

# 結案報告書

## 計畫名稱：憲法時事導引教學計畫(II)

### ——本土憲法基本權案例研究

#### 目錄

<b>申請書</b>	<b>P1</b>
基本資料表	P 2
計畫內容	P 3
計畫人力	P26
經費需求	P33
<b>計畫執行流程</b>	<b>P35</b>
工作會議紀錄	P35
專家評析會議紀錄	P42
<b>計畫成果</b>	<b>P45</b>
第一案	P45
第二案	P51
第三案	P62
第四案	P73
第五案	P83
第六案	P89
第七案	P96
第八案	P115
第九案	P123
第十案	P137
第十一案	P152
第十二案	P164
第十三案	P171
第十四案	P183

教育部補助法律專業科目教學改進計畫  
申請書

計畫名稱：憲法時事導引教學計畫(II)

——本土憲法基本權案例研究

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

中興大學財經法律學系 林昱梅副教授

執行期程：97年9月至98年6月

執行單位：中興大學財經法律學系

中華民國97年3月27日



## 貳、計畫內容

### 一、計畫目標

現今的憲法教學主要著重在學理研究方面的探討，大多未將課程連接其當代所發生的時事，學生對該時事多半無法從所學習的課程中學以致用，特別是無法從正確的憲法學理對時事做出較為合乎法理的判斷，而易受一般不具有獨立性媒體輿論所影響，此為憲法教學一大盲點，也是教育無法教導學生獨立思考的問題所在。

本計畫擬以發生在我國的時事作為課程素材，以對話方式引導學生產生問題意識，刺激學生思考憲法議題，再輔以憲法教科書內容，使得學生更能深刻體會憲法之意義與價值。搭配時事新聞教學與法院判決，期能使課程更加生動活潑，並使學生在上課之餘，能將所學實際用運至生活中，並能培養學生獨立思考能力。

本計畫目標，將結合去年同一計畫有關基本權的案例，合輯出版「憲法基本權案例解析」教科書。

### 二、計畫內容大綱

本計畫擬利用報紙剪報（例如保護女性育嬰假案）及法院判決（例如關愛之家被迫遷出社區案），從具體生活事件的發生，擷取上課內容的教材，除可引發學生參與之興趣外，亦能從客觀角度探討時事新聞，培養學生法律專業的分析能力，不至流於情緒或受媒體影響，避免主觀意識而影響客觀法判斷。

各國的憲政體制大多受其歷史背景影響，將其適用在政治、經濟、社會、文化等等方面，無絕對的好與壞，又因憲法上之問題，具有高度開放性，通常並無所謂的標準答案，原則上不違法理，如有足夠理由，且有實踐的可能性，亦得作為本國憲政體制之依據。故本計畫強調發生在台灣的基本權事件的思辯，設計一個學期約 16 個與憲法有關的時事新聞作為之單元，以便導引學生瞭解憲法內容，並能培養其獨立思考能力。

本計畫課程內容集中在十四個基本權單元。為使課程更加生動，亦將採用問

題對答、投影片方式、分組討論報告、辯論比賽、影片播放或課後作業等方式，必要時參觀法院，並請法官就其審理案件提供素材，以供研究。實際確定案例如下（本計畫列出 14 案，保留 2 案可依各時期發生的問題適時增加）：

本計畫案安排於憲法課程中進行，憲法課每次二小時，前一小時由學生報告，後一小時由計畫主持人或邀請法官、律師蒞校指導並講評。

本土化憲法案例目次如下：

- 第一案〈關愛之家〉
- 第二案〈公民投票〉
- 第三案〈代理孕母〉
- 第四案〈單一選區〉
- 第五案〈基因改造食品〉
- 第六案〈基本國策——國民年金案〉
- 第七案〈健保總額給付〉
- 第八案〈地方政府對勞、健保之分攤〉
- 第九案〈新興宗教〉
- 第十案〈競業禁止〉
- 第十一案〈接近廣播電視使用權〉
- 第十二案〈環境權〉
- 第十三案〈判決違憲〉
- 第十四案〈女性勞動政策〉

【網路資源包括法源法律網、司法院網站及月旦法學知識庫等將於上課中介紹】

### 第一案〈關愛之家〉

#### 一、事實背景

2005 年一間收容二十二名愛滋病友及帶原者的關愛之家，搬入台北市文山區的一個社區內，警方不經意將收容愛滋病患的消息曝光。使得當地居民強烈反彈，以不排除發起大規模抗爭之方式，要求關愛之家盡速搬離。居民甚至要求警方夜間加強巡邏並封死自家鐵窗。另外此案也進入司法訴訟程序，最終關愛之家被判敗訴，必須強制遷離。

#### 二、憲法爭點

1. 愛滋病友的居住遷徙自由權與一般居民的居住遷徙自由權內涵有不同嗎？
2. 病友隱私權與公益的衝突，又公益的內涵為何？

3. 判決是否違憲?一審判決可否為釋憲標的?

三、憲法上相關理論之闡釋

1. 人性尊嚴
2. 資訊隱私權(病歷、指紋)
3. 基本權第三人效力

四、活動方式

播放影片「費城」，並分組討論及作口頭報告。

五、延伸問題

1. 樂生療養院與捷運之衝突
2. 精神病患者之管理問題
3. 愛滋病友與 SARS 病患之居所問題比較

六、參考文獻

(一)月旦法學教室

江玉林，人性尊嚴與人格尊嚴——大法官解釋中有關尊嚴論述的分析，20期，頁116-123

(二)月旦法學雜誌

1. 張人傑，情慾叢結與身體政治——從斷袖、同性戀到酷兒，30期，頁22-29
2. 蔡宗珍，第三單元：人性尊嚴之保障做為憲法基本原則，45期，頁99-102
3. 林鈺雄，初探醫療秘密與拒絕證言權——從歐洲人權法院之Zv. Finland判決（愛滋病患案）談起，127期，頁5-27
4. 李建良，自由、平等、尊嚴：人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題（上）（下），月旦法學雜誌，第152、153期，頁185-207，頁193-211
5. 王耀霆，私法關係的合憲控制——兼評再興社區訴關愛之家案，月旦法學雜誌154期，頁66-93
6. 李惠宗，裁判書上網公開與個人資訊自決權的衝突，154期，2007/3，頁21-34

(三)台灣本土法學雜誌

李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突——愛滋病學童案，3期，頁162-166

(四)律師雜誌

1. 劉麗媛，尋找法律的面貌，317期，頁41-50
2. 陳新民，人性關懷的法律秩序——「愛滋病中途之家被訟搬遷」有感，322期，頁85-87

第二案〈公民投票〉

一、事實背景

2003年12月31日公民投票法制定通過並施行，2004年總統大選兩項提案

為強化國防與對等談判。2008 年搭配立委選舉舉行的公民投票兩項提案為討黨產與反貪腐。而另外伴隨 2008 總統大選的公民投票兩項提案為返聯與入聯。自施行以來一共六項議題，無一通過。我國公民投票是否能充分展現公民意志，值得深入思考？

## 二、憲法爭點

1. 公民投票與創制複決
2. 公民投票與憲法保留事項
3. 中央的公民投票事項、結果跟地方公民投票事項、結果相衝突。

## 三、憲法上相關理論之闡釋

1. 國民主權原則
2. 直接民主、間接民主與人民自決觀念
3. 多數決原則
4. 公投議題的限制與諮詢性公投
5. 直接民主 vs. 間接民主

## 四、活動方式

由學生設計公投議題，並投票。並分組討論及作口頭報告。

## 五、延伸問題

1. 公投綁大選！?——比較法的觀察
2. 公民投票的方式：中央與地方之爭——階段或二階段
3. 法國公民投票否決歐盟憲法案例之省思

## 六、參考文獻

### (一)月旦法學教室

1. 蕭文生，國家組織：第一講—人民、國民與主權，13 期，頁 59-66
2. 程明修，憲法基本原則：第二講—民主國原則（一），18 期，頁 63-72
3. 程明修，憲法基本原則：第二講—民主國原則（二），26 期，頁 45-50

### (二)月旦法學雜誌

1. 黃錦堂，從「拜耳案」論地方自治團體之參與權，42 期，頁 74-87
2. 許志雄，第四單元：國民主權，45 期，頁 103-108
3. 陳春生，從法治國角度看核四問題之解決，67 期，頁 24-36

### (三)台灣本土法學雜誌

徐正戎；呂炳寬，法國公民投票否決歐憲條約的憲政啟示，72 期，頁 1-5

### (四)法學講座

1. 吳志光，基本權各論基礎講座(13) — 參政權（上），29 期
2. 吳志光，基本權各論基礎講座(13) — 參政權（下），30 期

### (五)法令月刊

羅傳賢，法律制定案覆議之憲政法理分析

— 以公民投票法乙案為例，55 卷 2 期，頁 4-9

### (六)憲政時代

1. 李俊增，論公民投票之類型及對代議民主政體之影響，22 卷 4 期，頁 100-118
2. 李俊增，公民投票之理論與實踐，23 卷 1 期，頁 35-52
3. 吳志光，公民投票與司法審查，27 卷 2 期，頁 49-64，73-75
4. 曹金增，公民投票之理論，28 卷 2 期，頁 38-57
5. 吳志光，公民投票與權力分立原則——由公民投票的事項限制談起，30 卷 4 期，頁 483-513

#### (七)律師通訊

新國會聯合研究室，「公民投票法與台灣前途」座談會紀要，145 期，頁 19

#### (八)全國律師

1. 陳峰富，公民投票在兩岸關係中之爭論與適用性，4 卷 7 期，頁 37-52
2. 吳介民，公民投票作為一種批判性的公眾力量，7 卷 11 期，頁 79-84
3. 蔡宗珍，從憲法層面看公民投票之爭議，7 卷 11 期，頁 73-78
4. 江宜樺，公民投票與民主政治的關聯，7 卷 11 期，頁 68-72
5. 丘昌泰，解讀公民投票的迷思，7 卷 11 期，頁 44-49
6. 蘇永欽，公民投票的跨國考察，7 卷 11 期，頁 29-43
7. 周志宏，公民投票法與憲法的相關問題，8 卷 1 期，頁 15-28
8. 周宗憲，國民主權、參政權與公民投票——公民投票法的檢討，8 卷 1 期 頁 4-14

#### (九)博碩士論文

1. 吳棟傑，公民投票法制之憲法許容性暨法政策分析  
：以全國性公民投票為中心，台灣大學，83 年
2. 黃勝興，從『國民主權』原理論公民投票制度，台北大學，89 年
3. 鍾凱勳，從權力分立原則論公民投票法制之建構，台北大學，89 年
4. 游勝雄，從「多元寬容」論民主與公民投票，台北大學，92 年
5. 蕭惠菁，公民投票與臺灣的國際地位，輔仁大學，93 年

#### (十)論著

1. 新世紀新憲政—憲政研討會論文集，許宗力等，元照出版公司，2002 年 8 月
2. 珍惜憲法時刻，葉俊榮，元照出版公司，2000 年 3 月
3. 走入新世紀的憲政主義，蘇永欽，元照出版公司，2002 年 10 月

### 第三案 <代理孕母>

#### 一、事實背景

因為身體的種種因素，導致女性無法正常懷孕，但卻想要孕育有自己血統的小孩，隨著人工生殖技術的發展，越來越多國家通過代理孕母法案，然我國基於傳統倫理道德之拘束，導致我國人工生殖法規定，無法在本國以人工生殖方式受孕。

#### 二、憲法爭點

1. 人性尊嚴：身體的自主權係人性尊嚴之核心，



2. 已受精胚胎是否為生命？

三、憲法上相關理論的闡釋

1. 生命權與人性尊嚴意義及內涵

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

四、活動方式

利用分組討論作報告之方式，使學生更融入問題思考。

五、延伸問題

1. 是否可將精子卵子作為買賣標的？
2. 人獸胚胎的許可及禁止
3. 複製人的許可

六、參考文獻

1. 王洪，家庭自治與法律干預——中國大陸婚姻法之發展方向，月旦民商法雜誌卷八，2005.6，頁61-74
2. 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第138期，頁166-189
3. 牛惠之，「科技法律」議題之研究，月旦法學雜誌，第116期，頁191-207
4. 王富仙，生子契約容許性之探討，月旦法學雜誌第75期，頁113-127
5. 陳美華，物化或解放——女性主義者關於代理孕母的爭論，月旦法學雜誌第52期，頁18-28
6. 陳昭姿，翹首期盼代理孕母合法化——等待生命的轉捩點，月旦法學雜誌第52期，頁29-31
7. 陳妙芬，浮濫的平等？——談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌第52期，頁31-40
8. 薛瑞元，「代理孕母」的管制原則與措施，月旦法學雜誌第52期，頁40-45

## 第四案〈單一選區〉

一、事實背景

在我國憲法第七次增修條文中，立委席次減半，並確定將來立委選舉方式依照單一選區兩票制。然選區的劃分方式卻將深深影響選舉結果，如何取得平衡，是一重要議題。

二、憲法爭點

1. 政黨平等：法律應賦予政黨平等發展或競爭的機會，此屬國會保留事項。
2. 選票結構
3. 選區劃分

三、憲法上相關理論的闡釋

1. 政黨政治
2. 選舉制度的探討

#### 四、活動方式

1. 利用投影片，播放各國選舉制度的簡介，並探討各國適用不同制度的原因與優缺點。
2. 讓同學分組報告，分析現況的制度。

#### 五、延伸問題

1. 選區劃分與法律保留原則
2. 日本與美國的選舉訴訟
3. 高雄市市長選舉訴訟分析

#### 六、參考文獻

1. 李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法——法治斌教授追悼論文集，2004.5。
2. 林繼文，單一選區兩票制與選舉制度改革，全國律師，7卷8期，頁93-104。
3. 陳春生，單一選區兩票制實施後立法院之運行與改革，台灣本土法學雜誌，97.3，頁129-139。
4. 李惠宗，論修憲複決程序與修憲內容之平議，台灣本土法學雜誌，94.7，頁247-263。

### 第五案〈基因改造食品〉

#### 一、事實背景

隨著基因科技的發展，幾乎所有的「食物」都快要被「食品化」了。人類仰賴自然界所生產的食物，但基於經濟利益及儲存的必要，許多食物特別經過工業化的處理，變成食品。經過工業化處理的「食品」，基本上對人體會產生較大的危害，特別是基因改造食品已經在食物的源頭上，透過生物科技將之改造，經此生產的「食物」，是否還是上帝原來所創造的「食物」，非無商榷餘地。

本主題主要係從國家對人民健康權的保護義務，探討國家對基因改造食品的管制權限。

#### 二、憲法爭點

1. 國家對基因改造食品的管制權限
2. 危險與風險的管理

#### 三、憲法上相關理論的闡釋

1. 國家保護義務理論

2. 裁量權限縮理論（大法官釋字第 469 號解釋）

四、活動方式

提示相關新聞照片或影片，使同學瞭解案情，並進一步分組討論相關問題。

五、延伸問題

1. 國家的環境保護義務
2. 國家對其他危險源的管制，例如農藥、殺蟲劑、塑膠製品的管制義務

六、參考文獻

1. 洪德欽，歐盟基因改造食品延宕核准審查之爭端，中華國際法與超國界法評論 1 卷 2 期，頁 405-451。
2. 黃清德，基因資訊的取得利用與隱私權保障，中央警察大學法學論集 9 卷，頁 115-136。
3. 李聖傑，黑心食品所涉及的刑法思考－評析金華市金東區人民法院(二〇〇四)金東刑再初字第一號判決，月旦民商法雜誌 13 卷，頁 167-176。
4. 陳志龍，基因改造食品之論爭、定位與刑事法規範，月旦法學雜誌 112 卷，頁 121-141。
5. 李震山，論行政提供資訊－以基因改造食品之資訊為例，月旦法學雜誌 69 卷，頁 20-21。

**第六案〈基本國策——國民年金案〉**

一、事實背景

我國憲法中基本國策範圍包括了國防、外交、國民經濟、社會安全、教育文化及邊疆地區等。基本國策顧名思義，即國家一切政策所應遵循之基本政策。執政黨得因時制宜，在政策上善自運用，但不得因政黨的輪替更迭，而變更基本國策所訂的施政大方向。今日之全民健保、勞動基準法及相關農業政策等，均為依循基本國策下而制定。國人、弱勢團體因此能受到國家相當程度的照料。

國民年金是達成社會安全、穩定的重要機制，也是建構「社會共同體」重要的方法。

二、憲法爭點

1. 基本國策的效力
2. 行政、立法不作為違憲乎？
3. 國民年金與社會保險制度
4. 所得重分配的機制

三、憲法上相關理論的闡釋

1. 制度性保障

2. 社會國原則

3. 平等原則

#### 四、活動方式

比較我國與美國或英國之基本國策，並分組討論及作口頭報告。

#### 五、延伸問題

1. 基本國策的具體實踐內容:政策實施、法律制定等

2. 憲法第 125 條之解釋

3. 資本主義與基本國策中社會安全一節的關係

4. 公醫制度

#### 六、參考文獻

##### (一)月旦法學教室

1. 許育典，社會國，12 期，頁 38-43
2. 詹鎮榮，憲法基本原則：第五講—社會國原則起源、內涵及規範效力，41 期，頁 32-41
3. 詹鎮榮，憲法基本原則：第六講—社會國原則—  
—責任主體、類型及界限，42 期，頁 45-55
4. 孫迺翊，恩給性社會給付沒保障？—  
—憲法與行政法角度的分析，52 期，頁 79-88

##### (二)月旦法學雜誌

1. 周志宏，第十單元：社會權—總論、教育權，48 期，頁 127-135
2. 張嘉尹，憲法、憲法變遷與憲法釋義學  
—對「部門憲法論述」的方法論考察，112 期，頁 150-169

##### (四)國立臺灣大學法學論叢

黃銘傑，中小企業保護與競爭政策 — 憲法增修「中小企業保障條款」的問題提起，27 卷 3 期，頁 47-78

##### (五)憲政時代

1. 劉賢年，我國憲法關於基本國策之規定，6 卷 1 期
2. 林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？  
，29 卷 3 期，頁 343-348

##### (六)律師雜誌

許慶雄，勞工權利與憲法，219 期，頁 13-21

##### (七)成大法學

許育典，人的自我實現作為原住民教育基本權的核心建構  
—21 世紀原住民族教育的法制展望藍圖，3 期，頁 25-61

##### (八)大法官會議解釋

釋字第 560、580 號解釋

##### (九)論著

1. 國家與法律，蔡墩銘，第六五章：基本國策，2002 年 9 月
2. 現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，林明鏘，  
論基本國策——以環境基本國策為中心，1997 年 3 月

3. 公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，陳愛娥等，元照出版公司，2004年10月

### 第七案〈健保總額給付〉

#### 一、事實背景：

健保給付涉及國民健康權的保。台灣自1994年實施全民健保給付制度後，漸次在健保財務上發生了重大問題，在調高健保費受到強大民意壓力後，健保局轉向以「健保總額給付」作為抒解財政壓力的機制，但此一制度相對地對於醫療體系，包括對醫院、醫師的醫療勞務給付形成另一種剝削與壓抑（給付越多，收入越少），其結果有可能造成人民健康權的傷害。

#### 二、憲法爭點：

1. 公醫制度與健保制度的差別
2. 公法契約關係與第三人利益契約
3. 醫療院所的給付請求權及訴訟權（大法官釋字第524、533號解釋）

#### 三、憲法上相關理論的闡釋

1. 健康權的國家保護義務
2. 行政契約與行政私法

#### 四、活動方式

1. 邀請健保局人員講解健保總額給付制度
2. 邀請醫師討論健保總額給付制度對醫事行為的影響

#### 五、延伸問題

1. 全民健保與所得重分配的正當性
2. 健保總額給付制度
3. 禁止「以鄰為壑」原則作為憲法原則

#### 六、參考文獻

1. 林恭正、劉宗欣、游雪華，全民健保政府補助款對跨世代財政負擔的影響，保險專刊，第20卷1期93年06月，頁53-78。
2. 劉彩卿、陳欽賢、洪小喬，全民健保實施對商業健康保險購買決策之影響，財稅研究，第36卷2期，民國93年03月，頁71-94。

### 第八案〈地方政府對勞、健保之分攤〉

#### 一、事實背景

全民健保自民國84年開辦以來，對於延長人口平均壽命及降低健康差

異確有實質成效。美國內科學年鑑更出現相關社評：「學習台灣：全民健保的經驗」。惟健保內部財政問題，屢屢讓政府挖東牆補西牆，填平不了缺洞，反倒越挖越深。當中地方政府欠繳健保補助費的事件幾乎每年都會引起健保局與地方政府間的爭議，甚至中央健保局欲對欠費的地方政府祭出強制執行之手段。民國 92 年台北市政府還因不服中央根據全民健保法第 27 條之規定，強制要求地方分攤健保補助費而提請大法官釋憲。大法官因此作出釋字 550 號解釋。

此一事件涉及地方自治團體財政自主權是否受到侵害的問題。

## 二、 憲法爭點

1. 憲法第一百七十二條及地方制度法第三十條法律優位原則之內涵。
2. 憲法第十章中央與地方之權限分配，即立法和執行事項之分配。
3. 憲法第十一章地方制度(第 118、121、128 條)保障地方自治，究地方自治範圍的狹廣至何處。

## 三、 憲法上相關理論的闡釋

1. 地方自治作為一種制度性保障
2. 中央與地方分權的理論
3. 地方自治團體的財政自主權理論

## 四、 活動方式

分組討論並作口頭報告，另請相關人士對全民健保的財政現況作大致說明。

## 五、 延伸問題

1. 中央統籌款及地方補助款問題。
2. 鎮長稅、觀光通行費、砂石稅等問題。

## 六、 參考文獻

### (一) 月旦法學雜誌

1. 陳慈陽；林明鏘；蔡秀卿；陳清秀；劉在銓；蔡茂寅；周志宏；鄭村棋；郭明政，「誰來負擔健保費？」研討會—從北市拒編保費釋憲案談起，87 期，頁 215-228
2. 周志宏，誰該負擔健保費補助？—中央與地方權限之劃分，87 期，頁 8-9
3. 林明鏘，論地方自治團體負擔健保保費合憲性問題  
—評大法官釋字第五五〇號解釋，93 期，頁 270-280
4. 劉文仕，我國憲政體制下的地方制度改造芻議，93 期，頁 57-73
5. 陸敏清，全民健康保險法保費補助制度之探討—  
—以釋字第五五〇號解釋為觀察，116 期，頁 63-76
6. 蔡茂寅，全民健保政府財政負擔的轉化  
—評最高行政法院九十四年度判字第〇一五四六號判決，127 期，頁 189-195

7. 李玉君，全民健康保險制度之回顧、檢討與再造，153期，頁36-60

### (二)台灣本土法學雜誌

1. 林明鏘，論全民健保地方自治團體負擔保險費補助款之範圍

—評最高行政法院九四年判字第一五四六號判決，76期，頁89-97

2. 陳愛娥，直轄市政府負擔一定比例之保險費補助款時之計算根據

—評最高行政法院九四年判字第一五四六號判決及其前審判決的論證格，76期，頁84-88

3. 陳清秀，健保補助款爭議的法理辨正

—最高行政法院九四年判字第一五四六號判決評釋，77期，頁135-145

4. 董保成，台北市政府分擔全民健保補助費相關爭議評析，77期，頁105-118

### (三)大法官會議解釋

釋字第472、550號解釋

### (四)論著

1. 廿一世紀憲政風雲，2004年，劉在銓，

全民健康保險保險費政府補助款欠費之概況與分析

2. 廿一世紀憲政風雲，2004年，陳清秀，

誰來負擔健保費？—從北市健保費釋憲案談起

3. 廿一世紀憲政風雲，2004年，林明鏘，

論地方自治團體負擔健保保費合憲性之問題—

—評大法官釋字第五五〇號解釋

4. 憲法意見，2005年，蘇俊雄，

全民健康保險與地方自治（釋字第550號解釋）

## 第九案〈新興宗教〉

### 一、事實背景

近年來台灣街頭到處可見，兩個外國年輕人結伴腳踏車同行，穿著白襯衫、黑西裝褲，打著領帶，戴著安全帽，講著還算流利的國語，甚至夾雜一兩句台語的摩門教徒。他們肩負著重要的傳教使命。除了他們，還有許許多多的新興宗教湧入台灣。

不同的教義，有些與台灣傳統風俗起了衝突，有些甚至與我國憲法、法律有抵觸之虞。神的領域跟人的領域，大法官在釋字490號解釋嘗試著畫出界限。

### 二、憲法爭點

1. 宗教教義可否免除憲法、法律上的義務？

2. 法律是否平等地對各宗教作設限？(平等權問題)

### 三、憲法上相關理論的闡釋

1. 政教分離原則
2. 宗教中立性原則
3. 宗教寬容性原則

#### 四、活動方式

請同學找出宗教教義中與我國風俗、法律所相衝突的地方，並作分組討論及口頭報告。

#### 五、延伸問題

1. 耶和華教派之教義拒絕輸血
2. 宗教教義認為不應接受國民教育
3. 家長因宗教因素強制子女吃素

#### 六、參考文獻

##### (一)月旦法學教室

1. 廖元豪，宗教自由：第一講：憲法宗教自由意義、體系與價值，44期，頁
2. 廖元豪，宗教自由：第二講：狹義宗教自由，46期，頁
3. 廖元豪，宗教自由：第三講：政教分離(一)，48期，頁
4. 廖元豪，宗教自由：第四講：政教分離(二)-案例類型與本土反思  
50期，頁

##### (二)月旦法學雜誌

1. 陳銘祥，宗教立法與宗教自由，24期，頁29-34
2. 許志雄，宗教自由與政教分離原則，35期，頁14-15
3. 黃昭元，釋迦牟尼，生日快樂，58期，頁16-17
4. 黃昭元，上帝要我上祂的學校，74期，頁8-9
5. 許育典，宗教自由保障下的宗教團體自治  
—評釋字第五七三號解釋，114期，頁211-225

##### (三)台灣本土法學雜誌

1. 李惠宗，論宗教信仰自由及國家保護義務  
—評司法院大法官釋字第四九〇號解釋，5期，頁39-60
2. 黃昭元，信上帝者下監獄？—從司法院釋字第四九〇號解釋  
論宗教自由與兵役義務的衝突，8期，頁30-45
3. 李建良，拒絕輸血與信仰自由，17期，頁129-134

##### (四)國立臺灣大學法學論叢

許育典，學術自由在宗教大學的實踐  
—天主教大學憲章案的合憲性探討，32卷3期，頁

##### (五)玄奘法律學報

鍾秉正，憲法宗教自由權之保障—  
—兼評大法官釋字第五七三號解釋，3期，頁

##### (六)全國律師

卓忠三，政府需要立法限制信仰宗教自由？，5卷10期，頁

##### (七)博碩士論文



1. 尤伯祥，政治大學，宗教自由之權利內涵研究，87年
2. 黃武彰，國防大學，從軍法實務論良心兵役拒絕問題，87年
3. 左涵湄，東吳大學，論宗教行為自由之保障，91年

(八)大法官會議解釋：

釋字第490、573號解釋 & 釋字第490號之王和雄、劉鐵錚不同意見書

(九)論著

宗教自由與宗教法，許育典，元照出版公司，2005年5月

## 第十案〈競業禁止〉

### 一、事實背景

一位竹科工程師A，在甲公司五年來薪資如一日，為謀求更好的薪資及福利，決定跳槽到乙公司，希望將自己過去的工作經驗奉獻給新東家，讓新老闆眼睛為之一亮，進而好好的提拔自己。但因為之前與舊公司的僱傭契約中包含了競業禁止條款，使得他還沒拿到新工作的第一份薪水，就先賠了兩三百萬給甲公司。換工作的代價竟如此慘痛，是A當初遠遠料想不到的。

### 二、憲法爭點

工作權作為自由權或社會權：憲法賦予人民工作權，但並未強制規定國家必須提供工作機會於人民，故於人民有工作能力但無工作機會時，其工作權無法直接作用於國家，此權力亦無法直接適用在第三人，必須藉由民法間接適用在第三人，工作權與雇用權(或經營權或營業權)無法同時並存，何種權利有優先保護之必要？國家是否需要特別照顧有工作能力亦有疾病之人？

### 三、憲法上相關理論的闡釋

1. 工作權作為自由權或社會權
2. 基本權第三人效力理論
3. 職業自由權審查之三階段理論

### 四、活動方式

角色扮演，一半同學當資方，另一半當勞方，擬出雙方都能接受的競業禁止條款。並作分組討論及口頭報告。

### 五、延伸問題

1. 定型化契約問題
2. 歧視女員工條款
3. 職場歧視類型
  - (1) 基因歧視
  - (2) 族群歧視

(3) 身心歧視

六、參考文獻

(一)月旦法學教室

1. 李惠宗，肝炎帶原者止步 — 就業歧視條款的憲法問題，10期，頁8-9
2. 李惠宗，我眼明，我也要按摩工作，17期，頁12-13
3. 李仁森，人權的私人間效力，39期，頁8-9
4. 廖元豪，契約自由是歧視的藉口嗎？，49期，頁6-7
5. 張永明，大學聘約的競業禁止條款，50期，頁8-9
6. 許宗力，基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力  
9期，頁64-74

(二)月旦法學雜誌

1. 張凱娜，競業禁止與營業秘密之保護，20期，頁71-74
2. 焦興鎧，對我國就業歧視問題之探討，52期，頁103-114
3. 李惠宗，禁譜辦公室戀曲—「基本權第三人效力」或「基本權衝突」，  
79期，頁8-9
4. 林佳和，高雄捷運泰勞暴動事件，126期，頁187-196
5. 錢建榮，終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討—  
—兼論釋字第五三一號解釋，128期，頁69-93
6. 林更盛，離職後競業禁止約款的審查：  
三步驟—評台南地方法院八十八年度勞簡上字第6號判決，111期，  
頁193-206

(三)台灣本土法學雜誌

1. 陳愛娥，中醫師不得交付病人西藥成藥—關於憲法工作權的保障，  
1期，頁109-111
2. 李建良，競業禁止與職業自由，15期，頁111-118
3. 李惠宗，禁止跳槽的程式設計師，33期，頁123-133

(四)法令月刊

黃越欽，憲法中工作權之意義暨其演進，51卷10期，頁34-55

(五)法學講座

劉建宏，基本權各論基礎講座(7)—工作權，23期，頁1-8

(六)律師雜誌

嚴祥鸞，她們的真正平等工作權 — 同工同酬到同值同酬的意義，242期，  
頁61-75

(七)律師通訊

王惠玲，社會基本權與憲法上工作權之保障，153期，頁40-48

(八)憲政時代

李惠宗，憲法工作權保障系譜之再探—以司法院大法官解釋為中心，  
29卷1期，頁

(九)理律法律雜誌雙月刊

陳瑞敏，勞委會公布競業禁止參考手冊，2003年5月，頁1-3

(十)國立臺灣大學法學論叢

1. 焦興鎧，工作場所基因測試在美國所引起之就業歧視爭議，35 卷 6 期，頁 169-240
2. 楊通軒，勞工創作物權益歸屬與競業禁止關係之研究，34 卷 3 期，頁 333-400

(十一)政大法學評論

陳惠馨，兩性平等工作權之理論基礎，51 期，頁 129-154

(十二)博碩士論文

1. 陳舒怡，論營業許可與人民權利保護，台北大學，87 年
2. 林振芳，論勞動契約中競業禁止約款在司法實務上之效力問題，東吳大學，93 年
3. 葉芳娟，員工保密義務與競業禁止之研究，東吳大學，93 年
4. 陳文貴，基本權利對民事私法之規範效力，中央警察大學，89 年

(十三)法官會議解釋

釋字第 612、584、514、510 號解釋

## 第十一案〈接近廣播電視使用權〉

### 一、事實背景

我國電視頻道將近 100 多台，光是新聞台就囊括了近 1/10，現況人民擁有了更多管道發聲及使用。關於廣播電臺更是趨於氾濫，違法的地下電台不勝枚數。相較於過去三台時代，及廣電事業的電波頻率受到嚴格管制，今日人民的接近廣播電視使用權，已有相當程度的落實。但畢竟大部分媒體屬民營企業，政府對電波頻率之使用為公平合理之分配，真能導出人民平等地擁有接近廣播電視使用權嗎？

### 二、憲法爭點

1. 言論自由與新聞自由
2. 人民之接近廣播電視使用權

### 三、憲法上相關理論的闡釋

1. 第四權理論
2. 真正惡意原則與合理評論原則
3. 言論自由之雙軌理論與雙階理論
4. 審查密度理論與三重審查標準

### 四、活動方式

請廣播電臺人員大致介紹創台歷程或電台播送內容。並作分組討論及口頭報告。

### 五、延伸問題

1. 衛星頻道換照、撤照風波
2. 國家通訊委員會的執掌業務內容
3. 電視、電影、出版物之分級

## 六、參考文獻

### (一)月旦法學教室

劉靜怡，言論自由：第六講—言論自由、媒體類型規範與民主政治，42期，頁34-44

### (二)月旦法學雜誌

1. 黃永乾，網路新聞的問題與自律，71期，頁108-210
2. 李惠宗，抗議！報導不公，73期，頁8-9

### (三)月旦民商法雜誌

石世豪，傳播法之體系及其挑戰，3期，頁97-110

### (四)台灣本土法學雜誌

1. 廖元豪，市場等同自由？政府即是公共？  
—從「公共的言論自由」評衛星頻道換照爭議，74期，頁68-74
2. 張嘉尹，失序媒體與鐵腕行政，74期，頁63-67
3. 石世豪，頻道「撤照」爭議的法律分析  
—從行政組織、程序及實體關係三面向解構迷思，74期，頁59-62

### (五)法令月刊

李念祖，廣播電視法修正立法關於接近使用媒體權論  
—淺評司法院大法官釋字第三六四號解釋，46卷2期，頁21-25

### (六)法學講座

1. 江嘉琪，基本權各論基礎講座(10) — 論新聞自由，26期，頁1-16
2. 陳耀翔，基本權各論基礎講座(11) — 論廣播電視自由，28期，頁1-12

### (七)國立臺灣大學法學論叢

林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，22卷1期，頁59-103

### (八)國立中正大學法學集刊

石世豪，我國為廣播電視積極立法的憲法基礎  
—憲法論證的本土化建構模式，12期，頁1-33

### (九)銘傳法學論叢

陳耀祥，論國家對於通訊傳播之管制  
——從德國之規範取向論我國通訊傳播基本法之基本議題，2期，頁47-75

### (十)立法院院聞

石世豪，廣播電視整併立法草案之評析，31卷9期，頁10-42

### (十一)博碩士論文

王碧芳，台灣大學，廣播電視自由與廣播電視組織  
—以德國法制為中心，81年

### (十二)大法官會議解釋

釋字第364號解釋

### (十三)論著

部門憲法，石世豪等，傳播部門之憲法初探，元照出版公司，2006年

## 第十二案〈環境權〉

### 一、事實背景

美國前副總統高爾，對於環境保護運動不遺餘力地推展，更拍攝了紀錄片“不能面對的真相”，警醒世人溫室效應對人類及整個地球環境的影響。他也因此獲得諾貝爾和平獎的至高榮譽。

台灣，隨過去經濟奇蹟而來的是環境污染，西部河川幾無一倖免；十大建設中的石化、鋼鐵廠，使得高雄空氣污染聞名全台。近幾年國人環保意識抬頭，拜耳案、反核四、蘭嶼原住民拒絕核廢料等，逐漸讓環境權的議題受到重視。

### 二、憲法爭點

1. 憲法第 22 條非列舉基本權
2. 環境權之立論基礎

### 三、憲法上相關理論的闡釋

1. 基本權利的功能
2. 國家契約理論
3. 比例原則

### 四、活動方式

播放影片“不能面對的真相”，並作分組討論及口頭報告。

### 五、延伸問題

1. 京都議定書內容
2. 雪山隧道、蘇花高環境評估
3. 各種發電廠對環境的影響

### 六、參考文獻

#### (一)月旦法學教室

蔡慧君，國際環境法發展過程之簡介，5 期，頁 125-137

#### (二)月旦法學雜誌

張嘉尹，環境保護入憲的問題—德國經驗的初步考察，38 期，頁 86-96

#### (三)台灣本土法學雜誌

李建良，環境基本法的理念與規範取向，14 期，頁 1-21

#### (四)法令月刊

高樹人，環境權與環境立法之反思，56 卷 12 期，頁 27-33

#### (五)憲政思潮

許志雄，環境權，68 期，頁 55-65

(六)律師通訊

蘇煥智，環境權及其確保之道，138期，頁1

(七)國立臺灣大學法學論叢

1. 葉俊榮，憲法位階的環境權：從擁有環境到參與環境決策，19卷1期，頁129-153
2. 葉俊榮，大量環境立法：我國環境立法的模式、難題及因應方向，22卷1期，頁105-147

(八)東吳法律學報

李建良，論環境保護與人權保障之關係，12卷2期，頁1-46

(九)司法改革雜誌

黃錦堂，我國環境憲法的議題，52期，頁32-35

(十)當代法學

1. 谷德近，代際環境權的憲法保障，2001年卷8期，頁7-10
2. 呂欣；李傑賡，環境權主體研究，2005年卷6期，頁95-101

(十一)博碩士論文

邱基峻，環境保護作為憲法基本權之研究，台北大學，86年

(十二)論著

1. 企業財經法律導引-企業經營必知的法律思維，李家慶等，經濟發展與環境保護—兩岸環保法制之初探，元照出版公司，2003年9月
2. 部門憲法，黃錦堂等，環境憲法，元照出版公司，2006年
3. 部門憲法，丘昌泰等，環境權在台灣環境憲法中的變遷與實踐，元照出版公司，2006年
4. 憲法與人權，李鴻禧，元照出版公司，1999年12月

第十三案〈判決違憲〉

一、事實背景

法官認事用法作出判決，因此判決違憲可能是法官認定事實或適用法律時，違反憲法規定。適用法律違憲又可分為法律本身違憲或法官「適用」法律的違憲。這部分均可作為釋憲的標的，惟法官認定事實的違憲，長期以來被歸於大法官不受理決議中。人民的基本權利似乎輕易地斷喪在法官的獨立審判。

二、憲法爭點

1. 獨立審判的界限
2. 我國現今之訴訟救濟途徑對於人民訴訟權之保障是否完整保障？

三、憲法上相關理論的闡釋

1. 違憲審查之集中抽象制與分散具體制
2. 司法院組織之一元多軌及一元單軌制

四、活動方式

舉相關實務判決及大法官不受理決議內容，與學生分享。並分組討論及

作口頭報告。

## 五、延伸問題

1. 司法院大法官審理案件法第五條違憲乎？
2. 判例制度違憲？
3. 現今釋憲程序的檢討

## 六、參考文獻

### (一)月旦法學教室

1. 楊子慧，人民聲請判例違憲解釋，22期，頁10-11
2. 吳信華，人民聲請釋憲「裁判上所適用」之法令，40期，頁8-9
3. 吳志光，裁判違憲審查？，41期，頁8-9
4. 楊子慧，法官聲請判例違憲解釋？，52期，頁8-9
5. 吳信華，對「法院裁判」的聲請釋憲，57期，頁10-11
6. 黃士洲，初探德國聯邦憲法法院的權限範圍，64期，頁88-93

### (二)月旦法學雜誌

1. 蘇俊雄，違憲審查制度及憲法解釋效力之界限，42期，頁28-31
2. 陳銘祥，第十三單元：違憲審查制度與民主政治，51期，頁174-179
3. 蔡宗珍，我國憲法審判制度之檢討，98期，頁49-66
4. 吳信華，我國憲法訴訟制度之繼受德國，  
—以「人民聲請釋憲」為中心，146期，頁23-38
5. 吳信華，「憲法訴訟法」草案評析（上），141期，頁146-170
6. 吳信華，「憲法訴訟法」草案評析（下），142期，頁203-230
7. 蕭文生，自組織、程序、釋憲類型及解釋效力觀點  
評析憲法訴訟法草案，145期，頁5-20
8. 張永明，憲法訴訟法草案之探討，145期，頁21-39
9. 廖元豪，憲法訴訟法草案的幾點評析  
—從「活化憲法」的角度出發，149期，頁40-55

### (三)法學叢刊

1. 涂懷瑩，論「大法官會議能否解釋判例違憲」，26卷3期，頁1-3
2. 王和雄，違憲審查制度與司法院大法官審理案件法，46卷2期，  
頁1-58

### (四)法令月刊

黃建輝，判例之作為違憲審查對象，48卷7期，頁21-24

### (五)憲政時代

許宗力，大法官審理案件法與修正草案之檢視  
—以大法官釋憲權行使之程序及範圍的相關規定為中心  
，24卷3期，頁144-169

### (六)國立臺灣大學法學論叢

許士宦，民事訴訟上之判例違憲審查與訴訟權保障，34卷6期，頁57-106

### (七)政大法學評論

吳信華，「法院裁判」作為大法官會議違憲審查的客體，61期，頁109-141

### (八)中研院法學期刊

翁岳生，我國憲法訴訟制度之展望，創刊號，頁1-62

(九)律師通訊

李念祖，大法官應該如何保障人權，180期，頁3-5

(十)全國律師

1. 阮玫芬，為山九仞，功虧一簣

—專訪李念祖律師談憲法訴訟法草案，11卷11期，頁61-67

2. 黃國鐘，法院定位與憲法訴訟，11卷11期，頁40-60

(十一)大法官會議解釋

釋字第371、530、572、590號解釋

## 第十四案〈女性勞動政策〉

### 一、事實背景

我國婦女勞參率於民國88年突破46%。過去25年來女性勞參率成長了十個百分點。婦女勞參率的提高，很清楚的呈現女性的就業機會增加。但由於傳統性別角色定位及家庭照顧責任，亞洲國家女性在育兒階段，勞參率均呈下降現象。另外，婦女尚須面對性別就業歧視，如單身禁孕條款、育嬰假縮減等。

有一位女性勞工，在兩性工作平等法實施後提出育嬰假的聲請，獲得公司的同意，但兩年後，其請求回任原工作，該公司卻以無工作缺額為由，拒絕其回任。她是台灣第一位享受到二年育嬰假，諷刺的是，她也是第一個受到育嬰假傷害的女性勞工。

### 二、憲法爭點

1. 女性工作權與企業財產權之衝突
2. 基本權之第三人效力

### 三、憲法上相關理論的闡釋

1. 基本權第三人效力理論
2. 平等原則

### 四、活動方式

請學生提出男女生先天上的差異及傳統社會對兩性的刻板印象，而後提出如何從制定法律使得兩性處於平等和諧的地位。並分組討論及作口頭報告。

### 五、延伸問題

1. 男性之陪產假規定
2. 勞動基準法與性別平等法相關條文比較
3. 聯合國婦女會議2000年北京宣言中之”性別主流化”思潮



## 六、參考文獻

### (一)月旦法學雜誌

1. 黃碧芬，解讀兩性工作平等法草案，6期，頁67-69
2. 焦興鎧，兩性工作平等權之法律實現，13期，頁38-46
3. 陳佳慧，人權發展史中的女性人權，35期，頁104-115
4. 焦興鎧，對我國就業歧視問題之探討，52期，頁103-114
5. 焦興鎧，對我國，建構兩性工作平等法制之省思，59期，頁62-73
6. 黃國鐘，博愛、平等、自由—評「兩性工作平等法」整合版草案，71期，頁71-86
7. 郭玲惠，女性勞動政策與法規範，59期，頁51-61
8. 劉梅君，女性夜間工作禁止存廢的爭議—行走於「資本」與「平權」的鋼索上，71期，頁61-71
9. 劉志鵬，兩性工作平等法草案「整合版」所定職場性騷擾之研究—以日本法制為比較對象，71期，頁41-53
10. 焦興鎧，歐洲聯盟家庭照護休假制度之研究，84期，頁102-116
11. 鄭津津，家事勞動者勞動權益保障之研究，124期，頁129-153

### (二)台灣本土法學雜誌

郝鳳鳴，從社會保障觀點論育嬰假相關法制之改革，89期，頁1-4

### (三)政大法學評論

陳惠馨，兩性平等工作權之理論基礎，51期，頁129-154

### (四)台北大學法學論叢

焦興鎧，美國兩性工作平等救濟制度之研究，47期，頁95-150

### (五)全國律師

簡錫堃，保障妊娠及哺乳期間女性勞動者符合「國際勞工公約」之精神，2卷7期，頁83

### (六)律師雜誌

1. 王如玄，性別就業歧視評議及法律救濟實務，219期，頁71-83
2. 郭玲惠，我國婦女勞動法制之探視，219期，頁51-70
3. 王如玄，又見性別招募歧視，242期，頁2-5
4. 劉梅君，「兩性工作平等法」與「母性保護」之關聯—淺談「育嬰假」、「家庭照顧假」等「促進工作平等」措施的立法理由，242期，頁34-41
5. 郭玲惠，兩性工作平等法面面觀，—性別歧視之禁止與促進就業措施，271期，頁28-39

### (七)博碩士論文

陳貞蘭，兩性工作平等法中社會給付規定之研究，政治大學，92年

### 三、計畫執行規劃

#### (一) 計畫執行方法與分工

由計畫主持人於憲法課程中，先就憲法基本觀念及架構，於上學期憲法中，講授完畢，並規定下學期分組名單，規定寒假期間之閱讀作業，在下學期開始進行分組報告及專家會談。下學期上課期間，每月皆可邀請一至二位專家協同教學。

計畫獲得通過後，預計召開下列會議：

1. 第 1 次工作會議：(約 2008. 9) 確定各單元主題及順序，以及是否有新案例加入。
2. 第 2 次工作會議：(約 2008. 11) 確定各單元主題進行方式，安排參訪單位
3. 第 3 次會議工作會議：(約 2008. 12) 確定邀請專家學者、法官、律師之名單
4. 第 4 次工作會議：(約 2009. 3) 第一次檢討會議
5. 第 5 次工作會議：(約 2009. 5) 第二次檢討會議
6. 第 6 次工作會議：(約 2009 6) 教材篩選及編輯會議
7. 第 7 次工作會議：(約 2009 6) 教材出版檢討會議

#### (二) 預定執行進度 (甘梯圖)

	97. 9.	10.	11.	12.	98. 1.	2.	3.	4.	5.	6.	7
第 1 次工作會議	*										
上課計畫說明		*									
第 2 次工作會議			*								
第 3 次工作會議				*							
學生蒐集資料					*						
上課計畫開始						*					
第 4 次工作會議							*				
學生期中考								*			
期中報告								*			
第 5 次工作會議									*		
學生期終考										*	
第 6 次工作會議										*	
第 7 次工作會議											*
期末報告											*

## 五、研究成果目錄

### 李惠宗學術著作目錄 (迄至2008/03/15)

#### A. 期刊論文：

- 推定、擬制與法律漏洞從法學方法——簡評大法官釋字第六三七號解釋，台灣本土法學，第 104 期，2008/3，頁 315-327。
- 裁判書上網公開與個人資訊自決權的衝突，月旦法學雜誌，第 154 期，2008/3，頁 35-50。
- 憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性——大法官釋字第六三二號解釋評析，月旦法學雜誌，第 151 期，2007/12，頁 156-168
- 地方自治事項之定性與法規監督，台灣本土法學，第 100 期，2007/12，頁 102-119。
- NCC 委員停職事件及其相關問題平議，月旦法學雜誌，第 148 期，2007/9，頁 184-195。
- 從權力分立原則論法規命令與行政規則之規範地位——兼評大法官釋字第 423 號及第 511 號解釋，收於現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版公司，2007/9，頁 903-928。
- 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，月旦法學雜誌，第 147 期，2007/8，頁 79-100。
- 「推定過失」或「擬制過失」？—台北高等行政法院判決九五年簡字第六三號判決簡評，台灣本土法學，95 期，2007/6，頁 235-238。
- 沒有起算點的消滅時效期間？台灣本土法學，92 期，2007/3，頁 133-142。
- 對總統彈劾、罷免及倒閣權行使之法理，月旦法學雜誌，第 136 期，2006/9，頁 152-165。
- 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，第 86 期，2006/9，頁 58-78。
- 行政法院對 BOT 最優申請人決定程序的審查——兼評台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號 (ETC) 判決，台灣本土法學，第 82 期，2006/5，頁 177-190。
- 土地增值稅上土地漲價總數額之減除——從法學方法論談「土地捐贈」與「代金捐贈」的減除，台灣本土法學，第 80 期，2006/3，頁 135-143。
- 立法院行使調查權應有的法制設計——從釋字第 585 號解釋出發，台灣本土法學，第 78 期，2006/1，頁 92-106。
- 行政法院說理的義務——從法學方法論檢證行政法院的判決理由，收於司法院印行，行政訴訟制度相關論文彙編，第 4 輯，2005/12，頁 413-454。
- 領取國民身分證捺捺指紋違憲性之探討——從法學方法論評大法官釋字第 603 號解釋，月旦法學，第 126 期，2005/11，頁 172-186。
- 大學自治下之校長遴聘與法律上之擬制——從法學方法論談撤銷黃光彩大學校長聘任案，台灣本土法學，第 74 期，2005/9，頁 89-98。
- 特別犧牲之損失補償——從法學方法論談既成道路的徵收補償訴訟，收於台灣行政法學會主編，台灣行政法學會學術研討會論文集【2005】，損失補償、行政程序法，元照出版公司，2005/7，頁 49-85。
- 論修憲複決程序與修憲內容之平議，台灣本土法學，第 72 期 2005/7，頁 247-263。
- 走味的酒香——法律變更後輕重之比較及其適用，台灣本土法學，第 70 期，2005/5，頁 139-144。
- 從政黨平等原則論單一選區兩票制，收於法治與現代行政法學，法治斌教授紀念文集，元照出版社，2005/5，頁 187-211。
- 職業自由主觀要件限制之違憲審查——司法院大法官釋字第 584 號解釋解釋評析，憲政時代，第 30 卷第 3 期，2005/1，頁 255-292。
- 交通大執法正當性問題的探討，台灣本土法學，第 63 期，2004/10，頁 119-133。
- 都是離職證明書惹的禍？——道德義務與不當聯結禁止原則，台灣本土法學，第 61 期，2004/8，頁 137-153。

- 對立法權制衡機制之探討，月旦法學，第109期，2004/6，頁89-99。
- 三次翹課，死當！——不當聯結禁止原則在學業成績評量上的應用，台灣本土法學，第56期，2004/3，頁151-158。
- 為什麼不能在自家騎樓上設攤營生？——法律只是「依法行政的擋箭牌，還是國家理性的表徵？釋字第564號解釋解讀」，台灣本土法學，第52期，2003/11，頁21-23。
- 憲法工作權保障系譜之再探——以司法院大法官解釋為中心，憲政時代，第29卷第1期，2003/7，頁121-158。
- 超速的陷阱——交通速限標誌與照相測速器之法律問題，台灣本土法學，第44期，2003/3，頁115-122。
- 行政訴訟法第一三三條至第一七六條註釋，收於翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，五南圖書公司，2002/11，初版。
- 制度性保障之學術自由與大學自治權——最高行政法院九十一年度判字第三三四號及同院九十一年度判字第四六七號判決評釋，台灣本土法學，第38期，2002/9，頁13-37。
- 德國地方自治法上機關爭訟制度之研究，收於翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，當代公法新論（下），元照出版公司，2002/7，頁215-234。
- 地方自治立法監督之研究，研考雙月刊，第26卷第3期，2002/6，頁75-86。
- 禁止跳槽的程式設計師，台灣本土法學，第33期，2002/4，頁123-133。
- 從學術自由及大學自治行政權論大學退學制度之合憲性——台北高等行政法院八十九年度訴字第一八三三號及八十九年度訴字第二三一號判決評析，台灣本土法學，第32期，2002/3，頁27-42。
- 繳清罰鍰才能換行照嗎？，台灣本土法學，第30期，2002/1，頁91-98。
- 論因情事變更之行政處分廢止，台灣本土法學，第24期，2001/7，頁48-55。
- 整頓八大行業的殺手，台灣本土法學，第22期，2001/5，頁85-93。
- 論比例原則作為刑事立法的界限——大法官釋字第517號解釋評釋，台灣本土法學，第18期，2001/1，頁23-38。
- 公有公共設施設置管理與國家賠償，收於台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（下），五南圖書公司，2000年12月初版，頁1133-1158。
- 主觀公權利、法律上利益與反射利益之區別，收於台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（上），五南圖書公司，2000年12月初版，頁139-168。
- 從憲法的價值體系評司法院大法官釋字第四九九號解釋及第六次憲法增修條文，月旦法學雜誌，第61期，2000/6，頁142-156。
- 論行政不作為之國家賠償責任——台中地方法院八十六年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第四六九號解釋評釋，台灣本土法學雜誌，第11期，2000/6，頁35-60。
- 論「選舉幽靈人口」的罪與罰——最高法院八十八年度台上字第五八九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談意見評釋，台灣本土法學雜誌，第9期，2000/4，頁29-48。

譯作：

- 譯 關於「縮減兒童金規定暨其計算方法之審查」之判決，收載於司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（三），民國81年6月，頁125-176。
- 譯 關於「政黨一般活動國家財務補助界限」之判決，收載於司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（四），民國82年6月，頁355-418。
- 譯 關於「議員、黨團或議會團體依議事規則之表達請求權」之判決；關於「公務員與法官之一般言論表達權」之判決；關於「法院對不平等民事契約之內容審查之憲法要求」之裁定、俱收載於司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（五），民國83年9月，頁220-266；267-301；375-401。
- 譯 關於「對婚生子女探視權」之裁定，司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（五），民國85年2月，頁253-258。
- 譯 德國行政法院法逐條釋義，第六十九條至第七十四條，司法院印行，2002/10，頁698-749。

B. 研討會論文

- 立法委員聲請解釋程序之檢討與展望，發表於司法院主辦，司法院大法官九十六年度學術研討會，2007年12月8日，政大公企中心。
- 行政院有關不當聯結原則判決之研究-兼評司法院大法官釋字第626號解釋，發表於中興大學財經法律系、中正大學法律系主辦，行政院裁判研討會(一)，2007年6月29日，中興大學生命科學大樓104會議室。
- 論文發表：「憲法工作權保障之系譜」，中央研究院社會科學研究所，憲法解釋之理論與實務，台北南港中研院，86年3月22日-23日。
- 論文發表：「行政處分違法性之探討」—台灣省政府訴願會與東海大學法律學系合辦，「訴願業務學術研討會」，民國87年11月20-21日，收於訴願業務學術研討會成果報告，頁199-238。
- 論文發表：「地方自治法規之監督——兼論對地方預算與委辦規則之監督」，台北市政府法規會暨台北市政府訴願會合辦，地方自治監督與救濟研討座談會，1999/5/26，台北市政府。
- 論文發表：「直接民權與憲政制度」引言報告，發表於中央研究院社科所舉辦，「憲政體制」研討會，1999/6/27，於台北市國際會議中心。
- 論文發表：「德國地方自治監督制度之探討」，發表於台灣省諮議會與東海大學政治系地方自治中心共同主辦，「精省後台灣省地方自治監督研究」學術研討會，1999/12/10，於台灣省諮議會朝琴紀念館。
- 論文發表：「聯合政府與民意政治」，新台灣人文教基金會主辦，新野論壇，2000/9/15，於環球世貿大樓(台北市信義路五段150巷16樓)。
- 地方自治的行政爭訟制度之研究——德國機關爭訟程序之探討，國科會第三十九屆補助科學與技術人員國外短期研究報告。
- 論文發表：「行政院對『一般法律原則』適用之研究——行政程序法施行後的檢討」，台灣行政法學會主辦/台北市政府訴願會，2001/12/23，(政大公企中心國際會議廳)。
- 論文發表：「從政黨平等原則談單一選區兩票制」，發表於：「國會選舉制度的憲法問題」研討會，中國憲法學會、中興大學財經法律學系合辦，2002/12/24，(中興大學農業環境科學大樓十樓D區 10D05 室)
- 論文發表：「訴願審議委員會的地位及職權」，發表於：「海洋首都——法制及訴願業務學術研討會」，高雄市政府主辦，2003/11/21，高雄市政府多媒體簡報室。

C. 專書及專書論文

- 行政罰法之理論與案例，元照出版社，2007/10，二版。
- 中華民國憲法概要，元照出版社，六版，2007年8月。
- 行政法要義(行政法教科書)，元照出版社，三版，2007年1月。
- 憲法要義(憲法教科書)，元照出版社，三版，2006年9月。
- 公物法，收於翁岳生編，行政法，上冊，2006年10月，頁339-365。
- 教育行政法，元照出版社，2004/9，初版。
- 行政程序法要義(教科書)，五南圖書公司，2002年11月初版。
- 權力分立與基本權保障(專題論文)，韋伯出版社，1999年3月。
- Hwai-Tzong Lee, Chancengleichheit der politischen Parteien - Eine ans der "Natur der Sache" ergebende Betrachtung, Dissertation, VVF-Verlag, München 1994.

