

第五章 人身自由與遷徙自由作為基本權利之功能

在公法上金錢給付義務強制執行之執行方法中，可能涉及限制人民人身自由權或遷徙自由權之執行方法，人身自由權及遷徙自由權均為憲法保障基本權利之個別基本權，而基本權利屬於廣泛人權概念之範疇。在個別基本權、基本權利及人權三者中，個別基本權範圍最狹窄，人權概念範圍最廣，且三者具有密不可分之關連性。因此，本章擬先簡述人權發展之概況²⁴⁷，次論基本權利之功能，再探討人身自由權與遷徙自由權在強制執行情序中所發揮之功能。

人民享有人權之思想，現代世界各國均視為當然，殊不知此一當然的思想係經過數百年的爭取與努力，實屬得來不易。在歐洲十八世紀啓蒙運動發生之前，西方漫著君權神授的觀念；中國則以皇帝為尊，人民任何權利的享有均來自於君主或皇帝的恩賜，而非人民所應有。歐洲啓蒙時代幾位大思想家陸續提出各種民主理論，促使民智大開。1762年盧騷發表「社會契約論」一書，認為人是生而自由，並揭發了人為萬物之靈，當可憑己意決定支配生活之觀點。盧騷更主張每個人都與他自身所處的社會中之其他人，一起共同生活在「公益的最高領導」之下，也就是使自己成為此社會中的成員，且為不可分割的一部分。人類的社會因此形成一自然的契約，人們為了生活在群體之中，必須形成類似契約的規範，放棄一小部分自己的權利和自由，換得不受他人恣意侵害其權利之保障。盧騷的「社約論」創立了「主權在民」的理論，強化基本人權的尊崇性。

受到法國啓蒙思想的影響，美國人權理念的先驅首推美國維吉尼亞州於1776年公布的「維吉尼亞州憲法」。維吉尼亞州於1776年5月在威廉斯堡的會議中，決定脫離英國獨立，並設置憲法起草委員會。該委員會於同年6月12日通過了與英國1689年公布同名的「人權法案」(Bill of Rights)，成為維吉尼亞州憲法，是世界上第一部成文憲法，積極肯定了人民的人權。

維吉尼亞州憲法的權利法案公布後，同年7月10日，由北美十三州組成的第二次大陸會議，全體一致通過「獨立宣言」，也接受了天賦人權、主權在民、

²⁴⁷整理自陳新民，憲法導論，新學林出版，2005年5版，頁47以下。

社會契約論等原則，且完全採納盧騷的理論。美國憲法在 1791 年的憲法修正案第 1 條至第 10 條，便將上述維吉尼亞州憲法之權利法案之精神，植入憲法修正案之中。

法國於 1789 年 7 月 14 日發生震驚世人的法國大革命，推翻路易十六的統治。同年 8 月 16 日的憲法制定會議中，通過著名的「人權宣言」17 條。此宣言在內容上較美國維吉尼亞州權利法案更為具體，再加上法國當時地處歐洲政治、文化、經濟的中心，人權宣言的影響自是無遠弗屆。因之，宣言所欲表達主張的觀念，隨著日後拿破崙橫掃歐洲的勢力而遍佈各地，歐洲各國皆如火如荼地進行立憲運動，因此由法國所揭示的人權精神，也就落實到歐洲各國憲法條文。

人權的理念已成爲時代潮流，說明人權理念是具有「擴散性」，可流傳於世界各地。在第二次世界大戰後，各國人權「全球化」的趨勢已然成型。聯合國憲章(1945 年)在前言中已宣示聯合國成立的目的之一在於「重伸基本人權、人格尊嚴及男女與大小各國平等權利之信念」。並於 1948 年通過「世界人權宣言」30 條。其他有關人權的國際盟約甚多，例如經濟社會文化權利國際盟約(1976 年)、公民及政治權利國際盟約(1976 年);區域性的如歐洲人權公約(1950 年)、歐洲社會公約(1961 年)，並且設立國際法院(如 1998 年歐洲法院)來監督各國人權發展。

尊重並保障人權已是國際趨勢，世界潮流，並且是沛然莫之能禦。我國已晉身開發國家之林，當然必須逐步要求國際人權保障之落實。從下列大法官解釋，可發現我國已漸次引用並遵循國際人權規章，用以解決我國憲政爭端。如釋字 549 號解釋理由書中即提到：「社會保險所提供之保障，依國際公約及各國制度，通常分爲兩類．．．，並依前述解釋意旨就遺屬津貼等保險給付及與此相關事項，參酌有關國際勞工公約及社會安全如年金制度等通盤檢討設計。」釋字第 578 號解釋亦指出：「由相關機關根據我國憲法保障勞工之基本精神及國家對人民興辦之中小型經濟事業應扶助並保護其生存與發展之意旨，參酌有關國際勞工公約之規定，並衡量國家總體發展，通盤檢討」。

釋字第 582 號解釋理由書表示：「西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效之歐洲人權及基本自由保障公約第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。」釋字第 587 號解釋理由書也指明：「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約第七條第一項所揭櫫，確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」另，釋字第 591 號解釋理由書中提及：「聯合國大會決議通過，並推薦各國採用之一九八五年聯合國國際商務仲裁法範本規定……。」²⁴⁸由前揭大法官解釋文及解釋理由書大量引用國際人權規章觀之，我國已逐步遵守並落實人權保障。

第一節 憲法上基本權利之功能²⁴⁹

所謂憲法上基本權利之功能，係從基本權利的作用對基本權利進行觀察與詮釋，以彰顯基本權利之內涵，為基本權利在憲法上之解釋及適用提供思考和發展。傳統上，學者對基本權利功能之分析多側重在基本權利「主觀權利」的性質；戰後憲法學者對基本權利的觀察，則多擴及基本權利的「客觀規範功能」。

第一項 作為主觀公權利之功能

第一款 消極防禦權功能

基本權利最初的作用在於對抗國家權力的侵害，冀能藉此確保人民之自由與財產免於受到國家之侵犯。亦即為了保護個人自由領域，防止公權力的干涉，其目的就在於創設人民的「自由空間」²⁵⁰，故基本權利乃是一種免於國家干涉的

²⁴⁸李震山，多元、寬容與人權保障----以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版有限公司，2005年初版，頁63。

