

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law



National Taiwan University

Master Thesis

基本權水平效力：弱勢保障之觀點

Horizontal Effect of Fundamental Rights

— Perspectives based on minority protections

黃馨雯

Xin-Wen Huang

指導教授：孫迺翊 博士

許宗力 博士

Advisor : Nai-Yi Sun, Dr. iur.

Tzong-Li Hsu, Dr. iur.

中華民國 108 年 6 月

June 2019

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

基本權水平效力—弱勢保障之觀點

Horizontal Effect of Fundamental Rights
— Perspectives based on minority protections

本論文係黃馨雯君（R04A21032）在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國108年04月23日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

許示力 孫迺綱

口試委員：

官曉薇 朱淑明
孫迺綱 許示力

謝辭



在寫論文時，大概想了一萬多字的謝辭，但真的寫完要回顧時，卻不知從何說起。我採了一個和指導教授不同的立場寫了這篇論文，要無比感謝指導教授的包容，謝謝許老師和孫老師的教導，無論是言教或是身教，我都深深感謝著，也感謝所有在大學、研究所教過我的教授們，謝謝。

寫論文的煎熬，是每個研究生都經歷過的，再加上我一直都有工作，又更加深了苦楚，除了為了畢業以外，我也很愛我的題目。就像我論文內容所說的，基本權水平效力，就像一片浮板，希望在受害者窮盡一切法律卻仍無法獲致保障時，能有一絲希望。想要建構這片浮板，是我繼續寫完論文的動力之一。但可能因為我才疏學淺，能達到的或許還是有限。

謝謝所有幫助過我的人。

最後，謝謝那些為了讓世界更美好而努力著的人們。

摘要



傳統基本權適用在國家與人民之間，而不適用於私人之間。然而，近年來私人間的基本權侵害問題日漸嚴重，也日漸受到重視，私人是否得直接本於憲法對另一私人主張基本權的侵害？

基本權具有弱勢保障之內涵，要求國家應保障人民不受他人之侵害，惟立法者可能囿於金錢政治、多數決原則（選票考量）、立法怠惰或立法繁忙等各種因素，無法落實基本權所課予之保障弱勢的義務，造成沒有法律或法律不足以保障基本權的情況。

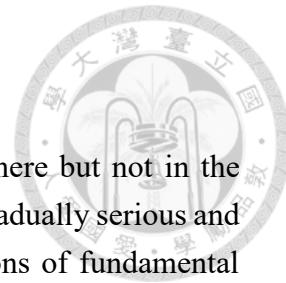
當基本權垂直效力（憲法課予立法者之義務）無法實現時，私人是否得直接本於基本權向私人主張權利？本文整理美國、德國、愛爾蘭、南非、西班牙基本權水平效力的適用模式，認為基本權水平效力的適用毋寧是在基本權保障與私法自治、權力分立和法治國原則等價值間取捨。

本文首先回應基本權水平效力並不會減損私法自治，接著參考德國及愛爾蘭的適用模式，認為應兼採基本權強的間接水平效力與基本權直接水平效力，並提出若干對策降低對於權力分立、法治國原則等價值侵害。

最後，本文整理我國實務上案例及將外國案例適用於我國法制後，指出我國通說基本間接水平效力目前所能和不能處理之問題，並就我國實務適用基本權水平效力提出若干建議：強化基本權間接水平效力之適用及承認基本權直接水平效力。

關鍵字：弱勢保障；基本權水平效力；基本權第三人效力；直接效力；間接效力；私法自治；權力分立；國家保護義務

Abstract



Traditionally, fundamental rights apply only in the public sphere but not in the private sphere. Yet, violations committed in the private sphere are gradually serious and arouse the awareness in recent years. Can claims alleging violations of fundamental rights based directly on the Constitution be permitted?

Fundamental rights imply the state duties to protect the disadvantage, but legislators might fail to take legislative measures to prevent the violation of fundamental rights committed in the private sphere due to monetary politics, majority rule (in consideration of votes), legislation inaction, ending up failure or inadequacy to implement legislative measures to protect fundamental rights.

Can individual alleges violations of fundamental rights based directly on the Constitution when the vertical effect of fundamental rights (state duties to protect the disadvantage) cannot be fulfilled? This study will introduce the applicable models of horizontal effect of fundamental rights in the U.S., Germany, Ireland, South African, and Spain, and consider the application of such effect as weighing of values of fundamental rights, autonomy of private law, separation of powers, and rule of law (legal certainty).

The study firstly responds that horizontal effect of fundamental rights will not jeopardize the principle of autonomy of private law. Then, it considers that indirect horizontal effect and direct horizontal effect of fundamental rights should be adopted based on the applicable models in Germany and Ireland. The study also proposes several policies to reduce violations to the values of separation of powers and rule of law.

Finally, the study will organize practical cases in our country, point out the resolvable and unresolvable issues in the universal opinion of our country after applying overseas cases to the law of our country, and propose several suggestions: which are to enhance the application of indirect horizontal effect of fundamental rights and to acknowledge direct horizontal effect of fundamental rights.

Keywords: Protection to the Disadvantage, Horizontal Effect of Fundamental Rights, Third Party Effect of Fundamental Rights, Autonomy of Private Law, Separation of Powers, State Duties to Protect Fundamental Rights

簡目

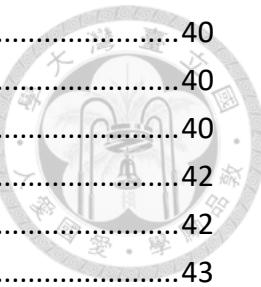


第一章	緒論	1
第一節	問題意識	1
第二節	名詞定義	4
第三節	研究方法與架構	7
第二章	基本權之弱勢保障及基本權效力	10
第一節	基本權的功能	10
第二節	基本權之弱勢保障面向	15
第三節	基本權垂直效力與弱勢保障	27
第四節	基本權垂直效力的效用－弱勢保障的質疑	32
第三章	基本權水平效力的類型和法理	39
第一節	基本權水平效力之適用類型	40
第二節	基本權水平效力之法理基礎	43
第三節	反對直接效力之批評與回應	50
第四章	各國基本權水平效力之規範及學理	60
第一節	美國－國家行為理論：不適用基本權水平效力之典型	60
第二節	德國－間接適用的典型	63
第三節	南非－直接適用與間接適用之爭執	71
第四節	愛爾蘭－憲法侵權理論	73
第五節	西班牙－基本權的全面適用	78
第六節	小結	82
第五章	我國基本權水平效力芻議及實務分析	84
第一節	我國基本權水平效力之制度設計	84
第二節	我國實務見解－基本權間接水平效力	88
第三節	基本權水平效力之外國案例操作	105
第四節	我國實務及外國案例的省思	121
第六章	結論	126
第一節	研究成果	126
第二節	結語	127
參考文獻		129

詳目



第一章	緒論	1
第一節	問題意識	1
第二節	名詞定義	4
壹、	弱勢	4
貳、	基本權垂直效力	6
參、	基本權水平效力	6
第三節	研究方法與架構	7
壹、	研究方法	7
貳、	論文架構	8
第二章	基本權之弱勢保障及基本權效力	10
第一節	基本權的功能	10
壹、	基本權的典型功能：主觀防禦功能	10
貳、	客觀功能的發展	11
參、	新興基本權功能的發展	12
肆、	新興基本權功能的主觀效力？	13
第二節	基本權之弱勢保障面向	15
壹、	憲法弱勢保障的起源	15
貳、	基本權的弱勢保障內涵	19
一、	社會國原則與基本權	19
(一)	社會國原則之形塑功能	19
(二)	社會國原則對於基本權範圍之影響	21
二、	基本國策與基本權	23
(一)	基本國策的效力爭議	23
(二)	基本國策填充基本權	25
第三節	基本權垂直效力與弱勢保障	27
壹、	對於立法之拘束	27
貳、	對於行政之拘束	29
參、	對於司法之拘束	30
第四節	基本權垂直效力的效用－弱勢保障的質疑	32
壹、	國家與社會之關係	32
貳、	金錢政治	34
參、	民主與少數	35
肆、	轉向：從垂直效力到水平效力	37
第三章	基本權水平效力的類型和法理	39



第一節	基本權水平效力之適用類型.....	40
壹、	不適用基本權水平效力.....	40
貳、	基本權間接水平效力.....	40
一、	基本權弱的間接水平效力.....	42
二、	基本權強的間接水平效力.....	42
參、	基本權直接水平效力.....	43
第二節	基本權水平效力之法理基礎.....	43
壹、	國家保護義務.....	44
一、	國家保護義務之正當性及效力.....	44
二、	立法、行政的國家保護義務.....	46
三、	司法的國家保護義務.....	47
(一)	國家保護義務與基本權間接水平效力.....	47
(二)	國家保護義務與基本權直接水平效力.....	47
貳、	基本權保障.....	48
第三節	反對直接效力之批評與回應.....	50
壹、	不符合立憲者之構想、憲法無明文.....	50
貳、	私法自治之維護.....	51
參、	權力分立.....	55
肆、	法治國原則.....	57
伍、	間接效力的問題.....	58
第四章	各國基本權水平效力之規範及學理.....	60
第一節	美國—國家行為理論：不適用基本權水平效力之典型.....	60
第二節	德國—間接適用的典型.....	63
壹、	基本權直接水平效力理論.....	63
貳、	德國通說：間接效力.....	64
參、	基本權強的間接第三人效力.....	67
肆、	小結.....	70
第三節	南非—直接適用與間接適用之爭執.....	71
第四節	愛爾蘭—憲法侵權理論.....	73
壹、	基本權直接水平效力之確立.....	73
貳、	直接效力的質疑.....	75
參、	基本權直接水平效力的細緻化：法律優先.....	76
肆、	間接效力.....	77
伍、	小結.....	78
第五節	西班牙—基本權的全面適用.....	78
壹、	西班牙憲法基本權的分類.....	78
貳、	基本權直接水平效力的肯認.....	80

參、	憲法法院和一般法院的權責.....	81
一、	一般法院.....	81
二、	憲法法院—憲法法院的訴願程序.....	81
第六節	小結.....	82
第五章	我國基本權水平效力芻議及實務分析.....	84
第一節	我國基本權水平效力之制度設計.....	84
壹、	基本權直接水平效力.....	84
一、	基本權直接水平效力之適用時機.....	84
二、	適用信賴保護—三階段認定.....	85
三、	基本權存在與否較爭議者，應先要求停止侵害。.....	86
四、	小結：直接效力的價值衡量.....	87
貳、	基本權間接水平效力.....	87
第二節	我國實務見解—基本權間接水平效力.....	88
壹、	司法院釋字.....	88
一、	司法院釋字 656 號解釋？.....	88
(一)	解釋理由書.....	88
(二)	命登報道歉是法規「解釋適用」的問題.....	89
(三)	司法院釋字第 656 號解釋類似間接效力.....	89
二、	司法院釋字 728 號解釋？.....	90
(一)	解釋理由.....	90
(二)	基本權水平效力？.....	91
貳、	司法院座談會研討意見—單身條款案.....	92
參、	法院判決.....	93
一、	再興社區訴關愛之家.....	93
(一)	一審地院判決.....	93
(二)	一審地院判決評析.....	95
(三)	二審高院判決.....	97
(四)	二審高院判決評析.....	99
二、	勞資爭議和解案.....	100
三、	正當程序案.....	101
四、	部分判決對於基本權水平效力之錯誤論述.....	103
(一)	最低服務年限案.....	103
(二)	就勞請求權案.....	104
肆、	小結—實務通說：基本權間接水平效力.....	104
第三節	基本權水平效力之外國案例操作.....	105
壹、	案例一：拒絕為同性戀者提供服務—防禦權.....	105
一、	美國蛋糕案.....	105

(一) 事實	105
(二) 聯邦最高法院判決	106
(三) 案件分析	108
二、臺灣現行可能之救濟	110
(一) 強制締約？	111
(二) 財產上損害賠償	114
(三) 精神上損害賠償	115
貳、案例二：外籍勞工要求房東同意加設母國頻道之天線—給付權？..	117
一、德國天線案	117
二、臺灣現行可能之救濟	118
第四節 我國實務及外國案例的省思	121
壹、間接效力之功過	121
一、間接效力在目前（實務）所能處理之問題	121
(一) 契約違反善良風俗（憲法）	121
(二) 侵權（基本權）行為	121
二、間接效力在目前（實務）所無法處理之問題	122
(一) 人權觀的不足	122
(二) 基本權的積極功能	122
(三) 平等權	123
貳、案例之反思與本文主張	123
一、強化基本權間接水平效力之適用	124
二、承認基本權直接水平效力	125
第六章 結論	126
第一節 研究成果	126
第二節 結語	127
參考文獻	129

第一章 緒論

第一節 問題意識



某社區居民將其所有之房屋出租予收容愛滋病患者之協會，該社區居民於得知上開事實後，召開區分所有權人及住戶會議修正社區規約為「住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染病患及精神病患，或經營類此行業及經營色情等妨害公序良俗並影響鄰居生活安寧、公共安全、公共衛生之行業，違者經勸導限期仍未改善，除得訴請法院強制執行遷離，並得追究損害賠償責任。」，並依決議去函該協會，請該協會於 3 個月內遷離，然遭拒絕，該社區管委會遂依社區規約提起訴訟、訴請協會遷離該社區。一審台北地方法院判決該社區勝訴，引起社會軒然大波，促使立法院修正《人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例》，將愛滋病患者的居住權益，納入保障範疇。二審法院遂援引了上開法律的規定，判決該社區敗訴。

上述案件即 2005 年至 2007 年間鼎鼎有名的「再興社區訴關愛之家案」，本件的爭點在於該決議是否因侵害愛滋病患者的居住權、平等權而無效。這個問題又可以衍伸出私人之間是否可以主張基本權？即所謂的基本權水平效力（國內又稱：基本權第三人效力，詳後述）。然於立法院修法之後，法院是否仍有援引基本權水平效力之餘地？基本權水平效力的適用和法律適用的關係為何？它們的關係又會如何影響權力分立和法治國原則？

強勢者對於弱勢者的歧視與侵害時至今日亦頻繁可見，以原住民為例，傳統領域長年遭到漢人或大型企業的侵犯，齊柏林導演的〈看見台灣〉讓我們看到東部的美麗山林成為商人取之不盡、用之不竭的光禿水泥材料庫，部落主權在法令上或個案上仍遭遇困境；又以同性婚姻為例，2016 年蔡英文政府上任以來，開始推動同性婚姻合法化，在 2017 年大法官作成了司法院釋字第 748 號解釋，認為目前民法未許同性戀者結婚，侵害了其婚姻自由與平等權，與此同時我們也看到守舊勢力者，利用各式管道散布錯誤的消息和歧視性、仇恨性的言論，並推動反同公投，公投後陸續傳出多起同性戀者自殺，令人不甚唏噓¹。其他諸如新移民、移工，女性、身心障礙者亦遭受許多法律上、事實上的歧視、或不公平的待遇，罄竹難書，如上案例所凸顯對於愛滋病患者的歧視和不公平待遇，可見一斑。

¹ 〈尤美女：公投後據通報已有 9 位同志自殺身亡、23 件霸凌〉，ETtoday 新聞雲，<https://www.ettoday.net/news/20181130/1319653.htm>（最後瀏覽日：2019 年 6 月 15 日）。

因此本文為弱勢者為發，期望以憲法的角度切入，綜觀弱勢者如何從憲法中獲致保障，雖說恐有「不中立」的質疑，然而誠如廖元豪教授所言，進步的人權論述，必須跳脫「對稱」與「中立」的迷思，並且對於法律與社會權力分配的關係保持高度敏感，站在弱勢、邊緣、異端、受害者的立場來看待法律、主張權利。而在法律的制定與解釋適用層次，也當然要儘可能秉持「弱勢優先」的精神來挑戰現狀。這才是「人權」的意義所在²！因此本文是為弱勢而發、為弱勢而寫，並以此為本文的核心精神。

不可諱言的基本權是普遍適用於每個人的，並不限於弱勢者，但基本權對弱勢者而言，毋寧更具重要性。基本權的特徵之一即在於保護弱勢以對抗主流壓迫，強勢者通常為既得利益的一方，得仰賴其固有權力和資源，保障其自身利益，無須訴諸於憲法，相反的，弱勢者受到優勢者的壓迫、宰制，往往須仰賴國家和憲法、法律為其伸張正義，因此基本權對於弱勢者往往更具重要性。

從人權的發展以觀，憲法起初是為自由而發，強調政府不介入私人領域，然而為解決自由主義所產生的貧富差距、人權侵害等問題，大政府的社會國思想逐漸發展開來，希望藉由政府的力量來解決社會問題，憲法弱勢保障的概念於是誕生，其中又以社會國的發展為重心，傳統的基本權主觀防禦功能已不敷使用，因此在憲法上發展出有別於傳統基本權防禦功能的「國家保護義務」和「給付功能」、「組織暨程序保障」等基本權功能。

按傳統的憲法預設，基本權的效力對象僅限於國家，依據憲法對於弱勢保障的要求，政府（此指行政與立法³）有義務保障人民的自由不被他人侵害，並提供給付予符合資格者（通常為弱勢者），以落實社會正義，此往往會影響到另一人（通常為優勢者）之權益，包含國家為社會給付而徵稅。因此政府是否能公正的、有效的制定法令以保障弱勢者之基本權就成為了關鍵所在，然如政府囿於選舉考量而無法保障弱勢者的權益，落實憲法對於弱勢保障的要求時，憲法就無能為力了嗎？憲法規範對象是否有可能及於私人，直接要求每個人都賦有基本權之義務，使得弱勢者能在個案上直接訴諸憲法主張權利？這是「需要性」的角度。若從「正當性」角度來看的話，人與人之間是否應該負有尊重他人基本權之義務？其理論基礎何在？

² 廖元豪(2006)，〈誰的法律？誰的人權？——建構「弱勢人權」芻議〉，《律師雜誌》，第321期，頁10。

³ 弱勢保障的政策和法令，立法者和行政機關往往有高度的形成空間和裁量空間。

當強勢者對於弱勢者實質上的權勢已能和國家匹敵，甚至聯合公權力，一起侵害弱勢者⁴，而法律規範卻付之闕如時（無論是立法者為自身利益有意為之或基於私法怠惰），各國為因應私人間基本權侵害，保障弱勢者之基本權，在憲法上逐漸發展出基本權水平效力以之因應。因此許志雄教授明白的指出：私人間效力論（即本文所稱之基本權水平效力理論）面對的是企業、公會、大學、工會及其他民間團體等「社會權力」對人權的侵害問題；所要處理的是，憲法的人權規定在私法關係上有無效力⁵。這也就是為什麼本文要從「弱勢保障」（看見權力狀態）的觀點來審思基本權效力的原因所在。

本文分別參考不同適用模型之國家，首先為美國，美國憲法為最傳統的憲法，因此其適用基本權之對象是採國家行為理論，在這樣根深蒂固的憲法適用對象限制的體例當中，美國該如何去緩和私人間基本權侵害之情形？是本文討論完國家行為理論後，進一步所欲了解的問題。接下來是我國甚或各國基本權水平效力主要參考的國家：德國，德國雖曾有過基本權直接水平效力的呼聲，惟終未獲聯邦憲法法院所採，在 Lüth 案確立基本權間接水平效力以來，德國基本權水平效力的發展又有如何的變遷，以因應私人間基本權之侵害？再者，是學說最搖擺不清，但卻是憲法寫得最明白的南非，南非憲法雖明示基本權適用於私人，但因為南非憲法施行期間尚短，基本權間接水平效力仍深深影響學界和實務，但近年來已有越來越多的學者認為南非是採基本權直接水平效力。

愛爾蘭常被認為是基本權直接水平效力的模範國家，但當初愛爾蘭最高法院採取基本權直接水平效力時，對於理論內容著墨不足，因而引發質疑，因此最高法院在後續的判決中指出，只有在沒有法律或法律不足以保障基本權時，始有基本權直接水平效力之適用，適度的限縮了基本權直接效力的適用，為本文重要參考之對項。西班牙則是最毫無保留，全面適用基本權於民事訴訟的國家，甚至第一類基本權更有特殊保障程序，因西班牙深受自然法的影響，在兩三百年前、公私法區分被確立以前，所謂的自然法規範根本無分侵害對象，而是像真理一般的適用在每個人民身上。

從不同國家適用基本權水平效力的方式來看，可以了解到，各國無非在基本權保障，與私法自治、權力分立和法治國原則之間拔河，這個問題並不存在完美的制度，但本文試圖找出能保障基本權，而所造成的侵害亦最小的制度。本文認

⁴ Chirwa, D. M., *In Search of Philosophical Justifications and Suitable Models for the Horizontal Application of Human Rights.*, 8 AFR. HUM. RTS. L.J. 294,295(2008).

⁵ 許志雄(2016)，〈人權的私人間效力論〉，《人權論：現代與近代的交會》，頁 121，臺北：元照。

為應兼採基本權直接水平效力以及基本權間接水平效力，並提出國家保護義務，和基本權保障作為基本權水平效力的正當性基礎。

故本文如下會分別從「需要性」（基本權垂直效力之不足）、「各國立法例分析」、「法理基礎」來證立基本權水平效力的本文芻議：兼採直接效力及間接效力，使一般私人亦負有尊重他人基本權之義務且法官在解釋適用民法時應以憲法之精神為之，但不可諱言地，基本權水平效力也伴隨著許多問題，包含對於私法自治、權力分立、法治國原則侵害等疑慮，故在基本權水平效力的設計上，優劣間如何協調，是基本權水平效力理論首要面對的難題，因此勢必在制度設計上要有所調整。

綜上，本文擬提出下列問題意識：

首先，政府為實現基本權弱勢保障的理念所制定的法令，往往牽涉到社會中金錢、權力的分配，抱持不同立場者皆希望政府制定對自己有利的政策，因此政府的公正性成為弱勢保障能否實現的關鍵，**惟政府是否有充足的自主性制定社會政策？**如政府因立法怠惰、或民主制度的固有限制使然，因而無法妥善的保障弱勢者的基本權權益，司法是否能直接以基本權為基礎而為判決？亦即，當弱勢者基本權受強勢者的侵害，然而法制上卻未予以規範時，弱勢者得否直接向強勢者主張基本權的侵害？**個人是否有尊重、保障他人基本權之責任，其正當性為何？**從各國的經驗來看，為實現基本權之意旨，避免私人間之基本權侵害，基本權水平效力於焉誕生，但其涉及對於私法自治、權力分立、及法治國原則等侵害問題，**基本權水平效力應有如何之設計，在保障基本權的同時，得降低對於私法自治、權力分立、法治國原則之侵害？**

第二節 名詞定義

本節之名詞定義原應可放入各章節中再行說明，然而因這些重要名詞若待讀者閱讀至該章節中，始能得知本文對於該名詞的定義，恐會造成讀者閱讀前文之困擾。因此在本節當中，將先就幾個本文重要之名詞、用語予以定義，以利讀者閱讀。

壹、弱勢

對於弱勢的定義，涉及到本文欲處理的射程範圍，也牽涉到後續針對不同類型的弱勢會有不一樣的規範途徑，因此有先釐清的必要。需強調的是，本文的弱

勢是採取較廣的定義，是因為本文所處理之對象範圍較廣，因此在一般的弱勢定義上顯屬少見，對於其他討論弱勢的文章中，也可能顯不適用，合先敘明。

一、弱勢身分(狹義弱勢)

如何認定弱勢，美國最高法院提出「分散而孤立的少數(discrete and insular minorities)」，此概念首先出現於 *United State v. Carolene Products Co.*的註腳四⁶，後亦被大量的引用，加拿大則是以其憲法第 15 條第 2 項之「弱勢個人和群體 disadvantaged individuals or groups」作為定義，並列示種族、國族、民族、宗教、性別、年齡，或身心障礙，而在 *Andrews v. Law Society (British Columbia)*⁶ 案件中，加拿大法院更進一步指出，第 15 條之設計，是為了保護那些遭受社會、政治、法律歧視的弱勢，加拿大教授 Michael Peirce 則認為，弱勢之認定是其是否通常上、歷史上、經驗上(commonly, traditionally or historically)遭受歧視為標準⁷。我國黃昭元教授，綜合比較法和學理上的討論，提出三個對「特定弱勢族群或團體人民」之概念特徵，分別為：不可改變的不利特徵、政治結構或程序上的弱勢地位、對該分類存在有歷史或社會性的歧視⁸。

本文酌採黃昭元教授所提出之論點，然而本文認為宜排除第一個特徵為妥，是否弱勢之特徵要限於「不可改變」本文認為容有疑義，例如勞工或身心障礙者，在歷史上、經驗上普遍被視為結構上的弱勢，但勞工可能之後變成資本家，身心障礙可能因醫療技術而復原，又即便是性別，在科技進步下得以為變性手術而改變性別；再者，何謂「不利」特徵，以黑人為例，膚色黑色是否為不利特徵，不利的認定為何？如有其特徵而遭不利對待，可能即可認定為不利特徵，然而是否因該特徵而受不利對待，仍要綜合後續兩個要件觀察始可得知，不利特徵的要件在此似為多餘，且相較於後續的要件，亦含有對該特徵貶抑之味，似不宜採。

再者，本文認為弱勢群體之認定，應就各國（地）之歷史、社會、政治等實際經驗，甚至要採取不對稱的價值觀才能具體認定誰是結構性弱勢者，從歷史發展與社會變遷經驗中辨別具敏感的身分，而敏感性身分可能是與生俱來的，也可能後天建構出來的。

二、弱勢狀態(廣義弱勢)

⁶ [1989] 1 S.C.R. 143

⁷ Peirce, M., *A Progressive Interpretation of Subsection 15(2) of the Charter*, 57 SASK. L. REV. 263, 288(1993).

⁸ 黃昭元(2009)，〈平等權與自由權競合案件之審查〉，《法學新論》，第 7 期，頁 25。

有別於弱勢身分所強調的多是「少數」群體（弱勢在英文的稱呼裡，更以「少數 minorities」來指稱），本文認為「多數」也可能構成弱勢。且弱勢並非僅限於較固定的「弱勢身分」，而應包含概念較為流動的「弱勢狀態」，因此特別需要在個案中辨別。核心概念繫於「權力狀態」，顯而易見的包含工廠對於排放廢氣、廢水侵害周遭居民的健康，例如臺灣美國無線電公司污染案（俗稱 RCA 汚染案）；食品業者製造或販賣攬衛假冒的食品，例如 2014 黑心油事件。

這種權力狀態非基於「多數」和「少數」的觀察，亦非透過歷史上、經驗上來達成抽象概念來形成的，而多是仰賴具體的「金錢」地位來形成的，尤其在現代民主國家的選舉制度與選舉文化下，這種金錢權力更能轉化為政治權力、社會權力（詳參後：第三章、第三節、貳、金錢政治），因此弱勢狀態通常也會構成政治結構或程序上的弱勢地位（政治權力的弱勢），這點和弱勢身分是相符的。

針對弱勢身分和弱勢狀態也會導引出不同的規範途徑，針對前者主要強調對於弱勢者的保障，因此是以「弱勢者」為法規之對象，即便是規制強勢者，弱勢身分在規制內容當中仍會被具體的描述，例如就業服務法第 5 條歧視的禁止的規範。然而，針對後者，因具弱勢狀態者的群體通常較為廣大且較難辨認，主要應強調對於強勢者的規制，以避免其侵害一般人民，例如環保法令、食品法令。

當然，弱勢者的身分可能是流動的，必須要在個案中予以辨識，女性雖在歷史上、社會上遭受許多不平等待遇，但在個案亦可能成為壓迫勞工之雇主，而成為侵害者；又或在職場上受壓迫、壓榨之勞工，回家亦可能成為家暴之加害者。且個案中也可能沒有強勢、只有弱勢，例如單親媽媽開的麵店，無法接待輪椅顧客。因此強勢與弱勢的對抗非固定的模型，而需要在個案中加以辨認和調整。

貳、基本權垂直效力

基本權垂直效力(vertical effect)係指基本權適用於國家與人民間之關係，以保護人民的基本權免受國家之侵害⁹，基本權垂直效力為基本權的典型效力，亦即，基本權原先設定的拘束對象，就是國家機關。近年來除防禦權外，國家保護義務、給付功能、程序功能等基本權功能的發展，亦使國家負擔更多的基本權義務。

參、基本權水平效力

⁹ Engle, E., *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittewirkung)*, 5 HANSE L. REV. 165, 165 (2009).

基本權水平效力(horizontal effect)或稱基本權第三人效力(third-party effect)，討論的是，一般私人相互之間是否可以主張基本權，或基本權對於私人相互間的往來關係，是否亦發生拘束效力的問題¹⁰。我國受德國基本權第三人效力(Drittewirkung)的影響多以基本權第三人效力稱之，國際上文獻則較常以水平效力稱之，以區別基本權適用於人民與國家間之垂直效力(vertical effect)。惟第三人所呈現出的客觀語意，多指稱非事件當事人，而是額外出現和事件相關之人，例如，通俗稱婚姻關係以外的介入者為第三者，或保險契約當中，如發生車禍事故，非保險契約當事人的車禍受害者可向保險人請求理賠，該非保險契約當事人的車禍受害者稱為第三人，該保險類型泛稱之為第三人責任險。然本文認為，每個人都享有基本權，也都負有尊重他人基本權的義務，每個人都是「關係中」的人，沒有人是第三人，故人民與人民間的基本權適用，名稱上以基本權水平效力稱之較為適宜，以之和國家與人民間基本權直接效力的適用作區別，但並不表示人民間的權力地位是水平狀態。

基本權水平效力又可區分為，基本權「直接」水平效力(direct horizontal effect)，和基本權「間接」水平效力(indirect horizontal effect)。前者係指基本權得直接適用於私法關係當中，基本權之拘束對象及於私人，後者則是基於基本權的放射效力，或基於基本權的「客觀法秩序功能」使得基本權的精神得以放射到私法當中。又或指基本權對於國家機關產生拘束力，為保護人民避免受他人之侵害，國家機關在行使職權時須本於基本權意旨為之，因此該「他人」間接因國家機關的權力行使而受到基本權之限制（外溢效果¹¹）。

再者，依照憲法對於私法關係或私法爭議結果「控制」之強度，又可分為基本權「強的」間接水平效力和弱的基本權「弱的」間接水平效力，此分類問題留待後文再行討論。

第三節 研究方法與架構

壹、研究方法

本文以弱勢保障的精神作為立基點，分別從三個層面來正立基本權水平效力，依序為「需要性」、「比較法參考」、「法理基礎」。

首先是「**需要性**」的問題，本文檢視目前的基本權垂直效力是否有辦法落實

¹⁰ 許宗力(2003)，〈基本權利：第五講—基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第9期，頁64。

¹¹ 程明修(2004)，〈契約自由與國家之保護義務〉，《憲政時代》，第30卷，第2期，頁205。

基本權保障弱勢之目的，對於弱勢者給予保障，勢必涉及社會的重分配，政府是否有辦法公正地分配即成為關鍵所在。因此政府是否能妥善保障弱勢，涉及到政府的公正性問題，而政府是否有辦法維持公正，則牽涉到長久以來政府「自主性」的問題，現代民主國家的政府，是否具有自主性，則往往須從其「政體」來觀察，因此問題連結到了「民主國家的自主性」。本文認為因民主制度的固有限制：金錢政治和多數決原則，這些限制可能會導致立法機關導向金權優勢者，和多數群體，這兩種群體正好對應到前述弱勢的反面：強勢者，因此本文認為立法機關可能無法妥善保障弱勢者的基本權，故單單承認基本權垂直效力是不足夠的，尤其是在立法機關明顯出現疏漏的情形，在這種情形，確實有「**需要**」另闢他徑：承認基本權水平效力，以避免基本權保障之漏洞。

再者，如有採取基本權水平效力之需要，什麼樣的基本權水平效力模式最適合我國？因此接下來採取「**比較法**」的方法，借鏡各國的經驗為我國參考。各國為保障弱勢者避免遭受到強勢者的侵害，紛紛擴大基本權的適用對象及於私人，雖然因各國的文化、法制不同，所採取的方式不一，但將人權的觀念注入私法關係則是各國明顯的趨勢，從各國採取得不同是用模式來看，也可以了解到各國在基本權保障，與私法自治、權力分立及法治國原則間拔河，如何兼顧且將傷害降至最低，可能才是最妥適的基本權水平效力的模式，本文借鏡各國經驗後提出我國的基本權水平效力芻議，認為應兼採基本權直接水平效力及基本權間接水平效力。

最後，是法理基礎的部分，本文將先介紹，無論學說上已汗牛充棟的國家保護義務，作為基本權水平效力的法理基礎，並指出其實國家保護義務只是要求法官在個案中保障當事人的基本權，並沒有預設法官應「如何」的適用基本權以保障當事人，因此直接適用亦和國家保護義務相容。再者，本文認為，如要真正的保障基本權，無由僅限制國家，而排除其他私人侵害的情形。人與人之間的接觸要比國家和人民的接觸更為頻繁，侵害可能性亦更高，如不承認基本權水平效力，將產生基本權保障之末大漏洞，為使憲法價值真正實現於社會、於人與人之間，即應正式肯認基本權水平效力。因此，從每一條基本權的保障出發，國家、社會當中的所有他人，都應賦有義務：尊重並實現基本權。

貳、論文架構

除了第一章的緒論說明本文的問題意識、名詞解釋及研究方法與論文架構以外，為探討憲法保障弱勢的內容，首先，第二章會先論述為因應自由主義、個人主義和資本主義相互結合所產生的種種弊端，因而產生了憲法弱勢保障的概念，

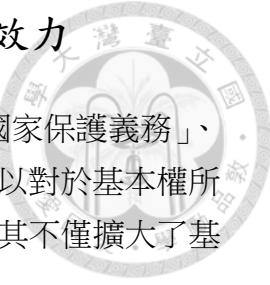
討論基本權因受社會國原則型塑或基本國策填補之影響所產生的弱勢保障內涵。接著，基本權弱勢保障的內涵是否能實現，端看基本權能發揮如何之效力，效力內容為何，基本權的效力內容也就是基本權所能發揮之功能，按基本權之發展歷程，基本權具有防禦權、國家保護義務、給付功能、組織暨程序保障功能等，並對於國家機關（本文指立法、行政、司法機關）產生拘束力，也就是基本權效力的拘束對象原則上為國家（主流見解）。然而本文對於國家是否具足夠之自主性來保障弱勢提出質疑，並聚焦於民主制度下所產生的弊端：金錢政治與多數決原則，認為國家恐難以有效保障弱勢。因此本文認為基本權的垂直效力恐不足以滿足基本權弱勢保障的要求，並主張基本權的水平效力作為弱勢保障的途徑，使弱勢者得直接本於基本權對抗私人的侵害（防禦權），且弱勢者在一定的要件下，亦得對強勢者主張給付（給付功能），以實現基本權的弱勢保障之內涵。

第三章則介紹水平效力之適用類型及法理基礎，並回應基本權水平效力對於憲法無明文、私法自治、權力分立法治國原則之疑義，第四章則開始介紹各國為因應一般私人間的侵害，發展出的基本權水平效力，取不同的適用模式：美國、德國、南非、愛爾蘭及西班牙為參考對象，探討各國不同的基本權水平效力的適用背景、適用的模式及理論的發展。其中美國、德國、南非皆有逐漸擴大適用的趨勢，而愛爾蘭雖採取直接適用，但因為理論建立之初過於草率而備受質疑，因而發展出調整措施，西班牙則是全面適用基本權而無限制。本文希望藉由各國基本權水平效力的適用經驗來觀察，同樣面對私人間的侵害，雖因文化、法制之不同，而有不同的適用模式，然而整體趨勢仍是朝向將私人納入憲法的射程範圍，其中各國不同的適用模式，主要考量的因素為何？各國不同的適用模式有何長？有何短？在我國的制度設計，又如何盡量取其長、捨其短？

第五章則汲取前述的研究成果，建立我國基本權水平效力的芻議。本文主張，憲法規範對象應及於私人，因此應採取基本權直接水平效力，然而基本權間接水平效力亦有控制、調整私法的功能，是直接效力所沒有的，因此應一併採取基本權直接水平效力和基本權間接水平效力。因此本文在基本權水平效力芻議之設計上，期望透過基本權水平效力的適用，能有效保障基本權（尤其是弱勢者），但另一方面，也希望透過制度的設計，能有效避免對於私法自治、權力分立、法治國原則的侵害。最後整理我國實務上的案例類型和具體操作外國案例適用於我國法制之情形，並指出我國目前法制上之不足，並提出我國可以改善之方向。

第六章為結論，將綜合上述研究，提出本文之研究成果。

第二章 基本權之弱勢保障及基本權效力



基本權的效力內容（功能），從傳統的「防禦功能」，到「國家保護義務」、「給付功能」和「程序功能」，本章首先會介紹基本權的功能，以對於基本權所能發揮之效力有基礎的認知，接著探討基本權的弱勢保障面向，其不僅擴大了基本權的功能類型，更賦予所有基本權保障弱勢的價值內涵。

基本權發展之初，主要係為對抗獨裁暴政而產生，因此憲法主要著重於自由權的保障。但因「權力」而產生的侵害，不僅存在於國家－人民的關係之中，更存在於人民－人民的關係之中，現實世界的個人，和自由主義書籍當中假設的個人：無差異、具自主性、自利性，並不相同，現實生活中，每個人基於不同的性別、種族、職業、身體狀態，進而在社會的權力結構當中有不同的權力位置，如果自由的定義是強勢者可以運用他們的力量，謀求自身利益的權利，實際上這會造成許多人從屬於這些強勢者而減少自由。這並不是在要求自由，而是在要求特權。

因此保障弱勢者、規範強勢者（潛在的侵害者）的基本權弱勢保障面向（或稱社會性面向），逐漸開展開來。本章將探討憲法保障弱勢的起源，了解憲法為何從原先的保障自由，發展到保障弱勢，進而限制強勢者的自由，我國憲法上又有何弱勢保障的憲法內容？接著探討我國主要兩個保障弱勢的憲法內容：社會國與基本國策，對於基本權弱勢保障內涵的影響，致使基本權亦富有弱勢保障之內涵。

接著會介紹典型基本權效力的拘束對象：國家機關，基本權對於國家機關所產生的拘束力稱之為基本權垂直效力，要求國家機關應尊重、並實現基本權，然而基本權垂直效力發揮的結果，是否有辦法落實前述基本權弱勢保障的要求，則是本章關注的焦點。

第一節 基本權的功能

壹、基本權的典型功能：主觀防禦功能

為使基本權得以實現，憲法賦予基本權幾個功能，首先，肇因於君王體制、獨裁政府的壓迫，洛克、盧梭等提倡的自由主義思潮席捲歐洲，英國的光榮革命、法國大革命開啟了權利啟蒙的新頁，為避免遭受國家恣意的侵害與剝奪，基本權利首重防禦功能。這種「避免國家侵害」自由概念起源，也深深影響（甚至侷限）

後續自由權的發展。防禦功能的概念指基本權賦予人民一種法的地位，於國家侵害到期基本權所保護的法益時，得直接根據基本權，請求國家停止其侵害，藉以達到防衛受基本權保護的法益，使免於遭受國家恣意干預的目的。故防禦功能亦稱為侵害停止請求權的功能，這種侵害停止請求權的功能，反射到國家的一方，國家即負有停止侵害的不作為義務¹²。防禦功能是基本權發展最早、最典型、也最常被使用的一項基本權功能，即便其他基本權功能已逐漸萌芽、成熟，但仍無法取代防禦功能的地位，因國家握有龐大的權力，人民得為之抗衡、避免國家任意侵害的基礎，就只有基本權了，所以不論基本權功能怎麼發展，防禦功能仍是基本權保障最不可或缺的一塊。

貳、客觀功能的發展

隨著社會國理念的興起，促成國家之任務領域擴張，基本權的功能也逐漸分化，連帶使得憲法釋義學的結構也受到影響，尤其是在基本權釋義學上發展出所謂「客觀規範」面向之後，基本權論證不再只限於主觀權利的主張，而也可導出客觀的規範意旨¹³，基於憲法秩序之確保，潛藏在基本權中的客觀價值秩序 (objective order of values) 將影響法律解釋、並引導立法形成、行政裁量，而對國家產生客觀拘束力¹⁴，因此基本權利之作用不再只是一種「權利」，而是一種「價值體系」或「價值標準」為國家公權力乃至於全體人類所應共同追求之目標¹⁵。

德國在 50 年代有一些公法學者（例如 Günter Dürig），已發展出基本法作為客觀價值決定的學說，並且獲得德國聯邦憲法法院的肯定，基本上他們認為：基本權，對於整體法秩序的決定性方針具有拘束力。藉此基本權產生一個包含整體法秩序的價值秩序概念，呈現出基本權作為客觀價值秩序的一面¹⁶。我國深受德國的影響，學者亦肯認基本權的客觀功能，例如吳庚教授、陳淳文教授認為基本權作為憲法規範的一部分，也就是基本權的客觀法規範性質，有拘束一切國家機關的效力，本無待憲法明文規定¹⁷。從基本權客觀功能發展的理論基礎，我們也

¹² 許宗力(2002)，〈基本權利:第二講—基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，頁 72-73。

¹³ 蔡維音(2001)，〈社會國下之憲法規範保護結構〉，《社會國之法理基礎》，頁 65，台南：正典頁 65。

¹⁴ Brandl, E., & Bungert, H., *Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: a Comparative Analysis of Experiences Abroad*, 16 HARV. ENVTL. L. REV 1, 9(1992).

¹⁵ 李建良(1999)，〈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）》，頁 14-15，台北：學林。

¹⁶ 許育典(2016)，《憲法》，頁 102-103，台北：元照。

¹⁷ 吳庚、陳淳文(2016)，〈基本權的理論體系〉，《憲法理論與政府體制》，頁 139，台北：三民；詹鎮榮(2006)，〈憲法基本原則:第五講—社會國原則起源、內涵及規範效力〉，《月旦法學教室》，第 41 期，頁 39-40。

可以了解到，國家是一個具有價值決定的主體，並非單純反射社會之利益，這也涉及到後續國家自主性的討論。而憲法的價值決定，更具有拘束立法、行政、司法機關之效力，因此，各該機關於其權責範圍內，應負有實現憲法之義務。

參、新興基本權功能的發展

客觀基本權利內涵，衍生的一項重要作用，首先乃在基本權利行為與第三人關係中，為使基本權主體免於第三人之侵害，進而課予國家保護義務¹⁸，因此政府除本身不得侵害人民以外，更應確保「第三人」不得侵害人民的基本權，根據孟德斯鳩的理論，自由是安全的保證所產生出的心寧平靜，為了達到自由，政府就必須確保人民不會害怕另外一個人的侵害¹⁹。最能說明國家對人民基本權之保護義務的存在者，當推古典的國家契約理論。根據這個契約理論，處於前國家階段之自然狀態的人們，其保護自己靠的恆是自己的實力，也就是一般所稱的自力救濟。當其願意放下武器，共同組成國家，以結束自然戰爭狀態，自須遵守和平義務，放棄自力救濟，轉向獨佔武力的國家尋求安全的保障，也就是以所謂的公力救濟取代原始的自力救濟。故明顯的，放棄自力救濟既以公力救濟的提供為代價，則不課予國家保護人民的義務，又何能合理化自力救濟的禁令與國家獨占武力的事實？²⁰國家保護義務功能涉及到與國家、私人與私人的三角關係，和後續基本權第三人效力息息相關，故於後文再為詳細之說明。

除了國家保護義務外，基本權的給付功能亦逐漸受到重視。基本權功能的發展之初，以「主觀防禦功能」為其典型，但個人主義、自由主義、資本主義的相互結合，造成資本家與勞工間的緊張關係，勞力剝削情形嚴重、貧富差距擴大，引起無產階級的不滿，造成人們對國家功能期待不變，認為國家的功能不應只是袖手旁觀、不為所動、放任弱勢者自生自滅，而是應積極的協助弱勢者、處理社會問題，以確保自由的可實現性，促成平等，建立普遍的社會價值，政府遂由「最小政府」轉化為「大政府」，社會國概念也逐漸興起。許多學者批評傳統自由論述(classical-liberal approach)的「盲目」，因為他們沒有看到社會現實的情況所可能產生的不自由，傳統的自由論述，毋寧只保障已經存在的自由²¹，基本權固然是人人均得以享有，但並非人人都可以站在相同機會的立足點去主張，所以必須

¹⁸ Hans D. Jarass 著，李建良譯(2010)，〈基本權利：防禦權與客觀之基本原則規範客觀之基本權利內涵，尤其保護義務及形成私法之效力〉，Peter Badura, Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集下冊》，頁 50，台北：聯經。

¹⁹ Starck, C., *State Duties of Protection and Fundamental Rights*, 3 POTCHEFSTROOM ELEC. L.J. 1,3(2000).

²⁰ 許宗力(2002)，〈基本權的功能與司法審查〉，《人文及社會科學研究彙刊》，第 6 卷 1 期，頁 7。

²¹ Brandl, E. & Bungert, H., *supra* note 14, at 11.

保障基本的社會經濟資源、使人民脫離貧窮與從屬地位，自由始得有實現之可能性，因而產生了基本權的給付功能，依據基本權的給付功能，國家提供物質、金錢或勞務等給予需要的人民，典型具有給付功能的基本權例如受教育權、工作權、生存權等。給付功能涉及到社經情形的評估、財政如何分配等問題，立法者往往有較廣大的形成空間，然而，此絕非謂司法完全無從干涉，如前所述，「生存權」的確保，非僅保障最低可存活的情形即可，而是應以憲法的「人性尊嚴」做為最低標準。故立法形成空間和司法介入絕非有無的問題，而應是程度的問題。

另外為課予國家積極提供適當組織與程序的義務，而有組織與程序保障功能，進一步來看，組織與程序保障功能含有積極與消極面向，兩者皆同樣課予國家提供適當組織與程序的義務，只是目的不同。積極面向目的在於積極營造一個適合基本權實踐的環境，以幫助人民基本權的落實，消極面向的目的在於消極地減少基本權實害的發生，亦即在基本權實害發生前，事先透過適當組織與程序的採用，或予以防止、或至少將實害發生機率降至最低。在這個人類自由越來越需劃定界線，基本權之間的衝突愈來愈需平衡的時代，組織與程序往往是唯一的工具，以導向符合基本權要求的結果。另外為保障傳統固有的私法上或公法上的制度，尚有制度性保障功能，但其功能多被國家保護義務和組織及程序保障功能所替代。

肆、新興基本權功能的主觀效力？

最後，除了傳統的防禦功能以外，這些新興的基本權功能，是否具有主觀效力？有學者認為，僅防禦功能具有主觀效力，其他國家保護義務、給付功能及程序保障等仍然須由立法者制定法律進一步加以具體化始得據以請求，故應否認基本權其他功能的主觀效力²²²³，然亦有學者區分而為不同的歸類，例如李建良教授將給付功能（其中包含程序性之給付或服務）分歸類為主觀權利，而將基本權之保護義務歸類為客觀規範之功能²⁴。固然，防禦權具主觀效力乃是基於避免個人受到國家之基本權過度干預²⁵，當屬無疑，然其他基本權功能，諸如給付功能、國家保護義務、是否不具主觀效力之可能？

許育典教授指出，如果每個人都根據基本權向國家請求給付，國庫將無法負擔，例如：失業的人都要求有工作、無殼蝸牛都要求有房子等，對此，國家財政

²² 法治斌，董保城(2012)，《憲法新論》，頁 91，台北：元照；林明昕(2018)，〈憲法規範下的社會正義〉，許宗力（主編），《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，頁 23-24、30，國立臺灣大學出版中心。

²³ 許育典(2016)，〈基本權總論〉，《憲法》，頁 111-118，台北：元照。

²⁴ 李建良，前揭註 15，頁 8-19。

²⁵ Brandl, E. & Bungert, H., *supra* note 14, at 11.

