

基本權利理論體系之構成及其思考層次*

李建良

中央研究院中山人文社會科學研究所助研究員

摘 要

本文旨在對基本權利之規定作有系統的分析，除分述基本權利之各種功能面向外，並從法釋義學之角度，闡述其問題之論證步驟，藉以了解基本權利的性格、規範目的及內涵，並建立其理論體系及思考層次，使之成爲一項實用之學，俾供吾國學界及實務界探討基本權利問題之參考。

在內容上，本文首先就基本權利之功能體系，作一般性之介述，以彰顯基本權利之內涵。其次，分析基本權利問題之思考層次，並試舉數例予以闡明，爲本文之重心所在。再者，闡述「規範的位階性」與基本權利問題思考層次之關係，以爲補充。最後，略述研究基本權利問題之若干難題，俾供思考，並作結論。

壹、緒 說

一、基本權利規定之抽象性與開放性

憲法中關於人民基本權利之規定，可謂係基本權利理念「實證化」(Positivierung)的結果，自保障人權的歷史發展進程以觀，誠具意義。然而，時至今日，在基本權利的理論與實務上，始終存有諸多問題，有待解決，例如人民在憲法的保護下，究竟擁有那些權利？國家機關到底受到何種憲法原則的拘束？憲法所保障之人民自由、平等，乃至於「人性尊嚴

* 作者感謝二位匿名評審的寶貴意見。

(收稿日期：1996年5月27日；接受刊登日期：1996年7月25日)

」，究竟應如何落實？推究造成此等問題之原因，要與憲法基本權利之規定過於抽象、概括與精簡有關(Alexy, 1994: 15; Böckenförde, 1991a: 115)。以我國憲法為例，在第二章人民基本權利的規定中，除了第八條關於人民身體自由保障之規定較為明確清楚外，其餘率多以相當抽象、簡短及籠統之用語加以規範，例如：憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」其中「言論」、「講學」、「著作」、「出版」、「工作」或「財產」等用語，均屬相當不確定之法律概念，顯示憲法關於基本權利之規定，率多有如「概括條款」(generalklauselartig) (Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 4)，不但富抽象性且具「不完整性」(fragmentarischer Charakter)。學者間有謂基本權利之規定形同「黏土概念」(Platlinbegriffe)(Dreier, 1981: 112) 或具有「規範上之開放性」(normative Offenheit) (Höfling, Jura 1994: 169)，多少表達出憲法基本權利規定所具有之特殊性格。

由於基本權利規定具有抽象性與開放性，因此，在基本權利問題的討論上，往往不是焦點渙散、各說各話，就是流於情緒或政治口號，對於憲法「基本權利規範效力」¹之發揮，自有所影響。是以，如何參酌學理及社會共通價值觀念，建構並充實基本權利之具體內涵，以檢證各該論點的「正確性」(Höfling, Jura 1994: 169)，乃是研究基本權利問題所應面對的重要課題。

二、建立基本權利理論體系之必要性

按法律係社會規範的一部分，法律之研究，貴在使之能適用於實際社會生活之中，進而發揮法律規範社會的功能，憲法為國家最高規範，更應如此，乃屬當然。為達此一目標，首先必須將法律（條文）的意旨予以闡明，此項工作通常被稱為「法律解釋」(Auslegung)。一般而言，法律的內容若是涉及期間、形式要件或程序等事項，因其規定較為明確，在解釋上

1. 所謂「基本權利之規範效力」，即指如德國基本法第一條第三項所規定：「以下所列之基本權利，拘束立法、行政及司法權，而為直接有效之法規範。」我國憲法對於基本權利雖無類此明文規定，惟解釋上亦應具有相同之效力。

較無疑問；反之，若涉及以「不確定法律概念」為重心之概括條款，例如：公共秩序、善良風俗（民法第七十二條）、公共利益、誠實及信用（民法第一一八條）等概念，因事涉價值判斷，且深具法政策之意義，在解釋上自非易事，有賴法律適用者（尤其是法官）彰明其內容，於個案中予以具體化，並逐漸形成案例類型 (Fallgruppen)，始足以發揮其規範作用（王澤鑑，1983: 245-246; Larenz, 1992: 176-181; Müller, 1995: 189-192）。誠如前述，憲法關於基本權利之規定，大都有如「概括條款」，故基本權利規定之具體適用及其理論架構之建立與續造，尤賴實務界（尤其是大法官）及學界之努力，方能克竟其功，殊不待言。

誠然，憲法關於基本權利之規定，乃係一種規範國家、社會與人民間關係之基礎規定 (Hesse, 1994: Rn. 16-18)，其所使用之「用語」，例如：自由或平等等，多少在表彰若干政治哲學觀點，有其歷史及社會層面的背景因素，復因基本權利之解釋與適用，與各國政治現實息息相關，故各方對於基本權利問題之看法難期一致，自可預料 (Dreier, 1981: 112)。然而，基本權利問題之所以具有爭議性，與其歸咎於規範上之抽象性與開放性，不如說對基本權利缺乏共通的基本理解與共識 (Konsens) (Alexy, 1994: 16 f.)。換言之，對於基本權利規定之解釋及其相關問題之探討，若能有一套體系架構與思考模式，並結合基本權利之一般理論 (Allgemeine Grundrechtslehren)，²或能逐步充實憲法規範的開放內涵。準此以言，如何從理論上 (theoretisch)、法釋義學上 (rechtsdogmatisch)³及體系上 (systematisch)，對基本權利之規定作有系統的分析，並賦予其立論基礎，藉以了解基本權利的性格、規範目的及內涵，使之成為一項實用之學，乃是研究憲法基本權利理論所應致力的重要課題 (Böckenförde, 1991a: 115-145; Stern, 1992:

2. 所謂「基本權利之一般理論」(Allgemeine Grundrechtslehren)，通常係指研究基本權利之理念、種類、作用、主體、拘束客體、限制等之理論而言 (statt vieler, Böckenförde, 1991: 115-145)。

3. 按所謂「法釋義學」(Rechtsdogmatik) 一詞之含意，在學說上頗不一致，惟通常係指研究某一法領域，闡明其內涵，並整理歸納出原理原則，以方便法律適用的一種學問 (Müller, 1995: 228 ff.)。所謂「基本權利之法釋義學」(Grundrechtssdogmatik)，即指闡明憲法基本權利規定之內涵，建立其體系架構，俾供基本權利解釋與適用之學問 (Jarass, AöR 1995: 346)。

§ 109 Rn. 28)，蓋若非如此，則基本權利之內涵將受到恣意性的隨機認定(ad-hoc-Definition)，而所謂「基本權利之規範效力」，自無實現之可能(Starck, 1985: Art. 1 Rn. 170)。基於上述之理由，本文擬就基本權利之理論體系及其思考層次，試作闡釋，以供吾國學界及實務界探討基本權利問題之參考。

三、本文之論述重點：以「自由權」為中心

姑且不論基本權利之類型態樣(Grundrechtstypen)如何劃分，至少吾人可以粗略分為「自由權」與「平等權」兩大類，前者乃是保障人民享有一定作為或不作為之權利；而後者則是確保人民在國家中免於受到不公平待遇的權利，二者之著重點，容有不同。申言之，自由權係以一定「作為」或「不作為」為保障客體，具有一定之「保護內涵」，例如：「言論」、「宗教信仰」或「財產」等；反之，平等權之保障，則只是提供一套「評比公式」或「量尺」，藉以判斷人民是否受到國家不公平的待遇，故「平等權」本身並無特定的「保護內涵」(Starck, 1985: Art. 1 Rn. 115; Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 473)。有鑑於「自由權」與「平等權」問題之討論，其所應考量之重點，未盡相同，為避免問題過於複雜，本文先擇「自由權」作為論述之重點，至於「平等權」則留待另文介述，特先說明。

本文內容主要分成四個部份：首先就基本權利之功能體系，作一般性之介述，以彰顯基本權利之內涵；其次，分析基本權利問題之思考層次，並試舉數例予以闡明，為本文之重心所在；再者，闡述「規範的位階性」與基本權利問題思考層次之關係，以為補充；最後，略述研究基本權利問題之若干難題，俾供思考，並作結論。由於本文旨在對基本權利問題之思考層次作架構性之論述與說明，並擬以此作為進一步研究之基礎，故文中部份之論述，例如：「制度性保障」或「基本權利之保護義務」等概念，均僅作概念性之介紹，細節問題則多略而不論，讀者可參閱所引述之參考資料。至於，文中部份之論述，例如：「法律保留原則」或「比例原則」等，國內著述頗多，本文仍予論列，旨在求體系之完整，併此說明。

貳、基本權利之功能體系

一、概說

所謂基本權利之功能體系，係從「作用面向」(Wirkungsdimensionen)的角度，對基本權利進行觀察與詮釋，其目的在彰顯基本權利的內涵，為基本權利之（憲法）解釋與適用，提供全方位的思考空間與發展方向。傳統上，學界對基本權利功能之分析，多半沿襲十九世紀後期德國公法大師 Georg Jellinek (1851-1911) 所提出之「地位理論」或「身分理論」(Status-theorie)。基本上，G. Jellinek 將人民在國家中的地位，分成四個不同階段：1. 「被動地位」(passiver Status) 或「臣屬地位」(status subiectionis)；2. 「消極地位」(status negativus)；3. 「積極地位」(status positivus)；4. 「主動地位」(status activus) (Jellinek, 1979: 86 f., 94 ff.; 薩孟武，1983: 21-25)。G. Jellinek 此種分類主要係著眼於個人與統治權之間的關係，其觀察角度側重於基本權利的「主觀權利」性質。相對於此，戰後憲法學界對於基本權利的觀察，則多擴及基本權利的「客觀規範功能」，其觀察面自比傳統之分類較為豐富，故以下乃以戰後基本權利理論為基礎，並參酌傳統之分類方法，分別從「主觀權利」及「客觀規範」等兩個面向，分析基本權利之功能體系。

二、主觀權利之功能面向

(一)防禦功能

自人權的發展歷史予以觀察，基本權利最初的作用在於對抗國家權力，以「國家之不作為」(staatliches Unterlassen) 為主要訴求目標，希望能藉此確保人民之自由與財產免於受到國家的侵犯，並創設一個不受國家干預的「自由空間」(Freiraum)，故基本權利乃是一種免於國家干涉的自由(Freiheit vom Staat)，⁴就此而言，基本權利可謂具有「防禦功能」

4. 此項功能即相當於德國學者 G. Jellinek 所謂人民在國家中所享有之「消極地位」(sta-

(Abwehrfunktion) 或「自由功能」(Freiheitsfunktion)，為基本權利最原始且最主要之功能(Jarass, AöR 1995: 347; 許宗力, 1996: 25-26)，一般稱為「自由權」(Freiheitsgrundrechte) 或「防禦權」(Abwehrrecht) (BVerfGE 1: 104; 7: 198/240; 50: 290/336; 68: 193/205)。我國憲法關於基本權利之規定，率多具有防禦權之性質。例如憲法第十條規定：「人民有居住及遷徙之自由。」第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」等均屬之。

基於基本權利之防禦功能，人民對於國家違法侵害基本權利之任何行為，均得透過法律途徑排除之，其防禦之對象包括抽象之法規、具體之行政處分、司法裁判及事實行為等。具體言之，對於侵害基本權利之法律或命令，人民得請求宣告無效；對於侵害基本權利之行政處分或司法裁判，人民得訴請撤銷或廢棄，並請求除去違法之結果(Folgebeseitigung)；國家行為有侵害基本權利之虞者，人民得訴請防止之。又國家基於一定公益之考量，規定人民必須事先經過國家之許可，始得從事一定之行為，即所謂「禁止但附許可保留」(Verbot mit Genehmigungsvorbehalt)，例如：建築房屋必須事先申請建築執照是，於此情形，國家所為之「禁止措施」自屬對人民自由財產的一種干預，基於基本權利之防禦功能，人民得請求國家設定明確之許可要件，並於符合法定要件時，享有請求核發許可之權利(Anspruch auf Erteilung der Genehmigung)。此外，人民之權利如因國家之行為而受有損害時，亦得向國家請求賠償或回復原狀(BVerwG, NJW 1985: 1481; Isensee, 1992a: § 111 Rn. 181; Papier, Art. 34: Rn. 58)。以上所述均屬基本權利「防禦功能」的具體作用。

