

國立台灣大學法學叢書 195

人權思維的承與變

憲法理論與實踐[四]

李建良◎著

德國哥廷根大學法學博士

中央研究院法律學研究所研究員

國立台灣大學法律學院合聘教授

新學林出版股份有限公司

人權思維的承與變：憲法理論與實踐．四／
李建良著． -- 一版． -- 臺北市：新學林，
2010. 05
面； 公分． -- （國立臺灣大學法學叢書）

ISBN 978 - 986 - 6225 - 02 - 4（精裝）

1. 中華民國憲法 2. 文集

581. 27

99006715

人權思維的承與變-憲法理論與實踐（四）

作 者：李建良
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市大安區和平東路2段339號9樓
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw>
總 經 理：毛基正 出 版 部：江承勳
責任編輯：林靜妙 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2010年9月 一版一刷

2011年11月 一版二刷

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元加收郵資50元

定 價：950 元

ISBN 978 - 986 - 6225 - 02 - 4（精裝）

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路2段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw>

本書經臺大法律叢書審查通過

本書以人權思維的承與變為主題，上承人性尊嚴、平等保護、基本權主客觀功能、國家保護義務等傳統及主流人權議題；下接第三代人權、集體權、原住民族權等新興人權的理論流變，復以人權演進史述及人權實踐法制貫串其間，進而嘗試提出台灣基本權利憲章草案。本書致力於基本權利釋義學的闡析與拓展，除提供讀者對人權面貌的多重理解角度外，也留下作者探索中、發展中的人權思維。

〔本書經臺大法學叢書專書審查通過〕

給 宗 珍

自序

靡不有初，鮮克以終

——詩經

這是我的第四本憲法論文集，距上次的出書，轉眼間已過了六年。這段期間，雖偶有著述問世，但始終未集結成書，除了教研兩忙的時間因素外，主要是對於此種雜文集式的出書，抱持著某種程度的保留態度，總覺得治學取徑應朝憲法專論的方向努力，或至少也要有一定的主題性。近日，整理這幾年寫過的文章，發現其中與人權議題有關的論著，或多或少呈現一種理論與思維承續演替的線性關係，於是大膽挑揀部分具聯繫性的文章，輯為一書，定名為《人權思維的承與變》，雖仍不脫論文集的格局，但總算也為《憲法理論與實踐》的轉型踏出一小步。

本書共收錄論文 13 篇、譯著 1 篇及法律鑑定書 5 則，整體內容可以歸整出三個系絡：首先是帶有歷史關懷的人權源起史探索，主要以美國「權利法案」為例；其次是對人權實踐的總體檢視與法制興革上的比較觀察，大抵有「人權司法解釋的反多數困局」與「憲法人權清單的改革芻議」兩個面向；再來是各別人權理論的剖析與探研，包括「人性尊嚴的思想根源與基本課題」、「平等權思維方法」、「基本權之主客觀功能」、「基本權保護義務」、「基本權保護請求權」、「制度性保障」、「基本權程序功能」、「程序基本權」、「原住民族權理論」、「轉型正義的人權思維」等核心課題。需要特別說明的是〈人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索〉這篇探討台灣人國籍問題的論文，表面上看，似與人權無涉，其實是現代人權理論的前設性課題，

因為人權問題的討論無法與國家脫鉤，因此作為人民與國家連結點的國籍，自然也應該放在人權的脈絡下檢視，在文章中我嘗試提出「國籍」作為一種人權的想法，即植基在此。至於書末附錄的 5 則法律鑑定書，都是我為司法院大法官釋憲案的說明會或言詞辯論所撰寫，部分未曾發表，藉此機會一併收錄，以供參考。

