我國憲法上未列舉權利之發展

陳仲嶙 *

（清華大學科技法律研究所教授）

壹、前言

貳、相關大法官解釋瀏覽

　　一、概述

　　二、個別權利觀察

參、理論議題一：憲法依據

肆、理論議題二：實體要件

　　一、構成憲法權利之基本要件

　　二、關於「不妨害社會秩序公共利益」之要件

伍、理論議題三：保障程度與審查操作

陸、結論

壹、前言

我國憲法第二章有關憲法權利的規範，包含具體列舉的第 7 到 18 及 21 條，以及概括肯認的第 22 條。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。」為涵容未被列舉的權利於憲法保障範疇內，開設了一條管道。美國憲法增補條文第 9 條，在增補條文第 1 到 8 條的明文列舉權利之外，規定「本憲法對特定權利之列舉，不得被解釋為否定或貶抑人民所保有之其他權利。」[1] 我國規範即與此相似，在結構上存在二種承認憲法權利的方式。非常明確地，我國的憲法權利並非僅包括那些在憲法條文中被具體指名者。

基於明確存在的概括條款，憲法教科書多半有部分篇章觸及未列舉權利的討論，與未列舉權利有關的期刊論文亦相當豐富。不過，如果排除針對個別未列舉權利的研究，會發現對整體理論議題的探索，還是有可再努力之處。本文之目的，即在以幾項重要的整體理論議題為主軸，觀察分析大法官解釋的發展，以及國內學說的見解。

本文認為，我國釋憲實務對於各項未列舉權，由憲法第 22 條此一單一管道引入後，為他們開展各自的保護程度與審查操作，是值得支持的路徑。在實體要件方面，實務立場的整體趨向尚值肯定，惟在論理上有再發展的空間。以下將分為四個部分呈現上述看法。第貳章主要以個別權利為軸，瀏覽相關大法官解釋。第參章到伍章則分別針對三項理論議題，即未列舉權的憲法依據、實體要件，以及保障程度與審查操作，進行深入的分析。

值得在概念與研究範圍上稍作釐清的是，本文依循多數國內討論脈絡，採取列舉、非列舉權二分之理解架構。學者有從較廣泛的視角，將未列舉權進一步區分為非真正、半真正、真正未列舉權，為進一步細緻化相關論

---

* 國立清華大學科技法律研究所教授，美國威斯康辛大學法學博士。作者感謝研究生劉冠佳、王薏茹在資料蒐集整理與格式校正上的協助。

[1] U.S. Const. amend. IX.

述提出獨特的理解路徑。[2] 此一理解路徑，納入了部分在二分架構中被列入列舉權的情境，因此在研究範圍上會產生不同的結果。舉例來說，研究自由的文字在憲法條文中不存在，但已被釋憲實務納入憲法第 11 條講學自由的保護範疇中 [3]，因此在二分架構中，顯屬列舉權之一環，而不在本文討論範圍內；惟在前述對未列舉權進一步三分的見解中，此種情形則被列入非真正未列舉權。[4] 至於學者所舉另一類型的非真正未列舉權，即固有權層次之權利如生命權、身體不受傷害權等，[5] 只要未為憲法明列，在二分架構下當然仍屬未列舉權。

貳、相關大法官解釋瀏覽

一、概述

經本文檢視歷來大法官解釋，整理出相關解釋共 20 個，分別為釋字第 242、362、399、535、552、554、576、580、585、587、603、626、643、656、664、689、712、716、748、749 號解釋。不少國內論著臚列了涉及未列舉權利之大法官解釋，惟採擇、權利稱呼與分類之結果各有不同。本文之採擇，係以觀察該號解釋中是否提及一種權利，雖未被憲法明列，但其憲法地位確實受到肯認。因此，即便某號中提到一項未列舉權，但該權利是否已被提升至憲法位階尚屬不明時，該號解釋仍不予納入。[6] 相對地，即使解釋中並未明白表示一項未列舉權係憲法權利，但從前後文觀之，可看出其受憲法保障的地位者，則予列入。[7]

---

[2] 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，2007 年，頁 19-21；李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，收錄於憲法解釋之理論與實務第三輯（上冊），2002 年，頁 365-367。

[3] 釋字第 380 號解釋。

[4] 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，2007 年，頁 19；李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，收錄於憲法解釋之理論與實務第三輯（上冊），2002 年，頁 365。

[5] 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，2007 年，頁 19。

[6] 釋字第 293 號解釋即為適例，雖提到隱私權，但並未明示是否屬憲法權利。

[7] 例如釋字第 535 號解釋，提及臨檢之實施影響行動自由、財產權、隱私權等，應有法律之明確規範。由此推之，屬未列舉權之行動自由與隱私權應已被肯認受憲法保障，因此有憲法第 23 條法律保留原則之適用。

值得說明的是家庭權，雖在學理上被提出[8]，但似未被實務接納。釋字第 569 號解釋曾提到「有配偶而與人通姦，悖離婚姻忠誠，破壞家庭和諧，侵害憲法第二十二條所保障之自由權利」，似乎承認一項保護家庭的未列舉權，但並未清楚地將該權利表述出來。而從在前的釋字第 554 號解釋到其後的釋字第 696、712 號解釋，均將婚姻與家庭描述為「受憲法制度性保障」[9]，而不以權利稱之，使釋字第 569 號解釋偏向權利路徑的語彙，只是曇花一現，未被確立下來。[10] 基此，本文並未將釋字第 569 號解釋納入。

對相關大法官解釋的瀏覽，須有一個切入的角度，而以個別具體的權利為脈絡，可以看出解釋間有意義的聯結，故下節將循此脈絡進行觀察。至於跨越各項權利的共通理論議題，包括憲法基礎、實體要件、保障程度與審查操作，將分別在之後的三章統合分析。綜觀相關解釋，陸續受到肯認的未列舉權包括婚姻自由、姓名權、一般行為自由、性行為自由、契約自由、身體權、隱私權、人格權、受國民教育以外教育之權利、名譽權、收養子女自由。以下分述之。

二、個別權利觀察

1. 婚姻自由

早在釋字第 242 號解釋，便可看出對婚姻自由之承認。該號解釋謂「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，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自

[8] 例如李震山，同前註 5，頁 159-192。
[9] 關於家庭作為一種制度而受憲法保障，學理上的探討可參照例如李建良，兩岸關係下的人性尊嚴、收養自由與制度保障—釋字第 712 號解釋，台灣法學雜誌，250 期，2014 年 6 月，頁 45-46。
[10] 指出大法官解釋未承認家庭權，蘇永欽，我國憲法中的家庭，收錄於部門憲法，2006 年，頁 801。其並對釋字第 569 號解釋前引文句中形同有第三人效力的表述，有所批評。

由及權利之規定有所牴觸。」雖未以任何稱呼明確的權利來表述，但無疑已肯認一種受憲法保障、國家不得任意侵害之結婚權益。

其後於釋字第 362 號解釋，大法官在不同事實脈絡下同樣處理到重婚效力議題，表示「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，依憲法第二十二條規定，應受保障。」「因信賴確定判決而結婚，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持，以免憲法所保障之人民（尤其是婦女）結婚自由遭受不測之損害。」首次明白提出結婚自由之權利概念。

之後，再次遭逢有關重婚案件的釋字第 552 號解釋，則將結婚自由改稱為婚姻自由。同時，大法官在衡量婚姻自由與一夫一妻婚姻制度之立場上，似亦有微妙變化。在先前的釋字第 242、362 號解釋，大法官較偏向婚姻自由之保障，因而導向未設例外之重婚撤銷或無效規定構成違憲；尤其在釋字第 362 號解釋，表明第三人本於善意且無過失信賴確定判決而結婚，以及類此之情況者，其婚姻效力應予維持。但到了釋字第 552 號解釋，轉為強調「婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」並對釋字第 362 號解釋進行補充解釋，限縮其意旨之射程，改指「須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻效力始能維持」。

