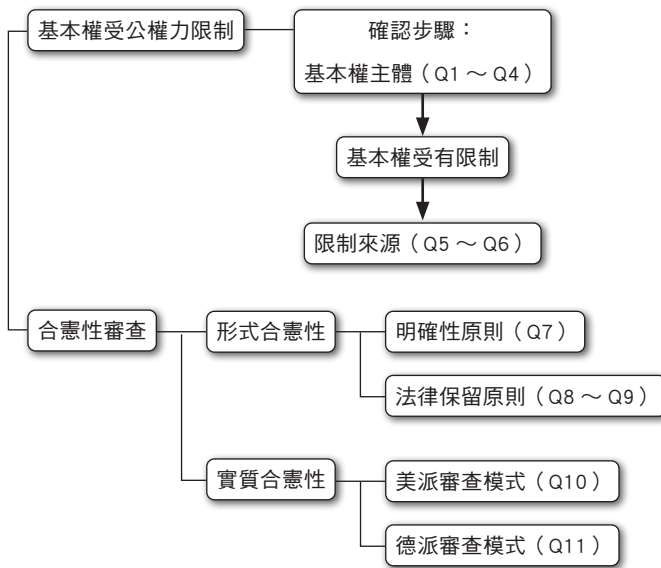


Chapter 1

基本權總論



本章介紹的是基本權審查的解題架構，以及除了各種基本權審查如何操作以外，整個解題架構可能遇到的其他爭點，包括基本權主體（Q1～Q4）、基本權拘束對象（Q5～Q6）、形式合憲性（Q7～Q9）等，並介紹實質合憲性審查的骨架、以及美派 & 德派（Q10～Q11）在實質合憲性審查中的差別，並於最後用簡單的例題帶大家輕鬆走過除了實質合憲性之外的整個審查架構。這部分最重要的是記清楚審查的步驟及思考次序，解題時切記依序檢查考點出在哪個環節，並在整個架構中找到正確的位置處理該考點，整個答案看起來才不會亂成一團，讓閱卷老師不知道該去哪裡找能給分的文句。

- Q1. 外國人可不可以主張基本權？
- Q2. 法人、非法人團體可不可以主張基本權？
- Q3. 國家可不可以主張基本權？
- Q4. 大陸地區人民的定位？

基本權拘束對象

- Q5. 國庫行為：國家私經濟行為是否受基本權拘束？
- Q6. 私人間可不可以主張基本權？

合憲性審查

壹・形式合憲性審查

- Q7. 法律明確性原則
- Q8. 法律保留原則：法律位階是否有誤？
- Q9. 授權明確性原則：行政命令有無明確的法律授權？

貳・實質合憲性審查

- Q10. 美派審查模式：三重審查基準
- Q11. 德派審查模式：比例原則搭配三重審查密度



01 外國人可不可以主張基本權？

一、基本權主體三分法

自然人作為基本權主體而享有基本權一般而言並無太大爭議，但一自然人得享有何種基本權保障，學說上則有不同討論。傳統上認為應將基本權劃分為三種不同種類而給予不同主體的限制，分別為：人權、國民權、公民權。

1. 人權：指人類與生俱來的權利，與自然人的屬性有關，是人之所以為人的基本權利，如人身自由、信仰自由、表意自由等。釋字第 708 號解釋：「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。」
2. 國民權：指具有本國國民身分之人始能享有之權利，多與國家資源的分配有關，如經濟、教育上的受益權等。
3. 公民權：指非但須具有國民身分，而且是達到一定條件的國民始得享有之權利，多與政治權力分配有關，具強烈國家主權意識，如參政權、應考試權、服公職權等。

二、三分法之反思

1. 許宗力老師

此種承繼自德國學說的三分法並非沒有爭議，如許宗力老師認為，在傳統見解下歸類為國民權而否定外國人得為此主張的生存權，所保障的已是合乎人性尊嚴之最低生活標準或社會地位，不應再區分本國人或外國人¹。

