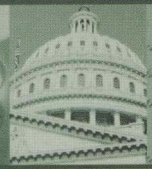
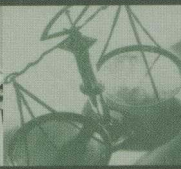


of the People

學術專論

多元、寬容與人權保障

—以憲法未列舉權之保障為中心



李震山 著



元照出版

多元、寬容與人權保障

——以憲法未列舉權之保障為中心



李震山 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

多元、寬容與人權保障／李震山著．— 二版．

— 臺北市：元照，2007.08

面； 公分

含索引

ISBN 978-986-6842-37-5（平裝）

1. 中華民國憲法 2. 憲法解釋 3. 人權

581.23

96015685

多元、寬容與人權保障

— 以憲法未列舉權之保障為中心 ID014PB

2007 年 9 月 二版第 1 刷

作 者 李震山

出 版 者 元照出版有限公司
台北市館前路 12 號 10 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 480 元

訂購專線 (02)2375-6688

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.

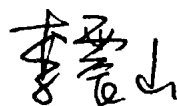
登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6842-37-5

再版序

拙著問世一年半就有再版機會，除感謝讀者愛護外，我服務的國立政治大學發揮了臨門一腳的功效。緣於慶祝八十週年校慶舉辦「百本專書全球交流」活動，學校從老師們2001至2006年著作中選出101本學術原創書籍，由圖書館各購101本分贈姐妹校與五大洲的國際一流大學。本書與另一本拙作「人性尊嚴與人權保障」忝列其中，除深刻體會學校鼓勵老師研究著述及提倡學術交流良苦之用心外，個人心情上多了些愧不敢當，需要再努力精進的無形壓力。

本書屬專書性質，理念前後貫串、去蕪存菁、避免重複論述、粹取新文獻等，就成為再版的主要工作。改版時亦注意到，國內憲政改革團體及政黨於2007年初所提出之修憲版本中，已大多將本書初版建議入憲的諸「憲法未列舉權」，納入各該版本人權清單中，除欣慰外，並於各章節適當處所予以指陳。惟在修憲公投高門檻下，該等基本權利若能有效整合而入憲，本書「以憲法未列舉權之保障為中心」的副標題恐需刪除，果真如此，亦係所願與所盼。退一步言，憲法的成長縱然無法以修憲方式達成，仍可賴釋憲、修法、制法等途徑，達到保障憲法未列舉但有共識的基本權利之目的。不論如何，基於保障基本權利的憲政核心價值，本書仍有存在及再努力的空間，尚祈讀者不吝指正。



2007年7月

自序

多元價值併存，係自由、民主社會應有之現象。但內含道德原則之諸多價值間，往往無法通約共量，反之，尚會因相互歧異而對立衝突。為避免主流價值藉由機械式的民主多數決機制，堅決貫徹優勢多數之基本權利，形成犧牲、漠視或歧視非主流之弱勢價值，多元與寬容即須和諧共濟，併存共生，我國憲法即明文肯定多元文化（增修條文第十條第十一項）。

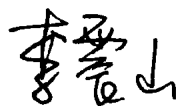
既允許價值紛雜併陳，即表示不嚴拒「價值相對」之理念，但與法之基本秩序與安定維繫間，難免會產生矛盾與衝突。針對此，咸信「基本權利」之多元保障，暫可作為「交疊性共識」（overlapping consensus）。我國憲法所列舉保障之人民權利，在理論與實踐上，大多側重在「第一代人權」之公民及政治權利，部分停滯在「第二代人權」中社會、文化、經濟等具有「複合權」之建制，至於第三代以保障弱勢之「少數權」或「集體權」，則相對欠缺。因此，憲法未列舉權保障之研究，即涵融多元寬容之意義。