上的能力有限，永遠也無法達到，如果貿然承認基本權具有給付請求權的功能，而國家又作不到，如此便違背基本權具有拘束行政、立法與司法權的效力，反而破壞基本權的規範性。林明昕教授則說明，依據德國與我國通說見解，基本權利之各項功能除前揭「防禦」面向具有「主觀」效力，得為基本權利主體之相對應的「權利」(subjektives Recht)，其餘「國家保護義務」及「基本權利對組織與程序之效力」等面向，除極少數本身非無爭議的特殊類型外，皆僅具「客觀」效力，而非為基本權利主體得藉以請求國家作為的請求權基礎。就此，本文原則上從之，惟不排除視將來國家權力分立之學說的發展，以及各時代國家財政、資源的實際狀況，承認該等基本權利之客觀面向功能有所謂主觀化(Subjektivierung)之可能²⁶。李建良教授亦指出，事涉國家財政能力、國家資源之運用以及社會利益之調整等多項因素，多數學者認為，除非是屬於人民生存之「最低限度保障」，否則如何提供給付，仍屬立法者之政治決定與形成自由之範疇。陳愛娥教授則概括三項反對的理由，(1)假使可由基本權中導出給付請求權，則國家財政及其支出之先後將因此確定，職司違憲審查之司法機關更可藉此介入原屬國會之財政決定中；(2)自由之實質條件此類請求權標的並不明確(何謂適當的工作、適當的居所？)；(3)因財政資源有限及標的不明確，對此種給付權不能作-如同防衛權-那樣的嚴格審查，因此陳教授引述德國學者 Christian Starck 學者的主張，只有下述三項條件具備時，始能由基本權推得給付請求權(1)基本權之實質確保有絕對的必要性；(2)請求權標的之內容可得確定；(3)必要的財政手段已經確保，且不侵及立法者的財政支配權。具體言之，在德國無論學界及司法實務界均承認，基於人性尊嚴的保障，國民對國家直接(=不待立法者規定)擁有一憲法所保障之一基本生存確保請求權²⁷。

對此許宗力教授持肯定之見解，認為既明言是人民的權利，很難想像不具絲毫權利成分，而只單純課予國家義務的基本權功能有存在空間，另外在探討程序功能，人民是否有程序請求權時，許教授基於前述的理由，亦予以肯定的答案²⁸。我國基本權功能理論深受德國的影響，而根據德國 Hans D. Jarass 的說法，德國聯邦憲法法院是全然採取高接受度（主觀效力）的立場，例如在國家保護義務方面，聯邦憲法法院多次明白地承認，系爭基本權利主體對於保護義務之違反，得透過憲法訴願對抗之，即使是在給付之領域，聯邦憲法法院亦針對學術自由明白肯定其具有主觀權利之成分：「從價值決定衍生出基本法的 5 條第 3 項，基本權利之個別主體享有請求包括組織在內之國家措施，此等措施為確保基本權利保障

²⁶ 林明昕，前揭註 22，頁 30。

²⁷ 陳愛娥(1997)，〈自由—平等—博愛—社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 26 卷第 2 期，頁 121-141。

²⁸ 許宗力(2002)，〈基本權利:第二講—基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，頁 74-76。

之自由空間所不可或缺者²⁹」³⁰。然而 Hans D. Jarass 並不否認立法者有廣泛的裁量空間，只是認為此不足以構成反對主觀權利的理由，因此援引聯邦憲法法院的判決：「立法者暨行政權於履行保護義務時，享有廣泛之評估、評價及形成之空間（…）。此種保護義務所伴隨之基本權利請求權，衡諸上開形成自由，其旨趣僅在於請求公權力採取保護基本權利之預防措施，且此等措施不能完全無效或全然無法實現。只有在極為特殊之情況下，此種形成自由始被限縮至惟有特定之措施才能滿足保護義務之要求。」³¹。

再者，如否認上述基本權利之功能僅具客觀效力，則往往存在著其僅是紙上談兵之危險，德國聯邦憲法法院針對學術自由正確地指出，若乏主觀之權利，具價值決定之基本規範將大幅地失卻保護作用，故如果基本權利之侵害無法被審查，或僅能在人民無法發動之客觀爭訟程序中被檢驗，則基本權利之實際作用，勢將微乎其微。另外依據一般之保護規範學說，亦可用來支持主觀權利之意涵，依保護規範學說，若有一法規範之目的同時旨在保護原告之利益，該原告即享有訴權。而上開基本權功能，皆在於課以國家保護、支持「基本權」之義務，若謂此種內涵並未同時具有保護基本權主體利益之旨趣，誠難自圓其說³²，故否認上述基本權功能的主觀效力，毋寧使基本權成為一個口惠而不實的教條。

從上述學者間之爭議來看，毋寧是在於尊重立法者對於國家財政之形成空間，以及基本權之保障間在掙扎取捨，多數學者並不否認主觀效力的可能性，但認為要件上應相當限縮至最低保障時始得請求，以避免對於國家財政和立法權之過度侵害。而偏向承認之學者則認為，於有裁量空間時，請求採取措施（但不能特定某項措施），僅有在裁量縮減至零時，始能請求特定措施。

第二節 基本權之弱勢保障面向

壹、憲法弱勢保障的起源

18世紀以降，工業革命的發生，根本性的改變人類的生產方式，政治上，自由主義、個人主義的興起，強調國家應保障個人財產與經濟生活，皆為資本主義的發展，奠定了經濟、政治基礎，然而經濟自由只促成少數資本家有特權去扼住別人的咽喉，他們擁有鉅資，而握有權勢。勞工們則因無有資本，僅賴工資糊口，淪入貧困之境，所謂無產階級由是誕生。為解決種種社會問題，人類開始反省，

²⁹ BVerfGE77, 170. 轉引自 Hans D. Jarass 著，李建良譯，前揭註 18，頁 57-58。

³⁰ Hans D. Jarass 著，李建良譯，前揭註 18，頁 57-58。

³¹ BVerfGE 77, 170. 轉引自：Hans D. Jarass 著，李建良譯，前揭註 18，頁 60。

³² Hans D. Jarass 著，李建良譯，前揭註 18，頁 59。

認為國家不應再採自由放任之方式，而應積極介入社會，「社會國」弱勢保障的概念便逐漸發展開來。

就當今的社會國定義而言，我國法治斌，董保城教授，認為社會國，係指國家有義務針對社會中的對立情形予以調和，並就此形成符合公平正義的社會秩序，就此而言，所謂符合「公平正義的社會秩序」，乃是要建立、維護社會正義，並解決社會貧困問題...而今日所謂「社會福利國家」，係指國家有義務建立與維繫一個公平正義之社會秩序，國家應盡全力消弭人民之經濟困頓，以及消除對某一階級或某一族群人民之歧視待遇³³。德國社會法學者 Hans F. Zacher 則將社會國定義為：「國家對於經濟上或因經濟而導致的社會關係，加以評價、保障及變更，其目標在使個人能享受合於人性尊嚴之生存，以減少貧富差距，排除或控制從屬的依賴關係。」³⁴，然而社會國原則為抽象之概念，難以準確定義，而似僅得為輪廓之描繪，惟該描述仍有助於吾人了解社會國的目的、方向。又其他類似稱呼之「民生國」、「社會福利國家」³⁵、「民生福利國家」、或「福利國(Welfare State)」³⁶，其理念與內涵既實質上與社會國相去不遠³⁷。

然雖社會國難以準確的定義，本文認為前述各個不同定義中有項精神應該把握，即社會國對於「權力意識」、「弱勢」之思考，有這個權力意識的前提思考後，社會國的目標則就是為了調和權力不對等的關係，而建立一「公平正義的社會秩序」。

德國 1919 年制定之威瑪憲法為世界上首部將社會國理念納入，並行之於具體條文的憲法³⁸。大幅度地納入經濟社會權，不僅抽象地闡述權利，更具體地指出特定地社會政策。例如威瑪憲法、第二編、第五章關於經濟生活之規定，包含：第 155 條第 3 項：「土地之耕種及開拓，為土地所有者對於社會之義務。土地價值之增加非由投資或人工而來者，其福利應歸社會。」第 165 條：「勞動者及受僱者，得以同等權利會同企業家制定工金勞動條件及生產力上之全部經濟發展之規章。雙方所組織之團體及其協定，均受認可。」第 155 條第 1 項：「土地之分

³³ 法治斌，董保城，前揭註 22，頁 82-83。

³⁴ Vgl. Hans F. Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, S.221f. 轉引自林佳和(2005)，〈勞動關係去管制的憲法界限－以德國法為中心之國家學嘗試－〉，頁 463，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

³⁵ 法治斌，董保城，前揭註 22，頁 82-83。

³⁶ JENSEN, HENRIK, THE WELFARE STATE: PAST, PRESENT, FUTURE, EDIZIONE PLUS(2002).

³⁷ 相同見解者可參：許宗力(2018)，〈大法官解釋與社會正義之實踐〉，許宗力（主編），《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，頁 64，國立臺灣大學出版中心；許育典(2003)，〈社會國〉，《月旦法學教室》，第 12 期，頁 38；詹鎮榮，前揭註 17，頁 33。

³⁸ 詹鎮榮，前揭註 17，頁 32。



配及利用，應由聯邦監督，以防不當之使用，並加以監督，以確保德國人、德國家庭均有健康住宅之保障，包含家產住宅及業務之所需，特別是家中孩童較多者。訂定法規時，尤應特別注意參戰人員。」闡述了國家對於租賃的控制，及對承租人之保障。

雖戰後之基本法未如威瑪憲法規範之詳盡，然而基本法第 20 條第 1 項明文揭示：「德意志聯邦共和國為民主、社會之聯邦國家。」且基本法第 79 條第 3 項規定：「本基本法之修正案凡影響聯邦之體制、各邦共同參與立法或第 1 條與第 20 條之基本原則者，不得成立。」本條揭示第 20 條之原則是不得透過修憲變更，此亦稱為「永恆條款(eternity clause)」。只有革命（制定新憲法）才能改變。故社會國原則被視為不可變更之憲法基本決定。除了第 20 條之基本原則外，除了上述原則性的規定以外，亦有認為，亦可從三個面向來分析德國基本法，確實反映了社會國原則，包含社會政策之分權（德國基本法第 74 條）、專業法庭的設置（第 95 條）、及基本權條款的內容（第 1 條、第 2 條、第 3 條、第 6 條、第 9 條、第 13 條、第 14 條、第 15 條），都有社會國之理念³⁹。

我國憲法雖無社會國原則之明文，然而憲法第 13 章基本國策中，有諸多深具社會國家理念之原則性條款，其中「國民經濟」、「社會安全」皆體現了憲法實現社會正義的理念，包含國家應保障人民工作機會，實施保護勞工及農民政策，推行社會保險與社會扶助，保護母性及兒童，以及推展衛生保健事業及公益制度等。此外，增修條文第 10 條更進一步增訂國家應推行全民健康保險，維護兩性實質平等，保障身心障礙者就醫就學，以及重視社會救助，福利服務，國民就業，社會保險及醫療保檢等社會福利工作之任務，有學者基於此觀察，認定我國為社會國⁴⁰。亦有學者以憲法第 1 條所揭示之「民生主義」及「民享」的概念，做為我國社會國之基礎⁴¹，司法院釋字第 485 號解釋理由書兼採二者，謂：「憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第一條、基本國策章及憲法增修條文第十條之規定自明。本此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。」；另亦有學者以「人性尊嚴」之基本價值理論，來建構我國之社會國理論基礎⁴²。準此，無論係從基本國策、民生主義和民享抑或人性尊嚴之基本

³⁹ See King, J. A., *Social Rights, Constitutionalism and The German Social State Principle*, 3 REVISTA ELECTRONICA DE DIREITO PUBLICO 1, 9-11(2014).

⁴⁰ 詹鎮榮，前揭註 17，頁 33。另可參法治斌、董保城，前揭註 22，頁 83。

⁴¹ 許育典，前揭註 37，頁 38。

⁴² 蔡維音(2001)，〈基本價值理論〉，《社會國之法理基礎》，頁 23-57，台南：正典。

價值，我國憲法具有社會國弱勢保障之內涵，當無疑問。

現今的社會國弱勢者的關懷與保障，彷彿正義化身至憲法文本，然而社會國在發展之初並未享受到這樣的美名。因為社會國是建立在市場經濟這個大前提上的⁴³，現在的社會國仍保障私有財產（尤其是社會主義學者認為應國有或公有「土地」，仍受社會國的保障）、並維護市場機制的自主性、只是予以某個程度的「控制」，或基於公益、或基於他人基本權之保障。這在現代的自由法治國家中看來很理所當然，然而，在早期的資本主義與社會主義之爭裡，卻不盡然。這種仍架構在自由主義之上的社會國，是其與社會主義最大不同之處，故也因此受到許多批評。許多左派學者認為，社會國是把雙面刃，把勞工的能量轉移到次級戰場，（筆者按：社會國下的社會制度），故社會國雖然緩和了資本主義所產生的惡果，但仍維持了它的基本剝削結構⁴⁴。法國著名社會學學者 Pierre Bourdieu 亦認為社會政策是一種象徵暴力(symbolic violence)，透過社會政策的包裝，將經濟領域的暴力隱藏起來、但經濟地位較強勢者仍不斷的在社會生活當中重現他們的權力。Bourdieu 和新馬克斯主義的主張類似，都認為社會國是資本主義合法化的面具⁴⁵。其實從早期俾斯麥推行社會保險之目的是為避免弱勢者不滿的情緒累積而導致抗爭、革命，又或從早期推行社會國的學者認為社會國的主要目的在於解決市場失靈，也可以了解到為何左派學者會有如此激烈的批評。社會國的實現並非他們目的本身，他們的目的仍是推行資本主義、市場經濟，推動社會國只是為了使資本主義、市場經濟能夠順利的運作，不受社會動盪的干擾，社會國只是實現資本主義、市場經濟的「手段」而已，本身並非目的，無怪乎被批評為資本主義的面具，或亦可稱為市場失靈（失敗）的遮羞布。

雖社會國起步的跌跌撞撞，但發展迄今，社會國本身已具獨立之意涵及目的，甚而為我國立國之重要憲法價值決定，應已毋庸置疑，雖時至今日，左右派的拉扯仍持續存在，但對現代法治國而言，已非絕對資本主義或絕對社會主義、共產主義的對決，無疑是如何找出兼顧個人財產、自由市場，以及社會公平正義的制度，因此在採行社會主義的國家中，仍逐步推動市場的活絡，甚至財產的私有化，中國、越南、古巴皆然。在以自由主義為基礎的國家當中，亦不乏推行許多社會制度、又或非基於市場失靈的理由對市場進行干預市場（例如：禁止就業歧視、

⁴³ See GOODIN, R. E., REASONS FOR WELFARE : THE POLITICAL THEORY OF THE WELFARE STATE, PRINCETON UNIVERSITY PRESS 7-12(1988).

⁴⁴ STEINMETZ, G., REGULATING THE SOCIAL: THE WELFARE STATE AND LOCAL POLITICS IN IMPERIAL GERMANY, PRINCETON UNIVERSITY PRESS 1-2 (1993).

⁴⁵ Steinmetz, G., *Social theory and the German welfare state*, in REGULATING THE SOCIAL: THE WELFARE STATE AND LOCAL POLITICS IN IMPERIAL GERMANY, PRINCETON UNIVERSITY PRESS 15, 36(1993).

對於工時工資的強制規定、定額聘用身心障礙者或原住民等），本文也無意挑戰市場經濟，市場經濟為國家帶來的生產效率深具重要性，毋庸置疑，因此當然絕對有保留之必要。

貳、基本權的弱勢保障內涵

在社會國的浪潮之下，我國憲法當中某些基本權本身即具有社會內涵，例如生存權即是典型保障弱勢的基本權，又因受社會國原則和基本國策的影響，更充實了他們的社會性內涵，而原本其他較無社會性面向的基本權，也逐漸因社會國原則和基本國策的影響，產生了性質上的轉變而具有社會性的內涵，因此，如下並不逐一介紹各個基本權的社會內涵，而是廣泛性的討論社會國原則、基本國策對基本權社會內涵的影響。

一、社會國原則與基本權

(一)社會國原則之形塑功能

社會國原則為憲法的基本決定，基於此，國家應更廣泛地、更深刻地，去形塑社會秩序⁴⁶，進而促成社會基本性質的改變⁴⁷。雖社會國原則基本上仍是以自由主義、市場機制為其基礎，然而在社會及經濟領域中，現代社會國家有權利也有義務，變得更積極主動地去形成一公平正義的秩序社會。

社會國原則的形塑功能無疑亦肯認了社會國介入私人間關係之正當性，但其將最直接的遭遇到早期絕對「國家與社會區分」或「公私法嚴格區分」的質疑。十九世紀的自由法治國，認為國家在社會及經濟層面應採取任態度的概念，避免介入。然而二十世紀以來，個人主義、自由主義、資本主義所建構的市場自由逐漸被反思，共善、正義重新被提出，市場雖能滿足效率，但無法達成正義，這個任務適合由政府來履行，這個概念隨著社會國入憲，成為憲法的重要精神。故現今社會法治國家根據憲法，負有在社會政治與經濟政治二方面變得積極主動介入的「義務」。尤其是，當發現社會運作失靈時，特別是在經濟秩序的運作無法自我調節，以及社會上較弱的團體有陷入經營困難之虞時，國家更應該有秩序且積極主動的形成介入⁴⁸，以達成前述的社會正義，此稱為形塑原則(shaping principle)⁴⁹。

⁴⁶ See King, J. A., *supra* note 39, at 9.

⁴⁷ See Steinmetz, G., *supra* note 44, at 1.

⁴⁸ 許育典，前揭註 37，頁 41。

⁴⁹ King, J. A., *supra* note 39, at 12.

形塑功能其中一個重要的意義在於：重新分配依賴成本，本文所稱的依賴成本係指的所有人因在幼年、老年、生病時所產生的生物上的脆弱性，及因為社會關係和制度對於種族、性別、身心障礙等因素而產生的社會建構的脆弱性，因生物脆弱性及社會建構所產生的成本⁵⁰。這些依賴成本，也因社會權利、義務的賦予、課予而重新分配。這將對後文人與人之間主張基本權給付功能發揮啟示的作用。

然而社會國建立之初，甚或時至今日，即遭受自由主義的質疑，自由主義者認為，新的權利的影響不僅有利於權利的擁有者或者整個社會，相反的，使某個人享有權利意味著選擇某個利益和價值，而犧牲他者。如此權利將會產生成本和利益在權利擁有者和他人身上。再者，如果權利僅僅是關於如何分配成本和利益的政策或價值選擇，那這不應該僅僅是來自法律，亦應由私人權力、市場和家庭來決定。所有的法律權利都會回燒到整個社會和那個法律原本想要幫助的人，所以基於競爭利益，你必須為你的權利付出代價。故大部分的利益應取決於私人的協商，而不是經由政府來決定什麼是權利，政府應該仿照私人市場，權利的給予應有縝密的經濟成本和效益計算⁵¹。

但是，所有的成本誰負擔、負擔多少，都是取決於背後的**權力如何形塑每個人的協商能力**。以現今的育嬰假為例，雇主有權力將權利的成本轉嫁到其他人身上（請女員工自行負擔成本，請假不給薪甚或開除），權力不是必然的，而是來自於整個法律和國家權力的背景因素。雇主是否可以歧視女性的家庭假，取決於是否女性有受到國家關於性別歧視有效的保護；同此，是否雇主可以要求勞工的工作量取決於勞工是否有受到一個有效、被保障的工會保護。不同的法制結構對於社會成本最後應由誰負擔，會有不同的、複雜的影響⁵²。

「社會形塑」的內涵強調國家所應該做的不僅是救助被社會或市場淘汰之人，更多的是，國家應更進一步的影響、介入社會、市場的運作，以追求社會正義。然而，若只強調個人自由，而不考慮他人所造成的影響，最後會變成弱肉強食的結果，但從另一方面來說，如果只強調集體社群的需求（例如共善、社會正義等集體概念），則會出現個人需求無條件屈服於集體需求的危險，對於這兩種危險

⁵⁰ Fineman, M., *Equality and difference the restrained state*, 66 ALA. L. REV. 609, 614-615(2015).

⁵¹ McCluskey, M.T., *How Queer Theory Makes Neoliberalism Sexy*, in FEMINIST AND QUEER LEGAL THEORY: INTIMATE ENCOUNTERS, UNCOMFORTABLE CONVERSATIONS (Fineman, M. A., Jackson, J. E., & Romero, A. P. ed.), ASHGATE 122-124 (2009).

⁵² *id.*

的警惕是同等重要的⁵³。這也是本篇文章，在思考弱勢保障所強調集體面向時，應隨時警惕在心的。

(二)社會國原則對於基本權範圍之影響

社會國原則為「憲法價值決定」⁵⁴，對於憲法如何解釋、運用，處於舉足輕重之地位，誠如蔡維音教授所言，社會國的意旨倘若已經融入憲法價值體系，則所有憲法規範之詮釋都受其影響⁵⁵。基本權可能本身即具有社會內容，或經由與社會國之配合解釋，而擴張、限縮其範圍、界線。然社會國與基本權之交互關係，乃一動態之過程，因此在觀察時應採取開放之態度，隨著不同社會現實的變遷和需要性的產生，都可能影響到基本權的社會內涵。

就基本權的社會面向，Peter Häberle 提出「基本權普遍的社會拘束」，也就是一般俗稱之「社會的基本權理解」或「社會的基本權理論」：將社會的基本權正義變為貫穿所有不同類型之基本權，作為所謂基本權身分理論的共同基礎⁵⁶⁵⁷。另外「基本權部分的社會拘束」則認為基本權亦可能本身即具有社會內容，或受社會國影響而致其內含轉變而具有社會內容，已不再需要假社會國之手，應從個別基本權的內含導出一定程度的社會內容。本文肯認前者，認為所有的基本權都具有社會性的面向，社會正義應充斥著自由權的內涵，如果自由權沒有正義的內涵，那他不能稱上自由，例如若聲稱每個人都有居住自由、集會自由，但弱勢勞工窮的只能睡路邊、參與抗爭被雇主開除，他有何自由可言，自由毋寧只是強勢者的特權，故只有符合社會正義的自由才稱得上自由。

再者無論是「基本權普遍的社會拘束」、「基本權部分的社會拘束」都認為，已無需假借社會國來獲致社會內涵，本文認為，基本權有自身的社會性當屬無疑，然而基本權的社會性也是受社會國的發展影響，而產生，故本文不特別區分，何者為現今基本權本身之社會內容（基本權受社會國影響，而致內涵變更），何者係結合社會國之觀察所產生（基本權仍須再結合社會國原則才能獲致社會內容），

⁵³ Anne-Marie Lindgren, Ingvar Carlsson(著)(2008)，蔡培元(譯)(2018)，《社會民主是什麼》，頁45，台北：台灣勞工陣線。

⁵⁴ 許育典(2016)，〈憲法基本原則〉，《憲法》，頁73，台北：元照。

⁵⁵ 蔡維音，前揭註13，頁66。

⁵⁶ 林佳和(2018)，〈社會正義、權力關係與法律形式自由：勞動派遣作為典型的艱難問題〉，許宗力（主編），《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，頁410，國立臺灣大學出版中心。

⁵⁷ 基本權亦可能本身即具有社會內容，或受社會國影響而致其內含轉變而具有社會內容，已不再需要假社會國之手。從個別基本權的內含導出一定程度的社會內容，謂「基本權部分的社會拘束」，請參林佳和，前揭註56，頁410-411。



採此一途徑的優點在於，並非所有人都肯認所有的基本權現已具有完整的社會內容，故仍應認為基本權得結合社會國原則來觀察擴充或限縮基本權的內涵、範圍，較為每個人所能接受。

1、社會國原則擴充基本權之範圍

早期自由主義所架構之自由權並無社會之面向，批評者認為，如未看見社會的先決條件，將無法達成真正的自由⁵⁸。除了典型的社會權以外（例如生存權），傳統的自由權亦開始著重社會性的面向。亦即，為了有效實踐傳統的自由權，必須保障基本的物質資源，始得達成，若沒有這些基本的社會與經濟自由，不論在法律上提供了多少公民與個人自由，個人的自由行動都還是會受到非常嚴重的限制⁵⁹，這也說明了自由權與社會權的相互依存關係⁶⁰，

社會權使自由權的保障具有事實上的可能性，法治斌、董保城教授以居住權為例，說明憲法保障人民之居住自由，然如人民經濟窘迫，致餐風露宿，何來居住自由可言，故國家之優惠貸款措施、國宅政策，使「自由選擇居住處所」之憲法保障意旨在事實上具有實現可能性；許育典教授則以德國聯邦教育促進法為例，說明政府提供財務支援補助使得沒錢就學的人能真正享有教育場所的選擇自由（德國基本法的 12 條第 1 項）。前述的主張，尚僅認為，給予最基本的社會經濟自由保障，其個人自由即得確保，然而社會民主學派更進一步的主張，社會上不同經濟地位賦予不同程度的個人自由⁶¹，其認為個人自由和社會經濟自由是一直存在著「正相關」的關係。

除了基本權的內涵外，基本權之功能亦受社會國之影響，早期基本權多強調防禦權之功能，然而隨著社會國之興起，**基本權的給付功能**，亦廣受學者之重視，其中首重生存權、工作權等**基本權**。如基本權有給付功能，基本權主體的人民即得根據基本權規定，請求國家提供物質、金錢、保護義務或程序保障。

2、社會國原則限縮基本權之範圍

德國法院歷來判決亦顯示，社會國原則得用來限制其他的權利，包含市場自由，及基本法第一章所列之基本權，稱之為：限制原則(Limit Principle)⁶²。林佳

⁵⁸ Brandl, E. & Bungert, H. (1992), *supra* note 14, at 11.

⁵⁹ Anne-Marie Lindgren, Ingvar Carlsson (著)，蔡培元(譯)，前揭註 53，頁 42。

⁶⁰ SHAPIRO, D., IS THE WELFARE STATE JUSTIFIED?, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS 26 (2007).

⁶¹ Anne-Marie Lindgren, Ingvar Carlsson (著)，蔡培元(譯)，前揭註 53，頁 43。

⁶² King, J. A., *supra* note 39, at 12.

和教授亦肯認，在憲法法院的操作中，社會國原則已能扮演作為干預與介入自由權之功能，已得獨立成為限制基本權的正當性基礎，這也是許多觀察者眼中「憲法基本決定與基本權相互關係」的正確解讀⁶³。社會國限縮基本權之範圍者，例如財產權之社會義務⁶⁴，現今對財產權之保障並非肯認財產權自由的絕對性，國家基於公共利益對財產權之行使所加之義務，如不至於過重，仍屬憲法所許可，並不須給予補償，此為財產權的社會義務性⁶⁵，抑或稱社會拘束性⁶⁶。憲法第 145 條規定：「國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之。」尤為顯例。然而有些社會國則對基本權的限制，並非通盤性的存在基本權本身，而是要結合實例觀察來適用，在個案中辨認出權力狀態，而對於強勢者的基本權予以限制。

基本權衝突理論，固然可以作為處理私人間各自主張基本權時相互牴觸之間題，然而位於同樣位階的基本權，各自有其完整的基本權內涵，誰要為誰犧牲、讓步，往往陷入一個對抗的難題。故在私人間基本權衝突的情形，應適度的引入社會國原則，作為基本權衝突的規範指引，以「憲法價值決定」的高度來調整基本權的範圍，以解決基本權衝突的難題。

二、基本國策與基本權

基本國策內容進步，且較社會國原則更清楚具體，然而其長期被視為方針條款，而無實際效用，但近年來，基本國策對於國家的拘束效力已廣泛地被肯認。更有學者進一步的將基本國策與基本權連結，使基本國策能填充基本權，使基本權富有基本國策之內涵，亦使基本國策能間接獲致基本權的主觀效力。如下分述之：

(一) 基本國策的效力爭議

我國基本國策之規定，淵源於(抄襲自)德國一九一九年所制定之威瑪憲法，德國學界對基本國策已建立之理論體系，對我國規定之詮釋與建構，應具有相當之參考價值⁶⁷。德國戰前的法學界，對於威瑪憲法中屬於類似我國憲法基本國策性質規定，普遍認為只是一種對於立法者單純做出立法指示的方針條款，而不具

⁶³ 林佳和，前揭註 56，頁 410。

⁶⁴ 法治斌、董保城，前揭註 22，頁 92。

⁶⁵ 李惠宗(2012)，〈財產權〉，《憲法要義》，頁 284-285，台北：元照。

⁶⁶ 詹鎮榮(2006)，〈憲法基本原則：第六講—社會國原則責任主體、類型及界限〉，《月旦法學教室》，第 42 期，頁 54。

⁶⁷ 林明鏘(1997)，〈論基本國策—以環境基本國策為中心〉，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（編），《現代國家與憲法—李鴻禧教授祝賀論文集》，頁 1467，台北：月旦。

實質及直接的規範效力，爾後第二次世界大戰結束，德國於制定基本法時，遂有意識地避免重新大量載入威瑪憲法中，不具實益的所謂方針條款。不過在此同時，這一種方針條款卻也因戰後若干學者的努力而重獲新生，Hans Peter Ipsen 將傳統的方針條款改稱「國家目標規定」，Urlich Scheuner 的理論更進一步主張，國家目標規定的主要意義，在於具有法拘束的效力：此種類型憲法規範雖不若基本權利一般同時賦予人民主觀法上的地位，亦即國家所有的機關與權力，命其依據規範內容之指示行事⁶⁸。

我國學者林明鏘亦爰引德國法學界之通說，認為基本國策乃是一種國家的計畫任務，如果基本國策不具有任何效力，僅僅是一種道德上之訴求的話，則其功能即根本無由產生，所以效力與功能乃互為表裏，不容割裂或漠視之。因而主張基本國策乃是具有法拘束力之憲法規範，而這種法拘束力（效力），在三權分立之權力機關中，乃是指具有拘束立法權、司法權（我國則含監察權）與行政權（我國則含考試權）之效力⁶⁹。按基本國策規定通常具有概括性以及模糊性之特徵，所以立法者於此負有義務，將該憲法條款進一步加以具體化成現實化；再者，基本國策對行政權亦具有拘束力：行政權於執行法律、解釋法律或為行政裁量時，皆應受基本國策內容之拘束，只是在實際運作上，因為基本國策規定過於簡短扼要，所以很少做為行政權執行法律、解釋法律或行政裁量權之基準，但基本國策具有拘束行政權之效力，卻不容否認；最後，基本國策規定對司法權具有拘束力：從理論上而言，基本國策之規定對於法院裁判（含憲法裁判）亦會產生部分之拘束力；可是，在實務上因為基本國策條款規定，一般過於簡單，所以也很少做為法院裁判或法律解釋之基準⁷⁰。

目前，「國家目標規定」具法拘束力之主張，業已廣受肯認。就其實際上對立法、行政、司法權所產生的效力來看，基本上和基本權的客觀效力相同，對國家機關有法上的拘束力，國家在其權責範圍內，有義務實現憲法精神。但礙於林明鏘教授該文作成於 1997 年，其認為基本權過於簡扼，因此對於行政、司法的作用較不顯著，然而，立法者雖是職司憲法基本權的首要先鋒，但普遍追求正義公平之法律，適用於個別事件時，可能反而發生不符正義公平之結果，因此行政機關對於不確定法律概念的解釋、行政裁量的運用尤其重要，尤其對於政府專業要求日高，仰賴行政機關作為判斷決策者日多，其是否遵從基本權意旨行事，亦是個案能實現基本權精神的決定性關鍵。

⁶⁸ 林明昕，前揭註 22，頁 6-7。

⁶⁹ 林明鏘，前揭註 67，頁 1475。

⁷⁰ 林明鏘，前揭註 67，頁 1476-1477。

另參上述之說明，法官對於社會國之實現，亦為至關重要的角色，其透過解釋、適用法律甚至法的續造來實現憲法，大法官更有引導其他憲法機關履行其義務之權責，舉例來說，司法院釋字第 649 號解釋，大法官以憲法第 155 條後段規定：「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。」以及憲法增修條文第 10 條第 7 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。」揭橥扶助弱勢之原則，引導其他憲法機關應就適合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施，並應對按摩業及相關事務為妥善之管理，兼顧視障與非視障者、消費與供給者之權益，且注意弱勢保障與市場機制之均衡，以有效促進視障者及其他身心障礙者之就業機會，踐履憲法扶助弱勢自立發展之意旨、促進實質平等之原則與精神。故無論基本權、或基本國策對於行政或司法的法拘束力之重要性，不言而喻。

基本國策具客觀效力迄今爭議應已塵埃落定，但進一步的問題在於，如果國家未履行基本國策之內容，人民得否以訴請求之？換句話說，基本國策是否具有主觀效力？我國憲法中，普遍承認具有主觀效力者，為基本權。學說上大多認為基本國策非屬權利，故並不具有主觀效力，吳庚教授、陳淳文教授即謂，作為請求救濟依據者，應以「憲法上所保障的權利」為限，不及於基本國策條款。林明鏘教授亦以此作為基本權和基本國策的區分：基本國策乃係客觀的政策指示，本質上缺乏主觀的權利性，人民不得僅憑基本國策之規定，而要求實現其主觀權利，所以在權利位階上係居於第二階層之權利人民如果要實現其主觀權利，常常必須再依賴其他憲政原則之規定（例如：平等原則）始可達成其目的。⁷¹。李惠宗教授亦表示，國家目標條款的性質為客觀法規範，為追求某個已經具體化的公共利益，課予所有國家機關一定的作為義務，但個別人民並不因此取得請求依據。雖基本國策中第 152 條、第 159 條、第 160 條、第 161 條、第 165 條，皆有過是否具主觀效力之討論，然學說見解皆為否定⁷²。普遍而言，我國學者皆否認基本國策本身即具有主觀效力。

（二）基本國策填充基本權

但基本國策對於社會弱勢權益有相當大的著墨，是憲法保障弱勢相當重要的篇章，雖基本國策普遍被認為沒有主觀效力，然而其對基本權具有「填充」作用。

⁷¹ 林明鏘，前揭註 67，頁 1469。

⁷² 詹鎮榮，前揭註 17，頁 40；李惠宗(2009)，〈基本國策〉，《憲法要義》，頁 458-459，台北：元照。

如同林明昕教授所言，蓋基本權利之功能，本具多樣性；而各種通說已經公認的功能中，其具體內涵在各種基本權利的人與物之保護範圍內又分別為何，尤其眾說紛紜。此際，姑不論這些錯綜複雜的基本權利之功能面向及其具體內容，在個案中，如何因應系爭基本權利的不同性質，時代與社會因素等的不同考慮而作出不同判斷，從憲法的規範面得以明白確定者，則是憲法中的各基本國策條款，只要其規範內容與系爭基本權利的人與物之保護範圍具有事物關聯性（*Sachzusammenhang*），即得作為該基本權利的最基本之功能內容選項⁷³。準此，雖基本權的功能已相當完備，在概念上應得導出許多基本國策之內涵，然基本權畢竟具備高度抽象性，國家積極義務的要求往往不甚具體，如能仰賴基本國策的填充，使上述基本權功能之可及範圍能更加具有血肉，定更有利於基本權之具體實現。但概念上來說，基本國策和社會國原則作用於基本權不同的是，社會國原則會有「擴大」、「限縮」基本權範圍的效果，但基本國策只是填充基本權的內涵，並不會有改變其範圍的效果，應予辨明。

另一方面，如基本國策的內涵，得以填充基本權，基本國策化身為基本權之內涵後，也可以使基本國策間接獲致基本權的功能與效力，此亦可彌補目前普遍認為基本國策不具主觀效力之缺憾，誠如林明昕教授所言：因為基本國策對於基本權利發揮填充作用時，相關的基本國策內涵已同時轉化為被填充之基本權利的保護範圍予功能，其既為基本國策，同時又為基本權利。準此，吾人又何能在一方面已肯認基本權利之功能可能（部分）具有主觀法地位同時，卻又另一方面否定已成為基本權利之一部分的基本國策也可能具備主觀法之性質？⁷⁴，舉例來說憲法增修條文第 10 條 7 項：「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。」規定，或可分別透過健康權、行動自由、工作權、生存權、平等權等基本權之填充，來獲致主觀權利。

⁷³ 林明昕，前揭註 22，頁 32。

⁷⁴ 林明昕，前揭註 22，頁 34。

綜上，憲法基本價值決定、基本國策與基本權所交織而成的功能與效力，以下圖代為簡述：

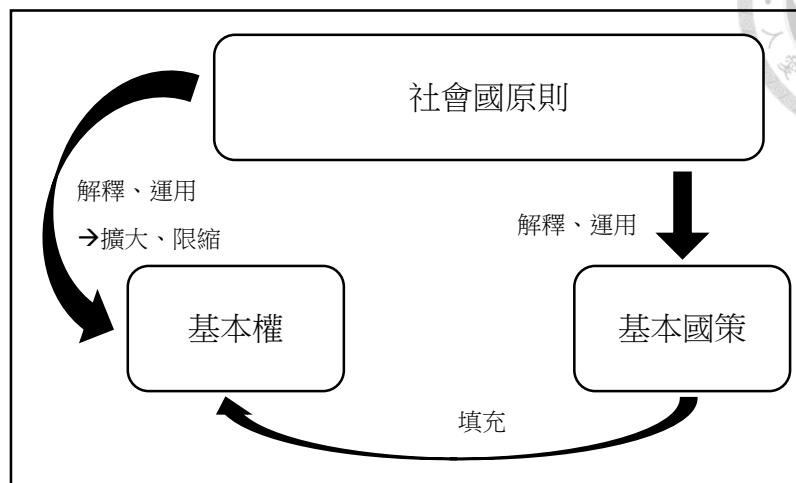


圖 1 社會國原則、基本權、基本國策之交錯

第三節 基本權垂直效力與弱勢保障

基本權垂直效力是指，基本權對於國家產生之拘束力。本文基本權水平效力，主要為保障弱勢者而發，然而基本權弱勢保障的精神，目前主要係透過基本權垂直效力來實現，最顯而易見的就是上述憲法中社會國原則、基本權、基本國策三者交織而成的弱勢保障內涵，拘束所有的國家機關，因此國家機關應積極實現憲法所課予之保障弱勢之義務。

壹、對於立法之拘束

立法者無疑是將社會國憲法價值實現之首要關鍵，憲法課予立法者將社會國之價值具體化，立法者本於國家財政之考量，並衡酌社會現實，訂定具體的社會制度。又因為立法者實踐社會國所課以之義務的方式有很多種，且立法較具衡量社會現實狀況、制定衡平政策及財政分配之功能，故相對於傳統的干預行為，在憲法課予立法者實踐社會國義務之情形，立法者之立法形成空間（margin of appreciation principle）較大。從德國的經驗來看，德國法院歷來判決亦肯認社會國之憲法義務，主要是透過立法者來具體化、實現。而德國法院通常會給予立法者較廣泛之立法形成空間，以尊重其對於社會實際情形、修補方式之決定⁷⁵，大

⁷⁵ Brezovar, N., *Judicial Activism Contributing to the Understanding of Social State Principle (S)-Constitutional Court of Slovenia at the Crossroads*, 8(1) DANUBE: LAW AND ECONOMICS REVIEW , 19-30 (2017). King, J. A., *supra* note 39 , at 13.

法官歷來解釋亦為同旨，如司法院釋字第 485 號解釋：「惟鑑於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，並注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配」；司法院釋字第 542 號解釋：「按關於社會政策之立法，依本院釋字第四八五號解釋之意旨，在目的上須具資源有效利用、妥善分配之正當性，在手段上須有助於目的之達成且屬客觀上所必要，亦即須考量手段與目的達成間之有效性及合比例性。」；司法院釋字 571 號解釋：「憲法增修條文第二條第三項規定，總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置。又對於人民受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟，憲法第一百五十五條亦定有明文。此項扶助與救濟，性質上係國家對受非常災害之人民，授與之緊急救助。關於救助之給付對象、條件及範圍，國家機關於符合平等原則之範圍內，得斟酌國家財力、資源之有效運用及其他實際狀況，採取合理必要之手段，為妥適之規定，享有較大之裁量空間。」。

立法者固有一定之形成空間，然此立法形成空間，並非沒有界線，如其所制定之制度（或未制定之制度）無法落實憲法所課以之義務，則仍有違憲之可能，雖然因立法者有形成空間，因而顯少導出請求特定立法措施之權利，不過請求立法行為之權利，仍不能因此而被否定，誠如德國聯邦憲法法院所述：「立法者暨行政權於履行保護義務時，享有廣泛之評估、評價及形成之空間，此種保護義務所伴隨之基本權利請求權，衡諸上開形成自由，其旨趣僅在於請求公權力採取保護基本權利之預防措施，且此等措施不能完全無效或全然無法實現。」⁷⁶。值得省思的是，如過大的解釋立法形成空間，認為只要涉及社會國政策者皆是立法形成空間，司法無從置喙（宣告違憲），那無異使社會國淪為方針憲法，也使司法不再是憲法（社會國）的守護者。故縱使立法有形成自由，但如立法行為無法滿足憲法所課予之義務，司法仍應勇敢宣告違憲。我國詹鎮榮教授指出，本於權力分立原則，大法官雖首應尊重立法者權限，然社會國原則既然作為有拘束力之憲法解釋及違憲審查基準，必要時似應肯定大法官在盱衡國家社會整體情況考量後，得定一「妥適」，甚至「確定期限」，命立法者斟酌國家目前或可預見將來之財政能力，踐行立法義務，開始啟動社會國目標之追求，或達成階段性之社會國任務。蓋唯有如此，才不致於使憲法之社會國委託規定淪為空轉⁷⁷。

需釐清的是，基本權客觀價值秩序功能，課予立法者義務，立法者於其權責範圍內（包含立法形成自由的空間內），需秉持著基本權的精神來行使職權，基

⁷⁶ Hans D. Jarass 著，李建良譯，前揭註 18，頁 60。

⁷⁷ 詹鎮榮，前揭註 66，頁 51-52。

本權的價值秩序是及於所有立法行為的，所謂立法形成空間並非指於立法形成空間內，立法者就不受憲法客觀價值秩序之拘束，只是因為權力分立的關係，司法機關（釋憲者）應尊重立法者的立法形成空間，不得置喙，也應避免以合憲非難的方式來表達，因大法官只有在涉及違憲時才有表示意見之餘地⁷⁸。同理，行政裁量空間內，司法機關應予以尊重，但行政機關仍應秉持基本權的精神來行使裁量。

在德國的立法中，社會法法典（Sozialgesetzbuch）當屬實現憲法社會國之最佳典範，我國社會法令則散見於個別的法規範當中，而無統一的社會法典，主要包含社會救助法、勞工保險條例、勞工退休金條例、國民年金法、老人福利法、身心障礙者保障法、原住民族基本法、原住民族工作權保障法、性別工作平等法、性別平等教育法等，然而社會國的憲法精神，亦不限於特定的法典，在制定任何法律時，皆應符合社會國之精神。

最後，社會國和其他憲法規範不同的是，社會國具有私人間的對抗性（強勢者與弱勢者），且社會國高度仰賴立法者對於社會現實的觀察、衡酌，並制定法律來形塑、修補，但當立法者囿於某些因素而無法妥善執行憲法所課予之義務時，是否能由司法機關直接介入？是否會產生權力分立的問題？此亦是本文後續所欲處理之問題。

貳、對於行政之拘束

由於社會福利之理念日益受重視，行政之重心已由往昔之干預行政轉移到給付行政，行政機關再適用不確定法律概念以及針對法律效果為裁量時，必須注意其所採取之行政措施有無違反社會國，或有無積極實現社會國，換言之，其必須透過「適用法律」，來實現社會正義⁷⁹。雖立法者制定法律之目的在於實現正義公平，惟由事件之情況各有不同，普遍追求正義公平之法律，適用於個別事件時，可能反而發生不符正義公平之結果，此於法律僅規定單一之法律效果，並強制其發生時，尤其為然。為確保法律之彈性，適用於個別事件時，實際上亦發生符合正義公平之結果，法律遂以裁量規定，容許行政機關餘處理個案時，得考量法律

⁷⁸ 如果屬立法形成空間，由一個職司釋憲的司法機關發出檢討的呼籲，就有逾越權限之嫌疑了，請參：許宗力(2004)，司法院釋字第 579 號解釋不同意見書。但許宗力教授所指涉之對象是政策妥當與否，和本文所指涉對象是立法者於立法形成空間行使職權是否有符合憲法意旨，並不相同，但是皆是認為司法機關不得對「非其權限範圍內之問題」品頭論足。

⁷⁹ 法治斌、董保城，前揭註 22，頁 88-89。

之目的及個案之具體狀況，為適當及合理之解決，從而實現「個案正義」⁸⁰，行政裁量在給付行政尤其重要，給付行政雖仍肯定其有法律保留原則之適用⁸¹，但和干預行政不同，其所要求的法律保留程度較低，而運用判斷餘地或裁量餘地的空間較大，因此行政的角色則更為彰顯，有些給付亦得由行政單獨決定，例如老人福利金之發放。

職司給付第一線之行政機關，除在行政裁量空間作出符合個案正義之行政行為外，於行政程序當中，為有助於促進弱勢者地位之平等、社會給付有效之貫徹，程序上應要求行政機關有作成說明及提供諮詢等義務⁸²。雖然在法的拘束力上，行政指導不如其他行政行為來的直接，但其對弱勢者的重要性亦相當顯著。無論是在申請資料的準備或是行政手續的辦理，因弱勢者不如強勢者，得聘請專業律師、代書代為處理繁瑣的行政庶務和法律問題，弱勢者其通常仰賴行政機關之指導，始得順利完成行政程序。尤其社會國發展至今，行政協力義務的要求日漸加深，將更不利於弱勢者行政程序的進行，弱勢者如不諳法律或行政程序，因而無法履行協力義務之要求，恐將致使弱勢者無法順利領取社會給付或完成其他申請目的（但仍需視無法履行該協力義務之法律效果），因此，行政機關應積極予以正確之行政指導，以協助弱勢者完成行政程序，在課予協力義務時，亦應衡酌相對人的可實現性，如無法實現時，應給予如何之協助或輔導，如給予協助或輔導後仍無法實現時，或可採取其他替代義務，不宜逕拒絕相對人的申請或主張。

參、對於司法之拘束

近年來，司法機關對於社會國實現的角色尤其受到重視。司法機關和行政機關一樣，必須透過「適用法律」來實現社會正義⁸³，法律具有抽象性，因此法官在解釋適用法律於個案時，有衡酌的空間，包含構成要件的解釋適用（例如：公序良俗）或法律效果的擇定（例如：精神慰撫金數額、刑期）皆屬法官的權責範圍，法官應秉持憲法精神，而為上述權力之行使。除了透過適用法律來實現憲法

⁸⁰ 陳敏(2016)，〈行政之法律拘束與形成自由〉，《行政法總論》，頁 183-184，台北：新學林。

⁸¹ 例如司法院釋字第 524 號解釋明示：「全民健康保險為強制性之社會保險，攸關全體國民之福祉至鉅，故對於因保險所生之權利義務應有明確之規範，並有法律保留原則之適用。若法律就保險關係之內容授權以命令為補充規定者，其授權應具體明確，且須為被保險人所能預見。又法律授權主管機關依一定程序訂定法規命令以補充法律規定不足者，該機關即應予以遵守，不得捨法規命令不用，而發布規範行政體系內部事項之行政規則為之替代。倘法律並無轉委任之授權，該機關即不得委由其所屬機關逕行發布相關規章。」。

⁸² 林蒼薰(2012)，〈社會國原則、國家保護義務與弱勢者—以社會給付行政相關問題為中心〉，頁 132，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

⁸³ 法治斌、董保城，前揭註 22，頁 89。

以外，具有解釋憲法權的司法機關，對於社會國之影響更是深遠，社會國的實現，過去主要訴諸立法、行政權的行使，然而司法對於社會國的影響是不容忽略的，因為藉由解釋、判決，司法可以大大改變憲法原則的理解和適用⁸⁴。

在德國，聯邦憲法法院更是引領德國社會安全體系建構之走向。如前所述，社會國的內容不是靜態的而是動態的，它們的內涵會不斷的改變、發展。而司法積極主義，可以保障憲法的社會權的核心內容，也在變動的過程中，發展新的社會國概念⁸⁵。尤其在無法律規定，而直接訴諸憲法基本權之主張主觀權利時，司法者的角色更形重要，然而仍應注意權力分立之問題，尊重立法機關之財政考量，又應注意司法決定作成結果是否會造成社會政策之僵化。

雖司法應尊重立法形成自由，但其人應確保基本權之核心義務，核心義務又分文「程序上之核心」、「實體上之核心」。關於「程序上的核心義務」，在 2005 年 Hartz IV 法案中，合併了對於長期失業者的失業補助和社會救助，法院 2010 年作出判決⁸⁶，認為計算給付的公式是以 1998-2005 的退休金為基礎，然這和最低生活所需並無關聯，且未考慮到淨收入、生活開銷、消費者的消費行為等，第二，小孩只有標準津貼的百分之四十，而這個標準並沒有經驗上的、數據上的基礎，法院認為，這應該考慮到小孩上學和生活的成本。故法院認為，雖然立法者有裁量權，然而立法決定的程序應透明、正當。關於，「實體上的核心」，法院曾指出，國家對於「尋求避難者(asylum seeker)」的最低生活保障不足，違憲。避難者因此獲得最低生活保障的津貼⁸⁷。

除了解釋憲法宣告法律違憲外，法官在個案的審判亦須注意社會國原則，具體個案上特別是當法規或契約的規定，對於弱者已經產生很大的不利後果時，法院的判決應該考慮到社會國原則，例如單身條款的存在，法院即不能無視於基於社會正義的社會國原則，故可引用基本權水平效力法理，確認此種契約因為違反社會正義，同時構成違反公序良俗，故應屬無效。又，對經濟弱勢者顯失公平的契約，法院亦應從社會國原則考慮予以撤銷⁸⁸。在私人的個案上適用基本權即本文主要討論之問題。

⁸⁴ Brezovar, N. (2017)., *supra* note 75, at 21.

