

釋字第六八九號協同意見書

大法官林錫堯

茲就多數意見於解釋理由書指出，系爭規定（指社會秩序維護法第八十九條第二款，以下同）縱對以跟追行為作為執行職業方法之執行職業自由有所限制，仍難謂有違憲法第十五條保障人民工作權之意旨部分，表示個人意見如下：

一、工作權之保障範圍

（一）基本權保障範圍之意義

基本權利應受憲法保障，各基本權主體得以之對抗公權力之侵害¹，然基本權利之行使並非毫無限制，因而產生了各該基本權之保障範圍（Schutzbereich）如何劃定及後續基本權有無受公權力限制（或侵害）該限制是否合憲等相關問題之討論²。依一般所慣用的基本權侵害審查模式觀察，主要係由保障範圍之劃定、是否構成基本權限制之認定、限制行為是否具憲法上正當性三項依序探究，並以各該基本權之

1 此即基本權之主觀功能。

2 德國學界對於基本權限制有甚多討論，本文不詳加論述。學者將基本權限制之憲法上正當性依據，分為下列三種：憲法上直接限制、憲法上隱含限制（或稱內在限制）及法律上限制（參見：林錫堯，基本權之限制，法學叢刊第120期，1985年10月，頁64）。德國有關基本法或國家法之著作於討論基本權總論時大多有所說明。另學者有謂：從基本權利觀察，基本權利之保障範圍或可認為係從積極面，而基本權利之限制乃為消極面（李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收錄於氏著《憲法理論與實踐》（一），學林，2003年2月，二版，頁80）。又認為：相較於一般慣用之基本權侵害審查模式，德國聯邦憲法法院曾經以「保障內涵—合憲限制」之審查模式面對基本權侵害；惟德國學界則以此操作模式可能未區分基本權利之保障範圍與限制，使保障範圍未確定而與基本權侵害正當化判準混淆，認此種操作模式並不理想（王韻茹，淺論德國基本權釋義學，成大法學第17期，2009年6月15日，頁100-114）。本文以為，不論是基本權之保障範圍之問題，或是憲法上隱含限制之問題，均有研究價值，尤其各該理論如何在違憲審查過程中具體落實，尚有發展之空間。

保障範圍應如何劃定為其首要解決之問題³。倘某一公權力行為(如本案系爭規定處罰跟追行為)並未干涉某種基本權(如工作權)之保障範圍,則該公權力行為並未對此種基本權構成限制,自不生該公權力行為是否牴觸此種基本權而違憲之問題。

憲法保障基本權,首在保障各個不同之生活領域免於國家公權力干涉之自由。因此,所謂基本權的保障範圍⁴,乃指憲法所保障之各種自由所涵蓋之各個領域⁵,而各個基本權之保障標的僅屬整個生活實踐之片段而已,其範圍,應就各個基本權解釋認定之。具體而言,基本權的保障範圍可能是行為方式(如意見之表現)可能是法益(如生命、健康)可能是基本權主體之特徵(如性別、血緣)亦可能是基本權主體所受之情況(如權利受侵害)等⁶。保障範圍的寬窄,攸關各行為是否被納入各該基本權利之保障範圍,倘採較為嚴格之方式劃定保障範圍,則若干行為或事項自始不納入保障範圍內,當無更進一步討論公權力行為限制該行為或事項是否合憲之問題。至於保障範圍之界定,德國聯邦憲法法院及學說多數認為應採取廣義之解釋方式為之⁷。但不論係採廣義

3 基本權利保障範圍之界定,其意義之一在於判斷基本權利是否受到侵害的前提要件。可參閱李建良,《基本權利理論體系之構成及其思考層次》,收錄於氏著《憲法理論與實踐》(一),學林,2003年2月,二版,頁75。

4 基本權的保障範圍可分為「人的保障範圍」與「事物的保障範圍」,本文係著眼於「事物的保障範圍」。

5 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, §19I; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, 20. Aufl., Heidelberg, 2004, Rn. 195ff.

6 Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz(Kommentar), 2007, Vorb. vor Art. 1 Rn. 19.

