



陳春生 著



法治國之權利保護 與違憲審查



論法治國之 權利保護與違憲審查

陳春生 著

新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

論法治國之權利保護與違憲審查／陳春生
著． -- 一版． -- 臺北市：新學林，
2007〔民96〕
面；公分

ISBN 978-986-7160-74-4（平裝）

1. 憲法－中華民國－論文，講詞等 2. 違憲
審查制度－論文，講詞等

581.27

96003391

論法治國之權利保護與違憲審查

作 者：陳春生
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市信義路三段106號6樓之4
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益
主 編：林靜妙 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2007年3月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：700 元

ISBN 978-986-7160-74-4

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市信義路三段106號6樓之4

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

— 自 序 —

本書分為兩部分，一是法治國之權利保護，另一是法治國之違憲審查。

法治國之權利保護部分，主要收錄這些年來關於講學自由、國民應考試服公職等權利保護以及制度性保障與基本權利保護問題之論文。

至於法治國之違憲審查部分，有我國大法官解釋、德國聯邦憲法法院與日本最高法院判決之翻譯與論述。其中關於我國大法官幾號解釋相關之論述，副總統兼任行政院院長合憲性一文，為 1996 年受行政院委託於大法官之審查庭時所為之鑑定意見、國大延任案一文，為 2000 年第 499 號解釋作出前受司法院委託之鑑定意見、三一九真相調查條例之合憲性與 NCC 組織合憲性問題則分別是 2004 年 10 月與 2006 年 3 月受立法院委任擔任訴訟代理人之意見書。因受限於當時受委託時間之倉促，幾乎都是未滿一個月期間即須提出，故思慮不周之處，在所難免，惟基於記錄當時所走過之足跡，乃維持當初內容加以呈現，尚祈方家，不吝指正。

另外兩篇外文論文，其中德文「我國之務實外交與兩岸關係」，係 1996 年受行政院新聞局之委託，與另兩位國內學者，於北

歐（丹麥哥本哈根大學「北歐亞洲研究所」與瑞典斯德哥爾摩大學「亞太研究中心」）與德國（柏林自由大學）幾個學術機構，關於我國民主化與兩岸關係所為演講座談之論文之一；另一篇「司法院大法官發布暫時處分之權限之研究」則是 2005 年夏天，在日本國立一橋大學客座教授三個月期間，於法律學院所作學術報告中之一場，用為記述學術研究過程之一軌跡。

本書的出版，必須感謝新學林出版公司的田金益總編輯與林靜妙編輯的大力支持，又台北大學法學系碩博士班溫尹勵、周逸濱與黃義偉同學費心幫忙校對，備極辛勞，併予誌謝。另外應特別提及者，本書多篇論文得以修正完成，乃拜前司法院院長施啟揚先生所慨予惠贈手提電腦之賜，那是 2004 年 10 月某日傍晚，平常所使用之手提電腦突然遭竊，施院長偶然得知，立即幫忙，及時解決難題。施院長學問淵博，法學造詣精湛，又為謙沖之長者，素為士林所敬重，此事其或早已淡忘，但對筆者而言，此乃無法忘懷之恩，故為之誌。

陳春生

民國九十六年一月十五日於台北

— 目 錄 —

自序	1
----------	---

Part1 法治國之權利保護

憲法上權利保護的檢視增刪・修改

——以經濟、社會及文化權的增刪、修改為

探討中心	3
論講學自由	57
議員之言論免責與議會自律	75
專技人員職業管理法律之研究	117
從權力分立原則論我國監察權之行使與定位	
——以糾正權之行使為中心	139
基因工程應用之憲法問題	167
人權之變遷 (DER WANDEL DER MENSCHEN- RECHTE)	191
司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵 之探討	213

Part2 法治國之違憲審查

論立法不作為之違憲審查

——評「在外國日本國民選舉權之日本最高法院 2005 年判決」	285
「副總統兼任行政院長合憲性」之研究	313
國大延任案之憲政問題	331
大法官是否有發布暫時處分之權限與「真調會 條例」合憲性問題	351
國家通訊傳播委員會組織法第 4 條合憲問題之 研究	397
日本最高法院違憲審查裁判的拘束力	425
從法治國角度析論大法官解釋中「重大明顯瑕疵」 審查基準之運用	473
德國統一與聯邦憲法法院判決之關係	541
日本最高法院判決翻譯	597
REALISTISCHE AUßENPOLITIK TAIWANS UND BEIDER ——Chinesische Beziehungen	625
司法院大法官の仮処分命令を發する権限の研究...	661

