序

人權觀念的演進與落實是人類社會重大的軟體工程,儘管國內外,對於人權的實質內容及如何落實人權保障,仍存有很大的差距,欲追求放諸四海共通之人權標準,實有困難。惟政府之終極目的係爲保障人民權利而存在,政府機關在推動、執行人權保障之作爲時,更應虛心學習他人長處,在異中求同的前提下,去瞭解先進國家人權保障理念,進而轉化爲適合我國國情的觀念,作爲推動執行保障人權之後盾。

自本府於91年間發表「臺北市人權保障白皮書」作爲本府施政之理念以來,本會即積極從事人權保障之推行。93年7月訂定「臺北市人權保障及促進方案」推動本府各機關如何落實人權保障。93年8月更成立「臺北市人權保障諮詢委員會」,進一步來審視檢討本府各機關推行業務落實人權保障之要求。再者,爲普及公務員保障人權觀念,本會在92年、93年及94年舉行人權保障之理論與實務研討會,邀請專家學者發表人權相關論文,讓本府各機關人員得以充實人權知識,分享給與會各機關同仁。本書即將上述三次人權研討會之論文彙編成冊,並收錄臺北市人權保障諮詢委員會自成立以來歷次會議記錄,併予公開發行。

本論文集之能完成付印,首先應感謝本會林副主任委員淑華女士及李主任秘書郁貞小姐熱心協助指導,功不可沒。本會洪編纂詠智先生、羅編纂承宗先生負責本書文字整理及法務行政組同仁梁組長永興兄、陳永先生等人爲本書付梓所付出之心力與貢獻,於此謹一併表示感謝!

期待本論文集之出版,能提供本府各機關推動人權保障業務之參考,進而維護市民權益,增進民眾的福祉。本論文集書在編印上,雖力求校勘之精確,惟疏漏或恐難免,懇請諸方賢達見諒,不吝指教,以爲日後修正之參考。

陳清秀 ﷺ

臺北市政府法規委員會主任委員 中華民國九十四年十二月

目 錄

序

第壹	篇	94年度/	人權保障	研討會				
•	中小雪	學學生 申訪	程序之研	究			·朱健文	3
•	論消費	貴者健康與	安全之人	權保障暨	其界線			
	以最高	高法院關於	於轎車缺陷	之判決評	釋爲中	小广	·曾品傑	41
第貳	篇	93年度	人權保障	研討會				
•	論宗教	数自由——	兼論台北	市的相關	議題:	•••••	·黃錦堂	77
•	憲法_	上工作權之	2自由及社	會保障 …	•••••		·蔡進良	115
•	現行行	亍政資訊 公	\$開法制之	探討			·林秀蓮	151
•	低收2	入戶人權係	⋛障 ⋯⋯⋯				·劉建宏	183
•	「健康	表權 」作為	屬國家之保	護義務 …			·林明昕	203
第參	篇	92年度	人權保障	研討會				
•	資訊問	寺代隱私權	謹理論基礎	初探			·王郁琦	215
•	校園ノ	人權的實然	《與應然—	—從「 <u>一</u> 1	隻鞋」	談起…	·李建良	245
•	身分面	查證與人 身	∤自由				·蔡震榮	265
•	身心障	章礙者就業	美環境所面	臨的挑戰			·謝東儒	287
•	原住民	民族之人權	崔保障				·劉建宏	305

第肆	#篇 臺北市政府人權保障諮詢委員會紀要 	
•	第一次會議會議紀錄	337
•	第二次會議會議紀錄	341
•	第三次會議會議紀錄	349
•	臺北市政府關於換發身分證強制按指紋之基本立場	353
附	錄	
•	臺北市人權保障及促進方案	357
•	臺北市人權保障諮詢委員會設置要點	359
•	臺北市中小學學生人權與輔導管教督導委員會設置	
	要點······	361

第壹篇

94年度人權保障研討會

- ◆ 中小學學生申訴程序之研究
- ◆ 論消費者健康與安全之人權保障暨其界線 ——以最高法院關於轎車缺陷之判決評釋 爲中心

中小學學生申訴程序之研究

朱健文*

次 目

壹、問題提出及範圍界定

貳、定義、性質及功能

一、定 義

二、性質

三、功 能

參、法源依據

一、概 說

一、憲法基礎

三、法律依據

四、法規命令

五、地方自治規則

六、中小學校規中小學校規

肆、中小學學生在學關係與申

訴程序

- 一、公立學校
- 二、私立學校

伍. 中小學學生由訴程序運作

及缺失檢討

一、申訴程序運作

二、缺失檢討

陸、改革建議

一、方案一 重新修訂相

關由訴要點

二、方案二 刪除由訴程

序回歸訴願法

柒、結 語

參考文獻

作者為輔仁大學法律系法學博士,現任行政院法規委員會專員,東吳大學法律系兼 任助理教授。

壹、問題提出及範圍界定

我國有關中小學學生申訴程序所涉及之法律問題,向來極 少受到重視,司法院大法官於84年6月23日議決釋字第382號解 釋,始開啟學生權利救濟之管道,該號解釋謂:「各級學校依 有關學籍規則或懲處規定,對學生所為退學或類此之處分行 為,足以改變其學生身分並損及其受教育之機會,自屬對人民 憲法上受教育之權利有重大影響,此種處分行為應為訴願法及 行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途 徑,未獲救濟者,自得依法提起訴願及行政訴訟。」中央至地 方各級教育行政機關,乃亟思訂定各項法令規範,並於各級學 校內部建立申訴程序,以符本號解釋保障學生受教育權之意 旨。其後,教育基本法制定,該法第8條第2項規定:「學生之 學習權及受教育權,國家應予保障。」第15條規定:「學生學 習權遭受學校或主管教育行政機關不當或違法之侵害時,政府 應依法令提供當事人或其法定代理人有效及公平救濟之管 道。」對於學生學習權之侵害,政府負有依法令提供有效及公 平救濟管道之法定義務,惟究竟應該如何達成上述法治國之要 求,實為憲法、教育法及行政救濟法研究上之重大課題,本文 擬從中小學學生申訴程序之定義、性質及功能、申訴程序之法 源依據、在學關係與申訴程序、申訴程序運作及其缺失等問題 入手,並嘗試提出改革建議方案,期能建構法治國下之正當救 濟程序,進而公平有效地維護學生之學習權及受教育權。

另中小學學生與大學暨專科以上學校學生有關申訴程序之 法令規範及討論重心不盡相同,故本文爰將研究範圍限於高級 中學以下學校之中小學學生申訴程序,至於大學暨專科以上學 校學生部分,除相關部分附帶提及外,暫不予處理,合先敘 明。

貳、定義、性質及功能

一、定義

本文所稱「中小學學生」係指經由註冊具有學籍,受教育 行政法規範之學習權、受教育權主體而言1,包含高級中等學 校、國民中學及國民小學之學生。至於「學生申訴程序」,有 狹義及廣義二種看法,所謂「狹義申訴」係指處理或解決學生 權益受侵害之法定組織及運作程序2:「廣義申訴」,除狹義申 訴之外,尚包括處理或解決攸關學生個人權益之請願或陳述相 關意見之法定組織及運作程序。現行制度似採行「廣義申 訴」,一為不具行政處分形式之侵害,乃依請願法提出:一為 具備行政處分形式之侵害,乃依據訴願法及行政訴訟法提出, 但是二者開始時,均可透過學校內部學生申訴程序為之3。

二、性質

在現代法治國家之行政救濟體系中,依照其提起所應遵守 格式,可將權利救濟程序區分為「正式權利救濟程序」及「非 正式權利救濟程序」4。所謂「正式權利救濟程序」係指救濟程

李惠宗,教育行政法要義,頁98。

序之提起有一定之格式,以及時間之限制,最後可至法院爭 訟, 日爭訟事實於實體上可以獲得確定終局之解決者:「非正 式權利救濟程序,係指無一定格式,無期間之限制,任何人有 不滿均得提起之救濟途徑,最後並不會進入法院為終局之審理5。 由於非正式權利救濟程序僅為人民之期望,故以「正式救濟程 序」較受重視。

「正式權利救濟程序」包含向行政權所為之「聲明不服程 序」,以及向法院提起之行政訴訟程序⁶。所謂「聲明不服程 序」⁷,係指對於所有因行政機關之作為或不作為,由人民向行 政機關表示不服或請求救濟之方法。另「聲明不服程序」,可 再區分為二大類型,一為行政訴訟之前置程序,我國稱之為 「訴願程序」:二為訴願之前置程序,我國則稱為「聲明異議 程序」。另「聲明不服程序」(聲明異議程序、訴願程序)之 特徵,在於發生行政爭訟事件時,人民得請求行政機關自我審 查,若無法獲得救濟,始得進入行政訴訟程序。至於「聲明異 議程序」與「訴願程序」之區別8,在於設有聲明異議程序者, 多為專業技術性、集體性或大量性之行政處分,向原處分機關 請求審查,審查程序與時間較為簡易;而訴願程序則為一般性

林威志,國民中小學申訴制度之探討 兼評臺北市國民中小學學生申訴處理要 點,教育研究集刊,第43輯,1999年7月,頁187-188。陳奕文,中小學學生申訴制 度之研究 以兒童少年教育權為中心,國立中正大學法研所碩士論文,93年6 月,頁49-50。

許育典,在學關係與學生申訴,教育學刊,第23期,頁37-58(頁46)。

[「]正式權利救濟程序」與「非正式權利救濟程序」不同點如下:1.客體不同:2.有 無期限不同; 3.提起程式不同; 4.提起救濟者之資格不同; 5.提起之次數不同; 6.是 否受理決定不同;7提起效力不同。參閱陳敦娟,西德異議程序之研究 訴願之比較,中興大學法律學研究所碩士論文,1989年6月,頁8-19。並參閱 Schmidt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15 Aufl.2000.S.22-31.

宋健弘,訴訟權之研究 以行政救濟制度為中心,政大法律學研究所碩士論文, 1999年1月, 頁253-254。

同上註,頁255以下。

同上註。

聲明異議程序與訴願程序不同之處,可歸納為1.受理機關不同:聲明異議程序原則 上為原處分機關受理:訴願程序之受理機關原則上為上級機關。2.程序不同:聲明 異議程序上較為迅速簡便;訴願程序較為繁複;3.目的不同:聲明異議程序在給予 行政機關一個自省機會;訴願程序之目的則在謀求行政行為之適法性及妥當性,基 於此目的,有稱聲明異議程序為「自省救濟制度」,而稱訴願程序為「階級救濟制」 度」,參閱張劍寒,訴願與聲明異議,憲政思潮,第15期,頁132-135(頁133)。

之救濟途徑,多由上級機關加以審查,其程序較聲明異議程序 規定嚴謹。

依據司法院釋字第382號解釋,各級行政機關依法令設立之 學生申訴程序,包含二種類型,一為對不具行政處分形式侵害 之保障,性質上屬於「非正式救濟程序」;另一為具備行政處 分形式侵害之救濟,乃依據訴願法及行政訴訟法提出,性質上 屬於「正式權利救濟程序」,亦即「聲明異議程序」,然而於 訴願法新制通過後,有另予定性之必要9,亦為本文探討之重心 所在。

三、功 能

若將「聲明不服程序」列為行政訴訟之前置程序,其所發 揮功能有三¹⁰:1、人民之權利保護:由於聲明不服程序係向行 政機關請求審查行政行為,屬於行政內部之審查,除了該行政 行為之適法性外,聲明不服程序之審查範圍尚及於行政行為之 合目的性,對於人民權利之保護具有實益。2、行政之自我審 查:聲明不服程序由行政機關重新審查其所為之行政行為,可 以再檢視該行為之合法性與合目的性,具有統一行政權之作 用。3、減輕行政法院之負擔:透過向行政機關之聲明不服程 序,可以排除糾紛,並滿足人民之需求,無須再訴請行政法院 救濟,減輕該法院負擔。而申訴程序中涉及學生權益之「聲明 異議程序」屬於「聲明不服程序」之一環,故亦具備上述功 能。

參、法源依據

一、概 說

申訴程序是我國保障學生學習權及受教育權制度之一,蓋 學生為申訴程序之主體,而非施教者支配之客體,其個人對學 校或教師有關懲處、輔導轉學、退學或類此之行政處分,認為 違法或不當致侵害其權益者,得以書面向學校提出申訴,學校 亦應成立學生申訴評議委員會,處理學生申訴案件。由申訴制 度之歷史發展順序觀察11,我國早在83年1月5日公布之「大學 法」第17條第2項即明定大學應「建立學生申訴制度,以保障學 生權益。」84年8月9日修正「教師法」時,於該法第17條第2項 授權教育部訂定有關教師輔導與管教學生規定,該部爰於86年7 月16日訂定「教師輔導與管教學生辦法」,其中申訴程序條 款,使各級學校學生之申訴程序規範更形完備。其後,「教育 基本法」及「高級中學法」於88年6月23日及88年7月14日相繼 制定或修正,賦予中小學學生申訴程序之法源依據,教育部復 依上述法律授權,於89年10月12日訂定「教育部主管高級中等 學校以下學生申訴案件實施辦法」:惟92年1月15日「教師法」 第17條第1項第4款及第2項規定修正,將輔導與管教措施之制定 機關,由教育部改授權各校校務會議自行訂定,該部並於92年 10月16日廢止該辦法12,致使中小學學生申訴程序失所附麗,必 須另覓法源,始符法律保留原則。然而,早期依照「教師輔導

本文:陸、改革建議。

蔡志方,論訴願在我國行政救濟制度之地位,行政救濟與行政法學(二),1993年 3月,頁115-121。陳清秀,行政訴訟法,2000年2月2版,頁185-186。

柯志堂,學生事務中關於申訴權利法制化之評析,訓育法規,90年3月,頁70。

教育部以92年10月16日台參字第0920151017號函廢止「教師輔導與管教學生辦 法」, 並多次去函要求地方教育行政機關督促各級學校儘速制定「教師輔導與管教 辦法」,然於過渡期間究應如何處理教師輔導與管教學生所生爭議問題,則未予著 墨,於立法上未考量過渡條款之訂定,致產生法律空窗期,不無遺憾。各級教育行 政機關應儒速訂定相關規範,以利學校、教師及學生得以適切遵行。

與管教學生辦法」或教育部函示所設立之直轄市、各縣市所屬 高級中學、國中小學生申訴辦法,多未能適時配合修正,致使 依照該辦法為藍本所制定之學生申訴程序,無法符合教育基本 法及高級中學法規範要旨,以下順次依照法律位階順序檢討如 后。

二、憲法基礎

教育法係多元利益折衝下之產物,以中小學申訴程序為 例,涉及諸多基本權主體間之基本權競合與衝突,故須就中小 學學生之受教育權、學習權、行政救濟權,父母之教育權,以 及教師教學自由等權利作適當調和,並透過「教育基本法」及 其下位階相關法令,進一步具體實踐,方能使各別基本權利主 體具有明確之權利義務規範,可資遵循。

我國有關學生之教育基本權定性問題,學說上有二種不同 見解,分別就基本權釋義學或法制體系一貫性,有其翔實說理 依據:有認為依照我國現行學校教育體制,可區分為以「國民 教育基本權」所建立之中小學校法制,以及「學術自由」所建 構之大學法制。前者係以中小學生人格自由發展為中心,保障 內涵包括「受教育權」及「學習權」,其依據為憲法第21條: 「人民有受國民教育之權利與義務」;至於後者則指「學術自 由, ,其保障內容包含「學習自由」、「研究自由」與「講學 自由」等法益,其依據為憲法第11條規定之「講學自由」,上 述二者間之基本權保障內涵與範圍容有不同,不容混淆13。另有 不同看法,認為應以「學習權」作為上位概念,其下再區分為 主動學習之「學習自由」以及他人協助下被動之「受教育權」

兩種面向,其依據可分別求諸於憲法第11條「講學自由」及憲 法第21條「教育基本權」,並目由憲法第22條「其他自由權 利,條款,以囊括各學習階段之基本權內涵14,並強調作為終身 學習之憲法依據。

上述二種學說間最大之區別,即在於「學習權」之基本權 定性:前者認為「學習權」為「國民教育基本權」所保障,與 學術自由保護法益之「學習自由」無涉;後者則認為「學習 權」為上位概念,包含「受教育權」與「學習自由」。

就本文討論之中小學階段,應屬「國民教育基本權」(受 教育權、學習權)所探討之範疇,其依據為憲法第21條規定, 若中小學學生之國民教育基本權,遭受學校或教師違法或不當 之侵害,就其得否請求權利救濟之問題,涉及憲法第16條所保 障人民之訴願及訴訟權規定,二者之間產生基本權競合,應均 予保障, 故若未設有完整、公平、有效之權利救濟管道¹⁵, 將與 憲法保障訴願及訴訟基本權之意旨有所違背。

就父母之教育權而言,包括父母對子女之精神、心靈及身 體照顧,故父母為追求其子女之人格自由發展,享有參與學校 教育或選擇私立學校等權利。另父母對子女之教育權,乃為保 障子女人格自由發展,而由憲法教育基本權所衍生之協助其子

許育典,學習自由vs.學習權/受教育權 從學術自由評大法官釋字第563號解 釋,成大法學第7期,頁45-88。

周志宏,學習權序論 教育基本法學習權規定之解析, 收錄於教育法與教育改 革, 頁501-535。

有關訴訟權之保障範圍,參閱翁岳生主編,行政訴訟法逐條釋義,五南圖書公司, 2002年11月初版,頁1-23。吳庚,憲法的解釋與適用,三民書局經銷,2004年6月 第3版,頁289以下。劉宗德,憲法解釋與訴訟權之保障 以行政訴訟為中心,司 法院大法官九十三年學術研討會,頁1-48。對現行大法官解釋訴訟權之保障範圍提 出不同意見者,參閱蔡宗珍,憲法解釋與訴訟權之保障 以行政訴訟為中心,司 法院大法官九十三年學術研討會, 頁49-64。

女自我實現之義務16,故若學校或教師有不當或違法之行為,侵 害學生權益者,父母得以法定代理人之身分,協助其子女循合 法管道請求救濟。

此外,教師之教學自由存在之正當性,在於其以學生人格 自由發展權為核心之保障,教學自由本身並非為教師本身利益 而存在,而是要維護學生之人格自由發展17,故教師為發展學生 之人格,應多方面學習專業之教學方式,嘗試多元教學方法, 並避免以違法或不當之輔導管教措施,妨礙學生之人格健全發 展。

三、法律依據

(一)教育基本法

依據教育基本法第1條規定:「為保障人民學習及受教育之 權利,確立教育基本方針,健全教育體制,特制定本法。」第8 條第2項:「學生之學習權及受教育權,國家應予保障。」第15 條規定:「學生學習權遭受學校或主管教育行政機關不當或違 法之侵害時,政府應依法令提供當事人或其法定代理人有效及 公平救濟之管道。」為實現憲法保障學生之教育基本權,具有 準憲法性質之教育基本法明確規定,各級政府均有義務依法令 當事人或其法定代理人提供有效及公平之救濟管道,至於是否 採取申訴程序,或得直接提起訴願、行政訴訟請求救濟,則委 由各級政府視學校具體需求及事件性質,妥適建置規劃。

(二)高級中學法

高級中學法第25條規定:「高級中學應建立學生申訴制

許育典,臺灣學校法制的根本問題及其檢討,法治國與教育行政,頁193-216(頁

度,以保障學生權益;其辦法由各該主管教育行政機關定 之。」申言之,高級中學亦應建立申訴制度,以保障學生權 益,至於申訴辦法則授權各該教育行政機關訂定相關辦法,以 具體化申訴程序內容,故本法亦為高級中學校學生申訴程序之 重要法源依據。

四、 法規命令

(一)教師輔導與管教學生辦法(廢止)

有關「教師輔導與管教學生辦法」係依教師法第17條授權 訂定,為早期學生申訴程序法源依據之一,該辦法就申訴之主 體、申訴代理人、申訴範圍、申訴評議委員會組織、評議及後 續行政救濟程序明確規範,已建立申訴程序之雛形,例如:同 辦法第26條:「學生對學校有關其個人之管教措施,認為違法 或不當致侵害其權益者,得以書面向學校申訴。」「前項學生 申訴得由學生父母、監護人或其受託人代理之。」第27條: 「學校應成立學生申訴評議委員會,其組織及評議規定,大學 及專科學校自行訂定,高級中等以下學校由各該主管教育行政 機關定之。」第28條:「學生受開除學籍、退學、輔導轉學或 類此之處分,足以改變學生身分致損及其受教育權益者,經向 學校申訴未獲救濟,得依法提起訴願及行政訴訟。」然而,上 述辦法配合教師法第17條之修正,業經教育部廢止,致使中小 學申訴程序須另覓法源依據。

(二)教育部主管高級中等學校處理學生申訴案件實施辦法

教育部為明確規範高級中等學校以下學校處理學生申訴案 件之程序,爰依教育基本法第15條及高級中學法第25條之授 權,明文訂定「教育部主管高級中等學校處理學生申訴案件實 施辦法」(以下簡稱「教育部主管高中學生申訴辦法」),其

同上註,頁202-203。

內容與「教師輔導與管教學生辦法」相較,已兼及申訴程序要 件,規範較為周詳。

五、地方自治規則

(一)臺北市高級中學學校處理學生申訴案件實施要點

臺北市政府為培養學生理性解決問題之態度,建立學生正 式申訴管道,保障學生權益,促進校園和諧,發揮民主教育功 能等理由,於85年11月14日,依據教育部84年12月28日臺84訓 字第064283號函,訂頒「臺北市高級中學學校處理學生申訴案 件實施要點」(以下簡稱「北市高中申訴要點」),作為臺北 市立高級中學學校處理學生申訴案件之法源依據。

(二)臺北市國中小學學生申訴處理要點

又臺北市政府為培養學生理性解決問題之態度,保障學生 權益,促進校園倫理,發揮民主與法治之教育功能,建立學生 申訴制度等理由,依據教育部上揭「教師輔導與管教學生辦 法」,於87年3月19日訂定「臺北市國民中小學學生申訴處理要 點」(以下簡稱「北市國中小申訴要點」),以作為臺北市立 國中小學生申訴處理之法源依據。

六、中小學校規中小學校規

綜上所述,臺北市中小學校應依據「北市國中小申訴要 點,第12點及「北市高中申訴要點」第8點規定,另行以校規訂 定各校學生申訴案件處理規定,報臺北市政府教育核備(或備 查)後實施,故各中小學校多依照上述規定建立申訴程序,惟 各校學生申訴程序所依據法令基礎已變更,故有另覓法源基礎 之必要。

肆、中小學學生在學關係與申訴程序

有關學生與學校之法律關係稱為「在學關係」。至於「在 學關係」之法律性質為何,於學說及實務上有重大爭議,以下 分別公立學校與私立學校檢討如次:

一、公立學校

我國各級學校之在學關係,向來均被定位為「特別權力關 係」¹⁸,亦即學生乃為學校營造物之利用人,故學生與學校間屬 於「營造物利用關係」。作為特別統治主體之學校,可以片面 訂定性質屬於「營造物利用規則」之校規,排除法律對統治者 之拘束,而獨立對學生發布諸多統治權作用規範,例如:考 核、懲罰、退學等。此外,關於特別權力關係之爭議,亦不得 請求司法上權利救濟。

若從特別權力關係之「基礎關係」與「經營關係」加以區 分19,學校如果創設、廢棄或變更學生之在學關係,即是一種行 政處分,適用「基礎關係」理論,例如:退學或開除學籍等行 政處分。然而,學校在「經營關係」上之其他內部行政處置, 則非行政處分,無法請求救濟,例如:期中、期末考成績評 定、命令學生補課處分等。

所謂「特別權力關係」,係指基於法律上之特別原因,為達成公法上特定目的,於 必要之範圍內,一方取得概括支配他方之權能,他方對之負有服務之義務,而以此 為內容之關係。參閱翁岳生,論特別權力關係之新趨勢,收錄於氏著行政法與現代 法治國家,1982,頁131。陳敏,所謂特別權力關係之行政爭訟權,憲政時代,第 10卷第1期, 頁7以下。

所謂「基礎關係」及「經營關係」,係德國學者Ule教授之見解,認為在特別權力 關係中,有關特別權力關係之發生、變更及消滅事項,為「基礎關係」,例如:學 生之入學及退學等:若公行政為達成特別權力關係目的,所為對行政內部措施,則 為「經營關係」,例如:公立學校對於作息期間之規定、操行及成績之評定等,參 閱C.H.Ule, Das besondere Gewaltverhaeltnis, VVDStRL, S. 133 ff.

相對地,有進一步採取「重要性理論」者20,認為凡涉及學 牛基本權實現之重要事項,皆須由立法者自行立法決定,至少 依法律明確授權,尤其是在學校「經營關係」中,若影響學生 基本權之實現,應允許其有救濟餘地,例如:為處罰學生,將 其調動至另一班級;或是其轉學到另一特殊學校。換言之,只 要是影響學生作為學校成員之身分特徵,或干涉學生一般基本 權之保障範圍,均應允許學生提起行政救濟21。

由於我國學說理論及實務進展漸次發展,「特別權力關係 說」在我國行政法領域已逐漸被揚棄,有關「在學關係」之調 整上,學說提出諸多意見,除主張「修正特別權力關係說」者22 外,亦有將公立學校與學生間之法律關係,改以「特別法律關 係」²³取代者:另有主張放棄特別權力關係改採「在學契約關 係」²⁴或「(公法上)法律關係」²⁵者。然而,除主張「修正特 別權力關係說」26者,並不認為在學關係必須有法律保留原則適 用,以及主張「在學契約說」27者,認為應依在學契約條款成立 在學關係外,無論是採取「特別法律關係說」28或「公法上法律 關係說」29者,均認為應有法律保留原則之適用。

此外,有關公立中小學學校校規之法律性質,依照學者對

「在學關係」所採取理論之不同,亦有各種不同之說法,採取 「在學契約說」者,認為不分公立學校或私立學校,均係「私 法上在學契約1,惟校規之性質則區分公立或私立學校而有不 同,公立學校部分,如涉及基本權利得喪變更者為法規命令, 此外即為行政規則:私立學校則為定型化契約條款之一部30。主 張「特別法律關係說」者,則認為校規應以「特別命令」加以 規範31。至於「(公法上)法律關係者」32或可解釋為係參酌 「重要性理論」,而依「法規命令」之方式加以明確規範,故 學說上目前尚無定論。

實務上意見主要係依照司法院釋字第382號解釋:「各級學 校依有關學籍規則或懲處規定,對學生所為退學或類此之處分 行為,足以改變其學生身分並損及其受教育之機會,自屬對人 民憲法上受教育之權利有重大影響,此種處分行為應為訴願法 及行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途 徑,未獲救濟者,自得依法提起訴願及行政訴訟。」「如學生 所受處分係為維持學校秩序、實現教育目之所必要,且未侵害 其受教育之權利者(例如記過、申誡等處分),除循學校內部 申訴途徑謀求救濟外,尚無許其提起行政爭訟之餘地。」此種 區分之標準,有認為係基於「基礎關係」及「經營關係」所作 分類,將對學生所為退學或類此之處分行為,足以改變其學生 身分並損及其受教育權者,認定為行政處分;至於所受處分係 為維持學校秩序、實現教育目之所必要,且未侵害其受教育權 者,認定為非行政處分33;惟亦有從本號解釋意旨推論,認本解

許育典,在學關係與學生申訴,教育學刊,2004年,第23卷,頁37-58(頁42)。

謝瑞智,教育法學,1992,文笙出版社,頁78。

吳庚,行政法理論與實用,增訂第8版,頁241-242。

周志宏,析論我國學生懲戒制度之法律問題,收錄於氏著教育法與教育改革,頁 275以下。

李惠宗,教育行政法要義,頁101-103。許育典,在學關係之法律性質,收錄於氏 著法治國與教育行政,頁122-160。

謝瑞智,註23前掲書,頁76。

周志宏,註25前掲書,頁279。

吳庚,註24前揭書,頁241。

李惠宗,註26前揭書,頁52-53。許育典,註26前揭書,頁122-160(頁138-142)。

周志宏,註25前掲書,頁288。

吳庚,行政法理論與實務,增訂8版,頁241。

許育典,註26前掲書,頁122-160(頁138-142);然李惠宗則採取「特別命令」 說,註26前揭書,頁52-54。

參閱C.H.Ule, Verwaltungsprozessrecht, 1987, S. 194.

釋並不排除採納「重要性理論」,亦即對於「對人民憲法上受 教育權有重大影響」,仍得提起行政救濟,尤其是在學校「經 營關係」中,若影響學生作為學校成員之身分特徵,或干涉基 本權利之保障範圍,均應允許其提起行政救濟34。

本文認為所謂學生得提起訴願、行政訴訟之救濟範圍,應 不限於「退學或類此處分」,而應依照「權益是否受侵害」為 基準加以判斷35。有關釋字第382號解釋之背景,主要在於「開 除學籍」,故大法官提出「足以改變學生身分並損及其受教育 權利之機會」作為判斷基準,並以「退學及類此處分」為救濟 節圍,惟各級學校學生並非均有退學制度,故改變學生身分之 問題,宜作適度擴大,若對於學生權益有重大影響者,得請求 訴願及行政訴訟救濟,例如:教育部所發布「教育部主管高中 學生申訴辦法」第10條規定對於輔導轉學、休學或類此處分之 申訴案,應於該申訴評議決定書送達之次日起30日內,依法向 該部提起訴願,故有關「懲處」、「輔導轉學」之處分雖未改 變學生身分,但屬對學生學習權及受教育權有重大影響行政措 施,自得其提起訴願、行政訴訟。另本號解釋作成時,行政訴 訟法尚未修正,舊法僅對違法行政處分之撤銷訴訟加以規範, 新法已增訂許多新訴訟類型,提起行政訴訟之範圍亦不限於行 政處分,故系爭案件若確涉及學生權益事項,仍不排除有提起 訴願及行政訴訟救濟之可能³⁶。

二、私立學校

此外,再檢討中小學學生與私立學校之在學關係與權利救 濟問題,傳統上依照對學生於公、私立學校在學關係,區分為

「營造物利用關係」與私法上「契約關係」,而異其權利救濟 途徑,然而,於釋字第382號解釋公布後,私立學校如果依照私 立學校法許可設立,則適用有關公立學校在學關係之基本原 則:至於其他非依私立學校法或相關教育法規範設立之私立學 校,其在學關係為純粹私法上在學契約,僅可適用民事訴訟程 序救濟,其校規性質上屬於在學契約之定型化契約條款一部份37。

伍、中小學學生由訴程序運作及缺失檢討

一、申訴程序運作

如上所述,中小學學生申訴程序,係以「教育部主管高中 學生申訴辦法」、「北市高中申訴要點」、「北市國中小申訴 要點」為主要法令依據,其中以「北市國中小申訴要點」較為 詳盡,本文僅以該要點為例,加以說明,至於上述各項申訴辦 法(要點)規定有不同之處,亦併予敘明,詳細比較請參考附 表。

(一)申訴主體

中小學學生為學習權及受教育權之主體,本身權益遭受違 法或不當之侵害時,自得提起申訴程序,而為申訴程序之主 體。然而,由於中小學生尚未具備足夠成熟之行為能力,獨立 主張自己之權益,應許其法定代理人(父母或監護人)代為主 張,以保障其權益38,故「北市國中小申訴要點」第2條規定,

許育典,註26前掲書,頁122-160(133-134)。

李建良,淺談校園人權的實然與應然 從「一隻鞋」談起,頁181-182

同上註。

許育典,註26前掲書,頁122-160(頁150以下),不同看法請參閱周志宏,註25前 揭書, 頁280-281。

依照教育基本法第8條第3項規定:「國民教育階段內,家長負有輔導子女之責任; 並得為其子女之最佳福祉,依法律選擇受教育之方式、內容及參與學校教育事務之 權利。」教育部為此提出「國民教育階段家長參與教育事務辦法草案」,94年3月 25日行政院公報11卷55期。該草案第10條第1項及第4項分別規定:「家長認為學生

(二)申訴對象及範圍

中小學學生申訴之對象,應針對來自「學校」及「教師」 之懲處、輔導轉學或其他類此之行政處分,認為違法或不當, 致其權益受侵害者,表示不服之意。學校中與學生關係最密切 者.包含學校行政單位及教師,故「北市國中小申訴要點」第2 點規定,以學校行政單位及教師為申訴相對人,洵屬正確。

另外,申訴範圍應包括「有關學生個人之懲處、輔導轉學 或其他類此之行政處分」,其認定標準不應限於特別權力關係 中之「基礎關係」,宜參酌「重要性理論」,將救濟範圍擴大 至「經營關係」部分,並以「權益受損」為基準,較為適當39。

(三)受理由訴單位

所謂「受理申訴單位」不同於「學生申訴評議委員會」, 二者均應有專人或專責單位負責,然「北市國中小申訴要點」 並未與「教育部主管高中學生申訴辦法」第15條作相同規定, 於實際運作上易產生單位推諉之情事。

在校期間學習權益受損,學校教學或行政處理不當,或對學校建議處理不滿意時, 得向學生申訴評議委員會提出申訴、再申訴。」「家長認為學校或教師對於其子女 之措施有不法或不當, 致其子女受有剝奪學生身分之處分, 或重大權益之損害時, 得依法提起訴願或行政訴訟。」惟依教育基本法上揭規定,國民教育階段家長參與 教育事務,應以「法律」明文規定,而非授權訂定法規命令;又家長為學生之法定 代理人,得代理學生提出申訴、訴願及行政訴訟,是否有權任申訴、訴願及行政訴 訟之主體,尚值商榷。

本文、肆之論述。

(四)申訴評議委員會之組成

申訴評議委員會為受理學生申訴,加以審議而決定之組 纖,具有準司法性質,其成員應力求公正性及代表性,並兼顧 專業能力之需求,現行「北市國中小申訴要點」第3點包含行政 人員、學校教師會代表或教師代表、家長會代表、專家學者及 學生代表,已具有公正性及代表性。

此外,有關申訴評議委員會委員之迴避與排除規定,於 「北市國中小申訴要點」第3點僅規定委員「自行迴避」,並未 就「申請迴避」及「命為迴避」等迴避熊樣明文規範,尚有不

(五)申訴次數

訴願法有「一事不再理」原則之適用,然而,「北市國中 小申訴要點,中並未訂有與「教育部主管高中學生申訴辦法」 第6條第1項:「同一案件以一次為限」之相類規定易引發爭 議,無法避免重複申訴之情形。

(六)申訴期限

有關申訴期限部分,於上述三種中小學申訴規定均有不 同,分別自7日至30日不等,以國中小學生之申訴期限較長, 「北市國中小申訴要點」第4點第1款規定:「申訴之提起應於 管教或輔導措施之次日起30日內以書面向申評會提出:不服申 訴評議之再申訴,應於接到評議書之次日起15日內以書面向申 評會提出。」此種申訴時限之規範差異, 並不存在合理差別待 遇之理由。

陳奕文 , 中小學學生申訴制度之研究 以兒童少年教育權為中心,中正大學法律 研究所碩士論文,頁73-74。

(七)申訴評議期限

有關申訴審議期限部分,於上述三種規定亦有不同,分別 自7日至30日不等,以國中小學生部分期間較長,「北市國中小 申訴要點,第5點即規定「申評會應於收到申訴或再申訴書起15 日內(例假日除外)召開會議,並應於會後30日內(例假日除 外)作成評議書或再評議書。」

(八)教示義務

對於行政救濟教示之規定,可區分對懲處、輔導轉學或類 此行政處分之申訴教示,以及再申訴及訴願之教示。「北市國 中小申訴要點」第4條僅規定提起再申訴之教示:至於懲戒或行 政處分之申訴教示及申訴後之訴願教示等,於「教育部主管高 中學生申訴辦法」及「北市高中申訴要點」中另有明文規範。

(九)申訴評議原則

申訴審理以不公開審理、書面審理為原則,以便保護學生 及當事人之隱私權,並得通知當事人陳述意見。另有關評議之 方式,應有3分之2委員出席,出席委員2分之1(或3分之2)以 上同意,始得作成評議決定,其出席委員比例較諸訴願法規定 嚴格41。

(十)申訴停止執行原則

有關申訴審議期間,原懲處、輔導轉學或其他類此行政處 分是否停止執行,於各該中小學申訴規定中亦不相同,由於上 揭處分對於學生極易造成不可回復之侵害,故應採「停止執行 原則」42。例如:「教育部主管高中學生申訴辦法」第12條規

訴願法第53條規定:「訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議,其決議以委員過 半數之出席,出席委員過半數之同意行之。」

定:「受輔導轉學、休學或類此處分之學生,於學生申評會未 作成評議決定書前,學校應同意其繼續留校就讀。」較為可

(十一)再申訴

有關申訴程序得否直接提起訴願請求救濟之問題,「北市 國中小申訴要點」第2點及第4點訂有「再申訴程序」,權益受 損之學生如不服申訴決定,須經再申訴程序後始得提起訴願; 惟「教育部主管高中學生申訴辦法」及「北市高中申訴要點」 均無再申訴之規定,權益受損之學生得直接提起訴願。

(十二)申訴之效力

另外,申訴程序之效力,依照「北市國中小申訴要點」第 10點規定:「評議及在評議確定後應確實執行。」然而,並未 身就是否具有處分存續力、拘束力等效力加以規範43、此亦由訴 程序之最大缺憾。

二、缺失檢討

經檢視上述申訴程序可知,部分申訴要點規定欠缺法源依 據,且各種程序規定並不一致,包含申訴範圍、委員迴避、申 訴次數、申訴期限、申訴評議期限、教示義務、得否停止執 行、得否再申訴等規定均有差異,且上述差別待遇並不具備合 理基準。此外,申訴決定之作成,僅要求確實執行,對學校或 教師並不具拘束力,復鑑於申訴程序存有各種規範缺失,爰研 擬改革建議俾供參考。

停止執行係屬於行政爭訟法中「暫時權利保護」之一環,依照訴願法第93條及行政 訴訟法第116條規定,係採取「不停止執行原則」,然在學關係之消滅影響學生權

益至鉅,故採取「停止執行原則」較為妥適。

⁴³ 陳奕文 . 中小學學生申訴制度之研究 以兒童少年教育權為中心 , 中正大學法律 研究所碩士論文,頁116-117。

陸、改革建議

一、方案一 重新修訂相關申訴要點

(一)概 說

如上所述,除「教育部主管高中學生申訴辦法」已有明確 授權依據外,北市高級中學及中小學生申訴要點之法源依據均 已廢止,致使申訴程序須另覓法源依據,本文認為以教育基本 法第15條及高級中學法25條為法源依據較為妥適,並應儘速參 酌訴願法相關規定進行修正,至於規範項目宜包括下列事項⁴⁴:

- 1.總則:立法目的、申訴主體、申訴對象、申訴範圍、受理 (收件)單位、申訴期限及教示義務。
- 2.組織:申評會之設置、委員之產生、委員會主席之職責、 委員之迴避與排除及保密義務。
- 3.程序:申訴評議期限、會議召開及決議方式、調查方式及 申訴撤回。
- 4.評議決定及其效力:不受理決定、停止執行原則、評議決 定書之內容、送達、效力及訴願之提起。
- 5.附則:其他陳情或聲明不服程序應另予規範,不適用本辦 法所定程序。
 - 6.施行日期。

(二)優點

藉由明確規定申訴程序,可使當事人得以明確知悉其申訴 程序中各項權利義務關係,對於學生學習權、受教育權及其他 基本權之保障,具有積極正面功能。

(三)缺點

- 1.各直轄市政府、縣(市)政府均須訂定一套申訴程序規 節,再交由各中小學校作為訂定該校校規之參考依據,立法程 序上較為繁瑣,且申訴程序要件設計容易掛一漏萬,且不如訴 願程序規定具有法定效力之保障,另各學校多照本宣科,修正 時亦無法配合適時檢討修正。
- 2.中小學學生於權益遭受違法或不當侵害請求權利救濟時, 除訴願法、行政訴訟法之外,尚須瞭解校內申訴程序規定,亦 即必須瞭解三套行政救濟規定,方能獲致權利救濟,相關之救 濟法規,對於成年人而言,已有需要藉由律師之協助,何況是 中小學學生:又縱然得诱過法定代理人代為請求救濟,仍不無 檢討空間。
- 3.申訴程序與原行政處分機關訴願重新審查程序間產生重疊 矛盾,不易解決。以台北市高中學生為例,其提起訴願前,須 先經學校之申訴程序,於申訴未獲救濟後,再提起訴願。若該 學生提起訴願,訴願機關依照「訴願法」第58條第2項規定,應 交由原行政處分機關(即學校)重新審查原處分是否合法妥 當,學校認訴願為有理由者,得自行撤銷或變更原處分:惟學 校若不依訴願人請求撤銷或變更原處分者,應儘速檢卷答辯台 北市政府訴願委員會審查,換言之,學校對於原行政處分重新 審查二次,縱使審查機關並不全然一致,然均以學校名義審查 則相同,此種申訴程序與訴願重新審查程序之重複,造成學生 救濟程序利益之浪費,且對於其權益之保障而言,亦有救濟時 效延滯之疑慮。

(四)本文意見

若採此建議方案,為補救上述程序重複之缺失,於訂定申 訴程序規定時,得參照訴願法相關規定,避免掛一漏萬之疑

洪鼎堯,從現代法制理念探討我高中學生之申訴制度 以臺北市立高中為例,臺 灣師大公民教育與領導活動系研究所碩士論文,2002年6月,頁146-154提供修正參 考條文。

二、方案二 刪除申訴程序回歸訴願法

(一)概 說

釋字第382號解釋公布時,訴願法尚屬舊法階段,僅得向原 行政處分機關之上級機關請求訴願救濟。其後訴願法基於使原 行政處分機關發揮自我省察功能、減輕訴願機關之負擔、以及 不致誤遞訴願書等理由,修正訴願法創設原行政處分機關重新 審查程序46。依訴願法第58條規定:「訴願人應繕具訴願書經由 原行政處分機關向訴願管轄機關提起訴願。」「原行政處分機 關對於前項訴願應先行重新審查原處分是否合法妥當,其認訴 願為有理由者,得自行撤銷或變更原行政處分,並陳報訴願管 轄機關。」「原行政處分機關不依訴願人之請求撤銷或變更原 行政處分者,應儘速附具答辯書,並將必要之關係文件,送於 訴願管轄機關。」該法設立重新審查程序之目的,既然在於要 求原行政處分機關重新審查47,則各種法令所定,以原行政處分 機關為不服對象之「聲明異議程序」,自有重行檢討之必要。

按「聲明異議程序」之法令依據,可求諸訴願法第1條第1

陳清秀,行政訴訟法,2001年2月,頁209以下。

項但書所稱「其他法律別有規定者,從其規定。」於訴願法修 正後,現行各種「聲明異議程序」仍合法保存其原有態樣,各 法規主管機關多依各別需求訂定各式各樣「聲明異議程序」, 然而,無論名稱、程序、審查機關及審級多不相同48,對於人民 之權利救濟而言,實不無妨礙。再者,現行「聲明異議程序」 多以行政命令型態出現,與訴願法第1條第1項但書所稱「法 律」特別規定是否相符,均有商榷餘地,故應視事件之性質, 修正刪除「聲明異議程序」,並將其納入訴願程序規範,或較 妥適。

以中小學學生為例,於權益受損時,依照申訴之「聲明異 議程序」請求權利救濟,不服之機關為原處分機關(學校)之 行政處分,然該申訴程序之法源係「北市高中申訴要點」及 「北市國小申訴要點」,屬於地方自治規則之型態,其再授權 學校訂定校規,與訴願法第1條但書所定「法律特別規定」似不 相符,故宜將現行中小學學生申訴程序刪除,回歸訴願法規 範。

(二)優點

為尊重學校內部秩序,釋字第382號解釋認為,受退學或類 此處分之學生於用盡校內申訴途徑,未獲救濟者,得依法提起 訴願及行政訴訟,亦即認為申訴為訴願之前置程序,此號解釋 並為釋字第563號解釋理由書所重申。然而,若依新訴願法之立 法意旨,係藉由原行政處分機關重新審查,使原行政處分機關 可發揮自我省察功能、減輕訴願機關之負擔,以及不致誤遞訴 願書,如採本項建議案,實則可認定訴願法已將申訴程序納入 重新審查程序規範,故並無保留申訴程序之必要性。

張自強、郭介恆,訴願法釋義與實務,瑞興圖書股份有限公司,2002年2月初版, 頁224-225。

建議刪除申訴程序者,請參閱項程華,學生權利救濟憲法保障制度之研究 我大專院校學生申訴制度,僑光學報,第21期,頁180。

蔡文斌,行政訴訟先行程序研究,頁16-25。宋健弘,訴訟權之研究 以行政救 濟制度為中心,政大法律學研究所碩士論文,1999年1月,頁259-272。

又現行申訴程序係藉由各機關之法令規範明定,以中小學 牛為例,即有教育部及直轄市、各縣市所訂定之各種申訴程序 規範,惟細譯其內容,多屬於訴願法所規範事項,若能將申訴 程序刪除回歸訴願法,將能間接減輕申訴人、立法者與執法者 負荷。

現行教育基本法、高級中學法等教育法規要求創設申訴程 序,以保障學生之學習權、受教育權等基本權利,然而,現行 申訴程序存有諸多規範缺失,若能透過統一且完整之救濟途 徑,更能達成教育基本法第15條所謂建立公平、有效救濟管道 **之**理念。

(三)缺 點

將中小學生申訴程序刪除,首先要面臨之難題,便是訴願 機關之工作負荷將因而增加,同時可能會形成排擠效應,影響 其他訴願人權益,直接或間接也會影響學生應有權益。

又立法者設計中小學生申訴程序,目的在於透過校內救濟 管道,使學生有意願請求救濟,若要求學生直接向訴願機關請 求救濟,可能會產生抑制作用,導致學生不願意請求救濟,產 生嚴重校園問題。

現行訴願法雖設立重新審查程序,然則其程序規範尚有不 足。故藉由「行政院及各級行政機關訴願審議委員會審議規 則」第6條規定⁴⁹予以補充,然而,除本條規定外,其他程序規

行政院及各級行政機關訴願審議委員會審議規則第6條:「原行政處分機關收受之 訴願書未具訴願理由者,應於10日內移由訴願管轄機關審理;附具訴願理由者,應 於20日內依本法第58條第2項至第4項規定辦理。訴願人向受理訴願機關提起訴願 者,對於合於法定程式之訴願事件,受理訴願機關應即函請原行政處分機關於20日 內依本法第58條第2項至第4項規定辦理;其逾限未陳報或答辯者,應予函催;其答 辯欠詳者,得發還補充答辯。」

定尚有不足之處,又重新審查期間較短,故刪除申訴程序後, 能否藉由重新審查程序有效處申訴程序案件,仍值觀察。

(四)本文意見

有關申訴程序得否定性為「重新審查程序」,有以上正、 反二方面意見,固然訴願法之重新審查程序,於程序上尚有規 範不足之處,且刪除申訴程序,直接進入訴願程序,亦可能造 成訴願機關工作負荷。然而,由訴願法刪除再訴願制度之立法 意旨即可知,立法者希望減少在行政機關內部救濟程序之延 宕, 訴願人得不經重重關卡,即可迅速進入行政法院請求救 濟,故若將申訴程序定性為重新審查程序,仍有其實益。

另對於「聲明異議程序」亦可加以類型化方式處理、若涉 及專業技術性、集體性、大量性之行政處分,得設置聲明異議 程序,使原行政處分機關先行審查案件之適法性及妥當性後, 再進入訴願及行政訴訟程序:至於未具上述特性之行政事件, 若能適切運用訴願法重新審查程序即可達成目的者,應刪除聲 明異議程序,並納入訴願法規範。以本文所探討之中小學學生 申訴案件為例,不具高度專業技術性、集體性或大量性,適宜 納入重新審查程序處理。

柒、結 語

本文從中小學學生申訴程序之定義、性質與功能、法源依 據、在學關係與學生申訴程序、申訴程序運作及其缺失等問題 入手,並嘗試提出二項改革建議方案,期能建構法治國下之正 當救濟程序,進而公平有效地維護學生之學習權及受教育權。 臺北市政府對於人權保障不遺餘力,並於臺北市人權白皮書 上,納入育權及行政救濟權等基本權利,若能夠配合儘速修訂 中小學學生申訴程序等相關教育人權法規, 俾供各校校規作為 修正之用,並使學校、教師、家長及學生,得以明確知悉其權 利義務關係,想必能夠對於近日來發生之校園爭議案件,產生 紛爭預防之功能,並且更能促進教育人權之持續發展。

參考文獻

一、期刊論文

- 李建良,淺談校園人權的應然與實然 從一隻鞋說起,法治 與現代行政法學,頁165-185。
- 李震山,人性尊嚴之憲法意義,收錄於氏著人性尊嚴與人權保 障,元照出版社,2001年11月。
- 林威志,國民中小學學生申訴之探討 兼評析臺北市國民中 小學學生申訴處理要點,教育研究集刊,第43輯,1999年7 月.頁185-211。
- 許育典,在學關係與學生申訴,教育學刊,第23期,頁37-58。
- 許育典,學習自由vs.學習權/受教育權從學術自由 評大法 官釋字第563號解釋,頁45-88,成大法學,第7期,2004年 6月。
- 蔡志方,論訴願在我國行政救濟制度之地位,行政救濟與行政 法學(二),1993年3月,頁89-150。
- 7.蔡維音,德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討,憲政時 代,第18卷第1期,頁36-48。
- 張劍寒, 訴願與聲明異議, 憲政思潮, 第15期, 1971年7月, 頁 132-135
- 楊士裕,從大學法制教育面初探學生權利,法治教育,第42卷 第2期,頁44-91。
- 項程華,學生權利救濟憲法保障制度之研究 試評我國大專 院校學生申訴制度,僑光學報,第21期,頁173-183。
- 柯志堂, 學生事務中關於學生申訴權利法制化之評析, 訓育研 究,90年3月,頁58-75。

- 翁岳生,論特別權力關係之新趨勢,收錄於氏著行政法與現代 法治國家,1982。
- 陳敏,所謂特別權力關係之行政爭訟權,憲政時代,第10卷第1 期,頁7以下。

二、書籍及學位論文

- 李惠宗,教育行政法要義,元照出版社,2004年9月初版。
- 宋健弘,訴訟權之研究 以行政救濟制度為中心,政大法律 學研究所碩士論文,1999年1月。
- 許育典,法治國與教育行政 以人的自我實現為核心的教育 法,高等教育文化事業有限公司,2002年5月初版。
- 張自強、郭介恆,訴願法釋義與實務瑞興圖書股份有限公司, 2002年2月初版。
- 陳清秀,行政訴訟法,2000年2月2版。
- 陳奕文,中小學學生申訴制度之研究 以兒童少年教育權為 中心,國立中正大學法研所碩士論文,93年6月。
- 陳敦娟,西德異議程序之研究(Widerspruchsverfahren) 與 我國訴願之比較,中興大學法律學研究所碩士論文,1989 年6月。
- 洪鼎堯,從現代法制理念探討我高中學生之申訴制度 以臺 北市立高中為例,臺灣師大公民教育與領導活動系研究所 碩士論文,2002年6月。
- 羅慶德,從現代法治理念探討學生申訴制度與辦法 以師範 學校為例,臺灣師大公民教育與活動領導學系在職進修碩 士論文,2004年。
- 周志宏,教育法與教育改革,高等教育文化事業有限公司, 2003年9月初版。

- 蔡文斌,行政訴訟先行程序之研究,神州出版有限公司,2001 年6月初版。
- 翁岳生,行政訴訟法逐條釋義,五南圖書公司,2002年11月初 版。
- 吳庚,憲法的解釋與適用,三民書局經銷,2004年6月第3版。 C.H.Ule, Verwaltungsprozessrecht, 1987.
- C.H.Ule, Das besondere Gewaltverhaeltnis, 1957, VVDStRL, 133 ff. Schmidt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15 Aufl., 2000.

中小學學生申訴程序規定比較一覽表

名 稱			教育部主管高級中等以 下學校處理學生申訴案
項目			件實施辦法
法令依據			1.教育基本法(15)。 2.高級中學法(25)。
申訴主體		在學學生(指學校對 其懲處時, 具學生身 分者)(3)。	
申訴代理人			父母、監護人或受託人 (3)。
相對人	學校行政單位或教 師(2)。	學校(3)。	學校(3)。
受理申訴範圍	教措施及輔導措	政處分違法或顯然不 當,致損及其個人權	
受理申訴單位		未規定。	學校應依本辦法之規定,指定專人或專責單位,負責學生申評會相關行政作業事宜(15)。
申訴會組成	會(以下簡稱申訴會)委員5至15人 (3):學校行政	(2)。 學校行政人員代表。 教師會代表或學校教 師代表。 家長會代表。 學生代表。	

名 稱			教育部主管高級中等以
			下學校處理學生申訴案
項目		施要點	件實施辦法
	僅規定「自行迴	未規定。	包括「自行迴避」、
	避」,但無委員排		「申請迴避」及「命為
委員迴避	除規定(3)。		迴 避 」 等 三 種 型 態
日本 日本 日本 日本 日本 日本 日本 日本 日本 日本 日本 日本 日本 日			(8).
24 141/W			學校學生獎懲委員會之
			委員,不得兼任學生申
			評會成員(4)。
申訴次數	未規定,但有再申	未規定。	同一案件以一次為限
中孙从数	訴。		(6)。
	應於管教或輔導措	如不服有關懲處或行	對學生之處分或措施,
	施之次日起三十日	政處分,得於處分書	得於通知書送達之次日
申訴期限	內以書面向申評會	送達之次日起七日內	起二十日內,以書面向
	提出(4)。	向學校申評會提起申	學生申評會提起申訴
		訴(4)。	(5)。
	申評會應於收到申	申評會應於收到申訴	學生申評會應於收到申
	訴或再申訴書起十	書之次日起七日內開	訴書之次日起二十日內
	五日內(例假日除	會作成評議決定書	開會作成評議決定書
申訴評議期限	外)召開會議,並	(4)。	(10)。
中亦计裁规权	應於會後三十日內		
	(例假日除外)作		
	成評議書或再評議		
	書(5)。		
	不服申訴評議之再	學校對於學生有關懲	學校對學生之處分或措
	申訴,應於接到評	處或行政處分,在通	施,應於通知書上附記
			如有不服,得於通知書
			送達之次日起二十日
	會提出(4)。		內,以書面向學生申評
】 教示義務		向學校申評會提起申	
いいかもいいた			對於輔導轉學、休學或
			類此處分之申訴案,並
			應於該申訴評議決定
			書,附記如不服本申訴
			決定,得於申訴評議決
		乙 評議决定,得於評	定書送達之次日起三十

名 稱			教育部主管高級中等以
			下學校處理學生申訴案
項目			件實施辦法
		議書送達之次日起三	日內,依法向本部提出
		十日內,依法向臺北	訴願(10)。
		市政府提起訴願」	
		(4)。	
委員任期	1年無給職(3)。	1年無給職(2)。	1年無給職(4)。
與津貼			
	未規定。	經行政程序仍無法解	未規定。
校內行政程序		決者,得提起申訴	
		(3).	
	申訴及再申訴得於	未規定。	申訴人於學生申評會未
	評議確定前申請撤		作成評議決定書前,得
申訴撤回	回(4)。		撤回申訴,申訴一經撤
			回不得就同一案件再提
			起申訴(6)。
	以不公開為原則	以公開為原則	以不公開為原則
不公開審理			(9).
	未規定。		1.申訴會之評議、表決
			及其他委員個別意見,
		見,應對外嚴守秘密	
保密義務			2.涉及學生隱私之申訴
		. , ,	案與申訴人之基本資料
			均應予保密(11)。
	申評會應就書面資	申評會就書面資料審	
書面審理		議學生申訴案件	,
		(5).	
			應通知申訴人、原處
			分、措施單位或其他關
			係人到會說明(9)。
陳述意見	(-/0	申訴人或其父母、監	
		護人得要求到會說明	
		(5)	
<u> </u>		(~)0	<u> </u>

名 稱	臺北市國民中小學	臺北市高級中等學校	教育部主管高級中等以
	學生申訴處理要點	處理學生申訴案件實	下學校處理學生申訴案
項目		施要點	件實施辦法
原處分停止	未規定。	之申訴,學生於申評 會評議未確定前得向	
執行原則		應衡酌該生生活、學習狀況於七日內書面答覆,並載明學籍相關之權利與義務(6)。	
不受理決議	者,受理申訴之申 評會應定五至十日	之申訴案件,得不予受理,惟有充分理由 並提出具體證明者, 不在此限(4)。	學生申評會對於逾期之 申訴案件,不可抗力理。 但申訴責於司之事 不可歸證 提出具體證 提出限(5)。

名 稱			教育部主管高級中等以 下學校處理學生申訴案
項目			件實施辦法
評議方式	以上出席,出席委 員二分之一以上同	二以上出席,評議書 之決議應有出席委員 三分之二以上同意	應有全體委員三分之二以上出席始得開會,應有出席委員三分之二以上同意始得決議(7)。
評議書格式	未規定。	未規定。	評議決定書應包括主文、事實、理由等內容。 不受理之申訴案件亦應 做成評議書,明列主文 和理由(11)。
評議書簽署	未規定。	申評會之召集人簽署	經決議之評議書應由學 生申評會之主席簽署 (11)。
評議書核定		評議書經陳校長核定後 , 應 即 採 行 (7)。	
評議決定書送達	未規定。	未規定。	評議決定書,應即以簽 或由郵政機關以雙掛號 送達申訴人,其無正 理由拒絕收領時,應 理由拒絕收領時所 評議決定書留置於送達 達處所或機關,以為送達 (13)。
再申訴	不服申訴之評議決 定者,得提起再申 訴(2、4)。		未規定。

_									_						_							
	_ 名	稱	臺は	۲ī	方 國	民	中	小鸟	臺	北市	高	級中	等	學校	教	育	部三	E管	高	級	中	等以
			學生	ĖΕ	申訴	處	理	要點	占處	理學	生	申訴	案	件實	下	學	校處	記理	學	生	申	訴案
項	目								施	要點					件	實	施辦	法				
			處分	引	單位	或	教	師該	即	評會	之	評譲	₺,	如原	未	規	定。					
			為詞	平言	義書	或	再	評請	遠處	分單	位	認有	與	法令								
			書有	与 华	氏觸	法	令	或室	纸纸	觸或	事	實上	室	礙難								
			礙美	隹彳	亍者	,	得	於收	对行	者,	應	於七	:日	內列								
	再議		達征	复3	5日	內	向	申部	學	具體	理	由,	依	行政								
			會日	自言	青再	議	,	但り	人程	序陳	報	校長	ξ,	校長								
			$-\chi$	大茶	۹限	(]	10)。	如	認為	理	由充	分	` , 得								
									交	付	申	評領	會:	再 議								
									(7)。												
			評詞	義刀	2再	評	議	確定	評	議書	經	陳杉	長	核定	申	訴	案件	牛縚	作	成	評詞	議決
>+	 *	- +	後	應	確	實	‡	丸行	後	,	應	即	į.	采 行	定	書	送達	主申	訴	人	後	, 學
沃	:正音第	定書效力	(1	0)) 。				(7)。					校	應	依計	平譲	決	定	確	實執
															行	(14)	,				
			各村	交位	衣據	本	要	點,	各	校應	依	據本	要	點,	未	規	定。					
校規授			得是	弓彳	亍訂	定	學	生申	另	行訂	定	各核	學	生申								
	交規授	權	訴原	記 Ŧ	里之	相	關	規定	訴	案件	之	處理	規	定,								
			報力	司	備3	查征	复]	實施	10 報	臺北	市	政府	教	育核								
			(1	2)) 。				備	後實	施	(8) 。									

論消費者健康與安全之 人權保障暨其界線

以最高法院關於轎車缺陷之判決評釋為中心

曾品傑*

次

壹、消費者人權保障概說

- 一、消費者人權之憲法基礎
- 二、消費者人權與企業經營 者之營業自由的緊張關
- 貳、我國商品責任之基本問題 以疑似暴衝車與安全 氣囊缺陷之判決為例
 - 一、消保法§7與民法§191-1在 規範上之競合關係

- 二、消保法§7與民法§191-1在 時間上之適用關係
- 三、民法§191-1關於「商品 之诵常使用 1 的解釋
- 四、 依消保法同時請求慰撫 金與懲罰性賠償金之正 當性
- 參、結 論

膏、消費者人權保障概說

我國消費者保護法(以下簡稱消保法)第一條第一項、第 三條第一項第二款規定:「為保護消費者權益,促進國民消費 生活安全,提升國民消費生活品質 」,「政府應防止商品 或服務損害消費者之生命、身體、健康、財產或其他權益」。本 法第四條亦規定:「企業經營者對於其提供之商品或服務,應 重視消費者之健康與安全 1。為落實斯項意旨,消保法特於 第二章「消費者權益」,制訂第一節「健康與安全保障」,規 範商品與服務責任, 俾保障消費者生命、身體、健康、財產之 安全,此可從消保法第七條第二項關於「商品或服務具有危害 消費者生命、身體、健康、財產之可能者,應於明顯處為警告標 示及緊急處理危險之方法」的規定中導出。本文下面擬以消保 法第七條企業經營者之商品責任為例,先說明消費者人權保障 之憲法根據,再檢討最高法院關於企業經營者商品責任的重要 判決,合先敘明¹。

作者為東海大學法律系助理教授。

我國消保法制訂頒佈以前,學界曾提出為重建消費者主權,在法律上必須確認五項 消費者的基本權利:

第一、安全的權利;消費者有權要求商品及服務應符合安全標準,以保障其身體及 健康免於遭受危害。

第二、明瞭事實真相的權利:消費者有權要求不受不誠實廣告、標示、標價及其他 違反商業誠信行為之損害。消費者並有權要求明瞭商品內容及實際價格,俾能作適 當的判斷。

第三、選擇的權利:消費者有權要求政府採取措施,促進市場競爭秩序,使期能依 消費者之需要,供應更多物美價廉的商品,俾消費者得自由選購。就市場上獨占或 寡占之企業、以及公營之事業,更應確保商品品質及合理價格。

第四、意見被尊重的權利;消費者有權要求政府於制度社會經濟政策之際,必須考 慮消費者之利益,並使消費者有表達意見的機會。

第五、損害救濟的權利:消費者有權要求當其權益遭受損害時,得依迅速、經濟、公 正的程序獲得救濟。相關論述,請參見王澤鑑,消費者的基本權利與消費者的保護, 載於「民法學說與判例研究」第三冊,台北自版,1991年,第15頁以下。

一、消費者人權之憲法基礎

鑑於立法者在消保法第一條第一項,將消費者與國民等同 視之,因此探討消費者人權在商品責任領域的憲法基礎,實與 研究國民人權之憲法根據無異。按維護人之生命、身體、健 康、財產等基本權利,乃現代法治國家之核心任務。揆諸生命 權之保護,世界人權宣言第三條有謂:「人人有權享有生命、 自由與人身安全」,公民及政治權利國際盟約第六條第一項亦 有「人人有固有之生命權。這個權利應受法律保護」」之明 文。我國憲法第二章「人民之權利義務」,雖未明文揭櫫生命 權之保護,然保障人民之生命免受侵害與威脅,係國家權利亦 是義務,解釋上似得包含在憲法第十五條人民之生存權的文義 射程內。退一步言,即便憲法未明示此一權利,但若從自然法 之理念,生命權為人類固有之權利,先於國家而存在,係屬不 待成文憲法規定而自明之原權或自然權,當然包含在憲法第二 十二條之概括條款,固不待言²。

次按人之身體有不受侵犯之自由與權利,我國憲法第八條 第一項前段規定:「人民身體之自由應予保障 1.惟學說 上認為本條係指人民身體之行動自由而言,尚與免於人身安全 之侵犯,亦即國家保障人民身體之安全及其完整性的問題有間3。 對於人身安全的確保,憲法增修條文第十條第六項載有「國家 應維護婦女之人格尊嚴,保障婦女之人身安全 」,司法院 大法官釋字第三七二號解釋亦指出:「維護人格尊嚴與確保人 身安全,為我國憲法保障人民自由權利之基本理念」,這些都

李震山,從憲法觀點論生命權之保障,載於「人性尊嚴與人權保障」,元照2001年 修訂再版,第90頁以下。

為人身安全提供了憲法層次的保障根據。邇來,釋字第四七六 號、第五五一號解釋,先後基於防制毒品危害,維護國民生命 身體免受侵害的考量,表示:「人民身體之自由與生存權應予 保障,為憲法第八條、第十五條所明定,,明確揭橥身體權保 障之憲法依據,併予述明。

與身體權概念相近的還有健康權。我國立法院於二 年十二月底通過「經濟社會文化權利國際盟約」,本約第十二 條即為健康權的規定,其內容如下:「一、本公約締約各國承 認人人有權享有能達到的最高體質和心理健康的標準。二、本 公約締約各國為充分實現這一權利而採取的步驟,應包括 (一)減低死胎率和嬰兒死亡率,和使兒童得到健康的發育: (二)改善環境衛生和工業衛生的各個方面:(三)預防、治 療和控制傳染病、風土病、職業病以及其他的疾病;(四)創 造保證人人在患病時能得到醫療照顧的條件」。歸納言之,所 謂健康,應認為包括身體與心理健康,乃整體人格不可或缺的 一部份,兼含精神與肉體兩個層面。惟健康是否遭受損害,非 從病人主觀上身體的感覺來決定,而是由客觀意義著眼,也就 是由醫師從病理學的觀點判斷之4。整體言之,身體權的保障較 側重人民身體之完整性不受侵害的消極面向,健康權的維護則 較強調國家積極防制疾病、並主動改善生長、工作與就醫等條 件等積極面向。至於健康權保障之憲法根據,參酌上述涉及國 民身心健康之釋字第四七六號、五五一號解釋之意旨,仍以憲 法第八條、第十五條為其規範基礎。

關於財產權之保障,世界人權宣言第十七條規定「一、人 人有權單獨占有或與他人合有財產。二、任何人之財產不容無

李震山,從憲法觀點論身體不受傷害權,載於「人性尊嚴與人權保障」,元照2001 年修訂再版,第161頁以下。

李震山,前揭文,載於「人性尊嚴與人權保障」,元照2001年修訂再版,第191 頁。

值得特別一提的是,歷年大法官解釋文中,曾明確提及 「消費者」一詞者,有釋字第四八六號、釋字第五七七號、以 及釋字第五九四號三個解釋。觀其內容,釋字第四八六號係說 明商標法上保護從事一定商業行為或行使事務有年之團體名 稱,兼有保護消費者之作用;釋字第五九四號乃闡明商標法上 處罰類似或近似商標的規定,涉及消費者之利益⁵。至於釋字第 五七七號則表示菸害防制法上關於「菸品所含之尼古丁及焦油 含量,應以中文標示於菸品容器上,暨其罰鍰的規定,產涉到 消費者必要商品資訊之提供與維護國民健康等重大公共利益, 故對於菸品業者商業言論自由之限制,並未逾越必要程度。經 查關於消費者知的權利,消保法第四條規定:「企業經營者對

於其提供之商品或服務,應重視消費者之健康與安全,並向消 費者說明商品或服務之使用方法,維護交易之公平,提供消費 者充分與正確之資訊,及實施其他必要之消費者保護措施」。 是以,上述在菸品容器上為必要資訊之標示,不啻為具體化消 保法第四條之規範旨趣,應予指明。

依上所述,吾人可知在大法官解釋文中,迄今尚未有直接 涉及消保法條文的聲請解釋事件,因此關於消費者人權保障之 議題,應屬新興之研究領域,尚待吾人未來持續關注、拓展、 與研究。

二、消費者人權與企業經營者之營業自由的緊張關係

號解釋曾經提到:「憲法第十五條關於人 按釋字第四 民財產權應予保障之規定,旨在確保個人依財產之存續狀態行 使其自由使用、收益及處分之權能,並免於遭受公權力或第三 」。此段文字,說明了人民的基本權利除了可能蒙 受來自國家的侵犯以外,還有招致第三人之侵害。在消費者與 企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係,消費者人權便 可能在企業經營者從事營業活動前後,遭受侵害。這時所涉及 者,應為消費者憲法上之基本人權對第三人(企業經營者)之 效力問題6。

按釋字第五一四號解釋有謂:「人民營業之自由為憲法上 工作權及財產權所保障」。企業經營者本於自憲法第十五條推 導出來之營業自由,得從事設計、生產、製造、輸入、經銷商

查釋字第三七 號解釋亦曾表示:「 商標圖案相同或近似於他人同一商品或類 似商品之註冊商標者,利害關係人得申請商標主管機關評定其註冊為無效,係為維 持市場商品交易秩序,保障商標專用權人之權益及避免消費大眾對於不同廠商之商 品發生誤認致受損害而設 」,可資佐照。實則,關於消費者具有免受廣告和標 示之詐欺、誤導的權利,最早可溯源自美國甘乃迪總統於1962年3月15日致函國會 的一篇關於保護消費者利益的國情咨文,查該文曾提到:「All of us are consumers. All of us have the right to be protected against fraudulent or misleading advertisement and labels 」。可參考http://www.consumersinternational.org網站上之國情咨文內容。

關於憲法基本人權對第三人效力的問題,可參閱陳新民,憲法基本權利及對第三者 效力, 載於憲法基本權利之基本理論(下), 2002年, 元照出版, 第82頁以下; 蘇 永欽,憲法權利的民法效力,載於合憲性控制的理論與實際,1994年,月旦出版, 第17頁以下: 勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗, 載於民法學說與判例 研究第七冊,1992年,台北自版,第36頁以下。

品或提供服務之營業活動,而受有利益,自不待言。然若其因 出賣之商品有缺陷、或未盡交易上必要之說明義務,致消費者 或第三人之生命、身體、健康、財產受有損害,此際消費者人 權與企業經營者之營業自由,即發生兩個憲法上基本權衝突、 彼此碰撞的情形,這時立法者為保護社經地位較低、議約能力 較弱、法律知識不足、以及較欠缺交易經驗之消費者,特於消 保法第七條第一項規定:「從事設計、生產、製造商品或提供服 務之企業經營者,於提供商品流通進入市場,或提供服務時.應 確保該商品或服務,符合當時科技或專業水準可合理期待之安全 性」。同條第二項規定:「商品或服務具有危害消費者生命、身 體、健康、財產之可能者,應於明顯處為警告標示及緊急處理危 險之方法」。同條第三項規定:「企業經營者違反前二項規定」 致生損害於消費者或第三人時,應負連帶賠償責任。但企業經營 者能證明其無過失者,法院得減輕其賠償責任」。

準此以言,消保法第七條係立法者為增進消費者健康與安 全之保障,在衡酌消費者人權與企業經營者之營業自由二者孰 輕孰重以後,認為後者應向前者退讓,故課予設計、生產、製 造、輸入商品或提供服務之企業經營者,對消費者應「連帶」 負起商品無過失責任與推定過失之服務責任⁷, 並在同法第十條 **クー規定:「本節所定企業經營者對消費者或第三人之損害賠償** 責任,不得預先約定限制或免除」。猶有進者,根據同法第五十 一條,消費者對於「因企業經營者之故意所致之損害, 求損害額三倍以下之懲罰性賠償金: 因過失所致之損害,得 請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」凡此規定,從基本權衝 突的視角來看,似得認為前引之消保法條文乃對企業經營者之 營業自由暨其財產權所設之限制,但立法者在消費關係上,同 時採取「商品無過失責任」、以及「懲罰性賠償金」的制度, 是否符合憲法第二十三條所揭櫫之比例原則,而有過度侵害企 業經營者之營業自由暨其財產權之嫌?誠值深入研究8。本文限 於篇幅,以下僅以最高法院三則疑似轎車缺陷事件之判決為中 心,對實務上解釋適用消保法第七條與民法第一九一條之一的 基本態度,試作評析,期能藉由實際個案的研討,勾勒出消費 者人權保障的具體圖像及其界線。