²⁴⁹吳庚，同前註33，頁118-125；許宗力，憲法與法治國行政，元照出版有限公司，1999年初版，頁156-176。

²⁵⁰法治斌、董保城合著，同前註14，頁130。

自由。就此而言，基本權利可謂具有「防禦功能」，學者亦有以「防禦權」稱之²⁵¹，是為基本權利最原始且最主要的功能。

基於基本權利之防禦功能，人民對於國家違法侵害基本權利之任何行為，均得透過法律途徑排除之。防禦的對象包括抽象的法規、具體的行政處分、司法裁判及事實行為等。因此，人民之基本權利遭受國家不法侵害時，得依法律救濟程序請求處分機關撤銷原行政處分，或請求法院裁判撤銷違法之行政處分或除去違法結果，或請求司法院大法官宣告法令違憲而無效等。此外，人民權利如因國家之行為所致而受有損害時，亦得向國家請求回復原狀或賠償損失。於此，就消極的面向而言，人民源於基本權利即擁有防禦國家侵害的權利，此即基本權利所具有消極的防禦功能。

大法官釋字第 588 號解釋：「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」本號解釋要求法院為管收義務人時，應踐行正當法律程序，使義務人得有防禦國家不法侵害其人身自由之機會。

釋字第 603 號解釋：「指紋乃重要之個人資訊，個人對其指紋資訊之自主控制，受資訊隱私權之保障。而國民身分證發給與否，則直接影響人民基本權利之行使。戶籍法第八條第二項規定：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，應補捺指紋並錄存。第三項規定：請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。對於未依規定捺指紋者，拒絕發給國民身分證，形同強制捺指紋並錄存指紋，以作為核發國民身分證之要件，其目的為何，戶籍法未設明文規定，於憲法保障人民資訊隱私權之意旨已有未合。縱用以達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、辨

²⁵¹ 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收於憲法理論與實踐（一），學林文化，1999年，頁62。許宗力，基本權的功能，月旦法學教室第2期，2002年11月，頁72。

識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的而言，亦屬損益失衡、手段過當，不符比例原則之要求。戶籍法第八條第二項、第三項強制人民按捺指紋並予錄存否則不予發給國民身分證之規定，與憲法第二十二條、第二十三條規定之意旨不符，」戶籍法第 8 條第 2 項、第 3 項之規定不啻強制人民按捺指紋並予錄存，否則不予發給國民身分證之規定，已侵害人民受憲法保障之資訊隱私權。基於基本權利之防禦功能，人民有權拒絕國家強按指紋，以確保其資訊隱私權及資訊自決權。

釋字第 631 號解釋：「憲法第十二條規定：『人民有秘密通訊之自由』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。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨。中華民國八十八年七月十四日制定公布之通訊保障及監察法第五條第二項規定：『前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發』，未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之意旨不符，」本號解釋因通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式，限制受監察人之秘密通訊自由，受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權；且通訊監察之執行，除通訊監察書上所載受監察人外，可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由，與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之。為制衡偵查機關之強制處分措施，以防免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求²⁵²。通訊保障及監察法第 5

²⁵²釋字第 631 號解釋理由書參照。

條第 2 項規定，偵查中之通訊監察書由檢察官核發，將使人民於其基本權受國家侵害時，無從行使防禦權而遭大法官宣告違憲。

釋字第 636 號解釋：「檢肅流氓條例第十二條第一項規定，未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即得限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」此號解釋認為，檢肅流氓程序之被移送人可能遭受感訓處分，屬嚴重拘束人身自由之處遇，其對證人之對質、詰問權，自應與刑事被告同受憲法之保障。故證人不得拒絕被移送人及其選任律師之對質與詰問，以保障被移送人之防禦權。以上各號解釋之意旨，即為基本權利防禦功能之發揮。

第二款 積極請求權功能

基本權利之請求權功能是以積極向國請求給付作為內容，其主要理由乃因，在現代化國家裡個人的生活無法專恃個人獨自解決，人民之自由與權利有賴於國家提供並維持其存在之條件。若干基本權由傳統的防禦性質，進而得以要求國家提供給付之性質，其原因係由國家任務發展演進而來的。簡言之，現代國家已由干預行政國家走向給付行政國家，國家對人民基本權利的實現負有責任。因此，基本權利之請求權功能與現代國家對人民負有生存照顧之責任，兩者密不可分。

隨著政治、經濟、社會等各方面的進步，基本權利所具有的防禦功能已不能滿足人民的需求，乃進而要求國家提供人民一定之給付或服務。在此特性下，基本權利乃係請求國家給付或使用國家設施之權利。因此，基本權利之作用便擴及以國家之積極作為為訴求，而成為一種「給付權利」，是為基本權利之給付請求權功能，或稱受益權功能。若國家未能積極提供人民一定之給付或服務，人民便有權要求國家提供給付。於此，就積極的面向而言，人民源於基本權利即對國家擁有給付請求權，此即基本權利所具有積極的請求權功能。

學者李震山教授在其未發表的論述中，將積極請求權，依其性質區分為「原生性請求權」與「派生性請求權」²⁵³。源於基本權利所生請求權之「原生性請求權」，係指該請求權係附隨著基本權利所生，即具有基本權利便具有該積極請求權；「派生性請求權」，係指該請求權並非附隨著基本權利所生，而需透過解釋才能具有積極請求權。將積極請求權區分為「原生性」與「派生性」之作用旨在區別國家對其保護義務之強度。國家對原生性的積極請求權之保護義務較高；對派生性的積極請求權保護程度相對較低。當人民基本權利受到侵害時，須視受侵害基本權利之種類及程度，區分其請求權係原生性或派生性，而作不同程度之保護措施。

以接受教育之請求權為例，原生性的積極請求權，係指國家有義務提供人民良好教育機會與設施條件，但國家何時、以何種方式完成此項義務，原則上應委由立法者立法，僅在極端例外情形下，明顯且重大地違反憲法保障基本權利之基本要求時，始承認人民享有原生性的積極請求權。相對的，就現有的國家教育設施，人民可以根據平等權作為請求國家公平分配教育資源之依據，此即屬派生性的積極請求權。此派生性的積極請求權在憲法上應予承認，係因其請求之依據是憲法第 7 條之平等權，則國家對此給付是否合憲所涉及的乃是平等與否的問題。²⁵⁴

值得探討進一步探討的是，憲法上基本權利之規定，原本是基於防禦權功能所設計的，則本於消極防禦功能之基本權利應否賦予積極請求權功能之性質？關於此一問題，學說上有正反不同見解²⁵⁵。

一、否定說認為：

- (一) 將原本是基於防禦權功能所設計的基本權利轉化為具有請求權功能，這已非憲法解釋，而是對基本權利規定之曲解。
- (二) 此所謂給付請求權之內容及範圍缺乏具體明確性，欠缺直接可實踐性，

