

國家權力干預人民基本權之合法性與正當性

徐良維*

【摘要】

長久以來，國家常常打著「國家安全」、「公共利益」的名義，而採取維持社會秩序的相關管制措施。由於這些管制或相關措施通常容易干預到人民之基本權利，所以人民通常會問，國家「憑什麼」及「為什麼」能這樣做，這就會牽涉到國家實施這些措施的「合法性」與「正當性」之問題。而本文主要係從公法學的觀點，來探討國家權力干預人民基本權合法性與正當性的法理根據，也就是司法對違憲法規的審查議題，尤其是從基本權的干預或限制的角度來看國家何以能將公領域的權力介入人民的私領域，在此就會牽涉到些公法上的原理原則如「法律保留」、「比例」等原則之解讀及基本權合憲性體系之相關問題。

關鍵字：合法性、正當性、違憲審查、法律保留、比例原則、人性尊嚴

* 南華大學公共行政與政策研究所碩士

壹、前言

「權力」一詞，若從研究政治現象的角度來看，自古至今，無論任何世代，由於人類社會的資源有限，而人類的慾望無窮，因此爲了分配有限的資源，同時又能維持社會基本的秩序與社會關係的動態平衡，權力關係於焉產生，通常係藉威脅、懲罰或其他特定行爲來影響他人或團體¹。而國家作爲一種典型的權威，其權力發動的理由，通常有二：一、國家擁有的人力、物力及資訊，在知識、經驗及其他能力方面，均優於私人，面臨各個問題時，可作較周延正確的判斷。所以服從國家的命令比依據自己的思考而行動更爲有利。不過，有學者認爲在今日民間活力充沛、資訊高度發達的情況考量，國家是否當然具備上述優勢，值得商榷²。二、國家爲了實現人民的付託，保障人民幸福與安寧，其前提必須保護自己生存，使國家不斷發展與壯大。同時「國家安全」、「社會安定」，乃是國家確保本身存續之必要條件³，因此爲了達成上述之必要條件，國家必須採取一些種種措施，例如維持社會秩序的相關管制措施⁴。由於這些管制或相關措施，通常容易干預到人民之基本權利，所以人民通常會問，國家「憑什麼」及「爲什麼」能這樣做，這就會牽涉到國家實施這些措施的「合法性」與「正當性」之問題。

提到國家權力的合法性與正當性，其實可說是所有政治哲學與法理學（法哲學）研究的核心⁵，國家公權力是否可以介入人民的私領域，從「市場自由主義」

1 林仲修，「權力概念之界定與分析向度」，三民主義學報第 22 期，2001 年 9 月，頁 153。

2 此乃許志雄教授之見解，同時並其文中更進一步認爲國家至少在「調整問題」及「公共財的給付」上，有比一般人更扮演適當的角色，因此探討國家權力之正當性基礎時，應從這兩個角度來觀察。參閱許志雄，「國家權力的正當性與界限」，收錄於黃宗樂，黃宗樂教授六秩祝賀論文集-公法學（一），台北：學林，2002 年，頁 26-27。

3 洪文玲，「國境安全檢查之法理探討」，收錄於李震山等，入出國管理及安全檢查專題研究，桃園：中央警察大學，1999 年，頁 231。

4 政府作爲秩序的維護者，其與人民之間的關係，如果從「權利讓渡」的理論來看，乃是類似於「理性」（公共利益）與「個人利益」之間的對立狀態，是一種上對下的管制關係，而政府最主要的功能，則是在避免所謂的「無政府的混亂狀態」。參閱蕭志豪，「政府管制之展望」，<http://www.ntpu.edu.tw/law/paper/07/2002a/9171001b.pdf>。

5 顏厥安教授的發言，收錄於顧忠華主持，「合法性與正當性研討會」，當代第 128 期，1998 年 4 月，頁 103。顏教授曾引用哈伯瑪斯（Habermas）的法理論，認爲有效性的法律提供政治權力的正當性基礎，並於公共領域中來行使，而公共領域又植根於自由的公民社會，而公民社會又必須獲得私領域之生活世界之支持，形成了環環相扣的連結，來說明若缺乏民主正當性的政治決策與法律訂定，就不具有對於人民真正的拘束效力。請參閱同氏著，「溝通、制度與民主文化」，收錄於瞿海源等，法治、人權與公民社會-自由、平等、社會正義學術研討會論文集（二），台北：桂冠，2002 年，頁 30。

(libertarianism)、「功利主義」(utilitarianism)到今日的「平等自由主義」(egalitarian liberalism)⁶，其實是有著非常艱深的政治哲學理論基礎及歷史背景。不過如果單純從公法學中人權保障的觀點來檢視國家權力之合法性與正當性，其實就是國家權力在憲法上的正當性，更簡單來說就是「違憲法規的審查」⁷，尤其要從基本權干預(限制)⁸的角度來看⁹。國家為何能限制人民之基本權利呢？因個別的基本權主體乃是生活在社會共同體的一份子，負有相互尊重對方之義務，為了確保社會共同體的擁有井然有序的共同生活，同時也為使社會共同體中的每一個人都能有相同機會與條件行使個別的基本權利，基本權的行使就須顧慮到社會共同利益的需要。換個角度來看，假如基本權的行使沒有界限，國家反將無從完成其平等保障每一人民基本權的任務，因沒有限制的基本權行使實無異於基本權的相互妨礙，最後勢必造成唯有強者才擁有基本權的危險後果¹⁰。簡言之，個人行使基本權而與他人發生衝突或有潛在衝突時，國家為了調和群體生活與個人自由，對個人基本權即得為一般性的介入而作適當的限制，不過須注意的是，當個人作為對他人或公益的影響愈大，國家介入的權限與範圍也就愈大¹¹。另外有學者以人的「自我實現」觀點來建構「基本權的本質」基礎做出發，認為社會上存在各種不同差異的人，每個人都有各自的「自我」，但每個人也都生活在社會中，自我必須面對其他人，由於生長背景與經驗的不同，人的「他我」會與「自我」發生衝突，不過若人能自我實現，也會比較容易寬容他人的實現，進而較能達成社會生活的和平，因此為了找出每個人自我實現的最大公約數，有兩種方法：一、因社會和諧的生活價值，實然由社會生成的「道德規範」；二、為了達到安定統治的目的，應然因應國家需要的「法律規範」。不過由於每個人受的道德拘束不同，因此道德只是一種主觀上的價值拘束，故一般法學研究較重視具有客觀價值拘束

⁶ 詳細說明請參閱朱敬一、李念祖，*基本人權*，台北：時報，2003年，第二章「平等自由的人權理論」，頁2-40。

⁷ 吳庚教授的發言，收錄於顧忠華主持，「合法性與正當性研討會」，當代第128期，1998年4月，頁95。

⁸ 基本權的「干預」(Eingriff)，主要係受德國法影響而慣常使用的言語，一般來說，基本權的「干預」與基本權的「限制」，乃屬同義詞，凡人民的基本權因國家行為的介入致增加行使上的困難，或致根本無法行使者，即可認定基本權限制或干預的存在(包含合法、合憲或違法、違憲之行為)。至於基本權的「侵害」，乃專指違法(憲)的基本權限制之行為，與德文所稱「Grundrechtsverletzung」相當。因此基本權限制可說是基本權侵害的上位概念，不可不辨。參閱許宗力，「基本權的保障與限制(上)」，月旦法學教室第11期，2003年8月，頁69。另外亦有將「Eingriff」翻譯成「侵入」，參閱陳慈陽，*基本權核心理論之實證化及其難題*，台北：翰蘆，2002年，頁97。

⁹ 由於憲法規定基本權的目的在於保護人民對抗恣意的國家權力，故基本權利無疑是以國家權力為拘束對象。所以從基本權之限制觀點來看國家公權力的合法性與正當性，是相當具有實益的。

¹⁰ 許宗力，「基本權的保障與限制(上)」，月旦法學教室第11期，2003年8月，頁64。

¹¹ 李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002年，頁105。

的「法律規範」上¹²。在法治國家的民主政治下，國家權力行使的正當性基礎不再是「神授」或是在憲法之外取得正當性基礎，而僅僅來自於憲法和法律，也因此國家公權力的行使，必須是具有憲法或法律的正當性基礎（憲法或法律保留）¹³，才能介入人民的私領域。由於人民權利的保障亦是國家的任務，故避免「公」領域（國家權力）的過剩或欠缺及確實維護「私」領域（人權）乃是憲法學上的重要課題¹⁴。

具體來說，國家權力的形式合法性係透過民意機關以合乎法定程序的方式，制定法規形成「制度」而取得，故形式合法性常有賴民主程序，重視程序正義及人民參與的可能性，而制度是期望透過一定「理性程序」，將與事務本質無關的感情要素盡可能的濾除，如果程序本身已不理性，制度的理性即無法呈現出來，但國家權力也不因具有形式合法性即可認為其實質正當性已具備，所謂實質正當性係指現代民主法治國家透過憲法所創造的「價值秩序」（包含比例原則、平等原則、社會國原則等），因此在憲政主義不只要求「形式的法治國家」，而同時要求「實質的法治國家」之情形下，國家權力的取得及運作，不但要「形式合法」，也同時要符合實質正當性¹⁵。也因此司法違憲審查中，常有學者指出「正當性無法取代合法性」¹⁶或「縱令程序合法亦不可取代實質正當」¹⁷。司法院大法官在 520 號解釋理由中指出「縱令實質正當亦不可取代程序合法」、523 號解釋文指出「國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當」，都是在闡明國家權力的「形式合法性」與「實質正當性」必須同時兼備，而後始符合現代立憲主義對國家的要求。

綜上所述，本文可得知從公法學的角度來看，其實國家權力干預人民基本權之正當性基礎乃在於具有民主正當性的憲法或法律上（或稱國家權力之憲法正當性），不過重點是應如何限制的問題。在此會牽涉到一些公法上的原理原則如「法

¹² 許育典，「基本權之本質」，月旦法學教室第 14 期，2003 年 11 月，頁 32。

¹³ 李建良，「自由、人權與市民社會」，收錄在同氏著，*憲法之理論與實踐（二）*，台北：學林，2000 年，頁 28-29。

¹⁴ 許志雄，「新世紀台灣憲法學的責任與課題」，月旦法學第 100 期，2003 年 9 月，頁 27。

¹⁵ 李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002 年，頁 16-17。

¹⁶ 吳庚教授的發言，收錄於顧忠華主持，「合法性與正當性研討會」，當代第 128 期，1998 年 4 月，頁 95-98。相同見解如德國學者 Karl Doehring 認為「在一個自由民主的民主制度中，並無主張正當性以對抗合法性之餘地」。參閱 Karl Doehring 訪華時演講稿，「德意志基本法之特徵-自由民主基本秩序」，收錄於法治斌，*人權保障與司法審查*，台北：月旦，1994 年，頁 294。

¹⁷ 李建良，「基本權利的理念變遷與功能體系-從耶林內克身分理論談起（下）」，*憲政時代*第 29 卷 2 期，2003 年 10 月，頁 188。

律保留」、「比例」等原則之解讀及基本權合憲性體系之相關問題¹⁸。

貳、基本權之限制概論

按憲法保障基本權利之目的，並非在使人民之行爲或法益免於受到任何的影響。實則，任何權利均有其界限，爲權利之本質所在，蓋權利若毫無界限，許多基本權主體將相互嚴重妨礙，成爲有實力者始能享有權利之局面，則易造成社會混亂與不公，違背人權保障之旨趣。因此爲了預防此種現象發生，使各種利益有所分際，各得其份，達到和諧的境界，國家自得對基本權利之行使，設定某種程度的界限，是爲「基本權利之限制」(Grundrechtsschranken)。故在確立基本權利之保護領域時，應同時認識其界限之所在¹⁹。從基本權利之防禦功能來看，此種限制無異是對人民權利的一種「干預」(Eingriffe)或「侵害」(Beeinträchtigungen)，基於憲法保障基本權利之意旨，國家自不得恣意爲之，否則即可能構成對基本權利之違法侵害(Vreletzungen)²⁰。在此須說明的是，有學者認爲人權保障如可允許法律加以限制剝奪，則將成爲虛偽不實在之權利，亦失去憲法保障之義務。其後又發展出爲維護國家安全、社會秩序、公共福祉即可限制人權之理念，表面上此種論說冠冕堂皇，事實上，如人權可以因多數人利益或多數人之贊同，即可加以剝奪或限制，則人權必失去其所謂「基本保障」、「不可讓渡」之本質，故其主張人權應用「調整」而非「限制」²¹。此種說法，頗具見地，不過本文基於論述之需要，仍採用通說「限制」或「干預」及違法之「侵害」的觀念。

依傳統上的理論，基本權之干預是指任何具目的性、直接具有法律上效果之命令強制作用之規範或個別措施。具體言之，干預措施必須是公權力目的上意欲的措施，而非因其他目的而產生非所意欲效果之國家行爲。同時它不僅僅是產生間接效果的國家行爲。而該效果亦非必須是法律上的效果，僅單純事實上的效果仍不足以當之。晚近的基本權理論，只要是公權力措施，並且可以視爲影響基本

¹⁸ 由於本文重點係在探討國家干預人民「自由權」的問題，因此在違憲審查的思維上亦以此爲中心，故「平等權」之「差別待遇」思維模式，則不在本文探討範圍內。

¹⁹ 所謂「保障基本權」，並非意味各個基本權之「保護範圍」(Schutzbereich)絕對不可侵犯，任何基本權，基於本質，均有其界限，假如期行使之方式及程度，有害他人之自由權利及社會公益時，即違背人權保障之原意，而得予以適當之限制。陳通和，*警察情報蒐集活動法律建制之研究*，桃園：中央警察大學法律學研究所碩士論文，2001年，頁159。進一步的資料可參考蔡震榮譯(原著：KarlAugustBettermann)，「基本人權之界限」，*新知譯粹*第8卷5期，1992年10月，頁57-82。

²⁰ 李建良，「基本權利之構成及思考層次」，收錄於同氏著，*憲法之理論與實踐(二)*，台北：學林，2000年，頁83。

²¹ 許慶雄，*憲法入門*，台北：月旦，2001年，頁39-40。

權利所保護法益的原因時，即使是「事實行為」或者對「基本權利之事實上影響」亦可能被視為是基本權利的一種干預²²，蓋如果國家可以採取影響性、資訊性等事實行為來取代具強制力之侵害行為，並因此得以受到較低度的法律要件拘束，以迴避法律對於侵害行為之嚴格要求，則法治國對於自由之保障將被減損，而影響性、資訊性行為之效果有時甚至超過具強制力之侵害行為²³，因此將之列為基本權利理論所討論之對象，是有必要的，同時也可知這是基本權干預的擴張趨勢²⁴。

