行政機關資料蒐集與個資保護

謝碩駿　世新大學法律學院副教授

壹、緒說

行政機關為了履行各種行政任務並作成各種行政決定，須以一定之資訊為據，從而有蒐集資料之需求。行政程序法第36條也規定：「行政機關應依職權調查證據」，明文揭櫫職權調查原則，彰顯行政機關所為之資料蒐集活動在行政程序中的重要性。行政機關蒐集的資料中，有許多具有個人資料之性質，在司法院釋字第603號解釋肯認憲法保障人民對個人資料擁有自主決定地位後，行政機關所為之個人資料蒐集行為，是否符合個人資料保護法規定之各項合法性要求，已逐漸成為當代公法學的熱門議題。近來，臺北市政府訂定發布「臺北市政府單一識別服務作業要點」，據以蒐集人民之個人資料作為單一識別資料，並建置單一識別系統整合各項身分辨識作業，其能否通過個人資料保護法各項合法要件之檢驗，更是備受關注。行政機關所為之個人資料蒐集行為，無論在行政程序上具有如何之重要意義，終究不得逾越個人資料保護之合法界線，有鑑於此，本文擬以「行政機關資料蒐集與個資保護」為題，針對與此相關之各項合法性要求，——予以探究釐清。首先，本文將先從憲法的層次出發，說明行政機關所為之個人資料蒐集措施，在憲法上（尤其對基本權保障而言）之意義[1]。其次，本文將以個人資料保護法之規定為依據，分析行政機關蒐集個人資料應符合之合法性要求[2]。接著，本文將以各項合法性要求作為標準，檢視臺北市政府單一識別系統在法律上之疑義[3]，最後並出總結[4]。在展開正式討論前，要先說明的是，歐盟在2016年4月通過「個人資料保護基本規章」（General Data Protection Regulation, GDPR），取代原本的歐盟「個人資料保護指令」（Data Protection Directive, Directive 95/46/EC），並自2018年5月25日生效施行，成為可在歐盟各成員國內直接適用之法規範，無須轉換為歐盟各成員國之國內法。依據歐盟個人資料保護基本規章第五章「個人資料傳輸至第三國或國際組織」（第44條至第50條）之規定，原則上，歐盟境內之個人資料禁止跨境傳輸至第

[1] 請參見本文「貳」。
[2] 請參見本文「參」。
[3] 請參見本文「肆」。
[4] 請參見本文「伍」。

三國或國際組織，除非符合一定之例外容許要件。「歐盟境內個人資料跨境對外傳輸」的例外容許要件之一，乃是依歐盟個人資料保護基本規章第45條規定「通過歐盟執行委員會的適足性認定」，質言之，該第三國或國際組織對於個人資料保護，必須被歐盟執行委員會認定具有「適當之水準」，而所謂「適當之水準」，則是指「與歐盟同等之保障水準」[5]。由於行政院國家發展委員會（主任委員）已向歐盟表達我國有意願申請取得個人資料保護之適足性認定[6]，所以為了通過歐盟的適足性認定，歐盟個人資料保護基本規章對我國而言，已非事不關己的異國法規，我國必須努力將個人資料保護法制調整成和歐盟個人資料保護基本規章具有同等的保障水準。在這樣的背景下，本文在討論各該問題時，會一併以歐盟個人資料保護基本規章作為比較觀察的對象。

貳、行政機關蒐集個人資料作為基本權干預措施

一、受干預之基本權

（一）資訊隱私權

大法官在2005年9月28日針對戶籍法第8條之違憲疑義[7]，作成司法院釋字第603號解釋，宣告戶籍法第8條強制人民按捺指紋並錄存之規定，對人民的資訊隱私權造成不符比例原則之限制，具有違憲性並立即失效。本號解釋最值得注意之處，乃是大法官以憲法第22條為依據，導出「資訊隱私權」此一憲法未明文列舉之基本權。關於資訊隱私權之保障內涵，本號解釋指出：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第22條所保障（本院釋字第五八五

[5] Christoph Klug, in： Peter Gola（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 45 Rn. 5.

[6] 中央通訊社，因應GDPR陳美伶訪歐盟表達盼取得適足性認定，2018 年6月1日，https：//www.cna.com.tw/news/aopl/201806010116.aspx（最後瀏覽日：2019年11月3日）。

[7] 2005年施行之戶籍法，係以1997年5月21日總統公布的版本為基礎（現行之戶籍法則是以2008年5月28日總統公布之版本為基礎），該版本戶籍法第8條規定：「（第1項）人民年滿十四歲者，應請領國民身分證；未滿十四歲者，得申請發給。（第2項）依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應捕捺指紋並錄存。（第3項）請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給」。依本條第2項及第3項之規定，人民被強制必須按捺指紋並錄存，否則將承受無法請領國民身分證的不利後果。立法委員賴清德等85人認為1997年版本之戶籍法第8條第2項及第3項有違憲疑義，遂依司法院大法官審理案件法第5條第1項第3款之規定，向大法官聲請釋憲。

號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」。

大法官在司法院釋字第603號解釋中，首先（援引司法院釋字第585號解釋為先例）以人性尊嚴與人格權之保障為基礎，認為隱私權乃是「不可或缺」的基本權，在憲法未明文列舉保障的情況下，應受憲法第22條（基本權概括保障條款）保障。以「隱私權應受憲法第22條保障」為前提，大法官接著聚焦在「資訊隱私」的面向，認為隱私權的保障範圍包括對於資訊隱私之保障，並因此推導出「資訊隱私權」的概念。觀察司法院釋字第603號解釋對於資訊隱私權的闡述，可以得知，此一憲法未明文列舉的基本權，其保障內涵分成三個部分：（一）揭露個人資料之決定權、（二）使用個人資料之知悉與控制權、（三）個人資料記載錯誤之更正權。由這三個保障內涵共同型塑而成的資訊隱私權，大法官認為其保障核心要旨就在於「個人自主控制個人資料」[8]。

從比較法的角度來看，大法官透過司法院釋字第603號解釋（並以憲法第22條為依據）推導出的資訊隱私權，其實和德國聯邦憲法法院發展出的「資訊自主決定權」（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）雷同度甚高[9]。德國聯邦憲法法院在1983年「人口普查案」判決（Volkszählungsurteil）[10]中，以德國基本法第2條第1項（一般人格權之保障）結合德國基本法第1條第1項（人性尊嚴之保障）為依據，發展出德國基本法未明文列舉的資訊自主決定權。依照德國聯邦憲法法院的闡述，資訊自主決定權的保障內涵，乃在保障每個人享有「原則上得自主決定其個人資料之揭露與使用」的權能[11]。質言之，作為資訊自主決定權的權利主體，每個人均有權自主決定其個人資料是否、何時、對誰、如何揭露[12]。從德國聯邦憲法法院對資訊自主決定權的定名以及保

[8] 司法院釋字第 603 號解釋：「其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，…」。

[9] 相同看法：詹鎮榮，公務機關間個人資料之傳遞－以臺灣桃園地方法院行政訴訟102年度簡字第2號判決出發，載於：法學叢刊，第60卷第1期，2015年1月，頁7-8。

[10] BVerfGE 65, 1 ff.

[11] BVerfGE 65, 1（43）.此乃德國聯邦憲法法院自「人口普查案」判決以來，迄今未曾改變的看法，參見：BVerfGE 113, 29（46）：115, 166 （188）.

[12] Horst Dreier, in：Horst Dreier（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art. 2 I Rn. 79；Friedhelm Hufen, Staatsrecht Ⅱ Grundrechte, 7. Aufl., 2018, § 12 Rn. 4；Hans D. Jarass, in： Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 15. Aufl., 2018, Art. 2 Rn. 42；Dietrich Murswiek/Stephan Rixen, in：Michael Sachs（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 2 Rn. 73.

障內涵的闡述，不難得知，資訊自主決定權要保障的客體，既非「個人資料本身」，也非「個人資料內容的私密性」，而是「每個人在完整的人格下，對其個人資料之自主決定地位」。在涉及資訊自主決定權的諸多裁判中，德國聯邦憲法法院就清楚指出，對於資訊自主決定權的保障而言，個人資料的內容是否具有私密敏感性，其實並不重要，即便是公開可得的個人資料，也同樣受資訊自主決定權保障[13]。

大法官在司法院釋字第603號解釋透過憲法第22條導出的基本權，雖然定名為資訊隱私權，但從保障要旨（個人自主控制個人資料）觀之，其實無關乎隱私（資料的私密性），而是如同德國聯邦憲法法院發展出的資訊自主決定權一樣，以「每個人對其個人資料享有自主決定地位」作為保障客體。也正因如此，所以司法院釋字第603號解釋將憲法對於「個人自主控制資料」的基本權保障稱為「資訊隱私權」，嚴格說來，其實並未精確表達出此一基本權真正的保障內涵，甚至可能會引起誤解，讓人誤以為此一基本權只涉及「具隱私性的資料」。

（二）秘密通訊自由

憲法第12條保障之秘密通訊自由，係對人民「通訊過程」隱密性之保障[14]，因此乃是一種保障時間有限制的基本權，其保障時點始於通訊開始，終於通訊結束[15]。大法官在司法院釋字第631號解釋（理由書）以及第756號解釋（理由書）闡述憲法第12條保障的秘密通訊自由時，明確指出，憲法第12條「旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並係保障個人生活私密領域免於國家、他人任意侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利」。在這兩號司法院解釋的肯認下，個人資料之自主控制，除了受資訊隱私權（憲法第22條）保障，同時也在憲法第12條的保障範圍內。從憲法第22條導出的

---

[13] BVerfGE 118, 168（185）；120, 378（398 f.）；BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. Dezember 2018, - 1 BvR 142/15 -, Rn. 38 f., http：//www.bverfg.de/e/rs20181218_1bvr014215.html（letzter Zugriff am 5.11.2019）.

[14] 東吳公法中心憲法小組主編，憲法講義，2018年3月，頁280（范秀羽執筆）；陳新民，憲法學釋論，9版，2018年7月，頁216。

[15] 吳信華，憲法釋論，3版，2018年9月，邊碼676。德國法上對於通訊秘密保障（德國基本法第10條）的同樣理解，參見：BVerfGE 115, 166（186）；Christoph Gusy, in：Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., 2018, Art. 10 Rn. 44； Georg Hermes, in：Horst Dreier（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 2013, Art. 10 Rn. 38；Hufen（Fn. 12）, § 17 Rn. 5；Jarass（Fn. 12）, Art. 10 Rn. 7； Ralf P. Schenke, in：Klaus Stern/Florian Becker（Hrsg.）, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl., 2019, Art. 10 Rn. 48.

資訊隱私權，對個人資料之自主決定提供了一般性的保障；而憲法第12條的秘密通訊自由，則基於保障時間之限制，成為人民在通訊活動過程中，用來防禦國家蒐集、處理、利用個人資料的依據。資訊隱私權以及秘密通訊自由都對個人資料之自主決定提供了憲法層次的保障，而秘密通訊自由的保障則僅侷限在通訊活動過程中，因此對於個人資料之自主決定而言，資訊隱私權乃是普通保障規定，秘密通訊自由則是特別保障規定，二者具有普通法與特別法的關係[16]。國家侵入人民進行中之通訊活動蒐集個人資料，無論後續在處理或利用該個人資料時，人民的通訊活動是否已經結束，均構成對秘密通訊自由之干預[17]。至於在通訊活動結束後，國家蒐集因為該通訊活動而產生之個人資料，就個人資料之自主決定而言，則已不在秘密通訊自由的保障範圍內，而由資訊隱私權以普通保障規定的地位予以承接保障[18]。

二、資訊隱私權保障範圍內之資料：個人資料

（一）個人資料之意義

行政機關的資料蒐集行為，涉及的資料種類非常多，只有在被蒐集的資料具有個人資料的性質時，才會觸及憲法對個人資料自主決定地位的基本權保障[19]。大法官在司法院釋字第585號解釋（理由書）、第603號解釋、第631號解釋（理由書）以及第756號解釋（理由書）提到「個人資料之自主控制」時，並未進一步說明何謂個人資料。就現行法而言，目前唯一對個人資料這個概念設有明確立法定義的，乃是個人資料保護法第2條第1款。至於其他法規，則均直接將個人資料此一概念當成構成要件要素使用，並指示連結到個人資料保護法的規定[20]。既然憲法本身與大法官歷來所作涉及「個人資料自主控制」的解釋，沒有對個人資料予以定義，而現行各法規對於個人資料此一概念之使用，也未見有與個人資料保護法相異之規定，那麼要探究行政機關的資料蒐集行為

---

[16] BVerfGE 100, 313（358）；Gusy（Fn. 15）, Art. 10 Rn. 43；Hermes（Fn. 15）, Art. 10 Rn. 103；Hufen（Fn. 12）, § 17 Rn. 10；Jarass（Fn. 12）, Art. 2 Rn. 38；Martin Pagenkopf, in：Michael Sachs（Hrsg.）, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 10 Rn. 53；Schenke（Fn. 15）, Art. 10 Rn. 114.

[17] BVerfGE 115, 166（186 f.）；Schenke（Fn. 15）, Art. 10 Rn. 114.

[18] BVerfGE 115, 166（187）；Gusy（Fn. 15）, Art. 10 Rn. 44；Hufen（Fn. 12）, § 17 Rn. 10；Schenke（Fn. 15）, Art. 10 Rn. 114.

[19] 行政機關蒐集之資料不具有個人資料的性質，並不代表因此就不涉及基本權利之干預，因為與個人資料無關的資料蒐集措施（例如行政機關蒐集的是公司營業資料），仍可能對憲法第15條財產權等其他基本權構成干預效果。

[20] 例如無人載具科技創新實驗條例第17條規定：「申請人蒐集、處理或利用個人資料，應遵守個人資料保護法之相關規定」。又例如公有及接受補助文化資產資料公開辦法第10條規定：「本辦法規定涉及著作權、個人資料者，應依著作權法、個人資料保護法或相關法令規定辦理」。

是否已觸及憲法對個人資料自主決定地位之保障，在認定被行政機關蒐集的資料是否屬於個人資料時，也就應該以個人資料保護法第2條第1款的立法定義為準。

依據個人資料保護法第2條第1款之定義，個人資料係指「自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料」。另外，個人資料保護法施行細則第2條規定:「本法所稱個人，指現生存之自然人」。在個人資料保護法第2條第1款以及個人資料保護法施行細則第2條的定義下，個人資料以「現生存之自然人」的資料為限，法人的資料從而被排除在個人資料的範圍外[21]。在個人資料保護法第2條第1款中，立法者首先以明文例示的方式，將姓名、出生年月日等資料直接劃入個人資料的概念範疇內，而未在例示清單內的資料，如果是「得以直接或間接方式識別個人」之資料，即具有個人資料之性質。「得以直接方式識別個人」之資料，是指直接依據該資料便能連結到特定個人並從而識別出特定個人[22]，最常見的當然就是特定個人的姓名[23]。至於「得以間接方式識別個人」之資料，依據個人資料保護法施行細則第3條之規定，則是指「保有該資料之公務或非公務機關僅以該資料不能直接識別，須與其他資料對照、組合、連結等，始能識別該特定之個人」。雖然「間接識別能力」之判斷，應該要以「社會一般多數人得間接識別」抑或「任何人得間接識別」為基準，在學說上仍有爭議[24]，但至少可以確定的是，個人資料的認定已不再侷限於是否指名道姓「直接識別」特定個人，某一筆資料若在與其他資料相互比對後能識別出特定個人，該資料即是個人資料[25]。在行政實務上，常見誤以為「某一筆資料沒有指名道姓，不能從該資料直接識別特定個人，該資料即非

[21]由於大法官在司法院釋字第603號解釋中，是從憲法第22條對於人格權的保障推導出資訊隱私權（個人資料自主決定權），所以個人資料保護法第2條第1款將個人資料概念的指涉範圍侷限在自然人的資料，而排除法人的資料，倒也與「資訊隱私權乃人格權保障之具體樣態」相契合。

[22]范姜真媺，個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討，載於：東海大學法學研究，第41期，2013年12月，頁97-98。

[23]劉定基，個人資料的定義、保護原則與個人資料保護法適用的例外－以監視錄影為例（上），載於：月旦法學教室，第115期，2012年5月，頁48。

[24]認為應以「社會一般多數人得間接識別」為判斷基準者：范姜真媺，前註22，頁98-99。認為應以「任何人得間接識別」為判斷基準者：張陳弘，個人資料之認定－個人資料保護法適用之啟動閥，載於：法令月刊，第67卷第5期，2016年5月，頁97。

[25]例如記名悠遊卡之卡號，由於能透過資料庫之比對，得知該卡號背後的特定個人，因此（至少對於悠遊卡公司而言）屬於個人資料。參見：2011年5月13日法務部法律字第0999051927號函。

個人資料」的想法，乃是對個人資料採取過於狹隘的理解[26]，不但不符合個人資料保護法對於個人資料的定義，也忽略了對該資料之蒐集、處理與利用構成資訊隱私權干預的嚴肅憲法意義。

（二）個人資料之去識別化處理

在個人資料保護法第2條第1款的定義下，個人資料乃是得以直接或間接方式識別特定個人之資料。既然個人資料是得識別特定個人的資料，那麼一旦將個人資料作了去識別化處理之後，該資料是否還具有個人資料的性質呢？對於這個問題，法務部2014年11月4日法律字第10303510410號函指出：「如交通管理機關將ETC資料以代碼、匿名、隱藏部分資料或其他使他人無從辨識該特定個人方式，進行去識別化處理後，已無從識別特定當事人，即無個人資料保護法適用」；另外，法務部2014年11月17日法律字第10303513040號函也同樣認為：「如將公務機關保有的個人資料運用技術去識別化而呈現方式已無從直接或間接識別特定個人，即非屬個人資料」。從法務部上開兩號函釋的見解加以延伸，由於個人資料經去識別化處理後已不具有個人資料的性質，所以如果行政機關蒐集的資料是「經去識別化處理後的個人資料」，即非個人資料蒐集措施，從而並不構成資訊隱私權之干預。

法務部在上開兩號函釋主張「個人資料經去識別化處理後，已非個人資料，故無個人資料保護法之適用」，就本文看來，單純就論理邏輯而言，此等見解可以贊同。然而，如果拿歐盟的標準來相比，在我國個人資料保護法中規定的「去識別化處理」，其實離真正的去識別化還有一大段差距，以致於在我國個人資料保護法的標準下對個人資料進行去識別化處理，是否真的可以使資料「去個人資料化」，非常有疑問。在歐盟個人資料保護基本規章中，有許多條文均提到「假名化」（pseudonymisation；

[26]舉個簡單的例子：臺北市政府要在各級學校內設置智慧販賣機，鼓勵學生透過結合悠遊卡功能的數位學生證以電子支付方式消費，此一措施引起社會上對於個人資料保護之疑慮。對於此等疑慮，臺北市政府教育局在2019年10月7日發布的新聞稿指出：「機臺系統只能讀取卡號，廠商無法存取個資，請各界放心」（新聞稿全文載於：https：//www.doe.gov.taipei/News_Content.aspx?n=B8E0D00523CEF081&s=E575D1AD7E7C2A45，最後瀏覽日：2019年11月10日）。很明顯地，臺北市政府教育局認為，被校園智慧販賣機讀取的悠遊卡卡號，並不是個資。同樣的想法也出現在悠遊卡公司董事翟本喬先生的個人意見，其認為只有把悠遊卡卡號、學號以及學生「真正的個人資料」相串連，才能把學生在智慧販賣機的消費內容連結到個人資料（參見：自由時報，臺北市推智慧販賣機恐洩漏個資？翟本喬反駁，2019年10月8日，https：//news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2939616，最後瀏覽日：2019年11月10日）。上述的想法，顯然都不符合個人資料保護法第2條第1款對於個人資料的定義。與學生證相結合的悠遊卡，其卡號在與學生證學號以及學生學籍資料相互比對後，即能透過該悠遊卡卡號識別出特定個人（也就是持卡的學生是誰），所以並非只有學校才擁有學生「真正的個人資料」，那些因為學生以電子支付方式消費而被智慧販賣機廠商讀取的學生悠遊卡卡號，本身其實就是「真正的個人資料」（基於同樣的理由，學生的學號也屬於個人資料）。經由資料交互比對，可以從悠遊卡卡號得知其代表的是哪一位學生，以及該位學生在何年何月何日何時於何處購買了何物。

Peseudonymisierung）一詞[27]，而依據歐盟個人資料保護基本規章第4條第5款的定義，「假名化」這個概念是指，將個人資料作如下方式之處理：在不使用額外資訊的情況下，個人資料不再能被歸屬到特定當事人，而前提是，當該額外資訊被分開保存並且採取技術及組織上之措施，確保個人資料不會被歸屬到已遭識別或可得識別之自然人。很明顯地，歐盟個人資料保護基本規章所稱之「假名化」，其實只是將個人資料與其他額外資訊「去連結化」而已，一旦將資料重新連結額外資訊，仍可識別出特定個人，因此個人資料在「假名化」處理之後，依然具有個人資料的性質[28]。至於「匿名化」（anonymization； Anonymisierung），這個在歐盟個人資料保護基本規章中未見定義的概念[29]，則是指將個人資料處理到不能或不再能從中識別出特定個人。由於「匿名化」乃是將個人資料「可識別特定個人」的性質去除，因此個人資料一旦經過「匿名化」處理，便不再是個人資料，從而不在個人資料保護相關法規的適用範圍內[30]。

至於我國個人資料保護法的「去識別化處理」，在第6條第1項但書第4款、第9條第2項第4款、第16條但書第5款、第19條第1項第4款及第20條第1項但書第5款稱之為「無從識別特定當事人」，而依據個人資料保護法施行細則第17條的定義，個人資料保護法上開條文所稱「無從識別特定當事人」，是指「個人資料以代碼、匿名、隱藏部分資料或其他方式，無從辨識該特定個人者」。很明顯地，我國個人資料保護法

[27]例如第6條第4項第5款、第25條第1項、第32條第1項第1款等。

[28]張陳弘、莊植寧，新時代之個人資料保護法制：歐盟GDPR與臺灣個人資料保護法的比較說明，2019 年，頁27；Stefan Ernst, in：Boris P. Paal/Daniel A. Paul（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 40；Peter Gola, in：Peter Gola（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 4 Rn. 39 f.；Marit Hansen, in：Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker genannt Döhmann（Hrsg.）Datenschutzrecht Kommentar, 2019, Art. 4 Nr. 5 DS-GVO Rn. 21；Achim Klabunde, in：Eugen Ehmann/Martin Selmayr（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 4 Rn. 32 f.；Manuel Klar/Jürgen Kühling, in： Jürgen Kühling/Benedikt Buchner（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 4 Nr. 5 DS-GVO Rn. 11； Thilo Weichert, in： Wolfgang Däubler/Peter Wedde/Thilo Weichert/Imke Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Kommentar, 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 71. 不同見解則認為，對於無從支配額外資料者而言，經假名化處理之資料即非個人資料，參見：Martin Eßer, in：Martin Eßer/Philipp Kramer/Kai von Lewinski（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze Kommentar, 6. Aufl., 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 70.

[29]德國聯邦個人資料保護法（Bundesdatenschutzgesetz）舊法（適用至2018年5月24日）第3條第6項則對「匿名化」概念 設有立法定義。

[30]張陳弘、莊植寧，前註28，頁27-28；Ernst（Fn. 28）, Art. 4 DS-GVO Rn. 48 f.；Eßer（Fn. 28）, Art. 4 DS-GVO Rn. 71；Gola（Fn. 28）, Art. 4 Rn. 41；Hansen （Fn. 28）, Art. 4 Nr. 5 DS-GVO Rn. 23；Klabunde（Fn. 28）, Art. 4 Rn. 33；Klar/Kühling（Fn. 28）, Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Rn. 31； Weichert（Fn. 28）, Art. 4 DS-GVO Rn. 79. 資訊作業實務上常見的對個人資料進行「加密」，則既非「假名化」，也非「匿名化」（Klabunde （Fn. 28）, Art. 4 Rn. 34.）），但學說上也有不同見解認為，「加密」乃是一種「假名化」，參見：Klar/Kühling（Fn. 28）, Art. 4 Nr. 5 Rn. 9.

的「去識別化處理」，其實只是將個人資料進行「去連結化」的處理，讓人們無法從該資料「直接識別」特定個人而已。在這樣的「去識別化處理」標準下，被「去識別化處理」（其實是「去連結化處理」）的個人資料，仍能透過和「代碼對照表」、「匿名對照表」等資料相結合比對，而間接識別特定個人。既然透過該資料（間接）識別特定個人的可能性並未消除，所以就算對個人資料作了符合我國個人資料保護法標準的「去識別化處理」，該筆個人資料仍可能因為具有間接識別特定個人的功能，而還繼續保有個人資料的性質[31]。基於這樣的理由，行政機關蒐集「經去識別化處理後的個人資料」，雖然該資料已經作了（符合我國個人資料保護法標準的）去識別化處理，但行政機關所為之資料蒐集措施，仍可能對資訊隱私權構成干預效果。

參、行政機關蒐集個人資料之合法性要求

個人資料保護法第5條規定蒐集、處理或利用個人資料應遵守之一般原則，第6條但書規定蒐集、處理或利用特種個人資料[32]之容許要件，第15條第1項規定公務機關蒐集一般個人資料之容許要件。這些條文之規定，共同構成公務機關蒐集個人資料之合法性要求。行政機關作為個人資料保護法所稱之公務機關[33]，在蒐集個人資料時，自應符合個人資料保護法上開條文規定之容許要件。

一、須具有特定蒐集目的

個人資料保護法第15條第1項規定，公務機關蒐集個人資料，應有特定目的。公務機關在蒐集個人資料時，必須具有特定蒐集目的，這一項合法性要求，對於判斷其他合法性要求是否被確實遵守而言，可說是非常重要的連接點。首先，個人資料保護法第5條規定個人資料之蒐集、處理與利用「不得逾越特定目的之必要範圍，並應與蒐集之目的具有正當合理之關聯」，明文規範在個人資料保護法中具有核心重要地位的「目的拘束原則」（Grundsatz der Zweckbindung）[34]。如果公務機關對於個人資料之蒐集，

[31]相同見解：范姜真媺、劉定基、李寧修，法務部「歐盟及日本個人資料保護立法最新發展之分析報告」委託研究案成果報告，2016年12月，頁151。

[32]亦即個人資料保護法第6條規定之「病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料」。

[33]個人資料保護法所稱之公務機關，依據個人資料保護法第2條第7款之定義，係指「依法行使公權力之中央或地方機關或行政法人」。

[34]個人資料保護法第16條也規定公務機關利用個人資料，原則上必須「與蒐集之特定目的相符」，同樣屬於對目的拘束原則之宣示。關於目的拘束原則的重要地位，詹鎮榮教授認為其乃具有憲法位階之誡命（詹鎮榮，前註9，頁11），而李惠宗教授則認為其係個人資料保護法上的帝王條款（李惠宗，目的拘束原則－個人資料保護法上的帝王條款，載於：法令月刊，第64卷第1期，2013年1月，頁37以下）。

一開始就欠缺特定蒐集目的，純粹為了蒐集而蒐集，則根本不可能判斷其採取的蒐集措施本身以及後續對於個人資料的處理與利用是否「逾越特定目的之必要範圍，並與蒐集之目的具有正當合理之關聯」。再者，依據個人資料保護法第8條第1項第2款及第9條第1項之規定，公務機關在直接向當事人蒐集個人資料時，或處理、利用間接蒐集之個人資料（亦即非由當事人提供之個人資料）時，應向當事人告知蒐集之目的，並使當事人得以告知內容為基礎，表示同意與否（個人資料保護法第7條）。若公務機關在蒐集個人資料時，並無特定之蒐集目的，當然不可能將蒐集目的告知當事人，當事人從而無法以完整的告知資訊作為基礎決定同意與否，對於公務機關而言，也就難以將「當事人同意」當成個人資料蒐集、處理或目的外利用之容許要件（個人資料保護法第15條第2款、第16條但書第7款）。另外，公務機關蒐集個人資料之特定目的一旦達成，原則上即應刪除、停止處理或利用該個人資料（個人資料保護法第11條第3項）。如果公務機關在蒐集個人資料時欠缺特定目的，也就難以判斷公務機關在法律上應刪除、停止處理或利用該個人資料的時間點。

公務機關蒐集個人資料之特定目的，一方面為其蒐集、處理、利用個人資料提供了正當性基礎，另一方面也劃定其蒐集、處理、利用個人資料的界限[35]。也正因為如此，所以雖然個人資料保護法第15條僅簡單提到「應有特定目的」，但在解釋上，該「特定目的」本身應該要如同歐盟個人資料保護基本規章第5條第1項第2款的要求一樣，必須是「正當」（legitimate）且「明確」（explicit）之特定目的[36]。公務機關蒐集個人資料，如果是以不正當之目的作為出發點，那麼其對資訊隱私權造成的干預，便已經可以確定違憲，無須再檢視手段與目的之間的關係如何。公務機關蒐集個人資料之特定正當目的，同時還必須符合明確性之要求。有鑑於蒐集個人資料的目的本身，乃是判斷個人資料保護法其他合法性要求是否被確實遵守的基礎所在，所以蒐集個人資料之目的本身是否詳細明確，應該要從嚴認定[37]。而且，公務機關蒐集的個人資料愈具有敏感性，那麼對於「目的明確性」的要求程度也就愈高[38]。如果蒐集個人資料之目的，概括模糊

[35] Alexander Roßnagel, in：Alexander Roßnagel（Hrsg.）, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 3 Rn. 63.

[36] 相同結論：洪家殷，公務機關資料之蒐集與個人資料之保護，載於：東吳法律學報，第30卷第4期，2019年4月，頁46。

[37] Philipp Kramer, in：Martin Eßer/Philipp Kramer/Kai von Lewinski（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze Kommentar, 6. Aufl., 2018, Art. 5 DS-GVO Rn. 19 f.；Roßnagel（Fn. 35）, § 3 Rn. 65.

[38] Weichert（Fn. 28）, Art. 5 DS-GVO Rn. 36.

到足以包含諸多可能的目的在內，那麼一方面該目的本身已經不是「特定」目的[39]，另一方面公務機關基於此等（模糊）目的蒐集個人資料，也已違反目的拘束原則[40]。

行政機關作為受個人資料保護法第15條拘束之公務機關，由於在「蒐集資料時」就必須具有特定、正當、明確之目的，因此不得對個人資料採取儲備性（auf Vorrat）之蒐集與儲存[41]，也就是說，行政機關若基於模糊不確定之目的蒐集個人資料並待將來有朝一日再基於確定之目的予以利用，便違反「蒐集個人資料必須有特定目的」的要求[42]。另外，基於行政一體原則[43]，行政機關依據行政程序法第19條第1項之規定，應於權限範圍內相互協助。但是，由於行政機關在蒐集個人資料時必須具有特定目的，且後續對於個人資料之利用也不得逾越該特定目的範圍，所以在目的拘束原則的要求下，關於個人資料之蒐集與利用，並無行政一體原則以及行政機關職務協助相關規定之適用[44]。行政機關不能以行政一體或職務協助為名，要求其他機關向本機關提供個人資料俾便本機關利用，或將本機關蒐集之個人資料提供其他機關任意利用[45]，否則個人資料保護法上之目的拘束原則，將被機關間的職務協助徹底架空，也使個人資料當事人無從預見其基於特定目的被蒐集之個人資料，未來會被蒐集機關提供給哪一個機關作何種目的之利用，而使個人資料當事人失去對其個人資料之自主決定地位。

二、經當事人同意

個人資料保護法第15條第2款將「經當事人同意」列為公務機關蒐集個人資料的容許要件之一，而同法第6條第1項但書第6款也將「經當事人書面同意」列為得例外蒐集、處理、利用特種個人資料之要件。由於資訊隱私權的核心內涵，乃在確保每個人對其個人資料的自主決定地位，因此一旦當事人（基於自由意願）同意行政機關蒐集、

---

[39] Stephan Pötters, in：Peter Gola（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 5 Rn. 14.

[40] Roßnagel（Fn. 35）, § 3 Rn. 64.

[41] 洪家殷，同註36，頁48。

[42] Horst Heberlein, in：Eugen Ehmann/Martin Selmayr（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 4 Rn. 13；Alexander Roßnagel, in：Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker genannt Döhmann（Hrsg.）Datenschutzrecht Kommentar, 2019, Art. 5 DS-GVO Rn. 72.

[43] 大法官在司法院釋字第603號解釋理由書中，從憲法第53條之規定導出行政一體原則，並指出：「行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提昇效能，並使具有一體性之國家有效運作，此即所謂行政一體原則」。

[44] Weichert（Fn. 28）, Art. 5 DS-GVO Rn. 30.

[45] 詹鎮榮教授則認為，有取得資訊需求之行政機關，仍得依據行政程序法第19條第2項之規定，向其他機關提出資訊上之職務協助請求，但被請求機關對於該職務協助請求，應以個人資料保護法之合法性要件為據，決定同意或拒絕。參見：詹鎮榮，同註9，頁16。

處理、利用其個人資料，則該個人資料蒐集措施對於資訊隱私權就沒有構成干預效果[46]，既然不構成基本權干預，當然也就無須有法律授權依據作為基本權干預的形式阻卻違憲事由[47]。

三、對當事人權益無侵害

個人資料保護法第15條第3款將「對當事人權益無侵害」列為與第2款「經當事人同意」平行適用之容許要件。因此，在未經當事人同意的情況下，行政機關仍得單獨以「對當事人權益無侵害」為由蒐集個人資料。然而，在未經當事人同意的情況下蒐集個人資料，姑且不論其他權利，至少已經對資訊隱私權造成干預，根本不可能「對當事人權益無侵害」，所以個人資料保護法第15條第3款的適用可能性實在難以想像[48]。

四、執行法定職務

除了（適用可能性殊難想像的）「對當事人權益無侵害」（個人資料保護法第15條第3款）之外，「執行法定職務必要範圍內」也被個人資料保護法列為與「經當事人同意」平行適用的公務機關蒐集個人資料容許要件（個人資料保護法第15條第1款）。此外，依據個人資料保護法第16條之規定，「執行法定職務必要範圍內」亦屬公務機關利用個人資料之合法要件[49]。對於行政機關而言，其法定職務乃是被法律交付應履行之公共任務，也就是說，乃是行政機關之法定管轄事務。由於行政機關之事務管轄係規定於機關的組織法，所以最高行政法院106年度判字第54號判決（健保資料庫案確定

---

[46]「當事人同意」在憲法上的意義，乃是人民對於資訊隱私權（個人資訊自主決定權）的「行使」（相同結論：洪家殷，同註36，頁49）。劉定基教授對此也認為，「當事人同意權」乃是「實現資訊隱私保護，落實個人資料自主控制最為直接的手段」（劉定基，析論個人資料保護法上「當事人同意」的概念，載於：月旦法學雜誌，第218期，2013年6月，頁147）。不過，詹鎮榮教授則認為，「當事人同意」在憲法上的意義，乃是人民對於基本權（資訊隱私權）的「拋棄」。參見：詹鎮榮，同註9，頁13。

[47]Jarass（Fn. 12）, Art. 2 Rn. 54；Philipp Reimer, Verwaltungsdatenschutzrecht, 2019, Rn. 148. 但也有學者認為，就算經當事人同意，仍然構成基本權之干預，只不過該基本權干預會因為「當事人同意」而阻卻違憲，參見：Dreier（Fn. 12）, Art. 2 I Rn. 90；Hufen（Fn. 12）, § 11 Rn. 22.

[48]相同見解：張陳弘、莊植寧，前註28，頁106-107。范姜真媺教授更認為，個人資料保護法第15條第3款被行政機關濫用的可能性極高，參見：范姜真媺，檢視行政機關蒐集利用個資之問題與展望，載於：法學叢刊，第63卷第2期，2018年4月，頁37-38。

[49]在比較法上，歐盟個人資料保護基本規章和我國個人資料保護法的規範體例不同，其一方面並未將拘束對象區分成「公務機關」與「非公務機關」，而是區分成「責任人」（controller；Verantwortlicher）與「受託處理人」（processor；Auftragsverarbeiter），另一方面也並未將規範之行為階段區分個人資料之蒐集、處理與利用，而是以「處理」（processing；Verarbeitung）概念統稱之（Charlotte Husemann, in：Alexander Roßnagel （Hrsg.）, Das neue Datenschutzrecht, 2018, § 3 Rn. 3 ff.）。雖然有如此規範體例之差異，但我國個人資料保護法第15條第1款以及第16條的「執行法定職務必要範圍內」要件，在歐盟個人資料保護基本規章倒是可以找得到相類似的規定。歐盟個人資料保護基本規章第6條規定「處理之合法性」（Lawfulness of processing；Rechtmäßigkeit der Verarbeitung），其第1項

判決）認為，個人資料保護法所稱之「法定職務」即是組織法規定之執掌事項，從而在個人資料保護法第15條第1款以及第16條的肯認下，行政機關得以機關之組織法作為蒐集個人資料之法律依據[50]。

就本文看來，最高行政法院106年度判字第54號判決上開見解的說服力，恐怕有待商榷。個人資料保護法第15條第1款以及第16條的規範文字，並非（僅是）「法定職務」，而是「執行法定職務」。一方面，行政機關的「職務」本身，在行政程序法第11條第1項「管轄法定原則」的制約下，就如同個人資料保護法第15條第1款以及第16條的規範文字所稱，必須是「法定職務」，也就是說，其管轄事務必須於法有據。另一方面，行政機關對其「法定職務」之「執行」，也同樣必須符合依法行政原則。無論是行政機關的「職務」，抑或是行政機關職務之「執行」，在依法行政原則的要求下，均須具備合法性。因此，個人資料保護法第15條第1款以及第16條所稱「執行法定職務」，說得更精確一點，其實指的是「合法執行法定職務」[51]。行政機關執行法定職務要具備合法性，除了不得牴觸法律之規定（法律優位原則），還必須具有法律授權依據（法律保留原則）。關於行政機關蒐集個人資料之法律依據，大法官在司法院釋字第553號解釋闡述「警察臨檢」的合憲性問題時，於該號解釋理由書清楚指出：「行政機關行使職權，固不應僅以組織法有無相關職掌規定為準，更應以行為法（作用法）之授權為依據，始符合依法行政之原則」。在司法院釋字第553號解釋理由書清楚的闡述下，行政機關執行職務，該「職務」在組織法上有相關職掌規定，這只是最基本的前提而已，至於組織法上的職務應採取何種措施來「執行」，則還必須進一步以行為法（作用法）性質的法律作為授權依據[52]。也正因為如此。所以個人資料保護法第15條第1款以及第

第5款將「履行公共利益任務或公權力任務而有必要」列為處理個人資料的合法要件之一，即與我國個人資料保護法第15條第1款以及第16條的「執行法定職務必要範圍內」類似，且此一合法要件顯然係為公部門而設（Philipp Reimer, in：Gernot Sydow（Hrsg.）, Europäische Datenschutzgrundverordnung Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 6 Rn. 36；Sebastian Schulz, in：Peter Gola（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 60 Rn. 48 Peter Wedde, in：Wolfgang Däubler/Peter Wedde/Thilo Weichert/Imke Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Kommentar, 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 87）。

[50] 參見：最高行政法院106年度判字第54號判決，判決理由「八、（二）、2、（2）」。

[51] 歐盟個人資料保護基本規章第6條第1項第5款的「履行任務」（請見前註49），也同樣被理解為「合法履行任務」。因應歐盟個人資料保護基本規章之生效施行，德國全盤翻修聯邦個人資料保護法。自2018年5月25日正式生效施行的（新版）德國聯邦個人資料保護法，其第3條規定「公部門履行管轄權任務或公權力任務而有必要，得處理個人資料」，完全將歐盟個人資料保護法第6條第1項第5款的條文內容（請見前註49）予以複製。德國學者在詮釋該國聯邦個人資料保護法第3條的「公部門履行任務」時，也同樣區分「任務（管轄權）本身之合法性」以及「任務履行之合法性」兩個不同層次的問題，參見：Tobias Starnecker, in：Peter Gola/Dirk Heckmann（Hrsg.）, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 13. Aufl., 2019, § 3 Rn. 22；Wedde（Fn. 49）, § 3 BDSG Rn. 8 ff.

[52] 相同結論：范姜真媺，同註48，頁37；詹鎮榮，同註9，頁13。張陳弘教授對此則持不同見解，認為行政機關蒐集個人資料保護法第6條之特種個人資料，固然必須有作用法性質之法律作為授權依據，但如果蒐集的是一般個人資料，則可拿個人資料保護法之規定當成作用法之依據。參見：張陳弘，國家建置全民健康保險資料庫之資訊隱私保護爭議－評最高行政法院106年度判字第54號判決，載於：中原財經法學，第40期，2018年6月，頁23。

16條的「執行法定職務」規定，本身並沒有什麼實質上的規範意義[53]，只不過是再次重申「公務機關蒐集處理、利用個人資料，應有組織法及行為法之法律授權依據」此一依法行政原則的精神罷了，更不可能被拿來當作公務機關蒐集、處理、利用個人資料的法律授權依據[54]。最高行政法院106年度判字第54號判決認為個人資料保護法第15條第1款以及第16條的「執行法定職務」規定允許行政機關得以組織法為依據蒐集、處理、利用個人資料，此等見解顯然忽略了條文中的「執行」二字，並將組織法與行為法的規範性質混淆在一起[55]，當然，也違反了司法院釋字第535號解釋的意旨[56]。

五、必要性

個人資料保護法第15條第1款規定之公務機關蒐集個人資料合法要件，由兩個構成要件要素共同組成，其一是前述的「執行法定職務」，其二則是「必要範圍」，也就是執行法定職務的「必要性」。另外，個人資料保護法第5條、第6條第1項第2款、第4款、第5款、第16條前段、第16條但書第2款、第5款也將「必要性」列為公務機關蒐集、處理、利用個人資料的合法要件要素。

一提到「必要性」，很多人可能會馬上聯想到憲法第23條透過「必要」二字揭櫫之比例原則，並因此將個人資料保護法各該條文中的「必要」二字理解為「符合比例原

---

[53] 相同見解：張陳弘、莊植寧，前註28，頁106。

[54] 德國自2018年5月25日正式生效施行的（新版）聯邦個人資料保護法，其第3條關於「公部門履行任務」之規定（請見前註51），則被立法理由承認可以作為公部門處理（亦即包括我國個人資料保護法的蒐集、處理、利用）個人資料的法律依據，但僅限於對當事人權利造成「輕微」干預的場合（BT-Drs. 18/11325, S. 81）。若公部門所為之個人資料處理行為，對當事人權利之干預程度非屬「輕微」，則仍應有具體明確之專業法律規定作為授權依據始得為之，不得援引聯邦個人資料保護法第3條之概括規定作為法律依據（Thomas Petri, in： Jürgen Kühling/Benedikt Buchner （Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2018, § 3 BDSG Rn. 9； Starnecker（Fn. 51）, § 3 Rn. 22）。對於德國聯邦個人資料保護法第3條立法理由承認公部門得以本條作為處理個人資料之法律依據，有德國學者提出批評，認為德國聯邦個人資料保護法第3條就如同歐盟個人資料保護基本規章第6條第1項第5款一樣，本身都是空洞沒有實質內容的規範，公部門若要以「履行公共任務」為由處理（包括蒐集、利用）個人資料，仍須進一步在擁有具體規範內容的其他專業法規中，分別針對「公共任務」以及「公共任務之履行」找到法律依據才行（Eßer（Fn. 28）, § 3 BDSG Rn. 5； 相同結論：Wedde （Fn. 49）, § 3 BDSG Rn. 10）。

[55] 組織法賦予行政機關對某行政事務具有管轄權，乃在劃分該機關與其他機關之間的權限分際，亦即以「機關與機關之間的法律關係」為規範內容；至於行為法（作用法），則係規定行政機關得在如何之要件下對何等對象採取何種措施，亦即以「機關與人民之間的法律關係」為規範內容。

[56] 最高行政法院雖非司法院釋字第535號解釋的「當事人」，但基於司法院解釋的「一般效力」（司法院釋字第185號解釋：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之」），亦同樣受司法院釋字第535號解釋拘束。「行政機關行使職權，固不應僅以組織法有無相關職掌規定為準，更應以行為法（作用法）之授權為依據，始符合依法行政之原則」這一段文字，乃是構成司法院釋字第535號解釋結論（警察勤務條例具有行為法之性質，故可作為警察臨檢之法律授權依據，但條文

則之要求」[57]。行政機關蒐集、處理、利用個人資料，乃是對資訊隱私權構成干預效果之行政行為，無論從憲法第23條抑或是從行政程序法第7條來看，當然必須符合比例原則的要求，這一點無庸置疑。然而，本文必須強調，個人資料保護法各該條文所稱之「必要」，指的並不是比例原則，而是獨立於比例原則之外的另一項要求。歐盟個人資料保護基本規章第5條第1項第3款規定，被處理之個人資料應屬對目的而言適當且相關之資料，並應僅止於處理目的之必要限度內。此一規定被歐盟個人資料保護基本規章直接定名為「資料最小化原則」（data minimisation； Datenminimierung）。我國個人資料保護法第5條「個人資料之蒐集、處理或利用，…不得逾越特定目的之必要範圍，並應與蒐集之目的具有正當合理之關聯」的規定，與歐盟個人資料保護基本規章第5條第1項第3款的內容大致相同，被認為是「資料最小化原則」在我國的實定法依據[58]。須特別提請注意的是，資料最小化原則所稱「被蒐集、處理、利用之資料，應僅止於蒐集、處理、利用目的必要限度內之資料」，係指若不蒐集、處理、利用該個人資料，則欲達成之目的即無法達成[59]。對於行政機關而言，在資料最小化原則的制約下，個人資料保護法各該條文所稱之「必要」，其意義並非「符合比例原則」，更非「符合適當性原則」[60]，而是「絕對必要」[61]，也就是說，若不蒐集、處理、利用個人資料，則行政機關欲達成之目的即無法達成，基於該目的而產生之法定職務即無法（有效）履行[62]。也正因為如此，所以

必須符合法明確性原則）的重要理由部分，因此雖然未見諸解釋文（只寫在解釋理由書），但其對各機關（包括最高行政法院）之拘束力應無庸置疑。

[57] 採此見解者：林洲富，個人資料保護法之理論與實務，2版，2019年10月，頁26-27；張陳弘、莊植寧，前註28，頁69-70。至於最高行政法院106年度判字第54號判決（健保資料庫案確定判決），則引用衛生福利部組織法之相關規定確定衛生福利部的職權範圍後，認為健保資料庫之建置，「有助於其執掌事項之踐行，...因此建置上開資料庫，同樣在其『執行法定職務』之必要範圍內」（請參見：最高行政法院106年度判字第54號判決，判決理由「八、（二）、2、（2）」）。依照最高行政法院106年度判字第54號判決的論理，本號判決似乎是將「必要」二字理解為比例原則中的「適當性原則」（手段有助於目的之達成）。

[58] 張陳弘、莊植寧，前註28，頁70（但該書稱之為「最少蒐集原則」）。

[59] Heberlein （Fn. 42）, Art. 5 Rn. 22； Roßnagel （Fn. 42）, Art. 5 DS-GVO Rn. 121.

[60] 但最高行政法院106年度判字第54號判決似乎認為個人資料保護法中的「必要」二字，僅是「適當性原則」（手段有助於目的之達成）的要求而已，請參見前註57。

[61] Heberlein（Fn. 42）, Art. 6 Rn. 23； Petri（Fn. 54）, § 3 BDSG Rn. 14； Roßnagel（Fn. 42）, Art. 6 As. 1 DS-GVO Rn. 77； Starnecker （Fn. 51）, § 3 Rn. 28.

[62] Eßer（Fn. 28）, § 3 BDSG Rn. 21；Petri（Fn. 54）, § 3 BDSG Rn. 14；Reimer（Fn. 49）, Art. 6 Rn. 47；Roßnagel （Fn. 42）, Art. 5 DS-GVO Rn. 121；Lutz Schreiber, in：Kai-Uwe Plath（Hrsg.）, Kommentar zu DSGVO, BDSG und den Datenschutzbestimmungen von TMG und TKG, 3. Aufl., 2018, § 3 BDSG Rn. 7； Starnecker （Fn. 51）, § 3 Rn. 28； Wedde （Fn. 49）, § 3 BDSG Rn. 13. 但也有不同見解認為，在「資料最小原則」下，「必要性」指的就是符合比例原則：Eike Michael Frenzel, in：Boris P. Paal/Daniel A. Paul（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 23；Kramer（Fn. 37）, Art. 5 DS-GVO Rn. 26.

行政機關將個人資料作「儲備性儲存」，不但違反「蒐集個人資料之目的必須特定、正當、明確」的要求[63]，也與蒐集、處理、利用個人資料之「必要性」要求不符[64]。

六、尊重當事人之權益

個人資料保護法在諸多條文中，明文保障個人資料當事人之請求權，例如個人資料保護法第10條保障「請求查詢或閱覽之權利」，第11條各項分別保障「請求更正、補充、刪除、停止蒐集、處理之權利」。這些在個人資料保護法中明文受到保障的當事人權利，乃是資訊隱私權（個人資料自主決定權）之進一步具體化，且依個人資料保護法第3條之規定，不得預先拋棄或以特約限制之。同時，個人資料保護法第5條也規定，個人資料之蒐集、處理或利用，應尊重當事人之權益。基於個人資料保護法上開各條之規定，行政機關對於受個人資料保護法明文保障之各種請求權，應予尊重。

行政機關在行政程序進行中，為了作成實體決定而蒐集、處理、利用個人資料，個人資料當事人對於行政機關這樣的行為，在行政程序進行中向行政機關主張前揭個人資料保護法保障之當事人權利，可能會遭到行政機關依據個人資料保護法第10條但書各款或第11條第2項但書、第3項但書等規定予以拒絕。無論行政機關在行政程序進行中對個人資料所為之蒐集、處理、利用行為，抑或是行政機關在行政程序進行中對個人資料當事人所為之拒絕決定，均屬於行政程序法第174條[65]所稱「行政機關於行政程序中所為之決定或處置」，亦即學理上所稱之「程序行為」（Verfahrenshandlungen）[66]。由於行政機關在行政程序進行中對個人資料所為之蒐集、處理、利用行為，以及行政機關在行政程序進行中對個人資料當事人所為之拒絕決定，都不符合行政程序法第174條但書之要件[67]，因此依據行政程序法第174條，個人資料當事人似乎不能單獨針對此等程序行為提起行政爭訟，必須等到行政程序終結後，始得與實體決定一併聲明不服。

---

[63] 請見前註42。

[64] Eßer（Fn. 28），§ 3 BDSG Rn. 32.

[65] 德國行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO）第44條之1，其規範內容與我國行政程序法第174條相同。

[66] 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，15版，2017年9月，頁591；陳敏，行政法總論，9版，2016年9月，頁833；Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2019, Rn. 960； Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 19 Rn. 41.

[67] 依據行政程序法第174條但書，行政機關之程序行為若得強制執行，或行政程序法以及其他法規設有容許規定，則程序當事人或利害關係人即得在行政程序進行中，對該程序行為提起行政爭訟。

不過，本文認為，上開結論的正確性恐怕有待商榷。司法院釋字第665號解釋理由書指出，憲法第16條保障之訴訟權，「其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟」。大法官在後續多號司法院解釋（理由書）中，也持續強調憲法第16條訴訟權之保障內涵乃是「及時有效救濟」[68]。行政程序法第174條之規定，為了行政程序順利進行之目的[69]，禁止人民在行政程序進行中針對程序行為提起行政爭訟，使人民無法「及時」向法院尋求救濟，已經碰觸到憲法第16條訴訟權的保障核心。既然行政程序法第174條的規定，已觸及訴訟權保障的核心領域，那麼為了避免行政程序法第174條的規定違反憲法第16條之訴訟權保障，應該要對行政程序法第174條採取合憲性解釋（verfassungskonforme Auslegung）[70]。基於這樣的考量，在解釋行政程序法第174條的「程序行為」時，必須採取較為限縮的立場[71]，將「對實體權利（尤其是基本權）構成單獨干預效果之程序行為」排除在行政程序法第174條的適用範圍外[72]。就此而言，行政機關所為之程序行為，如果對人民受憲法保障的資訊隱私權（資訊自主權決定權）造成干預，應該要允許人民得針對該基本權干預行為「及時」提起行政爭訟尋求救濟，不受行政程序法第174條拘束[73]。因此，行政機關在行政程序進行中對個人資料所為之蒐集、處理、利用行為，以及行政機關在行政程序進行中對個人資料當事人所為之拒絕決定，雖然都是行政機關所為之「程序行為」，但由於此等程序行為會單獨對資訊隱私權（資訊自主決定權）構成干預效果，所以不在行政程序法第174條的適用範圍內，當事人得在行政程序進行中，單獨針對此等程序行為提起行政爭訟以尋求「及時有效」之救濟[74]。

---

[68] 參見司法院釋字第736號解釋理由書、第742號解釋理由書、第752號解釋理由書、第755號解釋理由書、第761號解釋理由書、第774號解釋理由書、第784號解釋理由書。

[69] 吳庚、盛子龍，前註66，頁591-592；陳敏，前註66，頁833。

[70] 德國學者闡述該國行政法院法第44條之1時的相同主張：Klaus F. Gärditz, in： Klaus F. Gärditz （Hrsg）, Verwaltungsgerichtsordnung mit Nebengesetz Kommentar, 2. Aufl., 2018, § 44a VwGO Rn. 19； Wolf-Rüdiger Schenke, in： Ferinand O. Kopp （Begr.）/Wolf-Rüdiger Schenke （Hrsg.）, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 25. Aufl., 2019, § 44a Rn. 1； Paul Stelkens/Wolfgang Schenk, in： Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier （Hrsg.）, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Werkstand： 36. EL Februar 2019, § 44a Rn. 30； Jan Ziekow, in： Helge Sodan/Jan Ziekow （Hrsg.）, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 5. Aufl., 2018, § 44a Rn. 73.

[71] 相近的見解：李震山，行政法導論，11版，2019年2月，頁268：「就行政程序相關之決定或措施，若涉及程序基本權之核心內涵者，第一七四條之適用範圍即應受到限縮」。

[72] Gärditz （Fn. 70）, § 44a VwGO Rn. 21； Schenke （Fn. 70）, § 44a Rn. 9； Stelkens/Schenk （Fn. 70）, § 44a Rn. 32； Ziekow （Fn. 70）, § 44a Rn. 73.

[73] Schenke（Fn. 70）, § 44a Rn. 10； Stelkens/Schenk （Fn. 70）, § 44a Rn. 32； Ziekow （Fn. 70）, § 44a Rn. 74.

[74] 相同結論：Reimer （Fn. 47）, Rn. 317.

肆、臺北市政府單一識別系統之問題

臺北市政府在2019年9月20日訂定發布「臺北市政府單一識別服務作業要點」（以下稱「作業要點」），並自2019年9月23日生效。依據作業要點之規定，民眾得向服務機關[75]之申辦窗口[76]申請辦理單一識別[77]服務，提交申請表（作業要點附件一）所載之個人資料，經臺北市政府資訊局審核通過後成為單一識別系統[78]會員（作業要點第二點（八）），並因此得透過綁定之載具[79]經單一識別系統識別身分後，使用服務機關[80]提供之服務。單一識別系統之統籌規劃、建置與維護，則屬臺北市政府資訊局之權責（作業要點第十點）。簡單地說，作業要點所規範之單一識別服務，乃是透過對民眾個人資料之蒐集，將原本各機關採用的各種身分識別機制整併到臺北市政府資訊局建置的單一識別系統內，讓民眾藉由綁定之單一載具即可通過各種市政服務所必須之身分認證程序。乍看之下，單一識別系統以及單一識別服務能讓民眾使用各項市政服務時更為便利，但是，若進一步細讀作業要點的內容，則不難發現存有諸多法律上的疑問。

一、法律依據？

就本文看來，臺北市政府要建置單一識別系統以及推行及單一識別服務，一開始在法律上就遇到最形式，也是最根本的質疑：法律依據何在？單一識別系統的建置以及單一識別服務的運作，其基礎在於臺北市政府[81]對單一識別資料[82]之蒐集、處理與利用，從而涉及資訊隱私權（個人資料自主決定權）之干預。既然涉及資訊隱私權之干預，在憲法第23條法律保留原則的制約下，當然必須要有法律授權依據，始具備最起碼的形式阻卻違憲事由。

---

[75] 依據作業要點第二點（一）之定義，服務機關乃是提供市政服務之臺北市政府所屬機關（含所屬機關（構）、學校暨臺北大眾捷運股份有限公司）。

[76] 依據作業要點第二點（二）之定義，申辦窗口乃是協助服務機關受理申請人辦理服務之自然人或機關（構）。

[77] 依據作業要點第二點（五）之定義，單一識別是指：以市政服務總歸戶概念，藉由蒐集、處理申請表所載之各項市政服務用戶個人資料，統一其身分識別方式，包括使用服務機關已發行之IC卡證、數位憑證，或其他線上認證授權等；識別範圍包括用戶身分、現有卡證卡面資料，及各項市政服務開通或未開通之註記。

[78] 依據作業要點第二點（七）之定義，單一識別系統乃是用於管理會員之單一識別資料，執行會員身分識別之資訊系統。

[79] 依據作業要點第二點（三）之定義，載具是指用以出示供身分識別之卡證或裝置設備（如IC卡證、手機等）。

[80] 依據作業要點第二點（一）之定義，服務機關乃是提供市政服務之臺北市政府所屬機關（含所屬機關（構）、學校暨臺北大眾捷運股份有限公司）。

[81] 關於單一識別資料之蒐集機關不明的問題，容後再述，請見本文「肆、二、（二）、1」。

[82] 依據作業要點第二點（六）之規定，單一識別資料包括各項市政服務用戶之個人資料，以及各服務機關自訂並歸戶之現有卡證卡面資料、各項市政服務開通或未開通之註記。

就法律保留原則的適用密度而言，依據大法官在司法院釋字第443號解釋理由書建構的「層級化保留體系」[83]，國家限制人民受憲法第22條保障之基本權，屬於相對法律保留事項，應由法律親自加以規定，或在符合授權明確性的要求下，由法律授權行政機關訂定行政命令（法規命令）為補充規定。至於地方行政機關要干預從憲法第22條導出之資訊隱私權，在地方制度法第28條第2款的規定下，亦得以自治條例作為法律授權依據[84]。

臺北市政府要建置單一識別系統以及推行單一識別服務，由於涉及憲法第22條資訊隱私權之限制，應該要有法律或自治條例作為法律依據（並在法律或自治條例的明確授權下訂定法規命令或自治規則為補充規定）。然而，作業要點既非法律或法律授權訂定之法規命令，也非自治條例或自治條例授權訂定之自治規則，只不過是臺北市政府依職權自行訂定之行政規則而已，根本不能作為限制資訊隱私權的法律依據。再者，如前所述，無論是行政機關的組織法，抑或是行政程序法第19條「職務協助」之規定，均不能被行政機關當成蒐集個人資料或提供其他機關個人資料之法律依據[85]。因此，一方面，臺北市政府組織自治條例第2條第1項或臺北市政府資訊局組織規程第3條之管轄事務規定，並非臺北市政府蒐集單一識別資料之法律依據；另一方面，臺北市政府亦不得依據行政程序法第19條「職務協助」之規定請求其他機關提供單一識別資料。在欠缺法律依據的情況下，臺北市政府要拿僅具行政規則性質的作業要點，當作蒐集單一識別資料的法律依據，有違法律保留原則之要求。由於欠缺法律授權依據，所以臺北市政府蒐集單一識別資料，若要符合個人資料保護法第15條的合法要求，大概也只剩下該條第2款「經當事人同意」一途[86]。

---

[83] 對此詳請參見：吳庚、盛子龍，前註66，頁90-91；陳敏，前註66，頁161。

[84] 依據司法院釋字第38號解釋，地方立法若無法律依據，不得限制人民之權利。但是，地方制度法第28條第2款既然已經規定「限制地方自治團體居民之權利，應以自治條例定之」，那麼考量憲法對地方自治之保障，應可將地方制度法第28條第2款視為地方立法機關以自治條例限制人民權利之「法律依據」（對此持保留態度者：陳敏，前註66，頁164-165）。

[85] 請參見本文「參、一」以及「參、四」。

[86] 至於個人資料保護法第15條第3款，其適用可能性殊難想像，請見本文「參、三」。

二、當事人經明確告知而同意？

目前，臺北市政府蒐集單一識別資料，最主要的途徑，乃是由民眾依據作業要點之規定，填具申請書申辦成為單一識別服務會員，並向臺北市政府提供其個人資料作為單一識別資料。也就是說，臺北市政府乃是經由當事人之書面同意，而蒐集個人資料，似乎符合個人資料保護法第15條第2款之要件。關於當事人同意，必須注意的是，行政機關經當事人同意而蒐集個人資料，其前提在於，行政機關已依個人資料保護法第8條第1項之規定向當事人明確告知各款事項，使當事人能以充分之資訊作為判斷基礎，按其自由意願決定是否同意提供個人資料給行政機關[87]。就此而言，臺北市政府經當事人書面同意而蒐集單一識別資料，便存在兩個環環相扣的問題：（一）首先，臺北市政府在得到當事人同意前，能否豁免個人資料保護法第8條第1項之告知義務？（二）其次，若臺北市政府仍須踐行個人資料保護法第8條第1項之告知義務，其告知內容是否明確？若臺北市政府未踐行告知義務，或雖已踐行告知義務，但告知內容卻不明確，那麼就算當事人已表示同意，該同意之意思表示也不符合個人資料保護法第7條對於「同意」之定義，臺北市政府從而不能以「經當事人同意」作為蒐集以及後續處理、利用個人資料之法律容許事由。

（一）告知義務之豁免？

行政機關蒐集個人資料，若有個人資料保護法8條第2項各款情形，得豁免告知當事人之義務[88]。就臺北市政府蒐集單一識別資料而言，並無法律規定得豁免告知義務，告知也不會對臺北市政府執行法定職務或公共利益造成妨害，當事人對於應告知之內容（其哪些個人資料將被哪些機關拿去在何等期間內作何種用途使用）並不知情，因此和個人資料保護法第8條第2項第1款、第3款、第4款以及第5款無關。由於臺北市政府蒐集單一識別資料，並無法律授權依據，所以也不符合個人資料保護法第8條第2項第2款（執行法定職務）之豁免要件。至於個人資料保護法第8條第2項第6款，也不適用於臺北市政府蒐集單一識別資料之情形。個人資料保護法第8條第2項第6款所稱「對當事人顯無不利之影響」，就如同該法第15

[87] 對此更進一步的說明，參見：洪家殷，同註36，頁49-50；張陳弘，新興科技下的資訊隱私保護：「告知後同意原則」的侷限性與修正方法之提出，載於：臺大法學論叢，第47卷第1期，2018年3月，頁214以下；劉定基，前註46，頁156以下。

[88] 個人資料保護法第8條第2項之豁免告知事由過多，遭到學者批評，參見：張陳弘、莊植寧，前註28，頁219-220。

條第3款「對當事人權益無侵害」一樣，有鑑於個人資料之蒐集必然造成資訊隱私權之干預，所以本來就不可能「對當事人顯無不利之影響」，且單一識別資料持續儲存於單一識別系統中，不在當事人可支配的範圍內，始終存有資訊安全的風險（且此一風險無論如何都不可能降低至零）而不利於當事人對個人資料之自主控制。更何況，若不對當事人進行告知，當事人將對上開風險欠缺完整之認識，並在此等資訊不充足的情況下作成同意之決定，無疑使得當事人資訊自主地位受損害的程度更為加劇。因此，臺北市政府也不能以個人資料保護法第8條第2項第6款作為豁免告知義務之法律依據。既然臺北市政府蒐集單一識別資料，並不具備任何豁免告知義務的事由，當然應依個人資料保護法第8條第1項之規定踐行告知義務。

（二）告知內容之明確性？

由於臺北市政府在得到當事人同意而蒐集單一識別資料前，必須踐行告知義務，因此接下來必須檢視的是，臺北市政府所為之告知內容是否明確。作業要點第二點（六）提到的附件一，乃是民眾申辦單一識別服務之申請表及個人資料蒐集、處理、利用同意書。在同意書中，同時列舉包括蒐集目的在內的五點告知事項。仔細閱讀同意書中的告知事項，不難發現，其告知之內容非常模糊。

1. 蒐集機關？

依據個人資料保護法第8條第1項第1款，行政機關向當事人蒐集個人資料，應明確告知機關之名稱。作業要點附件一同意書所載之單一識別資料蒐集機關，乃是臺北市政府。然而，依據作業要點第十點，單一識別系統之統籌規劃、建置及維護機關則是臺北市政府資訊局。既然人民被告知而同意的，是向「臺北市政府」（而非向「臺北市政府資訊局」）提供個人資料作為單一識別資料，那麼要建置單一識別系統，勢必得由臺北市政府將蒐集到的資料轉交給臺北市政府資訊局。由於在行政組織法上，臺北市政府資訊局乃是行政程序法第2條第2項所稱具有單獨法定地位之行政機關，而非臺北市政府之內部單位[89]，因此，臺北市政府將蒐集到的個人資料轉交給臺北市政府資訊局，並非臺北市政府對個人資料之「處理」（內部傳輸）[90]，

[89]依據地方行政機關組織基準法第5條第1項第1款第1目及第11條第1項之規定，直轄市政府所屬一級「機關」定名為「局、處、委員會」，直轄市政府所屬一級「單位」定名為「處」或「委員會」。因此，臺北市政府資訊局，由其組織名稱即可得知乃是行政機關，而非內部單位。

[90]依據個人資料保護法第2條第4款之定義，機關將個人資料作內部傳輸，乃是個人資料之「處理」。因此，機關將保有之個人資料交付其他機關，並非個人資料之「處理」，而是個人資料之「利用」。就此亦可參見：詹鎮榮，前註9，頁9-10。

而是臺北市政府對個人資料之「利用」。對於臺北市政府資訊局而言，其經由臺北市政府轉交而取得個人資料，乃是個人資料保護法第9條規定之「間接蒐集個人資料」，依據個人資料保護法第9條第1項之規定，為了建置並運作單一識別系統而初次利用單一識別資料時，應踐行對當事人之告知義務。

2.蒐集之目的？

依據個人資料保護法第8條第1項第2款之規定，告知內容還包括蒐集個人資料之目的。作業要點附件一同意書的告知事項一，列舉了十個蒐集目的：「交通及公共建設行政」、「社會行政」、「政令宣導」、「教育或訓練行政」、「稅務行政」、「圖書館、出版品管理」、「衛生行政」、「調查、統計與研究分析」、「學術研究」、「其他地方政府機關暨所屬機關構內部單位管理、公共事務監督、行政協助及相關業務」。

就如同實務上各機關踐行告知義務時的普遍作法一樣，以上這十個蒐集目的，全部抄自法務部（經個人資料保護法第53條授權）訂定的「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」[91]。個人資料保護法第53條規定得很清楚，其授權法務部訂定的「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」，僅供各機關參考而已，且就蒐集目的而言，「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」作為一般抽象之法規命令，只能去個案化地僅就蒐集目的之「項目」予以羅列，不可能針對每一個個案之蒐集目的予以具體規定。各機關在踐行告知義務時，若要參考法務部訂定之「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」，應該要在其羅列的「蒐集目的項目」下，進一步明確具體向當事人告知其蒐集之目的究竟為何，不能照抄「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」概括抽象的「蒐集目的項目」[92]。就本文看來，作業要點附件一同意書告知事項一列舉的十個蒐集目的，都太過抽象模糊，例如「交通及公共建設行政」、「社會行政」、「教育或訓練行政」、「稅務行政」都只不過是行政事務領域的框架概念，個人資料在此等行政事務領域內的用途，有著太多的可能性，當事人根本無法藉由這樣的告知，得以清楚知悉其個人資料會被拿去作何等使用。如前所述[93]，個人資料保護法第15條「公務機關蒐集個人資料，應有特定目的」的規定，同時也要求該特定目的必須正當且明確。作業要點附件一同意書告知事項一列舉的十個蒐集目的，由於太過抽象模糊，欠缺明確性，

[91] 就連諸如028、057、072此等（在法律上根本不具任何意義的）編號數字也都照抄不誤，令人感到相當困惑。

[92] 相同的批評：劉定基，前註46，頁159。

[93] 請參見本文「參、一」。

所以不符合個人資料保護法第15條關於「特定目的」之規定，並從而導致臺北市政府一併違反個人資料保護法第8條第1項「明確告知」之要求。

此外，依據作業要點第二點（七）對於單一識別系統之定義，單一識別系統乃是「執行會員身分識別」之系統，而作業要點第二點、第三點、第十點的說明也分別指出「各服務機關為審核卡證服務及線上服務申請所需之單一識別資料，得於申請人或會員同意自單一識別系統提供」、「單一識別系統之建置目的，對各服務機關而言係用戶身分識別」、「單一識別系統之建置目的，僅在整合市政服務之用戶身分識別作業，而非將會員已取得之行政服務細節資料全數儲存於系統中，亦非供各服務機關逕行分析會員之潛在行政服務需求或從事市政行銷之用」。由此可見，臺北市政府蒐集民眾個人資料作為單一識別資料，並據以建置單一識別系統，其目的簡單地說，在於「識別各項市政服務之用戶身分」。既然如此，令人感到困惑不解的是，為何在作業要點附件一同意書告知事項一列舉的十個蒐集目的中，會出現「政令宣導」以及「調查、統計與研究分析」這兩個蒐集目的？無論是「政令宣導」，抑或是「調查、統計與研究分析」，都和識別身分無關，何以會出現這兩個和「識別身分」無關的目的，並不清楚，而且也和前揭「非供各服務機關逕行分析會員之潛在行政服務需求或從事市政行銷之用」的作業要點訂定說明顯然自相矛盾。民眾藉由這樣的告知，無從得知其個人資料將會被哪一個機關拿去作如何的統計調查分析使用，就這一點而言，已經違反個人資料保護法對於「目的明確性」以及「告知內容明確性」的要求。再者，由於並不清楚「調查、統計與研究分析」究何所指，是否意味著臺北市政府將透過單一識別系統內的資料進行（依據歐盟個人資料保護基本規章第22條第1項，當事人有權拒絕的）「個人剖析」（Profiling）[94]，也十分啟人疑竇。

3. 蒐集之資料類別？

依據個人資料保護法第8條第1項第3款，個人資料之類別，亦屬應告知當事人之事項。作業要點附件一同意書告知事項二列舉了七種個人資料類別，也是完全

[94] 歐盟個人資料保護基本規章第22條第1項規定：「純粹植基於個人資料自動化處理（包含個人剖析）而作成之決定，且該決定對當事人發生法律效果或以相類方式對當事人造成顯著影響者，當事人有權拒絕之」。至於「個人剖析」，在歐盟個人資料保護基本規章第4條第4款的定義下，是指為了評價特定個人，對個人資料所為之任何形式的自動化處理。值得注意的是，有學者指出，歐盟個人資料保護基本規章第22條第1項雖然規定的是「當事人拒絕權」，但其實這一項規定也同時揭示了「包括個人剖析在內的自動化決定，原則上應予禁止」的精神，參見：Tobias Herbst, in：Martin Eßer/Philipp Kramer/Kai von Lewinski（Hrsg.）, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze Kommentar, 6. Aufl., 2018, Art. 22 DS-GVO Rn. 4.

照抄法務部訂定之「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」，就連「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」的舉例也完全抄錄[95]。由於作業要點附件一同意書告知事項二列舉的七種個人資料類別，連「個人資料保護法之特定目的及個人資料之類別」的舉例也完全抄錄，所以其告知當事人要蒐集的個人資料類別，最後均以「例如：…」的形式結尾[96]。如此一來，原本在告知項目中應屬「列舉」性質的個人資料類別，竟成了「例示」而已，導致當事人藉由該告知根本無從確定到底有哪些個人資料會被臺北市政府蒐集。臺北市政府蒐集單一識別資料，其對當事人所為之告知內容，除了蒐集目的不明確之外，就連蒐集的個人資料類別也不具明確性。

三、必要性？

作業要點第三點第1項前段之規定：「各服務機關提供之卡證服務或其為民服務之資訊系統，具有線上或臨櫃個人識別、認證或授權之功能者，應使用單一識別系統，並辦理歸戶」，第3項並規定：「未整合加入單一識別服務之機關服務項目，各該服務機關應與本府資訊局確認歸戶流程、期程及設計落日機制，並於官方網站公告之。服務機關若新增或停止卡證服務，應整合至單一識別系統」。在這兩項規定的要求下，臺北市政府及其所屬機關的各種市政服務，其身分識別作業，未來將全部透過單一識別系統為之。民眾若要使用臺北市政府及其所屬機關的各種市政服務，為了通過身分認證，必須先申請辦理單一識別服務。也就是說，作業要點第三點第1項以及第3項的規定，實質上等於強迫人民配合單一識別系統的建置而提供個人資料作為單一識別資料。

行政機關強迫人民配合單一識別系統的建置而提供個人資料作為單一識別資料，若以僅具行政規則性質的作業要點作為法律依據，如前所述[97]，當然違反法律保留原則。而且，就本文看來，即便由立法者親自以法律或自治條例規定「人民應

[95] 如同前註91所言，被照抄的，還有諸如C001、C003、C011此等（在法律上完全不具任何意義的）編號數字。

[96] 就拿告知蒐集個人資料類別第二類來說，其所載之文字內容為：「特徵類：C011個人描述（例如：性別、生日）」。

[97] 請參見本文「肆、一」。

配合單一識別系統的建置而提供個人資料作為單一識別資料」，這樣的規定恐怕也不具實質合法性。單一識別系統的建置以及單一識別服務的推行，固然是電子化政府在技術上的進步指標，但是，在法律上，人民不但沒有配合電子化政府的義務，甚至還有抗拒電子化政府的權利[98]。行政機關為了要建置單一識別系統以及推行單一識別服務，實質上造成那些「不願意加入單一識別服務」、「只想透過傳統非電子數位途徑識別身分」的人民，被排拒在各種市政服務的大門之外，這恐怕已經形成不合理的差別待遇，而有牴觸憲法平等權保障的疑慮。更何況，從個人資料保護的角度觀之，建置單一識別系統以及向人民蒐集單一識別資料，對於提供市政服務而言，應該也非屬必要。如前所述[99]，行政機關蒐集個人資料，應該對於執行法定職務以及特定目的之達成具有必要性，也就是說，若不蒐集該個人資料，則行政機關將無法（有效）執行其法定職務，且無法達成其欲達成之特定目的。既然各項市政服務之提供，就算沒有單一識別系統，其身分認證作業也照樣能順利進行，那麼強制人民提供個人資料作為單一識別資料並儲存在單一識別系統中，顯然並非「絕對必要」，欠缺必要性。此等不具必要性的個人資料蒐集，若非經當事人同意，實在難以取得實質合法的評價。

伍、結語

誠如李震山大法官所言，國家機關蒐集個人資料，一方面固然可藉此取得資訊作為施政之正當性基礎，另一方面卻也對人民之資訊隱私權（資訊自主決定權）造成干預，可謂具有雙面刃功能[100]。個人資料保護法以「避免人格權受侵害，促進個人資料合理利用」之雙重立法目的，規定諸多合法性要求，為行政機關蒐集、處理、

[98] Dirk Heckmann, Grundrecht auf IT-Abwehr? - Freiheitsrechte als Abwehrrechte gegen aufgedrängtes E-Government, MMR 2003, S. 3 ff.