(二) 協同主持人簡歷—林昱梅副教授

1. 基本資料

中文姓名	林昱梅	英文姓名	Lin, Yuh-May		
			(Last Name)	(First Name)	(Middle)
國籍	中華民國	性別	<input type="checkbox"/> 男	<input checked="" type="checkbox"/> 女	
聯絡地址	台中市南區 402 國光路 250 號國立中興大學財經法律學系				
聯絡電話	(公) 04-22840880#207		(宅/手機) 0921-712351		
傳真號碼	04-22873370	E-MAIL	Ymlin1@dragon.nchu.edu. t		

1. 主要學歷

學校名稱	國別	主修學門系所	學位	起訖年月(西元年/月)
德國杜賓根大學	德國	法學院	博士	1994 / 10 至 2000 /07
私立輔仁大學	我國	法律學研究所	碩士	1990 / 09 至 1993 /06
國立台灣大學	我國	法律學系	學士	1986 / 09 至 1990 /06

3 現職及與專長相關之經歷

服務機構	服務部門／系所	職稱	起訖年月(西元年/月)
現職： 國立中興大學	財經法律學系	副教授	2002/08
考試院	公務人員保障暨培訓委員	專任委員	2006/09
經歷： 私立逢甲大學	社會科學教學組	助理教授	2000 /08 至 2002/07
德誠聯合法律事務所		律師	1993 /08 至 0994/02

4、專長

1. 憲法	2. 行政法	3. 智慧財產權法	4.
-------	--------	-----------	----

5. 研究成果

(1)期刊論文

林昱梅，論著作權人對間接妨害人之不作為請求權，興大法學第二期，2007年11月，頁137-213。

林昱梅，德國公務員俸給制度之改革與檢討，公務人員月刊，137期，2007年11月，頁12-22。

林昱梅，地價稅之回溯補徵與信賴保護原則，月旦法學教室第53期，2007年03月，頁26-27。

- 林昱梅，行政法各論--文化教育法，2005年學界回顧，月旦法學雜誌，第139期，2006年12月，頁112-118。
- 林昱梅，專利申請人喪失國際優先權之行政救濟，月旦法學教室第47期，2006年09月，頁24-25
- 林昱梅，表示自己姓名之權裁定，德國聯邦行政法院裁判選輯(十二)，95年11月，頁173-183，2006年11月。
- 林昱梅，行政訴訟上「訴訟權能」要件之探討，收錄於司法院編印「行政訴訟制度相關論文彙編」第4輯，2005年12月，頁1-49。
- 林昱梅，行政法院對於專利進步性之審查，東吳法律學報，第16卷第3期，2005年4月，頁297-366。
- 林昱梅，藝術自由與嘲諷性模仿之著作權侵害判斷，成大法學第七期，2004年7月，頁129-234。
- 林昱梅，課予義務訴訟之「應作為而不作為」之要件，法學講座第二十八期，2004年7月，頁117-128。
- 林昱梅，警察任務民營化理論初探，月旦法學雜誌第102期，2003年11月，頁56-73。
- 林昱梅，課徵反傾銷稅之申請與課予義務訴訟，法學講座第二十期，2003年11月，頁42-53。
- 林昱梅，總統之罷免與彈劾，憲政時代第29卷第1期，2003年7月，頁31-68。
- 林昱梅，商標減縮商品類別之請求與課予義務訴訟，法學講座第十八期，2003年2月，頁22-32。
- 林昱梅，專利法上之舉發與課予義務訴訟，法學講座第十四期，2003年2月，頁29-38。
- 林昱梅，論我國對聯合國兒童權利公約中兒童社會權與健康權之立法落實，律師雜誌第278期，2002年11月，頁14-33。
- 林昱梅，公平交易法之檢舉與課予義務訴訟之訴訟權能，法學講座第八期，2002年8月，頁20-30。
- 林昱梅，著作之引用與藝術自由，當代公法新論(上)—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁251-277。
- 林昱梅，土地所有人之土壤污染整治責任及其界限—德國聯邦憲法法院判決(1 BvR 242/91；315/99)評釋，收錄於黃宗樂教授六秩祝賀公法學篇(二)，2002年5月，頁231-274。
- 林昱梅，德國營業法上之危害防止措施及行政救濟，逢甲人文社會學報創刊號，2000年11月，頁293-324。

## (2)研討會論文

- 林昱梅，《總統之罷免與彈劾》，東海大學法律系、中華民國憲法學會舉辦「從憲法角度看總統副總統之罷免問題研討會」，2001年12月28日。
- 林昱梅，《行政法院對於專利進步性之審查》，東吳大學法律系舉辦之「第一屆東吳公法研討會」，2004年6月5日。

## (3)專書及專書論文

- 林昱梅，Das deutsche Modell des vorläufigen Rechtsschutzes bei der polizeilichen Gefahrenabwehr, Diss. Tübingen, 2000. (德國警察危害防止領域中之暫時性權利保護，德國杜賓根大學法學博士論文)
- 林昱梅，藝術自由之保障、限制與藝術之扶助，輔仁大學法研所碩士論文，1993年6月。

## (4)合著專書

- 中華民國兒童人權調查報告-國家責任評估，內政部專案補助，中華民國終止童妓協會(2003年1月)。
- 智慧財產權法理論與實例分析，「推動國立大學研究所基礎教育重點改善計畫」產業管理子計畫(2003年12月)。
- 〈行政程序法註釋〉第三十二條、三十三條，臺灣行政法學會主編，五南圖書出版公司出版中。

(5)其他

林昱梅，表示自己姓名之權裁定，德國聯邦行政法院裁判選輯(十二)，95年11月，頁173-183。  
林昱梅譯，資訊秩序之發展(Thomas Vesting 原著，Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“ )，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集大型譯注計畫。

林昱梅，行政法各論—文化教育法，2005年學界回顧，月旦法學雜誌，第139期，95年12月。

林昱梅，地價稅之回溯補徵與信賴保護原則，月旦法學教室第53期，96年3月，頁26-27。

林昱梅，專利申請人喪失國際優先權之行政救濟，月旦法學教室第47期，95年9月，頁24-25

林昱梅，既成巷道寬度之認定與行政處分月旦法學教室第41期，年11月，頁24-25

林昱梅，垃圾焚化廠附近居民之訴訟權能，月旦法學教室第37期，94年11月，頁24-25。

林昱梅，行政法各論—文化教育法，2004年學界回顧，月旦法學雜誌，第122期，94年7月，頁128-133。

林昱梅，利害關係人之訴訟權能，月旦法學教室第32期，94年6月，頁30-31。

林昱梅，緊急病患成人球與國家賠償，月旦法學教室第31期，94年5月，頁38-29。

林昱梅，《向左轉向右轉》MTV抄襲？月旦法學教室第26期，93年12月，頁38-39。

林昱梅，口頭行政處分救濟途徑之教示，月旦法學教室第25期，93年11月，頁20-21。

林昱梅，好漢剖腹來相見—以族群融合為目的之著作合理使用？月旦法學教室第21期，93年7月，頁36-37。

林昱梅，投票日前禁止發布民調—行政裁量與比例原則，月旦法學教室第20期，93年6月，頁24-25。

林昱梅，不給她一線生機嗎？—罕見疾病與訂定法規命令之裁量，月旦法學教室第18期，93年4月，頁18-19。

林昱梅，專利權侵害警告函案件之處理與法律保留原則，月旦法學教室第15期，93年1月，頁24-25。

林昱梅，商標之識別性與商品服務之說明，月旦法學教室第14期，92年12月，頁28-29。

林昱梅，當事人陳述意見及裁量權濫用禁止原則——以專利再審查程序為例，月旦法學教室第13期，92年11月，頁22-23。

林昱梅，商標近似之判斷——「每日C」與「每天」之爭，月旦法學教室第12期，92年10月，頁32-33。

林昱梅，文化教育法，2002年學界回顧，月旦法學雜誌別冊，92年8月，頁103-107。

林昱梅，著作鄰接權裁定，德國聯邦行政法院裁判選輯(十)，司法院印行，91年12月，頁155-163。

林昱梅，「德國行政法院法逐條釋義」翻譯第八十一至八十五條；第一百零九條至第一百一十二條；第一百二十三條，補充資料第八十四條，司法院印行，2002年10月，頁867-908；1215-1222；1415-1438；2170。

林昱梅，新浪網與搜狐之網路大戰，中興產學合作電子報，第一卷第三期，2002年3月6日。

(三)兼任助理簡歷：(二名，待聘)



## 肆、經費需求

請參考本要點第九點，並依「教育部補助及委辦經費核撥結報作業要點」規定編列計畫經費需求。

	項目	申請金額	計算方式	小計
人事費				240000
	計劃主持人	80000	8000元/月×1人×10月	
			撰寫教材大綱、講義內容、授課、主持教學研討會	
	協同主持人	60000	5000元/月×2人×10月	
			協助撰寫教材大綱、講義內容、授課，參加教學研討會	
	兼任助理	100000	5000元/月×2人×10月	
			協助蒐集資料、編輯講義內容、網頁設計，協助教學研討會	
業務費				219055
	資料蒐集費	20,000	以20,000元為上限	
	出席費	24000	2000元/次×12人×1次(顧問或專家出席費)	
	差旅費	42000	蒐集資料1400(高鐵)×30人次	
	臨時工資	44100	大學生95元(時薪)×6人×30小時，研究生150×6人×32小時。聘請工讀生協助打字、上課準備教材，雜事	
	印刷費	45000	講義、教材印刷	
	網頁設計費	24000	共30頁,每頁800,教學網站建置及維護	
	資料檢索費	10000	網路資料庫、電子資料庫檢索費	
	其他	9955	稿費、場地使用費、會議餐費、鐘點費	
雜費			業務費×5%	10953
學校配合款				25000
總計				495008

附件：

申請團隊聯絡資料表

主持人:李惠宗

服務單位:國立中興大學財經法律學系

E-Mail:yuhmay@yahoo.com.tw

地址:250 台中市國光路 250 號

聯絡電話:04-22840883; 0939-752384

研究助理:李苑如

E-mail: miranda13142004@yahoo.com.tw

協同主持人:林昱梅

服務單位: 國立中興大學財經法律學系

E-Mail:yuhmay@yahoo.com.tw

地址: 250 台中市國光路 250 號

聯絡電話:04-22840880#203; 0921-712351

研究助理:蔡宜均

E-mail:feld@dragon.nchu.edu.tw

# 教育部補助法律專業科目教學改進計畫

## 計畫執行流程

### 壹、工作會議紀錄

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(II)——本土憲法基本權案例研究

#### 第 1 次工作會議 會議紀錄

會議時間：2008 年 6 月 6 日 17:00

會議地點：中興大學財經法律系 系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

記錄：李孟倫

主持人報告：由研究團隊所提之教學計畫「憲法時事導引教學計畫(II)——本土憲法基本權案例研究」，教育部已經准許補助，經費合計 343,950 元整。協同計畫主持人由林昱梅副教授擔任，以及兼任助理李孟倫，此外尚有一位兼任助理名額。基本上內容按照當初提出之計畫，予以執行。但執行期間，教育部有修正。

討論事項：本計畫執行期程是否修正？

決議：應按教育部准許之期程修改為 97/06/01-98/03/31。

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(II)——本土憲法基本權案例研究

第 2 次工作會議 會議紀錄

會議時間：2008 年 7 月 4 日 17:00

會議地點：中興大學財經法律系 系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

記錄：李孟倫

主持人報告：本教學改進計畫內容大綱如計畫申請書所列，本計畫擬以 14 個時事案例作憲法教學內容。

討論事項： 是否再增其他案例作為教學教材內容？

決議： 本教學計畫進行中，如有其他重要時事案件發生，且該議題本身與憲法相關，將列入本計劃中作為研究主題。

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(II)——本土憲法基本權案例研究

第3次工作會議 會議紀錄

會議時間：2008年8月1日 17:00

會議地點：中興大學財經法律系 系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

記錄：李孟倫

主持人報告：略

討論事項： 本教學計畫配有兩個研究助理名額，除李孟倫同學以外，尚增加其  
他人選。

決議： 可考慮在本系二、三年級學生中尋找適當人選，或改為兩名兼任助  
理以增加學生學習與實習的機會。

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(II)——本土憲法基本權案例研究

第4次工作會議 會議紀錄

會議時間：2008年9月5日 17:00

會議地點：中興大學財經法律系 系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

記錄：李孟倫

主持人報告：開學在即，本研究計畫所擬之教材內容是否適當，尚有討論空間。

討論事項：本計劃網站架構及網頁設計是否有事當人選來完成？

決議：(1)原則上本教學計畫內容按原計畫進行。

(2)網站架構與網頁設計部分請本校科法所蕭均晏同學負責。

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(II)——本土憲法基本權案例研究

第 5 次工作會議 會議紀錄

會議時間：2008 年 10 月 3 日 17:00

會議地點：中興大學財經法律系 系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

記錄：李孟倫

主持人報告：本教學改進計畫將聘請校外之法律專家學者協同進行，為修課同學作相關主題之法律概念介紹與演講，麻煩助理在確認後開始進行連絡。

討論事項：協同計畫之專家學者建議名單如下：李建良、蔡宗珍、程明修、張文郁、張永明、戴秀雄、黃啟禎、蕭淑芬、卓進仕法官……。如有其他適當人選或律師，請再行推薦。

決議：照辦，主持人先行聯絡以後，再請助理協助。

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(II)——本土憲法基本權案例研究

第 6 次工作會議 會議紀錄

會議時間：2008 年 11 月 7 日 17:00

會議地點：中興大學財經法律系 系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

記錄：李孟倫

主持人報告：最近有二件時事值得注意：

1. 前考試院院長孔德成於上個月 28 日因心肺衰竭病逝，其為至聖先師孔子第七十七代嫡孫，此事件讓眾人注目且感到惋惜難過。由於從民國 24 年開始，政府將孔德成的孔家世襲爵位「衍聖公」改為「大成至聖先師奉祀官」，也是政府僅存的世襲特任官，每月比照部長級待遇，領有十多萬的俸祿。對於該制度內政部也表示，將檢討存廢。
2. 中共海協會會長陳雲林來台方問，引發台灣主權爭議及野草莓運動，與本計畫內容有相當關連。

討論事項：上開二件時事與憲法有相當之關係，是否列入本計劃之研究內容。

決議：決議納入。

- 一、孔子奉祀官事件與憲法「法律保留原則」及「政教分離原則」具有相當之關連，請主持人研擬研究議題及內容，並在 12/6 於建國科技大學「教育部補助法律專業科目教學改進計畫」期中報告中以此案作為報告內容。
- 二、陳雲林來台方問，引發台灣主權爭議，與本計畫內容有相當關連。應列入研究並作為教材。



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(II)——本土憲法基本權案例研究

第 7 次工作會議 會議紀錄

會議時間：2008 年 12 月 5 日 17:00

會議地點：中興大學財經法律系 系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

記錄：李孟倫

主持人報告：明天將至建國科技大學進行本計畫期中報告。由本人開車，協同主持人林老師、與助理李孟倫同學同車前往。

最近有二件時事值得注意：

1. 斷臂司機李朝和 20 多年前在一場工安意外中失去左臂，駕駛大貨車 10 多年不曾有過肇事紀錄，也擁有操作吊車執照，政府卻不准他報考大貨車駕照；另名大貨車駕駛王鎮辰在失去左手臂後，被監理站收回駕照，失業在家，2 人認為開車輔具科技日新月異，法令規章卻未與時俱進，剝奪許多遭遇工安意外的大車司機工作權，很不合理。
2. 電影《海角七號》相關商品延燒，女主角友子親手送給劇中演員的琉璃珠，更是傳出近來有業者從大陸進口，並以《海角七號》的名稱，還強調是當地民眾的純手工。中國仿製排灣族的琉璃珠讓相關人員擔心會破壞與打擊當地居民的傳統文化，希望不要再有侵權與盜版的動作，也應思考如何保護原住民文化傳統。

討論事項：上開二件時事與憲法有相當之關係，是否列入本計劃之研究內容。

決議：決議納入。

一、大貨車司機斷臂事件與憲法基本人權之「工作權的保障」具有相當之關連，請主持人研擬研究議題及內容，列入研究並作為教材。

二、海角七號琉璃珠盜版案，關係到憲法是否保障人民集體財產權，與本計畫內容有相當關連。應列入研究並作為教材。

## 貳、專家評析會議紀錄

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(II)——本土憲法基本權案例研究

### 專家評析會議 會議紀錄

會議時間：2008年12月12日（星期五 13:30 - 16:40）

會議地點：中興大學圖書館七樓第一會議室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

校外專家團隊：蔡宗珍 副教授

張永明 副教授

張文郁 副教授

李建良 副研究員

記錄：李孟倫

專家建議：

一、張永明 副教授

**建議本教學計畫案加入「檢肅流氓條例違憲」作為教學內容**

（一）該條例總共宣告違憲三遍，最終廢止。

（二）適合從相關違警罰法、社會秩序違法一貫下來，探討到底公共秩序與社會安全何者較重要，可尋找有關國家安全與社會秩序安全或人權保障之間之案例作為輔助。

二、蔡宗珍 副教授、張文郁 副教授

**建議本教學計畫案加入「博弈條款抵觸公投法」議題作為教學內容**

（一）利用課堂上討論公投法涉及到地方公投之間的事件，使同學有較深入了解博弈條款與公投議題。

（二）幫助同學進而探討博弈條款的公投與之不同。

三、李建良 副研究員

**建議本教學計畫案加入「野草莓運動」議題作為教學內容**

（一）該運動乃由學生提起，訴求集會遊行法朝「許可制改為主動報備制」、「廢除禁制區」、「廢除行政刑罰」和「廢除解散命令」四方向修改。

（二）進而向同學利用課堂討論「思想與表現自由」基本權內涵、「言論自由」法律限制的正當性與比例原則、「集會遊行法」許可制及禁制區是否違比例原則等觀念。

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(II)——本土憲法基本權案例研究

專家評析會議 會議紀錄

會議時間：2009年1月21日（星期三14:00 - 16:00）

會議地點：中興大學財經法律學系主任辦公室

出席人：計畫主持人：李惠宗 教授

協同主持人：林昱梅 副教授

校外專家團隊：黃啟禎 副教授

戴秀雄 助理教授

林石根 助理教授

吳明孝 助理教授

揚智傑 助理教授

卓進仕 法官

蘇亦洵 律師

記錄：李孟倫

專家建議：

一、黃啟禎 副教授、吳明孝 助理教授

**建議本教學計畫案加入「視障人士之工作權被限制」議題作為教學內容**

視障人士不得從事按摩業？不得從事司法官？例如德國聯邦法院院長、美國大法官皆有視障人士，此工作性質需要用的是腦筋，與眼睛沒有絕對關係，取決於工作的性質不同。若是需要堪驗之工以年齡作為強迫退休的原因，是否違憲？

(一) 美國禁止對老人歧視，不得因年齡老邁而強迫退休，違反平等原則，有違憲問題。例如美國某大學，重金禮聘已經93歲仍身體硬朗的化學諾貝爾得主，組織研究計畫當講座。

(二) 年輕人負擔越來越重，退休平均年齡55.6歲，也就是說被教育20幾年，出社會服務30幾年即退休，還要養育兒女20幾年。因此年齡做為強迫退休之原因值得重新思考。

二、戴秀雄 助理教授

**此議題進而可以加入「老人人權之人性尊嚴」詳加討論**

(一) 中下階層照顧家裡已有困難，若身體不好的老人還需要看護，造成家裡負擔，使老人之尊嚴受影響。若有憲法位階制度產生，例如老人福利法、憲法委託，以解決此種問題。

(二) 社會上重視小孩忽略老人，少子化造成老人比例升高，產生許多社會問題，可由民法養育義務或刑法棄養之案例著手。

三、卓進仕 法官、蘇亦洵 律師

**配合時事新聞議題，可以由此再延伸至「自殺之案例」**

(一) 窮人、老人、久病自殺案例，特別是父母一同帶小孩自殺之案件。

(二) 國家要創造怎麼樣的制度以防止此種情形再發生，與人性尊嚴相關。

四、揚智傑 助理教授、林昱梅 副教授

**建議本教學計畫案加入「卡車司機斷臂案」作為教學內容**

(一) 斷臂司機李朝和 20 多年前在一場工安意外中失去左臂，駕駛大貨車 10 多年不曾有過肇事紀錄，也擁有操作吊車執照，政府卻不准他報考大貨車駕照；另名大貨車駕駛王鎮辰在失去左手臂後，被監理站收回駕照，失業在家，2 人認為開車輔具科技日新月異，法令規章卻未與時俱進，剝奪許多遭遇工安意外的大車司機工作權，很不合理。

(二) 法規定定時間點不同，因現今科技高度發展，將影響安全性的提昇，法規應隨時間修改。EX：侏儒取得駕照(民事議言堂專題報導)。

五、林石根 助理教授

**對於本教學計畫「格式補充」建議**

(一) 體例相同。先提出問題，使同學、讀者了解問題所在。

(二) 初學者面對憲法問題要如何從一般法律問題上升到憲法問題，有關這樣的引導是很重要的。

# 教育部補助法律專業科目教學改進計畫

## 計畫成果

### 第一案〈關愛之家〉

#### 壹、事實背景

2005年一間收容二十二名愛滋病友及帶原者的關愛之家，搬入台北市文山區的一個社區內，警方不經意將收容愛滋病患的消息曝光。使得當地居民強烈反彈，以不排除發起大規模抗爭之方式，要求關愛之家盡速搬離。居民甚至要求警方夜間加強巡邏並封死自家鐵窗。另外此案也進入司法訴訟程序，最終關愛之家被判敗訴，必須強制遷離。

#### 貳、憲法爭點

##### 一、愛滋病友的居住遷徙自由權與一般居民的居住遷徙自由權內涵有不同嗎？

###### (一)憲法第10條與第23條之應用

憲法第10條所保障的核心是「居住及遷徙自由」，其意義係指人民有選擇其居住的空間，從事其私人的生活，而不會受到國家或其他人的干預，同時享有依據個人的意願得自由遷徙或旅居各地的權利。<sup>1</sup>雖然第十條明文規定人民有居住遷徙的自由，但憲法的23條也說明，為了「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」，此四種情形時，可以另訂法律限制之。因此，根據憲法第23條，「傳染病防治條例」規定第一類傳染病病人，應強制或移送指定隔離治療機構施行隔離治療，例如嚴重急性呼吸道症候群(俗稱SARS)。而愛滋病亦為法定傳染病，其居住遷徙自由是否與一般居民有所不同，得以實施隔離政策？

###### (二)以SARS與愛滋病相比較

此一問題，以上述SARS為例，做一說明。SARS傳染途徑是接觸病人的飛沫或體液，且傳染病例大部分是照顧SARS病人的醫護人員、或與病人有近距離密切接觸的人。由此可知，SARS的傳染機率及強度很高。反觀愛滋病的傳染途徑為**性行為、血液<sup>2</sup>以及母嬰感染**，病毒不像是飛沫傳染或空氣傳染是不經意的即感染其他人，簡單而言，與SARS最不同之處，即**一般的社交活動是不會感染愛滋病的**。

###### (三)小結

<sup>1</sup> 董保誠、法治斌，憲法新論，2版，頁153，頁156。

<sup>2</sup> 有病毒的血液經傷口接觸、輸血、共用針筒注射毒品等進入體內，才會構成感染。

愛滋病患與一般人一樣可以正常生活、工作，且其傳染途徑前文已提及，並非像 SARS 那樣難以預防，也就是說以 SARS 那樣的強制手段，若施行於愛滋病患者身上，並無正當理由且有過度防治之虞，因此愛滋病患之居住遷徙自由應與其他人民一樣平等。

## 二、病友隱私權與公益的衝突，又公益的內涵為何？

### (一) 愛滋病患隱私權的保障

關於病友隱私權之議題，本文將先討論「醫療祕密」的權利性質及例外，再行縮小範圍至愛滋病患之隱私權。針對爭論不休的**醫療保密**問題，歐洲人權法院明確表示，為尊重病患的個人隱私，以及保障病患對醫療職業與醫療機構的信賴關係，醫師、主管機關及因業務知悉病患的病歷資料等相關人士，皆應遵守**醫療資訊保密原則**<sup>3</sup>。醫療資訊保密所保障之基本權，除人性尊嚴的維護外，隱私權、資訊自我決定權、人格發展自由權等皆為其保障內容，然而，此一權利之例外，除了病患本身同意公開病情，法院得基於追溯重罪的優勢公共利益，解除醫師守密義務。雖然我國醫師及媒體似乎無視於保障人性尊嚴、醫師法及刑法規範<sup>4</sup>，常有醫師爆料的新聞播出，但由以上論述可知，「醫療祕密」應受法律保障是不容置疑的，更遑論易受社會眼光排擠的愛滋病，保密範圍當然包括此種敏感病歷。

行政院衛生署制定之「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」，係針對愛滋病防治及感染者權益保障的一部法律。其中除了第 13 條規定「醫事人員發現感染者應於二十四小時內向地方主管機關通報」，第 14 條也說明：「主管機關、醫事機構、醫事人員及其他因業務知悉感染者之姓名及病歷等有關資料者，除依法律規定或基於防治需要者外，對於該項資料，不得洩漏。」

因此，愛滋病患之隱私權及受此法保障，但是否有例外情形，以下討論之。

### (二) 公共利益如何判定

查詢我國大法官釋字內容有關「公益」之關鍵字，大法官釋字第 634、637、643 等號解釋皆以「其所欲追求之目的核屬實質重要之公共利益，符合憲法第二十三條對系爭規範目的正當性之要求。」確定其目的具有**憲法第 23 條之正當性**後，再說明：「惟國家為重要公益目的所必要，仍得於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律或法律明確授權之命令，採取與目的達成有實質關聯之手段予以限制。」以**比例原則審查其限制手段與目的達成具有實質關聯**，最後再作出因重大公共利益而對基本權有限制之解釋。然而，何種情況下可形成大法官所說之重要公益，而得以限制人民之基本權，以下以本案討論之。

### (三) 小結

<sup>3</sup> 林鈺雄，初探醫療祕密與拒絕證言權－從歐洲人權法院 Z v. Finland 判決(愛滋病患案)談起，月旦法學雜誌 127 期，第 14、15 頁。

<sup>4</sup> 林鈺雄，同註 3，第 6 頁。

觀察本案，再興社區管理委員會(原告)於審判中主張<sup>5</sup>：「關愛之家協會趁夜間管理員不在時，將其所看護許多具有法定傳染病之愛滋病患在隱瞞管理委員會之情形下，擅自遷入系爭房屋居住。」原告的主張，個人認為係說明關愛之家應告知管理委員會此處有收容愛滋病患，卻隱瞞此一情事，擅自入住。但原告在之後卻又提及：「關愛之家協會自遷入後自行邀集多家媒體採訪報導愛滋病感染者遷入後狀況，更在外牆懸掛大幅宣傳標示牌，完全枉顧愛滋病患者隱私，已有違反後天免疫缺乏症候群防治條例所規範不得無故洩漏患者資料之情事。」原告的說詞矛盾，本文先以原告主張被告應告知愛滋病患入住之情事，以及維護居民之公益，兩相衝突作一探討。

本案係有關愛滋病的敏感事項，而非一般的醫療資訊，此處以歐洲人權法院對於「愛滋病患隱私權與公益之衝突」的看法為基礎。歐洲人權法院認為愛滋病資訊也不是絕對不受干預的基本權，不過其干預要件相當嚴格，審查重心落在比例原則；歐洲人權法院將其區分為**正當目的及在民主社會的必要性**<sup>6</sup>兩大部分，後者更要求須具有**壓倒性的公共利益**；儘管達成干預之要件時，在病患明確表示不欲醫師揭露其醫療秘密的情形，唯有法院能夠強制醫師公開病人之病歷。<sup>7</sup>

由此可見，本案原告之要求以維護居民之公益，應不可謂其是壓倒性之公益，其要求不成立。

### 三、 判決是否違憲？一審判決可否為釋憲標的？

#### (一) 一審判決違憲

我國司法機關之法令審查權以抽象審查為主，指直接以法令是否違反上位規範作為對象，並無對立之當事人，亦不以提出請求者本身之權利遭受損害為限，嚴格言之，不屬於爭訟程序之一。

因此，本案判決是否違憲，應以再興社區規約第 17 條第 2 項第 4 款：「住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染病患……」是否違反憲法第 10 條「居住遷徙自由」以及第 7 條「平等權」作一討論。前文已提及愛滋病患之居住遷徙自由應與其他人民一樣平等(爭點一)，雖然基本權並非完全不得限制，但是否「過度侵害基本權」，除了有正當性原則之目的外，手段也必須具備適合性原則、必要性原則及狹義比例性原則，觀察系爭約款，其規定之目的應是為防止被感染，但愛滋病感染方式為性行為、血液以及母嬰感染，不像是 SARS 之飛沫傳染，與患者交談即有機會受傳染。若謂系爭約款之目的與手段符合比例原則，理由似太牽強，此一約款有違憲之虞。且此問題與基本權第三人效力有關，於後面「憲法上相關理論之闡釋」再行細論之。

#### (二) 釋憲制度——一審判決可否為釋憲標的？<sup>8</sup>

<sup>5</sup> 擷取自台北地院 95 年重訴字第 542 號判決。

<sup>6</sup> 我國釋字第 603 號解釋有相似之看法：「以法律明定其蒐集之目的，其蒐集應與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性，並應明文禁止法定目的外之使用。」

<sup>7</sup> 林鈺雄，同註 3，第 19-23 頁。

<sup>8</sup> 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2006 年 9 月三版第 1 刷，第 544-549 頁。

聲請大法官解釋之主體可為機關、人民、立法委員及法官。機關之聲請係指「中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義」，於本案不適用；立委之聲請是「現有總額三分之一以上，就其行使職權，適用憲法發生疑義」，亦不適用本案；而人民之聲請，須同時具備以下條件<sup>9</sup>：

(1) 憲法上所保障之權利，有**遭受不法侵害**的情形。

(2) 經過法定的訴訟程序，並在**用盡審級救濟途徑**後，取得最終確定終局裁判。如果依法可以上訴而未上訴以致裁判確定，就是沒有用盡審級救濟途徑，也就不可以根據此種裁判提出聲請。

(3) 認為確定終局裁判所適用的法律或命令，有**牴觸憲法的疑義**。

但是本案一審判決後仍得以上訴，並無用盡審級救濟途徑，因此不得提出聲請。最後僅剩法官之聲請，釋字第 371 號解釋認為：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」其聲請條件，釋字第 572 號謂：「法官須提出確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。」因此不論是否有無用盡審級救濟途徑，法官有**確信法律為違憲之具體理由**，即可聲請大法官釋憲。

### 參、 憲法上相關理論之闡釋

#### 一、 人性尊嚴<sup>10</sup>

##### (一) 人性尊嚴之意義與內涵

「人性尊嚴是一種植基於『人』的存在所形成的價值，因此各個代表以及展現此一價值之具體的個人，均有權主張其尊嚴應受到尊重與保障。各個人的人性尊嚴是不可處分、無法放棄、也不會喪失的絕對價值。因此，人的尊嚴可能會被侵犯、蔑視，但各個人的人性尊嚴本身不會因此滅失或被摧毀，甚至各個人自己都無權處分或聲明放棄自己的人性尊嚴。」<sup>11</sup>從許多大法官釋字中可發現，人性尊嚴從原本錯置的公務尊嚴，漸漸偏向婦女人格尊嚴，之後又轉為一般人格尊嚴，近期才逐漸發展出人性尊嚴自始存在之理論<sup>12</sup>，可見人性尊嚴並非固定不變，可能因為不同時代、不同社會而有不同之意涵。

##### (二) 人性尊嚴在我國憲法下的地位

我國憲法雖未明文加以規定保障人性尊嚴之原則，但人性尊嚴可說是憲法的根本基礎，並非僅是憲法第 22 條的概括條款，因此人性尊嚴不可侵犯，否則憲法核心領域即遭破壞而無法保護人民。

<sup>9</sup> 參考法條：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條。

<sup>10</sup> 參見蔡宗珍，人性尊嚴之保障作為憲法基本原則，月旦法學雜誌第 45 期，第 99-102 頁。

<sup>11</sup> 蔡宗珍，同註 10，第 100 頁。

<sup>12</sup> 李建良，自由、平等、尊嚴(上)－人的尊嚴作為憲法價值得思想根源與基本課題，月旦法學雜誌第 153 期，第 200 頁。



### (三) 人性尊嚴之保障

愛滋病患之人性尊嚴當然受憲法保障，但本案中確有侵害人性尊嚴之情事。2003年劉鐵錚大法官在釋字第558號不同意見書中，在論及遷徙自由時，說明「遷徙自由之外延亦兼及保障人性尊嚴、一般人格發展自由、言論講學自由、婚姻家庭團聚權以及其他諸如工作權等基本權」，由此可知，地院判決不僅侵犯愛滋病患之遷徙自由，也侵犯其人性尊嚴。愛滋病患可謂係社會上之弱勢，容易受到其他人歧視，此時，憲法更應保護弱勢不受多數人之欺壓，但本案地院見解卻以國家公權力侵害其人性尊嚴，應屬違憲之判決。

#### 二、 資訊隱私權(病歷、指紋)

資訊隱私權之醫療秘密應受法律保障，但亦有例外情形，除病患本身同意公開，法院亦得因壓倒性公共利益，解除醫師守密義務，前文已述及有關醫療秘密之議題，在此不再多述。而關於指紋是否涉及資訊隱私權，釋字第603號解釋先稱：「指紋乃重要之個人資訊，個人對其指紋資訊之自主控制，受資訊隱私權之保障。」又，本號解釋謂：「以法律明定其蒐集之目的，其蒐集應與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性，並應明文禁止法定目的外之使用。」對戶籍法建置指紋資料庫雖未明言謂其違憲，但其目的正當性則有待討論。<sup>13</sup>

#### 三、 基本權第三人效力

##### (一) 何謂基本權第三人效力<sup>14</sup>

有學說認為憲法是規範國家與人民之間的關係，而所謂「基本權之第三人效力」理論，即是提出人民與人民(第三人)之間之關係，可否以憲法規範的問題。舉本案為例，關愛之家以及再興社區管理委員會兩者皆非國家，雙方發生之衝突，得以憲法規範之？此即為基本權第三人效力探討之範圍，又分為三說，以下討論之。

**不適用說**係認為憲法係用來規範國家與人民之間的關係，人民之間彼此地位平等，應以私法來規範，所以不應引用憲法上的基本權利條款來限制人民之間的行為。適用說可分為**間接適用**與**直接適用**，主張憲法上許多基本權利的規定，是社會整體法秩序的基礎，即便私人之間亦應受其制約。我國大法官在釋字第400號解釋中，明確採取適用說立場，認為憲法上基本權保障之規定，旨在保護個人權利免於遭受公權力或「第三人」之侵害。

##### (二) 直接適用？間接適用？<sup>15</sup>

「**直接適用說**」係指基本權具有絕對效力，不僅拘束國家也拘束私人，憲法可以直接適用於私法關係。但此種適用方式，人權保障有可能壓縮私法自治，未

<sup>13</sup> 李惠宗，同註8，第350、351頁。

<sup>14</sup> 李惠宗，同註8，第103頁。

<sup>15</sup> 王耀燿，私法關係的合憲控制—兼評再興社區訴關愛之家案，月旦法學雜誌第154期，第66-93頁。

免太過嚴苛，目前多數採用間接適用說。「**間接適用說**」不否認基本權必然影響私法之內容，但為避免憲法架空私法自治，基本權應間接透過私法規定，例如一些概括條款(民法第 72 條公序良俗)，以使得私人間法律關係發生作用。但如何將間接適用說應用於個案，「應先釐清**具體個案所涉及的憲法權利類型及私法關係類型**，以決定憲法間接適用空間的有無及大小，最後透過**比例原則再審查架構及審查密度上的修正**，以及私法規範在概念上的檢討及調整，讓私法關係的合憲控制或所謂**私法的憲法化**，運作地更加順暢。」<sup>16</sup>以下就以此一操作方式，審查「**關愛之家**」一案。

### (三) 間接適用－關愛之家案

關愛之家案涉及居住遷徙自由及平等權，另一方面，再興社區管理委員會制定的自治條例，應無法通過適合性原則、必要性原則或狹義比例性原則。僅以適合性原則為例，系爭約款規定：「住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染性質的愛滋病患……」，其規定之目的係為防止愛滋病之傳染，前文提及愛滋病傳染途徑需特定之行為，與愛滋病患住在同一社區並無正比，此一規定之適合性有疑問。既然認為系爭約款不符合比例原則，應使此一私法關係合憲化。因此，法院在本案中有必要基於愛滋病患的居住遷徙自由及平等權等憲法權利的保護而介入契約，應積極宣告系爭約款無效。<sup>17</sup>

## 肆、 活動方式

播放影片「費城」，並分組討論及作口頭報告。

## 伍、 延伸問題

- 一、 樂生療養院與捷運之衝突
- 二、 精神病患者之管理問題
- 三、 愛滋病友與 SARS 病患之居所問題比較

---

<sup>16</sup> 王耀靈，同註 15，第 89 頁。

<sup>17</sup> 王耀靈，同註 15，第 90-93 頁。

## 第二案〈公民投票〉

### 壹、前言：

2003年公民投票法制定通過並實行，2004年總統大選兩項提案為強化國防與對等談判。2008年搭配立委選舉舉行的公民投票案為討黨產與反貪腐。而另外伴隨2008總統大選的公民投票兩項提案為反聯與入聯。自施行以來一共六項議題，無一通過。我國公民投票是否能充分展現公民意志，值得深入思考。

### 貳、國民主權原則與參政權

#### 一、國民主權原則

國家中人民乃是國家概念中最重要因素，一方面人民是國家統治的基礎和國家對人高權之標的，但是從另一方面而言人民亦是國家主權來源與主體，而且人民是建立國家之因素，亦即人民建立國家意志、創造國家機關或甚至自行行使國家權力，蓋國家成立的目的、領土與主權的存在、國家權力的行使皆是為國家人民而存在，換句話說皆是在增進國家人民之利益<sup>18</sup>。

憲法第二條主權在民規定之主要意義，旨在強調國民為國家權力合法性之來源與基礎。此外，國家權力既來自於國民國家行使權力自然不得違反全體國民意志，反應增進全體國民利益。主權在民之規定係確保所有國家機關皆必須間接或直接由人民產生<sup>19</sup>。

#### 二、參政權

憲法第17條規定：『人民有選舉、罷免、創制及複決之權』，並於憲法第12章規範關於選舉、罷免、創制及複決四權行使原則專章，學理上一般將此四權稱之為參政權。就學理上在探討參政權問題時，首先需釐清參政權與其他基本權本質上的差異。由於參政權本身主要目的在保障人民參與國家政治的管道，故與民主制度與原則息息相關<sup>20</sup>。

##### (一) 參政權的本質

由德國學者Jellinek的身分理論，人民與國家的關係有四種，一是被動身分，人民須服從國家的統治權；二是消極的身分，人民除受國家必要之限制，享有不受國家干預之自由權利，從而產生基本權的防禦性質；三是積極的身分，人民有權要求國家給予一定的給付，以保障基本權的實現，從而產生基本權的給付請求作用；四是主動身分，即時保障公民的參政權，使人民可以參與國家公權力的運作<sup>21</sup>。

<sup>18</sup>參蕭文生，國家組織：第一講--人民、國民與主權，月旦法學教室13期，頁59。

<sup>19</sup>參蕭文生，國家組織：第一講--人民、國民與主權，月旦法學教室13期，頁66。

<sup>20</sup>參吳志光，基本權各論講座基礎(13)--參政權(上)，法學講座29期，頁18。

<sup>21</sup>參吳志光，基本權各論講座基礎(13)--參政權(上)，法學講座29期，頁18。

由此可發現參政權與其他基本權不同之處就在於其同時具有國民主權行使之權力與基本權的權利之雙重性質。就作為基本權的參政權而言，其作用與其他基本權利作用有明顯的不同，其在於要求國家形成制度保障人民參與國家統治權行使的管道。尤其參政權中創制或複決權的行使本質上已是國民主權的行使，在其行使過程中，功能上即是作為國家機關，代替或與既有之國家機關協力，立法或完成重大政策的決定。

## (二) 參政權之平等原則

參政權的平等原則旨在保障國民贏取政權的機會均等，亦即應該保障國民平等參與政治的權力。參政權的平等也就是民主的平等理所當然適用於所有國民身上，只是國民就有民主的平等對待身分，國民與民主概念的聯繫應是無條件的，不能有任何階級的差別對待<sup>22</sup>。

## (三) 參政權類型（直接民主與間接民主）

國民主權原理強調國家意思的最終權力，當然要求實施民主政治，但是民主制度中，直接民主和間接民主孰為可採，仍須進一步評估。

1. 間接民主：由於一般國家幅員廣大，人口眾多，無法實施純粹民主制，即將行政、立法、司法皆交由人民管理，現今社會以近乎不可能，故產生代表制，即所謂代議士的產生<sup>23</sup>。代議士的產生是由人民選舉而來，代表民表達意見，行使立法或政策決定。我國憲法第 17 條規定的選舉、罷免權即是代議政治的規定。
2. 直接民主：直接民主係指國家的政策決定或立法直接由人民自己行使，而不由代議士決定。在我國憲法中亦有規定，即所謂創制權與複決權，而新制定的公民投票法亦是直接民主的表現。

但是間接民主和直接民主並非互相對立之關係，因為兩項制度同時並存亦不成問題，多數國家多以間接民主為主要制度，而直接民主的方式為例外如公民投票、創制、複決權的行使僅為補充和發揮某程度對代議政治的制衡，以防止代議政治的懈怠或濫權。

<sup>22</sup>參程明修，憲法基本原則：民主國原則（二），月旦法學教室 26 期，頁 47。

<sup>23</sup>參許志雄，第四單元：國民主權，月旦法學雜誌 45 期，頁 105。

## 參、何謂公民投票

### 一、公投的定義

公民投票係擬對政治現狀作根本性重大改變而賦予民主正當性，由提案者設定一項同意與否的的議題，交由公民做成決定之制度<sup>24</sup>。

公民投票依定義與概念涵蓋範圍之不同可分為<sup>25</sup>：

- (一) **最廣義的公民投票**：凡是公民以投票方式表達一致者皆屬之，選舉或罷免亦包括在內。
- (二) **廣義的公民投票**：凡是由公民對『事』以投票方式表達意志加以決定者皆屬之。如採取此定義，則與學理上和各國制度上之公民投票概念相同。
- (三) **狹義的公民投票**：僅指以公民投票進行法案的創制、複決，但不包括政策之複決。過去的憲法學者認為當時憲法規定的創制、複決僅限於法案，不含政策之複決，如是如此則關於政策之複決，必須要另行依據。反之，若政策複決包括在憲法的複決中，則加上創制權，便相當於公民投票。
- (四) **最狹義的公民投票**：僅指公民以投票方式對法案以外之重大政策或議題表達意志。

### 二、創制與複決

創制是指由特定人數的選民，連署要求制定、增修憲法或法律，或要求政府針對特定議題採取行動，在直接創制，則提案直接交由公民票決；若是採間接創制則公民之提案先送進立法機關討論，如經立法機關決議採用，則依通常立法程序成為法律。若機關未採納則交付公民票決<sup>26</sup>。

複決是指將由國家擬定的憲法或法律或其他議題或重大政策提交公民票決。

### 三、公民投票的方式

#### 多數決原則

民主作為國家的政體，其運作往往取決於多數決原則。公民投票亦是體現民主政治的一種型態，故進行公民投票時，通常亦採用多數決原則。

多數決原則分為絕對多數和相對多數還有所謂的修正多數決<sup>27</sup>。

- (一) **絕對多數**：根據此種判斷方式，必須有超過一定比例高的比例者支持才能獲得結論，或使支持者之意見才能成為共同決定之內容。一般而言，必須有總數的一半支持方算數。
- (二) **相對多數**：這是針對正反意見兩方對決時的判定方式。只要贊成票多餘反對票（或相反），結論就作成。

<sup>24</sup>參李惠宗，憲法要義 2006 年三版，頁 326。

<sup>25</sup>參周志宏，公民投票與憲法相關問題，全國律師 8 卷 1 期，頁 17。

<sup>26</sup>參李俊增，論公民投票之類型及對代議民主政體之影響，憲政時代 22 卷 4 期，頁 101。

<sup>27</sup>參程明修，憲法基本原則：民主國原則（二），月旦法學教室 26 期，頁 48。

(三)修正多數決：另外在某些特殊的政治決定，會採用修正多數決，例如必須要 3/4 或 2/3 的同意或否決。此一修正多數制可避免勝負差距極為微小，隨時可能變動的多數決決定一切。這種隨時容易變化的多數決狀態，對於強調穩定法律地位的保障不利。例如我國國會對於憲法修正案的決議必須是 1/4 提案，3/4 的立法委員投票 3/4 的立委同意，方可進行修憲案的人民公投。由於憲法的修正茲事體大，故為了防止憲法內容隨意被更改，同時也是維護憲法的權威與人民的利益，故提高門檻的限制，以保障我國的憲政體制。

我國公民投票法的規定於公投議案是否成立（同意），投票人數必須超過 1/2 意思即是必須有過半的人認同此項議題（投有效票），並決意表達意見，即投票行為。若未達到 1/2 的投票率，則該公投被視為否決，蓋因為民主性過低，就算同意票高於否決票，民主的正當性也不夠強大。

若達到過半的投票率，則同意票數只要超過否決票（均是有效票）即為通過。我國公民投票對於議題的同意與否決，規定為人民必須超過 1/2 投票，1/2 的票中亦必須 1/2 的同意，方可視為議題的同意，此規定使公投議案能成立的門檻增高，議題的同意變得十分困難。

#### 四、公民投票類型

公民投票依不同的分類方式為基準可分為以下各種形式

##### (一) 層次型態的不同

依層次型態的不同，公民投票可分為超憲法的公投與憲法下的公投。超憲法的公投或稱為先憲法的公投，直接源自國民主權，其程序並無規則可循，並不需有法律作為依據。蓋此超憲法的公投屬於人民保留，縱無法律規定，仍可進行<sup>28</sup>。例如國家主權的變更、領土的變更、制憲公投。憲法下的公投相反的必須受到憲法的規範，亦即此種公民投票的決定在法律上仍有其界線，不得牴觸憲法所規定的價值秩序。如政策的決定與修憲。

##### (二) 拘束能力的有無

以公民投票對議案決議後，是否對國家機關產生法律上的拘束力，為判斷基準，若無拘束力一般稱為諮詢性公投。諮詢性公投的結果對於國家機關僅具有參考價值，國家機關不採用亦無法律上的責任。

##### (三) 主動性或被動性

得由一定數量公民，主動提起公投議題，稱為主動公投。反之，

<sup>28</sup>參李惠宗，憲法要義 2006 年第三版，頁 328。

若由國家或特定機關提起則屬被動性公投。

(四) 任意性或強制性公投<sup>29</sup>

任意性公投是指國家機關對於該法案的成立與否或重大議案之決定可以交由公民投票或其他機關的方式決定，看原先國家機關自己之決定，換而言之，此具有選擇性質。強制性公投是指該法案或是該議題的成立依法必須由公民投票之方式決定，並無選擇性質。

(五) 民主決定方式之不同型態<sup>30</sup>

甲、公民提議

透過一定可決人數作成決定，向議會要求處理特定法律問題。使議會意識到問題開始法動力法機制。

乙、公民投票提案

透過一定數量之公民要求完成特定的規範，公民投票提案通常必須完成提出法律的草案。同時提出的法律草案必須是議會立法權限內事項。

丙、公民投票的決定

公民針對一具體的問題，作成有拘束力的決定，例如讓一個已經修改或制定的法律生效，許多國家也都採取此方式讓人民確認生效。有時公民投票提案後，議會不完成立法程序，亦有可能透過公民投票決定完成立法程序。

