

大法官講堂：
中華民國憲法及政府（一）

第十八講
人權的保障與限制

授課教師：湯德宗教授
國立臺灣大學政治學系



【本著作除另有註明外，採取創用 CC「姓名標示
—非商業性—相同方式分享」臺灣 3.0 版授權釋出】

人權的保障與限制

湯德宗

憲法有聲書

目 次

壹、人權的功能（基本權的雙重性質）

一、人權作為主觀權利（基本權的主觀面向）

1. 防禦功能（Abwehrfunktion）≡ 自由權
 2. 給付功能（Leistungsfunktion）≡ 受益權（請求權）
- 2.1 程序性給付 ≡ 程序受益權 & 參政權
- 2.2 物質性給付 ≡ 經濟受益權
 - 2.2.1 分享權（Teilhaberecht），如國家設施之分享
 - 2.2.2 給付請求權（Leistungsrechte），如請求國家補助
- 2.3 資訊性給付 ≡ 資訊受益權（政府資訊公開請求權）

二、人權作為客觀基本規範（objektive Grundsatznormen;

Constitution as a code of social moral）（基本權的客觀面向）

1. 客觀價值決定（objektive Wertentscheidungen）

人權章整體為表彰價值的客觀規範（原則）

- GG Art. 1, Abs. 3：「以下所列基本權利，拘束立法、行政及司法權，而為直接有效之法規範。」
- Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 (205) (1958)：
「基本權利的首要功能，在於確保個人的自由領域，免於受到公權力的干預；基本權利是人民對抗國家的防禦

權。...

然而，同樣正確地，基本法並非價值中立的文件...其『基本權利』章樹立了一種客觀的價值秩序（*eine objektive Wertordnung*），並根本性地強化了基本權的規範效力（*Geltungskraft*）。此一以在社會共同體內自由發展之個人人格與人性尊嚴為核心之價值秩序，應視為憲法之基本決定，而適用於所有法領域。其乃衡量、評估所有立法、行政及司法活動之準繩。該價值秩序自然亦影響民法；任何民法規定均不得與之牴觸，並須本此精神而為解釋。」

2. 基本權之(間接)第三人效力(*Drittwirkung der Grundrechte*)

Q 私法關係(私法自治原則)亦應受到此一憲法「基本價值決定」之拘束?如是, how?

2.1 基本權如何對第三人發生效力?

- 間接說 (*theory of indirect horizontal effect*) (*Dürig & BverfG*)

民事法院應經由民法中之「強制規定」(如民法第 71, 72 條)等「概括條款」, 間接體現(滲透)憲法的價值決定?

Lüth-Urteil: 「基本權利間接地透過私法上的規定, 在民事法中擴展其法律內涵。基本權利價值標準的影響, 最主要在於私法中的強行規定及廣義的公共秩序, 亦即以公共福祉為理由, 對私人間法律關係的形成具有拘束力, 並禁止私人意志支配(私法自治)的各種原則。對法官而言, 經由概括條款(按: 例如我國民法第 71、72 條), 特別容易實踐基本權的意涵」。

「民事法官如果沒有認清基本權利對於民事法的影響，可能導致判決侵害基本權利（聯邦憲法法院法第90條），而成為憲法訴願之標的」。

- 直接說（theory of direct horizontal effect）（Nipperdey & BAGE 48, 122）
- 三階段說（Robert Alexy）

2.2 台灣關愛之家案

- 台北地院 95 年重訴字 542 號判決 →
- 高院 95 年上易字 1012 號判決

① 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例（96/07/11）§4-I：

「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之」。

Q 現制下，大法官得審查民事法院確定終局裁判見解（認事用法）有無違憲？

Ω 我國尚未有類似德國「憲法訴願」制度（Verfassungsbeschwerde）

2.3 本土實踐（詳☞30講）

- 釋字 242
（最高法院 76 年度台上字第 2607 號判決、77 年度台再字第 104 號判決，未慮及憲法 §22 所保障之婚姻自由及家庭保障之間接第三人效力）
- 釋字 362（民法 §988-II 重婚無效之規定未兼顧除因信賴確定判決所導致之重婚外，尚有其他類似原因所

導致者，與憲法保障人民權利之意旨未盡相符)

- 釋字 552 (協議離婚所導致之重婚議離婚，其信賴保護條件應更嚴格—須重婚之雙方當事人均為善意且無過失，後婚姻之效力始能維持)

