

一般行為自由與一般人格權作為 憲法保障之基本權

張永明

(高雄大學財經法律學系教授)

壹、前言

貳、一般行為自由與一般人格權作為基本權之迫切性

一、多元價值社會對個人影響之分析

二、多元社會價值觀變遷後人民之需求分析

三、多元文化社會國家之角色扮演與任務履行

參、一般行為自由與一般人格權之司法實務發展

一、德國聯邦憲法法院之相關裁判

二、我國司法院大法官相關解釋

肆、一般行為自由與一般人格權作為基本權之疑慮

一、基本人權或憲法上保障之權利之區分

二、憲法第 22 條兩項不得牴觸規定之定性

三、一般行為自由與其他人之傳統價值觀衝突

時如何處理之問題

四、一般人格權與其他權利衝突時之處理

五、承認一般行為自由與一般人格權之實益

伍、結語

壹、前言

從字義上來看，一般行為自由與一般人格權均非指特定之自由權利，其內容可以是所有未受憲法特別規定保障之行為自由與人格權利。如此寬廣之範圍，在成文憲法的國家，可以吸納一切未受制憲者青睞、卻為人民事實上所需之自由權利，提供人民無漏洞之基本權保障，但其本身亦存在著缺點，即難以確認一般行為自由與一般人格權具有與其他受制憲者明文保障自由權利相同之品質與地位，以及在基本權間衝突或需與公共利益互相權衡時，不至於永遠居於劣勢之地位，形成徒有保障之名，卻無保障之實之困境。

一般行為自由與一般人格權並非我國憲法規定之法定用語，應該是從德語之 *allgemeine Handlungsfreiheit* 與 *allgemeines Persönlichkeitsrecht* 翻譯而來，雖然我們有自己之憲法，而憲法文義中並無此等用語，但近來司法院於解釋憲法時，以共通法理之方式，將之引進成為相關解釋文與解釋理由書之內容，而引起廣泛之注意。在論及一般行為自由與一般人格權之大法官解釋中，以司法院釋字第 689 號狗仔隊解釋與釋字第 749 號解釋最具代表性，前者在理由書中首度有深入之闡述，後者第一次在解釋文中直接使用一般行為自由之用語。

本文嘗試探討何以一般行為自由與一般人格權，在今日有必要受憲法保障，於人民聲請釋憲時，得成為大法官審查之準據，為此等被制憲者輕忽之自由權利找尋正當化之基礎。接著著手分析一般行為自由與一般人格權在德國之發展，歸納整理德國聯邦憲法法院所承認之一般行為自由與一般人格權之種類，作為我國未來進一步之參考。最後，以我國司法院大法官有關一般行為自由與一般人格權之解釋為例，探討在我國人民基本權利規定之架構下，未來如何處理新型態的一般行為自由與一般人格權。

貳、一般行為自由與一般人格權作為基本權之迫切性

在變化快速的年代，科技文明一方面帶給人們生活便利，另一方面也加速傳統價值觀與思維模式的激烈改變，當這些影響人民作成決定的潛在準據不再定於一尊時，人民面臨中心價值失落的問題¹，因而有再融入新秩序之迫切需求：

一、多元價值社會對個人影響之分析

自由民主憲政秩序強調個人自由、各項主張享有平等競爭認同之機會，百家爭鳴為最理想之狀態，個人受影響之層面主要有如下三種：

(一) 政治多元帶動改變

具體落實自由民主憲政下，政黨透過政治主張爭取選民認同，取得執政權限後，為在下個選舉週期繼續保有掌握政權之機會，必然利用執政優勢推動各項吸引選民之政策，而在野之政黨則使出渾身解數，製造與利用各個關鍵時機，企圖扭選局面登上執政舞台。因此，縱使是對政治冷漠之人民，亦無法自外於政治多元之影響。

由於政黨之政治主張涵蓋生活層面之各項議題，而且無論是執政或在野之政黨，均有必要開創新猷，因而或多或少要有挑戰傳統之作為，身處民主政治勢力影響範圍內之人民，在各項新舊理念相互交織下，思想與行動均處變動中，當改變範圍狹小、速度和緩時，可以沒有適應問題，但若改變劇烈時，則要做好充分之心理準備，否則難以逃脫改變之焦慮。無論政黨政治之運作是否成熟，各項政治主張搭配大眾傳播媒體之傳遞，理論上有機會為社會大眾所知悉，尤其是執政黨之政策有極大可能性成為直接

¹ 參，楊國樞，開放的多元社會，1985年。

拘束人民之法律，因此，今日政治多元帶來的改變，可謂是自由民主環境下，促成人民思想與行為改變之強而有力且直接之根源。

(二) 文化社會價值觀處變動浪潮中

自由民主社會之人民除受政治主張直接影響外，尚有諸多間接、無形、不具強制力，卻有持續與深遠影響力之理念環繞在人民周遭，這些理念隨民主政治之運作開始崇尚開放、多元、不定於一尊為原則後，亦朝多元並存之方向發展。這些可歸屬於文化、社會價值觀之理念，為個人決定切身事務之重要指引，這種團體生活中之規範雖然不若來自政治層面者具直接強制力，卻是受影響之個人自願受拘束而誠心遵循，因而具關鍵影響力。

文化社會價值觀之形成沒有一定之軌跡可循，能歷經長時間仍受多數人青睞者，即成為傳統主流之價值觀，為社會秩序與道德理念之重要構成要素，跨越不同世代仍能被奉為圭臬而遵循不渝，成為安定社會民心之無形力量。然而在變動迅速之年代，文化社會價值觀本身亦受外在因素影響而投入改變之潮流中，促成文化社會價值觀改變之因素不勝枚舉，政治因素、科技因素與當時期之物質條件，無疑是其中最主要者。

(三) 個人再融入社會之嘗試

在影響個人行為決定之直接間接準據均處於變動之中時，雖然個人終究還是會找到方向而作成決定，但在過程中增多了選擇準據之機會，就此而言，個人無疑是享有更多之自由，更能依自己所願而行事。然而當影響決定之無形準據難以排定先後適用順序時，個人即無中心思想，凡事臨時再立刻決定即可，因此所謂的失序現象即頻頻發生，這似乎是高度自由下之必然結果。