貳、我國商品責任之基本問題 以疑似暴 衝車與安全氣囊缺陷之判決為例

按我國商品責任,立法者除了於民國八十三年一月制訂上 述消保法第七條以下之規定外⁹,又在民國八十八年四月增訂民 法第一九一條之一商品製造人責任。查本條第一項規定:「商 品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害,負賠償

消保法第七條就商品責任部分,係採取無過失衡平責任,蓋其成立要件上,係以商 品是否有缺陷為斷(亦即商品若不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性, 商品即有缺陷),並不以企業經營者具有過失為必要,但企業經營者能證明其無過 失者,法院得減輕其賠償責任。

與此應加以區別者,係消保法第七條的服務責任,解釋上宜認為係採取過失推定主 義,蓋企業經營者應確保其所提供之服務,符合當時專業水準可合理期待之安全 性,同時就此負舉證之責(消保法第七條之一參照)。在過失概念客觀化的思維底 下,若企業經營者所提供之服務,不符合當時專業水準可合理期待之程度,宜逕認 為該服務業者有過失,故應依消保法第七條負「推定過失」之民事責任。

蘇永欽教授認為,瑕疵產品之無過失責任的規定,使製造瑕疵商品之廠商負無金額 上限之無過失責任,雖可提出強大公益保護需要為理由,但是否適當及必要,恐怕 就很難自圓其說了。請參見蘇永欽,憲法權利的民法效力,載於合憲性控制的理論 與實際,1994年,月旦出版,第32頁。反之,學者陳聰富似乎比較傾向於肯定消保 法第五十一條之規定。請參見陳聰富,美國懲罰性賠償金的發展趨勢,載於侵權歸 責原則與損害賠償,元照出版,2004年9月,第364頁以下。

立法者復於民國九十二年一月間,將原先規定於消保法施行細則的若干條文,移列 為消保法本文之內容,而增訂消保法第七條之一、第十條之一等規定,併予敘明。

責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其 損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生,已盡相當之注意 者.不在此限1。第二項規定:「前項所稱商品製造人,謂商 品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文 字、符號,足以表彰係其自己所生產、製造、加工者,視為商 品製造人」。第三項規定:「商品之生產、製造或加工、設 計,與其說明書或廣告內容不符者,視為有欠缺」。第四項規 定:「商品輸入業者,應與商品製造人負同一之責任」。

稽其立法理由,有謂:「 凡商品之製造人,對其商品 之通常使用或消費所生之損害,應負賠償責任,以保護消費者之 利益」等語,可知立法者也有意藉由民法第一九一條之一的規 定,維護消費者權益。因此,接下來的問題,就是民法第一九 一條之一與消保法第七條二者間的適用關係為何10?對此,學理 上不外乎三種看法:首先,有認為二者係法條競合的關係,因 為消費者保護法為民法侵權行為法之特別規定,故消保法第七 條應優先於民法第一九一條之一的適用。換言之,在消費關係 的場合,如所侵害之法益為消保法第七條第二項所列舉之生 命、身體、健康及財產權時,此際應優先適用消保法第七條之 規定:在其他情形,例如在非消費關係的場合,或是所侵害之 法益僅為利益(純粹經濟上損失)時,應適用民法第一九一條 之一的規定11。其次,解釋上也可能認為二者係請求權自由競合 的關係,亦即對於依民法或依消保法的規定主張商品責任,債 權人得擇一行使;其中一個請求權若已達目的而消滅時,另一

請求權固隨之消滅,但若其中一個請求權未能滿足債權人之利 益,則另一請求權仍然存續,猶得主張。最後,解釋上也可認 為二者係請求權相互影響的關係,亦即二個請求權可以互相作 用,一個請求權之構成要件會受到另一個請求權之適用要件的 調整、影響12。

對於一個社會生活所發生的法律事實,可適用複數請求權 規範之情形,我國最高法院基本上是採取請求權競合說13,在商 品責任的領域,也不例外,茲謹以最高法院94年度台上字第338 號判決說明之(以下簡稱賓士車事件)。

一、消保法§7與民法§191-1在規範上之競合關係

本件上訴人(被害人之父母、配偶、子女)主張被害人於 民國八十八年三月某日凌晨,駕駛其於八十六年一月間向被上 訴人(中華賓士公司)購買之一輛賓士自用小客車,行經彰化 縣彰美路時發生車禍,因系爭汽車之安全氣囊未適時發生緩衝 保護作用,方向盤亦不當斷離,致打斷其頸部動脈造成大量出 血,送醫不治。被上訴人為系爭汽車之代理商、經銷商及輸入 者,應與該車之製造商負同一責任。其未於「車主使用手冊」

朱柏松教授於民法第一九一條之一完成增訂以前,曾認為在消保法第七條以下關於 商品責任的規範架構下,民法第一九一條之一應已失其當初之立法目的,自應使其 在完成立法程序前消失,否則就其與消保法之間的適用,將來只是徒生困擾。可參 見朱柏松,消費者保護法論,翰蘆圖書,1999年增訂版,第64頁。

姚志明,侵權行為法研究(一),元照出版,2002年,第131頁以下。

關於請求權自由競合說與請求權相互影響說的說明,可參見王澤鑑,契約責任與侵 權責任之競合,載於民法學說與判例研究第一冊,台北自版,1991年,第402頁以

最高法院77年度第19次民事庭會議決議(二)之決議要旨,有謂:「我國判例究 採法條競合說或請求權競合說,尚未儘一致。惟就提案意旨言,甲對A銀行除負 債務不履行責任外,因不法侵害A銀行之金錢,致放款債權未獲清償而受損害, 與民法第一百八十四條第一項前段所定侵權行為之要件相符。A銀行自亦得本於 侵權行為之法則請求損害賠償,甲說核無不當」。次查甲說之內容為:「甲說 請求權競合說):債務人之違約不履行契約上之義務,同時構成侵 權行為時,除有特別約定足認有排除侵權責任之意思外,債權人非不可擇一請 求, A 銀行自得本侵權行為法則請求甲賠償其損害」。可查詢司法院法學資料檢 索系統http://nwiirs.iudicial.gov.tw。

中為警告標示及指示緊急處理方法,顯未盡產品使用說明義 務,致被害人為通常使用時受創身亡,故依消保法第七、八、 九條,民法第一九一之一、第一九二條第一、二項,第一九四 條規定,請求被上訴人負損害賠償責任。

被上訴人則以:上訴人讫未就系爭汽車安全氣囊及方向盤 之設計、製造及安裝有何瑕疵,負舉證之責。日對被害人究係 遭斷離之方向盤強力撞擊頭部後顱內出血死亡,或因汽車安全 氣囊有瑕疵,而打斷頸部動脈身亡,先後主張不一,亦未舉證 證明被害人之死亡與其銷售之系爭汽車瑕疵間有何因果關 。又被害人係以極高之速度行駛系爭汽車,顯未合理使 用該車,其因而失控造成危險,亦不應由其負責等語,資為抗 辩。

原審主要是基於下面三點理由,維持第一審所為上訴人敗 訴之判決,而駁回上訴人之請求。首先,上訴人未就被上訴人 於系爭事故之發生,或就系爭車輛安全氣囊及方向盤之設計、 製造及安裝,舉證證明有何故意、過失,其依民法第一八四條 規定,請求被上訴人負損害賠償責任,自非可取。

其次,民法第一九一條之一規定,商品製造人之責任,以 「使用者就商品為通常使用或消費」下受有損害為限。又消費 者保護法有關商品製造人與輸入商品之企業及從事經銷之企業 連帶賠償責任之成立,繫諸商品或服務具有「安全或衛生上之 危險」。商品或服務苟不具「通常可合理期待之安全性」時, 雖應認有上開之危險,然「通常可合理期待之安全性」,應係 指使用人在符合相當自我責任要求下,依據原設計之目的為使 用而言,如不當使用或濫用致生損害,即應由消費者自負其 責。是以,被害人本於消費者保護法規定請求賠償損害時,仍 應就商品或服務有安全性之欠缺、危險存在,及其欠缺或存在 與損害之發生有因果關係,負舉證之責。本件系爭汽車係高速 行駛,被害人並未合理使用汽車,另依相關鑑定結果,亦無從 判斷被害人頭部傷害係方向盤脫落所致,及方向盤脫落與被害 人之死亡間有因果關係存在。

再者,被上訴人輸入同型汽車之「車主使用手冊」中已對 安全氣囊之使用有詳盡說明, 而系爭汽車肇事時係連續撞及二 部車輛,即不能認被害人之傷害係第一次撞擊時安全氣囊未發 揮作用所致,更無從認定系爭汽車於肇事時確有方向盤斷離, 及第一次撞擊時安全氣囊未發揮作用之瑕疵。所以,上訴人依 各該民法及消費者保護法之規定,請求被上訴人賠償損害,自 屬不應允許。

最高法院民五庭對於原審逐一批駁上訴人所主張民法第一 八四條、第一九一條之一條、以及消保法第七條等請求權基 礎,並無不同意見,只是在涉及商品責任的舉證責任方面,指 示原審應本諸保護消費者權益之法理,將八十九年五月五日始 施行之民法第一九一條之一所揭櫫的舉證責任分配法則,斟酌 適用於該條施行前已發生之本件判決事實。是以,最高法院指 摘原判決未參酌前述法理 ,於未窮調查證據之能事致事實 未臻明確前,率以無從認定系爭汽車肇事時確有方向盤斷離、 及上訴人未盡舉證之責等為由,遽為不利於上訴人之判決,自 嫌速斷,故廢棄原判,發回更審。

由上述原審及最高法院之認事用法,可知實務上就消保法 第七條與民法第一九一條之一的適用關係,並不認為是法條競 合,而係採取請求權競合的思維。按本件被害人向進口車商購 買一輛賓士自用小客車,屬於消保法第二條第三款之消費關 係,亦即消費者與企業經營者間就(汽車)商品所發生之法律 關係。上訴人就被害人因汽車之安全氣囊及方向盤有缺陷致受 損害一事,既曾分別主張民法第一八四條、民法第一九一條之 一條、以及消保法第七條等規定,而原審法院逐一說明不予採 取之理由, 並無依法條競合說的觀點, 認為本件係屬消費關 係,故應優先適用消保法。所以,本件原審法院明顯不採 法條競合的觀點,而最高法院對此亦無表達不同看法,似有間 接肯認被害人得自由選擇、分別援引前揭條文中行使權利,寓 有請求權競合說的想法,足堪重視。

值得一提的是,本件被害人於民國八十六年一月間向中華 賓士購車,事故則發生在民國八十八年三月間,皆於民國八十 九年五月五日(民法增訂第一九一條之一的施行日)前,最高 法院竟然提示原審適用事件發生時尚未存在之民法第一九一條 之一的規定,其正當性為何?請看本文下面之分析。

二、消保法§7與民法§191-1在時間上之適用關係

最高法院民五庭在上述94年度台上字第338號判決,明確提 示原審斟酌適用事件發生時猶未公佈施行之法律,斯項觀點, 很自然地令人想起最高法院民七庭在另一件同樣涉及民法增訂 條文(民法第四七條之一)之非消費性借款的保證事件,曾透 過91年度台上字第388號判決表示:「 原審言詞辯論終結 前,民法債編修正條文固尚未施行而於八十九年五月五日始施 行,惟民事,法律所未規定者,依習慣;無習慣者,依法理。 民法第一條定有明文 。其(保證人)所稱定型化之契約條 款違反公平原則,就該修正之附合契約條款而言,縱於原審辯論 終結時未及適用於本件,但是否不能依『法理』而予以斟酌適 用?」此一思路,與上述94年度台上字第338號的判決理由,似 有異曲同工之妙,誠值留意。

緣法律不溯及既往原則,旨在維持當事人既得利益之信賴 保護,以及避免當事人遭受不可預見之法律適用上的突襲,此 乃何以民法債編施行法第一條規定:「民法債編施行前發生之 債,除本施行法有特別規定外,不適用民法債編之規定;其在 修正施行前發生者,除本施行法有特別規定外,亦不適用修正 施行後之規定」。按在債編施行法中,修正之民法第一九一條 之一,並無如同修正之民法第二四七條之一有溯及既往之明文14, 故應適用不溯及既往的原則, 殆無疑義。倘此, 既然本件被害 人之購車時間、以及受有事故損害的時點,都在民法第一九一 條之一公佈施行以前,如受害人欲主張商品責任上的請求權, 解釋上自宜依消保法第七條以下的規定主張權利,始合平法律 不溯及既往之原理。

經查本件最高法院民五庭,說道:「商品製造人因其 商品之通常使用或消費所致他人之損害,負賠償責任。但其對 於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項 欠缺所致或於防止損害之發生,已盡相當之注意者,不在此 限。商品輸入業者,應與商品製造人負同一之責任。八十九年 五月五日增訂施行之民法第一百九十一條之一第一、四項分別 定有明文。準此,受害人依民法第一百九十一條之一規定,請 求商品輸入業者與商品製造人負同一之賠償責任時,商品輸入 業者如欲免其責任,自應就商品之生產、製造或加工、設計並 無欠缺,或其損害之發生與該商品之欠缺無因果關係,負舉證 之責。而本諸保護消費者權益之相同法理,此規定於八十九年 五月五日民法第一百九十一條之一增訂施行前所生之債,即得 予以斟酌適用。」斯項見解,可供參考。

本件最高法院以「本諸保護消費者權益之相同法理」為 由,認為被害人得溯及援引民法第一九一條之一的規定主張權 利,中華賓士公司如欲免責,應舉證其就車輛之生產、製造、 設計並無欠缺,或其損害與欠缺之間無因果關係存在。此一立

民法債編施行法第十七條規定:「修正之民法第二百四十七條之一之規定,於民法 債編修正施行前訂定之契約,亦適用之。」

關於第一個問題,本文傾向於認為,就商品責任的成立要 件而言,民法第一九一條之一的確比起消保法第七條以下的規 定,更有利於消費者。首先,就歸責事由而言,雖然消保法第 七條係採取無過失責任15,而民法第一九一條之一係規定過失推 定責任,但有鑑於實務上對於推定之反對證明的採認,向來嚴 格,使得企業經營者很難舉證其於防止損害之發生,已盡相當 之注意,而免負賠償責任。所以,就歸責事由而言,上述消保 法與民法之規定實難分軒轅。其次,就因果關係來看,援引消 保法第七條之消費者,必須證明商品欠缺與損害之間具有因果 關係16,反觀民法第一九一條之一業經推定損害係因該項欠缺所 致,故應轉由商品製造人對於損害與欠缺之間無因果關係一 事,提出反對之證明。因此,從因果關係的舉證觀之,消費者 主張上述民法規定應是較為有利。再者,就保護的法益而言, 消保法第七條僅保護生命、身體、健康、財產四種權利,反觀 民法第一九一條之一的保護對象,權利及利益皆在法條文義的

消保法第七條之一(亦即前消保法施行細則第六條)規定:「企業經營者主張其商 品於流通進入市場,或其服務於提供時,符合當時科技或專業水準可合理期待之安 全性者,就其主張之事實負舉證責任 」可資參照。

射程範圍內,解釋上得兼含二者。是以,自保護法益以觀,上 述民法規定對於消費者的保護可能較為廣泛¹⁷。

綜上所言,吾人可得出關於商品責任的成立要件,民法第 一九一條之一較諸消保法第七條以下的規定,應更有利於消費 者。就本件賓士車事件而言,適用民法與消保法的具體差別, 在於適用前者的情形,應由中華賓十公司舉證損害之發生與商 品之欠缺無因果關係:若適用後者,則應由消費者證明其損害 係因商品欠缺所致。有鑑於訴訟實務上「舉證之所在,即為敗 訴之所在」,故本件判決發回更審後之訴訟勝負,極可能就繫 於法院關於系爭因果關係之舉證分配。有疑問者,係本件最高 法院基於保護消費者權益之用心,若欲將此項因果關係的立證 責任,轉由中華賓士公司負擔,是否非得「溯及適用」事件發 生時尚未存在之民法第一九一條之一的規定不可? 解釋論上有 無可能另闢蹊徑,而達到同樣目的?對此,且看本文下面的討 論。

關於第二個問題:民法第一九一條之一施行以前,法院就 消保法上商品責任的舉證分配,可否即令企業經營者就商品無 欠缺、或損害與欠缺之間無因果關係等部分,負舉證責任?對 此,本文毋寧亦持肯定之看法。查目前消保法第七條之一(即 先前消保法施行細則第六條)載有:「企業經營者主張其商品 於流通進入市場,或其服務於提供時,符合當時科技或專業水 準可合理期待之安全性者,就其主張之事實負舉證責任」之明 文。據此,本件原審法院於上訴人援引消保法第七條以下的規

王澤鑑,商品製造者責任與純粹經濟上損失,載於民法學說與判例研究第八冊,台 北自版,1996年,第257頁以下。

關於民法上商品製造人責任與消費者保護法上企業經營者責任之區別,可參閱姚志 明,侵權行為法研究(一),元照出版,2002年,第122頁以下,特別是第133頁提 到:「民法第一百九十一條之一之立法結果,使得該規定實質上展現無過失責任及 無因果關係責任之特色,顯然,權利人主張民法第一百九十一條之一之意願或許會 高於主張消保法。」斯項觀察,頗為深刻,足供參考。

定主張權利時,本得令企業經營者就其商品無欠缺一事,負舉 證責任。更何況,民事訴訟法第二七七條規定:「當事人主張 有利於己之事實者,就其事實有舉證責任。但法律別有規定, 或依其情形顯失公平者,不在此限」。本文以為,前引消保法 第七條之一(即先前消保法施行細則第六條)的規定,便可構 成法律別有規定的情形,而由企業經營者承擔商品無欠缺之舉 證責任。

退一步言,即使不認為這符合「法律別有規定」的情況, 原審法院亦得適用民事訴訟法第二七七條但書末段的規定,認 為在商品責任上,關於商品有無缺陷、商品缺陷與損害之間有 無因果關係等事項,相較於對系爭商品為門外漢的消費者,企 業經營者挾其專業知識、製造技術、經濟資力、以及判斷商品 缺陷的經驗,應較容易以較低之成本,證明商品已經符合當時 科技或專業水準可合理期待之安全性、以及損害與商品缺陷之 間不具因果關係。換言之,在商品有缺陷、缺陷與損害之間具 因果關係等事項,如果令消費者負舉證責任,恐怕會有民事訴 訟法第二七七條但書末段所稱「依其情形顯失公平」之虞,從 而應今原本在專業技術上較易控管、證明該等要件的企業經營 者,承擔舉證責任,俾符合效率原則與程序正義。

據上所述,本文以為,最高法院在94年度台上字第338號判 決提示原審關於「民法增訂第一九一條之一的規定,於民國八 十九年五月五日債編增訂施行前所生之債,即得予以斟酌適 用」的法律見解,形式上雖有引發是否違反「法律不溯及既往 原則」之疑慮,但論其實質,本件適用民法第一九一條之一, 比起適用消保法第七條更有利於消費者之處,應在於前者推定 「損害係因商品欠缺所致」,故企業經營者若欲免責,應就商 品欠缺與損害之間無因果關係負舉證責任。然要達到這個舉證 責任倒置之目的,在民法增訂第一九一條之一以前,法院原本

即可適用民事訴訟法第二七七條但書的規定,在消費關係之領 域,斟酌兩造當事人就與待證事實之物理距離、專業知識、證 明成本上之差距等因素,靈活分配商品責任之舉證責任,使企 業經營者就消費者所受損害與商品缺陷之間無因果關係,承擔 立證責任。倘此,既然民法第一九一條之一施行以前,法院即 得為舉證責任倒置之決定,則上述最高法院關於民法第一九一 條之一「得溯及適用」於條文增訂前所生之債的立場,核與法 治國之法律不溯及既往原則尚無牴觸,亦無對企業經營者造成 法律適用上之突襲,應予指明。

三、民法§191-1關於「商品之通常使用」的解釋

在上述「賓士車事件」的判決中,原審法院曾隱約提到一 項解釋民法第一九一條之一規定的論點:民法ト之商品製造人 責任,以「使用者就商品為通常使用或消費」下受有損害為 限,本件系爭汽車係高速行駛,被害人並未合理使用汽車,故 其所受之損害不得依本條規定請求賠償。斯項思維,在以下介 紹的93年度台上字第989號判決(以下簡稱BMW車事件)中, 有更清楚的說明,茲謹將該判決之事實、法院見解摘錄於後, 以供參考。

本件上訴人主張:其以福庭針織有限公司之名義,向被上 訴人(汎德公司)購買其代理經銷之BMW廠牌之自用小客車一 輛。上訴人於民國八十八年六月十四日開車行經宜蘭蘇澳鎮 時,左前輪爆破撞及電線桿,車上左側車門之安全氣囊,由於 材質不良及設計不當,引致囊袋外殼破裂形成洞口,氣囊無法 完全彈出,未能發揮安全防護效果。又囊內高溫氣體瞬間急速 外洩,造成其左手灼傷及高速撕裂之嚴重傷害。故依民法第一 九一條之一第一項、第四項之規定,求為命被上訴人給付醫藥

被上訴人則以:系爭氣囊並無材質不良或設計不當之情 形,上訴人左手之傷害,係車禍時接觸車外粗糙物品所造成, 與氣囊無關。其對於車禍之發生及上訴人之損害,亦無任何故 意過失可言等語,資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果,依據相關醫院之 診斷證明書所示內容,認為上訴人之左手手掌的傷害與氣囊高 溫氣體外洩灼傷無關 。至於上訴人於車禍發生後,自行將 氣囊拆卸委託財團法人車輛研究中心鑑定,該鑑定意見上雖有 提到:「事故車輛之側邊空氣囊氣袋破裂,除非車輛製造者能 提出非常明確合理的設計理由與完整之說明,否則此氣臺為瑕 疵品的可能性甚高,等情,然為被上訴人所否認,日該鑑定意 見僅就上訴人自行拆卸提供之側邊氣囊模組進行鑑定,未連同 系爭汽車之車門為整體判斷,復未考慮系爭模組拆取過程及該 破裂口從何而來,其鑑定意見即有重大瑕疵,不足採信。是上 訴人既無法舉證證明被上訴人代理經銷汽車所配備之系爭氣囊 有材質不良及設計不當之瑕疵,亦不能證明其傷害與系爭氣囊 有關連,其本於民法第一百九十一條之一第一項、第四項之規 定,請求被上訴人給付 萬元本息,自非有理,不應准許, 而駁回上訴。

對此,最高法院民七庭表示:「按受害人依民法第一百九 十一條之一規定請求商品輸入業者與商品製造人負同一之賠償 責任,固無庸證明商品之生產、製造或加工、設計有欠缺,及 其損害之發生與該商品之欠缺有因果關係,以保護消費者之利 益,惟就其損害之發生係因該商品之『通常使用』所致一節, 仍應先負舉證責任。於受害人證明其損害之發生與商品之通常 使用具有相當因果關係前,尚難謂受害人之損害係因該商品之

通常使用所致,而令商品製造人或商品輸入業者就其商品負侵 權行為之賠償責任。本件上訴人始終未能證明其所受之左手手 掌傷害,與系爭氣囊之使用間,有何相當因果關係存在,揆諸 首揭說明,其請求被上訴人負賠償責任,即非有據。原審為上 訴人不利之判決,經核於法尚無違誤。縱原判決贅以上訴人未 能證明被上訴人代理經銷汽車所配備之系爭氣囊有材質不良及 設計不當之瑕疵為由,駁回上訴人之請求,與前述說明有異, 仍不影響判決之結果,依民事訴訟法第四百七十七條之一之規 定,本院自不得據此理由廢棄原判決 」。據上論結,本件 上訴為無理由。

本文以為,本件判決之爭點有二:第一、本件疑似安全氣 囊缺陷之事件,發生於民國八十八年六月十四日,經查民法第 一九一條之一係自民國八十九年五月五日起施行,故論其實 際,最高法院不啻肯認民法第一九一條之一的規定,於民國八 十九年五月五日前即已發生之商品缺陷事件,亦有適用。關於 法律不溯及既往原則的討論,請參考前面說明,茲不贅。然為 何上訴人未根據消保法第七條以下規定,主張權利?一種可能 的解釋是,上訴人係以公司名義購車,若公司購買該車之目 的,是當作公司高階主管的職務座車,由於該車使用上之主要 目的在於提供主管執行業務使用,宜認為公司並非消保法第二 條第一款所稱之消費者,不構成同條第三款之消費關係(消費 者與企業經營者就商品或服務所發生之法律關係),故無消保 法之適用18。

關於第二個爭點:被害人之「損害」係因「商品之通常使 用」所致的因果關係,是否已被民法第一九一條之一前段所推

關於實務上界定消費者概念之判決評析,可參考曾品傑,論消費者之概念,台灣本 土法學雜誌第49期,2003年8月,第160頁。

有疑問者,何謂「商品之通常使用」?若受害人在遵守交 通規則的情形下,被他人追撞發生車禍,安全氣囊未發生防護 作用、或安全氣囊之氣袋有高溫破裂的狀況,這應該構成「商 品之通常使用」,似無可疑。然若受害人因車輛疏於定期檢測 維修(例如爆胎、煞車失靈)、或於違反交通規則的情況下發 生事故(例如超速駕車、違規超車),這是否仍為「商品之通 常使用」?商品製造人是否仍須為安全氣囊未發揮作用或氣袋 破裂灼傷人負責?恐有爭議。

學說上有認為所謂通常使用,係指依一般交易觀念,以符 合商品之一般用途、或正常效用而加以使用者而言。例如汽車 以正常速度駕駛,即屬通常使用:若汽車超速行駛、汽車超 載,因而機件脫落肇事,均非因通常使用。商品製造人,對於 後者所生損害,尚不依商品責任賠償19。反之,有學說以為所謂 商品之通常使用或消費,只要對於商品之使用或消費,係在原 商品設計的使用目的範圍內,或是其使用或消費雖超出原商品 設計之使用目的範圍,但在客觀上並不出人意表者,均屬之20。

孫森焱,新版民法債編總論上冊,台北自版,2004年,第318頁;邱聰智,新訂民 法債編通則(上),台北自版,2001年,第228頁。

若依此說,以時速120公里在市區路段駕車肇事者,若車禍發生 時車內配備的安全氣囊並未發生作用,駕駛人仍得主張這是 「商品之通常使用」,蓋BMW車之駕駛人以時速120公里行 車,應在車廠所製造、設計車輛之使用目的範圍,其以上述速 度與來車發生撞擊,客觀上亦為車廠製造、設計安全氣囊時, 顯然可預見之安全氣囊應發揮功能的狀況。從而,超速駕車之 人似仍可援引民法第一九一條之一主張權利。

對於民法第一九一條之一「商品之通常使用」的理解,最 高法院前後立場似乎不盡相同。在本件「BMW車事件」,最高 法院民七庭認為受害人應先證明其損害之發生與商品之通常使 用具有相當因果關係,言下之意,似乎寓有受害人怠於將座車 定期檢修,故因前輪爆胎而撞及電線桿,車內安全氣囊未適度 發揮作用,並非因車輛之通常使用所引起的思維,亦未可知。

惟應留意者,在前面提及的「賓士車事件」,原審曾提出 被害人超速駕車,因而失控受有損害,並未合理使用汽車的看 法。對此,最高法院民五庭說道:「系爭汽車於事故發生後, 碼錶停留在一 五KM/H ,以系爭賓士E二八 型自用 小客車之應有設計目的,製造及安裝品質,於行駛車速達此一 時速時,車頭及駕車座側車身遭受猛力撞擊,是否在專業科學 之鑑定下,仍無由判斷其方向盤會否與機柱斷離?安全氣囊縱 充氣彈開,是否仍無可避免駕駛人受創致命? 凡此均與系 爭汽車安全氣囊及方向盤之設計、製造及安裝是否有缺欠,或 未具通常可合理期待之安全性,及被上訴人(中華賓士)應否 與其製造人負同一賠償責任,所關頗切」。此處,最高法院似 乎改弦易轍,認為即使駕駛人在市區路段行車時速達一百餘公 里,因而發生車禍,衡諸賓士車之應有設計目的、製造及安裝 品質,方向盤似不應有和機柱斷離之情事、且安全氣囊亦應適 時發生防護作用才是。斯項觀點,具有啟示性,誠值矚目。

黃立,民法債編總論,元照出版,2000年,第315頁。

申言之,本文以為駕駛人開車發生事故,是否為「汽車之 通常使用」?宜依照該肇事原因所產生的損害,是否為車廠製 造、設計系爭汽車之應有目的與性能所應防阻之風險,來加以 判斷。若駕駛人將自用小客車當作特技車、載重貨車、方程式 賽車等用途使用, 致受損害, 顯已超出自用小客車原先之製造 與設計目的,當非通常使用,殆可斷言。反之,若駕駛人在特 定路段因違規超車、或違反速限、違反減速慢行等規定,致生 事故受有損害,此際不宜逕以駕駛人違反該等道路交通法規為 由,認為這並非通常使用汽車,從而不成立民法第一九一條之 一的責任。按前揭交通法規所欲保護的法益,或在於確立道路 之交通秩序、或在於保護行人、其他駕駛人或乘客等,不一而 足,但似未包括防止因汽車或其配備之缺陷所生的風險。惟違 反交通法規之駕駛人,雖然不因此而妨礙其主張民法第一九一 條之一的規定,但仍有構成民法第二一七條第一項:「損害之 發生或擴大,被害人與有過失者,法院得減輕賠償金額,或免

除之」,而有「與有過失」的適用。斯項法律解釋適用的觀 點,似乎較能有效調解維持交通秩序、保護被害人人身與財產 安全、以及尊重商品製造人營業自由與財產權保障三者間的利 益衝突,似值借鏡。

在上述「BMW車事件」,上訴人曾向進口車商依民法第一 九一條之一主張商品責任,並依消保法第五十一條請求懲罰性 賠償金。對此,最高法院說道:「消費者保護法第五十一條係 規定:『依本法所提之訴訟,因企業經營者之故意所致之損害, 消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金;但因過失所致 之損害,得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。,本件上訴 人依民法第一百九十一條之一第一項、第四項之規定為其請 求,既屬無理,被上訴人即無故意或過失可言,已難認有上訴 人所稱消費者保護法第五十一條規定之適用。況上訴人未能證 明其所受之傷害,係因使用被上訴人輸入之系爭氣囊所致,詳 如前述,亦不符消費者保護法第五十一條所定得請求懲罰性賠 償金之要件」,斯項見解,可資贊同。

附帶一提者,係如受害人依消保法第七條以下、以及同法 第五十一條的規定向進口車商求償,此時消保法上所稱之損害 賠償責任,到底是只包含「財產上損害」?或亦兼及「非財產 上損害」?誠有進一步探究之必要。對此,且看本文下面的說 明。

四、依消保法同時請求慰撫金與懲罰性賠償金之正當性

消保法第七條第一項規定:「從事設計、生產、製造商品 或提供服務之企業經營者,於提供商品流通進入市場,或提供 服務時,應確保該商品或服務,符合當時科技或專業水準可合 理期待之安全性。」第二項規定:「商品或服務具有危害消費 者生命、身體、健康、財產之可能者,應於明顯處為警告標示及

學者孫森焱認為,民法第一九一條之一第一項前段已先推定:(一)、因商品之通 常使用或消費所致他人之損害,係因商品之生產、製造或加工、設計有欠缺,且損 害之發生與該項欠缺有因果關係。 (二)、商品製造人對於防止損害之發生,未盡 相當之注意。請參見孫森焱,新版民法債編總論上冊,台北自版,2004年,第319 頁。學者黃立也認為,商品製造人如欲免除民法第一九一條之一的責任,其必須證 明商品依通常使用或消費方法,係屬安全而不可能讓使用人之人身或財物受到損 害。請參閱黃立,民法債編總論,元照出版,2000年,第316頁。

²² 同一立場,可參見邱聰智,新訂民法債編通則(上),台北自版,2001年,第229 頁。

消費者依消保法第七條商品責任的規定,得向企業經營者 請求財產上和非財產上之損害賠償,看似合理,但若考量到消 費者尚得依本法第五十一條,就企業經營者之過失所致的損 害,一併請求損害額一倍以下的懲罰性賠償金²³,此種承認消費

在最高法院93年度台上字第1379號判決(以下簡稱Volvo車事件),上訴人向凱楠 公司(被上訴人)主張其搭乘同事所駕駛之Volvo車返家, 詎料同事一啟動該車, 排入D檔,其正要繫上安全帶之際,該車突然發生暴衝,致其頭部與臉部受傷,為 此依消保法第七條第一項、第二項、第三項及第五十一條之規定,請求顏面修疤手 術費用、慰撫金、並一倍之懲罰性賠償金。被上訴人則以系爭汽車業經公正機構車 輛之測試中心鑑定,於流通進入市場時確具有通常可合理期待之安全性,且符合常 時造車與檢測之科技或專業水準,系爭汽車確無安全上之危險。又上訴人受傷,乃 係因駕駛者操作系爭汽車不當,及上訴人未繫安全帶之疏忽所致,被上訴人對上訴 人因本件受傷並無賠償責任等語,資為抗辯。

原審認為,消費者若要依消保法向企業經營者請求損害賠償,須證明其受有損害, 造成損害之商品或服務有安全或衛生上之危險,以及損害與商品或服務之危險間有 相當因果關係。今上訴人既未能證明系爭汽車有何瑕疵或安全上有何具體之危 險,則其依消保法第七條第一、二、三項、第八條第一項、第九條、第五十一條請 求被上訴人應負損害賠償責任,洵屬無據。

對此,最高法院民一庭表示:「按從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經 營者應確保其提供之商品或服務無安全或衛生上之危險。亦即應確保該商品於其流 通進入市場,或服務於其提供時,符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性, 此觀修正前消保法第七條第一項,修正前消保法施行細則第五條第一項規定甚明 (並參見修正後消保法第七條第一項規定及其修正說明)。而企業經營者,主張其 者得同時請求「非財產上損害賠償」與「懲罰性賠償金」的規 節,自消費者與企業經營者之基本權衝突、碰撞的視角以觀, 似有過度箝制企業經營者之營業自由與財產權的問題,誠值注 意。析言之,在從憲法上肯認前揭消保法之規範具備實質正當 性之前,應先審視、澄清以下兩大疑點:第一、非財產上損害 賠償(慰撫金)與懲罰性賠償金的功能是否有重疊之處?若 有,是否衍生出一事兩罰的問題?第二、懲罰性賠償金之倍數

商品流通進入市場,或其服務於提供時,符合當時科技或專業水準可合理期待之安 全性,就其主張之事實,負舉證責任,亦為修正前消保法施行細則第六條所明定 (並參見修正後消保法第七條之一規定及其增訂說明)。又消保法第七條第三項規 定,企業經營者違反前二項規定,致生損害於消費者或第三人時,應負連帶賠償責 仟、 但企業經營者能證明其無過失者, 法院得減輕其賠償責任。 同法第九條規定, 輸入商品或服務之企業經營者,視為該商品之設計、生產、製造或服務之提供者, **自本法第七條之製造者責任。本件被上訴人係從事經銷及輸入系爭汽車商品企業經** 營者,上訴人主張其乘坐系爭汽車在依合理之方法使用狀況下因暴衝,撞及前面擋 風玻璃後,顏面受傷等情,業經指傳證人陳照賢並提出診斷書二紙為證。被上訴人 抗辯系爭汽車無安全上之危險,亦即主張系爭汽車於流通進入市場時,符合當時科 技或專業水準可合理期待之安全性,則依前揭規定,自應由被上訴人就其主張之事 實負舉證責任。否則,無論被上訴人對其未能確保系爭汽車無安全上之危險,是否 有過失,就上訴人所受損害,均應負損害賠償責任。原審竟謂上訴人除證明其受有 損害外,尚須證明被上訴人經銷及輸入之系爭汽車未具通常可合理期待之安全性, 進而為上訴人不利之認定,其對於舉證責任之分配,自有可議。 再查上訴人於 原審主張被上訴人代理進口之Volvo 960型汽車,於台灣各地一再發生暴衝事件, 被上訴人理應正視該危險之存在,如不能排除發生「無預期加速」之可能性,於出 售該種汽車時,至少應附加相關之警告標示,促使駕駛人能於心理上預作避免危險 之反應準備云云 , 參諸財團法人車輛研究測試中心調查報告附件 及同報告 車主與駕駛者訪談摘要表 ,似非毫無所據。原審就被上訴人是否違反消保法第 七條第二項規定,未於系爭汽車明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法,致上訴 人受損害,而應依同法第三項規定,負損害賠償責任,說明其取捨之意見,逕為判 决,亦有判決不備理由之違法。上訴論旨,指摘原判決不常,求予廢棄,為有理

本件最高法院似乎尚未意識到上訴人向凱楠公司同時請求慰撫金與懲罰性損害賠 償,恐有引發一事兩罰、構成對企業經營者之營業自由與財產權之過度箝制,而有 牴觸憲法第二十三條比例原則之虞, 諒有商榷餘地。

關於第一個問題: 慰撫金與懲罰性賠償金的制度功能是否 有重疊之處?衡諸通說見解,其一方面認為慰撫金除填補損害 外,尚兼具慰藉痛苦的機能,制裁加害人僅其反射作用,非其 主要目的:他方面則建議最高法院於算定慰撫金之金額時,除 斟酌雙方身份、資力、加害程度、被害人之痛苦程度24等因素 外,亦應斟酌加害人故意過失之輕重25。晚近學說則有直接肯定 慰撫金具有損害填補、慰藉、以及懲戒三種功能者26,本文從 之。蓋若慰撫金之算定,如通說所言,應斟酌加害人主觀上之 知慮狀態,此與消保法第五十一條依企業經營者故意過失之程 度,分別訂三倍與一倍以下之懲罰性賠償金的作用,似無重大 差別,均兼具制裁加害人之實質功能也。倘此,民事法上的慰 撫金與消保法上的懲罰性賠償金之機能,即有重疊之處。是 以,在消費關係上,企業經營者的一個過失不法行為,可能須 同時負擔慰撫金與懲罰性賠償的雙重給付27,這似乎構成對企業

經營者營業自由與財產權的過度限制, 恐有違反憲法第二十三 條比例原則中的手段必要性28, 恐有違憲之虞, 故本文在此呼籲 我國學界與實務應早日重視此一問題。

關於第二個問題:懲罰性賠償金之倍數計算依據的損害 額,究竟以財產上損害為限?或是包括非財產上損害?如前所 言,我國消保法允許消費者就同一事實所致之損害,向企業經 營者併行請求慰撫金與懲罰性賠償金,此一立法體例諒有違憲 之虞,已如前述。因此,縱然消保法第五十一條依其文義、或 按照消保法的條文體系,本條所稱之損害,可兼指財產上損害 與非財產上損害,然如此一來,可能更明顯牴觸我國民法第二 一六條「以填補債權人所受損害及所失利益」的基本原則。是 以,此際在解釋論上,為了使消保法第五十一條違憲的可能性 降至最低,也就是設法使系爭法條成為有效,吾人應採取合憲

最高法院51年度台上字第223號判例有謂:「慰撫金之賠償須以人格權遭遇侵害, 使精神上受有痛苦為必要,其核給之標準固與財產上損害之計算不同,然非不可斟 酌雙方身份資力與加害程度,及其他各種情形核定相當之數額,原審對於被上訴人 所受之名譽損害有如何痛苦情事,並未究明,若僅以上訴人之誣告為賠償依據,則 案經判處上訴人罪刑,是非明白,被上訴人似亦無甚痛苦之可言,且原判決何以增 加賠償慰藉金之數額,亦未說明其理由,遽命上訴人再賠償五千元,自有未合」。 斯項實務立場,可供參考。

王澤鑑,民法學說與判例研究第二冊,台北自版,1991年,第266頁以下。

姚志明,侵權行為法研究(一),元照出版,2002年,第119頁。

釋字第五 三號解釋在論及逃漏稅捐的處罰時,說道:「 不得重複處罰,乃現 代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為,同時構成漏稅行為之一部或 係漏稅行為之方法而處罰種類相同者,如從其一重處罰以足達成行政目的時,即不 得再就其他行為併予處罰,始符憲法保障人民權利之意旨」。斯項見解,在討論非 財產上損害賠償與懲罰性賠償金同具制裁功能,而引發一事兩罰的問題時,亦有參 酌餘地。

大法官在釋字第四七六號。第五四四號、第五五一號解釋文中,以限制基本權利之 法律内容須符合目的正常性、手段必要性、以及限制妥常性,始符合憲法第二十三 條之比例原則。在此,吾人擬使用這個操作標準,檢證消費者依消保法第七條得請 求慰撫金、並依第五十一條請求懲罰性賠償金,是否構成對企業經營者之營業自由 與財產權保障的過度侵害,而違反憲法第二十三條的規定。

首先,消保法之立法意旨,在於維護消費者權益,促進國民消費生活安全,提升國 民消費生活品質。賦予消費者在其生命、身體、健康受有損害時,得向企業經營者 請求慰撫金和懲罰性賠償金,具有填補消費者所受損害、並警惕業者善盡其交易上 之注意義務的作用,應可達成前揭立法目的,故應認為具備「目的正當性」。

有問題者,係在「手段必要性」的審查層次,蓋如慰撫金與懲罰性賠償金均具有制 裁加害人之功能,則就同一原因事實,消保法第七條與第五十一條允許消費者得向 企業經營者同時請求兩者,不僅違背雙重評價之禁止的精神,亦牴觸民法第二一六 條第一項:「損害賠償,除法律另有規定或契約另有訂定外,應以填補債權人所受 損害及所失利益為限1。誠然,消保法第五十一條所規定的懲罰性賠償金,乃是民 法第二一六條第一項所稱之「法律另有規定」,惟此項懲罰性賠償金,若得與慰撫 金併行請求,顯然不符合以最溫和的手段,達到保護消費者權益的要求,故應認定 不符合「手段必要性」的要件。準此,消保法第五十一條即構成對企業經營者之營 業自由與財產權的過度限制,而違反憲法第二十三條比例原則的要求,容有違憲之 虞,合予敘明。

性解釋的方法,盡量調低懲罰性賠償金之倍數計算基準的損害

本文以為,消費者就消費關係所生之損害,向企業經營者 求償的範圍,除了得請求財產上損害以外,為避免重複處罰之 疑慮,消費者應僅得在慰撫金與懲罰性賠償金二者中任擇其 一。據此,當消費者不依消保法第七條請求慰撫金,而選擇依 本法第五十一條請求懲罰性賠償金時,本法第五十一條所稱之 「損害」指的當然即為「財產上損害」,固不待言。換言之, 從合憲性解釋的角度,消保法第五十一條所謂之「損害」,宜 僅以財產上之損害,作為懲罰性賠償金倍數計算的基準數額。 至於立法者在此課予企業經營者就消費者所受之「財產上損 害」,負擔加倍賠償金,此一為保護消費者權益而採取的作 法,是否仍合乎比例原則中「手段必要性」的要求?本文以 為,企業經營者就超出消費者實際財產上損害之「超額賠償」 部分,恐怕尚需不拘泥於「懲罰性賠償金」之文義,而以慰撫 金或非財產上損害賠償的性質來理解,認為兼具填補精神上損 害、慰撫被害人、以及警惕加害人之作用,似較妥當,亦未可 知。此一問題,因為關係到當代損害賠償法之功能的基本課 題,牽涉綦廣,仍有待日後深入研究。

參、結 論

本文首先從消費者之人權保障出發,以商品責任為例,闡 釋消保法第二章第一節「健康與安全保障」之憲法基礎,說明 消保法第七條以下的規定,乃是立法者為調和保障消費者人權 與企業經營者之營業自由二者間的齟齬關係,所為之基本價值 决定。其次,本文引介最高法院涉及汽車商品缺陷的三則判 决,並試作分析討論,期能增進學說與實務之交流,促進我國

民事法學之進步。惟本文論事用法,必有謬誤,尚祈識者方家 不吝指正。以上所述,可得下列結論:

第一、消保法第七條係立法者為增進消費者健康與安全之 保障,在衡酌消費者生命權、身體權、健康權、財產權與企業 經營者之營業自由二者的緊張關係後,認為後者應向前者退 讓,故課予設計、生產、製造、輸入商品或提供服務之企業經 營者,對消費者應連帶負商品無過失責任與推定過失之服務責 任,並在同法第十條之一規定:「本節所定企業經營者對消費 者或第三人之損害賠償責任,不得預先約定限制或免除」。然 我國立法者為了保護消費者之權益,同時採取「商品無過失責 任」、以及同法第五十一條的「懲罰性賠償金」制度,是否有 過度侵害企業經營者之營業自由暨其財產權之嫌,而符合憲法 第二十三條之比例原則? 並非無疑。

第二、最高法院在94年度台上字第338號判決,對於消保法 第七條與民法第一九一條之一的適用關係,似乎不認為構成法 條競合,而有間接肯認被害人得自由選擇、分別援引前揭民法 或消保法條文行使權利之意旨,寓有請求權競合說的想法,誠 **值重視。**

第三、最高法院在94年度台上字第338號判決,提示原審關 於「民法增訂第一九一條之一的規定,於民國八十九年五月五日 債編增訂施行前所生之債,即得予以斟酌適用」的法律見解,形 式上雖有引發是否違反「法律不溯及既往原則」之疑慮,但論 其實質,本件適用民法第一九一條之一,比起適用消保法第七 條更有利於消費者之處,應在於前者推定「損害係因商品欠缺 所致」,故企業經營者若欲免責,應就商品欠缺與損害之間無 因果關係負舉證責任。然要達到這個舉證責任倒置之目的,在 民法增訂第一九一條之一以前,法院原本即可適用民事訴訟法 第二七七條但書的規定,令企業經營者就消費者所受損害與商 品缺陷之間無因果關係,承擔舉證責任。倘此,既然民法第一 九一條之一施行以前,法院即得為舉證責任倒置之決定,則上 述最高法院關於民法第一九一條之一「得溯及適用」於條文增 訂前所生之債的立場,應與法治國之法律不溯及既往原則尚無 牴觸,亦無對企業經營者造成法律適用上之突襲,特予指明。

第四、最高法院在93年度台上字第989號判決,認為駕駛人 依民法第一九一條之一,就其損害之發生係因該汽車之「通常 使用」所致一節,仍應負舉證責任。對此,本文以為駕駛人開 車發生事故,是否為「汽車之通常使用」?應依肇事原因所產 生的損害,是否為車廠製造、設計系爭汽車之應有目的與性能 所應防阻之風險,來加以判斷。若駕駛人將自用小客車當作特 技車、載重貨車、方程式賽車等用途使用,致受損害,顯已超 出自用小客車原先之製造與設計目的,當非通常使用。反之, 若駕駛人在特定路段因違規超車、或違反速限、違反減速慢行 等規定,致生事故受有損害,此際不宜逕以駕駛人違反該等道 路交通法規為由,便認為這並非通常使用汽車,從而不成立民 法第一九一條之一的責任。然違反交通法規之駕駛人,雖不因 此而妨礙其主張民法第一九一條之一的規定,但仍有民法第二 一七條第一項「與有過失」的適用,而可能受到法院減免賠償 金額之不利益, 併予敘明。

第五、最高法院在93年度台上字第1379號判決,似乎未意 識到因車輛疑似暴衝現象致受損害之人,向進口車商同時請求 慰撫金與懲罰性損害賠償,恐有引發一事兩罰、產生對企業經 營者之營業自由與財產權過度侵害的疑慮。對此,本文以為慰 撫金與懲罰性賠償金二者,均兼具制裁加害人之實質功能,故 從合憲性解釋的角度以觀,宜僅允許消費者擇一請求。倘此, 若消費者不依消保法第七條主張慰撫金,而請求懲罰性賠償 金,斯時消保法第五十一條所稱之「損害」,自應以消費者所

受之「財產上之損害」,作為懲罰性賠償金倍數計算的基準數 額,固不待言。

第貳篇

93年度人權保障研討會

- ◆ 論宗教自由——兼論台北市的相關議題
- ◆ 憲法上工作權之自由及社會保障
- ◆ 現行行政資訊公開法制之探討
- ◆ 低收入戶人權保障
- ◆「健康權」作爲國家之保護義務

論宗教自由

——兼論台北市的相關議題

黃錦堂*

目 次

- 一、前言
- 二、宗教自由之憲法面觀察
- (一)我國憲法相關條文
- (二)比較法之觀察
- (三)宗教自由作為防禦權
- (四)宗教自由作為客觀的價 值秩序
- (五)我國司法院大法官之解 釋
- (六)其他之議題
- (七)小 結
- 三、我國宗教立法之新近發展
 - (一)立法過程與內容大要

- (二)關於宗教團體之分類、 地位與設立登記
- (三)關於宗教團體之財產之 處分與經營管理
- (四)宗教團體之會計與審計
- (五)關於宗教團體之土地與 建物
- (六)小 結
- 四、台北市的相關議題
 - (一)台北市應有的特色與應 有的政策取向
 - (二)台北市的權限
- 五、展 望

^{*} 作者為德國杜賓根大學法學博士,台大政治學系公共行政組教授。

一、前言

「宗教自由」為我國憲法本文第13條所明定,也是西方文明發展以來以及我國憲法繼受西方民主自由體制所建立的一個價值。宗教自由強調人應有信仰的自由,並由此發展出內在信仰自由、表達信仰自由、從事宗教活動自由的意涵,並進一建構出國家的宗教中立性原則、宗教寬容原則與政教分離原則(詳下述),但這原則上非謂國家不得對宗教團體之成立、傳教形式與附隨於傳教有關的活動等為任何的制約或指引,惟必須審慎,不得過度(我國憲法第23條規定須出於公共利益,而且必須以法律為之,而且所為的規定不得逾越必要的界線)。

台灣作為一個移民社會、高風險社會、高度集居與競爭社 會所必然導致的人民對於宗教信仰的高度需求:在不斷的專業 分殊化的過程中,個人面臨工作的細緻化與忙碌化以及因而的 壓力:後現代社會形構出個人生活與自我風格的強烈展示以及 整體所型塑而出的個人生活乃至生命情調的張力與壓力:凡 此,造成台灣居民對於信仰的高度需求性。根據前內政部長余 政憲在立法院委員會的回答,依民國90年底內政部之統計,台 灣合法的寺廟約有9832座,教會教堂約有3137座,若以宗教信 徒人數統計,國內各宗教團體所呈報的信徒加總約1296萬人, 超過我國人口的半數。此外,各寺廟所供奉的神明經統計者約 有200多種,但實際上可能不只1。但另一方面,台灣的宗教活 動畢竟呈現一定的迷信、傷風敗俗(例如2004年農曆七月之中 元普渡在多處寺廟的活動中所呈現的鋼管秀的火辣演出,以及 有宗教斂財與宗教師所為的性侵害的報導),而正當化國家為 管制的必要性。本文的目的,首先便在於整理憲法面與行政法 面關於宗教自由有關的議題,尤其將詮釋我國憲法第13條「人

· 立法院公報第92卷第5期,委員會紀錄,頁177、179。 民有信仰宗教之自由」與國家規制的可能,並討論司法院大法 官會議釋字第490號、573號解釋之得失,並分析宗教法之相關 草案的得失。

本文的第二個重點,在於側重台北市的宗教自由問題。台北市目前計有寺廟(含佛教與道教)265座,教會193所,但未包括設置在社區住家中的神壇²。台北市作為首都,為都會地區而有各種不同社會階層與高度的人口流動性以及多元性與複雜性,為人文薈萃與國際交流窗口,在宗教自由上乃有進一步的尊重必要,進而討論台北市政府所得享有的權限與既有施政表現,以及未來得有的政策重點。

二、宗教自由之憲法面觀察

(一)我國憲法相關條文

我國憲法第13條規定:「人民有信仰宗教之自由。」條文十分簡單,留下龐大的解釋空間。我國憲法第7條規定,人民不得因為宗教信仰的不同而受到歧視性的待遇。除此之外,我國憲法增修條文第10條第11項前段規定「國家肯定多元文化」,釋字第499號解釋所建立之「自由民主憲政秩序」,以及憲法基本人權規定整體所建構而出之人性尊嚴與人權價值保障的價值設定,於為相關文字的界定時,得提供一定的協助3。

² 資料來源台北市政府民政局網站http://163.29.37.66/tp90-1/mygod/,查詢日期 2004/9/23。

³ 許育典便指出,在多元文化國之國家體制之下,國家必須遵守宗教中立原則,並對不同宗教採取寬容的態度,以促使多元宗教信仰之充分開展。見氏著,「論宗教自由的保障與實質法治國的實踐 評司法院大法官釋字第490號解釋」,收錄於劉孔中、陳新民主編,《憲法解釋之理論與實務》,第三輯上冊,頁265、289(2002)。

(二)比較法之觀察

由於我國條文抽象,宜為比較法的觀察。在國際公約方面,聯合國公民及政治權利國際盟約(1976年3月26日生效)第18條規定,人人有思想、信念及宗教之自由。此種權利包括保有或採奉自擇之宗教或信仰之自由,及單獨或集體、公開或私自以禮拜、戒律、躬行及講授表示其宗教或信仰之自由(第1項)。任何人所享保有或採奉自擇之宗教或信仰之自由,不得以脅迫侵害之(第2項)。人人表示其宗教或信仰之自由,非依法律,不受限制,此項限制以保障公共安全、秩序、衛生或風化或他人之基本權利自由所必要者為限(第3項)。本盟約締約國承允尊重父母或法定監護人確保子女接受符合其本人信仰之宗教及道德教育之自由(第4項)。

聯合國經濟社會文化權利國際盟約(1976年1月3日生效),第13條第1項中規定,締約國公認教育應使人人均能參加自由社會積極貢獻,應促進各民族間及各種族、人種或宗教團體間之了解、寬恕與友好關係。同條第3項中規定,本盟約締約國承允尊重父母或法定監護人為子女選擇符合國家所規定或認可最低教育標準之非公立學校,及確保子女接受符合其本人信仰之宗教及道德教育之自由。

西元2000年歐洲聯盟所制頒之「歐盟人權宣言(Charter of fundamental rights of the European Union)⁴可謂係集合歐洲主要國家的憲法結晶,而且屬於新近的作品,值得注意。第10條標題為「思想、良心與宗教之自由」(Freedom of thought, conscience and religion),規定,每個人有思想、良心與宗教之自由。此項權利包括改變宗教或信仰之自由,獨自或與其他人

一起而且以公開或私下之方式而於禱告、傳道、宗教實行行為 與儀式中表達宗教或信仰(第1項)。良心權應予承認 (recognised),而且應與國家相關的管制規定取得和諧(in accordance with the national laws governing the exercise of this right)(第2項)。

美國憲法第一增補條文規定,國會不得制定信奉某一宗教 或禁止信教自由之法律⁵。

德國基本法第4條規定,信仰、良心、宗教與世界觀之信奉 之自由,不可侵犯(第1項)。宗教行使之不受干擾,應加以保 障(第2項)。任何人不得違反其良心而被強迫服務於配備有武 器的兵役。進一步由聯邦法律加以規定(第3項)。其他的規 範,則為基本法第140條所肯認之仍屬生效而為基本法之構成部 分之威瑪憲法第136條以下。第136條規定,市民與國民之權利 義務不得因宗教自由權之行使而被賦予條件,或被限制(第1 項)。市民與國民權之享受以及應考試服公職之權利不得因宗 教信仰的不同而有差別(第2項)。任何人並無義務公佈其宗教 的確信(第3項)。主管機關只有當牽涉人民之權利與義務,或 當法律明白規定統計調查之需要時,始得詢問人民之宗教團體 之歸屬(第4項)。威瑪憲法第137條規定,國家並沒有國家所 屬的教會(第1項)。宗教結社之自由應予保障。在帝國領域內 之宗教團體之組成,不受任何限制(第2項)。任何宗教社團得 自為規定並自行治理其所屬事項,但必須在國家一般有效的法 律範圍內。宗教法人們並且授予官職而不須有國家或鄉鎮市之 參與(第3項)。宗教法人依一般市民法律而取得法人格(第4 項)。早先已經存在之宗教法人得保留為公法上之社團法人。

^{4 2000/}C 364/01; EN 18.12.2000 Official Journal of the European Communities C 364/1

左涵湄乃界定信教自由原則與政教分離原則為宗教自由保障之主要內涵,見上揭碩 士論文,頁69。

其他之宗教團體得依申請而授予相同的權利,但前提為,該宗教法人須經由其章程與成員之數目,而擔保為持續性之運作。若干相同性質之公法上宗教法人得共組一集合式之公法人(第5項)。具有公法上社團法人地位之宗教團體有權依有關的規定而課徵稅收(第6項)。進一步的條款與條文,應限於篇幅而不予詳列。

但德國學術界一般區分個人之宗教與世界觀自由,以及集體之宗教與世界觀之自由,並認為基本法之前開條文屬於一種毫無保留之基本權利,國家只能出於集體性之基本權利或其他憲法所保障的利益(亦即憲法上之法益),而為限制⁶。換言之,國家之干涉必須出於更高度的事由,始有正當性;此項限制必須合乎比例原則,而在利益衡量的拿捏上宜注意宗教自由的重要性。德國並經由判決與學界向來有關基本權的功能的理論,而對宗教自由發展出防禦權、客觀價值秩序、制度保障等意義,詳下述⁷。

以上顯示,宗教自由強調內在信仰面與外在表現面,國家 應予保障而且不得創設國教,子女之宗教自由也應受到尊重, 國家不得強迫任何人違背良心而服配備武器之兵役。

(三)宗教自由作為防禦權

宗教自由的意涵,經由我國學者對德國、日本、美國法制之比較,主要具有如下幾項⁸:首先,宗教自由所關注者,為人

6 關於德國法,除前述註中之中文文獻之外,Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II. Rd. 544 ff (1999).

民之信仰。而所謂「信仰」,主要係指一套關於人類的生活、 工作乃至生命的一套價值體系,其重要且深刻影響個人的自我 認知與自我實現;信仰自由係指,個人得自由的選擇或不選擇 何種價值體系,以作為個人安身立命之依賴。

憲法所保障的個人信仰,其最直接且第一層的意義乃在於,吾人承認,每個人就信仰的部分,得有相當大的差異性,而這種差異性應被同一群體中的其他人所尊重。保障的目的在於,信仰的選擇,乃係個人人格與精神自由之最核心的內在部分,牽涉到人格的完整性與人性尊嚴⁹。經由上述對於宗教自由的基本人權的核心意涵與重要意義的理解,並經由德國式有關基本人權之諸多功能之面向(Funktionen der Grundrechte)的釋義,或是說,經由前述先進國家對於宗教自由的各種案件的判決所得的相關議題/面向/政府所應為的相關配套法制的歸納,宗教自由應得展開為如下不同的制度要求。

研究」,思與言,第39卷第3期,頁103-144(2001);許育典,「學校的宗教規範問題與學生的自我實現權 從德國現行的宗教法制與學校法制加以探討」,月旦法學雜誌,第57期,頁66(2000);黃昭元,「上帝要我上祂的學校 宗教自由與義務教育的衝突」,月旦法學雜誌第74期,頁8以下(2001);黃昭元,「信上帝者下監獄? 從司法院釋字第490號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突」,台灣本土法學,第8期,頁30以下(2000);陳新民,「宗教立法的基本原則」,法令月刊,第53卷第2期,頁13以下(2002);劉定基,「宗教自由、良心自由與替代役 從釋字第490號解釋談起」,律師雜誌,第242期,頁86以下(1999)。關於碩士論文,約見左涵湄,「論宗教行為自由之保障」,東吳法研所碩士論文(2003);古健琳,「宗教自由之研究 以德、日憲法例探討我國憲法第十三條之意涵」,中正大學法研所碩士論文(2002)。

⁷ 關於基本權的體系與功能,約請參看李建良,「基本權利理論體系之構成及思考層次」,收錄於氏著《理論與實踐(一)》,頁55以下,學林文化出版(1999)。

許育典,上揭文;陳銘祥,「宗教立法與宗教自由」,月旦法學雜誌,第24期,1997/5,頁29以下;林本炫,「我國當前宗教立法的分析」,思與言,第39卷第3期,頁59-102(2001);張永明,「德國與台灣宗教自由基本權與宗教立法之比較

⁹ 見許育典,上揭文,頁274-275;陳銘祥則以美國法而認為宗教自由應包括「信仰自由」(right to believe)、「崇拜自由」(right to act according to one's believe)以及「政教分離」(separation of church and state),見氏著上揭文,頁29;左涵湄則於碩士論文中提出二分說:「信仰自由」與「崇拜自由」皆屬信教自由之內涵,為宗教自由之內在信仰面;另一大體系為外在面之政教分離原則。筆者認為,為求概念之精確,三分說毋寧較為可採。

1.宗教自由得區分為核心領域與外延之部分

宗教自由作為一種基本人權,正如其他基本人權,其在歷 史發展脈絡下之原始意義,為人民對於對抗國家權力的一種防 禦,以保障個人的自由。經由學界的整理,宗教自由的防禦權 意涵應包括內在信仰自由、表達信仰自由與從事宗教活動的自

所謂內在信仰自由,係指一個人得自行決定是否接受或不 接受某一種信仰。德國法於純粹的內在信仰自由之外,建構第 二層次的宗教自由作為防禦權的面向:「表達信仰之自由」 (Bekenntnisfreiheit)。德文於此使用Bekenntnis一詞,直接的 意涵為自白、懺悔、聲明、表白,從文義上而言係指與信仰直 接有關的部分,而且能夠彰顯出個人的宗教信仰。表達個人之 信仰從而乃係對於內在信仰自由的一種「言談與宣告」的方式 (die Modalitaet des Redens und Verkuendens)。若謂內在信仰 自由係必須加以保障者,則對於這種內在信仰自由對外的表 達,其有關的自由也應一併加以受到保障,蓋這是內在信仰自 由的直接、核心且不可分割的部分。德國法學界認為表達信仰 的方式不限於語言、文字或圖像,而得進一部由相關信眾的生 活與行動來作整體的表達,而且表達的重點在於其信仰與世界 觀等11。

宗教自由作為基本權的第三個德國法上的意涵,為從事宗 教活動之自由(Religionsausuebungsfreiheit)。本處所指者,為 宗教的行使而且屬於向外表露的傳播,一般而言係指稱一種有 組織、具有持續性或穩定性的一套作法,來彰顯信眾的內在信

仰:內容上包括宗教的崇拜儀式、宗教的相關信仰的傳佈與行 使(例如寺廟的祭典、教堂的禮拜、燒王船、放天燈、放水 燈、豐年祭,也包括中元普渡等),而且也涵蓋宗教教義的進 行,相關宗教寺廟或教堂或其他進一步的建築物的興建,但依 通說,宗教團體的純粹經濟的行為,則不屬於本處的保障範圍12。

宗教自由畢竟為個人之基本人權,為了保障公共利益,國 家非不得制定法律加以干涉。而在干涉(或規範或規制)的層 次上,因為內在的信仰自由一般而言只是個人內在的思想層 次,難謂對公共福祉有所影響,此外也因為內在的信仰自由為 人性尊嚴與精神層次之自由與人格完整的最根本性的部分,從 而國家原則上不得制定法律加以限制:反之,就宗教自由之外 顯的行為的部分,尤其有關從事宗教傳播者,則為了保障公共 利益,其仍有受國家規範之可能13。

以上固不生爭論,但尚有一個嚴肅的議題,而這便是我國 司法院大法官釋字第490號解釋之案由:信眾基於內在信仰自 由—尤其教義中對於世界、政府乃至各項世俗生活的「敵視」 觀點,而不願意妥協,乃引發刑罰制裁之合憲性爭議。換言 之,人民得否以其宗教信仰為理由而拒絕服兵役或實行一夫多 妻制,或拒絕服從其他有關公共安全、道德、健康或其他有關 社會福祉之一般性的法律(亦即指通用於全國而沒有歧視性意 涵的法律)。

筆者認為,關於內在信仰自由與現行世俗價值(並表現為 一般性之法律)之間的衝突,其如何取捨的最終的決定,一方 面取決於系爭的世俗性的一般性法律所建構的價值在當今的重 吾人得舉一夫一妻制為例作為討論,以及出於內在信

相關的用詞與體系,見許育典,上揭文,頁281以下。

許育典,上揭文,頁285-286。

許育典,上揭文,頁286-288。

同說,陳銘祥,上揭文,頁30。

仰自由所造成的破壞程度,以及有無弭平性的設計。以耶和華見證人教派之信徒因為教義信仰而拒絕參與各種軍事戰鬥訓練(更明確而言,拒絕任何武器的持有與操作),其基本上的信眾不多,而且信眾本身一般均呈現堅定的信仰並彰顯於生活與言行中,其整體教團與教義在舉世性的教派中畢竟獲得一定的知名度(不論是否為「美譽」),從而在信眾的範圍上係有一定的限制而不至於無窮盡的擴大;再者,即使承認該教派信眾不必服兵役,也得改以替代役為之而減緩有關服兵役與否的公平性的爭論,並可適度遏止可能的投機性。總之,內在信仰自由與世俗價值之衝突係一兩難的問題,而且屬於重要事項,應由立法者審慎衡量兩方利益的具體情形,而為最適調和的決定。

2.出於公共利益而為限制以及限制的限制:利益衡量以及階層 化的保障體系

司法院大法官於1999年10月1日公佈之釋字第490號解釋中,針對「耶和華見證人」教派之男性信眾因為堅持教義與信仰而拒服兵役被判刑確定或已經多次服刑期滿而引發的兵役法相關規定之合乎宗教自由與否的釋憲案指出:人民有信仰宗教之自由「係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由,以及參與或不參與宗教活動之自由」,並在解釋理由中指出:「內在信仰之自由應受絕對保障,不得加以侵犯或剝奪」,但「宗教行為之自由與宗教結社之自由,則可能涉及他人之自由與權利,甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任,因此,僅能受相對之保障」。

國內學界更早之前便已經指出,美國最高法院針對不同的基本權利建立寬嚴不同的審查基準,凡屬基本性之權利者,應採「嚴格審查基準」(the strict scrutiny test),而有別於最低度

的「合理關聯性審查標準」(the rational basis standard)或屬於中間層級之「中度嚴格審查標準」(the intermediate scrutiny test)。

就適用嚴格審查基準之案件而言,而這一般係指涉及基本性之權利(fundamental rights)者,國家必須證明其所採限制措施的係為了追求相當迫切或極為重要的政府利益(compelling or overriding governmental interest),且其所選擇之手段係經過嚴密設計及未逾越達成目的範圍的最小侵害手段(necessary and narrowly tailored)¹⁴。除此之外,美國法上並區分系爭案件究竟屬於系爭基本權之核心、典型的領域之干涉,或只是針對該基本權之外圍、非典型的部分而為規制;前者才是嚴格審查之基準之適用對象,後者則否¹⁵。

將以上的公式適用於宗教自由,將可導引出:宗教自由對國民之心靈寄託具有重要關連性,而與人性尊嚴與人格之發展有關,而且世俗的規範應止於外露行為而不應及於內在心靈層次,從而屬於內在宗教信仰之自由,應受絕對之保障,而這也是前述釋字第490號解釋之理由書所明確指出者;反之,屬於傳教行為或甚至宗教團體寺廟所為的商業性的營利行為,則最多只能受到相對保障,立法者得出於公共利益而為必要妥善的規制¹⁶。

¹⁴ 關於這三種審查基準,見林子儀,「言論自由的界限與雙軌理論」,收錄於《現代國家與憲法 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》,頁649-650(1997);左涵湄,上揭碩士論文,頁143-148。

¹⁵ 相關理論目林子儀 F場文

¹⁶ 關於釋字第490號解釋所建立之絕對保障與相對保障,見張永明,德國與台灣宗教自由基本權與宗教立法之比較,思與言,第39卷第3期,頁103、128-129(2001);陳銘祥,上揭文,頁30-31;其中並特別指出,事前檢查制度乃係對表現自由之最嚴厲的限制,任何針對表現自由而為的事前檢查的規定,其合憲性總是受到質疑。將之適用於宗教自由,則在內在之信仰之自由與傳教自由之情形,原則

基本人權的規定,本處所指者係宗教自由有關者,依德國 憲法學理論,得外顯為一種客觀的價值秩序與作為國家重要體 制所由建立之「制度保障」。套用一般社會科學的用語約為, 任何一個基本人權都得經由實踐情形(尤其各種橫逆與挑戰) 與參考世界先進國家的判決與制度設計,以及經由論述,而得 被建構成為一種制度要求,立法者必須遵守之,含消極面之不 得牴觸與積極面之予以發揚。

宗教自由作為客觀的價值秩序,依比較法的發展,主要展 現在國家的宗教中立原則、國家的宗教實容原則與政教分離原 則17。

所謂國家之宗教中立性原則,係指國家對於多元存在且相 互競爭之各式各樣的宗教信仰或世界觀之支持或限制或解消 等,應自我節制,免於特定宗教或世界觀信仰之影響;國家應 對任何一個教派持著中立與保持距離的態度; 國家必須在宗教 團體的競逐之間,透過各種制度設計,而保障人民的宗教信仰 自由之充分開展¹⁸。至於國家的宗教寬容原則,係指國家對於不 同的宗教,尤其新興教派,抱持著寬容的態度¹⁹。政教分離原則 出自德國漫長歷史過程中之政教的分合與衝突的發展,內容上 不外強調國家對各個教派應保持中立並抱持寬容態度²⁰。

90 人權保障之理論與實務2005

(五)我國司法院大法官之解釋

我國有關宗教自由的大法官會議解釋計有釋字第490號解釋 與釋字573號解釋,前者涉及當事人宗教自由與服兵役義務之衝 突,後者涉及寺廟或宗教團體之組成與財產的經營管理的自由 與限制,二者均涉及宗教自由的核心面向,以下略作討論。

1.釋字第490號解釋

本件的源起為吳宗賢等為「耶和華見證人」教派的信徒, 教義之一係摒棄戰爭,反對持用與學習使用武器,也拒絕學習 任何戰爭知識²¹。彼等於入伍報到後便拒絕接受軍事訓練,乃遭 陸海空軍刑法以抗命罪判處有期徒刑,例如吳宗賢第一次係被 判刑八年,於服刑期間因經減刑以至於實際服刑期間未達禁役 的標準乃於刑滿後再度回營,乃又第二次與第三次以相同的事 由被判處有期徒刑。為此,彼等乃針對兵役法第1條之概括徵兵 規定、第5條之禁役規定、兵役法施行法第59條第2項等,主張 與憲法第13條所保障之宗教自由與憲法第7條之平等原則牴觸, 而聲請釋憲。