晚近，面對同性結婚議題而受高度矚目的釋字第 748 號解釋，對婚姻自由有更深入的闡述，表示「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。」除對婚姻自由之內涵，更細緻化地理解出包含「是否結婚」暨「與何人結婚」二個面向，也簡要說明了該權利為何值得受憲法保障，以及其具有「重要之基本權」

之地位。所謂「重要之基本權」，從字面上可以看出，意欲指涉不但是一項基本權且為所有基本權當中特具重要性者；此亦與此一詞彙後方標註的 fundamental right 在美國的意涵一致。[11] 在本號解釋出爐前，美國聯邦最高法院同樣面對同性結婚議題而於 2015 年作成的 Obergefell v. Hodges 判決，指出結婚之權（right to marry）不僅為憲法保障且為 fundamental right。[12] 本號解釋受該判決之影響，應可推知。雖然從本號解釋中無法看出對婚姻自由之限制觸發何種審查標準[13]，但由於美國釋憲實務給予 fundamental right 較高程度之憲法保障，本號解釋又稱之為「重要」之基本權，暗示著婚姻自由之憲法地位非僅只一般。

2. 姓名權

釋字第 399 號解釋針對人民申請改名之限制，提到「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」姓名權原即屬在民法上受保護的權利[14]，本號解釋簡要地以人格表現為理由，確立了它的憲法地位。

3. 一般行為自由

釋字第 535 號解釋中曾出現行動自由一詞，惟相關文句僅有「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之

---

[11] 美國憲法上的 fundamental right 一詞，係指具基本重要性之憲法權利，受較高程度之保障，通常連結至嚴格審查標準之適用。JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW §§11.5, 11.7 (8th ed. 2010); WILLIAM A. KAPLIN, THE CONCEPTS AND METHODS OF CONSTITUTIONAL LAW 141 (1992)。
值得附帶說明的是，釋字第 748 號解釋所用的基本權一詞，係受德國基本法及學理用語影響之詞彙，實質意義係指「憲法上所保障的權利」，即等同於「憲法權利」之意。基本權與美國 fundamental right 之直譯乍看相同，實則內涵不同。李建良，憲法人權清單改革芻議 —「台灣基本權利憲章」草案初稿，收錄於現代憲法的理論與現實 — 李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，2007 年，頁 368-369。釋字第 748 號解釋將 fundamental right 譯為重要之基本權，適切地反映了此一概念係指涉憲法權利中特具重要性者之意涵。
[12] 135 S.Ct. 2584, 2598-2601 (2015).
[13] 本號解釋僅稱「現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由之意旨有違。」
[14] 民法第 19 條。

查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。」從解釋中緊接著的對法律保留原則之適用來推論，行動自由似已被認為具有憲法權利的地位，但對該權利的任何說明在本號解釋仍屬闕如。

至釋字第 689 號解釋，大法官首次正面論及一般行為自由與行動自由，表示「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（本院釋字第五三五號解釋參照），自在一般行為自由保障範圍之內。」基此，一般行為自由，即人民依其意志作為或不作為之自由，成為受憲法保護之一項權利概念。而行動自由，即人民隨時任意前往他方或停留一定處所之自由，則是為一般行為自由所包含，或可理解為一般行為自由下之子權利，因而落入保障射程範圍內。值得注意的是，憲法第 22 條以「不妨害社會秩序公共利益」作為未列舉權晉升憲法位階的要件，引發許多學說爭論[15]，而本號解釋前段引文中提到，一般行為自由係在「不妨害社會秩序公共利益之前提下」受保障，顯示大法官對於憲法 22 條該項文句採取肯定的立場。不過，在本號解釋中，並不存在一般行為自由的任何部分因不符合該前提要件而被排除於憲法保障之外，因此該前提要件的具體操作如何，仍未見明朗。

在審查標準方面，解釋中提到，「系爭規定雖限制跟追人之行動自由，惟其係為保障被跟追者憲法上之重要自由權利，而所限制者為依社會通念不能容忍之跟追行為，對該行為之限制與上開目的之達成有合理關聯，且該限制經利益衡量後尚屬輕微，難謂過當。」其中對於手段與目的關係以「合理關聯」作為要件，顯示所採應屬寬鬆之審查標準。[16]

[15] 後文第肆章第二節將深入探討。
[16] 相同判斷，參照許志雄，人權論：現代與近代的交會，2016 年，頁 192。值得附帶提及的是，本案因同

釋字第 749 號解釋針對道路交通管理處罰條例中犯一定之罪者吊銷駕駛執照之規定，認為「除限制工作權外，進一步剝奪人民駕駛汽車之自由，顯逾達成目的之必要程度，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」。指明駕駛汽車自由為一般行為自由所涵蓋而受憲法保護，並以系爭規定逾越必要性為由宣告違憲。

4. **性行為自由**

面對通姦罪合憲性議題，釋字第 554 號解釋一方面承認性行為自由之受保障，另一方面又肯定得以「維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序」為由加以限制。解釋中提到，「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。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」

本號解釋除在肯定性行為自由為憲法權利並界定其內涵上，彰顯其重要性外，有關憲法第 22 條中「不妨害社會秩序公共利益」要件的適用，亦屬值得觀察的焦點。前引解釋文句，明確肯定該項要件在第 22 條的操作上具有意義。然而，該項要件究竟如何理解（例如內在限制抑或外在限制）？是否確實在本案審查上具有作用？當大法官表示，性行為自由於不妨害社會秩序公共利益之前提下始受保障時，似在表達該項要件係屬性行為自由的內在限制。但後段基於該項要件，表示性行為之自由應受婚姻與家庭制度之制約時，卻又似乎是從外在限制的觀點所為陳述。同時，本號解釋緊

時涉及新聞自由之限制，就此解釋中相關內容為：「考徵系爭規定之制定，原非針對新聞採訪行為所為之限制，其對新聞採訪行為所造成之限制，如係追求重要公益，且所採手段與目的之達成間具有實質關聯，即與比例原則無違。」對於手段與目的關係以「實質關聯」作為要件，顯示所採應屬中度之審查標準。關於不同審查標準在目的與手段上要求程度的用語，參照例如林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於言論自由與新聞自由，1999 年，頁 143-147；林子儀，言論自由導論，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，2002 年，頁 166-167；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 82-85。

接著進行了比例原則的操作，並以「難謂與憲法第二十三條規定之比例原則有所不符」作結；而倘若社會秩序公共利益構成內在限制，已使得某部分的性行為自由根本不受保護，又何來對該自由權利的限制之存在可言，而需進行憲法第 23 條比例原則的檢驗？反面推論，大法官在本案中實際上是將社會秩序公共利益 — 具體而言即婚姻與家庭制度 — 視為性行為自由之外在限制，放在第 23 條下進行分析。[17] 如此一來，本號解釋對 22 條中「不妨害社會秩序公共利益」要件之立場，即仍遺留衝突難解之處。[18] 關於本號解釋及我國釋憲實務整體而言對該要件的處理，後文會再深入探討。

5. 契約自由

於釋字第 576 號解釋，大法官首度肯認契約自由，闡明「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。」從最後一句中「維護公益」、「合理之限制」等用語，以及後文以保險法系爭規定係「合理限制」而認定合憲來看，對契約自由之限制適用的應是寬鬆審查標準。對照美國釋憲實務採取的相類立場 [19]，此一結果並不令人意外。

在釋字第 580 號解釋，由於系爭耕地三七五減租條例相關規定，緊密地同時涉及財產權與契約自由，因此對契約自由的闡述被與財產權連結在一起：「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。惟因個人生活技能

[17] 蕭淑芬，自主決定之限制與司法審查—評司法院大法官釋字第五五四號解釋，月旦法學雜誌，109 期，2004 年 6 月，頁 222。不同見解，蘇永欽，同前註 10，頁 801（認為前引文句即在表述婚姻與家庭制度為性行為自由的內在界線）。

[18] 參照吳信華，憲法釋論，2011 年，頁 384。

[19] *See, e.g.*, LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW §§ 8-5, 8-7 (2d. ed. 1988).