身處這種內外環境均在改變中之個人，若要成為穩健之個體，即必須自己找尋合適之歸屬，讓該團體之無形規範來指引自己，以協助臨事決定之作成，但亦僅止於此，對於他人並無拘束力。因此，在這種個人有高度自由之社會，所有人之決定均應受尊重，但所有的人也都在找尋自己之歸屬，試圖透過各種有形無形之方法，去塑造自己之言行準據，而自己服膺之準據並不是永恆，隨時可以改變。當個人能體認這種社會脈動時，即能在沒有集體中心思想下，以自己當下已建立之中心思想去決定自己之行止，享受個人定義之自由。

二、多元社會價值觀變遷後人民之需求探討

個人在群居社會中要能生存發展，必然需要一套能見容於所處環境，又能發揮自我之方法，尤其是在變化劇烈價值多元之現代社會，受大環境左右之個人，往往需要更多之努力與配套措施，方能有滿意之生活。

(一) 適應大環境之變化

習慣傳統思維的人民，在各方面變化均激烈之現代，若再墨守成規，必然為時代所淘汰，而成為失落、迷惘、無方向之社會棄兒，絕大多數的人要能適應變化急遽之環境，每需有嶄新之思維與方法，方能有所收穫。因此，現代人幾乎都在摸索、累積失敗經驗，進而掌握脈動，但隨著生活直接相關科技之進步，又必須啟動新的一輪之學習，來因應新的變化，但人群中仍不乏堅持不隨改變起舞，而依循舊有之規律生活，甘願承受食古不化之負面批評，亦不在者者。

面對這種多數人只能逆來順受，且變動頻仍的環境，無論是採取積極面對，或消極逃避，經過一段長短不一的時間之後，除非從一開始就強烈抗拒，否則總是在不斷從頭開始的循環週期中打轉，鮮少有人能永遠跟得

上時代。因此，努力不懈，希望不落伍、不被淘汰，以及堅持傳統，抗拒新的改變，即成為現代人兩種極端的寫照，而在兩者之間，又存在無數種的組合，在自由開放的社會中每個人都可以找尋適合自己的位置，這種過程是自由的，亦是迷惘，是每個人無法避免的，但無論如何均必須使自己融入這個多元化社會中。

(二) 改善個人之際遇

在融入所處社會之大環境的同時，具有思考能力之人類，對於個人控制能力所及之小環境，亦有經營管理之必要：有團體歸屬者，可以在所屬團體之引導下，經營個人之小環境，但在自由開放之社會，退出所屬團體加入另一團體，或者與自始不加入特定團體者般，不受任何團體之直接影響，亦為可能之選項。無論如何，個人際遇之經營，亦均需有所作為與有所不作為，始能達成自己理想中之狀態。

在個人受所處環境直接影響下，最需要改善個人際遇者，無疑是無法從大環境獲取所需之資源，或者無法融入變動中之大環境者，這群少數人以異於大眾慣用之方式繼續生存，其思維與行徑以主流社會之觀點來看，均屬離經叛道、旁門左道，卻是他們精神生活之依託。當社會價值觀不斷改變時，難以融入主流社會者，其離主流社會崇尚之價值觀勢將越來越遠，更必須在適合自己之框架內尋求更好的未來。

今日個人幾乎無法離群索居，在這價值多元變化快速之社會，個人有更多之機會與需求，去發展適合自己之生活方式。通常除遵循現存之既定模式外，透過個人之積極作為與消極不作為，讓自己在群體社會中找到安穩之定位亦是重要之選擇。因此，有必要保有一定程度之為所欲為之自由，而因此形塑出來之人格形象，不僅應該受到尊重，且應該保有決定是否改

變之權利，如此才不至於成為團體之附屬者，而享有個體之主體性。

三、多元文化社會國家之角色扮演與任務履行

相較於往昔，自從基本權利入憲之後，人民得享有之自由範圍與權利種類已大為增加，但這些成文化之基本權利卻未必能滿足現代人之需求，尤其是在社會價值觀不斷改變之際，多數人必須有生活上之慰藉。此時國家面對人民這種需求，應抱持何種態度與立場，始符合多元文化社會之本質，即值得探討：

(一) 積極規劃正向引導

在人類累積經驗開創未來之過程中，符合傳統思維之行徑，基本上亦是受大眾期待之行為，國家若重視傳統文化，即可透過積極獎掖之作為，扶持傳統文化之存續與發展。此時個人若參與其中，即可藉此拓展個人之活動領域，發展個人之人格，此種由上而下之自由權利發展模式，雖然是由國家主導，挾國家財力之挹注有強大之吸引力，有可能扭曲個人之意願，但因終究仍保有加入與否之決定自由，且維護傳統有多數人之共同利益為基礎，基本上仍具正當性。²

當然，國家也積極規劃創新之領域，引導人民朝一定方向挑戰未來，這些通常是國家文化政策之實踐，由於文化政策亦受民意機關之監督，即使是創新之發展，亦屬可期待大眾會接受者。當國家之文化生活供給越多，人民的選擇性就越大，大多數人民可望藉此發展其人格，因此，國家的積極規劃主要是有益於大眾。

² 關於國家保護與獎助文化之義務與應遵守之原則，參，陳淑芳，文化憲法，收錄於蘇永欽主編，部門憲法，2005年，第1版，頁615以下。

（二）降低阻力放任發展

相較之下，人群中必然存在一定不喜歡受約束之族群，其不認同國家積極規劃之文化供給，甚至抗拒之。對其而言，挑戰歷史傳統之行為或思想方具吸引力，因此在一般大眾之眼中，其乃因不甘寂寞而特立獨行，每每受衛道人士之譴責，大眾輿論對此類具叛逆性之言行舉止，也未必友善相對，因此，這些少數人往往必須在惡劣之環境中，實現自己所推崇之思維與達成自己所欲之願望。

由於此類少數族群向來與國家及大眾保持距離，喜歡與眾不同，對於國家所提供者難以產生興趣，且無論國家所為，是復興傳統或者創新發展，均難以引起其共鳴，亦無法強迫其接受，因此，在多元化社會中，對於這類人民而言，其所企求者，無非是國家給予其自由發展之空間，不任意加以干涉，任其依各自之認知與理念，去規劃如何滿足自己之需求。

在變動快速之時代，人民受外界影響而改變思維與行為者，所在多有，向來習慣於傳統，願受歷來規範拘束者，亦有可能轉而成為抗拒傳統之少數，因此每個人均有需要一定不受國家阻礙發展，得自我規劃以滿足自己需求之空間³，國家只有在利益衝突時，始有權限介入處理。