大法官並不認為上述法律違憲。解釋文指出:「憲法第13 條規定:『人民有信仰宗教之自由。』係指人民有信仰與不信 仰任何宗教之自由,以及參與或不參與宗教活動之自由;國家 不得對特定宗教加以獎勵或禁制,或對人民特定信仰俾於優待 服兵役之義務並未違反人性尊嚴,亦未動搖憲法 或不利益 價值體系之基礎,且為大多數國家之法律所明定,更為保護人 民、防衛國家之安全所必需,與憲法第7條平等原則及第13條信 仰自由之保障,並無牴觸。」「兵役法第59條第2項規定同條第 1項判處徒刑之依法赦免、減刑、緩刑、假釋後,其禁役者,如

上應排除事前檢查制度。

許育典將前二者區分為宗教自由之基本權之客觀的價值秩序,而將政教分離原則作 為宗教自由之基本權之「制度性保障」,見氏著,上揭文,頁289-299。但筆者認 為,這是純粹德國式的基本權功能體系下的分類,在我國則得視寫作者的寫作目的 與閱讀者的屬性而有簡繁與否的取捨安排。

許育典,上揭文,頁290以下。

許育典,上揭文,頁294以下。

許育典,上揭文,頁297以下。

關於耶和華見證人教派摒棄戰爭有關的教條以及在聖經的出處,約見吳宗賢「申請 書二, 疑義之性質與經過, 及涉及之憲法條文」。

實際執行徒刑期間不滿四年時免除禁役。固免除禁役者,倘仍在適役年齡,其服兵役之義務,並不因此而免除,兵役法第59條第2項因而規定,由各該管轄司法機關通知其所屬縣市政府處理。若另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者,仍因依妨礙兵役治罪條例之規定處斷,並不構成一行為重複處罰問題,亦與憲法第13條宗教信仰自由之保障及第23條比例原則之規定,不相牴觸。」

該釋字之理由書指出,「內在信仰之自由,涉及思想、言論、信念及精神之層次,應受絕對之保障;其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由,則可能涉及他人之自由與權利,甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任,因此,僅能受相對之保障。宗教信仰與其他之基本權利,雖同受憲法之保障,亦同受憲法之規範,除內在信仰之自由應受絕對保障,不得加以侵犯或剝奪外,宗教行為之自由與宗教結社之自由,在必要之最小限度內,仍應受國家相關法律之約束,非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。因此,宗教之信仰者,亦係國家之人民,其所應負對國家之基本義務與責任,並不得因宗教信仰之關係而免除。」

本號解釋固然建立內在信仰之自由,以及外顯之宗教行為 之自由與宗教結社之自由,並只對前者賦予絕對之保障,凡此 固非無見²²,但本件耶和華見證人教派的男性信眾之出於拒絕服 兵役,究竟係植基內在信仰之自由所為的必然外顯行動,從而 屬於內在信仰的層次,亦或屬於外圍之宗教活動之自由,係大法官會議所應審慎論斷者。

國內學界對於大法官會議將本件粗率界定為非屬內在信仰之自由,不無批判。許育典指出,國家強制個人必需去作違反其內在信仰的事,若已經達到致使當事人不能抗拒的地步,亦即使人民陷入必需完全放棄其內在信仰的程度,那麼則相關的限制便已經構成對人民內在信仰的限制,而必須受到嚴格的合憲性檢查的檢驗²³。許育典於論述時並指出,德國基本法的基本權利的條款中,大部分的基本權利係得受到法律的限制,但與獨對宗教自由與學術自由並沒有類似的明文,對此,德國法學界通說主張,宗教自由與學術自由並不受到法律的限制,而只受到基本權之內在的限制,換言之,二者不得侵犯到「憲法上的其他基本權利」與「憲法價值體系核心的人性尊嚴」。凡此意味者,當立法者擬對重要基本權加以限制時,必須有充分的正當性的基礎,而非隨意泛引有公共利益的需求,但我國憲法條文(尤其第23條)以及向來的憲法釋義學,並沒有建構出類似的論述與檢證架構²⁴。

黃昭元指出,兵役義務對於耶和華見證人教徒而言,已經屬於宗教信仰的核心,相關的制裁已經構成重大的負擔,而不是某些生活上的負擔或經濟上的不利益而已,大法官從而應該適用美國法上所稱的「嚴格審查標準」。我國政府因為近年國防政策之改變與財政計劃等,以至於兵員過剩,而且本號解釋作成的同時行政與立法機關正在研擬實施替代役,可見兵役義

筆者認為,司法院大法官用「絕對保障」一詞,並不完全妥當,蓋從各種不同的公共利益的類型以及國家社會整體發展的不同階段,難謂有某一種的個人自由為絕對;妥當的說法,係指稱:該內在信仰自由屬於人民之基本性的權利,受到高度的保障,司法院大法官係採取嚴格審查標準作為因應。簡而言之,其係享有受到嚴格審查標準的層次的對待。

²³ 許育典,上揭文,頁326以下;氏並從實質法治國之意義與實踐以及人性尊嚴等加以立論。劉定基律師也採相同的見解,認為司法院大法官辛苦建立一套完整的宗教自由體系,但在本件的最後結論又不免與之相互扞格,見氏著,上揭文,律師雜誌第242期,頁86以下。

²⁴ 見氏著,上揭文,頁322以下。

務的急迫性與重大性都已經有緩和的趨勢,從而本件難謂涉及 迫切性之國家利益;此外,就手段面而言,要求耶和華見證人 男性信眾服兵役並無助於兵役制度的目的的達成,甚至反而有 害紀律或相關訓練的實施或戰鬥任務的完成;而且我國耶和華 見證人教派的教徒信眾有限,即使免除其兵役,對於國軍的兵 役制度的影響也是相當有限;凡此可見本件確實存在有其他更 小侵害的替代性手段²⁵。

也有學者試圖緩和有關的批評。張永明指出,本處耶和華見證人教派所涉及的案型,屬於「良心自由」,而不是典型的宗教自由的範疇,大法官會議第490釋字從而係一種現行憲法條文下的詮釋,未來所應展望者,係經由修憲而引入良心自由的條款²⁶。

筆者認為,以我國憲法條文的簡明性而留下大量的釋義學解釋發展的空間,以及從大法官之積極保障人權的功能定位出發,再者從大法官會議一路走來所辛苦建立的人性尊嚴、自由民主等的基本價值體系以觀,本件全然否定耶和華見證人教徒的宗教與信仰的良心的自由,誠屬可惜²⁷。

2.釋字第573號解釋

本件涉及宗教團體的組織形式與財產之經營管理,對於宗 教傳播具有重要意義。

解釋文指出:「人民之宗教信仰自由及財產權,均受憲法之保障,憲法第13條與第15條定有明文。宗教團體管理、處分其財產,國家固非不得以法律加以規範,惟應符合憲法第23條規定之比例原則及法律明確性原則。監督寺廟條例第8條就同條

例第三條各款所列以外之寺廟處分或變更其不動產及法物,規定須經所屬教會之決議,並呈請該管官署許可,未顧及宗教組織之自主性、內部管理機制之差異性,以及為宗教傳佈目的所為財產經營之需要,對該等寺廟之宗教組織自主權及財產處分權加以限制,妨礙宗教活動自由已逾越必要之程度;且其規定應呈請該管官署許可部分,就申請之程序及許可之要件,均付諸闕如,已違反法律明確性原則,遑論採取官署事前許可之管制手段是否確有其必要性,與上開憲法規定及保障人民自由權利之意旨,均有所牴觸;又依同條例第1條及第2條第1項規定,第8條規範之對象,僅適用於部分宗教,亦與憲法上國家對宗教應謹守中立之原則及宗教平等原則相悖。」

該號解釋之理由書並進一步指出,「宗教自由所保障之範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由(本院釋字第490號解釋參照)。人民所從事之宗教行為與宗教結社組織,與其發自內心之虔誠宗教信念無法截然二分,人民為實現其內心之宗教信念而成立、參加之宗教性結社,就其內部組織結構、人事及財政管理應享有自主權,宗教性規範苟非出於維護宗教自由之必要或重大之公益,並於必要之最小限度內為之,及於憲法保障人民信仰宗教自由之意旨有違」。

上揭理由書最重要的一項論點,係指出內心之宗教自由與外顯之參與宗教組織以及該宗教組織的經營管理有關的行為的自由,「二者無法截然二分」,並因而認為「苟非出於維護重要自由之必要或重大之公益,並於必要之最小限度內為之,及於憲法保障人民信仰宗教自由之意旨有違」,顯然有美國法上嚴格審查標準之意味。

這項「二者無法截然二分」的見解,似有過當。大法官王 和雄於協同意見書中便指出,關於宗教的組織、人事與財產的 經營管理者,限定於「宗教之教義、戒律、教規、儀式或住持

²⁵ 氏著,上揭文,台灣本土法學,第8期,頁30、43(2000)。

²⁶ 張永明,上揭文,收錄於思與言,第39卷第3期,頁103-128(2001)。

²⁷ 良心自由為德國基本法第4條第1項所明定,而且係與信仰自由以及宗教和世界觀的表達自由加以並列。

之地位、傳承與更替之方法、內部人員之管理與職務之派遣、組織與人事事項暨財物之管理運用等等事項」,蓋此等「皆係與宗教信仰之核心內容與教義之奉行相關聯,而成為密不可分之一體關係」,只有「此類事項才屬於宗教團體自律的範圍,而此種宗教團體之自治權與自主權乃宗教信仰自由之前提條件,應受憲法宗教信仰自由之保障,國家不得任意以維持社會秩序或公共利益之理由加以限制或規範,也只有在此範圍內才適用解釋理由書之嚴格審查標準。」。換言之,王和雄大法官認為,本號解釋是針對與宗教信仰核心內容相關聯而成為密不可分之組織或人事或財產管理部分之層次,而不及於其他。

筆者認為,凡與內在宗教信仰自由愈是密切相關的事項, 不論是組織或人事或財產之經營管理,得享受高度之宗教自由 之保障,反之則否。

學者張永明也採相同見解,指出宗教結社自由只應享有相對保障之層次,由於宗教團體易與其他權利衝突,其所受之保障是需經過利益衡量後加以決定²⁸。

總之,關於宗教團體之成立、財產之經營管理,只屬於宗教自由之相對保障的層次,而非屬於嚴格審查基準之範疇。

德國柏林邦政府曾駁回耶和華見證人教派之成為公法上社團法人之申請,可作為本處討論的一個思考。公法上社團法人享有諸多「特權」(Privelegien),其中最顯著者為課徵教會稅、任用公務人員、創設公物、任免神職人員等,此外尚有稅捐、成本與規費上的特惠、參與國家的各種規劃的程序、就特定公法上的諮詢或決議團體之參與(約如德國各邦廣電法中有關公立廣播電視台的機關)、作為辦理年輕人救助事項之主體等²⁹。

本件之規範基礎為基本法第140條以及因之而銜接到威瑪憲 法第137條第5項第2句:宗教共同體得基於申請而被授予公法人 地位,但前提為其經由章程以及成員數目能確保持續經營。教 派之獲頒公法人地位,除了享有前述特權之外,也意味著一種 地位、視聽、公共性,旨在服務所有領域之所有市民;公法人 地位從而也可謂與國家之統治秩序有一定的平行性,對於整體 公共秩序有一個特殊的意義,而且也係一種德國傳統以來國家 與教會之間相互的移入性(Zugewandeltheit)與合作性的表現。 對教派之賦予公法人地位,從而係一種正面的宗教助長的一個 成分 (ein Element positiver Religionspflege)。正因如此,國家 (本處指柏林邦)享有一定的價值衡量的權利,以決定對於某 一教派之賦予公法人。該邦政府主管機關認為前述威瑪時代的 教會條款應與基本法之整體內容為一致性之解釋。以宗教公法 人之前述特權以及與國家間之密切合作需要,應可推論出,公 法 人 的 成 立 要 件 之 一 為 一 定 程 度 之 「 法 之 忠 誠 」 (Rechtstreue),而其內容為對於憲法所內含的諸多價值的尊重。該主 管機關認為,本件之申請人之教義與信眾之行為並不具有之, 從而駁回其申請,而這並獲得聯邦行政法院之肯認30。

其次的問題為,就本件所涉及之寺廟成立與人事/組織/財產管理與處置等事項,筆者認為,台灣神壇與新興教派仍不無亂象存在³¹,相對於天主教、基督教、長老教會、浸信會等及佛光山、慈濟功德會、法鼓山等信譽卓著,為了保障信徒與公眾的生命、身體健康與財產等,國家為較嚴厲的介入,非無必要。

²⁸ 見氏著,上揭文,頁129。

²⁹ BVerwG, Beschl. v. 25. 4. 1997.-5C34/95, NJW 1997, S.2396 (2397).

BVerwG, aaO., S. 2397ff. 相關的評論乃至反對意見,見Martin Morlok/Michale Heinig, Paritaet im Leistungsstaat-Koerperschaftsstatus nur bei Staatsloyalitaet, NVwZ 1999, S.6972f.

³¹ 報章屢有報導,最新約如台中某神棍誆稱治病而騙被害人服下不明藥物,予以軟禁並性侵害,中國時報2004年9月24日,C3社會綜合版。

於此所應注重者,在於國家「干涉」的手段之適度性。國家不應限制此類宗教結社之自由,但未必有義務賦予這些教派或道觀公法上社團法人之地位;若彼等欲以民法上財團法人方式組成,則國家應就此類組織的人事與決定,妥為規定合理的制度;國家也得經由法律限定具有一定前科犯背景者之於一定時間內限制擔任此等機構的負責人之可能;國家也得限定新成立之小教派之一定數額以上之財產之處分予以程序上更大的限制;國家也得經由定期的刊物的出版而向國人說明各種教派的大致教義與大致活動之方式³²。

釋字第573號解釋將宗教結社自由與宗教團體之經營管理自由提高到認為與宗教內在信仰自由有不可分離的層次,而賦予「嚴格審查基準」之保障,與筆者前述見解有別。此外,其將任何道觀宮廟或新興教派之相關自由保障,完全等同於國內已經長久建立口碑之巨型或中型教派團體,完全無視於二者在公共利益上的危害高度的差別性,也有不妥。毋寧,吾人應本土化的理解台灣寺廟道宮觀與家庭神壇之實際運作情形,而作必要的規範。舉例言之,許多道教的宮廟在中元節普渡時以極具暴露的鋼管舞作為慰勞的演出,即使未達公然猥褻的刑法要件,難道國家不能有任何的限制或導正的作為?同樣的道理,對於現今的許多宗教界的迷信性的行為,農曆七月鬼月的信仰,國家儘管不能也不應取締,但難道沒有任何宣導或促進反思以便提昇台灣人的心靈的作為可能乎33?

筆者所要強調者為,國家對於內在宗教信仰自由,固然應 自我節制,但對於人民之宗教信仰心靈的提昇,仍得有一定的 作為空間,尤其得經由軟性的勸導或進步的宗教遊行儀式加以 展現,例如結合社區總體營造工作並納入當地文史傳統。

(六)其他之議題

1.教義價值與世俗價值之衝突,以及利益衡量之必要

宗教自由所常引發的憲法議題,在於內在的自由與世俗的價值的衝突。「世俗」的價值也可謂人類文明迄今的結晶,並且已經制定為法律,從而也代表著一定的公共利益。

宗教自由所常引發的爭議案例,為某一教派的教徒得否主張一夫多妻制、得否主張其成員於工作中有攜帶頭巾之自由,或是在基督教文明具有優勢性的地區或國家之公立學校之教室之懸掛十字架的合憲性,此外也包括宗教自由與義務教育的衝突³⁴。

對於上述問題的解答,由於涉及宗教自由與公共利益的衝突,宜以二者在當今具體案型中所影響的層次與範圍大小,以及有無調和的可能,而妥為決定:一般而言,當代強調民主、

³² 就最後一項的手段,須否法律之明文授權,德國曾經引發爭論,德國判決採肯定說,相關判決請參見拙著,「行政組織法之基本問題」,收錄於翁岳生編《行政法(上)2000》,第六章。

³³ 葉海煙(東吳大學哲學系教授),「解放台灣人的宗教心靈 反思中元普渡的人間現象」,自由時報,自由廣場,第15頁,2004年8月31日,指出台灣人的宗教心靈普遍迷信而且呈現鬼道與神道充斥的情形,不無怪象與亂象,庸俗與鄙俗的行為公然與宗教行為掛勾。

³⁴ 黃昭元,上揭文,月旦法學雜誌,第74期,頁8以下(2001);國內的案例,集中於錫安山新約教會的信眾的爭議。該教派信眾認為國內教育普遍參雜太多的無神論,明顯牴觸教義,而且該教會所自行提供的課程包括國文、英文、數學、物理等,均由受過正規教育的信徒所傳授,而術科方面舉凡種菜、木工、烹飪、建築等都有一定的規模,此外學童在這裡能夠學習如何與神親近,每天均有進行報告與讀經的程序,以上約見蘋果日報,2004年9月3日A5的報導,以及同日自由時報,第21頁的報導。自由時報並引述錫安山人員的說法,指出大致的教學方式:學齡孩子分成兒童班與少年班與青年班,學生每天早上四點半開始上課,早上是學習課程,下午是技能課;學習課程包括語文、數學、自然、物理、生態、電腦、人文,至於技能課程則有木工、鐵工、建造、車輛維修、生機飲食、廚房等組別,學生依照興趣編組,晚間十點才下課。錫安山教徒並認為,孩子在山區自學雖然沒有文憑,但所學到的技能與知識卻十分豐富,未來不管是留在教育或進入社會工作,都不會造成任何阻礙。

多元的價值觀,而且主要社會團體(尤其具有一定歷史傳承的宗教團體)多能自我規制並實現自我照顧,從而原則上應採取有利於異議性教派的見解,尤其當系爭的限制對於該教會的根本教義造成嚴重衝擊時。從而,某教會之信眾之拒絕子女接受國民教育,若該教會能提供足夠的教學照顧,吾人並沒有反對的必要³⁵。反之,以宗教信仰為理由而欲推翻一夫一妻制,在現今文明社會而言,仍屬不可能³⁶。

2.教室懸掛十字架之判決

德國巴伐利亞邦在傳統上係以信仰天主教為主,該邦之公立學校之教室內自久遠以來便懸掛「附有耶穌受難像的十字架」,但這在1991年2月遭到一對夫婦的挑戰;此等要求該邦政府在其三個子女所就讀的學校教室中,移除耶穌受難像的十字架,以免侵害其子女的宗教信仰自由。全案於各級行政法院敗訴確定後,以憲法訴願的方式,進入到聯邦憲法法院,並於1995年5月16日完成判決³⁷。

聯邦憲法法院認為,十字架本身帶有濃厚的基督教色彩, 具有一定的呼籲作用,對於未成熟而正在形塑人格的學生而 言,具有相當的影響力。聯邦憲法法院乃引述基本法有關宗教 自由與信仰自由的基本權的規定,以及其他進一步的條款,指 出國家不能強制人民參加任何形式的宗教活動,以及由此而產 生之國家對於各宗教團體與教派之保持中立的義務。巴伐利亞邦國民學校法之課堂上懸掛十字架之規定,已經違反了國家的宗教中立義務,並干涉了學童之自由開展其宗教信仰的權利。

在該判決中,三位聯邦憲法法院提出其不同意見書,主要的重點在於各邦對於學校的高權(學校事項向來屬於各邦的權限範圍)以及巴伐利亞邦本身的濃厚的天主教傳統的特性;此外,學校內之懸掛十字架在巴伐利亞邦並不代表著傳教佈道,而且也不直接影響上課,而十字架對於巴伐利亞邦人民的生活也乃屬非常的普遍。

3.穆斯蘭教信眾婦女之綁戴頭巾之謀取公立學教教職之自由, 以及國家之管制的可能性:德國聯邦憲法法院頭巾爭議案判 決之簡介

本案係德國聯邦憲法法院2003年9月24日之判決³⁸。本件係來自一位源於阿富汗血統之德國籍婦女,其信仰伊斯蘭教,於1998年通過第二次國家考試中有關公立學校的教職(Das Lehramt an Grund-und Hauptschulen)。其乃據之申請成為某公立學校的教師,但巴登 - 符騰堡邦之邦政府主管當局駁回其申請,理由為其個人欠缺(公務人員)任用法上有關擔任教職上之適合性(Persoenliche Eignung),因為其並不願意在上課中放棄捲綁頭巾。當事人於行政爭訟敗訴確定後,乃提起本件之憲法訴願案³⁹。

同說見黃昭元,上揭文,月旦法學雜誌,第74期,頁9(2001);美國法上也有類似的判決,見1972年公佈的「威斯康辛對約德」案(Wisconsin v. Joder),引自陳新民,上揭文,法令月刊,第53卷第2期,頁13、15(2002)。

³⁶ 見「雷諾對美國政府」 (Reynolds v. United States) 案 , 引自陳新民 , 上揭文 , 頁 14。

³⁷ 引自許育典,上揭文,月旦法學雜誌第57期,2000/2,頁66、72,,內附進一步文獻(2000);同作者,「論宗教自由的保障與實質法治國的實踐 評司法院大法官釋字第490號解釋」,頁337以下。

BVerfG,Urteil vom 24.9.2003, NJW 2003, S.3111=JA2004, S.358ff.,有關的評論見 Friedhelm Hufen, Der Reglungsspielraum des Landesgesetzgebers im "Kopftuchstreit", NVwZ 2004, S.575ff.

德國聯邦憲法法所規定之「憲法訴願案」(Verfassungsbeschwerde)程序近似我國司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款所稱人民就其憲法上所保障之權利遭受不法侵害,經終局裁判敗訴確定後而針對該裁判所適用之法律或命令之違憲性而提起者,但仍有不同。二者同係針對因個案之判決而引起,並以合憲性的爭議為對象,但德國制度係涵蓋該判決之事實認定與適用法律之合憲性,我國只及於判決所

本件的特色在於,伊斯蘭教婦女之綁戴頭巾的行為與在職業場中為展現,應屬於其信仰中的一個核心部份的表現。但另方面而言,本件所涉及者並非當事人自己生活上的事項(例如前述之反對子女接受國民教育),而是作為國中小之老師,而此類學校的學生一般仍處於人格發展的階段當中。

聯邦憲法法院在判決中指出,伊斯蘭教婦女在課堂上綁戴頭巾而為教學,固然出自其有意的宗教信仰自由的行使,而受到憲法上之相關條款的保障,此外也有平等權保障的適用,但於此也應注意尚有其他同屬於憲法位階的法益有待保障:除了學童之父母親之教育權之外,尚有學童之不信仰宗教的自由;德國各邦憲法所對於邦之教育的付託(各邦憲法大體有教育的條款),其中不乏明確規定教育目標者⁴⁰。個別教師在課堂上綁戴頭巾而隱含或彰顯出的宗教上的意味,即使國家容許之,並不意味國家自身之具有該種宗教認同,因而不涉及國家之宗教中立義務或政教分離原則;但另面言之,女教師因為宗教的原因而綁戴頭巾出現於教室中,在一定的情形,也可能產生相當強烈的宗教意涵,而影響到前述其他憲法位階的法益。

聯邦憲法法院在判決中指出,此類教師任用資格事項屬於各邦之立法權,各邦得考量各級或個別學校的諸多傳統,以及當今社會係更往宗教多元性方向發展的趨勢,以及「人民之信仰上的共同的組成與人民之宗教上的共同根源性的程度」(die

konfessionelle Zusammensetzunz der Bevoelkerung und den Grad ihrer religioesen Verwurzelung),而妥為決定。其次,德國聯邦憲法法院並在判決中指出,本件所涉及的事項均屬重大,應由立法者為之;本件巴登-符騰堡邦相關公務員法之規定並不滿足構成要件明確性原則,亦即其應針對公務員之任職有關的宗教信仰的行使有關的部份,加以明文規定⁴¹。

本判決之後各邦後續的修法發展為,許多邦 例如巴登 符騰堡邦與北萊茵 西伐利亞邦,於相關的公務員法中明定 公務員宗教中立等之要求,而且將不得於上課中綑綁頭巾作為 作為公立學校教師任用的一項要件,黑森邦更進一步將綑綁頭巾之禁止延伸到所有公務員的領域⁴²。於此同時,巴登-符騰堡邦與北萊茵-西伐利亞邦卻也在法案中強調基督教或其他西方所屬之教育或文化之價值,言下之意邦立法者得對此部份有特別的尊重,而得制定出有利於基督教(指廣義者)的有利措施。

以上意味,就台灣而言,吾人固然應遵守國家之宗教中立、宗教寬容與政教分離之原則,但在有關的規範制定上或政治人物之個案行為之評價上,得有稍微本土化的思考。我國政治人物於大選或下鄉時之進廟參拜,以及對於2001年「佛指舍利」來台展出時之膜拜,或如經濟部長何美玥、水利署長陳伸賢、桃園縣長朱立倫等於9月8日在石門水庫就艾利颱風所造成的大桃園地區多日缺水的臨時抽水站工程上香祈禱,或如行政首長之擔任義民廟祭典之主祭等⁴³,從而不應受到根本性的批判。

適用之法律或命令本身之合憲性。此外,德國聯邦憲法法第90條第2項後段規定,若系爭案件具有一般性的意義或經過訴訟審級的拖累將導致當事人之困難且難以回覆的不利益,則聯邦憲法法院也得接受申請而為立即的決定,免去訴訟審級的時間與心力上的耗費。

⁴⁰ 例如巴登 符騰堡邦憲法第12條第1項便規定,年輕人應以對上帝的尊敬、以一種基督的博愛精神、以一種對於所有人類的兄弟之情以及對於和平之愛,以一種對於同胞與家鄉之愛,對於道德與政治上的責任感,對於職業與社會的承擔,以及對於自由民主的思想的養成等,加以教育。

⁴¹ 以上, JA, S. 358 ff.

⁴² 關於各邦的修法情形,約見Hufen, aaO., S. 575.

⁴³ 相關報導見聯合報 , 2004年9月9日 , A2版 ; 中國時報 , 同日 , A10版。

4.拒絕核發動物未經麻醉而為屠宰之特許之合法性爭議

另一值得介紹者,為聯邦行政法院所為之判決,涉及對於動物保護法(該法係適用於聯邦與各邦)之禁止未經麻醉而屠宰之規定之例外許可(我國或可稱為:特許)之發給與否之爭議⁴⁴。

本件的申請者為一個餐廳的經營者,其主要係提供在漢堡市周邊的一個伊斯蘭教寺院的土耳其勞工的飲食(該寺院正重新局部維修當中,而引進許多土耳其勞工)。該餐廳經營者向漢堡市的主管機關申請依照動物保護法第4a條第2項第2款而核發一個免經麻醉而為屠宰的特許。該法出於保護動物的立場,而規定非經麻醉不得屠宰,但伊斯蘭教有不食用經麻醉而屠宰的動物的宗教上的確信⁴⁵。

聯邦行政法院固然一方面肯定該法的規範意旨,並也從宗教自由的角度加以詮釋,但結論上卻確信,對於伊斯蘭教而言,整體並沒有一個迫切的出於宗教信仰而為的禁食經麻醉而為屠宰的肉類的規定;而且可蘭經也沒有明確禁止麻醉的文字。此外,聯邦行政法院也引續許多伊斯蘭教有關單位所為的專業鑑定意見,此等均指出教義中並沒有禁止麻醉的強迫規定。在結論上,該行政法院乃維持下級法院的見解,而駁回原告的上訴。

本判決曾遭到批判,理由主要為該法院對於伊斯蘭教的相關教義掌握的狹隘性,而未能察知伊斯蘭教中對於禁食麻醉肉品係存有一定的維持性的見解,而可蘭經所出世的時代動物經

⁴⁴ 聯邦行政法院1995年1月15日判決,BVERWgE99E=NVwZ 1996, S. 61 ff.; 進一步的評論,見Matthias Mayer, Religionsfreiheit und Schaechtverbot, NVwZ 1997, S. 561 ff.

麻醉而為屠宰的技術乃至習慣根本無從發生。再者,本件涉及 當事人所屬教派之所持教義,而未必直接等同於伊斯蘭教全體⁴⁶。

(七)小 結

以上的討論顯示,宗教自由旨在保障人民之價值信念的選擇的自由,亦即內在信仰的自由,並進一步經由釋義學外擴到表達信仰的自由、從事宗教活動自由以及國家的宗教中立性原則、國家的宗教寬容原則與政教分離原則。其中,就屬於內在信仰的自由的部份,因屬於人性尊嚴與人格完整的核心部分,應受到高度的保障,從而國家所為的規範應受到「嚴格審查標準」的檢證;而就屬於人民的宗教的結社自由乃至宗教團體所得為的人事/組織/財產管理事項,其中凡是與內在宗教信仰的自由愈是直接而密切的部份,愈是應受到高度的保障,反之則相應遞減,釋字第573號解釋應作如是的解釋。至於個人出於內在宗教信仰的自由,所產生對於自己或對於子女或對於家庭姻等的行為與信念,於與傳統制度或價值產生衝突時,宜由立法者妥為衡量與決定;我國釋字第490號解釋之未能妥善保障耶和華見證人教派基於內在信仰的自由而拒絕參與各種軍事戰鬥訓練與拒絕任何武器的持有與操作,似有不足。

就我國當前的議題而言,首先在於確立,台灣畢竟以道教、佛教為大宗,屬於基督教義派別的信眾仍居國民之少數; 其次,我國在私人所設的神壇或道觀寺廟的層次,乃至新興的 教派,非無一定的迷信或詐財或騙色的可能,媒體屢有報導, 對之妥為規範,以及其中將宗教團體區分不同等級而建立不同 的對待,非無討論的餘地。當然,於此吾人必需注意釋字第573 號解釋所建立出對於內在宗教信仰自由之核心密切相關的人 事、組織與財產經營管理上的自主性的尊重。

Peter Singer的《動物解放(Animal Liberation)》一書中,對關於宗教自由與屠宰 方式之衝突,有進一步討論,見孟祥森、錢永祥譯,頁275以下。本書被稱為「動物權」的聖經,具有相當影響力。

⁶ Mayer, aaO., S. 561 ff.

三、我國宗教立法之新近發展

(一)立法過程與內容大要

我國迄今並沒有完整的宗教法或宗教團體法,而寺廟監督條例已經於相當程度被宣告違憲,已如前述,而且其只針對佛教及道教的道觀寺廟等為規範,誠有不足,而這也是釋字第573號解釋所指出違憲的一個部份⁴⁷。其他的規範,零星見諸人民團體法、刑法等⁴⁸。目前最新的發展為,於立法院第5屆第2次的會期中,內政、民族、財政委員會已經完成宗教團體法案之審查,並決議送請立法院審議,且院會審議前需經朝野協商⁴⁹。

目前宗教有關的團體計有依寺廟監督條例登記之寺廟、依 民法及內政業務財團法人監督準則許可設立之宗教性質財團法 人,包括寺院、宮廟、教會、基金會等,以及依人民團體法許 可所設立之宗教性質社會團體⁵⁰。

宗教法之立法在我國除涉及個人宗教信仰自由之確保以及宗教團體成立與經營之規範之外,更涉及宗教學位之賦予、納骨塔的規範與既有者就地合法與否問題、寺廟建築之違反土地使用分區乃至違反建築法規之長年以來的事實之如何處理與未來應有的都市計畫與建築規範等⁵¹。

立法院所完成審議的版本,與行政院所函送者相近,以下 只簡單介紹行政院的版本⁵²。該草案第2條規定本法主管機關, 在中央為內政部,在直轄市為直轄市政府,在縣市為縣市政府。同條第2項並規定,各層級的主管機關為處理宗教事務,得 遊選宗教界代表及學者、專家15人至37人組成宗教事務諮詢委 員會,其中宗教界代表不得少於委員總數三分之二。

草案第3條引入「宗教法人」,第4條則規定引入宗教團體,並分為三類:1、寺院、宮廟、教會;2、宗教社會團體;3、宗教基金會。至於宗教團體與宗教法人之間的關係,依草案第6條規定:「依本法完成登記或設立之宗教團體,由主管機關發給宗教法人登記證書及圖記」。

草案第二、三、四章分別規定三大類型宗教團體的成立與主要的組織與決議的構成與行為的要件;第五章規範宗教團體與宗教法人的財產的處置自由與會計、審計與查帳的規定,以及個人或營利事業對宗教法人的捐贈的稅捐優惠;第六章針對宗教建築物而為規範,第七章為附則,規範違反相關規範之處置、宗教教義研修機構之設立許可、納骨塔或火化設施之設置與經營、外國宗教法人之認許、已依其他法令登記之宗教團體之定位等以及本法的施行日期等。

(二)關於宗教團體之分類、地位與設立登記

草案第3條引入「宗教法人」,說明欄指出,其係參酌國外法例而創設,有別於民法上之社團與財團,但並未詳細說明。 再者,同草案第4條則規定引入宗教團體,並分為三類:1、寺院、宮廟、教會;2、宗教社會團體;3、宗教基金會。至於宗教團體與宗教法人之間的關係,依草案第6條規定:「依本法完

⁴⁷ 見古健琳撰,上揭文,中正大學法研所碩士論文(2002),頁193以下。

⁴⁸ 相關的分析,約見張永明,上揭文,頁133以下;古健琳,上揭碩士論文,頁201以下。

⁴⁹ 詳細的討論 , 見立法院公報第92卷第5期 , 委員會紀錄 , 頁171、264。

⁵⁰ 見「行政院版宗教團體法草案」總說明,立法院第五屆第一會期第七次會議議案關係文書,政69、政71。

⁵¹ 見立法院第5屆第2會,內政及民族及財政委員會併案審查「宗教團體法草案」的發言,載於立法院公報第92卷第5期,委員會紀錄,頁171以下。

⁵² 由於本宗教法的重要,所以在第五屆立委除了行政院提案之外,尚有邱太三等之提

案、黃昭順等之提案、沈智慧等之提案。邱太三等之提案見院總第1641號,委員提案第4474號;黃昭順等之提案,見院總第1641號,委員提案第4371號;沈智慧等之提案,見院總第1641號,委員提案第3846號;行政院之提案,見院總第1641號,政府提案第8465號。更早期的版本例如謝啟大版,見古健琳,上揭碩士論文,附錄四:該論文並將日本宗教法人法(昭和26年版)翻譯而納為附錄一。

成登記或設立之宗教團體,由主管機關發給宗教法人登記證書及圖記」,似乎並未對宗教法人之屬性 亦即是否為前述德國法上所稱公法上之社團法人,加以界定,甚為可惜。筆者認為,一概對於已依法完成登記或設立的宗教團體賦予宗教法人地位,顯然係貶低後者的意義。

關於寺院、宮廟、教會等宗教團體,其設立係向所屬建築物所在地之直轄市或縣市主管機關辦理登記,但具有隸屬關係之13所以上之寺院、宮廟、教會,且分布於13以上之直轄市或縣市行政區域者,則轉而係向中央主管機關辦理登記。本項以規模大小 亦即客觀上的公共危險的可能性與危害程度高低為權限劃分之標準,尚稱妥當。依之,台北市原則上享有轄區內之寺院、宮廟、教會之登記的承辦的權利。

此處之登記並不需有特別之資格要件,從而應屬於一種認證主義,而且主管機關於准駁時不享有裁量權。筆者認為,若比照前述德國關於耶和華見證人教派之申請成為公法人之判決,公法人地位之取得係一種國家對宗教之促進(Foerderung),國家得設有要件;反之,某一教派之一成立民法上之團體,則應屬於認證主義之範疇。當然,以我國現今宗教法制發展階段與民主化進程而言,暫不區分宗教團體與公法人,以便所有宗教團體「通通有獎」,也是一種便宜之計。

(三)關於宗教團體之財產之處分與經營管理

草案第18條規定宗教法人購買或受贈的不動產,應造具不動產清冊,送經主管機關備查;筆者認為,主管機關於接到備查文仍有審核權,否則豈不形同完全放任。

草案第19條規定宗教法人的不動產非經主管機關許可,不 得處分、變更或設定負擔。這係事前之管制,以台灣宗教法人 仍不無亂象的情形而言,仍屬妥當;為避免主管機關過度介 入,於本處宜界定為拘束處分,亦即要件一旦該當,則主管機關便必須核發許可。筆者進一步認為,吾人得對素有名望的宗教法人(例如慈濟功德會)降低本處有關的管制。

宗教法人之財產或基金管理應受主管機關之監督,其監督辦法由主管機關定之。而宗教法人辦理獎助或捐贈者,應符合章程所定之宗旨,而且其獎助或捐贈超過財產總額一定比例者,應受主管機關之許可(詳見草案第18條以下)。本處應指財產之經營而不及於處分;相關的法規命令應遵守釋字第573號解釋的要求。亦即凡與內在宗教信仰自由與宗教傳達自由愈是相關之部分,控制密度應降低;反之,宗教團體之(純粹)商業之行為,國家應有較大的介入空間。

(四)宗教團體之會計與審計

草案第21條規定,宗教團體之會計紀錄採現金收付制,應 設置帳戶,詳細紀錄有關會計事項,但宗教社會團體與宗教基 金會之會計年度起訖以曆年制為準,會計基準採權責發生制, 也應設置帳簿詳細記載。第22條規定,宗教社會團體及宗教基 金會應於年度開始前三個月檢具年度預算書及業務計畫書報主 管機關備查。宗教法人應於年度結束後六個月內檢具年度結算 書報主管機關備查。

本處的問題為,首先,草案第22條使用「備查」,從宗教團體之相關行為仍非無公共危險性可能以觀,吾人應採肯定說,但此項的查核審查標準應有一定的限制,凡屬於與宗教信仰自由密切相關的部份應降低審查者的控制密度,而這也是釋字第573號解釋的一項要求,詳見前述。

(五)關於宗教團體之土地與建物

草案第20條規定,宗教法人於本法施行前已經繼續使用公 有非公用土地從事宗教活動滿五年者,得報請主管機關核轉土 論宗教自由 109

地管理機關依公產管理法規辦理讓售;此外,該類土地得優先 辦理都市計劃有關的變更編定。各級政府於擬定或變更都市計 劃時,應以維護既有及合法宗教用地及建築之完整為原則。

凡此規定,限制各級主管機關之相關的財產經營管理或土地使用規劃權,偏惠宗教法人,可謂係向現實妥協。

(六)小 結

整體而言,本草案並未對於宗教團體的設置規定細膩與事前審查的規範,固然符合內在信仰自由之保障以及國家之宗教中立原則、國家之宗教寬容原則以及國家之政教分離原則,但未實質區分宗教團體與宗教法人並賦予後者特權,不無缺失。本草案提供一個合於宗教自由保障的運作的管制架構,並輔以財產與帳簿上的管理的要求以及對於不法行為的刑事制裁,應有現階段「法貴可行」的可行性。

展望未來,各級主管機關未來如何為有效的執行,並於該法的架構內妥善用各種軟性的手段來提升人民的信仰水平,值得關注。

就我國政治人物到道觀寺廟參拜或參與法會或或擔任主祭 等,國內就此並沒有強烈反彈的聲音,這是否意味者我國也得 採行類似前述德國綁戴頭巾一案中所揭露之國民之普遍的信仰 的基礎之見解,而略為偏惠的安排?筆者採肯定說,但宜注意 視程度與方式,現階段從而沒有必要加以進一步規範。至於某 一教派主張將一定的歷史發展有關的日期改為國定假日等,則 因為涉及諸教派間的平等,以及國家之宗教中立性原則,此外 也無形中也觸及國人中不同信仰者的敏感神經,以暫不處理為 妥。

110 人權保障之理論與實務2005

四、台北市的相關議題

以上畢竟偏重於國家的層次,以下則針對台北市的面向加以討論。

(一)台北市應有的特色與應有的政策取向

台北市為首都,為人文薈萃的現代化都市與國際交流窗口,也是各國人士匯集的所在;台北市也因為高度的現代化與集居化而產生激烈的人際衝突/心靈衝撞的所在,而都會地區總是有不同的生活觀的人的出現,而中下階層的生活艱辛與當事人感受的程度也是倍於其他農業地區。台北市民之宗教信仰需求程度,以及對於宗教信仰之自由度要求,顯然高於其他地區之人民。台北市作為首都為台灣國際交流窗口與各國人士匯集所在,對於各種新興的信仰與世界觀,更應抱持一種寬容的態度。從國際城市的人權的競爭與比較觀點而言,台北市也應對於宗教信仰之自由採取一種更為尊重與接納的態度。

(二)台北市的權限

宗教自由為憲法所明定,台北市並不享有聯邦國家體制中邦(亦即國家)之地位,從而並不享有制定宗教基本權利的地位;儘管如此,台北市作為首都與國際交往窗口,並為了推展人權立市與人權外交,非不得制頒不具法律拘束力而只具有號召性質之「台北市基本權利典章」,於不違反憲法基本人權與基本國策的範圍內,得為進一步之完整與更推陳出新的條文。

就宗教自由而言,台北市可將學界自外國比較法制之後的發現,妥為歸納。前立法委員謝啟大所提之「宗教法草案」⁵³,便曾於第二章規定宗教基本權,明定個人宗教自由原則之意義與所外延之十一項權利,並規定兒童之宗教信仰自由、宗教平

^{53 2000}年5月18日,見古健琳,上揭碩士論文,附錄四。

在行政法層次而言,宗教團體法或宗教法之制定,以各國的法制而言,大體均屬於聯邦或邦之權限,而非屬於地方政府層次。衡諸宗教自由相關事項對於國民信仰之重要意義以及對於經社民生之影響性,筆者認為仍應界定為中央立法之事項,但執行權原則上宜下放直轄市、縣市,亦即界定為我國地方制度法第2條所稱「委辦事項」⁵⁴,理由為,各種宗教團體之數量龐雜且散處於各地方,宜交付就近執行,除非所面臨者係具有悠久歷史傳統或戶型者。

儘管台北市不享有立法權而只有執行權,但台北市仍在前述中央法規的架構下積極展開施政,尤其透過各種研習與獎勵的措施,以及公佈宗教團體之相關財務報告資訊。台北市政府民政服務白皮書揭示,台北市政府為落實宗教輔導業務,曾推動如下施政:集中焚燒金紙、辦理宗教論壇會議、開辦本市未登記寺廟補辦登記、建立宗教組織會計及財務稽核標準、查核本市宗教財團法人財務業務狀況、稽查未立案宗教場所(神壇及聚會所)、建立未立案室內宗教場所舉報系統(包括開放網路供民眾舉報,並將處理結果登載於網路以供查詢)55。而最新的發展為,台北市政府民政局曾辦理93年度宗教會計暨會務軟體推廣研習會,並將講義上網提供宗教團體參閱,而且將測驗

112 人權保障之理論與實務2005

合格的人員名單公佈。台北市政府並經由委託而完成台北市宗 教「會計系統」暨「會務系統」之製作,提供本市立案宗教團 體下載使用。台北市政府也與民間團體合作推動「公益數位 村」專案,歡迎宗教團體前往參加。台北市宗教團體的外貌及 內部相片已建置於網頁。台北市政府並已制定修正台北市宗教 團體興辦公益及社會教化事業獎勵要點。台北市政府委託完成 台北市宗教組織財務管理系統委託規劃研究,並提供各宗教團 體使用。台北市政府民政局就宗教(祠)財團法人違反民法第三十 三條規定,已訂立裁罰基準。台北市政府民政局並將宗教財團 法人最近十年財務報表向主管機關申報之情形,加以公告56。台 北市並制定「台北市神壇輔導要點」(台北市政府民國79年5月 30日府民三字第79030581號函發佈),作為補充規範,其中第 五條規定民政局得邀請相關負責人每年為講習或座談,以健全 神壇之正常發展;第六條規定,神壇膜拜儀式應以公開方式為 之,並不得有違法的情事57。除此之外,依現行規定,不論中央 或台北市政府所制定者,台北市政府享有執行權,台北市市政 府民政局或區公所作為執行機關,常須核定宗教團體的有關的 人事或財務的處分的決議,為此不免發生行政爭訟的情形58。市 府對於轄區內寺廟道觀之監督,不無發生爭議之可能,而巨型 寺廟道觀有資源與人力,並常有議員出面關切,爭論更為激 烈。

筆者認為,我國現行神壇之廟會慶典之零散以及只是少數

⁵⁴ 關於自治事項與委辦事項,請參考拙著,「自治事項與委辦事項之劃分」,收錄於 拙著《地方制度法基本問題之研究》,第二章,翰蘆出版(2000)。

⁵⁵ 資料來源,台北市政府民政局網站,http://www.ca.taipei.gov.tw/civil/page.htm,查詢日期2004/9/24。

⁵⁶ 資料來源,台北市政府民政局網站,http://163.29.37.66/tp90-1/mygod/,查詢日期 2004/9/24

⁵⁷ 資料來源,台北市政府民政局網站,http://163.29.37.66/tp90-1/mygod/,查詢日期 2004/9/24。

⁶⁸ 例如台北市政府就「祭祀工業保生大帝」神明會變動會員名冊之核定,曾遭當事人提起訴願,見台北市政府訴願決定書,民國93年3月31日,府訴字第09304141200號。

人士在小社區內之踩街遊行(主要以陣頭及八家將與七爺、八爺之方式呈現,繞行所屬地區),非無可能進一步擴大並結合全區公所或鄉鎮市相關道觀與寺廟而發展成為一種「宗教嘉年華」⁵⁹。市政府主管機關固然已經設置宗教論壇,但似乎得進一步強化之,討論並推動信眾信仰心靈的提昇的活動。以上的層次,也可謂宗教與禮俗政策的範疇。當今的潮流為,將之轉向為一個出自當地的歷史與文化、有山川水文關懷、建立信眾心靈領悟與慈悲,並同時吸引觀光休閒人潮而創造商機與建立城鎮的標記,台北市就此仍有一定的施政空間。

五、展 望

宗教自由與我國經由釋字第573號解釋以及局部經由釋字第490號解釋,並經學界的論述,以及立法院委員會所完成的宗教立法草案的審議,已經有確定的方向。宗教內在信仰之自由以及外顯相關之部份之立法保障,未來也將獲得通過吧!

展望未來,吾人一方面期待相關立法之完成與後續之執法的落實之外,也必須指出宗教信仰在台灣尚存有局部的迷信、俗氣化的現象,以及簡陋、封閉、難以銜接文化與社區之改造。這部份,以及對既有寺廟道觀神壇等的監督,必須由各級主管機關依據授權而為積極性的開展,台北市作為首善之區更應發揮火車頭的功能。

⁵⁹ 約見陳錦煌在中國時報的「社區產業」一文,中國時報,論壇,民國93年9月9日。 http://ec.chinatimes.com/scripts/chinatimes/iscstext.exe?DB=ChinaTimes.Function=ListD oc.From=3.Single=1

憲法上工作權之自由及社會保障

蔡進良*

目 次

- 一、前 言
- 二、工作、勞動與就業概念之 辨證
- 三、工作權之性質——自由權或(及)社會權?
- (一)自由基本權與社會基本 權之區分
- (二)工作權應兼具自由與社 會基本權性質
- 四、工作權之保護領域

- (一)比較法考察
- (二)我國憲法規定之解釋
- 五、工作權侵犯之違憲審查
 - ——以工作權社會保障領域 爲中心
 - (一)以憲法第二十三條作爲 依據
 - (二)保護不足與過度限制之 禁止
- 六、結 論

^{*} 作者為執業律師,台北大學法學系、淡江大學公行系兼任助理教授。

一、前 言

現代民主法治國家奉行「立憲主義」(constitutionalism),率皆以憲法保障人民之基本權利或所謂之人權¹,並以此爲依歸,而建構「權力受限政府」(limited government)暨有關之憲政原理,我國自不例外。從人權之發展史觀察,人權之內涵或類型,大體上,可謂由形式平等權至實質平等權,由自由權、(傳統)受益權而至參政權、社會權。我國憲法似乎即有意呈現這樣的規範安排,故於第二章「人民之權利義務」,依序於第七條規定平等權,第八條至第十五條(財產權)規定自由權,第十五條(財產權除外)、第十六條及第二十一條規定受益權或社會權,第十七條及第十八條規定參政權,最後於第二十二條爲基本權之概括規定,以收補遺之效。

然而,論者一般雖多接受從我國憲法基本國策章及增修條 文第十條等有關規定,得以確認社會國之國家型態亦爲我國憲 法之基本決定;大法官相關司法解釋,亦屢見其從此等基本國 策規定推論國家之社會給付義務,但是對於前開憲法保障之人 民基本權利,是否具有社會權性質者,見解則甚爲分歧,其中 尤以憲法第十五條規定之工作權爲最。關於工作權,傳統上爭 論之焦點在於:其性質究屬自由權或社會權,抑或兩性質兼而 有之;他方面,其是否係一項得逕行主張的具體權利或主觀公 權利,抑或僅係有待立法者就其規範內涵進一步予以規定才得 以實現之抽象權利或客觀法規範²。本文對上開問題所持看法, 基本上係認爲工作權如今應兼具自由權及社會權之性質,因此 而有自由與社會相當之規範內涵;同時,在其社會保障領域, 不應全然視爲客觀法,而是在某領域或一定條件下可導出其主 觀權利性,本文寫作動機及重點即在論證上述看法。

爲此,本文首先提出與工作相關概念之辨證,輔以比較法之考察,再分別確立工作權之自由保障與社會保障領域,最後就工作權侵犯之違憲審查之一般判準,以現行憲法人民權利義務章明定者或歷來大法官釋憲操作常用者爲基礎,但挹注社會國理念於自由市民法治國基本權「限制」(侵犯)之違憲審查中,舉例提出本文一些淺見,以就教方家。

二、工作、勞動與就業概念之辨證

憲法第十五條規定人民之工作權應予保障,第一百五十二條規定「人民具有『工作』能力者,國家應予適當之工作機會」;第一百五十三條第二項則規定「兒童從事『勞動』者,應按其年齡及身體狀態,予以特別之保護」,分別使用工作與勞動兩項用語,究竟在法律概念上,兩者可否視爲等義,非無疑問。按工作權在英文文獻中常以the right to work表示,惟亦可見使用the right to labor或the rights of labor,中文譯成勞動權,作爲同義詞,而我國學者亦有認爲工作權等同勞動權者³,在此種看法之下,工作(work)與勞動(labor)於法律概念上並無不同。然而,本文認爲兩者指涉之事物領域尚有差異,於法律上亦應有不同之規範意涵,並非所有之工作均是勞動,也不是所有勞動都是工作。工作,基本上係指反覆從事之行爲,具有創造

學理上,人權(human rights/Menschenrechte)在概念上其實是多義的,一般可謂與「基本人權」(fundamental human rights)同義,但未必等同基本權利(Grundrechte)。(詳請見辻村みよ子,憲法,2004年3月1日第2版,日本評論社,頁138-146)我國目前學界及釋憲機關,或許受德國學說影響,多以「基本權利」指稱憲法中明文規定或解釋上具有其充分依據的人民權利,惟本文認為如此表述,固可呈現實證法上權利體系的位階性,但比較無法彰顯人權理念本來所具有之自然權性格,故本文以下視情形交互使用「人權」與「基本權利」兩項用語。

早先還有所謂方針規定說,意指不具法規範效力,而僅係揭示國家未來政策努力方向的規定。惟於今已罕見有人作此主張。

³ 例請見黃越欽,勞動法新論,2002年9月修訂二版,頁79。

性(creative),構想與分析之思維以及才智之運用(use of manual aptitudes),故其必涉及時間、精力與心力之使用。勞動則隱含辛勞、繁重及具有義務性(onerous)等成分,指在某種束縛之下,亦即本人受到自身以外其他人、組織機構或科技等某意義及某程度之控制,而爲之勞務有關行爲⁴。

再者,憲法增修條文第十條第七項規定:「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助,應予保障,並扶助其自立與發展。」同條第八項規定:「國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作,對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。」同條第九項規定:「國家應尊重軍人對社會之貢獻,並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。」以上,憲法增修條文除特別就身心障礙者之就業輔導、軍人之就業保障予以規定外,並一般地揭示應重視國民就業之社會福利工作、優先編列其救濟性支出。此等規定之規範內涵爲何?非無探究餘地。

「就業」(employment)一詞,相對於「失業」(unemployment)⁵,隨著人口結構以中產階級爲主之現代工業化資本主義社會形成,而變成一項重要概念,其在封建體制或任何農業社會,幾乎不具意義。「就業」指涉某人具有一種從屬之地位,係一項以階級爲基礎之術語,當工業資本主義興起,以勞務安定作爲誘因而「吸收」大量勞工,如此對於大部分工作階級而言,終使單純的勞動演化成就業。因此,論者即有將「就業」界定爲:因勞作而伴隨期待獲取薪資之行爲,易言之,自負盈虧之工作(own-account work)或所謂自我就業(self-

employment),例如擔任志工,即非此所指之就業⁶。準此以論,「就業」在概念上,包含前述所有形式之「勞動」,但非包括所有形式之「工作」,所以有時其排除某些對人類福祉或發展具有貢獻之工作,卻涵括未具創造性或不甚重要之行爲。

儘管工作、勞動與就業三項於學理上,或有前述區別,惟 我國憲法上開規定使用其等概念,是否亦有意地予以區分?不 無疑問。我國學界對此等規定之解釋,似亦未見予以清楚分辨 者,例如學者有謂「勞動保護立法乃以整備就業環境與就業條 件爲重心,……是基於『工作(職業)』與人格成就與生活形 成的密切關聯性,爲避免就業環境與條件因經濟力的差距而遭 到扭曲,而必須介入保障合理的最低勞動條件。」⁷,此種見解 即是。查閱相關法律規定,大抵亦然。

本文則認爲憲法第一五三條第二項規定之婦女兒童勞動之特別保護,憲法增修條文第十條第七項、第九項規定之身心障礙者就業輔導、軍人就業保障,以及第八項規定之國民就業,所指勞動或就業情形,均係建構在一定之勞雇基礎上;反之,憲法第十五條工作權,甚至第一五二條所定之「工作」者,卻不以此爲限。因此,本文對於現行落實上開憲法規定之相關法律,有混同使用工作、勞動及就業概念者,深不以爲然,蓋此不僅係名詞使用之差異而已,有些甚至因此導致該法規範射程不明,或產生法內在衝突、矛盾之現象。例如,「兩性工作平等法」,查其規範內容,係針對男女就業歧視問題而爲規定,惟不僅其名稱,即其內容亦多以「工作」一語取代「就業」一詞,此例或許問題不大,但若如就業服務法第四十二條規定「爲保障國民工作權,聘僱外國人工作,不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定」,又如同法第

See Guy Standing, Global Labour Flexibility: Seeking Distributive Justice 3-8(Macmillan Press, 1999).

⁵ 憲法第一五○條規定:國家應普設平民金融機構,以救濟失業。

See Guy Standing, supra note 4, at 9.

⁷ 蔡維音,社會國之法理基礎,2001年7月一版,正典,頁79。

三、工作權之性質——自由權或(及)社會權?

(一)自由基本權與社會基本權之區分

綜觀人權發展史,基於國家與社會二元論¹⁰,劃定個人不受國家恣意干涉之自由領域,或基於個人在國法中之消極身分地位¹¹,而使個人得以消極地對抗或防禦來自國家對其自由之侵害,據此而有自由權之產生。其後,爲了確保人民經濟或社會地位實質的平等,而有社會基本權的導入,要求國家積極地介入社會、參與社會之形成,以維護個人之人性尊嚴及社會之公平正義。一般而言,自由權與社會權兩者有如下之差異¹²:其

122 人權保障之理論與實務2005

一,關於權利主體,自由權歸屬於全體人民,而社會權則歸屬 於經濟或社會地位上之弱者。其二,關於權利內容及目的,自 由權係以排除國家權力之干涉或侵害為主要內容;反之,社會 權則係爲保障個人合乎人性尊嚴之生存、實質之自由及平等, 而要求國家爲積極照顧等相關行爲。其三,關於權利實現或保 障方法,自由權通常得透過司法機關之行政合法性審查或立法 合憲性審查,以排除公權力之侵害而獲得保障;社會權之實現 則因常涉國家資源之有限分配,若尚未經立法者或行政進一步 具體化給付對象、項目及標準,很難藉由司法上權利救濟手段 而獲得實現,這也就是爲什麼一般認爲基本權中之社會權,尙 非屬於得由人民逕據以主張,而由法院貫徹執行之「主觀公權 利」之故¹³。

前開傳統上就基本權所爲自由權與社會權之分類,係從人權發展史而爲大體考察,惟必須注意者,若從權利保障特定之利益,或從如今盛行之基本權功能論觀之¹⁴,則事實上各種基本權中並不排除兼具上開傳統自由權消極防禦及現代社會權積極給付之性格者,如此一來,對該基本權而言,自由權及社會權兩者可謂彼此間即具有共通性或補充性,其區別即非絕對。例如,關於憲法第十四條保障之集會自由權,大法官釋字第四四五號解釋(理由)即曾謂集會自由屬表現自由之範疇,「國家

⁸ 按契約自由包含相對人選擇自由、締約方式及內容之自由。大法官釋字第五七六號 認為契約自由,除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外,亦屬憲法 第二十二條所保障其他自由權利之一種。釋字第五八○號解釋基本上亦然。惟學者 亦有逕將其列屬於憲法第十五條財產權保障範圍者,請見蒸維音,同上註,頁75。

⁹ 此點涉及一項根本問題,即立法者為實踐(某人或某群體)社會權之保障,往往必須侵入(他人)自由權領域,其間利益如何權衡、法的界限何在,此項問題,詳容後再為說明。

¹⁰ 此項理論,詳請參閱李建良,自由、人權與市民社會——國家與社會二元論的歷史 淵源與現代意義,收氏著「憲法理論與實踐(二)」,2000年12月一版,頁3以 下;葛克昌,國家與社會二元論及其憲法意義,收氏著「國家學與國家法」,1996 年4月初版,月旦,頁9以下。

一此為德國學者耶林內克 (Georg Jellinek, 1851-1911) 於十九世紀末提出之「身分理論」,詳請參閱李建良,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(上),憲政時代,第二十九卷第一期(2003/7),頁5以下。

¹² 請參閱佐藤幸治編著,憲法 基本的人權,1988年11月初版,成文堂,頁378-

^{379;}許慶雄,社會權論,民國八十年六月一版,眾文,頁15-16;陳新民,論「社會基本權利」,收氏著「憲法基本權利之基本理論」(上冊),民國七十九年一月出版,頁106-110。

¹³ 請參閱陳新民,同上註,頁116-118;王惠玲,社會基本權與憲法上工作權之保障 律師通訊,第一五三期(1992/6),頁42-43。

間於各種基本權之功能及司法實踐,請參閱許宗力,基本權的功能與司法審查,收氏著「憲法與法治國行政」,1999年3月初版,元照,頁155以下。理論一般說明,詳請參閱張嘉尹,基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向,收「當代公法理論(上)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」,2002年7月初版,元照,頁30以下。

在消極方面應保障人民有此自由而不予干預; 積極方面應提供 適當集會場所,並保護集會、遊行之安全,使其得以順利淮 行」,後段文句即係本於基本權保護義務功能而發¹⁵,如此使此 項傳統市民自由摻入積極給付之性質。又如後述,憲法第十五 條保障之工作權,即使解爲具有社會權性質,其內涵亦有消極 而向,諸如「免於恣意解雇自由」者¹⁶。職是,自由權與社會權 之區別,若置於基本權功能論下,即顯得相對化17。

(二)工作權應兼具自由與社會基本權性質

然而,有問題者,我國憲法第二章「人民之權利義務」是 否有性質上屬於計會權之權利規定?不無疑問。學界固不乏肯 認者¹⁸,惟香閱大法官歷年來之解釋,似未見明確承認之,且絕 大多數亦不逕以之爲據而爲法規之違憲審查,反而係從客觀之 「民生福祉原則」19或憲法基本國策之規定(憲法第十三章、增 修條文第十條),推導出相關社會法規之合憲秩序。例如,釋 字第四八五解釋(理由)謂「憲法係以促進民生福祉爲一項基 本原則, ……本此原則國家應提供各種給付,以保障人民得維 持合平人性尊嚴之基本生活需求,扶助並昭顧經濟上弱勢之人

民,推行社會安全等民生福利措施。……」;又有關勞工及農 民法規之 違憲審查, 如釋字第四五六號(祭保被保險 人 資 格)、釋字第五四九號(祭保被保險人死亡遺屬領取津貼)、 釋字第五六八號(勞保保險人涇予退保要件)、釋字第五七八 號(勞動基準法強制雇主提撥勞工退休準備及給付)、釋字第 五八○號(耕地三七五減租條例租期、收回條件)等,多數亦 僅從基本國策之規定立論²⁰。推究其因,或許如吳庚大法官於釋 字第四七二號協同意見書所認為:「我國憲法乃不同政治理念 妥協之產物,在保障人民權利方面,原則上以源自個人主義及 自由主義理念之權利清單爲其內容,另一方面在基本國策之章 節中,則明顯以帶有強烈計會主義色彩之綱領性規定,作爲內 涵…… 21。

大法官前開解釋基本態度,亦反映在其對憲法第十五條工 作權之解釋上。因此,歷年有關工作權之解釋,大法官率皆以 職業自由或營業自由定性,譬如釋字第四〇四號解釋謂「憲法 第十五條規定人民之工作權應予保障,故人民得自由選擇工作 及職業,以維持生計」;釋字第五一〇號解爲「人民從事工作 並有選擇職業之自由」;釋字第五一四號解釋理由則進一步謂 「基於憲法上工作權之保障,人民得自由選擇從事一定之營業 爲其職業,而有開業、停業與否及從事營業時間、地點、對象 及方式之自由工。反之,在典型之僱用關係案例中,如前揭釋

法治斌、董保城,憲法新論,2003年9月初版,頁104; 本惠宗,憲法要義,2001年 8月元照初版, 頁97-98。

See Rhona K. Smith, Textbook on International Human Rights 298(Oxford University Press, 2003).又學理上,若依法律得受領某種社會給付,此種受給付地位,國家無 正當理由亦不能剝奪之,否則即有違憲之虞,有稱此情形為社會權之自由權的效果 (長谷部恭男,憲法,2001年2月10日第2版,新世社,頁275、282)。另外,勞動 基本權也具有自由權性格之說明,併請參照蔡茂宙,工作權保障與勞動基本權的關 係及其特質,律師雜誌,第219期(1997/12/15),頁27。

我國學者亦有認為工作權等傳統、典型的受益權,仍非無具有防禦權功能(許宗 力,前註14,頁161)。併請參照Cécile Fabre, Social Rights under the Constitution 42-43, 45-66(Oxford University Press, 2000); 佐藤幸治編著,前註12,頁380-381。

例請見吳庚,憲法的解釋與適用,民國九十三年六月第三版,頁266以下。

或稱社會福利原則,請參閱法治斌、董保城,前註15,頁59以下。

少數例外,如釋字第四二二號、第四九四號解釋等。釋字第四二二號解釋謂「憲法 第十五條規定,人民之生存權應予保障;第一百五十三條復明定……,明確揭示國 家負有保障農民生存及提昇其生活水準之義務。耕地三七五減租條例即屬上開憲法 所稱保護農民之法律……」;釋字第四九四號解釋(理由)謂「勞動基準法依據憲 法維護人民生存權、工作權及改善勞工生活之意旨,以保障勞工權益,加強勞雇關 係,促進社會與經濟發展為目的……大」。

同解,請見李惠宗,憲法工作權保障系譜之再探——以司法院大法官解釋為中心, 憲政時代,第二十九卷第一期(2003/7),頁125。

字第五七八號解釋則引用憲法基本國策章第一五三條第一項之 規定,作爲其審查對象之憲法依據。準此而論,應可謂大法官 原則上並不認爲憲法第十五條保障之工作權具有社會基本權之 性質。

相對於上開司法解釋,學者對於工作權性質之見解,則顯得較爲分歧。(1)採社會權說者,早期代表性學者如林紀東先生,其主張工作權乃人民於失業之際,請求國家予以適當就業機會,以維持其生存之權利²²。晚近更有學者從歷史、目的、比較法及體系等解釋方法,認爲憲法第十五條保障之工作權,性質上屬於社會權範疇,至於職業選擇自由及營業自由則應屬於第二十二條所保護者,進而對於大法官相關解釋持批判態度²³。(2)採自由權說者,大抵認爲我國憲法第十五條保障之工作權

(2)採自由權說者,大抵認爲我國憲法第十五條保障之工作權相當於德國基本法所定之職業(選擇)自由、營業自由²⁴,惟亦有同時表示此類自由權,已由免於國家干涉之自由漸趨向於「向國家積極請求之自由」之受益權概念發展²⁵。(3)採兼具自由權與社會權兩性說者,早期代表性學者如劉慶瑞先生主張工作權最早指人民自由選擇工作之權利,其後兼有經濟上受益

權性質,國家必須給予並保障人民的工作機會與工作條件²⁶。晚 近亦有認爲工作權具有消極面向之職業自由,以及積極面向之 工作機會請求權、勞動三權等內涵²⁷。

本文認為憲法保障之工作權應解為兼具有自由權及社會權之性質,較為妥適,理由如下:(1)就文義解釋²⁸,如本文前節所述,所謂工作,基本上係指反覆從事之行為,其具有創造性,有一定構想與分析之思維以及才智之運用,因此,應與人格之自由形成、發展有關,自不脫其自由權之性質。惟另一方面,資本主義社會形成之後,大量的「工作」亦展現在勞雇關係上,而掺入若干程度之支配、控制意義,因而使工作與勞動、就業之法規範概念重疊,就此事物領域而論工作權,即具有社會權之性質。(2)從前述自由權與社會權區別相對化觀點,社會權之內涵,除要求國家爲確保個人獲取尊嚴生活所需資源之積極作爲外,亦具有保障人民免於國家甚或其他人對於其所擁有最起碼生活所需物質條件之干擾之自由²⁹,準此以論,初不排除工作權具有自由權及社會權之雙重性質。(3)從後述國際公約保障工作權之範圍觀之,亦可得出相同結論。(4)不問制憲當時立憲者真意何在,誠如釋三九二號解釋理由所言:

若見林紀東,中華民國憲法逐條釋義(一),民國七十一年二月修訂初版,三民, 頁245-246。

²³ 請參閱黃越欽,憲法中工作權之意義暨其演進,法令月刊,第五十一卷第十期 (2000/10),頁 42以下;併見其著大法官釋字第五一四號不同意見書。同解併見 吳庚,前註18,頁274-280(惟與黃越欽大法官不同者,吳庚大法官認為營業自由 屬財產權保障範圍);林騰鷂,中華民國憲法,民國八十八年十月四修訂初版,三 民,頁147(惟本書亦引用大法官相關解釋)。

²⁴ 本惠宗,前註15,頁226-228【惟同書其後又認為工作權保障範圍及於職業能力養成教育請求權,故其是否完全不含社會權性質,似非明確,直到晚近李教授在其另一篇論文(見前註21,頁124-127),才明確表示從憲法解釋當代化角度來看,可將工作權賦予社會權性質,結果似已傾向採兼具自由權與社會權兩性說。】;陳愛娥,中醫師不得交付病人西藥成藥?—關於憲法工作權的保障,台灣本土法學雜誌,創刊號(1999/4),頁110。

²⁵ 請參閱法治斌、董保城,前註15,頁195-196。

²⁶ 請參閱劉慶瑞,中華民國憲法要義,民國七十六年三月修訂十五版,頁83、94。

²⁷ 請參閱陳慈陽,憲法學,2004年1月初版,頁555-556。同說(但就保障內涵之說明,未必一致),併見蔡茂寅,前註16,頁25-26。

²⁸ 一切法律規範之解釋,應始於文義,憲法亦不例外。(請參閱吳庚,前註18,頁 511-513;法治斌,司法行政與司法審判之分與合——評司法院釋字第五三0號解釋之功與過,收「當代公法理論(上)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」,2002年7月初版,元照,頁779-780)然而,奇怪的是我國學者在論說工作權之性質或內涵時,卻幾乎看不到由文本開始者,此點亦有學者曾經提及(見蘇永欽,部門憲法——憲法釋義學的新路徑?,收「當代公法理論(上)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」,同前書,頁746)。

²⁹ 故有所謂「消極社會權」 (negative social rights) 之稱者。見Cécile Fabre, supra note 17. at 42.

「憲法並非靜止之概念,其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中,依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而爲法的抉擇,當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要,但憲法規定本身之作用及其所負之使命,則不能不從整體法秩序中爲價值之判斷,並藉此爲一符合此項價值秩序之決定。」準此,本文以爲工作權若欠缺社會性,實不符當今一般認爲政府應對人民應履踐生存照顧義務的理念,另一方面,工作權若不具自由性,則無法彰顯工作有關之自由在我國憲法基本權之權利清單上之規範價值30。

四、工作權之保護領域

工作權若係兼具自由權與社會權性質,則其規範內容或保護領域爲何?尤其相當社會權部分,由於欠缺大法官之闡釋,至今恐怕仍是人言人殊³¹。以下先就比較法考察,其次再就我國法解釋取向,提出本文淺見。

(一)比較法考察

1.世界性國際公約

隨著人權國際化的發展趨勢,解釋內國憲法之基本人權條款,應不得忽視世界性或區域性人權公約以及相關司法機關之

解釋、適用先例。關於與工作有關之人權,聯合國一九四八年「世界人權宣言」(Universal Declaration of Human Rights, 1948)第二十三條規定³²:「(1)每個人均有工作權、職業選擇自由權、公平而適意的工作條件權以及失業保障權。(2)每個人均不受任何歧視地享有同工同酬之權利。(3)工作者均享有得確保其個人及其家人符合人性尊嚴生活之公平而適意的報酬權利。(4)每個人爲保護其利益,均有組織及參與工會之權利。」

此外,一九六六年「經濟、社會及文化權利國際公約」 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966)第六條規定33:「1.本公約締約國承認工作權,其包括每 個人均有機會藉其自由選擇或接受之工作以謀生之權利,並將 採取適當之措施以保障此等權利。2.本公約締約國爲達成此項權 利之完全實現而採取之措施,應包括技術與職業指導及訓練方 針,以及在擔保個人基本政治及經濟自由之條件下,爲獲得穩 定的經濟、社會及文化發展和充分與創造就業之政策與方 法。」第七條規定:「本公約締約國承認每個人均享有公平而 適意的工作條件之權利,其特別確保:(1)報酬,其最低限度 給與所有工作者a.公平的工資以及同值工作同等報酬,沒有任何 差別,特別是婦女應擔保其工作條件不差於男人所享受者,一 致同工同酬; b.依本公約此項條款得爲自我及家人過適可之生 活;(2)安全及衛生之工作條件;(3)每個人在其就業中均 有被平等擢升適當位置之機會,除了資歷與能力之外,沒有其 他考慮之限制; (4)休息、休閒及合理工時限制以及除有報酬

³⁰ 學者有認為憲法第二十二條所定權利,非屬清單上權利,其本身受有內在限制,其 他第七條以下所列舉之清單上權利,則只需受憲法第二十三條規定限制(請參見吳 庚,基本權的三重性質,收「司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集」,司法院, 民國八十八年九月出版,頁6-14),若此見解,與工作有關之自由是否列在第十五 條工作權保障範圍或第二十二條保障範圍,即有差別。當然,憲法第二十二條規定 之性質如何,學界本有爭論,非僅上述一說者,有關此點,可參閱蔡進良,行政程 序中之正當法律程序——憲法規範論,政大法律系博士論文,2003/6,頁44-45。

³¹ 社會權內涵本具多義且仍持續成長中,請見Paul Hunt, Social Rights: Building a Legal Tradition, in Robert G. Patman ed., Universal Human Rights? 50-63 (Macmillan Press, 2000).

