

The People

學術論文集

基本權基礎理論之 繼受與展望——台日比較



蕭淑芬 著



元照出版

基本權基礎理論之
繼受與展望——台日比較



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

基本權基礎理論之繼受與展望：台日比較 /
蕭淑芬著. -- 初版. -- [臺中市]: 蕭淑芬出版;
臺北市: 元照總經銷, 2005 [民 94]
面; 公分

ISBN 957-41-3175-0 (平裝)

1. 憲法 — 比較研究
2. 憲法 — 中國
3. 憲法 — 日本

581

94019647

基本權基礎理論之繼受與展望 ——台日比較

5D71PA

2005 年 10 月 初版第 1 刷

作 者 蕭淑芬
出 版 者 蕭淑芬
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 250 元
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號: 局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-41-3175-0

自序

由於我國與日本同屬歐美法學之繼受國，因此對屬於憲法學領域之基本權相關理論之理解，當然也是繼受自歐美各國。不過，因憲法基本原理、憲法權利保障規範以及違憲審查制度等方面之差異，使得我國與日本，儘管同屬繼受德、美等國基本權理論之國家，但對於基本權之認識以及基本權基礎理論之理解，卻不盡相同。換言之，因為憲法之權利規範與權利保障體制之差異，使得我國與日本在繼受基本權相關概念與理論時，產生不少理解上的差異。此外，二次世界大戰後，我國與日本之各憲政實踐階段，對權力與權利之詮釋大異其趣，故對基本權概念與基礎理論之理解，亦出現各時間階段之差異，例如本書中所介紹之「法律保留之概念」的繼受與理解就是典型的例子。

儘管如此，但有趣的是，近年來，我國與日本卻先後，甚至是同時必須面對類似或相同的基本權問題。例如，1990至2000年，日本政府草擬並制定行政程序法（1993年）、資訊公開法（2004年）等法制，以保障人民在行政上的「正當法定程序」與「知的權利」。同時期，我國亦制定行政程序法（1999年），並由行政院多次提出資訊公開法草案，提交立法院審議。隨後，人民程序權之保障或基本權程序保障功能之理論如雨後春筍般出現在兩國之各類法學專刊中。又例如，隨著大眾傳播系統的高度發展，各媒體甚至是網際網路，所產生的社會問題層出不窮，訴訟案件頻傳，憲法上基本權保障之衝突的議

題，以及憲法與大眾媒體之關係等議題，也因此不斷成為兩國學術論述的焦點。此外，至目前為止兩國仍在進行所謂「司法改革」，以求透過司法過程，能夠更確切地保障人民的基本權利等等，相關案例不勝枚舉。

基於上述背景，筆者自日本留學歸國後，體察到基本權基本價值觀以及基礎理論，乃是各種基本權問題的核心問題所在，故在任教於東海大學法律學系後，即埋頭於基本權基礎理論之研究，嘗試摸索以比較法學之方式，介紹並比較我國與日本之基本權基礎理論，以期能藉此釐清我國自歐美繼受基本權基礎理論之特徵，並進而檢討問題之所在。為此，本書主要是以介紹德、美等被繼受國之憲法規範與基本權基礎理論為本，再以並列之方式，介紹我國與日本繼受基本權基礎理論之軌跡與成果，最後則檢討我國與日本對於基本權概念與理論之特有的解釋方式與問題所在。

本書中所收錄的是筆者近年來陸續發表的基本權基礎理論相關文章。而為了忠實呈現筆者近年來對基本權基礎理論之考察方向與方法，仍以當初發表之型態呈現，僅對少數部分文章進行文字的調整。此外，為了顧及本書之整體結構，筆者依各篇文章之關聯性，進行分類與排序，將其區分成三大篇，分別為「基本權之概念」、「基本權保障與限制之基本原理」以及「基本權之保障與司法審查制度」。筆者希望本書之出版能作為與各界先進溝通之橋樑，並期待能作為筆者進一步研究基本權相關理論之基礎。

在本書出版的過程中，筆者面臨時間不足以及版面調整等等出版專業上的問題。所幸在出版社專業人士與助理的協助下

逐一解決。本書之所以能夠克服各種困難順利出版，特別感謝元照出版公司在排版與出書事務方面的協調與協助。同時也要感謝東海大學法律學系助教林芳瑜小姐的辛苦排版與協助校稿。最後，更感謝家人在寫作和校稿的日子裡能給予筆者溫暖的支持與鼓勵。

儘管本書經過多次校稿，然而仍不免出現錯誤、遺漏或其他不盡完善之處，因此筆者希望在本書出版之後，能得到各界的迴響和指正。

蕭淑芬 謹識

於東海大學2005年9月

目 錄

第一篇 基本權之概念.....	1
國民權利之概念.....	3
壹、日本憲法體制下國民權利保障之概念.....	7
貳、由日本憲法之規範與其學說觀察「基本人權」的 概念.....	10
參、日本憲法有關「基本人權」概念之規定.....	12
一、日本憲法第十一條之規定與解釋.....	13
二、日本憲法第十二條之規定與解釋.....	15
肆、小結.....	18
日本憲法上權利之概念.....	19
壹、前言.....	23
貳、日本憲法第十三條之規定與「國民權利」之概念以及 人權保障之核心概念.....	26
一、日本憲法第十三條之規定與解釋.....	26
二、日本憲法第九七條之規定與解釋.....	30
三、小結.....	31
參、「人權」、「基本權」與「基本人權」之意義與用法	32
一、「人權」與「基本人權」之意義與學說之解釋.....	32
二、「基本權」之意義與由來.....	33
三、小結.....	35

