

釋字第六八九號解釋協同意見書

大法官 蘇永欽

本席對於本號解釋的各項審查結論都敬表同意，但對理由書第六段於闡明社會秩序維護法第八十九條第二款規定的意旨時，在確認其為保障身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾的自由及個人資料的自主控制權後，隨即認定該規定「符合憲法課予國家對上開自由權利應予保護之要求」，卻因此一「國家保護義務」的提出並無充分論據，且在本解釋認定該規定符合保護義務也全無必要，而不得不有所保留。從防衛性的基本權率爾推出國家的保護義務，對我國基本權教義學影響甚大，特就此部分提出理由不同的協同意見。

一、**德國憲法發展出來的基本權客觀面向諸多理論，回應了以規範審查為主的憲法法院體制的特殊需要，但各理論仍有其不同的歷史背景、論證基礎與制度功能，在參酌引進時不能不慎重。**

德國二戰後從聯邦憲法法院實務開啟的基本權客觀面向討論，包括基本權的制度性保障、第三人效力、國家保護義務及憲法的價值秩序等，使其審查抽象規範時，不必把審查基礎侷限於狹隘的主觀基本權（指所有個別權利的總和），而大幅強化了憲法對公權力的控制，特設憲法法院的價值因而更得彰顯。但此一超越文義、在個別人民對抗國家的主觀權利之外為基本權規定添加其他足以拘束國家的規

範內涵，有無穩妥的憲政正當性，會不會不當限縮了民主多數決的空間，仍有審慎探究的必要。

德國的理論與實務在進行相關論證時，固已窮盡其文本的耙梳、歷史的考據、制度功能的分析、適用範圍的釐清與理論間一致性的辯疑，其憲政意義與功能界線大體已得到認可，其中又以基本權的制度性保障與第三人效力受到最大的肯定，甚至紛紛為外國繼受。但對於其大幅壓縮立法形成空間而可能快速導向「司法國家」的警告，即在德國學界也不絕於耳。我國在嘗試參酌引進時，不能不考量兩國憲法文本間，從結構到具體規定的巨大差異，歷史及社會條件的不同更不待言，欠缺充分論據的套用，恐怕會引起比司法國家更嚴重的司法擅斷疑慮。我國憲法在基本權利與基本義務外，另有基本國策的專章，近年增修條文就此部分復多所增補，從宏觀的憲法結構來看，一方面，基本權和基本國策的規定隱隱然為自由主義與社會主義理念的辯證保留了空間，大法官因此負有與時俱進加以整合的任務，就此從基本權規定演繹若干客觀面向的內涵，固有其正面意義，但另一方面，如慮及本已過於「實體化」的憲法，倘再不斷通過解釋創設國家的作為或不作為義務，將使民主多數決的空間受到更大的壓縮，此時基於分權原則所生的司法謙抑要求，對以維護憲政秩序為己任的大法官，應格外殷切。

二、 制度性保障的理論對源於特定歷史並在歷史中成長鞏固的基本權，特別有其說服力。較晚才在德國發展出來的第三人效力理論，則有其戰後價值哲學的理念基礎和德國特殊的歷史經驗提供參據。

所謂基本權的制度性保障，對源於自身歷史並在歷史中成長鞏固的基本權，本可從憲法的「前理解」得到支持，比如我國的應考試服公職權與公開競爭的考試制度。即使不屬於此種情形，人權清單在國際間複製之際，連同伴隨其成長的制度經驗一起繼受，如英國的人身保護令狀制度、土地徵收補償制度、集會遊行禁制區制度，或德國訴訟權的法官法定制度等，只要適度考量國情的差異，也都不難得到支持。我國過去引進的制度性保障理論，對民主憲政的建構有其正面意義，如釋字第三八〇號解釋從講學自由推及大學自治，但也有明顯濫用之例，如釋字第三八六號解釋有關無記名證券掛失的所謂制度性保障。整體而言，只要論證謹慎，特別是注意其與憲法基本國策規定間的調合，應屬合理穩妥的解釋方法。

基本權第三人效力的理論所以會在戰後德國快速生根，和其戰前社會核心價值崩頹以致人權空洞化的經驗有明顯關連，至於能在許多國家也帶動相關討論，除了類似經驗外，還因為此一理論對於國家與社會交疊、管制與自治相互為用的現代社會，有其特別的調適功能。至於方法上，德國憲法法院是通過對概括條款或不確定概念的價值填充，來說明基本權為何可以從公權利跨界規範私法關係（間接效