(二)給付功能

隨著政治經濟社會條件的發展與變化，人民在經濟及物質條件方面遭遇許多問題，而使傳統上基本權利所具有的防禦功能，顯得有些捉襟見肘，力有未逮。因此，在「人民之自由非有國家無以為之」(Freiheit nicht ohne den Staat) 的理念下，人權理論乃有所更張，轉而要求國家應提供人民一定之給付或服務，從而，基本權利之作用擴及以「國家之積極作為

tus negativus) (Jellinek, 1979: 87, 94 ff.)。

」(positives Handeln) 為訴求目標，成為一種「給付權利」(Leistungsgrundrechte)，是為基本權利之「給付功能」(Leistungsfunktion) (Jarass, AöR 1995: 350) 或「受益權功能」(許宗力，1996: 26)。⁵

就「給付權利」之內涵而言，人民得向國家請求之範圍相當廣泛且富多樣性，為便於觀察，吾人可將國家所提供之給付分為「程序性」、「物質性」及「資訊性」等三大類，茲簡述如下：

1. 「程序性」之給付或服務

所謂「程序性」之給付或服務者，主要有：

- (1) 「訴願權」及「訴訟權」：亦即「權利保護」(Rechtsschutz) 途徑，⁶其中「訴訟權」尤屬一項典型的程序性給付，基於憲法保障訴訟權之意旨（憲法第十六條），國家除應開放訴訟救濟途徑外，並應確保如審判獨立、公開審理、言詞辯論、武器平等、審檢分隸等符合法治國原則的程序內涵(Starck, 1985: Art. 1 Rn. 114)。⁷
- (2) 「請願權」：即國家機關應受理人民之陳情，並予以處理、答覆之（憲法第十六條）。
- (3) 「程序權」(Verfahrensrecht)：係指在前述「訴願權」、「訴訟權」及「請願權」之外，國家為使人民得以實現其基本權利，而提供其他各種可能的組織或程序，例如：確保人民得參與國家各項行政程序之權利是。⁸

於此應說明者，依據德國公法大師 G. Jellinek 所提出之「地位理論」，人民與統治權之間，除發生「消極地位」及「積極地位」之關係外，尚

5. 此項功能即相當於 G. Jellinek 所謂人民在國家中享有「積極地位」(status positivus)，亦即「對於國家有所請求」(Förderungen an den Staat) (Jellinek, 1979: 87, 114 f.)。

6. G. Jellinek 所稱人民在國家中享有「積極地位」(status positivus)，主要即指「權利保護」(Rechtsschutz) 而言 (Jellinek, 1979:124)。

7. 司法院大法官釋字第三六八號解釋參照，載於《司法院公報》，第三十七卷第一期，第二十二頁。另須說明者，「審級制度」是否為訴訟權之必要內涵，在學理上容有爭議，通說認為，基於憲法保障人民訴訟權之意旨，並不當然可以導出必須設置審級制度之結論（李建良，1995: 25；大法官釋字第三九三號解釋）。

8. 學者間有將此稱為「基本權利之程序保障功能」，而與基本權利之「給付受益功能」有所區別，並予以獨立觀察（許宗力，1996: 29-30; Jarass, AöR 1995: 353-354）。

有所謂「主動地位」(status activus)，亦即，人民得主動為國家有所作為，並形成國家意思之自由，即所謂「為國家而有所給付」(Leistungen an den Staat) (Jellinek, 1979: 87, 136 ff.)。其具體內容通常係指選舉、罷免、創制及複決之權利(憲法第十七條)、被選舉權(憲法第一三〇條)及應考試服公職之權利(憲法第十八條)等，一般稱為人民的「參政權」。此類權利之作用主要在促使國家提供人民參政之機會，例如：舉辦選舉或公務員考試，從憲法基本權利之功能以言，自較偏重於「給付」功能，特別是具有「程序權」之性質。惟須指出者，此類參政權同時兼具有「防禦」之功能，例如：對於人民選舉權或被選舉權之不合理限制，人民得請求除去之(大法官釋字第二九〇、三四〇號解釋參照)。尤須一言者，在現代民主、開放的多元社會中，對於所謂「參政權」意義之理解，不宜僅侷限於「選舉權」及「應考試服公職之權利」，尚應包含其他具有政治性之基本權利，如言論、集會、結社之自由等(Starck, 1985: Art. 1 Rn. 113)。蓋民主政治制度乃是一種「公意政治」，為便於公意順利形成，人民的「意見自由」與「結社自由」必須確實予以保障，方能使各種意見得以充分表達、匯集與凝聚，換言之，參政權之行使尚須其他周邊條件之配合，方能具體落實。是以，諸如言論、出版、集會、結社(特別是組黨)等基本權利之保障，以及後述「物質性」及「資訊性」給付之提供，均與人民參政權之行使，息息相關，誠值注意。

2. 「物質性」之給付或服務

所謂「物質性」之給付或服務者，主要有：

- (1) 人民得使用國家之設備或公共設施的權利，例如：大學、圖書館、音樂廳、禮堂等。
- (2) 人民得請求國家為一定之給付或補助，例如：私立大學或企業請求國家提供一定經濟上之補助；生活陷於困境者請求國家給予急難救助等是。⁹

9. 基本權利給付功能之強調，部份係為實現社會之實質正義，與「社會國原則」之意旨相通，故有學者將此類權利稱為「社會基本權」(soziale Grundrechte)，例如受教育之權利、工作權、生存權等。此外，在德國近年來討論頗多的「環境權」(Umweltrechte)，

須說明者，由於國家提供「物質性」之給付或服務，涉及國家財政之支出 (finanzielle Aufwendungen)，故學者在討論基本權利此類給付功能時，通常在概念上區分為「分享權」(Teilhaberecht) 與「給付請求權」(Leistungsrechte) 兩種，前者係指人民請求使用國家現有設備或資源；而後者則指人民請求國家應為積極創設性之給付。¹⁰對於前者學者多持肯定見解，特別是承認人民享有合理使用公共設施之請求權 (Anspruch auf sachgerechte Teilhabe an der öffentlichen Einrichtung)¹¹；反之，關於人民得否請求國家創設一定之設備或給與一定之補助，則因事涉國家財政能力、國家資源之運用以及社會利益之調整 (sozialer Ausgleich) 等多項因素，故多數學者認為，除非是屬於人民生存之「最低限度保障」，否則如何提供給付乃屬立法者之政治決定與形成自由之範疇 (Jarass, AöR 1985: 389; Alexy, 1994: 466; Starck, 1976: 516 ff.; 1985: Art.1 Rn. 116; 許宗力, 1996: 27)。

我國憲法關於基本權利之規定，對於給付性基本權利直接加以明文規定者，要屬第九條之不受軍事審判之權利（亦即人民有權要求國家提供一般法院程序）、第十六條之請願、訴願及訴訟權，以及第二十一條之受教育權。此外，透過對生存權及工作權（第十五條）之憲法解釋，亦可得出人民對國家之給付請求權。至於從第七條平等權之規定，固然亦可推出人民享有請求國家公平給付或平等利用國家資源之權利，惟該條只能作為請求國家「公平分配」之依據，尚難要求國家「必須」為一定之給付 (Starck, 1985: Art. 1 Rn. 115)，故非嚴格意義之給付請求權。

3. 「資訊性」之給付或服務

所謂「資訊性」之給付或服務，係指國家必須提供人民一定之資訊，

亦即國家應提供一個健全的自然生活環境（德國布萊梅憲法第十一條a參照），亦可以歸類為「社會基本權」的一種。

10. 德國學者中有以「派生權」或「衍生權」(derivative Rechte) 一詞，指稱人民得請求分享國家現有之資源；而以「原始權」(originäre Rechte) 一詞，指稱人民得請求國家積極創設或提供資源。惟須說明者，前述關於「程序權」、「分享權」及「給付請求權」等用語，在學說上所代表之含意，不盡相同，故在問題之討論時，宜探求各該用語的真意，避免以辭害意。
11. 我國省縣自治法第十條第一款及直轄市自治法第九條第一款分別規定，省民、縣（市）民、鄉（鎮、市）民及市民，對於地方公共設施有使用之權，即屬此類權利之具體規定。

並確保人民得以平等接近國家資訊及媒體之程序。¹²嚴格言之，此類給付或服務之提供，亦屬前述「程序性」與「物質性」給付的一種，惟因「資訊公開」乃是現代社會中備受關注的一項課題，故本文將之單獨論列，以彰顯其重要性。

三、客觀規範之功能面向

(一)價值決定

細察基本權利以上兩種功能，其共同的特徵俱為「權利性質」，吾人可稱為基本權利之「主觀功能」，在此意義下，基本權利乃是人民的一種「公權利」，其必有「權利主體」(Grundrechtsträger)，以資附麗，乃屬當然。及至二次戰後，憲法學界及實務界對於基本權利功能之觀察，除著重於個別性、主觀性之權利面向外，同時從保護基本權利之理念，抽繹其所蘊含之客觀價值決定(objektive Wertentscheidungen)，換言之，就憲法所保障基本權利之規定整體觀之，基本權利乃是一種「客觀的價值秩序」(eine objektive Wertordnung)，¹³從而，基本權利之作用不再只是一種「權利」，而是一種「價值體系」或「價值標準」，為國家公權力乃至於全體人類所應共同追求之目標，吾人可逕稱為「客觀的基本規範」(objektive Grundsatznormen) (Jarass, AöR 1985: 363 ff.)，¹⁴或稱基本權利的「客觀功能」，在此理念下，基本權利的功能乃獲致另一種新興的面貌。

所謂基本權利「客觀功能」之主要作用，在於從基本權利中抽繹出客觀之價值決定，使之「放射」(Ausstrahlung)至所有法律領域，進而成為立法者、行政機關及司法機關行使職權時所應遵循的重要準繩(Richtlinien) (BVerfGE 84: 212/227; Böckenförde, 1991b: 161-175)，要言之，基本權利之「客觀功能」，旨在要求國家機關必須盡到保護人民基本權利之義務

12. 司法院大法官釋字第三六四號解釋中所指「平等接近使用傳播媒體」之權利，當然包括接近使用國家之傳播媒體。

13. 此為戰後德國頒行基本法，建立憲法法院制度後，由職司憲法解釋之聯邦憲法法院於判決中所逐步建立之原則(BVerfGE 49: 89/141 f.; 7: 198/204 f.; 56: 54/73; 73: 261/269; 84: 212/227)。

14. 德國學者Alexy則以「原理」(Prinzipien)稱之(Alexy, 1994: 71 ff.)。

，使人民之權利免於遭受公權力或第三人之侵害，吾人亦可稱為基本權利之「保護功能」，¹⁵而其具體內涵，若依德國學說及實務所發展之理論，約可分為基本權利之「對第三人效力」(Drittwirkung) 與「保護義務」(Schutzpflicht) 二大要項，茲簡述如下：