第二篇 基本權保障與限制之基本原理……………37

論基本權核心概念之規範……………39

- 壹、前言……………43
 - 一、本文研究對象在憲法學研究領域之位置……………43
 - 二、本文之寫作動機與目的……………44
 - 三、本文之研究方法……………45
- 貳、立憲主義之基本權保障與基本權核心概念……………47
 - 一、何謂基本權核心概念?……………47
 - 二、立憲主義之基本權保障與基本權核心概念……………48
- 參、德國、日本及我國憲法有關基本權與基本權核心概念之規定……………50
 - 一、德國憲法有關基本權與基本權核心概念之規定…50
 - 二、日本憲法有關基本權與基本權核心概念之規定…52
 - 三、我國憲法有關基本權與基本權核心概念之規定…54
- 肆、我國與日本公法學說對基本權核心概念之解釋……………56
 - 一、我國學說對於基本權與基本權核心概念之解釋…56
 - 二、日本學說對於基本權用語之解釋以及基本權核心概念之解釋——以蘆部信喜教授之解釋為例……60
- 伍、結語……………66

我國與日本憲法「概括性人權」保障規範之初探……………67

- 壹、前言……………71
- 貳、概括性人權保障之意義與美、德、日與我國憲法之

規範構造·····	73
一、「概括性人權保障」之意義·····	73
二、美國、德國、日本與我國之立法例·····	74
參、「概括性人權保障」之規範構造——我國與日本憲法 之規定·····	77
一、我國憲法之規定與學說·····	77
二、日本憲法之規定與學說·····	82
肆、我國與日本憲法規範之比較與學說之差異·····	89
伍、結語·····	91
 人權保障理論之新展開(譯稿)·····	93
壹、前言·····	97
貳、私人間基本權的效力·····	100
一、概說·····	100
二、學說之對立·····	100
三、具體事件與最高法院之見解·····	103
四、私人間適用效力論之範圍·····	105
參、新近發展方向·····	107
一、未解決的問題所在·····	107
二、保護義務論·····	107
 法律保留之概念·····	111
壹、法律保留之概念——是一種法學概念也是一種法律 原則·····	117
貳、「法律保留」之意義與內容·····	119

參、「法律保留」原則之繼受、變遷與發展·····	127
肆、結語——我國與日本繼受「法律保留」概念之差異···	133

第三篇 基本權之保障與司法審查制度·····137

日本違憲審查制度之軌跡與特徵(譯稿)·····139

壹、日本違憲審查制度之性質·····	143
一、違憲審查制度之成立·····	143
二、司法機關法院型違憲審查制度之憲法保障機能 ·····	144
貳、日本違憲審查制度之軌跡·····	147
一、違憲審查權之運用狀況·····	147
二、司法積極主義與消極主義·····	152
參、檢討並展望憲法保障機能之發揮·····	155
一、司法消極主義之原因·····	155
二、改革的提案·····	159
肆、結語·····	163

日本最高法院法官之任命制度與改革方向·····165

壹、前言·····	169
貳、日本最高法院法官之任命程序與資格·····	171
一、日本憲法之相關規定·····	171
二、法官任命程序與資格之相關法制·····	172
參、國民審查制度相關法制之議論與檢討·····	175
一、日本憲法之規定·····	175

二、「最高裁判所裁判官國民審查法」之規定·····	175
肆、結語·····	177

日本憲法訴訟論·····179

壹、前言·····	183
貳、司法審查制度與司法權之關係·····	185
一、憲法訴訟之基本架構——憲法規範與司法審查 制度之形成·····	185
二、以司法權之行使為前提之憲法訴訟論——司法 權論與固有之憲法訴訟論·····	187
參、司法審查、憲法訴訟與憲法訴訟論之基本內容·····	192
一、訴訟法之規定與憲法訴訟之類型·····	192
二、司法審查之對象·····	193
三、憲法訴訟之程序——憲法問題之提起，應由當 事人提出·····	193
四、合憲性之審查·····	194
五、憲法判斷之方法·····	196
肆、結語：憲法訴訟制度之理論前提——法官之養成與 民主制度之良性循環·····	198

自主決定之限制與司法審查·····201

壹、案例背景·····	205
貳、解釋要旨·····	206
參、評析·····	208
一、「婚姻與家庭制度之維護」是「性行為自由」	

的前提?還是限制「性行為自由」之理由?.....	208
二、「性行為自由」屬於人格自由之範疇，而婚姻制度的核心亦是人格自由，然而，何謂「人格自由」?.....	211
三、「自主決定權」應否受限制?限制之根據何在?應如何限制?「性行為自由」之限制法理應否與「自主決定權」限制之法理相同?.....	215
肆、結論.....	222

第一篇

基本權之概念



「國民權利」之概念

——「人權」、「基本權」、「基本的人權」的意義



基本權基礎理論

目 次

壹、日本憲法體制下國民權利保障之概念.....	7
貳、由日本憲法之規範與其學說觀察「基本人權」的概念.....	10
參、日本憲法有關「基本人權」概念之規定.....	12
一、日本憲法第十一條之規定與解釋.....	13
二、日本憲法第十二條之規定與解釋.....	15
肆、小結.....	18