

【再 版】

人權保障與釋憲法制

憲法專論(一)

法治斌 / 著



國立政治大學法律學系法學叢書編輯委員會 / 編輯
月旦出版公司 / 出版

國立政治大學法律學系法學叢書(二十三)

國立政治大學法律學系法學叢書(二十三)

人權保障與釋憲法制

憲法專論(一)

法治斌 著

國立政治大學法律學系法學叢書編輯委員會／編輯
月旦出版公司／出版

人權保障與釋憲法例

憲法專論(一)

作者：法治斌
編者：國立政治大學法律學系法學叢書編輯委員會編輯
發行人：洪美華
出版者：月旦出版社股份有限公司
台北市大安路二段 15 巷 2 號 3 樓之 1
電話：3690258

登記證：局版臺業字第 5298 號
印刷：成陽印刷股份有限公司
初版：1985 年 5 月
再版：1993 年 9 月

郵撥帳號：17239354 月旦出版社股份有限公司
定價：平裝／新台幣 350 元
精裝／新台幣 400 元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。

ISBN 957-696-062-2 (精裝)
957-696-063-0 (平裝)

總經銷：學英文化事業有限公司
台北縣新店市民權路 130 巷 2 號 3F
電話：(02)218-7307

謹 以 本 書

獻 給

敬愛的父親、母親

再版序

本書初版售罄之後，本無再版之計畫，惟因鑑於近年國內憲政體制正處於脫胎換骨的階段，憲法相關問題層出不窮，而有心致力於憲法研究者，相對於十年前，也不乏其人，本書或仍有參考或啓發之價值，乃決定再版付梓。承月旦出版社負責人洪美華君本於推動公法研究的熱誠，不計市場盈虧，同意代為印製與促銷，令作者感激不盡。

由於係另行出版，故稍作改頭換面之餘，書名也略做調整，以彰顯本書之特色，希望讀者能夠接受，讀後並有所得，進而共同為推展我國的民主憲政而努力。

月旦出版社黃盛強、游持庸兩位同仁費心逐字校稿，訂正前版之遺漏與錯字，認真敬業之態度，令筆者感動，特此致謝。

法治斌 謹誌於

民國八十二年八月

自序

這本書蒐集了筆者過去數年所發表的主要論文。各篇均是有關憲法問題的探討，對國人而言，其中大部份恐怕是相當新鮮陌生的，希望因此能開拓讀者的視野，從而引發普遍研究憲法的興趣。

憲法具有高度的政治性，極易淪為僵硬的八股教條，或流於情緒化的意氣之爭。但其為法律，且為一國根本大法的本質，則是不容否認，而法律為具有強制力之規範，法學的研究則重在理性的探索與發揚，所以筆者即一再嚐試以較為嚴謹的法學觀點，檢驗憲法的規範作用。於研究的過程中，更時時提醒自己必須嚴守純粹學術的立場，依據客觀的資料及事實，以為分析歸納，絕不作牽強附會的說明或結論。若有所得，也盡量避免滲入個人主觀的偏見。相信或有可能經由這種較為客觀中立的抽絲剝繭方式，產生澄清撥正的功效。

筆者立志從事學術工作，實源於恩師丘宏達教授的鼓勵。於國內外求學的歷程中，復承恩師及師母的多方啟發指導及嚴格鞭策督促。其對國家的熱愛與學術的執著，不僅足為青年學子的最佳楷模，且其於國際學術上的成就，更是有目共睹。筆者雖不敢望其項背，但總是心嚮往之。維大政府與外交系講座教授冷紹炅先生終身致力於學術研究的學者風範，冷師母待人處事時的細心與巧思，以及二人寬厚待人的長者之風，均令筆者沒齒難忘。指導教授 Stephen A. Saltzburg 於論文寫作過程中不憚其煩地提示與教誨，始能奠定日後從事研究的基礎。如果筆者於學術領域內能有一席之地或些許成就，飲水思源，他們自是功不可沒的。

民國六十九年返校服務以次，忽忽已近五年。當初若非歐陽校長、法律系前系主任劉鐵錚教授及政治系前系主任荆知仁教授的厚愛與安排，自是無法展開期盼已久的學術生涯。而舉步即達的政大社會科學資料中心，典藏有全國獨一無二有關美國聯邦各級法院的完整判例全集，更使筆者的研究工作得以順利進行。撫今思昔，慶幸之餘，自應在此表示筆者虔誠的謝意。

