「工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。」「違反規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」受害的女性員工可以

向各縣市政府就業歧視評議委員會或兩性工作平等委員會，檢舉公司這種不合理的要求。屆時雇主將因兩性工作平等法規定負損害賠償責任，並被處新台幣一萬元以上十萬元以下罰鍰。

4-7 參考資料

1. 維基百科

<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%9F%BA%E6%9C%AC%E6%AC%8A%E7%AC%AC%E4%B8%89%E4%BA%BA%E6%95%88%E5%8A%9B>

2. 雅虎奇摩知識

<http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1105053001572>

<http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1105060100349>

3. 李惠宗，憲法要義，三版第1刷，2006年9月，102-103頁

4. <http://udnjob.com/issue/working-woman/a4.htm>

5. <http://www.bio.idv.tw/data/data2/2000031201.htm>

6. http://www.intermargins.net/Column/xia_xiaojuan07.htm

7. <http://www.cyberlawyer.com.tw/alan4-301.html>

8. <http://www.cyberlawyer.com.tw/alan4-1801.html>

9. http://www.womenweb.org.tw/mainweb/Discuss_Show.asp?Discuss_ID=70

第五案 宗教信仰拒絕當兵與受教案

5-1 事實背景

B自幼為「耶和華見證人」基督徒，核心教義為教徒不可服兵役。故B自幼在良心上及拒絕參與任何與軍事有關之活動，於應徵入伍報到時，表示良心上無法接受軍事訓練，致遭依陸海空軍刑法以抗命罪判處有期徒刑。服刑後再度本於良心拒絕接受軍事訓練，致再度依妨害兵役治罪條列判處有期徒刑。

5-2 憲法爭點

- 1.B得否主張宗教信仰自由，而拒絕服兵役？
- 2.服兵役受教育之義務，是否得因宗教信仰之關係而免除？

5-3 正反方辯論

因當初上台報告以辯論呈現而為以下辯論稿：

正方一辯申論：宗教自由是憲法保障人民的權利，服兵役是憲法所規定人民的義務，因此今日的爭點變是權利與義務的衝突，在權利與義務兩難的情況之下，我方認為人民的義務不應排擠人民的權利，換言之，保障人民的基本權應被視為憲法最核心的精神，也是最高的指導原則。從我國憲法草創時期來看，當年立法者創立憲法的目的無非就是要將人民從專制獨裁的政府中解放出來，並確保未來的人民不受政府公權力的不當侵害，由此可知，憲法基本權的存在是為了維護人性的尊嚴不受侵犯，應為是為高於一切法律的法律，反觀服兵役這項義務，應是立法者基於當時國家受到內憂外患得情況下，而賦予人民的義務，只在保衛我國人民與憲法，相對於人民的權利，服兵役僅是權宜之計，而不是如同基本權一般的普世價值，由上可知，服兵役之義務並非常態，故人民的基本權利，也就是今日探討的宗教自由，應置於服兵役這個義務之上，故我方主

張，人民享有宗教自由可拒絕服兵役。如果今日將服兵役之義務置於人民宗教自由之上，那便是侵害到人民基本權，也就是剝奪了人性尊嚴，剝奪了一個人所信仰的信念與價值觀，更由甚者，這樣開創了非常不好的先例，及義務可以排擠權利，未來若做類推，那其他基本全都可以輕易的被服兵役這項義務所否決，維護宗教自由便是維護人性尊嚴，強迫人民放棄宗教自由服兵役便是踐踏人性尊嚴。

反方二辯質詢：

Q：你該放棄強迫人民放棄宗教就是踐踏人性的尊嚴，但放棄服兵役而無法盡到保國衛民的責任，豈不是另外一種踐踏自身尊嚴。

A：為國家盡責的方式有很多種，保家衛國的方式也有很多種，我方認為為國盡一份心力，盡一份身為國民的義務方式不僅僅是服兵役，亦可從事如社會義工等方式，這樣方可兼顧宗教自由與國民義務。就算是在戰時仍可在後方負擔如救護救災等工作，我方更不同意不服兵役便是踐踏自身尊嚴的說法，為了自身理念甘冒違法風險而堅決不學習，不從事殺戮技能之人，不僅是對自身尊嚴的維護，更是對他人之人性尊嚴與生命權的尊重

反方一辯申論：根據憲法第20條：「人民有依法服兵役之義務。」並參照釋字第490號解釋：『前略…，憲法第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教家以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益。立法者鑑於男女生理上之差異即因此種差異所生之社會生活功能角色不同，於兵役法第一條規定：中華民國南子依法皆有服兵役之義務係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進、或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。復次，服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人

民，防衛國家所必須，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無抵觸。』

則依法理邏輯順序分析，本案的第一個重要爭點應該是：憲法第二十條所規定的兵役義務內涵到底是什麼？也就是憲法規定的「兵役」是否限於與國防軍事直接或間接有關的戰鬥役(包括後勤職務?)對於憲法第二十條兵役義務的內涵，本號解釋並沒有直接說明。但從解釋文及理由中似乎可以推知大法官是將兵役義務解釋成「與軍事有關的戰鬥役」，這也和我國多數憲法學說所持意見相當。而反方也贊成此見解。而所略之釋字第490號解釋後半段，有關替代役是否為兵役，則待反方三辯加以申論。

其次，兵役義務在我國法上究竟是屬於憲法或法律位階的義務?對於這個問題，本案聲請人之許先生在其聲請書中主張：『憲法第二十條：「人民有依法服兵役的義務。」僅是賦予立法者如果採行「徵兵制」之憲法層次之依據，充其量僅係人民法律層次之義務，並非當然的導出立法者有採行義務徵兵制之「憲法義務」。』因此極力主張兵役義務只是「法律」層次的義務，如果與憲法層次的宗教自由相衝突，宗教自由當然應該優先適用。劉鐵錚大法官的不同意見書也採類似意見：「憲法第二十條雖規定，人民有依法服兵役之義務，但此並非憲法層次之全民義務，實係憲法賦予立法者決定要求人民服兵役時之規範基礎。」

對此，本號解釋理由書認為：「為防衛國家之安全，在實施徵兵制之國家，恆規定人民有服兵役之義務，即係屬於此一類型之立法。」顯然本號解釋是以憲法第二十條為依據，認為我國是實施徵兵制之國家，並認為兵役在我國是屬於憲法位階的義務。我國憲法學界的通說似乎也都採取相同見解。

從文義來說，憲法第二十條固然規定：「人民有依法服兵役之義務」，但這是因為憲法本身不可能對於各種人民權利義務的內容都做鉅細靡遺的規範，因此授權或要求立法者以法律決定兵役義務的具體內容。而且，立法者的具體決定如果沒有抵觸憲法位階的規範，就不至於違憲。就我國兵役義務而言，立法者透國立法實施徵兵制，在政策上固然可以有所爭議，但應不違憲。

正方三辯質詢：

Q1: 正方認為，釋字中所提及之宗教信仰自由，是國家之消極、避免侵犯之態度，則現實上，人民之權益實有待國家加以保護。本案聲請人須因自由信仰之信念被強制服兵役且一再受罰，是否造成權益之被壓迫？

A1: 設立服兵役之義務，非特意為促進或限制宗教，對於權益之保障，則有待立法者之考量，就現在立法而言，法律本該有其強制性，軍法之作法不為強制，因兵役是一種義務，於法理上並不違憲。

Q2: 反方將兵役義務解釋成為「與軍事有關的戰鬥役」，但從古今中外的戰爭史可知，戰爭除了上線殺敵之血腥場面外，尚有鬥智之角力之戰，義為身心智三方面健全乃上陣殺敵所應完整具備，反方所對兵役之解釋，對上線的過於強調，是否過於籠統？

A2: 本案之聲請人皆為特殊之情狀，非為一般立法者所設想之情況，而對於您方所提及之身、心、智完整具備，則難以界定心智狀況是否適宜服兵役，有難以商榷之處，故選擇最基本保衛國家之條件：適齡之身體健壯之男子從事與軍事有關的戰鬥，則尚對兵役義務解釋能有其範圍界線。

正方二辯申論：要避免宗教自由與個人基本義務相衝突，立法院在 2000 年 1 月 15 日通過修正的「兵役法」與「兵役施行法」始實施替代役。

1. 在許多有兵役義務的歐美國家，早有替代役此一規定在憲法，以德國聯邦憲法法院就替代役問題之見解，略為：

「…人民擁有拒服戰鬥役的權利是憲法所肯定的基本人權…故拒服兵役的役男，絕對要有良知理由存在為前提，並且此良知的理由是客觀存在的，能對之進行審查。…」

2. 另外，我國大法官劉鐵錚就釋字 490 號所為之不同意見書，則認為：

「…從憲法保障人權之角度，乃至國家社會整體利益，甚至是戰鬥任務本身而言，使因良心或宗教因素拒服兵役之轉服替代役，始為合乎憲法之作為。…」

3. 王和雄大法官對相同釋字之不同意見書亦有替代役實施以解決不能服兵役之役男問題，見解如下：

「…替代役制度之設，亦宜使此等人員於符合該等要件時，改服替代役，始不失憲法規定人民於依法律盡其服兵役義務之同時，也能保障因信守教義與戒律，並因虔誠之宗教訓練及信念等原因而在良心上反對殺害生命及反對任何戰爭行為者之宗教信仰自由。…」

綜上觀之，我國有替代役實施之必要。如此一來，憲法就人民之基本義務若有與宗教自由之保障產生衝突時，替代役係諸如 B 此一情況之替代方案，已達到「合憲義務裁量」選擇侵害人民權益最小之手段，亦符合對一般人民和教徒之服役義務之平等。而且，徵兵制貴在公平，我國原本役男體位之認定，已產生不少弊病，如能藉替代役之施行，不但不會增加人民負擔，而且可以有效減少大眾疑慮，徵兵制度方能長久。

一、替代役制度—違憲？

此外，兵役義務從歷史或文義來看都解釋成「與軍事有關的戰鬥役」，而替代役實施條例第四條規定替代役包括社會治安類和社會服務類，另外還有「其他經行政院指定之類別」，則替代役之內容為服務社會，在性質上已完全與軍事無關，唯新修正之「兵役法」與「兵役法施行法」明文規定替代役為兵役的一種，進而制定「替代役實施條例」，但兩者性質上不同，立法者徑行將其混為一類，故意忽略憲法授權而修改立法使其制定，此有違反憲法保留原則。或者我們把替代役定位成兵役的一種，那既然替代役係兵役之一，為何與常備兵役會有差別之處，例如役期之長短等，而有違平等原則。

憲法應修改將關於“其他替代役之服行義務”增加至兵役義務之規定內，以獲得實施替代役的憲法依據。又兵役是憲法第二十條明定之人民基本義務，與基本權利一樣，是國家和人民間的基本關係，不可輕易以法律增減，而替代役在其內容應是勞役，而不是兵役，實不宜在憲法未規定的情形下立法創設。唯礙於憲法增修費時失事，立法者致會藉由修改相關法例來創設規定。但立法者仍應因此而尊重憲法保留原則之審

慎性，彰顯憲法內容之絕對規範。

反方三辯質詢：

Q1：兵役義務係憲法義務，而替代役在性質上與兵役有別，且憲法並無規定人民有服替代役之義務，那替代役怎麼能夠替代兵役呢？

A1：現行替代役的施行係依據兵役法、兵役施行法、替代役實施條例，雖然不是憲法直接規定人民有服替代役義務，但替代役制度有其法理基礎，就替代役實施條例第五條已將宗教信仰因素納入轉服替代役之資格，其可認為係依據憲法第十三條保障宗教自由以及第二十二條保障人民自由權利而導出替代役係保障人民之良心自由而得拒絕服兵役；而且替代役之設計主要原因是解決我國過多之兵員，實行國軍精實方案，所以替代役實施乃增進公共利益，維持社會秩序之必要手段，言則其法律義務亦可依據憲法第二十三條來創造規定。因此，替代役雖無憲法上之依據，亦不生不得替代兵役之問。

Q2：替代役實施條例有規定因宗教信仰可納入轉服替代役之資格此一規定，係違反政教分離原則。

A2：政教分離原則旨在保障憲法的宗教自由。在此原則下，要求國家不得設立國教，不得以公權力強制灌輸特定傾向之宗教觀點，並宣稱何種宗教為正教或邪教。國家不得對特定宗教有特別優待或歧視，亦不得課以特別負擔，或給予實質的直接或間接經濟補助，或給予行政機制上之特別協助，從而得以形成宗教觀之自由。替代役實施條例有規定因宗教信仰可納入替代役資格之一，在這裡的宗教係指所有宗教而言，並無偏頗那個宗教，役男不論因何種宗教信仰仍得納入替代役資格，此一規定無影響人民宗教觀之自由，因此，並無違反政教分離原則。

反方二辯申論：我方認為，儘管宗教信仰自由是一種最古典的基本權，但服兵役是憲法義務，更是一種榮譽。人民自然該當盡己所能回報國家，接受保國為民的軍事訓練，養成戰鬥能力故屬理所當然。

而對「耶和華見證人」之教徒，以宗教之教義為由拒絕服兵役，因為服兵役將會徹底衝擊他們的信仰體系。但是，反方認為，而為宗教往往很難下定義，且一但容許「耶和華見證人」之教徒以宗教知名不盡服兵役之義務，就等於容許宗教可以獲免於法律規範，則「善門一開，萬鬼皆來」，人人自稱教主，個個主張其殺人、偷竊……等犯法行為乃是「宗教自由」，法院該如何處理？且容許宗教活動可獲免於一般法律的規範，是否形同賦予宗教「違法之特權」？

宗教與世俗社會最大也最困難的衝突，在於宗教和一般法律的衝突。釋字第490號解釋：宗教之信仰者，既非系國家之人民，其所應負對國家的基本義務與責任，並不得僅因宗教信仰之關係而免除。上開條文，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量，非為助長、促進、或限制宗教而設，也無助長、促進、或限制宗教之效果。復次，男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴，意味動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家法律所明定，更為保護人民、防衛國家之安全所必須，與憲法第7條評等原則及第13條宗教信仰自由之保障，並無抵觸。參見廖元豪教授於越但法學教室第46其所發表之評論，係認為釋字第490號解釋從字面上推斷，大法官似乎認為只要系爭法令沒有期是宗教之目的或效果，就不涉及宗教自由問題。而返方也同意此論點。再者，1879年美國最高法院對一有關宗教信仰自由的個案所做出的判決意見書中亦表示：若豁免此等行為，將使宗教信仰之教義高於國法，且使得每一個公民自己就成為法律，在這種情形下，政府名存實亡。

所謂恩惠不得強受，義務不得拒絕，一般兵役義務乃是民主合法之兒女，是以服兵役是屬憲法層次的問題。且拒絕服兵役雖用入獄服刑方式換取對宗教之虔誠，越未曾替在這塊土地上生活之人民著想。因為服兵役是接受軍事訓練，是為這個國家可能發生的安全問題做準備，但入獄服刑是消極的逃避兵役，在監獄中

不事生產，且浪費人民的納稅錢，等於是國家社會的米蟲，這個社會運用一切資源培養我們，寄望我們成為保護國家的棟樑，而「耶和華見證人」之教徒卻以宗教信仰自由之名義拒絕服兵役，轉向禁役，則對其他非教徒的役男保國衛民的堅持，是否又是另外一種打擊？

釋字第490號解釋：宗教行為之自由與宗教結社之自由，在必要最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由否定國家及法律的存在。因此，宗教之信仰者，既亦係國家之人民，其所應負對國家之基本義務與責任，並不得僅因宗教信仰之關係而免除。反方贊成此論點。宗教信仰自由固然是人類極為重要的一項人權，惟其行使仍應有其界線，尤其宗教信仰的外在行為可能涉及他人的權利或公序良俗，自然不能漫無邊際，否則未見其利，反受其害。反方認為此已違反當初憲法保障宗教自由之原意。

正方一辯質詢：

Q1：從妳剛才的論點，服兵役之義務，應是立法者基於當時國家受內憂外患的情況之下，且服兵役僅是權宜之計，想請問妳，難道今日台灣面對中共的脅迫，台海關係的緊張，服兵役能是權宜之計嗎？

A1：現代國際紛爭以非全面實行徵兵可以解決，我國國防部也逐步推行募兵制，在今日重視人權的民主原則之下，強迫放棄宗教的徵兵制，非但侵害人民的基本權利，在實際解決國際紛爭的能力亦十分有限，故我方認為將服兵役視為全民義務不僅過時，有侵害人性尊嚴。

正方三辯申論：我國兵役法第一條規定：「中華民國男子依法皆有服兵役之義務」，此條的立法目的是為了符合憲法 137 條第一項：「中華民國之國防，以保衛國家安全，維護世界和平為目的」則究竟何人有服兵役的義務，需視其生理上和心理上是否有達到兵役法第一條的立法目的，即所謂，兵役義務人須同時在心理上和生理上適合服兵役。因身體上因素免服兵役者在兵役法第四條有明

文規定：「凡身體畸形、殘廢或有痼疾不堪服役者，免服兵役，稱為免役。」由此可知，立法者將「生理上」不適合服兵役者排除在憲法第 20 條「人民有依法服兵役之義務」之外，那麼兵役義務人若在「心理上」「良心上」「信仰上」不適合服兵役，基本上也應該受到相同的處理。若在立法上承認因「體能或生理上不適合服役」者可免除兵役義務，而「良心或心理上不適合者」卻仍需負擔兵役的義務，則這種差別待遇已構成「相同的事務沒有相同處理」此外，如果將心理上無法接受訓練的人強徵入伍，也難以達到兵役制度的目的。有鑒於此，美國軍事義務法規定：「基於宗教上訓練與信念，在良心上反對參與任何形式之戰爭，且其反對係真摯者，免服兵役」此外，德國基本法也有明文規定：「任何人不得被迫違背其良心，服持有武器之戰爭勤務」但反觀我國兵役法第一條關於男子皆有服兵役之規定，並未考量個別男子所持的宗教信仰是否包括不參與任何形式之戰爭。另一方面，若將因良心或宗教信仰而拒絕服兵役者求處刑期，則可能會陷入「審判—入獄—回獄—審判—入獄」的惡性循環，直至該男子滿 45 歲那年的年底，期間最多可達 27 年之久，此並不符合憲法上的比例原則，並且違反「一事不二罰」的原則。這些不但浪費他們寶貴的青春，也需耗費國家大筆金錢，與強盜、殺人等重大犯罪相比，他們所面臨的處境更加悲慘。所以，我方對宗教信仰可拒絕服兵役持支持的立場。

反方一辯質詢：

Q1：若因宗教信仰可以拒絕服兵役，則會不會有人因此假借宗信仰，意圖逃避兵役？

A1：我國於 2003 年制頒「替代役實施條例」，其中的 15 條有規定役男的信仰自由需達二年以上，且其心理狀態已不適合服常備兵役，另外，役男信仰的宗教，其所屬的宗教團體經政府登記立案。此二規定基本上已可預防有人假借宗教名義意圖逃避兵役。

Q2：是否會有人自己自創一個宗教團體，並聲稱他們的宗教信仰是不可以接受

軍事訓練？

A2：「替代役實施條例」規定任何兵役義務人若因宗教信仰不是服服兵役，其宗教信仰團體需經政府登記立案。若通過此審核，則此宗教團體以具合法性，所以我們應尊重此宗教團體及其信仰教條。此規定也預防有人濫用宗教信仰而拒服兵役。

反方三辯申論：憲法第十三條規定「人民有信仰宗教之自由」，是在政教分離原則下所保障人民的基本權利。政教分離原則為國家不得設立國教，亦不得透過國家公權力的強制灌輸特定傾向之宗教觀點，並宣稱何種宗教為正教或邪教。國家公權力機制不得對特定宗教有特別優待或歧視，亦不得課以特別負擔，或對特定宗教團體或族群給予以實質的直接或間接經濟補助，抑或給予行政機制上的特別協助。簡言之，國家不得對特定宗教予以優惠，須保有中立原則。故耶和華見證人若以宗教信仰之理由拒絕服兵役獲准，恐有國家優惠特定宗教信仰之虞。大法官釋字第四九零號解釋「人民有宗教信仰自由係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教家以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益。」此解釋為國家沒有權力也沒有能力干涉人民之宗教信仰自由，其所保障為內心信仰之絕對自由，惟若在宗教自由表現於外而致生與法律有所違背時，不得主張其為絕對之自由。本案即為此情形，釋字第四九零號解釋理由書曾提及：宗教行為之自由與宗教結社之自由，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。

故由此觀之，服兵役乃為人民之義務，非可因宗教信仰之由而拒絕，又人民既已主張憲法保障的宗教自由權利，相對的也應盡義務。

另一方面，個人對於特定宗教之許可、襲用或雜揉其他教派之教義而為自身信仰之宗教亦屬自由，國家無權干涉。是以，若法律允許得因宗教信仰而拒絕當兵，難保其他宗教亦會自行創設關於規避兵役問題之相關教律，或比附援引其他

宗教之教條，近一步得以逃避兵役。

釋字第四九零中：兵役之義務，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原為立法政策之考量，非為助長、促進或限制宗教所設，且無助長、促進或限制宗教之效果。故與宗教信仰無直接之關係。

憲法所保障的宗教自由為在一定限度內的最大自由，惟服兵役乃法律所明文規定，明顯已與宗教自由所衝突，超出法律最小限度下之保護，故不得以宗教信仰而拒絕當兵。

某些宗教教義上要求不向任何偶像敬禮，包括國旗及人物肖像。國家同意其擁有不敬禮之自由，原因在於此並未觸及到公共利益與社會秩序的問題，保有憲法第二十二條：「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。」惟服兵役乃為保護人民，防衛國家之安全所必需，我方認為其對社會具有重大意義，故不得以宗教信仰自由拒絕當兵。

服兵役乃為憲法明定之義務，身為國家的一份子之一，我們得以享有國家賦予的權利，相對也應盡人民所應盡之義務，國家政策以方能順利推行。

正方二辯質詢：

Q1: 法律允許因生理方面的缺陷，例如重度近視、肢體殘障或雖四肢健全但因身高過矮或體重過重而免役，為何不容許因心理方面的因素而拒絕當兵？況且當事人只是不願意服有關持有武器方面的兵役，並非拒絕履行兵役義務。

A1: 關於憲法規定人民有服兵役的義務，大法官將兵役解釋為有關軍事方面，即為持有武器方面的兵役。另外，替代役的實施，並非能完全等於服兵役，替代役的內容有包括了社會治安類及社會服務類，但這兩者的性質已完全跟解釋的有關軍事方面的義務已完全無關，所以無法將替代役當成是兵役的一種。

Q2: 憲法保障的宗教自由為內心信仰自由，但內心信仰自由如何界定？信仰自由多少會以外在行為來表現，難道憲法沒有保障嗎？

A2: 內心信仰的自由是指任何人解可以信仰任何宗教而不受到干涉，當然憲法也

保障所謂的因宗教信仰的外在表現行為，例如基督教徒可以參前禱告、天主教星期日可以上教堂作禮拜、佛教徒可以茹素、回教徒可以不對任何偶像崇拜。但上述的行為都在憲法所保障的宗教信仰自由中，易言之，上述行為都未與法律有所衝突，但此案涉及了國家所賦予人民的基本義務，超越了憲法原本給予信仰自由的範圍，無法再受到憲法的保障。

反方結辯：對於宗教信仰可拒絕當兵案，我方採否定的立場。理由基於服兵役乃國家憲法所明定的義務，人民既已主張宗教信仰自由的權利，就應進義務。軍事是國家很重要的一環，從國家每年花在國防軍事方面的經費即可得知，牽涉國家的重要利益，若可以因其他因素而以替代役取代(此處替代役指無關國防軍事方面)，國家的兵力來源必會大幅減少，進而間接影響到國防安全。再者，若可因為宗教信仰而拒絕服兵役，那麼人人是否會假借宗教之名，創設許多可以不納稅的教義！法律若一旦豁免了此項要求，就等於優惠了此教派，進一步違反了正教分離的原則。也容易有宗教凌駕於法律之虞。憲法保障宗教自由的初衷為保障人民的基本信仰自由，但是若人人都以宗教信仰自由為由而拒絕履行義務，則就又違背了憲法原先保障宗教自由的本意了。而我方反對以宗教信仰自由拒絕服兵役，並非要人民在宗教信仰與國家義務之間擇其一，放棄宗教信仰，而是自由須有一定的限度，若是超過了法定的範圍，就不是法律所能保護的。是以，人民有宗教信仰的自由係為不爭的事實，但是必須以有限度的自由方為法律所保護的自由。故我方，不干涉他人的權利及自由和不牽涉公共利益為基礎。

正方結辯：宗教自由和服兵役，這兩個憲法中所規定及賦予人民的權利及義務，看四陷入兩難的情況，好像很難去解決，但是自立法院在 2000 年 1 月 15 日通過修正的兵役法和兵役施行法，已開始實施替代役，我國確實也有實行替代役的必要，因為類似耶和華見證人這樣事件發生，使信教者陷入牢獄之災，這樣不但是信仰不受保障，而且浪費國家人民的生產力，另外徵兵制本身也存在非

常多的問題，像是役男體位的認定，服兵役的平等與否值得商榷，而耶和華見證人的役男一再陷入出獄及入獄的惡性循環，這樣違反了一事不兩罰和比例原則，所以我方主張宗教信仰自由可拒絕服兵役，改由替代役之類得替代方案來解決，比較不會浪費國民的生產力且讓憲法的基本權受到保障。

5-4 延伸問題

1. 耶和華教派之教義拒絕輸血

討論：關於禁戒血的經文，使徒行傳15：28-29 記載：「因為聖靈和我們、定意不將別的重擔放在你們身上。惟有幾件事是不可少的、就是禁戒祭偶像的物、和血、並勒死的牲畜、和姦淫。這幾件你們若能自己禁戒不犯、就好了。願你們平安。」由於耶和華見證人所堅持之不輸血理由，使得醫療體系的大為進步，而發展出一種無血手術(不輸血療法)，目前全世界大約有10萬個醫生使用這項醫療技術。其實輸血也可能帶來若干危險性，如：傳染疾病—愛滋、肝炎、等等。人體本身也會產生排斥，最後也是排出體外。相較於不輸血療法，輸血並非為較“積極”的療法。耶和華見證人拒絕輸血是大家所知的，在守望台官方網站指出不輸血是因為聖經教導我們不能吃血(創9:4,16 利17:14;7:26,27徒15:28,29; 21:25)，實際對照不輸血的原因：是因為上帝要與有血氣的立約、不能吃祭拜過的畜牲與禁誡血、不讓人跌倒。而信仰自由所保障的「確信」，不僅是基於具有命令性的信仰原則，尚包括宗教上不據拘束力的教義，此種確信對於具體的生活情況，固然沒有強制性，但如果是實踐信仰教義的適當方式，亦屬憲法宗教信仰自由保障範圍所及。若耶和華見證人確信向神禱告是「叫好的信仰方式」，其不接受輸血的行為是基於一種共同的信念，甚至是其面臨「生死」問題時，所共同抱持的信念。對於此種信念，法律應該予以尊重，在刑法上，國家不得將耶和華見證人這樣的信念強予分離。若有因信念不接受輸血而病人死亡的病人，理論上不應接受法律的制裁。

2. 因宗教信仰可否拒絕接受義務教育

問題爭點在於宗教自由與教育權是否包含實施宗教教育的自由與權利？還有國家應否容許人民自行實施宗教教育而免除其強迫入學之義務？

憲法第二十一條規定：【人民有國民教育之權利與義務】，但其立法目的，對學生而言是一種權利而非義務，而且宗教自由與教育權的內涵應包括：【依個人宗教信仰實施宗教教育的自由】，如此才可保障宗教自由與教育權的基本目的。如國宗教教育的內容及效果對他人及社會無實害也無危險，國家實無干涉之必要性與正當性。畢竟，接受教育比較是一種【對己】【向內】的個人權利實現，而不是具有【涉他】【向外】效果的行為。例如我國國民教育法第四條與強迫入學條例第十三條已經容許實驗學校或在家自學，可見國家實現國民教育的目的在手段上也未必要壟斷國民教育的內容與方式，而是應該容許有其他的替代方式。至於父母是否有權決定子女接受神本教育，前提是沒有違反子女本身的意願，國家如果要介入，應僅限於：保子女自主意願受到最大的尊重，父母沒有濫用其決定權。國家不可任意介入子女或父母之決定。

5-5 參考資料

1. <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1607020303923>
2. 李建良，台灣本土法學，17期，拒絕輸血與信仰自由
3. 黃昭元，月旦法學雜誌，74期，上帝要我上牠的學校，8~9頁

第六案 立委入獄薪水照領案

6-1 事實背景

立法委員邱毅不滿九十三年總統大選結果，於民國 93 年 3 月 31 日帶領群眾非法集會，以宣傳車衝撞、毀壞高雄地院鐵門，造成多名警察受傷，二審被依首謀聚眾妨害公務罪判有期徒刑一年兩個月，經過邱毅上訴，最高法院維持二審判決，全案定讞，然而因未被褫奪公權，立法院幕僚單位昨天翻遍法規後確認，只要邱毅不主動請辭，即便未來人在牢房，仍保有其立委資格，月薪俸加上問政事務經費仍可領取約三十萬元，可繼續保有至本屆任期結束。

6-2 何謂「立法委員」

根據憲法第六十二條規定：「立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。」此為憲法對立法院所作之定位。故得知立法委員既係由人民選出，其性質為民意代表。

一、立法委員的資格取得

立法委員即為民意代表，則其選舉，乃具有賦予國家統治權民主合法性之意義，其選舉方式憲法歷來有不同之規定。

現行憲法增修條文第四條第一項及第二項規定：「我國立法院立法委員自第七屆起一百一十三人，任期四年，連選得連任，於每屆任滿前三個月內，依左列規定選出之，不受憲法第六十四條及第六十五條之限制：

- 〈1〉自由地區直轄市、縣市七十三人。每縣市至少一人。
- 〈2〉自由地區平地原住民及山地原住民各三人。
- 〈3〉全國不分區及僑居國外國民共三十四人。

前項第一款依各直轄市、縣市人口比例分配，並按應選名額劃分同額選舉區選出之。第三款依政黨名單投票選舉之，由獲得百分之五以上政黨選舉票之政黨依得票比率選出之，各政黨當選名單中，婦女不得低於二分之一。」

依此一規定，就立法委員的選舉改採所謂的「單一選區兩票制」。

所謂「單一選舉兩票制」作以下解釋：

自德國於 1949 年開始實施兼採單一選區相對多數制與政黨比例代表制混合的「單一選區兩票制」後，這種選製成為許多國家仿做的對象。

「單一選區」指的是把選區做最充分的劃分，讓每個選區應選名額只有一席。相對於「單一選區」的，是我國先前採行的「複數選區」，也就是每個選區應選名額可能不只一名。例如，2004 年立法委員選舉，在台北市北區就一共要選出 10 席的立法委員。改採「單一選區」後，選區會被重新劃分成很多個，但每一個選區都只選出一席立委。

至於「兩票制」則是指，未來每次的立法委員選舉中，選民投票時一共會拿到兩張選票。一張選票是用來選候選人、用來決定各選區區域立委由誰當選，另一張選票是用來投給你支持的政黨，用來在選舉結束後把各政黨的全國得票數合計、再按政黨得票比例分配全國不分區立委的當選席次。先前未採行「兩票制」的制度中，各政黨的全國得票數、是直接按各政黨所提名候選人在全國得票的總數來算的。採行「兩票制」新制後，每位選民可以先較不顧慮政黨傾向、去選擇要投給哪個區域立委候選人，然後再用另外那一票，來表達支持哪一個政黨，兩者不一定要投同一個政黨。

但在席次換算上，又分德式的「聯立式兩票制」和日式的「分立式兩票制」兩種，所謂「聯立式兩票制」，就是在一張選票上，同時有區域候選人及政黨兩個選項，選民投區域候選人一票，投政黨一票；但在分配席位時，先依政黨得票數分配各黨的總席次，扣掉區域當選席次後，剩下的再由政黨名單來補足。例如甲黨在某邦按政黨得票率分得 30 席，但該黨已贏得 16 個區域席次，則甲黨在該邦實際只能分得 14 個政黨名額。所謂“分立式兩票制”就是選民真的拿到兩張選票，且區域席次與政黨席次分開計算，如一黨在區域中得到 30 席，按政黨比例分得 20 席，則總席次為 50 席。

二、立法委員之職權

立法院行使憲法所賦予之職權，為代表人民行使立法權之機關，所謂立法權，原有廣義狹義之別：狹義之立法權，僅指制定法律之權而言；廣義之立法權，則除制定法律案之外，依憲法第六十三條之規定，立法院有議決法律案、預(決)算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項等職權。此外，憲法其他條文尚賦予立法院相當多的職權，如有對於總統發布之緊急命令行使同意權；有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權；有提出憲法修正案之權...等皆是。現代各民主國家之國會或議會所稱之立法權，大抵指廣義之立法權。我國憲法第六十二條規定，立法院代表人民行使立法權，亦為廣義之立法權。立法院之職權分述如下：

(一)人事同意權

1. 憲法本文之人事同意權

依據憲法本文之規定，行政院院長(憲法第五十五條)及監察院審計長(憲法第一〇四條)，由總統提名，經立法院同意而任命之。此兩項人事案乃因行政院對立法院負責，而監察院審計長則於完成決算審核須向立法院提出報告，故由立法院行使同意權。為民國八十六年第四次修憲時，取消行政院院長由立法院同意之規定。

2. 憲法增修條文中之人事同意權

增修條文過後，在我國現包括司法院院長、副院長、大法官(憲法增修條文第五條第一項)、考試院院長、副院長、考試委員(憲法增修條文第六條第二項)、監察院院長、副院長、監察委員(憲法增修條文第七條第二項)及審計長(憲法增修條文第一〇四條)。