1. 基本權利之對第三人效力

如前所述，所謂基本權利之客觀功能，旨在將基本權利之規定視作一種「價值決定」，以便能適用於任何法領域，特別是私法的領域。由於私法主要係規範私人間之法律關係，故對於基本權利之此種效力，德國學界習稱為「基本權利之對第三人效力」(Drittwirkung der Grundrechte) (陳新民，1990: 57-137)，以有別於基本權利之「對國家效力」(Staatsgerichtetheit)。¹⁶就基本權利之規範功能而言，國家機關(特別是民事法院)於解釋及適用私法時，必須參酌並顧及基本權利所蘊含之價值決定，否則即屬對系爭當事人基本權利的一種侵害，蓋國家機關未能善盡調和私權衝突之義務(Jarass/Pieroth, 1995: Vorb. vor Art. 1 Rn. 24; Jarass, AöR 1995: 352-353)。

17

2. 基本權利之保護義務

按基本權利之客觀功能，在於強調國家必須保障人民基本權利免於遭受第三人之侵害，而關於私人與私人間利益之衝突，國家通常藉由私法之規定予以規範，如有爭執，則由民事法院依法解決之，法官於審理時尤應參酌雙方當事人之基本權利，予以審慎考量，此即所謂「基本權利對第三

15. 大法官日前於釋字第四〇〇號解釋中明白揭示：「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。」此號解釋似已將基本權利「客觀保護功能」之觀念，引入我國憲法理論體系之中。

16. 嚴格言之，所謂「基本權利對第三人效力」理論之提出，其重點應在於「民事法院」得否適用憲法基本權利規定之問題，至於「立法者」以私法規制人民之私權，例如：民法中之強制規定，乃屬國家權力干預人民基本權利之典型態樣，人民當然可以直接援引憲法基本權利規定對抗之，自無特別提出「基本權利對第三人效力」理論之必要。

17. 基本權利對第三人效力理論之提出，不僅具有實體法上之價值，同時在程序法上亦別具意義，蓋此項理論使得私權上之爭執亦得進入憲法訴訟之範圍，而使憲法法院得以審查民事法院之裁判。

人效力」之問題，已如前述。惟國家為保護人民之基本權利免於受到他人（私人）(Privatpersonen) 的妨礙與侵犯，除得以「私法」之方式予以規制外，尚得採取其他保護之措施 (Alexy, 1994: 410 ff.; Jarass, AöR 1985: 383)。具體言之，國家得以禁止、許可程序、其他程序之要件 (BVerfGE 53: 30/60 ff.)、或以刑法之規定 (BVerfGE 39: 1/45 f.; 88, 203/252) 等方式達到保護人民基本權利之目的。此外，人民基本權利所遭受之侵害，尚可能是來自於外國 (vgl. BVerfGE 6: 290/299; 55: 364; BVerwG, NJW 1989: 2208 f.; Isensee, 1992: 209 ff.)，或來自於「自然現象」，如天災，對此國家亦應盡到保護義務。對於基本權利此種「新興功能」，德國學界及實務界通常以「基本權利之保護義務」(grundrechtliche Schutzpflicht) (Starck, 1994: 46-84) 或所謂「不足禁止原則」(Untermaßverbot) (Canaris, AcP 1984: 201/228; Isensee, 1992a: § 111 Rn. 165; BVerfGE 88: 203/252) 等用語來表達，以便與「基本權利對第三人效力」之問題領域，有所區別。

須說明者，所謂「基本權利保護義務」之涵義及規範內容，在德國學界及實務界，爭論頗多，尤其是前述所謂「不足禁止原則」(Untermaßverbot) 與「過度禁止原則」(Übermaßverbot) 之間的差異如何？學者仍多歧見 (Hain, 1993: 982 ff.; Lee, 1994: 29; Starck, 1994b: 88)。惟較無爭議者，乃國家保護義務之目的並非在使人民之基本權利「絕對地」(mit absoluter Sicherheit) 不受侵害，而須視侵害之種類及程度，作不同程度之保護措施 (BVerfGE 49: 89/141 f.)，是以，國家（特別是立法者）對其保護義務內容之具體化，仍擁有相當廣泛的形成自由 (weiter Spielraum) (BVerfGE 35: 79/116 f.; 39: 1/44 f.; 66: 116/135)。

(二) 基本權利之制度性保障

在德國實務及學說中，時而可見以「制度性保障」(Einrichtungsgarantie) 之概念，來詮釋基本權利的客觀功能 (Alexy, 1994: 441-444; Böckenförde, 1991a: 124-129; Bleckmann, 1989: 221-252; v. Münch, 1992: 23; BVerfGE 4: 106; 10: 66; 12: 259; 20: 175 ff.; 24: 389; 35: 114 ff.; 43: 267 ff.)，其主要意義在於要求國家必須建立某些「(法) 制度」，並確保其存在，藉

以保障基本權利之實現，尤其該制度所賴以存在之基本規範 (Grundbestand von Normen)，國家（立法者）不得任意加以更動，以免使基本權利之保障，失所附麗，故所謂「制度性保障」者，其目的在確保某些基本權利之存在與實現。¹⁸在個別基本權利當中，最常被提出來作為「制度性保障」之著例者，要屬財產權制度、婚姻制度及家庭制度。除此之外，德國聯邦憲法法院經常透過憲法解釋，嘗試自其他基本權利中導出「制度性保障」之意旨，並強調國家應確保上開諸項制度的存在及正常運作。例如，自「出版自由」之憲法保障導出所謂「自由的出版制度」(BVerfGE 20: 175)；自「私人自由興學」的憲法保障導出「私立學校制度」(BVerfGE 27: 200)，或從「學術自由」之憲法保障導出「自由的學術制度」(freie Wissenschaft) (BVerfGE 35: 79)。

(三) 國家權限之消極規範

對於基本權利內涵之詮釋，亦有學者將之提昇為一種客觀的「法規範」，以之作為國家行為及決定之界限，即所謂「國家權限之消極規範」(negative Kompetenznormen)。例如：國家對於新聞或出版制度之事項，有規範及管理之權限，惟國家此項權限之行使不得過度限制人民之新聞自由及出版自由。換言之，此種詮釋之角度，在於闡明人民受基本權利保護之範圍，即是國家權限之界限所在，至於人民是否主張或行使該權利，則非

18. 按最早提出「制度性保障」一詞者，應推德國威瑪憲法時期之憲法學者 Carl Schmitt。依 C. Schmitt 氏之見解，所謂「制度性保障」(institutionelle Garantien) 者，乃指在憲法的規範之下，某些具有一定範疇、任務及目的之制度 (bestimmte Einrichtungen) 應為國家憲法所承認，受到憲法之特別保護，而非立法者所能加以廢除者 (Schmitt, 1983: 170 ff.; 1985: 141 ff.)。當初 C. Schmitt 氏提出此項概念之目的在於與「基本權利」相區別，C. Schmitt 氏特別強調，「制度性保障」在結構上及法律上均與基本權利有所不同，不宜與基本權利混稱。然而，依照德國戰後之憲法理論，所謂「制度性保障」之意義，至少在與基本權利的關係上，已經與昔日 C. Schmitt 的原始構想，不盡相同。換言之，「制度性保障」與「基本權利」並非屬相對立之概念，一般稱為「基本權利之制度性保障」(李建良，1996: 273-278)。在我國大法官解釋中，使用「制度性保障」一詞者，分別見於吳庚大法官就釋字第三六八號解釋所提出之「協同意見書」，以及第三八〇、三八六號解釋之解釋文及理由書中，惟該用語所指稱之涵義，是否與德國學界所稱之「制度性保障」涵義相同，仍有待研究 (李建良：1996: 278-281；許宗力：1996: 31-32；蘇永欽，1996: 60)。

所問 (Hesse, 1994: Rn. 290 ff.)。

四、基本權利「主觀功能」與「客觀功能」之關係—代小結

綜上所述，可知基本權利至少具有「主觀權利」與「客觀規範」兩種功能面向，為便於觀察，謹就以上所述試作初步歸納，並圖示如下，以供參考：（圖1）

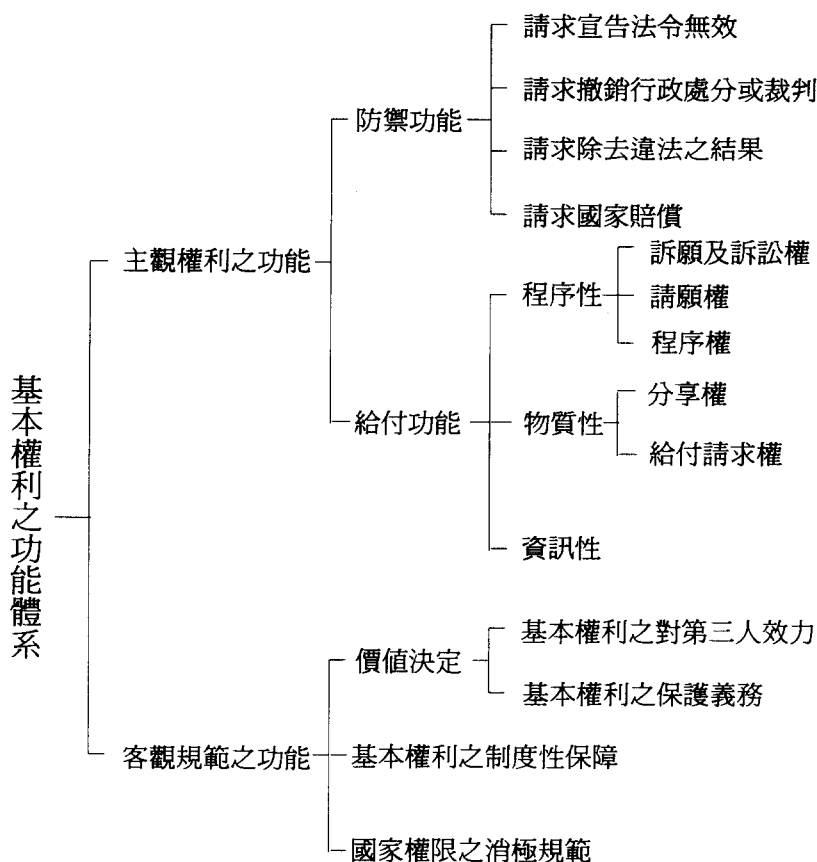


圖 1 基本權利之功能體系

惟須澄清者，基本權利之「客觀功能」並非獨立於其「主觀功能」之外，彼此互異，涇渭分明。按強調基本權利客觀面之用意，在於「補強」主觀權利之功能，所謂「主觀」、「客觀」之區分，只是對基本權利「觀

察角度」之不同，而非謂二者分屬不同領域之概念，此為理解上述基本權利之功能面向時，所不能不注意者。析言之，基本權利客觀功能面向之提出，旨在強調國家不僅應「尊重」人民之自由，不妄加干預，尚應採取各種不同的防範措施，以創設並確保人民行使自由之「客觀條件」，達到「保護」人民權利之目的。¹⁹是以，諸如程序權、分享權或給付請求權等權利，均可謂兼具主觀權利與客觀規範之功能，特別是基本權利所具有的原始「防禦功能」，並不因其具有「客觀功能」而有所減損。德國聯邦憲法法院固然承認基本權利之客觀功能面向，惟其處理的態度始終相當審慎，並曾於判決中指出：「在強調基本權利具有客觀價值功能的同時，應避免將基本權利轉變成為一種獨立的規範結構，而與基本權利之原始核心，漸行漸遠，寢假使基本權利失去其本來的面貌」(BVerfGE 50: 290/336 f.)。德國聯邦憲法法院此段闡釋，發人深省，足供參考。

參、基本權利之理論結構與思考層次

一、概說

以上之說明，固然可以讓吾人明瞭基本權利之功能面向，然而，如何使基本權利保護之理念落實到實際生活上，仍有待進一步的闡釋。一般而言，基本權利問題之研究，主要在探討國家行為是否侵害人民之基本權利，並判斷是否與憲法保障基本權利之意旨相符。因此，在處理基本權利規定之實際適用問題時，原則上可以分成兩大部份：一、首先討論國家行為是否「干預」或「侵害」到人民的基本權利？二、檢視該侵害行為是否具有「憲法上之合法化理由」(Rechtfertigungsgründe)？蓋人民之基本權利若