於此期間中，劉清波教授、涂懷瑩教授、翁岳生教授、荆知仁教授等諸位師長，對於筆者從事公法研究及處世接物方面的熱誠指引與愛護，以及與同事陳敏、蘇永欽兩位教授經常性的切磋討論，都在在使筆者獲益匪淺，而衷心感激的。此外，政大法研所碩士謝碧莉同學協助校對本書及編纂索引，用心負責，也一併申謝。

最後，妻明珠於公務家務兩忙之餘，仍對筆者日常生活無微不至地關照，以及學術工作毫無保留地支持與鼓勵，不僅使筆者無後顧之憂，得以全力投注於教學及研究，而且更能由與她不斷探討思索法律問題的過程中有所啟發及辨正。本書之付印事宜，也是委出她接洽安排。因此，願借此機會表達對於生活及學術伴侶的誠摯敬意與無限謝意。小女思齊、偉涵的乖巧合作，使筆者的「內部干擾」減至最低，稱幸之餘，也有一份感激。

法治斌 謹誌

民國七十四年四月二十一日

於政大研究室

憲法專論(一)

目 錄

私人關係與憲法保障.....	1 — 64
----------------	--------

壹、前言

貳、國家行為理論之建立

參、國家行為理論之內涵與發展

肆、國家行為於德、日兩國之轉化

伍、總結

論出版自由與猥褻出版品之管制.....	65 — 174
---------------------	----------

壹、導言

貳、政府管制猥褻出版品之歷史簡述

參、美國管制猥褻出版品之法律發展

肆、其他國家管制猥褻出版品之概況

伍、我國管制猥褻出版品之法制體系

陸、管制猥褻出版品之理由及其商權

柒、總結

論違法搜索扣押證據之排除.....	175 — 226
-------------------	-----------

壹、引言

- 貳、法則之建立與發展
- 參、比較法上之觀察
- 肆、存立論據之爭議與分析
- 伍、結語

憲法保障人民財產權與其他權利之標準… 227—271

- 壹、緒言
- 貳、美國憲法有關人民財產權的保障
- 參、美國憲法保障財產權與非財產權之「雙重標準」
- 肆、我國憲法上有關之理論與實務
- 伍、結語

知的權利…………… 272—287

- 壹、前言
- 貳、憲法保障之權利
- 參、美國消息自由法
- 肆、結論

大法官之選任及其背景之比較研究…………… 288—325

- 壹、前言
- 貳、選任之資格
- 參、選任之程序
- 肆、被選任者背景之分析
- 伍、結論

論憲法解釋中之不同意見.....	326 - 355
------------------	-----------

壹、引言

貳、不同意見之起源及其歷史發展

參、不同意見之地位與作用

肆、我國現行實務之剖析

伍、結語

大法官會議解釋效力之探討——由釋字第一八八

號解釋談起.....	356 - 378
------------	-----------

壹、釋字第一八八號、一八五號、一八三號、一七七

號等解釋整合觀之

貳、解釋效力之溯及既往與向後生效

參、解釋效力定期生效之可能

肆、結論

Selected Essays on the
Constitutional Law(I)

CONTENTS

. A Study on the Doctrine of State Action-----	1-64
. Sex, Obscenity, and the Freedom of the Press-	65-174
. Exclusionary Rule in Search and Seizure-----	175-226
. Property Rights and the Application of the Double Standard-----	227-271
. A Study on the Right to Know-----	272-287
. The Appointment of Justices and their Backgrounds : A Comparative Survey-----	288-325
. A Study on the Dissenting Opinion in Constitu- tional Cases-----	326-355
.The Effect of Interpretations of the Council of Grand Justices: Some Thoughts over Shih-tzu (Interpretation) NO.188 -----	356-378
. The 1982 Amendments to the Code of Criminal	

私人關係與憲法保障

要 目

壹、前言

貳、國家行為理論之建立

叁、國家行為理論之內涵與發展

一、國家介入之行爲

(一)核發執照

(二)財政補助

(三)政府管制

(四)公力救濟

(五)提供設施

二、私人承擔之行爲

(一)政治黨派之預選

(二)商業中心之成立

(三)公用事業之經營

(四)公共設施之設置

(五)職業團體之特權

三、國家之不作為

肆、國家行為於德日兩國之轉化

伍、總結

壹、前言

現今世界各國憲法對人民權利之保障，惟恐其不週；不僅於體例之安排上，將有關人民權利之規定，冠於政府組織之前，以示其重心之所在。且不以逐條明文列舉爲已足，尚須於最後特設概括條款，明示並不以此爲限，而兼及一切人民所應享之其他權利⁽¹⁾。表面視之，人民之權利似已受到詳盡週密之保障，不虞有