⁸⁵ Brezovar, N. (2017)., *supra* note 75, at 29.

⁸⁶ BVerfGE 125, 175.(English version, available at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvl000109en.html)

⁸⁷ BVerfGE 132, 134. as cited in King, J., *supra* note 39.

⁸⁸ 李惠宗，前揭註 72，頁 700。

第四節 基本權垂直效力的效用－弱勢保障的質疑

基本權受社會國原則、基本國策的影響而具有弱勢保障之內容，而弱勢保障又高度仰賴立法機關的形成空間，然而立法機關是否能有效落實憲法所課以之保障弱勢之義務呢，此涉及國家自主性的問題。



壹、國家與社會之關係

國家和社會之關係概念上可區分為國家集權論者（statist theory），和社會中心主義（society center），前者認為，國家的決策是有自主性的；後者則認為是透過外來的力量來決定的，例如社會階級、性別種族關係、經濟力量等。

德國的國家理論，大多延伸自官房學派和警察科學，官房學派(Cameralism)代表著正面的改變、成長、確保公共利益、集體以及個人的幸福或普遍的福利。官房學派的理論再現了貴族傳統，他們認為國家的目標是增加工作紀律、推定貿易、經濟成長，以強化國家的財政；警察科學則是最初型態的社會政策，包含健康照顧、教育、救濟窮人及處罰懶惰、無牌行乞，雖然 18 世紀後期 Joseph von Sonnenfels 和 Johann Stephan pütter，將警察（police）的目標、內涵限縮在國家內部安全的保障，而排除了促進公共福利的面向，但社會政策，還是有一些面向是著重於秩序⁸⁹，概念上兩者難以分離，例如有人認為，給予弱者幫助，係為避免其製造麻煩，故社會政策的推行正是為了秩序的維持。在官房學派和警察科學的理論發展之下，國家自主性的概念逐漸開始發展。

但國家自主性理論的集大成者，莫過於 Georg Wilhelm Friedrich Hegel，Hegel 大大影響了國家集權主義和社會中心主義的論辯，Hegel 主張國家和市民社會，有非常大的區別，國家是一個絕對的理性實體，因為他具有實質的意念⁹⁰，故國家並不反映社會。真正的國家不是媒介，而是客觀精神之展現，是倫理理念之實現。Hegel 強調政府官僚具有獨立性，認為官僚的目的是追求社會普遍的利益⁹¹，但是依 Hegel 之辨證法，個人之個別（特殊）利益包在普遍共通利益⁹²。Hegel 在談論公部門和窮人的篇章中，更預示了社會國將是歷史需求下的產物，因 Hegel 認為個人主義崛起後，個人和家庭的關係逐漸疏遠，家庭或宗族的角色式微。於是國家自然承擔起照顧的角色⁹³。

⁸⁹ Steinmetz, G., *supra* note 45, at 21.

⁹⁰ HEGEL, G. W. F. & DYDE, S. W., HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT, G. BELL §258 (1896).

⁹¹ *Id.* at §205, §261.

⁹² *Id.* at. §184, §189.

⁹³ *Id.* at §238-245.

社會中心主義，其中由以馬克斯主義為最，馬克斯主義先後描繪了三種不同的國家社會關係，首先，馬克思主義認為，國家直接由資產主義控制 (Direct Capitalist Control)：這一派的學者認為，社會國是來自於資本主義、自由市場，社會國的目的就是為了使資本主義變得更加可行。第二，國家受階級鬥爭的影響 (Social Democratic Theory)：這一派的學者認為，社會改革的推進，是因為階級鬥爭，這派學說也闡釋了，管制者和中產階級對於動盪的恐懼。由此派學說來看，我國利益團體的抗爭，亦對政府具一定的影響力。最後，馬克思主義者認為，國家是代表理想的集體資本主義(Structuralist Neo-Marxist)，國家為的是資本主義長期的利益，但國家並不直接受資本家給控制。例如，他們強調對年輕工人的社會化和教育。這種大規模的勞動力剝奪，如果不是透過國家政策，是難以達成的⁹⁴。

在這論辯過程中，也有較中間派的主張，例如 Max Weber 和 Otto Hintze 強調國家和社會的相互影響，並認為透過社會政策，得以強化自身的自主性。Hintze 指出，一戰前，由於社會政策的擴大，國家對社會的影響力越來越大，而這個改變可是來自於社會運動，所以國家會某程度的被市民社會影響，所以 Hintze 認為，資本主義的經濟不可能脫離於國家、政治，國家和資本經濟也不可避免的會相互關聯。Weber 則認為，社會政策不僅是為了經濟發展和社會正義，也是為了國家權力的發展，兩者相輔相成、交互影響及鞏固。

本文認為，國家應有自己的價值取向，例如社會國為憲法基本價值決定，即是國家一相當重要之價值取向，同時國家也應反映社會上不同的價值，但這種反映並非機械性的全然照收，亦不得依不同的社會地位而有不同的反應力道。因民主制度使然，國家一定會某個程度的受社會影響，也應當受社會的影響，而非在雲端思考、在雲端決策。最後由國家統合各個不同的社會價值，再以國家自身的價值取向來自主的作出決策。然而，棘手的問題在於，國家是否真具自主性而得為公正的決策？或仍囿於（民主）制度設計或財政等其他因素的使然，而導致國家仍受一定階級者—特別是社會上的優勢地位者—的把持，而難以正當程序公正的決策？

國家固具某程度的自主性，也易(應)受社會的影響。但本文關心的是，於制定（或不制訂）政策時，社會中哪些人對於政策的影響力較大？美國社會學者 George Steinmetz 學者指出，雖然社會政策是為了保障那些貧困的人，然而工人階級對於形塑社會國的影響力相當低 (minor player)，早期民主制度發展不健全時，導致這些人被排除於參與政策制定過程的因素包含，對於投票權的限制、脆

⁹⁴ Steinmetz, G., *supra* note 45, at 25-29.

弱的國會體制、世襲的君王和他所指派的官僚、一些聲稱代表工人、女性、窮人的政黨和利益團體⁹⁵。然而，現代民主國家發展至今，普遍投票原則多以落實，國會體制也日漸健全，縱有世襲的君王，也多僅限於象徵意義，而無實權。然而現代民主國家所面對的，可能不再是民主不健全的問題，反倒是民主制度本身的、固有的困境。本文如下試圖以民主制度所衍伸的金錢政治、及多數決霸凌等問題，作為當代國家自主性問題的切入點，提出質疑。

貳、金錢政治

金錢和國家的關係是多重的，早期國家尚未健全發展時，學者指出即便國家對於政策有某程度自主性，但由於對稅收的依賴，國家被迫要推動資本主義，故有學者指出，在資本主義中，因國家無法直接組織生產，僅能仰賴稅收，如果沒有稅收，國家就會變的無能，所以為了能夠繼續運作，國家需促進私人的資本累積，以充分的取得稅收⁹⁶。此雖亦涉及金錢與國家的關係，但如前所述，資本主義、市場經濟所帶來效率，是社會主義無法取代的，故在當代國家自然仍有保存的必要性。雖本文不質疑國家推行市場經濟，但進一步的問題在於，因市場經濟而產生的經濟權力階級（例如資產階級、中產階級、無產階級），對於國家政策的影響力為何？

在民主社會裡，任何一個政黨團體或個人，想要取得行政權（執政）、或立法權，就需要選舉，而選舉需要金援。因此政治人物、政黨仰賴政治獻金，而金錢豐厚的財團、優勢地位者比一般民眾更有餘力去捐贈政治獻金，以致於他們也較可能使他們所支持的候選人或政黨當選，而這些他們所支持的候選人或政黨一旦當選，就比較可能制訂出有利於他們的政策，如此使得優勢地位者利用金錢獲得更多他們想要的、有利於他們的政策，而原本政治上的弱勢者卻無法透過政治過程獲得他們需要的，反而在金錢政治的運作下失去更多⁹⁷，如此社會上不平等的情形不僅未透過政治程序而修正，反而可能因為國家和財團的結合而更形嚴重，國家某個程度的淪為馬克思主義者口中的「受資本主義操控的國家機器」，金錢介入政治的情況更趨惡化的結果，將會嚴重影響民主政治的品質，且此尚屬合法的遊說程序和合法的政治獻金，如是私下非法的暴力、黑金政治，其負面影響更是深遠。如此，經濟暴力恐難以被扭轉，甚至被更加穩固及強化，進而轉換成政治、權力上之暴力。

⁹⁵ Steinmetz, G., *supra* note 44, at 4.

⁹⁶ Steinmetz, G., *supra* note 45, at 29-30.

⁹⁷ 盛杏濱(2016)，〈民主政治〉，陳義彥主編，《政治學》，頁 146，臺北：五南。

以選舉而言，依目前我國的選舉文化，選舉需要之經費相當高，以第八屆立委為例，依公民監督國會聯盟之統計資料，最高立委當選人的選舉收入為新臺幣 56,757,081，最低者仍有 7,333,800⁹⁸，如非取得金援或本身即為富家子弟者，恐難加入選舉之戰局（這些人不僅在自身的利益，或自幼養成的價值立場皆和社會優勢地位者較接近），反之，一般人民無閒錢得以捐獻，所得捐獻之額度亦難以和大企業、大財團比擬。即便非選舉時期，而是一般的陳情、請願，老百姓整天為了糊口疲於奔命，根本沒有時間、亦難有管道向政府建言，縱有機會向政府表示意見，但如勢單力薄，恐亦難獲採納，相反的，資方有錢有閒，甚至能聘用學者、買研究做為「客觀的」科學證據提供予政府，2018 年向資方一面倒的勞動基準法修法，尤為顯例。

立法、行政和優勢地位者的關係曖昧，如立法和行政無法對於弱勢者給予基本的保護，司法是正義的最後一道防線，許人民得向司法者請求基本權的保障適用應為補救之道。

參、民主與少數

民主與獨裁、寡頭政治，從西洋政治哲學史來看，一直處於拔河的過程，現代民主制度，則是二者拔河過後的產物：由多數決的方式選出少數人來處理國家事務，也就是所謂的間接民主。民主制度所蘊含的多數決，除了顯現在選舉外，也顯現在決策，國會的議事程序，要通過法律案、預算案，需要國會多數代議士（立委）的同意，依據美國社會學者 Michael Mann 的分類，當代民主國家⁹⁹，相對於傳統國家及威權國家，其國家自主性，顯然較弱，因為在國家握有權力者，都是經過選舉而來的，很少人會否定政治家不受他們的贊助者和選民的控制¹⁰⁰。尤其是立法者「代表人民行使立法權」，在以民意為依歸之強烈憲法要求下，無論是在法理上或現實上，其自主性都微乎其微。

再者，基本上議會民主制確立的仍是一種多數決原則：國會議員以多數決的方式通過議案），也就是在重要的事項決定過程中執行少數服從多數的原則，我們知道，在決定一件事項時，因不同的個人團體懷有不同的價值、想法追求不同的目的與需求，參與的人數越多，事項內容越複雜，就越難達成一項各方都滿意

⁹⁸ 〈第八屆立法委員選舉經費〉，公民監督國會聯盟，
<https://sites.google.com/site/ccwdata/monitoring/money>（最後瀏覽日：2018 年 08 月 22 日）。

⁹⁹ Mann 稱現代民主國家為官僚國家(Bureaucratic)。

¹⁰⁰ MANN, M., THE AUTONOMOUS POWER OF THE STATE : ITS ORIGINS, MECHANISMS AND RESULTS, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS 185, 185-213(1984).

的決定，然而，多數原則仍是人類目前尋找到的，較之其他決定事項的方法更好的途徑¹⁰¹。在多數決的規則之下，緊接而來的就是多數霸凌的問題，在多數決的規則當中，少數者的權益遭致犧牲。為解決多數人霸凌少數人的弊端，現行也不乏保障少數的機制，例如：多數決的門檻、審議式民主、還有最後一道關卡基本權的保障。

在多數決的高度門檻設計下，少數被賦予了否決多數的權利，現行常見是以三分之二或三分之四通過決議，故少數的三分之一、四分之一的人即被賦予否定多數人的決議，在重要事項上，多數決的高門檻，多被認為是具有正當性的。然而多數決高門檻恐怕還是沒有辦法實質解決少數者的困境，首先，以台灣國會為例，無論法律提案、預算提案，為避免決策困難皆仍以二分之一為決策規則，典型採高度多數決的也只有立法委員的憲法修正案提案門檻¹⁰²，一般的決策程序，不適合適用如此高的決策門檻，故多數決的高門檻保障少數的意旨難以被普遍實現。再者雖然在高度多數決門檻之下，得以少數人否定多數人的提案，但該「少數」也需要達致一定的數量始得為之（於憲法修正案的情形為四分之一），如是更加少數者的權益仍無從保障。

審議式民主則是較直接的面對少數者的權益，反思多數決以投票為中心，審議式民主強調以協商為中心，審議式民主主要來自 Jürgen Habermas 的「溝通行動理論(theory of communicative action)」¹⁰³的倡導，Habermas 認為，民主政治關注的重點不在於投票結果，而在於溝通、審議的過程，透過理性的溝通討論來尋求共識，探索價值，在這樣的審議過程當中，政府亦能取得決策的正當性。然而審議式民主所產生的決策成本龐大，且雖然審議式民主確實能彌補多數決的不足，但仍無法取代一般的多數決民主程序，尤其是立法程序，雖然立法者在提出法案，審議法案的過程當中，得廣集各方意見，並讓不同的價值、立場者相互討論激盪，但在最後的決議過程，仍是採取多數決的方式通過法律提案。

多數決的最後一道關卡：基本權的保障。假設立法者代表民意也囿於選舉考量，如消極不針對現有社會不平等的狀況予以規範時，此時是否能容許司法介入，以保障基本權？以台灣目前的反歧視法、同性婚姻為例，已提倡多年，惟仍遲遲

¹⁰¹ 許育典(2016)，〈憲法基本原則〉，《憲法》，頁 40-41，臺北：元照。

¹⁰² 請參憲法增修條文第 12 條：「憲法之修改，須經立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，提出憲法修正案」。

¹⁰³ Habermas, J., *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press. (1984).

未通過¹⁰⁴。在這類立法機關怠惰或囿於多數選民而不敢決定，但應予立（修）法的情形，雖然如未取得社會共識，直接由司法機關介入決定，雖可能激化社會上的衝突，甚至使司法成為部分人的攻擊目標。但司法從不應該怯於就憲法、基本權表態，司法機關的表態正是在社會當中丟入一個可供辯論、思考、角力的引子，促使多數人再度反思自己的立場，當然後續立法機關可以立一個和司法機關相反的法律，也當然司法機關可以再次宣告違憲，在這樣的來回反覆過程當中，立法機關和司法機關的開始對話、多數人與少數人也開始對話，而引發社會的集體思辨，不僅無害於民主制度，反而是深化民主，使民主不僅是當然的多數決的，也不只是高空的價值決定，而是透過對話、衝突、角力、然後彼此了解，進而論定的深度民主。

肆、轉向：從垂直效力到水平效力

肇因於早期民主制度之發展，是以「國家」為對抗的對象，此為憲法之固有特質，然而，上述階級的不平等所導致的社會問題，其根本對抗對象應為「社會優勢地位者」，但現行因應之方式仍是以國家（立法和行政）為中心來開展基本權之效力。然而從前述的國家與社會的關係和民主制度、與財政限制來看，國家自主性恐怕仍深受民主制度的弊端影響。

基本權直接水平效力，得將基本權的權利義務建立在人民之間，使得基本權弱勢保障的內涵得以直接實現於私法關係，因此學者認為認可基本權水平效力，能更強化弱勢的保障¹⁰⁵，許多學者在探討基本權水平效力時，也常以弱勢保障作為適用基本權水平效力的目的，例如南非公法學者 Chirwa 教授認為應透過基本權直接水平效力，來解決非國家角色(non-state actor，多指涉財團、跨國企業)，所帶來的人權侵害，且國家無力回應的情形¹⁰⁶。另外美國學者 Laplante 教授更舉出個人對抗公司的二個案例，作為強勢者(Powerful corporation)侵害弱勢者的實證討論，以證立基本權水平效力之必要性。再者，司法機關在憲法的設計上擁有較高的獨立性，為保障其獨立性，亦有完整的法律配套，較不容易受強勢者或民意多數決之限制，如承認基本權直接水平效力，使得司法機關得直接適用基本權於私法關係，亦能彌補政府機關的自主性缺陷。

在政府部門（立法、行政）不足以達成基本權之保障時，但如承認基本權水

¹⁰⁴ 直至本文幾乎已完成時，立法院終於在 108 年 5 月 17 日三讀通過《司法院釋字第七四八號解釋施行法》以保障同性戀者之婚姻自由。但從名稱就可以了解到，司法院釋字第 748 號解釋對法案之重要影響。

¹⁰⁵ Laplante, L. J., *Human Torts*, 39(1) CARDOZO L. REV. 245, 260-277(2017).

¹⁰⁶ Chirwa, D. M., *supra* note 4, at 306-307.

平效力，訴諸人民彼此間的基本權權利、義務，且許人民得直接以基本權為請求尋求司法救濟－最後一道防線－，以落實基本權之保障，將能更臻完善的保障弱勢者之權益。政府怠惰成為司法介入的正當性基礎，然而這仍涉及立法者和司法者角色分工、權力分立的核心問題，在制度上如何因應調整避免對於權力分立之侵害，也成為基本權水平效力是否能被接受且適用之重要關鍵。

綜上，為實現基本權弱勢保障精神，本文主張，一、人民彼此間應賦（負）有基本權的權利與義務；二、當立法無力保障基本權時，應讓司法者得在優勢者和弱勢者的爭議當中，實現基本權，而這兩個主張都導向：基本權水平效力。

第三章 基本權水平效力的類型和法理



傳統上，因公私法的嚴格區分，基本權和私法被認為是兩個相互分離的領域。我們習慣於國家、社會二元區分的思考，公私法區分是源自於我們認為人，是一個獨立自主的個人，可以掌握自己的命運，而由人組成的社會，也是一個自我組織、控管的社會，它的自由需要被尊重。基本權甚至被視為一般法律的補充，以確保社會自主性不受國家獨裁的侵害。因此，自由民主和市場經濟如果沒有私法，就難以存續，但即便沒有憲法基本權，如果國家願意尊重社會自主的基本要素的話，他們仍得以存在¹⁰⁷。故長期以來，基本權的效力並不及於私法，而僅限於國家，所以基本權水平效力是被否認的。

然而民主法治發展至今，造成一般人民壓迫之元兇，恐非僅限於國家，更形嚴重的毋寧是社會中的優勢地位者對於弱勢者之壓迫，例如雇主對於勞工的勞動剝削，工廠廢氣、廢水對於環境之破壞，財團的不當開發迫害居民生存等現象層出不窮，政府則成為壓迫者的打手，鬆綁對於勞動、環保法令的限制，甚至選擇不執法，對於非法情形眼不見為淨，人民求助無門。為了確保憲法基本價值能夠獲得實現，近年來許多人認為，私人，尤其是具一定規模、影響力之私人，仍應受基本權之限制。有學者即明確指出指出，當代社會權力大量膨脹，對人權的威脅日益嚴重，其（運用基本權私人間效力因應）必要性當然更加迫切¹⁰⁸。

基本權在理論上來說是普遍適用的，並不限於弱勢者，但基本權對弱勢者而言，毋寧更具重要性。基本權的特徵之一即在於保護弱勢以對抗主流壓迫，優勢者通常為既得利益的一方，無須訴諸憲法保障，相反的，弱勢者受到優勢者的壓迫、宰制，往往須仰賴政府、伸張正義。但當政府因自主性的欠缺（受強勢者的影響）或立法的怠惰而無法實現基本權時，應許人民得直接訴諸基本權主張權利。如得以透過基本權直接水平效力，將弱勢內涵直接導入私法關係間，將權力關係標示出來，課以社會上每個人，都有尊重弱勢者基本權利的義務，對於弱勢者之基本權保障應大有助益。在個案中，法官得援引基本權水平效力，限制強勢者之基本權行使，而保障弱勢者避免受到強勢者的侵害。

不可諱言的，基本權直接適用於私人關係間，雖得實現憲法基本價值，也有學者指出，基本權直接水平效力會有侵害私法自治、權力分立之虞或侵害法治國原則等弊端，從各國的立法例來看，不同的制度毋寧是這兩邊利弊、價值拉拔的

¹⁰⁷ Oeter, S., *Fundamental Rights and Their Impact on Private Law Doctrine and Practice under the German Constitution*, 12 TEL AVIV U. STUD. L. 7, 8 (1994).

¹⁰⁸ 許志雄，前揭註 5，頁 124。

結果。本文將從國家保護義務和基本權保障來建立基本權間接水平效力和基本權直接水平效力的正當性，認為應兼採基本權間接水平效力及基本權直接水平效力，但在制度設計上亦應有所調整，以降低侵害權力分立、法治國原則之疑慮。

第一節 基本權水平效力之適用類型

從憲法的發展觀之，基本權利的憲法規範，係在保障人民免於遭受國家的基本權侵害，故最原始的基本權主要的功能為「防禦功能」，人民得本於基本權對抗國家的侵犯。在此思考脈絡下，只有國家權力的行使受基本權利的限制，亦即憲法（基本權）的規範對象，僅限於國家，而不及於私人，私人間的權利、義務，是由「契約」規範之，故早期基本權水平效力，是被否定的。如前所述，近年來，私人間（尤其是大型企業）對於人權的影響力並不亞於國家，然當初憲法規範對象之設計，造成現今基本權實現之困難，各國學界、司法者，無不嘗試突破這既有的制度框架，使憲法亦得規範私人。就基本權是否適用於私人間，及適用於私人間的強度而言，大致上由弱至強¹⁰⁹可分為下列三個類型¹¹⁰：

壹、不適用基本權水平效力

基於個人主義、自由主義、自由市場的理論，假設人是一個具有獨立自主性、自利性的個體，可以掌握自己的命運，而由人組成的社會，也是一個自我組織、控管的社會，而政府應該尊重、保障個人的自由和社會的自主運作，不得介入干預，因此產生了公、私兩個截然不同的領域，在公的領域是國家與個人的關係，國家不得侵害人的自由（憲法基本權的起源），在私的領域是私人與私人的關係，以私法自治為圭臬，以同意形成權利義務，國家不得干涉，公私法區分的概念於焉誕生。採此說者認為，基於公私法區分，應拒絕基本權適用於私人之間，亦即，基本權之拘束對象僅及於「國家」而不及於「私人」，私人關係是基於私法自治，早期憲法多採此說，現代典型不適用基本權水平效力的則為美國，然而即便美國憲法採嚴格的適用對象限制，美國在國家對於私人有強烈影響的幾個情形，亦容許私人成為基本權的拘束對象（詳下述）。

貳、基本權間接水平效力

¹⁰⁹ 依直接效力進行利益衡量時，可能採取公權力限制人權的場合之基準，一般會比間接效力嚴格，因此本文在排序上，依適用之強度，將直接效力排至間接效力後。可參：許志雄，前揭註5，頁133。

¹¹⁰ Engle, E., *supra* note 9, at 5. FERREIRA, N., FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW IN EUROPE: THE CASE OF TORT LAW AND CHILDREN, ROUTLEDGE (2011). Chirwa, D. M., *supra* note 4, at 294.

基本權間接水平效力（indirect horizontal effect of fundamental rights），下簡稱間接效力。間接效力理論仍認為應維持公私法的區分，而主張憲法拘束對象仍僅限於國家，以避免破壞私法自治，因而否認基本權得直接適用於私人關係間。雖說如此，但基於基本權的客觀面向的客觀價值秩序所產生的放射效力（亦有稱擴散作用），私法仍要和憲法具法的一致性。

「間接」效力有兩個意涵，首先，法官行使權力時受國家保護義務之要求而在解釋、適用法律時應秉持憲法精神為之，因此「間接」保障了基本權（立法和行政在行使職權時，亦須秉持憲法精神為之，此亦屬於間接效力的一環），第二個則是比較普遍對於間接的認知，也就是德國 Luth 案以來所建立的基本權放射效力和客觀價值秩序，私法在解釋或適用上，亦應受憲法精神的拘束，尤其是利用「善良風俗」、「公共秩序」、「誠實及信用方法」等開放性概念，來乘載基本權的內涵，以將基本權間接實現於私法關係當中。前者強調「司法者」的國家保護義務，後者強調可乘載憲法價值的「私法」本身。以公序良俗來說明，前者的理論，是認為公序良俗的實質內涵本應與憲法相符，以維持法體系的一致性，後者則認為法官於解釋適用公序良俗時，有義務本於憲法精神為之，因此透過法官的解釋適用，使得公序良俗承載憲法價值。綜上，間接效力在學說上有兩個指涉，第一個間接的媒介是「法官」，第二個間接的媒介是「公序良俗等條款」。可化整為：透過「法官」對於「公序良俗等條款」的解釋適用，間接實現基本權。前者強調司法者的憲法義務，後者強調可乘載憲法價值的「私法容器」。

本文主張，間接效力應指涉透過「概括條款」來實現憲法價值較為洽當，因間接效力通常和直接效力作為比較的選項，然而國家保護義務，只要求法官於個案判決中，應保護當事人之基本權利不受他人之侵害，但究竟要直接援引基本權或透過概括條款來引介基本權，國家保護義務並不排斥前者，因此國家保護義務和基本權直接效力應為相容甚至可以搭配論理，如稱之為間接效力，亦致生其與直接效力為對立理論之誤解。

按基本權對於私法影響之強弱，基本權間接水平效力又可分為「強的間接水平效力」及「弱的間接水平效力」¹¹¹：

¹¹¹ 此分類常見於外國文獻，例如 Cherednychenko, O. O., *Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?*, 3(2) UTRECHT LAW REVIEW, 1–25(2007). Nolan, A., *Holding Non-State Actors to Account for Constitutional Economic and Social Rights Violations: Experiences and Lessons from South Africa and Ireland*, 12 INT'L J. CONST. L. 61-93(2014). Philipson, G. & Williams, A., *Horizontal Effect and the Constitutional Constraint*, 74 MOD. L. REV. 878(2011)

一、基本權弱的間接水平效力



在基本權弱的間接水平效力 (weak indirect horizontal effect, 下稱：弱的間接效力) 的類型中，基本權和私法是屬於補充的關係，這較類似於德國 Günter Dürig 學者最初所提出的基本權第三人效力理論 (Drittewirkung)。Günter Dürig 認為，私人基本上並非基本權的拘束對象，民事關係仍應適用私法，所以在民事案件中，當事人不能僅主張基本權，而仍需主張私法權利。和「強的間接第三人效力」不同的是，私法僅受基本權的「影響 (influence)」而非「支配 (govern)」，因此，基本權如何影響私法，是由私法來決定的，所以仍是由私法來決定民事爭議的結果。

對於「法院身為國家，其行為應符合基本權」所要求的程度不同，造成強的間接效力和弱的間接效力不同之內涵。就強的基本權水平效力而言，法院應絕對要求私法和基本權相符，故其應先在基本權層次作衡量，再看如何將此結果轉化於私法層次。然而就弱的基本權水平效力而言，法院僅有義務將憲法價值納入私法之中考慮 (take into account)，以荷蘭為例，荷蘭並未如德國基本權有「客觀價值秩序」之功能，憲法和民法並無拘束、限制關係，而僅有補充的關係 (complementary) 故法院仍是在私法層次解決爭議，而僅是會考量基本權對私法可能產生的影響¹¹²。

二、基本權強的間接水平效力

基本權間接水平效力理論認為基本權並不直接適用於私人之間，亦即私人不直接受基本權的拘束。然而在基本權強的間接水平效力 (strong indirect horizontal effect, 下稱：強的間接效力) 模型裡，私法不僅僅是受基本權的影響，私法應是受基本權的支配 (govern)，私法是從屬 (subordination) 於基本權的，亦即基本權如何適用於民事爭議間，是基本權決定的，而非私法決定的。其與直接效力的最大區別在於，基本權的論述，仍需於體現在私法當中。

比起直接效力，此型態的水平效力給私法一個較為顯著的角色，它讓私法成為一個促進基本權適用於私人關係間的媒介 (vehicle)。為了符合基本權規範，一般法院需要先在基本權層次作一個決定，再看如何將該決定實踐於私法之中。故強的間接效力和直接效力相同的特點在於，私法和憲法仍屬於「從屬」關係¹¹³，故有學者認為，強的間接效力和直接效力在的實際操作結果並無明顯的不同。現

¹¹² *id.* at 23.

¹¹³ Cherednychenko, O. O., *supra* note 111, at 22.

今適用強的間接效力的典型國家為德國。



參、基本權直接水平效力

基本權的直接水平效力 (direct horizontal effect)，下簡稱直接效力。直接效力是指私人亦受基本權的拘束而為基本權規範之對象。在這個型態裡，私人間可以直接為基本權的主張及防禦，而毋庸借徑於私法，相對的，法院也可以直接以基本權作為判決的基礎，而無須先衡量基本權，再將之套入民法的概括條款（例如：公序良俗）當中。如果契約違反基本權，可能會被認為無效，於嚴重的情形一方得請求損害賠償，故私人間的約定，應與基本權的規範意旨相容。直接效力是基本權水平效力的型態當中，在分類上對私人拘束最強的一種，但依各國的規範架構、基本權對私法關係產生的影響，而有所不同。

有少數學者提出（未見於我國學說），在討論直接效力時，關注的對象不僅限於明白直接適用基本權的情形，亦包含那些，「看起來是在私法的概括條款的結構下操作，然而實際上概括條款只有形式上的意義，其對於判決結果卻沒有實質影響力」的情形。換句話說，後者的情況，概括條款（例如公序良俗）只是個承載基本權適用結果的「殼 (cover)」，這種情形只是直接效力，躲在間接效力的外表之下而已，基本權不再是為了澄清概括條款的意義，其無疑是代替了它的內容，舉例而言，假設先前的法院認為，依據公序良俗條款，契約一方有義務告訴他方該特殊交易的既存風險，然而後續在同樣的案件中，法院在平衡雙方的基本權過後，推翻了先前法院「公序良俗」的認定結果，在這種情形，公序良俗已然成為空殼，究其實質，應是直接效力的適用¹¹⁴。本文認為，這樣的類型區分，確實更能準確描述直接效力與間接效力的實質內涵，如基本權於民事爭議上的適用已具決定性關鍵，民事法的特性及私法自治的考量甚低（實已涵蓋於基本權—契約自由當中衡量），其毋寧與間接效力之主張相去甚遠。

基本權直接效力，雖率先由德國學者 Nipperdey 所提出（詳下述），但此說並未被德國聯邦憲法法院或多數德國學者採納。反而在其他國家得到了青睞¹¹⁵，採用基本權直接水平效力類型的國家包含西班牙、愛爾蘭、葡萄牙等（南非究係採用直接效力或強的間接效力，學界仍容有爭議，詳下述）。

第二節 基本權水平效力之法理基礎

¹¹⁴ See *id.* at 22–23.

¹¹⁵ Ferreira, N., *supra* note110, at 34–35.



一、國家保護義務之正當性及效力

國家保護義務是指基本權不僅具有消極防禦的功能，亦具有積極保護的功能，亦即基本權不僅可對抗國家，防禦國家之侵害行為(國家的消極義務)，亦可要求國家給予保護，避免其受到第三人之侵害(國家的積極義務)。故在國家保護義務的要求下，國家的作為、疏失或不作為、都可能侵害到基本權。然而國家保護義務之正當性何在？我國憲法第 23 條授權國家「為防止妨礙他人自由」，得於必要範圍內以法律限制人民的自由權利，然而憲法第 23 條授權的客觀規範意旨畢竟只是授予權利，而非課予義務。又，雖我國憲法第 153 條有保護農民、勞工及從事勞動的婦女及兒童之意旨，然而該等規範畢竟屬於基本國策，而非基本權。

我國已內國法化的公民政治與權利公約（下稱：公正公約）與經濟社會文化權利公約（下稱經社文公約），皆有國家保護義務之意旨¹¹⁶。根據公正公約第 2 條規定：「一、本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公約所確認之權利。二、本公約締約國承允遇現行立法或其他措施尚無規定時，各依本國憲法程序，並遵照本公約規定，採取必要步驟，制定必要之立法或其他措施，以實現本公約所確認之權利。」，依公正公約的意旨，國家具有確保基本權實現的義務，且須採取必要步驟來實現。又經濟社會文化公約委員會亦認為，國家有義務避免人民享有經社文公約之權利遭受他人之侵害，以水權為例，國家應保障人民得享有平等、可支付、可近用、足夠且安全的水權不受他人之侵害¹¹⁷，又以食物為例，國家應確保商業或市民社會之運作應符合食物權之意旨¹¹⁸。

羅昌發大法官指出，國際公約所設之標準，雖非解釋憲法所得直接適用，然其有助於正確理解及合理解釋我國憲法條文¹¹⁹。再者，除了做為解釋憲法的參考

¹¹⁶ Chirwa, D. M., *The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights*, 5 MELB. J. INT'L L. 1,11-13(2004).

¹¹⁷ CESCR, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment 15: The Right to Water, UN ESCOR, 29th sess, Agenda Item 3, [24], UN Doc E/C.12/2002/11(2002).

¹¹⁸ CESCR (2002), *supra* note 117, General Comment 12: The Right to Adequate Food, UN ESCOR, 20th sess, Agenda Item 7, [27], UN Doc E/C.12/1999/5 (1999).

¹¹⁹ 羅昌發(2013)，司法院釋字第 715 號解釋協同意見書。同樣見解者得見於：張文貞(2015)，〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及台灣實踐〉，大法官 104 年度學術研討會。黃昭元(2015)，〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，大法官 104 年度學術研討會。

外，黃越欽大法官更進一步的指出，人權公約對人權保障之普世價值發揮極為關鍵性之作用。憲法解釋能以公約作為法源，對釋憲制度的成長，是極為可喜的現象¹²⁰。同此，張文貞教授亦呼籲，解釋中華民國憲法，對具有特殊地位的兩公約及核心國際人權公約，作最大的開放，直接將其定位為憲法的法源，以貫徹對於最重要而根本的基本人權的保障¹²¹。準此，因人權公約的人權規範和憲法基本權規範同有人權特性，不僅可以作為解釋憲法的參考，更是憲法之法源，兩公約所揭示之國家保護義務，是為有效保障人權，而賦予人權之功能，如作為憲法之參考，為妥善保障基本權，自應援引兩公約對於人權功能之闡述，而課予國家保護基本權之義務。除了文本上的依據之外，國家保護義務更重要的，乃是其法理之基礎。

國家保護義務的理論亦有受到質疑，因自由主義的觀點，深植在當代憲法學當中，認為國家不應干涉私人關係。然而，葡萄牙法學者 Gonçalo de Almeida Ribeiro 說明，在國家誕生之初，其正當性來源即「國家具有保護個人權利不受第三人侵害之義務」。例如 1789 年人權宣言第 2 條：「任何政治結合的目的都在於保存人的自然的和不可動搖的權利」。國家理論下的社會契約，亦是建立在個人願意放棄他們原始、野蠻不受限制的自我防禦權，以交換國家市民權、安全的保障，如同康德所言，個人放棄了他外部的自由 (external freedom)，以求成為公民的一份子；又霍布斯在巨靈一書當中指出，所有的權力集中在一個萬能的國家裡，恐使其濫用權力，背叛其保護人民權利的義務，故而產生防禦權的概念，甚至防禦權成為了現代憲政主義的重心。因此法國革命以來，限制國家的權力成為首要的目標。雖係如此，我們仍不能忽視國家存在的理由，防禦權和國家保護義務，應是同等重要的，二者都是基本權的原始特徵¹²²。如此，國家保護義務的實踐正是國家正當性來源的基礎，如不承認國家保護義務，國家正當性恐遭致質疑。

國家保護義務課予行政、立法、司法有義務保障人民基本權免受他人的侵擾，因此立法者有義務制定出保障人民、限制侵擾行為的法律，行政機關於其行政裁量範圍內，亦應秉此精神為之，而法官於解釋、適用法律於私人間爭訟時，亦應做出符合國家保護義務要求之判決，因此人民「間接」的，因為基本權對各該機關的拘束力，而享受到在私人關係中亦受到基本權保障。

¹²⁰ 黃越欽(2010)，司法院釋字第 549 號解釋協同意見書。

¹²¹ 張文貞(2015)，〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及台灣實踐〉，大法官 104 年度學術研討會，頁 26。

¹²² Almeida Ribeiro, G., *Direct and Indirect Effects of Fundamental Rights* (2012). available at: <https://wzb.eu/system/files/docs/tsr/cgc/ribeirodirectandindirecteffectsoffundamentalrights.pdf>.

二、立法、行政的國家保護義務



首先，因立法者受到基本權的拘束，而制定私法上的強制規定，對於私法自治構成了基本權的干預。然而基本權的形成作用不會認為私法結構上為異於私法之形塑與規制而應差別對待，在基本權國度中，立法者應服膺基本權的價值功能，並負有實現基本權之義務，因此立法者在私法領域中應該如同在公法領域中般受制於基本權而決定¹²³。故立法者應本於憲法國家保護義務之要求，於訂定私法時，應戮力保護人民不被他人侵害其基本權，當然國家介入私法關係而為規範時，可能對私法關係中的二人同時具有保護和限制之效果，例如國家在規範勞動關係時，分別對雇主和勞工訂有保護、有限制之規範。因此，國家在私法關係當中，將同時面對保護不足和限制過度的問題。

國家保護義務要求立法應採取積極的方式，避免人民遭受他人之侵害，基此意旨，國家保護義務不僅引致國家保護人民之義務，同時亦對其所伴生之對他人而為之基本權干預，提供正當性之事由，國家若基於基本權利主體之利益而對他人有所限制時，通常亦會對他人之基本權利造成干預，在私法上之衝突中，經常是對其中一造屬於防禦功能，對另一造是保護功能。從而保護義務(Schutzwpflicht)乃與保護授權(Schutzerm ächtigung)－授權干預是相伴而生的¹²⁴。故相較於單純的干預，如涉及第三人保護而伴隨的干預，因有基本權的保護授權，立法者得為較嚴格之規範。再者，由於過去公法結構，主要是圍繞在「干預」行為來思考，因而國家較少因違反保護義務（保護不足）而違憲，反而經常以保護義務作為其實施「干預性保護措施」之正當化事由。

行政機關就私人間之行政行為，無非執行法律時、在其行政裁量空間內落實憲法，其中較特別者為「形成私法法律關係的行政處分」，以勞動基準法第 84 條之 1 為例，司法院釋字第 726 號解釋明示：「系爭規定要求就勞雇雙方之另行約定報請核備，其管制既係直接規制勞動關係內涵，且其管制之內容又非僅單純要求提供勞雇雙方約定之內容備查，自應認其規定有直接干預勞動關係之民事效力。否則，如認為其核備僅發生公法上不利於雇主之效果，系爭規定之前揭目的（保護勞工）將無法落實；且將與民法第七十一條平衡國家管制與私法自治之原則不符。」。從這個解釋中可以看到，行政機關為「形成私法法律關係的行政處分」時，實質且高強度的介入私法關係，基於國家保護義務之意旨，行政機關在行使核備權時，應秉持著憲法精神為之。

¹²³ 程明修，前揭註 11，頁 207。

¹²⁴ Hans D. Jarass 著，李建良譯，前揭註 18，頁 51-52。

三、司法的國家保護義務



國家保護義務不僅拘束立法、行政，司法亦為國家保護義務的拘束對象。司法機關和行政機關一樣，必須亦具有保護人民基本權不受他人侵害之義務、故欲達到保護私人基本權利免於遭受另一私人侵害的目的，捨憲法取向解釋，也就是秉持憲法基本權精神適用，別無他途¹²⁵。近年來，司法機關的角色尤值注意，雖弱勢保障主要受立法、行政權的影響。然而司法對於弱勢保障的影響是不容忽略的，從釋憲機關的角度而言，司法可以大大改變憲法原則的理解和適用¹²⁶。如前所述，故基本權的內容不是靜態的而是動態的，它們的內涵會不斷的改變、發展。司法積極主義，可以保障憲法的社會權的核心內容，也在變動的過程中，發展新的概念¹²⁷。

（一）國家保護義務與基本權間接水平效力

在個案判決當中，個別法官所扮演的保護角色亦非常重要，就間接效力的角度而言，法官基於保護義務應於以憲法之精神解釋適用法律，尤其是透過具有高度價值性的概括條款，例如公共秩序、善良風俗、誠實信用等，來容納基本權內涵，以維持法的一致性，並保護當事人之基本權。

（二）國家保護義務與基本權直接水平效力

國家保護義務，固然是間接效力的正當性基礎，然而國家保護義務並不否認直接效力的存在。司法負有保護人民基本權利不受他人侵害之義務，然而，當沒有法律保障的時候，難道司法就可以豁免此義務而放任基本權遭受侵害嗎？答案應為否定。本文認為，國家保護義務強調法官應在訴訟當中保障當事人之基本權，但究竟要直接適用基本權，或間接（以概括條款）適用基本權，國家保護義務本身並無預設答案，因此國家在沒有法律時或沒有概括條款可適用時，自得直接援引憲法，以保障當事人之基本權。

基本權的直接水平效力，更使司法能有效履行其保護基本權之義務，依照間接效力的理論，司法僅能在解釋、適用法令時有基本權的適用，然在法律沒有規範的情形，司法則束手無策。雖然還有公序良俗條款因其高抽象性而得為後盾，但如公序良俗條款得解釋適用憲法的範圍過小，司法伸展的空間狹隘，根本無法

¹²⁵ 許宗力，前揭註 10，頁 68。

¹²⁶ Brezovar, N., *supra* note 75.

