

被忽略的（立法）事實：探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第 584 號解釋*

邱文聰**

目 次

- 壹、序論
- 貳、立法事實概念之釐清
 - 一、「立法事實」概念在美國法上的起源
 - 二、「立法事實」的理論化發展
 - 三、「立法事實」作為司法之規範論證過程中所依據的經驗性事實基礎
- 四、國內學界對「立法事實」的理解
- 參、大法官釋字 584 號解釋中的事實糾葛與隱然未現的事實
 - 一、釋字 584 號解釋的爭點
 - 二、釋字 584 號解釋援引「立法事實」進行內部證立的幾個問題
 - 三、被遺忘的「立法事實」的外部證立功能與平等保障原則
- 肆、結論

* 本文之撰寫獲得國科會專題研究計畫「另一種科技與法律的對話：法律理論與實踐中的實證科學應用(I)」(NSC 95-2414-H-001-023)之經費補助。作者感謝研究助理李仲軒先生、白舜羽先生、張之萍小姐之協助，並感謝兩位匿名審稿人寶貴之意見。另本文初稿曾發表於第二屆全國法學實證研究學術研討會，感謝黃舒芃教授之評論。

** 中央研究院法律學研究所籌備處助理研究員；美國維吉尼亞大學法學博士，美國賓州大學法學碩士，台灣大學法學碩士、法學士。

• 投稿日：2007/09/21；接受刊登日：2008/01/09

關鍵詞：立法事實、裁決事實、法學實證研究、違憲審查、審查基準、內部證立、外部證立、科學證據、統計證據、統計歧視、反非理性差別待遇原則、反階級從屬壓迫原則

壹、序　論

若以研究之目的進行區分，法學實證研究可以大別為「外在觀點的法學實證研究」(external approach of empirical studies *about* law)與「內在觀點的法學實證研究」(internal approach of empirical studies *of* law)二類¹。「外在觀點的法學實證研究」探討例如法律所處的經驗現實究竟是什麼、法律與此一經驗現實彼此間的互動關係、法律對特定目的之達成有何實效、司法行為實踐的經驗現況等問題，其所關心的是回答經驗世界中的「描述性實然」(descriptive *is*)，或至多只是經驗世界中的「描述性應然」(descriptive *ought*)是什麼的課題²。相對於此，「內在觀點的法學實證研究」所探討的經驗世界內容雖然或與前者有所重疊，但所關心的卻是寄望藉由實證研究回饋到「規範性」問題的解答。法學做為一種研究「規範」的學科，以及法律實踐所特有的論爭性格(argumentative)往往表現在規範性的價值評斷之上，使得對於有無可能在法學中進行「內在觀點的法學實證研究」(亦即，實證研究之結果在法學的規範論證中，可否做為支持或反對某一論證的理由)，此一根本問題的回答，將影響法學實證研究取徑的伸展與活動範疇，也反映出在地法文化社群對於法律是什麼的定位。

二十世紀初期即已受法律唯實主義 (legal realism) 以及唯實主義前身之社會法學 (sociological jurisprudence) 洗禮的美國法學界³，極早就對

¹ 相類似的區分請參見 RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE, 12-14 (Cambridge, MA: Harvard Univ. Press, 1986); Ronald Dworkin, *Darwin's New Bulldog*, 111 HARV. L. REV. 1718 (1998).

² 有關「描述性實然」與「描述性應然」的概念，請參考例如 Peter G. Woodcock, *The Case Against Evolutionary Ethics Today, in BIOLOGY AND THE FOUNDATION OF ETHICS* 276, 285 (Jane Maienschein & Michael Ruse eds.) (Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press, 1999).

³ 「法律唯實主義」雖然在 1930 年代之後才成為美國法學界的主流，然而在此之前，「社會法學」同樣對傳統的形式主義法學採取了批判的立場。此一時期三個重要的代表人物分別為 Oliver W. Holmes, Louis D. Brandeis 以及 Roscoe Pound，三人

於將法律理解為一種純粹規則邏輯演繹的形式機械主義(formalism)觀點，抱持批判質疑的態度，也奠定日後將實證研究應用於法學規範論證的理論基礎⁴。實務界也早在 1908 年美國聯邦最高法院 *Muller v. Oregon* 一案中⁵，即首度採用了相關的社會經濟研究資料，做為法院論證限制女工最高工時之立法並不違憲的依據⁶。1954 年著名的 *Brown v. Board of Education* 一案，洋娃娃實驗(doll study)所獲致的社會心理學研究結果，更成為美國聯邦最高法院佐證「隔離而平等」的教育方式，仍對學童留下自卑烙印的心理傷害，因而違反憲法的平等保障原則的理由⁷，被認為是新一代運用實證科學研究於法規範論證的濫觴⁸。司法者在規範論證的過程中(in forming a judgment on a question of law)應審酌「立法事實」(legislative facts)，自 1942 年首度由 Kenneth Culp Davis 明確提出並界定後⁹，成為「內在觀點法學實證研究方法」連結法學規範論證與實證科學

對之後將實證研究應用於法學規範論證的法學發展，有重要的影響。See DAVID L. FAIGMAN, *The Roots of Modernity: Holmes, Brandeis, and the New Legal Science, in LABORATORY OF JUSTICE: THE SUPREME COURT'S 200-YEAR STRUGGLE TO INTEGRATE SCIENCE AND THE LAW* 70-106 (New York: Times Book, 2004). 有關「社會法學」與「法律唯實主義」間的關聯與差異，see, e.g., G. Edward White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth Century America*, 58 VA. L. REV. 999 (1972).

⁴ See, e.g., Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897) (“For the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”).

⁵ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

⁶ 當然不可否認的是，並非所有的法院都已接受 *Muller* 所採用的「社會法學」方法。例如，在 *Ives v. South Buffalo Ry. Co.*, 201 N.Y. 271, 94 N.E. 431 (1911) 一案中，紐約州的最高法院(Court of Appeals of New York) 仍拒絕在「法規範的文本」外，考量立法者所蒐集的社會實證資料，因而宣告紐約州允許受雇者在雇用關係中向雇主請求損害賠償的「職災補償法」，違反紐約州憲保障雇主之財產權的規定。*Id.* at 287, 94 N.E. at 437.

⁷ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 494 & fn.11 (1954). 有關究竟美國聯邦最高法院是否以及應該仰賴此等社會心理學研究而做成違憲判斷的爭議，請參見以下「貳、三」一節之討論。

⁸ See JOHN MONAHAN & LAURENS WALKER, *SOCIAL SCIENCE IN LAW* 190 (New York: Foundation Press, 2006).

⁹ Kenneth Culp Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 HARV. L. REV. 364, 402-10 (1942).

研究的最佳接合點。

相對於此，受到概念法學與評價法學傳統的影響，國內法學界至今仍多半認為，在法與應然場域中的規範論證是無法從對「實然」的考察中獲得解答，而僅能從語意學上的邏輯演繹，或者從司法者對「應然」的價值理解裏探詢，也因而甚少在法學的規範論證中，援引法學以外的學科知識，做為法律論證的依據或理由。在此一法文化情境下，司法院釋字第 584 號解釋引用實證科學（統計資料）在法規違憲審查中，檢驗國會立法者制訂法律的事實根據，顯得相當的特異。釋字第 584 號解釋除了多數意見的解釋文與解釋理由書外，另有許宗力大法官提協同意見，林子儀大法官與許玉秀大法官各自提不同意見，分別針對應該如何解讀本案中的實證統計資料，闡述不同的觀點。國內法學界對於實證科學逐漸在大法官的規範論證中佔有一席之地一事，有認為大法官論證品質將因此更為提升的期待，也有認為大法官犯了「從實然導出應然」謬誤的疑慮¹⁰，在釋字第 584 號解釋後，成為許多學術論述的關切焦點。

然而本文將嘗試指出，釋字第 584 號解釋的大法官們以及國內學界通說，將具有連結實證科學研究與法學規範論證之潛力的「立法事實」概念，單純理解為違憲審查者對立法者之立法理由事實認定進行「後設」審查的客體。隨之而來的便是後設審查所涉及的司法與立法權限劃分問題的探討¹¹，以及在適當之權限劃分所決定的審查密度標準下，應課予立法者對事實「證明度」(standard of proof)的不同要求¹²。以上的問題設定，往往忽略了司法者在運用實證科學研究進行規範論證時所應遵循的相關基本論證規則，例如，證據與待證事實間應起碼具有「相關性」