²⁵³另參法治斌、董保城合著，同前註 14，頁 133-134。

²⁵⁴ 法治斌、董保城合著，同前註 14，頁 134。

²⁵⁵ 法治斌、董保城合著，同前註 14，頁 132-133。

給付請求內容之實現，尚須透過法律加以具體化。換言之，必須先由立法機關對給付條件及內容立法規定始可實現，也唯有立法具體規定國家在何種條件下應對何人為何種內容之給付，人民之給付請求才可能實現，人民也才因此享有請求國家給付之主觀公權利。

(三) 若基本權利同時具有防禦權功能及給付請求權功能，則當基本權發生爭議時，法官必須決定應否賦予給付請求權，如此法官將凌駕於國會之上，破壞權力分立原則。

(四) 國家資源有限，實無法一一回應人民所提出之給付請求，其勢必將發生動輒違憲之窘境。

二、肯定說認為：

(一) 基本權利給付請求權乃是實現防禦權之前提要件，即人民透過請求國家為特定之給付，才能達成防禦基本權利免於受侵害之目的。

(二) 將原本防禦權功能之基本權利賦予給付請求權之功能，並無違背基本權利條文之內容，而是賦予新含意，確保其效力之再造。

(三) 基本權利賦予給付請求權之功能，乃是因應國家角色及任務之轉變為給付國家，所賦予與時俱進之時代意義。

就此一問題，德國聯邦憲法法院在「大學特定學系入學許可名額限制」判決²⁵⁶中認為，即使是現代的社會國家，對基本權在現存的行政體系內，是否擬予保障以及在何範圍內予以保障，係委諸立法者決定，此種決定是不可以爭訟的。換言之，德國聯邦憲法法院對此問題是採較保守的見解²⁵⁷，而否定說也是德國通說²⁵⁸。惟基本權利所具有的防禦功能已不能滿足現代國家的需求，否定基本權利防禦權具有給付請求權的內涵，並非漠視基本權利的給付性質。其仍可以藉著解釋方法達到基本權利非僅限於防禦國家非法之侵害，而尚有要求國家為給付

²⁵⁶ 李震山、黃啓禎、王玉楚合譯，關於「大學特定學系入學許可名額限制」之判決，收於裁判選輯（二），司法院印行，1991年，頁71-115。

²⁵⁷ 李惠宗，同前註18，頁92。

²⁵⁸ 法治斌、董保城合著，同前註14，頁133註33。

之保障，要求國家為一定之給付，例如人民要求接受國家教育的權利。德國聯邦憲法法院更積極認為，經由人民之請求作為，不如由國家事先架構好良好組織及完善民主程序，更能達到實質功能，此透過制度與程序積極保障基本權利，並化解許多學者不承認依防禦性質基本權可以賦予請求權之內涵，因為國家將會遭遇無法確定給付範圍之窘境²⁵⁹。

第二項 作為客觀規範之功能

在基本權主觀功能之意義下，基本權利乃是人民的一種「公權利」，公權利乃個別權利主體與公權力主體間之公法關係，其特徵是主觀公權利必須附麗於個別之權利主體上。至二次世界大戰後，就憲法保障基本權利之規定整體觀之，基本權利已形成一種「客觀的價值秩序」，該客觀價值用於公法、私法各種法域，同時也是行政、立法、私法行為之準則與精神，也是解釋法律之規則、權限規定權力界限²⁶⁰。故而，基本權利之作用不再只是一種權利，進而是一種「價值體系」，為國家公權力乃至於全體人類所應同追求之目標，因而可稱之為「客觀的基本規範」，或稱為基本權利之客觀規範功能。如此便強化了基本權利之效力作用，由於基本權利作為客觀價值決定而成為整個法秩序所應共同遵守的準則，其效力即超越主觀公權利之公法範圍，而擴及私法領域，包括對第三人之效力。其可再為以下之分析。

第一款 客觀價值決定功能

基本權利客觀功能之主要作用，在於從基本權利中抽繹出客觀之決定價值，使之放射至所有法律領域，進而成為立法、行政機關及司法機關行使職權時所應遵循的重要準則，其旨在要求國家機關必須盡到保護基本權利之義務，使人民之權利免於受到國家權力或第三人之侵害，故亦可稱之為「保護功能」。而其具體內涵，依德國學說及實務所發展之理論，可分為「對第三人效力」與

²⁵⁹李震山，民主法治國家與集會遊行，收於人性尊嚴與人權保障，元照，2001年再版，頁328-329。

²⁶⁰李建良，同前註243，頁68。

「國家保護義務」²⁶¹，茲分述如下：

第一目 基本權利之對第三人效力²⁶²

基本權利客觀規範功能之主要作用，在於將基本權利「放射」至所有法律領域，特別是私法的領域。由於私法主要係規範私人間之法律關係，故基本權利此種效力，德國學者稱之為「基本權利之對第三人效力」²⁶³，係指在私人間之法律關係是否也有基本權條款適用的問題。就基本權利之規範功能而言，國家機關於解釋及適用私法時，必須參酌並顧及基本權利所含之價值決定，否則即屬於對基本權利的侵害。

值得探討的是基本權利之對第三人效力，其係直接適用基本權條款或只能間接適用？

一、直接適用說：

二次世界大戰後，德國學者 H.C.Nipperdy 力主此說，Nipperdy 嗣後出任聯邦法院院長，該法院曾作成以下判決內容：「基本權意義的改變，不是指一切基本權而言，但卻有若干重要的憲法上基本權不僅是保障其對抗國家．．．更是社會生活秩序的基本原則，從基本權中發展出來有直接意義的範圍，對人民私法上交易也有其適用．．．在社會法治國下對基本法規範的認知，同時也對基本法或其他法律有根本上的重要性」，即是基本權規定具直接的私法上效力（BAGE48,122,138f.）²⁶⁴。

二、間接適用說：

德國多數學者認為，無論基本權的起源史解釋，或依文本及體系方式解釋，它本質上是防衛公權力侵害，而非直接規範私人間的法律關係；且

²⁶¹李建良，憲法理論與實踐，學林文化，1999年初版，頁6-7。

²⁶²有關基本權利之對第三人效力，其性質究屬主觀公權利之功能抑或客觀價值決定之功能，在學說上仍有爭議，國內有多位學者，認其性質屬於後者，本文從之。請參閱吳庚，同前註33，頁151。陳新民，同前註37，頁155。李震山，同前註251，頁329。法治斌、董保城合著，同前註14，頁136。李建良，憲法理論與實踐，學林文化，1999年初版，頁69。李惠宗，同前註18，頁93。陳慈陽，憲法學，2005年，元照，頁355。

