

憲法概括性權利保障條款之解釋（二）： 日本法的引介

鄭明政

（國立勤益科技大學基礎通識教育中心助理教授）

壹、前言

貳、概括性權利保障條款的相關學說

- 一、日本概括性條款（憲法第 13 條）的權利性
- 二、日本人格利益說的代表學說
- 三、一般行為自由說的代表學說
- 四、台灣概括性條款的相關學說

參、概括性保障條款與裁判例

- 一、日本最高法院相關判例
- 二、台灣大法官相關憲法解釋

肆、結語

壹、前言

憲法所謂的概括性權利保障條款無論是為一般性基本原理的表明，亦或為其他自由及權利、新興人權的根據，一般來講首先臨著該如何界定與適用的問題。換言之，概括性權利保障條款做為未明文列舉權利的根據是否與明文列舉的權利同受憲法上的保護，特別是其保障的意涵和意義為何，而對其限制的司法審查又該如何為之。我國概括性權利保障條款一般被認為是指憲法第 22 條，但其文中所說的「其他自由及權利」指涉的內容及範圍為何，又如何劃定與保障同樣也是問題，況相較於他國的人權清單，我國人權清單的豐富性似有不足，條文也過於精簡抽象，行憲至今雖對憲法第 22 條概括性條款有若干解釋，但國內對此議題相關研究仍相對較少，故本文以日本相關討論為主，試圖透過文獻的整理來理解相關問題並思考我國可行之方向。

貳、概括性權利保障條款的相關學說

一、日本概括性條款（憲法第 13 條）的權利性

日本國憲法的人權清單是載於第 3 章之中，其中的概括性人權保障條款是明定於憲法第 13 條，其明文規定：「所有國民，做為個人而受尊重。國民生命、自由及幸福追求之權利，在不違反公共福祉範圍內，立法及其他國政上，應給予最大之尊重」，就其文言規定而看，此條款的前段揭示「個人尊重」後段為「生命、自由及幸福追求之權利」，一般認為憲法第 13 條是「基於個人尊重原理的幸福追求權」又名幸福追求權，是為一般性且概括性的權利，可為憲法未明文列舉的新興人權之根據¹。

但不同於我國概括性人權保障條款（憲法第 22 條）是位於人權清單較

¹ 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法（第五版），岩波書店，2011 年，119 頁。

末項（後還有憲法 21 條教育權條項），日本的幸福追求權是列於憲法第 14 條（平等原則條項）以及以後的人權清單個別條文之前，因此此條款不做為一概括性人權條項，被認為具有人權總則性的地位，而其中的「個人尊重」原理亦被認為是整個基本人權保障之根據，是概括整部憲法的基本價值，故憲法第 13 條是日本國憲法最為重要之條文²。但日本憲法第 13 條的核心爭論仍在其條款的定性、內容及意義為何。以下則先就所謂的幸福追求權的權利性及形式上的法之構造進行初步的分析。

（一）幸福追求權的權利性格

日本學界對於幸福追求權是受洛克（John Locke）自然權思想所影響而來的看法並沒麼異論³，但有關幸福追求權是否與財產權一樣為具體的權利在學說上則有不同的見解。早期論者有認為幸福追求權只是「一般原理之宣言⁴」或是「自然權之宣言」的綱領性、倫理性之規定⁵，亦或看成是憲法第 14 條以下的個別具體權利之總則規定，認憲法第 13 條只是「基本權的總稱」。早期此類意見的主要理由不外是幸福追求權的內涵或外延上都過於不明確⁶，故只具有「理念上的意義⁷」因此無法承認其具體的權利性，須待有相關法令規定予以具體化後始得裁判上之規範效力。也因此，此時期的諸多學說並無積極主張概括性保障條款獨自的權利性⁸。

² 芹沢齊、市川正人、阪口正二郎編，新基本法コンメンタール憲法，日本評論社，2011 年，97 頁（押久保倫夫執筆）。

³ 有關「自由、生命及幸福追求之權利」的文言由來，多認為是受英國洛克所言以及受其影響的緞吉尼亞憲法和美國獨立宣言中的「生命、自由及財產」一詞轉變而來，因此具有強烈的自然權思想。參照蕭淑芬，基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較，元照出版，2005 年，83 頁以下。至於原來的「財產」後轉為「幸福追求」，有認為仍存有思想上的連續性，亦有認將其轉換為理想主義。野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利著，憲法 1（第 5 版），有斐閣，2012 年，269 頁。

⁴ 美濃部達吉和伊藤正己認為憲法第 13 條是以個人之人格為所有權利和自由的基礎，但只是強調人權重要性的一般原則，應為國政運行上所應尊重的「宣言」規定。美濃部達吉著，日本國憲法原論，有斐閣 1948 年，167 頁。伊藤正己著，憲法，弘文堂，1995 年，229 頁。

⁵ 芦部信喜，憲法學 2 人權總論，有斐閣 1996 年，329 頁以下

⁶ 阪本昌成，憲法 2，成文堂，1997 年，234 頁。

⁷ 芦部信喜，憲法學 2 人權總論，有斐閣，1996 年，340 頁。

⁸ 早期學界上亦有認為就算條文本身有具體內容，也未必應解釋為具有裁判規範性。當時各說可參照野中俊彥等，前揭註，270-271 頁。

之所以會對否定憲法第 13 條的權利性之原由主要還是因為對於人權的基本概念基本上是堅持要有應有的規範效力，這除了反映對人權的品質要求外，亦有對法院角色的要求。申言之，對於內涵及外延皆不明確的概括性權利，若輕率承認其具體的權利性，恐會造成「人權通貨膨脹」進而弱化了整個人權價值造成基本權保護的空洞化。此外，由法官的主觀價值判斷來創設新的權利⁹，恐使法官創設了基本權，此則涉司法「民主正當性」的問題。

但是，此二個問題在其他的個別權利上或多或少亦會碰到，而基本人權的保障原本就是為保障個人的尊嚴以及維持個人尊嚴所必要之條件所存在，用以抵抗各種對尊嚴的侵害，憲法第 13 條正是所有個別具體權利以及個人尊嚴的開展源頭，既明定於憲法之中自不該否定其權利性，且隨著憲法制定後的時間經過與社會變化，在現實上勢必也會出現個別人權所無法救濟之新的侵害樣態，再加上囿於硬性憲法的修改因難，為使具憲法與時俱進，鑑於此，今日的學說已肯認憲法第 13 條幸福追求權的權利性，亦即承認幸福追求權的裁判規範效力，而在實務上，日本最高法院於京都府學連事件判決¹⁰中從幸福追求權之中導出類肖像權的這樣一個權利或自由，自此幸福追求權不論是在學說上或判例上，其權利性已殆無疑問，留下的問題便是其具體內涵及存在意義。

（二）幸福追求權的結構

日本憲法第 13 條幸福追求權做為概括性人權保障條款，在條文規範結構上較之我國憲法第 22 條詳細，就單此條文的結構來看，可分為前段的「個

⁹ 芦部信喜，憲法學 2 人權總論，有斐閣，1996 年，340 頁。

¹⁰ 京都府學連事件，最大判 1969 年（昭和 44 年）12 月 24 日刑集 32 卷 12 號 1625 頁。被告在示威遊行之中因遭警察拍照攝影憤而對警察施暴而被起訴，但被告主張警察的攝影行為違反了職務行為。此案中，最高法院從憲法第 13 條幸福追求權之中導出「私生活上的自由」並從中認為個人擁有「容貌不被任意拍攝的自由」，雖未明言「肖像權」，但一般皆認為肖像權可從憲法 13 條所保障的「私生活上之自由」之中被導出。

人的尊重」與後段的「生命、自由、幸福追求之權利」。前段「個人尊重」概念多認為是用以表示「個人主義」的原理原則，可貫穿至整部憲法，但此「尊重」概念是否等同日本憲法第 24 條第 2 項¹¹的「個人尊嚴」或是德國基本法中的「人性尊嚴」之概念似乎曖昧不明¹²。但若從憲法第 13 條整條的文脈來看，前段「做為個人而受尊重」與後段皆歸結於「……立法及其他國政上，應給予最大之尊重」，因此前段「個人尊重」不必將之視為是一獨自之權利，而可與明示權利文言的後段一體化，而前段個人尊重既與後段一體化視之，個人尊重的內涵若將解為「每個人做為人格自律的存在都必須受到最大限度的尊重」來看，亦可稱之為「個人的尊嚴」或「人格的尊嚴」¹³。而實務上，日本最高法院也曾在隱私權相關案件中判示憲法第 13 條做為「宣告個人的尊嚴與人格的尊嚴之條款是為當然，但個人的生命、自由、權利，要是在社會生活的正當秩序及共同幸福無法保持時，結果也終只是砂上樓閣」¹⁴，如此看來，前段與後段應否區分在實踐上看來並無影響。

相對前段後段一體化的觀點，松本和彥教授認為憲法第 13 條前段「個人的尊重」應獨立視之為一「要求尊嚴對待的個人權利」。詳言之，松本教授認為任何個人做為人格的存在都必須給予敬意地對待，此與憲法第 24 條 2 項的「個人尊嚴」同一基調。而個人既被視為有尊嚴的存在，則國家就必須給予應該的對待。因此，要是國家對個人有著蔑視或有厭惡對待的客觀狀況時，應將之視為是侵害到憲法第 13 條前段之規定，而個人也可主張此狀況是對憲法第 13 條前段的基本權侵害來尋求救濟¹⁵。