Part 1

法治國之權利保護

憲法上權利保護的檢視增刪・修改

—以經濟、社會及文化權的增刪、修改為探討中心—

壹 前言

貳 基本國策於憲法上權利保護體系中之定位

- 一、國家目標規定
（Staatszielbestimmungen）
之意義
- 二、國家目標規定與其他概念之區別
- 三、國家目標規定之類型
- 四、國家目標規定之拘束效力
- 五、小結

參 國民經濟

- 一、國民經濟內涵之轉變
- 二、合作事業應受國家之獎勵與扶助以及金融機構之管理

- 三、土地增值稅之課徵
- 四、土地政策與農民保護
- 五、民營化

肆 社會安全

- 一、勞工權益保障
- 二、社會福利與社會救助
- 三、婦女、兒童與高齡者權益保護
- 四、全民健保制度之實施

伍 教育文化

- 一、教育方面
- 二、文化方面
- 三、永續發展與隔代正義
（世代契約）問題

陸 結語

壹 前言

本論文就未來修憲時，國民於經濟、社會及文化領域應受保護權利的增刪修改之必要性與可能性，以及應增刪修改那些內容等事項加以探討。本議題屬於中華民國憲法中第十三章之基本國策範圍，共計六節，本文所述即其中之國民經濟、社會安全與教育文化三節以及憲法增修條文第 10 條之規定。至於經濟、社會與文化之概念及其範圍，不只以基本國策規定為限，並從憲法其他規定與憲法增修條文相關之內容為出發點，再以比較法角度、國外學界實務界論述為基礎，基於全球化與地球村的觀點，加以探討。至於標題所顯示的經濟、教育與文化方面之保障，是否已發展形成應受憲法保護之基本權利或修（增）訂於憲法第二章「人民之權利義務」中，或第十三章「基本國策」或憲法增修條文中，則屬於立法裁量問題，也牽涉到現行憲法關於各該應受保護權利之性質及基本國策之法拘束力問題。基本國策之拘束效力，其在學說上或有不同見解，無論如何其乃指國家之發展方針，是所有國家權力機關應遵循之義務，它指示立法機關之立法方向，並提供憲法解釋的理論依據¹。我國大法官亦認為，憲法基本國策條款乃指導國家政策及整體國家發展方針²，其見解大抵與學界一致。只是基本國策中規定具體條款之拘束力問題，不能一概而論，須依規定之具體內容判斷之（見下述國家目標規定之拘束力）。

於探討經濟、社會及文化權的增補議題前當然須先檢視現行憲法與增修條文相關規定，及其實踐現況，作為論述基礎。中華民國憲法

¹ 參考陳新民，中華民國憲法釋論，修正 5 版，2005 年，頁 865 以下。

² 參考大法官第 550 號解釋理由書。

於經濟與文化方面，各規定十個條文（關於國民經濟第 142 至 151 條；關於教育文化第 158 至 167 條），關於社會安全方面則規定六個條文（第 152 至 157 條），共二十六個條文，而增修條文於第 10 條共十三項中，除最後一項間接與此相關外，其餘十二項均與本議題直接有關，足見制憲者與修憲者對本領域人民權利保護及憲政秩序之重視³。本文限於議題與篇幅，不作關於經濟、社會及文化三領域之體系論述，僅直接就與議題相關部分探討。值得一提的是，最近幾年由蘇永欽教授所倡導之部門憲法⁴研究之主張，與本論文亦密切相關，其所主編之部門憲法一書，其對未來我國憲法學發展有長遠影響，應可期待，對本論文亦提供不少靈感與助益⁵，先此說明。

本論文題為「憲法上權利保護」，主要在於本文所論述之經濟、社會及文化權領域之一些已受保護權利或應受保護權利尚未入憲或尚未立法者，這些權利其究竟定位為基本權利、制度性保障、國家目標規定或單純之立法政策問題？或可經大法官經由釋憲（特別是經由援引憲法第 22 條）加以界定或學界之論述加以主張而定性，無論如何有不少權利特別是新興人權之概念，如環境保護、基因工程與資訊保護領域，以及本文所論及之社會權、文化權等，學界未必有共識，亦即概念之定性未必容易，因此為避免定性上之爭議，故概括地以「憲法上權利保護」表示。同樣地國外學者亦有認為，「基於憲法而課予國家作為義務時，基本權規定與國家目標規定間，有一定之互換性