²⁶³吳庚，同前註33，頁151。

²⁶⁴吳庚，同前註33，頁151。

民法乃是先憲法而存在，源遠流長體系完整，足以解決私法上的爭執問題，也唯有如此才能保障私法自治並維持法律體系的完整等等理由，不贊成直接效力說，目前可視為通說。他們也主張如果要將憲法基本權的規定，引用在處理民事個案上，也應當透過民法上的概括條款或不確定法律概念，諸如公序良俗等，以間接適用之方式，實現基本權的理念。聯邦憲法法院認為基本權條款須透過民法的概括條款進入民事法律關係，而間接適用。我國學者亦多數主張此說。²⁶⁵

在我國如民法第 1052 條第 1 項第 3 款規定，「夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者」，為請求法院裁判離婚之原因。最高法院 82 年度台上字第 2404 號判決要旨指出：「按夫妻之結合，應立於兩相平等地位，相互維持人性之尊嚴，互諒互信，以維護家庭之和樂。上訴人竟因細故，掌摑被上訴人，並強命於其父母前下跪，難謂無損被上訴人之尊嚴並立於兩相平等之地位。事後被上訴人已隨之返家，竟再持剪刀強剪被上訴人頭髮，令無法出門工作，並致被上訴人臉部割傷，全身多處挫傷，其不尊重**人性尊嚴**，無視被上訴人感受、痛苦，堪認已達不堪同居之虐待。」此判決即以憲法至高無上之人性尊嚴基本權利²⁶⁶所含價值決定，做為本判決之間接依據，同時也是基本權利之第三人效力的呈現。

第二目 國家保護義務功能

基本權利之保護義務，係指國家負有保護其國民之法益以及憲法上所承認之其他制度的之義務，此特別是針對於保護國民之生命、身體之自由與以財產權為內容之義務而言，此亦是一個現代民主法治國家所應具有的基本功能。所謂國家保護義務係人民對國家權力以外之侵害，例如來自於第三人的侵犯、環

²⁶⁵ 吳庚，同前註 33，頁 154 註 130。

²⁶⁶ 德國基本法將人性尊嚴之尊重視為特別價值，被列為最優先考量。李震山，基本權利之衝突，月旦法學雜誌第 1 期，1995 年 5 月，第 60 頁。另參釋字第 588 號解釋大法官彭鳳至一部協同意見書對人性尊嚴之闡述。

境污染、犯罪現象等，對人民生命財產之威脅或自然現象之天災，國家應採取一定作為，保護人民免受其侵害之謂。

憲法第 153 條規定，國家為改良勞工及農民之生活，「應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策」；「婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護」，無疑是課予國家保護勞工、農民、女工及童工，使免於遭受雇主或地主剝削的義務。中華民國憲法增修條文第 10 條第 6 項、第 7 項亦分別規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」；「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」此亦為國家保護義務之具體規範。

另外，依個案保護之必要，所需國家採取者，也有可能是行政作為或司法措施。如遭歹徒威脅時，請求警察保護，以免生命、身體或財產遭受歹徒侵害，其要求於國家之保護義務，是一種行政作為；又如在涉及基本權對第三人效力的若干民事案件，請求法院根據憲法保護人民基本權的精神，正確適用民法，以達保護其基本權利免於遭受第三人侵害之目的，其要求於國家之保護義務，則是採取特定的司法措施。

就基本權利主體與國家之關係而言，國家對其基本權利既負有保護義務，則國家所採取之保護手段自必須足以有效達到保護之目的，即國家選擇保護之手段時，負有「不足禁止」之義務。此係指國家為履行保護義務，應在規範上及事實上採取充足之措施，始能在顧及於「相對立之法益」之下，達到一個適當且有效的保護，也就是說，國家不得採取不足以達到保護目的之保護手段。但是在評價國家所採取之保護行為是否合憲時，只在於國家「是否」盡其保護義務，而非國家「如何」盡其保護義務。德國聯邦憲法法院對此即指出，當公權力完全未採取任何保護措施，或其所採取之保護措施根本不適當或者完全未能達到應有的保護目的時，才算是違反國家保護義務²⁶⁷。在司法審查上，可審查的只有「該保護基本權的預防措施是否完全不適當或全然不充分」。亦即，司

²⁶⁷法治斌、董保城合著，同前註 14，頁 138 註 53。

法審查僅在審查是否有保護不足的問題而已，尙無法從基本權利導出人民有請求立法的權利，此乃客觀的國家保護義務與主觀的給付請求權最重要的差別所在。

大法官諸多解釋也不乏肯認國家保護義務之存在，如釋字第364號解釋：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民『接近使用傳播媒體』之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。」蓋廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，並保護人民有更多利用媒體之機會。

至於學理上所謂「接近使用傳播媒體」之權利，乃指一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公正。例如媒體之報導或評論有錯誤而侵害他人之權利者，受害人即可要求媒體允許其更正或答辯，以資補救。惟允許民眾「接近使用傳播媒體」，就媒體本身言，係對其取材及編輯之限制。如無條件強制傳播媒體接受民眾表達其反對意見之要求，無異剝奪媒體之編輯自由，而造成傳播媒體在報導上瞻前顧後，畏縮妥協之結果，反足影響其確實、公正報導與評論之功能²⁶⁸，故人民「接近使用傳播媒體」除保護人民基本權利外，應兼顧媒體編輯自由之原則。

釋字第400號解釋：「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。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。」大法官認為國家負有義務，使人民之財產權免於受國家公權力或其他第三人之侵害，其受第三人之侵害者，人民固得

²⁶⁸ 釋字第364號解釋理由書參照。

依民法請求損害賠償，國家爲了公益目的之必要而侵害人民之財產時，亦應補償人民所受之損害，以實現國家保護人民財產之義務。

釋字第445號解釋：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，爲實施民主政治最重要的基本人權。國家爲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。」此係爲了保護人民得以依法順利安全地舉行集會、遊行，以保障人民表現自由之權利，國家應提供集會、遊行所需適當之場所及維護秩序之警力等保護措施。申言之，集會、遊行之主管機關及警察機關有配合之義務²⁶⁹，以防止他人干擾集會、遊行之進行或危害之發生。

釋字第472號解釋：「國家爲謀社會福利，應實施社會保險制度；國家爲增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，憲法第一百五十五條及第一百五十七條分別定有明文。又國家應推行全民健康保險，復爲憲法增修條文第十條第五項所明定。．．．對於無力繳納保費者，國家應給予適當之救助，不得逕行拒絕給付，以符憲法推行全民健康保險，保障老弱殘廢、無力生活人民之旨趣。」對於無力繳納健保保費之經濟弱勢族群，國家應給予適當之保護與救助，不得逕行拒絕其生存所需之健保給付，這是因爲由全民健康保險所整合與提供的醫療給付，有部分已屬維持人民基本生活條件所必要；國家若以人民未繳納保費爲由而拒絕提供此種基本給付，將違反憲法保障生存權所含「禁止不足給付原則」的要求²⁷⁰。因此，此號解釋隱含對經濟貧困，無力生活之人民，國家負有保護義務²⁷¹。