¹¹ 日本憲法第 24 條第 2 項規定：關於選擇配偶、財產權、繼承、選擇居所、離婚以及婚姻和家族庭等其他有關事項的法律，必須以個人尊嚴與兩性平等為基礎制訂之。

¹² 渡邊康行、穴戶常壽、松本和彥、工藤達朗著，憲法 1 基本權，日本評論社，2016 年，116 頁。（松本和彥執筆）

¹³ 佐藤幸治，日本國憲法論，成文堂，2100 年，173 頁。佐藤教授並認為憲法第 13 條的「個人的尊重」與第 14 條共為「人格的平等」共同日本憲法「人格」原理的基礎。同此註，174 頁。

¹⁴ 最大判昭和 23 年（1948 年）3 月 24 日。

¹⁵ 松本和彥，前揭註，116 頁。

至於憲法第 13 條後段「生命、自由、幸福追求」三者間的關係，通說認為憲法第 13 條既為「涵蓋了人格生存所必要不可欠缺的權利及自由」的概括性、主觀性權利，是身為人權享有主體的個人之人格價值保障¹⁶，在此意義下，實無需區別生命、自由、幸福追求三者，這僅是括概條項之中的三個例示列舉，縱可其中導出一獨立的人權（如生命權）或新興人權（如隱私權），一般也將此概括條款略稱為「幸福追求權」¹⁷，而此概括的幸福追求權與其他憲法第 14 條以下的具體獨立之個別權利間有何關係呢？

關於此點，多數論者認為幸福追求權做為一具體性權利，其權利內容若與其他各別人權有所重疊時，個別人權能處理的話就由個別人權來保障，幸福追求權做為一獨立權利的主要意義便在於補充個別人權所無法保障的部分¹⁸，換言之，幸福追求權與明文列舉的個別權利間類似著一般法與特別法的關係，理論上遇到重複內容時會生競合適用之問題，但從現實面來看，競合保障似也無法提高基本人權之保障，因此應優先適用於做為特別法的憲法第 14 條以下的個別人權¹⁹。然而，就學說演變來看，之所以會承認其權利性，無非是想據此為「新興人權」之根據，以及可透過概括性條款來類推或擴大解釋個別基本人權的保障，例如行政事件中的正當法律程序之要求一般認為是從憲法第 31 條（正當法律程序條項²⁰）中導出，但有見解認為基本上應為憲法第 13 條之問題。因此，吾人以為在類型化之下固應以個別類型人權之發展予以優先適用，但競合之下若某條可更為保障該自由或權利的話，則應優先適用該條項。

¹⁶ 阪本昌成，憲法 2，成文堂，1997 年，236 頁。

¹⁷ 野中俊彥等，前揭註，272 頁。

¹⁸ 亦即所謂的「補充保障說」。參照野中俊彥，前揭註，272 頁。

¹⁹ 松井茂記，日本國憲法，有斐閣，2007 年，339 頁。

²⁰ 日本憲法第 31 條規定：「不經法律規定的手續，不得剝奪任何人的生命或自由，或科以其他刑罰。」

二、日本人格利益說的代表學說

幸福追求權的具體內容以及範圍界定於日本學說上眾說紛芸至今尚無定見，但現今有力的見解大致可分為「人格自律權說」與「一般自由權說」二說之對立。人格自律權說是在承認概括性人權條款具有主觀性權利地位之上，為將其保障範圍限定於「人格生存所必要之自律」，以此為基準可防止權利過於擴散而有違基本人權之原始概念，亦有稱之為人格利益說。然而此說依論者亦有若干差距，以下擇各說之代表學者之論述進行說明。

（一）種谷春洋：做為一客觀的法規範

人格利益說基本立場是將憲法第 13 條幸福追求權的內涵解為是為保護「人格生存所不可欠缺的利益」之權利，初期由種谷春洋教授於著作中指稱²¹：因憲法第 13 條前段的「個人尊重」是為承認個人人格的基本價值，所以後段「幸福追求的權利」是指以個人人格的這基本價值為核心，在人格生存上所必要的所有權利之總稱，因此也包含了對其所必要的生活領域的保護以及其發展活動的自由。

申言之，種谷教授將前段的個人尊重（尊嚴原理）與後段的幸福追求權予以連結來一體化視之，對於人格生存所不可欠缺的利益認為具概括性也是一主觀性權利，惟所謂的人格利益其內容多樣難以事先定義且無法固定其劃定，所以何種利益能做為生命、自由、幸福追求權而受到保障，主要還是有待透過判例的發展來形成此一權利的發展²²。此外，人格的利益又從其性質可分為靜態面和動態面，前者是有關「存在」的自由，而後者是有關「活動」的自由，因具有一般性質的自由（一般行為自由），故未必要限定是為嚴格意義的權利，且從權利本身具有依法秩序所賦予之力的「形

²¹ 種谷春洋，幸福追求の權利，法學教室第 1 期 7 号，1963 年 30 頁以下。

²² 芦部信喜編、憲法Ⅱ人權（1），有斐閣 1978 年，151 頁以下（種谷春洋執律）。

式」要素，以及做為滿足利益手段的「實質」要素而言，縱有以重視實質要素的觀點來區別單純的反射性利益，但國家行為的正當性之確保依然會被要求。也就是說，若將幸福追求權與個人的尊重原理相結合，將憲法第 13 條全體做為一客觀的法規範，那麼當國家以公共福祉來制約一般性質的自由時，還是有可能依據此條來予以規範²³。

種谷教授雖將憲法第 13 條全體做為一客觀性法規範來確保國政行使的適切性，但並沒有正面地形塑憲法第 13 條概括性條款的內容，雖認為對人格生存所必要之權利須以憲法 13 條保障之，但具體的內容為何仍須待判例來形成，是以對探究人格利益的實體內容上是消極的²⁴，而從正面積極定義人格自律權說的代表當為佐藤幸治與芦部信喜這二位教授。

（二）佐藤幸治：以「人格自律權」為中心的人權基礎理論

佐藤幸治教授同樣也認為應將憲法第 13 條的前段「個人的尊重²⁵」和後段的「幸福追求」以及「立法及其他國政上，應給予最大之尊重」的文言皆應視為一體化而做連續性、統一性的理解，同時將前段個人尊重原理解為每位個人都必須做為人格自律的存在而受到最大限的尊重²⁶；而後段的幸福追求權則與前段一體應視為是一做為維持人格自律的存在所必須概括性保障的重要權利或自由，故亦可稱之為概括性的基本人權²⁷，也是一概括性的主觀性權利²⁸，在道德理論上是每個人生而所俱的權利，亦即是一普遍性的道德權利²⁹。

²³ 栗田佳泰，「新しい人権」と「一般的行為自由」に関する一考察，收於松井茂記等編，自由の法理，成文堂，2015 年，612 頁。

²⁴ 栗田佳泰，前掲註，617 頁。

²⁵ 佐藤教授認為「個人的尊重」與憲法第 24 條的「個人的尊嚴」以及所謂的「人格的尊嚴」，在原理都是在規範「人格自律存在」的要求。具體而言，公權力的判斷必須對個人人格做適切的注意，而後確保公權力適切判斷的正當程序。佐藤幸，日本國憲法論，成文堂，173-174 頁。

²⁶ 佐藤幸治，前掲註，173 頁。

²⁷ 松井茂記，明文根拠を欠く基本的人権の保障，收於戶松秀典、野坂泰司編，憲法訴訟の現状分析，有斐閣 2012 年，147-148 頁。

²⁸ 栗田佳泰，前掲註，613 頁。

²⁹ 佐藤幸治，憲法，青林書院，1995 年，392 頁。

由此可知，佐藤教授對憲法第 13 條概括性基本權的理解基本上也是認為應將權利範圍限制於維持人格生存所需之範圍，亦即所謂的人權「質的限定」之觀念，其特色便是在於人格自律性。佐藤教授進一步說明人格自律存在所不可獲缺的權利（人格自律權）是為所有基本權利之基礎，此乃為透過憲法第 13 條將人格自律權導入個別基本權之中，故憲法第 13 條概括性條款所表明的就是對整個人權體系的統合³⁰，也是保障個別基本權的基礎，故又言為「基幹的人格自律權」，而此一基幹的人格自律權「如同產生出各種人權的母體，雖然在憲法制定時，有參照了至今的人類歷史和經驗而針對人格自律所不可欠缺的各種重要人權都明記在憲法各條文上，但是在憲法制定後的展開過程中可生成為人格自律所不可欠缺的各種重要人權」，因此憲法第 13 條此一基幹性、基礎性的條款也具有衍生性、補充性的功能³¹，在具體內容上便是以「人格自律」此一倫理性、客觀性價值為基礎而開展整個人權體系，但佐藤教授所說的「人權」與實定於憲法上的「基本權」是有所區別的，前者是指「道德理論上的普遍性規範概念」，而必須經由憲法明文或解釋才方能成為「基本權」，所以人權可區分為實定於憲法上的人權以及非實定於憲法上的人權³²。而非實定於憲法上的人權之根據條款就是憲法第 13 條，在通常的情況下，一般的人權侵害由個別基本人權來處理即可，但若遇有個別基本權保護射程所不及，或是其人權的侵害過於重大而整個「基幹的人格自律權」遭受到否定，而公權力也無適切反映時，則憲法第 13 條可成為其強力非難的根據。