See Ian Brownlie and Guy S. Goodwin-Gill eds., Basic Documents on Human Rights 22(Oxford University Press, 4th ed., 2002)

³³ *Id.*, at 174-175.

之公定假日外,還有帶薪之定期假日。」第八條規定:「1.本公約締約國擔保:(1)每個人均有爲提升與保護其經濟和社會利益,僅遵循相關組織規則,而組織工會並參與其所選工會之權利。此項權利之行使,除了依法律所定,且於國家安全或公共秩序之利益或爲保護他人之權利和自由,而於民主社會所必要者外,不得加以限制之;(2)工會有建立全國性協會或聯合會之權利,並且後者有組織或參與國際工會組織之權利;(3)工會有自由運作之權,除依法律所定,且於國家安全或公共秩序之利益或爲保護他人之權利和自由,而於民主社會所必要者外,不受任何限制;(4)罷工權,其行使應依個別國家之法律規定之。2.本條規定不排除對於國家軍隊或警察或行政人員行使此等權利之合法限制。3.本條並未授權一九四八年有關結社自由及組織權保護之國際勞工組織公約締約國,採取可能侵害規定於該公約保證條款之立法措施,或以諸如可能侵害之方式適用本法。」

再者,國際勞工組織(ILO)在過去八十多年所通過之一百八十四項國際勞動公約中,特別被指定為核心國際勞動基準之八項公約所保障之四類勞動基本權,亦不忽視。具體而言,其包括³⁴:1.強迫勞動之剷除。2.結社自由及集體協商之權利。3. 男女同工同酬與就業歧視之禁止。4.童工之禁止。

2.區域性國際公約——以歐洲為例

其次,歐洲國家於一九六一年制定、簽署,於一九六五年 生效並於一九九六年修正之「歐洲社會憲章」(European Social Charter),有關工作權之保障,主要詳細地規定在第一條至第 十條、第二十條、第二十四條、第二十六、第二十九條中。以 下簡引之35: (1)狹義工作權(第一條),略指國家爲達充分 就業,應以儘可能獲取並維持高度而穩定之就業程度爲其責任 或主要政策之一;有效保障勞工自由從事一項職業以謀生的權 利; 爲所有勞工建立並維持免費就業服務體制 (free employment services);提供或促進適當的職業諮詢、訓練及二 度就業。(2)公平之工作條件權(第二條),略指國家應承擔 規定合理之日及調工時;帶薪公假;至少四週的帶薪年假;消 除在固有危險或不衛生之職業上之風險,否則應給予從事此類 職業者縮短工時或額外帶薪假日;確保一週休息時間;確保工 作者儘速,於開始受雇後兩個月內,獲得書面告知契約或僱傭 關係之基本事項(essential aspects);確保夜間工作者在考量各 該工作特別性質之下的法規所定之利益。(3)安全而衛生之工 作條件權(第三條),略指國家在徵詢雇主及勞工組織之下, 應承擔形成、實施及定期檢討關於職業安全、職業衛生及工作 環境之一貫的國家政策;發布安全及衛生之法規;維護該等法 規效力;促進具有預防及顧問功能之勞工職業衛生服務體制 (occupational health services) 之進展。(4) 公平薪資報酬權 (第四條),略指足可給予勞工及其家人過一適可生活水準(a decent standard of living)之薪資;除特定案件例外,加班有增 加費率之加班費;男女勞工有同值工作同等薪資權利;所有勞 工都享有僱傭終止之合理期間通知權;僅有在一些條件下,並 目依國家法律或法規規定或依團體協約或仲裁判斷決定之範圍 內,才允許減少工資。以上這些權利之行使,可依團體協商、 法定工資決定機制或其他適合國家條件之方法,自由地決定

³⁴ 詳請參閱焦興鑑,全球化與核心國際勞動基準之建構(上),法令月刊,第五十四 卷第九期(2003/9),頁22-29;同文(下),法令月刊,第五十四卷第十期 (2003/10),頁4以下。此外,關於國際勞工組織之設立背景及組織構造,詳可參 閱財団法人日本ILO協会,講座ILO(国際労働機關)——社会正義の実現をめざ して(上券),1999年10月29日,頁41以下。

³⁵ See *supra* note 32, at 455-68.

之。(5)組織權(第五條),略指勞工及雇主爲保護其社會及 經濟利益,有形成地方、國家及國際之組織,並參與該組織之 自由。國家法律之規定及適用不得侵害之。本條擔保之範圍, 依國家法律及法規之規定適用於警察。統制適用這些擔保於軍 隊成員之原則以及適用此等人員之範圍,應依國家法律及法規 平等地決定。(6)集體協商權(第六條),略謂國家應促淮勞 工與雇主之合議(joint consultation);爲依團體協定之雇用條 件之規制,必要及適當時,應促進雇主或雇主組織與勞工組織 間自願協商機制;爲解決勞動爭議,應促淮滴當的調解機制與 自願仲裁之建立及使用;勞工與雇主於利益衝突時,有集體行 爲權,包括罷工權,但其從屬於先前達成之集體協定外可能所 生之義務。(7)兒童及青少年受保護權(第七條),略以一般 及特定職業受雇年齡之限制;仍受義務教育者不得雇用之,而 剝奪其受完全教育利益;工時限制;合理工資及津貼;獲雇主 同意時,在正常工作時間接受職業訓練,而仍視爲工作日之一 部分;至少四週的年假;十八歲以下勞工,除法律所定特定職 業例外,不得於夜間工作;十八歲以下受雇於法律所定行業之 勞工,應定期醫療檢查;因工作而直接或間接受有身體上及道 德上之危險者之特別保護。(8) 職業婦女生產保護權(第八 條),略以產前、產後至少十四週之產假;禁止雇主在受雇婦 女告知其懷孕至其產假結束期間,給予解雇通知;哺乳之媽媽 有足夠時間爲之;懷孕、甫生產及餵養幼兒之婦女於夜間工 作,應予管制;禁止懷孕、甫生產及餵養幼兒之婦女受雇於礦 場以及其他所有具有危險、不衛生或危害性之不適當工作。 (9) 職業諮詢權(第九條),略謂國家應以免費提供或促進一 項服務體系,以協助所有人包括殘障者,解決關於適合其個性 與職業關係之職業選擇及發展的問題。(10)職業訓練權(第十 條),略指提供或促進所有人包括殘障者,科技和職業訓練;

提供或促進在職學習制與其他體制安排,以訓練各種職門之青 年男女;爲成年勞工提供或促進足夠且迅速可用之訓練機構, 以及因科技發展或新的就業趨勢需要之成年勞工再訓練特別機 構;長期失業之再訓練與再整合之特別措施;鼓勵充分利用依 適當措施提供之方法(facilities),諸如降低費用、在適當個案 提供財務援助、包含勞工於就業期間在通常工作時間內,應雇 主之要求接受輔助訓練(supplementary training);經充分監督 並諮詢雇主及勞工組織,以確保年輕勞工在職學習 (apprenticeship) 及其它訓練安排之效率,並一般地獲得充分 保障。(11)僱用及職業事務上無性別歧視的享有公平機會及公 平對待權(第二十條),略指國家應確保或促進在下列領域無 性別歧視:應徵、解僱與職業重建之保護;職業諮詢、訓練、 再訓練及復職;就業條件與工作條件,包括薪資報酬;生涯發 展,包括升遷。(12)僱用終止保護權(第二十四條),略指欠 缺諸如因能力、行爲或事業營運上要求等正當理由,不得終止 僱用;勞工因沒有正當理由而被終止雇用者,應有充分之補償 及他適當之救濟權。(13)工作上尊嚴權(第二十六條),略指 國家應促進工作場所或有關工作性騷擾之意識、資訊及防免, 所或有關工作直接針對個人之反覆可責難的或明顯負面且攻擊 的行爲之意識、資訊及防免,並採取一切適當措施以保護工作 者免於此等行爲。(14)集體裁員程序之資訊與諮詢權(第二十 九條),略指國家應確保雇主在集體裁員(collective redundancy)以前,應於適當時機,就有關避免集體裁員或限制 其發生與緩和其結果之方式及手段,通知並諮詢勞工代表。

更值得注意者,歐盟國家在二〇〇〇年十二月七日於法國 尼斯簽署、公布的「歐洲聯盟基本權利憲章」(Charter of Fundamental Rights of the European Union),亦有若干工作權相

關之規定36。簡要列之如下: (1) 勞工於工作範圍內之資訊及諮 商權,依本憲章第二十七條規定,勞工或其代表,適當程度上 應擔保其在系爭案件中,依共同體法及國家法律與慣例所定之 條件,有適時之資訊與諮商機會。(2)集體協商及行動權,即 依本憲章第二十八條規定,勞工與雇主或其代表組織,在適當 程度上,具有依共同體法及國家法律與慣例,磋商與達成團體 協定之權利,並且在有利益衝突時,採取集體行動以防衛其利 益,包括罷工行爲。(3)接近職業介紹服務權,指依憲章第二 十九條規定,每人有利用免費職業介紹服務之權利(the right of access to a free placement service)。(4) 不正當解僱之保護, 此於憲章第三十條規定,每位勞工均有依共同體法及國家法律 與慣例,享有防免不當解僱之權利。(5)公平及合理的工作條 件,同憲章第三十一條規定,每位勞工均有尊重其健康、安全 及尊嚴的工作條件之權利。每位勞工均有最高工時限制、每日 及每週休息時間,以及每年帶薪休假之權利。(6) 童工之禁止 及年輕人工作之保護,依憲章第三十二條規定,略指禁止僱用童 工;僱用之最低年齡不得低於最低離校年齡(school-leaving age),除非更有利於該年輕人以及損害輕微;容許工作之年輕 人必須享有適合其年齡之工作條件,並且防免其受經濟剝削以 及任何可能傷害其安全、健康或身體、心理、道德或社會發展 或干擾其教育之工作。此外,本憲章在有關平等的條文中,亦 於第二十三條特別揭示各領域之男女平等,包括就業、工作及 薪資上;而且不排除維持或採取有利於「不分男女其代表不足 者」(under-represented sex)之特別優惠措施。

(二)我國憲法規定之解釋

憲法第十五條規定之工作權,其保障範圍,原則上因對其 性質所採見解上之差異而有不同之結論。惟誠如本文前述,僅 以職業自由或(及)營業自由定性,抑且欠缺積極面向之內涵 者,既不合文義解釋、歷史解釋,也與世界潮流以及多年來我 國釋憲機關已然形成的基本權功能取向之解釋或續浩,背道而 胁, 實不官採此狹隘見解。至若以社會權性質定位, 亦不能完 全排除其具有類同自由權之保障內涵者,事實上,我國學者中 即有此態度者,例如,吳庚先生明確表示,工作權即以保障勞 工階層爲目的之一項社會基本權,其保障範圍,可分爲五項37: 1.人民得依其工作能力自由選擇工作,並獲得合理的報酬。2.國 家有義務實施最低工資,監督雇主改善工人與勞動者的工作條 件。3.對欠缺工作能力者,各級政府應依其志願辦理職業訓練; 對已從事工作或勞動者也可實施技能鑑定及證照制度(釋字第 四〇四號解釋所稱之工作之方法及應具備的資格或其他要件, 得以法律爲適當之限制,當係指此點而言)。4.舉辦維護工人與 勞動者生計的計會保險,包括疾病、傷殘、失業及年金等項目 乃國家應負的責任。5.工人與勞動者有權組織工會,並行使團 結、 團體協約及爭議之權, 必要時並得發起罷工。

本文基於前述對於工作概念之理解、就工作權之性質採認 兩性說以及國際人權法之考察,並參酌過往我國之司法解釋,主 張工作權係包含一系列相關權利,其保障範圍,基本要項如下:

1.自由保障部分——職業自由與營業自由

職業自由,或稱職業選擇自由(廣義),係指人民有自由 選擇某項職業以維持其生計之權利,包含職業執行有關之方 法、時間、地點及對象等之自由。此爲歷年來大法官釋字第四

a6 由於二○○三年擬定之「歐洲憲法草案」 (Draft Treaty establishing a Constitution for Europe) ,完全將歐洲聯盟基本權利憲章移置於該草案第二部分人權章,故以下所述條文自然可能於將來亦成為歐洲憲法條文。關於歐洲憲法草案全文,可見24 Human Rights Law Journal 5-74(2003).

³⁷ 請見吳庚,前註18,頁108、277、279。

○四號、第五一○號等解釋所明認者。又人民亦有選擇不工作 之自由,國家不得強迫人民違背其意願地工作或就業,在此即 包含所謂「免於強制勞動之自由」(the freedom from compulsory labor) 38。在此意義下,工作權乃維持爲生計或生活 而反覆從事某種繼續性活動,且與個人之人格價值攸關之一項 權利。此外,與財產權之保障有密切關聯之「營業自由」39,亦 屬工作權保障範圍內,意指人民有選擇以一定財產之經營爲職 業之自由,誠如大法官在釋字第五一四號解釋理由書所言: 「基於憲法上工作權之保障,人民得自由選擇從事一定之營業 爲其職業,而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對 象及方式之自由;基於憲法上財產權之保障,人民並有營業活 動之自由,例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為 之。」至於職業(選擇)自由與營業自由兩者之關係,學理上問 不無爭論40,本文認爲解釋上應認爲前者指涉之事物領域大於後

者,可謂具有包容關係41,惟亦有學者主張前者適用對象(主 體) 僅限於自然人而不包括法人,後者則包含法人在內⁴²,如此 則兩者僅有部分領域具有重疊關係。

2.社會保障部分

當個人意欲淮入或再度淮入勞動市場就業時, 面臨之問 題,歸納言之,不外乎如何能找到滴合之工作,而後具有尊嚴 地持續從事或終止之。就此領域,國家是否具有憲法上社會給 付義務,某些甚且成爲個人得據以向國家請求之主觀公權利, 本文持肯定見解,不確定者僅是其權利內容,爰從比較憲法觀 點,參酌國際公約以及我國當今社會及法制發展實況,提出本 文看法如下:

首先,獲得就業(access to employment)方面(包含初次 就業及失業後再度就業),人民應有向國家請求提供相關就業 資訊或接受諮詢之權利; 目依法律所定條件, 享有職業訓練以 及職業介紹之服務。後者之所以須依法律規定,主要乃因其涉 及財政資源之公平分配故也。至於若干學者提到的「(失業之 際)給予適當工作機會」之權利43,本文認為,一般而言,其僅 具客觀法規範意義,但在諸如後述國家侵犯行為所造成失業而危 及生存之情況下,仍不排除具有請求給付之主觀公權利性質44。

其次,就業中,(1)職業保障方面,國家應確保已就業勞 工之就業權利免於遭受來自公權力或雇主之侵害。因此,若國

See Rhona K. Smith, supra note 16, at 295, 297.又吳庚大法官於釋字第四○四號不同 意見書中,對於工作權保障範圍之論述,亦包含此點。

比較憲法上,日本憲法第二十七條第一項雖有「全體國民具有工作之權利,並負其 義務 | 之規定,惟此所謂之義務,亦僅係一種倫理上或精神上之規定,並不生法律 上具體強制工作之效力,充其量僅賦予某些法律對於有工作能力及機會而不工作 者,限制其享受某種社會給付規定之正當化依據。(請參閱初宿正典,憲法2基本 權,2001年11月1日第2版,成文堂,頁483;辻村みよ子,前註1,頁370-371)無 獨有偶,中共一九八二年通過的「中華人民共和國憲法」第四十二條亦規定「中華 人民共和國公民有勞動的權利和義務」,對此,彼岸學者有認為與禁止強制勞動之 國際人權公約相左,顯然不妥;亦有認為關於勞動義務部分,僅係一方針性規定。 (見黃澗秋,論工作權,收楊海坤主編,憲法基本權利新論,2004年5月第1版,北 京大學出版社,頁248)

其間關係,請參閱蘇永欽,財產權的保障與大法官解釋,收氏著「違憲審查」, 1999年1月一版,學林,頁121-123。

請參閱石川健治,營業の自由とその規制,收高橋和之、大石真編,憲法の争點 【第三版】,ジュリスト増刊,平成十一(1999)年六月八日,有斐閣,頁128-130; 長谷部恭男,前註16,頁235-236。

此為日本通說見解,併請參照初宿正典,前註38,頁309。

請參閱黃越欽,前註23,頁48、49;同解併見李惠宗,前註21,頁127。

例請見林紀東,前註22;林騰鷂,前註23;陳慈陽,前註27,頁560-561。

關於工作權之「請求給予適當工作機會」權利內容,我國多數學者若非根本不提, 即是省略說明其主觀權利性,彷彿認為其至多僅係客觀法性質或有待法律進一步規 定才能行使;少數學者,有認為基於分享權功能,若法律未規定,「將轉換為請求 國家作成機會均等且合乎資格之分配的程序上權利」(劉建宏,工作權,法學講 座,第二十三期,2003/11,頁3)。凡此看法,均與本文不同,敬請一併參照。

家因調整產業結構等經濟或非經濟上之原因(如環境保護),基於公益而予以侵犯,以致勞工之工作條件或收入減損甚至失業者,勞工有要求國家給予補償,或提供免費職業訓練、輔導轉業或安排工作之權利。又關於僱用關係之終止,勞工有免於無正當理由解雇之自由,爲此,勞工有依法律防免不當解雇之權利。此外,國家應確保雇主欲大量裁員以前,應於適當時機,就避免或限制其發生與緩和其結果之手段或方式,通知並諮詢勞方代表。(2)關於勞動條件方面,國家應確保勞工依法律規定,享有公平及合理之工作條件及薪資報酬,前者如訂定最高工時、假日休息與休假權、安全與衛生之工作環境等;後者必須至少得滿足其最低生活標準之物質需要。此等權利之所以仍須經法律規定,主要原因在於涉及雇主之基本權利限制(參照憲法第二十三條)故也45,至於該當法律規定之合憲界限何在,乃另一問題46。

再其次,為避免勞工成為雇主完全支配之對象,調和其間 利害關係,解釋上工作權應包含勞工團結權、團體交涉權以及 團體行動權(包含爭議權)等所謂勞動三權⁴⁷。團結權指勞工為

改善或維持勞動條件並進行團體交涉,而組織勞工團體之權 利。團結權基本上雖可謂亦屬憲法第十四條所保障之結計自由 權之一環,惟勞工團結權之目的,畢竟在維護或提升勞工之共 同福利,而此往往又必須結合勞工團體力量始克達成,故於勞 工加入或退出團體方面,是否應賦予組織某程度之強制力⁴⁸,即 不若一般結社自由容認參與或不參與之自由⁴⁹那般單純。因此, 大法官釋字第三七三號解釋理由書謂「憲法第十四條規定人民 有結計之自由。第一百五十三條第一項復規定……。從事各種 職業之勞動者,爲改善勞動條件,增進其計會及經濟地位,得 組織工會,乃現代法治國家普遍承認之勞工基本權利,亦屬憲 法上開規定意旨之所在。……」,如此說明,似將勞工團結權 等同結社自由或爲其保障範圍所涵蓋,若非隱含將上開問題委 諸立法者決定,即是過於簡化問題,實有進一步商権之餘地。 此外,團體交涉權係指勞工團體就勞動條件,立於與雇主對等之 立場交涉之權利,包括交涉結果而締結勞動協約。再者,團體 行動權係指勞工團體爲使勞動條件實現而爲團體行動之權利, 其主要者即是爭議權。關於團體交涉權及團體行動權,前揭大 法官釋字第三七三號解釋理由書接續謂「……國家制定有關工 會之法律,應於兼顧計會秩序及公共利益前提下,使勞工享有 團體交涉及爭議等權利。……」,似乎意指團體交涉及爭議等 權利僅係法律位階之權利,故應兼顧社會秩序及公共利益而以 法律規定,果爾,與本文前述比較憲法或國際公約普遍承認其 屬勞動基本權者,有所相悖50。

⁴⁵ 即使從基本權第三人效力理論切入,也會涉及基本權衝突問題(一方為工作權,另一方為財產權或營業自由、契約自由),而基本權衝突之解決方法,固可由司法機關視個案情形以利益衡量方式或採認基本權價值位序而為決定(參法治斌、董保城,前註15,頁153;李惠宗,前註15,頁121-122),立法機關縱不具解決基本權衝突之最終或優先權限,惟其以民主多數決程序依循「體系正義」預為決定,一般而言,仍不失為較為明確之作法。【蘇俊雄大法官於釋字第五○九號解釋之協同意見書中,主張解決基本權衝突,立法者有優先權限。惟此項論點於涉及言論自由時,遭受學者批評,請參閱法治斌,保障言論自由之遲來正義──評司法院大法官釋字第509號解釋,收氏著「法治國家與表意自由」一憲法專論(三),2003年5月一版,頁294-296】比較憲法上,亦可見日本憲法第二十七條第二項規定:「有關工資、工作時間、休息及其他勞動條件之基準,以法律定之。」

⁴⁶ 請參閱西谷 敏,勤労權と立法者の労働条件基準法定義務,ジュリスト,第1244 號(2003.5.1-15),頁122-128。

⁴⁷ 日本憲法第二十八條對此三項權利亦有明文規定。

⁴⁸ 有關問題,請參閱許慶雄,前註12,頁232-239;又日本憲法理論與實務最近之發展,簡要說 明請參閱松井茂記,日本国憲法,2002年7月30日第2版,有斐閣,540-541;辻村みよ子,前註1,頁335-336。

⁴⁹ 参照大法官釋字第四七九號號解釋。

⁵⁰ 關於釋字第三七三號解釋之其他批評,併請參閱黃越欽,國際勞工公約與憲法法院

最後,工作權與平等權之互爲作用結果,國家應確保就業關係上男女之實質平等,避免在僱用、勞動條件、升遷、發展等各方面,因性別差異而形成之就業歧視。

五、工作權侵犯之違憲審查——以工作權社會保障領域 爲中心

(一)以憲法第二十三條作為依據

1.本文看法

任何權利之行使與保障,均有其界限,憲法上之基本權亦不例外。我國憲法第二十三條規定:「以上各條列舉之自由權利,除爲防止妨礙他人自由,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。」從本條規範交句——自由權利、限制等文義來看,其得否適用於具有社會權部分內容、性質之基本權?是否得作爲給付事項法律保留之憲法依據?原非無疑義⁵¹。惟學者一般多以本條解爲「基本權限制」之概括規定⁵²,故除非主張我國憲法尚未明定社會基本權之存在,否則初不排除社會基本權亦可適用憲法第二十三條規定,如此,該條所謂「自由權利」當非僅指自由權,而應作「自由及其他權利」解⁵³;再者,該條所謂不得以法律「限制之」云者,反面解釋即指「限制以上各條列舉之自由權利」,

須有法律(或法律明確授權)依據⁵⁴,此即牽涉法律保留之問題,對此,若援引「重要性理論」解釋之⁵⁵,或如大法官釋字第四四三號解釋理由書隱含甚至已明示將重要給付事項納入其中者⁵⁶,其結果則所稱之「限制」未必指積極干預或課予負擔,毋寧解爲中性之「侵犯」,較爲妥適;至於侵犯行爲之態樣包括積極作爲及消極不作爲,且不問其爲有意或無意、直接或間接、發生法律效果或事實上效果、是否具備下命性及強制性,均屬之⁵⁷。因此,若國家對人民有應為某種給付義務,甚或人民依基本權之規定有給付請求權,國家應給付而消極未給付者,除另有法律合憲限制之依據外,初即已構成違憲侵犯;至若積極侵犯此等基本權且非微不足道者,更不待言。當然,有法律依據時,仍須審視該法律規定之實質內容,是否合乎公益要素、比例原則等,始合乎憲法第二十三條所定保障人民權利之意旨。

基於以上說明,本文認為工作權保護領域,自由保障部分被 侵犯固毋論,即使是就社會保障部分而言,憲法第二十三條仍得

^{——}兼論司法院釋字第三七三號解釋,憲政時代,第二十八卷第三期(2003/1), 頁35-38。

⁵¹ 請參閱蔡進良,給付行政之法的規制——試評大法官釋字第四二八號解釋,憲政時代,第二十四卷第一期(1998/7),頁98-102。

⁵² 此與德國基本法、日本憲法依不同基本權而分別規定或未明定者,有所差異。惟大 法官釋字第四四三號解釋理由書有關說明,類採德國層級化保留體系,請參閱吳 庚,前註18,頁158-161;吳庚,行政法之理論與實用,民國九十二年八月增訂八 版,頁108-109。

⁵³ 學者即有如此解釋,例請見林紀東,前註22,頁343。

⁵⁴ 大法官自釋字第三一三號解釋以後,即確認憲法第二十三條所稱之「法律」,除形式意義法律之外,包括依法律具體明確授權訂定之法規命令。

⁵⁵ 重要性理論,簡言之,凡是對於基本權之行使或實現具有重要意義事項,不問干預或給付,即應保留給立法者決定。詳請參閱許宗力,論法律保留原則,收氏著「法 與國家權力」,民國八十一年四月出版,頁118以下。

⁵⁶ 此或許受重要性理論影響(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,2004/5,頁26),往後解釋類此援用重要性理論以解釋憲法第二十三條規定者,例如釋字第四五四號(對人民居住及遷徙自由之重大限制,應有法律或法律明確授權之依據)、釋字第四七四號(按關於公務人員保險金請求權,其解釋理由大前提引用到憲法第二十三條,再論時效制度與人民權利義務有重大關係,需逕由法律明定,解釋文則論請求權消滅時效,應以法律定之,屬於憲法上法律保留)。

³⁷ 請參閱法治斌、董保城,前註15,頁133-134;李建良,基本權利理論體系之構成及其思考層次,收氏著「憲法理論與實踐(一)」,1999年7月1版,學林,頁85-88;林三欽,論基本權利之侵害,收李建良、簡資修主編,「憲法解釋之理論與實務(第二輯)」,民國八十九年八月出版,中研院社科所,頁440以下。

直接作為國家侵犯行為正當化或所謂人民權利事前保障之依據,從司法審查之角度,亦得作為違憲審查之規範依據。

2.大法官解釋

然而,大法官相關解釋,或因其對工作權向來採自由權 說,基本上未承認勞動基本權之存在,故一如在其他涉及社會 給付的解釋,廣泛容認立法者在此社會領域之立法形成自由58, 而且涌常會連結適用憲法第二十三條者,也只有在以下兩種情 形: (1) 當法律(或行政命令) 所定之社會給付同時涉及第三人 自由權利之限制或課予其負擔時。例如,釋字第五七八號解釋對 於勞動基準法強制課予雇主負擔勞工退休金給付及按月提撥勞 丁退休進備金之義務,以及違反者之制裁規定,認爲其雖限制 雇主之契約自由及財產權,但未違反憲法第二十三條規定之比 例原則。(2)另一個在社會給付領域適用憲法第二十三條的情 形是:對於法律已具體化規定之社會權利,將其轉化為憲法保障 之財產權,而當其被積極侵犯時。例如,釋字第四五六號解釋就 勞工保險條例所定被保險人之資格,該條例施行細則限定必須 是專仟員工者,判示渝越法律授權節圍,與憲法第二十三條規 定之意旨不符; 再如, 釋字第四七四號解釋就修正前公務人員 保險法所定保險金請求權消滅時效期間未設規定,於解釋理由 大前提引用到憲法第二十三條,而謂時效制度與人民權利義務 有重大關係且與公益有關,需逕由法律明定,因此,解釋文以該請求消滅時效應以法律定之,屬於憲法上法律保留事項,該法施行細則逕行規定時效期間,與上開意旨不符。又如,釋字第五六八號解釋謂「勞工依法(按依其解釋理由係指勞工保險條例)參加勞工保險及因此所生之公法上權利,應受憲法保障。關於保險效力之開始、停止、終止及保險給付之履行等事由,係屬勞工因保險關係所生之權利義務事項,攸關勞工權益至鉅,其權利之限制,應以法律定之,且其立法目的與手段,亦須符合憲法第二十三條之規定。」本號解釋在此所謂依法所生應受憲法保障之公法上權利,究指何種基本權利,雖未明說59,但參照同屬社會保險之公務人員保險法所定之養老給付,大法官釋字第四三四號解釋曾以其定性爲財產權60,是研判其所指應非勞動基本權,而係由法律所定之社會權轉化成憲法保障之財產權(公法上財產請求)61,再以財產權之限制,須合憲法第二十三條之規定爲論證基礎62。

要之,大法官解釋似根本否定具憲法上社會基本權之存在或

⁵⁸ 關於社會給付之立法形成自由,見諸釋字第二四六號、四三四號、四七二號等多號解釋,其中釋字第四八五號解釋理由書有段文字,作了一般性說明,其謂:「本此原則(按指民生福祉原則)國家應提供各種給付,以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求,扶助並照顧經濟上弱勢之人民,推行社會安全等民生福利措施。前述措施既涉及國家資源之分配,立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等項之有關規定,自享有充分之形成自由,斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政等社會政策考量,制定法律,將福利資源為限定性之分配。」

⁵⁹ 類似情形,例併見釋字第二七四號解釋,針對修正前公務人員保險法所定保留保險 年資之權利,以該法施行細則增加期間限制,而謂「有違憲法保障人民權利之意 旨」,惟到底哪一種憲法保障之權利,則未明說。又如釋字第三一六號解釋,針對 公務人員保險法所定之殘廢給付之請領,亦僅謂「涉及憲法上人民權利之保障」。

⁶⁰ 併請參照釋字第四七三號針對全民健康保險法施行細則所定投保金額分級問題,所 作解釋。

⁶¹ 請參照蘇永欽,前註39,頁101-102;陳英鈴,「自由法治國」與「社會法治國」 的制度選擇——評釋字第472與473號,收氏著「憲政民主與人權」,2004年1月一 版,學林,頁312-321。另外,值得一提者,在美國憲法上,政府提供的給付包含 社會性給付在內,人民相對所享有之權利或法律地位,其性質為何?因一九六四年 耶魯大學教授賴取(Charles A. Reich)一篇影響深遠之論文,視之為「新財產」, 而後被納入憲法財產權概念內。See Charles A. Reich, The New Property, 73 Yale L. J. 733(1964).詳細分析,請參閱蔡進良,前註30,頁95以下。

⁶² 惟大法官在同屬社會保險之全民健康保險給付問題上,於釋字第五二四號解釋既不 提財產權,亦不論憲法第二十三條,值得深思。

(二)保護不足與過度限制之禁止

國家不管係基於憲法基本國策所揭示之「計會國原則」 (民生福利國原則),抑或基於如本文所肯認存在之「社會基 本權 , 之保護義務, 均應以確保每位國民享有符合人性尊嚴之 最低限度生存條件為前提或基礎,而後採取事前防止或事後消 除不足最低限度生存條件之狀態,以維護計會安全;並且,實 質平等地從事資源分配,以期國民在社會或經濟地位上之實質 平等,合平社會正義。爲達此目標,必要時雖不得不對相關人 民之自由領域予以規制,惟不可過度⁶⁴,且須符合正當法律程序 以及其它法治要素⁶⁵,是國家推展社會任務時,仍應受自由法治 國原則之限制或以之爲界限66。

144 人權保障之理論與實務2005

然而,就工作權之保障而言,上開憲法價值秩序,在我國 法制或司法實務之實踐上, 顯然多未能落實, 此種情形不僅發 生在大法官解釋尚未容認之工作權計會保障部分,即使在其自 由保障領域,仍不乏其例,歸納言之,前者,保護不足;後 者, 過度限制, 兩者在合憲秩序上, 均有可議之處。以下分別 此兩種情形,舉例以明之:

1.保護不足之違憲審查與主觀權利性——以生存權之維護為基

關於工作權社會保障領域(具社會基本權性質部分),如 本文前述,大法官對此基本上尚未承認,因而多以基本國策之 規定爲據,任諸立法者形成自由;相當之事項或權利,一般學 者之看法也是必須經立法具體化之後才得實行或主張,然而若 立法不周或懈怠,又該如何?本文認爲,前減見解,不顧工作 權之發展趨勢,也不問所涉者究係哪一種工作權之權利內涵或 相關權利,或者肇因某種國家侵犯行爲之法律狀態,一概將工 作權計會保護領域完全移置於基本權保障之外,任由立法者形 成,係造成現階段就業或勞動法規保護不足67之違憲審查空洞化 之原因。蓋此時由立法裁量決定者,既非受基本權之拘束,即 無從導出基本權保護義務,或依其他基本權功能而生之立法義 務; 且如前述, 大法官解釋就此領域違憲審查所適用憲法第二 十三條(比例原則、法律保留)之兩種案型,又不足以因應; 充其量憲法第七條平等權(或平等原則)可資運用,惟此若面 臨立法完全不作爲(立法怠惰)時,又有其侷限⁶⁸,故也。

此例請見釋字第五二四號解釋,併參照廖元豪,前註56,頁33-34。

誠如大法官在釋字第五七八號解釋所言:「保護勞工之內容與方式應如何設計,立 法者有一定之自由形成空間,惟其因此對於人民基本權利構成限制時,則仍應符合 憲法上比例原則之要求。」又如釋字第五八○號解釋所言:「因個人生活技能強弱 有別,可能導致整體社會生活資源 分配過度不均,為求資源之合理分配,國家自 得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內,以法律限制人民締約之自由,進而 限制人民之財產權。」

關於正當法律程序與法治原則之關係,詳請參閱蔡進良,前註30,頁67-76。

此外,另一個本質上、事實上的界限在於財政因素。(關於兩項推展社會任務之界 限,請參閱陳愛娥,自由——平等——博愛——社會國原則與法治國原則的交互作用, 台大法學論叢,第二十六卷第二期(1997/1),頁128-133、137-138)然而,本文 認為財政因素尚非推展社會任務獨有,實際就傳統經濟自由(財產權)之維護,財 政因素亦屬實踐該項自由保障之界限,例如時下常被詬病的公用地役關係之土地徵 收問題,即是。

儘管近年來積極制定新法結果,如「大量解僱勞工保護法」(92.2.7公布)、就業 保險法(91.5.15公布)、原住民族工作權保障法(90.10.31公布)等,勞動法規形 式上已粲然大備。

本文在此所謂立法者完全不作為,係指針對同一與工作有關之社會給付事項,立法 者既未課予一部分人限制,也未對一部分人給予利益。蓋若有此兩種情形,均可經

其實,工作權如今係一項複合的基本權,包含與工作有關之多項權利,已如前述,並非全部有關權利之行使均會涉及第三人如雇主之自由權利之限制,也不必然會造成政府財政過度負擔⁶⁹,或法律上必先由立法者爲資源之分配始得行使之問題,故不應全然排除工作權含蓋社會保護領域,以及其應有之客觀法規範功能,課予國家一定之給付義務,甚至於一定之情狀下所具有之主觀權利性。例如,就業資訊提供與諮詢權,假設法律未規定⁷⁰,也應解爲人民得逕依憲法第十五條工作權之保障規定,主張此項權利。

尤有甚者,即使在獲取工作機會方面,若個人原已在就業中,因國家公權力行爲之侵犯致其失業,並因而危及其生存權利時,本文認爲國家有另外給予其適當工作之義務,該人亦有請求國家安排其工作之權利。蓋憲法第十五條保障人民之生存權,其意不僅在保障人民之生命免於受國家恣意之侵害(傳統自由權意義);於今更重要的是旨在課予國家履踐對人民之生存照顧義務,以使人民得以維持最低限度、合乎人性尊嚴之生存照顧義務,以使人民得以維持最低限度、合乎人性尊嚴之生活,若連最起碼生活標準之生活均無法爲繼,人民自得請求國家提供必要之給付(受益權或社會權意義)⁷¹。人民生存所須之基本物質條件,不外乎來自財產與工作,從此觀點,憲法第十五

條規定生存權、工作權及財產權三者,應以生存權之保障為基礎;又如本交前述,工作權之內涵應包含已就業勞工之就業權利之保障,是若其因國家公權力行為之侵犯而至失業,以致危及最低限度水準生活之延續,除可能的財產補償之外,該當人民應有逕依憲法第十五條保障工作權之規定,請求國家免費提供職業訓練、輔導轉業或安排適當工作之權利⁷²。

茲舉一著名實例進一步說明如下:按九十年十月二十四日 全面修正公布之廢棄物清理法第二十一條規定:「物品或其包 裝、容器有嚴重汗染環境之虞者,中央主管機關得予以公告禁 用或限制製造、輸入、販賣、使用。」行政院環境保護署為推 動購物用塑膠袋、塑膠類免洗餐具減量之政策, 镓依上開規 定,分别於九十一年四月二十二日(六月十二日修正)及七月 二十三日,分二批公告「購物用塑膠袋及塑膠類(含保麗龍) **免洗餐具** 」之限制使用對象、實施方式及實施日期(分別爲九 十一年十月一日起及九十二年一月一日起)。第一批限制使用 翅膠袋之對象係針對政府部門、國軍福利品供應站、公私立學 校、公立醫療院所等,第二批限制使用之對象則廣及百貨公司 業及購物中心、量販店、超級市場、連鎖便利商店、速食店、 有店面之餐飲業等,嚴重影響「購物用塑膠袋及塑膠類(含保 麗龍) 免洗餐具 」之需求量,以致居於供給端之相關塑膠業者 必須減產乃至關廠、裁員,引起業者反彈並產生諸多社會爭 議。此項環保政策之良窳,或許見仁見智,惟就法律上而言, 環保署上開公告之行政行為,不論視其性質為行政命令(法規

由司法程序而為平等權之運用,達到廢棄或分享之目的。關於立法不作為之概念及 其與平等原則之關係,請參照陳愛娥,立法怠惰與司法審查,憲政時代,第二十六 卷第三期(2001/1),頁45、48-49。

⁶⁹ 從行政多樣性、財源運用排擠效應等角度觀察,所謂財政過度負擔,也僅是相對 的。

⁷⁰ 實則法律已有規定,見就業服務法第十六條、第十七條。

⁷¹ 請參閱陳新民,中華民國憲法釋論,民國八十八年十月修正三版,頁295-306;李惠宗,前註15,頁211、220-222;陳慈陽,前註27,頁554-555。至於請求給付亦不全然須待法律規定者,請參閱蔡維音,前註7;頁85;許志雄等,現代憲法論,2002年10月3版,元照,頁202。

⁽²⁾ 併請參照蘇俊雄大法官於釋字第四七四號解釋「部分不同意見書」,其謂:「立法機關在制定有關公務人員保險金給付請求權之時效制度時,固……有相當的規範形成自由;但公務人員保險給付——尤其是其中殘廢、養老給付部分既具有安養餘生之社會保險目的,立法機關於訂定各種較民法上的請求權一般消滅時效為短的期間規定時,應不得違背憲法保障生存權的最低要求。」

命令)或行政處分(一般處分)⁷³,均難謂無對相關業者及因此 而失業的勞工之工作權構成侵犯。詳言之,對直接受限制使用 之(需求端)業者而言,其「營業自由」受侵犯,固不待言; 即使對供給端之塑膠業者之財產權、營業自由,乃至其雇用之 勞工既有之就業權,亦難謂無侵害。蓋此種不啻介入市場、調 整產業結構之重大環保政策及行政行為,以公權力強制影響塑 膠業及紙製品業之市場供需, 焉能以未限制塑膠業者製造所限 制使用之塑膠製品,或其仍可製造而銷售國外等理由,辯稱相 關塑膠業者及從業勞工之工作權等基本權未受其行爲侵犯?事 實上,就法言法,如本文前述,公權力所爲基本權之侵犯,亦 非以該公權力行爲對於該當基本權保護領域受影響之事物具有 「直接性」及「目的性」爲必要,換言之,即使是附隨的、非 本意的行為,仍可構成侵犯,從而即有違憲侵犯之可能74。就 此,暫不論上開環保署行爲或廢棄物清理法之規定是否違反法 治國相關原則或法律規定75,即便以合憲侵犯視之,也必須是滿 足計會國原則之要求,才能成立,因此,合憲的解釋應是:若 環保署上開行為,使雇主(相關塑膠業者)基於供需因素而減 產甚至歇業,連帶不得不對受雇勞工減薪或裁員,致使該當勞

工減少收入甚或失業,導致個人及其家人連最低限度物質生活都難以爲繼者,此時縱沒有法律明文規定,依憲法第十五條保障人民工作權之規定,不僅國家有義務,且該當勞工亦有主觀上請求國家免費提供職業訓練、輔導轉業或安排適當工作之權利⁷⁶。

2.過度限制之違憲審查——以私立就業服務機構與雇主間之關 係為例

實證上,基於社會國理念所爲之國家公權力行爲,容易因社會給付之要求,而過度對於他人工作權(職業自由或營業自由)、財產權或契約自由之限制,此時如前述,憲法第二十三條(比例原則、法律保留)適可發揮其規範功能;至於相關社會給付本身,則以憲法第七條(平等原則)作爲主要審查基準。惟在此種違憲審查之模式中,不能忽略介入雇主與勞工其間關係之第三者的法規制定及審查密度問題。

舉例言之,工作權之內涵包含依法律所定條件享有職業介紹之權利,惟職業介紹(仲介)本身作爲一項職業,自亦得由人民自由選擇從事之,而且此項營業,因具有協助政府促進就業之公益性,是關於其組織設立、業務執行之方法等,確有以法律規制之必要。因此,「就業服務法」第三十四條以下對此即有專章規定,同時依該法第三十四條第三項規定之授權,主管機關並訂有「私立就業服務機構許可及管理辦法」77以資遵循。茲有問題者,就業服務法第四十條第一款規定:「私立就

⁷³ 台北高等行政法院九十二年度訴字第一一八一號裁定,論以系爭公告「乃抽象性之規定,包含現在及將來之所有使用購物用塑膠袋及塑膠類(含保麗龍)免洗餐具之不特定人民而為之反覆性、多次性規範」,因而認定非屬行政處分。實則,觀該公告內容所規範之事件,極為具體(例如,限制不得提供含聚乙烯、聚丙烯、聚苯乙烯、聚氯乙烯等成分,經由吹膜、壓延或擠壓加工成型,且厚度未達0.0六公釐之購物用塑膠袋……),而規範之對象,依其所定之一般性特徵,亦可得確定(按其所限制之對象,均有界定,例如,「量販店業:係指提供綜合商品批發或零售,結合倉儲與賣場一體者。凡在上開量販店業場所內從事販賣業務之業者均屬之。」),正合行政程序法第九十二條第二項前段所定之「一般處分」。

⁷⁴ 詳請參閱林三欽,前註57,頁444以下(尤其頁450-456)。

⁷⁵ 例如法律明確性原則、比例原則及平等原則,行政程序法及立法院職權行使法等規定。凡此,將另文討論。

⁷⁶ 此通常不會有法律特別規定;至於國家賠償,其賠償方法,依國家賠償法第七條規定,係以金錢賠償為原則,回復原狀適當者才得請求回復原狀,故在此例中若國家不給付,亦難以引為請求依據。

⁷⁷ 此項辦法 (87.6.30修正)至今尚未隨同就業服務法於九十二年五月十六日修正,而修正其條文內容,包括授權依據之規定本身,其適法性不無問題,惟於此暫時不於。

六、結 論

從以上分析可知,目前爲止,大法官基本上未承認工作權 包含社會保障領域,相當領域之國家社會給付,大法官乃以基 本國策之規定作爲規範審查依據,其結果難免多淪爲立法者之 形成自由。一般而言,大法官僅就既存法規之規定,運用自由 法治國之審查模式,即以法律保留原則、授權明確性原則、法 律明確性原則及平等原則等爲審查標準,涉及第三人自由權利

150 人權保障之理論與實務2005

之限制時,再加上憲法第二十三條之比例原則;有時目將既存 法規規定之計會給付請求權,轉換成憲法保障之財產權,再依 前述方法審查。大法官如此審查取向,固可免於僭越立法權之 疑慮,但是否渦於消極,且與世界潮流相悖,不無檢討餘地。

本文主張憲法第十五條保障之工作權應兼具自由權與社會 權之性質,並參酌國際公約或外國法,以及我國當今計會發展 實況,重構工作權之保障領域。對於工作權之社會保障領域, 既承認其爲基本權所保障,違憲審查之密度,自應較以基本國 策推導之立法形成自由者,來得嚴格;而且,視社會保障之內 容或以生存權之維護爲基準,得有主觀之權利性。然而,如何 重新詮釋憲法第二十三條就基本權之限制(侵犯)所爲之一般 規定, 頗費思量, 本文雖提出一些看法, 或仍有斟酌餘地。是 故,釜底抽薪之計,本文以爲若勞動基本權之承認,已成爲一 種憲政趨勢,則與其如此大費周章解釋,不如值此政府倡議修 憲之際, 恒重討論, 並考量國情, 予以明定之。

故依此所為處罰,即應予撤銷,例請見台北高等行政法院九十一年度簡字第九四七 號判決。惟同樣事實及法律關係且同一法院之判決,卻相反者,例請見台北高等行 政法院九十二年度簡字第九○五號、第九○六號、第九○七號判決。

現行行政資訊公開法制之探討

林秀蓮*

目 次

壹、前 言

貳、一般性之資訊公開

一、適用機關

二、請求權人

三、請求期間

四、公開之範圍

五、限制公開之範圍

六、公開方式

七、拒絕公開之救濟途徑

參、個案性之資訊公開

一、請求權人

二、請求期間

三、拒絕閱覽之範圍

四、拒絕閱覽之救濟途徑

肆、一般性資訊公開與其他法 律ク關係

- 一、與檔案法之關係
- 二、與電腦處理個人資料保 護法(下簡稱個資法) 之關係
- 三、一般性資訊公開與個案 性資訊公開之關係

伍、結 語

壹、前 言

在國家邁向民主化與現代化之今日,政府施政公開化與透 明化,乃政府當前之施政目標,而政府資訊公開制度之建立, 更為達成此目標重要且不可或缺的一環。隨著人民民主意識的 日漸覺醒, 政府職能的攜增與社會的多元化, 人民無論係參與 公共政策、監督政府施政作為,抑或純為生活需求,均有賴大 量且正確之資訊,而政府正是資訊最大的蒐集者及擁有者;同 時政府既然是基於人民授權而組成,因而取得之資訊應屬「公 共財 1 。因此,為落實民主參與,人民為參與公共政策、監督 政府施政,經營個人生活,滿足「知的權利」,應有權要求政 府提供資訊,始符合資訊公開、資源共享的民主原則。

依行政程序法第四十四條規定:「行政機關持有及保管之 資訊,以公開為原則,限制為例外;其公開及限制,除本法規 定者外,另以法律定之。(第一項)前項所稱資訊,係指行政 機關所持有或保管之文書、圖片、紀錄、照片、錄影(音)、 微縮片、電腦處理資料等,可供聽、讀、閱覽或藉助科技得以 閱讀或理解之文書或物品。(第二項)有關行政機關資訊公開 及其限制之法律,應於本法公布二年內完成立法。於完成立法 前,行政院應會同有關機關訂定辦法實施之。(第三項)」為 此行政院乃於八十八年五月間函請立法院審議「政府資訊公開 法」及「國家機密保護法」二草案2,惟因未能於立法院第四屆 立法委員任期屆滿前完成審議,依立法院職權行使法第十三條 規定,不予續審而退回。嗣「政府資訊公開法草案」復於九十

作者為法務部法律事務司副司長。

李震山,論人民要求政府公開資訊之權利與落實,月旦法學雜誌,第36頁。

行政院八十八年五月十一日台八十八法字第18320號函及行政院八十八年五月十日 台八十八法字第18139號函。

年九月十一日函送立法院審議3,並於九十二年四月二十三日經 立法院法制、科技及資訊兩委員會完成一讀,可惜至目前尚未 完成朝野協商。至於「國家機密保護法」業於九十二年二月六 日公布,同年十月一日施行。

行政程序法第四十四條及其授權訂定之「行政資訊公開辦 法,係規範行政機關資訊公開之義務,公開之對象為全國人 民,屬一般性資訊公開之規定:另行政程序法第四十六條第一 項規定:「當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄 寫、複印或攝影有關資料或卷宗。但以主張或維護其法律上利 益有必要者為限。」則係規範特定個別行政程序資訊之公開, 與行政程序法第四十四條之一般性資訊公開有所不同4,惟因置 於同一章節(第一章總則第七節資訊公開)不僅體系上有所不 妥,更造成概念上之混淆,此由行政機關5甚至法院6常將二者交 錯應用未為區分即可明瞭。有鑑於此,行政院乃於九十一年九 月十三日函請立法院審議7「行政程序法第四十四條及第四十五 條修正草案」,將該二條規定刪除,與「政府資訊公開法草 案」併案審查。因如「政府資訊公開法草案」完成立法程序, 一般政府資訊之公開已有所依據,行政程序法第四十四條及第 四十五條有關一般政府資訊公開之規定已無存在之必要,爰提 案刪除。

行政院九十一年九月十三日院台法字第0910088646號函。

本文首先就行政程序法第一章第七節資訊公開之一般性之 資訊公開與個案性資訊公開分別淺析其內涵,再就一般性資訊 公開與檔案法、電腦處理個人資料保護法之關係,及一般性資 訊公開與個案性資訊公開二者間之關係分別加以探討。

貳、一般性之資訊公開

行政程序法第四十四條係政府機關一般性資訊公開義務之 規定,該條第三項同時對於公開及限制之立法明定要求立法機 關應於一定期間內完成相關法律之訂定,另方面慮及法律未制 定前,仍須有所依循,故於同條第三項後段規定,行政機關於 法律未制定前應訂定過渡性法規命令。因「政府資訊公開法」 遲未能完成立法程序,行政院爰於九十年二月二十一日會銜考 試院發布「行政資訊公開辦法」作為政府資訊公開法制定前, 一般性資訊公開之依據。換言之,行政程序法第四十四條、第 四十五條及「行政資訊公開辦法」(以下簡稱本辦法)係目前 「一般性之資訊公開」之依據。

一、適用機關

依本辦法第二條第一項規定:「本辦法所稱行政機關,指 代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思,從事公共 事務,具有單獨法定地位之組織。」因本辦法係行政程序法授 權訂定之法規命令,故上開行政機關之定義與行政程序法第二 條第二項規定所稱「行政機關」定義同。申言之,本辦法之適 用機關係採廣義說及實質說,並不限於行政院及所屬各機關, 其他具有單獨法定地位之組織,於從事公共事務,行使公權力

葉俊榮,透明政府與資訊公開:台灣面對全球化競爭的最佳策略,第3至4頁,東亞 行政法學會第六屆國際學術研討會:法務部九十一年九月二日法律字第0910033663 號函。

法務部與台中市政府合辦,推動修正行政程序法座談會資料第59至73頁;法務部與 高雄市政府合辦,推動修正行政程序法座談會資料,第41至56頁。

臺北高等行政法院九十一年度訴字第3551號判決:台北高等行政法院九十年訴字第 5247號判決。

行政院九十一年九月十三日院台法字第0910088661號函。

時,亦屬本辦法之行政機關⁸,故司法院、監察院及立法院等於 從事公共事務,行使公權力時,亦屬本辦法之行政機關。惟因 行政程序法第三條第二項規定,各級民意機關、司法機關及監 察機關所為之行政行為,不適用行政程序法之程序規定。因此 致生各級民意機關、司法機關及監察機關所持有或保管之資訊 有無一般性資訊公開之義務?換言之,本辦法是否適用於上開 機關?此問題關鍵在於行政程序法第四十四條、第四十五條及 本辦法究屬程序規定或實體規定。就此法務部曾於九十年五月 四日召開行政程序法諮詢小組第二十次會議研討此一疑義,與 會司法院代表表示:「行政程序法第四十四條有關資訊公開之 規定,應屬程序規定,依此程序規定再訂定之『行政資訊公開 辦法』,亦應解為屬於行政程序法第三條第二項所稱之『程序 規定』,從而行政資訊公開辦法應不適用於各級法院及司法 院。」監察院代表表示:「行政院僅會同考試院訂定『行政資 訊公開辦法』,故上開辦法得否適用於監察院,恐有疑義。」 與會諮詢委員亦有正、反之意見,未有共識。因此,法務部就 該議題並未作成具體之結論,僅彙整各機關代表與諮詢委員之 意見供參考⁹。法院實務見解亦不一致,臺北高等行政法院九十 年度訴字第五二四七號判決「被告臺灣高等法院係司法機關, 依前揭行政程序法第三條第二項第二款規定不適用程序法之規 而行政資訊公開辦法係依行政程序法第四十四條第三項 所規定,則該公開辦法亦為司法機關之被告所不適用自明。」 惟最高行政法院九十二年度判字第一 二一號判決則謂「行政 程序法第三條第二項第二款規定:『下列機關之行政行為不適 用本法之程序規定:二、司法機關』核其意旨僅指司法機關不

法務部九十年六月二十一日法九十律字第018269號函參照。

適用行政程序法之『程序規定』,但有關實體規定仍有其適用 (法務部九十一年四月一日法律字第九一 一 九九八號函 釋亦同此見解)。原審徒以被上訴人係司法機關,依行政程序 法第三條第二項第二款規定,自無行政程序法及行政資訊公開 辦法之適用等語,駁回上訴人在原審之訴,所持理由固欠允 當。」本文以為,一般性資訊公開為人民知之權利之實現,其 所為之規範應屬實體規定,其性質與行政程序法之「正當行政 程序」毫無關聯10,本不應於本法中規定或授權訂定。而各級民 意機關、司法機關及監察機關既為政府機關之一,因此其基於 人民所賦予之國家任務而持有或保管之資訊,與一般行政機關 之資訊相同,皆屬「公共財」,因此除法律另有規定者外,亦 應有本辦法之適用。此由本辦法係「政府資訊公開法」制定前 之過渡性法規,而「政府資訊公開法草案」第四條第一項規 定:「本法所稱政府機關,指中央、地方各級機關及其設立之 實(試)驗、研究、文教、醫療及特種基金管理等機構。」依 其立法說明「除行政院及其所屬各級機關外,尚包括國民大 會、總統府及其所屬機關、立法院、司法院及其所屬機關、考 試院及其所屬機關、監察院及其所屬機關及各級地方自治團體 之機關 1 等語,且同時提案刪除行政程序法第四十四條及第四 十五條規定,即可明瞭。

公營事業及政府捐助金額超過百分之五十之財團法人有無 一般性政府資訊公開之義務?本文就本辦法及政府資訊公開法草 案分別加以說明:

本辦法之規定

公營事業係依公司法成立,政府捐助金額超過百分之五十

行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編,法務部印,第334頁至347頁。

法治斌,資訊公開,收錄於行政法爭議問題(下),台灣行政法學會主編,第1553 頁。

之財團法人係依民法成立,均屬私法人組織,並非本辦法第一 項所稱之「行政機關」,毫無疑義。惟公營事業及政府捐助金 額超過百分之五十之財團法人如受託行使公權力,依本辦法二 條第二項規定,於委託範圍內,視為行政機關,故就該部分之 資訊則有本辦法之適用。

政府資訊公開法草案

「政府資訊公開法草案」第四條第一項規定:「本法所稱 政府機關,指中央、地方各級機關及其設立之實(試)驗、研 究、文教、醫療及特種基金管理等機構。」並未將公營事業及 政府捐助金額超過百分之五十之財團法人列為一般性資訊公開 義務之適用主體。惟陳其邁委員所提草案、黃昭順委員所提草 案及蔡同榮委員所提草案均規定公營事業及政府捐助金額超過 百分之五十之財團法人之資訊亦應負有政府資訊公開義務11。就 此雖有立法形成自由之空間,惟就公營事業言,公營事業係依 公司法成立,其性質為私法人,隨著市場之開放,公營事業與 民間企業已處於完全競爭之市場,企業之經營策略、技術及成 本均為賴以生存及創造盈餘之重要資產,若民眾或競爭者援用 政府資訊公開法規定要求公營事業資訊公開、恐將造成公營事 業之經營、投資、技術、研發、成本等資料外流,因而造成經 營上之嚴重威脅,使得公營事業因本法規定負有資訊之公開義 務,而無法與國內外民營事業公平合理競爭。況且公營事業多 已依法上市或公開發行股票,於經營管理上不僅須受審計機關 之稽察,且須受證券管理相關法規規範,包括依法委請會計師 查帳、經營上重要訊息之揭露等。其次,主管機關監督公營事 業而取得公營事業之資訊,主管機關亦負公開之義務,實無必

要再課以其公開之義務。就政府捐助金額超過百分之五十之財 團法人言,此類財團法人亦係依民法成立之他律法人,與政府 機關本質不同,且依預算法第四十一條規定,政府捐助之財團 法人,每年應由主管機關編製營運及資金運用計畫送立法院, 該資訊在立法院公開審議並刊登公報,已達公開目的。 況政府 機關監督此類財團法人所取得之財團法人財務、業務計畫、丁 作報告及人事等資訊,民眾可請求主管機關提供,實無必課以 此類財團法人負一般性資訊公開義務。

二、請求權人

本辦法第九條第一項規定:「中華民國國民及依法在中華 民國設有事務所、營業所之本國法人、團體,得依本辦法規定 請求行政機關提供行政資訊。」12。因政府資訊屬「公共財」, 從而其公開之對象自應為全體國民,當然包括原屬個別行政程 序之當事人或利害關係人。立法委員、議員等民意代表,基於 瞭解事實或服務選民之需而請求行政機關提供資訊,除特別法 另有規定者(例如立法院職權行使第四十五條第二項規定) 外,仍應依本辦法規定辦理。至於政府機關請求其他機關提供 資訊有無本辦法之適用?本文以為本辦法立法意旨係為滿足人 民知的權利,而政府機關係資訊持有者,並非政府資訊欲公開 之對象,故應無一般政府資訊公開請求權¹³。但可依行政程序法 第十九條第一項第四款「執行職務所必要之文書或其資料,為

立法院第五屆第三會期第十三次會議議案關係文書,九十二年五月二十一日印發, 討309頁。

行政院九十一評九月十三日函請立法院審議「政府資訊公開法草案」(下均稱政府 資訊公開法草案)第十條規定:「具有中華民國國籍並在中華民國設籍之國民及其 所設立之本國法人、團體,得依本法規定申請政府機關提供政府資訊。持有中華民 國護照僑居國外之國民,亦同(第一項)。外國人,以其本國法令未限制中華民國 人申請提供其政府資訊者為限,亦得依本法申請之(第二項)。」

法務部九十一年十月十五日法律字第0910035503號函。

被請求機關所持有者」之行政協助方式,請求其他機關提供 之。

外國人有無資訊公開請求權?此一問題涉及「人民知的權 利、憲法上之依據究屬人權(或人的權利)或國民權(市民的 權利)14?蓋憲法上之權利並非外國人與本國人均能同等程度 享有15,政府資訊公開請求權外國人得否享有,則應視該權利屬 人權或國民權?所謂人權係指在權利享有層面不因國別而有所 限制,亦即任何人均得享有之權利;國民權基本上是基於民主 原則及國民主權所形成之權利,涉及國家政治意志形成與決定 之權利,僅限於國民才可享有。我國憲法第二章之人民權利義 務,均以「人民」稱之,並未如有些外國憲法(例如德國基本 法) 對基本權之主體區分為「國民」或「所有人」作為國民權 與人權主體之區分16。關於外國人是否享有政府資訊公開請求 權,各國所採立法例不一,例如加拿大一九八二年資訊取得法 第四條及紐西蘭一九八二年公務資訊法第十二條均侷限於該國 公民、具永久居留權者及一定範圍內之資訊,始得提出申請; 惟日本一九九九年行政機關保有資訊公開法第三條及挪威一九 七 年行政公開法第二條則規定任何人均得請求資訊公開。本 文以為,就政府資訊公開法立法目的係為「增進人民對公共事 務之瞭解、信賴及監督,並促進民主參與」及上開外國立法例 不一觀之,資訊公開請求權應非人權,而係屬國民權。如此一 來,外國人得否享有該請求權,立法機關有自由形成空間,我 國「政府資訊公開法草」第十條第二項及本辦法第九條第二項 均規定,外國人,以其本國法令未限制中華民國國民申請提供

阿部照哉、池田政章、初宿正典、戶松秀典編著,許志雄審訂,周宗憲譯,憲法 (下) 基本人權篇,第32至38頁。

其政府資訊者為限,亦得申請資訊公開,係採平等互惠原則. 並非與本國人同等享有。惟如此立法例在強調國際化之今日, 各國間人民往來頻繁密切,外國人透過本國人以本國人之名義 申請,同樣可達到取得資訊之目的,立法者或係擔心涉及國家 安全或公共利益之資訊外洩,然此一因素似屬多慮,因對於涉 及國家機密、犯罪偵查、商業秘密及營業秘等諸多事項,依本 辦法第五條規定及「政府資訊公開法草案」第十九條均已列為 拒絕公開之事由,故採互惠原則實無必要¹⁷。

三、請求期間

本辦法並未對於一般性資訊之公開設有期間限制,因此只 要資訊尚保存中,人民即得請求提供,並無期間之限制。故如 資訊已依檔案法規定歸檔,則其保存期間自應依該法規定辦 理,如已依法銷毀,資訊已不存在自無公開或提供問題。

四、公開之節圍

依行政程序法第四十四條第一項規定,行政機關持有及保 管之資訊,以公開為原則,限制為例外。行政資訊,依本辦法 第三條規定,係指行政機關於職權範圍內作成或取得而存在於 文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路 晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解 之任何紀錄內之訊息18。由上開規定可知,一般性資訊公開之範

吳庚,憲法的解釋與適用,2003年九月修訂版,第143頁。

陳慈陽,憲法學,第368頁。

林明鏘教授認為對於外國人之提供資訊請求權,以平等互惠原則為出發點,固然符 合我國傳統法制。但目前面臨國際化的驅勢下,我國若順利加入WTO後,得否限 制WTO會員國之外國人要求提供政府資訊,恐有疑義,參見資訊公開與行政程序 評政府資訊公開法與國家機密保護法草案一文,月旦法學雜誌,第六十二期。

行政程序法第四十四條第二項則規定:「前項所稱資訊,係指行政機關所持有或保 管之文書、圖片、紀錄、照片、錄影(音)、微縮片、電腦處理資料等,可供聽、

又依本辦法第十條及「政府資訊公開法草案」第十一條均 規定請求提供資訊,應載明「所請求資訊內容要旨及件數」。 所謂「資訊內容要旨」是否須具體詳述文件內容,如雖有該項 資訊但保存於各不同業務單位,須經量整、分析核對,始能提 供,是否符合載明「資訊內容要旨」,例如請求提供九十一年 至九十三年財團法人申請行政機關補助之資訊?本辦法及「政 府資訊公開法草案」均未明確規範。又請求提供之資訊數量相 當多,如因而影響職務正常進行之虞者,本辦法或「政府資訊 公開法草案」均未如行政程序法第四十六條第二項第五款「有 嚴重妨害 職務正常進行之虞者」得拒絕閱覽之規定,得否 以權利濫用而拒絕公開或提供?就此美國民眾依資訊自由法向 機關申請檔案應用時,必須要詳述申請文件的內容,以便機關 調檔案。若民眾無法描述檔案內容,則以不能要求聯邦機關替 代民眾從事任何文件資料的研究、分析、回答問題或任何方式 文件產製的請求19。本文以為避免因資訊公開而過度影響其他行 政效能,美國上述作法應值得效法,並應於政府資訊公開法中 作更詳盡規定。惟行政機關首先應改善檔案管理、檔案目錄之 公開及檢索等事宜,否則人民請求行政機關提供數十年前之資

訊且數量龐大者,或者對於人民請求之資訊,行政機關須耗費 相當之人力找尋、歸納始能提供者,應如何執行及因應,將是 未來行政機關須面臨之重大問題。

万、限制公開之範圍

依本辦法規定,人民固有請求資訊公開之權利,然權利之 行使並非毫無限制,如公開將損及其他更重要之利益時,「知 的權利」自應受到限制,例如涉及國家機密、商業或營業秘 密、犯罪偵查等資訊。依本辦法第五條(或政府資訊公開法草 案第十九條²⁰)規定,下列六種情形應限制公開或提供,惟資訊 含有應限制或禁止公開事項者,依本辦法第五條第二項規定21, 仍應就其他部分公開(分離原則):

讀、閱覽或藉助科技得以讀或理解之文書或物品。」實則資訊並非「文書或物品」 而係訊息。

莊道明主持,檔案管理局委託研究,各國政府機關檔案目錄彙整公布機制之研究 (期中報告),第35頁。

[「]政府資訊公開法草案」第十九條:「政府資訊屬於下列各款情形之一者,應限制 公開或不予提供之:一、經依法核定為國家機密或其他法律、法規命令規定應秘密 事項或限制、禁止公開者。二、公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨 害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。三、政府機關 作成意思決定前,內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者,得公開或 提供之。四、政府機關為實施監督、管理、檢(調)查、取締等業務,而取得或製 作監督、管理、檢(調)查、取締對象之相關資料,其公開或提供將對實施目的造 成困難或妨害者。五、有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等有關 資料,其公開或提供將影響其公正效率之執行者。六、於契約、交涉或爭訟有關事 務,其公開或提供將不當妨害政府機關財產上之利益或當事人之地位者。七、公開 或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要 或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者,不在此限。八、個人、 法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊,其公開或提供有侵害該個人、法人 或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、 身體、健康有必要或經常事人同意者,不在此限。九、為保存文化資產,不宜公開 或提供者。十、公營事業機構經營之有關資料,其公開或提供將妨害其經營上之正 當利益者。但對公益有必要者,得公開或提供之。」

^{21 「}政府資訊公開法草案」第十九條第二項:「政府資訊含有前項各款限制公開或不 予提供之事項者,應僅就其他部分公開或提供之。」

公開或提供有危害國家安全、整體經濟利益或其他重大利 益者。

所謂「危害國家安全、整體經濟利益或其他重大利益」均 屬不確定法律概念,於解釋適用時,主管機關固享有一定之判 斷餘地,惟允宜從嚴認定,方符原則公開例外不公開之基本精 神。例如國中基測組距資訊公開或提供是否有危害「其他重大」 利益」之情形,主管機關應利益衡量妥為判斷。

公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事 被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。

與犯罪偵查、追訴、執行有關之政府資訊如予公開或提 供, 勢必影響犯罪偵查、追訴、執行, 甚或使犯罪者逍遙法 外,影響社會治安甚鉅,故此等資訊自應限制公開或提供:又 政府資訊之公開或提供,足以妨害刑事被告受公正之裁判或有 危害他人生命、身體、自由、財產者,為保護該個人之權益 計,自亦不應加以公開或提供。

行政機關作成意思決定前,內部單位之擬稿或準備作業或 與其他機關間之意見交換。但關於意思決定作成之基礎事實, 不在此限。

其立法目的在促使公務員勇於表達意見,避免因此類資訊 之公開或提供,造成外界之臆測或混淆,而妨礙該機關最後決 定之作成或滋生後遺症,例如對有不同意見之人加以攻訐。所 稱「內部單位之擬稿或準備作業」之範圍,應與行政程序法第 四十六條第一項所稱「行政決定前之擬稿或其他準備作業文 件」同其涵義,即指函稿、簽呈或會辦意見等行政機關內部作 業文件而言22。又此類資訊於行政機關作成意思決定後仍係行政

機關作成意思決定前作成或取得之資訊,為避免公務員於決定 作成後公開或提供,因有不同之意見而有秋後算帳之恐懼,造 成日後不敢勇於表示意見,仍有上開規定之適用。

行政機關為實施監督、管理、檢(調)查、取締等業務, 而取得或製作監督、管理、檢(調)查、取締對象之相關資 料,其公開或提供將對實施目的造成困難或妨害者。

因此等資料之提供可能影響公共利益或社會治安,基於公 益之考量,自不應公開或提供。

公開或提供有侵犯營業或職業上秘密、個人隱私或著作人 之公開發表權者。但法令另有規定、對公益有必要或經當事人 同意者,不在此限。

行政資訊若涉及營業或職業上秘密、個人隱私或著作人之 公開發表權,基於私益之考量,自不應公開。何謂「個人隱 私」依目前學說及實務恐不易論定其範圍。本辦法或「政府資 訊公開法草案」雖未如日本一九九九年行政機關保有資訊公開 法第五條明文規定「個人資訊所含姓名、出生年月日或其他得 以識別特定個人之記載者,」不予公開,然參考我國電腦處理 個人資料保護法第三條第一款「個人資料」定義23觀之,舉凡足 資識別某一特定人之資料,均屬涉及「個人隱私」應無疑問, 但個人隱私不以此為限。又涉及個人隱私之資訊原則固不公 開,但對公益有必要者則仍應公開。問題在於如何判斷「對公 益有必要」,此為不確定法律概念,主管機關應就「不公開個 人資訊所保護之隱私權利益」與「公開個人資訊所欲增進之公

法務部行政程序法諮詢小組第十一次會議結論, 收錄於行政程序法解釋及諮詢小組 會議紀錄彙編,法務部印,第382頁。

電處理個人資料保護法第三條第一款:「個人資料:指自然人之姓名、出生年月 日、身分證統一編號、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、健康、病歷、財務 情況、社會活動及其他足資識別該個人之資料。」

共利益,間衡酌判斷,並應符合行政程序法第七條規定之比例 原則。

經依法核定為機密或其他法令規定應秘密事項或限制、禁 **止**公開者。

所謂「依法核定為機密」者,例如依國家機密保護法規定 核定為絕對機密、極機密、機密等級之資訊。至於「其他法令」 規定應秘密事項或限制、禁止公開者」,例如兒童及少年福利 法第三十四條、所得稅法第一百十九條、家庭暴力防治法第五 條、廢棄物清理法第六十七條及水污染防治法第二十六條等。 又所謂「法令」應僅指法律或法律具體授權之法規命令,否則 各機關如在無法律依據情況,以函令指示保密而排除本辦法之 公開原則,將有違資訊公開之基本精神,為此「政府資訊公開 法草案」第十九條第一款乃明確規定「經依法核定為國家機密 或『其他法律、法規命令規定』應秘密事項或限制、禁止公開 者」。

六、公開方式

(一)主動公開

行政程序法第四十五條及本辦法第四條第一項規定,列舉 「一、法規命令。二、行政指導有關文書。三、許(認)可條 件之有關規定。四.施政計畫、業務統計及研究報告。五.預 算、決算書。六.公共工程及採購契約、對外關係文書。七. 接受及支付補助金。八.合議制機關之會議紀錄。」八款應主 動公開之資訊。所謂「主動公開」係指強制行政機關將其擁有 之行政資訊透過刊登政府公報、出版品、網際網路、提供閱

覽、抄錄或其他足以使公眾得知之方式對外公開²⁴,無待人民之 申請。

九十年一月一日本法施行後,行政機關職權範圍內作成或 取得之前述八款資訊,始須主動公開;至於該法施行前之前述 八款資訊,依行政法規不溯既往原則,則無須主動公開。惟如 於該法施行前之許(認)可條件之有關規定、公共工程及採購 契約、對外關係文書、接受及支付補助金之資訊,而於本法施 行後,仍繼續具有效力者,為滿足人民知的需求及確保其權 益,行政機關自宜一併主動公開25。

另依本辦法第七條及「政府資訊公開法草案」第九條規 定,前述八款資訊,尚應製作主動公開資訊之目錄,記載資訊 種類、內容要旨、作成或取得時間及保管期間、場所等。惟法 務部於九十二年間與北、中、南各地方政府推動修正行政程序 法座談會前調查發現,大部分行政機關均未編製主動公開資訊 目錄26,縱或有編製目錄者,亦僅係部分主動公開之資訊。而所 謂「目錄」更是分散於各期政府公報、其他出版品或機關網 站。本文以為行政資訊絕大部分與檔案重疊,申言之,如機關 有落實檔案管理,則行政資訊應大部分均屬已歸檔之檔案,依 檔案法第八條規定亦應分類編案、編製目錄,並將檔案目錄定 期送交檔案中央主管機關,由檔案中央主管機關定期公布。故 重覆公布目錄除浪費行政成本之外,資訊目錄並未集中作成目

