

Section

2 Step 1. 選擇據以審查之基本權利

壹 Step 1.1 確認基本權的保障範圍⁵²

因各個基本權之保障之範圍及所涉及之生活領域不同，故在審查時，首應確定者：該特定基本權是保障何種行為方式、法益、特性或狀態及基本權主體，以確定在案件中（可能）作為審查依據之基本權利為何。確認基本權保障範圍，只是初步認定詮釋及界定基本權之構成要件，不涉及認定其保障範圍是否受限制。

貳 Step 1.2 複數基本權之審查——基本權競合⁵³

一、問題意識

所謂基本權競合，指：同一基本權主體的某特定行為同時落入數個基本權的保護領域。換言之，**當複數的基本權規範同時適用於同一事實、同一基本權主體時，將發生「基本權競合」之情形。**此時，究竟應以何種基本權作為判斷系爭規定合憲性之準據（即「據以審查之基本權」），即生爭議。以下說明之。

二、基本權競合之思考方式

(一) Step 1. 判斷複數基本權間是否存在「特別法與普通法關係」

1. 概說

基於「特別法優於普通法原則」，單獨適用作為特別法之基本權判斷

52 許宗力，基本權利：第六講——基本權的保障與限制（上），月旦法學教室第11期，2003年9月，頁67-69；劉定基，被遺忘的言論自由——論網咖相關管理措施的合憲性，憲政時代第36卷第4期，2011年4月，頁465-466；蘇慧婕，剪不斷理還亂的表意人限制——評憲法法庭112年憲判字第17號判決，新學林法學第3期，2024年6月，頁57-58；林依仁，審查依據之尋找與決定——從基本權競合到結合基本權，公法研究第7期，2023年12月，頁58-60。

53 許宗力，基本權利：第六講——基本權的保障與限制（上），月旦法學教室第11期，2003年9月，頁67-69；劉定基，被遺忘的言論自由——論網咖相關管理措施的合憲性，憲政時代第36卷第4期，2011年4月，頁465-466；蘇慧婕，剪不斷理還亂的表意人限制——評憲法法庭112年憲判字第17號判決，新學林法學第3期，2024年6月，頁57-58；林依仁，審查依據之尋找與決定——從基本權競合到結合基本權，公法研究第7期，2023年12月，頁58-60。

國家干預行為之合憲性即可。處於「特別法與普通法關係」之基本權；如果基本權未存有「特別法與普通法關係」（或不清楚），則進一步依照 Step2. 解決基本權競合。

2. 處於「特別法與普通法關係」之基本權
 - (1) 講學自由 vs. 言論自由
 - (2) 集會自由 vs. 言論自由
 - (3) 秘密通訊自由 vs. 隱私權
 - (4) 服公職權 vs. 工作權
 - (5) 其他自由權 vs. 一般行為自由

(二) Step2. 判斷本案應採取「平行審查」或「合併審查」

此時，對國家干預行為合憲性之判斷，有兩種審查方式：

1. 平行審查（我國多數見解）

所謂平行審查，指：將所有競合的基本權拆開進行平行審查，分別檢驗系爭規定的合憲性，使同一行為受到不同基本權的雙重（多重）保護，此為德國通說。

2. 合併審查

所謂合併審查，指：一次將競合的基本權合併審查，從而發生「價值聚積」之作用，使基本權行使行為原則上比單獨作用的個別基本權受更多保障，但單一基本權行使受保障程度未必低於基於價值聚積之基本權行使，此仍須視個案而定。

筆者的話

要從哪一個基本權開始審查？挑哪個基本權有差嗎？

一、問題一：從哪一個基本權開始審查？

在初學時，同學們可能時常面臨到一項困難：據以審查的基本權那麼多，我是不是需要將每一個基本權都作審查？或是，在複數基本權之審查中，如果採取「平行審查」，應該要在作答時先審查哪一個基本權？