3. (國家對) 基本權之保護義務 (Die grundrechtliche Schutzpflicht)

人民得依據基本權利，向國家請求保護其基本權利免於遭受第三人 (其他人民) 之侵害。

旨在「禁止 (國家保護) 不足」 (Untermaßverbot)，而非「禁止 (國家干預) 過度」 (Übermaßverbot，屬「比例原則」之作用)

- Schwangerschaftsabbruch (墮胎案 I)，BverfGE 39, 1 (1975)：

「在基本法的價值秩序中，系爭法益的位階愈高，則國家的保護義務愈應嚴肅看待。人類的生命，無待進一步論證，乃是憲法秩序中至高的價值；其為人命尊嚴不可或缺之基礎，並為所有其他基本權之前提。…

國家保護發展中之生命 (按：胎兒) 的義務，原則上亦需考慮對母親的保護。…懷孕屬於基本法第二條第一項 (按：人格發展自由) 與第一條第一項 (按：人性尊嚴) 所保障之私密領域。…因為終止懷孕必然意謂著摧毀胎兒之生命…而當吾人以第一條第一項為指引時，必然得出保護胎兒生命權應優先於孕婦自決權 (按：終止懷孕) 的判斷。」

- 釋字 400：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使

用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」。

- 釋字 445（國家對人民集會自由之保護義務）
- 釋字 469（國家之賠償義務）
- 釋字 728〈湯德宗大法官協同意見書〉

3.1 保護義務內涵

- 禁止義務
- 安全義務
- 風險義務

3.2 國家應何時介入保護？（觀想「台灣關愛之家」案）

● 市場失靈（market failure）？

非政府介入，愛滋患者將覓無居所？

3.3 國家應以何種形式介入？

- 「禁止」（管委會驅離愛滋病患）？
- 「許可」（規定驅離愛滋病患須經主管機關許可）？
- 「處罰」（含刑罰）驅離行為？
- 「徵收」（現住地，提供愛滋病患居住）？
- 「補貼」（鄰近住戶，填補損失）？

...

3.4 應由何種國家權力介入保護？

Q 立法？行政？司法？其結果有無不同？

Q 法院能提供之保護最受侷限？

3.5 美國「國家行為理論」（state action doctrine）

- PRIVACY IN THE STRONG SENSE

Some actions are *private as a matter of right*. And the Constitution put them *beyond* the government's ability

《對話憲法·憲法對話》2016

to regulate. (私人權利 v. 國家權力)

E.g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

- PRIVACY IN THE WEAK SENSE

Negative implication of all the clauses that impose constitutional duties on public authorities but not on the people. They are actions simply not regulated by the Constitution. (禁止國家為之，但未禁止私人為之)

They are not things that we have a **right** (in any strong sense) to do. The government could pass laws forbidding them. Yet the default setting is for **private autonomy**. (原則上應尊重私法自治)

例如：在國家未立法禁止前，私人餐廳非不得以歧視性方法，選雇廚師

“State action” requirement: Some parts of the Const. regulate only the actions of state, and leave private actors alone.

- WHOM DOES THE CONSTITUTION COMMAND?

Lawmakers → Government officials → All citizens
(public function theory, permission theory)

- JUSTIFICATION

Limiting the Constitution’s command (prescriptions) to state action is to protect individual liberty by defining a **zone of private autonomy**

- It is best to decide cases on the merits by balancing the

competing interests of the “violator” and the “victim”, without reference to state action.

- EFFECT OF DISCARDING THE STATE ACTION DOCTRINE

The Constitution would be viewed as a code of social morals, not just of government conduct, bestowing individual rights that no entity, public or private, could infringe without a compelling justification.

- APPLYING CONSTITUTIONAL PRINCIPLES TO PRIVATE CONDUCT

does not mean that all individual conduct must meet *the same standards* as that required of the government.

例如：為積極改正社會上長久存在之歧視，立法規定政府應採取特定「積極（矯枉）措施」（affirmative actions），但並未課私人企業以相同之義務

- 釋字 719（政府採購得標廠商於履約期間應雇用一定比例之原住民，並得以「代金」履行之）

Q（國家對）「基本權之保護義務」與「第三人效力」之關係？

Q有無（國家對）「基本權之保護義務」，於人權保障果有不同？

Cf. David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864-890 (1986).