¹²⁷ *Id.*

擔綱憲法賦予的重任，然而如解釋範圍過大，一、公序良俗條款解釋範圍再大也无法取代基本權的所有功能（例如強制締約、給付功能或其他特殊法效果¹²⁸），二、如前所述，如公序良俗僅成為乘載基本權的「殼」，實與直接效力無異。因此，坦然承認直接效力，更有助於司法於訴訟中適用基本權、實現國家保護義務。

貳、基本權保障

如前所述，許多國家憲法設計之初，預設的規範對象為國家，人民則不受憲法之拘束，因此要在憲法沒有明文規定人民受基本權拘束的情形下，主張人民亦受基本權的拘束，其實本身即充滿著矛盾與困難。採取直接效力理論的國家，南非和西班牙憲法有明文規定（詳下述），正當性較無疑義，然愛爾蘭憲法僅規定有國家保護義務，並無明文規定人民受基本權之拘束（詳下述），因此愛爾蘭採取基本權直接效力之正當性何在？愛爾蘭法院主張，基本權的重點在於「自由的保護」，而非「規範的對象」，因此無論是國家或是人民侵害的，都應該納入討論，因此其正當性基礎即在於基本權本身。因此，從每一條基本權的保障出發，國家、社會當中的所有他人，都應賦有義務：尊重、實現基本權利。

早期因個人主義的極致發展，和 17、18 世紀政府壓迫的背景始然，導致憲法草創之初僅賦予基本權權利、未課予私人相對的基本權義務（權利的相對人：尊重、實現基本權之義務），然而如果從整個人類歷史來看的話，市場自由、私法自治、公私法區分，其實只是近期的產物。在歐洲的中古時期，甚至 17 世紀，永恆秩序(eternal order)的建立，是適用在每個個人和社會的領域¹²⁹，這是國家建立之初就存在，位有最高的位階，絕非因為立法者立法始存在。南非學者 Chirwa 明白指出：「個人並非自我中心的，而是存在於社會，在該社會中他對他人有責任，也仰賴別人對他的責任，這是符合社會契約的理性。……社會契約默認每個人負有不干預他人的基本義務，而基本義務是普遍的，和國家保護義務無關。基本權適用在私法關係強化了對於上述基本權義務，以達致和睦與和平(harmony

¹²⁸ 當然，如擴大解釋私法，私法也可容納強制締約（例如民法第 18 條）和給付功能（將基本權認定結果為契約內容）此二情形，詳於案例操作中說明。但還是有難解的情形，例如在沒有契約的情況下要求給付（例如，拒絕調整空間給身心障礙者的餐廳，有否可能要求其需讓身障者用餐—強制締約，且須調整空間—給付），又或許宗力教授所說明的特殊情形「對於因緣於國家遭遇重大變故所發生重婚事件，民法立法者並未設得免於撤銷的例外規定，致對重婚當事人婚姻與家庭生活基本權（憲法二二）的保護出現漏洞，此際若將其與一般重婚事件相同處理，而予以撤銷之，司法者反將因侵犯人民基本權而自陷違憲境地。毋寧司法者正確的作法應該是直接援引憲法基本權規定，填補民事法自身出現的保護漏洞，駁回原告所提撤銷婚姻之訴，方足以達到人權保障的目的。」

¹²⁹ Oeter, S., *supra* note 107, at 8.

and peace)」¹³⁰。當我們開始要求私人也成為基本權拘束的對象時，將直接面對一個重要的問題，為什麼私人要受基本權拘束？除了保障基本權外，如同 Chirwa 教授所言，我們是存在於社會當中的，而非僅單純的個人。因此我們對他人也負有責任，這種概念或可援引自社群主義的團結觀¹³¹¹³²與社會民主理論¹³³的團結概念。我們是存在於社會當中的，人與人之間的接觸要比國家和人民的接觸更為頻繁，侵害可能性亦更高，如不承認基本權水平效力，將產生基本權保障之末大漏洞，為使憲法價值真正實現於社會，於人與人間，即應正式肯認基本權水平效力。

在每個法秩序當中，都會遇到法律對於現代社會，過於困窘、過時的問題，而立法者可能受制於政治、選舉、民意考量，沒辦法無法透過修法來解決基本權衝突的問題，因而恐產生財團干政、多數霸凌等問題，基本權因而遭受犧牲。政府亦可能囿於財政因素，而無法充分給弱勢者協助，而使弱勢者掉落安全網之外，基本權的垂直效力卻無法彌補漏洞。故本文認為，在沒有法律或法律不足以保障基本權時，應承認基本權水平效力，又間接效力雖有概括條款可資使用，但如概括條款不敷使用時，應課予人民相互之基本權義務，許法官直接適用基本權於私法關係當中，以解決立法者無能（包含民主制度因素、財政因素）的問題，以保障基本權。

如前所述，司法者為憲法的守護人，以價值取向的憲法作為其核心精神，與和民意為核心精神的政治機關相互對話，在爭議問題上，尤會產生較激烈的碰撞。司法者固有權力審查，但較有爭議者毋寧在於司法審查的「範圍」，司法不能扼殺政治程序，而應要求司法自制，避免司法帝國主義(judicial imperialism)，這是一個「光譜」的程度問題，而非「黑白」的極端問題。本文也要強調，賦予司法機關權責得直接適用基本權，並非因為法官萬能，也非基本權萬能。權力、權利的行使皆應謹慎為之，許司法這條路，毋寧僅是多丟下一塊浮板而已，絕非萬靈

¹³⁰ Chirwa, D. M., *supra* note 106, at 297-298.

¹³¹ Michael J. Sandel, 以亞里斯多德為鏡，主張正義應包含「價值(virtue)」、「共善(common good)」的建立。而身為社群的一份子，應該為集體思考，對於共善有所貢獻，進而促成社會團結，許諾相互的義務。SANDEL, M. J., JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO?, FARRAR, STRAUS AND GIROUX (2008).

¹³² 團結義務指社群的個人應有分擔責任之義務，亦即，所有社群的成員，皆對另一成員負有義務，特別是那些無法保護自己的人，例如老人、窮人等。透過團結義務的建構，而形成一善之社群。惟須釐清的是，個人仍是須對自己負擔最大責任者，團結義務並非否定個人對於自己的義務，而是當社群成員無法照顧自己時，例如老人、身障者沒有工作、沒有收入，應許他們有權利要求協助，SHAPIRO, D., *supra* note 60, at 30-31. ETZIONI, A., SPIRIT OF COMMUNITY, SIMON AND SCHUSTER 134,144(1994).

¹³³ 團結這個詞表達了人類是彼此相互依賴的社會動物，如果社會是以共同利益出發，則這樣的社會將會運作的最好。共同、團結的財務支持保障了個人的安全以及人與人之間的平等—這也創造了對於每個人較安全、社會緊張程度較低的社會，因為社會緊張總是隨著不正義與經濟狀況的分歧而來。團結不僅是增進集體的自我利益，還牽涉到運作的共同責任與分擔。

丹（也沒有任何憲法規範是萬靈丹）。

第三節 反對直接效力之批評與回應

本文雖主張應兼採直接效力，但不可諱言的，直接效力仍會產生許多法制上的問題，因而長期在我國遭受反對，反對理由包含憲法無明文、私法自治、權力分立、法的不明確性等問題。雖然本文認為，採間接效力同樣也會造成這些問題，而且程度並不亞於直接效力，但既是直接效力會產生的問題，本文如下仍試圖回應反對直接效力的理由，並在制度上做調整，以減輕直接效力的好處所伴隨而來的弊病。

壹、不符合立憲者之構想、憲法無明文

首先關於憲法在歷史上、條文規範上，皆未容許憲法直接適用私人間，毋寧是因為憲法制定當時，主要規範之對象為國家，憲法係為保障人民免於國家之侵害而設置，我國憲法第 23 條既只允許國家僅能於防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要的限度內，以法律限制人民的自由權利，實際上亦與間接宣示基本權具「針對國家性」，僅以國家權力為拘束對象無異。另證諸基本權的理念史發展，亦可知基本權利根本就是人類總結過去不快的歷史經驗，就弱勢的個人相對於強勢國家權力的特別保護需求，透過憲法所作出的回應。是主張基本權對私人有直接拘束效力，不僅與憲法規定有違，亦有過度輕忽基本權歷史發展軌跡之嫌¹³⁴。

然而，憲法並非固定不變之內涵，必須隨著社會變遷、社會需求而改變，否則其將成為一難以適應、適用於現今社會之憲法。從實質的角度觀察，憲法的內涵正如同活的生物體一般，不時隨外在環境而相應變化，可以說是活的憲法 (living constitution)。活的憲法不待憲法的形式修正，只要透過憲法的解釋便足以引發憲政規範的實質變化，其中尤以有權釋憲機關的解釋影響最為重大¹³⁵。

如前所述，社會中強勢者對弱勢者之壓迫，與日俱增，因民主制度本質之故，政府似難擺脫予以其金援的資本家、財團的限制，而成為共犯之一，致弱勢者無論從政治上、經濟上或社會上，皆難以擺脫強勢者的壓迫。憲法基本權為人權保障的最高指導，雖因立憲當時無法預見現今的社會問題，而僅使國家為基本權規範之對象，然而為完整的保障基本權，不論其侵害來源是國家或是私人皆應受到

¹³⁴ 許宗力，前揭註 10，頁 67。

¹³⁵ 葉俊榮(2000)，〈違憲審查〉，《珍惜憲法時刻》，頁 112，台北：元照。



限制，因此如承認基本權水平效力，使個人負有尊重他人基本權之義務，也使較具獨立性之司法得直接以基本權作為判決依據，將得以更加完善的保障基本權利。故本文認為，憲法既為人權保障之基本價值，不應僅存於國家與人民當中，更應適用於私人之間。

再者，憲法第 23 條所揭示之「只能以『法律』作為限制基本權」之文義，是否真排斥以「基本權」限制「基本權」之可能？而預設了間接效力？首先，訂定憲法第 23 條時，根本沒有過間接效力和直接效力的討論，以此作為憲法承認間接效力而否認間接效力之基礎，本文認為非常可議。又基本權的位階較法律為高，若法律可以做為限制基本權之基礎，何以較高位階之基本權不行？尤從司法院釋字第 432 號解釋所揭示之「層級化法律保留原則」¹³⁶，可以了解到，限制基本權應以限制基本權之種類、強度來界定其應透過憲法、法律、法律所授權之命令，抑或主管機關發布（未經法律授權）之命令來限制。因此，本文認為憲法（基本權）應得做為限制另一基本權之基礎。

當然，因為基本權具高度的抽象性，等於把解釋的空間交給法官，而非透過民主思辨、價值角力後由法律蓋棺論定，但這個問題還是會回到，所以是否適合由司法來決定，或是只能由立法者來決定，也就是權力分立的問題，這個問題，待下述「參、權力分立」會做更進一步的討論。

貳、私法自治之維護

私法自治乃是指法秩序所承認的前提下，個人可以從事規律自我生活關係之自由，它是個人根據自我意志，自我形成法律關係原則之具體化，它其實也就是個人在法律生活中之一種自我決定，私法自治涵蓋了所有個人透過法律行為所表現出來的行動¹³⁷。因此基本權進入私法，恐將造成自由主義者極度的焦躁不安，

¹³⁶ 憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如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，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。

¹³⁷ 程明修，前揭註 11，頁 199。

認為這破毀了私法自治、市場自由的基本假設，這恐怕也牽涉到了自由與平等或個人與集體的宿命難題。從自由主義的主張來看，人是理性的，且具有自主性(autonomous)及自利性(self-interested)，私人之間的約定既是自由締約，何以需要國家高舉基本權價值來干涉？個人既然是利己的，如果契約侵害一方，該被侵害的一方應不會同意，既雙方同意，表示該契約應有利於雙方，故肯認契約，既保障個人自由，亦維護雙方利益。如同德國公法學者 Dürig 之見解，主張「私法的獨立性」及「私法的法典獨自性」，認為這個原則乃相對於憲法基本權利之體系而存在¹³⁸。

但現實世界的個人，和自由主義書籍當中假設的個人不同，現實生活中，每個人基於不同的性別、種族、職業、身體狀態，進而在社會的權力結構當中有不同的權力位置，以固有的權力位置為基礎，亦發展出許多不平等的陳腐規則，而這些陳腐的規則又再度鞏固了傳統的權力結構，以司法院釋字 728 號解釋的案件事實為例，傳統因為男尊女卑，祭祀公業約定，女子不得為派下員，而這樣的陳腐約定所帶來的經濟上、社會上的好處，又再度鞏固男性的權力強勢和女性的權力弱勢，以私法自治為由，拒絕基本權的介入，等同放任社會強勢者對於弱勢者的侵害。這種公私法區分，尤其受到女性主義者的批評，Pateman 認為傳統的公私法區分是創造一個新的父權秩序，在公法世界有自由、個人、理性、公正，但在私法世界還是充斥著血緣、情緒、愛與性，而這些都是由男人宰制的¹³⁹。Fineman 也批評自由協商的自主性迷思，背後其實是強制，Fineman 指出，家庭、國家、市場的區分，造成系統性的限制、宰制與暴力，但卻他們卻以「個人選擇」的方式呈現¹⁴⁰。如同廖元豪教授所說的：主流、形式主義的法律與人權論述，在宣稱「中立」的同時，卻往往不遺餘力地維持現狀—維護主流既有的強勢地位。實際運作的結果，就是正當化社會既有的「權力層級」(power hierarchy)，並讓弱勢者繼續、永遠弱勢¹⁴¹。

所以自由主義者口中的自由，究竟是誰的自由？商店拒絕黑人進入（締約對象自由）雇主和勞工訂立一天工作 16 個小時（締約內容自由）、祭祀公約約定女子不得為派下員，真是出於各自的自由選擇？弱勢者是否受到強勢者的權勢壓迫，

¹³⁸ H. C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht, eine Universitätsrede*, in; *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, 1962, S. 17 ff。轉引自：陳新民(1999)，〈憲法基本權利及「對第三者效力」理論〉，《憲法基本權利之基本理論(下)》，頁 83，台北：元照。

¹³⁹ CAROLE, P., THE DISORDER OF WOMEN: DEMOCRACY, FEMINISM AND POLITICAL THEORY, STANFORD UNIVERSITY PRESS 22,43(1989).

¹⁴⁰ McCluskey, M.T., *supra* note 51, at 115-116

¹⁴¹ 廖元豪(2006)，〈誰的法律？誰的人權？—建構「弱勢人權」芻議〉，《律師雜誌》，第 321 期，頁 10。

縱契約不利於己，亦會締約？若係如此，弱勢者雖蓋章簽字說同意，但這樣真的能被評價為「自由」嗎？如果我們認為自由是建立在雙方基於平等位置，所為的自主決定，才稱得上是自由的話，那麼平等就是自由的「前提」，而非敵人，二者應是相輔相成的。故國家為了保障真正的自由，在前述案例應該做的可能是扶持工會以造就出雙方平等的權力狀態。

更進一步的，縱使雙方平等，國家是否仍有權力介入雙方自由的約定？以極端的例子為例，我們是否容許一個人殺人甚或人吃人的約定而免受刑法的約束處罰？我想大多數人都會否定，大多數國家包含臺灣在法制上也都否定這樣的約定（在我國會觸犯刑法第 275 條加工自殺罪），這即代表著國家、社會肯認了某些共同價值規範，（無論要將它稱之為康德的放諸四海的標準、羅爾斯無知之幕後所產生的規範，或社群主義所稱的共善），而國家、社會以這些價值共同規範來介入私人間的契約，其實也顯示了，私法自治非絕對禁止價值規範干涉、進入之領域。甚至這些共同價值規範是建立在市場之上，以確保市場的合理運行。如此，憲法為我國最高法規範，其所表彰之基本權價值具有普世性，同時也是廣泛受到國家與社會肯認的價值規範，應為個人自由所得行使之界線。如以憲法的架構來看，社會國中社會形塑的內涵，即是國家以社會國價值（價值共同規範），形塑人與人間之互動方式。

然而，這種共同價值規範仍應避免對於個人自由的過度侵害，集體規範與個人的緊張關係，是永遠需要戒慎恐懼的，過度偏頗於一方，都可能造成糟糕的後果。以共產主義為例中國因農業集體化、大躍進政策導致 1958 年到 1962 年全國性大饑荒（又稱為三年困難時期），根據不同文獻估計約有 1,650 萬到 4,300 萬人死亡¹⁴²，類似經驗的，包含蘇聯 1932 年至 1933 年的蘇聯大饑荒，估計有 700 萬人死亡¹⁴³，及北韓的朝鮮大饑荒，則估計有約 33 萬人死亡¹⁴⁴，雖然成因不乏參雜著自然災害等其他因素，但大多認為，主因仍是源自於集體化的政策¹⁴⁵，由此可知，極端的自由與集體，皆非正道。

¹⁴² Manning, K. E., & Wemheuer, F. (Eds.), *Eating Bitterness: New Perspectives on China's Great Leap Forward and Famine*, UBC Press 22(2011).

¹⁴³ Conquest, R., *The harvest of sorrow: Soviet collectivization and the terror-famine*, Oxford University Press. (1987)

¹⁴⁴ Goodkind, D., West, L., & Johnson, P., *A reassessment of mortality in North Korea, 1993–2008*, In *Annual Meeting of the Population Association of America* (Vol. 31). (2011).

¹⁴⁵ 例如中國三年困難時期原因亦包含自然災害和蘇聯政府違反契約，而蘇聯大饑荒則有文獻指出，饑荒另有旱災、蝗蟲害、鼠害、植物疾病所影響。臧金峰(2010)，〈從統購統銷政策的視角探析三年大飢荒的爆發〉，中共南京市委黨校學報，第 6 期，頁 63-69。 Tauger, M. B. *Natural disaster and human actions in the Soviet famine of 1931–1933. The Carl Beck Papers in Russian and East European Studies*, (1506). (2001).

本文亦無意挑戰自由市場，但本文認為私法自治、契約自由僅是憲法的價值之一而已，並非得以凌駕於憲法之上的價值，亦非憲法所不能觸碰的禁地，私法自治仍應以「權利」為基礎，和其他的權利一起被衡量¹⁴⁶，而非直接成為拒絕憲法適用的理由，否則無異承認，私法自治的價值高於憲法基本權的價值，此恐違背憲法的最高性。

需澄清的是，基本權直接水平效力並非要求把憲法適用在國家的那一套，毫無保留的直接挪用於私人之間，反之，應考量私法自治之特性（以契約自由為乘載），調整其適用之方式、界線。以基本權拋棄為例，是否得容許基本權拋棄應視雙方是否居於對等之權力位置，而得以「同意」自我限縮基本權（也就是前述所提到的，平等為前提的真正「自由」），換言之，如權力對等之私人，原則上司法應採寬鬆之審查，而肯認雙方的自由決定，惟如私人間處於權力位置過度傾斜之情形，原則上應採較嚴格審查，審查雙方約定之程序與內容是否侵害基本權。

綜上，基本權水平效力，長期因為公私法的嚴格區分而被否定，認為私法關係應仰賴私法自治而非基本權，這種公私法的區分的概念，源自於自由主義對於理性個人自主性的強調，但人不可能全然自主，理性的人並非建立在真空狀態，而是存在於現實的社會當中，而社會環境存在著許多結構上、體制上和經濟上的不平等，且每個人都受社會結構、傳統的倫理道德秩序所箝制，而喪失了某程度的自主性¹⁴⁷，再者每個人皆有生老病死等社會風險，因而具有「依賴性」，無法完全對於自己負責，而需要依賴他人承擔該成本。近年來基本權社會面向的理論發展，基本上已破除了個人絕對自主性的迷思（並非全然否定個人的自主性，而是肯定個人自主性有其限制），開始介入處理社會上的不平等，包含禁止優勢者的壓迫以及培力弱勢者。

最後，本文認為其實以私法自治來否定基本權水平效力，並非是論。基本上，我們並不會否認政府部門得以制定法律，來限制人民間的自由約定，例如消費者權益保障法、勞動基準法的許多強制規定，即是典型的例子。換句話說，政府機關，尤其是立法機關，本來就有權利介入私法關係，限制契約自由，而基本權水平效力，無疑只是將權力交由司法機關來履行而已，且基本上司法機關得以履行的範圍，較立法機關小，前者僅限於違憲範圍，後者尚有立法形成空間。如果認同政府機關得以介入私法契約，此任務交由司法機關來履行，對於私法自治並沒有更多的侵害。能否對於契約自由做限制其實是社會國原則的所需探討的議題，

¹⁴⁶ Almeida Ribeiro, G., *supra* note 122, at 22.

¹⁴⁷ 其中最嚴厲批評者，莫過於馬克思主義和女性主義，請參：Chirwa, D. M., *supra* note 106, at 300-303.



並非基本權水平效力的議題，因此高舉契約自由、市場競爭大旗來批評基本權水平效力是有問題的。基本權水平效力的爭議其實是在於，基本權或弱勢者的保障是否宜直接交由司法機關來履行？以基本權而非法律作為判決基礎，是否會有法治國的疑慮？

參、權力分立

按釋字第 499 號解釋意旨，權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在，而構成修憲之界線。而權力分立的目的，無非在防杜濫權，以確保基本權的保障，如同英國 Acton 博士所言：「權力使人腐化，絕對的權力，絕對的腐化」。準此，無論是要擴大立法、行政或司法的權力範圍，都應戒慎恐懼是否可能破壞權力間的制衡，而造成權力獨大、及權力腐化的後果。故允許司法者介入的問題不是在於，哪邊的利益被提升、哪邊的利益被削減，而毋寧是在於，究竟何時、何程度應透過司法者還是立法者來平衡雙邊利益。

就不同國家機關的職能來觀察的話，立法機關在其正當性來源的基礎、及運作方式上，應比司法機關更有能量和立場去衡量社會現實，衡酌雙方利益，有著不同目標的利益團體會提供各自的觀點給國會，通過不同立場民意代表的角力，而產生保障弱勢、規制強勢的相關法令。然而，學者 Oeter 認為，法官並不會系統性地將政治、社會、經濟結果納入考量，通常只是根據他們自己對正義的思考，而非小心地分析社會現實，也不會考慮到他們作成的決定事實上會產生什麼樣的影響¹⁴⁸。在立法的政治過程中會討論這個國家的社會、經濟體制適合什麼樣的法律，但由於基本權直接介入私法，這樣的政治辯論過程於是終止¹⁴⁹。

再者，依憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」，故法官受法律限制，應依法判決，然而在基本權直接水平效力中，法官得直接適用憲法而忽略法律，是否破壞法官「依法審判」，應受法律限制之基本原則，而有侵害權力分立之嫌？

反對基本權直接效力者認為，直接效力使司法者得越過立法者，直接以憲法價值作為個案判決之基礎，在我國的憲政體制下，恐影響權力分立原則，從有正當性的質疑。然而，如從司法違憲審查正當性理論來看，目前肯認司法違憲審查（法律）的理由，似亦忍受了司法違憲審查（個案）與立法者的緊張關係。

¹⁴⁸ Oeter, S., *supra* note 107, at 24-25.

¹⁴⁹ *id.* at 27.

首先「實體價值或規範論」者認為，憲法是最高位階的規範而且內含有某些實體價值，任何國家機關(包含立法者)都不能任意侵犯或違反憲法的價值決定。憲法決定高於民主決定，而司法違憲審查代表憲法。實體價值論者認為，法官比政治部門更有能力，也更應該維護憲法的實體價值決定，即便會有多數決困境，他們認為憲法有其既存甚至是自主存在的價值體系，並且強調憲法預設的長遠價值決定應該高於民主的一時決定，應而認為法律理性應高於政治理性，而司法違憲審查正是要維護憲法原則與價值，並制衡民主政治的可能濫用。

相對於實體規範論者，程序論者認為民主國家的憲法既保障人民的基本權利，也同時預設民主制度與國家主權原則，要讓人民透過民主程序來實現個人自我決定的基本權利，因此法院不應恣意介入，以致妨礙人民自我統治權利的實現與民主程序的機制。雖然民主可能犯錯，但民主的可貴之處就在於其自我修正的內在機制。程序論者認為，在正常情形之下，民主應該能夠、也更能使人民發揮其自我決定權利，因而達成自我統治的規範理想。因此司法違憲審查的功能是在補強或促進民主政治，而不是在對抗民主政治。程序論者認為應從民主程序去證立司法違憲審查的正當性，故如果法院要介入並對抗民主政治的決定，則必須證立它在程序上可以比民主程序提供更高的正當性，或促進更健全的民主程序，或是可以修復民主程序的重大瑕疵。

首先，在本文的制度設計上參考愛爾蘭的立法例，只有在「沒有法律，或法律不足以保障基本權」時，始得直接適用基本權於私法關係（詳後述），在此制度上，司法無疑已先尊重立法者的判斷，以減緩權力分立之侵害。再者，關於實體論者之主張，似亦得援用於直接效力，亦即如肯認憲法價值的最高性，又認為法官是最適合發現、詮釋憲法價值者，如立法者怠為維護基本權，而致人民的權利遭受侵害時，司法者身為維護憲法價值的最佳人選，其當然亦有立場去維護人民之基本權不受他人之侵害。

然如僅以此論述證立司法違憲審查（個案）可能造成司法權的獨大化，且侵蝕了民主原則的價值。故另觀諸程序論者之主張，如前所述，礙於民主制度特性使然，無論在選舉階段，抑或一般時候，優勢地位者皆較有資源遊說政府部門制訂較有利於優勢者的法律和制度，這是民主制度的固有重大缺陷，縱稱為民主失靈亦不為過，相對於此，司法機關在憲法的設計上擁有較高的獨立性，為保障其獨立性，亦有完整的法律配套，較不容易受強勢者或民意多數決之限制。因此在政府部門失靈時，有需要借徑司法來實現基本權，以保障弱勢者的權益。再者，法院在「沒有法律或法律不足以保障基本權」時，做成有利於弱勢者的判決，亦

具有糾錯之功能，提醒立法機關有基本權未盡保障之處，促使立法部門得重新審思由該判決所帶出的整個制度性的問題，進而加以改善之。

本文並非認為司法高於立法，國家機關各有其核心精神和功能，立法者的核心為民意，所以在設計上立法機關由立法委員形成，而立法委員為人民選舉產生，但受憲法所要求，在立法時仍需實踐基本權。司法機關主要由法官組成，以司法獨立性為核心，因此在司法的制度設計上，也都強調獨立性的保障（例如，法官薪資高，免職條件較嚴格，不得輕易調動等等），但法官判決時，也是要衡酌社會現實，而非在「雲端」判決。因此，有著不同核心精神的憲法機關，必然會產生許多碰撞、磨合，我國釋憲經驗不乏許多這樣的例子，然而這就是憲法層次的對話、溝通¹⁵⁰，並沒有孰高孰劣的問題。本文肯認基本權水平效力，亦非認為司法高於立法，又或司法全能，司法作成判決之後，立法仍有可能做出相反的認定，但這個就是對話、磨合的過程。

肆、法治國原則

葡萄牙法學者 Ribeiro 指出，直接效力會造成法律適用的結果難以預測，基本權的衡平複雜且爭議，一般人難以公正的衡量他們的利益，即便是司法者也常常對於基本權的衡量有所爭議，此將造成不合理的法的不確定性(legal uncertainty)。話雖如此 Ribeiro 也強調，並非沒有真相或真理存在，而是每個人對於它的認知，常存在有差異。之所以基本權判決會難以預測，是因為我們對於「正確的判決」往往存在著不同的見解¹⁵¹。

學者 Stefan Oeter 也憂慮，如果判決結果是在個別案件中分別衡平憲法價值，恐會遭遇法律不確定性、結果是否可預見(predictability)的問題。正義在某些案件中被實現了，然而明確性和可預見性卻被犧牲了。這種法官造法的例子顯見於德國的誹謗案件和勞動法的案件，在誹謗的案件中，德國法院從原本傳統大陸法系以成文法方式處理，過渡到類似英美法的判例法方式來處理，德國的勞動法令也是一個從成文法到判例法的明顯例子，德國勞動法院受 Nipperdey 的影響，積極的將基本權適用於私法關係中。是因為德國立法者礙於商業公會、和工廠的政治勢力龐大，而不願意觸碰勞動關係的議題，導致勞動法令零碎、不完備，故勞動法院才必須去藉由基本權的操作來填補勞動法令的空白¹⁵²。

¹⁵⁰ 以同婚議題來看，在立法機關內部，也有溝通摩擦的過程，但顯然這個議題爭議過大，進而上升到了憲法層次（司法院釋字第 748 號解釋）。

¹⁵¹ Almeida Ribeiro, G., *supra* note 122, at 26-27.

¹⁵² Oeter, S., *supra* note 107, at 21-22.

憲法價值的抽象性，確實會導致適用上的模糊不確定，造成人民無所措其手足，不知如何行事。因此承認基本權水平效力，確實可能造成法治國原則某程度上的犧牲，因此如何在制度上減低侵害，是本文的目標。首先，如有法律清楚規定，應先以法律為判斷準據，如果認為法律違憲則應先針對法律聲請釋憲，不應直接適用基本權。再者，如法律無規定或規定保障不足而法院直接適用基本權，但人民信賴該法制狀態，若產生信賴利益，法院亦應納入考量。

伍、間接效力的問題

會以上述理由批評直接效力者，不乏許多主張間接效力者，然而間接效力是否就沒有以上的弊病呢？本文認為，上述的問題，同樣發生在間接效力上，首先，關於憲法無明文的問題，間接效力的理論基礎為國家保護義務，然而我國憲法亦無明文規定國家有保護之義務，而是學者透過「社會契約」（放棄自力救濟，由國家保護人民權利），而推導出來的；本文則是從社會責任來推導直接效力，作為憲法基本權義務的基礎，而社會責任同樣也能追溯到「社會契約」中組成的個人，對於彼此的許諾所產生的，再者，本文亦論述政府因民主制度、財政等限制，故有交由司法實踐，及從國家轉向社會責任之需要性，進而以基本權水平效力來達成社會國的目標。故直接效力與間接效力皆非憲法明文，但既因現實的需要，又有理論（基本權的社會責任）為基礎，因此皆有承認之必要。

再者為私法自治的問題，舉案例來說明，假設有餐廳規定禁止原住民入餐廳用餐，或有公司訂有單身條款，規定結婚之女性應離職。在實際的法律操作上，直接效力理論會以平等權、工作權、社會國原則為理由，認定上述情形構成基本權之侵害，應為無效；間接效力理論可能會以違反公序良俗條款（而且也是先衡酌基本權，再套進公序良俗條款），認定契約無效。兩者的操作過程固有不同，但實際上對於私法自治的影響，並無二致。

另外是權力分立的問題，因公序良俗條款具高度的不確定性，在立法者尚未對某個基本權衝突作出決斷前，間接效力理論容許法官自行衡量基本權衝突後，在將之套入概括條款，作為是否違反公序良俗的標準，在一類的適用模式當中，為求基本權的保障，其實也某程度的犧牲了權力分立，因間接效力和直接效力一樣，在法律未為保障基本權的時候，法官都有義務介入處理，並承擔起衡量基本權價值、社會現實狀況，甚至判決影響結果分析的角色。

最後是法的不確定性的問題，民法的概括條款的使用，並未使法更加明確，同樣以禁止原住民進入餐廳和單身條款為例，平等權、工作權、社會國原則等內

涵，和公序良俗相較之下，似乎前者更能具體的闡述個案的情形。其實從「概括」條款作為憲法進入基本權的方式來看的話，我們也可以明白，概括條款可以涵蓋基本權、或基本權衝突衡酌的結果，甚或其他非憲法上、社會風俗等價值，稱之為包山包海亦不為過。因此間接效力的明確性恐並不高於直接效力。





憲法價值，如何在私人關係間適用，依各國的歷史經驗、法律傳統、法院架構、憲法型態及受國際法的影響而有不同。如下擇取各個基本權水平效力不同類型的代表：美國、德國、南非、愛爾蘭、西班牙為例，參考各國不同之司法實踐，便於了解基本權水平效力制度選擇之差異性及各別的利弊，希望取其所長、捨其所短，作為後續我國基本權水平效力芻議之參考依據。

需要強調的是，基本權水平效力的緣起或效果，皆有為弱勢者而發及保障弱勢權益的效果，然而基本權本質上仍是適用於全體人民，因此各國的基本權水平效力的發展，亦有非具權力意識的重要案例，但仍對於理解該國基本權水平效力具重要性，因此本文仍會論及，併此敘明。

第一節 美國—國家行為理論：不適用基本權水平效力之典型

美國憲法是當代最古老的憲法之一，是傳統憲法的象徵，美國憲法僅對國家具有拘束力，但不適用於私人之間，故美國是以「國家行為理論（state action doctrine）」作為適用憲法之基礎。按其內涵，私人基本上並不受憲法規範所拘束，除非私人行為有強烈「國家行為」的介入。國家行為理論於 1879 年的 *Virginia v. Rives*¹⁵³ 案、及 1883 年的 *Civil Rights Cases*¹⁵⁴，即受到最高法院的採納，成為憲法適用對象之理論基礎。

國家行為理論概念的一致性，和其適用範圍，雖在學術上仍有很大的爭論。然而司法實務也建立了一些基本的原則，如私人行為和國家行為間之鏈結足夠強大，該私人行為就會被認為屬國家行為。例如在 *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*¹⁵⁵ 案，法院認為私人行為如果傳統上屬於政府的專有職權，而受政府管制，該行為得認為屬政府行為。然而，雖本案被告為一電力公司，因原告未繳納電費而予以斷電，但法院認為，政府雖然要求私人公用事業之營運須受州政府之管制與許可，惟廠商於法令規範框架內仍有活動自由；雖然公用事業委員會核准被告之服務條款，公用事業委員會卻未要求被告執行斷電措施；因此，不能認為被告之斷電行為構成國家行為。然在另案 *Marsh v. Alabama*¹⁵⁶ 中，Chickasaw 城鎮為 Gulf Shipbuilding Corporation(Gulf)所有，該市的副治安官亦由 Gulf 支付薪資，從事和警察一樣的工作，該城鎮的道路亦由 Gul 所鋪設，除此之外，Chickasaw

¹⁵³ 100 U.S. 313(1879).

¹⁵⁴ 109 U.S. 3(1883).

¹⁵⁵ 419 U.S.35(1974).

¹⁵⁶ 326 U.S. 501 (1946).

城鎮和其他美國的城鎮並沒有什麼不同，城鎮及其購物區一般都是公眾可以使用和自由使用的。有天一信仰耶和華見證人 Marsh，至該城鎮發送宗教傳單，Marsh 被告知她無法分發宗教傳單後，她仍繼續發放。後她被要求離開，但她仍拒絕拒絕。最終，副治安官逮捕了她，起訴她侵入私人住所。Marsh 則主張宗教自由及出版自由，Alabama 上訴法院認為 Chickasaw 屬於 Gulf 所有，故並不適用憲法，因而維持州法院對於 Marsh 的敗訴判決，但聯邦最高法院則認為，所有權並不意味著絕對的支配。如所有權人開放他的財產供公眾使用的越多，他的權利就越多地受到使用者的法定和憲法權利的限制。公路的運營是公共職能的表現，應有憲法之適用，因此，法院認為該公司「禁止原告於公路發送宗教傳單」之行為，侵害原告的宗教自由及出版自由，原判決違反美國憲法增修條文第一條和增修條文第十四條¹⁵⁷。

又在 *Peterson v. City of Greenville*¹⁵⁸案中，原告十個黑人進入 Greenville 州的 SH Kress 商店，並坐在店裡的用餐區，因而被判決侵入罪。且依據 SH Kress 商店經理於法庭上的證言：他們拒絕服務他們，是因為他們過去服務黑人時，被認為違反城市的「分離」政策。美國聯邦最高法院認為，因為當時法令要求餐廳要採盡快以「種族分離」的基礎來營運，該餐廳的行為明顯是因為法律的要求，故該行為應被視為國家行為¹⁵⁹，因此餐廳的行為違反憲法增修條文第十四條平等保護條款。另外，在 *Burton v. Wilmington Parking Authority*¹⁶⁰ 案中，威爾明頓停車管理局將一棟國有停車大樓內的附屬設施，出租予 Eagle Coffee Shoppe 經營，僅因上訴人是黑人，即拒絕對他們提供食物或飲料，上訴人起訴要求法院禁止他們拒絕服務的行為。州法院拒絕他們的要求，認為 Eagle Coffee Shoppe 並無憲法的適用，且 Wilmington 州法規並未要求該餐廳為進入其營業地的所有人提供服務。然而美國聯邦最高法院認為，雖然該餐廳是私有的，然而政府經營該停車大樓，而 Eagle Coffee Shoppe 屬大樓的一部份，且 Eagle Coffee Shoppe 是政府建造和融資停車場的目的所不可或缺的（餐廳租金收益挹注停車場）。再者，該餐廳是公共大樓停車服務不可或缺的一部分，故餐廳（承租人）的行為應被視為國家行為，因而認定餐廳的行為違反憲法增修條文第十四條平等條款¹⁶¹。

¹⁵⁷ 江時銘(2014)，《國家與人民間紛爭仲裁之法定位與法界限－從政府採購與促參案件出發》，頁 163-164，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

¹⁵⁸ 373 U.S. 244 (1963).

¹⁵⁹ Chirwa, D. M., *The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective*, 10 LAW DEMOCRACY & DEV. 21,23 (2006).

¹⁶⁰ 365 U.S. 715 (1961).

¹⁶¹ Chirwa, D., *supra* note 159, at 23-24.

國家行為理論，其中最有爭議的是 *Shelley v. Kraemer*¹⁶² 案，密蘇里州的社區中 39 名社區的住戶，簽訂了社區規約，限制黑人居住於該社區之任何一個房屋內，包含以購買或承租方式取得居住的權利，然而黑人 Shelley 成功購買了該社區的房屋，故該社區之其他住戶 Kraemer 提起訴訟，要求限制 Shelley 擁有該屋，密蘇里州的最高法院，接受了 Kraemer 的主張，認為私人間之契約，不適用憲法的平等原則。但聯邦最高法院認為，私人間不適用憲法平等原則，故該種族限制性的協約，並不能被視為違反憲法增修條文第十四條。然而如果法院參與了執行，即構成了「國家行為」，因此在州法院強制執行基於種族而發的限制性協約將違反憲法增修條文第十四條的平等條款。便得適用憲法增修條文第十四條的平等保護條款。但此案爭議較大，後續司法實務未採之¹⁶³。可想而知的，*Shelley v. Kraemer* 後續並無延續，實因最高法院的見解頗矛盾，判決牽涉到國家到底肯不肯認他們約定的法效力，最高法院雖肯認私人間得以約定種族歧視協約，然而卻否認司法得強制執行，使該協約形同君子協議而無法履行。但此判決確實凸顯公私法區分的問題：主張公私法區分者，強調社會的自主性、締約自由、私法自治，而認為國家不應該介入干涉，然而，私法關係如有爭議，最後終究仍需要國家（司法）「介入」，沒有辦法透過司法來執行者，形同君子約定，並無實質用處。

綜上，因美國憲法並不承認國家有保護人民憲法權利之義務，進而侷限了憲法權利適用於私人間之可能性¹⁶⁴。大體而言，在美國的司法體例中，除非構成「國家行為」，否則私人間之行為並無憲法之適用，但在此大原則下，如私人行為和國家之間的鏈結足夠強大，該私人行為亦應受基本權的拘束，受判決肯認的類型包含私人的行為涉及政府的權力或功能(*Jackson v. Metropolitan Edison Co.*、*Marsh v. Alabama*)、私人行為是在國家的強制力下所為，或是受國家的顯著鼓勵所為 (*Peterson v. City of Greenville*)、國家透過安排、管理、或資助的方式參與、介入該行為 (*Burton v. Wilmington Parking Authority*)。

值得關注的是，美國有少數學者認為，美國在一般的侵權行為案件時，事實上也有基本權水平效力之功能，例如美國公法學者Lisa J. Laplante指出，傳統對於侵權行為的理解為中立的、工具式的，被許多匡正型正義(corrective justice)的學者重新導向，將侵權行為作為以正義為基礎的理解。他們拒絕形式主義，認為傳統的侵權行為在實際上，政治上和理論上都是站不住腳的，Laplante主張侵權法應被理解為民事正義的制度，具有保障人權的功能，無論侵害者是政府或私人。

¹⁶² 334 US 1 (1948).

¹⁶³ Chirwa, D., *supra* note 159, at 24-25.

¹⁶⁴ See id. at 25.

且其分析法院的判決後說明，法院已經在做了，我們需要做的只是認可法院的作法，並更精細化的討論。**Laplante**也認為同意基本權的水平效力，能更完整的保護弱勢，也能更與國家社會接合¹⁶⁵。雖然國家行為理論仍是美國適用基本權主要的依據，但在侵權行為案件中，美國法院對於人權的關注，事實上也體現了水平效力的內涵。從這裡我們也可以看到，私人尤其是大型企業對於人權之影響日深，各國憲政體制、文化雖有不同，但也莫不在制度上具體的回應。

第二節 德國一間接適用的典型

德國基本權水平效力（Drittwirkung，直譯應為基本權第三人效力）的發展。在國際上起相當大的示範作用，尤其 Lüth 案所提出的客觀價值秩序，突破了光榮革命、法國革命以來基本權的「主觀面向」，且客觀價值秩序理論進一步帶出的第三人效力理論，更是成為許多國家基本權第三人效力的參考，但其實德國的憲法並無就基本權水平效力而有的明文規範。只是在基本法第 1 條第 3 項明確表示：「以下基本權利拘束立法、行政、司法，而為直接有效之權利。」，由於憲法未明確的表示基本權如何適用於私人間，故德國基本權第三人效力的發展，多仰賴學說和法院判決，討論上亦不著重於憲法條文（有異於南非和愛爾蘭）。

壹、基本權直接水平效力理論

基本權直接水平效力理論係承認基本權利具有絕對效力，認為基本權利不僅拘束國家，亦可拘束私人，使私人亦負有基本權之義務，故基本權毋庸間接透過民事法律公序良俗條款作為媒介，即得直接適用於私人關係。

德國學者 Hans Carl Nipperdey 是此說的主要代表¹⁶⁶，Nipperdey 認為，基本權利是最高層的規範，倘若基本權利之條文不能直接在私人間被適用的話，則憲法的基本權利之條文，將淪為僅具絕對的宣示性質罷了，其在「基本權與私法」一書中，更進一步說明，私法是由財產權，繼承權，營業自由，競爭自由以及契約自由所構成，且是人類的「生活要素」。私法是一個統一的自由的，社會整體法律秩序的最重要的成份。而這個整體法律秩序的基礎，也是私法體系的基礎，便是「人類尊嚴」。人類尊嚴是法律理念的領域內「最高度的價值」，也是在法內「形成風俗化的力量」。又由於個人不是一個「孤立的主權個體」，而是必須和社會，團體發生關係，基本法已經調合兩者之關聯。由於基本法不欲建立一個「集

¹⁶⁵ Laplante, L. J., *supra* note 105, at 311-312.

¹⁶⁶ N. Ferreira, *supra* note 110, at 34.

權式之國家」，亦不欲建立一個「完全自由放任之國家」，其所揭橥的「社會（福利）國原則」(Sozialstaatsprinzip)，必須阻止社會上有力的「強者」，來壓迫弱者。亦即對強者經濟權利的運作，必須予以必要之限制¹⁶⁷。

Nipperdey 見解獲得聯邦勞工法院的採納，聯邦勞工法院判決¹⁶⁸認為，並非全部憲法基本權利之規定都只是針對國家權力而發的「自由權」，而是有一連串「重要的基本權利規定」皆是「社會生活的秩序原則」。這些社會生活的秩序原則對於國民之間的法律關係具有直接之意義，因此所有私法的協議，法律行為及作為，都不能與之相牴觸，國家及法律秩序具體的結構及「公共秩序」都是由之形成的¹⁶⁹。然而德國聯邦憲法法院和通說，皆不採納直接效力，而是採取間接效力之途徑。

貳、德國通說：間接效力

德國通說堅持基本權只拘束國家，而不拘束私人，其雖基於國家整體法秩序體系的一致性與統一性，而不否認基本權利對司法亦有影響作用，但為維護司法的獨立性，避免私法自治遭到破壞，仍以為基本權利不能直接適用於私人關係間，只能間接透過私法規範，特別是其中的開放性概念與概括條款，對私人相互間法律關係發生效力¹⁷⁰。

間接適用的主要代表當為 Günter Dürig。Dürig 仍維持憲法原始規範意旨，認為基本權利是針對國家而發，故其對抗對象仍限於國家。但民事法院之審判是國家行為之一，必須不能違背基本權利之規定。正如同行政及立法行為受到基本權利之拘束一樣，但，事實上民事訴訟既然須依待審案件之私法關係受基本權利保障情況而受到拘束，故這種拘束是「間接拘束」¹⁷¹，Dürig 認為 Nipperdey 和聯邦勞工法院的見解將任何憲法基本權利規定，形式移植到私人的法律關係，是侵害私法自治、契約自由等私法體系的基本價值，是對私法體系的毀滅，Dürig 指出，當事人之間，可以不顧那些憲法只欲規範「國家和私人關係的要求及禁止規範」的規定，來發展其私法關係，這種「基本權利人可放棄部分之權利」是著眼於個人的發展自由，使個人成為抽象的私法關係之主體，所以在實際的案例中，民事法可以允許個人在簽訂契約時，予男性對方較多利益（和男女平等之原則違

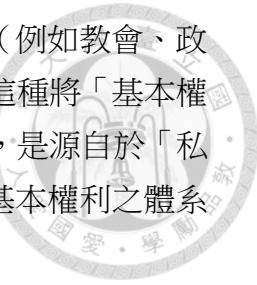
¹⁶⁷ 陳新民，前揭註 138，頁 70-71。

¹⁶⁸ BAGE1, 185. 轉引自：陳新民，前揭註 138。

¹⁶⁹ 陳新民，前揭註 138，頁 81。

¹⁷⁰ 許宗力，前揭註 10，頁 65-66。

¹⁷¹ 陳新民，前揭註 138，頁 86。



反），也可以不使用自己的某種自由利益，例如與某種意識事業（例如教會、政黨、廣告公司）簽訂工作契約，只能依約表達「某特定」言論，這種將「基本權利之違反」和「私法違法」之相互分開的理由，依 Dürig 之見解，是源自於「私法的獨立性」及「私法的法典獨自性」，這種原則乃相對於憲法基本權利之體系而存在¹⁷²。

為了使基本權利對私法有直接效力，但是經由私法為之之目的能夠達到，Dürig 提出了私法中「概括條款」作為在私法中，實現憲法之基本權利理想的「媒介」，概括條款具有價值滿足之能力及價值滿足之必要性(Wertausfüllungsfähigkeit und Wertausfüllungsbedürftigkeit der Generalklauseln)，來滿足基本法（透過其基本權利規定）所制定的「價值體系」。Dürig 認為，惟有透過概括條款的適用，方可以妥善調和私人間私人的「處置自由」，卻又可以維持「整體法的一致性」¹⁷³。

Dürig 的見解獲得 Lüth 案¹⁷⁴的採納，本案中，Lüth 為漢堡新聞協會主席，其公開抵制 Harlan 的電影，批評 Harlan 在納粹時期曾導演反猶、辱猶的電影，呼籲德國戲院、代理商不要放映、代理 Harlan 的作品，也呼籲德國人不要前去觀賞 Harlan 的電影。德國聯邦憲法法院首先指出，「基本權利的首要功能，在於確保個人的自由領域，免於受到公權力的干預；基本權利是人民對抗國家的防禦權。從基本權理念的思想史及基本權利被納入各國憲法的歷史發展進程，可以得出此點」。雖然如此，判決亦闡述了基本權仍可能對於私法關係產生影響，判決指出，憲法不是一個價值中立的規範，基本權利的規定正是要建立一個客觀價值秩序，以強化基本權利的效力，因此基本權利確實會「影響」私法（及其發展），任何私法都不能和基本權利的價值體系相違背，解釋私法時亦應依基本權的精神為之。而基本權利對於民事關係的影響，主要透過民事法內的「概括條款」來實現，例如「善良風俗」。法院清楚的贊成 Dürig 所主張的「概括條款」是基本權利對民法的「突破點」，是憲法基本權利進入民法關係的「進入口」，基於憲法的要求，法官在具體審判案件時，就必須以憲法基本權利之精神來審查，解釋及適用民法條文，倘若法官不循此方式，忽視憲法所保障的「客觀的規範」時，就是視為「公權力之侵害」，對於此種判決，除循民事訴訟審級途徑提起救濟外，人民即可以提出憲法訴願。由憲法法院來審查判決中基本權利對民法的「放射作用」，有無被實現此同時亦構成審查的界限；憲法法院的任務非在全然地審查民事判決是否

¹⁷² 陳新民，前揭註 138，頁 83。

¹⁷³ 陳新民，前揭註 138，頁 86。

¹⁷⁴ BVerfGE 7, 198. (English version, available at <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1477>)

存有違法之處，毋寧僅須審酌基本權利對民法之所謂的「放射作用」，並使憲法規範的價值內涵亦得以在此展現其效力¹⁷⁵。

最後，德國聯邦法院判決認為「言論自由」是一種「對外界之精神作用」的表示、是一種「純粹的精神作用」，其受保障的程度，應該較 Harlan 所得到的「職業利益」以及發行及代理影片公司的「經濟利益」較為廣泛。亦即言論自由的應保障性，應該較行為自由（基本法第二條）及財產權（基本法第十四條）之應保障性來得大。以這個理由，聯邦憲法法院判決 Lüth 有杯葛之言論自由，其行為不構成民法第 826 條善良風俗之侵權行為要件。

有別於基本權萌芽初期當初是為對抗國家而設，故多著重於基本權的主觀功能，然而德國 Lüth 案所揭示的客觀價值秩序和放射效力，不僅為德國基本權水平效力打下理論基礎，亦深深的影響到國際上基本權客觀功能之發展。除此之外，學者 Stefan Oeter 更進一步分析 Lüth 案對於德國法學界的顛覆，Stefan Oeter 指出德國社會的傳統概念認為，個人名譽是一個非常基本且重要的原始價值。這種對於個人名譽價值的尊崇，從傳統的封建時代一路存續傳承到戰後的德國社會。德國法院亦深受這種古老的思想影響，因此在誹謗言論的爭訟中，即便這類的誹謗言論是發生在熱度高的公共辯論中，且涉及公共倫理或政治議題，法院大多依循前例來保障個人名譽。然而，顯而易見的，德國聯邦法院在 Lüth 的判決當中，重新衡平原本過於傾斜的見解，而認為應建立一個友善公共辯論的規範結構，這就是一個「傳統偏好保障名譽的階級意識」和「現代偏好公共辯論的民主社會」間明顯的矛盾。許多觀察者認為，需要注入一些東西來改變傳統的社會概念，而這個共識似乎影響、並促成聯邦憲法法院在 Lüth 中，適用基本權於私法關係，當立法者不願意做出改變的時候¹⁷⁶。

學者 Stefan Oeter 所點出的問題，除了基本權和私法的關係外，更凸顯了法院在該關係中所扮演的角色。社會中有許多陳腐規則，產生於傳統不平等的權力結構，如果在討論「自由」，以為自由生成於真空狀態，而未看到市場中當事人間權力的傾斜和市場當中既有的陳腐規則時，很難聲稱這個自由為真的自由。而基本權的介入，顯示了國家認同基本權利的價值，以此價值，來形塑社會的互動，消除因不平等所產生的陳腐規則，尤其立法者因某些因素而不願意做出改變的時候，司法者作為基本權的最後一道防線應承擔這個任務。

¹⁷⁵ 陳新民，前揭註 138，頁 100-103。

¹⁷⁶ Oeter, S., *supra* note 107, at 14-15.



