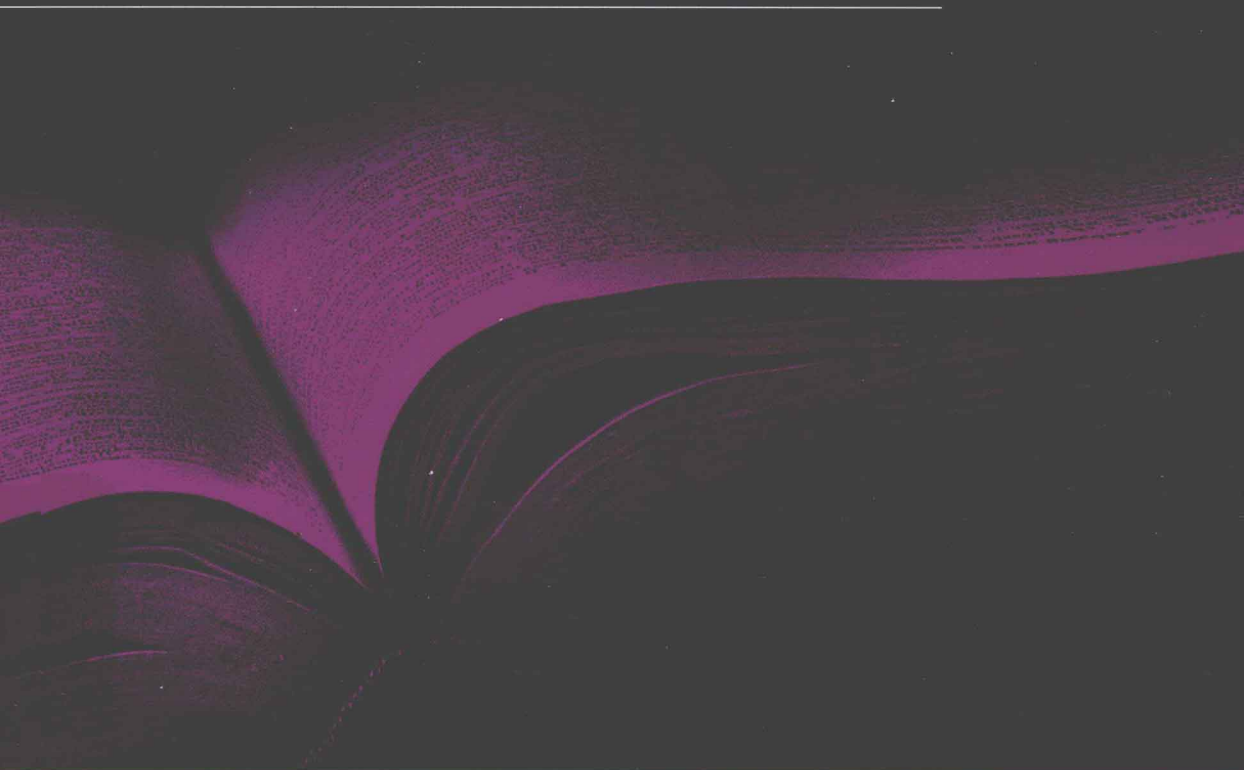


國家

蕭文生 著

基本人權

政府組織



國家

蕭文生 著

基本人權
政府組織

國家圖書館出版品預行編目資料

國家・基本人權・政府組織／蕭文生著．——

初版．——臺北市：五南，2011.06

面；公分

ISBN 978-957-11-6278-2（平裝）

1. 國家 2. 人權 3. 政府組織 4. 論述分析

571.1

100006580



1R25

國家・基本人權・政府組織

作 者 — 蕭文生 (392.2)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 龐君豪

主 編 — 劉靜芬 林振煌

責任編輯 — 李奇羣

封面設計 — 斐類設計工作室

出版者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106 台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室/台中市區中山路6號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室/高雄市新興區中山一路290號