筆者認為，應該要回到題目提供的資訊判斷，如果題目有明示或暗示考生以特定基本權作答，即應依該特定基本權作答；如果無法辨別題目之要求，筆者建議優先以與該法規範最為

相關之基本權開始作答，換句話說，以何種基本權審查可能發生的爭議最多，或何種基本權對於該審查標的之審查而言最有優勢，作為選擇優先寫哪一個基本權的判斷標準。

站在考試的角度，大多數的情況下，沒有需要將每一個基本權都全部審查完畢，也不建議這麼做，因為很多根本不存在爭議。同學們在涉及複數基本權的案件之中要學會「取捨」，並集火在有爭議、關鍵的基本權上，否則在時間及篇幅有限的前提下，若試圖面面俱到，可能反而會模糊重點。

二、問題二：挑哪個基本權有差嗎？

初學者常有個誤會是，我只要隨便抓一個基本權，能夠開啓基本權干預體系即可，似乎抓哪個基本權並不重要。這個說法其實不太精確，一方面，即使法規範同時涉及很多基本權，對每一個基本權都未必造成相同強度的干預（法規範可能侵害 A 基本權，但未必侵害 B 基本權）；另一方面，不同基本權的相關理論之適用，也是系爭規定干預特定基本權為前提，例如：言論自由之雙軌理論、雙階理論，職業自由之三段理論等，該理論之適用將決定審查標準，連帶影響法規範之合憲性判斷。總之，挑基本權是很重要的。

Section

3

Step2. 系爭規定是否構成基本權之限制（干預）

壹 基本權干預的判斷

確定特定基本權之保障範圍後，須進一步判斷：系爭規定是否干預或限制該基本權，只有在系爭規定構成基本權之干預時，才須進一步檢驗該系爭規定是否構成基本權侵害而違憲；反之，若不構成基本權之干預，根本毋庸討論系爭規定是否侵害該基本權，而應轉向討論該國家公權力是否侵害其他的基本權。

貳 判斷標準：如何認定系爭規定對基本權構成「干預」？⁵⁴

依學說見解，系爭國家公權力是否構成基本權干預（限制），其判斷方式可以區分為「古典的基本權干預」及「現代的基本權干預」。說明如下：

一、古典的基本權干預

(一) 意義

所謂古典的基本權干預，必須出於強行手段的國家法律行為，所刻意並直接造成者，始構成基本權的限制。換言之，如果以命令或強制之法律形式行使的國家行為（如法律和行政處分），其規制目的指向行為對象的基本權限制，且毋須第三人介入即可產生基本權限制的效果，該國家行為即構成基本權干預。