19. 對於基本權利功能面向之觀察與詮釋，德國學者曾提出多種「基本權利理論」(Grundrechtstheorien)，例如：「制度性之基本權利理論」(institutionelle Grundrechtstheorie)、「價值體系之基本權利理論」(wertesystematische Grundrechtstheorie)、「民主功能性之基本權利理論」(demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie)或「社會國之基本權利理論」(sozialstaatliche Grundrechtstheorie)等，請參閱 Böckenförde, 1991: 124-140。

未受到國家行為之侵害，則自無討論該行為是否合乎憲法意旨之餘地，換言之，唯有當基本權利受有侵害時，始有進一步探討該干預行為是否合乎憲法意旨之必要。不過由於基本權利是否受有侵害，與憲法保障基本權利之範圍有關，故在討論上述兩項問題之前，仍應先就基本權利的保障範圍予以究明，藉以作為判斷基本權利是否遭受侵害的基礎。準此以言，在探討基本權利的問題時，可以分成以下三個思考層次：

1. 基本權利「保障範圍」（構成要件）之詮釋。
2. 基本權利是否受有限制（侵害）之判斷。
3. 限制基本權利之憲法上合法化理由（阻卻違憲事由）之審查。

以上所述之三段思維方式，乃歐陸德語系國家憲法學界及實務界逐步所建立之論證方式與理論結構，特別是德國聯邦憲法法院及奧地利憲法法院，乃至於歐洲人權法院，經常運用此種論理方法，處理基本權利之問題，使之儼然成為基本權利理論體系之基礎建構要素 (Bauelemente) (Höfling, Jura 1994:169-170)或「礎石」(Bausteine) (Jarass, AöR 1995: 345 ff.)。固然，吾人對此「思考模式」與論理結構，非可視為絕對而「奉行不渝」，特別是此種思維方式的範疇，無法涵蓋所有基本權利之問題，惟仍不失為一套值得引介的思考方法，蓋其至少具有以下兩點意義：

1. 可使基本權利問題之論理過程系統化、合理化，並有檢證之可能性。
2. 在此論理的過程中，可使各種不同的利益受到比較周全的考量與兼顧。

申言之，從基本權利之「構成要件」、「限制」及「阻卻違憲事由」三方面，依次討論，可對基本權利問題作層次分明的觀察。由於此三方面所應考量之重點，不盡相同，故吾人可以比較對照不同層次間之差異，著眼於個別之利益，並針對不同的問題面向，提出各種思維觀點與理由構成

(Höfling, Jura 1994: 170)，而使各種利益處於一種「實際和諧」(praktische Konkordanz) 的境地 (Kloepfer, 1976: 407)。綜合言之，自方法論的觀點以言，對基本權利問題作此種體系上之分類，可使論理的過程合理化，且易於了解。反之，若無此種體系分明的思考模式，將導致基本權利實際問題之討論，呈現毫無章法、焦點模糊之現象，進而無法使相互衝突之利益獲得比較細緻的區別觀察與考量。以下謹以此「三段思維模式」為基礎，逐一介紹、分析其內容梗概，並試舉實例以闡明之。

二、基本權利之保障範圍

(一)概念與意義：基本權利之構成要件

按憲法對於人民基本權利之保護有其一定之範圍，且因各別基本權利之種類而異其保護之範圍，故憲法基本權利問題之處理，首應確定者，乃何種「行為」、「法益」、「特性」或「狀態」為憲法所保障 (Stern, 1992: § 109 Rn. 77; Jarass/Pieroth, 1995: Vorb. vor Art. 1 Rn. 13)。換言之，各種不同之基本權利，其受憲法保護之範圍與所涉及之生活領域 (Lebensbereich)，容有不同 (Müller, 1990: 42)。例如：憲法第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」該條所保護之範圍，乃涉及人民宗教活動之生活領域及其他與信仰有關之事項。又如憲法第十一條規定，人民有言論自由，則該條所保障者，係涉及人民交換資訊、表達意見，以及與他人相互溝通的生活領域。對於這些基本權利所保障之生活領域，德國學界習稱為「基本權利之保障範圍」(Schutzbereich des Grundrechts)²⁰(Kloepfer, 1976: 405 ff.; Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 212; Höfling, Jura 1994: 169 ff.)。復因被歸入保障範圍內之「行為」、「法益」、「特性」或「狀態」等要素，有如基本權利之「構成要件」(Tatbestand)，故亦有學者稱此為「基本權利之構成要件」(Grundrechtstatbestand) (Alexy, 1994: 272 ff.; Lübke-Wolff, 1988: 26; Kloepfer, 1976: 405 ff.; Starck, 1985: Art. 1 Rn. 170)。²¹關於基本

20. Schutzbereich 一詞亦可譯為「保護範圍」、「保障領域」或「保護領域」。

21. 除「保障範圍」及「基本權利之構成要件」等用語外，德國學者亦有稱之為「基本權利之規範領域」(Normbereich des Grundrechts) (Hesse, 1994: Rn. 46, 69)。至於

權利「保障範圍」之界定，乃屬憲法解釋上之問題，有賴實務及學界之努力，方能逐步具體化，此為研究基本權利所應具備之基本觀念。²²

基本上，基本權利構成要件或保障範圍之詮釋與界定，其目的在於提供一種「表面」或「初步」的保障領域 (*prima facie*-Schutz)，換言之，吾人將某種行為歸入某一基本權利之保護範圍時，僅代表一種「初步」的認定，至於該範圍是否受有限制之問題，則暫置不論 (Alexy, 1994: 273 ff.; Isensee, 1992a: § 111 Rn. 40; Schwabe, 1977: 152; Höfling, Jura 1994: 170)。此種觀察方法至少具有如下之意義：

1. 基本權利保障範圍之確認，可以讓吾人瞭解憲法保障各基本權利的可能範圍，並可藉由權利內涵之分析與塑造，建立案例類型，逐步充實憲法上空洞的用語，以便於適用。
2. 對於基本權利內涵之掌握，有助於了解國家干預行為與人民基本權利之關係，蓋侵害之構成，必有其侵害之「客體」，故確立基本權利之「外延」乃是判斷其是否受到侵害的前提要件。
3. 基本權利保障範圍的確認，對於憲法中某些設有特別保護規定之基本權利，別具意義。例如：憲法第八條對於「人民身體自由」之保障，設有所謂「法官保留」(*Richtervorbehalt*)之規定（大法官釋字第三九二解釋參照），則所謂「人身自由」保護範圍之詮釋，對於是否適用憲法第八條之規定，自有相當密切之關係。例如：「人身自由」所保障的範圍，是否僅限於因犯罪嫌疑而身體自由遭受限制者，抑或包括其他處罰性之限制（大法官釋字第一六六、二五一號解釋參照），甚至包括其他非處罰性之身體自由限制，例如：將精神病患送交一定處所強制治療，或對受虐兒童施以強制「保護安置」等，此等問題之釐

人民在此保障範圍內所為之行為，則稱為「基本權利之行使」(*Grundrechtsgebrauch, Grundrechtsausübung*) (Piero/Schlink, 1994: Rn. 216)。

22. 國內對於基本權利之研究，強調基本權利之「保障範圍」並加以闡微者，尚不多見。惟大法官於其解釋中，時可見「保障範圍」一詞之使用，例如釋字第三六四、三八〇號解釋等。又吳庚大法官亦曾於釋字第三六八號解釋之「協同意見書」中，提及「訴訟權保護範圍」之概念（司法院公報，第三十七卷，第一期，第二十二頁），殊值注意。

清，自與憲法第八條之適用，關係密切。又憲法第十五條關於「財產權」保障範圍之確認，亦具有實際適用上之實益，蓋國家若對人民之財產權予以「徵收」，則生應予「補償」之問題（大法官釋字第四〇〇號解釋參照）。

附帶一提者，基本權利保障範圍之確認，係自現實面予以觀察，以了解各該基本權利之「打擊範圍」及在實際生活領域中之「各種切面」(Wirklichkeitsausschnitt)，與前述基本權利之功能體系，旨在強調各種「保護作用」(Schutzwirkung)，其觀察角度自有不同，試舉例說明之：憲法第十五條明定人民之工作權，應予保障。所謂工作權「保障範圍」之界定，旨在確認何種人類活動為憲法所保障，例如：「娼妓業」是否是一種「職業」，而為憲法所保障；相對於此，所謂工作權之「保障功能」，則係指人民如何向國家主張憲法所保障之職業自由，例如：請求除去對專科醫師執業之限制（防禦功能）（大法官釋字第四〇四號解釋），或請求國家提供資金補助，或請求准予使用與職業有關之國家設備（給付功能）。

（二）構成要件要素

為便於對基本權利保障範圍之觀察與詮釋，吾人可以將基本權利之構成要素區分為「事物的保障範圍」(sachlicher Schutzbereich) 與「人的保障範圍」(personaler Schutzbereich) 兩大類(Jarass/Pieroth, 1995: Vorb. vor Art. 1 Rn. 15-16)，前者係著重於「物的要素」；後者則以「人的要素」為考量重點。茲分述如下：

1. 事物之要素

所謂「事物之要素」者，係指與各該基本權利保障規定有關之行為方式(Verhaltensweisen)、法益(Rechtsgüter)、特性(Eigenschaften)及狀態(Situationen)等。質言之，基本權利之保障範圍可以是積極之作為，例如：發表言論或經營事業，或消極之不作为，例如：不加入某一政治團體或不表示一定之政治意見或保持緘默；又基本權利之保障範圍亦可以是「單純之存在」(bloß Sich-Befinden)或存續之狀態。例如：憲法第十五條規定，人民之財產權應予保障，此規定保障的範圍自包括財產的利用行為及財

產之單純「存續」(Bestand) (大法官釋字第四〇〇號解釋參照)。又如憲法第十條規定，人民有居住之自由，其範圍包括個人居於自宅中不受干涉之權利，以及決定何人得進入其內之權利等。再如憲法第十一條保障「言論自由」，其範圍包括任何型態之意見表達，諸如言語、書面、動作，或藉由錄音帶或唱片播放，或簽名活動，或藉由廣播及電視之方式表達意見等，此外，「接近使用傳播媒體」之權利亦屬之 (大法官釋字第三六四號解釋)，而在言論之內容方面，則包括政治性、商業性 (例如：廣告) 之意見 (大法官釋字第四一四號解釋)，乃至於單純事實之報導等。關於事物方面之保障範圍，在實際認定上常生爭議。例如：憲法保障財產權之目的，固然在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，惟其範圍如何，容有待探究，例如：土地所有權 (大法官釋字第三四七號解釋)、債權 (大法官釋字第三八六號解釋)，乃至於無體財產權 (大法官釋字第二一三、三七〇號解釋) 等，為財產權所保護之範圍，固無疑問 (蘇永欽，1996: 58-59)，惟諸如地下水、工廠之營運 (大法官釋字第三九〇號解釋) 或公法上之財產請求權 (大法官釋字第二〇一、二四六、二六六、二八五、三一二、三八九號解釋)，或商業之顧客群、地理位置或商機等所謂「經建立且營運之營業權」(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) 等，是否亦屬憲法財產權所保障之範圍，在學說及實務上爭論仍多，有待進一步的釐清 (Lee, 1994: 50-76)。