丁、公民意向調查

這是一種無拘束力的意見調查，作成政府施政或立法的參考。

五、我國公民投票的議題<sup>31</sup>

(一) 憲法修正案

2003年8月23日前憲法增修條文第一條第二項規定，原本修憲權是憲法保留給立法院與任務型國民大會之職權，本無行使公民投票之空間，但後來修憲時廢除國民大會，將修憲的複決權交由人民行使，但是在第七次修憲國民大會時也就是民國94年前，但在92年12月31號之公民投票法第二條第二項已將修憲權納入範圍，似乎在程序上有違憲之疑慮。

(二) 法律制定或法律修正案

憲法第17條規定人民有創制、複決權。憲法應該保有人民對於法律有創制或複決之空間，不過憲法第136條規定創制與複決權的行使由法律定之。我國公民投票法規定人民對與法律的創制只限於立

<sup>29</sup>參李俊增，論公民投票之類型及對代議民主政體之影響，憲政時代22卷4期，頁101。

<sup>30</sup>參程明修，憲法基本原則：民主國原則（二），月旦法學教室26期，頁45。

<sup>31</sup>參程明修，憲法基本原則：民主國原則（二），月旦法學教室26期，頁46。

法原則，而非法律案，原因是為避免人民缺乏立法之相關專門知識與經驗造成法案之草率<sup>32</sup>。此立法在比較法上較罕見，且此制度產生立法者是否能忠於創制的立法原則立法，是否會扭曲民意的問題與可能性。

### (三) 地方法規制定與修正案

憲法第 123 條規定，縣民關於縣自治事項，得依法律行使創制複決。但是關於直轄市、鄉鎮市，及其他地方團體並無規定，但解釋上仍應採肯定解釋，地方公民投票適用事項包括地方自治法規之複決，地方法規之立法原則創制。

### (四) 政策

全國性公民投票可包括重大政策之創制、複決，至於地方公投亦可包括地方政策之創制複決。但是關於地方之預算、投資、薪俸、人事事項，則不可作為公投提案。

### (五) 諮詢性公投

諮詢性公投不具有法的拘束力，應不涉及憲法保留問題，應對人民的權利並無限制，因此不論全國性或地方性事務，法案或政策理論上均可實行諮詢性公投，但是較奇特的是我國公民投票法已經完全排除行政機關舉辦諮詢性公投。

### (六) 國家主權讓渡問題

學者許宗力認為國家權力讓渡之公投，與其他公投層次型態不同，此應為超憲法的公投，屬人民保留。故基於人民保留原則，此項關於國家主權變動的議題，不容許由任何國家機關決定（不論是否民選）僅能保留給作為主權者的人民以公民投票的方式表決。故兩岸統獨問題、台灣自決前途問題，是屬國際法層次的問題，無須以國內法為依據，更遑論於國內法中自我設限加以排除<sup>33</sup>。

## 六、我國公民投票制度的問題

### (一) 公民投票審議會之問題

公民投票制度之設立，乃是為了彌補代議政治的專斷與失職，已更加落實主權在民之精神，既然如此，則公投議題之審查機關應避免由政黨壟斷與操縱。但我國公民投票之審議機關卻是由政黨依席次比例推薦，以此型態的公民投票審議機關來審議，是間接代議政治凌駕於直接民主之上，違反了公民投票的基本精神<sup>34</sup>。蓋公民投票

<sup>32</sup>參吳志光，公民投票與權力分立原則—由公民投票的事項限制談起，憲政時代 30 卷 4 期，頁 496。

<sup>33</sup>參陳峰富，公民投票在兩岸關係中之爭論與適用性，律師通訊 4 卷 7 期，頁 40

<sup>34</sup>參羅傳賢，法律制定案覆議之憲政法理分析—以公民投票法乙案為例，法令月刊 55 卷 2 期，頁 5。



是為了保障直接民主的制度，但為了確定議題之妥當，設立審議機關並無不妥，但是以政黨席次比例推薦，等於又是由間接民主機關來作決定，有妨礙人民直接參政權之行使之疑慮，似乎並不妥當。

## (二) 全國性公投與地方性公投事務之劃分

一件議案是否同時皆可交由中央與地方公投同時決定，結果有衝突時，如何處理。

在理論上，基於中央地方分權原則，對於中央立法並執行事項，如國防，外交等議題，地方理所當然無公投發動權。相對的，對於地方自治事項，中央亦無權踰越，干涉地方公民投票。但是我國地方與中央分權長久以來，一方面存在著自治與委辦事項難以劃分的問題，另一方面中央與地方立法權高度重疊，如教育及警察事項即為著例<sup>35</sup>。

故公投議題並不可能同時由全國性公投與地方性公投共同決定，而發生衝突。但是會發生權限劃分不清的問題倒是事實，我國憲法規定，地方自治與中央權限無法劃分時，交由立法院決定之。此不失為一解決方法，但由立法院劃分，難免有被認定為有裁判兼球員的疑慮<sup>36</sup>。

## 肆、公民投票之正反意見與代議政治的關係

### 一、公民投票之正反面意見

贊成者認為代議政治的許多弊病，例如政黨、政府、或民選公職基於意識型態、利益團體的遊說、私心私利等等考慮，往往會忽略選民的託付。公民投票制的實施可以回歸主權在民的價值<sup>37</sup>，制衡或補充代議政治的缺失。另外公民投票可以提人民對公共事務的關心與興趣，也可強化民主政治的品質，有助於民主政治之成熟發展，可謂是提昇政治參與的民主教育。另外由公民投票決定，也是獲得最大民主正當性最直接的方法<sup>38</sup>。

反對意見認為正反雙方激情的對立，使得雙方無法充分理解對方的想法。再者，公民投票往往會流於民粹主義，而犧牲了少數的權利。在野黨

<sup>35</sup>參吳志光，公民投票與權力分立原則—由公民投票的事項限制談起，憲政時代 30 卷 4 期，頁 504-506。

<sup>36</sup>參吳志光，公民投票與司法審查，憲政時代 27 卷 2 期，頁 35-52。

<sup>37</sup>參程明修，憲法基本原則：民主國原則（二），月旦法學教室 26 期，頁 45

<sup>38</sup>參許宗力，公民投票入憲的評估與建議，新世紀新憲政，憲政討論文集，元照出版公司，2002 年 8 月，頁 31-35。

或其他少數利益團裡往往可以此作為妨礙執政黨統治權的行使<sup>39</sup>。反對意見者亦主張，人民並不專業，可能會不知真實情況，而盲目跟從其所支持的政黨的意見，公投的實施過度預期人民之決策理性<sup>40</sup>。另外公民投票之制度，會導致立法機關會將高度爭議性的難題通通交由公民投票，有問題時，則會推給人民自己承擔<sup>41</sup>。

公民投票法制定後自有正反面雙方意見是不能避免的，都不能說是不對的，因為公民投票之實施一定會有他對社會的影響，優缺點，故不論支持或反對都有一定之理由，蓋一制度之實施必有正反雙方兩面的效果是一定的。但是重要的是能夠完全的發揮其具有正面效益的一面，而儘量減少負面效果的發生，此必須有賴完善的法律制度規定。

## 二、公民投票與代議政治之關係

至於國家究竟要使用代議政治抑是直接民主的政治方式，我國憲法在形式上建構了直接民主與代議民主二元體制並存，其中選舉與罷免為代議政治的核心，且憲法在 12 章上有若干原則性規定，但對於創制、複決並無進一步規範<sup>42</sup>。因我國憲法上之設計以代議政治為主要精神（憲法六二：立法院代表人民行使立法權）。憲法第二條所規定的國民主權原則，訴說國家權力來自於人民，但未規定說應如何行使。故僅依據憲法第二條尚不足以公民投票之依據，因此需結合憲法其他規定一併討論。其實我國憲法第二條規定之國民主權是『廣義的國民主權』。包含國民主權與人民主權在內。故我國憲法所建立的國家體制，是以間接民主為主，兼採直接民主之設計，因此公民投票在我國應屬備位制度。此可由憲法第二十五條與六十二條等代議制度的規定與第十七條、二十七條第二項、一百二十三條、一百三十六條涉及直接民主規定分別看出<sup>43</sup>。且大多數國家基本上亦是採行間接民主為原則，直接民主為例外<sup>44</sup>。

<sup>39</sup>參程明修，憲法基本原則：民主國原則（二），月旦法學教室 26 期，頁 45

<sup>40</sup>參許宗力，公民投票入憲的評估與建議，新世紀新憲政，憲政討論文集，元照出版公司，2002 年 8 月，頁 31-35。

<sup>41</sup>參李俊增，論公民投票之類型及對代議民主政體之影響，憲政時代 22 卷 4 期，頁 109。

<sup>42</sup>參吳志光，公民投票與權力分立原則—由公民投票的事項限制談起，憲政時代 30 卷 4 期，頁 494-495。

<sup>43</sup>參周志宏，公民投票與憲法相關問題，全國律師 8 卷 1 期，頁 19。

<sup>44</sup>參許志雄，第四單元：國民主權，月旦法學雜誌 45 期，頁 105。

## 伍、公民投票與憲法保留原則

在討論我國憲法規範對於公民投票的許可性問題時，學者認為此涉及所謂『憲法保留』的概念。換言之，是否能實行公民投票，原則上應保留由憲法本身決定。但是涉及主權讓渡的公民投票則屬人民保留，應由人民自己作決定。縱憲法無規定，仍可實施公民投票<sup>45</sup>。

但公投是否需納入憲法規範，有主張修憲公投外，其餘不必入憲。然而，無論是屬『人民保留』或『國家保留』之公民投票，以憲法規定較為明確且對國家之立法、行政與司法具有明確的拘束力，故應有入憲的必要，但實質上關於超憲法性之公民投票，實際上非憲法效力所能規範<sup>46</sup>。

## 陸、法國之公民投票否決歐盟憲法的省思

### 一、事實背景：

法國公民於 2005 年 5 月 29 日以百分之五十五比百分之四十五的得票率否決了歐洲憲法條約。雖然身為創作歐洲共同體原始會員者，竟然對一統於憲法架構下的歐洲說不，令人十分震驚。但從憲政的角度看來，此次法國對於整個歐洲憲法條約，從進行違憲審查階段，到決定採公投方式通過，一直到被否決的過程，剛好可以給我們一些省思與一些啟示。

### 二、法國採事前違憲審查制度

違憲審查制度若以法規範審查之時機作區分，可分為事前及事後審查，也就是在法規範尚未生效實行或已經生效實行後才進行的違憲審查區別。就此法國是唯一採取事前審查機制的國家。法國在法案尚未形成法律時憲法委員會就進行審查，也就是在國會三讀通過後但尚未由總統公布前進行審查，法案一旦成為法律即不得在審查。法國採去此事前審查之機制，是為了法律安定性的思維，其認為法規範一旦成為法律，便不可能為非，故對於法律正當性的質疑必須事前提出質疑，否則成為法律後，便無違憲與否的問題<sup>47</sup>。

我國就法律之審查是採事後審查制度，但有學者主張在公民投票中法律之創制複決，可以採用事先審查制。在創制權時，在人民創制立法原則後，立法院立法成法律草案尚未形成法律時，也就是尚未由總統公布前審查，關於法案複決權，則在人民法案複決權行使前，事先審查。

<sup>45</sup>參周志宏，公民投票與憲法相關問題，全國律師 8 卷 1 期，頁 18。

<sup>46</sup>參周志宏，公民投票與憲法相關問題，全國律師 8 卷 1 期，頁 18。

<sup>47</sup>徐正戎；呂炳寬，法國公民投票否決歐憲條約的憲政啟示，台灣本土法學雜誌 72 期，頁 1-2。

因為此些法律規定是由直接民主之方式所產生，若在成為法律後進行事後審查，發現有違憲的情形，方被宣告違憲，則會發生與多數決民主之衝突，較不恰當。

### 三、國際條約效力高於憲法

就此次的歐盟憲法條約而言，憲法委員會認為僅攸關各國職權的部份與法國憲法有違，其餘部分皆合憲。那在此情形究竟是應廢棄國際條約部分規定還是應該修改憲法。法國對於此情形是修改憲法之規定，而非廢棄國際條約與變動條款<sup>48</sup>。

最後此國際條約違憲審查機制不強迫性，得委由權責機關與立法機關自行決定。可見時因法國作為一法治國家，未貫徹違憲審查置的精神，除國內的法律與命令可作為違憲審查的標的外，亦須將國際法的條約納入。此外，依據歐憲條約第1-6條與憲法委員會決議，歐憲條約和歐盟法規範的效力原則上高於法國憲法，所以當憲法與國際條約互相衝突時，自應優先遵守國家條約，而以修憲使國際條約合憲。

反觀我國，雖為聯合國創始會員國，憲法一四一條亦規定，我國應尊重條約及聯合國憲章，但我國在大法官審查實務上，向來以憲法為最高與最終規範的依據，此現象雖與我國長期因政治因素，被國際社會排除在外，而鮮少有出現國際條約與憲法規範難以相容的案例，甚至有主張國際條約視為國內法，但未出現過其效力高於憲法者<sup>49</sup>。

法國將國際法地位擺在憲法之前，毋寧是認為違憲審查不應無限上綱，追求並尊重國際社會的秩序與規範無礙是高於個別會員國的國家利益。<sup>50</sup>

### 四、攸關國民利益與國家利益之事項仍由國民自己決定

法國對於此次歐憲條約的批准，可由總統決定由國會批准或是由公民投票決定。而總統席哈克選擇以公民複決的方式替代國會審查。但是投票結果卻是遭到多數人否決，如果是由國會審理可能或許會多數通過，但是考慮到國民主權的性質，此歐洲憲法條約之影響擴及政經社會，甚至國家憲法與國防外交，事關人民權益重大，由人民作決定方較符合國民主權的性質<sup>51</sup>。

## 柒、結語

我國公民投票法之制定與實行雖然產生許多問題與爭議，但是不可諱言的是，公民投票是我國民主制度進步的一大躍進。世界上亦有許多國家實行公民投票，各國有相對於各國國情有不同規定與實施方式，我國公民投票

<sup>48</sup>徐正戎；呂炳寬，法國公民投票否決歐憲條約的憲政啟示，台灣本土法學雜誌 72 期，頁 3-4。

<sup>49</sup>徐正戎；呂炳寬，法國公民投票否決歐憲條約的憲政啟示，台灣本土法學雜誌 72 期，頁 4。

<sup>50</sup>徐正戎；呂炳寬，法國公民投票否決歐憲條約的憲政啟示，台灣本土法學雜誌 72 期，頁 4。

<sup>51</sup>徐正戎；呂炳寬，法國公民投票否決歐憲條約的憲政啟示，台灣本土法學雜誌 72 期，頁 5。

法剛實施不久，尚未完全成熟。對於不完善及有爭議的地方，可學習他國之制度，但不應完全抄襲，畢竟各國國情不同。至於公民投票可能會產生的負面效果，可由制度上的調整加以避免或減少。公民投票是保障人民直接主權的行使而非限制人民主權之行使。國家應作好制度層面的規範方以保障人民主權的直接行使。

### 第三案 <代理孕母>

#### 一、事實背景

因為身體的種種因素，導致女性無法正常懷孕，但卻想要孕育有自己血統的小孩，隨著人工生殖技術的發展，越來越多國家通過代理孕母法案，然我國基於傳統倫理道德之拘束，導致我國人工生殖法規定，無法在本國以人工生殖方式受孕。

#### 二、憲法爭點

(一)人性尊嚴：身體的自主權係人性尊嚴之核心，是否物化(商業化)女性？

此即為代孕契約最大之爭議點，又由此衍生出兩大派系的激辯：自由主義(肯定代孕契約)及女性主義(否定代孕契約)。

前者乃以自由平等的立法主張，基本上是以法律價值的「內部觀點」(即以既存的法律本身蘊含的價值、原理和規範為觀察的角度)，來反駁女性主義對法律父權意識的批判一貫採取的「外部觀點」，即以法律和社會整個外在環境的關聯為觀察和思考的脈絡。主張當事人間有締約自由，主張若雙方皆同意即不生物化女性之嫌，可排除對人性尊嚴的侵害，若國家立法禁止代孕契約，會因此限制剝奪人民所享有的憲法所保障的自由權利，故國家必須負擔更重的證明義務，為此說犯了前提上的錯誤，其已先將代孕契約納入憲法所保障的自由權利範圍<sup>52</sup>。

後者則認為，身體自主權細人性尊嚴之核心內容，又人性尊嚴是一切基本權的根本，不管雙方當事人是否皆同意該代孕契約，該行為本身即屬物化女性，使女性淪為生產工具。且在代孕的制度設計裡，女性表面上是決定的主體，事實上卻是被犧牲的對象：無論是慈善還是商業目的，孕母的身體不是為他人(對子嗣)的渴望而服務的，就是為了獲取報酬，人情也好，物質的需求也罷，她們的選擇並非出於真正的自主，只要法律上或社會上性別不平等的現象仍普遍存在，對女性主義而言，代孕都將只是父權意識型態的另一個表現罷了<sup>53</sup>。

另雙方又提出數理由，為其立論依據：

1. 對於生子契約有採肯定見解者：

- (1)以法律加以禁止不能正常懷孕生子之夫妻以人工生殖方式產生下一代，相當於禁止生養子女，係對當事人自由及尊嚴的一重大限制。
- (2)生命之延續，係人類最基本之尊嚴，生育小孩亦是維護自己人格生

52 參 陳妙芬，浮濫的平等？—談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌第 52 期，頁 33-36

53 參 陳妙芬，浮濫的平等？—談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌第 52 期，頁 36-37

存的權利，又追求幸福是概括的基本人權，在不濫用的前提下，應受到憲法的保障。

(3)有反對者認為孕母出借子宮之行為與妓女出租陰道之行為無異，均是把身體當成工具，有物化女性的疑慮，惟出租乳房的奶媽及出租整個人的祿母，為何未遭批判？又允許器官移植來延續生命，則在未傷害他人之前提下，為何不能借用他人子宮來延續宗族的生命？<sup>54</sup>

2. 對於生子契約有採否定見解者：

(1)生子契約實由父權體制的「傳宗接代」的觀念而來，可能更強化女性缺乏身體自主權，淪為生育工具的弱勢處境。

(2)除衍生法律、倫理問題外，亦加入以經濟優勢購買女體的消費行列，凸顯女人間階級差異和女人相對於男人的附屬地位，強化女性傳宗接代的天職，也使不孕婦女無法擺脫社會傳統之價值觀束縛及生殖科技對其身體的入侵。代孕制度將成為社會資源較多者買斷資源較少者之身體自主權的機制，加深社會的不平等。

(3)娼妓及孕母服務的對象實為同一，皆在租用女性身體而使其身體工具化。僅前者係為男人之性慾，後者係為男人之生殖慾。<sup>55</sup>

(二)是否侵害憲法上的平等原則？

我國憲法所保護之平等權乃係依「相同事件，相同規範；不同事件，不同規範」之處理原則，而藉精或卵生子(AID 態樣)與生子契約有差別，其一合法其一違法，究竟有無違平等原則？有二說：

1. 肯定說：如係丈夫不孕，法律允許以 AID 方式使該夫婦生育子女；惟妻子不孕時，禁止以生子契約租用他人子宮，顯違反憲法上之平等原則。

2. 否定說：AID 受孕之方式使夫妻雙方皆有負擔，但由孕母代為受孕，則負擔僅在孕母一身，其間有本質上的差異，並非法律刻意的差別待遇，故與憲法上之平等原則並無違背。<sup>56</sup>

(三)已受精胚胎是否為生命？

生命權，為一切權利之根本，應屬人類固有之基本權，雖其並非在憲法明文所保障之基本權範圍內，惟其應屬先於國家之存在，屬於超出形式規範的原權，亦可將其歸類為憲法第二二條所涵蓋之權力。為貫徹生命權保障價值體系的連貫性，自應將保護推前至未出生的生命，且不以有「生命意識」或限於具「人」的要素作為保障的準據基準，否則易

<sup>54</sup> 參 王富仙，生子契約容許性之探討，月旦法學雜誌第 75 期，頁 115-116

<sup>55</sup> 參 王富仙，生子契約容許性之探討，月旦法學雜誌第 75 期，頁 117

<sup>56</sup> 參 王富仙，生子契約容許性之探討，月旦法學雜誌第 75 期，頁 116-117

使無意識或未出生之生命成為「物」而被實驗、濫用。

生命的開始通常為過程性的，而法律上對生命的起始卻為一個時點，而此時點往往依法律規範目的之不同而相異，對生命定義的闡釋亦會不同，例如民法第七條及優生保健法第九條，前者乃保障胎兒之個人利益，對胎兒之出生採「解除條件說」；後者卻規定於一定條件下，得結束胎兒生命。故若強求統一生命的起點，恐會影響法之公平性及合目的性。<sup>57</sup>

雖生命權之保護推前至未出生之生命，惟「未出生生命」之起始點何在？即有爭議。是否從生殖細胞(精子卵子)之排出即屬之？亦或須待精卵結合成為受精胚胎後屬之？又究係在輸卵管結合即屬之？還是須待授精卵於子宮著床後始屬之？體外受精又如何界定？

按學說上有將生殖細胞區分為五類者：永不能發展為人者、可發展為正常人但卻有瑕疵者、可發展為人但礙於法令暫時無法孕育成人者、可發展為正常人者、轉換為非生命之源者。<sup>58</sup> 受精卵相較於生殖細胞乃離成為具體之人更為接近，屬於過程中之較後階段，應亦可適用於此五種分類。又管見以為，受精卵於一般正常情形下應歸類於「可發展為正常人者」，且不論係體內受精或體外受精，亦不論是否在子宮著床以及是否在生母之子宮著床，僅需將來有成為正常人之可能性，即為法律所保障之生命的最低限度。若連可能成為正常人之授精卵法律都不加以重視，視其屬一未出生之「生命」，為受生命權所保障之對象，那人民又將如何信賴法律對於已出生之生命有周全的保障？因所有的生命皆係源於未出生之生命所演變。

此外，授精卵具有生殖決定之重要人格利益，依其特殊性及人格尊嚴的基本保障，不宜單純視其為民法上之物，又因法域不同，所保護之法益亦不相同，故於刑事面，於尚未特別立法保障之前提下，不得不將之當作「物」，予以最基本之保護。<sup>59</sup>

### 三、憲法上相關理論的闡釋

#### 1. 生命權與人性尊嚴意義及內涵

##### (1) 人性尊嚴

人性尊嚴乃為基本權之基礎。釋字第 372 號解釋明示，維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。

<sup>57</sup> 參 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 172

<sup>58</sup> 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 172

<sup>59</sup> 參 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 174-176



其涵蓋之範圍遠大於人之權力能力，並非僅「始於出生，終於死亡」(民法第7條)，而係縱使人未出生或已死亡，仍有人性尊嚴，故我國刑法對毀損屍體者有加以處罰之規定。

A 人性尊嚴應有二基本內涵：

a. 人之主體性

不可將人當作一個客體或工具，加以利用，否則一旦人的主體性喪失，即有可能淪為交易客體。縱基於特定關係而負有特定義務，他人亦無法亦不得稱為他人權利客體，縱使其本身同意亦同。

b. 人的自由意志應受尊重

因人有自由意志，故得作為各種權力的主體。而意志是否自由，縱可依個案判斷，但個案上形式的意志自由，並非指人有完全的自由意志，而須進一步考慮該自由是否屬於體制下的自由，諸如：政治、經濟、社會、文化等所形成的機制。而國家應保護此些機制不會侵害人之自由意志，因人性尊嚴是基本權的根本，而人性尊嚴又以人的自由意志為依歸。<sup>60</sup>

B. 若從其所採取的立場以觀，又可分為二種定義方式：

a. 消極性定義

於個案中直接判斷人性尊嚴是否被侵害，藉此間接掌握其內涵。以德國學者所提出之「客體公式」為代表，乃指：凡具體的個人被貶抑為客體、純粹的手段、或是可任意替代的人物，辨識人性尊嚴受到侵害。據此，維護人性尊嚴的首要意涵在肯認每個人均為有自主、自決權的獨立客體，不受任何外力的強制、侵害，當然亦無人有權支配他人，將他人客體化。惟客體公式因過於空泛，使人性尊嚴是否收到侵害的判斷缺乏文義的憑藉，客體性與主體性地區辨仍為模糊。

b. 積極性定義

德國大置可區分為幾個立場，乃係對消極性定義方式有補充作用：價值理論，將人性尊嚴視為足以標誌出人之本質的特性；成就理論，人性尊嚴乃係經後天爭取而來，故其內涵須由個人的具體發展脈絡加以認定；對話理論，由人性尊嚴對國家的建構上著手，認其係一種關係或對話概念，應透過社會溝通及共識的建立來加以掌握。<sup>61</sup>

<sup>60</sup> 李惠宗，憲法要義(第二版)，元照出版有限公司，頁74-77

<sup>61</sup> 許志雄等人合著，現代憲法論(第三版)，元照出版社，頁48-50

人性尊嚴主要係針對擁有統治力的國家而發，首先禁止國家運用其權利地位，侵犯個人的人性尊嚴；其次憲法所保障的人性尊嚴原則乃要求國家應致力保護每個人的尊嚴不受國家以外之力量侵犯，並促進各個人能享有尊嚴生存、發展的基本條件。<sup>62</sup>

基於上述對人性尊嚴的基本內涵探討，可知若以人性尊嚴的角度視代孕契約，無論其係有償無償，無異是將生育轉化成製造人的傾向，將孕婦工具化，侵害了孕母的主體性，使其淪為交易客體，我國憲法增修條文第九條第五項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」懷孕本質即有一定程度的風險，容易引發某些高危險疾病，且對其身體之侵害亦為必要而無法避免，又於懷孕期間，孕婦身體行動、日常生活必受到一定的限制，故代孕契約似已親赴女之人格尊嚴及人身安全。又其將胎兒物品化、商品化，胎兒亦有人格尊嚴，此舉對其主體性及自由意志實具侵害，試想若自己將來被告知並非由自己有血緣關係的母親所“親生”，將會做何感想!？進而可推知，代孕行為亦有錯亂人倫秩序之嫌。

## (2)生命權(生存權)

憲法所保障的生存權包括「生命的尊重」(生命權)與「生活的延續」(生活權)。生命權涉及國家制度對人民生命所抱持的態度，包含制度本身對人民生命之態度及對人民有關生命權觀點的容許程度；生活權係指國家如何使人民維持其最低度合於人命尊嚴之生活。<sup>63</sup>

一切基本權之享有，必以生命的存續為前提，故消極防免生命權遭受侵害剝奪不但是生存權的當然內容，亦是一切人權的出發點，而其法律性質，有以下三說：

### A 指針規定說(消極說)

憲法之生存權僅屬一指針或綱領，對立法權有揭示政治上、道德上努力義務的性質，但不生法的拘束力，其具體落實由立法機關裁量，惟縱立法怠惰，仍不生違憲問題。

### B 抽象權力說(積極說)

憲法之生存權規定一方面賦予國民請求立法機關立法的權利，一方面課與國家立法的義務，此等權利僅得透過立法始能具體落實。

### C 具體權力說

<sup>62</sup> 許志雄等人合著，現代憲法論(第三版)，元照出版有限公司，頁 52-53

<sup>63</sup> 李惠宗，憲法要義(第二版)，元照出版有限公司，頁 199

國民得請求立法機關立法，以保障其生存權，當立法權不作為時，可能構成違憲。<sup>64</sup>

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

學說上有將生殖細胞區分為五類者：

(1)永不能發展為人者

即指較不正常的精卵，現況而言其無能力亦無機會發展為正常的人，故於民法、刑法，不得不將之定性為物，然對其保護密度與強度不得低於物。故此類生殖細胞一開始即無法受生存權之保障，當然無結束可言。

(2)可發展為正常人但卻有瑕疵者

缺陷兒不論在積極消極優生學皆應避免，我國人工生殖法第八條即有規定，非經篩選合格的細胞，不得使用。故此類細胞如於現有科技下無法修補，即不再受到生命權之保障。

(3)可發展為人但礙於法令暫時無法孕育成人者

係指與身體分離之精卵，礙於法令、倫理道德，其出發點乃為保存組織而非用於人工生殖。此涉及生育期待權，權利之成立有待將來要件事實的實現，惟其僅為一希望，並非一法律上權利，然生殖細胞仍有發展成生命的潛在可能性，故似可類推適用民法 100 條，即第三人對其侵害，若我國允許無父母生殖或其獲得協助，則可請求損害賠償，惟若無此情形，則不得請求之。故可知，其原則上一仍受生存權消極之保障。

(4)可發展為正常人者

基於分離之生殖細胞與身體功能上之一體性或人類生命之源之觀點，其具有生殖決定之重要人格法益，不但無法否認其人格性，亦不宜單存以民法之物待之，故生殖細胞一旦結合成為胚胎，憲法即應保障其生存權，不容其任意被剝奪，惟其仍非基本權利能力之主體，否則將違反以人作為基本權利能力價值判斷等級的秩序。

(5)轉換為非生命之源者

若科技未來發展導致精卵可藉由實驗室培養，不再仰賴捐贈，將導致生殖細胞喪失生命支援的地位，則有可能不得不將之列為單純之物，而不受生存權的保障。惟此不論於倫理上、道德上皆難以站立

<sup>64</sup> 許志雄等人合著，現代憲法論(第三版)，元照出版有限公司，頁 198-202

的住。<sup>65</sup>

#### 四、活動方式

利用分組討論作報告之方式，使學生更融入問題思考。

#### 五、延伸問題

##### 1. 是否可將精子卵子作為買賣標的？

除有特別規定外，物一般來說皆得為交易標的，但人之身體係與其個人本性合成，而具有法律上人格性，身體本身無法獨立作為權利客體，不得作為交易標的。故人之分離之生殖細胞能否成為買賣標的、效力為何即生爭議。

##### (1) 容許買賣

美國「人工生殖技術和代理母標準法案」第九條原則規定，任何人均得依贈與或買賣契約，把關於精子、卵子的權利讓與他人。其之所以容許賣賣，乃認為精卵可以再生，且對賣方不生危險。

英國人類受孕與胚胎管學管理局亦為確保將卵的篩檢及供應品質，決定改採付費制度，並將在新版的作業準則中納入收費相關規定。<sup>66</sup>

##### (2) 禁止買賣

今較多國傾向此說，如澳、加、法、日等。

##### A. 禁止原因：

此說乃認若以有償買賣精子卵子，賣方可能惡意或過失隱瞞自己生理、心理、行為之缺陷，致下一代之健康受到侵害；且多次出賣，可能無法確定提供者所生子女的數量，容易導致血親通婚的危險；買方皆欲購買高品質之生殖細胞，將可能打亂基因多樣性的平衡定律法則；將卵銀行因利益取向，可能忽略對精卵子的篩選、過濾，且易將之商品化、財產化；子女的血統認識權將受到侵害，也可能造成其心理創傷。

##### B. 法效：

基於生殖細胞的特殊性及避免侵犯人格尊嚴，提供者不得請求報酬，或將其財產化、物化、道具化，故若以得報酬、對價為目的，不僅侵害人格尊嚴，亦造成類似人身買賣，具有相當之反社會性，係違反公序良俗而無效。

##### C. 我國：

<sup>65</sup> 參 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 172-176

<sup>66</sup> 參 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 178-179

行政院衛生署先後公告「人工生殖技術倫理指導綱領」、「人工協助生殖技術管理辦法」均明文不得以任何方式買賣精、卵，僅得以捐贈方式為之。甚至「人工生殖法草案」第十三條第二項規定：「前項第三款(即以無償方式捐贈)受術夫妻委請醫療機構提供營養費或營養品予捐贈人，或負擔其必要檢查、醫療、工時損失及交通費用，在中央主管機構所定金額或價額內，視為無償。從而可知，我國亦採禁止買賣說。<sup>67</sup>

## 2. 代孕契約之性質：自由契約與無償代孕

代理孕母契約的完成通常是以代孕者在生產後義務交付該名子女，而尋求代孕者則相對必需給付相對報酬，因此，此類涉及交付子女或給付報酬的契約常被指為買賣嬰兒的契約。

惟其法律關係比起一般的私法契約更為複雜，它不僅介於孕母和受術夫妻、孕母和醫生以及受術夫妻和醫生之間的三個契約為基礎，而且還帶來胎兒和孕母、受術夫妻之間的身分關係，以及有關人工協助生殖的特殊醫療關係。因此在法律上，契約、身分和醫療關係構成了代孕的三個環節。促成代孕實現的三個契約關係中，以孕母和受術夫妻的代孕契約最特殊，因為前者或後者和醫生之間的契約關係，屬於醫療契約的一種，經由醫事法來加以規範應無問題，只要法律明定關於代孕手術的醫療關係的內容，應不至衍生與現行醫療法律體系扞格或矛盾的地方。

以民主法治國家的憲法精神和原則來看，似乎只要憲法不禁止，法律就無正當理由限制人民的締約自由。如果因此主張代孕契約當然不應被禁止，這樣的論理邏輯是犯了方法論上循環論證的謬誤，因為推論的前提已包含了「代孕契約與一般契約性質無異」的假設，既然如此，結論當然如其所願。<sup>68</sup>

各國對於此類涉及交付子女或給付報酬的代孕契約在法律上能否被強制執行大都持保留態度。就法律效果而言，美國新紐澤西州即主張不予強制執行，但也不予處罰，公權力不會介入雙方是否相互履行其契約上義務；至於小孩的監護權則由法官依「小孩的最佳利益」來決定。有的國家則進一步以刑罰規範涉及仲介或以金錢給付為代價的代理孕母契約。這種以國家刑罰介入商業契約的主要考量在於避免子宮被物化、商品化，幾乎舉世皆然，但是這樣對抗商業化的道德式禁令，一方面悖離現實，僅係對代理孕母的片面要求，卻忽略醫療界因代理孕母而

<sup>67</sup> 參 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第 138 期，頁 179-181

<sup>68</sup> 陳妙芬，浮濫的平等？—談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌第 52 期，頁 34-35

大賺錢的商業化現象，另一方面也反映了主流社會關於「工作」與「母性」的意識形態，顯然嚴禁代理孕母收費出現了二個盲點：其一為物化女人子宮並非問題，只要不涉及自利動機；另一為透過子宮賺取金錢也並非問題，只要這些錢不是進入代孕者的口袋。

此外，代孕契約的客體是胎兒，還是代母的生殖器官，或是受術夫妻的精卵、胚胎？無論是其中哪一種，單純人體器官的移植、轉移都還問題重重，更何況是將關係遺傳和人類後代的精卵、胚胎和胎兒作為契約內容的一部分。代孕契約是不是違反善良風俗，應該嚴格解釋，因公序良俗乃為一抽象概念，不僅模糊，且常在解釋上對少數族群不利，為了避免解釋的濫用，將代孕契約界定為特殊的私法契約，採由專屬機關依法事前許可、經由法院公證的制度來規範代孕契約的締結和履行，是一種必要時可以考慮採納的做法(如人工生殖法乙案第十四條的規定)。<sup>69</sup>惟須注意的是，國家干預同時包括了立法者深層次的道德取向，故須相當謹慎，必須通過明確和正確的立法來加以規定，在干預的正當理由和實現干預的措施之間，應當遵守相稱性原則，而且必須受到監督。施加限制措施的國家有義務證明它們採取的措施是必須且相稱的。為此，歐洲人權法院在其判例中總結出，對私生活加以國家干預或限制只是例外，而且可接受的例外只能是：1. 法律明確規定的；2. 民主社會所必須的；3. 為了保護該條所提及的權利，包括「其他人的權利和自由」；4. 干預的方法與立法目的相稱。故如何調和契約自由與公權干預二者間的關係即是一重要挑戰，使其一方面得以擴大個人自主決定的空間，另一方面不至於犧牲社會正義。<sup>70</sup>

### 3. 人獸胚胎的許可及禁止

目前國際上對於人獸胚胎之爭議頗大，而其可略分為三種類型的人獸混合胚胎研究：第一種「嵌合胚胎」將動物的細胞注入人類胚胎中；第二種為「人類基因轉殖胚」，是將動物的遺傳物質DNA注入人類胚胎。第三種為「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。

現今之人獸胚胎以「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99.9%是人類，來自牛、兔子、豬或羊的部分只佔0.1%；使用動物卵子的原因在於人類卵子來源短缺。

英國政府於2007年公布「人類細胞與胚胎法」草案，同意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、

<sup>69</sup> 參 陳美華，物化或解放—女性主義者關於代理孕母的爭論，月旦法學雜誌第52期，頁24-25

<sup>70</sup> 王洪，家庭自治與法律干預—中國大陸婚姻法之發展方向，月旦民商法雜誌卷八，2005.6，頁67

帕金森氏症、運動神經元病變等絕症新療法。科學家必須獲得執照才能進行相關研究，而且必須在實驗室內培養人獸細胞，但時間不能超過十四天，也不能將其植入人體內，否則將觸法。草案中還規定，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。

反觀禁止許可人獸胚胎的理由，此派主張雖現今並無承認真正人獸胚胎養成的許可，但人獸混合胚胎可能會給人類帶來很大風險，例如可能把對動物無害但對人體有害的病毒引入人體，從而引發災難性後果，且一旦合法化此類胚胎，極可能造成基因世界秩序的大亂，自然界的定律將不復存在。<sup>71</sup>

#### 4. 複製人的許可

複製就是指無性生殖，指來自同一親代具有相同遺傳形質的群體，並不借著精卵的結合，而遺傳僅由單方細胞核來承擔，其中並沒有基因重組的過程。其起源於試管嬰兒，惟二者最大的別在於，複製人乃無性生殖，故無論有無結婚都不重要，而試管嬰兒仍係經由父母雙方之精卵結合而成。

縱然複製人對於醫療科技有很大的貢獻，惟一旦承認其合法性，對全球必然是一大衝擊，因其所涉及之層面過廣、隱憂過多。

1. 人倫關係淪喪：複製人的出現，意味著目前以血緣決定親緣的倫理關係將會徹底改變。試想，複製嬰兒由母親的細胞複製出來，則其與母親的關係，究竟是孿生姊妹還是母女？如果將祖父的細胞複製成兒子，那你們關係究竟是父子還是爺孫？傳統的家庭制度將因此而崩潰，徹底改變現今的倫常關係。
2. 使人淪為「工具」：若濫用「複製人」技術及基因情報管理系統於政治、社會層面，則將產生「基因階級世界」，造成新的社會問題。例如：基因歧視、差別保險、勞力榨取等。又由於目前國際間利益分配早已嚴重不公，不同國家的政治文化分歧很大，種族與宗教的矛盾難以解決，如果某些極端組織利用複製人技術，大量生產一批像貌性格都一樣的戰士，破壞力將會是無法估計的。
3. 在「複製人」技術的施作過程中，對人體可能產生的危險性，或體細胞所蓄積的基因變異性之疑慮。
4. 對個人的價值與尊嚴的挑戰：製造出人類細胞，然後又在他們的利用價值完成之後予以摧毀，等於踐踏一個重要的道德原則，使人客

<sup>71</sup> 參 自由時報電子報，「治絕症 英准許培植人獸胚胎」，2007.5.19。

體化，不再為權利的主體。且將使人對自我本身的價值難以定位。<sup>72</sup>

## 六、參考文獻

1. 王洪，家庭自治與法律干預——中國大陸婚姻法之發展方向，月旦民商法雜誌卷八，2005.6，頁61-74
2. 王富仙，生殖細胞法律地位之探索，月旦法學雜誌，第138期，頁166-189
3. 牛惠之，「科技法律」議題之研究，月旦法學雜誌，第116期，頁191-207
4. 王富仙，生子契約容許性之探討，月旦法學雜誌第75期，頁113-127
5. 陳美華，物化或解放——女性主義者關於代理孕母的爭論，月旦法學雜誌第52期，頁18-28
6. 陳昭姿，翹首期盼代理孕母合法化——等待生命的轉捩點，月旦法學雜誌第52期，頁29-31
7. 陳妙芬，浮濫的平等？——談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌第52期，頁31-40
8. 薛瑞元，「代理孕母」的管制原則與措施，月旦法學雜誌第52期，頁40-45
9. 李惠宗，憲法要義(第二版)，元照出版有限公司，頁74-77
10. 許志雄等人合著，現代憲法論(第三版)，元照出版有限公司，頁45-54、頁198-202
11. 自由時報電子報，「治絕症 英准許培植人獸胚胎」，2007.5.19。  
<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/may/19/today-t1.htm>
12. 釋惠敏，佛教之生命倫理觀——以「複製人」(Human Cloning)與「胚胎幹細胞」(Embryo stem cell)為例  
[http://ge.tnua.edu.tw/~huimin/paper/29-cloning/frset\\_clon.htm](http://ge.tnua.edu.tw/~huimin/paper/29-cloning/frset_clon.htm)

---

72 參 釋惠敏，佛教之生命倫理觀——以「複製人」(Human Cloning)與「胚胎幹細胞」(Embryo stem cell)為例，[http://ge.tnua.edu.tw/~huimin/paper/29-cloning/frset\\_clon.htm](http://ge.tnua.edu.tw/~huimin/paper/29-cloning/frset_clon.htm)



## 第四案〈單一選區〉

### 壹、前言：

在我國憲法第七次增修條文中，立委席次減半並確定將來立委選舉方式依照單一選區兩票制。然選區的劃分方式卻深深影響選舉結果，如何取得平衡是一重要議題。

### 貳、選舉制度與類型：

依其計票方式可分為多數選舉制、比例選舉制以及混合制三種

#### 一、多數選舉制

以獲得選票之多數為當選之標準者，為多數選舉制，其中又分為相對多數制與絕對多數制。所謂相對多數制，係指在應選民額內，獲得票數相對於其他參選人較多者，即可當選。絕對多數制則只出現在單一選區中，即單一選區只選出一名代表，當選人必需獲得總體票數一半以上方可當選，若在第一輪投票中無人獲得過半之票數，則淘汰最落後的候選人，取選票較多的前兩名，在進行下一輪的投票，以確定何者當選。

在民代選舉中，多數選舉制較符合『功能民主理論』，此理論係指民主選舉制度旨在能夠形成有效率發揮的民意機關，故此理論認為選舉制度應設計成易形成多數黨的國會，方有利於政策之決定與推行<sup>73</sup>。

多數選舉制在選區上通常以小選區制較易發揮該功能，蓋小選區的劃分當選民額僅有一人，少數黨的支持人數本來就較大黨少，顯然的選舉結果對大黨有利，而易形成國會多數大黨，但相反地少數小黨的代表性反遭忽略。這種制度被認為促使了多個利益集團和政治團體結合為兩個大的政黨，極易形成兩黨體制<sup>74</sup>。因為在多黨競爭而只有一個勝出的規則中，至少有兩個失敗的政黨會認識到彼此聯合對於下一次的選舉有利，另外的政黨也會因為同樣原因而被迫合併。小黨雖能夠在這種制度下存在，但沒有多少獲勝的機會，他們只是作為大政黨的反對群體和壓力團體而存在。而"廢票心理"更進一步侵蝕了其它弱小政黨的支援，就是說那些可能會支援一個小政黨的人認為，他們的政黨不可能贏得勝利，但至少為了能使其選票發揮作用，他們就轉而決定在兩個大的政黨中選擇一個不太反對的政黨<sup>75</sup>。

由於政黨數量的減少，一個大黨一般會在議會裏佔據多數，很少有政

<sup>73</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁195以下。

<sup>74</sup>參見 Maurice Duverger, Political Parties, Edition 3 (London: Methuen, 1964), pp.55-206. 勞倫斯·邁耶:《比較政治學》，華夏出版社，2001年，第36頁。

<sup>75</sup>參公法評論—中華政制之道 中華憲政網。

黨聯盟出現的必要,穩定的議會多數通常能形成一個穩定的政府,這使得統治變得更容易<sup>76</sup>。

## 二、比例選舉制

比例選舉制將全部選區視為一個單位,依政黨得票比例分配席次其選舉功能不再強調地方的代表性,相反的注重國會政黨政治的運作,比例選舉制強調各方多元意見的代表性,故較符合民主多元的特性。

基於民主多元化的要求,選舉制度應將各階層的利益適度的反映出來,故側重選票價值的平等的保障,是以其具有保護小黨的效應,較符合憲法平等要求之選舉制度<sup>77</sup>。

比例選舉制的計算方法又分為頓特氏最高平均數計算法與赫爾尼邁耶氏比例分配法 此兩種計算法頓特氏最高平均數計算法較有利於大黨而赫爾尼邁耶氏比例分配法較有利於小黨,但不論何種計算方式,相較於多數選舉制,比例選舉制非常注重選票價值的平等<sup>78</sup>。

但是採用比例選舉制雖極注重國民對政治平等參與的權力但是不可否認也難以達成共識,德國威瑪憲法時代聯邦帝國議會議員的選舉完全採用比例選舉制,由於對小黨十分有利,故在威瑪共和時代國會存在許多政黨達三十二個之多<sup>79</sup>。由於數量太多,小黨林立,議案或法案要形成多數決頗有困難,對重要政策難以形成共識,使德國當時政局極不穩定。

比例代表制的優點是議席更為準確地反映了公眾意見和政黨實際力量。他們可以明確表達自己的黨派理想和原則。一個小政黨可以從議會中獲得一兩個席位而存在,卻不必被迫與大黨聯合並淡化自己的觀點。

但比例代表制更有利於小黨生存從而鼓勵了政黨分裂。通常在這種制度下,黨派林立,各黨的政策分歧很大,很少有單一政黨能在議會中佔據穩定多數,要組織政府一般需有幾個政黨結成聯盟。但這種聯盟經常不穩定而且不能在重大問題上形成決策,從而出現頻繁的倒閣現象<sup>80</sup>。

## 三、混和選舉制

### (一) 德制『聯立制』單一選區兩票制

德式「聯立制」又稱「補償制」:德國在1990年統一後,改採揉合多數選舉制與比例選舉制的混合制,此制度即單一選區兩票制。

<sup>76</sup>參公法評論—中華政制之道 中華憲政網。

<sup>77</sup>參李惠宗,從政黨平等原則論單一選區兩票制,法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集,2004年五月,頁196以下。

<sup>78</sup>此兩種計算方法,此兩種計算方法,參李建良,政黨比例代表制與選舉平等原則,收於氏著,憲法理論與實踐(二),2000年12月,頁171-177。

<sup>79</sup>參郭秋慶,德國選舉制度與政黨政治,1996年4月第1版,頁55。

<sup>80</sup>公法評論—中華政制之道 中華憲政網。

### (1) 制度

聯邦眾議院議員名額訂為 656 名，其中 328 名由單一名額選區選出，328 名依政黨得票比例分配。當選規則為先以各政黨在「政黨票」之得票比例分配總應選名額，初步確定各黨當選議席數後。小選區候選人以得最高票者當選，然後各黨當選議席數扣除該黨在小選區當選的議席，不足額由政黨比例代表名單補足<sup>81</sup>。

### (2) 超額代表

但如某黨在小選區當選的議席數超過政黨分配的議席，仍保有其議席，導致選舉結果總額可能超過 656 名，多出來的議席稱為超額議席<sup>82</sup>。此種超額代表的產生是因為各政黨應分配席次先以比例代表制為標準，亦即保護小黨能有合乎選票比例的席次，故此制度教具有政黨機會平等的意涵<sup>83</sup>。

### (3) 門檻條款

但是為了防止小黨林立，德國選舉法上就設計出門檻條款的規定以作為比例代表制度下政黨取得分配席次的資格。門檻條款有兩種形式一是以政黨選票數比例作為門檻，另一項是以經由單一選區多數選舉制所產生的名額作為門檻。

德國現行選舉制度是以政黨選票數比例百分之五為門檻，亦即政黨必須獲得百分之五以上的政黨選票或至少獲得三個小選區所產生的議席使能在議會中分配席次。德國採取單一選區兩票制，加上門檻條款後，選舉結果開始產生政黨集中效應，雖然壓縮了小黨的生活空間，但對議會內閣的議事效率卻增加了。

德國因為先以政黨比例代表制分配席次，然後以初分配的席次扣除單一選區的當選人數後，由政黨名單補之，所以說少數黨就算在單一選區選不上多少候選人，但是政黨票如果有一定比例，就可以分得不分區席次，所以說德國聯立制可以算是較具有政黨機會平等的意涵<sup>84</sup>。

## (二) 日制『分立制』單一選區兩票制

### (1) 制度

選民在單一選區和比例代表區所投的兩票被分開計算，分別產生兩類

<sup>81</sup>參謝相慶，淺談立法委員選舉制度改革--單一選區兩票制，內政(研)091-029 號 國改研究報告 91 年 3 月 21 日。

<sup>82</sup>謝相慶，淺談立法委員選舉制度改革--單一選區兩票制，內政(研)091-029 號 國改研究報告 91 年 3 月 21 日。

<sup>83</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004 年五月，頁 199 以下。

<sup>84</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004 年五月，頁 200 以下。

的代表。在每個單一選區的最高得票者為議員，其他席次則依政黨在比例區得票比例分配，故不會產生超額議席的情況<sup>85</sup>。

## (2) 重複提名制

即單一選區的候選人亦可同時為政黨名單的候選人，形成所謂的重複候選制度<sup>86</sup>。

## 參、我國先行之投票制度

我國先前立委選舉所採取的制度為單記不可讓渡投票與政黨比例代表聯立一票制，此種投票制度被批評的一無是處，遂成為改革的對象<sup>87</sup>。

### 一、單記不可讓渡投票制度

我國先前採的立委選舉是以複數選區單記不可讓渡投票制，單記不可讓渡投票制的每個選區通常當選名額在兩個以上，但選舉人只能圈選一人（故稱單記），選票不可以讓渡給其他同黨的候選人，此種制度未考慮選票價值平等，一般民主國家已鮮少採用此制度<sup>88</sup>。

### 二、單記不可讓渡投票制度所衍生的問題

因為每一選區通常都有多數的可當選名額，如果選區中有一兩個人氣高的候選人，多數得票都會投給人氣較高者，剩下的當選名額所需的當選票數相對的就少了很多，以民國七十八年立委選舉之台北市第一選區為例<sup>89</sup>當時共二十人角逐該區立委，由於當時趙少康 謝長廷 陳水扁人氣頗高選票多集中在他們三人身上，至於最後一位當選人丁守中只要 5.79% 的得票率即可當選。

當選人	趙少康	謝長廷	陳水扁	周 筌	趙震鵬	丁守中
得票數	139641	107218	78057	45959	44167	31140
得票率	25.95%	19.92%	14.50%	8.54%	8.21%	5.79%

由此可見，單記不可讓渡投票在候選人當選制度下具有需票少及低比例的特性故會產生以下效應<sup>90</sup>：

#### (1) 個人化競爭傾向

候選人如果估計當選機率頗大時，即會不顧黨紀脫黨參選，此種制度具有鼓勵個人競爭之效應，亦會影響到政黨團結。

<sup>85</sup>參李惠宗，憲法要義，2006年第三版，頁502。

<sup>86</sup>參李惠宗，憲法要義，2006年第三版，頁502。

<sup>87</sup>參謝相慶，淺談立法委員選舉制度改革-單一選區兩票制，內政(研)091-029號 國改研究報告 91年3月21日。

<sup>88</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁200以下。

<sup>89</sup>參中央選舉委員會編印，動員戡亂時期自由地區增額立法委員選舉實錄，1989年12月，頁3-342

<sup>90</sup>參李惠宗，憲法要義，2006年第三版，頁319。

(2) 易激化政見取向

由於當選票數不必太多，選名只能投一票，選民必選擇照顧其切身利益者，又由於是多席次當選，當選人數只佔選民的一小部分，故候選人的勝選關鍵在於鞏固少數人的特殊利益，候選人會不惜激化政見以爭取特定選民，以求當選<sup>91</sup>。

(3) 易造成派系

同黨所推出的候選人在此制度下，不僅和他黨派競爭和同黨也會彼此互相競爭，為獲得選票就會主張不同意見以表示自己的特色並與黨內和自己相同意見的人合作，久而久之就會形成派系。

(4) 易導致賄選

此制度下賄選之所以容易橫行有諸多原因，首先選民投人不投黨，使候選人需建立與選民的直接連帶，而現金交換是最直接有效的手段，其次當選門檻低賄選成本也低，故賄選事件常常發生<sup>92</sup>。