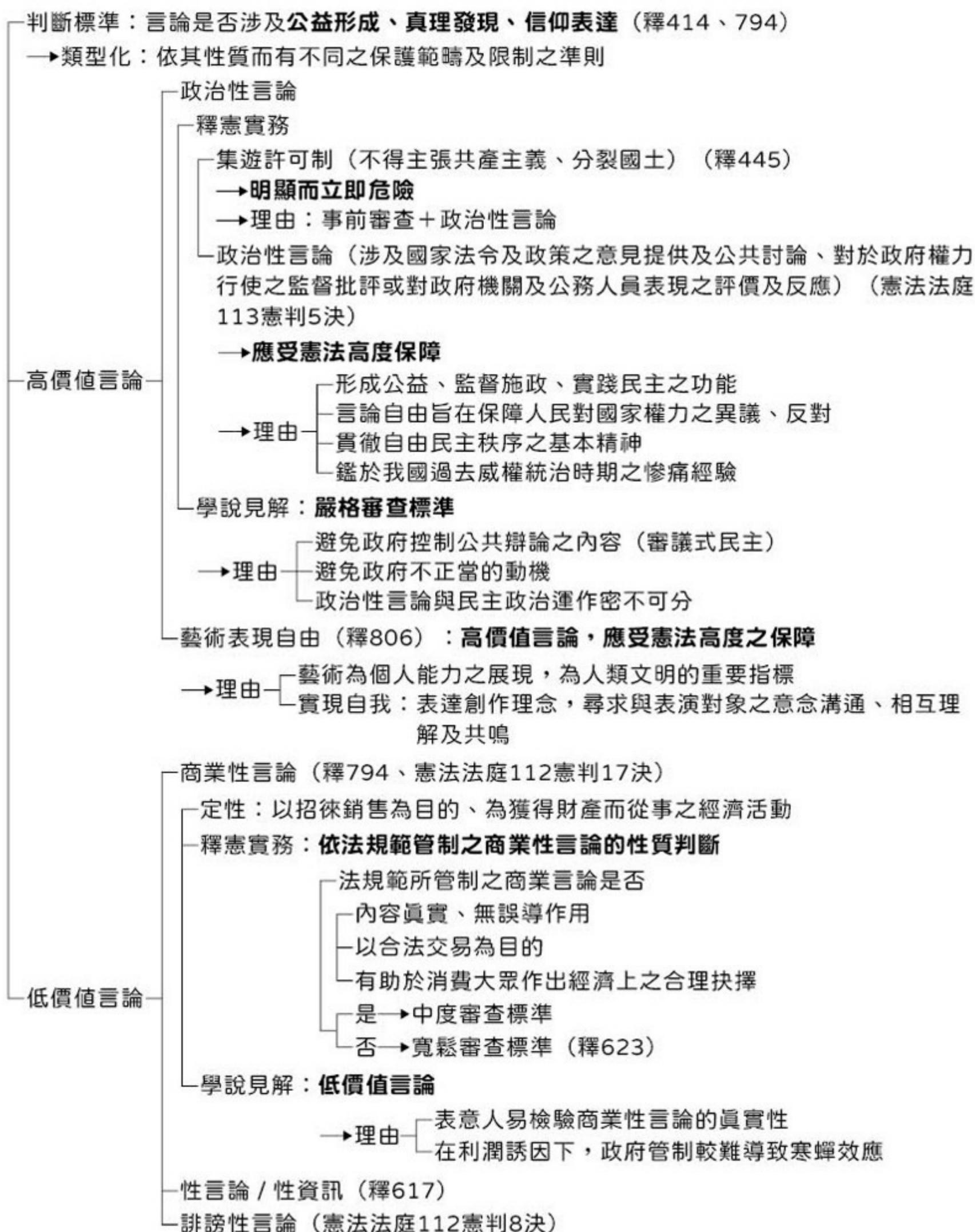
(二) 要件：目的性、直接性、下命性、法效性

要在憲法上證成古典之基本權干預，須具備以下四個要件：

要件	說明	不屬於基本權干預
目的性	在主觀上知悉且意欲侵害人民權利	單純的行為結果
直接性	須是國家措施所欲達到目的之直接結果換言之，對基本權所帶來的影響就在該公權力規制作用本身	附隨效果、間接效果
下命性	須具有下命性，必要時得以強制力貫徹之。換言之，須基於公權力下命為某行為或禁止為某行為，且當人民不遵守該命令時，國家具有制裁手段	不具下令或強制性質
法效性	須為具「法律行為」性質之國家措施	事實行為

54 許宗力，基本權利：第六講——基本權的保障與限制（上），月旦法學教室第11期，2003年9月，頁69-70；李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊第9卷第1期，1997年3月，頁62-64。蘇慧婕，正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析，台大法學論叢第49卷第4期，2020年12月，頁1947；林三欽，論基本權利之侵害，憲法解釋之理論與實務（第二輯），2000年8月初版，頁442-443；蕭文生，基本權利侵害之救濟，憲法解釋之理論與實務（第二輯），2000年8月初版，頁472-478。