2. 人之要素

所謂「人之要素」者，係指受基本權利保護之對象而言，亦即「基本權利之主體」(Grundrechtsträger)。確認基本權利保護範圍之人的要素，其重點在於探討各基本權利保護法益之歸屬問題，亦即，確認系爭當事人得否援引該基本權利？以憲法第十一條為例，其所保障「言論、出版自由」之對象，係指任何表達意見或從事出版新聞事業之人，其範圍包括未成年人、法人、非法人團體、報社編輯、節目製作人、書商等，但不包括讀者。又關於「講學自由」之保障對象為任何從事學術工作之人，包括私立大學在內 (李建良，1996: 282-284)。

關於基本權利之主體，在學說及實務上仍存有諸多問題，尚待釐清，

其中較具爭議者，為法人、非法人團體、未成年人、外國人、胎兒或死者等，得否主張基本權利之問題。

(三)基本權利保障範圍之解釋問題

基本權利保障範圍之確立，乃屬憲法基本權利理論上之基本問題，應先究明，固如前述，惟應指出者，對基本權利保障範圍認定之寬窄，攸關基本權利受保障之程度，蓋吾人若對基本權利之保障範圍予以從寬解釋，則人民之行止將被大幅度地納入憲法「初步」(prima-facie)的保護網之中，於此情形下，國家若欲對之有所干預或限制，至少必須提出正當理由，始為合憲；反之，若採從狹之解釋方法，則將使人民之若干行止自始被排除於基本權利保護範疇之外，喪失受憲法保障之機會，是以，在學說上素有「從寬解釋」與「從狹解釋」之爭論，自不足為奇(Alexy, 1994: 280 ff.; Isensee, 1992a: § 111 Rn. 171 ff.)。按此一問題甚為複雜，於此無法詳論，僅舉一例說明之：

如前所述，憲法第十五條工作權(職業自由)保障範圍之界定，旨在確認何種人類活動為憲法所保障。一般而言，所謂「職業」者，係指人民為維持生活所從事之任何活動，不問是否為主業或副業、長期或短期。惟如此廣泛之認定，顯然會使諸如「職業殺手」、「毒販」、「慣竊」或「收贓業」等活動，亦被劃入憲法所保障的範圍，自非妥適，故其範圍應有所界定，以免失之過寬，乃屬當然。問題在於，其範圍究應如何加以限縮？有謂：凡屬法律所一般禁止之事項，即非屬基本權利所應保障之範圍(BVerfGE 7: 377/397)，此說之出發點在於，基本權利之保護，並非賦予免受法律拘束之特權，換言之，基本權利之行使亦應顧及法律之規範。惟此種詮釋角度易使基本權利之保障受到立法者之支配，而使憲法對法律之規範效力有所減損(Breuer, 1989: § 147 Rn. 44)，蓋就憲法的觀點以言，法律本身應是基本權利之規範對象，而非基本權利之內涵，故在探討基本權利保障問題時，宜明確區分「保障之主體」與「規範之客體」，始為允當(Alexy, 1994: 289 f.; BVerfGE 32: 54/72 f.; BVerfG, DÖV 1992: 704)。另有一說主張應以所謂「社會有害性」(sozial- oder gemeinschaftsschädlich)作

爲劃定職業自由保障範圍之消極要件 (BVerwGE 22: 286/289; Gubelt, 1992: Art. 12 Rn. 9), 此說避免以「立法者」之意思作爲界定之標準, 免去受立法者支配之疑義, 自較前說爲優, 惟爲避免流於主觀價值判斷, 自應審慎爲之, 例如: 對於「命相師」、「紅頂藝人」、「舞廳業者」、「電動玩具業」或「檳榔業者」等行業, 吾人是否應對之預作「非價判斷」, 而使其自始喪失憲法之保障, 誠值思量。總之, 對於基本權利保障範圍之詮釋與確認, 應以法學方法論之解釋法則爲基礎, 分析各該規範之文義, 並探知其發展沿革、特性及體系, 再參酌社會通念與價值秩序, 以作出妥善適切之界定。

三、基本權利之限制 (侵害)

(一) 概說

按憲法保障基本權利之目的, 並非在使人民之行爲或法益免於受到任何的影響。實則, 任何權利均有其界限, 爲權利之本質所在, 蓋權利若毫無界限, 則將造成權利行使之齟齬, 導致權利主體間之相互傾軋, 從而失去權利應有之作用。爲了預防此種衝突現象之發生, 使各種利益有所分際, 各得其份, 達到和諧之境界, 國家自得對基本權利之行使, 設定某種程度的界限, 是爲「基本權利之限制」(Grundrechtsschranken), 故在確立基本權利之保護領域時, 應同時認識其界限之所在(Lerche, 1992: § 122 Rn. 1)。²³然而, 自基本權利之防禦功能以言, 此種限制無異是對人民權利的一種干預(Eingriffe)或侵害(Beeinträchtigungen), 基於憲法保障基本權利之意旨, 國家自不得恣意爲之, 否則即可能構成對基本權利之違法侵害(Verletzungen)。因此, 如何在防杜濫權與保護權利之間求得平衡點, 乃是研究基本權利所必須面臨的根本問題。²⁴

23. 基本權利之保障範圍可以說是基本權利之「積極面」(positive Seite), 而基本權利之限制則是基本權利之「消極面」(negative Seite) (Höfling, Jura 1994: 170)。

24. 須說明者, 在德文用語的使用上, 「Eingriffe」、「Beeinträchtigung」及「Schranken」等語, 其所表達之涵義, 多僅客觀描述國家對基本權利之干預、侵害或限制, 而未含有「違(憲)法性」之評價, 此外, 亦有學者將「Schranken」一詞用以指稱「法律保留」(so Höfling, Jura 1994: 171)。相對於此, 「Verletzung」一詞, 則多含

在問題的處理上，為便於思考，吾人可將「基本權利是否受國家行為之侵害或干預」與「該侵害或干預行為是否違背憲法」二項問題，予以區隔，並依次推陳思維，蓋基本權利若未受干預或限制，則無討論合憲性之必要，此為邏輯推論之所應然。準此以言，關於基本權利限制之問題，首應確定者，乃基本權利是否受國家行為之干預或侵害，至於國家得否為此種干預或侵害，以及人民得否主張該限制違背憲法，則屬另一層次之問題，容待後述。

(二)「侵害」之概念

基本上，所謂「侵害」者，通常須來自「受基本權利拘束之相對人」(Grundrechtsadressaten)的行為，亦即公權力主體之行為，而該行為與基本權利主體所受不利益之間，至少應具有一定之關連性(ein ausreichend enger Zusammenhang)(Jarass/Pieroth, 1995: Vorb. vor Art. 1 Rn. 19a)。²⁵就自由權而言，任何型態之國家干預行為，均可能構成對基本權利之侵害，諸如禁止人民從事某種活動、命令人民必須為一定行為、拒絕人民分享或利用國家資源、拒絕為一定之給付，或怠於行使形成制度之權限等，均屬之。此外，國家機關在適用私法之規定時，若未能注意到基本權利之保護作用者，亦屬侵害的一種方式。關於「侵害」行為之存否，在實際認定上頗多爭議，以下僅就其問題梗概簡述之：

1. 傳統「侵害」概念

由於基本權利之原始目的在於防禦國家之侵害，故傳統上對於「侵害」行為之理解，通常係著重於是否對人民造成「命令性之影響」(imper-

有「違(憲)法性」之判斷，意指「違法之限制或干預」。反觀中文之用語，「干預」、「限制」與「侵害」三者在使用上並未嚴格區分，尤其是「侵害」一詞，未必指稱具有「違法性」者，換言之，中文「侵害」一詞，非可等同於德文之「Verletzung」(違法侵害)，是以，本文中所使用之「干預」、「侵害」及「限制」等語，在涵義上並無特殊之差異，且未含有「違法性」之判斷，如遇有須表達違法之意時，則特別加註「違法」二字，以資明確，並避免混淆，特此說明。

25. 國家活動中以私法手段為之者，所在多有，國家此類行為是否亦受基本權利之拘束，在學說及實務上爭議仍多，此乃屬「基本權利國庫效力」理論(Fiskalgeltung der Grundrechte)之問題(許宗力：1994a: 1-71)。

ative Einwirkung)，是以，傳統上所謂「侵害」者，率多含有如下之特徵 (Stern, 1994: 104-127; Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 256; Lübbe-Wolff, 1988: 42 ff.; Gallwas, 1970: 19)：

- (1) 「目的性」(Finalität)：必須具有一定之「意欲」，而非只是國家行為之單純結果。
- (2) 「直接性」(Unmittelbarkeit)：必須是國家措施所欲達到目的之直接結果，而非只是間接結果或附帶效果。
- (3) 「法效性」或「規制性」(rechtlich)：必須是具有「法律行為」(Rechtsakt) 性質之國家措施，而非只是事實行為 (Realakt)。
- (4) 「下命性」或「強制性」(Imperativität)：必須具有下命性，必要時並得以強制力貫徹之。

根據上述之特徵，所謂「侵害」者，通常係指如處罰、禁止、管制等國家措施，例如科處罰鍰、拘留、羈押、禁建或限建、禁止出版、勒令歇業、土地徵收等。

2. 「侵害」概念之擴張

前述傳統的侵害概念，是否足以達到保護人民基本權利之目的，自值懷疑，蓋國家行為中可能侵害人民權利之情形，所在多有，尤其在現代多元社會中，國家功能丕變，其各種措施及態樣，呈多樣化與多元性，加上基本權利之功能面向因社會變遷與人民需要，已逐步擴大，異於往昔，是以，若仍侷限於過去傳統上對侵害概念之理解方式，自不足以保護人民之基本權利。準此以言，對於「侵害」概念之詮釋，自不應再停留於過去的狹隘觀念，而應加以擴張，從而，凡因國家之行為而致人民之基本權利無法完善行使者 (unmöglich gemacht) (BVerfGE 66: 39/60)，均可能構成對基本權利之「侵害」，至於該行為是否出於有意或無意，直接或間接，屬於法律行為或事實行為，以及得否予以強制等，應非所問 (Lübbe-Wolff, 1988: 70 f.; Ramsauer, 1980: 50 ff.)，²⁶茲分三點簡要說明如下：

26. 亦有學者認為，國家之行為雖非直接對於人民施以不利益，或禁止人民某些事項，但卻以某種利益「誘使」人民放棄其權利者，類此「誘發性」之影響 (influenzierende

- (1) 所謂國家之「侵害行為」，不以具規制性之「法律行為」為限，即令非規制性之事實行為，若對基本權利之保障範圍產生一定事實上之影響 (faktische Einwirkung) 或妨礙基本權利之行使者，即可視為一種侵害 (Scherzberg, DVBl. 1989: 1128)。例如：於軍事演習中，砲彈誤擊民宅，或戰車誤輾民車；或警察於追捕逃犯時，開槍誤擊路人；或人民於接受強制預防注射時感染疾病；或調查機關對於人民進行電話監聽等，均屬國家之侵害行為，要應無疑。尤值一提者，在現代多元社會中，國家為達到保護人民權益之目的，經常會公開發表言論，或提出警告、呼籲或建議等，其中因含有負面指涉而可能對人民之名譽權、工作權或財產權造成侵害者，所在多有，誠值吾人注意。此種情形在方式上主要有二：一、國家以「指名道姓」之方式提出呼籲或警告，甚至鼓動人民從事某種「抵制行動」，例如：國家指出某種廠牌之食品有害健康，並呼籲消費者不要購買食用，即屬最常見之例子 (BVerwGE 87: 37)；又如國家公開指出某一團體為「異端份子」所組成，並呼籲民眾不要參加等，類此情形均可構成對人民基本權利之侵害；二、國家並未「指名道姓」，而僅針對某一事件或事項，提出警告、呼籲或建議等，例如：於大眾媒體上大作「檳榔有害健康，切勿食用」之「公益廣告」；又如公開指出「過貓菜」可能致癌，勸告民眾不要食用等，類此事實行為雖非針對某特定對象，惟其影響所及範圍若可得確定者，亦可能構成對基本權利之侵害。
- (2) 國家行為對人民基本權利所生之侵害，非必出於該行為之直接結果，尚應包括所謂「間接效果」者。在學說及實務上最常被提出來討論的型態，為國家對於人民採取某些措施時，同時對於其他第三人產生不利益之結果。例如：國家對於某一業者為經濟上之