從另一方面觀之，國家採取之保護手段，自不免限制了其他第三人的基本權利(此涉及基本權利衝突之問題)，所以在第三人與國家的關係上，該第三人可以根據基本權利之防禦功能，請求國家對其採取干預手段時，不得超出必要

²⁶⁹ 李震山，同前註 251，頁 327 註 16。

²⁷⁰ 釋字第472號解釋，蘇俊雄大法官協同意見書。

²⁷¹ 同此見解有李建良，基本權利與國家保護義務，收於憲法解釋之理論與實務，中研院社科所，民國 89 年，頁 362。李惠宗，同前註 18，頁 98。惟有謂本號解釋涉及社會國原則，似較接近基本權利之給付請求功能，法治斌、董保城合著，同前註 14，頁 138 註 52。

之限度。易言之，國家選擇干預手段時，同時負有「過度禁止」之義務，即不得採取違反比例原則而超出必要範圍之干預手段。總之，國家採取保護措施，必須受到對被保護人「不足禁止」與對相對的利害關係人「過度禁止」的雙重拘束。釋字364解釋所稱：「對於人民『接近使用傳播媒體』之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重」即此之謂²⁷²。

第二款 制度性保障功能

「制度性保障」之概念，係於二〇年代德國威瑪憲法時期，柏林大學教授Martin Wolff於1923年所發表的「帝國憲法與財產權（Reichsverfassung und Eigentum）」一文中提出²⁷³。而真正提倡者，當屬德國憲法學者Carl Schmitt。其於1928年所出版之「憲法理論（Verrfassungslehre）」一書中，正式提出了「制度性保障」之理念。²⁷⁴係指在憲法規範之下，某些具有特定功能、範疇、任務及目的之制度應為國家憲法所承認，受到憲法特別保護，非由立法者得藉由法律之制定或修正予以廢棄²⁷⁵。

依其見解，制度性保障最主要的目的，在於透過憲法規定，提供一種憲法保障，用以有效約束立法者，不得藉由任何立法行為，變更或廢棄憲法所保障的制度。其意謂基本權不僅是個人權利保障，包括公私生活上既存的社會事實，經由各種複雜的法規加以規範，而形成的建制（Einrichtung）保障，立法者不能予以侵害。²⁷⁶如公務人員制度、地方自治團體等公法上建制；婚姻、家庭等私法上制度。制度性保障是一種「憲法保障」，其意係指憲法規定所提供之保障「等同於」憲法本身，當違反此等保障時，等同於違反憲法本身；若侵害憲法保障之本質核心，即是對憲法本身的侵犯²⁷⁷。在學說發展上，制度性保障除了Carl

²⁷² 許宗力，基本權的功能與司法審查，收於憲法與法治國行政，元照，1999年3月，頁168。

²⁷³ 邵曼璠，論憲法上之制度性保障--以財產權保障為例，國立中興大學法律研究所論文，1998年，第6頁轉引Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe W. Kahl, 1923, S.5~6。

²⁷⁴ 邵曼璠，同前註，頁7。

²⁷⁵ 法治斌、董保城合著，同前註14，頁140。

²⁷⁶ 吳庚，同前註33，頁118-125。

²⁷⁷ 李建良，制度性保障理論探源，收錄於公法學與政治理論----吳庚大法官榮退論文集，元

Schmitt原始的保障功能外，已發展成凡法律制度及生活現狀的保障，都在此概念範圍之內。²⁷⁸

由於制度性保障之內容極為廣泛且複雜，對此概念很難界以一個明確性定義，因此有學者對此概念作成以下「理解」：即「制度性保障是從個人基本權中產生的保障功能，舉凡從憲法實施時已存在的各種保障基本權制度，以及衡量社會生活的現實及國家發展狀況，所應建立的保障制度都包含在內。」²⁷⁹大法官歷號解釋中，提到制度性保障者有：

一、人身自由制度

釋字第384號解釋理由書：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，· · ·係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。」憲法第 8 條關於人身自由有特別的保障規定，除了實體規定外，還包括嚴謹的程序規定，為憲法保留事項。國家任何限制人民身體自由之行爲，均應踐行正當法定程序，此乃人身自由制度性保障之規範內涵。

二、財產權制度

釋字第386號解釋理由書：「國家為支應重大建設發行之無記名中央政府建設公債，係以發行債票方式籌集資金，國庫對公債債票持有人所負之給付義務，本質上與自然人或公私法人為發行人，對無記名證券持有人負

照，2004年，頁239。另參陳新民，中華民國憲法釋論，民國85年9月，頁147。

²⁷⁸ 陳春生，司法院大法官解釋中釋於制度性保障概念意涵之探討，憲法解釋之理論與實務第二輯，中研院社科所，頁273。

²⁷⁹ 吳庚，同前註33，頁123。

擔以證券所載之內容而為給付之義務，並無不同。法律為保護無記名證券持有人，於證券遺失、被盜或滅失時，不使其受不當之損失，不使其受不當之損失，民法第七百二十條第一項但書、第七百二十五條及第七百二十七條之本設有各種保護之規定及救濟之程序，以維持公平，不致影響善意第三人之權益，亦未增加發行人之負擔，此為對無記名證券久已建立之制度性保障。」釋字第400號解釋：「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。」財產權的概念係指「法律上及所有人主觀上一切具有財產價值之權利及物件」²⁸⁰，如果缺乏財產的法律制度即無從形成財產權的具體內涵，財產權制度性保障課予國家一定義務，對財產權的內容應予「形成」，而非加以限制，亦應保障人民財產之私有性與私用性²⁸¹。

三、學術自由與大學自治制度

釋字第380號解釋：「憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障；就大學教育而言，應包含研究自由、教學自由及學習自由等事項。大學法第一條第二項規定：『大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權』，其自治權之範圍，應包含直接涉及研究與教學之學術重要事項。大學課程如何訂定，大學法未定有明文，然因直接與教學、學習自由相關，亦屬學術之重要事項，為大學自治之範圍。」、釋字第450號解釋理由書：「國家為健全大學組織，有利大學教育宗旨之實現，固得以法律規定大學內部組織之主要架構，惟憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，大學自治亦屬該條之保障範圍。舉凡教學、學習自由、講授內容、學生選擇科系與課程自由等均屬大學自治之項目，」、釋字第563號解釋：「大學自治既受憲法制度性保障，則大