(二)立法權

立法權係指制定法律之權，此一權利乃立法院最主要且又經常行使之職權。法律之制定，一般須經三個程序：提案、憲議及公布。

1. 法案之提出

我國憲法規定行政院得向立法院提出法案。此外，第八十七條規定，考試院亦有法案提出權，此外，釋字第三號解釋認為，監察院亦有法案提出權；釋字第一七五號解釋亦肯認司法院亦有之。在立法院議事規則〈2002.11.29〉第八條規定，經三十名立法委員連署亦可提出法律案。

2. 審議

所謂審議係指立法院對於法律案之審查，討論與表決之過程，一立法院職權行使法第七條規定，法律案之審議應經三讀會之程序。

3. 公布

按各國通例，制定法律乃為國會之權，而公佈法律則專屬國家元首，我國亦不例外。立法院於法律案通過後，移送總統及行政院。總統應於受到十日內公佈之。公佈時，須經行政院院長之副署，或行政院院長及有關部門首長之副署。但行政院對於立法院決議之法律案認為窒礙難行，得經總統核可，移請立法院覆議。依憲法增修條文第三條第二項規定，立法院對於行政院移請覆案，應於送達時五日內作成決議。如為修會期間，立法院應於七日內自行集會，並於開議十五日內作成決議。覆議案逾期未決議者，原決議失效，覆議時，如經全體立法委員二分之一以上維持原決議，行政院院長應即接受該法律案。

(三)預算議決權—參與決策權

憲法第五十九條規定行政院提出預算案之期間：「行政院於會計年度開始三個月前，應將下年度預算案提出於立法院。」立法院審議總預算案時，由行政院院長、主計長及財政部長列席，分別報告施政計畫及歲入、歲出預算編制過程，立法委員得提出質詢，與審議法案相同，須經三讀會程序。但我國在立法預算審議制度上，為從權力制衡總統制與責任政治，故憲法第七十條規定，立法院不得為增加支出之提議，立法院只有議決權。

(四)行政監督權

立法院對行政的監督極為廣泛，包括對人事、政策之抽象與具體事項的監督及財政妥當性的監督。其監督方式如下：

- 1.聽取行政報告並質詢
- 2.調閱文件檔案
- 3.不信任案提出權
- 4.要求改變政策之權
- 5.聽取總統國情報告之權
- 6.總統、副總統罷免案之提議權
- 7.總統、副總統彈劾案之提議權

(五)憲法修正案擬定權

憲法第一七四條第二款規定，憲法修正案，可由立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，擬定憲法修正案，提請國民大會複決。此項憲法修正案，應於交付公民複決前半年公告之。

(六)解決中央與地方權限爭議

憲法第一一一條規定，除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。

三、立法委員的任期及罷免

(一)立法委員之任期

憲法第六十五條規定：「立法委員之任期為三年，連選得連任，其選舉於每屆任滿前三個月內完成之」，不過，民國九十四年六月七日任務型國民大會複決

通過立法院於民國九十三年八月二十三日立法院臨時會通過之憲法增修條文修正案之第四條第一項，規定立法委員任期自第七屆起，變更為四年。

(二)立法委員之罷免

憲法第一百三十三條規定，被選舉人得由原選舉區依法罷免之。所謂依法乃依公職人員選舉罷免法第六十九至八十五條之規定辦理。依此些條文規定，如要罷免立法委員，必須在其就職滿一年後才可以。又要罷免立法委員，非有原選舉區選舉人總數百分之二以上之提議，百分之十三以上之連署不得成立罷免案，而罷免案之投票人數如不足原選舉區選舉人屬總數之二分之一以上或同意罷免票數未超過有效票數二分之一以上者，罷免案即為否決罷免案。此外，罷免案如經否決，則在該罷免案立法委員之任期內，不得再為罷免案之提議。

以台北市為例，台北市北區計算：

第五屆立委選舉基本統計(本行動推動選區)

區域	選舉人	投票數	最低當選票數	應選名額	退保證金票數門檻	罷免案成立人數(15%)	罷免投票成立	
						提案(2%)連署(13%)兩者不得重複	投票數達選舉人的 1/2	贊成票達投票數的 1/2
北市北區	972,088	625,377	35,271	10	9,721	145,814	486,044	243,022
北市南區	942,490	607,904	34,915	10	9,425	141,374	471,245	235,623
北縣第三	863,335	595,102	34,845	9	9,593	129,500	431,668	215,834

基隆市	276,434	174,705	29,051	3	9,214	41,465	138,217	69,109
-----	---------	---------	--------	---	-------	--------	---------	--------

百分之二以上之提議 $972,0088 * 0.02 = 1,94401.76$

=>須 19,4402(含)人以上之提議

百分之十三以上之連署 $972,0088 * 0.13 = 126,3611.44$

=>須 126,3612(含)人以上之提議

$194402 + 1263612 = 145814$ ，所以罷免案成立之票數為 145,814 票

罷免案之投票人數達原選舉區選舉人數總數之二分之一以上

$625,377 * 0.5 = 486,044$

同意罷免票數超過有效票數二分之一以上

$486,044 * 0.5 = 243,022$

故罷免立委約要 25 萬票

6-3 憲法的爭點與解決

1、立法委員遭判處有期徒刑是否應保有立委資格？

立委邱毅入監服刑，但未褫奪公權，立法院幕僚單位翻遍法規後確認，只要邱毅不主動請辭，即便人在牢房，仍保有其立委資格，除類似必須憑單據請款的國會交流費補助外，包括歲費、公費以及立委研究室，仍可繼續保有至本屆任期結束。邱毅若不辭去立委，入獄後還能繼續領薪水，這是目前法律上的漏洞，為了不浪費百姓的血汗錢，將提案修改台灣「立法院職權行使法」，規定一旦遭法院判刑確定後，立委資格將自動消失。

過去不乏現任立委遭判刑的例子，但多數係遭法院判決褫奪公權，例如前民進黨立委周伯倫、前親民黨立委劉松藩等人，但都自動辭去立委。唯一與邱毅類似的個案，就是前民進黨立委施明德，民國八十六年四月間，因為八十一年推動總統直選違反集遊法，被判拘役五十天，施明德選擇以立委身分入監，

當時就保留立委職務，但由於服刑時間很短，對職權行使影響不大。

2、立法委員遭判處有期徒刑，得否領取薪俸或其他費用？

立法委員遭判處有期徒刑，若無被褫奪公權或者是自動請辭，仍保有「立法委員」的職位；薪俸權是基於公務員與國家之「職」的「身分關係」而來，釋字第 455 號解釋宣示：「國家對公務員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務。」，由此得知，薪俸請求權係公務員基於公法上職務關係所產生之「公法上財產請求權」。但應注意的是，薪俸雖是基於公務員與國家之「職」的「身分關係」而產生的「公法上財產請求權」，但並非所有的「公法上財產請求權」皆屬基於公務員與國家的「身分關係」而生，例如，主管加給、加班費、危險加給等，係基於「務的關係」而來，而非從「職的關係」而來。(註十二)

立委的薪資計算如下：精確來說，每一位立法委員從立法院領取的總經費，一年為八百七十二萬五千零八元，這筆款項包括了歲公費二百三十五萬二千二百四十元、公費助理薪資及加班費補助共四百七十七萬元、選民服務補助費（包含立法研究費、汽油費、高速公路通行費、電話費、文具費、住宿、餐費、服務處租金、助理統籌事務費、國內機票補助、司機誤餐費補助等項目）共一百二十四萬二千七百六十八元、國會外交事務經費補助三十二萬元，以及三年一次國外差旅費十二萬元（平均一年以四萬元計）。因此，如果以最嚴格的概括方式來計算立委個人薪資，也就是用年收入總額扣除公費助理薪資及加班費補助兩項，為三百九十五萬五千零八元，再除以十二則為立委每月薪資，實際數據應為三十二萬九千五百八十四元，與台聯黨所指稱的每個月六十七萬，有高達兩倍的差距。不過以上的統計中，涵蓋了太多的必要支出，諸如服務處租金、行政業務費用等。

從以上立委薪資費用項目依「職」及「務」作分類：

(1) 以「職」來看：包括歲公費及公費助理薪資。因為公務員的「職」係指「職

位」所衍生的身分關係，屬於「組織法的法律關係」。從職的關係可以導出公務人員具有官等、職等保護及受領基本薪俸等權力。

(2) 以「務」來看：包括加班費補助、選民服務補助費〈包含立法研究費、汽油費、高速公路通行費、電話費、文具費、住宿、餐費、服務處租金、助理統籌事務費、國內機票補助、司機誤餐費補助等項目〉、國會外交經費補助及國外差旅費。因為「務」係指公務人員執行的具體任務，其與國家的關係乃「作用法的法律關係」，可以導出公務機關可要求公務員應準時上下班、忠誠的執行具體任務。上、下班時間屬「務的關係」，因此加班領取加班費係屬「務」的問題而與「職」無關。又出差也屬「務的關係」。

6-4 延伸問題

一、言論免責權

(一)民意代表言論免責權之由來及理論依據

1. 由來

(1) 淵源於英國

(2) 在十四至十六世紀間，英國下院議員在國會所提出之議案，或所發表之言論，常被國王認為妨礙國王權利或認為非法，而與予以控訴和處罰。此種情形，對於議員代表人民行使職權自屬妨礙，幾經奮鬥始獲國王讓步。

(3) 1689年制定權利法案，在該法案第九條明文規定：『院內之言詞、辯論或議事，不應受任何法院或國會外其他場所之控訴或審問。』至此，民意代表之免責特權，於是正式見於成文法律，而各國憲法亦相繼仿行。

2. 理論依據

(1) 議會主權思想

(2) 言論自由思想

(3) 三權分立之思想

(二)立法委員言論免責權之保障制度及範圍

1. 保障制度可分為兩種

- (1) 絕對保障制度：係指議員在執行職務時所發表之言論，給予絕對免責之保障，不問其言論之內容如何，均不受任何方式之追訴。例如美國憲法第一條第六項規定：『兩院議員在院內所為之一切演說或辯論，於院外任何地點不受質問。』
- (2) 相對保障制度：係指民意代表在國會內之言論固應予以保障，但非漫無限制，亦即其免責權的保障應有一定範圍。例如西德（現為德國）於1949年制定的基本法第四十六條第一項規定：『無論何時，聯邦議會議員不得因其在聯邦議會或其委員會所為之發言或表決，對之採取司法或懲戒之追訴，或在聯邦議會之外，被追究任何責任，但誹謗不在此限。』德國這種附加但書之規定，顯然採相對保障制度。

憲法第73條「立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責。」之規定來看，並沒有附加任何但書，也無其他條件的限制，依前述之分類，應屬於絕對保障制度。但經司法院數次解釋，我國採相對保障說，就此釋字第435號解釋闡示：

「憲法第七十三條規定立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任，旨在保障立法委員受人民付託之職務地位，並避免國家最高立法機關之功能導致其他國家機關之干擾而受影響。為確保立法委員行使職權無所瞻顧，此項言論免責權之保障範圍，應作最大程度之界定，舉凡在院會或委員會之發言、質詢、提案、表決以及與此直接相關之附隨行為，如院內黨團協商、公聽會之發言等均屬應予保障之事項。越此範圍與行使職權無關之行為，諸如蓄意之肢體動作等，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益者，自不在憲法上開條文保障之列。至於具體個案中，立法委員之行為是否已逾越保障之範圍，於維持議事運作之限度內，固應尊重議會自律之原則，惟司法機關為維護社會秩序及被害人權益，於必要時亦非不得依法行使偵審之權限。」

2. 範圍

- (1) 保障之對象：受言論免責權的保障對象原則上僅及於立法委員本身。
- (2) 保障之場所：「在院內」乃指執行職務之意，故不問其發言是在議院建築物之內與否，凡與執行職務有關，即無須負責。「對院外不負責任」係指立法委員不因行使職權所為之言論及表決而負民事上損害賠償責任或受刑事上之訴追，除因其言行違反內部所訂自律之規則而受懲戒外，並不負行政責任（釋 401）。
- (3) 保障之事項：憲法規定立法委員對院外不負責之事項為「言論及表決」。所謂「言論及表決」似可解釋包括提案、討論、詢問、異議或動議之提出、表決及口頭或書面質詢。

(三) 立法委員言論免責權實務爭議

1. 立委在院內之言論，對外不負責任，惟如其將言論對外公開發表，是否亦不負責任？

實務上，早期司法院院解字第 3012 號解釋謂：「縣省市各參議員，僅其在會議時所為的言論及表決，對外不負責任。若將其在會議時所為的言論及表決，以書面或言詞向外發表，仍應依法負責」，亦採否定說。實則，對於立法委員於會議時所為的言論，新聞媒體可以加以報導，並刊登於公報，而不負責任者，乃是基於「議事公開」的原則，蓋其所傳布的內容畢竟仍為立法委員於「院內」所為的言論，與立法委員於「院外」親自以書面或言詞向外發表意見，究屬有別，而國會議員於議會中所發表的言論，與其將此言論對外傳布，其間最大的不同點在於，後者缺乏一種必要的「駁斥更正」的機制，且亦不受國會紀律懲戒的處分，故國會議員於議會中所為的言論及表決，於議會外發表或提供新聞媒體者，不得主張言論免責權。

2. 立委質詢內容涉及私人問題，如有涉及誹謗、侮辱等侵害個人權益者，是否亦不負責任？

在目前習慣上，立法委員是可以隨意在質詢中詢問私人性質的問題，而僅受院內紀律制裁之限制，然事實上並無真正有效的紀律制裁。

3. 立委在院內言論及表決，對院外不負責任，而如以較激烈之肢體動作表達，是否亦不負責任？

憲法第 73 條對立法委員言論免責權的保障，乃屬原則性規範，發生疑義與實際審判時，乃須視實際案件，從主、觀角度酌審其言行是否有踰越免責權的範圍。

(四) 實施立法委員言論免責權之改進建議

1. 以修憲明定誹謗侮辱除外條款
2. 以國會自律內規加以規範

(五) 結語

言論免責權的保障，固然在使國會議員行使職權「無所瞻顧」，但絕非「百無禁忌」，國會議員若濫用此項特權，並執以作為脫免法律責任的護身符，甚至以之掩飾其違法行為，則言論免責權的制度，不但無法發揮民主功能，反而會成為民主政治進步的絆腳石，企盼立法諸公深切體認此項特權的用意，善盡言責、理性問政。

二、不受逮捕特權

(一) 前言：

為保障議會內討論及表決之自由、避免議會組成受到不法干預及維護議員本身之人身自由，現代議會民主制度乃設計了言論免責及不受逮捕特權制度。其目的在積極防止其他國家權力或第三人利用不當手段妨礙或破壞議會運作，使代表國民意志之議會得以順利履行憲之任務。

(二) 起源：

不受逮捕特權源自英國，早自六世紀，該國已有慣例，凡奉王令參加

當時「智者會議」(The Witenagemot)者，任何人均不得對其留難或傷害，否則需負賠償責任。爾後逐漸發展為議員之「不受逮捕拘禁特權」，承認議員在會期中及其前後各四十日間有此特權。至西元十七世紀左右，此項特權更形擴大，但依其法例，議員觸犯叛亂、妨害治安、誹謗、藐視法庭罪、重罪，或其他任何公訴罪者，皆難享不受逮捕特權。由此觀之，英國之不受逮捕特權，僅適用議員之民事案件，刑事犯罪則不在保障之列。一八六九年國會通過「欠債人法」，明定不得對任何人以羈押方法追收債款，議員此項保障，亦不啻失其作用。繼英國後，美、德、法等歐美國家及日本等亞洲國家亦陸續於其憲法中明文保障國會議員之人身自由。本制度及言論免責制度具有君主立憲時期議會法之傳統意義，然今日民主憲政國家再無往昔君主與議會相互對抗或敵對情形，多數國家仍基於權力分立及監督制衡思想之考量予予保留。

(三)我國不逮捕特權：

我國對立法委員賦予之不受逮捕特權始自民國元年之臨時約法，其第二十六條即規定：「參議員除現行犯及關於內亂外患之犯罪外，在會期中非得參議院許可，不得逮捕。」此後歷經民國三年之中華民國約法、民國十二年及民國三十五年中華民國憲法。保護期限亦因應歷次修法，自「會期中」擴大至立法委員整個任期。然面臨各界對特權擴張太過將造成刑事裁判負面影響之質疑，民國八十九年公布之憲法增修條文第四條第八項規定則再度將此項特權限縮為「會期中」始得享有。

(四)法條依據：

憲法第 74 條：立法委員，除現行犯外，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。此之不逮捕特權範圍甚廣，與國民大會代表之不逮捕特權限於「會期中」相較，國大代表似受「不平等待遇」。國民大會代表乃於第四次憲法增修條

文第四條第六項將之修正為：「立法委員，除現行犯外，在會期中，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。憲法第 74 條之規定，停止適用。」此一特權，雖為個人權，但屬公權，旨在限制司法權力的行使，故縱表示拋棄，亦屬無效。

(五)不逮捕權的逮捕：

固指刑事原因之逮捕、拘禁，是否兼指於違警與其他行政上之對身體自由的限制各國法例不一。但若民事上的拘提管收及行政執行法上基於公法上金錢給付義務的行政執行法上拘提管收，皆不得對之主張免於被逮捕，因民事及行政執行關係之拘提管收與立法委員職務無關。而公法上金錢給付義務不履行的拘提管收之前，已經過催收仍逾限不履行，亦不提供擔保者，才聲請該管法院裁定拘提管收者，其之前的程序已足以保護其免於受到政治上的不當的干擾。

6-5 參考資料

- 1、<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/mar/23/today-pl.htm>
- 2、李惠宗，憲法要義，元照出版，第三版，2006年9月，頁500/501
- 3、<http://tw.knowledge.yahoo.com/question/question?qid=1105061010308>
- 4、晏揚清，中華民國憲法，高立圖書有限公司，第三版，2006年7月，頁245
- 5、李惠宗，憲法要義，元照出版，第三版，2006年，頁512
- 6、晏揚清，中華民國憲法，高立圖書有限公司，第三版，2006年7月，頁241
- 7、李惠宗，憲法要義，元照出版，第三版，2006年，頁519
- 8、林騰鶴，中華民國憲法論，三民書局出版，第十版，2006年八月，頁182/183
- 9、<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/mar/23/today-pl.htm>
- 10、李惠宗，行政法要義，元照出版，第三版，2007年，頁178
- 11、<http://www.drshen.org.tw/comment/post/9008312.HTM>

- 12、李惠宗，行政要義，元照出版，第三版，2007年，頁175
- 13、周良儼，立法委員言論免責權之理論與實際，憲政時代，22卷3期，頁46/50
- 14、李惠宗，憲法要義，元照出版，第3版，2006年9月，頁505/506
- 15、李建良，國會議員言論免責權之理論與實務，法令月刊，51卷10期，頁182
- 16、周良儼，立法委員言論免責權之理論與實際，憲政時代，22卷3期，頁54/58
- 17、周良儼，立法委員言論免責權之理論與實際，憲 第六案 立委入獄薪水照領案
- 18、立法院全球資訊網：<http://www.ly.gov.tw/index.jsp>
- 19、李惠宗，憲法要義，元照出版，第三版，2007年，頁506

第七案 中正紀念堂易名為台灣民主紀念堂案

7-1 事實背景

民國九十六年，位於台北市中正區的中正紀念堂，易名為台灣民主紀念館，這其中需要了解的不只是一個單位的更名意義，還需要輔以正確的形式合法性，即符合法律保留原則。和這次的事件相關的單位有行政院、教育部、台北市政府、台北市文化局和中正紀念堂管理處，以下以時間表列方式，呈現這次事件的始末。

-
- 2007/2/5 立委高志鵬要求將中正紀念堂搬至大溪慈湖，中正紀念堂現址則改為「台灣民主紀念館」。
- 2007/2/26 行政院發言人鄭文燦受訪時表示，中正紀念堂擬改為「台灣民主紀念園區」，陳列歷屆總統文物，相關規劃待成熟後即對外公布，教育部表示，將針對此事召集專家學者討論，中正紀念堂管理處則表示將配合政策行事。
- 2007/3/2 教育部長邀集跨部會協商，考量到中正紀念堂是台灣民主運動重要歷史記憶，因此決議將其改名台灣民主紀念館，兩廳院園區則改名台灣民主公園。
- 2007/3/5 台北市政府文化局決定將中正紀念堂列為「暫定古蹟」。
- 2007/4/13 行政院長蘇貞昌核定台 第七案 中正紀念堂易名為台灣民主紀念堂案
- 2007/5/9 行政院院會通過廢止「國立中正紀念堂管理處組織條例」，將送立法院審議。
- 2007/5/19 中正紀念堂正式更名，台灣民主紀念館掛牌。
- 2007/5/20 台北市文化局認定懸掛本堂的巨幅布幔，違反文化資產保存法第卅條「遮蔽古蹟外貌」規定，對中正紀念堂管理處開出新台幣十萬元罰單，並要求立即拆除。
- 2007/5/21 台北市文化局認定暫定古蹟「中正紀念堂」本堂南北兩側懸掛巨

幅布幔尚未拆除，違反文資法不得遮蔽古蹟規定，對中正紀念堂管理處再開出二十萬元罰單，累計罰款金額達三十萬元。

2007/5/22 台北市文化局率領法規會、建管處、拆除大隊等，到民主紀念館強制拆除南北兩側布幔及本堂正面遮住中正紀念堂銜牌的藍布，鷹架遮住銜牌部份也被拆除。

2007/5/25 國、親黨團在院會動用表決，將教育部函送立院的「國立台灣民主紀念館組織規程及編製表」、「國立台灣民主紀念館辦事細則」等查照案，改為交付委員會審查。

2007/6/1 文建會因教育部提出訴願而所組成的訴願審議委員會做出決議，認為台北市政府對「台灣民主紀念館」所做的行政處分，合法性有疑義，應先停止執行。

2007/6/7 立法院法制、教育聯席會審查「國立台灣民主紀念館組織規程」及編製表、「國立台灣民主紀念館辦事細則」查照案，表決結果「不予查照」並要求教育部廢止。

7-2 憲法爭點

一、中正紀念堂更名之爭議：

中正紀念堂是隸屬於於教育部（國立中正紀念堂管理處組織條例第一條），而教育部是《中央行政機關組織基準法》中明訂的「二級機關」，因此中正紀念堂管理處應是屬於三級關，其組織設置的依據是立法院三讀通過的法律《國立中正紀念堂管理處組織條例》，而非行政機關得自行訂定的行政命令。為了除去象徵帝制的中正紀念堂，從而具有實質正當性，行政院和教育部將國立中正紀念堂管理處逕行降為「四級單位」，另訂《國立台灣民主紀念館主之規程》取代《國立中正紀念堂管理處組織條例》。而根據《中央法規標準法》第 21 條有左列的情形之一者，廢止之：一、機關裁併，有關法規無保留之必要者。

《中央行政機關組織基準法》第四條第一項「下列機關之組織以法律定之，其餘機關之組織以命令定之：一、一級機關、二級機關及三級機關。二、獨立機關。」，中正紀念堂是隸屬於教育部管轄，應屬三級機關，因此其組織是應該以法律訂定之，而在《中央行政機關組織基準法》第 12 條規定：四級機關的設置可以直接由行政院以行政命令為之，但在同法 第 11 條卻明文規定三級機關之裁撤是必須送立法院審議。所以要廢止《國立中正紀念堂管理處組織條例》並非由教育部行文至行政院許可就可以將之廢除，而是需要經由立法院審議決定才行，就目前行政院於 5 月 9 日通過的「國立中正紀念堂管理處組織條例廢止案」已經被立法院退回，所以原本的《國立中正紀念堂管理處組織條例》依然存在。

我國《中央法規標準法》第 2 條之規定，法律的名稱分為 4 種：法、律、條例、通則。中華民國法律分為憲法、法律和命令三個層級，以中華民國憲法為基礎，所有規範皆不可違背在其上位階的規定。命令為行政機關發布之具體辦法，不得違反憲法與法律的規定（憲法第 172 條）。而《國立中正紀念堂管理處組織條例》是立法院三讀通過的法
第七案 中正紀念堂易名為台灣民主紀念堂案

項：「法律之廢止，應經由立法院通過，總統公佈。」因此教育部應該擬案報請行政院轉請立法院審議，使具有合法性。若未經過送立法院審議之程序所為機關之改廢，應屬無效（根據《行政程序法》第 158 條法規命令、有下列情形之一者，無效：一、牴觸憲法、法律或上級機關之命令者。二、無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權力者。三、其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者。）

而行政院和教育部現在把《國立台灣民主紀念館主之規程》發布並送立法院備查，就宣稱可以讓「國立台灣民主紀念館管理處」取代「國立中正紀念堂管理處」，但在立法院尚未審查此行政命令是否有違反、變更或抵觸法律時，這樣的宣稱在法律上是有些站不住腳的（根據《立法院職權行使法》第 60 條、第 62 條）。

二、台北市政府對中正紀念堂暫定古蹟措施之爭議

中正紀念堂位於台北市，但卻為教育部之管轄，台北市政府是否可以將中正紀念堂指定為古蹟？

因文化資產保存只規定主管機關的層級（文建會>直轄市政府>縣市政府），不管公有建築屬於何種機關所管理，因此台北市政府先就特定建築指定為古蹟（包括暫定古蹟）之後，該建築及具有古蹟的地位。

根據文化資產保存法第3條 本法所稱文化資產，指具有歷史、文化、藝術、科學等價值，並經指定或登錄之下列資產：

- （一）古蹟、歷史建築、聚落：指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化價值之建造物及附屬設施群。
- （二）遺址：指蘊藏過去人類生活所遺留具歷史文化意義之遺物、遺跡及其所定著之空間。
- （三）文化景觀：指神話、傳說、事蹟、歷史事件、社群生活或儀式行為所定著之空間及相關連之環境。
- （四）傳統藝術：指流傳於各族群與地方之傳統技藝與藝能，包括傳統工美術及表演藝術。
- （五）民俗及有關文物：指與國民生活有關之傳統並有特殊文化意義之風俗、信仰、節慶及相關文物。
- （六）古物：指各時代、各族群經人為加工具有文化意義之藝術作品、生活及儀禮器物及圖書文獻等。
- （七）自然地景：指具保育自然價值之自然區域、地形、植物及礦物。

而台北市府對只有二十七年歷史的中正紀念堂暫定為古蹟，並不符合本條的旨意，其決定是欠缺實質正當性，但該暫定古蹟之行政處分如未經撤銷能屬有效（行政程序法第110條第3項：行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。）

7-3 相關理論闡述

一、國家機關之設置的實質正當性

現代民主法治國家的權利之「取得」應符合「形式合法性」，其運作應具有「實質正當性」，國家任何公權力的行使，皆會受到「憑什麼（形式合法性）」及「為什麼（實質正當性）」兩個問題的質疑與挑戰。釋字第 532 號解釋亦稱：「國家機關所依據之程序，須依法規定，其內容更需實質正當」。

從本案的例子來看，教育部欲將中正紀念堂從帝制象徵的建築物更名成較具有實質意義的台灣民主紀念館，其僅具有實質正當性的措施，但卻未遵循合法的程序，造成《國立中正紀念堂管理處組織條例》和新的行政命令《國立台灣民主紀念館主之規程》並存的爭議。這是不符合法治國家之要求，就算是擁有實質正當性，但也不可以取代程序合法。

國家權力如果沒有形式合法性（即法律依據），就談不上其具有實質的正當性。縱合上述幾點，國家權力的「形式合法化」與「實質正當性」是必須同時具備的，才會符合憲政主義對國家的要求。

二、法律保留原則的理論

依法行政原則由以下兩者建構而成：

（一）法律優位原則——行政不得抵觸法律

（二）法律保留原則——無法律，無行政

行政機關之行為，必須有法律的授權，始得為之。若無法律依據，即構成違法。又稱「消極」依法行政原則。憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配。（釋字第 614 號解釋）。該原則要處理的問題是：行政舉措「是否」及「於何種範圍」須有法律之依據。有關法條及釋字：

1. 憲法§23：「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。」反面解之，即：「以上各條所列舉之自由權利，於……所必要者，非以法律不得限制之。」

2. 中央法規標準法§ 5:「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」說明如下：

第一款：例如中央法規標準法第 5 條

第二款：例如憲法第 19 條規定：「人民有依法律納稅之義務。」

第三款：係指國家機關不論其層級高低，其組織均應以法律定之。

3. 中央法規標準法§6:「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」

4. 釋字第 443 號解釋理由書

憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。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。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。

層級化的法律保留：國家應就不同重要性事項，或侵害不同種類的基本權及其侵害程度，以不同等級的法律加以規範。

可分成：

- (1)憲法保留
- (2)國會保留
- (3)廣義法律保留
- (4)最廣義法律保留

憲法保留

- A. 只能由憲法加以決定
- B. 涉及到與國家最基本憲法政策之決定或基本權的保障，應由憲法規定。(ex. 國體、政體的決定、內閣制或總統制的決定..etc.)
- C. 憲法§ 8 (人民身體自由之保障)

國會保留

- A. 只能由形式意義的法律規定，立法者不得拋棄其責任而委由行政機關以法規命令規範之。
- B. 是否屬國會保留事項，理論上和實務上均以「**重要性理論**」為標準。

謂在行政範圍內的重要決策，應受法律保留原則之支配，國會並有義務制定所需要的法律，不得委諸行政機關自行決定，是故重要性理論乃國會保留之別稱。

- C. 「…憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條 及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。……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者，亦應由法律加以規定…」(釋 443)

廣義法律保留

A. 某些事雖應由法律加以規定，但仍可授權行政機關以法規命令規定之。

B. 為一般所稱的法律保留。

C. 惟須符合「**授權明確性原則**」

三要素：「目的」、「範圍」、「內容」
判斷標準：法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則。(釋字第 491 號解釋)

D. 行程 §150 II：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」

E. 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。」(釋 443)

最廣義法律保留

A. 只要有相當於「法律」位階之規範作為依據即符合法律保留

B. 「…給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然…」(釋 443)

C. Ex. 給付行政：國家權力作用，若不會對第三人產生「相對性的侵害」，此時只要有預算上的依據即為已足。蓋預算屬「特別法律」(釋 391、520)

給付行政：

指有關社會保險、社會救助、生活必需品之供給、舉辦職業訓練、給予經濟補助及提供文化服務等措施而言。乃基於國家賦有生存照顧之義務。

7-4 延伸問題

一、精省之過程

立法院於民國 87 年 10 月 9 日制定「台灣省功能業務與組織調整暫行條例」（簡稱為精省條例）。該條例明定台灣省政府為行政院派出機關，非自治團體，省政府受行政院指揮監督。依第二條規定省享有監督縣市自治事項、執行省政府行政事務及從事其他經由法令授權或行政院交辦之事項，但是原先行政院版列舉之十三項省監督縣市之事項則被刪除。

精省條例自民國 87 年 12 月 21 日施行至民國 89 年 12 月 31 日止，省即使擁有上開權限，也只是暫時性的安排。立法委員郝龍斌等人聲請大法官釋憲

司法院大法官作出釋字第 467 號解釋 中華民國八十六年七月二十一日公佈之憲法增修條文第九條施行後，省為地方制度層級之地位仍未喪失，惟不再有憲法規定之自治事項，亦不具備自主組織權，自非地方自治團體性質之公法人。符合上開憲法增修條文（1）意旨制定之各項法律，若未規劃國家或縣市等地方自治團體之事項，而屬省之權限且得為權利義務之主體者，於此限度內，省自得具有公法人資格。

解釋文指出，修憲之後，省為地方制度層級之地位並未喪失，惟不再有憲法所規定之自治事項，亦不具備自主組織權，因此省自非地方自治團體性質之公法人。大法官在理由書中認為，除了國家、地方自治團體之外，尚有其他公法人存在，可參照國家賠償法、農田水利會組織通則、訴願法等。

1. 中華民國憲法增修條文第九條

（1）省、縣地方制度，應包括以下各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制：

- 一 省設省政府，置委員九人，其中一人為主席，均由行政院院長提請總統任命。
- 二 省設省諮議會，置省諮議會議員若干人，由行政院院長提請總統任命之。

三 縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。

四 屬於縣之立法權，由縣議會行之

五 縣設縣政府，置縣長一人，由縣民選舉之。

六 中央與省、縣之關係。

七 省承行政院之命，監督縣自治事項。

2. 台灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定。民國 88 年 1 月 13 日立法院三讀通過「地方自治法」，明定省非「地方自治團體」，進一步將省之地方自治地位凍結，未來省不排除為象徵性之公法人或類似如公營造物之公法人。

二、廢止台灣省議會的過程

台灣省議會依據第三屆國民大會第二次會議通過憲法增修條文第九條第二項規定，台灣省議員選舉，自第十屆台灣省議會議員之屆滿日起停止辦理，省議員之選舉從此停止。

復依據台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例(精省條例)第二十一條之規定，省縣自治法有關省自治的規定，自民國八十七年十二月二十一日起停止適用。該法第二十條規定，台灣省議會自民國八十七年十二月二十一日裁撤，同日省諮議會依憲法增修條文第九條第一項第二款及精省條例暨行政院令頒「台灣省諮議會組織規程」之規定，於省議會原址成立，承襲議會所有之資產包括人員及軟硬體設施、設備。

省諮議會依台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例(精省條例)第二十條之規定，置諮議會議員二十一人至二十九人，由行政院院長提請總統任命之，並指定一人為諮議長，任期三年，為無給職，對省政府業務提供諮詢意見。

〈1〉台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例

第二十條

臺灣省議會自中華民國八十七年十二月二十一日裁撤，其組織規程由行政院廢止之；其所屬公務人員之權益保障，準用本條例之規定。臺灣省諮議會，置諮議會議員二十一人至二十九人，由行政院院長提請總統任命之，並指定一人為諮議長，任期三年，為無給職，對省政府業務提供諮詢意見；其預算之編列及執行等，準用第十條之規定。臺灣省諮議會組織規程，由行政院定之。

第二十一條

省縣自治法有關省自治之規定，自中華民國八十七年十二月二十一日起停止適用。

根據憲法增修條文及台灣省政府功能業務與組織調整暫行條例(精省條例)的有關規定，省政府的功能、地位、作用、職權及其產生方式等均與以前發生了根本性的變化，使中華民國在台灣的理念在法律和體制上得到了貫徹和落實。