3 陳新民，前揭書（註 1），頁 813 以下。

4 依據蘇教授之見解，其提出部門憲法之論述方向，乃是以之「作為釋義學的新路徑，一方面希望藉此把憲法的適用拉回到本文，正視規範內部整合不足的問題；另一方面也在既有的釋義學基礎上，通過對個別部門的整體觀察，而以更全面的詮釋循環來理解憲法的內涵，使它面對快速變遷的台灣社會，仍能發揮適當的規範和引導功能。」參考蘇永欽，部門憲法——憲法釋義學的新路徑？收於蘇永欽主編，部門憲法，2006 年，頁 4。

5 參考本文於第貳、參、肆章中所引用之論文文獻。

(流動性)。(如)高齡者之權利或身心障礙者之參與共同體等，此或可認為是國民之權利，亦可認為是國家目標(規定)。」⁶

貳 基本國策於憲法上權利保護體系中之定位

我國憲法中基本國策體系，受到德國威瑪憲法影響甚大，德國基本法雖關於基本國策之立法方式與威瑪憲法不同，但德國學者向來關於基本國策(Staatszielbestimmungen—國家目標規定)概念之討論，對我國憲法與增修條文中基本國策於基本權利保護中之定位與其效力，仍有值得參考之處。

我國憲法與德國威瑪憲法不同，乃將基本國策規定於基本權利保護章之外另規定於專章之第十三章中，因此於解釋上容易使人認為基本國策與基本權利之規定不同⁷。以下探討德國學界中對國家目標規定之理解，以釐清其意義。

一、國家目標規定(Staatszielbestimmungen)⁸之意義

依德國學者定義，所謂國家目標規定指具有法拘束效力之憲法規

6 參考小山 剛，新しい人権，ジュリスト(No.1289)，2005.5.1—15，頁98。原文為：「憲法により国家に作為義務を課すという場合に、基本権規定と国家目標規定との間に一定の互換性がある。高齢者の権利や障害者の共同体への参加は、国民の権利としても、国家目標としてもこれを記述することができよう。」

7 參考陳新民，憲法學釋論，修正五版，三民書局，2005年，頁903。

8 國內學者亦有將其翻譯成國家目的規定者，如陳新民教授前揭憲法學釋論，頁899；亦有同樣翻成國家目標規定者，如郭明政，參考氏著，社會憲法——社會安全制度的憲法規範，收於蘇永欽主編，部門憲法，2006年，頁325；其他如蘇永欽教授，亦同。

範，它預先規定國家應持續注意或履行之任務⁹。儘管此一定義於用語上與實質上對於何謂目標？何謂任務？並不明確，但是此一定義被一般地承認¹⁰。基本法對國家目標規定限制較少，除已達到目標之德國再統一要求外，本來只有統一歐洲之實現（基本法前言、第 24 條 1 項現為第 23 條 1 項）與和平之義務（基本法第 24 條 2 項、第 26 條 1 項）。1969 年再加上預算執行時須考慮總體經濟平衡要求之義務¹¹。在 1992 與 1994 年間之憲法修改諮詢時，有許多其他國家目標規定被提出討論，但最後只有接受實質實現男女地位平等之促進義務以及自然生存基礎保護（基本法第 20a 條，環境保護）兩項。而作為國家目標，1993/1994 年則導入國家有義務於民營化之後，確保鐵路¹²、郵政與電信¹³相關之基本服務照顧。

而德國許多邦之憲法，特別是新加入之邦，關於國家目標規定比基本法規定地更豐富。它們主要包含一連串社會內容之國家目標規定（勞工、適當住宅、青年與教育之促進提升等）。特別是 Brandenburg 邦，其憲法中並不明確顯示於具體案件中該規範究竟為國家目標規定或基本權（社會基本權）。足為典範者為 Sachsen-Anhalt 邦，其不僅明白區別兩者，且於憲法第 3 條以立法定義基本權、制度性保障與國