¹⁰ 請參見如黃舒芃（2007），〈數字會說話？——從大法官釋字第 584 號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位〉，《中研院法學期刊》，1 期，頁 1-45，（下稱黃舒芃，數字會說話）。

¹¹ 請參見例如蘇彥圖（1998），〈立法者的形成餘地與違憲審查：審查密度理論的解析與檢討〉，頁 53-55，臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹² 請參見例如許宗力（2007），〈違憲審查程序之事實調查〉，載於氏著《法與國家權利（二）》，頁 58-66，台北：元照。

(relevancy) 的「證據適格」要求。另一方面，大法官們在釋字第 584 號解釋對「內在觀點法學實證研究」的運用，以及國內學界通說對「立法事實」的定位，充其量也只能說承認了實證科學在規範論證的「內部證立」(internal justification)過程中，對經驗性小前提內涵的確認功能，卻忽略了實證科學在規範論證的「外部證立」(external justification)¹³ 對規範性大前提的證立所能扮演的角色。

對於「內在觀點法學實證研究」的此種限縮性理解，大體上也是國內法律實證研究所以多半未能從「外在觀點」的描述觀察，轉化為得以直接用於法律實踐「內在觀點」的規範論證活動的可能原因之一，並直接影響國內法律實踐的規範論證品質與格局。本文將尋此脈絡進一步指出，釋字第 584 號解釋之論戰所遺留下的實體爭議，除了根本是源自於大法官援引實證科學研究於規範論證的「內部證立」時，未能遵循規範論證所依據的經驗性事實基礎必須與待證之經驗命題間具有「相關性」的最基本論證要求外，在未能掌握實證科學研究在規範論證的「外部證立」上，具有補充修正舊規範甚至「發現」新規範前提之積極功能的情況下，大法官事實上也喪失一個可以藉由發展新的憲法平等權論述以解決釋字第 584 號解釋之本案實體問題的寶貴契機。

本文以下將先介紹「立法事實」此一概念在美國法上的起源與發展，並說明「立法事實」廣泛作為司法者規範論證過程中所依據之經驗性事實基礎的特質。其次說明國內法學界在使用「立法事實」此一概念時相對限縮的理解，以及此一限縮理解所導致的理論關懷重點的不足。本文將以大法官釋字第 584 號解釋為例，進行有關「立法事實」在規範論證上如何被運用的檢驗，並指出大法官在釋字第 584 號解釋上遭遇的困境，有一部份的問題其實是出於未能注意對「立法事實」運用於內部

¹³ ROBERT ALEXY, A THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION: THE THEORY OF RATIONAL DISCOURSE AS THEORY OF LEGAL JUSTIFICATION 221 (Ruth Adler & Neil MacCormick trans.)(Oxford: Clarendon Press, 1989)(1978).

證立時的一些限制；而另一部份的問題則出於大法官未能理解「立法事實」在規範之「外部證立」上所能扮演的積極角色。

貳、立法事實概念之釐清

一、「立法事實」概念在美國法上的起源

實證科學研究與美國法學的第一次邂逅雖然是 *Muller v. Oregon*¹⁴，但事實上卻得回溯到 *Muller* 前幾年、標誌著二十世紀初司法積極介入審查立法者所進行之經濟事務管制的 *Lochner v. New York* 一案談起¹⁵。

從十九世紀末，工業化與都市化帶來經濟階級差異與對立的影響逐漸惡化，促使美國各州進行經濟管制立法。1905 年 *Lochner* 一案所涉及的便是此一立法動向下，對特定工作類型——麵包或糕餅業——之最高工時的紐約州管制立法的合憲性爭議。一般認為 *Lochner* 在美國憲法學上代表的是：美國聯邦最高法院以憲法第十四增補條款架構出「實質正當法律程序」原則(*substantive due process*)，並由此推導憲法所未明文規定的契約自由保障(right to purchase or sell labor)，而以之作為積極介入審查經濟管制立法的基礎。

Lochner 年代的司法積極主義使立法者必須擔負起論證社會經濟性立法之正當目的與手段合理性的「說服責任」(burden of persuasion，或謂「客觀舉證責任」)。以 *Lochner* 所涉及的最高工時立法為例，雖然立法者「主張」最高工時立法之目的在於勞工保障(labor law)與公共衛生安全(health law)，但法院認為立法者並未提出事實依據以實其說：一方面，立法者並未以麵包或糕餅業工人做為一個特定群體，其平均智能確較其他領域工人低為理由，爭辯因締約地位上的不平等，產生國家應予

¹⁴ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

¹⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

特別保護的必要性；另一方面，立法者也未提出任何證據，說明長時間的工作（每日超過十小時）的確會造成工人身體健康的傷害或影響麵包糕餅製造上的衛生安全。法院因此認為，即使立法者並非赤裸裸地限制契約自由，但其所提出的立法理由也不過是掩飾其真實目的的幌子罷了。

首度採用社會經濟研究資料做為法院論證依據的 *Muller v. Oregon*，乃是在上述憲法訴訟實務發展脈絡下的產物。*Lochner* 在 1905 年做成之後，各種針對勞動條件進行管制的立法，接連遭受合憲性的挑戰。奧勒岡州原已在 1903 年立法規定受雇工廠工作的女工每日十小時的最高工時。此一法律與 *Lochner* 中被宣告違憲的紐約州最高工時立法極為近似，卻與之受到截然不同的憲法評價。在 *Muller* 的審理過程中，當時仍只是代表被告奧勒岡州一方的律師路易斯·布蘭戴斯(Louis Brandeis)，提出一份長達 113 頁，包含官方統計單位、勞檢所及衛生主管機關等做成的社經調查資料，做為說明高工時對「婦女」確實有害的具體證據¹⁶。相對於 *Lochner* 中相關立法理由事證的欠缺，布蘭戴斯提出的經驗性事實基礎，成為法院區別 *Muller* 與 *Lochner* 的重要關鍵，也使 *Muller* 成為少數幾個在 *Lochner* 年代末被認定違憲的社會經濟管制立法¹⁷。

然而，*Muller* 一案的真正重要性並不在於推翻 *Lochner* 針對最高工時立法的實體決定，而在於肯認經驗性實證資料在法院的規範論證上的重要地位。主筆 *Muller* 法院意見的布洛爾大法官(Justice Brewer)，在判決中表達了這個重要性：

¹⁶ 這種類型的理由狀，後被稱為 Brandeis Brief。

¹⁷ *Muller* 之後，美國聯邦最高法院在 1917 年的 *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426, 中，也進一步確認同時適用於兩性的最高工時立法的合憲性，全面推翻 *Lochner*。*Lochner* 針對最高工時立法的實體決定雖然在短短幾年後，即在 *Muller* 中被推翻，但 *Lochner* 依據其所建立之「實質正當法律程序」原則對經濟性立法的審查標準，卻仍延續至 1930 年代末期。

〔被告律師〕所提的相關資料顯示絕大多數的人相信女性的生理結構以及女性在社會分工下所必須擔負的責任，足以正當化限制女性最高工時的立法。但憲法問題並非可由民眾對此等問題的現存共識而獲得判定。毋寧憲法透過設定在憲法本身特定價值，對立法者的作為形成限制，並藉此確保民選政府在此等價值判斷上的一致與穩定性。然而，當一個可爭辯之事實性命題的真偽，成為決定憲法對立法者之制約究竟及於何處之問題的關鍵時，對此等事實性命題真偽的普遍見解，即值得吾人加以審酌¹⁸。

對法院而言，經驗性實證資料嚴格來說雖非決定憲法問題的法源依據(may not be, technically speaking, authorities)，但判斷憲法問題卻並非不需要建立在相關的經驗性事實基礎之上。必須注意的是，*Muller* 對經驗性實證資料在法院論證上的重要性的認識，與 *Lochner* 的司法積極主義並無必然的關連。因此，當 *Lochner* 透過「實質正當法律程序」原則的操作，以回復法院所認為被立法者破壞的經濟自然狀態，多少是將「自由放任」的經濟理念 (*laissez-faire economics*) 拉高到憲法價值設定的位階時，*Muller* 在決定憲法問題上展現對經驗性實證資料的接納態度，並沒有因為 1937 年 *West Coast Hotel* 一案最高法院正式揚棄 *Lochner* 的「經濟自然狀態」假設，並否定「自由放任」在憲法上的價值優先地位¹⁹，而受到影響。同樣地，當 1938 年的 *Carolene Products* 繼 *West Coast Hotel* 後，進一步提出「雙重基準理論」²⁰，為延續三十餘年之 *Lochner* 時期的司法積極主義正式劃下句點時，經驗性實證資料在法院論證上的重要性，依舊如常。

事實上較少為國內學界注意到的是，雖然史東大法官(Justice Stone)

¹⁸ *Muller*, 208 U.S. at 420-21.