[99] 請參見本文「參、五」。

[100] 李震山，前註71，頁491。

利用個人資料劃定界線，在行政機關取用個人資料之需求與個人資料自主決定權之間力求折衝調和。臺北市政府近來推行之單一識別系統，經本文檢視，並未符合個人資料保護法規定之各項合法性要求，除欠缺法律授權依據外，其蒐集個人資料之目的以及蒐集資料之類別，也缺乏足夠之明確性。對於單一識別系統適法性之瑕疵，臺北市政府應以個人資料保護法各項合法性要求為準繩，儘速予以檢討改進，避免其對於個人資料蒐集、處理、利用之行為逾越依法行政原則之框架，更不宜高舉電子化政府之大旗，要求人民配合單一身分識別機制。

電子商務消費者資訊隱私權之保護

黃宏全 輔仁大學法律學系副教授

壹、資訊隱私權之概念

一、資訊隱私權的定義

依據司法院在釋字第585號解釋大法官認為，隱私權雖非憲法所明文列舉之權利，但本於人性尊嚴、人格主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免受他人侵擾及個人資料的自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，受憲法第22條之保障。

而其中就個人資料的自主控制之資訊隱私權，司法院大法院釋字第603號解釋則認為其內涵為「乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」故從上見解，可知我國實務上認為被收集資料的個人，為個人資料使用範圍之唯一的決定者。

學說上[1]則有認為，資訊隱私權之核心內涵，為資訊主體對於其本身關於其本身的資訊，得自主決定是否、何時，以何種方式在何種範圍內對何人揭露。憲法所保障的資訊隱私權，其主要規範對象為國家對個人資訊的蒐集、儲存、使用、傳遞及處理。包含以下4層次：

1. **資訊揭露決定權**：資訊主體可消極被動的保持隱私、拒絕揭露，或積極主動的對外揭露，並決定是否對外揭露、對誰揭露及揭露的方式及範圍。
2. **資訊使用知悉權**：就算資訊主體決定揭露訊息，也不代表取得資訊者可以因為一次的合法取得資訊，就吃到飽的任意使用個人資訊。資訊主體有權知悉何人以何種方式儲存、使用、再次揭露其個人資訊。
3. **有關個人資訊的救濟權**：資訊主體有權要求更新過更正資訊，並可要求除去；若是非法取得，則可要求刪除；如有損害，得請求損害賠償。

[1] 黃昭元，無指紋則無身分證?收錄於民主、人權、正義-蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版有限公司，2005年9月，第471頁至第472頁

4. **專責保護機關的設置：**為貫徹資訊隱私權的保障，在制度上可要求國家強化機關的保護功能，或設置保護個人隱私的專門機關。

二、資訊隱私權的發展

隨著時代的發展，電腦能夠處理的資料越來越多，使得政府與企業對個人資訊的蒐集、儲存與流通及利用更加容易；而且電腦處理資訊的過程中，會將資訊主體的意志排除在外，只留存取得資訊者之意志，這也使得個人的身分、財產、戶籍、犯罪紀錄等各資訊逐漸被國家及企業掌控。

故傳統上隱私權「獨處而不被外界干擾」之功能顯然已不足以充分保障個人權利，主張隱私權具有積極性格之學說成為了有利的見解。隱私權應包含個人、集團或組織就自身的資訊，在何時以何種方式何種程度傳達給何人的自我決定權[2]。此見解似乎也被司法院大法官釋字第603號解釋所接受。

貳、電子商務模式對消費者資訊隱私權的威脅

在電子商務中，業者擁有龐大的會員資料庫，除了消費者提供給業者之會員個人資料外，還包含大量消費紀錄（例如購買紀錄、退換貨記錄或對話等）。業者更常利用這些資料分析消費者的偏好，進而投放廣告或提供給其他公司，以便行銷業務的推行。例如臉書（facebook）的使用者只要點進廣告偏好，就可以發現自己被以情感狀況、公司名稱、職稱、教育、戀愛性向，以及使用什麼行動裝置、使用的電子郵件、生日月份、交友狀況等等方式標籤管理，並且據以提供不同業者的廣告。

此外，消費者使用行動裝置應用程式等服務時，常常在未詳細閱讀相關契約條款的情形下，登錄相關個人資料；也常常在應用程式提供者「不提供就不給使用」的情形下，半被強迫的提供資料。例如通訊軟體LINE於107年7月變更服務條款中的隱私權政策，倘消費者不同意個資作為行銷目的，就無法使用其平台，導致使用者過去購買的貼圖和主題均無法使用。該軟體開發商並未提供LINE代幣剩餘價值返還方法，也沒有讓消費者在不同意新條款情況下，請求開發商刪除個資與帳號的機制[3]。

---

[2] 范姜真媺，政府資訊公開與個人隱私之保護，法令月刊，信孚文化事業有限公司，52卷5期，第3頁

[3] Line被迫同意同意隱私權新政策？「4步驟」設定保護個資，參見TVBS網站： https：//news.tvbs.com.tw/life/955006（最後閱覽日：2019/11/6）

企業經營者有時也會擅自使用個人資料自動續約並授權刷卡扣款。消費者往往在收到信用卡帳單後，才發現此筆扣款紀錄，且經向企業經營者聯繫終止契約後，尚須支付違約金或手續費。例如消費者下載GOODNIGHT APP交友軟體，在該APP使用規定中，載有「試用期滿將為自動續約」，消費者雖於試用期後即刪除該APP，但於試用期後自動續約，按月從信用卡自動扣款，且從未有任何通知[4]。消費者購買車庫娛樂「電影護照 體驗方案99」，並表示「訂購成功日起一個月內您可選擇加價300升級一般方案，或加價200升級299超值方案。」消費者在未點選加價升級的情況下，收到來自車庫娛樂的自動續約通知[5]。蘋果日報以首月加入會員只要10元為誘因，誘使消費者以綁定信用卡方式訂閱，於次月將訂閱費用調為每月120元，並自動授權扣款。消費者於收到帳單後隨即向行政機關申訴，要求業者退款並刪除相關個人資料，經業者回復已妥適處理後，於次月卻又再次扣款，顯見業者並未徹底刪除消費者個人資料，以致消費者權益一再受損[6]。

業者透過上述方式取得大量個人資料，除了用於行銷，常使消費者感到不堪其擾外，有時資料庫受到駭客入侵，或內部人員將相關資料賣給詐騙集團，致消費者個資外洩而受到詐騙。例如曾有消費者在TAAZE讀冊生活網路平台購買書籍，其後接獲詐騙集團來電，分別謊稱是讀冊會計及銀行，向消費者詐得數萬元[7]。雄獅旅行社前年外洩36萬筆旅客個資，消費者文教基金會後來替25名消費者提起團體訴訟，總共求償450萬餘元，法院審酌，現今科技尚無法提供可完全防堵駭客攻擊的防護技術，雄獅遭駭客竊取資料，不能推論違反個人資料保護法，或有管理上疏失，且消費者受財產損害，是第三人故意不法造成，與個資外洩沒有相當因果關係。消基會並沒有舉證消費者財產損害，且雄獅提供保管、保護個資的安全措施，符合個人資料保護法規定。法院認為，消基會不得依照個人資料保護法、消費者保護法、民法等請求賠償，判雄獅免賠。全案可上訴[8]。

---

4. 小心交友軟體！付錢還沒找到緣分 還申訴無門，參見工商時報網站：https：//m.ctee.com.tw/livenews/ch/20190906003384-260405（最後閱覽日：2019/11/6）
5. 線上訂電影主動扣款爭議多，參見芋傳媒網站：https：//taronews.tw/2019/05/23/349773/（最後閱覽日：2019/11/6）
6. 蘋果新聞網漲價逕扣款，退訂電話打不通，參見聯合報網站：https：//udn.com/news/story/7266/4029095（最後閱覽日：2019/11/6）
7. 讀冊生活訂單疑遭洩，近500消費者遭詐騙，參見中央社網站：https：//www.cna.com.tw/news/firstnews/201904210078.aspx（最後閱覽日：2019/11/6）
8. 雄獅外洩36萬筆個資「拒賠」，消基會團訴求償363萬，參見風向新聞網站：https：//kairos.news/99786（最後閱覽日：2019/11/6）

從上述案例可發現，消費者的資訊隱私權，正面臨以下衝擊：

1. 消費者為購買商品或接受服務，往往在未發現業者是否有充分揭露資訊的情形下，即提供大量個人資料予業者，在發現受有損失後，往往因未掌握業者資訊，致求償無門。雖然我國個人資料保護法第三章就非公務機關對個人資料之蒐集、處理及利用有明文規定，其對個人資料之利用，應於蒐集之特定目的必要範圍內為之。但消費者與業者對於必要範圍之認定，可能因資訊不對等導致認知不同，無法判斷自己提供給業者之個人資料，可能影響自己權益。

2. 又按同法第19條第2項規定：「蒐集或處理者知悉或經當事人通知依前項第七款但書規定禁止對該資料之處理或利用時，應主動或依當事人之請求，刪除、停止處理或利用該個人資料。」消費者在向業者主張其資訊自主權或被遺忘權後，若業者仍未刪除，致生消費者受有損害，如何保障消費者權益？

3. 另雖同法第29條明文規定：「非公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。」但消費者在受有損害時，往往因無法舉證其損害與業者間之因果關係，而無法向業者請求損害賠償。為保護消費者權益，是否應建立補償制度，以保障消費者權益？

參、我國個人資料保護法對資訊隱私權的保護

一、我國法制定緣由與過程

1990年9月間，行政院鑒於政府與企業開始大量使用電腦設備儲存與傳輸個人資料，若有誤用，將嚴重侵害個人隱私，故指示法務部研擬相關法規；且當時我國欲加入世界貿易組織，可能在協商過程中，被指摘我國對個人資料保護不周[9]。故法務部參考了經濟合作開發組織所提出的8大基本原則，以及相關外國立法例，研擬立法原則與要點[10]，分別介紹如下：

[9] 劉佐國，我國個人資料隱私權益之保護-論「電腦處理個人資料保護法」之立法與修法過程，律師雜誌，第307期，2005年4月，第43頁

[10] 同前註9，第43頁

（一）1995年制定電腦處理個人資料保護法

關於我國個人資料保護之規範，始於1995年制定公布之「電腦處理個人資料保護法」，行政院鑑於政府機關與民間企業開始大量使用電腦儲存與處理所蒐集的個人資料並廣泛利用，然如有誤用或濫用情事，勢必嚴重侵害個人隱私權，故指示法務部研擬法規[11]。

1991年法務部成立審議小組起草委員會，先後邀請學者專家與機關團體，舉行數次會議及公聽會，以施行上所遭遇之困難與疑義，1992年完成「個人資料保護法草案」初稿，經多次折衝後，將草案名稱改為「電腦處理個人資料保護法」， 1993年報請行政院審查後函請立法院審議，1995年完成三讀立法程序並由總統公布[12]。

因立法當時網路及資訊科技尚未普及，且考量執法的效能，故該法將保護客體限定於經電腦處理之個人資料，規範對象限於公務機關及大量蒐集、處理 或利用個資之徵信業、醫院、學校、電信業、金融業等八類事業及法務部會同中央目的事業主管機關指定之特定事業、團體或個人[13]。

惟電腦處理個人資料保護法被評為不足以保護個人隱私權，原因在於其保護客體只限於電腦處理的個人資料，而在公務機關及非公務機關的分類下，非公務機關又只有特定8類受到法律拘束，使得購物平台洩露客戶個資之情事時有所聞。且該法亦未有一單一的主管官署，使法律的執行變得困難[14]。

二、個人資料保護法2010年修正後的內容

（一）適用範圍的擴大

舊個人資料保護法之保護客體，僅限於經電腦處理之個人資料，不包括手工紙本等資料，適用主體限於公務機關及經指定之非公務機關，未及於其他的自然人人、法人或團體。因此，本次修正在於擴大保護客體包含電腦處理及人工紙本的個人資料；也打破行業別限制，包括所有法人、團體及個人對個人資料的蒐集、處理與利用，以填補現行法對於個人資料保護不足的缺口[15]。

---

11. 同前註9，第43頁
12. 同前註9，第44頁至45頁
13. 范姜真媺，個人資料自主權之保護與個人資料之合理利用，法學叢刊，第225期，2012年1月，第75頁
14. 邱文聰，從資訊自決權及資訊隱私的概念區分-評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題
15. 呂丁旺，淺析修正「個人資料保護法」，月旦法學雜誌，第183期，2010年8月，第132頁

1. 主體

（1）公務機關[16]

所謂「公務機關」係指依法行使公權力之中央或地方機關或行政法人（個人資料保護法第2條第7款）。憲法所定總統及行政、立法、司法、考試、監察五院暨所屬各級機關，俱屬中央機關（中央行政機關組織基準法第2條第2項）。至於地方機關則劃分為省、直轄市；省劃分為縣、市；縣劃分為鄉、鎮、縣轄市；直轄市及市均劃分為區（地方制度法第3條）。另為擺脫政府科層之拘束，有效達成政策及特定公共事務之執行[17]，於國家及地方自治團體以外，設具有公法性質之行政法人（中央行政機關組織基準法第37條），為公法人，其以行政主體地位與人民發生公法上關係時，人民若對行政法人之處分有不服，得依訴願法及行政訴訟法規定為救濟。

（2）非公務機關[18]

「非公務機關」，係指前述以外之自然人、法人或其他團體。自然人係指生存之個人，法人，包括社團法人與財團法人，均係依民法的概念；農會（農會法第2條）、漁會（漁會法第2條）亦為法人。所謂「其他團體」，包括政黨、公（私）立醫療院所、公（私）立學校、研究機關（構）、家長會、各項同業 公會、同鄉會等非法人團體均屬之（個人資料保護法第2條第8款）

（3）受公務機關或非公務機關委託者[19]

受公務機關或非公務機關委託蒐集、處理或利用個人資料者，於適用範圍內，視同委託機關（個人資料保護法第4 條）是於受託機關有違反情事，而發生有民事上損害賠償責任時，因委託關係不能與僱用同視，故尚無民法第188條第1項連帶損害賠償責任之適用，仍應由委託機關負其責任。於公務機關為委託機關時，因適用國家賠償法規定（個人資料保護法第31條），受託機關違反規定而由委託機關賠償後，委託機關得依國家賠償法第4條第2項規定，於執行職務之人有故意或重大過失時，對受託機關有求償權。

---

16. 同前註15，第133頁

17. 彭錦鵬，英國政署之組織設計與運作成效，歐美研究，30卷3期，2000年9月，第90頁

18. 同前註15，第133頁至第134頁

19. 同前註15，第133頁至第135頁

2. 主管機關[20]

個人資料保護法並無主管機關之定義性規定，而僅有於第三章「非公務機關對個人資料之蒐集、處理及利用」之第21條訂有「中央目的事業主管機關得限制之」、第22條第1項及第24項至第26條訂有「中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府」之規定，因此，本法就公務機關之部分，並未規定監督本法執行之專職機關。

上開中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府為執行行政檢查之權限，得委任所屬機關或公益團體辦理（個人資料保護法第52條第1項），行政程序法第2條第3項規定，該受託行使公權力之機關於委託範圍內，視為行政機關。

3. 客體

（1）定義

在保護客體方面，個人資料保護法所規範者，不僅指經電腦處理之個人資料，尚包括人工紙本等，凡屬具體的、可見的資料，津貼，贈款、保險種類、保險金額、交易契約、種族或血統來源及利益團體的成員等均包括在內。是個人資料保護法第2條第2款所稱「個人資料檔案」，即指依系統建立而得以自動化機器或其他非自動化方式檢索、整理之個人資料之集合[21]。

依個人資料保護法第2條第1款，個人資料指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職等、病歷、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其它得以直接或間接方式識別該當個人之資料。

由上述觀察，可知受個人資料保護法保護之個人資料，應符合以下二要件[22]：

A為生存自然人之資料

資料自主權為人格權之一種，人格權為一身專屬之權，當事人一旦死亡應即消滅不能為任何人繼承，故個人資料保護法第2條第9款之當事人指個資之本人；又依同法第3條規定，當事人得依行使查詢或請求閱覽等權利，而已死亡之人自無法行使上開權利，故死亡人之資料應無之適用。但如該資料性質上同時也屬於其家屬或家族之資料時，則應將此類資料視為其家屬之個資予以保護。

---

20. 同前註15，第134頁
21. 同前註15，第134頁
22. 同前註13，第80頁

B. 特定個人識別性

即依該當資料內容或敍述足以識別出特定個人者，如姓名、身分證字號、 聲音、影像等。然所謂特定個資識別性並不限於得直接識別本人者，如屬自資料本身無法識別特定個人，但將其與其它已知資料組合或比對後，得間接識別出特定個人者，仍應納入保護之範圍。

（2）高敏感性個人資料之保護

個人資料保護法第6條第1項將個人資料區分為「一般資料」與「醫療、 基因、性生活、健康檢查、犯罪前科等五種特種資料」並對於後者給予特別保護，原則上禁止蒐集、處理或利用。

相對於此，歐盟之「個人資料保護指令（Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data）第8條第1項有類似規定，但相較於我國規定，並未將「犯罪前科」列入，而將種族、出身、勞動團體之參加，及政治、宗教等有關個人思想、精神活動之個資列為受特別保護對象。是否值得我國參考，尚有再探求之餘地[23]。

4. 空間效力[24]

在空間適用效力上，個人資料保護法採屬人原則，凡本國人違法蒐集、處理、利用特種個人資料，違反特定目的為蒐集、處理及利用，或限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人，無論行為人在本國領域內或外，均應適用處斷。是中華民國人民在中華民國領域外對中華民國人民犯違法蒐集，處理、利用個人資料罪（同法第41條）及個人資料檔案非法變更罪（同法第第42 條）者，亦有其適用（同法第43 條）。另外，依同法第51條第2項所定，公務機關及非公務機關於中華民國領域外對中華民國人民個人資料蒐集、處理或利用者，亦適用本法。

5. 適用排除[25]

依個人資料保護法第51條規定，以下二種個資，則係考量其為社會日常生活上或個人家庭活動中，蒐集、處理或利用個資之慣行，若仍須受規範，恐有過度擾民之虞：

（1）自然人為單純個人或家庭活動之目的，而蒐集、處理或利用之個資

第51條第1項第1款將此類個資排除於保護客體範圍外，其立法說明為：自然人為單純個人，例如社交活動、或家庭活動，建立親友通訊錄等， 而蒐集、處理或利用個資，

---

[23] 參見歐盟網站：https：//eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046（最後閱覽日：2019/11/10）

[24] 同前註15，第134頁

[25] 同前註15，第134頁至第135頁

因係屬私生活目的所為，與其業務職掌無關，如納入適用，恐造成民眾不便，亦無必要，故將其排除。

（2）於公開場所或公開活動中蒐集、處理或利用之未與其它個人資料結合之影音資料

第51條第1項第2款之規定乃基於資訊科技及網際網路的發達，個人資料的蒐集、處理或利用甚為普遍，例如一般人出遊常為紀念攝影或錄影留作紀念，常有多人合照或在場者無意間被攝入鏡頭之情形。前者之合照者，可解為已經明示或默示同意其個人影音資料被蒐集、處理或利用。但對其它無意間入鏡之人，因身在任何人均得共聞共見之公共場所，對其肖像原無期待被保護之可能。為解決合照或其他在合理範圍內之影音資料須經其他當事人書面同意之不便，於公開場所或公開活動中所蒐集、處理或利用之未與他個人資料結合之影音資料，亦不適用本法之規定。

惟不適用個人資料保護法時，仍有民法的適用。而在隱私權依民法195條1項屬人格法益，而肖像權亦被最高法院承認屬人格法益之前提下[26]，當事人仍有以同法18條1項請求除去侵害，並依同法184條及195條1項請求損害賠償及慰撫金之餘地。

6. 增訂書面同意的定義

個人資料保護法第7條規定：「第15條第2款及第19條第5款所稱書面同意， 指當事人經蒐集者告知所定應告知事項後，所為允許之書面意思表示。第16條第7款、第20條第1項第6款所稱書面同意，指當事人經蒐集者明確告知特定目的外之其他利用目的、範圍及同意與否及對其權益之影響後，單獨所為之書面意思表示。」此條將「書面同意」的定義從施行細則提升至法律位階，並將「同意」與「告知義務，加以連結，並區分「一般資料蒐集、處理」與「特定目的外利用」兩種情形，確立告知後同意的原則，更強化當事人權益的保障[27]。但上述規定在執行上仍須面對以下兩項問題：

（1）推定同意之規定是否予以保留[28]

依舊「電腦處理個人資料保護法施行細則」第30條2項規定文義可知，其係採取推定同意之立法模式。

---

[26] 肖像權部分，可參照最高法院 106 年度台上字第 2904 號民事判決；

[27] 劉定基，「個人資料保護法」初論，臺灣法學雜誌，第159期，2010年9月，第3頁

[28] 同前註15，第135頁

惟個人資料保護法第7條所界定之當事人同意，僅規定為「書面意思表示」，依其文義，所強調者為當事人的積極同意。故舊法之推定同意規定不應再適用於新法。

（2）書面同意如何用於網路交易

依個人資料保護法第7條，購物網站業者，似乎需要取得當事人「紙本（實體）」同意的文書，方能合法集其個人資料，註冊帳戶並進行交易。惟就此有論者認為：「考量網際網路的運用，已經成為現代人民生活的重要憑藉，因此，經由電腦以電子文件充當此處之書面，應為法之所許。惟為確保個人資料之安全與確實，宜依電子簽章法經電子簽章憑證機構認證後，以電子傳遞方式為之」[29]。

學者亦有以避免損害網路交易或服務之發展為由，認為若堅持要紙本書面同意，將有礙於網際網路的便利性，有礙網路交易或服務的持續發展。但其亦認為，電子書面一律以經電子簽章認證者為限的看法，恐亦有待斟酌，其理由如下：

A. 電子簽章目前尚未普及，使用上對於網際網路交易的順暢仍將造成一定程度的妨礙。

B. 在一般紙本書面同意的情形，除非當事人提出身分證明文件並當場親簽，否則公務機關與非公務機關仍無法完全確認當事人身分的同一性與確實性，此與網際網路交易以電影文書同意的情形並無顯著差異，因此若業者能以其他方式保存電子同意的紀錄，並承擔當事人確實已同意的舉證責任，似無強制採取電子簽章的理由[30]。

7. 個人資料外洩的通知義務

個人資料保護法第12條增定公務機關或非公務機關於個人資料外洩時的查明及通知義務，原因在於舊法時期，一旦當事人將個人資料提供給公務、非公務機關後，對於其個人資料是否曾被竊取、洩漏或竄改，往往難以知悉[31]。在此情形下，舊電腦處理個人資料保護法第27條賦予當事人的損害賠償請求權，即有名無實。個人資料保護法明文課予料保管機關通知義務，主管機關並得對違反義務的非公務機關處以行政罰，對當事人損害賠償請求權的強化，應有相當幫助[32]。

---

29. 同前註15，第136頁

30. 同前註27，第6頁

31. 個人資料保護法第12條之立法理由：「二、按當事人之個人資料遭受違法侵害，往往無法得知，致不能提起救濟或請求損害賠償，爰規定公務機關或非公務機關所蒐集之個人資料被竊取、洩漏、竄改或遭其他方式之侵害時，應立即查明事實，以適當方式（例如：人數不多者，得以電話、信函方式通知；人數眾多者，得以公告請當事人上網或電話查詢等），迅速通知當事人，讓其知曉。」參照法務部網站：https：//www.moj.gov.tw/dl-19614-89eef74989d34ce9ac3052a88872bd0c.html（最後閱覽日：2019年11月14日）

32. 同前註27，第7頁

然個人資料保護法第12條的規定仍有美中不足之處，因該條是以「公務機關或非公務機關違反規定，致個人資料被竊取....」為通知義務發生的前提。因此，在適用上可能會發生公務、非公務機關自行認定其「並未違反個人資料法規定」，或「雖有違法行為，但非導致個資外洩的原因」，從而拒不通知。設有上述限制，可能是過度窄化了強制通知義務的功能。其實，通知義務除了具有強化當事人損害賠償請求權的功能外，尚有「降低個資外洩可能造成損失」的功用，例如：當事人可在接獲通知後，聯繫往來來金融機構採取必要措施（如暫停服務、變更密碼、註記），以避免或降低可能的損害[33]。

因此即使個人資料外洩不可歸責於保有該資料的公務或非公務機關，只要個資外洩客觀事實發生，似仍有強制通知當事人的必要。在比較法上，美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission）通過的醫療資料外洩通知命令（Health Breach Notification Rule）第318.3條a項1款 即要求一旦足資辨識個人且未經加密的健康資料遭到竊取，保有該資料的機關即負有通知當事人的義務[34]，並未以該機關法或可歸責為前提，此或可成為未來修法之參考[35]。

8. 刑事處罰

個人資料涉及隱私權保障的核心內容，除刑法設有妨害名譽及信用罪及妨害秘密罪之規範外，為免隱私法益保護不夠周全，本法亦以刑罰手段，以 彌補刑法之不足。

（1）違法蒐集、處理、利用個人資料罪。

依個人資料保護法第41條1項，違反第6條第1項（不得蒐集、處理特種個人資料）、第15條（公務機關對個資之蒐集處理應有特定目的）、第16 條（公務機關利用個資應與蒐集之特定目的相符）、第19條（非公務機關對個資之蒐集處理應有特定目的）、第20條第1項（非公務機關利用個資應與蒐集之特定目的相符）規定，或中央目的事業主管機關依第21條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。

33. 李榮耕，個人資料外洩及各資外洩通知條款的立法芻議，東吳法律學報，第20卷第4期，2009年4月，第23頁

34. 參照美國聯邦交易委員會網站：https：//www.ecfr.gov/cgibin/retrieveECFR?gp=1&SID=6ae79a215bd299fd401a63594e98ce70&ty=HTML&h=L&n=16y1.0.1.3.42&r=PART（最後閱覽日：2019年11月14日）

35. 同前註27，第8頁

（2）個人資料檔案非法變更罪

為保護個人資料檔案之正確性，意圖為自己或第三人不法利益或損害他人利益而對個人資料檔案為非法變更、刪除或以其他非法方法，致妨害個人資料之正確而足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金（個人資料保護法第 42 條），行為人為公務員，因假借職務上之權力、機會或方法，犯前述各罪者，構成不純正瀆職罪，加重其刑至二分之一。（個人資料保護法第 44 條）

三、個人資料保護法於 2015 年之修正[36]

（一）新增病歷為特種資料：

原個人資料保護法第6條係規定「醫療」、「基因」、「性生活」、「健康檢查」及「犯罪前科」等五種個人資料，原則上不得蒐集、處理或利用。惟個人資料保護法第2條例示之個人資料範圍包含「病歷」及「醫療」。因病歷乃醫療個人資料內涵之一，為免爭議，本次個人資料保護法修正增列「病歷」亦屬特種資料之一，與原有之5種個人資料，原則上均不得被蒐集、處理或利用。

（二）新增得蒐集、處理或利用特種資料的例外規定：

原個人資料保護法第6條第1項第4款規定：「公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，為統計或學術研究而有必要，且經一定程序所為蒐集、處理或利用之個人資料」，得例外予以蒐集、處理或利用當事人之特種資料，同條第2項亦規定公務機關或學術機構蒐集、處理或利用個人資料之範圍、程序及其他應遵行事項之辦法，由中央目的事業主管機關會同法務部定之。

惟因公務機關或學術機構基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，以及統計或學術研究必要，常有需要蒐集、處理或利用特種個人資料之情形。故本次新增當事人之特種資料如經過提供者匿名化處理，或由蒐集者依其公布揭露方式無從再識別特定當事人者，因無侵害個人隱私權益之可能，故基於資料之合理利用以及促進學術發展，本次修正於此情形下，得例外准許蒐集、處理及利用當事人之個人資料。

又因蒐集、處理或利用特種資料之程序，公務機關得以行政規則訂定之；學術研究機構亦得由中央目的事業主管機關，依個人資料保護法第27條第2項規定，指定非公務機關（即學術研究機構）訂定個人資料檔案安全維護計畫或業務中止後個人資料處理方

[36] 以下內容參考自法務部網站： https：//www.moj.gov.tw/fp-21-50584-0431c-001.html（最後閱覽日：2019年11月22日）

法，故無需授權訂定規範蒐集、處理、利用該等資料之範圍及程序之必要，故本次修正刪除原個人資料保護法第6條第2項的規定。

又蒐集、處理或利用個人資料時，準用個人資料保護法第8條及第9條之告知義務，書面同意亦準用個人資料保護法第7條規定。

又個人資料保護法第8條及第9條規定，公務機關及非公務機關依個人資料保護法第15條及第19條規定蒐集個人資料時，需向當事人告知特定事項。惟因個人資料保護法第15條及第19條係規範公務機關及非公務機關向當事人蒐集及處理一般資料之情形，不包含特種資料。故增訂個人資料保護法第6條第2項，公務機關或非公務機關蒐集、處理或利用當事人特種個人資料時，應準用個人資料保護法第8條及第9條履行法定告知義務，且當事人依照本款規定的同意，準用個人資料保護法第7條第1、2項，係於當事人經公務機關或非公務機關告知個人資料保護法規定應告知事項後所為允許之意思表示。

（三）新增當事人於個人資料保護法下的同意，不以書面為限：

1. 個人資料保護法修正後，第15條第2款、第16條但書第7款、第19條第1項第5款以及第20條第1項但書第6款放寬對於當事人「同意」方式，不限於以書面為之。故因此刪除個人資料保護法第7條第1項、第2項關於當事人「書面同意」的文字。

2. 為減輕現行實務上仍需另行取得當事人同意之行政作業，故本次修法增訂公務機關或非公務機關如已明確告知當事人法定應告知事項，而當事人未明示拒絕渠等蒐集其個人資料，且已提供其個人資料予公務機關或非公務機關時，推定當事人已依個人資料保護法第15條或第19條同意公務機關或非公務機關蒐集或處理其個人資料。惟如就當事人是否同意之事實認定發生爭執時，因未同意提供係屬消極事項，無從負舉證責任，自應由主張當事人已同意之公務機關或非公務機關負擔舉證責任。

（四）新增免為告知義務之規定：

法務部修正說明指出，由於個人資料範圍甚廣，公務機關或非公務機關合法蒐集當事人之個人資料時，若其蒐集非基於營利之目的，且對當事人顯無不利之影響時，應得免除蒐集者之告知義務，以避免增加蒐集者合法蒐集行為過多之成本。

（五）新增非公務機關對個人資料之蒐集或處理，除應有特定目的，且應符合特定情形：

1. 法務部修正說明指出，非公務機關基於「與當事人有契約或類似契約之關係」蒐集或處理個人資料時，非公務機關本即應照個人資料保護法第27條第1項規定採取適當之安全措施。故修正個人資料保護法第19條第1項第2款，非公務機關在有蒐集或處理個人資料之特定目的，且於當事人有契約或類似契約之關係時並已採取適當之安全措施時，得蒐集或處理當事人之個人資料。

2. 另如前述，當事人於個人資料保護法下之同意已不以書面同意為限，故修正本條第1項第5款，非公務機關於具有特定目的，且取得當事人同意時，得蒐集或處理當事人之個人資料。

3. 又原個人資料保護法第15條第3款規定，公務機關得於特定目的及「對當事人權益無損害」之情形下，合法蒐集、處理當事人之個人資料。惟非公務機關並無相同規定可適用，致實際上造成非公務機關之困擾及增加作業成本，例如，尚需另行取得新任職員工或客戶之緊急連絡人同意，始能取得緊急聯絡人之資料，惟公司取得緊急連絡人資料，對其權益並無侵害。故增訂個人資料保護法第19條第1項第8款，於當事人權益無侵害之情形下，可合法蒐集、處理當事人之個人資料。

（六）新增個人資料保護法下之刑事責任，係以行為人有不法意圖為要件

行為人如非意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反個人資料保護法相關規定者，因可受非難性之程度較低，以民事損害賠償、行政罰即足已。僅在行為人有意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益而違反個人資料保護法規定時，因可受非難性之程度較高，始以刑罰處罰，故修正個人資料保護法第41條的規定，加上行為人需有不法意圖，始有刑事責任，且刑責從原本的二年以下提高為五年以下，併科罰金為二十萬元以下提高為一百萬元以下。

（七）修正已取得非由當事人提供之個人資料之蒐集者，於個人資料保護法修正條文施行後為處理或利用者，應於處理或利用該個人資料前，向當事人告知：

個人資料保護法於99年5月26日公布時擴大範圍，使原本不受個人資料保護法規範從事個人資料蒐集、處理或利用者，均適用個人資料保護法的規範。原個人資料保護法第54條規定於個人資料保護法施行前，已取得非由當事人提供之個人資料，應於個人資料保護法通過施行後一年內，依照個人資料保護法第9條規定於處理或利用該個人資料前向當事人為告知。惟因原個人資料保護法第54條造成之衝擊過大，故暫緩施行。本次修正第54條，規定蒐集者於個人資料保護法本次修正後，應於處理或利用當事人之個人資料前，依個人資料保護法第9條之規定向當事人進行告知義務，且蒐集者可於首次利用該當事人之個人資料前，一併告知。

四、個人資料保護法之必要範圍如何認定

依個人資料保護法第19條及第20條，非公務機關對於個人資料的蒐集、處理，應具有特定目的，且符合個人資料保護法第19條第1項各款之情形之一；對個人資料的利用，則須於特定目的必要範圍內為之。

又依民法第148條及法務部見解[37]，相關資料的蒐集、處理或利用行為，均應尊重當事人權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定目的必要範圍，並應與蒐集目的具有正當合理關聯。

但就必要範圍如何界定，個人資料保護法及其施行細則並無明確規定，而消費者與業者對於必要範圍之認定，則可能因資訊不對等導致認知不同，無法判斷自己提供給業者之個人資料，可能影響自己權益。

本文認為就此問題，可以透過適用消費者保護法，以及類推適用金融消費者保護法之規定而得到解決，詳述如下。

（一）個人資料保護法必要範圍之認定，可適用消費者保護法

按消費者保護法之規定，係以消費關係為其規範範圍，故須有消費關係的存在，方有消費者保護法之適用。而所謂消費關係，依同法第2條第3款，係指企業經營者與消費者間就商品或服務發生之法律關係；又所謂消費者，依同法第2條第1款，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者；所謂企業經營者，依同法第2條第2款，為以設計、製造、生產、輸入、經交商品或提供服務為營業者。

在網路購物中，網路拍賣之平台業者係以提供服務為營業，而使用者係以消費為目的接受服務，故符合上述規範，可適用消費者保護法。

依消費者保護法第13條第1項，企業經營者應向消費者明示定型化契約條款之內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意者，該條款即為契約之內容；依同法第14條 ，定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。

依上述之規定，網路拍賣之平台業者在與消費者簽訂定型化契約時，就個人資料蒐集、處理、利用之必要範圍，應以顯著之方式告知消費者，且亦須遵守意外條款排除原則，進而使消費者能選擇是否締約。

惟從上述規定之意旨，似只能推導出「網路拍賣之平台業者應告知消費者個人資料蒐集、處理、利用之必要範圍」，但不能得知平台業者的告知程度，使得消費者可否在充分資訊下考量是否締約，成為爭議。故本件可否類推適用金融消費者保護法之規定，即屬重要。

（二）個人資料保護法必要範圍之認定，可類推適用金融消費者保護法

由於網路拍賣之平台業者並非金融消費者保護法第3條第1項之金融服務業者，自無直接適用金融消費保護法之餘地，合先述明。

---

[37] 法務部2017年9月26日法律字第10603512510號函

但觀個人資料保護法及其施行細則並未規定如何認定必要範圍，依立法說明亦可發現此漏洞並非立法者有意排除，應屬隱藏性漏洞。這使得消費者與業者對於必要範圍之認定在因資訊不對等導致認知不同時，就法律的適用產生疑義，不利於消費者權益保護，也減損消費者對市場之信心。

而依金融消費者保護法第1條，可知其目的在於保障消費者之權益，以及其對市場的信心，固本於類似事物類似處理的法理，此時應可類推金融消費者保護法的規定。

故網路拍賣之平台業者告知消費者個人資料蒐集、處理、利用之必要範圍時，應依金融消費者保護法第10條第2項之規定，充分說明個人資料保護之相關權利，以及拒絕同意可能之不利益。

（三）小結

綜上所述，依消費者保護法相關規定，網路拍賣之平台業者在與消費者簽訂定型化契約時，就個人資料蒐集、處理、利用之必要範圍，應以顯著之方式告知消費者，且亦須遵守意外條款排除原則；而就告知的程度，應類推適用金融消費者保護法的規定，充分說明個人資料保護之相關權利，以及拒絕同意可能之不利益。

五、消費者在向業者主張其資訊自主權或被遺忘權後，若業者仍未刪除，致生消費者受有損害，如何保障消費者權益？

資訊自主權作為資訊隱私權之一部分，而受我國實務所承認，已如前述。而被遺忘權之內涵以及其在我國法上的定位，則尚有探求之餘地。

（一）被遺忘權在國際上的發展

被遺忘權發源於2014年西班牙公民訴google 一案。在本案中，原告主張網路使用者在google搜尋引擎打入原告姓名時，會出現西班牙報社的報導連結，內容提到原告參與某扣押程序之拍賣，故原告請求該報社修改網站內容，並請求google將該筆搜尋資料刪除，以保護其個人資料。西班牙資料保護局認為原告對報社的請求並無理由，因其係本於西班牙法律之要求為之；惟原告對google之訴訟，則尚有探討的空間，因而進入了訴訟。訴訟中，西班牙法院認為本案涉及歐盟指令95/46/EC的適用，因而停止訴訟程序，將案件移交歐盟法院決定[38]。

歐盟法院則做出以下見解[39]：

1. 搜尋引擎收集組織並提供網路使用者他人個人資料之行為，屬於歐盟指令95/46/EC第2（B）條規範之「處理個人資料」

2. 搜尋引擎搜尋引擎收集組織並提供網路使用者他人個人資料之行為，成立歐盟指

[38] 廖欣柔，歐盟被遺忘權簡介暨我國實務見解觀察整理，萬國法律，2019年2月，第47頁

[39] 同前註37，第50頁

令95/46/EC第2（D）條規範之「資料控管者」

3. 若個案中無事證顯示一般大眾有取得資料的重大利益，則資料主體可以主張其經公開可能對其有害，或其希望一段時間後被遺忘等理由，要求搜尋引擎的營運者將基於其人名搜尋所產生之關於其真實之個人資料且經第三方合法公布於網頁之搜尋結果的連結予以刪除。

4. 資料主體請求資料控管者將含有其個人資料的連結從搜尋結果刪除的權利，大於搜尋引擎營運者的經濟上利益及一般大眾取得該資訊的利益。但若因為特定原因，例如資料主體於公眾所扮演之角色使社會大眾取得涉及其個人資料之權利，大於搜尋結果對資料主體之干擾時，應為不同考量。

歐盟第29條資保護工作小組（Article 29 Data Protection Working Party） 於歐盟法院判決後，於2014年11月26 日訂立被遺忘權之相關實務操作之指導方針（Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and Inc V. Agencia Española De Protección De Datos （AEPD） and Mario Costeja Gonzalez"C-131/12），為判斷是否應准許資料主體請求移除基於其名字搜尋產生涉及其個人資料之連結，提供13 項的標準：

1. 搜尋結果是否與自然人相關?該搜尋結果是否係基於資料主體之名字搜尋而產生?

2. 該資料主體是否於公眾生活中扮演角色？該資料主體是否為公眾人物？

3. 該資料主體是否為未成年人？

4. 該資料是否正確？

5. 該資料是否（與其處理目的）具關連性及是否並未過度？

（1）該資料是否與資料主體之工作生活相關？

（2）該搜尋結果所連結之資料是否據稱係對控訴人構成仇恨性言論、誹謗、侮辱或於表意領域中類似之冒犯行為？

（3）該資料是否清楚顯示係反映個人之意 見，或該資料看起來係已經證實之實？

6. 該資料是否屬於當時歐盟指令 95/46/EC 第8條所規範之敏感性資料？

7. 該資料是否為最新之資料？就資料處理之目的而言，該資料是否被置於可取得之情形下，且超出其所必要之時間？

8. 該資料之處理是否對資料主體造成損害？ 該資料是否對資料主體造成不符比例之負面隱私影響？

9. 該搜尋結果所連結之資料是否會將資料主體置於風險之下？

10. 該資料係於何背景之下被公布？

（1）該內容是否係經資料主體自願而公開？

（2）該內容是否本即係用以公開之資訊？

（3）該資料主體是否可合理得知該內容會被公開？

11. 該原始內容是否係基於新聞目的之背景下而被公布？

12. 該資料發布者是否有法律上之權力，或法律上之義務，使該個人資料可為公眾所取得？

13. 該資料是否與犯罪行為相關[40]？

本於上述的討論，歐盟已經將被遺忘權明文化，規定於歐盟資料保護規則（GDPR）第17條中，其內容如下[41]：

1. 有下列情事者，資料主體應有權使控管者　除其個人資料，且控管者應有義務移除該個人資料，不得無故拖延：

（a）個人資料，就蒐集或處理之目的而言，已不再需要者；

（b）處理係依據第6條第1項第a點或第9條第2項第a點者，資料主體撤回其同意，且該處理已無其他法律依據者；

（c）資料主體依第21條第1項規定對處理提出異議，且該處理無其他優先適用之法律依據者，或資料主體依第21條第2項規定對處理提出異議者；

（d）該個人資料遭違法處理者；

（e）控管者依其受拘束之歐盟法或會員國法律有義務應刪除個人資料者；

（f）個人資料過去係依據第8條第1項，為提供資訊社會服務所蒐集者。

2. 如控管者已將該個人資料公開，且其有義務依據第1項規定刪除該個人資料者，考量現有科技及執行成本，該控管者應採取合理步驟，包括科技方式，通知正在處理該個人資料之控管者，資料主體已提出刪去任何該個人資料之連結或複本之請求。

3. 於下列情形者，不適用第1項及第2項規定：

（a）為行使表意自由及資訊權者

（b）依據控管者所應遵守之歐盟法或會員國法，遵守其法律義務、或符合公共利益之職務執行、或委託控管者行使公權力所必須者

（c）基於公共衛生領域上之公共利益，且符合第9條第2項第H點及第I點及第9條第3項規定者

（d）為實現公共利益、科學或歷史研究目的或統計目的，且符合第89條第1項規定者，但以第1項所定權利實際上不可能或嚴重損害該處理目標之實現者為限

（e）為了建立、行使或防禦法律上之請求者

---

40. 同前註37，第51頁

41. 同前註37，第52頁

值得注意者係，依GDPR第3條第2項規定，GDPR除了規範設立在歐盟境內進行個資蒐用活動的資料管控者外，亦可能在下列三種情形下，擴及規範設立於歐盟境外的資料管控者：

1. 基於提供商品或服務所需，針對歐盟境內之資料主體進行個資蒐用行為者
2. 基於「監控」歐盟境內自然人行為所需，對資料主體進行個資蒐用行為者
3. 進行個資蒐用行為的資料管控者雖非設立於歐盟境內，但所設立之處依據國際公法適用歐盟會員國法律者

（二）被遺忘權在我國之實踐

我國目前就被遺忘權，並無明文規定；個人資料保護法中與被遺忘權較相近者，應為該條第11條第3項：「個人資料蒐集之特定目的消失或期限屆滿時，應主動或依當事人之請求，刪除、停止處理或利用該個人資料。但因執行職務或業務所必須或經當事人書面同意者，不在此限。」

而實務上最高法院議尚未對被遺忘權做出完整的論述，但高等法院曾做出以下之見解：

1. 搜尋引擎係利用搜尋機器人程式，自動對公開網頁之資訊進行檢索及建立索引，並於使用者依關鍵字進行特定資料查詢時，由電腦根據網路使用者輸入的關鍵字，利用演算法自動捕捉既有網站連結間之關連性後產生清單（搜尋結果）或提供預測語詞搜尋字串），則就其中與個人資料有關者，自應屬搜尋引擎業者對於個人資料之處理、蒐集行為，並應受個人資料保護法之規範，並無疑義[42]。
2. 資料主體可以隱私權被侵害為由，依民法規定請求搜尋引擎移除連結，但其須先就隱私權受侵害等事項負舉證責任，且須經法院利益衡量後認為適當時，搜尋引擎方有移除連結之義務[43]。
3. 資料主體可以個人資料保護法第11條為基礎請求搜尋引擎移除連結，但其須先就自身是否符合個人資料保護法之條文要件、目的與精神等事項負舉證責任，且須經法院利益衡量後認為適當時，搜尋引擎方有移除連結之義務[44]。

（三）小結

綜上述可知，我國實務雖有以民法18條、第184條及第195條引入類似歐盟遺忘權之先例，但資料主體須就侵害的成立、連結應予移除的原因進行舉證，也有必要論證其個人資料之重要性為何大於公眾取得資訊權利，否則其主張即難以成立。

---

42. 臺灣高等法院106年度上字第1160號判決
43. 臺灣高等法院106年度上字第1160號判決
44. 臺灣高等法院104年度上字第389號判決

相較之下，從上述歐盟之規範及其實務見解，可知歐盟認為資料主體請求資料控管者將含有其個人資料的連結從搜尋結果刪除的權利，大於搜尋引擎營運者的經濟上利益及一般大眾取得該資訊的利益。若個案中無具體事證可說明一般大眾有取得資訊之較重要利益，資料主體可以主張其經公開可能對其有害，或其希望一段時間後被遺忘等理由，要求搜尋引擎的營運者將基於其人名搜尋所產生之關於其真實之個人資料且經第三方合法公布於網頁之搜尋結果的連結予以刪除，其對資料主體的要求較為寬鬆。

本文認為，如此差別的關鍵在於資料主體的隱私權與一般大眾取得該資訊的利益誰較重要之問題，從二方之用語，可發現我國實務較傾向一般大眾取得該資訊的利益原則上大於資料主體的隱私權之見解，歐盟則傾向認為二者為居平等地位。

六、是否應建立補償制度，以保障消費者權益？

由上述可知，作為資料主體之消費者在受有損害時，須證明侵害的成立、連結應予移除的原因，也要論證其個人資料之重要性為何大於公眾取得資訊權利，方有勝訴，進而使網拍平台業者負個人資料保護法第29條損害賠償責任之空間。但實際上消費者往往因無法舉證其損害與業者間之因果關係，而無法向業者請求損害賠償。為保護消費者權益，是否應建立補償制度，以保障消費者權益？

（一）補償制度的法理基礎

目前我國對消費者因個人資料被違法使用而造成的損害，尚無補償制度的存在。是否未來立法論上有增設的必要，應探求憲法上就損失補償的法理基礎而定。

由於我國憲法對損失補償制，未有明確之規定，故如欲探究我國損失補償之體系架構，須參酌司法實務見解。其中就公用徵收以外之財產權限制，大法官以特別犧牲作為是否應予補償之判斷基準，由是觀之，大法官似有意在「應予補償之公用徵收」概之外，另行承認所謂「應予補償之財產權限制」概念，並以「特別犧牲」作為獨立之損失補償原因，亦即，大法官主要係以財產權之憲法保障，作為損失補償制度之法基礎[45]。

而就憲法15條所保障之財產權的內涵，大法官認為其旨在確保個人依財產之存續態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴[46]。

---

45. 李建良，土地徵收與損失補償，月旦法學雜誌，第28期，第22頁

46. 司法院釋字第400號大法官解釋

而基於社會連帶之觀點，個人行使財產權時，仍依法受社會責任之限制，從而行政機關基於公共利益，依法行使公權力致人民財產受有損失時，如該損失屬於財產權社會義務之範圍者，人民即應加以忍受， 生補償之問題；反之，公權力為對人民所造成之損失，如已超過其所應盡之社會義務時，即構成個人利益之特別犧牲，應由國家予以合理之補償，始合乎公平之原則。是以，損失補償制 之主要特徵在於「因公益而形成個人益之特別犧牲」，國家公權力對個人財產權之干預程度，如逾越社會責任所應忍受之範圍，而構成特別犧牲，國家即應予以合之補償[47]。

關於「特別犧牲」之判斷與認定，則可歸納為如下之基本原則：國家因公用或其他公益目的之必要，依法徵收人民之財產（公用徵收），例如因公共事業之需要而徵收人民之土地，究其侵害程度，係對人民權之「剝奪」，屬於一種應予補償之特別犧牲，要無疑義（釋字第400、409、425號解釋）；反之，國家機關對於人民財產權之限制，如尚未達權利剝奪之程度，例如對財產權使用收益權能之持續性限制，則其是否構成特別犧牲，即非可概然論之，而須就個別同之情形，檢視權利所受限制之程度，以判定是否構成特別犧牲，並依權利所受個別損失之差異，予以不同程度之補償（釋字第336號解釋）。

另外就損失補償應以何種基本原則為之，亦即究應彌補財產權人完全損失之「完全補償」？抑或只是為「相當補償」，就此大法官於解釋中多次指出，國家依法徵收人民之財產，應給予「適當之補償」或「合理之補償」，如釋字第400、409、425、440號解釋等。由此可知，大法官並未採取「完全補償」之場，而係以「合補償」為原則。

（二）本件情形應無設置補償制度的必要

本文認為在非公務機關違反個人資料保護法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害消費者權利時，尚無設立損失補償制度之必要，理由如下：

1. 本件侵害消費者權利之人，並非國家，而是網路購物平台業者，而與傳統損失補償中，國家侵害個人的情形有別。

2. 損失補償制度之主要特徵在於「因公益而形成個人利益之特別犧牲」，已如前述。惟本件情形中，消費者之隱私權被侵害之原因，並非基於公益，而是網路購物平台業者未盡法定義務，與損失補償之性質自不相符合。

3. 在本件情形中，消費者在受有損害時，固然因無法舉證其損害與業者間之因果關係，而無法向業者請求損害賠償。但舉證責任之分配，其實可以民事訴訟法第277條但書「依其情形顯失公平」為依據進行調整。例如以表見證明、證明妨礙法理、

47. 李建良，特別犧牲與損失補償，月旦法學雜誌，第36期，第24頁

事案解明義務、文書提出義務之方式，產生便利事證提出、或降低證明度、或轉換舉證責任等較有利消費者求償之效果。此方式相較於設立補償制度，對現行法秩序衝擊極小，也能節省國家的資源，並達到保護消費者的目的。

4. 退步言之，就算上述方式無法改變消費者在訴訟上的弱勢，則修正法律以課予網路購物平台業者無過失責任或類似民法191條之1責任的方式，相較於設立補償制度，也較能節省國家的資源，而且同樣能達到保護消費者的目的。

5. 若是擔心網路購物平台業者沒有賠償消費者的資力，則可以透過鼓勵或強制業者投保之方式，使消費者得到補償。此方式相較於設立補償制度，也是能節省國家的資源，而且同樣能達到保護消費者的目的。

肆、結論-具體作法

從上所述，可以發現隨著科技與商務模式的發展，在個人隱私成為商品，每個人在網路上所作所為都能被輕易紀錄的現今，新興的問題與爭議對我國現行法制帶來不小的衝擊與啟示。

雖然往昔個人資料保護法「規範對象不夠廣泛」及「保護客體的認定不夠彈性」的缺點在2011年的修法已經改正，但本文認為仍有以下方向可再精進：

一、兒童線上隱私權應予以特殊保護

美國於1998年10月通過兒童線上保護法案（Child Online Proctection Act），其中第2條即規範兒童線上隱私權的保護（Children`s Online Privacy Proctection）。美國立法當局有鑑於兒童心智發展尚未成熟，一般識別能力較弱，於網際網路之上進行瀏覽及填寫資料的行為時，即容易受到商人不當誘惑，而輕易提供自己或其父母之個人資料，而認為兒童個人隱私保護需要制度較特別的保護措施，以完善保障兒童。

他山之石可以攻錯，美國如此立法趨勢，我國是否可以學習，進而對兒童線上隱私權加強特殊保護措施？是值得討論的問題。

二、應積極推動業者成立自律措施或規範

個人資料之保護模式及方案，國際間有各種不同看法及實行方法。如歐盟即認為個人資料權利遭受威脅與侵害日漸嚴重，其他方式已緩不濟急，各個國家應該馬上完成相關法律制度之制定，以完善保障個人隱私資料各種權利，並且以其位居全球重要經濟體之有利條件，要求世界其他各國亦須依據其所制定之指令規範標準來完成立法。

然而另一不同解決方案，則為美國政府現今作法，其觀點在於對個人資料保護部分如果逕行立法，擔心對剛萌芽發展之電子商務環境將會有阻礙，所以其並不願意為個人資料隱私進行特定立法，反而傾向於鼓勵各網際網路相關業者形成自發性規範，自律性共同遵守。

此兩種觀點亦均著眼於如何消費者個人隱私資料權益，差別僅為採取解決方案不同，對於我國而言均有其參考價值。在檢討個人資料保護法以使其更完善保障人民權益之同時，亦可學習美國作法，推動業者形成自律措施規範，例如催生有關個人資料保護部份業者自律公約。此方法相較於訂定法規，更有助企業經營者控制風險，而使其樂於遵循。

政府亦可鼓勵業者共同組成隱私保障認證制度組織，如美國現有一「TRUST. E」公益組織，其作法便是對於所有自願符合其個人資料保護規範之網際網路業者，只要得以通過其所建立之認證機制，便頒發統一優良標準標誌（「TRUST.E」之 logo），供業者標示於自己企業網站首頁上，使消費者得以明顯判別，得知此些網站對於使用者、消費者個人隱私資料，包括合法蒐集、特定用途利用等遵守原則，都已通過「TRUST.E 公益組織事前認證。

將更完善保障其己身權利，讓使用者、消費者更安心、也將更有意願，與這些業者進行來往及更進一步交易行為，如此之自律制度設計，將使使用者、消費者與網際網路業者能夠互利共生。

三、應設立主管機關並予以獨立權責

個人資料保護法並無主管機關之定義性規定，而僅有於第三章「非公務機關對個人資料之蒐集、處理及利用」之第 21 條訂有「中央目的事業主管機關得限制之」、第 22 條第 1 項及第 24 項至第 26 條訂有「中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府」之規定，因此，本法就公務機關之部分，並未規定監督本法執行之專職機關。

但要落實保護個人隱私權利，除訂定法律規範之外，設立一有權有責之主管機關，並確實執行行政事務，行政執行實績及行政效率將更具有立竿見影之效。

是故，基於加強行政效率立場，對於個人資料保護法主管機關，或可建議成立一「獨立 有權責」機構，可以在法務部下設立一層級為「局」之國內隱私保護主管單位，以利行政執行事務事權之統一及運作之落實。

茲有附言者，行政院於 2018 年 5 月 24 日責成國發會成立「個人資料保護專案辦公室」，以加強跨部會因應 GDPR 事宜之協調整合，並負責統籌各部會向歐盟申請適足性認定事宜，並指示個人資料保護法制之主政機關與跨部會協調工作由「個人資料保護專

案辦公室」承接，而此辦公室亦於同年7月4日成立。惟此辦公室似仍與「獨立有權責的主管機關」有落差，其成效如何，有待後續觀察[48]。

四、資訊應用必要範圍之告知方法應予明定

依個人資料保護法第19條及第20條，非公務機關對於個人資料的蒐集、處理，應具有特定目的，且符合個人資料保護法第19條第1項各款之情形之一；對個人資料的利用，則須於特定目的必要範圍內為之。

又依民法第148條及法務部見解，相關資料的蒐集、處理或利用行為，均應尊重當事人權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定目的必要範圍，並應與蒐集目的具有正當合理關聯。

惟企業經營者雖依依消費者保護法相關規定，網路拍賣之平台業者在與消費者簽訂定型化契約時，有義務就個人資料蒐集、處理、利用之必要範圍，應以顯著之方式告知消費者，且亦須遵守意外條款排除原則。但是就告知的程度，目前卻有漏洞而需類推適用金融消費者保護法，此部分未來應修法改正之。

五、書面同意於網路交易之適用宜予釐清

依個人資料保護法第7條，購物網站業者，似乎需要取得當事人「紙本（實體）」同意的文書，方能合法蒐集其個人資料，註冊帳戶並進行交易。惟考量網際網路的運用，已經成為現代人民生活的重要憑藉，若堅持要紙本書面同意，將有礙於網際網路的便利性，有礙網路交易或服務的持續發展。

雖然依本文於第3章第2節第2項第2款所述，網路交易不須書面同意，已成為學說之共識，但該同意是否須遵守電子簽章之相關規定，學說上仍有爭議。未來仍宜以修法明定之，以維持法秩序的安定性。

六、個人資料保護法第12條宜予修正

目前個人資料保護法第12條的規定缺點在於，因該條是以「公務機關或非公務機關違反規定，致個人資料被竊取....」為通知義務發生的前提。因此，在適用上可能會發生公務、非公務機關自行認定其「並未違反個人資料法規定」，或「雖有違法行為，但非導致個資外洩的原因」，從而拒不通知。設有上述限制，可能是過度窄化了強制通知義務的功能。其實，通知義務除了具有強化當事人損害賠償請求權的功能外，尚有「降低個資外洩可能造成損失」的功用，例如：當事人可在接獲通知後，聯繫往來來金融機

[48] 參見國家發展委員會網站：https：//www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=726A44EA5D724473（最後閱覽日：2019年11月22日）

構採取必要措施（如暫停服務、變更密碼、註記），以避免或降低可能的損害。

故為貫徹個人資料保護法中通知義務的功能，未來宜修正個人資料保護法第12條之規定，使該條之發動不以公務機關或非公務機關違反規定為前提，較為妥適。

七、應盡力爭取GDPR適足性之認定

依GDPR第3條第2款，此規定之效力範圍除了在歐盟境內設立據點的企業外，還包括對歐盟境內人民提供產品、服務或監測歐盟境內人民網路行為的境外企業。故我國企業仍有受拘束的可能。

而依GDPR第45條1項，原則上禁止資料跨境傳輸至對資料保護不具有適足性的國家。根據第45條第2項規定，適足性的評估包括以下要素：

1. 法治、對人權與基本自由的尊重、一般予部門之相關立法，包括有關公共安全、防衛、國家安全及刑法、公務機關對個人資料之接近使用權、及該等立法、資料保護規則、專業規則及安全措施之施行。

2. 有一個或以上獨立監管機關之存在及有效運作，或對象為國際組織時，確保及執行資料保護規則之遵守，包括充足之執行權，以協助及建議資料主體行使其權利，並與會員國之監管機關合作；

3. 個人資料向其他第三國或國際組織進一步移轉，該其他第三國或國際組織之規則、判例法、及有效且可執行之資料主體權利及個人資料受移轉之資料主體有效之行政與司法救濟；第三國或國際組織所加入之國際協定，或其他因法律拘束力之合約或辦法、及從其參與多邊或區域體系而生之義務，尤其關於個人資料保護者。

故我國應盡力符合上述要件之要求，以取得歐盟對我國的適足性認定，如此方能避免我國企業之業務受到此跨境資料傳輸的限制，並協助我國企業跨越此一貿易壁壘。

八、採無過失或推定過失責任便於舉證

網路購物中業者洩漏消費者個人資料，導致消費者受有損害時，固然消費者可能因無法舉證其損害與業者間之因果關係，而無法向業者請求損害賠償。但舉證責任之分配，其實可以民事訴訟法第277條但書「依其情形顯失公平」為依據進行調整。例如以表見證明（最高法院100年度第104號判決）、證明妨礙法理、事案解明義務、文書提出義務之方式，產生便利事證提出、或降低證明度、或轉換舉證責任等較有利消費者求償之效果。

惟上述方法論理上雖然合理，但實際推行上是否會產生「法規範中性，但適用結果上產生個案性不平等」之實質歧視，實有待觀察。若上開無法改變消費者在訴訟上的弱勢，則修正法律以課予網路購物平台業者無過失責任或類似民法191條之1責任的方式，或也是一個可行的方法。

參考資料

1. 黃昭元，無指紋則無身分證？收錄於民主、人權、正義-蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集
2. 范姜真媺，政府資訊公開與個人隱私之保護，法令月刊52卷5期
3. 劉佐國，我國個人資料隱私權益之保護-論「電腦處理個人資料保護法」之立法與修法過程，律師雜誌第307期
4. 范姜真媺，個人資料自主權之保護與個人資料之合理利用，法學叢刊，第225期
5. 邱文聰，從資訊自決權及資訊隱私的概念區分-評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題
6. 呂丁旺，淺析修正「個人資料保護法」，月旦法學雜誌，第183期
7. 彭錦鵬，英國政署之組織設計與運作成效，歐美研究，30卷3期
8. 廖欣柔，歐盟被遺忘權簡介暨我國實務見解觀察整理，萬國法律，2019年2月
9. 李建良，土地徵收與損失補償，月旦法學雜誌，第28期
10. 李建良，特別犧牲與損失補償，月旦法學雜誌，第36期

紓困條例第7條作為萬用條款？防疫時期的人權問題

周宇修 臺灣人權促進會會長

壹、前言

自武漢肺炎（本文以下以世界衛生組織所用之COVID-19稱之）之疫情開始在我國爆發，有感於既有的傳染病防治法無從有效抑制疫情，我國便於今（2020）年2月25日正式通過了「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」（下稱紓困條例），用以對疫情的擴散進行有效管制。

事實上，於紓困條例制定前，我國即已透入諸多人力物力對疫情進行管制，在之前確實生有法源依據不足之質疑[1]。然於紓困條例制定後，此一質疑不減反增，蓋因世界各地疫情皆趨向嚴重使得政府須一再增加管制方式[2]，且紓困條例第7條之文字相當簡易，僅稱「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施」，行政院於草案之立法說明則略以：「一、考量防治控制疫情須視疫情狀況採取適切之應變處置作為，賦予中央流行疫情指揮中心指揮官相關彈性權限實有必要，爰為本條規定。二、又指揮官依本條所為之應變處置或措施不得逾越必要範圍，並應與防疫目的具有正當合理關聯，自屬當然。」也因實質內涵不清而遭受多方之質疑與挑戰[3]。本文基此分為兩個討論層次：一、紓困條例第7條本身之合憲性。二、紓困條例第7條用於實際做成決策時，該決策之合法性。並就相關案例之回饋提出建議。

貳、紓困條例第7條的合憲性檢驗

一、前車之鑑：司法院釋字第690號解釋

在本次疫情蔓延時，無論是防疫的執行或是法制的實踐，多數人都會想到2003年肆虐臺灣的SARS，在瘟疫過後的相關檢討。其中當時在和平醫院服務的周姓醫師，因未遵守當時的返院指令，而被免除和平醫院醫師職務並且停止執行醫師業務3個月、罰

---

[1] 我國係於今年1月10日訂定「因應中國武漢地區不明原因肺炎基層診所因應及處置原則」；1月15日將「嚴重特殊傳染性肺炎」列為第五類法定傳染病；1月20日開設三級「嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心」，並由疾病管制署署長擔任指揮官；1月23日起禁止武漢地區中國人民入境，並將中央流行疫情指揮中心提升至二級，由衛生福利部部長擔任指揮官；1月25日起禁止旅遊團赴中國旅遊、對中國人士來臺進行限制。

[2] 3月19日起，所有入境旅客皆須居家隔離14日，3月21日起，旅遊警示所有其他國家皆升至第三級警告。

[3] 禁止高中以下師生出國 法界跳腳稱要符合比例原則，聯合報，2020年3月17日，available at：https：//udn.com/news/story/120960/4420646（Last visited on 2020.6.15）

款24萬[4]。此一案件後經司法院大法官作成釋字第690號解釋，對於當時的傳染病防治法第37條第1項[5]之合憲性分析如下：

（一）明確性：合憲宣告

由於傳染病防治法第37條第1項僅稱「必要之處置」，主管機關是否得基此規定實施隔離處分，便生疑義。解釋理由書就此認為，強制隔離雖係為保護人民生命安全與身體健康，而與刑事處罰不同，且又涉及醫療及公共衛生，故明確性之要求不若同樣涉及人身自由明確性之司法院釋字第636號解釋般嚴格[6]。其次，解釋理由書認為，傳染病防治法第37條第1項雖未明文規定強制隔離，但從「令遷入指定之處所檢查」之規定，即可推導出強制隔離之可能，故認為本件無明確性之違反[7]。

（二）比例原則：合憲性解釋後為合憲宣告

1. 對於強制隔離是否符合比例原則一事，大法官認為應採嚴格標準予以審查，而分別以「目的正當性」、「手段必要性」與「衡平性」進行審查，並分別認為，在已造成重大傷害之SARS疫情蔓延下，強制隔離人民有其正當性[8]。

2. 至於手段部分，大法官認為將曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者令遷入指定之處所施行適當期間之必要強制隔離處置，屬於為實現目的之有效且侵害最小方法，而屬於符合必要性之手段[9]。但大法官仍對於強制隔離此一概念的空白給予補充，而認為主管機關應於個案中做各種斟酌，並應參考WHO之意見為決定，以使得期間不能太長[10]。

---

[4] 張子午，重返和平——SARS隔離黑洞中難以告別的記憶，刊載於報導者網站，https：//www.twreporter.org/a/sars-memories-life-under-quarantine-in-heping-hospital，（Last visited on 2020.4.11）

[5]「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。」

[6]「惟強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準。」

[7]「系爭規定雖未將強制隔離予以明文例示，惟系爭規定已有令遷入指定處所之明文，則將曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者令遷入一定處所，使其不能與外界接觸之強制隔離，係屬系爭規定之必要處置，自法條文義及立法目的，並非受法律規範之人民所不能預見，亦可憑社會通念加以判斷，並得經司法審查予以確認，與法律明確性原則尚無違背。」

[8]「雖強制隔離將使受隔離者人身自由遭受剝奪，其是否違反比例原則，仍應採嚴格標準予以審查。惟系爭規定之強制隔離，其目的並非直接出於拘束上開受隔離者之人身自由，而面對新型傳染病之突然爆發，或各種法定、指定傳染病之快速蔓延，已（或將）造成全國各地多人受感染死亡或重大傷害之嚴重疫情（例如92年3月間爆發之嚴重急性呼吸道症候群，Severe Acute Respiratory Syndrome，以下簡稱SARS），為阻絕疫情之蔓延，使疫情迅速獲得控制，降低社會之恐懼不安等重大公共利益」

[9]「將曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者令遷入指定之處所施行適當期間之必要強制隔離處置，進而予以觀察、檢查、預防接種及治療，除可維護受隔離者個人之生命與身體健康外，且因無其他侵害較小之方法，自屬必要且有效控制疫情之手段。」

[10]「又雖系爭規定並未就強制隔離之期間詳為規定，惟必要處置期間之長短，事涉傳染病之病源、傳染途徑、潛伏期及其傷害之嚴重性，自應由該管主管機關衡酌各種情況，並參酌世界衛生組織（World Health Organization，WHO）之意見而為符合比例原則之決定（以前述SARS疫情為例，該管主管機關臺北市政府於衡量當時世界各國對該疫情尚無處理之經驗、

3. 正當法律程序（法官保留）：合憲宣告與檢討改進

最後，若政府真有權依照傳染病防治法第37條第1項為強制隔離時，由於屬於對人民的人身自由限制，是否需要由法院為之？對此大法官基於專業性與效率，且無處罰之性質，而認為法官保留原則無需在本件被適用[11]。但大法官仍指出，人民若受到隔離處分時，仍應可就該處分提出爭訟[12]。但大法官仍就人民程序保障之不足提出呼籲，並認為人民之人身自由受侵害時，宜有損失補償之機制[13]。

二、紓困條例第7條的再檢討

（一）如前分析，大法官於司法院釋字第690號解釋對於各種防疫規範及措施雖有認為應採嚴格審查，但實質上皆係發生相對寬鬆之效果[14]。本文傾向認為，司法院釋字第690號解釋所採的判準在今天的時空背景不一定可以適用。原因在於，司法院釋字第690號解釋當時的時空背景是第一次的重大傳染病疫情，而在過去如果有慘痛教訓前例時，對政府的要求在第一次發生後，後續若有第二次類似情形，審查密度就應該要比較高[15]。基此，本文針對紓困條例第7條關於明確性及執行程序的部分進行分析，期許更具體化紓困條例第7條，且能夠在個案中有效適用。

醫界處理之方法亦無定論，及該疫情已造成國內外民眾嚴重之傷亡等情況，暨參酌世界衛生組織之意見，因而決定受隔離處分者之隔離期間為十四日，見臺北市政府衛生局一００年一月十八日北市衛疾字第０九九四五六八六四００號函）。」

[11]「強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。且疫情之防治貴在迅速採行正確之措施，方得以克竟其功。傳染病防治之中央主管機關須訂定傳染病防治政策及計畫，包括預防接種、傳染病預防、疫情監視、通報、調查、檢驗、處理及訓練等措施；地方主管機關須依據中央主管機關訂定之傳染病防治政策、計畫及轄區特殊防疫需要，擬訂執行計畫，並付諸實施（舊傳染病防治法第4條第1項第1款第1目、第2款第1目規定參照）。是對傳染病相關防治措施，自以主管機關較為專業，由專業之主管機關衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，決定施行必要之強制隔離處置，自較由法院決定能收迅速防治之功。」

[12]「該管主管機關作成前述處分時，亦應依行政程序法及其他法律所規定之相關程序而為之。受令遷入指定之處所強制隔離者如不服該管主管機關之處分，仍得依行政爭訟程序訴求救濟。」

[13]「系爭規定未就強制隔離之期間予以規範，及非由法院決定施行強制隔離處置，固不影響其合憲性，惟曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。」關於損失補償之討論，請參周宇修，防疫戰爭中的損失補償：要件與範圍的探討，月旦醫事法報告第44期，2020年6月。

[14] 該號解釋分別有許宗力、許玉秀、林子儀、李震山大法官分別或共同提出不同意見書。

[15] 以司法院釋字第791號解釋變更司法院釋字第554號解釋為例，大法官確實不完全受到過去解釋判準之拘束。

（二）就法律保留部分，本文過去曾認為法律保留是個假議題；且黃昭元大法官曾經在過去著作中提及，違憲審查或許可以考慮先審查比例原則再審查法律保留[16]。但考慮到臺灣在過去的戒嚴時期欠缺的就是法律授權，本文無法全然放下對法律保留的重視。這並不是指紓困條例第7條會構成威權復辟，而是有些人在記憶深處就是對警備總部這種黑機關有無限恐懼。法律解釋某程度是需要對歷史負責的，亦即，司法權與立法者需要讓這些恐懼可以被放下；某程度，本文傾向認為，在明確性無法被架構完整下，程序的細緻化可以減緩這個缺陷，而另外要努力的則是各個防疫措施前例的累積跟延續性、一致性。

（三）**法律層次：明確性**

1.累積個案後能降低明確性審查？

（1）大法官曾於司法院釋字第702號解釋中，就教師法第14條關於「行為不檢有損師道」之要件是否符合明確性作出解釋，認為如果在個案中能經由適當組成、立場公正之機構進行判斷，且教師在養成過程中也能夠透過諸多個案的累積知悉何種行為符合「行為不檢有損師道」，即能夠符合明確性[17]。

（2）惟本文認為，司法院釋字第702號解釋係規範特定群體，而非一般人民。質言之，吾人不可能期待一般民眾在每天生活中累積關於防疫的知識，並據此探知政府之行為是否符合明確性。但相對而言，具有防疫知識的醫護人員，則可能有前述司法院釋字第702號解釋之適用，而在法律上受到比較多的拘束。

2.並用其他條文可以圍魏救趙嗎？

（1）大法官曾於過去的解釋以不同條文試圖以體系解釋方式分析單一條文的合憲性。如司法院釋字第263號解釋便曾以懲治盜匪條例第2條第1項第9款雖屬唯一死刑，但

---

[16] 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，2004年，頁45、47。黃大法官於司法院釋字第765號解釋之協同意見書亦有類似見解之表達。

[17]「惟法律就其具體內涵尚無從鉅細靡遺詳加規定，乃以不確定法律概念加以表述，而其涵義於個案中尚非不能經由適當組成、立場公正之機構，例如各級學校之教師評審委員會（教師法第 11 條、第 14 條第 2 項、大學法第 20 條及高級中等以下學校教師評審委員會設置辦法參照），依其專業知識及社會通念加以認定及判斷；而教師亦可藉由其養成教育及有關教師行為標準之各種法律、規約（教師法第 17 條、公立高級中等以下學校教師成績考核辦法、全國教師自律公約等參照），預見何種作為或不作為將構成行為不檢有損師道之要件。且教育實務上已累積許多案例，例如校園性騷擾、嚴重體罰、主導考試舞弊、論文抄襲等，可供教師認知上之參考。綜上，系爭規定一之行為不檢有損師道，其意義非難以理解，且為受規範之教師得以預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。」但大法官仍呼籲：「惟所謂行為不檢有損師道之行為態樣，於實務形成相當明確之類型後，為提高其可預見性，以明文規定於法律為宜，並配合社會變遷隨時檢討調整，併此指明。」

綜合同條例第8條、刑法第59條、第347條第5項之規定，仍有量刑空間而宣告合憲[18]。但此一見解大法官並未持續使用，而於司法院釋字777號解釋理由書認為，刑法第185條之3之「肇事」，不應合併其他法規審查明確性[19]。

（2）本件若依照前述，在審查基準上偏嚴時，僅觀察紓困條例第7條確實無法知悉該必要措施為何。但防疫措施本就多元，某程度而言紓困條例亦屬於傳染病防治法、災害防救法之特別規定。故解釋上，若紓困條例第7條係基於上述傳染病防治法、災害防救法等防疫規定不足而需為其他必要措施時，以紓困條例第7條做為填充，應不致使有違背明確性的問題[20]。如傳染病防治法第59條，即有限制入出境之內涵，而得以紓困條例第7條作為補充[21]。

（3）學者曾整理傳染病防治法第36條、第43條、第44條、第45條、第48條、第58條等規定而指出，該法關於限制人身自由之介入手段包括「其他防疫、檢疫措施」、「必要之措施」、「隔離治療」、「留驗」、「居家檢疫」、「集中檢疫」等[22]。本文則認為，紓困條例第7條應是協助上述法律效果能夠確切發生而為之必要手段。舉例言之：傳染病防治法第36條關於有生傳染病之虞之民眾須進行檢疫，或是傳染病防治法第45條關於傳染病病人隔離治療等規定，若無法有效實現時，則主管機關即可以紓困條例第7條作為其他具法效性行政行為之依據，故可能將有生傳染病之虞之民眾，或是已得傳染病之人，依照紓困條例第7條為必要之權利限制如一定期間內在家不得外出，或是進行強制隔離等。

---

[18]「懲治盜匪條例為特別刑法，其第2條第1項第9款對意圖勒贖而擄人者，不分犯罪情況及結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，惟依同條例第8條之規定，若有情輕法重之情形者，裁判時本有刑法第59條酌量減輕其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被害人者，復得依刑法第347條第5項規定減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰，與憲法尚無牴觸。」

[19]「88年系爭規定明定：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處6月以上5年以下有期徒刑。」102年系爭規定提高刑度修正為：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處1年以上7年以下有期徒刑。」核上開二規定為涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，是其構成要件是否明確，自應受較為嚴格之審查，其判斷爰應僅以該規定文義及刑法體系整體關聯性為準，不應再參考其他相關法律。」

[20]行政院拍板禁止師生出國學者：禁止命令應更細緻，聯合報，2020年3月17日，available at： https：//udn.com/news/story/120940/4422475（Last visited on 2020.6.15）

[21]陳信安、賴秉詳，因防疫而限制入出境之憲法爭議評析，自由評論網，2020年3月19日，available at： https：//talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3105086 （Last visited on 2020.6.15）。亦有學者就如何適用個別法令作進一步分析，而認為禁止師生出國無法律依據。參林欣柔：禁止出國事關重大，不容模糊，蘋果日報即時論壇，2020年3月19日，available at：https：//tw.appledaily.com/forum/20200319/BZN6DKHDBDWLKXIXNK5NZM4CS4/（Last visited on 2020.6.15）。

[22]林欣柔， 一切皆必要？重新檢視隔離及檢疫手段之權力與界限，月旦醫事法報告，第43期，2020年5月，頁64。

（四）執行層面的問題

1. 本文認為，真正的問題在執行面。簡單來說，如果真要用紓困條例第7條與傳染病防治法等規定，還有災害防救法第31條進行連動運作，重點應該是在每個決策本身的合理性上。也就是，這個決策的做成，其評估依據跟實施方法、實施之後對人民可能造成的影響、還有對這些影響的一個調和方式。決定歸決定，但事前的資訊蒐集、說理義務，以及影響評估與淡化損害（mitigation）某程度是補足正當性的方式[23]。如果都能夠通盤考慮的話，比較能夠解決被質疑是否有過度授權的問題。套句俗話，改革本身都是摸石頭過河，我們現在也是，不能夠說完全沒有妥協空間而影響整個救災人員的士氣，但盡量在每次的決策過程中微調到更理想的狀況[24]。

2. 基此，如何權衡輕重是個問題，也就是哪些權利應該能被衡量，哪些權利能夠退讓。從憲法層次而言，舉例言之，大法官在司法院釋字第785號解釋把健康權明確化並且賦予國家保護義務[25]，而使人民健康的照顧義務可以成為一個立法者跟執法者可以使用的槓桿。但也要注意，過度推崇某些基本權（如生命權）或過度否定某些基本權如學生被記過，不一定有助於對個案的權衡。在立法技術上，我國是否能夠與美國一樣，在立法目的做明確且縝密的交代（where as），進而使個案的決策有充分的衡量跟評估依據，或許可能需要時間，但決策時納入上述方式進行考量，或許會是未來可以嘗試的方向。

---

[23]「然獨立機關之存在對行政一體及責任政治既然有所減損，其設置應屬例外。唯有設置獨立機關之目的確係在追求憲法上公共利益，所職司任務之特殊性，確有正當理由足以證立設置獨立機關之必要性，重要事項以聽證程序決定，任務執行績效亦能透明、公開，以方便公眾監督，加上立法院原就有權經由立法與預算審議監督獨立機關之運作，綜合各項因素整體以觀，如仍得判斷一定程度之民主正當性基礎尚能維持不墜，足以彌補行政一體及責任政治之缺損者，始不致於違憲。」