7-5 參考資料

1. 李惠宗，憲法要義，三版，民 95，P65～68
2. 李惠宗，行政法要義，三版，民 96，P31～39
3. 吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版，民國 95 年
4. 李建良，月旦法學教室，第四九期，依法行政原則—法律保留原則
5. 李惠宗，一塊布幔的爭執，月旦法學教室，第五十七期
6. 趙德樞，從中正紀念堂改名事件談法律與行政命令之位階關係
7. http://www.ly.gov.tw/ly/01_introduce/0103_leg/leg_main/leg_message/leg_message_02.jsp?ItemNO=01031100&stage=6&lgn=00204&id=98562
8. <http://www.rti.org.tw/News/NewsContentHome.aspx?NewsID=73084&t=1>

第八案 人獸胚胎研究案

8-1 人獸胚胎

一、什麼是幹細胞？

幹細胞(stem cells)是一群尚未完全分化的細胞，同時具有分裂增殖成另一個與本身完全相同的細胞，以及分化成為多種特定功能的體細胞兩種特性。幹細胞在生命體由胚胎發育到成熟個體的過程中，扮演最關鍵性的角色，即使發育成熟之後，一般相信幹細胞仍然普遍存在於生命體中，擔負著個體的各個組織及器官的細胞更新及受傷修復等重責大任。

二、幹細胞之來源

胚胎、墮胎胎兒的生殖細胞、骨髓、血液、臍帶血、胎盤、體細胞和移轉以及重新設定成熟組織的生命週期，讓成熟細胞表現得像幹細胞。

三、幹細胞研究對人類的願景

科學家希望從複製的病人胚胎中取出富有分化潛能的幹細胞，利用特定的分子訊號使幹細胞分化成病人所需的器官、組織進行移植，可避免一般器官移植所產生的排斥現象，並能預防或治療巴金森氏症、阿茲海默症等數十種疾病。

四、何謂胚胎？

胚胎指受精卵分裂未逾八週者，這是因為受精後八週，主要器官即已形成，前階段稱胚胎期，後階段為胎兒。

五、人獸胚胎的介紹

將人類的細胞與動物的卵子融合，培養出一種“半人半獸”的胚胎，從而成為用於醫療研究的幹細胞的來源。據科學家們說，利用動物卵子是因為人類卵子的數量有限，而且提取的難度較大，動物卵子是人類卵子理想的替代品。

科學家指出，通過培育人獸混合胚胎，可以得到大量的幹細胞。而幹細胞可以分化成人體的各种組織和器官，在器官移植和探尋像帕金森氏症、糖尿病等疾病的病因方面都有著廣闊的應用前景。

六、人獸胚胎實驗流程

- (一)將含所有 DNA 的人類細胞核轉移到一粒動物的卵子。
- (二)一般來自母牛的雌性動物卵子，內含的所有基因資訊會被移除。
- (三)生成的人獸胚胎，99.9%屬於人類。
- (四)研究員會以電流刺激卵子分裂，形成胚胎。
- (五)胚胎 6 日大時，體積仍像針頭般大小，幹細胞會從胚胎核心中抽出。
- (六)幹細胞最終長出組織。

七、混合胚胎實例

2003 年，上海第二醫科大學的研究人員將人類皮膚細胞與兔子卵細胞融合，培植出人類胚胎幹細胞。該項研究中的胚胎，被美國科技媒體視為首例成功製造出來的人獸雜交“客邁拉”（希臘神話中一隻獅頭、羊身和蛇尾的吐火怪獸）。

2004 年，美國明尼蘇達州馬約醫學中心的傑佛瑞·普拉特醫生通過將人類幹細胞移入豬的胚胎，製造了一些“客邁拉豬”。而在另一項實驗中，美國內華達大學的伊斯梅爾·贊賈尼等科學家將人類幹細胞移入綿羊胚胎，製造出了一些“客邁拉羊”。

這種將人類幹細胞與動物胚胎相結合產生的新物種的研究在世界範圍內引發了廣泛爭議。2004 年，加拿大通過了《輔助人類生育法》，明確禁止把非人類細胞導入人類胚胎中，也禁止把人類細胞導入非人類胚胎中。

八、事實背景

英國科學家打算培植「人獸胚胎」引發醫學倫理爭議，原本持反對意見的英國政府卻出現政策大轉彎，於五月十七日公布新法草案允許科學家可以有條件利用混合人類 DNA 與排除遺傳物質的動物卵子所製造出來的人獸混合胚胎，來培育幹細胞，以便進一步了解並發展阿茲海默症、帕金森氏症、運動神經元病變等絕症新療法。

研究人員指出，他們目前所培育的混合胚胎被稱為“胞質雜合體”，即從患有特殊病症的病人的皮膚細胞中提取細胞核，植入剔除了細胞核的牛或兔子的卵細胞中。從遺傳學角度來看，這種混合胚胎中將有 99.9% 的遺傳物質屬於人類，只有不到 0.1% 來自動物，因此是最接近人類胚胎的一種。

九、研究情形及現況

根據英國政府所頒布的新法草案，除了規定科學家必須擁有執照才可進行研究，並且只能在實驗室進行培育工作，時間不可超過兩個星期，也不得植入人體內，否則則屬違法，另外還規定，所有的人獸胚胎不得培育為「真正的胚胎」，不得以動物的精子與人類的卵子結合，也不得以人類的精子與動物的卵子結合。

該草案提議，科學家可進行三種類型的人獸混合胚胎研究：

1. 嵌合胚胎：將動物的細胞注入人類胚胎中。
2. 人類基因轉殖胚：是將動物的遺傳物質 DNA 注入人類胚胎。
3. 細胞質混合：是將人類細胞的細胞核注入遺傳物質幾乎已完全去除的動物卵子中。

目前英國大學進行的人獸胚胎以「細胞質混合」為主，這種技術是利用動物卵子來製造混合胚胎，所造出來的胚胎九十九·九%是人類，來自牛、兔子、豬或羊的部分只佔〇·一%；使用動物卵子的原因在於人類卵子來源短缺。故混和胚胎超過百分之九十九的基因都是來自於人。

雖然此種科技的發展對未來醫療方面的研究有很大的進展，但是另一方面也引起大家的擔心，害怕原本在動物身上不會顯現的疾病或病毒會因此而引入人體，帶來很大的風險，甚至引起災難性的後果，因此若是要進行此種高危險的研究，政府應該要建立嚴密的法律規範加以預防，我國目前有關人類胚胎幹細胞研究與應用的主要規範於民國 91 年 2 月 19 日公布的「胚胎幹細胞研究倫理規範」，其對胚幹細胞的來源、取得方式即禁止事項進行規範，所擬內容如下：

1. 研究使用的非胎幹細胞來源僅限於：
 - (1) 自然流產的胚胎組織。
 - (2) 符合優生保健法規定之人工流產的胚胎組織。
 - (3) 施行人工生殖後，所剩餘得銷毀的胚胎，但以受精未逾 14 天的胚胎為限。
2. 不得以捐贈之精卵，透過人工受精方式製造胚胎功研究使用。
3. 以「細胞核轉殖術」製造胚胎功研究使用，因牽涉層面較廣，需再作進一步之審慎研議。
4. 供研究使用的胚胎幹細胞及其來源，應為無償提供，不得有商業營利行為，且應經當事人同意，並遵守「研究用人體檢體採集與使用注意事項」。
5. 胚胎幹細胞之研究，不得以複製人為研究目的。
6. 胚胎幹細胞若使用於人體試驗之研究，應以治療疾病和改善病情為目的。

但其僅為倫理規範，不具有任何法律授權的強制力，只為一行政命令，且我國憲法及大法官會議解釋對於胚胎的權利議題未有明確的規定和解釋。國內實在急需制定一個具有明確定義即可從事相關研究人員以為依循的法律規範。

8-2 憲法爭點

一、基本權利的核心價值人性尊嚴的探尋(法律 VS. 宗教)

- (一)以法律觀點觀之，人性尊嚴應具有兩個基本內涵：人的主體性與人的自由意志應受尊重。

1. 人的主體性：所謂的主體性是不可以將人當作是一個客體或只是當作一項工具加以使用，縱使基於特定關係而負有特別義務，一個人絕對不應該成為他人權利的客體。

2. 人的自由意志應受尊重：由於人有自由意志可以做自己的主人，可以為自己的行為負責，在自由意志下，人可對各種相關的情況做理性的分析，而作成是或否的決定。所謂意志是否自由，由個案做判斷。

(二)以宗教觀點觀之，根據基督宗教的觀點，上帝所造的世界是最自然的世界，其中的一切都依照上帝最初的旨意運行，因而人類沒有必要按照自己的私意改變自然的規定。倘若人類刻意要以自己的方式改變自然的規定，那麼人類不免就會忘卻自己受造的身分，誤以為自己擁有絕對的主宰權，儼然以上帝自居。這種代上帝為造物主的作法，自然是一種僭越。

二、針對於胚胎，人性尊嚴與憲法第十五條生存權保障時點，即從何開始，何時結束？

憲法第十五條：人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。而根據人工協助生殖技術管理辦法第三條第五款的定義：「胚胎：指受精卵分裂未逾八週者。」人工生殖法草案的定義以八週為分界。

第八案 人獸胚胎研究案

(一)生存權保障是否及於胚胎？

生存權的保障包括了生命權與生活權的保障。以生命權的保障是從「生命之始」就開始保障，甚至包括體外製造的胚胎，並非以是否「有生命意識」或以人作為生命權保障，生命現象則始於精子與卵子結合或以無性生殖技術，形成胚胎之際，因此胚胎屬於生命權保障之範圍內。

(二)人性尊嚴與胚胎的關係？

胚胎既享有憲法生命權的保障，在胚胎道德地位的理想類型分類上，可以因不同的立場，採取三種模型：「人的模型」、「物的模型」和「階段保護模型」。

1. 人的模型：認為胚胎得主張人性尊嚴基本權利的保護，並且人性尊嚴的

保障是絕對，不可以因為研究自由與人性尊嚴的衝突而讓步。

2. 物的模型：否定胚胎得享有生命權保障，更拒絕引用人性尊嚴對胚胎進行保護。
3. 階段保護模型：則介於兩者之間，對胚胎採取隨著胚胎發展不同階段採取階段性保護，也就是說胚胎不能享有如同已經出生的人一樣的道德地位，但是也不能單純視為研究材料，而是必須隨著胚胎的發展，給予不同程度的保護。而其重點不是在於胚胎「是否」為人性尊嚴基本權利主體，而是在於「如何」保護胚胎的人性尊嚴。

三、可由該項生物技術治療之病患，憲法生存權對之保障。

胚胎研究有可能治療迄今無法治療的疾病，受該生物治療之病患的保障可在憲法上援引兩項依據。首先，憲法增修條文第 10 條第 5 項規定「國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。」此規定僅是憲法委託，無法直接得出人民之主觀權利。其次，憲法第 15 條保障生命權，不僅構成人民的主觀防禦權利，也形成國家保護義務。人民雖無法依據此權利直接請求國家治療其疾病，但國家有義務創造出有利於人民治療其疾病的環境。

四、為保障病患之生存權，而准許該項技術的實施，是否妨害憲法第二十二條中之社會秩序，又此處社會秩序應做何種解釋？

憲法第二十二條：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。

(一)何謂社會秩序？

社會秩序包括以下兩個分析面：一為行為秩序，一為狀態秩序。行為秩序為制度規範的要求或結果；多數社會分子的社會行為符合制度規定，即是好的或正常的行為秩序。就後者言，安定的社會結構及地位體系，即是理想的狀態秩序，這是從社會結構所下的論斷。此二秩序雖密切相關，互為表裏，實行共

變，但也可能依社會環境而實行獨立變遷。

(二)病患生存權的討論

關於病患之生存權，可以以另一種角度解釋為治療請求權，分別從兩項依據可觀之，分別是憲法增修條文第十條第五項規定「國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。」但此規定也僅為憲法委託，無法直接導出人民的主觀權利。

另一方面則可從憲法第十五條(第 15 條:人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。)中得知，政府有權利保障人民之生存權與其衍申之身體健康權，此項權利不僅構成人民的主觀防禦權利，也形成國家對人民應有的保護義務。但並非指人民可以沒有限制的主張此權利，尤其是涉及到基本權利的衝突時，必須再三確定其內容後再做具體個案及憲法整體價值秩序的法益衡量。人民雖然不能直接依此項權利向國家請求治療其疾病，但國家有義務創造一個有利於人民治療其疾病的權利。

五、憲法第 23 條比例原則的適用(增進公共利益)

(一)比例原則

所謂的比例原則旨在強調國家在干預行政時，不得為達目的不擇手段，就是在強調目的與手段間的平衡，比例原則於干預行政上有三個子原則即「適當性原則」、「必要性原則」、「過度禁止原則」。所謂「適當性原則」又稱「合目的性原則」，認為在干涉行政目的上，須有合憲依據，我國憲法第 23 條列舉了四種目的為其標準，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必要者外，不得以法律限制之。故只要具備以上四種目的之一即符合比例原則之適當性原則。

(二)至於有條件利用混合人類 DNA 與排除遺傳物質的動物卵子所製造出來的

人獸混合胚胎，是否屬增進公共利益之行為？

本組採肯定之態度，人獸混合胚胎可用來治療許多疾病(如阿茲海默症、帕金森氏症等。請參閱後頁)，使人們不需受到疾病之折磨，並延長人類之生命、增進人類福祉，人獸混合胚胎為醫學上一大突破，使從前難以治癒之症，有了更有效的治療方法。因此有條件利用混合人類 DNA 與排除遺傳物質的動物卵子所製造出來的人獸混合胚胎實屬於增進公共利益的行為，符合憲法第二十三條比例原則，不應該因社會大眾對其有錯誤之認知(大部分人對生物科技不了解，導致其視人獸胚胎為有損道德之行為，甚至認為會產生半人半獸之怪物)或視有人性尊嚴與倫理上的爭議而放棄人類健康與生命延續能增進更多福祉的可能。

8-3 研究自由是否有界限

依據憲法第 22 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。」因此人民亦擁有學術研究之自由，又研究自由亦為講學自由之引申，是以學術研究自由為憲法保護的，至於研究自由是否應有界限？本組採**有界限**之看法，即研究自由是在不損害他人之人性尊嚴及不妨害社會之公共利益的前提下所享有的。舉例而言，如**複製人即不屬學術研究自由的範圍**，因其損害了他人的人性尊嚴(控制人的形成，將人客體化、工具化)和其有妨害社會秩序公共利益之虞(複製人的形成，會使得社會秩序大亂)。又如科學家將尚未經動物實驗證明其無危險之藥物，注入人體內，亦不屬學術研究自由之保障部分，不僅將侵害人性尊嚴，更是視他人生命權為無物，我們應反對之。

人獸混合胚胎是否逾越了研究自由的界線？以下為正反雙面的論點：

正面：人獸混合胚胎之研究實為醫療科技之一大突破，許多罕見疾病如：阿茲罕默症，帕金森氏症，運動神經元病變等。目前無治癒方法，而人獸混合胚胎的幹細胞研究為此些病症提供了有效的治療方式，使上述病症不再為絕症，亦能使病患之生命得到延續，因此研究此議題屬學術研究自由的範圍且為善意欲增進公共利益，憲法應給予保障。

反面：胚胎幹細胞的取得目前有四種：

- 一. 人工流產得到的胚胎組織。
- 二. 人工生殖後擬銷毀的多餘胚胎。
- 三. 以體細胞轉植技術所製造的人類胚胎或混種胚胎。
- 四. 為研究使用而由捐贈者的精卵製造的胚胎。

以上之取得方式侵犯了人的主體性及人性尊嚴，且就人工流產得到的胚胎組織而言：該胚胎已死故權利能力消滅(始於出生終於死亡)但人性尊嚴尚存在且不可侵犯(人性尊嚴包括未出生或已死亡)，誰可以替它決定成為此實驗的研究對象呢？就算為其法定代理人亦不可代替其決定，又胚胎幹細胞取得無疑是將人客體化、工具化，且第一項取得方式(人工流產得到的胚胎組織)尚有鼓勵婦女墮胎之虞，我們應反對之，而社會大眾擔心使用動物的卵子可能會突變導致某半人半獸之怪物出現，此議題威脅到大眾之心理安全已超出學術研究自由的界限。

關於以上兩面之論點，**本組則採用正面說**，因人獸混合胚胎，可以使他人之生命得到延續，保障了他人的生命權，並能有效治療病症，是科技對人類福祉之貢獻、對公共利益之增進，且一般社會大眾對人獸胚胎存有害怕之心，實為教育之不足，人獸胚胎並非將動物之遺傳基因移植至人類身上，而是去掉遺傳物質只取其卵子空殼，動物之特徵不會出現在人身上。故一般社會大眾之錯誤認知，吾人應教育之，不能使其盲目懼怕。

8-4 國家危險及風險管理的義務

人獸胚胎研究確實能帶給人類生活莫大的福祉；但另一方面又涉及人性尊嚴與社會倫理價值觀等高度爭議性之倫理問題，若人獸胚胎真付之於人類身上，對人類社會將是一個強烈的震撼，且目前人獸胚胎尚處於研究階段，無法完全掌握其安定程度與醫療效果，是否有其他後遺症也是不得而知。人獸胚胎雖然大部分細胞來源是屬於人類，但與動物的細胞結合仍有排斥反應的可能性存在，再加上混合細胞可能造成細胞病變，引發其他未知的疾病，反而更傷害人類之健康。此外，人獸胚胎其潛在動物細胞會不會造成半獸人之出現或影響人類的人格特質，也是尚待研究的課題。

故是否應許人獸胚胎幹細胞之研究與實行，應匯集科學、宗教學、倫理學、法律學、社會學等各種意見，在正反觀念充分且深入的辯論之下，並取得全民之共識，使得確定並制定一定法律規範。

在發展生物科技的同時，如何取得科學研究與人性尊嚴的平衡，首重於完備的法制環境。因此，我國如要積極發展生物科技，即必須加強整合法律規範，以及採取相關監督管理措施，才能在各國強力競爭下，與先進國家並駕齊驅。

8-5 相關病症

1. 運動神經元疾病

運動神經元疾病，就是俗稱的漸凍人症。

運動神經元疾病是一種進行性的運動神經萎縮症，好發於40歲至50歲的中年人，不過進入青春期後的任何年齡層都有可能發生；大約每10萬人中就有5個人可能患病，男女罹患的比例約為1.5比1。運動神經元病變造成的肌肉萎縮速度要比單純肌肉萎縮症來得快，其中兩者都會造成漸進性殘障，四肢有如被凍住一樣，因此俗稱漸凍人。

當上運動神經元發生病變時，會產生肌肉僵直、反射增強，臨床上表現出

來的症狀使得患者走路時，一跳一跳的，無法協調，由於反射神經增強，有時患者的膝蓋會一直抖個不停；至於下運動神經元，則以肌肉萎縮的症狀為主，通常出現在手掌、指尖的肌肉萎縮、虎口萎縮，慢慢地，惡化到肩膀、頸部、舌頭、吞嚥的肌肉萎縮，造成吞嚥困難及呼吸衰竭。

目前認為導致運動神經萎縮的主要原因，為細胞內的麩胺酸堆積過多，在運動神經元細胞內產生毒性，久而久之造成神經細胞的萎縮；由於神經毒性物質或游離基累積，損害神經細胞，及神經生長因子缺乏，導致神經細胞無法持續生長發育。

這種疾病目前還沒有有效的治療方式，患者的平均存活時間只有三年，不過，由於這種疾病的患者主要是以運動神經萎縮為主，其感覺神經並未受到侵犯，因此雖然四肢無法動彈、也無法自行呼吸，但是患者的心智依然正常、意識依舊清楚、感覺也是敏銳一如常人。

透過移植幹細胞來恢復神經元功能，或是減緩疾病的惡化已經在動物實驗中見到成效；已有國外科學家利用自體骨髓取出的幹細胞注射到 ALS 病患脊髓中，雖然離成功治癒的階段還有一段距離，但是顯示幹細胞移植是安全的。

所謂的幹細胞是指尚未分化的細胞，具有分化為具有特定功能細胞的潛力，例如神經、肌肉、血球等；幹細胞有兩大特色，一個是具有再生的能力，另二個則是具有分化的潛力；幹細胞有強大的可塑性，可以在特定情況下，例如生長因子的誘導下，分化成不同功能的細胞。

至於運動神經元疾病是如何發生的呢？目前還不清楚真正的致病因素，一般認為，5%的病例可能與遺傳及基因缺陷有關，另外有部份的環境因素，如重金屬中毒、鉛中毒等；不過，有高達九成的病例都是原發性，也就是不明原因。

2. 阿茲海默症

由於腦部神經細胞負責思考、記憶及行動，阿茲海默氏症造成病人漸次低

下的心智功能，最後有可能會影響到日常的生活活動。

阿茲海默氏症的表徵或症狀可能因人而異，特別是疾病剛開始時。隨著時間進行，記憶力逐漸喪失，首先最常被注意到的症狀，往往是病人無法記住人名，東西放錯位置，經常重覆相同的話，以下是一些阿茲海默氏症的症狀：

- 記憶力喪失
- 語言問題
- 判斷力異常
- 無法操作熟悉的事務
- 人格特質改變
- 時間及空間定向力異常
- 情緒及行為改變
- 對事物喪失興趣或原動力

研究明確指出，阿茲海默氏症患者之所以會喪失記憶力的原因之一，就是腦部的神經傳導物質，也就是被稱為乙醯膽鹼的腦部訊息物質大量減少。同時也發現乙醯膽鹼酯的酵素，參與部份的乙醯膽鹼分解。因此，下一步就是開發出可以抑制乙醯膽鹼酯的藥物，藉以使得腦部有較多可使用的乙醯膽鹼。

3. 帕金森氏症

一、定義與病因：是由黑質中製造多巴胺之細胞退化(多巴胺是一種關鍵的神經遞質，與機體運動相關)成基底核神經元退化,黑質內之細胞喪失 80%時，病徵才會出現，目前造成退化的原因仍不清楚。常發生在六十歲以上的人。

二、疾病之症狀：早期時活動力緩慢、肌肉疼痛、震顫、僵硬、運動不能(遲緩)、臉部表情僵硬等。病人走路時會有腿僵直的情形，出現典型的碎步動作，站立時有頭部屈曲、肩膀下垂、脊柱前彎。

帕金森氏症是由於腦部製造多巴胺的細胞受到破壞所致。 α -synuclein 蛋白是帕金森氏症神經元內出現的路易體之主要組成分。這項研究也建議，抑制這條路徑將有助於治療與腦部異常的蛋白質累積之相關疾病的治療，例如亨汀頓

氏症和阿茲海默症。藥物可以減緩疾病的進程，但不能根治。目前研究人員嘗試向帕金森氏症患者體內移植各種類型細胞，試圖改善患者的症狀。

8-6 各界對胚胎幹細胞之看法

一、胚胎幹細胞之現階段爭點

胚胎幹細胞通常取自發育約四到五天胚胎之內層細胞群，然而在分離與純化的過程中，無可避免地會摧毀或損壞所使用的胚胎，而引起生命倫理上之爭議。人獸胚胎之研究是否妨害憲法第二十二條之社會秩序，其問題在於胚胎地位究竟為何？

由於現今我國關於胚胎幹細胞之研究，亦無明白之規範，因此只能從其他有關的法令秩序，討論關於胚胎之法律地位。一般對於胚胎的討論，目前主要有三種論點：

1. 胚胎是人。
2. 胚胎只是一團細胞，可以任意處置。
3. 胚胎是值得尊敬的一種生命形態。

關於為何人獸混和胚胎從英國所公布的草案和我國由衛生署公告的人工生殖技術倫理指導綱領及人工協助生殖技術管理辦法(已於民國九十六年九月十日廢止)皆明文規定，其研究不得培養超過兩週，乃是由於超過此一期限，根據現行法規和衛生署所提出的「人工生殖法草案」第十七條第六款的說明：「體外受精培育超過十四日之胚胎，其神性系統已經發育，且為一個體」，立法者或許已有胚胎算的上是一個可以擁有基本權中生存權的個體的想法，故若對其作任意的處置或研究，恐侵害了其生存權。

不過目前對此種胚胎的論點仍有爭議，由於法條並未細分界定，這裡的胚胎是否包括為人工授精或幹細胞研究而體外受精的前胚胎、是否含在民法定義的胎兒概念？由於一般人從文義上理解來看，似乎不包括這種體外受精的前胚

胎，且此前胚胎不會活產出生，故不會有民事上權益的爭執。

從各界觀點觀之，關於胚胎地位之討論，或許大多數是採用上述第三種：胚胎是值得尊敬的一種生命型態，或許目前不管是在憲法上或是在各種法律上，都未明文有具體規範和限制，而人工生殖法也尚未通過，但從立法者禁止採用培育超過十四天的胚胎從事人工生殖技術來看，為特別保護發育超過十四天的胚胎，立法者似乎有認定胚胎培育滿十四天時應可視為生命權已存在的意思，或者至少應處於一個被絕對保護的地位。

二、社會各界對此技術的看法

一些宗教組織和社會團體並不贊同這項研究製造出人獸混和胚胎然後再進行毀滅的做法。社會保護未來兒童機構秘書長安東尼奧扎米克說，“我們對於這項研究表示悲痛，這並不是在開玩笑，這項研究違背了人類道德和倫理。從基因角度看，他們通過實驗製造出的人獸混和胚胎細胞基本上都是人類的成份，僅有 0.1% 屬於動物成份。胚胎細胞混合成功之後，他們會觀察 6 天並從中提取幹細胞，完成後立即把胚胎細胞毀滅，絕不允許其活過兩個星期。

大主教彼得史密斯也指出，無論社會是否對此許可，這項製造半人半獸體的研究自稱在科學研究領域具有深遠的重要意義，然而，這項研究所帶來的深刻倫理疑問是：它是否是違反了自然物類界限？同時，教廷教皇也對此項研究提出了疑問，稱它是一項違背人類尊嚴的一項令人難以置信的研究。

三、對社會秩序的解釋

病患追求其生存權為主張屬於自己之權利，由於藉由研究人獸混合胚胎並培育，對許多神經方面的絕症，例如：阿茲海默症、帕金森氏症、運動神經元病變，都能有進一步了解，甚至是研發新療法，無疑對病患而言是一大佳音，故在英國尚未通過關於人獸胚胎研究草案前，有科學家痛斥英國政府此舉是對病患的公然冒犯並且擔心英國將會失去其在幹細胞科學領域的領先地位。科學

家們警告說，這等於是剝奪整個社會獲得最強有力的醫學研究工具，而且指出英國衛生部基本上誤解「人獸胚胎」的意思，以及屈從於要求全面禁止相關實驗的宗教團體的壓力。

由於現今科技的發展和各種研發技術的推展，科學家們致力於改良或開發增進人類利益和福祉的各種研究，並未從事危及到公眾之利益的行為，因此並未違反憲法中所提的社會秩序。

若只是一味以胚胎幹細胞研究違反公序良俗而排除其可專利性，即可能擁有相關技術的單位或公司不願將技術內容或成果進行分享，進而影響到全體人民的權利和利益，對幹細胞相關研究也會是一種阻礙，並無法促進產業的進步。因此積極的作法應為政府對胚胎定義及人獸胚胎之研究規範明確加以限制和說明，而非抱持模糊不清的態度，反而會使在此方面的相關研究停滯不前，造成人民健康權益的受損。

8-7 基因改造食品之管理

一、基因改造食品（Genetically Modified Foods）

基因改造食品(又稱基因轉殖食品)係指利用基因工程技術而生產獲得特性經過改造之食品。現有之技術所能達成之改良特性有增加生長速度、改良營養價值、抗蟲、抗病、抗除草劑、抗低溫、延長保存期限、耐運送或利於加工等。根據聯合國糧農組織/世界衛生組織（FAO/WHO）所組成之食品標準委員會（Codex）及歐聯法規對「基因改造生物」（Genetically Modified Organism，簡稱GMO）之定義為：「基因改造生物」是指基因遺傳物質被改變的生物，其基因改變的方式係透過基因技術，而不是以自然增殖及/或自然重組的方式產生。此基因改造技術可包括：（1）載體系統重組核酸技術；（2）藉由顯微注射法（micro-injection）、巨量注射法（macro-injection）及微膠囊法（micro-encapsulation）將生物體外製備之遺傳物質直接注入生物體內的技術；（3）細胞融合或雜交技術而能克服自然生理學上、生殖上或重組上的障礙。（此障礙係指供應細胞或原生質在分類上並非屬於同一科）。此技術不包括：體外受

精 (in vitro fertilization)、接合作用 (conjugation)、傳導作用 (transduction)、或轉整形作用 (transformation)、多倍體誘發 (polyploidy induction)、突變形成 (mutagenesis)；分類學上同一科細胞之細胞融合。

「卡塔黑納生物安全議定書 (Cartagena Protocol on Biosafety)」協定中「改性活生物體」(Living Modified Organisms, 簡稱 LMOs) 是指任何具有憑藉現代生物技術獲得的遺傳材料組合的活生物體；「活生物體」是指任何能夠轉移或複製遺傳材料的生物實體，其中包括不能繁殖的生物體、病毒和類病毒；「現代生物技術」係指可克服自然生理繁殖或重新組合障礙，且並非傳統育種和選種中所使用的技術。簡單地說，LMO 即 GMO。

經參考國外之資料後，本署研擬之「基因改造食品之安全性評估方法」中對「基因改造」之定義為：係指使用基因工程或分子生物技術，將遺傳物質植入活細胞或生物體，產生基因重組現象，並使之增殖的相關技術；但不包括傳統育種、細胞及原生質體融合、雜交、誘變、體外受精、體細胞變異及染色體倍增等技術。

二、聯合國糧農組織/世界衛生組織 (FAO/WHO) 對基因改造食品之安全性安全評估原則

(一)「實質等同」(substantial equivalence)

在 1990 年 FAO/WHO 的諮詢會中曾針對生物科技食品之安全評估進行討論。該諮詢會建議：安全評估政策應建構於食品的分子性、生物性、及化學行特性上。該諮詢會最後報告中建立了基因改良食品與某一可被接受的食物安全標準相互比較的觀念。之後，經濟合作及發展組織(OECD)將此觀念更加詳細敘述並發揚光大，提供了這種「實質等同」的觀念作為該類食物安全評估的重要依據。

FAO/WHO 及 OECD 兩者皆有以「實質等同」觀念做為安全評估過程的一部份，即認為對人類消耗性食物的安全性考量是根據在預期狀況下使用不會造成傷害原則。傳統上，依據長時間的經驗，食物以傳統方式生產及使用被認為是安全的。原則上，食物一般都被視為是安全的，除非它們具有明顯的危險性。如果一種新的食物或成分與一種傳統的食物或成分「實質等同」(即它們的分子、成份與營養等數據，經過比對而認為是實質相等)，則該種食物或成分即可

視為與傳統品種同樣安全。惟當基因改良食品或其成分顯著不同於傳統者，則須進行如同其他非傳統食品來源之食品所作的評估。

在「實質等同」之認定評估過程中，基因改良食品必須具有與傳統食品相同且相當的特性。這特性相當程度變異度之判定是取決於下列特性：

1. 遺傳表現型特性：在植物方面包括：形態、生長、產量及疾病抗性等；微生物方面，包括：分類學特性、傳染性、抗生素抗性型式等；在動物方面，包括：形態、生長、生理機能、繁殖、產量等。
2. 組成分比較：食品中的重要組成分之比較主要是依關鍵營養素及毒物之認定，關鍵營養素為脂肪、蛋白質、碳水化合物、礦物質及維生素。

(二)過敏原

大部分食品過敏原幾乎均為蛋白質。然而農作物成分中含有上萬種不同蛋白質中，僅有極少數蛋白質具過敏性。雖然已証實食品中含有的潛在性過敏物質並非太多，但可能有時候亦會有新的過敏性食品出現。因此在對現代生物科技改造出來的食品進行安全評估時，過敏誘發性即是個相當重要的考量因子。潛在性過敏可經測試下列各因素而得知：

- 1.轉殖基因物質的來源（任何已知過敏原）；
- 2.新獲得蛋白質的分子量（大多數過敏原之分子量在1萬至4萬之間）；
- 3.與已知過敏原的基酸序列相同性（序列比較）；
- 4.食品的加熱和加工安定性（對熱安定的過敏原需特別注意）；
- 5.pH值及胃酸的安定性（大部分過敏原對胃及蛋白質分解酵素的分解具有抗性）。

雖僅有少數人會對某些過敏原產生過敏，然而食品在廣泛被推廣之前如有任何疑慮，預先的安全評估仍然是必要的。

(三)標識基因

標識基因有許多種類，包括：除草劑抗性標識基因及抗生素抗性標識基因。FAO/WHO 會議中曾討論過標識基因安全性問題，特別是在對抗生素抗性基因方面，因為此類基因的轉移會影響到抗生素的效用。該會議之結論是：至今並沒有確實證據顯示基因可從植物體內轉移至腸管中的微生物；且此會議同時也宣稱類似基因轉移並不太可能發生，因為基因轉移必須通過層層關卡，包括從植物細胞中釋出去氧核糖核酸，並且能在消化道中殘存，另外要有合適的微生物配合，去氧核糖核酸需貫穿微生物之細胞膜，在微生物體內不會被核酸分解

酵素破壞，並插入微生物之染色體或質體，最後還要能夠有效的表現出來等。

另標識基因是否殘留亦是安全評估之重點。為了減少殘留的可能性，必須改造載體以降低其轉移性，對臨床上有用抗生素會產生抗性的標識基因應被禁止使用。

(四)微生物之病原性

利用基因改造技術生產或製造食品時，所使用之微生物必須不具病原性。

三、基因改良食品之標示

目前不同國家有不同的基因改造食品標示政策，而國際間正致力建立一套統一的規範。主張基因改造食品應標示者，認為消費者應有被「告知」及「自由選擇」的權利。在科學上無法解決消費者對未知事項的不安時，讓消費者在被告知的情形下自行選擇，是唯一能做的事。這也是目前包括歐盟、日本、紐澳所採取的具體措施。