(5) 配票容易

如果有候選人吸走太多票，則票源相近、支持者重疊的其他同黨候選人可能落選。這有時造成候選人的主要競爭對象竟然是同黨候選人而不是他黨候選人；領先的候選人可能呼籲支持者不要投給自己，將票分給同黨落後者。而政黨必須確保支持者的投票平均分配給黨提名的候選人，配票策略也就這麼應運而生了。

(6) 選票價值不平等

民主國家在選舉上不但要求每人有相同選票數，也要票票等值。此制度下使得有些選票得選出其代表，有些選票相對的如投大海，毫無作用，在此觀點下採此制度非常不合乎選票平等原則。

### 三、先前引進的比例代表制

我國於一九九一年第一次憲法增修條文時，在國大代表與立委選舉上，引進政黨比例代表制，但並未同時採取兩票制。在此種制度下，選民投了一張選票即同時選出區域代表、全國不分區代表及華僑代表三種。選民投給區域代表的行為固是對區域代表之認同，但透過這種政黨比例代表制，同時擬制該投票人亦認同該候選人所屬之政黨，以及擬制選民亦認同該政黨所推派的名單<sup>93</sup>。

<sup>91</sup>參林繼文，單一選區兩票制與選舉制度改革，全國律師，7卷8期，頁94。

<sup>92</sup>參林繼文，單一選區兩票制與選舉制度改革，全國律師，7卷8期，頁97

<sup>93</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，

此種擬制似乎過於草率，蓋選民對候選人個人認同並不代表一定認同該歸屬之政黨，此種制度略有扭曲民意的傾向。

## 肆、我國第七次修憲後所採用之單一選區兩票制

### 一、我國的單一選區兩票制

單一選區兩票制僅用於民意代表選舉上，係指國會選舉部分名額由單一應選民額的小選區產生，其他部分名額由政黨比例方式產生。單一選區兩票制因此是折衷於多數選舉制與比例代表制間的一種體制<sup>94</sup>。此制度使每位選民可投兩張票，一票投單一選區的候選人，一票直接投給政黨。

此制度又分為德式的聯立制與日式的分立制。德國聯立制是指單一選區兩票制中的兩張票投票結果會互相影響，先以比例代表制確定各政黨應當選名額，但依單一選區所選出的代表可以聯集成立，結果是承認超額議席。日本分立制是單一選區及比例代表所產生代表各自獨立計算，不發生影響故沒有超額議席的問題<sup>95</sup>。

我國的單一選區兩票制是採日制分立制，但為何採日制分立制而不採德制聯立制，修憲理由中並未提及<sup>96</sup>。

至於我國單一選區的候選人是否可以同時列名全國不分區代表中，有無重複候選制度，我國認為不宜採取，因為會令人有不好的觀感，故沒有此制度<sup>97</sup>。另外政黨提名名單分為固定式和非固定式，固定式是指黨內推派時已經排好順序依序遞補，非固定式則是名單先不排順序，交由人名選擇，以決定該名單的順序，德國和日本皆採固定式名單，德國由黨內民主程序產生，日本則認為是家務事，由各候選人相互協商交換。我國並無相關規定，但是理應由民主程序產生，不應由黨主席決定或是以利益交換方式產生<sup>98</sup>。

### 二、採取單一選區兩票制後對選情的影響<sup>99</sup>

#### (1) 分裂投票

所謂分裂投票是指選舉人其中一票投給特定候選人，另一票投給政黨。蓋此制度考慮到選民對個候選人的選擇與政黨的選擇可能不同，此制度比先行的單記不可讓渡投票來的好。

#### (2) 政黨團結

單一選區兩票制理論上會增加政黨的內聚力，蓋黨員在單一選區終須仰賴政黨組織的力量，在政黨票中，需一直保持黨籍，理論上黨員會因此

---

2004年五月，頁203。

<sup>94</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁204。

<sup>95</sup>參李惠宗，憲法要義，2006年第三版，頁501-502。

<sup>96</sup>參李惠宗，論修憲複決程序與修憲內容之評議，台灣本土法學雜誌，頁256

<sup>97</sup>參李惠宗，論修憲複決程序與修憲內容之評議，台灣本土法學雜誌，頁257-258

<sup>98</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁205。

<sup>99</sup>參李惠宗，憲法要義，2006年第三版，頁503。

與政黨保持較密切關係。

(3) 不利小黨

單一選區兩票制中的單一選區，因為選區小，每區只選一名，小黨參選人的支持者基於廢票心理<sup>100</sup>，可能會轉投他黨，因此較不利小黨的發展。

(4) 防阻賄選

單一選區的選舉制，候選人通常要過半的票數才能當選，且每區只產生一名，賄選成本增加，理論上會有防阻賄選的效果。

三、我國採單一選區兩票制後立委選舉結果<sup>101</sup>

政黨票

行政區別	政黨總得票數	公民黨		制憲聯盟		台灣團結聯盟		第三社會黨		民主進步黨		新黨	
		得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率
總計	9780573	48192	.4927	30315	.31	344887	3.5262	45594	.4662	3610106	36.911	386660	3.9533

綠黨		台灣農民黨		無黨團結聯盟		中國國民黨		紅黨		客家黨	
得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率	得票數	得票率
58473	.5978	57144	.5843	68527	.7006	5010801	51.2322	77870	.7962	42004	.4295

開票結果，只有民主進步黨 中國國名黨達到 5% 的政黨票門檻，分別為 36.911% 51.2322% 反觀第三和第四名得票率皆僅有三點多，本文認為由於單一選區中分區立委選票已經只有一個席次，小黨本來就難以生存，故有政黨比例代表制以使小黨有發展的機會，但是門檻限制在 5% 就我國而言可能太過嚴苛，因為我國政黨數雖多，但是主要分成兩大黨，一是中國國民黨、一是民主進步黨，其他黨的支持率和知名度本來就低，如果限制在百分之五的門檻，可能根本沒有其他黨進的去國會議席。單一選區兩票制的選舉制度中的政黨比例代表制本是為了爭取多方政黨和不同意見的參與，既然不分區議席和區域立委的比是 79：34 大約二比一，而並非德國一比一，也不是日本的 3：2 且德國和日本不分區議員席次都在二百以上，我國才三十四席，德日因為不分區議員席次多，若不限制門檻，的確會造成許多小黨林立，但是我國比例約是二比一，且才三十四席。故不分區政黨席次分給較小黨派當選人數也只有極少席位，當然門檻的限制是

<sup>100</sup>所謂廢票心理，係指該選民考慮到選舉制度的原因，而對於自己原先支持的政黨候選人，認為不期不會當選，故選擇制度上較易當選的候選人。

<sup>101</sup>參各政黨在各直轄市縣市得票情形（政黨票），中央選舉委員會，2008 年 1 月 15 日

立法裁量範圍，但不必盲目學習德國，應要考慮我國國情和政治情況。

## 伍、單一選區兩票制與政黨機會平等

### 一、政黨機會平等原則

政黨機會平等就是要保障政黨在每次選舉上，皆有機會在統治的多數與反對的少數之間的地位加以改變，亦即要保障少數黨有變成多數黨的可能性。政黨機會平等不但是客觀法規範，亦是主觀公權力。亦即如果國家制度對政黨機會平等造成損害，各該政黨即可透過訴訟程序請求救濟。政黨機會平等權是一防禦權，基於此要求，各政黨可以要求國家保持中立，不得以公權力介入個政黨的競爭體制<sup>102</sup>。

但政黨機會平等與有效率的政府及政黨政治的形成有互動緊張的關係，注重政黨機會平等，小黨固然獲得保障，但對國會的決策能力與效率，皆受到妨礙，相反地注重決策能力與議事效率，則小黨似無生存空間，而為何形成多黨林立或是多數黨國會兩種不同的情形，原因在於不同的選舉制度，如上所述，多數選舉制易形成多數黨國會，比例代表制則易形成小黨林立之情況，所以要如何抉擇和取捨，基本上交由立法依公平合理的要素決定<sup>103</sup>。

### 二、單一選區兩票制和政黨機會平等原則

我國現行之單一選區兩票制具有促進政黨集中效應，特別是透過政黨固定名單的提出，具有黨紀約束的作用，候選人必須與黨親密合作，防止了脫黨參選的可能性，故單一選區兩票制應具有促進政黨政治的效果，且在兼採比例代表制，亦不致於忽略政黨機會平等。

如果從政黨機會平等角度來看，單一選區兩票制確實較可使小黨獲得較佳的生活空間，易不致於過度注重政黨平等，而使國會機能喪失，應屬較符合民主代表和統治功能的制度<sup>104</sup>。

但是就我國此次採取單一選區兩票制的立委選舉觀之，除了原住民保障民額，區域立委幾乎都由民進黨、國民黨兩大黨拿下，無黨籍立委拿下三席，這並不意外。但是不分區立委的席次採用政黨比例代表制，原本是為了保護小黨而採用，但又為了避免小黨林立，造成國會機能喪失，故設定5%的門檻。但是觀我國選情而言，支持小黨的政黨票比例由參選獲票第三第四高的黨都僅約是3%，門檻雖是為了防止小黨林立，但是百分之五的限制似乎過高，造成小黨進入國會的障礙，導致小黨幾乎難以進入國會。

<sup>102</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁190。

<sup>103</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁192。

<sup>104</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁211。



## 陸、單一選區兩票制選區劃分

### 一、選區劃分法定主義

選區劃分事項本質上有關政黨選舉是否平等的問題，此種事項，依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條第二款規定，應皆以法律規定之。應由法律規定，即所謂選區劃分法定主義<sup>105</sup>。

### 二、單一選區兩票制的選區劃分

選區的劃分，與政黨機會平等及選民平等選舉權有極密切的關係，應屬國會保留事項，不得授權行政機關為之<sup>106</sup>。但選罷法第二十四條規定由中選會分之，似乎有違法律保留原則。單一選區的部份最大的困難就是選區的劃分，如果僅以行政區為劃分，則會產生選票價值不平等的問題。

我國 2008 年的立委選舉選區劃分大多數單一選區當選的立委票多是介在六萬到七萬票之間或以上，人數多一點的區域就是八萬到九萬票，更多的就十萬，但是反觀離島地區澎湖只需 19584 票、金門縣 9912 票、連江縣 2182 票<sup>107</sup>，人口多的地區和人口少的地區當選票數不同，但都同樣產生一名代表，選票價值的不同等性頗為明顯，但是可否認定違反選舉平等，仍有探討餘地<sup>108</sup>。

日本之最高裁判所亦有案例。例如：日本昭和四十七年（一九七二年）之眾議員選舉，兵庫五區選出一名眾議員之得票數竟為千葉一區選出之一名眾議員得票數的五倍，兩地選票價值相差達五倍，最高裁判所於昭和五十一年判決議員定數分配選舉規定違憲<sup>109</sup>。

關於議員定數之問題，日本學界亦引起廣大討論，一般公認以學者蘆部信喜之學說為通說：「當選出一個議員，所佔人口平均數之最高人口選區與最低人口選區之間，一票的份量產生二比一之隔差時，應解為已經違反投票價值平等之要求，方為妥當。蓋因在沒有特別合理的根據下，一票的份量在不同選區間產生兩倍以上的差距，是會破壞平等選舉的本質。」日本學界多數說即是以相差兩倍為選票不等值合憲之底線<sup>110</sup>。

另外劃分選區時應考慮各地區政黨支持度同質性的問題，否則不顧民意任意劃分，可能會扭曲民意，使該地區本不想要的立委因為區域合併而造成當選，對參選的政黨候選人亦不公平。

<sup>105</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁208-209。

<sup>106</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁208。

<sup>107</sup>參第七屆立法委員選舉當選名單，中央選舉委員會，2008年1月21日。

<sup>108</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004年五月，頁209。

<sup>109</sup>參張喻閔，選票不等值 美日違憲處理，自由電子報，2006年5月。

<sup>110</sup>參張喻閔，選票不等值 美日違憲處理，自由電子報，2006年5月。

我國在台灣本島區域立委的區域分配，各區域人口數雖沒有完全相近，但是在區域的劃分上並不能僅考慮到人數的平均，同時也必須也要考慮到各地區的差異性與對各政黨的支持度，如果為求人數平均而任意加以整併選區則反而會扭曲民意，對各政黨候選人亦不公平，故就兼顧人數平均和各地區的差異性，選區的劃分已經算時十分合乎票價等值的要求。但是離島部分和台灣本島部分當選選票差距實在太大，不得不讓人有選票價值不平等的疑慮。

### 柒、結語

我國自 2008 年立委選舉採取單一選區兩票制後，加上立委席次減半，國會中黨派數量減少，但是立委的素質似乎並未改善，蓋立委的素質是否良好與選舉制度的改變和人數減半沒有直接必然的關係，尚伴隨社會文化與其他非制度性方面的問題<sup>111</sup>，我國改單記不可讓渡投票制為單一選區兩票制原是為了改善立委的素質，但我國的國會一直以來存在著故意製造政黨難題、問政水準差、立委問政缺乏專業性、無故缺席不開會、暴力事件，這些都不是選舉制度的改變可以根本解決的問題。

但是無疑的是改單記不可讓渡投票為單一選區兩票制後，對選民的投票所表現出的民意更加保護等，更加真實。對政黨而言，此制度可使政黨獲得較佳的生存空間，又不致於過度重視政黨平等，和以前的選舉制度相較，台灣的選舉制度已前進了一大步。

---

<sup>111</sup>參李惠宗，從政黨平等原則論單一選區兩票制，法治與現代行政法—法治斌教授追悼論文集，2004 年五月，頁 211。

## 第五案〈基因改造食品〉

### 壹、事實背景

隨著基因科技的發展，幾乎所有的「食物」都快要被「食品化」了。人類仰賴自然界所生產的食物，但基於經濟利益及儲存的必要，許多食物特別經過工業化的處理，變成食品。經過工業化處理的「食品」，基本上對人體會產生較大的危害，特別是基因改造食品已經在食物的源頭上，透過生物科技將之改造，經此生產的「食物」，是否還是上帝原來所創造的「食物」，非無商榷餘地。

本主題主要係從國家對人民健康權的保護義務，探討國家對基因改造食品的管制權限。

### 貳、憲法爭點

#### 一、國家對基因改造食品的管制權限

##### (一)什麼是基因改造食品？

基因科技是在生物科技中，有關遺傳物質改造之程序環節。而其中「基因改造生物」(Genetically Modified Organism, 簡稱 GMO)應用廣泛，不僅在經濟上帶來極大利益，目前於自然環境、社會倫理、法律、健康等多方面亦有深遠之影響。

GMO改造之方式係藉由基因轉殖技術，將外來的去氧核糖核酸(DNA)殖入生物的遺傳物質中，改變生物的本質遺傳性狀，而培育出新生物體<sup>112</sup>。此種改造技術不同於傳統培育之處，即是**GMO可將物種雖隔閡者交叉培育，或是以單一或少數基因轉移來替代整個基因組**，而目的係造成新物種之特性能符合人類需求。例如第一代GMO是以產量增加為目標，科學家首先動腦筋創造「抗害蟲作物」，將蘇力菌(BT)的基因殖入植物遺傳基因中，當昆蟲吸納此種蛋白質時，BT會產生對昆蟲有毒的蛋白質，因此降低作物之損失以提升產量。<sup>113</sup>

GMO目前在食品方面應用頗深，基因改造食品(Genetically Modified Foods, 簡稱 GMF)即是運用基因轉殖技術所生產的基因改造生物體，使用製造於食品上，例如現今常見的基改食品有玉米或豆類食品。大致了解基因改造食品後，以下先就歐盟與美國看待基改食品問題，雙方採取不同之態度，討論其引發之爭議。

##### (二)基改食品之規範—歐美大不同

國家對於基改食品之規範，主要可分為**開放政策與管制政策**兩種不同立場。其中美國是以開放政策為其規範方式，對基改食品以肯定面為前提，上市規範門檻採較低標準；反之，歐盟是採管制政策，對基改食品仍持保留態度，因此制定嚴格謹慎之食品安全規範加以審核。

<sup>112</sup> 參見基因改造食品之管理，立法院專案報告，2000年10月23日。

<sup>113</sup> 洪德欽，歐盟基因改造食品延宕核准審查之爭端，中華國際法與超國界法評論1卷2期，第409頁。

美國對基因改造食品是採「實質等同原則」為基礎，亦即將傳統食品與基改食品比較，兩者通過審核，認為基改食品的組成或營養沒有顯著改變以及在沒有安全顧慮的情況下，即可視為傳統產品，不需另行標示；但如果基改食品在分子、成分與營養等數據，與原來之食品不同，即必須標示。<sup>114</sup>其係採非強制標示制度，業界亦可自願為基因改造食品加上標示。

歐盟則係採取「預防性原則」，需依個案討論，並經過一連串核准程序。申請人須先經過風險評估後，若食品存有潛在風險，國家有權採取限制其進口之相關措施；另外，基改食品對於社經考量與人文關懷方面，有重大直接衝擊，須有深層考慮；最後食品核准後，除了需標示明確該產品內含基改成分外，亦建有「追溯機制」，以作為後續監督之手段。<sup>115</sup>由此可見歐盟謹慎評估的策略，對於此項基因科技仍有很多疑慮。

基改食品安全性問題，需要較長時間之科學評估。然而，在科學證據不充分且不明確的情況下，國家得否採取相關措施？這些措施管理的程度以及手段又應如何，才不致過當影響生物科技之發展，或者過度寬鬆侵害消費者利益？台灣受世界潮流之影響，對此議題急需相應之方法，以下就蒐集之資料討論之。

### (三)台灣對基改食品的管制權限

食品管制是國家對於人民身體健康維護的政策之一，以管理或監督之方式，從食品的來源、製造方式、工廠衛生，甚至包裝和保存都需要符合衛生署相關規定。為了不讓有問題之食品流於市場，國家行政機關應該建立一套食品安全的風險管理系統。<sup>116</sup>若違反此系統所建立之社會秩序，學說上認為應採行政罰或刑罰之規定，姑且不論行政不法與刑事不法的區別界線，本文僅討論行政法之規範。

#### 1. 「基因改造科技法」草案—以政府機關觀點

基因改造之企業或科技單位，其內部均需設置生物安全委員會，進行基改食品安全的首要把關。此內部安全管理應依照衛生署所訂的風險分級及安全控管機制。「田間試驗」、基改產品的輸出入皆須通過許可才可進行活動；研究單位或企業在研究製作過程中，應向衛生署回報所有相關資訊及制定基因改造之政策計畫，以使得主管機關得在危害發生前實施必要措施。如企業或科技單位違反相關法令，主管機關可依情節輕重，處以新台幣5萬至200萬元以下的罰鍰。

對於基改食品上市前，需經過安全評估，確保人民健康不受侵害，衛生署參考歐美日等先進國家，並斟酌台灣不同國情訂定了「基因改造食品安全性評估方法」<sup>117</sup>，衛生署在執行查驗登記作業時，應依據該評估方法辦理。關於基因改造食品申請查驗登記作業之流程如下<sup>118</sup>：

- (1) 向衛生署提出申請：業者提出基因改造食品申請資料並繳費(新台幣拾萬元/現金或支票)；

<sup>114</sup> 洪德欽，同註2，第413頁。

<sup>115</sup> 洪德欽，同註2，第413-415頁。

<sup>116</sup> 侯勝茂，健康台灣——貫徹食品衛生管理，衛生報導，123期，94年9月，第3頁。

<sup>117</sup> 基因改造食品安全性評估方法，行政院衛生署食品資訊網，2008年8月20日修正公佈。

<sup>118</sup> 基因改造食品申請查驗登記作業流程，行政院衛生署食品資訊網。

- (2) 通知業者送樣：衛生署發文通知申請業者送樣；
- (3) 通知藥檢局檢驗：衛生署發文通知藥檢局準備檢驗並附「藥檢局受理檢驗項目及收費對照表」；
- (4) 樣品送至藥檢局：業者檢附衛生署通知函、參考樣品(封籤)及檢驗方法至藥檢局並繳費(新台幣陸萬肆仟元/現金或支票)；
- (5) 送請委員會審查：衛生署將申請資料送請委員會依據「基因改造食品安全評估方法」進行審查，並召開審議會會議；
- (6) 向衛生署送交審查報告：委員會完成食品安全評估審查報告並送交衛生署；
- (7) 向衛生署送交檢驗結果：藥檢局完成鑑別檢驗後函知衛生署；
- (8) 通知業者審查結果：衛生署將審查結果函知申請業者。

## 2. 基因改造食品管制方法的瑕疵—以生物科技觀點

由於我國政府對於基改食品之態度是偏向於歐盟—認為基改食品仍有相當風險性，所以制定之法規，主觀面係認為基改食品危害人身健康機率較大。以下係採相反面思考—以生物科技觀點為考量。

科學家認為食用安全評估應以**產品本身食用安全為準**，非以產品製作過程為主，認為此安全評估缺乏科學有效性；並且提出傳統育種之方式，亦有可能隱含更高的食用安全風險，但卻對其安全審核標準較低；對於此法規制定，科學家認為**過度要求絕對安全**，風險本身是相對而非絕對，包括非基因改造食品或食物，科學亦無法在每個人身體狀況或環境不同的情況下，絕對證明其對每一個人皆無害，但此法規僅針對基因改造食品，不無有過度管制以及違反平等原則之可能<sup>119</sup>。

### (四)小結

基因改造食品在目前台灣甚或全球消費市場，雖仍受許多質疑，但此種情況的產生，與政府如何管制或新聞宣傳有關。一般消費者在不了解基因改造食品為何的情形下，不僅不知道基改食品的優點、缺點何在，更遑論要從基改食品包裝上之標示判斷風險性高低。因此，國家讓基改食品上市前，安全評估的過程是必要的，個人認為比較人民身體健康和生物科技發展或業者利益，人民身體健康無疑是國家維護之基礎，沒有人民健康如何發展生物科技。國家在安全評估之手段和程度上，應以嚴謹之方式嚴格把關。

## 二、 危險與風險的管理

### (一)危險與風險之概念

危險與風險之概念，簡單而言「**危險**」係具有可得確定之原因，其將造成未來法益之侵害，因有明顯之預知性質，國家必須對此問題出面管制，其損害由**國家擔保**；「**風險**」則係對法益之侵害可能來自於多種原因交錯而成，無法確知一個行為是否會造成損害，此時國家無管制之義務，亦即可管可不管，風險由人民

<sup>119</sup> 余祁暉，全球基因改造產品管理法治的七大迷思，台灣經濟研究院生物科技產業研究中心。

各自承擔<sup>120</sup>。因為「基因改造食品」有關科學方面之問題，需長時間之技術，才能證明其是否對於社會有侵害發生，目前政府將其視為風險處理之。

### (二)行政管制的切入點

國家對於面臨的問題，應如何判斷以危險或風險之態度處理，除了需要相關數據作為探討之基礎外，應多方面討論將造成社會多大影響。

回到基因改造食品之問題，以食品科學方面探討，基改食品有類似蝴蝶效應之情形發生。當科學家將動物基因殖入植物基因，則素食者得否食用此新產品？帶有豬的轉殖基因之羊肉或牛肉，回教徒得否食用？雖僅是轉殖小小基因，卻造成日後，社會上道德倫理規範的衝擊或自然界生物鏈之破壞。

在了解基改食品造成的爭議後，國家若判定其對於社會造成之損害仍不確定而不加以管制，有極大非難空間。因此，我國雖將其視為風險處理，但亦制定法規以規範之。其行政管制的切入點，係以安全評估系統為首要機制，再將其相關基改食品資訊強制標示於包裝上，消費者再次自行選擇。

### (三)即時強制

當國家將其視為風險管理，但難免有例外案例發生。若危險確實發生，例如美國菠菜遭大腸桿菌污染，流入台灣市場的案件<sup>121</sup>，依照行政執行法第36條第1項，衛生局應以**避免急迫危險**之理由，實施即時強制，命業者不得進口該有毒產品且不得上架，並派員稽查市場情形，全面強制執行。

### (四)小結

雖科學現今還未能評估基改食品是否絕對安全，因此不得將其以危險問題處理之。個人認為應以歐盟之評估方式——「**預防性原則**」，雖然對科技有過度管制之疑，但政府應以此原則為前提，在衡量科技與安全之問題。以風險管制方式，政府除前文提及之安全控管機制外，不僅要考慮多方面問題，且須做到對全體人民利益最大，傷害最小之方式；當其他例外危險發生也要有相對應之法則。我國目前法制，對此議題仍有相當多可討論之處，就連世界各國對基改食品也有不同看法。

## 參、 憲法上相關理論的闡釋

### 一、 國家保護義務理論

#### (一)國家保護義務理論之發展

18世紀以國家存在目的為何，作為其是否干預過度的界線準則；到了19世紀，「自由法治國理論」興起，國家之權限被限縮，認為只有在維護安全秩序，特別是以保護人民的自由及財產安全為目的時，才得進行干預，亦即極大化人民自由之情況；然而，現在學說已不採當初理論，反之，國家應適應時代變遷之需

<sup>120</sup> 王希平，基因改造食品管理之相關法律問題研究：基因改造食品之管理基礎與原則，台灣法律網。

<sup>121</sup> 參見大紀元時報，「**中科有毒菠菜，興農店下架**」新聞，2006年9月18日報導。

求，並考量到世界觀、多數人的政策意見，以及具體的歷史發展，從促進公共利益之基本目的出發。此外，因科技發展快速，導致環境變遷，人民健康受到威脅，國家之安全義務提升，從干預行為需取得正當性的角度，變成了國家應積極擔保人民的安全生活。<sup>122</sup> 以下就此理論討論基改食品，國家與保障人民基本權之關係。

## (二) 國家與保障人民基本權之關係

現代社會漸趨高科技以及專業化，許多可信度及資訊是人民無法掌握的，對於侵害生命、健康與財產之風險提升，人民之安全產生不確定性，有賴國家執行政策，此理由說明了國家干預風險事務之正當性基礎。<sup>123</sup> 因此，基於國家保護義務，政府有將關於基因改造之事實資訊，向公眾說明之必要。在無法證明絕對安全的情況下，先使人民清楚了解資訊，然後自由選擇以各自擔保風險，藉以保障人民生存權或財產權。<sup>124</sup>

## 二、 裁量權限縮理論

### (一) 以大法官釋字第 469 號解釋說明

大法官釋字第 469 號解釋闡釋，最高法院之判例以裁量限縮之理由，限縮人民公法上之請求權，使其不得請求國家賠償損害，是一違憲判例。第 469 號理由書說明：「在法律規範之前提下，行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施，以增進國民生活之安全保障。」此號解釋是以法律已制定為前提，而人民請求國賠時，政府除了有推行公共事務之權限，應以保護人民生命、身體及財產等法益為目的，否則有違憲法保障人民權利之意旨。

### (二) 基因改造食品行政裁量界線

基因改造食品係一種新科技所帶來的風險。前以述及，基於國家保護義務，政府採取干預或管制措施，是否有其正當性，仍有討論空間。但若以反向思考，國家若經人民請求，仍以裁量權為理由，不積極制訂法令，導致人民生命財產受損，有違禁止保護不足之憲法精神。因此，在法令無明文規定政府應主動提供資訊之情形下，經人民請求，行政即有裁量空間。<sup>125</sup> 我國衛生署現係以「基因改造食品標示辦法」對業者實施制衡措施，先從負面標示做起，亦即業者可自願在食品包裝外標示無基因改造成分；之後，2003 年又推行強制標示，雖然僅規範到黃豆、玉米等之加工食品，但可見政府之行政政策之更新。

## 肆、 活動方式

提示相關新聞照片或影片，使同學瞭解案情，並進一步分組討論相關問題。

## 伍、 延伸問題

### 一、 國家的環境保護義務

<sup>122</sup> 郭淑珍，科技領域的風險決策之研究——以德國法為中心，台大法研所碩士論文，1998 年 6 月，頁 66~67。

<sup>123</sup> 王希平，同註 9。

<sup>124</sup> 李震山，論行政提供資訊——以基因改造食品之資訊為例，月旦法學雜誌第 69 期，第 21 頁。

<sup>125</sup> 李震山，同註 13。

前文論及有關人民身體健康及財產須受到保護，然而，受基因改造科技影響的不只這些，整個大自然的環境更是面臨前所未有的挑戰。可分為正面以及負面影響。正面影響不外乎是基因改造使作物增強抵抗力，可減少農藥、殺蟲劑和化學肥料的使用量；負面則有降低生物多樣性、加速害蟲演化以及食物鏈被破壞。面對環境受到的改變，國家對環境有無保護義務，係有關「環境權」之議題。

「環境權」係指對自然生態及生活週遭環境國家應保持可享有利益之情形。思考此一新興基本權之定位，李震山教授認為可列為半真正之未列舉權，也就是說該權利有部分被憲法包含，但未出現在憲法第二章的基本權，有賴憲法第 22 條為其補充以獲得憲法之保障。

## 二、 國家對其他危險源的管制，例如農藥、殺蟲劑、塑膠製品的管制義務

近年來全球面臨嚴重的溫室效應、沙漠化、水污染、廢棄物處理、空氣污染、臭氧層破壞、生物絕種等問題，與科技研發所造成之危險源有極大關聯。國家對於危險源的管制，不只是為了讓人民能在台灣這個美麗寶島上生活，更是為全世界人類的生存權著想。在全球皆響應綠色企業的活動時，政府的角色及行動有「參與國際環保會議」、「建立專責機構」以及「制定相關立法並監督之」。為維護人民基本權與上述環境權，國家有義務管制此些危險源。



## 第六案〈基本國策—國民年金案〉

### 一、事實背景

我國憲法中基本國策範圍包括了國防、外交、國民經濟、社會安全、教育文化及邊疆地區等。基本國策顧名思義，即國家一切政策所應遵循之基本政策。執政黨得因時制宜，在政策上善自運用，但不得因政黨的輪替更迭，而變更基本國策所訂的施政大方向。今日之全民健保、勞動基準法及相關農業政策等，均為依循基本國策下而制定。國人、弱勢團體因此能受到國家相當程度的照料。

國民年金是達成社會安全、穩定的重要機制，也是建構「社會共同體」重要的方法。我國國民年金法於民國 96 年 7 月 20 日經立法院三讀通過，同年 8 月 8 日由總統公布，其後於 97 年 7 月歷經一次修法，並經總統於同年 8 月 13 日公布修正，終於在同年 10 月 1 日正式開辦。國民年金納保對象係我國 25 歲以上，65 歲以下，未參加軍、公、教、勞、農保險之國民。國民年金的開辦，可將保障進一步推展到各個階層的人民，使其得以維持老年生活。

### 二、憲法爭點

#### 1. 基本國策的效力

中華民國憲法第十三章規定我國的基本國策。我國學者通說認為，我國基本國策之規定，仍淵源於德國的威瑪憲法 1 第二編第 109 條至 165 條之規定。有別於人民的基本權利，基本國策乃客觀的政策指示 2，人民可依憲法的規定，要求國家保障其基本權利。而基本國策則需借助其他憲政原則才能導出 3。此外，人民的基本權利皆已詳盡規範於憲法中，而基本國策，相反地，基本國策通常為概括、抽象的條款，必須再經過轉化或具體化的過程，才得以執行 4。

而基本國策的效力為何？我國及德國學界的看法均呈現兩極化：肯定說與否定說，而目前以肯定說為主流 5。該說認為基本國策具有確定規範的作用，並對國家有拘束力。國家對立法機關的拘束力是，立法者應依據基本國策的規定，將其具體化，成為法律條款，以將拘束力擴展到國家與人民。

#### 2. 行政、立法不作為違憲乎？

憲法賦予立法機關“立法”，而賦予行政機關依法行政的權力與功能，若此二者未達到憲法所要求的條件，是否可稱為違憲？我國學界通說

認為，憲法第 153 與 155 條，對立法者有拘束力，立法者的不作為，可能構成違憲的立法怠惰，但尚無法推導出人民對國家的請求權<sup>6</sup>。因此，基本國策雖列出國家應保障的人民權利，例如社會保險，然，即使國家不推行，是否因此而違憲，目前人民所能採取的方式，應該是聲請大法官釋憲。

### 3. 憲法第 155 條之實踐

中華民國憲法第 155 條規定：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。」依據本條文，我國目前制定了全民健康保險法及國民年金法。全民健保顧名思義，就是每一位國民都應該要參加的保險，而國民年金則是針對沒有其他社會保險（例如勞保）的國民而設。不管是健保或國民年金，對於身心障礙的國民，國家仍全額或部分給予補助。在基本國策的實踐上，我國目前的措施是完善的。

## 三、我國與其他國家之制度比較

### 1. 社會保險制度與國民年金在台灣

我國的國民年金主要可分為下列三種：

- (1)「老年年金給付」：在國民年金開辦時，未滿 65 歲，而參加過國民年金並繳費的被保險人，在滿 65 歲時，可以請領的年金給付。（國民年金法第 30 條）
- (2)「老年基本保證年金」：國家將原有的敬老津貼併入國民年金法，而在國民年金開辦時，已經年滿 65 歲並符合原來領敬老津貼資格的人，改以國民年金的名義領取老年基本保證年金。（國民年金法第 31 條）
- (3)「原住民給付」：年齡在 55~64 歲之間的原住民可請領的給付，以銜接國民年金開辦前就有的原住民敬老津貼。（國民年金法第 53 條）

除了上述種類，我國國民年金制度中尚有身心障礙年金給付，喪葬給付及遺屬年金給付。我國國民年金的被保險人資格是以 65 歲為界限。依國民年金法第七條的規定，未滿 65 歲的國民，已年滿 25 歲且未領取相關社會保險老年給付，本法施行前除勞工保險老年給付外，未領取其他相關社會保險老年給付，以及本法施行後 15 年內，其領取勞工保險老年給付之年資未達 15 年，且未領取其他相關社會保險老年給付之人，應參加國民年金保險。

然而，在未依規定繳納保費的處罰方面，筆者在此提出個人意見。首先，即使政府有美意要保障國民未來的老年生活，對於所謂的”滯納

金”，應該再詳加研議。根據第 50 條第二項但書，”無謀生能力者，不在此限”的這個說法，應該採取擴大解釋，將“失業”也列入考量。根據行政院主計處最新發布的資料，今年(98)二月的失業率達 5.75%，創民國 67 年來的新高，相信許多失業人民，並非無謀生能力，而是心有餘而力不足。對於失業而無法繳納保費的人民，政府應該要有相關配套措施。該法第 15 條第一項中所提及的申請分期或延期繳納，相關施行辦法之內容應明確可理解，並應由政府強力宣導。此外，對該條第二項的配偶連帶繳費責任，筆者個人認為，即使民法第 1116 條之一規定夫妻互負扶養之義務，然而，對於目前社會中的”怨偶”越來越多，要分居中的一方替另一方付保險費，違反”不當聯結禁止原則”，規定是否合理，是否有其實質正當性<sup>7</sup>，值得深思。

## 2. 加拿大社會保險制度與國民年金簡介

位於北半球的加拿大是有名的“社會福利”國家。其社會保險制度健全，規劃完善而且種類繁多，難怪在 1997 年前後湧進大批新移民，大部分來自香港及台灣，許多移民者戲稱加拿大為“最適合退休養老的國家”，真是一點也不為過。

加拿大的退休收入系統(the Retirement income system)可分為三個層級：老年安全計畫 (Old Age Security Program, OAS, 1952)，加拿大年金計畫 (the Canada Pension Plan, CPP, 1966) 以及私人年金與存款 (private pensions and savings)。

首先我們來談 OAS。老年安全年金法 (the Old Age Security Act) 於 1952 年開始實施，當中包含了老年年金(OAS pension)，收入保證金(the Guaranteed income supplement)，以及老年津貼與遺屬津貼(the Allowance and the Allowance for the survivor)。該法歷經多次修正後，制度日臻完善，

例如 1965 年將請領年齡自 70 歲下降至 65 歲，1967 年納入收入保證金，1975 年配偶津貼，1977 年部份年金發放(partial pension based on years of residence in Canada)，1995 年的“溯及既往一年津貼”(maximum of one year of retroactive benefits) 以及 2000 年將津貼及繳費義務擴展到同性戀伴侶(same-sex common-law partners)。同時，年金的發放將隨著消費者物價指數 (Consumer Price Index) 作調整，以反應生活開銷的增加，每年一月，四月，七月及十月各作一次調整。OAS 的經費來源

主要是稅收，由政府負擔。如此徹底完整的制度，真的是羨煞許多外國人。

在請領的資格方面，主要的要件有二：年齡，以及居住在加拿大的總時間，分為兩個類別：現居加拿大及非現居加拿大的人民，請見下表一。

表一：老年年金請領資格

種類	可請領年齡	公民資格	居住年限	申請方式
現居加拿大	65 歲以上	現居加拿大的公民，或是在年金申請批准時，擁有合法居留權	在年滿 18 歲後，住在加拿大的總時間至少 10 年	並非自動生效，而是要由請領人於年滿 65 歲的前半年，親自提出申請
非現居加拿大	65 歲以上	非現居加拿大的公民，或是在離開加拿大時，擁有合法居留權	在年滿 18 歲後，住在加拿大的總時間至少 20 年	同上

此外，老年年金的計算也分為兩種：全額及部份領取，也是以年齡及居住年限來計算。年金總額將分為 40 等份，視請領人的資格而定，請見下表二。

表二：老年年金領取金額計算

全額年金		部份年金
種類 1 計算	種類 2 計算	計算
在年滿 18 歲之後，在加拿大居住至少 40 年。	在 1977 年 7 月 1 日之時，必須同時滿足以下三要件： <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 已年滿 25 歲。</li> <li>2. 居住在加拿大，或在年滿 18 歲之後曾居住在加拿大，或持有有效加拿大移民簽證。</li> <li>3. 在年金申請批准前，居住在加拿大至少 10 年。</li> </ol> 在前開條件的 10 年間，若因曾離開加拿大而致居住時間未滿 10 年，只要符合以下二個條件，仍可請領全額年金： <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 在申請批准日起算的前一年內，居住</li> </ol>	若無法滿足全額年金的要件，仍可依比例領取年金。

	<p>在加拿大。</p> <p>2. 在年滿 18 歲後，於上述的 10 年時間內，居住在加拿大的時間必須是離開加拿大的時間的三倍以上。</p>	
--	--	--

除了老年年金，只要符合政府相關規定，政府也提供收入保證金給老年低收入戶，請領人可同時領取老年年金及收入保證金。另外，年齡於 60 至 64 歲的老年低收入戶可以請領老年津貼，若請領人不幸過世，其遺屬也可以領取遺屬津貼。

另一種是加拿大年金計畫 (CPP)，而居住在魁北克的居民則適用魁北克年金計畫 (Quebec Pension Plan, QPP)。這是一個“貢獻計畫”(contributory plan)，內容包括退休年金 (the retirement pension)，身心障礙救助金 (disability benefits)，遺屬救助金 (survivor benefits)，以及 18-25 歲的學生救助金 (Children's benefits for students 18 to 25)。本計畫經費並非來自稅收，而是由貢獻人 (contributors) 及其雇主各負擔一半費用，而自雇者 (self-employed workers) 則獨自負擔全額。費用是以工作收入為計算，不納入其他收入 (例如投資收益)，自雇者則以公司淨利作計算。

除了極少數例外，每一位年滿 18 歲，每年收入超過 \$3,500 加幣的加拿大人皆須加入 CPP。同樣的，CPP 不會自動生效，而是要由貢獻人提出申請。一般來說，建議在年滿 65 歲的前半年提出申請。CPP 退休年金將隨著消費者物價指數，每年修正一次。發放的方式則是每月一次，一般來說是在貢獻人年滿 65 歲的次月開始給付，於每個月倒數第三個銀行工作日，由政府直接將款項轉帳到貢獻人的銀行帳戶。在 2007 年 10 月，平均退休年金為 \$481.46 加幣。提前於 60 至 64 歲申請退休年金的貢獻人，每提早一個月請領，金額將減少 0.5%。例如，若自 60 歲開始請領，則金額將較 65 歲開始請領，減少 30% (0.5% X 12 個月 X 5 年)。相反的，若貢獻者遲至 70 歲才開始領取，則會比 65 歲開始領取，金額增加 30%。

表三：CPP 請領資格

	適用對象及內容 (1)	適用對象及內容 (2)
退休金	年滿 65 歲的貢獻人，每月領取退休年金	60 至 64 歲的貢獻人，符合政府規定的收入條件 在此年齡範圍的貢獻人，欲請領退休年金，必須符合以下二者之一：

		<p>1. 停止工作：在退休年金開始發放的前一個月底，及首次發放當月必須停止工作，例如，若貢獻人希望自四月開始領取，則需自三月底開始停止工作，並於四月一整個月都不能工作。</p> <p>2. 收入必須低於特定金額：在開始發放的前一個月及首次發放當月，貢獻人人的每月收入必須低於退休年金每月最高發放金額（2008 年為加幣\$884.58）</p> <p>附註：開始領取後，貢獻人可恢復工作而不影響其退休年金領取。然而，往後的收入皆無法再納入 CPP。。</p>
身心障礙救助金	可保障身心障礙貢獻人及其年幼子女(dependent children)	<p>若貢獻者符合以下二種情形，可申請身心障礙救助金來取代退休年金：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 未滿 65 歲之前，成為身心障礙者</li> <li>2. 在開始領取退休年金之前</li> </ol>
遺屬救助金	包括死亡救助金，遺屬年金及子女救助金	<p>若貢獻者死亡，且尚未申請退休年金，CPP 將不發放退休年金，除非貢獻者已年滿 70 歲（可回溯 12 個月的年金），其配偶或同居伴侶可申請遺屬救助金。</p>

## 五、 結語

其實，姑且不論憲法中對基本國策的規定為何，國家都有義務發展社會福利制度。隨著高齡化社會的來臨，政府所需面對的問題就是老人的照護與安養問題。由於出生率下降及壽命延長，老人扶養的問題越來越嚴重，需扶養的老人會越來越多，而可以扶養他們的年輕人卻不見增加，再加上失業率升高，年輕人的扶養能力及意願必定下降。因此，完善的社會福利制度是人民迫切需要的。我國已有勞保、農保、軍保及公教人員保險等社會保險，又已實施全民健保多年，再加上國民年金制度，不僅可以可藉由年輕時的強迫儲蓄來保障國民的老年生活，更不會因此而拖垮政府的財政。

## 六、 參考文獻

### (一)月旦法學教室

1. 許育典，社會國，12 期，頁 38-43
2. 詹鎮榮，憲法基本原則：第五講—社會國原則起源、內涵及規範效力

，41期，頁32-41

3. 詹鎮榮，憲法基本原則：第六講—社會國原則—  
—責任主體、類型及界限，42期，頁45-55
4. 孫迺翊，恩給性社會給付沒保障？—  
—憲法與行政法角度的分析，52期，頁79-88

## (二)月旦法學雜誌

1. 周志宏，第十單元：社會權—總論、教育權，48期，頁127-135
2. 張嘉尹，憲法、憲法變遷與憲法釋義學  
—對「部門憲法論述」的方法論考察，112期，頁150-169

## (四)國立臺灣大學法學論叢

黃銘傑，中小企業保護與競爭政策 — 憲法增修「中小企業保障條款」的問題提起，27卷3期，頁47-78

## (五)憲政時代

1. 劉賢年，我國憲法關於基本國策之規定，6卷1期
2. 林明昕，原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？  
，29卷3期，頁343-348

## (六)律師雜誌

許慶雄，勞工權利與憲法，219期，頁13-21

## (七)成大法學

許育典，人的自我實現作為原住民教育基本權的核心建構  
—21世紀原住民族教育的法制展望藍圖，3期，頁25-61

## (八)大法官會議解釋

釋字第560、580號解釋

## (九)論著

1. 國家與法律，蔡墩銘，第六十五章：基本國策，2002年9月
2. 現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，林明鏘，  
論基本國策——以環境基本國策為中心，1997年3月
3. 公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，陳愛娥等，元照出版  
公司，2004年10月
4. 行政法要義，李惠宗，元照出版有限公司，2008年9月。

## (十)網路資料

1. 國民年金制度之比較，謝明瑞，財團法人國家政策研究基金會，國  
政研究報告，2004年2月。
2. 行政院勞工委員會網站 <http://www.bli.gov.tw>
3. 加拿大人力資源與技術發展部(Human Resources and Skills  
Development Canada)網站 <http://www.hrsdc.gc.ca>  
加拿大服務局(Service Canada)網站 (有關勞工保險及退休金服務)  
<http://www.servicecanada.gc.ca>

## 第七案 憲法案例 <新聞事件分析—斷臂司機禁考大車駕照案>

### 壹、事件背景

一、請學生先閱讀下列新聞：

禁考大車駕照 斷臂司機不平<sup>126</sup> 日期:2008-12-03 03:04:46

【大紀元 12 月 3 日訊】〔自由時報記者李立法／屏東報導〕「我只有一隻手，自力更生不求人，但政府卻剝奪我的工作權！」

斷臂司機李朝和駕駛大貨車 10 多年不曾有過肇事紀錄，也擁有操作吊車執照，政府卻不准他報考大貨車駕照；另名大貨車駕駛王鎮辰在失去左手臂後，被監理站收回駕照，失業在家，2 人認為開車輔具科技日新月異，法令規章卻未與時俱進，剝奪許多遭遇工安意外的大車司機工作權，很不合理。

47 歲的李朝和 20 多年前在一場工安意外中失去左臂，改行從事廣告看板業，因經常要垂掛看板，他學會開大貨車及操作吊車，努力走出斷臂陰影，自食其力，10 多年來開著大貨車東奔西跑，因為小心謹慎，不曾有過肇事紀錄，卻被警察攔檢取締，罰款 4 萬元，讓他心疼不已。

李朝和以優異的技術考取吊車執照，但駕駛吊車必須具備大貨車駕照，監理站卻不准他考照，業者僱用吊車司機都要求同時具備大貨車及吊車執照，他有吊車執照等同無用，他禁不起再被開一張 4 萬元的罰單，感嘆一個身障者有心振作，卻被法令奪走鬥志。

43 歲的王鎮辰原本是職業大貨車司機，因失去左手臂，在駕照定期審驗時，被監理站收回大車駕照，改為一般小客車駕駛，他原本可以開貨車靠行載貨，現在只能失業在家，家裡還有 2 個就讀國小的兒子要養，失去大車駕照對全家生計影響重大。

屏東監理站長高金木表示，根據「身心障礙者報考汽機車駕照處理要點」規定，四肢殘障程度不同，可報考的駕照類別也不同，若只是手指殘缺，可靠輔具補強，手掌拉力符合規定，還是可以報考大車駕照，但若整肢殘缺，基於公眾安全考量，就無法領有大車駕照，但仍可報考職業小客車，而且只要有一般小車駕照，就可駕駛 3 噸半的小貨車，希望能對身障者維持生計有所幫助。

---

<sup>126</sup>本文網址：<http://tw.epochtimes.com/b5/8/12/3/n2349629.htm>.



羅騰園身障協會理事長蔣月惠表示，類似李朝和及王鎮辰情況的身障者不在少數，政府應檢討法規，針對個案處理，不僅可幫助有心向上的身障人士，也能減輕政府負擔。

二、請學生參考下列新聞畫面



新 聞 畫 面 資 料 來 源 :

<http://www.ttv.com.tw/097/12/0971203/09712034597701I.htm>

三、請學生觀看新聞影片 <http://www.youtube.com/watch?v=uNFCS6--NMI>

請學生發言，蒐集並引導學生提出憲法上爭點。

## 貳、憲法爭點

上開新聞事實衍生下列憲法問題（本案例學習目標）：

- 一、憲法保障工作權之性質
- 二、國家對於工作權介入權限的依據及界限
- 三、比例原則於本案例的審查
- 四、平等原則於本案例的審查

## 參、憲法上相關理論的闡釋（請學生回憶並敘述憲法工作權保障相關內容）

### 一、憲法保障工作權之性質

工作權從「自由權」的觀點出發，係指基本權主體「以生活創造或維持之意思，在一定期間內，反覆從事之作為」之基本權。因此，「工作」包括兩個核心概念，主觀上，行為人將之作為生活關聯之活動（釋 404；釋 411）。客觀上，工作係指在一定期間內反覆之行為。故純屬興趣、嗜好或偶而為之的行為（例如都市農民），非憲法工作權所保障之範圍。工作固可營利，但並不以營利為要素，如傳教士，僧尼之行業亦可主張工作權。

工作權係人格發展權的基礎，具有「未來取向」(zukunftsgerichtet)基本權之性質<sup>127</sup>。但工作的意義並不強調一種活動必對社會有積極貢獻，憲法所保障之職業或工作自由毋寧是「社會價值中立(neutrale Sozialwertigkeit)」的<sup>128</sup>。只要活動不對社會共同體造成傷害<sup>129</sup>，即屬職業自由保障的範圍。故某一活動並非法律加以處罰，即可認為其不在職業自由所保障之範圍內，例如原則上未經許可佔用公用道路擺設流動攤販，雖為道路交通管理處罰條例所處罰，但此亦為工作權所保障。一種合乎上述意義的活動，法律加以限制或處罰，所要審查的是，該法律限制是否合乎憲法保障職業自由之意旨。在此意義下，常業竊盜、常業販毒、職業殺手因其對社會共同體必造成損害，固不得主張職業自由。但娼妓業、解夢業、占星業<sup>130</sup>、資源回收等並非不得作為一種職業<sup>131</sup>。

<sup>127</sup> 司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（七），1997/6，【礦物油儲存案】，頁 155。

<sup>128</sup> Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 26.

<sup>129</sup> BVerfGE 22, 286/289;

<sup>130</sup> BVerwGE 22, 289 ff.

<sup>131</sup> Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 26; Pieroth/Schlink, Grundrechte

綜上，以駕駛大貨車作為維持生活之憑藉，當然可以作為一種職業。

### (一)自由權之工作權性質

自由權之工作權係古典基本權之意義，係屬防止國家侵害的防禦權 (Abwehrrecht)。司法院大法官歷來所著之解釋，皆是以「防禦權」的「工作自由權」出發。釋字第510號解釋稱：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。」釋字第514號解釋亦稱：「人民營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障。」

基本權性質的工作自由權與由法律形成的工作權不同，前者不俟他人許可即可為之，如自行經營買賣，至多僅依行政管制登記即可，故屬防禦權；但後者需經主管機關許可，如採取砂石或礦物，此種工作權往往恃諸主管機關的裁量，但主管機關之裁量仍應符合法規目的，乃屬當然。

工作自由權僅具有「防禦權」的性質，僅可請求國家不得有過度的干預，人民尚無法單從工作自由權導出「立法請求權」或「增列某種專門職業技術人員考試之權請求」，例如景觀學系學生，無從要求考試院加考「景觀技師」之權利；心理系畢業之學生，無法要求將「心理治療師」列為專門職業技術人員。

### (二)社會權之工作權？

社會權基本意義係指「基於社會國理念，為使任何人皆可獲得合乎人性尊嚴之生存，而予以保障之所有權利之總稱」<sup>132</sup>，由此一概念出發，乃產生人民對國家有一定之給付請求權。此些權利包括工作給予請求權、健康權、接受教育請求權。但社會權之實現往往需要立法之形成。德國聯邦憲法法院認為，職業自由，「除教育地點選擇自由權外」，並不包括請求國家給予一定工作之請求權。換言之，職業自由基本上並無「社會權」的性質<sup>133</sup>。故職業自由既不包含有請求按自己之選擇，提供一工作職位的權利，亦不包括對曾選擇之工作職位的存在保障。

就此一問題，大法官會議似尚無解釋。我國憲法第一百五十二條規定：「人民具有工作能力者，國家應予適當之工作機會」，此一條文通說認為，僅具有方

---

Staatsrecht II, 6. Aufl., 1990, Rn. 906.

<sup>132</sup> 參許慶雄，社會權論，1992，頁 13 以下；楊政憲，社會基本權之研究，台大法研所碩士論文，1995；陳新民，論「社會基本權利」，收於氏著，憲法基本權利之基本理論（上），1991，頁 95 以下。

<sup>133</sup> Vgl. Badura, Staatsrecht, 1986, S. 67; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Vorb. Art. 1, Rn. 18.