如前所述，基本權其實不是一種絕對保障，國家在合法的情形下可以限制人民的基本權利，而一般論及基本權之合憲性體系思考其實有三個檢驗步驟，分別是：一、系爭具體案件是否為基本權利之「保障範圍」(Schutzbereich des Grundrechts) (亦有稱基本權利構成要件或基本權利之規範領域)²⁵；二、國家行為是否構成基本權利之侵害(基本權利是否受有限制之判斷)；三、侵害之合憲性(限制基本權利之憲法上合法化理由之審查)²⁶，學者因此認為於此關注的重點應在於「侵害的合法或合憲性」，而非在於「侵害」²⁷。如以我國憲法第 23 條之規定「以上各條列舉之自由權利，為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」來看，可知國家高權要對人民基本權利限制必須要以法律作為依據，並且符合比例原則，此兩者在學理上被稱之為「形式之合憲性要件」與「實質之合憲性要件」²⁸，亦有學者將之稱為基本權利違憲審查基準之「形式上審查」與「實質上審查」²⁹。值得注意的是從比較法的角度來觀察，上述基本權之合憲性思考模式係為大陸法系國家(尤其是德國)的產物，英美法由於著重「正當法律程序」，因此兩者有很大的差異，本文之後會陸續論述。

²² 程明修，「國家透過公共場所的監視器對人民基本權利的干預」，法學講座第 3 期，2002 年 3 月，頁 65-66。

²³ 林三欽，「論基本權利之侵害」，收錄於李建良，簡資修主編，*憲法解釋之理論與實務第二輯*，2000 年 8 月，頁 444-445。

²⁴ 另外值得注意的是，近年來在德國學說或法院判決中有出現將「基本權利之危害」視同為侵害的案例與見解。所謂基本權利之危害，是指基本權力在某一具體狀態中，面臨即將受侵害之危險，如果讓現狀繼續發展，該基本權利將有很高的可能性會受到侵害。同時學者指出並非所有基本權利可能危害，都將被視為基本權利之侵害，而是要看在具體個案中，涉及何種基本權利，可能危害情狀為何來定，越是與個人有關之生命、身體等重要基本權利，或一旦損害將無法彌補的基本權利，且所面臨的危害可能性越高時，被任為侵害的機會越大。參閱同上註，頁 458-459。

²⁵ 呂炳寬，「基本權之違憲審查基準」，實證法學創刊號，2003 年 9 月，頁 90。

²⁶ 李建良，「基本權利之構成及思考層次」，收錄於同氏著，*憲法之理論與實踐(二)*，台北：學林，2000 年，頁 72。

²⁷ 吳信華，「基本權利的體系思考」，月旦法學教室第 9 期，2003 年 6 月，頁 122。

²⁸ 陳慈陽、王毓正，「論司法院大法官解釋對於基本權保障之理論發展」，月旦法學第 98 期，2003 年 6 月，頁 24。

²⁹ 呂炳寬，「基本權之違憲審查基準」，實證法學創刊號，2003 年 9 月，頁 93。

參、法律保留原則

憲法學及行政法學中皆有提到「法律保留」的概念，其實兩者關心的重點是有差異的，簡單來說，「憲法層次的法律保留」關心的是國家立法權的節制，談的是國家立法權所制定之法律若限制到人民之自由權利，有無違反限制憲法之要求，重點係放在法律本身有無違憲；至於「行政法層次的法律保留」，關心的是國家行政權的節制，重點並非在法律本身有無違憲，而要談的是國家行政權干預人民自由權利時，有無法律之依據，符不符合法律之要求³⁰。由於本文係從憲法營業自由權的觀點來檢視警察相關的行政檢查權之行使，因此行政檢查是否有法律依據、符不符合法律之要求及法律本身有無違憲的問題，皆係本文所關注的重點，故本文所指的法律保留原則，係涵蓋憲法及行政法之領域。

所謂「法律保留」，意旨保留給國家立法權必須以法律形式行使之事項，只要是屬於法律保留範疇之事項，則除了國家立法權外，其他國家權力（行政權或司法權）不得恣意行使之。易言之，為了保障人民基本權，認為行政權（或其他國家權利）係缺乏民主正當性的一夥，所以願意將法規制定權託付給具有民主合法性且可信賴的民意去行使，法律保留說穿了就是在國會、政府與人民權利保護間斟酌考量，並作時代的拔河，終至情願交付危險利器（法規範）予可以期待的國會立法者的憲政機制³¹。近代民主法治國思想興起以來，法律保留原則就一直是一個備受矚目的議題，主要乃因其具重大政治上意義的緣故³²。因此警察行使干預權，會受到「法律保留」的拘束³³，也就是說把特定領域的行政行為（在此指的是警察行政行為），保留給立法者以法律規定，不得由行政機關以行政命令定之，

³⁰ 另有學者將法律保留分成「憲政」及「基本權利保護」兩種層次。前者乃是基於憲法民主國家的規定（如大法官釋字 499 號解釋文所樹立之「自由民主憲政秩序」），因而具有民主正當性的議會，得以議決國家之重大政策，尤其與國民權益密切相關之事項，僅得由亦會以通過法律的方式，行政原則上應得法律授權，方得採取具體行政行為；後者則專指依憲法第 23 條之規定，對於國民個人自由權利之限制，必須由法律規定。參閱張道義，「全民健保保險給付與法律保留原則」，政大法學評論第 73 期，2003 年 3 月，頁 12-13。

³¹ 城仲模，「法律保留之現代意涵」，月旦法學第 98 期，2003 年 6 月，頁 12。

³² 學者對此可分從兩種層面來看：一、就國家與人民關係言之，法律保留不僅促使規範兩者關係的法律在「量」上大幅增加，也因發「質」的變化，最明顯的是引入許多賦予人民得據以向法院請求救濟之公權力，對此有人稱許其強化了對人民權利的保護，但有人則批評其應對行政權的僵化負責，由此顯現出法律保留在此關聯上的重大政治意義。二、就立法與行政關係言之，法律保留在立法與行政間的權力分配問題具有重大憲法政策上之意義。參閱許宗力，「論法律保留」，收錄在同氏著，*法與國家權力*，台北：元照，1999 年，頁 118-119。

³³ 李震山，「以職權命令作為干預權依據之相關問題探討」，*台灣本土法學雜誌*第十七期，2002 年 12 月，頁 60。

而此「特定行政領域」，會隨著時空的轉移而變動³⁴，實具有濃厚的政治考量及時代性格。法律保留同時也是法治國家成立最基本要素「依法行政」的主要內涵之一³⁵。以下本文分別就法律保留的法理、範圍及與法律明確性及正當法律程序等原則之關係來做探討。

一、法理基礎

一般通說認為，法律保留原則的法理依據係在於「民主原則」及「法治國原則」。如李震山教授認為「法律保留乃係植基於「人民是目的，國家是手段」，「國家是為人民而存在，而非人民為國家而存在」，「國家組織、權限皆源自人民同意，接受人民監督」等國民主權精神，藉此強調國家之存在即以保障人民生命、自由、財產，進而使人性尊嚴及人格權自由發展，追求人民永續福祉的目的。基此，憲法所保障人民之自由權利，若需限制，或要賦予人民義務，皆須經人民選出的民意代表以合議方式同意，而行政只能依該法律行為，除非有法律授權或本於職權，方得對上述法律為補充性、執行性之規定，以免逾越權力分立既有界限，藉以保障人民基本權利，此乃法律保留原則之理論根基」³⁶，從上述這一段話可隱約看出法律保留之根基係來自於「法治國原則」及「民主原則」³⁷；張道義教授則直指出「基於憲法法治國家之原理，關於國民與國家公權力之間的事務，應由法律明確規定，以使國民基於主權所有者的身份，得以預見、甚至監督國家公權力的行使，因而基於民主國或法治國原理，均得以推論出法律保留原則」³⁸；陳春生教授更指出「法律保留其背後為民主原則、法治國原則與基本權利保護原則，因此只要牽

³⁴ 如法治國家發展過程中，警察在不同時期扮演著不同的角色。例如在警察國家時代警察可以在法律上毫無限制地發揮其作用，警察同時被視為執行福利工作的工具，在「福利」的名義下開啟了君主專制，為了增進普遍幸福可以任意地制定強制性措施以干涉人民日常生活；促進人民福利在此時於警察的意義，則轉變為消極性，甚而在今日的意義應指其「職務協助任務」而言。相關意見可參閱徐良維，*從營業自由的觀點論警察對營業場所的行政檢查權*，嘉義：南華大學公共行政與政策研究所碩士論文，2004年6月，頁11-14。

³⁵ 彭國能，「法治國之基本理念」，收錄於城仲模，*行政法之一般法律原則（一）*，台北：三民，1999年，頁397。依法行政是法治國家的一個重要內涵，其根本意義即在於行政須以法為依據，並受法之拘束，此處之「法」，不僅指憲法、法律、法規命令、地方自治法規等形式上的法，尚包含法律之一般原理原則，而依法行政原則的具體內容包含「消極依法行政的法律優位原則」與「積極依法行政的法律保留」。參閱吳信華，「依法行政原則之一：概說及法律優位原則」，收錄於月旦法學雜誌別冊，*月旦法學教室-公法學篇（1995-2002）*，台北：元照2002年，頁12。

³⁶ 李震山，「行政與法之拘束」，中央警察大學學報第30期，1997年3月，頁17。

³⁷ 從自由民主憲政秩序來看，法治國原則係來自於「基本權利保障」及「權力分立原則」，「國民主權原則」係「民主原則」的下位概念。關於自由民主之憲政秩序，請參考吳庚，*憲法之解釋與適用*，台北：三民，2003年，頁35-37。

³⁸ 張道義，「全民健保保險給付與法律保留原則」，*政大法學評論*第73期，2003年3月，頁13。

涉外部效力即法律規定或授權，外部效力即等於法律保留之同義語」³⁹。陳慈陽教授亦認為「經由憲法核心、基本權核心、實質受價值拘束之民主原則及實質法治原則等憲法秩序價值決定，來確保法之正義性」⁴⁰。

不過對此說法，仍有學說提出批評⁴¹就「法治國原則」來看，學者認為單從法治國原則導不出法律保留的要求，蓋如果法律保留在某種意義上意謂著立法者擁有就某些事項僅能由其法律規定的「特權」，則除非立法者能證明其具有某些行政權所無之特徵，否則就沒有足夠理由主張享有「特權」，今法律眾特徵中符合法治國保障人權之要求者，無論是傳統理論舉出的一般性、公開性、預先性與外部性等特徵，既已證明不具唯一性或獨特性，無法突顯出法律相較於命令的優越地位，自不能從中導出法律保留的要求。其次，就「民主原則」來看⁴²，雖然多數學說認為民主原則充當法律保留理論依據的論證基礎有二：（一）是國會乃具有最「直接民主之民主正當性基礎」（相對於政府而言），（二）則是「議事程序之特殊性」，但針對於前者而言，可能會因為政府體制的不同（內閣及總統制）而有不同的意見，在採內閣制的國家可能問題比較小，但在採總統制的國家（例如美國），由於職司行政的總統（民選總統）亦享有直接民主正當性，則可能造成行政與立法均有直接民主的正當性基礎，學者稱之為「二元民主」（dual democracy），並且認為我國現行法律保留的僵化，應允許在總統直選後之行政權亦具有民主正當性⁴³。因

³⁹ 陳春生，「行政法學的未來發展與行政程序法」，月旦法學第 100 期，2003 年 9 月，頁 193。

⁴⁰ 同時陳慈陽教授認為法為國家權力行使之正當性依據與限制之基礎，其追求的不僅是合法性，而且是對抗不正義、恣意、不平等、無限制之國家權力行使。參閱同氏著，*憲法學*，台北：元照，2004 年，頁 220。

⁴¹ 對於「法治國原則」及「民主原則」可導出「法律保留原則」之批評，主要係參考許宗力，「論法律保留」，收錄在同氏著，*法與國家權力*，台北：元照，1999 年，頁 131-132、138。

⁴² 其實從民主原則來看法律原則還有許多議題可以作深入探討。例如從「多元主義」、「反多元主義」到「新多元主義」。簡單來說二次世界大戰以後，人們感受到法實證主義所造成的惡害，體驗到了「惡法亦法」之痛苦，因此再次重新強調「自然法」的重要性，認為從自然法中可以汲取某些準繩，做為社會規範之基礎，並防範社會再度回到「不正義國家」的覆轍之爭，但確又必須面對「多元主義」不可逆之潮流，此際便有學說嘗試以一種「否定之否定」，來突破多元主義可能形成極權主義之困境，因此主張多元主義本身必須具有一定價值底線，以便能否定「反多元主義」，學說將之稱為「新多元主義」。德國在二次世界大戰受到納粹極權統治，因此對「多元主義」所帶來之惡害的反省最為深刻，而發展出一套「價值拘束性」的憲法體系，亦即「防衛性民主」之概念，其背後的思想理論便是源自於「新多元主義」的主張。參考李建良，「民主政治的建構基礎及其難題—以多元主義理論為主軸」，收錄在同氏著，李建良，*憲法之理論與實踐（一）*，台北：學林，1999 年，頁 3-47。另外關於不法之法支配行政（惡法亦法）之爭議，可參閱李震山，「行政與法之拘束」，中央警察大學學報第 30 期，1997 年 3 月，頁 14-17。又平等自由主義的支持者都會認為，拘束人權的劣法不是法，人民對於惡法有不服從的權利，參閱朱敬一、李念祖，*基本人權*，台北：時報，2003 年，頁 15。

⁴³ 所謂「二元民主」的概念，乃強調行政權可藉由透明、公開與充分參與的程序運作，建立與民間社會的伙伴關係，來取得其正當性依據，而傳統基於代議制度下的立法權，雖不至完全喪失其作為民主正當性基礎的重要既為，但已不再具有無限上綱的獨尊性質。而「一元民主」（monolithic democracy）的理念，通常內閣制的憲政制度設計息息相關，在總統制或偏向總統制（如

此剩下就只有基於「議事程序之特殊性」充當論證基礎，學者乃從這個理由做出發，跳脫傳統學說從民主原則與法治國原則的思考模式，改採「功能結構取向的解釋方法」，從比較法律與命令在組織、程序與規範結構上的差異導出「形式與內容的合比例要求」，進而證明法律保留要求的存在⁴⁴。