Lüth 案和 Dürig 學者對於基本權間接第三人效力的主張，仍僅強調於基本權對私法產生「影響」，亦即，僅要求法院在審判時將基本權納入考量，但憲法對於民事關係的支配性，尚屬薄弱，故在水平效力的分類上屬「基本權弱的間接水平效力」¹⁷⁷，然而近年來德國實務，更朝以憲法來支配私法的方向－基本權強的間接水平效力－發展。

1990 年 *Handelsvertreter*¹⁷⁸ 案，代理人和委託人訂定契約，規定代理人於契約終止後二年內，不得承接與委託人有競爭關係之案件，如代理人具有可歸責的事由，其則喪失補償的權利，然而代理人在契約終止兩年內，接受另外一個委託人的委託，故委託人對其提起民事訴訟，主張代理人違反了禁止競爭行為的約定。代理人在所有審級皆敗訴，最後向聯邦憲法法院提起憲法訴願。雖然這個約定是合於《德國商業法》，憲法法院首先指出，私法自治只存在於法律的框架內，而這些法律本身也受到基本權利的約束。「基本法」不希望成為一個價值中立的秩序，反之，基本權利的客觀基本決定是適用於所有法律領域的，包括民法，任何民法都不得違反基本權利的原則¹⁷⁹。

因此聯邦憲法法院認為該競爭條款（委託人預擬，排除談判可能性，且契約雙方權力顯然不對等）會對代理人之職業自由甚至生計造成侵害，不符民法典第 134 條公序良俗條款，違反職業自由¹⁸⁰。憲法法院判決指出，為處理契約雙方不平衡的權力問題，立法者必須適當考慮這些相互衝突的基本權，而為規範，但即使立法者忽略特殊情況和各種不同契約的特性，而未予以規範，也不表示契約自由得無限上綱，一般法院仍應於私法中保障憲法權利¹⁸¹。林佳和教授指出，憲法法院認為，針對所謂契約當事人協商均勢的障礙，若要重建當事人地位的對等，則國家－特別是司法權的保護義務－之介入，恐怕是無法避免的。在這則判決中，憲法法院特別提出了三個國家介入的要件：一方當事人社會保護的必要性、當事人間結構上的不平等、一方當事人受有不合理的歧視¹⁸²。

1993 年 *Bürgschaft*¹⁸³ 案中，當事人 21 歲，教育程度不高，名下無財產，在

¹⁷⁷ Cherednychenko, O. O., *supra* note 111, at 23.

¹⁷⁸ BVerfGE 81, 242. as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 111.

¹⁷⁹ BVerfGE 81, 242(255). as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 111.

¹⁸⁰ BVerfGE 81, 242(259). as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 111.

¹⁸¹ BVerfGE 81, 242(256-257). as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 111.

¹⁸² 林佳和(2005)，〈勞動學作為勞動法學的方法論－提問與解答的嘗試〉，《勞工研究》，第 5 卷第 1 期，頁 35-49。

¹⁸³ BVerfGE 89, 214. as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 111. N. Ferreira, *supra* note 110, at 88,98-99.

一間魚工廠從事非技術性工作，為其父親銀行貸款擔任保人，金額為 50000 歐元，後來該父親房地產業務失敗，銀行起訴主張向主張償還債務。一審法院認定契約，應當償還債務。而上訴法院則認為銀行沒有履行告知義務，契約對上訴人無拘束力。但州法院則認為根據當事人的年齡（成年），應當認識到簽訂契約的風險，應此判決契約仍然有效。案件到了最高法院，憲法法院基於人格發展及社會國原則（基本法第 2 條第 1 項及第 28 條第 1 項），認為該保證契約不會給予上訴人任何直接利益，且風險極高，而認為該保證契約無效。判決中，法院確切指出私法自治和社會國原則的關係，法院認為借款人應該要能夠判斷自己能耐，原則上應當為其行為負責，但這並不排除在契約中協商能力的結構不平等的情形（本案：經驗不足、還款無望、月薪極低），而該保證契約只對上訴人課予負擔，法院有義務保障其自主發展人格權（藉由民法典第 138 條公序良俗條款和第 242 條誠實信用條款）。因此德國聯邦憲法法院以公序良俗和誠實信用條款，認定該擔保契約無效。

另在 *Parabolantenne*¹⁸⁴ 案，原告為一個土耳其公民，他承租的房子的天線，只能接收德國的節目，於是原告想要加裝拋物面天線（衛星接收系統），以便能夠接收土耳其電視節目，根據租賃契約，需得房東的同意始得加設天線，但房東為了維持房屋外觀而拒絕。原告起訴，然地方法院、上訴法院認為原告及其家屬得透過翻譯德國新聞獲致資訊，且未來一年將設置有線電纜，應不再容許單獨的天線，且原告沒有契約權利裝設天線，因而駁回了原告的主張。案件到了聯邦憲法法院，聯邦憲法法院認為，資訊權的保障，是為保障人格發展並以之維護民主秩序，與言論自由和傳播自由同等重要，而取得傳播方式的保障，是資訊權的一環，原告有權取得其家鄉資訊之權利。

雖然，德國民法典中沒有明確規定天線附屬於出租房屋的規定。但民事法院在關於建立接收設施的私人衝突時，可以仰賴德國民法典第 242 條誠實信用條款，及第 535 條：「出租人根據使用租賃合同負有允許承租人在租賃期間使用租賃物的義務，承租人負有向出租人支付約定的租金的義務。」第 536 條：「出租人應將符合約定使用狀態的租賃物交付承租人，並在租賃期間使租賃物保持此種狀態。」等一般規定來處理。亦即，在解釋適用這些一般規定時，考慮原告之資訊權。最後，憲法法院認定，為保障原告的資訊權（基本法第 5 條 1 項），房東應讓其土耳其房客裝額外的天線，以接收土耳其的節目，但為房東有權確保該天線的置放位置，盡量不影響房屋美觀，因而認定下級審法院解釋適用法律過於狹

¹⁸⁴ BVerfGE 90, 27. as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 111.

隘，侵害了原告的資訊權。

另外值得關注的是「Blinkfür」案¹⁸⁵，Blinkfür 是一個小型左翼雜誌名列東歐的電視節目，1961 年柏林圍牆興建，德國最大的報紙出版商 Axel Springer Company(以反共產主義為名)，呼籲出版商抵制東歐電視節目的產品，且以撤回與出版商間之商業合作作為威脅，這個呼籲明顯是針對 Blinkfür 而來。故 Blinkfür 提起訴訟，控告 Axel Springer 的威脅抵制行為侵害了 Blinkfür 的營業，Axel Springer 則以言論自由作為回應。和 Lüth 案相反的是，法院並不認為受基本權第 5 條影響的民法第 823 條第 1 項侵權規定，得讓 Axel Springer 免責。雖然法院再次肯認了基本權第 5 條言論自由的保障，應於審酌民法第 823 條第 1 項侵權規定時予以考量，然而法院認為這樣的抵制行為，並無助於公共意見的形成，而毋寧只是讓 Axel Springer 的濫用他強大的經濟影響力(overwhelming economic power)來強迫出版商而已。亦即 Axel Springer 只是訴諸於經濟壓力而非他話語的實質內容，來對抗東歐電視節目的產品。

法院更進一步指出，為保障傳播自由，因確保傳播業者的獨立性不受有權勢經濟團體的侵害，傳播業者的目標就是為了保障自由公共意見的形成，才特別需要避免以經濟壓力來打壓不同的聲音，故 Axel Springer 的透過經濟壓力來進行抵制，並非實現言論自由，反而是侵害了傳播自由。因此「Blinkfür」案判決除了考量雙方的基本權利、看到權力結構的不對等外，更實際審視了他們在現實當中的「經濟影響力」來觀察 Axel Springer 的言論自由，及其對 Blinkfür 所造成的侵害效果，進而認定 Axel Springer 的言論所造成的效果，被非言語的內容，而僅是經濟的影響力，進而削弱 Axel Springer 的言論價值，而認為此毋寧是透過經濟壓力來侵害傳播自由。德國學者 Stefan Oeter 則引述此案指出，實定法的重要性漸漸下降，當憲法法院間接適用基本權，以保障弱勢的個人對抗社會上有權有勢者(powerful social grouping)¹⁸⁶。

綜合以上的判決來看，德國聯邦憲法法院對於這些案件的判決重點在於憲法的討論，且對於一般法院適用基本權在民事關係上的要求強度極高，讓基本權成為解決私法爭議的關鍵角色。雖然在所有的案件中，基本權都不是正式的直接適用在私人間，而仍是適用私法，然而在操作上，憲法法院是藉由衡平案件中相衝突的基本權來作判決，例如，Handelsvertreter 案憲法法院平衡職業自由和私法自治；Bürgschaft 案，法院衡平女兒的人格發展權和社會國原則、及銀行私法自治

¹⁸⁵ BVerfGE 25, 256. as cited in Oeter, S., *supra* note 107, at 7.

¹⁸⁶ Oeter, S., *supra* note 107, at 7.

的權利來作判決；*Parabolantenne* 案則是衡量房客的資訊權和房東的所有權（美觀）；*Blinkfür* 案則衡平 Axel Springer 的言論自由和 *Blinkfür* 的傳播自由，且上述案件縱然最後都借鏡於民法典之規定，但值得注意的是，民法典之規定，並未改變法院的衡平結果。在這些案件中，一般法院負有國家保護義務，保護私人基本權，故法院應藉由概括條款(general clause)，介入私人關係。然而對於基本權應何時、何情形、何範圍進入私法，私法的影響相當低。

自從法院的判決越來越常是以憲法作為決定私法爭議之基礎，而非基於「受憲法影響」的私法，概括條款則越來越常被視為憲法進入私人間的「工具」，概括條款除了作為乘載基本權的工具以外，別無其他實質意義。從這些案子來看，在德國法院實際的操作上，憲法不僅僅是影響私法而已（弱的基本權間接第三人效力），實質上是憲法來決定私人間的爭議結果¹⁸⁷（強的基本權間接第三人效力）。私法（概括條款）對於民事關係結果的決定性，逐漸被憲法所取代。從上述的案件看來，私法甚至完全無影響力，幾乎僅為憲法取徑之用，實近似於承載憲法的「殼」。

肆、小結

直接水平效力在 Nipperdey 的疾呼之下，在德國曾曇花一現，然而僅實現於德國勞工法院，終未獲德國聯邦憲法法院的採納。Dürig 的間接水平效力理論在 Lüth 一案中被德國聯邦憲法法院所援用，奠定德國基本權間接水平效力之厚實基礎，在德國蔚為通說。然而無論是 Dürig 的學說或 Lüth 判決理由皆顯示，基本權僅是「影響」私法，而不直接「控制」私法，在分類上為弱的基本權間接第三人效力，但從後續的幾個德國聯邦憲法法院的判決來看，憲法基本權對於私法爭議似乎是居於決定性的角色，而非僅是單純於審判時將憲法納入考量而已，甚而，私法幾乎已無置喙之餘地，而是完全由憲法決定，從這個發展趨勢觀之，德國聯邦憲法法院目前實務見解，分類上屬基本權強的間接第三人效力或實質的直接效力（民法僅是承載憲法的殼）。值得注意的是，法院在 *Handelsvertreter* 案及 *Bürgschaft* 案、*Blinkfür* 案，對於「當事人權力結構的不對等」及「法院於當事權力結構不對等時，法院實現國家保護義務之重要性」皆有特別的闡述，以作為基本權進入私法的正當性基礎，也說明了法院「適用基本權於私人關係」對於有效保障弱勢之重要性，從這裡也可以理解到憲法對於弱勢保障的要求，和基本權水平效力的落實，有著密切的關聯。

¹⁸⁷ Cherednychenko, O. O., *supra* note 111, at 8.

第三節 南非一直接適用與間接適用之爭執



南非憲法最特別的是，南非憲法明文表示私人受憲法基本權之拘束。按南非憲法第 8 條規定：「1. 本權利法案適用於所有法律，並拘束立法機關、行政機關、司法機關及其他所有的國家機關。2. 在考慮過權利的性質以及權利所加諸義務的性質以後，在適用程度上，權利法案的條款也拘束自然人或法人。3. 當權利法案的條款依第 2. 的規定適用於自然人或法人時，法院：3.1. 為了實現本法案的權利，必須適用或在必要時發展習慣法以彌補立法未實施該權利的不足；以及 3.2. 若該限制是依據第 36 條第 1. 而來，可發展習慣法的規則以限制權利。」又南非憲法第 39 條規定：「2. 解釋法律、發展不成文法或習慣法時，每一法院、法庭應當促進本權利法案的精神、內涵、目的。」上述 2 個條文是型塑南非憲法的基本權三人效力的重要依據，也是南非學者在探討基本權水平效力時，主要的論述基礎。

然而在 1996 年南非憲法制定之前，南非憲法法院並不採取這樣的觀點，南非臨時憲法第 7 條規定，基本權拘束立法和行政，第 35 條規定，在解釋法律、發展習慣法時，法院應該要遵從基本權之精神、目標。在 *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*¹⁸⁸ 案件中，南非憲法法院認為，基本權不直接適用於第三人，但如果法令違反基本權，只得在民事訴訟中主張，如果不涉及政府行為或法令者，基本權則不得在訴訟中主張，雖說如此，但基本權仍得間接適用於私法關係¹⁸⁹。雖 1996 年南非憲法顯然不採取這樣的觀點，然此判決顯示了南非憲法法院的看法，對南非基本權於私人間的適用具重大的影響。*Du Plessis* 案不僅是南非臨時憲法適用時期，基本權水平效力的重要參考，其更深深的影響到 1996 年南非憲法制定後，南非學界及南非憲法法院的主張。

即便 1996 年的南非新憲法明文規定「權利法案的條款也拘束自然人或法人」，然而，憲法究竟是採取直接第三人效力，還是間接第三人效力，南非學界仍容有爭執。Halton Cheadle 和 Dennis Davis 認為憲法所闡述的，係間接水平效力，並非直接水平效力，學者 Chris Sprigman、學者 Michael Osborne 在〈*Du Plessis is Not Dead*〉一文中，亦指出憲法並非要求直接效力，而是在闡釋法律時，依憲法的價值為之¹⁹⁰。又學者 Iain Currie 和學者 Johan De Waal 認為直接第三人效力的採用將私法判決凌駕於一般法律，但間接第三人效力是肯認憲法的「客觀價值體

¹⁸⁸ 1996 (5) BCLR 658 (CC), 1996 (3) 850 (CC) (May 15, 1996). as cited in Nolan, A., *supra* note 111, at 77.

¹⁸⁹ Fedtke, J., *From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition*, in HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY, ROUTLEDGE-CAVENDISH 352,365-366(2002).

¹⁹⁰ Sprigman, C. & Osborne, M., *Du Plessis is Not Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes*, 15 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 25-51 (1999).

系」，僅是要求解釋法令應依憲法價值為之，但和 Cheadle、Davis、Sprigman、Osborne 不同的是，Currie 和 De Waal 認為，1996 年的南非憲法，是同時肯認直接效力和間接效力：憲法第 8 條是肯認直接效力、憲法第 39 條第 2 項則是肯認間接效力。然而，Currie、De Waal 仍認為，間接效力應優於直接效力，只有在少數的情形才有直接效力的適用，例如判例法違反憲法，而需要法院推翻該判例、發展其他判例¹⁹¹。然亦有學者如 Christopher J. Roederer¹⁹²認為直接效力和間接效力在適用結果上並無差別。Roederer 指出，法院依憲法第 39 條第 2 項之規定，發展符合基本權之價值、精神之普通法時，有權宣告普通法無效。故第 39 條第 2 項和第 8 條第 2 項、第 3 項的區分，就會變得不重要。

Khumalo and Others v Holomisa¹⁹³案，是少數南非憲法法院處理憲法第 8 條之案件，聲請人主張，答辯人未能證明聲請人的言論是錯的，因而不能主張名譽的損害賠償，聲請人認為其表意自由受憲法第 16 條所保障，關乎公共利益、且具有政治的重要性，如要主張因該言論受名譽損害，應證明該言論為錯誤之言論。首先，法院肯認依憲法第 8 條第 2 項之規定，言論自由得直接適用於本案，然而普通法並無要求主張名譽損害之原告，應舉證言論為錯誤，故不符合憲法第 8 條第 3 項第 2 款之規定。最後，法院考慮到了證明言論錯誤的困難性，做出對答辯人 Holomisa(主張名譽損害者)有利的判決。然而，這個判決並未清楚的說明直接效力或間接效力之問題，亦無針對第 8 條和第 39 條第 2 項間之關係為闡述，故仍未解決學說上之爭執。

學者 Woolman 認為任何法律、習慣法如果和憲法不符，即涉及到「國家」，應該適用第 8 條 1 項和第 39 條第 2 項¹⁹⁴。但 Currie、De Waal 反駁，他們認為私人爭議仍須適用第 8 條第 2 項、第 3 項，而非泛泛的以第 8 條第 1 項或是第 39 條第 2 項的規定來排除憲法於第三人的適用。南非公法學者 Chirwa 認為 Khumalo 案即是肯認了第 8 條第 2 項、第 3 項的重要性，明確表示，憲法權利拘束私人，法院藉由第 8 條第 3 項，即得發展，立法未為保障或限制之權利。如立法者沒有立法、或立法不足以保障憲法權利，法院即得發展習慣法彌補立法不足之處，或是審酌習慣法對於憲法權利之限制，是否恰當。因此第 8 條第 2 項、第 3 項是非常重要的，藉由習慣法和立法的運用，以滿足基本權利，即是基本權利直接適用

¹⁹¹ CURRIE, I. & DE WAAL, J., THE BILL OF RIGHTS HANDBOOK, JUTA AND COMPANY LTD. (2013).

¹⁹² Roederer, C. J., *Post-Matrix Legal Reasoning: Horizontality and the Rule of Values in South African Law*, 19 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 57-81(2003).

¹⁹³ 2002 (5) SA 401(CC); 2002 (8) BCLR 771(CC).

¹⁹⁴ Woolman, S. (2005). Application, in Chaskalson M.(eds). *Constitutional Law of South Africa*. 31, 31-54.

的顯例。再者，於習慣法和立法不足以適當的處理基本權於私法間之爭議時，法院有權塑造一新的規則為之¹⁹⁵。故南非仍是以法律、習慣法為私人間適用基本權利之主要途徑，但法院得透過習慣法的發展來實踐基本權。

學者 Sprigman 主張第 8 條第 3 項和第 39 條第 2 項都是指間接效力，學者 Roederer 則主張兩者的適用結果並無不同，學者 Chirwa 認為前述二者都是錯誤的論述。Chirwa 指出，第 39 條第 2 項之內涵確實和德國的第三人效力相同，在解釋適用法律時，應符合憲法之價值，尤其透過公序良俗等一般條款。然而這樣的適用基本權利管道相當有限。並非所有第 8 條第 2 項、第 3 項都得納入第 39 條第 2 項之適用範圍，Khumalo 案即是顯例，法院援引第 8 條第 2 項、第 3 項，直接為表意自由和人格尊嚴(名譽)做衡平，故南非的發展應該是較德國的基本權第三人效力廣的、進步的，這點不應該被抹煞，Chirwa 者強調，不應該限縮解釋憲法第 8 條為基本權間接第三人效力¹⁹⁶。

從上述的討論可知，南非究竟是採直接效力或強的間接效力，因為 Du Plessis 案和後續南非憲法間之扞格，導致學說對於南非憲法之解讀，相當分歧，或許係因南非憲法施行時間短，判決、理論發展尚屬不足、混亂。雖然南非究竟採直接效力或間接效力尚不明朗，但總而言之，法院得透過憲法價值來發展習慣法的方式來保障基本權，是憲法明文肯認的，當屬無疑。

第四節 愛爾蘭一憲法侵權理論

壹、基本權直接水平效力之確立

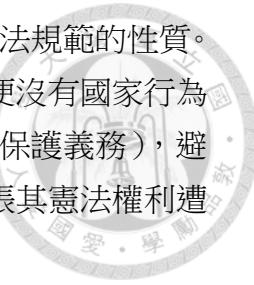
愛爾蘭憲法並無明文規定基本權是否適用於私人之間，但根據愛爾蘭憲法第 40 條規定：「5. 國家保證在其法律中尊重、並儘可能在實踐中，以法律來保障和維護公民的人身權。6. 國家特別應盡力以法律來保護公民免受不公正的攻擊。國家在發生此類不公正攻擊時應維護每個公民的生命、人身、名譽以及財產權利。」本條規定明確課予國家尊重、保護公民權利之義務。

愛爾蘭憲法奠基於自然法，從自然法的觀點來看，基本權必須被保護，無論侵害來源為何¹⁹⁷。在愛爾蘭的法體系裡，憲法具有最高的法效力，所有的其他法律規範，都要遵循憲法的要求，故所有的立法都要合於憲法權利、憲法價值，制憲前或制憲後的法律皆然。同樣的，所有普通法原則亦須遵循憲法規範，即使他

¹⁹⁵ Chirwa, D., *supra* note 159, at 42.

¹⁹⁶ See id. at 44-46.

¹⁹⁷ Nolan, A., *supra* note 111, at 72.



們僅適用於私人間。故愛爾蘭憲法不僅具有主觀權利，亦具有客觀法規範的性質。亦即私人可以在訴訟中直接挑戰立法或普通法原則的合憲性，即便沒有國家行為的介入。再者，愛爾蘭法院有義務去保障個人的憲法權利（國家保護義務），避免其基本權利遭受侵害，無論侵害來源是誰，所以個人得直接主張其憲法權利遭受侵害，以對抗侵害者¹⁹⁸。

早於 1961 年在 *Educational Company of Ireland Ltd v. Fitzpatrick*¹⁹⁹一案中，法院即指出，個人在憲法底下享有基本權，其他個人相對應的即有尊重、不干預該權利之義務²⁰⁰。另外在 *Crowley v. Irish National Teachers Organisation*²⁰¹案中，法院認為，被告 1976 年 8 月所發行的文章，呼籲附近學校不要招收來自 *Drimoleague National School* 的學生，故該校的學生至 1977 年 2 月前，皆無法順利上學，此行為侵害了原告（*Drimoleague National School* 學生）的教育權。相關早期判決雖有顯示法院有直接適用基本權在私法關係間的情形，然而並未完整立論，愛爾蘭的憲法侵權理論，有較清楚完整的闡述，則是在 *Meskell v. C.I.E*²⁰² 案，愛爾蘭法院認為，愛爾蘭憲法中的基本權，是直接適用於個人和公司。如私人違反憲法規範，得以之為訴因，提起憲法侵權（constitutional tort）。本案是建立憲法侵權理論的重要判例，愛爾蘭的學者也普遍認為，愛爾蘭憲法法院的判例，擴大了憲法文本中，憲法國家保護義務的範圍。

在 *Meskell* 案中，法院認為，基本權得拘束國家以外之人，故私人得本於憲法之權利向另一私人主張損害。C.I.E 是一間愛爾蘭公共運輸公司（百分之百國有），同意四個工會代表公司，終止與所有勞工的現存契約，而提供勞工新的勞動契約，然而這會導致所有員工都有義務加入其中一個工會。原告拒絕簽立新約，因而被解雇。最高法院認為，C.I.E 侵害原告的結社自由。Walsh 法官，在本案中即明白闡述「個人如因憲法權利受侵害，其有權向侵害他權利的人平反」，雖然被告是完全國有的公司，但是法院並無特別區分侵害主體是國家或私人。而是重視對於憲法權利的「侵害」本身，故愛爾蘭的基本權水平效力理論，稱之為憲法侵權理論。受侵害之人可要求損害賠償(damage)或禁制令(injunctive relief)²⁰³。

Meskell 案仍具有侵害主體上的爭議，故尚不能稱為明確建立基本權水平效

¹⁹⁸ See *id.* at 35.

¹⁹⁹ I.R. 345(1961)

²⁰⁰ Chirwa, D., *supra* note 159, at 35.

²⁰¹ I.R. 102(1980).

²⁰² I.R. 121(1973)

²⁰³ Nolan, A., *supra* note 111, at 69.

力的判例，以我國的憲法效力觀之的話，Meskell 案應屬國庫效力的討論，而非水平效力的討論。另在 *Glover v. BLN Ltd*²⁰⁴ 案當中，被告是一私人公司，本案法官主要在判斷，「該公司董事會在進行原告是否違反契約的調查時，調查程序是否符合憲法正義」。換句話說，判決是將憲法權利直接適用於私法人的內部事務。*Walsh* 法官指出，在做出會影響他人權利、義務的決定時，應提供一個公平的程序，本案明確將憲法適用在私人主體上。

愛爾蘭法院 1970 年後一系列關於憲法於私法關係適用的判決，確立包含公司、工會等私法主體，皆受憲法規範規範之限制。學者 *Colm O' Cinneide* 認為 *Meskell* 案和 *Glover* 案共同確立了憲法規範得直接適用於私法關係²⁰⁵的這個大原則，為愛爾蘭基本權直接水平效力建立之重要判決。

貳、直接效力的質疑

愛爾蘭人口當中，約有八成的人民信仰天主教²⁰⁶，向來是歐洲最保守的天主教國家，因天主教教義的影響，墮胎問題一直是愛爾蘭重大的法學爭議。愛爾蘭的墮胎法令源自於英國《1861 年侵害人身罪法案》，此法案將「非法流產」定為犯罪行為，至 1922 年愛爾蘭獨立後仍然生效。1983 年通過愛爾蘭更通過了憲法增修條文第 8 條，肯認胎兒的生命權，國家應尊重、並盡可能的透過法律予以保護²⁰⁷，在 2018 年愛爾蘭正式公投廢止增修條文第 8 條²⁰⁸²⁰⁹。

在 *Attorney General (Society for the Protection of Unborn Child Ltd) v. Open-Door Counselling Ltd*²¹⁰ 的案件中，法院指出，司法有義務保護憲法下的胚胎的生命權，無論侵害者是誰。本案中，被告提供懷孕婦女諮詢墮胎的服務，原告認為，此侵害了憲法第 40 條第 3 項第 3 款的胚胎的生命權，法院應該禁止被告的諮詢

²⁰⁴ I.R. 388(1973)

²⁰⁵ *O'Cinneide, C. A., Ireland Irish Constitutional Law and Direct Horizontal Effect –A Successful Experiment? , in HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY*(Oliver, D., Fedtke, J. ed.), ROUTLEDGE-CAVENDISH 215-219(2007).

²⁰⁶ CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, THE CIA WORLD FACTBOOK 2018-2019, SKYHORSE PUBLISHING INC. (2018).

²⁰⁷ Constitution of Ireland. Fundamental Rights, Article 40.3.3. The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.

²⁰⁸ 2018 年 5 月 25 日，愛爾蘭舉行墮胎合法化公投（2018 年憲法增修條文第三十六條），根據愛爾蘭公投委員會的正式統計，66.4% 選民支持廢除憲法明定的墮胎禁令（1983 年憲法增修條文第八條）。請參考：*Referendum on the Thirty-sixth Amendment of the Constitution Bill 2018, Referendum Ireland*, <http://www.referendum.ie/current-referendum/>.

²⁰⁹ Thirty-sixth Amendment of the Constitution of Ireland: Provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy.

²¹⁰ I.R. 593(1988),as cited in *Colm O' Cinneide*, *supra* note 205.

服務，原告的主張受到高等法院、最高法院的肯認。判決做成後，引起相當大的爭議，認為法院未考慮到婦女的生育權、身體權。接著在 SPUC(Ireland) Ltd v. Grogan 的案件中，法院亦判決禁止學生組織散布墮胎的相關資訊。學者 Colm O'Cinneide 指出，在上述墮胎案件中，法院並未慮及到傳播自由(freedom of communication)，在本案中，如何和胎兒權做衡平²¹¹。

但爭議最大的案件莫過於 Attorney General v. X.²¹²一案，本案被告是一名 12 歲的 X 少女，X 被強暴懷孕，X 的父親尋求警方的協助，欲確認胎兒的 DNA 是否可以當作強暴的證據，然本案檢察官認為其有義務向法院聲請禁令，禁止該少女墮胎，而高等法院同意了檢察官的聲請。此結果在當時引起了社會軒然大波，案件上訴到了最高法院，最高法院認為，如果禁止被告 X 境內墮胎的話，可能會導致她選擇自殺，故容許本案被告墮胎。也因為本案，後續憲法增修條文第十三條、增修條文第十四條同意婦女得前往他國墮胎²¹³及收受墮胎資訊²¹⁴。雖然胎兒的憲法權利造成愛爾蘭相當大的爭議，但其是因愛爾蘭憲法錯誤的將胎兒權入憲並將之列為與婦女生命權相等之權利地位所導致，此因屬憲法本身的錯誤，而非基本權水平效力所導致的錯誤，以 X 案觀之尤為明顯，X 案是因為憲法的錯誤導致墮胎法令的錯誤（立法機關）、檢察官的錯誤（行政機關）及法官的錯誤（司法機關），正本清源之道，應是修正憲法。但由於基本權的水平效力，擴大了憲法得施展的空間，故也因此受到各界的質疑。

參、基本權直接水平效力的細緻化：法律優先

Meskell 案以來，直接效力的適用和範圍常受到質疑（尤見於系列的墮胎爭議），在怎樣的情形，憲法得構成訴因，學者普遍認為，仍然相當的模糊不確定，學者 Colm O'Cinneide 也質疑，1970 年的最高法院的判例還沒有辦法建立一個完整的理論架構，來決定適用憲法的程度以及內容。法院也並未詳細的闡述，國家和私人遵守憲法的程度差別、不同的私人主體的基本權義務是否也會有差異？（本文按：如大企業及一般個人）憲法侵權理論如何與愛爾的司法體制相融，再者，愛爾蘭社會及經濟環境複雜，核心價值的共識少，憲法侵權理論是否有辦法

²¹¹ Colm O' Cinneide, *supra* note 205, at 234.

²¹² I.R. 17(1992)

²¹³ Thirteenth Amendment of the Constitution Act, 1992 [Provided that Article 40.3.3° (the right to life of the unborn) would not limit freedom to travel between Ireland and another state]

²¹⁴ Fourteenth Amendment of the Constitution Act, 1992 [Provided that Article 40.3.3° (the right to life of the unborn) would not limit freedom to obtain or make available information relating to services lawfully available in another state.]

被適用？諸如此類的問題，法院都未予完整的答案²¹⁵。

面對學界的質疑，1988 年 *Hanrahan v. Merck Sharp and Dohme* 案²¹⁶，原告們在 Ballycurkeen 有一塊 264 英畝的農地，農場位於一個安靜的牧區山谷，1976 年 3 月，當被告從事製藥業的大型美國工業集團的分支機構在附近的 Ballydine 鎮開設了一家製藥或加工藥品的工廠時，農村的平靜被打斷了。被告工廠主要從事藥品的複合或加工。其活動涉及大量有毒物質和化合物的儲存、使用、保存。原告主張，有毒和危險物質的排放使得他們健康狀況不佳，也導致了農場動物的異常及死亡、亦對牧草和植物造成損害，因此對被告主張損害賠償。

高等法院駁回原告的主張，主要理由是認為原告並未證明相關損害是因為被告的行為或違約所造成。案件到了最高法院，法院肯認個人身體完整權和土地及牲畜財產權的權利，及國家之保護義務，也援引 *Meskell* 案，肯認個人得直接主張憲法權利，但法院進一步指出，憲法權利的實施主要是國家（筆者註：行政、立法）的事情，法院只有在「沒有法律規範來保障基本權(failure to implement)」或「法律不足以保障基本權(plainly inadequate)」的時候，才有權適用憲法來實現基本權保障。法院接著強調：人民在沒有法律保護其基本權時，當然可以就其基本權被侵害直接提起訴訟，或是在法律（原文：侵權法 *tort*）不足以保障他的基本權時，他也可以主張直接基本權。因此，法院認為在本案中，雖然原告難以得知被告的行為和行為過程，這確實會造成原告的困難，但本案仍應受侵權行為舉證責任的限制，除非原告能證明侵權行為的法令，有對於基本權保障不足的問題。

Hanrahan 案的見解也受到 *McDonnell v. Ireland*²¹⁷ 案的採納，判決認為，解決憲法權利如何相互平衡並協調其緊張關係，首先是由立法機關來實踐，只有當立法機關無法履行保護基本權利之義務時，司法才能介入，如果法律已經能有效解決問題的話，就無需司法的介入。學者亦認為，以「法律不足以保障基本權」來作為直接效力的適用前提，是解決「直接效力所導致法的不明確」問題的一個方式，而 *Hanrahan* 案的安排，也堅持了直接效力的適用可能性：在那些基本權未被充分尊重的時候，絕對有適用直接效力的必要（absolutely necessary）²¹⁸。

肆、間接效力

²¹⁵ Nolan, A., *supra* note 111, at 73-74). Colm O'Cinneide, *supra* note 205, at 222-223.

²¹⁶ (1988) ILRM 629(SC)

²¹⁷ (1998) 1 IR 134(SC). as cited in Colm O'Cinneide, *supra* note 205.

²¹⁸ Colm O'Cinneide, *supra* note 205, at 239-240.

另外值得注意的是，過去愛爾蘭法院，過度注重直接水平效力的適用，而忽略了在解釋法律時將憲法精神、價值導入私法當中(間接效力)，故在愛爾蘭的司法體系當中，這方面的發展，是非常不足的，故愛爾蘭學者呼籲，應兼採直接效力與間接效力²¹⁹，其中愛爾蘭法律學者 Sibo Banda 認為，Hanrahan 案中所建立的兩個間接效力的標準包含「沒有法律落實憲法(failure to implement)」，「法律保障不足(plainly inadequate)」，在「法律保障不足」的情形，其實隱含著適用間接效力的可能性，Sibo Banda 認為，雖然 Hanrahan 沒有對間接水平效力做出任何價值判斷，也沒有闡述「法律保障不足」所需要滿足的適用門檻，但這個門檻確實應需要更多的討論²²⁰。

伍、小結

雖愛爾蘭憲法僅有國家保護義務的規定，然而後續司法判決擴大了憲法範圍，強調基本權利的保障及避免基本權利被侵害，而不區分侵害來源是國家抑或私人。故肯認私法關係亦適用基本權。然而因 1983 年不當將胎兒權入憲，造成一系列的爭議，基本權水平效力亦無倖免，各界開始質疑、討論憲法侵權理論的確切內容與範圍。在這樣的質疑之下，愛爾蘭最高法院在 Hanrahan 案等後續判決中更具體地指出憲法侵權理論的適用時點，最高法院首先肯認愛爾蘭憲法是具有完整的水平效力，在私法爭議當中，私法如有規定，應先適用私法的規定，但如私法不適當、不足夠有效、或不足以闡述對於人權之侵害，受害者得直接援用憲法而為主張。

第五節 西班牙－基本權的全面適用

西班牙是採取基本權直接第三人效力的典型國家之一，西班牙憲法的特色之一在於，其劃分不同的憲法權利類型，針對不同的憲法權利類型有不同的保障規範。但只要屬於「基本權」，都得在一般程序中適用，僅是嚴格保障的基本權有較特殊的程序保障而已。

壹、西班牙憲法基本權的分類

按西班牙憲法第 53 條第 1 項及第 2 項規定：「本篇第二章所承認之權利與自由有拘束政府各級機關之效力。該權利與自由之行使，受憲法第 161 條第 1 項第 1 款之保障，且需以尊重其實質內容之法律規定之。(第 1 項)；任何人民均得藉

²¹⁹ Colm O'Cinneide, *supra* note 205, at 249. Banda, S., *Taking Indirect Horizontality Seriously in Ireland: A Time to Magnify the Nuance*, 31 DULJ 263-297 (2009).

²²⁰ Banda, S., *supra* note 219, at 285-292.

由普通法院之簡易和優先程序處理，並得視情況藉向憲法法院個別聲請，請求保護憲法第二章第一節第 14 條所承認之自由與權利。後者之程序適用於第三十條所承認之因良知反戰拒服兵役的情況。(第 2 項)」，依此，不同類別的憲法權利所得獲得的保障方式容有不同。



第二章第一節之基本權利（第 15 條到第 29 條）為第 1 類權利，屬嚴格定義的基本權(**Fundamental rights in the strict sense**)，是受比較嚴格保障的基本權。包含人身自由、信仰自由、名譽權、隱私權、居住遷徙自由、言論自由、集會結社自由、參政權、訴訟權、受教權、學術自由、參與工會權、罷工權等。屬於此分類的基本權，受西班牙憲法第 53 條第 1 項及第 2 項之保障，是保障最為完整的憲法權利類型，不但拘束全國各級機關，亦得享有普通法院的優先及簡易程序，和憲法法院的訴願程序等程序保障。第二章第 30 條-38 條所定的權利義務，為第 2 類權利（義務），分類上屬市民權利義務（**rights and duties of citizen**），僅受西班牙憲法第 53 條第 1 項之保障。包含服兵役義務、納稅義務、婚姻權、財產權、工作權、勞資協商權、企業自由等。此類型的憲法權利亦得直接於訴訟中主張，且拘束全國各級機關，但一般而言，並無通法院的優先及簡易程序，和憲法法院的訴願程序等程序保障。第三章第 39 條至第 52 條為社會經濟政策的指引原則（**principles which guide social and economy policy**），屬第 3 類權利，需有進一步的立法，才能產生實際的影響。類似於傳統的基本國策概念。根據西班牙憲法第 53 條第 3 項規定：「政府之實體法規、司法實務與訴訟都應基於對憲法第三章承認之原則的承認、尊重與保護。後者只能在形成該章之法律條文中在普通法院加以援用。」。故此類型的憲法權利，須透過法律始得實現，無法直接援用。

根據西班牙憲法第 53 條第 1 項規定，第 1 類及第 2 類憲法權利拘束公家機關，不僅拘束立法機關，更直接拘束法院、法官。第 1 類、第 2 類權利之保障不同的是，憲法第 53 條第 2 項僅適用於第一類權利。司法對於第一類權利的保護途徑包含 1.普通法院的優先及簡易程序(*preferential and summary procedure*)2.憲法法院的訴願程序（*recurso de amparo*），較特別的是，雖然不在正式的基本權篇章中，第 14 條平等權的仍有西班牙憲法第 53 條第 1 項及第 2 項之適用。第 30 條第 2 項關於因良知反戰拒服兵役，則有憲法法院的訴願程序的適用，然無普通法院的優先及簡易程序的適用。

	第 53 條第 1 項	第 53 條第 2 項
第一類權利	✓	✓
平等權	✓	✓
第二類權利	✓	✗

因良知反戰拒服兵役 (分類上屬第二類權利)	✓	△
第三類權利	✗	✓ 普通法院的優先及簡易程序
	✗	✗ 憲法法院的訴願程序

貳、基本權直接水平效力的肯認

在西班牙，基本權直接適用於私人之間，且基本權具有主觀及客觀之雙重功能，無論對象是國家或私人²²¹。西班牙憲法第1條第1項：「西班牙為一社會民主主義國家，遵守法治，發揚法統、自由、正義、平等與政治多元化之至高價值。」本條並無限制這些價值僅適用於公共領域，私法亦須遵守。第9條第1項：「所有公民與政府機關均受憲法與法律之約束。」，這項規定打破了憲法僅適用於國家之典型。第9條第2項：「政府機關應保障個人及團體之自由與平等之實現，並應剷除阻擾及妨礙自由平等充分發揚之障礙，促進全體公民參與政治、經濟、文化與社會生活。」本項則為國家保護義務之基礎。又基於憲法第10條第1項之規定：「人性尊嚴、人類不可侵犯與固有之權利、人格之自由發展、對法律及他人權利之尊重，係政府秩序與社會和平之基礎。」，自應承認基本權直接水平效力。西班牙憲法法院也基於本條規定，認為基本權具有主觀和客觀功能²²²。

然而學者 Liboreiro 強調儘管國家和私人都受憲法之拘束，但並不表示拘束的密度和範圍是一樣的。再者，亦非所有憲法基本權都適用於私人間，有的可以適用於國家也可以適用於私人，例如第15身心完整權、第28條第1項參加工會的權利，有些如果不適用於私人，及喪失了他的意義，例如罷工權。相反的，有些憲法權利僅適用於國家，例如訴訟權(第24條)、因良知反戰拒服兵役權(第30條)、罪刑法定(第25條第1項)²²³。另外學者 Ferreira 也強調，私法自治仍須被考量(雖私法自治沒有被西班牙憲法明確的肯認，但西班牙學者仍肯認私法自治是基本權²²⁴)，但私法自治只是用來限制基本權而已，並非排除基本權在私法領域的適用²²⁵。

²²¹ N. Ferreira, *supra* note 110, at 38. Liboreiro, A.R., *Spain: Jurisdiction Recognising Direct Horizontal Application of Human Rights*, in HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY(Oliver, D., Fedtke, J. ed.), ROUTLEDGE-CAVENDISH 378-398(2007).

²²² STC 25/1981, STC 19/1985, STC 6/1988. as cited in Liboreiro, A.R., *supra* note 221.

²²³ Liboreiro, A.R., *supra* note 221, at 390.

²²⁴ COLOMBI CIACCHI, A, BRÜGGEMEIER, G & COMMANDÉ, G (EDS), FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW IN THE EUROPEAN UNION: VOLUME 1, A COMPARATIVE OVERVIEW, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2010).

²²⁵ N. Ferreira, *supra* note 110, at 37-38.

西班牙的基本權的直接第三人效力於 STC 2/1982, 177/88A 明確受肯認。又於 88/1985 的案件中，雇主解雇了公開批評公司功能的員工，本案中，法院認為勞動契約的簽訂不代表雇主可以在僱傭的期間剝奪勞工的憲法權利，雖然法院承認員工的表意自由仍要依誠信原則 (good faith) 為之，然而誠信原則不應和員工對公司的忠誠原則混淆，後者通常意味著員工受制於公司的利益。法院衡量員工於勞動契約應踐行之義務(憲法第 38 條)，及其憲法表意自由之範圍(第 20 條)，法院認為，公司只有在該言論會迫切的影響公司的正確及有效率之生產時，始得限制員工的言論²²⁶。

參、憲法法院和一般法院的權責

憲法法院和一般法院不同的，僅是憲法法院獨占宣告法律違憲失效的權力(憲法第 163 條)，然而所有的法院都得以直接適用憲法，特別是基本權，所有法院亦應以符合憲法價值的方式來解釋憲法。故人民第二章第一節的基本權利或平等權受侵害時，得向一般法院的優先及簡便程序來主張，基本權的適用是所有法院的職責。

一、一般法院

按西班牙憲法第 53 條第 2 項之規定，基本權利的訴訟得優先審理 (preferential)，而且可以僅處理「違反基本權利」的部分 (summary)。這個設計的目標，是為了建立一個快速解決基本權侵害案件的司法途徑。除了特殊程序外，西班牙憲法第 24 條第 1 項：「人民行使其合法權益時，有權獲得法官與法庭之有效保護，並不得禁止其辯護之機會」則是廣泛要求對基本權的一般性的保護。故如人民第 53 條第 2 項所述的基本權利(第 1 類憲法權利)受到侵害，得可以主張第 53 條第 2 項的優先和簡易程序，或第 24 條第 1 項的一般程序，如人民主張的權利非屬第 53 條第 2 項的權利，則僅得主張第 24 條第 1 項，但仍要強調的是，西班牙憲法的保障是無分侵害來源究係屬國家或私人。

二、憲法法院—憲法法院的訴願程序

個人如因第一類憲法權利、平等權、因良知反戰拒服兵役等權利受到侵害，於窮盡訴訟途徑後，得向憲法法院提起訴願(recurso de amparo)，然而其訴願標的

²²⁶ Liboreiro, A.R., *supra* note 221.