本辦法第八條規定「行政資訊之主動公開,除法律另有規定外,其方式如下:一刊 載於政府機關公報或其他出版品。二利用電信網路傳送或其他方式供公眾線上查 詢。三提供公開閱覽、抄錄、影印、錄音、錄影或攝影。四舉行記者會、說明會。 五其他足以使公眾得知之方式。」

法務部九十年三月十四日法律字第0930005502號函。

法務部與台北市政府合辦,推動修正行政程序法座談會資料,第10至19頁;法務部 與高雄市政府合辦,推動修正行政程序法座談會資料,第19至43頁:法務部與台中 市政府合辦,推動修正行政程序法座談會資料,第31至56頁。

錄簿而係分散於各處或各期政府公報、網站,對於人民而言, 取得已公開之資訊,例如已發布之法規命令,恐較取得資訊目 錄更為容易,並未因主動公開資訊目錄而使人民更容易取得資 訊。準此,有關主動公開之行政資訊目錄編製規定是否尚有必 要,似值檢討。

(二)被動公開

所謂「被動公開」係指行政機關無須強制公開,僅於人民 請求時提供之即可。依本辦法第六條規定,行政資訊除主動公 開者外,應人民請求提供之。至於被動公開之資訊,行政機關 得否主動公開,實務上迭有疑慮。本文以為行政程序法第四十 五條第一項及本辦法第四條第一項規定,係課以行政機關主動 公開行政資訊義務,使不特定多數人得以知悉,惟為避免行政 成本負擔過鉅,故僅列舉八款應主動公開之資訊。至於被動公 開之資訊,除有本辦法第五條第一項所規定應限制公開或拒絕 提供之情形者外,如行政機關基於施政公開化、透明化之考 量,將該資訊主動公開,並無不可。例如國中基測組距資訊, 雖非屬行政程序法第四十五條第一項及本辨法第四條之應主動 公開資訊,如無本辦法第五條一項規定應限制公開或拒絕提供 之情形,主動予以公開,並無不可;況主管機關如不主動公 開,恐有相當多民眾依本辦法規定請求提供,如此反而增加人 民及政府之勞費²⁷。

七、拒絕公開之救濟途徑

行政機關對於人民請求提供行政資訊後,應於一定期間為 准駁之決定28,而人民對於該決定如有不服得否提起訴願、行政

法務部九十二年一月十一日法律字第0920004886號函。

訴訟,本辦法並未明定,端視該決定究屬程序事項或實體事項 所為而定。依本文前述之見,一般性資訊公開請求權應屬實體 上之權利,行政機關准駁之決定係屬體上決定之行政處分,而 非行政程序法第一百七十四條所謂之「行政機關於行政程序中 所為之決定或處置」。因此,人民對於政府機關就資訊公開請 求權所為之決定,如有不服自得提起訴願、行政訴訟,以資救 濟29。另因對於一般性資訊公開請求權應屬實體上之規定或程序 上規定,如前所述尚有不同之意見,為明確計,「政府資訊公 開法草案」第二十一條乃明定申請人對於政府機關就其申請提 供資訊所為之決定不服者,得依法提起行政救濟。換言之,得 就該行政處分逕行提起訴願、行政訴訟30。

參、個案性之資訊公開

行政程序法第四十六條第一項規定:「當事人或利害關係 人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷 宗。但以主張或維護其法律上利益有必要者為限。」其基本精 神乃源自行政救濟法制之閱覽卷宗之規定,例如訴願法第四十 八條至第五十一條、行政訴訟法第九十五條至第九十七條。目 的在保障當事人或利害關係人在行政程序上武器平等,使當事 人或利害關係人對於各種事實狀況都有同等之瞭解,以利維護 其實體上權利,屬當事人或利害關係人之程序上之權利。

本辦法第十二條第一項:「行政機關應於受理提供行政資訊之請求後十五日內,為

准駁之決定;必要時,得予延長,延長之期間不得逾十五日。」

法務部九十一年九月二日法律字第0910033663號;臺北高等行政法院九十二年三月 十三日九十一年度訴字第315號判決。

法治斌,迎接行政資訊公開時代的來臨,收錄於新世紀經濟法制之建構與挑戰 廖義男教授六秩誕祝壽文集,第197頁。

一、請求權人

個案性資訊公開之請求權人,依行政程序法第四十六條第 一項規定,限於當事人或利害關係人。而其所謂「當事人」, 係指行政程序法第二十條規定所列之人³¹: 而「利害關係人」應 係指因行政程序進行之結果,其權利或法律上利益將受影響而 未參加為當事人之第三人而言32。有認為利害關係人界定不易. 且如係利害關係人既可依行政程序法第二十三條規定參加行政 程序成為當事人,再以當事人身分閱覽卷宗,故實無必要賦予 利害關係人閱覽卷宗權利33。惟本文以為因閱覽卷宗權利於行政 程序終結後法定救救濟期間(包括本法第一百二十八條之申請 行政程式重新進行之期間)經過前,均得提起34,而利害關係人 往往不知有行政程序正在進行,因而無從依行政程序法第二十 三條規定參加行政程序者,於此情形利害關係人於行政程序終 結後法定救救濟期間前,如有主張或維護其法律上利益之必要 者,仍應使其有閱覽卷宗之權利,俾其瞭解有無提起訴願之必 要,以維護其實體上之權利。

惟當事人或利害關係人申請閱覽卷宗,須卷宗之閱覽對其 法律上利益之主張或維護有必要者為限,例如行政機關已確定 將滿足當事人之請求時,則可認無必要。所謂「法律上利 益」,固不包括法律以外之政治上、宗教上、文化上、感情上

行政程序法第二十條規定:本法所稱之當事人如下:一、申請人及申請之相對人。 二、行政機關所為行政處分之相對人。三、與行政機關締結行政契約之相對人。 四、行政機關實施行政指導之相對人。五、對行政機關陳情之人。六、其他依本法 規定參加行政程序之人。

利益或反射利益35,但「法律」一語,亦不宜與行政程序法第三 條第一項所定「法律」之涵義36相提並論,而應綜合與客觀的判 斷。

外國人依前所述於其本國法法令未限制中華民國國民申請 提供其政府資訊者為限,始得享有一般性資訊公開請求權。惟 個案性資訊公開請求權則不同,外國人如係具體行政程序之當 事人自得依行政程序法第四十六條規定,申請閱覽卷宗。惟該 資料卷宗於行政程序終結後(包括法定救濟期間經過後),當 事人或利害關係人已不得再申請閱覽卷宗,然該卷宗資訊仍屬 行政資訊,故仍有政府資訊公開之義務,此時原為行政程序當 事人之外國人於無互惠原則下,並不得依本辦法或政府資訊公 開法規定申請提供該資訊,而與該卷宗無關之本國一般社會大 眾卻得請求公開或提供。

二、請求期間

依行政程序法第四十六條之閱覽卷宗請求權,依前所述, 係屬程序上之權利,故其權利行使期間以行政程序進行中,即 行政程序開始後至行政程序終結此段期間。行政程序之開始指 因該管公務員之簽辦、其他機關之交辨或移送、當事人之申請 或第三人檢舉等而成案之謂37(行政程序法第三十四條),例如

法務部九十一年六月二十四日法律字第0910023712號函。

陳愛娥主持,行政程序法施行後現行臺北市法規之衝擊與因應,臺北市政府委託, 臺北市政府法規委員會編印,第34頁。

法務部行政程序法諮詢小組第十八次會議紀錄,收錄於「行政程序法解釋及諮詢小 組會議紀錄彙編1,法務部,第319至322頁。

吳庚著,「行政爭訟法」修訂版,第102頁

一項規定: 『行政機關為行政行為時,除法律另有規定外,應依本法規定為之。』 其所謂『法律』是否包括基於法律授權而訂定之命令疑義一案,同意依法務部所擬 乙說(即多數說)認行政程序法第三條一項之『法律』包括經法律授權而其授權內 容具體明確之法規命令之意見辦理。」

[「]行政程序法第三條第一項之『法律』包括經法律授權而其授權內容具體明確之法 規命令。」

吳庚著,行政法之理論與實用,增訂八版,第552頁。

人民依建築法規定申請建築執照而開始行政程序。行政程序之 終結,行政程序法雖未明文,惟對於應作成行政處分者,如處 分書已送達於處分相對人,其行政程序即終結。至於行政程序 終結後法定救濟期間經過前,當事人或利害關係人為瞭解其有 無提起訴願之必要及訴願之結果有無撤銷行政處分之可能,尤 其對於因該管公務員之簽辦、其他機關之交辨或移送等依職權 開始而作成限制或剝奪之行政處分,如未依行政程序法第一百 零二條規定給予當事人陳述意見,或依行政程序法第一百零三 條規定得不給予陳述意見,當事人往往不知有行政程序正在進 行即接獲行政處分書者: 而利害關係人則恐自始至終均不知有 行政程序之進行者,恐占絕大多數,此時閱覽卷宗之程序上權 利係維護其實體上權利之重要武器,如謂行政程序已終結而不 得申請閱覽卷宗,則行政程序法第四十六條閱覽卷宗請求權之 立法美意將大打折扣,為此法務部「行政程序法諮詢小組」第 十八次會議作成:「行政程序法第四十六條第一項 申請閱 卷宗,其得申請之期間,係指行政程序進行中或行政程 序終結後法定救濟(包括依行政程序法第一百二十八條規定申 請程序重新進行者)期間經過前而言:但如已提起訴願、行政 訴訟或申請程序重新進行者,有關閱覽卷宗等事項,應依各該 程序之有關規定辦理。」38。

三、拒絕閱覽之節圍

為避免因當事人或利害關係人閱覽卷宗權若毫無限制,造 成國家機密或第三人隱私外洩,因此,行政程序法第四十六條

法務部行政程序法諮詢小組第十八次會議紀錄, 收錄於「行政程序法解釋及諮詢小 組會議紀錄彙編1,法務部,第319至322頁。

第二項規定,下列五種情形行政機關得拒絕閱覽、抄寫、複印 或攝影有關資料或卷宗:

(一)行政決定前之擬稿或其他準備作業文件

本款規定目的,在促使公務員勇於表達意見,並避免外界 之臆測或混淆,以確保行政程序正常運作。所稱「行政決定前 之擬稿或其他準備作業文件」之範圍,係指函稿、簽呈或會辦 意見等行政機關內部作業文件而言」39。例如行政機關為作成決 定而召集相關機關或學者專家所召開之會議,其開會通知及會 議紀錄亦應屬其他準備作業文件40。又行政機關之會計憑證,如 為記帳憑證,可視為行政機關之內部準備作業文件:如為原始 憑證,因其態樣繁雜,未可一概而論,可能係內部準備作業文 件,亦可能係行政機關作成意思決定之基礎事實,而非屬內部準 備作業文件⁴¹。至於行政決定已作成,而作成決定前承辦人員所 擬之函稿及簽呈是否亦得拒絕閱覽?本文以為此類函稿、簽呈 之意見如為最後決定之意見,則已於對外文書中表示,自無再 予閱覽之必要:如承辦人員之意見最後不為機關首長或決策人 員所採,為避免造成當事人以此不採之意見作為爭議之理由, 而影響首長或決策人員之指揮權:又此類資訊於行政機關作成 决定後仍係行政機關決定前作成或取得之資訊,為避免公務員 於決定作成後公開或提供,因有不同之意見而有秋後算帳之恐 懼,造成日後不敢勇於表示意見,仍有上開規定之適用。

法務部八十九年八月三十日法律決字第000335號函。

陳愛娥主持,行政程序法施行後現行臺北市法規之衝擊與因應,臺北市政府委託, 臺北市政府法規委員會編印,第46頁。

法務部九十年十二月四日法律字第000743號函。

(二)涉及國防、軍事、外交及一般公務機密,依法規規定 有保密之必要者

資料卷宗涉及國防、軍事、外交及一般公務機密,而其相 關法規既已明定應保密,為確保國家機密、公務機密不致外 洩. 當事人或利害關係人之閱覽卷宗請求權自不應凌駕於國家 安全及公共利益之上,從而自不得予以閱覽。至於所稱「法 規」包括法律、法律具體授權之法規命令、概括授權之法規命 令、自治條例、法律授權及自治條例授權訂定之自治規則及委 辦規則42。例如依國家機密保護法規定核定為絕對機密、極機 密、機密等級之資料;依軍事秘密及緊急性防工程環境影響評 估作業辦法第九條規定,對於軍事秘密及緊急性防工程環境影 響評估之審查內容,應予保密,均屬之。

(三)涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密,依法規規定有 保密之必要者

基於保障第三人之隱私權及職業上、營業上之秘密,當事 人或利害關係人之卷宗閱覽權亦不應因此而使該等人之法規上 所保障之權益而受影響。所稱「法規」涵義與前款同。例如稅 捐稽徵法第三十三條規定,納稅義務人提供之財產、所得、營 業及納稅資料,應絕業對保守秘密;菸酒管理法第四十四條規 定,檢舉人之姓名應嚴守秘密。至於電腦處理個人資料保護法 之個人資料,依電腦處理個人資料保護法規定是否屬保密資料? 包國祥律師認為「電腦處理個人資料保護法係行政程序法四十 六條第二項第三款『涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密,依 法規規定有保密義務之必要者。』⁴³。陳愛娥教授亦認為電腦處 理個人資料保護法第八條規定,係屬保密規定44。惟本文以為電 腦處理個人資料保護法係為避免人格權受侵害,並促進個人資 料之合理利用所制定,對於個人資料所為之規範並非屬保密規 定,而係限制利用,此由電腦處理個人資料保護法第一條所揭 示「促進個人資料之合理利用」亦為該法制定意旨之一,及該 法第八條及第二十三條有關個人資料利用之規定範圍相當廣泛 自明,故個人資訊除依其他法規另有保密規定者外,(例如納 稅義務人之財產、所得亦屬個人資料,惟依稅捐稽徵法第三十 三條規定應予保密) ,有關電腦處理個人資料保護法第八條及 第二十三條限制利用之規定,非屬此款之「依法規規定有保密 之必要」之情形。

(四)有侵害第三人權利之虐者

資料券宗提供閱覽如對三人之權利有侵害之虞,基於保護 第三人權益, 自不應提供閱覽。惟本款規定應係無法規規定應 予保密之情形,如已有法規規定應予保密則應屬前款情形。例 如檢舉人之資料,如無類似農藥管理法第四十一條、菸酒管理 法第四十四條、食品衛生管理法第二十八條、廢棄物清理法第 六十七條等明定應予保密者,如經衡酌認有侵害第三人權利之 虞者,則應依本款規定,不予提供。又經電腦處理之個人資料 如前所述非屬保密資料,如提供閱覽有侵害第三人權益之虞 者,亦應依本款規定不予提供。

(五)有嚴重妨礙有關社會治安、公共安全或其他公共利益 之職務正常進行之虞者

本款屬不確定法律概念,主管機關享有判斷餘地,惟於判 斷是否符合本款規定,不宜過於抽象地想像,宜有具體之事實

法務部八十九年七月二十日八十九律決字第000258號函檢送之行政程序法各條文中 「法規」之涵義彙整表。

包國祥,行政程序法適用範圍之研究 論資訊公開及行政救濟之法律競合 (下),司法周刊第九五六期。

陳愛娥主持,行政程序法施行後現行臺北市法規之衝擊與因應,臺北市政府委託, 臺北市政府法規委員會編印,第71頁。

足以說明有有嚴重妨礙有關社會治安、公共安全或其他公共利 益之職務正常進行之虞。

四、 拒絕閱覽之救濟途徑

閱覽卷宗請求權係屬程序上之權利,因此行政機關對於當 事人申請閱覽卷宗所為之決定,係屬程序中所為之決定,當事 人對之如有不服,依行政程序法第一百七十四條規定:「當事 人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處 置,僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。」須於對實體 决定不服時一併表示不服45,不得單獨提起訴願、行政訴訟。例 如申請核發建築執照,當事人於行政程序進行中申請閱覽卷 宗,經主管機關為拒絕閱覽卷宗之決定,當事人就該決定不得 單獨提起訴願,須俟主管機關否准核發建築執照後,始得就否 准核發建築執照之行政處分提起訴願表示不服時,一併就拒絕 閱覽卷宗之決定表示不服。

肆、一般性資訊公開與其他法律之關係

一、與檔案法之關係

檔案法係為健全政府機關檔案管理,促進檔案開放與運 用,發揮檔案功能所制定,其規範事項包括檔案之管理、保 存、目錄編製等。為有效落實政府資訊之公開,須仰賴良善之 檔案管理,否則對於擁有龐大檔案資訊之機關,如何找尋人民 所申請之資訊而提供之,將是一個重大難題。惟我國檔案法草 案制定過程,尚未有一般性資訊公開之法制,故於檔案法第十

七條及第十八條46分別規定檔案之閱覽、抄錄或複製之申請權. 及拒絕檔案閱覽、抄錄或複製之事由。換言之、檔案法不僅檔 案之管理、保存、目錄編製等事項,尚包括檔案之公開。復依 檔案法第二條第二款規定,所謂「檔案」係指各機關依照管理 程式,而歸檔管理之文字或非文字資料及其附件;而本辦法第 三條規定,所稱行政資訊,係指行政機關於職權範圍內作成或 取得而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮 片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、 輔助方法理解之任何紀錄內之訊息。上二開規定比較觀之,行 政資訊所涵蓋範圍較廣。申言之,尚未依檔案法管理程序歸檔 之行政資訊,非屬檔案:惟檔案必屬行政資訊之一部分。因 此,而檔案法第十八條拒絕檔案閱覽、抄錄或複製之事由與本 辦法第五條資訊限制公開與提供之事由不一致,二者適用上如 何解決?本文以為於政府資訊公開法完成立法前,本辦法係行 政程序法授權訂定,依行政程序法第三條第一項「除法律另有 規定外,應依本法規定之」規定,行政程序法係普通法,則本 辦法自亦為普通法,而檔案法為特別法,自應優先適用檔案法47; 未來政府資訊公開法施行後,檔案法之檔案為政府資訊之一部 分,檔案法應屬狹義法,亦應優先適用檔案法之規定。然所謂 「優先適用檔案法」係指該法之規定與本辦法或政府資訊公開 法有競合之處,始有優先適用而排除本辦法或政府資訊公開法 之適用(例如檔案法第十八條拒絕檔案閱覽之事由與本辦法第

吳庚,行政法之理論與實用,增訂八版,第556頁:法務部九十一年九月二日法律 字第0910033663號函。

檔案法第十七條:「申請閱覽、抄錄或複製檔案,應以書面敘明理由為之,各機關 非有法律依據不得拒絕。」,檔案法第十八條:「檔案有下列情形之一者,各機關 得拒絕前條之申請:一、有關國家機密者。二、有關犯罪資料者。三、有關工商秘 密者。四、有關學識技能檢定及資格審查之資料者。五、有關人事及薪資資料者。 六、依法令或契約有保密之義務者。七、其他為維護公共利益或第三人之正當權益

法務部九十三年七月十二日法律決字第0930025882號函。

五條或「政府資訊公開法草案」第十九條限制公開或提供事 由),否則仍應適用本辦法或政府資訊公開法之規定。惟因檔 案法上開拒絕檔案閱覽、抄錄或複製規定過於抽象、籠統,且 行政機關除正在處理中之案件外,通常於發文時即依檔案法規 定歸檔,故適用本辦法或未來之政府資訊公開法之機會少之又 少。故於現階段行政機關於適用檔案法第十八條規定行使裁量 權時,宜重視人民「知的權利」俾符合政府資訊公開法以公開 為原則,不公開為例外之基本精神。至政府資訊公開法完成立 法後,對於政府資訊之公開已有完整詳盡規範,因此檔案法有 關檔案公開與拒絕公開之規定應予修正,僅規範移由檔案管理 局永久保存之國家檔案之公開與拒絕公開事宜,使檔案法回歸 規範檔案管理, 保存事項, 俾免禕背資訊公開原則及適用上之 闲擾。

二、與電腦處理個人資料保護法48(下簡稱個資法)之 關係

政府資訊公開係為實現憲法上人民「知的權利」,而個資 法所保護之「個人資料」係屬隱私權之一部分,依該法第三條 規定「個人資料」指經電腦處理之自然人之姓名、出生年月 日、身分證統一編號、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職 業、健康、病歷、財務情況、社會活動及其他足資識別該個人 之資料。經電腦處理之個人資料亦屬行政資訊之一部分,依政 府資訊公開法草案第二條第一項規定:「政府資訊之公開,依 本法之規定。但其他法律另有規定者,依其規定。」另依個資 法第二條亦規定:「個人資料之保護,依本法之規定。但其他

法務部所擬「個人資料保護法修正草案」業經行政院於九十三年九月八日院會通 過。

法律另有規定者,依其規定。,因此致生個資法與本辦法及未 來之政府資訊公開法二者間適用疑義,即依個資法第八條公務 機關得為目的外利用之個人資訊檔案,與本辦法第五條第五款 及未來政府資訊公開法第十九條第七款涉及「個人隱私」應限 制公開或提供,二者間究應如何適用之問題?就此問題本文將 其區分為請求提供者為政府機關或人民分別加以探討如下:

(一)請求提供者為政府機關

依前所述,政府機關係資訊提供者,依本辦法第九條第一 項規定:「中華民國國民及依法在中華民國設有事務所、營業 所之本國法人、團體,得依本辦法規定請求行政機關提供行政 資訊。」政府機關並非上開資訊請求權人,無一般政府資訊公開 請求權49, 準此無個資法與本辦法或未來政府資訊公開法競合適 用之問題。惟如前所述,可依行政程序法第十九條第一項第四 款規定「執行職務所必要之文書或其他資料,為被請求機關所 持有者」之行政協助方式,請求其他機關提供之。但如有同條 第四項第一款規定,被請求機關對於協助行為有依法不得為之 者,則應拒絕之。故行政機關對於其他機關請求提供之資訊係 屬經電腦處理之個人資料時,依個資法規定不符合利用規定 者,仍不得提供之。

(二)請求提供者為人民

人民依本辦法或未來政府資訊公開法規定請求提供之資 訊,如係電腦處理之個人資料,則依個資法第八條有關公務機 關得為目的外利用之個人資訊,與本辦法第五條第五款及未來 政府資訊公開法第十九條第七款涉及「個人隱私」應限制公開 或提供,二者間究應如何適用之問題?本文以為個資法係為避

法務部九十一年十月十五日法律字第0910035503號函。

款「為學術研究而有必要且無害於當事人重大利益者」是否屬 「公益」?容有不同之看法,就此美國華盛頓特區巡迴法院認 定:「名單之公開雖然侵害個人之隱私,但屬比較輕微之侵 害。相對於此,原告等之調查研究為具有學問研究之公益上目 的,因此前述隱私權之被侵害之程度與公開請求目的中所包含 之公共利益相較之下,顯然本件調查目的所為之公開是正當的⁵¹」 之意見,可作為參考。

三、一般性資訊公開與個案性資訊公開之關係

依行政程序法第四十六條第一項規定:「當事人或利害關 係人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷 宗。」可知行政程序進行中當事人或利害關係人所欲閱覽之資 料或卷宗亦為行政資訊之一種,惟相較於一性政府資訊公開而 言,行政程序法第四十六條個案性資訊之公開規定應屬狹義 法,故應優先適用行程序法第四十六條規定,限於當事人或利 害關係人始得請求覽資料或卷宗。申言之,一般人不得依本辦 法或未來政府資訊公開法請求提供尚屬行政程序法第四十六條 第一項之資料或卷宗52。

伍、結 語

如前所述,政府資訊公開法雖尚未完成立法程序,但目前 一般性資訊公開之依據係「行政資訊公開辦法」(本辦法規定 與政府資訊公開法草案規範內容大致相同),故有關資訊公開 之法制堪稱大致已完成,惟徒法不足以自行,要落實資訊公

陳美如、梁懷信律師,金融控股公司法下有關個人隱私權保護之探討,月旦法學雜 誌,第九十一期,第273頁。

范姜真微,政府資訊公開與個人隱私之保護,法令月刊,第五十二卷,第五期,第

法務部九十三年八月二十日法律字第0930033741號函。

182 人權保障之理論與實務2005

開,促進民主參與,首先公務員應摒除舊習,體認政府資訊係屬全民之「公共財」原則上均應公開,僅例外不公開;其次,各主管機關對於其他法律有關資訊公開之規定應檢討是否符合資訊公開之基本理念,俾免因過多特別法規定而鬆動本法之基本精神;再者,為達到資訊公開,又可兼顧國家安全、商業機密及個人隱私等權益,同時避免因資訊公開而過度影響其他行政效率,各機關應加強檔案之管理與檔案目錄之編製,否則機關如何於規定期限內53提供資訊,將是一項重大挑戰。

⁵³ 本辦法第十二條第一項規定:「行政機關應於受理提供行政資訊之請求後十五日內,為准駁之決定」; 另政府資訊公法草案第十三條第一項亦規定:「政府機關應於受理申請提供政府資訊之日起十五日內,為准駁之決定。」

低收入戶人權保障

劉建宏*

目 次

壹、前 言

貳、低收入戶人權保障之憲法 上基礎

- 一、憲法第十五條
- 二、憲法第一五五條暨憲法 增修條文第十條第八項

三、小 結

- 參、中央政府有關低收入戶人 權保障之規定 以社會 救助法為中心
- 肆、台北市有關低收入戶人權 保障之規定

- 一、優先提供低收入戶工作 機會
- 二、全部或部分免除低收入 戶特定之金錢給付義務
- 三、針對相同事件授予低收 入戶較多之經濟上利益
- 四、給予低收入戶特定補助
- 五、其他優惠措施

伍、結 論

作者為文化大學法律學系暨法律學研究所專任助理教授。

壹、前 言

低收入戶為經濟上弱勢族群之一,本文擬探討之課題,首 先為低收入戶人權保障之憲法上基礎。其次,檢討立法者在憲 法保障低收入戶人權之要求下,是否已忠實履行其職責,在法 律層次上制定足以維持人民最低生存標準之法律。

此外,我國亦採垂直式權力分立制度,低收入戶人權保障之法令,固然有由中央(立法院)立法者,惟由地方政府立法者,亦不在少數。本文擬列舉中央及地方有關低收入戶人權保障法令中重要者,檢討我國有關低收入戶人權保障法令之現況。

貳、低收入戶人權保障之憲法上基礎

低收入戶之人權保障,在我國憲法上之基礎何在?綜觀我國憲法本文及增修條文之規定,與低收入戶人權保障有關之條文,計有憲法第十五條、憲法第一五五條以及憲法增修條文第十條第八項。

我國憲法第十五條規定:「人民之生存權、工作權及財產權,應予保障」,其中,保障人民生存權之規定,就一般人民之理解而言,可包含低收入戶人權保障之功能。憲法第一五五條規定:「國家為謀社會福利,應實施社會保險制度。

人民之老弱殘廢,無力生活,及受非常災害者,國家應予 以適當之扶助與救濟」,條文中明白揭示國家扶助與救濟無力 生活人民之義務,亦為低收入戶人權保障之憲法上基礎。另 外,憲法增修條文第十條第八項規定:「國家應重視社會救 助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工 作,對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列」,同 一條文中兩度提及「社會救助」,可見憲法對於社會救助之重視。

上述憲法規定,固然均與低收入戶之人權保障相關。惟各該條文之具體規範效力如何,則有待進一步探究。

一、憲法第十五條

我國憲法第十五條保障人民生存權之規定,其性質為一基本權利,固無疑問。憲法上基本權利之作用,兼具主觀公權利與客觀法秩序二者¹。

所謂主觀公權利,依據德國公法學者Jellinek之見解,可區分為:消極作用、積極作用、主動作用三者²。其中最重要者,即出於消極作用的防禦權(Abwehrrecht)(如:憲法第八條之人身自由、第十條之居住遷徙自由、第十一條之表現意見自由、第十二條之祕密通訊自由、第十三條之信仰宗教自由、第十四條之集會結社自由等)、出於積極作用之給付請求權(Leistungsrecht)與分享權(Teilhaberecht)(如:憲法第二十一條之受國民教育權),以及出於主動作用之參政權(如:憲法第十七條之選舉、罷免權)。

基本權利之性質,除依傳統之見解,為主觀公權利之外, 依據二次大戰後德國最新之理論發展,尚可作為客觀法秩序。 德國聯邦憲法法院在其早期的一項判決³中即表示:基本權利作 為國家之重要規範,其功能不僅止於賦予人民對抗國家之權利

_

有關基本權利之主觀公權利與客觀法秩序功能的詳細內容,參閱Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 57 ff.;中文論述,參閱吳庚,憲法的解釋與適用,頁 98以下;法治斌、董保城,中華民國憲法,頁115以下。

² Jellinek所倡議之學說中,尚包含被動作用在內,惟其所指者為人民之義務(憲法第十九條之納稅義務及第二十條之服兵役義務),故本文未提及之。

Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198.

地位(即主觀公權利),亦係國家之「客觀價值判斷」(objektive Wertentscheidungen)。全部之基本權利加總,即構成一「客觀之價值秩序」(objektive Wertordnung)。此一價值秩序對於國家各種權力作用均有拘束力。詳言之:行政機關與司法機關於適用法律時,基於合憲性解釋(verfassungskonforme Auslegung)之要求,固然必須遵守此一由基本權利所構成之價值秩序。立法機關於制定法律時,亦應遵從此一由基本權利所構成之價值秩序,逐步塑成基本權利中所蘊含,但尚未具有權利地位之主觀公權利。此外,基本權利之客觀法秩序功能更超出國家權力作用之外,及於私人間之私法關係⁴。

我國憲法第十五條保障人民生存權之規定,就主觀公權利之面向而言,包括消極作用之防禦權與積極作用之給付請求權及分享權。生存權保障之消極作用即防禦權功能,其主要內容為生命權之保障(Recht auf Leben)及身體不受損傷權(Recht auf körperliche Unversehrtheit),即有關死刑與人體實驗合法性之問題⁵,與本文題旨無關。

生存權保障之積極作用即給付請求權及分享權,係指人民對國家有維持「最低生存水準」(Existenzminimum)之請求權⁶。 人民如無謀生能力,或雖有謀生能力但不能獲得適當之工作機會,以致不能取得維持其生存之最基本生活資源時,國家即有協助之義務,此即低收入戶人權保障之憲法上基礎。 惟應注意者,在基本權利之積極面向功能中,人民所得直接據以請求者,僅有分享權而已,不包括給付請求權。

詳言之,給付請求權者,人民直接依據憲法上基本權之規定,向國家請求給付之權利。由於憲法上有關基本權之規定大多極為簡單、抽象,無從由條文之文義中進一步得知請求之範圍。又基於國家財力有限之客觀現實,故通說均否認給付請求權之存在⁷。蓋人民對國家之給付請求權,僅存在於「可能性之保留」(Vorbehalt des Möglichen)中。換言之,人民向國家請求給付,限於在「個人向社會合理請求之範圍內」(was der einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann)⁸。

分享權者,人民向國家請求已經由法律創設之給付。詳言之,分享權並非直接依據憲法上基本權之規定,向國家請求給付(此為分享權與給付請求權之區別),而是要求國家就一已經由法律創設之給付,為「機會均等且合乎資格之分配」(chancengleiche und qualifikationsgerechte Zuteilung von Ansprüchen)⁹。分享權往往轉換成為程序上之權利,當國家因資源有限,不能滿足全部之請求時,人民得基於其分享權要求國家訂定一公正之程序,藉以調和多方之利益,俾作成機會均等且合乎資格之分配¹⁰。

綜上所述,人民依憲法第十五條生存權之規定向國家請求 給付時,原則上不得逕依憲法條文之規定主張之,仍須有其他 法律作為其請求權之基礎。立法者如尚未制定法律創設該項請

⁴ 綜合以上所述,基本權利作為客觀法秩序,其功能包括:制度性保障 (Einrichtungsgarantie)、基本權作為國家消極權限規範(Grundrechte als negative Kompetenznormen)、基本權作為法律解釋與權利塑成之準則(Grundrechte als Maßstab fur die Auslegung und Gestaltung des Rechts)、國家之保護義務 (Schutzpflicht)以及基本權之第三人效力(Drittwirkung)。參閱Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 73 ff.

⁵ 參閱吳庚,憲法的解釋與適用,頁267。

⁶ BVerfGE 52, 339 (346): 吳庚,憲法的解釋與適用,頁267。

Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 100, Heidelberg 2000.

⁸ BVerfGE 33, 303 (333).

Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 96, Heidelberg 2000.

Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 96, Heidelberg 2000.

求權時,低收入戶不得逕行依憲法第十五條之規定主張某項給付。

二、憲法第一五五條暨憲法增修條文第十條第八項

憲法第一五五條規定:「國家為謀社會福利,應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢,無力生活,及受非常災害者,國家應予以適當之扶助與救濟」,條文中明白揭示國家扶助與救濟無力生活人民之義務。憲法增修條文第十條第八項規定:「國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作,對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列」,亦提及社會救助。上述二條文均含有保降低收入戶之內涵,並無疑問,惟其具體規範內容則有待進一步釐清。

憲法第一五五條及憲法增修條文第十條第八項之規定,其性質是否與憲法第十五條保障人民生存權之規定相同,為人民基本權利保障之規定?憲法第一五五條之條文位於憲法第十三章基本國策之中,其性質與憲法第二章人民基本權利不同,甚為明顯。至於憲法增修條文第十條第八項之規定,其性質究係基本權利抑或基本國策,即有進一步探究之必要。

就立法體例而言,憲法增修條文第十條第八項之規定,係以「國家」為主詞,規範國家之義務如何;與憲法本文第二章第七條以下「基本權利」之規定,係以「人民」為主詞,規範人民權利為何之立法體例不同;與憲法本文第十三章「基本國策」中大部分之規定(例如:憲法第一五五條、第一六八條、第一六九條),亦以「國家」為主詞,規範國家之義務如何之立法體例則相近¹¹。再者,憲法增修條文第十條第八項有關國家

社會救助義務之規定,其內容係期待性之國家政策描述,與憲 法本文第二章第七條以下「基本權利」之規定,其內容之明 確、具體,亦不相同;與憲法本文第十三章「基本國策」中大 部分規定之立法體例則相近。更可證實憲法增修條文第十條第 八項「國家負有社會救助義務」規定之性質為「基本國策」, 並非「基本權利」之見解。

我國憲法本文第十三章基本國策之效力如何,學說上向有 爭論。

昔日我國學說承襲德國威瑪憲法時代著名學者Anschutz之見解,認為基本國策之內容抽象,其為憲法對於立法者所發宣示性質之「方針」(Programm)或「訓令」(Direktive),即所謂「方針條款」(Programmsätze)。方針條款並不具有法之拘束力,立法者若遲遲不依其意旨立法,或為不完全之立法,並不構成違憲¹²。

二次戰後,德國學說揚棄威瑪憲法時代將基本國策定性為 方針條款之見解,重新賦予基本國策嶄新的生命。德國基本法 中,第三條第二項第二句(促進兩性平等條款)與第二十條之 一(環境保護條款)之性質,均屬抽象之基本國策規定,惟多 數學者將其定性為「國家目標規定」(Staatszielbestimmung)。所謂「國家目標規定」,其與方針條款之不同在於: 國家目標規定具有法拘束效力(rechtsverbindliche Kraft)。詳 言之:基本國策之規定縱不具有主觀公權利之性質,惟仍具備 客觀法秩序之功能。人民不能依基本國策之規定要求國家為一 定之作為或不作為,惟國家卻有義務依據基本國策之指示行事¹³。

¹¹ 參閱劉建宏,原住民族之人權保障,華岡法粹,第三十一期,頁235以下。

¹² 有關基本國策作為方針條款之效力,參閱陳新民,中華民國憲法釋論,頁832以下。

³ 參閱劉建宏,原住民族之人權保障,華岡法粹,第三十一期,頁234以下。

三、小 結

我國憲法上與低收入戶人權保障有關之條文,計有憲法第十五條、憲法第一五五條以及憲法增修條文第十條第八項。憲法第十五條人民生存權保障之規定,其性質為主觀公權利。惟其積極面向之功能,僅包括分享權之作用,立法者如尚未制定法律創設該項請求權時,低收入戶不得逕行依憲法第十五條之規定主張某項給付。是以,就低收入戶之保障而言,憲法第十五條、憲法第一五五條以及憲法增修條文第十條第八項之功能實質上差異不大,仍需視立法者是否實際上已制定法律創設該項權利而定。

參、中央政府有關低收入戶人權保障之規定 以社會救助法為中心

我國有關低收入戶生存權保障之立法,最早可回溯至國民政府於民國三十二年公布施行之「社會救濟法」。早年之社會救助政策,其救助對象以赤貧者為主,救助方式多屬零星慈善性質之金錢給付。民國五十四年,政府制定「民生主義現階段社會政策」,將社會救助列為七大實施方針之一。稍後,民國六十年代台灣省推行之「小康計畫」,台北市推行之「安康計畫」,則以消除貧窮為其主要目標。民國六十九年,「社會救助法」公布施行,我國社會救助政策自此始具備明確之依據與指引¹⁴。

現行之「社會救助法」,係民國八十九年六月十四日修正公布。其重要內容如下:

14 關我國社會救助之發展歷史,參閱陳武雄,社會立法析論,頁235以下。

(一)社會救助法第一條

「為照顧低收入及救助遭受急難或災害者,並協助其自立,特制定本法」,明文規定社會救助法之立法目的。

(二)社會救助法第二條

「本法所稱社會救助,分生活扶助、醫療補助、急難救助及 災害救助」,規範社會救助法之保障範圍。

(三)社會救助法第三條

「本法所稱主管機關:在中央為內政部;在直轄市為直轄市政府;在縣(市)為縣(市)政府。」

(四)社會救助法第四條

「本法所稱低收入戶,係指家庭總收入平均分配全家人口, 每人每月在最低生活費標準以下者。

前項所稱最低生活費標準,由中央、直轄市主管機關參照中央主計機關所公布當地區最近一年平均每人消費支出百分之六十定之;直轄市主管機關並應報中央主管機關備查。」

民國九十一年度之最低生活標準,台灣省為每人每月新臺幣八、四三三元,台北市為每人每月新臺幣一三、二八八元,高雄市為每人每月新臺幣九、五五九元,福建省為每人每月新臺幣六、 元¹⁵。凡家庭總收入平均分配全家人口,每人每月在前述最低生活費標準以下者,即為低收入戶,受本法之救助。

(五)社會救助法第五條

「前條所稱家庭總收入應計算人口範圍如下:

¹⁵ 參閱陳武雄,社會立法析論,頁236。

- 一、直系血親。但子女已入贅或出嫁且無扶養能力可資證明者,得不計算。
 - 二、同一戶籍或共同生活之旁系血親及負扶養義務之親屬。
 - 三、綜合所得稅列入扶養親屬寬減額之納稅義務人。」

(六)社會救助法第十條

「符合第四條所定之低收入戶者,得向戶籍所在地主管機關申請生活扶助。

主管機關應自受理前項申請之日起五日內,派員調查申請人家庭環境、經濟狀況等項目後核定之;必要時,得委託鄉(鎮、市、區)公所為之。」

(七)社會救助法第十一條

「生活扶助以現金給付為原則。但因實際需要,得委託適當 之社會救助機構、社會福利機構或其他家庭予以收容。

前項現金給付,中央、直轄市主管機關並得依收入差別訂定 等級:直轄市主管機關並應報中央主管機關備查。」

(八)社會救助法第十二條

「低收入戶成員中有下列情形之一者,主管機關得依其原領 取現金給付之金額增加百分之二十至四十之補助:

- 一、年滿六十五歳者。
- 二、懷胎滿六個月者。
- 三、領有身心障礙手冊者。

前項補助標準,由中央主管機關定之。」

(九)社會救助法第十四條

「直轄市及縣(市)主管機關應經常派員訪問受生活扶助者 之生活情形;其收入或資產增減者,應調整其扶助等級或停止扶助;其扶養義務人已能履行扶養義務者,亦同。」

194 人權保障之理論與實務2005

(十)社會救助法第十五條

「低收入戶中有工作能力者,直轄市、縣(市)主管機關應協助其接受職業訓練、就業服務、創業輔導或以工代賑等方式輔助其自立;不願接受訓練或輔導,或接受訓練、輔導不願工作者,不予扶助。

直轄市、縣(市)主管機關對低收入戶,於前項受訓期間應 另酌給與生活補助費。其給付金額,由直轄市、縣(市)主管機 關定之,並報中央主管機關備查。」

社會救助法之立法目的為「照顧低收入及救助遭受急難或 災害者,並協助其自立」 社會救助法第一條 ,對於低收入 戶之協助措施,係採「救助」與「協助其自立」併行之方式。 故本條第一項明文規定:低收入戶中有工作能力者,主管機關 應協助其自立;不願接受訓練或輔導,或接受訓練、輔導不願 工作者,不予扶助。

至於本條之所謂「有工作能力者」,依社會救助法施行細則第九條規定:

- 「本法第十五條第一項所稱低收入戶中有工作能力者,指十 六歲以上,未滿六十五歲,無下列情事之一者:
- 一、大學校院博士班、空中大學及空中專科進修補習學校以 外之在學學生。
 - 二、身心障礙致不能工作者。
 - 三、罹患嚴重傷、病,必須三個月以上之治療或療養者。
- 四、照顧罹患嚴重傷、病需要三個月以上治療或療養之共同生活或受扶養親屬,致不能工作者。
 - 五、獨自扶養十二歲以下之血親卑親屬者。
 - 六、婦女懷胎六個月以上至分娩後二個月內者。
 - 七、其他經直轄市、縣(市)主管機關認定者。

前項年齡之計算,以調查當時之實足年齡為準。第一款應檢

低收入戶人權保障 195

具在學證明書;第三款與第四款之受嚴重傷、病者及第六款之懷 胎或生產婦女,應檢具公立醫療機構或經中央衛生主管機關評鑑 合格之醫院診斷書。」

(十一)社會救助法第十六條

「中央及直轄市、縣(市)主管機關得視實際需要及財力, 對低收入戶提供下列特殊項目救助及服務:

- 一、產婦及嬰兒營養補助。
- 二、托兒補助。
- 三、教育補助。
- 四、租金補助或平價住宅借住。
- 五、房屋修繕補助。
- 六、喪葬補助。
- 七、在宅服務。
- 八、牛育補助。
- 九、其他必要之救助及服務。

低收入戶得向戶籍所在地主管機關提出申請前項特殊項目救助或服務;其申請條件及程序,由直轄市、縣(市)主管機關定之。」

本條之規定,授權中央及地方主管機關視實際需要及財力,對低收入戶提供特定項目救助及服務。社會救助之性質原為給付請求權,係由憲法授權立法者以法律具體實現人民在國家中之「積極地位」(status positivus)。本條之規定,則由立法者再將其授權行政機關以命令訂之,固然較富彈性。惟其是否符合法律保留原則之要求,不無疑問。

(十二)社會救助法第十八條

「具有下列情形之一者,得檢同有關證明,向戶籍所在地主 管機關申請醫療補助:

196 人權保障之理論與實務2005

- 一、低收入戶之傷、病患者。
- 二、患嚴重傷、病,所需醫療費用非其本人或扶養義務人所能負擔者。

参加全民健康保險可取得之醫療給付者,不得再依前項規定 申請醫療補助。」

(十三)社會救助法第二十八條

「社會救助,除利用各種社會福利機構外,直轄市、縣 (市)主管機關得視實際需要,設立或輔導民間設立為實施本法 所必要之機構。

前項社會福利機構,對於受救助者所應收之費用,由主管機關予以補助。

直轄市、縣(市)主管機關依第一項規定設立之機構,不收任何費用。」

(十四)社會救助法第二十九條

「設立私立社會救助機構,應申請當地主管機關許可,經許可設立者,應於三個月內辦理財團法人登記;其有正當理由者, 得申請主管機關核准延期三個月。

前項申請經許可後,應層報中央主管機關備查。」

肆、台北市有關低收入戶人權保障之規定

台北市對於人權保障工作之推動,向來極為重視。作為我國首善之區,其人權保障工作落實之情形,亦具有指標性之意義。依據台北市人權保障白皮書之規劃,「保護弱勢」亦為台北市人權保障工作重點之一¹⁶。

¹⁶ 台北市人權保障白皮書於前言中即明白揭示以「打造安全、和平、保護弱勢、資源 與資訊分享、市民參與的城市」為其人權保障工作之重要目標。參閱台北市人權保

一、優先提供低收入戶工作機會

(一)臺北市攤販管理規則第六條

「申請攤販營業許可證,應在本市設籍六個月以上,並符合 左列規定之一者為限:

- 一、經核准接受救助之低收入戶。
- 二、原發證或登記有案之攤販。
- 三、身體殘障者。

四、能提出民國七十三年十二月三十一日以前曾為攤販之具 體證明日年滿五十歲,無其他收入,家庭賴其生活者。

前項經核發攤販營業許可證者,應由市場處繪製攤位平面 圖,並由攤販簽章存證。」

(二)臺北市輔導市民臨時工作規定事項五

「本市臨時工分類如左:

(一)第一類:登記有案之低收入戶。

(二)第二類:合於生活扶助規定之在營軍人家屬。

(三)第三類:臨時發生事故急需工作者。

(四)第四類:清寒戶,其認定標準由社會局另公告之。」

障白皮書,前言,頁4。

198 人權保障之理論與實務2005

(三)臺北市輔導市民臨時工作規定事項九

「各區公所依核配工額,按分類登記編號名冊順序派工,第 一類最優先,其次為第二類:以此類推,如登記人數超過核配丁 額,除第一類仍應每月工作二十五日,其餘得酌予減少工作日 數。」

二、全部或部分免除低收入戶特定之金錢給付義務

給付義務之(全部或部分)免除,其性質亦為一授益處 分。台北市政府所發布施行之自治法規中,免除低收入戶特定 之給付義務者,有下列重要規定:

- (一)臺北市公私立高級中等學校收取學生費用辦法第四 條及第五條規定,低收入戶之班級經營費、家長會費、蒸飯 費、腳踏(機)車停放費免繳。
- (二)臺北市公私立國民中學課後學習輔導實施要點五規 定,低收入戶免繳課後學習輔導費。
- (三)臺北市立高級中等以上學校學費收取辦法第三條規 定,低收入戶得減免學費。
 - (四)臺北市殯葬管理自治條例第十四條:
- 「使用公立殯儀館各項設施應繳納規費。但有左列情形之一 者,得申請減免:
 - 一、本市低收入戶或安養院之公費院民,全免。
 - 二、非低收入戶,其生活確實貧困者,減半收費。
- 三、因天然災害或不可抗力事故致死或因檢察官辦案需要暫 不殮葬,經主管機關核准減免者,依其核准金額減免之。
 - 四、無名(主)屍體冷藏(凍)費用,全免。

私立殯儀館、火葬場、靈(納)骨堂(塔)收費標準表,應 報請主管機關核准。」

臺北市舊有違章建築處理辦法第六條規定,全部拆除之舊有違建所有人係低收入戶持有證明者,得發給特別補助費。

四、給予低收入戶特定補助

(一)臺北市都市更新自治條例第四條:

「本市整建住宅(以下簡稱整宅),經市政府社會局核定為低收入戶,且無其他住宅者,於實施都市更新後取得土地及建築物,或領取補償金自購住宅時,得申請住宅貸款利息補貼,其所需經費由市政府編列預算支應。」

- (二)臺北市市民申請輔助人民自購國民住宅貸款須知四 規定,低收入戶得申請輔助人民自購國民住宅貸款。
- (三)臺北市貧困市民喪葬補助費申請須知二規定,低收入戶得申請臺北市貧困市民喪葬補助費。
- (四)臺北市政府補助低收入戶、老人孕產婦及嬰幼兒營養品代金實施要點,將低收入戶與老人、孕產婦及嬰幼兒結合,補助符合低收入戶要件之老人、孕產婦及嬰幼兒營養品代金。此等市民可謂為弱勢族群中之弱勢族群,應予以特別之保護。
- (五)臺北市身心障礙者租賃房屋租金及購屋貸款利息補助作業準則第三條規定,低收入戶得申請房租補助。
- (六)臺北市學生團體保險自治條例第六條規定,學生家 長或法定代理人為低收入戶者,其保險費由市政府酌予補助。
- (七)臺北市市民醫療補助自治條例三條規定,臺北市列 冊之低收入戶,於全民健康保險特約醫療院(所)就醫者,得 申請醫療補助。
- (八)臺北市兒童醫療補助實施要點三規定,符合低收入 戶要件之兒童就醫時,得申請醫療補助。

200 人權保障之理論與實務2005

五、其他優惠措施

- (一)臺北市市立托兒所收托自治條例第四條規定,領有臺北市政府生活補助之低收入戶,其子女為第一優先順序入學。
 - (二)臺北市政府國民住宅出租及管理要點五:
- 「本府依第四點辦理首次公告出租時,應依建物現況保留一定比例戶數提供原住民、榮民、單親、三代同堂、身心障礙戶或 低收入戶等家庭申請,並需符合第三點條件之規定。

該提撥比例戶數,由國宅處擬定,報請本府核定後實施。」

(三)臺北市政府國民住宅出租及管理要點八:

「國宅租賃期限最長為二年,租賃期限屆滿,承租人擬繼續承租者,應由符合承租資格之該承租人於租賃期限屆滿前一個月以書面向國宅處申請續租,逾期未申請或申請未獲准者,不得續租,其租賃關係於期限屆滿時消滅。

前項租賃及續租期限合計最長不得超過八年。但以單親家庭、六十五歲以上無配偶之人、低收入戶、身心障礙者、原住民、配合公共工程拆遷戶資格承租國宅者,租賃期限得延長為十二年。」

(四)臺北市後備軍人及補充兵負家庭生計主要責任緩召申請須知二:

「後備軍人及補充兵具有下列情形之一者,得申請緩召:

- (一)無同父兄弟者。
- (二)有同父兄弟,而均已應徵或應召在營服役者。
- (三)有同父兄弟,均未滿二十歲者。
- (四)經核定為低收入戶者。」

伍、結 論

我國憲法第十五條規定:「人民之生存權、工作權及財產權,應予保障」。憲法第一五五條規定:「國家為謀社會福利,應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢,無力生活,及受非常災害者,國家應予以適當之扶助與救濟」。憲法增修條文第十條第八項規定:「國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作,對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列」。對於低收入戶之人權保障,可謂頗為重視。

就法律層面而言,中央政府就低收入戶之人權保障,制定「社會救助法」,其內容堪稱完善。台北市更就此制定極多地方自治法規,無論中央或地方政府,均已初步完成憲法付託保障低收入戶之任務。惟就台北市所制定之地方自治法規而言,其法律(自治條例)之數量仍嫌不足,與法律保留原則之精神不甚吻合,仍有進步之空間。

「健康權」作為國家之保護義務

林明昕* (報告大綱)**

目 次

壹、前言 「健康」與「健 參、國家保護義務與權力分立

康權」 肆、代結論 國家保護義務

權」之主要內涵 參考文獻

^{*} 作者為國立中正大學法律學系暨研究所助理教授。

^{**} 本報告撰寫之際,因突發之家庭私人因素,全文不克竟功,故報告僅以大綱方式呈現。

壹、前言 「健康」與「健康權」

一個人的生命與健康雖為個人生存與自由最主要的基礎,但在我國憲法中,「生命權」與「健康權」之規定卻付諸關如。此一憲法上之缺漏,從解釋論之觀點而言,似有待學說與實務進一步的補充。本文今以「健康權」作為研究主題,即擬以比較法的角度,來探討健康權做為人民之基本權利(Grundrecht)的權利內涵與其他相關問題。至於比較法制度的選擇標的,則另鑑於我國基本權理論的形成與發展,德國法之影響相當深遠,所以德國法學上有關「健康權(Recht auf Gesundheit)」的學說與實務,爰為本文主要的參考對象。

何謂「健康」,此一概念或相關概念在我國憲法上雖亦常為立憲者所使用(如:憲法第一百五十七條、憲法增修條文第十條第五項),但其概念內涵究竟為何,則因憲法在此並無明文定義,故有待解釋與補充。基本上,本文在此鑑於我國憲法中所謂的「健康」,輒與醫療、衛生及保健等並用,是贊成德國通說之見解,以生理、肉體及心裡、精神之完整性而遠離病痛、殘缺為概念定義的核心;至於世界衛生組織(WHO)規章前言所稱,另含精神,尤其是社會舒適感的健康定義,則因涵攝過廣,又因個人敏感度往往因人而異,似不宜作為健康基本權中健康概念的法學上定義。

以健康作為憲法上所保護之個人法益,並進而成為憲法上的基本權,在我國憲法中,如前所言,雖無明文,但是鑑於憲法第二十二條廣泛的指射作用,該條條文規定,應可作為「健康權」的憲法上基礎。至於憲法第十五條生存權規定,則似因該條全文主要以個人經濟、物質之生活為主要的規範對象,所以不宜另行擴張至個人生命、肉體等範疇;而憲法第一百五十七條及憲法增修條文第十條第五項等,雖與本文定義下的「健

康」概念有關,不過卻又因是等條文原屬缺乏個人性,尤其缺乏主觀權利(subjektives Recht)性質的基本國策規定,故也不宜直接作為健康基本權的憲法上依據。

此外,雖另有學者試圖以「原權」或「固有權」等概念來 說明健康基本權的憲法基礎,惟本文鑑於「原權」、「固有 權」等概念,晦暗模糊、人言言殊,在是等超憲法領域的權 利,未被憲法所確認時,似也不宜貿然視為一種無憲法條文作 為法律基礎,而能指導一切內國法秩序的基本權利。

貳、國家保護義務作為「健康權」之 主要內涵

作為健康權依據的憲法第二十二條「概括基本權」,其既亦為基本權利之一種,其權利規範的功能與內涵,基本上應保持與憲法第七條以下之其他明文基本權的同一性。依據此一理解,健康權實與其他憲法所明文承認的基本權利一樣,具有所謂的主觀面向與客觀面向兩大功能,以規範國家與人民間針對個人健康法益問題的各種法律關係。此一基本權利之主觀法性質與客觀法性質並具的基本權功能理論,主要或源自德國憲法學之理論,惟因國內學說之引進,尤其是司法院大法官解釋之應用,也廣泛影響國內憲法學界對於基本權利性質的(重新)認識。

健康權的主觀面向功能,主要是課與國家消極不侵犯個人健康的義務;相對於此,人民取得權利的地位,必要時可以訴訟等方式,請求法院的保護。在此,健康權是一種真正的權利,而非單純的所謂客觀法規範而已。至於健康權的客觀面向,主要則是課與國家積極以行為、金錢、組織、程序及制度等方式,排除國家以外之第三人,甚至自然災難等對個人健康

之侵害,並進而照顧、保護個人健康的完整性。這種國家作為的義務,在法學概念與用語上,見解尚未完全一致;不過以所謂「國家之保護義務(staatliche Schutzpflicht)」相名,甚為貼切,也逐漸成為許多學者的通用概念。

在一個法治健全的國家中,事實上相較於健康權的主觀面向而言,健康權的客觀面向意義更為遠大。因為在現代社會中,國家恣意侵犯個人健康的情形比較少見;相反地,個人健康受到國家以外的人為(如環境污染)、自然(如SARS或其他傳染病)之侵犯,卻隨時可見。此時個人的健康正有賴於國家的保護,所謂國家之保護義務正凸顯其重要性。

不過又相對於前開健康權的主觀面向,也就是禁止國家侵害人民健康,所謂國家之保護義務,原則上只是一種單純的客觀法規範;在此,國家因健康權規範而被課與照料個人健康的義務,但相對應地個人不因此取得權利的地位。換言之,個人若因國家未能盡到保護義務,乃至健康之要求不能滿足,原則上無法直接以訴訟等方式,請求法院救濟,進而強迫國家履行特定義務。此一差別,正是所謂基本權客觀面向的主要特性,也因此而與基本權之主觀面向涇渭分明。

雖然基本權之客觀面向原則上不賦予個人一種可透過法院 救濟之權利地位的說法,在學說上爭議不斷,並且時時遭受挑戰,不過此一理論的說法,其實寓含法院功能之界限與國家資源有限性的說理基礎,所以其正當性仍然值得維持。蓋國家基於國家之保護義務,勢必為金錢或其他資源的支出,然而資源有限,如何就各種不同之基本權利的保護照料,分配有限資源,來滿足個人受益的要求,在民主的社會中,有必要透過立法、預算等方式通盤考量,視情形作輕重緩急的不同處理。這種問題的解決,首要應該是能糾合各種民意的立法機關、乃至行政機關(「國家」概念在此即立法權及行政權的代稱)之任

務;欠缺此種功能的司法機關,能力其實有限,故不適合在國家未為作為之前,直接、具體性地要求,並強迫行政權,尤其是最具民主正當性的立法權為特定之行為。換言之,作為基本權客觀面向的所謂國家之保護義務,個人原則上應以選舉、監督等民主機制來敦促立法權、乃至行政權切實履踐,以實現憲法上的要求。

不過國家之保護義務,畢竟是來自憲法的誡命。雖然其不若基本權的主觀面向具有法院制裁的強大效力,但是憲法上之誠命進而因此成為空言,則就是法治國依法而治的隳墮,也是憲政秩序敗壞的前聲。

此外,基本權中國家之保護義務內容究竟如何,缺乏一成不變的特定目錄;但以我國憲法為例,基本國策中之相關規定,往往可以提供一種比較具體的項目。這種以基本國策充實基本權利,尤其是所謂國家保護義務內容之內容的見解,賦予了基本國策規範的新生命;長久以來規範意義飽受懷疑的基本國策,重新獲得價值,值得吾人正視。然而也正因如此,立憲者在設計並制定基本國策之規定時,應予節制;陳義過高、不具長遠意義的期望,不宜任意作為基本國策內容之規定。要之國家資源有限,太多的國家義務其實導致國家之不能給付;憲法的規範充滿空言,缺乏實現可能性,正足以導致憲法的規範性逐漸滅失。

至於以健康權為例,國家的保護義務何在,憲法第一百五十七條及憲法增修條文第十條第五項足以提供一種比較具體的內容;在現階段中,全民健康保險制度的健全化,也因此成為健康權領域的重大課題。而環境與生態之保護,本身雖非與健康權內容完全一致,但鑑於環境與生態之於個人身心健康的直接、間接關連性,憲法增修條文第十條第二項所課與國家的義務,在某些程度上也是國家之於健康基本權所應盡的保護義

務。該條憲法增修條文的時代意義,以及其與人民基本權利的密切關連性,不言可喻。

參、國家保護義務與權力分立

關於健康權中國家之保護義務如何履踐,原則上國家之各種權力、機關均負有責任,不過此一責任如何分配,則屬於憲法上國家權力分立的課題之一。在這裡吾人一方面必須注意國家權力分立之原則,不容過度強調基本權的意義,而恣意凸顯、甚至擴大某一權力之於其他權力的關係,致失憲法上對於國家各種權力關係間的分配;另一方面在解釋憲法上權力分立原則時,也必須注意如何正確地分配國家各種權力關係時,可能對於基本權利實現的可能影響性。易言之,人民權利保障與國家權力分立互為表裡,彼此制約;憲法上各種原則與制度的適用,必須注意所謂「憲法一體性(Einheit der Verfassung)」的關係。

有關含健康權在內的基本權利之國家保護義務,如前所述,直接並首要的負擔者是立法權與行政權;司法權在此功能有限,原則上僅具有事後審查的功能。不過立法權與行政權間權力如何分配,則有待進一步研究。德國為一典型內閣制的國會民主國家,其強調立法者優先實現國家保護義務的說法,符合其憲法上權力分立原則的要求,故不待言;然而彼邦因此形成的種種理論是否也得以原封不動地適用在我國憲法秩序中,則頗值商榷。畢竟我國憲政秩序在憲法增修條文影響下,絕非純粹的內閣制;以直接民選總統為首的行政權是否只能執行立法權既定之政策,有重新研究的意義。例如所謂的「職權命令」是否豪無存在的空間,適為一道可以重新研究的議題。

此外,所謂的權力分立也包含中央與地方關係的縱向權力

分立。在我國由於憲法上不是非常適當的設計(例如憲法第十章),中央與地方關係常常甚為緊張,政治上的角力與紛爭因而不斷。有關這個問題,假使吾人強調基本權利之國家保護義務時,中央與地方權限的正確分配,其實也是實現基本權利的基本要件之一。近年來紛擾不斷的健保費問題,似乎也可以再加入國家(含中央與地方)保護人民健康之義務的觀點重新考慮。

肆、代結論 國家保護義務之界限

國家因健康權上保護義務的關係,採取某具體作為時,往往也有因此侵犯同一個人或其他人的其他基本權利,甚或健康權本身的可能。就此,我國憲法第二十三條雖然提供國家因此限制人民基本權利的合憲性基礎,另一方面卻也指出限制人民基本權利的界限。這一道「限制的限制」指出國家保護義務所必須注意的原則;但國家如何以保護健康權為目的,而採取限制其他基本權利的手段時,個人健康法益與其他憲法上所保護之個人法益如何衡量,以求合乎比例,絕對是國家權力行使時必須再三考慮的重點。例如為防止愛滋病的擴散,毫不保留地強制性抽血測試,難免有侵害人格權之虞。又如國家資源過度集中在某一族群的健康、就醫保障,其實也有排擠其他族群利用國家資源的機會;平等權的問題在此也值得考慮。凡此種種,均是吾人在強調國家基於健康權而有的保護義務時,不能輕易忽略的問題。

- 吳 庚,《憲法的解釋與適用》,自版(2003年)。
- 李惠宗,《憲法要義》二版,元照(2004年)。
- 李建良, 基本權利理論之構成及其思考程序 , 《憲法理論 與實踐(一)》, 學林, 頁55以下(1999年)。
- 李建良, 基本權利與國家保護義務 ,《憲法理論與實踐 (二)》,學林,頁59以下(2000年)。
- 李震山: 從憲法觀點論身體不受傷害權 ,《人性尊嚴與人權保障》,元照,頁159以下(2000年)。
- 李震山: 論憲法未列舉之自由權利之保障 司法院大法官 相關解釋之評析 , 收於:劉孔中/陳新民主編,《憲法 解釋之理論與實務》第三輯上冊,中央研究院中山人文社 會科學研究所,頁355以下(2002年)。
- 林明昕: 原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」? ,憲政時代第29卷第3期,頁335以下(2004年1月)。
- 林明鏘, 論基本國策 以環境基本國策為中心 ,收於: 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會 編輯,《現 代國家與憲法 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》,月 旦,頁1465以下(1997年)。
- 許宗力, 基本權利的功能與司法審查 ,《憲法與法治國行政》,元照,頁153以下(1999年)。
- 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,檢討其衍生的問題 ,收於:李建良/簡資修主編,《憲法解釋之理論與實務》第二輯,中央研究院中山人文社會科學研究所,頁235以下(2000年)。
- 陳新民, 論「憲法委託」之理論 , 《憲法基本權利之基本

212 人權保障之理論與實務2005

- 理論(上冊)》,自版,頁37以下(1990年)。
- 陳新民, 論「社會基本權利」,《憲法基本權利之基本理論(上冊)》,自版,頁95以下(1990年)。
- 陳新民,《中華民國憲法釋論》三版,自版(1999年)
- 臺北市政府法規委員會:《臺北市人權保障白皮書》(2002 年)。
- Anschütz, G.: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1987).
- Bundesminister des Inneren/Bundesminister desr Justiz (Hrsg.): Staatszielbestimmung/Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenskommission, 1983.
- Dreier, H. (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 1996; Bd. II, 1998.
- Ipsen, H. P.: Über das Grundgesetz, 1950.
- Lücke, J.: Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, AöR 107 (1982), 15 ff.
- v. Mangoldt, H./Klein, Fr./Starck, Chr. (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999; Bd. 2, 4. Aufl. 2000.
- v. Münch, I. (Begr.): Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000. Sachs, M. (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003.
- Scheuner, U.: Staatszielbestimmungen, in: ders, Staatstheorie und Staatsrecht-Ge-sammelte Schriften, hrsg. v. Listl/Rüfner, 1978, S. 223 ff.
- Sommermann, K.-P.: Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997. Tsai, T.-J. (蔡宗珍): Die verfassungsrechtliche Umweltschutzpflicht des Staates-Zugleich ein Beitrag zur Umweltschutzklausel des Art. 20a GG, 1996.

第參篇

92年度人權保障研討會

- ◆ 資訊時代隱私權理論基礎初探
- ◆ 校園人權的實然與應然 ——從「一隻鞋」談起
- ◆ 身分查證與人身自由
- ◆ 身心障礙者就業環境所面臨的挑戰
- ◆ 原住民族之人權保障

資訊時代隱私權理論基礎初探

王郁琦*

目 次

壹、前 言

貳、隱私議題的文化相對論

參、三種隱私權的觀點

一、基本權利觀點

(Fundamental Right

Perspective)

二、經濟分析觀點 (Economic

Analysis Perspective)

三、社區導向觀點

(The Community- oriented

Perspective)

肆、三種觀點的分析

伍、資訊時代下社區導向觀點

所面臨的挑戰

陸、試評我國資訊隱私保護法

制 代結論

^{*} 作者為世新大學法律系助理教授。

電腦與網際網路的發明,對傳統隱私權概念產生極大的衝擊。不論是最早開始建構現代意義的隱私觀念的美國,或是對於依循大陸法系概念的我國,隱私權保護法制面對日新月異的資訊科技,總有捉衿見肘之感。本文嘗試探討幾種隱私權的基礎理論,並分析何種理論較為合適成為資訊時代之下建構相關隱私權保護法制的基礎。接著並將以文中所述之相關理論,對我國的現行隱私保護法制做一簡要之評論。

貳、隱私議題的文化相對論

雖然許多的國家已面臨了因資訊科技所產生的隱私權議題,也因而產生以全球性的方式來解決此一問題的看法¹,但學者間大都認同隱私問題具有文化上的相對性。因此,「每個社會必須以其本身之方式進行研究,敏銳的專注於社會習慣,進而探究是否有以其他措詞為名的隱私規範,並以交叉文化比對的方式去識別其中所有的爭議。」²然而,這並不是說不能做不同文化之間隱私規範的比較。相反的,比較文化間的差異反而能夠進一步的釐清隱私在西方社會的重要。隱私在文化上的重要意義確實左右了某些法律及政策上的選擇。

依據Alan Westin教授的看法來說,在西方社會的歷史中,關於區分政府與其公民之間關係有兩種截然不同的看法。其中一種傳統是限制政府、宗教和經濟當局的監控權力以保護個

人、家庭以及某些特定社群的隱私利益,在歷史當中吾人可發現古希臘的民主城邦、英國新教教派(English Protestantism)以及習慣法(common law)的傳統皆屬於此類。另一方面,斯巴達(Sparta)、羅馬帝國(Roman Empire)、中古世紀的教會以及歐洲大陸的民族國家,則有寬鬆地允許政府、經濟以及宗教當局對於人民之監控權力的現象。³

就如Westin指出的,「美國現今對於隱私採取的態度,源自西方政治歷史中古希臘時代時限制當局對個人與團體隱私活動監控權的傳統。」⁴而美國文化中尊重個人隱私的傳統,更根基於許多美國立國的經驗,例如:西部生活、自封建時代階級制度的解放、國家在新教上的宗教基礎、私有財產制、英國法律傳統等等因素所形成的「個人主義」(individualism)。此外,志工團體(volunteer groups)的發達,適足以提供個人主義者追求自我選擇的私人與公眾生活目標,並進而發展出隱私的概念以對抗政府與公眾強迫性的作為。最後,美國對人權的觀點支持著對政府以及私人權力加以限制,並支持表意與異議的自由,並以制度性的機制來保護這些權利。

此外,志工團體亦補充強調個人主義在追尋隱私以及公共的目標上,對於防備政府監控或強迫性的公開揭露之隱私權已有相當程度的發展。最後,美國對於公民自由的觀點支撐了限制政府和私人的權力、表達和異議的自由,以及實施這些權利之被認可的機制。⁵因此,個人主義的價值標準、參與組織的生活、以及深植於美國社會的公民自由為隱私權提供了一套文化上的基準。

¹ 例如,網際網路上的「電子商務」對許多國家製造了稅金徵收問題上的大麻煩。人們透過網際網路向國外的公司購物並因此規避繳稅給國內政府。See *Cybereconomy Becomes the Blind Spot of Monetary Management*, COMMERCIAL TIMES(Taipei), August 14, 1995, at 7.

ALAN WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 12 (1967).

³ *Id.* at 22.

⁴ *Id*. at 7.

⁵ *Id.* at 27.

然而,在美國文化中具有另一套不同的觀點,主要附隨著 政治上的基本教義派而來,表現出不贊成隱私權的觀點。

在美國文化中的政治基本教義派成為一股主要限制隱私權 的力量。從一個方面來看,這也可說是我們的本土保護主義 (nativist)的傳統中所含有對於外國人的無理仇視、宗教和種 族的歧視以及孤立主義等要素。另一方面來說,這是民粹主義 (populist)的基本教義,相信美國民主制度當中需要沒有隱私 權的公開政治和政府,因此組織團體或政府的程序不應有隱私 的權利。政治的基本教義派也源於美國清教徒的傳統,包括在 道德上的專制主義、對於社群成員私人生活的監控,以及清教 徒對於社會福利的態度,亦即以對貧窮不幸的人們做善事為名 侵犯他們的隱私。⁶

以上兩種不同的觀點在美國歷史中的不同時期中交替成為 當代的「主流」。例如,從1940年代到1950年代早期,基於對 共產主義的擴張和冷戰與原子彈攻擊的恐懼,廣泛的監視行動 被用來找出「有嫌疑的」美國公民。在那個惡名昭彰的麥卡錫 主義年代中,公眾的意見支持了政府的監視行動。然而,在政 治上對於隱私權的平衡終究被恢復,吾人很明顯地可以從1970 年代的隱私權法案和隨後誕生的各種隱私權相關立法中看出這 樣的趨勢。

美國歷史中隱私權的文化關連性在今日仍具有其重要性。 雖然在美國憲法當中並未明白的列舉出隱私的權利,但是卻隱 含了對於隱私權的保護,⁷對於隱私權的重視乃深植於美國文化 中且不容被忽視。使用「遵守國際標準」這種藉口來塑造國內 的法律原則和隱私政策可能無法像滿足其他國家般的滿足美國 國內的需求。8隱私的價值,以及其他像是資訊的自由流通等價 值觀,在美國文化中將變成是否賦與隱私權的考量。美國文化 中對隱私保護的堅強基礎可能會影響國際間加強對隱私利益的 保護。

參、三種隱私權的觀點

雖然從歷史的觀點來看,美國文化中重視隱私的價值,但 對於隱私一詞究竟意義為何,卻鮮少有一致的看法。事實上, 隱私可能有數種不同的概念。以下將提出三種隱私的觀點,此 三種觀點適足以代表隱私權思想學派中的兩個極端以及一個中 間觀點。本文將以這三種觀點來檢視近來由電子科技所引發的 隱私爭議中行政、立法以及司法權的相關決議,並為解決這些 爭議提供學術上的理論基礎。

一、基本權利觀點 (Fundamental Right Perspective)

採取基本權利觀點的人們通常會用一個嚴格的標準來看待 可能侵犯個人隱私的活動。在此觀點中,隱私被視為一種能達 成民主社會中所鼓勵的個人自主權的重要價值之一。根據

Id. at 28.