[24]舉例而言，人民若受集中檢疫或隔離，則政府會發放提審通知並認為適用提審法，但居家隔離或檢疫則無。據筆者了解，檢疫與隔離雖有名詞上不同，但執行方式並無差別，但此仍無法解釋集中及居家的差別待遇，而在程序保障上產生瑕疵。類似見解，參林欣柔，前註22文，頁67至68。

[25]「人民之健康權，為憲法第22條所保障之基本權利（本院釋字第753號及第767號解釋參照）。憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理及心理機能之完整性，不受任意侵害，且國家對人民身心健康亦負一定照顧義務。國家於涉及健康權之法律制度形成上，負有最低限度之保護義務，於形成相關法律制度時，應符合對相關人民健康權最低限度之保護要求。凡屬涉及健康權之事項，其相關法制設計不符健康權最低限度之保護要求者，即為憲法所不許。」

參、自紓困條例第 7 條所衍生各項決策的合法性檢驗

一、限制醫護人員出境

（一）依照相關報導，於該禁令出現時，紓困條例尚未三讀通過。限制醫護人員出境的法源依據為醫療法第 27 條和醫師法第 24 條，然該等法規僅敘明必須遵從主管機關指揮，不能作為直接法源[26]。

（二）而紓困條例第 7 條通過後，是否即得以其為依據限制醫護人員出國？本文認為，應思考下列順序：

1. 限制出國目的的相關依據？可以想像的是為了有效運用有限且珍貴的醫療資源，若搭配前述醫療法第 27 條和醫師法第 24 條，則勉強可認為紓困條例第 7 條作為輔佐之手段。
2. 然而，若以醫療法第 27 條和醫師法第 24 條作為依據，則適用的對象即為醫療機構與醫師，也不會及於所有的醫療、醫護人員。甚至以醫師而言，也不應及於所有醫師，而應限於與本次疫情相關之類科，方符合前述明確性之要求。
3. 再者，此一禁令之實質內容應具體，如明確指出目的、執行方式、執行期間等，給予受規範者足夠理解之可能，其程序方屬適法，並能認為有其必要性。

二、手機追蹤等對個人資料、隱私之侵害[27]

（一）當年司法院釋字第 690 號解釋之時空，無法想像現在的個人資料如此容易被監控，也因此最受爭議的 GPS 監控、細胞簡訊、類細胞簡訊等措施，該解釋文並未提。目前中央流行疫情指揮中心對於管制此類個人資料的依據，據本文所知，都是引用紓困條例第 7 條作為依據。

（二）就此，與前述不同，紓困條例第 7 條並非僅是為了輔佐某個防疫措施而存在，某程度而言，紓困條例第 7 條在此當有發生遮斷既有法規範如個人資料保護法或是通訊保障及監察法之效果，亦即中央流行疫情指揮中心無須符合上述法令（如公益性、法官保留）即得蒐集個人資訊。然而，包含本文作者在內，許多法律人士都質疑，該條是否真能夠超越目前的個人資料保護法或是通訊保障及監察法，進而管制人民的居住遷徙乃至於居住自由，在解釋上顯然有問題存在[28]。

---

[26] 以防疫之名限制醫療人員出國，國家有權力嗎？怎麼做才合宜？報導者，2020 年 2 月 24 日，available at：https：//www.twreporter.org/a/covid-19-taiwan-restrict-doctor-go-abroad（Last visited on 2020.6.15）

[27] 就此部分請參考，周宇修／防疫與人權只能二擇一嗎，東森新聞雲，2020 年 5 月 6 日，available at： https：//www.ettoday.net/news/20200506/1706256.htm（Last visited on 2020.6.15）

[28] 李榮耕，居家電子監控於防疫期間之運用及其法源疑義，月旦醫事法報告，第 42 期，2020 年 4 月。

（三）縱使如此，本文尚提出幾點未來操作上的可能方向，以減輕前述合法性的疑義：

1. 首先，傳染病防治法或紓困條例關於如何調取個人資料並沒有規定，長期而言，法制化絕對有其必要。在何種情形下需動用到何種蒐集個人資料，方法為何，縱然無法鉅細靡遺，也應避免過度模糊。大法官過去曾於釋字第603號解釋理由書中針對建立指紋資料庫檔案一事表示：「應以法律明定其蒐集之目的，其蒐集之範圍與方式且應與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性，並應明文禁止法定目的外之使用。主管機關尤應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全之方式為之，並對所蒐集之指紋檔案採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨。」應值得參考。

2. 其次，一般場合如私人處所、運動場館等實施實名化措施，應回歸現行的個人資料保護法，也就是明確告知民眾蒐集、處理及應用的範圍，並且以必要的資訊為限。

3. 最末，回歸本次疫情，紓困條例既然訂有期限，於期限過後，政府已無持有因疫情所持有的個人資料之正當性，原則上應予銷毀而不予保存，避免不當使用。

肆、結論及展望

本文於即將完稿之時，國內疫情業已趨緩。相較於其他國家仍處於水深火熱，實屬萬幸。但仍有許多喜愛的餐廳或是商家因此倒閉，想到那麼經營者日後不知何去何從，吾人仍需繼續努力。

實則，本次抗疫過程順利，許多人一直認為適從SARS中學到的教訓等等。對本文作者而言，這其實就是我們對人關懷與重視的展現。畢竟，如果把17年前和平醫院封院案例放在別的國家，搞不好該國會說：「這是個成功的防疫戰爭，我們成功把病鎖在醫院，人就是死了那幾個。」還好我們普遍覺得是個教訓，覺得身而為人的價值沒有你我之分。

未來人類的生活方式可能會有所轉變，我們需要準備好與傷病共存，面對以後感染者可能就是我們親友的事實。給予支持而非排擠，避免地下化病情導致難以預防。

（本文所提出之觀點屬個人意見，不代表事務所或組織之整體意見。）

家庭工作外籍勞工權益保障之探討

成之約　政治大學勞工研究所教授

壹、前言

依據政府的統計資料顯示，截至108年9月底，我國藍領外籍勞工的在臺人數已經多達71萬4千餘人，社福外籍勞工人數為26萬餘人，占總體藍領外籍勞工人數的比率為36.4%。若就六都之間來比較，臺北市和新北市的社福外籍勞工（以下稱社福外勞）比率顯然是高於全國的平均值；其中，當然是以臺北市的比率最高，社福外勞所占比率高達93.6%，這個當然與臺北市的產業和家庭結構有著密不可分的關連性。（請見表1）很顯然地，高達94.1%的社福外勞是在家庭工作。（請見表2）換言之，高達94%在家庭工作的社福外勞是不受到太多勞動法規的適用與保障的。

表1 產業及社福外籍勞工人數：按六都分　　**單位：人、%**

項　目	總　計	產業外籍勞工人數	產業外籍勞工比率	社福外籍勞工人數	社福外籍勞工比率
總　計	714,291	454,266	63.6	260,025	36.4
臺北市	46,989	3,025	6.4	43,964	93.6
新北市	98,542	55,728	56.6	42,814	43.4
桃園市	115,679	93,736	81.0	21,943	19.0
臺中市	106,489	79,020	74.2	27,469	25.8
臺南市	61,270	44,356	72.4	16,914	27.6
高雄市	61,786	39,324	63.6	22,462	36.4

資料來源：勞動部，108。

表2 社福外籍勞工人數：按開放項目及國籍分　　**單位：人**

項　目	總　計	印　尼	菲律賓	泰　國	越　南	其　他
社福外籍勞工	260,025	199,676	31,338	439	28,571	1
養護看護工	15,225	3,070	1,224	36	10,895	—
外展看護工	—	—	—	—	—	—
家庭看護工	242,979	195,419	29,523	393	17,644	—
家庭幫傭	1,821	1,187	591	10	32	1

資料來源：同表1。

雖然我國對於家庭工作社福外勞的權益保障，已經著墨甚多，也已經產生一定程度的效益。然而，由於受僱於家庭，家庭工作社福外勞未受到太多勞動法規的適用與保障的情形下，工時長、工作收入與付出存在著相當程度的落差等問題依舊存在，甚至產生人口販運勞動力剝削的疑慮。

參考政府主管機關的調查發現，無論在薪資、每天平均工時和每月平均休假天數，社福外勞和產業外勞之間存在著相當大的差距。（請見表3）究其因，與產業外勞絕大多數都受到勞動基準法等法規的適用和保障有關。在沒有勞動基準法的適用與保障的情況下，家庭工作社福外勞的工作時間只能透過勞雇之間的約定來加以規範。然而，無論約定與否，家庭工作社福外勞的每天規定的工作時數多超過13小時，即便是扣除工作時間內的用餐和休息時數，每天實際的工作時數也多超過10小時。（請見表4）若再加上低於現行基本工資水準的薪資條件，家庭工作社福外勞的勞動條件確實存在著「工時長、工作收入與付出存在著相當程度落差」的狀況與問題。

表 3 產業與社福外籍勞工勞動條件之比較

項 目 別	產業外籍勞工	社福外籍勞工
總薪資	27,788 元	19,927 元
經常性薪資	22,597 元	17,765 元
加班費	4,684 元	1,919 元
其他	508 元	244 元
每天平均工時	9.76 小時（註 1）	10.23 小時（註 2）
每月平均休假天數	9.91 天	1 天

資料來源：勞動部，107。

說明：部分數據，是經過作者粗算的結果，例如社福外籍勞工每月休假天數；而產業外籍勞工每天平均工時，則是扣除每月休假天數而計算後的結果。

註 1：含加班時數。

註 2：扣除用餐和休息時數。

表 4 雇主對外籍家庭看護工工作時間之訂定情形

項 目	有規定	每日規定工作時數①	工作時間內用餐及休息時數②	實際工時①-②	沒有規定	每日規定工作時數③	工作時間內用餐及休息時數④	實際工時③-④
臺北市	25.58	13.28	2.82	10.46	74.42	13.33	3.02	10.31
新北市	24.63	12.96	2.64	10.33	75.37	13.08	2.88	10.21
桃園市	18.94	12.68	2.55	10.13	81.06	12.90	2.82	10.08
臺中市	24.98	12.89	2.58	10.32	75.02	13.00	2.89	10.11
臺南市	22.54	12.71	2.77	9.94	77.46	13.21	2.74	10.47
高雄市	21.07	13.16	2.98	10.18	78.93	13.17	2.83	10.34

資料來源：同表 3。

總而言之，在缺乏勞動基準法適用的情形下，家庭工作社福外勞的勞動條件多只能仰賴勞雇之間的約定；也因此，對於家庭工作社福外勞的權益保障，一直以來都是社會各界關注的焦點。究竟是要將家庭工作的社福外勞納入勞動基準法或是家事勞工權益保障專法，也存在著相當多的論戰。儘管最後主管機關決定以另立專法的方式為之，截至目前為止，該法尚未送入立法機關審議，家庭工作的社福外勞仍然處於勞動條件與無法獲得充分保障的窘境。

尤其是對臺北市而言，由於絕大多數的勞領外籍勞工是家庭工作的社福外勞，再加上家庭工作的社福外勞絕大多數都是女性，如何強化家庭工作社福外勞權益的保障更形重要。因此，基於強化家庭工作外籍勞工權益保障的前提，本文參考國際公約和一些國家的經驗與作法，供我國或臺北市研擬有關政策的參考。

貳、國際勞工組織公約

針對移民勞工權益的保障，經常是國際勞工組織關切的焦點。事實上，早在1919年國際勞工組織成立之初，移民勞工權益的保障一直是勞動立法的重點。不過，受限於當時國際社會的環境，國際勞工組織直到1949年才通過第97號移民就業公約（Migration for Employment Convention, No.97），此乃是二次戰後，國際勞工組織首次對移民勞工提供的具體保障。其主要在強調平等對待原則，並拒絕互惠條款的簽訂。公約中課予國家對其領土內之合法移民勞工，無分國籍、種族、宗教或性別，在下列事項下享有與其本國國民平等之待遇（第六條）：

一、勞動條件方面：報酬（包括構成報酬一部份之家屬津貼）、工作時間、工作安排、有給休假、在家工作之限制、僱傭最低年齡、學徒　訓練、婦女及少年人之工作。

二、勞動三權方面：享有工會會員資格及團體協商利益。

三、居住。

四、社會安全之保障方面：包括關於職業傷害、生育、疾病、殘廢、老年、死亡、失業、家庭責任及其他依國家法令列入社會安全制度之項目之法律規定。

在第97號移民就業公約之後，國際勞工組織陸續也通過了幾項公約和建議書，例如1955年國際勞工組織通過有關低度開發國家與地方之移民勞工保障建議書（Recommendation No.100 concerning the protection of Migrant Workers in Underdeveloped countries and Territories），旨在消除有關移民勞工之任何歧視。

1975年通過第143號移民濫用限制及平等機會與待遇促進公約（Convention No.143 Concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers），重申每一會員國應尊重移民勞工的基本人權，該公約主要分成兩大部份：

一、禁止非法移民勞工的僱用；每一會員國應採取所有必要及適當的措施，抑止移民勞工非法就業，及僱用非法移民勞工，包括對於非法進行人力輸送活動的個人給予制裁、制訂法令規章與罰則有效檢查移民勞工的非法就業等。

二、平等的機會及待遇的促進；會員國應制訂國家政策，以促進及保證經由適合國情的方法，對移民勞工及其家屬合法地在其轄區內，在有關就業安全的保證、轉業的規定、失業救濟及再就業、社會安全、工會及文化權利、個人及集體的自由等，享有平等的機會及待遇，促進移民勞工對就業國家之社會適應。

儘管國際勞工組織對於移民勞工的權益十分重視，不過，對於大量在家庭中工作的移民勞工似乎並未產生實質的幫助。根據國際勞工組織的調查發現，全球有5億2千6百萬的勞工在家庭工作，其中，83%是女性。就勞動法規的適用和保障而言，將近30%在家庭工作的勞工是被排除於適用範圍外；45%在家庭工作的勞工無法享有週休和年休的權利，有超過一半的勞工每週工時並未受到勞動法規的規範，也有將近一半的勞工不適用最低工資制度。（ILO, 2014）對照前述表3和表4的統計資料，我國家庭工作的社福外勞的處境與國際勞工組織的調查發現頗為相似。

不僅如此，由於在家庭工作的勞工大多數是女性，再加上有超過1千7百萬在家庭工作的勞工是介於5歲到17歲，所衍生的強迫勞動（Forced labor）、童工僱用和人口販運等問題，更加受到國際社會的重視。（ILO, 2014）以我國為例，即便是人口販運防治工作推動頗有成效，每年被司法機關查緝到的人口販運案件數有多維持在100多件；（請見表5）而這其中，相信為數不少應該是發生在家庭工作的社福外勞身上。

表5 我國司法警察機關查緝人口販運案件數

年　度	勞力剝削	性剝削	總計
96年	53	144	197
97年	40	59	99
98年	46	42	88
99年	77	46	123
100年	145	53	198
101年	86	62	148
102年	84	82	166
103年	51	87	138
104年	44	97	141
105年	40	94	134
106年	37	108	145
107年	38	95	133

資料來源：內政部移民署，108年。

有鑑於在家庭中工作勞工的處境，國際勞工組織於2011年通過家庭工作勞工公約（Domestic Workers Convention, No. 189）及第201號建議書，家庭工作勞工公約旨在規範家庭工作勞動者的勞動條件和保障基本勞動權利，如結社自由權、團體協商權等。

國際勞工公約為確保在家庭工作勞工的權益，在尊重和促進工作基本原則和權利的前提上，要求簽署家庭工作勞工公約的會員國應該就四大面向採取措施加以落實：結社自由及集體談判權利、消除一切形式的強迫或強制勞動、有效禁止童工僱用和消除就業與職業歧視。

家庭工作勞工公約的具體規範內容，大體上包括以下重點：

一、僱用有關規定

簽署公約的會員國，應基於本國法律規定或是團體協約，透過書面契約訂定有關家庭工作合宜的待遇及條件，該公約第7條則是特別訂定11款的內容，包括：雇主和家庭工作者的姓名和住址、經常工作場所的地址、契約期間、從事工作的種類、工資、工作時間或提供膳宿等，以確保家庭工作者權益。

在確保家庭工作者權利方面，家庭工作者可否住在住戶中居住，可自行與雇主或是可能僱用的雇主協商。即便是住在住戶裡的家庭工作者，也應與一般勞工享有同等就業待遇以及工作條件，也應該享有隱私受到尊重的生活條件。另外，則是規定不得對家庭工作者有任何虐待、性騷擾或是暴力的情事，且家庭工作者有權保留本身旅行證件和身分證明文件。

針對家庭工作者的年齡，應設定最低年齡門檻，且不低於國內法規對於一般勞工規定的最低僱用年齡。對最低僱用年齡以上且未滿18歲的家庭工作者，雇主不得剝奪其受教權利或是限制其參加教育或職業訓練的權利。

二、工資有關規定

會員國應採取措施，以確保家庭工作者享有最低工資之保障，且不得因性別而有所差別待遇。工資須定期以現金給付，至少每個月給付一次。若國內法規或團體協約另有約定，且經家事勞動者之同意，得透過銀行轉帳、銀行支票、郵政支票、匯票或其他合法之貨幣支付方式給付工資。工資以實物給付時，國內法規、團體協約或仲裁判斷書得規定其比率，不得低於一般適用於其他類型勞工的條件，並應經家庭工作者同意；實物的作價應公平合理。

三、工時、休息、休假與請假有關規定

考量家庭工作者的特殊性質，會員國須以國內法規或團體協約作為規範，確保關於工作時間、延長工作時間工資、休息及特別休假，家庭工作者享有與一般勞工同等的待遇。

家庭工作者每週至少連續休息24小時。凡是家庭工作者需要在住戶家中隨時聽候工作的安排且不能隨意自由支配的時間，這一段時間應該被視為工作時間，而具體規定則依國內法規、團體協約或是慣例行之。倘若是住在住戶家中的家庭工作者，於每日休息、每周休息或休年假的期間，是沒有義務繼續留在住戶家中，也不必待在住戶成員身邊。

四、職業安全與衛生有關規定

家庭工作者有權享有安全及健康的工作環境；會員國應依據國內法規及習慣，考量家庭工作者的特殊性質，採取有效措施，確保家庭工作者職業安全及健康。會員國可以與最具代表性的雇主組織及工會、家庭工作者所組成的工會、家庭工作者的雇主組織進行磋商後，逐步落實有關措施。

為避免由私立就業服務機構招募或安置的家庭工作者遭受到虐待，會員國應依據國內法規及習慣，訂定管理私立就業服務機構營運的條件。若私立就業服務機構涉嫌虐待及詐欺行為，應有機構採取適當程序調查家庭工作者的申訴。

在其管轄權範圍內，視情況與其他會員國合作，採取必要及適當措施，保護及避免家庭工作者遭受虐待，應於法規中明定私立就業服務機構及住戶對於家庭工作者的責任及違反之罰則，其中包括禁止私立就業服務機構從事虐待及詐欺行為。若家事勞動者被招募至另一個國家工作，可以締結雙邊、區域或多邊協定，避免招募、安置及就業時，遭受虐待及詐欺行為。確保私立就業服務機構所繳納之費用，非由家庭工作者的工資中扣除。

五、社會保險有關規定

家庭工作者應適用法規所規範之勞動條件，而非社會保險。社會保險之權利是由勞動法或社會法所規範，包括最短的僱用期間、工作時間的下限或最低工資。由於工作特性，而被排除適用之法規通常會闡述更進一步之考量因素，可以為其訂定例外規定，例如：為僅有單一雇主或全時之家庭工作者，訂定最低工資或工作時間的下限，並得享有某些社會保險給付。

總體而論，國際勞工組織是相當重視移工的權益，而這幾年，更將關注的焦點放在家庭中工作的移工身上；2011年家庭工作勞工公約的通過正是凸顯國際勞工組織重視的程度。截至目前為止，簽署家庭工作勞工公約的國家共計有29國，其中已經實施的國家共計有27國；其中不乏為我國輸出勞工的國家，例如菲律賓。可預期地，當越來越多的國家簽署並實施這項公約時，勢必會對引進移工從事家庭工作的國家產生一定程度的影響。

嚴格地說，就勞動或工作條件而言，家庭工作勞工公約的要求是相當低標的，若要加以內國法化應該不會有太多的問題。最大的挑戰，應該還是家庭工作社福外勞的雇主是否願意遵循，以及政府願意加以法制化的決心。

事實上，為數不少的國家都已經將家庭工作勞工的勞動條件和權益，無論是外國籍或本國籍，納入有關法律中予以保障。以下將就幾個國家的作法加以探討，以做為我國借鏡參考。

參、美國家庭工作勞工權利法案

早在家庭工作勞工公約通過前，美國紐約州已經率先通過實施所謂家庭工作勞工權利法案（Domestic Workers' Bill of Rights），並被國際勞工組織譽為移工權益保障的最佳作為（Best practice）之一。（ILO, 2014）

美國紐約州家庭工作勞工權利法案為美國首創，2010年11月於紐約州生效。該法案引入多項家庭工作勞工權利與保護制度，保障下列項目：

1. 每週工作時數超過40小時者，必須支付加班費。
2. 每7日得1日全日休假。
3. 每年至少3日休假。
4. 家庭工作勞工受紐約州人權法規定保護，以防止性騷擾、性別、宗教、種族或國籍等歧視。

紐約州內許多家庭工作勞工多是未持合法工作文件的移工；此身分使他們的勞動權利無法獲得勞動法規充分的保障。在這樣的情況下，美國紐約州家庭工作權利法案正式生效。該法係依據現行勞工與社會保障措施所訂定，其中強調家庭工作之特殊性，區別該行業其與其他行業之不同。

紐約州州長於2010年8月簽署通過該法案，於同年11月生效，這是在家事勞工聯盟（Domestic Workers United）與紐約家事勞工正義聯盟（New York Domestic Workers Justice Coalition）兩大民間組織為爭取家庭工作權利，聯絡許多社區和民間團體組成一大聯盟，推動超過5年而得到的成果。

該法案是為所有紐約州內的家庭工作勞工設計，其中更明確詳述該法案適用於任何勞工，不論其身分為何，保障所有美國公民、合法永久居民、其他合法身分之移民與未持合法工作文件的移工。該法案定義家庭工作勞工為獨力照顧小孩或老人之幫傭、管家或其他家務工作者，如園丁或修繕工人；不過，該法案排除偶爾從事保母或花匠的臨時工。

除通過該權利法案外，紐約州同時進行一項提供家庭工作勞工團體協商權的研究，並集結成果為一份報告書。該報告書於2010年11月出版，其中指出全國勞動關係法（National Labor Relations Act）與紐約州就業關係法（State Employment Relations Act）已明確排除家庭工作勞工的團體協商權。另外，儘管該報告中提出家庭工作勞工當時的情況與行業特性會使勞工團體協商權之成立頗具挑戰性，該報告最終總結仍有給予家庭工作勞工團結權的可行方案，並建議更深入探討該議題。

該法案為美國首創的家庭工作勞工權利保障法案，自然具備讓全國其他司法管轄區效仿之潛力。加州便於2014年通過家庭工作勞工權利法案，成為第二個為家庭工作勞

工提供一系列有效保護措施的州。加州勞工法案著重於保障發放加班工資、飲食與休息時間，以及在與雇主同住的情況下，保有充足的睡眠條件。（CDWC, 2019）

根據加州法律的規定，如果家庭工作勞工與雇主共同居住，則該家庭工作勞工1天至少應有12個小時之休息時間；如果家庭工作勞工1天工作時間超過12個小時，則應享有一個為時3小時之休息時間，且雇主應以平日工資之1.5倍計算延長工時之工資。一個與雇主同住之家庭工作勞工不得連續工作5天，如果連續工作5天，則雇主應以平日工資之1.5倍計算延長工時之工資，且在延長工時超過9個小時之後，雇主應以平日工資之兩倍計算延長工時之工資。家庭工作勞工若未與其雇主同住，則其正常工作時間為每日8小時，每星期40小時；其亦可一星期工作7天，只要每天工作時間不超過6小時，且每星期工作總時數不超過30個小時。只要家事勞動者工作時間超過前述之正常工作時間，雇主即應給付加班費。（CDWC, 2019）

此外，雇主不得要求家庭工作勞工在用餐或休息時間工作，如果雇主要求家庭工作勞工於用餐或休息時間工作，則當日雇主應為家庭工作勞工所犧牲之每一個用餐或休息時間，以平日每小時工資計算，多給付家庭工作勞工一個小時之工資。雇主不得使家庭工作勞工連續工作5小時，卻沒有給予其30分鐘之用餐時間，除非當天之工作總時數為6小時；如果家庭工作勞工當日工作時數達10小時，則可以再要求另一個用餐時間。在每日休息時間部分，家事勞動者每工作4小時應享有10分鐘之休息時間，且休息時間是有給的。（CDWC, 2019）

肆、新加坡家事勞工勞動保障

一、立法背景

（一）家事勞動的社會經濟背景

大體上，新加坡是以引進外來勞動力來滿足基層勞動力與高階勞動力的需求。為因應外籍勞動力比重偏高問題，自2011年底起，新加坡陸續釋出緊縮移民政策、降低外籍勞動力僱用比率、鼓勵國人延後退休及企業多僱用中高齡勞工等政策，以期降低對外籍勞動力的依賴及增加本國人的就業機會。儘管如此，根據新加坡統計局的資料顯示，除2016年建築業外籍勞動力的僱用呈現減少的情形外，無論依據各項准證或許可證所引進的外籍勞動力的人數都是呈現有增無減的情形。

表6　新加坡外籍勞動力人數

准證類型	2012年底	2013年底	2014年底	2015年底	2016年底
就業准證（EP）	173,800	175,100	178,900	187,900	192,300
S准證（S准證）	142,400	160,900	170,100	178,600	179,700
工作許可證（Work Permit）總人數	942,800	974,400	991,300	997,100	992,700
工作許可證：外籍家事工	209,600	214,500	222,500	231,500	239,700
工作許可證：建築業	293,300	318,900	322,700	326,000	315,500
工作許可證：其他	9,300	11,300	15,400	23,600	28,300
外籍勞動力總人數	1,268,300	1,321,600	1,355,700	1,387,300	1,393,000
外籍勞動力總人數（不含外籍家事工）	1,058,700	1,107,100	1,133,200	1,155,800	1,153,200
外籍勞動力總人數；（不含外籍家事工和建築業）	731,300	748,100	764,500	780,300	787,800

資料來源：新加坡統計局，2017。

註：其他工作准證（Other Work Passes）包括：同意函（Letter of Consent, LOC）and訓練工作許可（Training Work Permit, TWP）。訓練就業准證（Training Employment Pass, TEP）從2014年三月起也含括在其他工作准證之中。

（二）家事勞動的供給與需求

無疑地，即便是新加坡政府宣示要減少對於外籍勞動力的依賴，實際的情形卻不盡然如此，新加坡依舊是將外籍勞動力的引進視為因應國內勞動力不足的重要策略。不過，若進一步分析可知，就業准證和其他工作許可證的人數均有顯著的增加，其中又以其他工作許可證的人數增加的最為顯著。此外，若僅就外籍家事勞工的變動狀況來看，事實上也是呈現一逐年成長的情形，說明新加坡對於外籍家事勞工（Foreign Domestic Workers）的依賴程度。

新加坡政府的政策基本上是鼓勵國人僱用外籍家事勞工以解決家庭照顧問題，因此即使較貧窮的家庭無法僱用外籍家事勞工，政府甚至採取補貼方式協助僱用。隨著新加坡邁入高齡化社會，對家事服務的需求持續增加，根據新加坡國家人口及人才署估計，該國國人對家事服務人員的需求從2011年的19萬8,000人，將逐漸增加到2030年的30萬人。（林國榮等, 2013）

新加坡目前外籍家事勞工將近24萬人，差不多每8個家庭就有1個家庭僱用外籍家事勞工。菲律賓、印尼兩地為主要之家事勞工輸出國。兩國婦女之所以為世界各地爭相僱用，主要是兩個原因：一是這兩個國家大部分人極度貧困及社會治安混亂，男人主要靠當保安，女人主要靠當保姆；二是宗教信仰，一個信天主教，一個信伊斯蘭教，婦女不能節育，生育頻繁，生活不堪負重，外出工作變成了養育後代和逃避困苦的主要途徑。（林國榮等, 2013）

二、立法內容

（一）定義與研究對象範圍

僱用條例（Employment Act）是新加坡主要的勞動法規，但家事勞工是被排除於適用範圍。

1. 國內法律之規範

新加坡對於外籍家事勞工的管理主要依據為1990年制頒的外籍勞工僱用法（The Employment of Foreign Workers Law），其措施內容主要有：對於勞工居留期間規定其聘僱期限為2年，期滿得以展延，每次為2年；非技術外來勞動力最長可工作為6年，低技術外來勞動力最長為8年。

2. 相關規範之內容

雇主如果要僱用「外籍家事勞工」必須先申請到外籍家事勞工的工作許可證，每份工作許可證有效期通常為2年，失效前雇主可代外籍勞工做多次更新延長工作許可，如果符合以下條件即可提出申請，每位申請人最多可申請兩位外籍家事勞工：

（1）年滿25歲及以上。

（2）沒有破產紀錄。

（3）沒有精神疾病，也沒有禁止行為的宣告。

（4）具有一定的經濟能力。

（5）對初次僱用外籍家事勞工的申請人，必須參加雇主講習方案（Employer Orientation Program）。

（6）若有照顧需求，例如家中有兩位或兩位以上未滿18歲的子女同住，或家中有一位年齡65歲或以上的長輩（父、母、岳父或岳母）同住。

外籍家事勞工必須符合下列條件：

（1）女性。

（2）自被核准的國家/地區，包括香港、澳門、馬來西亞、菲律賓、印度尼西亞、泰國、緬甸、斯里蘭卡、印度、南韓、臺灣和孟加拉國等。

（3）第一次申請者在提出工作許可申請時年齡必須 23 歲或以上、50 歲以下。

（4）曾經在新加坡工作過者在提出工作許可申請時必須是 18 歲～ 50 歲。

（5）必須要有學歷證明至少接受 8 年以上正規教育。

（6）在不含入境當天的 3 個工作天之內，於取得工作許可之前必須通過人力部根據規定實施的入境考試 （第一次在新加坡擔任外籍家事勞工者），最多允許參加 3 次考試。

（7）在不含入境當天的三個工作天之內，於取得工作許可之前必須參加安全認知課程（SAC）（第一次在新加坡擔任外籍家事勞工者）。

（8）必須在她的雇主身分證登記的住所工作。

（9）必須和雇主沒有關係（包含婚姻、領養和血緣）。

（10）在雇主還未交付新幣 5,000 元安全保證金之前不能進入新加坡。

（11）外籍家事勞工入境二週內必須接受第一次健康檢查，而在新加坡工作期間，每 6 個月必須進行一次身體檢查（費用由雇主承擔），如果被查出懷孕或染有性病、愛滋病，將立刻被遣返。

新加坡對於契約規範如下：

（1）僱用契約的簽訂

「僱用契約」應由勞雇雙方合意簽訂，內容至少應包下列的條款和規定：

a. 薪資。

b. 安置貸款。

c. 每月休息日數。

d. 應休未休的工資給付。

e. 契約終止的通知期限。

f. 提前終止契約的補償。

根據新加坡政府於 2017 年 6 月 9 日的公布，雇主可以視情況，提前終止與外籍家事勞工的「僱用契約」，但是必須根據契約有關「契約終止的通知期限」的規定，事先通知對方。如果不能依據通知期限規定執行，終止契約的一方應當給予補償。然而，若經勞雇雙方合意，也可以不依通知期限有關規定執行。

（2）勞工捐與安全保證金

雇主不需要為外籍家事勞工繳交中央公積金（Central Provident Fund, CPF），但是每個月需繳交勞工捐新幣265元或每天新幣8.72元。這是新加坡政府為有效控制外籍家事勞工的數量，每月強制向雇主徵收的費用。此外，雇主還要一次性給人力部繳納5,000新幣（約合新臺幣117,000元）的安全保證金，一旦有外籍家事勞工逾期滯留不歸，政府將用這筆保證金遣返外籍家事勞工。

對於不按時繳交勞工捐的雇主，將面臨以下的處罰：

a. 需支付每月2%或新幣20元的滯納金，視那一項金額最高而定。

b. 家事勞工的工作證會被撤銷。

c. 雇主無法在申請新的工作證或延長工作證。

d. 依法被強制執行。

（3）薪資和給付規定

雇主在申請聘僱外籍家事勞工時，必須要承諾每月要支付給外籍家事勞工的薪資條件為何？雇主必須在每月終了後7日內，按當初所承諾的薪資支付給外籍家事勞工。

新加坡是採取僱用契約制，沒有最低工資制，只要僱用契約所載明的薪資不要低於新加坡和外勞輸入國所協定之「備忘錄」（Memorandum of Understanding；簡稱MOU）的薪資水準，就沒有違法的顧慮。每個外勞輸出國的生活指數不同，因此對於薪資的要求每個國家標準自然也會有差異，菲律賓籍幫傭因為會說英文，薪資的標準排名第一，約600新幣（約合新臺幣14,040元），印尼和斯里蘭卡較低約450新幣（約合新臺幣10,530元）。（林國榮等，2013）

（4）週休規定

從2013年1月1日起，新加坡家事勞工可享有每週一天的休假，但雇主亦可透過協商方式以給付假日工資方式，讓家事勞工於休假日工作；日薪數額是以外籍家事勞工月薪除以26個工作日計算。至於休假日的安排，亦可透過勞資協商決定。

（5）住宿安排

依據規定，雇主應提供家事勞工獨立居住空間，由強調提供女性的居住空間，必須有足夠的空間能夠睡眠，且雇主必須提供家事勞工足夠的基本居住需求；包括通風設施，食物，有睡墊的床鋪，覆蓋的毯子，毛巾以及盥洗用具等。所謂不適當的居住空間為讓勞工以摺疊床睡在走廊或客廳，或與異性受照顧者同睡一個房間等。

（6）保險規定

雇主於家事勞工抵達新加坡之前，雇主必須有義務為家事勞工購買醫療保險和人身意外保險，而不能將成本轉嫁給家事勞工。

在家事勞工居留新加坡期間，雇主必須為其購買每年至少新幣15,000元的醫療保險，內容至少要包括住院醫療和手術給付。

針對2017年10月1日起新申請或延長工作證的外籍家事勞工，雇主必須購買每年至少新幣60,000元的人身意外保險，內容至少要包括因為突然發生意外事故而導致永久性殘疾或死亡的給付。保險賠償金應支付給外籍家事勞工或其受益人。

（7）工作期間

工作許可證有效期間通常為2年，失效前雇主可代外籍家事勞工申請做多次更新、延長工作許可。

（8）雇主講習

對初次僱用外籍家事勞工的申請人，必須參加雇主講習方案（Employer Orientation Program）。

（9）安全協議（Safety Agreement）的簽訂

當雇主首次僱用或接收移轉的外籍家事勞工時，仲介機構應該協助雇主與家事勞工訂定「安全協議」，目的是確保勞雇雙方知道人力部對於清潔窗戶外部的有關規定。新加坡人力部規定，雇主如果因為沒有採取必要的安全措施而導致外籍家事勞工跌落的話，雇主會因疏忽罪被告上法庭，並剝奪他們以後再僱用外籍家事勞工的權利。

「安全協議」的內容包括：

a. 列出清潔窗戶外部的限制。

b. 清潔窗戶的要求會遵循人力部的有關規定。

c. 外籍家事勞工對窗戶清潔要求的確認。

為了確保外籍家事勞工能完全了解協議的內容，外籍家事勞工所持的協議副本的文字應使用外籍家事勞工的母語。協議將由雇主、仲介機構和外籍家事勞工三方共同簽署。

三、制度檢討

誠如前述，新加坡的家事勞工，無論是本國籍或外國籍，都排除於「僱用條例」（Employment Act）適用範圍之外，其勞動條件只能透過書面的僱用契約來決定；因為要透過「僱用條例」來規範家事工作，會有其窒礙難行之處，例如工作時間和國定假日工作等。

伍、香港家事外籍勞工權益保障

一、立法背景

（一）家事勞動的社會經濟背景

在香港，家事服務（香港稱之「家政服務」）為家庭提供了保母、護理、清潔、家教、家庭管理等方面全方位的服務體系；另一方面，它是解決中高齡人士再就業問題的主要管道之一。

（二）家事勞動的供給與需求

香港地區目前有家政服務員近30多萬人，其中外籍家政服務員（以下稱外籍家事勞工）人數約為29萬多人，絕大多數來自印尼和菲律賓（49%來自印尼，48%來自菲律賓），本地服務員（一般稱為家務助理）數約為1萬餘人，主要為臨時工和鐘點工，而鐘點工大體上包括以下兩類：

1. 以小時計算費用的臨時性家庭服務傭工；

2. 是以小時/日定時定人的包月家庭服務傭工。臨時傭工隨叫隨到，但不無法指定某一位服務鐘點工；包月鐘點工是定時、定點、定人的固定服務工。從服務工工資計算標準來說，包月的鐘點工之鐘點工資較低。（林國榮等, 2013）

香港自1970年代起就開始聘雇外籍家事勞工，藉以解決缺乏內宿型家事勞勞工力不足的問題。香港對於外籍勞工的聘僱管理主要透過入境事務處與勞工處依據權責分工管理。入境事務處負責工作簽證核發與標準僱傭契約的相關規範。勞工處則建立聘僱外籍家事勞工的基本政策以及監督僱傭之間的違法事項。原則上，香港政府以確保本地人的就業為優先，雇主無法聘僱適當人力時，才可以引進外籍家事勞工。

二、立法內容

（一）定義與研究對象範圍

香港係以聘僱資格條件為核心，進行家事勞動的相關規範，並以居從業人員多數的外國籍為對象，相關聘請資格條件如下：

1. 家庭收入

根據香港入境事務處條例外籍家事勞工申請人或申請人的家庭總收入必須不少於年薪港幣$180,000，即平均每月不少於$15,000港幣。這個最低收入限額亦會隨著外籍家事勞工的薪金變動而調整。外籍家事勞工的每月最低薪金已於2016年9月30日調整至

表7　香港聘請外籍家事勞工支出（不包括僱傭中心代辦費用）

項目	金額
每月薪金 4,310 ×12月×2年	103,440港元
單程到港機票（香港-> 馬尼拉/雅加達/曼谷）	1,500港元
綜合家傭保險	1,100港元
交通津貼（上任及離職兩日各$100）	200港元
回程機票（香港-> 馬尼拉/雅加達/曼谷）	1,500港元
合計	98,380港元

資料來源：本文整理。

港幣4,310元。此外，若僱主選擇為外籍家事勞工提供膳食津貼代替免費膳食，津貼將增加至每月不少於港幣1,037元。香港入境事務處設立僱主基本申請外籍家事勞工的收入要求，目的是防止一些收入不足或沒有穩定收入的家庭聘請外籍家事勞工後，而沒有能力支付外籍家事勞工的薪金。

2. 居住要求

需提供外籍家事勞工「合適的住宿地方」，亦即在一個固定的房間內有固定的床位，給予外籍家事勞工一些隱私權及得到充分休息的地方。安排外籍家事勞工睡在客廳或廚房等「朝拆晚行」式的臨時床位，或與異性成年人共用一個房間等都違反了外籍家事勞工的基本人權。故此，外籍家事勞工雇主還需要向入境事務處提交住址證明。

3. 聘請外籍家事勞工的支出

作為雇主除了每月基本工資以外，還要為外籍家事勞工提供住宿和膳食。所以在聘請外籍家事勞工前，雇主亦應計算自己的經濟能力，是否足夠負擔外籍家事勞工每月薪金及其他有關的支出。舉例來說，如按外籍家事勞工每月薪津以港幣4,310元計算，兩年基本合約期內，聘請外籍家事勞工支出（不包括僱傭中心代辦費用）如下表所示。

（二）國內法律之規範

對於香港的外籍家事勞工而言，最明顯的權利問題在於其工資排除於2011年5月通過的最低工資保護之外。根據香港最低工資條例（Minimum Wage Ordinance）第七條第三款「某人如受僱為某住戶的家庭傭工，或在關乎某住戶的情況下受僱為家庭傭工，並免費居於該住戶，則本條例不適用於該人」的規定。根據前述規定，顯然地，香港外籍家事勞工不適用最低工資有關規定。

而外籍家事勞工在香港所適用規範為何？若根據香港勞工處官網提供雇主可下載的聘僱外籍家事勞工實用指南，香港政府規定外籍家事勞工與香港國民同樣受到勞動法律的保護。換言之，香港的外籍家事勞工與當地勞工一律適用僱傭條例（Employment Ordinance）與僱員工傷補償條例（Employee's Compensation Ordinance）。勞雇間的契約須依照政府所提供的版本；例如僱主須支付不低於「規定最低工資」港幣4,310的工資（自2016年9月30日起適用）、須指定支付工資的日期、須指定傭工的休息日、須與外籍家事勞工協調伙食給付；如由雇主提供，則伙食為免費，如僱主選擇為外籍家事勞工提供膳食津貼，須支付外籍家事勞工每月不少於港幣1,037元的膳食津貼。此外，僱主須根據僱員補償條例（Employees' Compensation Ordinance），為外籍家事勞工投保工傷補償險，否則將面臨罰款與監禁的處罰。外籍家事勞工每一星期至少有一天為休息日。

針對勞雇間的糾紛，香港勞工處[1]設有申訴渠道，以解決外籍家事勞工和僱主之間的糾紛。主要為透過自願斡旋以及付費的仲裁機制。為了保障僱主和當地勞工的就業機會，外籍家事勞工不可從事任何其他工作，亦包括兼職工作。

儘管法律保障適用本勞與外勞，尤其關於苛扣工資的違反事項，如果僱主擅扣外籍家事勞工工資，該僱主得遭處35萬港幣的罰鍰以及3年的刑期。如果僱主以不實資料欺騙勞工主管單位，情節等於罪加一等，最高可以處罰有期徒刑14年。外籍家事勞工僱主亦不得幫仲介公司代扣任何費用。除非僱主有預付工資給外籍家事勞工，則僱主可以從每月工資中扣除適當比例，做為償還。

---

1. 勞工處分為勞工事務行政與勞工職業安全健康兩個部門，再由勞工事務行政部門分為五項業務單位，其中與外勞有直接關係的為勞動關係組（Labor Relations Division），由助理處長掌管業務。勞動關係業務中，有提供工資與勞動條件爭議的自願斡旋服務。另外有負責就業申訴調查單位，負責有關違反僱傭條例的實情調查，並進行行政裁罰。

（三）相關規範之內容

1. 申辦時間

僱主申辦外籍家事勞工一般需要經過多個政府部門及有關之所屬國家機構批准或認可，如香港入境事務處、所屬國家領事館、外籍家事勞工所屬國家勞工部和移民局等。以印尼籍家事勞工為例，一般申辦時間大約為2.5至3個月左右，菲籍家事勞工及泰籍家事勞工則大概需要3個月左右。

2. 申辦程序

首先，僱主可以到從事海外家庭傭工的外傭中心（以下簡稱為僱傭中心）查詢。僱傭中心會先了解僱主的需要、家庭結構，例如家庭成員組合、是否有初生嬰兒、孩子以及老人家及家庭成員的人數、家庭中是否有患病者等。然後向僱主解釋「外籍家庭傭工合約I.D.407條例」有關勞工法例、申請程序和說明僱傭中心的服務範圍。接著便是簽署 I.D.407合約。I.D.407合約標準僱傭合約第2條說明一般僱傭合約期限為2年，以傭工在原居地申請來港工作為例，合約由外籍家事勞工到達香港，即入境當日計算，為期2年；而在港申請轉換僱主的合約生效日期，則以入境事務處處長正式批准外籍家事勞工逗留香港工作當日起計算2年。有關日期，僱主可在外籍家事勞工護照上獲簽發的居留工作簽證上看到。外籍家事勞工應備有一份傭工居留工作簽證副本以作參考或計算之用。

在這個過程中，僱主首先需致函外籍家事勞工所屬領事館要求公證合約I.D.407。接著可以遞交相關文件予入境處批核。稍後當僱主收到回條（ I.D.813）、簽證批准通知書（ I.D.815B ），便可到入境處領取外籍家事勞工簽證。

3. 外籍家事勞工抵港後的規定

僱傭中心會派工作人員前往機場接機，並協助外籍家事勞工申請香港身份證。此外僱傭中心也會協助僱主替外籍家事勞工購買合適的勞工、意外傷亡保險。僱傭中心有關職員亦會陪同外籍家事勞工到所屬領事館報到，以及負責日後之跟進工作，如了解外籍家事勞工與僱主相處是否融洽。如遇有問題，僱主及外籍家事勞工可以透過僱傭中心進行調解、輔導。港政府規定任何外籍家事勞工如欲在港逗留超過180天，必須在抵港30天內領取香港身份證。僱主最好能在外籍家事勞工上任數天前替外籍家事勞工購買勞工保險或家庭傭工綜合性保險（包括勞工保險及醫療傷亡賠償）。

4. 外籍家事勞工在《僱傭條例》下可享有的權益及保障

外籍家事勞工的標準僱傭合約

標準僱傭合約訂明在香港的外籍家事勞工的僱用條款及條件，該合約是香港特政府就僱用外籍家事勞工唯一認可的合約。根據標準僱傭合約，外籍家事勞工可享有下列權益：

a. 規定最低工資（合約第5（a）條）。

b. 膳食津貼（如僱主不提供膳食）（第 5（b）條）。

c. 免費住宿（第5（ b）條）。

d. 往返原居地的旅費（第7（a）條）。

e. 免費醫療，包括診症、住院及牙科急診費用（第 9（a）條）。

f. 在續約時由僱主支付旅費以往返原居地放有薪或無薪假期（第 13 條 ）。

5. 規定最低工資

僱主須向外籍家事勞工支付不低於簽訂合約時的規定最低工資的薪金。在港工作的外籍家事勞工，如其僱傭合約在2017年9月30日或以後簽訂，應獲支付不低於每月港幣 4,410 元的規定最低工資的薪金。

6. 支付工資

僱主必須在工資期完結後或僱傭合約終止後七天內支付工資。

7. 短付工資

外籍家事勞工獲付的工資如低於僱傭合約訂明的水平，他/她：

（1）應與僱主澄清正確的金額；

（2）不應就未獲支付的工資簽署收據；以及

（3）應盡快向勞工處舉報僱主短付工資。

8. 扣除工資

僱主只可在下列情況下扣除外籍家事勞工的工資：

（1）如因外籍家事勞工疏忽或失職而引致僱主的物品或財物損壞或遺失，僱主可按值扣除外籍家事勞工的工資以作賠償，但每個個案以港幣300元為限 ；

（2）外籍家事勞工缺勤，但只能扣除與其缺勤時間成比例的款額；

（3）僱主曾預支或多付給外籍家事勞工的工資，可從外籍家事勞工的工資中扣回；以及

（4）在外籍家事勞工書面同意下，可從其工資中扣回借給他/她的貸款。

所扣除的工資總額，除因缺勤而扣除的數額外，不可超過就該工資期須付給外籍家事勞工的工資的一半。

9. 休息日

外籍家事勞工：

（1）應在每七天期間獲得最少一天休息日；以及

（2）可自願在休息日工作。

僱主不得強逼外籍家事勞工在休息日工作。

10. 法定假日

外籍家事勞工：

（1）可享有每年 12 天法定假日；以及

（2）如在法定假日之前已受僱滿三個月，便可享有該假日的假日薪酬。

僱主不得以款項代替給予法定假日。如果法定假日適逢是外籍家事勞工的休息日，僱主必須在休息日翌日補假給外籍家事勞工。如僱主要求外籍家事勞工在法定假日工作，必須在原定假日之前或之後 60 天內，安排另定假日給外籍家事勞工。

11. 年假

外籍家事勞工為同一僱主每工作滿 12 個月後，可享有按以下比率計算的有薪年假：

（1）在服務年期滿一年及兩年後，每年可獲七天有薪年假；以及

（2）由第三年開始，有薪年假每年遞增一天，最多增至 14 天。

12. 疾病津貼

外籍家事勞工在下列情況下可享有疾病津貼 ：

（1）已累積足夠的有薪病假；

（2）放病假的日數不少於連續四天；以及

（3）能出示適當的醫生證明書。

每日疾病津貼相等於外籍家事勞工的每日平均工資的五分之四，最遲須在正常發薪日支付。僱主不可在外籍家事勞工放有薪病假期間作出解僱，惟外籍家事勞工犯嚴重過失者除外。

13. 終止僱傭合約

僱傭雙方均可給予對方一個月的書面通知或支付一個月代通知金以終止僱傭合約。終止僱傭合約的款項可包括：

（1）任何未發放的工資；

（2）代通知金（如適用） ；

（3）用以代替未放的年假的工資；

（4）長期服務金 / 遣散費（如適用）；以及

（5）其他根據僱傭合約須支付給外籍家事勞工的款項，例如返回原居地的旅費、膳食及交通津貼等。

14. 資遣費

外籍家事勞工在下列情況下可享有遣散費：

（1）在遭解僱前已連續為同一僱主工作不少於24個月；以及

（2）因裁員而遭解僱，或在僱傭合約屆滿後，因裁員理由而未獲續約。

15. 長期服務金

如外籍家事勞工在僱傭合約終止前已連續為同一僱主工作不少於5年，並且符合下列其中一種情況，可享有長期服務金：

（1）非因嚴重行為不當或裁員而遭解僱或不獲續約；

（2）因健康理由而辭職；

（3）因年老（即65歲或以上）而辭職；或

（4）於在職期間死亡。

16. 資遣費及長期服務金的計算方法

一個月的工資x 2/3 x服務年資；未足一年的服務年期則按比例計算。外籍家事勞工在同一時間，只可享有資遣費或長期服務金的其中一項。

（1）家務助理（本國籍）在《僱傭條例》下可享有的權益及保障

僱主與家務助理雙方可自行訂立合適的僱傭條款及條件，不過，有關條款必須符合《僱傭條例》及《最低工資條例》的規定。根據《僱傭條例》，如僱主與家務助理訂立書面僱傭合約，僱主必須將一份合約副本給予家務助理保存。此外，僱主如欲修改僱傭合約條款，應先徵詢家務助理的意見，並取得他們的同意後，才可作出更改。任何僱傭合約的條款，如有終止或減少《僱傭條例》或《最低工資條例》所賦予僱員的權利、利益或保障的含意[2]，即屬無效。其權益及保障如下：

a. 法定最低工資：根據《最低工資條例》，僱主須向家務助理支付不低於法定最低工資的薪金。由2017年5月1日起，法定最低工資水準由每小時港幣32.5元調升至每小時港幣34.5元。就僱主備存僱員的總工作時數紀錄的金額上限，亦同時由每月港幣13,300元修訂為每月港幣14,100元。

b. 工作時間：如僱員屬法定最低工資適用的僱員及須就工資期支付的工資少於《最低工資條例》內附表9指明的款額，僱主便須備存該僱員於該工資期的總工作時數紀錄。（《僱傭條例》第49A條）

---

2. 所有家務助理，無論他們每星期工作多少小時，都可根據《僱傭條例》享有：1. 法定假日；2. 工資保障；及3. 職工會不受歧視的保障。如家務助理按「連續性合約」受僱（即連續工作4星期或以上，而每星期最少工作18小時），雇主除了支付家務助理薪金外，亦需根據《僱傭條例》的規定提供其他保障如：1. 休息日；2. 有薪法定假日；3. 有薪年假；4. 疾病津貼；5. 產假；及6. 遣散費或長期服務金等（如適用）。

c. 休息日：凡按連續性合約受僱的僱員，每7天可享有不少於1天的休息日。（《僱傭條例》第17條）按《僱傭條例》第3條及附表 1的規定，「連續性合約」是指僱員為同一僱主連續工作4 星期或以上，而每星期最少工作 18 小時。

d. 工資給付：僱主須在工資期最後一天完結時支付工資，在任何情況下不得遲於工資期屆滿後7天。（《僱傭條例》第23條）僱主如果未能在工資期滿後的7天內支付工資，不僅須就欠薪支付利息給家務助理，也可能被檢控。一經定罪，最高可被罰款35萬元及監禁3年。家務助理如果在工資到期支付後1個月內仍未獲發工資，可當其僱傭合約已被僱主在不給予通知的情況下終止。在這情況下，僱主須向家務助理支付終止僱傭合約的款項。根據《最低工資條例》，僱員在任何工資期的工資，不得低於他於該工資期的總工作時數，乘以法定最低工資的水平。

e. 假期：所有僱員，不論服務年資的長短及工作時數，均可享有法定假日。僱員在根據連續性合約受僱滿3個月後，可享有有薪法定假日。（《僱傭條例》第39及40條）

f. 有薪年假：按連續性合約受僱不少1個月的僱員可享有有薪年假。年假的日數由7天至14天不等，視乎該僱員受僱年期而定。按《僱傭條例》發放的有薪年假，僱主須於有關假期年屆滿後12個月讓僱員放取。年假是僱員根據《僱傭條例》有權享有的休息日、假日及產假以外另獲給予的假期。（《僱傭條例》第41AA條）只要不少於《僱傭條例》第41AA 條的規定，僱主可按照公司的規定給予僱員年假。在這情況下，請在僱傭合約上列明給予個別僱員的年假日數。在合約終止時，僱員如在該假期年度內已根據連續性合約受僱不少於3個月，可享有按比例計算的年假薪酬；但因該僱員嚴重行為不當而被即時解僱的情況除外。（《僱傭條例》第41D條）

g. 產假薪酬：女性僱員如果在產假開始前已根據連續性合約受僱滿4星期或以上，便可享有10星期產假。（《僱傭條例》第12條）如果在產假開始前已根據連續性合約受僱滿40星期或以上，則可享有產假薪酬。（《僱傭條例》第14條）

h. 疾病津貼：僱員按連續性合約受僱，在第一年內每服務滿1個月，便可累積2天有薪病假；由第二年起，每服務滿1個月可累積4天；最多可累積至120天。僱員在下列情況下，有權獲得疾病津貼：

（a）病假不少於連續 4天；

（b）僱員能夠出示適當的醫生證明書；及

（c）僱員累積了足夠的有薪病假。

凡女性僱員須接受產前檢查或產後治療而缺勤的日子，或因流產而缺勤的日子，均屬病假。如該女性僱員已累積有薪病假日數，並能提出所需的醫生證明書，則在病假期間的每一天，均可獲疾病津貼。（《僱傭條例》第33條）

17. 終止僱傭合約

凡僱傭合約列明沒有試用期，或在試用期之後，終止合約的議定通知期不得少於7天。如僱傭合約沒有訂明所需的通知期，則通知期不得少於1個月。（僱傭條例第6（2）（a），（b）及（c）條）僱傭合約內如有列明試用期，在試用期的第一個月後，終止合約的議定通知期也不得少於7天。（《僱傭條例》第6（3A）（b）條）

在終止僱傭合約時，僱主應支付任何未發放的工資給家務助理。此外，僱主亦應按《僱傭條例》的規定，並視乎家務助理的受僱期和終止僱傭合約的原因等因素而支付下列款項：

（1）代通知金（如適用）；

a. 工資代替任何未發放的年假，及該假期年按比例的年假薪酬（如適用）；

b. 長期服務金或遣散費（如適用）。

（2）年終酬金及花紅

《僱傭條例》沒有明文規定僱主必須支付年終酬金，包括雙糧及花紅。但如果合約包括這條款，雇主便必須履行這合約條款支付年終酬金。如果年終酬金屬賞贈性質或隨僱主酌情付給的，則必須在合約內明確註明。（《僱傭條例》第11AA及11B條）

凡僱員在酬金期內，根據連續性合約受僱不少於3個月，均可享有按比例計算的年終酬金；惟該僱員如因嚴重行為不當而被即時解僱，或在酬金期內辭職則除外。如有試用期，在計算僱員是否可享有按比例計算的年終酬金時，並不包括首3個月的試用期。（《僱傭條例》第11F條）

（3）強制性公積金計畫

根據《強制性公積金計畫條例》，凡家務助理均無須參加強積金計畫。

（4）颱風時當值/黑色暴雨警告時當值

僱主應預先訂明在颱風或暴雨警告下的工作安排和應變措施，並向僱員清楚說明。僱主應只要求絕對必須的人員在惡劣天氣下上班。在可行的情況下，僱主應向須在八號或以上颱風警告或黑色暴雨警告生效期間上班的僱員，提供接送服務；如未能提供，應考慮向僱員發放颱風或暴雨當值津貼，以作鼓勵。

三、制度檢討

在香港，外籍人士和當地人士從事家事工作有著不同的稱呼，前者稱之為傭工、而後者則稱之為家務助理。不論其稱呼為何，大體上所從事的工作內容都是與家事有關的

工作。由於香港將從事家事工作的人員納入僱傭條例，家事勞工所享有的勞動條件與權益與一般勞工差異不大；而外籍家事勞工與本地的家事勞工（家務助理）兩者之間所享有的待遇差異也不大。比較大的差異在於，外籍家事勞工不受到最低工資立法的保障，而是由香港政府另行訂定所謂的「規定最低工資」來加以規範和要求。此外，香港政府對於外籍家事勞工訂有「兩週規定」，外籍家事勞工可以利用這兩週的時間尋求工作機會或是爭取必要的權益。

言而總之，由於外籍家事勞工納入僱傭條例，外籍家事勞工得以享有基本的勞動條件與權益，應該是無庸置疑地。

陸、我國家庭工作社福外勞的有關規定

一、規範內容

若依據就業服務法，在家庭工作社福外勞家事勞工意指下列兩種類型的勞動者：1. 家庭看護工，在家庭從事身心障礙者或病患之日常生活照顧相關事務工作；2. 家庭幫傭，在私人家庭從事房舍清理、食物烹調、家庭成員起居照料或其他與家事服務有關工作。

在我國，此兩種僱用為特許制進用，許可制的核可條件同時扣緊民法所規範親屬間的彼此照顧義務，及長期照顧需求的認定，為方便比較，本文集中在人數較多的家庭看護工討論：

1. 雇主申請條件：雇主（申請人）與被看護者，應具備下列關係之一：

（1）配偶。

（2）直系血親。

（3）三親等內之旁系血親。

（4）一親等之姻親。

（5）祖父母與孫媳婦或祖父母與孫女婿。

2. 被看護者資格：申請聘僱家庭外籍看護工的被看護者，應符合下列二種資格條件之一：

（1）被看護者至公告指定之「申請聘僱家庭外籍看護工評估醫院」進行專業評估，經指定醫院所開具之診斷證明書且醫療團隊認定須24小時照顧者，評估結果符合下列情形之一：

a. 被看護者年齡未滿80歲，有全日照護需要。

b. 被看護者年齡滿80歲以上未滿85歲，有嚴重依賴照護需要或全日照顧需要。

c. 被看護者年齡滿85歲以上，有輕度以上依賴照護需要。

（2）被看護者領有直轄市或縣（市）社政主管機關核發的身心障礙手冊，且須符合下表中的特定身心障礙重度或極重度等級項目之一。

3. 勞動條件

（1）工資

月支工資原則按前述我國勞工主管機關與各來源國駐臺辦事處所商定之定型化契約規範，2017年印尼方為新臺幣17,000元，每月定期發給並按我國有關法令規定由雇主代扣繳健康保險。

雇主應免費提供家事勞動者每日適當三餐膳食，包含例假日及病假在內。

（2）休息

雇主需提供給家事勞動者足夠休息時間（不得低於八小時）以保持勞動者之工作品質。

（3）休假

勞動者於服務一年以上三年未滿者，每年由雇主給予特別休假7日，獲經過勞動者同意折發工資（新臺幣566.7元乘以7日，直接交給勞動者）。勞動者因傷病需請假者，雇主需准予請假。

雇主每7日需給勞動者一天休假，如勞動者於休假日工作者，雇主需給加班費（每日新臺幣566.7元）。

（4）住宿安排

雇主應免費提供家事勞動者適當休息空間，家事勞動者應居住於前述地點內並不得外宿。

（5）保險規定

聘僱期間內，雇主應為勞動者辦理加入健康保險，保險費之負擔一全民健康保險法分攤之。

若雇主未能為勞動者辦理勞工保險，雇主應為勞動者提供新臺幣30萬元以上之意外事故保險。若雇主無法提供此兩種保險，發生意外時，雇主需理賠應保險而未保險之相同金額。

4. 就業安定費

依就業服務法第42條規定，為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定。故就業服務法第55條另規

定，雇主聘僱外籍勞工應繳納就業安定費，看護工月繳數額為每人每月新臺幣2,000元，三個月一期繳納。

二、契約規範

雇主需按前述契約規範簽訂書面勞動契約及「外國人入國工作費用及工資切結書」。依現行規定，雇主應全額給付外籍勞工薪資，且雇主聘僱外籍勞工均需簽訂書面勞動契約及「外國人入國工作費用及工資切結書」，作為地方勞工主管機關日後查處有否違法之依據。

三、制度檢討

（一）未能適用勞動法

受僱於個人之家事勞工是在家庭從事看護、照料家庭成員起居、處理家務等工作，其工作形態、工作時間與休息時間與受僱於事業單位之勞工明顯不同，且不易釐清，適用勞動基準法確有窒礙難行之處。現行外籍家事勞工在臺工作之工資、工時等勞動條件，係由外籍家事勞工與雇主雙方於外籍家事勞工入國前合意協商訂定勞動契約予以規範，惟其權益之保障，似宜以另定適切之法規予以規範較為妥適。家庭內的照護關係並非等同一般勞動市場之勞雇關係，雇主多為身障者等弱勢族群，恐怕無法負擔等同勞動市場之管理責任，這些均需在適法時列入考量。

（二）雇主家庭負擔能力

家事勞工係在家庭中提供勞務，有別於一般廠場，且部分被看護者之家庭係屬弱勢，又家庭非營利單位，如適用勞動基準法後，無法比照事業單位採用其他方式降低生產成本或將成本轉嫁，勢必直接增加家庭經濟負擔。

（三）與長期照顧法制整合

過去長期照顧分屬於不同法源，護理人員法、老人福利法、身心障礙法，故較缺乏全面性之法源考量，但在2015年5月通過長期照顧服務法，並於2017年1月再次修正後，長期照顧法制已趨向整合，並明確定位三種類型的服務提供，其中居家型態所指涉者多為家事勞動所涵蓋範疇，而社福機構居家照顧服務的供給，亦可為前述原本為零和關係的勞工與雇主，創造勞動條件調整的空間，如喘息服務所能給予直接照顧者的休息時間。兩者間的異同如何調合及整合，將會是家事勞動能夠進一步法制化的關鍵。

柒、結語

根據上述的說明可知，針對在家庭工作外籍勞工的權益保障部分，強化其工時、休息與休假權利的保障顯然是各國立法規範的重點。當然，如何維護這些在家庭工作外籍移工的基本勞動條件與權益，當然也是立法所強調者。

家事勞動從業者會因其國籍別而在適用規範上有相當大的差異。而國際勞工組織及其相關規範所關注者，主要為國民待遇及非歧視對待，也就是勞動條件上的差異（鄭津津，2011）。至於雇主的身份為何，移工的身份合法與否，或是移工的移入是否會排擠本國勞工的就業機會則非其所看重，然此卻是勞工輸入國最為重視者。因此，若要建立一體適用的規範或適用一般的勞動法法規，就會產生相當大的落差，這也是在國際公約內國法化的過程中最困難之處。

以我國而言，家事勞動從業人員以外籍為主，法制規範上係因其身份而以就業服務法為核心，在家庭工作外籍勞工復又與雇主簽訂契約，共同建構起對於各職類項目（含看護工及幫傭）的雇主特許管制規範。儘管我國與新加坡及香港同被認定是屬於「低比率的機構服務工作，高比率的在家庭工作」的國家。但是，我國以看護工人數最多，明顯與前述兩國以家庭幫傭為主的方向不同。

面對在家庭工作外籍移工保障不足議題，訂定專法加以保障，似乎係一比較可行的方法。專法的法制設計可以處理前述與既有體制的衝突問題。首先，專法可以處理家事勞動者特定的問題，而非一般勞動法的問題；其次，在執法層面，專法可以特別設計、處理難以進入一般家戶勞動檢查的問題。然而，訂定專法需時甚長。在專法訂定之前，或許各級政府可以依其特性和實際狀況訂定行政指導，尤其是針對工時、休息與休假等有關事項，進而達到保障家庭工作外籍移工的目的。對於臺北市而言，由於大多數外籍勞工都是在家庭中工作，訂定行政指導來處理外籍移工基本勞動條件議題，更是重要且必要。

總體而論，自1999年國際勞工組織提出尊嚴勞動或工作（Decent work）的主張與訴求之後，如何強化弱勢勞工勞動條件與權益的保障，不僅成為國際勞工組織關注的重點，也已經成為許多國家努力的方向。即便是美國，一個標榜政府不積極介入勞資事務的國家，對於在家庭工作的外籍勞工都積極透過立法的方式來強化這些勞工勞動條件與權益的保障，我國理當借鏡他國經驗，透過立法來強化與落實在家庭工作外籍勞工勞動條件與權益的保障。

參考文獻

1. 內政部移民署（108），人口販運案件公務統計。
2. 林國榮等（2013），外籍幫傭供需調查及政策影響研究，行政院勞工委員會職業訓練局委託研究。
3. 香港政府一站通，網址：
http://www.gov.hk/tc/residents/employment/recruitment/foreigndomestichelper.htm
4. 勞動部（107），外籍勞工管理及運用調查。
5. 勞動部（108），勞動統計月報，10月，下載自勞動部網站，網址：www.mol.gov.tw。
6. 新加坡法規網站資料。
7. 劉黃麗娟（2012），外籍勞工人權之保障，行政院勞工委員會職業訓練局委託研究。
8. 衛生福利部（2015），104年-107年長期照顧服務量能提升計畫，臺北：行政院。
9. 薛承泰（2011），我國當前長期照顧政策研擬與困境. 社區發展季刊, 136：20–49。
10. Addati, L., Cattaneo, U., Esquivel, V., & Valarino, I.（2018）. Care work and care jobs for the future of decent work.ILO.
11. CDWC（California Domestic Workers Coalition）（2019）, “Why the Domestic Workers'Bill of Right is Good for?”, Available at www.domesticworkers.org/bill-of-rights/california.
12. ILO（2014），Promoting Decent Work for Domestic Workers： ILO in Action, Oct. 20,available at www.ilo.org.
13. ILO（2014），Best Practices for Migrant Workers，2014年9月下載自ILO網站，網址：www.ilo.org.
14. ILO（2016a）. Decent work for migrant domestic workers： Moving the agenda forward.
15. ILO（2016b）. Formalizing domestic work.
16. Lee W. Y., Petersen, Carole J.（2006）, Forced Labour and Debt Bondage in

Hong Kong：A Study of Indonesian and Filipina Migrant Domestic Workers, Centre for Comparative and • Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong.

17.Lee, W. Y., &Petersen, C. J.（2006）. Forced Labour and Debt Bondage in Hong Kong：A Study of Indonesian and Filipina Migrant Domestic Workers. Centre for Comparative and Public Law, Faculty of Law, The University of Hong Kong.

18.Swepston, Lee（2012）, Draft Report on the Application of ILO Labour Standards： A case of Taiwan, unpublished paper.