參、一般行為自由與一般人格權之司法實務發展

雖然一般行為自由與一般人格權非憲法條文規定之用語，而為司法實務所創設，但相較於我國僅司法院釋字第 689 號解釋引起廣泛之注意，在德國聯邦憲法法院之裁判中，此兩項基本權並不因未被明文規定在基本法中而受忽略，德國聯邦憲法法院不時有相關之裁判，不僅與其他基本權共同影響德國權利法制之發展，亦有值得我國參考之處。

³ 參，吳信華，文化現象與政策，收錄於蘇永欽主編，部門憲法，2005 年，第 1 版，頁 575。

一、德國聯邦憲法法院之相關裁判

(一) 以基本法第 2 條第 1 項自由發展人格權為依據

德國基本法關於基本權之規定，並未如我國憲法般，有第 22 條之概括規定，因此，為滿足社會變遷下人民對於未被明文保障新興基本權之需求，填補基本權章規定之不足，一方面承認在基本法第 1 章基本權利規定以外之條文，具有「如同基本權之權利」（Grundrechtsgleiche Rechte）之地位，亦得作為人民向聯邦憲法法院聲請憲法訴願之依據，如基本法第 20 條第 4 項有關抵抗權、第 33 條平等服公職之權利、第 38 條參選國會議員之權利、第 101 條法定法官之保障、第 103 條法律聽審權、罪刑法定主義與禁止雙重處罰權，以及第 104 條剝奪自由應遵守法定程序之保障等；另一方面，亦透過聯邦憲法法院詮釋基本法第 2 條第 1 項之規定，發展成得承載新興基本權之法源依據。

德國基本法第 2 條第 1 項規定：「任何人有權自由發展其人格，但不得侵害他人之權利，或違反合憲之秩序或道德規範。」⁴ 此規定經德國聯邦憲法法院之詮釋，演變成為概括保障之基本權（Auffanggrundrecht），只要任何之行為（Betätigungen）與不行為（Unterlassungen），凡不屬於其他自由基本權所保障者，在符合基本權成立之要件下⁵，均得援引自由發展人格權而成為基本法保護之對象。此外，德國聯邦憲法法院更將基本法第 2 條第 1 項保障之自由發展人格權與第 1 條第 1 項之人性尊嚴保障，連結在一起而發展成為一般人格權（allgemeines Persönlichkeitsrecht）⁶。

⁴ Art. 2 Abs. 1 GG: "Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."

⁵ 參，李震山，多元、寬容與人權保障，2007 年 2 版，頁 40，453，人權之品質應有：1. 從權利本質上，須與國民主權、人性尊嚴或一般人格權之保障息息相關者。2. 從權利保障需求，除專為保障少數所設者外，應具普遍性。3. 從憲政角度言，若不予保障，有違自由民主憲政秩序與價值觀者。

⁶ Philip Kunig, in von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Band 1, Aufl. 2017, Art. 2 GG, Rn. 1.

（二）德國一般行為自由之案例分析

一般行為自由係聯邦憲法法院在詮釋基本法第 2 條第 1 項自由發展個人人格權利之規定時發展出來，由於個人如何發展自己之人格，出自於自己的決定，且主要以自己之積極與消極作為達成目標，因此，為能充分發揮保障個人人格發展之功能，受保障之標的應及於所有的人類行為模式，基本法第 2 條第 1 項保障之自由發展人格權，即被另以一般行為自由（*allgemeine Handlungsfreiheit*）或一般自由權（*allgemeines Freiheitsrecht*）⁷稱之，並在如此之理解下成為概括保障之基本權。

一般行為自由之保障範圍，除基本權人為不以德國人為限之任何人，屬於不受爭議者外，何項行為屬於此項基本權之保障對象向來有爭議。若從基本法第 2 條第 1 項規定之文義來看，受保障之標的應該是與個人之人格發展有關聯者，同時考量到其他受基本法明文保障之基本權，均具有相當之內涵要求，因此僅有與人格發展有密切關聯者，方屬於「高價值的人格發展」（*hochwertige Persönlichkeitsentfaltungen*），亦始得援引基本法第 2 條第 1 項，此即所謂的人格核心理論（*Persönlichkeitskerntheorie*）⁸。

然而，若從人格發展自由權著重的是「發展」兩字，相較於基本法第 2 條第 2 項具體保障之生命與身體之完整性，應不受限於特定之保護標的，而應及於所有自由作為（*Freiheitsbetätigung*）之保護⁹。換言之，不論是否與核心人格概念有直接關聯，均得成為受保護之對象。

德國聯邦憲法法院在「森林騎馬案」¹⁰，作了有關一般行為自由之劃時代裁判，捨棄狹隘的必須與重要人格法益有關聯始能成為受保障對象之

⁷ BVerfGE 63,45(60).

⁸ Vgl. Ipsen, Staatsrecht II, 20. Aufl. 2017, S. 220.

⁹ Murswiek, in Sachs, Grundgesetzkommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 2 GG Rn 9.

¹⁰ BVerfGE 80,137(152ff.) - Reiten im Walde.

見解，改採基本法立法過程中曾被提出，但後來以文字太過庸俗而未成為法文之草案規定，即只要能促成各自所認知之人格權利者，無論是積極之行為，或消極的不作為，均得援引基本法第 2 條第 1 項之規定。

在寬廣認定一般行為自由之成立下，一般行為自由之案例逐漸增多，有屬於對當事人有意義，但對其他人則屬雞毛蒜皮之小事，諸如穿著奇裝異服、蓄髮、公園餵鴿子¹¹、森林採菇、騎摩托車、本人或家屬決定自己死後下葬之時間與地點¹²；亦有補足基本法所未規定者，如出境自由¹³；當然亦有對於法律關係有重大影響者，如私法自治、競爭自由、不受金錢處罰、免於公法上之強制入會等¹⁴。

這些由德國聯邦憲法法院所承認之一般行為自由案例，大致可以區分為屬於當事人之積極行為，以及消極不行為兩大類，而無論是積極行為或消極不行為，均可再細分為會產生權益衝突與不致產生衝突者。整體而言，在聯邦憲法法院之裁判案例中，一般行為自由已被廣泛承認，但在具體個案中憲法訴願人之一般行為自由卻鮮少能不受到限制者。

（三）德國一般人格權之案例分析

一般人格權為德國憲法法院自基本法第 2 條第 1 項自由發展人格保障，發展出來成為一般行為自由之部分領域。但因一般人格權除以基本法第 2 條第 1 項為法源依據外，亦援引基本法第 1 條第 1 項人性尊嚴之保障規定為依據，因此，一般人格權雖與一般行為自由彼此有密切之關聯，但又各自發展成為獨立之基本權。

¹¹ BVerfGE 54, 143 (146) – Tauben füttern.