四、我國現行食品衛生管理法與基因改良食品之管理

(一)食品衛生管理法第十一條第九款：從未供於飲食且未經證明為無害人體健康者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、贈與或公開陳列。

(二)食品衛生管理法第十四條：經中央主管機關公告指定之食品、食品添加物、食品用洗潔劑、食品器具、食品容器及食品包裝，其製造、加工、調配、改裝、輸入或輸出，非經中央主管機關查驗登記並發給許可證，不得為之。

(三)食品衛生管理法第十七條第六款：有容器或包裝之食品、食品添加物，應以中文及通用符號顯著標示其他經中央主管機關公告指定之標示事項於容器或包裝之上。

五、我國基因改造食品管理制度之規劃

(一)本署已完成之相關工作：

1. 為加強管理此類經由生物技術而衍生之食品，本署於八十七年度委託食品工業發展研究所進行「生物技術食品管理制度之研究」計畫。本署已參考該計畫報告並根據世界衛生組織（WHO）、聯合國糧農組織（FAO）、經濟合作及開發組織（OECD）所發展出來的安全評估原則以及美國、日本等先進國家的管理經驗，研擬了「基因改造食品之安全性評估方法」（如附件二），並已邀集學者專家研商定案。
2. 為加強基因改造食品之管理，本署多次與行政院國家科學委員會、農業委員會及環境保護委員會召開「基因改造食品管理分工協調會」，俾使基因改造食品在上、中、下游建立一套完整之管理制度（如附件三）。
3. 本署並再據此函請相關政府機關、進口業者、公會、學會、協會及學者專家，針對如何落實執行市售產品上市前之審查許可制度，以及農產品或加工食品如何適當標示、如何查證等事項提供意見。經彙整各界之意見得知，政府機關、學者、專家及業界團體原則上均同意採上市前之審核制度，惟均表示應對原料來源（如：農產品）而非加工食品辦理登記。另在標示方面，政府機關及研究機構大都贊成基因改造食品應予標示，惟對於標示之方式及內容仍有諸多爭議。至於業者方面則對於檢驗技術、查證方式、以及因標示所引發之成本上漲表示憂慮（本署函如附件三）。
4. 本署業已函請國內各相關食品公會及食品農產品原料進口協會，請就不同的基因改造食品標示規範之對象（如：基因改造食品之原料；或所有含基因改造成分之食品）；及不同的標示之方式（如：「強制性正面標示」；或「自願性負面標示」），分別估算所需增加成本（百分比）之確切數據。
5. 本署為保護消費者之健康及權益，除決定採用基因改食品之審查制度外，為能更加落實該類食品之標示管理，除已陸續邀請國外專家來華介紹管理經驗及心得，亦辦理多場座談會持續與各界溝通，並廣泛蒐集了解國外先進國家之管理規定、查驗制度之細節、檢驗方法之可行性、實際審查之案例等，俾使未來公告之管理制度，不但符合國際規範，而且實際可行（相關研討會、座談會資料如附件三）。
6. 本署於八十九年九月委託蓋洛普公司針對居住在台灣地區，年齡在 20 歲以上的民眾對基因改造食品的看法進行民意調查（有效樣本數 1083），結果顯示：國內大部分民眾並不十分瞭解基因改造食品，故一方面並不反對基因改

造食品的生產技術，亦表示願意購買，但在另一方面則要求標示。

(二)本署未來擬規劃之方向

1. 為使基因改造食品之上、中、下游管理能夠整合串聯，本署將持續與行政院國家科學委員會、環境保護署及農業委員會溝通、協調，就基因改造食品管理作整體之考量。並建請國科會、農委會研擬修訂之相關規範能提昇其法律地位，使其成為依法制定之規範，俾更符合「生物安全議定書」協定之規定。
2. 遵循國際規範：將在現有國際規範下，依據現行食品衛生管理法，制訂基因改造食品管理制，並期在遵行 WTO 之協定外，亦能符合「生物安全議定書」協定之規範。本署將持續密切關注各國日後推動之後續相關談判，以及「生物安全議定書」協定之討論情況，以便參照國際規範，會同其他主管機關建立我國之管理制度。
3. 規劃基因改造食品上市前審查制度：日後即將推動基因改良食品原料(如：大豆、玉米等作物)之查驗登記。
4. 建立基因改造食品相關檢驗方法：持續蒐集國際認可具公信力之檢驗方法，以建立我國實際可行之查證制度。
5. 推動基因改造食品相關標示規定：考量、評估執行特別標示制度所需成本，並積極蒐集國際食品標準委員會(Codex)、世界貿易組織(WTO)、聯合國生物多樣性公約所通過之生物安全議定書等國際規範，研商基因改造食品的標示方式，預定將於今年底前完成規劃，明年開始逐步推動標示。

六、世界先進國家基因改造食品之管理制度及國際組織間之爭議

(一) 美國

1. 根據一九九二年五月二十九日 FDA 所公告有關新品種農產食品之政策(Statement of Policy: Foods Derived from New Plant Varieties)，認為經遺傳基因改造成之農產品視同傳統耕作農產品，根據現有之科學認知，若該類基因改造農產品與傳統方式生產之農產品並無重大不同時，該基因改造食品在食用上則無安全之虞。

2. 基本上，美國對基因改造食品並未訂定特別之管理法規，美國 FDA 對未上市的基因改造食物係以「實質相當度」原則比較基因改造食品與傳統食品，認為只要實質相當，此基因改造食品對消費者的健康即不致造成危害，因此未特別規定此基因改造食品上市前須先取得核准，惟在實務運作時，FDA 係要求基因改造食品的開發廠商在開發過程中隨時向其報告諮詢，以確定產品安全無虞。美國目前對基因改造農作物的監督原則著重於該類食品之客觀特性及成份而非其生產之方法。
3. 美國對基因改造食品標示的主張為：運用在食品作物生產的基因改造技術，基本上只是一種現代新的育種技術，其比傳統的雜交選種方法更為準確也更有效率，因此當基因改造食品的組成分或營養沒有顯著改變以及在沒有安全顧慮的情況下，無須將此生產的方法標示出來。但若基因改造食品的組成分或營養有顯著改變或有安全顧慮的情況，則 FDA 要求一定要加標示。
4. 美國認為：基因改造食品標示法規的執行並非實際，最後勢必影響成本，增加消費者的負擔，因此僅支持自願的標示而不贊成強制的標示。

(二)加拿大

1. 加拿大衛生部採認美國 FDA 之理論。
2. 加國對基因改造食品的安全及標示管理追隨美國，並無意強制執行基因改造食品成分標示。
3. 加國政府針對基因改造產品之標示，提出指導方針 (Guidelines)，其內容包括：
 - (1) GMO 食品若有安全上考量 (如：含過敏原) 或食品成分、營養成分有改變時，廠商應自動標示。
 - (2) 其標示必須清楚明瞭、真實、且不致誤導消費者。
 - (3) 有關產品採正面標示或負面標示均可，惟應陳述事實而無誤導或欺騙。

(三)歐盟

1. 歐洲國家認為目前雖沒有證據說明應用基因改造技術生產的食物是有害的，但大多仍嚴訂有關基因改造食品的規定。
2. 歐聯執委會於二〇〇〇年一月十日公告兩項法規：Commission Regulation (EC) No.49/2000 of January 2000 及 Commission Regulation (EC) No.50/2000

of January 2000，規定：食品及加工食品添加物各種成分內，若單項成分之 GMO 含量達百分之一以上者，該項產品即須標示為 GMO 產品。

3. 歐盟於二〇〇〇年七月十三日由其執委會衛生及消費者保護部門所發出一篇介紹歐盟基因改造食品現況的報告中（Facts on GMOs in the EU, MEMO/00/43）陳述現今已上市的基因改造食品經過評估是安全的。

（四）日本

1. 訂有「利用重組 DNA 技術生產的食品及食品添加物之安全性評估指導方針」。
2. 日本當局已建立 GMO 產品的標示規則。日本政府於一九九九年七月十五日立法通過「日本農林規格法（JAS）」修正案，其中規定豆腐、毛豆、玉米澱粉等三十項食品以科學方式檢驗是否為基因改造食品，為義務標示對象。農林水產省宣佈將自二〇〇〇年四月起，公告上述三十種基因改造食品須標示之規定，二〇〇一年四月正式施行。該標示規定如下：

第一類：高油酸大豆、高油酸大豆油、高油酸大豆製品等三項，需標示「遺傳基因組合」產品。

第二類：豆腐、豆腐加工品、凍豆腐、豆腐渣、豆腐皮、料理用大豆、毛豆、黃豆芽、納豆、豆乳、味噌、煮熟大豆、罐裝大豆、黃豆粉、炒熟大豆、玉米製餅干、玉米澱粉、生食用玉米、爆米花、冷凍玉米、罐裝玉米、以上各項為主原料食品、生食用馬鈴薯、大豆粉為主原料之食品、植物蛋白質為主原料之食品、玉米粉為主原料之食品、粗碾玉米粉為主原料之食品。使用遺傳基因組合原料產製者應標示「遺傳基因組合」產品；製作原料可能混入遺傳基因組合原料者標示「無法辨識」產品；未使用遺傳基因組合原料者可標示「非遺傳基因組合」產品或不做任何標示。

第三類：醬油、大豆油、玉米片、玉米糖漿、異性化液糖、玉米油、菜籽油、棉籽油、馬鈴薯泥、馬鈴薯澱粉、馬鈴薯片、冷凍或罐裝馬鈴薯產品等，使用遺傳基因組合原料，可免標示（免標示原因，主要乃該等產品經過加熱、發酵等高度加工，遺傳基因已改變，以現代科技方法，無法檢出是否經過遺傳基因組合。）（三）惟日本之管理係基於原料供應商之證明文件而非最終產品之抽驗。

(五) 紐澳

1. 基因改造食品上市前，應向紐澳食品管理局（Australia New Zealand Food Authority）申請檢驗該產品的安全性。
2. 紐澳食品標準委員會於二〇〇〇年七月二十八日決定將要求對基因改造食品應標示「含基因改造成份」，以利消費者選擇。未來將允許生產廠商有一年調適期。

(六) 世界貿易組織（WTO）

根據世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱 WTO）食品安全檢驗與動植物檢疫措施協定（Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures，簡稱 SPS）之規定：各會員國有權採取為保護其人民生命或健康之必要檢驗措施，其不應違反本協定規範。各會員國應確保其檢驗措施，僅係為達到保護其人民生命或健康之必要檢驗措施，並且是依據科學原理，在未有科學證據下，不會持續施行。美國堅持處理基因改造食品應基於此充分科學證據（sound science）之原則。

(七) 聯合國「生物安全議定書」協定

聯合國環境總署主辦的「生物多樣性公約」（Convention on Biological Diversity, CBD）締約國第六屆會議，於西元 2000 年 1 月 26 日至 28 日在加拿大蒙特展開之特別會議中正式通過「生物安全議定書（Biosafety Protocol）」協定。根據議定書條約中預防辦法（Precautionary Approach），各國若擔心基因改造產品可能危害人體健康，或者會破壞自然環境，即便無法執行評估或缺乏完整科學證據確實有害的情況下，仍有權限制這類基因改造食品產品的進口。

「生物安全議定書」協定與 WTO 自由貿易精神及抵制貿易須有科學證據依據等之精神衝突。目前此議定書所採行的貿易措施是否符合 WTO 之規範以及二者間之調和問題，引起國際間之注意與討論。

「生物安全議定書」中規定：進口直接供作食物、飼料或加工用之改性活生物體（LMO）應附有單據，明確說明其中「可能含有」LMO，惟現階段並未強調原料或加工食品之標示。該議定書並載明在議定書生效兩年後再討論是否需要更詳盡之標示。

8-8 參考資料

1. 生物科技與法律研究通訊第 13 期，2002/1，頁 39~40
2. <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1607052001598>
3. <http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/may/19/today-t1.htm>
4. 2003 年 8 月科技法律透析 第 43、44 頁
5. 臺北大學法律論叢 第五十六期
6. 中華百科全書
7. http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.php?keyword=&sdate=&edate=&type_id=10&precord=&page=9&nid=5931.00&seq=177
8. 2002 年 9 月科技法律透析 頁 40~41
9. http://www.24drs.com/Special_Report/ALS/prelude_1.asp
10. http://www.eisai.com.tw/alz_1.htm
11. http://www.24drs.com/Special_Report/Parkinson/
12. http://www.bioweb.com.tw/news_content.asp?NEWSID=16773&chkey1=帕金森氏症&chkey2=&chkey3=&chkey4=&chkey5=
13. 生物科技與法律研究通訊第 13 期，2002/1，頁 40~43
14. http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.php?keyword=&sdate=&edate=&type_id=10&precord=&page=9&nid=5931.00&seq=177
15. http://big5.ce.cn/gate/big5/sci.ce.cn/discovery/life/200709/07/t20070907_12820540.shtml
16. 2003 年 8 月科技法律透析 頁 44
17. <http://www.ocac.gov.tw/public/dep3topicpublic.asp?selno=2696&no=2696>
18. <http://www.doh.gov.tw/org2/director/891030-1.htm>

第九案 NCC 組織法違憲案

9-1 事實背景

一、起源：

國家通訊傳播委員會組織法（以下簡稱通傳會組織法）於 94 年 11 月 9 日奉 總統令公布施行，並於 95 年 2 月 22 日正式成立國家通訊傳播委員會（National Communications Commission, NCC，以下簡稱通傳會），如通傳會組織法第 1 條內容，其成立目的為落實憲法保障之言論自由，謹守黨政軍退出媒體之精神，促進通訊傳播健全發展，維護媒體專業自主，有效辦理通訊傳播管理事項，確保通訊傳播市場公平有效競爭，保障消費者及尊重弱勢權益，促進多元文化均衡發展，提升國家競爭力。

二、聲請釋憲：

行政院認為通傳會組織法已逾越憲法賦予立法院權限，而侵犯行政院及其他機關憲法權限，違反權力分立，破壞廣播電視自由之制度性保障，且侵害人民之基本權利，及與立法院之職權，發生適用憲法之爭議，並有適用通傳會組織法是否抵觸憲法之疑義；因此，鑒於通傳會組織法第四條（委員選任）及第一六條（特別救濟）有明顯違憲之處，故聲請釋憲。

三、釋憲結果：

經司法院大法官釋字第六一三號解釋後，通傳會組織法第四條第二、三、四、六項關於通傳會委員選任部份與任滿提名及出缺提名之規定，被認為實質上剝奪行政院之人事決定權，逾越立法機關對行政院人事決定權制衡之界限，違反責任政治暨權力分立原則，且違背通傳會設計為獨立機關之建制目的，與憲法保障通訊傳播自由之意旨不符，被宣告違憲。至於通傳會組織法第四條第三項後段及第五項通傳會委員由行政院長任命等相

關規定，並不違反憲法規定；且第十六條立法者所設之特別救濟規定，與憲法保障人民權利之意旨，尚無不符。

9-2 違憲內容

一、違憲條文（通傳會組織法第四條）：

第二項規定：「本會委員依電信、資訊、傳播、法律或財經等專業學識或實務經驗等領域，由各政黨（團）接受各界舉薦，並依其在立法院所占席次比例共推薦十五名、行政院院長推薦三名，交由提名審查委員會（以下簡稱審查會）審查。各政黨（團）應於本法施行日起十五日內完成推薦。」

第三項規定：「審查會應於本法施行日起十日內，由各政黨（團）依其在立法院所占席次比例推薦十一名學者、專家組成。審查會應於接受推薦名單後，二十日內完成審查，本項審查應以聽證會程序公開為之，並以記名投票表決。審查會先以審查會委員總額五分之三以上為可否之同意，如同意者未達十三名時，其缺額隨即以審查會委員總額二分之一以上為可否之同意。」

第四項規定：「前二項之推薦，各政黨（團）未於期限內完成者，視為放棄。」

第六項規定：「委員任滿三個月前，應依第二項、第三項程序提名新任委員；委員出缺過半時，其缺額依第二項、第三項程序辦理，繼任委員任期至原任期屆滿為止。」

二、涉及之憲法條文及其相關解釋（請參釋字 613 號解釋及其解釋理由書）：

第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」其內容包括通訊傳播自由，通訊傳播媒體是形成公共意見之媒介與平台，在自由民

主憲政國家，具有監督包括總統、行政、立法、司法、考試與監察等所有行使公權力之國家機關，以及監督以贏取執政權、影響國家政策為目的之政黨之公共功能。

第五十三條規定：「行政院為國家最高行政機關。」其目的在維護行政一體，使所有行政院掌理之行政事務，因接受行政院院長之指揮監督，並藉行政院對立法院負責，以落實對人民負責之憲法要求。

第五十六條規定：「行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。」

9-3 憲法爭點

一、獨立機關：

- (一) 定義：中央組織基準法第三條第二項規定：「獨立機關：指依法獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關。」
- (二) 目的：在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案決定之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間。尤其 NCC 對政治及社會影響力巨大，為去政治力、兼顧多元社會價值，得以公正立場處理通傳相關問題。
- (三) 獨立之意義：廣義而言，指組織上獨立，行使職權不受上級機關監督機關及其成員依法獨立行使職權，包括憲法上及法律上獨立。此指狹義的獨立機關，也就是基準法規定的獨立機關乃行政機關性質。
- (四) 作用法上獨立：不受上級機關的指令左右，但須受立法權通過的法律拘束，及司法機關之審查。

二、釋字 613 號解釋主旨：

(一) 行政院釋憲聲請：

NCC 組織法第四條及第十六條違反憲法第五十三條及第五十六條。該聲請主要內容為：(1) 以法律增加憲法所未賦予立法院的事前同意權，侵害憲法第五十三條及第五十六條；(2) 立委同時行使提名權及同意權，且行政院受審查會拘束，違反權力分立與責任政治原則；以及(3) 政黨介入控制，侵害憲法保障之自由權。

(二) 大法官之闡述¹⁶：

就行政一體而言，憲法第五十三條明定行政院為國家最高行政機關，行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提升效能，並使具有一體性之國家有效運作。所有國家之行政事務，除憲法別有規定外，均納入行政院為金字塔頂端之層級式行政體制掌理。

關於責任政治，民主政治以責任政治為重要內涵，現代法治國家組織政府，推行政務，應直接或間接對人民負責。憲法增修條文第三條第二項規定，行政院應對立法院負責，其意旨在使所有行政院掌理之行政事務，因接受行政院院長之指揮監督，而得經由行政院對立法院負責之途徑，落實對人民負責之憲法要求。

針對權力分立部份，基於權力分立原則，行使立法權之立法院對行政院有關通傳會委員之人事決定權固非不能施以一定限制，以為制衡，惟制衡仍有限制，除不能抵觸憲法明文規定外，亦不能將人事決定權予以實質剝奪或逕行取而代之。立法權干預行政權或其他憲法機關之界線應為：(1) 不能抵觸憲法明文規定；(2) 不能侵犯各該憲法機關之核心領域；(3) 不能對其他憲法機關權

¹⁶ 周志宏，釋字第六一三號解釋與獨立機關的未來，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月

力之行使造成實質妨礙；以及（4）不能導致責任政治遭受破壞。

關於獨立機關設置之民主正當性，大法官認為獨立機關之設置於目的上合憲，但基於其所掌管之職權屬具專業性，及應去政治化之具體個案決定事項，因此其建置上本會對行政一體及責任政治有所減損。因此，須具備一定之民主正當性，以彌補其缺損，使不致於違憲。此外，獨立機關之設置，應綜合以下因素整體以觀，以判斷其民主正當性：（1）設置目的確係在追求憲法上利益；（2）所職司任務具有特殊性；（3）確有正當理由足以證設置獨立機關之必要性；（4）重要事項以聽證程序決定；（5）任務執行績效能透明、公開方便公眾監督；以及（6）立法院能經由立法與預算審議監督。

此外，針對行政院應享有獨立機關之人事決定權部份，行政掌法律之執行，執行則賴人事，無人即無行政，因此人事權為行政權之核心。為確保行政一體及責任政治的落實，大法官認為於我國以行政院作為國家最高行政機關之憲法架構下，賦予獨立機關獨立性與自主性之同時，仍應保留行政院長對獨立機關重要人事一定之決定權限，行政院長得藉由對獨立機關重要人員行使獨立機關職權之付託，就包括獨立機關在內之所有所屬行政機關之整體施政表現負責。

關於立法院對通傳會組織法之立法方式違反權力分立，通傳會組織法第四條第二、三、四、六項規定實質上幾近完全剝奪行政院之人事決定權，逾越立法機關對行政院人事決定權制衡之界線，違反責任政治權力分立原則，其理由為：（1）權力相互制衡不能違反權力分立原則；（2）人事決定權是行政權發揮功能之前提要件；（3）立法權限制人事決定權其目的應有助於降低、屏除政治力之影響，以提升通傳會之獨立性，進而建立人民對通傳會能超然於政黨利益之考量與影響，公正執法之信賴；及（4）立法者雖有一定之自由形成空間，惟仍以不侵犯行政權之核心領域，或對行政院權力之行使造成實質妨礙為限。

就政黨比例方式產生通傳委員有違憲法保障通訊傳播自由之意旨而言，上開規定等將剝奪自行政院之人事決定權，實質上移轉由立法院各政黨與由各政黨依其在立法院所占席次比例推薦組成之審查會共同行使，影響人民對通傳會應超越政治之公正性信賴，違背通傳會設計為獨立機關之建置目的，與憲法所保障通訊傳播自由意旨亦有不符。

最後，大法官宣告 NCC 組織法第四條第二、三、四、六項違憲。

9-4 權力分立原則

一、權力分立原則：

(一) 國家權力之本質與特性：

基於國民主權理論，一國之主權屬於該國國民全體。主權，即國家權力，對內具有最高與對外具有獨立性¹⁷。主權，依其文意又可解為「做主的權利」¹⁸，或「做主的權力」。是國家權力實乃由所有國民之做主的權力累積集合而成。蓋基於人皆生而自由平等的理念，每個人都有絕對的自我決定權，同時有尊重他人自我決定權之義務。惟個人力量單薄，權利受到侵害時未必能自力獲得賠償，有受害之虞時未必能自力及時排除，因而人民選擇放棄一定自由，結合成一組織¹⁹，小如部族，大如國家。惟國家權力如交給全體國民個別行使，則國家之存在即失其意義，且現代國家大多已非小國寡民，國家權力不分散於全體國民而集中在少數人（統治者）身上，毋寧是理所當然的。於此，統治者其實僅是行使國家權力的管理者，或可謂國民全體與統治者間有一社會契約²⁰。

¹⁷ 參李惠宗，憲法要義，元照，2006，頁6

¹⁸ 見林騰鶴，中華民國憲法，三民，2002，頁37

¹⁹ 參陳慈陽，憲法學，元照，2005，頁182

²⁰ 參陳慈陽，前揭書，頁189

然統治者在行使全體國民所付託的國家權力時，未必理性，且往往不值得信任。同時在經驗上，每一個人只要擁有權力，就會將此權力行使到極致，甚至是以既有的權力去擴張攫取更大的權力。因此，任何權力之行使必須有其界限並且受到控制。依此理念，孟德斯鳩即設想出，「為使權力不被濫用，則須使一種權力來控制其他另一種權力」²¹。

(二)國家權力之獨占與分立：

主權就國家而言，對內表示國家權力相對於國內任何其他團體的權力都居於優越地位而具有最高興²²，故國家權力本質上具有獨占性，但這並不影響國家權力之行使可由不同機關或數個機關來為之，仍可依國加權力之本質與作用加以區分²³。同時，由於權力之集中必然導致濫權，故為使人民基本權利獲得保障，須進行權力分立²⁴。例如孟德斯鳩即將國家權力區分為立法、行政及司法權；我國憲法則將國家權力區分為行政、立法、司法、考試及監察。

(三)權力分立之演進：

權力分立之發展，從早期注重「組織的權力分立」，到近期則注重「功能的權力分立」²⁵。所謂「組織的權力分立」，乃指將不同的國家任務定性後歸屬於不同的任務機關²⁶；而所謂「功能的權力分立」則係指國家設立各種機關，分別享有各種職權，各有其核心功能，此些核心功能不應受到其他機關的干擾或逾越²⁷。

惟「核心功能」或「功能最適觀點」，並非一開始就與權力分立原則

²¹ 參陳慈陽，前揭書，頁 184

²² 參法治斌、董保城，憲法新論，2005，元照，頁 19

²³ 參陳慈陽，前揭書，頁 187

²⁴ 見李惠宗，前揭書，頁 61

²⁵ 見李惠宗，前揭書，頁 62

²⁶ 參法治斌、董保城，前揭書，頁 54

²⁷ 見李惠宗，前揭書，頁 62

相互結合而成「功能法觀點下之權力分立」。以德國為例，其毋寧是由於權力機關之「核心領域」概念模糊不清，「功能重疊」又屬常態（美國亦然²⁸），且加上「具體化法律保留原則適用範圍之重要性理論」之推波助瀾，導致國會之「核心領域」幾乎無所不包。直到1978年聯邦憲法法院才指出：「基本法並未賦予國會在根本性的決定上擁有無所不包的優越地位。……基本法所欲維護的分配與衡平國家權力的具體制度，不許由民主原則錯誤導出的以無所不包的國會保留形式呈現出的權力一元論所架空。」²⁹；及至1984年，聯邦憲法法院才首次指出：「權力分立的目的是在於使國家決定達到儘可能正確之境地，換言之，即要求國家事務應由在內部組織、組成方式、功能與決定方式等各方面均具備最佳條件的機關來擔當做成，同時，也追求意志國家權力之目的。」³⁰

至此，文中所述之權力分立原則，除在傳統上有「抑制國家權力，保障人民權利」之目的外，並兼有「國家權力應由功能最適機關行使」的要求。換言之，即美國學者所稱，權力分立除「避免專權暴政」之目的外，並有「追求效率」之要求³¹。

不過，縱使肯認保障人權（避免專權暴政）與功能最適觀點（追求效率）「可以」並行不悖³²，仍不能否認其兩者間存有相當程度之衝突或緊張³³。若真要有所取捨時，自應以前者為重。蓋功能最適觀點本身並非目的，而是為了保障人權而存在的³⁴。換言之，追求效率或要求國家行為正確，

²⁸ 參許宗力，法與國家權力（一），元照，2006，頁295；並參湯德宗，權力分立新論（卷二），元照，2005，頁312

²⁹ 見許宗力，前揭書，頁300

³⁰ 見許宗力，前揭書，頁303

³¹ 參湯德宗，前揭書，頁308

³² 參許宗力，前揭書，頁312-313

³³ 見湯德宗，前揭書，頁309

³⁴ 參法治斌、董保城，前揭書，頁58

仍應以避免專權為前提，否則高效率也只能淪為少數人追求私益之手段而已。

9-5 問題及討論

以下將探討通傳會，其成立主要目的係為貫徹黨政軍退出媒體之精神，其組織法規定其成員選任為政黨提名方式，是否妥適？

再者，NCC 組織法已由大法官釋憲解釋文提出「實質上幾乎剝奪行政院之人事之決定權，逾越立法機關對行政院人事決定權制衡之界限，違反責任政治暨權力分立原則。」以及「影響人民對通傳會應超越政治之公正性信賴，違背通傳會設計為獨立機關之建制目的，與憲法所保障通訊傳播自由意旨亦有不符。」¹「上開規定應自本解釋公布之日起，遲至於中華民國 97 年 12 月 31 日失其效力。失去其效力之前，通傳會所作成之行為，並不因前開規定經本院宣告違憲而影響其適法性，人員與業務之移撥，亦不受影響。」解釋理由書中針對此一超過二年半的落日條款所提供的解釋，僅有「惟鑑於修法尚須經歷一段時程，且該規定尚既時失效，勢必導致通傳會職權之行使限於停頓，未必有利於憲法保障人民通訊傳播自由之行使，自須予以相當之時間俾資因應。」這幾句話與部分協同意見書所指出：「既然認為通傳會的組成方式，違背其建制目的，與保障人民通訊自由意旨不符，那麼一定對人民通訊傳播自由產生影響，卻又片面認為通傳會的存在可能較有利於人民，這種推斷實在無法提出具體的事證來證明之，不得不認為其論點之牽強。」

最後，在 2001 年 10 月 24 日總統府設立了「政府改造委員會」，便將獨立機關的建制列為改造的重要一環，而 NCC 的獨立性更是符合當今政府的構想，建立一個有別於傳統行政機關組織與權限的獨立機關，但其機關獨立、職權公

正、去政治化及兼顧政治與社會多樣化的調和能力仍是各界所期盼解決的問題，獨立機關未來的設計與改造不僅意在謀求業務與組織的契合，更是具有觀念革新與制度重建的重大意義。

為貫徹黨政軍退出媒體之精神，關於通傳會組織法以政黨比例方式產生獨立機關成員之方式，是否有違反通訊傳播自由之精神？在解釋文中提到：「上開規定等將剝奪自行政院之人事決定權，實質上移轉由立法院各政黨（團）與各政黨（團）依其在立法院所占席次比例推薦組成之審查會共同行使，影響人民對通傳會應超越政治之公正性信賴，違背通傳會設計為獨立機關之建制目的，與憲法所保障通訊傳播自由亦有不符。」。NCC 法中政黨介入的地方只有在以政黨比例推出審查人，來議決各黨團提出的 NCC 委員。由於 NCC 採取五分之三的多數決，所以委員的出現需要半數以上的支持。在大法官之理由書中有兩點結論：

- （一）基於通訊傳播自由而設立之獨立機關，應該摒除上級機關與政黨之政治干預，以確保社會意見之多樣化與公共監督之達成。這邊可以了解大法官對於通訊傳播自由而設立獨立機關是肯定的³⁵，立法者如將通訊傳播機關設立為獨立機關，使其從層級式行政指揮監督體系獨立而出，可以擁有更多專業的作業決策空間，更有助於摒除上級機關之不當干涉與政黨之政治介入，以保障社會意見之發表與公共之監督目的之達成。
- （二）通傳會組織設計已剝奪行政院之人事決定權，明顯逾越參與之界限，更邀來政黨之介入，直接影響人民對通傳會超政治之公正信賴。在釋字 613 號解釋中提到：「又上開規定等將剝奪自行政院之人事決定

³⁵ 參釋字第 613 號解釋理由書：「憲法第十一條所保障之言論自由，其內容包括通訊傳播自由，亦即經營或使用廣播、電視與其他通訊傳播網路等設施，以及取得資訊及發表言論之自由。」

權，實質上移轉由立法院各政黨（團）與各政黨（團）依其在立法院所占席次比例推薦組成之審查共同行使，影響人民對通傳會應超越政治之公正性信賴，違背通傳會設計為獨立機關之建制目的，與憲法所保障傳播自由之意旨有所不符。」。在此大法官雖對獨立機關之建制目的肯定，但對其組織之形成卻反其建制目的而為之³⁶，實有其改善之空間。

大法官於解釋文中宣告NCC組織法有關委員產生之方式，「實質上幾近剝奪行政院之人事決定權，逾越立法機關對行政院人事決定權制衡之界限，違反責任與政治分立原則。」更指出此種產生方式「影響人民對通傳會設計為獨立機關之建制目的，與憲法所保障通訊自由之意旨有所不符。」可是大法官又宣告「上開規定應自本解釋公布之日起，至遲於2008年12月31日失其效力。失其效力之前，通傳會所作成之行為，並不因前開規定經本院宣告違憲而影響其適法性，人員與業務之移撥亦不受影響。」而對於前開所列舉如「違反責任政治與政治權力分立原則」、「依憲法保障通訊傳播自由之意旨不符」等重大違憲問題，在這兩年半中都可以忽略其違憲所產生之後果，在這期間若立法院遲遲不立法，則其兩年半期間所產生之後果可能要全數由行政院來承擔，由立法院所種下的惡果卻要由行政院來採收，實看不出釋字613所保障之權力為何？更與NCC委員劉孔中對釋字解釋所言之「以鞏固行政權為職志」³⁷？互相矛盾。

其實，長達兩年半的違憲過渡期，反而將使NCC行使職權受到社會大眾更多懷疑，更不利於我國電信與傳播監理環境的穩定性與透明性，更會造成通訊

³⁶參事自第613號解釋理由書：「按立法者如何降低政治力對通傳會之影響，進而建立人民對通傳會得以公正執法信賴，固有立法自由形成空間，惟其建制理應朝越少政黨干預，越有利於建立人民對其公正性之信賴之方向設計。」

³⁷參劉孔中，怪哉！以鞏固行政院為職志的六一三號解釋，月旦法學雜誌，第136期，2006年9月，頁28-32

傳播之自由造成更大傷害，相反的，若大法官立即宣告即時失效而非定期失效³⁸，或是三個月內失效，社會與各業界必然迫使立法院加速立法，重新依照合憲性之立法程序產生NCC委員，更可因此化解行政與立法之間之爭執。超越兩年半的落日條款根本毫無理論根據，大法官不該考慮我國政治複雜環境而對立法院作出妥協，更不應該讓落日條款之期限比現任立委之任期更長，因而讓大眾產生針對現任NCC委員之四年任期所作出的貼心宣告。

獨立機關作為行政組織的一種特殊類型，其建制目的是要讓若干的行政機關獨立、公正的行使職權，以確保決策上需要高度專業、去政治化或需要顧及社會之多元化價值的公共事務能夠更有效的推動執行。當今的憲政民主國家中，行政權基本上是由具有直接或間接民主正當性基礎的行政首長與政務人員來負責領導與指揮，但有些管制性或是調查性的業務需要高度專業化、去政治化或在決策時需要多方面考慮到社會的多元價值時，則行政機關需要一種能更客觀、中立、具備專業能力並且能與政治保持適當距離之獨立機構，相對於講求行政領導與控制的單位來講，獨立機關更需要專業與法律上獨立行使職權，更能在制度上超越上級機關擁有其行政自主權，但又須適當的監督制衡，因此上述這些問題都為設計一個獨立性與適法性之機關所必備之條件。以下就獨立機關所須之建制條件提出十點建議³⁹：