2. 廖元豪老師

廖元豪老師則批評三分法非但沒有憲法明文依據，且錯誤預設了人權、國民權與公民權間可以清楚界定，忽略人性尊嚴與經濟資源、政治權力間是相互糾結、無法區分的現狀²。

1 許宗力，基本權利：第三講——基本權主體，月旦法學教室第 4 期，2003 年 2 月。

2 廖元豪，移民——基本人權的化外之民：檢視批判「移民無人權」的憲法論述與實務，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月。

考試對策

具體來說，這個考點一般不會是一個考題的重點所在，近來與外國人基本權利有關的重要解釋為釋字第 708 號解釋，但因為涉及的是屬於上述分類下所稱的「人權」所以也沒有是否得主張的爭議，考試若碰到時迅速帶過「本題涉及人身自由之保障，蓋人身自由為……（參考上述釋 708），縱非本國人民亦可主張」等語即可，考出其他在三分法下屬人權的基本權利亦然。如果考題瞄準這個考點出題的話，比較可能的出法是討論外國人得否主張國民權或公民權，此時應該大膽假設出題老師希望看到的不只是考生知道什麼是三分法，更希望能看到考生點出三分法有何問題並加以檢討，遂應盡快將三分法的敘述帶過，將答題重點置於對三分法的檢討。



02 法人、非法人團體可不可以主張基本權？

一、法人：有限度的承認其基本權主體

1. 財團法人 vs 社團法人之區分

少數見解有認為應區分社團法人及財團法人，前者因能達到保護其背後之自然人的目的，而應肯定其為基本權主體；後者則純由財產所組成，尚無受基本權保護之必要。惟現行通說認為，在現代社會，私法人已具有獨立保護的價值，不應僅以法人是否與自然人有關聯性判斷私法人是否應受基本權保障，故應擴大基本權保護範圍，不必再強調社團法人與財團法人的區分，肯認私法人為基本權主體。

2. 立法決定 & 本質限制

但私法人作為基本權主體，仍受有兩種限制，第一種為私法人作為法律產物的先天限制，蓋無論如何，法人仍是一種法律上的產物，故仍高度受立法者決定所拘束。第二種為其本身與自然人性質有別而產生的限制，如自始沒有討論人身自由、受國民教育權等基本權利的可能（總不可能拘禁一家公司吧），換言之，性質上適合私法人所擁有的基本權利，私法人才有主張的可能。

二、非法人團體：與法人之思考應一貫

我國法一向有法人團體與非法人團體之分，非法人團體所享有的法律上權利雖不如法人團體般全面，但仍具有一定程度的法律上權能，所以細究起來，法人團體與非法人團體並沒有本質上的區別，只是程度的區別。二、既然肯定法人的基本權主體地位，就不應該否定非法人團體的基本權主體地位。釋憲實務上也已肯定非法人團體得作為基本權主體。

必讀
釋字

釋 486

為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之「團體」，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障。



03 國家可不可以主張基本權？

一、原則：非屬基本權主體

1. 針對國家性

因為基本權具「針對國家性」，以國家為主要拘束對象，所以若容許屬於國家機器的公法人得主張基本權利，將形成「自己向自己主張基本權利」的局面，實屬難以想像。

2. 不合基本權保障之目的

況且以基本權保障人民的主要目的為「保障一個人自由發展其人格」，而公法人存在的目的必須是為了追求公益，與基本權保障的目的並不相容。故公法人應非屬基本權主體，但仍容許少數例外。

二、例外：有條件的允許

1. 實現基本權的特殊任務需求

學說上認為，若一公法人因為其任務上的特殊性，成為某特定基本權所保護生活領域中不可或缺的一環，或該公法人的成立目的一定程度上可以幫助私人基本權的實現，就可以例外享有基本權主體的地位。如在德國，國立大學、廣播電視台皆具有公法人身分，由於其設置目的分別為幫助或實現學術自由及廣播電視自由，應可承認例外享有基本權主體的地位。

