

張永明教授「一般行為自由與一般人格權作為憲法保障之基本權」 大作

與談稿（2017. 12. 2.）

中興大學法律系教授 李惠宗

1. 張教授的大作頁 1 認為：「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」，應屬的論。
2. 各個國家憲法有關基本權的規定，皆有概括基本權的規定。類此規定符合憲政主義對基本權保護的意旨。而各種基本權本身也有位階上不同的價值，例如同屬表現自由，政治上表現自由的價值就有優於經濟上表現自由的價值，如商業上廣告。故從概括基本權所導出的基本權，未必儘屬相同位階的基本權。張教授的大作頁 1 認為：「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。」固有其道理，但也有過慮之嫌。
3. 本人贊同張教授的大作所舉基於（一）政治多元帶動改變、（二）文化社會價值觀處變動浪潮中、（三）的個人再融入社會之嘗試的理由作為發展新興基本權的理由。但現代民主法治國家，對於人民基本權的保障，不必居於「作之君、作之師」的「賢君情結」，反而應該在制度建置方面，盡量考慮公益與私權的平衡，盡量把現代科技社會可能造成人民基本權的侵害，包括來自於國家機關或私人的可能干預屏障於外。故釋憲者在此種脈絡下，更重要的任務，是如何從概括基本權的規定中，基於「憲法解釋當代化」的理念，找到「新興的基本權」。

4. 除了張教授的大作所舉的新興基本權外，以及我國司法院大法官解釋所「發現」的基本權外（包括除釋字第 399 號解釋之姓名權、釋字第 585、603 號解釋之「資訊自主權」、釋字第 587 號解釋「知悉身世請求權」、釋字第 656 號解釋之「人性尊嚴」、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；釋字第 689 號解釋公共場所之「隱私合理期待」、釋字第 748 號解釋「同性結合權」），以下基本權是否也可以從憲法第 22 條導出，似乎也可以斟酌：

- (1) 被遺忘權（Recht auf vergessen），此一權利有可能發展為「獨立的基本權」，而未必依附於「隱私權」。（是否屬張教授的大作頁 9「自我保管權」或「資訊自主決定權」所包括，尚須確認）
- (2) 家庭教育或家族教育（另類教育基本權）
- (3) 基於良心自或宗教自由而生之拒絕服兵役權
- (4) 集體權（例如少數民族文化發展權）
- (5) 身體自主權（包括基本權能力之年齡限制問題，拒絕接收輸血，病人自主權）

以上各種權利，包括其基本內涵及其衍生之「效力」（是否具有請求國家給付或具有「基本權第三人效力」，皆應一併列入檢討。）此於張教授的大作頁 15 以下，有所論述。

5. 張教授的大作頁 10 所稱「電腦基本權」可以更具體論述。

6. 從概括基本權條款所導引之基本權作為違憲審查基準者，所應採取之審查標準，似乎難以一概而論，張教授的大作