¹² BVerwGE 45,224(227)；BVerfGE 50,262.

¹³ BVerfGE 6, 32(36f.)- Elfes-Urteil, 因德國基本法第 16 條之規定只有入境之文義。

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 12. Juli 2017 - 1 BvR 2222/12-, - 1 BvR 1106/13 -.

一般人格權比一般行為自由更緊密地涉及個人的生活領域，提供個人之人格發展必要的基礎條件。一般人格權在司法裁判之開創下，依其所涉及之事項，大致可以區分為四大類：

1. 自主決定權（Selbstbestimmungsrecht）

以個人為中心時，與個人具有密切關聯之訊息，無不影響當事人的對自我同一性之認同（*Identität*），為保障個人在群居社會中享有主體地位，而非成為單純之客體，因此，當事人有知悉與自己同一性相關資訊、要求被遺忘之權利，以及在形成自我認同之過程中，不應因為自己之決定，而須承受額外之負擔或遭受不利益。這種賦予個人對與自己之主體性相關之資訊享有自主決定權，隨著社會之多元發展而彰顯其意義，蓋多元社會中每個人均有可能有其異於他人之特殊之處，當其認為這些資訊有利或不利其對於自我之認同時，無論何人擁有這種資訊，當事人不僅有知悉之權利，其公開與否亦均應由其自主決定。

德國聯邦憲法法院有多起承認個人享有自主決定權之案例：如非婚生子女知悉自己血緣之權利¹⁵、男子知悉小孩子是否確實從己身所出的權利、¹⁶姓名權、保留出生時姓氏之權利、性別自主決定權¹⁷、性自主¹⁸、以及受刑人請求協助其融入社會之權利¹⁹等。這些事項直接涉及個人在群居社會中之角色扮演，屬於一般人格權中與個人關聯性最高的部分，通常會受到優先保護。

¹⁵ BVerfGE 79, 256 (268ff.).

¹⁶ BVerfGE 117, 202(226),

¹⁷ BVerfGE 115,1 (14) ; 121, 175(190).

¹⁸ BVerfGE 6, 389 (432).

¹⁹ BVerfGE 35, 202(235f.); 45, 187(239); 64, 261(276f.).

2. 自我保管權 (Selbstbewahrungsrecht)

自己相關之資訊不被他人探知，有利於想從人群中退縮、不欲為人探知與其相關事物者，實現自己之主張。對於知名人士或擁有引人好奇資訊者而言，當其享有決定自己相關資訊是否為他人知悉之保管權利時，其即保有享受寧靜之可能性，可以避免個人相關之客觀資訊外流後，經有心人士濫用成為損及其人格權益之現象。

自我保管資訊權之範圍所及，主要以有客觀存在之記錄為前提，諸如病患先前之就醫文件，雖然處於醫事人員與醫院可及之處，但所有之醫護與行政人員均不得輕易洩露。此外，個人不受探知健康情形，尤其是未彰顯於外之心理狀態，不受探知或公開，個人財產關係以及日記之私密性等，這些涉及個人之資訊，均以不同方式被記錄下來，但不得以揭露事實為理由，未經當事人同意即予以公開或利用。

3. 自主形塑權 (Selbstdarstellungsrecht)

相較於自我保管權針對具體客觀存在之涉己資訊，自主形塑權所涉及者，乃綜合各類資訊而形成對個人之印象。此項權利主要保障個人不受他人貶抑、詆毀等負面行為之侵害，以保有自己維護自己社會形象之權利。隨著個人在群居社會中如何展現自我之科技進步，自主形塑權亦保障個人不受他人以違反著作原創性之方式，侵害其人格，諸如免受他人以貶低人格方式侵害之名譽權、要求他人不得在公開場所發貶抑人格之言論。此外，個人亦享有肖像權與不受監聽監錄等權利、對於不實之報導享有更正與回應請求權等，均係在維護個人對自己社會形象之決定權。

在保護人格權利免受負面侵害，而由基本權人自主決定如何對外形塑自己的社會形象²⁰下，德國聯邦憲法法院另發展出所謂的「資訊自主決定權」（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）²¹，主要是針對現代化國家以各種名義與方式，對個人資訊進行蒐集時，要求公權力機關對於人民資訊相關之干預，無論是出自何種動機，如社會秩序之維護、金融紀律之維持，甚至是反恐等，均必須具備正當化之理由。

4. 確保資訊科技系統上的私密性與完整性（Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme）

近來個人通訊科技有長足進步，每個人對其依賴度大為提升，但資訊科技時代的特色，「凡走過必留下痕跡」卻讓一切資訊無所遁形，無論是個人電腦、平板、手機等設備，每一個的通訊軟體都完整記錄著使用者之個人、社交，以及曾做過事項之詳細資訊，這些資訊可以輕易拼湊出個人之形象，也隱藏了無數當事人不願意為外界所知悉之秘密，而歷來對於人格權保護之理論顯然無法因應這種資訊科技之特性，尤其是當使用者基於信賴而與相對人進行之私密性溝通，應該要能防止他人侵入窺視，以及防止在雙方當事人均遺忘之後，再被探知甚至公開討論被歸屬於私人性之內容²²。

此外，現代資訊科技設備儲存之個人訊息，以及對外溝通之細節，技術上均極為容易被第三者竄改或作特定用途之利用，使用者應該要有權利可以主張資訊之完整性，防止第三者在真實之資訊上作背離事實之修改與利用，導致外界對於使用者形成誤解，而破壞其人格形象。

²⁰ BVerfGE 63, 131(142).

²¹ BVerfGE 65,1 (43); 78,77; 113,29(46); 130,151

²² 所謂的被遺忘基本權 Grundrecht auf Vergessenwerden, Vgl. EuGH, NVwZ 2014, 857 (864f.); Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 825(829); Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Aufl. 2016, § 27 Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Rn. 7.