電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 元貞聯合法律事務所 張澤平律師

出版日期 2011年6月初版一刷

定 價 新臺幣500元

序

除「專家學者參與國家決定之法律問題—以行政機關設置之專業委員會為中心」外，本論文集收納個人歷年來在憲法領域內所發表之13篇論文。憲法為一國之根本大法，自1992年從德國學成歸國後，本人即致力憲法之教學與研究。在這段期間內，隨著政治情勢日益開放、憲法增修條文之制定與修正以及司法院大法官解釋在質與量上之發展，使得憲法之研究一日千里，進步快速，昔日憲法之理論與司法實務面臨天翻地覆之挑戰與變化。個人何其有幸，能有機會親身經歷此項澎湃之改變，聆聽並閱讀許多學術先進之意見及研究成果，感受憲法學巨大變化過程所帶來之影響並以發表個人學術著作之方式參與此項過程。

本論文集共分為兩大部分，第一部分探討基本人權之議題，包括一篇基礎理論，自程序與組織觀點論基本權利之保障；四篇具體人權之議題，平等原則與國家經濟輔助措施、旅客攜帶外幣出入國境之限制—評司法院釋字第672號解釋、應考試權之價值與保障、送給大學生的禮物VS.大學的震撼彈—評司法院釋字第684號解釋以及一篇新興人權議題，自基本權保障觀點論街頭監視錄影設備裝設之問題。第二部分討議政府組織議題，其涉及範圍較廣，包括一篇一般性國家體制之議題，政府體制的憲法解釋；一篇立法委員權利之議題，民主法治國之試金石—自法律觀點論國會議員的待遇，二篇行政院組成之議題，自法律觀點論國會改選後的政府組成與自法律觀點論聯合政府，二篇涉及釋憲制度，憲法訴訟法草案評析與法規違憲解釋之拘束力；一篇處理政黨與政府分際問題，公器私用、黨政不分？—論民選公職人員影響選舉之界限；最後則是就現代國家內民主與專業之爭論提出一篇新的論文，專家學者參與國家決定之法律問題—以行政機關設置之專業委員會為中心。

上述論文發表在不同時期，事實與法制面迄今不免有所改變，在不變動論文核心觀點下，盡量作適度修正與補充，以配合閱讀與研究之需要。

諸篇論文寫作過程中，感謝所有教導、協助以及鼓勵我的眾多師長與一同成長、彼此激勵之友人。特別是協助我蒐集、整理資料，打字校稿、提供意見者，不在少數，在此無法一一列舉，惟感謝之意並未因而減少。當然家人之支持與體諒更是本論文集問世之重要關鍵，母親張月雲女士、愛妻則音與兩位小朋友棧庭及棧旂在論文寫作過程中之鼓勵與寬容，在此銘感五內。

中正大學法研所謝文明、許智婷、簡敬軒、許宏吉、韓昕亞、周明萱、楊欣玲等同學以及我的專任助理黃瑩芝小姐提供之協助，乃是本書完成之重要因素。此外，中國憲法學會、司法院、中研院、月旦法學雜誌、國家菁英季刊、台灣法學雜誌、月旦裁判時報、新世紀智庫論壇以及中正大學法學集刊，提供協助與發表平台，在此一並致謝。五南圖書出版股份有限公司對本書編輯校訂投入之心力以及協助，使本書得以順利出版，在此由衷感激。本書雖經一再審閱，仍不免有疏漏之處，尚祈各界先進不吝指正。

蕭文生

2011年3月於嘉義・中正大學法學院

壹、基本人權篇

第一章	自程序與組織觀點論基本權利之保障	003
壹、前 言		003
貳、基本權利功能的演變		005
參、程序、組織與基本權利		013
肆、基本權利對於程序及組織規範的影響		021
伍、透過程序與組織規範保障及實現基本權利		031
陸、結 論		040
第二章	平等原則與國家經濟輔助措施	043
壹、前 言		043
貳、平等原則與自由權的關係		044
參、差別待遇之正當理由		049
肆、給付行政與平等原則——以國家經濟輔助措施為例		053
伍、結 語		063
第三章	自基本權保障觀點論街頭監視錄影設備裝設之問題	065
壹、前 言		065
貳、新興蒐集資訊科技帶來之衝擊與爭議		066
參、裝設街頭監視錄影設備涉及之法益及其行為性質		070
肆、法律保留原則與監視錄影設備之裝設		080
伍、規範裝設監視錄影設備之立法要求		082
陸、現行法規之檢討		086
柒、私人裝設監視錄影設備與基本權之保障		090
捌、結 語		093