強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。」其後的釋字第 643 號解釋對契約自由的描述較為簡略，表示「人民之財產權及契約自由，為憲法第十五條及第二十二條所保障。國家對上開自由權利之限制，應以法律定之，其限制且須符合比例原則，始符憲法第二十三條規定之意旨。」未超越先前解釋所提內容。

到了釋字第 716 號解釋，相關論述似略有改變，表示「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，為憲法第十五條財產權及第二十二條所保障之權利，使契約當事人得自由決定其締約方式、內容及對象，以確保與他人交易商品或交換其他生活資源之自由」。將契約自由的憲法依據同時建立在二個不同的條文上，不僅與先前直接以第 22 條為基礎不同，也讓契約自由與財產權的關係變得不甚清楚。另外，本號解釋完整地進行了比例原則三項子原則的分析，似未延續釋字第 576 號解釋多重審查標準架構下的標準選擇；不過，由於本案同時涉及工作權、財產權、營業自由、契約自由等多項權利，本號解釋所適用之審查標準並無法直接和契約自由相連結。

6. 身體權

釋字第 689 號解釋在闡明社會秩序維護法禁止跟追規定之保護法益的脈絡下，提到了「免於身心傷害之身體權」。解釋中表示，「免於身心傷害之身體權亦與上開闡釋之一般行為自由相同，雖非憲法明文列舉之自由權利，惟基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，亦屬憲法第二十二條所保障之基本權利。」身體權在學理上被認為係先於國家存在之固有權（原權），無疑應受憲法保障[20]，但遲至此時才現身於釋憲實務中。

[20] 後揭註 32 及附隨本文。

且由於在本案中屬立法目的而非受侵害權利之位置，身體權的保障程度與連結之審查操作尚屬不明，其權利內涵亦僅被簡要點出在免於身心受到傷害。

7. 隱私權

早在釋字第 293 號解釋隱私權一詞便已出現，其後在釋字第 509 號解釋，亦曾提到得基於對隱私之保護而限制言論自由，但在這些解釋中隱私權是否被肯定為憲法權利仍屬未明。到了釋字第 535 號解釋，從解釋中對法律保留原則之適用來推論，隱私權之憲法地位似已確立，惟相關文句僅有「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。」對該權利的任何說明仍屬空白。

對隱私權的較詳細闡釋，首次出現在釋字第 585 號解釋，當中提到「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間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」。惟本號解釋主要從正當法律程序與法律明確性原則的角度，來評斷三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例對人身自由、不表意自由、秘密通訊之自由、財產權、隱私權等多項自由權利之限制，針對隱私權之審查標準操作的發展，仍待其後解釋的續造。

迄今最重要的隱私權憲法裁判，當屬釋字第 603 號解釋。藉由回應戶籍法強制按捺指紋作為核發身分證要件之規定，大法官建構了一個資訊隱私權的違憲審查架構。首先，關於隱私權與資訊隱私權的基礎與內涵，本號解釋承襲釋字第 585 號解釋對隱私權的闡明，繼而就其「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」內涵中二大核心之後者，進一步概念化為資訊隱私權，並給予清楚的界定：「其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」

其次，關於適用之審查標準，本號解釋在採取多重審查標準路徑的架構下揭示：「就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。」而在本案中，基於對指紋特質之分析，具體指明「國家如以強制之方法大規模蒐集國民之指紋資料，則其資訊蒐集應屬與重大公益之目的之達成，具備密切關聯之侵害較小手段，並以法律明確規定之，以符合憲法第二十二條、第二十三條之意旨。」可看出適用的是中度審查標準。[21] 第三，除了以審查標準開展本案的違憲審查分析外，本號解釋亦提出並操作一項類型化規則（categorical rules）[22]，即要求目的法定：「國家蒐集資訊之目的，尤須明確以法律制定之。」並以此認定戶籍法未明定強制按捺並錄存指紋之目的，構成違憲；另外，本號解釋最後附帶指出，針對大規模蒐集指紋並建立資料庫之行為，「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」，此所揭示之組織與程序保護原則，亦可認屬一項類型化規則。[23]

---

[21] 在審查標準的擇定上，林子儀大法官在其協同意見書中主張適用嚴格審查標準，余雪明大法官在其部分協同部分不同意見書則主張頂多採取低密度審查，與多數意見間有著饒富興味的對話。

[22] 所謂類型化規則，係使用本身違憲規則（per se rules），也就是一旦發現可適用於系爭政府行為，即自動導致違憲結果。由於並不探詢政府目的以及進行手段 — 目的（means-ends）之檢驗，嚴格來說並不是一種違憲審查「標準」（standard）。Robert J. Hopperton, Standards of Judicial Review in Supreme Court Land Use Opinions: A Taxonomy, an Analytical Framework, and a Synthesis, 51 WASH. U. J. URB. & CONTEMP. L. 1, 7, 82 (1997)。

[23] 關於本號解釋在資訊隱私權上發展出之審查標準與規則的解析，參照 Chung-Lin Chen, In Search of a New Approach of Information Privacy Judicial Review: Interpretation No. 603 of Taiwan's Constitutional Court as a Guide, 20 IND. INT'L & COMP. L. REV. 21, 36-43 (2010).

其後在釋字第 689 號解釋，大法官面對一項重要的隱私權議題，即公共空間隱私之存否。在權利概念上，本號解釋改稱「生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，屬憲法所保障之權利」，未延續釋字第 585、603 號解釋中隱私權與資訊隱私權之用語。不過從權利內涵來看，生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，與先前二號解釋在界定隱私權上所作描述其實是一致的。更值得重視的，是本號解釋對公共空間中之隱私開展出的深入闡述：「他人之私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，而超出可容忍之範圍，該干擾行為亦有加以限制之必要。蓋個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。系爭規定符合憲法課予國家對上開自由權利應予保護之要求。」從保障隱私權的理論基礎出發，論證公共場域中仍存在保護私密領域與個人資料的需要，並借用美國的合理隱私期待法則，來調和與他人自由間的衝突。

8. **人格權**

除了前述與後述許多人格權性質之未列舉權受到承認外，人格權作為一個權利概念，也出現在大法官解釋中。首先，釋字第 587 號解釋曾提到，「子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障。」理由書並明確指出憲法根據為第 22 條。似在肯認人格權

係憲法保障之一種未列舉權，並表明對血緣上父子身分關係之知悉與確定，為此一權利所涵蓋。

其後在釋字第 664 號解釋，又在保護兒童及少年之脈絡下提到，「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第一百五十六條規定參照），應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒童及少年人格權之要求（本院釋字第五八七號、第六０三號及第六五六號解釋參照）。國家對兒童及少年人格權之保護，固宜由立法者衡酌社經發展程度、教育與社會福利政策、社會資源之合理調配等因素，妥為規劃以決定兒童少年保護制度之具體內涵。惟立法形成之自由，仍不得違反憲法保障兒童及少年相關規範之意旨。」似在表明（兒童及少年）身心健康及人格健全成長，亦屬人格權內涵之一環，基於國家的保護義務，應透過相關法制與措施促成其實現。

9. 受國民教育以外教育之權利

不同於受國民教育之權利明文出現在憲法第 21 條，受國民教育以外教育之憲法權利是否存在，原屬不明。釋字第 626 號解釋表示，「人民受國民教育以外教育之權利，固為憲法第二十二條所保障（本院釋字第三八二號解釋參照），惟鑑於教育資源有限，所保障者係以學生在校接受教育之權利不受國家恣意限制或剝奪為主要內容，並不包括賦予人民請求給予入學許可、提供特定教育給付之權利。」除明確肯認該項權利外，亦釐清了該項權利的內涵。