¹⁹ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

²⁰ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

在 *Carolene Products* 的「註解 4」提出著名的「雙重基準理論」，並認為在有關經濟性管制立法的違憲審查中，應先做合憲性推定²¹，但史東並非認為此時即完全毋庸認定或審查「支持立法合憲性」的經驗性事實基礎，經驗性實證資料的認定與審查在 *Carolene Products* 中仍佔有相當重要的地位。*Carolene Products* 一案係爭的聯邦法律「換脂乳類製品法」(Filled Milk Act)²²，以換脂乳製品對健康造成危害為由，禁止將乳脂(milk fat)以外之脂肪混充於牛奶、奶油、脫脂乳等乳類製品中予以販售。史東大法官在論證該法具有「合理基礎」(rational basis)時，援引了立法者所以禁止換脂乳製品所依據的經驗性實證資料，並將科學家與公衛專家在立法過程中所提供的證據，摘述於「註解 2」與「註解 3」中。此等實證資料包括²³：

1. 以植物油脂肪取代乳脂的乳製品在市場上大量流通；
2. 該等換脂乳製品在外觀與味道上與真正乳製品並無二致，且經常以真正乳製品的包裝形式加以包裝而販售；
3. 換脂乳製品因為以其他脂肪取代乳脂，售價較真正乳製品為低；
4. 純乳製品中的乳脂富含各種維他命，且為主要的維他命攝取來源，此等維他命為其他諸如植物油脂之脂肪所欠缺；
5. 以換脂乳製品替代真正乳製品作為日常飲食之來源將導致營養不良的問題，此尤以孩童為嚴重，並且也易引起因營養不良而促發的各種疾病；
6. 雖有食品標示法的相關規範，但仍無法有效阻止混充乳製品的大量使用。

²¹ *Id.* at 152 (「針對商業交易管制立法，吾人應假設支持此等立法的事實性基礎存在。除非從已知或可得而知的事實加以判斷，無法認為該等立法係建立在立法者的知識與經驗所能認知的合理基礎之上時，始能判定該等立法的違憲性。」)。

²² 亦有譯為「調味奶法」，如黃昭元（2004），〈憲法權利限制的司法審查標準〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 72。

²³ *Carolene Products Co.*, 304 U.S at 149-50.

史東大法官對於何以司法者需要針對支持立法合憲性的經驗性事實基礎進行審查，進一步說明其理由如下：

當立法者所依據的合理基礎是否存在，繫於並非法院明白已知的事實時，該等事實即為法院得以審酌的對象。同時當係爭法律的合憲性繫於特定事實性基礎時，即得以此等事實性基礎已不復存在為由，挑戰係爭法律的合憲性。…但無論如何，當立法判斷的合理性成為爭議焦點時，法院審酌的重點毋寧仍限縮於判定各種已知或可得而知的事實性資料能否做為支持其判斷的依據²⁴。

史東大法官在 *Carolene Products* 中強調經驗性實證資料在「合憲」判斷上所具有的重要性，應被解讀為史東認為即使在經濟性管制立法的違憲審查中，「說服責任」也不是當然就完全僅歸屬於挑戰立法合憲性的原告；毋寧，立法者對於規範的合理基礎仍然負有一定程度（不論如何輕微）的「說服責任」。而所謂「合憲推定」僅是在比較雙方「說服責任」之輕重後一個通常會出現的結果罷了²⁵。雖然 *Carolene Products* 之後依據「雙重基準理論」（或三重基準理論或多元標準）²⁶ 所實際發展的「低度審查標準」，多偏離了史東的最初設定，而將「說服責任」完全分配於挑戰立法合憲性的原告身上²⁷。然而可以確定的是，無論不同審查基準下的「說服責任」究應於立法者與原告間如何適切分配，經驗性實證資料已在違憲審查的判斷上佔有不可或缺的地位。

²⁴ *Id.* at 153.

²⁵ 類似見解請參照 John Monahan & Laurens Walker, *Empirical Questions Without Empirical Answers*, 1991 WIS. L. REV. 569, 583-85.

²⁶ 有關理論請參見如黃昭元，前揭註 22 引文，頁 77-88；林子儀（1997），〈言論自由的限制與雙軌理論〉，收錄於《現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 639-708。

²⁷ 例如，在 *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963) 中，法院對係爭法律之立法目的與手段間的合理性完全未予審酌，遑論提及任何的事實性實證基礎。

二、「立法事實」的理論化發展

*Carolene Products*一案的四年之後，肯·戴維斯教授 (Kenneth Culp Davis) 開始嘗試對經驗性實證資料在規範論證上的運用方式進行理論化的工作²⁸。

戴維斯分析行政機關在個案裁決上與政策決策上所扮演的不同角色，並進而將行政機關在不同角色扮演下所使用的事實區分為「裁決事實」(adjudicative facts) 與「立法事實」(legislative facts)二者：「裁決事實」是僅關乎行政裁決個案中之兩造當事人的事實，而「立法事實」則是行政機關賴以做成政策決策的事實基礎²⁹。戴維斯也將這個區分運用在法院所審酌的事實類型分類上。對戴維斯而言，針對法院在個案中最常處理的「事實問題」，法院需要調查與認定「裁決事實」；相對於此，法院也經常審酌「立法事實」以解決「法律問題」。

至於，「法律問題」的解決需要先確認「立法事實」的情形，又可進一步區分為兩種不同類別：首先，法院需要仰賴相關事實，以做為法院在違憲審查過程中對憲法問題做成判斷的基礎，該等事實通常是立法者制訂係爭法律所根據的事實基礎（戴維斯稱此為「憲法事實」）³⁰；其次，在普通法的脈絡中，法制定(judicial legislation)³¹ 的活動亦需要相關的經驗性事實基礎做為法院在造法判斷上的根據³²。顯然，戴維斯雖使用「立法」一詞來描述司法實踐活動中相對於「裁決事實」之事實基礎的屬性，但絕非用以指涉三權分立下之「國會立法者」。毋寧，此所謂

²⁸ Kenneth Culp Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, 55 HARV. L. REV. 364, 402-10 (1942).

²⁹ See *id.* at 402.

³⁰ See *id.* at 403.

³¹ Judicial legislation 國內雖常譯為「司法造法」，但「司法造法」多半指稱司法者在立法者所立之法產生缺漏時的漏洞填補權限，其相對於立法者的立法權僅具有補充性質。然而在普通法的脈絡下，司法者對普通法的法律制訂權相對於立法者而言卻是一種先位的性質。本文使用「法制定」一詞藉以指稱普通法脈絡下司法者制訂普通法的司法實踐活動。另請參見註 33 之說明。

³² See Davis, *supra* note 28, at 402, 404.