²⁸⁰吳庚，同前註 33，頁 243-244。

²⁸¹李惠宗，同前註 18，頁 254-255。

學為確保學位之授予具備一定之水準，自得於合理及必要之範圍內，訂定有關取得學位之資格條件。」學術自由是一種上位概念，涵蓋研究與學說理論的自由。學術統指一切學問而言²⁸²，「凡內容或形式上依照嚴謹有計畫的嘗試步驟，證明真理的活動皆屬之」²⁸³，學術活動在遵從「憲法義務」²⁸⁴之前提下，應免於國家權力之干預；大學自治係謂大學內組織之設置及課程之規劃，各大學具有自主之權利，國家不得予以干涉。

四、公務員服公職制度

釋字第605號解釋：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。公務人員依法銓敘取得之官等俸級，基於憲法上服公職之權利，受制度性保障」。憲法第18條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權，國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行爲，亦應兼顧對公務人員之權益之保護²⁸⁵。服公職之權利必須透過法律來建構，其內容須由國家予以確認並形成公務員制度，包括薪俸、升遷、差假、退休、撫恤及懲戒等。

五、訴訟權制度

多號大法官解釋闡釋訴訟權制度保障，如釋字第396號理由書：「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

²⁸² 辭海上冊，臺灣中華書局印行，民國63年，頁869。

²⁸³ 吳庚，同前註33，頁227，轉引李惠宗，憲法要義，頁179。

²⁸⁴ 李惠宗，同前註18，頁186。

²⁸⁵ 釋字第491號解釋參照。

旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。」釋字第418號解釋：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。」釋字第512號解釋：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」釋字第582號解釋理由書：「被告詰問證人之權利既係訴訟上之防禦權，又屬憲法正當法律程序所保障之權利。此等憲法上權利之制度性保障，有助於公平審判及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」等。

訴訟權制度，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。而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理規定所形成之制度²⁸⁶，使人民得以實現「有權利即有救濟」之法則。

六、婚姻與家庭制度

釋字第554號解釋：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離

²⁸⁶ 釋字第574號解釋參照。

之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行爲，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行爲之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」婚姻與家庭制度向來爲社會安定之基石，其透過法律所形成之制度，不僅是一種社會規範，更可表現出一個國家的文化或傳統，建全的婚姻與家庭制度保障，對國家社會的發展具有重要的意義。

七、地方自治制度

釋字第550號解釋：「地方自治團體受憲法制度保障，其施政所需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，但於不侵害其自主權核心領域之限度內，基於國家整體施政之需要，對地方負有協力義務之全民健康保險事項，中央依據法律使地方分擔保險費之補助，尙非憲法所不許。」釋字第527號解釋：「地方自治團體在受憲法及法律規範之前提下，享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限。地方自治團體及其所屬機關之組織，應由地方立法機關依中央主管機關所擬訂之準則制定組織自治條例加以規定，復爲地方制度法第二十八條第三款、第五十四條及第六十二條所明定。在該法公布施行後，凡自治團體之機關及職位，其設置自應依前述程序辦理。惟職位之設置法律已有明確規定，倘訂定相關規章須費相當時日者，先由各該地方行政機關依地方制度法相關規定設置並依法任命人員，乃爲因應業務實際需要之措施，於過渡期間內，尙非法所不許。至法律規定得設置之職位，地方自治團體既有自主決定設置與否之權限，自應有組織自治條例之依據方可進用」釋532號大法官蘇俊雄協同意見書：「區域計畫法對於國家與地方自治團體的計畫高權，做有一定的權限分派決定，而爲中央與地方權限劃分秩序的一部分；在此項立法決定合乎憲法與地方制度法對於地方自治之制度保障要求的前提下，相關計畫主體的行政機關，自負有遵守該等權限分派秩序的義務。」此三號解釋均對地方自治之制度性保障作出闡釋。另外，我國憲法第10章規定中

央與地方之權限，第11章規定地方制度，憲法增修條文第9條規定省縣自治事項等均構成地方自治制度性保障之內容，使中央與地方權限之劃分有所依據，在我國地方自治制度之發展極具重要性。

第三款 組織與程序保障功能

制度性保障畢竟屬於理論及規範性質，其制度的施行，則有賴於健全的組織及公平合理之程序加以落實，此即組織與程序保障功能。譬如，保障人民訴訟基本權即需健全的法院組織及公平合理之訴訟程序；有健全的全民健康保險組織及程序，才能落實人民生存權之保障；要保障人民的集會、結社基本權，則有賴於健全的警察組織及公平合理之程序等是。在現實生活中，某些資源為國家所獨占，如廣播電視的電波頻率分配使用即是。而人民對於廣播電視電波頻率的使用又與言論自由息息相關，唯有透過制定相關公平合理之程序，讓人民得以自由使用廣電媒體發表言論，才能真正落實與保障言論自由。大法官在釋字第364號解釋理由書明白指出：「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。」此即課予國家採取一定的措施，組成適當的組織及設計合理公平之程序，分配有限的電波頻率，以保障人民使用媒體權與言論自由，此即基於人民使用媒體權與言論自由權所生之組織與程序保障功能。

組織與程序保障功能，除了積極地課以國家提供組織與程序保障外，亦消極地要求國家，於涉及人民權利，尤其限制或侵害人民權利時，均應踐行一定的法律程序，以保障人民的權利。其應踐行之程序，如應給予人民表達意見的機會、准予聲請調查證據或閱覽卷宗，甚至召開公聽會等，²⁸⁷其中最重要者，莫過於憲法第 8 條所保障的程序基本權。從憲法第 8 條所保障的程序基本權中，學者引進了英美法之「正當法律程序」的概念²⁸⁸。

²⁸⁷ 這種減少基本權實害發生，具消極面向的程序保障功能，與美國法上的正當程序（due process）相當。許宗力，憲法與法治國行政，元照出版有限公司，1999年初版，頁173。

²⁸⁸ 正當法律程序不僅指程序正當，且包含實質正當。湯德宗，論憲法上的正當程序保障，「正

大法官於民國84年針對檢肅流氓條例作成的釋字第384號解釋，也首次導入實質正當的法律程序原則，其指出：「憲法第八條第一項．．．所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」嗣迭於多號解釋強調正當法律程序，如釋字第396號解釋：「公務員因公法上職務關係而有違法失職之行爲，應受懲戒處分者．．．懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」釋字第418號解釋：「道路交通管理處罰條例第八十七條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所爲之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所爲之裁定，得爲抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序。」釋字第491號解釋：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。」釋字第436號解釋：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序。」釋字第574號解釋：「憲法第十六條所規定之訴訟權，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爲其核心內容。」釋字第582號解釋，對刑事被告詰問證人之權利所作解釋，釋字第585號解釋：「三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例」部分條文，有違正當法律程序、法律明確性原則。釋字第588號解釋：「憲法第八條第一項規定所稱法定程序，係指凡限制人民身體自由之處置，不