第一、獨立機關之業務職掌，應本於權力分立與責任政治原則，只有決策執行與執行需要專業性與去政治化與必須兼顧社會價值觀與公共事務時，方可交由獨立機關處理。

第二、獨立機關應僅負責提供管制性或調查性之公共服務，不宜涉入過多政策

³⁸ 參許宗力，憲法與法治國行政，元照出版有限公司，1999，頁37

³⁹ 參陳新民，試論NCC組織法的違憲性問題，台灣本土法學雜誌，第83期，2006年6月，頁29-30

諮詢與政治調和之目的性事務。

第三、在審議獨立機關之組織法條時，應聽取行政部門之意見與諮詢專家學者

之意見，以便對獨立機關之設置作全盤之考量。

第四、獨立機關應採合議制，並以專任為宜。

第五、獨立機關之委員由行政院長提名總統任命；委員有任期保障，任期宜採

交錯方式，以避免任命權集中行使，確保經驗之傳承。

第六、獨立機關人員選任應著重於個人專業性。

第七、獨立機關人員之選任，應力求超黨派取向之考量。

第八、獨立機關業務之資訊應充分之公開。

第九、各獨立機關應就其業務，定期公布以促進公眾與輿論之監督。

第十、獨立機關應受立法、司法、監察機關之適當監督以防止其機關之濫權。

9-6 延伸問題

NCC 與新聞局對照表

名稱	國家通訊傳播委員會 National Communication Commission	行政院新聞局 Government Information Office
成立時間	2006 年 2 月	1947 年 4 月
隸屬單位	獨立機關	行政院
成立目的	促進通訊傳播健全發展，維護媒體專業自主，有效辦理通訊傳播管理事項，確保通訊傳播市場公平有效競爭，保障消費者及尊重弱勢權益。	闡明國家政策，宣導政令政績，向國內外發布重要新聞，對大陸新聞文化傳播暨為國內外新聞界及一般人士廣泛提供有效服務。

<p>主要業務</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 通訊傳播監理政策之訂定、法令之訂定、擬訂、修正、廢止及執行。 • 通訊傳播事業營運之監督管理及證照核發。 • 通訊傳播系統及設備之審驗 • 通訊傳播工程技術規範之訂定 • 通訊傳播傳輸內容分級制度及其他法律規定事項之規範 • 通訊傳播資源之管理 • 通訊傳播競爭秩序之維護 • 資通安全之技術規範及管制 • 通訊傳播事業間重大爭議及消費者保護事宜之處理 • 通訊傳播境外事務及國際交流合作之處理 • 通訊傳播事業相關基金之管理 • 通訊傳播業務之監督、調查及裁決。 • 違反通訊傳播相關法令事件之取締及處分 • 其他通訊傳播事項之監理 	<ul style="list-style-type: none"> • 政府重大新聞、施政新聞之發布，法令、政策之宣導。 • 新聞紙、雜誌、有聲出版品及圖書之輔導與獎勵。 • 電影事業之輔導、管理、獎勵。 • 廣播電視事業、電視節目供應事業之政策、輔導及獎勵等事項。 • 政府重要文件之外文翻譯 • 國內外新聞工作及大陸事務之綜合規劃設計、研究發展、施政計畫編製、管制考核等業務。 • 大臣<small style="margin-left: 2em;">第九案 NCC 組織法違憲案</small> • 接待並協助來台採訪之國際媒體記者及學術界人士 • 協助國外新聞媒體駐台採訪之聯繫及註冊等事宜
-------------	--	---

9-7 大法官面對泛政治問題之態度

現今台灣處在一個轉形民主與準分裂社會中，自解嚴至今也不過二十年光陰，人民的政治與法意識尚難稱成熟。由於特殊的歷史背景造成台灣人民對於國家的認同有著重大的歧異，反應在政治上的則是嚴重的朝野衝突。大法官對於政治色彩較濃厚的議題作出積極解釋，是否會給予一般民眾大法官在下指導棋的錯誤印象？究竟在轉型民主的社會中，大法官亦或司法權應積極介入？亦或消極回應？在學界亦引起不少討論。

由於我國民眾法意識並不強，大法官會議依據憲法法理做出的解釋一般民眾未必能夠了解，如此一來只給了民眾「大法官連立法院通過的法律都有宣告無效的權力」。而大法官又由總統提名，公正性及獨立運作性立刻遭到懷疑。

故國內許多學者認為，面對泛政治議題，大法官應消極面對，避免介入太多政治議題。大法官應先在人權議題上積極解釋，建立人民信賴感，待人民對於大法官之公正性及獨立運作性有強大信心之後再介入泛政治議題。

許宗力大法官藉著釋字 613 協同意見書表示了他對這個議題的看法：「處於民主轉型陣痛未解，政黨復激烈對抗，社會也隱然跟著撕裂的現階段台灣社會，司法者處境尤其艱困。面臨高度政治敏感性案件，相對於行政、立法兩權與其他政治勢力，恆屬弱勢一方的司法，確有必要謹慎、自制，保持低度介入，留給政治部門較大政治形成空間。但當行政、立法兩權關係明顯失衡，政黨介入亦明顯抵觸去政治化要求如本件情形者，司法者若還瞻前顧後，畏懼政治報復，而選擇明哲保身，不能挺身捍衛憲政秩序，就未免有虧職守了。」⁴⁰

9-8 結論

獨立機關建制之主要目的是要讓行政機關獨立及公正的行使職權，以確保

⁴⁰參許宗力，釋字 613 協同意見書

決策上需要高度專業、去政治化，或需要顧及社會之多元化價值的公共事務能夠有效的推動執行。此外，獨立機關需要專業與法律上獨立行使職權，以在制度上超越上級機關擁有其行政自主權，但又須適當的監督制衡。反觀本案，原先為避免政治意識干預言論自由而成立的 NCC，反而因委員產生方式而引起更多的政治爭議；因此，獨立機關之建制尚有改善之空間。

9-9 參考資料

九、參考文獻：

1. 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2006
2. 李惠宗，國家通訊傳播委員會組織法違憲性的探討—司法院大法官釋字第 613 號解釋評釋，台灣本土法學雜誌，第 86 期，2006 年 9 月
3. 李震山主持，「釋字第六一三號解釋與 NCC 違憲」座談會，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月
4. 林騰鶴，中華民國憲法，三民書局，2002
5. 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，2005
6. 許宗力，法與國家權力（一），元照出版有限公司，2006
7. 許宗力，憲法與法治國行政，元照出版有限公司，1999
8. 陳慈陽，憲法學，元照出版有限公司，2005
9. 湯德宗，權力分立新論（卷二），元照出版有限公司，2005
10. 周志宏，釋字第六一三號解釋與獨立機關的未來，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月
11. 陳淑芳，獨立機關之設置及其人事權，月旦法學雜誌，第 137 期，2006 年 10 月

12. 陳新民，試論 NCC 組織法的違憲性問題，台灣本土法學雜誌，第 83 期，
2006 年 6 月
13. 專題研討，解讀釋字第六一三號解釋，台灣本土法學雜誌，第 87 期，
2006 年 10 月
14. 劉孔中，怪哉！以鞏固行政院為職志的六一三號解釋，月旦法學雜誌，
第 136 期，2006 年 9 月
15. 劉靜怡，釋字第六一三號解釋後的獨立機關：NCC 傳奇簡評，月旦法學雜誌，
第 137 期，2006 年 10 月
16. 國家通訊傳播委員會網站，<http://www.ncc.tw>
17. 行政院新聞局網站，<http://info.gio.gov.tw/mp.asp>

第十案 台中市行動電話基地台管理自治條例案

10-1 前言

隨著行動電話的普及，消費者對於通訊品質的要求日益提升，行動電話業者遍設通訊基地臺的必要性隨之增高，但其之間引發的抗爭亦不曾中斷。雖然電信事業的主管機關為交通部／電信局，但因基地台的普設引起的抗爭無不發生在地方政府的自治轄區內，因此地方自治團體紛紛制定相關自治條例，謀求紛爭解決之道。

10-2 事實背景

台中市政府所訂定的台中市行動電話基地台設置管理自治條例，於 2006 年間遭國家通訊傳播委員會(NCC)以抵觸電信法第三十二條第二項、第六項及第三十三第二項之規定，一地方制度法第三十條第四項規定函告市府自治條例無效。國家通訊傳播委員會(NCC)認為抵觸電信法部份內容為：明定基地台新設要件、線至基地台於建築物屋頂、住宅區及範圍之設置及共用天線之原則等規定。

何謂第一類電信事業與第二類電信事業？

名稱	第一類電信事業	第二類電信事業
劃分	1 指設置電信機線設備，提供電信服務之事業。 2 固網電信和行動及國際電信、無線電中繼、呼叫器	1 指第一類電信事業以外之電信事業。 2 主要是做網路服務
電信業者	中華電信、遠傳、台灣大哥大、亞太、威寶 等	捷摩

依電信法第 11 條電信事業分為第一類電信事業及第二類電信事業。第一類電信事業指設置電信機線設備，提供電信服務之事業。前項電信機線設備指連接發信端與受信端之網路傳輸設備、與網路傳輸設備形成一體而設置之交換設備、以及二者之附屬設備。第二類電信事業指第一類電信事業以外之電信事業。

依據電信法第 12 條第一項規定，第一類電信事業須經交通部特許並發給執照，始得（並僅得）從事行政院公告開放之業務事項；第二類電信事業則依據該法第 17 條第 1 項規定，應向國家通訊傳播委員會申請許可，經營由交通部訂定之營業項目。

一、台中市行動電話地台設置管理自治條例

(一)第四條：電信業者於設置基地台時，應填具申請書，檢附下列文件向台中

市政府（以下簡稱本府）申請許可，經本府許可後使得設置：

- 一 建物、土地登記謄本
- 二 土地使用分區證明。
- 三 原核准使用執照建築圖說（設置於建築物上者）。
- 四 建築師或相關技師出具之結構安全證明書（設置於建築物上者）。
- 五 建築師或相關技師出具之基地台設施耐風力符合建築技術規則檢討分析報告。
- 六 地籍圖（設置於空地上者）。
- 七 基地臺設置平面、立面圖。
- 八 現況照片。
- 九 其他經本府公告知相關文件。

本府應設置基地台審核小組審核前向申請，其設置要點由本府另訂之。

(二)第七條：基地台設置於建築物屋頂時，其天線底座高度應離地面三十六公尺以上，且天線周圍半徑十五公尺範圍內不得有高於天線之建築物，住宅區內之基地台如設置於非公有建築物屋頂，其天線底座高度應離地面三十六公尺以上。

(三)第八條：基地台設置於建築物屋頂時，其伴靜三百公尺範圍內不得有以設置之基地台。

(四)第九條：同一屋頂如有二以上電信業者設置基地台，除經本府專案許可外，應裝設共用天線

二、電信法

(一)第三十二條

第一項 第一類電信事業或公設專用電信設置機關因設置管線基礎設施及終端設備之需要，得使用公、私有之土地、建築物。其屬公有之土地、建築物者，其管理機關（構）無正當理由不得拒絕。其因使用土地或建築物致發生實際損失者，應付與相當之補償。但應擇其對土地及建築物之管理機關、所有人、占有人或使用人損害最少之處所及方法為之。

第二項 第一類電信事業或公設專用電信設置機關因無線電信工程之需要，得使用河川、堤防、道路、公有林地或其他公共使用之土地與公有建築物設置無線電臺。但其設置應必要且適當，以不妨礙其原有效用為限，並應於事先徵求其管理機關（構）同意，其管理機關（構）無正當理由不得拒絕。

第三項 第一類電信事業或公設專用電信設置機關相關施工或復原作業，應依管理機關（構）所定規範辦理。

第四項 第一項及第二項管線基礎設施、終端設備及無線電臺之設置，除該設施有非使用私有之土地、建築物不能設置，或在公有之土地、建築物設置困難

者外，公有之土地、建築物應優先提供使用。

第五項 第一項使用之私有建築物如為公寓大廈，應取得公寓大廈管理委員會之同意。其未設管理委員會者，應經區分所有權人會議之同意，不適用公寓大廈管理條例第八條第一項之規定。

第六項 第一類電信事業設置其管線基礎設施時，中央及地方機關應予協助。

第七項 第一類電信事業就新設基礎設施及終端設備應共同成立管線基礎設施建設協商小組，協商管線基礎設施之規劃、申請、建設及共用事項，必要時，由交通部協調處理之。

(二)第三十三條

第一項 第一類電信事業或公設專用電信設置機關所需交換機房，如當地都市計畫或區域計畫尚未配合其分區設置需要預留電信公共設施用地或當地都市計畫或區域計畫預留電信公共設施用地不敷使用者，第一類電信事業或公設專用電信設置機關得視社區發展及居民分佈情形，選擇適當地點，報請交通部核准，函請主管建築機關准予先行建築，不受都市計畫土地使用分區管制或非都市土地使用管制之限制。

第二項 第一類電信事業或公設專用電信設置機關因無線電通信工程之需要，得有償使用私有建築物，設置無線電臺。但以不妨礙原有建築物安全為限。

第三項 前項使用之建築物如為公寓大廈，應取得公寓大廈管理委員會之同意。其未設管理委員會者，應經區分所有權人會議之同意，不適用公寓大廈管理條例第八條第一項之規定。

三、地方制度法

第三十條

第一項 自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。

第二項 自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效。

第三項 委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。

第四項 第一項及第二項發生牴觸無效者，分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府予以函告。第三項發生牴觸無效者，由委辦機關予以函告無效。

第五項 自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。

四、法律優位原則

簡而言之乃行政機關所制定之行政命令不得牴觸法律，故又稱消極之依法行政。成文法國家之直接法源，依「法源位階理論」所述，大體可依憲法、法律、命令三位階加以劃分。三種位階之規範相互間有「效力優位」

（Geltungsvorrang）原則之適用，亦即，憲法之效力優於法律，法律之效力優於命令。我國憲法第 171 條第 1 項規定謂：「法律與憲法牴觸者無效」，第 172 條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效」，中央法規標準法第 11 條規定：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令」，均乃法律優位原則之具體表現。

五、法律優位原則的反思

在現行制度下，地方法與國家法的界線並不明確。但是就自治事項支主法而言，是否宜一概承認法律優先於自制條例，實則大有疑問。蓋自治之法何

時抵觸法律的判斷通常並不容易。自治之法如叫國家法做更廣泛（如就國家法所未規範之事項為規範），或更高層（如更嚴格的罰則）的規範，並非一律皆該當於抵觸之情況；況且在保障地方自治的前提下自制條例優先的情形並非不可想像。因此，前揭地方制度法站在「國家法優先」的前提下所做的規定，即有再予檢定的必要。

10-3 延伸問題

一、宣告無效內容之檢視

（一）根據自治條例第 4 條規定之內容，新設基地台應申請建照，此本為建築法規定之內容，電信業該當如此。

（二）限制距離與高度，是為維護居民的身心安全而設之法令，至今仍無科學能正時電磁波對人體的危害到何種程度，所以為保護居民的身體健康及避免造成居民之恐懼，而採取此預防性措施，是否為違反科技發展趨勢仍有待商榷。

二、行動電話基地台之立法是否為中央專屬？

中央掌管基地台設置之立法權，有助於國家政策之推動。但從另一方面思考，此乃犧牲地方居民的權益與地方政府的威望。政府消極管理行動電話基地台的設置，以維護電信業者的利益與營利的便利，但因此可能造成人民身心恐懼，有違比例原則。

且就此案而言，其遭宣告無效之內容，皆為替人民之健康與利益著想並非以限制科技發展為出發點。關於行動電話基地台之管理及監督，兼顧中央與地方分權、電信事業與基地台當地居民權益的模式為，中央居於宏觀的角度審核電信業者設置基地台之申請，並在維護通訊品質與技術發展之必要範圍內，長

有立法與執行權，但亦僅此為限。

10-4 比例原則與必要性原則的闡釋

中央所管轄的部分，大多數是屬於整體國家性質的部分。例如：國防、外交、司法、幣制、國營事業等等。這些事項應該由中央統一立法並執行。根據憲法第 107 條規定的事項是由中央立法並執行之。另外在憲法第 108 條裡規定的事項是由中央立法並執行，但也可以由省縣執行。例如：行政區劃，教育制度，銀行及交易所制度...(參憲法第 108 條)爭點在於，台中市副市長蕭家旗認為，市府訂定該條例是站在民眾立場考量，並不是要影響電信發展，而是希望能做有效管理，且市府是以建築管理層面去做相關規定，依地制法而言，建築管理屬地方自治事項；而條文中規定高度、距離及共用天線等條件，與科技發展並無違背。(資料來源：中央社 2007-09-27)

台中市政府認為基地台的管理屬於地方自治的範圍，建築管理屬於地方自治的事項，且集中管理基地台，完全是站在民眾的立場所設想。然而，我們可以用比例原則來探討設置行動電話基地台是否屬於中央獨享立法與執行之權限。

比例原則作為檢視是否屬電信核心事項之準據時，涉及必要性原則和狹義比例性原則兩個原則的判斷。

必要性原則又稱作「侵害最少原則」，應取對一侵害最少的政策來執行。

目前基地台的設置必須要逐站提出申請，執照期限五年。在管理和監督部分，採取集中事權的方式，由中央主管機關審核設站申請後核發許可。(行動通信業務管理規則，第 22~25 條)對於其他有關於基地台的事項例如：基地台的外觀型式要求、設置地點的變動、或分享共用基地台的營運方式等等…在不影響

基地台通訊功能之內的事項，中央缺乏集中統一管理、要求全國一致性的正當化理由獨攬權限。中央在沒有完全了解地方狀況之下，有可能因為無法承擔電信業者的遊說和壓力之下，可能作出犧牲地方百姓權益的政策以達到業者營運便利與商業利益的目的。

10-5 究地方自治範圍的狹廣至何處

我國憲法於第 110 條洋洋灑灑的列出可由縣自行立法並執行之事項，但地方自治事項之多，係非單單一條憲法法條所列舉之事項所可包括的。於是便於憲法第 111 條：「如有未列舉事項發生者，其事務有全國一致之性質者屬於中央，…，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」此種均權理論欠缺實效性，已為學界之共識。雖然地方制度法的規定已較為明確、詳細，但並非意味問題即獲得通盤解決。「蓋一者由於，地方自治雖然以地方就其自治事項可為最終之自主決定為前提，但在單一國體制下又非承認地方可擁有獨立於國家之外的主權，從而，即令肯定某一事項為自治事項，必然伴隨之自治監督究竟可達何種程度，…，再者更因為，我國各種法規類皆規定『本法所稱之主管機關，在中央為…，在省(市)為…，在縣(市)為…，…』就同一事項各級政府均有管轄權，但其界線不明確，因之益增權限劃分的複雜性。」(參 蔡茂寅 地方自治之理論與地方制度法 頁 20 以下)

以下茲就地方自治團體之權能做大概的陳述：

1. 地方自治團體具有獨立的法人格，與國家分享統制權並擁有立法機關以及行政機關，…，可行使立法權與行政權，並擁有完整之預算制度。
2. 在法律允許的範圍內，地方自治團體得以課稅、徵收規費等方式獲取收入。換言之，地方自治團體基於其『統治主體』的地位，得對居民行使統治權。唯

與此同時，為增進居民之福祉，亦具備提供種種公共服務的『事業主題』地位。

3. 具法人格之地方自治團體，得為權利義務的歸屬主體。換言之，地方自治團體擁有完整之權利能力、行為能力與責任能力。相對於此，行政機關僅為行政權行使之行為主體，因此不得作為權利的主體之公法人。

問題：憲法對各級自治團體自治權的保障並非一視同仁。例如鄉(鎮市)依地方制度法第 14 條和第 2 條的規定雖為地方自治團體性質的公法人，但卻未受憲法直接明文保障；又直轄市之自治，憲法第 118 條僅規定「以法律定之」。又憲法第 128 條規定：「市準用縣之規定」，市既準用縣之規定，當然在縣有關之規定而可是用於事之部分亦應保障市之自治不得受中央立法之侵害。不過，既然是『準用』，則有『可適用』與『不可適用』之處。上述將會是引起紛爭之處，未來有待實務與理論之發展，以釐清此二者之分際。

10-6 制度性保障的意義

關於地方自治的本質理論現今存在著四種學說，分別為

1. 固有權論 2. 承認說 3. 制度性保障說 4. 人民主權說

其中我國所採用的是制度性保障說。將因為歷史緣故而形成的各種公法制度當作國家制度，在憲法上加以保障，以避免其本質內容受到立法等形式侵害的學說稱為制度性保障說。

就制度性保障的觀點而言，地方自治最根深的意義在於禁止立法侵害地方自治權，此包括對自願性的自治行政事務或義務的自治行政事務的不必要干預，另一方面而言，立法者更應積極建構制度，以保障地方自治權之行使，並要求行政機關本於法律意旨予以保護，千萬不可恣意地對於地方自治團體行使職權之成果予以否定。及有關法律賦予地方自治團體就特定事項有自治權之

後，中央國家機關就該事項雖有監督之職權，亦應僅止於所謂「合法性監督」或只有「合目的性監督」。除地方自治團體有恣意情事，否則上級監督機關亦不得對地方自治團體不適當之行政處分予以撤銷。中央機關對於地方自治法規，亦不得以其不適當而宣告無效。

有關地方自治的本質，司法院大法官會議釋字四九八號前段指出：「地方自治為憲法所保障之制度。基於住民自治之理念與垂直分權之功能，地方自治團體設有地方行政機關及立法機關，其首長與民意代表均由自治區域內之人民依法選舉產生，分別綜理地方自治團體之地方事務，或行使地方立法機關之職權，地方行政機關與地方立法機關間依法並有權責制衡之關係。中央政府或其他上級政府對地方自治團體辦理自治事項、委辦事項，依法僅得按事項之性質，為適法或適當與否之監督。地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予以尊重。」

此號解釋明白指出地方自治團體在憲法及法律保障範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關應該予以尊重而不得任意入侵。

另外一個有關地方自治保障的重要解釋為釋字五二七號，其內容指出地方自治團體在受憲法及法律規範的前提下享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限，並詳述地方自治團體之組織權及行政訴訟權與釋憲權之有關的保障。此兩號解釋皆強調地方自治團體在受憲法及法律規範之前提下之自主地位，而由於地方自治乃憲法所保障，從而有關的立法不得過度，以致於違反了憲法有關地方自治的保障。（參 蘇永欽—地方自治—頁 39~42）

10-7 中央與地方分權理論

一個完整而統一的政治制度，其行政管理權限的畫分，從橫向的方面看，

是中央政府各機關間權力畫分；從縱的方面看，是中央政府與地方政府間權限的規定，換言之，經垂直(縱向)分化後，有中央政府與地方政府的畫分。依據組織原理，分化後的地方政府，即扮演了政治角色，並從事具體的、規範的活動，發揮其應有的多項功能。

由於各國的環境與疆域不同，國情互異，加以歷史因素、文化背景的差異，所以各國的政治型態不盡相同，而有單一體制與聯邦體制之別，在事權分屬上亦因體制不一，而有中央集權制、地方分權制與均權制等畫分。

中央與地方的關係，猶如大腦與四肢。前者的功能在於統籌思維，並將命令傳遞；而後者的職掌則為執行任務，因此中央與地方政府在政策過程中，分別扮演不同的角色；即中央制定政策，地方執行政策；其設計與實踐之得失，關係國家社會發展至深。

一般來說，採用聯邦制的國家多實行地方分權，採用單一制的國家多實行中央集權，有些採用聯邦制但實行中央集權，如：俄國；有些採用單一制確實行地方分權，如：英國；而我國採用不偏於中央集權或地方分權的均權制，其優點有：1. 適合中國國情 2. 避免極端政治 3. 適應情勢變遷 4. 國家完整統一等，不但適應國情且能避開中央集權及地方分權之缺點。

10-8 我國中央與地方之關係

中央與地方的關係，一般來說是建築在以下三個基礎上：

- (一)中央與地方事權的劃分
- (二)中央對地方的監督
- (三)中央對地方的服務

(一)中央與地方事權的劃分

中央與地方事權的劃分，不外有中央集權、地方分權及我國採取的均權制度；所謂中央集權，乃謂一國治權，悉集中於中央政府掌握，地方政府只不過是中央為著便利而分設的派出機構，對於事務的處理必須聽命於中央的一種制度；而所謂地方分權，乃謂一個國家將其治權的一部分賦予地方政府，而中央政府僅立於監督地位的一種制度。

1. 均權主義在使中央與地方的政治力量平衡均適的相互幫助。
2. 均權主義在使中央政府與地方政府的機關協同一致。
3. 均權主義是在國家體系的完整統一下畫分中央與地方事權。
4. 均權主義須確遵「權能區分」的原理，來分配中央與地方的事權使為均權、均治的萬能政府(孫中山;國父全集)。

(二)中央對地方監督

中央與地方的關係—聯邦與單一國家雖有若干程度上的不同，但大體上說地方政府總是臣服於中央政府，而任何國家的中央政府也總是一直以所謂「全能」(Omnipotent)的姿態支配地方政府，同時也一直在監督與控制的途徑銷滅，甚至廢除地方自治團體現有的一些事權。一般來說，對於地方政府之監督含有兩個方面的意義：

1. 消極的監督及視察、考核、監視和糾正等性質，目的在防範地方政府怠忽本身職務或濫用自治權力，以維護地方人民之合法權益，保障國家統一局面
2. 積極的監督，即含有督促、指導和扶助的性質，其目的在促使地方政府善用其自治權，努力地方建設事業並扶植各地地方自治的均衡發展。

目前監督方式有下列四種：

(1)巡迴視察

(2)財政補助

(3)議決案的認可:一般國家對於地方議會所通過的法規或其他決議案，例多

規定必須報告中央政府核准後始能生效，此一程序又稱:「議決案的審查」

(The review of local decision)

(4)矯正地方政府怠忽與錯失

(四)中央對地方的服務

近幾年來中央與地方的關係進入了另一個新的領域，那就是中央對地方的服務(Central government services to local authorities)，亦即在某種關係上，中央政府不妨以顧問地位進行說服與勸導，以代替命令與強制俾利地方政府在中央的知識與技術協助下，得以克服困難解決彼此所需解決的問題

10-9 我國政府現行制度之探討

一、憲法的均權制精神與條文

中華民國憲法前言，明白揭示中華民國憲法是依據中山先生的遺教而制定，因此憲法中有關中央與地方之關係以及權限之畫分，自是以中山先生的均權主義為最終依歸。

(一)憲法的均權制精神:

1. 完全的均權制
2. 均權制包括委辦事項
3. 以執行行政與立法兩權為限
4. 未列舉事項之剩餘權仍以事務之性質為畫分標準。

(二)憲法的具體規定:我國憲法有關中央與地方權限畫分之規定，以均權制度為

原則，採用列舉主義，對中央—省—縣三級政府權限之畫分明白而具體，使此一制度之施行更能發揮其高度效果，其條文詳列第十章(第 107、108、109、110、111 條)。

二、現行制度的探討

剩餘權之歸屬與解決爭議之問題:憲法第一一一條有概括的指引:事務有全國一致之性質者，屬於中央；有全省一致之性質者，屬於省；有一縣之性質者，屬於縣；遇有爭議，由立法院解決之。這理的畫分標準並不明確，其係依事務之性質而畫分。而爭議畫交給立法院解決，原則上並不妥當，理由在於立法院容易有政黨、派系之爭，而且立法院有會期之限制，再加上其本身已有十分繁重的任務，所以有學者指出對於未列舉之新生事務，採均權原則，理論及運用上皆十分周延且有保障地方自治權之意義，惟憲法中對均權原則之適用發生爭議時，卻由立法院解決，則為大家所批評，主要乃在解決爭議之仲裁者，就是爭議之一方，顯然頗為不公，將之改為司法機關處理，幾乎已是論者所共識，因此爭議之仲裁者乃宜交給司法院行使。

以業務性質或區域性質來區分中央與地方職權的問題:均權理論以事務本質為立論依據，固然正確但欠缺內涵。即在高度分化、專業化、多元化之社會中，就一事項的權限的畫分往往有十分複雜的考量，吾人常常必須考慮國家社會的發展過程與現今國內外政經社文結構，其中容有一定評價的空間。而我國憲法有關中央與地方權限的畫分，即秉持業務性質與區域性之原則，此種原則，實際上存在若干困難有待突破，例如:有些業務性質不易清楚界定。以區域性質為區分標準更不明確，假如中央政府主管全國衛生事務，地方政府主管地方衛

憲法時事導引教學計畫成果報告書

生事務，容易發生中央主管機構指揮監督地方主管衛生事務機構，行成中央政府權力伸張，地方政府權力矮化現象。一般採行地方分權國家，在上述情形下，通常不再成立業務性質相似的主管機關。

各級政府核心任務未能畫分清楚的問題:我國有關中央與地方之權限畫分，規定於憲法第一百零七條以下，整個規定最大的弊病，在於除了第一百零七條中央立法並執行之十三款事項與第一百零八條第一項若干款以外，其餘的項目均橫跨中央、省、縣，而且每一級政府均有立法權或交下級政府執行之權，以致令人難以確切了解中央、省、縣三級政府間任務分配與權限畫分，從而模糊了各級政府的核心任務領域。

10-10 結 論

中央與地方的關係，近半世紀以來，已有明顯的轉變趨勢，傳統的「監督與臣服」的關係，似乎已逐漸的被「服務與協助」所取代。美國學者密勒(G.S.Mill)曾說「權力可以地方化，最有用的知識，則需中央化」。由於社會結構不斷改變，人民對政府的需求不斷增加，地方政府的職能也隨著人民的需求而擴張，地方政府現有的人力、物力及既有法定權力，均以不足以應付此一變動的環境，勢必要仰賴中央政府提供知識與技術的協助，而中央政府也有這個責任與義務，針對地方政府的需求，提供適切的協助與服務。

目前中央與地方關係發展的方向，就是要中央與地方拼棄傳統「權力依賴」的關係，而彼此能徵詢意見，建立溝通管道，在決策過程中，能讓地方共同參與，彼此逐漸走向咨詢合作的途徑，以謀取雙方利益，創造中央與地方雙贏的局面。

10-11 參考資料

1. 蔡茂寅，地方自治之理論與地方制度法，頁 27~28
2. 蘇永欽，地方自治，頁 39~42)
3. <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1005031902535>

附錄

延伸討論--北市里長延選--

一、前言

司法院釋字第四九八號解釋謂：「地方自治為憲法所保障之制度。..... 中央政府或其他上級政府對地方自治團體辦理自治事項、委辦事項，依法僅得按事務之性質，為適法或適當與否之監督。地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予以尊重。」即為體現地方自治的司法見解。而基於住民自治之理念與垂直分權之功能，「就事務的處理上，導出地方優先原則。亦即，凡地方能夠處理的事務，宜歸屬地方；下級地方自治團體能夠處理的事務，上級地方自治團體與國家不宜置喙。」由以上分析，地方自治團體擁有自治自主權，為現代政治制度分權原則的重要一環，而地方住民具有自行決策能力，實為當前民主政治的基礎理論架構，應為當前世界潮流之通說，當無異疑。問題是，雖然地方自治團體具備自治能力，但仍屬國家之一份子，不可能脫離國家統治權的約制，於此即產生另一課題，即政府（上級機關）應如何對地方自治團體進行監督？此項議題即為以下所舉之台北市里長延選釋憲案之重要系爭之點。

二、台北市里長延選案事件概要

台北市長馬英九以為配合「台北市行政區劃及里鄰編組自治條例」實施之事實需

要而擬延長第八屆里長改選半年至一年，案經內政部認定有違反地方制度法第八十三條第一項規定，惟台北市政府表示里長延選屬地方自治權限，而依原定計畫延期改選，行政院乃依地方制度法第七十五條第二項規定函台北市政府為撤銷之處分，台北市政府不服而向司法院提出「統一解釋法律」、「解釋有無違法」及「解釋憲法」三項聲請書。

三、討論

本案遭受撤銷，固可認其為行政處分，但在爭議處理程序，依地方制度法規定，在未聲請司法解釋前，固可視為一般行政處分，而得依其救濟程序為之，但本案在台北市政府聲請司法解釋後，依地方制度法第七十五條第八項：「在司法解釋前，不得予以撤銷……」。而若屬一般行政處分，則依行政訴訟法第一百十六條規定，原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止，因此，依地方制度法第七十五條規定程序處理者，縱或原為行政處分，亦因在司法解釋（而非行政爭訴）之前不得撤銷之，其情事已屬「行政處分不存在」。至於依地方制度法準用行政處分之救濟程序處理者，則僅限於上級主管機關代行處理地方自治團體作為或不作為事項（不限於「自治事項」）所引起之爭訴事件。釋字第五五三號中對此表示，「本件既屬地方自治事項又涉及不確定法律概念，上級監督為適法性監督之際，固應尊重地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意、濫用及其他違法情事，上級機關尚非不得依法撤銷或變更。」

第十一案 北市里長延選案

11-1 事實背景

91/01/12

里長選舉依法得因特殊事故延後 林正修：外界勿作太多政治聯想

台北市里長任期將於 91 年 6 月底屆滿，市府原定 6 月 8 日舉行里長選舉，但因各里行政區域即將進行調整，使得里長選舉是否延後舉行，受到外界關注。台北市長馬英九於 91 年 1 月 11 日與國民黨籍議員會餐時，透露市府正審慎評估延後里長選舉的可行性。

台北民政局長林正修表示，里長選舉是地方自治的事項之一，依地方制度法規定，直轄市政府得因特殊事故延後里長的選舉。台灣省各縣市就曾有延後舉辦村里長選舉的前例，台北市不排除在里的行政區域調整尚未定案之前，延後舉行里長選舉。議會曾要求市府進行里的行政區域調整，市府已將「台北市行政區域劃分及里鄰編組自治條例」草案送抵議會審議，但該條例草案目前尚未付委審查。市府評估延後里長選舉的可行性，完全是考量里的行政區域即將調整，外界不必有太多的政治聯想。