參 雙階理論



進階 ▽ 114 年憲法訴訟法修法之爭議

一、問題意識

114 年 1 月 23 日修正公布之憲法訴訟法第 30 條第 2 項明定參與評議的大法官不得低於十人，然憲法法庭自 113 年 10 月 31 日起，自 114 年 12 月 19 日 114 年憲判字第 1 號判決作成之前，僅有 8 名大法官在任，故依上開規定無法進行評議，即憲法法庭無法運作。再加上在任的其中 3 名大法官認為評議不合法，故持續拒絕參與評議。在此一背景下，其餘的 5 名大法官是否可以拒絕適用憲法訴訟法第 30 條第 2 項規定？拒絕適用後，如何決定本件違憲審查程序所應適用的程序規範？在確定程序規範之後，其違憲審查程序又是否合法？

二、憲法法庭 114 年憲判字第 1 號判決（標題均為筆者所加）

（一）憲法訴訟法在不牴觸憲法的前提下，大法官自應予以尊重；然如已違背憲法直接賦予大法官職權，大法官即不應受法律拘束，並得基於程序自主，就「職權行使」之事項，客觀宣示憲法內涵的意旨

1. 憲法就大法官「職權行使」之事項保持沉默，俾大法官不受不當法律拘束，並得基於程序自主權，客觀宣示憲法內涵。

機關的組織法，指規定機關的名稱、職權、單位、人員配置及事務分配等內部事項的法律，為內部性、固定性、框架性、抽象性的規定，不因特定時點人員的增減或為處理具體個案，而有所變動。至於機關的職權行使法，則是規定該機關實現組織職權的過程的法律，有其外部性、動態性、個案性及實踐性，必須考量機關資源合理運用、處理具體事件的必要性、具體程序，以及行使結果對其他機關或人民權利義務的影響，二者性質不同。……憲法及憲法增修條文已明白區別組織與職權行使為不同的事項，並以此為基準而為各種不同的規定。

就大法官制度而言，憲法及憲法增修條文僅規定司法院設大法官，以及大法官的職權與人數等組織事項，就大法官如何行使職權，則保持沉默，既未直接明文，亦未規定應依據法律為之。從憲法及憲法增修條文賦予大法官……的職權，必已評估大法官行使此等職權，會對法律、政治及政黨有一定程度影響的角度，當可推知憲法就大法官職權行使有意保持沉默，有基於權力分立與權力制衡考量，俾大法官不受黨派及政治影響，亦不受不當法律拘束，得秉持獨立立場，基於程序自主權，客觀宣示憲法內涵之意。

2. 如認大法官職權行使受法律絕對拘束，無法落實憲法最高性

若大法官行使職權應絕對受法律拘束，不僅會發生大法官依據規定其職權行使的法律，審查該法律自身或其他相同法位階的法律有無牴觸憲法，形同規定大法官職權行使的法律，高於其他法律的不合理結果，也會導致大法官審查特定法律有無牴觸憲法，並非取決於憲法，而是取決於規定大法官行使職權的法律。憲法因而失去實質最高法位階性，根本違背憲法規定司法院大法官掌理解釋憲法，法律與憲法牴觸者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由大法官解釋之的意旨（憲§§79 II、171）。

3. 小結

憲法訴訟法作為規範大法官「職權行使」之事項的規定，自應有上開論理之適用，即大法官不受該法律絕對拘束。

憲法及憲法增修條文，對於大法官如何行使職權，採沉默態度，未規定應依據法律為之，當有基於憲法權力分立與權力制衡的考量，俾大法官不受黨派及政治影響，亦不受不當法律拘束，得秉持獨立立場，基於程序自主，客觀宣示憲法內涵的意旨。系爭規定二至六（編按：憲訴§30 II～VI）為規範大法官如何行使職權的法律，自應符合前述憲法意旨，方得據為大法官行使職權的程序規範。