Einwirkung, Anreizeinwirkung)，於一定情形下，亦可能構成對基本權利之侵害 (Jarass/Pieroth, 1995: Vorb. vor Art. 1 Rn. 21)。實則，此種情形主要涉及基本權利得否「拋棄」(Verzicht) 之問題，容待進一步之研究。

補助，結果對於其他之同業競爭者造成不利之影響 (BVerwGE 90: 112/ 119 f.)；又如建管機關核發建築執照，對於領有執照者之鄰人造成侵害等是。此一問題主要涉及「第三人保護」之問題，在行政法之領域，通常係以「公權利理論」或「規範保護理論」討論之（李建良，1996: 54-55）。

- (3) 因國家行為所生事實上之「附隨效果」(Nebenwirkung)，亦可能構成對基本權利之「侵害」，例如：因修築道路或地下鐵工程，而對道路鄰近商家之營業造成重大損失，或造成附近居住品質之降低；又如因飛機之起降所發出之噪音，而使飛機場鄰近居民之身體健康，大受影響 (BGH, JZ 1994: 259)。惟應說明者，國家行為對人民所造成之影響，若僅屬於單純「枝微末節」之事項 (Bagatellen)，或只是造成日常生活上之不便，或是產生觀感上之不愉快等，則非屬所謂的「侵害」。例如：國家所為軍校招生廣告，對於「反戰者」或「和平主義者」而言，或許不是一件舒服的事情，但尚未達侵害其「信念自由」之程度。

當然，「侵害」概念之擴張亦非全無問題，蓋過度擴張「侵害」概念的結果，將可能導致國家動輒得咎，同時會影響其他人民基本權利之行使，此外，亦可能造成法院負擔過重，進而影響法院的正常功能，此種情形最常見於行政法上之「第三人訴訟」，例如：國家核准某一核能工廠的設立，附近居民因感於生命、財產及健康受到嚴重威脅，乃群起提起行政訴訟，請求撤銷該許可。²⁷是以，如何對於「侵害」概念作適度的界定，以避免因過於廣泛而有害國家之機能，且又能達到保護人民基本權利之目的，誠有待學界與實務界的努力。

27. 由此可知，關於「侵害」概念之討論，不僅具有實體法上之實益，尚且涉及訴訟法層面之問題，蓋若對「侵害」概念予以從寬認定，則人民得據以提起訴訟之可能性自然提高，反之則否。就法院而言，特別是行政法院，「侵害」概念從寬認定的結果，無異將造成訴訟案件之增加，因此，法官若欲維持法院之功能，避免因訴訟案件過多而影響裁判品質，因而對「侵害」概念作稍微狹隘之解釋，自不足為奇 (Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 263)。

(三)對基本權利內涵之「確定」、「形成」與「限制」

在理論上饒富爭議，而實務上備感困擾之問題，乃關於基本權利之「限制」及其內涵之「確定」或「形成」間之關係。按各種基本權利之中，有若干權利須賴一定「法制度」(Rechtsordnung)之配合，方能順遂行使，例如：財產權或婚姻權（大法官釋字第二四二、三六二號解釋參照），一般稱為「須受法規範形成之基本權利」(rechts- oder normgeprägter Grundrechte)，換言之，此類基本權利與其他權利，如集會自由或言論自由，有所不同，原則上人民無法依其人類之自然稟賦而予以實現。於此情形，立法者自應制定一套法制度，以便確定並形成該等基本權利之內涵，進而實現憲法保障該等權利之意旨。例如：憲法第十五條規定：「人民之財產權應予保障」，惟人民如欲行使其財產權，如所有物返還請求權，首先須主張其為該物之所有人，然而，何以其為該物之所有權人，則須賴民法之規定，方得以決定「物之歸屬」，是以，民法之規定乃是行使財產權之前提要件。又如大法官於釋字三六四號解釋中指出，從憲法第十一條所保障言論自由之範圍，可以導出所謂「人民平等接近使用傳播媒體」的權利，惟此一權利之行使，仍有賴立法者創設法制度，人民始得行使「接近使用傳播媒體」之權利。對於此種情形，學者多認為立法者係就基本權利之內涵予以「確定」(Inhaltsbestimmung)、「形成」(Ausgestaltung)或「塑造」(Grundrechtsprägung) (Lerche, 1992: § 122 Rn. 38-44)，而在概念上與對基本權利之「侵害」或「限制」有所區隔 (Jarass, AöR 1985: 391 f.; Alexy, 1994: 300 f.; Isensee, 1992b: § 115 Rn. 139 ff.)。須說明者，自理論層面而言，所謂基本權利內涵之「確定」或「形成」，在概念上固然可與基本權利之「限制」或「侵害」相區別，惟在實際上是否可以截然劃分，從而不受「比例原則」的制約，則非毫無疑問。蓋人類社會存在已久，法律制度亦行之有年，故若干須經法規範形成之基本權利，例如：財產權或婚姻權等，多已經法律制度予以某種程度之確定或形成，於此情形下，縱令國家僅欲「形成」或「確定」權利之內涵，無意侵害或限制人民之基本權利，惟仍不免牽動既有的權利狀態，影響人民既有的權利，進而構成對

基本權利之「侵害」或「限制」。是以，在強調所謂基本權利內涵之形成或確定時，自應審慎爲之，以免某些侵害行爲隱藏其中，規避憲法之制約(Jarass/Pieroth, 1995: Vorb. vor Art. 1 Rn. 26; Jarass, AöR 1995: 368)。要言之，立法者對於基本權利內涵之形成，並非可以恣意爲之，而應恪守比例原則(BVerfGE 79: 29/40 f.; Lee, 1994: 86-96)，且須衡酌各該基本權利之原有功能，作適切之調整與形成(BVerfGE 60: 253/295; 77, 275/284)。

四、限制基本權利之合憲性：「阻卻違憲事由」

(一)概說

基於憲法保護人民基本權利之本旨，當基本權利之保障範圍受到國家權力之限制或侵害時，吾人必須進一步檢驗該項國家行爲是否合乎憲法意旨，亦即國家必須爲其侵害行爲提出「阻卻違憲事由」。質言之，國家行爲若侵及人民基本權利之基礎範圍(Reichweite)者，吾人通常可以視爲一種違憲之徵兆(Indiz)，從而，除非國家能夠提出憲法上之正當理由，否則即構成對人民基本權利之違法侵害，換言之，國家負有提出合憲理由之「舉證責任」，此爲基本權利規範作用之當然解釋。²⁸

一般而言，所謂國家限制人民基本權利之「阻卻違憲事由」，約可分爲「形式阻卻違憲事由」與「實質阻卻違憲事由」兩種。前者係著重於限制基本權利之形式要件，要求國家必須有法律之依據，始得爲之，一般稱爲「法律保留原則」，此爲國家限制人民基本權利之基本條件(憲法第二十三條)；而後者則著眼於限制之內容，審究其原因及侵害之程度，特別是審查有無逾越必要限度，一般稱爲「比例原則」，茲分述如下。²⁹

(二)形式阻卻違憲事由：法律保留

我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨

28. 此種論證方式，就如同刑事犯罪之認定一樣，當犯罪構成要件該當時，即屬具有「違法性」之徵兆，因而必須提出「阻卻違法事由」，始得免去違法的推定。

29. 依德國基本法之規定，尚有「個案法律」(Einzelfallgesetz)之禁止(基本法第十九條第一項第一句)，「援引基本權利規定之要求」(Zitiergebot)(基本法第十九條第一項第二句)等限制。

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。」明白揭示「法律保留原則」(Gesetzesvorbehalt)。在憲法制度上，「法律保留」又可分為「單純之法律保留」(einfacher Gesetzesvorbehalt) 與「特別之法律保留」(qualifizierter Gesetzesvorbehalt) 兩種，前者係指憲法概括授權立法者對於基本權利得以法律限制之；後者則指憲法明定以法律限制人民基本權利之原因、目的及方式(Schwerdtfeger, 1993: 188-190)。³⁰基本上，我國憲法第二十三條之規定係屬「單純之法律保留」，而第八條則可歸類為「特別之法律保留」，蓋依該條規定，國家除得以法律限制人民之人身自由外，關於「審問及處罰」事項，則專由「法院」(法官)為之(大法官釋字第三九二號解釋)。

所謂「法律」者，原則上係指經立法院依法定程序通過，總統公布之法律而言(憲法第一七〇條、大法官釋字第三四二號解釋參照)。³¹惟法律對於有關人民權利義務之事項，往往無法鉅細靡遺地加以規範，故關於細節性或技術性之事項，法律自得授權主管機關以命令定之，俾便法律之實施。而行政機關基於此種授權發佈命令，如其內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的者，亦為憲法之所許(大法官釋字第三六〇號解釋)。又立法者於授權行政機關以命令為補充之規定時，其授權之目的、內容及範圍，亦應具體明確，始合乎法律保留之本旨，此即所謂「授權明確性」之原則(大法官釋字第三一三、三六〇、三六七、三九四、四〇二號解釋)。

「法律保留原則」雖為法治國家之重要基本原則，惟其內涵在實務上及學理上，迄今爭論仍多，其中最具爭議者，乃法律保留原則之適用範圍，此一問題國內著述頗多，於此不擬深論(許宗力，1994b: 143-195；陳新民，1990a: 211-238；蔡震榮，1993a: 57-96)。惟可資確定者，諸如

30. 德國基本法關於基本權利之規定中，尚有所謂「無法律保留之基本權利」，例如：藝術自由或學術自由。

31. 「地方自治規章」是否可視為憲法第二十三條所稱之「法律」，在實務及學理上，頗具爭議。大法官於早期曾作出解釋謂：「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利」(釋字第三十八號解釋)，似持否定說。按此一問題事涉地方自治之憲法保障與人民基本權利之保障，其二者利益之權衡，誠屬不易，容有待深入之研究。

「特別權力關係理論」(besonderes Gewaltverhältnis)或所謂「防衛性民主」思想(streitbare Demokratie)(BVerfGE 63: 266/310)等，均只能作為以法律限制人民基本權利之「理由」，而非可作為限制之「法律基礎」，否則有違「法律保留原則」(BVerfGE 33: 1/11; 47: 46/78; 58: 358/367; Starck, 1985: Art. 1 Rn. 188)。此外，尙值探究者，乃限制人民基本權利之「法律」，得否為「習慣法」(Gewohnheitsrecht)?對於此一問題學者見解不一，³²本文認為，基於憲法保護基本權利之本旨，且避免類似「特別權力關係」之傳統觀念，藉由所謂「習慣法」之名而「借屍還魂」，似以否定說為宜(BVerfGE 32: 54/75)。³³

(三)實質阻卻違憲事由

基本權利既然具有「憲法規範」之位階，則限制基本權利之國家行為，尤其是法律，其實質內涵仍須受到基本權利之拘束，一般稱為「限制基本權利之限制」(Grundrechtsschränkungen)，又稱「限制之限制」(Schränken-Schränken)(Stern, 1992: § 109 Rn. 81; Berka, 1991: 42 ff.)，換言之，基本權利本身同時構成國家限制基本權利之界限所在(Alexy, 1994: 267)。按「法律保留原則」乃是保護人民基本權利的一種「手段」，故所謂法律保留原則之意旨自非僅以法律之「存在」為已足，「法律本身」尙且須合乎一定之要求，以免重蹈「法實證主義」(Rechtspositivismus)之覆轍。一般而言，法律保留原則之實質內涵主要為法律之內容必須符合「比例原則」(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)，即所謂「過度禁止原則」(Übermaßverbot)，此外，基本權利之限制亦不得侵犯權利之「本質內涵」