本文較支持通說之見解。蓋從以上之論述可知，反對說批評的立論基礎多是基於美國「二元民主」理論之考量，但二元民主並無法替代法律保留，至多只能補其所不足而已⁴⁵。以這種見解來反推，雖然德國學說及實務上近年來出現「功能最適之機關結構」理論，以解決國家權力間之界限問題，進而在針對國家權力間之違憲審查上，創造出「功能結構取向的解釋方法」。但民主原則及法治國原則對於「法律保留原則」來說，實有一定的歷史淵源而無法取代，再加上人民基本權保障的理由，法律保留其實就是從自由民主憲政秩序下來做合憲性思考的，所以吾人認為法律保留原則之法理依據正是現代立憲國家所遵循的「法治國原則」及「民主原則」⁴⁶，實毋庸置疑，至於「功能結構取向的解釋方法」，則可在「法律保留原則」在權力分立之爭議中，發揮「補充」之效果。

二、法律保留之範圍

自十八世紀末及十九世紀初，人民推翻君主專制後，擔心行政權會如同以往君主統治權般侵害人民，因此要求行政權只要消極地履行國家安全及社會秩序的任務即可，此可說是法律保留的最原始類型。自十九世紀末至二次世界大戰結束，由於國家事務無論在質與量上之擴增，使得國會不見得可逐一就涉及人民自由權利事項以法律同意⁴⁷，所以出現了許多法律保留範圍的學說⁴⁸。目前通說採取「重

我國)設計的憲政制度下，事實上不可能產生此一單一而獨尊國會的正當性思考。參考葉俊榮，「二元民主與行政程序」，收錄於台灣行政法學會，*行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟*，台北：元照，2003年，頁34、61。另外美國學者Bruce Ackerman則是將「兩元民主」的概念提升至憲法層次，而認為美國憲法實際上包含兩種民主決定：「直接民主」(人民在憲法時刻所作的憲法決定)及「代議民主」(人民選出代議士在日常立法所作的決定)，藉此來化解違憲審查「反多數之困境」。參閱湯宗德，「立法裁量之司法審查的憲法依據-違憲審查正當性理論初探」，收錄在湯德宗，*權力分立新論*，台北：元照，2000年，頁25-27。

⁴⁴ 許宗力，「論法律保留」，收錄在同氏著，*法與國家權力*，台北：元照，1999年，頁138以下。

⁴⁵ 學者即認為二元民主理論，只有民主正當性基礎，但無法治國之制衡與人民基本權利保護之基礎，即使在如何增強民眾參與程序，也只是「補充」而無法根本「替代」法律保留原則。參考陳春生，「行政法學的未來發展與行政程序法」，*月旦法學*第100期，2003年9月，頁194。

⁴⁶ 甚至解釋上更要突破以「當代多數人利益」為前提的法治國理念，對於弱勢的關照及後代利益的正義思考，毋寧是非常重要的。參閱李震山，「複製人科技發展對既有法律思維與制度-以基本權保障為例」，*月旦法學雜誌*第79期，2001年12月，頁166。

⁴⁷ 陳慈陽，*憲法學*，台北：元照，2004年，頁401。

⁴⁸ 如「列舉立法事項保留說」、「侵害保留」或「干預保留」、「權力作用保留」、「全部保留」、「絕

要性理論」⁴⁹判斷之，亦即涉及人民基本權利之重要事項應由立法者（國會）自為規定，進而導出法律保留與國會保留的層次關係⁵⁰。其中國會保留係要求特定事務必須由法律直接規定，不再授權行政機關以命令定之，可謂一種「禁止授權型」之法律保留，為法律保留之核心。我國大法官近年在諸多解釋中，均已明白肯認國家限制人民權利須符合法律保留原則，其中尤以釋字 443 號解釋為本原則最詳盡的闡釋，大法官在本號解釋中認為人民之基本權利於憲法中有不同層次的保障：（一）憲法保留：憲法第 8 條之部分內容；（二）絕對法律保留：即必須由法律自行規定，諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由之事項；（三）相對法律保留：由法律直接規範或由法律明確性依據之行政命令加以規定，其對象包括關係生命、身體以外之其他自由權利的限制，以及給付行政措施涉及公共利益之重大事項；（四）非屬法律保留範圍：屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則不在法律保留之列。以上可說是將法律保留與以層極化，學者將之稱為「層極化的保留體系」⁵¹。附帶一提，還有一些事項是完全沒有法律保留適用餘地的，稱之為「法律保留的例外」⁵²。

三、法律明確性與正當法律程序之要求

法規範之預見可能性乃是法治國原則之重要要件之一，亦即無論是法律或其他法規範在規範內容上必須符合明確性原則之要求，以資受規範之人民得以事前得知何者事項受何等規範與產生如何之法律效果，故而對於防止立法者之恣意，時具重要意義⁵³。故所謂法律明確性原則，乃在法律保留支配之下，「法律」及「法規命令」之規定，內容必須明確，涉及人民權利義務事項時，始有清楚之界限與

對保留」、「相對保留」、「基本權法律保留」、「限縮的全面保留」、「一般法律保留」、「特別法律保留」等學說。參考城仲模，「法律保留之現代意涵」，月旦法學第 98 期，2003 年 6 月，頁 11。

⁴⁹ 重要性理論乃源自 1972 德國聯邦憲法法院針對受刑人基本權的一項判決，該項判斷被公認替傳統特別權力關係譜下休止符的劃時代里程碑。法院於此判決表示，對受刑人基本權之限制，不僅於內容與程度上必須為達成符合憲法價值秩序之公益目的所不可或缺，即外觀上也須具備憲法所定之形式，換言之，受刑人的基本權唯依據法律使得限制之。在此判決之後，聯邦憲法法院更將重要性理論擴展到其他的行政領域如教育行政，甚至是給付行政等。參閱許宗力，「論法律保留」，收錄在同氏著，*法與國家權力*，台北：元照，1999 年，頁 158、160。同時有學者指出，重要性理論並非一具體明確的判斷標準，而是一種根據個案而判定規範密度的方法。參閱程明修，「法律保留」，法學講座第 15 期，2003 年 3 月，頁 43。

⁵⁰ 吳信華，「依法行政原則之二-法律保留原則」，收錄於月旦法學雜誌別冊，*月旦法學教室-公法學篇 (1995-2002)*，台北：元照，2002 年，頁 14-15。

⁵¹ 吳庚，*行政法之理論與實用*，台北：三民，2003 年，頁 108-109。

⁵² 如統治行為及其事物、裁量行為及其事物、緊急狀態或非常事態下行政機關處置權限模糊地帶之事物等。參考城仲模，「法律保留之現代意涵」，月旦法學第 98 期，2003 年 6 月，頁 13。

⁵³ 陳慈陽、王毓正，「論司法院大法官解釋對於基本權保障之理論發展」，月旦法學第 98 期，2003 年 6 月，頁 26。

範圍，對於何者為法律所許可，何者屬於禁止，亦可事先預見及考量⁵⁴（基此法律明確性之概念下，尚可分成「法律本身之明確要求」及「法律授權之明確要求」⁵⁵。）由於法律明確性之目的在使人民對該干預性法律有可預見性、可量度性及可信賴性，並使執法者有法律適用之一致性，進而形成法的安定性，若法律規定違反上述精神，即係違反憲法第 23 條之法律保留原則⁵⁶。同時抽象法規對於基本權的侵害越強，對於法律明確性的操作就應越嚴，即受規範人民的可預見性程度就應越高⁵⁷。因此法律明確性之重點係在於是否有使「受規範者可預見」。

實際上，法律明確性原則和法律保留原則有非常密切之關係，甚至可認為其為法律保留原則的內涵之一，因此違反法律明確性原則，亦會違反法律保留原則，而導致違憲⁵⁸（違反形式之合憲性要件，即無需再以比例原則來審查），我國大法官釋字第 445 號即指出「法律本身應符合明確性之要求」，至於法律明確性之判斷標準綜合釋字第 432、491、521、545 解釋之闡釋，可得出：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，運用概括條款而為相應之規定」、「法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則」、「不確定法律概念於個案中如可經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可經由司法審查予以確認，則符合法律明確性原則之要求」之結論。

另外在法律明確性之要求下，尚可導出「法律授權之明確要求」，學說上乃稱之為「法律授權明確性原則」，係指國會以法律授權行政機關制定法規命令時，其授權的「目的、內容、範圍」必須具體明確，此亦屬法律保留之內涵，正如學者所說：「在通常無特別要求的情況下，法律保留係指廣義的法律保留，亦即，法律若容許授權，在符合法律授權明確性的要求下，仍符合法律保留之原則」⁵⁹，也就是屬於前述層級化法律保留中的「相對法律保留」。此係源自於德國基本法第

⁵⁴ 吳庚，*行政法之理論與實用*，台北：三民，2003 年，頁 68。

⁵⁵ 由於限制基本權亦得由法律明確授權法規命令為之，因此在法律明確性之要求下，法律授權之目的、範圍及內容自應有明確之要求，此學說上多稱之為「授權明確性原則」為法治國原則之一環。參閱李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002 年，頁 110。

⁵⁶ 李震山，「行政法意義下之法律明確性原則」，*月旦法學*第 57 期，2000 年 2 月，頁 14。另可參閱司法院大法官釋字 402、432、445、545 號解釋有相關說明。

⁵⁷ 學者以「對基本權侵害之強弱」來決定法律明確程度的標準，參考陳愛娥，「如何明確適用法律明確性原則-評司法院大法官釋字 545 號解釋」，*月旦法學*第 88 期，頁 252-257。

⁵⁸ 相同見解，參閱呂炳寬，「基本權之違憲審查基準」，*實證法學創刊號*，2003 年 9 月，頁 95。

⁵⁹ 李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002 年，頁 65。

80 條第 1 項之規定⁶⁰，對此我國雖然欠缺憲法明文的依據，不過其理論已被大法官解釋⁶¹及多數學界所繼受並肯認⁶²。而既然法律「授權」明確性與「法律本身」之明確性都是依據憲法第 23 條所規定的「法律保留原則」而來，則違反授權明確性之要求，都得受違憲之非難⁶³，乃屬當然之理⁶⁴。最後，則是被授權之命令本身，亦須明確。蓋行政程序法第 5 條明文規定：「行政行為之內容應明確。」從而不只是行政機關發布行政處分須具體明確，依據法律授權而訂定法規命令的規範內容，也應符合明確性之要求⁶⁵，對此行政程序法第 150 條第 2 項有作特別的規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法

⁶⁰ 由於德國於 1933 年由國會制訂所謂「人民及國家緊急解教法」，不僅可概括授權內閣得訂定牴觸憲法條文的行政命令，更進一步為該命令冠以法律的稱呼，使法律與命令兩者間的分際從此泯滅，最後造成希特勒獨裁、威瑪憲政淪亡之慘劇。基於這樣的慘痛教訓，戰後的西德乃對行政命令的訂定力下層層防範措施，不僅於其基本法第 80 條第 1 項第 1 句要求行政命令之訂定在形式上要有法律的授權，同條項第 2 句更從授權規定的實質內容下手，要求授權母法的授權規定本身必須明確規定此項授權內容、目的與範圍，若授權規定本身過於籠統，未能符合此項授權明確性之要求，則不僅該授權母法本身違憲、無效，即根據該授權母法訂定的行政命令亦因失其授權依據而歸於無效。此一設計的主要目的在於防止行政命令的濫用；從立法者方面言之，禁止國會以空白、概括授權方式逃避自己的立法責任；從行政權方面言之，避免行政權藉概括授權之便僭越立法者地位以命令代替法律。參閱許宗力，「行政命令授權明確性問題之研究」，收錄於氏著，*法與國家權力*，台北：元照，1999 年，頁 216-217。

⁶¹ 我國首先引進授權明確性原則的解釋為釋字 313 號解釋，該解釋首次指出「法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」其後也經常被我國釋憲實務所引用。對此李惠宗教授歸納大法官對於「法律授權明確性」的解釋，而認為在釋憲實務的實踐上已包括下列原則：「法律授權之目的、內容及範圍應明確」（如釋字第 445、524 號）、「概括授權限於技術性與細節性之補充規定」（如釋字第 514）、「概括授權限於技術性與細節性補充規定」（如釋字第 367、389、394、456、479、524 號）、「法律授權係屬義務課予，而非權限授予」（如釋字第 524 號）、「法律是否授權以法律總體關聯意義為斷」（如釋字第 394 號）、「再授權禁止原則」（如釋字第 524 號）。參閱李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002 年，頁 65-68。此外，吳庚教授認為我國大法官對法規是否符合明確性的審查密度，有層級化之趨勢，如涉及構成刑罰構成要件的規定，對符合明確性原則採嚴格的要求（如釋字第 522 號）；涉及行政罰或秩序罰構成要件之規定，對明確性原則的遵守採中度要求（如釋字第 432 號）；至於涉及國家安全或主管機關專業考量之事項，對明確性原則採低度要求（例如釋字第 479 號）。參閱吳庚，*憲法之解釋與適用*，台北：三民，2003 年，頁 171-173。

⁶² 不過國內亦有反對見解，如楊智傑氏在法理上以「美國的禁止授權原則」為基礎，而認為我國引進德國的授權明確性原則，實過於過強。參閱楊智傑，「授權明確性之法理分析與經濟分析」，http://home.kimo.com.tw/yangjames2000/lawpaper/economic_analysis_of_specific_delegation.htm。

⁶³ 姜悌文，「行政法上之明確性原則」，收錄於城仲模，*行政法之一般法律原則（二）*，台北：三民，1997 年，447。

⁶⁴ 廖元豪教授比較了德國與美國兩國法律保留的模式，對我國法律保留在釋憲制度上作了一個新的詮釋。氏首先認為從我國司法院大法官將「法律保留用語」、「授權明確性概念」、「重要性理論」引入，可見是將德國的法理論引進我國（並將法律保留、法律明確性及授權明確性之概念置入憲法第 23 條中），其次在「授權明確性」的違憲審查上，大法官似乎主要以行政命令為審查對象，且通常不將授權之法律宣告違憲（亦有例外，如釋字第 491、522 號解釋），故可認我國似乎和美國「不授權原則」審查行政行為（法院不用不授權原則審查立法，而退縮至審查行政行為，以尊重立法者）類似，但又不如美國審查寬鬆，因此廖教授肯認我國大法官在「法律保留」釋憲實務上，已走出一條本土化的路。詳細說明請參閱廖元豪，「走自己的路-大法官法律保留本土化之路」，*台灣本土法學雜誌* 第 58 期，2004 年 5 月，頁 21-40。