第四章	旅客攜帶外幣出入國境之限制——評司法院釋字第672號解釋	095
	壹、事實摘要	095
	貳、爭點	095
	參、解釋要旨	095
	肆、簡評	096
	伍、結論	103
第五章	應考試權之價值與保障	105
	壹、前言	105
	貳、應考試權之憲法基礎	106
	參、應考試權之價值與內涵	111
	肆、應考試權的保障範圍	118
	伍、結論	121
第六章	送給大學生的禮物VS.大學的震撼彈——評司法院釋字第684號解釋	123
	壹、釋字第684號解釋事實摘要	123
	貳、解釋文	124
	參、評釋	125

貳、政府組織篇

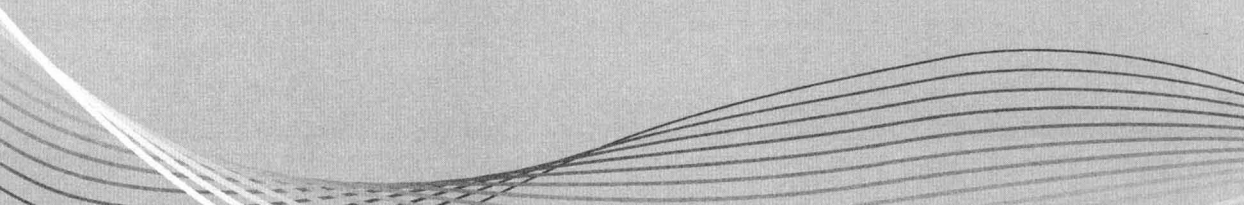
第一章	政府體制的憲法解釋	139
	壹、前言	139
	貳、國民主權	139
	參、民主國原則	144
	肆、法治國原則	149
	伍、結語	153

第二章 專家學者參與國家決定之法律問題	155
壹、前 言	155
貳、專家參與國家意志形成之發展及問題	156
參、專家參與國家意志形成之功能及類型	169
肆、傳統上對於專家參與國家意志形成現象之見解	188
伍、專家參與國家意志形成之憲法地位	191
陸、法律基本原則之適用	196
柒、結 語	207
第三章 公器私用、黨政不分？——論民選公職人員影響選舉之界限	209
壹、前 言	209
貳、選舉之意義及影響選舉之必要性	211
參、國家於選舉時的中立義務	217
肆、國家中立義務與政令宣傳	218
伍、民選公職人員的助選問題	226
陸、結 論	230
第四章 民主法治國之試金石——自法律觀點論國會議員的待遇	233
壹、前 言	233
貳、國會議員之法律地位	235
參、德國法上國會議員待遇規定之演變	246
肆、我國法有關國會議員待遇規定之演變	287
伍、結 語	303
第五章 自法律觀點論國會改選後的政府組成	305
壹、前 言	305
貳、政府之意義	305

參、政府在憲法上之地位與成立	307
肆、政府之變動	311
伍、國會改選後可能的政府形態	315
陸、結語	319
第六章 自法律觀點論聯合政府	321
壹、前言	321
貳、聯合政府之定義及類型	322
參、國會與政府體制	325
肆、聯合政府產生之原因	330
伍、聯合政府成立之過程	332
陸、聯合政府約定之法律性質	338
柒、聯合政府約定憲法上之界限	346
捌、結語	350
第七章 憲法訴訟法草案評析	353
壹、前言	353
貳、修正內容介紹	353
參、草案內容評析	362
肆、結語	374
第八章 法規違憲解釋之拘束力	377
壹、前言	377
貳、法規違憲審查制度	378
參、大法官解釋之效力	386
肆、抽象法規違憲審查解釋之效力	413
伍、具體法規違憲審查解釋之效力	426
陸、結語	431