7 主張保障範圍應從嚴解釋者係認為應區分生活領域與保障領域,基本權之保障應限於重要事項。主張保障範圍應從寬解釋者係認為基本權之保障範圍與基本權之限制應有區別,不可將限制基本權之理由作為論述認定基本權保障範圍之依據。可參閱:Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, §19I3. 中文文獻亦可參閱:吳庚,《憲法的解釋與適用》,自刊,2004年

或狹義，基本權之保障範圍有其界限，應無疑義。基本權的保障範圍加以確立後，方得探討後續限制是否合憲等問題。

關於基本權之保障範圍與界限，應依憲法解釋方法得出。有些基本權憲法本身已可直接發現其保障範圍之界限⁸，例如：依憲法第 12 條法條文義可知其保障範圍限於具有秘密性之通訊；另可能就基本權之保障附加某種要件，例如：資訊自由權之保障範圍不包括一般來源可得之資料在內⁹。但經常必須經由體系性解釋，就各個基本權之相互關係劃出界限：首先，當某一特殊基本權涵蓋另一較具一般性之基本權構成要件全部，且更須具備其他要件時，前者即具有特殊性，基於此項特殊性，必須不在特殊基本權之保障範圍內，始屬一般性之基本權保障範圍，如特殊自由與一般行為自由之關係¹⁰。其次，不具特殊關係之基本權相互關係上亦可發現其界限，例如；職業自由與財產權之間¹¹。再者，基本權保障範圍之劃定，與基本權之侵害不同，不受比例原則之審查¹²。當立法者對某種自由權之行使有所規定時，有時具有形成該自由權保障範圍之意義，對此種形成保障範圍規範之合憲性審查，應在於審查立法者是否已就相關之利益賦予應

6 月，三版，頁 129；王韻茹，淺論德國基本權釋義學，成大法學第 17 期，2009 年 6 月 15 日，頁 101；王鵬翔，論基本權的規範結構，臺大法學論叢第 34 卷第 2 期，2005 年 3 月，頁 53。

8 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, §19I1; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz (Kommentar), 2007, Vorb. vor Art. 1 Rn. 20. (基本權保障範圍之界限與基本權之限制不同，僅後者始受比例原則之審查)

9 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Band 2010, §51Rn. 11.

10 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, §19I2, §18 1. (此種特殊性，亦可能在個別情形下(非一般情形)，因特殊基本權之要件涵蓋一般基本權之要件而成立)

11 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, §19I2.

12 Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz (Kommentar), 2007, Vorb. vor Art. 1 Rn. 37.

有之重量而加以適當之衡量與調和，此種審查，與對法律限制基本權之合憲性審查不同¹³。

（二）我國釋憲實務及學說對工作權保障範圍之描述

對於工作權內涵的描述，從釋字第四〇四號解釋¹⁴以降，開啟了較為具體的探討。釋憲實務觀察多以「從事工作並有選擇職業之自由」（釋字第五一〇號、第六一二號、第六三七號）、「人民選擇職業之自由」（釋字第五八四號、第六三四號）等做為工作權之內涵。而近期釋字第六五九號解釋理由書：「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。」釋字第六八二號理由書：「人民之工作權受憲法第十五條所保障，其內涵包括選擇及執行職業之自由」，可看出職業自由即屬我國憲法第十五條工作權保障範圍之內¹⁵。

13 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, §1914.

14 司法院釋字第一九一號及第二〇六號皆提及憲法第十五條，惟並未就工作權之內涵多加闡述。釋字第四〇四號解釋文：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。」吳庚大法官曾於該號解釋中所提之不同意見書，對於工作權之保障範圍有所描述：「工作權之保障範圍應為：（一）凡人民作為生活職業之正當工作，均受國家之保障，且屬工作權之核心部分。（二）人民有選擇工作及職業之自由，國家不得違背個人意願強迫其就業或工作。（三）取得各種職業資格者，其職業活動範圍及工作方法之選擇，亦受憲法之保障，法律或各該職業之自治規章雖得加以規範，但均不應逾越必要程度。從而，憲法第十五條工作權之保障與德國基本法所保障之職業自由，不僅概念上有間，其本質內容亦不盡相同，則該國聯邦憲法法院裁判先例所建立之三階段理論（Drei-Stufen-Theorie），即非所能全盤接受。」