一般說來，研究寫作是一種創造性工作，出於自我滿足的需求，把一己之思換成語言系統，訴諸文字。這種純然個人之事，其實是一種集體創造，因為任何的創念或思想多少承自他人，是人類求知歷程的積累與沈澱，我們都只是集體創造的參與者之一。就這個意義來說，學術創作工作絕不是僅僅在製造文章，更不能被混同為單純的文字生產，而應該是聯繫過去、通向未來的精神活動。憲法作為一種學術，何嘗不也如此，因此對於一個以憲法學術為志業的人來說，重要的當然不是如何檢點自己的作品數量，而是時時自問到底為憲法的素質增添了什麼？一地一時的筆耕墨耘並不難，難的是持之以恆、慎終如始，就像詩經說的「靡不有初，鮮克以終」。在此，不妨借用海明威的話：對於一個真正的作家來說，每一本書都應該是他繼續探索那尚未到達領域的一個新起點*。我的憲法探索之旅，就從這本書開始！

李建良

2010 年 9 月 30 日

* 海明威在 1954 年榮獲諾貝爾文學獎，但因傷不克參加授獎典禮，他的得獎感言由美國駐瑞典大使代讀，其中有一段著名的話：「對於一個真正的作家來說，每一本書都應該是他繼續探索那尚未到達領域的一個新起點。他應該永遠嘗試去做那些從來沒有人做過、或者他人做過卻沒做成的事。有朝一日，運氣好的話，他會成功的。(For a true writer each book should be a new beginning where he tries again for something that is beyond attainment. He should always try for something that has never been done or that others have tried and failed. Then sometimes, with great luck, he will succeed.)」

目 次

自序／I

一、自由、平等、尊嚴——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源
與基本課題／1

二、經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由
之憲法解釋／63

三、基本權利——防禦權與客觀之基本原則規範—客觀之基本
權利內涵，尤其保護義務及形成私法之效力（譯）／139

四、論憲法上保護義務與保護請求權之關係——以「不足禁止
原則」的論證構造為中心／169

五、論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑
與反思／205

六、「制度性保障」理論探源——尋索卡爾·史密特理論的大
義與微言／271

七、從基本權觀點論公務員懲戒之審級制度／325

八、淺說原住民族的憲法權利——若干初探性的想法／347

- 九、憲法變遷中的原住民族權利——原住民族自治權的法理論述／367
- 十、美國「權利法案」源起史初探——一段曲折的人權法律發展史／407
- 十一、人權維護者的六十回顧與時代挑戰——試探大法官人權解釋的反多數困局／451
- 十二、憲法人權清單改革芻議——「台灣基本權利憲章」草案初稿／545
- 十三、人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索——兼論台灣人國籍的起承斷續問題／601
- 十四、轉型不正義？——初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判／659

附論

- 一、「戶籍法第八條釋憲案」言詞辯論鑑定意見書／707
- 二、「夫妻剩餘財產差額分配請求權計算範圍釋憲案」說明會書面意見／749
- 三、「總統刑事豁免權及國家機密特權釋憲案」說明會書面意見／775
- 四、「公民投票法第十六、三十五條釋憲案」說明會書面意見／807
- 五、「羈押法第六條及其施行細則第十四條第一項釋憲案」說明會書面意見／837