2. 我國學說

我國雖未承認大學及廣播電視的公法人地位，但有學者認為應放寬對公法人的定義，讓國立大學及國家出資的公共電視台成為廣義的公法人，並在國家侵犯其學術自由或廣播電視自由時，得主張其受基本權所保護。

3. 近期重要實務見解：大學

近年憲法法庭已明確肯認大學在大學自治的範圍內可享有權利主體的地位，並以此為基礎，肯認大學在其大學自治權內受訴訟權保障。因此，大學在我國憲法實務上，至少在實現其「大學自治權」保障的範圍內得作為基本權主體，應無疑義。

必讀
憲判

111 憲判字第 11 號

又憲法第 11 條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，大學自治亦屬該條之保障範圍，大學對研究、教學與學習之事項，包括大學部組織、教師聘任及資格評量，享有自治權（司法院釋字第 380 號解釋參照）。而依憲法第 162 條規定，大學係依法律受國家之監督，教育主管機關依法行使其行政監督權時，如侵害大學之自治權，大學基於受憲法保障依法享有自治權之權利主體地位（大學法第 1 條規定參照），本於上開有權利即有救濟之意旨，自應允大學提起訴訟以尋求司法救濟。



04 大陸地區人民的定位？

一、非外國人民

在中華民國的法制架構下，中華民國領土分為「台灣地區」與「大陸地區」，前者指台澎金馬等地、後者則指除台灣地區以外之領土³，因此大陸地區可說是「中華民國政府統治權所不及之中華民國領土」⁴，由此可知大陸地區人民至少不是外國人。而其基本權主體的地位，亦可由憲法增修條文第 11 條的條文「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別規定」中得知，既然憲法委託立法者做特別規定，即可推知大陸地區人民具基本權主體地位應無疑義，因為若連基本權利主體的地位都沒有，也就沒有必要授權立法者對其權利保護做特別規定了。

二、特殊限制：兩岸人民關係條例

1. 實際上遭受較多限制

雖在法律上，大陸地區人民具我國憲法中基本權利主體之地位，但學說普遍認為，即便大陸地區人民享有基本權利主體的地位，但立法者因為兩岸特殊情勢而對其權利加上了許多限制，所以實際而言，大陸地區人民的權利保障在許多地方甚至比外國人還不如。

2. 釋憲實務見解

釋字第 618 號解釋贊同立法者對大陸地區人民服公職權利設下極為嚴格的限制（入籍滿十年），招致學界許多批評。另外在釋字第 558 號解釋中，也以是否設籍於台灣地區作為差別對待之標準，認為僅設籍於台灣地區之我國人民享有無須經許可的入境權利。

3 台灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條。

4 其實就是中華人民共和國。

基本權拘束對象

基本權拘束國家公權力行使已經許久不成爭議了，所以這邊的考點主要有兩個：國家私經濟行為是否受基本權拘束？私人間之行為是否受基本權拘束？

前者答題時要提出的關鍵字是「國庫行為」，後者則應討論「基本權第三人效力」，而基本權第三人效力在適用上又有直接適用說、間接適用說、不適用說等爭議。



05 國庫行為： 國家私經濟行為是否受基本權拘束？

一、國庫行為及其態樣

國家並非只能行使公法行為，在許多情形我們都可以發現國家以私人地位與私人間從事私法行為，這種國家私經濟行為學說上稱之為「國庫行為」或「國庫行政」。而國庫行為又可以依照行為目的分為三種：

1. 行政輔助：指行政機關為滿足日常行政事務所不可或缺之物質或人事上之需要，亦有稱之為行政財產的獲致。如辦公用品的購入、警消人員執行職務所需要之裝備的購入、辦公大樓的興建、雇用保全等。
2. 行政營利：指國家以增加國庫收入為主要目的而從事營利性質之企業活動，亦有稱為營利經濟行為。如舊時政府經營菸酒公賣、監理所出售或標售車牌等。
3. 私經濟形式之給付行政：給付行政指國家授予人民利益之行政行為，目的為達成特定公共任務。國家若採用私法手段履行給付行政，如依法設置私法人並與人民簽訂私法契約供應水電、大眾運輸等，即為私經濟形式之給付行政。