Q（憲法）法院應如何審查（認定國家保護不足）？

4. 基本權之「制度性保障」(institutionelle Garantien)，
一稱「建制保障」(Einrichtungsgarantie)

4.1 概念

Spiegel-Urteil：「新聞自由在民主國家之中，依據憲法應享有其法律地位。新聞自由受到基本法第五條之保障，因此根據此一規定，新聞自由有其體系上的地位及傳統的理解。亦即，此項自由是從事新聞活動的人及企業受保障的主觀基本權，並在面對國家強制力時得到維護，就關聯性而言，也確保新聞自由優越之法律上地位，故基本法的規定同時亦具有客觀之法的一面。它保障新聞自由制度 (Institute “Freie Presse”)」

📖 吳庚 & 陳淳文，《憲法理論與政府體制》，頁 109
(2014 年 9 月，增定版)

4.2 本土實踐

- 訴訟權的制度性保障
釋字 368 (吳庚大法官協同意見書)
- 學術自由的制度性保障
釋字 380 (大學法施行細則關於共同必修科目由教育部邀集大學共同訂定之規定違憲)
釋字 450 (大學法及其細則強制大學設置軍訓室之規定違憲)
釋字 563 (大學得自訂畢業考試資格)
釋字 626 (大學得自訂入學資格)
- 財產權的制度性保障
釋字 386
- 言論自由的制度性保障
釋字 364 (新聞自由) & 445 (集遊自由)

貳、人權保障範圍 一、權利主體
(「人」的範圍)

1. 自然人

權利能力(民法 §§ 6, 26) ;

行為能力(民法 §§ 75~85)

1.1 國民

1.1.1 一般權力關係

1.1.2 特別權力關係(參☞29講)

1.2 公民

1.3 外國人

☐ 拒絕熱比婭入境(拒發簽證), 違反人權?

Cf. 釋字 708, 710 (參☞22講)

1.4 無國籍者

1.5 胎兒

美: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (衡平母親隱私權與胎兒生命權→ 孕期三分說); 德:

Schwangerschaftsabbruch (德國墮胎案 I), BVerfGE 39, 1 (1975) (胎兒亦有人性尊嚴與生命權, 其保護價值高於母親之隱私權)

1.6 死者

德: BVerfGE 30, 173, 194

不顧死者生前已表示之反對, 而於其死後摘取其器官, 已侵害死者之尊嚴, 違反基本法第一條第一項之意旨。

☐ 吳庚&陳淳文, 《憲法理論與政府體制》, 頁 129 (2015年9月, 增定三版)

《對話憲法·憲法對話》2016

1.7 未成年人

2. 法人

- 公法人
- 私法人

3. 非法人團體（如合夥）

- 釋字 486

二、權利客體（內容）

「事物」保障範圍 *Schutzbereich*）＝權利的內在界限

1. 應就各種人權（如隱私權、財產權）分別而論
2. 從寬界定

Q 「職業」自由包括從事「娼妓」、「職業殺手」、「人口走私」之自由？

三、權利間關係

1. 競合關係（同一主體行使不同權利）→擇一有利？如：
宗教自由&集會結社自由；言論自由&集會自由
2. 衝突關係（不同主體間行使相同或不同之權利）
→ 利益衡量（力求各權利之最大實現）
 - 言論自由（新聞自由） v. 個人名譽：釋字 509
 - 人格權（回復名譽） v. 言論自由（強迫公開道歉）
：釋字 656
 - 資訊公開 v. 資訊隱私（FOIA “privacy” exemption）
 - 言論自由（新聞自由） v. 個人隱私：釋字 689
 - 言論自由 v. 宗教自由
「尼姑思凡」劇、「上帝原是同性戀」電影、
「默翰默德丹麥漫畫風波」、「查理週刊諷刺漫畫」…

參、人權限制之限制 (Schrankenschraken)

一、規範體例

1. 單一型 (一招半式闖江湖) 例如：我憲法 §23
2. 多元型 (按各種人權分設不同之限制要件)
 - ECHR §10 (Freedom of expression):

1. Everyone has the *right to freedom of expression*.

This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties *as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for* the prevention of disorder or crime, *for* the protection of health or morals, *for* the protection of the reputation or rights of others, *for* preventing the disclosure of information received in confidence, or *for* maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

《對話憲法·憲法對話》2016

- ECHR §9 (Freedom of thought, conscience and religion):

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.
2. Freedom to manifest one's religion or beliefs *shall be subject only to such limitations as are prescribed by law* and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. 