「立法」，是指司法者針對普遍性的「法律問題」做成判斷的活動。

從戴維斯對「立法事實」的類別說明來看，戴維斯在第一種類「法律問題」的解決中，其實是將係爭法律所依據的（立法）事實基礎，與係爭法律規範合併當作違憲審查的「審查標的」。也就是說，雖然「立法事實」不同於「裁決事實」，後者是以過去兩造當事人間所發生的特定歷史事件為其內容，但「立法事實」在解決戴維斯之第一類「法律問題」上的運用，其實與「裁決事實」一樣，都僅是作為法律三段論 (legal syllogism) 中具體規則的適用對象，都是個別案件中待審的「個案事實」，而與做為審查基準之規則本身的決定無涉。至於戴維斯第二類「法律問題」的解決既是以司法者的「法制定」為原型，則顯然是將「立法事實」用來決定三段論中做為大前提之規則。

戴維斯對於「法律問題」的分類似乎隱含著「法適用」與「法制定」的區別。一般認為，「法適用」是有關「法律究竟是什麼」的認定，而「法制定」則是有關「法律應該是什麼」的決定，二者的區別，在於「法官的司法實踐是否受到立法者所制訂之法的拘束」一事³³。然而，不論

³³ 有關司法者所從事者究竟是「法制定」（法律應該是什麼的決定）或「法適用」（法律究竟是什麼的認定）的區別，在於「法官的司法實踐是否受到立法者所制訂之法的拘束」一事。然而，「是否受到立法者所制訂之法的拘束」，其判斷毋寧仍須回歸到究竟「立法者所制訂之法」的內涵與外延為何的認定上。傳統法實證主義者（或更精確地說應該是概念法學）的觀點認為，立法者所決定的法律體系是一邏輯封閉的體系，法律問題的決定（法適用），毋須參考社會目標、政策、道德準則，而可以僅運用邏輯工具直接由已預設的法律規則中演繹得出。請參見顏厥安（1998），〈法與道德：由一個法哲學的核心問題檢討德國戰後法思想的發展〉，收錄於氏著《法與實踐理性》，頁 59。顏厥安教授列舉 Hart 所歸納五個最常被看作是法實證主義的代表性命題，其中「法體系是邏輯封閉體系」的命題，氏認為其實是由「概念法學」的學者所主張，Kelsen 及 Hart 所代表的法實證主義，事實上主張的是法體系的不完整性。論者有認為，對概念法學的批判固然使得「法適用」的過程不再被認為只是邏輯演繹的活動，而必然涉及特定價值的決斷，但仍不妨以「法官是否受法拘束」作為區別「法制定」與「法適用」的標準。請參見黃舒凡（2005），〈從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題〉，《臺大法學論叢》，34 卷 2 期，頁 98，註 70，（下稱黃舒凡，普通法）。然而，倘若「法適用」的價值援引活動必然使得「法適用」與「法制定」的區別，仰賴於對「所援引之價值究竟是否內在於法律概念(concept)」進行詮釋，則「法官是否受法拘束」

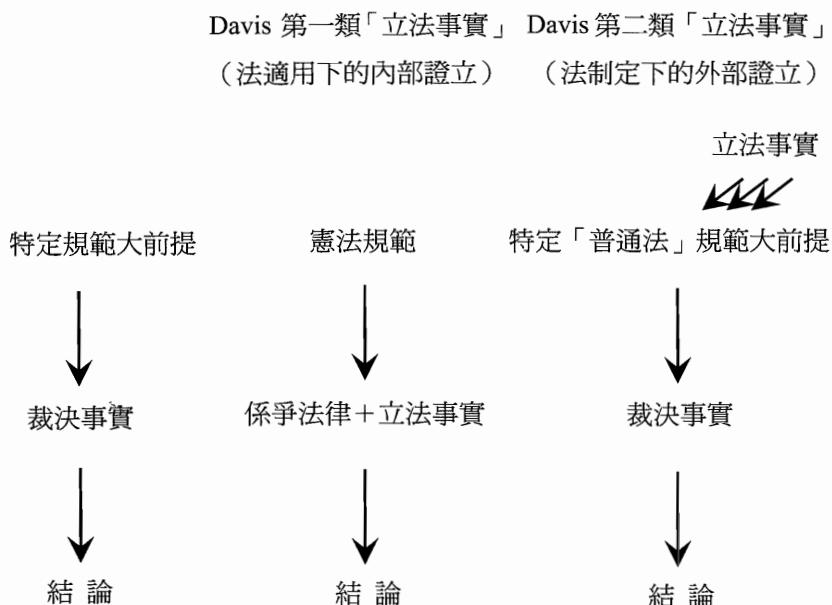
是「法制定」或者「法適用」，甚或是論者所謂融合了「法制定」與「法適用」的具普通法特色的司法實踐³⁴，其實都牽涉到司法者的規範論證活動。而規範論證固然包括屬於各前提間邏輯推論有效性的「內部證立」，也包括證立各前提本身正確性的「外部證立」³⁵。那麼，當「法制定」在三段論中係援引實定法律「以外」之價值（因此可謂司法者係不受到立法者制訂之法的拘束）進行大前提的「外部證立」時，「法適用」除了在規範與事實間進行涵攝的「內部證立」活動外，也應該可以包括援引法律「內在」價值（因此仍可謂司法者受到立法者制訂之法的拘束）來決定做為大前提之規範的「外部證立」活動，例如，論證某種「概念觀」(conception)是某特定法律「概念」(concept)的最佳詮釋結果³⁶，並以此等「概念觀」做為三段論的大前提規範。果如此，「立法事實」在解決「法律問題」上的運用，除了戴維斯所舉的兩種類型（「法制定」與「法適用之內部證立」）之外，是否還存在運用「立法事實」於「法適用」意義下之「外部證立」的類型？

一事，即非一明白可知的事實(plain fact)，反成為待詮釋的對象。

³⁴ 黃舒芃（2004），〈憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制定」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質〉，《政大法學評論》，81期，頁51-110；黃舒芃，普通法，頁98-104。

³⁵ See ALEXY, *supra* note 13, at 221, 230. 中文另請參照顏厥安（1998），〈法、理性與論證：Robert Alexy 的法律論證理論〉，收錄於氏著《法與實踐理性》，頁146。

³⁶ 有關「概念」(concept)與「概念觀」(conception)的區別，請參見 DWORKIN, LAW'S EMPIRE, *supra* note 1, at 70-72. 基本上，「概念觀」是對「概念」進行詮釋的產物。另請參見下註 52 之註解說明文字。



三、「立法事實」做為司法之規範論證過程中所依據的經驗性事實基礎

對於「立法事實」究竟是否以及如何可用於「法適用」之規範論證中的「外部證立」，戴維斯的問題意識毋寧是模糊的。但 *Brown v. Board of Education* 一案在戴維斯提出「立法事實」與「裁決事實」之區別後十二年，具體示例了這個可能性³⁷。

Brown 之前，美國聯邦最高法院有關不同種族間受（公立）教育的平等保障原則，其違憲審查基準是自 *Plessy* 以來的「隔離而平等」準則³⁸。在操作此一基準的「內部證立」上，任何相關之「立法事實」的調查與認定都將關注於特定立法安排下的教育設施提供，是否稱得上是

³⁷ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³⁸ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

等質等量（設施提供上的無差別待遇）。事實上，不論在 *Brown* 之前或之後，美國憲法第十四增補條款之平等保障原則的一般理解都是一種「反非理性之差別待遇」(anti-discrimination)原則：亦即，透過目的與手段間合理性的檢驗，平等保障原則事實上預設了「非理性之分類手段」是造成不平等的主要原因，也因此平等保障原則確保了在正當目的下最合乎理性（有效率）之分類手段的採行³⁹。以勞動市場為例，在未受政府干預的種族隔離社會，完全競爭的勞動市場對效率的追求，最終將自然達致種族隔離但同工同酬的平衡狀態(separate but equal equilibrium)⁴⁰。因此，若以「反非理性之差別待遇」做為憲法平等保障原則之「概念觀」，則「隔離而平等」不但不違反平等保障原則，往往還是一種最合乎理性的制度運作結果，端視所欲伺服的制度目的為何⁴¹。當然，將憲法平等保障原則理解為「反非理性之差別待遇」恐怕有過度向既有制度目的妥協的危險。這個危險在 *Brown* 的「註解 11」中清楚呈現⁴²。

Brown 一案的審查標的本身就是平等教育設施下的強制種族隔離教育政策，因此，聯邦最高法院並未如同之前的種族隔離教育案件一

³⁹ 「反非理性差別待遇」是 Tussman 與 tenBroek 分析聯邦最高法院有關平等保障理論後歸納出的概念觀。See Joseph Tussman & Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 CAL. L. REV. 341 (1949).