15 亦有學者認為從釋字第四六二號解釋理由書及釋字第五八四號解釋文觀察，工作權與職業自由殆屬相同的概念（李建良，經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業暨營謀自由之憲法解釋，收錄於氏著《人權思維的承與變》，新學林，2010年9月，頁69；亦可參閱李惠宗，《憲法要義》，元照，2008年9月，頁234以下對於工作權保障範圍的描述）。惟亦有論述以為，我國憲法第十五條工作權，並非全然等同職業自由，而有其特殊性；且工作權之性質，是否具社會權之色彩，亦有不同見解。此可參閱黃越欽大法官於釋字第五一四號不同意見書中，對於工作權、職業選擇自由權、營業自由權三者之

雖將職業自由納入工作權之保障範圍中，本案仍存在著一項根本性問題，即：跟追他人是否屬職業自由之保障範圍？

二、跟追他人並非屬職業自由之保障範圍；系爭規定處罰跟追行為並未限制工作權

（一）跟追他人並非屬職業自由之保障範圍

我國對於涉及侵害工作權之問題，往往援用德國職業自由限制之階層理論（Stufentheorie）¹⁶加以審查。而跟追是否為職業自由所保障，應先就職業自由之保障範圍加以確立。

學者指出職業自由之內涵為：1. 選擇職業的自由權；2. 選擇工作場所的自由；3. 選擇教育場所的自由；4. 執行職業的自由；5. 禁止強迫從事特定工作；6. 消極職業自由，亦即不從事職業的自由¹⁷。而所謂執行職業自由，可包涵與「職業活動及其地點、內容、範圍、期間、表現形式、步驟、工

不同論述及吳庚大法官所著《憲法的解釋與適用》一書中，重新描述工作權之保障範圍：「（一）人民得依其工作能力自由的選擇工作，並獲得合理的報酬。（二）國家有義務實施最低工資，監督僱主改善工人與勞動者的工作條件。（三）對欠缺工作能力者，各級政府應依其志願辦理職業訓練；對已從事工作或勞動者也可實施技能鑑定及證照制度（釋字第四〇四號解釋所稱工作之方法及應具備的資格或其他要件，得以法律為適當之限制，當然指此點而言）。（四）舉辦維護工人與勞動者生計的社會保險，包括疾病、傷殘、失業及年金等項目乃國家應負的責任。（五）工人與勞動者有權組織工會，並行使團結、團體協約及爭議之權，必要時並得發起罷工。」（吳庚，《憲法的解釋與適用》，自刊，2004年6月，三版，頁279）

16 亦有稱為三階理論（Drei-stufentheorie），分別對於執行職業方面、選擇職業自由主觀要件以及選擇職業自由客觀要件區分不同的審查要件（許志雄，職業規制與保留的違憲審查（上），法學新論第19期，2010年2月，頁28-29）。

17 許育典，《憲法》，元照，2008年2月，二版，頁275。亦有論者認職業自由之內容，係指人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，亦即職業選擇自由、工作職位選擇自由及從事工作活動之自由，亦即有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由等（陳慈陽，《憲法學》，自刊，2004年1月，初版，頁556）。

具」有關之各種實施方式¹⁸。

然而多數意見已指明，系爭規定所稱跟追，係指「以尾隨、盯梢、守候或其他類似方式，持續接近他人或即時知悉他人行蹤，足以對他人身體、行動、私密領域或資訊自主構成侵擾之行為」，於此定義下，跟追即屬侵擾他人之行為，實已對他人行使其個人權利產生阻礙，除非基於保護更重要之權利，否則殊難即謂他人就此種侵擾行為負有忍受之義務，故縱認跟追行為屬執行職業之方法，亦難謂其屬職業自由（工作權）之保障範圍。再者，依憲法第二十二條規定意旨，該條所保障之各種權利，以不妨害社會秩序公共利益為限，始受憲法保障，茲舉輕以明重，憲法未明列之權利尚受此界限，則憲法明列之權利當無由作不同處理而不予適用，基於此種觀點，參酌社會通念，吾人殊難以侵擾他人之跟追為職業自由（工作權）之保障範圍，而逸脫此種界限¹⁹。固然，所謂妨害社會秩序公共利益之保障界限，宜審慎認定，以免過度限縮基本權，但不可忽視的是，一般人民多享有工作權，吾人總不宜對人民宣告：您有工作權，所以您有權跟追而侵擾他人²⁰。亦因此，更顯示基本權保障範圍之劃定，

18 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Band 2010, §70Rn. 34.