舉例而言，漢生病一審訴訟中³³，雖以違反憲法第 22 條 1 項的居住遷徙自由之問題切入，但判決文中指出限制居所為「大大地損害了，是人都應當擁有的人生所有的發展可能性……限制人權的實態，已無法單以限制居住或遷徙自由是否為正當來予以評價，應以更為寬廣的憲法第 13 條為根

³⁰ 佐藤幸治，日本国憲法と法の支配，有斐閣，2002 年，138 頁。

³¹ 此一補充性保障也可稱之為「狹義的人格自律權」

³² 早瀬勝明，憲法 13 条解釈をどうやって客観化するか，大学教育，2011 年，30 頁。

³³ 熊本地判平成 13 年 5 月 11 日判時 1748 號 30 頁。

據的人格權來論處始為相當」³⁴，在此，人格權便是做為憲法第 13 條的補充保障對象。

不同於種谷教授對憲法第 13 條內容及範圍界定的消極，佐藤教授以人格自律為核心，將憲法第 13 條的補充保障依其法益不同類型化為生命・身體自由、精神活動自由、經濟活動自由、關於人格價值本身的權利、人格自律權（自主決定權）、接受正當程序處理的權利、具參政權利益、具社會權性質的權利等八種類型，然而誠如國內論者指出：「這八種類型的自由權利，諸多於憲法中已有明文規定，或者可以從相關規定導出，此等情形下，是否有必要納入幸福追求權中討論，不無商榷餘地³⁵」。但不管如何，以人格自律權為主的人格利益說為今日日本的主流學說，特別是做為補充保障機能的憲法第 13 條，在有「關於人格價值本身的權利」內容上，如名譽權、隱私權、環境權等在性格及輪廓較有可能特定且明確的權利，可否從憲法第 13 條中獨立為一新的基本權即受到注意。

至於人格自律權（自主決定權）是否過於空泛之問題，佐藤教授將之細分為（1）有關自己的生命、身體的處分事物。（2）有關家庭形成和維持事物。（3）有關生殖的事物。（4）其他事物。其中（4）保有可能形成如同（1）至（3）重要的權利，是以非只是單純嚴格地限定憲法第 13 條的保障範圍，在人格自律權說下，未明文列舉的權利除了做為憲法第 13 條的補充適用或補充保障對象外，更有可能做為新興人權的憲法上之根據，只是依佐藤教授所言至少要滿足 A「做為個人人格自律存在持續且不可欠缺的重要權利」（質的限定要件）、B「具有成熟到能明確且特定內容」（明確性，特定性要件）、C「可與憲法的基本權體系調和在解釋上為特定條項之基礎者」（憲法根據要件）D「以憲法第 13 條為補充適用或補充保障之權利」（憲法第 13 條要件），要有以上這「四要件說³⁶」方能承認新的人權。

³⁴ 佐藤幸治，日本國憲法論，成文堂，2011 年，176 頁

³⁵ 許志雄，前揭註，169-170 頁。

³⁶ 竹中勳，憲法上自己決定權，成文堂，69 頁。

綜觀佐藤教授對憲法第 13 條概括性人權條款的認識，主要是以「人格生存所不可獲缺」的主軸來開展，每一個人都是自己人生的作者，在承認此一本質的價值上，對其所必要不可欠缺的權利或自由予以保障。但是此一康德式的人格自律權說其實便是一種以人格自律存在為個人圖像的強者人權之理論論述，在現實上人們並非都具有高度的合理性與理性，反而是容易犯錯，並在有限的知識之中經常是最重愛自己並最重視自己的存在，因而阪本昌成教授批評佐藤教授的人格自律權說是忽視人的個別與多樣性，將人格生存二分為可欠與不可欠是為不妥，而人格概念本身即為不明確且概括性難以成為法律判斷基準³⁷，也涵蓋不盡，將「人格」做為一客觀性的倫理規範，而「幸福」則為有關主觀利益的另一概念，這會使憲法第 13 條概括性條款只成為對具有倫理性、客觀性價值的行為才予以保障的理論，如此反而是對自由最大的威脅³⁸。對此，芦部信喜教授則避開了人權基礎之論述，也不談及個人的憲法圖像為何之爭，而以限定並界定概括性條款之範圍為主。

（三）芦部信喜：一般法與特別法間的關係

相對佐藤教授以人格自律為理論從整個人權體系來架構並限定概括性人權條款，芦部教授是將焦點放在憲法第 13 條中所承認的要件（基準）為何。申言之，芦部教授認為憲法第 13 條幸福追求權為一概括個別基本權的基本權，但其內容並非是保障所有生活領域行為的自由（一般行為自由），而是以個人人格生存所不可欠缺的利益為內容的權利總體（人格利益說）。而與個別人權條項間的關係則視為是一般法與特別法間的關係，因此只有不適合適用個別人權時才適用於憲法第 13 條補充保障（特別法優於普通法）³⁹。如此，芦部教授看似與佐藤教授的人格自律為理論有其親近性，但芦部教授的人格利益只是單純用以化解憲法第 13 條「人權通貨膨脹」的問題，雖

³⁷ 阪本昌成，*プラヴァシーと自己決定の自由*，樋口陽一編，*憲法学* 3，1994 年，221-222 頁。

³⁸ 阪本昌成，前掲書，239 頁。

³⁹ 芦部信喜著、高橋和之補訂，*憲法*（第五版），岩波書店，2011 年，119 頁。

承認從概括性條款之中可導出若干的具體權利，但因這些權利並無明確的基準，故而法院若輕易承認為一憲法上之權利時，則恐造成了法院依主觀的價值判斷來創設出權利⁴⁰，因此對於要承認憲法未明文列舉的權利時，除了其特定行為為個人人格生存所不可欠缺之外，尚要符合（1）具有長期間為國民生活上的基本事物的「歷史正當性」（2）多數國民經常行使的「普遍性」（3）不具有侵害（或侵害極少）他人基本權的「公共性」等要素來綜合考慮慎重決定⁴¹。

芦部教授對於幸福追求權的解釋雖然也是立基於人格自律權說的立場上，惟未如佐藤教授對人權的基礎根據進行哲理性的架構，而是以裁判實用性的角度，從化解人權通膨以及法官造法的問題出發來限定幸福追求權的內容並提出對應的具體基準⁴²，而此等以個人人格自律所不可欠缺的自由限定幸福追求權的範圍仍為今日日本主流通說。

（四）人格利益說的檢討

國內論者業已將日本人格利益說的批判整理出有與現實乖離、忽視個人的多樣性、人格概念內涵不明判斷基準不明確（如髮型自由與人格生存之間的關係）、違憲審查基準不明確（未必採用嚴格的審查基準保護之）、人權救濟理論不明確、侷限人權範疇等問題，但「卻未構成致命的打擊」⁴³。此說仍為日本主流通說，主要是此說具有近代立憲主義對於個人自律性要求以及個人的人格人價值等一貫理論之基礎。然而事實上，人格利益說對於人格自律性較為希薄的事項也不盡然阻塞了憲法保障之路，此說主張國家公權力的活動若是違反了憲法第 13 條前段的「個人的尊重」原理仍可用以客觀法上的要求檢視國家行為，換言之，縱然某一權利或自由不為憲法

⁴⁰ 芦部、前揭註，120 頁。

⁴¹ 芦部、前揭註，120 頁。芦部信喜，人權と憲法訴訟，有斐閣 1994 年，75 頁。

⁴² 早瀨，前揭書，31 頁。

⁴³ 許志雄，前揭註，174 頁。相關反論可參照 176 頁

第 13 條後段的幸福追求權所保障，亦可以前段為根據從法律保留、比例原則等客觀法上之要求來做一定程度的憲法保障，如此對於下述的一般自由說主張對所保障的自由或權利亦有強弱不等之保護，兩說在實際運作上似乎沒有差別。

人格利益說雖然注意到了公權力之行使的客觀保障之問題，但畢竟僅止於客觀性的保障，相對於人格利益說在承認新興人權時，對其實體價值的基礎建構以及類型化的努力，人格利益說雖然也承認對一般行為自由仍應做出一定程度的憲法保障（憲法第 13 條前段的客觀性保障），但卻未對該當行為態樣的實體進行把握，如此，無法予以主觀化的自由或權益是否堪稱為憲法上所保護之權利仍非無疑⁴⁴，因此，近時有論者將人格利益說為前提的理性概念予以擴張，試圖緩和所謂的人格自律所不可欠缺的要件。例如土井真一教授認為要合理的否定理性是困難的，但是人格利益說若過度強調「必要不可欠缺性」要件的話，就有墜入惡性道德主義的危險，且觀看明文所個別保障的人權訴訟之中，有許多原則上也只適用合理性審查基準審查來保護而已，對於補充性的保障也未必須採以嚴格的審查基準，因此人格必要不可欠缺的要件應予以放寬，「並非是要積極地促進人格自律，而是相反的若非對人格自律有積極的危害，應廣為探求包含憲法上的保障之路」⁴⁵。

此外，近時高井裕之教授為克服人格益說的抽象性問題，一改人格利益說向來積極的論述，而是提示了消極見解企圖緩和司法恣意判斷的問題。申言之，高井教授雖然肯認憲法上的自己決定權，但是採限定於「拒絕自己身體受到侵襲」的消極面，同時也接受了「憲法第 13 條之中並無法導出具體的人權，必須要透過民法 709 條（不法行為的損害賠償）等其他法令