壹

基本人權篇



第一章

自程序與組織觀點論基本權利之保障

壹、前言

程序與組織長久以來並非憲法基本權利所重視的範圍，傳統上對於基本權利與程序及組織的關係並未給予充分注目的眼光，基本權利屬於實體法，除少數程序或訴訟法上的基本權利外，例如訴訟權的保障，程序與組織係國家組織的一部分，其與基本權利間並無緊密相連的關係。但隨著基本權利功能的改變以及實際上實現基本權利條件的變遷，程序與組織在保障及實現基本權利的過程中，日益扮演重要的角色，程序此項機制甚至被認為係唯一能夠貫徹或有效保障基本權利的方法¹。

惟透過程序與組織來保障及實現基本權利並非憲法上成熟的理念或是具有貫穿整體法秩序憲法上的一般委託，在某種程度上僅是一般形式上的概稱，但卻包含相當複雜的問題。其涉及到何種基本權利可以影響程序與組織法的設計，甚至基本權利的實現必須依賴程序及組織法的設計；在何種情況下，立法者有義務或至少有權限來制定使基本權利有效的程序與組織體系；在何種情況下，基於保障基本權利之必要，人民個別參與國家決定程序才是必要的；實體基本權利對於程序的設計與實現有何影響以及何種程序與組織在個案中可以成為實現基本權利的方法，其是否僅限於國家組織領域內的立法、行政或司法程序或亦包括國家組織以外的其他程序，例如基本權利主體間的關係，如此眾多繁雜的問題，並無最終的解決方案，亦無標準的回答模式。

¹ K.Redeker, Grundgesetzliche Recht auf Verfahrensteilhabe, NJW 1980,S.1595.

因此，本文並非在給予此類問題明確的答案，而是希望透過問題的提出與討論，使我國對於基本權利與程序及組織間關係能有更進一步的研究。我國憲法上對於基本權利與程序及組織間關係的論述並不多見²，司法實務上，尤其是大法官解釋對於基本權利與程序及組織的關係，除訴訟權的討論，例如第396、418及403號解釋，近年來對於所謂「正當法律程序」的強調，例如第384、418、436、446和491號解釋以及少數基本權利與特定組織間的關係外，例如第380號解釋，基本權利實體內容與程序及組織間的關係彼此互相獨立，分屬不同的領域。但大法官釋字第488號解釋突破了此道藩籬，其認為，基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨。換句話說，基本權利不但要求其實體內容之保障，要求實施實體內容之程序亦應為合理的規定，更進一步要求必須提供適時的司法救濟途徑。此項自憲法第15條保障人民財產權規定所得出的推論，亦即實體內容、實施實體內容之程序以及司法救濟途徑皆屬於財產權保障的範圍，充分表達了基本權利與程序及組織間密不可分的關係。此項結論，是否有一般化擴及至他基本權利的可能性，尚不明顯，但卻是我國以程序及組織來保障實現基本權利的重要里程碑。德國法上有關基本權利與組織及程序關係的討論十分豐富，因此以下則擬以德國法上有關本問題的討論為重點，希望能提供我國日後發展此項觀點的參考。

² 重要者，許宗力，基本權的功能與司法審查，憲法與法治國行政，民國88年，第168～173頁；陳愛娥，基本權作為客觀法規範——以組織與程序功能為例，檢討其衍生的問題，第二屆憲法解釋之理論與實務學術研討會，台北，南港，民國88年。