10. 名譽權

釋字第 509 號解釋中雖曾提及，得基於對名譽之保護而限制言論自由，但尚無法依此推論名譽權已被肯定為憲法權利。直到釋字第 656 號解釋，大法官才明確指出，「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障」。在保障程度方面，雖然名譽權在系爭脈絡屬立法目的而非受限制之權利，故無法看出連結的審查標準，但從本案涉及的利益權衡來看，名譽權並不必然遜於言論自由。[24] 詳言之，系爭之判決命加害人公開道歉，係為促進名譽權之保護而限制了為言論自由所涵蓋之不表意自由。而在結論上，本號解釋肯定在其他手段不足以回復被害人名譽，且不涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事的前提下，法院可判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，顯見在面對名譽權與言論自由的權利衝突上，大法官並不認為後者必然居於優位。如回顧釋字第 509 號解釋針對刑法誹謗罪的審查，大法官嘗試藉由「有相當理由確信其為真實」之標準，嘗試調和名譽權與言論自由之保障，亦同樣彰顯名譽權的重要性並不必然列後於言論自由。[25]

11. 收養子女自由

釋字第 502 號解釋針對民法收養年齡限制規定，曾提到「民法第一千零七十三條關於收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上，及第一千零七十九條之一關於違反第一千零七十三條者無效之規定，乃以尊重世代傳統，限制收養者與被收養者之年齡差距，符合我國倫常觀念，為維持社會秩序、增進公共利益所必要，與憲法保障人民自由權利之意旨並無牴觸。」似乎隱含與收養有關之權利有存在的可能性，但在本號解釋中尚未明白確立此一權利。

---

[24] 參照李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡／釋字第六五六號解釋，台灣法學雜誌，127 期，2009 年 5 月，頁 226。

[25] 參照王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）—人格權的具體化及保護範圍（4）—名譽權（下），台灣本土法學雜誌，90 期，2007 年 1 月，頁 31-32。

到了釋字第 712 號解釋，則詳加闡述表示「收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之人格自由發展，應受憲法第二十二條所保障。」明確肯認收養子女自由之權利概念及其受憲法保障之地位，同時也詳細說明了此一權利應受保障的理由，在於其對收養人及被收養人之身心發展與人格形塑上之重要性。

另外在適用之審查標準方面，本號解釋雖表面上宣稱從寬審查，實則卻適用較為嚴格的審查標準（比例原則），最後並導出違憲的結論。[26] 首先，大法官表示「鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重（本院釋字第六一八號解釋參照）。」宣示出從寬審查、尊重立法的立場。然而接下來話鋒一轉，稱「惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求。」似乎暗示此類法律若限制到臺灣地區人民自由，則審查之寬嚴與未有此種限制者，有所區隔。接者本號解釋進行比例原則的操作，並在狹義比例原則部分，表示「系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當，與憲法第二十三條比例原則不符，而牴觸憲法第二十二條保障人民收養子女自由之意旨。」作成違憲的判斷。由於由三個子原則組成之比例原則，在未被特別放寬之情況下，係相當嚴格的審查標準 [27]，這至少意味著收養子女自由並不因為屬未列舉權而受任何弱化的保護。

---

[26] 李建良，同前註 9，頁 33-36, 44。

[27] 林子儀，同前註 16，頁 165, 172。並參照李建良，同前註 9，頁 35。特別是，比例原則的必要性原則要求採取最小侵害手段，而在美國的三重審查標準中，僅嚴格審查標準才做此種要求。黃昭元，同前註 16，頁 127。

參、理論議題一：憲法依據

關於憲法上未列舉權，一般教科書或其他論著多放置在憲法第 22 條的脈絡下探討，以此一概括條款作為肯認未列舉權的根據，無疑應屬主流見解。但亦有從更廣泛角度，提出其他憲法依據之選項的看法。在釋憲實務上，則與主流學說相似，相關解釋相當一致地仰賴第 22 條。以下將先從學理上可能的選項出發，再呈現我國實務趨勢。

學說上有認為，得作為未列舉權憲法依據者，理論上包括 (1) 憲法第 22 條、(2) 基本國策、(3) 憲法前言、(4) 憲法原則等。[28] 不過依其見解，基本國策中有關基本權利的內容，若在列舉權保障範圍內，則可與列舉權結合，若非屬列舉權保障範圍，則可與第 22 條結合而形成對非列舉權的保障，此時第 22 條具有橋樑或媒介的功能。[29] 另外，憲法前言與憲法原則屬支持或輔助之角色，不宜作為直接依據。[30] 基此，即使在基本國策、憲法前言或憲法原則含有與非列舉權有關之意涵或價值指引時，似均仍需仰賴第 22 條作為承認非列舉權之憲法依據。在此理解下，基本國策、憲法前言與憲法原則雖可認為得以在列舉權之肯認與形塑上發揮作用，但嚴格來說並非與第 22 條具相同地位的所謂承認非列舉權之憲法依據。

值得注意的是，在無任何憲法依據的情況下承認未列舉權，亦可能成為一個選項。詳言之，學說上有認為固有權如生命權、身體不受傷害權等，不宜由憲法第 22 條容納。蓋第 22 條以「其他自由權利」為對象，應以保障新興權為宜，先於國家存在、不待憲法明文之固有權，若被列屬其他自由權利，將貶抑其尊崇性。[31] 固有權既先於國家存在、不待憲法明文，且於

---

[28] 李震山，同前註 5，頁 55。

[29] 李震山，同前註 5，頁 28-33；李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，收錄於憲法解釋之理論與實務第三輯（上冊），2002 年，頁 374-377。

[30] 李震山，同前註 5，頁 56, 62。

[31] 李震山，同前註 5，頁 23-24； 李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，收錄於憲法解釋之理論與實務第三輯（上冊），2002 年，頁 370。

未被憲法列舉時不宜以第 22 條概括條款作為依據，則此一見解似在表示對該等權利的承認，無須援引任何憲法條文。

綜合觀察相關大法官解釋，可發現我國釋憲實務所採立場，係相當單純地以憲法第 22 條作為非列舉權的憲法依據。除釋字第 535、552 號解釋中未提任何依據外，其他所有的相關解釋均援引了第 22 條。其中釋字第 535 號解釋對於所涉之非列舉權（行動自由、隱私權）僅一語帶過，甚至該等權利之憲法位階亦僅能由法律保留原則的適用來推論，並未被明白表示出來。因此，該號解釋之所以未提第 22 條或任何憲法依據，應純粹只是因為討論過於簡略之故。至於釋字第 552 號解釋雖未提及婚姻自由的憲法依據，但該項權利受第 22 條保障，係在早先的釋字第 242、362 號解釋就已被確立了。另值得一提的是，釋字第 716 號解釋雖援引了第 22 條，但係以憲法第 15 條財產權與第 22 條共同作為契約自由的憲法依據。除此一特例外，相關解釋均單純以第 22 條作為承認非列舉權的基礎。

而且，大法官對憲法第 22 條的使用，涵蓋了學理上的固有權。何種權利屬固有權範疇，未必有一致的見解。但在未列舉權中，身體權作為固有權的典型例子，似無爭議。[32] 大法官在釋字第 689 號解釋中以第 22 條作為保障身體權的根據，顯見我國釋憲實務並未採取固有權不宜納入第 22 條範圍內的看法。相對地，一般行為自由（特別是釋字第 749 號解釋的駕駛汽車之自由）、受國民教育以外教育之權利等，最不可能被列入固有權的範疇，但也依據相同的憲法條文受肯認。可以說，不論學說上是否將憲法權利做進一步的分類，大法官在處理未列舉權的依據時，並未納入考慮。

[32] 李震山，同前註 5，頁 11, 13, 19, 99（本書多處提及固有權，而在各處所例舉之具體權利均包含身體）；李震山，論憲政改革與基本權利保障，國立中正大學法學集刊，18 期，2005 年 4 月，頁 214-220（以生命權、身體權與人性尊嚴作為固有權之例）；李建良，同前註 11，頁 393（以生命權、身體權作為原權之例）。另參照陳仲嶙，身體權作為一種憲法權利，法學新論，14 期，2009 年 9 月，頁 114-117（從數個層面論述身體權之重要性、普遍性與固有性）。