⁴⁴ 丸山，前揭註，582 頁。

⁴⁵ 中曾，前揭註，116-117 頁。

補充後才能成為裁判上所能救濟之人權⁴⁶」的早期看法，認為在裁判實務上，「於隱私權、自我決定權等事案中，對於憲法所沒言及處可以民法的不法行為、國家賠償法的解釋或適用來解決」，因此在解釋憲法第13條時，可先看是否與個別的人權條款有所調和，而末列舉權利的具體化則可依民法709條、國賠法來認定侵害行為的違法性，經由下位規範的解釋來具體代憲法第13條，如此個別類型隨著判例的累積與下位規範的解釋，私生活上自由的內涵與外延也會漸漸明白起來⁴⁷。

三、一般行為自由說的代表學說

(一) 阪本昌成：強制的最小化

人格利益說以人格自律性做為人權體系的基礎，因此認為每個人都能理性選擇對自己最佳的生活方式，亦即其背後的個人圖像是理性自律的。然而阪本昌成教授對此則認為是非現實的，阪本教授認為人權或自由的基礎必須先從承認人並非是合理的存在開始，透過實在的個人生存方式從經驗性之中出發來找尋，而從經驗上來看人具有主觀以及客觀之條件的。申言之，人的主觀條件是指人實際上並非都是具有高度合理或理性的，反而經常是容易犯錯，並在有限的知識之中最為重視自己之愛而存在，而人並無法得知究極目的為何，也無法正確知道其結果，只能在從事某行為時來實現自己之愛。因此每個人的錯誤是在追求自己之愛的社會過程之中慢慢清楚而被訂正之。而人的客觀條件是指人是個別而多樣的存在。因此從人的主觀及客觀條件來看，不知究極目的和結果，也不知人的個別性與多樣性的他者，基本上並無正當理由可干涉某人追求自己之愛的過程⁴⁸。因此國家也不得侵害此過程，而幸福追求權便是在保障「免於國家侵犯的自由領域」⁴⁹。

⁴⁶ 伊藤正己，憲法，弘文堂第三版，1995年，229-331頁。

⁴⁷ 中曾久雄，列挙されていない権利の保障をめぐる議論の新たな展開，愛媛法学会雑誌第41卷第1・2号，2015年1月，98頁以下。

⁴⁸ 阪本昌成，憲法理論II，成文堂，1997年，67-68頁。

⁴⁹ 阪本昌成，プラヴァシーと自己決定の自由，樋口陽一編，憲法学3，1994年225頁。

總結而言，以人格自律為人權基礎的人格利益說，背後可說是種理論性的理性主義個人圖像，相對於此，阪本教授的個人圖像或可稱之為是一容錯主義（可謬主義、Fallibilism）的個人圖像⁵⁰，而基於此一容錯性的個人圖像，阪本教授進而認為國家或憲法基本上不應直接來決定或實現各人的最佳生活，而是提供並擴大可追求最佳生活的選項⁵¹。換句話說，阪本教授認為與其將「自由」做積極的規定來尋求「極大化」（自由的極大化），到不如「最小化對自由的強制」（強制的最小化）方能更加實現「自由」⁵²，因此對於如實具體的個人之自由實現，最好的辦法不是在積極擴充自由的範圍而是在整備對自己之愛最大化的共同條件之基礎建設⁵³。

基於這樣的想法，阪本教授認為憲法第 13 條的幸福追求權為一「不受他者強制去追求的主觀性幸福，換言之，是對自己的效用最大化的自由⁵⁴」，而國家若侵入到某一領域被發現到其自由之價值時，無法道盡所有的一般自由時，便會以個別自由的姿態出現，表現自由、信教自由、人身自由等種種的自由權便是如此實定法於憲法之中。所以說，法之所保護的自由（一般自由）並非是將全體像貌顯現出來，而是依所失去的局面來表現出其姿態的一部分，具體而言，假若侵害者為國家時，則國民具有免除權（immunity rights），國家則不具有否定某種市民利益之權能，故也稱之為國家的無能權（disability）⁵⁵，阪本教授的一般自由說便是認為憲法第 13 條概括性條款為「國家的無權能／國民的免除權」之根據，並非是一反射性利益。至於免除權（自由權）要放何種積極內容則委由個人決定。

⁵⁰ 栗田佳泰，前掲註，614 頁。

⁵¹ 阪本昌成，法の支配，勁草書房，2006 年，99-100

⁵² 阪本昌成，前掲註，2006 年，129 頁。

⁵³ 阪本昌成，前掲書，69 頁

⁵⁴ 阪本昌成，憲法 2 基本権クラシック，有信堂，2011 年，108 頁。

⁵⁵ 阪本昌成，前掲書，72 頁、100 頁。

（二）戶波江二：保護領域畫定階段

戶波江二教授認為憲法第 13 條為一實體的權利，從中可導出新興人權，至於其幸福追求權的認定基準，須從（1）在權利的性質這點上是否能把握成為特定的人權（2）是否為被社會所承認這二點來認定⁵⁶。有關（1）權利性質的要求是要能概括性、規範性的把握人的特定行為乃至於特定的法律狀況之內容，因此似乎比佐藤教授和芦部教授的明確性，特定性的要件來得寬鬆。而（2）所謂的社會承認是指該當權利要能為社會必要且客觀地認為可評價為憲法上的人權，此意味著在國民之間一般是存有肯定其權利性的社會意識⁵⁷。

從上述可看出，戶波教授基本上並沒有否定人格利益說的基本思想，所持的人權觀也是認為須與個人的尊嚴與自我實現等價值密切結合⁵⁸，只是對概括性人權條款的看法認為按人格利益說的立場會把自我決定權限定在人格生存相關事項內，其結果會使一般自由無法受到憲法上的保護，而對照近代立憲主義是以限制國家權力來擁護個人的權利和自由為目的的這個理念，舉凡散步、登山、海水浴場遊戲、騎乘機車等個人行為，縱然不被認為是具有人格價值之行為，但國家無正當之理由也不可限制之，此也正是幸福追求權所保障的一般行為自由⁵⁹，是將溢出人格利益限定外的自由或權利成為一般行為自由而受到憲法上的保障。

但所謂的一般行為自由說，並非是指所有的權利及自由都為憲法第 13 條所保障之對象，至少對他者的加害行為之自由是要予以排除的⁶⁰。總的來說，戶波教授雖認為人權保障之中涉及人格行為的部分固應更加強力保障，但非憲法上的人權有時也有可能受到憲法的保障，例如從憲法第 13 條的概

⁵⁶ 戶波江二，憲法，ぎょうせい 1998 年，174 頁以下

⁵⁷ 中山勳，憲法上自己，71 頁。

⁵⁸ 戶波江二，自己決定權の意義と範圍，法学教室 158 号，1993 年，42 頁。

⁵⁹ 松井茂記，前掲註，149 頁。

⁶⁰ 戶波江二，憲法，ぎょうせい 1998 年，175 頁以下。

括性條款之中應可導引出「自我決定權」的內容，而對自我決定權限制的合憲性審查則要檢討限制的根據、樣態以及程度等來判斷該限制是否有合理的正當化理由⁶¹，且對各個行為如同騎乘機車的自由等雖不被認為是「獨自的人權」，但「是否騎乘機車」的自由決定是包含於自我決定權的保護領域之中，可做為一種「人權的行使」而受到憲法上的保護⁶²。

（三）長谷部恭男：王牌人權論

長谷部恭男教授認為所謂的人權原本便是指前國家性質並根植於個人自律性的權利，因此對此種根植於自律的自然人權應稱之為「王牌人權」較為合適。然而，在憲法上的權利之中也有因具有公共財性格而受到保障的權利，而在判例上也經常可以看到以是否符合公共福祉的觀點來決定憲法上的權利是否受到侵害⁶³，換言之，長谷部教授認憲法上的權利可分為二種，一種是「做為王牌的人權」可以用來對抗公共福祉為根據的國家權威之要求⁶⁴，而另一種則為「基於公共福祉的權利」，是種可受公共福祉制約之權利⁶⁵。

基於這樣的一個人權觀，長谷部教授以為所謂的「個人」是指在私領域空間，對於自己的生存可進行構想與反省；而在公共領域空間上，對於社會全體的利益則是可進行理性思辯與參與決定過程的存在，也就是說，憲法所「尊重的個人」是具有此能力的「自律性的個人」，而憲法第 13 條前段個人尊重的保障就在於有關「個人自律的核心事項，因是具有固有意義的人權概念須視為具有王牌人權之地位，故可以強到不受到公共福祉的制約。相對於此，憲法第 13 條後段，則是規定「一般的行動自由」是必須與公共福祉並立的，而國家權力必須只能在公共福祉所許可的範圍內行使，

⁶¹ 戶波江二，同前註，175 頁以下。

⁶² 戶波江二，同前註，187 頁。栗田，前揭註，516 頁

⁶³ 長谷部恭男，憲法（第四版），新世社 2008 年，119 頁。

⁶⁴ 長谷部恭男，同前註，117 頁。

⁶⁵ 此二種憲法上的權利之國內相關論述可參許志雄，前揭註，200 頁以下。

對於國民賦於一般自由，對國家權力則課予制約此自由的可正當化之要求，而司法則負有監視此限制之任務⁶⁶。由此可以看出，長谷部教授將憲法第13條清楚地區分前段與後段的相異權利性格與自由。但其中的特點並非是在積極界定概括性條款的權利內容或範圍，而是著眼公權力的行使方式。