德國聯邦憲法法院在基本法第 2 條第 1 項條文規定未曾變更下，從資訊的自主決定權，更進一步承認人民在資訊科技時代，享有此項確保資訊科技系統上的私密性與完整性之權²³，以節制各邦政府憲法保護法所規定之「線上搜索」（Online-Durchsuchung），因此開啟所謂的「電腦基本權」（Computergrundrecht, IT-Grundrecht）時代²⁴。

（四）基本法第 2 條第 1 項保護領域之演變

從德國基本法第 2 條第 1 項自由發展人格權之規定，司法實務發展出一般行為自由與一般人格權兩種基本權，透過德國聯邦憲法法院之判決，不斷有新的類型出現，基本法第 2 條第 1 項成為未明文規定基本權之產生源頭，這些新興基本權當然使德國基本法之內涵更形豐富。

由於在強調個人主義之社會，個人如何發展自己之人格，由其自我決定，因此，一般行為自由之保護領域相當寬廣，為使自由發展人格權在經衝突法益衡量後，有機會享有受優先保障之地位，故曾有論證是否應設受保護之門檻，即以與核心人格權相關為要件，但德國聯邦憲法法院之多數見解則不主張設限，並獲得學術界的廣泛認同²⁵。多數認為，不應區分何種行為自由應受保護，何種不應受保護，因為基本上不存在有效之判斷準據²⁶。

至於一般人格權除以基本法第 2 條第 1 項之規定為依據外，因尚以基本法第 1 條第 1 項之人性尊嚴保障為連結，在人性尊嚴不得被侵害，屬於不受限制之基本權下，一般人格權相較於一般行為自由，對憲法訴願人更具意義，有更多的機會在權利衝突之個案中，獲得優先受保護之地位。

²³ BVerfGE 120, 274 ff.

²⁴ Härtling, NJW 2010, NJW-aktuell Nr.3, 10; Poscher, JZ 2009, 269.

²⁵ Hofmann, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn 2; Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 14. Aufl. 2017, S 72.

²⁶ Ipsen, Staatsrecht II, Grundrechte, 20. Aufl. 2017, S. 219. a.A. Grimm, Sondervotum, BVerfGE 80, 137 (169).

二、我國司法院大法官相關解釋

(一) 大法官有關一般行為自由之解釋

1. 於解釋文中明揭人民享有一般行為自由者

司法院釋字第 749 號解釋為首度亦是迄今唯一在解釋文中明揭一般行為自由者：「... 道路交通管理處罰條例第 37 條第 3 項有關吊銷駕駛執照部分，明顯逾達成定期禁業目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」

此號解釋不採之前釋字第 699 號關於酒駕吊照三年不得考照解釋，稱係涉及人民行動自由之見解，而對職業駕駛人被吊銷駕駛之三年規定，認為係與人民一般行為自由之保障有違背，雖然是與工作權一起作為違憲審查之準據，但亦明揭人民駕駛汽車受一般行為自由所保障。此外，本號解釋以系爭規定過度禁止，未符合比例原則為由，宣告違憲定期失效，顯示法律不得過度限制人民工作權與一般行為自由。

2. 於解釋理由書中述及一般行為自由

司法院釋字第 689 號關於狗仔隊之解釋，首度在解釋理由書中承認人民得享有一般行為自由，為大法官最早承認人民有一般行為自由之解釋：「... 基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障。為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第二十二條所保障。人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由，自在一般行為自由保障範圍之內。惟此一行動自由之保障並

非絕對，如為防止妨礙他人自由，維護社會秩序所必要，尚非不得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制。而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。新聞採訪行為則為提供新聞報導內容所不可或缺之資訊蒐集、查證行為，自應為新聞自由所保障之範疇。又新聞自由所保障之新聞採訪自由並非僅保障隸屬於新聞機構之新聞記者之採訪行為，亦保障一般人為提供具新聞價值之資訊於眾，或為促進公共事務討論以監督政府，而從事之新聞採訪行為。惟新聞採訪自由亦非絕對，國家於不違反憲法第二十三條之範圍內，自得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制。」

大法官在本號解釋理由書中，首揭人民之一般行為自由，並將例來關於一般行為自由與行動自由之關係²⁷，表明大法官之見解，即將一般行為自由作為上位概念，內含有行動自由。並依據憲法第 22 條之規定，將不妨害社會秩序公共利益作為一般行為自由之成立前提，而一般行為自由亦如同其他自由權利般，同受憲法第 23 條之限制。此外，在本號解釋中，一般行為自由與新聞採訪自由同時存在，一起與國家為防止妨礙他人自由、維護社會秩序所制定之法律規定，作相互之權衡，結論是俗稱狗仔隊的跟追採訪方式，雖受一般行為自由下之行動自由所保障，但亦得受限制。

3. 個別大法官在意見書中提及一般行為自由者

除司法院釋字第 689 與 749 兩號解釋為有關一般行為自由之具代表性解釋外，個別大法官在相關解釋中亦有提及一般行為自由之意見書，其中較值得關注者有如下兩者，但不以此為限²⁸：

²⁷ 參，吳信華，憲法釋論，2015 年第 2 版，頁 448；釋字第 689 號解釋許玉秀大法官意見書。

²⁸ 另如蘇永欽大法官於釋字第 712、724 號解釋、陳新民大法官於釋字第 711 號解釋、以及黃茂榮大法官及許玉秀大法官於釋字第 689 號解釋之意見書中亦均提及一般行為自由。

(1) 闡述一般行為自由之性質、功能與審查密度

許志雄大法官在釋字第 749 號解釋之協同意見書中，將其歷來對一般行為自由之研究²⁹，歸納成為對於一般行為自由之精簡而扼要敘述：「...至於一般行為自由，因範圍廣泛，及於一切生活領域有關之行為，而不以有關人格利益或自律者為限，且未直接牽涉個人尊嚴之維護，是尚不宜列入人權範疇。惟其可排除國家之「違憲強制」或「違憲侵害」，有助於個人主體性之實現，故應為受憲法保障之其他權利，只是一般行為自由之審查密度通常較低，有關規制立法之違憲可能性亦相對減少。」

許志雄大法官認為一般行為自由，具有促進個人主體性實現之功能，雖然其涉及之範圍寬廣，司法審查密度通常亦較低，相對上較難在具體個案中成為被優先維護之權利，但仍有存在之價值。因為此意見書係在司法院已承認一般行為自由之後，且直接在解釋文上使用一般行為自由之用語，基本上是協助一般行為自由被廣泛與深入了解之性質。