貳、基本權利功能的演變

一、概說

基本權利主要是要防禦國家權力對於人民自由與財產不法侵害所發展出來的制度，因此傳統上將基本權利視為對抗國家主觀公法上的防禦權，但隨著時代的發展，基本權利的意義發生轉變與擴張，除防禦權外，發展出具有受益權性質的給付請求權或參與享有權，二者皆為人民主觀公法上的權利。此外，為更進一步強化基本權利的效力，基本權利更發展出來具有客觀價值秩序功能、請求國家保護之功能、組織與程序保障功能，上述功能則為基本權利客觀的功能。基本權利意義的轉變與擴張最大的因素在於，現代工商業社會的生活條件與基本權利萌芽的時代並不相同，個人生活無法基於完全或大部分自給自足的方式來加以保障，而是需要依賴他人之供給，尤其是國家，因此個人生存在一定限度內必須依賴國家之給付。此外，現代基本權利學說認為個人所擁有的不應該僅是憲法上形式上之權利，而是必須擁有促成實際上可以行使基本權利所必要的實質條件，而實質條件的創造則是國家的任務³，最後基本權利的行使可能與其他基本權利主體的基本權利相互衝突，或基本權利的侵害亦可能來自於國家以外的第三人，因此基本權利除對抗國家外，在上述情況下亦要求國家必須適當介入，以確保基本權利的實現⁴。

二、基本權利的主觀功能

（一）防禦功能

基本權利的首要功能，依傳統的見解在於個人防禦國家對其自由及

³ A. Bleckmann, Staatsrecht II, Die Grundrechte, 3 Aufl., 1989, S. 198.

⁴ 基本權利的功能，除防禦權外，其餘仍在發展中，其意義並未完全終局確定，且各功能彼此間具有何種關係，亦有爭論，因此以下僅作必要性的介紹，並無法深入討論。

財產之侵害，換句話說即是對抗國家干預的權利，其目的在確保個人自由領域不受國家權力之侵害，基於此項觀點，基本權利創設了個人主觀公法上的權利，即賦予人民請求國家不作為之權，以保障人民所擁有不受國家干涉的私人領域，必要時並得向法院請求，以貫徹其防禦權。由於防禦權之功能僅在消極防禦，消極請求國家不作為，因此毋須立法者積極介入，人民得直接依據基本權利向法院請求。國家權力欲侵害人民自由及權利則必須符合形式及實質的合法要件，而形式的合法要件中，正當法律程序則是最重要的要求。因為基本權利僅具有消極防禦之功能，因此國家對於基本權利的實現與否並無任何保障及保證義務，憲法上所保障的自由權利，在實際上是否能夠實現，則屬個人與社會的權責⁵，基本權利僅保障個人的自由權利不受國家權力侵害。例如人民有信仰宗教的自由，保障之目的在防止國家對於信仰宗教自由採取不法恣意的限制與侵害，至於人民是否果真可以在合乎宗教自由禮儀下，在特定的寺廟或教堂內行使信仰宗教自由，則並非消極防禦功能的宗教自由所能包括，亦即國家並無提供行使宗教自由地點之義務。

（二）受益或請求給付功能

受益或請求給付功能的產生係針對僅作為防禦權的基本權利，忽視了基本權利的保障與實現必須有一定的社會條件加以配合。與18、19世紀不同，今日為維持符合人性尊嚴的生存以及人格繼續發展，個人需要他人提供給付，尤其是國家，換句話說，在現代工商社會環境下，大多數基本權利權利主體實現自由權利所必要的物質上基礎並非由其本身控制，而是掌握在他人，尤其是國家手中。因此對大數人而言，若無法獲得實現基本權利所必要的社會條件，亦即國家不事先透過給付行為創造行使自由權利的條件，則基本權利僅是憲法上的空洞條文⁶。

⁵ 莊國榮，西德之基本權理論與基本權的功能，憲政時代，第15卷3期，第35頁。

⁶ R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S. 459.