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 484-85 (1965). 在Griswold一案中,法院陳述: 「我們可知組織集會的權力是憲法第一修正案中的曖昧部分。第三修正案中禁止士 兵於和平時期無所有者的同意而駐紮於任何民宿當中是另一個隱私保護的面向。第 四修正案明白的聲明人民為對抗搜查和扣押而有保障人身、住宅、資料和財產安全

的權利。第五修正案中的陷己入罪條款賦予公民創造一個隱私的範圍使得政府不得 強迫其自首有關損傷自我的事物。第九修正案則提供:憲法中列舉的幾項權利,不 應被解釋成否定或貶低其他人民所保有的權利。」

筆者以為相信一個國家在傳統的隱私觀念下去遵從「國際性的隱私權標準」應不是 一件難事,因為一個國家的文化和國際性的標準間的不相容性是很少的。例如說, 中國的哲學家在西元前三世紀便以發展出一套區別公眾與私人的清楚概念。然而, 在中國漢朝時孔子(551-479 B.C.)的教育觀念變成中國哲學思想的主流,儘管在孔子 的文選集當中可見他已明顯的察覺公與私之間的區辨,但卻未曾喚起關於隱私的議 題。See BARRINGTON MOORE, JR., PRIVACY 221-24 (1984).

Edward Shils的看法,個人自主權包含了做決定的權利、提倡行 為準則的權利、處置財產的權利以及個人或組織依其認為適當 的方式來招募合意人員的權利。9

此觀點相信個人應該保有一個可以不受政府打擾而享受私 密生活的空間。對於此種觀點來說,政府與企業的資訊電腦化 皆如同一種罪惡般地侵害了人民的隱私權,因為過去用來阻止 政府任意入侵的物理以及非物理屏障都可以在資料當事人主體 毫無所悉的情形下被輕易地摧毀。

Edward Bloustein教授的看法是此種觀點中一個經典範例。 他認為隱私利益並非一種財產或名譽上之利益,而是一種精神 上利益, 非來自於創傷、精神疾病和悲痛, 而是一種屬於個體 或自由的利益。10他的主張中認為:

一個人如果被迫生活在所有的需求、思想、慾望、想像或 喜悅都必須遭受公眾監控的生活當中,便是被剝奪了他的個體 性和身為人類的尊嚴。此一個體將被融合於大眾之中。他的見 解因為是公開的,將與大眾沒有什麼不同;因為是被知悉的, 他的抱負將總是傾向於一般大眾所能接受內容;他的感覺因被 公開地展現,通常會失去獨特的個人特質而變成一般人的感 覺。如此一個人,儘管他是有知覺的人,卻不能稱之為一個個 體。11

因此,隱私權所嘗試保護的即是西方傳統思想與美國憲法 中所存在的個體性與人性尊嚴的社會價值。12

儘管對隱私的侵害可能導致工作機會被拒以及經濟上的損 失, Shils認為這些財產上的傷害其實只是次要的。他認為:

對隱私的侵犯是有害的,因為這種行為會介入個人在決定 與其有關事務的權利。環繞著個人的「社會空間」,他過去的 記憶、他的談話,他的身體及其型像,都屬於他個人所有。他 不需要經由購買或是繼承的方式就能得到這些事物。他擁有這 些事物,而且有權因其作為一個文明社會的成員的個人特質而 擁有這些事物。這些事物乃基於人性與文明而屬於個人。一個 號稱人道與文明的社會會承諾尊重這些事物。當缺少對這些事 物的尊重時,也意味著社會逐漸遠離人道與文明。13

Charles Fried教授更進一步的主張:隱私是愛、友誼和信任 的基礎,我們透過這些情感表達我們的人性。¹⁴在Fried的描述當 中,愛與友誼建立在與朋友或愛人自願並互相分享自己所有的 東西。15

不管隱私是否以個人自主、尊嚴、愛、友誼或信任的方式 呈現,隱私都對人性提供了基本的基礎。因此,基本權利觀點 要求憲法除了保障一些列舉的自由權利之外,也必須對隱私提 供憲法上的保護。此外,由於隱私在我們的社會中是一種如此 基礎且重要的價值,因此在司法審查的過程中也應該適用嚴格

EDWARD A. SHILS. THE TORMENT OF SECRECY 22 (1956), (quoted in WESTIN, supra note 2, at 25-26.)

Edward J. Bloustein, Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser, 39 N.Y.U. L. REV. 962, 1002 (1964).

Id. at 1003.

Id.

Edward Shils, Privacy: Its Constitution and Vicissitudes, 31 LAW & CONTEMP. PROBS. 281, 306 (1966).

CHARLES FRIED, AN ANATOMY OF VALUES 143-4 (1970).

Id. at 142-3. 此外,對於他的看法有其他批評家認為愛、信任以及友誼在缺乏隱私 的社會中仍然旺盛。Fried隨後修訂他的論點成為「這些個人關係,以及除了可以估 價的滿意程度以外,皆依賴於自我的安全感,至少有一種自己為自己的主宰的確實 感覺,不是其他人的財產,作為整體來看也不屬於社群的財產。只有假設當一個人 處於確實安全的地方,才能自在且慷慨的表現自己,展現人際關係的可能性」See Charles Fried, Privacy: Economics and Ethics, A Comment on Posner, 12 GA, L. REV. 423, 427(1978).

的審查基準。

就電子科技而言, 儘管基本權利觀點沒有完全否定它的存 在,但是此觀點卻很可能反對許多電子科技的應用,特別是政 府及企業上所採用的電腦技術。例如說,在政府的資料庫中所 儲存的電子化資訊可以被視為創造了一個充滿偏見、部分真實 或甚至完全錯誤之資訊的新資料庫。16此外,它不僅打開了一扇 讓其他人也能審視個人資料的大門,也可能提供政府有關個人 的無效過時資訊。¹⁷政府對電腦科技的其他運用,例如電腦比對 資料 (computer matching) 和柯林頓政府所提出的加密協定,也 就是所謂的Clipper chips晶片18,也產生各種對隱私和正當法律 程序的關切。換言之,基本權利的觀點即是對濫用的恐懼。這 是一種「不願冒任何風險(take no chance)」的觀點,因為太 多的個人利益下臺涉其中。

基本權利觀點注意到在私人企業當中各種資訊的運用也像 在政府部門一樣地具有威脅性,例如個人資訊的商業利用與散 佈、工作場所的電子監控以及對員工的藥物與測謊測試。¹⁹這些

在此舉一例子,有人因為在警察局的資料庫中做不正確的資訊儲存而被控犯罪。然 而所謂「不正確」的資訊實際上是由不完全的'事實'所組成,然後警察看到的那些 被輸入資料庫的不正確資訊是在不同的時期由不同的人所輸入的資訊。See IAN WILL, THE BIG BROTHER SOCIETY 134-6 (1983).

科技或許能強化行政管理上的效益,但在個人隱私方面卻必須 付出龐大的成本,因此一些隱私權提倡者針對現行法規不足之 處提出新法或修正案的建議,企圖減少對這些科技依賴。

基本權利觀點在成本利益分析的計算上願意容許保存個人 自主與人性尊嚴的價值。持此觀點的人們相信個人自主權及相 似的價值都是不可或缺的,科技變遷所增加的效益並不比之更 為重要。因此,他們認為侵犯隱私的成本是高到無法負擔的地 步。

綜上所述,雖然持基本權利觀點的理論家之間的觀察於彼 此之間或有不同,但他們的理論當中仍有某些相似之處。他們 相信隱私權是為保護個人自主權、尊嚴、愛、友誼和信任所必 要的。它是人們無法讓與且與生俱來的的權利,而不是由政府 所賦予的。20隱私作為一種基本權利,應該得到憲法保護,並且 法院對於侵害隱私權的行為應加以嚴格的審查。此外,電子科 技濫用的危險是無可否認的,因此,電子科技的運用應該加以 小心的控制。許多在政府與企業間與資訊相關的作法是無法令 人接受的,因為這些作法違反了正當法律程序以及隱私的權 利。以這個觀點來看,經濟效益增加並不足以正當化法律原則 的改變,尤其是不能改變那些基本權利的原則。雖然新的電子 科技普遍的採用於政府、企業,或甚至民眾的日常生活當中, 不過必須在不損害基本個人權利的前提下才受到此一觀點的歡

二、經濟分析觀點 (Economic Analysis Perspective)

經濟分析的觀點乃基於「對普通法最好的解釋就是由法官

Jonathan P. Graham, Note, Privacy, Computers, and Commercial Dissemination of Personal Information, 65 TEX. L. REV. 1395, 1396 (1987).

簡單的說,「clipper chips」是由柯林頓政府所提議的資料安全裝置。據稱只有資料 的預定接收者可以對由此裝置進行編碼的資訊做解碼的動作。然而不像其他有類似 功能的裝置, clipper chips也給予政府解碼的鑰匙以作為必要時的運用。

例如,在制定電腦比對和隱私權保護法(Computer Matching and Privacy Protection Act)的聽證會上,具代表性的美國律師協會(American Bar Association, ABA) 提議此法案應包含那些在私人企業中的比對行動。See Computer Matching and Privacy Protection Act of 1986: Hearing on S. 2756 Before the Subcomm. on Oversight of Government Management of the Senate Comm. on Governmental Affairs, 99th Cong., 2nd Sess. 27-8 (1986). (testimony of Ronald L. Plesser) (hereinafter, 1986 Hearings)

ROBERT K. OLBERG, Privacy RIGHTS: THE NECESSARY BUT INSUFFICIENT BASIS FOR A CONSTITUTIONAL RIGHT TO PRIVACY 56 (1993). (Ph.D. dissertation)

Richard Posner法官的理論即強調此等觀點。根據他的理論,人們付出成本去隱藏的資訊,然而,對他人來說這些資訊也很可能是有價值的,所以其他人也將付出成本來挖掘這些資訊。因此,有人也會主張「隱私」和「窺探」是兩種消費商品。為了使這些商品可做分析,他們應該被視為中間商品而非最終商品,換言之,「隱私」和「窺探」是一種工具性的手段,而非「品味」這種終極價值觀。這些中間商品僅被看成是在做收益的生產或是其他一些對於效用或福利廣泛性的測量時所投入的手段。²⁴

因為利己主義的關係,所以人們有很合理的動機去窺探。 在人們實際或者潛在的商業或個人關係中存在著對私人資訊的 需求是可以理解的。窺探,據Posner的看法,是「讓一個人對於 他的朋友或同事能夠形成一份更精確的個人寫照,並且這些獲

Richard A. Posner, *Privacy, Secrecy, and Reputation*, 28 BUFFALO L. REV. 1, 2-3 (1979).

得的資訊對他的社會或職業上的交往具有幫助。」²⁵此外,他相信隱私為那些自我隱藏的人們提供了一個機會,人們利用這個機會並且能用不實的陳述來操弄別人對他的觀點。因此其他人具有揭露這種欺騙行為的正當利益。²⁶

就由媒體對於隱私的過度侵犯而論,Posner提供這樣的解釋:人們對是事物所產生的「好奇心」是有差別的,而非隨機或無差別的。人們有選擇性地想知道那些能提供他有用資訊者的生活。例如:富人能夠充當一種角色模範,當我們想效法他們時,對於我們來說,關於他們的資訊就是有用的:對於曾經很富有過的窮人所產生的好奇心也為我們的生活提供一個警告的功能。然而,在富裕的社會中,因為兩個理由使得監視必須付出更高的代價。首先,在富裕社會中生活的人們享受更多祕密並且能避開他人對自己的觀察。第二,時間的價值對於想要花時間去窺探的人而言也更為重要。因此,在收集資訊的成本變得過於龐大的社會中,那些專門從事窺探行為的媒體便扮演一個合法且重要角色。²⁷

根據經濟分析的理論,有兩個因素決定一個特定的活動是 否應受到保護: (1)資訊的本質與來源,以及(2)交易成 本。²⁸對社會有價值資訊的生產符合社會的利益。如果一個人被 迫揭露有價資訊時不能得到任何的回饋,我們就不能期望他會 為了獲得更多的社會有價資訊而付出更多的努力。允許其一些 人變成「搭便車的人」也將勸阻人們從事更多投資。因此在這 兩種情況下,市場經濟將受到傷害。若以「營業秘密」為名對 種種商業構想、計劃和資訊賦予財產權,基於對利潤的期待,

²² *Id.* at 2

²³ Richard A. Posner, *The Right Of Privacy*, 12 GA. L. REV. 393, 394 (1978).

²⁴ Id.

²⁵ Id. at 395.

²⁶ *Id.* at 394.

²⁷ *Id.* at 397.

²⁸ *Id*.

我們就能為資訊持有人創造為社會生產更多有價的資訊的誘 因。社會也因資訊的生產而獲益。因為商品的轉移,此處指的 是資訊,能生產更多有價值的產品並且能更有效的利用資源。29

Posner也主張對隱藏有損信用資訊的行為提供法律保護是沒 有意義的,好比犯罪紀錄、道德偏差行為或是嚴重的健康問 題,因為隱藏這些資訊的目的僅是為了誤導他人做出錯誤的判 斷。另一方面,在某些情況下公領域中的緘默與退出等情形則 與有損信用的資訊無關,例如不希望裸體於眾,對這種保留賦 予財產權是適當的,因為(1)這種保留和有損信用的資訊不 同,並不會帶來社會成本,(2)此種財產權的交易成本很低。³⁰

在Posner的見解中,法律不應該容許所有揭露事實的方法, 而必須考慮到這些方法的交易成本。假如竊聽和其他監控的形 式是普遍允許的,那麼人們在彼此通訊時就會因為他們必須考 量到可能有人竊聽而使得談話變得要付出更多的成本卻更無效 率。因此, 為私人通訊提供法律保護會比允許無條件的監控來 得更有成本效益。然而還是有例外的情況,當私人通訊從事非 法的行為時,通常會造成社會的損失。在考慮非法行為對社會 造成的潛在傷害與監控對其產生的嚇阳力後,就應該允許對非 法行為的監控。31

綜上所述,經濟分析觀點承認隱私權是一種保護交易或商 業秘密的財產權。然而,雖然對於不正當的監控有防止的可 能,但關於個人事實的資訊卻沒有一種一般性的保護。

三、社區導向觀點 (The Community-oriented Perspective)

有一個學派強調應該在個人權利以及公共利益之間取得一 個適當的平衡。儘管此等對於隱私權的特殊觀點也許在每個學 者間或多或少有些不同,但這些觀點之間仍有某些相似之處, 可以被歸納為一種「社區導向」的觀點。更具體地說,社區導 向觀點是一種在隱私理論頻譜當中的中間理論,是一種與佔據 了隱私理論頻譜兩端的基本權利觀點和經濟分析觀點相對的理 論。然而,不論以基本權利觀點或經濟分析觀點的想法都不能 描繪出社區導向觀點當中獨特見解的特性。社區導向觀點需緊 密地觀察其是否表明了對於隱私保護之承諾日達成隱私保護與 所謂的公共利益之間的平衡。

並不像經濟分析觀點主要在於強調公眾整體的福祉,社區 導向觀點也重視個人權利對社會的價值。然而,持此等觀點的 人們肯認個人的社會性本質,該本質可以從人們以社區的形式 聚集活動即可得知。他們相信很少有人真的想要享受孤立於社 會影響力之外的那種「純粹的隱私」。即使真的有這種人,但 是追求「純粹的隱私」卻可能因此導致無法律的狀態而有害於 社會。32因此,即使在衡量的過程後所產生的結果將不同於對於 各個強調不同利益的群體,但是社區導向觀點仍將很小心地去 達成個人對隱私的渴望以及公共利益之間的平衡。

就如同深植於美國歷史當中的個人主義,另一種具有相等 重要性的信念也存在於美國社會當中:必須形成一個能夠達成 制憲者理想的社會。因此,許多有和Louis Nizer相同想法的人們 認同以下觀念:

每個人都有獨處與不受干擾的權利 **但是將這種權利推** 衍至極致時將導致社會義務的毀滅。所以必須以另一種同樣在

Id.

Id. at 399-401.

Id. at 401-403.

³² OLBERG, *supra* note 20, at 78-81.

法律上有堅實基礎的理想來防止此等情況的發生—亦即理解人 是社會性的動物, 並且為了在社會中和平共處, 人們必須放棄 某部分的自我來交換群體生活所帶來的利益。為了保障自由, 在社群生活當中我們被要求放棄某些行為的自由。33

Ruth Gavison教授的見解十分符合此一觀點的要旨,她定義 隱私是「對他人接近個人的限制」,此定義實際上由三個獨立 卻有相關的部分所組成:沒有人有任何關於X(秘密)的資訊、 沒有人注意到X(隱藏身分)、以及沒有人可以接近X(離群獨 居)。³⁴Gavison建議了解隱私價值最好的方式就是檢視隱私的 功能。因此隱私被描繪成一種手段並且渴求以此手段與其他隱 私所提倡的目標進行結合。Gavison認為只有在下列兩種狀況下 對隱私的渴求才具有正當的理由:第一點,由隱私所結合與促 進的那些目標是被認為重要的;第二,那些目標與隱私之間的 關係是被是被良好地建立著。此外,也必須為人們為什麼需要 隱私提供合理的理由。如此一來,保有隱私的期望將優先於對 隱私加以侵犯的期望。在某些案例中,那些正當的理由也可以 解釋為什麼我們相信即使在人們並未選擇隱私的情形下,他們 仍需要隱私。³⁵

作為一個出發點,Gavison認為也許在全然缺乏隱私的狀態 下(意指能完全並且直接地接近一個人,完全且直接地知悉個 人資訊,以及對個人持續的監控),很可能能夠讓人方便且有 效率地去預期他人的行為,並且確定他人不會有欺騙自己的行 為。世界將變得更安全,因此我們用來保護自我的時間和資源

將可轉而用在更有生產力的地方。³⁶

然而.根據Gavison所言,全然缺乏的隱私不但是不切實際 的,並且必須付出龐大的代價。我們現在享受某些程度的隱 私,某部分的隱私是不能被輕易剝奪的。此外,全然缺乏隱私 所造成的舒適感其實是誤導人的,因為有些人類的行為僅在至 少有一些隱私的狀況下才會有意義。危險與惡意的行為也許會 消彌,但是我們的私密的告白、幻想與驚喜也會跟著消失。我 們也許會試著壓制不被接受社會多數標準所接受的感覺並且抹 去記憶,但這種服從的天性將因此毀滅個人的獨特性,其毀滅 的對價對於我們是過於昂貴了。37

因此,社區導向觀點中認為到以下兩種考量是相關的。第 一個是我們應如何形成「個人」的概念?以及,人們被允許採 取何種行為,以達成自我實現?第二個也就是我們希望建構哪 一種社會。³⁸

關於第一個「個人」概念化的考量上,社區導向觀點將隱 私的功能結合了心理健康、自治、成長、創造力與形成有意義 人際關係的能力。第二個考量上,此觀點強調我們要一個不妨 礙成員完成自我目標實現的社會。此外,隱私保護也與維護當 代社會中,我們視為一個良好政治制度的民主機制有關。39

因為隱私用於增進心理健康、自治、與人際關係,以及支 撐一個健全的民主系統,因此必須為隱私的保護做出明確規 範。40在現代社會中特別是如此,因為監控技術已變得十分先

Louis Nizer, The Right to Privacy: A Half Century's Developments, 39 MICH. L. REV. 526, 529 (1941). (cited from OLBERG, id., at 81.)

Ruth Gavison, Privacy and the Limits of Law, 89 YALE L. REV. 421, 428 (1980).

Id. at 441-442.

Id. at 443.

Id. at 443-444.

Id. at 444.

Id. at 448-456.

進,使得過去對於隱私保護的程度已不足夠。⁴¹這些因素最終會 達到平衡,而在下一章中,將繼續討論由誰來決定這些制度。

然而,在社會上某些涉及他人重要利益的情況裡,對隱私 保護的要求並未排除對隱私之限制性可能性,例如:執法、言 論自由、研究以及證據資料。42在謹慎權衡隱私與其他糾葛的利 益之間的平衡時,必須要決定在隱私與其他的利益之間,哪一 項是優先考慮的要點。

此外,民主不必然包含自由主義思想。民主政府可能會限 制某些自由權利以保護公眾的福祉,但是必須維持政治活動之 自由性,使得這些限制在未來民主的過程中能有所調整。隱私 是十分重要的,其提供群體在其意見受到公眾審查前,得先進 行群體之間討論,以及協商的機會。若缺乏隱私,這些群體之 間的互動將無法進行,使得民主制度很可能處於危險狀態之

社區導向觀點認為隱私的作用在於促進自治以及人際關 係,這種觀點與基本權利觀點一樣,均認為自治與人際關係是 社會中一種重要的價值觀。然而,它的看法和基本權利觀點仍 有不同,其與個人主義為基礎的基本權利觀點差異處在於,社 區導向觀點強調:隱私值得保護的主要原因在於,隱私對於社 會的有益性。因為社區導向觀點認為隱私侵害具有重要社會 性,以及討論侵害的範圍並不是那樣有意義,而這兩個原因將 擴大社區導向觀點與基本權利觀點間之差異。例如:在機場檢 查行李的行為被某些隱私擁護者,特別是自由主義者所批評,

但就採取社區導向觀點者,這種行為是可以被接受,因為他們 認為這種檢查行為是確保公眾安全之必要手段。然而,當侵害 隱私手段的必要性減低,以及侵害之權利本質變得有意義時, 兩種觀點間的界線可能會變的很模糊。

不過,基本權利觀點傾向於將合憲性問題採取嚴格審查標 準,而社區導向觀點則傾向於平衡各種利益,包括抽象上由公 眾安全、或公共利益所抽離出之非特定個人利益。

功利主義的社區導向態度當中很可能被質疑其近似於經濟 分析導向或甚至導致多數的暴力。然而,只要是司法審查的功 能健全就不可能有多數暴力的情況發生,因為依社區導向觀點 來看,個體權利的利益與功利主義者的利益應作相同之權衡。 此外,此觀點認為利益權衡過程所獲致之結果,可作為更具重 要性且較小侵害程度利益之理性支持,此亦可比擬為經濟分析 觀點中的成本利益分析。但不同於經濟分析觀點僅僅強調可分 析或可計算的要素,社區導向觀點當中著重某些基本價值,如 自治、人類尊嚴、愛與友誼等要素,劃清其與經濟分析觀點間 之界線。即使社區導向觀點以不同的方式來闡釋這些價值觀對 於社會的功能,但在進行價值權衡的程序中,社區導向觀點仍 將與經濟分析觀點之「純粹成本利益分析」有所區別。

肆、三種觀點的分析

經濟分析觀點當中,除了在營業秘密以及私人通訊隱私兩 部分外,否決了其他隱私之價值。在營業秘密部分,將隱私視 為一種財產權;在私人通訊之竊聽或偷聽行為中,隱私權可提 供了通訊者交換意見的安全環境。隱私可避免必須舉行太過於 正式,或者不具資訊交流意義的會談,因為在上述的環境中, 個體在與他人溝通將戴上一層面且而無法在談話當中對他人表

Id. at 465.

OLBERG, supra note 32, at 80.

Gavison, supra note 47, at 456.

達自己的真實意圖,因此將導致溝通成本的增加。經濟分析觀 點為上述兩個部分提供有利之隱私保護的理論基礎。

Posner的主張雖可作為經濟分析觀點之範例,然而,就個人 資訊 或屬於個人的事實不屬於隱私保護範疇這部分仍有疑義。 正如某些學者指出,基於以下理由而無法接受Posner的主張:

一、Posner的主張中認為,若允許隱瞞秘密將會減少社會財 富這點並不必然正確。保護隱私免於被強制揭露的法律儘管降 低了希望獲得資訊者之財富,也同時的增加那些擁有資訊且不 欲其受到揭露者之財富。因此,以Posner的主張來看,社會總財 富必然會增加這點並不明顯。然而,不希望其不名譽資訊被揭 露的群體經常是相對弱勢的,而通常蒐集此等資訊之群體,乃 用以歧視其他弱勢團體使之地位更不利。因此,此種隱私保護 法律將會對創造更平等分配財富之方式產生影響。44

然而若考量到處理的成本,若想要使用個人所有不管是否 為丟臉與否的資訊,都會因為當事人很可能想要從中獲利而增 加了個體間的談判。如此一來,個體談判時的資源消耗將增加 處理過程中社會資源的浪費,而有時個體談判的成本將妨礙個 體相互間一致利益的達成。因此,允許個體隱瞞資訊也許也可 能防止社會資源的浪費。45

二、儘管Posner正確的指出了為防止在通訊中的竊聽行為 (除了反犯罪的行動以外)提供隱私保護可以降低外部效益 (資訊便車行為)以及因此可減少在通訊當中不必要的成本, 但是他的理論應該更進一步的擴展致個人隱私的範圍。讓個體 擁有隱私權通常能夠降低對於身為資訊主體之成本負擔者在資

訊流通時所產生的不公平外部效益。例如,當雜誌出版商販售 其訂戶名單給郵購公司時,出版商通常沒有考慮到在此名單的 訂戶並不想要付出受到郵件或是電話騷擾所生產的成本。然 而,在資料交易過程中訂戶很可能在根本沒有獲得任何的好 處,還必須受郵購公司的騷擾。假如這些被騷擾的訂戶擁有隱 私權,則雜誌出版商將確實的提供訂戶一種動機,例如說減少 訂戶的訂閱費以鼓勵訂戶授權雜誌社可接露訂戶的資訊。如果 出版商有兩階段的訂戶政策,願意讓出版商販賣其資訊的訂戶 可以享有低價優惠,其他認為隱私比價格優勢更具價值的訂戶 則付出較高的訂購價格,那麽市場導向經濟就可能運作的非常 好。46因此,因為資訊被視為一種經濟商品,而為了達成這樣的 想法,則必須賦予資訊主體隱私權以減少為降低防止不公平資 訊流通所產生的外部效益。

三、儘管經濟學者通常忽視對於自治、愛與友誼的隱私渴 望,但是正如這些學者對於市場導向經濟的防衛一般,在我們 的當代社會有另一股力量持續著強調個體自由權的主張。我們 可以更清楚的將模糊的個體自由權的想法說成是在我們的觀念 中一個個體到底需要些什麼。通常我們同意所謂的自由權應該 是允許一個人發展其自我意識,換言之,就是鼓勵自我實現以 及自我決定。在被強迫接露個人資訊的情況下,自由權可以讓 人們在不想被接露過去的情況下,有機會去發展不被揭露的能 力。因此,隱私提供了個人能擁有自我決定的環境,未來在我 們的社會中,個體自由權很可能被視為是重要一種重要的權 利。47

C. Edwin Baker, Posner's Privacy Mystery and the Failure of Economic Analysis of Law, 12 GA. L. REV. 475, 477-478 (1978).

⁴⁵ *Id.* at 478-479.

Anthony D'Amato, Comment: Professor Posner's Lecture on Privacy, 12 GA. L. REV. 497, 500-501(1978).

Baker, supra note 57, at 479-480.

四、如果Posner所觀察的現象「大部分的立法皆隱含著經濟學的邏輯」⁴⁸是正確的話,則這近十年來的立法趨勢則讓Posner感覺到所謂的「不可思議」,也就是說,近十年來的立法趨勢對於組織或商業行為的隱私保護越來越少,而對於個人的隱私保護越來越多。⁴⁹這種趨勢的形成是因為某些非經濟學上的價值觀在立法過程中也是重要的考量。因為商業行號純粹的由經濟刺激所驅策,所以「商業隱私」通常被用來為公司生產更多的利益。針對這點而言,隱私對商業行號來說是達成更多利益目標的中間商品。然而,人們並非總是以經濟刺激為動機,有時人們會因為自己的緣故而想要保持某些價值觀。比如說我不願出賣我的隱私,就好像我不願出賣我的尊嚴。⁵⁰因此,Posner將隱私描繪成具有中間商品特性的論點是有瑕疵的,而這錯誤對於人們如何看待隱私將有明顯的衝擊。

就像 Fried指出」經濟學的合理性並非單單用來解釋為何諸如竊聽、在家中裝設攝影監視器、徹底的搜索關於個人資訊的私人紀錄,以及其他環繞人們身邊類似的隱私侵犯行為是不正直的。 Fried的觀點認為經濟上的合理性必須起始於某些道德上的基礎。」 ⁵¹因此,要評估隱私的重要性必須認清這些非經濟上的價值,否則,當人們試著去描述普通法所蘊含的經濟邏輯時,任何的評估都將會遺漏近來隱私立法的邏輯。 ⁵²

基本權利觀點的主要論點是在於如果一個人不能發展自身的安全感,自由權將變得毫無意義。隱私將提供個人一個發展 自我實現及自我決定的環境,倘若一個人缺乏隱私,在監視的 環境之下無法給予其反覆試驗、不斷摸索的機會,而他成長的機會也同樣被抹煞了。一個人的行為曝露在眾人注視之下將使得他遵照大多數人的準則,喪失了個人的獨特性。保護隱私指的是保有自治權和人性,並且大多數人會同意這麼做是為了社會目的。然而,基本權利觀點也同樣具有與生俱來的缺點:

根據這個觀點,隱私的中心概念是一個人應該被允許發展 自我意識,決定什麼是對自己最好的。隱私也意指個人的事務 能免於他人的介入。個人隱私的侵犯是指違背了個人被允許以 自我方式呈現於公眾面前的概念,簡單的說,一個人擁有決定 什麼是最適合自己的能力。如此一來,個人尊嚴將被降級並且 喪失培養自治能力的機會。

雖然基本權利觀點牢固地結合隱私和自由權,但一個極度 保障人民個人隱私的社會並非必然給予人民極度的自由。相反 的,單獨強調隱私可能會導致社會自由放任,甚至走向自我毀 滅。「提倡人們有不受干擾權利的觀點就等於提倡無能的法 律,人們就可以此觀點聲稱法律不適用於個人的生活。這種觀 點不僅認為政府不能規範人民的思想,也不能規範人民的行 動,因為個體具有選擇獨居的權利」。⁵³如果就因為人民要求 「不受干擾」而使得社會不能要求人民納稅、服兵役或是懲罰 犯罪,那麼將明顯的使社會不能保持自由權。⁵⁴

此外,當牽涉到一個人以上的隱私時,隱私在理論上和實際上附著於人性尊嚴或自治權的看法將開始變得不確定。保護一方認為對自己最好的事物有時會與另一方所認為對自己最好的事物有所抵觸。這點矛盾可以藉由以下一種叫做「來電顯示」的現代科技的實例來說明,「來電顯示」是將撥號者的電

Posner, *supra* note 35, at 422 (1978).

⁴⁹ *Id.* at 405.

D'Amato, *supra* note 59, at 499-500.

Fried. *supra* note 26, at 428.

⁵² Id.

OLBERG, supra note 20, at 9.

Gavison. *supra* note 34, at 437-438.

話號碼甚至名字顯示在接收者電話的連接設備上,以便接收者 能知道是誰來電。假如在實際的通話前就先揭露撥號者的姓名 或電話號碼,如此一來,撥號者的尊嚴會背降級,但是如果隱 匿關於撥號者的資訊也可能讓接收者接到不想接的電話,如此 同樣也使得接收者的尊嚴降級。如何使雙方擁有同等的尊嚴實 在是無法解決的難題。

同樣地,認清在我們社會中所賦與的隱私價值,社區導向 的觀點強調在隱私和其它同樣重要且合法的利益間取得平衡。 然而,當那些利益取得平衡時,社區導向的觀點建議我們應該 把隱私所提供到社會中的數個重要功能牢記在心,也因此,我 們應該對隱私作出承諾。換句話說,保護個人隱私通常是受到 支持的,除非平衡的結果被認為不適當。

與其它兩種觀點相比,社區導向的觀點是引導我們在社會 中應該如何看待隱私的較佳觀點。僅管隱私在社會中所提供的 正面功能值得我們去保護它,但誠如前述,單獨強調隱私可能 會導致一種法律無能與社會失序的狀態。所以,當我們在推動 自治權的同時,也應該限制隱私所能觸及的範圍。此外,當人 們在享受社會化的生活及社會所提供的服務時,人們必須放棄 一定程度的隱私來確保社會的續存。在機場掃瞄行李的行為是 一個很適當的例子,為維護公共安全,這麽做被認為是一個可 以接受方法。

此外,社區導向的觀點主張組織或個人的隱私直接或間接 地促進民主制度,是一種對於我們社會較佳的政治制度。然 而,制定決策的民主過程卻侵犯了個人的隱私。儘管我們知道 並非所有的決策都是合理的,但有些不合理的決策在司法審判 之後還是存留下來。而這些無法保護隱私的決策可以就社會需 求的方面來解釋。

換句話說,在某些特殊的案例中,如果對於保護隱私的需

求比其他的利益還重要的話,社會將做出保護隱私的決策,反 之若社會中其他利益重於保護隱私的需求,則隱私保護的政策 將做出讓步。

此外,社區導向觀點為現代社會的隱私做出更適當的承 諾,因為現代電子科技可能會對隱私造成潛在的傷害。社區導 向觀點主張:

官僚政治本身具有成為資訊末端的闢性,而資訊科技則增 強了這種癖性。一個複雜的現代社會需要紀錄大量的事實資訊 以作為參考的方法:人民與政府間以及人民與人民之間社會互 動的史實。就政府而言這種資訊紀錄的範圍必須清楚的定義其 界線,此範圍也相同的適用於政策與安全機構。首要的原則必 **須使社會的紀錄免受於被設計製造成是一種有以及且誤導性的** 劇本。在紀錄中無法容許有成見的觀點,也摒棄任何有偏見的 事務。55

對於隱私的確實承諾將保證不以機器提供的陳舊或有偏見 的資訊去做出對於個人的權利或利益有所影響的決定。同時, 如同某位學者所陳述的「科技不是一種命運而是一場奮鬥」. 科技是在做文明選擇的爭論及決定時的社會戰場。56社區導向觀 點認可此等奮鬥的需要,並且因此在某些場合允許為了相互利 益而放棄隱私的可能性,就好比行李掃描的例子。然而,對於 隱私的積極承諾將不時的提醒人們隱私的重要,即使人們並不 了解隱私的重要性,並且為居住在現代社會中,並且通常依賴 於自己權力無法掌控的電子科技下的人們提供了一種更好的平 衡。

WILL, supra note 16, at 144.

ANDREW FEENBERG, CRITICAL THEORY OF TECHNOLOGY 14 (1991).

社區導向觀點雖然較適於隱私的保護,但在現代中也面臨 其本身的挑戰。抽象地說,社區導向觀點除非是基於公共安全 之類的原因外,通常會選擇隱私的保護。一般的社會大眾應該 有能力去決定是否強制執行公眾利益比保護個人隱私更重要。 此外,我們瞭解現今的生活文化將對人們想要什麼樣的隱私及 與他人互動方面產生很大的影響。然而,社區導向觀點卻很難 明白地為網際網路世界中的」社區」下定義。

舉例來說,在Miller v. California⁵⁷一案中提到,法院對猥褻內容的認定與否,其決定都應根據共同一致的標準,因為法院不能肯定是否此類固定的、一致的全國性標準能夠在50州中逕行不悖,即使是存在一致性的前提假設之下。然而,當我們面臨United States v. Thomas⁵⁸這新近的案例時,就是將對」社區」的傳統認知做一重新檢視的時刻。在Thomas的案例中,被告是加州的一位電子佈告欄管理者,因為涉及藉由電子佈告欄散佈猥褻照片及寄發猥褻影像給在電子佈告欄上回應的使用者,被田納西州曼菲斯市的陪審團宣判有罪。關於這項判決,在對法院提出的amicus curiae意見書當中,一個專注於發展電腦通訊系統、並且向公眾開放以及維護電腦使用者權利的非營利組織Society for Electronic Access提到,對」社區」的定義若過於區域性,在論及現代科技時將顯得不適當。⁵⁹

假如法院採取巡迴法院的看法 僅以狹窄的地理區域定 義社區標準而不考慮以存在於社區中的特殊科技來定義社區標 準 最保守的司法權限下的社區標準將很可能規定可從國家

⁵⁸ 74 F.3d 701 (6th Cir., 1996).

網路上取得的資訊。這種結果直接的違反最高法院對於社區標準測試的主要原則,那就是尊重國家內不同社區間的差異性。⁶⁰

儘管目前仍處於初期階段並且面臨政府的反對⁶¹,「虛擬社群」的概念逐漸成型而且受到網際網路世界中許多人的支持。舉例來說,在電子前線基金會(The Electronic Frontier Foundation)所維護的一個電腦資料庫中,收錄了一篇Howard Rheingold所撰寫的文章,內容提及他如何解釋虛擬社群以及描寫他在虛擬社群中的一生:

現今的虛擬社群是一群可能素未謀面的人,藉由電子佈告欄和網路做言語及思想的交換而成。在網路世界中,人們攀談或爭辯、從事思想交換、分享情感託付、制定計劃、腦力激盪、散播流言與爭吵、墜入愛河、結交朋友與失去朋友、遊戲與調情、創造藝術或只是漫無目的閒聊。在網路世界裡,我們可以做當人們聚集時所做的每一件事情,只不過不同的是我們透過電腦螢幕利用文字,而將我們的身體留在電腦螢幕前。數以百萬的人們已經透過電子的手段建立不受時間與空間的影響,且混和著我們的身分以及互相彼此影響的社群。因此十年內,我目前少數人的虛擬社群生活方式現在可能會變成大多數人口的生活方式。62

如果虛擬社群的概念能被法律所接受,則以上討論隱私中的社區導向觀點可能需要一個新的解釋,使得社區導向觀點能 夠與虛擬社群的發展一致。如果社區導向觀點中的社群被侷限 在本身嚴格的地域性定義中,那麼由跳脫地域界線的人們所組

⁵⁷ 413 U.S. 15(1973).

^{59 1995} COMPUTER INDUS, LITIG, REP. (Andrews) 20535-6.

⁶⁰ *Id.* at 20536.

⁶¹ 政府聲稱*Miller*案的社區標準檢測方式仍適用於*Thomas*案。此外 ,「企圖去定義一個包含有愛荷華洲的農場主人、拉斯維加司的賭場大亨、冰島漁夫[sic]以及西藏僧侶的社區之標準是很不切實際的。」 *See id.*, at 20671-2.

Howard Rheingold, A Slice of Life in My Virtual Community (electronic ed. 1992).

成的虚擬社群其文化將會如何?當電腦網路不斷發展並互相連 結到世界各處時, 社群導向觀點必須考慮到那些利用特定技術 和習慣的人們,否則社群導向觀點的傳統文化關聯將會喪失其 重要性,就如同Thomas案中所提到Society for Electronic Access 的觀點。63

陸、試評我國資訊隱私保護法制 代結論

我國憲法雖未明示隱私權為憲法所保障之人民基本權利, 然而诱過對憲法第二十二條的解釋64,人民之隱私權仍受憲法所 保障。實務上亦有大法官會議釋字第二百九十三號解釋,诱過 闡釋銀行法的相關爭議,明白肯認隱私權的存在與其必要性。⁶⁵ 此外,民法第一百九十五條對於隱私受不法侵害之情形,亦可 請求非財產上之損害賠償。66然而,縱使民法對隱私權侵害的行 為加以規範,但對於資訊化社會中普遍存在的對於個人資料之 蒐集、處理及利用行為,是否能直接引用民法規定加以限制, 則引起學者懷疑。「鑑於電腦資訊技術的發展提供個人或事業 收集、處理、散布足以侵害人格權之信息的利器,引起單純收 集、處理與他人有關之信息是否應予禁止的問題。由於在單純 收集或處理的階段,對於人格權還未至侵害的程度,而只是有 侵害的潛力,所以除非立法特別加以規範,原則上應為法律所

容許。」67也因此透過民法對人格法益的保護來因應各種新興科 技對隱私與個人資料的威脅, 實有力有未逮之感。

我國於民國八十四年制訂公布了「電腦處理個人資料保護 法」(以下簡稱「個資法」),即為填補個人隱私保護法制的 不足。68然而值得注意的是,縱使我國在該法案研修過程之中參 考了許多歐洲國家中資料保護相關法律,然而該法律能迅速通 過的原因之一,卻是政府察覺台灣的經濟利益發展與隱私法案 有一致性,期望透過制訂對個人資料保護的法律,改善台灣與 歐洲國家之間的貿易關係,並避免歐盟以個人資料保護法制不 足的理由對台灣進行貿易制裁。69因此筆者以為,我國資訊時代 新的個人資料保護法制之所以建立,是基於政府功利主義態 度。而基於功利主義所建立的個人隱私法制,如果適用在一個 仍未充分體認到隱私與個人資料保護重要性的社會中,可預見 地,其成效將不理想。

相較於民國八十四年立法之初,我國民眾普遍而言並未對 個人資料保護的重要性有清楚的認識,近幾年因個人資料資濫

supra note 59, at 20535-6.

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。」

釋字第293號解釋:「銀行法第四十八條第二項規定 旨在保障銀行之一般客戶 財產上之秘密及防止客戶與銀行往來資料之任意公開,以維護人民之隱私

民法第一百九十五條第一項:「不法侵害他人之 ,被害人雖非財產上 隱私 之損害,亦得請求賠償相當之金額。」

黃茂榮,一般人格權及其保護,軍法專刊第四十五卷第三期,第五頁。

電腦處理個人資料保護法第一條:「為規範電腦處理個人資料,以避免人格權受侵 害,並促進個人資料之合理利用,特制訂本法。」

最初在制定隱私保護法案時,個人隱私的經濟利益的考量佔據了相當的因素。由於 在文化與社會中缺乏隱私的體認,因此行政院於民國八十二年一月通過個資法草 案, 並將之送進立法院之後, 國會一直到八十三年十二月以近兩年的時間才將該法 案一讀通過。然而,一旦政府體認到在與歐洲國家進行貿易行為以及參與國際商業 組織的過程中,資料隱私法制是不可或缺之時,個資法法案即被納入推動亞太營運 中心優先審查法案名單之中,國會亦配合將該法案與其他同列優先審查名單的法案 (例如電信三法)迅速通過。參見「電腦處理個人資料須經許可政院通過保護法草 案違反規定應負損害賠償責任」,聯合報,民國八十二年一月八日,第一版。 「『電腦處理個人資料保護法』草案立院初審通過公務及非公務機關個人資料 當 事人有查閱權 1 , 聯合報 , 民國八十三年十二月十五日 , 第六版。「亞太營運中心 法案過四件」,聯合報,民國八十四年七月十三日,第十九版。

用情形時有所聞,已造成民眾憂慮,並進而提升其對隱私保護 的意識。70法務部針對電腦與網際網路蓬勃發展,意識到現行電 腦處理個人資料保護法對個人資料隱私保護,確有不週延之 處,實務上也發生許多窣礙難行困難。因此於今年四月提出 「電腦處理個人資料保護法」修正草案,對該法內容進行大幅 度之修正71。

244 人權保障之理論與實務2005

我國隱私保護法制發展,於不同的時間與程度上反映出本 文前述三種隱私的觀點。與基本權利觀點相近的憲法保障以及 民法將隱私視為對人格此一非財產上的法益保障,雖為我國隱 私法制的基礎,但實務上卻無法充分因應資訊社會快速發展下 各種對個人資料與隱私的威脅。後來雖以近乎經濟分析觀點的 功利主義態度於民國八十四年制訂公布「電腦處理個人資料保 護法 1 , 然而當民眾並未有充足的隱私保護意識之時 , 該法的 執行成效亦隨之大打折扣。近年隨著許多濫用個人資料的新聞 事件因影響範圍廣大而逐漸為大眾所注意,社會對個人資料保 護議題亦逐漸關心。政府於此時針對「電腦處理個人資料保護 法, 進行大幅度之修正, 若能從社區導向觀點出發, 進行公共 利益與個人隱私需求的平衡,應可切合我國社會的需要。

近幾年大量個人資料遭違法利用情形已逐漸為大眾傳播媒體所重視,例如:「扁 馬私密地政膳本E覽無遺」,中時電子報,92年11月14日, http://tw.news.yahoo.com/2003/11/14/society/ctnews/4366920.html (last visit 2003/12/5) (台北市議員質疑地政電子謄本核發,造成個人資料外洩。)

[「]客戶資料外洩案財部嚴懲花旗」,中國時報,財經產業,92年11月26日, http://ec.chinatimes.com/scripts/chinatimes/iscstext.exe?DB=ChinaTimes&Function=List Doc&From=11&Single=1 (last visit 2003/12/5) (美商花旗銀行台北分行信用卡客戶資 料外洩疏失案,財政部正式完成調查與處置報告,認為花旗銀內部控管確有三大嚴 重缺失,決定對花旗銀施以兩項嚴厲處分)

[「]徵信破大洞、趙詠華丈夫、身分證未丟遭冒用」,中國時報,社會綜合,92年11月 25 . http://ec.chinatimes.com/scripts/chinatimes/iscstext.exe?DB=ChinaTimes&Function= ListDoc&From=12&Single=1 (last visit 2003/12/5) (偽照集團冒用身分證導致受害人 個人信用破產,連藝人都遭殃。)

^{「『}行動銀行』業務惹禍,遠傳電信否認洩露用戶資料」,iThome電腦報,90年3 月22日, http://sg.ithome.com.tw/search.html?key=%BB%B7%B6%C7+%AD%D3% A4H%B8%EA%AE%C6&Submit=%B7i%B4M (last visit 2003/12/5) (立法委員黃顯 州於今(22)日上午指出遠傳電信違反「電腦處理個人資料保護法」,私自提供用 戶資料給集團內相關企業遠東商業銀行,作為該行推銷信用卡之用。)

^{71 「}電腦處理個人資料保護法修正 未來民眾可提民事賠償」,東森新聞報,92年4 月10日, http://www.ettoday.com/2003/04/10/327-1438304.htm (last visit 2003/12/5)根 據法務部修正草案之最新版本,此次修法的重點如下:

將人工個人資料併予納入保護,不再以經電腦處理之個人資料為限,名稱亦將修正 為「個人資料保護法」。

擴大適用主體範圍,刪除現行法對民間團體適用之限制,亦即任何團體或個人蒐 集、利用個人資料,均需符合本法的規定。

增訂間接蒐集的告知義務,亦即非由本人主動提供者,除合於本法規定得免告知情 形外,資料蒐集者需將該資料來源、蒐集目的、用途等事項,告知本人。

為防止個人資料遭濫用,政府主管機關得進行檢查及為必要之處分,以強化行政監督。

協助成立財團法人等民間團體,規定其得接受民眾申訴及委託,代為向侵害其個人 資料者行使相關權利或提起訴訟。

加重違法者之法律責任。

校園人權的實然與應然

從「一隻鞋」談記

李建良*

目 次

壹、引言:「一隻鞋」的故事

伍、救 濟

貳、「管教」措施所涉及的學

一、行政爭訟

牛人權

二、國家賠償

參、校園人權與法律保留原則

陸、結語:「人權教育」應從

肆、「管教」措施的實質正當性

保障「教育人權」做起

壹、引言:「一隻鞋」的故事

某年某月的某一天,台北市立某國中的一位參加暑期輔導 的學生,因為球鞋前一天被雨淋濕,而改穿另一雙藍色球鞋到 學校。因該班訂有班規:「如果穿黑白以外顏色的鞋子來校, 會保管一隻鞋子,於學期末歸還。」經班上同學向班導師報 告, 班導師乃依班規沒收了該生的一隻鞋子。到了中午放學時 間,班導師沒有把鞋子還給這名學生,即行離校。這名學生在 不得已的情况下,打電話告知家長。當日下午二時,這名學生 的父親到校質問,由訓導主任及另位導師處理。經過一番溝 通,原已將鞋子還給學生,不料該班導師自外返校,堅持依班 規處理,一時之間,場面尷尬。於是學生父親要該生把那隻鞋 脱還老師,然後叫他自己回家,並且警告學校,如果孩子因為 只能穿一隻鞋回家而在路上有任何意外,學校要負完全責任, 隨後便自行開車離去。就這樣,這名學生穿著一隻鞋,一拐一 跳的步行回家了。

這則發生在台北市校園的實際案例,暴露出校園人權實然 面的一角,雖然爭執的標的只是「一隻鞋」,但其中所存在的 問題卻不僅一端。從憲法保障基本權利的觀點來看,在這事件 中,這名學生的哪些權利受到影響?財產權?人格權?班導師 的作法是否需要法律依據?依據何在?班規或校規能否作為依 據?「保管」一隻鞋子的正當性如何?是否合乎比例原則?這 名學生或其家長能否提起救濟?如何救濟?有無賠償的可能? 以上提問,為審度校園人權應然面的基本議題。約而言之,此 一事例足供檢視牽涉學生權利、法律保留、措施正當性、司法 救濟等問題的起點。為集中論述的焦點,本文所談論的「校 園」人權,僅限於國中及國小,且以「管教」措施(特別是

作者為中央研究院社科所副研究員。

「體罰」)為對象,至於高中以上學校及其他如記過、警告等 懲戒處分¹,則不在討論範圍,特此指明。

貳、「管教」措施所涉及的學生人權

姑不論首開事例中,班導師的作法是否合法、適當,應先 思考的問題是,當中涉及學生何種基本權利,這是處理人權問 題的首要共通課題。顯而易見的是,該生的財產權受到侵害, 因為,球鞋屬於個人的私有財產,為憲法第十五條所保障, 於其「所有權」誰屬(該生或其父母),則無關緊要。比較 得討論的是,學生的「名譽權」或「人格權」是否受到影響。 此一問題應是肯定,因為,該生的一隻球鞋被班導師「保管」 後,必須以「單隻赤腳」往來於校園之間,接受師生異樣眼光 的巡禮。甚至到了放學之後,還要以此「怪異模樣」穿行於街 道等公共場所。經此一遭,要不在他的心靈留下陰影也難。 此外,該生單隻赤腳步行回家,隨時可能因長時間摩擦或踩到尖 銳物而受傷,其「身體權」處於受侵害的情境,亦無可否認。

在當前校園的各式「教學」或「管教」措施中,學生人權 受到侵害的程度,比諸上述情形,有過之而無不及者,雖不致 俯拾即是的程度,也稱得上是層出不窮。以下僅擇數例予以說 明,俾供後續討論的基礎。

就所謂「體罰」而言,基本的類型大體有四2:

- 1.鞭打:諸如打手心,打臀部,打耳光。
- 2.激烈運動:諸如罰跑步,伏地挺身,青蛙跳。
- 3.過度從事特定行為:諸如過度罰勞動服務,過度罰抄課 文。
 - 4.維持特定姿勢:諸如長期端坐、站立、半蹲、罰舉重物。 就具體事例,尚有:
 - 5.於上課時間,要求學生到教室以外(例如教務處)罰站。
- 6.於下課時間,要求學生罰站在眾人看得見的地方,例如在操場、走廊或是校門口罰站,或在身上掛著如「我是大嘴鳥」的告示牌,或要求其吃奶嘴罰站。
- 7.將犯錯的學生叫上司令台,要其他學生對犯錯的學生盡量 吐口水。
 - 8.沒收學生帶到學校的手機,或在司令台上當眾摔毀。
- 9.教師以破損的塑膠碎片在學生手背上畫類似圓形的記號, 藉以告訴學生,「自殺」是非常痛且不負責任之行為³。
 - 10.對於違規者施以關禁閉或課後留校特別輔導4。
 - 11.對於不合髮型規定的學生,施以「剃光頭」的處分。
- 12.因學生未依規定將鋁箔包垃圾分類,命令學生將鋁箔包 撕碎後吞食。
- 13.教師為調查學生是否攜帶不良書刊或手機到校,利用學生參加週會或其他活動而不在教室的機會,對其書包進行搜查。
 - 14.對於犯錯學生上手銬5。

基本上,學校(教師)對於學生所實施的懲戒措施,廣義而言,包含教學上及維持 紀律與秩序的措施,又可分為事實行為之措施,如訓誡、叱責、罰站、罰值勤 (日)等;以及法律上的措施,如退學、休學、警告等是。請參閱陳志全, 教師 懲戒權之探討,《法律評論》,第61卷,第11、12期,1995年12月,頁28-31。

請參閱秦夢群, 教師懲戒權之探討 ,《政治評論》,第597期,1992年9月,頁31;莊繡霞,《論學生基本權之保障 若干教育法制之憲法問題》,台灣大學法律學研究所碩士論文,1996年,頁161以下。

^{3 2003/06/15,《}聯合晚報》。

⁴ 例如:某教師因其擔任導師班級常失竊,某日上午發現係乙學生所竊,為懲罰起見,將其監禁於校內的倉庫,至放學始將之釋放。參見最高法院三 年上字第一七一五號判例、三 年上字第一七一九號判例。

⁵ 例如:台北市某國中校警曾以手銬將某學生銬在學校廣播室鐵桿上,參見台灣台北

綜觀上舉事例,其所涉及的學生基本權利,約計如下:身 體權(1,9,11)、健康權(2,3,4,12)、名譽權或人格權(6, 7)、人身自由(10,14)、財產權(8)、隱私權(13)、受教 育權(5)。

參、校園人權與法律保留原則

憲法第二十三條規定:「以上各條列舉之自由權利,除為 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。」此一條文所揭示的 法律保留原則,適用於所有的生活領域,往昔透過特別權力關 係為學校所構築的「法外之地」,已不復存在。換言之,基於 人權保障的各項法治國原則應穿透學校的圍牆,進入校園之 中,發揮其規範作用。

然而,不可否認的是,學校為實施教育的場域,而教育目 的的達成,往往需要一定的管教及維持秩序措施的配合,始有 可能。學校關係與一般社會關係,容有不同,乃不爭的事實。 在德國學說上,有以「特別命令關係」取代「特別權力關係」 者,可謂其來有自。因此,在探討學校關係的法律保留問題 時,是否應給予「特別關照」,即非無思量的空間。

首先可資考量者,乃教師對於學生的管教、懲戒,乃至於 體罰,是否構成一種「習慣法」,從而無須另有法律依據?早 期大理院三年上字第二一七號判例曾謂:「查刑律第十四條 (相當現行刑法第二十二條:業務上之正當行為,不罰)規 定,不背公共秩序善良風俗習慣之行為不為罪,寺廟向有清 規,當家僧對於寺內各僧有懲戒之權,此等習慣相沿甚久,性 質上亦與父母之懲戒其子,學校之懲戒學生無異,自係善良風 俗習慣,苟不逾越懲戒程度,自不應論罪。」此一判例雖非直 接針對學校對學生的懲戒而為闡述,但其所稱「 相沿甚久,性質上亦與 學校之懲戒學生無異」似乎意味教 師對於學生的管教、懲戒,乃至於體罰,可以是一種「習慣 法」。惟查此一判例作成於憲法施行之前,當時法律保留的觀 念,尚未普及,自難以此作為免除憲法第二十三條適用的依 據。況且,上開判例對於所謂「懲戒」的內容及範圍,並未指 明,能否涵蓋侵害學生基本權利的體罰措施,亦值商榷。準此 以言,基於憲法保障基本權利的本旨,除少數特殊的情形外6. 習慣法不宜作為限制人民基本權利的依據,否則類似「特別權 力關係」的傳統觀念,將藉由習慣法之名而借屍還魂7。

其次,民法第一千零八十五條規定:「父母得於必要範圍 內,懲戒成子女。」則學校對於學生的管教及懲戒相關措施, 能否謂係父母懲戒權的轉移?惟按父母將子女送入學校時,並 不必然同意將懲戒權移轉予學校8。縱令父母將懲戒權委由學校

司法院大法官釋字第四 號解釋理由書指出:「公用地役關係乃私有土地而具有 公共用物性質之法律關係, , 久為我國法制所承認()。既成道路成立公 用地役關係,首須為不特定之公眾通行所必要, : 其次,於公眾通行之初,土 地所有權人並無阻止之情事;其三,須歷經之年代久遠而未曾中斷, 將具有限制人民財產權作用的公用地役關係,根植於「習慣法」。

請參閱李建良, 基本權利理論體系之構成及其思考層次 , 《憲法理論與實踐 (一)》,1999年7月,頁92。

在英美國家,傳統上有所謂「親權移轉」(in loco parentis)的觀念,惟此有其「習 慣法」(common law)上的基礎,於我國未必適用,況且該國學者對此觀念亦有 提出質疑者。請參閱Michael Giorgino, Leave No Parent Behind: Restoring Parental Authority in America 's Schools, in: http://www.educationreview.homestead.com/ 2002ParentalAuthority.html

在英美國家,傳統上有所謂「親權移轉」(in loco parentis)的觀念,惟此有其「習 慣法」(common law)上的基礎,於我國未必適用,況且該國學者對此觀念亦有 提出質疑者。請參閱Michael Giorgino, Leave No Parent Behind: Restoring Parental

行使(例如學生父母請學校代為管教其子女),亦不發生懲戒 權移轉的法律效果。蓋民法第一千零八十五條規定,乃本於父 母子女之間所存在的血緣關係,為一身專屬性質的親權之一, 應無疑轉的可能。更何況父母此一懲戒權的行使,亦非毫無界 限,其範圍如何,亦待確定。

再者,學校對於學生的管教或體罰措施,有無所謂「得被 害者承諾之行為」原則的適用,或有無「拋棄基本權」 (Grundrechtsverzicht)的問題?本文認為,學生在面對教師的 權威之下,其所為的承諾或同意,並非在意思完全自由的狀態 下所為,難謂具有任意性。而且,國中小的學生,尚不具完全 行為能力,尤其是國小低年級學童更屬無行為能力人,故其能 否為有效的承諾,頗值懷疑。若謂管教或體罰不能透過「同 意」或「承諾」而取得適法性,則將相關措施以「班規」(如 首開事例)方式呈現,亦不足以作為依據。

教師對於學生的管教措施若不能基於「習慣法」、不能基 於父母的懲戒權或學生的承諾,則自須法律上的依據,或法律 授權所訂定的命令,始合乎憲法第二十三條法律保留原則的意 旨10。在釋憲實務上,司法院大法官於釋字第四四三號解釋理由 書建立所謂「層級化法律保留原則」,或稱「不同層次的法律

Authority in America's Schools, in: http://www.educationreview.homestead.com/ 2002ParentalAuthority.html

保留體系」11。於該解釋理由書中,大法官首先區分「憲法保 留」與「法律保留」二個層次,前者為憲法第八條的人身自由 權,後者為人身自由權以外自由及權利。其次,大法官將法律 的「規範密度」分成四個層次:

- 一、剝奪人民生命或限制人民身體自由者,必須遵守罪刑 法定主義,以制定法律的方式為之。
- 二、涉及人民其他自由權利的限制者,得以法律授權主管 機關發布命令為補充規定時,但應符合具體明確的原則。
- 三、若僅屬與執行法律的細節性、技術性次要事項,則可 由主管機關發布命令為必要的規範。

四、關於給付行政措施,其受法律規範的密度,可較限制 人民權益者寬鬆,倘涉及公共利益之重大事項者,仍應有法律 或法律授權的命令為依據。

若以上開法律保留層級理論為基礎,觀察當前學校各類 「管教」措施,可以得出如下初步觀點:

- 一、關於管教措施中,涉及「人身自由」部分,須以「制 定法律」為之,亦即由立法院通過總統公布的法律為之,非得 由法律授權行政機關以命令訂之,亦不得以地方的自治條例為 之。
- 二、關於管教措施中,涉及限制或剝奪財產權的措施,例 如沒收,或涉及學生隱私權、身體權或健康權部分,須有法律 的依據,或法律明確的授權,始得為之。
 - 三、其餘部分得由法律為概括的授權,惟輔以比例原則的

請參閱Christian Starck, in: v. Mangodt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., 1999, Art. 1 Rn. 260: Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II. 14. Aufl., 1998, Rn. 136; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III/2, 1994, S. 912 ff.

在比較法上,日本之學校教育法第十一條規定:「校長及教師,認為有教育上之必 要時,得依監督機關之規定,對學生、學徒及兒童實施懲戒,但不得體罰。」可資 參照。

請參閱吳庚, 依法行政原則的實踐——回顧與展望, 《新世紀智庫論壇》, 第 12期,2000年12月30日,頁30;同作者,《行政法之理論與實用》,增訂7版, 2001年8月,頁109以下。關於此所謂「層級化法律保留體系」在釋憲上意義與作 用,請參閱李建良, 論基本權利的位階次序與司法審查標準 ,劉孔中、陳新民 主編,《憲法解釋之理論與實務》,第三輯,上冊,2002年9月,頁182。

制約規定。

值得討論者,乃教師法第十七條第一項第四款所定:教師 負有「輔導或管教學生,導引其適性發展,並培養其健全人 格」之義務。其中所稱「管教」者,是否意指教師得為適度的 「體罰」,進而得以之作為體罰學生的法律依據?首先,從該 條之文義觀之,「管教學生」乃是教師之「義務」,而非「權 利」,故該條規定的意旨,毋寧是課予教師應善盡導正和培養 學生健全人格的「注意義務」,而非「權限之授與」。其次, 從該條款的規範目的以言,「管教」學生的目的在於「導引其 適性發展, 並培養其健全人格」, 故管教學生應以達成此項教 育目的的方法為之,從而,對於學生的身體、健康和心理均有 重大影響之體罰措施,自難謂合平此項目的。最後,自立法的 經過以論,最初行政院所提出之「教師法草案」中,原規定教 師之義務包括「輔導或管教學生」。惟於一讀程序中,「或管 教」三字遭到刪除。嗣後又於二讀時,經立法委員之提案而再 加入,並經表決通過。由此可知,教師法第十七條第一項第四 款是否增列「或管教」三字,曾引起爭議。考其原委,諒係唯 恐教師誤將「管教」等同於「體罰」之故。此外,吾人若揆諸 院會記錄,亦未見有以該規定作為體罰法律依據之討論或發 言,足見所謂「管教」者,應非指體罰而言¹²。

嗣教育部所定「教師輔導及管教學生辦法」第十六條規 定:「教師管教學生,應依學生人格特質、身心健康、家庭因 素、行為動機與平時表現等,採取左列措施:一、勸導改過、 口頭糾正。二、取消參加課程表列以外之活動。三、留置學生 於課後輔導或矯正其行為。四、調整座位。五、適當增加額外

作業或工作。六、責令道歉或寫悔過書。七、扣減學生操行成 績。八、青令賠償所損害之公物他人物品等。九、其他適當措 施。」第十七條規定:「依前條所為之管教無效時,或違規情 節重大,教師得移請學校為下列措施:一、警告。二、小過 三、大過。四、假日輔導。五、心理輔導。六、留校察看。 七、轉換班級或改變學習環境。八、家長或監護人帶回管教。 九、移送司法機關或相關單位處理。十、其他適當措施。」其 中輔導及管教學生的措施,並無得為「體罰」的依據。另外, 所稱「留置學生於課後輔導或矯正其行為」,若具有強制性, 難謂無剝奪學生人身自由之嫌,似應於法律中明定,始符憲法 的意旨。

又教師輔導與管教學生辦法原係由教育部依(舊)教師法 第十七條第二項之授權所定13,惟2003年1月15日修正公布之教 師法,已將教師輔導與管教學生辦法改由各校校務會議定之, 故教育部已於2003年10月16日廢止該辦法,目前係由各學校自 行訂定「輔導與管教學生辦法」。

綜據上述,本文認為當前校園中所實施的各項管教措施 (如「參」所述),欠缺法律上的明確依據與授權,適法性頗 有疑義,容待改進。

肆、「管教」措施的實質正當性

前述有關管教措施在憲法上容許性的探討,著重於有無法 律上依據,屬於形式上的合憲性要求。尚須進一步審究者,乃 憲法上實質正當性的問題,換言之,教師對於學生的管教措

另請參閱董保城, 論教師法「教師輔導與管教」 , 《教育法與學術自由》, 1997年5月, 頁278以下。

條文內容為:「教師除應遵守法令履行聘約外,並負有下列義務: 四、輔導或 管教學生,導引其適任發展,並培養其健全人格。前項第四款之辦法,由教育部定 之。」

以美國為例,各州沿襲普通法(common law)的原則,固 然承認教師及教育者在法律上有實施體罰的權力,惟必須是 「合理的體罰」 (reasonable corproal punishment) ¹⁴。換言之 , 體罰的實施,無論在目的上或方法上,均應合理正當,並考量 侵害的本質,學生過去的紀錄、年紀、性別、心智及身體情 况:以及體罰使用器具合適性及所施強制力之大小等,且需合 乎正當法律程序¹⁵。

就首開事例而言, 姑不論要求學生必須穿黑色或白色的鞋 子到校,是否具有教育上的正當性與必要性,值得思考者,乃 以暫時保管「一隻鞋」至學期末的方法,是否合於違反適當性 原則與必要性原則。

伍、救 濟

關於校園人權問題的救濟管道,可以分為行政爭訟與國家 賠償二種途徑。

http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/ingraham.html。不過,此一見 解的妥適性受到不少的批評,其後並為聯邦上訴法院於Hall v. Tawney (621 F. 2d 909 [4th Cir. 1980])及Garcia v. Miera (817 F. 2d 650 [10th Cir. 1989])二案所不採。相關 論述,請參閱John Dayton, CORPORAL PUNISHMENT IN PUBLIC SCHOOLS: THE LEGAL AND POLITICAL BATTLE CONTINUE (1994), in: http://www.coe.uga.edu/leadership/faculty/dayton/by_dayton/CORPORAL.html; Benjamin Dowling-Sendor, The Due Process Clause and Corporal Punishment, in: http://www.asbj.com/2001/04/0401schoollaw.html

一、行政爭訟

早期因囿於特別權力關係理論,學生權利受到侵害,並無 行政爭訟救濟管道。1995年6月23日司法院大法官作成釋字第三 八二號解釋,謂:「各級學校依有關學籍規則或懲處規定,對 學生所為退學或類此之處分行為,足以改變其學生身分並損及 其受教育之機會,自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影 響,此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受 處分之學生於用盡校內申訴途徑,未獲救濟者,自得依法提起 訴願及行政訴訟。」自此打開學生行政救濟管道之門。由於大 法官於解釋中揭示:「受處分之學生於用盡校內申訴途徑,未 獲救濟者,自得依法提起訴願及行政訴訟」,故「申訴」途徑 目前於實務上係進入行政爭訟程序的前置程序。

關於國民中學與國民小學(以下簡稱國中小)之學生申 訴,目前尚乏直接之法源基礎,唯一可資引據者,乃教育基本 法第十五條:「教師專業自主權及學生學習遭受學校或教育主 管行政機關不當或違法之侵害時,政府應依法令提供當事人或 其法定代理人有效及公平救濟之管道。」目前各地方政府就國 中小訂有學生申訴制度者,有台北市、高雄市及部分縣(市)¹⁶, 其中台北市的規範是《台北市國民中小學學生申訴處理要點》 (以下簡稱台北市國中小申訴要點),其依據為教育部於1997 年7月16日所令頒之《教師輔導與管教學生辦法》第二十七條。 惟如前所述,教育部為配合教師法的修正,已將教師輔導與管 教學生辦法廢止,故台北市前開要點的依據已失所附麗,允宜 將依據修正為教育基本法第十五條,以符現制。茲簡要說明台 北市的國中小學生申訴制度如下:

William D.Valente, LAW IN THE SCHOOLS 353 (1987).

美國聯邦最高法院於1977年的Ingraham v. Wright (430 U.S.651 [1977]) 一案中,承 認公立學校(高中)體罰(corporal punishment)的適法性,並表示憲法增補條文 第八條有關禁止酷刑規定,以及憲法增補條文第十四條有關「正當法律程序」規 定,均不適用於公立學校所實施的體罰措施。請參見:

例如《南投縣各國民中小學學生申訴評議委員會設置及評議辦法》、《基降市中等 以下學校學生申訴評議委員會設置及評議辦法》。

(二)申訴組織:學校應設立學生申訴評議委員會(申評 會),置委員五至十五人,由校長聘任學校行政人員(一至三 人)、教師會代表或教師代表(一至三人)、家長會代表(一 至三人)、校外之教育、心理、法律、政治等專家學者,或社 會公正人士(一至三人)以及學生代表(一至三人)組成(台 北市國中小申訴要點第三條第一項)。

校應設立學生申訴評議委員會(申評會),置委員七至十 五人,由校長遴聘學校行政人員、教師會代表、教師代表(其 中未兼行政職務之教師及遵師代表不得少於其他行政人員代 表)、家長會代表組織之(高雄市國中小申訴要點第三點)。

(三)申訴程序:

申訴之提起,應於管教或輔導措施之次日三十日內以書 面向申評會提出,逾期不予受理(台北市國中小申訴要點第四 條)。

申訴得由學生或其父母或監護人提起, 但申訴人為學生 本人時,應經父母或監護人在申訴書上簽名蓋章(台北市國中 小申訴要點第六條第一款)。

申評會會議之舉行以不公開為原則,必要時,得通知相 關人員到會說明。(台北市國中小申訴要點第八條)。

申評會應於收到申訴書起十五日內(例假日除外)召開 會議,並應於會後三十日內(例假日除外)作成評議決定書 (台北市國中小申訴要點第五條)。

申評會開會應有委員三分之二以上出席,評議書之決議 應有出席委員二分之一以上同意(台北市國中小申訴要點第九 條)。

不服申訴之評議決定者,得於接到評議書之次日起十五 日內以書面向申評會提出再申訴,其程序同申訴。

(四)申訴決定的效力:申評會作成之評議,經送達於校 長後,應於三日內核定。原處分單位或教師認為評議書有牴觸 法令或室礙難行者,應於收達後五日內向申評會申請再議,但 以一次為限。評議確定後,應確實執行(台北市國中小申訴要 點第十條)。

綜觀學生申訴規定,學生得提起申訴的事項,並非以「退 學或類此處分」為限,而包含其他學校的各項措施。由於國中 小部分並無退學的問題17,若依前開大法官解釋的意旨,自無提 起訴願及行政訴訟的餘地。惟於茲值得討論者,乃所謂「退學 之類似處分,為何?其次,退學或類此處分「以外」之申訴案 件能否提起行政訴訟?