（四）一般行為自由說之檢討

一般自由權說最會被拿出來批評的莫過於會產生人權通膨的問題⁶⁷，這問題則涉及了人權觀或人權基礎的認識。但如阪本教授與戶波教授雖承認一般行為自由也應受憲法之保障，但阪本教授主要是在否定佐藤教授以倫理性、道德性為基礎的人權的基礎理論，因為這過於忽視現實個人的多樣性與容易犯錯的一面，因此採以可容錯主義的個人圖像，對憲法上的權利，包含概括性條款所保障的權利不積極探究其內容或保護範圍，而是著重於公權力行使的面向。在這點上，戶波教授與長谷部教授也有此傾向。

著重於公權力行使的問題而不去探究保護領域的範圍，這樣的手法事實上就是帶有憲法客觀性的面向，或言「免於違憲強制的自由」，是種源自德國法上的觀念，如此，一般行為自由縱不被承認為一主觀之權利，亦可從要求國家保護，使之從免於形式上或實質上的違憲的規制面著手⁶⁸。但一般行為自由若為憲法上所保障即應非是一反射利益，故有論者以為其主觀性便是在於「要求排除違憲的強制」。

⁶⁶ 長谷部恭男，憲法（第四版），新世社 2008 年，153 頁

⁶⁷ 除了怕造成人權通膨品質劣化外，其他對一般行為自由說的批評還有：（含殺人等）所有生活領域相關行為皆納入過於違反常理、內容空洞則難與反射利益區別、怕造成司法審查的負擔過大。許志雄，前揭註，173 頁。

⁶⁸ 許志雄，前揭註，186 頁。

四、台灣概括性條款的相關學說

(一) 憲法第 22 條的權利性格

有關憲法上的「概括性權利保障」國內亦有將之稱為「人權的概括性保障」⁶⁹，皆泛稱憲法上所未明文列舉的人權保障⁷⁰，而承接這些憲法上所列舉的權利保障條款，一般稱之為「概括性條款」，此相對於昔日德國威瑪憲法，只就基本權悉加列舉而不另設概括規定的單純列舉方式，在明文列舉權利外另加概括性條款，可用以補足人權之脫漏，縱憲法上雖無列舉，但要是條理上認為有必要保障者，則仍可以憲法保障之。而我國憲法即是採用列舉與概括之混合方式⁷¹，詳言之，是在憲法第二章「人民之權利」（人權清單⁷²）之中的憲法第 22 條明訂：「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」，並未明言保障某一特定之自由及權利⁷³，故 22 條為我國憲法的概括性條款殆無疑義。然而，我國憲法第 22 條概括條款的權利性格究竟為何，則學者間存有以下的各種不同看法。

(二) 吳庚：競合的基本權條項

吳庚教授認為要界定基本權的範圍必須以憲法第二章的條文構造及規範意旨為依據，從而可區分出「項目明確」的人權清單上的基本權，以及第 22 條「其他」自由及權利。前者將 17 類 20 種人民權利逐條列舉出來，有別於後者故應賦予特殊意義，而基於基本權與非基本權的二分法，這些

⁶⁹ 許志雄等著，現代現憲法論（第三版），元照出版，2002 年，235 頁。

⁷⁰ 蕭淑芬，基本權基礎理論之繼受與展望—台日比較，元照出版，2005 年，73 頁。

⁷¹ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），三民出版社，1998 年，332 頁。

⁷² 我國憲法上人權清單上除有明文規定平等原則（第 7 條）外，尚有人身自由（第 8 條）、不受軍事審判之自由（第 9 條）、居住遷徙自由（第 10 條）、（言論、講學、著作及出版等）表現自由（第 11 條）、秘密通訊自由（第 12 條）、信仰宗教自由（第 13 條）、集會結社自由（第 14 條）、生存權、財產權、工作權（第 15 條）、請願、訴願及訴訟權（第 16 條）、選舉、罷免、創制、複決權（第 17 條）、應考試服公職之權（第 18 條）、教育權（第 21 條）。

⁷³ 或有稱之為未明定、無名、未名權之權利。林震山著，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心（二版），元照出版，2007，3 頁。

非明文列舉的權利規定於憲法第 22 條，實為仿美國憲法增修條文第 9 條所制定⁷⁴，而所謂的「其他自由及權利」就是種概括規定，但縱為概括規定，既為憲法條文不應只是宣示性質，應重視每一文賦予之意義，從而認為在經憲法第 22 條或第 23 條的「不妨害社會秩序公共利益」的這一類公共福祉的「內在制約⁷⁵」概念篩選下，留下來而無明文列舉基本權所能涵蓋之權利則是憲法第 22 條所稱之「人民之其他自由及權利」，這些權利也應視之為等同於基本權的權利（grundrechtsgleiche Recht），也是種「憲法上的基本權利」⁷⁶或稱之為「類似於基本權的權利」⁷⁷。

如此，將憲法上的權利區分為明文列舉的「基本權」以及「其他」非基權但等同於基本權的權利，其主要用意應是在於承認概括性條款的補漏人權的機能以及具有一定的權利性。但憲法第 22 條的具體保障內容與範圍為何，仍須置於整個人權體系來觀看，就明文列舉的「基本權射程所及事項，便不應視為其他自由權利」，如憲法第 11 條所保障的表現自由包含接近使用媒體的權利（the right of access to the media），自當無需以憲法 22 條保護之，但基本權利的射程範圍透過釋憲方式或有其界限，對於如隱私權等涉多類型權利的保障是無法以明文列舉的基本權來含括，故應有憲法 22 條括概性條款來保護，是故就吳庚教授的看法，概括性條款與明示列舉的權利之間，有著競合或消長的關係⁷⁸。換句話說，憲法上所保障的權利，首先是由明文列舉的基本權所保障，若明文列舉的基本權對某一憲法上所應保障的權利無法盡其保障，則應落於憲法 22 條來保障，因此二者之間具有相對性與流動性在結構上互不重疊也排除了同列保障或是將括概性條款做為人權體系上的總則性上位概念之想法。

⁷⁴ 然而，事實上美國在爭論自我決定等憲法上未明文列舉之權利時，多以增修條文第 5 條及第 14 條所保障的「自由」為中心，而以所謂「實質正當法律程序理論」來論處。松井前揭註，142 頁。

⁷⁵ 吳庚用語為「內在限制」，因權利須以「不妨害社會秩序公共利益」為前提，相當於一切其他權利的共同構成要件，故論者亦將持此種論點之學說稱為「構成要件說」。蘇宏杰，憲法第 22 條規定之解釋與適用，萬國法律第 157 期，2008 年 2 月，75 頁。

⁷⁶ 吳庚、陳淳文著，憲法理論與政府體制，自版，2016 年，87 頁（吳庚執筆）。

⁷⁷ 吳庚、陳淳文著，前揭書，305 頁。

⁷⁸ 吳庚、陳淳文著，前揭書，88 頁

（三）李震山：架橋功能

李震山教授認為憲法第 22 條之規定為是以一不確定法律概念為法條構成要件，故需賴解釋才能發揮其規範功能，而我國實務上大法官亦多次經解釋 22 條來作為保障憲法「未明文規定」的權利之依據，惟要注意的是保障憲法未明文列舉權利的路徑上，在釋憲上除只可依據憲法第 22 條來解釋，亦可利用憲法列舉之自由權利，依各該自由權利保障範圍來推衍出相關自由，以及以基本國策之規定作為保障憲法未列舉權利之依據⁷⁹。因此，憲法第 22 條概括性條款雖是做為補充明文列舉權利之不足，但並非是唯一手段，而某一權利要以憲法 22 條為依據時，也必須是明文列舉權利之保障射程所無法可及之處才回到此一概括性保障條款之處，故「憲法第 22 條所能保障之自由權利，具有多元風貌，即態樣甚多且價值多元，也唯有如此，才能滿足社會之大多數成員，並使憲法價值具一定開放性，能與時俱進，成為實質活的憲法（living Constitution）⁸⁰」。

然而，憲法未列舉之自由權利要如何予以認定，何時又應由憲法第 22 條為依據來詮釋之，這涉及了憲法 22 條在憲法人權體系上的位置以及跟明文列舉人權清單間的關係。對此，不同於吳庚教授的基本權與非基本權的二分法，李震山透過憲法規範位階秩序的排序將人民自由權利的層級化⁸¹，依序做為權利保障範圍與限制的強度、密度之準據，目的是用以促進憲法 22 條功能的細緻化，藉以正當化擴大保障基本權利的基礎⁸²。詳言之，李教授將憲法上未列舉之自由權利區分為 A「非真正之未列舉權」、B「半真正未列舉權」、C「真正未列舉權」三種類型，A 類所謂的非真正的基本權是指不以該權利在名稱上或形式上不見於憲法明文之中就認為是憲法上的

⁷⁹ 李震山著，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心（二版），元照出版，2007，3 頁。

⁸⁰ 李震山著，前揭書，2007，3 頁。同氏著，憲法未列舉權利保障之理論與實踐，收於：現代憲法的理論與現實，元照出版 2007 年，344 頁。

⁸¹ 事實上即是將人權做價值序列的排序，區分原權類、固有權類的先國家或自然法性質的權利以及一般權利以對應不同的保護或限制密度。

⁸² 李震山著，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心（二版），元照出版，2007，21 頁。