二、是否受基本權所拘束

國庫行為是否須受基本權所拘束向來見解分歧，肯、否、折衷三說皆有學者主張，釋憲實務亦尚未明確表態採何說，以下分述之：

1. 否定說

認為基本權利對國庫行為全然不具拘束力，若國家恣意作為時，人民以私法途徑對抗即可，況且若行政輔助及行政營利行為須受平等原則所拘束，將導致國家負有「強制締約」義務，進而無法做任何價格競爭行為，形同宣告市場競爭活動死亡，反而妨礙國家以最經濟之方式達成目的。

2. 折衷說

認為國庫行為應部分受基本權利拘束即可，而何部分應受拘束又有下列二說：

(1) 行政私法理論

認為只有「私經濟形式之給付行政」應受基本權所拘束，因為此種國庫行為所追求的是公行政目的的達成，不能完全適用私法自治原則。至於「行政輔助」及「行政營利」則與公行政目的無關，純然是私法範圍內之行為，應可允許國家享有私法自治。

(2) 個案區分理論

認為若國家行使國庫行為時，展現出獨特的國家力量，就應受基本權利拘束。

3. 肯定說

肯定說認為所有國庫行為應一律受基本權拘束，且國家無從主張私法自治，理由羅列如下：

- (1) 基本權利的保障來自保護人民免於國家的侵犯，在國家可能採取私法手段侵犯人民的今天，更沒有理由讓私法手段的侵犯逸脫於基本權利的保護範圍外。
- (2) 私法自治的基礎為契約自由，而契約自由為憲法所保障之基本權利之一（釋 576），所以依照基本權之針對國家性，國家原則上不享有基本權主體地位，自然無從主張以契約自由為基礎的私法自治。
- (3) 否定說認為若國庫行為受基本權所拘束，會因為平等原則而失去選擇締約對象的空間，形成「強制締約」的義務。此種見解顯然誤解平等原則的內涵，蓋平等原則所禁止的是恣意、不合理的差別待遇，並非全然禁止差別待遇，故在選擇締約對象時仍可考量合理因素為合理之差別待遇，不存在「強制締約」的問題。

- (4) 行政私法理論錯認行政營利與行政輔助與公行政目的無關，事實上國家根本沒有所謂私益，所有國家行為都只有、也只能是為了公益，即便是行政營利及行政輔助，也是在履行公行政任務。



06 私人間可不可以主張基本權？

一、基本權第三人效力理論

早期學說認為基本權的功能是讓人民用以對抗國家，保障人民免於國家侵害，但後來學說態度漸漸鬆動，認為基本權亦可讓私人用以對抗其他私人，稱為基本權對第三人效力，至於基本權應如何適用於私人關係則分為「直接適用說」與「間接適用說」兩說。但亦有堅持傳統見解的學說否定基本權對第三人效力，稱為「無拘束力說」，以下分述之：

1. 無拘束力說

從基本權利的發展史來看，基本權利的發展是基於人民對國家防衛權發展而成，故基本權利只能向國家為主張，人民間的糾紛應循私法途徑解決，以免紊亂公、私法的體系。

2. 直接適用說

此說認為基本權利有超實體法的價值存在，是社會生活之客觀價值秩序，所以應該對包括公法及私法在內的所有法秩序都有拘束力。況且現代社會已不僅國家具明顯優於一般人的地位，而有侵害基本權利的可能，具經濟優勢的團體對一般人民來說，也處於難以對抗的優勢地位，讓人民以基本權利對抗國家以外的私人確有其必要性。此說的具體操作方法如下：

- (1) 在處理侵權行為時，應直接將基本權利視為民法第 184 條第 1 項前段所稱「他人之權利」，使故意或過失侵害者負民事損害賠償責任。
- (2) 在法律行為上，將基本權利視為民法第 71 條所稱之禁止規定，使違反基本權規定的私人法律行為無效。