⁶⁵ 程明修，「行政處分之明確性」，*法學講座* 第 9 期，2002 年 9 月，頁 21-23。

精神。」不過由於我國行政程序在立法過程中，過度偏重外國法制的參考，而未針對國內通行的「授權命令」以及「職權命令」預作規範，基於此原因，再增訂第 174 條 1 之規定，行政機關之前依中央法規標準法第 7 條所訂定之各種命令⁶⁶，特別是職權命令，涉及人民權利義務的部分，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定，逾期失效。同時司法對此命令之審查標準也應較嚴格對待⁶⁷。基此理由大法官釋字 514 號解釋認為僅屬職權命令性質的「遊戲業輔導管理規則」，由於屬於未獲法律授權所發布之命令，有違憲法第 23 條之法律保留原則，主管機關應不予採用。

綜上所述，法律明確性實可分為三個內涵：「法律本身之明確」、「授權目的、內容、範圍之明確」及「命令之使「受規範者可預見」，因此有學者依立法者之判斷不同，將「可預見性」之判定基準分成三種：（一）立法者未作授權決定時，法律本身即應確保人民明確⁶⁸，其共同的使命就是要達到「法治國原則之法安定性之維護」及對相關規範之可預見性。（二）立法者決定授權、又希望行政機關循一定方針來制定授權命令時，可一併將授權命令應遵循的實質基準訂明於授權條款之中，在此情形，人民對授權條款之信賴應予維護，授權命令內容之形成也應在由授權條款觀察可預見之範圍內。（三）立法者決定授權，並以爲事務之性質適合由行政機關裁量制訂施行辦法時，授權僅需具備內容、目的及範圍之明確性即可，蓋此時人民之注意力即轉向授權命令，待授權命令公告實施後，就授權命令本身要求明確性即可，不須要求授權命令之內容從授權條款即可全面預見⁶⁹。頗值參考。

至於正當法律程序（due process of law），係源自英美法概念（本文另會在比例原則及美國法部份提及，在此處係指程序面的正當法律程序而不涉及實質面），我國憲法條文雖然沒有清楚的「正當法律程序要求」明文，但在司法實務上則有

⁶⁶ 中央法規標準法第 7 條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」

⁶⁷ 學者有稱「職權命令」為一種未經法律授權之「法規命令」，理論上這些「應領而未領通行證」的「事實上」獨立法規命令，應以牴觸憲法而無效視之，但既然實務界不能貫徹法律保留的要求，猶視其合法、有效，我們就只能退而求其次，要求法院直接根據憲法上保障人民基本權利的相關規定，採用審查密度最高的標準從嚴審查之，或稍能彌補因法律缺席所造成的漏洞。當然，相較之下，法院對有法律授權的非獨立性命令審查，原則上自得相應地放寬。參閱許宗力，「訂定命令的裁量與司法審查」，收錄於氏著，*憲法與法治國行政*，台北：元照，1999 年，頁 19-20。

⁶⁸ 此三者學者乃通稱為「法規範的明確性」，詳細之論述可參閱張道義主持，*全民健康保險保險給付之法律規範研究*，高雄：行政院衛生署委託國立中山大學研究計畫，2002 年，頁 41-63。

⁶⁹ 蔡維音，「專業行政領域之授權立法-評釋字 524 號解釋」，*月旦法學雜誌*第 74 期，2001 年 7 月，頁 181-182。

採取類似的概念，大法官最初援用正當法律程序於人身自由之保障及相關司法相關程序（釋字第 384、396、471、523 號解釋），並再進一步擴展到行政領域（釋字第 462、488、491、535、563 號解釋）中⁷⁰。一般來說，學說多認為正當法律程序的憲法依據在於憲法第 8 條「人身自由保障」之「法定程序」、憲法第 16 條「訴訟權」及其他基本權之「基本權利的程序保障功能」⁷¹。但英美法的「正當法律程序」及歐陸法的「基本權利之程序保障功能」⁷²（屬於基本權的客觀面向功能）⁷³，應是不同面向的思考。英美法認為正當程序保障是一種獨立的權利或原則⁷⁴，而歐陸法（以德國法為主）則是將正當程序保障視為一種附隨個別基本權利的一項功能，因此導致我國究竟是採取何種模式乃滋生疑義⁷⁵。李震山教授對此疑義乃提出解決方案：「先將個別基本權內客觀面向之「程序保障功能」主觀化為「程序基本權」（具有主觀公權力），同時再一般化為「程序保障」之憲法原則⁷⁶，作為個別基本權保護範圍無法涵蓋時之補充依據，猶如平等權與平等原則」⁷⁷。此種見解若從調和歐陸法及英美法之爭論及建構本土化「正當程序」實有一定貢獻，值得參

⁷⁰ 吳庚，*行政法之理論與實用*，台北：三民，2003 年，頁 107-108。

⁷¹ 楊雲驊，「憲法上正當法律程序之保障」，*法學講座*第 24 期，2003 年 12 月，頁 3-7。

⁷² 程序保障功能有兩種面向，一是積極面向功能，一是消極面向功能。前者係課予國家提供適當組織與程序的義務，以積極營要一個適合基本權利實踐的環境，幫助人民基本權利落實的一個功能，同時並非每一個基本權都會具備此項功能，只有需仰賴程序保障功能方能落實的基本權（例如釋字 364 號的廣播電視自由權），才有具備此項基本權功能之必要。後者則消極減少基本權實害的發生，亦即基本權實害未造成前，事先透過適當程序的採用，或予以防止，或至少將實害的發生機會減至最基，理論上每一個基本權都會擁有此種面向的功能，因此學者認為此種面向的保障功能與美國法上之正當程序相當。參閱許宗力，「基本權的功能」，*月旦法學教室*第 2 期，2002 年 11 月，頁 76-79。

⁷³ 基本權作為組織與程序保障，亦稱為「透過組織與程序來實現與保障基本權利」，此種「基本權的客觀法內涵」並非「程序基本權」，而是為了保障實質基本權而導出的程序與組織面向。參閱張嘉尹，「基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向」，收錄在翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會，*當代公法新論（上）*，台北：元照，2002 年，頁 51。

⁷⁴ 如學者就謂美國憲法是將（程序的）正當法律程序當作是一種獨立的基本權類型，其概念內涵包括我國憲法第 16 條的訴願及訴訟權、第 8 條的法條程序與正當行政程序的權利。參閱林子儀，*憲法權力分立*，台北：學林，2003 年，頁 377。

⁷⁵ 例如釋字 384 號係認為正當程序保障係人身自由權保障不可或缺之功能（歐陸法）、釋字 396 號則係將正當程序保障視為是一種獨立的原則（英美法）、釋字 488 號認為正當法律程序保障附隨於「財產權」存在（歐陸法）、釋字 491 號認為正當程序保障附隨於「服公職權」而存在（歐陸法）。顯見我國司法實務對於此爭議仍未定論。

⁷⁶ 對此學者有批評。李建良教授認為將個別基本權內客觀面向之「程序保障功能」主觀化為「程序基本權」會有「再主觀權利化」的問題，因而建議將此主觀權力內涵直接從基本權利的主觀面向直接推演即可，實無庸以此種「迂迴之道」來建構另一主觀權利體系，這種思考取向，主要是基於基本權的主觀及客觀面向的關係，在德國迄今仍未尚未釐清，因此「除非必要，否則寧簡勿繁」。參閱李建良，「基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克身分理論談起（下）」，*憲政時代*第 29 卷 2 期，2003 年 10 月，頁 194、197。不過也必須承認，在德國一般承認價值秩序理論的學者都會認為，除了主觀防禦權外，如果想要比較完整的保障人民的基本權利，都要表現在基本權利的諸種客觀法內容以及其「主觀化」的結果上。參閱張嘉尹，「論價值秩序作為憲法學的基本概念」，*國立台灣大學法學論叢*第 30 卷 5 期，2001 年 9 月，頁 15。

⁷⁷ 李震山，「論程序基本權之建構與落實」，收錄在*台灣行政法學會，行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟*，台北：元照，2003 年，頁 68-69。

考。本文認為，為建立起本土化之正當法律程序概念，實有必要從現有的法規範及人權保障之觀點來觀察，因此可將正當程序保障當作是一種基本權利的獨立類型，至於條文依據則可將憲法第 8 條之「正當程序保障」繼續衍生，解釋成一種基本價值，使人民得以獨立主張之（涉及人身自由權部分，不論司法程序與行政程序均有適用），同時並將憲法第 16 條訴訟權（或稱訴訟基本權⁷⁸）當作在司法訴訟程序中「有效權利保障」之最低要求⁷⁹（符合司法之最後手段性之要求），最後並以憲法第 22 條未列舉之基本權利條款來保障現有規範之不足⁸⁰。此外，國內學界相關之爭議尚有憲法上的正當法律程序是否在國內已由「法律明確性」、「比例原則」所取代的問題⁸¹（由於比例原則係屬實質正當之問題，故詳後述）。

正當法律程序在本文的重點乃在於其和法律保留的關係，尤其是正當法律程

⁷⁸ 將憲法第 16 條當作一個基本權，不只要國家消極的不予侵害，更積極的要求國家建立一套保障權利的訴訟制度，而這個訴訟制度在制度上應讓所有公私法權利都有獲得有效率救濟的可能，如果國家未制定一適當的制度即屬立法懈怠，若所設立之制度違反司法獨立或放任制度的非本質化，使司法判決或司法權之行使受有非制度性的影響，即屬侵害人民之訴訟基本權。參閱李惠宗，「從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障」，收錄於同氏著，*權力分立與基本權保障*，台北：韋伯，1999 年，頁 253-254。吳庚教授則認為訴訟權的保障範圍可包括：一、凡憲法所保障的權利，遭受公權力不法侵害，國家均應提供訴訟救濟途徑，即所謂「有權利即有救濟原則」。二、訴訟救濟途徑最後的審級，應為憲法上法官所組成的法院，其他機關不得作為終審。三、訴訟程序包括刑事訴訟、行政訴訟即民事訴訟均應以法律規定（法律保留原則），且其內容也須符合法治國家的正當法律程序。四、訴訟過程中之實際運作，無論有無成文或不成文規範之依據，都不應使審級救濟喪失功能。同時這四項保障範圍，由於本身具有流動性，未來仍會有修正或補充之可能。參閱吳庚，*憲法之解釋與適用*，台北：三民，2003 年，頁 130-131。

⁷⁹ 陳愛娥教授從大法官釋字 396、418、436、446 號解釋作觀察，認為大法官在這幾號解釋中都以「正當法律程序」來輔助說明憲法第 16 條訴訟權保障之意旨，如此似有反使訴訟權保障成為「空匣子」，因而主張應將憲法第 16 條的訴訟權保障理解為在司法程序中，人民「有效權利保障」之最低要求。參閱陳愛娥，「正當法律程序與人權保障-以我國法為中心」，*憲政時代*第 29 卷 3 期，2004 年 1 月，頁 369-370、377。本文亦贊同之。

⁸⁰ 事實上，以憲法之「非列舉權」來當作行政程序之正當性依據也並非本文所獨創，蓋在日本，雖然日本法憲法第 31 條是將正當法律程序限定在「司法程序」，但實務的運作上，1972 年的「川崎民商案件」以及 1992 年的「成田新法案件」雖然已將之擴張至行政程序，但仍必須由最高法院綜合考量才能做決定，對此學說上乃發展出將行政程序之正當性求諸於憲法第 13 條的「幸福追求權」（非列舉權）。參閱蘆部信喜著、李鴻禧譯，*憲法*，台北：元照，2001 年，頁 218。又如李震山教授強調的從個別基本權利之程序保障功能而共通化的「程序基本權」，其憲法依據就是根植於憲法第 22 條。參閱李震山，「程序基本權」，*月旦法學教室*第 19 期，2004 年 4 月，頁 33。

⁸¹ 如湯德宗教授從釋字 409 及 491 號解釋認為大法官似已達成共識，不再以「實質正當」一詞涵攝「實質正當程序概念」，而改以「法律明確性原則」稱之。參閱同湯德宗，「憲法上的正當程序保障」，收錄在*行政程序法論-論正當行政程序*，台北：元照，2003 年，頁 203。楊雲驊教授則觀察釋字 384、462、523 解釋認為正當法律程序在國內容易與「明確性原則」、「比例原則」產生糾葛，明確性原則可否取代正當法律程序，從大法官相關解釋中，似乎難以理出一較為清楚的脈絡可尋。參閱楊雲驊，「憲法上正當法律程序之保障」，*法學講座*第 24 期，2003 年 12 月，頁 10-11。陳愛娥教授則指出大法官對「依法定程序概念」中的法律，其「實質上正當」的要求為何，似乎有點舉棋不定。從釋字第 384 號解釋提及「罪刑法定主義」、經釋字第 436 號的指向「比例原則」，到釋字第 523 號解釋傾向法律明確性的要求，最後釋字第 567 號又回歸比例原則。參閱陳愛娥，「正當法律程序與人權保障-以我國法為中心」，*憲政時代*第 29 卷 3 期，2004 年 1 月，頁 369。

序可否代替法律保留？有學者認為將「程序合法」成為「依法行政」的一環，可以防止曲解「法治」之情形發生，且可緩和法律保留的僵化，因此主張違反「正當法律（行政）程序」，亦屬違法⁸²，似是認為正當法律程序在某一程度上可以代替法律保留。反對說則認為除非有更堅實的法理根據（如行政規則在法律保留有漏洞時具過渡的效力）與配套之制度設計（特別是針對二元民主理論），否則應持否定見解⁸³。另外有學者主張將正當法律程序當作是基本權限制之形式合法要件⁸⁴。本文認為雖正當法律程序之貫徹已成為我國依法行政的新趨勢，但由於我國並不屬英美法系、且受歐陸法之法律保留影響較為深遠，又二元民主理論在我國學說實務尚未普遍接受前，應認為正當法律程序無法替代法律保留，但可補充法律保留之不足，同時可作為基本權利限制具體化的媒介，蓋立法機關愈是使用不確定法律概念，以限制人民的自由或權利，則愈是需要特定的法定程序，藉以將該限制予以具體化⁸⁵。因此似可將之視為基本權合憲思考中的「特別形式上之合憲性要件」，例如給予人民「陳述意見的權利」、「令狀主義」、及刑事訴訟法上的證據排除或證據禁止⁸⁶等，都是此處要探討的重點。

肆、比例原則之概念及所衍生之違憲審查基準

比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）亦有稱「過度禁止原則」

⁸² 湯德宗，「行政程序法的立法目的」，收錄在同氏著，*行政程序法論—論正當行政程序*，台北：元照，2003年，頁61-62。

⁸³ 陳春生，「行政法學的未來發展與行政程序法」，*月旦法學*第100期，2003年9月，頁193。

⁸⁴ 蕭文生教授認為國家權力欲侵害人民自由及權利必須符合形式及實質的合法要件，而形式的合法要件中，正當法律程序是最重要的要求。參閱蕭文生，「自程序與組織觀點論基本權利之保障」，*憲政時代*第25卷3期，2000年1月，頁29。陳愛娥教授則引用德國學說及實務的見解認為基本權的「法律保留」應包含「程序保留」在內，立法者越是用不確定的概念來描述實體權利限制的條件時，就越需要藉助特別規定的程序，來具體化此限制的條件，這顯示「法律保留」範圍的擴張，於此應注意立法機關與釋憲機關權力的消長問題。參閱陳愛娥，「基本權作為客觀法規範-以組織與程序保障功能為例，檢查其衍生的問題」，收錄於李建良，簡資修主編，*憲法解釋之理論與實務第二輯*，2000年8月，頁263、267-268。