憲法訴訟法既為立法院基於直接民意授權，本於憲法所賦予的立法權……所制定，而成為國家法律體系的一環，在不牴觸憲法的前提下，大法官自應尊重，不得一概摒棄不用。然而，憲法既為國家最高位階法規範，則用以規範大法官解釋憲法程序的憲訴法，自必須以能維護憲法最高法位階性為前提。若憲法訴訟法的規定已導致大法官行使職權被封鎖、阻礙，或不能妥適宣示憲法內涵，即屬違背憲法直接賦予大法官職權，而不要求其行使職權應依據法律為之的意旨，大法官即不應受其拘束。蓋若不然，將造成立法機關可以透過制定或修正不符合憲法的憲法訴訟法，封鎖、阻礙大法官職權的行使，或致大法官不能妥適宣示憲法內涵，掏空大法官的憲法解釋權，擺脫憲法對立法院議決的一切法律案（含預算案）的控制，使憲法的最高法位階性落空，立法院通過的法律反居於實質上最高法位階的嚴重後果。

(二) 違憲審查標的不得作為判斷自身合憲性的程序的程序規範

任何人不得擔任與自己有關爭議的審判者，否則難期審判公正，或易被認為審判非公正。以解決爭議為主軸的訴訟程序，更應視為當然之理。以訴訟程序中聲請法官、大法官迴避為例，被聲請迴避的法官、大法官，不得參與該

迴避聲請的裁判，否則難以期待審判公正，乃訴訟法共通的法理……。同理，在法規範憲法審查程序中，經當事人聲請作為審查標的的程序法規，既已被爭執是否違憲，不能作為憲法法庭據以判斷該規範自身是否違憲的程序規範，亦屬當然。

(三)系爭規定二（編按：憲訴 § 30 II，下同）不應作為本件適用之程序規範

1. 理由一：系爭規定二作為本件之審查標的，若作為審查程序之程序規範，將發生自我審判及自我矛盾的論理謬誤

系爭規定二既成為本件違憲審查的標的……當然不能再作為審查系爭規定二是否違憲的程序規範，否則將因系爭規定二，同時扮演程序規範與審查標的的雙重角色，造成系爭規定二自我審判的循環論證或自我矛盾的荒謬結果。

申言之……如實質審查的結果，認定系爭規定二為違憲的法律，將發生大法官竟適用違憲的系爭規定二進行憲法審查，且是依據違憲的系爭規定二所定程序，宣告自身違憲的論理矛盾。縱使……僅暫時性以系爭規定二為合憲，作為審查的程序規範，然而，若大法官於審查過程中，對於系爭規定二是否違憲，發生意見不一致，此時究竟應依系爭規定二所規定的評決門檻或依其他門檻規定，作成大法官最終評決的結果，即成為問題。若仍應依系爭規定二作成評決，則系爭規定二已足以決定評決的最終結果，而非暫時性的程序規範，未審先判的問題已然浮現。即使……大法官一致認為系爭規定二為違憲，故無評決門檻問題，但仍須於判決理由中詳細論證、說明系爭規定二……違憲理由，如此無異大法官自己證明是以違憲的程序，進行違憲審查，而且此違憲的審查程序也能導出有效判決的結果。此種程序與結果，已完全悖離憲法正當法律程序的要求。

為避免此論理的矛盾，大法官若以系爭規定二為合憲的程序規範進行審查，可能就不得以系爭規定二合憲作為最終審查結果……。而如此結果，無異未審先判，本案的審查淪為虛晃一招，且無法避免自我審判及循環論證的論理謬誤，根本違背公正審判的要求並牴觸程序法的基本法理。從而，系爭規定二，既作為是否違憲的本案審查標的，即不應作為審查本身是否違憲的程序規範……。

2. 理由二：系爭規定二已嚴重妨礙大法官職權行使

以本庭目前大法官人數為8人，若依系爭規定二，本庭將無法審理本件聲請案，系爭規定二既嚴重妨礙本庭行使憲法職權，依前所述，自不得作為