3. 混合型（兼採二者）

- UK_WC §11.3

The exercise of this right carries with it special duties and responsibilities. It may be subject to certain restrictions, but only such as are provided by law and are necessary in a democratic society-

.1 for respect of the rights or reputations of others; or

.2 for the protection of national security or of public order or of public health or morals.

- UK_WC §21 (Scope of exceptions):

Where the protection of any right or freedom by the Bill of Rights is subject to any restriction or qualification-

1. has *no wider effect than is strictly necessary* in the circumstances; and
2. shall *not be applied for any purpose other than that* for which it has been prescribed. 

二、限制 (restriction, Schranken) = 侵害 (invasion, Eingriff)

1. 公權力主體的行為
 - 1.1 目的性 (v. 難以避免的附帶風險)
 - 1.2 直接性 (v. 間接結果)
 - 釋字 542 (強制遷村)
 - 1.3 法效性 (v. 事實行為)
 - 1.4 強制性 (v. 任擇性)

Q 祭祀公業條例 §4-I 構成「限制」？

- 釋字 728

2. 基本權對國家的拘束是全面的，不侷限於某種行為

三、形式合憲性

憲法 §23 = 法律保留原則 + 比例原則

法律保留原則

- 釋字 443 (參 [16](#) 講)
- 釋字 568, 593, 609, 611

四、實質合憲性

比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip, proportionality principle)

1. 德國傳統比例原則

Cf. 行政程序法 §7

「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。

1.1 適合性原則 (Grundsatz der Geeignetheit, Geeignetheit-Prinzip)，亦稱「合目的性原則」(Zwecktauglichkeit)

- 實際殆僅要求：所採取之方法並非全然不適於目的之達成

二、有多種同樣能 (Ebensogut) 達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。

1.2 必要性原則 (Grundsatz der Erforderlichkeit, Erforderlichkeitprinzip)

- 最小侵害手段 (das gelindeste Mittel) 係指，在所有同樣能有效達成所欲目的之諸手段中，應選擇侵害最小者 ≠ 美國「嚴格審查基準」(strict scrutiny) 下之限制最小手段 (the least restrictive means) (詳後)

- 實際操作甚具彈性，密度約介於”minimum rationality”與”strict scrutiny”之間)

- 前開兩階段殆屬機械式操作，不涉價值判斷 (不對「目的」作價值判斷)

1.3 狹義比例原則 (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)

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。」(wholly disproportionate)

- 亦稱「合比例性原則」(Proportionalität) 或「期待可能原則」(Zumutbarkeit)

- 性質為「本益分析」(cost-benefit analysis) 或「損益權衡」

損害 (= 受侵害之人權之價值 × 受侵害之程度) v.

利益 (= 公益之重要性 × 受保護之迫切性)

- 釋字 575, 603, 604

Q 前揭三要件之關係如何？
依序審查之線性關係？

Q 「本益分析」有時而窮？

2. 德國現代比例原則

2.1 Apothekenurteil (藥房案 BVerfGE, 7, 377 (1958)) 加入
「目的合憲性」審查，並區分其強度：

國家就職業自由設定

- 主觀許可要件 (subjective Zulassungsvoraussetzungen)
時，須為追求重要公益 (wichtige Gemeinschaftsgüter) ；
- 客觀許可要件 (objective Zulassungsvoraussetzungen)
時，須為追求「極重要公益」 (überragend wichtige
Gemeinschaftsgüter, overwhelmingly important common
good)
- 一般職業執行行為之規制 (Ausübungsregelung)
時，僅須為追求「一般公益」 (Gemeinwohl)

2.2 嘗試區分不同審查基準

自「共同決定案」Mitbestimmungsurteil (BverfGE 50, 290)
以來，至少已見三種標準：

2.2.1 明白性審查 (Evidenzkontrolle)

2.2.2 可支持性審查 (Vertretbarkeitskontrolle)

2.2.3 強烈內容審查 (intensivierte Inhaltliche Kontrolle)