基於以下理由，本文以為我國釋憲實務所採策略 — 也就是倚賴憲法第 22 條作為承認未列舉權之依據，可以支持：第一，第 22 條是制憲者明確提供的憲法權利概括條款，以之作為基礎，較之其他憲法依據或不援引任何憲法條文，直接、簡單、清楚、避免爭議。第二，固有權與非固有權的劃分並非所有學者均採，即便採納，二者的界線亦欠缺共識，若依此異其憲法依據，大法官將在認定何者屬固有權上面臨挑戰，亦難免遭遇質疑。第三，先於國家存在的事物，在立憲之後亦應被納入憲政秩序中、找到在憲政秩序中的位置，列舉權如此，非列舉權亦然，因此即便採納固有權的概念，也應該透過憲法中的條文成為憲法權利。

肆、理論議題二：實體要件

由於憲法第 22 條規範內容的概括與不確定，使得解釋與適用的論證，成為極重要的課題。[33] 首先，關於何種權利得受肯認為憲法權利，第 22 條並未提供指引，學說、實務見解的探討，將成為本節第一小節的主題。此外，同條當中「不妨害社會秩序公共利益」之文句，是否以及如何作為承認未列舉權的前提要件，是我國獨特之議題，將於本節第二小節解析。

一、構成憲法權利之基本要件

首先，對於符合何種資格之權利得晉升憲法位階，已有多位學者闡述。有提出下列三項標準者：1.「從權利本質上，需與國民主權、人性尊嚴或一般人格權之保障息息相關者」；2.「從權利的保障需求，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。」[34] 有提出下列四項考量因素者：1.「就個人尊嚴的維護而言，是否必要不可或缺者，抑且其內容是否為人格上所不可欠缺的利

[33] 李震山，憲法未列舉權利保障之理論與實踐—以釋憲及基本權利入憲為例，收錄於現代憲法的理論與現實—李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，2007 年，頁 358-359。
[34] 李震山，同前註 5，頁 40。

益。」此為最重要的考慮因素。2.「有無歷史正當性（長期間屬於國民生活上的基本事項）。3. 有無「普遍性（多數國民經常行使或可以行使）」。4. 有無「公共性（對他人的基本權無侵害之虞或侵害極小）。」[35] 亦有提到下列四項考量因素者：1.「普遍性」、2.「保障必要性」、3.「人權的品質」、4.「比較法上的發展趨勢」。[36]

在釋憲實務方面，焦點則似乎集中在單一要素，也就是與人性尊嚴、個人主體性與人格發展上的關聯性。除釋字第 242、362、535、552、587、626、643、749 等號解釋未明白提供承認未列舉權的理由外[37]，相關解釋多將理由連結至人性尊嚴[38]、個人主體性[39]，以及人格發展 / 人格自由發展 / 人格健全發展 / 個人自主發展[40]，另有提及實現自我[41]、人格表現[42]、人格[43] 等。以同時提到人性尊嚴、個人主體性與人格發展三者之解釋為例，相關敘述為：「基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整」[44]、「乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切」[45] 或「基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展」[46]，可資參照。至於學說上提及的其他標準或因素，例如普遍性、自由民主憲政秩序上的關聯性、歷史正當性、公共性、比較法上的發展趨勢等，則似乎均不在考慮當中。

---

[35] 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，現代憲法論，2002 年，頁 236。並參照許育典，憲法，2011 年，頁 348。
[36] 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（二）—憲法上人格權與私法上人格權，台灣本土法學雜誌，81 期，2006 年 4 月，頁 91。
[37] 不過，釋字第 626 號解釋有部分陳述與「不妨害社會秩序公共利益」要件議題有關，待下一小節討論。
[38] 釋字第 585、603、656、664、689、748 號解釋。
[39] 釋字第 585、603、656、664、689 號解釋。
[40] 釋字第 576、580、585、603、664、689、712、716、748 號解釋。
[41] 釋字第 576、716 號解釋。
[42] 釋字第 399 號解釋。
[43] 釋字第 554、656 號解釋。
[44] 釋字第 585、603 號解釋。
[45] 釋字第 664 號解釋。
[46] 釋字第 689 號解釋。

本文以為，我國釋憲實務以前開要素作為判斷核心的立場，可謂切中要點。畢竟，對個人人格實現與發展上的價值，才是在人性尊嚴理念下，真正終極的考量。至於學說上指出的其他考量因素，除了保障必要性外，有的僅具輔助判斷之價值，有的有待商榷。例如普遍性、歷史正當性、比較法上的發展趨勢等，可被理解為判斷某一權利是否與人性尊嚴、個人主體性與人格發展之維護密切相關的輔助標準，蓋一種權利愈是普遍、向來、跨越國界地存在與被需要，愈是彰顯出對個人人格完整的重要性。至於自由民主憲政秩序，乃是促成人民福祉的工具性機制，本身並非目的；而認定某一權利是否為自由民主憲政秩序之一環，似不會比直接判斷其是否攸關人格之實現與發展來得容易。另外關於公共性的考量，即是否對他人的基本權無侵害之虞或侵害極小，則使權利的承認與權利的限制發生混淆，此點與下一小節的討論有關，詳如後述。最後，所謂保障必要性，其內涵為何並未被進一步說明，是否亦宜理解為判斷人格上重要性的輔助標準（因為愈是與人格密切相關，愈是有高度的保障必要性）？淺見以為，保障必要性的考量或許有獨立的價值，本文將嘗試於後賦予其理論意義。綜而觀之，我國釋憲實務在實體要件上相對單純的標準選擇，並非粗陋，而是有其道理。

但這並不代表本文認為，僅著眼於與人性尊嚴、個人主體性與人格發展上的關聯性，即已充分或已然易於操作。學說上之所以提出多項判斷標準或考量因素，背後或許是出於一項重要的政策思維，即對浮濫使用概括條款的擔憂。學者有指出，倘若浮濫創造新的憲法權利，可能造成人權通貨膨脹而減損人權的價值。[47] 固然，應承認多少或那些憲法權利，並沒有絕對的答案，但問題是，司法者若動輒創設權利，是否逾越其分際，以其自身見解取代掉了制憲者或修憲者的形成空間？[48] 影響所及，有學者便主張未

[47] 許志雄．陳銘祥．蔡茂寅．周志宏．蔡宗珍，同前註 35，頁 236；許育典，同前註 35，頁 347。
[48] 李建良，同前註 11，頁 394。並參照李震山，同前註 5，頁 43；李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，收錄於憲法解釋之理論與實務第三輯（上冊），2002 年，頁 387-388； 李震山，論憲政改革與基本權利保障，國立中正大學法學集刊，18 期，2005 年，頁 207。

列舉權之概括條款應明確設定僅保留給人民的固有權利。[49] 本文基於以下理由，支持多數學說見解，認為第 22 條亦有涵納新興權利之功能 [50]：一方面，固有權與非固有權的區分尚乏共識，可能造成認定上的爭議；二方面，期待憲法秩序完全仰賴制憲者或修憲者的塑造，並不切實際，讓對憲法權利的理解與發展與時俱進，本來就是司法者應負的職責，也是憲法第 22 條的功能之一。但是，防免浮濫創設未列舉權的需求確實存在，若不以固有權與非固有權的區分作為界線，又該何處另尋協助？既然問題的核心，在於司法者僭越制憲者或修憲者角色的不當，未列舉權的承認門檻，就宜從司法者相對於制憲者 / 修憲者之分際出發，來思考其自我拘束的那條線。