9 Vgl. H. Maurer, Staatsrecht I, 2. Aufl., 2001, S.176.

10 但須注意者為，即憲法上之基本決定與國家之目標規定，兩者不能等量齊觀，見本文後述。

11 即基本法第 109 條 2 項規定，聯邦與邦於其財政營運之際，應考慮整體經濟之均衡要求。

12 德國基本法第 87e 條 4 項規定，聯邦於擴充及維持聯邦鐵路之路線網時，以及與近距離鐵路旅客交通無關聯而供給聯邦鐵路路線網時，應考慮公共福祉，特別是交通需要，並加以保障。

13 德國基本法第 87f 條 1 項規定，聯邦根據應經聯邦參議院同意必要之聯邦法律基準，在郵政與遠距離通信領域，應保障不生地域差距之適當及充分之服務。

家目標規定¹⁴。

二、國家目標規定與其他概念之區別

(一)基本權利

憲法上之基本權利規定乃客觀之法規範，它課與國家義務，同時賦予人民權利。基本權利之構造必須從法規範、客觀義務與主觀權利三者整體理解。任何人基於主觀權利可以要求其他人作為或不作為。當然在邏輯上他人相應地基於客觀法上，存在作為或不作為之義務。從歷史發展過程觀察，基本權利形成人民對抗國家之主觀權利，同時發展出構造上之要件。基本權利之任務在於畫定國家與人民間之關係，特別是保障人民之自由。而基本權利不只客觀上課與國家義務，而且同時賦予人民主觀公權利以對抗國家，必要時由法院為其實現權利，此點乃與國家目標規定不同。

(二)社會基本權 (soziale Grundrechte)

我國學界一般認為所謂社會基本權乃是一種有別於防衛權的給付請求權，或是一種要求國家為一定作為的基本權；社會基本權不是人民所得主張的權利，尤其不得據以主張國家應給予工作¹⁵。而對此一

14 德國之 Sachsen Anhalt 邦之憲法規定，將其區分為基本權、制度性保障與國家目標規定三種。其規定，以下之基本權利作為妥當之法直接拘束立法、執行權與法院。以下之制度性保障，邦對這些制度有加以保護，並保障其永續發展之義務。以下之國家目標，邦於其能力範圍內，有努力致力於國家目標之實現並採取相關行動之義務。此一條文規定顯示，國家目標規定並非具有直接適用可能性之法律性格，國家目標規定只是指示國家活動之目標乃至方向，其實現手段委諸立法者具體化。

15 參考陳愛娥，自由—平等—博愛—社會國原則與法治國原則的交互作用，台大法學論叢，1996年，頁135；陳新民，憲法基本權利之理論基礎（上），2000年，

普遍見解，有不同之理解，認為不應過度強調傳統基本權與社會權之差異，且無須強調社會基本權之給付性格或積極的權利性質，因為人權的內容與範疇乃隨時代而變化，因此在自由及財產權之後可增加平等、司法受益權，亦當可增益社會權¹⁶。德國學者則認為，社會基本權其根據來自於社會國原則，它聯結國民對國家之給付請求權，但在自由法治國原則下，其請求權卻繫於事實上與法律上之可實現性上¹⁷。

(三)立法委託（Gesetzgebungsaufträge）¹⁸

立法委託，又稱憲法的委託。立法委託乃憲法課予立法者於特定領域制定規範（法律）之義務。憲法在條文中明白規定「應依法律為之」、「得以法律限制之」、「得依法律向國家請求賠償」等，課予立法者立法之義務。立法委託於立法者制定法律規範後而完成，但當其關係改變時，它有相應地調整之義務。例如於基本法第 6 條 5 項之基本權領域（婚生與非婚生子女之同等對待）及於國家組織法領域之第 21 條 3 項（政黨）或第 38 條 3 項（選舉權）。立法者如何從憲法獲得積極立法之義務，必須解釋憲法規定意旨，確定立法者不為此立法時，立法者即有違憲之虞，亦有可能構成國家賠償¹⁹。此與國家目標規定不同。

(四)制度性保障

制度性保障指向傳統地且有關公法上組織與功能領域之保障與維

頁 119。

16 參考郭明政，社會憲法——社會安全制度的憲法規範，收於蘇永欽主編，部門憲法，2006 年，頁 337、338。

17 Maurer, Staatsrecht I, 2. Aufl., 2001, S.180.

18 關於立法委託，國內學者亦有稱之為對立法之委託，或稱憲法委託，參考陳新民，憲法學釋論，修正五版，三民書局，2005 年，頁 901。

19 關於立法不作為之國家賠償，可參考大法官第 477 號解釋。