基上，本書先揭示憲法未列舉權保障之多元面貌（第一章）。其次，論述憲法意義下之寬容，作為支配本書各章之重要理念（第二章）。之後，展開各種不同型態之憲法未列舉權；包括生命、身體、尊嚴、人格權等固有權（第三章）。與婚姻有密切關係的家庭權（第四章）。結合資訊自由（知的權利）、資訊隱私、資訊自決內涵的資訊權，附帶論及監視錄影器設置衍生資訊權保障之問題（第五章）。並試圖將內含於每項基本權利中之程序保障功能，化約成「程序基本權」（第六章）。為呼應第三代人權之保障，提出憲法保障「集體

權」(第七章)之可行性。相對於國家賠償請求權之行政損失補償請求權之法體系建構(第八章)。以基因科技發展為例，凸顯憲法對基本權利保障既有體系中，因欠缺多元價值觀與寬容理念，所顯現之規範窘境(第九章)。最後，總結本書之研究，提出憲法對基本權利保障應興應革之建議(第十章)。

本書將個人在學術刊物或在紀念集中之論文，重新整合，使全書體例與思維貫串，並以專書面貌呈現。為個人多年來對多元、自由、民主、寬容、法治社會的認知，留下一鱗半爪。

二〇〇四年八月一日蒙政治大學同仁的錯愛，轉到政治大學法律系服務，它與之前服務五年的中正大學法律系一樣，皆提供我自主且優良的教學、研究環境，係本書得以問世的關鍵因素，銘誌於心的，自然有一長串感謝名單。除此之外，感謝刁仁國、許義寶、李錫棟、歐永銘、蔡宜真等，在學術行政事務上之協助及分擔本書初校之辛勞。最後，謹將本書獻給家人，特別是共渡踏實人生的牽手。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters '李聖山' (Li Shengshan).

2005年9月

目 錄

再版序

自 序

第一章 憲法未列舉權保障之多元面貌

——以憲法第二十二條為中心

第一節 我國憲法所保障之人民權利	5
第一項 從規範以觀.....	5
第二項 從用語以觀.....	7
第三項 從人民權利的層級化以觀	11
第二節 我國憲法未列舉權之保障.....	18
第一項 未列舉權之分類.....	18
第二項 憲法未列舉權保障之方式 ——從司法院大法官之解釋以觀.....	21
第三項 憲法未列舉權保障之實體要件	39
第三節 其他得作為憲法未列舉權保障之依據	55
第一項 憲法規範.....	55
第二項 國際人權規範.....	62
第四節 結 語	65

第二章 憲法意義下之寬容理念

第一節 寬容之理念.....	69
第一項 一般理解下之寬容理念	69
第二項 憲法意義下之寬容理念	73

第二節 寬容理念在憲法上之界限及其形成程序的要求	77
第一項 寬容理念在憲法上之界限	77
第二項 寬容界限形成的程序要求	80
第三節 寬容理念在憲法上實踐之舉例	83
第一項 宗教自由	84
第二項 政治結社自由	91
第四節 結 語	92

第三章 憲法未列舉之固有權

——生命、身體、尊嚴與人格

第一節 生命權	99
第一項 生命權保障之憲法依據	101
第二項 生命權之權利主體與「未出生者」之保障	104
第三項 「既已出生者」生命權保障之重要議題	109
第四項 小 結	120
第二節 身體權	121
第一項 憲法意義下的「身體權」	122
第二項 自力傷害與身體不受傷害權之放棄	128
第三項 他力傷害與身體不受傷害權保障之舉例	132
第四項 小 結	135
第三節 人性尊嚴	136
第一項 保障人性尊嚴之憲法依據	137
第二項 保障人性尊嚴之具體化方向	143
第三項 小 結	150
第四節 人格權	151
第一項 人格權之個別化	151

第二項 一般人格權.....	154
第三項 小 結.....	155

第四章 家庭權

第一節 家庭之概念.....	159
第一項 社會意涵下之家庭.....	159
第二項 法律意涵下之家庭.....	161
第二節 從民法親屬編為中心之「家庭權」到憲法上 之「家庭權」.....	162
第一項 婚姻與家庭之連結.....	162
第二項 「家庭權」之憲法定位	163
第三項 憲法「家庭權」之保障範圍	166
第四項 「家庭權」作為憲法基本權利之功能	172
第三節 既有「家庭權」在現代社會中所面臨之挑戰.....	175
第一項 挑 戰.....	175
第二項 「同性結婚」或「同性生活伴侶」	177
第三項 生殖科技.....	184
第四項 外國人之「家庭權」——以外籍勞動者為例	188
第四節 結 語	191