論未達公告金額之採購案投標廠商之訴訟權保障

林家祺　真理大學法律學系（所）專任教授、臺灣法學基金會政府採購法研究中心主任、國防大學法律研究所兼任教授、東吳大學法律研究所兼任教授、臺北市政府採購申訴審議委員。

摘要

訴訟權於權利實踐具備關鍵性作用，為我國憲法第16條明文保障之人民基本權利，並經大法官解釋不斷充實內涵，而人權保障訂入國際公約亦為國際趨勢，聯合國之公民與政治權利國際公約（ICCPR）亦明文規定人人均應受訴訟權之保障，我國已於2009年制定兩公約施行法，公政公約於我國已具備內國法之效力，從而對國家之立法、司法、行政均有拘束力，且兩公約施行法第8條以明定政府機關檢討現行規範義務，以具體落實公約規定及公約保障人權之宗旨。訴訟權亦有如同其他基本權利不可剝奪的權利核心，檢視個別規範時即應妥為衡酌是否為基本權利之核心事項，政府採購法第76條禁止「公告金額以下」採購案件提起申訴，加上實務之解釋操作之結果，目前實務操作結果已完全阻斷「公告金額以下」採購案件提起訴訟之機會，全然沒有透過訴訟救濟之可能，如此是否符合憲法第16條訴訟權保障意旨，以及公民與政治權利國際公約第14條第1項，引起諸多疑慮。本文將透過公政公約及憲法基本權之內涵，來檢視現行採購法「公告金額以下」採購案救濟程序之妥適性，期待可具體落實兩公約與憲法基本權之保障。

關鍵字：政府採購、訴訟權、採購申訴、行政訴訟、公民與政治權利國際公約、政府採購協定

Keyword： Government Procurement, Right of Instituting Legal Proceedings, Complaint Review, Administrative Litigation, International Covenant on Civil and Political Rights（ICCPR）, Agreement on Government Procurement（GPA）

壹、引言

人類自個體演進至群體共同生活，創造了法規範制度以資共同遵循，在法規範秩序下，為謀社會共同生活之秩序，如有糾紛而未能自願達成紛爭解決，原則上不再容許個人以自力救濟方式維護自身權利，而係以法規範所規定之救濟程序行之，以國家公權力

確保權利實現。誠如學者所述：其實「權利」就是「正義」[1]，故權利之存在不能僅有其名，權利的落實須要相應之制度與程序，若權利不能落實、不具備實效，則無異於否定權利，形同於否定規範秩序，並將進而損及法之威信，將有害於社會秩序。訴訟權本身雖屬程序上之權利，但其實踐卻高度影響實體權利之保障與實現，現代各國多於最高位階之憲法基本權利中明文保障人民之訴訟權，我國憲法第16條規定了訴訟權，明文肯認人民尋求國家司法程序以救濟權利乃為憲法位階基本權，多年以來並迭經司法院大法官解釋憲法之實務與以肯認並不斷充實此一基本權之內涵。聯合國之公民與政治權利國際公約第十四條亦明文規定人人均應受訴訟權之保障，我國雖因國際因素僅簽約而未就該公約完成生效之程序，惟我國為與國際接軌已於2009年制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約之施行法，故兩公約已具備內國法之效力，國家之立法司法行政均應受拘束，兩公約施行法第8條更賦予政府機關2年內檢討現行規範之義務，國家機關應就各法令有抵觸兩公約疑慮者進行檢討與修正，以促使法令規定符合公約規定及公約保障人權之意旨。政府採購對國家施政有重大影響，就採購金額之規模而言，108年度政府採購決標金額即已高達新臺幣1兆8,716億元[2]，一般國家的政府採購約占國民生產毛額10%至15%[3]，我國約占30%，除金額龐大以外，政府採購另有與國家政策施行關係密切、須受民意監督等特性[4]，因具備高度之公益性質，與一般私經濟行為有別，因而制定專法予以規範[5]，我國承襲大陸法系法制，採行公私法區別模式[6]，德國法發展之「雙階理論」[7]，將某特定領域之法律關係區分為兩個階段，而分別定性，避免政府濫用行為形式選擇自由「公法遁入私法」而規避公法對政府較嚴謹的規制，而此一理論使公行政的私法活動在一定範圍內仍受公法之約束[8]。政府採購之法律性質早期雖有認

---

1. 李念祖，〈其實「權利」就是「正義」〉，收錄於《司法者的憲法（二）》，2013年1月，頁1至5。
2. 政院公共工程委員會，108 政府採購執 情形，2020年3月，第1頁。
3. 在歐盟政府採購金額占GDP之14%，政府一樣也是最大之消費者；See Jolien Grandia, Public Procurement in Europe, The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe, 363（2018）.（ “In the Europe Union over 250,000 public authorities spend around 14% of GDP procuring goods, services, and works” ）.
4. 林家祺，政府採購法，2019年6月，四版，第2至4頁。
5. 黃鈺華、蔡佩芳合著，政府採購法解讀——逐條釋義，2019年2月，修訂七版，第1頁。
6. 公法與私法區別之詳細理論茲不贅述，詳參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，2017年9月，增訂15版，三民，頁25至29；陳敏，行政法總論，2019年11月，十版，新學林，頁33至37；陳新民，行政法學總論，2015年9月，新九版，三民，頁40至44；李震山，行政法導論，2019年2月，修訂11版，三民，頁28至33；蕭文生，行政法—基礎理論與實務，2019年7月，2版，五南出版，頁25至34；吳志光，行政法，2019年3月，修訂九版，新學林，頁11至16；林明鏘，行政法講義，2019年9月，五版，新學林，頁13至16；林騰鷂，行政法總論，2019年12月，修訂四版，三民，頁24至25；莊國榮，行政法，2019年9月，修訂五版，元照，頁10至14；劉宗德，〈公法與私法之區別〉，收錄於《制度設計型行政法學》，2009年5月，元照，頁50至75。
7. Hans P. Ipsen, Offentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 62 ff.
8. 陳敏，前揭註6，第684頁。

為私法行為者[9]，但採購法於91年修法後通說均認採購法係屬立法明定之雙階理論[10]，訂定採購契約以前為公法階段，而訂定採購契約後則為私法階段[11]，有關雙階理論之司法實踐，已獲司法院大法官釋字第540號解釋[12]肯認，並再於釋字第695號解釋[13]再次肯認，採購法通說在九十一年修法後亦採雙階理論[14]，採購法刻意將採購事件依契約成立前後區別其性質[15]，並分別由行政法院與普通法院資為最終之司法救濟機制，運作迄今20年，實務已漸趨於成熟[16]。就我國之一般法制之設計，如對行政處分不服而欲提起行政訴訟，原則上即先須依訴願法提起訴願而不服訴願決定方得提起行政訴訟。就行政訴訟之先行程序而言，除訴願以外，可能法律另有規定相當於訴願或視同訴願之先行程序，以採購法之行政爭訟而言，採購法即特別規定了視同訴願之採購申訴審議程序（採購法第83條規定：「審議判斷，視同訴願決定。」），惟採購法之規範並非所有採購案件均能提起申訴，依採購法第76條第1項規定，僅有「公告金額以上」之採購案件方能提起申訴，即便依據108年新修正之採購法，亦僅僅於第76條第4項就「不予發還或追繳押標金」之部分予以放寬申訴門檻，意即「未達公告金額以上」之採購案件，倘若並非「不予發還或追繳押標金」之行政處分，即無法提起申訴，進而無法提起行政訴訟。

---

9. 林紀東，行政法，三民書局，1990年12月，修訂6版，第19頁以下；黃異，行政法總論，三民書局，1992年10月，修訂初版，第101頁以下；最高法院61年台上字第1672號判例略謂：「.....公法上契約與私法上之契約，其主要之區別為契約之內容與效力，是否均為公法所規定。苟契約之內容及效力，並無公法規定，而全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬於私法上契約之範圍.....。」。

10. 故而採購法第83條第1項前段立法時之條文方規定為「審議判斷依其性質，得視同訴願決定 或調解方案.....」

11. 詳見林家祺，同前註4，第4至10頁。

12. 司法院釋字第540號解釋文略以：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。.....凡經主管機關核准出售、出租或貸款自建，並已由該機關代表國家或地方自治團體與承購人、承租人或貸款人分別訂立買賣、租賃或借貸契約者，此等契約即非行使公權力而生之公法上法律關係。.....」解釋理由書略以：「.....主管機關直接興建及分配之住宅，先由有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。此等契約係為推行社會福利並照顧收入較低國民生活之行政目的，所採之私經濟措施，並無若何之權力服從關係。性質上相當於各級政府之主管機關代表國家或地方自治團體與人民發生私法上各該法律關係，.....。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果.....不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟，係另一問題。.....」

13. 司法院釋字第695號解釋理由略以：「.....按補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，涉及國土保安長遠利益.....。故林區管理處於審查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點及有關規定相符，如其訂約有違林地永續經營或國土保安等重大公益時，仍得不予出租。是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質，申請人如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。」

14. 林家祺，政府採購法之救濟程序，2002年3月，五南，第23至33頁；蔡震榮，行政法概要，2019年11月，3版，五南，第18至19頁；潘秀菊，政府採購法，2009年8月，新學林，第3至4頁；林明鏘，同前註6，第8至9頁；吳志光，同前註6，第327至329頁。

15. Dennis Campbell, International Public Procurement Ger-2（2003）.

16. 林家祺，同前註4，第4至10頁。

惟既然政府採購法第83條規定申訴審議判斷「視同訴願決定」，就前開「無法提起採購申訴」之公告金額以下之採購案，人民之訴訟權如何獲得制度性之保障即生疑義，而須予以釐清。本文乃從公政公約（ICCPR）及憲法之規範為發端，針對每年總件數規模已達55%之未達公告金額之採購案之訴訟權保障，從理論與實務作分析。

貳、訴訟基本權之沿革與發展

一、基本權之起源

雖然當今基本人權以天賦人權論而言乃被認定為「本應擁有之權利」，惟以歷史之實然以觀，現在所謂的「基本」人權，卻非如此理所當然輕易毫無障礙地普及於每一個個人，人類的歷史從個人走向群體後，大多於一段期間內走向了世襲王權或宗教神權而建立權力集中之統治機制，權力集中固然於存亡之際固然得收迅速反應之功，惟欠缺制衡的集中權力亦難免濫權之害，經由眾多重要歷史事件走向憲政體制之後，所謂的基本人權方才漸次獲得肯認並實際獲得保障。以近代憲政起源之歐洲文明而言，間接促進宗教信仰自由的宗教改革運動，某程度上也以說是封建國王與羅馬教會的政治實力對抗，教會擁有足以影響國家內政的權力[17]，走出中古封建的歐洲民族國家，擁有自身之民族認同，國王統治的正當性逐漸不再仰賴飄渺的神授君權，國王也就不在那麼高度須要羅馬教會的背書支持，在宗教改革的過程中，國王衡酌自身利害後選擇加入宗教改革的陣營，也就不足以為奇。其他則又例如1215年的「大憲章」（Magna Carta）雖係人權保障歷史的重要文件，實際上也是國王、封建貴族以及教會的多方實力競逐[18]；又例如英國1689年權利法案（An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown）限縮了國王權力促進了君主立憲體制，實際上也是與新舊教會、國王的權力有關係。以上這些描述也並非在否定人權進步歷史事件的正面意義，畢竟權力因素考量在所謂的變革過程中在所多有，改革不會憑空而生，擁權者通常也不會主動放棄掌控的權力，欠缺實力後盾的哲學家也沒辦法單憑一己之力推動

17. 例如教宗得為國王登基加冕，教會介入組織十字軍東征，某程度上即顯示教會並非單純宗教信仰的教會，同時也是政治的教會，甚至是會干涉國家內政的教會。

18. 陳慈陽，憲法學，2016年3月，三版，元照，頁415至416。

改革，歷史際遇之下，進步思想獲得了實力者認同與推動，方才逐步綻放了人權推進史的瑰麗篇章。前大法官吳庚即言：人權思潮促使立憲的產生，而立憲主義又助長人權的保障[19]。歐美民主憲政人權保障之思想發源，遠可溯源至希臘、羅馬時代的自然法思想[20]，近代則可追溯至啟蒙運動[21]之主權在民、權力分立、社會契約論等重要思想，後歐美漸次演進至憲政制度，此段憲政演進史的重要文件，除了前述英國1689年權利法案外，還有美國1776年人權法案[22]（Virginia Declaration of Rights）、1789年法國人權宣言（Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen）等等，我國作為高度移植歐陸法制之國家，憲法之制定實亦深受歐陸人權保障思想之影響，制憲之初即於憲法第二章規範人民之權利與義務，於各條次臚列人民之基本權利，且為免規範之不足，更於憲法第22條規範了基本權之概括條款，使制憲時未能及時列入條文之基本權利，仍同受憲法之保障。

二、基本權之發展歷程

從絕對國家高權到服膺憲法秩序之國家權力。

以「拘束國家」權力為發端的「基本權利」乃自由主義與個人主義思想下的產物，在沒有自由主義與個人主義思想傳統的國度，其環境即難以作為個人基本權利制度發展之沃壤。由於地緣關係相近且有類似之東亞歷史背景，我國立憲演進過程相當程度參酌了日本經驗，而日本的明治憲法又是相當程度參考了普魯士憲法，且自清末民初漸次引進立憲主義思想憲法制定之思潮而言，仍然如同清季自強運動、戊戌變法以及清末立憲之遺緒，充滿了統合國家增強國力的目標，蓋伊時國家仍值存亡之秋，個人權利保障議題相對之下即易受忽視[23]，或許基於此一實用目的，同樣非以個人主義思想為傳統，且自小邦林立強鄰環伺的危機中強盛的德國經驗，就成為了制憲時我國仿效的合理選擇，而德國基本權條款拘束力的演進過程，正可見證此段歷史。

---

19. 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，2019年9月，增訂六版，第70頁。

20. 吳庚、陳淳文，同前註19，頁69。

21. 陳新民，憲法學釋論，2018年7月，新九版，三民，頁80至82；吳庚、陳淳文，同前註19，頁70至76；陳慈陽，同前註18，頁416至419。

22. 詳可參照李建良，〈美國「權利法案」源起史初探〉，收錄於《人權思維的承與變—憲法理論與實踐（四）》，2010年9月，新學林，頁407至449。

23. Carl Schmitt即言：「凡事作為政治單位存在的，從法律的觀點，存在就是價值，因此自保的權利優先於一切之上，以保持自己的生存為第一要務...政治實體要保衛自己的存在、完整、安全和憲法——一切的存在價值。」準此以言，在存亡中掙扎的國家，優先處理國家存續的問題，無疑是一個理性而可以預期的選擇。Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre. 8 Aufl., 1993（1928）, S. 21. 轉引自吳庚、陳淳文，前揭註19，第8頁。

（一）規範空白時期：傳統非受拘束的國家高權（1871 帝國憲法）

以歷史論，曾經有一段時期，乃為所謂的國家無責任時期，斯時有云：「國王必不為非。（King can do no wrong.）」斯時所謂的規範拘束對象非為國家而係為臣民，在演進的過程中，一開始亦僅有擬制形式切割國家為兩種型態，亦即以所謂的「國家社會二元論」[24]，將國家切割區分為「公行政的國家」與「私法型態的國家」，於該中間時期，人民仍僅能就私法上交易請求「私法型態的國家」（即國庫）負責[25]，國家一分為二切割而出的國庫人格成為了國家的替罪童子，國家從絕對的無責任中逐漸走向應負責任，然而該時期公行政的國家仍舊保有絕對高權而不受拘束，參與並內化為國家公行政內部之人民，尚可能因而被認定為無從為訴訟上之請求，而此亦為縈繞我國多年尚未完全消散的所謂「特別權力關係」[26]理論原型。在該時期，國家僅從絕對的無責任演進到限定的、有限範圍責任（國庫），僅僅在私法領域有所鬆動，在公權力行政領域，絕對的國家高權依然巋然不動，以我國與日本引進歐陸憲法的重要理論來源——德國而言，德國 1871 年的德意志帝國憲法（Verfassung des Deutschen Reiches，又被稱為俾斯麥憲法Bismarcksche Reichsverfassung），帝國憲法並未有任何的基本人權條款明文，所謂的基本人權僅僅規範於帝國各邦的邦憲法，就帝國政府而言，基本人權對帝國政府而言不僅只是「不生拘束力」而已，而是「根本沒有在憲法規定」[27]。

（二）規範欠缺實效性時期：方針性質的基本權條款（威瑪憲法）

德國帝國體制在一次世界大戰戰敗之後瓦解，帝制終結走向共和之後，德國也制定了德意志國憲法（Die Verfassung des Deutscher Reichs，通常稱作威瑪憲法Weimarer Verfassung），威瑪憲法終於在憲法位階訂定了基本人權條款，但係將基本權與社會義務以及方針規定併為規定於憲法第二部分「德國人的基本權利和基本義務」（Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen）[28]，此乃自由主義與社會主義的妥

---

[24] 國家社會二元論，詳可參照葛克昌，〈國家社會二元論及其憲法意義〉，收錄於《國家學與國家法—社會國、租稅國與法治國理念》，1997年9月，第7至42頁；李建良，〈自由、人權與市民社會－國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義〉收錄於《憲法理論與實踐（二）》，2007年8月，2版，新學林，第6至25頁。

[25] 傳統國庫理論，可詳參許宗力，〈基本權利對國庫行為之限制〉，收錄於《法與國家權力（一）》，2006年8月，元照出版第2刷，第10至13頁。

[26] 特別權力關係理論，可參照吳庚、盛子龍，同前註6，第172至199頁；李震山，前揭註6，第18至27頁；陳敏，前揭註6，第225至246頁。

[27] 以世襲專制政權而論，本來就難以期待會主動制定潛藏破壞「王權至高」危險的規範，更何況是國家的「最高規範」（憲法），即便是清末宣統年間面臨武昌起義、灤州新軍兵變而革命早已兵臨城下的危局，清廷「被迫」猝然制定的《憲法重大信條十九條》亦不見基本人權的隻字片語，更遑論是方甫於普法戰爭中戰勝強鄰法國一統帝國而傲視歐陸的新興強權德意志帝國。

[28] https：//de.wikisource.org/wiki/Verfassung_des_Deutschen_Reichs_（last visited：2020/05/10）

協產物[29]，然而欠缺個人自由主義傳統的德國，在威瑪憲法體制之下，所謂的基本權利條款雖然已係憲法之明文，然而基本權仍被當時的主流見解認定係不具備法律拘束力之「方針規定」[30]、[31]，唯有經過立法者的具體化之後，基本權利方可間接對法律適用之機關發生拘束力[32]，且基本權利的保障非毫無條件而係「有保障前提」之權利[33]。

（三）國家公權力受拘束時期：拘束國家權力之基本權條款（德國基本法）

或導因於納粹政權憲法破毀殘害人權之慘痛經驗，二次大戰之後，德國於制定德國基本法（Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland，縮寫：GG）之初，即特於起始第1條第3項規定了基本權利的拘束效力，基本法第1條第3項明文規定，基本權利具拘束行政、立法與司法之直接效力（GG Art.1（3）： Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.）。

（四）我國憲法之基本權

我國憲法係於第二章「人民之權利義務」於同一章規範了人民的基本權利與基本義務，第7條開始規定了平等權、人身自由、居住遷徙、表現自由、秘密通訊、宗教信仰、集會結社、財產權等等諸多基本權利，雖然憲法條文並非規範為「基本」權利，雖然憲法並未有如同德國基本法第1條第3項基本權拘束國家權力之明文，但數十年來長期實踐，司法院大法官陸續以大法官解釋扮演憲法維護者之角色，我國憲法第二章人民權利之規範，無疑亦是具備拘束國家權力之基本權利規範。

三、基本權利之功能

基本權利的主客觀功能區分，或有論從耶林內克的身分理論而出，耶林內克的身分理論將人民區分為被動身分、消極身分、積極身分以及主動身分[34]，所謂的主客觀功

---

[29] 吳庚、陳淳文，同前註19，第76頁。

[30] G. Anschutz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 3. Aufl., 1929, S. 452ff. 轉引自吳庚、陳淳文，同前註19，第83頁。

[31] 方針條款可參照陳新民，〈論憲法委託之理論〉，《法治國家公法學的理論與實踐—陳新民法學論文自選集》，三民，2011年1月，第2至6頁；陳新民，同前註21，第713至714頁。

[32] 許宗力，同前註25，第38頁。

[33] 吳庚、陳淳文，同前註19，第77頁。威瑪憲法第151條即規定：「經濟制度應符正義原則，以確保個人能維持符合尊嚴之生存，個人的經濟自由於此限度內受到保障。」Verfassung des Deutschen Reichs（1919）Artikel 151： “Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.”

[34] 李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系〉，收錄於憲法理論與實踐（三），學林，2004年7月，第6至20頁；吳庚、陳淳文，同前註19，第94至95頁；陳新民，同前註21，第89至90頁。

能，係從功能面向而為觀察，基本權利所具備效力之目的在於確保基本權利可以確實保障而實現。基本權利所以用主觀權利乃是與基本權的另一種性質客觀規範或客觀秩序相對稱，兩者結合即所謂基本權的雙重性質，此一詞彙來自於德文，德文之「法」與「權利」均以Recht表示，故而用語上以主觀、客觀加以區分不同性質之功能[35]。

（一）基本權功能之主觀面向

所謂的「主觀」，是指這是屬於人民的權利，當人民權利受到侵害時，可以向法院訴請保護[36]，可以經由訴訟訴請負有義務者踐行一定之作為或不作為，而以國家機關為義務負擔者之案件，從國家機關的角度而言，意即國家機關負有特定的作為或不作為義務而人民得經由訴訟訴請實現。基本權的主觀面向功能在分類上或有給付請求權、參與權等其他類型，然而基本權利之主觀功能，最主要、最傳統的還是防禦權功能，而訴訟權保障足否之問題，在基本權利功能上亦是以訴訟權的防禦功能作為最終人民請求司法院大法官進行違憲審查的最主要依據。古典基本權之功能主要在於防禦來自於國家公權力之侵害，此即為所謂基本權力的防禦功能[37]，基本權產生「個人保障」效力，人權規定直接創設人民可以對抗國家之實證權利（主觀權利），在受到侵犯時可以尋求法律救濟途徑，最後還可以聲請解釋憲法，所謂防禦權即在於防止國家逾越權限侵犯人民[38]。易言之，國家建置的訴訟制度不應違反憲法規定以及憲法原則而侵害人民的訴訟基本權，人民訴訟基本權因為國家之違憲法律受到侵害時，人民基於憲法保障訴訟權的主觀功能，可以向司法院大法官聲請解釋憲法，請求宣告確定終局裁判所適用之法令違反憲法排除違憲之訴訟權侵害，並據大法官解釋之法令違憲宣告進而尋求再審等救濟途徑以實現其訴訟權。

（二）基本權功能之客觀面向

1. 保護義務

憲法保障人民基本權利之內涵，從制憲之初僅具有主觀防禦權性質，隨著時代演進經由司法院大法官解釋而逐漸擴張為同時具有客觀功能及保護義務[39]。國家保護義務之內涵，係將基本權作為客觀規範而產生，以補充基本權主觀面向之不足，而要求國家對

---

35. 吳庚、陳淳文，同前註19，第98頁。
36. 許育典，憲法，2019年9月，九版，元照，第108頁。
37. 吳庚、陳淳文，同前註19，第99頁；李惠宗，憲法要義，2019年9月，八版，元照，第103至104頁。
38. 陳新民，同前註21，第100頁
39. 李建良，憲法理論與實踐（二），新學林，二版。2007年8月，第46頁。

於人民之基本權利具有保障義務，且不論係國家制度之建制或國家行為應以保障基本權利為目的[40]。以司法院大法官釋字第422號解釋理由書：「.....生存權應予保障；國家為改良農民之生活，增進其生產技能，應制定保護農民之法律，實施保護農民之政策，分別為憲法第十五條及第一百五十三條所明定，明確揭示國家負有保障農民生存及提昇其生活水準之義務。.....」、釋字第785號解釋理由書：「.....人民之健康權，為憲法第22條所保障之基本權利（本院釋字第753號及第767號解釋參照）。憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理及心理機能之完整性，不受任意侵害，且國家對人民身心健康亦負一定照顧義務。國家於涉及健康權之法律制度形成上，負有最低限度之保護義務，於形成相關法律制度時，應符合對相關人民健康權最低限度之保護要求。凡屬涉及健康權之事項，其相關法制設計不符健康權最低限度之保護要求者，即為憲法所不許。」、釋字第789號解釋理由書：「.....性侵害案件之被害人於刑事訴訟程序上必須詳細陳述受害情節並揭露隱私，已須承受極大痛苦，若於程序中須一再重複陳述受害細節，往往對其身心形成鉅大煎熬與折磨。此於未成年被害人尤然。基於國家對犯罪被害人之保護義務，於性侵害案件，尤其涉及未成年被害人者，檢察官應盡可能及早開始相關犯罪偵查程序，並以適當方式對其為第一次訊問，避免被害人於審判前即須反覆陳述受害情節，併此指明。」等解釋理由書為例，均分別有提及國家對人民之「保護義務」理念。如此可進一步確立基本權之國家保護義務內涵，在於強調國家應保障人民基本權利避免遭受他人之不法侵害或妨礙，而得就人民相互間之糾紛衝突以訂立「私法」之方式由法院審判解決，或以採取其他保護措施方式達到保障人民行使基本權利之目的[41]。

2. 制度性保障

基本權建構而出之制度性保障理論，其意義在於保障憲法中所有有關個人主觀權利條文同時具有客觀法內涵，以強化各個基本權利之效力[42]。就制度性保障之功能而言，強調存在於基本權許久而具有憲法位階之制度，國家不能違背制度之核心理念而恣意將其變更或廢除[43]。釋憲實務上，司法院大法官釋字第396號解釋即首揭訴訟權之制度性

[40] 吳庚、陳淳文，同前註19，第126頁。

[41] 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，收錄於憲法理論與實踐（一），學林，二版，2003年2月，第66-67頁。

[42] 程明修，憲法保障之制度與基本權之制度性保障－兼論基本權客觀內涵之主觀化，憲法解釋之理論與實務第六輯，2009年7月，中央研究院，第344頁。

[43] 許育典，同前註36，第117頁。

保障內涵，該號解釋理由書略以：「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。.....」而後，釋字第737號解釋理由書乃謂：「.....人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障。剝奪或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，更須踐行必要之正當法律程序，始得為之，憲法第八條規定甚明（本院釋字第三八四號、第四三六號、第五六七號、第五八八號解釋參照）。另憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現（本院釋字第五七四號解釋參照）。.....」亦有敘及「制度性保障」概念，將制度性保障與訴訟權之核心保障內涵作結合，進而課予國家有基於訴訟權保障而建構及提供人民訴訟救濟途徑之義務。

3. 程序保障功能

人民行使基本權利，同時亦涉及訴訟基本權，僅在程序基本權存在始有實體基本權利之實現可能[44]，學界多認基本權本身即蘊含一定程度之程序保障功能[45]。而司法院大法官釋字第488號解釋文：「.....憲法第十五條規定，人民財產權應予保障。.....信用合作社法第二十七條第一項及銀行法第六十二條第一項係為保障存款人權益，並兼顧金融秩序之安定而設，金融機構監管接管辦法第十一條第一項第三款及第十四條第四款雖亦有銀行法第六十二條第三項授權之依據，**惟基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨**；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範。」即明確指出基於保障人民權利考量，法律應就實施實體基本權利內容之程序及救濟途徑有合理之規定，是以就實體基本權本身除有法律內容之保障外，亦具有程序保障之功能存在，始能具體落實憲法對於人民基本權利之保障。

---

44. 李惠宗，同前註37，第111頁。

45. 許宗力，法與國家權力（二），2007年1月，初版，元照，第250頁。

四、實現各實體基本權之橋梁

如若徒然僅有基本權利之規定，卻欠缺基本權利之保障制度以及救濟途徑，基本權之保障必然淪為空洞而徒具虛名，不論人民主張基本權利的主觀上防禦權，或者是客觀法規範效力的程序保障功能或國家保護義務，如果國家沒有建制「救濟程序」制度以供遵循，具體的個案權利救濟即難以實現，所謂的基本權利就僅僅是個圖騰而沒有實益。且國家形成的過程，為了秩序安定，將強制力型態的紛爭解決權力統一收歸由國家統一行使，既然由國家獨佔了此一權力而禁止原始的自力救濟，國家即有義務提供相對應的機制、程序提供予人民遵循，國家此一權力獨佔方能具備正當性。訴願、訴訟本身雖然不具備實體權利之性質，但卻對於其他的基本權利獲得實質保障具備關鍵之作用，如同其他基本權利保障的橋樑，故而憲法將訴願與訴訟特提升至最高位階的憲法予以規範[46]，使「救濟」亦成為憲法保障的基本權利之一。

五、基本權核心保障（基本權之限制與剝奪）

雖然不具備個人主義自由主義的傳統，但因為納粹嚴重侵害人權的歷史，德國在戰後即反省了過往威瑪憲法時期基本權利僅具備方針性質之觀念，不僅在基本法第1條第3項規定了基本權利對國家權力之直接效力，且於同條第1項規定了人性尊嚴[47]，並於第19條第2項規定不得侵害基本權力之本質核心內容[48]，意即基本權利有其不可侵害的「本質核心內容」，如若容許侵害本質核心內容（Wesensgehalt），基本權的保障即會空洞化[49]。基本權核心不得侵害之理論，若以我國憲法而論，或**可從憲法第23條獲得解答**，憲法第23條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律**限制**之。」而條文既謂「限制」，意即不可超越「限制」而「剝奪」之，不能徹底地將基本權利實質掏空、空洞化。

---

[46] 比較法上而言，德國基本法第19條第4項亦規定了救濟之權利，惟德國基本法該項應僅限於「公權力（öffentliche Gewalt）侵害」情形。Vgl. GG Art. 19（4）：“Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.”德國非公權力侵害的情形，請求救濟之權利無法直接以基本法第19條第4款為依據，而是要透過基本法第2條第1項一般人格權保障的一般司法給付請求權（allgemeine Justizgewährungsanspruch）去推導。Vgl. BVerfGE 88, 118（123）；96, 26（39 f.）；93, 99（107）. 轉引自沈冠伶，〈訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心〉，收錄於《司法院大法官九十三年度學術研討會論文集及紀錄》，司法院，2005年9月，第61頁。

[47] Vgl. GG Art. 1（1）：“Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

[48] Vgl. GG Art. 19（2）：“In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.”

[49] 基本權利核心理論，可參照陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，收錄於同前註31，第311至314頁；陳慈陽，《基本權核心理論之實證化及其難題》，2007年3月二版，翰蘆；陳慈陽，同前註18，第558至608頁。

李震山大法官於司法院大法官釋字第718號解釋所提出之部分不同意見書即論：「.....依憲法第23條規定之意旨，集會自由並非不可限制（Freiheitsbeschränkung）而是不可剝奪（Freiheitsentziehung），限制與剝奪之分界，可參考德國基本法第19條第2項規定.....該規定係作為立法者限制基本權利之界限，旨在避免基本人權保障淪為僅具宣示性、流於空轉或內涵遭致掏空，因此又被稱為限制之限制規定（Schranken-Schranken-Bestimmung），若法律內涵有違基本權利本質內容保證（Wesensgehaltsgarantie）之虞時，違憲審查自不得以『立法自由形成』為理由而規避審查之。.....」；陳新民前大法官亦認為，基本權核心內容之保障，在使人民之每個人權，無論如何都會有最起碼內容存在，不至於被剝奪殆盡，我國憲法第23條用語雖是許可法律來「限制」人權，而不可剝奪人權，意義即更為明顯[50]。以憲法第23條作為國家限制人民基本權利「限制之限制」之見解實值贊同，憲法基本權利之規範本即用於限制國家權力，應有其不可破毀不可侵害之基本核心，憲法解釋固不以規範明文為限作為依據，惟若以我國實證規範惟依據毋寧係更佳之選擇，故憲法第23條之明文既然為「限制」，據此解釋基本權利不得「剝奪」而確保基本權力核心內容不受侵害，應屬妥適之解釋方法。

參、憲法上之訴訟基本權

一、訴訟權保障之核心領域

憲法第16條保障人民訴訟權之基本權利，係使人民於其權利遭受侵害時得以提起救濟及受公平審判之權利。基於「有權利必有救濟」原則，在人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序，以獲及時有效救濟之機會，此為歷年司法院大法官解釋（釋字第785、784、752、736、653、591、574、512、396號解釋）所詮釋「訴訟權保障之核心內容」，觀諸前開大法官釋字解釋理由書，訴訟權之核心內涵可分為：接近法院之權利、無漏洞之救濟、公平之權利救濟、有效之權利救濟途徑。

（一）接近法院之權利

接近法院之權利，係指人民向法院主張其權利之機會，而立法者應確保訴訟制度之建立需使人民得以暢通無阻地向法院尋求救濟或紛爭解決之管道，若以任何形式阻礙人民利用法律救濟權利之機會，此即侵犯訴訟權之保障核心領域[51]。大法官釋字第569

[50] 陳新民，同前註49，第313頁。

[51] 林家祺，政府採購法申訴程序之合憲性探討－以公告下採購案之爭訟權為中心，臺灣財產法暨經濟法季刊，第32期，2012年12月，第168頁。

號解釋林子儀大法官之協同意見書：「本院釋字第243號解釋曾以『有權利即有救濟』一言，**括論憲法第十六條訴訟權保障之本旨，亦即訴訟權之保障，在使人民於權利遭受損害時，有接近、使用法院，尋求救濟之機會**。釋字第396號解釋理由書謂：『憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。』細繹其旨，即人民行使憲法上之訴訟權固須仰賴立法者之形成與建制，惟立法者的形成自由並非毫無限制，至少不能低於憲法保障訴訟權之核心領域所要求之基本內容。換言之，**就核心領域內的訴訟制度而言，國家即負有作為之義務，積極建立合理的訴訟制度以達成憲法上訴訟權保障之底限**」此係為「接近法院之權利」具體詮釋，而建構出國家具有積極建立合理訴訟制度，以保障人民向法院尋求權利救濟之管道能暢通無阻而不受阻礙。

（二）無漏洞之救濟

立法者於創設訴訟制度時，應使權利受有損害之人民能有向法院請求救濟之機會，以排除侵害或獲得應有之賠償，落實「無法院管轄權漏洞」之原則[52]。而要求國家必須提供完整的權利救濟途徑並作為權利救濟之裁判者，將所有的爭議事件能透由法院解決，以確保人民權利之完整行使[53]。大法官釋字第752號解釋理由書略以：「.....惟系爭規定就所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，亦規定不得上訴於第三審法院，**使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會**。被告就此情形雖仍可向法院聲請再審或向檢察總長聲請提起非常上訴，以尋求救濟，然刑事訴訟法第420條以下所規定再審以及第441條以下所規定非常上訴等程序之要件甚為嚴格，且實務踐行之門檻亦高。**此等特別程序對經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之被告，所可提供之救濟，均不足以替代以上訴之方式所為之通常救濟程序**。系爭規定就經第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪所應賦予之適當上訴機會，既屬訴訟權保障之核心內容，故非立法機關得以衡量各項因素，以裁量是否予以限制之審級設計問題。系爭規定所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，**未能提供至少一次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違**，應自本解釋公布之日起失其效力」此號大法官釋字即在於保障刑事第二審受初次有罪判決者

[52] 陳新民，同前註21，第292頁。

[53] 法治斌、董保城，憲法新論，2020年3月，7版，元照，第377頁。

得以上訴第三審法院之救濟權利，而至少賦予人民一次尋求救濟之機會，以落實「無漏洞之救濟」之憲法第16條訴訟權保障核心內涵。

（三）公平之權利救濟

公平之權利救濟係保障人民於權利受有侵害時得向法院提起訴訟以獲權利救濟之適時審判請求權，其內容包含有聽審、正當法律程序、公開審判請求權、程序上平等權及訴訟程序經由法院解決之司法受益權[54]。進而要求對於爭議事件之審理，在「組織及程序」之制度上至少需有一次的審理由具有法官資格者所組成之「法庭」參與審議[55]，以落實公平審判。大法官釋字第785號及第784號解釋理由書均明確揭櫫：「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，**人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分之不同，即予剝奪**」。

（四）有效之權利救濟途徑

權利救濟途徑之有效性要求，係強調訴訟程序之進行、審查方式、暫時權利保護機制等相關要件之制度設計，需使法院所為之權利保護機制能排除行政行為之干預而有效地保障人民權利，且必須在適當的時間內完成而不應有所延宕及不作為[56]，方能使人民之實體權利受不法侵害時有及時回復之可能性或使其權利能真正實現[57]。大法官釋字第418號解釋文即明確指出：「審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又人民之訴訟權為憲法所保障，國家應確保人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關對於法官自有司法行政之監督權」。

肆、國際法之規範：公民與政治權利國際公約（ICCPR）& 政府採購協定（GPA）

條約與協定均屬國際法之範籌，公政公約與政府採購協定均屬國際法之一環，以下即先釐清條約與內國法之關係，並分別介紹公政公約與政府採購協定之相關規範。

---

54. 陳慈陽，同前註18，頁763。
55. 李惠宗，同前註37，頁372。
56. 陳慈陽，前揭註18，頁764。
57. 吳信華，憲法釋論，2018年9月三版，三民書局，頁431。

一、條約與內國法之關係

依國際法院條約（Statute of the International Court of Justice, ICJ Treaty）第38條[58]規定，條約乃為國際法之主要淵源之一[59]，依維也納國際公約條約（Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT）第2條第1項第a款[60]之規定，條約乃指「**國家間**所**締結**而以國際法為準之**國際書面協定**，不論其載於一項單獨文書或兩項以上相互有關之文書內，亦不論其特定名稱為何。」內國法在於規範「國家內部事務」，而條約在規範「國家之間」的國際事務，兩者規範範疇本屬有別，惟國際經貿交流逐漸增長，國際條約功能亦逐漸擴張，不再僅有規範國家間的戰爭、和平、同盟等傳統純屬對外主權之問題，而漸擴及牽涉內國法規範的問題，國際法與內國法的分界不再如此明顯，而係一定程度的相互影響，意即：**內國法規範狀態可能會影響國家是否踐行國際法義務之認定，而國際法義務亦可能牽動內國法規範之修正調整**。得作為國際法完整主體[61]原則上乃為國家，國際法義務負擔主體原則上亦為國家，惟國家的內國法規範可能會影響國家有否履行國際法義務的認定，而國際法規範牽涉到內國法秩序的部分，也會造成國際法於內國效力的問題。就國際法與國內法的相互關係，原則上，國家不得以內國法規範作為不遵守國際法義務之藉口[62]，以法理而論，既然國家有遵守國際法之義務，而內國法規範修正制定為國家己身所得決定，國家當無藉詞內國法規定而脫免國際法義務之理。國際法與內國法有所謂的「二元論」與「一元論」之爭，二元論認為，國際法與內

---

[58] ICJ Treaty Art. 38 ：1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply：a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states；b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law；c. the general principles of law recognized by civilized nations；d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.”

[59] 丘宏達，現代國際法，2008年5月，2版3刷，三民，第61頁。

[60] VCLT Art. 2.（1）.a.：For the purposes of the present Convention：（a） "Treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation；

[61] 國際法主體也有許多種，學者將國際法的主體稱為「國際法人」（international person），對享受權利負擔義務具有完全能的稱為完整的國際法人，如完全主權國，具有國際法人資格的個體，學說上稱為國際人格（international personality），見丘宏達，前揭註59，第250頁。

[62] Henkin, Pugh, Schachter and Smit, International Law, Cases and Materials, 3rd ed., 1993, p.149. 轉引自：丘宏達，前揭註59，第109頁。

國法體系乃為相互區隔，國際法不能「直接」適用於內國，而須先經轉化為內國法後方得於內國適用；而一元論則認為，不論國際法或內國法均為單一法規範秩序之一部，而國際法之位階高於內國法[63]。

二、人權保障國際法之發展

國際人權法肇始或可追溯至少數民族權利保護以及奴隸之議題，但國際法大幅開展人權保障，主要還是導因於對兩次世界大戰侵害人權的反省與檢討，1945年以前，傳統國際法僅僅將人聯合國憲章（Charter of the United Nations）、世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）被認為是國際人權保障奠基雛形，而公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）、經濟、社會及文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）

三、公民與政治權利國際公約

（一）公民與政治權利國際公約於我國之歷程

我國於1967年雖已經簽署公民及政治權利公約，然至1971年我國退出聯合國為止並未完成批准公民及政治權利公約[64]之程序，退出聯合國之後，原本經由聯合國架構簽署而未生效之公約即無從完成生效程序，後又經中美斷交等諸多事件，國際參與之空間漸被壓縮，原本已簽署的兩公約有很長一段時間未獲注意。而後我國為提升人權標準，以重新融入國際人權體系並拓展國際人權互助合作，行政院將上開兩公約送請立法院審議，2009年3月31日立法院審議通過《經濟、社會及文化權利國際公約》、《公民與政治權利國際公約》及公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法（以下簡稱兩公約施行法），同年5月14日總統批准公約，2009年4月22日兩公約施行法經總統以華總一義字第09800096331號令公布，經行政院行政院院台外字第0980067638號令發布定自2009年12月10日施行[65]。兩公約施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」對於國際條約取得內國法效力後，其與內國法律之位階關係，學說、實務見解尚有爭議[66]，有認為兩公約具有憲法位階

63. 姜皇池，國際公法導論，第320至327頁；丘宏達，前揭註59，第110至112頁。

64. 吳志光，人權保障機制的跨國性研究，2010年5月初版，新學林，頁437。

65. 參見法務部兩公約宣導專區。網址： http：//www.humanrights.moj.gov.tw/cp-1088-32063-491c6-200.html （最後瀏覽日期：2020年5月27日）。

66. 李建良，論國際條約的內國法效力與法位階定序—國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題，憲法解釋之論理與實務第八輯，中央研究院法律研究所，2014年7月，頁218。

者[67]，亦有認為具有與內國法同等地位者[68]，而有不同之見解。兩公約施行法第4條規定：「各級政府機關**行使**其**職權**，**應符合兩公約**有關**人權保障之規定**，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」政府機關行使職權應符合兩公約之規範，除消極不侵害人權以外，更應積極促進人權實現，方符合保障人權之意旨。

兩公約所揭示之規定，係國際上最重要之人權保障規範。為提升我國之人權標準，重新融入國際人權體系及拓展國際人權互助合作，自應確實檢視內國規範檢討修正之，方能確實實踐兩公約保障人權之意旨，進而提升國際地位，故而兩公約施行法第8條規定：「各級政府機關**應**依兩公約規定之內容，**檢討**所主管之**法令及行政措施**，有不符兩公約規定者，**應**於本法施行後**二年內，完成**法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」明定了政府機關的**檢討修正義務**，俾使我國批准並制定兩公約施行法保障人權之目的得以確實落實。

（二）公民與政治權利國際公約關於訴訟基本權之規範

公民與政治權利國際公約第14條第1項[69]：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。**任何人**受刑事控告或**因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問**。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。」即揭示在所有訴訟中，不論係刑事、民事、行政訴訟等程序，凡**因權利義務而涉訟者，人民皆有獲得法庭公正及公開審判之權利，為正當法律程序之保障核心，且係對於人民最低限度之保障**[70]。是故，人民於其權利遭受侵害或因權利遭受侵害而產生訟爭時，應有向法院提起救濟之權

---

67. 張文貞，憲法與國際人權之匯流—兼論我國大法官解釋之實踐，憲法解釋之論理與實務第六輯上冊，中央研究院法律研究所，2009年，頁253。

68. 吳志光，同前註64，頁436。

69. International Covenant on Civil and Political Rights Art. 14.1 ： “All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order （ordre public） or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice； but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.”

70. 姚孟昌，接受公正審判之權利：公民與政治權利國際公約第十四條第一項與第二項解析，刑事政策與犯罪研究論文集，法務部，第95頁。

利，而得以獲致法院公正之審判以解決紛爭，此為公民與政治權利國際公約之訴訟權保障範圍。依照聯合國人權事務委員會及經濟社會文化權利委員會第90屆會議第32號一般性意見（general comments）亦對於該條文有作出進一步之銓釋，第9點即指出：「第14條包含受刑事控告及因其權利義務涉訟須予審判時出席法院之權利。在所有這些案件中，必須確保能夠利用司法機關，以確保所有個人在程序上，不被剝奪要求伸張正義之權利。並不限於締約國國民才可以享有訴諸法院與法庭及在司法之前一律平等之權利，所有人不論其國籍或無國籍，也不論其地位如何，不論尋求庇護者、難民、移徙工作者、無親屬伴隨兒童或其他人，只要身在締約國境內或受其管轄者均可享受這項權利。一個人如力圖訴諸合格法院或法庭卻屢遭挫折，這種情況在法律上或事實上均違反第14條第1項第1句所提供保障。」、第15點：「第14條第2句，保障任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受合格、獨立及無私之法定管轄法庭公正公開審問。」、第16點：「民事訴訟案件的概念或其他文本的相同用語概念是以所涉權利性質為依據，而不是以一方當事人的地位為依據，或是國內法律制度為確定某些權利而設立的法院為依據。此一概念包括：（a）**旨於確定涉及契約、財產及司法領域中侵權行為之權利及義務的司法程序**，（b）在行政法領域的相同概念，如以非關於紀律的原因將公務員解職，確定社會保障津貼或士兵的撫卹權，或關於國有土地的使用程序，或取得私有財產的問題。此外，還（c）包括必須在個案中根據所涉權利性質進行評估的程序。」、第18點：「第14點第1項關於法庭的概念指依法設立的機關，不論其名稱如何，須獨立於政府的行政及立法機關或在司法性質的訴訟中裁定具體案件的法律事項時，享有司法獨立性。**…在確定一件案件的權利及義務時，其工作至少應在訴訟某一階段由該句涵義內的法庭作出。締約國如未能設立合格的法庭確定這種權利及義務，或未能使具體案件得以訴諸此類法庭，且若這種限制並非以國內法為依據，亦非為達到合理目的，例如正當司法運作所必需的，或以國際法規定管轄的例外情形，例如以豁免為依據，或如果個人訴諸法院時受到的限制損及此項權利的主旨，就是違反第14條。**」可知，公民與政治權利國際公約第14條第1項規定對於訴訟權之保障，非僅限於受刑事控告之被告，其對象包括所有因權利義務關係而涉訟者，均應確保渠等能夠利用司法機關及在程序上有不被剝奪訴諸法院尋求權利救濟之權利，而要求締約國不得在無法律依據及非為達到合理目的之情況下，未能建立相應之法庭以確立權利義務，而剝奪或限制人民於其權利遭受侵害時向法院提起訴訟請求救濟之權利。

（三）兩公約於司法實務之實踐

我國司法實務對於公民與政治權利國際公約之適用，以司法院大法官釋字為例，常以援引公約內容之方式作為解釋基本權之論證基礎，進而加以強化憲法保障基本權利之內涵，大法官釋字第775號即為適例，該解釋理由書內容略以：「刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴（本院釋字第271號解釋參照），是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。**此即一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則（聯合國公民與政治權利國際公約第14條第7項、美國憲法增補條款第5條、德國基本法第103條第3項及日本國憲法第39條等規定參照）。**」以援引公民與政治權利國際公約作為普世價值，對於一事不再理原則為論述上之補充，用以確立對於裁判確定後之同一犯罪行為重複進行科刑程序之規定，顯違反憲法之一事不再理原則而屬違憲。是就公民與政治權利國際公約所揭示之理念，不論係不得就刑事被告依同一罪名再予科刑、人民在法庭前一律平等，抑或保障人民獲公平審判等權利，均得以作為建構我國民主法治國家維護人民基本權利之重要指標。

（四）小結

憲法保障人民之訴訟權，透由公民與政治權利國際公約及司法院大法官解釋的實務實踐，可將訴訟權之保障內涵具體化。訴訟權本質上為確保人民行使基本權利之程序權[71]，係人民於其權利遭受侵害或因權利遭受侵害而得向法院提起救濟之權利，而為實體權利實質獲得保障具關鍵作用的程序性質基本權利，若程序上過度限制人民獲致法院公正審判之機會，恐將實質上阻斷人民尋求權利保護之機會，而變相造成人民各該實體基本權之限制，故訴訟救濟制度設計雖然立法擁有廣大形成自由，惟仍應妥適規範以使人民得有尋求法院公平審判以救濟權利之機會，尤應避免完全阻絕人民提起訴訟救濟之可能造成訴訟權之剝奪，以免違反憲法以及公政公約對於人民訴訟權利之保障。

[71] 李惠宗，訴訟本質理論與訴訟權的保障－從兩公約人權談起，臺灣法學雜誌，第284期，2015年11月，臺灣本土法學雜誌社，第88頁。

四、世界貿易組織（WTO）之政府採購協定（GPA）

（一）政府採購協定沿革

政府採購協定（Agreement on Government Procurement，簡稱 GPA）乃為世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱WTO）架構下的複邊貿易協定（Plurilateral Agreement），相對於所有會員均必須加入的多邊貿易協定（Multilateral Trade Agreement），複邊貿易協定係得選擇是否加入，加入方受拘束的貿易協定。基本上，WTO仍維持GATT中的幾項原則：（一）無歧視原則，即最惠國待遇，又稱為國民待遇原則，所有會員國皆享有同樣待遇。（二）透過協商來降低貿易障礙。（三）利用爭端之解決程序來解決問題。除此之外，WTO之規範又包含：（一）商品多邊貿易協定；（二）服務貿易總協定；（三）與貿易有關智慧財產權協定；（四）爭端解決規則與程序釋義瞭解書；（五）貿易政策檢討機制；（六）複邊貿易協定等部分[72]。「政府採購協定」則與「民用航空器貿易協定」、「國際乳品協定」、「國際牛肉協定」等同屬複邊貿易協定，其架構在GATT時代之東京回合談判（即第7回合）即已經形成，「政府採購協定」僅規範簽署國，未簽署之國家則不受拘束[73]。

（二）我國於2009年加入政府採購協定

過去我國積極尋求加入世界貿易組織，在諮商過程中，各國以我國當時政府採購法規及制度不夠健全且不合國際作法，妨害國際貿易，歧視外商，不公開透明為由，堅持我國必須簽署「政府採購協定」，作為支持我國入會條件之一。WTO政府採購委員會於2008年12月9日下午舉行的會議中，採認通過我國加入「政府採購協定」申請案，2009年7月15日GPA開始對我國生效。加入政府採購協定，我國不僅可以參與該協定簽署國龐大的政府採購市場，且對於我國經濟建設及對外經貿發展等，具有多項正面意義。2012年新版GPA協定，係2011年12月15日GPA委員會於WTO第8屆部長會議期間召開GPA部長會議宣布完成此回合談判，並於完成法律文字潤飾後，2012年3月30日召開大使級正式會議採認通過，各會員續進入國內批准程序，依據修正議定書第3段達三分之二門檻會員存放後30天生效，WTO秘書處2014年3月7日通知GPA會員，以色列已於同年3月7日完成存放接受書，成為第10位存放會員，已達到生效門檻，故前揭協定於2014年4月6日於我國正式生效[74]。

---

[72] 林家祺，同前註4，第35頁。

[73] 林發立，WTO，政府採購協定與政府採購法，萬國法律第103期，民國88年2月，第22頁。

[74] 林家祺，同前註4，第35至38頁。

（三）政府採購協定（GPA）關於救濟程序之要求

根據現行之2012年版本政府採購協定第18條第1項規定：「內國『應提供』無歧視，適時，有效，透明化之程序，使供應商.....得以申訴.....」；同項後段亦規定：「締約國應以書面列明其申訴程序，並使其得以普遍被取得[75]。」協定中第22條第4項並要求締約國內國之一切法令均規章行政程序均符合本協定[76]，**我國係GPA之簽約國之一自應遵守上開規範以盡國際協定之義務**。由上可知，**政府採購協定明定各簽約國應保障廠商得於採購程序中提出爭議之權利，且要求採購救濟必須及時（Timely）有效（effective）之救濟**[77]，關於GPA要求之救濟程序要求最早係於1994年版之GPA條文第20條及2008年版之第18條，依前開該條之規定只要是「有利害關係之廠商」即可對招標程序提出爭訟，並未如臺灣現行採購法第76條限制一定規模之採購始得申訴[78]。英國諾丁漢大學（University of Nottingham）教授Sue Arrowsmith則進一步認為在解釋世界貿易組織（WTO）之政府採購協定（GPA）時，認為該協定第20條[79]（按：此處係指1994年版）之「可提出爭訟之供應商」應作寬廣（broader）之定義[80]，以保障廠商之爭訟權。我國之政府採購法第六章關於救濟程序之專章即係為落實政府採購協定之要求所制訂之法律，惜因立法時之疏漏或誤認導致案量過半之公告金額以下之採購案迄金未能有符合GPA要求之救濟管道（詳下述）。

---

[75] Agreement on Government Procurement Article XVIII Domestic Review Procedures 1.Each Party shall provide a timely, effective, transparent and non-discriminatory administrative or judicial review procedure through which a supplier may challenge：（a）a breach of the Agreement；or（b）where the supplier does not have a right to challenge directly a breach of the Agreement under the domestic law of a Party, a failure to comply with a Party's measures implementing this Agreement, arising in the context of a covered procurement, in which the supplier has, or has had, an interest. The procedural rules for all challenges shall be in writing and made generally available.

[76] Agreement on Government Procurement Article XXII 4.Final Provisions Each Party shall ensure, not later than the date of entry into force of this Agreement for it, the conformity of its laws, regulations and administrative procedures, and the rules, procedures and practices applied by its procuring entities, with the provisions of this Agreement.

[77] Agreement on Government Procurement Article XVIII Domestic Review Procedures

[78] 林家祺，同前註51，第156至157頁。

[79] 本文此處所指之GPA條文第20條係指現行之1994年版條款。不過新版之GPA協定業經WTO政府採購委員會通過，See WTO News, Provisional Agreement on Text of Revised Government Procurement Agreement（Dec.3, 2006）.

[80] See SUE ARROWSMITH, STUDIES IN TRANSNATIONAL ECONOMIC LAW： GOVERNMENT PROCUREMENT IN THE WTO, 391（2003）.

（四）以政府採購協定檢視採購法第76條

現行之政府採購法第76條以金額來限制廠商之爭訟權之立法模式，從政府採購協定（GPA）中並未允許締約國之內國法制採取此種限制，臺灣之採購法第76條當初之立法理由中載明依政府採購協定亦有門檻之限制，因而立法限制一定金額以上之購案始得申訴云云，此實屬嚴重且錯誤之理解政府採購協定[81]，蓋政府採購協定第1條之金額門檻，乃屬於適用政府採購之開放清單之金額門檻[82]，並非得提出救濟之門檻，也就是各締約國依據其入會談判之結果，符合一定金額門檻以上之政府採購必須向會員國互相開放政府採購市場，並**非謂要達一定金額門檻之金額始允許廠商提出爭訟**，我國立法者竟將兩者混淆把適用政府採購協定之開放市場門檻誤認為申訴之門檻，殊有不當[83]。

伍、比較法之規範

一、美國之採購法令

美國聯邦政府採購規則（Federal Acquisition Regulation, FAR）第33條規定[84]，有利害關係之人得提出異議[85]，而其所稱有利害關係之人，包括有實際投標者，以及直接影響商業利益之「可能投標者」[86]。另依美國之投標異議規程（Code of Federal Regulation）第21部分（part 21）規定，有利益之一方[87]（interest party）可提出爭議，所謂有利益之一方包括（1）已經實際投標之廠商（actual bidder）[88]（2）未來可能投標之廠商（prospective bidder）[89]（3）直接經濟利益將被決標影響之供應商[90]，包括次

---

81. 立法院公報，87卷，20期，頁31，1998年5月27日。頁31。

82. Agreement on Government Procurement Article 1（ “This Agreement applies to any procurement contract of a value of not less than the relevant threshold specified in Appendix I” ）.

83. 林家祺，同前註51，第156至157頁。

84. https：//www.acquisition.gov/content/part-33-protests-disputes-and-appeals（last visited 2020/6/6）.

85. Federal Acquisition Regulation Part 33（protests；disputes；and appeals）, U.S.A.

86. Id.

87. Title 4 of the Code of Federal Regulations（4 C.F.R.）, §21（ “Interested party means an actual or prospective bidder or offeror whose direct economic interest would be affected by the award of a contract or by the failure to award a contract “）；除了以上聯邦法令外，美國各州之採購法令也允許廠商提出申訴，See JOSEPH M. GOLDSTEIN & VANESSA L. PRIETO, A SURVEY OF FLORIDA'S RECENT DISTRICT COURT OF APPEAL AND ADMINISTRATIVE DECISIONS INVOLVING BID PROTESTS：CHALLENGING THE GOVERNMENT'S CONDUCT REGARDING A PUBLIC PROCUREMENT, 25 Nova L.Rev.45（2000）.

88. Id.

89. Id.

90. Id,（ “offeror whose direct economic interest would be affected by the award of a contract” ）.

承包商。但無論如何，美國採購令對爭訟權之限制仍僅止於權利受侵害之虞之層次[91]，其作適當限制之目的僅在於防止公民訴訟，並未如我國之採購法令及實務運作以損害之利益微小或採購金額過低，即禁止或剝奪廠商之訴訟權利[92]。

二、德國採購法令

德國之現行採購法制係自1998年規定在該國營業競爭限制防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）之第四篇第二章、第三章[93]，依該規定有權提出異議、申訴之廠商資格雖有資格之限制，亦即依德國營業競爭限制防止法第107條第2項規定有資格申請審議之廠商必須是「具有委託利益」且因委託人未遵守發包程序之規定致損害其依第97條第7項之權利者始得聲請審議[94]，但依該法第97條並未如臺灣之採購法限制一定之金額不得提出救濟。也就是只要廠商具有委託利益且依營業競爭限制防止法第97條第 7項之權利受損害者即可提出爭議[95]。德國在第三階段之採購法改革後[96]，雖然賦予廠商得以對招標程序之適法性直接訴訟之權利，但依據營業競爭限制防止法第107條第1項規定[97]，限制必須廠商『就採購案具有利益』且「損害其權利者」，始能提出申訴及後續之訴訟程序[98]。顯然地，這樣的要件，是受到長期以來德國行政訴訟法「訴訟權能」理論之影響[99]，此從德國行政法院法第42條第2項規定：「除法律另有規定外，原告主張其權利因行政處分、否准核發行政處分，或不為行政處分而受侵害時其訴始為合法。」可獲進一步之印證。但是德國採購法這種提出爭訟權之限制乃係源自於

---

91. 美國法對於提訴訟之此種限制，類似於我國訴訟法之「訴之利益」、「權利保護必要」之概念，目的在於防止與爭議決定無關或無權利受損可能之人提出訴訟，也就是在防止形成公民訴訟之機制。

92. 林家祺，同前註51，第157至158頁。

93. Matthew J. Mcgrath and Arleigh v. Closser, International Procurement, 1999, Vol.33, No 2, at 315.

94. DENNIS CAMPBELL, INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT, OCEAN PUBLICATIONS INC., GER-1 （16）（2003）.

95. GWB （Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）, Art §97VII.（“Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungener das Vergabeverfahren einhlt”）.

96. 德國採購法3階段改革之詳細過程，參見林家祺，政府採購行政訴訟-訴之利益理論與實務，頁61-68，新學林出版股份有限公司，2009年1月；林家祺，「政府採購法制變革與爭議處理機制－以德國法為例」，法學叢刊，第53卷第2期，頁106-109，2008年4月。

97. GWB （Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）, Art §107II.

98. 德國杜賓根大學Urich Bälz教授主張德國採購法為：「採購過程之參加人或潛在參加人」都有權提出爭議，參見劉華美，「德國營業競爭限制防止法有關政府採購規範之發展」，公平交易季刊，第10卷第1期，頁164，2002年10月；美國地方政府亦有類似之規定Joseph M. Goldstein & Vanessa L. Prieto, supra note （Fn.49） at 45.（“Generally, only bidders or prospective bidders challenging the specifications or other procurement documents have standing to commence a bid protest”）.

99. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 5.Aufl, 2003, §14 Rn.77.

訴訟法上「訴之利益」之理論而來，其判斷之標準在被害者訴訟模式下係以「權利有無受侵害之虞」來判定，與政府採購之申訴是否得否以「定額門檻」來限制廠商之爭訟權係屬二事，兩者應予辯別[100]。

三、歐盟之採購指令

歐盟之指令對廠商之爭訟權益加以保障，歐盟第89/665/EEC及92/13/EEC號採購指令規定略以[101]：「任何對於取得政府採購契約有利益，而因採購機關違背採購指令，致受損害或有受損害之虞者，均得循覆查程序救濟[102]」。可知，只要是對取得契約有利益，而受有損害之虞者即可提出救濟[103]，歐盟之規範並未如臺灣之採購法76條以採購金額來限制採購救濟機會[104]。歐盟在公用事業之指令規定其他規定更廣泛，有實際機會（real chance）獲得此一合約之廠商均可就準備投標和參與招標程序所導致之成本加以救濟求償[105]。

陸、公告金額以下採購訴訟權之探討

一、招標階段之採購決定係行政處分之性質

按政府採購之法律性質依目前學說與實務係採雙階理論，決標前之採購決定係屬招標機關之單方行政決定具**行政處分**之性質，若非採購法76條另定申訴程序，其不服採購行政處分之救濟機制即屬訴願法之規範範圍之內，採購法之雙階理論及採購決定屬於行政處分之性質可參照最高行政法院93年度裁字第625號裁定，該裁定理由略以：「.....政府機關依政府採購法進行採購之行為，究為政府機關執行公權力之行為或係立於私法法律地位所為私經濟行為，未可一概而論。.....立法政策係採政府機關之招標、

---

100. 林家祺，同前註51，第158至159頁。

101. CHRISTOPHER BOVIS, PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION, PALGRAVE MACMILLAN, 91- 99（2005）.

102. SUE ARROWSMITH, THE LAW OF PUBLIC AND UTILITIES PROCUREMENT：Volume 1,（SWEET & MAXWELL）, 245（2012）；Tean-Tacques Verdeaux, Public Procurement in the European Union and in the United States： A Comparative Study, PUBLIC CONTRACT LAW JOURNAL Vol.32, No.4, 734（2003）.

103. DAVID MEDHURST, EU PUBLIC PROCUREMENT LAW（1997）（ “a supplier means a person who sought, or who seeks,or who would have wished to be the person to whom a public supply contract is awarded and who is a national of Relevants State”）.

104. 林家祺，同前註51，第160頁。

105. DAVID MEDHURST, EU PUBLIC PROCUREMENT LAW, 178（1997）（ “a supplier means a person who sought, or who seeks, or who would have wished to be the person to whom contract is awarded and who is a national of Relevant State”）.

審標、決標等訂約前之作為為執行公權力之行為，以異議、申訴程序救濟，申訴審議判斷視同訴願決定。訂約後之履約、驗收等爭議，則以調解或仲裁程序解決。**關於招標、審標、決標爭議之審議判斷既視同訴願決定，自應認政府機關之招標、審標、決標行為均係執行公權力之行為，亦即為就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，係行政處分**，而許其依行政訴訟法規定救濟，此觀民國九十一年二月六日修正前政府採購法第八十三條第一項規定應附記爭訟期限自明，**否則如不視為行政處分，許其依行政訴訟法提起行政訴訟，該視同訴願決定之規定即無必要**。」在確立其行政處分之性質後，其不論採購之規模大小？或是否公告金額以上，均不影響其採購決定之行政處分屬性。

二、對採購行政處分提起訴訟之「前置程序」：

（一）行政訴訟之前置程序：

按「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，**經依訴願法提起訴願**而不服其決定，**或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定**者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」、「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院**應以裁定駁回**之。.....：.....十、**起訴不合程式或不備其他要件**者。」行政訴訟法第4條第1項、第107條第1項第10款分別定有明文，故對於行政機關之違法處分提起撤銷訴訟，依行政訴訟法第4條第1項原則上須經「訴願前置」程序，或經其他「視同訴願」或相當於訴願之程序，倘若未踐行訴願前置程序，起訴之提起即為不合法，受訴法院即應以起訴不合法裁定駁回原告之訴。公告金額以下之採購案之所以目前實務上無法提行政訴訟，即係因實務運作下無法踐行訴願前置程序且因採購法第76條要件限制而無法提起相當於訴願之申訴程序所致。

（二）採購法76條僅允許「公告金額以上」採購案得提起申訴。

採購法第75條規定了異議，就採購之招標、審標、決標，凡廠商對於機關辦理採購，認為機關違反法令或我國所締結之條約、協定，致損害其權利或利益，廠商即得以書面向招標機關提出異議。採購法於異議程序之後規定了採購申訴審議程序，然而採購法第76條第1項規定：「廠商對於**公告金額以上**採購異議之處理結果不服，或招標機關逾前條第二項所定期限不為處理者，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起十五日內，依其屬中央機關或地方機關辦理之採購，以書面分別向主管機關、直轄市或縣（市）政府所設之採購申訴審議委員會申訴。」據此，採購案件廠商若依法提出申訴，至少須符合六項要件[106]，意即須符合「須先經異議程序，而對異議之結果不服」、「須達公告金

106. 潘秀菊、張祥暉，「政府採購法異議申訴制度之研究」，軍法專刊，第45卷第10期，頁34，1999年10月；林家祺，同前註14，頁75-78；林家祺，同前註51，第146頁。

額以上之採購」、「須於法定期限內提出」、「須以書面提出」、「申訴事由需以違反法令或違反我國締結之條約或協定為由」及「須繳納申訴審議費用」。在採購法第76條第1項的明文之下，採購申訴程序僅有「公告金額以上」之案件得以提起，採購法的明文阻絕了「公告金額以下」採購案件進入申訴程序，就公告金額以下採購案件的訴訟權而言，此乃為限制其救濟之發端。

（三）工程會函釋之實務作法

行政院公共工程委員會（下簡稱工程會）為政府採購法第10條明定之採購法令之中央主管機關，依工程會94年8月11日工程企字第09400290420號函釋略以：「主旨：所詢政府採購法第76條第1項執行疑義.....說明：.....二、由於政府採購案件繁多，政府採購法（以下簡稱本法）第76條參酌WTO『政府採購協定』第1條門檻金額及第20條廠商救濟之規定，明定須公告金額以上之採購始得提出申訴，俾使廠商權益保護與相關作業成本、採購效率間，能取得平衡。**三、未達公告金額之採購，如機關未依規定期限為異議之處理，或廠商對於機關之異議處理結果，不服者，雖不能依本法提出申訴，惟仍得循其他作業機制處理（例如：向其上級機關反映，或向採購稽核小組提出檢舉）。**」而工程會96年3月8日工程企字第09600043690號函釋又否定招標過程會有行政處分，該函釋略以：「主旨：關於廠商對於未達公告金額採購之異議處理結果不服，該廠商是否得依訴願程序辦理疑義.....說明：.....三、政府採購法.....第6章納入異議、申訴之救濟程序規定，係基於廠商於招標、審標、決標階段，與機關尚無契約關係，如循民事訴訟程序，難有可提起訴訟之訴因，為維護其權益，並為符合我國擬申請加入之WTO政府採購協定（GPA）之規範，而參酌該協定訂定之爭議處理機制。**機關對於異議之處理結果，非屬『行政處分』**.....」。工程會如此認定的結果就是，公告金額以下採購案件，既已**明文無從提起申訴**，復又被主管機關認定為**「僅能」「向上級機關反映或檢舉」**，再加上**否定異議處理結果不是行政處分**，無法單獨就異議處理結果提起訴願，循此脈絡而下，即在實務操作上得出公告金額以下之採購案不得提起訴訟救濟之現況。按工程會所稱公告金額以下案件得改採『反映』及『檢舉』實則僅屬陳情之性質，並非法定之爭訟程序，受理檢舉機關也無權也無義務作成裁決，上揭工程會之解釋函無異於主管機關業已明確宣告：公告金額以下採購案不服異議處理結果不得訴訟救濟！[107]

[107] 林家祺，同前註51，第163頁。

（四）採購法第76條以「採購金額」為救濟門檻要件規定實有不當，實務之操作模式造成完全無法訴訟救濟，違憲侵害人民訴訟權。

1.「金額」或可作為「限制」要件，但絕不應作為「剝奪」訴訟機會之依據：

訴訟權之保障可透過立法機關以立法方式為一定「限制」，不論在民事或行政訴訟法之立法史均可看見以金額作一定程度之限制之規定，**在規定上可能是「應適用何訴訟程序」、「審級救濟限制」，但絕對不應是「禁止提起訴訟」**，例如：行政訴訟法第229條規定在新臺幣40萬元以下者適用簡易訴訟程序，可依相對較簡易之程序來完成判決。又民事訴訟法第427條及436條之8分別規定簡易訴訟程序及小額訴訟程序，來處理爭議標的在新臺幣50萬元以下或10萬元以下之較低金額之訴訟案。審級救濟之限制則例如民事訴訟法466條以新臺幣150萬元作為上訴最高法院之門檻金額。惟**無論金額如何微小，過去之立法史上，至多僅以金額來限制上訴，或適用較簡易之程序審理，但從無以金額直接剝奪向法院提出訴訟機會之立法例**[108]。

2. 實務操作方式完全阻絕訴訟可能，違憲剝奪人民訴訟權：

本文認為，實務對政府採購法第76條之解釋適用，造成完全剝奪「公告金額以下」採購案件提起訴訟救濟的可能性而有違憲之虞。或許「公告金額以下」採購案件不得提起申訴的政府採購法第76條規定，單就這一個條文觀察還不足以認定訴訟近用法院機會完全喪失的結果，但在結合實務上工程會「只能向上級機關反映」或「檢舉」之認定，且「異議處理結果」又不是行政處分，而政府採購法的申訴審議程序又被認定為「排除」訴願法適用的「特別規定」，最後僅存的「異議程序」無法達到救濟實益，數項因素加總之下，「公告金額以下」採購案件只剩一個沒有多少實益可期的異議程序可資救濟，異議終結即為終局確定，全然沒有尋求法院救濟的空間，在這樣的操作之下，本文認為採購法第76條規定申訴程序之「採購金額門檻」，實務操作方式已經造成完全「剝奪」人民訴訟權效果而有違憲之虞，**如若要避免採購法申訴程序在「公告金額以下」之部分被認定為違憲，應即採取不同的法律解釋方法，以使「公告金額以下」採購案件亦獲得法院救濟的機會**（詳後述）。

108. 林家祺，同前註51，第161至162頁。

（五）採購爭議之訴訟前置程序是否僅有「申訴」程序：

1. 疑義：

採購法之申訴程序是否整個採購爭議均排除訴願法之適用？

按「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」、「訴願事件有左列各款情形之一者，應為不受理之決定：.....八、對於非行政處分或其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者。」訴願法第1條第1項、第77條第8款分別定有明文。是以如有其他法律特別程序而排除訴願法適用之事件，倘若提起訴願，即得認定為「依法不屬於訴願救濟範圍內之事項」而逕依訴願法第77條作成不受理決定。問題即在於，採購法第76條規定之**採購申訴審議程序，是否為訴願法第1條第1項但書所指之「法律另有規定」情形，採購法規定了異議以及申訴程序，是否會擴及無採購法76條適用之『公告金額以下』之爭議亦一併排除訴願法之適用**？就此，在「公告金額以上」之採購爭議此一問題並無疑義，蓋申訴審議判斷依據採購法第83條「視同訴願決定」，不服申訴審議決定既得據之提起行政訴訟，顯然公告金額以上之採購案件，申訴程序即為「法律另有規定」而具備如同訴願之訴訟先行程序功能。

2. 特別規範優先適用之論點：

本說認為，既然政府採購法規定了申訴審議程序，即係訴願法第1條所稱之「**法律另有規定**」，故而於於政府採購案件之招標審標決標爭議，已經規定了排除訴願法適用的申訴程序，採購案件即應當遵循異議、申訴之後方得提起行政訴訟。

3. 分流並行式之論點：

本說認為，雖然政府採購法訂有申訴制度，且採購法第83已然明定申訴審議判斷「視同訴願決定」，但**採購法並未規範公告金額以下之救濟**，故即便是「未達公告金額」而不符合提起採購申訴之法定要件，仍然得「**回歸**」行政處分救濟之一般性規定提出訴願，且採購法並未明文規定「未達公告金額」採購案件「不得提起訴願」，得提起申訴之案件係「經申訴後提起行政訴訟」，不得提起申訴之案件則為「經訴願後提起行政訴訟」，意即：

（1）公告金額以上之採購案件：經異議而不服異議決定或逾期未為決定，即得依政府採購法第76條第1項之規定提起採購申訴，經申訴而不服申訴審議判斷（審議判斷視同訴願決定）後，即得提起行政訴訟。

（2）未達公告金額採購事件：經異議而不服異議決定或逾期未為決定，廠商雖不得提起申訴，仍得依訴願法之規定提起訴願，經訴願程序後即得提起行政訴訟。

最高行政法院96年度裁字第24號裁定即採上述之分流雙軌制見解，其裁定理由略以：「.....惟廠商對於未達公告金額之採購所為異議處理結果，**雖不得提出申訴**，但**仍應循訴願程序**後，**方得**向高等行政法院**提起行政訴訟**，乃屬當然。.....」

4.本文認為，「公告金額以下」採購案件依採購法**無從提起申訴**，因此「公告金額以下」採購案件並不在採購法76條之申訴程序適用範圍之內，「公告金額以下」採購案件在採購申訴制度係為規範排除或形同規範空白的狀態，在「無從申訴」的規範下，「公告金額以下」採購案件也就不可能出現採購法83條之「視同訴願決定」的採購申訴審議判斷，因此自難以採購法的採購申訴程序「全面」認定為「全部」採購事件均排除訴願法適用之法律特別規定。

5.另外，**「訴願權」亦係我國憲法第16條所明文保障之基本權利之一**，或許學界多因留學背景而多鍾情其所鑽研的比較法，而他國之基本權利規範並沒有特別規定「訴願基本權」，但無論法律解釋或憲法解釋均不應脫離文本，我國的案例終究仍須回歸「我國的」實證規範，既然我國憲法第16條有明文規定訴願基本權即不應予以忽略輕視，倘若沒有「相當於」訴願的替代程序可資救濟，復又因法律解釋的選擇而被排除於訴願程序之外，顯然即與憲法保障訴願權之意旨相違背！

三、「完全阻絕」公告金額以下之採購案提起訴訟，不符憲法及兩公約之意旨：

（一）倘若公告金額以下之採購案既「不得申訴」又「排除訴願」，復以訴訟必須先有「訴願前置」，則根本「完全阻絕」公告金額以下採購案件就機關採購之行政處分提起行政訴訟之可能，造成闕漏無從救濟，不符憲法與公政公約保障訴訟權之意旨。

承前所述，採購法第76條僅限於公告金額以上採購異議案件，始得向採購申訴審議委員會提起申訴，而依採購法第83條規定該採購申訴審議委員會之申訴審議判斷係視同「訴願決定」，又配合行政訴訟法第4條規定對於撤銷之訴採行之「訴願前置原則」，**如果又以採購法規定申訴為由排除訴願法之適用**，在現行制度之運作下，將產生公告金額以下採購案件，僅能依採購法第75條規定向招標機關提出異議，且該招標機關之異議結果即屬於「終局決定」，對於異議結果不得再依採購法第76條規定向採購申訴審議委員會提起申訴，且因未有採購申訴審議委員會之申訴審議判斷，故後續亦**無法**依行政訴訟法第4條**提起行政訴訟**救濟。可知，採購法第76條規定僅限「公告金額以上採購」始能提起申訴，**倘若既「不得申訴」又「排除訴願」，復以提起行政訴訟提起須「訴願前置」，在實務運作下根本「完全阻絕」公告金額以下採購案件廠商，就機關行政處分提起申訴及行政訴訟之機會**。依據憲法及兩公約之意旨人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法

律程序，以獲及時有效救濟之機會，此為**訴訟權保障之核心**，此亦係兩公約施行法、公政公約第14條的保障內涵，人民應有權請求法院保護其權利之管道，倘若制度之設計完全無法尋求法院之救濟，此時救濟機制即有闕漏，將違反憲法與公政公約保障人民訴訟權之意旨。

（二）倘若公告金額以下之採購案僅能異議，難期「公平」且非「有效」之權利救濟方式：

承上所述，若公告金額以下之採購案不能經申訴而提起訴訟，且又不能經訴願而提起訴訟，則公告金額以下之採購案，充其量僅能以採購法第75條「異議」之方式為其權利之唯一救濟途逕，然細究採購法第75條之「異議」性質，充其量**僅為招標機關內部之自我審查程序**，自無法與經過「公平中立」立場之「法院」審理之「訴訟程序」相比，且實務上更鮮少有招標機關自行承認有違法之錯誤而自行撤銷原處分另為適法之處分，對人民而言，僅有異議程序難謂「公平」之救濟機制，且屬「無效之權利保護機制[109]」。獲得法院公平審判有效救濟之權利，既為憲法訴訟基本權以及公政公約第14條之誡命要求已如前述，若僅僅只有異議程序即已終局確定，人民完全不能獲得公平且有效之救濟，顯然與憲法以及公政公約所保障之訴訟權不符。

（三）阻絕提起訴訟之途逕，非僅基本權之「限制」，而係基本權徹底「剝奪」

如前所述，基本權利之核心內涵不能任意「剝奪」之，在採購法第76條對於「提起申訴」僅限於「公告金額以上」，加上主管機關之不當作法，造成「公告金額以下」採購案件對於機關行政處分提起訴訟之機會完全剝奪，此**非僅對於人民訴訟權之「限制」而已，而係為訴訟權之徹底「剝奪」**，使人民於其權利受侵害時無法獲有「至少一次」尋求法院公平審理之機會，顯已違背「無漏洞之救濟」之憲法第16條訴訟權保障核心內涵，除有違反前述公民與政治權利國際公約第14條第1項規定：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。**任何人**受刑事控告或**因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問**。」所揭櫫之保障人人均有獲得「公平審判」機會之要求外，亦與司法院大法官釋字第785、784、752、736、653、591、574、512、396號解釋所詮釋「訴訟權保障之核心內容」有所悖離，亟待改進。

---

109. 林家祺，同前註51，第170至171頁。

（四）小結：

如不修法應即開放公告金額以下採購事件回歸訴願法之訴願程序

承如前述，採購法第76條將「公告金額以下」採購案件排除其對於招標機關行政處分提起申訴之機會，如又依循現行主管機關之函釋認為只能檢舉或陳情而排除了訴願法之適用，如此便屬「完全剝奪」公告金額以下採購案訴訟之訴訟權，明顯違反公民與政治權利國際公約第14條第1項、司法院大法官釋字第785、784、752、736、653、591、574、512、396號解釋及憲法第16條保障人民訴訟權之內涵，嚴重侵害人民之基本權，若是採購法76條不修法，則唯一之合憲性解釋，僅能如本文前述之最高行政法院之裁判意旨，開放其回歸訴願法之程序進行救濟。

柒、結論

本文綜合以上論述得出以下結論：

（一）合憲性解釋

保障人民憲法基本權利係為國家之義務，不論在行政、立法或司法皆然，國家於解釋法律、適用法律時，應衡酌憲法基本權利之保障意旨，選擇符合保障人民權利之解釋方式，在有疑義之情形，即不應選擇不符合基本權利保障之解釋方式，而應選擇符合基本權利保障意旨而有利於人民權利保障之選項，以期最大可能地去保障人民基本權利，現行之實務運作阻斷人民在公告金額以下之尋求司法救濟之機會，不符合憲法之要求。

（二）實際運作結果與訴訟權保障意旨相違，應即檢討改進

對於採購法第76條排除「公告金額以下」採購案件提起申訴之規定，以及其實務之作法，本文認為已完全阻斷「公告金額以下」採購案件廠商對於機關行政處分提起申訴及行政爭訟之機會，已不僅僅是對於人民訴訟權之「限制」，而實為對於人民訴訟權之完全「剝奪」，明顯侵害憲法第16條之訴訟權保障核心內容而具有違憲疑慮，應立即改善。

（三）修法前得以「以公告金額作分流，採並行之雙軌制」容許公告金額以下採購案件得提起訴願

在現行法律未經修正或經由司法院大法官違憲審查作成解釋宣告失效之情況下，本文認為仍得在現行法條之文義範圍內，仍能透過合憲性之解釋，以使公告金額以下採購案件仍可提起訴訟而符合國家保障人民訴訟權之意旨。亦即得以前述「依公告金

額分流，採並行雙軌制」，而將無法適用採購法第76條提起申訴之「公告金額以下」採購案件，以「**回歸**」行政處分救濟之一般普通法規定之方式進行，而使其得以依訴願法規定提起訴願，經由訴願程序後，亦得依行政訴訟法第4條第1項規定提起行政訴訟，如此即可在未超出現行採購法第76條文義範圍內為適用，蓋採購法第76條並**未限制「公告金額以下」採購案件「不得提起訴願」**，僅係規定「公告金額以上」採購案件「得提起申訴」而已。依此回歸普通法之法律適用方式，得讓「公告金額以下」採購案件以「經訴願後提起行政訴訟」，使「公告金額以下」採購案亦獲得請求法院訴訟救濟之機會，如此可同時顧及「公告金額以下」採購案件之訴訟權，給予向法院提起救濟獲「公平審判」之機會，並得以在現行法律條文架構下，無需修法即可發揮公民與政治權利國際公約第14條第1項、司法院大法官釋字第785、784、752、736、653、591、574、512、396號解釋及憲法第16條保障人民訴訟權之內涵，具體落實國家對於人民訴訟基本權之保障。

臺北市街頭藝人權利保障與公共空間管理

吳秦雯　政治大學法律學系副教授

壹、前言

為了鼓勵藝文活動多元發展，並培養民眾以付費方式參與藝文活動的消費習慣，促使藝術文化融入民眾生活，豐富公共空間人文風貌[1]，臺北市政府於2005年訂定並發布「臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法」（以下簡稱為「臺北市街頭藝人許可辦法」）自治規則，該自治規則中，一方面於第2條對於公共空間、藝文活動與街頭藝人進行定義，另方面以第4條賦予主管機關透過活動許可證之核發程序，對於取得活動許可證之街頭藝人：「從事藝文活動之自然人或十人以下組成之團體」得於公共空間：「寬度八公尺以上之人行道、廣場及公園綠地等空間，經管理人同意得提供從事藝文活動之場所」從事藝文活動。而所謂「藝文活動」，基本上包括了各種形式的藝術文化活動，以例示方式規定「戲劇、默劇、丑劇、舞蹈、歌唱、樂器演奏、魔術、民俗技藝、雜耍、偶戲、詩文朗誦、繪畫、工藝、雕塑、行動藝術、使用非永久固定之媒材或水溶性顏料之環境藝術、影像錄製、攝影及其他與藝文有關之現場創作活動」，但重點為「從事收費性」之上開活動。

簡言之，在臺北市街頭藝人許可辦法之架構下，從事藝文有關之現場創作活動者，必須取得由臺北市文化局核發之許可證，方得合法地在臺北市管轄之公共空間內進行收費進行表演。此制度運行十多年來，儘管期間曾有未獲得許可證之從事創作活動者不服審查[2]、表演活動因為超時遭裁罰[3]、表演活動違反展演相關規定[4]、未取得臺北市核發之許可證卻從事展演[5]等行政訴訟案件，但多半歷經訴願程序駁回後就未再續行訴訟[6]，也因此這樣的行政管制程序，一直到臺北高等行政法院108年度訴字第179號判決前，雖曾有媒體或相關街頭藝人組織團體表達不同意見[7]，但都未曾有重大變動。

---

[1] 臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法第1條。

[2] 臺北高等行政法院105年度訴字第933號判決。

[3] 以表演人已超出申請時間，而認定該當道路交通管理處罰條例第82條第1項第3款「利用道路為工作場所」之違規事實，參臺灣士林地方法院102年度交字第13號判決。

[4] 擁有許可證之街頭藝人被主管機關認定於未獲許可之場所進行展演（展演位置與申請不符）、使用空間超過相關規定而遭記點，廢止許可證，參最高行政法院105年度裁字第653號裁定。

[5] 以未經許可，在道路舉行賽會、設席、演戲、拍電影或其他類似行為，依據道路交通管理處罰條例第82條第1項第9款裁罰，參臺北高等行政法院 108年度交上字第308號裁定。

[6] 依據臺北市法規查詢系統，以「街頭藝人」為檢索字詞，可查得30則相關訴願決定書，但卻只有不到十分之一的當事人提出行政訴訟。 https：//www.laws.taipei.gov.tw/lawsystem/wfLaw_Decision_SearchResult.aspx（最後瀏覽日：2020/5/24）

[7] BIOS monthly，街頭藝人為何要考照？（一）（二）（三）系列報導，https：//www.biosmonthly.com/article_list/187（最後瀏覽日：2020/3/24）

事實上，從本文首所引述之臺北市街頭藝人許可辦法第一條所揭示之立法意旨可推知，臺北市文化局對於街頭藝人使用公共空間之管制想像，可能較未從保障街頭藝人之職業自由與言論自由著手（換言之，立法者的主觀意識並未意圖對職業自由與言論自由進行限制），而是偏重於公共空間如何適當合法地提供使用[8]，尤其是為了避免攤販或行乞行為，並以增進公共藝術多元化之公益為主要目的。然而，這樣的行政管制方式是否確實如臺北高等行政法院108年度訴字第179號判決所指摘，導致過度限制職業自由與言論自由之違憲結果，若以公物之設置與使用目的著眼，實非無討論空間。然而自該判決作出後，臺北市文化局並未上訴，似已接受該判決之論駁意見，並朝向登記制、放鬆管制之修法方向進行研究。由於各種類型之街頭藝人表演活動並非僅存在於我國，以藝術文化觀光聞名之法國也有大量的街頭表演藝術，甚至有相關舉世聞名的藝術活動，如亞維農藝術節、每年夏至全國各地都有音樂節（La Fête de la musique）活動，該國對於街頭藝術家活動之管制目前已經中央分權化由各地方自治團體各自管制，因此每個城市對於不同的街頭表演活動也有不同的管制方式，但與臺北市即將朝向鬆綁管制之發展方向剛好相反，該國各城市對於街頭藝人的管制都日趨緊縮，該國之各觀光大城或重要公共運輸系統在何種管制邏輯下，對公共空間管理與街頭藝人之藝文展演活動進行調和，應有相當參考價值。因此，本文將先簡析臺北高等行政法院108年度訴字第179號判決（以下簡稱：本判決）之見解，接著說明法國街頭藝術管理之法制模式與管制邏輯，最後再對未來臺北市之街頭藝人表演活動管制方式提出修法意見。