91/03/06

里長選舉 6 月 8 日投票 還有變數

議會若在四月中公告前通過里鄰重劃案 里長將延至年底與市長、議員一起選

台北市基層里長選舉訂於六月八日投票，將於四月中旬正式公告，唯一的變數是，若市議會在公告前通過「台北市行政區域劃分及里鄰編組自治條例」草案，並決議依新法改選，選舉日期才會延至年底，形成市長、市議員、里長同時間改選的三合一選舉，如果所有變數都在公告後發生，就不會改變投票日期。

91/03/28

里鄰重編 市府：迫在眉睫

台北市民政局長林正修於 91 年 3 月 27 日指出，市議會若在 4 月 10 日前審議通過「行政區域劃分及里鄰編組自治條例」，則里長將依新區劃選舉，但選舉時程未定；若不能及時通過，必須依目前時程在 6 月 8 日照原區劃選舉，里鄰區劃調整則可能得再拖四年。台北市政府由新聞處長吳育昇、民政局長林正修和法規會主委陳清秀連袂對外界說明行政區劃里鄰調整的急迫性，同時請來三里長，分別說明里鄰劃分不當對地方的影響，因此重新依社會現況修訂自治條例，以減少政府財政衝擊，是目前要務。

吳育昇指出，市長馬英九也瞭解外界對里鄰調整可能影響年底市長選情有質疑，但他轉述市長的意見，認為十二年未調整里鄰界，有礙市政推動，負責的市府應超越選舉，請市議會加速審議，否則顧及選舉則永難調整，勢必為紙上談兵。

91/04/09

北市將兼併 10 里 新增 15 里

91/04/12

北市里長延任案 若遭中央撤銷 民局初步規畫 下周起徵詢民意後才定案

中央選舉委員會主任委員黃石城昨天表示，台北市里長延任與否由市府決定，但如果內政部或行政院認為市政府的決定不合法，將予以撤銷。且公職人員延任是由行政機關所決定，中選會的立場是希望各項選舉都能按照時間進行，因為選舉有期約的限制，不能隨便延任。

不過，依據地方制度法、大法官解釋令，所謂「特別事故」可以延任的規定，解釋權責在內政部，中選會不便干預業務，只要內政部或行政院認為市政

府的延任決定不合法，並予以撤銷，延任的理由消失，中選會將去函要求北市選委會依法辦理選舉。

91/04/25

市里長延選案 中選會不便調查

法律適用仍有爭議 中選會無共識 盼在 5 月 20 日前解決 仍可辦理改選

中選會主委黃石城表示，基於該案法律適用尚有爭議，中選會「不便備查」，希望內政部與台北市儘速解決爭議，依選罷法規定，應在里長任期屆滿四十天前辦理公告，只要五月二十日以前解決問題，仍可辦理里長改選。

林正修強調，這次的爭議不在選務問題，而是中央與台北市對地方自治權限的界定問題。

對此，劉文仕反駁指出，過去確實有因合併選舉構成特殊理由而延選的慣例、通例，但行政區域調整絕對不是慣例或特例。

台北市法規會主委陳清秀表示，台北市政府的主管監督機關是行政院，所以內政部的意見只是參考，不具拘束力，而且目前行政院始終沒有表態，且未依地制法第七十五條廢止台北市執行延任案，因此台北市政府仍將依既定方向而行。

黃石城表示，里長延任案的爭議，在於台北市政府與中央對地方制度法的法律見解不一樣，雖然台北市政府堅持他們在里長選舉延後辦理上有權限，但是延期理由是否有正當性，是否符合地方制度法第八十三條有關特殊事故規定，爭議並沒有解除。

91/04/27

游揆接見馬英九 表示依照憲法規定 政府機關之間如果對法律有不同看法時 可以透過大法官會議解釋解決

游揆於 91 年 4 月 26 日接見台北市長馬英九，市長也再三強調里鄰調整的必要性。就有關台北市里長選舉案交換意見，雙方達成共識，行政院將在一週內正式回應北市立場，行政院秘書長李應元表示，游揆今天將聽取內政部長余政憲報告說明；他並首度鬆口表示，依照憲法規定，政府機關之間如果對法律有不同看法時，可以透過大法官會議解釋解決。游揆對里長延選案的狀況並不了解，但仍表達希望用「以和為貴、依法行政」的態度解決問題，馬英九強調這也是北市態度，整件事情北市並沒有要向中央挑戰的意思，只是希望不管違不違法，行政院能儘快告訴台北市政府。

91/05/01

內政部正式呈報建請行政院撤銷台北市政府執行第九屆里長延選案

內政部昨天依據地方制度法相關規定，正式呈報建請行政院撤銷台北市政府執行第九屆里長延選案。這項舉措創下台灣地方自治史上，地方自治主管機關建請撤銷地方政府行政作為的首例。

官員分析，由於大法官會議做成解釋以前，依地制法第七十五條第八項「在司法院解釋前，不得予以撤銷、變更、廢止或停止其執行」，因此，台北市仍可達到形式上凍結里長改選的目的。

91/05/03

北市府：堅持延選規劃並聲請釋憲

馬英九尊重政院決定 但表示遺憾 盼「以和為貴，依法行政」 伸張地制法精神 提司法裁決

行政院昨日撤銷台北市里長延選案，台北市長馬英九表示，他尊重行政院的決定，但也感到遺憾，市府將聲請大法官會議解釋。因里界調整而延選里長，是為了改善資源分配不公的現狀，也是政府再造的一環。如今行政院決定撤銷，

憲法時事導引教學計畫成果報告書

顯然中央和地方對該案出現相當大歧見，市府盼「以和為貴、依法行政」，現在只能依地方制度法精神，將該案提出由司法院做最後的裁決，因此就讓一切回歸憲法仲裁的程序。林正修表示，行政院決定，對台灣地方自治史造成深遠的影響，其撤銷理由也有自相矛盾之處。

市府法規會主委陳清秀指出，市府提出的釋憲有三個標的，即中央和地方對於地方制度法規定的「特殊事故」的認定不同，所以聲請統一解釋；對於市府以里界調整而延選的決定，是否違法的解釋；和對行政院撤銷北市延選決定，是否逾越權限，違背憲法保障地方自治權的解釋。根據過去經驗大法官會議對釋憲案的處理，快則三至六個月會有結果，慢則要一至二年的時間。

91/09

里區域調整九月一日生效 請民眾配合辦理簿證改註作業

91/12/06

第九屆里長選舉 九日登記

台北市第九屆里長選舉昨起開放領表，九日至十一日受理參選登記。北市因里界調整而後七個月舉行的里長選舉，將選出四百四十九位里長，較現任多出十四席；投開票日則為明年一月四日。

台北市選委會將於十二月廿日以前審定參選人資格，十二月廿三日行號次抽籤。依照公職人員選舉罷免法規定，村里長法定競選期間為投日前五日，因此十二月三十日起各候選人才正式展開競選活動。

11-2 憲法爭點

里長延選之「特殊事故」之解釋：

一. 依文義解釋，特殊事故不以內政部函釋所列舉情形為限

依內政部對於「特殊事故」所作之解釋，認為依立法原意及以往延長任期改選之案例，係指於(一)重大天然災害、變故或其他不可抗力事件(二)單一種類選舉有與其他種類選舉合併辦理之可能，不予合併足以造成社會資源重覆浪費情事者。

然依法條文義解釋，「特殊事故」可包括一切可能妨礙選舉進行或影響里長與里民法律關係或為阻止公益上危害之發生或其他有正當理由之特殊情事在內。在文字意義之可能性範圍，有多種解釋可能，並不限於內政部函釋所示二種情形。

二. 依立法者意思，特殊事故之範圍，授權地方政府自主決定

由地方制度法立法理由探知，並無將「特殊事故」侷限於內政部所指二種情形之考量。且追本溯源地方制度法乃參照直轄市自治法及省縣自治法規定，依內政部於省縣自治法草擬時向立法院所為之說明，對於「特殊事故」仍需以諸多之不確定法律概念予以解釋適用，立法者遂未予條例界定，而授權地方自治團體自行認定，亦即賦予地方自治團體自主解釋決定，並非委由中央政府進行「妥當性選擇」代為解釋決定。

三. 依行政先例，特殊事故包括里行政區域之調整

以往內政部早在七十七年十二月十六日便作成解釋「經查因行政區域調整而延期改選或延長任期尚不乏案例」，認可地方政府可衡量實際需要，因行政區域調整而延期改選里長，因此七十八年台北市第五屆里長便因行政區域調整而延期改選，並延長里長任期一年。

再者，就各類地方選舉因故延期舉行者，迭有行政先例存在，除台北市第五屆里長選舉外；台北縣第五屆里長選舉，因適逢台灣省第三屆縣市議員普遍改選期間，為避免不同級之兩種公職人員同時辦理選舉，於選務作業上容易發

生弊端而延期改選，計延長任期約八個月；台灣省第九屆省議員及台北市第六屆、高雄市第四屆市議員選舉為配合民選省市長任期而延後一年辦理改選。以上延選先例，雖然當初引用法律條文不一，惟均因「特殊事故」而延期改選。足見本件因里界調整而延期選舉，並非首例。

四. 依「舉輕明重」之法理，特殊事故應包括為維護重大公共利益所發生之里行政區域調整

合併選舉屬人為之阻礙性質，是以從內政部解釋法理推知，「特殊事故」並不侷限於重大天然災害，亦包括人為障礙因素。換言之，為節省社會資源而辦理合併選舉，既得為特殊事故之範圍，則為公平分配里行政資源而辦理合併選舉，進行調整里鄰編組，以維護公共利益，其重要性更大於社會資源之節省，依「舉輕明重」之法理，更應得解釋為特殊事故之範圍。政府應以追求市民最大福祉為最終目標，因此應進行「成本效益分析」，才能決定是否有正當理由存在。而不得全盤否定里行政區調整作為特殊事故之解釋，否則將危害公共利益。

五. 依事件本質，特殊事故屬於不確定法律概念，得有數種可能的合法決定

「特殊事故」之要件，係為不確定之法律概念，其本質上，需經由具體事實情況之「評價」，此種評價，其不必然導出一個明確的結果，是以，於不確定法律概念中，倘有灰色地帶而有是否該當於不確定概念之爭執時，數種可能的決定中之任何一種，因其係為該不確定法律概念所涵蓋，故均可認為其為適當，並被視為合法。換言之，就此數種可能的決定，乃法律賦予地方自治團體之自治行政機關享有判斷餘地或行政裁量權，故地方政府就此不確定法律概念，依法所為之判斷決定，如在該不確定法律概念可得支持之適用範圍，自皆屬適當且合法。蓋愈是基層的事項，愈應尊重地方之裁量，也就是「層級化自治監督的概念」，因此中央主管機關如以解釋函來一體適用全國各級地方選舉，將迫使

憲法時事導引教學計畫成果報告書

地方自治失去更正彈性空間，已失去立法良善尊重地方之精神。

六. 參照外國立法例，里行政區域之調整，非不得作為里長延選「特殊事故」之事由

外國立法例如日本「市町村合併特例法」第七條第一項規定市町村合併得作為議員延任之事由。日本立法政策上基於下列理由，特例市町村合併得作為議員延任處理：

(一)自治體行政之效率化及合理化：事務重新分配之結果，為使基礎單位之自治體得以最少成本及費用提供最有效益之行政服務，即自治體行政之效率化及合理化，必須調整市町村最適規模。

(二)住民權益之增進：調整市町村最適規模，不但使自治體行政之效率化及合理化，進而增進住民權益之保障，即住民享受之行政服務更充實。

地方自治團體區域之調整及因調整所致之議員延任，其涉及與國家及其他地方自治團體之外部關係，因此地方自治團體區域之調整即具有外部效果，具有外部效果之自治體區域之調整，既得作為公職人員延任之事由（不過須以法律定之）。因此，里行政區域之調整，非不得作為里長延選「特殊事故」之事由。

七. 依合憲性解釋，特殊事故可包括里行政區域調整

按里行政區域調整，攸關里行政資源公平合理分配之市民權益至鉅，乃涉及重大公共利益。而里長職務性質上為奉令執行職務之廣義公務人員性質，並非反映民意、審議法案、預算之民意代表，亦非有決策權責之公職人員，其任期雖法律規定以四年為原則，但仍可因特殊事故延期選舉而視需要展延任期，其任期變更之社會成本若小於行政區域調整所追求之公共利益時，則為維護公益而以特殊事故為由，延期選舉，仍符合憲法第二十三條規定，故將特殊事故解釋為包括里行政區域之調整，並不違反憲法。

八. 本件特殊事故之解釋，與釋字第四九九號解釋無涉

釋字第四九九號解釋對於國代延任案作出違憲解釋，乃是針對「全國性中央民意代表」所作成之解釋，而本件里長延選案則涉及擔任「地方性基層公職人員」之里長，其法定職掌為辦理公務及交辦事項，並非負責反映民意、審查法案及預算之民意代表，也不是負責重大決策之公職人員，自不在該號解釋的適用範圍。

況且，該號解釋也承認公職人員如有不能改選之「正當理由」，即可延後改選，台北市為了確保各里行政資源公平合理分配，以維護市民權益，而亟需即時進行里行政區域調整，亦即為維護公共利益，而有調整各里行政區域之急迫必要，致無法如期改選，自有不能改選之「正當理由」存在，因此，也符合上述大法官解釋容許延後改選之意旨。

1. 與釋字 499 號解釋國大代表自肥案相比較，闡明國民主權原則及訂其改選的民主契約原則。亦涉及憲法第十七條保障人民之選舉權。

1999 年 9 月 4 日第三屆國民大會以秘密投票方式通過第五次憲法增修條文，該次修憲的重點為：

(1) 國民大會代表及立法委員的任期延長：

增修條文第一條第三項規定：「國民大會代表之任期為四年，但於任期中遇立法委員改選時同時改選，連選得連任。第三屆國民大會代表任期至第四屆立法委員任期屆滿為止。」

而立法委員任期依增修條文第四條第三項規定：「第四屆立法委員任期至中華民國九十一年六月三十日止。第五屆立法委員任期自中華民國九十一年七月一日起為四年，連選得連任，其選舉應於每屆任滿前或解散後六十日內完成

之，不適用憲法第六十五條之規定。」藉此規定，國民大會代表延長任期二年又四十二天，立法委員則延長五個月。

(2) 國民大會代表選舉方式：

增修條文第一條第一款：「國民大會代表第四屆為三百人，依左列規定以比例代表方式選出之。並以立法委員選舉，各政黨所推薦及獨立參選之候選人得票數之比例分配當選名額，不受憲法第二十六條及第一百三十五條之限制。比例代表之選舉方法以法律定之。」意即國大代表選舉方式依附立法委員選舉產生的政黨比例分配當選名額。

但國民大會對於此增修條文，先是經決議不通過，但嗣後卻改以「無記名投票」方式予以通過，引發各界強烈不滿和反彈。立法委員郝龍斌等一百十二人乃以非因憲政上緊急情事，又無任何非延長任期無法延續憲政之情形存在，國民大會無權假藉修憲程序，延長自身業經憲法明文規定之任期，其於民國八十八年九月六日咨請總統公布之修正憲法增修條文第一條第一項至第三項及第四條第三項之規定，未依正常修憲程序通過，抑且違反憲法中關於民主政治定期改選原則及平等原則之修憲界限，系爭修憲條文無效。

2000年3月24日司法院大法官昨天作成釋字第四九九號解釋，明確指出第三屆國民大會去年九月四日通過的延長任期、及下屆國代依附立法委員選舉產生的政黨比例制修憲條文，議事程序有明顯重大瑕疵，實質內容違反制憲精神的本質，增修條文之第一條、第四條、第九條暨第十條應自本解釋公布之日起失其效力。

2. 釋字 499 號闡明國民主權原則及定期改選的民主契約原則

(1)國民主權原則：

憲法第二條所規定的國民主權，具有兩方面的意義。第一，國民就國家之各種規範上價值秩序而言，應有最高決定權。透過制憲或修憲的決定，國民主權可以呈現出來；第二，就國家權力的行使應具有正當性，並受到憲法的限制。

(2)定期改選的民主契約原則：

民意政治的法源就是國民主權。民意代表直接代表人民「凝聚共同的政治意志」，更需由人民定期選舉，以取得民主合法性。故釋字第 261 解釋認為，民主憲政體制不可以沒有民意代表，故「中央民意代表之任期制度為憲法所明定，第一屆中央民意代表當選就任後，國家遭遇重大變故，因為改選而繼續行使職權，乃維持憲政體制所必要。惟民意代表的定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑。」亦即，民意代表的定期改選，係屬反映民意的一種核心而不可省略的方式，除有特殊緊急事故外，係不可違反的憲政原則。

「按國民主權原則，民意代表之權限，應直接源自國民之授權，是以代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權須遵守與選民約定，任期屆滿，除有不能改選之正當理由外應即改選，乃約定之首要者，否則將失其代表性。」

「本件關於國民大會代表及立法委員任期之調整，並無憲政上不能依法改選之正當理由，逕以修改上開增修條文方式延長其任期，與首開原則不符。而國民大會代表之自行延長任期部分，於利益迴避原則亦屬有違，俱與自由民主憲政秩序不合。」

內政部報請撤銷的理由為

「台北市政府進行里鄰調整，並非事實上有不能改選的原因，與大法官釋字第

四九九號解釋揭示的國民主權原則及定期改選的民主契約原則不符。」

惟國民大會代表等中央民意代表之任期，係於憲法中所明定，為憲政基本秩序之一環，為國家憲政之重大制度；反之，里長任期之相關事項，憲法就此並無任何規定，而係於地方制度法等法律規定中明定，其本質係為地方自治事項，故依法律規定處理里長延選案，並未涉及國家基本憲政體制問題，亦與憲法上民主國家「國民主權原理」無涉。

釋字 499 號解釋對於國代延任案做出違憲解釋，乃是針對「全國性中央民意代表」所做成之解釋，而本件里長延選案則涉及擔任「地方性基層公職人員」之里長，其法定執掌為辦理公務及交辦事項（地方制度法第五十九條第一項），並非負責反映民意、審查法案及預算之民意代表，也不是負責重大決策之公職人員，自不在該號解釋的適用範圍。

況且，該號解釋也承認公職人員如有不能改選之「正當理由」，即可延後改選，台北市因為了確保各里行政資源公平合理分配，以維護市民權益，而亟須及時進行里行政區域，亦即為維護公共利益，而有調整各里行政區域之急迫必要，志無法如期改選，自有不能改選之「正當理由」存在，因此，也符合上述大法官解釋容許延後改選之意旨。〔註二〕

3. 我國選舉權第 17 條規定：「人民有選舉、罷免、創制、複決之權。」

選舉權是參政權的基本權利。選舉是代議政治形成的最基本要件，也是現代民主國家統治權的基礎。其依行使方式不同，有主動選舉權與被選舉權之分。主動選舉權指人民得透過選舉制度選出民意代表或行政首長之權；被動選舉權係指人民得被選舉為民意代表或行政首長之法律地位。

內政部以台北市「行政區劃及里鄰編組自治條例」規定，里鄰調整方案尚

須經市議會審議通過，則市議會是否及何時通過都難以預料，以此種不確定理由將里長延選，確認期限又難以估計，已經嚴重影響市民選舉權為理由。

何況，再從合憲性監督觀點論之，地方制度法第八十三條所謂「特殊事故」，根本未排除憲法設定客觀價值秩序之基本理念。而所謂客觀價值秩序，即指除憲法條文明示的規範內容外，尚包括憲法價值體系的運作基礎：「國民主權」與「住民自治」。其中，「國民主權」乃指定期改選、多數治理及多黨政治之基本要求；而「住民自治」更是指愈屬基層的事務—如里長選舉、社區活動等，地方公民愈應有積極及更為公平的參與空間。故台北市如僅以「里界調整」作為該市里長延選之基礎，對「住民自治」之危害可謂不淺，因其已侵犯地方公民的選舉權及被選舉權之核心領域，本號解釋復指出此種行徑自應受中央更高密度之法律監督。

4. 里區域調整，是否是當作為特殊事故，延選里長？

就此問題也可從「法律經濟分析觀點」，考量其利弊及成本效益，在據以認定有無正當理由。茲分析如下：

(1)先調整里區域，再選里長之效益

- A. 台北市目前之里區域因都市發展，人口變遷，造成各里之資源分配不均，亟有調整變更之必要。為避免選舉後調整里區域影響里長任職及里民權益，並追求公平合理分配各里的行政資源，以提升服務品質之公益考量，有必要先行里區域調整後再行改選。
- B. 里長之定位，依地方制度法第五十九條第一項規定略以：里長受區長之指揮監督，辦理里公務及交辦事項。故里長為基層公職人員，既非從事政策決定工作，也非反映民意之民意代表，其法定任期四年只是原則性規定，

如遇特殊事故既可延期改選，自可依地方制度法第八十三條第四項規定依事實延長任期，此為法律授權延選之當然結果，無關破壞里長與里民之任期四年契約之問題。

- C. 於選後進行里區域調整，對於新里長之里區域劃分勢必產生爭議，有其實際困難，以致里區域調整勢必延後四年才能加以實施，對於資源分配不公平之里民而言，必須繼續再忍受四年的犧牲。如此乃有為政府公平照顧里民之行政目的。

(2)延後選舉之成本

- A. 市民與里長之間的四年任期契約，將因此發生里長延任效果，損及里民即時改選之權益。
- B. 里長候選人已經投入選舉之成本費用，可能部份喪失效果，以致有發生信賴利益之損失的可能。
- C. 在政治上可能引起紛爭，引起部分民眾不必要之疑慮，致可能耗費社會成本。

(3)綜合評估

倘若能盡速調整里行政區域，再儘速辦理改選，亦即里民即時改選里長之權益，不至於受到太大犧牲的範圍內，先行調整里行政區域，以合理分配行政資源，則其所追求之公共利益應大於延後選舉所可能產生之社會成本。因此，綜合評估結果，利大於弊，應認為有延後選舉之「正當理由」，值得採行。

5. 議會的民意支持

按台北市議會於審議「台北市行政區劃級里鄰編組自治條例」時，即已充

分討論有關先行調整里鄰編組後再辦理里長選舉之事宜，經最後審議結果，多數同意三讀通過上述自治條例並自公布之日起立即施行。即認可台北市政府得先行辦理里鄰編組調整再實施里長選舉，足見本件有「特殊事故」存在，得以延選，不僅有地方制度法第八十三條之授權依據，且有議會通過自治條例為基礎，已具有民主正當性，且已發揮民意監督功能。

6. 其他可能發生不良影響的防範

(1)有關內政部疑慮台北市里鄰調整方案無法及時送議會審議通過，致再延長第八屆里長任期乙節，應不致發生：台北市議會於審議「台北市行政區劃級里鄰編組自治條例」時，業已充分討論並獲多數通過，故本市議員對本案顯已有共識，市府也將盡一切努力協調即時審議通過，避免發生再次延選。且事後也證明里區域調整方案按照預定計畫時程通過，並自九十一年九月一日實施。

(2)內政部所指里長延選將耗費社會成本及無法與其他縣市同時辦理選舉乙節，說明如下：

- A. 台北市第九屆里長延期改選之經費係經議會審議通過之法定預算，並不會因為里長延選而使選務經費增加浪費公帑。
- B. 目前北市與其他各縣市里長就職日期並不一致。里長選舉是各地方自治團體之權限，將各自治團體之選舉定在同一天，無實質意義；且法無明文規定各地方政府應同日辦理里長選舉，是以里長選舉時程即使不一致，亦屬合法辦理。

7、憲法第十一章地方制度保障地方自治，究地方自治範圍的狹廣至何處。

地方自治團體高權係基於本身亦為公權力主體而來。同時亦因地方自治團

體須以自己責任進行地方事務，故必須使其具有一定的公權力，否則權責即不能相稱。地方自治團體高權包括下列幾項：

(1)**通常事務管理權**：如果法律沒有特別規定，該團體即是所有公共任務專有的主權，屬於此種通常事務之範圍者，不只限於存續的任務，同時應包括經濟、社會與文化設施的創造。例如運動場的興建、養老院等。

(2)**地域高權**：地方自治團體之地域權主要係指其土地領域範圍的維持，國家有義務尊重各地方自治團體領域的範圍，不得任意對歷史上存在之地方自治團體予以解散、合併、分割及其他領域的變更。

(3)**立法高權**：立法高權乃指地方自治團體以自己之責任處理地方事務，故有權制定自己之法律，此又稱為章程高權。有關中央立法權與地方力與權之異同如下：

同點：

- A. 均由人民選人員行使立法權：中央之立法院，由人民選舉之立法委員，代表人民行使立法權；地方之省、縣議會，由省、縣選舉之省、縣議員，代表人民行使立法權。
- B. 均行使部分相同之立法權：構成立法權之部分內容，如議決預算，監督財政，接受人民請願，向政府人員質詢等事項，均為立法院及省、縣議會所得行使之立法權。

異點：

- A. 機關之性質不同：中央立法權之立法院，其性質為治權機關；地方的省、縣議院之性質為政權機關。
- B. 立法權之構成內容不同：
 - (i) 依中央與地方均權制度之原則，中央事務重點在於具需要全國一致

性質事務，因此，強調全國整體性與法律秩序統一性，以維持全國穩定、全面、向上提昇均衡發展。反之，地方事務具需要因地制宜性質事務，因此，強調地方特殊性與地方實際需要，經由地方自治，以滿足地方居民生活需要。

(ii)依憲法六三條之規定，立法院有議決法律案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案之權，地方機關之省、縣議員，均不得議決。

(iii)依中央法規標準法第五條之規定，凡應以法律規定之事項，均為中央立法權之構成內容，地方立法權不包括此等事項在內。

C. 立法之定名不同：就即狹義之立法，僅指法規之制定而言，立法院所制定者為法律，省議會所制定者為法規，縣議會所制定者為規章。

D. 立法之公布程序不同：就法規之公布程序而言，立法院制定之法律，須由總統公布，並須經由行政院院長之副署，或行政院院長及有關部會首長之副署；至於省、縣議會制定之法規或規章，僅由省、縣政府公布，並無副屬之程序。

E. 立法之區域不同：基於中央立法權所制定之法律，以施行於全國領域為原則；基於省、縣立法權所制定之法規或規章，僅以施行各該省、縣之區域為限。

F. 立法效力強弱不同：立法院所制定之法律，為國家法律，其效力強；省、縣議會所制定之法規或規章，與國家法律牴觸者無效，其效力弱。

(4)組織高權：組織高權係指地方自治團體可就其行政組織有自己形成決定之權，包括行政機關、各種委員會、設立事業機構或其他非法人機構等。就此釋字

第527號解釋，享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限。

(5) **人事高權**：地方自治團體的人事權特別是包括選舉、僱用、晉升與解雇地方自治團體公務員之權限。地方自治團體雖有選擇其公務員之職權，但應尚無考試公務員之權。

(6) **財政高權**：此一財政權旨在保障地方自治團體在法律所規定的預算範圍內有獨自負責的收入與支出經濟的權限。地方自治之財政權有積極「財政收入形成權」及消極「財政負擔拒絕權」兩個面向，其中財政負擔拒絕權隱含「中央請客，地方買單」的問題，經常中央不顧地方財政困難與地方意見，自行決定進行減稅措施，以致損害地方稅收情形。此種中央立法減免地方稅捐致損害地方財政權情形，實際上能隱藏性補貼支出存在，也應負擔分配法則適用。

(7) **計畫高權**：地方性的建設主要計畫亦屬地方自治團體之固有事務。此種計畫包括地方自治團體領域內的都市計畫、建築計畫、文化發展計畫與保存之計畫等及其相關之附隨措施，例如為保存文化古蹟或創造建築景觀。

另外，憲法第111條即依此意旨而規定：「除第107條，第108條、第109條、第110條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質這屬於縣，遇有爭議時，由立法院解決之。」

8. 地方自治團體處理自治事項與承中央機關之命辦理委辦事項之差異如下：

(1) 定義差異：

「自治事項」即為地方自治團體之直接行政事項，應包括「自願性自治事項」與「義務性自治事項」二大類。所謂「自願性自治事項」，係指地方自治團體就自願性自治事項以決定「是否」以及「如何」實行之權。此類事項以交付行政居

多，例如地方自治團體是否興設圖書館或托兒所等。所謂「義務性自治事項」，係指此等自治事項係由國家憲法、法律或法規命令規定應由地方自治團體規劃並執行之事務。其法律性質係屬「公權力之委託」（參照行政程序法第15條），地方自治團體係因此義務性自治事項而與國家發生「垂直合作」與「行政機關一體性」關係。

「委辦事項」指地方自治團體依法律、上級法規或規章規定，在上級政府指揮監督下，執行上級政府交付辦理之非屬該團體事務，而負其行政執行責任之事項。由上知地方自治事項所辦理的是地方自治事務，委辦事項則是辦理上級政府交辦之事項。

(2) 處理程序和權限不同：

地方制度法第二七條第二項自治規則，除法律或自治條例另規定外，應於發布後分別函報關機備查。第二九條第二項委辦規則應函報委辦機關核定後發布之。可知兩者對於事項所訂規則之處理程序和權限均不同，自治事項先公佈後報上級備查，委辦事項則報上級核定後發布。

(3) 受法律之監督不同：

見地方制度法第四十三條，由於權限不同，自治事項和委辦事項受法律監督之情況自然不同。

(4) 財政負擔不同：

委辦事項經費應由委辦機關負擔，不能轉嫁受委辦之機關，自治事項則由自由團體編列預算辦理。就此大法官釋字第553號解釋有所闡釋：「地方自治團體處理其自治事項與承中央主管機關之命辦理委辦事項不同，前者中央之監督僅能就適法性為之，其情形與行政訴訟中之法院行使審查權相似（參訴願第79條第3項）；後者除適法性之外，亦得就行政作業之合目的性等實施全面

監督。」監督的方式有：

A. 適當性監督：核定

適當性監督是國家針對委辦事項所為之監督，此種監督在我國法治上，以「核定」的方向呈現出來。須經過適當性監督之作為，指地方自治團體所形成之抽象性法規與各種行政具體處份，必待「國家」或「上級機關」核定或核準後生效。故須經核定的事項，上級機關應「全部」核定或不予核定，在未完成以前，原決定不生效力。

B. 合法性監督：核備

地方自治團體雖可作成具有效力之決定，但須送上級團體或機關「核備」。核備係上級機關對下級機關對所陳報事情，可審查其內容之謂。亦即，須經核備之事項，指該地方自治團體雖可作成具有效力之決定，但須送上級機關審查是否有違法之處，至於是否適當，不在審查範圍之內。若上級機關未表示相反意見，原處分或法規即已生效。若上級機關表示相反意見，則可進一步撤銷原處分或宣示該法規違反上位規範，而屬無效。

C. 資訊性管理：備查

「備案」一語可以「備查」代用，此種關係可稱為「資訊性監督」關係。嚴格而言，備查只是一種行政資訊的累積與管理而已，談¹¹⁻³ 第十一案 北市里長延選案種行政資訊，有必要蒐集各方必要之事務訊息，以為統計之基礎。該地方自治團體有完全獨立自主作成規範或行政處分之職權，上級機關縱認為不當，亦不得變更之。但如原公法行為有違法之情事，上級機關基於監督關係仍得予以撤銷。

11-3 相關理論闡述

一、地方自治理論

(一)意涵：地方是指一個特定區域。一個國家為了便於管理，往往將其領土劃分為若干不同層次，不同範圍的行政區域，這種大小不同的行政區域，就是地方。自治是指自己管理自己事務，而無庸他人過問與管理，也就是地方上的事務，完全由地方上的人民自己去管理、自己去決定。綜合上述，所謂的地方自治，乃「國家特定區域內的人民，基於國家授權或依國家法令，在國家監督之下，自組法人團體，以地方之人及地方之財，自行處理各該區域內公共事務的一種政治制度，也是一種地方民主制度。」而地方制度乃指地方政治制度，是對中央政治制度而言。地方制度以地方自治為基礎，兩者不僅有表裏之關係，即謂兩者為不可分離之整體。

(二)地方自治之民主功能：

1. 住民主體的確保：因為在中央集體下的地方制度，地方官吏係由中央政府派遣，其施政容易是中央政府之意向而定，對地方住民之需求容易忽略，而無法傳達末端住民的意見，故本項旨在確立地方行政的地域住民主體性。
2. 反映地域民情需要：地方自治本來即以處理地域住民關係密切的日常生活有關的共同事務為主，在有限的資源與能力的分配下，以符合住民之需要。此項應是地方自治最大的功能。
3. 民主政治的基礎：地方自治可以訓練住民以其自有之權限與責任自主地解決地方課題，而發揮民主社會下市民之自我意識與公共精神。故地方自治係國之礎石，是政治的基礎。

(三)地方自治制度之本質

1. 固有權說：地方團體自治權係固有之權力，是先憲法先國家而存在，憲法對地方自治權僅有確認的意義，主要在保障地方自治權，減少國家對地方自治團體之干預。

2. 承認說：地方自治團體之法律人格是由國家所承認下才有存在的餘地，自治權是國家所賦予，並非地方自治團體所固有。
3. 制度性保障說：地方自治是國家憲法所保障，任何否定地方自治本質內容之法律，均是違反國家憲法，地方自治團體對於自治區域內的事務，得依其意思及責任施自治之權。
4. 住民主權說：國家與地方自治團體之存，均以保障人權為終極目標，住民主權說以個人中心導出地方優越的原則，在權限分配上宜採地方優先的上昇分配方式。

(四)地方自治團體性質：

1. 是一種組織實體，有一定的機關、代表作各種活動。
2. 是一個政治體，亦即是一種統治機關，一方面代表國家執行委辦事務；另一方面代表當地人民處理自治事務。
3. 是一個法律實體，有其法人資格。
4. 是一個文化組織，有各種文教設施，以增進人民知識。
5. 是一種自衛組織，有警衛權。
6. 是一個社會組織，以實施社會服務。
7. 是一種經濟組織，負責推動地方經濟建設等事務。