自由、平等、尊嚴

——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題——

壹、導言

貳、司法院大法官歷來有關「尊嚴」解釋的巡禮

一、概說

二、釋字第 71 號解釋：公務尊嚴與公務員兼職

三、釋字第 365 號解釋：婦女人格尊嚴與兩性平等

四、釋字第 372 號解釋：婦女人格尊嚴與人身安全

五、釋字第 400 號解釋：尊嚴維護與財產權

六、釋字第 445 號解釋：獨立存在之尊嚴與表現自由

七、釋字第 485 號解釋：人性尊嚴與基本生活需求

八、釋字第 490 號解釋：人性尊嚴與兵役制度

九、釋字第 550 號解釋：人性尊嚴與社會保險

十、釋字第 567 號解釋：人性尊嚴與思想自由

十一、釋字第 585、603、631 號解釋：人性尊嚴與隱私權

十二、小結

參、人的尊嚴作為憲法概念的思想根源

一、概說

二、歐陸國家的尊嚴根源

三、尊嚴概念的普世性與憲法基本價值

肆、人的尊嚴作為憲法保障的規範意義

一、概說

二、尊嚴的道德義務內涵？

三、尊嚴的主體

四、尊嚴保障的規範效力與維度

五、尊嚴保障是否為一項獨立基本權（尊嚴權）？

六、尊嚴不可侵犯性的規範意義

七、小結：從「憲法國家」到「尊嚴國家」——自由、平等、尊嚴

一、個人尊嚴與群己關係

二、人的尊嚴保障不是目標、目的，而是過程、是手段

三、人的尊嚴與國家認同

四、尊嚴・理性・勇氣・行動

伍、尊嚴保障的內在底蘊與實踐
課題——代結語

壹、導言

2005 年，台灣政府擬定一項「全民專案」，要求台灣人在特定時限內，地不分東西南北，人無分男女老幼，對著一部「機器」交出每人身上「獨一無二、終身不變」的指印，以換取理論上也是獨一無二的一組號碼¹。根據民調，八成以上民眾贊成這項專案。一時之間，群情沸揚，壯偉景象，指日可成。就在此時，15 個大法官做出了釋字第 603 號解釋，說道：強制人民按捺指紋並予錄存否則不予發給國民身分證的規定，與憲法第二十二、二十三條規定的意旨不符，應不再適用。因為：

「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二二條所保障。」

「指紋乃重要之個人資訊，個人對其指紋資訊之自主控制，受資訊隱私權之保障。而國民身分證發給與否，則直接影響人民基本權利之行使。」

「對於未依規定按捺指紋者，拒絕發給國民身分證，形同強制按捺並錄存指紋，以作為核發國民身分證之要件，其目的為何，戶籍法未設明文規定，於憲法保障人民資訊隱私權之意旨已有未合。」

大法官在上述解釋理由書中提到的「人性尊嚴」，大抵是國外所

¹ 這組號碼是國民身分證系統的核心要素，理論上是「一人一號」，但偶有「二人同號」，作者即忝為一例。這組號碼總讓我聯想起古希臘時代加諸在奴隸身上的「烙印」(stigma)。

說的 Menschenwürde、Würde des Menschen 或 human dignity²，尋釋其意，就是「人的尊嚴」³。暫且不談語彙用詞的問題，在上述解釋

-
- 2 一般提到人性尊嚴，通常會引用德文 Menschenwürde，因此常常給人這是德國（憲法）特產的錯誤印象。其實，在其他國家亦存在人性尊嚴保障的問題，只是未必使用人性尊嚴一詞。例如：在美國憲法學說與實務較少使用 human dignity 一語，但不表示在美國沒有人性尊嚴保護的問題，只是在其他概念（例如：隱私權）之下進行討論。參見 Edward J. Eberle, *Human Dignity, Privacy, and Personality in Germ and American Constitutional Law*, UTAH LAW REVIEW 963-1056 (1998); EDWARD J. EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISIONS IN GERMANY AND THE UNITED STATES 41-57 (2002); James Q. Whitman, "Human dignity" in *Europe and the United States: the social foundations*, EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 108-124 (2005).
- 3 不過，國內文獻多半使用「人性尊嚴」，例如：陳英淙，〈從人性尊嚴與保護義務之衝突探討法治國的刑求禁忌〉，《警學叢刊》，36 卷 6 期，頁 185 以下（2006 年 5 月）；高凌霞，〈多瑪斯論人性與人性尊嚴〉，《輔仁學誌：人文藝術之部》，32 期，頁 165 以下（2005 年 7 月）；周宗憲，〈人性尊嚴與人民最低限度生活權的保障〉，《司法周刊》，2-3 版（2005 年 6 月）；余信達，〈從人性尊嚴與倫理道德之定位探索基因相關技術之可專利性〉，《月旦法學雜誌》，113 期，頁 175 以下（2004 年 10 月）；顏上詠，〈生命倫理與生命法律之人性尊嚴——評 Human Dignity in Bioethics and Biolaw by Deryck Beyleveld & Roger Brownsword〉，《清華科技法律與政策論叢》，1 卷 1 期，頁 239 以下（2004 年 10 月）；林斯健，〈人性尊嚴與防衛性民主〉，《全國律師》，8 卷 6 期，頁 98 以下（2004 年 6 月）；徐振雄，〈後人類時代中的人權通識教育：人性尊嚴的變異與操控？〉，《實踐通識論叢》，1 期，頁 65 以下（2003 年 12 月）；黃勝興，〈從「人性尊嚴」的法理談對生命的關懷〉，《嘉義大學通識教育集刊》，1 期，頁 111 以下（2003 年 12 月）；梁倫風，〈從法學觀點論複製人之人性尊嚴〉，《人與社會》，1 期，頁 63 以下（2003 年 12 月）；林水吉，〈從人性尊嚴探討人本教育的重要性〉，《通識研究集刊》，3 期，頁 179 以下（2003 年 6 月）；李震山，〈基本權各論基礎講座(1)——人性尊嚴〉，《法學講座》，17 期，頁 1 以下（2003 年 5 月）；李震山，〈人性尊嚴之憲法意義〉，《人性尊嚴與人權保障》，頁 1 以下（2000 年 2 月）；莊萬壽，〈人性尊嚴的規範與台灣原住民族的進路〉，《中國學術年刊》，22 期，頁 225 以下（2001 年 5 月）；城仲模，〈人性尊嚴與法治文化〉，《人力發展》，82 期，頁 1 以下（2000 年 11