按所謂「退學之類此處分」,若依大法官釋字第三八二號 解釋之背景,主要是指「開除學籍」,蓋大法官於該釋憲案所 處理之案件,係涉及大學生退學之問題,而大法官所提出之判 斷準據為「足以改變學生身分並損及其受教育之機會」。惟各 級學生並非均有退學,乃至於改變學生身分之問題,則得提起 訴願之標的,是否應作適度之擴大,例如仿照公務員之情形, 以對公務員之權利有重大影響為判準,即非無考量之餘地。查 教育部所發布之《教育部主管高級中等以下學校學生申訴案件 處理辦法》第十條規定:對於輔導轉學、休學或類此處分之申 訴案,「應於該申訴評議決定書,附記如不服本申訴決定,得 於申訴評議決定書送達之次日起三十日內,依法向本部提出訴

查現行高級中學法中並無退學之規定,而教育部依高級中學法所訂定之《高級中學 法成績考查辦法》,亦僅有輔導轉學及休學之規定,故高中之學生亦應無退學之問 題。

願」,由此可知,有關「輔導轉學、休學」之處分,雖未改變 學生之身分,但屬對學生受教權利有重大之影響,已容許其提 起訴願,即為例證。

關於退學或類此處分「以外」之申訴案件能否提起行政訴 訟一節,依照大法官釋字第三八二號解釋之意旨,其顯將得提 起訴願及行政訴訟之對象侷限在「退學或類此處分」,則類此 處分以外之決定或措施,似無受司法救濟之可能。實則,解讀 大法官解釋必須關照到其案例事實與法制背景。如上所陳,大 法官於本釋憲案所處理之案件,係涉及大學生退學之問題,故 大法官僅就退學表達法律見解,自屬當然。其次,大法官作成 本號解釋之時,行政訴訟法尚未修正,當時僅「行政處分」始 為行政訴訟之程序標的。循此,大法官本號解釋之意旨,僅能 用資判斷行政處分是否存在,而不能謂非屬行政處分之決定或 措施,皆不得提起行政訴訟。茲此行政訴訟法已全盤翻新之 際,得提起行政訴訟之範圍,已不限於行政處分,且訴訟種類 也已大異於往昔,除撤銷訴訟及課予義務訴訟外,尚有給付訴 訟及確認訴訟。於此法制基礎下,學生申訴案件雖不得提起訴 願及撤銷訴訟,但非謂其全無受司法救濟之可能。查各校學申 訴之規定,得提起申訴之案件,均以主張學生「權益受到侵 害」為前提,則系爭案件若確屬涉及學生之權益事項,系爭決 定或措施雖不具行政處分之性質,仍有直接提起行政訴訟之可 能。

二、國家賠償

因學校管教措施生損害者,得向國家請求賠償的基礎,為 國家賠償法第二條第二項前段規定,其基本要件有五:一、行 為人須為公務員。二、須為執行職務行使公權力之行為。三、 須行為係屬不法。四、須行為人有故意或過失。五、須人民之

自由或權利受到侵害。其中「公權力」的概念,究何所指,曾 有爭論。有認為係指公務員基於國家統治權,行使具有強制作 用之高權行為,例如刑罰權、租稅權、警察權、立法權等18。但 此種對「公權力」概念的詮釋,從保護人民權益的觀點以言, 稍嫌偏狹。蓋現代國家的任務及職能日益擴增,足以影響人民 自由或權利的國家行為,非僅侷限於具有命令性或強制性之手 段。是以,所謂「公權力」的範圍,應擴及以提供給付、服 務、救濟、照顧等方法,增進公共及社會利益,並達成國家服 務任務之行為,而不宜僅侷限於運用命令及強制等手段而干預 人民自由或權利之行為19,而應包括國家從事於私經濟行為以外 的所有「公法行為」而言。按國民學校教師之教學活動,乃係 國家從事保育國民之行為,屬於給付行政的一環,而非私經濟 行為。而且,人民接受國民教育,不僅是享受權利,亦是盡其 義務(憲法第二十一條、國民教育法第二條參照)。因此,公 立小學教師之教學活動,應屬於執行職務行使公權力之行為²⁰。

另一值得探討的問題是,受害學生(家長)除得依國家賠 償法之規定向國家請求賠償外,仍否直接向教師請求賠償?關 鍵在於, 公務員賠償責任與國家賠償責任之間的關係如何,於 此涉及國家賠償責任的法理基礎。按我國國家賠償法第二條第 二項直接明定國家賠償責任之成立條件,若從該項規定單獨觀 察,我國似採「國家自己責任理論」。惟國家賠償法第二條第 三項及第四條第二項分別規定,於公務員(或受委託行使公權 力之私人)有故意或重大過失時,國家(賠償義務機關)對之

台灣台東地方法院七十七年度國字第三號民事判決,台灣高等法院花蓮分院七十七 年度上國易字第一號民事判決。

最高法院八十年台上字第五二五號判決。

請參閱李建良, 過當的「管教」措施(上) 國家賠償責任與公務員賠償責 任 , 《月旦法學雜誌》, 第8期, 1995年12月, 頁58-59。

262 人權保障之理論與實務2005 校園人權的實然與應然 263

有求償權。由是觀之,我國現制應較傾向「國家代位責任理 論」之模式。 蓋國家得對公務員行使求償權之前提在於 , 國家 賠償事件之責任主體原為公務員個人,惟為保障人民之權益, 而改由國家「代替」其負賠償責任,故國家於賠償後對之得行 使求償權,乃屬當然。其次,該項規定行使求償權之要件,係 以公務員有故意或重大過失為限。揆其意旨,乃為保障公務員 之權益,並鼓勵公務員戮力從公,不致因恐國家對之求償而危 懼不安,遇事躊躇。因此,若謂我國國家賠償責任制度係採 「國家與公務員責任併存理論」,並任由受害人民擇一請求賠 僧,則前揭體恤公務員並減輕其責任之立法意旨,不啻失其意 義。最後,從求償權之範圍以觀,國家依該項規定行使求償權 時,係就全部之賠償金額向公務員求償,與一般連帶賠償責任 僅就各分擔之部分求償,有所不同(民法第二八一條第一項參 照),由此益顯國家責任應具「代位」之性質。準此以言,國 家賠償法第二條所規範之國家賠償責任,應屬國家之代位責 任。因此,公務員之違法侵權行為若符合國家賠償法之要件 者,被害人民僅能向國家請求賠償,而不能逕向公務員(教 師)個人請求賠償21。

陸、結語:「人權教育」應從保障「教育人 權」做起

1994年聯合國通過決議,將1995年至2004年定為「人權教育十年」,寄望藉此促使各國積極推動人權教育,傳播人權宣

言的理念。為因應此一國際潮流,教育部亦積極擘劃人權教育的推動事宜,並展開多項人權教育的活動。這些「人權教育」活動的推展,固然有其意義,惟皆莫如保障「教育人權」重要。因為「教育現場」才是真正體現人權理念與價值的場域。試想,在施教的現場,老師若一方面向學生說明憲法基本權利的規定如何如何,另方面卻對學生時而以棍棒、拳頭相定,另面卻對學生時而以棍棒、拳頭相定,是以體罰方式脅迫學生必須熟記憲法有關人權的各項規定「不語」與「不語」的社會文化。「言教不如身教」,這句老生常談的人權教育上,尤其貼切。如果所有從事教育工作的人權教育上,尤其貼切。如果所有從事教育工作的人權教育上,尤其貼切。如果所有從事教育工作的人權教育上,尤其貼切。如果所有從事教育工作的人權教育上,尤其貼切。如果所有從事教育工作的人權尊嚴與主體性,無形之中,人權的種籽自然會深植學生心中,假以時日,這些種籽必然成長、茁壯、繁衍、散播。總之,人權理念必須具有堅實的社會基礎,人權立國的理想,始有達成的可能。

²¹ 請參閱台灣台南地方法院七十一年國字第二號民事判決、台北地方法院八十三年度 訴字第一八六一號判決;司法院發布之「法院辦理國家賠償事件應行注意事項」第 八點及第九點;過當的「管教」措施(下) 國家賠償責任與公務員賠償責 任 ,《月旦法學雜誌》,第9期,1996年1月,頁57-58。

身分查證與人身自由

蔡震榮*

目 次

壹、前 言

貳、臨檢與查證身分

一、臨檢之理論基礎

二、臨檢概念內涵

三、查證身分

四、查證身分與人身自由

- 一、查證身分的特質
- 二、查證身分的法型態
- 三、查證身分之法救濟

四、警察職權行使法法救濟

探討

肆、結 論

參、法救濟途徑之探討

作者為德國杜賓根大學法學博士,中央警察大學教授。

壹、前 言

臨檢是警察經常使用的手段,其發動是基於「公共安全與 秩序」的考量1,且不以具體危害為前提。警察臨檢好比是一種 試探活動般,警察透過臨檢實施而與民眾面對面接觸,並得視 情況而決定是否對不特定人採取一序列措施,從攔停、盤問、 檢查、扣留等。

警察勤務條例第十一條第三款雖有對「臨檢」作定義規定 而稱臨檢為:「於公共場所或指定處所、路段,由服勤人員擔 任臨場檢查或路檢,執行取締、盤查及有關法令賦予之勤 務。」然而,由於該條文無發動要件,缺乏程序、執行要件以 及有關權利義務等之規定,因而,因臨檢與民眾發生爭執時有 所聞。

有關警察「臨檢」之問題,大法官作成釋字第五三五號之 解釋、針對警察臨檢要件、程序以及救濟作出詳細規定。之 後,行政院版的「警察職務執行法」草案,有關臨檢內容之規 定主要根據釋字第五三五號解釋而來,並將警察職權侷限在 「臨檢勤務上」。然而,最後通過的「警察職權行使法」卻與 行政院版的「警察職務執行法」草案有若干差異,亦即,有關 臨檢部分與釋字第五三五號解釋不同之處:

臨檢為警察特有的勤務方式之一,依我國警察勤務規則第156條所定之範圍包括:

一、公序良俗維護 對違警、違規之勸導、阻止及取締等。

二、犯罪預防對可疑人、地、事、物之查察及盤詰等。

三、人犯查捕 對通緝犯、現行犯、準現行犯、逃犯之逮捕。

四、其他有關政令執行及為民服務事項。

其範圍包括:違警、違規、犯罪預防與犯行追緝等,其範圍是所有警察活動之範 圍,不可謂不大,而且其發動之原因,並非以具體事件或具體事實為準,經常缺乏 具體事實之嫌疑,例如特定場所之檢查,並不以某人已著手或預備犯罪之具體行為 嫌疑。臨檢本身是勤務執行方式之一種,是程序規定,其包括一序列之措施,從攔 截盤問之查證身分、檢查扣留、逮捕等皆屬臨檢所採取之措施。

首先「警察職權行使法」以「查證身分」取代「臨檢」概 念。其次,是在發動要件上,警察職權行使法「對人」以及 「設置管制站」等「查證身分」之發動要件,顯然要比釋字第 五三五號的「對人」以及「對場所」之「臨檢要件」來得寬 鬆,在此,產生了司法權與立法權界限之問題,亦即,大法官 解釋之範圍是否拘束立法形成權的問題2。

本文擬首先探討「臨檢」與「查證身分」之概念。其次, 分析警察於「查證身分」時所採取之措施以及其與憲法第八條 「人身自由」或其他基本權之關係。最後,分析措施之法律性 質以及法救濟途徑。

貳、臨檢與查證身分

一、隔檢之理論基礎

依警察勤務條例第十一條規定,我國臨檢,包括公共場所 或指定處所以及路段之檢查,亦即,「處所」的臨場檢查以及 「路檢」兩種檢查,此種臨檢的實施,視案件狀況,而對停留 或通過該處任何人、車實施攔停、盤問以及包括所其攜帶之物 之檢查。

臨檢,通常是以「維持公共安全與秩序」為由, 月以「個 人為社會共同體之一份子」,為維持「公共安全與秩序」,個 人應有限度的容忍此項檢查³。由於此項檢查對象為,逗留於該 處所或通過此地之「任何人」(有可能包括與該事實無關之

大法官釋字第五三五號之解釋,對警察臨檢要件、程序以及救濟作出詳細規定,有 學者提出其有潛越立法權之嫌,本文亦採此見解,因此,立法機關的立法裁量權不 受此種解釋之拘束:參閱蔡震榮,月旦法學,2003年10月。

人),因此,執行時應注意其發動要件,並應特別注意的是, 針對這些非滋擾者(與事實無關之人),應避免「過度」的干 預。

因此,警察臨檢行動之採取,是處在「公共安全與秩序」 以及「個人社會容許義務」間的考量。任何人若並無一定特定 事件(如取締飆車),或並無所描述的危險情況前提下接受臨 檢,亦即,如警察僅為了防止一般性犯罪,而無法律上之原 因,對採取臨檢,則此種即屬所謂「任意性臨檢」,此種警察 行為屬觸犯社會容忍義務之界限(Solidarpflicht)而違法⁴。因 此, 臨檢不是一種恣意之活動, 應以「一定發動要件」為前 提,且執行時應顧及個人之權益,並必須遵守「比例原則」之 界限。

二、隔檢概念內涵

(一)行為內容涵蓋警察法與刑事訴訟法

「臨檢」這一概念內涵並不明確,其意涵為,警察對特定 場所或公共道路之臨場檢查行為,其概念可能隱含某些程序實 施之行為,如盤問、檢查、扣留或甚至搜索與扣押等活動5。因 為,警察在臨檢實施過程中,有可能因發現槍枝或毒品而轉成

一般認為警察防止危害只能以特定對象為檢查,但由於恐怖活動以及犯罪組織化之 盛行,在立法上乃逐步授權警察設置管制站,可對任何人檢查之權限。

當然此種任意性之檢查,並非完全絕對禁止,若法律有進一步規定,則應屬許可之 列,例如德國法上對於通過邊境道路之檢查屬之,又如交通稽查並非以一定原因為 前提,也屬之。

德國警察法上有一名稱「Razzia」,類似我國「臨檢」概念,其是指警察在「易生 危害之處所」,實施有計畫準備、突擊性地對特定地區封鎖,而對所有滯留該地之 人實施一序列之措施。此種突擊性檢查之目的實際上難以確定,警察可基於警察法 而作為,但若查出受檢之人擁有槍枝、毒品等則警察轉而運用刑事手段。因此,在 德國「警察法」上不宜使用「Razzia」這一概念。參閱Rachor, Das Polizeihandeln, in: Handbuch des Polizeirechts, Hrsg. Lisken/Denninger, 2, Auflage 1996, F Rdnr, 213 f.,

「刑事活動」,因此,若僅將其單獨規定在警察法中,似有未 妥。

(二)臨檢概念不夠明確

從「臨檢」這一概念中,吾人無以得出其實質內容,亦即,無法得出臨檢之目的、權限以及臨檢檢行使之界限等。反之,「查證身分」在概念上要比「臨檢」來得明確。在程序上,「查證身分」雖如同「臨檢」視狀況會採取一系列措施,然在實質上,「查證身分」是指警察確認被查證者的身分,應可歸屬警察法上之範圍,亦即,警察為「查證身分」之目的,得採取攔阻、盤問以及檢查等措施。

三、杳證身分

(一)查證身分之概念與其意義

查證身分若從字義似乎相當明白,不用解釋即可自明,其 是指確認一個人之身分,即所謂的「人別查證」。查證身分是 警察最常使用最重要與最具有意義的手段,其與警察所採的其 他手段有必然的關聯,如盤問、檢查、同行等。警察亦可藉由 查證身分得出其他資訊警察諸多其他措施,因此查證身分也屬 資料蒐集之一種。

吾人分析警察職權行使法第六條「查證身分」之發動原 因,共有三種情形,

1.合理懷疑:第六條第一款之合理懷疑,是針對有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。「合理懷疑」應以客觀事實作為判斷基礎,警察根據現場的具體狀況,依據其專業判斷,所作成之合理推論或推理,而非單純臆測⁶。

⁶ 參閱警察職權行使法逐條釋義,內政部警政署編印,民國92年8月,頁25。

2.有事實足認:規定在第六條第二、第三以及第四款有關犯罪知情者、防止生命、身體之具體危害有查證身分之必要者以及滯留於陰謀、預備、著手重大犯罪或有人犯藏匿之處所者。所謂「有事實足認」,應是除警察客觀判斷外,尚有「外在之事實」或「發展狀況」作為判斷之依據。例如,民眾之檢舉、其他機關之通報或警察機關一段時間之觀察等屬之⁷。

3.與事件無關的查證身分:此為第六條第一項第六款於公共場所或路段所設置的「管制站」⁸。此種查證身分之發動,應與本條第二項對照觀察之。

管制站設置之要件如下:

(1)設置之理由:

本條第二項規定管制站設制之理由,必須是基於「防止犯罪行為之發生」或「處理重大公共安全或社會秩序事件」。例如,集會遊行之際,警察於路口設置管制站,以檢查集會遊行之人有無攜帶攻擊性之器械,或為防止飆車而於路口設置管制站,或為緝捕要犯而設之管制站⁹。除此之外,尚須具有「必要」之情形,亦即,就狀況研判而考慮有無設置之必要。

有關「管制站」之設置理由,與前述之1與2點比較的話, 其並非針對特定人(以合理懷疑或有事實足認為基礎),而是 僅以「防止犯罪行為之發生」或「處理重大公共安全或社會秩 序事件」為由¹⁰,對所有通過該檢查站者查證身分,其包括諸多 與事件不相干之人都必須接受查證。

Rachor, a.a.O., F Rdnr, 96 ff.

警察職權行使法對人的「查證身分」,尤其,事件無關之設置管制站,是以事件, 而將諸多不相干之人列入「查證身分」之範圍,顯然要比釋字第五三五號解釋對人 的臨檢以所謂的「相當理由」為發動要件,要來得寬鬆。

⁹ 此種管制站,吾人稱之為集體檢查,是對所有通過管制站者,通通檢查,並不以犯罪嫌疑或具體危害為前提。

¹⁰ 本款是以「防止犯罪行為之發生」或「處理重大公共安全或社會秩序事件」等為發

272 人權保障之理論與實務2005

身分查證與人身自由 273

(2)設置之地點

公共道路、公共場所,如車站、機場等。

- (3)管制站設置之指定,係由警察機關主管長官為之,所 謂主管長官,並不限於地區之分局長或局長,凡是於代表地區 之長官皆屬之,如分局長不在時,副分局長亦屬之。
- 4.管制得採取之措施,除查證身分外,應可包括對人以及對 其所攜帶之物的搜索,但此應有特別法規定,始可為之。

(二)查證身分範圍之界定

查證身分是目的取向之措施,亦即,警察所採取的措施,達到身分確認後,除非有另外發現,即應終止。我國警察職權行使法第七條是「查證身分措施程序」之規定。警察職權行使法第七條第一項第二款界定了「查證身分」之範圍,其稱「詢問姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分正統一編號等」,即足於確認一個人之身分。此應屬立法者之考量,而認為只要詢問上述所規定範圍內之要件,即可達到確認身分之目的。反之,查證其職業、婚姻狀況通常並無需要¹¹。

四、查證身分與人身自由

(一)查證身分措施

查證身分是一種警察執法的藝術與技巧。警察就現場狀況 判斷,決定應採取之措施。警察職權行使法第七條規定了「一般可能發生之情形」,警察採取之措施,敘述如下:

1. 攔阻權: 查證身分是指警察詢問當事人之身分, 並檢查其

證件,查證身分前,警察依警察職權行使法第七條第一項第一款對「人、車、船及其他交通工具」實施「攔阻」之行為,依第一項第二款「詢問」以及第三款「令出示證件」等查證身分行為,若將其一起觀之,吾人稱之為「攔阻權」,由攔阻至身分查證等行為,性質為「行政處分」¹²。

2.帶往:警察於現場執行「查證身分」時,若有無法確認身分時,例如有具體事實顯示,當事人拒絕陳述、或為不實陳述,或提供證件為「假證件」,而無法確認身分時,為達確認身分之目的,得帶往當事人至警察處所¹³。警察職權行使法第七條第二項規定:「警察得將人民帶往勤務處所查證;帶往時非遇抗拒不得使用強制力,且其時間字攔停起,不得逾三小時。」帶往屬行政處分。帶往之前提要件是「以無法確定身分」時為之。

3.對酒醉駕車者之查證身分:警察職權行使法第八條是對「交通工具攔檢」,其中該條第一項第三款警察得採取「要求駕駛人接受酒精濃度測試之檢定」之措施。而警察職權行使法第十九條第一項第一款規定:「瘋狂或『酒醉』,非管束不能救護其生命、身體之危險。」其中的『酒醉』,是修改行政執行法第三十七條的『酗酒泥醉』而來。

因為「查證身分」與「管束」目的不同,依警察職權行使 法第二十條規定,對管束之人得對其使用「警銬或其他戒 具」,但在該條第二項明文規定:「警察對人民實施查證身分

動要件,若僅以「抽象事件」為要件,似乎過於寬鬆。因此,在解釋上,應是指適用這些抽象概念在具體事件上,例如因「飆車」或「酒測」等具體事件而設置,不能單以上述之抽象概念即作為發動。

¹¹ Rachor, a.a.O., F Rdnr. 197.

Kraft/Kay/Böcking, Eingriffsmassnahmen der Polizei, 2.Auflage, 1992, S. 175.

¹³ 在行政院提送立法院版第八條稱「同行」,而非帶往,且列出三種「同行」要件,除「無從確定身分」外,尚包括「對受盤檢人將有不利影響」以及「妨礙交通、安寧」兩種狀況。草案之本條規定係參考釋字第五三五號解釋以及日本「警察關職務執行法第二條第二項」規定而來。若依日本「警察關職務執行法」的「同行」是沒有強制力的「任意同行」。因此,通過的「警察職權行使法」第七條第二項以「帶往」取代「同行」,並賦予警察在遭受抗拒時,得使用強制力之權限。

或其他詢問,不得依管束規定,令其供述。」因此,兩者不得 混用。

警察職權行使法第十九條以「酒醉」代替『酗酒泥醉』是有問題的。其一,「酒醉」狀況不易確定,一般而言,應就現場狀況判斷之,並非以當事人酒精濃度達到何種程度為準,因此,並無客觀標準可資遵行。

另一,「酒醉」之當事人若與『酗酒泥醉』者比較,前者 多數情形屬意識清醒,後者則為意識不清,因此才有管束之必 要,反之,「酒醉」狀況,但若意識清醒,應屬無管束必要之 情形。當然,查證身分時,依警察職權行使法第二十條第二項 規定,當然不得因其「酒醉」而使用管束之措施¹⁴。

因「酗酒泥醉」而管束,則因當事人已陷於意識不清情形,所為保護性之管束,屬帶有「干預性」的事實行為。反之,若是因「酒醉」而管束,則此種管束,如受管束之人屬『意識清醒』狀態,有人認為此種管束行為歸屬行政處分¹⁵。但一般而言,不管意識清醒與否,警察之管束,只是一種執行之事實,並無命或禁止當事人作為的規範內容,仍應屬「事實行為」為當。

(二)查證身分與人身自由

1.攔阻權

警察攔阻目的是為了「查證身分」。攔阻是屬對個人行動自由短暫之限制,尚未達到「自由之剝奪」。攔阻行為應有法

¹⁴ 舉輕以明重,既然警察職權行使法第二十條第二項「不得依管束規定,令其供述」,同理較重之「管束」措施,當然更不得為之,乃屬當然。

律之規定才得為之。警察攔阻後,應依警察職權行使法第四條 規定對當事人「告知臨檢之事由」¹⁶。

2.帶往

帶往警所是在無法查證身分時,警察所為的進一步措施。 帶往警所之措施,由於時間最長可達三小時並非短暫,且對於 抗拒不同行者,警察得使用強制力。因此,此種情形應屬於人 身自由之剝奪¹⁷。

實務上比較困難的是,此種「自由之剝奪」,在警察處理情形,案件有可能由行政調查而轉成刑事案件而需採用形式調查程序時,時間上究竟如何計算,則有爭議,例如,若一案件在攜往警所確認身分後,警察可能發現當事人有犯罪嫌疑時,則先前依據警察職權行使法的處理時間,是否應包括在刑事訴訟法上警察與檢察官共用的二十四小時內。有謂,依不同管轄權之原理,警察依警察職權行使法所為之查證身分措施不應計算在二十四小時內,因此,刑事訴訟法的二十四小時計算,應是從警察在發現犯罪嫌疑開始時起算,才屬恰當。

但從保障當事人之人權,且從手段之不同觀之觀之,帶往 因具強制力已構成自由的剝奪,從帶往至警所開始起,就應起 算刑事訴訟法之時間,較為合理。

¹⁵ 警察「查證身分」措施,通常具有「干預性」,但有些只有行為而無意思表示在外,如檢查行為,而有些則意思表示與行為同時為之,如即時強制,這些措施吾人 視其為有干預性之「事實行為」。

¹⁶ 交通臨檢實務上,交通警察首先都是要求當事人「出示證件」,吾人若觀察警察職權行使法第七條以及第八條「交通工具之檢查」等規定也是首先要求當事人「出示證件」,但若該法整體觀之,第四條既有「告知事由」規定,在程序順序上,攔阻後下一動作應是警察的「告知事由」而後才是「出示證件」。

型於此種措施如美國通常是須要令狀的,在德國有部分邦主張所謂的「法官保留」,亦即,如同美國法須法官「令狀」;但實務上卻很少如此使用,因為帶往至警所的時間不會太長,為此而等待法官之決定,恐延誤時機。參閱Rachor, Das Polizeihandeln, in: Handbuch des Polizeirechts, Hrsg. Lisken/Denninger, 1996, F 277。

3.酒醉管束

因酒醉而無法查證身分,依前述規定仍不得實施管束措施。管束屬人身自由之剝奪,非有「管束」之原因不得為之。 而警察職權行使法第十九條將「酒醉」列為管束之原因,非常 不當。因酒醉者多數仍屬意識清醒,只是行動不聽指揮,似無 管束之必要。

(三)查證身分之附帶措施

1.檢查其身體及所攜帶之物

此項檢查是基於保障執勤人員之安全,而對當事人「人身自由」與「財產權」的干涉。警察執行該項措施是要有「明顯事實足認」,其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者。所謂「明顯事實足認」在程度上要比「有事實足認」更為明顯,警察除有其他事實佐證外,另應於現場觀察,有相當明顯當事人有攜帶上述之物者。警察在執行程序上,應以相當明顯當事人有攜帶之物,察看有無攜帶自殺或傷人之物。若有進一步發現,則可採取下一步措施,要求其交出該可疑款規定,因為該款之發動是以有無攜帶自殺或傷人之物為前提,是以保護執勤人員或他人之生命、身體安全為前提,不包括毒品的檢查在內18。

2.強制離車檢查交通工具

警察若有「合理懷疑駕駛人或乘客有異常舉動將有危害行為」,得強制離車。若有事實足認其有犯罪行為者,並得檢查 交通工具(警察職權行使法第八條第二項)。

18 在美國法上司法實務上,認為於現場拍搜懷疑衣服口袋內藏有毒品,因其並不具現場緊急危險性,故須具備令狀,才可搜索。

上述查證身分之附帶措施,除強制離車,要求當事人,一定作為之義務外,其餘之其他行為屬於「執行」行為,並無一定法效果作為規範,而屬於事實行為。

參、法救濟途徑之探討

一、查證身分的特質

查證身分措施,其特質是具干涉性,但此種干預通常是在執行完成後即結束,並無持續性效力。因此,對此,提起訴願(撤銷訴願),若無實質侵害,為不可能,因為無撤銷實益。

區別已完成的干預性行政處分或事實行為,在於行政訴訟法上有其意義。若該措施屬行政處分時,因針對行政處分之違法或不當,當事人必須先提起訴願,但由於該行政處分已執行完畢,無法撤銷,因此,雖無法提起訴願,但若當事人有確認之利益時,仍應容許其提起確認訴訟¹⁹。我國行政訴訟法第六條第一項後段規定:「其確認已執行完畢或其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟,亦同²⁰。」但提起前提要件必須是「原告有即受確認判決之法律上利益者」始得為之(第一項前段規定)。但若屬事實行為,則屬確認訴訟或一般給付訴訟之範圍²¹。

⁹ 黃錦堂,行政訴訟法逐條釋義第六條,於:行政訴訟法逐條釋義,翁岳生主編, 2002年8月,頁104以下。

本條規定係參考德國行政法院法第一一三條第一項第四句:「若行政處分事先已撤回或方式而完成,若對確認違法行政處分當事人有法律上之利益時,得向法院提起確認之訴。」當事人準用該條規定而提起所謂「續行的確認訴訟」(Fortsetzungsfeststellumg)。

²¹ Hessen/Hönle/Peilert, Bundesgrenzschutz, Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Gesetz uber den unmittelbaren Zwang, 4.Auflage, 2002, §14, Rdnr. 4 ff.; 我國學者吳庚,理論上對警察事實行為得提起一般給付訴訟,但在我國恐難採行,因此,釋字第五三五號解釋始有「視同行政處分之救濟」,在於方便救濟;參閱氏著,行政法之理論與實用,增訂八版,民國92年10月2刷,頁640。

二、查證身分的法型態

(一)下令之處分

若干查證身分具體措施,因為具有下命、具體規範之意,亦即,對警察下令之意思表示,受規範者有行為、不行為或忍受的義務時,則為行政處分,例如:查證身分之詢問,而實施 攔停、要求出示證件、詢問住址、強制離車以及帶往²²。

(二)有干預性的事實行為

若干警察具體措施,是屬於所謂以行動為之的『執行』行 為,可區分為:

事實的執行行為:警察不必經由當事人配合,可獨力完成 之行為。鑑識之實施、人、物或房子的檢查、搜索、物的保 全。

資料蒐集之行為:警察的監控、資料之比對、傳遞、變 更、儲存。

警察的強制措施:此部分屬於警察即時強制部分,如人的 管束、使用塑膠警棍驅離群眾。

上述的各種措施,被視為具有干預性質的事實行為。其中除「2」,屬於沒有與接觸當事人接觸外,其餘皆為有直接干預當事人的事實行為。上述之所以稱其為「事實行為」是因為這些措施,其表現在外僅屬行動之「事實行為」。

上述查證身分中帶往至勤務處所進行的「資料比對」以及對人、物或車輛的檢查、以及酒醉管束等²³。

²² 帶往時若欲抗拒,因可使用強制力,而與所謂的「任意同行」不同,且帶往容許警察為查證身分,而得留置當事人一段時間(三小時之內),故應屬行政處分之性質。

三、查證身分之法救濟

(一)釋字第五三五號解釋

釋字第五三五號解釋在解釋理由書中,為使人民有救濟機會,參考行政執行法第九條「聲明異議」之規定,而許「受臨檢人、利害關係人對執行臨檢之命令、方法、應遵守之程序或其他侵害利益情事,於臨檢程序終結前,向執行人員提出異議,認異議有理由者,在場執行人員職位最高者應即為停止臨檢之決定,認其無理由者,得續行臨檢,經受臨檢人請求時,並應給予載明臨檢過程之書面。上開書面具有行政處分之性質,異議人得依法提起行政爭訟²⁴。」

將該處分書視為「行政處分」性質,以方便當事人得依行 政訴訟法提起訴訟,該號解釋認為,若非行政處分,則屬事實 行為,依目前我國行政訴訟法之規定,似將無救濟之可能²⁵。

(二)警察職權行使法聲明異議之規定

民國九十二年六月二十五日公布警察職權行使法第二十九條規定:「義務人或利害關係人對警察依本法行使職權之方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事,得於警察行使職權時,當場陳述理由,表示異議。前項異議,警察認為有理由者,應立即停止或更正執行行為;認為無理由者,得繼續執行,經義務人或利害關係人請求時,應將異議之理由製作紀錄交付之。義務人或利害關係人因警察行使職權有違法或不當情事,致損害其權益者,得依法提起訴願及行政訴訟。」

²³ 以「意識是否清醒」作為判斷,若酒醉者意識仍屬清醒,則警察機關得以為下令的 意思表示,屬行政處分之性質。但一般而言,將其視為意思表示與行為同時為之的

即時強制,較為恰當,因此其管束行為屬事實行為。

²⁴ 司法院釋字第五三五號解釋之解釋理由書,參閱司法院公報,第四十四卷第一期, 民國91年1月,頁22。

²⁵ 吳庚,前掲書,頁640。此種論理並非完全正確,因為警察事實行為應仍有提起訴訟之可能,否則吾人區分「行政訴訟」之類型,將無意義可言。

該條規定與釋字第五三五號不同之處在於:

書面製作之不同:釋字第五三五號稱:「應給予載明臨檢 過程之書面 1 , 此種臨檢過程之書面 , 係依照行政處分之格式 製作,因此,視同其為行政處分。反之,警察職權行使法第二 十九條稱:「應將異議之理由製作紀錄」,則該項書面僅是 「異議之理由書」而已。異議理由僅是聲明異議者之陳述,本 身並不包括警察臨檢過程之程序,其當然非屬行政處分,且連 事實行為都不是。

救濟規定之不同:釋字第五三五號稱:「上開書面具有行 政處分之性質,異議人得依法提起行政爭訟。」該號解釋並無 提到訴願。而警察職權行使法第二十九條卻稱:「義務人或利 害關係人因警察行使職權有違法或不當情事,致損害其權益 者,得依法提起訴願及行政訴訟。」針對於此,吳庚提出批評 而認為:「無論對警察手段定位為事實行為或行政處分,照理 均不得提起訴願,而法條竟有訴願及行政訴訟(撤銷訴訟)之 設,自欠妥當²⁶。」

(三)臺北市政府訴願決定書

民國九十二年九月十二日臺北市政府作成府訴字第 九二 一六九七一二 號的訴願書。

1.本案事實

緣本件係因本府警察局中正第一分局接獲民眾檢舉,本市 北平西路三號二樓臺灣鐵路局臺北車站大廈二樓金華百貨賣場 內之黃金印尼料理店,未經許可將廚房後部裝潢改為封閉型舞 池,供前往消費之外籍勞工飲酒跳舞,爰於九十二年一月二十 六日派員前往執行臨檢,因訴願人為金華百貨賣場負責人,期 間並由訴願人在場配合檢視現場情況,嗣因訴願人不服原處分 機關之臨檢,原處分機關爰依訴願人之要求,開立九十二年一 月二十六日北市警中正一分臨字第 一一 三號臨檢紀錄 單,訴願人認原處分機關執行臨檢程序、內容及執行臨檢之法 律依據均有缺失,於九十二年二月二十日向本府提起訴願,四 月十四日補充訴願理由,並據原處分機關檢卷答辯到府。

2. 訴願人訴願以及補充理由

要求原處分撤銷:被臨檢人填寫錯誤,應改為法人上嫺有 限公司,負責人高慧敏:臨檢員警計三十餘人,但簽名者僅約 七人:臨走時大部分員警均未出示證件並告知受臨檢人執行原 因: 臨檢員警強制現場人員製作筆錄, 目作完筆錄後未准訴願 人閱覽, 簽名後即擅自取走該項文件: 臨檢員警執行態度不良 且行為違反風紀: 臨檢員警於現場擅自派員錄影、拍照及錄 音,該項採證違反臨檢規範及刑事法則;臨檢紀錄單就臨檢過 程登載不實。

3.訴願會之決定

首先,訴願會認為:「書面行政處分應記載事項,行政程 序法第九十六條第一項定有明文,本件原處分機關所開具九十 二年一月二十六日北市警中正一分臨字第 一一 三號臨檢 紀錄單,揆之前揭說明,因具有行政處分之性質,自應依行政 程序法第九十六條第一項規定應記載之事項記載之,查系爭臨 檢紀錄單僅記載受臨檢人之姓名、出生年月日、性別、身分證 統一號碼、住居所、臨檢時間、法令依據、臨檢事由、臨檢場 所、臨檢過程等項,惟關於處分機關及其首長署名、蓋章、表 明其為行政處分之意旨等則付之闕如。準此,原行政處分未依 行政程序法規定應記載事項為之,顯有重大瑕疵。從而,應將 原處分撤銷,由原處分機關於收受決定書之次日起三十日內另 為處分。」

其次,關於訴願人主張原處分機關九十二年一月二十六日 北市警中正一分臨字第 一一 三號臨檢紀錄單所為處分無 效、不成立及原處分機關應給付訴願人新臺幣一一六、九一四 元部分,訴願會依據訴願法第七十七條第八款規定:「對於非 行政處分或其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者」 而為不受理之決定27。綜上論結,台北市訴願會對本件訴願為部 分程序不合,不予受理;部分為有理由,爰依訴願法第七十七 條第八款及第八十一條之規定為之。

(四)評析台北市訴願決定

提起訴願不當:此次台北市針對「警察」臨檢程序之不 當,而作成之決定,係針對事實上已執行完畢之行為。針對此 種已執行完畢之處分,提起訴願是毫無意義的,因為撤銷該行 政處分已屬不可能之事28。且有關台北市訴願會所撤銷之部分, 警察機關僅屬程序違法,而重新作成另一處分毫無意義。

僅程序違法不應受理

為了防止僅「程序違法」而提出救濟,我國行政程序法第 一七四條前段即規定:「當事人或利害關係人不服行政機關於 行政程序中所為之決定或處置,僅得於對實體決定聲明不服時

訴願會援引行政訴訟法第六條、第八條規定及行政法院四十七年度判字第六十號判 例:「行政訴訟法第二條所謂提起行政訴訟得附帶請求損害賠償之規定,於訴願及 再訴願不能準用,故提起訴願或再訴願,不得附帶請求損害賠償(參照司法院院字 第二 六一號解釋前段)。其不能以訴願及再訴願之方式,單獨請求損害賠償,尤 不待言。」意旨,認為有關賠償部分並非訴願審理範圍,是訴願人對之遽即提起訴 願,自非法之所許。

一併聲明之。」該規定在於防止程序違法單獨提起之弊,而台 北市訴願會卻不幸地,對本案作出不甚妥當之程序違法撤銷之 決定。

四、警察職權行使法法救濟探討

(一)第二十九條訴願及行政訴訟規定之不當

誠如吳庚教授所言,「無論對警察手段定位為事實行為或 行政處分,照理均不得提起訴願(行政處分執行完畢不能訴願 請求撤銷),而法條竟有訴願及行政訴訟(撤銷訴訟)之設, 自欠妥當29。」就此部分,吾人贊同之。但對於其所稱第二十九 條所規定的「行政訴訟」即表示是「撤銷訴訟」,則持保留態 度。若從第二十九條的立法說明觀之,顯然並非如吳氏所言 般。

本條之所以未如釋字第五三五號解釋將臨檢處分書視為 「行政處分」,吾人可從立法說明看出端倪,立法機關認為警 察職權多樣(並非全屬行政處分),其稱:「因為本法警察行 使之職權態樣不一,若分別規定,顯不符經濟原則,且現行法 律對行政救濟已有明文規定。」因此立法者規避使用「行政處 分」這一概念。進而,立法者對該條第三項說明:「明定警察 行使職權有違法或不當情事,致損害義務人或利害關係人之權 益者,得依各該法律規定,提起訴願及行政訴訟。」因此,從 其立法意旨觀之,其仍是以釋字第五三五號解釋為準,只是將 該號解釋所稱的「行政爭訟」,進一步細分為「訴願及行政訴 訟」,但並不意味著,兩者即有先後連貫之意思,即是「撤銷 訴訟」之謂,而是仍依現行法律規定為準,如行政訴訟法之各

Volkmar Götz, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 13.Auflage, §22, Rdnr.557; 吳 庚也持相同意見,前揭書,頁640。

吳庚,前揭書,頁640。

類訴訟,只要符合要件即可適用,如此解釋,應符合當是立法者之本意。

(二)撤銷訴訟或續行撤銷訴訟

如前所述,不管警察查證身分是行政處分或事實行為,都屬執行完畢之狀態。就其行態樣,適用我國行政訴訟法之規定如下:

行政處分:查證身分措施,若屬行政處分,因該措施已執行完畢,依行政訴訟法第六條第一項後段:「其確認已執行完 畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟,亦同。」亦即,可提起所謂的「續行確認訴訟」之謂。

干預性事實行為:對於已執行完畢之事實行為可否救濟, 吳氏認為依目前我國行政訴訟法之設計,並無任何一種「訴訟 類型」可資運用³⁰。但吾人可藉由德國法實務與理論之觀點來解 釋,我國仍可依行政訴訟法第六條第一項前段「確認公法上法 律關係成立或『不成立』之訴訟」來適用於事實行為。當事人 得以「警察無權實施查證身分措施」,而要求確認該法律關係 『不成立』之訴訟³¹。

上述兩種情形,都必須以「原告」有「即受確認判決之法律上利益」,亦即,原告應有「因確認判決結果(違法)而有利益」時,始得為之。

肆、結 論

釋字第五三五號解釋為保障人民之人身自由,對警察臨檢 應遵守之程序以及救濟途徑等作了相當詳盡之規定,因此,有 學者提出大法官有逾越立法之嫌。警察職權行使法之訂定,並未完全遵循釋字第五三五號之解釋,其中一大改變是不在使用「臨檢」這一概念,而以「查證身分」代之,不但概念明確, 且符合警察法適用範圍,不致與刑事訴訟法所採取手段混淆。

就有關法律救濟,警察職權行使法第二十九條「訴願及行政訴訟」途徑之規定,稍有瑕疵,尤其不應有「訴願」制度之規定,因為查證身分措施,都屬已執行完畢之措施,但有關「行政訴訟」部分,警察職權行使法第二十九條並非僅指「撤銷訴訟」而已,應視該措施法型態為「行政處分」或「事實行為」,而分別提起所謂「續行確認訴訟」或「確認訴訟」。

³⁰ 吳庚,前掲書,頁640。

Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrabwehr, 9.Auflage, 1985, S. 215 f.; Wolf-Rudiger Schenke, Polizei-und Ordnungsrecht, 2.Auflage, 2003, §12, Rdnr. 667.

身心障礙者就業環境所面臨的挑戰

謝東儒

目 次

- 一、求職部分
- 二、工作部分
- 三. 在職訓練部分
- 四、障礙者部分
- (一)肢體障礙
- (二)慢性精神病患者
- (三)智能障礙、自閉症患者

- (四)重要器官失去功能
- (五)聽覺或平衡機能障礙、
 - 語言機能障礙者
- (六)視覺障礙
- (七)顏面損傷者
- (八)頑性癲癇、罕見疾病致
 - 身心障礙者

障礙者就業輔導上區分為一般就業 (競爭性就業)、支持 性就業及庇護性就業,簡言之,其區別在於工作能力的程度。 以下僅就個人工作過程所見,提出障礙者所面臨的一些環境上 的挑戰,請大家指教。

一、求職部分

- 1.專職技術人員考試直到86年仍然限制全盲者應考。
- 2.人事行政局檢討政府機關各職系用人,仍然無法突破對視 障者的全面接受,不過也已有絕大多項職系同意中度視障者的 擔任(林石旺,1999)。
- 3.在一般職場上對障礙者的召募考試,仍然出現有公司需要 文職辦公人員,卻對肢體障礙者施以上下爬樓梯的測試,其安 排用意令人難解。雖說那項工作應徵者多,但從其他考試內容 難道部分篩選出合適人選?!
- 4.公職考試仍有在職主管對障礙者的排斥,如台中榮總所出 現護理部主任诱過民意代表訴諸媒體,試圖藉輿論力量排除兩 位已能穩定就業的護理人員,他們持有的是精神障礙的手冊。 在那過程,民意代表於記者會上還公布其生活照、身份證及個 人隱私資料等,嚴重侵犯個人隱私權,使其中一位當事人,在 事後失蹤數天,家人非常擔心她自殺,因為該等行為等於置其 於無後路可退。環境對障礙者的嚴重歧視由此可見。
- 5.直到現在仍有部分雇主對身心障礙相關的訊息相當排斥, 甚至還有把肢體障礙者等同於整個身心障礙族群的錯誤觀念。

二、工作部分

1.障礙者就業容易受到有成見的雇主,列為優先裁撤的對 象,原因有可能是其所需雇主關注及支持較多,也就是所謂的 麻煩較多,但其穩定性及對工作的中程度卻被忽略。

作者為中華民國殘障聯盟秘書長。

- 2.另也有雇主會鑽法律漏洞,用盡政府補助、津貼及支持, 但卻不直下運用障礙員工於工作上,在資源取得後,即找藉口 辭退障礙員工,使障礙者對工作的取得頻生挫折。
- 3.同樣的取得政府支持,另有些雇主運用障礙者工作如一般 人的工作程度,但卻沒有給予合理的待遇,剝削障礙者的工作 權益。

三、在職訓練部分

雇主所提供的訓練,常會忽略個別的需求,如聽障者所需 的手語翻譯員,或視障者所需的點字或錄音帶。

四、障礙者部分

- 1.不少障礙者長期處於失業狀況,即使是一般性就業的障礙 者,谁入職場需重新建立其工作習慣的養成及人際互動的技 巧, 這些技巧常常是障礙者在職場穩定就業最大的考驗。
- 2.另者,障礙族群之就業亦較需要家人的支持。家人的態度 及支持是項助因,幫助障礙者更能順利進入職場。
- (參考資料:林石旺,1999,對現行國家考試體位限制之 相關建議,真情相對 如何落實身心障礙者應考試服公職之權 利保障研討會,行政院人事行政局。)

以下引用殘障聯盟92年承辦勞委會職訓局委託「促進身心 障礙者就業中長程計畫」,相關身心障礙者就業現況資料供做 參考。

現況分析

我國身心障礙人口是採取登記認定制,亦即國民必須先至 政府機關登記、經鑑定程序後取得手冊,方被視為身心障礙 者,因此實際的身心障礙人口數目可能高於手冊的發放人數,

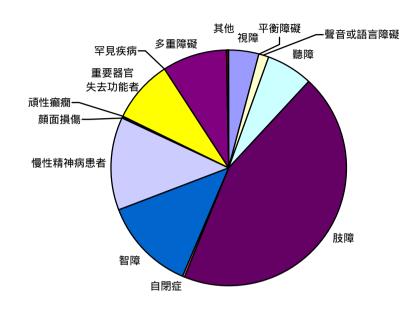
但在沒有更好的替代資料以前,此資料也是我國目前唯一的身 心障礙人口資料。

截至民國九十一年六月底止,處於就業年齡(即十五歲至 六十四歲)之身心障礙者,排除植物人和失智症患者,共有 470.249 人 , 其中以肢體障礙者占最多(207.243 人 , 占 44.07%) . 其次是慢性精神病患者(60.409人,占12.85%)和 智能障礙者(60,146人,占12.79%),詳見表一和圖一。值得 注意的是,慢性精神病患者在就業年齡身心障礙者中所佔的比 例已經超越智障者,躍居第二大族群。

大抵上來說,各障別身心障礙者人口都呈現增加的情形, 而慢性精神病患者和重要器官失去功能者人數增加的幅度最 快,但是由於慢性精神病患者於民國八十四年才納入身心障礙 者的範圍,所以相關的就業服務還在起步階段,提供就業服務 者對其亦不熟悉,未來應該特別加強。

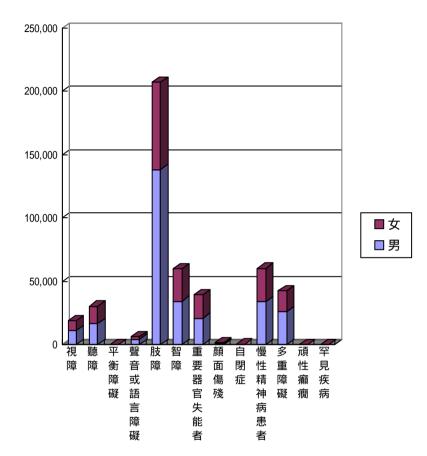
在障礙程度方面,重度身心障礙者占最多(174,768人,占 37.16%),其次是極重度(148.831人,占31.65%),再來是中 度(88,743人,占18.87%)和輕度(57,907人,占12.31%)。不 過我國身心障礙者各項福利,尤其是現金給付,皆有隨障礙程 度而增加的情形,許多身心障礙者在鑑定時便會央求醫師加重 障礙程度,所以障礙程度的統計數據僅供參考,在身心障礙者 工作能力認定的部分,還是要視職業輔導評量之結果而決定。

另外,身心障礙者的性別分佈出現男多於女的情形(見圖 二),除了男性罹患某些遺傳性疾病之風險高於女性外,職業 災害、意外之致殘機率亦是男高於女,因此在職業訓練和職種 職類的開發上要注意性別差異,以及中途致殘之後的職業重 建。



表一、圖一 15-64歲身心障礙者障別分佈 (91.06)

障別	人數	百分比(%)
肢體障礙	207,243	44.07
慢性精神病患	60,409	12.85
智能障礙	60,146	12.79
多重障礙	42,572	9.05
重要器官失去功能	39,602	8.42
聽覺障礙	30,626	6.51
視覺障礙	19,022	4.05
聲音或語言機能障礙	6,721	1.43
顏面損傷	1,892	0.40
其他	934	0.20
自閉症	517	0.11
平衡障礙	414	0.09
頑性 (難治型) 癲癇	143	0.03
罕見疾病致身心障礙	8	0.01
合 計	470,249	100.00

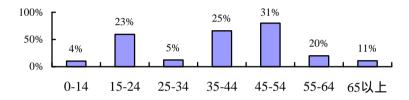


圖二 15-64歲身心障礙者人口分佈(依障別和性別分)(91.06)

中途致殘的問題一直備受關切,因為隨著健康醫療制度的 改善, 先天性身心障礙者比例降低(見表二), 身心障礙人口 漸漸以各種疾病的退化和醫療後進入慢性期的病人為主。而非 先天性身心障礙者致殘時的年齡亦集中於就業年齡(十五至六 十四歲之間)(見圖三,資料來源:中華民國八十九年台閩地 區身心障礙者生活需求調查報告)。

	先天(出生 即有)	疾病 而致	老年退化	交通 事故	職業 傷害	意外 傷害	戰爭 影響	社會 因素	其他
民國72年	23.46	54.48	_	4.04	3.18	11.13	1.02	_	3.27
民國82年	30.04	45.10	_	6.32	4.42	9.83	_	_	_
民國88年	18.27	56.81	1.24	8.75	6.11	_	1.10	0.68	7.04

表二 身心障礙者致殘原因比較(單位:%)



圖三 非先天性身心障礙者致殘年齡(89.03)

就教育程度觀之,身心障礙者的學歷主要集中在小學程度 以下,截至民國八十八年底有60.15%,然而同期台閩地區十五 歲以上人口的教育程度在國小程度以下者僅28.23%,可見身心 障礙者的教育程度偏低。其中男性的教育程度以國小程度居 多,占34.08%;女性則以不識字居多,占37.12%。顯示男性身 心障礙者的平均教育程度高於女性。(見表三)

而各障別的教育程度都差不多(見表四)。以障礙等級來 看,輕、中度身心障礙者的平均教育程度,要比重度和極重度 者來得高。以致殘原因來看,後天致殘者的平均教育程度,比 先天致殘者高。(資料來源:中華民國八十九年台閩地區身心 障礙者生活需求調查報告)

教育程度低使身心障礙者就業的選擇受限,亦不利於其接 受提升職業能力的教育或訓練。

依性別分(單位:人)(89.03) 表三 身心障礙者教育程度

性別	總數	學齡前 兒童	不識字	自修 (識字)	國小	國/初中	高中/職	大專 及以上
男	390,665	6,226	57,795	12,850	133,142	79,044	70,807	35,801
女	258,187	5,263	95,828	7,807	71,387	29,504	34,515	13,883

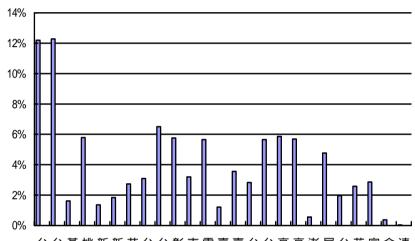
資料來源:中華民國八十九年台閩地區身心障礙者生活需求調查報告

表四 身心障礙者教育程度 依障別分(單位:%)(89.03)

	學齡前 兒童	不識字	自修	國小	國/初中	高中/職	大專 及以上
視覺障礙	0.51	34.52	2.15	32.15	11.08	13.96	5.63
聽覺或平衡 機能障礙	1.51	22.96	5.30	34.45	11.44	15.14	9.20
聲音或語言 機能障礙	3 84 24 93		2.46	29.84	12.90	19.00	7.03
肢體障礙	1.11	21.50	3.47	33.33	15.73	15.68	9.19
智能障礙	2.02	29.87	1.55	27.43	25.10	13.59	0.44
重要器官 失去功能	2.66	21.18	3.03	34.03	14.26	14.43	10.41
顏面損傷	16.57	4.57	0.68	28.11	13.54	24.76	11.77
植物人	0.29	24.59	3.10	33.73	12.22	16.72	9.36
失智症	0.01	41.01	5.48	26.71	10.85	9.55	6.39
自閉症	21.95	2.39	0.26	48.42	12.91	11.75	2.32
慢性精神 病患	0.01	8.11	1.46	23.75	25.65	31.34	9.67
多重障礙	3.86	34.40	3.46	28.75	10.76	14.32	4.47
其 他	34.46	1.46		30.41	11.03	14.62	8.02
總計	1.77	23.68	3.18	31.52	15.96	16.23	7.66

資料來源:中華民國八十九年台閩地區身心障礙者生活需求調查報告

就區域觀之,大台北地區的身心障礙者人數是台閩地區之 冠,台北縣市的身心障礙者佔了24.48%,其次是台中縣佔 6.50%、高雄市佔5.86%、桃園縣佔5.78%。由圖四可看出身心障 礙人口往台北、台中、高雄三大都會區集中的趨勢,此與都會 區資源較豐沛、服務供給與就業機會較多有關。



台台基桃新新苗台台彭南雲嘉嘉台台高高澎屏台花官金連 北北隆園竹竹栗中中化投林義義南南雄雄湖東東蓮蘭門汀 縣市市縣市縣縣市縣縣縣縣市縣市縣市縣縣縣縣縣縣縣縣縣縣

圖四 身心障礙人口分佈 依地區別 (91.06)

接下來探討身心障礙者的就業情形。我國十五至六十五歳 身心障礙者的就業率為25.12%,失業率為6.65%,「非勞動力」 為68.23%,與主計處所發佈的九十一年六月失業率5.11%相較, 可見身心障礙者的失業率的確比非身心障礙者為高。

跟非身心障礙者相同的是,教育程度愈高的身心障礙者就 業率也愈高,而且男性身心障礙者的就業率高於女性。

就障別觀之,排除「非勞動力」,顏面傷殘者的就業率最

高,有47.60%,次為其他障礙者(35.57%),再其次為聲音或 語言機能障礙者(27.18%)和肢體障礙者(26.12%),聽覺或 平衡機能障礙者、重要器官失去功能者、視覺障礙者和智能障 礙者的就業率各為16.93%、15.81%、13.83%、和13.79%,自閉 症和慢性精神病患者的就業率最低,各為4.02%和8.29%。然而 我們對非勞動力的現行解釋方式有所保留,其定義方式會引起 大眾相當的誤解。

所謂的「非勞動力」包括身體重度障礙無法工作、料理家 務、在學或準備升學、已退休等等,但是身心障礙者就業的型 態相當多元,從庇護性就業、支持性就業到競爭性就業都有, 相信只要給予適當的支持,譬如就業輔導員的協助、職務再設 計等等,就可以讓更多的身心障礙者重回職場。因此若將所謂 非勞動力計入失業率的計算,會更凸顯身心障礙者失業問題的 嚴重:例如視障者有半數以上為重度,並非沒有就業能力卻被計 入為非勞動力, 視障者的失業問題也就被淡化了。

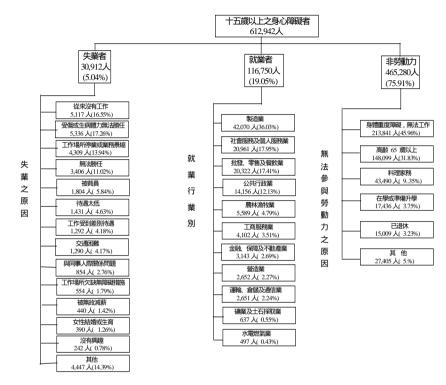
在從業身份方面,有工作之身心障礙者最多為受私人僱 用, 佔52.8%, 15.2% 受政府僱用, 自營作業者占24.3%, 本身是 雇主的占5.0%,無酬家屬工作者為最低,占2.7%。各障別中, 與均值差異較大者是視障者,其為自營作業者和雇主的比例相 當高,分別為40.38%和10.94%,而其他障別各項合計的受雇比 例則在六成以上,顯示視障者就業的特殊現況。(詳見表五, 受政府僱用者包括在公營事業單位任職者。)

表五 身心障礙者從業身份(單位:%)(89.03)

資料來源:中華民國八十九年台閩地區身心障礙者生活需求調查報告

在工作職類方面,受限於教育程度,所以身心障礙者所從 事的職業以半技術性或非技術性為主,被取代性高。前面提 過,除了視障者外,身心障礙者大多數是受雇於人,值此經濟 不景氣之際,面對中國大陸低工資的競爭、產業外移、公民營 單位人事精簡等等均使身心障礙者在這波失業潮中首當其衝, 其就業權益所受威脅更需大眾來關切。

各障別身心障礙者工作之主要職類與相關就業問題,分述 如下(資料來源:中華民國八十九年台閩地區身心障礙者生活 需求調查報告,詳見圖五)(註:因為多重障礙者的需求可以 涵蓋在各障別需求中,所以不獨立討論):



圖五:十五歲以上身心障礙者就業概況(89.03)

資料來源:中華民國八十九年台閩地區身心障礙者生活需求調查報告

(一)肢體障礙

工作職類以「技術工及機械設備操作工」(占27.21%)和 「非技術工及體力工」(占22.30%)為主。

肢障者就業的問題主要在於行動不便,尤其是近年來職業 訓練的機會增加,使許多重度肢障者受惠,所以格外需要職場 無障礙環境、職務再設計和就業輔具的支持,可惜這方面的專 業人力欠缺。

因應現況,部分有一技之長卻懷才不遇的肢體障礙者開始 發展居家就業,譬如個人電腦工作室、聯合接案中心等等,此 居家就業模式仍在發展中,需要政府更多的引導和支援。

(二)慢性精神病患者

工作職類以「非技術工及體力工」(占43.55%)、「技術 工及機械設備操作工」(占24.76%)、和「服務工作人員及售 貨員」(占18.62%)為主。

慢性精神病患者在求職上遇到最大的困難是就業機會取得 不易。因為雇主對進用慢性精神病患者普遍存有疑慮,報章雜 誌的報導更增強了社會大眾對此類患者的刻板印象,因而在推 介就業上非常困難!即使是第一線的就業服務人員,如果服務 對象不限於慢性精神病患者,也欠缺初次評估或轉介適當機構 的知能:慢性精神病患者的特性之一便是容易因挫折而退縮, 所以這種受挫的經驗極有可能影響其再次求職的意願。

另外,有工作意願之慢性精神病患者,常會因為本身症狀 的干擾而難以從事全職工作,其產能也會隨時間而日益退化, 所以極需要發展支持性與庇護性的就業安置。

(三)智能障礙、自閉症患者

智障者的工作職類以「非技術工及體力工」(占47.34%) 和「技術工及機械設備操作工」(占36.03%)為主。自閉症患 者的工作職類則以「事務工作人員」(占76.92%)和「非技術 工及體力工」(占23.08%)為主。

智障者和自閉症患者亦不易為就業市場所接納,他們比較 容易受到的是產能和工作態度上的質疑。目前智障者和自閉症 患者在就學階段所受到的就業相關訓練非常不足,學校對於就 業資源的掌握亦不熟悉,甚至有畢業生在就學至就業的轉銜過 程中,因等待過久而導致功能退化。所以學校教育結束後通常 還要經過職業訓練才行,然而現行的職業訓練補助的期間限制 並無法滿足智障者和自閉症患者的需求, 因此會發生重複接受 職業訓練的情形。

此外由於障別的特性使然,智障者和自閉症患者的就業型 態以支持性和庇護性為主,團隊工作的形式也常被運用,如清 潔工作隊、資源回收工作、洗車等等,而這部分的法令與配套 措施尚未完備。

(四)重要器官失去功能

工作職類以「技術工及機械設備操作工」(占21.97%)、 「非技術工及體力工」(占17.87%)、「服務工作人員及售貨 員」(占15.63%)、和「專業人員」(占15.23%)為主。

重要器官失去功能者並不是單一的族群,包含了心臟、肝 臟、腎臟、呼吸器官、胃、腸道、膀胱、造血機能、吞嚥機能 等障礙者。只要雇主能夠接受其特殊的醫療和生活上的需求 (譬如需固定回診),就業上不會太多問題。如果是情況比較 嚴重的,其體力可能就無法負荷全職的工作,需要發展部份工 時的工作或居家就業的工作模式。

(五)聽覺或平衡機能障礙、語言機能障礙者

聽障或平衡機能障礙者的工作職類以「技術工及機械設備 操作工」(占31.20%)和「非技術工及體力工」(占29.89%) 為主。

聲音或語言機能障礙雖然和聽障的情形不完全相同, 但是 因為同屬溝通的障礙,所以常被歸類在一起。其工作職類以 「技術工及機械設備操作工」(占51.67%)和「非技術工及體 力工」(占26.91%)為主。

聽障者和聲音或語言機能障礙者在就業上最需要解決的問 題就是溝通,以及因為溝通而產生的文化差異。只要能夠克服 溝通的障礙,他們與非身心障礙者不會有太大的差別,但是有 些雇主卻太過在意此問題,因此不願意雇用聽障者,所以必須 加強宣導。

而聽隨者的確會由於聽力受損而遵致學習效果不佳. 學業 成績低落,以致於教育程度偏低,尤其是四十歲以上者,所以 要加強中高齡聽障者的職業訓練。

(六)視覺障礙

工作職類以「服務工作人員及售貨員」(占36.81%)和 「非技術工及體力工」(占28.33%)為主。

祖障者就業似平僅限於按摩一途,但是按摩業已經日益沒 落, 還要面臨非視障者的競爭(雖然身心障礙者保護法明訂非 祖障者不得從事按摩業,但是取締效果不彰),工作更是艱 難。所以需要開發更多適合視障者從事的職類、職種,譬如電 話諮詢服務、電話行銷等,也要增加視障者職業訓練機構(目 前只有新莊台灣盲人重建院和宜蘭慕光盲人重建中心兩家), 更重要的是提高公民營單位雇用視障者的意願。

對於後天失明者的協助也很迫切,為了把握早期介入的契 機,政府的勞政單位要和衛政單位建立聯繫的管道。

(七)顏面損傷者

工作職類以「非技術工及體力工」(占25.77%)和「技術 工及機械設備操作工」(占22.97%)為主。

一般來說,顏而損傷者的各項能力與非身心障礙者無異, 但是他們因為對自己美醜的認知與感受以及在意其他人的眼 光,而影響到其工作適應。因此,顏面損傷者需要的是持續的 就業適應與輔導。

就業上比較困難的顏面損傷者,通常伴隨著其他功能的障 礙或損失,以燒燙傷的傷友為例,第一線就業服務人員最常碰 到的是廣義精神疾患(包括藥/酒癮)和功能退化較快的問 題。

另,中途致殘的顏面損傷者往往有長期生心理醫療復健的 需求,所以無法穩定就業,比較適合庇護性的工作。

這兩類是九十年十月底新增的障礙類別,可視其障礙情況 歸類到其他障別處理。目前其最主要的就業問題在於其對身心 障礙者相關就業資源不熟悉,而且雇主對其障礙狀況也不瞭 解,需要加強宣導。

原住民族之人權保障

劉建宏

目 次

壹、前 言

貳、原住民族保障之憲法基礎

- 一、原住民族保障條款入憲過 程
- 二、現行憲法保障原住民族之 規定
- 三、憲法原住民族保障條款之 性質及其效力
- 參、落實憲法上「原住民族保 障條款」之行政法規
 - 一、保障原住民族參政權 規定
 - 二、保障原住民族工作權 規定

- 三、保障原住民族財產權 規定
- 四、保障原住民族受教育權規 定
- 五、台北市保障原住民族之單 行法規

肆、原住民族保障法規之探討

- 一、保障原住民族權益法規與 憲法平等原則之關係
- 二、保障原住民族權益法規 與憲法保障工作權之 關係
- 伍、結 論

壹、前 言

原住民族之人權保障,其問題甚為廣泛。限於篇幅,本文研究之重點僅限於下述二者。

我國憲法增修條文第十條第十一項規定:「國家肯定多元文化,並積極維護發展原住民族語言及文化」,第十條第十二項規定:「國家應依民族意願,保障原住民族之地位及政治參與,並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展,其辦法另以法律定之。」,學說上稱之為「原住民族保障條款」。此「原住民族保障條款」之規範效力如何?人民(原住民)得否直接據此向國家請求保護照顧?此為本文所欲研究之問題一。

我國現行法規中有諸多關於原住民權益保護之規定。一方面而言,此等規定表示立法者並未怠忽其職責,已忠實履行憲法增修條文第十條第十一項及第十二項「原住民族保障條款」之要求。另一方面而言,此等保障原住民權益之法規,對於其他人民之權益勢必造成影響。其中,對於原住民族之各種優惠措施,是否符合憲法第七條平等原則之要求?又保障原住民工作權之規定,是否侵害其他人民憲法第十五條之工作權?此為本文所欲研究之問題二。

貳、原住民族保障之憲法基礎

一、原住民族保障條款入憲過程

我國「原住民族保障條款」入憲,為原住民族長年奮鬥之後 終於獲致之成果¹。民國八十年五月一日公布之憲法增修條文第一

作者為文化大學法律學系暨法律學研究所助理教授。

¹ 有關原住民爭取「原住民條款」入憲歷程之始末,參閱:李建良,淺說原住民族的憲法權利 若干初探性的想法,台灣本土法學雜誌,第47期,頁117以下。

條第一項第二款及第二條第一項第二款,分別規定國民大會代表 及立法委員應選出「自由地區平地山胞及山地山胞各三人」,是 為我國憲法首度提及原住民族。次年,國民大會又進行第二次修 憲,除第一條及第二條有關國民大會代表及立法委員選舉之規定 中,仍維持「自由地區平地山胞及山地山胞」之應選人數規定外2, 並於第十八條第六項規定:「國家對於自由地區山朐之地位及政 治參與,應予保障:對其教育文化、社會福利及經濟事業,應予 扶助並促其發展。 」首度將原住民族保障之規定入憲。

民國八十三年國民大會第三次修憲,同年八月一日公布之憲 法增修條文第一條第一項第二款及第三條第一項第二款,分別規 定國民大會代表及立法委員應選「自由地區平地原住民及山地原 住民各三人」,並於第九條第七項規定:「國家對於自由地區原 住民之地位及政治參與,應予保障:對其教育文化、社會福利及 經濟事業,應予扶助並促其發展。 1 正式將原本「山朐」之 稱謂正名為「原住民」。

民國八十六年國民大會第四次修憲,同年七月二十一日公布 之憲法增修條文第一條第一項第二款及第四條第一項第二款分別 規定國民大會代表及立法委員「自由地區平地原住民及山地原住 民」之應選人數3。此外,並於第十條第九項規定:「國家肯定多 元文化,並積極維護發展原住民族語言及文化」;同條第十項規 定:「國家應依民族意願,保障原住民族之地位及政治參與,並 對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業

民國八十一年五月二十八日公布之(第二次)憲法增修條文第一條及第二條規 定,其內容與第一次憲法增修條文第一條及第二條規定之內容完全相同。

予以保障扶助並促其發展,其辦法另以法律定之。 1第十條 第九項及第十項有關原住民族保障之規定,其內容已與現今實施 之憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之內容完全相同。

民國八十八年國民大會第五次修憲,同年九月十五日公布之 憲法增修條文第一條第一項第二款、第二項第二款及第四條第一 項第二款分別規定國民大會代表與立法委員應選出之原住民人數⁴。 此外,第十條第十一項及第十二項承襲第四次修憲有關原住民族 保障之規定,其法條之條項與內容均與現今實施之憲法增修條文 第十條第十一項及第十二項完全相同⁵。

二、現行憲法保障原住民族之規定

現行憲法增修條文,係民國八十九年四月二十五日公布。其 中有關原住民族之規定,計有下列各項6:

(一)憲法增修條文第四條第一項:

「立法院立法委員自第四屆起二百二十五人,依左列規定選 出之,不受憲法第六十四條之限制:

民國八十六年七月二十一日公布之(第四次)憲法增修條文第一條第一項第二款 規定,國民大會代表應選出「自由地區平地原住民及山地原住民各三人」;第四 條第一項第二款規定,立法委員應選出「自由地區平地原住民及山地原住民各四 人」。

民國八十八年九月十五日公布之憲法增修條文第一條第一項第二款規定國民大會 代表第四屆應選出自由地區原住民六人,第一條第二項第二款規定國民大會代表 第五屆應選出自由地區原住民四人,並以立法委員選舉各政黨所推薦及獨立參選 之候選人得票數之比例分配當選名額,即採比例代表方式選出之。第四條第一項 第二款規定,立法委員應選出自由地區平地原住民及山地原住民各四人。在國民 大會代表選舉部分,已不區分平地原住民或山地原住民;惟在立法委員選舉部 分,仍分為平地原住民及山地原住民。

惟該次修憲因涉及國民大會代表自行延任之問題,遭司法院大法官以釋字第499號 解釋宣告違憲而失效。

現行憲法增修條文第一條第一項前段規定:「國民大會代表三百人,於立法院提 出憲法修正案、領土變更案,經公告半年,或提出總統、副總統彈劾案時,應於 三個月內採比例代表制選出之, 」將國民大會之組織改為「任務型國民大 會 1 ,條文中並未規定國民大會代表產生之具體方式,故無國民大會代表應選出 原住民若干人之規定。

- 一、自由地區直轄市、縣市一百六十八人。每縣市至少一
 - 二、自由地區平地原住民及山地原住民各四人。
 - 三、僑居國外國民八人。
 - 四、全國不分區四十一人。」
 - (二)憲法增修條文第十條第十一項:
- 「國家肯定多元文化,並積極維護發展原住民族語言及文 化。 i
 - (三)憲法增修條文第十條第十二項:
- 「國家應依民族意願,保障原住民族之地位及政治參與,並 對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業 予以保障扶助並促其發展,其辦法另以法律定之。

此外,憲法本文中,亦有若干條文保障「內地生活習慣特殊 之國民」及「邊疆地區各民族」者。臚列如下:

(一)憲法第一三五條:

「內地生活習慣特殊之國民代表名額及選舉,其辦法以法律 定之。」

(二)憲法第一六八條:

「國家對於邊疆地區各民族之地位,應予以合法之保障,並 於其地方自治事業,特別予以扶植。」

(三)憲法第一六九條:

「國家對於邊疆地區各民族之教育、文化、交通、水利、衛 生及其他經濟、社會事業,應積極舉辦,並扶助其發展,對於土 地使用,應依其氣候、土壤性質,及人民生活習慣之所宜,予以 保障及發展。」

以上各條文中,憲法第一三五條已為憲法增修條文第一條第 一項所凍結(參閱憲法增修條文第一條第一項)。原住民族是否 為憲法第一六八條及第一六九條所指稱之「邊疆地區各民族」而

受其保障,則有疑問。持肯定見解者,認為憲法第一六八條及第 一六九條「雖只提及邊疆地區各民族,然其精神並不限於邊疆地 區而應及於所有的少數民族在內,例如在台灣的原住民 蓋「邊疆民族與少數民族」的概念,並非一成不變,而可及於偏 遠地區之人民7。肯定說之見解,不拘泥於文義,以目的論解釋 (teleologische Auslegung)之角度出發,從憲法之精神探究憲法 第一六八條及第一六九條之保障範圍,認為此二條文之文字雖指 「邊疆地區各民族」,惟其規範目的係在保障「少數民族」,不 應以其是否位於邊疆地區而決定是否應予保障,故肯定原住民族 亦在憲法第一六八條及第一六九條之保障範圍內。此說之見解固 然言之成理,惟我國憲法既已迭經修改,修憲者又在憲法增修條 文第十條第十一項及第十二項規範保障原住民族之規定,可知修 憲者係有意賦予台灣地區原住民族獨立之憲法地位而予以保障。 法律之解釋,固然存有一定之空間,惟解釋法律時,仍須尊重立 法者的規定意向及其為此所作成的價值決定8。除非係為追求更為 重要之法益,否則不得任意忽略歷史解釋(historische Auslegung)之方法,置立法者之意思於不顧。蓋如此無異由司法 者取代立法者之地位,有違權力分立之原則9。因此,自不宜再將 憲法第一六八條及第一六九條之所謂「邊疆地區各民族」擴張解 釋為包括台灣地區原住民10。

陳新民,中華民國憲法釋論,頁831。

參閱Larenz著,陳愛娥譯,法學方法論,頁232。

Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 56.