1) 例如我國憲法第二十二條、美國憲法第九條修正案是。

被侵犯之可能，實則此種近乎完美法治社會之想法，純屬不切實際之理想，人權受害之例仍是層出不窮。但吾人亦不得不同時承認，因有憲法之明文保障，終究使得「侵權者」多少有所顧忌。故「侵權者」之範圍，換言之，即何者為憲法約制之對象，即為研究憲法理論與運作者所須解決之前提要件。

憲法為國家之根本大法，其內容向以人民之權利與國家之組織為主，故其係以規範國家與人民間之關係，以及國家各機關間之關係為特徵，而歸屬於公法之範疇，以相對於規範私人間法律關係之私法⁽²⁾。故就其基本性質而論，憲法約制之對象，乃是國家，亦即於實際之運作上，代表其行為之各級政府，而不及於私人。且憲法之產生，亦係人民不堪專制極權暴政之苛擾與壓榨，反對甚至推翻政府之後所取得之「戰利品」，以求能從此一勞永逸，確保其千辛萬苦所爭取之權利。故就歷史之淵源而論，憲法之種種規定，亦係針對限制政府之權利而設，初無規範私人關係之涵意。

憲法固以限制「國家不得為非」為標的，但於今日「福利國家」、「給付行政」之時代思潮衝擊之下，此種其來有自、根深蒂固之傳統理論有無修正之必要，即值探討。蓋現代國家已非往昔外禦強侮，內維治安之有限國家，其職能均已大幅度地擴張；新興之受益權亦使人民得以振振有辭地向國家要求積極提供各項服務。惟因所涉範圍之廣泛，以及若干事務本身之特質，實非國

2) 有關公法與私法區別之標準，向無定論，有學者統計之結果，竟有十九種之多，堪稱聚訟紛紜，莫衷一是，詳情可見蔡志方，「公法與私法之區別——理論上之探討」，法聲第十七期，二十三頁至七十四頁（民國六十九年六月）。

家「獨木」所能支撐，而有賴人民之共同協力。加之與爲憲法產生原動力之自由主義息息相關之資本主義，原本即強調私人之競爭，以推動社會之進步。故雖有若干任務轉由國家行使，但私人所經營管理之事業，於國家之整體結構中，仍具有相當之份量。然同時國家亦無法採取完全「袖手旁觀」之態度，任其自生自滅，而必對其有所監督、管理或鼓勵；或出之於財政之補助、或出諸於活動之規範、或提供救濟之方式，其態樣不一而足。此外，國家有時甚至尚基於歷史或政策之考慮，而委由私人興辦若干具有公益性或獨佔性之事業。換言之，即由私人承擔若干具有「公共功能」(public function)之行爲。此際如全然漠視其組織或行爲之實質，而純就外在之形式，以論究其權利義務關係，即有本末倒置之譏。然國家與私人之關係並非一成不變，亦無固定之模式可資遵循。故於複雜多變之行爲態樣中，如何整理出若干可供參考之依據，以判斷是否亦屬「國家行爲」(state action)，即非易事。且於從事分析比較之際，不僅同時須衡量國家與個人之利益，且個人所有之平等權與自由權，或諸項自由權彼此間之衝突；例如隱私權與言論自由，宗教信仰自由與財產權，亦須一併兼及，故應行考慮之因素更具多樣性，而益增問題之變化多端。惟此一現象既已存在，吾人即唯有勇於面對現實，設法尋覓問題之關鍵，從而鋪陳因應解決之道，而可更進一步使憲法之規定落實，以堅固憲政之發展與進步。

鑑於美國之聯邦憲法爲世界最古老之成文憲法，其憲政之運作亦頗爲穩定，故其累積之經驗，即爲任何實行憲政之國家所不

可忽略⁽³⁾。尤以其黑白種族之歧視問題，所引發平等權適用之爭議，更構成豐富之資料來源。德日兩國不僅與我國法系相近，且二次大戰後厲行民主憲政，一掃「形式法治」國家之僵硬形象，憲法已成為其改採「實質法治」之主要內容⁽⁴⁾，故亦無法置若罔聞。本文即以美制為本，由其諸多之判例中，設法歸納出若干線索與方向，以為分析論斷之起點。繼以德日兩國之學說判例為輔，相互映照比較，期能因此呈現出一幅說理清晰之架構，而奠定日後思考此一問題之基礎。

貳、國家行為理論之建立

美國憲法本文僅有少數保障人民權利之明文；例如第一條第九項第三款禁止國會通過公權剝奪令或溯及既往之法律、第三條第二項第三款保障陪審之權利、及同條第三項有關決定叛國罪行之構成要件與處罰條件之限制、第六條第二項不得以宗教資格構

3) *See generally* C. FRIEDRICH, THE IMPACT OF AMERICAN CONSTITUTIONALISM ABROAD (1967).