中，大法官揭示「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」，考其用意及前後脈絡，人的尊嚴（人性尊嚴）應是作為建構隱私權的論證基礎。同樣的說法，早已見諸釋字第 585 號解釋理由書：「其中隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二二條所保障（本院釋字五〇九、五三五參照）。」因此，「人性尊嚴」堪可作為台灣憲法不成文的保障條款，且是建構憲法未列舉權利的重要根基，殆應無疑。所餘的問題是，「人性尊嚴」的概念意涵如何？其在憲法規範上的意義為何？尤其，大法官所稱：「隱私權雖係基於維護人性尊嚴與尊重人格自由發展而形成，惟其限制並非當然侵犯人性尊嚴。」一方面以「人性尊嚴」作為隱私權的形成基礎，另方面又說隱私權的限制並非當然侵犯「人性尊嚴」，此二者間之關係如何，著實微妙，值得玩索、推究。方法論

月）；蔡宗珍，〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，45 期，頁 99 以下（1999 年 2 月）；徐振雄，〈論人性尊嚴與自由的優先性〉，《軍法專刊》，44 卷 12 期，頁 17 以下（1998 年 12 月）；陳清秀，〈憲法上人性尊嚴〉，《現代國家與憲法》，李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集，頁 93 以下（1997 年 2 月）；黃桂興，〈淺論行政法上的人性尊嚴理念〉，《行政法上之一般法律原則》，頁 1 以下（1994 年 8 月）；蔡維音，〈德國基本法第一條人性尊嚴之探討〉，《憲政時代》，18 卷 1 期，頁 36 以下（1992 年 7 月）。但也有使用「人之尊嚴」，例如：王澤鑑，〈財產上損害賠償(二)——為新生命而負責：人之尊嚴與損害概念 Wrongful birth 及 Wrongful life〉，《月旦法學雜誌》，131 期，頁 136 以下（2006 年 4 月）；或「人格尊嚴」，例如：王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(1)——人格權、人格尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學雜誌》，80 期，頁 105 以下（2006 年 3 月）；江玉林，〈人性尊嚴與人格尊嚴——大法官解釋中有關尊嚴論述的分析〉，《月旦法學教室》，20 期，頁 116 以下（2004 年 6 月）；或「個人尊嚴」，例如：許志雄，〈憲法上之個人尊嚴原理〉，《中國比較法學會學報》，13 輯，頁 50-70（1992 年 11 月 14 日）。