⁴⁰ 理性市場的假設是：勞動市場中以「能力」之外的非理性因素決定是否錄用或決定工資酬勞多寡的行為，將會被自由競爭的市場機制自動矯正，因為雇主一旦以非理性之因素「歧視」真正有能力之人，反而是將雇用這些真正有能力的人的機會在競爭市場中平白讓給其他雇主。然而，完全競爭市場卻無法矯正普遍存在的種族隔離式歧視。相同能力的白人與黑人即使能夠在自由市場中獲得同等的工資酬勞，市場機制也不見得能打破因種族因素而區隔出的兩個隔離市場。See Kenneth J. Arrow, *The Theory of Discrimination, in DISCRIMINATION IN LABOR MARKETS* 3, 6-20 (Orley Ashenfelter & Albert Rees eds.)(Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 1973).

⁴¹ Owen M. Fiss 另外也舉出幾個法院所以將「反非理性差別待遇」視為平等保障原則之「概念觀」(Fiss 的用語是「中介原則」(mediating principle)) 的可能原因，包括：吻合法院對於「正義盲目」的想法、符合價值應中立的司法態度、具機械式的可操作性表徵而符合客觀性的要求、符合個人主義的政治哲學思想。Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107, 118-23 (1976).

⁴² Brown, 347 U.S. at 494 fn.11.

樣⁴³，在 *Brown* 一案中去審查係爭種族隔離教育政策在教育設施的提供上是否已可謂達同等質量的「立法事實」，並進行有關「非理性差別待遇」是否存在的內部證立。相反地，聯邦最高法院引述「註解 11」之實證研究資料，說明「平等教育設施的提供」並非滿足憲法平等保障原則之要求的充分條件。「註解 11」的經驗性實證資料包括了社會心理學教授克拉克 (Kenneth Clark) 著名的「洋娃娃心理學實驗」(dolls test) 與數個社會科學家的專家意見，其共同結論是，強制的種族隔離教育帶有黑人較為劣等的社會烙印(stigma)，對黑人孩童造成自卑、自我憤恨的心理傷害，因而影響其學習成效⁴⁴。

雖然一般認為「註解 11」在法院認定種族隔離教育違反平等保障原則的判斷上，扮演關鍵角色⁴⁵，但究竟「註解 11」所回答的「事實性問題」，在 *Brown* 的規範論證中佔有何種地位，卻經常成為批判與爭論的焦點⁴⁶。此等對於法院在 *Brown* 中引述實證研究的批判，多半也隱含著某種對「實然」與「應然」二分的概念以及二者關係應如何安排的想像。

⁴³ See, e.g., Missouri Ex Rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337 (1938).

⁴⁴ 在「註解 11」中提到的心理學與社會科學文獻中最重要兩篇的原始研究報告出處為 Kenneth B. Clark & Mamie P. Clark, *Racial Identification and Preference in Negro Children*, in READINGS IN SOCIAL PSYCHOLOGY (Theodore M. Newcomb & Eugene L. Hartley eds., 1947) 與 Max Deutscher & Isidor Chein, *The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion*, 26 J. PSYCHOLOGY 259 (1948).

⁴⁵ See, e.g., Scott Brewer, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, 107 YALE L.J. 1535, 1553 (1998); Stephen Breyer, *What Researchers Need to Know about Law and the Courts*, in THE USE/NONUSE/MISUSE OF APPLIED SOCIAL SCIENCE RESEARCH IN THE COURTS (Michael J. Saks & Charles H. Baron eds., 1980). But cf. Sanjay Mody, *Brown Footnote Eleven in Historical Context: Social Science and the Supreme Court's Quest for Legitimacy*, 54 STAN. L. REV. 793 (2002).

⁴⁶ 此外，「註解 11」所引述的「洋娃娃實驗」也存在解讀實驗結果的方法論問題。由於克拉克教授分別在採取隔離政策的南方與未採取隔離政策的北方進行實驗，其結果雖然都顯示黑人孩童對自身種族的自卑心態，但倘若比較南北實驗結果的差異，卻出現南方黑人孩童的自卑心態比起北方黑人孩童的自卑心態似乎較不顯著的現象。這個實驗結果其實有可能反而得出種族隔離政策其實能有效減緩南方孩童自卑心態的結論，而成為「洋娃娃實驗」的致命傷。See Ernest van den Haag, *Social Science Testimony in the Desegregation Cases—A Reply to Professor Kenneth Clark*, 6 VILL. L. REV. 69, 77 (1960).

倘依照究竟論者是對於「實然」應如何掌握、或是對「實然」與「應然」間如何可能產生連結、或是對於二者的推論應得到何種結果的質疑加以區分的話，大致上可以把這些批判分為三類。

第一類批判的實質論點在於，將原告憲法上的權利保障建立在所謂的社會科學（心理學）研究之上，會使得憲法保障的絕對性受到動搖⁴⁷。例如，Edmond Cahn 指出，對仍在初步發展階段的行為科學研究來說，經常出現今日確切之結論被明日創新研究所推翻的情形。此外，從過去的歷史來看，也很難確保特定的意識型態不會假借科學之名，宣揚種族主義的科學觀點。因此倘若憲法權利之保障是要在政府的作為中診斷此等種族主義的毒素，與其尋求可能遭受意識型態感染的科學研究，不如直接訴諸吾人的生活常識(common sense)，更來得妥適⁴⁸。對 Cahn 而言，種族隔離造成劣等烙印與心理傷害，根本是不證自明的常識，無須大費周章地援引社會科學的研究加以佐證⁴⁹。

第一類的批判多半出於對「科學」認識論的懷疑立場，認為「科學」背後的價值觀往往影響甚至決定其所宣稱認識的經驗世界。然而，第一類批判並沒有根本否認「事實性問題」在規範論證上的重要性；只是，對此等「事實」的掌握，相信個人的認識能力更甚於相信「科學」認識的客觀性。簡單地說，第一類批判反對的是，用善變的「科學」來回答與平等保障原則之論證有關的「實然」（事實性）問題，也就是否定「科學」在回答經驗性事實問題上的優勢或獨佔地位。

至於第二類批判的主要論點則是，即便不爭執「科學」所回答「事實性問題」的真確性，「實然」也無法直接推論「應然」；亦即，倘若從「劣等烙印的心理傷害」事實，得出違反平等保障原則的評價結論，即犯了從實然跳躍至應然的謬誤。會產生第二類批判的主要原因固然是，

⁴⁷ See, e.g., Edmond Cahn, *Jurisprudence*, 30 N.Y.U. L. Rev. 150 (1955).

⁴⁸ See *id.* at 167.

⁴⁹ See *id.* at 157, 158.

聯邦最高法院引用社會科學研究證明種族隔離教育造成「劣等烙印的心理傷害」後，並沒有清楚說明進行推論（內部證立）的大前提為何，即得出種族隔離教育違反平等保障原則的結論。但法院論證的背後顯然是認為在適用憲法平等保障原則時，除了應考量資源上的差別待遇問題外，也必須關切個人是否「遭受社會劣等烙印而造成心理傷害」。也就是說，聯邦最高法院企圖在 *Brown* 提出一個有別於「反非理性差別待遇」的新的有關憲法平等保障原則之「概念觀」，並依據新的「概念觀」對種族隔離教育違反平等保障原則之命題，進行內部證立。

比較大的問題是，如果聯邦最高法院提出了新的有關憲法平等保障原則的「概念觀」，那麼對這個新的做為違憲審查基準的「概念觀」進行「外部證立」，即為法院規範論證的必要課題。「外部證立」之目的在證立做為違憲審查基準的「概念觀」的正確性，則正確與否需要有一個比較的參考點。法院在提出以「免於遭受社會劣等烙印所造成的心靈傷害」之「概念觀」補充（或取代）原來的「反非理性差別待遇」之「概念觀」時⁵⁰，雖然並沒有在判決中明白交代（解釋）這兩個平等保障原則的「概念觀」背後所一致奉行的憲法上平等保障原則「概念」本身的內涵，究竟為何。但是，法院在「種族隔離使（黑人）對本身社會地位產生自卑感」一語中（“[racial segregation] generates a feeling of inferiority as to their status in the community”），卻透露出「平等公民地位與資格」是憲法平等保障原則所追求的核心價值⁵¹。因此，若以「平等公民地位與資格」做為憲法平等保障原則之「概念」內涵，則欲外部證立「免於遭受社會劣等烙印所造成的心靈傷害」之「概念觀」是平等保障原則「概念」的最佳詮釋結果時，就必須說明「社會劣等烙印的心靈傷害」是對