32. 德國學說及實務上原則上多持否定之見解，惟有認為若屬「立憲前之習慣法」(vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht)者，亦即基本法制定前已存在之習慣法，則不在此限(Bleckmann, 1989: 345)。

33. 殊值注意者，大法官於日前作出釋字第四〇〇號解釋，解釋理由書中指出：「公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，……，久為我國法制所承認（……）。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，……；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，……」。該號解釋是否認為所謂「公用地役關係」之成立係基於一種「習慣法」，容有進一步研究之必要。

，是為「本質內涵之保障」(Wesensgehaltsgarantie) (德國基本法第十九條第二項)。我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」其中「所必要者」之用語，即屬「比例原則」之具體規定。

1. 比例原則

所謂「比例原則」，係從「方法」與「目的」之關連性，來考量國家行為的合憲性，乃屬法治國家重要基本原則之一，其主要目的在保護人民之自由與權利免於遭受國家行為之過度侵害，對於保障基本權利而言，深具意義。依學界與實務上之通說，「比例原則」可以分為三個下位原則(Starck, 1985: Art. 1 Rn. 178; Stern, 1994: 775-785; 陳新民, 1990a: 239-246; 蔡震榮, 1993b: 107)：

- (1) 「適合性原則」(又稱「妥當性原則」或「適當性原則」)(Grundsatz der Geeignetheit)：限制基本權利之措施必須能夠達到所預期之目的(Dechsling, 1989: 75 ff.)。
- (2) 「必要性原則」(Grundsatz der Erforderlichkeit)：在適合達到目的之多種手段中，應選擇對人民侵害最小之手段，又稱「最小侵害原則」(Dechsling, 1989: 51 ff.)。
- (3) 「狹義比例原則」(Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)：對於基本權利之侵害程度與所欲達到之目的間，必須處於一種合理且適度的關係(in einem angemessenen Verhältnis)，又稱「合比例性原則」(Proportionalität)或「期待可能性原則」(Zumutbarkeit)(Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 300 ff.)，此項原則主要著重於「受限制之利益」與「受保護之利益」間之「利益衡量」(Güterabwägung)，期能達到利益和諧之目的(Lerche, 1961: 19 ff.)。

以上之原則素來為德國及瑞士之憲法法院在處理基本權利之問題時，所經常援用的審查準則，而奧地利憲法法院則是在八〇年代之後才逐漸加以援用(Höfling, Jura 1994: 171)。

2. 本質內涵之保障

所謂「本質內涵之保障」，係指基本權利之限制不得觸及憲法保障基本權利之「核心」(Kerngehalt)、「本質內涵」(Wesensgehalt)或「主要部份」(Substanz)，否則即屬違憲。關於「本質內涵」之確定，在德國學界中眾說紛紜，截至目前為止，尚未提出比較明確的判斷標準，以確定基本權利之「本質內涵」，究其爭論之焦點，主要有二：

- (1) 所謂「核心部份」者，究係針對「主觀」之基本權利法律地位，抑或針對該基本權利規範之「客觀內涵」？
- (2) 所謂「核心部份」者，究係具有「絕對」之性質，抑或只是一種「相對」的概念？

以上之問題在學說上固有爭論，惟應檢討者，係此等問題之討論是否具有解決問題之實益，倘無實益，則其爭論僅具理論上之況味而已(Alexy, 1994: 267 ff.)。實則，吾人若能妥善運用「比例原則」，嚴格審查國家行為之合憲性，則應可達到保護基本權利本質內涵之目的。

五、小結：基本權利問題之檢查步驟

綜合以上之說明，關於基本權利問題之研析，可以歸納出以下「三個檢查步驟」：

1. 界定基本權利「保障範圍」之所在？亦即，確立基本權利之「構成要件」。
2. 判斷國家行為是否「侵害」到基本權利的保障範圍？亦即，確認基本權利是否受有限制。
3. 檢驗該侵害行為是否具有憲法上之合法化理由？亦即，審查該侵害行為是否具有「阻卻違憲事由」。

為便於觀察，茲將基本之思考層次及其所應考量之要項，圖示如下，俾供參考：（圖2）

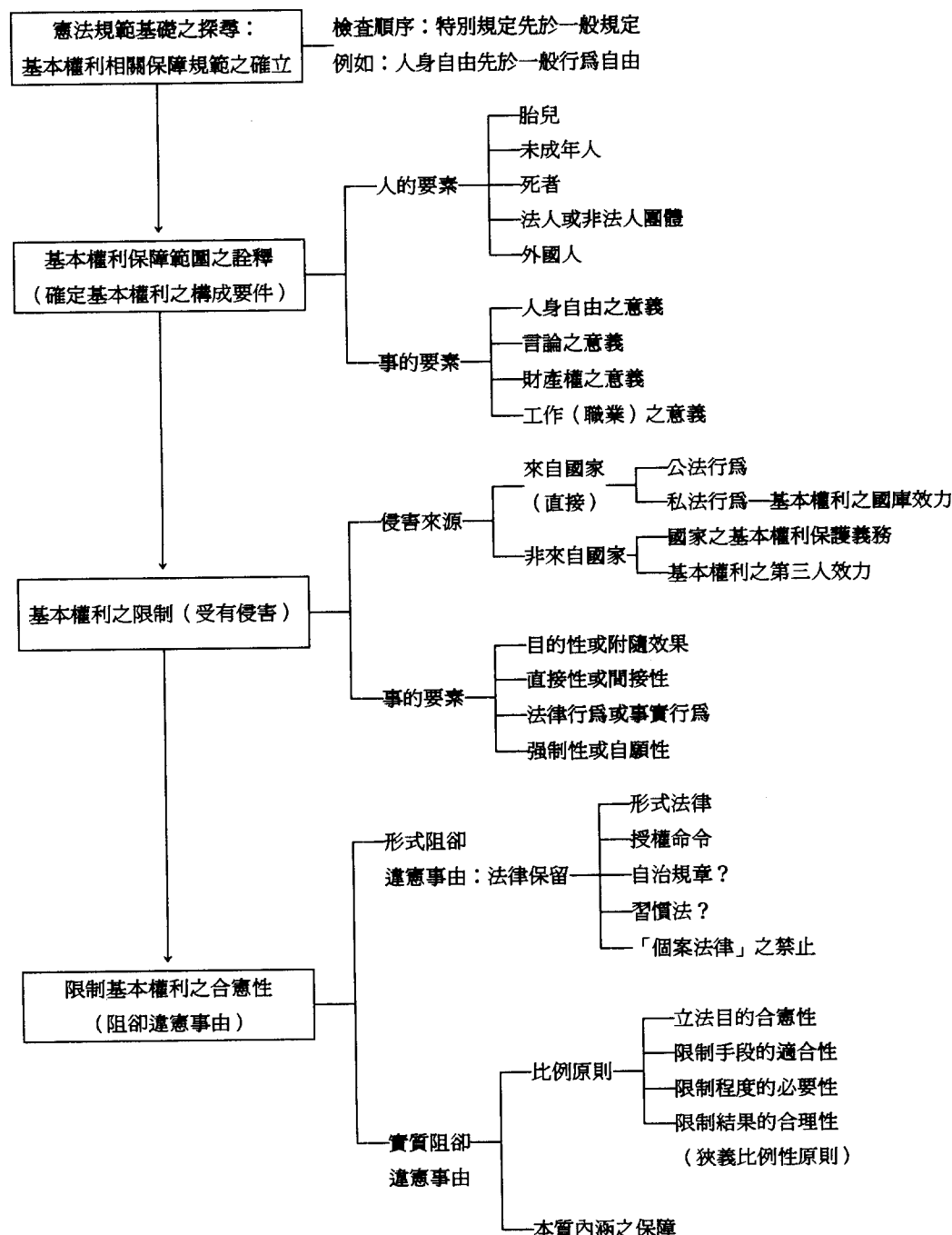


圖 2 基本權利問題之檢查步驟

肆、法規範之位階性與基本權利問題之思考層次

以上對基本權利之理論體系及其思考層次所作之說明，旨在對基本權利之問題，建立一套思維模式，以培養處理基本權利問題之能力。惟基本權利問題之解析，往往因法規範之間具有位階關係(Normenhierarchie)，而呈現其複雜性，有補充說明之必要。按國家之法規範及公權力之行使，自抽象到具體，由上而下可大體分為：憲法→法律→行政命令或自治規章→行政處分或司法裁判，其間具有上下位階之關係，下位規範牴觸上位規範者，無效。依前所述，上開國家行為均可能侵害人民之基本權利，故在解析基本權利之問題時，應先審慎分辨何種國家行為造成人民基本權利受到侵害，究竟是抽象的法律或行政命令？還是具體的行政處分或司法裁判？如此方能建立層次分明、井然有序的思維方法。為便於說明，試舉二例如下：

1. 道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定：「曾犯故意殺人，搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第二百二十一條至第二百二十九條妨害風化之罪，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記」。有殺人前科之某甲欲申請辦理計程車執業登記，遭交通主管機關以上揭規定為由拒絕之，甲認為其「工作權」受到侵害（憲法第十五條）。於此事例中，首先須確定者，乃究竟何種國家行為造成甲之基本權利受到侵害？自外觀而言，直接限制甲之工作權者，似乎是該項「拒絕辦理登記之處分」（行政處分），惟究其實，交通主管機關只是依上揭法律之規定而為處分，其本身並無裁量之餘地，故在判斷國家行為是否違憲侵害甲之工作權時，其重點應是道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定（抽象法律的層次），而非交通主管機關之拒絕處分（具體行政處分的層次）。
2. 監督寺廟條例第五條規定：「寺廟財產及法物，應向該管地方官署呈請登記。」同條例第六條規定：「寺廟財產及法物為寺廟所有，由住持管理之。寺廟有管理權之僧道，不論用何名稱認為住持。但非中華

民國人民，不得為住持。」違反上述規定者，依同條例第十一條前段規定：「該管官署得革除其住持之職」。內政部依法定職權訂定寺廟登記規則，其中第十一條規定：「寺廟於通告後逾期延不登記及新成立寺廟不聲請登記登記者，應強制執行登記，如無特殊理由，並得撤換其住持或管理人」。某甲募建成立一座新寺廟，並任住持，惟並未將該寺廟之財產及法物，向地方主管機關呈請登記，該主管機關即以此為理由，革除甲住持之職務，甲認為其「信仰宗教之自由」（憲法第十三條）及「工作權」（憲法第十五條）受到侵害。在此事例中，造成甲基本權利受到侵害之國家行為，可能是該主管機關之「革職處分」，也可能是寺廟登記規則第十一條之規定，或是監督寺廟條例第十一條之規定（大法官釋字第二〇〇號解釋）。因為，上開法律規定僅授權主管機關於一定條件下「得」革除住持之職，是否做出革職處分，主管機關仍有「裁量」的空間，是以，在主管機關行使其裁量權時，亦有發生違憲情事之可能，應於違憲審查時一併考量。