上的思維層次至少有：

——何謂人的尊嚴？尊嚴與人的尊嚴在憲法上的規範意義，是否應予區分？如何區分？

——人的尊嚴保障具有何種法律性質？人的尊嚴保障用處何在？

——人的尊嚴保障與其他基本權利的關係如何？

——人的尊嚴與憲法未明文列舉之權利的關係如何？憲法第二十二條是否必然涉及人的尊嚴？

——人的尊嚴能否侵犯？能否限制？侵犯與限制之差異幾希？

鑑於近代憲政主義及憲法學說，主要是西方國家政治法律演進的產物與成就，故本文擬追尋尊嚴在西方國家的思想根源，探究尊嚴在憲法規範上的基礎與意義，嘗試回答上述問題，並作若干延伸思考，希望為台灣累積些許憲法理論的思想資產，厚植憲法實踐的精神基礎。以下共分成四個部分：一、司法院大法官歷來有關「尊嚴」解釋的巡禮，對大法官解釋進行相關解釋的整理與簡析。二、人的尊嚴作為憲法概念，旨在探求尊嚴的理論根基。三、人的尊嚴作為憲法保障的規範意義，分析憲法釋義學上的基本課題。四、延伸思考尊嚴保障的內在底蘊與實踐課題，並提出若干反思，以代結語。

貳、司法院大法官歷來有關「尊嚴」解釋的巡禮

一、概說

遍觀中華民國憲法本文，未見提及人的尊嚴，亦無尊嚴保障條款。然憲法條文只是死的文字，憲法規定的實踐始為「活的憲法」

(Constitution in Action)。所謂「憲法概出自（大）法官之口」說法⁴，雖不中亦不遠矣。司法院大法官受憲法的託付，職司憲法解釋⁵，故若要尋覓尊嚴保障在憲法中的蹤跡，檢視大法官歷年所作成的解釋，殆屬無可取代的首要路徑。因此，在探討人的尊嚴保障作為憲法基本價值的規範意義之前，有必要先對司法院大法官歷來有關「尊嚴」的解釋，進行一番巡禮和綜覽。

二、釋字第 71 號解釋：公務尊嚴與公務員兼職

檢索大法官歷來解釋，可以發現早在 1957 年 1 月 9 日作成的釋字第 71 號解釋文⁶中，大法官即曾使用過「尊嚴」的字眼，其謂：「本院釋字第六及十一號解釋係依公務員服務法第十四條第一項所定限制而為解釋，如公務員於公餘兼任外籍機構臨時工作，只須其工作與本職之性質或尊嚴有妨礙者，無論是否為通常或習慣上所稱之業務，均應認為該條精神之所不許。」這號解釋係因行政院對大法官釋字第 6 及 11 號解釋的意旨⁷，發生疑義，而依釋字第 27 號解釋⁸提出

4 美國最高法院首席大法官 Charles Evans Hughes (1862-1948) 在擔任紐約州州長時，曾於 1907 年 5 月 3 日向商業總會 (Chamber of Commerce) 發表演說，其中有一段廣受引用的舊語：「我們生活在一部憲法之下，但憲法則是法官所言，而且，司法是吾人在憲法之下自由及財產的守護者。」(We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution.) 參見 CHARLES EVANS HUGHES, ADDRESSES AND PAPERS OF CHARLES EVANS HUGHES: GOVERNOR OF NEW YORK, 1906-1908 139 (1908)。在歐洲領域，亦有類似的說法，例如：「(憲)法，特別是基本權利的作用，要看(憲法)法官如何決定。」參見 Hans-Werner Rengeling/Peter Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2005, VII。

5 參照憲法第七十八、七十九、一七三條。

6 當時只有解釋文，而無理由書。

7 釋字第 6 號解釋內容為：「公務員對於新聞紙類及雜誌之發行人、編輯人，除法令別有規定外，依公務員服務法第 14 條第 1 項之規定，不得兼任。」第 11 號解