貳、簡析臺北高等行政法院108年度訴字第179號判決

儘管原告被告雙方各有論述攻防，但法院將爭點聚焦為二：「（一）原處分依據街頭藝人許可辦法規定，就有意在臺北市街頭從事藝文活動為業者，須先經其就預定從事的藝文活動表演進行審議，審議合格取得街頭藝人許可證者，方有被告認定的資格、能力，而得以在臺北市轄區所指定的公共空間內，從事街頭藝人職業活動，並為街頭藝文活動的展演發表，此等規定與原處分，是否均過度限制人民職業自由，並屬於針對言論內容的事前審查，而不法侵害原告職業自由、言論自由而違憲？（二）若前開問題為否定者，原處分否准系爭申請不發給臺北市街頭藝人展演許可，是否適法有據？」從爭點

[8] 此由判決中臺北市政府文化局之答辯要旨及聲明（三）「被告依街頭藝人許可辦法所核發的街頭藝人許可證，只是適度開放臺北市公共空間，供具有許可證街頭藝人展演，屬特許使用性質的授益處分，未限制人民工作權」以及（四）提出之「街頭展演是在道路擺設攤位的營利行為，非單純表達藝術性言論」可證。

整理，即明顯可知法院有意識地在本案自行先對作成原處分之法令依據：臺北市街頭藝人許可辦法，此一自治規則進行合憲審查。法院強調街頭藝人係以從事藝文活動為其職業，因而與職業自由連結，捨棄臺北市政府公物管理之公益主張，以司法院大法官建立的職業自由審查標準，檢討該自治規則是否符合法律保留原則與比例原則之要求；接著，因為藝文活動職業方式為展演發表，認定歸類為言論之一種，許可辦法授權主管機關透過審議發給許可證，法院因此認為必須同時審查是否該當為對於言論內容之事前審查。

一、自治規則的個案合憲審查

關於中央與地方之關係，我國目前通說見解採司法院大法官釋字第498號建立之制度性保障說，在制度性保障的脈絡下，「地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予以尊重」，也因此現行地方制度法第30條的法規架構，儘管在第4項規定容許由中央行政機關或上一層級之地方自治團體，直接對地方法規發生牴觸上位階法規範時，函告無效；但為了避免落入侵害地方自治權之疑慮，第5項也同時規定「自治規則有牴觸憲法、法律或自治條例疑義時，得聲請司法院解釋」，由司法院扮演中立客觀第三者，評斷自治法規是否遵守法律優位原則。該項所謂之「聲請司法院解釋」，依據憲法第78條、79第1項，配合司法院釋字第371號解釋，目前我國普遍認為法律之違憲審查權應專屬大法官。倘若為行政命令抵觸法律，依據司法院釋字第216號解釋，因憲法第80條之規定「法官依據法律獨立審判，不受任何干涉」，因此法官於審判案件時，雖可引用行政命令，「但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束」。也就是說，司法院大法官目前已經建立：法律違憲專屬司法院大法官解釋，命令違法則非專屬司法院大法官解釋，各級法院都得自行表示不同意見之原則。惟命令違憲，由各級法院自行表示不同意見，首先，因為並無動搖依據憲法第171條第2項規定法律違憲解釋的專屬性，在法理上並無不可；其次依現行有效之大法官審件審理法第5條第2項規定，與司法院釋字第371號解釋，除二終審法院外之其他法院，並無聲請大法官為違憲審查之依據，各級法院自行審查命令之違憲，應符合法規違憲審查之司法權內部分工機制。

但是一直以來，不但大法官所為之命令違憲案件並不少見，法院實務上由法院自行認定表示違憲意見者反而不多見，更遑論法規範位階同等甚至低於行政命令的自治法規[9]。本判決之末，法官表明係參照司法院釋字第216號解釋，因此「地方制度法第30條第5

[9] 依據本文初步搜尋，臺北高等行政法院102年度訴字第745號、臺灣臺北地方法院行政訴訟判決102年度簡字第398號（承審法官楊坤樵與本案相同），相同涉及電影片映演業禁止攜帶外食之命令，曾經於事實審層級由行政法官宣告命令違憲，惟該違憲意見於終審審級之行政法院均被否定（最高行政法院103年度判字第613號、臺北高等行政法院103年度簡上字第152號判決）。有趣的是，臺北高等行政法院對於是否命令違憲，在前後兩案分別為相反之意見表示，僅因承審法官不同而出現意見差異。

項…的規定，並未排除法院在個案行政法律爭議事件，得以附帶審查自治規則有無牴觸憲法、法律或自治條例的權限，本院依法審判系爭申請有無理由，以及原處分合法性等問題，本得以附帶審查上述自治規則是否牴觸憲法、法律或自治條例，並於確信自治規則牴觸憲法時，依據憲法，表明適當見解，不受其拘束」，但是司法院釋字第216號解釋之解釋標的為一般機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，與本案涉及者係自治規則，並不完全相同，因此本判決又再特別說明「法院審查自治規則是否牴觸憲法或法律時，所得表明適當見解，亦包括得就該自治規則因牴觸憲法或法律，依憲法第172條、地方制度法第30條第2項規定，在個案實體行政法律關係上，是否已無效而不發生拘束個案法律關係當事人效力的適當見解，且該自治規則是否違法與無效的認定，只是作為系爭申請有無理由、原處分是否違法的理由依據說明，本件行政訴訟程序標的並非該等自治規則，本判決也未在主文中對自治規則效力問題作任何個案性或對世性的宣示，並沒有超過個案附帶審查行政命令的司法審查權限範圍，也沒有逾越行政訴訟法對行政訴訟種類的框架限制，逕而宣示自治規則無效的問題。」一方面用以強化本判決「例外」自行由行政法院進行個案之自治規則合憲之正當性，另方面也重申只是在判決理由中表達法院見解，並無直接宣告自治規則通案性失效之結果。

不過判決又更進一步引用學者見解，論述「自我執行規範」（self-executing Norm）行政命令，參考德國法相關概念，該段論述固有價值，但本案所涉及之臺北市街頭藝人許可辦法在概念上是否屬於此類自我執行規範行政命令，法院卻未進行涵攝，只是隱喻的表示本案之街頭藝人許可辦法因為涉及臺北市公共空間之使用，可能屬於「直接產生人對權利客體間之公法上利用關係的行政命令」，而在德國法上不但「承認得提起確認公法上法律關係存否的訴訟，並附帶審查此等自我執行命令的合法及有效性」，因此用這段「併此指明」來強化我國行政法院附帶審查行政命令之合法性。此段論述確實有加強行政法院進行行政命令合憲審查之功能，但似乎無特別必要。只能說對鋪陳未來行政法院擴大對行政命令所為合憲審查權之範圍，應有相當助益。

本判決之論述方式，即使在臺北高等行政法院都相當罕見，也並非無挑戰可能性，臺北市文化局事實上仍然可以上訴最高行政法院，由終審法院表達對於個案的最終法律見解，也就可能免去目前急於修改相關法制度之困境，或至少以上訴換得一些法制調整的時間餘裕，儘管本文也樂見文化局重新更完善地檢討現況之可能缺漏。不過，就深化憲法規範效力之角度言，本判決之論述方向非常值得大力肯定。畢竟如果未來多數各級法院都願意勇於在個案當中自行適用憲法，並對各種性質之命令進行合憲審查，甚至進而宣告命令或自治法規違憲，必定將有效地提醒各級行政機關包括地方自治團體，制定命令時更著重與憲法的連結，甚至也可以分擔司法院大法官解釋憲法之重擔，強化大法

官集中火力於指標案件之可能性。對於地方自治行政機關而言，也應該特別留意自治規章與自治規則之選用，有時效考量時當然不排除先選擇自治規則以達儘速管理之效，但為避免涉及人民權利保障之事宜遭遇法律保留原則之挑戰，由議會通過自治規章實為正辦。同時也要留意，即使以自治條例作為依據，法院仍然可能認為不符合比例原則仍宣告違憲。

二、人民職業自由之限制

判決特別引述司法院釋字第394號、第443號、第559號、第710號、第711號及第778號，強調人民選擇職業自由係屬憲法保障之基本權利，因此若對其進行限制，即涉及人民自由權利的限制，應以法律或法律明確授權之命令為之，始符合憲法第23條規定所寓法治國原則下的法律保留原則。然而本案涉及者並非全國一致性之自由權利限制，在地方自治受憲法制度性保障之脈絡下，地方自治團體有權在自治範圍，限制管轄權範圍內人民之自由權利，此自治權並受到地方制度法之確認。不論是地方制度法第28條第2款規定授權以「經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布」的自治條例限制地方自治團體居民之權利，或是同法第25條、第27條第1項經自治條例明確授權的自治規則定之。

法院在判決之始（一）的部分，首先引述司法院釋字第649號明確宣示的三階審查標準，並表述心證：「倘若涉及人民在特定地方自治團體轄區內從事特定職業的選擇職業自由事項，未以法律或法律明確授權的命令定之，也未經地方立法機關以自治條例定之或明確授權地方行政機關得以自治規則定之者，地方行政機關自不得逕行訂定並發布自治規則，對其自治團體轄區內人民職業選擇自由加以限制。」表明必須先確認本自治規則造成限制人民選擇職業自由之結果，接著於（二）論述對人民選擇職業自由設定有關從業者應具備的知識、能力等資格要件的主觀條件限制之合憲性要件，顯示法院已經認為本案據以作成行政處分之街頭藝人許可辦法，確該當為選擇職業自由之主觀條件限制，而非文化局主張之只是就街頭藝術活動的地點作限制，屬「執行職業」自由限制。

判決並且進一步論述，「有必要由國家以考試檢定及格作為從業條件者，至少需該考試檢定的資格能力，具有高度技術性，其服務品質優劣非一般消費者依生活經驗所能判斷，且其服務與公共利益有密切相關，對職業市場的經濟或安全秩序有廣泛影響，倘若僅仰賴完全開放的自由競爭市場機制，自行發揮擇優汰劣功能，恐難有效保障消費安全與經濟或安全秩序，而有所謂『市場失靈』現象，才有賴國家以考試作為進入職業市場的主觀條件管制手段，而有其必要性」。因而可知，法院強調對於選擇職業自由之主觀條件限制，若是以舉行考試的方式進行，而該考試又是在檢定參試者之資格能力，則舉行考試的必要性，必須是私領域恐怕無法正常發揮篩選機制，才有由國家補充性「出

手」進行管制之正當性。

確實在現行司法院大法官解釋中，對於選擇職業自由之主觀條件限制，依據人民所具備知識能力、體能、犯罪紀錄等作為條件，都要求立法者必須基於重要公益目的方具備正當性。而以考試加以認定是否具備相關主觀條件，是否與本判決認定相同，特別強調國家介入係居於市場失靈之補充性地位，並就此檢驗手段與目的是否符合比例原則，得以司法院釋字第634號進行論證。因為該號解釋認為，欲以證券投資講習換取報酬職業之人民，必須具備一定之專業資格及組織規模，不但事前必須將營業計畫書送請申請核准，經營證券投資顧問事業之經理人、部門主管或業務人員必須符合一定資格條件。究其實際，已經是對於欲以證券投資講習為業者之資格能力進行審查。可謂相當於本判決認定之對證券投資講習從業者進行考試。

釋字第634號解釋強調「證券投資本具有一定之風險性及專業性，而證券投資顧問事業關係證券市場秩序維持與投資人權益保護之公共利益至鉅，故就該事業之成立管理採取核准設立制度，俾提升並健全該事業之專業性，亦使主管機關得實際進行監督管理，以保障投資，發展國民經濟」，並陳明「建立證券投資顧問之專業性，保障委任人獲得忠實及專業服務之品質，避免發生擾亂證券市場秩序之情事，其所欲追求之目的核屬實質重要之公共利益」，似乎與本判決法院之意見相當，認定證券投資此一風險性與專業性並非一般消費者依生活經驗所能判斷，因而承認國家以資格能力鑑定審查作為進入職業市場的主觀條件管制手段，有其必要性。惟若進一步思考證券投資與一般人民行為之間的關係，可知個人以自己之財產進行證券投資，縱然因為投資顧問不專業而導致血本無歸，也是個人行為導致財產受損之問題，似無重大公共利益需要保護。但在本號解釋中，國家卻認為有必要保護委任人獲得忠實及專業服務之品質、個人參與證券投資市場之財產不受侵害，可能是認為證券投資業務，與人民之財產權利有密切關係。且大法官也肯認證券市場秩序不應被不專業的證券投資顧問擾亂，此一市場機制不容許自行修復，是實質重要之公共利益。

依循著釋字第634號之理論脈落，倘若以考試方式檢定參試者之資格能力，實施考試者必須論證私領域欠缺自行篩選能力，若不進行篩選任該職業自由運作會影響到人民之基本權利（如生命權、財產權），且國家有必要維護該職業市場秩序。如果建立考試篩選制度者能證立以上論述，則以考試篩選資格能力作為選擇自由之主觀條件即符合比例原則。此即法院表示之「對於選擇職業自由主觀條件限制是否存有必要性而合於比例原則，應由訂定以考試及格作為選擇職業自由主觀條件限制的國家機關，具體說明所要保護的具體重要公共利益何在，考試手段與該利益間有充分重要關連，才能通過對選擇職業自由主觀條件限制的可支持性中度審查標準」。

本文基本上同意判決將現行許可辦法之審查方式認定為係選擇職業自由之主觀條件限制，而非只是行使職業之自由限制，也同意法院所主張，當職業活動所涉及之一般大眾權利無關宏旨，由市場發揮其機制即足。然而，如何確定該職業活動需要國家補充性介入管制，且管制具有正當性，高度依存於採取此一管制手段之國家機關之說理能力與相關連的人民基本權利。

文化局於本案強調「民眾抱怨藝人表演品質粗糙、時間過長、音量過大、圍觀人群造成交通不便，內容重複等，加以有意申請街頭表演者眾多，適合展演公共空間有限，為避免民眾接觸品質不佳演出，才建立篩選制，且積極面而言，被告擇優汰劣，才得藉優質活動吸引駐足人潮，提升周邊商圈與觀光景點的發展」。考量的重點首先是抽象的公共安寧與公共交通暢通，其次是為民眾篩選藝文活動表演，最後則是主張街頭藝人展演應有助於提升商業活動，並未提及與其他用路人或街頭表演藝人之基本權利。

因此法院顯然無法被說服，其明確提出「街頭表演品質良窳，是一般民眾依生活經驗就能判斷，並作成是否付費（打賞）的合理決定，不具高度技術性」，並認為「被告所稱的公共利益，與人民生命、身心健康、財產等並無密切關係」，且被告機關若欲**輔助市場機制**能更有效發揮『擇優入市』的功能，也得參考歐美其他國家地方政府的作法，改採場地付費制，使街頭藝人每次從業演出，均有公物使用規費的成本負擔」。其次並表示行政機關本就得透過適當管制，使藝文表演活動不妨礙周邊安寧秩序或此等公共場域的通行使用。甚至以戒嚴時期原施行歌星證、演員證等，比擬現行的許可制之不適當與過時。法院對於藝術表演得由人民發揮擇優汰劣之市場機制（街頭藝人表演之篩選不具備高技術性）顯然深具信心，並且認為行政部門以抽象規範進行篩選並不是在保障人民（亦即非街頭藝人之其他人民）之生命、身心健康、財產，因此，現行之許可審議方式構成街頭藝人職業選擇自由之主觀條件限制，不符合比例原則。

本文認為法院認定街頭藝術表演市場機能並未失靈，以及文化局欲透過審查保護之利益並非重大二點，仍有討論空間。

法院思考到的是，表演者以公開藝術表演活動作為其自由選擇之職業，反應的是傳統抵抗權性質下的基本權概念，國家不得任意干預人民行使此等自由。並且認為政府部門提出公共利益與非街頭藝人之其他人民之基本權利無涉。然而，公開進行藝術表演活動者，其進行職業活動之地點並非其私有，而是其他人民得主張行使行動自由、遷徙自由的公共空間；其次，若從基本權後期發展係以受益權、分享權、發展權為重心，依據經濟文化社會權利公約第12條第1項「人人有權享受可能達到之最高標準之身體與精神健康」，以及第15條第1項第1款「人人有權參加文化生活」，一般閱聽者雖然不是主動地進行藝術表演活動，然是否因此就沒有主張享受「優質」藝術自由的可能，而此

一藝術文化權利並非國家應積極保護之重大公益，非無討論空間。蓋街頭表演藝人主張藝術自由的同時，仍然可能對於用路人形成噪音、過度刺激或干擾行為，並影響其使用公共空間之正常預期，例如在公園內被迫聆聽以擴音機播送的藝文表演聲響、在人行道因為藝文表演活動導致通行空間限縮而通勤時間延長、因為路過藝文表演活動而街頭藝人請求打賞行為造成心裡壓力等等。本判決顯然認為遷徙自由、行動自由、甚至本文主張的藝術文化自由，都是被判斷非涉及生命、身心健康、財產之公共利益。但若以我國基本權利之發展，已經不再只是以防禦權為基調，而已經發展到新興的基本功能之情況下，文化局所主張之公共利益是否非屬重大，而不能作為限制街頭藝人職業自由之合理手段，實在有再思考之可能。尤其以現今社會充斥流於俗民之譁眾取寵展演，卻能吸引大量支持者甚至獲得鉅額打賞之情況下[10]，期待所謂市場機制之運作，一方面達到引領藝術表演朝向優質化之方向，或形成臺北市人潮聚集之街頭景點妝點藝文表演而增加觀光魅力之效果，或有助於臺北市公園綠地成為更具藝文魅力之休憩場所（文化局強調的公共利益），二方面保障其他用路人的其他基本權利，恐僅為空中閣樓。

另外，所謂行政機關有能力對於公眾安寧與公共場域順暢通行為適當管制之期許，一方面，在現有行政機關之管制人力與能力只會縮減無法增加之情況下，各種街頭表演類型多元，可能聚集的人潮如何事前預估而能進行合理適當管制，也極可能是對行政管制能力之過分高估。場地付費制縱然在想像中，可能發揮一定的篩選機能，但也不排除形成有經濟能力者不必真正地擁有藝文表演能力，即得使用公共空間，強迫公眾接受其表演、以金錢排斥藝術之結果。二方面，不論是本判決認定街頭藝人擁有在公共空間上行使職業自由與言論自由，或此等付費使用公共空間之機制，事實上都影響到人民對於公共空間的平等使用權利，等於認定付費或是行使職業自由或言論自由，就擁有「較優先」的公共空間使用權，如果這是一個對於公共空間使用狀態之例外，則公共空間之管理者何以無正當性對於得使用者進行一定篩選？

三、藝術展演自由類型之特殊性

承接前述法院對於市場自行發揮對藝術展演市場淘汰機制之信賴前提下，判決中指出「人民透過藝術表演活動，表達創作理念以實現自我、追求藝術臻美完善，並在知性、感性層面尋求與表意對象的意念溝通與相互理解、共鳴」也就具有相當論理之一慣性。藝術展演確實是在行使藝術自由，且此等藝術性表意言論，也屬言論自由所應保障的一

[10] 只要略為觀察所謂知名直播主、網紅所發表之內容即可清楚知悉。

環。但是所有主觀上在街頭從事藝術表演活動者，是否均受藝術自由、言論自由之保障，並未見判決中詳細論述。蓋表演者自以為係天籟者，可能事實上經由擴音器之傳送成為噪音；表演者自以為係具有視覺娛樂效果之表演或創作行為，也可能使得閱聽者受到不當刺激，並嚴重造成行經者或鄰近居民之身心干擾。保護表演者主觀上為藝術自由之實現自我權利之同時，實不能忽略公共場域原本預設功能係大眾運輸通行、親近大自然等之利益。極端舉例，前往公園綠地之人群，其目的恐非聆聽噪音或接觸過度的視覺刺激，而是希望接近大自由、享受寧靜以達成身心平靜。法院判決是否在強化藝術自由所彰顯的言論自由保障之餘，卻忽略並非所有言論表達都該當為藝術，尤其此等藝術自由是以展現於公眾並獲取對價為目的時，應該有另一套有別於一般商業言論的論述。

尤其，法院以司法院釋字第744號解釋理由為依據，採取舉重以明輕之對比論理方式，論述街頭表演管理辦法事前對藝術自由之言論內容進行審查，過度限制人民受保障之言論自由而屬違憲。其認為街頭藝人之藝文表演活動「具獲取任意性報酬之營利目的，而具有商業性格」，但比對會施用於人體外部之化妝品，因為直接與人體接觸，所以可能會對人民生命、身體、健康有一定程度之影響，但並不被大法官認定為構成「直接、立即及難以回復的威脅，其廣告商業言論內容的事前審查，仍經司法院釋字第744號解釋認屬違憲」。所以判決雖未明言，但其應是認定，藝文表演活動沒有施用於人體外部，而只是人聽到、看到、聞到，並且恐怕只是短暫時間內的影響，所以比起化妝品，不大可能對於人民重大法益造成直接、立即及難以回復之危害。因而如果針對人民在公共空間從事商業性藝術表演活動的言論，進行內容取向的事前審查制，更無「直接及絕對的必要關聯，應屬違憲。

然而這樣的違憲判斷，基本上是建立在「言論事前審查」之前提下。但是現行許可審議報名簡章第10點依各報名類別所定更具體的審議標準，確實是言論的事前審查嗎？

法院主張，考驗的方式並非對於應試者將來從業所應具備概括一般性的知識、經驗、能力、技術等，由審議者出題，測定應試者的主觀條件能力是否符合及格要求，認定「有意從事街頭藝人之個人或團體，預定在公共空間展演的藝術表演活動」等於是「藝術表意的言論內容」。因為事前由臺北市文化局組成之審議委員會評估「現場互動」、「是否合於街頭演出」，表演之「造型、設計、整體感」等，判決中特別論述此等審議方式「並非類如其他專門職業及技術士之考試，只是單純就應試者將來從業所應具備概括一般性的知識、經驗、能力、技術等，由審議者出題，測定應試者的主觀條件能力是否符合及格要求」，但是並不以此為限，還更進一步認為「表演者表演活動內容中所傳達的音準、節拍、合音、默契、造型、與環境應對、表演風格、特色等等，都是藝術表演者，藉由其表演活動，向閱聽者傳達其演出理念、想法的內容訊息，審議項目針對於

此為檢定審查，經核確屬對報名藝人街頭表演藝術性言論內容的事前審查無誤。」

然而本文認為，首先，以考試舉行方式連結到事前審查其發表的言論內容，似乎限制了所謂考試的方式。法院似乎暗示著，只有審議者出題的方式才是客觀測定的唯一方式。然而，由應試者主動決定展現其主觀條件能力，並由審議者評分，也並非不是測試一般性的知識、經驗、能力、技術之可能方式。其次，以街頭表演藝術之特性，既然街頭藝人係於街頭進行展演，必然隨著現場觀眾之反應而調整表演內容，即便審議委員會審議時，係由受審議者將其預定發表的具體藝術表意言論事前表述，但並不可能是所有的言論內容，只是言論內容中非常少的一部分。誠如新聞報導中與文化局歷年的審議會議紀錄顯示，每位藝人分到的審查時間只有3至5分鐘[11]，在非常有限的審議時間當中，審議委員並無意也不可能對表意內容進行審查。更進一步說，就像是一位街頭畫家，受審議時畫出的畫作，不可能與之後街頭每次畫出的相同，受審議之內容，應為藝術的技法、表達方式；又或是街頭舞蹈者，在有限的審查時間內，可能連一套完整的舞蹈表演都無法表演完畢，未來的街頭藝文表演活動，更不可能只有受審查的該種舞蹈表演活動，評審觀察的，僅是客觀的舞蹈技巧；就像是對於演說家的演說口語表達能力進行評斷，不能就認定為係對演說之實質內容進行審查。因此，法院認為審議事項因為具體明確，涉及藝文活動表演者預計表演活動的部分內容，即為對於言論內容之事前審查，疑似陷入只要與藝文表演核心技術有關之審查就是等於內容審查的思維，如此似乎將藝文表演活動認定為是每次重複性的相同內容，忽視藝術表演每次創作都具有個別的特殊性與象徵性，都有各自獨特性的言論內容，同時也否定對於藝術表演活動技巧的客觀評價性，反而可能限縮未來法制設計對於藝文活動的想像。

因此，法院認為審議事項因為具體明確，尤其涉及藝文活動表演者預計表演活動的部分內容，即為對於言論內容之事前審查，似乎陷入只要與藝文表演核心技術有關之審查就是等於內容審查的思維。本文大膽推論，法院將目前的審議方式認定為是對於言論內容之事前審查，有可能是因為法院欲連結美國聯邦最高法院建立的公共論壇/場域理論作為判斷基準[12]，因此在判決中強調「公共空間（現行街頭藝人許可辦法第二條定

[11] 媒體報導，街頭藝人為何要考照（二），https：//www.thenewslens.com/article/69204（最後瀏覽日：2020/6/1）

[12] 判決中引用「李劍非，『公共論壇／場域理論與言論事前限制—未竟其功的釋字第734號解釋』，收於月旦裁判時報，第65-82頁；或美國聯邦最高法院Perry EducationAssociation v. Perry Local Educators'Association（1983）一案的裁判見解」，即可確證。

[13] 括弧內文字為本文所加。

義），本屬傳統的公共場域（美國理論）[13]，在不妨礙其通常使用方式的範圍內，亦得為言論表達及意見溝通」，引用公共論壇理論，將行政機關審查對象認定為是言論內容管制，才有嚴格審查的可能；若是非針對言論內容所為的中立性管制，事實上法院係寬鬆審查，即應尊重行政機關之管制，本案也就沒有特別引用公共論壇理論的價值。

美國的公共場域理論是否得適用於我國，非無思考空間。畢竟美國的居住生活環境、都市規劃模式等都與我國相差甚多，該國區別不同類型公共場域之標準是否全然得套用於我國，都有思考空間。儘管目前臺北市政府開放街頭表演的「公共空間」為「本市寬度八公尺以上之人行道、廣場及公園綠地等空間」，在分類上確實會落入美國理論下之傳統公共場域[14]，但目前之「公共空間」尚連結「經管理人同意得提供從事藝文活動之場所」，因此管理人之同意與否形成是否提供公用之必要條件，則該等空間是否必然是「得為言論表達及意見溝通」之公共場域，應非當然。

四、法律保留原則之檢討

法院判定：「街頭藝人許可辦法、許可審議要點與許可審議報名簡章等自治規則，未經法律或自治條例的授權，就對於臺北市轄區內有意從事街頭藝人職業者，設立須經考試及格方得執業的許可審議制度，限制人民在臺北市轄區從事街頭藝人的職業自由，已經違反憲法第23條與地方制度法第28條第2款等規定所建構的法律（含地方自治條例在內）保留原則」。

法院首先認為文化局所主張之市區道路條例第4條有關「市區道路主管機關在直轄市為直轄市政府」之規定，只是組織法性質的管轄權限分配條款，自然並非發布自治規則之有效合法上位規範。即使市區道路條例第28條已然規定：「市區道路主管機關於必要時，得限制道路之使用。」性質上屬作用法的授權條款，但對於道路限制使用，應該針對道路使用本身，也就是限制用路人「對道路的使用」行為，但當用路人對道路之使用行為，係為行使職業之方式時，法院認為市政府只能對街頭表演時所應遵循的時間、地點、方式等進行使用限制，但並不因此延伸出市政府「對人民選擇特定職業自由的主觀資格條件，設立職業考選制度」之權限，亦即現行的規範依據不足。

不過，法院對於不符法律保留原則的指責，並不因為未來市政府將街頭藝人管理自治規則提昇至自治條例授權即得補正，因為仍然不符合比例原則。判決中明確指出：「不論街頭藝人從業許可證照制度是否有經法律或自治條例授權，臺北市政府或被告仍無具體重要的公共利益，得藉由審議考試檢定的證照制度，限制人民選擇從事街頭藝人職業的自由。」可知，法律保留原則之檢討，只是法院對於當事人法律攻防的回應與附論。

[14] 李劍非，前揭註文，頁73-75。

依據法院判決所闡述之意旨，現行臺北市街頭藝人的「考照」制度，因為過度侵害欲進行街頭藝文表演者之職業自由與言論自由，應由臺北市政府在現行免除道路交通處罰條例第82條第1項第10款規定設攤行為違法性之架構下，重新將該等自由之保護與公共空間通行或休憩等通常使用利益進行通盤平衡之衡量，然而，法院判決顯然置重於欲使用公共空間之藝文表演者之職業自由與言論自由，對於公共空間之一般大眾，事實上擁有相同的公共空間使用權，因為街頭藝人就而受限制之正當性、其得主張之遷徙自由與藝術文化權，與公物管理者之管理權著墨較少。以下則以眾人想像中的藝術文化大國：法國，其相反地強調公共空間（espace public）的公共性，任何人欲將公共空間作為私人活動使用之例外性，而建立的相關法制度提供市政府未來法制建制之參考。

參、法國各城市相關管制法制概述

關於公共空間之管理，在法國法制上著重的是公共空間的受管制性。在法國法的架構下，公共空間是公法人所擁有的公、私財產下，屬於公財產（domaine public）部份。與藝文表演有關之公財產，一為所有人都可以接近、使用之公共空間，一為提供公共服務[15]使用之空間，如劇院[16]。以下僅討論與本文相關之一般人皆可使用、接近利用之公共空間。

由於公共空間之設置目的係提供所有人接近、使用，因此如果要排除「所有人」，而僅供「特定人」於一定時間內使用，就不是正常的使用，而是一種特殊使用，甚至是將公有化為私有的使用，因此必須獲得有權機關之許可。依據法國文化部官網，街頭藝 人必須取得兩個都是由公共空間管理權人發給之許可，一個是申請之使用公共空間之許可（Une autorisation d'occupation du lieu），另一個則是向公眾公開之許可（Une autorisation d'ouverture au public）[17]。

在法國法制上，由該公共空間之管理權（pouvoir de police）擁有者核發許可。依據法國地方自治團體法典（Code général des collectivités territoriales）相關規定，對於街頭藝人最經常使用的公共空間，即公共道路之管理，係由最基層之地方自治團體：市鎮（commun）進行。但若使用的公共空間為國家所有，即應向國家之公共空間管理

[15] 關於法國法上公共服務的概念，參見王必芳，「公共服務」或「普及服務」？---以法國學說的反思和法制的演進為中心，2011行政管制與行政爭訟，中央研究院法律研究所，頁120以下。

[16] Organiser , p2.

[17] 文化部官網說明 https：//www.culture.gouv.fr/Foire-aux-questions/Les-artistes-de-rue-ont-ils-besoin-d-autorisations-pour-se-produire（2020/5/10最後瀏覽）

機關申請許可。而向公眾公開之許可，係以依據總理發布之1995年關於安全與使用接近委員會命令（Décret n° 95-260 du 8 mars 1995 relatif à la commission consultative départementale de sécurité et d'accessibilité）為依據。

地方自治團體法典法律第2212-1條規定「市長，在國家派駐於省之代表監督下，負責城市治安、農村治安、執行與之相關之國家行為。」市長（le maire）因而有權對於例外使用公共空間者進行管制。第2212-2條第1項到第3項並詳細規定：「城市治安以確保良好秩序、安全，保安與公共衛生為目的。特別包括：

1.與街道、碼頭、場域與公共道路上之通道安全性和便利性有關的所有領域，包括清潔、照明、消除擁堵、建築物和古蹟的拆除或維修導致之威脅，禁止將任何可能墜落物暴露於建築物之窗戶或建築物的其他部分，禁止拋擲任何可能損壞路人或引起有害呼氣之物，禁止掉落任何溢出物，滴落物等物之措施，丟棄任何可能以任何方式造成損害之物質或物體，通道的安全性或便利性或上述路線的清潔；

2. 管制對公眾安寧之影響，例如街道上之鬥毆、糾紛，公眾集會場所的騷動，聚會、喧鬧、鄰里干擾、夜間聚會等足以擾亂居民以及可能危害公眾安寧的一切行為；

3. 在舉行大型集會的地方保持良好秩序，例如展演、市集、公共慶祝活動和慶典，表演，遊戲，咖啡館，教堂和其他公共場所」。該法典法律第2212-2-1條更授權市長對於違反法律第2212-2條規定，構成人員安全風險之重複性或連續性行為，以及「基於商業目的而對公共道路進行使用或佔有，不符合公財產法典法律第2122-1之規定，或是未遵守前條規定之申請而許可之方式佔有」等行為[18]，最高處以500歐元罰鍰之權力。處罰程序係先由警察進行口頭告誡並擲發告發書，再由市政府作成書面裁罰書，受裁罰者得於裁罰書送達十日內提出書面或口頭之意見陳述。

由於地方自治法規範的清楚授權，在各種類型的公共空間街頭藝人之管理，向來為各地方自治團體之自治事項。不過，法國對於公共空間之管理，除了基於公共空間的正常使用，以及保障所有用路人之公平使用權外，另外考量的因素，與我國為了防範人民

[18]該條完整內容為：「I. 於前條設定之要件下，如果對於市長命令之違反，構成人員之安全風險，且具有重複性或連續性，得處最高500歐元之罰鍰。

1.在修剪和養護可俯瞰道路或公共領域之樹木、樹籬時；

2.通過不必要或未經許可，而安裝或棄置任何物質或物體，或在其中傾倒任何物質，具有阻塞或阻礙道路或公共領域作用者；

3. 基於商業目的而對公共道路進行使用或佔有，不符合公財產法典法律第2122-1之規定，或是未遵守前條的規定之申請而許可之方式佔有；

4.於適用公共衛生法典第3332-13條之地區，違反販售酒精飲料之時間限制」。

任意設置攤販之立法意旨並不相同，法國各城市主要是因為安全因素而禁止行乞行為，還有近年來恐怖攻擊行為增多，各地方政府逐漸強化對於公共空間的安全管理，避免人潮群聚可能產生的各種風險。

公共道路中的行乞行為（Mendicité sur les voies publiques），一直是歐洲大陸各國的共通問題。行乞行為之態樣多元，流浪街頭的遊民放置乞討物品、教堂前抱小孩乞討、在街頭上的藝術表演，尤其是音樂演出，被認為係乞討的主要態樣。在1990年之前，行乞曾是犯罪行為，現在則因為除罪化而由各市鎮首長以對物之一般處分（arrêté municipal）的方式自行決定是否禁止在公共空間為乞討行為[19]。即使地方行政首長有權下令禁止乞討行為，法國行政法院仍會個案地檢視該禁令是否構成對於遷徙自由或一般性的行動自由之限制，而認定係非法的行政處分。但一方面仍有學者認為地方行政首長得制定一般性的禁制命令，而非以行政處分形式為個案限制[20]。另方面也有越來越多的行政法院以不同原因支持地方行政為禁制管制[21]。

依據筆者初步研究，就公共空間之使用與管理上，因為法國基本上認為公共空間的主要使用目的與保護利益為遷徙與行動自由（liberté d'aller er de venir），各種藝文表演有其適合與預設的空間，如劇院、音樂廳等，且法國基本上對於付費進行多元性的藝術展演行為有相當高的接受度，因此，幾乎未見地方政府主張透過街頭藝人來提昇藝術品質或吸引觀光或商業行為之論述，而街頭藝人即便呼籲政府應正視其使用公共空間的可能，仍肯認政府為了公共安全進行管制的正當性[22]。而就街頭藝人之權利保護或主張方面，並未見有任何街頭藝人主張使用公共空間是他們行使職業自由之權利。也就是說，對於公共空間之管理，法國基本上是採取原則開放大眾使用，例外許可人民申請特殊使用，而許可與否之考量主要在於安全與噪音的問題。於街頭所為之各種藝術表演，往往被認為具有若干的乞討性質，只是法國多數地方自治團體對於街頭藝人之表演，並未如臺北市政府一樣採取一套相當完整之管理措施，多數以市政命令作成抽象規範，未區分藝文表演類型，採取申請制或報備制方式進行，甚至也有市鎮只有在必要情況下直接依據前述之地方自治法典之相關規定進行個案處罰，並未制定一般性規定。但是報備的方式與程序有若干不同，比較特殊的應係法國首都巴黎市的地下鐵路運輸系統

[19] 法國公共事務網站資料 http：//www.affaires-publiques.com/point/gp/mend.htm （2020/6/1最後瀏覽）

[20] René Chapus, Droit administratif général, 12ème ed., n° 937

[21] 像是以阻礙車輛通行為禁止原因CE Sect. 8 décembre 1972 Ville de Dieppe Leb. p. 794，禁止在海灘遊客眾多的地方進行流動性的販售CE 23 septembre 1991 Lemonne Leb. p. 314。

[22] 法國人權陣線之公開呼籲https：//www.ldh-france.org/censurer-les-arts-rue-mauvais-coup-porte-au-vivre/（2020/6/1最後瀏覽）

（Ratp），在法制上相同屬於公共空間之大眾運輸系統，自1990初起，開始開放地鐵特定區域讓音樂演奏者進行表演，並且採取相當嚴格之審查制。以下分別介紹之。

一、巴黎（Paris）

從19世紀起，巴黎市對於街頭表演者的管制就相當嚴格。一開始，所有街頭表演者必須向中央派駐地方之警署（la préfecture de police）申請一定期限內之許可。接著，可以表演的地區又受到限縮。20世紀中期，考量到干擾安寧的噪音應該被消除或隔離之原因，更大幅地限制開放表演的地區[23]。例如1926年5月3日的命令（L'ordonnance du 3 mai 1926）直接規定，只有特殊的慶典或節日才予許音樂演出，且每一個藝文展演活動都必須取得個別許可。事實上二次世界大戰之後，受到電視等新興表演頻道之影響，加上汽機車的廣泛使用，使得道路的功能必須強化於公共運輸，街頭表演大幅減少。不過二十世紀後期因為都市發展與城市規劃的變化，都市中讓出較多的人行道路，使得街頭藝人又開始有展演的可能。在眾多團體的遊說下，1997年2月18日命令（l'arrêté du 18 février 1997）放寬1926年命令，在不影響公共安寧與交通的情況下，開放許可證制度，效期一年，但不得為商業行為，也不得使用擴音器。隨後1982年9月9日的警署命令（arrêté préfectoral du 9 septembre 1982），許可在10點到20點間於旅遊熱點進行藝文表演[24]，後來則延長到22點，由閱聽者自由「打賞」被認為不違反不得進行收費之禁令。

從相關資料顯示，或許是出乎一般人預料的，巴黎的著名觀光景點，像是香謝麗舍大道（les Champs-Élysées）、聖母院（Notre-Dame）或是艾非爾鐵塔（la tour Eiffel），以及大部分的公園，長期以來都是不許可街頭藝人進行表演的場地。主要因為考量到多數人群聚集於公共空間可能產生無可避免的公共安全危險，以及對於附近環境的噪音干擾，因此這些高度熱門的觀光景點，常常有警員巡邏並要求進行藝文活動的表演者離開，也有可能會處以罰鍰。但根據研究顯示，著名觀光景點禁止進行藝文展演之確定地理位置並未被清楚特定，往往相距5-10公尺就不會有警察驅離或禁止，亦即執法上很有彈性，縱然沒有得到合法許可，可能只要移動幾公尺，警察就不會干預[25]。可能也因為處罰並不頻繁，正式提出許可證申請的街頭藝人並不多[26]。

---

[23] Henry Torgue , Le sonore, l’ imaginaire et la ville. Paris, L’ Harmattan.2012, p.141.

[24] FLEURY, Antoine, FROMENT-MEURICE, Muriel et PODDIGHE, Lorenzo « Musiciens de rue et renouveau des espaces publics à Paris », Cahiers de géographie du Québec 61, no 172 （2017） ： 99–116. https：//doi.org/10.7202/1042717ar

[25] FLEURY, Antoine, FROMENT-MEURICE, Muriel et PODDIGHE, n 14.

[26] 依據2004年媒體報導，2001年巴黎只有54名獲得許可的街頭藝人。https：//www.leparisien.fr/paris-75/une-autorisation-d-un-an-pour-chaque-artiste-de-rue-24-05-2004-2005005732.php（2020/5/1最後瀏覽）

不過，依據巴黎市政府官方網站服務中2019年更新「馬戲、街頭藝術與偶戲」（Cirque, arts de la rue et marionnettes）項目內的資料顯示[27]，自2001年後巴黎市政府對於街頭藝術採取開放與鼓勵的態度，主要透過兩種方式鼓勵街頭藝術：首先，與具備公益法人組織法律地位的「街頭與馬戲」（De Rue et De Cirque，2r2c）合作，主要在春天與夏天共同在公共空間中創造、開發與進行文化活動，該公益法人自2010年開始，更與文化與傳播部文化事務地區署（Direction régionale des affaires culturelles）、法蘭西島大區中央代表、巴黎市中央代表，簽訂三年一期的目標協議以推廣街頭藝術展演。該公益法人目前包含26個街頭與馬戲公司、4個文化組織、1個平面設計攝影學校、19名個別的表演者、7位公益代表、5名職員。其次，透過Art'R計畫，與街頭藝術巡迴工廠之創作發表團隊進行表演的共同製作。Art'R是一個從2009開始，由巴黎市政府與文化與傳播部文化事務地區署支持，在大巴黎區進行街頭藝術的巡迴工廠，由許多藝術表演公司、團體共同組織而成[28]。也就是說，巴黎市政府目前透過集結相關街頭表演團體，開放一定的公共空間，由街頭表演藝術團體自己規劃、管理相關的街頭藝術表演，巴黎市政府則扮演監督與保護其場地使用之角色。舉例來說，「街頭與馬戲」公益法人透過個別申請與主動邀請兩種方式，提供表演者經濟與技術協助。同時，巴黎市政府仍然支持慣常舉行的藝術季，並鼓勵藝術公司或組織扮演街頭藝人中介者與市政府簽訂三年一期的協議。由於無法查得個別街頭藝人申請許可的抽象法規範與具體規定，如果理解無誤，巴黎市政府目前對於街頭藝人使用公共空間的管制方式，應是鼓勵街頭藝人加入街頭藝人集體性之組織、團體或公司，並直接與街頭藝人集體性團體簽約，由該集體性團體組織對所屬街頭藝人進行管理。順利與巴黎市政府簽約的街頭藝人集體性組織，因此取得合法展演之權利。

另外要特別說明的，巴黎對於街頭藝術的管理，目前在街頭塗鴉方面有著比較特殊的發展。因為街頭塗鴉的各種展演作品基本上並未事前取得公眾之同意，且其創作的藝術作品往往附著在有所有權或至少有管理權之物上，藝術家理論上若要主張對該藝術創作有權利有相當困難。然而，在2016年7月7日創作、建築與財產自由法（La loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine o, loi CAP）第一條宣示：「藝術創作是自由的」（la création artistique est libre），加上歐洲人權法院對於言論自由的保障[29]，街頭塗鴉藝術家（artistes urbains）因此常常主張塗鴉係一種帶

[27] https：//www.paris.fr/pages/cirque-arts-de-la-rue-et-marionnettes-2226#les-arts-de-la-rue（2020/6/13最後瀏覽）

[28] https：//www.assuivre.fr/artr/（2020/6/13最後瀏覽）

[29] arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 25 janvier 2007.

有政治或特定意義的言論，而這樣的論述也慢慢受到法國法院的承認[30]。目前巴黎市對於固定式塗鴉藝術作品，有採取開放特定區域供藝術家進行創作的方式進行管理，並事前與藝術家協會共同挑選適合的藝術家作品進行展出[31]。

二、尼斯（Nice）

位於地中海蔚藍海岸的觀光重鎮尼斯市，為法國僅次於巴黎市的第二大觀光城市，也是法國第五大城[32]。儘管有大量遊客，並有豐富的藝術文化活動，該市直到2018年之前，都沒有對街頭藝人（Artistes de rue）的展演進行任何特殊管制，可能受到2016年法國國慶晚上恐怖攻擊事件之影響，當地對於公共領域之安全性需求激增，因而該市考慮到公共秩序維持的必要性，尤其是公共安寧與藝術家表現自由之間取得平衡，市政府因而頒布行政命令進行管理。

目前一年至少三次接受無限制表演方式與內容之申請（儘管從可以查得知法規文字上看來，並未進行篩選，主要以藝術之多元性、對於公共場所規定之遵守作為繼續核准之要件，但現實上卻存在著市政府不核發許可的可能），獲得登記者，即得在市政府許可的指定地點進行展演。原則上採取線上申請方式，但今年受到COVID-2019傳染疫情的影響，不鼓勵進行街頭表演，因而並未開放登記。

在每個空間演出必須遵受之規範[33]：

「-藝術家可以在經授權之空間內，依據其表演所需空間進行展演，儘管沒有指定具體位置，但是，他必須確保不能阻塞交通和商店入口。

-根據空間的不同，可以允許一到數位藝術家同時表演。

-藝術家的展演時間為2小時，逾時則必須轉換表演場地。

-許可表演時間：從6月1日至9月30日從下午1點至10點，從10月1日至5月31日從下午1點至8點。

-藝術家必須進行申請登記時宣布的活動，不得任意變更。譬如不能從馬戲表演轉換為鋼琴表演。

-藝術家不得進行販售。」

即便尼斯市採取相當寬鬆、申請時間彈性的登記證制度，仍然引起若干街頭藝人之反彈，因為街頭藝人登記證之取得，並不擔保市政警察不得以維護公共秩序與安寧之理

---

[30] CE, 19 juillet 2011.

[31] 參考第四屆的街頭藝術展演說明https：//www.paris.fr/pages/street-art-avenue-lancement-de-la-4eme-edition-7285（2020/5/1最後瀏覽）

[32] 居民人口數僅次於巴黎、里昂、馬賽與土魯斯。

[33] https：//www.artcotedazur.fr/actualite,109/art-contemporain,34/artistes-de-rue-une-inscription-simplifiee-pour-se,12166.html（2020/4/12最後瀏覽）

由要求街頭藝人離開展演場所。甚至多數遊客聚集之公共領域，能夠進行展演的空間往往被許多餐廳佔領，街頭藝人只能在很緊迫的空間進行表演。

三、巴黎大眾運輸系統

巴黎大眾運輸系統（Transport à Paris et en Ile-de-France，簡稱為RATP）自1997年至今，一直在運輸系統當中管理音樂家的演出，以「地鐵協議區域（Metro Accords area）」形成一個「地下鐵的音樂家」（les Musiciens du métro）的表演型態，此等街頭表演的類型僅限於音樂，而非所有類型的藝術表演。相當特殊的在於係由經營大眾運輸之公司負責每一年舉行兩次審查會，並僅對300位合格者核發有效期為六個月的許可[34]。而這些獲得許可之音樂家與RATP締結契約，並規範以下行為：

「音樂家必須尊重旅行者的安寧，不得為乞討行為。必須穿著得體，且明顯佩戴許可勳章以使旅客辨識；除非特別授權，否則不得銷售卡帶等類似產品；必須在不妨礙流通的位置進行表演;不得取代另一個音樂家的位置;RATP員工有權要求其離開展演地點;不與兒童或動物一起工作，不使用任何特殊設備（聲音系統）；不得在車廂、月台上進行演奏；必須購票進入站區；他必須對RATP的命令作出回應，如果接受檢查，必須出示授權書，並在必要時證明其身份；許可期間屆期，必須歸還許可徽章。」

有研究顯示，事實上Ratp 扮演了一個不成文的角色，亦即MétroAccords空間也形成類似藝術經紀人之功能，獲得表演許可的藝術家，等於獲得RATP的認證，承認其音樂表演具有一定水準。

四、現行之藝術展演行為登記制

法國各種藝術文化活動的多元性舉世聞名，然而自2019年起，法國文化部要求所有舉行藝術展演活動的場地經營者都必須進行登記並取得執照（La licence d'entrepreneur de spectacle vivant）[35]，經營者必須事前在文化部網站上登錄其表演活動。收到回執聯後之一個月，如果聲明的內容經過審查合乎規定，該登記證開始生效，效期為5年。若場地經營者未遵守社會法、勞動法、文學和藝術財或展覽安全性之相關規定，則地區主管可能廢止該許可證。

總結來說，法國對於各種街頭藝人從事藝文表演，係以公物之特別利用為法制設計重心，街頭藝人的藝文展演活動，屬於一般使用的例外狀態，因而賦予公物管理者另

[34] 巴黎大眾運輸系統官網 https：//www.ratp.fr/groupe-ratp/newsroom/culture/musiciens-du-metro-la-plus-grande-scene-parisienne-recherche-ses（2020/4/12最後瀏覽）

[35] https：//www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Danse/En-pratique/Reglementation（2020/5/4最後瀏覽）

外許可之權力，並以法律授權由地方自治團體為主要之管理者。至於特殊的大眾運輸系統，則由大眾運輸系統公司進行管理，並肯定以事前審查核發證照方式進行管理。可能由於表演藝術工作者得進行藝文表演之正式場所眾多，以街頭藝文表演為其職業者得透過加入相關藝術公司、機構、團體的方式獲得法律、經濟與技術上的協助，因此法國法制上幾乎並未見到以職業選擇自由角度探討各類型街頭藝人為藝文表演之討論。各地方自治團體之管制方式雖然並不相同，但都以地方自治法典為據，認為街頭藝人之藝文表演為公共場域使用之例外情況，公共場域正常使用為首要原則，且為必須維護之公共利益。

伍、結論

行政法院法官勇於在個案當中對於命令進行合憲審查，實為我國憲法價值普世化之重要進程，值得讚許，也為非常可喜之現象。然而，本文以為，街頭藝人之藝術表演實為公物設置目的之例外狀況，且街頭藝人是否足為「職業」，所有的街頭藝人藝文表演內容是否均無分軒輊均受言論自由保障之藝術言論，以及用路人能否主張具有分享權、發展權性質的藝術文化權，都有更深入探討的必要。臺北市以一則高等行政法院之判決為依歸，欲全面改革現行的街頭藝人許可辦法，應該不是判決之結果，而是長期以來制度運行面臨的不同壓力使然。

現行制度以收取對價作為必須取得許可證之前提，構成行政法院法官得以「職業選擇自由」作為論述之基礎。至於不收取費用的藝文有關之現場創作活動，並非該辦法管制之範圍，甚至在國外相當風行，本文也在巴黎市政府相關措施中特別說明的街頭藝術（street art），不論收費與否，都落入環保局管轄之廢棄物清理法第27條第2款之範疇中[36]，可能會是未來受到挑戰的領域。另外，本文對法國街頭藝人管制之相關思考脈絡與各種管制方式進行簡略介紹，或許法國不同的法制設計方式與思考，能夠觸發我國更多周全之制度設計可能。

依據本文初步之研究成果，謹提出以下修法建議供未來臺北市政府相關管制法制之參考。

一、以申請為主審議為輔之管理建議：儘管判決主張應鼓勵多元的藝術表演行為，並由市場進行汰劣擇優之任務，但是依據法國法制之設計經驗，審議制度並非全不可行，如

[36] 臺北市環保局，反應塗鴉問題網站資料 https：//www.dep.gov.taipei/News_Content.aspx?n=ACEFA960B5A4ACD7&sms=87415A8B9CE81B16&s=A56A9AE1CA205D53（2020/5/14最後瀏覽）

果可以仿效巴黎市之制度授權街頭藝人表演團體進行私部門之內部專業篩選與管理，即可避免判決質疑之公部門事前進行言論內容審查與形成人民選擇自由之主觀限制。如果決定採取申請制，為了確保機關的管理能力，避免過多的有意表演者參與申請，建議應於市政府公告之期間進行登記。也就是不建議採取「隨到隨登記」之機制，而以固定期間透過多元方式進行登記。

二、公共空間使用方式由市政府訂定框架統一規定，並賦予各公共空間管理機關或單位個別管制之空間：取得文化局核發之登記字號之街頭藝人，即取得公共空間申請使用場地之資格，由市政府對於空間使用之期間為統一規定，像是展演時間為上午10點到下午10點，不得阻礙公共進出或商店入口，也建議制定每次展演的最長期間，以讓更多的街頭藝人進行表演。但是容許各公共空間管理機關另外依據空間特性制定更細緻之規定。以目前臺北市開放之展演場地，共計有11個捷運站，30個公園，應允許臺北捷運公司在維持行人行走交通運輸動線通暢之情況下，以場地管理人資格再進行篩選，畢竟捷運系統之主要功能非在鼓勵藝術表演，而是公共交通與公共安全之維護。

三、街頭藝人表演形式、年齡與國籍之限制：為了避免規避臺北市攤販管理自治條例之規定，建議依據表演形式之不同，設定街頭藝人除與展演行為直接相關之活動外，不得另行販售延伸性產品。為了避免利用兒童進行商業販售行為，甚至侵害兒童權益，建議依據兒童及少年福利與權益保障法之年齡設定，禁止12歲以下兒童進行表演。無須對國籍進行限制，惟因並非隨到隨審，故外國人也相同需在一定期間內提出登記證申請。

四、證照收費：建議以類似使用公共場地繳納規費的方式，由街頭藝人繳交一定數額之費用，可依據個人或團體設定不同收費標準。

地方稅法制下納稅人權利保護與實質課稅原則

---試評最高行政法院106年度判字第79號及第140號判決---

盛子龍 國立中正大學財經法律學系專任教授

壹、問題之提出與爭點

在我國租稅法實務上，實質課稅原則之運用可謂由來已久。在大法官釋字第420號解釋予以肯定與加持後，稽徵實務更是經常援引實質課稅原則作為調整租稅法律關係之依據。直到民國98年4月28日，立法者始增訂稅捐稽徵法第12條之1 將之納入成文法體系。其於該條第1項及第2項分別規定：「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據。」後續施行之納稅者權利保護法第7條第1、2項亦有相同之規定：涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據。上開兩個規定雖建構了實質課稅原則之一般內涵及適用之範圍，但是學理上對於實質課稅原則之本質與內涵仍存在著歧見[1]，實務上就此一規定之運用之界限也仍在逐案摸索中。

近來最高行政法院106年度判字第79號及第140號判決運用實質課稅原則，針對在舊企業併購法第34條第1項第5款規定（同現行法第39條第1項第5款規定）下「記存」之概念以及針對記存之土地增值稅之課徵要件，亦即「再移轉」之概念作出有別於過去實務之解釋。另一方面，在上開判決對見解之引導下，臺北高等行政法院更審判決也針對在都市計畫變更回饋機制下企業為回饋都市計畫變更而「贈與」給政府機關之土地，也作成有別於過去稽徵實務之認定，本於實質課稅原則之精神，將之定性為有償之移轉，而對土地所有人課徵土地增值稅。此一判決對稽徵實務影響深遠，震驚不動產相

[1] 陳敏，租稅課徵與經濟事實之掌握——經濟考察方法，政大法學評論，第26期，1982年12月，頁1-26。柯格鐘，實質課稅原則與其在稅捐程序法中之運用－兼論稅捐稽徵法第 12 條之 1 的增訂，臺灣法學雜誌，第 199 期，2012年5月，頁121-163；陳清秀，實質課稅原則裁判之研討，載於：現代稅法原理與國際稅法，2010年，頁133-191。

關產業，後續也引發不少適用上爭議。對其作進一步之法理分析，在理論及實務上具有重大之意義。

本案之事實概要如下：

原告甲公司所有坐落新北市土城區員和段64-1（分割自同段64地號土地）、123-1及123-9 地號（分割自同段123地號土地）等3筆土地，前於民國92年9月8日依企業併購法第28條規定將系爭土地訂約移轉於子公司即原告乙公司（系爭土地第一階段移轉），經被告以93年2月18日北稅財字第0930014477號函核定土地增值稅，惟准依行為時企併法第34條第1 項規定將土增稅記存在乙公司之名下，並於93年2月24日辦竣買賣移轉登記。

嗣後原告乙公司於104年4月13日申報贈與移轉系爭土地予新北市（系爭土地第二階段移轉），被告認為合致行為時企併法第34條第1項第5款後段規定，爰依法課徵上揭原記存於原告乙公司之土增稅，原告乙公司旋於104年5月20日完納，並於104年5月25日完成移轉登記在案。

嗣原告於104年11月17日向被告申請退稅，主張其係為配合政府政策依企併法所為之分割係一法人格分裂的組織行為，土地之移轉僅為形式上財產移轉，並無發生實質處分財產之效果，對乙公司課徵記存於乙公司名下之土增稅有適用法令錯誤之情事為由，依據稅捐稽徵法第28條第二項規定向被告申請退稅，經被告以否准所請。原告不服提起訴願，經訴願決定駁回，遂提起行政訴訟。經臺北高等行政法院105年度訴字第779號判決「原告之訴駁回」。原告不服，提起上訴，經最高行政法院106年度判字第140號判決「原判決廢棄」，發回臺北高等行政法院更為審理。經臺北高等行政法院106年度訴更一字第23號判決本於最高行政法院判決之意旨將原告之訴駁回，原告不服，提起上訴，經最高行政法院裁定駁回而告確定。

本案法院所審理之主要爭點有三：

（1）行為時企業併購法第34條第1項第5款規定「記存」之下之租稅法律關係為何？記存之土地增值稅之納稅義務人究竟是甲公司或是乙公司？

（2）依據行為時企業併購法第34條第1項第5款規定，記存之土地增值稅必須等到該土地再移轉於第三人時，稽徵機關方得對乙公司行使徵收權。上開規定下之再移轉之概念應如何解釋？

（3）本案乙公司基於都市計劃變更之回饋，以外觀上為無償贈與之法律形式將土地移轉給新北市政府，究竟是應歸屬於土地稅法第5條意義下之無償移轉或有償之移轉？

本文將嘗試透過法釋義學之方法，分析及評論法院判決對本案爭點提出之法律見解，並提出解決類似案件爭議之建議。

貳、行為時企業併購法第34條第1項第5款規定「記存」之下之租稅法律關係

一、記存之土地增值稅之納稅義務人

針對行為時企業併購法第34條第1項第5款規定「記存」之下之租稅法律關係為何？記存之土地增值稅之納稅義務人究竟是甲公司或是乙公司？

依據行為時企業併購法第34條第1項第5款規定，記存之土地增值稅必須等到該土地再移轉於第三人時，稽徵機關方得對乙公司行使徵收權。其立法理由在於「為鼓勵併購強化企業經營效率與競爭能力，應對進行併購而發生之稅捐，在一定條件之下，給予適當之減免。……，土地增值稅係就土地之自然漲價課稅，具有時間之累積性，不宜遽予免徵，惟為免增加併購時繳納稅捐之資金負擔，乃規定移轉土地應納之土地增值稅准予記存。……。」亦即其僅係以「為免增加併購時繳納稅捐之資金負擔」作為其立法目的。

按一般租稅債權債務之法律關係可以分成三個階段。首先在租稅債務之構成要件現實時，租稅債務即告成立[2]。不過原則上在此一階段僅是抽象之租稅債務成立。具體之應納稅額則尚待稽徵機關在租稅行政程序中透過調查與計算並作成一個核課處分予以確認[3]。在租稅債權之行使亦即租稅債務徵收之階段，稽徵機關則應向納稅義務人作成命其繳納具體應納稅額之下命處分。以上租稅核課及租稅徵收之階段基於程序經濟之考量，並非不得合併在同一個書面為之[4]。

土地增值稅之法律關係基本上亦是類似，但略有差異。誠如本案最高行政法院判決之描述：「土地增值稅債務之生效時點，依土地稅法第28條之規定，是在土地所有權移轉時，在此一時點稅基量化標準（土地公告現值）才得以確立，稅捐構成要件才全部被滿足而產生稅捐債務。可是稽徵程序如果在該時點以後才發動，因土地產權移轉完畢，稅捐債務缺乏有效之擔保，因此在立法設計上規定，土地增值稅不繳納，土地所有權即無法移轉（土地稅法第51條參照）。如此的法制設計迫使稽徵程序必須早在導致土地所有權移轉之「債權行為」發生時即先發動（土地稅法第49條參照），而在土地所有權之移轉不以登記為必要時（主要是強制執行法上之拍

---

2. 此為稅法學界之通說，請參閱陳敏，稅法總論，2019，頁294；陳清秀，稅法總論，2016，頁298以下。
3. 陳敏，前揭書，頁295以下。最高行政法院94年判字第1605號判決略謂：「租稅之核課及免除決定，其性質上為確認性質之行政處分，亦即確認符合課稅法定要件之稅額或免徵之法定要件，其本身並非創設權利，因課稅要件之成立或減免係依據法律規定而成立或減免。」
4. 陳敏，前揭書，頁300。

賣），土地稅法第51條亦同樣有類似保全機制之設計。」但是核課時點早於土地所有權移轉這一點特徵並不影響後續法理之推論。

蓋在本案系爭土地所有人甲公司將系爭土地有償地移轉給乙公司後，在這第一個階段土地增值稅債務業已成立，且已經稽徵機關透過核課處分確認其具體應納稅額。至於稽徵機關依據行為時企業併購法第34條第1項第5款規定核准本案土地增值稅得記存於乙公司，則基本上僅發生使上述土地增值稅債務暫緩徵收之效力，對於業已成立之土地增值稅債務並不生影響。依據上開規定暫緩徵收之效力一直持續到系爭土地下一次移轉時，亦即於系爭土地下一次移轉時，稽徵機關方得對乙公司行使上次記存之土地增值稅之徵收權。

本案構成的第一個爭點是，針對第一階段記存於乙公司之土地增值稅，乙公司在此之法律地位為何？系爭土地增值稅之納稅義務人究竟是甲公司或是乙公司？本案稽徵機關原先作法是依據稽徵實務慣例，以乙公司作為土地增值稅之代繳義務人，並以此對乙公司寄發土增稅之繳款通知書，亦即係作成命乙公司代繳土地增值稅之下命處分。嚴格而言代繳義務人有別於納稅義務人，因此在法律邏輯上必須另有一個真正之納稅義務人存在，而代繳義務人僅係為他人之租稅債務負代繳義務而已。也正是因為稽徵實務這個租稅行政程序法上之處理模式，引起上述爭議，原告並據此主張：「本案『記存』之土地增值稅，其納稅義務人始終為甲公司，對乙公司發單課徵，即屬違法，已繳之稅款應予退還。」

針對徵納雙方上述爭議，最高行政法院提出有別於徵納雙方之法律見解。其認為在系爭土地移轉之第一階段，如果該「記存」之土地增值稅，依稅捐實體法（即企併法第34條第1項第5款）之規定，確應課徵，則乙公司應定位為該土地增值稅真正之納稅義務人。其理由如下：

（1）按企併法第34條第1項第5款前段明定，該土地經申報審核確定其土地移轉現值後，即予辦理土地所有權移轉登記。其依法由原土地所有權人負擔之「土地增值稅」，准予「記存」於併購後取得土地之公司名下。此等規定既然將「稅額」已確定之「土地增值稅款」，由原納稅義務人（即形式上之土地出賣人）名下，「記存」至「（形式上之）土地買受人」名下，即在法律解釋上本即有解為「就納稅義務人為法定移轉」之空間。不然實證法可以逕行明定「記存」在原土地出賣人名下即可。就此法院顯然是運用文義解釋而為論證。

（2）最高行政法院進一步以土地增值稅課徵作業流程之實證特徵來佐證其法律解釋結論。其指出：

A. 土地增值稅制相較於其他稅捐法制，有一重大特徵，即從時間序列之觀點，其

稅捐稽徵程序之發動日，早於實體稅捐債務之生效日。在其他種類之稅捐，大體上都是實體稅捐債務生效以後，稽徵程序才發動。例如所得稅之稅捐債務生效之基準時點，是計至每年12月31日時之整年度所得，而於翌年5月間才開徵。

B.但土地增值稅債務之生效時點，依土地稅法第28條之規定，是在土地所有權移轉時，在此一時點稅基量化標準（土地公告現值）才得以確立，稅捐構成要件才全部被滿足而產生稅捐債務。可是稽徵程序如果在該時點以後才發動，因土地產權移轉完畢，稅捐債務缺乏有效之擔保，因此在立法設計上規定，土地增值稅不繳納，土地所有權即無法移轉（土地稅法第51條參照）。如此的法制設計迫使稽徵程序必須早在導致土地所有權移轉之「債權行為」發生時即先發動（土地稅法第49條參照），而在土地所有權之移轉不以登記為必要時（主要是強制執行法上之拍賣），土地稅法第51條亦同樣有類似保全機制之設計。

C.而企併法第34條第1項第5款前段之規定，在上述稽徵作業流程基礎下，如果土地買受人打算「再移轉」該土地予第三人時，應由其先繳納土地增值稅，才有移轉可能性。而其應納之土地增值稅款，除了「（形式）買入至（實質）賣出階段」土地增值所對應之土地增值稅外，當然也應包括「前手記存」在其名下之土地增值稅。如果把前後二階段不同之土地增值稅分別歸屬於不同之稅捐主體（形式出賣人及形式買受人），而各自發單課徵，不僅將增加徵稽作業之困難，也與向來「稽徵發動在先」之作業慣例不符。

（3）最後法院由上開規定之立法經過以及法規範之目的提出論證。其指出：「依據企併法第34條第2項規定：「依前項（指第1項）第5款規定記存土地增值稅後，『被』收購公司（91年2月6日公布施行、而於本案適用之企併法，在該條項文字中原無『被』字，但此係因立法疏漏所致，故於93年5月5日修正企併法時，依立法院黨團而加入『被』字，解釋上應認企併法第34條第2項法條文字，自制定之始，即有『被』字）於收購土地完成移轉登記日起3年內，轉讓該對價取得之股份致持有股份低於原收購取得對價之65%時，被收購公司應補繳記存之土地增值稅；該補繳稅款未繳清者，應由收購公司負責代繳」其規範意旨實出於「稅捐規避」之考量。即擔心形式上之土地出賣人，在將土地形式上移轉予買受人後，經由出脫「因出售土地而取得」之買受人股份方式，切斷與土地買受人間在組織上之從屬支配關係，而從原來之形式出賣人，變成實質出賣人，而規避已「記存」在土地買受人項下之「土地增值稅」，因此明定此時該「土地增值稅」之「納稅義務人」又「回復」為原土地出賣人，並明定土地買受人之代繳義務。是以由此條項規定，反而足以導出「原記存」之「土地增值稅」，如果事後符合

繳納條件時，其納稅義務人已變更為「形式上土地買受人」。只有在「土地出賣人與買受人間之組織從屬支配關係」受到懷疑時，才再將「記存」土地增值稅之納稅義務人，重行「回復」為原土地出賣人，並在土地再移轉以前，即先行課徵，以防杜稅捐規避發生。

上開法律見解係充分運用法學方法得出之解釋結論。說理嚴謹且精闢，本文就此完全贊同。

二、本案稽徵實務處理方式之瑕疵與善後處理

惟必須指出的是在採取上開法律見解下，卻會出現一個在判決中並未處理到之衍生問題。蓋在上述法律觀點下，稽徵實務原先之作法並不正確。其原先係以乙公司為該階段土地增值稅之代繳義務人而作成下命處分，然乙公司既應屬於納稅義務人，則系爭下命處分即具有將納稅義務人誤為代繳義務人之瑕疵。這個瑕疵並非出於形式上之誤植，而是出於對上開法規所謂「記存」之意義解釋上之錯誤所致，故屬於實質違法。由於這種實質違法之瑕疵並不屬於稅捐稽徵法第 17 條規定意義下誤寫、誤算之顯然錯誤之形式瑕疵，故並不能依據課稅處分更正之程序逕為更正。此外這個瑕疵也不屬於行政程序法第 114 條規定下之程序瑕疵，而不能透過程序瑕疵之補正予以治癒。

問題是，如此一來，法院似乎是必須撤銷這個實質違法之下命代繳之處分。在此可以檢討者，係稽徵機關可否透過行政處分轉換之機制，將原先違法之行政處分轉換為合法之行政處分。按行政程序法第 116 條規定：「行政機關得將違法行政處分轉換為與原處分具有相同實質及程序要件之其他行政處分。但有下列各款情形之一者，不得轉換：一、違法行政處分，依第一百十七條但書規定，不得撤銷者。二、轉換不符作成原行政處分之目的者。三、轉換法律效果對當事人更為不利者。」本文以為本案將原先以乙公司為該階段土地增值稅之代繳義務人而作成之下命處分，可以轉換為以乙公司為該階段土地增值稅之納稅義務人之行政處分。蓋上開兩處分均係針對上述案例第一階段之土地移轉事件，亦即同一原因事件，就原先記存之土地增值稅予以徵收。兩個處分之稅目相同，稅額相同，而負擔繳納義務之相對人亦具有同一性，故具有完全相同之實質及程序要件。另原先違法之行政處分，亦非屬於依第一百十七條但書規定，基於信賴保護而不得撤銷者。且轉換亦符合原行政處分作成之目的，亦即行使土地增值稅之徵收權。最後上述轉換之法律效果對相對人乙公司亦並未更為不利。故解釋上應可以完全符合行政處分轉換之要件。稽徵機關自得於行政救濟程序中，將原處分轉換為以乙公司為該階段土地增值稅之納稅義務人之行政處分，並藉此使該行政處分合法化。

不過必須補充的是，有別於德國實務針對行政處分轉換之性質採取依法當然發生說，我國法院判決實務向來針對行政處分轉換之性質採取行政處分說，故稽徵機關在此仍須另行作成「轉換之處分」並通知相對人，始生上述行政處分轉換之效力[5]。有鑑於行政處分轉換機制之目的在於挽救違法處分免於不必要之撤銷以促進程序經濟並維護公益，本案行政法院可以考慮就此予以一併闡明，使原處分機關在本案發回更審後仍有運用轉換機制之機會。

參、行為時企業併購法第34條第1項第5款規定下再移轉概念之解釋

一、最高行政法院之限縮解釋

本案第二個爭點是行為時企業併購法第34條第1項第5款規定下再移轉概念之解釋。

本件原告主張，依行為時之企併法第34條第1項規定可知，行為時之企併法所規定記存之土增稅，必須再次移轉時該土地為有償移轉，否則土地所有權人未取得對價及土地漲價之利益，即不可對其課徵土增稅。

被告稽徵機關則主張，行為時企業併購法第34條第1項第5款規定下再移轉之概念包含有償移轉及無償移轉在內。

（1）蓋企併法第34條第1項第5款所稱「再移轉」，於該法未作立法上之定義，自應回歸土地稅法相關規定，按土地稅法第5條第2項已例示贈與移轉之行為係無償移轉方式之一，核屬企併法第34條第1項第5款後段所稱「再移轉」之情形（最高行政法院98年度判字第650號判決參照）。

（2）就土增稅核課制度而言，只要有自然漲價以及土地所有權移轉之事實，除有不課徵之法定理由外，均無不予課徵之理。本件縱符合行為時企併法第34條第1項規定之土地移轉，僅屬形式移轉，亦因其移轉已合於土地稅法第28條本文規定之課徵土增稅要件，若無其他得免徵土增稅之事由，僅得記存其應納之土增稅，是此記存之土增稅自不因事後再為之移轉有免徵事由而受影響（最高行政法院100年度判字第1750號判決亦採相同見解）。

針對上開爭點，最高行政法院判決認為，上述再移轉之概念必須限縮為有償之移轉，亦即僅有在第二階段系爭土地之移轉屬於有償移轉之行為時，稽徵機關方得對乙公司行使該「記存」之土地增值稅之徵收權。其理由如下：

---

[5] 吳庚/盛子龍，行政法之理論與實用，2017，頁385。

（1）經查子公司依企併法第38條規定收購母公司之土地，並由子公司發行新股作為移轉對價，符合企併法第34條第1項前段之要件者，即得在稅捐處遇上，適用該條項各款所定之「稅捐優惠」規定。該條項後段第5款前段所指「公司所有之土地，經申報審核確定其土地移轉現值後，即予辦理土地所有權移轉登記。其依法由原土地所有權人負擔之土地增值稅，准予記存於併購後取得土地之公司名下；……」，其規範意旨應是：

A.該條款所定、在法律外觀上存在之「土地有償移轉行為」，就經濟實質意義而言，僅有組織重整之功能，土地所有權之主體在形式上雖因移轉而有變動，但土地未來因價格變動所生之損益風險，其實質歸屬之主體則始終未改變（如果實質歸屬有改變之風險時，同條第2項定有防杜稅捐規避之「截阻」規範）。

B.上述實證特徵在立法政策本來可以選擇「不課徵土地增值稅，但將來再移轉時，其前次移轉之土地公告現值之認定，要以母公司取得該土地時之土地公告現值為準」。但這樣的處理結果，會使子公司再移轉土地時，土地增值稅之稅基金額較高，再加上土地增值稅之計算採取累進稅率，對應之土地增值稅負自然也較多。採用上開規定之規範方式，因土地增值稅負採取二階段分別計算，稅負較輕，等於是對關係企業之組織結構重整，給予一定程度之稅捐優惠。

（2）至於企併法第34條第1項後段第5款後段所定「……該項土地再移轉時，其記存之土地增值稅，就該土地處分所得價款中，優先於一切債權及抵押權受償」部分，其規範意旨則是「該形式上歸子公司所有、實質上為母公司掌控之土地，若終局移轉予第三人，而依土地稅法等規定，應課土地增值稅時，應將本次移轉及前次記存之二筆土地增值稅款，由子公司一併繳納，以完成土地所有權之移轉登記。

（3）如果子公司將該土地移轉予第三人時，依法不需繳納土地增值稅，且其不需繳納之規範上理由，是因其在土地移轉時點，沒有透過移轉對價之收取，收割土地因時間經過所生之漲價利益。於此情形，子公司與母公司，在實質經濟意義上，其地位實無差異，均未享有土地漲價利益。另外前階段形式上之土地移轉行為，母公司也沒有因此取得土地因時間經過之漲價利益。所以從母公司取得該筆土地之始，到子公司真實出售土地為止期間內之土地漲價利益，母、子公司均未取得，皆不應對之課徵土地增值稅。從此法律論點言之，原記存之土地增值稅，在子公司移轉土地時點未取得土地之漲價利益，而免徵土地增值稅時，原來記存之土地增值稅亦應歸於消滅，而不得再行課徵。此等法律解釋結果，不僅符合法條使用文字（條文明定「……其記存之土地增值稅，就該土地處分所得價款中，優先於一切債權及抵押權受償」，即表明以有償移轉為規範對象），而且也符合待規範事項之事務本質。

若遵循法院提出之上開見解並配合土地稅法之相關規定，則未來稽徵實務必須遵循下列模式處理：

（1）若乙公司將土地有償再移轉給第三人時，稽徵機關即必須對乙公司作成下命繳納原本記存之土地增值稅之處分，並針對第二階段土地有償再移轉對乙公司作成具體核課應納稅額並下命繳納土地增值稅之處分。

（2）若乙公司將土地無償再移轉給第三人時，稽徵機關即不得再對乙公司作成下命繳納原本記存之土地增值稅之處分，稽徵機關僅能依據土地稅法第5條第1項第2款規定針對第二階段之土地無償再移轉行為對受贈之第三人核課土地增值稅。

（3）若乙公司將土地無償再移轉給政府機關時，稽徵機關即不得再對乙公司作成下命繳納原本記存之土地增值稅之處分。稽徵機關依據土地稅法第28條但書之規定針對第二階段之土地無償再移轉行為免徵土地增值稅。

二、學界回應

就上述見解，學者陳明燦提出不同之觀點。其從土地增值稅之性質談起，認為此種租稅之課徵正當性係基於憲法第143條第3項「漲價歸公」之精神，於土地有償移轉時本次與先前取得時申報土地移轉現值之差額（土地自然漲價數額總額）為稅基計算之，另外，系爭規定之「記存」係指「登記暫存」之謂，其立法目的在於避免增加併購時繳納稅捐之資金負擔，故為「緩繳」而非「免繳」規定，且由於系爭規定「土地增值稅就該土地處分所得價款中優先受償」，可見係採「屬地主義」，故土地增值稅由記存者負擔。最後，陳教授就本案相關爭點予以評析：首先，陳教授認為系爭規定中「再移轉」應包括「無償移轉」在內，由於土地增值稅徵收之制度設計上，為避免難以或無法向收割土地漲價利益者課徵土增稅，而將土增稅定位為申辦土地所有權移轉登記之前提要件，稅捐主管機關於課徵完土增稅後始能調高該土地前次移轉現值，可見個別土地之移轉為「獨立事件」，應否課徵土增稅與後次土地移轉之原因為有償或無償移轉並無關聯。系爭規定「該向土地再移轉時，其記存之土地增值稅，就該土地處分所得價款中，優先於一切債權及抵押權受償」容易使人誤解限於「有償移轉」之情形，而應目的性擴張解釋為包括「無償移轉」之情形。第二，乙公司應繳納先前記存之土增稅，此部分可分成二點說明，在納稅義務人部分，由於「土地增值稅就該土地處分所得價款中優先受償」，故以記存土增稅者（本案為乙公司）為實質納稅義務人，已如前述；再基於前開說明，由於甲公司與乙公司就系爭土地為形式移轉，且乙公司又無償贈與予新北市政府，乙公司於此二次土地所有權移轉中均未獲得系爭土地之漲價利益，基於司法院釋字第180號解釋之意旨，本應無須對其課徵土增稅，但基於實質課稅原則（以表彰納稅義務人