⁸⁵ 李建良教授認為立法者若以「需要填充的實體法上規範」限制基本權利的保障範圍，則必須輔以一定形式化、且可資司法審查的程序，以確保重要的決定要素得以獲得檢驗，並達到規範目的，因此程序權（大陸法的正當法律程序）乃是基本權保障的必要工具之一。參閱李建良，「基本權利的理念變遷與功能體系-從耶林內克身分理論談起（下）」，*憲政時代*第29卷2期，2003年10月，頁187。

⁸⁶ 這也是學者所強調的將「刑事訴訟法作為應用憲法」的概念，這種概念的形成基本上也有兩個方向，一是來自於憲法規範位階效力之優越性，一則刑事訴訟法有積極形成憲法客觀價值的內容，也因此台北地方法院的88年訴字第826號判決即是以憲法第16條及「正當法律程序」直接拿來作為否定證據能力的依據。參閱林鈺雄，「刑事訴訟法作為應用憲法」，

<http://www.ntpu.edu.tw/law/seminar/2001/20011130/20011130.doc>。

(Übermaßverbot)，為法治國家原則中一個重要的內涵原則，乃為調合公公益間之衝突，達到符合實質正義理念的一種理性思考法則，此原則乃要求國家為達公益目的所採取的手段須與其所侵害的私益間，有相當程度的比例關聯性⁸⁷，也就是說比例原則在強調國家進行干預行政時，不得為達目的而不擇手段，重視目的與手段之間之均衡⁸⁸。學說大多認為此原則係源自於德國警察法⁸⁹，至二次世界大戰後，隨著基本法的制定，才逐漸擴展到各公法領域（其他行政領域及憲法領域），比例原則自始被廣為援用，且成為憲法（基本法）位階的法規範，故比例原則不僅能拘束行政權之行使，甚至可以作為審查立法權的工具⁹⁰。而德國基本法上其實並無「比例原則」之明文，而是在基本法制定後，透過聯邦憲法法院之解釋，將基本法的第 1 條 1 項「人性尊嚴不可侵犯」、第 3 條 1 項的「平等原則」、第 19 條 2 項的「核心內涵不容侵犯」、第 20 條 3 項及第 28 條 1 項的「法治國原則」解釋為比例原則之基本法依據，且學說上也大多認為將正義理念連結至「法治國原則」及「基本權之本質」可構成比例原則之法理基礎⁹¹。因此比例原則在公法學上可涵蓋憲法層次上的比例原則及行政法層次上的比例原則。

比例原則是一個廣義的概念，其主要內容又可分為三個次要概念：一、妥當（適當）性原則。所謂妥當性原則是一個目的導向之要求，即要求侵犯人權之措施必須確實能達到其法定目的。就以侵犯人民基本權之法律而言，立法者所規定的限制條款必須符合其立法目的，而行政機關作為行政行為亦須符合其行政目的。二、必要性原則。是指在所有能夠達到法定目的之方式中，必須選擇予人民「最少侵害」之方法，又稱為侵害最小原則，「不可以砲轟雀」及「殺雞焉用牛刀」就是形容此一原則的名言，因此，要求採取「最溫和手段」的必要性原則，其考慮的焦點就在於各種手段間的取捨，唯有在非用「最後手段」不可時，方得用之。三、狹義比例原則（均衡原則）。係將公益追求之價值內容與所侵害之人權，猶如

⁸⁷ 吳信華，「法治國家原則（三）-比例原則」，收錄在月旦法學雜誌別冊，*月旦法學教室-公法學篇（1995-2002）*，台北：元照，2002年，頁10。

⁸⁸ 李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002年，頁112。

⁸⁹ 最早出現比例原則考量的國家應屬英國，西元1215年英國頒佈的大憲章即限制君主任意逮捕，並對所犯之罪，輕者輕罰、重者重罰。不過德國在1882年普魯士最高法院在著名的「十字架山（Kreuzberg）案件判決中，宣示了「法律保留」及「必要性」原則，其中必要性原則在此指出：警察以「美學眼光」所頒佈之禁令，非其法定權力所必要。自此行政法學對「比例原則」（必要性原則），正式進入開拓期。因此學說多認為比例原則乃源自德國法。參閱朱金池，「行政法比例原則之研究」，*空大行政學報*第1期，1994年5月，頁135-136。

⁹⁰ 一般來說，比例原則實具有雙重性質，一方面它是一種規範，違反此規範將遭受制裁，另一方面它也是一種審查工具或手段，為執法者提供制裁的理由。參閱陳淳文，「比例原則」，收錄於台灣行政法學會主編，*行政法爭議問題研究（上）*，台北：五南，2000年，頁98、105。

⁹¹ 蔡震榮，「論比例原則與基本人權之保障」，收錄於同氏著，*行政法理論與基本人權之保障*，台北：五南，1999年，頁131。

「天秤」一般來做相互的比較權衡（價值衡量），是否成比例。「殺雞」（人權之限制）「取卵」（公益之追求），即是最佳的寫照。這種對於侵犯人民權利的價值，與所追求之公益目的間作一衡量，使其不偏不倚，可以反映出國家的人權理念及社會的價值標準⁹²。另外除了上述三個子原則外，有學者認為「時間上之合適性」，也就是「目的達成後，或發現目的無法達成時，處分應即停止」，亦應屬比例原則之內容⁹³，實值參考。

因此比例原則可說主要在調和「公益之必要」與「權利或自由之侵害」。一方面承認國政之推行應消極地排除障礙，積極地追求公共福祉，以發揮福利國家經世濟民之功能，當公益追求與個人權益保護處於緊張關係時，爲了公益的追求，於事理上承認人民的自由權利應受限制。另一方面，亦執著於此種自由權利之「侵害或限制」不可漫無邊際，應以該被認可的公益之達成上所「必要」者爲限。在此種公益、私益相互調和的思想契機下，隨時代潮流演進，必然會發展出公私利益調和下的比例原則⁹⁴，我國法亦不例外。以行政法層面來看，我國在現行法律中有不少表現比例原則之規定，如行政程序法第 7 條（最完整）⁹⁵、行政執行法第 3 條⁹⁶、集會遊行法第 26 條⁹⁷、社會秩序維護法第 19 條第 2 項⁹⁸、警察職權行使法第 3 條第 1 及第 2 項⁹⁹等。在司法實務上，大法官解釋也一再引用比例原則之概念，

⁹² 陳新民，*中華民國憲法釋論*，台北：三民，2002 年，頁 170-172。

⁹³ 具體的法規範內容如行政執行法第 8 條第 1 項：「行政執行有下列情形之一者，執行機關應依職權或因義務人、利害關係人之申請終止執行：一、義務已全部履行或執行完畢者。二、行政處分或裁定經撤銷或變更確定者。三、義務之履行經證明為不可能者。行政處分或裁定經部分撤銷或變更確定者，執行機關應就原處分或裁定經撤銷或變更部分終止執行。」及警察職權行使法第 3 條 2 項規定：「警察行使職權已達成其目的，或依當時情形，認為目的無法達成時，應依職權或因義務人、利害關係人之申請終止執行。」參閱李震山，*行政法學論*，台北：三民，2003 年，頁 286。另有學者認為此等「時間適當性」，只是「必要性」原則之變形，且構成比例原則之界限，似不承認將之當作獨立的子原則。參閱蔡茂寅，「比例原則的界限與問題性」，收錄在月旦法學雜誌別冊，*月旦法學教室-公法學篇 (1995-2002)*，台北：元照，2002 年，頁 116-117。亦有學者直接稱之為「時間必要性原則」，直接在「必要性原則」中探討之。參閱「狂牛風暴-行政裁量與比例原則」，收錄在月旦法學雜誌別冊，*月旦法學教室-公法學篇 (1995-2002)*，台北：元照，2002 年，頁 133。

⁹⁴ 朱源葆，「警察人員運用比例原則處理群眾活動之法律界限」，*警政學報*第 22 期，1993 年 1 月，頁 37。

⁹⁵ 行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失平衡。」可謂將學說論述予以條文化。

⁹⁶ 行政執行法第 3 條規定：「行政執行，應依公平合理之原則，兼顧公共利益與人民權益之維護，以適當之方法為之，不得逾越執行目的之必要限度。」

⁹⁷ 集會遊行法第 26 條規定：「集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當之方法為之，不得逾越所欲達成目的之必要限度。」

⁹⁸ 社會秩序維護法第 19 條第 2 項：「勒令歇業或停止營業之裁處，應符合比例原則。」

⁹⁹ 警察職權行使法第 3 條第 1 項規定：「警察行使職權，不得逾越所欲達成執行目的之必要限度，且應以對人民權益侵害最少之適當方法為之。」同條第 2 項規定：「警察行使職權已達成其目的，或依當時情形，認為目的無法達成時，應依職權或因義務人、利害關係人之申請終止執行。」

如釋字 221、224、288、321、327、339、359、409、488、535 等號解釋。而行政法院的判決亦有引用比例原則之例，如 83 年判字 2291 號判決中闡釋：「比例原則係淵源於憲法上法治國思想之一般法律原則之一種，具憲法層次之效力，故該原則拘束行政、立法及司法等行爲。因而，行政機關於選擇達成行政目的之手段時，其所作成之行政處分必須符合比例原則，換言之，除該行政處分須最適合於行政目的之要求，並不得逾越必要範圍外，尚須與所欲達成之行政目的間保持一定之比例，始足當之。」¹⁰⁰除此之外，比例原則亦和「不當聯結禁止原則」¹⁰¹和「行政裁量原則」¹⁰²有密切關係，且已擴大適用至「給付行政」領域¹⁰³，甚至是一般民刑事案件¹⁰⁴。就行政法領域的「比例原則」之運作，由於其中心思想就是防止「行政權過度膨脹」，所以就是以法律爲中介下的受「依法行政」要求與受「依法審判」要求的司法權兩大權力系統間的調節問題，基此學者認爲行政法上的比例原則的意義與功能主要在提供司法權（在我國主要是行政法院）得據以主張其對行政型爲審查係「依法」而爲的重要工具¹⁰⁵。

¹⁰⁰ 吳庚，*行政法之理論與實用*，台北：三民，2003 年，頁 61。

¹⁰¹ 不當聯結禁止原則，係實質法治國原則的派生原則，其與比例原則所蘊含的「恣意禁止」精神，同其旨趣，旨在防止國家機關濫用其權力，以免國家權力不當擴大，漫無邊界。參閱李建良，「行政上不當連結禁止原則」，*月旦法學雜誌*第 82 期，2002 年 4 月，頁 21。李惠宗教授更進一步指出，「不當連結禁止」原則和「比例原則」一樣並非法規有規定的「形式合法性」問題，而是「規定是否合理」的「實質正當」問題。不過兩者仍有區別，蓋此原則乃用以驗證，「可不可以」將某些要素納入考慮的問題，旨在排除不理性或虛偽的因素，而非某要素應如何考慮的問題（此係比例原則所要處理的問題），而某一因素是否符合「合理連結」關係，不是以該要素與決定有無「牽連關係」爲斷，而應以對「達成目的」是否具有「正當合理關聯」爲斷。參閱李惠宗，「三次翹課死當-不當連結禁止原則在學業成績評量的應用」，*台灣本土法學雜誌*第 56 期，2004 年 3 月，頁 156。

¹⁰² 法律的結構通常可以分成「構成要件」與「法律效果」兩部分，在行政法規中，立法者經常授權行政機關於法定要件該當時，尚得依個別具體情況，決定法律效果之是否發生或如何發生，對此一般稱爲「行政裁量」或「裁量處分」，行政機關行使裁量權以作成行政處分時，必須遵守比例原則，否則即屬權力之濫用（裁量濫用），而構成違法。參閱李建良，「亂丟紙屑的代價-行政裁量與司法審查」，收錄在*月旦法學雜誌*別冊，*月旦法學教室-公法學篇（1995-2002）*，台北：元照，2002 年。不過亦有學者認爲違反比例原則係屬「裁量權之逾越」，參閱邱華君，「公務人員對行政法上比例與裁量原則之認識」，*考銓*第 23 期，2000 年 7 月，頁 88。不過不管如何，比例原則可當成是「行政裁量」的界限。

¹⁰³ 由於授益行爲兼具侵益性的「雙重效果」屬性將會正當化比例原則在此領域的適用。比例原則在於給付行政上，衍生出「給付禁止過多」原則，包括實質正當性的「恣意給付」與雖有理由但「過多給付」，此種情形往往屬於行政裁量或立法裁量之濫用，而過多的給付，亦會同時違反平等原則。參閱李建良，「比例原則在授益行政領域之適用」，收錄在*月旦法學雜誌*別冊，*月旦法學教室-公法學篇（1995-2002）*，台北：元照，2002 年，頁 118-119。李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002 年，頁 115。

¹⁰⁴ 普通法院之民刑事判決，亦履見以比例原則介入私法行爲，審查私法契約有無險失公平、違反公序良俗，進而否定其效力，刑事案件上如違法搜索所取得之證據有無證據能力的問題（刑事訴訟法第 158 條之 4）。參閱林石猛，「比例原則在我國司法裁判之實踐」，收錄在氏著，*行政訴訟類型之理論與實務*，台北：學林，2002 年。

¹⁰⁵ 在依法行政之「法律保留」原則之要求下，所有侵害人民權利的行政行爲均須有法律的依據或授權，但在立法於監控該等有侵害人民權利之虞的行政行爲力有未逮，正是司法權任務的開端，獨立審判的行政法院，在依法裁判的要求下，須爲立法者所制定之約束行政行爲的法律規定把關，亦即須進行干預性行政行爲之合法性控制，以貫徹立法者人權保障之任務。參閱蔡宗珍，「公法上之比例原

