

第六章 基本權的保護領域

在處理基本權問題時，原則上會為「雙階思考」：第一階：首先討論是否人民的基本權遭受侵害。此際就會涉及基本權保護範圍之界定；第二階：確定了有基本權遭受侵害，再進而檢視該侵害行為是否具有憲法上之合法化理由。

關於「雙階思考」，進一步說明如下：

第一階：基本權的構成要件事實（保護範圍）→基本權之內在界限：確定「有無」

按憲法對於人民基本權利之保護有其一定之範圍，且因各別基本權利之種類而異其保護之內涵，故憲法基本權利問題，首應確定者，乃何種「人」⁷¹之何種「行為」、「法益」、「特性」或「狀態」為憲法所保障。以憲法第15條職業自由權保障是否包括性交易行為為例：釋字第666號解釋林錫堯、陳敏、陳春生大法官協同意見書（節錄）：「基於下列理由，目前不宜處理性交易行為是否為職業自由所保障之爭議：首先，觀察德國立法過程，對於性交易行為本身係從全面處罰改為具備特定條件始為處罰，且保障娼妓之人身與財產權利。我國目前現行法制配合當前之社會環境及文化觀念，對性交易行為僅科處行政罰，而未論以刑責，但立法政策上仍將性交易本身界定為違法行為，且稅法實務上就娼妓所得不予課稅，民事法上亦不承認其契約合法性。鑑諸德國法之發展，承認性交易行為屬職業自由保護範圍之列，有其學理上依據，蓋應儘可能將個人行為廣泛涵蓋進基本權保障範圍，再針對不同公益目的之要求，進行廣狹不一限制。然就此爭議，由於在我國尚乏一致共識，且若視為職業，後續職業訓練、保障、輔導管理及監督等機制，均有賴於行政及立法部門審慎規劃。因此依目前法制現況、社會文化觀念等因素，是否適宜逕由釋憲機關承認其屬憲法上之職業概念，復受憲法上職業自由保障，容有爭議。」

⁷¹ 例如，法人、非法人團體、外國人、胎兒或死者等，得否主張基本權利。

對於基本權之保障範圍認定之寬窄，攸關基本權受保障之程度，蓋若對基本權之保障範圍予以從寬解釋，則人民之行止將被大幅度地納入憲法「初步」的保護網中，於此情形下，國家若欲對之有所干預或限制，至少必須提出正當理由，始為合憲；反之，若採從狹之解釋方法，則將使人民之若干行止自始被排除於基本權保護範疇之外，喪失受憲法保障之機會。至於究應「從寬」或「從狹」⁷²？學者李建良認為，應以法學方法論之解釋法則為基礎，分析各該規範之文義，並探知其發展沿革、特性及體系，再參酌社會通念與價值秩序，以做出妥善適切之界定⁷³；而許宗力大法官主張：保護領域

72 釋字第414號解釋（吳庚、蘇俊雄及城仲模大法官）部分不同意見書（節錄）：「憲法關於人民基本權利之規定通常僅為原則（Prinzip）之宣示，而欠缺具體之規制（Regel），此種情形以我國憲法最為顯著，現行憲法第二章第10條以次，均祇宣稱人民有何種權利，至於各該權利之範圍為何？其涵蓋之構成事項究何所指？概付闕如。對於如何確定各個基本權之保障範圍，在基本權理論上素有廣義說及狹義說之分。廣義說主張就憲法基本權條款所宣示之原則，依概念分析之結果，其所涵蓋之構成事項，皆屬於各該基本權之保障範圍，至於發生具體之基本權事件是否與受保障之構成事實相當，換言之，法律對此等基本權事件所為之限制合憲與否，應從相關法益均衡保障之觀點，予以判斷，亦即運用比例原則審查其合憲性。狹義說則謂憲法基本權條款之保障範圍，應先將憲法上與之相對立之原則或依照一般法律原則所保障之客體排除後，所留存之構成事項，始屬各該基本權實際之保障範圍。舉例言之，維護公共利益與保障個人言論自由乃憲法上相對立之原則，而國防機密之保護為公共利益之一環，若依狹義說，洩漏國防機密即不在言論自由之保障範圍。……關於基本權之保障範圍，德國優勢之學說係採廣義說，實務上亦未將商業廣告排除於基本法第5條意見自由保障範圍之外（參照聯邦憲法法院之案例 BVerfGE 30,336,352）。蓋推銷產品或勞務之廣告固屬追求經濟上利潤為目的，但並不因此而謂廣告非意見之一種，保障經濟事務領域意見之表達及形成，與其他事務之領域並無軒輊，尤其將經濟上之意見與意識形態嚴加區別，為事實所難能，故不應存有差別之待遇。……本院受理此類案件，一向以限制人民權利之法規是否違背憲法保障人民權利之意旨，尤其是否符合憲法第23條之法律保留原則及比例原則為衡量標準，並未以聲請案件所述之事項不在憲法第二章某一條規定之列，將其摒除於相關權利保障範圍之外，從而認為法規自得任意予以限制，此種釋憲方法，顯屬前述之廣義說。新近公布之釋字第407號解釋，亦僅認定主管機關對出版品記載如何始構成猥褻之釋示尚未達違憲程度，而非謂猥褻之出版品不屬憲法第11條之保障範圍，便是相當於廣義說之一種運用。本件多數通過之解釋文遵循本院一貫之立場，不採所謂商業廣告或藥物廣告非屬言論自由保障範圍之主張，自應予以支持。蓋此種詮釋方法不僅符合我國憲法之理論體系，抑且解除戒嚴為時未久，人民基本權利之保障猶待加強，若採狹義說以除外方式，將若干行為排除在該當權利的保障範圍之外，此例一開，後果不堪設想。」