第五章 資訊權

——兼論監視錄影器設置之法律問題

第一節 資訊權之意涵與憲法保障.....	195
第一項 資訊權之意涵.....	195
第二項 憲法保障資訊權之理由與方式	197

第二節 資訊權之核心內容.....	201
第一項 資訊公開請求權.....	202
第二項 個人資料保護請求權.....	205
第三項 小結與建議.....	212
第三節 個人資料之保護與監視錄影器之設置.....	217
第一項 概 論.....	217
第二項 於「公共場所」普設監視錄影器蒐集資料所干 預之基本權利.....	228
第三項 「個資法」與「警察法」相關規範之探討 ——與德國法比較.....	237
第四項 小 結.....	259
第四節 結 語.....	260

第六章 程序基本權

第一節 程序基本權之建構.....	263
第一項 個別化至一般化.....	263
第二項 客觀化至主觀化.....	265
第二節 程序基本權之內涵.....	266
第一項 程序基本權與正當法律程序、訴訟基本權.....	266
第二項 程序基本權之核心內涵.....	268
第三節 程序基本權與行政程序法.....	269
第一項 行政程序法適用之排除規定.....	270
第二項 「程序基本權」核心內容之保障先於「特別法 優先適用」原則.....	273
第三項 特定機關排除程序規定適用之權宜性.....	278

第四項 特定事項排除程序規定適用之正當性	279
第五項 程序事件救濟暫時排除之妥適性	285
第四節 程序正義之追求——代結語	286

第七章 集體權

第一節 憲法上「集體權」之概念.....	295
第一項 個人權.....	295
第二項 兼具個人權與集體權性質之權利	297
第三項 純粹集體權.....	299
第二節 憲法保障「集體權」之可行性	301
第一項 憲法保障「集體權」之理由	301
第二項 「集體權」實踐之可行性	304
第三節 「集體權」保障之舉例——以基因科技發展 為例.....	309
第一項 家族權.....	309
第二項 後世代權.....	312
第三項 發展權.....	316
第四節 結 語	318

第八章 行政損失補償請求權 ——以行政程序法之補償規定為例

第一節 行政損失補償責任之法制定位及其內涵	323
第一項 行政損失補償責任於國家責任法制體系中之 定位.....	323
第二項 行政損失補償之分類、法令依據及補償方式	328

第二節 行政程序法中之行政損失補償規範	347
第一項 規範內容	347
第二項 規範要素及其法理基礎	348
第三項 規範定位	356
第三節 行政處分與損失補償	364
第一項 授益行政處分之撤銷與廢止	364
第二項 信賴保護與損失補償	369
第三項 補償請求權之時效與救濟	371
第四節 行政契約與損失補償	376
第一項 因行政契約所生之損失補償	376
第二項 補償請求權之時效與救濟	380
第五節 結 論	383

第九章 基因科技發展與基本權利保障

第一節 基因科技與法律	389
第一項 基因之概念	389
第二項 基因科技發展之多樣性	390
第三項 基因科技與基本權利保障	393
第二節 胚 胎	394
第一項 生命權保障範圍是否及於胚胎	395
第二項 保護胚胎而與「他人」基本權利衝突之舉例	400
第三節 幹細胞	403
第一項 人類之幹細胞	403
第二項 人類幹細胞取得及應用之規範	407

第四節 無性生殖	418
第一項 無性生殖之概念	418
第二項 「複製人」科技應否積極發展之意見光譜	419
第五節 基因資訊	424
第一項 基因資訊利用之效用	425
第二項 基因資訊作為個人資料之特徵	429
第三項 基因資訊與告知後同意	432
第六節 既有法律思維與制度之調整	438
第一項 調整純粹「以人為本」之法律思想	438
第二項 突破以「當代多數人利益」為前提之法治國 理論	439
第三項 「責任原則」之再定位	440
第四項 多元風險社會中法律原則多元化之認知	441
第五項 立法規範擬議之方向	442
附錄 德國「幹細胞法」之中譯	443
第十章 結論與建議	449
論文出處	461
索 引	465