詳言之，在民主原則下，憲法權利的創設原則上應尊重制憲者 / 修憲者的意志，因此，釋憲機關藉由第 22 條承認未列舉權的正當性，可能僅存在於下述二種情境：第一，對於那些作為人性尊嚴、個人主體性與人格發展之一環已無疑問卻未被列舉的權利，可以被理解為非預期的漏洞，乃是出於憲法規範難免掛一漏萬，也不易亦步亦趨於社會的變遷所致，故而透過第 22 條加以肯認，是為填補闕漏，正當性並無疑義。在認定人格相關性是否已無疑問上，普遍性、歷史正當性、比較法上的發展趨勢、科學上的理解 [51] 等輔助標準，可以發揮作用。傳統人權往往已經過重重考驗、獲得廣泛支持，容易落入此範疇。即便是新興權利，也不排除可被證實，在現今的社會文化背景下係維護人格發展必要的一環。[52] 但是，對於那些人格相關性的品質尚處爭論中的權利概念，以及更進一步涉入國家角色之價值與政策

[49] 李建良，同前註 11，頁 394。

[50] 學者多肯定憲法第 22 條具有涵納新興權利的功能，例如劉慶瑞，中華民國憲法要義，1993 年，頁 116；陳新民，憲法學釋論，2011 年，頁 127-128；李震山，同前註 5，頁 24；陳慈陽，從憲法法理論司法院大法官釋憲問題，月旦法學雜誌，231 期，2014 年，頁 20；許志雄．陳銘祥．蔡茂寅．周志宏．蔡宗珍，同前註 35，頁 235-236；許育典，同前註 35，頁 346；吳信華，同前註 18，頁 384-385。

[51] 所謂科學上的理解，係指藉由心理學、社會學、人類學等領域之科學研究成果，來探尋某一生活利益是否人性中重要的需求。舉例來說，人性中有欲求不受他人干擾的隱私感情，可以得到心理學與社會學研究上的支持，參照陳仲嶙，隱私權概念的理解與充填，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，2002 年，頁 643-646。

[52] 例如釋字第 603 號解釋所承認之資訊隱私權所保障者，就是在網路資訊時代才顯現出作為社會生活中被高度需求的利益。不過，也正因為它欠缺足夠的歷史考驗，以及依存特定社會文化背景的特性，是否可能隨著時代的變化（例如年輕世代對公開、交流自我有關資訊作為常態性的社交行為，採取更加開放態度），又成為不再被高度需求的利益？

選擇的權利概念，則考量形成憲法內容所需的高度共識（由修憲的高門檻所彰顯），司法者宜謹慎自制，不隨意將其納入憲法範疇。由此觀之，大法官至今未藉由第 22 條創設任何在人權概念發展上較晚近的所謂第二代人權（社會權）或第三代人權（集體權，如發展權、和平權、環境權、人類共同財產所有權、資訊傳播權等）[53]，似即顯現此種審慎自制的態度。又如承認受國民教育以外教育之權的釋字第 626 號解釋，考量「教育資源有限」，而僅以防免國家侵害的自由權觀點界定之，未將提供給付之社會權性質的內涵納入，似亦出於類似的考慮。

第二，對於那些彰顯某程度人格相關性，但是否具備足夠的品質高度仍有爭議的權利概念，倘若其在政治程序中極不易受到合比例的衡量或保護，則其較高的納入憲法保障的需要，或可提供承認該等權利之支持。舉例來說，環境事務往往伴隨著少數偏頗的現象，也就是少數污染者或資源消耗者集中的經濟利益在政治程序中被過度代表，多數公眾分散而每個人量少的環境利益被不足代表，所產生的政治程序失靈現象。因此，政治程序的結果先天上易有偏向不利環境價值考量的傾向，完全仰賴一般立法與行政作為來達成適切的保護，自屬奢望。[54] 在發生足夠動力驅策制憲者 / 修憲者形成明文的憲法權利之前，司法者有較高的正當性提供一定的保障。因此，雖然環境權的內涵與實效仍有許多爭論[55]，肯認一個保障人民基本環境品質的環境權，特別是在防免遭受破壞的自由權範疇，似不應被認為是逾權的司法裁斷。

---

[53] 關於人權演進上的第一、二、三代人權，許志雄．陳銘祥．蔡茂寅．周志宏．蔡宗珍，同前註 35，頁 235-236；許志雄，同前註 16，頁 195；許育典，同前註 35，頁 345-346。另並參照許慶雄，社會權論，1991 年，頁 3（介紹前國家的權利與後國家的權利，即相當於前所謂第一代人權與第二代人權）。

[54] 陳仲嶙，環境影響評估事件之司法審查密度：比較制度分析的觀點，中研院法學期刊，第 14 期，2014 年，頁 142-143。

[55] 對憲法上環境權的各種不同看法，參照例如葉俊榮，憲法位階的環境權：從擁有環境到參與環境決策，收錄於環境政策與法律，1993 年，頁 1-34；陳慈陽，環境法總論，2003 年，頁 115-118；許志雄．陳銘祥．蔡茂寅．周志宏．蔡宗珍，同前註 35，頁 243-247；許慶雄，同前註 53，頁 121-139。

二、關於「不妨害社會秩序公共利益」之要件

關於憲法第 22 條中「不妨害社會秩序公共利益」要件應如何解釋，學說上見解紛呈，係我國未列舉權相關討論中的一大爭議，以下將詳細分析。不過在進入此一議題前，值得先就第 22 條與第 23 條之關係先作說明，蓋第 22 條系爭要件與第 23 條中「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」之要件，頗有重疊之處，引致解釋上的疑難。故有必要先釐清二個條文整體間的關係，才能對第 22 條系爭要件做有意義的分析。對此問題，通說見解認為第 23 條的適用對象不僅涵蓋列舉權，也包含第 22 條的其他自由權利；易言之，對未列舉權來說，二條是接續的適用關係，並非第 22 條與第 23 條分別對應於未列舉權與列舉權。[56] 此從文義解釋、歷史解釋與目的解釋，均可得到支持。[57] 從釋字第 689 號解釋的論理過程，亦可明確看出釋憲實務採取此種解釋，先分析一般行為自由是否受第 22 條保障，再探究對該等自由之限制是否符合第 23 條的要求。[58]

回到第 22 條系爭要件，部分學者偏向肯定或承認的立場。有將其視為既存事實，不特別加以否定者。[59] 亦有積極闡述，賦予意義者，例如有明確指出該要件確實是受本條保障之自由權利的構成要件，也就是相當於該等自由權利的內在限制，例如在公園內擅自劃定範圍從事活動的行為，因影響他人正常的公園利用，即不應受第 22 條保障[60]；至於符合第 22 條要件而受保障者，則再以憲法第 23 條檢驗對其之限制[61]（此說以下簡稱甲說）。

---

[56] 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，2013 年，頁 85（指出此說係素來通說）；¬陳新民，同前註 50，頁 127, 162-163；李震山，同前註 5，頁 52-53。

[57] 參照吳庚、陳淳文，同前註 56，頁 85-86；¬陳新民，同前註 50，頁 162-163。

[58] 釋字第 689 號解釋提到，「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（本院釋字第五三五號解釋參照），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。」

[59] 李惠宗，憲法要義，2015 年，頁 394；陳志華，中華民國憲法，2011 年，頁 111；劉慶瑞，同前註 50，頁 116；蔡維音，駕車之行動自由：一般行為自由、遷徙自由抑或人身自由，月旦法學教室，120 期，2012 年 10 月，頁 8。

[60] 吳庚、陳淳文，同前註 56，頁 86-87。

[61] 同前註，頁 85-86。

又如，有主張第 22 條所保障之權利，如有妨害社會秩序公共利益時，即得予以限制，被賦予的保障密度不如受第 23 條保護之列舉權，這是因為制憲者對新興基本權採取僅給予暫時與過度之保障的立場（此說以下簡稱乙說）。[62]