(2) 主張大力引進德國法之一般行為自由者

陳春生大法官在司法院於釋字第 689 號解釋承認一般行為自由後，大力主張一般行為自由之適用，如在釋字第 699 號解釋之意見書中認為：「駕駛汽車乃人民於道路上自由來去之權利，若依上揭兩號（本院釋字第五三五號、第六八九號解釋）解釋，亦可認為屬於一般行為自由。」於釋字第 731 號解釋主張，土地徵收條例賦予當事人選擇究竟以現金補償，或請求發給抵價地之選擇權，應該以一般行為自由為審查準據。

²⁹ 許志雄，一般行為自由的探討 - 從司法院釋字第 689 號解釋談起，收錄於氏著，人權論 - 現代與近代的交會，2016 年出版，頁 155 - 205。

陳春生大法官在釋字第 731 號解釋之協同意見書中，詳細介紹德國法上之關於一般行為自由之意義（不論對人格發展之貢獻比重）、定性（具從屬性或防漏性，必須在憲法列舉之自由權審查完後才被考慮。）與比例原則之適用，認為土地徵收條例之系爭規定對當事人一般行為自由之限制，已違反比例原則。

4. 一般行為自由在我國司法實務之特色

從司法院釋字第 689 號解釋正式承認一般行為自由以來，至釋字第 749 號解釋在解釋文中直接表明人民享有一般行為自由之保障，其間亦有部分大法官在意見書書主張以一般行為自由作為審查準據來看，一般行為自由在我國之基本人權目錄中以榜上有名。然而，無論是在狗仔隊採訪案，或者是禁止職業駕駛資格案，一般行為自由均是在其他基本人權之旁作為審查之輔助準據，而非以補遺之地位與功能，即在無其他基本法可以援引時，以一般行為自由為唯一之審查準據，不無錦上添花之意味，雖然透過大法官利用各種機會，續造出我國憲法明文規定所無之一般行為自由，增加人民基本權利之種類值得肯定，但卻尚未能以一般行為自由作為唯一之審查準據，對於一般行為自由作為一項基本權而言，似乎有尚欠獨立性之疑慮。

在具體之釋憲個案中一般行為自由未能作為審查之唯一準據，不僅與一般行為自由之補充性地位有所衝突，亦不利於人民援引一般行為自由作為釋憲聲請之理由。或許這是大法官續造出一般行為自由之過渡階段，先讓一般行為自由在個案相關基本權之伴隨下問世，等到未來時機成熟時，人民即得單獨以一般行為自由受侵害為由聲請釋憲，屆時一般行為自由才真正成為我國基本權之一種，目前僅是在大法官續造一般行為自由成為基本權之過程中，未來成效如何，仍有待持續密切觀察。

（二）大法官有關一般人格權之解釋

綜觀司法院大法官歷來之解釋，尚未有於解釋文或解釋理由書使用一般人格權之用語者，通常均是直接使用人格權、人格自由發展³⁰，或人格發展等，僅偶而有個別大法官在意見書中使用一般人格權。但因憲法明文保障之基本權中，有與人格權相關者，因此被認定為是特別人格權，諸如憲法第 8 條人身自由之保障，即非依法定程序不得逮捕、拘禁、審問、處罰；第 10 條居住遷徙之自由、第 11 條表現意見之自由、第 12 條秘密通訊之自由等。至於一般人格權則由大法官在釋憲個案中，參酌民法第 18 條第 1 項，在憲法上肯認具有憲法位階之一般人格權，或者參酌民法第 195 條規定，就身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操等各種特別人格權，逐一審查其是否屬於具憲法位階之人格權，必要時並補充新類型。³¹

迄今，業經司法院解釋具有憲法位階之一般人格權，計有釋字第 399 號解釋之姓名權、釋字第 585、603 號解釋之隱私權與資訊隱私權、釋字第 587 號解釋確定真實父子關係、釋字第 656 號解釋之名譽權、釋字第 664 號解釋之少年人格權、釋字第 580 號解釋之契約自由，甚至是釋字第 486 號解釋之法人商標圖樣等。大法官基本上亦是以人性尊嚴維護與人格自由發展為建構一般人格權之理由，如釋字第 585 號解釋理由書稱：「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，而受憲法第二十二條所保障。」釋字第 580 號解釋文稱：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。」相較於一般行為自由，一般人格權似乎較有機會成為大法官違憲審查時之獨立準據。

³⁰ 參，李惠宗，憲法要義，2015 年，第 7 版，頁 396 以下關於人格發展自由。

³¹ 詳參，司法院釋字第 689 號解釋黃茂榮大法官協同意見書。

肆、一般行為自由與一般人格權作為基本權之疑慮

一、基本人權或憲法上保障之權利之區分

由於司法院大法官審理案件法第 5 條就人民聲請釋憲之要件之一，係主張憲法上保障之權利受確定終局裁判所適用之法令侵害，而一般行為自由與一般人格權並非為制憲者所承認，僅是釋憲者以人權續造之方式，納為違憲審查之準據，大法官對於憲法明文保障之基本人權與由其所創造之憲法上保障之權利審查之密度並不相同，因此有主張將一般行為自由歸類為憲法上保障之權利，而非人權，因而不須具備嚴格之要件，如此有利人民權利之成長，避免國家之「違憲強制」³²。

雖然，如此之區分可以解決大法官非制憲或修憲機關但創造新人權名目之困境，但因憲法第 22 條應可解釋為制憲者有意授權給釋憲者依時代演進增添基本人權之依據，在引該條規定作為法源依據下，再作區分有無實益？當人權與憲法上保障之權利作用與功能均相同時，恐怕只是歸類之名稱不同而已。何況當一般人格權當與人性尊嚴緊密相關聯時，審查密度亦必須隨之提升，若只將一般行為自由歸類於憲法上保障之權利，但一般人格權中亦有審查密度應採寬鬆者，因此，區分似乎至多僅能帶來局部之辨識效果，卻讓人權概念複雜化。

二、憲法第 22 條兩項不得牴觸規定之定性

憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」當一般行為自由與一般人格權以憲法第 22 條為法源依據時，條文中之不得妨害社會秩序公共利益，究竟應該解釋為該兩項自由權利之本質要素，或者是得限制該兩項自由權利之理由，即有討論之空間。