經濟上給付能力之事實關係作為課稅之依據，倘符合構成要件之事實時，即賦予其稅法之法律效果），本案中甲公司移轉系爭土地予乙公司時，土增稅之構成要件事實已經成立，不因其間形式移轉之法律外觀而影響乙公司獲取系爭土地漲價利益之事實，故乙公司於無償贈與系爭土地予新北市政府後仍應繳納原記存之土增稅[6]。

三、本文見解

依企業併購法第34條第1項第5款後段之規定，公司土地移轉如符合其要件時，由原土地所有權人負擔之土地增值稅，准予記存於併購後取得土地之公司名下，並另規定該項稅捐債權於土地再移轉時之受償順序。至於對於該項土地再次無償移轉於政府機關時，得否以實質課稅為理由，就前項記存之土地增值稅併以免徵，上開規定則並無明文之規定。此涉及實質課稅原則之運用界限與租稅法律主義之確保，自有釐清之必要。

針對本判決提出之法律見解，本文將分成抽象及具體層次分別提出評析。

首先在抽象層次上本判決提出之法律見解有可值贊同之處。蓋其上述針對企併法第34條第1項再移轉概念的限縮解釋，無疑係運用實質課稅原則之結果。而且最重要的是這個運用之結果顯然是有利納稅義務人。這在實務上具有重大之意義。長久以來稽徵機關習於運用實質課稅原則，依據經濟實質之觀察對納稅人作成不利之法律解釋，反之若是納稅人主張基於實質課稅原則，應依據經濟實質觀察對於納稅人作成有利之法律解釋時，稽徵機關則又強調應依據外觀形式適用稅法之規定。實質課稅原則儼然成為稽徵機關之禁臠。然而所謂實質課稅原則其實並非真正一般法律原則。舉例說明，比例原則屬於真正一般法律原則。比例原則之內涵係要求所有國家公權力之行使，其選擇之手段與所要達成之目的必須符合比例關係。其本身就構成一個具有實質內涵並具有一般拘束力之法規範。至於實質課稅原則本身並無法單獨地建構出如同上述具有實質內涵並具有一般拘束力之法規範。其僅是要求稅法適用機關就涉及租稅事項之法律，其解釋應依考量各該法律規定之立法目的，掌握到各該稅法規定所真正要規範之經濟實質，使稅法之規範目的在個案中能確實地實現。實質課稅原則本身並未能脫離租稅法規，單獨地建構出一個具有實質內涵並具有一般拘束力之法規範。其僅是在稅法領域重申在一般法律解釋及適用方法中之目的論方法之運用而已。作為法律解釋之目的論方法，其運用本即應掌握到各該法律

6. 陳明燦，我國土地增值稅記存法律問題——以臺北高等行政法院106年度訴更一字第23號判決為中心，全國律師，第23卷第11期，2019年11月，頁79-96。另參閱李惠宗，土地增值稅記存之性質及其效力—從方法論上談行政法院對企併法上「再移轉」概念之解釋，月旦裁判時報，第88期，2019年10月，頁57-71。

規定目的所真正要規範之實質，至於解釋方向與結果究竟有利於稽徵方或是納稅義務人則要非所問。就此本案最高行政法院判決無疑對於實質課稅原則之運用提供了一個正確之方向。

惟本文以為，對於上開規定下再移轉概念，本判決運用實質課稅原則所獲得之具體解釋則仍有可待商榷之處，理由如下：

（1）實質課稅原則之運用本質上僅是法律解釋之方法。因此其並未給予法律適用者可以跳脫法律計畫之造法空間。實質課稅原則之運用仍必須在各該租稅法規之目的範圍內謹慎地掌握法律所要真正規範之經濟實質，而不是用超越法律計畫之經濟實質去創造新的法規範。甲公司母集團設立了子公司乙，在法律上子公司乙即具有獨立之法律上人格。甲公司與子公司乙之法律關係在租稅法上之評價，必須考量各該租稅法規之目的，尚不能以其在某個角度僅屬母公司組織架構重整為理由，即運用實質課稅原則將第一階段之土地移轉行為視為僅是形式上移轉。蓋針對這類型的組織架構重整，無論是會計原則上之處理或是稅法之評價，都沒有一個簡單統一之規則，而是必須回歸到會計原則處理及各該稅法法規評價之目的去解答[7]。從土地增值稅法制之評價體系出發，首先在法律上而言乙公司確實已經透過以股作價之給付方式取得系爭土地之所有權以及經濟上的處分權。至於其仍受到母公司實質上控制這一點，並不能作為第一階段之土地移轉行為應視為僅是形式上移轉之充分理由。蓋依據土地稅法之評價，在甲公司將系爭土地移轉給乙公司，而乙公司以股作價作為給付之對價時，在此一階段系爭土地增值稅之債務業已因構成要件之滿足而告成立。而稽徵機關也已經透過核課處分具體地確認土地增值稅之應納稅額。至於依據行為時企併法第34規定第1項第5款規定核准將土地增值稅記存於乙公司名下之處分則具有下列法律效果，亦即發生使納稅義務人變更為乙公司之形成效力並發生對乙公司暫緩徵收土地增值稅之效力。必須強調的是，除非在法律上另有規定事後免除該債務之事由，否則在這個階段法律之評價業已全部終結。

（2）至於上開規定有關「該項土地再移轉時，其記存之土地增值稅，就該土地處分所得價款中，優先於一切債權及抵押權受償。」由其文義及體系以觀，依據立法者之意思應該僅具有兩個規範上意義：在前一階段緩徵之土地增值稅在乙公司將土地再移轉給第三人時應予徵收。若其屬於有償之移轉，則就該土地處分所得價款

[7] 梁秀芳，論企業併購之租稅與會計處理，證交資料第518期，2005年6月，頁2-38。

中，其記存之土地增值稅，有優先於一切債權及抵押權之受償權。易言之從法律文本尚看不出來立法者有意將記存在乙公司之土地增值稅，依據後續乙公司將土地移轉給第三人係屬有償行為或無償行為而為是否徵收或免除之區別對待之意思。蓋如前所述，記存在乙公司之土地增值稅係屬業已成立之租稅債務，而稽徵機關已為具體之核課處分並已經發生形式存續力。基於法律關係明確性，若立法者針對乙公司將系爭土地無償再移轉給第三人之案型，真是有意將已成立之土地增值稅債務事後予以免除，則原則上會有更為明確之表示。在租稅法律主義及立法慣例下，立法者對於租稅債務之事後免除應該不可能用現行條文如此隱晦之方式表達呈現。由歷史上立法者之意思以觀，上開規定尚非屬事後免除該債務之事由。

（3）即使由相關法規之體系關聯及客觀目的論以觀，也導不出法院上述見解。在支持上述見解的一個核心論述是，土地增值稅之租稅客體是建構在土地自然漲價利益之取得，甲公司僅係將土地形式移轉給子公司乙，若是乙公司又將土地無償地移轉給第三人時，則甲公司及其子公司乙並未實質上享有土地自然漲價利益。故第一階段之土地增值稅應於事後予以免除，而第二階段之土地增值稅亦不應對乙公司課徵。惟這個見解顯然並未全面性地檢視土地增值稅之整體面向，蓋若是乙公司又將土地無償地移轉給第三人時，則貫徹法院上述見解之法律邏輯，整個土地從第一階段到第二階段之土地自然漲價利益其實均係歸第三人取得。若真是基於租稅公平，即應由受贈系爭土地之第三人完全負擔第一階段及第二階段之土地增值稅。但是依據土地稅法第五條第一項之規定及稽徵實務操作慣例，第三人卻僅必須就第二個階段之土地自然漲價利益負擔土地增值稅。至於第一階段之土地自然漲價利益則不被納入土地增值稅之課徵範圍，然而這顯然不符合土地增值稅法制之精神。

（4）在此尚必須指出的是，法院上述法律解釋恐將造成將來土以地所有人藉此規避土地增值稅之手法。蓋只要將在第二階段將土地贈與另一個母公司可以實質控制之第三者，母公司集團即可以完全藉此規避掉第一階段土地增值稅。這是因為法院上述之法律解釋顯然忽略了土地增值稅係依據每一個階段土地移轉行為課徵之重要設計。

綜上所述，無論依據土地稅法或是從企併法上開規定以觀，第一階段之土地移轉均已經被評價為土地有償之移轉，其土地增值稅之債務業也因構成要件實現而成立，且稽徵機關也已經作成具體之核課處分，則在法律無明文免除其租稅債務之規定下，尚不應在後續第二階段土地之移轉屬於無償之情形下，逕行以實質課稅原則為理由創設法律所未規定之租稅債務免除之事由。

肆、為履行都市計畫變更回饋之要求而贈與土地給公法人之行為定性

一、法院見解

依據稽徵機關原先之認定，乙公司在第二階段將系爭土地贈與新北市係屬於無償移轉，故並未對乙公司課徵土地增值稅。故徵納雙方就此並無爭議。然而本案最為峰迴路轉之處在於，最高行政法院依據職權調查原則就此提出與稽徵實務不同之判斷。其說明如下：

（1）依土地稅法第28條但書規定，各級政府『受贈』之私有土地，免徵土地增值稅。然查本案土地價格甚高，上訴人甲公司與乙公司間前次移轉系爭3筆土地所記存之土地增值稅款即高達70,769,847元。上訴人乙公司為營利事業，設立目的即在獲取盈餘，豈能將如此鉅額價值之土地，任意「無償」贈與新北市政府，其移轉系爭3筆土地之實質原因關係為何？該實質原因關係有無對價，對價為何，是否得以量化為金錢，均有待向新北市政府查明。

（2）事實上如果上訴人乙公司移轉系爭3筆土地予新北市政府之原因關係，經查明確有對價關係，不僅仍應補徵本件記存之土地增值稅，甚至「上訴人乙公司移轉系爭3筆土地予新北市政府是否應免徵土地增值稅」一事，均有再調查之必要。

基於最高行政法院發回之意旨，在發回更審程中，乙公司在第二階段將系爭土地贈與新北市究竟屬於有償或無償移轉，乃成為徵納雙方另一個爭點。

本件原告主張乙公司在第二階段將系爭土地贈與新北市屬於無償移轉。理由如下：

（1）依都市計畫法第27條第1項第3款及同法第27條之1第1項之規定，政府機關為因應經濟發展之需求，得變更都市計畫，並得要求土地權利關係人「捐贈」都市計畫變更範圍內之可建築土地予政府機關。本件中，乙公司即係依內政部都市計畫委員會之決議捐贈系爭土地予新北市。質言之，該申請移轉之原因關係既為贈與，則依民法第406條及土地稅法第5條第2項之規定可知，係屬無對價之「無償」行為：

（2）財政部88年2月24日台財稅字第880068326號函（下稱「財政部88年2月24日函」）：「依臺北縣（註：現為新北市）政府訂定『三重等17處都市計畫區土地使用分區管制要點』第11點規定，為加速公共設施用地取得及增進都市環境品質，凡基地面積超過一千平方公尺自願無償捐贈公共設施用地者，得增加興建樓地板面積。該要點既明定為『無償捐贈』，且准內政部87年12月10日台（87）內地字第8712956號函略以：『查臺北縣政府訂定三重等都市計畫（土地使用分區管制要點）案，其中土地使用分區管制要點第11條……應係以執行都市計畫為

目的，而比照都市計畫法第56條規定之精神，所為之一種獎勵方式。就政府取得公共設施用地部分，確屬無償取得……』，土地所有權人依該要點規定捐贈土地與政府，應有土地稅法第28條但書免徵土地增值稅規定之適用。」（參本院卷p139）。依該函可知，自願捐贈土地者，雖得增加興建樓地板面積，惟相關要點既明定為「捐贈」，且此等措施係以執行都市計畫為目的，是就政府取得土地部分，屬無償取得，而有土地稅法第28條但書免徵土地增值稅規定之適用。本件捐贈可建築土地之法令依據雖係都市計畫法第27條之1第1項，惟二者之用語均為「捐贈」，且亦均以執行都市計畫為目的，是關於有償、無償之認定，應無二致。

（3）依都市計畫法第26條第1 項及第27條第1 項，都市計畫發布實施後，除因定期通盤檢討進而變更外，僅在存有經濟發展之需要等法定事由時，始得變更，是都市計畫之變更本質上即非主管機關可作為與人民交易之標的，質言之，其依法不得為對價，倘如被告所主張，乙公司係以贈與系爭土地予新北市以獲取工業用地變更為住宅區用地之利益，則豈非謂都市計畫之變更可恣意作為交易之標的？此推論顯與都市計畫法第26條第1 項及第27條第1 項之規定相悖。

（4）主管機關依都市計畫法第27條之1 第1 項要求土地權利關係人提供或捐贈都市計畫變更範圍內之可建築土地等，性質上為主管機關在辦理都市計畫變更時，得依職權對土地權利關係人課予之負擔，而非對價。

就此一爭點臺北高等行政法院 106年度訴更一字第23號判決就此則認定乙公司贈與移轉系爭土地予新北市形式上是「申報贈與移轉系爭土地」，但實質上屬於有償之移轉，其理由如下：

（1）乙公司為變更土城都市計畫及擬定土城都市計畫（員和段54地號等24筆土地……）細部計畫，於102 年10月與新北市政府訂定協議，於第1條即明定「本協議書依都市計畫工業區檢討變更審議規範之規定訂定，為都市計畫變更之附帶條件」，於該協議書第3條、第4條、第8條中約定乙公司，應捐贈：【申請變更總面積9.61％之可供建築用地即為系爭土地】，以及面積為8,213.83平方公尺及捐贈公共設施用地，面積約為23,371.27平方公尺，佔申請變更總面積27.36％，且須興闢變更土城都市計畫案劃設區域內之公園用地、兒童遊樂場用地及道路用地外，尚應以申請變更總面積0.52％之可供建築用地按乙種工業區變更後第一次土地公告現值40％折算捐贈代金。

（2）如未能依核定之都市計畫內容，計畫書之遷廠期程，實施進度及協議書規定辦理者，依法定程序檢討變更恢復原計劃為乙種工業區，又依據新北市政府104年4月8日新北府城審字第1040542587號函主旨：「為貴公司依『變更土城都市計畫（部分乙種工業區為住宅區、機關用地、公園用地、兒童遊樂場用地及道路用地）』案及『擬定土城都市計畫（員和段54地號等24筆土地……）細部計畫』協議書規定捐贈可建築土地事宜……」足堪認定，乙公司係為獲取乙種工業區土地變更為住宅區土地之利益（各種形式之利益），始贈與移轉系爭土地予新北市。

（3）就此，乙公司移轉系爭3 筆土地予新北市政府之原因關係，參照上開協議書第二條係由乙公司提出申請，又第八條訂有乙公司未能依核定之都市計畫內容，計畫書協議規定辦理，經查明新北市政府依法定程序變更恢復原計畫為乙種工業區，乙公司不得以任何理由提出異議。則乙公司若未捐贈系爭土地，即違反都市計畫內容及協議書規定，土地使用分區即無法獲得變更，故乙公司申請都市計畫變更之工業區土地得以變更為住宅區土地，與捐贈系爭土地成就必要之代價關係（並非到為雙務契約對價關係或對待給付之程度，也未必弱化到屬於課予負擔之情形），而是一種各種形式之利益的提出，而衍生一種各種形式之利益的獲致。因此足以判斷絕非如「捐贈形式」所呈現之無償關係。

（4）乙公司同意依內政部都市計畫委員會之決議，捐贈系爭土地及其他各種形式之利益（包括：面積為8,213.83平方公尺及捐贈公共設施用地，面積約為23,371.27平方公尺，佔申請變更總面積27.36％，且須興闢變更土城都市計畫案劃設區域內之公園用地、兒童遊樂場用地及道路用地外，尚應以申請變更總面積0.52％之可供建築用地按乙種工業區變更後第一次土地公告現值40％折算捐贈代金）予新北市。這些付出都是可以量化的代價關係，這些代價換取「經由變更都市計化將使用上受到諸多限制之乙種工業區土地變更為可供建築之住宅區用地，以此獲取土地開發利益」。

（5）土地開發之利益，是容許土地高密度使用而導致的利益，不單純是土地增值的利益（其中在公告現值增加的部分，將在土地再度出售時被課徵），也包括土地利用上衍生各種形式之利益（這些不是土地增值稅課徵的對象）。整體觀之其實質原因，是基於乙公司推展本身業務，藉由變更都市計畫將使用上受到諸多限制之乙種工業區土地變更為可供建築之住宅區用地，以此獲取土地開發之利益足見，故乙

公司申請都市計畫變更之工業區土地得以變更為住宅區土地，與捐贈系爭土地成就必要之代價關係（嚴格而言是各種形式之利益），則系爭土地增值稅就屬符合企併法第34條第1項第5款規定之課徵要件，而參照最高行政法院發回意旨，乙公司之退稅請求即屬無據。

由於法院上開見解變更了多年來稽徵實務見解，故引發不小爭議，論者中不乏批評法院上開見解違反租稅法定主義者[8]。究竟法院上開見解可否支持，學理上自有作深入探討之必要。

二、捐地回饋協議之性質與合法性

本案原告在訴訟中提出一個重要之論點，亦即都市計畫變更之核定必須是在依法存有經濟發展之需要等法定事由時，始得變更，故都市計畫之變更在本質上即非主管機關可作為與人民交易之標的。既然都市計畫之變更依法不得作為乙公司贈與系爭土地之對價，乙公司贈與系爭土地與本案都市計畫之變更自無對價關係，其贈與系爭土地行為自非有償之移轉。此一論點涉及捐地回饋協議之性質與合法性，但是行政法院於判決中並未有明確正面之回應。

依據都市計畫法第27-1條第一項規定：「土地權利關係人依第二十四條規定自行擬定或變更細部計畫，或擬定計畫機關依第二十六條或第二十七條規定辦理都市計畫變更時，主管機關得要求土地權利關係人提供或捐贈都市計畫變更範圍內之公共設施用地、可建築土地、樓地板面積或一定金額予當地直轄市、縣（市）（局）政府或鄉、鎮、縣轄市公所。」內政部都市計畫委員會依都市計畫法第27條之1第1項之規定，決議要求土地權利關係人應「捐贈」都市計畫變更範圍內之可建築土地予政府機關。為了使上開規定下主管機關要求土地權利關係人捐地回饋之事務能順利，本案遵循實務慣例，由當地地方政府與土地權利關係人事先簽定有關捐地回饋之協議。此一協議係為履行上開法規下土地權利關係人捐地回饋之公法上要求而締結，性質上屬行政契約，自無疑義。

8. 許兆慶，從土地增值稅的規範本旨談土地使用變更捐地課稅爭議——以臺北高等行政法院106年度訴更一字第23號判決為中心，土地使用變更捐地課稅爭議評析學術研討會，2018年3月。張志偉；黃儉華，土地使用變更之捐地課稅爭議－從租稅法定原則出發，華岡法粹，第68期，2020年6月，頁199-240。

必須指出的是，依據都市計畫法之精神，捐贈土地與都市計畫變更確實不得互為對價關係，否則都市計畫變更之決定即有計畫裁量之瑕疵而構成違法。雙方據此締結之行政契約也將因此違反強行法規而歸於無效。然而上開決議之要求僅是依法要求土地權利關係人對於都市計畫變應有所回饋。其計畫裁量並非以獲取土地權利關係人之捐贈作為唯一考量或關鍵因素，自難構成計畫裁量之瑕疵。同樣地雙方為落實上開決議之要求而據此締結之行政契約也並非以捐贈土地與都市計畫變更作為給付與對待給付之雙務契約，自無因違反強行法規而歸於無效之問題，合先敘明。

不過退一步言，即使上述行政契約因違法而歸於無效，依據實質課稅原則，只要在第二階段確實有系爭土地移轉之事實。且嗣後當事人並未因行政契約無效而使其回復原狀在稅法之評價上依據系爭土地移轉之經濟實質關係對之課徵土地增值稅並無違法。就此行政法院八十二年九月份庭長評事聯席會議決議亦有與此類似之說明：「按法律行為無效，或嗣後歸於無效，而當事人仍使其經濟效果發生，並維持其存在者，並不影響租稅之課徵。良以稅法所欲掌握者，乃表現納稅能力之經濟事實，而非該經濟事實之法律外觀。土地增值稅係依據漲價歸公之原則，對土地所有權人因土地自然漲價所得利益所課徵之稅款。因之，只要有自然漲價所得以及土地所有權移轉之事實，依土地稅法第二十八條之規定，除有不課徵之法定理由外，均應課徵土地增值稅，並不因土地所有權之移轉本身有無效之原因而有不同。至於有無信賴保護原則之適用，應依具體個案認定之。」即屬運用上述實質課稅原則之適例。

因此本案的關鍵並不是在爭執將系爭行政契約是否合法，而是從土地增值稅法制之體系觀察，究竟系爭第二階段之土地移轉行為究竟應評價為有償或是無償移轉，不可不辨。

三、捐地回饋之有償性

（一）行政契約法制下之定性

上開問題之解答涉及到兩個層次。首先是在行政契約法制下，本案系爭土地之贈與契約究竟應歸屬於有償契約或是無償契約。其次則是上述這個判斷之結果，在土地增值稅之法制下，對於判斷系爭土地第二階段之移轉究竟應歸屬於有償或是無償移轉，是否應為相同之解釋。

在此必須先指出的是，本案捐地回饋之行政契約雖非屬於雙務契約，但並不代表其必然就是無償契約。蓋依據民法契約法之法理，贈與契約固然並非雙務契約，而是單務契約，但是贈與契約不一定就是無償契約。例如A答應給B三十萬元，但附有停止條件，其內容為B在三年內不得到C補習班任教，本例中B並不負有在三年內不到C補習班任教之給付義務，但只要在三年內B不到C補習班任教，該條件即屬成就，A即負有給B三十萬元之義務，故其非屬雙務契約而仍屬單務契約。但是B要獲得此一附有停止條件之贈與，必須完成一定行為使該停止條件成就，其並非真正無需付出代價，故學理上乃將之歸類為有償的單務契約[9]。

依據協議內容，必須在主管機關核定變更都市計畫內系爭土地之使用類別後，土地權利關係人方才負有履行捐地回饋之義務，其性質上與上述附停止條件之贈與契約類似。故參酌前述有關民法上附停止條件之贈與契約之定性，其仍應歸屬於有償的單務契約。

（二）土地增值稅法制下之歸屬

從土地增值稅法制的精神觀察，本案系爭土地權利關係人透過上述協議承諾提供系爭土地之贈與，其固非屬主管機關變更都市計畫行為之對待給付，但其目的仍是為了履行依據主管機關依都市計畫法所課予之捐地回饋之要求。其若拒絕締結此一捐地回饋契約，則勢必影響到都市計畫變更案之最後核定結果。故本案系爭土地權利關係人為了獲取都市計畫變更案生效後系爭土地使用類別變更所來之龐大經濟利益，方選擇締結此一贈與契約。正因為上述這個事理上直接關聯，使得本案與土地所有人純粹無私地將土地贈與政府機關之案型具有事物性質上之重要差異。此外也正因為上述這個事理上直接關聯，使得本案與土地所有人自願將一部分土地贈與政府機關作公共設施使用，以期能獲得將來公共設施啟用所帶來之周邊經濟利益也有所區隔。因此將本案第二階段土地之移轉評價為有償之土地移轉，使乙公司負擔第二階段系爭土地移轉之土地增值稅，毋寧更符合土地增值稅之精神。

9. 有關民法有償及無償契約之區分，請參閱劉昭辰，銀行定型化保證契約類推適用消費者保護－最高法院九八年度台上字第一六五二號判決，臺灣法學雜誌，第151期，2010年，頁197-202。

實則如此之解釋在租稅法制上並不突兀。例如，所得稅法第17條第1項第2款第2目之1規定：納稅義務人、配偶及受扶養親屬對政府之捐獻，得主張適用捐贈扣除額之租稅減免。但是依據財政部之函釋，土地所有權人依「都市計畫容積移轉實施辦法」第14條第1項規定，將同辦法第6條第1項第2款及第3款之土地所有權之全部或部分贈與登記為國有、直轄市有、縣（市）有或鄉（鎮、市），係以土地所有權人取得土地容積權益為對價，無捐贈扣除之適用[10]。另納稅義務人依工商綜合區開發設置管理辦法第九條規定，捐贈申請開發總面積百分之三十土地作為生態綠地，不適用列舉扣除規定[11]。上述之案型固然土地移轉登記之原因均為贈與，但是財政部解釋令均認為其並非純粹無償之捐增，故否定其得適用所得稅法捐贈扣除額之規定，正是在所得稅法捐贈扣除額之目的下本於實質課稅原則運用之結果。本案雖屬土地增值稅之適用但亦應不拘泥於外在贈與之形式，而本於實質課稅原則認定本案為有償之移轉，方屬正確。

本文在此之結論與法院見解雖屬相同，但在此也必須附帶指出，上述捐地回饋協議與其獲取之都市計畫變更之利益並非屬於對價性關係，法院在此使用對價之用語容易引起不必要之誤解。而且上述捐地回饋協議是否有償之判斷，也與課稅基礎之計算無關，自無需探討其獲取之都市計畫變更之利益有無量化之可能。法院在此強調量化的問題反容易產生不必要之誤解，併此敘明。

伍、結論

實質課稅原則之運用涉及納稅人權利保護與租稅公平之維護，其如何適度拿捏，一直是租稅法上重大之議題。無論是否贊成本案判決，它都是一個很好的研究與對話之素材，值得給予高度肯定與喝彩。有關本案之處理模式，本文建議如下：

[10] 財政部88年9月27日台財稅字第881946203號函。
[11] 財政部88年3月5日台財稅第880109944號函。

（1）若乙公司將土地有償再移轉給第三人時，稽徵機關即必須對乙公司作成下命繳納原本記存之土地增值稅之處分，並針對第二階段土地有償再移轉行為，對乙公司作成具體核課應納稅額並下命繳納土地增值稅之處分。

（2）若乙公司將土地無償再移轉給私人時，稽徵機關即應對乙公司作成下命繳納原本記存之土地增值稅之處分。針對第二階段之土地無償再移轉行為，稽徵機關則應依據土地稅法第 5 條第一項第二款規定對受贈之第三人核課土地增值稅。

（3）若乙公司將土地純粹無償地再移轉給其他政府機關時，稽徵機關仍應對乙公司作成下命繳納原本記存之土地增值稅之處分。針對第二階段之土地無償再移轉行為，則應依據土地稅法第 28 條但書之規定免徵土地增值稅。

（4）若乙公司是僅為了履行都市計畫變更回饋之要求而將土地依據協議再移轉給政府機關時，則應評價其為有償之移轉，回歸上述規則 1 處理。

由殺警案探討精神障礙者人身自由之保障：以《身心障礙者權利公約》為中心

吳文正　衛生福利部嘉南療養院院長

壹、前言

近日臺灣社會對於精神障礙者觸犯殺死臺鐵警察之刑事第一審判決結果相當不滿，造成社會批評聲浪不斷，並因此將承審法官批評為恐龍法官，也將精神鑑定醫師之個人與鑑定報告進行社會公審，當然也有指向法制不完備的評論，要求重新檢精神鑑定制度或者修改刑事保安處分之規定[1]，不管哪種批評，都指向一個從從嚴、從重之方向，不管精神障礙者有無犯罪，不管依據《精神衛生法》或是刑事法，都往擴大限制精神障礙者人身自由之方向研議，而一向遵從國際人權標準之我國，在接受一系列國際人權標準，尤其是《身心障礙者權利公約》（Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 英文縮寫為CRPD，以下中文簡稱為《身權公約》）後，早就已經不斷提升精神障礙者人權與先進國家相當，同時也已經解開束縛其人身自由之種種法律限制，甚至可能還要接續廢止《精神衛生法》有關強制住院或強制社區治療限制人身自由之規定，由於目前社會人權發展因為此一社會事件產生逆流，也發生二者目前出現精神障礙者人權保障衝突之困境，因此，本論文將從此社會事件檢討在保障精神障礙者人身自由之前提下，如何調和其與社會期待的落差，包括《精神衛生法》之強制醫療、刑事法上之刑罰等規定。

貳、震驚臺灣社會之殺死臺灣鐵路警察案

被告鄭再由，為一男性、慢性精神障礙者，因受精神病症狀影響，認為遭受雇主及友人不公平對待，並且懷疑有人要謀害他，以便可以取得他所投保之保險金。因為認為有防身之必要，因此在民國108年7月3日購買二把刀。被告準備由南部北上找媒體，要把自己遭受陷害之事公開，在當日下午，在搭乘臺鐵時為列車長發現被告票種不符而被要求補票，但被告拒絕，不但未配合要求，而且邊咆哮邊移動至其他車廂，被害警員

1. 參見相關新聞與評論，網址：https：//www.setn.com/News.aspx?NewsID=738368，https：//www.chinatimes.com/ newspapers/20200501000371-260106?chdtv，https：//heho.com.tw/archives/81279，https：//udn.com/news/story/121086/4533169，https：//talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3154224。

獲報後前往處理。被告眼見被害人後情緒更加激動，隨後取出兇刀，刺擊被害人左腹部，被害人隨後不幸因大量出血而死亡。

對於本案之訴訟過程如下[2]，臺灣嘉義地方法院於今（109）年4月30日宣判，其判決主文：「鄭再由無罪，令入相當處所施以監護伍年。扣案之紅柄嫁接刀壹支沒收之。」並裁定：「鄭再由取具並繳納保證金新臺幣伍拾萬元後，准予停止羈押。」並同時發佈新聞稿說明理由：「被告鄭再由經本院判處無罪後，依法視為撤銷羈押，但因本案還沒判決確定，加上本院考量被告罹有思覺失調症，長期服藥不規則，病識感不佳，且被告所為情節重大，造成社會大眾恐慌，基於對於社會安寧秩序之維護，本院依刑事訴訟法第316條規定，認仍應有諭知具保之必要，參酌被告的家庭經濟狀況，因此諭知被告繳納新臺幣50萬元後，停止羈押，在被告具保之前，仍應繼續羈押。」

但因社會仍舊批評不斷，該地院經地檢署抗告後又於同年5月1日裁定：「鄭再由提出保證金新臺幣伍拾萬元後，准予具保停止羈押，並限制住居在臺南市〇〇區〇〇路〇段〇〇〇巷〇〇〇號，且應遵守下列所示之事項：一、於具保後立即至本案精神鑑定之行政院國軍退除役官兵輔導委員會臺中榮民總醫院嘉義分院（下稱嘉義榮民醫院）精神科就診，評估有無住院治療之必要。二、未住院期間，應每週一次前往醫療院所精神科就診，由醫師追蹤精神狀況，評估有無傷害他人或自己或有傷害之虞，及有無住院治療之必要。三、未住院期間，應每三個月一次至嘉義榮民醫院精神科就診，評估有無住院治療之必要。四、如經醫師診斷有住院治療之必要，應立即住院治療，不得拒絕。五、應依醫囑定時服用精神疾病藥物及接受治療。六、每週向本院陳報就診情形、治療結果及有無住院治療之必要。七、停止羈押期間，不得故意為刑事犯罪之行為。」

儘管該地院已經重為裁定，但地檢署仍為抗告[3]，該地院又於同年5月4日重為裁定，其主文：「鄭再由於本裁定生效後二十四小時內，繳納保證金新臺幣壹佰萬元後具保。」其理由要旨：「一、羈押之被告，經諭知無罪之判決者，視為撤銷羈押。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之，刑事訴訟法第316條定有明文。依此規定，應先命具保、責付或限制住居，於事實上不能具保、責付或限制住居，且有必要時，始得裁定繼續羈押。二、被告鄭再由因殺人等案件，經本院以其行為時符合刑法第19條第1項所規定，屬法定不罰情形，諭知無罪，令入相當處所施以監護5年，依刑事訴訟法第316條之規定，其羈押應視為撤銷。然該案業經臺灣嘉義地方檢察署檢察官於109年4月30日具狀提起上訴。

---

[2] 參見臺灣嘉義地方法院108年度重訴字第6號裁判。

[3] 參見臺灣高等法院臺南分院109年度抗字第175號裁定。

另考量被告過去就有未規則回診、服藥順從性不佳，始有精神症狀急性惡化之情事，因此，預防此個案再犯之重要的關鍵在於讓個案規律就醫及服藥。三、被告自108年7月4日羈押後，迄今已長達10個月，雖於看守所內定時服藥，但仍存精神病狀（包括妄想、現實感受損），須接受長期治療。又被告本案犯行情節重大，且於搭乘一般大眾交通運輸工具時，朝依法執行職務之被害人攻擊，被害人家屬之傷痛無法彌補，並導致社會大眾恐慌。基於對於社會安寧秩序之維護，本院審酌前情，為保全被告及防止其再犯之可能，又考量被告表示已離婚，女兒尚就學中，經濟狀況不佳等一切情狀，及為避免被告得隨時具保，而陷於不安定之狀態，故限定命被告於本裁定生效後24小時內及時提出，繳納保證金新臺幣100萬元後具保，若於限定期間內不能具保，具保即失其效力，仍應繼續羈押。四、本案檢察官已於4月30日具狀提起上訴，全卷上訴作業流程，本院同仁已假日加班處理，上訴進度將盡快進行。五、又檢察官依保安處分執行法第4條第2項規定聲請對被告宣告保安處分一案。該規定為法院於「判決前」，對應付監護之人，認有緊急必要時，先以裁定宣告保安處分。本案已於民國109年4月30日宣示判決，與上開要件不合，檢察官所為保安處分之聲請，經本院以109年度聲字第398號裁定駁回[4]。」法院並諭知，若不服本判決，當事人得於收受判決後20日內提起上訴。

綜合媒體新聞對於地院裁判反應意見，筆者認為本案爭議之點主要有以下二點：（1）被告經過精神鑑定，且經過法院審理後，接受精神鑑定結果，認定鄭姓被告於行為時有精神障礙，不能辨識行為違法，依《刑法》第19條第1項規定，判決無罪。（2）法院宣告被告應依《刑法》第87條規定，令入相當之處所施行監護5年。社會大眾首先認為精神鑑定可能遭受被告裝瘋欺騙而脫逃刑責、精神鑑定由一位專科醫師鑑定可能結果不正確、殺死年輕有為之警察為何可以無罪、為何精神障礙者殺人可以判決無罪等，因此要修訂精神鑑定專業標準，比照醫療事故鑑定標準與程序。其次認為監護五年其間太短，還沒有治癒就釋放而可能讓被告再繼續殺人犯罪，因此認為要修改監護處分之法律，要求延長監護期間，甚至要求政府新增專門機構處理此類病犯，故應設置「司法精神病院」[5]。

一、關於精神障礙鑑定與無罪不罰判決之爭議

依據該地院判決書所載內容，被告自民國90年起，即開始接受精神科診療，並於民國99年被診斷罹患思覺失調症，但被告於民國106年後即未繼續門診診治。被告於案發前2日思覺失調症已發作，妄想遭朋友設計要和被告女兒一起謀害被告，以詐領保

4. 參見臺灣嘉義地方法院審理108年度重訴字第6號被告鄭再由案件重為裁定新聞稿。

5. 衛生福利部心理及口腔健康司司長諶立中於2020年5月4日接受新聞訪問時表示，籌設「司法精神病院」早在3、4年前就開始討論，但設置地點、權責歸屬等相關問題，都還未有定論。https：//news.tvbs.com.tw/local/1318939

險金，被告並於案發當天搭乘火車前，陸續前往2處派出所、臺南市政府社會局、保險公司、議員服務處等地，四處陳述有人要殺他以牟取保險金，希望解除保險契約等語。但被告認為這些單位無法解決其問題，故最後搭火車北上，進而發生本件憾事。被告妄想其被跟蹤、手機被監控，故刻意閃避行蹤，轉換車種，並迂迴轉站搭車。經該地院將被告送交精神鑑定，認為被告於行為時，係處於思覺失調症急性發病之狀態，且妄想內容與犯案行為有絕對交互關聯性，故其犯案行為是受其精神狀態影響所致，已達刑法第19條第1項因精神障礙而不能辨識行為違法之程度。鑑定醫師曾到該院作證說明，行為時被告處於急性狀態妄想，加上智力退化理解力差，故被告行為當時已喪失辨識能力。

該地院認被告行為時因精神障礙而不能辨識行為違法，無法依據對於周遭之辨識而為行為，故被告於行為時具有《刑法》第19條第1項之情形，依法應為無罪之判決[6]。

二、關於精神障礙治療與監護處分期間不足之爭議

被告自以為症狀情況改善即中斷就診、未規律服藥。該地院依鑑定醫師於審理時作證稱，對於病識感、服藥順從性不佳等之精神疾病病人建議可藉由司法要求其於服刑或監護期滿後一定期間需規律返診及服藥，以加強病患之病識感及服藥順從性，減少其再犯可能性。於是該地院為降低被告再犯可能性，避免其反覆發作而危害公共安全，因此依《刑法》第87條第1項、第3項前段規定，令被告到相當處所施以監護（即強制就醫），並判處法律所定最高上限5年監護期間[7]。

參、精神障礙者照護模式演進與聯合國人權標準規範

精神科照護之演變，歷經「四個C」模式之階段發展 ，包括監禁、照顧、治療、藥物、社區。在啟蒙時期前是以監禁（confinement）為手段，直到年代法國醫師Phillippe Pinel（1745-1826）在擔任院長期間將精神病人自監禁（confinement）機構中解放（男性自Bicêtre，女性自Salpêtriére）後，才將監禁模式轉變為具有人性之照顧（caring）模式，提供衣服、飲食、庇護、尊嚴等，如此持續到1850年代，經由幾位醫師研究，包 括 Emil Kraepelin（1856-1926）、Sigmund Freud（1856-1939）、Eugen Bleuler（1857-1939）等人把精神疾病當作一般疾病理解，從生物學或心理學方面進行治療，

[6] 刑法第19條第1項：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」

[7] 刑法第87條（第1項）因第十九條第一項之原因而不罰者，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，令入相當處所，施以監護。（第3項）前二項之期間為五年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。

進入治療（curing）模式。直到1950年代，發現第一個可以有效治療之抗精神病藥物後，進入藥物（chemicals）模式。到1960年代，又因為美國去機構政策，將相對封閉之機構治療轉向到相對開放之社區治療，因此進入社區模式（community）。目前則是認為精神疾病是腦疾病，當然也不排除心理與社會之治療方式，而從整體上兼顧生物、心理、社會三方面提供治療服務，甚至還涉及心靈（spiritual）方面之照護，例如宗教、哲學方面之心理治療服務。

從以上說明精神科照護演變之過程可以知道，由於治療模式改變，對於精神疾病之治療也愈顯效果，同時對於精神障礙者之權益重視，也從監禁提升到更人道、更自由之社區模式，為不斷提升精神障礙者人之人身自由等相關權益，世界衛生組織，接在《世界人權宣言》（The Universal Declaration of Human Rights, 1948）、《公民與政治權利國際公約》（International Convention on Civil and Political Rights,1966, ICCPR）（簡稱《公政公約》）與《經濟、社會與文化權利國際公約》（International Convention on the Economic, Social and Culture Rights,1966, ICESCR）（簡稱《經社文公約》）[8]後，宣示以下原則，例如《錫拉庫札原則》（The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights,1984）、《加拉加斯宣言》（The Declaration of Caracas, 1990）、《保護精神障礙者與改善精神健康照護原則》（Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care，the MI Principles,1991）（以下簡稱《MI原則》）等。

《錫拉庫札原則》，本原則由聯合國於1984年所宣示，係在於建立限制權利之原則，有些權利，不論在何種情形，皆不得以法律加以限制精神障礙者權利，例如免於奴隸及虐待之權利、思想自由、良心自由、宗教自由等。若不得以時，在某些情形下，若必須限制權利時，應該符合以下五點準則（criteria）之一，而且必須限時、監督，這五點準則包括：（1）限制必須依法限制（法律保留原則）。（2）限制之目標必須為維護公眾利益。（3）限制必須為達成民主社會目標之所必須。（4）限制必須與社會目標（social aim）成比例，符合達成社會目標所需之最小侵害與最小限制手段。（5）限制必須非經由專斷、強加。

《加拉加斯宣言》則是世界衛生組織於1990年時在拉丁美洲會議時所提出來之宣言，其重點在於在基層醫療照護（the Primary Health Care）之基礎與地方健康體系模

[8] 以上三公約合稱為「國際人權法典」，建立最基本之國際人權規範，往後之其他人權公約，多依據此三公約衍生制訂。

式（the Local Health Systems Model）之框架下重組（restructuring）精神醫療照護，並認為資源、照護與治療，必須在以下三項條件之下提供，包括：（1）保障個人尊嚴、人權、公民權。（2）建立在理性、適當技術上。（3）努力維持病人在社區中。

《MI原則》（1991），此原則有二大重點內容：（1）精神疾病病人之保護。（2）增進精神健康照護。以上二大原則在精神醫學專業領域中，建立最起碼基本人權標準，更在國際上用來當作監督及對於其他國際會議要件之權威解釋，以及在許多國家被當作精神衛生法立法之架構參考[9]。本原則共列舉25條原則，並在第一條原則「基礎自由與基本權利」（fundamental freedoms and basic rights）中揭示所有精神障礙者有尊嚴、人道、尊重、不歧視等基本權利，同時肯定也擁有對於在《世界人權宣言》、《公政公約》、《經社文公約》等相關人權公約或宣言中之權利。另外在第16條原則「強制住院」中，詳細規定對於精神障礙者強制住院之實體要件與程序要件之原則，實體要件包括：（1）有立即（immediate）或迫切（imminent）傷害（harm）自己或他人之重大可能性（serious likelihood）。（2）精神疾病嚴重且判斷受損，僅經由依照最小限制替代原則住院始能防止其病情嚴重惡化（serious deterioration）。在程序要件上，規定需要有另外一位、獨立之醫師給予同意始得執行（2）之強制住院，並且需要有審查機關（review body）[10]來審查，以確保遭強制住院之精神障礙者權益不受侵害。

世界衛生組織又在1996年提出《精神健康照護法：十點原則》（Mental Health Care Law：Ten Basic Principles）與《精神障礙者人權促進指引》（Guidelines for the Promotion of Human Rights of Persons with Mental Disorders）當作本原則之解釋，這10點原則包括：（1）精神健康之促進與精神疾病之預防。（2）基本健康照護之可近性。（3）精神健康評估符合國際所接受之原則。（4）精神健康照護最少限制原則之規定。（5）自我決定。（6）協助使用自我決定之權利。（7）可運用之監督程序。（8）自動定期監督之機制。（9）合格之決定者。（10）尊重法律規定。

雖然國際上制定許多對於精神障礙者權益保障之宣言，例如知情同意、保密、隱私、最小限制替代原則（The principles of the least restrictive alternative）等，尤其是有關病人自主權相關之限制人身自由之強制醫療，例如強制鑑定、強制住院、強制社區治療等，因為可能嚴重侵害個人之基本人權，故而國際社會特別關心此類病人權益，尤其是有關人身自由之基本人權。

---

9. 吳文正，「探討我國精神衛生法之強制醫療」，臺灣法學，第175期，2011年5月，第63-68頁。

10. 依據第17條原則，審查機關可以是司法機關，或是具有公正性、獨立性之機關。

肆、《身心障礙者權利公約》與精神障礙者人身自由

《身權公約》為21世紀第一個人權公約，也是聯合國第8個涉及基本人權之條約，此公約為聯合國於2006年12月13日通過，2008年5月3日生效，其主要重點乃在以「人權模式」（rights-based model）之立場，將身心障礙者視為權利主體，而非僅僅作為醫療、慈善、社會安全所保護之客體而已[11]，並建立以下八大原則：（1）尊重他人、尊重他人自己做的決定。（2）不歧視。（3）充分融入社會。（4）尊重每個人不同之處，接受身心障礙者是人類多元性的一種。（5）機會均等。（6）無障礙。（7）男女平等。（8）尊重兒童，保障身心障礙兒童的權利。由於《身權公約》之實施，乃將1991年《MI原則》排除適用[12]。我國在2014年制訂《身心障礙者權利公約施行法》（以下簡稱《身權公約施行法》），將此公約內國法化，因此也成為繼《公民暨政治權利國際公約》、《經濟社會文化權利公約》、《消除對婦女一切形式歧視公約》（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW）、《兒童權利公約》（Convention on the Rights of Children, CRC）等四個國際公約後我國第五個具有內國法效力之國際人權公約。我國政府藉此《身權公約施行法》檢視中央與地方政府之法規與政策，消除對身心障礙者之歧視，建立友善、無障礙之社會。

對於身心障礙者政策發展，國際上至少有以下二種不同之見解：有採取「醫療模式」（medical model）或「社會政治模式」（sociopolitical model）：醫療模式認為身心障礙者是因為生理功能受限，需要特殊醫療需求，因此強調醫療診斷與治療，並提供支持性服務與經濟補助。社會政治模式則認為是社會環境失能而限制身心障礙者，因此應該要調整社會環境，並且去除歧視與差別待遇。另外依據經濟合作暨發展組織（OECD），依據現金給付之補償功能與重返職場之整合功能，而分類出包括「人權模式」在內之五種政策模式，此種模式認為由於身心障礙是社會產物，國家應確保包括身心障礙者在內所有人之公民權[13]。

---

[11] 王德瀛，精神衛生法強制住院侵害身心障礙者自由權：身心障礙者權利公約初次國家報告國際審查，科技法律透析，第29卷第12期，2017年12月，第7-13頁。

[12] Tina Minkowitz, Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in Bernadette McSherry & Penelope Weller, Editors, Rethinking Rights-Based Mental Health Laws, Oxford and Portland, 2010, p.151-177.

[13] 簡慧娟、尤詒君、吳宜姍，身心障礙福利服務10年回顧與前瞻，社區發展季刊，第168期， 108年12月，第5-18頁。另外4個政策模式為負面消極模式、自由放任模式、拼湊物模式、最大化模式，皆對於身心障礙者照護不足之模式，甚至認為即使國家提供最大化之協助，仍然認為身心障礙係為個人損傷而非社會建構之結果。

在《身權公約》採取「人權模式」之基本立場與政策後，依據其第14條（人身自由與安全）第1項之規定：「締約國應確保身心障礙者在與其他人平等基礎上：（a）享有人身自由及安全之權利；（b）不被非法或任意剝奪自由，任何對自由剝奪皆必須符合法律規定，且於任何情況下，皆不得以身心障礙作為剝奪自由之理由。」聯合國身心障礙者權利委員會於2015年9月通過對於《身權公約》適用之指引，此即《身心障礙者權利公約第14條指引：人身自由與保安權利》（Guidelines on Article 14 of CRPD： The right to Liberty and Security of Persons with Disabilities）（以下簡稱為《身權公約指引》），在該《身權公約指引》之介紹中，即特別說明身心障礙者權利委員會（以下稱「本委員會」）曾於2014年9月，針對《身權公約》第14 條通過一項聲明，並認為人身自由與保安是每人人都應享有最珍貴之權利之一。身心障礙者，尤其是智能障礙與心理社會障礙者，均享有身障公約第14 條所賦予之自由。《身權公約》第14 條在本質上就是反歧視條款，具體指出身心障礙者人身自由與保安權利之範圍，禁止在行使此權利時所有基於身心障礙之歧視。另在指引第6點後段更指出：「本委員會已確認公約第14條絕對不允許任何人因實際上或被認為有損傷（impairment）而被拘禁（detained）。然而某些締約國之法律（包括《精神衛生法》），在具有其他拘禁理由（包括被認為對自己或他人造成危險）之條件下，仍允許有人因實際上或被認為有損傷而得被拘禁。此作法依據本委員會之闡釋是不符合第14條規定，其本質即為歧視，並構成恣意（arbitrary）剝奪自由。」

該指引第6點所謂之損傷（impairment）[14]，依據其註解，係指在身體上、社會心理上、智能上、或感官上健康狀態，可有或可無伴隨身體、心理與感官功能之限制。損傷與通常被認為是正常健康狀態不同。障礙（disability）一詞，依《身權公約》第1條說明，為個體損傷與社會、物質環境互動下之社會效果。

---

[14] 原文為 Impairment in these guidelines is understood as a physical, psycho-social, intellectual or sensory health condition which may or may not come with functional limitations of the body, mind or senses. Impairment differs from what is usually considered a normal health condition. Disability is understood as the social effect of the interaction between individual impairment and social and material environment as described in Art. 1 CRPD. 查CRPD第1條原文 Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.，身心障礙者，包括有長期（long-term）身體（physical）、精神（mental）、智能（intellectual）或知覺（sensory）「損傷」（impairment）者，這些損傷與各種障壁（barriers）阻礙他們與他人在平等基礎上充分與有效地參與社會。由此可知，損傷定義在個人層次，屬於生物學上功能受限，並且排除暫時性或短期限制。而障礙，則是社會層次，屬於群體，涉及文化、觀念、價值等，因此與損傷不同。

若依據該指引之闡釋，很清楚知道我國《精神衛生法》，即使採取法律保留原則，依法對嚴重病人實施緊急安置、強制住院治療、強制社區治療，似乎都被認為有歧視之本質，而且構成恣意剝奪自由，不符合《身權公約》第14條規定。

伍、《精神衛生法》與精神障礙者人身自由

臺灣桃園地方法院曾於該院106年度衛字第4號民事裁定中，認為強制住院所依據之法規，係《精神衛生法》之規定，此等規定係以身心障礙作為剝奪人身自由之理由，與身權公約第14條第1項規定與「指導原則」（即本文所稱之「指引」）第6點之說明顯然抵觸，依據我國《身權公約施行法》第10條第1項、第2項規定，應不予以適用，因此裁定停止強制住院。

查我國《精神衛生法》，係採取單一《精神衛生法》之方式，涉及人身自由規定，主要在於嚴重病人之強制鑑定、住院及強制社區治療等相關規定，例如對於嚴重病人之強制醫療，直接涉及病人之人身自由限制者，可能包括嚴重病人之診斷認定（第3條第4款）、緊急處置（第20條）、緊急安置（第41條）、強制鑑定（第42條）、強制住院（第42條）、強制社區治療（第45條）等。另外，同時設置中立、獨立之「審查會」（為中央主管機關精神疾病強制鑑定、強制社區治療審查會之簡稱）[15]，來審查嚴重病人之強制鑑定、強制住院與強制社區治療之要件，並規定強制期限之上限、定期審查。

對於嚴重病人強制住院及強制社區治療是否合乎法律要件，即病人之病情是否符合嚴重病人之要件，且是否達於強制之要件，前者依法乃屬於專科醫師之權限，而後者之要件，在強制住院方面，簡要而言，主要則在於審查嚴重病人之危險性，是否達於第41條第1項所稱之「傷害他人或自己或有傷害之虞」之情形，而另在強制社區治療方面，要則在於審查嚴重病人，是否達於第45條第1項所稱「不遵醫囑致其病情不穩或生活功能有退化之虞」之情形。除以上實體要件之外，對於程序之審查，也需要符合相關法條之規定，包括各項申請文件、申請期間等。

當專科醫師診斷嚴重病人有全日住院治療之必要時，一旦該嚴重病人拒絕接受全日住院治療者，即開起緊急安置之程序，專科醫師即時起算、並應在2日內完成鑑定，並

15. 對於人身自由之限制，我國憲法第8條第1項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」對於刑事程序採取法官保留之原則，但對於同樣涉及人身自由之強制醫療，卻委由行政機關性質之審查會來審查，似有不當。

向審查會申請強制住院。緊急安置期間，不得超過5日，若嚴重病人經過專科醫師鑑定後無強制住院必要，或者，專科醫師未於緊急安置期間之5日內取得強制住院許可時，就應該立即停止緊急安置。自強制住院開起之期間，依法不得超過60日。若有延長強制住院之必要時，在審查會許可，得每次最多延長60日，但依法，並無上限，亦即凡有必要時，即得延長，因強制住院為醫療性質，故與刑事之監護處分不同，無類似刑法第87條「五年以下」上限之規定[16]。

由國際精神醫療標準之角度而言，除強制社區治療之規定有侵害個人自主權與知情同意權之疑慮外[17]，依據2005年世界衛生組織所發行對於精神衛生、人權與立法之資源手冊標準，我國精神衛生法之各項法條對於人權保障，皆符合國際上之人權標準[18]。

即使我國《精神衛生法》符合國際之人權標準，但若依據《身權公約》「人權模式」下第14條與《身權公約指引》第6條之規定，顯見不符，由此可見，《身權公約》之理想性遠高於世界衛生組織之標準，也因此產生《精神衛生法》與《精神衛生法》相抵觸之困境，也造成前述106年桃園地院發生該件民事裁定之爭議案例。

陸、刑罰與精神障礙者人身自由

目前世界上現存最古老之法律，也同時是最早明定對於殺人、強盜、強姦、通姦等犯行處以極刑之法律，係由美索不達米亞文明之法典《烏爾．那姆法典》（Code of Ur-Nammu），由由烏爾王朝烏爾．那姆君王約在西元前2115年至2095年前期間所制定，而到西元前約1750年時，古巴比倫國王漢摩拉比制定《漢摩拉比法典》，採取「以牙還牙、以眼還眼」之刑罰原則[19]。刑罰具有對生命、身體、自由、名譽等法益剝奪之處

16. 美國有關強制住院（ commitment）可區分為民事（civil）與刑事（criminal）二種，我國精神衛生法與美國民事強制住院之法律性質並不相同。

17. 依據我國精神衛生法第46條有關強制社區治療之規定：「（第1項）強制社區治療項目如下，並得合併數項目為之：一、藥物治療。二、藥物之血液或尿液濃度檢驗。三、酒精或其他成癮物質篩檢。四、其他可避免病情惡化或提升病人適應生活機能之措施。（第2項）強制社區治療得以不告知嚴重病人之方式為之，必要時並得洽請警察或消防機關協助執行。」因為強制社區治療項目涉及侵入性醫療行為，可能對於嚴重病人之權益而造成嚴重之侵害，卻得以不告知方式為之，顯然侵害病人之知情同意權與自主權。

18. 筆者依據The Resources Book on Mental Health, Human Rights and Legislation, WHO （2005）所提供之查核表，包括166項目與27類（A-AZ）檢討我國精神衛生法有關基本人權保障之法條，發現此結論。參見Wen-Cheng Wu, The Right-Based Comparison of Mental Health Laws between ROC and PRC, WAPR, 2015。

19. （日本）笠倉出版社，酷刑史：99種人類的罪與罰，楊哲群譯，初版，繪虹企業，2017年，第240頁。

罰性質，用各種加諸於受刑人身心痛苦之方式進行處罰，從古今中外至今，例如斬首、切腹、槍決、絞刑、鞭刑、烙刑、黥刑、自由刑等刑罰，甚至包括許多非常殘酷、不人道之刑罰，例如車裂、凌遲、剝皮、苦刑梨、清道夫女兒等[20]。雖然目前已經不採身體刑，但仍保有生命刑、自由刑、名譽刑等，即使看似較為人道之自由刑，其實受刑人僅能在狹小空間內，維持基本之呼吸、睡覺、吃飯、大小便等生活功能外，就是等待刑期結束或生命結束而已。甚至在執行自由刑時，也可能因為執行處所而造成殘酷之刑罰，例如在缺少陽光、陰濕地牢監禁，讓受刑人身心煎熬，生不如死[21]。

《刑法》對於犯罪行為之處罰，係採取類型化規定，訂立各種不同之犯罪構成要件與刑罰，分別對於行為人之行為論罪處刑，然而刑罰之目的，不僅對於一般人使其不犯罪（一般預防），更要使已犯罪之人不再犯罪（特別預防），因此，涉及「人為何犯罪」與「如何防止犯罪」之學科犯罪學，就必然無法避免因應需要而存在。對於犯罪之發生原因，有許多不同之理論，有從群體之社會文化角度去解釋[22]，也有從犯罪人個人之生物心理角度去解釋[23]，但其中一項見解與本文相關，就是從行為人個人之精神病理學角度去解釋，尤其是有關精神障礙者與犯罪間之關連性[24]。

義大利法學大儒貝加利亞（Cesare Beccaria, 1738-94）在啟蒙時代1764年完成之名著「犯罪與刑罰」（Dei delit e delle pene），在最後結論曾謂：「為使刑罰不會成為對國民的暴力行為，其於本質上必須是公開的、迅速而且是必要的，並且其必須是於所給予之一定情事下所得適用之刑罰中最為輕微者，此外，其必須與犯罪構成比例，而由法律所明確規定。」[25]除此之外，他更認為：「對於犯罪，與其處罰，毋寧以預防為佳。所以犯罪之預防應是優良法制之目的。」[26]他並未針對精神障礙者之刑罰提出見解，不過，從前述論述中，他建立以預防犯罪取代應報刑罰，罪與刑罰間比例原則（罪刑均衡），而且刑罰從輕原則等現代刑罰原則。

---

20. 同前註。苦刑梨，由古歐洲人發明之刑具，外形像似梨子，內部裝設尖銳鑽頭，用於口腔、肛門、陰道等人體孔穴之處，第214-215頁。清道夫的女兒，由英國人發明之刑具，使用時係以緊縮身體方式將身體由頭至腳向腹部對折極度緊縮壓迫，此種刑具與拉伸肢體之肢刑架相反，但所造成之痛苦可能更勝一籌，第208-209頁。
21. 同前註，第190-191頁。
22. 張甘妹，犯罪學原論，三民書局，修訂第13版，1999年，第33-41頁。
23. 同前註，第42-57頁。
24. 同前註，第59-96頁。
25. 貝加利亞著，犯罪與刑罰，李茂生譯，協志工業叢書，1993年，第166頁。
26. 同前註，第156頁。

對於犯罪行為人之犯罪生物學原因研究，首先來自義大利軍醫切薩雷．龍勃羅梭（Cesare Lombroso, 1835-1909）之研究，首先對於監獄約200人之受刑人在進行研究後，在1876年發表其代表作「犯罪人：人類學、法理學與精神病學之思考」，一般簡稱為「犯罪人論」（L'Uomo delinquent），隨後又在1878年進行修訂，並且為他贏的「犯罪學之父」（father of criminology）與「生物實證主義學派之父」（the founding father of the biological positivist school）之美譽[27]。他主張犯罪原因係來自「隔代遺傳」（atavism）[28]，他認為犯罪人遺傳其祖先有病之生物學因素，導致退化（degeneration）結果，以致於在現代文明社會中表現出犯罪行為，此外在身體上也具有可以辨識之特徵。他將犯罪人之生理特徵大分為以下四類[29]：（1）生來犯罪人（born criminal）：具有異常之生理特徵，包括頭部外型、牙齒、眼睛、耳朵等，例如下巴向上突起等異常，另外在感覺、自然感情、道德感、心理特徵也與一般人不同。（2）激情犯罪人（criminal by passion）：具有殘忍、魯莽等暴力傾向特質，在激情作用下發生暴力之犯罪行為。（3）精神病犯罪人（insane criminal）：由於受精神病影響而犯罪，與生來犯罪人在退化生理特徵上有許多共同之處，幾乎所有類型之精神障礙者都會觸犯一定之犯罪。（4）偶而犯罪人（occasional criminal）：非特別伺機犯罪，而是遇到機會而犯罪。龍勃羅梭認為，雖然幾乎每組精神病症狀都會對於犯罪行為造成特殊之影響，但是要進行與一般犯罪人區分，也可能在一開始就不存在[30]。雖然後來學者已經推翻他許多研究見解，但他對於開啟此類研究之領域，卻不曾消逝，仍有許多學者繼續對於犯罪人特徵進行研究[31]。不過似乎也因此在建立精神障礙者與犯罪間之關連性時，不免地將犯罪者之社會標籤貼在精神障礙者身上，也因此產生對精神障礙者產生污名化與歧視性之差別待遇。

27.（義大利）切薩雷·龍勃羅梭著，犯罪人論，黃風譯，中國法制出版社，2005年。

28.同前註，吳宗憲，龍勃羅梭及其犯罪學研究，收錄於本書，第6-7頁。

29.同前註，第12-22頁。

30.（義大利）切薩雷．龍勃羅梭著，犯罪人論，黃風譯，中國法制出版社，2005年，第261-284頁。

31.Peter B. Ainsworth, Offender Profiling and Criminal Analysis, Willan Pub.,2001. 趙桂芬譯，犯罪人特徵剖析，中國輕工業出版社，2007。

柒、保安處分與精神障礙者人身自由

保安處分（Sicherungsmassnahhme），乃對於特定危險之人，因預防其犯罪所施適當有效之處分[32]。其所謂特定危險之人係指具有社會危險性之行為人，至於其處分之性質，學說上雖有認為行政處分者，亦有認為刑罰之一種，但其需法院判決為之，自是司法處分。其特點有以下三點：（1）矯治犯人之惡性感化其性格，或醫療其疾病，以期根本消弭犯罪。（2）保安處分之對象為全無責任能力人、減輕責任能力人以及有特種危險之犯罪人，此種犯罪或為刑罰所不及，或非僅賴刑罰所能矯正其惡性，故以保安處分為刑罰之替代或輔助。（3）保安處分之目的，在於消滅無危害社會之虞時為止，故其處分時間，得伸縮增減[33]。

保安處分顧名思義，原只是一種《刑法》上之安全措施而已，其產生之原因，係在於傳統《刑法》受罪責之限制，對於不具罪責而無刑罰適應性之行為人，自不得出於預防犯罪之目的構想，即科以《刑法》，同時在罪責原則下，刑罰之科處，亦不得逾越罪責之程度，基於此，因而無法單獨藉傳統之刑法來維持社會秩序，故基於社會保安之目的，乃逐漸發展保安處分之制度[34]。換言之，保安處分乃現行《刑法》制度中，除刑罰外之另一種法律效果，一方面藉《刑法》制裁犯罪人，另方面藉保安處分基於曾經發生之違法行為，為保護一般社會之安全，以及防止行為人之再犯而採之司法措施[35]，此即為現今《刑法》所稱之雙軌制（Zweispurigkeit），此種雙軌制雖首先由1893年瑞士法學者史托士（Carl Stooss）在其所起草之瑞士《刑法》草案中提出來，並由歐陸與南美等多數國家，尤其是大陸法系之國家所採行，但少數國家，包括英美法系之國家，則採行部分或全部單軌制之《刑法》制度。

在採取《刑法》雙軌制之國家，不論基於社會保安思想，或是剝奪或是限制自由之思想，還是對性格缺陷者之治療思想[36]，在傳統《刑法》之外另設保安處分之制度，若僅僅重視其維護社會安全之有效性（Nutzlichkeit）與目的性（Zweckmassigkeit）而不顧其倫理容許性（Die sittliche Zulassigkeit）時[37]，自然很容易不當地侵害人民之基

---

32. 楊大器，刑法總則釋論18版，1992年3月，第427頁。
33. 同前註，第427-8頁。
34. 林山田，刑法通論（下冊），增訂6版，1998年10月，第785頁。
35. 蘇俊雄，刑法總論Ⅰ，1998年3月，第28頁。
36. 林山田，同前註，第337-339頁。
37. 同前註，第339頁。

本權益，同時並為學者所批評，尤其是涉及剝奪自由之保安處分。有認為雖在理論上而言，兩者性質其實根本就不相同，因為《刑法》係基於罪責之應報，而保安處分則係基於危險之預防，不過二者在執行時，實際上無差異，尤其強制工作處分以及保安監禁處分，甚至還另外招來雙重處罰（double jeopardy）之疑慮。不過針對此種批評，有學者以為，得以以下兩種方法補救：（1）「建全矯治與保安處分機構」，在監獄之外，獨立設置專門負責矯治與保安處分執行之機構，例如社會治療機構（Sozialtherapeutische Anstalt）、刑事精神科病房等。（2）「建立替代交換制度」，為免於學者所批評有雙重處罰之疑慮，在採行雙軌制之國家，亦多採行「附加處分制度」（System der Kummulation），此即指對犯罪人原則上均先處以刑罰，而在確保社會安全之必要時，於刑罰執行後始執行保安處分。依此，保安處分並非均需或必定執行，尚應視犯罪人是否仍對社會安全具有危害性而定[38]。

除上述制度外，另賦予法院自由裁量之權限，能依據犯罪人個別差異，而決定保安處分得在刑罰執行前先執行，並得易算為刑罰，如此，即變更傳統上先刑罰後保安處分之原則，此種制度即所謂之「替代交換制度」（System des Vikariierens）。

縱使保安處分在本質上與目的方面皆與刑罰不同，但對於人民權益之侵害或限制則無不同，因而在實施保安處分時，除應符合「目的性」外，更應依「法治國原理」，使其符合「比例原則」與「倫理容許性」。一般所稱之比例原則，包括「目的性」、「必要性」、與「相當性」，對於保安處分之目的。首要之目的，即在於其應能排除行為人之社會危險性而達到社會保安之目的。其次，即應考量何種手段能在最小侵害下達到上述之目的。最後，其所使用之手段，應使行為人之社會危險性與社會保安之需要成相當之比例關係，換言之，即是成狹義之比例關係。而倫理容許性則為保安處分所建立之基礎，保安處分仍應以倫理依歸，否則即有可能在過度強調社會保安之需要下，不當侵害個人之基本權益，諸如可能出現之強制閹割、絕育、送往集中營監禁等措施。

---

[38] 中華民國87年12月18日大法官釋字第471號解釋理由書謂：「保安處分係對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。我國現行刑法採刑罰與保安處分之雙軌制，要在維持行為責任之刑罰原則下，為強化其協助行為人再社會化之功能，以及改善行為人潛在之危險性格，期能達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同，本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。」

對於人基於其自由意志所為之行為是否具社會危險性，儘管在理論上有「決定論」與「非決定論」之不同，但若基於非決定論看法，對於人之行為至少具有相對之預測性，換言之，即認為在特定情狀下，即可合理預測人之行為，並達成個別化（individualization）之預測，以供司法等相關單位之參考與使用[39]，依此，行為人是否具有社會危險性即得加以預測，也因此《刑法》第91條之1強制治療、第97條所規定保安處分後之延長或免除必要性之判斷等，即得以此為基礎。

依《刑法》第87條之規定：「因心神喪失而不罰者，得令入相當處所，施以監護（第一項）。因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護（第二項）」。依此，監護係指對因無責任能力之心神喪失人或限制責任能力之精神耗弱人、瘖啞人所為之治療與保護之保安處分稱之。然查我國《民法》第4章第1節未成年之監護（第1191條以下）以及該章第2節禁治產人之監護（1110條以下）亦有監護之規定，惟於《刑法》中監護一詞，除表示監視、保護之外，更應顯示有治療之目的，故此應為「療護」之意，因而與《民法》雖同詞卻不同義有所差別[40]。

監護規定有以下三個要件：（1）需為心神喪失人、或精神耗弱人或瘖啞人；（2）需具嚴重社會危險性；（3）需受刑罰之宣告而不罰或減輕其刑者。心神喪失人雖不罰而得令入相當處所，精神耗弱人或瘖啞人則得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，兩者執行監護之時機縱有不同，但對於特別預防主義下之治療目的則無不同。另依《刑事訴訟法》第三百零一條第二項之規定：「因心神喪失而其行為不罰，認為有諭知監護處分之必要者，並應諭知其處分及期間。」

至監護之執行處所，依《保安處分執行法》第46條之規定：「心神喪失或精神耗弱或瘖啞之人而受監護處分者，檢察官應按其情形，指定精神病院、醫院、慈善團體及其最近親屬或其他適當處所。」指定精神病院、醫院，不論公立或私立或財團法人醫院，抑或為綜合醫院或為精神科專科院，凡只需提供精神科全日住院治療即可指定之，而指

[39] Sheldon & Eleanor Glueck, Predicting Delinquency and Crime, Harvard University Press, 1960, p.1-17.

[40] 於此「監護」即「療護」之意，另與「保護」、「觀護」意義相類似，但「保護」係指對未成年人之身體發育或精神之保全予以促進之權能；而「觀護」則指少年法庭在審理少年案件時，為瞭解少年之素質環境，所從事此項調查為目的之少年觀護人之活動。請參考少年事件處理法相關之條文。

定慈善團體及受監護處分人之最近親屬或其他適當處所，係對於僅需門診治療者所為，概括規定之其他處所，有學者以為應指受監護處分人之雇主之工廠或公司等，但不宜包括矯正機關[41]。住院治療具有收容之性質，而收容應具必要性及最後手段性，以為門診治療之補充。

被監護之對象因為無責任能力或限制責任能力之人，故不能科以與常人相同之刑罰，為達社會防衛與治療之目的，故應給予適當之處分。倘因罹患精神疾病而為心神喪失人或精神耗弱人，則不應對其僅提供消極之監禁，更應給予積極之治療，以達療護之目的，換言之，即「治療優先監視原則」，果如此，則對精神耗弱者之治療，應將刑之執行完畢或赦免後實施監護，改為刑之執行前實施監護方稱適當，至此在本質上即與強制治療無所差異，因而實無必要再區分為不同之保安處分。

不過由於前述殺警之社會事件造成社會輿論壓力，法務部緊急在民國今（109）年5月5日召開刑法研修小組會議，認為現行監護時效5年，已不符時宜，應修法適度予以延長。法務部所擬之修正草案，初步規畫，對於受監護處分裁定之精障者，若檢察官認有再犯或有危害公共安全之虞，必要時得向法院聲請延長監護期間，每2年或3年進行評估，由法院審酌是否延長[42]。然而依據《身權公約指引》第20點：「本委員會已經說明無刑事責任能力者保安處分（security measures），首先本委員會要求各締約國修訂法律以確保無刑事責任能力者適用保安處分上程序保障，與確保適用其他人之保障與情況同樣適用於障礙者。近來本委員會也建議排除包括在機構強制醫療與精神科治療在內之保安處分，同時表達對於在刑事司法體系中不定期剝奪自由與缺乏定期保障之保安處分之關心。」若依據法務部所擬之修法草案，將現行有上限5年之監護處分期間，仿照《刑法》第91條之1第2項對於性侵害犯之規定[43]：「前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評

[41] 矯正機關包括監獄、看守所、少年矯正學校、少年觀護所、戒治所、技能訓練所等。另檢察官指定受監護處分人至醫療監獄執行，因其不具受刑人之身分，恐涉及刑法第127條第1項「違法執行刑罰罪」或同法第302條第1項「以非法方法剝奪人之行動自由罪」，詳參李清泉，「論精神異常犯罪者之監護處分」，法務通務，第1955期，第3版，1999年11月4日。

[42] 中時電子報，2020年5月6日https：//www.chinatimes.com/realtimenews/20200506002475-260402?chdtv

[43] 同條第1項:「犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強制治療:一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。二、依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。」

估有無停止治療之必要。」但此種修正，不僅可能違背以上指引之建議，同時也可能違背《刑法》禁止不定期刑之基本原則，更與保安處分之比例原則不符，因為可能使保安處分最後總計之執行期間超過原本犯罪應處罰之法定刑期。

至於倡議籌設司法精神病院或病監，若是前者，則是將無責任能力或限制責任能力之精神障礙者移置病院治療，因為性質屬於醫院，故仍然需要依據醫療法等相關法規，包括符合醫院設置標準之人力與設施，只是採取更集中、專業之處所執行而已。而後者，則是以監獄為處所，而由外部醫療機構提供資源（人力、知識等）進入，以協助治療精神疾病。不管以上哪種模式，皆面臨保安處分二項基本問題，其一為精神疾病之治療，另一為再犯行為之矯治。治療涉及診斷與處方等醫療行為，固為醫事人員專業之所在，然而再犯行為之矯治，則屬於法務部矯治人員之所專精，必然無法單靠一方解決監護處分所需之治療與矯治，需要二方合作始得發揮協力之綜效。由於監護處分屬於司法處分，涉及人身自由之限制，精神疾病之治療屬於犯罪原因之從屬關係，故以設置司法精神病監而非司法精神病院之模式更為得宜，可以參考以臺中培德醫院模式設置，或者參考德國設置專門之「社會治療機構」。不論採取以上哪種方式設置，都似乎可以補救在執行限制人身自由之監護處分時，遭受到刑罰上雙重處罰之質疑，不過為避免這種質疑，可以考慮另外設置精神衛生法庭，將犯罪不罰之精神障礙者轉向以醫療性質之處遇。

捌、精神衛生法庭與精神障礙者人身自由

依據前述嘉義地院之裁判，顯示被告罹患慢性思覺失調症，依法在判決不罰後，需具保停止羈押，並且限制住居，為避免被告因病識感不佳、服藥不規則而可能導致精神症狀（關係妄想、被害妄想等）急性惡化，故特別裁定被告應至指定之精神科門診，由精神科醫師評估有無住院之必要，依5月1日裁定之內容「評估有無傷害他人或自己或有傷害之虞，及有無住院治療之必要。」顯然是參考現行《精神衛生法》有關強制住院之相關規定（第41條、第42條），至於未住院期間需要定期前往門診就診接受醫師評估，顯然也是參考同法有關強制社區之相關規定（第45條），對於遭受恐龍法官之譏之承審法官，其實並非食古不化之恐龍，而是在本案落實刑事司法體制與精神衛生體制銜接與整合精神，達成調和犯罪不罰之精神障礙者人身自由與社會安全之衝突，本案之裁判，其實具有開創性之意義，也是具有精神衛生法庭性質與治療性司法意義之經典案例。

查精神衛生法庭，自1997年美國佛羅里達州Broward County設置以來，目前在北美洲地區，粗步估計，至少設置超過200個[44]，甚至超過300個，而且對於在犯預防成效佳[45]。一般認為，精神衛生法庭之設置，其基本之理念，源自於「治療性司法」（therapeutic jurisprudence）之理論，布雷克法律辭典對其定義為：「一門研究法律與法律體系對於人之行為、情緒、精神衛生影響之學問，尤其是多專業檢視法律與精神衛生互動之檢視，這專業源自於1980年代末期，並被認為是以學術方式研究精神衛生法之專業[46]。」另外有學者則定義為：「係以社會科學之方法去研究法律規則（legal rule）與實務（practice）如何提升受影響人群之身心福祉之學問[47]。」綜合而言，其定義若是在精神醫療領域中，即是探討以法律作為手段對精神疾病犯治療之學問。也是一種把法律當作治療工具角色之學問，可將法律本身當作一種治療者或治療工具[48]。對於具有犯人與精神障礙病人雙重身份之病犯，採取以醫療照護取代監禁之轉向處遇，落實刑事司法之目的之一「保障人權」，尤其是精神障礙並犯，由於罹患精神疾病，其辨識能力或控制能力可能比一般人之平均程度較差之情形下，若於其犯罪時處以與一般人相同之刑罰，顯然有違司法之公平正義之原則，因此對於犯罪之精神障礙者，不僅應採取不同於一般犯人之實體與程序之刑事處遇，更進而應該提供適當之精神醫療照護。

因此筆者延續並擴充前述嘉義地院該承審法官之見解，由法院採取治療性司法之理念，在具體個案之裁判時，以轉向處遇機制將刑事司法體系連向精神醫療體系，使精神障礙者接受必要、適當之醫療，而非刑事處罰[49]。

---

[44] Richard D. Schneider, Mental Health Courts, Current Opinion in Psychiatry, 2008 Sep；21（5）：510-3.

[45] Bradley Ray, Long-term Recidivism of Mental Health Court Defendants, Int J Law Psychiatry . Sep-Oct 2014；37（5）：448-54. 此研究顯示精神障礙犯完成精神衛生法庭之處遇後，再犯率僅有39.6% 顯著較未完成者74.8%低許多，而且未再犯持續之期間為17.15個月，遠比未完成者12.27個月長許多。

[46] Black's Law Dictionary, 9th ed., West Publishing Co.,2009,

[47] Christopher Slobogin, Therapeutic Jurisprudence： Five Dilemmas to Ponder, Law in a Therapeutic Key, Carolina Academic Press, 1996.

[48] Wexler DB, Therapeutic Practice in Clinical Practice, Am I Psychiatry 153：4, April 1996, p.453-455.