不包含法律，如法律違憲應透過違憲審查機制宣告為憲²²⁷。

憲法訴願程序是特別的保護制度。人民得國家的行為、命令(act)或不行為(omission)，侵害其基本權(第 14-30 條)，剛開始，似乎以為此程序規範並不適用於私人之間，然而在 171/89 的案件中，憲法法院指出，個人在窮盡救濟途徑後，得向憲法法院主張基本權之侵害，但其主張之內容僅限於，一般法院的判決未能履行其保護基本權之義務，亦即一般法院未能履行保護基本權之義務，該判決本身即構成了其侵害基本權。因此學者 Ferreira 即言，西班牙的基本權水平效力，是直接實質適用的(**direct material validity**)，且有間接程序效果的(**indirect procedural effect**)²²⁸。

第六節 小結

傳統上基本權拘束對象限於國家的情形，從上述各國的經驗來看，或多或少都有突破，基本權價值保障的必要性是廣受認可的當屬無疑。首先，美國受其古老憲法的影響，在 19 世紀即確認私人之間不適用基本權水平效力，而是以國家行為理論作為基本權適用的基礎，然而如私人行為與國家行為間的鏈結足夠強大，基本權就會有適用空間（整體而言，較我國國庫行為理論來的廣）。另外，有少數學者指出，雖然在形式上美國並不採用基本權水平效力，然而從幾個判決中發現，法院已有透過侵權法實質保障人權的趨勢。

德國聯邦憲法法院自 Lüth 案以來，採取 Dürig 學者所提出的基本權間接水平效力為理論基礎，認為法院得透過民法的概括條款作為憲法進入民法的「入口」，進而維持法體系的一致性。而學者分析近年來的幾個聯邦憲法法院的判決顯示，德國聯邦憲法法院適用基本權水平效力的強度，有逐漸增強的趨勢，和傳統 Dürig 所主張的「私法法典獨自性」和「私法自治」的高度要求，已漸行漸遠。德國無疑更往基本權保障的價值光譜端移動當中。南非是少數明文採取直接效力者，然而有鑑於南非的憲法較新，1996 年始制定，部分學者受早期的臨時憲法和最高法院 Du Plessis and Others v De Klerk and Another 判決的影響，仍認為憲法所要求的仍是間接效力，因而拒絕直接效力的主張，但近年來多數學者已肯認憲法直

²²⁷ 基本權的核心內涵，是立法者不得剝奪的，立法者須尊重基本權之實質內涵，如立法侵害到基本權，需經違憲審查(*recourse of unconstitutionality*)，聲請者包含行政首長、監察人、參眾議員、行政體系下獨立的委員會、司法機關(遇到有爭議的案件時)，由憲法法院受理，處理法令是否違憲之爭議，且憲法法院作成之決定不得上訴。又違憲審查 (*recourse of unconstitutionality*) 和憲法法院的訴願程序 (*recurso de amparo*) 不一樣的是，後者僅有個案的效力，但前者是具有一般效力。Liboreiro, A.R., *supra* note 221.

²²⁸ N. Ferreira, *supra* note 110, at 38.

愛爾蘭則是採取基本權直接水平效力的主要國家，然而理論草創之初論述不足而被質疑，又因胎兒權不當入憲而造成一系列的爭議，因此最高法院限縮直接適用的情形僅限於「沒有法律或法律不足以保障基本權時」，基本權始有適用的空間，限縮直接適用的範圍。西班牙則是少數採取全面適用基本權的方式，特殊的權利，更有特殊的權利保障程序，然西班牙學者仍強調，私法自治作為基本權的一種，亦應納入衡量。

基本權如何適用在私人間之爭議，各國立法例亦容有差異，宏觀觀之，不同的制度選擇，毋寧是基本權保障和私法自治、權力分立、法治國原則（法的不確定性）間的價值取捨，以基本權利為優先保障者，較肯認基本價值突破既有框架而得適用於私法關係，相反的，慮及直接效力可能帶來私法自治、權力分立、法治國原則的疑慮者，則會減低其適用的其強度。

故從上述的各國基本權水平效力的適用來觀察，我們看到的是一個「光譜」式的立法例，絕非黑白二元(適用/不適用或直接間接)，當然沒有一個制度是完美的，但在制度設計上，確實有空間可以探討什麼樣的規範最能兼顧二者。本文認為，愛爾蘭的立法例，容許在無法律保障、或法律保障不足時，直接援引憲法作為訴訟上之主張，是最能兼顧二者的制度設計，然若我國採取愛爾蘭之立法例，必要性何在？其正當性基礎為何？應有如何之調整，如下續論之。

第五章 我國基本權水平效力芻議及實務分析

我國通說和實務以德國為主要的參考對象，採納了基本權間接水平效力。然而如前所述，本文認為間接效力迴避了人與人間相互尊重基本權的核心問題，且我國民法是否可能涵蓋基本權的積極功能（如給付功能、保護義務功能和程序功能等），甚或是否所有的基本權內涵都能找到對應的民法概括條款（例如，強制締約）？都是目前我國基本權間接效力理論不足之處。

因此，本文參採德國和愛爾蘭的法例認為應兼採基本權間接效力和直接效力，提出本文適用基本權水平效力之芻議，接著整理我國實務對於基本權水平效力之見解，指出我國目前是採取基本權間接水平效力，然實際上效果甚弱（基本權弱的間接水平效力），並適用我國目前法制於外國案例，整理出適用結果，亦發現我國間接效力明顯不足之處，故主張本文應強化間接效力的適用，並兼採直接效力。

第一節 我國基本權水平效力之制度設計

壹、基本權直接水平效力

如前所述，不可諱言，基本權直接水平效力的適用，將會一定程度的對權力分立及法治國原則造成侵害，因此勢必在適用上應加以調整以減輕可能造成的侵害，本文提出的基本權水平效力的制度設計應有下述三點調整：

一、基本權直接水平效力之適用時機

本文認為應參考愛爾蘭的立法例，如已有法律的明確規範，就應依法判決，這也是憲法第 80 條的明文規定，但如果法官認為該法律侵害其基本權，有違憲的疑慮，自得循現有的違憲審查機制為之，因此一般法院的法官在有明確法律規範時不應直接略過法律而直接以基本權為判決基礎。但在「**沒有法律規範，或法律不足以保障基本權**」時，應許人民得直接主張基本權，為訴訟上的主張。愛爾蘭直接效力適用要件的規定，不但可以緩解司法權與立法權間的緊張關係、減輕法治國原則等顧慮，亦得全面性的保障基本權利，在各國立法例的比較下，為較宜採取之模式。

在政府部門（立法、行政）不足以達成基本權之保障時，弱勢保障即無從實踐，但如承認基本權水平效力，訴諸人民彼此間的基本權權利義務，且許人民得直接以基本權為請求尋求司法救濟－最後一道防線－，以落實基本權之保障，將

能更臻完善的落實弱勢保障。政府怠惰，成為司法介入的正當性基礎，然而這仍涉及立法者和司法者角色分工、權力分立的核心問題，在制度上如何因應調整避免對於權力分立之侵害，也成為基本權水平效力是否能證立之重要關鍵。

雖有學者質疑，現行已有其他憲政管道或第四權（媒體）得以糾正立法機關、行政機關之缺失，是否必須訴諸司法之質疑²²⁹。然而筆者認為，不僅社會國之實踐，任何其他國家行為包含干預行為，本有其他憲政管道得以制衡，透過媒體、透過權力制衡，但此應非否定司法介入之理由。這些憲政管道本與司法管道並行不悖。沒有任何一個管道是完美的而可以否定其他任何管道，包含司法。允許司法得以在政府怠惰時介入，毋寧只是向弱勢者，多扔一塊浮板而已。

然要注意的是，是否構成「沒有法律規範，或法律不足以保障基本權」，應採取寬鬆之認定，例如解雇雖然在勞基法已有規定，但如勞工主張超越勞基法的請求時，即會構成「法律沒有明確規範，或法律不足以保障基本權」的情形，例如勞工主張解雇應給予陳述意見的機會（工作權的程序功能），即屬之，又或例如身心障礙者請雇主提供輔具時，法院不得以「法律針對雇主義務已經有規定，雇主僅有提供身障坡道之義務」為由，而拒絕直接效力的適用，否則形同以此要件架空基本權水平效力的適用，在這種情形仍會構成「沒有法律規範，或法律不足以保障基本權」。

典型法律已有規範的情形例如解雇的預告期間的規定，勞基法第 16 條第 1 項規定：「雇主依第十一條或第十三條但書規定終止勞動契約者，其預告期間依左列各款之規定：一、繼續工作三個月以上一年未滿者，於十日前預告之。二、繼續工作一年以上三年未滿者，於二十日前預告之。三、繼續工作三年以上者，於三十日前預告之。」，準此，原則上預告期間應依此規定，如主張本條違憲，應循法律違憲的救濟程序，而非主張基本權水平效力。然而在特殊的情形下，並未構成法律違憲，但該法律可能對於基本權保障容有不足，例如工作十年以上的勞工主張解雇應提前預告 40 天，而法官在衡酌個案情性後，認為確有必要性時，則可能認定構成「法律不足以保障基本權」，而援引基本權直接水平效力，在個案上直接適用基本權。

二、適用信賴保護—三階段認定

於法律違憲，或法律未規定和法律不足以保障基本權的情況下，法院應得判請求權人勝訴，但在此會和行政處分會遭遇一樣的問題：信賴保護。一般人民難

²²⁹ 林明晰，前揭註 22，頁 14。

以得知該法律或無法律的情形違憲（因憲法的抽象特性所致），而人民對於該法制狀態產生信賴，在法律或於法律未為規定的情況下行事，如因此遭受不利待遇，恐使人民無所措其手足。故於認定法律違憲或法律未規定和法律不足以保障基本權的情況下，如私人因為信賴國家所規範的法制狀態，而為行事，法院在審酌私人間雙方的基本權時，仍須進一步認定他方的信賴利益，如一方投入越多、越不可回復的利益，該一方可對抗他方的基本權則越強²³⁰。但假設信賴利益大於基本權的利益，主張基本權者因國家的保障不足，仍得以轉向國家請求權利，在此情形人民可能主張國家有保護義務而未予實踐，進而要求國家實踐。

三、基本權存在與否較爭議者，應先要求停止侵害。

為避免人民無法預見法制規範即遭究責，在基本權存在與否較為爭議的情形，尤其是主張基本權的給付功能時，直接效力的法律效果，應先要求停止侵害（類似我國民法第18條規定）。例如，要求加害者不得拒絕同性戀或身心障礙者至餐廳用餐、請求設置身障坡道，或提供輔具予身障者等，這些義務的課予，雖仍會有價值判斷的模糊，但至少是先讓加害者了解，其行為是不符合基本權價值規範的，法的不明確性的疑慮較小；反之，如一開始就請求賠償，例如，請求損害賠償（包含慰撫金），將致義務人無法事先預見其義務，恐造成人民無所措其手足。

本文認為應可從幾點切入是否立即可判以損害賠償：其一，是否為權利重大明顯侵害，如是，則請求賠償較無疑問；如是否侵害是在模糊地帶，則應避免立即要求賠償，然若已有判決認為某行為是構成侵害的，其模糊性應較低；其二，可以從故意、過失之既有究責結構來認定義務人的可責性。以土耳其天線案為例，該「對故鄉的資訊權」，是否構成基本權尚屬模糊，一般人恐難以預見，故法院宜先課以「允許裝天線」之義務，而不宜認為房東以前未提供土耳其天線，是侵害房客的資訊權而須負損害賠償責任。從第二點來看，房東因不知道未（允）裝天線構成基本權侵害，自無可責性可言。

但需要小心的是，此條件限制不得濫用，如妄稱環境權、勞動權等權利因憲法未明文規定而不能要求損害賠償，實非本文意旨。大企業對於環境汙染之惡態有目共睹，是當代嚴重的基本權侵害問題，並沒有模糊空間，應有究責、賠償之必要。另外如資方造成勞方基本權受損害，自亦有基本權水平效力的適用而得請

²³⁰ Almeida Ribeiro, G., *supra* note 122, at 3-4, 25-26. 但從信賴利益的角度出發，得向政府主張信賴利益的場合相當有限，如 Ribeiro 文章所舉的土耳其天線案來看，屋主應僅能對於，信賴法制而在房屋建了許多美觀裝設，但因後來天線的裝設而需拆毀，該美觀裝設的費用則是信賴利益。但因法院判決，房東有義務允許房客裝設後，因而產生的成本，應不包含在信賴利益內，例如因裝設天線所造成的整體美觀價值的貶損。

求損害賠償，為避免誤會，特此敘明。



四、小結：直接效力的價值衡量

所有的制度設計，都會有利益與成本，在直接效力的制度設計下，可能產生的弊端，就是學者所指出的權力分立和法治國原則。憲法無明文和私法自治，如前所述，本文認為並非直接效力的核心問題，前者流於形式，且基於活的憲法、憲法變遷，已足回應。私法自治則透過契約自由的方式受到了保存，並不會因直接效力的適用而遭到犧牲。但權力分立和法治國原則雖在制度設計上，加上了要件的限制（沒有法律或法律不足以保障）、納入信賴保護的考量、且在部分少數爭議的案件以停止侵害的法律效果為主作調整，以減輕對於權力分立和法治國原則的侵害，但上述的制度設計恐仍難以全然避免對於權力分立和法治國原則的侵害。

從各國基本權水平效力的制度經驗來看，各國適用基本權水平效力的程度亦不一，毋寧是在基本權利保障（尤其是弱勢保障）與權力分立和法治國原則間權衡，本文亦同，雖主張直接效力以擴大基本權的效力，且擴大的範圍是及於私法關係，以保障社會關係中弱勢者之權益，進而達致社會國的目標，然而縱使已盡量避免對於權力分立和法治國的侵害，仍難以全然避免之，但應確為可行且價值兩盡全之途徑。

貳、基本權間接水平效力

間接效力主張將基本權之價值內涵注入於「善良風俗」、「公共秩序」、「誠實及信用方法」等開放性概念，乃是基於基本權本身即具有「客觀價值決定作用」而當然產生之效果，亦即，基本權利的規定，就是要建立一客觀的價值秩序，任何民法不能和基本權相違背，並應依其精神來予以解釋²³¹，然亦有學者以基本權的保護義務功能做為開展，認為憲法課予國家保護私人權利始免於遭受其他私人侵害的義務，履行此一義務的，除前述的立法者外，還包括司法者在內，故欲達到保護私人基本權利免於遭受另一私人侵害的目的，捨憲法取向解釋，也就是秉持憲法基本權精神適用，別無他途²³²。

基於上述之理由，間接效力之理論確有正當化之理由而得繼續適用，與直接效力理論並行不悖。且其間接效力對於私法的直接控制功能，亦是直接效力所不

²³¹ BVerfGE 7, 198/204, 205. 轉引自：陳新民，前揭註 138，頁 102。

²³² 許宗力，前揭註 170，頁 68。



能及，愛爾蘭法院曾因專注於直接效力，而荒廢間接效力之發展，對於基本權利之保障亦有不足，故兼採二者毋寧是保障基本權利最完備的方式，亦即，一般人民得直接援引憲法主張其權利，且於解釋私法，特別是私法中的開放性概念時，亦應為符合憲法基本權之解釋。

然我國長期未將裁判納入釋憲的範疇，導致裁判違憲的問題沒有妥善解決之道，基本權間接水平效力之實現效果有限（下述的再興之家及嘉理物流案即為典型），基本權間接水平效力未如德國一般「強(strong)」或能「控制(govern)」私法，而僅停留在「弱(weak)」的間接效力而已。本文認為在我國憲法訴訟法通過之後，大法官應更加督促一般法院落實基本權水平效力在裁判當中，且不應僅僅是要求法院應將基本權納入考量而已，而是要積極的實現基本權（以憲法取向來解釋私法），始得通過違憲審查。

第二節 我國實務見解－基本權間接水平效力

壹、司法院釋字

一、司法院釋字 656 號解釋？

（一）解釋理由書

本號釋字的爭點在於民法第 195 條第 1 項後段：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」是否合憲。大法官首先肯認名譽權係受憲法第 22 條保障之基本權，並指出依據民法第 195 條第 1 項後段，名譽被侵害者除金錢賠償外，尚得請求法院於裁判中權衡個案具體情形，藉適當處分以回復其名譽。至於回復名譽之方法，民事審判實務上不乏以判命登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。然判決命加害人登報道歉，涉及憲法第 11 條言論自由所保障之不表意自由，故對其限制應符合憲法第 23 條所定之比例原則。

大法官認為，名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽

之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。因此認為民法第 195 條第 1 項後段合憲。

(二) 命登報道歉是法規「解釋適用」的問題

徐璧湖、池啟明大法官部分不同意見書明確指出，民法第 195 條第一項後段未明定任何具體回復名譽之方法，並不發生當然包含、或未予排除何種具體回復名譽方法之問題。...名譽被侵害者請求回復名譽處分之民事事件，被害人即原告之訴狀，須表示依民法第 195 條第 1 項後段規定請求，其請求加害人即被告回復名譽之方法，為應受判決事項之聲明（簡稱訴之聲明），故應明確表明所請求回復名譽之具體方法。法院審理個案時，須在原告訴之聲明範圍內，依據具體個案之案情，妥為解釋適用該項後段之規定，判斷原告請求被告回復名譽之方法，是否為「回復名譽之適當處分」，換言之，法院就具體個案之審理，適用民法第 195 條第 1 項後段規定時，並無依職權「預設」何種回復名譽之方法為適當或不適當之餘地。是法院如依原告訴訟上之請求，而判命加害人公開道歉者，乃法院適用民法第 195 條第 1 項後段時，依具體個案情形行使法律上判斷權限，就原告訴訟上之請求，認其符合該項後段規定之「回復名譽之適當處分」所表示之見解，自非屬得聲請解釋憲法之。

然而多數意見仍為受理，但並非否認「命加害人登報道歉」非認事用法之問題，而是如同李震山大法官於協同意見書中所言，「命加害人登報道歉」之適用，因量變導致質變為確定終局判決所適用法律有無違憲疑義的問題。最高法院若無依憲法法理填補系爭規定漏洞，以杜絕不斷如縷之違憲性爭議跡象，本院大法官若再以慣用理由，包括「查聲請人係對法院適用法令所表示之見解為爭執，尚非具體指陳系爭規定有何抵觸憲法之處」，或「查聲請人僅就法院認事用法為指摘，並未具體指陳系爭規定客觀上究有何抵觸憲法之處」等，而不受理本件解釋，相關問題若又未獲立法者青睞予以調整，法院合憲性控制之分工就產生明顯的漏洞，司法作為正義的最後一道防線即有所罅隙。此時，由大法官基於補遺的補充性原則（Subsidiaritätsprinzip），闡明憲法真義，使系爭規定之適用與解釋趨近憲法，即具有憲法上原則重要性。

(三) 司法院釋字第 656 號解釋類似間接效力

因此，就其原本之定性，命登報道歉是法規「解釋適用」的問題，故實質上本件解釋是針對「法院判決」而做成的解釋，屬於裁判違憲審查，使得在本號解釋上，產生了實質審查民事判決是否違憲的效果。法官「解釋適用」法規應符合

憲法之精神，乃典型「基本權間接水平效力」之理論內涵，在本案中，法官在審酌命登報道歉作為回復名譽之適當處分時，應考量雙方之名譽權及不表意自由，以履行法官的國家保護義務。而大法官受理審查，則審酌法院適用命登報道歉時，是否有充分審酌雙方的名譽權和不表意自由。



本號解釋雖無明文承認基本權間接水平效力理論，然而在適用的效果上，類似實踐了基本權間接水平效力理論。但畢竟司法院釋字第 656 號解釋做成時，「裁判」尚非得以釋憲之標的，故大法官受理解釋容有爭議。再者，本案亦非審查某個特定案件，而是將實務上法官慣常解釋適用的方式作為審查之標的（類似決議或判例），非就個案情形、和原、被告間的基本權做實質的審查，和真正基本權間接水平效力仍容有差別。惟我國憲法訴訟法已於 107 年 12 月 18 日三讀通過，依憲法訴訟法第 1 條之規定，裁判憲法審查案件為憲法法庭審理之案件，因此未來可望由憲法法庭來審查個案裁判是否合憲，以真正的實踐基本權水平效力。

二、司法院釋字 728 號解釋？

（一）解釋理由

本號解釋的爭點在於祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」是否合憲？多數意見認為雖相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

惟祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，雖同條第 2 項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員……。」第 3 項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」等部分，已有減緩差別待遇之考量，且第 5 條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員

發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」亦已基於性別平等原則而為規範，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在，應適時檢討修正，以兼顧憲法增修條文第 10 條第 6 項課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則。本號解釋做成後，凸顯大法官們性別意識之不足，廣受各界批評²³³。

(二) 基本權水平效力？

解釋理由書指出，釋憲聲請人聲請之標的雖為「呂萬春管理章程第四條」，本不得據以聲請解釋，惟確定終局判決係適用祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請解釋，應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的。

又雖祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定文義表面上為中性規定，但多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，因此仍應經平等權的違憲審查(類似司法院釋字 666 號解釋罰娼不罰嫖的實質性別差別待遇)。準此，本件審查的標的仍為「祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定」，並非「祭祀公業呂萬春管理章程第 4 條」，故大法官意見書有提及基本權水平效力者，亦多認為本件並未承認基本權水平效力(沒有審查到私人間所訂定之祭祀公業呂萬春管理章程的合憲性)。

例如，蘇永欽大法官之協同意見書指出，不論直接在法律規定上即存在的差別待遇(第 4 條第 1 項後段)，還是通過規約內容認定的差別待遇(第 4 條第 1 項前段)，因為同樣源於法律的規定，平等原則的檢驗對象都是國家行為—立法，即美國憲法實務所稱的 state action，因此還不需要討論到德國憲法學所謂的基本權水平效力，乃至援引其間接第三人效 (mittelbare Drittewirkung) 的理論。另外，葉百修大法官亦在不同意見書中指出，本件解釋系爭規定已非涉及單純私人行為，而係立法者透過系爭規定，將私人行為之規範，內化為法律規範之一部分，而本件解釋本院所應審查者，即是立法者這種立法行為是否符合憲法意旨。

²³³ 陳昭如(2015)，〈沒拜沒保佑，有拜也沒保佑？—從女性主義觀點論釋字 728 中的權力與權利〉，《台灣法學雜誌》，第 270 期，頁 49-51。官曉薇(2015)，〈從《消除對婦女一切形式歧視公約》(CEDAW) 之實質平等評論釋字 728 號〉，《台灣法學雜誌》，第 270 期，頁 53-56。官曉薇(2015)，大法官的性別平等大爆走，獨立天下，

<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/2578>。高榮志(2015)，釋字 728 戳盡大法官的性別死穴，民間司法改革基金會，<https://www.jrf.org.tw/articles/935>。林秀怡、秦季芳(2015)，淪為父權代言人的大法官 是阻礙性別平等的絆腳石，自由評論網，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/865922>。

陳新民大法官的協同意見書有更完整的闡述：本號解釋直接討論此法律關係有無抵觸憲法平等權的原則，無異是討論到憲法基本權利的規定能否直接適用到私人的法律關係之中。已觸及了學界爭議長達半個世紀以上，有關憲法的基本人權規定，能否在私人法律關係中產生直接的拘束力，而無庸透過特別立法的規定，而法官亦可直接引用之，作為裁判的依據，此即為所謂的「對第三者效力」(Die Drittewirkung)的問題，只是多數意見未體認而已。我國大法官過去的解釋一直沒有觸碰此理論，然而在理由書第一段將私人法律關係作為審查標的，復論及基本人權的男女平等原則，並未在該法律關係中受到侵犯，顯然已將此原則納入審查後才得到此結論。但本席認為，這些都是「表面現象」，多數意見並未真正的將該私人的法律關係，即呂萬春管理章程第四條的內容加以檢驗。也未將男女平等原則「如何適用」在私人的法律關係中加以描述。

陳新民大法官解釋，對於呂萬春管理章程第4條的內容為何？本號解釋多數意見中，完全未轉載其內容任何一款。多數意見理由書所討論的都是祭祀公業條例第4條第1項之規定，絲毫不言及該管理章程。只要詳觀釋憲聲請書與確定判決所引該項規定即可得知，章程的內容完全不同於該法律之規定。故本號解釋未審及原因案件的法律關係，即談不上哪一個基本人權有適用在原因案件的問題。陳新民大法官亦認為，本號解釋未具備利用此間接論澄清此憲法議題的條件：在確定判決中，法院、聲請人都未提及法律關係所繫之祭祀公業章程，有抵觸公序良俗或權利濫用之嫌。質言之，在整個法律訴訟中都未設想到援引概括條款的問題，倘若聲請人曾引概括條款，且要求容納相關之憲法原則，而為確定裁判所否准，則更可成為大法官解釋澄清此議題的良機。然而，本號解釋原因案件卻未產生此爭議。

綜上，本號釋字明確將審查標的設定在「祭祀公業條例第4條第1項前段規定」，而非「祭祀公業呂萬春管理章程第4條」，因此並未產生大法官直接適用基本權在私人關係間之效果，而仍是扣在「立法」基本權規制國家的範疇。因此本文亦認同，本案並未涉及基本權水平效力。

貳、司法院座談會研討意見—單身條款案²³⁴

本件法律問題為：甲女受僱於農會之初，預立於任職中結婚即辭職之辭職書，其效力如何？甲說認為：應認係該僱傭契約為附有解除條件之契約，亦即甲女結婚，解除條件成就，辭職即發生效力；乙說認為：按中華民國人民無分男女，在

²³⁴ 司法院 78 年 8 月 (78) 廳民一字第 859 號函。

法律上一律平等，為憲法第 7 條所明定。又人民「工作權」及「結婚自由」均受憲法保障，觀之憲法第 15 條及第 22 條自明。本件農會僅要求女性受僱人於任職時預立婚結辭職書，顯然以性別為理由而作無合理性之差別待遇，有違憲法男女平等之精神，亦無異限制女性「結婚自由」之基本人權。基此，應認結婚辭職之約定，有背於民法第 72 條之「公共秩序」而為無效。座談會結論多數贊同乙說。臺灣高等法院審核意見亦同意乙說。

司法院一廳的研究意見亦明白指出：一、按甲女受僱於農會之初，如因農會之要求，必須預立於任職中結婚即辭職之辭職書，該辭職書之訂立，可認為具有「附合契約」之性質，非當然具有其所約定之效力，仍應就約定之內容為具體衡量，以定其效力之有無。二、次查，中華民國人民無分男女，在法律上一律平等，為憲法第 7 條所明定，又人民之工作權及其他自由權利亦受憲法保障（憲法第 15 條、第 22 條）；僱主要求女性受僱人預立在任職中結婚即辭職之辭職書，不惟破壞憲法保障男女平等之原則，並且限制人民之工作權及有關結婚之基本自由及權利，該結婚即辭職之約定，可認為違背我國之公序良俗，依民法第 72 條之規定，應屬無效，原研討結果採乙說，核無不合。

準此，司法院明顯採取基本權間接水平效力理論，以概括條款（本件為民法第 72 條）作為憲法進入民法之入口，本件研究意見，也成為實務上基本權水平效力理論之關鍵見解，奠定了我國實務界目前採取間接理論為基本權水平效力理論的重要基礎。

參、法院判決

一、再興社區訴關愛之家

（一）一審地院判決

再興社區規約第 17 條第 2 項第 4 款修正為「住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染病患及精神病患，或經營類此行業及經營色情等妨害公序良俗並影響鄰居生活安寧、公共安全、公共衛生之行業，違者經勸導限期仍未改善，除得訴請法院強制執行遷離，並得追究損害賠償責任。」，再興社區以此條規定訴請法院強制執行遷離。

針對再興社區的規約是否侵害被告憲法第 10 條的居住自由的問題，地院判決認為：憲法係規定政府與人民間之法律關係，並非用以規範私人間之法律關係，

被告稱原告違反憲法等等，顯有誤會。況本件關愛之家協會所收容之愛滋病患，並非自始即居住於再興社區中，係因負責收容機構即關愛之家協會設立於該處，故前開愛滋病患方被動依據該機構所在地而為生活中心地，既前開遭收容人並非主觀上有居住於系爭房屋或遷徙至系爭房屋之意思，自難認系爭規約有何違反被收容人之基本人權之處。準此，地院判決顯然否定基本權直接水平效力的適用可能性。

再者，再興社區的規約是否侵害被告憲法第 10 條的居住自由，違反善良風俗而無效？地院判決進一步指出：法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。民法第 72 條定有明文。被告復辯稱憲法關於基本人權規定，雖未能對民事行為產生直接第三者效力，但能透過民法的「公序良俗」條款做為具體拘束法官在個案法律條文的解釋的拘束力，而認前該規約已違反公序良俗而無效。然查：系爭規約第 17 條第 2 項第 4 款規定「住戶不得將社區建物提供『收容』或『安置』法定傳染病患...。」揆諸系爭規約制訂之原因，係因再興社區為一為住戶密集之純住宅區，為住戶之衛生健康及居住品質，故規定住戶不得將其住屋作為「收容」傳染病患之業務使用。因此規約所限制者，係「收容或安置」傳染病患之住戶，並非「患有」傳染病之住戶，該規定與住戶是否有傳染病無關。易言之，倘原居住於再興社區之住戶即便嗣後罹患愛滋病等法定傳染病，亦無遭原告依據規約訴請遷離之可能，足見系爭規約僅規範住戶不得從事「收容或安置」傳染病之業務，並非限制患有傳染病者不得居住於本社區。被告辯稱原告侵害傳染病患之居住自由而有違反公序良俗之情事，顯有誤會。

法院接著針對系爭決議是否違反後天免疫缺乏症候群防治條例，而致違反善良風俗的問題指出：後天免疫缺乏症候群防治條例第 6 之 1 條第 1 項規定，雖係對於愛滋病患就學、就醫及就業之等基本權利之保障，然前開權利並非不得限制，此觀同條第 3 項規定「中央衛生主管機關對感染人類免疫缺乏病毒者所從事之工作，為避免其傳染於人，得予必要之限制。」自明。又系爭規約並非限制罹患愛滋病患之居住自由已如前述，現今各國關於愛滋病之防治上，雖均鼓勵愛滋病患以社區化方式生活，然所謂愛滋病患正常走入社區之情形，與由一般類似關愛之家協會等收容機構設置於社區之情形有別。倘於一般社區內「收容或安置」傳染病患之行為，係將傳染病患集中在社區住宅區中，故該社區內傳染病患之比例即會遠高於一般社區。且大量傳染病患所集中之治療廢棄物處理，均對再興社區居民之衛生健康及心理造成嚴重威脅。而憲法上所保障人民居住與遷徙之自由部分，自應認為包括對於人民居住環境品質、安全無虞之要求。對於原已居住於再興社區之住戶，本有權利維持其原先生活之空間環境，不因新住戶之加入，而使其衛

生健康及心理造成威脅致使影響其繼續居住於原住所之意願。...愛滋病既為一法定傳染病，且會經由血液及部分體液傳染他人，而再興社區居民為保障其生理或心理之衛生或健康無虞而繼續居住之於該社區之權利，以規約方式限制同屬該社區之住戶不得收容或安置法定傳染病患，自難認該規約條款有違反公序良俗之處。

準此，法院認為愛滋病患者之權利並非不能限制，雖法院否定居住自由，然仍肯認應讓愛滋病患者走入社區，只是又認為走入社區和收容機構設置於社區有別。又考量再興社區之住戶之居住自由包含居住環境品質、安全無虞、繼續居住於原住所之意願，因此認為規約並無違反公序良俗（按：後天免疫缺乏症候群防治條例？）

（二）一審地院判決評析

1、論述次序的問題

地院判決的論述次序是從直接效力、間接效力，才討論到後天免疫缺乏症候群防治條例，直接效力和間接效力的討論次序，是通說慣用的討論方式（先否定直接效力，接著適用間接效力），乃理論之爭，非論述問題，然如有具體的法規，應優先適用，法院卻將具體法規至於最後討論，顯有違誤。

依本文之主張，檢視具體法規是否適用，至為關鍵，如具體法規已為明確規範，則毋庸訴諸基本權水平效力，如無，始有適用的空間。因此，法官應優先適用後天免疫缺乏症候群防治條例第6之1條第1項規定，認為不適用時（地院判決見解），才進行基本權水平效力之討論。

2、民法第71條和民法第72條的適用問題

後天免疫缺乏症候群防治條例第6之1條屬於禁止規定，如有違反，應適用民法第71條：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。」，惟地院判決捨民法第71條不用，而以規約是否違反「後天免疫缺乏症候群防治條例第6之1條規定」作為推斷規約是否違反民法第72條之公序良俗之標準，顯然有法條適用上的違誤²³⁵。退步言之，縱使法官認為後天免疫缺乏症候群防治條例第6之1條僅是取締規定，亦先說明其認為是取締規定而不適用民法第71條後，始進行民法第72條的討論，故本文認為地院判決逕以規約是否違反「後天免疫缺乏症

²³⁵ 民法第71條與第72條「公共秩序」之間，是一種法條競合，前者是後者的特別規定。王耀霆(2008)，〈私法關係的合憲控制—兼評再興社區訴關愛之家案〉，《月旦法學雜誌》，第154期，頁91-92。

候群防治條例第 6 之 1 條規定」作為推斷規約是否違反民法第 72 條之公序良俗之標準，並不適切。



3、居住自由的討論

本案無論正反兩方皆有主張居住自由，惟法院認定結果卻大相逕庭，首先，法院對於被告的居住自由內涵的闡釋，相當狹隘，法院認為：「規約所限制者是收容或安置傳染病患之住戶，並非「患有」傳染病之住戶，因此和愛滋病患的居住自由無涉。」。然而，再興社區排斥的對象，明顯為愛滋病患者，然而因為案件特性使然，其被告對象為「關愛之家」，因而迴避掉了對於愛滋病患者基本權侵害的問題。規約限制「收容、安置」愛滋病患者雖是針對關愛之家，但綜觀原告的主張，其主觀上明顯是為限制愛滋病患者居於再興社區，客觀上如原告勝訴，愛滋病患者亦被剝奪居住於再興社區之權利。法院將居住自由的主體限於「住戶」（所有權或租賃權），而否認事實上居住於再興社區之愛滋病患者的居住自由，顯然不當（錯誤）限縮解釋居住自由的內涵。

然而，法院在解釋再興社區其他居民的居住自由時，卻又採取相當廣義的解釋，法院認為：「憲法上所保障人民居住與遷徙之自由部分，自應認為包括對於人民居住環境品質、安全無虞之要求。對於原已居住於再興社區之住戶，本有權利維持其原先生活之空間環境，不因新住戶之加入，而使其衛生健康及心理造成威脅致使影響其繼續居住於原住所之意願。」，法院認為居住自由不僅包含地點的選擇自由，更包含環境品質、環境安全，甚至包含居住於原住所之意願，意即，縱使愛滋病患者居住於再興社區不會影響到環境品質和環境安全，但亦影響了再興社區其他居民「居住於原住所之意願」，因此，亦侵害了其他居民的居住自由。此顯然不當（錯誤）地擴張居住自由的內涵。誠如陳新民教授針對本案所言：「如果泯滅人類關懷的道德價值，反而利用司法之力來達成歧視的目的，司法即成為罪惡的幫兇」²³⁶。

藉此，本文也須強調，雖然本文認為在立法者疏未保障基本權時，得訴諸基本權水平效力，讓司法有介入的空間，但這不是個萬靈丹，如果法院仍沒有積極的保障基本權，或對基本權做出錯誤的解釋，弱勢者的基本權還是無法受保障。但要強調的是，基本權水平效力是在已經沒有機會的情形下（沒有法律或法律不足以保障基本權）提供一個機會，讓司法者有介入的空間。基本權水平效力就像

²³⁶ 陳新民(2006)，〈人性關懷的法律秩序——「愛滋病中途之家被訟搬遷」有感〉，《律師雜誌》，第 322 期，頁 85-87。

一張網一樣，希望能網住從法律空間掉落的人們，但如果司法的網仍不夠緊密，這些人們還是可能掉落的，就像本件地院判決一樣。

4、所涉基本權的討論不足

首先，系爭規約限制愛滋病患者居住於再興社區，但對其他人並無此限制，顯然構成差別待遇，而有侵害愛滋病患者的平等權之虞，然而在本件中，卻完全缺乏平等權的討論（除了實質顯示在後天免疫缺乏症候群防治條例第 6 之 1 條的平等內涵）。但綜觀地院的判決，處處充滿著歧視與排斥，判決認為關愛之家進駐的社區，將使該社區傳染病患之比例即會遠高於一般社區，甚至認為「如一般罹患愛滋病而尚未發病之病患本應由其日常生活之住所居，如已發病者，則應至醫療機構接受治療，斷無由一群原無任何血緣、親屬關係之愛滋病患共同居住之可能」，進而認為台北市政府 94 年 8 月 26 日府衛疾字第 9404420200 號函「關愛之家協會，係協助政府辦理校園愛滋教育宣導、社區衛教及前往監所辦理愛滋教育外，並提供無家可歸或遭受歧視之愛滋病友、其他弱勢族群能回歸社會生活暫時容身處所，非屬收容機構性質」僅是為了本案的關愛之家開脫而為的違反常理的解釋。法院判決嚴重顯示對於愛滋病患者的歧視，甚至否定關愛之家的設立目的和宗旨。依照地院判決之意旨，關愛之家恐無立身之處，愛滋病患者的處境將更為艱難。此顯是針對愛滋病患者的差別待遇，本件卻未處理，實屬遺憾（依我國民事訴訟法所採的當事人進行主義，如被告未主張，法院亦無從審酌）。

再者，法院雖然有提到居民的衛生健康、心理困擾，但卻未直接指出其所涉者為健康權（基本權的一種²³⁷），而僅將其視為規約訂立之利益，究其實質，應為健康權之論述，應以基本權的地位進行基本權水平效力的討論。

(三)二審高院判決

1、訂定規約之前提要件：除法令另有規定外

法院認為，依公寓大廈管理條例第 23 條第 1 項規定：「有關公寓大廈、基地或附屬設施之管理使用及其他住戶間相互關係，除法令另有規定外，得以規

²³⁷ 關於健康權的概念，有鑑於我國憲法中所謂的「健康」，與醫藥、衛生及保健並用，因此以「生理/肉體」與「心理/精神」之完整性，而遠離病痛、殘缺為定義之核心。...基於憲法第 22 條對於個人利益保障的廣泛指涉作用，該條條文規定，應可作為健康權的憲法上基礎。林明昕（2006），〈健康權－以「國家之保護義務」為中心〉，《公法學的開拓線－理論、實務與體系之建構》，台北：元照，頁 36、39。

約定之。」。是以管理委員會依區分所有權人會議之決議，訴請法院強制住戶遷離者，必該住戶所違反之規約內容，法令未另有規定，始足當之。

2、適用 96 年 7 月 11 日公布施行的人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例

高院判決認為：查人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例於 96 年 7 月 11 日公布施行，該條例第 4 條第 1 項：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇」之規定，係由後天免疫缺乏症候群防治條例第 6 條之 1 第 1 項規定：「感染人類免疫缺乏病毒者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業或予其他不公平之待遇。」之立法而來，增訂「安養、居住」，可知立法者係為加強保障人類免疫缺乏病毒感染者有關安養及居住之權益，故針對歧視人類免疫缺乏病毒感染病患者，另於該條例第 23 條第 2 項明定：「違反第 4 條第 1 項或第 3 項、醫事機構違反第 12 條第 3 項規定者，處新臺幣 30 萬元以上 150 萬元以下罰鍰。」之罰則，此觀該條例第 4 條第 1 項之立法理由：「...三、因屢次發生感染者或收容感染者之民間團體被排斥之事件，公、私立安養機構明文拒收感染者之情事，為保障感染者之安養權益，爰於第 1 項明文例示規定安養、居住權益保障範圍。」，益足證之。是以人類免疫缺乏病毒感染者不論係由民間團體收容，或由公、私立安養機構予以安養，均不得予以歧視或拒絕。

準此，高院適用法令為 96 年 7 月 11 日公布施行的人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例。

3、法律效果

高院判決認為，再興社區規約第 17 條第 2 項第 4 款逕行排除法定傳染病愛滋病患之收容，即與感染者權益保障條例第 4 條第 1 項之規定相左。再興社區於 96 年 7 月 11 日及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項公布施行前，固可依其規約第 17 條第 2 項第 4 款之約定，授權再興社區訴請關愛之家遷離系爭房屋。惟於 96 年 7 月 11 日公布施行後，就法定傳染病愛滋病患之安養、居住既有不得歧視之特別規定，則系爭決議修正之規約第 17 條第 2 項第 4 款有關住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染病患之約定，即屬違背公寓大廈管理條例 第 22 條第 1 項所定僅於法令別無規定之情況下，方得以規約約定之規定。

換言之，感染者權益保障條例第 4 條第 1 項於 96 年 7 月 11 日公布施行後，已不得再依規約第 17 條第 2 項第 4 款之約定拒絕愛滋病患居住於再興社區。

（四）二審高院判決評析

1、以法令優先檢視法律關係

高院判決優先適用感染者權益保障條例殊值贊同。高院判決，在適用感染者權益保障條例認定後，再興社區已不得依規約訴請關愛之家遷離系爭房屋。然高院論述的基礎為公寓大廈管理條例第 23 條第 1 項規定，而非本文所述基本權水平效力之法理。

又公寓大廈管理條例第 23 條第 1 項規定除了確認優先適用法令之法理外，法院亦認為本規定為效力規定，違反者無效，因此法院未引據民法第 71 條的規定。然而，本項規定所謂除「法令」另有規定外，法令僅限於強行或禁止規定，或亦包含取締規定和效力規定，恐有疑問，本文認為應和民法第 71 條一樣，限於強行和禁止規定，否則縱法令僅是任意或取締規定，規約仍無從訂定，顯然過度限制私法自治。而感染者權益保障條例第 4 條第 1 項屬禁止規定，故不得訂立與其牴觸之規約，在結論上本文和高院判決相同。

2、適用法令的問題

高院判決所適用的法令為 96 年 7 月 11 日公布施行的感染者權益保障條例，然而規約之訂立係發生於 94 年間，再興社區亦在 95 年即提起訴訟，似有不溯及既往之適用。高院判決似亦發現此問題，然而判決認為，再興社區於 96 年 7 月 11 日及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項公布施行前，固可依其規約第 17 條第 2 項第 4 款之約定，訴請關愛之家遷離系爭房屋。惟於 96 年 7 月 11 日公布施行後，再興社區已不得再依規約第 17 條第 2 項第 4 款之約定拒絕愛滋病患居住於再興社區。此類似於「不真正溯及既往」之概念，然而不真正溯及既往乃行政法上之理論，在民事關係上是否有適用，恐有疑問，且規約早於修法之前即訂立，本案要處理的是，規約訂立時，是否合法的問題（依照公寓大廈管理條例第 23 條，須於除法令另有規定外，始得訂立規約）故應適用訂立規約時之法令，除非 96 年 7 月 11 日公布施行的感染者權益保障條例，訂有溯及既往之特別規定，否則高院判決恐違反不溯及既往原則，有違法律的安定性。

然本文認為，縱使法院適用修正前之感染者權益保障條例，規約仍明顯抵觸修正前感染者權益保障條例。按修正前之感染者權益保障條例第 4 條第 1 項之規定：「感染人類免疫缺乏病毒者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業或予其他不公平之待遇。」，其不僅有拒絕其就學、就醫、就業等例示規定，更有「其他不公平之待遇」等概括規定，法官如認為，規約是對於愛滋病患者的歧視，其法律效果是對於愛滋病患者所為之不公平待遇，即可認為規約違反修正前感染者權益保障條例第 4 條第 1 項之規定，而認定其無效。在論述上，修正後的規定，亦可作為補強法院認定規約構成歧視及不公平待遇的佐證。法院捨此不論，而冒著違反不溯及既往原則的風險，適用修正後感染者權益保障條例第 4 條第 1 項之規定，甚為可惜。

綜上，本文認為，本案有感染者權益保障條例（修正前）的規定，無庸援引基本權直接水平效力，和基本權間接水平效力的概括條款。且依公寓大廈管理條例第 23 條第 1 項規定，就本案法律關係已有感染者權益保障條例（修正前）的規定，故屬於不得訂定規約之範疇，再興社區不得訴請關愛之家遷離系爭房屋。

二、勞資爭議和解案²³⁸

原告嘉里大榮物流股份有限公司和被告曾堉誠有勞資爭議，之後雙方於民國 106 年 2 月 20 日達成和解，簽訂協議書（下稱系爭協議書），並由被告陳盈蓁擔任曾堉誠的連帶保證人。系爭協議書第 4 條約定：「乙方同意立即撤除所有在網路上包括但不限於 Facebook、YouTube、line、PTT 等不利於甲方之所有影音、貼文、留言、評論，並保證爾後絕不再以任何形式，在虛擬或實體網路、社群、媒體、甲方各站所及總公司等，由乙方直接或間接對甲方有任何誹謗、舉牌、抗爭等行為，乙方亦不得鼓勵、幫助、暗示、教唆、煽動或慇懃其他第三人為上述或其他可能造成勞資對立、爭議之一切行為。甲方同負以上義務」。系爭協議書第 6 條約定：「任一方若有違反本協議書之任何約定，須於收到未違約方通知後 7 日內無條件賠償兩倍協議金予未違約方。如通知係以書面方式寄發者，應採掛號郵件方式寄發，並以寄發日之隔日為送達日。」。然被告於臉書、苦勞網等陳述本件勞資爭議，並指責原告之不是，因此原告主張被告違反系爭協議書第 4 條規定，以本訴請求被告 600 萬元。

²³⁸ 臺灣臺中地方法院 106 年度訴字第 3237 號民事判決。

被告曾堉誠主張，系爭協議書為定型化契約，且第4條約定限制曾堉誠的言論自由、行動自由及勞資爭議權利，背於公序良俗，該約定無效。法院認為就此問題表示：被告援引憲法基本權規範主張適用於本件民事訴訟，應屬憲法上「基本權第三人效力」理論的問題。所謂憲法基本權，本來是用來拘束國家不得任意限制甚至剝奪人民受憲法保障的基本權利，以免人民無端受到國家的侵害，如有限制必要，也必須透過立法機關以法律為明文規定，此種基於人民與國家間垂直關係所導出的防禦權，於私人之間的民事法律關係是否有其適用，就是所謂「基本權第三人效力」理論。學說上對此問題固然有不適用說、直接適用說與間接適用說等不同見解，但是，私人間是否可以主張基本權，仍應視該基本權的性質定之，如該基本權性質本不適宜於人民間主張，自然無法適用。我國法制，並無基本權直接適用民事法律關係的相關規定，故尚難認為基本權可以直接適用於私人間的法律關係，然而基本權的保障是憲法的基本價值決定，尊重基本權本身就是一種「公共秩序」或「善良風俗」，對於基本權形成侵害效果的法律行為，應認為是違反「公序良俗」，而屬無效。故透過一般民事法律條款的規定，例如我國民法第71、72條，應認基本權可以間接適用於民事關係。民法及憲法學者間也普遍承認此種基本權的第三人效力（此可參考王澤鑑先生、陳新民大法官、許宗力大法官相關著作），本院從之。