³² 司法院釋字第 749 號解釋許志雄大法官協同意見書。

以一般行為自由及一般人格權之形成主要是透過釋憲機關之承認，相較於其他被明文規定之基本權，係透過制憲或修憲之嚴謹程序而言，新興之基本權自當有一定之成立要件，否則容易造成基本權數量之浮濫成長，如同通貨膨脹般³³，降低憲法保障基本權之功能。因此，從這個觀點來看，不得妨害社會秩序與公共利益應該是一般行為自由與一般人格權之成立要件。

然而，倘若一般行為自由或一般人格權必須未妨害社會秩序或公共利益始得成立時，則這兩項自由權利幾乎沒有生成之空間，因為創新以及與傳統背道而馳之理念與主張，鮮有不被認為是與現存社會秩序不相容，或者未牴觸公共利益者，則從基本權利亦應該能與時代脈動相符，與時俱進地增加人民之權利清單，而不應該受限於制憲當時之見解而言，完全扼殺新興基本權利之生成機會，並非理智之舉，故不得妨害社會秩序與公共利益不應該是這兩項自由權利之成立要件。

兩相衡量，似乎是採自由權利之限制說而非成立要件說為妥³⁴，但如此見解顯然是與我國憲法規定之文義與體系有間³⁵，縱使慮及透過修憲程序明定新的基本人權幾乎沒有可能，釋憲機關應該利用憲法解釋機會續造基本人權，且專責釋憲之機關對於基本權利之疏漏知之甚詳，為引進新興基本權利之功能最適機關，但釋憲機關終究欠缺直接民意基礎，仍不應輕易地締造新興基本權利之種類。故為利新興基本權利之生成，憲法第 22 條規定之兩項要件，不宜成為阻礙新興自由權利進入基本權利清單，阻絕釋憲機關審理機會之原因，但釋憲機關對於一般行為自由與一般人格權之成立，仍應要有所把關，不僅明顯有妨害社會秩序與公共利益者，不應承認外，有高度疑慮時，亦不應輕易承認其為一般行為自由或一般人格權之新態樣。

³³ 參，許志雄，一般行為自由的探討 - 從司法院釋字第 689 號解釋談起，收錄於氏著，人權論，近代的交會，2016 年出版，頁 163 以下、175。

³⁴ 參，吳信華，憲法釋論，2015 年，第 2 版，頁 442 以下；許志雄，一般行為自由的探討 - 從司法院釋字第 689 號解釋談起，收錄於氏著，人權論，近代的交會，2016 年出版，頁 190，「二階段劃定」說。

³⁵ 憲法第 23 條限制基本自由權利之正當化理由，對於所有之自由權利均有適用，而第 22 條之兩要件與第 23 條之四要件多有雷同，自不宜均當作是限制性之規定。

至於審查密度本來就應該存在差異，以德國基本法之規定為例，基本法之制定者對於每一項受保障之基本權，已在保障之後個別明定其受限制之情形，德國聯邦憲法法院之審查密度亦隨之而不同。因此，個案中一般行為自由或一般人格權是否得受優先保護，仍需透過衝突利益之相互衡量後始能決定。

認為應該放寬一般行為自由與一般人格權之成立要件，即意味將一般行為自由與一般人格權是否成立之認定權限，從一般之國家機關之手，轉移至釋憲機關，則釋憲機關必須於承認一般行為自由與一般人格權之新態樣時，負有充分說理之義務，避免引人誤解，認為得援引被承認為新型態之一般行為自由或一般人格權，去侵害另一個人民之權利。

三、一般行為自由與其他人之傳統價值觀衝突時如何處理之問題

一般行為自由與時下流行用語「只要我喜歡，有甚麼不可以」相似，均強調個人應享有得隨心所欲之自由，基本上主張這種自由者，都是要創新，故與傳統不同；且要強調自己之特性，故與眾不同，因此會與行使一般行為自由者產生衝突者，無非是遵循傳統與現行規範之大眾，如以自我為中心之思想行動者，與遵循敬老尊賢、犧牲小我完成大我理念之社會大眾產生衝突時，此時從基本權應具有保障弱勢者之功能來看，當然要保障個人之一般行為自由，以利其自由發展其人格。故從理論上來講，當特立獨行之小眾行使其一般行為自由，無論是積極之行為，或消極之不行為，只要未與任何傳統價值、多數人認同或被認同之基本權產生明顯之衝突時，應該沒有任何疑問，而得被容許、受保護且享有實現之最大可能保障。然而，實際上難以想像沒有衝突存在之可能性，因此，每每陷入傳統與新潮、少數與多數之爭，而國家面對這種現象，其角色應如何扮演，亦成為值得關注之問題。

試想當一般行為自由涉及的是積極的行為，而此行為是眾多之他人因受傳統規範或現行法律規定拘束所不敢為者，前衛的當事人不顧他人異樣眼光，甚至是違逆當時存在之規範而為時，這種「一意孤行」確實是少數，難以見容於主流社會，從當事人個人之人格發展角色來看，是值得同情的。然而，當一意孤行與眾志成城互相抵觸時，究竟應該採取何種手段？若選擇犧牲主流社會之價值觀念，去成就創新、「反骨」者之心願時，是否會讓多數沒有特別主見，只會依循既有的模式生存者，失去指引個人言行舉止之中心思想，導致原本信心滿滿之庸俗大眾，成為一群群喪屍走肉？當然，這群喪屍走肉亦得或必須開始行使一般行為自由，發展自己之人格，以求返回有靈魂個體之狀態。然而，在一般行為自由亦保障消極不行為時，被打破之傳統價值並不能由新的價值所取代，結果是否只是讓有特別主見者之人格得以發展，而其所處之社會呈現分崩離析之狀態，庸俗大眾成為受害者？這種會締造新受害者之改變，是否適合由釋憲機關透過個案之違憲審查，促進受害角色之交換，讓受害之群體從小團體轉移至大團體？