針條款之效力，換言之，該規定只是使國家負有一定的政治義務，而非法律義務，故縱使國家有因一定作為或不作為，致人民失業，或未能正確處理失業問題，亦不生法律責任。例如，我國近來引進頗多的外籍勞工或大陸勞工，此些勞工一旦達到一定數量，必定會造成我國籍勞工的失業問題<sup>134</sup>，此時個別失業之勞工不可請求國家給予一定之工作。蓋此一方針條款尚不得直接作為工作權之依據。

## 二、國家對於工作權介入權限的依據及界限

(請學生分組討論並發表各組對本新聞事件之看法，最後由老師講評)

### (一)國家限制工作權之憲法基礎

#### 1. 一般憲法基礎

國家對工作權所形成之經濟活動的一般規制權限，應求之於國家的任務。國家之目的因時代觀念雖有不同，但今日國家具有三大目的<sup>135</sup>：a. 安全目的：國家應保護人民免於危險，故國家在必要時可命人民為一定之作為或不作為。b. 文化目的：國家在文化目的上之任務並非積極的對各種文化活動予以指導或控制，而只能積極協助形成可以產生優良文化的環境，或消極取締有害文化之活動。c. 經濟目的：經濟活動是國家生存的根基，現代國家除了保障人民自由權外，亦保障人民積極實現生存工作的權利。可以說，現代國家是以行政為形式，而以經濟為實質。

以上三種目的互相協調而構成概括的國家目的：促進一般公共利益。基於此種公共利益，國家有義務對各種經濟活動進行必要而合乎本質的規制。依此，國家基於公共利益之考量，可對人民有關工作權之事項加以限制。此為憲法第二十三條所由規定也，大法官會議釋字 411 號解釋與釋字 404 號解釋，就此有明白之宣示。

#### 2. 特別憲法基礎

憲法第一百四十四條規定：「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則。其經法律許可者，得由國民經營之。」第一百四十五條規定：「國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限之。」此些

<sup>134</sup> 故就業服務法第 42 條規定：「為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定。」

<sup>135</sup> 參薩孟武，政治學，頁 42 以下。

規定係對私營事業限制的特別規定，並非國家對一般經濟活動的規制的權源。從特別法優於普通法之法理觀之，該條應視為對國家進行特定工作的特別依據。

## (二)國家規制工作權之方法

### 1. 形式合法性——法律保留原則

國家既然有規制營業或各種有關職業選擇之權，再來的問題即是如何規制始合乎基本權的保障，又能契合一般公共利益<sup>136</sup>。不論是從國家限制工作權之一般憲法基礎或從其特別基礎觀之，國家規制工作權之方法須符合「法律保留原則」。此在憲法第二十三條與第一百四十四條及一百四十五條皆明定「以法律」限制，可以得知。

惟法律保留在法治國家的要求下，仍有幾個問題須加解決。

第一：法律保留並不強調所有相關之事項，皆須由形式意義之法律(憲§170)加以規定，必要時仍可以法律授權行政機關或自治團體，以法規命令定之。然則，是否仍有立法者必須自行規定，而不得授權其他機關規定之事項？若有，其標準為何？

第二：若授權與行政機關限制工作自由，如何符合授權明確性原則？

第三：法律保留原則所稱「法律」是否包括地方自治團體所制定之法規？

### (1)限制工作權屬國會保留？

迄今，司法院大法官就工作權之限制規定，尚未發展出「國會保留」之概念及其區分標準(參第五章第七節第三項)，但釋字第453號解釋稱：「商業會計法……所稱『商業會計記帳人』既在辦理商業會計事務，係屬專門職業之一種，依憲法第八十六條第二款之規定，其執業資格自應依法考選銓定之。商業會計法第五條第四項規定，委由中央主管機關認可商業會計記帳人之資格部分，有違上開憲法之規定，應不予適用。」本號解釋似依據「國會保留」的理論認為法律委由中央主管機關認可商業會計記帳人之資格部分，有違上開憲法規定。故對工作權核心的「形成」，具有重要關係之事項應屬狹義之法律保留(國會保留)，不可授權行政命令加以形成，例如有關大學生學籍剝奪之事由，教師解聘之事由等。

<sup>136</sup> 參陳新民，論憲法人民基本權利的限制，收於氏著，憲法基本權利之基本理論(上)，1992，頁181以下。

## (2)授權明確性原則

其次，立法者雖然不必就職業自由各種細節自為規定，但仍須符合授權明確性原則。且除授權給行政機關外，亦可授權給自治團體。大法官釋字 411 號解釋亦認為：「法律之規定不能鉅細靡遺，對於各種專門職業之執業範圍，自得授權有關機關以命令為必要之劃分。」又釋字 402 號解釋亦稱：「對人民違反行政法上義務之行為予以裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處分之構成要件與法律效果，應由法律定之，法律雖得授權以命令為補充規定，惟授權之目的、範圍及內容必須具體明確，然後據以發布命令，方符憲法第二十三條之意旨。……其依據上開法條訂定發布之保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條第一項第十一款，對於保險代理人、經紀人及公證人等從業人員違反義務之行為，訂定得予裁罰性之行政處分，顯與首開憲法保障人民權利之意旨不符。」又釋字第 514 號解釋亦同申斯旨：「有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令……。教育部……發布之遊藝場業輔導管理規則，係主管機關為維護社會安寧、善良風俗及兒童暨少年之身心健康，於法制未臻完備之際，基於職權所發布之命令，固有其實際需要，惟該規則第十三條第十一款關於電動玩具業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所之規定，第十七條第三項關於違反第十三條第十一款規定者，撤銷其許可之規定，涉及人民工作權及財產權之限制，自應符合首開憲法意旨。相關之事項已制定法律加以規範者，主管機關尤不得沿用其未獲法律授權所發布之命令。前述管理規則之上開規定，有違憲法第二十三條之法律保留原則，應不予援用。」

此外，釋字 390 號解釋、釋字 394 號解釋亦有相同之意旨。

## (3)再授權禁止原則

法律授權行政機關制定法規命令，固是因應實際需要，但此種違反權力分立的基本結構，不宜無限制的輾轉授權，而失去原法律保留原則之精神。故除非法律本身以明文規定可以再授權，否則被授權之行政機關不得再於該法規命令內，再度授權自己或更下級之行政機關制定更細節之規定，否則此授權再訂立之行政命令即有違法律保留原則（相對保留），而不具備行政法法源之效力。

關於本案例限制斷臂司機報考大貨車駕照之法源依據，係道路交通管理處罰條例（97.5.28）第九十二條第一項<sup>137</sup>授權訂定之道路交通安全規則（97.7.15）第64條第3項規定：「身心障礙者報考汽車、機器腳踏車駕駛執照之規定，由交通部另定之。」交通部依該條規定訂定之身心障礙者報考汽機車駕照處理要點規定，整肢殘缺無法領有大車駕照，僅能報考職業小客車。以要點之形式規範身心障礙者報考駕照之限制工作權之事項，即使不認為係工作權形成之核心，但至少應以有法律明確授權之法規命令規範之始符合法律保留原則。交通部以要點之形式限制斷臂之身心障礙者僅得報考小客車駕照，不得報考大貨車駕照，限制身心障礙者之工作權，位階過低，與法律保留原則有違。

又道路交通安全規則係道路交通管理處罰條例授權由交通部會同內政部訂定，而關於身心障礙者報考駕照事項，道路交通安全規則又「再授權」交通部訂定相關規範，恐亦違反再授權禁止原則。

## 2. 實質正當性——國家干預之深度

國家干預人民之工作自由權的實質正當性應求諸於國家任務。國家有維護正常交易環境的公共利益之任務，故各種私法交易，除非有以侵害他人權利、違反禁止規定或潛在對他人權益的威脅為主要內容，例如販賣盜版光碟、買賣槍械、販售未經檢驗合格藥品等，否則國家機關應不予干涉，而求諸於「私法自治原則」。故人民之與工作權有關各種行為，愈具有外部化現象，即愈容易與他人產生法律關係，國家機關可干預的權限也就愈深，例如醫療行為與國民之健康關係密切，故國家應作較嚴格的管制；有害事業廢棄物的管制，環保機關的要求也應愈嚴謹。釋字第404解釋稱：「人民之工作（權）與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，此觀憲法第二十三條規定自明。」

所謂公共利益的實質正當性，例如維護社會安寧、善良風俗及兒童暨少年之身心健康（釋514）；對航空人員之體格檢查，以保障民航安全（釋510）；正確地從事商業會計事務之處理及據以編制財務報表（釋453）；為維護會計師專業素

---

<sup>137</sup> 道路交通管理處罰條例（97.5.28）第九十二條第一項規定：「車輛分類、汽車牌照申領、異動、管理規定、汽車載重噸位、座位立位之核定、汽車檢驗項目、基準、檢驗週期規定、汽車駕駛人執照考驗、換發、證照效期與登記規定、車輛裝載、行駛規定、汽車設備變更規定、動力機械之範圍、駕駛資格與行駛規定、車輛行駛車道之劃分、行人通行、道路障礙及其他有關道路交通安全等事項之規則，由交通部會同內政部定之。」

質，就某些不當行為施以懲戒（釋432）；為維持專業醫療水準，限制中醫不得使用西藥（釋404），為管理藥商、健全藥政課予藥師從事藥品販賣業務之申報義務（釋191）等。

綜而言之，行政機關之各種干預職權的行使，除符合形式合法性外，也應禁得起實質正當性的檢證<sup>138</sup>。但國家如何限制人民之工作權（職業自由）能合乎公益又契合比例原則？就此德國聯邦憲法法院於1958年「藥房判決」即運用比例原則而形成所謂的「三階說理論」（Stufentheorie），值得我國參酌。

三階說中所謂三個階段係指：「職業執行自由之限制」、「職業選擇之主觀許可要件」及「職業選擇之客觀許可要件」三個階段，越屬於前階段的營業權事項，人民權利越小化，相對地，國家干預的權限越大<sup>139</sup>。

當立法者只規定純粹之執行規則（Ausübungsregelung），不涉及到職業選擇自由，只是詳盡地確定屬於該職業之成員應依何種形式與種類來完成其職業行為時，立法者是最自由的。屬於「職業執行」之活動包括，營業方式（違反不正當競爭之方式）、商品銷售方式、營業時間、個人執行業務之方式，例如廣告。

職業選擇之主觀許可要件（subjektive Zulassungsvoraussetzungen）係指自然人或法人在選擇進入職業市場所應具備，而由職業申請人所可能完成之屬人要件。此種主觀的許可要件只有為保護「重要的社會共同利益」始可合理化。此所謂職業之「主觀許可要件」，包括個人的知識能力、年齡、體能上之要件、資力、國籍身分。最低道德要件，如無一定犯罪之前科紀錄，亦應屬此種主觀要件。

所謂「職業選擇之客觀許可要件」（objektive Zulassungsvoraussetzungen）係指「個人對該要件之成就完全沒有影響力」之要件。以此種要件作為限制進入職業市場之條件，「嚴重地違反基本人權之意義」，「一般而言，只有為防禦對於重大公眾法益構成可證明的及顯然非常嚴重的危險時，才能合法化對職業選擇自由之侵害」，以職業之「客觀許可要件」為進入職業市場之條件，常易違反「不

<sup>138</sup> 例如財政部對保險公司的保險產品（保險契約）規定須事先經過審查核准，否則保險公司的販賣即屬違法得予處罰，此種規定是否具有實質正當性及合乎形式合法性，值得商榷。財政部曾於1998年全面禁止「銀行辦理房貸保證保險業務」，造成對房地產市場的衝擊。參聯合報，87.5.5，第11版，「銀行全面停辦額度九成房貸」新聞。

<sup>139</sup> 有關三階說理論，請參李惠宗，德國基本法所保障之職業自由，德國聯邦憲法法院裁判選輯（七），1997/6，頁1-46；同，論營業許可基準之司法審查--兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢，第5期，1990/1，頁227-264。



當聯結之禁止原則」，而「與事實無關之動機加入的危險也特別大」。屬於職業之「客觀許可要件」之事項，例如以防止惡性競爭為要件、以促進一定市場機能為要件。

換言之，越屬於職業選擇客觀要件的事項，國家越不必干預，否則即會發生過度干預而違反比例原則的問題。目前我國司法院大法官尚未形成類此基本理論。

本案例斷臂司機取得大貨車駕照之限制，涉及職業選擇之主觀許可要件，僅為保護「重要的社會共同利益」始可合理化其限制。

#### (1) 比例原則在本案例的審查比例原則

比例原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) 源於德國的警察法，旨在強調國家在進行干預行政時，「不得為達目的而不擇手段」。換言之，比例原則在強調目的與手段間之均衡。西諺有云：「不必以大砲打小鳥」，我國俗語亦有：「殺雞焉用牛刀」，皆可用以說明比例原則之真義。在德國，比例原則又有廣狹二義，一般取其廣義理解。所謂「廣義比例原則」包括適當性原則 (Grundsatz der Geeignetheit)、必要性原則 (Grundsatz der Erforderlichkeit) 與過度禁止原則 (Grundsatz des Übermaßensverbots，即狹義比例原則)。我國憲法第二十三條就比例原則有明文規定，在其他實證法，例如社會秩序維護法第十九條第二項、警械使用條例第六條、集會遊行法第二十六條及土地法施行法第四十九條等規定，有具體的規定。

我國無論在學界或立法實務上，亦接受德國廣義說之見解，行政程序法第七條就此有判斷程序的規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成；二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者；三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」本條各款即分別適當性原則、必要性原則與過度禁止原則的規定，茲分述如下。

##### A. 適當性原則

適當性原則又稱合目的性原則 (Zwecktauglichkeit)，此一原則認為，在干涉行政的目的上，須有合憲之依據。而決定干涉行政目的是否適當，在我國應以憲法第二十三條即列舉了四種目的為其標準。此四種目的兼含消極與積極之適當

性，具有相當之客觀性。凡是合乎其中一項目的者，即可認為，具有合憲之目的：

(A)防止妨害他人自由

例如為防止妨害他人自由，刑法上除有妨害自由罪章的規定外，行政法，例如集會遊行法第二十六條規定，行政主管機關可以此為考量，限制或禁止某一集會遊行之舉行。

(B)避免緊急危難

例如對建築物課以一定之消防義務，或某些具有危險性之行業，只能在一定範圍內從事，即旨在避免可能的緊急危難。

(C)維持社會秩序

例如交通法規有關時速限制之規定，釋字 223 號解釋即認為係「道路交通安全規則第九十三條第一項關於行車速度依標誌之規定，意在授權交通主管機關斟酌當地實際狀況，以標誌調整特定路段之行車速度，期能因地制宜，維護交通之安全」，此種交通安全之維護，即屬社會秩序。

(D)增進公共利益

公共利益一詞之界定，恐為法學上最難以描述的概念之一。通常透過經驗邏輯上，足以使抽象一般大眾獲有反射利益，且不問為經濟上或精神上之利益，例如治安良好的感覺、財產權較有保障的制度等，即可認為屬公共利益。釋字222號解釋即認為，公開發行公司財務報告查核簽證制度之臻於健全係在保護投資大眾，而屬「公共利益」。釋字第476號解釋認為：「肅清煙毒、防制毒品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆」，亦屬公共利益。

B. 必要性原則

必要性原則，又稱為「侵害最少原則」，係指限制某一基本權固已合乎憲法所揭示之目的，但仍須檢討：(1) 達到相同目的的手段可能有幾種，(2) 各種手段對基本權會有如何之限制，(3) 選擇一侵害最少的手段。經此三個階段的檢證，即可確定出某一種手段是否必要。換言之，必要性原則在強調選擇一侵害最少的手段。

### C. 過度禁止原則

過度禁止原則即「狹義比例原則」，為比例原則最後的一道檢證程序。係指採取限制基本權的手段縱然合乎一定目的，且屬必要的最低侵害的手段，但採取此種手段時，仍然不可太過份，否則仍屬違反比例原則而違憲。從狹義比例原則吾人更可導出不得對基本權的核心加以剝奪，蓋過度限制尚且不可，況從核心剝奪。

以上三種原則係同時存在，且在各種干涉行政上皆須通過這三種原則的檢證，始可認為其不違反比例原則。茲舉例說明：為增進國民健康(增進公共利益)，國家應管理並監督醫療業務，故國家可以對執行醫療行為之人加以規制。為達此種規制目的，有必要對執行醫療行為之人之資格加以限制，並令先行登記。故現行醫師法第二十八條規定，非經取得醫師資格不得執行醫療業務，否則得處以一年以上，三年以下有期徒刑。至此為止，皆符合適當性原則與必要性原則，但縱使認為人民必須取得一定資格，始得執行醫療業務，但若規定非「醫學博士」不得執行醫療業務，則屬違反狹義比例原則，蓋此乃過度之限制也。

比例原則常用於對刑事立法的審查，其中適當性原則應轉化為「恣意刑罰之禁止」；必要性原則要求「刑罰謙抑」，即，如果能以行政秩序罰手段達到目的，就不必以刑罰臨之；過度禁止原則乃強調，縱使肯認刑罰之必要性，亦應進一步考量所採取之刑罰是否過度嚴苛，即「殘虐刑罰之禁止」<sup>140</sup>。

本案例對於缺乏手臂之人，禁止其駕駛大貨車，乍看之下，似乎是為了維護「交通秩序」及「用路人安全」，避免發生車禍等目的。這樣的考慮在早期大貨車的安全設計之下，大致並無問題。但此種規定，基於以下理由，有值得商榷之處：

早期大貨車的方向盤，並無「動力方向盤」，大貨車的「方向盤」相當的重，故女性及獨臂之人，根本無法操作。但現在透過「動力方向盤」的設置及其他駕駛安全的設計，對於獨臂人駕駛大貨車亦不至於「期待不可能」，故以早期機械設備為前提的大貨車司機「主觀執行業務資格」的限制，在今天看起來，可能產生過早之限制，至少可經過評估後才決定是否得報考大貨車駕照，故有其他更輕

<sup>140</sup> 參李惠宗，論比例原則作為刑事立法的界限——大法官釋字第 517 號解釋評釋，台灣本土法學，第 18 期，2001/1，頁 23-38。

微的限制手段可資採取，並可兼顧維護用路人安全之目的，故完全限制斷臂人報考大貨車駕照，其手段略屬過度，而有違比例原則之虞。

## (2) 平等原則在本案例的審查

平等原則最初之意義僅在要求國家權力作用須符合「恣意禁止」原則，因此，其係單純之「客觀法規範」(objektives Rechtsnorm)。此種單純客觀法規範僅具有拘束國家權力之作用。法律邏輯上，不能單純從此種客觀法規範導出人民有「主觀公權利」(subjektives Recht)。所謂「主觀公權利」係指人民可以透過訴訟途徑，請求獲得實現之法律地位。國家權力作用違反平等原則時，即具有違法性。但違反平等原則並不立刻侵害人民之主觀公權利，蓋平等原則本身並無主觀公權利之內涵，是否有侵害平等權須另行依其它法律規定判斷。例如，基於相同事情相同對待之要求，對違章建築應一律依法拆除，但實務上因建築主管機關長期怠於公權力之行使，致目前之違建已達於不可能完全拆除之地步，甚而出現以「檢舉」始作為「違建拆除之構成要件」之現象。此種情形，以法規整體精神觀之，行政機關固已屬違反平等原則，但被拆除者卻不得主張其「平等權」受侵害，蓋不法(違建)不得主張權利，換言之，不法不得主張平等權。

「平等權」係主觀公權利。因平等權係一基礎性之基本權，其本身並無意義，而必須與其它基本權競合，而成為複數基本權，例如，考試權與平等權競合而成「考試平等權」；工作權與平等權競合而成「工作平等權」；選舉權與平等權競合而成「選舉平等權」。行政機關因違反平等原則而侵害平等權時，必然侵害到另一項與平等權競合之基本權。司法院大法官會議釋字205號解釋即使用「平等權」與「應考試服公職之權」競合之概念。釋字341號解釋亦稱「憲法第七條平等權之規定」。亦即，如果基於其他權利而產生之平等要求，即具有平等權之意義。

一項法律或行政處分是否合乎平等，其問題重心在如何判斷「何些事情是相同，何種事情是不相同」。蓋以微觀而言，人皆不同，何來相同處理？若以鉅觀言，人皆為人，何有不同？此因法律作為人類社會行為規範，故「事情」是否相同即不得不就個別法律制度目的加以探求其中可做為差別對待之基準。例如，就「身高」而言，在職業考試制度上固不因身高而異，但在服兵役上，即會產生重大差別。此源於此二制度不同所致。故判斷二件事情是否相同須從個別立法目的探求事物本質，再由其中求取合乎事物本質之要素，最後則判斷差別對待的合理性。其程序分述如下：

### A. 制度目的之確定

判斷一個制度是否違反平等原則，須先檢證該有所差別待遇的制度目的何在。例如大學聯考有加分之規定，因此即須探討「大學聯考制度之目的何在」。各種考試制度有應考資格之限制，例如，以專業知識為限制、以學歷為限制，則須探討各該具體的考試制度目的何在；又總統、副總統選罷法第二十一條規定，總統、副總統須由政黨推薦或由連署人連署，而政黨推薦之候選人不須繳納連署保證金，但同法第二十三條卻規定，依連署方式申請登記為總統、副總統候選人，須另繳納連署保證金新台幣一百萬元，欲檢討此種差別待遇的合理性，應先確定「候選限制制度目的何在」。

而檢討各該制度目的所須使用之方法，除從個別法規所形成的立法目的及意旨外，有時須從歷史經驗及政治學理或其他社會經驗索繹之，要難一概而論。惟須注意者，所謂「立法目的」或「制度目的」本身必須有合憲之基礎，始得作為標準，以供制度本質要素的探索。至其是否合憲，亦可以憲法第二十三條之四項理由作為標準。

釋字 205 號解釋理由書稱：「按中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，其為因應事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項，依法酌為適當之限制，要難謂與上述平等原則有何違背」。然何謂「考試目的」，理由書中則進一步指出：「……依其規定，輔導會為適應國軍待退員額之需求，配合安置能量，得視實際情形，訂定安置順序。是輔導會本此職權，洽請舉辦此次特種考試，原係因應事實上之特殊需要，有其依序安置退除役官兵就業之特定目的。」此種探究，姑不論其結果是否無懈可擊，但在方法論上，值得贊同。

### B. 事物本質要素的探求

在確定制度上的合憲目的後，則須進一步探討何些事物本質要素可作為差別對待，甚或應作為差別對待之基準。所謂「事物本質要素」須與制度目的具有邏輯的關聯性（logischer Zusammenhang）。此一探求過程，旨在防止非事物本質要素的引進<sup>141</sup>。平等原則所要求的「不當聯結之禁止」（行政程序法 § 94 參照），

<sup>141</sup> 以此觀點，軍校招生（國防醫學院、國防管理學院、中正理工學院），包括曾受刑事處分、

須在此一過程中充分體現。

承前述之例，縱承認「特種考試退除役軍人轉任公務人員考試，原係因應事實上之特殊需要，有其依序安置退除役官兵就業之特定目的」，而具有合憲之基礎，然「軍官」與「士官」之「身分要素」是否足以作為差別對待之基準？換言之，在「依序安置退除役官兵就業之特定目的」下，官階是否屬本質要素？如否，以之作為差別對待之基準即屬違反平等原則，並侵害未受同等待遇士官之平等權。釋字 205 號解釋就之相當含蓄地指出：「至該項考試中乙等考試之應考人，既包括士官在內，而分發則以軍官為限，不以考試成績之順序為原則，雖未盡妥洽，亦不生牴觸憲法問題。」本書認為，就本案例而言，以「未盡妥洽」為由，進一步認為，「不生牴觸憲法問題」，似未從事物本質要素上作出正確之考慮。

### C. 合理差別的形成立

判斷是否合乎平等原則的第三步驟乃是，尋繹出「合理的差別對待」。亦即，縱使認為某些情形須有差別對待，亦須採用「合理」之方式。所謂「合理之差別對待」，須不得過度之差別，且差別對待之結果不得破壞原來該制度之目的。換言之，合理之差別對待仍須符合「比例原則」與「本質目的」。因此，此一階段的判斷，常會發生平等原則與比例原則競合適用的情況（另詳下述）

### (D)合乎比例原則之合理差別

比例原則經常會影響合理差別對待之判斷。某些制度依立法目的及事物本質，固有差別對待之必要，但也不可以「過度」或「過早」就予以差別對待<sup>142</sup>。以考試權為例，憲法第十八條規定，人民有應考試服公職之權。此一基本權雖得加以限制，但「何時」及「如何」加以限制卻不無問題。公務人員有因體能之部分缺陷，不能完成一定之公共任務者。然此種情形應係於錄取之後，分派擔任特定職務時始得為必要之區別，不得在「選擇職業」的考試上就「提前」設下不當的限制。故如果有公職人員考試，其招考簡章規定，凡身體有殘障者，例如色盲、近視十個屈光度(1000°)以上，一概視為體檢不合格，不得報考。此種限制，如果不是針對性質非常特別，且縱使各該體能不及格者考上亦無法勝任之工作所作

---

在校期間有重大言行不良記錄、未婚懷孕或未婚生子者皆不准報考，身體刺青亦不得入學，是否合乎事物本質要素，值得考慮，參中國時報，88.4.13，第9版，「未婚媽媽不得報考軍校」新聞。此外，若限制「同性戀者」不得報考，亦有此等問題。

<sup>142</sup> Vgl. Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 1994, S. 270.

之限制，即會形成「過早」之限制。蓋體能不合格，固不能擔任特定工作，但並非完全不能擔任公務，故體能之限制應僅得於錄取之後，分派擔任特定職務時始得為必要之區別。否則身體略有殘障之人，完全失去直接服公職之權利，豈是憲法第十八條特別保障人民應考試服公職基本權意義之所在？此種對服公職的基本權「提前」在應考試權上作不必要的限制，實已違反憲法第二十三條之比例原則，同時也造成應考人「考試與工作平等權」之侵害。

本案例從平等原則來看，因為身體的殘障，當然可以認定係屬「事物本質的要素」，但是否過度的區別，則屬可以考慮的程序。承上開比例原則的論述，此種區別，以現代的車輛駕駛安全設計來看，略顯過度限制。從法學方法論來看，也會有「隱藏性法律漏洞」的問題。立法有漏洞的情形，包括明顯漏洞及隱藏漏洞，適用法律之機關可以運用客觀目的解釋，進行漏洞填補。所謂隱藏漏洞係指法律雖有規定，對於具體的個案，適用該規定的結果，產生一種反而不合法規範目的的情況，簡言之，乃「規範過度」，法規對具體事實規定得太多，應除外而未除外的情形。隱藏漏洞最容易發生在「毫無例外」，過於僵化的規定上。

退一步而言，對一般人而言，禁止自始即為獨臂人駕駛大貨車固然有其依據，但對於早為大貨車的駕駛人後來才變成獨臂人的人而言，可能形成「應除外而未除外的」隱藏漏洞。亦即該規定對於本案例適用的結果，會有「應除外而未除外」的問題。

因此從平等原則「相同的問題，作相同對待；不同事情，作不同對待」的角度來看，本案例的獨臂人應該係屬不相同的案型。在制度上類此情形，應以「目的性的限縮」，限縮「身心障礙者報考汽機車駕照處理要點」規定的適用範圍。

#### 肆、結論

在立法論上，「身心障礙者報考汽機車駕照處理要點」應修正，如加上車輛經加裝安全設備，適合於獨臂人駕駛（或其他殘障者仍得駕駛）的情形，或容許經專業評估合格之獨臂人得報考大貨車駕照，至少應將本案例的類型排除在限制報考之外。

在法適用論上，應可透過「目的性的限縮」，限縮「身心障礙者報考汽機車駕照處理要點」的適用範圍。

## 伍、延伸問題

一、酒醉吊銷執照的問題

二、監理業務的連坐規定

三、前科犯不得開計程車

附錄一：身心障礙者報考汽、機車駕駛執照處理要點（91.6.28修正）

一、本要點依據道路交通規則第六十四條第三項之規定訂定之。

二、視覺機能障礙者，其優眼視力裸視達0.6以上或矯正後達0.8以上者僅得報考輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車駕駛執照為限，其視野達一五〇度以上者並得報考小型車普通駕駛執照。

三、聽覺機能障礙者，其優耳聽力損失在九十分貝以上者僅得報考輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車駕駛執照及小型車普通駕駛執照。

四、聲音機能或語言機能障礙者，其聲音機能或語言機能喪失，完全無法以聲音與人溝通者（即重度障礙）僅得報考輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車駕駛執照及小型車普通駕駛執照。

五、雙手手指殘缺且其中一手手指或手掌未全缺者得以一般車輛報考輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車駕駛執照及小型車駕駛執照，如其無左列情形之一者亦得報考大型車駕駛執照：

（一）雙手大姆指全缺者。

（二）雙手食指及中指均欠缺二節以上者。

（三）雙手無名指或小指中有一指全缺或機能全廢且食指或中指亦有一指全缺或機能全廢者。

（四）雙手大姆指及中指萎縮有顯著機能障礙，不能伸屈自如者。

（五）雙手食指及中指萎縮有顯著機能障礙，不能伸屈自如者。



(六) 雙手中有一手腕關節以下萎縮有顯著機能障礙，不能伸屈自如者。

(七) 雙手手指或手掌殘缺，任何一手握力不足十五公斤者。

六、四肢中欠缺任何一肢者，經加裝輔助器具後操作方向盤自如者，應以自動排檔車輛或特製車報考輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車駕駛執照，至報考小型車普通駕駛執照，依左列規定辦理：

(一) 左手殘缺或右手殘缺經加裝輔助器具後不借外力支持能自行處理日常事務者，應以方向盤加裝扣環之自動排檔車輛報考。

(二) 左下肢欠缺且右下肢健全者經加裝輔助器具後不借外力能自力行走者，以自動排檔車輛報考。

(三) 左下肢欠缺且右下肢機能障礙經加裝輔助器具後不借外力能自力行走者，以特製車報考。

(四) 右下肢欠缺，左下肢健全或機能障礙者經加裝輔助器具後不借外力能自力行走者，以特製車報考。

(五) 其他肢體欠缺情形者，經加裝輔助器具後不借外力能自力行走者，一律以特製車報考。前項第一款至第四款肢體欠缺者，如領有小型車普通駕駛執照滿三個月並得報考小型車職業駕駛執照。

七、軀幹及四肢未欠缺，惟受先天性及後天性之病害致機能障礙者（如四肢不全麻痺、軀幹機能障礙致站立或步行困難者等）經加裝輔助器具後，能自力行走者，以自動排檔車輛或特製車報考小型車駕駛執照與輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車駕駛執照；但符合左列條件之一者得以一般輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車報考輕型或一五〇CC以下普通重型機器腳踏車駕駛執照或得以一般汽車報考小型車駕駛執照：

(一) 不借助輔助器具或人力等外力，能自力行走者。

(二) 能蹲立自如者。

(三) 就不經改裝之一般車輛，能操作自如者。

十三、公路監理機關必要時得邀集專科醫師、身心障礙者協會代表、監理機關等

相關代表組成鑑定小組處理身心障礙者報考汽、機車駕駛執照之申訴案件。

## 附錄二：汽機車駕照 吊扣將不再連坐 吊銷維持連坐

資料來源：東森新聞報 記者謝佳雯／報導

立法院昨天初審通過道路交通管理處罰條例修正案，將現行交通違規一併吊扣或吊銷汽、機車駕照的制度，改為「吊扣不再連坐、吊銷維持連坐」，一年約有近 30 萬人「受惠」。不過，因各地監理單位礙於民意壓力，早將汽、機車駕照分別處分，新法修訂後恐會出現新陷阱，可能導致逾期未繳 300 元違規停車罰款的駕駛人，將同時被吊銷汽、機車兩張駕照。

立法院交通委員會昨天審查道交條例修正案，民進黨立委徐志明等人提案，要求調整吊扣、吊銷駕照的連坐處分。徐志明等人認為，依現行條文，機車駕駛人只要違規遭吊扣或吊銷駕照，連汽車駕照都一併泡湯，十分不合理。

他說，若職業駕駛人下班時，騎機車酒後駕車被取締，不但機車駕照要被吊扣一年，連汽車駕照一併受害，無異剝奪其生計，因此要求全面取消吊扣、吊銷制度對汽、機車駕照的連坐機制。

交通部則強調，吊扣或吊銷駕照是處分駕駛人的「行為」，認定其不宜駕車，沒有汽、機車之別；而目前被強制吊銷駕照的交通違規，屬於酒後駕車累犯、飆車、肇事致人死亡等重大違規，若貿然取消，恐與一般社會價值判斷相左。

經交通部爭取，徐志明等人同意改為「吊扣不連坐、吊銷維持連坐」。

然而，監理單位實務上卻早已與現行法令脫鉤，北部某監理單位表示，目前全國各監理單位處理吊扣、吊銷作業時，早已將汽、機車駕照分別處分，除非該名駕駛人只有一張駕照，才會被連坐。例如只有汽車駕照者，騎機車酒後駕車被逮，因無機車駕照可吊扣，將吊扣他的汽車駕照一年；但若他同時擁有汽、機車兩張駕照，就只會吊扣機車駕照，他仍舊可以開車。

但若新制規定吊銷處分要連坐，以目前違規罰款逾期過久未繳就註銷駕照的模式來看，監理單位指出，一旦有機車駕駛人逾期未繳 300 元違規停車罰款，將同時連累汽車駕照被註銷，茲事體大。若新法三讀通過，「獲益」最多的將是僅有一張駕照者。監理單位說，吊扣處分不連坐，一名只有汽車駕照的駕駛人若騎機車酒駕，將不能再吊扣汽車駕照一年，最多只能罰款無照駕駛 6000 元。

【2005/09/29 民生報】

## 第八案〈地方政府對勞、健保之分攤〉

### 一、事實背景

全民健保自民國 84 年開辦以來，對於延長人口平均壽命及降低健康差異確有實質成效。美國內科學年鑑更出現相關社評：「學習台灣：全民健保的經驗」。惟健保內部財政問題，屢屢讓政府挖東牆補西牆，填平不了缺洞，反倒越挖越深。當中地方政府欠繳健保補助費的事件幾乎每年都會引起健保局與地方政府間的爭議，甚至中央健保局欲對欠費的地方政府祭出強制執行之手段。民國 92 年台北市政府還因不服中央根據全民健保法第 27 條之規定，強制要求地方分攤健保補助費而提請大法官釋憲。大法官因此作出釋字 550 號解釋。

**思考：**此一事件涉及地方自治團體之財政自主權是否受到侵害。

### 二、憲法爭點

#### 1. 憲法第一百七十二條及地方制度法第三十條法律優位原則之內涵

首先，針對此一問題乃是攸關地方自治團體與中央主管機關間，關於法律上以及權責上的區別問題，因此，試從憲法此上位問題來做討論。

憲法第一百七十二條「命令與憲法或法律牴觸者無效。」而地方制度法第三十條則規定如下：「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。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。委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。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。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。」從上開二條文互相對照，可知下階規範牴觸上階規範，無效。此即為「法律優位原則」。

所謂法律優位原則，係要求所有行政行為或其他一切行政活動，均不得與法律牴觸，故又稱為「消極依法行政原則」。此一原則為法位階的問題，依此原則，在法規範上乃形成一「規範金字塔」。在最高位置者為憲法，其次為法律或條約，再次為法規命令，又再次為地方自治規章。<sup>143</sup>

<sup>143</sup> 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2004 年 10 月，頁 57。

2. 憲法第十章中央與地方之權限分配，即立法和執行事項之分配

我國中央與地方權限劃分之規定，可以從我國憲法第十章明白其規定，其中憲法第一百一十一條規定：「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。」從此條文之規定可知，要區分事情究係中央、抑或是地方自治團體所管，端看事情的性質，然憲法抽象之規定，至如何區別何謂全國一致性、有全省性或是一縣之性質成為極具爭議問題。

中央專屬權限事項，依憲法第一百零七條，立法權與執行權均屬於中央之事項，應無爭議。

共同權限事項，即中央與省均得享有立法及執行權之事項，憲法第一百零八條第一項即有相關規定。

地方權限事項，此包括憲法第一百零九條及第一百十條規定。同依憲法第一百二十八條規定：「市準用縣之規定。」此係屬於縣、市權限事項，即所謂縣、市自治之事項。

未列舉事項之權限劃分，依憲法第一百十條規定，此係一般所稱均權主義之規定。<sup>144</sup>

中央與地方分權之模型<sup>145</sup>

	中央政策與制度之立法			自治立法	
行政事務之類別	國家直接行政	國家間接行政		地方自治直接行政	
		特別委辦事項	法律或法規命令之委辦事項	不須規定	
行政事務之性質	中央事項	特別委辦事項	一般委辦事項	義務性自治事項	自願性自治事項
經費之負擔	中央自行負擔	中央自負或特別補助	依國家財政原則，但應符合地方財政之保障		地方自治團體之自有財源

<sup>144</sup> 周志宏，誰該負擔健保費補助？—中央與地方權限之劃分，87期，頁8。

<sup>145</sup> 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2004年10月，頁582。

憲法時事導引教學計畫(II)

事務之間都	無	適當性監督核定或核准	適當性監督：核定或核准	合法性監督：核備	國家不干涉備查或備案
分權判斷標準	無	特殊臨時性之事務	全國性事項及須有一致性標準事項	各地可因地制宜之事項	切身給付行政事務
舉例	國防、外交、度量衡、貨幣等	舉辦亞運會須興建體育設施等	勞工檢查、工商登記、防疫事務、土地徵收	義務教育、建築管理、環保事務、就業服務	縣(市)立體育館、養老院、圖書館、公園
地方自治團體之地位		地方自治團體係中央之受託者	地方自治團體係下級行政機關		地方自治團體為獨立之法人；公共事業主體
法律規定之模式	中央為主管機關	中央為主管機關	中央為主管暨監督機關；地方為執行機關	中央為主管暨監督機關；地方為執行機關	地方為主管機關
行政權之名義	中央	中央	中央	地方	地方
法律保留之問題		依特別法定之	地方自治團體如制定執行規則，須符合法律保留原則及法律授權明確性原則	只要符合法律優位即為已足（例如土地分區使用管制，市區道路交通之管理）	無法律保留原則，但仍須合乎一般行政法原則，亦即只有法律原則優位的問題
執行之方式		地方自治團體就「執行與否」及「執行方式」皆無選擇餘地	地方自治團體無選擇不執行之餘地，且執行手段亦無選擇之餘地，例如環境影響評估之進行	地方自治團體無選擇不執行之餘地，但執行手段有選擇之餘地，例如國中小學之學童課後是否留校輔導	地方自治團體就該事項之立法並執行可以決定作或不作，且如何執行之方式亦有選擇之自由
責任	國家機關自負責任	原則上由國家負責	國家與地方自治團體共同負責	由地方自治團體負責	由地方自治團體負責
特定公權力之內容	立法並執行權	地方自治團體僅有執行權	在法律明確授權下，地方自治團體為執行法規所課任務，具有規則制定權，行政處罰權，但範圍應有一定之限制		計畫權、租稅權、人事權

3. 憲法第十一章地方制度(第 118、121、128 條)保障地方自治，究地方自治範圍的狹廣至何處

關於地方自治的問題，司法院大法官也曾作出解釋，其中釋字第四百九十八號指出：「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。」依此號解釋可知，大法官肯認地方自治乃憲法所保障者，而中央政府或其他的上級機關，對於屬於地方自治團體得自治之事項，係為一適法或適當與否之監督。

大法官解釋第五百五十號：「地方自治團體受憲法制度保障，其施政所需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，但於不侵害其自主權核心領域之限度內，基於國家整體施政之需要，對地方負有協力義務之全民健康保險事項，中央依據法律使地方分擔保險費之補助，尚非憲法所不許。」依上述二號解釋，發現我國大法官對於地方自治之本質，係採「制度保障說」。此外，依此解釋可以發現，我國大法官將「全民健康保險」當成是由中央及地方自治團體所「共同辦理事項」。

### 三、憲法上相關理論的闡釋

#### 1. 地方自治作為一種制度性保障

綜觀地方自治之學理，基本上有固有權說、承認說、制度性保障說與住民主權說，但在大法官解釋下，目前我國亦採制度性保障說。

「制度保障說」意指，將因為歷史緣故而形成的各種公法制度當作國家制度，於憲法上保障之，例如，地方自治、大學自治等，以避免其本質內容受到國家權力之侵害。此說之主要作用在於保障該等制度即令以法律加以限制，亦不得達於侵害制度之核心或本質內容之程度。是故，此說在屬性上與「承認說」同其類型，皆屬「傳來說」的一種態樣。但不同點在於：此說有其制度保障之核心，於核心範圍內，國家權力不得侵害。

#### 2. 地方自治團體的財政自主權(爭議)

在本案中有爭議的，就是地方自治團體是否該分擔全民健康保

險法的問題，有學者認為—由於地方自治團體財政狀況拮据，實無能力再為中央政府負擔健保補注龐大支出<sup>146</sup>；但另有學者持相反見解。

學者指出，全民健保法係屬我國憲法第一百零八條第一項第十三款之「社會立法」範疇，而憲法第一百零八條究屬自治事項或委辦事項或所謂「共同辦理事項」（憲法第一百零九條第二項、第一百零一條第二項）則成解釋上先決之關鍵判斷因素，因為我國現行法中，即財政收支劃分法第三十七條第二項及地方制度法第七十條第一項及第三項規定，對於委辦事項或自治事項，其法定費用之負擔，有明確之一般性法律原則宣示。

申言之，依財政收支劃分法第三十七條第二項之規定，法定費用之負擔，首先須視「法律」有無特別規定而定，若法律有特別規定由誰負擔或負擔一定比例法定費用時，應先依該法律之特別規定；但若法律無特別規定時，則再區分委辦事項或自治事項，以決定由誰負擔該法定費用。申言之，若法律無明文規定時，委辦事項之費用應委辦機關負擔；自治事項則應由自治團體負擔。而地方制度法第七十條第一項及第三條規定，亦與前揭財政收支劃分法相類似，意即先以法律規定究由「中央全額負擔」、「中央與地方分擔」與「地方團體全額負擔」<sup>147</sup>。

依我國全民健康保險法第二十七條之規定，以表格呈現於以下：

保險費負擔比率					
保險對象類別			負擔比例 (%)		
			被保險人	投保單位	政府
第一類	公務人員 公職人員	本人及 眷屬	30	70	0
	私校教職員	本人及 眷屬	30	35	35
	公民營事業、機構等有 一定 雇主的受雇者	本人及 眷屬	30	60	10
	雇主	本人及	100	0	0

<sup>146</sup> 參廿一世紀憲政風雲，2004年，陳清秀，誰來負擔健保費？—從北市健保費釋憲案談起。

<sup>147</sup> 林明鏘，論地方自治團體負擔健保保費合憲性問題—評大法官釋字第五五〇號解釋，月旦法學雜誌第93期，頁272。

	自營業主 專門職業及技術人員 自行執業者	眷屬			
第二類	職業工會會員 外僱船員	本人及 眷屬	60	0	40
第三類	農民、漁民 水利會會員	本人及 眷屬	30	0	70
第四類	義務役軍人、替代役役 男、軍校軍費生、在卹 遺眷	眷屬	0	0	100
第五類	低收入戶	本人及 眷屬	0	0	100
第六類	榮民、榮民遺眷家戶代 表	本人	0	0	100
		眷屬	30	0	70
	其他地區人口	本人及 眷屬	60	0	40

148

(依上列表格，對於全民健康保險保費補助之權限劃分應有更清楚的明白。)

說明：

憲法增修條文第十條第五項之規定，係屬國家任務之規定，關於全民健保制度之立法權與執行權，仍應依憲法第十章中央與地方之權限規定加以決定，全民健保係屬於社會保險性質，根據憲法第一百零八條第一項第十三款之規定，社會立法應屬於該條中央與地方共同辦理之事項，如中央立法而交由地方執行，則辦理共同權限事項仍與辦理委辦事項不同，其辦理全民健保制度之費用，應該由中央與地方（直轄市）共同分擔<sup>149</sup>。

#### 四、結論（依大法官解釋第五百五十號）<sup>150</sup>

- （一）憲法增修條文第十條所規定之「國家」應推行全民健康保險義務，係兼指中央與地方而言。
- （二）全民健康保險法雖然係中央立法並執行之事項，但同法第二十七條規

<sup>148</sup> 李玉君，全民健康保險制度之回顧、檢討與再造，月旦法學雜誌 153 期，頁 43。

<sup>149</sup> 周志宏，誰該負擔健保費補助？—中央與地方權限之劃分，87 期，頁 9。

<sup>150</sup> 林明鏘，論地方自治團體負擔健保保費合憲性問題—評大法官釋字第五五〇號解釋，月旦法學雜誌第 93 期，頁 271。



定地方自治團體應補助住民之保險費規定，符合憲法前揭規定之意旨。(即憲法第一百五十五條、第一百五十七條及增修條文第十條規定)。

- (三) 中央與地方辦理事項之財政責任分配，我國憲法並無明文規定，因此，中央依據法律使地方分擔費用(即保險費之補助)。除立法裁量顯有不當者外，不生牴觸憲法之問題。
- (四) 憲法所定中央立法並執行事項，若交由地方自治團體執行時，其執行之行政經費應由中央負擔。
- (五) 中央制定法律並規定其實施須由地方負擔經費者，於該法律制定過程中應予地方政府充分之參與。除於草擬法律時應與地方政府協商外，並應於立法程序中給予地方政府人員列席表示意見之機會。

## 五、參考文獻

### (一)月旦法學雜誌

- 1. 陳慈陽；林明鏘；蔡秀卿；陳清秀；劉在銓；蔡茂寅；周志宏；鄭村棋；郭明政，「誰來負擔健保費？」研討會—從北市拒編保費釋憲案談起，87期，頁215-228
- 2. 周志宏，誰該負擔健保費補助？—中央與地方權限之劃分，87期，頁8-9
- 3. 林明鏘，論地方自治團體負擔健保保費合憲性問題—評大法官釋字第五五〇號解釋，93期，頁270-280
- 4. 劉文仕，我國憲政體制下的地方制度改造芻議，93期，頁57-73
- 5. 陸敏清，全民健康保險法保費補助制度之探討—以釋字第五五〇號解釋為觀察，116期，頁63-76
- 6. 蔡茂寅，全民健保政府財政負擔的轉化—評最高行政法院九十四年度判字第〇一五四六號判決，127期，頁189-195
- 7. 李玉君，全民健康保險制度之回顧、檢討與再造，153期，頁36-60

### (二)台灣本土法學雜誌

- 1. 林明鏘，論全民健保地方自治團體負擔保險費補助款之範圍—評最高行政法院九四年判字第一五四六號判決，76期，頁89-97
- 2. 陳愛娥，直轄市政府負擔一定比例之保險費補助款時之計算根據—評最高行政法院九四年判字第一五四六號判決及其前審判決的論證格，76期，頁84-88
- 3. 陳清秀，健保補助款爭議的法理辨正—最高行政法院九四年判字第一五四六號判決評釋，77期，頁135-145
- 4. 董保成，台北市政府分擔全民健保補助費相關爭議評析，77期，頁105-118

### (三)大法官會議解釋

釋字第472、550號解釋

(四)論著

1. 廿一世紀憲政風雲，2004年，劉在銓，  
全民健康保險保險費政府補助款欠費之概況與分析
2. 廿一世紀憲政風雲，2004年，陳清秀，  
誰來負擔健保費？— 從北市健保費釋憲案談起
3. 廿一世紀憲政風雲，2004年，林明鏘，  
論地方自治團體負擔健保保費合憲性之問題—  
— 評大法官釋字第五五〇號解釋
4. 憲法意見，2005年，蘇俊雄，  
全民健康保險與地方自治（釋字第550號解釋）

## 第九案〈新興宗教〉

### 一、事實背景

近年來台灣街頭到處可見，兩個外國年輕人結伴腳踏車同行，穿著白襯衫、黑西裝褲，打著領帶，戴著安全帽，講著還算流利的國語，甚至夾雜一兩句台語的摩門教徒。他們肩負著重要的傳教使命。除了他們，還有許許多多的新興宗教湧入台灣。

隨著時代變遷，後現代主義興起，昔日所信奉的客觀真理不再成為唯一的判準，「後」現代以超越或遠離對現代文化認同之姿興起，由解構主義所主導的「去中心化」方案解放了多元的可能性，於是，變動與多元成了後現代社會的文化特徵。宗教也受到此影響跳脫既有規則，而出現新興宗教<sup>151</sup>。其係指該宗教往往會存在有一位或數位較特殊的「信仰領導型」人物，其中多為神啟式，其稱自己得到神明之啟式而出面帶領眾生，他們吸引信徒的接近與參予，並進而形成一個新興的宗教團體<sup>152</sup>。

其不同的教義，有些與台灣傳統風俗起了衝突，有些甚至與我國憲法、法律有抵觸之虞。神的領域跟人的領域，大法官在釋字490號解釋嘗試著畫出界限。

### 二、憲法爭點

#### 1. 宗教教義可否免除憲法、法律上的義務？

##### (1) 宗教自由之內涵

宗教自由按憲法第十三條規定：「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加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益。再依大法官490號解釋可區分為信教自由、政教分離原則、宗教結社自由，而信仰自由中又分為「內在信仰自由」此係憲法絕對保障之範圍；「宗教行為的外在自由」此係採相對保障之<sup>153</sup>。而內在信仰涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障。宗教行為的外在

<sup>151</sup> 新興宗教是一個宗教學上的分類用語，指約19世紀末期以後所創立的宗教派別。維基百科。

<sup>152</sup> 許育典，宗教自由與宗教法，元照出版公司，2005年5月，228頁。

<sup>153</sup> 廖元豪，宗教自由：第二講：狹義宗教自由，月旦法學雜誌46期，31頁。

自由，則係由內在信仰自由而派生的宗教行為之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，自然不能漫無邊際，否則未見其利，反受其害因此，僅能受相對之保障<sup>154</sup>，故認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。

## (2) 宗教自由可否受限制

現代法治國家，宗教信仰之自由，乃人民之基本權利，應受憲法之保障。宗教自由係為基本權的一種，惟其非是絲毫不受國家限制，我國憲法允許國家對宗教自由的干涉，只是當國家對於該宗教自由的保護領域，並非基於「積極介入」的保護義務，而積極加以干涉或限制時，國家的公權力行使必須來自憲法本身規定的授權<sup>155</sup>。再者，並非宗教自由受到國家公權力的干涉，國家對宗教自由的限制就不合憲，還必須討論是否存在限制宗教自由的合憲方式。按我國憲法第23條定有明文：「以上各條例舉之自由權利，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。」就此規定而言，國家限制宗教自由的方式是否合憲，可由：形式的法律保留原則與實質的公益理由及比例原則，加以檢驗<sup>156</sup>。

再按大法官490號解釋宗教信仰之自由與其他之基本權利，雖同受憲法之保障，亦同受憲法之規範，除內在信仰之自由應受絕對保障，不得加以侵犯或剝奪外，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。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。保護人民生命和財產等基本權利乃國家重要之功能與目的，而此功能與目的之達成，有賴於人民對國家盡其應盡之基本義務，始克實現。

且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，就應盡義務。法律若一旦豁免了此項要求，就等於優惠了此教派，進一步

<sup>154</sup> 廖元豪，宗教自由：第二講：狹義宗教自由，月旦法學雜誌46期，32頁。

<sup>155</sup> 許育典，宗教自由與宗教法，元照出版公司，2005年5月，196頁。

<sup>156</sup> 廖元豪，宗教自由：第一講：憲法宗教自由意義、體系與價值，月旦法學教室44期，31頁。

違反了政教分離的原則。也容易有宗教凌駕於法律之虞。憲法保障宗教自由的初衷係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。此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，而是認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。故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。綜上，可知宗教自由之保障，於涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任時，應受國家相關法律之約束，國家得在最小限度內對其加以限制。

### (3) 國家管制宗教自由之界限

國家所應干預之部分，應僅限於由宗教行為所產生之對社會共同體造成危害或破壞法秩序的行為，例如基於教義的實現，擬集體自殺或所根據的教義，違反憲法及合憲法律所創造的價值秩序，如一夫一妻制度。再者，國家不必對各教派所使用之名銜或法號，如法師、禪師、神父等予以承認或不承認。自創教派即是一種宗教結社行為，依釋字第490號解釋，自屬於信仰宗教自由內涵中「宗教結社之自由」所保障的範圍，故人民有自創教派、自衍教義、自命教主之權利，要該人未施以不正當手段，不論其教義與信仰內容有無科學依據、合乎邏輯國家皆無理由予以干涉。但若其宗教行為已不當地「外部化」，使該宗教行為已非單純信仰內容的實踐與傳布，而涉及到第三人且對他人人性尊嚴與基本權形成剝奪作用或與他人經濟資材發生關係時，則國家仍有介入的空間，如販售靈骨塔、宗教文物等<sup>157</sup>。