未列舉權，而是應從實質的觀點來論之，例如研究自由不見於憲法明文之中，但因可能由於明文的講學自由條項中導出，是以事實上為一非直正之未列舉權。此外，如生命權、身體不受傷害權此等原權性、固有權層次之權利，這些古典人權原本即天賦自然而來的先國家存在之基本權利，就算不待於明文實體化於憲法之中，亦為憲法上最重要且首要保障之權利。因此，但凡具自然權性質或可能明文列舉權利所推導出的憲法上之權利，即屬 A 類的權利，且因具先國家的古典性格，其重要性不證自明故有較尊崇之地位⁸³。而憲法第 22 條則具有新興性格，是屬事後確認之性質，凡只能透過憲法第 22 條的解釋來形成新的人權保障皆屬 C 類型，例如在我國實務上大法官已從憲法第 22 條單一條文之中導出了人格權、隱私權、契約自由、資訊主自權……等，此類即屬真正未列舉權⁸⁴。

以上 A 類與 C 類的區分近似上述吳庚教授的見解，然而李教授認為除了區分 A 與 C 兩類型外，事實上有些權利，特別是具有社會權等複合性質的權利，亦或是憲法增修條文所指涉權利（如健康權），雖有部分內容屬於明文列舉之自由權的保障範圍內，但該條款仍尚無法完全涵蓋時，仍有賴憲法第 22 條來保護補充，而此類權利即應劃分為 B 類，因其主張之權利部分可由明文列舉的權利導出，但部分權利仍有賴憲法 22 條發揮橋樑作用才能完整，故稱之為「半真正未列舉權」⁸⁵。據此，憲法 22 條在 C 類的保障上，不只具有「保護補充」的機能，更有「承接漏洞」的功能（機能）⁸⁶，而在 B 類的保障上，則有「保護補充及媒介橋樑的功能」⁸⁷，用以「連結」並「生成」基本權的機能，是以在概念上除仍重視傳統基本權的「質」性效力，亦重視「量」的擴張。

⁸³ 李震山著，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心（二版），元照出版，2007，19 頁。

⁸⁴ 李震山，前揭，20-21 頁。

⁸⁵ 李震山，前揭，20-21 頁。

⁸⁶ 李震山，前揭李師七秩，349 頁。亦即將明文列舉基本權漏接之權利由憲法 22 條來承接，但中間仍須經由「普遍性」、「不可侵害性」、「值得保護性」來過濾篩選。

⁸⁷ 李，前揭書，65 頁。

（四）湯德宗：未列舉的根本基本權（unenumerated fundamental rights）

湯德宗大法官認為中文所稱「基本權」本身就是複雜多義的概念，也常與人權（human rights）或基本自由（fundamental liberties）相混用，相較於歐陸對基本權區分為實質基本權（係指文化及法律上具有人權保障價值的人權）以及形式基本權（具有拘束力以區別方針條款），美國的基本權只有實質意涵，亦即憲法未明文列舉之權利亦有可能是「基本權」，而對憲法未明文列舉之基本權，美國聯邦最高法院主要是以「系爭權利對於個人自主之重要性」來審究⁸⁸。基於如此的觀念，湯大法官認為憲法第 22 條雖為憲法權利保障之「概括條款」，雖可能補足基本權保障之漏洞，但恐憲法解釋過於脫離具體解釋引起司法正當性之問題，內容應以「根本基本權」（unenumerated fundamental rights）為限，也就是主張系爭權利必須具有「維護人性尊嚴」、「發展人格自由」所必要，而屬「自由民主憲政秩序之核心價值」者才能列入第 22 條的「其他自由及權利」，同時也反對從憲法第 22 條創設（肯認）新人權⁸⁹。湯大法官雖未進一步說明人性尊嚴、人格自由、自由民主憲政秩序之核心的意涵為何，但從文中可以明白知道是採以重視基本權實效，嚴格限制內容範圍的人格利益說。因此，基本權原則上應為主觀性權利，不論是明文列舉的基本權，或是補充明文不足的憲法第 22 條所保障之基本權，對其所為之限制，司法原則上都要以「高標」（從嚴）審查之⁹⁰。

⁸⁸ 湯德宗，政府資訊公開請求權入憲之研究，收於湯德宗、廖福特主編，憲法解釋之理論與實務第五輯，274-275 頁

⁸⁹ 湯德宗，前揭註，290 頁。

⁹⁰ 湯德宗，政府資訊公開請求權入憲之研究，收於湯德宗、廖福特主編，憲法解釋之理論與實務第五輯，261 頁以下。同氏，對話憲法憲法對話（下），天宏出版社，2016 年，567-568 頁。

（五）許志雄：受憲法保障的其他權利

許志雄大法官支持憲法第 22 條括性權利保障條款採一般行為自由。蓋因認為「憲法上的權利包含憲法列舉的人權、由概括性權利保障條款導出的人權，以及其他權利」，而所謂的「一般行為自由」雖源於憲法第 22 條，但因「不以有關人格利益或自律者為限，未直接牽涉個人尊嚴的維護」所以不宜列入人權，而是一種「受憲法保障的其他權利」，在功能上可排除國家的「違憲強制」，非是一反射性之利益⁹¹。

觀看人格利益說與一般行為自由說間的主要對立可說是在於背後所持的人權觀或個人之圖像的不同。而許志雄大法官認為不論是立基於「強者人權觀」的人格利益說，亦或是立基於「弱者人權觀」的一般行為自由說，兩說皆以「個人尊嚴」為最高價值，但相較於強者個人（堅強的個人），弱者個人（柔弱的個人）的尊嚴更有受到侵害之虞，所以弱者人權更應加以保護，而這樣的觀點也符合人權發展的趨勢以及立憲主義的要求，而一般行為自由說雖立基於弱者人權觀，但亦未否認強者人權，故較為支持⁹²。同時，許大法官認為一般行為自由說較符我國之要求，其理由如下⁹³：（1）相較於人格利益說只著重於強者人權，「一般行為自由說既未否定強者的人權，同時又能兼顧弱者個人主體性及權益的維護，應較為可採」。（2）相較於政治部門，我國司法審查機關似較獲人民信賴，且因按大法官審理案件法規定人民須有「憲法上所保障之權利」受不法侵害時才能聲請釋憲，故採「一般行為自由說擴大憲法上的權利，可有效增加違憲審查機關介入的可能性與範圍」。（3）我國因受戰後長期權威統治的影響，「公權力經常過度預人民的生活，時至今日，法律限制一般行為自由的情形仍相當浮濫，而有藉助違憲客查機制大加以矯正」。

⁹¹ 許志雄，人權論現代與近化的交會，元照出版社，2016 年，204-205 頁。

⁹² 許志雄，人前揭註，178-179 頁。

⁹³ 許志雄，前揭註，180-181 頁。

至於一般行為自由的內容要如何界定，許大法官認為宜採「二階段劃定⁹⁴」方式從寬為之。而在進行審查時，省略了通常一開始的保護領域審查，而採先限制後正當化審查的「二階段步驟審查」⁹⁵。

參、概括性保障條款與裁判例

一、日本最高法院相關判例

(一) 限制的正當性理由

如前述，日本有關概括性保障條款的相關學說歷來多以釐清憲法第 13 條的權利性質和內容為主，並在此主軸上來認定何種未列舉的權利是值得為憲法上所保護。然而，在這多樣的學說之中，日本法院在實務上究竟是採何立場至今仍是不明。事實上日本新憲法實施後，也有不少案件是以憲法第 13 條為依據來主張各種未明文列舉的自由，例如在新憲法施行不久後，在一件有關日本刑法第 186 條第 2 項的賭博圖利開張罪的處罰是否違反了憲法第 13 條的爭訟中⁹⁶，日本最高法院認為賭博行為「不只會危害所形成的健康且文化社會基礎的勤勞美風（參照憲法第 27 條 1 項），甚至會誘發暴行、脅迫、打殺、強盜及竊盜等犯罪，也恐會對國民經濟之機能帶來重大傷害」，因而判示這些行為畢竟有害了風俗是「違反了新憲法所說的公共福祉」而駁斥了違憲的主張。

很清楚的，日本最高法院是以有害風俗違反了公共福祉為理由來否定賭博行為的自由，這也避開了對於賭博行為是否為憲法第 13 條所保障的基本人權這一問題。而這樣的判斷方式也延續到有關藥事法限制興奮劑買賣

⁹⁴ 所謂二階段劃分是指在界定權利內容時是呼應歷史作用已具備一定輪廓為基礎的一階段劃定，或是以權利條款的文字為對象先從寬劃定，而後再依實際適用時所需以公共福祉、立法裁量等制約。參照許志雄著，前揭註，188 頁。

⁹⁵ 許志雄著，前揭註，190、205 頁。

⁹⁶ 最大判昭和 25（1950）年 11 月 22 日刑集 4 卷 11 號 2380 頁。

與禁止讓渡是否違反憲法第 13 條的爭訟⁹⁷，日本最高法院認為興奮劑「濫用的話會產生習慣性進而患上慢性中毒症而陷入肉體上以及精神上的病狀，最後滋生不良行為與犯罪而有危害社會公共之虞甚明」，據此對系爭的藥事法上限制興奮劑買賣與禁止讓渡為「遵照憲法第 13 條的主旨，是為公共福祉所必要」，故判示合憲。相關的案件還有一起是有關取締大麻法律案是否合憲的事例⁹⁸，最高法院也否定了大麻具低度危害性的主張，認可限制大麻的栽培、讓渡、進口、持有等。

以上最高法院判例雖有提起憲法第 13 條概括性條款，但對於此條款的保障範圍皆未談及，而是以該行為或自由因違反了公共福祉而不受憲法第 13 條所保障。然而究竟是何種權利受到侵害，該權利是否為憲法所保護等問題仍然不明確⁹⁹，但至少可以知道最高法院的公共福祉的概念主要是著眼於「限制的正當性理由」，不只是對他人或社會的危害防止，對於自我的危害防止也都是包含在公共福祉的概念內¹⁰⁰。