另一方面，部分學者對該要件採取否定或批判的立場。例如，有學者詳加論述，「先預設基本權利得根據哪些事項加以干預（限制），再依此決定基本權利之保障範圍，這在推論上無疑是倒果為因」，並結合第 23 條之結構分析，指出若某一行為已因妨害社會秩序公共利益而不在基本權利保障範圍內，又何來以妨礙他人自由、社會秩序或公共利益而對基本權利加以限制？因此，該文句之性質，「為憲法對基本權利之限制事由，而與基本權利之構成要件（保障範圍）無關」。[63] 此一將係爭文句理解為限制事由之主張，並連結其認為第 23 條係限制之合憲性分析的條文的見解，似即意味著系爭文句所表述內容，完全應留待適用第 23 條時處理，也就是說，該文句應視作贅文，不具作用（此說以下簡稱丙說）。[64] 此外，有主張限縮該要件之見解，指出過早以有害公益為由將特定行為排除於保護大門外，有造成過當限制之危險，因此對該要件應採限縮解釋，以擴大保護的可能性。[65] 另有學者主張對該要件之解釋不能過於嚴格，並批評釋字第 554 號解釋論理上的矛盾 [66]，或主張對於一項已可認為具備基本權利品質之自由權利，宜盡可能解釋為受憲法保障，而展望未來，宜將該項要件從第 22 條中刪除，亦屬類似看法。[67] 所謂限縮該要件或盡可能解釋為受保障，並未完全

---

[62] 陳慈陽，同前註 50，頁 20-21。
[63] 法治斌、董保城，憲法新論，2006 年，頁 176-178。
[64] 其他可能類似的見解，例如李建良，同前註 11，頁 383, 394（指出大法官解釋所承認的許多非列舉權，乃先於國家存在、身為人即應享有者，豈有以不妨害社會秩序公共利益始被承認之理。）；陳英鈴，SARS 防治與人權保障隔離與疫情發佈的憲法界限，憲政時代，29 卷 3 期，2004 年，頁 429（認為該要件仍應被解釋為基本權利的外在界線，即僅係將限制基本權利之目的加以明文化，若解釋為內在界線，與基本權利先於國家存在的理論不合。不過，該文亦指出如此解釋與制憲原意不符，並使該要件與第 23 條中關於限制目的之要件重疊，體系上產生問題。）
[65] 許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，第 11 期，2013 年 9 月，頁 67；許育典，同前註 35，頁 347。
[66] 吳信華，同前註 18，頁 383-384。
[67] 李震山，同前註 5，頁 52-54。

排除系爭要件的作用，落入該項要件與不落入該項要件的界線為何，未被清楚指明（此說以下簡稱丁說）。

另有較複雜的論述，認為對「不妨害社會秩序公共利益」之要件較妥當的理解是：「若系爭之其它自由權利在個案中相較於社會秩序或公共利益具有較高的重要性，則該權利之行使即不能認為是『妨害社會秩序公共利益』；反之，若要將一行為認定為『妨害社會秩序公共利益』而將其排除在憲法第二十二條的保障之外，則該個案中所欲維持之社會秩序或公共利益，比起保障該行為之其它自由及權利必須具有更高的重要性。」[68] 此說主張系爭要件仍屬外在限制之性質，因此仍須進行利益衡量。只不過對某些行為（例如在公共場所酗酒喧嘩或搶奪竊盜），吾人可輕易地判斷出，社會秩序公共利益相較該等行為之受保護明顯更加重要，因此得藉由系爭要件直接將該等行為排除於保障範圍外（此說以下簡稱戊說）。[69] 仔細推敲起來，戊說似乎釐清也拉近了前述肯、否二方立場的差異。首先，此說認為系爭要件之性質屬外在限制，與丙說相同。但是，丙說是否定系爭要件的作用，而將所表述的外在限制移交由第 23 條處理；戊說則是肯定系爭要件在某些情況可以產生排除保障的效果，[70] 此點反而是和甲說相同，而事實上因為丁說也沒有完全否認系爭要件，故也可以說和丁說相同。比較甲、丁、戊說，甲說未強調限縮，丁說主張限縮，戊說則也可被理解為一種限縮的主張，並提出較為具體的標準（也就是系爭要件僅適用於可輕易得出利益衡量答案的情境），而具有填充丁說的作用。

在實務見解方面，除少數解釋外，大法官在適用憲法第 22 條時對系爭要件完全未加處理。在所有相關解釋中，僅釋字第 554 與 689 號解釋提及系爭要件。但如前已提及的，釋字第 554 號解釋雖表面上引述、肯認系爭

[68] 王鵬翔，論基本權的規範結構，國立臺灣大學法學論叢，34 卷 2 期，2005 年 3 月，頁 37-38。
[69] 同前註，頁 38。
[70] 一旦排除保障，即無憲法第 23 條法律保留原則適用餘地，亦不再需要進行比例原則的操作。與此有關的討論可參照吳庚、陳淳文，同前註 56，頁 87；許宗力，同前註 65，頁 65。

要件，但在後續的審查操作上，並未讓該要件真正發揮作用，而仍如在其他案件中一般進行了憲法第 23 條比例原則的檢驗。釋字第 689 號解釋更僅是提及系爭要件，無法看出任何相關的操作或討論。雖然單從這二號解釋的表面文句言，未否定系爭要件，但從整體及實質運作言，我國釋憲實務似乎是對系爭要件採取視而不見的態度。如與學說見解對照，可能是採取完全否定其作用的丙說；也不排除是採取限縮適用的丁或戊說，只是尚無依系爭要件不受保障的實際案例，而難以看出限縮的標準。

另值得一提的是，釋字第 626 號解釋在界定受國民教育以外教育之權時，以教育資源有限為理由，將其保障範圍限於「學生在校接受教育之權利不受國家恣意限制或剝奪」而排除「請求給予入學許可、提供特定教育給付之權利」，是否實際上進行了社會秩序公共利益 — 具體而言即教育資源有限 — 與請求入學者獲得教育機會的期望之間的衡量，認為前者顯然更加重要，故將後者排除於保障範圍外？由於該號解釋並未提及系爭要件，相關敘述亦過於簡略，謂其為大法官對系爭要件的有意運用，恐過於牽強。同時，本文也認為請求教育給付之權是否應受保障，真正的爭點應在是否能通過人格發展所必要的門檻，而非資源有限的考慮。

綜合考量上述學說與實務見解，本文以為，鑒於內在限制理論的缺陷 — 也就是以合於公益作為承認自由權利的前提，與肯定自由權利本身即為目的之憲政思維不符，並有導致過度限制保障的危險 [71]—，對於系爭要件的解讀，應以外在限制之性質來理解。在此理解下，應採丙說或丁說 / 戊說，則不易論斷。丙說的優點是適用上清楚簡單，且讓未列舉權之保護與列舉權之保護標準一致；但缺點是與文義不符，難與第 23 條合理解釋。丁說 / 戊說的優點是仍然某程度尊重系爭要件的存在，也讓行政權取得多一點自由形成的空間；缺點則是適用上較為模糊，有可能引發爭議。

[71] 許宗力，同前註 65，頁 65-66。

基於以下對丁說 / 戊說優、缺點的進一步闡述與分析，本文傾向採取該說的立場。首先在優點方面，除了對憲法規範本身之尊重外，另所謂讓行政權取得多一點自由形成的空間，係指在得透過系爭要件排除保護的有限情形，因無須受憲法第 23 條法律保留原則的拘束，行政權無待法律提供依據，便可進行管制。此一自由形成空間，若考量行政部門也存在相對於立法部門的決策優勢，要求立法未必總是能促成最符合人民福祉的結果[72]，似有其價值。特別是在一般行為自由的脈絡，依釋字第 689 號解釋，此項權利係指人民依其意志作為或不作為之自由，廣泛理解之可包山包海，幾近無所不包，若不加考慮地全然納入保障範圍，要求須立法始得約束，似非明智。以學者所舉之在公園內擅自劃定範圍從事活動、在公共場所酗酒喧嘩等行為為例[73]，均可能在一般行為自由概念範圍內，惟即便將其排除於法律保留原則的保護之外，似亦無不妥之處。由此觀之，釋字第 689 號解釋在承認一般行為自由的同時，罕見地引述了系爭要件，可能是審慎思考後的選擇。其次在缺點方面，丁說未明確化系爭要件仍得發生作用的情境，戊說則雖提出了進一步的標準，但利益衡量難免有主觀判斷成分，以致有引發爭執的可能。不過，此一缺點或可藉由更強調利益衡量結果的顯著性，來稍加緩和。也就是說，僅在公共利益相較於所涉行為之受保護遠為更加重要，係一望即知、毫無疑問時，才允許藉由系爭要件排除保障。如此限縮地適用，應該也正符合丁說對系爭要件原本即抱持的批判態度。以釋字第 554 號解釋為例，維護婚姻與家庭制度的公共利益，是否較性的自主決定更加重要，已待爭論，遑論具有一望即知、毫無疑問的顯著更高價值，自不宜適用系爭要件而逃脫第 23 條的檢驗。