當法律程序原則之內涵與落實」學術研討會，憲政時代，第25卷第4期，民國89年4月。
羅明通，憲法上「正當法律程序」之判斷基準，司法周刊，第752期，1995年11月。

問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。」等，均一再強調正當法律程序的重要，以落實對人民之組織與程序保障。

釋字第603號解釋理由書：「國家基於特定重大公益之目的，而有大规模蒐集、錄存人民指紋，並有建立資料庫儲存之必要者，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。」釋字第488號解釋：「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。」亦闡釋了組織與程序對落實保障人民基本權利之重要性。

第四款 合法性功能

基本權的具體化實現與否，已被認為是國家或政治體系合法性的一項觀察指標。²⁸⁹通常所謂國家或政治體系的合法性，不外指涉國家起源或存在的正當性，絕大多數人民意接受其頒布的法令，沒有大規模的公民不服從，是合法化最基本的要求。現代民主國家均採多數決原則，惟此往往犧牲少數人民之權益，基本權保障個人之身分地位，尤其透過憲法訴訟或大法官解釋，使個人的權益可獲得救濟，遂認為足以表現合法性功能。基本權包括消極不受國家權力侵害及積極要求政治系統向人民提供教育、訓練、生存照護等給付。政治系統在這兩方面投入的功能愈多，則其回饋的合法性也愈強。

基本權利是人民皆有的權利，憲法加以規定實具有確認其在國家規範秩序中最高效力，國家有加以保護之義務，不僅立法者不得任意限縮，制憲者如有

²⁸⁹ 吳庚，同前註 33，頁 125。

侵犯也視為一種憲法破毀的行為²⁹⁰。學者依人民權利之固有性、普偏性、不可侵犯性、不可讓渡性等之程度區別，將人民權利分為「固有權層次之人權」、「憲法基本權利層次之憲法權利」及「一般法律層次之法律權利」。²⁹¹其中對「固有權層次之人權」²⁹²應予保障，本不待法律規定。然而，由於國家行使權力時，往往造成人民固有權之侵害，因而造成國家行使權力與保障人民固有權之衝突。因此，有必要將固有權實證化，將其明定於憲法之內，藉以警示、約束政府，以調合國家權力與保障人民固有權之衝突。將本屬「固有權層次之人權」透過憲法明文規定加以確認，人身自由權及遷徙自由權均屬之。就個別基本權利而言，在基本權利的諸多功能中，並不是擇一的，在一種基本權利裡，可能具有多種功能同時存在。就基本權而言，一種基本權往往具有多種基本權之功能。

以上所述，是整體基本權利所發揮之功能，至於個別基本權所發揮之功能，依其基本權利之本質，各有其權利特色之功能。以下將依人身自由權與遷徙自由權作為基本權利所發揮之功能，分別再予論述。

第二節 人身自由權與遷徙自由權於行政執行之功能

前節所論基本權功能，乃係學者對整體基本權利之功能所為之論述。就個別基本權利以觀，在具體個案適用上，可能同時具有多種基本權之功能，亦可能缺乏部分基本權功能。例如，依本節所將探討的行政執行限制人身自由權與遷徙自由權而言，其固然具有消極防禦權功能、積極請求權功能及作為客觀法原則之規範功能等等，惟其限制均來自於國家執行機關，而非來自第三人，故其均不發生「基本權利之對第三人效力」功能。以下將依人民人身自由權與遷徙自由權之特性，分別探討其在行政執行中，作為基本權利得以發揮之功能。

²⁹⁰ 吳庚，同前註 33，頁 90-92。

²⁹¹ 李震山，同前註 240，頁 12。

²⁹² 固有權層次之人權，如生命權、身體權、人性尊嚴等是。李震山，論憲政改革與基本權保障，國立中正大學法學集刊第 18 期，94 年 4 月，頁 203-206。

第一項 人身自由權作為基本權利之功能

人身自由權規定在我國憲法基本權利章，屬於入憲基本權²⁹³，自有其特殊意義，其位階高於法律，則必有別於一般法律上權利，且有其特殊功能。憲法上基本權利之功能於前已詳為論述，人身自由權僅為眾多基本權利之一，有其個別功能，僅分述於後。

一、作為主觀公權利之功能

從傳統的自由權利觀點以言，基本權利最初的作用在於對抗國家權力的不法侵害，藉以確保人民之自由與財產免於受到國家之侵犯，乃產生基本權利之防禦功能，為基本權利最原始且最主要的功能。人身自由權憑藉著基本權利之防禦功能，保障了人民身體自由不受來自政府侵害的領域，在該領域內，人民不僅得以防禦國家執行機關違法或不當的拘提、管收或暫予留置等執行措施，更可抗拒政府其他不法的干預，創設了人民生的自由空間。人民不僅得依人身自由權之防禦功能抗拒執行機關違法或不當的拘提、管收或暫予留置等執行措施。不服該等執行措施者，更得依法提起救濟，即對法院准予拘提、管收之裁定提起抗告程序，或對行政執行處暫予留置之執行措施，依行政執行法第 9 條聲明異議，以排除不法之拘提、管收裁定，或暫予留置之執行措施。法院為管收之裁定前，應使義務人得提出有利之證據供法院調查，並賦予義務人進行抗辯防禦之機會，此亦為人身自由權防禦功能之具體展現。

隨著政治、經濟、社會等各方面的進步與變遷，國家任務發展演進的結果，現代國家已由干預行政國家走向給付行政國家，國家對人民基本權利的實現負有責任。基本權利所具有的防禦國家執行機關違法或不當的拘提、管收或暫予留置等執行措施之功能，已不能滿足人民的需求，乃進而要求國家提供人民一定之給付。在此特性下，基本權利乃係請求國家為特

²⁹³ 關於憲法列舉之基本權與未列舉權之保障，請參閱李震山，憲法未列舉權保障之多元面貌—以憲法第二十二條為中心，收錄於多元、寬容與人權保障--以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2007年，頁1-66。