[49] 請參考吳文正，「由治療性司法觀點探討以精神衛生法庭整合刑事司法與精神衛生二大體系」，全國律師，第15卷第5期，2011年5月，第21-33頁。

玖、結論與建議

對於人類之行為，大致上可以區分為正常（normal）、瘋狂（mad）、犯罪（criminal）三大類，精神醫療所專注之範疇為瘋狂性質之精神障礙者，而刑事司法所關注者為犯罪者之刑罰與矯正。精神障礙者之犯罪問題，正好處在間具有瘋狂與犯罪之交會處，剛好同時具有問題（troublesome）與偏離（eccentric）二項特質之社會偏差行為（deviant）[50]。由於位在交會處之緣故，必然面對精神醫療與司法間法律與政策競合問題，到底是以個人人身保障為優先，或者是以社會防衛為優先。

然而過去對於精神障礙者之強制治療，若依據精神衛生法，凡只要符合國際標準例如《MI原則》即可為國際認可，若是依據刑法之拘禁、服刑等司法處遇[51]，也在依據其所訂定標準下執行，也可為國際認可，因此以上之國際標準，乃在個人人身自由保障與法治國之社會防衛間取得平衡。直到《身權公約》與《身權公約指引》相繼推翻既有之法制，優先適用，並且高舉精神障礙者獨立自主權高於包括社會防衛等一切之理想後，衍生出現實與理想之差距，以致於發生停止強制住院之民事裁定案例。

又由於近年臺灣社會陸續發生幾件精神障礙者重大犯罪事件[52]，造成社會人心惶惶，而認為社會安全網有破口，無法保障一般人民，因此要求法務部、司法院、與衛生福利部等相關單位，重新檢討精神鑑定制度與《刑法》第19條規定，並且修改《刑法》第87條延長監護處分期間，尤其監護處分屬於限制人身自由之一種刑罰補充制度，仍然具有刑罰之性質，遠比單純適用《精神衛生法》之強制治療更顯殘酷，依據「舉輕以明重」之法理，若不屬於刑罰性質之強制住院規定，都遭《身權公約》與《身權公約指引》所明文禁止，何況屬於補充刑罰之監護處分卻要承擔社會壓力被修正延長期間[53]，更何況此修正可能違反保安處分對於人身自由之保障原則。

---

[50] Alan Stone, Mental Health and Law： A System in Transition, Jason Aronson, 1976, p.7.

[51] 《MI原則》第20條原則揭示，精神障礙被告或受刑人皆有第1條原則所訂定之基本權利，應受到最好之精神醫療照護。

[52] 例如王景玉內湖殺女童案（2016年3月28日）、龔重安北投女童割喉案（2015年5月29日）、鄭捷臺北捷運殺人案（2014年5月21日）等涉及精神異常者之殺人重大刑案。

[53] 2005年修正第87條之理由謂：「對精神障礙者之監護處分，其內容不以監督保護為已足，並應注意治療及預防對社會安全之危害。原第三項規定監護處分期間僅為三年以下，尚嫌過短，殊有延長必要，故將其最長執行期間提高為五年以下。」已將3年監護期間上限延長至5年。

今年國內發生之幾件重大案例，皆顯示現行法律或社會需求皆與《身權公約》、《身權公約指引》一向強調保障精神障礙者之人身自由相衝突，尤其是我國特別又通過《身權公約執行法》，導致地方法院在裁定個案之見解上造成精神醫學界在臨床處置上，依據現行有效之《精神衛生法》發生疑慮，除此之外，對於司法上監護處分之修法與現行制度，也發生不當限制人身自由之疑慮，因此綜合以上探討，《身權公約》、《身權公約指引》、《身權公約執行法》對我國現行法制會未來修法所造成之衝擊與矛盾，可能還是需要法界與政府做最後之解決，始能化解法律上對於精神障礙者人身自由保障見解間之矛盾，但在陷入渾沌不明之此時，似可將精神衛生法庭之制度引入臺灣，調和《身權公約》之理想與《精神衛生法》及《刑法》之現實上之差距。

從憲法上「知的權利」析論對抗假新聞的法制策略

黃銘輝　臺北大學法律學系副教授，美國威斯康辛大學麥迪遜校區法學博士（S.J.D.）

「疏懶麻木的人性，才是自由的大敵！」

（“the greatest menace to freedom is an inert people”）[1]

--Louis Brandeis--

壹、前言

若說2018年的縣市長選舉，以及後來的2020年總統大選，臺灣的政治天空被「假新聞」（“fake news”）[2]的議題所籠罩著，恐怕並不為過。對於假新聞影響民主政治的憂慮，亦不獨臺灣有之，世界各國亦苦思對策。不管是德國在2017年通過的「網際網路執行法」（Network Enforcement Act（Netzwerkdurchsetzungsgesetz（NetzDG））[3]、法國2018年的「反資訊操縱法」（la lutte contre la manipulation de l'information）[4]、乃至於新加坡今年剛通過實施的「網路虛假訊息操縱防制法」（Protections from Online

1. Whitney v. California, 274 U.S. 357, 376（1927）（Brandeis, J., concurring）.

2. 歐盟針對假新聞議題所成立的獨立「高階專家小組」（high-level group of experts, HLGE），在其2018年的工作報告中主張使用disinformation（假訊息、不實資訊）取代 “fake news”（假新聞）一詞，主要理由為：一、所謂 “fake news” 的內容並非全然都是虛假不實，而是虛構的資訊與事實交相混雜，且實際上其傳布的型態亦未必全然是以「新聞」的形式為之（例如用電腦大量產製假帳號帶風向）。二、 “fake news” 一詞已經被一些政治人物及其支持者濫用，成為這些極端人士攻擊不同意見的武器。HLGE, “A Multi-dimensional Approach to Disinformation： Report of the Independent High-level Group on Fake News and Disinformation”, at https：//ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271（last visited Dec. 11, 2019）. 國內不少論者亦呼應此種說法，但本文作者認為中文使用「假新聞」一詞，方能適當凸顯此一問題的傳播脈絡。參 黃銘輝，假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由，月旦法學雜誌第292期，頁7-8（2019.09）。

3. 該法要求社群媒體在24小時內刪除「明顯違法」（manifestly unlawful）之內容；若有爭議需調查才能確定的內容，則要移送由業者出資、政府授權的第三方機構在七天內調查完畢，未符合法律要求的社群媒體可能會面臨高達50萬歐元的罰款。See Ryan Kraski, Combating Fake News in Social Media： U.S. and German Legal Approaches, 91 ST. JOHN’S L. REV. 923, 954（2018）； “Germany： Flawed Social Media Law”, at https：//www.hrw.org/news/2018/02/14/germany-flawed-social-media-law（last visited Apr. 6, 2019）.

4. 該法課予網路社群平台資訊透明以及配合改善的法律義務外，最特別的，便是賦予候選人、政黨及利害關係人，得在選舉當月之首日前三個月到投票日止的期間，聲請法院停止假新聞之散佈，且法院必須48小時內作成裁定。關於法國反資訊操縱法之介紹，參 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，頁214-215（增訂六版，2019）；Jean-Marie Pontier（著）、吳秦雯（譯），假新聞之控制，月旦法學雜誌第292期，頁37-40（2019.09）。

Falsehood and Manipulation Act）[5]，均試圖透過公權力的干預，甚至是以刑罰的手段（新加坡），抑制假新聞的傳布。國內不少論者對於上述國家的立法作為，持正面肯定的態度，呼籲政府應儘速以這些國家的法制為藍本，積極修法因應[6]。

由於假新聞規管法制的建立，對假新聞的「定義」與「認定」，始終是無可迴避的難題，而此又與憲法上言論自由的保障密切相關。因此作者前曾為文，除反覆琢磨假新聞的定義外，並從言論自由的觀點，分析假新聞的憲法地位，進而主張政府應以非權力性、避免去脈絡化的分散式立法，作為對抗假新聞的基本方針，並據此進而提出若干具體的法制建議。這些建議原則上均環繞在「資訊的問題應透過資訊矯治」此一根本立場，希望盡量透過更多更清晰的資訊供給，引導民眾在「觀念自由市場」（marketplace of ideas）上進行有意義的審議思辨，緩和假新聞所造成的弊害[7]。就此，與前述論者主張的強制性資訊抑制管制模式，顯有差異。本文之作，即在為前文所揭示的立場作進一步的澄清。

以下，本文首先在第「貳」節，透過對我國憲法言論自由條款的目的解釋，應承認人民在憲法上擁有「知的權利」（right to know），準此，則「知的權利」將成為政府規制假新聞的憲法界限，亦即政府在「打假」之時，必須注意與「知的權利」相調和，從而在「資訊供給」和「資訊抑制」的手段採擇之間，應以前者為優先。再者，考慮到晚近有不少學者，從網際網路的資訊傳播特性、以及因應「資訊戰」等觀點，質疑古典言論自由法制的典範價值，故本文於第「參」節，針對類此之質疑一一回應，以鞏固本文的基本立場。最後，在第「肆」節進一步提出一方面能夠實現人民知的權利，二方面亦能有效因應假新聞的管制策略。本文期待能夠藉由以上的闡述，讓國人體會，對抗假新聞、保護我們所珍視的民主資產的最佳解方，是讓民眾成為受到充分資訊洗禮的公民（informed citizen），而不是國家權力自以為是的監護[8]。

---

5. 該法處罰散佈虛假致危及國家安全與健康、金融之穩定性、破壞選舉與外交關係，激化族群仇恨以及打擊國人對政府信心之資訊。違者將被處高額罰金以及徒刑；透過網路機器人（bot）或提供通訊服務支持散佈假訊息者，也同受處罰；又，政府得發佈「更正指令」（correction direction）命表意人修改貼文內容，且社群平台亦有配合政府指令之義務。https：//sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019/Published/20190625?DocDate=20190625（last visited Dec. 11, 2019）

6. 例如：羅世宏，「防制假新聞不能走修國安法路徑，德法兩國經驗值得臺灣借鏡」，信傳媒，2019年11月22日。https：//www.cmmedia.com.tw/home/articles/12950（最後瀏覽：Dec. 11, 2019）。

7. 黃銘輝，前揭註2文，頁5-29。

8. See PAUL LEVINSON, FAKE NEWS IN REAL CONTEXT 27（2018）.

貳、「知的權利」（right to know）作為假新聞規管法制的界限

一、知的權利的意涵

一般所稱「知的權利」，係從英文的“right to know”直譯而來。此一概念在美國法上的源起，可追溯自當年費城的制憲會議，後來成為美國聯邦最高法院大法官的制憲代表James Wilson在會中主張會議紀錄應該妥善保存，因為「立法機關隱蔽議事紀錄不該成為選項，因為民眾對於他們選任的代表，在會議中的作為有『知的權利』」[9]。然而，儘管此一概念在美國獨立之時便已提出，但迄今聯邦最高法院卻未曾在判決的主旨（holdings）中就「知的權利」之內涵及其憲法上地位作出完整且明確的宣示。因此其內涵，主要得仰賴綜合法院的徬論（dicta）以及學者的闡釋，方可得齊全貌[10]。就此而言，湯德宗大法官前曾對美國法上「知的權利」的實證，提出以下三層次的觀察[11]：

1. 最低層次：僅禁止政府干涉人民傳遞、溝通有關政府事務的事實或意見。
2. 中間層次：課予政府應人民請求，提供資訊的義務。
3. 最高層次：課予政府主動（不待請求）提供資訊給予人民的義務。

本文以為，作為理解概念的工具，上述三層次的區分，從基本權作為「主觀權利」的面向觀察，敍述上恐有微調的必要。蓋所謂「最低層次」的權利，禁止政府干涉人民公共議題資訊的傳遞，其權利屬性乃屬消極的「自由權／防禦權」之功能；中間層次固屬積極的「受益權／給付請求權」功能的作用，即便是最高層次，在政府未履行主動提供資訊予人民之義務，而人民欲得知時，仍然要透過積極的給付請求始得以實現。因此所謂的「知的權利」，其內涵，實際上僅需區分為消極的「資訊接收自由」以及積極的「資訊提供請求」即可。

---

9. “The people have a right to know what their agents are doing or have done, and it should not be the option of the legislature to conceal their proceeding.” MICHAEL SCHUDSON, THE RISE OF THE RIGHT TO KNOW： POLITICS AND THE CULTURE OF TRANSPARENCY, 1945-1975 5（2015）（emphasis added）.

10. 參 湯德宗，政府資訊公開請求權入憲之研究，收於湯德宗、廖福特編：「憲法解釋之理論與實務（五），頁266（2007）。又，美國學者的研究更指出，在1945年以前，不僅是聯邦最高法院的裁判，就連一般的輿論，亦鮮少提及此一概念。See SCHUDSON id. at 6.（指出美聯社的主編Kent Cooper在1945年的一場演說中提到「人民沒有知的權利，就沒有政治上的自由」（There cannot be political freedom in one country, or in the world, without respect for “the right to know”），此一演說的內容嗣後為紐約時報（New York Times）所報導）。

11. 湯德宗，同上註，頁267。

而誠如湯大法官之觀察，迄今美國聯邦最高法院並未正面承認人民在憲法上擁有積極的請求政府提供資訊之權利（即氏所云的「中間層次」與「最高層次」）[12]，至於消極面向的資訊接收，則在部分的判決中，可尋繹出若干肯定的痕跡。

例如1980年的Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia[13]一案，針對人民是否擁有接近並瞭解法庭審判過程的權利。主筆相對多數意見書（plurality opinion）的首席大法官Burger，首先探詢美國法制發展的沿革，確立美國法上有公開法庭審判的傳統，Burger並指出審判公開可促使法庭審理程序公正，防止訴訟當事人與關係人之間有勾結、舞弊等不正行為，避免作成偏私不公之判決等正面功能之後[14]。接下來進一步指出，憲法權利章典（Bill of Rights）的制訂，目的即在確保法庭公開審理的傳統不至於退卻，因此聯邦憲法第一增補條款（言論自由）必須解讀為保障任何人都有接近旁聽審判的機會，上述目的（法庭公開的傳統）方能實現。從而，言論自由不僅是保障表意，也保障一定的「自由聽聞」之權利（free speech carries with it some freedom to listen）或稱為「接受資訊與思想之權利」（right to receive information and ideas）[15]。為了強化言論自由「放」（說）與「收」（聽）之間的聯繫，Burger大法官並強調，若是人們無法自由聽聞法庭審理的過程、此一自由可以被恣意任意地被剝奪的話，那麼保障人們在審判過程中表意的自由，也將失去意義[16]。

Burger大法官在Richmond一案中所揭示的「接收資訊與思想的權利」，其內涵即予前述的消極面向的知的權利相仿，若吾人對本案不做狹隘的解讀（僅限於審判的資訊），而能夠透過解釋將其一般化的話，其無異於承認消極面向的知的權利，可以透過言論自由條款的詮釋，而被納入憲法基本權利的保護領域。

---

12. 湯德宗，同上註。美國法上，積極面向的知的權利（“the right to access information”，「資訊近用請求權」），主要是在法律位階，透過1966年制訂的資訊自由法（Freedom of Information Act）實踐。此即國內留美學者在介紹知的權利的概念時，皆不可免地提及此部劃時代的法典之故。例如：法治斌，知的權利，收於氏著：人權保障與釋憲法制（憲法專論一），頁277-285（1993）。這樣的著述方式固有介紹完整之利，但讀者若未詳查，亦容易產生對「知的權利」的權利位階認知混淆的問題。

13. 448 U.S. 555.

14. Id. at 556.

15. Id. at 575-76.

16. Id. at 576-77.

二、知的權利在我國憲法之基礎

國內學者關於「知的權利」的憲法地位，論述頗為豐富，但對於其內涵以及規範基礎，立場卻頗不一致，根據本文所見，大略可分為以下的立場：

1. 否定憲法上有積極面向的知的權利，但承認消極面向的知的權利，其規範基礎為憲法第 11 條的言論自由[17]。

2. 肯定憲法上「應該」要承認積極面向的知的權利，但同時主張宜透過修憲明文化，而非僅賴司法解釋導出；至於消極面向的知的權利，則應為憲法第 11 條的言論自由的內涵所含括[18]。

3. 肯定積極面向的知的權利為人民憲法上之權利，規範基礎為憲法第 22 條；至於消極面向的知的權利，則可透過憲法第 11 條言論自由導出[19]。

4. 不論是積極抑或消極的知的權利，均應受憲法所保障，且係以憲法第 11 條言論自由為規範基礎推導而出[20]。

5. 不論是積極抑或消極的知的權利，均應受憲法所保障，且規範基礎均應求諸於憲法第 22 條概括基本權之規定[21]。

實則，上述學說立場之爭議，與本文主題相關者，應為消極的知的權利是否為我國憲法上所保障之權利，就此而言，不論採取何種見解，皆為學者肯認[22]。差別僅在於——規範基礎究竟應求諸於憲法第 11 條言論自由？抑或憲法第 22 條的概括基本權？

部分學者上之所以反對將「知的權利」（不論積極或消極）納入憲法第 11 條言論自由的保護領域，理由不一，有認為知的權利僅係言論自由的反射利益[23]，惟誠如國內

---

17. 參 陳愛娥，政府資訊公開法制的憲法基礎，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 26-29（2000 年）。

18. 參 湯德宗，前揭註 10 文，頁 284-290。

19. 參 吳庚、陳淳文，前揭註 4 書，頁 212-213、345-346。需說明者，與通說有別，吳庚與陳淳文教授對於憲法第 22 條的定性，並不採「概括基本權」說，而是認為憲法第 22 條所稱「其他自由權利」應僅屬「類似基本權利之非基本權利」，同上註書，頁 87-91。

20. 參 法治斌，迎接行政資訊公開時代的來臨，收於氏著：資訊公開與司法審查，頁 30-31（2003）。

21. 參 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 38（2000 年）；李惠宗，政府資訊公開法上的請求權，月旦裁判時報，創刊號，頁 14（2010 年）。

22. 附帶說明，基於憲法上列舉基本權應優先於概括基本權之解釋原則，本文認為，從言論自由的核心價值在於健全民主程序，而民主監督離不開政府資訊的獲取觀之，就積極面向的知的權利而言，仍應以從憲法第 11 條導出為宜。對此，持反對見解者，如陳愛娥教授認為，言論自由應屬防禦權性質的自由權，難以得出具有積極面的資訊請求的內涵，固有見地。然而，即使是基於憲法權力分立原則的顧慮，不願意輕易許諾人民根據基本權條款得以向國家主張原始的給付請求，但在維護人性尊嚴最低限度生存需要的範圍內，在憲法位階將此一給付請求主觀化，仍為憲法釋義學所接受。參 許宗力，基本權的功能與司法審查，收於氏著：憲法與法治國行政，頁 189-191（2007）。職是，在個案中若某一資訊對於特定人的人性尊嚴實現具有本質重要的意義時，不妨承認其可援引憲法言論自由的規定，向國家請求開示資訊。當然，在我國如今已制訂有「政府資訊公開法」的情況下，人民的資訊請求權既可援引法律主張，此一問題似僅剩理論上的興味爾。

23. 李惠宗，前揭註 21 文，頁 13。

學者所言：「表達言論之自由必然蘊含接收言論之自由，唯有如此，才有可能進行對話、溝通意見」；故知的權利實不應只被視為言論（思想）自由的反射，而應被納入言論自由的保障範圍，憲法第11條保障人民表現自由的意旨才不至於被淘空。

即便如此，力主憲法第22條之學者，對於言論自由派（姑且如此稱之）此一「淘空論」，則提出「若依此見解，人民之請願、訴願、訴訟、選舉、罷免、創制、複決…等基本權利，亦可作為要求政府資訊公開之權利（或知的權利），否則各該權利亦將有被淘空之虞」此一反論[24]。對此，本文的回應則是：在學者所舉上開情形，某一資訊的存在若對特定基本權條款的實現具有意義（例如訴願或訴訟之需），那麼一旦國家阻止人民接收該資訊，則此時在言論自由之外，其他相關的憲法基本權條款當然可同時作為知的權利的憲法基礎，而與從言論自由導出的知的權利，構成基本權利的實質競合。質言之，言論自由所推導出的「知的權利」，是依附在個人的思想和自我表現而生，其保障的客體涵蓋各類的資訊而具有「普遍性」與「一般性」之特質；至於若為行使其他基本權所需之資訊，縱使承認從該特定基本權可導出「知的權利」，其資訊涵蓋的範圍亦屬有限，僅為「特定性」的知的權利。

綜上所述，將知的權利與言論自由相伴相生，在基本權釋義上，並無阻礙，聯合國所頒布的「世界人權宣言」（The Universal Declaration of Human Rights）第19條「人人有權享受主張和發表意見的自由；此項權利包括……尋求、接受和傳遞消息和思想的自由。」亦為一明證[25]。我國司法院大法官亦數度在解釋中，藉由闡釋憲法第11條表現自由的內涵時，宣示「知的權利」的存在。例如釋字第509號解釋解釋理由書即中指出：「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，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」繼之，在釋字第689號解釋（我國釋憲實務上首次明確提及「新聞自由」的釋字）中，大法官以憲法第11條作為新聞自由的規範依據，且對其內涵有如下闡釋：「為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與

[24] 李震山，前揭註21文，頁43。

[25] 學者指出部分國際法院的裁判甚至將人民近用政府資訊視為一種根本性的人權（fundamental human right）。See David Cuillier, Government Information and Leaks, in SOCIAL MEDIA AND THE LAW 145, 147（Daxton R. Stewart ed., 2d ed. 2017）.

達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。」從而，在我國實證法秩序下，必須將「知的權利」視為憲法位階的權利予以保障，實已無庸置疑。

三、取向於保障知的權利的假新聞抑制策略

已故的法治斌教授曾引用美國憲法之父James Madison的名言：「一個無法提供流通資訊，抑或缺乏資訊獲取管道的民主政府，最後將淪落為一場鬧劇或悲劇的序曲罷了（或是兩者兼具有之）。知識將永遠駕馭無知，而人民若欲成為自己的主宰，就必須擁有知識所賦予的力量來捍衛自己。[26]」誠哉斯言！倘若政府能確保社會上豐沛多元資訊的流動，將有助於施政與責任政治之確立，蓋人民知悉各種公共議題的資訊，即得以促進參與民主意見交流的過程，體現憲法民主國原則「思辨民主」（deliberative democracy）之理想[27]。

而促進上述民主理念的實現，則是憲法言論自由的核心任務[28]，美國聯邦最高法院大法官Louis Brandeis在Whitney一案中的傳世箴言：「讓人民得以自由發揮才智，是國家存在的最終目的……。公眾事務的討論可以適當地保護人民免於受到異端邪說之害。讓人民盡情自由的想、盡情自由的表達，是發掘、傳播政治真理不可或缺的管道。疏懶麻木的人民才是自由的大敵，公開討論是一種政治責任，此為美國政府體系運作的基本原則」[29]，清晰地將思想和言論自由對於民主政治的意義描繪出來[30]。然而，健

---

[26] 法治斌，前揭註12文，頁286。

[27] 參 湯德宗，前揭註10文，頁272-273。

[28] 林子儀大法官於經典的「言論自由之理論基礎」一文中，分析言論自由所蘊含的「追求真理」、「健全民主」、「表現自我」等三種基礎價值，氏最終並以「表現自我」作為言論自由的核心價值，參 林子儀，言論自由之理論基礎，收於氏著：言論自由與新聞自由，頁16-46。唯本文認為，言論自由的本體價值（高度），係值基在其對民主政治的交互影響上，亦即學者所言，在通常情形，「言論自由與公平政治程序的需求乃相互為用」（freedom of speech and the need for fair political process preserve each other），Annie C. Hundley, Fake News and the First Amendment： How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas, 92 TUL. L. REV. 497, 517（2017）.

[29] Whitney, 274 U.S. at 375-76.

[30] Brandeis大法官在Whitney案的協同意見書中，留下不少令人動容的名言佳句，讓後世之人從中得到一一對言論自由的價值與實踐一一深刻的點悟。例如：「恐懼引發壓制、壓制助長憎恨、憎恨將威脅政治的穩定，給人們機會自由抒發所受的委屈、自由討論可行的救濟才是通往安全之路（that fear breeds repression； that repression breeds hate； that hate menaces stable government； that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies）」、「我們要相信經由開放討論所帶來的理性的力量（Believing in the power of reason as applied through public discussion）」、「單憑對嚴重惡害的疑懼不足以正當化言論與集會自由的抑制（Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly）」、「對於擁有自由意志之人，通常用來防免其犯罪的嚇阻力，係在於教育以及對違法行為的制裁，而非言論與集會自由之剝奪（Among freeman, the deterrents ordinarily to be applied to prevent crime are education and punishment for violations of the law, not abridgment of the rights of free speech and assembly）」。

全的公眾討論是否須要預設以一個不存在錯誤資訊的環境為前提？就此，可從另一位偉大的大法官Oliver W. Holmes，在Abrams v. United States[31]一案的不同意見中提出的「觀念自由市場」隱喻（metaphor）的到解答：「追求至善（ultimate good）的較佳之道，就是觀念思想的自由交流——檢驗一項主張是否為真理的最佳方法，就是將其置於言論的市場中與其他主張競爭，看其是否能被接受。」蓋根據此一隱喻的精神，在自由、開放的公共論述場域中，所有的思想——包括虛假的思想——都應該被包含在內，因為限制任何一種言論都有可能在無意間同時也附帶限制了事實真相的傳播。相反地，若政府不干預、放手讓真相和虛假在市場上競爭，真相終將獲得勝利[32]。

二十世紀初Holmes和Brandeis兩位大法官，在個別意見書中對言論自由的闡釋，共同型塑出今日美國言論自由法的樣貌。一方面，Holmes-Brandeis的意見聯手催生了「明顯而立即危險」（clear and present danger）這樣重要的審查原則，並促使其朝向更維護人民表現自由的方向演化；另一方面，兩人的意見也為當代美國憲法言論自由的實踐奠定了理論根基——以政治性言論的保障為中心、法院賦予政治異議者近乎無限制的言論自由以及絕大多數民眾對廣泛保障言論自由的普遍認同[33]。這種從民主審議的角度正面看待資訊流動的態度，契合美式多元民主的政治文化，也讓憲法言論自由條款可以成為延伸孕育出「知的權利」此一內涵的沃土。

因此，從實現人民知的權利的角度來看，國家對言論市場的規管，應側重於資訊的供應，而非資訊的削減。以網路言論而言，規範管理的重心，應當是鼓勵、引導大型社群平台健全自律機制，以提升平台資訊流通的質量，協助使用者辨別、評價資訊，而不是專注在篩選、認定、排除所謂的「假新聞」之上。蓋若是整個規管體制將重心放在後者，則由於吾人不論如何努力，嘗試賦予「假新聞」一個「盡可能面面俱到」的定義[34]，在個案涵攝時，什麼樣的資訊可以被認定是「蓄意杜撰」、

---

[31] 250 U.S. 616（1919）.

[32] See Hundley, supra note 28, at 502. 又，本文承認，縱使有時現實可能是殘酷的——真相未必獲得勝利，但如同美國公法重鎮、哈佛大學Cass Sunstein教授所言，不實言論有時會促使人們去探知事實因而加深對事務的理解，且知道別人怎麼想——即使人們想的是錯誤的——本身就具有重要的社會價值。See Cass R. Sunstein, Falsehood and the First Amendment, 33 HARV. J.L. & TECH. 387, 402-03（2020）.

[33] See Ashutosh A. Bhagwat, The Story of Whitney v. California： The Power of Ideas, in CONSTITUTIONAL STORIES 407, 425-430（Michael C. Dorf ed., 2004）.

[34] 於此暫且不論是否真的能夠有這樣一個另各方皆滿意的「面面俱到」的定義。又，作者前曾引用英國衛報編輯Paul Chadwick之見解，對假新聞定義如下：「蓄意杜撰虛構、不真實的內容、該內容以紀實的手法呈現，目的是為誤導閱聽者將虛構當成事實，或轉而質疑可驗證的事實。」（Fake news means fictions deliberately fabricated and presented

「真實／不真實」，由於其與客觀真實資訊的差別可能是在「量」而非「質」的上面，個案涵攝時的浮動自是難免。而對表意人來說，一旦渠等對表意內容是否會被課予法律責任，欠缺可預見性的話，那麼極易有言論自禁（self-censorship）的情況產生，以致緊縮了言論自由市場中資訊的供應。

綜上所述，為營造一個適合人民實現「知的權利」的言論環境，政府不宜汲汲於建立一套言論篩選的權力機制。又，縱使類此機制是社群平台出於自身經營上的判斷而建立，也不代表就可以完全令人放心[35]，蓋只要在平台背後有一隻手在決定何種言論內容可在社群平台上存續流通，結果就是資訊供應的緊縮，如此即與公眾在平台上實現「知的權利」之期待有所背離[36]。

參、知的權利作為假新聞管制界限的可能質疑與澄清

本文第貳節以「知的權利」作為政府管制假新聞界限之嘗試，係建立在「錯誤的資訊也受憲法保護」、「不好的意見要透過更多更良善的意見治癒」、「民主思辨必須建立在公民受充分告知」等思想前提之上。然而，部分論者以為，上述這些古典言論自由的法理原則[37]，時至今日，對於數位革命後資訊可大量、快速存取的現代社會來說，已經到了必須改弦更張的時刻，換言之，今日的言論自由法制，已經不宜固守在Holmes-Brandeis所樹立的言論思想哲理之上，而必須尋求新的典範作為解決當代言論問題的依歸。此一說法若成立，則本文「貳一三」之主張，勢將失所附麗，因此以下本文將檢討，Holmes-Brandeis的理論在今日是否真的已經到不合時宜，必須予以揮棄的地步？

---

as non-fiction with the intent to mislead recipients into treating fiction as fact or into doubting verifiable fact）. Paul Chadwick, Defining Fake News Will Help Us Expose It, THE GUARDIAN （2017）, https：//www.theguardian.com/media/commentisfree/2017/may/12/defining-fake-news-will-help-us-expose-it （last visited： Dec. 15, 2019）. 關於其他定義「假新聞」的嘗試之介紹，參 黃銘輝，前揭註2文，頁8-11。

35. 基本上本文認為小型平台為了能夠在市場上存續，有為差異化經營的必要，因此小型平台業者對於平台言論的準繩與判定，應容有較大的空間。惟大型社群平台（例如Facebook、Youtube）在言論市場的地位已經堪稱是「社會實力者」，即使不被認為是「公共論壇」（public forum），起碼也應該盡可能被鼓勵以類似公共論壇的思維去經營，從而，大型平台將如欲排除特定言論，自當更加謹慎。

36. 社群平台業者並非國家，平台管理非國家行為，理論上當不受憲法基本權利的直接拘束，此即本文使用「期待」兩字（而非規範要求）的緣由。畢竟從言論自由的實踐觀之，大型社群平台採行如何的管理措施，確實會影響到人民接收資訊的量以及對公共議題進行討論的能力。

37. 雖云「古典」，實際上早有學者指出，言論自由作為美國憲法增補條款「權利章典」（Bill of Rights）之首，雖然是18世紀末所制定，然而今日支配言論自由實踐的法理，其實都是20世紀法院裁判所累積的成果。See DANIEL A. FARBER, THE FIRST AMENDMENT 11 （3d ed. 2010）； DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 53 （2010）.

一、社群媒體的衝擊？

今日，社群媒體已經深入民眾的生活，成為人們獲取資訊的主要來源[38]。而新興的社群媒體與傳統媒體最大的不同，便是利用網際網路作為傳布訊息的載具，如此一來，也因為網際網路的如下特性，使得假新聞的社會問題加遽[39]：

首先，也是最重要的因素——假新聞多半都是透過匿名或化名的方式傳布[40]，而網際網路高度容許用戶使用匿名或杜撰身份（anonymity / pseudo-anonymity），對於計畫利用網際網路刻意散播假新聞的有心人來說，散播假新聞的成本自然降低許多[41]。其次，社群媒體功能設計，也是網路假新聞推波助瀾的元兇，例如：「追蹤」功能使得資訊接收的客製性提高，助長了極端的偏見在同溫層的流通[42]；簡便的按「讚」和「分享」加上一目瞭然的統計數字，使得包含虛假資訊的貼文更容易取信於人[43]。再者，網路具有資訊快速擴散的特質，任何具有吸引人的外觀的訊息一旦在網路上發佈，不管是文字或是圖片，都很容易像「病毒」一樣、野火燎原般地迅速擴散，令旁觀者的無限擴增[44]，而社群媒體網站對如此廣泛以及大量的資訊傳輸，卻又難以行迅速且有實效性的監督，在在都使得社群媒體成為散佈假新聞的溫床[45]。

---

38. 美國一份2016年的統計資料指出，百分之六十二的成年人仰賴社群媒體作為獲取新聞的來源。Brynne Morningstar, From Credibility Issues to Collusion with Russia： The Dangers Posed by the Spread of “Fake News” and What We Can Do about It, 22 PUB. INT. L. REP. 82, 84（2017）.

39. 關於網路社群媒體的特性如何影響網路假新聞的散播，較詳細說明，參 黃銘輝，從言論自由初論網路假新聞的管制，收於彭芸、葉志良主編：「匯流、治理、通傳會」論文集，頁120-122（2018年8月）。

40. See Ashley Messenger, The Epistemic and Moral Dimensions of Fake News and the First Amendment, 16 FIRST AMEND. L. REV. 328, 336（2017）；

41. 潛在的法律責任也可算是一種表意行為的成本，而網路的匿名性對表意人來說，最顯而易見的好處就是可以避免因為誹謗或其他法律原因被訴。See Saul Levmore, The Internet’s Anonymity Problem, in THE OFFENSIVE INTERNET：SPEECH, PRIVACY, AND REPUTATION 56（Saul Levmore & Martha C. Nussbaum eds., 2010）.

42. See Patrick D. Soundy, How Could Anyone Believe That? Balancing Fake News and the First Amendment, 8 WAKE FOREST J.L. & POL’Y： SUA SPONTE 18, 20-21（2018）.

43. See Edson C. Tandoc Jr., Zheng Wei Lim & Richard Ling, Defining “Fake News：” A Typology of Scholarly Definitions, DIGITAL JOURNALISM, 3（2017）, at DOI： 10.1080/21670811.2017.1360143. 除此之外，點擊率的高低作為網路廣告商業收益的指標，也催化了人們濫發聳動的假新聞的誘因（所謂的「標題殺人法」）。See Lee K. Royster, Fake News： Potential Solutions to the Online Epidemic, 96 N.C. L. REV. 270, 279-80（2017）.

44. See RYAN GARCIA & THADDEUS HOFFMEISTER, SOCIAL MEDIA LAW 12-14（2017）.

45. See Soundly, supra note 42, at 20； Margot Kaminski, Real Masks and Real Name Policies： Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech, 23 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 815, 829（2013）.

然而，Holmes-Brandeis聯手建構的「觀念市場」與「公眾思辨」等言論自由的基礎理論，預設的前提是：人們所接收的訊息數量，是可以被理性管理的，因此人們可以透過訊息的吸收加上自身知識的反芻，做出決定[46]。故一旦資訊愈加豐沛，真理更易辨明，民主程序也會因而更健全。然而今日新聞傳播的實態，已經不再是那個仰賴報紙和宣傳小冊作為新聞傳播工具的年代。今日網際網路以及社群媒體的勃興，人們接收的訊息量如此之多、傳遞的速度如此之快，已經超過人們可以有效處理的能力的範圍，公眾漸漸失去從海量資訊中分辨出可靠資訊的能力[47]，也因此，會有論者高喊「言論市場崩潰」而亟思建立言論自由的新典範[48]，自是可以理解。

但，單以網際網路對今日公共領域的資訊溝通過程造成的衝擊為由，就要揮棄經過數十年歷史經驗試煉所得的言論自由法理，是否過於躁進？回顧近代人類文明發展的歷史，在每一個階段都有一段資訊傳播科技的大躍進。從20世紀初義大利科學家Guglielmo Marconi透過電波將資訊傳遞橫越大西洋開始，開啟了無線電的應用；1920年代商業廣播開始興起，讓人類資訊傳遞從文字進入聲音的時代，到了1940年代，美國家庭收音機的普及率已經高達百分之八十以上；然後1940年代中期電視興起，帶來更具魅力的影像視聽傳播，不到十年間，電視的家戶普及率即迅速地攀上百分之八十以上，一躍成為最具影響力的媒體[49]。不可諱言，在這些傳播科技躍進的史程中，每一種傳播方式的崛起，都會對資訊傳布的質量與速度帶來大幅度的增進。然而，對照美國言論自由法的發展史，以針對煽動非法行動的言論管制為例，若從1919年Schenck v. U.S.[50]開始到1969年的Brandenburg v. Ohio為止的五十年間[51]，恰恰跨越了「文字—聲音—影像」分別作為主流傳播形式的年代，我們並未見到資訊傳播質量和速度隨著科技的增進，導引言論自由法往緊縮人民自由的方向前進。相反地，我們見到的是在公共

[46] See Len Niehoff, Bankrupt Marketplace： First Amendment Theory and the 2016 Presidential Election, 32-SPR COMM. LAW. 1, 7（2017）.

[47] Id. at 9. 意即學者所言，現代資訊社會下視閱聽大眾「注意力稀缺」（attentional scarcity）的結構性難題，See Tim Wu, Is the First Amendment Obsolete? 117 MICH. L. REV. 547, 554-55（2018）.

[48] Niehoff, supra note 46, at 8-9； Hundley, supra note 28, at 516.

[49] See generally ROBERT TRAGER, SUSAN D. ROSS & AMY REYNOLDS, THE LAW OF JOURNALISM AND MASS COMMUNICATION 398-400（6th ed. 2018）； MELVIN L. DEFLEUR & EVERETTE E. DENNIS（原著），王筱璇、勤淑瑩（合譯），「大眾傳播概論」（UNDERSTANDING MASS COMMUNICATION： A LIBERAL ARTS PERSPECTIVE），頁217, 241（2005）。

[50] 249 U.S. 47（1919）.

[51] 395 U.S. 444（1969）.

場域裡，人們憑藉著對觀念溝通、理念傳布的渴求，不斷地挑戰憲政民主對於言論自由應該容許的底線，其間雖然有些起起落落[52]，但最終淬煉仍出今日我們所見的，這些被廣為歌頌的言論自由保障法則的樣貌，例如眾所周知的「明顯而立即危險」原則，其從概念發想到內涵逐漸縝密完備的發展歷程，不啻是最佳的證明[53]。這些法理原則為公權力介入言論市場所劃下的紅線，既然就是在資訊傳播增長的年代中形成，為何只因為今日資訊傳播由於網際網路掀起另一波的成長，就得被修正甚至揚棄？

二、資訊戰與國家安全

另一個經常被坊間輿論提起，認為今日的臺灣，應該要找尋新的言論自由法典範的動因，便是來自中國的威脅。

自從2018年的地方首長選舉執政的民進黨潰敗之後，「資訊戰」一詞，突然成為臺灣街頭巷尾熱議的話題，有學者認為中國對臺灣的威脅，已經不再囿於以往的軍事武力與外交壓力，而是結合傳媒、網路、基層草根力量的滲透，顛覆臺灣民眾的政治意識，意圖扭曲臺灣的輿論與民主程序的結果。質言之，中國正在對臺灣發動一場「資訊戰」、「混合戰」（hybrid warfare，或稱「超限戰」（unrestricted warfare））[54]，既然兩岸實際上處於交戰狀態，從國家安全的角度，對於言論自由不應以承平時期的法理來看待，似乎也是理所當然之事。

事實上，Holmes-Brandeis兩位大法官在致力維護言論自由的同時，並未忽視國家安全的需求，兩位大法官都曾在意見書中表示緊急狀態足以成為壓制言論自由的正當化事由[55]，但所謂的緊急事態，仍須在具體的情境下決定，而非一概抽象地判定，如同Brandeis大法官所述：「言論只有在引發的弊害十分迫切（imminent），在吾人沒有機會充分討論之前就可能發生的情況下，才可以被視為具有『明顯而立即的危險』。如果

---

[52] 在這長期上升的曲線中，1951年Dennis v. United States（341 U.S. 494）一案的判決，受到當時美俄冷戰的影響，對共產黨組織顛覆的疑懼令聯邦最高法院擺向國家安全這一方，可說是言論自由的一個低潮期。

[53] See STRAUSS, supra note 37, at 73； see also Bhagwat, supra note 33, at 424. 林子儀大法官亦援引美國憲法重鎮Gerald Gunter教授的意見，肯定Brandenburg一案中宣示的言論自由限制的合憲要件，是言論自由保障的最佳組合。林子儀，言論自由與內亂罪，收於氏著：言論自由與新聞自由，頁218（1999）。

[54] 關於中國對臺灣發動的資訊戰，網路上各種新聞平台以及論壇上的資訊十分豐富，惟目前為止真正形諸書本文字者，似乎仍只有臺北大學犯罪學研究所沈伯洋教授所撰「中國政府如何利用假消息影響臺灣選舉？」一文，該文收錄於「失敗者聯盟」與「春山出版編輯部」共同策劃的「亡國感的逆襲」一書，頁199-231（2019）。

[55] Abrams, 250 U.S. at 630-31（Holmes, J., dissenting）； Whitney, 274 U.S. at 377（Brandeis, J., concurring）.

有時間能藉由討論去揭發虛假和謬誤、透過教育去預防危險，那麼應倚賴的補救措施應當是更多的言論，而非強制襟聲！[56]」

然而，在極度擔憂資訊戰的人士的眼中，這種依靠更多的言論來治療言論弊害的作法，實證上被認為是不可靠的。論者特別喜歡援引俄羅斯對烏克蘭的資訊戰，讓俄羅斯成功在2014年兼併克里米亞，並且持續扭曲烏克蘭選舉政治的運作為例，說明中國資訊戰對臺灣的威脅[57]，已經使得我們的民主體制如同烏克蘭一樣，面臨被摧毀的境地，此點可由2018年的選舉結果證立。然而，論者逕以烏克蘭作為臺灣的鏡子，是否忽略了「臺灣／中國」與「烏克蘭／俄羅斯」之間，是否具有「可相提並論性」？

就此，本文認為，論者去脈絡化地援引烏克蘭類比臺灣的情況，忽略兩國之間的地理、歷史與文化背景的巨大差異，恐有論證效度不足的疑慮。

若深入探究烏克蘭和俄羅斯的歷史糾葛，合理的推論會是：目前烏克蘭國內的地理和族群差異性，才是爆發內戰以及東南部地區脫離烏克蘭獨立的主要原因。基於歷史的因素，克里米亞地區的族群組成和認同，與烏克蘭其他地區有較為顯著的差異[58]，也因此烏克蘭境內各地區和俄羅斯之間有著千絲萬縷牽扯不清的關係[59]。換言之，烏克蘭境內同時存在小俄羅斯和烏克蘭的民族認同[60]，此方為衝突的根源[61]。

---

56. Whitney, id.

57. 李俊毅、江雅綺，「從俄羅斯對烏克蘭的『混合威脅』，談臺灣國家安全的新考驗」，關鍵評論，2019年5月27日。https：//www.thenewslens.com/article/119676（最後瀏覽：Dec. 16, 2019）。

58. 依照烏克蘭2001年普查的資料，烏克蘭總人口中俄羅斯族佔約17%上下，但克里米亞則將近有60%的俄羅斯族，而族群差異也反映在1991年蘇聯解體後的烏克蘭獨立公投上，東南部的頓內次克、盧甘斯克、卡爾可夫、敖德薩和克里米亞的支持率僅有80%上下，低於其他地區超過90%的支持率，若再以國家未來走向、領土完整性，以及族裔、語言和國家認同做區分，差異會更為顯著。參 謝國斌，烏克蘭的族群政治，收於：「動亂中的烏克蘭」，50-58（2014）。

59. 基輔羅斯在12世紀被金帳汗國所滅，直到原屬於基輔羅斯的莫斯科大公國重新取回該地區為止，也正是蒙古的影響，讓東斯拉夫地區的發展核心由基輔轉移至莫斯科。而讓烏克蘭地區納入俄羅斯帝國之下的原因，是來自西方波蘭立陶宛聯邦的侵略，而東烏克蘭的哥薩克領袖為尋求保護便與俄羅斯沙皇在1654年簽訂《佩列亞斯拉夫條約》加入俄羅斯帝國。此後以聶伯河為界，東岸受到俄羅斯強烈的影響，西岸則仍以波蘭傳播而來的歐洲文化為主。其後在大北方戰爭中，彼得一世曾經因戰爭取消烏克蘭自治地位，而使烏克蘭首領轉而與瑞典結盟，但最終結果是瑞典戰敗，俄羅斯加強對烏克蘭的高壓統治，並推行全面俄化，壓制烏克蘭文化。而隨著俄羅斯帝國的擴張，更擊敗波蘭將除了加里西亞（當時為奧匈帝國所有）以外的西烏克蘭納入版圖，這也形成了現代烏克蘭的版圖。1917年十月革命後，帝俄垮台，波蘭佔領西烏，東烏併入蘇聯，並且在1921年波蘇戰後的《里加條約》確定此一分配結果。二戰期間烏克蘭民族主義者則與納粹德軍合作對抗蘇聯並在戰後遭鎮壓。參 紀舜傑，烏克蘭的國家認同：民族、民主與地緣政治的作用，收於：「動亂中的烏克蘭」，頁100-108（2014）。

60. 烏克蘭人在民族學上被歸類為斯拉夫人，語言為斯拉夫語系，可區分為南斯拉夫人、西斯拉夫人和東斯拉夫人。烏克蘭、白俄羅斯和俄羅斯同被歸在東斯拉夫人之下。參 謝國斌，前揭註58文，頁59。

61. 相較之下，臺灣與中國之間的矛盾，主要可說是源於二戰之後國際冷戰情勢的延續，以及之後兩岸各自發展出迥異的政治與經濟體制之爭，與烏克蘭／俄羅斯的脈絡顯有不同。

烏克蘭獨立後，首任總統克拉夫丘克採取多元文化包容政策，尊重境內俄羅斯族的族群認同和語言，俄羅斯族對於政府運作亦高度參與，這種和西方社會類似的公民國族認同亦反映在獨立公投的支持率上[62]。而第二任總統庫奇馬則採與務實經濟政策，同時和俄羅斯及西歐交好，因此獲得境內俄羅斯族的支持。然之後三任總統在民族政策上則出現分歧，因而導致2014年的橙色革命。

下台的亞努科維奇是東斯拉夫民族主義者（雙重認同），而在其前後兩任的尤申科和波羅申科則偏向烏克蘭民族主義，對內採取烏克蘭化，外交則向歐美傾斜[63]。尤其是橙色革命後上台的波羅申科，強烈推動烏克蘭本土認同，不但重新將1933年大饑荒詮釋為俄羅斯對烏克蘭的種族滅絕，在宗教上則推動烏克蘭東正教會和俄羅斯東正教會分離，而語言上則壓制俄語在教育和媒體的使用。雖然尤申科和波羅申科積極推動的本土認同建構，但是烏克蘭社會整體政治、經濟、社會發展上卻是問題重重，政治動盪導致經濟發展不振，加上政府效能不彰、貪汙腐敗橫行，原先潛藏的族群問題因而浮上台面形成社會對立[64]，最終引爆內戰。

由以上所述可知，烏克蘭內戰的爆發和東南部地區獨立，俄羅斯的資訊戰恐怕不是主因，長期以來的族群認同問題才是引信。而此一問題又與現今烏克蘭的疆界是並非自然形成，而是強權人為劃設的結果有關[65]。當國家疆界和族群認同不一致，外加政府效能不彰、貪腐橫行，在民主未鞏固時，政客又想透過民族主義來轉移內政施政不利的焦點，最終自蘇聯解體後長久積累的社會矛盾一次爆發，烏東駐軍的潰散和投降自是可以想見。就此而言，俄羅斯的資訊戰，假使真有效果，恐怕也是借力使力而已。

最後，須附帶說明的是，本文並非要民眾卸下對中國資訊戰的防衛意識，相反地，本文承認資訊戰是現階段臺灣必須正視的問題。但是，資訊戰以及假新聞，是兩個相關但層次不同的問題，兩者之間不應劃上等號，而應採用不同的思維應對。國內精研資訊戰的學者亦承認：資訊戰不等於假新聞，資訊戰的重點在於挑起不同群體之間的矛盾、裂解民眾的意識、製造社會的混亂，為達此一目的，發動攻擊者所散播的消息未必一定為「假」，故假新聞只能算是資訊戰中一個「很末端」的問題[66]。質言之，反擊對岸的資訊戰，需要仰仗國安與情報的思維，找出攻擊者滲透

62. 當時甚至有俄羅斯族出身者擔任檢察總長、國防部長等高級官員，謝國斌，同上註，頁62。
63. 參 謝國斌，同上註，頁68-69。
64. 參 紀舜傑，前揭註59文，頁108-115。
65. 此點其實和二戰後自1960年代亞非新興的國家所面對的問題比較類似，這也是為何中東和非洲國家的國境線會呈現近乎完美的直線的原因。
66. 參 沈伯洋，前揭註54文，頁200-202。

的節點，循線索驥抓出源頭，而不是將矛頭指向一般民眾，以更緊縮的言論資訊法制相繩，蓋如此一來，整體社會可能會付出犧牲公共議題討論的代價[67]。畢竟就算承認有資訊戰、超限戰，這種並非是透過武力形成立即的物理危害，而是藉由資訊誤導社會造成分岐的戰爭型態，假使裡頭真的存有惡意的假新聞，其所導致的危害，也恰好正是Brandeis大法官所言，有可能透過更多言論治癒的情況，因此在規管的思維上，應以先給「更多的言論」一個機會為宜，而不是要求即刻消音[68]。

三、「防衛性民主」修正言論自由？

另一個近年時常被提出來，認為傳統言論自由法理應有所修正的理由，則是源自於德國基本法，所謂的「防衛性民主」（wehrhafte Demokratie，Militant Democracy）理念——「憲法所建構的國家政治與民主秩序並非僅是一種形式的體系規定，而是在內容方面受到一種價值的拘束，這個價值便是自由與民主的基本價值」[69]，基於此一信念，敵視自由民主憲政秩序者，就是憲法的敵人，憲法不能賦予其敵人自由，以免遭致憲法的自我毀滅[70]。我國憲法增修條文第5條第5項：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲。」違憲政黨得由憲法法庭審理解散，此一「政黨違憲審查制度」，即為防衛性民主理念在我國的實證。

部分論者執我國政黨違憲審查制度中所蘊含的防衛性民主理念，進一步將其擴張解釋為憲法上民主國原則的指導原理，因而對言論自由的內涵，有了以下的想像——「防衛性民主給予臺灣另一種理解民主與言論自由的途徑，亦即民主國家對於鼓吹獨裁、敵視民主憲法的言論並非只有寬容一途，而更應挺身與之戰鬥。站在

---

67. 國防部狀告民眾散播錯誤的軍購訊息（凱子軍購），就是一個「可受公評之事」的討論差點被犧牲的例子。https：//www.ettoday.net/news/20191016/1558299.htm（最後瀏覽：Dec. 18, 2019）。

68. 反對者可能會主張，「有些人你跟他說，他就是不聽」，質疑以資訊供給處理此類問題的效度。但本文以為，這種個人被「感實性」（truthiness，意指訊息接收者不在意客觀的真實，自己感覺真實才重要）俘虜的現象，正是今日「後真相」（客觀事實對於型塑公共輿論的影響力，不如訴諸個人的情感與信念）時代的映照。本文以為，假新聞若是因此而更加星火燎原，問題是出在人，出在這個社會，而不是社群媒體，更不是資訊本身。Cf. Morningstar, supra note 38, at 84-85（引用美國公民自由聯盟（ACLU）的說法，認為假新聞的病灶在社會，而不是社群媒體）. 關於假新聞與「感實性」，See Michael C. Dorf & Sidney G. Tarrow, Stings and Scams： “Fake News,” the First Amendment, and the New Activist Journalism, 20 U. PA. J. CONST. L. 1, 10（2017）. 關於假新聞與「後真相」，參 黃銘輝，前揭註39文，頁118-120。

69. 陳新民，憲法學釋論，頁795（修正七版，2011）。

70. 「防衛性民主」在國內法學界雖然早有不少學術論著，但近年此一概念在輿論的高曝光率，本文以為與網路上「法普」文的廣泛轉載流傳有關。例如：林艾德，插五星旗是言論自由？ 你知道德國為什麼發展出「防衛性民主」嗎？關鍵評論，2019年1月4日，https：//www.thenewslens.com/article/111259（最後瀏覽：Dec. 11, 2019）。又法學界近期對此一概念全盤且深入的分析，參 林佳和，七十年德國防衛民主與憲法保護——後民主時代新挑戰下的省思與再起，第十屆海峽兩岸公法學論壇論文集，頁129-164（2019.10）。

憲法設計的觀點，或許在言論自由應採用美式民主或德式防衛民主上，沒有必然的對錯，後者對特定言論的內容審查也並非必然戕害言論自由，對於民主化僅三十年的臺灣，德式防衛性民主的或許可以是一種選項。[71]」或是更直白地主張：「民主是言論自由的前提，唯有民主政體的人民才能擁有較完整的言論自由。…我們應該用憲法的民主原則來排除他們[按：指主張統一之人]參與政治的權利，而不是一昧地強調…所有意見都享有言論自由。[72]」

固然，「防衛性民主」的存在，本身就是對於憲法上言論自由、結社自由以及參政權等基本權的挑戰。眾所公認，二次大戰後德國基本法將「勿與自由之敵人以自由」、「以不容忍對抗不容忍」的「防衛性民主」理念實證化，是源於納粹踐踏威碼憲法的慘痛歷史教訓[73]。德國基本法對於防衛性民主的實踐，是一種對憲法全盤的預防性保護，其具體建制除了基本法第21條第2項違憲政黨的禁止外，亦包含基本法第33條第4項公務員對國家負有「特別忠誠」之義務[74]、第18條基本權剝奪（濫用基本權攻擊自由民主基本秩序者）、第5條第3項（講學自由須受憲法忠誠拘束）、第61條和第98條第2項（分別對違反基本法原則與合憲秩序的總統和法官的彈劾）等[75]。因此本文認為，本於德國特殊的歷史背景加上憲法規範的設計，將「防衛性民主」解為貫通德國憲法民主原則的指導原理，因而對其他基本權的實踐在交互影響後發生限權性的效果[76]，自是可以接受的結論[77]。但問題是在臺灣，我們是否具有相似的歷史背景？

---

71. 張雁翔，言論自由與防衛性民主，關鍵評論，2019年8月19日。https://www.thenewslens.com/article/123388（最後瀏覽：Dec. 15, 2019）。

72. 林艾德，前揭註70文。

73. 陳新民，前揭註69書，頁796；法治斌、董保城，憲法新論，頁41（六版，2014）；DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 214-15（1994）.

74. 陳新民，前揭註69書，頁797。

75. 林佳和，前揭註70文，頁139。

76. 需說明者，此處的「限權性效果」，指的是利用「防衛性民主」理論緊縮言論自由中「意見」表達的空間，乍看之下與本文討論的「假新聞」是屬於「事實」層面的問題不同。然本文此處之所以提及防衛性民主理論，主要是為了辨證本文的主軸一一古典的言論自由理論（言論之惡要用更多言論治癒）即使在今日，其地位仍不可撼動，以利本文後續「從知的權利視角思索對抗假新聞的法制策略」之開展。

77. 本文贊同學者所言，在德國基本法的規範架構下，「信任自由議論之力量足以有效對抗有害思想」的自由主義論調，與基本法之間存在根本性的價值衝突，故在德國，「頌揚納粹言論之惡，只能透過管制，而不能以更多言論來治癒」的說法，並無違和感。參 蘇慧婕，第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在政治及又言論案件中的立場演變，臺大法學論叢第45卷2期，頁442-444（2016）。

事實上，我國憲法除了在1992年修憲時，增訂政黨違憲審查的條款以外，在憲法規範上，並無其他可尋訪出「防衛性民主」理念的相關條文。甚且，當初修憲引進此一制度的歷史背景，出於對付民進黨（在1991年通過）台獨黨綱的政治考量，可能遠大於所謂的民主自我防衛[78]。在這樣的情況之下，防衛性民主在我國憲法上的意義，應該要做有限性的理解，即須恪遵憲法增修條文第5條第5項的文義，只用於判定政黨行為違憲之上，而不宜滲透到其他的領域，特別是將其用以作為限制一般人民言論自由與結社自由的事由。正如許宗力大法官在——宣告舊人民團體法禁止人民團體主張共產主義、分裂國土之條文違憲的——釋字第644號解釋協同意見書中的闡述：

> 由於我國憲法增修條文只對政黨採取防衛性民主之管制，根據「明示其一，排除其他」之法律適用原則，可知修憲者對政黨以外人民團體之管制係明顯不採防衛性民主理論；且本院釋字第445號解釋釋對人民以集會遊行方式所表達之政治言論也不採德國防衛性民主理論作預防性管制，而是對言論作最大之保障，只於言論對社會秩序、公共利益造成明顯而立即之危險時，始加以取締。

事實上，國內法學者以往在介紹防衛性民主的概念時，亦多朝向緊縮的方向解釋，例如：考慮到政黨違憲審查制度與憲法表現自由與參政權的保障間的緊張關係，因而援引德國聯邦憲法法院的見解，認為政黨單純的言論主張，尚不足以成為解散政黨的事由，必須政黨的行為已經對現存的自由民主基本秩序做出「主動性」、「攻擊性」、「侵犯性」的行為，才構成被宣告違憲並予以解散的事由[79]。再者，我國憲法增修條文不同於德國，係以「政黨行為」而非「支持者之行為」作為要件，因此解釋上政黨不須為單一黨員的言行負責[80]。最後，甚有將此一規定解為出於政黨保護之目的，蓋其將判定政黨違憲予以解散的權力賦予憲法法庭，而不像其他人民團體得透過法律的禁止規定交由行政機關判定[81]。

---

78. 陳新民，前揭註69書，頁794；法治斌、董保城，前揭註73書，頁41。作者記憶所及，不少自由派的學者，當時是將此一條文評價為卑劣的政治權謀產物，對之視若寇讎。

79. 參 法治斌、董保城，前揭註73書，頁41；陳慈陽，憲法學，頁276（二版，2005）。

80. 參 陳新民，前揭註69書，頁799。

81. 參 蔡宗珍，憲法、國家與政黨—從德國經驗探討政黨法制化之理論與實踐，收於李鴻禧等合著：「臺灣憲法之縱剖橫切」，頁482（2002）。

上述的解釋取向，一言以蔽之，就是將言論、結社自由解為防衛性民主的界限，但豈料上述憲法學界一致的共識，在今日輿論的風向下，卻無端變成「防衛性民主解為言論、結社自由的界限」[82]，實令人不勝欷噓。作者可以理解許多民眾對於中國對臺灣步步進逼的焦慮感，其來有自，但本文認為，我們不須對言論自由充分保障下，以理性的公共言說撥亂反正的可能性失去信心。相對地，將防衛性民主擴張解釋至此，付出的不僅是犧牲言論自由、緊縮公共論辯空間的代價；對同一個憲法條文做「昨非今是」的解讀，更違逆了憲法良心！

人類法治文明的發展經驗，早已告訴我們，為了打擊潛在的敵人，放棄珍貴的自由，並不是一個良好的應對之道。今日這些「大防衛性民主」的倡議者，其言行主張，與美國在1950、1960年間出於對共產主義滲透顛覆的疑懼，制訂緊縮人民表意自由的法律，並大規模逮捕處罰共黨或是親共黨人士，被認為是美國人權倒退的「麥卡錫時代」（McCarthy era），相距其實不遠[83]。麥卡錫主義的代表人物，在1964年代表共和黨出馬角逐總統的參議員高華德（Barry Goldwater）所宣稱的：「為捍衛自由，極端主義不是罪惡；為追求正義，溫和節制不是美德」（Extremism in the defense of liberty is no vice... and moderation in the pursuit of justice is no virtue.）[84]，與今日臺灣社會的氛圍相對照，濃濃的既視感竟油然而生。

肆、 具體法制建議——「知的權利」的視角

透過以上的辯證，本文認為，Holmes-Brandise的言論自由理念模型，在今日並無急切修正之必要。是以，在法政策上，從資訊的供給端下手，讓人民憲法上知的權利獲得更澈底的實踐，應為處理假新聞的「優先」（原則）途徑；封鎖、排除資訊的模式，則是次順位（例外）的選擇[85]。畢竟任何資訊封鎖、排除的機制，都

---

[82] 前引「法普」文之作者，以理所當然的姿態斷言在防衛性民主之下，我國人民沒有主張統一的自由，林艾德，前揭註70文。顯然完全無視釋字第644號解釋對「共產主義、分裂國土」言論之寬容。

[83] 不僅是立法與行政部門，麥卡錫時代的聯邦最高法院同樣也淪陷。讓許多評論家難以接受的Dennis v. United States一案（誇大單純言詞主張的嚴重性，過份袒護政府權力），就是在這個時期作成。See STRAUSS, supra note 37, at 70-71. 諷刺的是，有學者認為美國聯邦最高法院在Dennis一案中的措辭，與德國聯邦憲法法院1956年適用防衛性民主解散德國共產黨（KPD）的裁判用語，頗為相近。See CURRIE, supra note 73, at 220.

[84] "On the saying that Extremism in the defense of liberty is now vice," https：//www.niskanencenter.org/on-the-saying-that-extremism-in-defense-of-liberty-is-no-vice/（last visited： Dec. 18, 2019）.

[85] 本文雖從知的權利強調資訊的供給，但仍不排斥必要時以封鎖、禁制、排除的方式對付假新聞，例如臉書的禁止「投票抑制」（vote suppression）政策，禁用「深偽」（deepfakes）技術製造傳播影像、移除假帳號、機器人帳號等作為，均為可行。

會面臨定義與認定（涵攝）的難題，不明確的規範與難以預測的執行，或多或少都會產生一定的「言論自禁」後果。特別是一旦將此一判定權力交付公部門行使時，更與憲法言論自由是建立在對公權力不信任的預設[86]，有所衝突。本文持對於假新聞抱持如此審慎態度，不是無視今日傳媒環境的變化，怠於思索因應之道的推卸之詞，而是想藉由這樣的審慎，為——可能呈現多種風貌的——具體的法制設計，劃下不宜逾越的紅線[87]，調和人們對自由的渴望，以及對安全的需求。

至於如何從資訊供給端下手，幫助人民成為對公共事務有充分良好認知的公民？本文在此簡單提出幾點建議[88]：

一、強化健全資訊供給

（一）完善事實查核機制（facts-checking）

儘管假新聞自古皆有，但今日之所以給人肆虐更加嚴重之感，如前所述，是因為資訊爆炸已經超越人們可以理性管理的程度。因此，在不緊縮資訊供給的情況下，欲解決假新聞的問題，作者以往極力倡議必須致力在言論市場上提供「本質上具公信力」的資訊，降低人們資訊求證的成本，讓「求真」成為一件可以企及的事，人們才不會自暴自棄流於「疏懶麻木」。為達此一目的，健全「事實查核機制」，透過媒體、獨立機構等非政府組織，配合網路技術（演算法、數據資料）搜索公開資訊與訪查可靠消息來源，審視網路言論，便成為當前刻不容緩之事[89]。

但有學者對於事實查核的作用，抱持較為消極的看法，認為事實查核有可能反而助長假新聞的熱度[90]，本文承認從境外敵對勢力發動資訊戰的角度，這樣的觀察並非無據。然而實際上，假新聞若是在資訊戰的脈絡下而生，那麼不管是不是有事實查核，資訊攻擊的一方始終會想辦法維持假新聞的熱度，事實查核機制就算有所

---

86. 此一預設也是為何對於涉及言論議題（subject matter）或觀點（viewpoint）的規制措施，法院往往劍及履及地祭出嚴格審查（strict scrutiny）將其宣告違憲的原因。See Kraski, supra note 3, at 930.

87. 所謂的審慎，也只不過遵循Holmes大法官的提醒，對想要限制人們發表我們所不喜的意見的念頭，永遠保持警戒而已。Abrams, 250 U.S. at 630 （Holmes, J., dissenting）. 相較於此，主張建立新典範的倡議者，其放心地容許政府管制更多言論的信心，究係從何而來？

88. 本文以下僅從資訊供給的角度提出建議，至於對抗假新聞更廣泛的總體戰略，則可參考學者所言：假新聞之於社會之害，正如同病毒對人體的威脅一般，因此總體來說，對付假新聞之道，可從生理學的角度聯想一一不要散播病毒＝政府與專業機構不說謊、要說實話；勤洗手不讓病原有接觸機會＝時常檢驗貼文與帳號；施予抗生素＝積極引介真實資訊澄清不實訊息；強化免疫系統＝透過教育培養民眾媒體識讀能力。See LEVINSON, supra note 8, at 31.

89. 關於事實查核的重要性以及如何健全其運作，參 黃銘輝，前揭註2文，頁19-22。

90. 沈伯洋，前揭註54文，頁207-208。

助長，也是非戰之罪。然而，事實查核機制的健全運作，對於基於商業利益或是國內黨派惡性競爭下所生的假新聞，可以產生一定的遏抑的效果，要屬不可否認[91]。

（二）外國政治宣傳與廣告資金來源透明化

藉由廣告主身份與金流的揭露，某種程度上可抵銷網路匿名性的特質對假新聞推波助瀾的效果[92]，故晚近包括Facebook、Google等大型社群平台致力於此等提升營運透明性的機制，以排除境外勢力對國內政治過程的干預，實其來有自。吾人應給予這些願意投入資源建立制度、負責任的平台業者肯定和鼓勵才是[93]。

（三）落實公平原則（Fairness Doctrine）

學說上有主張復興以往廣電法上的「公平原則」，藉此提升大眾傳媒新聞報導的質量，作為對抗假新聞的手段[94]。

「公平原則」的正式誕生，是由美國聯邦通訊傳播委員會在1959年，根據通訊傳播法（Communications Act）的授權，以命令自行創設的傳播法原則[95]，該原則的核心內涵，包含兩個層面。第一層面課予廣電媒體對於重要公共事務中具有爭議性的問題必須予以適當的報導；第二層面繼之要求廣電媒體對該重要爭議的不同觀點，負有平衡報導之義務。

由於上述原則的內容略嫌抽象，為了具體落實此一原則，FCC在1967年公布了兩個執行公平原則的具體規則。一為「人身攻擊規則」（Personal Attack Rule），根據該規則，廣電媒體在報導重要公共事務中有爭議性的議題時，對於特定人或團體之誠信、品格、正直等事項予以攻擊時，必須通知被攻擊的人或團體，並提供該被攻擊之人辯駁的機會。其二為「政治評論規則」（Political Editorial Rule），該規則要求當廣電媒體以評論的方式支持某一公職候選人時，應通知其他候選人，並提供其合理的答辯機會[96]。儘管新聞界強力質疑FCC的管制規則侵犯了

---

91. 商業利益的追求、境外勢力的干預和本國黨派的競爭，乃製造與散播假新聞的三大動因。Soundy, supra note 42, at 20.

92. See Soundy, supra note 42, at 28-32.

93. 以Facebook為例，其社群守則規定，欲在臺灣刊登「社會議題、選舉或政治相關廣告」的廣告主，必須完成授權程序，在廣告中附上「出資者」免責聲明，並將廣告收錄在廣告檔案庫。https：//www.facebook.com/business/help/208949576550051?id=288762101909005

94. See Soundy, supra note 42, at 25-27. 關於美國法上公平原則的介紹，參 黃銘輝，論通訊傳播行政上「結構管制」與「行為管制」手段選擇——從復興傳播法上的「公平原則」（Fairness Doctrine）談起，第二屆兩岸通訊傳播法研討會會議論文，頁18-24（2013.10）。

95. 47 U.S.C. § 315（a）.（媒體的運作必須合乎公共利益，並且對於社會上具有重要性的爭議，必須要提供不同的觀點進行討論的合理機會。）

96. 47 C.F.R. §§ 73.123（a）（c）（1967）. 關於早年FCC執行公平原則的情況，see STEVEN J. SIMMONS, THE FAIRNESS DOCTRINE AND THE MEDIA 10-13（1978）.

媒體受憲法保障的言論自由，此一主張，卻未獲得聯邦最高法院的青睞，在1969年Red Lion Broadcasting Co. v. FCC.[97]一案中，聯邦最高法院肯定的公平原則以及相關規則的合憲性[98]。

至於公平原則在我國，由於衛星廣播電視法第27條第2項規定「製播新聞及評論，應注意事實查證及公平原則。」已確立為新聞頻道業者應負的法定義務，惟該項前段的「事實查證」有相應的制裁規定[99]，後段的「公平原則」卻無，導致本項規定不具備實質的規範力，是可以考慮改進之處。

附帶說明，公平原則原則上僅適用在廣播電視等電子媒體，如欲進一步延伸到網路媒體，則必須有法律明文課予社群網站強制互連的義務，然而，以網際網路開放、低門檻的特性，此一建議現實上恐不具實踐可能性[100]。準此，則廣電媒體與網際網路之間，似乎就會呈現一種不對稱的競爭態勢[101]。對此，本文的初步看法是：對廣電業者加諸較嚴格的行為義務，有其媒體特性的考慮，廣電媒體承擔較重的公平報導義務，其實亦有助於提升其公信力[102]，進而與網路媒體進行差異化的競爭，長期來看，未必不利於廣電媒體的存續發展。

二、積極肯認記者特權

最後，為了鼓勵媒體勇於對社會爭議進行深度的報導，提供事實資訊為視閱聽大眾澄清不實資訊，那麼制度上應該讓媒體從業人員擁有更高的法律保障，使其得以在新聞採訪時無所瞻顧，大膽挖掘真相，實踐新聞採訪的「行動主義」（activist journalism），如是亦有助於緩和假新聞的問題[103]。

---

97. Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367（1969）.

98. Id. at 393. 惟八零年代的FCC，隨著「管制鬆綁」（deregulation）的浪潮起舞，在1985年公布的年度報告中，以公平原則已經無助於資訊的豐富多樣，甚且還會造成寒蟬效應（chilling effect）為由，宣布FCC放棄執行公平原則。

99. 衛星廣播電視法第27條第3項第4款、第53條參照。附帶說明，學者有認為衛廣法此一事實查證義務的規定，將媒體的倫理義務提升為法律義務，與釋字第509號解釋所樹立的「真實惡意」原則，恐不盡相符。參「收視率和『政治立場』破壞臺灣電視新聞台公信力，NCC該不該管？」端傳媒，2019年6月26日，劉定基教授之訪談內容。https：//theinitium.com/article/20190626-taiwan-ratings-and-political-affiliation-hurt-tv-station/

100. 知名的網路法學者，美國哥倫比亞大學Tim Wu教授即主張，面對網路言論環境的惡化（閱聽大眾注意力稀缺、少數社群媒體巨擘宰制言論市場、對民主過程造成普遍的負面影響等），只要設下合理的限制（with reasonable limitation），國會制訂類似公平原則的合理規範以追求健全的網路言論市場有其正當性，但氏亦承認此類立法在執行上會有人為操弄的風險，故不應該是法政策上優先的選項。See Wu, supra note 47, at 578.

101. 參 黃銘輝，論無線廣電媒體管制之正當性基礎——以「頻譜資源稀有性」理論為中心——，臺北大學法學論叢，第107期，頁51-54（2018.09）。

102. 有學者認為主流媒體公信力的日益減退，是造成近年假新聞更加猖獗的因與果。See Ashley Smith-Roberts, Facebook, Fake News, and the First Amendment, 95 DENV. L. REV. ONLINE 118, 120（2018）.

103. Dorf & Tarrow, supra note 68, at 24-30.

關於記者在憲法上是否享有一定的採訪特權？一般認為，若承認新聞自由的保障，在憲法上具有獨立於言論自由之外的特殊意義（例如所謂的「第四權」理論），應可據此肯定記者在行使新聞自由時，得享有某種特權（journalist privilege）[104]，尤其是積極的「外求性權利」（offensive right）——賦予新聞媒體與記者特殊的、接近取得政府資訊的權利，以及不透露新聞來源的權利。惟此一主張使終究只是停留在學理的層面，實務上，就一般政府資訊的近用取得，美國聯邦最高法院的基本態度向來是：憲法第一增補條款並未給予新聞媒體一個大過於一般民眾的權利[105]。至於我國，則更因為新聞自由在我國憲法缺乏獨立的文本[106]，解釋上更難從憲法層次導出記者擁有憲法位階的採訪特權的，欲賦予記者採訪時較大的保障，透過立法的途徑建構，可能還是一條相對穩健妥適的路徑。

伍、結語

走筆至此，在兼顧人民知的權利的前提下，假新聞的規管大方向以及具體策略均已詳述，以下僅節錄作者先前針對Facebook與Google對政治廣告不同的管理策略（參附錄），所撰之評論投書[107]，為本文劃下句點。

繼Facebook（臉書）先前表示將臺灣的社會議題、選舉或政治相關廣告納入其廣告刊登政策後；Google（谷歌）旋即宣布，考量臺灣社會的媒體識讀和數位素養尚有待提升，在明年總統大選前，所有廣告平台暫停接受臺灣候選人的競選廣告。面對臺灣即將到來的總統大選，兩大網路巨擘在政治廣告的處理上，南轅北轍的態

[104] 儘管本文從眾將privilege按英文字義翻為「特權」，但其法學上的意涵應該仍然只是「權利」。「記者特權」的概念，是源於「新聞自由是為了保障新聞媒體能發揮其在民主社會中的『重要制度功能』而存在」，為了這些制度功能能夠確實發揮，新聞自由理當賦予新聞媒體一些特別的保障，使新聞自由在權利的內容上與一般人民擁有的言論自由有所不同。

[105] Houchins v. KQED, Inc., 438 U.S. 1, 15-16（1978）.