⁵⁰ 本文並不欲在此探討「反差別待遇」之「概念觀」與新的平等保障「概念觀」間的取代或競合關係。

⁵¹ 當然，法院並沒有在 *Brown* 說明原來的「反非理性差別待遇」之「概念觀」是否也能由法院在 *Brown* 所宣示之憲法平等保障原則之「概念」中詮釋得出，而使三者（新、舊「概念觀」與「概念」）共同維繫了法的整體性(law as integrity)。

「平等公民地位與資格」的剝奪。在這個意義上，「註解 11」的實證研究就不僅只是用來在新的前提規範中內部證立「種族隔離教育造成心理傷害」，更是用來外部證立「心理傷害剝奪了平等公民的地位與資格」⁵²。同時，「註解 11」的實證研究所欲證立者並不是「平等公民地位與資格」應為平等保障原則之「概念」內涵⁵³；毋寧，「註解 11」所證立者乃是「免於遭受社會劣等烙印所造成的心靈傷害」是「平等公民地位與資格」此一平等保障「概念」的最佳詮釋結果。

Brown 所開啟尋求新的平等保障原則之「概念觀」的轉向，使論者開始檢討此等新的「概念觀」是否為平等保障原則「概念」之最佳詮釋，也成為第三類批判 *Brown* 引用「註解 11」的核心議題。第三類批判的主要論點是，即使某種「實然」是決定有關平等保障原則「概念」究竟有何種「概念觀」的重要依據，「註解 11」所檢驗的「心靈狀態」也並非判斷「平等公民地位與資格」是否遭受剝奪的必要或充分證據。論者認為，將有無違反平等保障原則繫於當事人主觀的心理狀態，會使得受害者因逃避面對而否認 (denial) 受害事實，反成為正當化不平等之加害狀態的理由，因此將平等保障原則「概念」理解為「免於遭受社會劣等烙印所造成的心靈傷害」，並不能確保平等原則所要求的「平等公民地位與

⁵² 「解釋」(interpretation)固然是外部證立的論述形式之一，而論證某種解釋之正確性所依據的也只是一個具有規範拘束力的「語言使用規則」(word usage rule)，*see ALEXY, supra note 13, at 234-44*。然而 Alexy 也強調，外部證立的形式還包括「經驗論證」(empirical reasoning) 在內的其他論述形式，*id. at 232-33*。事實上，許多的「語言使用規則」本身、或者 Alexy 所說的論證形式(argument forms)，往往都預設了一些關於事實的經驗性命題，而需要發動「轉換規則」(transition rule)對此等經驗性命題進行檢驗，*id. at 206, 233*。在此，對「社會劣等烙印的心理傷害是否剝奪了平等公民地位與資格」此一問題的論證，除了當然包括「平等公民地位與資格」之概念內涵究竟是什麼的理解外，也包括「心理傷害」是否事實上會剝奪「平等公民地位與資格」的經驗性問題。

⁵³ 什麼是「平等保障原則」的概念內涵無疑需要另一個層次的外部證立才能予以確立，但這個層次的外部證立所牽涉的經驗性命題，恐怕並非「註解 11」之社會心理學研究當初所設定要處理的對象。

資格」受到完整的維護⁵⁴。

1976 年耶魯大學法學院教授歐恩費斯 (Owen M. Fiss) 將 *Brown* 所欲提出的有關平等保障的「概念觀」，進一步具體闡釋為「反階級從屬壓迫」原則 (anti-subordination)⁵⁵。依照費斯的理解，平等保障原則所要禁止的既然是對平等公民資格及其平等社會階級地位的傷害 (status harm)，設施平等的種族隔離教育違背的並不是分類手段與目的間的不合理關聯，毋寧是它延續與強化了黑人在美國社會中的次等社會地位⁵⁶，而「心理傷害」在此充其量僅是這個階級壓迫之傷害行為所留下的「血跡」罷了⁵⁷。在平等保障原則的判斷上，重要的經驗性事實問題並非被害者主觀上的「心理狀態」，而是客觀上「階級從屬壓迫」的事實。雖然稍後聯邦最高法院在 *Washington v. Davis* 一案明白否定可僅從立法之「效果」(effect) 判定平等保障原則的違反與否，而必要探求加害者（立法者）是否具有「歧視性主觀意圖」(discriminatory intent)⁵⁸，等於間接否定費斯教授所提出的「反階級從屬壓迫」原則。然而，法院的論理並非從否定「實然」可以用來外部證立平等原則之「概念觀」的立場出發，而是略過經驗論證，直接援引外部證立的另一種論述形式——亦即，「判決先例之運用」(the use of precedent)⁵⁹——推導出以「加害者歧視性主觀意圖」為關切核心的平等保障原則⁶⁰。

⁵⁴ See, e.g., Deborah Hellman, *The Expressive Dimension of Equal Protection*, 85 MINN. L. REV. 1, 10 (2000). See also RICHARD KLUGER, SIMPLE JUSTICE 356 (New York: Vintage Books, 2004).

⁵⁵ Fiss, *supra* note 41, at 147-70.

⁵⁶ *Id.* at 157-58.

⁵⁷ See Catharine A. MacKinnon, *Concurring in the Judgment, in What BROWN V. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID* 143, 146-47 (Jack M. Balkin ed.) (New York: New York Univ. Press, 2001).

⁵⁸ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 238-42 (1976).

⁵⁹ See ALEXY, *supra* note 13, at 274. Alexy 雖然提出各種外部證立的論述形式，但並沒有具體闡述這些形式其間是否存在適用上的先後順序。毋寧更重要的是支持採用某種論述形式的「論據」為何的問題。另請參見前揭註 52 之註解說明。

⁶⁰ 聯邦最高法院列舉了 *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880), *Akins v. Texas*, 325 U.S. 398, 403-04 (1945), *Alexander*

問題在於，不論是「階級從屬壓迫的效果」或者是「加害者的歧視性主觀意圖」，究竟何者會構成對「平等公民地位與資格」的侵害，終舊將在平等的「概念」之外牽涉經驗性的命題：何種經驗現象（壓迫也好，主觀意圖也好）對平等「概念」所描繪的價值或利益狀態產生侵害。因此，法院在 *Washington v. Davis* 中僅以「判決先例」之論述形式進行外部證立，雖然等同於拒絕將「實然」視為證立前提規範的「必要條件」，但聯邦最高法院在此課題上對經驗性事實基礎問題的迴避，卻僅徒留爭議：究竟 *Brown* 透過「註解 11」所外部證立的被害者「心理傷害」、或者聯邦最高法院在 *Washington v. Davis* 所強調的加害者「歧視性主觀意圖」、抑或者費斯所主張客觀物質世界中「階級的從屬壓迫」，何者才是對「平等公民地位與資格」之剝奪的最佳描述，事實上並沒有獲得根本性的解決⁶¹。

綜觀上述對於引用實證研究所確立的（立法）事實來外部證立前提規範的三種批判，我們可以發現：以單純邏輯演繹的方式從「實然」推導出「應然」（也就是將「實然」視為外部證立前提規範的「充分條件」），從來就不是主張「經驗事實可用於外部證立前提規範」者的企圖，因此上述的第二類批判充其量僅是一種稻草人式的攻擊；而上述第一類批判與第三類批判則實際指出，確定外部證立上哪些才是相關的「實然」(relevancy)問題，以及「科學」是否能（或者要透過其他什麼方法才能）認識與掌握這些相關的「實然」，毋寧才是更值得關注的對象。那麼，*Washington v. Davis* 在規範論證上迴避前提規範的經驗性事實基礎為何

v. Louisiana, 405 U.S. 625, 628 -29 (1972), *Carter v. Jury Comm'n*, 396 U.S. 320, 335-37, 339 (1970), *Cassell v. Texas*, 339 U.S. 282, 287-90 (1950), *Patton v. Mississippi*, 332 U.S. 463, 468-69 (1947), *Wright v. Rockefeller*, 376 U.S. 52 (1964) 等案件，論證立法者的「主觀意圖」是過去所有涉及平等原則的違憲審查案件必定會加以考量的要素。

⁶¹ 論者即批評聯邦最高法院在 *Washington v. Davis* 的決定恐怕是出於擔憂法院本身制度能量不足的便宜性考量，更多於對平等保障原則本身的論證。See David A. Strauss, *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, 56 U. CHI. L. REV. 935, 951-54 (1989).