---

[72] 從功能結構取向或比較制度分析的視角，可以探知行政部門相對於立法部門的決策優勢。關於功能結構取向的解釋方法，可參照許宗力，論法律保留原則，收錄於法與國家權力，1993 年，頁 138-141, 179-183；許宗力，憲法與政治，收錄於憲法與法治國行政，1999 年，頁 45-51；許宗力，地方立法權相關問題之研究，收錄於憲法與法治國行政，1999 年，頁 295-297。關於比較制度分析，可參照陳仲嶙，同前註 54，頁 130-134。

[73] 參照前揭註 60、69 及其附隨本文。

伍、理論議題三：保障程度與審查操作

個別之未列舉權受到何種程度的憲法保護？在我國釋憲實務已繼受寬嚴不同之三重審查標準下[74]，又應如何針對這些權利開展相應的審查操作？

首先，未列舉權利之地位是否遜於列舉權利，學說上存在不同看法，惟以採否定立場者為多。有指出特定權利未被列舉，可能涉及許多背景因素，不應認為重要性必然較低。[75] 有指出憲法第 22 條可涵容新興權利，而權利並不因先來後到即有價值高低。[76] 另有從權利位階角度指出，基本權利本無位階高低，不能認為某一權利必然優於其他權利，因此權利亦不因未被列舉而位階列後。[77] 並有認為產生未列舉權利保障程度列後的錯誤印象，乃源於第 22 條以不妨害社會秩序公共利益作為保障前提的不當規定。[78] 但另一方面，亦有基於現行憲法規範，主張透過第 22 條肯認之權利受保障密度應較列舉權為低，因而批評大法官將各種不同權利均以第 22 條為據，並不妥適。[79] 類似地，有提到第 22 條為補漏式保護規定，僅被給予「不妨害公共秩序公共利益」保留之寬鬆保護，保障程度較低。[80] 不過，採此說學者似乎並非認為未列舉權必然遜於列舉權，而只是主張透過第 22 條納入憲法之未列舉權受較低的保障。

另外，關於各項未列舉權所受保障程度與審查操作，有學者從整體角度指出，就如同傳統人權一樣，以憲法第 22 條為據承認的新興基本權，可能依權利的享有者及行為內容，被賦予不同程度的保障。[81] 這意味者釋憲者可針對個別未列舉權，發展其審查密度架構。而在個別未列舉權的有關研

---

[74] 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，台大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 229-245。
[75] 吳信華，同前註 18，頁 384。
[76] 陳新民，同前註 50，頁 128-129。
[77] 王澤鑑，同前註 25，頁 32；吳信華，同前註 18，頁 384。
[78] 李建良，同前註 11，頁 384。
[79] 陳慈陽，同前註 62，頁 21-22。
[80] 蔡維音，同前註 59，頁 8。
[81] 陳新民，同前註 76，頁 128-129。

究中，也有學者提出對保障強度與審查密度的看法，例如將一般行為自由連結低密度審查[82]、將身體權連結嚴格審查[83]等。

與多數學說呈現類似的趨向，釋憲實務並未以較列後的位階看待未列舉權，而是在個別未列舉權的脈絡下發展出強度不同的保障。從幾個角度的觀察可以得出上述結論：第一，在將未列舉權與列舉權間進行利益衡量時，並未認為前者必然遜於前者，例如前曾提及的，在釋字第 509、656 號解釋中對名譽權與言論自由的權衡，在釋字第 689 號解釋中對身體權、行動自由、隱私權與新聞自由之權衡等。第二，部分未列舉權已被明示或暗示地賦予不同的保護程度，例如釋字第 748 號解釋將婚姻自由列屬重要之基本權、釋字第 689 號解釋將行動自由連結至寬鬆審查標準、釋字第 576 號解釋將契約自由連結至寬鬆審查標準等。第三，對於特定憲法權利，不僅止於概括地給予高或低保護上的定位，甚至為其發展出細緻化的審查架構。在列舉權方面最鮮明的例子即言論自由，藉由雙軌、雙階理論以及事前審查禁止原則，將不同管制情境連結至不同的審查標準或規則。[84]此一趨向亦出現在未列舉權中的隱私權，於釋字第 603 號解釋，大法官提出特定考量因素，以決定在不同情境適用的審查標準，另同時也建立了某些類型化規則。

本文認為此一發展方向值得贊同。如學說上已指出的，特定權利未被列舉可能源自許多不同的背景因素，也許是出於疏漏，或認為理所當然，也可能在當時時空背景下不被重視但今日情境已然不同，無論如何，未必係較不重要之故。因此，在保障程度上一律將未列舉權置於列舉權之後，自非妥適。此一結論與實務見解在前二項議題上的立場，亦有體系上的關

[82] 許志雄，同前註 16，頁 192。
[83] 陳仲嶙，同前註 32，頁 123-125。
[84] 雙軌理論部分，參照例如釋字第 445 號解釋、第 644 號解釋；雙階理論部分，參照例如釋字第 414 號解釋、第 445 號解釋、第 577 號解釋；事前審查禁止部分，參照例如釋字第 734 號解釋。文獻討論參照例如林子儀，同前註 16，頁 148-160；陳仲嶙，評人體研究法的倫理審查機制—憲法疑義與修正建議，政大法學評論，143 期，2015 年 12 月，頁 203-206。

聯。倘若大法官選擇將未列舉權進一步類型化，部分不待援引憲法第 22 條即加以承認，給予較高程度的保障，部分則以第 22 條為依據，給予較弱的保護，則或可連結到經由第 22 條取得憲法位階者遜於列舉權的立場。但這並非我國釋憲實務所採路徑。大法官是對所有未列舉權 — 不區分其固有性或重要性地 — 均交由第 22 條來賦予保障，且對條文中弱化其地位的「不妨害社會秩序公共利益」要件基本上視而不見。既然在學理上認為具人格核心價值的身體權、隱私權，與一般認為較非核心的契約自由、一般行為自由，被合於一爐而冶之，各未列舉權的保障強度各自發展，也就是很自然的事。此一路徑，也較有助於促進大法官藉由個案的思考與累積，逐步為各未列舉權建立更切合其本質、更細緻化的審查架構與標準。

陸、結論

綜上所述，我國釋憲實務在肯認未列舉權的憲法基礎方面，除少數解釋未明確指明外，均以憲法第 22 條為依據。在肯認未列舉權的實體要件方面，部分解釋未加闡述，而論及者多半訴諸對人性尊嚴、個人主體性與人格發展之維護上的關聯性與重要性；至於「不妨害社會秩序公共利益」之要件，則基本上被略而不論。在保障程度與審查操作方面，無法一概而論，整體而言，呈現個別權利個別發展的態勢。

本文認為，大法官所採之整體路徑，也就是由憲法第 22 條此一單一管道引入後，為各項未列舉權開展各自的保護程度與審查操作，是值得支持的。在實體要件方面，其見解之整體趨向尚值肯定，惟在論理上，或可再往協助判斷人格重要性的輔助標準，以及納入憲法保障的需求性作為一獨立考量等方向開拓，並對「不妨害社會秩序公共利益」之要件提出明確而適切的詮釋。