比例原則若以憲法層面來看，其實就是基本權限制之實質性要件¹⁰⁶（或稱實質合憲性、實質阻卻違法事由、實質正當等）。蓋為顧及國家社會之發展，國家固得基於公益理由，限制基本權之保障範圍，但因基本權具有先憲法性，存在於自然法概念中，不待憲法或法律形成即可享有最基本的防禦功能，而能免於國家權力不當的干預，故關於限制人權之限制範圍，並非可任意完全自由地設置，而是應受某些附加條件限制基本權之限制範圍，因而這些條件就成為使限制範圍得以保持其界限之限制，稱為有限的限制範圍，這些條件通常係為憲法的原理原則。因此簡言之，國家立法限制人民基本權時，須受到憲法原則的拘束，此又可稱之為「限制的制限」（Schrankensschränke）¹⁰⁷。而比例原則即是對基本權限制之限制。理論上，基本權限制之限制也是來自於為了填補法律保留的弱點，蓋法律保留的弱點顯示在它打開了立法者對基本權的干預與占有，如此可能會導致此權的濫用，並產生立法機關壓制、限制及毀滅人民的自由權（德國納粹經驗即是血淋淋的例子），因此在基本權也對立法拘束的條件下，乃緩和了法律保留（國會至上）所帶來的衝擊¹⁰⁸。

探討憲法領域的「比例原則」，無可避免會涉及「違憲審查基準」。所謂違憲審查基準，簡單來說就是比例原則在違憲審查制度中應如何操作的問題，蓋比例原則談的是目的與手段間關係之衡量，因此違憲審查之結果究應從寬或從嚴，就是關鍵所在，這個問題至今在憲法學中仍極具爭議性。以比較法的觀點來看，從比例原則發展出來的違憲審查基準理論較完整的國家可以歐陸法系之「德國」及英美法系的「美國」為代表（至於「日本」則跟美國理論較有淵源），故違憲審查理論有德派跟美派之區別。

以德國的理論來看，比例原則在違憲審查中，除要求限制基本權的目的必須具有憲法之正當性外，還要求採取限制之手段首先必須適合目的之達成（適合性要求），其次必須屬不得已的，也就是對基本權影響、限制最小的手段（必要性要求、最小限制手段），以及達成目的所獲致利益必須大於對私人基本權所造成損害（比例性要求）。具體來說比例原則之操縱上可分成「手段適合性之審查」、「手段

則初論--以德國法的發展為中心」，政大法學評論第 62 期，1999 年 12 月，頁 84、92。

¹⁰⁶ 比例原則本為行政法上之一般法律原則，但經由學說不斷發展與實務的援用，乃逐漸演變具有憲法位階之效力，其乃拘束國家各機關（立法、行政、司法），同時法院甚至將之當作檢驗國家行為是否合憲之基準，尤其是在有關侵害憲法基本權利之問題點上，更具有意義。換句話說，基本權利本身同時構成國家限制基本權利之界限所在。

¹⁰⁷ 李惠宗，憲法要義，台北：元照，2002 年，頁 111-112。

¹⁰⁸ 蔡震榮譯（原著：Karl August Bettermann），「基本人權之界限」，新知譯粹第 8 卷 5 期，1992 年 10 月，頁 61。

必要性之審查」及「手段合比例性之審查」三個階段性之審查，並且在進入這三階段審查前，尚有立法者之「目的」本身是否合憲之問題（立法目的本身須受審查）¹⁰⁹。以我國憲法 23 條來作例子，「目的之審查」係指考量比例原則中所欲達成之目的是否合乎「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之一般公益目的或憲法基本國策中之特別公益目的（如憲法本文第 145 條第 1 項明定國家限制私人財富或私人企業，應基於防止妨害國際計民生之平衡發展的目的），而目的之審查又可分成消極面向之目的（禁止立法者追求明顯違憲的目的，也就是「要求不作為」）和積極面向之目的（進一步要求立法目的必須符合所預設並允許的基本權限制目的，也就是「要求作為」），由於這些公益目的皆為「不確定之法律概念」，同時給予釋憲者相當大的裁量空間，故不論德國或我國幾乎未見有法律因追求目的而被宣告違憲之實例¹¹⁰。附帶一提的是關於「公益目的」，德國聯邦憲法法院在「藥房判決」中，針對職業自由之限制區分三種不同程度之公益（「一般公益」、「重要社會公益」及「特別重大之公益」），也成為德國實務上在違憲審查基準的寬鬆上一個重要標準（本文鑑於此涉及德國個別基本權中職業自由或營業自由之限制問題，故此部分詳後再述）。在釋憲機關審查通過「目的」之合憲性後，接著就可進入比例原則之「三階段審查」。理論上可分為「禁止過度侵害」及「禁止保護不足」兩種審查模式。所謂「禁止過度侵害模式」，乃是著重在抑制國家權力（主要是立法權）過度侵害人民權利，因此在三階段的審查上，第一階段「手段適合性的審查」主要在要求立法者限制基本權的手段必須適合目的所追求公益目的之達成。第二階段「手段必要性的審查」則是要求立法者應在所有同樣適合達成目的之限制基本權的手段中，選擇對私人基本權限制最小者為之。此審查階段具體的判斷上可分為「其他可能手段的相同有效性」、「較少限制性」（從涉及基本權的種類相關狀態、手段對基本權侵犯的強度、受侵犯之相對人的數量等相關因素作綜合觀察）及「較少或至少相同的公益成本耗費」（由於必要原則主要在保障人民之基本權利，而非公共利益，故公益成本耗費之判斷在整個必要性原則之審查上，只能扮演一個附帶、消極的角色）等三個重點。最後則是「手段合比例性之審查」，也就是審查限制基本權之手段所追求或增進之公益是否大於對私人所造成之損害或不利益，是屬於利益衡量的問題，也由於利益衡量離不開價值判斷，而價值判斷容易流於判斷者個人主觀感情、偏好的恣意決斷之緣故，因此可說極具爭議性，不過仍可從「基本權的侵害強度」來個案判斷，以及所衡量所獲致或維護之利益大小與份量，對此德國聯邦憲法法院認為可從「公

¹⁰⁹ 有人將此種「目的合憲性之審查」稱之為「實質正當之審查」。參閱呂炳寬，「基本權之違憲審查基準」，實證法學創刊號，2003 年 9 月，頁 95。

¹¹⁰ 許宗力，「基本權的保障與限制（下）」，月旦法學教室第 14 期，2003 年 11 月，頁 53-54。

益重要性」(「一般公益」、「重要社會公益」及「特別重大之公益」)與「公益急迫性」(影響因素包括危險嚴重程度與危險發生之可能性大小)兩者來判斷所獲致或維護之利益大小與份量,並發展出「越如何,則如何」的比較性衡量公式

(je-desto-Formel),也就是要求對基本權的侵犯越嚴重,所獲致利益就須越大,越有份量,不過由於理論上仍嫌空洞化,實有待透過個案的累積,以減少恣意判斷之可能¹¹¹。而所謂「禁止保護不足」模式,雖和禁止保護模式有類似的結果,但卻具有不同的檢驗的內涵,應可列為獨立審查標準,不過此會牽涉到德國所特有的「國家保護義務」¹¹²的問題,蓋國家履行保護義務,往往涉及國家提供保護之給付能力問題(如資源之有效性),因此往往也會因為設定給付條件,而同時對相對人或其他第三人基本權加以干預。禁止保護不足模式在具體的檢驗步驟上,首先在三階段前,仍有「目的正當」問題,由於「禁止保護不足原則」乃是針對一個「目的設定」的立法要求,而憲法委託的內容,應即為保護法律之立法目的,在「適當性原則」之檢驗上,乃在要求國家實現保護義務所採取的手段應有助於基本權保護目的之達成,和「禁止過度模式」相同,但就「必要性原則」之檢驗上,則是以「實效性原則」(Effektivität)來取代,也就是若存在著另外可能採行較佳或更有效之保護措施,但卻是一個「強度同樣小」的手段時,公權力若不採行,即違反此原則,至於「均衡性原則」則亦與「禁止過度侵害」模式大同小異,也就是要求國家提供保護的手段與保護目的均衡地合乎比例¹¹³。

¹¹¹ 同上註,頁 54-59。

¹¹² 所謂「國家之保護義務」,又稱為「基本權利保護義務」(grundrechtliche Schutzpflichte)、「不足禁止原則」(Untermaßverbot),泛指人民可以根據基本權利規定,向國家請求保護其基本權利所保障之利益,以免受到其他人民或非來自非國家的侵害,其與基本權利的防禦面向形成對比,具有「人民-國家-人民」的三角組合。此乃德國聯邦憲法法院所建構的概念與理論,而後為德國學說承認並加以探討,雖然德國學界對於保護意義的內涵有爭議,但對於國家負有保護基本權利的義務,則無異說。而聯邦憲法法院對於保護義務的論證基礎可分為二:一是基本權利的客觀面向,另一則是人性尊嚴(早期係著重於基本權客觀功能面向,近期則轉而從人性尊嚴的角度建構保護義務)。至於學說對於保護義務的討論大體可以分為「從國家目的理論的發展出發」、「從憲法規定的文義出發」、「從基本法規定的文義出發」、「從人性尊嚴出發」及「基於防禦權的觀點出發」等論點與發展取徑。詳細說明請參閱李建良,「基本權利予國家保護義務」,收錄於同氏著,李建良,《憲法之理論與實踐(二)》,台北:學林,2000年,頁 62-77。併可參閱張嘉尹,「論價值秩序作為憲法學的基本概念」,國立台灣大學法學論叢第 30 卷 5 期,2001 年 9 月,頁 13-15。

¹¹³ 程明修,「禁止過度侵害與禁止保護不足」,月旦法學教室第 17 期,2004 年 2 月,頁 11。不過有學者持不同見解。如李建良教授即認為,乍看之下,「不足禁止」似乎是「過度禁止」之反面,構成立法形成自由的「雙重限制」,亦即已「過度禁止」作為侵害的界限,而「不足禁止」作為保護的底線,但若從「比例原則」觀點來看,若基於保護義務而須對第三人的權利予以干預者,基於比例原則的意旨,此種干預比須足以到保護的目的,且無其他有效、但對受干預者侵害較小的手段始得為之,此外其所欲保護的利益與所受侵害間,尚須處於合理的關係,就此而言,不足禁止原則,不外乎是過度禁止的一種表現方式,其兩者間並無實質上的不同,立法者並非因「不足禁止」概念的提出而受到較大或額外的限制。其次,國家履行保護義務時,若未干預到其他第三人的權益,則此項義務應儘可能地予以履行,亦即國家應儘可能採取有效的措施,於此情形「不足禁止原則」自無用武之地。也因此李教授認為關於保護義務的範圍與司法審查的問題,其基本構造予基本權防禦功能的問題面向,應

值得一提的是，在違憲審查之基準上，德國聯邦憲法法院曾在「勞工參與企業判決」中，嘗試建立起「明顯性審查」(Evidenzkontrolle) (最寬鬆)、「可支持性審查」(Vertretbarkeitskontrolle) 與「強烈之內容審查」(intensivierte inhaltliche Kontrolle) (最嚴格) 等三種嚴寬不同的審查基準，而聯邦憲法的基本考量點，最主要在於系爭「基本權利之重要程度」，即「人身之緊密程度」(Personnähē)，也就是「對於人之核心領域之自由之重要性越大，則其應受保護之程度越強，從而對國家提出正當性基礎之舉證責任之要求也越高」，特別是人民自由權利之保護，同時對於自由民主制度具有建設性時，尤其有適用此一原則之餘地，反之，人民之自由與社會共同生活之關係越密，特別有關職業或經濟之活動，則法律為保護公共利益而對人民自由之限制，越能予以接受，而賦予立法者較大的形成空間¹¹⁴。其次，從「功能結構」的觀點來看，「事務的種類」(如經濟規制與稅法領域適用可支持性審查，國防外交事務適用更寬的明顯性審查)、「所涉及法益的重要性」(涉及人類生存所需之最基本需求的事務，適用強烈內容之審查標準)及「預測性事務與須要對衝突法益作利益衡量之事務」(因法院不可能獲致確信所需的足夠資訊，故只能從寬審查)等，亦都會被聯邦憲法法院拿來當做考量之依據¹¹⁵。

至於美國法的理論則與德國法之理論有些許不同，美國的違憲審查基準是從「正當法律程序」的「實質正當」來的，於個案分析上採立法達成之目的與手段間應具合理適當的關聯原則或比較個別法益(人民基本權)與公益之維護，以判定立法是否有實質公益存在或絕對必要之公益，作為立法是否正當之依據¹¹⁶。不過我國學者都會將之視為一種美國法上「比例原則」之詮釋方式，而形成明確的審查密度層級體系¹¹⁷。美國法制在判斷立法是否具有正當性之相關裁判上，除以方法手段間之必要合理作為認定之標準外，並將公共利益分為「合法的」(legitimate) 利益、「實質重要」(substantial or important) 的政府利益、「相當急

無重大差異，立法者一方面享有形成的空間，另一方面則受到比例原則的制約，故所謂「不足禁止」原則的提出，僅是觀察角度的不同，並無新意。參閱同上註，頁 99-101。同時併可參閱 Christian Starck 著、李建良譯，「基本權利之保護義務」，收錄於李建良，*憲法之理論與實踐* (一)，台北：學林，1999 年，頁 144-147。

¹¹⁴ 李建良，「論立法裁量之憲法基礎理論」，收錄於同氏著，李建良，*憲法之理論與實踐* (二)，台北：學林，2000 年，頁 375。

¹¹⁵ 許宗力，「憲法與政治」，收錄於*憲法與法治國行政*，台北：元照，1999 年，頁 49-50。

¹¹⁶ 郭介恆，「正當法律程序-美國法制之比較研究」，收錄於城仲模教授祝壽論文編文集委員會，*憲法體制與法治行政* (二)，台北：三民，1998 年，頁 163。

¹¹⁷ 陳淳文，「比例原則」，收錄於台灣行政法學會主編，*行政法爭議問題研究* (上)，台北：五南，2000 年，頁 106。對此法治域教授則很清楚的指出，由於美國法沒有如德、法等國有比例原則這樣的觀念，因此美國人很難回答什麼是比例性，其與行政法有何關聯，不過美國違憲審查之審查基準，似乎是道出了一些重要而為其他法制比例原則基礎的東西。參閱法治域，「比例原則」，收錄於氏著，*人權保障與司法審查*，台北：月旦，1994 年，頁 335。