國家不僅是承認或尊重基本權利，更應積極地維護自由權利，透過多樣化的方式來形成實現自由權利的條件，並保障自由權利能夠真正實現。在此情況下，基本權利自消極的防禦權慢慢轉換成要求國家創造實現基本權利必要條件的給付請求權，因而具有受益權的功能。基本權利所保障的自由權利，不應僅是形式上的自由權利，而是實際上真正可以享有行使的自由權利⁷，蓋憲法上所保障的自由，例如作為或不作為，若缺乏事實上的自由，亦即事實上根本無法選擇作為或不作為時，則根本毫無意義。

基本權利在何種限度內可包含針對國家的積極請求權，例如財政上的給付或資助或是要求政府設立一定的公共設施或實行特定的社會政策，成為本世紀討論基本權利的重要課題，除了在憲法上明文規定人民自基本權利中享有積極請求權的少數例外情形外，例如受教育權以及生存權外⁸，如何將原封不動的消極自由權的文字規定轉換成積極的給付請求權⁹，在理論上有三種方式可作為論理的基礎：

1. 利用平等原則意義的轉換

平等原則在有限的範圍內可以推論出給付請求權，平等原則包括了請求機會平等之權。國家不僅負有相同為相同，不同為不同之處理義務，自平等原則亦可導出國家應為一定行為之義務，至少基於不同社會情況所造成法律所保障權利實際上實現可能性上差異，國家應儘量予排除，以達成真正實質的平等，例如請求衡平基於社會差異所造成不同受教育的機會之權利¹⁰。

⁷ R. Alexy, 同註6, S. 458; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II Grundrechte, 13. Aufl., 1997, S. 22.

⁸ 憲法上使用生存權、工作權、受教育權，是否具有使基本權利人享有積極給付請求權的效果，並非毫無疑義，蓋其他相類似的用語，例如財產權，恐怕就不具有此種功能。

⁹ 此項自憲法基本權利規定直接導出對國家的請求權稱之為原始（原生）性的給付請求權；另有所謂衍生性的給付請求權，係指人民針對於現有既存的給付系統要求平等的享有，例如人民要求平等享有利用公共設施或要求補助之權利，其主要是建立在平等原則上，衍生性的給付請求權並無爭議，一般討論受益權或積極請求權時，主要指原生性的給付請求權。

¹⁰ A. Bleckmann, Staatsrecht II, Die Grundrechte, 4. Aufl., 1996, S. 255.

2. 將個別基本權利轉換成積極的請求權

基本權利並非僅在保護自由權實際上的實現，而是必須更進一步保障自由權實現的可能性，透過最廣義的解釋，將基本權利所包括的內容擴充至所有使基本權利能夠有效行使的必要條件及物質基礎。蓋基本權利之保障，在個人缺乏充分保障其自主性的物質基礎時，並無法完全實現，例如人性尊嚴的保障，以個人有權請求最低物質生活水準以使其能合乎人性尊嚴的生活為前提或為使學術自由能夠實現，必須享有要求國家提供特定組織以及物質上充分協助之權，運用此項方法，在結果上可以將所有基本權利轉換成請求權¹¹。

3. 社會福利國家原則

以社會福利國家原則來推論出積極的請求權，在現代國家內，人民自由權利的實現常常必須依賴國家的決定以及給付，國家基於照顧人民的立場，有義務提供人民必要的物質基礎，蓋社會國原則授權並委託國家設計合乎社會正義的法秩序並提供社會上需要幫助之人協助。在此情況下其包括了所有的社會基本權，在個別情況下提供個人社會利益必要的保護¹²。

針對直接自憲法基本權利規定中導出人民積極請求權的觀點，存在下列質疑：

- (1)首先是防禦權與請求權基本結構完全不同，前者係賦予國家全面性不作為義務，禁止國家侵害基本權利所保障的生活領域，其標的係清楚明確。而要求國家，尤其是立法者為積極行為的請求權，依其本質，基本上有許多不同的方法可以履行，立法者除非在裁量權減縮至零的情況，否則可以自由選擇不同的方式來履行其義務。因此，要求國家為積極行為的請求權並無法充分具體化，因而法院亦無法加以審查¹³。

¹¹ A. Bleckmann, 同註10, S. 256.

¹² 此項論點最大的問題在於如何去具體化社會福利國家原則，並將社會福利國原則自一般認為係屬無拘束力的政治宣言轉換成具有拘束力的憲法要求。

¹³ R. Alexy, 同註6, S. 395f.