的問題，雖然因此引發「實然究竟是否是所有前提規範在外部證立上之必要條件」的疑問，但即使如此，引用事實論據進行「法適用」意義下前提規範的「外部證立」，已成為美國法學界所公認「立法事實」在「內部證立」之外的可能運用模式之一，也是不爭的事實⁶²。而實務界在前提規範明顯涉及經驗性事實基礎問題時的「外部證立」上，也越來越有能力找出「相關的」(relevant)事實論據加以正面回應⁶³。總結來說，「立法事實」雖冠以「立法」之名，但在美國法的操作下既非指涉「國會立法者」，也非限於司法的「法制定」活動；毋寧，「立法事實」泛指司法者在規範論證過程中（包括戴維斯兩類「法律問題」的解決，以及法適用意義下的外部證立），所依據的經驗性事實基礎。此種經驗性事實基礎一經法院調查與認定，並成為規範論證之一部，即因為此種經驗性知識並非僅與個案當事人相關，例如，種族隔離教育造成心理傷害，並不僅在 *Brown* 一案中如此，在其他種族隔離教育案件中，此一立法事實將與規範一樣具有可普遍化特性(generality)，也擁有相當於「判決先例」

⁶² 大部分的情形是對「實然是否以及在何時會成為外部證立上的必要條件」等問題採取存而不論的態度。See, e.g., MONAHAN & WALKER, *supra* note 8, at 190-202; Kenneth Culp Davis, *Facts in Lawmaking*, 80 COLUM. L. REV. 931 (1980); Michael Saks, *Ignorance of Sciences Is No Excuse*, 10 TRIAL 18 (1974).

⁶³ 例如，在涉及美國聯邦憲法第六增補條款有關「陪審制度保障」的案件中，聯邦最高法院以實證研究論證憲法第六增補條款「陪審制度保障」之規範內涵，係要求在刑事訴訟程序上至少應有 6 人以上組成的陪審團，才能發揮公正審判的功能，因此宣告州法所規定的「五人陪審團」違憲, see *Ballew v. Georgia*, 435 U.S. 223 (1978)。又例如對未滿十八歲之犯罪人執行死刑是否違反美國聯邦憲法第八增補條款禁止「過份刑罰」(excessive punishment)之規定時，法院即舉實證研究論證未滿十八歲之未成年人在心智成熟度、可責性、死刑對之產生的威嚇作用等面向與成年人並不相同，因而認定對未滿十八歲之犯罪人執行死刑乃「過份刑法」, see *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)。至於運用實證研究在「內部證立」的過程中確認做為違憲審查之案件事實內容，則更是不勝枚舉。例如，「究竟猥亵性出版品是否實際上對觀看者在行為上造成負面影響」的經驗性問題，常成為涉及管制猥亵性言論之立法手段是否違憲的案件攻防焦點, see, e.g., *United States v. Roth*, 237 F.2d 796 (2d. Cir. 1956)。由於聯邦最高法院其後認定猥亵性言論非屬美國聯邦憲法保障之言論自由範圍，因此立法者對相關經驗性問題的回答僅需滿足最低的合理性要求即為已足，see *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 485-90 (1957); *Paris Adult Theater I. v. Slaton*, 413 U.S. 49, 58 & n.8, 60-63 (1973)。

的效力(precedential effect)⁶⁴。另一方面，在探詢此等相當於規範法源(authority)的經驗性事實基礎時，除了法院的職權調查外，主要是透過當事人提出理由狀加以陳述，或者由包括專家在內的法院之友的意見陳述(brief amicus curiae)加以提供⁶⁵。雖然無須經過交互詰問的證據調查程序，卻仍然必須嚴守相當於證據能力的要求，以確保規範論證所依據的立法事實具有最低度的「相關性」與「可信賴性」資格⁶⁶。

四、國內學界對「立法事實」的理解

相對於美國法上對於「立法事實」的正面定位並廣泛在規範論證上審酌「立法事實」，國內學界在論述「立法事實」之概念時，雖也經常引述戴維斯對「adjudicative facts」與「legislative facts」的區分，但卻多半將「立法事實」單純理解為「國會立法者」制訂法律所由依據的事實基礎，同時也僅提及「立法事實」在規範違憲審查之「內部證立」活動中的運用⁶⁷，亦即戴維斯第一類「法律問題」的解決⁶⁸，卻從未提及運用「立法事實」於「法適用」意義下之「外部證立」的類型⁶⁹。

國內學界將「立法事實」理解為國會立法者制訂法律所由依據的事

⁶⁴ See John Monahan & Laurens Walker, *Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law*, 134 U. PA. L. REV. 477, 490-91 (1986).

⁶⁵ 由法院所選任之專家提供鑑定意見(expert testimony)，FED. R. EVID. 706，與法院邀請專家提供「法院之友意見陳述」，FED. R. APP. P. 29，二者最大的差別在於前者仍須以言詞方式進行，並經交互詰問程序，而後者則以書狀方式提供。對此 Monahan & Walker 曾比較「專家證言」與「當事人或專家提出書面理由狀」兩種方式，而主張在提供具有規範法源(authority)性質的經驗性事實基礎的程序選擇上，後者應較為適當。See Monahan & Walker, *supra* note 64, at 496-98.

⁶⁶ See Monahan & Walker, *supra* note 25, at 583-87.

⁶⁷ 請參見例如黃舒凡，數字會說話，前揭註 10 引文，頁 9 註 12，直接引述戴維斯的文獻。另許宗力大法官與蘇彥圖分別將 adjudicative facts 譯為「個案事實」與「判決事實」，並以之與「legislative facts 立法事實」相對，但二者皆未提到戴維斯，請參見許宗力，前揭註 12 引文，頁 44 及 48；蘇彥圖，前揭註 11 引文，頁 51-52。

⁶⁸ 請參見前揭註 30-36 間之本文論述。

⁶⁹ 歐陸法傳統既不承認普通法意義下司法者的「法制定」功能，則戴維斯的第二類「法律問題」解決，當然被排除在運用立法事實的可能對象之外。

實基礎，並視之為法規違憲審查客體之一部分⁷⁰，很自然地會將有關「立法事實」的探討焦點置於處理不同規範違憲審查審查標準／密度下，立法者對於其所認定之立法事實的事實證明度 (standard of proof) 應該如何的問題上。亦即，當違憲審查者對法律規範進行違憲審查時，對立法者所調查認定之經驗性事實基礎固然有予以審查與評價的權限，然而，基於司法者與立法者功能與權限區分的考量所發展出不同的審查基準與審查密度，將要求違憲審查者在審查此等立法事實時，必須依據不同事實證明度的標準對立法者的事實認定與判斷進行審查：其原則是，在較寬鬆的審查基準下，立法者對立法事實真偽的證明度僅需滿足較低的要求；反之，在較嚴格的審查基準下，立法者對立法事實真偽的證明度則必須滿足較高的要求⁷¹。

「立法事實」對高度繼受德國法傳統的國內法學界而言，無疑是透過「立法／司法權限劃分—違憲審查基準與密度—說服責任之分配—立法者事實證明度」的理路，被發現與認識，而非源自於司法者在規範論證說理上的自發需求。這個差異使得違憲審查基準在美國法有關「立法事實」的討論中，雖僅是一個相對次要的議題，卻在國內的討論中成為主軸；而在美國法有關「立法事實」的討論中成為討論重點的諸如如何利用「立法事實」進行前提規範的外部證立、法院在規範論證上應如何採納實證科學等議題，國內學界反而完全未予著墨。然而，國內法學界對「立法事實」的定位與理解，並非僅具有比較法上學院式對比觀察的意義；毋寧，這樣的定位與理解實際上具體影響了大法官在進行規範違憲審查時的論證品質。

⁷⁰ 請參見例如蘇彥圖，前揭註 11 引文，頁 57，圖 3-1。

⁷¹ 請參見例如許宗力，前揭註 12 引文，頁 58-66；蘇彥圖，前揭註 11 引文，頁 51-58 及 59-86。

參、大法官釋字 584 號解釋中的事實糾葛與隱然未現的事實

一、釋字 584 號解釋的爭點

釋字 584 號解釋係爭的法律是中華民國 88 年 4 月 21 日修正公布的道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項規定：「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第二百二十一條至第二百二十九條妨害性自主之罪（下稱「該等暴力或性犯罪」），經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。」該法於 86 年 1 月 22 日修正時首度將相關規定從兩年禁止期限改為永久禁止。聲請人以該規定限制憲法第 15 條工作權所包含的人民選擇職業自由，卻不符憲法第 23 條比例原則之要求，且亦違反憲法第 7 條之平等原則為由，提起釋憲。