承上，自創教派即是一種宗教結社行為，屬信仰宗教自由內涵中「宗教結社之自由」所保障的範圍，而人民有自創教派、自衍教義、自命教主之權利。惟宗教教義可否免除憲法、法律上的義務，應先按憲法第23條檢驗國家對之限制的合憲性，若該教義國家對其有合理限制之原因，則自不得主張免除憲法或法律上的義務。而所謂國家限制的合憲性，首先，基於公益理由之檢驗其中包含：防止妨礙他人自由、避免緊急危

<sup>157</sup> 李惠宗，憲法要義，2006年9月，三版第一刷，200頁。

難、維持社會秩序或增進公共利益。再者，係比例原則之檢驗，此系於國家有以上原因得限制宗教自由時，今宗教自由係人民之基本權，國家要限制干預之，自需符合比例原則，其干預之方式與範圍不得踰越必要之程度，故亦稱為過度禁止原則<sup>158</sup>。

#### (4)限制宗教自由之國家法律

宗教性法律：直接針對宗教，以規範宗教為目的或主要效果即是在規範宗教之法律。此法律中如果限制了內在宗教信仰部分，此係憲法絕對保障之範圍，應逕認其違憲，採嚴格審查標準。因該法律本身即是衝著宗教自由而來，應受宗教自由教嚴厲之規範，故須採嚴格之標準審查之。

一般性法律：法律本身追求的是與宗教無關的世俗目的或效果，而且是普遍性適用的一般性法律，只是在適用時會對人民宗教自由產生「偶然或附帶」之限制<sup>159</sup>。此在形式上未有歧視性，國家法令措施並未明文對任何宗教或特定宗教活動課予任何處罰或規定，但這類外觀中立的法律，適用上就可能會對某些特定宗教造成差別影響<sup>160</sup>。

#### (5)結論

故本文認，宗教教義在不妨礙他人自由，且無害於國家維持社會秩序或增進公共利益之範疇內，可基於宗教自由免除某些憲法或法律上的義務，自非屬不可，反之，若該主張基於宗教教義免除憲法或法律上的義務，而該義務之免除，涉及侵害他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任時，則應受國家相關法律之約束，國家得在符合比例原則之最小限度內對其加以限制，故此自不得基於宗教教義主張免除憲法或法律上的義務。

### 2. 法律是否平等地對各宗教作設限?(平等權問題)

承上所述，宗教信仰自由如同其他基本權利，應有其界限。即國家得在符合比例原則之最小限度內對其加以限制，自此不得基於宗教教義主張免除法律上的義務。而法律是否平等地對各宗教作設限，本文擬從政教分離與平

<sup>158</sup> 許育典，宗教自由與宗教法，元照出版公司，2005年5月，206-216頁。

<sup>159</sup> 廖元豪，宗教自由：第二講：狹義宗教自由，46期，36-39頁。

<sup>160</sup> 廖元豪，宗教自由：第一講：憲法宗教自由意義、體系與價值，月旦法學教室44期，45頁

等權兩個角度方向說明之，而後對我國現行相關法規稍作檢視。

(1) 憲法所保障之宗教自由

憲法所保障的宗教自由首先要求「政教分離原則」。<sup>161</sup>蓋宗教自由保障內涵包括：內心自由信仰意志到表現於外的自由信仰行為。若同時讓持有干預及給付手段的國家政府介入宗教，則所謂之「自由」蕩然無存，因其下之信仰意志可能已受國家相當程度之利誘或脅迫，「自由」實已沾染瑕疵。在政教分離原則的要求下國家不得設立國教，亦不得透過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。<sup>162</sup>換言之，如大法官於釋字第490號解釋中所提：國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰給予優待或不利益。而立法權既為國家公權力機制之一，基於此政教分離原則，立法者即不得立法予以特定宗教或其教徒利益或不利益。故從宗教自由中之政教分離原則角度切入，可導引出立法者之消極不作為義務，暫稱「否定針對性」。而這項義務可得出法律平等地對各宗教作設限的結果。

(2) 平等權與宗教中立性原則

按憲法第7條規定中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。此系宗教於法律上應平等之條款，強調國家權力必須無分宗教，國家沒有合理理由就不該因宗教而有差別待遇。平等權之基本內涵為「相同事項相同處理，不同事項應不同處理」。即平等原則禁止對本質相同事件，在不具實質理由下，任意地不同處理；以及禁止對本質不相同之事件，任意地作相同處理。申言之，從憲法第7條平等權角度切入，可導引出國家應平等對待之積極作為義務。而這項義務則得出國家應平等地對各宗教作設限的結論。為尤須注意的是，平等權並非齊頭式的形式平等，仍然容忍國家措施在合乎個別立法目的下，依據合乎事物本質之要素，作合理區別對待。此項意涵，亦為歷屆大法官於解釋相關平等權爭議時所強調，大法官釋字第485號解釋即闡釋：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」

<sup>161</sup> 許志雄，宗教自由與政教分離原則，月旦法學雜誌，35期，14頁以下。

<sup>162</sup> 李惠宗，憲法要義，2004年9月2版，元照，183頁。

承上，本來在絕對的政教分離原則下，國家行為被強烈地要求，應排除在宗教生活領域之外。然而，在現今社會生活及國家任務的複雜情況下，國家行為絕對不可能完全不介入人民的任何生活領域。在這種情形下，「宗教中立性原則」取代了「政教分離原則」的傳統地位，這其實也是從自由的法治國到社會的法治國，因應國家任務演變所產生的自然現象，所以宗教自由作為價值決定的客觀法功能作用方式，便形成一個國家處理宗教事務應遵守的原則「宗教中立性原則」，基於此要求認為國家行為不得有利或不利於特定宗教信仰或宗教團體<sup>163</sup>。故在這樣的理解下，就國家對宗教團體的立法管制而言，宗教中立性原則同時包括了兩層意義：一、國家應避免以任何立法管制方式，介入或影響人民或宗教團體的生活領域；二、在社會國家及文化國家中，因為國家具體任務及行為的積極與多樣化，完全不涉及人民或宗教團體的生活領域實無可能，所以國家必須在立法管制的過程中，平等地對待所有宗教信仰或宗教團體，這其實也是大法官釋字第573號解釋所謂的「宗教平等」原則。

簡言之，法律是否平等地對各宗教作設限並非可一望即知，而須究明事理。而政教分離原則與平等權分別賦於國家不同的義務，如國家違反平等權，同時其實質意涵即是針對了某特定宗教為優待或不利益。但另須強調的是，若法律制度以一般標準，即是上述的一般性法律，法律本身追求的是與宗教無關的世俗目的或效果，而且是普遍性適用的一般性法律，而非針對特定宗教採特別有利或不利措施，則尚不能謂違反政教分離原則與平等權。且縱係屬一般性的法律，亦有產生如上所述之非歧視性負擔之疑慮，國家在形式上雖未有歧視性，該法令措施並未明文對任何宗教或特定宗教活動課予任何處罰或規定，但這類外觀中立的法律，適用上仍會對某些特定宗教造成差別影響。<sup>164</sup>如兵役法、刑法第294條對於耶和華教徒與其他宗教的效果即為一例。

### (3) 我國相關法案

在對政教分離原則與平等權有一定了解後，進而檢視我國相關法案是否平等地對各宗教作設限。試舉一例：現行監督寺廟條例第一條：「凡有僧道

<sup>163</sup> 許育典，宗教自由與宗教法，元照出版公司，2005年5月，238頁。

<sup>164</sup> 李惠宗，憲法要義，2004年9月2版，元照，185頁。



住持之宗教上建築物，不論用何名稱，均為寺廟。」其似乎嘗試擺脫牴觸政教分離原則與平等權之疑義，惟「僧道住持」之用詞於事實上僅限於佛教或道教，因此整部法律雖其欲管制的內容(財產管理)，是國家得以在符合比例原則之最小限度內加以限制，但卻針對了特定宗教課予義務，實有違政教分離原則與平等權，故其並非平等的對各宗教為限制。

此外，近來外行政院研擬的宗教團體法草案，其即為一般性的通則規定，惟須除去特定性的用詞，以避免針對特定宗教為立法。該法計七章，共三十七條。<sup>165</sup>其立法方式免除了牴觸政教分離原則與平等權的疑慮，但因其相關管制內容，如登記、訂定章程、財產管理、活動違反之處置等規定，牽涉是否干預宗教信仰自由，仍有爭議，且不同之宗教對於宗教立法意見及立場不一，以致該草案之立法前景仍相當坎坷。且該草案係前述之宗教性法律，其係直接針對宗教，以規範宗教為目的或主要效果即是在規範宗教之法律。此法律中如果限制了內在宗教信仰部分，此係憲法絕對保障之範圍，應逕認其違憲，採嚴格審查標準。

#### (4) 結論

按宗教自由程度可以說是民主與極權的區別，惟綜上所述可知，宗教立法上有其先天上之困難，國家要平等的對其為限制實屬不易，因各宗教團體長期累積形成的宗教信仰、生態與宗教教義，不同宗教其相互間有很大差異，故國家在制定宗教性法律或僅是一般性的法律，綜系直接對宗教為限制或僅是一般的規定，均難兼顧各宗教之平等，適用上仍有對某些特定宗教造成差別影響之虞，故大部分仍須仰賴宗教自律<sup>166</sup>。

然在國家對宗教為限制時，國家本身應要非常清楚明白其立法管制的目的：不論是為了最大多數人民的宗教自由或其他基本權、出於不得已而限制宗教團體的活動，還是為了落實人民的宗教自由憲法保障、主動積極地維護或促進宗教團體的開展，國家本身的立法管制都只是手段，目的是在人民身上、在宗教團體。如此一來，才能「根本」解決國家對宗教團體的立法管制

<sup>165</sup> 宗教團體法草案總說明，<http://www.ey.gov.tw/public/Attachment/822515541171.doc>  
瀏覽日期：2009.2.24

<sup>166</sup> 立法院院文，宗教立法必要性及立法方向座談會，立法院法制局整理，101、102頁

問題，避免違憲爭議，才有達到各宗教平等與國家宗教中立性的最高原則<sup>167</sup>。

### 三、 憲法上相關理論的闡釋

#### 1. 政教分離原則

其主要目的係禁止國家以各種方式對宗教優惠，指國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰給予優待或不利益。不僅絕對禁止宗教團體行使公權力，更限制國家補助、贊助宗教活動<sup>168</sup>。因國家沒有「能力」也沒有「權力」去認證各種宗教是非善惡，宗教信仰乃國家權限所不可及之領域，國家權力對宗教行為應保持「容忍」態度，國家對各個教派，不得予以價值預判，以使人民得依其良心與意志，形成其宗教觀之自由<sup>169</sup>。因此政教分離係含以下具體之要求：一、國家不得設立國教，授予任何宗教以特權，或使之行使政治權力；二、國家不得對任何宗教團體為補助；三、國家各機關不得推行宗教教育，或為任何宗教活動；四、國家不得因人民信仰某宗教之故，予以優待或歧視<sup>170</sup>。

#### 2. 宗教中立性原則<sup>171</sup>

乃指國家對於有關宗教信仰等文化事務作成決定時，其準則的多樣性與平等開放性。在此意義下之國家中立性原則，具有兩種不同形式的體現：

(1) 國家不能對有關宗教信仰或世界觀認同的信仰事務加以侵犯的誠命

國家的宗教中立性原則乃相對於人民信仰價值觀的多元性，而對國家加以限制，這樣的限制對國家產生雙重的認同禁止，一來就宗教或信仰團體而言，相對於所有的宗教或世界觀信仰團體而言，國家不允許只去認同某個特定有關宗教或世界觀信仰的團體；二來就宗教或信仰內容或思想而言，相對於所有的宗教或世界觀信仰而言，國家不允許只去認同某種特定宗教或世界觀信仰的認知內容。此雙重的認同禁止表示出，國家無權去贊同或反對一個

<sup>167</sup> 許育典，宗教自由與宗教法，元照出版公司，2005年5月，239頁。

<sup>168</sup> 廖元豪，宗教自由：第三講：政教分離(一)，月旦法學雜誌48期，31頁。

<sup>169</sup> 李惠宗，憲法要義，2006年9月，三版第一刷，200頁。

<sup>170</sup> 黃昭元，釋迦牟尼，生日快樂，月旦法學雜誌第58期，16頁。

<sup>171</sup> 許育典/周敬凡，從德國聯邦憲法法院「頭巾判決」論學校的宗教中立，臺大學法學論叢第三十五卷第六期，122頁。

有關宗教事務的認知。

(2)國家負有使人民獲得宗教信仰得以自由開展之多元信仰空間的保護任務

國家須形塑法秩序，保護人民去自由開展宗教或世界觀信仰，而產生一個國家擴展的宗教中立性，而不可以只對特定的宗教或世界觀信仰團體予以優惠或獎勵。

### 3. 宗教寬容性原則<sup>172</sup>

一個多元社會真正能發展並落實其「多元性」，使多元文化實際上在社會中自由開展，而實踐多元文化國的前提之一，是國家能寬容、尊重並保護少數或弱勢的文化發展，這當然也包括了宗教或世界觀信仰的發展。

國家的宗教寬容原則，事實上乃涉及積極宗教自由與消極宗教自由的衝突，尤其是在同一公共空間中，社會上「多數」主流的宗教信仰者積極從事宗教信仰的行為，與「少數」非主流的宗教信仰者的消極不作為所產生的衝突；而宗教寬容原則正是在保障人民的宗教自我實現，在法律上不受社會上宗教信仰多數決數目變動的影響。亦即，宗教自由的保障，並不因其占社會上宗教信仰的多數或少數而有所影響。蓋基本權並非是一個完全可由多數決化而決定的權利，尤其體現在宗教自由的歷史發展上，更為顯然。

## 四、活動方式

請同學找出宗教教義中與我國風俗、法律所相衝突的地方，並作分組討論及口頭報告。

我國在國家宗教寬容原則的實踐上，相對於西方文化世界長久以來因國家的宗教不寬容而多有衝突，則尚未發生較為具體的憲法爭議，近期則因釋字第490號解釋之作成後，方使法律人不得不認真去面對國家宗教寬容原則的問題。「耶和華見證人<sup>173</sup>」教派的信徒因為遵守教義，而拒服戰鬥役之兵役。

<sup>172</sup> 許育典/周敬凡，從德國聯邦憲法法院「頭巾判決」論學校的宗教中立，臺大學法學論叢第三十五卷第六期，124頁。

<sup>173</sup> 在美國發起的基督教非傳統教派。現時已發展至遍布全球，信徒人數超過六百萬人，耶和華見證人熱心地向其他人分享對上帝的信仰。早期使用聖經研究者為名稱，直至1931年，耶和華見

(1) 兵役法第1條規定之合憲性

大法官於釋字第490號解釋中認為：兵役法第1條規定：中華民國男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，其非為助長、促進或限制宗教而設，且無助長、促進或限制宗教之效果。再者，男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，應屬公共利益之範疇，與憲法第7條平等原則及第13條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。從而認為兵役法第1條規定合憲。

(2) 兵役法第1條規定於具體個案中之法律解釋與適用

基本權與限制基本權之法律兩者間存在著一種相互影響關係，在解釋與適用法律時須就憲法保障基本權之意旨作利益衡量。核本例，法院在解釋與適用兵役法第1條規定強制耶和華見證人之信徒服兵役時，有義務就其信徒之宗教自由納入作利益衡量，貫徹憲法保障基本權之精神，以維護個案正義。

兵役法第1條規定非直接針對宗教自由限制之法律，而只是在適用時對人民宗教自由產生「偶然或附帶」之限制。故屬於「一般性法律」。然而，該規定的適用侵及耶和華信徒宗教信仰的核心，故仍應採「嚴格審查標準」。

兵役法第1條之「規範目的」為：保護人民，防衛國家之安全。固然是「急迫重大政府利益」，但我國近年來因國防政策改變與裁軍計畫以致兵源過剩，可見兵役義務的急迫性與重大性都已經有和緩或減輕的趨勢。因此，在規範目的非無斟酌的空間。而在「手段」上是否已無較「強制耶和華信徒服兵役(戰鬥役)」侵害更小的手段？在「替代役」實施的今日，明顯可見強制服戰鬥兵役的手段絕非侵害最小的手段。讓耶和華信徒轉服替代役同樣亦可達成使人民對國家盡「基本義務」的規範目的。

---

證人根據《聖經·以賽亞書》「耶和華說：『你們是我的見證人，是我所揀選的僕人。』」故以此為自己的團體取名為耶和華見證人。他們堅信《聖經》是上帝的話語，且認為信仰應該完全以《聖經》為依據並尋求其指引。維基百科。

## 五、延伸問題

### 1. 耶和華教派之教義拒絕輸血

耶和華教派的信徒篤信聖經中闡述「神命其子民戒絕血液」的教義，因而拒絕接受任何輸血或輸血給他人。按信仰自由所保障的「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。惟依此內心信仰而體現於外的信仰行為，往往逆於一般大眾道德觀感，甚或有違反法令之虞。如具有特殊血型之教徒，對僅存有一絲生存希望之患者拒絕輸血；或對有特別義務關係之人拒絕輸血，則有觸犯刑法第294條違背法令契約義務遺棄罪之可能。另外拒絕輸血或拒絕接受輸血之行為，對於醫生也將造成與之職業倫理道德的衝擊。

宗教信仰理應無是非對錯之判斷，而僅是價值立場的選擇。今若因其教義信仰而將之繩之以刑，豈非以國家之力判定信仰之對錯？更有謂法律係道德之最低限度，則因信仰觸犯法律，豈可輕易得出該信仰不具最低道德限度的謬論？因而牽涉宗教信仰之外在行為，實不能遽以刑法三階論之，最重要的無疑是以上位憲法之精神探究宗教信仰自由的保障範圍與其界限。

信仰自由的保障範圍，就「人的保障範圍」，包括任何型態教會、宗教或世界觀團體的成員。就「事物保障範圍」，包括了個人內心信仰與否的內在自由，與表露於外的行為外在行為自由。於此，耶和華教徒拒絕輸血之行為應屬我國憲法信仰自由的保障範圍內。<sup>174</sup>惟宗教信仰的外在行為，可能涉及他人的權利或公序良俗，自不能漫無邊際，而應有所界限。於憲法第23條所彰顯的個人社會拘束性，固然可以構成基本權利的外圍界限，但宗教信仰自由其涉及人民發自內心的真誠確信與生命價值，特別是涉及人性尊嚴的保障，構成基本權利體系的最高價值，立法者不能動輒以「維持社會秩序」或「增進公共利益」等抽象概念予以限制。<sup>175</sup>就具有特別契約義務關係之耶和華教徒因拒絕輸血，而造成患者死亡之事例。該教徒實際所面臨到的是一種法律秩序與個人信仰相互衝突的「邊界情境」，從而選擇其所認為位階

<sup>174</sup> 李建良，拒絕輸血與信仰自由，台灣本土法學雜誌，17期，130頁。

<sup>175</sup> 李建良，拒絕輸血與信仰自由，台灣本土法學雜誌，17期，132頁。

較高的信仰誠命。<sup>176</sup>於此情形下，其不僅無意違抗法律，甚且嘗試維護刑事規範所要保護的法益。於此兩難困境，若加以刑罰，則不僅與國家刑法規範的本質有所扞格，更與憲法保障人民信仰自由的意旨有所抵觸。<sup>177</sup>至此，認為基於宗教信仰而出於良善主觀意思之消極不作為，縱有違反法律，仍應排除其不利之法律效果。蓋其行為為於憲法價值保障宗教信仰範圍內，亦不逾越界限。

## 2. 宗教教義認為不應接受國民教育

就該系爭之法律而論，其表面上雖僅課予學童之父母義務及對其有處罰之效果，但實際上適用之結果將產生限制學童父母、學童本身及該教會教派三者之權利，亦即受教育權及宗教自由之干預。因而衍生出人民能否主張私人的宗教教育權而排除強迫入學條例所課予的國民義務教育。

### (1) 宗教自由教育權是否包含實施宗教教育的自由與權利？

於解釋上應包含依個人宗教信仰實施宗教教育的自由，不僅符合憲法保障宗教自由及教育權之基本目的亦與國際規範相符。從接受基本教育屬於義務的觀點來看，任何國民應無以宗教理由拒絕接受基本教育之自由，僅發生教育之內容由誰決定及如何決定的問題<sup>178</sup>。國家之介入應限縮目的於「確保子女的自主意願」受到最大尊重，父母皆未濫權，而符合子女之最佳利益<sup>179</sup>。

### (2) 國家應否容許人民自行實施宗教教育而免除強迫入學之義務？

於實體價值上之判斷，該法律有侵害人民宗教自由及教育權之虞，應容許該教會信徒得依相關規定向主管機關申請在家教育。(一)於立法目的上，基本教育固為憲法上之義務，但對學生而言，受教育應是權利而非義務，又該系爭宗教教育之內容及效果若未對他人或社會無實害亦未造成危險，國家實無干預之必要及正當性。(二)容許例外並不當然違反平等原則，其並不禁止合理或必要的差別待遇，如現行法已容許實驗學校或在家自學的例外，在手段上未必全面壟斷國民教育的內容及方式，理應可容許具替代性的其他教育方

<sup>176</sup> 王和雄大法官，釋字第490號解釋部份不同意見書。

<sup>177</sup> 李建良，拒絕輸血與信仰自由，台灣本土法學雜誌，17期，132頁。

<sup>178</sup> 李惠宗，論宗教信仰自由及國家保護義務—評司法院大法官釋字第四九〇號解釋，台灣本土法學雜誌第5期，50頁。

<sup>179</sup> 黃昭元，上帝要我上祂的學校，月旦法學雜誌74期，8-9頁。

式。(三)其系爭宗教教育亦可達成國民教育之目的，並非拒絕教育，而係不想上國家指定之世俗學校，其效果亦未必違背憲法規定國民教育之目的。故應容許向主管機關申請在家或成立實驗學校，接受教育。

故此管見認為教育對學生而言，既是權利也是義務，故不得因宗教教義而侵害學生受教育之權利，然若其宗教教育亦可達成國民教育之目的，而並非使學生拒絕教育，則應予准許容許其他替代性的教育方式，於此國家之介入應限縮目的於「確保子女的自主意願」受到最大尊重，而符合子女之最佳利益。

### 3. 家長因宗教因素強制子女吃素

此不單純僅屬於私法層次的問題。法定代理人的監護權，不是單純的「權利」，而是負有義務的權利，故應稱之為「義務權」，其作為義務的內涵應較權利的性質更為重要。飲食是人之健康的要素之一，除非有醫學上之證明，茹素對小孩之成長與健康毫無負面影響，否則法定代理人在被監護人孩提時代，應無權利代為決定茹素，因為許多的傷害可能無法回復。問題是，此種基於宗教信念的「主觀善意」但可能造成「客觀傷害」之決定，可否構成「父母濫用其對於子女之權利」，從而可剝奪其親權？本文採否定之態度。此種全家茹素的情形，特別是幼童甘之如飴的情形亦復不少。如未發生爭議或客觀上無法認為父母已達濫用其對於子女之權利之情事，行政機關只能以行政指導方式規勸法定代理人改弦易轍，不得逕以剝奪親權的方式為之<sup>180</sup>。故同上例所言，國家之介入應限縮目的於「確保子女的自主意願」受到最大尊重，父母皆未濫權，而符合子女之最佳利益，自無不得因宗教因素而使子女茹素。

## 六、參考文獻

### (一)月旦法學教室

1. 廖元豪，宗教自由：第一講：憲法宗教自由意義、體系與價值，月旦法學教室44期，頁
2. 廖元豪，宗教自由：第二講：狹義宗教自由，46期，頁
3. 廖元豪，宗教自由：第三講：政教分離(一)，48期，頁
4. 廖元豪，宗教自由：第四講：政教分離(二)-案例類型與本土反思50期，頁

### (二)月旦法學雜誌

1. 陳銘祥，宗教立法與宗教自由，24期，頁29-34

<sup>180</sup> 李惠宗，憲法要義，2006年9月，三版第一刷，207頁。

2. 許志雄，宗教自由與政教分離原則，35期，頁14-15
3. 黃昭元，釋迦牟尼，生日快樂，58期，頁16-17
4. 黃昭元，上帝要我上祂的學校，74期，頁8-9
5. 許育典，宗教自由保障下的宗教團體自治

—評釋字第五七三號解釋，114期，頁211-225

### (三)台灣本土法學雜誌

1. 李惠宗，論宗教信仰自由及國家保護義務  
—評司法院大法官釋字第四九〇號解釋，5期，頁39-60
2. 黃昭元，信上帝者下監獄？—從司法院釋字第四九〇號解釋  
論宗教自由與兵役義務的衝突，8期，頁30-45
3. 李建良，拒絕輸血與信仰自由，17期，頁129-134

### (四)國立臺灣大學法學論叢

- 許育典，學術自由在宗教大學的實踐  
—天主教大學憲章案的合憲性探討，32卷3期，頁

### (五)玄奘法律學報

- 鍾秉正，憲法宗教自由權之保障—  
—兼評大法官釋字第五七三號解釋，3期，頁

### (六)全國律師

- 卓忠三，政府需要立法限制信仰宗教自由？，5卷10期，頁

### (七)博碩士論文

1. 尤伯祥，政治大學，宗教自由之權利內涵研究，87年
2. 黃武彰，國防大學，從軍法實務論良心兵役拒絕問題，87年
3. 左涵湄，東吳大學，論宗教行為自由之保障，91年

### (八)大法官會議解釋：

釋字第490、573號解釋 & 釋字第490號之王和雄、劉鐵錚不同意見書

### (九)論著

宗教自由與宗教法，許育典，元照出版公司，2005年5月



## 第十案〈競業禁止〉

### 一、事實背景

一位竹科工程師 A，在甲公司五年來薪資如一日，為謀求更好的薪資及福利，決定跳槽到乙公司，希望將自己過去的工作經驗奉獻給新東家，讓新老闆眼睛為之一亮，進而好好的提拔自己。但因為之前與舊公司的僱傭契約中包含了競業禁止條款，使得他還沒拿到新工作的第一份薪水，就先賠了兩三百萬給甲公司。換工作的代價竟如此慘痛，是 A 當初遠遠料想不到的。

### 二、憲法爭點

工作權作為自由權或社會權：憲法賦予人民工作權，但並未強制規定國家必須提供工作機會於人民，故於人民有工作能力但無工作機會時，其工作權無法直接作用於國家，此權力亦無法直接適用在第三人，必須藉由民法間接適用在第三人，工作權與雇用權(或經營權或營業權)無法同時並存，何種權利有優先保護之必要？國家是否需要特別照顧有工作能力亦有疾病之人？

### 三、憲法上相關理論的闡釋

#### (一)工作權作為自由權或社會權

我國憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權應予保障。」乃明文將工作權列舉於人民受憲法保障之基本權利中，惟工作權之性質究屬經濟自由權，而具有防禦權之功能或僅係狹義地指勞動權此社會權，而具有受益權功能，乃因上開規定將工作權與具典型受益權性質之生存權與具自由權性質之財產權並列，致學理上素有自由權說、受益權與自由權與受益權兼具說之爭論，迄今仍未有定見。<sup>181</sup>

簡言之，將工作權視為受益權或社會權性質者，多由勞動權之面向加以解釋，故採此說之學者乃認工作權係屬一「以保障勞工階層為目的之社會基本權」，而有具體受益權之性質，人民有積極請求國家提供工作機會之權利，而非消極的防範國家侵犯個人自由。個人有工作能力者，國家應設法予以適當之工作機會(憲法第 152 條)，或給予失業之救助，無工作能力者則應依其意願提供職業訓練。而自由選擇職業則屬憲法保障的契約自由一環，因此，一般性之職業自由係憲法第 22 條所保障之事項；營業自由或營業權則屬財產權保障之範圍，不應將之歸為工作權之一部。<sup>182</sup>

至於將工作權視為自由權之性質者，則自職業自由之概念加以論

<sup>181</sup> 參謝在全大法官釋字 538 號協同意見書。

<sup>182</sup> 參吳庚大法官釋字 404 號不同意見書。

述，認為工作權與德國基本法第 12 條所稱之「職業自由」相若，均屬主觀之防禦權(依該國法院實務，除教育地點選擇自由外，職業自由並不包括請求國家給予一定工作之請求權，並無社會權之性質)，且凡與職業自由實現有關之各種法律地位，皆可列入工作權保障之範疇。而本文基於我國學理上之發展及制憲史之觀點，亦肯認自由權說之見解，認為憲法第 15 條保障之工作權，基本上具有經濟自由權之意義。再者，倘將工作權解釋為人民失業之際，得請求國家予以就業機會之權，則憲法第 15 條規定則有與同法第 152 條重複之嫌，且釋憲實務上，大法官各號解釋亦認為工作權係指職業自由，如釋字第 404 號解釋即謂：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。」釋字第 510 號解釋亦稱：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。」，且釋字第 514 號解釋更明文「人民營業之自由為憲法上工作權所保障」等，而揭示司法院大法官亦採工作權屬經濟基本權之見解<sup>183</sup>。

## (二)基本權第三人效力理論

基本權之拘束對象往往係國家行為，私人則為基本權之保護對象不受基本權拘束，然事實上私人侵害另一私人基本權之情形亦所在多有，例如，租賃契約約定承租人一旦懷孕即須搬離；僱傭契約約定受僱人一旦結婚即須離職……等等，因此衍生出私人應否亦受到基本權利拘束的討論，而此即「基本權有無第三人效力」之問題<sup>184</sup>。關於憲法上之基本權利，可否及如何適用於私人間之法律關係？學說乃有下列不同見解：

### 1. 不適用說

此說係從基本權之發展史來看，基本權利是基於人民對於國家之防衛權概念發展而成，而非對抗私人之武器，且若私人間可主張基本權利，則對於私法領域所強調之私法自治、契約自由的精神有所破壞，故此說認為基本權關係只牽涉到人民與國家間之公法關係，民事關係應依民事法規處理，以維持公私法之區別。<sup>185</sup>

### 2. 直接效力說

此說認基本權有絕對效力，認為基本權除拘束國家外，亦可拘束私人是無庸間接透過民事法律之媒介，即得適用於私人相互關係中。蓋對於基本權利之解釋應與時俱進，當私人間出現社會或經濟勢力足以

<sup>183</sup> 參李惠宗，憲法工作權保障系譜之再探—以司法院大法官解釋為中心，憲政時代第 29 卷第 1 期，頁 124-127。

<sup>184</sup> 參許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第 9 期，頁 64。

<sup>185</sup> 參李惠宗，禁止跳槽的程式設計師，台灣本土法學，第 33 期，2002/4，頁 128。

對其他私人之基本權利造成不亞於國家之侵害時，基本權不能不有所回應<sup>186</sup>，故此說特別見諸於社會國觀念下的社會權，擴張基本權效力而認基本權得直接接適用於私人間之民事關係中。

### 3. 間接效力說

此說堅持基本權利只拘束國家，而不及於私人。其雖基於國家整體法秩序之一致性與統一性，而不否認基本權利對私法領域仍有影響力，但為維護私法之獨立性，避免私法自治遭到破壞，仍認為基本權利不能直接，只能間接透過私法上之概括條款，對私人間之法律關係發生效力。德國實務與學說通說皆採此說，我國實務及學界多數亦同。<sup>187</sup>

而本文以為基本權固屬公權利，惟對基本權之尊重即與公序良俗無異，故對基本權形成侵害效果之私法行為，即屬「有背於公共秩序或善良風俗」，而應屬無效。且自兼顧公法、私法二元性之維持及尊重私法自治原則而論，將基本權之效力擴張到私人間之立場，應採間接適用說較為妥適。依此，基本權仍可適用於私法關係之當事人(私人)間，惟僅能「間接地」透過私法規範(民法第 71 條、第 72 條)要求法院適用基本權以排除侵害，且如欲主張基本權之拘束力，並須舉證證明某一契約條款或特定之法律行為，已對基本權造成侵害，由法院就個案斟酌、認定是否屬「違反公共秩序或善良風俗」之情狀。<sup>188</sup>

### (三)職業自由權審查之三階段理論

均  
憲法第 15 條固然保障人民之職業自由(工作權)，然而任何基本權

難免與他人之基本權或公益發生衝突，職業自由亦不例外。蓋職業秩序與公益乃有重大關聯，勢必不能任由當事人自由決定，而須由國家適度介入，加以規範。而關於工作權限制之司法審查，德國聯邦憲法法院於「藥房判決」中自比例原則發展出職業自由的三階段理論，將國家對人民之限制區分為三種不同之階層，即「對職業執行自由之限制(對職業經營階層之限制)」、「對職業選擇自由之主觀限制」與「對職業選擇自由之客觀限制」三者。<sup>189</sup>

#### 1. 對職業執行自由之限制(對職業經營階層之限制)

此限制係指國家對於職業活動之形式、方法、內容、範圍等事項加以規範，例如限制廣告、營業時間、地點、電影分級……等。且由於

<sup>186</sup>參許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第 9 期，頁 65。

<sup>187</sup>參許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第 9 期，頁 66。

<sup>188</sup>參李惠宗，禁止跳槽的程式設計師，台灣本土法學，第 33 期，2002/4，頁 128。

<sup>189</sup>參劉建宏，基本權各論講座〈工作權〉，法學講座，第 23 期，2003/11，頁 4。

此種規範只觸及職業自由基本權之外圍，未深入其核心領域，立法者限制時乃有較大之裁量空間，僅須追求「一般公共利益」為目的即已足。如「限制鑲牙生懸掛鑲補牙業務之市招」(釋字第 206 號)、「訂定各科技師執業範圍」(釋字第 411 號)、「規定電動玩具業不得容許未滿 18 歲之兒童及少年進入其營業場所」(釋字第 514 號)等，且釋字第 404 號解釋亦有明文「對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制」等語。<sup>190</sup>

## 2. 對職業選擇自由之主觀限制

此要件係指立法者就申請執行某種職業之「個人」其資格特質、能力、技能等訂定某些條件，且僅有符合該等條件者始能選擇、從事該職業之謂。例如「對會計師執業資格之限制」(釋字第 453 號)及「航空人員體格檢查標準」(釋字第 510 號)等，皆為適例<sup>191</sup>。此外，若某些行業設有特殊之主觀資格限制，則須該要件與該職業具有事物本質之關聯性，始得為之。是故，身心障礙者保護法第 37 條規定「非視覺障礙者不得從事按摩業」，即有違反不當聯結禁止原則之虞。

## 3. 對職業選擇自由之客觀限制

此係指立法者就某種職業之申請，制定許可之特殊要件，而此等許可條件與申請執業之個人無關，且個人對於該許可條件成就與否亦無影響者而言，又依其干涉基本權之強度不同，可分為兼職禁止、需求審查、限額措施、職業禁止等四種形式。<sup>192</sup>惟不論屬何種態樣，均係指從事某一職業須符合特定之經濟客觀情況，而該情況並非行為人主觀能力所得達成，例如，為防止惡性競爭而限制市場家數或是過去的中油等獨占事業等。

綜上所述，「三階段理論」基於對人民職業自由之侵害程度有別，合憲性要求之強度乃有不同。首先，立法者對職業自由之限制應盡可能選擇以「對職業執行自由之限制」為先，如無法達成目的始得以「職業選擇自由之主觀許可條件」為限制，而「職業選擇自由之客觀許可要件」則係於最後才得適用。且該判決亦將限制職業自由所追求之公益目的，按其所限制的職業自由內涵，作三階層之區分；再者，亦足見多數大法官之意見，對於工作權之內容及限制之審查標準，確係以德國之三階段理論為標準，有引為我國違憲審查基準之趨勢。<sup>193</sup>

<sup>190</sup>參劉建宏，基本權各論講座〈工作權〉，法學講座，第 23 期，2003/11，頁 5。

<sup>191</sup>參劉建宏，基本權各論講座〈工作權〉，法學講座，第 23 期，2003/11，頁 5。

<sup>192</sup>參劉建宏，基本權各論講座〈工作權〉，法學講座，第 23 期，2003/11，頁 6。

<sup>193</sup>參錢建榮，終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討—兼論釋字第 531 號解釋，月旦法學雜誌，

#### 四、 本案爭點研討

(一) 工作權與雇用權(或經營權或營業權)無法同時並存，何種權利有優先保護之必要？

本問題乃涉及「私法自治」與「國家對職業自由所負保護義務」間之問題，亦即「競業禁止條款合憲性」此一爭點。所謂「競業禁止」是指事業單位為保護其商業機密、營業利益或維持其競爭之優勢，要求特定人與其約定在在職期間或離職後之一定期間、區域內，不得經營、受僱或經營與其相同或類似之業務工作而言。<sup>194</sup>而本案係屬員工離職後之競業禁止態樣，原則上勞工對雇主所負之守密及不競業之義務，本應隨勞動契約終了而終止，惟實際上，雇主多有繼續保護其營業上利益、秘密等競爭上優勢之考量，因此，於勞動契約中明定限制勞工離職後之職業自由之條款等情形，於就業市場上所見多有。

而離職後之競業禁止條款究竟有無效力，勞工之工作權與雇主之雇用權(或經營權或營業權)何種權利有優先保護之必要？首先，勞委會有於民國 92 年公布競業禁止參考手冊，並就競業禁止條款效力之認定提出下列須審酌之事項，分別係「雇主有無法律上利益應受保護之必要」、「勞工擔任之職務或職位」、「應本於契約自由及誠信原則約定」、「限制之期間、區域、職業活動範圍是否合理」、「有無代償措施」、「違約金是否合理」、「員工有無顯著背信或違反誠信原則」等七項<sup>195</sup>。本文認為，此參考手冊雖不具實質的法律拘束力，惟仍有相當之參考價值，所提出之審酌事由尚屬合理、均非無據，應可當法理適用之。依此，本案例事實中，跳槽到乙公司之工程師A，其與甲公司的僱傭契約中雖有明定競業禁止條款，惟該條款之效力容有疑義。就雇主有無法律上利益應受保護之必要及勞工擔任之職務或職位而言，A須限擔任一定職務，且因該職務而有接觸公司之營業秘密或參與保護優勢技術研發，如此，雇主甲始有實質被保護之利益存在，而有限制A競業之必要。且縱確有訂定競業禁止條款之必要，其限制勞工競業之期間、區域範圍應不逾越合理範圍，不得達嚴重限制A之工作權、危及其經濟生存能力之程度。且就違約金而言，考量違約金之額度與競業禁止期間之長短兩者間之相關性，三百萬誠屬過高，且本

第 128 期，2006/1，頁 80-81。

<sup>194</sup>參勞委會公布競業禁止參考手冊。

<sup>195</sup>參陳瑞敏，勞委會公布競業禁止參考手冊重點論述，理律法律雜誌雙月刊，1993/5，頁 1-2。

題亦未見甲有任何代償措施之舉，而員工A似亦無惡意篡奪大量重要情資或原雇主客戶等顯著背信或違反誠信原則之行為，故本文以為該競業禁止條款應不生效力。

再者，就學理上所建立「競業禁止條款合憲性之審查基準」而言，為完善保障人民之基本權利，基本權之規範效力應非僅侷限於國家權力之侵害，而應亦使其具有防止來自社會強勢者侵害之功能，使基本權之規範效力自「國家對人民」擴展至「私人對私人」之間，而承認「基本權利對第三人之效力」。至適用方法，則依本文於前述所肯認之「間接效力說」加以操作，證立當事人一方之基本權利較應受特別之保護，使此爭執中雙方當事人之基本權利達到平衡之狀態。<sup>196</sup>

依此，本案涉及之職業自由限制議題，乃係A與甲公司簽訂契約，自願負有禁止競業之義務，而本應基於契約自由、私法自治等原則，國家並無強制介入之餘地。惟私法自治須建立於當事人作成自由決定之條件係事實上存在此前提，故本案僱傭契約之一造甲公司乃有較強之勢力，足以片面決定契約之規範內容，國家乃生對人民A基本權利之保護義務，以確保基本權利之保障義旨，並就系爭案件之競業禁止條款透過民法第72條私法上之公序良俗之規定，間接地確認其效力。

然應如何審查雇主與勞工之離職後競業禁止約款是否違反公序良俗、而屬對受規範者顯失公平而有調整必要之情形，實務與學說均已有相當之討論，惟所提之標準不一，各標準間之關係亦不明確，例如從實務判決<sup>197</sup>中所提出之「僱用人有無可受保護之利益」、「限制合理性」、「限制相當性」；或係學者所提之「雇主有無值得保護之正當利益」、「所為之限制，是否與雇方之正當利益維持合理的關聯」及「是否給予勞工合理的補償」等三個審查步驟<sup>198</sup>。因此如何歸納一較普遍之審查基準實有其必要，而本文以為競業禁止條款之效力應加入定型化契約約款之控制，採取下列六項審查標準較為妥適<sup>199</sup>，1. 雇主須有特別保護之利益，單純競爭上之優勢不足當之。2. 該競業禁止須係限制勞工之特別技能、技術或因雇主之特別栽培而習得之技術。3. 限制勞工就業之對

<sup>196</sup>參李建良，競業禁止與職業自由，台灣本土法學，第15期，2000/10，頁118。

<sup>197</sup>台南地方法院88年勞簡上字第6號判決。

<sup>198</sup>參林更盛，離職後競業禁止約款的審查：三步驟—評台南地方法院88年勞簡上字第6號判決。

<sup>199</sup>參李惠宗，禁止跳槽的程式設計師，台灣本土法學，第33期，2002/4，頁131-132。

象、期間、區域、職業活動之範圍，須不超過合理之範疇。且應同德國商法第 90 條a所訂之兩年為最高期限。地域則應以形成與雇主惡性競爭為地域性之要件，若在地域上不致發生排擠效應者，亦不得加以限制。4. 須有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施，以避免侵害勞工之生存權。5. 離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或違反誠信原則。故如在經濟市場上未使用不公平競爭之手段，雖有競業之事實亦屬職業自由所保障。6 須勞雇雙方另以書面經個別商議而特別約定。因此，如在成立僱傭契約當時即已定型化契約約定競業禁止，本文認為其屬雇主之權利濫用，而不應生效力。

基此，本案甲公司係以定型化契約在 A 進入該公司前即單方預先訂定競業禁止條款，且似亦無期間、區域之限制與代償條款之補償，且違約金亦有過高之虞。是故，本文以為該競業禁止條款乃與公共秩序、善良風俗有違，對甲並無拘束之效力。如此，始得使憲法所保障之普世價值得以落實於私人間之關係。

## (二) 國家是否需要特別照顧有工作能力亦有疾病之人？

此爭點乃涉及工作權性質之討論。而本文觀點，如前所述，乃自我國學理及制憲史之發展出發，採行「自由權說」之見解。認為憲法第 15 條保障之工作權，基本上係具有「經濟自由權」之意義，而屬一廣義職業自由之保障；惟若自「憲法解釋當代化」之角度觀之，以社會國為取向作基本權利解釋之方向，而將工作權與生存權賦予社會權之性質，加重國家保護義務亦無不可，且如此亦與現今福利國家之趨勢相符。至於具有社會權性質之工作權應具有何等之權利內容與強度，而可要求國家給付致何種程度，則屬立法裁量之問題。<sup>200</sup>此外，因我國憲法原則上係採行自由經濟體制，故國家若欲對人民之工作權加以限制，自應符合形式合法性與實質正當性之要求，除須有明確之法律依據外，亦須有干預之正當化基礎，而須符合憲法第 7 條平等原則、第 23 條比例原則及不當聯結禁止原則之限制。<sup>201</sup>

依此，本文認為對於有工作能力但亦有疾病之人(例如尚有工作能力之身心障礙者或患有肝炎或其他慢性病者)而言，其基本權之享有本應與一般人無異，不論私人或國家均不得藉此對其本應

<sup>200</sup> 參李惠宗，肝炎帶原者止步—就業歧視條款之憲法問題，月旦法學教室第 10 期，頁 8。

<sup>201</sup> 參李惠宗，我眼明，我也要按摩工作，月旦法學教室第 39 期，頁 12。

享有、受憲法保障之工作權加以侵害或剝奪。惟若承認國家得對該有工作能力但亦有疾病之人予以特別照顧、保障，則無異於對其他人之工作權造成侵害，例如身心障礙者保護法第 37 條「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」之規定即為一顯例。是故，本文以為國家是否需要對有工作能力但亦有疾病之人予以特別保護，應視個案之不同情狀，自形式合法性與實質正當性之角度具體衡酌之。

## 五、延伸問題

### 2. 定型化契約問題

按私法自治原則固為自由社會秩序之基本要素、私法關係之最高指導原則，惟私法自治原則仍應有其界限，須受相關現行法律與憲法基本權利之拘束。如前所述，憲法有關基本權利之規定，蘊含有客觀之基本價值決定，可適用於所有之法律領域，私法自不能例外，而不得與憲法基本權利所彰顯之基本原則與精神相抵觸。且私法自治係基於「自我決定」原則，亦即當事人作成自由決定之條件須事實上存在，若當事人一造有較強之勢力，實際上可事先、片面地決定契約規範時，他造於此情況下所簽訂之契約，事實上非基於他人之自由意志，反是受制於他人已為之決定。因此，雙方當事人於訂約時如缺乏「相近等量勢力」時，若堅守契約自由之法則，反會不足以確保弱勢一方契約當事人之權利。是故，如基本權利所保障之法律地位遭他人所支配，國家須採行必要之調整與規範，以確保基本權利之實質內涵，而屬國家之保護義務。例如消費者保護法，即屬一為防制社會上及經濟上不對等之情形所訂之法律，並同時落實社會國原則之意旨<sup>202</sup>。而就勞雇關係而言，契約當事人雙方地位不對等之情形亦甚為明顯，且社會實務上為求便利，通常係直接適用雇主單方早已訂明之工作規則，縱有勞動契約之簽訂，其內容亦多由雇主單方預先制定，是故，競業禁止條款乃屬一不定型契約條款無虞。然至目前為止，我國僅於尚未施行之勞動契約法第 14 條設有競業禁止條款之相關規定，而僅能作參考之用，無直接之規範效力，依此，就系爭案件而言，目前尚無法直接自法律之規定解決，而須似「內容控制原則」一般，決定該競業禁止條款之效力，著眼於職業自由之憲法保障，衡酌該具體個案之情況，亦即透過民法第 72 條公序良俗條款之解釋與適用，確認其效力。

<sup>202</sup> 參李建良，競業禁止與職業自由，台灣本土法學，第 15 期，2000/10，頁 113-115



## 2. 職場歧視類型

職場歧視一直是存在職場中的事實，係指求職人在求職的過程中、或受雇者在就業時受到「不平等之差別待遇」(釋字第 211 號、第 485 號可資參照)，對於工作機會與薪資、配置、升遷、訓練機會等就業安全保障不能受到平等對待而言<sup>203</sup>。而本文乃就較常見之基因歧視、族群歧視、身心歧視與歧視女員工條款等類型，加以略述：

### (1) 基因歧視

所謂基因歧視，Natowicz 等人定義為：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。在此定義下可知，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，便有可能遭歧視。且若家族中有一人帶有變異基因，則其他家族成員也可能遭受歧視<sup>204</sup>。而 2003 年人類基因組完成定序，為醫藥學界開啟新紀元，但另一方面也可能使基因歧視的問題日趨嚴重。因更進步、準確的基因研究或許會使個人罹患癌症或其他遺傳性疾病的風險被辨識出來，然這項資訊在雇用、晉升或保險方面卻可能造成歧視。因如能事先利用預示性遺傳資訊加以識別，雇主與保險業者多會基於經營成本、降低風險等考量，剝奪帶因者的工作機會與投保機會。本文以為，要解決潛在的基因歧視問題，應以法律明文規範較為妥適。否則在沒有適當的配套措施因應之下，人民基本權之保障反有隨科學之進步而倒退之可能。

基因歧視在各層面有許多值得探討之處，而本文認為，基因歧視於法律層面上最值得討論的問題係除傳統的衡量方法外，在法律上應不應該准許雇主「以基因特徵作為選擇的方法」？<sup>205</sup>因為基因檢查而引發所謂歧視的最早例子發生於 1970 年代的美國，有些公司要求員工工作鐮刀型貧血症的篩檢。且此種情況在美國遠較台灣普遍，例如 2002 年美國一家鐵路公司的 36 名員工罹患腕管綜合症而提出職災補償，但公司卻在員工不知情之情況下檢測員工之基因，試圖尋找有關基因致病之證據，以避免補償及作為雇用人員之依據。<sup>206</sup>本文以為，當個人根據自己的基因從事選擇，應屬個人自主的表現，自無問題。惟若係個人企圖知悉「他人」基因並進行選擇時，例如雇主選擇職員之情形，卻有對他人隱私權與工作權造成侵害之虞。

<sup>203</sup> 參行政院勞委會，就業歧視防制業務相關問答彙編，98/2/24，<http://www.labor.gov.tw/web/i9.htm>。

<sup>204</sup> 參何建志，就業基因歧視的法理問題與因應之道，基因技術挑戰與法律回應－基因科技與法律研討會論文集，2000.03.12，頁 3。

<sup>205</sup> 參何建志，就業基因歧視的法理問題與因應之道，基因技術挑戰與法律回應－基因科技與法律研討會論文集，2000.03.12，頁 14。

<sup>206</sup> 參星島日報，2008/5/2，<http://hk.news.yahoo.com/article/080502/3/69kt.html>。

而對此問題，學界上多數係以隱私權模式或反歧視模式(平等權模式)處理，而禁止雇主要求受僱人接受基因檢驗或知悉受僱人之基因檢測結果，而進一步地根據基因檢測從事差別待遇。惟有學者認為原則上法律不宜干涉雇主使用基因資訊或根據基因從事差別待遇。是否進行法律干預，應取決於法律禁令與其他政策工具之間的相對優劣，並應進行干預及不干預的評估比較。除了法律禁令之外，應係建立制度性保障機制與利益分享機制，以調和基因科技衍生的社會問題<sup>207</sup>。而回歸現今各國基因歧視相關法律之發展情況觀之，美國已於2005年通過禁止根據個人的基因資料對其進行歧視的法案。而此法案明文，縱基因檢測顯示某人可能易患某種疾病，保險公司不得據此提高醫療保險費用或者拒絕為其提供保險，其他公司也不得把基因資料作為招聘、解雇或升遷員工的依據。且並禁止保險公司強迫投保人接受基因檢驗。<sup>208</sup>本文基於人民基本權之保障及比例原則、平等原則，以為該法案難謂不妥，甚有益於研究工作與民眾健康之維護。

## (2) 族群歧視

族群歧視又名種族歧視，係指一個國家是由數個不同種(民)族所組成，而這些種族當中，總會有某特定種族佔總人口的大多數，即主要種族。主要種族與少數種族之間產生歧見與衝突是很普遍的現象。雖然遭受種族歧視者是少數種族，但種族歧視所保障的對項象不只是少數種族，主要種族也同樣受到保障。

關於職場上族群歧視之爭議，歐美之勞動經濟與勞資關係之學者提出「統計歧視理論」、「偏好歧視理論」與「分隔市場理論」，認為雇主依據個別勞動者所屬群體之一些總體統計資料，判斷該個人之能力或係將勞動市場區分為主要與次要兩種，基於對角色傳統之認知，認為男性或白人係屬具相當穩定性之內部勞動力，反之，女性及少數族裔則係外部勞動力而較前者欠缺穩定感等主觀想法，造成了就業歧視之現象。而此種理論如運用到我國，確也可符合若干情狀，例如偏好歧視理論即可用來證明我國某些航空業中較少僱用原住民及金融或旅遊業中單身或禁孕條款盛行之

<sup>207</sup> 參何建志，基因歧視與法律解決方案，午餐學術討論會之三，舉辦於2008/12/29，清大生物倫理與法律研究中心。

<sup>208</sup> 中國時報，2008/5/3，  
<http://tech.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/Inc/2007cti-news-Tech-inc/Tech-Content/0.4703.171704%20112008050300484.00.html>。