(五)自治團體之法律地位

1. 統治權主體：地方自治體亦得作為統治權主體(亦可稱為公權力主體)，屬於實現國家權力之一部分機制。故地方自治團體可執行與國家相同的公權力。
2. 事業主體：
 - (1)經濟事業
 - (2)地區基本公共事業

(3)公共設施事業

(4)福利助成事業

(5)營利事業

3. 地域利益團體：此一意義乃地方自治體可以作為地域利益團體，當地個別住民僅有抽象的「反射利益」時，亦可經由地方自治體作為「權利」加以主張。

4. 國政參加主體：傳統上認為，在地方自治下，國家將部份權利交由地方自治體執行，其主要目的乃因某些行政事務交由地方執行會更有效率或更合乎住民需要。在民主權說的概念下，住民是可以透過地方自治體要求參與國政，地方自治體因此係「國政參與的主體」。

二、中央對地方自治之監督理論

(一)地方制度以地方自治為基礎，為地方自治並非脫離國家而分立，其職權為國家所賦與並辦理中央之委辦事項，是否依據法令稱其職責，有無違誤或廢弛情事，必須對之有監督考核等作用，是為地方自治之監督。對於地方自治有監督之權頗多：

1. 自治機關對於同級自治機關之監督，如省、縣、市議會對於省、縣、市政府之監督。
2. 上級自治機關對於下級自治機關之監核，如省政府指導監督縣市自治事項，縣政府指導監督鄉鎮自治事項。
3. 地方公民亦得以行使選舉、罷免、創制、複決四種政權之方法，以監督地方自治人員及地方自治事項。

我國地方制度，分省、縣兩級，實行自治，依據法及其他有關法律規定，中央政府之五院，各得依其職掌，行使其監督權。因五院分別為五種治權之國

家最高機關，其對於地方自治之監督得謂之為行政監督、立法監督、司法監督、考試監督及監察監督。

(二)監督分為下列兩種：

1. 法律監督：所謂法律監督，又稱一般監督，係指國家對地方自治團體辦理公共事務檢驗其合法與否之監督，但不及於合目的與否，故亦可稱為合法性監督。法律監督之對象為所有地方自治團體辦理自治事項之行為。為了顧及地方自治團體獨立自主之法律地位，法律監督之發動須依法定程序，且限於採取法律明文規定之監督措施。只要中央主管機關對地方的自治事項保有合法性監督之權，則對中央法原本就有權解釋的中央機關，自亦得透過法規釋示之令函的頒布，指導地方如何「正確的」適用中央法。換言之，法規釋示的令函，乃是中央的一種合法監督的手段。此外，國家僅得為監視性而不得主導性、創設性的介入。
2. 專業監督：專業監督係指對地方自治團體承中央主管之命辦理委辦事務時，所為之監督，其監督內容參照釋字第五五三號解釋：「除適法性之外，亦得就行政作業之合目的性等實施全面性監督。」所謂委辦^{第十一案 北市里長延選案}的範圍，故其監督範圍也擴大及於地方執行政策之適當與否的合目的性問題，成為一種全面監督。

11-4 延伸問題

一、地方垃圾問題的解決

台灣隨著人口不斷增加、經濟蓬勃發展，再加上國人生活型態及消費習慣之改變，垃圾量也與國人的生產毛額成正比，逐年成長。然而，由於缺乏足夠垃圾處理設施因應，許多鄉鎮因而陸續發生垃圾無處可倒之窘境。這問題若能

經由區域合作處理的觀點，亦即相鄰的地方政府間的焚化爐的相互支援，將可減緩，但目前常面臨地方議會的反對。

“我國法制：廢清法未明文，地方制度法條文不夠精確”

地方制度法第 21 條規定，對於跨地方自治團體的事項，由共同上級業務主管機關統籌指揮，各相關地方自治團體共同辦理，必要時共同上級業務主管機關得指定其中一市當地方自治團體限其辦理。本條肯認相關地方自治團體的共同辦理權，而賦予上級業務主管機關「統籌指揮」權，意義並不精確。

該條第 2 項規定，凡涉及地方代表會職權事項者，得由相關地方自治團體共同決議而選定其中一地方議會為專責的決定機關。此與德國法所稱經由協議而移轉一部分任務與管轄權的模式，頗為接近，但欠缺必要的精確性，惟非不能經由解釋加以彌補。

第二個重要規定，為地方制度法第 24 條。該條固然授權地方自治團體間得合辦事業，但須經有關議會通過。解釋上，此處必須所有參與經營的地方自治團體的議會均表示同意。惟無論如何，該項限於「得設組織經營」之事項，就一般文義而言，「組織」係指具有較長的存立期限或較大規模的事業者，從而，凡屬於活動的性質或屬於成立共同的工作團隊，應不包括在內。但這已經開啟所有相關地方自治團體之議會之介入權，這正是台灣地方合作的困難之所在。

我國法未有出於公共福祉需要，而由上級監督機關限期相關地方自治團體簽訂協議或組成目的事業公法人的機制。我國地方制度法第 76 條固然規定上級監督機關之代行處理權，但得否直接用於強制合作，非無爭議。

地方制度法畢竟為一般法律，各專業法律得優先適用，但廢清法並未有相似的規定，導致回歸地方制度法從而一切受制於地方議會的疑義疑問。

綜言之，地方政府間可藉由跨域合作機制，或由中央成立統籌機構，集合各

縣市之環保資源，共同規劃垃圾處理設施之運用，以利國家土地發揮最高效益，並避免地方政府各自設置垃圾處理場（廠），造成資源浪費以及民眾抗爭所產生的社會成本。

二、中央對地方自治團體的人事組織

地方自治是我國憲政體制之重要一環，臺灣地區自民國三十九年開始實施地方自治，迄今已逾五十年，其間中央與地方關係在不同發展階段中，各有不同的呈現。

自地方制度法通過後，其第六十二條授權內政部制定地方行政機關組織準則，在其規範下地方自治團體已有較大的權限去建構本身之行政組織。依地方行政機關組織準則第二一條規定：「本準則所稱地方行政機關，指直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所及其所屬機關。但不包括所屬事業經營、公共造產性質機關（構）。」

釋字第 527 號中即論述地方自治團體在受憲法及法律規範之前提下，享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限。在人事組織方面，人事權特別是包括選擇、雇用、晉升與解雇地方自治團體公務人員之權限、組織權則是指自治團體可就其行政組織有自己形成決定之權。

然而中央對地方自治團體人事組織的限制方面，地方公務人員仍屬整體國家公務人力體系之一環，在我國猶屬單一國家之架構下，其形式之任用資格仍須由國家銓定。從地方制度法與地方行政機關組織準則相繼通過實施後，各級地方行政機關雖擁有相當大的自治組織權，但是地方政府在組織與人事自主權方面，一直無法獲得有效解決，例如現制規定縣（市）長可任命之一級主管僅有三位，而且是以機要職任用，實在不符政治常理；又例如，人事權與財政權應是主管權中不可或缺的，而囿於現行法規中，對主計、人事、警察、政風等

人事任命，由中央一條鞭統管之規定。

11-5 結論

里長延選所涉及的法律問題，容有見仁見智觀點。

以台北市政府而言，其行使地方制度法所賦予的核准權，並未明顯逾越地方制度法第八十三條第一項及第三項法律授權的規定範圍，而只是妥當性的當否問題，應屬地方政府就自治事項法規之合理解釋範圍。

本案地方制度法第八十三條所定「特殊事故」，惟不確定法律概念，行政機關於適用時，有解釋空間，亦為內政部所承認。所以台北市政府就「特殊事故」之解釋雖與內政部所持法律見解不同，但只是單純法律見解歧異之妥當性問題而已，並未逾越解釋空間範圍，自未抵觸現行法律或法規命令，並無違法。

而以中央而言，監察院調查台北市政府的里長延選案，監委指市府作為率然改變與選民的政治契約，不具正當性，而市府不服行政院要求撤銷延選的處分而聲請釋憲，待釋憲結束又未再提救濟爭訟程序，違背踐行正當法律程序之常規，造成不良示範，92年5月21日通過糾正台北市政府。

台北市政府以台北市政府在「台北市行政區劃及里鄰編組自治條例」通過施行後，僅以短期內無法重新劃分里的行政區域為理由，就延後辦理第九屆里長選舉，並延長第八屆里長任期，這與大法官第四九九號解釋文的意旨不符。顯見台北市政府未尊重民主政治任期制度的基本精神，率然改變與選民的政治契約，不具正當性。

監委認為延選案顯然未維護行政法上「信賴保護原則」的意旨，況且台北里界調整影響的里數為七十八里，僅佔全市里數的百分之十七，以這樣的比例就決定要全市里長延選，不見得符合比例原則，況且市府的倉促決定對一些事

先投入大量人力時間的候選人而言，並未充分維護他們公法上信賴保護權益，顯有未當。

目前中央地方權限爭議解決機制，憲法明訂之由立法院解決之（憲法第111條），或由司法院解釋之（法律統一解釋）。

大法官釋字五五三號解釋似已肯認上級監督機關為適法性監督之際，應尊重該地方團體；但解釋文又但書「如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更。」此句，使得此號解釋被評為未解決問題而治絲益棼。

又指出憲法設立釋憲制度的本旨，並不在於從事具體處分行為的審理，本件行政院之撤銷行為係行政處分，台北市如有不服，乃屬地方與中央監督機關間的公法上爭議，僅能循行政爭訟程序處理，並由訴願受理機關及行政法院就上開監督機關所為處分之適法性問題為終局之判斷。要不得直接聲請大法官解釋。

本案造成中央地方之僵持、緊張與對立，凸顯了我國地方制度設計的若干問題：

- (一)中央與地方權限爭議處理機制的僵化遲緩。
- (二)地方制度法與司法權銜接的不良，所造成的「制度缺環」

我國現行相關的調節機制或為概括的立法權力的行使或為事後的司法介入，均缺乏能動性，對於中央或地方權限的爭議、衝突不能提供有效的化解途徑。未來可參考國外機制，於司法解決、立法解決之外設立一彈性之中央地方權限解決機制。

11-6 參考資料

1. 側看北市里長延選決定的違法責任----陳朝建
 2. 陳清秀，北市里長延選案的法理辯證，廿一世紀憲政風雲，元照出版，
2004 初版。
 3. 李惠宗，憲法要義，元照出版，2006 年第三版
 4. 管歐，憲法新論，五南出版，民國 87 年
 5. <http://homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/1998taipeicounty.htm>
 6. 趙永茂，中央與地方權限劃分的理論與實際，翰蘆出版，2002 年第三版
 7. http://www.epa.gov.tw/b/b0100.asp?Ct_Code=06X0001558X0003056&L=
 8. 李惠宗，權力分立與基本權保障，(台北：韋伯文化公司，民八十八年)。
 9. 許志雄，「地方自治權的基本課題」，月旦法學，第一期，(台北：月旦法學雜
誌社，民八十四年)。
 10. 許志雄，「地方自治權的基本課題」，月旦法學，第五期，(台北：月旦法學
雜誌社，民八十四年)。
- 第十一案 北市里長延選案
11. 陳立剛，〈由下而上的政府再造— 析論地方政府及制度之改革〉，《政策月
刊》，39：16-18。
 12. 自由時報電子網
<http://www.libertytimes.com.tw/2003/new/may/22/today-p4.htm>

第十二案 國務機要費案

12-1 事實背景

2006年中華民國國務機要費案事件經過：

中華民國第十任及第十一任總統陳水扁先生之夫人吳淑珍自民國九十一年七月起陸續蒐集第一家庭成員（含吳淑珍本人、總統長子陳致中、總統長女陳幸妤、總統女婿趙建銘）平日消費所取得之發票，另向不知情之親友、玉山官邸總管與員、商家等其他不明身分人士，索取他人消費付款之統一發票。至蒐集發票到一定數額時（新台幣數千元至五十多萬元不等），即由吳淑珍夫人以小信封裝妥後交由不知情之玉山官邸總務林哲民轉交予總統府第三局出納陳鎮慧，使不知該等發票係他人發票之陳鎮慧以經辦人身分製作登載不實支出事由之「總統府支出憑證粘存單」與「總統秘書室經費支付報告單」（九十三年八月以後二者合併為「總統府粘貼憑證用紙」）

總統辦公室前後任主任馬永成與林德訓奉陳水扁總統指示准許吳淑珍夫人申領國務機要費，而不知該等發票係他人發票，逕直批可後，致負責審核之總統府會計處專員、科長等人均陷於錯誤，認定該等發票均係總統本人依據憲法規定行使職權所實際支出之花費（包括政經建設訪視、軍^{第十二案 國務機要費案}賓客接待與禮品致贈等必要費用），而均准由總統府第三局出納科發給同額現金

六件秘密外交虛構不為實：南線工作（甲君案）

由國務機要費支出：續約福特事務所案、支援海外民運人士

非由國務機要費支出：320萬由資政吳澧涪執行外交工作案

2003年對東北亞外交工作

2002年推動加入聯合國的“台灣禮敬活動”

至九十五年三月間止，由吳淑珍夫人依此方式所取得之國務機要費將近新台幣一千五百萬元，涉嫌貪污罪及偽造文書罪。

吳淑珍夫人另提供百貨公司禮券發票約一千兩百萬元請領國務機要費，該部分經查係將請領所得經費用於「秘密工作」，故不成立貪污罪，僅涉偽造文書罪。陳水扁總統因在其任內，受有憲法第 52 條刑事豁免權，而於任內免於刑事之追訴。

12-2 國務機要費的性質

國務機要費在屬性上，有三種不同的看法。分別為：特別費、機密費與機要費綜合說(主計處)、機要費及特別費說(總統府)、機要費說(審計部)。而機要費、機密費及特別費的定義，依據行政院訂定的「中央政府各機關用途別科目分類及執行標準表」，規定如下。

機要費：凡各機關因應執行業務需要，並核定有案之機要費屬之。

機密費：凡因應國防、外交業務實際需要，必須保守機密之費用。

特別費：凡各機關、學校之首長、副首長等人員因公務所需，並經核定有案之特別費屬之。

以上的定義，十分的抽象不清。然在 2007 總統府預算案內所示，國務機要費之說明，性質上「全數為業務費」，「為國家元首行使職權所需之相關費用，包括國內外訪視、犒賞、獎助、慰問、接待、贈禮及其他相關費用等經費」。

1. 機要費

民國 95 年以機要費科目編列預算共有總統府的「國務機要費」以及行政院的「行政機要費」。但 96 年預算卻將「行政機要費」改成「施政推展連繫費」，但預算說明同為「行政院長前往各基層單位巡視所需慰問金及致贈禮品等經

費」，同樣的用途卻改了名稱，耐人尋味。因而目前預算科目以機要費編列者，僅剩「國務機要費」。

2. 機密費

所謂的機密預算當然就是不公開的預算，通常在外交部及國防部都編列有相關機密預算。由於是機密費，不必說明用途，事後也不必再提出單據報銷但須簽署領據。預算法第四十條也說明：「單位預算應編入總預算者，在歲入為來源別科目及其數額，在歲出為計畫或業務別科目及其數額。但涉及國家機密者，得分別編列之。」

3. 特別費

特別費則是列在「一般行政」中，與人事費等其他費用並列。中央政府總預算編製作業手冊之「用途別預算科目分類定義及計列標準表」規定，凡各機關、學校之首長、副首長等人員因公務所需，並經核定有案之特別費，依實際需要按規定標準計列，於業務費（第1級科目）項下編列特別費（第2級科目）。各機關編列之特別費，於預算執行時規定，應切實依行政院頒標準及支用規定覈實辦理，不得超支。其報支手續，依據行政院（93年4月22日院授主忠字第0930002556A號）函規定，特別費報支手續，仍以檢具原始憑證列報為原則，倘有一部份費用確實無法取得原始憑證時，得依首長、副首長領據列報，但最高以特別費半數為限。如兼任兩個以上機關首長者，僅得選擇其中一個職務列支特別費。

至於編列標準，例如，行政院所頒（95年7月13日院授主實一字第0950004299號函）96年度直轄市預算共同性費用編列基準，即規定北高兩市之特別費，市長每月15至20萬元，副市長5.9至10萬元，一級機關首長5.3萬元，區長2.6萬元，首長官職等列薦任第8職等5000元等。

4. 本文見解

雖然國務機要費有三種不同的看法，但本文認為審計部的機要費說尤佳。因為國務機要費在預算編列上，就列為機要費而非其他的預算科目，即使這樣會使的國務機要費無法發揮功用，綁手綁腳，但依照法律保留原則，不應隨意擴張國務機要費之解釋，不然為何需要有「機密費」、「特別費」之預算科目？其必有用途，若總統府認為國務機要費需有特別費之性質，應將兩個預算科目分開申請，此對於預算帳目會更加於詳細，且能清楚明白納稅人的錢之用途。

12-3 憲法爭點

- 一、憲法第五十二條總統之刑事豁免權，此項權利可否放棄？
- 二、總統自行拋棄刑事豁免權，檢察官逕自偵查訴追以及所謂國家機密應由何人認定，是否有違權力分立原則？

12-4 總統刑事豁免權之內容

一、何謂權利分立原則

權力分立原則為現代民主法治國家建構憲法的根本原理，尤其對於國家權力的分配上，權力分立甚至是最高指導原則。我國憲法也是採取權力分立原則來建構，即使我國憲法將政府部門分成行政、立法、司法、考試、監察、總統、國民大會等，遠較外國三權為多，仍然還是屬於「分立」的狀態，不過就是因為我國的分權狀態較為「特殊」，因此更有必要對於權力分立作詳細的研究。

(一) 目的

一般認為，權力分立所要達成的目的在於「效率」、「保障人權」、「促進民主」。以下分述之：

1. 效率

權力分立原則將國家權力分為不同的政府部門加以行使，可以達到「分工」的效果而提高政府的效率。從機關功能的結構不同來看，行政機關具有迅速有較達成政策落實的特徵；立法部門的組成以具有多元的代表為特徵，決策過程重視民意以及溝通，事宜作成重大的政策；司法者則重視獨立性與專業性，對於重大的爭議加以公正的解決而不受到政治力的干擾。三種機關各司其職，可達成最適的功能分配。此外，將國家權力分給不同的政府部門加以行使，可以達到競爭之效果，在彼此競爭的前提下，可以提高工作效率以及效能，而可以造福人民。

2. 保障人權

權力分立可以分散政府權力，減少專權的機會，人民的自由因而獲得保障。若立法者除了立法權之外，尚可自行執法，則容易對於特定對象制定不利益之法律而再加以執法。而若司法者與行政權加以結合，那麼人民就會難以藉由訴訟來救濟其所受到的侵害了。此外，權力分立含有「制衡」的作用，因此政府間將會彼此的牽制。例如行政機關若作成違法的行政處分，司法機關則可以將之撤銷；又若總統發布緊急命令，則需要經過行政院會議議決，事後並需要立法者加以追認。

3. 促進民主

權力分立之所以能夠促進民主，主要是因為藉由彼此的對抗與制衡而促進對話。由於權力被區分為不同的機關行使，因此所有的國家行為都需要國家的全部機關加以同意，因此各機關間必須藉由各式的溝通來取得共職。此外，前面提過，權力分立不但是區分了不同的機關，而且也對於各機關的組成方式設計了不同的功能，例如立法機關由多元的代

表組成，所以較會重視各種形式的社會利益；司法機關由於不具直接的民意代表性，並且享有終身的身分保障，故不宜做政策決定，然而卻較能顧及長遠的憲法價值與憲法精神，防止因為短期的意義操作而忽略了人權保障的憲法精神。由於這樣的特性，使得各種的利益與價值都能在政府中具有代表性，亦使得政策具有多樣性與多元化。

(二)內涵

1. 垂直與水平分權

權力分立要求國家權力必須分散，而分散的形式包含了「中央與地方政府的分權」、「中央政府內部的分權」、「地方政府內部的分權」等。

第一為「垂直分權」，後兩者為「水平分權」。垂直分權涉及了國家體制到底是「聯邦國」還是「單一國」，聯邦國的分權較為明顯，具有憲法位階；單一國的分權則較不明顯而僅受法律保障。

而水平分權主要針對「中央政府內部的分權」作為論述的對象。我國將政府組織分為「行政、立法、司法、考試、監察」等五權，不過加上「總統」與「國民大會」則共計「七權」，所以並非「五權分立」而是七權分立(國民大會於第七次憲法增修條文已廢除)。而「地方政府內部的分權」當中，由於司法、考試、監察均屬中央的權限，所以地方政府僅有行政與立法兩權，所以應為「二權分立」。

2. 分權與制衡

權力分立的精神在於「分權與制衡」，兩者相輔相成，兩者有著「以制衡確保分權」以及「以分權促進制衡」的雙面關係。對於前者而言，為了確保權力不致任意整合而破壞權力分立，憲法賦予各機關各種手段與動機來對抗其他機關的侵犯與越權；針對後者而言，權力之間應該加

以區分才能發揮其制衡的效果，而保障人權並促進思辯民主的進行。

(三)解釋理論之介紹

違憲審查機關審查有關權力分立的案件，在美國法上主要是採取兩種途徑—形式主義與功能主義；而在德國法上乃採取機關功能理論。至於我國法上，湯德宗老師發展出動態平衡理論，而大法官則是採取綜合考察法，海納百川。茲說明如下：

1. 形式主義

形式主義的審查途徑主要強調三種權力的「分立」。本說認為各種權力有其一定的「本質內涵」而應該由特定的機關行使，權力的混合為權力分立原則的例外，應嚴格的限縮解釋。換言之，本說主要著重在權力本身的「定性」上，若該權力被定性為「行政權」但卻由「立法權」行使，則屬違憲是。以美國為例，聯邦最高法院曾將「立法否決」宣告違憲，國會在法律中授權自己擁有將行政權所訂定的命令或處分廢棄的權力，此種「立法否決」則屬違憲。

2. 功能主義

此說並不著重在機關本身的「定性」上，反而是從「制衡」方面著手。換言之，只要各權力機關之間，並未藉由侵犯其他機關之權限而擴張本身的權力，而造成權力的傾斜與不平衡，則權力的混合並不違反權力分立原則。以美國為例，法律限制總統對於「聯邦貿易委員會」委員的免職權規定，並不違反權力分立原則，蓋法院認為這些委員並非「純粹的行政官員」而有必要免於行政的控制。也就是說，法院承認此類無法依據傳統三權分立理論來定性之行政機關可以合憲的存在於政府當中。

3. 機關功能理論

脫離美國法上的思考，德國法上採取機關功能理論。該理論認為欲決定何種權力應由何種憲法機關來行使，應該從各個憲法機關的「組織」與「程序」加以分析，來據以判斷由何種機關行使在功能上為最適當者。例如，在判斷法律保留的範圍時，其爭點在於「何種事項應由立法者決定」。此說從立法院的組織與程序觀察，認為立法機關由多元的代表組成，而且在制定法律時經過公開的思辯並且繁瑣的三讀程序，而認為凡是「重要的事項」都宜由立法機關定之，進而導出「重要性理論」。

4. 動態平衡理論

此說為湯德宗老師所發展，其強調司法機關在權力分立的違憲審查上，乃以維護「權力分立與相互制衡」的「憲法結構」為中心任務，而所謂的「憲法結構」並非一成不變，司法機關係以維持權力部門之間的「動態平衡」為目的。其特徵在於，權力之間的分立與制衡為一個持續進行的過程，而違憲審查作為權力間持續性憲法對話的一環，旨在促進思辯民主的實現。而違憲審查應從具體的憲法結構而致力於尋求特定憲法下的動態平衡。此說傾向功能主義但更具體指出違憲審查的目的乃在促進思辯民主以及違憲審查的方法為動態分析。

似此，經過大法官宣告違憲的法律，立法者並非不得再循更嚴格更符合思辯民主的立法途徑而重新審議來制定相同規範內容的法律。例如釋字第四九九號雖然宣告修憲違反公開透明而違憲，但若修憲的程序改成公民複決或由其他機關的相互制衡來完成，則相同的條文(依附式政黨比例代表制與國代延任)應可通過違憲審查。

從解釋理論觀察，可從兩方面介入，一是「人事」，二是「職權行使」。前者係指「在憲法沒有明文規定」的情況下，一機關染指他機關的人事權(任命、

免職)，均有違憲的問題，需要進一步以解釋理論來檢驗，前述的「形式主義」以權力的定性出發，若屬於甲機關的人事權卻由乙機關介入，則應屬違憲；反之，若甲機關的人事權由乙機關來行使，卻因為該人事並非由甲機關之「固有」或典型的人事權而具有其「獨立性」，則反而合憲，此乃前述「功能主義」的解釋方法。換言之，形式主義乃是正面表列，而功能主義乃是負面表列，形式主義乃是第一線的分析，如果從形式主義的解釋得以合憲，功能主義就無須檢查；但若以形式主義來檢驗而屬於違反權力分立的情形，則需進一步從功能主義的角度作觀察。至於後者，也就是「職權行使」上，如果一個機關去直接行使或擔任他機關的職權，則也是有高度違憲的可能。是以，有部分立委提案的「獨立檢察官設置條例草案」明定「由三分之一的立法委員決定發動偵查，且獨立檢察官由立法院同意後方得免職」之規定，既干預個案執行，又干預人事免職，這樣恐怕是違反權力分立原則了。

湯老師的理論從「司法違憲審查」的角度出發，而控制的手段則是偏向於「程序性」的控制模式(正確的說，應該是該程序是否符合「思辯民主」，所以仍帶有實質價值的色彩)，也就是說假如在任何國家權力行使的「程序」夠嚴謹夠民主(符合思辯民主)的話，就可以躲過違憲的宣告。而大法官行使違憲審查的目的也就是在「控制程序」(是否能進行某種程度的思辯，做成合理的決定而不受派系或私利團體的操控)，若程序不符合思辯民主，則大法官宣告違憲的目的是要其他機關「再回去想一想」，而用更好的程序來代替，這樣不就「促進的民主思辯」了嗎？是以，湯老師的理論並不對「實質內容」做「過多」的探討，而僅在「促進思辯民主」的範圍內，進行司法審查的任務。

所以，其實可以發現美國法上的形式主義與功能主義主要是從「在哪種情況下，部門之間會發生權力失衡而違反權力分立原則的情形」，而德國法上之機

關功能理論，則是比較正面的認為適合由何機關處理何種事項；至於湯老師的動態平衡理論則是以一個司法者的角度出發，在特殊的情況下，決定其是否要「出手」。

二、總統之刑事豁免權

憲法的刑事豁免權，應包括將總統以被告身分所為的調查，羈押、拘提、逮捕、搜索、扣押、傳喚等強制處分及證據保全措施，皆在豁免範圍，總統以外之人，則不在豁免之列。但不豁免總統作為證人之義務。

第627號解釋要旨為：

（一）總統之刑事豁免權：

- 1、為一種暫時性之程序障礙，而非總統就其犯罪行為享有實體之免責權。
- 2、對總統身分之尊崇與職權之行使無直接關涉之措施，或對犯罪現場之即時勘察，不在此限。
- 3、不及於因他人刑事案件而對總統所為之證據調查與證據保全。惟如因而發現總統有犯罪嫌疑者，得依本解釋意旨，為必要之證據保全，且不得限制總統之人身自由，不得妨礙總統職權之正常行使。
- 4、立法機關應就搜索處所之限制、總統得拒絕搜索或扣押之事由，及特別之司法審查與聲明不服等程序，增訂適用於總統之特別規定。
- 5、不及於總統於他人刑事案件為證人之義務。
- 6、總統不受刑事訴究之特權或豁免權，乃針對總統之職位而設，故僅擔任總統一職者，享有此一特權；擔任總統職位之個人，原則上不得拋棄此一特權。

（二）總統之國家機密特權：

- 1、總統依憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，就有關國家安全、國防及外

2、總統依其國家機密特權，就國家機密事項於刑事訴訟程序應享有拒絕證言權，並於拒絕證言權範圍內，有拒絕提交相關證物之權。

大法官釋字第六二七號解釋，對於總統刑事豁免權之意義、範圍及法律效果，有相當的明確的解釋。本號解釋分別針對兩個重要問題：「總統刑事豁免權的範圍」及「總統是否有秘密特權」做成解釋。茲摘其重點如下：

1. 總統不受形式上之訴究為一種暫時性之程序障礙，非犯罪免責權。
2. 總統依憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，就有關國家安全、國防及外交之資訊，認為其公開可能影響國家安全與國家利益而應屬國家機密者，有決定不予公開之權力，此為總統之國家機密特權。
3. 在本解釋中，大法官亦說明刑事訴訟法應增訂有關總統如何行使刑事豁免權的規定。在法律未增訂前，本號解釋代立法者擬出一套如何落實的程序。(李)

壹、總統之刑事豁免權

一、總統作為國家元首的特權—憲法第 52 條之規範目的

(一) 憲法第 35 條規定

(二) 憲法第 52 條規定：「總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上之訴究。」稱→刑事豁免特權、免受追訴權(釋字 388 有所闡明)

(三) 所謂的豁免，只在防止職務執行的功能受到訴訟程序之干擾，而使總統之職務尊榮性受到侵蝕。

(四) 由於總統地位尊崇並且維護政局之安定，以及對外關係之正常發展，對於總統地位給予特殊保障

- (五)亦即豁免權的規定，首先是保障職位足以發揮功能，此種功能的確保，係由於該職位具有「重要性」；其次在保障職位的尊榮，職位的尊榮來自於「代表性」。故「刑事豁免權」不及於副總統
- (六)憲法基於總統為國家元首，對內肩負統率全國陸海空軍等重要職責，對外代表中華民國之特殊身分所為之尊崇與保障，業經本院釋字第三八八號解釋在案。

二、總統受刑事豁免之性質

總統不受刑事訴究之特權或豁免權，乃針對總統職位而設，而非針對其個人之保障。其正當性的考量即在於憲法機關之「功能運作」及「尊嚴」之上。故其拋棄無效，亦即縱使總統拋棄豁免權，亦不發生拋棄之效力。

三、憲法第 52 條之保障內涵

Q1：總統刑事豁免權係指實體法上之免責權或程序豁免權？

A1：與立法委員的言論免責權及不受逮捕特權(憲 73、74)相較，憲法僅規定總統有刑事豁免權，而無規定免責權，亦即總統刑事豁免權應非指實體上之永久豁免的免責，而僅係程序上的訴訟障礙。釋 627 同此看法。

Q2：總統刑事豁免權係保障總統地位尊榮及職權順遂行使，但對總統採行之刑事程序措施是否限於對於其職權行使須有實際妨害？或有直接相關即應禁止？

A2：釋 627 認為：「對總統特殊身分尊崇及對其行使職權保障之意旨，上開因不屬於總統刑事豁免權範圍所得進行之措施及保全證據之處分，均

不得限制總統之人身自由，例如拘提或對其身體之搜索、勘驗與鑑定等，亦不得妨礙總統職權之正常行使。」

→釋 627 認為應採後者—只要偵查行為的各種措施，直接與總統地位有關，即可擬制為有妨害總統職權之行使。

四、總統受刑事豁免之範圍

(一)不受「刑事上」之訴究—但可為民事上之被告。

(二)不受刑事上之「訴究」--應指不受起訴與審判(包括檢察官對於犯罪嫌疑者之偵查訊問，以及犯罪被害人提起之自訴。總統既不受刑事上之訴究，則刑事訴究上一切有關行為，如羈押、拘提、逮捕、搜索、扣押、傳喚等證據保全措施，自不得對總統為之。

釋 627 即稱：「發現總統有犯罪嫌疑者，雖不得開始以總統為犯罪嫌疑人或被告之偵查程序，但得依本解釋意旨，為必要之證據保全。」

(三)除此之外，得令總統負擔政治責任的罷免制度以及負擔法律責任之彈劾制度(在總統不受刑事訴究的保障外，另可用以科責總統)

Q1：總統之刑事豁免權是否及於為他人證人之義務？

A1：釋 627：「總統於他人刑事案件為證人之義務，……不在總統刑事豁免權之範圍內。」

五、總統受刑事豁免之時點(時間限制)

(一)主要保障「現任總統的職位」

Q1：競選連任時？

A1：(釋 388)總統之身分並未因參選而變更，…並不得適用憲法及總統副總

統選舉罷免法等有關刑罰之規定予以訴究。

Q2：憲法為何規定解職後始得對總統進行訴追？

A2：乃因此時已無憲政機關正常運作能力遭受阻礙或者尊嚴遭受侵害之慮，前已述及。

貳、總統之國家機密特權

釋 627：「總統依憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，就有關國家安全、國防及外交之資訊，認為其公開可能影響國家安全與國家利益而應屬國家機密者，有決定不予公開之權力，此為總統之國家機密特權。其他國家機關行使職權如涉及此類資訊，應予以適當之尊重。」

總統依其國家機密特權，就國家機密事項於刑事訴訟程序應享有拒絕證言權，並於拒絕證言權範圍內，有拒絕提交相關證物之權。立法機關應就其得拒絕證言、拒絕提交相關證物之要件及相關程序，增訂適用於總統之特別規定。於該法律公布施行前，就涉及總統國家機密特權範圍內國家機密事項之訊問、陳述，或該等證物之提出、交付，是否妨害國家之利益，由總統釋明之。」

關於「國家機密特權」

1. 憲法並未明文規定總統之「國家機密特權」。
 2. 依權力分立與制衡原則，行政首長依其固有之權能，就有關國家安全、國防及外交之國家機密事項，有決定不予公開之權力，屬行政首長行政特權之一部分，此即我國憲法上所承認行政首長之國家機密特權。
 3. 行使仍應符合權力分立與制衡之憲法基本原則，而非憲法上之絕對權力
- 關於總統之拒絕證言權問題，我國刑訴未設有特別規定，無法從憲法第五二條的文字獲得解答，也似乎只能適用刑訴 179 第一項(此為公務員之公務拒絕證言

權)所稱「職務上應守秘密之事項」，公務員不應包括總統在內，因總統其上無所謂上及監督機關或上級公務員存在，因而不免產生規範漏洞。而常接觸軍事外交機密之總統，竟在刑事訴訟程序上無保密義務！