3. 美國違憲審查基準 (standards of judicial review) 審究 「目的合憲性」與「目的與手段之關連性」兩「聯動」 變數

Cf. 湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探--「階層式比

例原則」構想），載《憲法解釋之理論與實務》第六輯（下冊），頁 581~660，頁 618 圖（2009 年 7 月）。

3.1 合理審查基準（mere rationality test; rational basis review）

- 國家（公權力行使）行為乃為追求「合法利益」（legitimate interest）；且
- 所採取之「手段」（對權利之限制，含「差別待遇」）與欲追求之「目的」間，具有「合理關聯」（rationally related）

3.2 中度審查基準（intermediate scrutiny）

- 國家（公權力行使）行為乃為追求「重要（公共）利益」（important interest）；且
- 採取之「手段」（對權利之限制，含「差別待遇」）與欲追求之「目的」間，具有「實質關聯」（substantially related）

3.3 嚴格審查基準（strict/ heightened scrutiny）

- 國家（公權力行使）行為乃為追求「極重大、優越之（公共）利益」（compelling or overriding interest）且
- 所採取之「手段」（對權利之限制，含「差別待遇」）與追求之「目的」間，乃屬「必要且嚴格量身剪裁」（necessary and narrowly tailored）者，亦即別無其他限制較少之替代手段（the less restrictive means）可供選擇（故為 the least restrictive means）

3.4 依個案案件類型，決定選用如上審查標準

4. 我國憲法 §23：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公

共利益所必要者外，不得以法律限制之」。

4.1 合憲之目的（目的合憲性）

- 防止妨礙他人自由（釋字 445）
- 避免緊急危難（釋字 690）
- 維持社會秩序（釋字 194, 284, 417, 574, 588）
- 增進公共利益（釋字 281, 302, 428, 588, 612）

4.2 限制（手段）之「必要性」（手段與目的關聯性）

- 單一變數線性模式（德國「比例原則」）
釋字 476, 578, 584, 588, 594, 603, 604, 612, 616, 617, 623
- 二元聯動模式（美國「違憲審查基準」）
釋字 577, 626, 647, 648, 649, 659
- 整合模式（湯德宗「階層式比例原則」，詳☞20講）

4.3 審查基準如何選定？

- 釋字 584〈許宗力大法官協同意見書〉

肆、人權之救濟

一、事後救濟

1. 訴請宣告違憲之法令無效（規範控制）
2. 訴請撤銷違憲之行政處分（我現制猶不許）
3. 訴請撤銷違憲之裁判（我現制猶不許）
4. 訴請回復原狀，除去違憲結果（Folgebeseitigung）
5. 請求核發人身保護令（habeas corpus）≡ 請求「提審」
6. 訴請損害賠償（含國家賠償）
7. 訴請課予刑事制裁（針對公務員違法瀆職行為）

二、事前救濟

《對話憲法·憲法對話》2016

1. 訴請防止侵害 (Cf. 民法 §§18-I, 767)

「暫時處分」(preliminary injunction)

• 釋字 599

【學思策問】

Q 為有效保障人權，我國應引進德國「憲法訴願」(Verfassungsbeschwerde) 類型？

Ω 釋字 697 (個案顯然過苛之處罰, 釋字 685, 673, 641)

釋字 736 (形式上為抽象規範審查, 實質上已審查並變更終審裁判之見解)

Q 區分違憲審查基準之意義？

【進階閱讀】

湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探--「階層式比例原則」構想〉，載《憲法解釋之理論與實務》第六輯（下冊），頁 581~660（2009 年 7 月）。

許宗力，〈基本權的保障與限制〉，載《月旦法學教室》11 期（頁 64~75）（2003 年 9 月）& 14 期（頁 50~60）（2003 年 12

月）。Julian Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, in ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* xvii-li (2004).

【課後習作】

版權聲明

頁碼	作品	版權標示	作者／來源
79-80	Everyone has the right to freedom of expression... or for the protection of the rights and freedoms of others.		《United States Declaration of Independence》 本作品屬公共領域。
80-81	The exercise of this right carries with it special duties and responsibilities..... shall not be applied for any purpose other than that for which it has been prescribed.		The Institute for Public Policy Research , 《The Constitution of the United Kingdom》 P52, 56 (http://www.ippr.org/files/images/media/files/publication/2014/01/the-constitution-of-the-united-kingdom_1991-2014_1420.pdf?noredirect=1) 瀏覽日期：2016/10/6， 本作品依據著作權法第46、52、65條合理使用。