主因。<sup>209</sup>

茲舉國際上職場族群歧視之實際個案如下，原告是非裔美國人勞工，在被告（雇主）的公司從事搬運工作。此類工人一般皆須使用推車，而被告公司裡的所有推車，皆被塗寫上一些污辱黑人的話語，且被告公司裡的種族歧視氣氛在中午用餐室裡尤其嚴重，迫使原告及其他黑人受雇者，不得不到另一個房間去吃午餐，此後，該房間即被寫上「黑鬼中午用餐室」。而美國聯邦地方法院在此案中建立兩個構成「種族歧視」的標準，一為：「因種族而產生的歧視或騷擾事件，必須普遍存在該事業單位。」，二為：「原告必須舉證說明雇主並沒有採取合理的行動，來避免種族騷擾行為。」依此，本案法院認為原告勝訴，因被告公司裡的種族騷擾行為係相當普遍，且被告亦未採取足夠的行動，來防止此種騷擾行為（被告並未制訂禁止種族歧視或騷擾行為的工作規則），而不採納被告所言其所以未強力禁止種族騷擾行為，係為避免更大的種族衝突此一主張。<sup>210</sup>而在職場種族歧視非常嚴重之法國，知名的「歐萊雅」化妝品集團，則因拒絕雇用非白種女子促銷洗髮精產品，被法國上訴法院判定種族歧視罪成立。這起歷史性判決是知名廠商在法國因計畫性的種族歧視，而被判有罪的首例。<sup>211</sup>

而我國，雖就業服務法第五條規定為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族為由，予以歧視。惟職場上仍有族群歧視之情形存在，例如「原住民與外籍配偶、外籍勞工」於謀職、就業時所遇之困境。據調查，多數原住民仍從事勞動市場之底層工作，薪資待遇較低且謀職上亦較常遭遇困境，民國 75 年湯英伸案之情狀仍在我國社會角落繼續上演。至於，外籍配偶或外籍勞工之就業歧視問題則更為嚴重，例如台灣雇主扣押外傭的護照、對外勞的結構性剝削等問題亦層出不窮，2005 年 8 月發生的高捷泰勞暴動事件即為顯例。而該等扣押他人的護照或對其工作權、自由權過度限制之行為乃已嚴重侵犯人民之基本權，亦與民主社會人權原則有違。這些侵權的行為不但突顯既得利益的粗暴，且再次強化族群與階級化的不平等關係。只要這種社會族群、性別以及階級不平等的關係結構不變，原住民與外籍人士在工作職場的困境就持續存在。

<sup>212</sup>

至於我國目前對族群歧視問題之相關法律規範，依據憲法第7條及第15條，人名之工作平等權應受最高位階法律之保障，且於憲法增修條文中除曾強調排除性別歧視與宣示對身心障礙者之就業輔導外，亦曾對原住民之各項保障有所規定。惟該規定，除得適用基本權第三人效力

<sup>209</sup>參焦興鎧，對我國就業歧視問題之探討，月旦法學雜誌，第 52 期，1999/9，頁 104。

<sup>210</sup>參行政院勞委會，就業歧視防制業務相關問答彙編，2009/2/24，<http://www.labor.gov.tw/web/j9.htm>。

<sup>211</sup>參 <http://career.1111.com.tw/focus1.asp?sno=485>，2009/2/24。

<sup>212</sup>參嚴祥鸞，性別、族群與階級觀點談原住民就業困境，頁 2-5，2009/2/24。

理論使擴張其效力範圍外，原則上僅具有宣示之作用，並無有效遏止就業歧視之積極功效。是故，勞動基準法、工會法等相關之勞動法規或函釋命令即扮演重要角色，且就業服務法第5條及第65條對違反者處依罰鍰之規定，更可謂我國目前禁止就業歧視之最主要法律依據。此外，對原住民所面臨之就業歧視問題，勞委會亦已根據就業服務法頒布「促進原住民就業措施」，及舉辦相關之職業訓練與服務<sup>213</sup>；於外籍勞工部分，除勞委會於2001年發布之「外籍勞工權益報告書」外，亦須藉學理上之「比例原則」與「平等原則」檢驗我國相關之外勞管理法制。換言之，為符合憲法之比例原則，應以適當性、必要性、衡平性三內涵檢驗該個案之外勞管理法制，不得任以維護社會秩序或增進公共利益為由，而合理化所有之管制措施。且亦不得單以「種族」為由，為法律上或私人間之歧視，故如係僅以「外國人之本身」作為差別待遇之連接因素，即屬一典型之族群就業歧視，而與憲法所要求之禁止差別待遇有違，牴觸平等原則與平等對待、國民待遇等普世之基本人權價值。<sup>214</sup>

### (3)身心歧視

身心歧視係指在工作職場中，求職人或受雇者因其個人肢體或心理上的殘缺而受到雇主或同事之不公平待遇。對我國身心障礙者而言，其面臨之就業歧視困境，長期以來一直並沒有明顯改善之跡象，由相關數字資料顯示，他（她）們在就業時確曾面臨某些有形或無形之歧視待遇，除與身心健全勞工相較之薪資報酬不對等與工作條件之差別待遇等情形外，根據前述內政部八十九年之調查報告顯示，除同事之異樣眼光與工作場所欠缺無障礙空間等問題外，身心障礙者在就業上最覺得困擾的是，企業接受身心障礙者之意願低，而更有32%之這類受訪者認為在找工作時，並未受雇主之公平對待；至於已就職者也普遍碰到升遷不易或主管與同事接受度低之困難。因此，隨著近年來身心障礙人數之增加，我國政府與法制對此一職場上身心歧視之問題自不可忽視，實應盡速為妥善之處理。<sup>215</sup>

而我國現有規範身心障礙歧視之法制，對身心障礙者工作權之保障可說是訂有相當完整之規範，除憲法第七條及第十五條之工作權及平等權之保障規定外，在歷次修憲之增修條文中，也曾對身心障礙者之就

<sup>213</sup>參焦興鎧，對我國就業歧視問題之探討，月旦法學雜誌，第52期，1999/9，頁106-108。

<sup>214</sup>參林佳和，高雄捷運泰勞暴動事件，月旦法學雜誌，第126期，2005/11，頁193-194。

<sup>215</sup>參焦興鎧，美國最高法院與身心障礙者就業歧視爭議之解決-2002年庭期三則判決之評析，<http://www.npf.org.tw/post/2/5214>，2009/2/24。

業輔導有所宣示，然而，由於憲法上所規定之基本權利，一向僅在於限制國家公權力之行使，並不適用於私法關係，從而，這些憲法條款堪稱僅具宣示作用，在防制就業歧視問題上並無法發揮積極之功效。<sup>216</sup>

至於目前最重要之禁止對身心障礙者加以就業歧視之法律，則是身心障礙者權益保護法第四章及就業服務法第五條之規定，前者之立法目的係為維護身心障礙者之權益，保障其平等參與社會、政治、經濟、文化之機會，促進其自立及發展，當然亦有禁止就業上身心障礙歧視之意涵，如該法第 38 條即強制公私立機構須依一定比例雇用具有就業能力之身心障礙人士。而後者則明文規定雇主不得以「身心障礙」為由，予以歧視，明確禁止這類就業歧視之規定，並由依據該法施行細則第五條所設置之各直轄市及縣市之就業歧視評議委員會，實際處理此種爭議。

又本文以為，就此問題之處理，審議者應跳脫純粹「法條文義解釋」或保障弱勢者之框架，而須回歸憲法之基本法理思考。因我國憲法係採自由之市場經濟原則，國家自應尊重市場機制，除有私人企業或財產之行使致經濟秩序破壞之情形，公權力始有介入之必要，而有「確保最低度交易品質」之正當化基礎。依此，審議者不可一味偏重弱勢者之保護，而亦應考慮不當聯結禁止原則及比例原則作為違憲審查之基準。<sup>217</sup>如去年所作的釋字第 649 號，認為民國 96 年修法前「身心障礙者權益保護法」第三十七條第一項「非視障者不能從事按摩業」規定係屬違反憲法第七條平等權、第十五條工作權、第二十三條比例原則等憲法意旨之解釋，即為一顯例。如此，方有達成禁止就業歧視法律所希冀實現真正社會公平正義，及保障弱勢族群成員基本人權理念之可能。

#### (4) 歧視女員工條款

據調查，現有就業歧視案例，有百分之九十以上是屬於性別歧視案件。所謂「性別歧視」係指在工作職場中，求職者或受雇者因其性別，而受到雇主不公平之待遇。而職場上歧視女員工之情形甚為普遍，如「同工不同酬」、「招募、採用、配置、訓練、升遷等差別待遇」等等，最常見的即是雇主於招募員工時，在定型化工作契約中，訂定結婚或懷孕須自動離職之「單身條款」或「禁孕條款」。

而雇主主張訂定禁孕條款之理由主要有三：<sup>218</sup>

- A. 雇主因成本考量而不歡迎孕婦，認為其懷孕及生產期間一定會產生各種生理狀況，並造成對公司的總體效率、產能之減低及人事成本

<sup>216</sup>參焦興鎧，美國聯邦最高法院與就業歧視問題，勞工法與勞工權利之保障——美國勞工法論文集（一），民國八十四年。頁 142。

<sup>217</sup>參李惠宗，我眼明，我也要按摩工作，月旦法學教室第 39 期，頁 12-13。

<sup>218</sup>參職場平等與就業歧視電子書，台北市政府勞工局，2005/2/2。

之支出。

- B. 混合動機因素：即指雇主因為上述第（一）種因素，加上孕婦確實在職場上有其他不善的表現，如：懷孕期間在工作表現上碰巧發生部分失誤，以致造成雇主輕重不一的損失；或因身體不適而降低了平日的工作表現水準等狀況，而對孕婦有不利之對待。
- C. 雇主純粹因個人觀念好惡或一般社會對孕婦的刻板印象，而認為雇用孕婦會造成對公司形象損失，使消費者流失的歧視。

事實上，此種歧視女員工之條款已實質侵害女性之工作權(職業選擇自由)此人格發展之核心，而應令雇主之營業權退縮，又依照民法第 71 條、第 72 條及第 148 條的規定，契約當事人在訂立契約時，不得違反強行或禁止規定，也不得違背公共秩序或善良風俗，更重要的是應符合誠實信用原則。故勞資雙方的勞動契約中若出現此種顯失公平、與公序良俗有違之情事，該條款之效力應視為無效。但在早期，仍有許多人民為求得工作而委曲求全，幸現今兩性工作「平等平權」及禁止就業歧視之理念已蔚為世界潮流，我國除了憲法與就業服務法第五條有明文規定外，亦已漸成為社會上之普遍認知。尤在「性別工作平等法」正式施行後，該法第 11 條規定<sup>219</sup>更明文禁止歧視女員工條款之訂定與否定其效力。此外，該法之施行亦使婦女權益、性別歧視、工作場所性騷擾防制以及員工托兒、陪產假、育嬰假等措施，有更具體、明確之定義及法律依據，且將舉證責任轉換到雇主，即雇主有義務提供受僱者友善的工作場所，使受僱者免於工作歧視之立法，更能實踐憲法保障人民之基本權宗旨。

#### (5) 結論

隨著身心障礙者權益保護法、就業服務法與性別工作平等法等法規之制訂，我國對禁止就業歧視之法制似日益完善，惟職掌之委員會在處理相關爭議時，除適用我國現有之法規外，亦應慮及國家干預營業自由之實質正當性，對勞動權之保護義務，應區分就業前及就業中給予不同程度之保障，以求企業營業自由與勞工工作權之均衡維護。且在是否構成就業歧視之判斷上，應視該行業所要求之條件是否具有正當合理之關聯為斷，而得將禁止不當聯結禁止原則適用在民事勞動契約中。<sup>220</sup>再者，亦應參考外國所遭遇之困境與發展出之重要概念、行政規則及法院之判決，藉以找出適合我國本土

<sup>219</sup>性別工作平等法第 11 條：「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、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。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」

<sup>220</sup>參李惠宗，肝炎帶原者止步—就業歧視條款之憲法問題，月旦法學教室第 10 期，頁 8-9。

需求之重要法理原則。此外，更應加強我國司法人員在此勞動法與公法方面之專業訓練，期能結合立法、司法及行政三方面之資源，就此種就業歧視爭議予以有效解決。另一方面，亦應設法對原住民、外籍勞工、女性工作者與身心障礙者等目前較常在就業上遭遇困境之人士，從事大規模之實證調查，以實際之科學數據來證明這類歧視所產生之負面影響及所耗費之社會成本，以扭轉或減少一般大眾對其就業所持有之刻板化疑慮。

## 第十一案〈接近廣播電視使用權〉

### 一、事實背景

我國電視頻道將近 100 多台，光是新聞台就囊括了近 1/10，現況人民擁有了更多管道發聲及使用。關於廣播電臺更是趨於氾濫，違法的地下電台不勝枚數。相較於過去三台時代，及廣電事業的電波頻率受到嚴格管制，今日人民的接近廣播電視使用權，已有相當程度的落實。但畢竟大部分媒體屬民營企業，政府對電波頻率之使用為公平合理之分配，真能導出人民平等地擁有接近廣播電視使用權嗎？

### 二、憲法爭點

#### 1. 言論自由與新聞自由

我國憲法第十一條明文規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」亦即人民的表現自由屬於憲法基本權的保障範圍。其中，言論自由是指人民有自由表達自身意見之權利。然而，意見必須有效的被傳達，才可謂是真實的言論自由，而大眾傳播媒體在現代社會中扮演重要的訊息管道，因此，站在保護言論自由的立場上，賦予一個人近用媒體的權利，不僅可以真實反映民意，貼近民眾，更可促使媒體針對不同意見予以平衡報導，呈現出多元內容。但賦予個人有接近使用媒體之權利，在某種程度上無疑也影響了媒體的編輯自由，而此一「媒體自主性」<sup>221</sup>也是保護言論自由所要追求的目標之一，因此如何在兩者之間取得協調，便是所要探討之處。

在探討言論自由、媒體自主性與國家角色之問題時，可參考美國Owen Fiss教授的觀點<sup>222</sup>，其認為：「言論自由和新聞自由雖然是我們所珍視的基本自由權利，但是，除了將國家當做基本自由權利的天敵之外，時時檢討現代國家的角色，去探究『政府管制』在維護人民基本自由權利上，是否應該扮演某種角色，卻也極可能是我們應該反覆思考的觀點，尤其是在討論『媒體自主性』和言論自由之間的關係時，更是如此。」是以，為要在

<sup>221</sup> 劉靜怡，言論自由：第六講---言論自由、媒體類型規範與民主政治，月旦法學教室第 42 期，頁 35 至 36，其引自 Own M. Fiss, THE IRONY OF FREE SPEECH(HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1996)。媒體自主性主要表現在兩方面，首先，經濟層面主要是指新聞媒體在經濟上無須仰賴政府的經費資助，政府也不能透過記者或新聞媒體工作者的雇用與否等手段操縱媒體等表現。而法律層面則是透過多年來的司法判決累積，達到限制政府對於其批評者---尤其是新聞媒體---採取壓制的行動，以便維護媒體的自主性。

<sup>222</sup>整理自：劉靜怡，言論自由：第六講---言論自由、媒體類型規範與民主政治，月旦法學教室第 42 期，頁 36，其引自 Own M. Fiss, THE IRONY OF FREE SPEECH(HARVARD UNIVERSITY PRESS, 1996)。



「媒體自主性」和「公共討論的維護與拓展」兩目的間取得平衡，國家不見得全然是自由的天敵，甚至，在某種程度上，國家應該採取某些管制措施，使那些在公共意見市場上難以發聲或聲音微弱者，能夠獲得媒體資源的適當分配，以便維護和增強公共辯論的活力。簡言之，言論自由所要維護的最終價值應為民主，而民主社會之下所強調的「媒體自主性」，在此思考邏輯下，有時即不得不有所犧牲。

我國針對此一問題，目前已由大法官作成釋字第三六四號解釋，並於理由書中指出：「惟允許民眾『接近使用傳播媒體』，就媒體本身言，係對其取材及編輯之限制。如無條件強制傳播媒體接受民眾表達其反對意見之要求，無異剝奪媒體之編輯自由，而造成傳播媒體在報導上瞻前顧後，畏縮妥協之結果，反足影響其確實、公正報導與評論之功能。是故民眾『接近傳播媒體』之條件，自亦應於法律內為明確之規定，期臻平等。」

## 2. 人民之接近廣播電視使用權

所謂的媒體近用權簡稱「近用權」，就是廣播電視媒體接近使用權。當個人想要傳達意見給大眾，透過媒體發言將是一條有效的管道，但問題是人民是否可主張利用此一權利？如果確有此一權利可供利用，那麼應該如何利用？並且此一權利應如何落實？

在我國釋字第三六四號解釋中，大法官於解釋文中明文承認人民的媒體近用權，該號解釋指出：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。為保此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民平等『接近使用傳播媒體』之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。」

承上所述可知我國肯認人民享有媒體近用權，但此權利應如何利用？不妨從此近用權之實質內容觀之<sup>223</sup>：所謂「接近使用」，首先，不應僅以媒體報導錯誤時為限，尚可包括電子媒體，應該提供相當的時間，給予受到社會注意的各種公共政策話題所引起各種不同的意見公平報導、處理的機會<sup>224</sup>。而對於個人或弱勢團體的批判報導，則應給予答辯的機會。上述二者均不以報導中發生錯誤時始有適用。再者，在政治選舉時，除了舉辦辯論之外，媒體一旦提供候選人可予利用的時段或版面，即應該給予其他候

<sup>223</sup> 本段及下段內容皆整理自：李念祖，廣播電視法修正立法關於接近使用媒體權論——淺評司法院大法官釋字第三六四號解釋，法令月刊第46卷第2期，頁22至23。

<sup>224</sup> 此在美國稱之為「公平原則」(fairness doctrine)，一九八七年美國聯邦傳播委員會(FCC)以公平原則可能妨礙媒體編輯自由為主要理由，不再採取此項原則作為管理電子媒體之政策。惟學界主張此項原則者，仍大有人在。(引自李念祖，前述文之註二二)。

選人平等的機會，此稱之為「機會均等原則」<sup>225</sup>，。並且，報導選舉，應符合新聞報導的專業精神，不能偏頗。

自釋字第三六四號解釋內容觀之，此項權利乃透過立法實現之平等接近使用傳播媒體的權利，具有受益權與平等權的性質，而對應於此項權利的義務是國家的立法義務，即國家應立法提供人民實現此項權利的機會，而非直接使媒體成為憲法的義務機關，故「媒體近用權」並非可直接向媒體主張的憲法權利，而僅為法律層面所應承認的權利，其落實必須透過法律制定方得以實現。

### 三、 憲法上相關理論的闡釋

#### 1. 第四權理論<sup>226</sup>

古典的權力分立理論乃採「三權分立」，亦即行政、立法、司法三權間彼此制衡，而所謂「第四權理論」乃是主張將「媒體」導入權力分立範圍內，將其視為第四權，用以監督、批評政府的各種施政運作，讓政府的權力不會濫用。也可以說，第四權理論是將「新聞自由」視為獨立於「言論自由」之外的憲法基本權利的一種理論，其將「新聞自由」與「言論自由」作區分之目的在於給與新聞媒體一定的憲法地位。此理論濫觴於已故的美國聯邦最高法院大法官 Potter Stewart 於一九七四年在耶魯大學法學院所發表的一篇演說，其認為，憲法保障新聞自由的目的是在於保障一個有組織的新聞傳播媒體，使其能成為政府三權之外的一種第四權，以監督政府，防止政府濫權，發揮制度性的功能。亦有學者將該理論稱為「監督功能理論」，強調新聞媒體在現代民主社會中擔任監督政府角色的重要性。由此可知，第四權理論之立論基礎應在於政府應受監督的必須性及重要性。

首先，政府應受監督的必須性在於：現代民主國皆以代議民主方式組織政府，政府的權限均源自於人民的同意及授權，並向人民負責，為保障政府會尊重民意，因此必須讓人民有機會監督政府的各項施政措施。此外，政府被賦予而有使用「合法的暴力」的權限，此為一般私人所未有的權限，且政府經由其嚴密的階層組織，也較私人容易動員其所擁有的資源及行使其權限，如此一權限遭到濫用，勢必對人民及社會整體帶來極大的傷害。是以為了預防政府的濫權，對政府作適當的監督有其必要。然而，人民的監督力量相當分散，無法對政府作有效的監督，

<sup>225</sup> 或稱「政黨機會平等權」，係從憲法第七條、第十七條及第一百二十九條共同導出，屬主觀公權利，但尚無法導出特定政黨有何種請求媒體如何報導之權利。媒體本質上係屬於具有「社會公器」性質的獨立法人，只要在符合其社會公器本質範圍內，即有獨立的工作權，其核心範圍即為媒體編輯自由。(參 李惠宗，抗議！報導不公，月旦法學雜誌第 73 期，頁 8 至 9。)

<sup>226</sup> 整理自：林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，臺大法學論叢第二十二卷第一期，頁 67 至 84。

如此即突顯出新聞媒體監督政府的重要性。

新聞媒體監督政府的重要性主要表現在二方面：第一，新聞媒體具有提供資訊及形成公意的功能，提供一般人民足夠的資訊以了解政府的作為，並促進公眾對公共議題討論的機會，以形成公意，藉以監督政府的施政。第二，就現實層面而言，要監督政府這樣一個結構繁複的龐大組織，必須由一個結構良好、財務健全、擁有專業評論家、具有獲取充分資訊能力、並具有將其所獲資訊或評論傳遞給一般人民的能力之組織，才足以擔負監督政府的功能。

而根據第四權理論所建構的新聞自由有下列幾點特性：

①新聞自由為一種制度性的權利，而非一種個人性的基本權利：新聞自由乃是憲法為了保障新聞媒體自主性，以使其發揮監督政府的制度性功能，而給與新聞媒體的一種基本權利保，而與以保障個人之自由或權利的其他個人基本權利不同。

②享有新聞自由之權利主體為新聞媒體而非一般人民：憲法保障新聞自由的目的，在於保障新聞媒體發揮監督政府的功能，是以享有新聞自由的權利主體為新聞媒體，而與一般憲法所保障的基本權利，是一種不認身分，任何人均得享有者不同。

③新聞自由是一種工具性的權利：憲法之所以保障新聞自由乃是因為其具有幫助達成特殊社會目的之工具價值。因此，與言論自由比較，政府可以基於為了達成憲法保障新聞自由的目的——對政府的有效監督——而限制新聞自由，只要能證明該限制比不限制更有助於目的之達成。

④新聞自由並非是以保障或促進新聞媒體自身的利益為中心：新聞自由是一種制度性及工具性的權利，主要是以實踐民主理念的利益為中心。

⑤新聞自由提供新聞媒體一些言論自由保障之外的特別保障：為有效發揮其功能，應予以特別的保護，如採訪新聞的權利、不洩漏新聞來源的權利、不受搜索及扣押證物的權利等。

而根據第四權理論所能導出新聞自由別於言論自由的權利保障主要可分為三大類：

①防禦性權利：為了使新聞媒體能發揮監督政府的功能，應維持新聞媒體某種程度的獨立性，不受政府的干涉。例如新聞媒體有免於證言的特別權利。但由於新聞自由是一種「工具性權利」，故若政府採取的干預措施是為了達成憲法保障新聞自由的目的——對政府的有效監督——則此種干預會被認為是合憲的。例如政府為促進訊息傳播的公平或

多樣性等目的而規定一般人民在一定條件下得享有「接近使用媒體權」，此即為對新聞媒體所加諸的特別義務。

②表意性權利：是指新聞媒體得自由傳達其所選擇的訊息或意見的權利。例如免於政府事前限制措施約束的權利，以及免於誹謗的追訴權利等。此類權利將於下段敘述真正惡意原則與合理評論原則時討論之。

③外求性權利：是指能夠提供新聞媒體事業或新聞記者一些特別的機會去取得資訊或資料，而能增進新聞媒體發揮其效能的一些權利。例如接近取得政府資訊的權利等。

然而上述權利之射程範圍在應用上並非全然無可議空間，但整體而言，新聞自由的具體內容主要須視其為達成憲法所賦予的監督功能的需要而定，無論是新聞工作者在應用基於新聞自由而生之權利，或是政府為了增進該工具性權利所欲追求的利益而設之管制性措施，均須回到憲法之所以保障新聞自由的原始初衷。因此若身為「第四權」的新聞媒體遭受政府收買或僅成為政府的傳聲工具，即失其身為第四權的監督功能，自然也不得享有主張憲法所給予之保障。

## 2. 真正惡意原則與合理評論原則

在上述根據第四權理論所能導出新聞自由所保障的特別權利中，其中有一權利類型稱為「表意性權利」。此權利產生之理由在於，新聞媒體事業的活動，主要就是要將其所搜集、編輯的資訊或其對事件的評論傳達給一般人民，本即應享有最低程度的表達或傳播的自由。而基於第四權理論，為了保障新聞媒體的自主性及提供未受政府控制的資訊，應讓新聞媒體享有不受政府各種形式的事前限制或約束；此外，為了減低「寒蟬效果」，避免新聞媒體因為疑懼其報導或評論是否會受到法律的處罰，而噤若寒蟬，是以，在其報導或評論涉及誹謗時，應給與某種程度的特別保障。

基於上述原因，有關言論涉及誹謗時，主要有兩方面的保護：一方面為習慣法上所確立的一些原則，如「合理評論原則」即是；而另一面為憲法言論自由所提供的保障，如「真正惡意原則」。兩者之分別在於習慣法所提供的保障是有條件的，而憲法所提供的保障，趨向於絕對保障。

「合理評論原則」，一般而言，要符合此一原則，其要件有三：一、必須為一種意見的表達而非事實的陳述；二、所評論者必須為與公眾利益有關的事項；三、其評論所根據或所評論之事實必須要隨同評論一併公開陳述，或已為眾所週知。

「真正惡意原則」，主要在探討媒體的「真實報導義務」。媒體負有真

實報導的義務，但由於新聞的本質在於提供快速、即時的消息，而若要求媒體在報導之前均需進行一定的蒐證、確定，方可報導，則新聞即失去「新」的特質，因此，假設媒體在做真正的傳播和善意的批評，其真實報導的義務要到何種程度方為足夠？

真正惡意原則在我國實務上的適用可由大法官釋字第五〇九號觀之<sup>227</sup>。由本號解釋可導出，即使行為人不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責處罰之。此亦導出一個結論：新聞媒體就新聞事件的報導，對於該事件之資料來源盡「善意之查證」即為已足，不必要求其證明其所報導之事實，須如刑事判決之經「嚴格的證明」。而所謂的「善意查證」是指在認定上不具有「明顯惡意的傾向」，而查證應至何種程度，須在個案上由公正之第三者(通常為法院)判斷之。透過本號解釋，對刑法第三百一十條第三項作一「合憲性解釋」，即透過「舉證責任的轉換」，表意人僅須有「相當理由確信」所陳述者為真而無須證明其為「真實」，且原告(或檢察官)仍須負舉證責任。通常，在可受公評之事項上，記者所報導的事件不必如刑事訴訟程序有證據排除法則，亦不必排除傳聞證據，更不必經過客觀的調查，亦不就其報導之事項負舉證責任，如果基本的核心事實並非虛假或杜撰，新聞報導之情節縱與事實有所出入，媒體即不負刑事誹謗罪責或民事侵權行為(侵害名譽權)之賠償責任。但在新聞事件核心事實並不存在，而媒體工作人員經「善意查證」仍有確信其存在之「可能性」而予以披露的情形，雖可免於刑事上誹謗之責，但仍不免於民事上之侵權行為之賠償，此乃因刑事誹謗罪責以具有故意為要件，而民事侵權行為賠償責任則以有過失即可成立，兩者立法目的不同，故寬嚴亦不同<sup>228</sup>。

### 3. 言論自由之雙軌理論與雙階理論

言論自由一如憲法上其它的基本權保障，並非無限上綱。在對言論自由的限制上，主要可分成事前限制和事後限制(懲罰或管制)，而針對

<sup>227</sup>本號釋字內容指出：「為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第三一〇條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第二十三條規定之意旨。至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三一〇條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無抵觸。」

<sup>228</sup> 整理自 李惠宗，憲法要義(二版)，元照出版社，頁 164 至 167。

事後限制的類型，可引用的審查模式有雙軌理論與雙階理論兩者。雙軌理論屬於較上層的概念，此理論是將政府的管制措施區分為「針對言論內容之限制」以及「非針對言論內容之限制」。

「非針對言論內容之限制」大致可區分為兩種類型：一、「時間、地點、方式」之限制：其限制須不涉及言論表達的內容，可增進實質的政府利益，並且尚有其他管道供該言論表達使用，方為合憲。我國大法官釋字第四四五號<sup>229</sup>即認為：「集會遊行」的「事前申請許可」制度屬於對言論表達「時間、地點、方式」的限制措施，並不違憲。然而本號解釋將此限制完全委諸「立法裁量」，似有未妥之處。二、「象徵性言論」的限制：所謂「象徵性言論」是指人民表達一定的觀念，但卻非以言詞方式為之，而是以「行為」或「動作」表達之。所以當政府對該「行為」加以限制時，法院應檢驗其合憲性，其步驟為：首先，政府的限制權力乃憲法所賦予；再者，該限制措施可增進「重要」或「實質」的政府利益；並且，所增進的利益並非是為了要壓抑「該言論本身」；最後，該項限制措施對於言論自由所造成的「附帶限制」並不超過為了追求政府利益的必要限度。大體而言，此「非針對言論內容之限制」的審查基準是採取「利益衡量」的方法，並非如釋字第四四五號所稱之「立法形成自由的空間」。

而「雙階理論」則用在「針對言論內容之限制」。所謂「針對言論內容之限制」是指政府的管制措施，明文限制某一類型之內容或觀點。例如禁止主張共產主義等。釋憲機關在審查此種管制是否合憲時，依「雙階理論」，將該言論內容區分為「高價值言論」與「低價值言論」。一般而言，「高價值言論」如「政治性」言論，法院將採取「嚴格審查標準」，由我國大法官釋字第四四五號可導出針對此種言論，須達「明顯而立即危險」之事實狀態<sup>230</sup>，方得限制之。而「低價值言論」諸如「誹謗言論」、「商業廣告」、「猥褻性言論」等，司法者則採取類型化之利益衡量的審查模式，針對言論內容的不同而適用不同的審查模式。例如針對「誹謗性言論」，大法官釋字第五〇九號即以「真實惡意原則」作為審查標準；

<sup>229</sup> 釋字第四四五號摘錄：「同法第十一條則規定申請室外集會、遊行除有同條所列情形之一者外，應予許可。其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸。」

<sup>230</sup> 釋字第四四五號摘錄：「……對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。」

而針對「商業廣告」及「猥褻性言論」，大法官於釋字第四一四號<sup>231</sup>、第五七七號<sup>232</sup>及第四〇七號<sup>233</sup>將其視為較低價值的言論，應受國家較嚴格之規範。

#### 4. 審查密度理論與三重審查標準

司法部門對於侵害人民基本權利的措施是否違憲或合憲，須有一套可供檢驗操作的標準，若政府之措施可以通過該審查標準的檢驗，則具備了可以限制人民基本權的理由。在我國，對於違憲審查之基準主要是用「比例原則」，而該原則主要是針對憲法第二十三條當中的「必要」概念作一具體化，就「手段與目的間的關聯」予以檢驗。其內涵包括：一、適當性：國家機關所採取侵害人民基本權的手段必須有助於行政目的之達成；二、必要性：國家機關所採取侵害人民基本權的手段必須是最小侵害的手段；三、衡平性：又稱狹義比例原則，指政府之侵害手段所造成人民的損害不得與其所欲達到的利益顯失均衡。

美國在處理基本權限制的問題時，早期提出「雙重審查標準」<sup>234</sup>，隨著案例增加，而發展出第三種審查標準，而形成「三重審查標準」。其內容為：一、嚴格審查標準：國家行為的「目的」必須是「迫切的政府利益」，而「手段與目的間的關係」必須是「嚴密剪裁的關係」，意即手段和目的間須有完全的關聯。針對某些特別重要的基本權利，如「參政權」或「言論自由」等與人格發展較為密切的基本權利，在國家採取干預行為時，則應適用「嚴格審查標準」。二、合理審查標準：國家行為的「目的」必須是「合法利益」，且「手段與目的間的關係」必須具有「合理關聯性」，故只要有合理的理由即可，手段與目的間不用達到完全的密合。此標準乃針對單純涉及經濟性基本權利的案件，例如國家進行經濟性管制或經濟性的立法，則採取「合理審查標準」檢驗其合憲性。三、中度審查標準：國家行為的「目的」須為「重要的政府利益」，而「手段與目的間的關係」須具有「實質關聯性」。此標準適用的對象

<sup>231</sup> 釋字第四一四號摘錄：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。…」

<sup>232</sup> 釋字第五七七號理由書摘錄：「…故上開菸害防制法規定雖對菸品業者之不表意自由有所限制，然其目的係為維護國民健康及提供消費者必要商業資訊等重大之公共利益，其手段與目的間之實質關聯，符合法治國家比例原則之要求，並未逾越公共利益所必要之程度，與憲法第十一條及第二十三條之規定均無違背。」

<sup>233</sup> 釋字第四〇七號摘錄：「惟猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。…至於個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。」

<sup>234</sup> 嚴格審查標準以及合理審查標準。

主要為「平等權」案例中，涉及「性別」或「非婚生子女」的平等保護案件。

#### 四、活動方式

請廣播電臺人員大致介紹創台歷程或電台播送內容。並作分組討論及口頭報告。

#### 五、延伸問題

##### 1. 衛星頻道換照、撤照風波

我國有線電視節目，是以多頻道形式由多家頻道業者供應，依我國衛星廣播電視法第二條規定，衛星廣播電視是指利用衛星進行聲音或視訊信號之播送，以供公眾收聽或收視；而衛星廣播電視事業是指直播衛星廣播電視服務經營者及衛星廣播電視節目供應者。依同法第六條規定，衛星廣播事業之經營，須由主管機關許可並發給執照，方可營運<sup>235</sup>，且執照有效期限為六年，期限屆滿前六個月應向主管機關申請換照。

2005年8月，七個電視頻道遭「撤照」，其實，衛星頻道的執照審查（包括初次申請、換照、撤照等）制度廣為先進國家所採行，我國並非特例；既然要審查，就會有通過或不通過二種可能結果。因此，建立執照審查的目的和部分頻道未通過審查的結果，理論上都不必然和壓制或迫害新聞自由有直接關聯性。

只是，我國當時衛星頻道換照制度設計不良，就制度而言，當時國家通訊傳播委員會尚未成立，審查工作便由新聞局<sup>236</sup>執掌。從實體面觀察<sup>237</sup>，准許換照是須經申請始得做成的授益行政處分，而營業許可就其效力強弱

---

<sup>235</sup> 衛星廣播電視法第六條：

申請衛星廣播電視事業之經營，應填具申請書及營運計畫，向主管機關提出申請，經審核許可，發給衛星廣播電視事業執照，始得營運。

前項執照有效期限為六年，期限屆滿前六個月，衛星廣播電視事業應向主管機關申請換照。

申請經營衛星廣播電視事業填具之申請書或營運計畫資料不全得補正者，主管機關應通知限期補正；逾期不補正或補正不全者，駁回其申請。申請換照時，亦同。

主管機關應就衛星廣播電視事業所提出之營運計畫執行情形，每二年評鑑一次。

前項評鑑結果未達營運計畫且得改正者，主管機關應通知限期改正；其無法改正，主管機關應撤銷衛星廣播電視許可，並註銷衛星廣播電視事業執照。

<sup>236</sup> 依有線廣播電視法第8條以下規定設置「有線廣播電視審議委員會」之外，另就無線廣播、無線電視及衛星廣播電視分別設置審議委員會。

<sup>237</sup> 從三面向解構頻道撤照爭議。參 石世豪，頻道「撤照」爭議的法律分析—從行政組織、程序及實體關係三面向解構迷思。台灣本土法學雜誌，74期，頁59至62。



及要件寬嚴限制不同，可分為特許、一般許兩大類，本案中頻道業者所取得之執照，就其法律形式而言應屬於特許，其核駁與否，主管機關享有較大的判斷餘地與裁量權限，整體而言，新聞局依「審議委員會」所做成之決議，尚屬其判斷範圍內之合理評估。另從程序面和組織面觀察之，新聞局提高審查規格應無涉違法，而就組織面而言，當時並無統一管制傳播通訊之機關，因此，「審議委員會」乃提供專業意見協助執法，主管機關並藉此自我限縮其未經立法限制的裁量權限之合議制組織，應無適法性問題。只是，新聞局「依法行政」，並非表示其作為全然無可議之處，例如，依衛星廣播電視法第六條第二項及同法施行細則第十五條規定，衛星頻道業者應於執照有效期限屆滿前六個月提出換照申請，而主管機關則應於三個月內決定之，但新聞局卻遲至執照期限屆滿前三天才完成審查，並且在前一天晚上才送達處分書，使得業者不能依法定期限（一個月前）通知訂戶停播，也無從遵守大量解僱勞工應於六十日前通知主管機關及公告的規定，嚴格執法的話，業者還有可能被處以高額罰款，另外也有可能衍生許多契約糾紛。

## 2. 國家通訊委員會的執掌業務內容

我國之國家通訊傳播委員會是一獨立於行政部門之監理機關，其成立依通訊傳播基本法與國家通訊傳播委員會組織法之規定，該法已分別於93年1月7日及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(NCC)，設置委員十三人，其業務掌理內容如下<sup>238</sup>：

- 一、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。
- 二、通訊傳播事業營運之監督管理及證照核發。
- 三、通訊傳播系統及設備之審驗。
- 四、通訊傳播工程技術規範之訂定。
- 五、通訊傳播傳輸內容分級制度及其他法律規定事項之規範。
- 六、通訊傳播資源之管理。

<sup>238</sup> 參「國家通訊傳播委員會」網站 [www.ncc.gov.tw](http://www.ncc.gov.tw)。

- 七、通訊傳播競爭秩序之維護。
- 八、資通安全之技術規範及管制。
- 九、通訊傳播事業間重大爭議及消費者保護事宜之處理。
- 十、通訊傳播境外事務及國際交流合作之處理。
- 十一、通訊傳播事業相關基金之管理。
- 十二、通訊傳播業務之監督、調查及裁決。
- 十三、違反通訊傳播相關法令事件之取締及處分。
- 十四、其他通訊傳播事項之監理。

### 3. 電視、電影、出版物之分級

我國之電視分級制度依民國 88 年所制定之電視節目分級處理辦法第三條之規定，可分為下列四級：限制級（簡稱「限」級）：未滿十八歲者不宜觀賞。輔導級（簡稱「輔」級）：未滿十二歲之兒童不宜觀賞，十二歲以上未滿十八歲之少年需父母或師長輔導觀賞。保護級（簡稱「護」級）：未滿六歲之兒童不宜觀賞，六歲以上未滿十二歲之兒童需父母、師長或成年親友陪伴觀賞。普遍級（簡稱「普」級）：一般觀眾皆可觀賞。

而電影分級制度則是依據「電影片分級處理辦法」，將准演之電影片分為下列四級：普遍級（簡稱「普」級）：一般觀眾皆可觀賞。保護級（簡稱「護」級）：未滿 6 歲之兒童不得觀賞，6 歲以上 12 歲未滿之兒童須父母、師長或成年親友陪伴輔導觀賞。輔導級（簡稱「輔」級）：未滿 12 歲之兒童不得觀賞，12 歲以上 18 歲未滿之少年需父母或師長注意輔導觀賞。限制級（簡稱「限」級）：未滿 18 歲之人不得觀賞。早期電影不多時，僅分為限制級及普遍級。後來電影數量增加時，增加輔導級。保護級是 1994 年 4 月最後增加的級別。

民國 93 年新聞局發佈「出版品及錄影節目帶分級辦法」，將出版品分為普級和限制級，並規定發行、供應出版品者，應依規定，於出版品發行、供應前，自行分級。若發行、供應出版品者，對出版品之分級有疑義時，得諮詢出版品分級專業團體意見。

由於上述分級之法令依據僅具有命令位階之效力，且分級並無一套固定客觀的審查標準，其中尤以出版品之分級爭議最大，許多人認為政府藉由分級管理侵害了人民憲法上表意自由，其實，分級制度在現今複雜社會中有其存在之必要，只是政府在制定辦法時，應將目的置於保護兒童及少年福利和維持公共秩序本身，而不應將焦點放在對人民的限制

上，並且應將分級之標準明確化，方符合現代法治國家對政府行政行為的要求。

## 六、參考文獻

### (一)月旦法學教室

劉靜怡，言論自由：第六講—言論自由、媒體類型規範與民主政治，42期，頁34-44

### (二)月旦法學雜誌

1. 吳永乾，網路新聞的問題與自律，71期，頁108-210
2. 李惠宗，抗議！報導不公，73期，頁8-9

### (三)月旦民商法雜誌

石世豪，傳播法之體系及其挑戰，3期，頁97-110

### (四)台灣本土法學雜誌

1. 廖元豪，市場等同自由？政府即是公共？  
—從「公共的言論自由」評衛星頻道換照爭議，74期，頁68-74
2. 張嘉尹，失序媒體與鐵腕行政，74期，頁63-67
3. 石世豪，頻道「撤照」爭議的法律分析  
—從行政組織、程序及實體關係三面向解構迷思，74期，頁59-62

### (五)法令月刊

李念祖，廣播電視法修正立法關於接近使用媒體權論  
—淺評司法院大法官釋字第三六四號解釋，46卷2期，頁21-25

### (六)法學講座

1. 江嘉琪，基本權各論基礎講座(10) — 論新聞自由，26期，頁1-16
2. 陳耀翔，基本權各論基礎講座(11) — 論廣播電視自由，28期，頁1-12

### (七)國立臺灣大學法學論叢

林子儀，新聞自由的意義及其理論基礎，22卷1期，頁59-103

### (八)國立中正大學法學集刊

石世豪，我國為廣播電視積極立法的憲法基礎  
—憲法論證的本土化建構模式，12期，頁1-33

### (九)銘傳法學論叢

陳耀祥，論國家對於通訊傳播之管制  
——從德國之規範取向論我國通訊傳播基本法之基本議題，2期，頁47-75

### (十)立法院院聞

石世豪，廣播電視整併立法草案之評析，31卷9期，頁10-42

### (十一)博碩士論文

王碧芳，台灣大學，廣播電視自由與廣播電視組織  
—以德國法制為中心，81年

### (十二)大法官會議解釋

釋字第364號解釋

### (十三)論著

部門憲法，石世豪等，傳播部門之憲法初探，元照出版公司，2006年

## 第十二案〈環境權Environmental rights〉

### 一、事實背景

美國前副總統高爾 (Al Gore)，對於環境保護運動不遺餘力地推展，更拍攝了紀錄片”不能面對的真相”(An Inconvenient Truth)，警醒世人溫室效應對人類及整個地球環境的影響。他也因此獲得諾貝爾和平獎的至高榮譽。

台灣，隨過去經濟奇蹟而來的是環境污染，西部河川幾無一倖免；十大建設中的石化、鋼鐵廠，使得高雄空氣污染聞名全台。近幾年國人環保意識抬頭，拜耳案、反核四、蘭嶼原住民拒絕核廢料等，逐漸讓環境權的議題受到重視。

而近幾年國內發燒的話題，莫過於雪山隧道、蘇花高速公路興建所衍生而來的問題：人民的生存權(工作權)與環境權之間的糾葛，是要為了繁榮東部地區來興建蘇花高速公路，抑或是基於環境保護，原住民文化以及其他文化遺址的保存，而停止其興建？針對此點，本文將以簡單清楚的文字敘述，配合其他國家有關環境保護的相關判決，來談論基本權與環境權之間的取捨問題。期望能把環境權的觀念帶給非法律出身，卻關心本議題的人士。

### 二、憲法爭點

#### 1. 是否該列為憲法第二十二條之其他基本權

中華民國憲法第二十二條規定：「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。」環境權並未被我國憲法列為人民的基本權之一，僅於憲法增修條文第十條(基本國策)第二項中宣示：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼等並顧。」此為國家重視環境保護議題的宣示。事實上，在台灣，環保議題並非主流，而是近幾年，隨著臭氧層破裂，全球暖化，氣候異常，熱帶雨林逐漸消失，兩極冰山融化等問題，才逐漸浮上台面，成為大家關心的焦點。大家都明白環保的重要性，然而，為了開發建設，為了工作，甚至不肖商人為了賺錢，環境問題始終是被犧牲的一塊。

國家賦予人民享受權利及負擔義務的能力。人民有權利生活在良好環境，也有義務維護及愛護地球。然而，將環境權入憲，是否就能真正解決日益嚴重的環境問題？將環境權列為基本權的本意，筆者認為是「人民對環境維護，負有一定責任義務，而國家應該扮演【守門員】的角色。」也就是說，每個人都應該具有一定的環保意識，而且對於現時不法（例如已經嚴重遭受

污染的河川，影響用水安全）或即將不法（例如住家附近即將興建核電廠）的侵害，人民有權向國家請求協助，國家不得拒絕。而要採取何種形式與方法來解決，不僅要靠立法者的智慧，更重要的是全民的共識。

或者是，將環境的保護，交由法律層級來規定？我國目前已經有飲用水管理條例，空氣污染防治法，水污染防治法，噪音管制法，廢棄物清理法，毒性化學物質管理法，公害糾紛處理法，野生動物保育法，國家公園法等環境保護法規。以水污染防治法做例子，在罰則上面，立法初期是採行政罰居多，雖然在修正後加入刑罰（第34-39條），然而，若以執行層面看來，似乎效果不彰。會造成如此結果，一方面是因為在過去，環境保護並不是人人都有有的觀念。再者，究竟何謂“環境保護”，其定義為何？過去大家所熟知的應該是不隨地亂丟垃圾，而以目前的情況，就廣義的來說，環境保護可以擴張到個人居家環境的清潔及日常生活事項，例如近年來來政府大力提倡的減用塑膠袋，垃圾分類等大家熟知的話題。雖然政策執行會有一定的過渡期，但以目前的執行狀況來說，其實已經收到相當不錯的成效。

而隨著地球暖化日益嚴重，台灣幾乎每到夏季，都會有嚴重的颱風災害。去年的辛樂克與薔蜜颱風，重創了著名的廬山溫泉風景區，讓台灣山坡地的水土保持問題再次受到注目。政府是否要採取較嚴厲的刑責，以嚇阻濫砍濫伐，已經不是法律保留層級，而是關於人民生存權的問題了。

## 2. 環境權於其他國家之法源與實踐

在德國，1919年威瑪憲法（Weimar Constitution）第150條第一項中規定：「藝術，歷史與自然的遺跡及景觀，均受國家保護與照顧。」（Artistic, historical and natural monuments and the landscape enjoy state protection and care.）在1994年，聯邦憲法復規定「政府應保護環境」。而在美國，自1969年通過「國家環境政策法」（National Environmental Policy Act, NEPA）之後，陸續通過了「空氣清淨法」（Clean Air Act, 1970），「淨水法」（Clean Water Act, 1972）等重要環境保護法規。不但將環境保護“法律化”與“具體化”，讓國家及人民都有法可循，也宣示了環保議題在美國的重要性。

美國環保署（U.S. Environmental Protection Agency）於2007年11月27日所公佈的淨水法施行細則中提及，只要依據《聯邦殺蟲劑、殺菌劑、滅鼠劑法》（FIFRA）中的規定使用殺蟲劑，就可以不受淨水法的監督。而經過環保團體的抗議及訴訟，2009年1月7日，美國聯邦第六巡迴上訴法院（U.S. court of Appeals for the sixth circuit）作出判決，撤銷該規定，讓環保

團體無不歡欣鼓舞。

而今年2月17日，美國新任總統歐巴馬(Barack Obama)，正式簽署生效總金額高達7870億美元的美國振興經濟方案(\$787 billion American Recovery and Reinvestment Act)。其中有72.2億美元為環境保護預算，包括40億的水質問題改善及廢水基礎設施(wastewater infrastructure)，以及20億美元的飲用水基礎設施(drinking water infrastructure)。這不僅可以提升公共衛生及環境清潔，更能創造許多就業機會。相較於大部份西方國家以嚴肅的態度看待環境相關問題，我國政府是否該拿出魄力，以先進各國作為借鏡，讓台灣人民也能享受到優質的生活環境呢？

然而在加拿大，令人遺憾的是，2008年3月27日，魁北克上訴法庭(Quebec Court of Appeal)的一項判決，卻可能對人民擁有良好環境的權利造成侵害。這場由魁北克包泊區(Beauport Quebec)的聖羅倫斯水泥公司(St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette)與其附近居民的環境妨害集體訴訟(class action lawsuit over environmental nuisance)，至今已纏訟數年。當地居民認為，過去的幾十年來，水泥廠排放的粉塵及氣味，造成許多人肺部功能出現問題，而其製造的噪音，更嚴重影響人民的生活品質。魁北克高等法院(The Quebec Superior Court)判決居民勝訴，聖羅倫斯公司應支付1500萬美元的賠償金。然而上訴法庭卻將其推翻，認為環境事件不應提起集體訴訟。這項判決讓許多法律人感到訝異。如果無法提起集體訴訟，那麼人民就少了一項為了保護環境而共同努力的重要工具。很顯然地，團結力量大，一群人所發起的訴訟一定比一個人提出訴訟還要強而有力，更能讓國家及社會大眾了解其訴求，也更容易達成目標。

### 三、 憲法上相關理論的闡釋

#### (一)環境權之概念

環境應作廣義解釋，包括自然環境與人文環境，係指個人生活基礎的各種自然資源與狀態及民族文化與風俗習慣所形成的各種環境。

環境權是因應時代及自然生態變遷所產生之概念，非屬古典之基本權。因為工業化以後所帶來的公害問題，使環境權之概念日益高漲。一般之理解，「環境權」係指對自然之生態及生活周遭環境可以享有之利益狀態。但環境權是否可以直接視為主觀權利，可以透過訴訟獲得救濟，抑或只是國家之指導綱領，人民就環境之享受只是反射利益，在法解釋論上，尚有研究之餘地。

國家對環境之利用或開發，旨在增進公共利益，人民僅有反射利益，固不待言。個人對環境之利用關係，有積極利用，以增進生活利益；亦有消極利用，得要求免於受到侵擾之生活空間。積極對環境的利用，甚至以事營利，

乃將環境權視為一般自由權或財產權，亦可稱之為自由環境權或財產環境權。至於消極的環境利用，因旨在享有合於健康標準的生活環境，以發展健全人格，故又可視為生存環境權與人格環境權。此種區分之實益在於，對積極環境利用權，因必然涉及到第三人或公共利益，故國家應行規制，而非放任。而消極環境利用權則重在如何請求合乎一定之標準之生活環境，屬防禦權的性質。

又，環境權並非個人單純的權利，因環境有一定之範疇，在一定區域內之人，皆同受到一定環境的影響。例如在機場一定範圍內之居民，皆會受到噪音干擾；在工業區內之居民，皆有受到空氣污染之虞。故環境權在此一種關係上即非個人權，而係集體權。又環境權在公害日益嚴重的今天，重點不僅在事後的補償，更在事前之能防止公害的發生。故在此觀點下，環境權實屬將來權，亦即環境權之作用是預防重於治療<sup>239</sup>。

## (二)基本權利的功能與比例原則

我國憲法中規定了許多人民的基本權利。就功能上來說，基本權利可作為保護請求權。例如先前提到的水土保持問題，國家在風災過後，家園遭受損害，人民應該有權利向國家要求一個安全而美好的生活環境。又如空氣污染的問題，在住家附近有工廠排放黑煙，人民自然有權利向國家提出停工甚至遷廠的要求。然而，若因環境保護而限制人民其他基本權（工作權，生存權等），該如何衡量兩者的輕重？而限制的手段除了要有法律依據，更要符合平等原則及比例原則。如果國家貿然要求該工廠停工，勢必影響到公司員工的工作權及老闆的經營權，沒有工作就沒有收入，沒有收入又會影響到生存權。由此可知，環境權與其他基本權之間，實際上是有相當的利益衝突存在。環境的保護範圍及保障程度，若真要到達憲法層級，恐怕面臨的問題更大。

首先，國家必須先針對”環境權”作出定義，這一詞彙，對筆者來說，是一個不確定的法律概念。它可以被解釋為人民請求國家維護環境的權利，也可以是國家要求人民必須齊心配合政府環保政策的權利。在有了定義之後，在法規制定時，不管是由立法機關，或是授權由行政機關制定，條文內容都必須明確，使一般大眾都能理解，而不是咬文嚼字的法律用語。

## 四、延伸問題

### 1. 京都議定書(Kyoto Protocol to the United Nations Framework convention on climate change)

有鑑於全球碳排放量逐年升高，對地球氣候及生態環境影響重大，聯合

<sup>239</sup> 另參李建良，論環境保護與人權保障之關係，東吳大學法律學報，第12卷第2期，2000/12，頁1-45；張嘉尹，環境保護入憲的問題，月旦法學雜誌，1998/7，頁89-96。