[106] 釋字第689號解釋雖明文承認新聞自由為我國憲法上的基本權利，然其係透過憲法第11條言論自由的論理解釋而來。關於該號解釋對我國新聞自由實踐的意義，參 劉定基，從美國法的觀點評司法院大法官釋字第六八九號解釋－以新聞自由、言論自由、隱私權的保障與衝突為中心，興大法學，第11期，頁201以下（2012）。

[107] 黃銘輝，禁政治廣告？ 資訊問題讓資訊解決，蘋果日報，2019年11月14日，https：//tw.appledaily.com/highlight/20191114/5TG772UANZWTLIEKJXQ734GTHY/（最後瀏覽：Dec. 18, 2019）。

度，恰恰是日前臉書和推特（Twitter）在美國上演戲碼的延續——臉書容許刊登且原則不查核內容；推特則乾脆關起政治廣告的大門。

臉書和推特對於政治廣告採取截然不同的策略，在美國業已引發激烈的論辯：作為今日社會主要的訊息傳遞平台，在這真假消息滿天飛的年代，社群媒體在民主競爭的場域中，應不應該（或如何）擔負起資訊守門人的角色？初步觀之，推特禁絕政治性廣告的作法，似乎贏得較多的讚譽，認為這樣的作法，才是負責的社群平台應有的作為。

輿論對臉書最具代表性的質疑，可舉民主黨籍眾議員奧卡西歐寇蒂斯（Alexandria Ocasio-Cortez）在國會聽證會上，對臉書執行長祖克伯（Mark Zuckerberg）犀利的提問為例：「我可否透過臉書投放一個針對黑人選民的廣告，告知他們錯誤的投票日？」祖克伯先是略顯猶疑，旋即以此類廣告牴觸臉書的「不得『抑制投票』（vote suppression）政策」為由，給予否定的答案；然而當奧卡西歐寇蒂斯指出這樣的做法與臉書宣示「不查核政治廣告」的原則矛盾，並另以「我可否在共和黨初選時投放廣告聲稱某位候選人支持『綠色新政（Green New-Deal）』」（按：「綠色新政」是民主黨新生代議員近年力推的政策，故此等虛構的廣告內容自然會對該共和黨候選人的黨內初選支持率帶來負面影響）質問祖克伯，對此問題，祖克伯並未正面回應，只是強調臉書有一些一般性的社群守則用以規範此類問題。

祖克伯對上述問題的左支右絀，給了批評臉書者一個很好的支點：不審查政治廣告的作法是不好的（第一個問題）；以及臉書的社群守則缺乏清晰易理解的執行標準（第二個問題）。不過弔詭之處卻也在此：論者批判臉書查核政治廣告的消極態度，問題是，臉書該如何地「積極」法，每個批判者心理可能都有一套自己理想的標準在，究竟哪一套標準可行？這是臉書一旦從「原則不查核例外才查核」轉變成「原則查核」，必須面對的艱鉅考驗。

詳言之，在「原則查核」的政策之下，臉書有義務針對每個查核的個案是否構成有害的「假新聞」，一一提出實質的判斷理由。然而，正由於所謂「假新聞」的內涵本來就具有高度的不確定性，個案判斷的浮動和不穩定是可預期的，如此一來更增添社群媒體執法「不一致」的風險。相較之下，若採「原則不查核例外才查核」

的作法，臉書可以透過「例外解釋從嚴」的法理，將可移除（take-down）或是標記（flag）的假新聞限縮在「明顯越過不容許的紅線」者（如同上述「錯誤投票日」例子），反而較不容易產生不一致的困擾。

上述實質判斷的困境，在全面封殺政治性廣告的推特和谷歌，其實一樣會發生，只是此時的難題，轉移到「政治性」和「非政治性」廣告的分野而已。所以即便美國輿論給予推特較多好評，但與臉書的作法相比，其政策實踐上未必具有更佳的可行性。

更有趣、也更關鍵的對比是：面對當今社群平台上流竄的假新聞，臉書和推特／谷歌的因應策略，恰恰處在光譜的兩端——「增加」或是「抑制」資訊的供給。眼下對假新聞的疑懼，結合敵對國家資訊戰的心理威脅，兩者加乘效應下，抑制資訊這一方似乎較容易取得普羅大眾的支持…。

實則，祖克伯在聽證會上，已經把臉書政策背後蘊含的理性說的很透徹了：「說謊是一件壞事，但這不意味著社群平台不讓選民看到政治人物說謊是對的。」這也是為何臉書把更多心力投注在廣告資訊透明度的提升上，希望藉由廣告主授權與身份揭露的機制，加上原則以標記而非移除，作為（在例外情況）對付不實政治廣告的手段——誰膽敢在社群平台上扯謊，那就讓選民看清楚是誰說謊！

每天在社群平台上傳遞的資訊，數以千萬計，資訊抑制的模式，將社群平台預設成一個必須是潔淨無暇的環境，結果就是讓社群媒體成為推著石頭的薛西佛斯，永遠到不了山頂。因為就算動員再多的審查人力、投入再多的AI輔助，要社群媒體封鎖或是移除特定的假訊息，就像是遊樂場打地鼠遊戲一樣，打了一隻，但冒出頭的更多隻！

相對地，資訊供給模式，其實是讓民眾放棄對社群平台不切實際的想像，讓使用者知道，社群平台上必然充斥著動機有好有壞、真真假假的資訊，作為當代的數位公民，要不被資訊唬弄，主要要倚仗自己的識讀能力，而非社群平台的監護。社群平台要做的，是提供更多的資訊，讓民眾的資訊識讀能力可以隨著益發豐富的數位足跡而成長。在這過程中，或許會被欺騙、被操弄，但這正是「成長的代價」。

真實人生如此，虛擬世界亦如是。

（本文係由作者於中華民國憲法學會「假新聞、國家安全與言論自由」學術研討會（12/21/2019）所發表之「論憲法上知的權利作為假新聞的管制界限」論文初稿修訂而成，由衷感謝研討會與談人世新大學陳淑芳教授惠賜諸多寶貴意見，同時亦感謝臺北大學法律學系碩士班洪章銘同學、許博凱同學在文獻整理上的協助。）

附錄：Facebook與Google對政治性廣告的管理方式比較

＊管制手段

	FACEBOOK	GOOGLE
進行身分驗證	○	○
要求出資者的聲明	免責聲明	揭露聲明
特定選舉期間禁止投放廣告的規定	×	○ （2019/11/15-2020/1/17）

＊「政治性廣告」之定義

		FACEBOOK	GOOGLE
名稱		社會議題、選舉與政治相關的廣告	政治性廣告
規範的行為態樣		1.內容涉及特定人（不論是本人或是支持者所刊登） 2.選舉（含公民投票）相關事務（如動員投票、競選活動宣傳） 3.地區相關社會議題 4.受政治廣告法規規範的內容	內容涉及特定人
特定人範圍	政黨	○	○
	現任： 總統副總統、立法委員	○	○
	候選人： 政黨、總統副總統、立法委員	○	○
	前任公職候選人	○	╳
	其他政治人物	○	╳

國家賠償法制中的對等互惠？

張志偉　慕尼黑大學法學博士、銘傳大學公共事務學系助理教授

「此亦人子也，可善遇之」[1]

»Wir sind alle Ausländer – fast überall«[2]

壹、問題提出、範圍界定與論述步驟

按國家賠償法（以下簡稱為國賠法）第15條規定：「本法於外國人為被害人時，以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，適用之。」係就外國人為國家賠償事件之被害人時，在國家賠償請求權之要件上以負面要件的方式規範之。亦即，就外國人為被害人時，採相互保證之立法例，如某國有關國家賠償法之法令或慣例，排除對中華民國人民之適用，或根本不承認國家賠償責任之存在，即屬欠缺此項相互之保證，則外國人在中華民國，縱使已具備我國國賠法第2條及第3項之國賠要件，亦因欠缺負面要件而不得請求損害賠償[3]。然而此條看似清楚、對等的立法例，不僅在行政實務上衍生如何確認各國不同法秩序與法體系下，外國人是否及如何主張國家賠償之權利基礎，蓋行政部門遇有外國人請求國家賠償時，必須先與之協議（國賠法第10條第2項），就必須確定各該外國人之本國法，遂生行政機關職權調查之困難[4]；再者，此一立法例也造成司法實務上究竟有無此一外國立法或慣例之事實證據調查、法院認定標準不一與舉證責任分配困難的情況（詳後述）；惟若進一步檢視國賠法歷年來的修正草案，現行國賠法第15條在歷年國家賠償法修正草案中僅作條次更動，均未加以修正，所留下的問題恐怕只會一再浮現於行政與司法實務之中。

---

1. 陶淵明，南史卷七十五．列傳第六十五：「不以家累自隨，送一力給其子，書曰：「汝旦夕之費，自給為難，今遣此力，助汝薪水之勞。此亦人子也，可善遇之。」

2. G. Renner, Ausländerrecht, 8. Auflage, 2005 – Titelblatt.

3. 國家賠償法第15條之規定，所謂對於外國人有無「適用」一詞，立法文字上似有易使人誤解之處：蓋此處有其適用，係指依本法第15條所定要件判斷下，並未排除外國人為我國國賠法之請求權主體之謂；反之，若謂國家賠償法不適用於外國人，則係指欠缺相互保證之要件（但國賠法第15條仍有適用，蓋此條為負面要件），故該排除外國人之國賠請求權，故而本條規定實屬國賠請求權之排除事由，但無論如何若被害人為外國人時，都有國賠法第15條之適用。

4. 就此可參法務部，國家賠償法令解釋彙編，2010年12月，頁461以下（關於國賠法第15條）所附多件法務部函釋。

此外，我國個別法律中舉凡涉及外國人之法律地位或權利基礎者，多有規定平等互惠之立法例，本文於參、一、（二）處略作整理後，就「相互保證」、「平等互惠」或「對等互惠」等詞，在本文脈絡中並不予以嚴加區分，以同義詞理解之，惟主要論證則集中於國賠法。就論述步驟上，擬先廣泛檢視我國法院裁判實務以及行政函釋中所呈現的爭議，分析若干有待進一步探討之處（本文第貳部分）後；其次，進一步分析國家責任體系中的外國人地位，先檢視國家責任法制之憲法基礎，尤其是回顧國賠法第15條之立法脈絡與立法理由，並一併檢視我國其他以對等互惠原則為由之立法例（本文第參、一部分）；再者，擬以德國國家責任法制為比較對象，特別是探究1993年修法前後的變動，以作為我國國賠法制外國人對等互惠原則解釋適用之借鏡（本文第參、二部分）；最後，則是重新檢視我國國賠法中對等互惠原則在憲法上的定位，尤其是探討以國籍作為差別待遇特徵之憲法審查標準、並進入國家責任法制中立法體系正義的要求，分別就其中所涉及的責任主體，尤其是公務員自己責任加以分析，並回頭檢視對等互惠原則之適用必要性與界限（本文第參、三部分），最後則是提出本文結論與建議。

貳、法院判決與行政函釋整理與初步分析

本文以司法院法學資料檢索系統為資料庫，以「國家賠償法第15條」為查詢關鍵字，在「裁判書查詢」欄位下，共有23則裁判符合搜尋範圍。其中最高法院共計有2則、高等法院（含臺中、臺南分院）則共有6則、臺北高等行政法院亦有2則，其餘則為各地方法院之裁判；在「簡易案件查詢」欄位下，共有4則裁判，分別為臺北、嘉義和高雄簡易庭。經逐案檢索後，約略整理如下。

一、法院判決與行政函釋的彙整

經逐案檢索之後，只要涉及外國人訴請國家賠償者，實務上的爭議主要即在於原被告雙方以及法院對於該外國人之本國法，究竟有無中華民國人得於該國享同等權利的依據，亦即有無對等互惠原則，有所爭執。其證據調查除雙方當事人之主張外，亦包括函

詢駐外使館、代表處等證據調查方法，或是由法務部以行政函釋予以釐清[5]。一般而言，我國法院對於美國[6]、日本[7]、馬來西亞[8]及泰國[9]等國法制似較能掌握，也比較容易傾向於認定符合對等互惠；但對於欠缺外交關係或駐外使館之外國，法院在欠缺證據調查能力的條件，又無法確切知悉各該國之法制情況時，則必須仰賴各該當事人之證據提出，若法院此時無法形成確切心證時，實務上即依民事訴訟之舉證責任分配，令負客觀舉證

---

5. 此觀察法務部，國家賠償法令解釋彙編，2010年12月，頁461以下關於國賠法第15條之函釋。

6. 如臺灣高等法院臺南分院95年上國易字第5號民事判決：「美國聯邦侵權賠償法對於外國人為被害人時，係採平等主義，凡在美國境內之外國人，因聯邦政府人員執行職務之不法侵權行為遭受損害，不論依其本國法令或慣例，美國人在該國得享受該國人同等權利與否，皆與美國人民享有同等權利，得依美國聯邦侵權賠償法之規定請求賠償乙情，有法務部（七四）法律字第一五四五七號函釋意旨可參」。

7. 對於日本之國賠請求，似尚乏民事法院案例，惟臺北高等行政法院104年訴字第1348號行政判決針對二二八條例所為見解，認為無國賠法第15條之適用，且不得以無先例為由而拒絕之，甚值留意：「惟查：1.依中央法規標準法第16條規定，法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。被告既認二二八條例為國家賠償法之特別法，對於為日本人之原告所提賠償申請，卻未優先依據二二八條例並無排除外國人適用之規定，而逕行適用為普通法之國家賠償法第15條：「本法於外國人為被害人時，以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，適用之。」所定平等互惠原則，以查無案例足認我國國人與日本人享有同等權利為由，予以否准，顯然違背前揭中央法規標準法第16條規定，自非適法。2.次查，依原處分引用之內政部103年8月18日函說明二所載：「有關日籍人士二二八事件賠償金申請案之處理，涉及日本國家賠償法『相互保證』（即平等互惠）原則之實務運作是否及於我國人民，參酌法務部103年3月7日法律字第10300038250號、外交部103年3月19日外條法字第10325503350號及駐日本代表處103年7月7日日政字第10300203160號函資料，日本國家賠償法雖採相互保證之立法例，惟當前缺乏臺日斷交後相關判例，爰難認定日本法院必然對我適用該原則；另我國國民向日本政府求償案例，迄今僅有臺籍原日本兵及慰安婦案，就上開案例而言，足可認定我國國人與日本人未享有同等權利，爰依平等互惠原則，日本人尚無二二八事件處理及賠償條例之適用」等語（參見被告答辯卷證7），可知內政部於該函所表示日本人無二二八條例適用之見解，係植基於：（1）日籍人士得否依二二八條例請求賠償，應適用國家賠償法第15條所定平等互惠原則，加以判斷；及（2）有無國家賠償法上平等互惠原則之適用，應視外國法院有無依該原則判決賠償我國人之實例而定等2項前提。惟上述前提（1），與中央法規標準法第16條有關特別法應優先於普通法而適用之規定相悖，並非正確，業如前述；又依我國國家賠償法第15條規定，外國人為被害人者，如依條約、或該外國人之本國法令或慣例，我國人在該國得享有與其國人同等權利者，該外國人即得適用我國國家賠償法請求國家賠償，尚不以該外國法院曾作成准許我國人請求賠償之判決為要件…」

8. 臺灣臺中地方法院 99 年訴字第 1935 號民事判決：查本件原告陳國棟係馬來西亞公民，此為兩造所不爭執。又依馬來西亞法律，中華民國國民倘因馬國政府或其代理人在馬國境內所造成之錯誤行為、疏失或應履行而未履行之責任，致遭受損害時，得向馬國政府求償等情，業由本院經臺灣高等法院向外交部查詢屬實，有該部民國（下同）100年6月29日外條二字第10001146060號函附卷可憑，揆諸首開說明，原告主張其係我國國家賠償法之被害人，據以提起本件訴訟，於程序上即無不合。」

9. 另可參見臺灣臺北地方法院101年國字第40號民事判決：「經查，原告2 人均為泰國人，得否依國家賠償法在我國訴求，端視中華民國人民是否依條約或泰國法令或慣例，在泰國與泰國人享受同等權利為斷，審以我國與泰國並未簽訂有關國家賠償之互惠保護條約，亦查無互惠保護案例，經我國駐泰國代表處向泰國當地法律諮詢機構查證獲復以，外國國民在泰倘因故發生權益受損情事，均可循泰國法律途徑尋求救濟或補償，權益與泰國國民相同，相關規定於泰國佛曆2539年公務員侵權責任條例第5 條、第11條、第14條，被害人不論任何國籍，均可依照上開條文針對公務員之侵權，就刑事或行政，依法律程序及司法管轄審理權，提告該政府機關，有駐泰國代表處102 年8 月1 日泰行字第00000000000 號、泰國貿易經濟辦事處101年7 月16日11701/669 號函文各1 份在卷可佐（見本院卷一第245、17至21頁），是以，中華民國人既可在泰國本諸泰國法上開條文，向公務員侵權之政府機關提告賠償，堪認我國人民得於泰國提起國家賠償訴訟救濟，基於平等互惠原則，泰國人自得於我國請求國家賠償，是原告2 人得本諸我國國家賠償法規定，於我國提告訴求。」

責任之人（即為該外國人）負擔不利益，如巴拿馬[10]、挪威[11]、韓國[12]、蓋曼群島[13]、土耳其[14]、菲律賓[15]等。其中對於當事人之舉證程度多半甚為要求，常見經當事人舉證後，法院仍未採信者；或是深入探究各該本國法之規定，認為「與我國國家賠償法所規範權利實踐之內容未相吻合」；或認為「僅准許外國人因公共設施管理疏失致死傷時，對菲律賓地方政府訴請賠償」，而不具有實質同等之地位；或是認定該國「法令在處理我國

---

10. 參見最高法院 95 年台上字第 1673 號民事判決，「按國家賠償法第十五條已明定：「本法於外國人為被害人時，以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，適用之。」可知外國人依我國國家賠償法為請求，應以我國人得在該國享有同等權利為其要件，始符國際間之互惠原則。準此，依我國駐巴拿馬大使館之覆函所載：「本館曾就本案請教巴拿馬知名律師 Eduardo Segura 及 Abraham Sofer（前海事暨領事局局長）均表示，巴國迄今尚無類似我國之國家賠償法，倘有糾紛均需透過律師就個案細節詳加研析是否得向法院提出申訴，蓋訴訟曠日費時，花費至鉅，民眾恐難負擔，鮮少有人提出申訴，另互惠條件亦僅存於政府間之協定，私人案件不適用」等旨（原審卷第三宗，七七頁），似見互惠條件於私人案件不適用之。」但亦有法院見解，認定巴拿馬有對等互惠之規定，如臺灣臺中地方法院 100 年海商字第 1 號民事判決：「巴馬拿國有類似我國國家賠償法之法制，且就互惠原則而言，我國人民於該國有關國家或其他公部門於執行公務時造成傷害之相關求償問題，亦得向巴國請求國家賠償，亦受有互惠條件之保障。是此，原告既係巴馬拿國籍之私法人，基於互惠原則，原告亦得依我國國家賠償法之規定，提起本件訴訟。」

11. 參見臺灣高雄地方法院 93 年訴字第 2840 號民事判決：「查挪威國並無類似我國國家賠償法專篇或特別法，亦無類似我國國家賠償法第 3 條第 1 項之法規，且未有我國國民向挪威國請求國家賠償之前例或判例，故我國之自然人或法人得否在挪威享有與挪威人民同等向挪威政府請求賠償之權利，並無法律明文規定，亦無實證支持，有駐挪威代表處 95 年 11 月 17 日挪威（95）字第 125 號函、96 年 3 月 14 日挪威（96）字第 12 號函各 1 份在卷可按（參見本院卷卷（二）第 280 頁至第 282 頁、第 318 頁、第 319 頁），足見我國人於挪威國並無依類似依我國國家賠償法請求之同等權利。準此，本件原告既為外國人，而我國人於挪威國復無類似依我國國家賠償法請求之同等權利，揆諸前揭說明，本件自無國家賠償法之適用。」

12. 如臺北高等行政法院 104 年訴字第 1861 號行政判決：「關於原告等請求賠償部分：原告等為韓國籍僑民，依國家賠償法第 15 條規定意旨，本國人是否在韓國得享受同等權利不得而知，原告等應舉證說明之。且專勤隊做成原處分並無違誤已如上述，該附帶請求國家賠償亦應失所附麗。又原告等空言渠等人身自由、行動自由等權利受侵害情節重大，惟未舉證證明權利如何受有損害，被告不予苟同，故原告等該部分請求為無理由。」

13. 如最高法院 108 年台上字第 577 號民事裁定認定，「蓋曼群島私法人之在台分公司，未能舉證證明我國人（含法人）得在蓋曼群島與該國人享有請求國家賠償之同等權利，不符國家賠償法第 15 條所定相互保證、平等互惠之前提要件之論斷，指摘為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言未論斷或論斷違法，而未表明依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。」而認上訴不合法。臺灣高等法院 105 年上國字第 24 號民事判決：「蓋曼群島並非一體適用英國之法律，已如前述，則該案例是否得作為於蓋曼群島之外國人有向政府提起國家賠償之依據，亦非無疑。再觀之該意見書第 5 點提及「政府訴訟程序法（the Crown Proceedings Law （0000 Revision）」之主要規定，其中：「c. 法院在一般民事私人間訴訟案件中可以採用的所有民事救濟程序，對於政府應均有適用，但有下列除外規定：i 於一般案件係核發禁制令或命為一定行為的情形，只能做成確認權利歸屬之核定（第 13 項）；ii. 不得就金錢賠償債務對政府核發執行命令（第 16 項第 4 款）…可見蓋曼群島之政府程序法中規定，在一般民事私人間訴訟案件，人民雖得對政府採用所有民事救濟程序，但法院於一般案件尚無法命政府為一定之給付或賠償行為，只能為確認權利歸屬之核定，且人民亦無從對政府之金錢賠償債務請求強制執行，此一規定，將使人民雖得向政府提出訴訟之權利，但終未能獲得實質賠償之結果，此顯與我國國家賠償法所規範權利實踐之內容未相吻合，亦難謂我國人在蓋曼群島享有請求國家賠償之同等權利。則上訴人所述上情，仍難認已盡舉證之責。6. 承上，上訴人既為蓋曼群島私法人之在台分公司，但未能舉證我國人與蓋曼群島人民係立於同等之地位，具有向蓋曼群島政府請求國家賠償之權利，揆諸首揭互惠原則之規定，自難認上訴人得依我國國家賠償法之規定，向被上訴人請求國家賠償。

籍人士之議題時可能有不確定之解釋方式，故雙方宜就國家賠償法互惠有正式文件確認」，從而認為「無我國人民在土耳其請求國家賠償之實務慣例，且兩國並無外交關係，土耳其是否承認我國司法主權、土耳其之司法實務運作是否肯認我國人民亦與該國人民享受同等權利，實屬有疑。因土耳其司法實務可能排拒我國人適用國家賠償法之不確定性，故外交機關建議在雙方簽署正式互惠文件之前，不能遽認有相互之保證，是符合國際現實之考量」。

然而但在司法實務上常見嚴格要求當事人舉證證明其本國法時，臺灣臺北地方法院96年北國小字第2號民事判決則有令人驚豔的見解：略以：「七、按「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」，民事訴訟第277條定有明定。惟國家賠償案件，於外國人為被害人時，有該外國人本國之法令或慣例為法院或賠償義務機關所不知者，該外國人固有舉證責任，但法院或賠償義務機關亦得依職權調查。然依民事訴訟法第436-14條「有下列各款情形之一者，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判：一 經兩造同意者。二 調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當者。本院經審酌：（一）、本件就越南有無系爭之國家賠償互惠法令，被告於95年9月14日去函外交部請求協查，外交部歷經正式函文洽詢、駐外人員會晤越南主管官員面詢及「幾經函催」始於逾二月之95年11月23日答覆被告，與系爭爭點有關者僅有『越南未有「國家賠償法」，惟具有國家賠償相同功能之法律條文散見各法中』乙節，業有被告95年9月14日函及駐越南代表處95年11月23日電報在卷供參。窮兩國有司逾二月之追查，僅查到上述未能完全契合本案爭點之答案，足見調查系爭爭點所需時間之鉅。矧未可執此遽論越南法令無系爭之互惠條款，或將此舉證責任加諸於去國數年且

---

14. 臺灣臺北地方法院106年度國字第35號民事判決：「依我國駐土耳其代表處105年12月22日土耳字第10510703150號函固堪認土耳其國家賠償法（Kanun Disi Yakalanan veya Tutu klanan Kimselere Tazmi nat Verilmesi Hakkinda Kanun）第8條規定：「外國人士適用本法以土耳其籍人得在該國享受同等待遇為前提」，然鑑於臺土間並無外交關係，且迄今並無我國人在土耳其尋求國家賠償之前例，土國法令在處理我國籍人士之議題時可能有不確定之解釋方式，故雙方宜就國家賠償法互惠有正式文件確認（見本院卷第105至109頁），外交部105年12月28日外條法字第10500462980號函亦同斯旨（見本院卷第110頁）。復徵國家賠償法第8條之立法理由，雖不以有外交關係為必要，如某國有關國家賠償法之法令或慣例，排除對中華民國人民之適用，或根本不承認國家賠償責任之存在，即屬欠缺此項相互之保證，該國人在中華民國，即不得依本法規定，請求損害賠償。準此，既查無我國人民在土耳其請求國家賠償之實務慣例，且兩國並無外交關係，土耳其是否承認我國司法主權、土耳其之司法實務運作是否肯認我國人民亦與該國人民享受同等權利，實屬有疑。因土耳其司法實務可能排拒我國人適用國家賠償法之不確定性，故外交機關建議在雙方簽署正式互惠文件之前，不能遽認有相互之保證，是符合國際現實之考量。

15. 臺灣臺北地方法院96年國字第25號民事判決：「參酌系爭公約內容，充其量僅在宣示勞工或人民之權益，並未敍及或賦予中華民國人民得對菲律賓中央政府機關提起國家賠償訴訟之權能；暨菲國民法僅准許外國人因公共設施管理疏失致死傷時，對菲律賓地方政府訴請賠償，並未准許外國人因公務員不法執行職務，而訴請國家賠償或對中央政府機關訴請國家賠償之規定等情相互以觀。益徵原告並無國家賠償法之適用甚明。從而，原告主張按國賠法第2條第2項公務員不法執行職務規定，訴請勞委會、移民署、外交部、行政院負擔國家賠償責任云云，即屬無據，不足採取。」

無法律背景之原告身上。若衡酌本案原告之請求金額僅九萬餘元，與再繼續追查越南有無系爭之互惠法令所需勞費，實顯不相當。次查原告係我國國民謝祚渝之妻，周佩銀之母，在臺灣工作、納稅、享有健保、領有駕照、執有我國居留證，幾與國人無異等情，有我國駕照、健保證、居留證、戶籍謄本等在卷供參，若謂僅因其母國有無國家賠償互惠條款不明而置在我國工作生活數年之原告於國法保護之外，亦非情理之平。本院認不調查越南有無國家賠償互惠條款，原告有權依國家賠償法請求救濟。前揭判決即非以國家賠償法第15條為判斷依據。」

二、由判決所浮現的待解問題

檢視上述裁判後，應可認定國賠法第15條之構成要件係「以依條約或其本國法令或慣例」，我國人與該國人民有相同權利者，作為認定該國人民在我國是否符合互惠原則而有我國國賠法適用之判斷依據，而相互保證之形式則有外交、立法以及實質上之3種不同相互保證的類型[16]。惟實務上爭議關鍵之處在於，各國法系與國家責任法之體系各有不同，在我國困難國際處境下，幾無條約可為依據。若缺乏該國法令或慣例可資證明或難以證明我國與該國人民有相同權利之情形下，又罕見我國人在該國之賠償先例，是否存在互惠原則之判斷依據即難以認定。更有甚者，法院間或審查該國之賠償要件的寬嚴程度，例如純以民事法作為賠償依據或有單純之國家賠償法制，兩者即有不同。即便依該外國人之本國法肯認外國人得以請求權人，至於是否進一步審查此一請求權基礎的限制或排除事由，以作為得否適用互惠原則之判斷依據，法院見解似亦未見一致。其間復常見事實不明時，法院即依舉證責任法則，認定原告未能舉證證明而駁回其國賠請求（少數例外，臺北地方法院96年北國小字第2號民事判決）。至此，法院實務上所浮現的問題多半在於程序面向上，究竟此時證據法則之適用是否全然依循民事訴訟的法理，而未考量國家賠償訴訟本質上仍屬行政訴訟事件[17]，其證據法則自應與單純民事事件有別[18]。例如於事實不明時，其不利益之客觀舉證責任是否即屬歸屬外國人負擔

16. 葉百修，國家賠償法，自版，2017年9月，頁80。

17. 此應為我國學界之通說見解，例參見江嘉琪，國家賠償與行政訴訟，行政訴訟制度相關論文彙編，司法院印行，2007年12月，頁185。

18. 例如張文郁教授即指出，行政訴訟與民事訴訟在事實證據蒐集的原則與舉證責任分配的準則均有不同。民事訴訟原則上採當事人提出主義（辯論主義），而行政訴訟採職權調查主義；民事訴訟當事人須負主張責任和證據提出責（主觀舉證責任），而採職權調查主義之訴訟當事人僅負客觀舉證責任（事實不明之不利確定責任），參見張文郁，論國家賠償案件之審判權劃分，行政訴訟制度相關論文彙編，第6輯，司法院，2009年12月，頁15。

之[19]；法院可否因證據調查所需時間、費用與當事人之請求顯不相當，依民事訴訟法第436-14，「得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判」。

然而，依筆者之見，國賠法第15條的爭議毋寧在於實體面向：除了若干解釋論上的爭議，實務上尤為爭執之處在於國賠法第15條與公民與政治權利國際公約之規範衝突，以及此一對等互惠之立法是否有牴觸憲法之疑慮，特別是涉及不同國家間之外國人（依該本國法是否符合對等互惠之要求而有別），以及涉及到被害人若屬外國人與未涉及外國人而衍生是否成立國家賠償責任而有別，因而衍生是否公務員必須自我負責，由此衍生出兩組對照組的平等原則爭議（詳後述參、三部分）；就主體面向而言，針對若干與我國已有深刻連結之外國人，如外籍配偶或已獲永久居留之外國人，是否有必須給予與本國人相同之法律地位，亦受國賠法之保障；另國際多邊公約，如我國已將兩公約內國法化之兩公約施行法，是否可作為排除或限制對等互惠原則之依據，亦有待進一步討論。因此，以下則集中於實體面向，由此即先從國家賠償法之憲法基礎與我國學理的基本立場出發，進而再以德國法制的比較對照為借鏡，最後再回到國賠法第15條之合憲性再予檢視。

參、國家責任體系中的外國人地位

一、憲法基礎與我國學理基本立場

（一）關注有限的憲法第24條與國家賠償法第15條

憲法第24條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」釋字第487號解釋進而闡示，立法機關據此有制定有關國家賠償法律之義務，而此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則。」已揭示憲法第24條之規定為憲法委託（Verfassungsauftrag）或形成保留（Ausgestaltungsvorbehalt）[20]，立法者負有相關國家賠償法律之義務，且其賠償要件亦應符合比例原則之要求。

然而憲法委託下之國賠法第15條對於外國人之適用，採取相互保證之立法例，就此是否牴觸憲法第24條之要求，不無疑慮。惟檢視我國文獻，國賠法第15條之合憲性則少為學者所關注，僅指引互惠原則（Gegenseitigkeitsverbürgung）作為規範外國人

[19] 如葉百修，前揭註16，頁88：「此一有無相互保證之事實，以由為請求賠償之原告負舉證責任」。並未有對此進一步討論。而董保城、湛中樂，國家責任法，二版，2008年9月，頁133則指出，相互保證之平等互惠原則，外國人如欲依國家賠償法第15條請求國家賠償，對於其本國法令或慣例，負舉證責任，惟法院亦得依職權調查之。」

[20] 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，增訂三版，自版，2015年9月，頁89。

請求國家賠償之立法模式，並未深入探究[21]。討論較多者，當屬葉百修大法官：氏提及，相互保證主義係表現於憲法前言以及憲法第141條外交之基本原則，且「從現今國際情勢言之，苟對我國人之受害，不能以該外國為相對人請求賠償者，我國似無對該外國之人民在我國為被害人時，給予賠償之必要；矧我國憲法第24條規定所稱之人民，是否應限制解釋以中華民國人民為限，學者間見解雖有出入，然大體言之，基於主權完整，及國家安全理由，宜認為以我國人較為妥適。因而吾人以為國家賠償法第15條之規定並不違憲[22]。」

惟此一論據細究之下，或有可資斟酌之處：（一）憲法第141條[23]雖揭示我國外交之基本方向與目的，惟其屬基本國策之條文規範，該條效力多認為屬「方針條款」之性質[24]，且如何從外交之基本方針導出國家賠償法適用於外國人時，必須採取相互保證之立法[25]，其論證不無遺漏。（二）國賠法第15條之立法理由雖有提及憲法第141條[26]，但同樣缺乏說理：國賠法之性質為國家侵權責任，與外交事項顯然有別，如何「自宜從同」。（三）從「主權完整或國家安全」等理由，實難理解何以必須排除欠缺相互保證（或難以證明）之外國人的國家賠償請求權。（四）縱使其他法規範亦有以相互保證為立法模式，但仍必須逐一檢視，不同的立法制度，其立法目的各自有別，無法以此論證國賠

---

21. 如陳敏，行政法總論，9版，2016年9月，頁1176；林錫堯，行政法要義，4版，2016年8月，頁667；董保城、湛中樂，前揭註19，頁133；吳信華，憲法釋論，修訂三版，三民，2018年9月，頁504；李惠宗，憲法要義，七版，元照，2015年9月，頁437。而李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代，第25卷第1期，1999年7月，頁108則指出，「在國際關係的實務中，經由國與國之協定，對外國人之待遇可分為：1. 互惠待遇或對等待遇（Gegenseitigkeit），此乃根據平等互惠原則規定外國人之權利與義務，外國如何對待本國人民，本國亦如何對待該國家之人民，亦稱為「相互保證原則」，並以國家賠償法第15條為例。」似未特別提及其合憲性。

22. 葉百修，前揭註16，頁83。並舉我國現行法規亦有不少採用相互保證之規定；日本法制上亦認為合憲為由，作為補充之理據。

23. 其規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」

24. 陳新民，憲法學釋論，修訂八版，2015年5月，頁1015。

25. 然而李惠宗，前揭註21，頁731卻提及「所謂平等，即我國與他國立於平等的地位，所謂互惠，即我國與他國交涉，簽訂條約，應雙方互受利益，不得有所偏倚，不損及任何一方的權益。此在國家賠償法第15條有具體化之規定。」（粗體為本文所加）。此一立場顯然將外國人於我國能否請求國家賠償，視同於外交事務之對等。

26. 按國家賠償法第15條（民國69年07月02日）立法理由：「一、本條規定國家對外國人之賠償責任，採相互保證主義。二、按現代文明國家，關於國家賠償責任，對外國人多採相互保證之互惠主義（參考日本國家賠償法第六條，韓國國家賠償法第七條），我國憲法第一百四十一條所定關於外交方面之基本國策，亦揭櫫「平等互惠之原則」，本法自宜從同。三、本條對於外國人，雖規定以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，始有其適用，惟並不以有外交關係為必要。如某國有關國家賠償法之法令或慣例，排除對中華民國人民之適用，或根本不承認國家賠償責任之存在，即屬欠缺此項相互之保證，該國人在中華民國，即不得依本法規定，請求損害賠償。」

法之相互保證立法模式的正當性[27]。（五）再者，相互保證之國賠法立法模式無可迴避憲法上關於平等原則之檢視。國內討論顯然未以平等原則審視國賠法第15條之合憲性。（六）請求主體上，憲法第24條文義上並未加以限制，何以限定於相互保證之外國人始有適用國賠法，不無疑問。事實上，法務部函釋亦指出，國賠法第15條所規範之外國人係指「被害人」，如非被害人而係依其他法律有關損害賠償之規定得行使請求權之人，自不在國家賠償法適用之範圍[28]。亦即依國賠法第15條所排除之外國人限於「直接被害人」，其他為被害人支出殯葬費之人，以及被害人對之負有法定扶養義務之人，或是被害人之父、母、子、女及配偶，得請求慰撫金者，並不排除其中有屬外國人，可得為請求權人而請求國家賠償。（七）此外，若屬無國籍之人則無從探求其本國法，而學理上則傾向於「從保護被害人及衡平立場，似有給予與本國人相同救濟之必要，矧依國際私法上住所地或居所地法理，似應認有國家賠償法之適用」[29]。如是，則何以排除欠缺相互保證之外國人，則有待進一步論證。

基此，國家賠償制度既屬國家責任法制之一環，尤其是因公務員違法有責行為或公共設施所生責任，其性質即屬國家代位或自己之侵權責任，如何能以此侵權行為責任之排除事由，達到「促使他國承認我國國民享有國家賠償請求權」之外交目的。如是，則豈非是因該外國人之本國立法、行政或司法等疏漏，強使遭受我國公權力侵害之外國人接受無從向我國求償之損害[30]。因此，國賠法第15條之對等互惠原則立法，限制外國人作為請求權主體，是否合憲，仍有待進一步認定。

（二）我國其他以對等互惠原則之立法例

國際法上對於外國人在本國之待遇，有所謂（一）「互惠待遇」或「對等待遇」，亦即視我國國民於他國所受之法律待遇如何，據以決定他國國民於我國所受之法律待遇；（二）國民待遇，係指一國給予外國人的權利，與本國人民之某些權利相同，適用

---

27. 例如政府資訊公開法第9條亦採相互保證，立法目的在於「促使他國承認我國國民在該國可以享有政府資訊公開請求權（外交目的）」，但學理上多有正確批評，認為此一目的與政府資訊公請法第1條立法目的（資訊流通、透明、監督）並無關聯，從而非為正確之立法。參見湯德宗，政府資訊公開法比較評析，臺大法學論叢，第35卷第6期，2006年11月，頁61以下；謝碩駿，政府資訊公開法中的政府資訊被動公開，臺灣法學雜誌，第129期，2009年6月，頁4以下。而民事訴訟法第108條關於外國人請求訴訟救助，亦採相互保證之立法。惟此涉及訴訟救助，與國家責任亦屬有別。土地法第18條則為外國人取得或設定土地權利一事，就此係屬有限資源，亦與國家責任有別。

28. 法務部82年12月24日法82律字第27190號函參照：「本件被害人為我國國民，業已死亡，依民法規定應由支出殯葬費之人、法定扶養權利人或其父母、配偶、子女等為請求權人，提出損害賠償之請求（國家賠償法第五條、民法第一百九十二條、第一百九十四條規定參照），請求賠償之人縱無我國國籍，其為請求權人之資格應無不合，惟應無國家賠償法第十五條規定之適用。

29. 葉百修，前揭註16，頁81。

30. 類似見解，參見許義寶，入出國法制與人權保障，3版，2019年1月，頁359以下。

於本國人民的法律，亦同樣適用於外國人；（三）最惠國待遇，指一國給予某外國人之權利，不少於任何第三國公民在該國所享有的權利，此常見於國際貿易之經濟上權利；（四）差別待遇，指國家給予外國人不同於本國公民之待遇，或給予不同國籍之外國人不同待遇[31]。惟該外國人停留於地主國內是否應受到何種待遇，習慣國際法並無任何強制規範，一概委由地主國基於主權自行管轄[32]。至於，外國人之地位問題係指外國人依內國法律所得享有之權利及應負擔之義務，則享有外交或領事特權及豁免之外國人，因不完全受內國法律之規範，自不宜納入此處關於一般外國人之討論範圍[33]。

若以此檢視我國關於對等互惠之立法，主要則集中於「外國人權利取得與外國裁判的承認與執行」之法規範[34]，我國立法中，通常涉及請求國家給付或經濟性權利時，多有於法律上明確表現此一對等互惠之前提：如國家賠償法第15條、刑事補償法第36條、民事訴訟法第402條第1項第4款（判決承認）、第108條（訴訟救助）、商標法第4條、營業秘密法第15條、著作權法第4條及土地法第18條等。此外，基於憲法第141條亦規定外交應本「平等互惠」，因此實務上對於立法者所採取類此規定，多半係肯認此係立法形成空間，例如早期最高行政法院92年判字1399號判決，即為適例。

惟此一對等互惠立法並非任何憲法基本原則所要求，充其量僅屬立法者斟酌國家經濟條件、國際交流或跨國司法互助等面向而為之規範。但若以本文所關切之國家責任的立法，性質類似的民事侵權責任亦無此一對等互惠可言，足證此一立法並非制度之必然。否則將使得欠缺對等互惠之外國人，置於受有侵害卻無庸賠償之狀態下。因此，近來裁判實務上不無受到兩公約的影響，而逐漸挑戰此一對等互惠的要件。

（三）兩公約的影響

1. 兩公約的基本定位

為實施聯合國1966年公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約，健全我國人權保障體系，我國於民國98年4月22日公布「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」[35]。依兩公約施行法第2條規定，「兩公約所揭示保

---

31. 詳可參見李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代，第25卷第1期，1999年7月，頁108以下；姜皇池，論外國人之憲法權利 – 從國際法觀點檢視，憲政時代，第25卷第1期，1999年7月，頁133以下；劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂六版，2018年8月，頁138以下。

32. 姜皇池，前揭文，頁138。

33. 劉鐵錚、陳榮傳，前揭註31，頁148。

34. 財團法人理律文教基金會，2012超國界法律研討會《外人權利取得與外國裁判的承認與執行》，議題一：從超國界法律思維出發論互惠原則，引言人陳榮傳、何佳芳教授。會議資料連結如下：http://www.leeandli.org.tw/national_001.html（最後瀏覽日：2020/5/24）。

35. 以下基於行文方便，以下兩人權公約簡稱兩公約、公民與政治權利國際公約簡稱公政公約，經濟社會文化權利國際公約簡稱為經社文公約，而公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法則 簡稱為兩公約施行法或施行法。

障人權之規定，具有國內法律之效力。」由此即衍生出兩公約在國內法體系之位階如何認定[36]，法適用機關如何適用的問題。

對此問題學理上容有不同見解[37]，惟考量到我國於1967年未能完成批准及生效手續，故以制定施行法的方式，使兩公約轉換為國內法，故其效力實與法律無異[38]；且國際法上的權利內涵容或與憲法上基本權利之性質有所差異，不宜逕自相提並論[39]。故筆者贊同吳庚、陳淳文兩位教授之見解，「***除非大法官解釋將公約某些規定提高到憲法層次外，兩公約基本上僅具有法律之效力，如果產生與其他法律效力競合時，適用後法優於前法，特別法優於普通法的原則解決***。」[40]此一立場基本上亦考量到，國內學界與行政法院實務越發偏愛於國際人權公約的鑽研，而忽略內國憲法的探討，而有「重國際公約而輕本土憲法（解釋）」的情形[41]。質言之，並不是兩公約，而是憲法始為審查法規範是否合憲之依據。

對於國賠法第15條之司法裁判，當事人間或有引有公政公約第2條第3項第1款作為限縮或排除國賠法第15條之依據[42]，惟經檢視法院裁判見解，似仍受限於系爭個案而認為「然參諸上開公約所揭示保護天賦人格尊嚴公民與政治權利之精神與該公約第參編明定之各項權利，則上開公約所確認之權利是否包含上訴人主張受有財產權及營業權之損失，實不無疑義，是上訴人援引公民與政治權利國際公約第2條第3項第1款，作為我國與蓋曼群島有互惠原則適用之依據，難認可採」（臺灣高等法院105年上國字第24

---

36. 關於「國內法」的概念，行政實務上卻有著錯誤的觀念：在衛福部嚴重特殊傳染性肺炎專區中，有著下列問答：「Q9：沒有領有臺灣身分證的外籍配偶是否可以申請急難救助？A：一、不可以。二、社會救助法是國內法，急難救助申請對象須領有中華民國國民身分證，若為外籍人士無法受理。」但此一「社會救助法是國內法」的法律理由有著嚴重的誤認：蓋國內法係指國內立法機關所制定，並以一國主權效力所及之範圍作為適用範圍的法律，相對的概念是國際法。從「國內法」無論如何也導不出「排除外國人」的結論，例如出入國及移民法也是國內法，其規範對象當然是主權範圍內的外國人為主。關於社會救助制度是否及於保障外國人，跟「社會救助法是國內法」的命題一點關係也沒有，但從我國社會救助法的立法史料就曾以「社會救助法是內國法」，從而不適用在「尚未設有戶籍的外籍配偶及大陸地區配偶」的驚人結論。

37. 如學者徐揮彥認為，兩公約在我國國內法體系應具「優先適用性」，並期待於修憲納入於憲法規定前，可透過大法官解釋將公約權利視為憲法第22條之權利。參見徐揮彥，「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利國際公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究，臺大法學論叢，第43卷特刊期，2014，頁883。

38. 參吳庚、陳淳文，前揭註20，頁308。

39. 吳信華，前揭註21，頁172。

40. 參吳庚、陳淳文，前揭註20，頁308。同此，亦可參見李建良，論國際條約的國內法效力與法位階定序—國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題，憲法解釋之理論與實務第八輯，2014年7月，頁222、240以下。

41. 相同批評：劉定基，國際人權公約內國法化對司法實務的影響－以行政法院裁判為觀察中心，法令月刊，第67卷第10期，2016年10月，頁97。

42. 規定：「三、本公約締約國承允：（一）確保任何人所享本公約確認之權利或自由如遭受侵害，均獲有效之救濟，公務員執行職務所犯之侵權行為，亦不例外；」

號民事判決）；或是以「因我國已非聯合國代表，我國是否為公政公約之締約國，且為其他締約國所承認，仍存爭議（臺灣高等法院104 年度上國字第24號判決意旨參照）。從而，我國是否公政公約締約國且為土耳其所承認，非無爭議，自難遽認兩國同受公政公約之拘束而有互惠之保證。因此，承前述外交機關之意見，仍應認在兩國簽署正式文件前，不能期待兩國有互惠之保證，原告援引公政公約及一般性意見書，作為兩國互惠之依據，難認可採。」（臺灣臺北地方法院106年國字第35號民事判決）為由，拒絕承認公政公約之規定，可作為排除國賠法第15條之依據。

2. 公政公約第9條第5項作為國賠法第15條之限縮條款

對此，相較於公民與政治權利國際公約第2條第3項第1款較為概括之權利內涵，公政公約第9條第5項「任何人受非法逮捕或拘禁者，有賠償請求權」之規定[43]，則屬較為明確之依據，有必要進一步探討。此公約條文內涵和國賠法第15條所定之對等互惠原則，經比較其構成要件後，兩者應已構成規範衝突[44]。公約第9條第5項既已述明其構成要件為「受非法逮捕或拘禁」，顯係以國家公權力為規範對象，而非以該執行公務之公務員為請求對象，也因為限於「受非法逮捕或拘禁」，較國家賠償法之公務員違法行使公權力之要件為狹。因此，公政公約第9條針對非法逮捕拘禁的事件類型，亦即涉及限制外國人之人身自由案例中，應屬與國賠法第15條之對等互惠原則具有規範衝突之情形[45]。若是，兩者都是內國法律（公政公約之法源依據為兩公約施行法），如何解決？依筆者之見，若借用德國法上關於兩公約之定性，其性質上應該屬於國際法層級，如同歐洲人權公約（EMRK）作為國際法，經德國內國法秩序轉換下僅屬聯邦法律位階（參見德國基本法第25條）。內國基本權規定與人權公約原則上平行適用的（nebeneinander zur Anwendung）。而聯邦法律與歐洲人權公約也沒有固定之新、舊法或特別/普通法的關係[46]，充其量如Hesse-源自Smend-所發展出的「實踐

---

43. 其英文原文為：,,Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation. "；德文原文為：,,Jeder, der unrechtmäßig festgenommen oder in Haft gehalten worden ist, hat einen Anspruch auf Entschädigung. "；而聯合國官網，中文版則譯為：「任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償。」本文參酌英文及德文版本，對於中文譯文，略作修正。

44. 法學方法上稱「A法條對B法條而言，具有特別法的地位」，係指A和B這兩個法條針對「同一事項」都作了規範，而在規範的要件上，A法條的構成要件要素可以把B法條的構成要件要素完全涵蓋，並且比B法條還要再多出至少一個構成要件要素，而使得A法條的適用範圍被包在B法條的適用範圍內（因為多了至少一個構成要件要素，所以適用範圍變小），此時A法條對於B法條而言，就具有特別法的地位。Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., 2006, S. 38 f.

45. 嚴格來說，係指欠缺該外國人之本國法的相互保證之涉及外國人的情形。

46. 此處與前述兩公約與其他內國法律之適用，係採取「新法優於舊法」或「特別法優先於普通法」之法規範效力的解釋（選法）問題並不衝突，本文僅在強調，兩公約既未必然屬新法，亦未必屬特別。從而必須回到一般法律解釋方法，判定個案中同一位階之法規範適用的優先順序。

和諧原則」（praktische Konkordanz）一般，不得輕易偏廢任何一項規範要求[47]；或是德國聯邦憲法法院所強調，基於「國際法友善性」（Völkerrechtsfreundlichkeit），必須基於「方法上可支持之法律解釋框架」（Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung）[48]，顧及歐洲人權公約之內涵一般，於我國法律適用上，留意兩公約之內涵。質言之，依一般法律解釋規則（Auslegungsregel）操作即可，亦即特別法優於普通法（lex specialis derogat legi generali）、新法優於舊法（lex posterior derogat legi priori），蓋兩公約與國家賠償法間，並無下位階規範不得抵觸上位階規範（lex superior derogat legi inferiori）之衝突規則的適用。然而，依據公政公約此一條文所限縮之國家賠償法對等互惠原則之適用，僅得依該條之構成要件，限於「受非法逮捕或拘禁者」，至於就侵害財產權或其他權利部分，恐怕就無法透過公政公約排除。至於社文公約中關於歧視禁止的要求，德國學者Christian walter也指出，如已合法居留於該國者，卻依國籍所為之差別對待，是被認為是有疑義的[49]。

至此，應可釐清關於我國憲法學理、立法例以及兩公約影響下的國家賠償法第15條的釋義學內涵；惟若參酌德國國家責任法關於就外國人國家賠償責任之限制事由，應可收借鏡之效。

二、以德國國家責任法制為借鏡

德國法上國家責任制度係作為法治國與基本權利所要求，憲法基礎在於：（一）基本法第20條第3項所有國家機關受憲法與法律之拘束、（二）基本法第19條第4項對抗違法之國家行為所生之權利保護，以及（三）基本法第34條，填補因違法國家行為所生損害而來。因而衍生出排除請求權（Beseitigungsanspruch）、結果除去請求權（Folgenbeseitigungsanspruch），以及損害賠償與損失補償請求權（Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch）三層次的請求權基礎[50]。其中德國現行的公務員職務責任法（Amtshaftungsrecht）是以德國民法第839條（條文內容約略相當於我國民法第186條）結合德國基本法第34條作為一體法律基礎的國家賠償責任制度[51]。依此，國

---

[47] Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rn. 71.

[48] Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2009, S. 18 ff.； Reinhold Zippelius/ Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, § 54 Rn. 12.

[49] Christian Walter, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72（2013）, S. 22.

[50] Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 25 Rn. 9.

[51] 德國基本法第34條規定：「任何受委託行使公務職務者，違背對第三人應執行之職務時，原則上由其所屬之國家或公共團體代為負責。」德國民法第839條第1項規定：「公務員因故意或過失，違背對第三人所負之職務上義務時，應賠償其對第三人所造成之損害。」在德國的國家責任法制中，職務責任的請求權基礎為德國基本法第34條連結德國民法第839條第1項的規定。

家賠償責任的成立，先依德國民法839條成立公務員個人之侵權行為責任，再由國家或其他公權力主體代位該已成立之公務員個人責任，而直接對被害人民負賠償之責[52]。然而此一國家代位承擔責任係原則，在某些情況下亦有例外，在這些例外之法定排除事由下，即由公務員依德國民法839條承擔個人責任。惟隨著時代發展，這些例外規則幾乎已不具作用，其中針對外國人之賠償責任限制，即屬適例：

（一）1993年之前的職務責任法

在1993年以前，依「帝國為其公務員承擔賠償責任法」（Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten, RBHG a.F., 以下簡稱為帝國責任法）第7條，只有在「相互保證」（,,die Gegenseitigkeit verbürgt“），亦即德國國民在該外國人本國享有同等損害賠償請求權的情況下，才存在對該外國人的賠償責任。亦即，與我國國賠法第15條相同之立法例，採取對等互惠之外國人限制要件。

（二）1993年後的職務責任法

在諸多法律爭議與文獻上（從法政策與憲法面向的）質疑後[53]，於1993年7月28日通過新法修正之第7條第1項第1句[54]，依其規定，只要該外國人在德國有住所並且為持續之居留，其於國家責任法上的地位即與德國人相同；聯邦政府僅得「為建立對等性」（zur Herstellung der Gegenseitigkeit），依據互惠原則制定法規命令，針對未於德國設定住所或持續居留之外國人，排除德國之國賠責任，惟目前尚無此一行政立法的規定[55]。至此，其原則與例外關係即有所顛倒，1993年後，原則上每一個國家及其國民即具有由德國聯邦公務員所為之職務責任侵害行為（依基本法第34條第1句）所生之請求權[56]。因此，在聯邦層級，目前並無對於外國人之責任限制，從職務責任法的觀點而言，外國人已與內國人之地位相同，充其量只是聯邦政府保有對於未設定住所或持續居留之外國人，得引進互惠原則之立法可能性；在各邦層級，先前對於外國人所為賠償責

---

[52] Maurer, a.a.O.（Fn. 50）, § 26 Rn. 1, 7 ff.

[53] Vgl. Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 99 f.； Maurer, a.a.O.（Fn. 50）, § 26 Rn. 38.

[54] § 7 I S. 1 RBHG：,,（1） Die Bundesregierung kann zur Herstellung der Gegenseitigkeit durch Rechtsverordnung bestimmen, daß einem ausländischen Staat und seinen Angehörigen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, Ansprüche aus diesem Gesetz nicht zustehen, wenn der Bundesrepublik Deutschland oder Deutschen nach dem ausländischen Recht bei vergleichbaren Schädigungen kein gleichwertiger Schadensausgleich von dem ausländischen Staat geleistet wird.“

[55] Christoph Stein/Peter Itzel/Karin Schwall, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, 2. Auflage, 2012, Rn. 228.

[56] Papier, in： Maunz-Dürig（Hrsg.）, Komm. z. GG, Januar 2009, Lfg. 54, Art. 34 Rn. 283.

任限制之邦法，也被廢除或是採取如同帝國責任法相同之立法模式[57]。同時，依帝國責任法第7條第2項規定[58]，對於歐盟成員國及其人民之報復性規定，則是一般性地被排除，蓋此係有牴觸歐盟條約中歧視禁止之規定[59]。從其立法史觀之，帝國責任法第7條第1項係逐字地繼受1981年（已失效之）國家責任法第35條第1項之立法，當時即已認定，在益發緊密的國際生活關係之連結以及在德國為數眾多的外籍移工之下，對於同受國家高權不法侵害之德國人與外國人所採的差別待遇，法政策上已無法再維持[60]。

依通說見解，對此國家承擔賠償責任之限制或排除要件，必須符合下列要求，始為合憲：（一）必須有實質理由並且合於比例原則；（二）必須以形式意義法律為之，因此並不容許以地方自治章程為減輕或排除國家責任事由[61]。

三、重新檢視國家賠償法制中的對等互惠原則

（一）以國籍作為差別待遇特徵之審查標準

Josef Isensee曾經很精準地指出，外國人憲法問題的複雜性可回溯到一項基本問題：平等之憲法問題。亦即在憲法上多大程度地要求、容許或排除外國人與德國人的平等地位[62]。1993年前帝國責任法所為責任即排除引起實務上的諸多爭議，但聯邦最高法院及聯邦憲法法院裁判則一致地認定與憲法（無論是基本法第34條第1項或是第3條第1項平等原則）並無違反[63]。其論據在於，國際法上之對等原則（völkerrechtliches

---

[57] Maurer, a.a.O.（Fn. 50）, § 26 Rn. 37.；Bernd Grzeszick, Staatshaftungsrecht, in：Erichsen/Ehlers（Hrsg.）, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl.,2010, § 44 Rn. 14.；Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl., 2015, § 26 Rn. 1149.

[58] § 7 RHBG：,,（2）Absatz 1 gilt nicht für Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften und ihre Angehörigen und für die sonstigen Fälle, in denen kraft des Rechts der Europäischen Gemeinschaften eine Gleichbehandlung mit Deutschen erfolgen muß.“

[59] Papier, a.a.O.（Fn. 56）, Art. 34 Rn. 283, 288.更有甚者，在民事領域，德國亦透過一般平等待遇法，禁止因「種族」或「血統來源」之禁止，種族歧視包括與人種有關之膚色、眼形、髮性等相關生理特徵以及語言、文化等族群辨識因素所產生的差別待遇。此一歧視表徵欲防止的是對於某一種族以及該種族特性之先入為主的預斷。但由於國籍並非一般平等待遇法明列的歧視表徵，故單純依國籍所為之差別待遇，未必當然屬於因「種族」或「血統」之歧視。Vgl. Göbel-Zimmermann/Marquardt, Diskriminierung aus Gründen der ,,Rasse“ und wegen der ethnischen Herkunft im Spiegel der Rechtsprechung zum AGG, ZAR 2012, 369-380（375 f.）

[60] Papier, a.a.O.（Fn. 56）, Art. 34 Rn. 283.

[61] Maurer, a.a.O.（Fn. 50）, § 26 Rn. 39.氏並指出，例如某地方團體以自治章程規定，並不承擔所屬公務員之輕過失所為之職務上侵權行為，該章程即屬違法。

[62] J. Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32（1973）, S. 49（54 f.）

[63] Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 17.01.1991, Az.：2 BvR 595/87：,, Amtlicher Leitsatz：,,Es verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, die Entschädigung nach Amtshaftungsgrundsätzen bei Ausländern davon abhängig zu machen, daß im Verhältnis zu ihrem Heimatstaat die Gegenseitigkeit verbürgt ist.“較為詳細的理由： https：//www.mpil.de/de/pub/publikationen/archiv/rechtsprechung-voelkerrecht/r00.cfm?fuseaction_rspr=act&act=r8693_117

Gegenseitigkeitsprinzip），認為藉此可促使其他國家保障德國人於該國相應之權利[64]。惟此等裁判見解卻也引起學理上諸多質疑見解，其中之一即為平等原則之疑慮：

進一步分析，國賠法第15條所涉及之差別待遇係以「國籍」作為分類標準，進而可分為兩類不同的適用對照組：一是國賠請求權主體為本國人和外國人即有不同，前者直接審查是否構成國賠法第2條及第3項之要件，若為外國人，則需進一步審查是否有對等互惠之本國法而有別；另一組則是有對等互惠與無對等互惠的外國人間；前者係以國籍作為差別待遇的分類標準，後者則是以其本國法有無對等互惠之立法作為分類標準。因此，以下即就國籍作為差別待遇特徵之審查標準略作檢視[65]，接著再進入國家責任體系的討論。

關於以國籍作為區別標準一點，特別是其平等原則之審查乃至於憲法要求寬嚴程度，在我國法似少有直接論及[66]。有別於針對歐盟公民（Unionsbürger）必須依歐盟法而禁止以國籍作為差別待遇之標準，德國基本法原則上並不禁止以國籍作為差別處理之分類標準。德國憲法學理上向來區分一般平等權與特殊平等權，正當化其差別待遇的憲法要求則明顯有別，其中特殊平等權大抵可分為兩類：其差別處理係依循特殊可議的標準（如基本法第3條第2項及第3項、第6條第5項所示特徵）以及其差別處理涉及維繫民主體制之政治性權利者[67]。若循此一處理脈絡，以國籍作為差別處理之分類標準一點，由德國聯邦憲法法院裁判以觀，其並不屬於基本法第3條第3項第1句所列嚴格禁止的類型，而是依第3條第1項之一般平等權予以審查[68]。但由於憲法法院就平等權審

---

64. Vgl. Papier, a.a.O.（Fn. 56）, Art. 34 Rn. 285 Fn. 10. und Ossenbühl/Cornils, a.a.O.（Fn. 53）, S. 100 Fn. 612. 附有裁判字號。進一步實務見解的檢討，參見Pietzcker, Rechtsprechungsbericht zur Staatshaftung, AöR 2007, S. 469 f.

65. 我國憲法第七條所規定「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」之規範對象，許宗力大法官即主張依其明確之文義，並無解釋為包括外國人之可能；並質疑學理上有主張可解為「中華民國境內之人民」係無視於文字之侷限，而超越其可能文義範圍，故而否認外國人得主張平等權。就此爭議，參見許宗力，基本權主體，月旦法學教室第4期，頁80以下；李念祖，論我國憲法上外國人基本權之平等保障適格，憲政時代第27卷第1期，頁89。惟此一條文解釋上，「中華民國人民」是否必然須解為「中華民國國民」，似不無疑問。而吳信華，前揭註21，頁286處則指出，「平等權既在保障相同事項之公平對待，則依事物之本質應無特別區分國籍之理而將外國人排除在外；同時若將平等權擴張為共通事項均適用之『平等原則』，則當係以『事件』受差別待遇與否為判斷，而不再以主體為主，從而任何人均可享有平等權。」

66. 釋字第696號解釋：「法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定。」可謂一般性地論述平等原則之操作模式。

67. 參見陳愛娥，對憲法平等權規定的檢討－由檢視司法院大法官相關解釋出發，憲法解釋之理論與實務，第五輯，2007年3月，頁228；Pieroth/Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, 28. Aufl., 2012, Rn. 480 ff., 496 ff.；

68. Staat vieler Robert Uerpmann-Wittzack, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in： Merten/Papier（Hrsg.）, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. V, 2013, § 128, Rn. 58； Tomasz Milej, Verfassungsmäßigkeit der Unterscheidung nach dem Merkmal der Staatsangehörigkeit im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit, NVwZ 2013, 687-692.

查已開展出所謂「新公式」（neue Formel）[69]，在此影響下，**國籍被界定為當事人無法或甚難以更改的特質**，與基本法第3條第3項所列要素均屬於難以藉由個人影響之要素。因此以國籍要素作為區別標準被認為應嚴格審查，應「接近」（nahekommen）第3條第3項所列從嚴審查之憲法要求[70]。此可觀諸憲法法院在2004年關於兒童津貼（Kindergeld）一案中首次認定基於國籍所為差別待遇，依基本法第3條第1項（並考量基本法第6條第1項家庭保障與第20條第1項社會國原則之基本價值決定，重點在第6條保護面向，因此於適當性階段即否定之）必須有「較嚴格的要求」[71]；其後於2012年關於巴伐利亞邦教育費（Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz）一案中，更進一步引述學者見解而認定於特定情況下，以國籍作為標準「近似」基本法第3條第3項第1句應嚴格禁止所列要素：**以國籍作為因區分標準係以「與人相關之特徵」作為分類基礎，因此採取較為嚴格的比例原則審查**[72]。因此，以國籍作為分類要素，係界於兩端要求間的緊張關係；學者並有論及，若同時涉及自由權時，則審查標準趨於嚴格[73]；前後一貫地，若涉及德國人基本權時，則較不採嚴格標準[74]。是故，若適用新公式檢視國賠法第15條之合憲性，則必須進一步審查立法目的（對等互惠）以及手段所造成之影響（立法體系正義、公務員自己責任），以下則再進一步說明：

（二）對等互惠原則之再檢視

如前所述，學理上不無以我國憲法第141條即認定我國對於涉外事務可一般性地採取對等互惠原則作為其憲法依據。惟從憲法釋義學的角度觀之，其實可以在任何一項憲法基本權利中尋找到外國人關聯：例如外國人可否參與政治性集會或是欠缺本國語言能力時，在訴訟程序中提供通譯或其他訴訟上照料措施[75]。若持憲法第141條所稱「平等

---

[69] Näher M. Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sognannte neue Formel, JuS 1997, S. 124-130.； H. D. Jarass, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3I GG, NJW 1997, 2545-2550.； S. Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, S. 541-549.； M. Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, S. 945-949.

[70] 就此可參見 Robert Uerpmann-Wittzack, a.a.O.（Fn. 68）, § 128, Rn. 58； Markus Heintzen, Ausländer als Grundrechtsträger, in： Merten/Papier（Hrsg.）, HGR, Bd. II, 2006, § 50 Rn. 61.； Tomasz Milej, ebenda.； 筆者先前博士論文亦對此有略作整理：Chang, Chih-Wei, a.a.O.（Fn. ）, S. 80 ff. 惟此一問題涉及甚廣，容待日後另文再予完整開展。

[71] BVerfGE 111, 161（169）.

[72] BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 07. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, Rn.（1-62）= BVerfGE 130, 240, insb. S. 247 f.； Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in： Isensee/Kirchhof（Hrsg.）, HStR, 3. Aufl., 2011, § 198, Rn. 86.； Osterloh, in： Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 297.，參見BVerfGE 130, 240（255）- Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

[73] Osterloh, in： Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 257.（涉及自由權或權利救濟平等）

[74] Milej, a.a.O.（Fn. 68）, 691.

[75] Chang, Chih-Wei, Migration und Integration, Diss., München, 2016, S. 81.

互惠之原則」為由，即謂國賠法第15條為合憲，那其他基本權利涉及外國人關聯者，均可以此為由，命該外國人欲主張各項基本權利時，必須先證明其本國法亦保證我國國民。若如此解釋，豈是善待外國人之道，其中不合理之處，顯而易見，且非正常對外關係下的憲法解釋。再者，我國憲法所保障之基本權利，如受所涉外國人之本國法的人權標準影響，而形同因該國立法政策左右有無請求權，其不當之處，甚為明顯。蓋外國政府或立法有無落實國家責任之立法，與我國國家責任法制並無必然關聯。

於此，德國學者Isensee對於對等互惠原則有著較為完整的開展：氏首先指出，一般平等原則並未全然地禁止對等互惠，蓋對等保留係用於促使改善內國國民在外國之法律地位，本身並不可直接即認定為違反事物本質之手段目的連結。充其量，對等保留僅屬較不具實效的施壓手段。此外，對等保留亦不必然牴觸人性尊嚴，而是必須藉由比例原則審查其合憲性；因此，憲法已為報復原則（Reziprozitäts-Prinzip）適用可能性的界限：立法者不得將已依憲法無條件保障之權利取決於對等原則的條件下，例如憲法上之司法保障請求權（如將訴訟救助設定對等保留之限制）。國家責任法亦為此處之適例，蓋國家責任係法治國原則之一環，並不依國籍而有別。若排除國家代位責任，則必須由該公務員負起自己責任。如此一來，不但造成同為違反職務義務之公務員間（依侵害對象是否為外國人而有），卻有著違反平等的不同負擔，同時對於該被害人亦常無法提供有效的填補損害[76]。類此見解，如德國學者J. Grundel在外國人基本權地位的脈絡中提及，在關於外國人財產利益事項，由立法者所為之對等保留是否牴觸平等原則，例如外國籍之犯罪被害人所主張之犧牲補償請求權、或是外國藝術家所主張其作品之著作權法上的保障，可否取決於對等保留一事，聯邦憲法法院早期見解係認定為促使該外國人之母國能夠改善本國人之保障程度，故此處之對等保留與平等原則相符[77]。然此一論點係完全無法接受，蓋此時該外國人被當作係工具之用，並且苛求其接受該不利益，但如何能夠影響到其本國之法政策，實不得而知。且縱使該本國若事後屈從於此間接壓力，但該外國人已無法獲致救濟；更遑論，在國際框架下尚有更多壓迫手段可以利用。在歐盟法及歐洲人權公約影響下，對等保留已於實務上逐漸失其重要性，蓋從歐盟法觀點下，禁止各成員國基於國籍所生之歧視；在歐盟法院裁判中，並不接受「透過歧視以刺激他成員國改善其保障」之論點。故而，在德國立法實務上，更將此一歐盟法的影響擴及第

[76] Isensee, a.a.O.（Fn. 62）, S. 78 f.

[77] BVerfGE 30, 409；（414）；81, 208； BVerfG, in： NVwZ 1991, S. 661.

三國籍者之法律地位[78]。而聯邦憲法法院正是在此理解下，認定在法院程序中，都必須適用於所有參與者之程序原則，無論其為本國人或外國（法）人，蓋只有在原則上武器平等的基礎上，始符合法治國家之法院程序[79]。質言之，在程序基本權部分並無對等原則存在之空間。

總結而言，正是基於上述關於對等保留之質疑，對等原則助長國家保護思想與狹隘之地域觀念，實不宜作為一般性適用於與外國人有所連結之各領域的共通原則，充其量或可適用於外交等涉外事務之上。國家若基於政治上考量，卻是以犧牲該外國人之權利，如國賠責任脈絡中該外國人遭受國家公權力不法侵害，卻可能求償無門，實與國家賠償制度之基本目的相違背。況且在行政及司法實務上，互惠原則亦有其窒礙難行之處，尤其某些國家因語文上的障礙，難以確認是否有國家賠償法制或是互惠具體保障之範圍與強度，亦難探求（在未全面公開裁判下）有無具體個案時，行政機關及法院之職權調查實有其難度，反而增加訴訟以及法的不安定性。事實上，前述德國法上的優點正在於，針對若干與本國已有深刻連結之外國人，如外籍配偶或已獲居留之外國人，即給予與本國人相同之法律地位，亦受國賠法之保障[80]，若有外交事務上的特殊考量，亦可由行政部門以法規命令彈性規範之，就此實有深刻之參考價值。

（三）立法體系正義的考量——國家責任法中的外國人地位

1. 合法之損失補償不排除外國人得請求之，但違法之國家賠償卻排除之

國家賠償責任之確立，係為保障人民權利不受到公權力侵害，同時亦要求公務員於執行公務，或公共設施之設置或管理，必須在合法範圍內，不致於有違法侵害人民之情形，惟若外國人為被害人，則尚須具備對等互惠之要求，始得請求。但同屬於國家責任體系之損失補償法制或社會補償法，即未全然採取此一對等互惠之要求：如刑事補償法第36條規定：「本法於外國人準用之。但以依國際條約或該外國人之本國法律，中華民國人民得享同一權利者為限。」立法理由中雖表明該條係根據國際條約互惠原則所設，但實務上卻也常見未審查外國人之本國法，即已予以補償，如先前土耳其人之男子於我國因案在偵查中曾經被羈押8天，所以在獲得無罪判決確定後，即依據刑事補償法

---

[78] J. Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in： Isensee/Kirchhof （Hrsg.）, HStR, 3 Aufl., Bd. IX, 2011, § 198, Rn. 87 f. 國際法上對於報復措施的檢討，可參見Tomuschat, Repressalie und Retorsion - Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung, ZaöRV 1973, S. 179-221.； 在歸化脈絡中批評互惠原則，可參見K.-F. Gärditz, VVDStRL 72（2013）, S. 139 Fn. 231, 300.於此即不多作論述。

[79] BVerfGE 6, 45（49）；12, 6（8）；13, 132（139 f.）；18, 441（447）；21, 362（373）；61, 82（104）；64, 1（11 m.w.N.）； auch Brüning, in： Stern/Becker （Hrsg.）, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl., 2016, Art. 19 Rn. 64.

[80] Ossenbühl/Cornils, a.a.O.（Fn. 53）, S. 98 f.

第1條向高等法院聲請補償，後高等法院決定補償王男2萬元。在高等法院的補償決定書中，並沒有處理王男是外國人能不能適用我國法律請求補償的問題，而直接適用我國刑事補償法規定補償王男；然而原因同一之案件，於國賠案件請求時，臺北地院即以國賠法第15條為由駁回之。國家賠償法第15條和刑事補償法第36條同屬根據國際法上互惠原則所訂定，條文用字亦無明顯差異，但臺北地院和高等法院的見解幾乎可說是完全相反，如此歧異的判斷結果不免讓人無所適從[81]。又如犯罪被害人保護制度中，若被害人為外國人，欲請求犯罪被害補償金時，犯罪被害人保護法之舊法第33條本有規定外國人請求時，亦有對等互惠之要求；惟修法時，則將此條予以刪除。至此，外國人欲請求犯罪被害補償金時，即無須審查各該本國法有無對等互惠之依據。更有甚者，近來因疫情之故，諸多外國人遭隔離或檢疫之情況，政府亦以「鼓勵人民配合防疫，且在隔離或檢疫期間，不分本國人、外國人，人身自由受到同等限制」為由，防疫補償亦適用於外國人，無須審查其有無對等互惠之本國法[82]。至此，足見我國國家責任體系中關於外國人之權利主體資格的規範，甚為混亂。

單就國賠法第15條而言，對照之下即形同「因合法之國家行為所受之特別犧牲，外國人得請求損失補償；但因違法之國家行為所生之損害賠償，外國人卻無從請求」的弔詭情況。依體系正義的基本立場，立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性（翁岳生大法官釋字第455號協同意見書）。同屬國家責任體系中之請求主體資格，理應有一致認定，何以各別立法有不同認定，實難理解。可能想像的理由或許僅在於，各別立法時欠缺一體性的觀照與審查，遂形成各行其事、各立其法之弔詭情況。惟若從舉輕以明重之推論法則觀之，因合法國家行為所受之特別犧牲，外國人均可請求補償，實乏實質理由，認為因違法之國家行為所生之損害，僅因其為外國人即予排除其請求之主體資格。此亦可觀諸釋字第708號解釋，針對人身自由之保障，強調「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。」[83]如是，若因人身

---

81. 參見臺灣高等法院105年度刑補字第12號刑事補償決定書；臺灣臺北地方法院106年度國字第35號民事判決。

82. 衛生福利部：受隔離、檢疫者和其照顧者防疫補償常見問題：https：//topics.mohw.gov.tw/COVID19/cp-4720-52926-205.html

83. 前大法官李震山教授早在釋字第670號協同意見書認為，損失補償並不排除外國人；於釋字第708號解釋部分協同部分不同意見書進一步指出：「至於本件解釋並未以互惠原則之國際法觀點，或以國情、政治現實、文化價值差異等內國主權觀點，作為對外國人人身自由保障推辭或差別待遇的理由與前提，而稱：「我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應

自由受有國家違法限制之侵害，自應體系一貫地肯認其請求國家賠償之權利，此亦始為憲法第24條明文保障國家賠償之精神所在。

2. 限於「直接被害人」之目的性限縮

或許是考量到一概排除外國人請求有其不合理之處，行政與司法實務上遂認定，依國賠法第15條所排除之外國人限於「直接被害人」，亦即若外國人係為被害人支出殯葬費之人，以及被害人對之負有法定扶養義務之人，或是被害人之父、母、子、女及配偶，得請求慰撫金者，若屬外國人，亦得為國家賠償之請求權人[84]。惟此一目的性限縮實難理解其間之區別理據何在，蓋若欲貫徹對等原則，則負扶養義務之人，或一定親屬或配偶關係者，亦為間接被害人，解釋上未必限於直接被害人可言。由此亦可見排除外國人得請求國家賠償，與國賠法之立法目的不盡相符，故實務上限縮其適用範圍。

（四）公務員自己責任的回歸

又國家責任與該公務員依民法第186條所負責任之關聯性，一般係理解為在採取國家代位責任之下，一方面用以確保受害人獲得賠償之可能性，同時亦在於減輕公務員之負擔。因此，無論公務員之行為出於故意或過失，受害人皆須先向國家依國家賠償法請求賠償，而不得逕向公務員依民法第186條請求賠償[85]。故依民法第186條規定[86]，公務員違背對於第三人應執行的職務，致第三人權利受損害時，所應當負的責任，因故意或過失而有不同：如為故意，被害人可直接向公務員請求賠償；如為過失，則被害人必須於不能依其他方法受賠償時，才可以向公務員請求賠償。換句話說，因公務員過失而造成的侵權行為，如符合國家賠償要件時，被害人只能向國家請求賠償，而不能向公務員請求賠償；至於因公務員故意而造成的侵權行為，如符合國家賠償的要件，被害人可以選擇向國家或公務員請求賠償。

然而此一國家代位目的之設計，在外國人為國賠被害人時，即無法貫徹。蓋國賠法第15條所排除的是國家代位承擔之責任，惟對於依民法第186條所生該執行職務或怠於執行職務之公務員之個人責任則不受影響。遍查我國學界與實務見解，似乎對於依國

及於外國人，使與本國人同受保障。」似已意識到人身自由是具跨國普世性人權性質，有意對外國人人身自由保障一律採國民待遇（national treatment），能有東晉陶淵明「此亦人子也，可善遇之」的寬容態度，符合憲政文明國家維護基本權利的價值理念，亦合於全球化下每個人皆有可能成為外國人的平權預設，應值得贊許。惟追求人權保障普世價值，應不是脫口而出的儀式性語言，而是一種需要以實踐去證明的原則！

84. 法務部82年12月24日法82律字第27190號函。

85. 陳敏，前揭註21，頁1184

86.「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」

賠法第15條排除國賠責任後，該公務員是否仍應依民法第186條負其責任，並未有所探討[87]。惟筆者認為，依民法第186條之文義，「被害人不能依他項方法受賠償時」，公務員即應對其負自己責任（Eigenhaftung）。且德國學理上正是基於此，認定如此一來將衍生公務員自己責任有無之差別待遇，而此一差別待遇欠缺合憲事由，形成國家對於公務員照顧義務（Fürsorgepflicht des Dienstherr）有別，因而違反平等原則[88]，而新法即從善如流有所修正。蓋同為公務員所為之侵權行為，卻因被害人是否為外國人及其本國法是否具有對等互惠之規定，而生國家是否代位其公務員職務責任之差別對待。若受侵害為外國人，且其本國法又不具有對等互惠之規定或實務，則公務員即須自行負其侵權責任，該外國人即可對其提起民事求償；反之，若受侵害者為本國人，公務員即屬備位責任，絕大多數情況即由國家代位負其責任。

肆、結論與建議

總結而言，國賠法第15條無論在行政與司法實務上都有著難解的困境，程序面向上對於各該當事人之本國人的證據調查與舉證責任，一再困擾著解釋者；惟更嚴峻的考驗係就實體面向上，國賠法第15條形同肯認若干外國人遭受我國公權力不法侵害，卻因其本國法制不備而無法尋求國家賠償。解釋論上，或可借助公政公約第9條第5項涉及「受非法逮捕或拘禁」之規定作為後法，限縮之國家賠償法第15條對等互惠原則之適用範圍，惟此一解釋論上的修正實屬助益有限。更進一步的質疑則是來自於憲法層次：無論是從比較法上德國國家責任法的修正歷程、國籍作為差別處理特徵之審查標準、對等互惠原則之適用範圍，乃至於立法體系正義的考量以及造成公務員自己責任所衍生，國賠法第15條實有違反平等原則之疑慮，或許有必要聲請釋憲以檢視其合憲性，抑或由政治部門修法回應此等合憲性疑慮。

---

87. 若持國賠法之性質屬自己責任之見解者（如葉百修，前揭註16，頁50；李惠宗，前揭註21，頁432），雖未明言，惟似乎可得出該公務員即無民事責任之結論，惟此一結論更難融貫，蓋此時已構成不法侵權行為，卻無人對此負責。

88. Brun-Otto Bryde, in： von Münch/Kunig （Hrsg.）, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 3. Aufl., 1995, Art. 34 Rn. 35.：「不僅對於負有自己責任之該公務員侵害其平等權，同時也侵害該受害之外國人，即便該外國人已長久居住於本國，計入本國長居人口之列」。同此見解，Maurer, a.a.O.（Fn. 50）, § 26 Rn. 38.； Ossenbühl/Cornils, a.a.O.（Fn. 53）, S. 100 f.和Papier, a.a.O.（Fn. 56）, Rn. 286 f.則提及，此一差別待遇無法透過為促使德國人於外國之法律地位的立法目的予以正當化，因此為排除此一不平等的情況，應可肯認該公務員有請求免責或補償之權。