力)，其他國家或沿襲相同方法，或區分不同的跨界類型，而有不同的論述，也有直接以憲法規定者（瑞士）。我國的民事法院從民國七十年代中期開始，也針對禁止競業條款、銀行單身條款、經紀合約中的限制表演活動條款或大樓規約中的禁止法定傳染病條款等，逐漸擴張運用此一理論，雖然判決很少能清楚的說明其推論過程，但從結果看多數案例還算相當穩妥。

三、 至於所謂基本權的保護義務，不論從私權與基本權的本質不同，或我國基本權類型的多樣來看，都很難建立清楚的理論。解釋實務迄今創設的保護義務，究其本質多數只是某些私權的「對國家效力」。

說到基本權的保護義務，或保護功能，就必須先說清楚要保護什麼。以國家為一定給付為內容的基本權，如受國民教育權，國家的給付義務本應完全，就此對於國家並不須要另課保護義務，最多就是排除第三人對國家給付的妨害，但這也應包含在完全給付的範圍。使人民參加統治權行使的基本權，如選舉、罷免、創制、複決、應考試服公職，國家也負有建立程序、制度並投入足夠資源以確保其完成的作為義務，當然也包括第三人妨害的排除，如在選罷法中加入妨害投票的罰則。所謂的保護義務對於這些本質上已屬其主觀基本權內容者而言，明顯只是畫蛇添足。至於最古典的、對於自由主義憲法也是最核心的防衛性基本權，顧名思義即以國家的不作為為其義務，對於人民而言，國家的不作為本身就是對該基本權最完整的保護，所以作為性質的所謂保護義

務，在此應該也不是以國家的侵害為對象，而是針對第三人的妨害。惟因為這是消極防衛的基本權，不同於前兩種課予國家作為義務的基本權，此時確實是在對抗國家作為的權利以外，另外增加了使國家為一定行為的義務，不能說沒有實質意義。所以德國發展出來的保護義務，主要也是針對此類基本權。至於保護義務是國家片面對所有防衛性基本權主體的義務（客觀面向），或基本權主體也有一定的請求權（主觀面向），即在德國也還沒有定論。

然而如果說基本權可衍生國家的保護義務，按正常的語義邏輯應該僅指對該基本權的保護，一如前面說的，就是排除第三人對「該基本權」的妨害，但基本權既為人民對國家主張的權利，第三人如何妨害？在國家負有作為義務的情形，第三人介入使國家不能為完全給付就是妨害，其實還比較可以想像，比如中國大陸在西元 2001 年發生的齊玉苓訴陳曉琪案，被告冒原告之名在學校註冊而侵害了原告對國家的受教育權，即為一例。只是此時原告基於其受教育權本來就可以請求更正，無另行主張保護義務的必要。對於防衛性的基本權，第三人如何妨害，反而特別不易索解。

防衛性基本權中，以使個人在一定社會領域中保有自由活動與發展空間，排除國家干預的各種自由權，如言論自由、遷徙自由、宗教自由、營業自由等，以及本解釋概括補充這些自由權所不及的一般行為自由，固然是單純國家取向的基本權，而且以國家公權力的不作為為其內容，無公權力的私人根本無從妨害。即使性質上為存續保障

(Bestandsschutz) 的基本權，如人格權、財產權，或前述自由權未能涵蓋的身體自由，是否有可能受到第三人妨害，也還有待斟酌。因為這些權利，在民法上都有對應的權利，也就是民法第十八條規定的一般人格權，第一百九十五條規定的特別人格權 身體、健康、名譽、自由（此處僅指身體自由）信用、隱私、貞操等，及物權編規定的物權，債權編規定的債權，各種智慧財產權法規定的智慧財產權等，因此從外觀上，私人和國家公權力同樣處於可妨害的地位。但這些私權和相應的基本權，比如民事財產權和憲法保障的財產權，民事隱私權和基本權性質的隱私權，除了其內涵未必相同，權利的發生脈絡也不盡一致外，縱使認為內涵相同，其權利對象一為立於平等地位的他人，一為所有公權力主體，仍然不能任意混為一談，以為對抗國家的基本權當然可以轉移用來對抗私人。在第三人妨害的情形，其實只有私法性質的權利需要保護，至於國家取向、使用相同或類似概念的基本權，則仍然沒有受保護的需要，因此也無從課予國家任何保護義務。