學者黃俊杰亦持否定見解,認為:「 欲以中央政府遷台後之時空環境,認為 台灣原住民係『邊疆民族』而受本條之保障,難免受到名不正、言不順之質 」參見氏著,原住民權利保障與自治財政,台灣本土法學雜誌,第47 期,頁87。

三、憲法原住民族保障條款之性質及其效力

我國憲法增修條文第十條第十一項規定:「國家肯定多元文 化, 並積極維護發展原住民族語言及文化」, 第十條第十二項規 定:「國家應依民族意願,保障原住民族之地位及政治參與,並 對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業 予以保障扶助並促其發展,其辦法另以法律定之。 「原住民族保障條款」之規定,其性質如何?效力如何?均為值 得探究之問題。

(一)原住民族保障條款之性質

憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之「原住民族保障 條款」,其性質如何?就我國憲法之體例而言,有二種可能性。 其一:其性質為憲法本文第二章第七條以下之基本權利;其二: 其性質為憲法本文第十三章之基本國策。此一問題之區分實益在 於:基本權利對於人民之保障功能較強,基本國策對於人民之保 障功能較弱。以下先就基本權利與基本國策之效力分別敘述之:

1.基本權利之效力

基本權利之性質,兼具主觀公權利及客觀法秩序兩者11。

所謂主觀公權利,依據德國公法學者Jellinek之見解,可區分 為:消極作用、積極作用、主動作用三者¹²。其中最重要者,即出 於消極作用的防禦權(Abwehrrecht)(如:憲法第八條之人身自 由、第十條之居住遷徙自由、第十一條之表現意見自由、第十二 條之祕密通訊自由、第十三條之信仰宗教自由、第十四條之集會

有關基本權利之主觀公權利與客觀法秩序功能的詳細內容,參閱Pieroth/Schlink. Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 57 ff.;中文論述,參閱吳庚,憲法的解釋與適用,頁 98以下;法治斌、董保城,中華民國憲法,頁115以下。

結社自由等)、出於積極作用之給付請求權(Leistungsrecht)與 分享權(Teilhaberecht)(如:憲法第二十一條之受國民教育 權),以及出於主動作用之參政權(如:憲法第十七條之選舉、 罷免權)。

基本權利之性質,除依傳統之見解,為主觀公權利之外,依 據二次大戰後德國最新之理論發展,尚可作為客觀法秩序。德國 聯邦憲法法院在其早期的一項判決13中即表示:基本權利作為國家 之重要規範,其功能不僅止於賦予人民對抗國家之權利地位(即 主觀公權利),亦係國家之「客觀價值判斷」(objektive Wertentscheidungen)。全部之基本權利加總,即構成一「客觀之 價值秩序」(objektive Wertordnung)。此一價值秩序對於國家各 種權力作用均有拘束力。詳言之:行政機關與司法機關於適用法 律時,基於合憲性解釋(verfassungskonforme Auslegung)之要 求,固然必須遵守此一由基本權利所構成之價值秩序。立法機關 於制定法律時,亦應遵從此一由基本權利所構成之價值秩序,逐 步塑成基本權利中所蘊含,但尚未具有權利地位之主觀公權利。 此外,基本權利之客觀法秩序功能更超出國家權力作用之外,及 於私人間之私法關係14。

2.基本國策之效力

我國憲法本文第十三章基本國策之效力如何,學說上向有爭 論。

Jellinek所倡議之學說中,尚包含被動作用在內,惟其所指者為人民之義務(憲法 第十九條之納稅義務及第二十條之服兵役義務),故本文未提及之。

Luth-Urteil, BVerfGE 7, 198.

綜合以上所述,基本權利作為客觀法秩序,其功能包括:制度性保障 (Einrichtungsgarantie)、基本權作為國家消極權限規範(Grundrechte als negative Kompetenznormen)、基本權作為法律解釋與權利塑成之準則(Grundrechte als Maßstab für die Auslegung und Gestaltung des Rechts)、國家之保護義務 (Schutzpflicht)以及基本權之第三人效力(Drittwirkung)。參閱Pieroth/Schlink. Grundrechte Staatsrecht II. Rn. 73 ff.

昔日我國學說承襲德國威瑪憲法時代著名學者Anschütz之見 解,認為基本國策之內容抽象,其為憲法對於立法者所發宣示性 質之「方針」(Programm)或「訓令」(Direktive),即所謂 「方針條款」(Programmsätze)。方針條款並不具有法之拘束 力,立法者若遲遲不依其意旨立法,或為不完全之立法,並不構 成違憲15。

二次戰後,德國學說揚棄威瑪憲法時代將基本國策定性為方 針條款之見解,重新賦予基本國策嶄新的生命。德國基本法中, 第三條第二項第二句(促進兩性平等條款)與第二十條之一(環 境保護條款)之性質,均屬抽象之基本國策規定,惟多數學者將 其定性為「國家目標規定」(Staatszielbestimmung)。所謂「國 家目標規定」,其與方針條款之不同在於:國家目標規定具有法 拘束效力 (rechtsverbindliche Kraft)。詳言之:基本國策之規定 縱不具有主觀公權利之性質,惟仍具備客觀法秩序之功能。人民 不能依基本國策之規定要求國家為一定之作為或不作為,惟國家 卻有義務依據基本國策之指示行事16。

3.原住民族保障條款之性質為基本國策

我國憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之「原住民族 保障條款」,其性質究為基本權利或基本國策?依多數學者¹⁷之見 解,其為基本國策,並非基本權利。

有關基本國策作為方針條款之效力,參閱陳新民,中華民國憲法釋論,頁832以

就立法體例而言,增修條文第十條第十一項及第十二項之規 定,係以「國家」為主詞,規範國家之義務如何:與憲法本文第 二章第七條以下「基本權利」之規定,係以「人民」為主詞,規 範人民權利為何之立法體例大不相同:與憲法本文第十三章「基 本國策」中大部分之規定(例如:憲法第一六八條、第一六九 條),亦以「國家」為主詞,規範國家之義務如何之立法體例則 相近18。再者,憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之「原住 民族保障條款 1 , 其內容係期待性之國家政策描述 , 與憲法本文 第二章第七條以下「基本權利」之規定,其內容之明確、具體, 亦大為不同:與憲法本文第十三章「基本國策」中大部分規定之 立法體例則相近。此更可證實憲法增修條文第十條第十一項及第 十二項「原住民族保障條款」之性質為「基本國策」,並非「基 本權利」之見解。

(二)原住民族保障條款之效力

憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之「原住民族保障 條款」之性質既為基本國策,即「國家目標規定」,其具體效力 如何,以下分別敘述之:

原住民族保障條款不具主觀公權利之效力

憲法增修條文第十條第十一項規定:「國家肯定多元文化, 並積極維護發展原住民族語言及文化」: 同條及第十二項規定: 「國家應依民族意願,保障原住民族之地位及政治參與,並對其 教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以 保障扶助並促其發展,其辦法另以法律定之。 工原住民得否

參閱本文前述基本權利之客觀法秩序功能。有關基本國策作為國家目標規定之效 力,參閱林明昕,原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」?「原住 民地位與權利保障」學術研討會論文,頁7以下。

參見:李建良,淺說原住民族的憲法權利 若干初探性的想法,台灣本土法學 雜誌,第47期,頁123;陳新民,中華民國憲法釋論,頁830以下;林明昕,原住 民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」?「原住民地位與權利保障」學 術研討會論文,頁3以下。

李建良,淺說原住民族的憲法權利 若干初探性的想法,台灣本土法學雜誌, 第47期,頁123;林明昕,原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」? 「原住民地位與權利保障」學術研討會論文,頁4。

依憲法增修條文第十條第十一項規定,循司法途徑¹⁹請求國家採取 某種積極維護發展原住民族語言及文化之措施,如:請求國家實 施特定原住民族語言及文化教育?得否依憲法增修條文第十條第 十二項規定,請求國家採取某種發展交通水利或經濟土地之措 施,如:請求國家開闢道路、投資發展原住民族部落觀光?參照 前述基本國策之規定不具有主觀公權利性質之見解,答案應為否 定²⁰。原住民不得依原住民族保障條款主張基本權利之主觀公權利 功能。

2.原住民族保障條款仍具客觀之法拘束性

憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之「原住民族保障 條款」雖不具有主觀公權利之性質,惟其既為憲法上之基本國 策,依據前述之見解,其性質為「國家目標規定」,仍具備客觀 法秩序之功能。 換言之,原住民雖不能依原住民族保障條款請求 國家為一定之作為或不作為,惟國家仍有義務依據原住民族保障 條款之指示行事。依此,立法者即負有義務,制定「維護發展原 住民族語言及文化」、「保障原住民族之地位及政治參與」、保 **障扶助並發展原住民族「教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟** 土地及社會福利事業」之法律。惟立法者對於何時制定此等保障 原住民族法律,以及其保障之程度,享有「形成自由」 (Gestaltungsfreiheit),除非其長時期均未制定任何保障原住民 族之法律,或者所制定之法律完全不能達成保障原住民族之目 的,否則,單純之立法不作為,並不構成違憲²¹。

參、落實憲法ト「原住民族保障條款」之行政 法規

如前所述,憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之「原 住民族保障條款」之性質並非具有強制請求力之主觀公權利,僅 有拘束國家權力(尤其立法權)之客觀法效力。而立法者依此固 然有制定保障原住民族法律之義務,惟其對於何時制定此等保障 原住民族之法律,以及保障之程度如何,又享有「形成自由」, 並不因單純之立法不作為,即構成違憲。由此可知,憲法增修條 文第十條第十一項及第十二項之「原住民族保障條款」,其實質 上效力頗為有限,可說宣示性意義遠大於實質意義²²。所幸我國立 法者對此憲法上之「國家目標規定」並未怠忽,近年以來,無論 中央或地方政府均已制定相當程度之保障原住民族之法規。

立法者既已依據憲法上「國家目標規定」,對於保障原住民 族之要求加以落實,此等由(廣義)立法者所制定之法規(包括 形式意義之法律及行政命令)自已脫離單純客觀法規範之性質, 成為有權利地位之主觀公權利。我國法規範中,法律及行政命令 層面之保障原住民族規定,可分為以下數類:

一、保障原住民族參政權規定

我國現行法規中,有關保障原住民族參政權者,除前述憲法 增修條文第四條第一項第二款規定立法委員應有「自由地區平地

例如:依訴願法第二條第一項規定提起怠為處分之課予義務訴願,或依行政訴訟 法第五條第一項提起怠為處分之課予義務訴訟。

相同見解:林明昕,原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」?「原 住民地位與權利保障」學術研討會論文,頁8。

Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 91.

學者林明昕即正確指出:憲法規範對於族群問題之解決,作用其實有限。檢視過 往原住民族爭取保障之歷史過程,包括「原住民族保障條款」之入憲經過,均是 原住民族本身自覺、奮鬥之結果。對於憲法上原住民族保障條款之實質作用,實 不宜過度高估;參閱林明昕,原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國 策」?「原住民地位與權利保障」學術研討會論文,頁16以下。有關戰後台灣原 住民族運動之始末,參閱:李建良,淺說原住民族的憲法權利 若干初探性的 想法,台灣本土法學雜誌,第47期,頁115以下。

原住民及山地原住民各四人,之外,另外如:

(一)地方制度法第三十三條第三項

「直轄市有原住民人口在四千人以上者,於前項總額內應有 原住民選出之直轄市議員。縣(市)、鄉(鎮、市)有平地原住 民人口在一千五百人以上者,於前項總額內應有平地原住民選出 之縣(市)議員、鄉(鎮、市)民代表名額。有山地鄉者,應有 山地原住民選出之縣議員名額。」

(二)地方立法機關組織準則第五條第二項

「直轄市有原住民人口在四千人以上,一萬人以下者,於前 頂總額內應有原住民選出之直轄市議員一人:超過一萬人者,每 增加一萬人增一人。」

二、保障原住民族工作權規定

我國現行法規中,有關保障原住民族工作權者為數甚多,其 中較重要者,例如:

(一)原住民族工作權保障法第四條

「各級政府機關、公立學校及公營事業機構,除位於澎湖、 金門、連江縣外,其僱用下列人員之總額,每滿一百人應有原住 民一人:

- 一、約僱人員。
- 二、駐衛警察。
- 三、技工、駕駛、工友、清潔工。
- 四、收費管理員。
- 五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職務。

前項各款人員之總額,每滿五十人未滿一百人之各級政府機 關、公立學校及公營事業機構,應有原住民一人。

(二)原住民族工作權保障法第五條

- 「原住民地區之各級政府機關、公立學校及公營事業機構, 其僱用下列人員之總額,應有三分之一以上為原住民:
 - 一、約僱人員。
 - 一、駐衛警察。
 - 三、技丁、駕駛、丁友、清潔丁。
 - 四、收費管理員。
- 五、其他不須具公務人員任用資格之非技術性工級職 務。 .

(三)原住民族工作權保障法第六條

「各級主管機關、公共職業訓練機構、公立就業服務機構及 本法涉及之目的事業主管機關,應指派人員辦理原住民工作權益 相關事官。

前項人員,應優先進用原住民。」

- (四)原住民族工作權保障法第十二條第一項
- 「依政府採購法得標之廠商,於國內員工總人數逾一百人 者,應於履約期間僱用原住民,其人數不得低於總人數百分之

(五)公益彩券發行條例第八條

「公益彩券經銷商之遴選,應以身心障礙者、原住民及低收 入單親家庭為優先:經銷商僱用五人以上者,應至少進用具有工 作能力之身心障礙者或原住民一人。」

(六)公益彩券管理辦法第十七條

「發行機構發行傳統型彩券及立即型彩券時,受委託銷售機 構應為金融機構,且經銷商應全部為身心障礙者、原住民或低收 入單親家庭。 1

三、保障原住民族財產權規定

我國現行法規中,有關保障原住民族財產權者,最重要即

「原住民保留地開發管理辦法」中有關保障原住民各種與土地相 關權利之規定,例如:

- (一)原住民保留地開發管理辦法第十八條第一項
- 「原住民取得原住民保留地所有權後,除政府指定之特定用途外,其移轉之承受人以原住民為限。」
 - (二)原住民保留地開發管理辦法第二十六條第一項
- 「依第二十四條規定申請開發或興辦時,原住民已取得土地 所有權者,應協議計價層報直轄市、縣(市)主管機關同意後參 與投資;投資權利移轉時,其受讓人以原住民為限。」

四、保障原住民族受教育權規定

我國現行法規中,有關保障原住民族受教育權者,最重要即「原住民族教育法」與「原住民學生升學優待及原住民公費留學辦法」中有關原住民學生參加各項考試時錄取標準降低之規定,例如:

(一)原住民族教育法第十六條

「高級中等以上學校,應保障原住民學生入學及就學機會; 公費留學並得提供名額,保障培育原住民之人才;其辦法,由中 央主管教育行政機關定之。」

中央主管教育行政機關(教育部)依據本條規定之授權,訂定「原住民學生升學優待及原住民公費留學辦法」,其中尤以原住民學生升學優待及原住民公費留學辦法第三條最為重要。

- (二)原住民學生升學優待及原住民公費留學辦法第三條
- 「原住民學生報考高級中等學校以上學校新生入學考試(研究生及學士後各系招生除外),其優待方式,依下列各款辦理:
 - 一、報考高級中等學校及五專之原住民考生:
- (一)參加登記分發入學,依各校錄取標準降低百分之二十 五。

- (二)除參加登記分發入學者外,以其他各類方式入學者, 參採國民中學學生基本學力測驗分數標準及第二階段非學科測驗 分數標準者,均降低百分之二十五。
- (三)各校得衡酌學校資源狀況及區域特性,於招生核定總 名額外加百分之一為原則,提供原住民考生入學。
 - 二、報考四技二專及二技之原住民考生:
- (一)參加登記分發入學者,依各校錄取標準降低百分之二 十五。
- (二)除參加登記分發入學者外,以其他各類方式入學者, 由各校院酌予考量優待。
- (三)各校得衡酌學校資源狀況及區域特性,於招生核定總 名額外加百分之一為原則,提供原住民考生入學。
 - 三、報考大學校院之原住民學生:
- (一)參加考試分發入學者,其指定考科依各校錄取標準降低原始總分百分之二十五。 」

五、台北市保障原住民族之單行法規

上述中央機關所制定保障原住民族之法律及行政命令,係國家所訂定保障原住民族之最低要求。各地方自治團體如因財政許可,自行依立法程序訂定對於原住民族保障更為週到之法規,自亦為憲法所樂見。台北市政府為處理原住民事務,設有「臺北市政府原住民事務委員會」之專責機構,對於原住民族各種基本權利之保護,其程度往往超越中央所制定法規之最低要求標準甚多。以下舉數例說明之:

臺北市促進原住民就業自治條例第四條第一項:

「臺北市議會、市政府所屬各機關、學校暨事業機關(以下 簡稱各機關),下列職務進用總額每滿五十人至少應進用原住民 一人。職務性質適合女性工作者,應訂一定比例之女性原住民保

- 一、約僱人員。
- 二、駐衛警察。
- 三、技工、駕駛、工友、清潔隊員。
- 四、收費管理員。
- 五、其他不須具公務人員任用資格之工級職務。

相較於前述原住民族工作權保障法第四條「每滿一百人應有 原住民一人」之規定,台北市對於原住民族工作權之保障程度更 高。

台北市為進一步保障原住民族之工作權,更訂定「台北市政 府暨所屬機關進用不具公務人員任用資格之原住民獎勵要 點」,以「新進用不需公務人員任用資格之職務」,包括「約僱 人員、駐衛警、職務代理人、技工、工友、駕駛、巡山員、清潔 隊員、收費管理員及其他不需具公務員任用資格職務之人員 1... 「至少應進用百分之五比例之原住民」(台北市政府暨所屬機關 進用不具公務人員任用資格之原住民獎勵要點一、二參照)為目 標,並訂定獎勵辦法(台北市政府暨所屬機關進用不具公務人員 任用資格之原住民獎勵要點五參照)推動該項政策。

除此之外,台北市特別制定「臺北市原住民婦女扶助自治條 例」,給予遭逢特殊變故、家庭暴力、性侵害、從事色情行業待 轉業及未婚生子或離婚而自行撫育未成年子女之原住民婦女緊急 生活補助、醫療費用補助、生育補助、房租補助、職業訓練及生 活津貼(臺北市原住民婦女扶助自治條例第三條、第四條參 照)。並為鼓勵其升學,規定其「入學受教育者,其學雜費全額 補助至大專畢業」(臺北市原住民婦女扶助自治條例第六條參 照),對於原住民婦女之保護照顧,甚為週到。

綜合言之,台北市有關原住民族事務之單行法規,其對於原

住民族各種基本權利之保護程度,遠超過中央所制定法規之最低 標準,可謂已忠實履行憲法增修條文第十條第十二項「原住民族 保障條款」之要求。

肆、原住民族保障法規之探討

上述原住民族保障法規,固然係為實現憲法增修條文第十條 第十一項及第十二項「原住民族保障條款」之「國家目標規 定」,惟人民主張基權利,不可能無限上綱。立法者遵從原住民 族保障條款之規定制定各種保障原住民族權益之法規時,基於國 家財政有限之事實,難免對於其他人產生排擠效應。因此,立法 者制定保障原住民族權益之法規時,其界限如何?即為值得研究 之問題。

前述保障原住民族權益之法規,無論係保障原住民族之參政 權、工作權、財產權或受教育權,其性質不外給予原住民族特殊 優惠。如:保障原住民族民意代表之最低人數、保障政府機關中 不須具公務人員任用資格職務之原住民最低人數、原住民學生參 加各項考試時降低錄取標準等。此等優惠措施,是否與我國憲法 本文第五條「中華民國各民族一律平等」,憲法第七條「中華民 國人民無分 種族 ,在法律上一律平等,所要求之「平等 原則」相符?此為本文以下所欲探究問題之一。

前述保障原住民族權益之法規中,另有為保障原住民工作權 而限制其他人民之職業自由者,如:公益彩券發行條例第八條 「公益彩券經銷商之遴選由原住民(與身心障礙者、低收入單親 家庭)優先」之規定,以及公益彩券管理辦法第十七條「發行機 構發行傳統型彩券及立即型彩券時, 經銷商應全部為身心障 礙者、原住民或低收入單親家庭」之規定。此等限制甚或禁止措 施,是否與憲法第十五條保障(其他)人民工作權之規定相符? 此為本文以下所欲探究問題之二。

一、保障原住民族權益法規與憲法平等原則之關係

(一)平等原則之內涵

我國憲法第七條所揭示之平等原則,其目的並非在禁止一切 差別待遇,而係禁止無實質正當理由之差別待遇。德國聯邦憲法 法院於其歷年之判決中一再重申:「平等原則禁止本質相同之事 件,在不具實質理由之情況下,為不同之處理;禁止對於本質不 同之事件,在不具實質理由之情況下,為相同之處理」23,此即平 等原則之真正內涵。

所謂「基於實質正當理由所為之差別待遇」,係指因事物本 身之性質即當然產生某種差異,為調整此種差異,所為之差別待 遇。依據大法官於釋字第三六五號解釋之解釋理由書中,以男女 平等為例,對於平等原則所為之闡述,「因性別而為之差別 規定僅於特殊例外之情形,方為憲法之所許,而此種特殊例外之 情形,必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功 能角色上之不同,始足相當。」。由此引申,對於原住民所 為之差別待遇,亦須係基於「生理上之差異或因此差異所生之社 會生活功能角色上之不同」,始為合憲。若以此為檢驗標準,前 述保障原住民族權益之法規,恐難盡數符合憲法平等原則之要 求。蓋原住民族在參政、就業及就學上所處之劣勢,恐難解釋為 係因原住民與其他人「生理上之差異」所致。若說係因「生理上 差異所生之社會生活功能角色上的不同」所致,亦屬勉強。

BVerfGE 49, 148 (165); 98, 365 (385).

(二)憲法增修條文之「原住民族保障條款」作為保障原住民 族權益法規之特別合理化事由

憲法增修條文第十條第十一項及第十二項「原住民族保障條 款, 之規定, 正好為此等保障原住民族權益之法規, 提供合法化 事由(Rechtfertigung)之憲法基礎。縱使保障原住民族權益之法 規不能通過憲法第七條平等原則之檢驗,惟憲法增修條文第十條 第十二項「原住民族保障條款」既已要求立法者「保障原住民族 之地位及政治參與,並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經 濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展 1 , 立法者遵循 此一「國家目標規定」而立法保障原住民族權益時,自不能逕指 其違反平等原則。由是觀之,憲法增修條文第十條中「原住民族 保障條款」之規定,實為保障原住民族權益法規之憲法上特別合 理化事由。

實務上,大法官未曾就保障原住民族權益法規之合憲性明確 表示意見,惟筆者以為:以憲法增修條文之「原住民族保障條 款工作為保障原住民族權益法規之特別合理化事由,進而肯定保 障原住民族權益法規之合憲性,應係正確之見解²⁴。蓋原住民族在 參政、就業及就學上既已長時期處於劣勢,如欲調整此一實質上 差異,自需採取特別之優惠措施,始能達其目的。否則,天秤之 一端既已傾斜,如兩邊仍然放置等重之砝碼,天秤永遠不會有平 衡的一天。況且,憲法增修條文第十條第十一項及第十二項「原 住民族保障條款」之規定,其性質並非主觀公權利,僅有客觀法

我國學說上論及原住民族保障條款是否合平平等原則之問題者不多。惟陳愛娥教 授引述德國學說之見解,承認得以憲法增修條文第十條第六項「促進兩性地位實 質平等」之規定,限制不受性別歧視之基本權,參閱氏著,「兩性平等教育法」 草案與「兩性地位之實質平等」,月旦法學雜誌,第84期,頁176。陳新民教授亦 肯定憲法第十三章「基本國策」之規定為「憲法之特別差別待遇」,「良性的特 權條款」,排除平等原則:參閱氏著,中華民國憲法釋論,頁197。

效力:而立法者對於何時制定此等保障原住民族法律,以及其保 障之程度,又享有「形成自由」,不單純因為立法不作為而構成 違憲,已如前述。「原住民族保障條款」之規範效力既頗為薄 弱,如能將其作為保障原住民族權益法規之特別合理化事由,無 異賦予其新的規範效力,使得「原住民族保障條款」不致淪為空 洞之具文。

當然,憲法增修條文之「原住民族保障條款」作為保障原住 民族權益法規之特別合理化事由,也不是毫無限制。保障原住民 族權益之法規縱使有憲法增修條文第十條第十一項及第十二項之 支持,惟仍須遵守比例原則,不得為過度之保障。不過,就目前 原住民於社會中各方面所處之明顯劣勢而言25,縱使已有中央及台 北市之各項保障原住民族權益之法規,距離「過度保護」恐怕仍 有不小的距離。

二、保障原住民族權益法規與憲法保障工作權之關係

(一)丁作權之內涵

我國憲法第十五條所保障之工作權,其效力有兩種:其一為 積極之面向,即要求國家提供適當工作機會之權利²⁶。其二為消極 之面向,即人民有自由選擇職業及從事職業活動之權利。

所謂自由選擇職業及從事職業活動之權利,又可稱為「職業 自由」(Berufsfreiheit)。憲法第十五條固然保障人民之職業自 由,然而任何基本權均非絕對不受限制,基本權之行使,難免與

有關原住民在社會中所處劣勢之詳細說明及各項證據,參閱高德義,民族權的理 論與實踐:台灣原住民人權的評估,收錄於台灣法學會學報第二十輯(民國八十 八年十一月),頁81以下。

他人之基本權或者公益發生衝突。職業自由基本權自亦不例外, 職業秩序與公益有重大關連,勢必不能完全任由當事人依其自由 意願加以決定,必須由國家予以統合規範。依據德國聯邦憲法法 院於一九五八年六月十一日所作成之「藥房判決」 (Apothekenurteil)所發展之三階理論(Drei-Stufentheorie),國 家對於人民職業自由之限制,可區分為對於職業經營階層之限 制、對於職業選擇階層之主觀限制及對於職業選擇階層之客觀限 制三種27。此一區分方式,亦為我國所承襲。司法院大法官釋字第 404號解釋中,即謂「為增進公共利益之必要,對於人民從事工作 之方法及應具備之資格或其他要件,得以法律為適當之限 」。此外,司法院大法官釋字第510號解釋亦採此一區分方 式。以下分別就此三種限制說明之:

1.對於職業經營階層之限制

所謂對於職業經營階層(Berufsausubung)之限制,係指國 家對於職業活動之形式、方法、範圍、內容等事項加以規範。由 於此種規範只觸及職業自由基本權之外圍,並未深入其核心領域, 立法者對於職業經營階層加以限制時,擁有較大之裁量空間²⁸。

立法者對於職業經營階層之限制,例如:「規定藥師開設藥 局從事調劑外,並經營藥品之販賣業務者,應辦理藥商登記及營 利事業登記」(司法院大法官釋字第191號解釋)、「限制鑲牙牛 懸掛鑲補牙業務之市招」(司法院大法官釋字第206號解釋)、 「訂定各科技師執業範圍」(司法院大法官釋字第411號解釋)、

有關工作權之積極面向,即要求國家提供適當工作機會之權利,並非本文所欲研 究重點,其詳細內容,參閱劉建宏,基本權各論基礎講座 < 七 > 學講座,第二十三期,頁2以下。

有關德國聯邦憲法法院藥房判決之案例事實及詳細內容,參閱劉建宏,論人民職 業自由之保障 德國基本法第十二條第一項之研究,頁38以下,輔仁大學法律 學研究所碩士論文,民國80年6月;另參閱同作者,德國法上之職業自由,憲政時 代第十八卷第二期, 頁68以下。

劉建宏,論人民職業自由之保障 德國基本法第十二條第一項之研究,頁87以 下,輔仁大學法律學研究所碩士論文,民國80年6月;另參閱同作者,德國法上之 職業自由,憲政時代第十八卷第二期,頁85以下。

「規定電動玩具業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業 場所」(司法院大法官釋字第514號解釋)等均屬之。

2.對於職業選擇階層之主觀限制

所謂對於職業選擇階層之主觀限制(subjektive Voraussetzungen der Berufswahl),係指立法者就申請執行某種 職業之個人其資格特質、能力或技能等,訂定某些條件,並規定 申請執業人符合此等條件時,始允許其選擇該職業。此等條件, 即屬對於職業選擇階層之主觀限制²⁹。

立法者對於職業選擇階層之主觀限制,例如:「對於商業會 計記帳人執業資格之限制」(司法院大法官釋字第453號解釋)、 「民用航空局所發布之航空人員體格檢查標準」(司法院大法官 釋字第510號解釋)等均屬之。

3.對於職業選擇階層之客觀限制

所謂對於職業選擇階層之客觀限制 (objektive Voraussetzungen der Berufswahl),係指立法者就某種職業之申請,制定特殊 之許可條件,此等許可條件與申請執業之個人無關,並且,個人 對於該許可條件是否成就亦不能加以影響者,即屬對於職業選擇 階層之客觀限制³⁰。

對於職業選擇階層之客觀限制,其內容甚為繁複,對於人民 職業自由基本權之限制方式亦不盡相同,依其干涉基本權強度之 不同,又可區分為下列數種形式31:

劉建宏,論人民職業自由之保障 德國基本法第十二條第一項之研究,頁92以 下,輔仁大學法律學研究所碩士論文,民國80年6月;另參閱同作者,德國法上之 職業自由,憲政時代第十八卷第二期,頁87以下。

(1)兼職禁止

立法者於法律規定中,禁止從事某種特定職業之人再行從事 其他種類之職業者,即屬兼業禁止之規定。例如:德國「稅務顧 問法律關係法」禁止稅務士及稅務代理人從事與其職業不相容之 副業,此即為典型兼職禁止之規定。

(2)需求審查(Bedürfnisprüfung)

所謂需求審查,係指立法者於職業法規中,基於需求政策觀 點 (bedarfspolitischer Aspekt) 之考量,對於新競爭者加入市場所 設之許可限制(Zulassungsbeschränkung)。亦即,其為立法者對 於職業選擇自由所為之限制規定,而其許可條件 (Zulassungsvoraussetzungen),則以其是否符合總體經濟之需求 為決定標準。換言之,即依總體經濟之需求觀點對於市場之供需 關係加以觀察,倘可認為需求大於供給時,則應允許新競爭者進 入市場。由於此等許可條件與個人之能力、資格無關,並且,個 人對於該條件是否成就亦無影響力,故其亦屬對於職業選擇階層 之客觀限制。

立法者對於職業選擇階層之客觀限制中,其性質為需求審查 者,例如:經德國聯邦憲法法院於藥房判決中宣告違憲之藥房法 中有關「對當地居於藥品需求供應不足時始得設立新藥房」之規 定,即是。

(3) 限額措施 (Kontingentierung)

所謂限額措施,係指立法者就某種特定職業之執業人數或必 要設施,設定最高數量限額之規定。限額措施其與執業申請人本 身之資格、能力無關,且執業申請人對於此等規定之存否亦無影 響力,故其為職業選擇階層客觀限制之規定。

劉建宏,論人民職業自由之保障 德國基本法第十二條第一項之研究,頁101以 下,輔仁大學法律學研究所碩士論文,民國80年6月;另參閱同作者,德國法上之 職業自由,憲政時代第十八卷第二期,頁91以下。

有關職業選擇階層之客觀限制的進一步分類,詳閱劉建宏,論人民職業自由之保

德國基本法第十二條第一項之研究,頁126以下,輔仁大學法律學研究所碩 士論文,民國80年6月:另參閱同作者,德國法上之職業自由,憲政時代第十八卷 第二期,頁101以下。

限額措施與需求審查均屬對於職業選擇階層之客觀限制,就 對於人民職業自由之限制而言,前者較後者為強烈。蓋需求審查 之規定,係由官署依總體經濟之需求為決定是否允許新競爭者加 入市場申請之依據,當該項職業之市場需求大於供給時,官署應 許可執業申請人之申請。而限額措施則非如此,官署一旦對於某 種特定職業之執業人數或必要設施設定最高數量之限額,縱使其 後市場需求已大於供給,仍不影響官署拒絕新競爭者加入市場之 決定。

立法者對於職業選擇階層之客觀限制中,其性質為限額措施 者,例如:銀行事業主管機關對於新設立銀行之總量管制、交通 事業主管機關對於長途汽車客運業之總量管制等均是。

(4) 職業禁止 (Berufsverbot)

職業禁止之規定,為對於職業選擇階層客觀限制中干涉人民 職業自由最為強烈之措施。在此,國家以其公權力絕對禁止人民 從事某種職業。

職業禁止之例,如:勞工保險及全民健康保險之保險業務均 由國家獨占,禁止私人為保險人,即是。

(二)對於職業自由基本權限制之限制

國家對於人民之職業自由基本權加以限制時,無論其限制之 類型為何,均需有合理化事由,即所謂對於人民基本權利「限制 之限制」(Schranken-Schranken)。分述如下³²:

1.對於職業經營階層限制措施之合理化事由

立法者對於人民職業經營階層自由加以限制時, 只要此限制

是基於公共福祉之合理考慮 (vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls)所為,且合乎目的(zweckmäßig),即可為之。 在此階層中,基本權之保障功能僅在立法者之限制對於執業人而 言係過度負擔且不可期待時,始發揮作用。

2.對於職業選擇自由主觀限制之合理化事由

立法者對於人民職業選擇自由之主觀限制,必須是基於保護 優先於個人自由之重要公益的考量時,始得為之。

3.對於職業選擇自由客觀限制之合理化事由

立法者對於人民職業選擇自由之客觀限制,只有在為防止對 於特別重要公益(überragend wichtiges Gemeinschaftsgut)之可證 明的、或有最高或然性的嚴重危害 (nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren) 時,始為合法。

在德國聯邦憲法法院之具體案例中,承認「國民健康」、 「保障國民營養充足」、「交通安全」等均屬特別重要公益,得 作為合理化對於人民職業選擇自由客觀限制之事由。

(三)憲法增修條文之「原住民族保障條款」作為保障原住民 族權益法規所追求之特別重要公益

前述保障原住民族權益法規中,對於原住民之工作權予以特 別保障者,即同時構成對於其他人職業自由之限制。原住民族工 作權保障法第四條(百分之一條款)、第五條之規定(三分之一 條款),均係對於原住民之「定額進用」保障;對於其他人而 言,其性質類似前述對於職業選擇階層客觀限制中之「限額措 施」。公益彩券管理辦法第十七條「傳統型彩券及立即型彩券之 經銷商應全部為原住民(以及身心障礙者或低收入單親家庭)」 之規定,對於其他人而言,其性質則已構成對於職業選擇階層客 觀限制中之「職業禁止」,為對於人民職業自由干涉最為強烈之 措施。公益彩券發行條例第八條「原住民(以及身心障礙者或低

有關國家對於人民之職業自由基本權加以限制時,其合理化事由之內容,詳閱劉 德國基本法第十二條第一項之研究,頁124以 建宏,論人民職業自由之保障 下,輔仁大學法律學研究所碩士論文,民國80年6月;另參閱同作者,德國法上之 職業自由,憲政時代第十八卷第二期,頁100以下。

收入單親家庭)優先擔任公益彩券經銷商」之規定,在目前經銷 商名額僧多粥少的現實情況下,亦同。

如前所述,立法者對於人民職業選擇自由之客觀限制,只有 在為防止對於特別重要公益之可證明的、或有最高或然性的嚴重 危害時,始為合法。憲法增修條文之「原住民族保障條款」,恰 可作為三階理論中所要求之「特別重要公益」。為保障原住民族 之工作權,使其藉由工作取得社會生活中必要之生活資源,進而 保障其尊嚴,此等措施確有必要。衡諸原住民在我國社會中,無 分男女,均已處於極端經濟弱勢之實際處境,如何立即有效地提 供原住民適當之工作機會,的確為刻不容緩之國家任務之一。立 法者為貫徹憲法增修條文之「原住民族保障條款」,制定前述保 **障原住民族權益之法規,因而對於其他人民之職業選擇自由構成** 客觀限制,可謂「為防止對於特別重要公益之可證明的嚴重危 害」之立法措施,與憲法第十五條保障(其他)人民工作權之規 定,並無抵觸。

伍、結 論

我國憲法增修條文第十條第十一項及第十二項「原住民族保 障條款」之規定,其性質為基本國策,並非具有權利地位之主觀 公權利。惟其作為憲法上之「國家目標規定」,仍有客觀法秩序 之效力,故立法者仍有遵照其指示,訂定保障原住民族之法律的 義務。惟此等客觀法效力之規範作用不強,立法者對於何時制定 保障原住民族之法律,以及其保障程度如何,均有形成之自由。 所幸我國之立法者就此並未怠忽其職責,中央政府已制定合乎憲 法上最低保障要求之保障原住民族權益法規。台北市政府就此所 制定之單行法規,其對於原住民權益保障之程度,更是遠超過中 央政府所訂定之標準。

立法者所訂定之保障原住民族權益法規,不免對於其他非原 住民族之人民構成基本權利之干涉。其中最重要之問題,即為: 此等法規是否符合憲法第七條平等原則之要求,以及是否對於其 他人憲法第十五條之工作權構成侵害。就前者而言,本文以為: 立法者所制定之各種對於原住民族之優惠措施,其實不甚符合憲 法第七條平等原則之要求。惟憲法增修條文第十條第十一項及第 十二項「原住民族保障條款」之規定既要求立法者制定保障原住 民族權益之法律,自可將原住民族保障條款作為保障原住民族權 益法規之特別合理化事由,承認其合憲性。如此,既能達成保障 原住民族權益之實質目的,又能賦予憲法增修條文第十條第十一 項及第十二項「原住民族保障條款」新的規範功能,避免其淪為 空洞之宣示性規定。就後者而言,立法者所訂定各種保障原住民 工作權之措施,其效力均甚強,往往對其他人民之職業選擇自由 構成客觀限制。本文以為:憲法增修條文第十條第十一項及第十 二項之「原住民族保障條款」,亦可作為此等保障原住民工作權 措施所欲追求之「極端重要公益」,進而認為其並未侵害其他人 民之工作權。

第肆篇

臺北市政府人權保障 諮詢委員會紀要

- ◆ 第一次會議會議紀錄
- ◆ 第二次會議會議紀錄
- ◆ 第三次會議會議紀錄
- ◆ 臺北市政府關於換發身分證強 制按指紋之基本立場

臺北市人權保障諮詢委員會

第一次會議會議紀錄

開會時間:九十三年十月四日(星期一)下午二時

開會地點:市政大樓十二樓市長簡報室

主持人:馬市長英九 紀錄:羅承宗

出席單位及人員: (詳如會議簽到單)

討論議題: (詳如討論議程表)

壹、委員陳述摘要

一、張委員炳煌

- (一)關於監視器之設置及資訊運用應有法規規範。
- (二)有關警察局所提蔡某君案引發「刑懲並行」是否符合公平理念之爭議,建議將來面對類似案件發生時,可參酌法律扶助理念,市府可委請律師協助當事人維持行政救濟管道,使其行政處分不致於確定。
- (三)以臨時動議提出樂生療養院案涉及之人權尊重與捷運 規劃之爭議,市長允將此案與捷運局協調。

二、黃委員錦堂

臺北市作為首都,可制訂比中央的法律更符合前瞻性的規定。有關警察業務相關規則之擬定與執行,可考慮邀請專家學者與社會公正人士組成諮詢委員會,提供民眾參與意見的管道。

338 人權保障之理論與實務2005

三、廖委員元豪

- (一)關於龍安街轟趴事件乙案引發之人權侵害疑慮,主張 歧視性調查應予禁止,犯罪調查應針對犯罪嫌疑,而非當事人身 分。
- (二)警方執行臨檢、搜索或調查時,常可見到媒體直接播放畫面,這些都有侵犯當事人人權之疑慮,警方媒體的關係也應檢討,原則上應不准媒體接近。
- (三)外籍配偶、大陸配偶等新移民於社會上常遭受不平等 對待,中央人權法案卻一直遲未訂定,臺北市可考慮訂定人權保 障的自治條例。

四、王委員蘋

- (一)關於龍安街轟趴事件乙案,建議警方充實行前教育訓練機會,讓基層員警不要從負面角度看待同志,同時也讓警方執法有所依據。
- (二)人民舉辦集會遊行,對於警方蒐證資料後續處理與利用應有具體、妥善處理標準,以化解民眾疑慮。
- (三)期待社會局對弱勢族群關懷的面向更擴大,以女同性 戀者為例,社會局補助項目似無提供相關資源。

五、許委員文彬

- (一)針對身心障礙者保護法第三十七條規定非視障者不得從事按摩業,有合法理髮業者提出質疑,認為市警局執法太過嚴苛,造成民怨。建議一般理髮業順帶提供按摩服務時,可否解釋為非按摩業而應排除於取締範圍外。
- (二)有關警察局所提蔡某君案,程序上勿論,既然法院無罪判決完全否定不法行為,個人傾向可依實質判決應予平反。

六、陳委員清秀

- (一)就校規是否符合人權保護標準之問題,建議教育局邀請學者專家通盤檢討。即便校規原則上由各校自主決定,就關於人權保障部分,亦不可以多數決剝奪。
- (二)有關警察局所提蔡某君案,國賠請求雖予駁回,但本 會曾建議原機關可考慮是否依行政程序法第一百二十二條職權 廢止原免職處分。

貳、結 論

- 一、關於警察業務相關規則之擬定與執行,可考慮邀請專家 學者與社會公正人士組成諮詢委員會,提供民眾參與意見的管 道。
- 二、於人民舉辦集會遊行的場合,為化解民眾對於警方蒐證 資料後續處理與利用之疑慮,今後警察在相關集會遊行之蒐證處 理原則亦應訂定相關規定,予以法制化、透明化為目標,以確實 保障人民集會遊行之自由。
- 三、關於先前農安街同志「轟趴」事件所引發之隱私權侵犯疑慮,今後警察在事前勤務教育訓練與執行勤務時,應進一步加強對於人權的尊重與隱私權的保障。並請警察局與王蘋委員聯繫,提供關於性別尊重之相關資料,以開設性別尊重之相關課程。
- 四、在教育局業務方面,教育局對於學生受教育權利,積極落實,已有相當成果。惟對於委員提出中小學校規有無若干違反人權規定之問題,應由教育局就有違反人權之虞之各級學校校規予以蒐集彙整,並會同法規會通盤檢討,必要時可提請人權保障諮詢委員會討論,以保障基本人權。
- 五、就有關社會局業務方面,應盡力消弭大陸或外籍配偶於 生活、教育、工作等各方面可能遭受之歧視待遇,並提供其必要

340 人權保障之理論與實務2005

之教育或保護措施,以落實對於弱勢族群之人權保障。

六、就公務員人權保障方面,公務員如涉嫌犯罪而遭免職,惟刑事責任部分嗣後經法院判決無罪確定,卻無法辦理復職一案所引發之「刑懲並行」是否符合公平理念之爭議,此類案件宜建立通案處理之標準,此部分建請人事處會同法規會訂定處理準則,供各機關遵循,俾公正妥適審查原免職處分之妥當性,並以落實憲法保障人民服公職之權利。至於就蔡夜橖君申請復職案此個案部分,由法規會專案研究有無救濟途徑可協助當事人維護其應有合法權益,以貫徹人權保障之精神。

散會:下午四點四十分。

342 人權保障之理論與實務2005

臺北市人權保障諮詢委員會

第二次會議會議紀錄

開會時間:九十三年十二月二十一日(星期二)下午三時

開會地點:市政大樓十二樓市長簡報室

主持人:馬市長英九 紀錄:羅承宗

出席單位及人員: (詳如會議簽到單)

討論議題:(詳如討論議程表)

壹、報告事項

- 一、第一次會議記錄與各機關處理情形提報(略)
- 二、勞工局人權保障業務報告(略)
- 三、訴願審議委員會人權保障業務報告(略)
- 四、環境保護局人權保障業務暨「環保大捕快、合力大進擊」 案報告(略)

貳、委員陳述摘要

一、王委員蘋

關於勞工局業務報告:我有一個意見,覺得也許可以研究 一下。根據勞工局報告裡針對不同族群推動的人權保障措施, 大概是根據「就業服務法」法源基礎,但是針對就業市場有關 於中高齡就業者「年齡歧視」的問題,其實在廣大的失業人口中這是個重點,可是就業服務法並未針對年齡歧視有任何保障,不曉得這裡可否作為一個研究的方向,怎麼要把年齡歧視的保障放在勞工局所關懷的弱勢保障範圍內。

二、張委員炳煌

(一)關於勞工局業務報告:有關兩性工作平等法關於訴訟補助,從91年實施到現在,也兩年半多了,這裡列了補助3個案子,其實數量上有點少。究竟是本來申請的少?還是我們審核的條件比較嚴?另很多勞工都需要訴訟扶助。在不同法規下,資源不知如何統籌運用?例如在兩性工作平等法一個案子補助20,000元,在就業歧視那裡是否也是一樣金額?或是有不同的補助辦法、金額或標準?還有職災是否也是如此?會不會依照不同的法,不同的人有不同的標準?

(二)關於環保署「環保大捕快、合力大進擊」案:這個自治條例(臺北市一般廢棄物清除處理費徵收自治條例)已經通過,形式上的法律依據已經是有。這裡我們也無從去表達什麼意見,除非人民提起釋憲。但是從這個條例就第2條來看,寫的還是一個「並」字,我想從比例原則來看,事實上丟垃圾也不會去太遠的地方丟,街坊鄰里去查訪,問鄰里長應該可以也不會去太遠的地方丟,街坊鄰里去查訪,問鄰里長應該可?我也來,假設真的問不出來?是否已經窮盡問的手段呢?我們從廢棄物清理法第59條來看,當有一個人違反行政規章行為的時候,若剝奪他在社區的名譽權,這已逾越了原來處罰的目的了。一個人縱使犯了罪,將其判刑抓去關,這是對他的處罰,若又將其照片上網,讓每個人都知道他犯了罪,這又是另一個處罰。而且刊登於網站,會不會對他的家庭與小孩發生連坐的現象,對於社區的生活造成影響,我想這必須要考量的。現在鄰里已經很多攝影機了,現在又在網站公布這些,我認為這是

相當程度的比例原則。不提示身份的話,應該給他罰錢,如果 我們要找這個人的成本很高,我們應該要求中央或我們的自治 條例去修法,去處罰他不提示身份足以涵蓋我們可能的行政成 本,而非處罰其名譽與隱私權,我覺得這才是比例原則。亂丟 廢棄物給予財產上的處罰,可是不會讓他的名譽與人格權在社 區內遭到幾乎徹底的摧毀,所以我非常反對把照片放在網上。

三、陳委員清秀

(一)關於訴願會報告:在民國89年的時候,我們的撤銷 案件比例有三成,今年上半年只剩下兩成,由此可見我們市政 府各機關依法行政的品質是提高的。假設原處分機關自行撤銷 的比例再降低,可以通盤檢討一下到底在那個行政環節本來不 該做處分的做了,讓民眾來申訴,這樣我們行政的品質會更提 高,事先防範未然。被訴願會撤銷比例比較高的機關超過百分 之二十的機關包括財稅、地政與教育。我建議被撤銷比例比較 高的機關是否可以通盤檢討一下到底被撤銷的原因是否在事實 認定過程中犯了某些通案的錯誤,或是不當的作法,如果有通 盤改正的話,相信將來被撤銷的比例會降低。舉個例子來說, 今年年初的時候稅捐處雖有設法務室,但是沒有法制人員,處 理稅捐復查的人都不是學法律的,這個現象非常嚴重,稅捐機 關與人民權利義務關係密切,居然沒有任何法制人員,這是不 可思議的一件事。就此已建議人事處發府函要求稅捐處在法務 室內要設法制人員。另外是不是建議稅捐處的復查委員會可以 仿照我們的國賠會或訴願會邀請府外法律專家學者參與,以提 升復查決定的品質,這樣的話事情在源頭就解決了,不用到訴 願再來解決。

(二)關於外籍勞工與外縣市勞工保護問題:我們現在於 勞健保訴訟中,主張補助的對象為設籍於本市的勞工。國外的 立法例不一,德國作法是把外國人只要居住在本市的話,就是在地方團體轄區內,就是為該團體的居民,不以取得國籍為要件,就可以享受本市提供的設施與社會福利。像日本就是採取互惠原則,如果外國提供本國同樣保護照顧的話,則將該國人民視為當地居民給予照顧。至於美國有些州在轄區工作的人就視為本地住民。我覺得我們處理上可以將以類型化,有些社會福利措施由於負擔比較重,可能還是要以設有戶籍為要件,有些負擔沒那麼重的,可以參考德國的模式只要外國人居住於本市,即給予相同的照顧。

(三)關於環保局「環保大捕快、合力大進擊」案:將照片上網之作法,法律上的依據早年是88年所定的一個職權命令(台北市政府環境保護局辦理違反廢棄物清理法稽查工作執行辦法),後來於92年提升位階為自治條例(臺北市一般廢棄物清除處理費徵收自治條例),已經把上網的部分納入自治條例裡面。因為上網涉及人民的權利義務事項,所以用自治條例規範比較符合法律保留的要求。我們建議:既然有自治條例作依據,則原來職權命令第4條有關於上網的規定,建議在法制作業程序上做一個修正,若拒絕提示的話,就依自治條例第6條的規定來辦理。環保局的作法已經兼顧比例原則,一小段時間放在網站上,而非無限期,目的就是盡量透過宣導來達到目的。總之,我們建議自治條例第6條做修正,不是用「並」,而是窮盡各種可能方式無法查知者,才能公布上網。這裡涉及的是人民名譽權的保障與兩百多萬同胞環境權保障利益的衡量。如果民眾惡性重大又不願意配合的話,我想我們已經仁至義盡了。

四、馬市長英九

- (一)有關於人權保障諮詢委員會第一次會議「警察局前偵查員蔡夜橖君免職」案
- 1.政府機關一貫的立場是刑懲並行,兩不相衝突,這我們都 同意。但如果刑罰據以成立的基礎事實都不存在了,那麼有罪 無罪可以併行,在法理上就不是那麽容易說得通了。事實上大 多數警察認為茲事體大,類似案件過去不知道有多少,其他各 地方不知道有多少, 牽一髮而動全身, 所以不動為宜。換句話 說,為了整體犧牲個體,法理上也有問題,因為個案憑良心講 也沒那麼多。如果說我們就開始改變這個傳統,若警察機關有 充分證據針對警察因言行不當,酒醉駕車而給予免職,萬一將 來證明我們是錯的,我們應該也有認錯的勇氣。最近我跟王局 長講一個案子,兩年前松山分局某員警,被人指控查驗搖頭丸 時將酒客的尿液掉包,最近檢察官予以不起訴處分,但是分局 長記了兩個過, 員警亦予以處分。難到這種事情我們不應該平 反嗎?這種例子,我正請王局長專案處理當中,對於這種事 情,我們作主管的,作長官的也要有認錯的勇氣,這個時候應 當事人請求,或我們甚至應該主動幫他們平反,因此若他們請 求後我們還不為所動,那就理虧了。是不是請警察局代表將這 個道理跟警政署講一下,必要時可以跟謝署長聯繫一下,這個 例子其實可以改一下,只有對警察的形象更好,可以讓這些同 仁覺得可更值得賣命。這個案子情節實在是太懸殊了,要當事 人接受是很困難的,恐怕將來往生後都難以瞑目,一輩子被冤 枉。警察局說任免權不在你們,可是如果要負責的話,警政署 也沒什麽理由反對。
- 2.台北市既然成立了人權諮詢委員會,感覺非常不公平的事,我們應該處理。至少讓警察同仁受到冤屈之後,有平反的

機會。否則法院都給人家平反了,結果我們自己人反而不給予平反,這樣說不過去。尤其像警察局代表說的,這件案子連收押都沒有,事實不是很充分,證據不足的程度比人家還多,給予平反的理由應該更強。必要的時候把相關資料給我,由我寫信給謝署長,力勸他們改變一下這個傳統。我知道你們警察的十年來都是這樣做的,可是現在人權保障的時代來了,如果能夠改革一下這個傳統,整頓紀律的方式可以調整一下,跟整個社會的脈動、世界的潮流一致化,這樣對警察的士氣應該是有幫助的。你們可能有為難,我來講沒關係。你們把事實告訴我,我來寫封信給謝署長或甚至給蘇部長,希望他能從善如流。我們並不是沒有路可以走,可以做的時候,責任在我們,我們應該有點道德勇氣作些事情。

(二)關於警察局臨檢同志轟趴 (Home Party)事件

- 1.我們最近發現警察好幾次轟趴取締的時候,發現有搖頭丸或HIV(愛滋病)這些的。純粹的轟趴跟有這些狀況轟趴的處理上,警察局是不是應該有個標準作業程序?如果真的有犯罪的話,警察局基於職責所在,也不能因為是同志就不處理,到什麼樣的分際,我想是很重要的。
- 2.媒體有興趣去拍轟趴畫面,我也覺得非常不當。警察如果稍微注意一下,當你採取行動的時候做一點點隔離,應該是做的到的,並沒有那麼困難,只是說平常行動的時候沒有想那麼多,所以我覺得以後在行前教育的時候就把這因素放進去,把媒體隔開。我這樣講在場媒體可能會討厭我,可是我覺得人權保障蠻重要的。我想警察應該有這樣的自覺,同志只是有些地方跟我們不一樣而已,不是洪水猛獸,這樣的話才能把人權保障落實。我建議是否請警察機關跟這些團體(人權、同志團體)請教一些正確的知識,警察局根據這些知識訂立適當的標

準作業程序,以避免一再成為新聞報導的焦點,以免讓外界有動輒得咎的感覺。

(三)關於於外籍勞工與外縣市勞工差額的問題

- 1.勞工局能不能在這方面建立與社會局同一標準,提出比較有普遍性,制度化的作法。憲法上有平等權的規定,這個平等權規定並未排除外國人。市政府設了一個勞工權益保障基金,約有3億元,對於被惡性解雇的勞工,我們提供其對於雇主訴訟經費的補助,以及在訴訟期間生活的補助,大概已經發了1,450萬元。當時成立基金是為了本勞,後來我們也給了個外勞。全世界政府提供外勞對雇主打官司的補助,我想這也是非常少見的。如法規會陳主委說的,如果這些人太多的話,我們恐怕也負擔不起。那要怎麼拿捏,請勞工局與社會局好好研究一下,像這種外勞在公安死亡的例子,這種例子也不會很多,我覺得其實應該建議中央有個統一規定。
- 2.上述勞工保障基金,1,450萬元裡面只有一、兩件是給外勞的。我想在我們的刊物上可以再宣導,提一下這個東西,因為有很多人根本都不知道,尤其是剛剛抵達台灣的,人生地不熟,應該讓他們知道受到不公平待遇的時候還有地方可以申訴。

(四)關於環保局「環保大捕快、合力大進擊」案

1.請環保局與法規會研究一下:如果隨地吐痰、口香糖或檳榔汁已經違反社會秩序維護法,我們請他提供身份而遭拒,我們也照了相,這時候下一步依據現行法就走不下去了,剛剛張委員建議如果拒絕提供的話,還可以罰他拒絕合作的行為。跟未來行政罰法將規定強制其到指定場所的作法相較,兩者間哪一個比較符合比例原則?該怎麼拿捏?我們在行政作業上可以做到如張委員所講的,做了必要的調查後,窮盡其他的方法而無法達成目的時候,才能採用公布於網站之方式,使他的實施

機會減少,這樣侵害人權的顧慮會減少。另一方面必要時可考 慮請中央修法,在符合比例原則的情況下貫徹取締廢棄物的用 意。

2.我也不反對必要時可以修改自治條例,把窮盡其他途徑作 為前置作業。事實上我們也這樣做。用「並」的話好像是一個 很大的權力,想做就可以做,這樣也許會造成人權的侵害。

參、結 論

- 一、就警察局前偵查員蔡夜橖君申請復職案,請警察局將本案相關資料提供予市長,由市長寫信給警政署謝署長或內政部蘇部長溝通協調。
- 二、就警察局對於同志「轟趴」取締引發之人權侵犯疑慮,請警察局跟人權、同志等團體請教相關正確知識,再據以訂立適當之標準作業程序。
- 三、就勞工局有關外籍勞工與外縣市勞工保障程度不足之問題,請勞工局在這方面研議可否與社會局建立同一標準,提出較具有普遍性,制度化的作法。另請勞工局在本府刊物上針對外勞宣導勞工權益基金加強宣導,尤其是剛剛抵達台灣之人士,以便讓他們遭逢不公平待遇時,知道相關申訴救濟途徑。

四、就環保局「環保大捕快、合力大進擊」案,請環保局 與法規會研議:張炳煌委員提出對於拒絕提供身份者處罰其拒 絕合作行為之作法,與跟未來行政罰法規定強制其到指定場所 之作法,何者較符合比例原則?以及修改「臺北市一般廢棄物 清除處理費徵收自治條例」第6條,把窮盡其他途徑作為照片上 網之前置作業。

五、爾後各位委員若有任何提案,可預先提供,俾利列入 人權保障諮詢委員會討論議程。

臺北市人權保障諮詢委員會

第三次會議會議紀錄

開會時間:九十四年六月十三日(星期二)下午二時

開會地點:市政大樓十二樓市長簡報室

主持人:馬市長英九 紀錄:羅承宗

出席單位及人員: (詳如會議簽到單)

討論議題: (詳如討論議程表)

壹、報告事項

- 一、第二次會議記錄與各機關處理情形提報(略)
- 二、交通局人權保障業務報告(略)
- 三、文化局人權保障業務報告(略)
- 四、工務局人權保障業務報告(略)

貳、委員陳述摘要

一、王委員蘋

關於換發身份證按指紋政策,大法官雖以暫時處分凍結,暫緩全面換證政策,但應否由本府人權委員名義對社會大眾作宣示。至少在本會議上作出有關本案之決議。

350 人權保障之理論與實務2005

二、王委員卓鈞

關於蔡葉橖君申請復職案,本府4月22日廢止原免職處分已 完成,經5月26日函轉銓敘部後,再行依規定辦理。目前銓敘部 尚在研究中。

三、陳委員清秀

- (一)有關交通局報告哪些涉及人權保障或福利事項之疑義,人權保障若屬於積極保障,例如行人的通行權,例如機車退出騎樓,從廣義來說這是人權議題,但這也是福利事項,要截然劃分有所困難。針對申訴、消費者爭議協助,實際上是救濟,廣義來說都跟人權有關。行人號誌設置倒數計時器,也是給行人方便,好像跟人權無直接關係而是間接有關,比較像是福利措施。我們委員會檢討哪些適合討論,哪些不適合?例如,行人逛街,騎樓高低不平或被阻擋,從通行權利保障來看有所不足。市區道路條例第9條規定直轄市政府可編列預算統一重修。我們工務局也做了一些,但好像也有限,未來可否對於一些比較大、行人多的馬路進行通案整頓,確保行人通行權利,以更積極保障人權。
- (二)工務局業務可能比較涉及人民財產權部分為大法官 400號解釋,關於既成道路應予徵收或其他方式補償。現在工務 局雖然也有在辦理,但大體上法界一般認為距離釋字400號做成 後也那麼多年了,各級政府不是很積極處理,這是通案問題。
- (三)關於戶籍法換發身份證強制按指紋政策,法規會原本已有做成法律意見書提供市長參考於行政院院會提出,認為依法無據,有違法侵害人權之虞。

四、金副召集人溥聰

- (一)補充說明交通局停車位身障收費背景,是這弱勢團體提出要求的,因為有些人停殘障車位一停就好幾天不移走而影響車位之使用。殘障車位問題除了身障者自己佔用外,還有四個問題,包括:使用偽造證件;一般市民佔用;向人購買身障停車證、家人雖有身障者,但當次使用時並無身障者在車上等。另外,相關處罰只有1,200元,跟其他先進國家比較有所不足。這些情況都要配合中央修法重罰加以解決,交通大隊才能據以執行。總之將來要殘障車位收費的時候要對外說明,否則會引起不必要的誤會。
- (二)有關臺北市無障礙空間,一些先進城市都有無障礙手冊的印製,表示哪些地點設置有無障礙設施。本府後來也成立了無障礙空間推動委員會,但是本業務應該由工務局、社會局或新聞處來推動,產生疑義。是否由主席明確裁示由何單位處理,以評估後續能否推動此業務。

五、蘇副召集人盈貴

- (一)戶籍法第8條未修正主因是行政院不肯提修正案,指 紋政策也與人權保障諮詢委員會相關,委員會作成決議,來給 中央參考,而不只是總統府的人權委員會在發言而已。
- (二)關於換發身份證按指紋政策,我們內部作成決議表達立場應該不能免俗,戶籍法第8條逾越了行政管理的層次。

參、結 論

一、關於警察局對於同志「轟趴」取締引發之人權侵犯疑慮,也許有些地方可以注意案件的敏感性,請王委員提供外國相關臨檢作業程序資料以及同志團體提出哪些敏感需要改善問

題,給警察局參考,由警察局評估哪些可以做,如何配合辦理。警察局定一套辦法出來,如何防止媒體跟拍而侵犯人權,來先做好預防。

二、有關人權報告範圍之事項範圍需要限縮,建議可參照國際間通用的標準,如世界人權宣言,社會文化權利公約、美國國務院各國人權報告,看看裡面的項目界定國際間認為屬於人權範疇。例如打官司能否請律師?隱私的問題,一般認為所謂的基本人權,與受益權不同。消費者保護是屬於權益,跟基本人權好像沒什麼直接關係。成立人權諮詢委員會的目的也是讓公務員瞭解人權為何,權益與基本人權希望幕僚單位(法規會)釐清,不屬於基本人權的部分可以省略。希望幕僚單位可以從人權保障的角度,跟相關的局處研商哪些領域應該多所著墨,哪一些本質上與基本人權相關性比較薄弱的,涉及權益的部分就暫時不提出來。

三、關於既成道路徵收問題,目前仍是無解,原先地主想 早點取得現款可以用標租的方式先予取得補償,但在我們經濟 情況變壞以後也不易推動,將來俟經費充裕時再來辦理。

四、關於公共場所市民隱私權保障問題,請工務局反針孔 偷拍部分應維持查緝強度,若偵測設備如果有老舊跟不上時代 的情況,應該去市面上打聽相關技術的發展趨勢。

五、關於王蘋委員提議應否由本府人權委員以自己的名義 對社會大眾做宣示乙案,請法規會將說明本案發展過程與表達 立場,草擬完以後可請蘇副召集人與王蘋委員過目後,以人權 委員會的名義對外發佈。

六、關於無障礙手冊印製應由何機關負責之問題,由金副市長另召集工務局、社會局或新聞處協商辦理與經費分配事宜。

臺北市政府關於換發身分證 強制按指紋之基本立場

司法院大法官日前以599號解釋暫停內政部原定7月1日強制按捺指紋換發身分證的措施。行政院目前將暫緩執行此政策,俟釋憲結果公布,違憲爭議釐清後才決定是否執行此政策。有關本府對換發身分證強制按指紋乙案之立場,本市金副市長溥聰於5月25日在行政院院會、馬市長英九於5月27日在市議會答覆王浩委員質詢時,均表達對此政策合憲性與可行性提出質疑。由於本案關乎市民權利,為釐清市民對本案之疑慮,本府人權保障諮詢委員會特就人權觀點再重申兩點基本立場:

一、全民強制按捺指紋,涉及人民隱私權

根據大法官釋字第585號解釋,基於人性尊嚴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,受憲法所保障。個人指紋為個人重要之生物特徵,當屬隱私權保障範疇,個人有權利自我決定是否將其提供予政府。本府自民國91年11月起採取自願方式進行指紋建檔工作,即屬顧及人性尊嚴與隱私權保障人權之作法。倘若中央欲以法律限制人民隱私權,除應有充分之理由為依據外,更必須以法律明確規定方屬適法。

二、換發身分證強制要求按指紋,於法無據

「戶籍法」第8條規定:「人民年滿十四歲者,應請領國民身分證;未滿十四歲者,得申請發給。依前項請領國民身分

證,應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者,不予捺指紋,俟年滿十四歲時,應補捺指紋並錄存。請領國民身分證,不依前項規定捺指紋者,不予發給。」由文意可知,限於第一次請領身分證方有適用餘地,並不包括「換發」身分證。再者,依據「戶籍法」第7條規定,國民身分證格式,由內政部定之;「戶籍法施行細則」第19條只規定於必要時身分證得由內政部統一印製,但並無任何「統一換發」或「定期換發」之規定。另依據「戶籍法施行細則」第23條第2項規定,僅於身分證有「毀損、滅失、遺失或欄位不敷改註時」四種情形,才應申請換發或補發,故現行戶籍法及其施行細則實缺乏有關身分證統一換發時應強行要求按指紋之法規依據,依法自不應強制要求市民在統一換發身份證時應按指紋,以免侵犯人權。

附 錄

- ◆ 臺北市人權保障及促進方案
- ◆ 臺北市人權保障諮詢委員會設置要點
- ◆ 臺北市中小學學生人權與輔導管教督導 委員會設置要點

臺北市人權保障及促進方案 357

臺北市人權保障及促進方案

(中華民國九十三年七月二十日修正)

- 一、臺北市政府(以下簡稱本府)爲促進所屬各機關於推 展業務時,落實人權保障,特訂定本方案。
- 二、本府各機關應視國際及國內人權發展潮流及本市未來 發展趨勢,就其業務職掌及專業領域所涉及之相關人權議題, 積極研議、採取落實人權保障措施;並於訂定自治法規、行政 規則時,應注意人權保障,避免侵害人權,並得隨時請求本府 法規委員會(以下簡稱法規會)就有無侵害人權事項提供法律 諮詢意見。法規會於審議或審查各機關所訂定之自治法規或行 政規則時,亦應就是否侵害人權部分予以注意。
- 三、本府各機關應主動定期通盤檢視其所主管之自治法 規、行政規則及各項行政措施有無侵害人權,若有侵害情事, 應即檢討改進。

本府爲推動保障人權,特設人權保障諮詢委員會,其設置 要點另訂之。

四、本府辦理公教人員年度在職進修或訓練,應開辦人權 保障相關課程,以提升人權理念素養,落實市民權益保障。

五、本府法規會應不定期出版人權專書,供本府各機關索 取參考;並辦理人權議題之相關研討會或座談會,通盤檢討本 府有無落實人權保障之要求。

前項研討會或座談會,由本府各相關機關配合協辦。

本府各機關宜於其宣導出版品或網站上,刊登有關人權宣 導事項。

358 人權保障之理論與實務2005

六、法規會每二年應提出本府落實人權報告,本府各機關應配合協助提供相關資料。

七、本府教育局應督導學校定期辦理人權宣導活動,推展 並盲揚人權理念。

臺北市人權保障諮詢委員會設置要點 359

臺北市人權保障諮詢委員會設置要點

(中華民國九十三年八月五日修正)

- 一、臺北市政府(以下簡稱本府) 爲維護人性尊嚴,推動保障人權,特設臺北市人權保障諮詢委員會(以下簡稱本會),並訂定本要點。
 - 二、本會之任務如下:
 - (一)提供推動人權政策及保障法案之諮詢。
- (二)協調本府各相關機關落實執行人權政策及保障法 案。
- (三)提供本府各機關進行重大人權議題之調查、評估與 規劃方向之諮詢。
 - (四)提供其他有關人權議題之諮詢及改善建議。
- 三、本會置召集人一人,由市長兼任;副召集人一至二人,由市長指派副市長及適當人員兼任,委員十五人,由召集人就下列人員聘(派)之:
 - (一)本府法規委員會(以下簡稱法規會)主任委員。
 - (二)本府研究發展考核委員會主任委員。
 - (三)本府教育局局長。
 - (四)本府社會局局長。
 - (五)本府警察局局長。
 - (六)本府勞工局局長。
 - (七)本府原住民事務委員會主任委員。
 - (八)人權團體代表二人。
 - (九)律師公會代表一人。
 - (十)學者專家五人。

360 人權保障之理論與實務2005

委員任期二年,期滿得續聘(派)之。任期內出缺時,由 召集人補聘,其任期至原任期屆滿之日止。本會得依需要邀請 有關機關、其他學者專家及民間團體代表列席。

四、本會置執行秘書一人,由法規會主任委員兼任,承召集人之命,處理會務;其有關幕僚作業,由法規會派員兼辦。

五、本會以每三個月開會一次爲原則。經委員三分之一以 上連署或召集人認爲必要時,得召開臨時會議;會議由召集人 擔任主席,召集人因故不能出席時,由副召集人代理;副召集 人亦無法出席時,由出席委員互推一人代理之。

本府各機關代表如無法出席時,得指派代理人出席。

六、本會會議結論,由法規會簽報本府核定後,交由各機關參處。

七、本會委員及其他兼職人員均爲無給職,但得依規定支 領兼職費。

八、本會所需經費由法規會編列年度預算支應。

臺北市中小學學生人權與 輔導管教督導委員會設置要點

(中華民國九十四年一月二十四日修正)

- 一、臺北市政府(以下簡稱本府)為尊重及保障學生人權並兼顧達成教育目的,以反省及改革精神檢視現行各校校規之合法妥當性,特設臺北市(以下簡稱本市)中小學學生人權與輔導管教督導委員會(以下簡稱本會),並訂定本要點。
 - 二、本會之任務如下:
- (一)提供本市中小學學生輔導與管教相關事宜之督導與 諮詢。
- (二)協助本市中小學訂定以學生事務管理及人權保障為 前提之合理校規及班規。
- (三)處理本市中小學學生人權與輔導管教爭議之審議及 監督事項。
- 三、本會置召集人一人,由市長指派副市長擔任之;副召集人一人,由教育局局長擔任,另置委員十五人,由召集人就相關單位、學者專家、學校代表、家長會代表及民間團體人員中選聘(派)之。

前項委員任期二年,期滿得續聘之。任期內出缺時,由召 集人補聘(派),其任期至原任期屆滿之日止。本會得依需要 邀請有關機關、其他學者專家及民間團體代表列席。

四、本會以每三個月開會一次爲原則。經委員三分之一以上連署或召集人認爲必要時,得召開臨時會議;會議由召集人擔任主席,召集人因故不能出席時,由副召集人代理;副召集

362 人權保障之理論與實務2005

人亦無法出席時,由出席委員互推一人代理之。委員如無法出 席時,得指派代理人出席。

五、本會會務處理與幕僚作業,由教育局派員兼辦。

六、本會會議結論,交由教育局簽報本府核定後,交由本 市各級中小學校參處。

七、本會委員及其他兼職人員均爲無給職,但得依規定支 領出席**費**。

八、本會所需經費由教育局編列年度預算支應。

人權保障之理論與實務 2005

發行人:陳清秀

策 劃:林淑華、李郁貞

編 輯:羅承宗

發行所:臺北市政府法規委員會

地 址:110臺北市信義區市府路1號9樓東北區

電 話:(02)2728-7809

承 製:元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

(02)2375-6688

定 價:新臺幣 125 元 ISBN: 986-00-3313-7

出版日期: 2005年12月