（二）正當化的議論

有關監獄法施行規則裡禁止在監者吸菸的合憲性事案中¹⁰¹，最高法院認為「吸菸的自由縱然為憲法第 13 條所保障的基本人權之一，但並不是在所有的時間與場所都予以保護。因此，必須與拘禁目的，以及所限制的基本人權內容、制限的必要性等關係來綜合考察，而上開禁止吸菸所限制自由的程度，應解為是必要且合理的，故係爭限制並未違反憲法第 13 條。由此可知，吸菸的自由是否為憲法第 13 條所保障仍是不明，雖說松井教授以為最高法院既有言：縱然是基本人權但因該限制不違反憲法，所以最高法

⁹⁷ 最大判昭和 31（1956）年 6 月 13 日刑集 10 卷 6 號 830 頁。

⁹⁸ 最判昭和 60（1985）年 9 月 10 日判時 1165 號 183 頁。

⁹⁹ 松井茂記，前掲文，144 頁。

¹⁰⁰ 中曾久雄，憲法 13 條と私生活上の自由，愛媛法学雜誌第 44 卷 1・2 号，2017 年 8 月，113 頁。

¹⁰¹ 最大判昭和 45（1970）年 9 月 16 日民集 24 卷 10 號 1410 頁。

院並不承認吸菸自由是憲法上的基本人權¹⁰²。但也有如山本龍彥教授認為此例只是最高法院不積極將吸菸自由視為憲法上之權利¹⁰³，也就是說並不見得最高法院就是否定吸菸自由，故應將之理解為只是避開吸菸自由是否為憲法上所保障之權利的判斷，最高法院所著力的面向仍是在「正當化的議論」¹⁰⁴。

同樣的，在跟追規制法合憲爭訟案中¹⁰⁵，最高法院認為「表明戀愛情感以及其他好意的感情等行為之中，若有傷害到對方身體的安全、居住的平穩、名譽，亦或使行動自由顯著受到危害，令人感到不安的方法，對此等以逸脫於社會性的糾纏行為為對象的規制中，只有是在對相方法益受到受大侵害，有必要以刑罰來抑制時……才可處科處刑罰」，而觀看跟追規制法所規制的內容並不過於苛刻，故係爭限制「合理且相當」並無違憲法第 13 條。本例亦是檢視系爭規制目的與規制對象的妥當性，想來戀愛的自由直觀上與公共福祉應能並立而可作為憲法上之權利，但最高法院仍將焦點放在「正當化的議論」上¹⁰⁶。福岡縣青少年保護育成條例事件判決中¹⁰⁷，最高法院對於對系爭淫行規制採以限定解釋而駁斥了過度而廣泛的違反憲法第 13 條的主張，但最高法院仍未表明性行為自由是否為憲法第 13 條幸福追求權所保障。此外，在酒稅法中禁止私釀酒類的合憲性爭訟¹⁰⁸，原告雖主張釀酒的自由是人格自律權之一當為憲法第 13 條所保障，然而最高法院仍一貫回避對憲法第 13 條保障範圍的認定，只對酒稅法的係爭規制是「預想到放任以自我消費為目的製酒將造成酒稅收入的減少，為確保酒稅的徵收帶來障礙，所以為確保國家重要財政收入的酒稅徵收，不論其製造目的

¹⁰² 松井茂記，前掲文，144 頁。

¹⁰³ 山本龍彥，被拘禁者の喫煙の禁止，憲法判例研究會編，判例プラクティス憲法，信山社 2014 年，36 頁。

¹⁰⁴ 松本和彥，基本的人權の「保護領域」，收於小山剛、駒村圭吾編，論点探求憲法，弘文堂 2013 年，112 頁以下。

¹⁰⁵ 最判平成 15（2003）年 12 月 11 日刑集 57 卷 11 號 1147 頁。

¹⁰⁶ 中曾久雄，憲法 13 條と私生活上の自由，愛媛法学雜誌第 44 卷 1・2 号，2017 年 8 月，114-115 頁。

¹⁰⁷ 最大判昭和 60（1985）年 10 月 23 日刑集 39 卷 6 號 413 頁。

¹⁰⁸ 最判平成元年 12 月 14 日刑集 43 卷 13 號 841 頁。

為何，將酒類製造一律要求執照，而對無執照的製酒者科以處罰，縱然因此而使以看我消費為目的釀酒之自由也受到限制，但此一規制無法說是逸脫了立法府的裁量權，以及有明白顯著的不合理」，因此判示本件合憲。

（三）私生活上的自由

如此看來，日本最高法院並未採用學說上「質的限定」或「量的擴張」之論述來界定憲法第 13 條概括性條款的保護範圍，而是以檢視正當化理由為中心來論述，但究竟何種權利為憲法第 13 條概括性條款所保障至今仍是不明，只是最高法院在上述的京都府學連事件裡從憲法第 13 條中導出了「私生活上的自由」這一概念¹⁰⁹，亦即對於在示威遊行中警方的攝影搜證行為是否為適法的公務執行之判斷，最高法院認為在對警察權等國家權力的行使時，憲法第 13 條所保障國民的「私生活上的自由」應受到保障，「警方無正當理由而拍攝個人容貌是為違反憲法第 13 條之趣旨」，而「做為個人私生活上的自由之一，每個人，……其容貌、姿態都有不被任意拍攝的自由」，除非「有證據保全的必要性與緊急性，且其拍攝並不會超出一般人所能容許的限度時」才得以容許¹¹⁰。簡言之，日本最高法院認為憲法第 13 條要保障的是「免除受到政府侵害的私生活上之自由」。

最高法院雖然言及憲法第 13 條可導出「私生活上的自由」而受憲法之保障，但對所謂私生活上的自由的內容也必見明白，只能從中看到「容貌、姿態不被任意拍攝的自由（肖像權）」應為私生活自由的內含之一，但其外延甚為不清，最高法院的焦點是放在公權力之限制有否「正當理由」。本案最終認為系爭限制有正當理由因而判示警方攝影搜證並不違反憲法第 13 條，但此判決基本上奠定了概括性條款的審查判斷模式。例如在之後的外國人按押指紋制度合憲性爭訴之中¹¹¹，也承繼了類似的模式，認為「做

¹⁰⁹ 許志雄，前揭註，167 頁。

¹¹⁰ 最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 號 1625 頁。

¹¹¹ 最判平成 7 年 12 月 15 日刑集 49 卷 10 號 842 頁。

為個人私生活上的自由之一，每個人，……都有指紋不被任意強制按捺的自由」，國家機關若無正當理由強制按捺指紋乃是違反憲法第 13 條，而此自由之保障也及於在留於日本的外國人。但是「此自由對國家權力之行使並不是無限制的保護，為了公共福祉之必要時仍受相當之限制。」因此，系爭制度因課予三年一次的按捺義務，且只按一指其罰則僅為間接的強制，並不能說會造成精神上或肉體上的苦痛，故為一般所能容許的限度，據此最終此案也判示合憲。但值得注意的是，在此案中，最高法院認為「指紋，……因具有萬人不同，終生不變的性質，故所採收的指紋依利用方法也會有侵害到個人私生活，或是隱私權的危險性」，似乎試圖從憲法第 13 條之中開展出隱私權的保障，然而這樣的試圖仍是不明的¹¹²。

同樣的，在住民基本台帳網路事件中¹¹³，最高法院重申「憲法第 13 條為規定國民私生活上的自由在對公權力行使時應受到保護，做為個人私生活上的自由之一，每個人，關於個人資訊都有不被第三者任意公開或是發布的自由」，而在安全不具洩漏個資等具體危險的情況下¹¹⁴，「依住基網路而為的確認本人資訊的管理和利用等，是基於法令上之根據，為提升住民服務及行政事務的效率，當屬正當行政目的之範圍內」。而反過來說，一旦住基網路在系統技術上或是法制度上有不備時，例如有洩漏個資秘等具體危險時則可判示為違憲。

以上看來，雖然最高法院從憲法第 13 條之中區分了「私生活上的自由（肖像、指紋、個資等保護）」的部分以及「非私生活上的自由（賭博、跟追等一般行為自由）」，但各個具體內涵仍未清楚，且無具體的認定標

¹¹² 事實上，有關隱私權的前科照會事件判決（1981 年），逆轉事件判決（1994 年）、泳石之魚事件判決（2002 年）之中，日本最高法院也未對隱私權進行闡述，甚至也未援引憲法第 13 條。參見許志雄，前揭註，167 頁。

¹¹³ 最一判平成 20 年 3 月 6 日民集 62 卷 3 號 665 頁。所謂的「住民基本台帳網路」是指將每位國民都賦予一個個人號碼，並將國民的姓名、地址、性別、出生年月日等基本資料登錄在電腦網路上以利進行政府統管運用。

¹¹⁴ 最高法院另言住基法須確保（1）並沒有會因住基網路系統上的缺陷致使來自外部不當的介接而使個人資訊容易外洩的具體危險，（2）對接收者對個資做目的外之利用或洩漏有關個資秘密等皆設有刑罰等懲戒處分，（3）住基法在都道府縣內都設個資保護委員會等可擔保個資適切的審議會。