19 此與前開所稱之憲法上隱含限制實有關聯。國內亦有論者以為憲法第二十二條為隱含限制之規定，可參閱：王鵬翔，論基本權的規範結構，臺大法學論叢第34卷第2期，2005年3月，頁36；吳庚，《憲法的解釋與適用》，自刊，2004年6月，三版，頁95-98。

20 於此可能產生基本權相互對立之「基本權衝突」(Grundrechtskollision)。對基本權衝突之解決，德國聯邦憲法法院是透過利益衡量原則 (Grundsatz der Güterabwägung) 加以解決。我國對於此種利益衡量，多在基本權利侵害審查模式中的限制是否合憲之問題上加以判定。然而，前已述及，倘無保障範圍之確認，自無後續限制是否合憲之審查，故基本權衝突可能成為劃定基本權保障範圍之方式之一；但亦可能成為基本權之憲法上隱含限制（內在限制）之成因，無論採取何一見解，均足使各該基本權在憲法價值體系上進行調和，而為憲法層次的利益衡量。同時對此種衡量之審查，與依憲法第23條對依據法律限制基本權之合憲性審查，容有不同。凡此種種問題，尚有待深入探討。

具有符合社會期待之功能²¹。

(二) 系爭規定處罰跟追行為並未限制工作權

劃定工作權之保障範圍後，縱認跟追係屬執行職業之方式，系爭規定是否即屬針對職業自由(工作權)所為之限制？換言之，系爭規定有無侵害工作權因而必須對系爭規定進行是否符合憲法（尤其是否符合憲法第二十三條之比例原則）之審查？容有討論之餘地²²。

當公權力行為強制規範或影響職業選擇或職業執行，即可能侵害職業自由，而構成對工作權之侵害。關於職業自由之侵害，參照德國聯邦憲法法院裁判與學者之見解，不能僅因法規或其適用或其他公權力措施在特定情況下對職業活動有所影響，即認該公權力行為已侵害職業自由，必須該公權力行為係以規律職業活動為目的，亦即必須有「規律職業之意圖」(berufsregelnde Tendenz)，始足當之；如欠缺此種目的，僅可能構成對一般行為自由之侵害。蓋如不採此種見解，則幾乎所有對職業活動有所影響之經濟法規均不免構成對職業自由之侵害。又所謂「規律職業之意圖」，不僅指立法者已顯示其對職業活動之直接干涉或以此為其終局目的（即主觀的規律職業意圖，例如：規定某種職業活動應經許可或申報等），亦可能因法規變更職業執行之基本條件且與職業執行有密切關聯（尤其對職業執行有重大影響之情形），而構成對職業自由之侵害（即客觀的規律職業意圖）²³。

21 按生活之行為事實，常涉及多數基本權，故跟追行為雖不在職業自由(工作權)之保障範圍內，仍可能為其他基本權所保障（如新聞自由、一般行為自由），但仍需先劃定各該基本權之保障範圍，確認跟追行為係在其保障範圍之內，並經確認系爭規定處罰跟追行為係限制該種基本權後，始就系爭規定是否違憲進行審查。

22 本文於此所探究的，僅特定於職業自由(工作權)此一基本權，且係針對公權力之規律行為，而不涉及事實行為等是否侵害基本權之判斷問題。

23 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Band 2010, §70Rn. 54f.; Reinhold

按解釋理由書業已說明，系爭規定旨在禁止跟追他人之後，或盯梢婦女等行為，以保護個人之行動自由，亦寓有保護個人身心安全、資訊自主及於公共場域中不受侵擾之自由。準此，系爭規定處罰任何人無正當理由之跟追行為，其目的顯然不在限制新聞採訪者之採訪行為或其他執行職業之行為，雖其適用之結果附帶影響新聞採訪或執行職業之工作效果，仍不能據此逕認系爭規定具有規律職業活動之目的，核諸上開說明，自無由認其係限制職業自由(工作權)之規定。

Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, §30 .; 另詳見 Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz (Kommentar) , 2007, Art. 12 Rn. 11ff.