迫及非常重要」(compelling)的政府利益，視繫爭法律所涉及基本權利之不同，區分為三種不同程度之審查基準，分別針對法律之「目的」及「手段」，以及「兩者的關聯性」加以檢驗，此乃美國通說所稱之「三重審查基準」¹¹⁸，而其前身則是目前日本法通說的「雙重審查基準」¹¹⁹。三重審查基準中的「合理關連性審查標準」(the rational relationship test)，是三基準中最寬鬆的審查標準，其僅要求政府措施之目的乃為追求「合法的」(legitimate)利益，而其手段只要與目的具有「合理關連性」(rational relationship)即可，適用此種基準的案件類型，通常為涉及「經濟性基本權利」者，因此，有關社會或經濟性之立法，幾乎少有機會被判定違憲，立法者在此因而享有很大的裁量權，事實上是對政府立法或行政部門決定的完全順從，也等於是對政府立法或行政部門決定的完全放任。其次，「中度審查基準」(the intermediate scrutiny test)，乃法院審查係爭法律或其他政府措施是否合憲時，首先會審查該法律或政府措施之目的，是否在追求「實質重要」(substantial or important)的政府利益，其次則審查政府措施手段與目的是否具有「實質的關聯性」(substantially related to achievement of those objectives)，此種審查基準，由於近似於一般性的利益權衡，因此結果的不確定性較高，通常在「法律平等保護原則」中，有關「性別」或「非婚生子女」作為差別待遇分類標準之立法或行政措施，會以此種基準審查之¹²⁰。至於「嚴格審查基準」(the strict scrutiny test)，則是最嚴苛的審查標準，其要求政府措施之目的乃為「相當急迫及非常重要」

(compelling)的政府利益，同時要求其手段必須是「必要且侵害最小」的方式，由於符合嚴格的審查標準幾乎不可能，因此只要法院使用嚴格的審查標準，所有被審查的法律或其他政府措施幾乎均難逃過被法院宣告為違憲的命運。適用此種

¹¹⁸ 對於美國「三重審查基準」之詳細說明，請參閱林子儀，「言論自由的限制與雙軌理論」，收錄於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，*現代國家與憲法*，台北：月旦，1997年，頁649-656。及同氏著，「言論自由專論」，收錄於李鴻禧等，*台灣憲法之縱剖橫切*，台北：元照，2002年，頁166-167。

¹¹⁹ 所謂「雙重審查基準」，又稱為「二重基準論」，其源自美國聯邦最高法院於1938年United States v. Carolene Products Company一案中，大法官Stone於判決中的「註解四」的三段文字之論述：「在表現自由等精神自由所加的限制，在受法院審查時鮮少被推定為合憲」、「對財產權等經濟自由之限制，則被推定為合憲的機會較大」、「又影響民主體制基礎的政治程序之法律，應受更嚴格的司法審查」。進而發展出司法消極不介入的「合理關連性審查標準」及司法積極介入的「嚴格審查基準」，至於「中間審查基準」，則是美國於1970年代鑑於許多有違「性別平等」的立法順利通過違憲審查的檢驗，遭到婦女團體之批評，而開始提高對性別平等之審查標準所產生的，是介於「合理」與「嚴格」之間的審查標準。而在日本，也由於學者「蘆部信喜」及「伊藤正己」教授的積極引進，「雙重基準論」至今已在日本成為通說地位。關於「雙重審查基準」之演變的詳細說明，可參閱陳秀峰，「司法審查之基準-二重基準論在美日之演變」，收錄於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，*現代國家與憲法*，台北：月旦，1997年，頁592-436。及李建良，「論基本權利的位階次序與司法審查基準」，收錄於陳新民、劉孔中主編，*憲法解釋之理論與實務第三輯*，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所專書，2002年，頁131-167。

¹²⁰ 對於美國聯邦最高法院針對「性別」或「非婚生子女」在「法律平等保護原則」上的實證分析詳細說明，可參閱史慶璞，「法律平等保護原則實證適用之研究」，收錄於同氏著，*美國憲法與政府權力*，台北：三民，2001年，頁248-254。

審查基準的案件，通常是涉及基本權中某些特別重要的「政治性權利」（如言論自由）、生命選擇權、婦女終止懷孕選擇權等，或是在平等權案件中有關以種族、國籍、膚色等作為差別待遇標準之分類。

綜上所述，德國法的審查基準是認為一個法律是否合憲，必須要通過「比例原則」三個子原則的檢驗才行，而相對的，美國法上的審查基準則是一種個案審查，一個法律是否合憲，必會先挑選出一個審查基準來從事審查，對此學者認為德國模型可說是相當於西餐中的「套餐」，而美國模型則相當於西餐中的「單點」¹²¹，可看出其不同。至於我國是應採何審查模式，似乎在國內未見定論，但大體來說，留學美國的學者（如林子儀大法官）大都認同美國之個案審查模式可針對不同案例，建立不同審查標準並予以類型化，可促進建立更豐富、更細膩的規範體系¹²²；而留學歐陸國家的學者（如許宗力大法官）則多會著眼於法治國家中人權保障之要求，要求任何限制人權的立法，不論追求是何種公益，限制的是何種人權，其限制手段都應一體適用比例原則的三個子原則¹²³。本文鑒於我國在違憲審查之制度上（司法院大法官會議）較偏向德國式的集中抽象審查制，有別於美國式的分散具體審查制¹²⁴，故在針對「國家公權力干預人民基本權之合法性與正當性」中「實質正當」領域，較贊同採取德國法的思考模式。

伍、其他對限制基本權法律之制約

所謂對限制基本權法律之制約，係指限制人民基本權利的法律，在實質內容上必須具備合憲性。這種實質的制約除了前述「比例原則」及「不當連結禁止原

¹²¹ 許宗力，「基本權的保障與限制（下）」，月旦法學教室第14期，2003年11月，頁60。

¹²² 林子儀，「言論自由導論」，收錄於李鴻禧等，*台灣憲法之縱剖橫切*，台北：元照，2002年，頁173。同時林大法官在司法院釋字第571號的協同意見書及第584號之不同意見書中有完整論述。

¹²³ 許宗力「比例原則予法規違憲審查」，收錄於林山田教授退休祝賀論文編輯委員會，*戰鬥的法律人*，台北：元照，2004年，頁225。同時許大法官在司法院釋字第578號協同意見書中有完整論述。

¹²⁴ 美國的違憲審查制度（1803年設立），由於並未設立特別的違憲審查機關，所有法院均有違憲審查權，也就是在審理具體案件時亦附帶行使違憲審查，如法院認定某項法律違憲，其效果僅於個案拒絕適用，並不發生抽象對世的效力。相對的德國於二次世界大戰後所建立的違憲審查制度（1951年設立），否定普通法院法官得審查法律之合憲性，另設憲法法院來獨占法律違憲之違憲審查權，而人民聲請違憲審查之管道則透過「憲法訴願」為之，而憲法法院之判決，具有對世的一般效力，其有權撤銷違憲之法令，而非僅在個案拒絕適用。參閱吳志光，*比較違憲審查制度*，台北：神州，2003年，頁41、46。

則」之制約外，學說上認為尚有「個案法律之禁止」或、「指明條款之要求」、「核心（本質）內容之不可侵犯」。

德國基本法第 19 條第 1 項規定對限制基本權的法律的兩種制約，一為「不得制定個別性法律」，所謂個別性法律係指相同的事實關係為數甚多，而立法者卻恣意的選擇其中一件加以規範之謂，另一為法律應明定其所欲限制的基本權，規範目的在於確定立法者作為限制對象的基本權，因而國會在制定法律時應預估其對基本權限制的各種效應，學說對前者稱之為「個案法律之禁止」

（Einzelfallgesetz），後者為「指明（條款）之要求」（Zitiergebot）¹²⁵。不過在實踐上會碰到一些問題，如「個案法律之禁止」的主要目的是要防止立法者濫用法律保留，而對某一個人或某些人民加諸「特別利益」或「特別不利益」而設的禁止規定¹²⁶，也就是國會特意謂某一單獨事件制定法律，這種法律會違背平等原則而無效，如此似乎在我國適用憲法第 7 條之平等原則即已足夠¹²⁷（尚可從權力分立的角度來看），無須特別強調「個案法律禁止」的觀念（因為我國憲法未如德國在基本上有明文），其次在釋憲實務上，大法官在釋字 520 號解釋理由書認為「立法院通過興建核電廠之相關法案，此種法律內容縱然包括對具體個案而制定之條款，亦屬特殊類型法律之一，即所謂個別性法律，並非憲法所不許。」而肯認「個案法律」之存在可能性¹²⁸，因此本文認為德國法之「個案法律之禁止」在我國實無須特別強調。而就「指明（條款）之要求」而言，雖然其目的是要求立法者限制基本權的意圖應儘量明確，以免適用法律之機關如行政機關或法院之誤解，甚至擴張解釋被限制人權之範圍，但這種「警告」及「理智」的作用¹²⁹，學者多認為不具重要意義，而視為訓示規定¹³⁰。也因此探討除比例原則外的「其他對限制基本權法律之制約」，重點實在於「核心（本質）內容之不可侵犯」。

德國基本法第 19 條第 2 項規定：「無論任何情形，基本權利之本質內容皆不得被侵犯。」易言之，國家絕不可對之加以限制或侵害。此項對基本人權本質內容（Wesengehalt）保障之規定，旨在避免基本人權保障淪為僅具宣示性

¹²⁵ 吳庚，*憲法之解釋與適用*，台北：三民，2003 年，頁 173-174。

¹²⁶ 法治斌、董保城，*憲法新論*，台北：三民，2003 年，頁 139。

¹²⁷ 李惠宗教授除了「比例原則」外，同時把「平等原則」當作是「對基本權限制之限制」，而強調法律限制人民之自由權利時，應符合「相同事情為相同對待，不同事情為不同對待」之憲法原則。參閱李惠宗，*憲法要義*，台北：元照，2002 年，頁 117。

¹²⁸ 不過須注意的是，大法官雖然在本號解釋認為個別性法律並非憲法所不許，但該號解釋涉及者係有關核四廠是否興建之政策問題，不同於限制人民權利之規定，因此如果有某一法律僅針對特定人之權利予以剝奪或限制，應屬違憲，不過理由係在於違反憲法第 7 條平等原則。

¹²⁹ 同前註，頁 139。

¹³⁰ 吳庚，*憲法之解釋與適用*，台北：三民，2003 年，頁 174。

(deklaratorischer Charakter)、流於空轉 (leerlaufend) 或內涵遭致掏空 (Aushöhlung)，其主要用以作為立法者限制基本權利時之限制 (界限)¹³¹，而德國學者也多將「不侵犯基本權利之本質內容」視為法律限制基本權利之實質阻卻違法事由。然而何謂「基本權利的本質內容」，至今仍未有法律將之具體化，聯邦憲法法院及其他聯邦法院也至今未作明確闡釋，因此在德國學界可說一直爭論不休。不過大可以分為「相對本質內容說」及「絕對的本質內容說」。「相對說」是指是否侵犯基本權的本質內容，須就個案衡量公益與私益孰重而判斷，因此相對的本質內容說相當於比例原則 (實際運作的結果，會被比例原則所取代)，而「絕對說」則不把本質內容視為一項客觀上衡量的準則，而是堅持個人基本權某些不能碰觸的部分，與「本質內容」、「核心範圍」、「最低度內容」、「根本實質」等用語非常接近¹³²。而我國對於「本質內涵之保障」這樣的觀念是否應承認，學說上亦有相當的爭議。採取「相對說」的如吳庚教授則認為，實際上，將本質內容的禁止與比例原則一視同仁的見解，較為一般所接受¹³³。李建良教授認為基本權的本質內容在學說上固有爭論，實則，若能妥善運用「比例原則」嚴格審查國家行為之合憲性，則應可達到保護基本權利本質內涵之目的¹³⁴。董保城教授更直指出由於我國憲法既無此依規定，則似無引進此一理論之必要，否則僅是徒增困擾，董教授更舉大法官釋字第 476 號解釋「毒品危害防制條例第 4 條第 1 項關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第 23 條規定」，而認為大法官顯然對死刑、無期徒刑規定之合憲性僅採取比例原則加以審查，而未論及「身體自由」、「生存權」之實質核心內容有無遭受侵害之問題¹³⁵。蔡震榮教授鑑於德國基本法第 19 條第 2 項不但劃定了國家措施的界限，防止基本人權遭受挖空的危險，並且也界定了狹義比例原則考量的一個外圍界限 (相對本質內容說的立場)，而建議我國能於憲法第 23 條第 2 項規定：「基本權的核心內容絕不容侵犯」¹³⁶。採取「絕對說」如陳慈陽教授認為，從我國憲法第 23 條來看，基本權只能「限制之」而不得被「剝奪」，可看出我國憲法亦承認「基本權之核心內容」的觀念，同時陳教授更進一步指出基本權核心是否受侵害的檢驗方法 (以人性尊嚴為核心)

¹³¹ 李震山，「民主法治國家與集會自由」，收錄於李震山，*人性尊嚴與人權保障*，台北：元照，2000 年，頁 337-338。

¹³² 吳庚，*憲法之解釋與適用*，台北：三民，2003 年，頁 165-166。

¹³³ 同上註，頁 166。

¹³⁴ 李建良，「基本權利理論體系之構成及思考體系」，收錄於氏著，*憲法之理論與實踐 (一)*，台北：學林，1999 年，頁 92。

¹³⁵ 法治斌、董保城，*憲法新論*，台北：三民，2003 年，頁 140-141。

¹³⁶ 蔡震榮，「論比例原則與基本人權之保障」，收錄於氏著，*行政法理論與基本人權之保障*，台北：五南，1999 年，頁 132、144。

¹³⁷，可看出其係採取「絕對的本質內容說」之立場。

本文認為，「人性尊嚴」是值得觀察的重點。「人性尊嚴」在當今世界上許多先進國家中，皆將之標榜為最高基本價值¹³⁸，如德國基本法第 1 條第 1 項即開宗明義規定：「人性尊嚴不可侵犯，一切國家的權力均有義務尊重並保護人性的尊嚴」，乃是鑑於該國納粹經驗的反省，而禁止人類被物化的要求，進而成為憲法的最高基本價值；日本則是受到學者蘆部信喜教授「實質憲法論」提出之影響，多認為憲法之內在價值不但是憲法之根本規範，亦不得被憲法所創設之國家權力所侵害，而這個基本價值就是「個人尊嚴」，而日本憲法第 13 條前段「所有國民以個人之身分受尊重」的「以個人身分受尊重」即是「個人尊嚴」¹³⁹；美國雖憲法無明文，但人性尊嚴之概念也在美國大哲學家羅爾斯所著的「正義論」¹⁴⁰一書發揚光大。我國憲法雖無明文，但大法官也在釋字 372 號中指出「維護人性尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念」，並如學者所言，以「人性尊嚴」當作是「基本權之核心概念」，在功能上不但可當作是「憲法列舉保障基本權的本質內容」，同時亦可當作「非列舉權之發展根源」¹⁴¹。故可將人性尊嚴當作一切憲法所承認之基本權的「本質內容」或「核心」，若國家權力透過法律「剝奪」人民這個領域時，即使通過「比例原則」之檢驗，仍可用「人性尊嚴」來作最後把關，如最後認定系爭法律有違背「人性尊嚴」，仍會構成違憲，也就是贊成「絕對說」的說法。在釋憲實務上，大法官曾在釋字 476 號之解釋認為為維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，「死刑」之處罰無違憲法第 23 條規定