準，縱然言明私生活的自由具有憲法保障的地位，但是以系爭公權力之限制具有正當理由而通過合憲解釋。而就審查的方式而言，似可看出法院採用二階段方式的審查，亦即在第一階段審查時，審查系爭之自由是否屬於私生活上的自由，而此階段審查的重點是該自由是否會對他者或社會造成危害，到了第二階段則是對私生活上的自由之制約來進行審查，亦即對其進行目的和手段的審查¹¹⁵。如此，最高法院在肯定憲法第 13 條的規範效力上，可從中導出憲法上未列舉之個別的權利或自由，雖然權利種類以及保護基準仍有待繼續形成，但目前可確定的是最高法院雖不強調這些私生活上自由的主觀權利性質，但一貫地突顯「公權力的界限」所在，是以從最高法院的一連判決應可理解為是將私生活上的自由視為一客觀法上的保障，如此概括性條款在不明確的情況下仍是具有統制政府權限行使的機能。而從私生活上的自由這一上位概念所開展而出的諸如肖像權、資訊隱私權等，其外延雖不明但「禁止公權力任意侵害」的內含可謂已然建立。

二、台灣大法官相關憲法解釋

一、立基於人格發展與人性尊嚴的一般行為自由

婚姻自由未明文列舉於憲法之上的話，是否可由憲法概括性條款之中導出？我國憲法的概括性條款為憲法第 22 條，而有關婚姻的解釋最早可由大法官於司法院釋字第 242 號解釋的鄧氏重婚案¹¹⁶，提起「家庭生活及人倫關係」是受憲法 22 條保障。本案重婚事件是因「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同」，倘若在台灣的「長期實際共同生活事實之後婚姻關係……經撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬

¹¹⁵ 中曾久雄，列挙されていない権利の保障の新たな展開，阪大法學第 61 卷 3・4 号，2011 年 11 月，887-888 頁。

¹¹⁶ 本案系爭禁止重婚之規定是否能因國家遭重大變故（長期無法返回大陸地區），因而在夫妻隔離下所生之後重婚關係得否免除撤銷。

之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第 22 條保障人民自由及權利之規定，有所牴觸」。大法官於此號解釋中並無直接定義婚姻關係為何，但對於家庭生活及人倫關係的維持是認為應受憲法第 22 條所保障（無限制一定的人權範圍），只要不妨害社會秩序則應保障（以社會利益來加以調整），因此在概括性條款的立場上，大法官一開始便是採用了一般行為自由說。

這樣的立場或許可說我個大法官深受德國法之影響¹¹⁷，然而婚姻做為法律上的一個制度，是否能將此種享受法律上制度的權利承認為是一憲法上自由之權利。換言之，憲法第 22 條究竟是否有保障婚姻自由，若有的話，對於婚姻課予的條件（如一夫一妻及重婚等限制）應當成為憲法之問題。對此，大法官釋字第 362 號¹¹⁸理由書中說明民法上「關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第 22 條規定，應受保障。」此號解釋明白揭示憲法第 22 條包括了婚姻自由。然而，對於婚姻自由的限制，司法審查應採以嚴格審查或是寬鬆審查，一般而言應視限制的正當化理由為何，或是有否不得不為的政府利益。但是 362 號解釋只以婚姻制度之社會秩序（婚姻秩序）的維持之利益就直接限制憲法上所保障之婚姻自由，其所具的正當合理之目的幾無闡述。

到了釋字第 362 號和第 552 號解釋時，大法官提及「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」，故合理的婚姻制度的立法是為憲法上的要求，至於一夫一妻、互負同居及忠誠之義務等限制的合理化則在釋字第 554 號解釋之中，大法官說明「婚姻制度植基於人格自由，具

¹¹⁷ 德國通說和判例將所謂「人格的自由發展權利（德國基本法第 2 條 1 項）」解為一般行為自由說，但實際上仍受同條文「不違反憲法秩序及道德律之範圍內」之制約，故實際上所保障之行為多集中與「人的尊嚴」相關的人格權性質之行為，所以實質上近似日本的人格利益說。許志雄，前揭註，172 頁。

¹¹⁸ 系爭民法重婚無效之規定是否違憲之案件。

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之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第 22 條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」

於此，大法官開始以「人格自由」做為憲法第 22 條的原理根據，但這並不是一個限定的概念。大法官在有關「行動自由」跟拍案的釋字第 689 號解釋理由書中表示「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……」，解釋文中更直言「人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 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（參照 535 解釋），自在一般行為自由保障範圍內」。近時在判斷同性婚姻的釋字第 748 號解釋¹¹⁹理由書中亦說「適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由（本院釋字第 362 號解釋參照）。該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權（a fundamental right），應受憲法第 22 條之保障。」無疑地，大法官認為憲法第 22 條的保障範圍並非採「人格利益說」的侷限概念，而是採「一般自由說」的「擴充」概念，至今保障範圍涵蓋各種生活事實¹²⁰，並將基本原理立基於「人格（自由）發展」與「人性尊嚴」之上。因此，今後之問題應在於釐清人格發展與人性尊嚴之意涵。

二、公共福祉的制約

大法官於釋字第 554 號¹²¹解釋文中說到「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第 22

¹¹⁹ 可否同性結婚之判斷。

¹²⁰ 目前大法官所承認的憲法第 22 條保障的未明文列舉權利有隱私權、姓名權、性自主權、人格權、家庭權、婚姻自由、契約自由。許志雄，前揭註，156 頁。

¹²¹ 系爭刑法之通姦、相姦罪刑是否違憲。

條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」另外，在釋字第 721 有關收養大陸地區人民限制案中¹²²，大法官肯定「子女收養權」為憲法第 22 條所保障之自由權利。但「對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第 23 條比例原則之要求」。而釋字第 603 號¹²³言明憲法第 22 條包含保障個人資料之資訊隱私權，但「憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第 23 條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制」。

¹²² 本案為臺灣地區與大陸地區人民關係條例中，有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可的部分（第 65 條第 1 款）是否違憲之爭訟。大法官首先承認收養自由為憲法第 22 條所保障但受憲法第 23 條比例原則的限制，是以系爭法規雖有避免人口大量入台的正當之公益立法目的，但將所有收養大陸地區人民的情形都一律限制之效果，對於所欲保護之公益已過度限制「顯失均衡」，故判示違憲立即失效。

¹²³ 系爭戶籍法第 8 條第 2、3 項捺指紋始核發身分證規定是否違憲。

伍、結語

一、從結構上來講，我國憲法第 22 條為概括性人權條款，用以「補充」或「擴充」憲法上的人權保障，特別是明文列舉基本權所無法涵蓋之權利，從條文結構上而言，仍須受到「社會秩序公益利益」為前提的限制，也就是說在解釋憲法 22 條所保障的具體內容為何時，必須就權力行使的正當性與權利限制的必要性是否符合法律保留原則、比例原則等具體情況來認定，不得概括地只以「社會秩序公益利益」的抽象規定來直接做為權利限制的基礎¹²⁴。而我國所謂的「社會秩序公益利益」之規定應該當日本的「公共福祉」之概念，在解釋時不應以公共福祉為理由來限制人權，社會秩序、公益等並非是人權的界限，反而應該是國家權力的界限，如此，公共福祉則可視為是對公權力要求其限制人權時的「理由」，所以焦點應放在限制自由的國家行為，而非是自由的面向¹²⁵。是以，國家行為若有違公共福祉概念即應為違憲，而受此違憲行為侵害的國民行為應不究其是否跟人格價值有無關係，因此，迴避權利內涵而著重權力限制或侵害面的一般行為自由說較符合此觀點之論述。

二、一般自由行說因從弱者人權出發更符合我國憲法結構。申言之，我國憲法不同於無社會權條款的美國憲法，不論是憲法本文、憲法增修條款、基本國策等都具有明文的社會權條項，姑不論其效力之爭論，就其憲法內含之價值並非是中立的憲法價值，應理解為是一優先保護弱者的憲法價值¹²⁶。因此，比起理性主義的個人圖像，容錯性主義的個人圖像較符我國憲，從這個觀點來看，我國應採一般行為自由說才具整合性。

¹²⁴ 蕭淑芬，前揭註，77-78 頁。

¹²⁵ 西村裕一，人權なき人權條項論，收於木村草太、西村裕一著，憲法學再入門，有斐閣 2014 年，121 頁。

¹²⁶ 鄭明政，司法による生存權の保障及び權利促進の可能性，北大法學論集第 63 卷第 3 号，2012 年 9 月，43 頁。

三、憲法第 22 條雖然文言精簡，然透過大法官歷來的解釋已連結了人格發展與人性尊嚴之基礎，因此在解釋運用上可將尊嚴理論與未明文列舉之權利予以一體化解釋。此外，概括性條款所保障的權利內容或可依判例或下位法規之解釋而漸明，若從憲法規範層級化的權利（兼顧了人權的王牌效果）概念來思考未明文列舉之權利，縱然只為客觀性保障亦無損做為憲法上之權利，況隨判例與下位法規解釋的累積，憲法第 22 條的內涵會漸漸清楚。

四、或鑑於我國立法品質與機能之不足，大法官向來做了許多引領性的解釋，故於憲法第 22 條審查時，應從矯正的觀點從寬解釋使司法得以介入解釋，特別是我國為司法審查為抽象審查制，故司法審查只為確認之性質，大法官更應透過解釋發揮引導與教育之機能。

五、司法審查的重點在要求國家證明對未明文列舉權利的限制之合理性，以排除無法以公益秩序等公共福祉概念正當化的國家行為。然而在公共福祉的名目下，國家行為的真正立法目的往往難以確定，因此，深入對限制根據的審查極為重要，除了立法目的本身外，透過目的和手段的關連性審查來洗出真正的目的或理由尤為重要。