定給付之權利，因此，基本權利之作用便擴及以國家之積極作為為訴求。

人身自由權作為積極請求權而發生的功能，人民可以要求，包括應僅限於司法或警察機關才可逮捕人民、行政執行處實施暫予留置之執行措施，或向法院聲請拘提、管收義務人，以限制義務人人身自由權時，須符合行政執行法第 17 條規定之法定要件，及限制義務人人身自由權之必要性，並應踐行在行政執行處應經行政執行官訊問之正當法律程序；為拘提、管收之裁定，則必須由具有憲法上身分及地位，獨立行使職權之法官方得為之，人民遭受拘提後，可以要求法官提審等積極性之功能。而且，人民人身自由權，如因法院或執行機關之行爲所致而受有損害時，亦得向國家請求損害賠償，此即人身自由權作為積極請求權功能之發揮。

二、作為客觀法原則之規範功能

人身自由權大都被規定於成文憲法中，成為具有拘束力之規範，即成為客觀法原則，又稱為客觀法價值判斷之基本規範，或客觀法價值秩序之原則。依德國聯邦憲法法院一貫的判決，認為基本權利不僅是個人對抗公權力之主觀防禦權，尚且同時是憲法之客觀法價值判斷之基本規範，其適用於法秩序所有領域，且為立法、行政及司法之準則。基此，基本權利為實質法治國家之特徵及不可放棄之形成部分²⁹⁴。從消極層面而言，人身自由受憲法第 8 條特別保障，屬憲法保留，不容立法機關任意制定法律予以限制，執行機關亦僅得於合於憲法第 23 條之要件，在維護公益，且嚴格遵守比例原則下，聲請法官為准予拘提、管收之裁定。就積極層面而言，國家應充分尊重並積極保障人民之人身自由權，執行機關應將限制人民人身自由權之執行手段，視為最後且不得已之執行措施，並應謹慎執行，將對人民人身自由權之限制減至最輕微之程度，以積極保障人民之人身自由權。

基於人民人身自由權作為客觀法原則之規範功能，國家有提供保護人民人身自由之給付義務。例如，對人民進行拘提、管收或暫予留置，國家

²⁹⁴李震山，人性尊嚴與人權保障，元照，2001 年 11 月，頁 329。

應建立制度性保障之訴訟權；提供法院組織及程序，建立組織與程序保障，以落實憲法保障人民人身自由權之意旨。

基於人身自由權，人民自然可以排除不法的拘提、管收或暫予留置等執行行為、國家負有保護義務、應提供正當合法的程序保障、健全的制度性保障與組織保障，以獲取人民更高的合法性回饋，其更應是人民及國家所應共同追求之客觀價值秩序。

第二項 遷徙自由權作為基本權利之功能

在以遷徙自由權作為個別基本權利之功能中，人民之遷徙自由權仍然具有主觀公權利之消極防禦權功能、積極請求權功能及作為客觀法原則之規範功能，茲分述如后。

一、作為主觀公權利之功能

防禦國家權力的不法侵害，仍是基本權利最初且是最主要的作用，遷徙自由權作為個別基本權利，係用以保障人民遷徙自由權不受國家公權利作用之違法侵害。人民遷徙自由權在憲法保障下，賦予人民得任意合法遷徙及移動之自由空間。

基於遷徙自由權之防禦功能，人民對於執行機關違法之限制住居或限制出境（海）執行措施，侵害遷徙自由權之任何行為或法規，均得透過法律途徑排除之。遷徙自由權防禦的對象包括限制人民住居或出境（海）之行政執行措施、抽象的法規、具體的行政處分、司法裁判及事實行為等。因此，人民之遷徙自由權遭受國家不法侵害時，得依法律救濟程序請求處分機關撤銷原處分，或依行政執行法第 9 條聲明異議，或請求法院裁判撤銷違法之處分或除去違法結果，或請求司法院大法官宣告法律違憲而無效等。於此，就消極的面向而言，人民源於遷徙自由權，即擁有防禦國家執行機關不法限制義務人住居或限制出境（海）的權利，此即遷徙自由權所具有消極的防禦功能。

隨著國家任務的發展演進，現代國家多已從消極的干預行政國家走向積極的給付行政國家；人民遷徙自由權之保障亦需國家主動提供各項措施予以配合，方能真正落實。在現代國家遷徙自由權所具有傳統的防禦功能已不能滿足人民的需求下，國家對人民遷徙自由權負有積極促其實現的責任，國家若未能提供保障人民遷徙自由權之基本措施，人民有權要求國家提供一定之給付，以保障人民遷徙自由權不受國家不法侵害，此即人民遷徙自由權作為積極請求權而發生的功能。

基於遷徙自由權作為積極請求權而發生的功能，義務人可以要求國家執行機關限制其住居或限制出境（海）時，必須依憲法第 23 條之規範，應該符合行政執行法第 17 條第 1 項之法定要件，及具備限制義務人住居或限制出境（海）之必要性，踐行正當法律程序；義務人不服執行機關對其所為限制住居或限制出境（海）之執行措施時，國家應提供適時、有效的救濟途徑，並由司法機關作終局之裁判，讓義務人有機會能有效排除執行機關違法或不當限制義務人住居或限制出境（海）之措施，此外，義務人遷徙自由權如因執行機關之行爲所致而受有損害時，亦得向國家請求損害賠償，此即遷徙自由權作為積極請求權功能之發揮。

二、作為客觀法原則之規範功能

人民遷徙自由權應予保障為我國憲法第 10 條所明文規定，成為具有憲法位階之法規範，其適用於法秩序所有領域，且為立法、行政及司法之準則，成為客觀法價值秩序之原則，國家即有提供保護人民遷徙自由之給付義務。

由於對人民遷徙自由之侵害係來自於國家執行機關之公權力措施，如行政執行程序中限制義務人住居或限制出境（海）之執行措施。本於遷徙自由權，國家應該保護義務人之遷徙自由權不受執行機關公權力之違法侵害，執行機關限制義務人住居或限制出境（海）時，應該合於正當合法的實體與程序規定。而國家亦應基於落實憲法保障人民遷徙自由權之意旨，

提供健全的制度性保障與組織保障，俾利義務人於其遷徙自由權被限制時，得以適時、有效的提供救濟途徑，讓義務人得以排除不法限制其住居或限制出境（海）之執行措施，確保義務人遷徙自由權所保障之自由空間不受侵害。

於此所謂健全的制度性保障與組織保障，諸如形成適時、有效的行政救濟制度及司法訴訟制度，以及受理並進行行政爭訟程序之合理編制的組織及成員。在行政爭訟制度中，行政執行程序中被限制出境人除得依法聲明異議之外，更應讓其得以提起行政訴訟，且應由具有憲法規範地位之法官，依法進行行政訴訟程序，以健全客觀價值秩序。如此健全的制度性保障與組織保障之健全，不僅合於現代國家法治國原則之要求，更可透過憲法保障人民遷徙自由權具體化實現，提昇並強化國家之正當性與合法性。