公務機密係重要法益價值，刑法設有保護規定(刑 109、110、132，國家機密保護法第五章之相關刑責)，也因此構成刑事訴訟發現真實之界限。準此，刑訴 179 第一項所稱「職務上應守秘密之事項」，係應由受訊問之證人先做自行判斷。

三、立法委員與總統

(一)立法委員免責權之範圍

依照憲法第七十三條之規定：「立法院委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任。」此項免責權僅及於「法律責任」而不及於「政治責任」，此為釋字四〇一號所肯認。而釋字四三五號對於言論免責權則有更清楚的說明，以下說明之：

- 1、目的：確保立法委員行使職權之無所瞻顧，避免立法功能受其他機關影響。
- 2、範圍：凡於院會或委員會所為之發言、質詢、提案、表決以及其他與此相附隨之行為，如黨團協商、公聽會發言等。
- 3、界限：與行使職權無關之行為，如顯然不合意見表達之適當情節至侵害他人法益者。
- 4、司法審查：應尊重議會自律原則，但必要時仍得依法行使偵查審判之權限。

此外，憲法第七十四條規定：「立法委員，除現行犯外，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。」不過增修條文第四條第七項規定：「立法委員除現行犯外，在會期中，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。憲法第七十四條之規定，

停止適用。」是以，非會期之期間，並無「不受逮捕特權」可言。這是一個合理的規定，蓋不受逮捕特權僅在保障立法委員行使職權時免受騷擾，專心行使，非會期則沒有此必要。不過若於非會期逮捕而將之拘禁，於會期開始時，仍應得到立法院之同意方能繼續拘禁。

【釋字第四〇一號】

憲法第三十二條及第七十三條規定國民大會代表及立法委員言論及表決之免責權，係指國民大會代表在會議時所為之言論及表決，立法委員在立法院內所為之言論及表決，不受刑事訴追，亦不負民事賠償責任，除因違反其內部所訂自律之規則而受懲戒外，並不負行政責任之意。又罷免權乃人民參政權之一種，憲法第一百三十三條規定被選舉人得由原選舉區依法罷免之。則國民大會代表及立法委員因行使職權所為言論及表決，自應對其原選舉區之選舉人負政治上責任。從而國民大會代表及立法委員經國內選舉區選出者，其原選舉區選舉人得以國民大會代表及立法委員所為言論及表決不當為理由，依法罷免之，不受憲法第三十二條及第七十三條規定之限制。

【釋字四三五號】

憲法第七十三條規定立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任，旨在保障立法委員受人民付託之職務地位，並避免國家最高立法機關之功能遭致其他國家機關之干擾而受影響。為確保立法委員行使職權無所瞻顧，此項言論免責權之保障範圍，應作最大程度之界定，舉凡在院會或委員會之發言、質詢、提案、表決以及與此直接相關之附隨行為，如院內黨團協商、公聽會之發言等均屬應予保障之事項。越此範圍與行使職權無關之行為，諸如蓄意之肢

體動作等，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益者，自不在憲法上開條文保障之列。至於具體個案中，立法委員之行為是否已逾越保障之範圍，於維持議事運作之限度內，固應尊重議會自律之原則，惟司法機關為維護社會秩序及被害人權益，於必要時亦非不得依法行使偵審之權限。

例如某一女性立委在質詢陸委會女主委關於兩岸三通的議題時，罵主委 B「老處女」。又某地方市議會議會在市政總質詢時，爆料該地方殯儀館將祭拜死者的牲禮(腳尾飯)，回收後賤賣給自助餐餐廳，並且提出「錄影帶」為證。經媒體報導引起殯儀館不滿，民眾恐慌，事後該議員向媒體說明該爆料內容為該議員自己編的，錄影帶也是請演員演出，應向社會大眾道歉。

上面之問題，主要都是在討論言論免責權的問題。在第一例當中，女立委依照憲法第七十三條之規定，為言論免責權的主體，而該立委因為在質詢時罵老處女，所以亦在言論免責權的「範圍」之內，至於其言論免責權的行使是否「過當」也就是是否符合言論免責權的「限制」，本組認為沒有。蓋該立委係在質詢三通議題時，提及若不三通，台商的老婆前往中國較為困難，「包二奶」的情形會越來越嚴重，由於該主委因為尚無結婚，故無法瞭解此情形；況且「老處女」一詞，為「意見表達」，並非「事實陳述」而對於個人在社會觀感下名譽並無減損之處，故應可主張言論免責權。

在第二例當中，地方議員是否為言論免責權的主體？憲法並無明文規定。但依釋字第四〇一號解釋之意旨，如果憲法所保護言論免責權是在保障國民大會代表以及立法委員等民意代表代表民意監督政府而設，是地方議員同一性質，而也應該受到言論免責權保護。且依照地方自治法第五十條之規定，賦予地方議員言論免責權，故該地方議員為言論免責權之主體，並無疑義。而該議員因為是在市政總質詢時提出「腳尾飯」事件，故亦在言論免責權之「範圍內」，

至於該言論是否受到言論免責權「限制」之適用，本組認為是的，也就是該言論無法主張言論免責權。蓋其爆料之內容，屬於「事實陳述」，對於殯儀館在社會上的聲譽會有不好的評價，而且內容還是「造假」，依照言論自由理論「真實惡意」原則，其應屬「惡意散佈不實事實」，故不應受到言論免責權之保障。

圖解：

	實體法上免責權		刑事訴訟法上豁免權	
	總統	立法委員	總統	立法委員
內亂罪、外患罪	不免責	未規定	不豁免	未規定
職務犯罪、其他犯罪		憲§73：在院內所為之言論及表決對院外不負責任。(釋435：與行使職權有關之言論及表決)	不受刑事上之訴究	憲增§4VIII：除現行犯外，在會期中，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。
民事責任			不豁免(民事執行與刑事執行上的拘提、管收是否同有豁免，值得討論)	

此表摘自李惠宗，總統刑事豁免權及機密特權之研究—大法官釋字第六二七號解釋評釋，月旦法學，147期，2007.08，頁83

12-5 結論

一、憲法第五十二條總統刑事豁免權，此項權利可否放棄？

總統刑事豁免權「原則上」不得拋棄，理由如下：

1. 釋字第三八八號解釋意旨：所謂總統不受刑事訴究之特權或豁免權之規範目

的，乃針對其職位而設，因此擔任總統職位之個人，就總統刑事豁免權保障範圍內之各項特權，原則上不得拋棄。

2. 原則上不得拋棄＝總統原則上不得事前、概括拋棄其豁免權而言，以免刑事偵查、審判程序對總統之尊崇與職權之有效行使，造成無可預見之干擾。
3. 總統之刑事豁免權，本質上＝總統之憲法上特權，行使總統職權者，就個別證據調查行為，事實上是否造成總統尊崇與職權行使之損傷或妨礙，應有其判斷餘地。
4. 故除以：
 - (1) 總統為被告之刑事起訴與審判程序
 - (2) 或其他客觀上足認必然造成總統尊崇之損傷與職權行使之妨礙者外
 其餘個別證據調查行為，縱為總統刑事豁免權所及，惟經總統自願配合其程序之進行者，應認為總統以個別證據調查行為，事實上並未造成總統尊崇與職權行使之損傷或妨礙而拋棄其個案豁免權，與憲法第五十二條之規範目的，尚無違背。
5. 總統得隨時終止其拋棄之效力而回復其豁免權。
6. 總統於上開得拋棄之範圍內，其刑事豁免權之拋棄是否違反本解釋意旨，若該案件起訴者，由法院審酌之。
7. 總統刑事豁免權既係針對其職位而設，故僅擔任總統一職者，享有此一特權，其保障不及於非擔任總統職位之第三人：
 - (1) 共同正犯、教唆犯、幫助犯以及其他參與總統所涉犯罪之人，不在總統刑事豁免權保障之範圍內；
 - (2) 刑事偵查、審判機關對各該第三人所進行之刑事偵查、審判程序，自不因總統之刑事豁免權而受影響。

以上摘自高點法律網

<http://www.license.com.tw/lawyer/practice/judge/627.shtml>

又程明修老師認為：憲法對於總統職位而非個人的尊重與特別保障，更非個人得以自由處分而加以拋棄，故不得以類似「基本權拋棄(Grundrechtsverzicht)」之理論視之。因為基本權拋棄是一種自由權行使的態樣，一個有效的基本權拋棄首要確定基本權人具有處分權限。但是當某一個基本權的作用並非或者並非主要在於保護個人利益，而是主要在於保障一般公益時(亦即目的在於維持或支持政治上與社會上的各種基本原則)，對於基本權的處分權限並不存在。總統之刑事豁免權主要不在於對總統個人的保護，而是機關運作功能的公共利益確保，因此無類似基本權行使之拋棄可能。檢察官追訴犯罪固有維護司法正義之天職，刑事訴訟法更是具體化之憲法，檢察官權限之行使除應遵守刑事訴訟法規範外，其實還更應該謙卑地服膺憲法。

二、總統自行拋棄刑事豁免權，檢察官徑自偵察訴追以及所謂國家機密應由何人認定，是否有違反權力分立原則？

針對國務機要費案所謂「總統刑事豁免權」與「國家機密特權」等爭議，大法官釋字第六二七號解釋終於出爐，解決了許多纏夾不清的憲政問題。它不但排除了國務機要費案繼續進行審判的障礙，釐清了本案的遊戲規則；更重要的是這號解釋駁斥了許多「總統權限極大化」的主張，再次肯認法治國家的基本概念——法律問題，應由司法（而非總統）做最後決定！本解釋首先確立：憲法第五十二條「刑事豁免權」應從嚴解釋，不得任意擴張。一方面，豁免權僅屬總統任職期間的「暫時程序障礙」。因此只要總統離職，馬上可以進行追訴。甚至於在職期間，也可能進行保全程序。另一方面，刑事豁免權僅專屬總統一人，「共同正犯、教唆犯、幫助犯以及其他參與總統所涉犯罪之人」均「不在總統

刑事豁免權保障之範圍內」。檢察官與法院對這些人所進行的偵查與審判，不受影響。此外，在他人為被告的刑事案件，總統尚有「為證人之義務」！從此看來，總統在釋憲聲請書所主張的「實體上永久豁免」與「及於相關第三人」之見解，都並未被大法官接受。

較有爭議的，是大法官認為刑事豁免權包括檢察官不得以總統為犯罪嫌疑人或被告而進行偵查。這是否影響陳瑞仁檢察官在偵查階段對總統訊問所得證據的效力？

先不論陳瑞仁檢察官在形式上是否已把總統列為被告或犯罪嫌疑人，大法官在「解釋理由書」裡面其實已經回答了這個問題：總統「自願配合」偵查或其他證據調查程序之行為，並不抵觸憲法第五十二條的豁免權！大法官指出，總統雖然不得事前、概括拋棄豁免權，但卻可以拋棄「個案豁免權」。因此，既然當初陳總統是自願配合調查，原則上並無違憲違法之處，訊問所得證詞當然具有法律上效力。

至於「國家機密特權」，大法官雖然承認總統的確可以就國家機密事項主張拒絕證言並拒絕提交證物，但重點是應依據國家機密保護法或權力分立制衡原理，絕非「憲法上之絕對權力」。也就是說，本案的金錢流向到底是否涉及國家機密，總統的主張雖然應受尊重，但並不能排除司法審查。釋字第六二七號非常明確地指出：總統如果要主張拒絕證言或拒絕提交證物，必須向檢察官或法官說明理由，由司法機關依據嚴謹的程序，為最終的決定。

所以，依據本號解釋，國務機要費案對總統以外人員的偵查行動，完全不受總統豁免權所涵蓋。有爭議的「訊問總統」，則因總統「自願配合」而可認為合法。至於在審判階段主張的「機密特權」，總統必須說服法官，說明這些資訊是連法官依保密程序都不能瞧的國家機密，否則還是得依要求交出。大法官唯

憲法時事導引教學計畫成果報告書

一就現狀所做的調整，是對於抗告審理的程序與組織做了更高的要求。「總統說機密就是機密」，或是「總統在職期間應停止審判」的說法，再也勿提。

拋開國務機要費的個案，大法官在「司法優位」的前提下，努力地在「保障總統尊嚴與國家機密」以及「法律之前人人平等」間，求取平衡。而求取平衡的主要機制，就是「司法程序」—對豁免權或機密特權範圍有個案爭議，由司法機關做最後的裁決者。釋字第六二七號解釋正確地宣示：總統或其他行政部門，都不能擁有「我說了算」的帝王特權！

其實早在釋字 585，大法官早就承認「行政特權」可以免於立法院的調查。但個案中是否有行政特權的餘地，則由「司法機關解決」。因此，「政府得主張機密而免於公開，但是否真有機密應由司法決定」是個早就已經建立的原則。

這個案子的重心，在於「『機密』最終認定權」，或「豁免權範圍由誰認定」。是純依總統主張就算，還是讓法院有審查權？這才是本案的主要爭點，而大法官很明白地說：「法院可以審查」。

12-6 參考資料

1. 蔡茂寅，國務機要費與特別費事件之評析教授，月旦法學雜誌 142 期
2. <http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1507022110363>
3. 李惠宗，總統刑事豁免權及機密特權之研究

—大法官釋字第六二七號解釋評釋，月旦法學，147 期，2007. 08

4. 高點法律網

<http://www.license.com.tw/lawyer/practice/judge/627.shtml>

5. 程明修，總統之刑事豁免權，台灣本土法學，87 期，2006.10
6. 廖元豪 憲法夢想論壇(個人網站)

第十三案 樂生療養院

13-1 事實背景

院齡最早可以追溯及日本昭和五年（民國十九年）的樂生療養院，雖然被暫定為古蹟，卻又是捷運新莊線的機廠預定用地，拆遷問題爭議已久。捷運局根據行政院在 2006 年五月十五日的指示，依據台北縣政府提出的方案，也就是保留百分之四十一點六的樂生療養院，進行工程。新莊線捷運工程總經費一千七百億元，現已接近完工階段，機廠的建置、捷運通車和樂生院民的搬遷密切相關。捷運的通車則關係著新莊、三重、泰山、林口等地近一百萬台北縣民生活之便利與商圈之發展。

13-2 問題探討

一、憲法爭點一

（一）問題提出

1. 樂生療養院事件案所探討的也就是針對人民基本權對抗政府公權力的問題也就是當政府公權力侵害到人民基本權時要如何解決基於何種情況下政府可以對人民的自由與權利採取限制，何種情況下應保障人民的基本權利 政府又是否能隨意對人民的自由加以限制？
2. 古蹟涉及憲法第 166 條有關教育文化之基本國策。基本國策的性質為何？且它與行政權下政策的作成，關聯性為何？樂生療養院是否能基於其為暫定古蹟之原因或因其具有重要文化公益資產而主張政府應給予適當的保護？
3. 樂生院民於捷運新莊線建置下，被迫搬遷。政府的政策是否侵犯憲法第 10 條欲保障人民之居住遷徙自由權利？
4. 憲法第 15 條保障人民之生存權，其內容包括了生命權及生活權。申言之，即

生命之尊重與生活之存續。此案，身罹癲瘋之院民被迫搬遷，政府政策是否侵害其生存權？若不使捷運通車，是否侵害其他台北縣民之生存權或幸福追求權

(二)事件涵攝

本案事實為為興建捷運等相關等措施 而拆除樂生療養院是否能夠認為是基於憲法第 23 條中的增進公共利益的原因而對樂生療養院的院民的居住權利有所限制與干涉 若能夠被認可 即無所謂侵害院民居住之權利 若無 則實屬侵犯憲法第十條對人民居住遷徙自由之保障，且身罹癲瘋之院民被迫搬遷，政府政策是否侵害其生存權？若不使捷運通車，是否侵害其他台北縣民之生存權或幸福追求權。針對生存權、幸福追求權，見解如下：

憲法所保障的生存權應包括”生命之尊重”與”生活之延續”兩大問題。國家雖然有權力要求國民遵守法規範，但人民亦可向國家要求生存權之保障。所謂生存權之保障應解釋為對生命的尊重以及對生活的照顧。生命的尊重應以國家對生命所抱持的態度為基礎，而生活的照顧則指國家如何使人民維持其最低合於人性尊嚴的生活。本案中，縣政府基於公共利益強制徵收樂生療養院，對於被迫搬遷的癲瘋院民們，他們的生存權並不受到影響，因為縣政府對於這些癲瘋院民的安置，規劃了新的醫院，這座新的醫院就是對癲瘋院民生存權的保障，縣政府對於其生命之尊重與對生活的照顧都有作妥善的規劃，所以若是指責政府政策侵害其生存權，恐有不妥。

捷運若不通車，對於台北縣民的生存權與幸福追求權亦不構成侵害，捷運的建設屬於政府對人民的反射利益，亦即人民沒有權力干涉政府建設捷運與否，又所謂的生存權侵害係指不尊重生命以及沒有維持最低合於人性尊嚴的照顧，捷運不通車對人民而言生存不受影響，且捷運的通車亦非生活照顧的必要

條件。

反對拆遷說

1. 強迫拆遷將侵害院民的生存權、健康權、適當居住權及遷徙自由權

(1) 迫拆遷將侵害院民的遷徙自由權

「遷徙自由權」經司法院第 542 號解釋中確認，認憲法第 10 條遷徙自由的內涵不僅有積極的任意遷移的權利，尚包括『消極地免於受強迫遷移的自由。人民既有享有居住自由及遷移自由，即人民在其居所內，有權享有安寧居住之空間，國家公權力尚不得非法侵入；同時國家亦不得對於人民設居所之決定，課以不必要之限制或負擔，即使是國家須對居住或遷徙自由之限制，亦須符合憲法第 23 條之要件。

院民長期居住於樂生院，並以此為家生活已達五六十年，就繼續生活於院區一事不能說沒有合理的信賴基礎，而今日政府要求院民搬遷，顯係破壞院民享有安寧居住空間的合理信賴，尚以強制手段要求搬遷，侵害院民的消極免於受強迫遷移的自由，而對院民之居住遷徙權造成侵害。

(2) 強迫拆遷將侵害院民的生存權

生存權為我國憲法第 15 條所明文，包含兩個意義，一是自由權意義的生存權，一為受益權意義的生存權，前者是指人民有生存之自由，國家不應侵害，接近生命權；後者則指人民得進一步要求國家積極的保障、維持，並促進人民的生存。

(3) 強迫拆遷將侵害院民的健康權與適當居住權

「健康權」與「適當居住權」此二項權利係經濟社會文化權利國際公約(下稱經濟社會文化公約)此一具有國內法地位之公約所明文保護。依據經濟社會文化公約第 11 條、第 12 條規定，本公約締約各國承認人人有權為他自己和家庭

獲得相當的生活水準，包括足夠的食物、衣著和住房，並能不斷改善生活條件；以及人人有權享有能達到的最高體質和心理健康的標準。基於該公約，任何締約國之國民均應享有最高精神與物質健康的健康權及適當居住的基本生存權。

(4) 此方認為新高樓建築形式的迴龍院區本來就不是用來療養的，而是醫院。將院民安置於大樓高層的安置、令老人家畏懼的電梯對院民形成了無形的監禁、切斷了數十年來建立起來互助互動的生活網絡，扭曲聲請人生活空間、剝削其既有自主空間，破壞其人格尊嚴被國家侵害後，而辛苦經營之安全感，將會造成院民身體、心理上的以及生活方式上的，侵害院民原本的居住環境，對適當居住權、健康權之威脅，實不可言喻。

(5) 「遷徙」是老年人面對生命終結時最危險的殺手，更況是「非自願性遷移」，會造成較高的死亡率。因為老年人對於一個長期生活的地點有著深刻的情感，連結其個人以及社會關係成長的歷史，也由於身體狀況的衰退，對於新環境的適應能力較弱，尤其是非自願性遷移，對老年人的傷害尤其嚴重。「強迫搬遷」無異是生命之再次重創，將造成其健康極大之侵害。

(6) 其又認為上述各項權利之實質意涵因每個人的差異、背景、環境等脈絡思維而形成，即每個人受憲法保障的權利應該是有質的區別，也就是不同的人權，不同的社群，因為社會地位與背景的不同，需要不同的保障。而無可能對每個人的權利作出相同的客觀評價，這樣齊頭式平等，無疑是違反憲法第7條的平等權。

2. 強制搬遷係無法通過比例原則檢驗

(1) 強制搬遷係亦無法通過比例原則檢驗，國家強制遷離侵害樂生院民之生存權、健康權、適當居住權及遷移權，又其無法律依據，當不合憲法第23條之形式的法律保留。縱認為國家的公共建設的決策是個依據，卻也通不過比例原則

的檢驗。

(2)「強制遷離」係對人民生存權、健康權、適當居住權及遷徙自由權的強烈干預，理應採取「強烈內容審查」。強制遷離之目的係為捷運通車，事涉國家之交通、經濟發展，核屬一重要的政府利益。就其手段而言，強制遷離係有助於達成前開目的達成，然而卻不是一個侵害最小的手段，因為就捷運機廠的設計存在許多損害較少的「捷運與樂生院共存」之方案。

(3)其所造成的侵害均小於強制遷離，是國家之強制遷離行為無法通過強烈內容審查之檢驗，應屬違憲。益徵國家就公共裁量行使，實有違比例原則，而有違法。日前行政院就樂生院保存方案作出暫緩拆遷二個月並責成行政院公共工程委員會(下稱公程會)與捷運工程單位協調，就90%的院區保存方案進行專業評估。更明行政機關就作出公共決策時，未能考量院民之權利、文化古蹟之價值、工程技術之可能性而違反比例原則，為一濫用權力之裁量。

3. 其他方案

- (1)台灣大學建築與城鄉所教授劉可強，所提出「捷運機廠與樂生院共構方案」。
- (2)文建會委託研究欣陸工程顧問股份有限公司所為「新莊樂生療養院保存方案工程技術評估報告書」。
- (3)中華民國專業都市改革組織、台灣歷史資源經理學會、中華民國都市設計學會、建築改革合作社所共同提出「樂生療養院全區保留方案」。
- (4)且捷運若不通車，對於台北縣民的生存權與幸福追求權亦不構成侵害，捷運的建設屬於政府對人民的反射利益，亦即人民沒有權力干涉政府建設捷運與否，又所謂的生存權侵害係指不尊重生命以及沒有維持最低合於人性尊嚴的

照顧，捷運不通車對人民而言生存不受影響，且捷運的通車亦非生活照顧的必要條件。

(5)基於以上理由其認為政府強制遷離的行為已造成人民居住遷徙自由的基本權的危害。

贊成拆遷說:

拆遷是基於公共利益的考量並非剝奪院民的生存權、適當居住權及遷徙自由權

(1)反對拆遷方表示這些病患老了，被強制拆遷的話，會增加死亡率。不過，我們說財產權的保障不是絕對，如果國家有需要為了公共利益而徵收某些人的財產時，國家還是可以徵收，只是要給予適當的補償。

(2)現在樂生療養院並不是強制徵收，畢竟這些房屋土地的財產權屬於國家，只是強制遷移而已。如果說我們在討論強制遷移都要顧慮被遷移人搬家是不是很危險，那麼以後在討論憲法第十五條時，是不是也要附帶的討論一下強制徵收對被徵收人造成健康危害時，就禁止徵收了？

(3)台北高等行政法院 94 年全字 43 號裁定「樂生院是基於公共衛生的理由而設立，患者是基於公權力而來到樂生院治療，與其居住遷徙自由沒有相關，況系爭土地業經撥用作為興建新莊捷運機廠之用地，拆除系爭土地上原有樂生療養院房舍，係基於國家公共建設之整體利益而為，並非無理由通過比例原則的檢驗。」

(4)新莊線捷運工程絕對可以增進台北縣許多鄉鎮民的公共利益，減少許多通車

時間，為都市帶來一片生機 符合憲法第 23 條所明列的公共利益，符合適當性原則。

(5)採行折衷為目前的方案(保留 41.6%院區)，捷運新莊線可以帶給台北縣民許多交通上的方便，二來，樂生院民在捷運工程完工後，還能選擇要不要搬回樂生院住，樂生院的歷史價值也不會大大地喪失。對樂生療養院的院民侵害已經達到最少，符合必要性原則。

(6)且其手段亦並非屬過份，因為縣政府並不是置樂生院民生死於不顧，而是特別撥款建置一新水泥大樓提供給樂生院民，也讓他們有選擇回原先的舊樂生療養院居住的權利。故也符合過度禁止原則，反觀那些為保留樂生院的大學生們，主張保留 90%的院區，根本就是要讓捷運工程無法實施，也不讓樂生院民享有居住新大樓的權利，更糟糕的是，他們使得台北縣原本就嚴重的交通問題無法獲得實質上的解決！

(7)且新莊線捷運工程絕對可以增進台北縣許多鄉鎮民的公共利益，減少許多通車時間，為都市帶來一片生機，實為政府應加緊進度的政策，不該一拖再拖，且自從捷運新莊線推動至今已經 16 年，為政府推動之重大交通建設，相關設施早已建設完畢，如果因為樂生療養院而修改路線或停工，將耗費更多的社會資源與成本，像是違約金、通車延後之成本、捷運沿線商家的損失等等，估計約有百億元之多。

二、憲法爭點二

(一)問題提出

1. 古蹟涉及憲法第 166 條有關教育文化之基本國策。基本國策的性質為何？

且它與行政權下政策的作成，關聯性為何？

2. 何謂基本國策(基本國策的法律性質)?

(1)方針條款說：

基本國策的法律性質大多依其規定內容而有差異，多數性質為指示政府施政的方針條款，指出國家應有的努力方向，國家未能達成一定目標者，尚不發生違憲問題。其次是立法裁量界限的性質，這類條款可分兩種，一種是"明確規定，無解釋餘地"；一種是"禁止條款"，國家於規定範疇內不作為即可達成。

(2)國家目標條款說：

基本國策應該要具有法效力，否則"方針條款"的觀念即是破壞憲法的規範性，憲法 171 之 I 說明憲法是有強制拘束力的法規範，在大法官釋字 190、206、215 也明確肯定『基本國策』對立法者的拘束力，因此憲法上的一切國家目標，對所有國家權力而言，應具法律上的拘束力，除了不可違背外，更應積極促進並維護。

(3)基本國策與行政權政策作成的關聯：

基本國策是立法者於制定憲法時所給予政府的"施政方針"，政府原則上需朝著基本國策規定的目標施政，但不強制性的要求政府一定要遵守基本國策，若政府因特殊理由違背基本國策之規定，尚不可謂違憲。基本國策若具有方針條款之性質，即可作為憲法解釋之方針；若具有立法裁量界限之性質，即可據以宣告某法律違憲。

(二)事件涵攝

院齡最早可以追溯到日本昭和五年(民國十九年)的樂生療養院，雖然在2005年12月被行政院文建會依文化資產保護法暫定為古蹟，不過，效期只有6個月，且又是捷運新莊線的機廠預定用地，拆遷問題爭議已久。樂生療養院是否能基於其為暫定古蹟之原因或因其具有重要文化公益資產而主張政府應給予適當的保護？

反對拆遷說

1. 樂生院是台灣社會、國家乃至於世界的「重要文化資產」

文化資產法要保護之文化資產，是指具有歷史、文化、藝術、科學等價值，並經指定或登錄之人類為生活需要所營建之具有歷史、文化價值之建造物及附屬設施群。而怎樣才算古蹟呢？依據「古蹟指定及廢止審查辦法」認為古蹟之指定是依一、具歷史、文化、藝術價值。二、重要歷史事件或人物之關係。三、各時代表現地方營造技術流派特色者。四、具稀少性，不易再現者。五、具建築史上之意義，有再利用之價值及潛力者。六、具其他古蹟價值者。這些基準而做考量。

就歷史、文化、藝術價值而言：樂生院設立於日治時期，實行強制隔離措施，演進到現在的開放措施、門診，是台灣近代傳染病防治的縮影。

就醫學研究與世界人權而言，樂生院是世界漢生氏病史所載六十個療養院之一。

就重要歷史之關係：樂生院肩負之漢生病醫療、收容，具有普世之國際人權意義。見證了國家在面對傳染病的恐懼時，如何以權力把可疑病患加以監禁及對病患的對待，刻畫著國家法治的黑暗面，是今日國家該嚴肅面對的人權議題。

具建築史上之意義，有再利用之價值及潛力者：樂生院保有日治時代的建

築特色，有五十多棟院舍，最早一批建於 1929 年日治時代，係採英國歌德式設計，為拱型圓弧窗框及適應台灣多雨氣候之屋瓦設計等。

而 2004 年 5 月樂生院內舉辦之「民間版古蹟審查會勘」，有新莊社區大學、泰山文史協會、新莊文史工作會、三重文史工作室、北投生態文史工作室、滬尾文化工作室、中華民國社區營造學會、中華民國專業者、都市改革組織等地方團體參與，而民間古蹟會勘學者均對樂生院之古蹟價值表示肯定。所以，樂生院的古蹟價值，符合文資法的基準審查，經專家學者肯認。而「樂生院民」是這古蹟的最佳代言人。

支持拆遷說

憲法第 166 條規定：「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」條文指出國家對於科學、文化應採取獎勵及保護之施政方針，依我國對於教育文化之重視程度，此之「應獎勵...並保護」應具有規範上之拘束力，但實際上應如何獎勵並保護，應屬立法權與行政權之範疇。針對文化保護之具體落實，行政者在憲法之大目標下，推行實體的政策，立法者則制定諸如「文化資產保存法」此類之法律以規範並落實文化政策，並賦予主管機關審查指定古蹟、歷史建築、聚落之權限。各主管機關基於此法律之授權，而擁有行政裁量權，對於決定是否指定某建物為應保存之文物，以及在決定該建物有否保存價值上，有選擇權。

故主管機關經過裁量，對評估後認為有保存價值之文物，得依行政程序法第九十二條第二項後段，作成行政處分，將其變更為古蹟，並依文化資產保存法，負有建立調查、研究、保存、維護、修復及再利用之完整個案資料之義務。而此些文物經由行政權之執行，始得受到國家公權力維護、保存，如此便逐步達成行政者之政策，進而符合憲法之施政方針。

樂生療養院建於一九三〇年，與位於法國的療養院是目前世界上唯二仍留存下來之痲瘋病隔離處所，固有其歷史價值。國家雖有關於保存文物之基本國策，但仍屬僅具規範上拘束力之方針條款，實際執行時，仍係以有裁量權之行政機關之決定為準。

故行政機關具有一定的選擇權，即使全面拆除亦不違反憲法 166 條的基本國策因其只為方針條款 僅具政治上的義務 並不具法律上的義務性質，且地方政府只拆除一部份其他部分有予以保留，顯然亦有保護樂生療養院的公益性資產，其拆除部分也是基於公共利益之考量，故不違憲。

13-3 參考資料

1. 全國律師，2007 年 5 月號
2. 楊智傑，聯晟法網
3. 許育典，國家目標條款，月旦法學教室第 30 期

各案分組人員

第一案 死後取精

組員：

外文四 蔡斐雯 49312049

歷史三 郭佳璇 49413009

財法三 徐士倫 49424069

財法一 莊函諺 49624031

財法一 陳品安 49624015

第二案 記者拒絕証言案

組員：財法一 翁楷嵐 49624051

財法一 潘建儒 49624053

財法一 周起祥 49624050

財法一 謝昌益 49624044

財法一 許智瑋 49624055

財法二 楊曉明 49524054

第三案 路口監視器案

組員：

財法一 黃筱婷 49624013

財法一 陳嘉羚 49624016

財法一 張瑋庭 49624002

財法一 張伊辰 49624024

財法一 余芮瑤 49624017

第四案 職場歧視案

組員：

財法一 張凱翔 49524046

財法一 游淳守 49624009

財法一 盧怡娟 49624020

財法一 蕭佩樺 49624028

財法一 朱珣瑩 49624029

第五案 宗教信仰拒絕當兵與受教案

組員：

財法三 何美盈 49424054

財法一 顏代容 49624021

財法一 胡孝箴 49624022

財法一 游佩樺 49624025

財法一 蕭孝如 49624026

財法一 盛軒豪 49624035

第六案 立委入獄薪水照領案

組員：

財法一 陳怡雯 49624003

財法一 蔡欣蓉 49624006

財法一 黃佑怡 49624032

財法一 陳詩韻 49624034

財法一 黃靖雯 49624042

第七案 中正紀念堂易名為台灣民主紀念堂案

組員：

財法一 蔡庭復 49624030

食生二 章道姍 49543043

食生四 趙克萍 49343017

食生四 林孟熹 49343059

科法所 朱哲群 79684207

第八案 人獸胚胎研究案

組員：

財法一 楊沂靜 49624001

財法一 趙華安 49624004

財法一 林立芬 49624018

財法一 卓孟樺 49624019

財法一 吳品儀 49624048

財法一 張文蓉 49624052

第九案 NCC 組織法違憲案

組員：

財法四 林容因 49324005

財法四 劉弘恩 49324060

科法一 蘇政宏 79684201

科法一 蔡淑柔 79684202

科法一 楊順琇 79684206

第十案 台中市行動電話基地台管理自治條例案

組員：

財法一 莊富程 49624041

財法一 康政棻 49624039

財法一 劉育辰 49624037

財法一 黃麟淵 49624040

財法一 賀嘉瑞 49624011

財法一 胡凱翔 49624043

財法三 張博鈞 49424025

第十一案 北市里長延選案

組員：

財法一 陳怡璇 49624005

財法一 高嘉瑩 49624008

財法一 周沅慧 49624010

財法一 翁蕙婷 49624038

財法一 林冠廷 49624046

財法一 蕭乙萱 49624047

第十二案 國務機要費案

組員：

財法三 洪祐嶸 49424043

財法二 鍾佳穎 49524057

財法二 江壁君 49524062

財法二 邱瓊儀 49524064

財法二 吳旻諳 49524066

第十三案 樂生療養院

組員：

財法一 黃嵩諺 49624007

財法一 孫萬忠 49624027

財法一 謝松晏 49624033

財法一 吳鴻燁 49624036

財法一 楊世慧 49624058