其次須說明者，在審查法律以外之國家行為的合憲性時，例如：行政命令、行政處分或司法裁判等，基於「法規範之位階性」及「法律優位原則」，應先審查各該下位規範是否牴觸上位規範，而後再審查其是否符合憲法之要求。換言之，應先審查行政處分是否牴觸行政命令，或是先審查行政命令是否牴觸法律之規定，若無牴觸之情形者，再進一步作違憲審查；反之，倘若該下位規範業已牴觸上位規範者，該下位規範即屬違法，自無再審查其合憲性之必要。要言之，「合法性之審查」應先於「合憲性之審查」（Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 14），茲舉乙例說明之：都市計畫主管機關將某甲之土地指定為公共設施保留地，並命其不得為妨礙指定目的之使用。甲認為其財產權受到侵害（憲法第十五條）。於此事例中，首先應審查都市計畫主管機關之上揭行為是否有法律之依據？以及該項公共設施保留地之指定是否合乎法律之規定？唯有該指定及限制使用之處分具有法律上之依據且符合法定要件的情形之下，始有進一步審查各該相關規定是否合憲之必要，例如：都市計畫法第五十條對於公共設施保留地未設取得期限之規定，是否與憲法有所牴觸（大法官釋字第三三六號解釋參照）。

伍、研究基本權利問題之若干難題

以上所述之思考模式，雖可幫助吾人對基本權利問題作有系統的處理，惟基本權利問題本身仍有其結構上之難題，且帶有某種層面之政治性，為研究基本權利問題時，所不能忽略者，茲僅從兩方面說明之：

一、憲法與法律之依附關係

憲法第一百七十一條第一項規定：「法律與憲法牴觸者無效。」憲法第一百七十二條又規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效」，由該二項規定可知，我國憲法明白揭示「憲法優位」(Vorrang der Verfassung)的原則。因此，凡是法律與憲法規定牴觸者，尤其是與基本權利之規定相牴觸者，該法律即屬無效，此乃憲法保障基本權利之具體表現，自無疑義。

有問題者，在憲法基本權利篇中，有部分之基本權利，其內涵並非可直接自憲法的規定予以獲知，而須俟法律予以形成或具體化後，始得以窺其面貌，一般稱之為「須受法規範形成的基本權利」(rechts- oder normgeprägter Grundrechte)，已如前述。例如：憲法第十五條規定：「人民之財產權應予保障」，依該規定的意旨可知，包括立法者在內之國家行為均不得侵害人民之財產權。惟何謂「財產權」？通常必須經由法律（尤其是民法）予以規範，並建立私有財產制度後，方有所謂「財產權」之存在可言。又如憲法第十六條固然規定：「人民有訴訟之權」，惟若乏法律（亦即訴訟法）建立一套訴訟制度，則人民縱享有憲法所保障的訴訟權，亦無從行使之。由此可知，憲法之意旨多少需要法律的「協助」，方足以實現，於此情形下，憲法如何發揮其規範力，以拘束立法者，即生疑問。要言之，如何自憲法保障人民基本權利的觀點來判斷法律規定的「合憲性」，進而發揮憲法的規範效力，實為研究憲法基本權利問題之難題所在。

二、基本權利與政治現實之糾葛關係

自歷史的發展及政治現實以觀，人民的基本權利可謂與「政治」密不

可分，人民基本權利之保障，往往必須透過政治上的抗爭，方能實現。因此，儘管基本權利受到憲法的保護，惟現實政治的角力與當時社會的現況，難免會影響基本權利的內涵。換言之，關於基本權利之解釋與適用，恆與政治現實息息相關，諸如人民集會遊行權、組黨自由、言論自由、選舉權等基本權利，往往因政治現況的不同而異其內涵，無怪乎有人認為，憲法解釋，乃至基本權利之解釋也者，充其量只是一種「政治問題」而已 (vgl. Pieroth/Schlink, 1994: Rn. 7)。惟須強調者，近代西方建立「憲法國家」的最大成就，乃是使國家權力的行使受到法（憲法）的制約。基本權利既然是人民與國家之間一種具有拘束力的法律準則，則為了使此一法律準則（遊戲規則！）得以建立並發揮效用，自不能任由政治現實隨意左右基本權利之內涵。為達到此一目的，自須建立一套合理的「方法」，亦即所謂「憲法解釋」(Verfassungsauslegung) 之方法。固然，傳統的法學理論已經建立一套法律解釋的方法，亦即文義解釋、體系解釋，歷史解釋及目的性解釋等，而這些法律解釋的方法或可於憲法解釋時加以援用，惟是否能完全解決憲法解釋上所面臨的問題，仍有待研究。

陸、結 論

本文試從法釋義學 (Rechtsdogmatik) 之角度，對基本權利之規定作有系統的分析，藉以瞭解其性格、規範目的及內涵，並賦予立論基礎，旨在建立基本權利之基本構造及論證步驟，以作為討論基本權利問題之基礎。歸納言之，處理基本權利（自由權）之問題，可以分為三個步驟：一、探求基本權利之「保障範圍」（構成要件）；二、判斷基本權利是否受有限制（侵害）；三、檢驗基本權利之限制是否具備合憲理由（阻卻違憲事由）。藉由此種三段論證之思維方式，可使基本權利問題之論理過程「體系化」，並使各種不同利益獲得比較周全的考量與兼顧。例如，關於基本權利保障範圍之界定，應以基本權利主體之利益為考量重點；反之，在審查限制基本權利之合憲理由時，則應著重他人之利益與公共利益。尤須一提者，無論是一般之憲法解釋，抑或個別基本權利之解釋，難免涉及立法權

、司法權（特別是憲法法院或大法官）與行政權之間功能結構上之問題，而基本權利理論體系及其思考層次之建立，或亦有助於釐清此種功能結構上之關係。總而言之，對於基本權利規定之解釋及其相關問題之探討，若能有一套體系架構與思考模式，並結合基本權利之一般理論，逐步充實憲法規範的開放內涵，則所謂「基本權利之規範效力」，或有具體實現之可能。

參考資料

王澤鑑

- 1983 《民法總則》。台北：自刊

李建良

- 1995 <對於行政訴訟之審級應採「單軌制」或「雙軌制」的看法>，*《律師通訊》* 191：23-27。
- 1996 <論學術自由與大學自治之憲法保障：司法院大法官釋字第三八〇號解釋及其相關問題之研究>，*《人文及社會科學集刊》* 8(1)：265-302。
- 1996 <好事的鄰居—公權利理論與訴訟權能>，*《月旦法學》* 12：54-55。

許宗力

- 1994a <論基本權利對國庫行為之限制>，《法與國家權力》（增訂2版）。台北：月旦出版社股份有限公司。
- 1994b <論法律保留原則>，《法與國家權力》（增訂2版）。台北：月旦出版社股份有限公司。
- 1996 <基本權的功能與司法審查>，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》6(1)：24-34。

陳新民

- 1990a <論憲法人民基本權利的限制>，《憲法基本權利之基本理論》，上冊。台北：自刊。
- 1990b <憲法基本權利及「對第三者效力」之理論>，《憲法基本權利之基本理論》，下冊。台北：自刊。

蔡震榮

- 1993a <由法律保留來探討立法和行政權的界限>，《行政法理論與基本人權之保障》。台北：自刊。
- 1993b <論比例原則與基本人權之保障>，《行政法理論與基本人權之保障》。台北：自刊。

薩孟武

- 1983 《政治學》（增訂初版）。台北：三民書局。

蘇永欽

- 1996 <財產權的保障與司法審查>，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》6(1)：51-70。

Alexy, Robert

- 1994 *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Berka, Walter

- 1991 “Das “eingriffsnahe Gesetz” und die grundrechtliche Interessenabwägung” *Staatsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Rober Walter zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Heinz Mayer. Wien: Manzsche Verlags/und Universitätsbuchhandlung.

Bleckmann, Albert

- 1989 *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang

- 1991a "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation" *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1991b "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Breuer, Rüdiger

- 1989 "Freiheit des Berufs" *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Canaris, Claus-Wilhelm

- 1984 "Grundrechte und Privatrecht" *AcP* 184(1984): 201 ff.

Dechsling, Rainer

- 1989 *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, München: Verlag Franz Vahlen.

Dreier, Ralf

- 1981 "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation" *Recht-Moral-Ideologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Gallwas, Hans-Ulrich

- 1970 *Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot.

Gubelt, Manfred

- 1992 *Gundgesetz-Kommentar*, Bd. I. Philp Kunig (Hrsg.), 4. Aufl., München: C. H. Beck Verlag.

Hain, Karl-Erberhard

- 1993 "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?" *DVBl.* 1993: 982 ff.

Hesse, Konrad,

- 1993 *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.

Höfling, Wolfram.

- 1994 "Grundrechtstatbestand — Grundrechtsschranken — Grundrechtsschrankenschranken," *Jura* 1994: 169 ff.

Isensee, Josef

- 1992a "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht" *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- 1992b "Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung" *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Jarass, Hans. D.

- 1985 "Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts," *AöR* 1985: 363 ff.
- 1995 "Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik" *AöR* 120 (1995): 345 ff.

Jarass, Hans. D./Pieroth, Bodo

- 1995 *Grundgesetz*, Kommentar, 3. Aufl., München: C. H. Beck Verlag.

Jellinek, Georg

- 1979 *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Neudruck der 2. Auflage 1919. Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.

Kloepfer, Michael

- 1976 "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundverfassungsgerichts - dargestellt am Beispiel der Menschenwürde" *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. II. Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.

Larenz, Karl

- 1992 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, verkürzte Studienausgabe, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York u.a.: Springer Verlag.

Lee, Chien-Liang

- 1994 *Eigentumsgarantie und Bestandsschutz im Immissionsschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

Lerche, Peter

- 1961 *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln u.a.: Carl Heymanns Verlag KG.
- 1992 "Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff" *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Lübbe-Wolff, Gertrude

- 1988 *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden: Nomos Verlag.

Müller, Friedrich

- 1990 *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- 1995 *Juristische Methodik*, 6. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

v. Münch, Ingo

- 1992 *Gundgesetz-Kommentar*, Bd. I. 4. Aufl., München: C. H. Beck Verlag.

Papier, Jürgen

- 1987 In: Maunz/Dürig/Scholz/Papier, *Grundgesetz*, Kommentar, 26. Lieferung München: C. H. Beck Verlag.

Pieroth, B./Schlink, B.

- 1994 *Grundrecht — Staatsrecht II*, 10. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag.

Ramsauer, Ulrich

- 1980 *Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums*, Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl

- 1983 *Verfassungslehre*, unveränderter Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- 1985 "Freiheitsrecht und institutionelle Garantien der Reichsverfassung" *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954*, 3. Aufl., unveränderter Nachdruck der 1958 erschienenen ersten Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.

Schwabe, Jürgen

- 1977 *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt.

Schwerdtfeger, Gunther

- 1993 *Öffentlichen Recht in der Fallbearbeitung*, 9. Aufl., München: C. H. Beck Verlag

Starck, Christian

- 1976 "Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?" *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. II. Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag.
- 1985 In: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. I, Kommentar, 3. Aufl., München: Franz Vahlen Verlag.
- 1994a "Grundrechtliche Schutzpflichten" *Praxis der Verfassungsauslegung*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- 1994b "Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens" *Praxis der Verfassungsauslegung*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

Stern, Klaus

- 1988 *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1. München: C.H. Beck Verlag.
- 1992 "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte" *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- 1994 *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2. München: C.H. Beck Verlag.

Functions and Dogmatics of Fundamental Rights

Chien-Liang Lee

Sun Yat-Sen Institute for Social Sciences
and Philosophy, Academia Sinica

ABSTRACT

This study attempts to establish the basic structure of fundamental rights (liberty rights). First, the basic functions of fundamental rights is described: “defensive function”, “performance function” and “function of protection”. Second, according to the dogmatics or doctrine of fundamental rights this paper provides a “three-step-assessment” of fundamental rights: area of protection, infringement and justification of infringement. Third, this paper analyzes the relationship between the hierarchy of norms and problems of fundamental rights. And finally, this paper points out some dilemmas and draws some conclusions regarding fundamental rights.