以本案處理的跟追行為而言，社維法要保護的絕對不是對抗國家的身體權或隱私權（不是針對公務員的跟追），而是對抗私人的身體權或隱私權，或者更精確的講，本以保障「公共秩序」和「社會安寧」為其主旨的社會秩序維護法，僅因這類私權妨害行為易滋糾紛而影響公共秩序、社會安寧，才要通過警察權的即時行使來控制事態發展，警察權的介入私權爭議也才有其正當性。嚴格而言，其功能不在強化

既有的民事保護制度，最多只是附帶的私權保護，其主要的保護法益仍然是公共秩序、社會安寧。但無論如何，都與「基本權」的保護無關，也根本不發生所謂基本權衝突（或倒過來說，國家義務衝突）的問題。真正需要調和的基本權衝突，是像管制交通，犧牲部分人民的一般行為自由，以保護另一部分人民的集會自由。就本案而言，本院大法官需要審查的應該只有社維法對跟追人的一般行為自由或新聞採訪自由所加限制，是否符合比例原則的問題，被跟追人受到保護的身體權、行動權、隱私權和資訊自主權都屬私權性質，僅能作為與限制跟追人基本權相權衡的「公共利益」納入比例原則的審查。除非賦予這些私權特別的「對國家效力」，認定國家有保護義務，而非僅保護權限，不能輕易以被跟追人的私權和跟追人的一般行為自由、新聞採訪自由之間有「基本權衝突」，從而發生如何調和憲法上權利和義務的特殊問題（此時無憲法第二十三條比例原則的適用），本號解釋對其間的微妙差異沒有掌握得很準確，原因就在有意無意的預設了國家對所有基本權都有某種「保護義務」。

因此，輕易把排除第三人妨害的民事或刑事法律，或本案的社會秩序維護法詮釋為國家履行其對基本權的保護義務，邏輯上都有相當明顯的跳躍。還不必質疑此一義務憲法上的依據為何，即以此類法律為國家履行對基本權的保護義務，在定性上已經失準。不過即使正確定性為私權的保護規定，仍非必然僅屬立法自由形成的空間，適當的憲法連結，使其內容仍然可以受到一定程度的憲法控制，只要有穩妥的

論證，非無可能。只是像這樣在基本權和私權夾纏而沒有任何方法論控制下所做的憲法認定，除了製造觀念的混亂外，看不出有何實益。

四、 本院解釋實務中已有若干先例提及基本權保護義務，但都沒有說明此一義務的憲法依據，真正以此義務為基礎做成合憲性審查的僅有一例，不幸的也因未能釐清其憲法基礎，實際上只是不當的介入了實務所採的法律解釋。

本院過去解釋中以受益權為基礎，對公權力給付是否不足做審查者，如釋字第四二二號解釋，因為本來即屬受益權的內涵，無必要另從「保護義務」的角度去說明，已如前述。針對防衛性基本權最早明確提及保護義務的是釋字第四四五號解釋，解釋文即具體闡明：「國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」。但如何從憲法第十四條所宣示的、消極防衛性質的集會自由，推出前述作為義務，卻未見任何說明。該號解釋實際上也並未以此一保護義務為基礎從應作為而未作為的角度去對集會遊行法進行審查。本席認為，集遊法第二十四條第二項規定：「主管機關依負責人之請求，應到場疏導交通及維持秩序」，確實不僅為立法的政策，而可認為國家在此負有某種憲法的義務，其理論基礎在該號解釋理由書其實已經觸及：「集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。人民經由此方式，主動提供意見於政府，參與國家意思之形成或影響政策之制定。從而國

家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」換言之，在現代民主政治之下，人民的參政權應不止於定期的選舉和不定期的罷免、創制、複決，對於組織力較弱的弱勢族群，或難以組織的族群（如消費者），臨時性的集會遊行即為不可或缺的參政方式，此一理解下的集會自由，應不僅為防衛性的自由權（status negativus），同時也是一種使人民取得主動地位（status activus）的參政權，德國學者及實務多持此說。從此一參政權的內涵，即可推演出國家積極保護遊行者的義務。足見防衛性基本權仍有可能發生國家的保護義務，但其立論基礎只能分別從其權利的本質、歷史及功能上去探究，不能全稱的一筆帶過，從天而降。

從防衛性基本權衍生國家的保護義務，並以其作為審查基礎的唯一案例是釋字第六七一號解釋，其解釋文明確認定：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，不得因他人之法律行為而受侵害。」類此的闡明在釋字第四〇〇號解釋中即已首次出現：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」但該號解釋處理的是公權力的限制，公權力不侵害本來就屬於防衛性基本權的內涵，因此和保護義務無關。釋字第六七一號解釋首次以「免於遭受第三人之侵害」為財產權所生的