¹³⁷ 首先檢視國家行為是否已侵入基本權核心實質內涵之「人性尊嚴」；其次檢驗國家行為是否仍使基本權利主體有一定所謂的「權利殘存部分」（指國家為限制基本權之行為時，其應保留係爭基本權之重要核心部分，且核心部分與人性尊嚴有密切關係）；其次檢驗系爭國家行為是否形式上違反「比例相當性原則」；其次檢驗國家行為其限制基本權利時期的長短，以及對該基本權行使上「影響與危害」是否已達「剝奪」的程度；最後再依上開標準所得出之結果，為最符合憲法價值體系之決定。參閱陳慈陽，*基本權核心理論之實證化及其難題*，台北：翰蘆，2002 年，頁 103、169-170、200-202。

¹³⁸ 人性尊嚴之相關探討可參閱李震山，「人性尊嚴之憲法意義」，收錄於李震山，*人性尊嚴與人權保障*，台北：元照，2000 年，頁 1-25。李震山，「人性尊嚴」，法學講座第 17 期，2003 年 5 月，頁 1-15。徐振雄，「人性尊嚴與自由的優先性」，*軍法專刊*第 44 卷 2 期，1998 年 12 月，頁 17-29。蔡宗珍，「人性尊嚴之保障作為憲法基本原則」，*月旦法學雜誌*第 45 期，1999 年 2 月，頁 99-102。陳清秀，「憲法上人性尊嚴」，收錄於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，*現代國家與憲法*，台北：月旦，1997 年，頁 93-120。蔡維音，*社會國之法理基礎*，台南：正典，2001 年，頁 25-32。江玉林，「人性尊嚴與人格尊嚴」，*月旦法學教室*第 20 期，2004 年 6 月，頁 116-123。

¹³⁹ 關於蘆部信喜教授所提出之「實質憲法論」與「人性尊嚴」的關係，可參閱蕭淑芬，「論基本權核心概念之規範—一個比較法學的觀察」，*東海法學研究*第 19 期，2003 年 12 月，頁 20-26。

¹⁴⁰ 詳細說明可參閱徐振雄，「人性尊嚴與自由的優先性」，*軍法專刊*第 44 卷 2 期，1998 年 12 月，頁 17-29。

¹⁴¹ 蕭淑芬，「論基本權核心概念之規範—一個比較法學的觀察」，*東海法學研究*第 19 期，2003 年 12 月，頁 2。

¹⁴²，似乎傾向「相對說」之立場¹⁴³。不過在釋字 567 號解釋理由書中，大法官認為「思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵害手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。」可察見大法官認為「人性尊嚴」絕對不容侵犯，此項見解似有轉向採取採取「絕對說」之趨勢。

陸、結論

從公法學的觀點來觀察國家權力干預人民基本權之合法性與正當性，其實就是在強調限制或干預人權之國家措施或行政行為，一定要有國會三讀通過之法律，才得為之，稱之為「國會保留」或「法律保留」，同時這項立法本身還必須明確，並賦予人民正當程序之保障，若法律授權行政機關以行政命令干預人權還要遵守「授權明確性」。在符合以上之要求後，法律本身亦不能違反「比例原則」、「平等原則」及「人性尊嚴」等憲法上的誡命。簡單來說，行政機關要干預人民之基本權利必須要有「法律」及「憲法」的雙重授權始能為之。

¹⁴² 除了釋字 476 號外，我國釋憲實務上尚有兩則與「唯一死刑」有關：其一為釋字第 194 號解釋，其肯定「戡亂時期肅清煙毒條例」對於販賣毒品者，處唯一死刑規定之合憲性。另一個為釋字第 263 號解釋，該號解釋雖然承認「懲治盜匪條例」關於擄人勒贖處唯一死刑的規定，然而解釋文也指出「不分犯罪情況及結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴」並認為在個案中可能產生「情輕法重之情形」，實隱含著「唯一死刑有違憲之虞」的意思。

¹⁴³ 釋字 476 號可說是在釋憲史上最明白詳盡地承認死刑合線性的一號解釋，此號解釋首先認為「刑罰不因剝奪生命而違憲」，其次指出「死刑是否合憲，應以比例原則衡量之」（由於毒品之製造、運輸、販賣行為所危害者，乃多數人之生命、身體，當非個人一己知生命、身體法益所能可比擬），最後認為「刑罰之合憲性，應參酌國民法感情與期待」（此號解釋指出如刑罰之目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，則並不違憲）。

參考文獻

一. 中文部分

月旦法學雜誌別冊，月旦法學教室-公法學篇（1995-2002），台北：元照，2002年。

史慶璞，美國憲法與政府權力，台北：三民，2001年。

台灣行政法法學會主編，行政法爭議問題研究（上）（下），台北：五南，2000年。

台灣行政法法學會，行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟，台北：元照，2003年。

朱金池，「行政法比例原則之研究」，空大行政學報第1期，1994年5月，頁131-150。

朱敬一、李念祖，基本人權，台北：時報，2003年。

朱源葆，「警察人員執行集會遊行時之法律界限」，警學叢刊第32卷2期，2001年9月，頁71-90。

江玉林，「人性尊嚴與人格尊嚴」，月旦法學教室第20期，2004年6月，頁116-123。

吳庚，行政法之理論與實用，台北：三民，2003年。

吳庚，憲法之解釋與適用，台北：三民，2003年。

吳信華，「基本權利的體系思考」，月旦法學教室第9期，2003年6月，頁122-132。

呂炳寬，「基本權之違憲審查基準」，實證法學創刊號，2003年9月，頁88-101。

李念組，憲法原理與基本人權概論，台北：三民，2002年。

李建良，「基本權利的理念變遷與功能體系-從耶林內克身分理論談起（下）」，憲政時代第29卷2期，2003年10月，頁175-210。

李建良，「基本權利的理念變遷與功能體系-從耶林內克身分理論談起（上）」，憲政時代第29卷1期，2003年7月，頁1-30。

李建良，憲法之理論與實踐（一），台北：學林，1999年。

李建良，憲法之理論與實踐（二），台北：學林，2000年。

李建良，簡資修主編，憲法解釋之理論與實務第二輯，2000年8月。

李惠宗，「三次翹課死當-不當連結禁止原則在學業成績評量上的應用」，台灣本土法學雜誌第56期，2004年3月，頁151-158。

李惠宗，憲法要義，台北：元照，2002年。

李惠宗，權力分立與基本權保障，台北：韋伯，1999年。

李震山，「人性尊嚴」，法學講座第17期，2003年5月，頁1-15。

李震山，「以職權命令作為干預權依據之相關問題探討」，台灣本土法學雜誌第十七期，2002年12月，頁59-74。

李震山，「行政法意義下之法律明確性原則」，月旦法學第57期，2000年2月，頁14-15。

李震山，「行政與法之拘束」，中央警察大學學報第30期，1997年3月，頁1-24。

李震山，「程序基本權」，月旦法學教室第19期，2004年4月，頁32-36。

李震山，「複製人科技發展對既有法律思維與制度-以基本權保障為例」，月旦法學雜誌第79期，2001年12月，頁158-171。

李震山，人性尊嚴與人權保障，台北：元照，2000年。

李震山等，入出國管理及安全檢查專題研究，桃園：中央警察大學，1999年。

李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，現代國家與憲法，台北：月旦，1997年。

李鴻禧等，台灣憲法之縱剖橫切，台北：元照，2002年。

林子儀，憲法權力分立，台北：學林，2003年。

- 林山田教授退休祝賀論文編輯委員會，戰鬥的法律人，台北：元照，2004年。
- 林石猛，行政訴訟類型之理論與實務，台北：學林，2002年。
- 林仲修，「權力概念之界定與分析向度」，三民主義學報第22期，2001年9月，頁151-174。
- 林鈺雄，「刑事訴訟法作為應用憲法」，
<http://www.ntpu.edu.tw/law/seminar/2001/20011130/20011130.doc>。
- 法治斌，人權保障與司法審查，台北：月旦，1994年。
- 法治斌，人權保障與釋憲法制，台北：月旦，1993年。
- 法治斌、董保城，憲法新論，台北：三民，2003年。
- 邱華君，「公務人員對行政法上比例與裁量原則之認識」，考銓第23期，2000年7月，頁81-90。
- 城仲模，「法律保留之現代意涵」，月旦法學第98期，2003年6月，頁10-13。
- 城仲模，行政法之一般法律原則（一），台北：三民，1999年。
- 城仲模，行政法之一般法律原則（一），台北：三民，1999年。
- 徐良維，從營業自由的觀點論警察對營業場所的行政檢查權，嘉義：南華大學公共行政與政策研究所碩士論文，2004年6月。
- 徐振雄，「人性尊嚴與自由的優先性」，軍法專刊第44卷2期，1998年12月，頁17-29。
- 翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會，當代公法新論（上），台北：元照，2002年。
- 張道義，「全民健保保險給付與法律保留原則」，政大法學評論第73期，2003年3月，頁1-50。
- 張道義主持，全民健康保險保險給付之法律規範研究，高雄：行政院衛生署委託國立中山大學研究計畫，2002年。

張嘉尹，「論價值秩序作為憲法學的基本概念」，國立台灣大學法學論叢第 30 卷 5 期，2001 年 9 月，頁 1-32。

許志雄，「新世紀台灣憲法學的責任與課題」，月旦法學第 100 期，2003 年 9 月，頁 24-31。

許育典，「基本權之本質」，月旦法學教室第 14 期，2003 年 11 月，頁 32-36。

許宗力，「基本權的功能」，月旦法學教室第 2 期，2002 年 11 月，頁 72-80。

許宗力，「基本權的保障與限制（下）」，月旦法學教室第 14 期，2003 年 11 月，頁 50-60。

許宗力，「基本權的保障與限制（上）」，月旦法學教室第 11 期，2003 年 8 月，頁 64-75。

許宗力，法與國家權力，台北：元照，1999 年。

許宗力，憲法與法治國行政，台北：元照，1999 年。

許慶雄，憲法入門，台北：月旦，2001 年

陳春生，「行政法學的未來發展與行政程序法」，月旦法學第 100 期，2003 年 9 月，頁 184-196。

陳通和，警察情報蒐集活動法律建制之研究，桃園：中央警察大學法律學研究所碩士論文，2001 年。

陳慈陽，基本權核心理論之實證化及其難題，台北：翰蘆，2002 年。

陳慈陽，憲法學，台北：元照，2004 年。

陳慈陽、王毓正，「論司法院大法官解釋對於基本權保障之理論發展」，月旦法學第 98 期，2003 年 6 月，頁 14-30。

陳愛娥，「正當法律程序與人權保障-以我國法為中心」，憲政時代第 29 卷 3 期，2004 年 1 月，頁 259-390。

陳愛娥，「如何明確適用法律明確性原則-評司法院大法官釋字 545 號解釋」，月旦法學第 88 期，2002 年 9 月，頁 249-258。

陳新民，中華民國憲法釋論，台北：三民，2002 年。

陳新民、劉孔中主編，憲法解釋之理論與實務第三輯，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所專書，2002 年。

湯德宗，行政程序法論-論正當行政程序，台北：元照，2003 年。

湯德宗，權力分立新論，台北：元照，2000 年。

程明修，「行政處分之明確性」，法學講座第 9 期，2002 年 9 月，頁 16-23。

程明修，「法律保留」，法學講座第 15 期，2003 年 3 月，頁 42-44。

程明修，「國家透過公共場所的監視器對人民基本權利的干預」，法學講座第 3 期，2002 年 3 月，頁 63-68。

程明修，「禁止過度侵害與禁止保護不足」，月旦法學教室第 17 期，2004 年 2 月，頁 10-11。

黃宗樂，黃宗樂教授六秩祝賀論文集-公法學（一）（二），台北：學林，2002 年。

楊智傑，「授權明確性之法理分析與經濟分析」，

http://home.kimo.com.tw/yangjames2000/lawpaper/economic_analysis_of_specific_delegation.htm

楊雲驊，「憲法上正當法律程序之保障」，法學講座第 24 期，2003 年 12 月，頁 1-11。

廖元豪，「走自己的路-大法官法律保留本土化之路」，台灣本土法學雜誌第 58 期，2004 年 5 月，頁 21-40。

蔡宗珍，「人性尊嚴之保障作為憲法基本原則」，月旦法學雜誌第 45 期，1999 年 2 月，頁 99-102。

蔡宗珍，「公法上之比例原則初論--以德國法的發展為中心」，政大法學評論第 62

期，1999年12月，頁75-103。

蔡維音，「專業行政領域之授權立法-評釋字524號解釋」，月旦法學雜誌第74期，2001年7月，頁179-184。

蔡維音，社會國之法理基礎，台南：正典，2001年。

蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，台北：五南，1999年。

蔡震榮譯（原著：KarlAugustBettermann），「基本人權之界限」，新知譯粹第8卷5期，1992年10月，頁57-82。

蕭文生，「自程序與組織觀點論基本權利之保障」，憲政時代第25卷3期，2000年1月，頁27-54。

蕭志豪，「政府管制之展望」，<http://www.ntpu.edu.tw/law/paper/07/2002a/9171001b.pdf>。

蕭淑芬，「論基本權核心概念之規範-一個比較法學的觀察」，東海法學研究第19期，2003年12月，頁1-28。

瞿海源等，法治、人權與公民社會-自由、平等、社會正義學術研討會論文集（二），台北：桂冠，2002年。

蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，台北：元照，2001年。

顧忠華主持，「合法性與正當性研討會」，當代第128期，1998年4月，頁93-106。

投稿日期中華民國95年4月23日

接受刊登日期中華民國95年4月23日

校對日期中華民國95年6月7日

責任校對 尤珮君、陳伊帆、劉仲偉

The legality of nation power intervene people' basichuman rights

Liang- Wet Hsu*

《Abstract》

For long ago, nations often use in name of 「national security」 and 「public benefits」 to keep social order measure. Because the rule and measures easy mess in basic human rights of people often. So people always ask why nation did that, this is question of nation clamp down on legality and proper measure. This article is in terms of public law to discuss nation power legality and proper to mess basic right of people. That is purpose of law censorship on unconstitutionality. Especially from intervene in basic human rights or abridge to see how nation can use power of public byway interfere personal byway of people. In here will involve axiom of public law and many questions of public law.

Keywords: legality 、 constitutional review 、 basic human rights

* Assistant Professor of Institute of Public Administration and Policy, Nanhua University