73 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)》，學林，1999.07—版，77～83頁。

放的越寬越好，至於公益維護之考量，則留待「法律保留」與「比例原則」來把關即可。

觀念解析

殺人自由，是否自始排除在基本權保護領域外？

所謂保護領域放的越寬越好，仍是有其前提要件的：必須是在憲法解釋原則下，可以解釋得出來的。以本提問為例，不是說保護領域放的越寬越好，殺人自由就會是一項基本權利，首先仍要使「殺人自由」可以在憲法規範下找到依據。就列舉之基本權而言，例如，是否可以認為，殺人是一種職業自由？端視可否藉由憲法解釋方法解釋的通。再強調一次：所謂保護領域放的越寬越好，指的是可以在進行憲法解釋時，從寬解釋之，但所謂的「從寬」，仍係在憲法解釋原則的架構下為之。從文義解釋或可認為職業自由包含了殺人此項職業，但不論從歷史解釋、論理解釋、目的解釋、體系解釋、比較法解釋皆無從解釋出職業自由可包含殺人自由。職是，若要認為職業自由的保障範圍包括了殺人自由，恐在解釋上有所牽強，應不可採。

此外，就其他列舉基本權與基本國策之規定，在解釋上似亦無法找到棲身之處，剩下的可能只有憲法第22條，然而憲法第22條明文規定，人民之其他自由及權利，需在不妨害社會秩序、公共利益下，始受憲法之保障。殺人顯然不符合此項要件，故亦無法以憲法第22條為規範依據。

職此以言，殺人自由並不在基本權的保護領域中。但這樣的結論，與本文前述所說：盡量將基本權保護領域解釋的越寬越好的原則並未牴觸。前述原則係在憲法解釋的範疇內為之，而殺人自由自始即無法透過解釋納入基本權範疇，故兩者並無兩相矛盾之問題。

然或有人會心生疑問：如果沒有殺人自由基本權，那麼執行死刑的人，如何執行之？筆者必須不厭其煩地強調一個觀念：人民權利不僅僅只有基本權利一種而已，法律上權利亦是一種人民權利，只是強度有所差異而已。法律賦予執行死刑之人有殺人之權利，雖說此項權利只是一種法律上權利，但也算是人民可以行使之權利。

筆者的話

曾經有人問過筆者一個問題：如果殺人自由不是一種基本權利，那麼豈不意味國家權力得對殺人者為任意之處置？這樣的提問其實是一種觀念的混淆。就讓筆者從頭理出頭緒，便可知問題出在哪兒。

談論殺人自由是不是一種基本權利的實益在於：

若是基本權利：

原則上得自由行使之。但國家權力得在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的原因下，以符合法律保留、比例原則要件的方式限制人民此項基本權利的行使。

若非基本權利，但為一種法律上權利：

原則上人民亦得自由行使之。但國家立法權得隨時以法律變動之，並不受憲法第23條之限制。

若非基本權利，亦非法律上權利：

則人民無權行使之。國家權力縱使無法律依據亦得禁止人民為此項行為。

而此種實益與人民為一行為後，會不會因此受到處罰？會受到什麼樣的處罰？並沒有絕對之關係。舉例言之，開車是一種基本權利的行使，應該沒有疑問⁷⁴。超速開車也是開車的一種形式，當然屬於基本權利的行使，但超速開車會被禁止，原因是因為會造成公共危險。但如何禁止？處以徒刑嗎？在比例原則的教導下，我們會說不可以，但此刻所考量的已不僅是開車的自由權而已，更重要的是人身自由權的法益。處罰鍰嗎？罰鍰的數額可否無限制呢？同樣的道理，此刻所考量的利益的已不僅是開車自由權而已，尚須加上被處分人的財產權綜合考量之。

而倘若殺人不是一項基本權利，也不是法律上權利，而人民去行使，國家權力本得去制止此項行為，無待法律授權。然若要對人民的此項行為作處罰，就不是那麼回事了，因為處罰可能會涉及被處罰人的其他權利，以徒刑為例，因會涉及人民人身自由基本權的限制，當然需符合法律保留、比例原則的檢驗，而非可恣意為之。

⁷⁴ 憲法第22條保障的一般行動自由權。