Plurality, Tolerance, and the Protection of Human Rights: Focusing on the Protection of Non-Enumerated Rights

Contents

Preamble	
Chapter I	The Multiple Dimensions of Non-enumerated Constitutional Rights: Focusing on the Article 22 of the R.O.C. Constitution 1
Chapter II	On the Concept of Tolerance: Constitutional Aspects 67
Chapter III	Non-enumerated Constitutional Inherent Rights: Right to Life, Body, Dignity and Personality 97
Chapter IV	Right to Family 157
Chapter V	Right to Information: Legal Issues on the Establishment of the Closed Circuit Television (CCTV)..... 193
Chapter VI	Due Process Rights 261
Chapter VII	Collective Right 291
Chapter VIII	Right to Claim Administrative Indemnity: An Example on the “Administrative Indemnity Provisions” of the Administrative Procedure Act..... 321
Chapter IX	Development of Gene Technology and the Protection of Fundamental Rights 387
Chapter X	Conclusion and Recommendation 449

第一章



憲法未列舉權保障之多元面貌 ——以憲法第二十二條為中心

第一節 我國憲法所保障之人民權利

第一項 從規範以觀

第二項 從用語以觀

第三項 從人民權利的層級化以觀

第二節 我國憲法未列舉權之保障

第一項 未列舉權之分類

第二項 憲法未列舉權保障之方式
——從司法院大法官之解釋以觀

第三項 憲法未列舉權保障之實體要件

第三節 其他得作為憲法未列舉權保障之 依據

第一項 憲法規範

第二項 國際人權規範

第四節 結 語

中華民國憲法第二章所保障的「人民之權利」，除第七條至第十八條、第二十一條及第二十四條之列舉（明定）權利外，尚包含憲法第二十二條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」之未列舉（或稱概括、未明定、無名、未名權）權利¹。前述各項列舉權利，皆各有其保障範圍（Schutzbereich），在該範圍外之自由權利，方有讓諸憲法第二十二條保障之可能性。雖然如此，憲法第二十二條所能保障之自由權利，具有多元風貌，即態樣甚多且價值多元，也唯有如此，才能滿足多元社會之大多數成員²。

憲法第二章所列舉保障的人民權利，並非毫無缺漏。為與時俱進，並減少因漏洞而對人民權利保障不周，除非運用憲法增修的方法將人民權利條款入憲作為補漏的方式，否則只有運用釋憲方式解決之。就釋憲而言，我國司法院大法官曾採取以下方式，達到保障憲法未明文規定權利之目的：一、利用憲法列舉之自由權利，依各該自由權利保障範圍之論述，推衍出相關自由，例如：依釋字第三八〇、四五〇、五六三號等解釋，從憲法第十一條之講學自由，推導出「學術自由」、「研究自由」、「教學自由」、「學習自由」等。要言之，大法官將這些推衍出的自由，視為「既有」列舉的自由，縱然它不是憲法所明示。二、以基本國策之規定，作為保障憲法未列舉權利之依據，例如：釋字第三

¹ 吳庚教授則將憲法第二十二條所保障的權利稱為「其他自由權利」或「非基本權」。見氏著，憲法的解釋與適用，93年，第95-96頁。蕭淑芬教授稱之為「概括性人權」，見氏著，我國與日本憲法「概括性人權」保障規範之初探，經社法制論叢31期，92年1月，第71-89頁。其他稱謂有：李雅萍，概括的權利保障——德國基本法第二條第一項與我國憲法第二十二條之研究，輔大法研所碩士論文，84年6月。林俊言，論非列舉權利之憲法保障——以憲法第二十二條的功能與操作為核心，政治大學法律研究所碩士論文，91年6月。

² 有關多元社會之法體系論述，請參考顏厥安，法體系的統一性與多元社會，收錄於氏著，規範、論證與行動，元照出版公司，93年，第175頁以下。