國於1992年通過「聯合國氣候變化框架公約」(United Nations Framework convention on climate change)，並於1998年起開放簽署京都議定書。在公約的第三條中規定，在公元2008至2012年之間，工業化國家的溫室氣體排放量應較1990年至少降低5%。而台灣並不是聯合國會員，因此無法簽署該議定書。即將在2012年失效的京都議定書，對全球的拘束力是否仍存在？至開放簽署以來，締約國真正做到的又是什麼？

## 2. 雪山隧道

雪山隧道全長約12.9公里，歷時近十五年，終於在2006年6月16日完工通車，讓台北跟宜蘭的距離大大縮短。雪山隧道沿線地質複雜多變，斷層及剪裂帶甚多，加上不斷有大量突發性湧水，使得施工困難重重，造成人員受困甚至殉職，可謂是我國工程史上最艱難的任務。

當初興建的目的，無疑是要繁榮東北部地區，期望能為當地居民帶來利益。然而事與願違的是，由於車程縮短，方便北部民眾一日來回，所以即使假日遊客增多，飯店住宿率下降反而，並未如預期地帶來經濟效益。

## 3. 蘇花高速公路

1990年行政院核定「改善交通全盤計畫」，為台灣規劃出「環島高速公路網」，希望藉由公路的興建來振興花東地區。在雪山隧道通車後，隨後而至的就是全長約86公里蘇花高速公路。尚未正式開工，支持者與反對者的聲浪此起彼落，在環保與振興經濟之間，國家與人民皆面臨了進退兩難的局面。

筆者認為，政府興建環島高速公路網，建設發展花東地區，其實是有其美意。相較於西半部居民所擁有的兩條南北向高速公路，台鐵以及高鐵，東部居民卻只有台鐵。交通的不便，使得花東地區人口嚴重外移，再加上政府並未盡力開發東部地區，使得當地空有美景，卻只能孤芳自賞。東部地區有著名的太魯閣，知本溫泉以及原住民的文化，讓許多觀光客都讚嘆不已。改善東部地區的交通，縮短東西兩岸的距離，對於我國觀光事業，不管是爭取國內旅客或國外旅客，是有一定助益的。

然而，因為公路的興建，可能會讓原住民部落面臨拆遷，而當地文化遺址也可能遭受破壞。因此，相關的環境評估是必要的。環保署已於2002年通過蘇花高環境影響評估說明書。但自通過後三年內，蘇花高並未動工，因此依照環評法第16條規定，交通部必須針對環境變遷部份重新提出「環境評估差異分析報告書」到環保署再做審議。而去年(2008)七月，行政院長劉兆玄先生宣布將興建「蘇花替」，將蘇花公路最危險的南澳至和平路段，興建一條



具有高速公路服務水準的替代道路。此話一出，又讓蘇花公路話題持續延燒。

東部居民希望能有快速及便捷的方式來與西部地區相聯結，而這並不是海運或空運所能達到的。目前國內航空機票售價高，搭乘率卻低，通常只有年節期間才有一票難求的景象。畢竟不是每個人都願意花大錢坐飛機，而且許多居民連到機場都要花上幾個小時，勞民傷財，若是有四通八達的高速公路網，就算不是為了發展觀光，也是提供在外的遊子一條安全方便的回家的路。目前蘇花高替代道路已列入中央政府總預算，只等環評過關即可動工。

然而值得深思的是，誠如許多學者與環保團體所言，興建需要相當長的時間，而且工程並不簡單，而且在完工後，就真的能大大繁榮東部地區？東部地區有其獨特的地質及水脈，而蘇花高將經過多個地質特殊的地帶，如果挖斷水脈或斷層帶發生災變，更可能造成無法彌補的損害。在此，筆者認為，國家的建設開發，應該以人民的福利為優先，而不是政治人物的口水戰。蘇花高的興建不應該是政府說了就算，而是要傾聽人民的心聲，多方衡量得失利弊，審慎做好環境評估，並且要提出相關配套措施，例如該如何保存原住民文化及當地特殊人文景觀，如何阻止大財團藉此謀取不法利益，如何規劃延線地區等，這都是公權力應該介入的事，也都是大家關心的事。憲法宣示的人民基本權不是一種口號，而是要 put into practice。

#### 4. 雲林縣麥寮六輕對居民的影響

雲林縣麥寮台塑六輕廠對居民造成罹病的影響，從健康權的角度來看，應直接透過「疫學因果關係」的論證，以台塑違反保護他人之法律作為侵權行為（健康權）的依據。

### 五、結語

邁入二十一世紀以來，環境保護的議題越來越受到重視，環境立法是必要的，有了法律的制定，國家的政策才於法有據，人民的權利才可以受到保障。不論環境權是否入憲，真正能保護環境的是全民的努力與共識，而不必然是透過公權力的介入或嚴刑峻法。

### 六、參考文獻

#### (一)月旦法學教室

蔡慧君，國際環境法發展過程之簡介，5期，頁125-137

#### (二)月旦法學雜誌

張嘉尹，環境保護入憲的問題—德國經驗的初步考察，38期，頁86-96

#### (三)台灣本土法學雜誌

李建良，環境基本法的理念與規範取向，14期，頁1-21

#### (四)法令月刊

高樹人，環境權與環境立法之反思，56卷12期，頁27-33

(五)憲政思潮

許志雄，環境權，68期，頁55-65

(六)律師通訊

蘇煥智，環境權及其確保之道，138期，頁1

(七)國立臺灣大學法學論叢

1. 葉俊榮，憲法位階的環境權：從擁有環境到參與環境決策，19卷1期，頁129-153
2. 葉俊榮，大量環境立法：我國環境立法的模式、難題及因應方向，22卷1期，頁105-147

(八)東吳法律學報

李建良，論環境保護與人權保障之關係，12卷2期，頁1-46

(九)司法改革雜誌

黃錦堂，我國環境憲法的議題，52期，頁32-35

(十)當代法學

1. 谷德近，代際環境權的憲法保障，2001年卷8期，頁7-10
2. 呂欣；李傑賡，環境權主體研究，2005年卷6期，頁95-101

(十一)博碩士論文

邱基峻，環境保護作為憲法基本權之研究，台北大學，86年

(十二)論著

1. 企業財經法律導引-企業經營必知的法律思維，李家慶等，經濟發展與環境保護—兩岸環保法制之初探，元照出版公司，2003年9月
2. 部門憲法，黃錦堂等，環境憲法，元照出版公司，2006年
3. 部門憲法，丘昌泰等，環境權在台灣環境憲法中的變遷與實踐，元照出版公司，2006年
4. 憲法與人權，李鴻禧，元照出版公司，1999年12月

(十三)網路資源

[http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php)

威瑪憲法英文版

<http://www.utrust.com.tw/lawsuit/compare/Compare01.htm>

財團法人環境品質文教基金會

<http://e-info.org.tw/>

台灣環境資訊中心

<http://chns.org>

中華民國核能學會

## 第十三案〈判決違憲〉

乙和丙分別經營超商及冷飲店，未依規定辦理「電子遊戲場業營利事業登記」，逕自在所經營的商店內擺設電子遊戲機，供不特定人投幣遊玩。經警察臨檢發現，將各該遊戲機具扣押，報請檢察官偵查，認被告等均違反電子遊戲場業管理條例（下稱電遊場條例）第十五條規定「未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業」，構成同條例第二十二條的罪行「違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金」，而聲請簡易判決處刑。案經臺灣高雄地方法院九十五年度簡字第五九四一號及九十六年度簡字第三六二九號受理在案，承辦法官甲因審判上開二案，認原因案件所應適用的電遊場條例第二十二條，有牴觸憲法第七條、第八條、第十五條及第二十三條疑義，聲請憲法解釋<sup>240</sup>。問：大法官應否／如何受理本案？

### 壹、事實背景

法官認事用法作出判決，因此判決違憲可能是法官認定事實或適用法律時，違反憲法規定。適用法律違憲又可分為法律本身違憲或法官「適用」法律的違憲。這部分均可作為釋憲的標的，惟法官認定事實的違憲，長期以來被歸於大法官不受理決議中。人民的基本權利似乎輕易地斷喪在法官的獨立審判。

### 貳、憲法爭點

#### 一、獨立審查的界限

在以權力分立作為國家組織法的基本原則之下，司法權由法院行使，擔當著具體個案法律爭議的解決及法秩序最後的確認。司法權作為國家重要權利之一，最主要的本質為司法獨立，故憲法第 80 條明文規定：「法官須超出黨派以外，依據法律，獨立審判，不受任何干涉」，此規定具有廣義司法獨立之意義，不僅是對於民、刑事訴訟審判之法官而言，尚包括司法院大法官。

憲法第 80 條明文揭示司法機關就個案審理應獨立審判，不得受到任何非本質上的干預，然而獨立審判的界限為何？憲法要求法官係「依據法律」獨立審判，此所謂的「法律」，當然包括憲法、形式意義的法律，但並不包括行政機關就法令所為之行政解釋或政策性指示；法官亦不受法律座談會或最高法院民刑庭會議決議見解之拘束。

至於「判例」是否具有拘束力？實務上，法官在事實上受到判例的拘束，然其為實務運作之結果，而非本質上之應然。有關判例拘束力的問題，其後將作較為詳細之探討。

#### 二、我國現今之訴訟救濟途徑對於人民訴訟權之保障是否完整？

<sup>240</sup> 本案件取材至司法院大法官釋字第 646 號解釋之聲請案件。

### (一) 訴訟權的保障與違憲審查制度

憲法第 16 條規定人民有訴訟權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判，而違憲審查制度的主要功能便是人民權利的保障與實現，既然訴訟權作為制度性保障之基本權，就保障人民基本權利的觀點而言，大法官對於人民所聲請之釋憲案，僅係針對抽象的法令規範為違憲審查，並不涉入個案爭議，因此，即便大法官解釋之結果係有利於聲請者，聲請人僅能循再審或非常上訴之途徑為之<sup>241</sup>，此為我國現行違憲審查制度最大的不足之處。

### (二) 程序法上對於訴訟權保障的缺失

人民聲請大法官釋憲之基礎主要係依據司法院大法官審理案件法，惟對於人民基本權利的保障，該法之規定似有不足之處，在此對於現行的程序法制度設計面上的問題作檢討：

#### 1. 聲請要件過苛，無法涵蓋所有侵害狀態

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，乃將人民、法人或政黨的聲請標的侷限在必須是「憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」，而且必須是「經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」，從而倘若遇有抽象規範不違憲但具體侵權行為違憲的情形，或是抽象規範違憲但欠缺具體行為作為直接侵權的載體，或是根本上就欠缺法律救濟途徑而無法依法定程序提起訴訟之抽象規範或具體行為發生違憲情形，均因構成要件不該當而無法聲請釋憲。

此外，人民、法人或政黨在面對憲法疑義或爭議時，一方面因其聲請標的並不符合同司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，另一方面因其聲請主體亦不符合同法第五條第一項第一款及第三款規定，從而在面對此部分之客觀法規範的維護上，即發生程序上的漏洞。

#### 2. 聲請時點過晚，無法發揮及時救濟效用

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定將聲請時點侷限在發生違憲疑義之規範必須是「確定終局裁判所適用」，從而不僅各級法院法官無法在審判的同時附帶行使違憲審查而逕行拒絕適用違憲規範，抑且當事人倘若與各級法院法官在規範是否違憲發生見解上的爭議時，亦僅能由各級法院法官以之為先決問題裁定停止訴訟程序聲請大法官解釋，倘若此時又逢各級法院法官認為並無違憲疑慮而不聲請，當事人本身亦無法立即飛躍聲請大法官解釋。凡此在主觀公權利的救濟上，均將因為時點設計過晚而無法發揮應有的功能。

#### 3. 可決門檻過高，無法發揮制衡功能

司法院大法官審理案件法第十四條「大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過。但宣告命令牴觸憲法時，以出席人過半數同意行之」之規定，乃將解釋憲法的可決門檻限定在「出席人三分之二同意，方得通過」，此與德國及美國過半數的可決門檻相較之下，實乃過

<sup>241</sup> 參照釋字第 188 號解釋。

於嚴苛，極易導致大法官無法善盡維護憲政秩序及保障人民權利之職責，以發揮其應有的制衡功能。

### (三)小結

和我國的違憲審查制度相比，德國聯邦憲法的訴願制度，就人民針對確定判決所提起之憲法訴願之審理，得同時宣告法律違憲並撤銷原判決以發回更審，具有個案權利救濟之功能。至於美國的違憲審查權之運作，係於司法救濟體系中進行，聯邦最高法院法官對於違憲審查亦具有個案救濟之功能。

實務上，聲請人常指摘判決違憲而聲請釋憲，結果皆為「不予受理」<sup>242</sup>，而使基本權利受到侵害卻無從救濟。因此有學者認為完整的憲法審判制度應包括法規違憲審查以及裁判違憲審查<sup>243</sup>，而德國的憲法訴願制度或許可供我國釋憲制度變革的參考<sup>244</sup>。

## 參、憲法上相關理論的闡釋

### 一、違憲審查制度的類型

違憲審查制度因各國的歷史發展及權力結構不同而有所差異，通常採取兩種標準來區分其類型，一是審查機關，可分為「集中型」和「分散型」，二是審查機關的受理途徑，可分為「抽象審查制」和「具體審查制」。

就審查機關而言，在制度上，根據是否設有專職違憲審查業務的法院，可分為集中型和分散型。所謂集中型，以奧地利為代表，係指違憲審查的進行，依賴著一種特別的法院系統，通常是一個單一的憲法法庭。在此制度下，違憲審查權只賦予單一的特殊法院，一般法院無權宣告法律或命令違憲，僅能將可能違憲之法律，轉送至憲法法院審理。相對的，所謂分散型，以美國為代表，指違憲審查並非由專設的法院負責，任何層級之普通法院皆得就法律或命令是否違憲，加以審查，且其審判結果，若係判決某依法律或命令違憲，則該判決在上級法院作出相反判決之前，具有完全之效力。

其次，以審查機關的受理途徑區分，可分為抽象審查制和具體審查制。所謂抽象審查制，容許相關者對於特定的法律或政府行為的合憲性，提出質疑，此種訴訟的提起或釋憲之聲請，無須附隨於具體個案之爭訟，而得單獨為之。採取此種制度的國家，原則上僅容許政府機關提出聲請，一般人民並無聲請權利，又因通常係在法令公布施行後始得為之，但亦有容許違憲審查權之發動在法令公布之前，該法律是否違憲，應即送請特定之機關審查，此種制度，具有預防違憲之效

<sup>242</sup> 參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月，頁380。

<sup>243</sup> 參照吳志光，〈裁判違憲審查？〉，月旦法學教室，第41期，頁8-9。

<sup>244</sup> 有關我國「人民聲請釋憲」和德國「憲法訴願制度」的基礎比較之議題，可參見吳信華，〈我國憲法訴訟制度之繼受德國—以「人民聲請釋憲」為中心〉，月旦法學雜誌，第146期，頁28-30。

果，因為又稱為預防違憲審查制<sup>245</sup>。而所謂的具體審查制，係容許個人就具體案件所涉及的法律或命令有違憲疑義者，提起憲法訴訟的制度。在此種制度下，憲法爭議的存在，係附隨在具體的爭訟案件上，若無爭訟案件，便無違憲審查，因此又稱為附隨審查制。

## 二、司法院組織的變革—由一元多軌制走向一元單軌制

### (一)司法改革之司法院定位

中華民國憲法於民國三十六年一月一日公佈，並自同年十二月二十五日施行。在憲法尚未施行前，司法院組織法配合憲法之相關規定而制定，並於民國三十六年三月三十一日公佈，但因國事的動盪及制度設計的改變，我國憲法有關司法權制度的設計在具體施行時已走了樣。依據現制，民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒等事項，分別由最高法院、最高行政法院及公務員懲戒委員會等三個終審機關職掌，而非由司法院直接掌理，與憲法第七十七條規定之原意未盡相符<sup>246</sup>，因此，在八十八年七月所舉行的全國司法改革會議，就司法院之定位，達成了「司法院審判機關化」之改革結論，以修正甲案的「一元多軌」為近程目標，並以丁案的「一元單軌」為終極目標<sup>247</sup>。其方案的具體內容如下：

#### 1. 近程目標：修正甲案(一元多軌制)

1. 司法院內設各庭，行使釋憲權與審判權。
2. 大法官組成憲法法庭，掌理釋憲權、政黨違憲解散權及政務官的懲戒權。
3. 司法院另設民事訴訟庭、刑事訴訟庭及行政訴訟庭，分別掌理民事、刑事及行政訴訟(現制公務員懲戒事務官部分併入)審判權；如各該庭間之法律見解發生歧異時，以各該庭聯合法庭的方式統一各庭法律見解，並以司法院院長為主席。

#### 2. 終極目標：丁案(一元單軌制)

司法院置大法官十三至十五人，掌理民事、刑事、行政訴訟審判、公務員懲戒、憲法解釋及政黨違憲解散權。

由於司法改革工程浩大，故需分三階段漸進推動<sup>248</sup>，而此一司法制度的大變革，將使我國大法官釋憲制度由集中制走向分散具體制，更使大法官的職權由專司解釋憲法、統一解釋法律及命令暨政黨違憲解散權擴充到掌理民、刑事、行政訴訟裁判、公務員懲戒、憲法解釋及政黨違憲解散權之全部司法權，讓司法院名符其實的成為國家最高審判機關，其因此所牽涉到的整體訴訟制度之變革、現行

<sup>245</sup> 參照王和雄〈違憲審查制度與司法院大法官審理案件法〉，法學叢刊第 182 期，頁 6。

<sup>246</sup> 有關憲法條文順序的變更沿革，可參閱黃國鐘，〈法院定位與憲法訴訟〉，全國律師 11 月號，頁 40。

<sup>247</sup> 有關全國司法改革會議對於「司法院定位」議題所提出的五個方案具體內容，可參閱〈全國司法改革會議實錄(下輯)〉，85 年 11 月，頁 885-887。

<sup>248</sup>

司法機關之裁撤與重整以及司法功能的變動，都會是我國司法史將面臨的一大考驗。

## (二) 憲法訴訟法草案與大法官之功能設計

儘管司法改革進程對違憲審查制度設計著墨得並不多，然根據司法院於二〇〇五年十二月二十八日所草擬的憲法訴訟法草案說明可知，有關該草案之草擬動機，主要係考量到：第一，現行司法院大法官審理案件法於一九九三年二月三日修正公布施行迄今未作修正，而二〇〇五年六月十日公布的憲法增修條文又新增大法官審理總統、副總統彈劾案件之職權，故有必要將相關審理程序予以明定；第二，為貫徹憲法所定司法院為國家最高司法機關之意旨，司法院應予審判機關化，首要目標係於司法院之下設憲法法庭、其他審判部門及司法行政部門三大架構，其中的憲法法庭係由全體大法官組成，行使憲法及其增修條文所賦予之職權，為達審判機關化之目標，關於大法官行使職權之方式，即應予以法庭化。據此，有關該草案之修正重點，即在於「增設正副總統彈劾案件審理職權」與「職權行使法庭化」兩大主軸。

然而，根據司法院版本之憲法訴訟法草案內容可知，司法院在「多元多軌」進入「一元多軌」之司法改革進程階段上，有關大法官之功能設計，除了組織程序「法庭化」外，主要仍在承襲既有的法制設計與實務經驗，從而現行功能設計上之缺點，自亦一併承襲。其次，此等針對「一元多軌」之大法官功能設計，仍維持原先的集中違憲審查制度，從而在進入「一元單軌」階段上，即從集中違憲審查制度直接躍入分散違憲審查制度，惟司法改革進程設計原先的用意即在採行漸進改革模式，但在大法官功能設計方面卻以激進而非漸進的模式改革，絲毫未見任何的過渡措施設計。此外，即便是自「一元多軌」進入「一元單軌」階段，分散違憲審查制度是否是唯一的選擇，仍不無值得商榷之處。

## 肆、延伸問題

全國司法改革會議對於司法院定位所決定的最終方案，勢必會將司法院之定位回歸至當初制憲者將司法院定位為國家最高審判機關之一元單軌機制，而此制度的改變將涉及到和相關現行制度的衝突。

### 一、司法院大法官審理案件法第五條是否涉及違憲？

#### (一) 司法院大法官審理案件法第五條第一項之抽象法規違憲審查制度

司法院大法官未來的職權係職司全部之司法權，並以具體審判之方式為之，則我國的違憲審查方式必然會由現行的集中審查制，改為分散具體審查制。惟有疑者乃為現行司法院大法官審理案件法第五條第一項之抽象法規違憲審查制度是否繼續保留之問題<sup>249</sup>。

<sup>249</sup> 有關現行司法院大法官審理案件法第五條第一項之抽象法規違憲審查制度是否繼續保留之問題，可參閱王和雄，〈違憲審查制度與司法院大法官審理案件法〉，法學叢刊，第46卷2期，頁48-49。

(二)司法院大法官審理案件法第五條第二項與第三項規定

司法院大法官審理案件法第五條第二項與第三項規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有抵觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。」上開規定係代表「法院辦理具體案件時，有審查有關法律是否抵觸憲法之權限，如認法律與憲法抵觸而無效時，得拒絕適用之。」之意涵，是賦予一般法官「實質違憲審查權」恐會造成憲法第八十條、第一百七十條適用上的疑義，法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用，有鑑於此，釋字第三七一號解釋即宣示：「惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」而對於司法院大法官審理案件法第五條第二項與第三項之規定，和上開意旨不符部份，應停止適用。

二、判例制度是否違憲？

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民聲請釋憲之對象係「確定終局裁判所適用之法律或命令。」有爭議的是，「判例」是否包含在「法律」與「命令」之中？故大法官自釋字第一五三及第一五四號解釋起<sup>250</sup>，將之視為「相當於命令者」而予以審查。實務上法院裁判上適用判例以之為裁判者甚多，若不加以審查即對人民權利之保障有欠周延，將造成法治國家的漏洞。在此對於我國的判例制度與違憲審查關係進行探討：

(一)判決制度的憲法基礎

我國現行之判例制度，乃由最高法院或最高行政法院所為之判決中選取法律見解堪為範式而有作成判例必要之判決或決議，經最高法院民刑事庭會議或總會、最高行政法院庭長法官聯席會議決議，並於決議後報請司法院備查而來。釋字第154號理由書提到：「判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據。」而民事訴訟法於五十七年增訂確定判決適用法規顯有錯誤亦為再審理由之一（同法第496條第1項第1款），如判決違背現行有效之判例即屬裁判違背法令，得據以為提起上訴、再審或非常上訴之事由。由此可知，判例具有相當於法規或法令之拘束力。

(二)判例之拘束力與法官獨立審判之關係

<sup>250</sup> 有關司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定所稱的法律與命令是否有包含判例，歷年大法官於釋字第154號、第177號、第185號、第243號、第271號、第368號、第372號、第374號、第395號等解釋均採肯定見解。



判例經大法官會議解釋為具有相當於法令之效力，有爭議的是，如判例不具有如法律般的拘束力，則其應具有何等拘束力？在學說上，有論者認為判例僅具有事實上之拘束力，而不具規範性之拘束力<sup>251</sup>，姑且不管論者對於判例之規範上拘束力係採否定論或肯定論，基於法律安定性、預見性之要求，法院創設判例，作為嗣後受理同類案件，可依同一意旨為裁判之依據。且最高法院之判例，本身具有推定其裁判內容正確之效力，下級法院多信賴之，有助於法律體系內裁判之統一。

判例既具有一定之拘束力，是否代表其對於下級法院法官具有當然之拘束力？憲法第80條要求法官對於各系爭事件，從事認定事實並解釋、運用法律，而不受任何他人或外力之影響，以作成公平之裁判。其當然拘束力的承認，將阻礙法官職務上之獨立，而不符合憲法上保障法官獨立審判之旨趣。因此，最高法院就另案事件所表示之見解或以作成之判例，對於審理系爭不同事件的法官，並不具有當然之拘束力。

### (三)現行判例制度的弊病

判例在我國雖出自法院就具體個案所表示之法律見解，但卻限於最高法院及最高行政法院少數判決始有成為判例之可能，且其形成方式乃由非審判機關之法官會議挑選，而非直接出於法院審判，再由嗣後面臨基礎事實類同案件之法院主動援用依循而來。尤有甚者，判例之拘束力已超越個案基礎事實，而具備類似抽象法規之性格，如此一來，我國之整體判例制度遂成一由上而下之法律見解控制體制，而為變相的司法造法<sup>252</sup>。

判例雖係來自不具備直接民主正當性之法院對於具體個案所表示之法律見解，但其已脫離案件基礎事實成為抽象法規規定，此項結果不僅可能扭曲判例原意、誤解判例法律見解，混淆司法判決與立法者的角色分際，更可能使非審判機關藉由判例制度侵害法官獨立審判之權限。

### (四)判例應受違憲審查

國內對於判例得否作為違憲審查對象，爭論不一<sup>253</sup>。

實務上有部分大法官認為<sup>254</sup>，倘司法院大法官會議得將判例解釋為牴觸憲法或不牴觸憲法，則不但最高法院及行政法院之上，尚有上級法院，且司法院之上，尚有上級司法機關，憲法第七十七條規定司法院為國家之最高司法機關，無異已由司法院大法官會議所取代，與此有關部分之憲政體制，破壞無遺，自非憲法之所許。

<sup>251</sup> 有關論者對於判例是否具有規範性之拘束力的見解及理由，可參閱許士宦，〈民事訴訟上之判例違憲審查與訴訟權保障〉，台大法學論叢，第34卷第6期，頁60-74。

<sup>252</sup> 參閱林子儀、許宗力、楊仁壽等大法官於司法院釋字第576號解釋協同意見書。

<sup>253</sup> 有關判例得否作為違憲審查對象之爭論見解，可參閱黃建輝，〈判例之作爲違憲審查對象〉，法令月刊，第48卷第7期，頁21-24。

<sup>254</sup> 姚瑞光大法官於釋字第153號解釋及第154號解釋之不同意見書以及陳計男大法官於釋字第430號解釋之不同意見書，對於判例得否作為違憲審查對象均採否定說。

判例經後續相同案件之一再援用，在實際上確具有實質拘束力，而為實際意義之法源的一種，既判例已脫離案件基礎事實成為抽象法規定，而有司法造法之疑義，此際尤應受違憲之審查。換言之，正因判例具有此種實質上之法源地位、事實上之抽象拘束力，其應受抽象之違憲審查，以貫徹憲法保障人民基本權利之意旨。

### 三、現今釋憲程序之檢討

#### (一)現制缺失部分

##### 1. 人民、法人或政黨聲請違憲審查的要件過嚴且不完備

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。」上開規定實存有下列不妥之處：

(1) 所謂「提起訴訟」，若依文義解釋似將聲請人之範圍侷限於訴訟當事人中的原告部分，則被告即被排除在外，似有不妥。

(2) 人民聲請釋憲之對象，是否僅限於大法官法第五條第一項第二款所謂之「確定終局裁判所適用之法律或命令」，而有無可能及於其他「國家公權力行為」<sup>255</sup>？亦即若認大法官之設立在於維護憲法的最高性，因此若非「法規範」，而例如係「法院裁判」違憲時，當亦應予人民救濟之可能。由此觀之，現行聲請釋憲的要件規定顯然過於嚴格。

(3) 所謂「確定終局裁判」，第一一二五次大法官會議不受理決議，認為其意義係指聲請人「已依法定程序盡其審級救濟之最終裁判」而言。其並不包括再審程序在內，待終審法官判決確定後，即可提出聲請；提起上訴經不合法駁回，亦視同審級救濟已用盡<sup>256</sup>。惟若將「確定終局裁判」一詞解為「確定終審裁判」，則第一審及第二審之確定裁判即無由聲請解釋<sup>257</sup>。

##### 2. 聲請釋憲時是否應停止原裁判之執行？

現行法未作明確規定現行司法院大法官審理案件法，對於受理釋憲聲請後，原確定終局裁判是否應停止執行之問題並未規定，據此，釋字第五九〇號解釋

<sup>255</sup> 此一制度的思考，主要即係依循德國聯邦憲法法院第九十條「憲法訴願」制度而來。參閱吳信華，〈我國憲法訴訟制度之繼受德國——以「人民聲請釋憲」為中心〉，月旦法學雜誌，116期，頁33以下。

<sup>256</sup> 參照大法官釋字第290號解釋。劉鐵錚大法官於釋字第490號所提出的不同意見書，即認為「確定終局裁判」之意涵不應侷限於「已用盡審級救濟程序」的情形，即便未用盡審級救濟程序之確定終局裁判亦應得提出釋憲聲請，且參照釋字第371號解釋及訴訟經濟原則，更應為如上解釋。

<sup>257</sup> 劉鐵錚大法官於釋字第490號所提出的不同意見書，即認為「確定終局裁判」之意涵不應侷限於「已用盡審級救濟程序」的情形，即便未用盡審級救濟程序之確定終局裁判亦應得提出釋憲聲請，且參照釋字第371號解釋及訴訟經濟原則，更應為如上解釋。

稱：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」此外，若於訴訟或非訟程序裁定停止後，如有急迫之情形，法官即應探究相關法律之立法目的、權衡當事人之權益及公共利益、斟酌個案相關情狀等情事，為必要之保全、保護或其他適當之處分。

### 3. 所謂「行使職權」的界定範圍不明

司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款第三種情形，中央或地方機關行使職權適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義之聲請。而同項第三款規定三分之一立法委員可聲請法律違憲。有疑義的是，機關或三分之一立法委員聲請釋憲，是否確以「行使職權」為其要件，而又該如何界定，實務上爭議不斷，且標準不一<sup>258</sup>。

### 4. 釋憲程序缺乏暫時處分之相關規定

大法官於審理案件中，若遇系爭案件有為暫時處分之必要時，可否於現今大法官法均無明文規定之情形下，如同民事訴訟及行政訴訟法般，為必要保全措施之處置？

### 5. 大法官解釋的效力範圍

有關大法官解釋的效力雖為諸多釋字所提及<sup>259</sup>，然諸多問題仍未解決<sup>260</sup>，例如大法官解釋是否完全拘束立法者，立法者是否因此產生「規範重複的禁止」？而在對「人」的效力方面，對原因案件、甚至類似案件當事人應如何救濟（尤其是在「違憲定期失效」的宣告模式下），均有待討論。

## (二) 憲法訴訟法的修正對違憲審查制的影響

由於釋憲法制之不完備、司法院是否為最高審判機關之定位，以及釋憲組織應否由大法官以法庭方式審理，甚至其他細部釋憲程序問題之討論及爭議不斷，司法院欲修改憲法訴訟相關法制，以使釋憲制度更形完備之考量，從未間斷。

直至2005年6月的第七次修憲，修改總統及副總統的彈劾案改由司法院大法官組成憲法法庭審理（憲法增條條文§2-X、§5-IV），大法官案件審理法即依此再配合修正，並正式更名為「憲法訴訟法」，條文共計五章六十七條，其中重要的修正內容，除增設第三章第五十二條以下關於總統、副總統彈劾案件之審理

<sup>258</sup> 相關論述可參閱吳信華，〈「行使職權」作為機關聲請法令違憲解釋要件之探討〉，收錄於劉孔中、陳新民主編，《憲法解釋之理論與實務第三輯（下冊）》，2002年9月，頁205以下。另實務上之討論，可參閱釋字第603號2005/09/28號解釋多位大法官之不同（協同）意見書。

<sup>259</sup> 有關大法官解釋的效力，釋字第185號及第188號解釋將憲法解釋及統一解釋的效力擴展為具有拘束全國各機關及人民的一般效力（對世效力）。

<sup>260</sup> 可參閱翁岳生，〈司法院大法官解釋效力之研究〉，收錄於吳庚大法官榮退論文集《公法學與政治理論》，2004年10月，頁1以下。

外，並包含：

1. 大法官改由以組成「憲法法庭」之方式審理案件（憲訴草案§2），而以「裁判」的方式為審理的案件（憲訴草案§26、§28）。
2. 明確區分各種憲法訴訟類型（憲訴草案§39-I），包含機關憲法權限爭議或適用爭議（憲訴草案§39-I-1），機關聲請法令違憲（憲訴草案§39-I-2），人民聲請法令違憲（憲訴草案§39-I-3），三分之一立委聲請法令違憲（憲訴草案§39-I-4），法官聲請釋憲（憲訴草案§39-I-5），此外第四十條則規定機關聲請統一解釋法令，其中若干訴訟類型的要件與現行大法官法第五條各類型規定略有差異。
3. 明定憲法法庭判決之效力：
  - (1) 時間點的效力，自宣示或公告當日起發生效力（憲訴草案§30、§31-I）。
  - (2) 「違憲定期失效」之宣告，該期間法律不得逾二年，命令不得逾一年（憲訴草案§31-II）。
  - (3) 有拘束全國各機關之一般拘束力（憲訴草案§32）。
  - (4) 對原因案件及類似案件之效力：引發釋憲之原因案件（人民聲請），不論法令被宣告立即失效或定期失效，均得請求救濟（憲訴草案§34）；對具有相同案例事實之類似案件，若係法令宣告立即失效，則現正繫屬於法院之案件，即應依憲法法庭判決意旨為裁判，但已判決確定之案件不受影響（憲訴草案§33-I前段），若係宣告違憲定期失效，除判決主文另有諭知，則法院仍應適用該法令裁判（憲訴草案§33-II）。
4. 增訂暫時處分規定（憲訴草案§48），規定為避免人民基本權利或公益受難以回復之重大損害，且有急迫必要而無其他手段可資防免者，憲法法庭得為暫時處分之裁定。本條第二項及第四十九條以下並規定暫時處分之可決人數及效力等。

### (三)未來展望

為實現憲法精神、保障人民基本權利，違憲審查機制的「司法化」是法界共同努力的目標，而司法院大法官作為「憲法的維護者」，在違憲審查實務的運作上，對於人權的維護及民主政治的發展，應予肯定。縱憲法訴訟法草案已較現行法完善許多，就實務面上似仍存在一些問題，有待立法者改善。對於違憲審查制度存在的確定因素，在在都可能對釋憲程序產生衝擊，期待立法者可盡速通過憲法訴訟法草案，進而促使我國的違憲審查制度更加完備。

### 伍、結論

就本題而言，應先探討「各級法院法官有無違憲審查權」？於釋字三七一號解釋中大法官即宣示：「惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義

者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」由此，各級法院法官聲請釋憲，即以本號解釋為依據。因此，本案之違憲審查聲請應予受理。

## 陸、參考文獻

### (一)月旦法學教室

1. 楊子慧，人民聲請判例違憲解釋，22期，頁10-11
2. 吳信華，人民聲請釋憲「裁判上所適用」之法令，40期，頁8-9
3. 吳志光，裁判違憲審查？，41期，頁8-9
4. 楊子慧，法官聲請判例違憲解釋？，52期，頁8-9
5. 吳信華，對「法院裁判」的聲請釋憲，57期，頁10-11
6. 黃士洲，初探德國聯邦憲法法院的權限範圍，64期，頁88-93

### (二)月旦法學雜誌

1. 蘇俊雄，違憲審查制度及憲法解釋效力之界限，42期，頁28-31
2. 陳銘祥，第十三單元：違憲審查制度與民主政治，51期，頁174-179
3. 蔡宗珍，我國憲法審判制度之檢討，98期，頁49-66
4. 吳信華，我國憲法訴訟制度之繼受德國，  
—以「人民聲請釋憲」為中心，146期，頁23-38
5. 吳信華，「憲法訴訟法」草案評析（上），141期，頁146-170
6. 吳信華，「憲法訴訟法」草案評析（下），142期，頁203-230
7. 蕭文生，自組織、程序、釋憲類型及解釋效力觀點  
評析憲法訴訟法草案，145期，頁5-20
8. 張永明，憲法訴訟法草案之探討，145期，頁21-39
9. 廖元豪，憲法訴訟法草案的幾點評析  
—從「活化憲法」的角度出發，149期，頁40-55

### (三)法學叢刊

1. 涂懷瑩，論「大法官會議能否解釋判例違憲」，26卷3期，頁1-3
2. 王和雄，違憲審查制度與司法院大法官審理案件法，46卷2期，頁1-58

### (四)法令月刊

- 黃建輝，判例之作為違憲審查對象，48卷7期，頁21-24

### (五)憲政時代

- 許宗力，大法官審理案件法與修正草案之檢視  
—以大法官釋憲權行使之程序及範圍的相關規定為中心，

24 卷 3 期，頁 144-169

(六)國立臺灣大學法學論叢

許士宦，民事訴訟上之判例違憲審查與訴訟權保障，34 卷 6 期，頁 57-106

(七)政大法學評論

吳信華，「法院裁判」作為大法官會議違憲審查的客體，61 期，頁 109-141

(八)中研院法學期刊

翁岳生，我國憲法訴訟制度之展望，創刊號，頁 1-62

(九)律師通訊

李念祖，大法官應該如何保障人權，180 期，頁 3-5

(十)全國律師

1. 阮政芬，為山九仞，功虧一簣

—專訪李念祖律師談憲法訴訟法草案，11 卷 11 期，頁 61-67

2. 黃國鐘，法院定位與憲法訴訟，11 卷 11 期，頁 40-60

(十一)大法官會議解釋

釋字第 371、530、572、590 號解釋

## 第十四案〈孔子奉祀官與法律保留原則〉

### 孔子奉祀官與法律保留原則

至聖先師孔子第七十七代嫡孫、前考試院長孔德成於 2008 年 10 月 28 日辭世，享壽八十九歲。孔德成先生於民國 24 年被當時國民政府任命為大成至聖先師的奉祀官迄今，「奉祀官」是一個世襲的政府職位。孔德成先生逝世後，誰能接掌「奉祀官」是一個可以被討論的問題。因為「奉祀官」是行政機關中的一個職位，受有相當於特任官的俸祿（每月約有 18 萬新台幣）。據報載，孔德成先生育有二男二女，但長男已過世，如果繼續任命大成至聖先師的奉祀官，應該任命長女或長孫，遂成為一個法律問題。

爭點提出

- 一、國民政府的命令於行憲後，是否繼續有效？
- 二、設置大成至聖先師的奉祀官是否屬於法律保留事項？
- 三、於現代的文官制度中，保留「世襲」的「奉祀官」，是否合於憲法的要求？
- 四、如果繼續維持「大成至聖先師的奉祀官」的制度，是否有違背憲法「政教分離」原則？

解說：

- 一、國民政府的命令於行憲後，是否繼續有效？

大成至聖先師的奉祀官的「規定」，見諸於國民政府公報，該公報內容為

國民政府公報 令 第一六四三號

國民政府令 二十四年一月十八日

茲以孔子嫡系裔孫為  
大成至聖先師奉祀官，以特任官待遇。此令。

茲以顏子嫡系裔孫為  
復聖奉祀官，曾子嫡系裔孫為  
宗聖奉祀官，子思子嫡系裔孫為  
述聖奉祀官，以孟子嫡系裔孫為  
亞聖奉祀官，均以簡任官待遇。此令。

主 席 林 森  
行政院院長 汪兆銘  
立法院院長 孫 科  
司法院院長 居 正  
考試院院長 戴傳賢  
監察院院長 于右任

觀此公報內容，不只是孔子嫡系裔孫有世襲奉祀官，連顏回、曾子、子思子及孟子都有奉祀官<sup>261</sup>。只是孔子奉祀官以特任官待遇，其他四聖嫡系裔孫則以簡任官待遇。

國民政府係屬行憲時期以前的合法政府，但行憲後由國民政府所公布的「命令」是否應繼續有效，必須先予釐清。

按現代民主法治國家，規範之拘束力來自於有民意代表機關所制定的規範，其效力按現代民主法治國家，規範之拘束力來自於有民意代表機關所制定的規範，其效力係透過民主合法性所擔保。大法官大法官釋字第 573 號解釋認為：「依中華民國十八年五月十四日國民政府公布之法規制定標準法（以下簡稱「前法規制定標準法」）第一條：「凡法律案由立法院三讀會之程序通過，經國民政府公布者，定名為法。」第二條第三款所稱，涉及人民權利義務關係之事項，經立法院認為有以法律規定之必要者，為法律案，應經立法院三讀會程序通過之，以及第三條：「凡條例、章程或規則等之制定，應根據法律。」等規定觀之，可知憲法施行前之訓政初期法制，已寓有法律優越及法律保留原則之要求，但有關人民之權利義務關係事項，亦得以未具法律位階之條例等規範形式，予以規定，且當時之立法院並非由人民直接選舉之成員組成。是以當時法律保留原則之涵義及其適用之範圍，均與行憲後者未盡相同。本案系爭之監督寺廟條例，雖依前法規制定標準法所制定，但特由立法院逐條討論通過，由國民政府於十八年十二月七日公布施行，嗣依三十六年一月一日公布之憲法實施之準備程序，亦未加以修改或廢止，而仍持續沿用，並經行憲後立法院認其為有效之法律，且迭經本院作為審查對象在案，應認其為現行有效規範人民權利義務之法律。」本解釋係處理「行憲前法律」是否繼續有效的問題，對於「行憲前的命令」是繼續有效，則尚未解釋。

<sup>261</sup> 據悉，目前在台仍維持奉祀的有孔子、孟子及曾子三位的嫡系裔孫。



憲法實施之準備程序（1947年1月1日）第1條規定：「自憲法公布之日起現行法令之與憲法相牴觸者，國民政府應迅速分別予以修改或廢止，並應於依照本憲法所產生之國民大會集會以前，完成此項工作。」本條似乎意味著，如果沒有被檢討修改或廢止之國民政府命令，並非當然無效。

## 二、設置大成至聖先師的奉祀官是否屬於法律保留事項？

廣義的「法律保留」係指國家重要的事項，應保留給法律加以規定，法律如果未能巨細靡遺地加以規定，仍得授權行政機關以法規命令訂之，但應符合法律授權的明確性，此一概念已迭經司法院大法官解釋在案。

任何文官必須有其組織法上的依據，包括職稱、職等、官等及薪俸，此為「公法上職務關係」應有的內容。職稱、職等、官等均應受法律之保障，薪俸亦同。相對的，職稱、職等、官等及薪俸亦必須由法律始得創設，不是經由行政機關以行政命令或在預算上直接編列預算科目即得創設。大成至聖先師的奉祀官<sup>262</sup>，如果在文官體系上，係屬「文官」的一種，得直接支給預算項下的人事費（薪俸），則屬法律保留事項。

法律保留又依其所規範事項的重要性，有可分為「憲法保留」、「國會保留」、「廣義法律保留」及「最廣義法律保留」。

奉祀官的職稱及薪俸，本文認為，如果大成至聖先師的奉祀官，直接能支領國家薪俸，縱使非屬「國會保留」，亦屬「廣義法律保留」，至少必須法律有明確授權之依據，才可以另行設置，而由預算支給薪俸。現行直接在預算上編列大成至聖先師奉祀官之預算，恐怕有再加檢討之必要。

## 三、於現代的文官制度中，保留「世襲」的「奉祀官」，是否合於憲法的要求？

---

<sup>262</sup> 大成至聖先師的「奉祀官」似非正式官職，而是為維繫「家祭」所設置的職稱，但卻由國家編列預算予以支應。私人可以支領國家預算的支應，不外乎「受國家任用」或「受託行使公權力」。大成至聖先師的奉祀官依國民政府的前開命令，看不出來只是為「家祭」之用，但在台灣實施的祭孔大典又稱「釋奠之禮」，有公祭及家祭二部分，公祭由地方首長主祭，家祭才由孔子嫡系裔孫的奉祀官主祭。果如是，「奉祀官」應非正式公務員。如果不是正式公務員，卻得領受公務預算者，應屬「受託行使公權力」，此時須檢討「孔子家祭」是否為一種公權力的運作。

如果因為個人對國家有特殊貢獻，擬將之提升為「國家人物」(國寶人物)，生前可受領勳獎，死後並列為國家祭祀的對象，必須經由「民主程序」。所謂「民主程序」即指透過抽象法律規範，「明定」符合何種要件之人，得由國家予以特別紀念或賜予特定勳獎(例如制定「民族聖賢紀念條例」)。再經由行政機關對特定人指定為「民族聖賢」而予以紀念。民族聖賢之公祭由政府機關透過公權力機制及編列預算為之，其形式合法性及實質正當性並不欠缺。但家祭，似難以認定為公權力的行使。

#### 四、結語

未經民主程序所形成的價值，只是經由預算編列程序逕予支給，在民主法治國家中，會有禁不起質疑之處。縱使對特定著有功勳之人予以特殊地位，得由國家以預算所支應之儀式，表彰其貢獻，但其後世子孫是否得直接支領預算，恐亦有問題。蓋不論是「依法任用」或「受委託行使公權力」(行政程序法第16條)，均必須依循一定法律程序，依據血統所產生的「世襲職位」，在民主法治國家中，已無存續之依據，因為世襲的職位本質上欠缺實質正當性，除非憲法或法律直接明文承認，否則不得由行政命令創設。

## 祭孔大典與政教分離原則

最近至聖先師孔子第七十七代嫡孫、前考試院長孔德成辭世。孔德成先生於民國 24 年，年方 15 歲未成年時，即被當時國民政府任命為大成至聖先師的奉祀官迄今。行憲後，政府播遷來台，持續有祭孔活動。孔子思想及後代儒者所發展出來的學說，亦有稱之為「儒教」者，因此祭孔大典有是否違反政教分離原則，亦值得討論。

### 爭點

- 一、何謂「政教分離」原則
- 二、「政教分離」原則的法效力如何
- 三、祭孔大典是否有違「政教分離」原則？

解說：

### 一、「政教分離」原則的內涵

憲法所保障的宗教自由首先要求「政教分離原則」<sup>263</sup>，「讓上帝的歸上帝，讓凱撒的歸凱撒」。此一原則係屬「客觀法規範」。

政教分離係從「社會與國家分離原則」所導出。「社會與國家分離原則」要求國家公權力的機制，不要恣意介入社會的領域。社會的事務，歸由社會成員的自我管理。宗教乃屬於社會化的事務，因此，在「政教分離」原則下，國家不得設立國教，亦不得透過國家公權力（例如以教育制度）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（釋 490），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，或給予行政機制上的特別協助，例如准許在公園設立土地公廟或具有特殊宗教意涵的神祇。

<sup>263</sup> 參許志雄，宗教自由與政教分離原則，月旦法學雜誌，第 35 期，1998/3，頁 14 以下。

## 二、「政教分離」原則的法效力

「政教分離」原則是一種客觀法規範，縱使國家機關違反客觀的法規範，人民只能夠確認該行為有「違法」，但尚不能主張該行為侵害人民的宗教自由權，或主張國家賠償。

換言之，人民尚無法從此一原則導出其有如何的宗教自由。人民的宗教信仰自由亦不因而國家機關違反「政教分離」而受侵害。但有重要意義的是，誰有權利提起訴訟確認國家機關的行為違反「政教分離」。

## 三、祭孔大典是否有違「政教分離」原則？

### (一) 儒家思想是否具有宗教的內涵

此一問題，必須先從「儒家學說」的起源談起。現在中國大陸的黃河流域及長江流域之間，約在西元前前 770 年—公元前 221 年之間的「春秋戰國時代」，各種思想蜂起，百家爭鳴。後來大秦帝國統一天下，建立大一統的王朝，但苛政不斷，秦末項羽、劉邦相爭，後來劉邦統一天下建立大漢帝國。漢高祖劉邦分封宗族於邊境，到了次任文帝、景帝時，所分封的同姓諸侯日益強盛，對朝廷漸驕恣跋扈。漢文帝採溫和手段來達到削減諸侯的目的。漢景帝採晁錯的建議，實施「削藩」，卻引起各同姓諸侯的反對，史稱「七國之亂」。後來漢景帝派周亞夫平定亂世，漢朝中央政府權威空前強大，為了鞏固漢帝國的地位，急需大一統的思想標準。但是隨著國家的發展，到漢武帝時，日益需要完整、深厚的哲學思想來維護政權的權威。漢武帝即位後，權臣衛綰、田蚡、竇嬰等主張尊崇儒術，貶抑法家，同主張道家思想的竇太后展開政治鬥爭，竇太后曾一度得勝。但竇太后去世，支持儒家的官員重新得勢。後來漢武帝採用董仲舒主張：「諸不在六藝之科孔子之術者，皆絕其道，勿使並進」，應「罷黜百家，表章六經」。在仕進上只採用儒家思想的觀點。後來，漢武帝大量任用儒生為官，逐漸使通曉儒家經典成為為官為吏的必要條件之一，儒家逐漸成為中國社會的統治思想。事實上董仲舒並非將孔子的學說予以發揚光大，而是政策上將道家，陰陽家和儒家中有利於君王統治的部分揉合另外發展成「新儒術」，作為獨尊儒術的基礎學說。

儒家的敬天，奉祖，孝親，忠信，仁義，崇禮，性善，弘毅，見賢思齊等中心思想，具體的「三綱」：明明德：親民；止於至善。「八目」：包括格物、致知、誠意、正心、修身、齊家、治國、平天下。「三達德」：智、仁、勇及「博學之，審問之，慎思之，明辨之，篤行之。」等極度的「道德觀」的教義，相當有助於「順民」的養成，故儒家的思想，基本上有助社會規範於形成，可以藉以維持社會穩定，有助於國家統治的穩定，故從大漢帝國以降，歷代統治者形式上均表示對於「孔學」的尊重，但實質上卻實施法家的「嚴刑峻法」之治。從這個觀點來看，孔學恐怕常是被濫用，作為統治階層的工具而已，所以「祭孔大典」<sup>264</sup>從某些角度來看，常只是一種「煙幕彈」。因為統治階層口頭上提倡「孔學」，但運用權力時往往血腥暴戾，與孔學中的「仁愛」大相逕庭。

話說回來，但儒教是否為一種宗教，或者在台灣是否具有宗教的地位，應從何種角度切入觀察？有認為「儒教並非一個類似西方宗教的宗教，但儒教仍然是一個在漢語語境和漢文化體系內的宗教。」<sup>265</sup>此一觀點固然有幾分正確，但「政教分離」係從西方國家所導引出來的原則，主張「讓上帝的歸上帝，讓凱撒的歸凱撒」<sup>266</sup>。政教分離原則中所謂的「宗教」亦必須採取西方思想中的宗教概念。在此意義下，「宗教」必須涵括人的「起源」、「現世」與「來生」的基本主張，就此而言，佛教、基督教、天主教等典型的宗教，都可稱之為宗教。但由孔子所發展出來的「儒家」學說，甚或稱為「儒教」，可否稱為「宗教」必須先予討論。從一般見解來看，孔子極其主張「未知生，焉知死」，「子不語怪力亂神」，儒家學說基本上只針對人的「現世」狀態提出行為準則的主張，對於人的來源、人死亡後的問題，並不多探討，故縱使儒學在台灣或中國或東亞地區，具有宗教的功能，甚或可稱為「儒教」，亦難以涵攝為「政教分離」下的「宗教」的概念。本文認為，國家如果繼續維持「大成至聖先師的奉祀官」的制度，並沒有違背憲法「政教分離」原則。

#### 四、結論

<sup>264</sup> 自大漢帝國以後，祭孔活動延續不斷。規模也逐步提升，大明、大清帝國時期達到頂峰，被稱為「國之大典」。清國順治皇帝定都北京，在京師國子監立文廟，內有大成殿，專門舉行一年一度的祭孔大典，並尊孔子為「大成至聖文宣先師」。現代的祭孔大典在台灣、中國及國外地區皆有舉行，係一具有文化及觀光意義的活動。

<sup>265</sup> 維基百科「儒教」一詞的說法，但該詞條已先敘明，其內容具有爭議性。

<sup>266</sup> 請見聖經《馬太福音 22 章 15-22 節》。

孔子主張所形成儒家思想體系，深深地影響著亞洲地區一般人民的行為，稱其為儒教，雖未嘗不可。但儒家學說在歷來國家統治者眼中，只是有利於統治的工具而已，事實上政權行使公權力的過程中，並未將孔學中的「仁民愛物」的思想體現出來。基於祭孔大典具有文化觀光的意義，其繼續舉辦，應值得贊同。儒教在亞洲國家中，雖然具有宗教的功能，但畢竟非「政教分離原則」下宗教的意義，故祭孔大典並未違背「政教分離原則」。