然而法院認為本件系爭協議書第4條約定內容，無非基於雙方勞資關係所衍生的互相攻訐、爭議及纏訟，希望可以透過和解方式，息紛止爭，於曾堉誠而言，因取得一定的協議金，獲取相當的給付，而選擇自我克制，不再為任何對立或抗爭等相關行為，原告除同受限制外，也藉此不用疲於應付，並挽救可能受損的企業形象，可謂各取所需。且觀其約定條款內容本身，並沒有違反法律的強制規定，此在一般爭執衝突的和解契約，也頗為常見，否則紛爭再燃，恐怕失去了和解息爭的本來目的。基於以上說明，被告抗辯系爭協議書第4條的約定侵害其基本權，違反公序良俗而無效云云，自不足採。

準此，本件判決明確否認直接效力理論、肯認間接效力理論，可惜法院的論述未細緻分析基本權（言論自由和名譽權），而係直接認為契約對方皆有利，且以和解定紛止爭為實務上常見（契約自由）。本文雖不否定其結論，但如法院仍更進一步闡述本件言論自由之限制強度，並進而與名譽權、契約自由一起衡量，將更能完整演示基本權水平效力之操作。

三、正當程序案²³⁹

²³⁹ 臺灣臺北地方法院94年度重勞訴字第2號判決

本件涉及解雇之工作權正當法律程序。法院認為：接受僱之勞工相對於雇主而言，顯然欠缺對等防禦能力，而懲戒性解僱，又涉及剝奪勞工之既有工作權，要屬憲法工作權保障之核心範圍，雇主所為之懲戒性解僱與受僱人之違規行為，在程度上須屬相當，方得為之。法院對雇主之解僱，並得加以審查（可參最高法院95年度台上字第392號判決意旨）。又基本權利之限制或剝奪，除應注意權利人之實體利益維護外，亦應保障其程序利益，此歷經我國司法院大法官第三八四號解釋以降，已多次揭橥「正當法律程序原則」，亦可自明。雖本件所涉及者乃私人間（即雇主與勞工）之法律關係，惟一般認為國家仍有保障個人免遭受第三人民事及刑事上的侵害義務，此即所謂基本權的第三人效力。對此，雖無從直接適用憲法上之基本權保障規定，然仍得有間接效力之適用，此觀諸我國憲法第一百五十三條及勞動基準法第一條規定，明揭保障勞工權益旨趣，足見關於基本權第三人效力，於勞工工作權之保障，自有其適用。是以，於雇主解僱勞工之情形，除其須具有法定解僱事由（實體利益保障）外，尚須審視其解僱程序是否合法（程序利益保障），否則尚難謂雇主之解僱為合法。

…按勞基法第11條第4款既係為因應雇主之業務性質變更，致產生多餘人力，且無可安置時，雇主為求經營合理化必須資遣多餘人力所設，然在前開法規維護雇主受憲法保障之財產權之際，相對而言，同亦涉及勞工應受憲法第15條所保障之工作權行將喪失之問題，值此勞資雙方均受憲法保護之二大基本權發生衝突之際，本院因之認為法院自有依職權介入予以審查之必要性，以平衡勞資雙方之基本權益，不僅為維護勞資雙方之私權利益，以實踐勞動契約中兩造當事人之公平正義外，並期能達維護社會公序良俗之公權益之使命暨目的，職此之故，本院認為：在審查雇主依前開法規資遣勞工之行為是否合法有據時，除應考量雇主在實際上是否具備業務性質變更之事實條件外，同時雇主所為之資遣行為，是否符合合理性、必要性，以及對於雇主所行將資遣之對象，是否符合誠信原則、比例原則，亦同應列入法院實質審查考量之範圍。易言之，企業雇主縱使具備業務性質變更之事實條件，惟基於雇主對於受僱勞工所負有之照護義務暨鑑於民法第148條第2項所定「行使權利履行義務，應依誠實及信用方法」之誠信原則，並考量多年來未違忠實義務之受僱勞工對於雇主之信賴利益應予保護，是認縱使企業雇主符合業務性質變更之事實條件，而有資遣多餘人力之必要，亦僅止於得為資遣「多餘人力」而已，尚不得逕行資遣非多餘之人力、甚或資遣行將退休之最資深員工。

法院調查證據後發現，在實質理由上，電子文書系統的引進和過去的電子作業差別並不大，並不構成業務性質之變更，且縱使不論業務性質有無變更，電子

文書系統的引進亦未導致人力需求的減少，因此認為雇主的解僱不符合法定要件。在正當程序方面，法院則指出，被告雖辯稱其資遣原告前已踐行其「人力進用調動作業程序」第六條之程序、並已給予思考改進及陳述之機會云云，惟觀之被告所提之簽辦單及備忘錄所示之時間及上載之內容，可見被告僅發函詢問各部門在「一週內」回覆辦理，被告顯未在所謂之剩餘人力發生三個月前通知專業管理部門，專業管理部門亦未於一個月內安排適當接續工作、且非已經公告二個月期滿仍未有工作安排，是原告辛、丙果係屬多餘人力，被告所為亦與其所訂之「人力進用調動作業程序」第六條之程序不符。況被告於資遣原告辛及丙後，復於同年...徵調行政文書及行政助理。...且其徵調人員之專長，亦為原告等所能勝任，對照被告所專屬部門行政人員之學經歷，原告之學經歷亦符合公告之需求，可見被告仍有其他工作可安置原告等人，卻未予安置，自與勞基法第 11 條第 4 款規定有間。

準此，法院認為，被告並不符合勞基法第 11 條第 4 款所定「業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。」之要件，一如前述，是其預告勞工終止勞動契約即不合法，本院自無庸再論述雇主所為之資遣行為，是否符合合理性、必要性，以及對於雇主所行將資遣之對象，是否符合誠信原則、比例原則。

本件法院認為雇主之解僱程序，應符合工作權之正當法律程序(程序功能)，突破以往基本權水平效力以防禦權為大宗，且亦受法院認可。可謂開啟新興基本權基本權水平效力之新頁。除此之外，法院更進一步的準確以民法第 148 條第 2 項誠信原則作為承載憲法精神之概括條款(和德國土耳其天線案相同，法院都是用「行使權利履行義務，應依誠信原則」的規定做為概括條款來承載基本權價值)，使得「積極義務」在現行的法制亦有存在空間，然而目前學說討論較少，此判決亦未被關注到，但本文高度推崇本件判決之創見。

四、部分判決對於基本權水平效力之錯誤論述

(一) 最低服務年限案²⁴⁰

本案涉及最低服務年限是否侵害工作權和生存權。法院認為：按工作權及生存權為人民可向國家請求之權利，但不可在私人間為主張，且人民之生存權及工作權亦可加以限制，此觀憲法第 23 條規定自明。就業服務法第 3 條雖規定國民有選擇職業之自由，但亦規定如為法律所禁止或限制者，不在此限。查兩造既已

²⁴⁰ 臺灣臺北地方法院 97 年度重勞訴字第 20 號民事判決。

簽立上開聘僱契約約定 2 人之最低服務期限，其等自應受該約定之拘束，而契約之效力復為法律所承認，則上開最低服務期限之約定自屬法律所為之限制，被告翁昇雷抗辯最低服務年限規定違反憲法基本權及工作權之保障云云，仍非可採。

本件判決嚴重錯誤，首先判決認為基本權不可在私人主張，縱使本文尊重其不適用論的主張，然而其又提及「契約之效力」為法律所承認，屬「法律」對基本權所為之限制，故得限制基本權。如法院既已主張不適用論，沒有權利，何來限制可言？再者，法院亦混淆「契約」和「法律」之性質，竟認為「契約」得等同憲法第 23 條的「法律」，實屬嚴重錯誤的法學論述。

(二) 就勞請求權案²⁴¹

原告援引基本權水平效力，並主張工作權之內涵包含就勞請求權。然法院認為：原告固援引憲法工作權之保障，並旁徵博引學者見解、德日法制，以及其他我國法院之判決，主張我國勞動契約（或僱傭契約）之勞工有就勞請求權，亦即受雇人有受領勞務給付之義務等語，惟查，本院認縱使憲法工作權之保障得間接對第三人產生拘束，亦應以法律有明文規範為限，且該規範不宜包括不確定之法律概念之條文，例如民法第 72 條公序良俗、或同法第 148 條權利濫用禁止、誠信原則，否則將對該第三人產生無可預期之限制（按：本院並非否定民法第 72 條、第 148 條之效力，僅認不宜以上開規定間接對第三人產生憲法之拘束力），因此，原告所引用之學者見解、德日法制，以及其他我國法院之判決，對本院並無拘束力。

法院認為，縱使承認基本權間接水平效力，仍應以「法律有明文為限，不宜包括不確定之法律概念條文」，顯然完全誤解了間接效力之理論內涵，間接效力理論從 Durig 學者創立以來，強調的一直都是透過抽象、不確定，得涵蓋高度價值性的「概括條款」來實現憲法的內容。因此本件法院針對基本權間接水平效力論述恰好相反。基本權間接水平效力理論應是：如果有法律明文規定，根本無庸援引基本權水平效力，而是應適用法律（如認法律違憲，則應針對法律提起釋憲），而只有在沒有法律或法律不足以保障基本權時，才適合援引基本權間接水平效力，以概括條款為入口，將基本權之精神導入民事法當中。本件判決對於基本權間接水平效力的論述，顯有謬誤。

肆、小結－實務通說：基本權間接水平效力

²⁴¹ 臺灣臺南地方法院 101 年度訴字第 971 號民事判決。

我國司法院解釋，皆未有承認基本權間接效力者，雖釋字 656 號有類似間接效力的趨勢外，然實質上仍未對個案判決作出審查，且亦未明文承認間接效力論。司法院 78 年 8 月 (78) 廳民一字第 859 號函研究意見，明顯採取間接效力的操作方式，可謂奠定我國基本權水平效力理論的重要實務判決。在個案判決上，姑不論標題六，論述嚴重錯誤之判決，綜觀我國判決實務目前皆採間接效力理論，藉由民法概括條款來彌補私法和憲法之間的斷層，目前較常被使用者為民法第 72 條規定。然而，基本權功能如前所述，不僅限於防禦權，給付權、國家保護義務、程序權皆為基本權功能的一環，如此一來民法第 72 條或者第 184 條。然而，雖學說討論甚少，實務上臺灣臺北地方法院 94 年度重勞訴字第 2 號判決，已開創先鋒，以民法第 148 條誠信原則條款，作為承載基本權積極義務之民法破口，殊為基本權水平效力之一大進展，值得讚賞。未來法院是否繼續承接此概念（尤其在憲法訴訟法通過之後），值得觀察。又基本權水平效力不僅限於民事關係，從前開的違法取證案，和愛爾蘭的墮胎系列案件可見一斑，只要是向「私人」主張「基本權」，即會落入基本權水平效力的範疇。

第三節 基本權水平效力之外國案例操作

壹、案例一：拒絕為同性戀者提供服務—防禦權

一、美國蛋糕案

(一) 事實

Masterpiece Cakeshop 是一家科羅拉多麵包店，由 Jack Phillips 擁有和經營，Phillips 是專家麵包師和虔誠的基督徒。2012 年，他告訴同性伴侶 Charlie Craig 和 Dave Mullins，他不會為他們的婚禮慶典製作蛋糕，因為他反對同性婚姻（科羅拉多當時沒有承認的婚姻）但他會賣給他們其他烘焙食品，例如，生日蛋糕。這對夫婦根據科羅拉多州反歧視法案(Colorado Anti-Discrimination Act, CADA)向科羅拉多州民權委員會（下稱：委員會）提出指控，該法案禁止「公眾和向公眾提供服務的任何地方」基於性取向而為歧視²⁴²。

²⁴² Colorado Revised Statutes §24-34-601 Discrimination in places of public accommodation--definition

(1) As used in this part 6, "place of public accommodation" means any place of business engaged in any sales to the public and any place offering services, facilities, privileges, advantages, or accommodations to the public, including but not limited to any business offering wholesale or retail sales to the public; any place to eat, drink, sleep, or rest, or any combination thereof; any sporting or recreational area and facility; any public transportation facility; a barber shop, bathhouse, swimming pool, bath, steam or massage parlor, gymnasium, or other establishment

根據 CADA 的行政審查制度，科羅拉多州民權司（Colorado Civil Rights Division）先找到可能的違規原因，並將案件提交給委員會。委員會隨後將案件提交給州行政法官（ALJ）進行正式聽證，而 ALJ 作出對該夫婦有利的決定，駁回了 Phillips 的憲法增修條文第一條的主張：要求他為同性婚禮製作蛋糕會侵犯他的言論自由權，迫使他運用自己的藝術天賦來表達他不同意的信息，並侵犯他宗教活動的自由(Free Exercise Clause)。ALJ 不認為準備婚禮蛋糕是一種受保護的言論²⁴³，再者 ALJ 認為 CADA 是「有效和中立的普遍適用」的，因此適用於 Phillips 並未違反宗教活動自由條款(Free Exercise Clause)，委員會要求 Phillips 停止歧視，不得拒絕販售結婚蛋糕或其他產品給同性戀夫妻，如果那些蛋糕或產品會賣給異性戀夫妻的話。且要求 Phillips 對員工進行全面關於公共場合歧視(Discrimination in places of public accommodation)的培訓，並修改公司政策以遵守此命令，另外要求 Phillips 編制「季遵法報告」，為期兩年，記錄拒絕服務的顧客人數、拒絕的原因，以及所採取的補救行動²⁴⁴²⁴⁵。科羅拉多州上訴法院對此表示肯定²⁴⁶。

（二）聯邦最高法院判決

conducted to serve the health, appearance, or physical condition of a person; a campsite or trailer camp; a dispensary, clinic, hospital, convalescent home, or other institution for the sick, ailing, aged, or infirm; a mortuary, undertaking parlor, or cemetery; an educational institution; or any public building, park, arena, theater, hall, auditorium, museum, library, exhibit, or public facility of any kind whether indoor or outdoor. "Place of public accommodation" shall not include a church, synagogue, mosque, or other place that is principally used for religious purposes.

- (2) (a) It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold from, or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation or, directly or indirectly, to publish, circulate, issue, display, post, or mail any written, electronic, or printed communication, notice, or advertisement that indicates that the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation will be refused, withheld from, or denied an individual or that an individual's patronage or presence at a place of public accommodation is unwelcome, objectionable, unacceptable, or undesirable because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, marital status, national origin, or ancestry.

²⁴³ MASTERPIECE CAKESHOP, LTD. v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMM'N, Opinion of the Court, p.7

²⁴⁴ Id, p8.

²⁴⁵ 根據 Colorado Revised Statutes §24-34-306 委員會有權作出決定。§24-34-306C harge - complaint - hearing - procedure - exhaustion of administrative remedies:

(9) If, upon all the evidence at a hearing, there is a statement of findings and conclusions in accordance with section 24-4-105, together with a statement of reasons for such conclusions, showing that a respondent has engaged in or is engaging in any discriminatory or unfair practice as defined in parts 4 to 7 of this article, the commission shall issue and cause to be served upon the respondent an order requiring such respondent to cease and desist from such discriminatory or unfair practice and to take such action as it may order in accordance with the provisions of parts 4 to 7 of this article.

²⁴⁶ MASTERPIECE CAKESHOP, LTD. v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMM'N, SYLLABUS, p.1.

法律和憲法在某些情況下必須保護同性戀人民權利的行使，但宗教和哲學反對同性婚姻的保護想法也是受保障的，在某些情況下，其表現的形式亦受保障。雖然科羅拉多州的法律保護同性戀者和其他人一樣，得以相同的條件獲得產品和服務，但法律必須以宗教中立的方式來適用。



多數意見認為，對於 Phillips 來說，他利用自己的藝術技巧來表達對於婚姻的贊同與否，屬憲法增修條文第一條言論自由的內容，並暗示了他深刻而真誠的宗教信仰。他的困境在 2012 年是可以理解的，案件發生在科羅拉多州承認同性戀婚姻之前，和本法院的 *United States v. Windsor*，或 *Obergefell* 之前。鑑於當時國家的立場，似乎可對 Phillips 的論點提供力量，讓 Phillips 認為他的行為他的決定是合理的。另外當時的州法律也肯認店主有「拒絕作出他們認為具有冒犯性行為」的自由。事實上，雖然執法程序正在進行中，但民權司至少在三個案件中認為，麵包師是可以合法地拒絕製作裝飾有貶低同性戀者或同性戀婚姻的蛋糕。Phillips 的主張，也應受到委員會中立和尊重的考量。

然而，委員會對 Phillips 的案件的處理方式損害了上述的中立與尊重，該案件顯示了委員會對 Phillips 真誠宗教信仰的明顯且反對的敵意。正如記錄所示，委員會正式的公開聽證會的一些委員們認為宗教信仰不能合法地被帶入公共領域或商業領域，這些陳述可能有不同的解釋。一、企業不能拒絕提供基於性取向的服務，無論業主的個人觀點如何。二，不恰當且不屑一顧的評論，此顯示委員會並沒有適當考慮 Phillips 的宗教活動自由及他所面臨的困境。鑑於隨後的評論，後者似乎更有可能。委員會貶低 Phillips 的信仰，並將他真誠的宗教信仰，比喻成奴隸制和大屠殺，認為那些為其宗教辯解的說法只是卑鄙的修辭，對於負責公正和中立執行科羅拉多州反歧視法的委員會來說，這種情緒是不合適的。沒有委員反對這些評論。他們也沒有在後來的州法院裁決中提到或在這裡提交的檔案中被否認²⁴⁷。

另一種敵意的跡像是，委員會對 Phillips 案件以及拒絕製作反同性戀訊息的其他麵包師，二種案件不公平的對待。委員會在一定程度上反對 Phillips，理由是所要求的婚禮蛋糕上的任何訊息都取決於客戶，而不是麵包師。然而，在涉及拒絕為反同性戀婚姻製作蛋糕的任何案件中，委員會都沒有提到這一點。再者，他們還認為，其他每家麵包店都願意向客戶銷售其他產品，但委員會認為就算 Phillips 願意做同樣的事也無關緊要。然而上訴法院對這種差別對待的草率討論，並未回應 Phillips 「國家行為是不認同他的宗教信仰」的主張。然而對這兩種情

²⁴⁷ *supra* note 243, p.12-13.

況的差別待遇的理由不能基於政府自己對於冒犯性的評估。正如「無法在政治，民族主義，宗教或其他意見問題上規定什麼是正統的」²⁴⁸。

基於上述原因，多數意見認為，委員會對 Phillips 案件的處理違反憲法增修條文第一條的國家義務，而對宗教或宗教觀點產生敵意。政府不能施加對宗教信仰懷有敵意的法規在人民身上，也不能預設宗教信仰和行為是非法的。然而委員會紀錄顯示，委員會對 Phillips 案件的審議既不寬容也不尊重他的宗教信仰，但政府沒有表達或甚至暗示 Phillips 基於宗教理由來拒絕製作蛋糕是合法的還是非法的。因此，這裡的推論是 Phillips 的宗教異議，在委員會審查時，委員會不符合自由權審查所要求的中立性。國家利益可以和 Phillips 的宗教異議作衡量，但此須恪遵宗教中立性。但在一些委員的評論中對宗教的敵意與上述要求不一致，委員會對 Phillips 案件的不同考慮與其他麵包師的案例相比也表明了這一點。因此，最高法院推翻了科羅拉多上訴法院的判決。

（三）案件分析

1、未處理核心問題：

本案的作成引起國際社會的高度關心：能否基於宗教信仰，拒絕對同性戀提供服務。法院雖在內容上，有論及相關內容，然因聚焦於「委員會審理的中立性」，同性戀者的平等權和其與宗教自由的衝突與抗衡未被凸顯與解決。委員會對於宗教的貶低和敵意，不符合宗教活動自由，才是本案關鍵之所在。

如前所述，美國並未正式的認可基本權水平效力，因此 Phillips 主張宗教自由的對象是國家（委員會），而因科羅拉多州制定有反歧視法，因此同性戀的平等權被涵蓋在法目的當中來討論。然而，反歧視法當中，其實有民事責任的規定，人民可以向法院提起訴訟，主張 50 美元到 500 美元的賠款，然而此和委員會的救濟管道是互斥的，前者只能請求賠款不能強制店家作為，後者只能請求強制作為或不作為，不能請求賠款。雖然即便走民事責任途徑，仍是依照法律而非憲法而為主張，但或許可見更清晰的基本權對抗關係，因無委員會的中間干擾，且本條規定，本身即具高度的憲法特性²⁴⁹。

2、實質部分

（1）「能否以宗教為由，拒絕對同性戀提供服務」的考量因素

²⁴⁸ Id, p.16

²⁴⁹ Crosswaith v. Bergin, 95 Colo. 241, 35 P.2d 848 (1934).

雖法院未正面處理到「能否基於宗教信仰，拒絕對同性戀提供服務」的關鍵問題，從甘迺迪大法官所發表的多數意見書的論述內容來看，答案恐怕也非絕對。首先多數意見書認為應區分拒絕的程度，例如僅是拒絕將某些宗教詞語或裝飾品放在蛋糕上，和拒絕出售婚禮蛋糕，就可能有所不同²⁵⁰。本案中，他們沒有提到他們設想的蛋糕的設計，似乎是較嚴重的情形。然而，如和拒絕出售所有蛋糕給同性戀的情形相比，似乎又較輕微。法院明確的肯認「如果麵包師拒絕出售任何商品或任何蛋糕用於同性戀婚禮，那是另一回事，根據本法院先例，國家將有一個強有力的理由認為這種對商品和服務的拒絕，超出了麵包師任何受保護的權利，並受到中立適用且普遍適用的反歧視法的約束²⁵¹」。

另外，氾濫的拒絕是否有造成同性戀享受商品、服務的困難，也是應該考慮的因素之一，多數意見書指出，在婚禮方面，可以假設在道德和宗教基礎上反對同性戀婚姻的神職人員不能被迫參加儀式。在憲法秩序中這種拒絕將被充分理解為一種宗教活動，這是一種同性戀者不會被嚴重削弱其尊嚴和價值的行為。然而，如果這種例外不受限制，那麼為婚姻和婚禮提供商品和服務的一大堆人可能會拒絕為同性戀者服務，從而導致對同性戀者的羞辱，明顯有違民權法案確保每個人平等獲得商品，服務和公共場所的意旨²⁵²。

回到本論文觀之，本文從弱勢角度出發，強調保障弱勢之憲法精神，主張憲法立法、行政、司法部門在處理有關私人間之立法、執法時，應關注、並保障弱勢者，這是一個方向和立基點。但在處理個案時，關注弱勢者的對造和案件的全貌，當然也是相當重要的，是否是弱勢、在個案中的侵害程度，都需在案件中詳加考量，本案即是顯例。例如，強制要求特定牧師為同性婚姻證婚，對於其宗教信仰將造成侵害，但如果整個社會都拒絕為同性婚姻證婚，將對同性戀者造成侵害。證婚和提供蛋糕與贊同同性婚姻與否的緊密性也不一樣²⁵³，亦會影響到認定的結果，這些細節與脈絡是除了弱勢身分以外，仍需高度關注的地方。

(2)弱勢身分與歧視

²⁵⁰ *upra note 243, p.2.*

²⁵¹ *id, p.10*

²⁵² *id, p.10*

²⁵³ 英國和加拿大即針對是否有義務對同性戀者證婚作特別規定，由此可知證婚和宗教信仰的高度緊密性。例如加拿大民事婚姻法第 3 條明定，教會及其人員可以拒絕為同志證婚；任何人或團體不因為同志婚姻的立法以及宗教自由的行使而被剝奪利益，不因此增加義務或受到制裁。英國同性婚姻法亦設有宗教保護機制，於條文中明定宗教團體擁有拒絕替同志婚姻福證之權，且無庸受法律之追訴。

法院認為，委員會處理其他三位拒絕製作貶抑同性戀者的麵包師傅的方式和處理 Phillips 案件的方式間有差別待遇，其一，法院在 Phillips 案認為婚禮蛋糕上的任何訊息都取決於客戶，但在其他案子並未討論此點，其二，在其他案件考慮麵包師傅是否願意向客戶銷售其他產品，在 Phillips 案這認為此點不重要。故 Phillips 主張「國家行為是不認同他的宗教信仰」，最高法院認為差別待遇的理由不能基於政府自己對於冒犯性的評估，正如「無法在政治，民族主義，宗教或其他意見問題上規定什麼是正統的」²⁵⁴。

然而本文認為法律既然已經確定了不能因為同性戀而予以歧視的這個價值，政府難道不能偏好保障同性戀者，而較嚴格對待貶抑同性戀的一方嗎，無論是欲訂製貶抑同性戀蛋糕的顧客或是拒絕為同性戀製作婚禮蛋糕的麵包師傅？這也凸顯了，本文主張應辨別弱勢，而進一步保障弱勢的重要性，委員會的差別待遇正是基於這個理由而予以差別待遇，因此，本文認為問題不在沒有正統的價值，而是當法律確立了價值（甚至聯邦最高法院現已確立同婚價值），但其與傳統宗教信仰相互衝突時，兩者如何折衝。

二、臺灣現行可能之救濟

台灣在幾部法律裏面明確的禁止針對性傾向的歧視，例如性別平等教育法規定學校之招生及就學許可、教學、活動、評量、獎懲、福利及服務上之差別待遇不得有性傾向之差別待遇，且應對因性傾向而處於不利處境之學生積極提供協助，以改善其處境（第 12 條至第 14 條）；高級中等學校建教合作實施及建教生權益保障法規定建教合作機構於建教生受訓期間，不得因其性傾向而有差別待遇（第 27 條）；性別工作平等法要求雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷、舉辦或提供教育、訓練、各項福利措施、薪資之給付、退休、資遣、離職及解僱，不得因性傾向而有差別待遇（第 7 條至第 11 條）；就業服務法規定為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以性傾向為由，予以歧視（第 5 條）；長期照顧服務法規定長期照顧服務之提供不得因服務對象之性傾向有差別待遇之歧視行為（第 1 條）。但上述皆是在特別的領域予以規範，如就營業場所對於顧客的歧視，目前台灣並沒有相關的法令。然而近年來同婚議題沸沸揚揚，同性戀與反同者的對抗似亦逐漸升高，其中基督教團體被認為是其中一股重要的反同力量²⁵⁵。如類似案件發生在台灣，應如何救濟？

²⁵⁴ *supra* note250, p.16.

²⁵⁵ 〈教會「反對大法官改變婚姻定義」聯合聲明〉，《基督教論壇報》，<https://www.ct.org.tw/1309416#ixzz5VIUROonq>。



首先，因台灣沒有全面的反歧視法或相關的營業場所規範，恐怕無法有相應的行政措施（委員會直接強制販賣、定期報告）介入處理，民事法上也沒有具體針對公共場所禁止歧視的規範。此狀況即是典型的「沒有法律」的基本權水平效力適用時點。

本案涉及 Phillips 宗教自由、營業自由以及同性戀伴侶的平等權，就同性戀伴侶之平等權已經司法院釋字第 748 號解釋明確肯認：「憲法第 7 條所稱『男女』或憲法增修條文第 10 條第 6 項所稱『性別』，涵蓋性別、性別認同及性傾向，是以性傾向作為分類基礎之差別待遇，應採取較為嚴格之審查基準」。因此 Phillips 的行為應構成以性傾向為分類基礎的差別待遇。但 Phillips 可能主張宗教自由和營業自由²⁵⁶來作為差別待遇的合理事由。

首先是審查標準的問題，許宗力教授認為在操作基本權水平效力時，法律行為是建立在私法自治基礎上的契約自由，故僅在雙方當事人地位明顯不對等的情況下始適用比例原則，一般情形基本上應尊重契約自由；在侵權行為方面，則應採取利益衡量的方式來操作²⁵⁷。依本文提出的弱勢保障的精神，以及近年來公司、財團對於弱勢者的侵害，本文認為，無論法律行為或侵權行為，如雙方權利地位不平等，所採取的審查標準皆應較為嚴格，例如企業排放汙水對於居民健康的傷害，應採取嚴格標準檢驗。如無權力不對等的情形，以衡量雙方利益的方式（類似於基本權衝突的解決方式）應為可行。

回到本案中，雖以性傾向為分類標準為嫌疑分類，但在 Phillips 的案件當中，雙方權力地位並無不平等的情形，應放寬標準採中度審查。本文認為可參考美國聯邦最高法院的標準，Phillips 是拒絕製作特定宗教意涵裝飾，還是拒絕製作婚禮蛋糕給同性戀伴侶，聯邦最高法院似乎暗示前者是可接受的，然而本文認為前者的可接受原因應在於通常拒絕製作特定違反其宗教信仰的裝飾，並不會因為客戶是異性戀或同性戀而有異，其中並無差別待遇。然而拒絕製作婚禮蛋糕給同性戀伴侶，卻確實存在有差別待遇。然而 Phillips 願意提供其他蛋糕給同性戀伴侶，雖對於平等權構成侵害，但情狀比拒絕提供所有蛋糕者輕微，此在法律效果的選擇上，應作衡量。

（一）強制締約？

²⁵⁶ 在美國的案例中，最高法院並未討論到營業自由，顯然是科羅拉多州在訂立反歧視法時，便已將營業自由納入考量，而認為營業自由不得作為在公共場所予以歧視之理由。

²⁵⁷ 許宗力，前揭註 10，頁 69-70。

首先是強制締約問題，因強制締約全然限制了契約自由中締約與否的自由，故在使用上必須非常小心翼翼，因此實務上多限於公益性顯著的情形，典型為大家所熟知的強制締約情形包含，公用事業的締約義務，例如郵政、電信、電業、自來水、鐵公路等²⁵⁸；醫療契約之締結²⁵⁹，然在弱勢保障的情形，是否可能有強制締約的適用？如從上述科羅拉多州的反歧視法來看的話，答案應是肯定的，因此委員會依據 Colorado Revised Statutes §24-34-306 規定，要求 Phillips 停止歧視，不得拒絕販售結婚蛋糕或其他產品給同性戀夫妻，等於強制要求 Phillips 與同性戀夫婦締約。

德國也有類似禁止公共場所歧視的立法，根據《一般平等對待法》第 19 條第 1 項規定：「因種族、血統來源、性別、宗教、殘障、年齡或性取向，而在下列私法上的債之關係的建立、履行及消滅上給予不利益之待遇者，不得為之：通常不考慮相對人的個別特性而以相同條件大量成立者（大眾交易）或相對人的個別特性依債之特性僅具次要意義且以類似條件大量成立者（準大眾交易），或以私法上之保險為標的者。」，如適用至本案，應屬於準大眾交易²⁶⁰而有因性取向而在債之關係的建立給予不利待遇²⁶¹。故依《一般平等對待法》第 21 條第 1 項規定：「違反不利待遇禁止之規定時，受不利益待遇之人得請求除去其侵害，且不影響其他請求權之行使。若有受其他侵害之虞，其並得訴請不作為。」，然此條侵害除去請求權得否倒出強制締約的法律效果？但多數學說則採肯定看法，因為若發生因歧視而拒絕訂約的情況，不承認締約強制之合法性，將無從保護受歧視之被害人；再者，「締約強制」本身即為一種歐盟指令所要求之「有效、合比例性並具有嚇阻力」的處罰，目前實務上似亦採肯定見解²⁶²²⁶³。

²⁵⁸ 郵政法第 19 條、電業法第 57 條、自來水法第 61 條。

²⁵⁹ 醫師法第 21 條、藥師法第 12 條、助產人員法第 29 條。

²⁶⁰ 只要以類似條件進行同類型的交易達到 3 次以上，即可認為係大量交易。非大量進行的交易，例如個人將其二手車輛出售。葉啟洲(2015)，〈民事交易關係上之反歧視原則－德國一般平等待遇法之借鏡〉，《東吳法律學報》，第 26 卷，第 3 期，頁 18。

²⁶¹ 值得注意的是，同法第 20 條第 1 項規定：「因宗教、殘障、年齡、性取向或性別而為不同待遇者，若有正當理由(sachlicher Grund)時，不認為係不利待遇禁止之違反。尤其是不同待遇係 4. 關係到人之宗教信仰，且鑑於宗教自由之執行或宗教團體之自決權、為宗教團體所提供之設施，而不論其法律形式，以及以共同維持宗教為任務之結社，在考量各自的自我認知之下係屬公平者。」因此，如相同案例發生在德國，是否法院會認定 Phillips 成本條與否，亦屬未知。

²⁶² AG Hagen, Urteil 09.06.2008 - 140 C 26/08, 判決全文見 <http://openjur.de/u/129845.html>，轉引自：葉啟洲，前揭註 260，頁 26。

²⁶³ 另有學者認為，強制締約應從損害賠償請求權的回復原狀義務來導出，但有論者認為損害賠償請求權作為次級請求權，僅僅是對義務為返的制裁，不能作為建構主要請求權的基礎。周伯峰(2014)，〈「禁止歧視」作為私法自治的限制？－簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，第 224 期。

類似規定如我國民法第 18 條第 1 項規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。」葉啟洲教授指出，一般民事交易中的不當歧視行為，通常有損於相對人的人格尊嚴，但是否已達「人格權」侵害之程度而得適用本條規定，尚有疑義。學說上多認為本條所稱的「人格權」，係指包含具體人格權及其他人格法益等類型之總合，亦即一般人格權。從而在民事交易關係中受有不當歧視之人，似得依本條請求除去或防止歧視²⁶⁴。然是否有依民法第 18 條而要求強制締約的可能？

誠如葉啟洲教授所言對於此一問題，國內學界尚乏討論，實務上亦無案例可供參考。葉啟洲教授認為，如何解釋，實牽涉到私法自治及契約自由之適用強度與限制的根本問題，且除去妨害請求權將來可能適用的範圍甚廣，並不限於特定種類的法律關係，故不論在立法論或解釋論上，本文寧持保留見解。但對於個別種類之交易，則可進一步視其交易特性，以決定是否適合另設特別規定，使被害人得請求強制訂約²⁶⁵。

然在尚無立法時，也就是「沒有法律的狀態」，法院是否可能要求強制締約，無論是依民法第 18 條（間接效力），或依平等權（直接效力）？參考美國和德國的立法例，強制締約在法理上應是可行的。然而葉啟洲教授道出了我國兩個困境，其一，德國在立一般平等對待法時，確實已有強制締約與否的討論，然而立法者僅排除勞動契約的強制締約，而在一般民事交易上者並無明顯的承認與拒絕，因此學者比較勞動契約之禁止強制締約後，反推肯認一般民事交易應有強制締約的適用。然而我國民法第 18 條在立法時，並未針對強制締約與否進行討論，日後亦缺少學者對此進行廣泛的論述。其二，民法第 18 條的範圍亦較廣泛，未如德國僅限於針對不利益待遇。

如民法第 18 條遭遇請求困境時，在個案上能否直接援引平等權主張強制締約？或認為強制締約是「絕對立法保留」的手段？平等權的主要內涵，原本就是要求不得為不合理歧視待遇，如國家違反時，效果應屬違憲，之後應當予以平等待遇。援用到民事關係上，則需要考量營業自由和宗教自由，除了原生的請求權（請求締約），還有派生的請求權（請求損害賠償），因此強制締約（不能為不合理的差別待遇）才是平等權的原貌，本文認為在討論上不宜過快的否定強制締約的適用上可能性，尤其是在顯著侵害的情形下，例如：假設王品集團拒絕提供所有同性戀、身心障礙者餐點，應有強制締約適用的必要性。然而我國相關討論甚

²⁶⁴ 葉啟洲(2015)，〈民事交易關係上之反歧視原則—德國一般平等待遇法之借鏡〉，《東吳法律學報》，第 26 卷，第 3 期，頁 7。

²⁶⁵ 葉啟洲，前揭註 260，頁 46。

少，強制締約對於基本權（契約自由）產生的侵害又較高，如能立法，將是正本清源之道。

值得一提的是，立法程序確實是最有資源、時間和正當性，去評估社會現實、收集意見、集眾人之力思考與論辯，最後細緻化不同的情形而予以不同的法律效果，例如德國雖肯認強制締約，但在勞動關係尚亦明確否認強制締約²⁶⁶。然，而在法律沒有規定，或法律不足以保障基本權的情形，而案件卻已到達法官手上，法官亦理應踐行國家保護義務來保障基本權（無論是直接適用憲法或透過私法來引介憲法²⁶⁷），而達致基本權保障之完整體系。否則將落入「立法有權能怠惰，司法無力來保障」之窘境，此亦不符合憲法對於司法國家保護義務之要求。且法院本身的判決，也會成為立法機關的指引，促使立法機關立法。

（二）財產上損害賠償

再來是財產上損害賠償的問題，科羅拉多州的損害賠償，是採取固定數額 50 美元以上至 500 美元以下，且被歧視者，毋庸證明其金錢損失²⁶⁸，此向法院請求救濟的方式和向科羅拉多州民權委員會的救濟方式是互斥的，僅得擇一，Masterpiece Cakeshop 案的同性戀夫妻，顯然採取了後者的救濟方式。因此民事的關係未在案件中被凸顯。

德國《一般平等對待法》第 21 條第 2 項規定：「於違反不利待遇禁止規定時，為不利待遇之人應賠償因此所受之損害。為不利待遇之人係不可歸責者，不適用之。若其損害並非財產上損害，受害人得請求賠償相當之金額。」，此亦和強制締約是互斥、得任擇一的關係²⁶⁹，和美國相同。財產上損害賠償，是以故意過失為要件，然而歧視者的故意或過失，已受本法推定，其主張自己並無故意或過失者，應負舉證責任。得請求之範圍為履行利益，包含請求之損害賠償範圍包括被害人所有因不利待遇而產生之財產上損害以及其因此所支出的勞費，若因遭歧視而無法購得商品，則買受人預期轉受所得取得之利潤，亦得在請求賠償之範圍內²⁷⁰。

²⁶⁶ 《一般平等對待法》第 15 條第 6 項。

²⁶⁷ 前提是，須承認侵害防止請求權得引致強制締約的效果，否則民法亦無能為力。

²⁶⁸ Crosswaith v.Bergin, 95 Colo.241,35 P.2d 848 (1934)。

²⁶⁹ 參考葉啟洲教授之說明：「雖然政府草案的立法理由中將除去侵害與不作為請求權稱為『主要請求權』，將損害賠償請求權稱為『第二次請求權』，但學說上仍多將二者解釋請求權競合的關係，亦即被害人得不請求除去侵害，而直接請求損害賠償。若非如此，將形同強求被害人與歧視者繼續進行交易，顯非妥當」。葉啟洲，前揭註 260，頁 27。

²⁷⁰ 葉啟洲，前揭註 260，頁 28、29。

臺灣在操作上可以適用憲法侵權，主張對於平等權的侵害，或是直接援引民法的概括條款來進行救濟（此部分的差別不大），例如民法第 184 條「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」。關於本案是否構成「背於善良風俗」違反第 184 條後段，首先，公共秩序或善良風俗在於維護既有之秩序，憲法上關於基本人權之價值判斷，應作為公序良俗具體化之重要因素²⁷¹，在實務上，司法院研究意見指出，中華民國人民無分男女，在法律上一律平等，為憲法第 7 條所明定…僱主要求女性受僱人預立在任職中結婚即辭職之辭職書，破壞憲法保障男女平等之原則..該結婚即辭職之約定，可認違背我國之公序良俗²⁷²。由此可知，台灣司法實務上，已有援引平等權作為公序良俗之判斷標準。從上述的操作我們也可以觀察到，公序良俗等概括條款本身的內涵，在基本權水平效力的適用上舉無輕重，而僅是乘載基本權內涵的「殼」，在分類上已屬於基本權直接水平效力。

再者，依照前述司法院釋字第 748 號解釋，性傾向亦在憲法第七條保障之範圍應屬無疑，然而是否違反公序良俗，亦要判斷 Phillips 是否得以營業自由、宗教自由來正當化其行為。因此，具體的操作是法官先衡酌平等權、營業自由與宗教自由，認為營業自由和宗教自由無法作為差別待遇的理由，故 Phillips 拒絕為同性戀者製作婚禮蛋糕的行為，違反善良風俗，依民法第 184 條之規定，如同性戀夫妻受有財產上損害，Phillips 負損害賠償之責。

（三）精神上損害賠償

德國《一般平等對待法》第 21 條第 2 項規定：「於違反不利待遇禁止規定時，為不利待遇之人應賠償因此所受之損害。為不利待遇之人係不可歸責者，不適用之。若其損害並非財產上損害，受害人得請求賠償相當之金額。」，關於非財產損害賠償，多數德國學者認為此一非財產上損害賠償並不以行為人有故意或過失為要件，且為達成相當之預防功能，因此慰撫金數額之酌定，應在經濟上使歧視者「有感」(spürbar)，而不應酌定僅具象徵意義的賠償額²⁷³。

我國沒有專門對歧視訂有完整的特別法，因此沒有專門因歧視訂定的精神上

²⁷¹ 王澤鑑(2009)，〈勞動契約法上之單身條款、基本人權與公序良俗〉，《民法學說與判例研究第七冊》，頁 53，臺北：三民。

²⁷² 司法院 78 年 8 月 (78) 廳民一字第 859 號函。

²⁷³ 例如杜賓根市某一舞廳拒絕某一黑人男性進入消費的案例中，法院酌定慰撫金為 900 歐元，理由為該舞廳當晚的入場費收入大致上相當於此一金額，並認為此等標準為「有效、合比例性及具嚇阻力的懲罰」。葉啟洲，前揭註 260，頁 32。

損害賠償規定，然民法上仍有一般性的非財產上損害賠償規定，民法第 195 條：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」。從民法第 195 條的範圍來觀察，尤其是其列舉的「自由」²⁷⁴以及概括的「其他人格法益」，原則上應能涵蓋所有的基本權。然而較為特殊的平等權，是否能涵蓋在其他人格法益的範疇？無論從人格權的內涵觀之，或近年來學說和實務對於人格權的（擴大）解釋，答案皆應為肯定。

王澤鑑教授對人格權有深刻的闡述，其認為人格權的開展係建立在個人的人格自覺之上，即個人的自我認同及自主決定，此乃長期社會發展（包括思想、政治、經濟）的產物，使個人得從各種身分、階級的束縛解放出來，並因經歷各種政治變動更深切體認人格尊嚴及人格自由的重要性²⁷⁵。而人格尊嚴乃人之所以為人的價值，體現人的主體性及自主性，即不以人為一種客體、工具或手段²⁷⁶。從平等權的發展來看，平等權的發展史不外乎是人格尊嚴的追求，十八世紀美國、法國、英國逐漸擺脫王權的控制，消除貴族、平民的不平等關係，接著美國的南北戰爭、各殖民地的民族自覺運動，則是要擺脫因種族所產生的不平等問題，20 世紀平等的主張更是百花齊放，除種族、階級平等的倡導依然持續外，性別（含性傾向）、身心障礙者的平等運動亦如火如荼。從平等權發展的脈絡來看，拒絕不合理或因歧視而產生的差別待遇，無疑就是人格尊嚴的展現。

再者，雖民法第 195 條當初立法，是採取特別人格權的列舉方式立法，然民國 88 年修法，修法理由具體指出「第一項係為配合第十八條而設，原條文採列舉主義，惟人格權為抽象法律概念，不宜限制過嚴，否則受害者將無法獲得非財產上之損害賠償，爰擴張其範圍，及於信用、隱私、貞操等之侵害，並增訂『不法侵害其他人格法益而情節重大』等文字，俾免掛漏並杜浮濫。」，王澤鑑教授亦指出，人格權保障是一個因應社會變遷而不斷調整及實踐的過程，法學負有積極、參與、共同形成、促進提升人格價值的使命²⁷⁷，同此陳聰富教授亦認為，人格權係以人格為內容的權利，隨著時代演進，具有變動的內涵。為實現人性尊嚴及促進人格自由發展，作為權利主體的人格權，無疑係其他所有權利（債權；物權）的基礎，而應儘可能擴大保護之。欠缺人格權的保護，即喪失「人」的價值

²⁷⁴ 孫森焱(2010)，《民法債編總論（上）》，頁 24；黃立(2003)，《民法債編總論》，頁 250。

²⁷⁵ 王澤鑑(2012)，〈人格權的歷史發展與規範體系〉《人格權法—法釋義學、比較法、案例研究》，頁 4，臺北：三民。

²⁷⁶ 王澤鑑(2006)，〈人格權保護的課題與展望一，人格權、人格尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學雜誌》，第 80 期，頁 109

²⁷⁷ 王澤鑑，前揭註 276，頁 120。

²⁷⁸。實務上，不乏許多創設的人格權，包含肖像權²⁷⁹、安寧居住權²⁸⁰、遺族對故人敬愛追慕的人格法益²⁸¹等。綜上，基於平等權的內涵和人格權的高度相容性以及近年來法律的修改和學說實務支持人格權的全面性保護（但仍有調控機制，須侵害情節重大，以避免浮濫），平等權應構成其他人格法益的一種。同此主張者，例如葉啟洲教授認為，一般民事交易中的不當歧視行為會構成人格權之侵害。因此如法院認為 Phillips 的行為構成對於平等權的人格法益侵害，而宗教自由又不足以成為其差別待遇之合理事由時，同性戀夫妻得依民法第 195 條請求精神上損害賠償。

最後須注意的是，基本權的衡量不僅應在於侵害與否的衡量（拒絕販賣婚禮蛋糕予同性戀夫妻的麵包師傅，是否能以宗教自由作為正當化差別待遇的李理由），即便認為構成侵害，在進行法律效果的衡酌時，亦應考慮到宗教自由，在不同侵害程度的情形，應予以不同的法律效果，亦即區分麵包師傅是拒絕作所有蛋糕、拒絕製作婚禮蛋糕、或僅拒絕作特定意涵的蛋糕，侵害程度較高者應可採取強制締約的法律效果，如構成侵害但侵害程度較低則宜採取損害賠償的方式，否則判決亦可能對於宗教自由造成過度之侵害。

貳、案例二：外籍勞工要求房東同意加設母國頻道之天線—給付權？

一、德國天線案

德國 Parabolantenne²⁸²案，原告為一個土耳其公民，他承租的房子的天線，只能接收德國的節目，於是原告想要加裝拋物面天線（衛星接收系統），以便能夠接收（約 10 個）土耳其電視節目，根據租賃契約，需得房東的同意始得加設天線，但房東為了維持房屋外觀而拒絕。原告起訴，然地方法院、上訴法院認為衛星接收系統接收電視廣播不屬於出租公寓的通常用途，且從租約中，不能得出要求房東同意得請求權。再者，原告及其家屬得透過翻譯德國新聞獲致資訊，且未來一年將設置有線電纜（其中有一個土耳其語電視台），應不再容許單獨的天線，且原告沒有契約權利裝設天線，因而駁回了原告的主張²⁸³。

案件到了聯邦憲法法院，按德意志聯邦共和國基本法第 5 條第 1 項第 1 句：

²⁷⁸ 陳聰富(2013)，〈人格權的保護〉，《月旦法學教室》，第 132 期，頁 42。

²⁷⁹ 臺灣高等法院 98 年度上字第 108 號民事判決。

²⁸⁰ 最高法院 92 年度台上字第 164 號民事判例。

²⁸¹ 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 2358 號判決。

²⁸² BVerfGE 90, 27. as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 184.