保護義務，對土地登記規則第一百零七條是否符合此義務進行審查。簡言之，共有人將應有部分設定抵押的法律行為，因土地登記規則該規定使抵押權轉載於其他共有人於分割後取得的單獨所有物上，有侵害其財產權之虞，此一平行主體間的法律行為即使真有侵害他人財產權的問題，為何會以基本權性質的財產權來做行政命令有無「違憲」的檢驗？顯然即以財產權課予國家防止被第三人侵害的保護義務，因此國家雖未「限制」人民的財產權，若未提供任何保護或保護不足，使人民財產權受到第三人的侵害，同樣可能構成財產權規定的違反。該號解釋最後是以合憲法律解釋的方法，認為「於拍定後，因拍定人取得抵押權客體之應有部分，由拍定人與其他共有人，就該不動產全部回復共有關係，其他共有人回復分割前之應有部分，經轉載之應有部分抵押權因已實行而消滅，從而得以維護其他共有人及抵押權人之權益。」從而認定土地登記規則的該規定並未牴觸憲法財產權的規定，也就是對其他共有人及抵押權人的財產權並無保護不足，已經符合了財產權的保護義務。

釋字第六七一號解釋對於防衛國家的財產權為何可生私法財產權的保護義務，從而必須提供足夠保護以對抗第三人的侵害，仍然沒有任何闡明其憲法的基礎為何，似乎又是當然之理。本席認為民事法規對私財產權的保護，的確應該不只是立法政策的決定，不論為了落實財產權真正要保障的私人自主空間，作為市場經濟的基礎結構，也就是財產權的制度性保障（另可從憲法第一百四十五條、一百四十八條等

加以印證)；或者從民事自治性法規的體系正義角度，都可以對私財產權有無受到保護，或保護是否不足去做憲法層次的檢驗。該號解釋最後以合憲法律解釋的方法，實質上改變了學說與實務對共有不動產分割不因嗣後應有部分抵押權實行而受影響的解釋，如果從市場經濟制度性保障的觀點，或民事財產法體系正義的觀點來檢驗，都明顯無必要且不合理，此處不贅。但本院唯一以基本權保護義務為審查基礎的解釋，也就因為義務的憲法基礎不明確，竟成了強以法律解釋加諸民事實務的藉口，實值警惕。

五、 本院在本案並無程序義務做有無違反保護義務的審查，本號解釋雖在理由書中提到保護義務，並做了未違反的認定，但顯非本號解釋審查的重心，再次一筆帶過的認定國家對四種防衛性基本權負有保護義務，殊無必要。

本號解釋在理由書第六段末尾神來一筆的寫道：「系爭規定符合憲法課予國家對上開自由權利應予保護之要求」，再次未交代具體的憲法基礎為何，也未說明以何種方法和標準審查此一義務是否已經履行，在聲請人並未具體主張，多數大法官顯然也未真正納入爭點的情況下，僅以旁論的方式在理由書中一筆帶過，其意義何在，是否藉此宣示所有基本權，或至少所有防衛性基本權，都內涵保護功能，國家都負有一定的排除第三人侵害的義務？仍然不是很清楚，本席認為只能視為無意義的贅語，否則後果堪虞。

即使原創國的德國，到今天也還沒有發展出一套完整的保護義務理論，其憲法法院有關保護義務的實務，仍以兩次墮胎案判決，針對生命權認定的保護義務最受肯定。依一般的法感，完全無自衛能力的胎兒，其私法上的生命權也確實需要課予國家積極保護義務，以與母親憲法上的身體自主權、隱私權等相調和。本號解釋涉及的私法上的身體權、行動自由權亦同。除了這些權利在憲法和私法上的內涵完全一致，而特別有利於保護義務的建構外，其憲法上的基礎仍須審慎尋覓，其為受益性的生存權，憲法第一百五十五條、第一百五十六條、第一百五十七條、增修條文第十條第六項，還是法治國原則中的私人暴力禁止原則？都還需要做通盤縝密的思考，無論如何不宜在無關宏旨的案件中輕易做籠統的宣示。至如生活私密領域不受侵擾的自由及個人資料的自主控制權，在不同範圍內排除國家干預（基本權），和私人侵害（私權）以外，國家是否還有積極保護的義務，甚至如本號解釋所涉跟追行為的特別規範，解釋上基於憲法要求，而不只是單純解釋方法上的所謂規範功能變遷，「必須」擴及新聞採訪目的的跟追？恐怕還要找到很強的理由來證立。本號解釋在此部分論述的輕率，自不足訓。