4) 有關形式法治與實質法治之意義與區別，請參見陳敏，「憲法之租稅概念及其課徵限制」，政大法學評論第二十四期，四十六頁（民國七十年十二月）；張瓊文，從法治國家思想之演變論依法行政原則（政大法研所碩士論文，民國六十九年六月），第十五頁至十七頁；蔡志方，法治國家中之司法任務（臺大法研所碩士論文，民國七十年六月），第十九頁至二十二頁。

成從事任何公職之限制等⁽⁵⁾，故不僅零星分散於各條，並無整體之規劃，且有關言論、出版、集會、結社等一般習見之人民權利均乏明文。考其原因，實因制憲大會時，主張中央集權之聯邦黨控制局面，一切以加強聯邦權力為要務，希圖一改往昔邦聯軟弱無力之政府結構⁽⁶⁾，此與宣布「獨立宣言」時，力爭人民權利之狀況，已不可同日而語。換言之，即認人民權利不致遭受政府侵害，且縱有此可能，法院本其一貫依恃之普通法亦足以提供適當之救濟。直至送請各州批准時，為安撫主張州權人士之疑懼與反對，乃承諾附加一完整之民權保障規定，以限制聯邦權力之過度擴張。如此始有第一條至第十條所謂「民權條款」(Bill of Rights)之修正案。其中素受各方矚目之第一條修正案，即明定國會不得制定有關禁止信教自由，限制或剝奪人民言論、出版、和平集會之自由等事項之法律。故其規範之範圍，不及於私人關係，實屬無庸置疑。惟各州政府之所為仍屬「漏網之魚」，而因美國採聯邦制，各州均擁有相當之自主權限，故州政府所為之侵權行為即須一併計及。惟直至內戰結束後，通過之第十三條、第十四條及第十五條等三條修正案始有所改善。其中尤以第十四條修正案首度明揭法律之前人人平等之原則最為重要。但其亦

5) 本文有關美國憲法條文之翻譯均引自國民大會憲政研討委員會編印，世界各國憲法大全（第二冊），第一四六四頁至一四六八頁（民國五十四年十一月）。

6) 李子欣編著，美國憲法，第五十九頁至九十二頁（民國五十九年三月臺二版）。

僅明定州為節制之對象，故私人間之歧視或其他違憲狀況，仍非其所能涵蓋。

此一見解隨即亦經司法機關予以確認，從而建立所謂「國家行為」(state action)之原則。美國國會於一八七五年制定「民權法案」(Civil Rights Act of 1875)⁽⁷⁾，禁止於火車、旅館、戲院等公共場所有歧視之情形。五名黑人分別依本法向法院訴請救濟。最高法院於*Civil Rights Cases*⁽⁸⁾一案中，綜合認定第十四條修正案僅限制州權之行使，而不及於私人間之權利義務關係，聯邦並未因此取得制定統一性禁止歧視法律之權源，故此一法律應屬違憲⁽⁹⁾，而判決黑人原告敗訴。雖然本案僅確定第十四條修正案之規範對象，僅為各州之行為，但因第五條修正案中所謂「正當法律程序」之規定，一般亦認為具有平等保護之價值。且因州所為之歧視行為較常發生，乃特為規定，但實不應因此即可反面解釋聯邦不受限制，故聯邦之歧視行為實亦為憲法所不許。本案又係首度明白承認私人行為不屬憲法規定之標的

7) 18 Stat. 335(1875).

8) 109 U.S. 3(1883).最高法院亦於同一年早期之*United States v. Harris*, 106 U.S. 629 一案中，判決某一八七一年之法律中，規定企圖剝奪他人正當法律程序或法律平等保護權利之行為，應屬犯罪之條款為違憲，因其已觸及私人行為。惟該案與其他較早之各案：*United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554-55(1876); *Ex parte Virginia*, 100 U.S. 339, 346-47 (1880); *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313, 318 (1880) 類似，均僅及此一問題之皮毛，而未有如本案所為之廣泛及深入之探討與分析。

9) 因此一九六四年由國會制定之「民權法案」，即須另起爐灶，而以聯邦憲法中之「商務條款」(第一條第八項第三款)為其立法之依據。