²⁸³ BVerfGE 90, 27(28-31). as cited in Cherednychenko, O. O., *supra* note 184.

「人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受資訊而不受阻礙之權利。」，基本權利的保護包含設施的採購和使用，因此，建立一個拋物面天線，接收電視節目，是基本權利的保障範圍。然而在另一方面，仍須考量到德意志聯邦共和國基本法第 14 條第 1 項：「財產權及繼承權應予保障，其內容與限制由法律規定之。」，據此房東有建築外觀不受破壞的財產權保障。根據過去的判例，如果雇主有提供公用天線或有線電纜，得成為房東拒絕另外單獨設置拋物面天線的理由。然而德國聯邦憲法法院於判決中指出過去的判例，未涉及長居在德國的外國人的資訊利益。

原告主張，他們為第一代移工，才特別想要通過土耳其電視節目與家鄉保持聯繫，原告的小孩在德國生長，學習德語，但有權通過電視了解他們的故鄉，以保持他們的文化特徵。這是翻譯德國節目、設置有線電纜完全無法替代的（只有一個土耳其電視節目，每天僅持續六小時，主要包括廣告和電影）。法院肯認原告的主張，認為從普遍可獲得的資源中自由學習的基本權利適用於所有人，無論其出生地在哪。資訊權的保障，是為保障人格發展並以之維護民主秩序，與言論自由和傳播自由同等重要，而取得傳播方式的保障，是資訊權的一環。

雖然，德國民法典中沒有明確規定天線附屬於出租房屋的規定。但民事法院在關於建立接收設施的私人衝突時，可以仰賴德國民法典第 242 條誠實信用條款及第 535 條、第 536 條²⁸⁴等一般規定來處理。亦即，在解釋適用這些一般規定時，考慮原告之資訊權。最後，聯邦憲法法院認定，為保障原告的資訊權（基本法第 5 條 1 項），房東有（出租人）義務讓其土耳其房客裝額外的天線，以接收土耳其的節目，但為房東有權確保該天線的置放位置，盡量不影響房屋美觀。因此聯邦憲法法院認為下級審法院解釋適用法律過於狹隘，侵害了原告的資訊權。

二、臺灣現行可能之救濟

本案如發生在我國，因移居我國或在我國工作的土耳其人較少，茲將房客設定為越南籍勞工。首先是基本權主體的問題，我國部份學者採三分法的方式，將權利分為人權、國民權和公民權²⁸⁵，人權不分國籍皆可享有，包含人身自由和思想自由，公民權涉及國家政治決定或基本認同，只有公民得享有，包含選舉、罷

²⁸⁴ 德國民法典第 242 條：債務人有義務依誠實和信用，並參照交易習慣，履行義務。德國民法典第 535 條：「出租人根據使用租賃合同負有允許承租人在租賃期間使用租賃物的義務，承租人負有向出租人支付約定的租金的義務。」德國民法典第 536 條：「出租人應將符合約定使用狀態的租賃物交付承租人，並在租賃期間使租賃物保持此種狀態。」。

²⁸⁵ 林紀東(1990)，《中華民國憲法逐條釋義（一）》，頁 65-67；法治斌、董保城(2005)，《憲法新論》，頁 148-149；許育典(2006)，《憲法》，頁 121-122。李惠宗(2009)，《憲法要義》，頁 104。

免、創制、複決權及服公職權；國民權涉及國家經濟或資源分配，唯有國民能享有，包含工作權及財產權。然而廖元豪教授質疑，此分類並無憲法明文的依據，保障與否應以在臺灣境內，與臺灣相互依賴、緊密連結（生活、工作、納稅、參與各式活動）作為考量因素，且針對弱勢者應特別予以保障，廖教授明確指出長住於國內的移民或移工係屬於「結構性弱勢」、「政治上之絕對弱勢團體」，因此廖教授主張「外國人和本國人擁有一切完整的憲法權利」是原則，欲限制外國人權利，應舉證該限制與國家主權行使有絕對必要之關聯。回到本案，本案涉及資訊權，李震山教授雖採三分法理論²⁸⁶，但認為資訊權屬人權的一種（詳下述），因此外國人亦得主張資訊權之保障。因此二說的差別於本文影響不大。

在資訊社會裏，大部分的人都有保護個人資料或資訊隱私的需求，同時大部分的人都具有知的渴望及獲取資訊的法定利益，而此種願望落實與否與人性尊嚴及一般人格權之保障息息相關，該項權利主體係每個人，甚至跨國界，其若不妨害社會秩序公共利益，即具有人權或基本權利之品質，值得以憲法保障²⁸⁷。我國憲法並無明文規定人民有資訊權，然而多數學者主張資訊權應為憲法第 22 條概括基本權²⁸⁸，亦有學者認為，得從憲法第 11 條言論自由的保障，延伸出資訊權的內涵²⁸⁹，本文認為，資訊權的保障包含獲取資訊的權利、資訊隱私、資訊自主等等，其他內涵難以全部包含在憲法第 11 條言論自由的範疇，有獨立保障之必要，因此資訊權應受憲法第 22 條概括基本權保障。

我國並沒有針對案件情形訂有法律，較相關者例如，我國衛星廣播電視法第 27 條：「衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業之分公司或代理商製播之節目及廣告內容應尊重多元文化、維護人性尊嚴及善盡社會責任。」。然而本條主體限定在「衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業之分公司或代理商」，然而外籍勞工如果真轉換其請求對象為微星廣播電視事業，其有權請求設置的節目，依人口的比例和少數保障的意旨，恐怕也只能設置一、二個節目，依照德國法院的判決意旨，多數意見認為即便得連結上一、二個節目，外籍勞工仍得請求房東同意其設置衛星接收系統（約十個節目），以取得更多的節目頻道。

²⁸⁶ 李震山(2011)，〈論外國人之憲法權利〉，《人性尊嚴與人權保障》，頁 351，臺北：元照。

²⁸⁷ 李震山(2005)，〈資訊時代下「資訊權」入憲之芻議〉，《律師雜誌》，第 307 期，頁 17。

²⁸⁸ 林明鏘(1993)，〈公務機密與行政資訊公開〉，《台大法學論叢》，第 23 卷第 1 期，頁 55-58。李震山(2000)，〈論人民要求政府公開資訊之權利與落實〉，《月旦法學雜誌》，第 62 期，頁 35-46。法治斌(2003)，〈資訊公開〉，《資訊公開與司法審查》，頁 12-14。

²⁸⁹ 憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能。請參司法院釋字第 509 號解釋、司法院釋字第 644 號解釋、司法院釋字第 678 號解釋、司法院釋字第 689 號解釋、司法院釋字第 734 號解釋、司法院釋字第 756 號解釋。

另外依據入出國移民法第 62 條：「任何人不得以國籍、種族、膚色、階級、出生地等因素，對居住於臺灣地區之人民為歧視之行為。」，然房東是基於房子美觀，不同意任何人，無論本國或外國皆不得設置天線，應不構成歧視。

因此，本案亦遭遇「沒有法律」的困境，應援引基本權水平效力。本案較特殊的地方在於，德國聯邦憲法法院除適用了常見的概括條款：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」，亦援引了當事人間之租賃契約「使用租賃物的義務」、「交付符合約定使用狀態的租賃物」，認定房東忍受其財產外觀被破壞，是義務的一種。三個條文分別得對照我國民法第 148 條：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」、第 421 條：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」第 423 條：「出租人應以合於所約定使用收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用、收益之狀態。」。因此法院如認為外國人有權主張資訊權裝設衛星接受系統，此即構成房東依據租賃契約應給付之內容（當然判決結果會依據個案情形而有所不同，例如如僅居住外籍勞工無小孩僅其一任，居住時間僅數月等等，皆會影響判決）。

值得注意的是，本案外籍房客並非主張資訊權的防禦功能，因房東並沒有侵害的行為，而僅是消極不將其建築物提供給外籍房客裝設衛星接收系統，因此法院是作成房東有「給付義務—接受房客在其財產權（房屋屋頂）上使用收益」的判決結果，本文認為，或可將此歸類為基本權的「給付功能」，由此可知基本權水平效力的功能，應不僅止於防禦功能，亦及於給付功能、保護功能（雇主有義務保障員工在工作場所不受性騷擾即是典型的保護功能）和程序功能（例如雇主降職、解雇員工應有正當程序）。基於基本權的給付功能，上述的幾個例子，包含身心障礙者員工請求雇主建置無障礙坡道；育有嬰兒之員工請求公司設置哺乳空間；外籍勞工伊斯蘭教者請求雇主提供時間履行禮拜，或許都有可能被解釋進勞動契約的給付義務。

然而，如果是在沒有契約的情況下，請求提供給付呢？例如孫迺翊教授提到的案例，可否對拒絕提供服務、販賣商品給身心障礙者之商家提起人格權侵害之損害賠償²⁹⁰，尤其是在要求商家作出合理調整的情形（例如移動空間給輪椅出入），因為當事人間尚未訂有契約，因此難以契約的概括條款解釋，再者因店家沒有「差別待遇」，亦不適用平等權的防禦功能。但是否有可能結合憲法基本國策、身心

²⁹⁰ 孫迺翊(2016)，〈無障礙／可及性、合理調整與平等不歧視原則：從身心障礙者權利公約檢視我國憲法及身心障礙者權益保障法之平等原則內涵〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 45 期，頁 1218 。

障礙者權利保障公約，請求實質平等，要求店家作出合理調整？此毋寧和單純的禁止歧視有所區別，而是進一步的要求提供給付。本文認為應考量對於店家的資力，作出合理調整所產生之成本，和市場是否普遍以此理由拒絕身障提供服務予身障者，綜合考量來決定。

最後，從德國聯邦憲法判決或套至我國司法院函釋來觀察的話，民法皆只是乘載基本權價值的「殼」，並無實質內涵，德國聯邦憲法法院的判決，甚至僅提過民法的條號而未提及其內容，更無實質討論，由此可知，民法對於判決內容僅具形式意義，並無實質影響力，在分類上應屬於直接效力。

第四節 我國實務及外國案例的省思

壹、間接效力之功過

目前我國實務和學說多採取間接效力之主張，確實部分案件得仰賴間接效力來獲致基本權的保障，從上述案件來看間接效力亦有不足之處，如下分述之。

一、間接效力在目前（實務）所能處理之問題

(一) 契約違反善良風俗（憲法）

民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」是目前實務上，慣常適用來討論侵害基本權的契約是否無效之依據，亦即，以基本權侵害與否，作為認定是否有背於公共秩序、善良風俗之標準。本條可以處理私人雙方有契約關係，然契約內容侵害一方之基本權，而該被侵害基本權的一方（透過民法第 72 條）向他方主張防禦權的情形，例如上述的司法院研究意見的單身條款案，及勞資爭議和解案。

(二) 侵權（基本權）行為

民法第 184 條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」是目前實務上，慣常適用來討論侵害基本權，應負損害賠償責任之依據，亦即，以基本權侵害與否，作為認定是否有背於善良風俗之標準。本條可以處理事實行為所構成之侵害，被侵害基本權的一方（透過民法第 184 條）向他方主張防禦權（損害賠償）的情形，例如上述的美國蛋糕案，如發生於台灣，本文認為即有本條之適用。

(三)法律之合基本權解釋

從放射效力的理論基礎來看，憲法及於私法之全部，私法規定（尤其是概括條款）應以合於憲法之方式來解釋，此為直接效力所沒有之憲法對私法之控制功能。蘇永欽教授更指出，如法院未作合憲性補充解釋而構成對憲法權利的侵害，是可以此為由，提起上訴或聲請再審²⁹¹。例如前揭再興社區案當中，人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例規定：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇」中之「不公平待遇」，即可融入憲法基本權之精神，作為是否構成不公平待遇之標準。又或是民法第 18 條及 195 條對於「人格權」之解釋，亦應可作為嫁接憲法基本權之橋梁²⁹²。

二、間接效力在目前（實務）所無法處理之問題

(一)人權觀的不足

首先，間接效力理論，迴避了基本權義務的問題，間接效力在理論之初，太快拒絕了人與人之間適用基本權的可能性，致使人與人之間相互的權利義務喪失了論述空間，而總是只能透過國家來談。對於社會的衝突，論述大多著墨於國家如何介入、審酌、衡平、決策，但憲法的論述上卻很少讓對立者相互碰面，論述雙方對彼此應盡之責任，這樣的方式不僅為對症下藥，亦顯得生硬冷漠。雖然間接效力也試圖解決私人間的爭議問題，但迴避了前述的重要關鍵，後續的處理方式難免淪為隔靴搔癢。誠如許志雄教授所指出的，間接效力說與直接效力說，仍存有憲法觀與人權觀的差異，不宜以法技術論一筆帶過²⁹³。

(二)基本權的積極功能

另外，基本權的積極功能，民法恐怕亦不能涵蓋，由例如基本權的給付功能²⁹⁴（雇主提供輔具給身障員工、外勞公司提供外勞宿舍天線取得母國資訊）、保護義務（保護員工不受他人侵害/性騷擾）、程序功能（雇主解雇、降薪須經正當程序），民法上是否能找到相應的入口，則有疑問。從德國天線案來看，德國憲

²⁹¹ 蘇永欽(1993)，憲法權利的民法效力，《當代公法理論：翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集》，頁 196，臺北：月旦。

²⁹² 憲法人格權和民法人格權之關係可參，王澤鑑，〈人格保護的憲法化——憲法人格權與私法人格權〉，《人格權法—法釋義學、比較法、案例研究》，頁 69-110，臺北：自刊。

²⁹³ 許志雄，前揭註 5，頁 132。

²⁹⁴ 有學者指出基本權對私人的積極義務(positive obligation)，是基本權水平效力的重要問題之一，但相關的國際判決經驗仍不足。請參：Nolan, A., *supra* note 111, at 61.

法法院曾將基本權所推導的義務，解釋入「一般性的民法契約規定」，而預留了承認這些積極功能的可能性，我國是否可能採取一樣的途徑，鮮見相關討論。目前我國民法常見的概括條款包含民法第 72 條（公共秩序或善良風俗）、第 184 條（善良風俗），惟以一般性的民事契約規範來做為憲法的入口，則尚未被肯認。然縱使未來基本權水平效力的發展使個人得成為基本權給付功能、保護功能、程序功能主張的對象，將直接涉及到財產權之保障，如範圍毫無節制恐逾越了財產權的社會義務性，且接近核心領域，故勢必在設計上應有所調整，因此本文認為，唯有在符合下述要件時始得向私人行使基本權的給付、保護、程序功能，以維財產權之保障：1. 雇主的經濟能力高；2. 所課予之負擔亦未過苛（除負擔之成本外，亦應考量其公司之營收／淨利）；3. 該請求給付之內容構成基本權之核心。

（三）平等權

平等權的本質即是要平等對待，常見的案例如餐廳拒絕特定種族或特定性傾向之人用餐，如援引基本權直接水平效力，在侵害嚴重的情形，得引致應平等對待之效果：強制締約，然而如援引基本權間接水平效力，我國民法的條文目前尚無廣泛被認可得用以主張強制締約之條文（詳見第六章、第三節、案例一），此亦是基本權保障之漏洞。又以勞動關係為例，雇主對於二位勞工的契約內容雖不一樣，但都合於規範，但工作內容同，待遇一者較優，另一者則明顯較劣，如看各自的契約，並不違反善良風俗，但恐仍涉及平等權的問題。

從上述問題二和問題三可以得知，間接效力仰賴概括條款的適用，如果在個案沒有辦法找到一個合適的概括條款，間接效力就無用武之地。然而，基本權侵害的嚴重性，和其是否有概括條款並無關連，如在侵害輕微的情形，得援引概括條款保障基本權，在侵害嚴重的情形卻無概括條款可資適用，致無從援引基本權間接水平效力來保障基本權，將使間接效力產生基本權保障失衡的情形。

貳、案例之反思與本文主張

雖憲法未明文、亦未有司法院釋字明確承認或實際操作，然觀諸我國司法院座談會研討意見及實務上之判決，我國實務明確採取基本權間接水平效力之見解，然適用上力道之弱，又不像德國有裁判憲法訴願審查之，適用效果顯然不佳（如再興社區案或勞資爭議和解案²⁹⁵），分類上應屬弱的水平效力，因此本文主張應強化基本權間接水平效力的強度，並兼採基本權直接效力以妥善保障基本權。

²⁹⁵ 本文因題目為弱勢保障，故在案例選擇上，仍強調弱勢的面向，因此未將其他不涉弱勢但涉及基本權水平效力者選入，然綜觀目前實務上這些案例，適用基本權水平效力的程度亦弱。

從上述美國拒絕販賣蛋糕和德國土耳其天線的外國案件中，可以明白到基本權水平效力的重要性，無論是基於立法者的偏頗、立法者的怠惰或是法案過多，立法者分身乏術，法律難免有漏洞，然而為保障基本權，在沒有法律或法律不足以保障基本權時，應有援引基本權水平效力的必要性。上述案例在現今我國的社會裡尤其重要，近年來同性婚姻議題升溫，挺同和反同的對立尤其明顯，網路上處處可見反同對同性戀者的謾罵、貼標籤和不公平對待，或挺同對反同的宗教羞辱和嘲笑。都是在傷害基本權（平等權和宗教自由）；另外我國外籍勞工人數逐年增加，節制目前為 107 年 9 月為止，已達 699,379 人²⁹⁶，外籍配偶人數達 541,994 人²⁹⁷，近年來外籍勞工人權問題尤其顯著，除遭仲介公司、雇主不當剝削與虐待、警察對於外籍勞工的執法強度也曾遭到質疑²⁹⁸，然連人身自由都難以確保，德國聯邦最高法院所確定的取得家鄉新聞的資訊權，對我國外籍勞工而言，恐怕更是難以奢求，德國聯邦憲法法院的判決，值得我們省思。

最後，從上述我國基本權水平效力的操作或我國實務上（司法院 78 年 8 月（78）廳民一字第 859 號函）和德國聯邦憲法法院的操作，民法幾乎僅成為法律效果的架構參考，例如在麵包師傅拒絕製作同性戀者的婚禮蛋糕的案例中，法院是先衡量宗教自由與平等權，作成結果後，在套入民法的 18 條（侵害嚴重者，強制締約）、民法第 184 條（侵權行為損害賠償）、民法 195 條（精神上損害賠償），或是在裝設衛星接受系統的案例中，法院衡酌財產權和資訊權，認定允許外籍房客裝設衛星接收系統是房東的租賃契約給付義務，套入民法當中，此二案的討論過程，民法本身對於構成要件、法律效果幾乎沒有任何的影響力，而只是承載憲法的「殼」，在分類上應屬於直接效力，其和間接效力仍堅持私法自治（在私法自治的內涵下，當然只有已經約定才能主張效力，且人民有締約與否之自由）、權力分立（法院不該造法）、法治國原則（沒有法律則無從構成權利義務）毋寧已相去甚遠。然在我國仍高度以間接效力為宗的情形下，本文提出下列三項主張，作為短期我國目前基本權水平效力之目標：

一、強化基本權間接水平效力之適用

如前所述，我國法院基本權水平效力的論述相當不足，要非對於基本權水平效力錯誤的解釋，縱使採納基本權間接水平效力，然在實際適用的情形，仍只有

²⁹⁶ 〈勞產業及社福外籍勞工人數〉，《勞動部勞動統計查詢網》，<https://ppt.cc/fcTgxx>。

²⁹⁷ 〈外裔、外籍配偶人數與大陸（含港澳）配偶人數〉，《中華民國內政部移民署統計資料》，<https://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=29699&CtUnit=16434&BaseDSD=7&mp=1>。

²⁹⁸ 〈越勞手無寸鐵倒臥 遭 9 槍擊斃 民團控移工制度殺人 警成幫兇〉，《苦勞網》，<https://www.coolloud.org.tw/node/89099>。

「納入考量」，且適用的七零八落，例如再興社區案對於法律和基本權水平效力適用的次序錯誤、混淆民法第 71 條和第 72 條錯誤，基本權內涵解讀的偏差等，又或勞資爭議合解案援引了基本權水平效力，但在個案判斷時，卻連一個基本權都沒有指明，此和學說常援引的德國立法例顯然相去甚遠。又如我國是否如德國般，承認基本權的積極功能（保護義務、給付功能、程序功能），得透過概括條款來實踐（例如民法第 148 條或民法債編各論的一般性規定），我國學說和實務亦著墨甚少，目前既有「正當程序案」作為參考，我國學說又多以德國為參考之對象，本文認為，應了當承認基本權的積極功能得適用基本權間接水平效力來實踐，因此如我國外籍勞工向房東（雇主）請求設立天線，或聽障者向雇主請求提供助聽器，皆得以本為基本權而為主張

因此本文高度期待，憲法訴訟法正式實施後，大法官可以承擔起監督的角色，如德國憲法法院般督促個案基本權的積極實踐。

二、承認基本權直接水平效力

正如本文一再強調，基本權間接效力迴避了人與人之間相互尊重基本權之重要命題，致使人與人之間相互的權利義務喪失了論述空間，而總是只能透過國家來談，難為本文所接受。然縱使不論概念上的差距間接效力限縮了基本權得使用的範圍，只有開放性概念、概括條款得容許基本權的進入，然而如果沒有類似規定，就難從民法找到缺口進入，例如目前尚未被廣泛承認的基本權積極功能外，在美國的婚禮蛋糕案顯示了，在平等權被嚴重侵害的情形下，我國針對「強制締約」的法令付之闕如，我國民法第 18 條第 1 項規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。」是否能適用，學說上亦較保守。

然如學說和實務能廣泛承認民法第 148 條可容納基本權積極義務，而特定情形下，亦可能透過民法第 18 條第 1 項承認強制締約的可能性，如我國基本權間接效力真能如此進步，確實基本權直接水平效力和間接水平效力的差別僅在概念上而已，惟亦如本文所一再重複，這種強度下的間接效力，在分類上其實只是直接效力躲在間接效力的外殼下而已，而民法第 148 條和第 18 條第 1 項在配合原本慣用的民法第 72 條和第 184 條，剛好可以完整包覆基本權直接效力。



第一節 研究成果

本文為弱勢而發，我國憲法以社會國為憲法基本價值決定，因此弱勢保障為我國重要的憲法內涵，某些基本權本身即具有弱勢保障內涵，例如生存權即是典型保障弱勢的基本權，又因受社會國原則和基本國策的影響，更充實了基本權的社會內涵，而原本其他較無社會性面向的基本權，也逐漸因社會國原則和基本國策的影響，產生了性質上的轉變而具有社會性的內涵，例如居住自由。又憲法早期創設之初，基本權是以國家為拘束對象，然國家是否能妥善的實現弱勢保障之內涵呢？

本文從國家自主性來分析，政府是否會受資本（優勢者）影響，而無法落實社會國所課予之義務，從國家理論來看，國家自主性的集大成者當推 Hegel，反之認為國家深受資本家所影響者為 Marx，從現在民意政治的角度來看，政府當然受社會的影響，然而官僚在傾聽民意、結合專家意見後，仍具一定的自主性做出決策。但國家能否公正、自主的決策？本文更具體的從民主體制來切入觀察。首先是金錢政治的問題，民主制度的重點之一在於選舉，只有勝選的人始能取得權力，然而以台灣現況的選舉文化來看，選舉所需經費龐大，如非取得金援或本身即為富家子弟者，恐難加入選舉之戰局，即便是非選舉時期，有錢者亦較有錢有閒得遊說政府官員、立法委員。再者，目前選舉、公投皆是採取多數決原則，社會中的少數族群、弱勢者，在這種制度下權益容易被多數人犧牲。因此本文認為，政府恐怕無法公正的處理

因此本文主張應擴大基本權效力及於私人，使私人負有基本權義務，解決立法無能的問題（交由司法），透過基本權水平效力來保障弱勢者之權益。從各國的基本權水平效力的經驗來看，為解決私人間侵害之問題，各國莫不突破以往基本權僅拘束國家之框架，試圖將基本權適用於私人之間，這個大方向是一致的，但依各國的法制、文化在適用程度上也造成了差異。美國憲法為最古老的憲法，因此美國仍以國家行為理論為適用基本權的主要理論，但如果私人行為和國家間的鏈結強烈的話，仍可能適用基本權於私人間，德國則是基本權水平效力的始祖，從 Lüth 案確認基本權間接水平效力以來，適用的強度逐漸增加，在不少判決中也強調權力不對等而有適用基本權之必要，也顯示出基本權固然是適用在一般人當中，但基本權水平效力也高度強調強勢—弱勢的權力意識思考。

南非是少數憲法明文規定直接效力的國家，但南非因新憲法施行時間尚短，

國內基本權水平效力理論仍受當時憲法及該時其憲法所做的判決—Du Plessis 的影響。然而近年來越來越多學者肯認直接效力，而認為應兼採直接效力與間接效力。愛爾蘭則毫無疑問是適用基本權直接水平效力的典型國家，並不重視權利侵害之對象，而是關注權利侵害的本身，但為避免對於權力分立的侵害，愛爾蘭發展出所謂的適用前提，愛爾蘭法院認為只有在法律不足以保障基本權時，始能直接適用基本權。而愛爾蘭長期發展直接效力而忽略間接效力因此造成基本權的保障缺漏，亦值得我們借鏡。西班牙更是毫無保留的全面適用基本權，不僅在民事法院得主張基本權，如屬第一類的基本權更有特殊程序的保障，可謂最嚴密的基本權保障設計。

然而基本權的保障固然重要，但基本權水平效力所伴隨而來對於私法自治、權力分立、法治國原則的侵害也不容小覷。惟本文認為其實以私法自治來否定基本權水平效力，並非是論。基本上，我們並不會否認政府部門得以制定法律，來限制人民間的自由約定，例如消費者權益保障法、勞動基準法的許多強制規定，即是典型的例子。換句話說，政府機關，尤其是立法機關，本來就有權利介入私法關係，限制契約自由，而基本權水平效力，無疑只是將權力交由司法機關來履行而已，且基本上司法機關得以履行的範圍，較立法機關小，前者僅限於違憲範圍，後者尚有立法形成空間。如果認同政府機關得以介入私法契約，此任務交由司法機關來履行，對於私法自治並沒有更多的侵害。能否對於契約自由做限制其實是社會國原則的所需探討的議題，並非基本權水平效力的議題，因此高舉契約自由、市場競爭大旗來批評基本權水平效力是有問題的。

就權力分立的問題，在本文的制度設計上參考愛爾蘭的立法例，只有在「沒有法律，或法律不足以保障基本權」時，始得直接適用基本權於私法關係，在此制度上，司法無疑已先尊重立法者的判斷，以減緩權力分立之侵害。本文認為，因為立法機關的不足（基於金錢政治、多數決原則、立法怠惰等等理由）而讓司法介入，是可以修復民主程序的重大瑕疵，且使立法者進一步檢討法制上的不足而促進更健全的民主程序，依程序論者的理論，是具有正當性的。

最後，本文檢討了目前實務案例的不足，以及德國的間接效力適用方式和強度，在具體目標上主張：一、強化間接效力的適用強度；二、承認直接效力。

第二節 結語

李茂生教授就法扶基金會實物銀行政策曾言：在這個社會，人跟人的關係應該要非常緊密才對。人，不可能說只有跟「人」這個字一樣，兩腳立在地上、頭

頂著天，那是一種理想。人的活存，比較像是日文的「人間」一語，唯有人跟人之間的接觸與關係，才有辦法成就一個人。李茂生表示，或許有人真的不太願意依賴別人，想要一個人活存，然而，這種現象如果是我們社會或人群所造成的話，那真的是非常大的遺憾，所以想盡其所能的，拉這些人一把，使她的人際關係能夠修復，然後能在別人的關懷中，學習並找到自己的存在²⁹⁹。

生長、生活在同一塊土地上的人們，對於彼此是否有一定的許諾？我們能否接受工廠任意的將廢氣、廢水傾倒在我們的島，工廠任意開挖土地、破壞家園，我們能否接受雇主濫用人力造成勞工過勞死，身障者處處跌倒卻無人伸出援手？政府固然得以管制、處理問題，然而當政府亦被把持，弱者能向誰發聲？又除了政府以外，我們彼此之間是否存有人文價值，這個人文價值是否能將我們圈起，而為相互之承諾。

如果立法、行政無法履行其保障基本權的目標，司法身為國家機關之一，責無旁貸的應成為救濟的最後一道防線。但直接適用和間接適用在國際上仍有很大的爭執。然而本文認為早期基本權侷限於對國家始得主張，應被從新審思了，人與人之關係已經丕變，不是傳統的血緣鏈結、父權結構，亦非絕對之個人主義，而係一具有價值取向，共存共榮的社會，基本權應該受尊重，無論侵害來源為何，基本權應該被確保，你我都有義務。故本文認為，憲法是時候該面對其規範對象之侷限了，早期對於國家侵害之防禦，雖有其重要之歷史淵源，然而如固守規範對象之限制，恐難以回應當前社會問題以及社會關係之改變。

憲法不僅在國家之上，亦在社會之上，國家的運作、社會的運作都應因循憲法而為之，其差別僅是程度上的不同，而不具本質上的排斥。憲法價值因實現在土地的每一塊角落，並有具體的效力和相對應的權利、義務。不可否認的，兼採直接適用恐會有私法自治、權力分立、法律不確定性等質疑，但僅是影響具體操作之調整而已，應非得作為「絕對禁止直接適用」之理由。故本文在制度設計上，或後端的適用調整中都將之納入考量，如在制度設計上，即得減輕疑慮，自無拒絕直接適用之必要。

最後，本文僅是嘗試直接適用的可能性，並列舉不同的案例思考，然而如何更具體、更細膩的將憲法直接適用在私人間，仍需更進一步的討論。

²⁹⁹ 〈法扶新北分會設實物銀行 李茂生感性闡述人的意義〉，聯合新聞網（2018年07月12日），<https://udn.com/news/story/7323/3249040>（最後瀏覽日：2018年08月07日）。

參考文獻



壹、中文部分

一、書籍

(一)一般書籍

王澤鑑(2009)，《民法學說與判例研究 第七冊》，臺北：三民。

王澤鑑(2012)，《人格權法—法釋義學、比較法、案例研究》，臺北：三民。

李建良(1999)，《憲法理論與實踐（一）》，臺北：學林。

李惠宗(2012)，《憲法要義》，臺北：元照。

李震山(2011)，《人性尊嚴與人權保障》，臺北：元照。

林紀東(1990)，《中華民國憲法逐條釋義（一）》，臺北：三民。

法治斌(2003)，《資訊公開與司法審查》，正典。

法治斌，董保城(2012)，《憲法新論》，臺北：元照。

孫森焱(2010)，民法債編總論（上），臺北：自刊。

許志雄(2016)，《人權論：現代與近代的交會》，臺北：元照。

許育典(2016)，《憲法》，臺北：元照。

陳敏(2016)，《行政法總論》，臺北：新學林。

陳新民(1999)，《憲法基本權利之基本理論(下)》，臺北：元照

陳新民(1999)，《憲法基本權利之基本理論(下)》，臺北：元照。

遂扶東(2006)，《西洋政治思想史》，臺北：三民。

黃立(2003)，民法債編總論，臺北：元照。

葉俊榮(2000)，《珍惜憲法時刻》，臺北：元照。

蔡維音(2001)，《社會國之法理基礎》，臺南：正典。



(二)翻譯書籍

Anne-Marie Lindgren(2008), Ingvar Carlsson 著，蔡培元譯(2018)，《社會民主是什麼》，台北：台灣勞工陣線。

Hans D. Jarass 著，李建良譯(2010)，〈基本權利：防禦權與客觀之基本原則規範客觀之基本權利內涵，尤其保護義務及形成私法之效力〉，Peter Badura, Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集下冊》，頁 43-63，台北：聯經。

Michael Sandel 著，樂為梁譯，《正義：一場思辨之旅》，台北：雅言文化。

Rainer Pitschas 著，李玉君譯(2010)，〈歐洲化社會國的社會安全體系〉，Peter Badura, Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集下冊》，頁 865-910，台北：聯經。

二、專書論文

林佳和(2018)，〈社會正義、權力關係與法律形式自由：勞動派遣作為典型的艱難問題〉，許宗力(主編)，《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，頁 363-460，國立臺灣大學出版中心。

林明昕(2018)，〈憲法規範下的社會正義〉，許宗力(主編)，《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，頁 3-60，國立臺灣大學出版中心。

林明鏘(1997)，〈論基本國策－以環境基本國策為中心〉，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會(編)，《現代國家與憲法－李鴻禧教授祝賀論文集》，頁 1465-1504，臺北：月旦。

孫迺翊(2018)，從隔離、保護到平等參與社會：以身心障礙者權利公約檢視我國憲法及身心障礙者權益保障法之平等原則內涵，許宗力(主編)，《追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐》，頁 293-361，國立臺灣大學出版中心。

盛杏溪(2016),〈民主政治〉,陳義彥主編,《政治學:Politics》,頁 129-148,臺北:五南。

許宗力(2018),〈大法官解釋與社會正義之實踐〉,許宗力(主編),《追尋社會國:社會正義之理論與制度實踐》,頁 61-124,國立臺灣大學出版中心。

許宗力(2018),〈序論〉,許宗力(主編),《追尋社會國:社會正義之理論與制度實踐》,頁 ix-xiii,國立臺灣大學出版中心。

蘇永欽(1993),憲法權利的民法效力,《當代公法理論:翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集》,頁 159-215,臺北:月旦。

三、期刊論文

王澤鑑(2006),〈人格權保護的課題與展望一,人格權、人格尊嚴與私法上的保護〉,《台灣本土法學雜誌》,第 80 期,頁 105-120。

王耀霆(2008),〈私法關係的合憲控制—兼評再興社區訴關愛之家案〉,《月旦法學雜誌》,第 154 期,頁 66-93。

李震山(2000),〈論人民要求政府公開資訊之權利與落實〉,《月旦法學雜誌》,第 62 期,頁 35-46。

李震山(2005),〈資訊時代下「資訊權」入憲之芻議〉,《律師雜誌》,第 307 期,頁 15-25。

周伯峰(2014),〈「禁止歧視」作為私法自治的限制?--簡評德國《一般平等對待法》中的民事上歧視禁止規定及其爭議〉,《月旦法學雜誌》,第 224 期,頁 127-150。

官曉薇(2015),〈從《消除對婦女一切形式歧視公約》(CEDAW)之實質平等評論釋字 728 號〉,《台灣法學雜誌》,第 270 期,頁 53-56。

林明昕(2006),〈健康權—以「國家之保護義務」為中心〉,《公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構》,台北:元照,頁 33-57。

林明鏘(1993),〈公務機密與行政資訊公開〉,《台大法學論叢》,第 23 卷第 1 期,頁 51-86。

孫迺翊(2006),〈憲法解釋與社會保險制度之建構－以社會保險「相互性」關係為中心〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 35 卷,第 6 期,頁 241-290。

孫迺翊(2016),〈無障礙／可及性、合理調整與平等不歧視原則：從身心障礙者權利公約檢視我國憲法及身心障礙者權益保障法之平等原則內涵〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 45 期,頁 1163-1228。

張道義(2010),〈社會理論與社會國理論：史坦恩模式〉,《臺大法學論叢》,39 卷 4 期,頁 1-71。

許育典(2003),〈社會國〉,《月旦法學教室》,第 12 期,頁 38-43。

許育典(2005),〈國家目標條款〉,《月旦法學教室》,第 30 期,頁 38-39。

許宗力(2002),〈基本權利:第二講－基本權的功能〉,《月旦法學教室》,第 2 期,頁 72-80。

許宗力(2003),〈基本權利：第五講－基本權利的第三人效力與國庫效力〉,《月旦法學教室》,第 9 期,頁 64-74。

陳昭如(2015),〈沒拜沒保佑，有拜也沒保佑？－從女性主義觀點論釋字 728 中的權力與權利〉,《台灣法學雜誌》,第 270 期,頁 49-52。

陳愛娥(1997),〈自由－平等－博愛－社會國原則與法治國原則的交互作用〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 26 卷第 2 期,頁 121-141。

陳新民(2006),〈人性關懷的法律秩序——「愛滋病中途之家被訟搬遷」有感〉,《律師雜誌》,第 322 期,頁 85-87。

陳聰富(2013),〈人格權的保護〉,《月旦法學教室》,第 132 期,頁 42-53。

程明修(2004),〈契約自由與國家之保護義務〉,《憲政時代》,第三十卷,第二期,頁 195-228。

黃昭元(2009),〈平等權與自由權競合案件之審查〉,《法學新論》,第 7 期,頁 17-43。

葉啟洲(2015),〈民事交易關係上之反歧視原則－德國一般平等待遇法之借鏡〉,

《東吳法律學報》，第 26 卷，第 3 期，頁 143-200。



詹鎮榮(2006),〈憲法基本原則:第五講—社會國原則起源、內涵及規範效力〉,《月旦法學教室》,第 41 期,頁 32-41。

詹鎮榮(2006),〈憲法基本原則:第六講—社會國原則責任主體、類型及界限〉,《月旦法學教室》第 42 期,頁 45-55。

廖元豪(2006),〈誰的法律？誰的人權？——建構「弱勢人權」芻議〉,《律師雜誌》,第 321 期,頁 10-20。

臧金峰(2010),〈從統購統銷政策的視角探析三年大飢荒的爆發〉,中共南京市委黨校學報,第 6 期。

蘇永欽(2003),〈從動態法規範體系的角度看公私法的調和—以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心〉,《月旦民商法雜誌》,特刊號,頁 74-106。

四、研討會論文

張文貞(2015),〈國際人權公約與憲法解釋:匯流的模式,功能及台灣實踐〉,發表於:《司法院大法官一 O 四年度學術研討會-人權公約與我國憲法解釋》,司法院主辦,台北。

黃昭元(2015),〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉,發表於:《司法院大法官一 O 四年度學術研討會-人權公約與我國憲法解釋》,司法院主辦,台北。

五、學位論文

江峙銘,《國家與人民間紛爭仲裁之法定位與法界限—從政府採購與促參案件出發》,國立成功大學法律學研究所碩士論文,2014 年。

林佳和,《勞動關係去管制的憲法界限—以德國法為中心之國家學嘗試一》,國立臺灣大學法律學研究所博士論文,2005 年。

林菴薰,〈社會國原則、國家保護義務與弱勢者—以社會給付行政相關問題為中心〉,國立政治大學法律學研究所碩士論文,2012 年。

高洋輝,《基本權之拋棄自由及其界限》,輔仁大學法律學研究所碩士論文,1995

年。



六、網路文獻

〈尤美女：公投後據通報已有 9 位同志自殺身亡、23 件霸凌〉，ETtoday 新聞雲，<https://www.ettoday.net/news/20181130/1319653.htm>（最後瀏覽日：2019 年 6 月 15 日）

〈法扶新北分會設實物銀行 李茂生感性闡述人的意義〉，聯合新聞網(2018 年 07 月 12 日)，<https://udn.com/news/story/7323/3249040>（最後瀏覽日：2018 年 08 月 07 日）。

〈內政部營建署發布 107 年度第 1 季房價負擔能力指標統計成果〉，內政部不動產資訊平台，<http://pip.moi.gov.tw/V2/E/SCRE0105.aspx>（最後瀏覽日：2018 年 08 月 22 日）。

〈第八屆立法委員選舉經費〉，公民監督國會聯盟，<https://sites.google.com/site/ccwdata/monitoring/money>（最後瀏覽日：2018 年 08 月 22 日）。

〈教會「反對大法官改變婚姻定義」聯合聲明〉，《基督教論壇報》，<https://www.ct.org.tw/1309416#ixzz5VIUROonq>。

官曉薇 (2015)，大法官的性別平等大爆走，獨立天下，<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/2578>（最後瀏覽日：2019 年 02 月 28 日）。

高榮志(2015)，釋字 728 戳盡大法官的性別死穴，民間司法改革基金會，<https://www.jrf.org.tw/articles/935>（最後瀏覽日：2019 年 02 月 28 日）。

林秀怡、秦季芳(2015)，淪為父權代言人的大法官 是阻礙性別平等的絆腳石，自由評論網，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/865922>（最後瀏覽日：2019 年 02 月 28 日）。

〈勞產業及社福外籍勞工人數〉，《勞動部勞動統計查詢網》，<https://ppt.cc/fcTgxx>。

〈外裔、外籍配偶人數與大陸（含港澳）配偶人數〉，《中華民國內政部移民署

<https://www.immigration.gov.tw/lp.asp?ctNode=29699&CtUnit=16434&BaseDSD=7&mp=1>。



〈越勞手無寸鐵倒臥 遭 9 槍擊斃 民團控移工制度殺人 警成幫兇〉,《苦勞網》,
<https://www.coolloud.org.tw/node/89099>。

貳、英文部分

一、書籍

CAROLE, P., THE DISORDER OF WOMEN: DEMOCRACY, FEMINISM AND POLITICAL THEORY, STANFORD UNIVERSITY PRESS (1989).

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, THE CIA WORLD FACTBOOK 2018-2019, SKYHORSE PUBLISHING INC. (2018).

COLOMBI CIACCHI, A, BRÜGGEMEIER, G & COMMANDÉ, G (EDS), FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW IN THE EUROPEAN UNION: VOLUME 1, A COMPARATIVE OVERVIEW, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2010).

CURRIE, I.& DE WAAL, J., THE BILL OF RIGHTS HANDBOOK, JUTA AND COMPANY LTD. (2013).

ETZIONI, A., SPIRIT OF COMMUNITY, SIMON AND SCHUSTER (1994).

FEDTKE, J.&OLIVER, D., HUMAN RIGHTS AND THE PRIVATE SPHERE VOL 1: A COMPARATIVE STUDY, ROUTLEDGE-CAVENDISH (2007).

FERREIRA, N., FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW IN EUROPE: THE CASE OF TORT LAW AND CHILDREN, ROUTLEDGE (2011).

GILBERT, N., TRANSFORMATION OF THE WELFARE STATE: THE SILENT SURRENDER OF PUBLIC RESPONSIBILITY, OXFORD UNIVERSITY PRESS (2002).

GOODIN, R. E., REASONS FOR WELFARE : THE POLITICAL THEORY OF THE WELFARE STATE, PRINCETON UNIVERSITY PRESS(1988).

HEGEL, G. W. F. & DYDE, S. W., HEGEL'S PHILOSOPHY OF RIGHT, G. BELL(1896).

JENSEN, HENRIK, THE WELFARE STATE : PAST, PRESENT, FUTURE, EDIZIONE PLUS(2002).

MANN, M., THE AUTONOMOUS POWER OF THE STATE : ITS ORIGINS, MECHANISMS AND RESULTS, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS(1984).

SANDEL, M. J., JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO?, FARRAR, STRAUS AND GIROUX (2008).

SHAPIRO, D., IS THE WELFARE STATE JUSTIFIED?, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2007).

STEINMETZ, G., REGULATING THE SOCIAL : THE WELFARE STATE AND LOCAL POLITICS IN IMPERIAL GERMANY, PRINCETON UNIVERSITY PRESS(1993).

二、專書論文

Fedtke, J., From Indirect to Direct Effect in South Africa: a System in Transition, in Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study, Routledge-Cavendish, 352-377(2002).

Liboreiro, A.R., Spain: Jurisdiction Recognising Direct Horizontal Application of Human Rights, in Human Rights and The Private Sphere: A Comparative Study(Oliver, D., Fedtke, J. ed.), Routledge-Cavendish, 378-398(2007).

McCluskey, M.T., How Queer Theory Makes Neoliberalism Sexy, in Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations(Fineman, M. A., Jackson, J. E., & Romero, A. P. ed.), Ashgate, 115–134(2009).

O' Cinneide, C. A., Ireland Irish Constitutional Law and Direct Horizontal Effect – A Successful Experiment? , in Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study(Oliver, D., Fedtke, J. ed.), Routledge-Cavendish, 214-251(2007).

三、期刊論文

Banda, S., Taking Indirect Horizontality Seriously in Ireland: A Time to Magnify the Nuance, 31 DULJ 263-297 (2009).

Brandl, E., & Bungert, H., Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: a Comparative Analysis of Experiences Abroad, 16 Harv. Envtl. L. Rev. 1-100 (1992).

Brezovar, N., Judicial Activism Contributing to the Understanding of Social State Principle (S)–Constitutional Court of Slovenia at the Crossroads, 8(1) DANUBE: Law and Economics Review , 19-30 (2017).

Cherednychenko, O. O., Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?, 3(2) Utrecht Law Review, 1–25(2007).

Chirwa, D. M., In Search of Philosophical Justifications and Suitable Models for the Horizontal Application of Human Rights., 8 Afr. Hum. Rts. L.J. 294-311 (2008).

Chirwa, D. M., The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights, 5 Melb. J. Int'l L. 1-36 (2004).

Chirwa, D. M., The Horizontal Application of Constitutional Rights in a Comparative Perspective, 10 Law Democracy & Dev. 21-48 (2006).

Engle, E., Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittewirkung), 5 Hanse L. Rev. 165-173 (2009).

Fineman, M., Equality and difference the restrained state, 66 Ala. L. Rev. 609-626 (2015).

King, J. A., Social Rights, Constitutionalism and The German Social State Principle, 3 Revista Electronica de Direito Publico 1-20 (2014).

Laplante, L. J., Human Torts, 39(1) Cardozo L. Rev. 245-312 (2017).

Nolan, A., Holding Non-State Actors to Account for Constitutional Economic and Social Rights Violations: Experiences and Lessons from South Africa and Ireland, 12 Int'l J. Const. L. 61-93(2014).

Oeter, S., Fundamental Rights and Their Impact on Private Law Doctrine and Practice under the German Constitution, 12 Tel Aviv U. Stud. L. 7-32 (1994).

Peirce, M., A Progressive Interpretation of Subsection 15(2) of the Charter, 57 Sask. L.

Rev. 263-324 (1993).

Philipson, G. & Williams, A., Horizontal Effect and the Constitutional Constraint, 74 Mod. L. Rev, 878-910 (2011).



Roederer, C. J., Post-Matrix Legal Reasoning: Horizontality and the Rule of Values in South African Law, 19 S. Afr. J. on Hum. Rts. 57-81(2003).

Springman, C. & Osborne, M., Du Plessis is Not Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes, 15 S. Afr. J. on Hum. Rts. 25-51 (1999).

Starck, C., State Duties of Protection and Fundamental Rights, 3 Potchefstroom Elec. L.J. 1-51 (2000).

四、網路文獻

Almeida Ribeiro, G., *Direct and Indirect Effects of Fundamental Rights* (2012).

available at:

<https://wzb.eu/system/files/docs/tsr/cgc/ribeirodirectandindirecteffectsoffundamentalrights.pdf>.

Referendum on the Thirty-sixth Amendment of the Constitution Bill 2018, Referendum Ireland, <http://www.referendum.ie/current-referendum/>.