倘若行使一般行為自由者，其積極之行為或消極之不行為，與他人受憲法保障之權利或制度產生衝突時，如同性結合與異性婚姻之保障，此時即面臨新興人權與古典人權孰應優先受保護之問題。一般而言，制憲者之所以將古典人權明定於憲法條文之中，必然是反映特定之基本權利已獲公眾認同之現象，經憲法之制頒程序、人民之憲政法治教育，以及釋憲機關之個案援引，毫無疑問具有強烈之公示效果，在力行憲法主義之國家，人民之基本權利在所謂的客觀法功能下³⁶，亦成為法律秩序之基本要素，主導守法人民之言行舉止，若承認陷於衝突狀態之新興人權與古典人權得分庭抗禮，無疑是對現有憲政秩序之破棄，其正當性基礎應該是修憲機關透過比制憲程序更嚴謹之修憲程序，始得為之。以我國現行之修憲程序必須經過公民投票，當多數人民對改變已有共識，增加一項修正現有人權清單之

³⁶ 基本權之客觀法功能，對於憲法保障之制度，應該亦有適用，只是立法者有權創設這些制度的同時，當然亦有權去作修改，但制度之核心與精髓，則仍需被留存下來，並共同影響法律秩序。

新興基本權，即無可挑剔之處，但若非由修憲機關依循修憲程序，則大有疑問。

再者，以騎機車應戴安全帽之義務規定為例³⁷，機車騎士有其不戴帽之自由，但無論是從對機車騎士自己之危險，或者從提高對第三人損害賠償責任之危險，以及造成社會損失等觀點，此義務規定均具有正當性。³⁸ 如此觀之，一般行為自由不得單獨成為限制他人權利或公共利益之正當化理由。

四、一般人格權與其他權利衝突時之處理

歷來關於人格權之保護，有以同心圓之方式，以涉及個人人格核心之親疏，區分為親密領域（Intimbereich）、私人領域（Privatbereich）與社會領域（Sozialbereich）等三大部分之人格領域理論（Sphärentheorie）³⁹。理論上，屬於親密領域之人格權享有絕對優先受保護之地位，但私人領域與社會領域之人格權則須視具體個案之情況而定。因此，對於一般人格權而言，因社會環境變遷而被承認為新型態之一般人格權者，其大部分歸屬於社會領域之人格權，故承認其為基本權之最重要意義，乃當其與其他權利發生衝突時，僅是未被從頭排除在衝突權利相互權衡之列而已。

以資訊自主決定權之限制為例，為維護公共利益，當資訊之蒐集與使用，有具體之目的，亦符合比例原則之最小限度要求，且未干預人格之核心領域，即具正當性⁴⁰；而對於電腦基本權之干預，依據德國聯邦憲法法院所建立之特別規則⁴¹，必須實際上存在對於高度重要法益之具體危險⁴²；最後，關於名譽之保護，在保護言論自由之大前提下，自由言論被推定具有

³⁷ BVerfGE 59, 275 (278).

³⁸ Murswick, in Sachs, GG Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2, Rn 109.

³⁹ Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, HdbStR, Bd. IV. §129, Rn.14.

⁴⁰ Murswick, in Sachs, GG Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2, Rn 121 f.

⁴¹ BVerfGE 120, 274 ff.

⁴² Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 14. Aufl. 2017, § 11 Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Rn. 270.

正當性，則為有利於公共輿論之形成，名譽保護即被限縮到最小之限度⁴³。以上德國法之論述，在我國亦具有參考價值。

五、承認一般行為自由與一般人格權之實益

在德國普遍認為，一般行為自由具有概括保障之功能，能補足特別規定基本權所形成之保護漏洞，是一種增進人民自由權利之獲利。蓋在工業社會時代，科技變化快速，搭配民主社會國理念下，自由之概念呈現高度複雜化，但基本法之基本權目錄，仍維持圍繞在保障人性尊嚴與承認自由發展人格權利等核心概念，而具有內在之一致性，但亦不應過度強調基本權內在之一致性，以免造成基本權之扁平化 *Einebnung*，因此承認一般行為自由與一般人格權不必拘泥於這種一致性，始有助於基本權之多元化⁴⁴。

在廣泛承認之後，公權力基於各種不同目的對此基本權之干預，均須有堅強之正當化理由，雖然最終結果，一般行為自由或一般人格權極有可能不能獲得被優先保護，但國家已相隨地提升了其干預手段與強度之正當性要求，整體而言，承認這樣的基本權仍具實益。

因此，當僅需限縮國家管制之權限即可成就之一般行為自由與一般人格權，釋憲機關在衡量管制之必要性，以及人民對新興自由權利之需求下，自可創設一般行為自由與一般人格權之種類。但若承認一項新興自由權利之態樣，必然動搖根深蒂固之傳統理念，或者與現存之古典基本權利產生衝突時，縱使他國已有實踐，亦不應輕易引進這種型態之一般行為自由或一般人格權。

⁴³ Murswick, in Sachs, GG Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2, Rn 127 f.

⁴⁴ Badura, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015, 328 spricht vom Freiheitsgewinn; 329 vom Vielfalt der Grundrechte.

伍、結語

一般行為自由與一般人格權為憲法未明定之權利，由釋憲機關在個案違憲審查時所創造，對於今日價值觀變化迅速之多元社會，個人無時不需重新調整適應外界之變遷，給予個人得自主決定如何在團體中自處，以及如何將自己推薦給社會之機會，確實有其迫切性，國家亦應該有所積極作為，因而由釋憲機關開創新的一般行為自由與一般人格權之類型，原則上具有正當性。

然而，群居社會有維持社會秩序與公共利益於不墜之必要性，其中傳統之道德價值觀，亦為群居生活之重要準據。當個人之一般行為自由或一般人格權植基於反社會價值觀時，而有積極之作為時，縱使有助個人人格之自由發展，亦不應凌駕於團體之價值觀之上。因此，釋憲機關承認新型態之一般行為自由與一般人格權時，應避免造成個人與團體價值觀之重大衝突：對於嚴重違反社會秩序或公共利益者，自始不納入一般行為自由或一般人格權之列；對於有疑慮但有強烈理由支持可以成為新型態之一般行為自由或一般人格權者，納入衝突權利之衡量中，再個案決定何者為應最優先保障之權利；只有在涉及人性尊嚴之一般行為自由或一般人格權，才給予絕對優先受保障之地位。

整體而言，釋憲機關在承認新型態之一般行為自由與一般人格權時，若涉及的是人民消極不作為之型態，原則上應尊重當事人之決定，但若涉及的是人民之積極作為，或者國家需積極創設以落實其權利之制度時，則應更為審慎，且有更堅強之理由依據，始得創造新型態之一般行為自由或一般人格權。