大法官多數意見在有關職業自由限制的審查上認為，係爭法律之目的在於「維護乘客生命、身體及財產之安全，確保社會治安，建立計程車安全營運之優質環境，增進營業小客車之職業信賴」。為判斷終身禁止執業的主觀資格限制是否為達成該等正當目的之有效手段，大法官首度詳盡地審查係爭法律可得依據的經驗性事實基礎，主要包括：

1. 依據修法前（86 年）統計資料顯示，有「該等暴力或性犯罪」前科的計程車司機，就同一罪名的累再犯率為 4.24%，就所有罪名之累再犯率則為 22.22%；
2. 依據修法前（86 年）統計資料顯示，一般前科犯就同一罪名的累再犯率為 22.3%，就所有罪名的累再犯率則為 43%；
3. 依據修法前（86 年）統計資料顯示，撤銷假釋人數佔當期假釋出獄人數 30%，依據修法後（92 年）統計資料顯示，該比例則為 27.2%；
4. 修法後計程車駕駛犯「該等暴力或性犯罪」者人數呈下降趨勢；

5. 依據 81 年至 91 年的統計資料顯示，所有犯罪類型受刑人出獄後第七年平均再犯率降至 1.5%，第十十年降至 1% 以下。

大法官在審酌上述 1. 至 4. 的經驗性事實基礎後認為，終身禁止執業的限制手段係為達成正當立法目的的有效手段，並未違反比例原則。至於上述 5. 的事實並沒有影響大法官對係爭執業限制是否違反比例原則的判斷，僅認為「若能經由個別審查之機制或其他方法」，而足以認為具「該等暴力或性犯罪」前科者對乘客安全已不具特別危險時，即成為未來應修法解除執業限制的理由。至於平等原則的審查，大法官則認為係爭法律對「該等暴力或性犯罪」前科者所為的限制，係為達成正當立法目的所為「合理之不同規定」，與平等原則無違。

對此，許宗力大法官提出協同意見書，進一步從審查職業選擇自由主觀條件限制所應採取的違憲審查基準出發，說明何以應認為立法者對上述「立法事實」之真偽的證明，已滿足該種審查基準對事實證明度的要求。許大法官認為相對於對職業選擇客觀條件之限制所應採取的嚴格審查，對職業主觀條件之限制則應採取中度審查基準；而在中度審查基準下，立法者對「立法事實」的判斷則必須是「合乎事理、說得過去，因而可以支持」⁷²。

依此標準，許大法官認為，從上述 1. 至 4. 的經驗事實性基礎可以看出「該等暴力或性犯罪之前科者」，有較高的再犯罪可能性，所以禁止「該等暴力與性犯罪前科者」擔任計程車駕駛，的確可使乘客免於與「統計上具有較高犯罪可能性」者接觸的風險，因此立法者對手段適合性的事實判斷，應該可以說得過去。至於無任何前科之計程車駕駛亦可能犯罪而對乘客造成風險的「包含不足」(under-inclusive)問題，對許大法官而言，則與本案手段是否適合的判斷無關，因為立法者原來既未想要藉係爭法律防止「所有」利用計程車犯罪之發生，指摘係爭手段無法達成

⁷² 許宗力大法官對不同審查基準的較詳盡說明，請參見許宗力，前揭註 12 引文，頁 61-66。

此目的，即犯了邏輯謬誤。此外，上述 5.有關「一般犯罪受刑人」再犯率隨時間下降的事實，雖可能與手段是否必要（最小侵害）的判斷有關，但對許大法官而言，尚不夠精確到證明「該等暴力或性犯罪」者的再犯率也有相同性質；而在中度審查基準下，主管機關並沒有舉證「該等暴力或性犯罪」者之再犯率並未遞減，以證明不存在更小侵害手段（因此法律合憲）的義務。許大法官另外也認定一個多數意見並未論及的「立法事實」：

6. 依目前犯罪預防科學水準，欠缺可靠的預測方法可從前科犯中篩選出無再犯之虞者

根據 6.的經驗性事實基礎，許大法官也認為，可有效替代「一律禁止該等暴力或性犯罪前科者從事計程車駕駛職業」的手段並不存在。至於平等原則的審查，許大法官則認為，以是否具有「該等暴力或性犯罪」前科做為分類的標準，雖然對實際上不具危險性的個別前科者，造成侵害，但因為依目前犯罪預防科學水準，已無法更進一步準確預測個別的再犯可能性，因此採取此種分類手段，達成一個保護生命身體財產法益的目的，並不能認為違反平等原則。

相對地，林子儀大法官則提出不同意見，並且在有關「立法事實」的認定上，與多數意見及許宗力大法官展開激辯。林大法官首先認為，針對職業選擇自由主觀條件的限制，多數意見固然亦認為應採取較諸審查執行職業方式之限制更嚴格的違憲審查基準，但多數意見及許宗力大法官所操作下的較嚴格或中度審查基準，事實上並沒有發揮合憲性控制應發揮的功能。對林大法官而言，較嚴格審查基準若要與寬鬆的審查基準有實際上的區隔，係爭法律在較嚴格審查基準下即不應受合憲的推定，反應該要求立法者對於手段的實效性、手段與目的間的實質關聯性、手段的「較小」侵害性等，負舉證的責任，並使立法者負擔事實真偽不明時的不利結果。

依此標準，林大法官首先認為上述 1.與 2.有關前科者的累再犯率

統計，充其量僅說明了「五年內」的累再犯現象，無法說明前科者的「終身」危險性，因此無法證明限制手段的有效性與必要性⁷³。其次，上述 4.有關修法後計程車駕駛犯「該等暴力或性犯罪」人數下降的事實，其原因多端，或可能肇因品牌計程車之建立、或因行動電話普及、或因定點無線電預約叫車服務之推廣，非可直接推論犯罪數量下降與修法間必然有關連⁷⁴，因此也無法僅由修法後犯罪數量下降推論限制手段的有效性。再者，林大法官認為，從上述 5.再犯率隨時間下降的事實以觀，「終身」禁止的規定相較於一定期限限制之規定而言，也絕非「較小」侵害的手段⁷⁵。至於平等原則的審查，林大法官則以特定犯罪前科者並非屬司法違憲審查應予特別加強保護的群體，因此為達成犯罪防制之目的而以之為差別待遇之「分類」標準的規定，應以低度的合理審查基準，對分類手段與目的間之合理性進行審查即為已足。在此審查基準下，即使手段有涵蓋過廣或涵蓋不足的情形，並不當然能謂違反平等權保障之意旨。

二、釋字 584 號解釋援引「立法事實」進行內部證立的幾個問題

林子儀大法官與多數意見及許宗力大法官對於係爭法律是否違憲的評價差異，乍看之下似乎只是源自於雙方對於較嚴格（或稱中度）審查基準下，究竟是否應推定係爭法律的合憲性，有不同看法，以致於相應地對於立法者究竟在「立法事實」真偽的證明上應滿足何等事實證明

⁷³ 同樣的論點應該也適用於上述 3.的撤銷假釋統計，蓋撤銷假釋之統計皆僅統計當期（一年）撤銷假釋人數佔當期假釋人數比率，無法說明「終身」再犯的危險性。

⁷⁴ 此即統計學上「干擾因子」(confounding factors)的意義。

⁷⁵ 此外，林大法官在有關是否為侵害較小手段的判斷上，也針對多數意見認為衛星定位、全面定點叫車加強追蹤管理、結構隔離乘車空間等措施客觀上目前並無實現可能，提出批判，認為在較嚴格審查基準下，較小侵害性之判斷不應僅由係爭限制手段是否成本最低來考量，否則較小侵害的審查將淪為最低社會成本的要求。

度的要求，也產生歧異。也就是說，雙方對於事實證明度的不同要求，導致雙方對上述 1.至 5.之經驗性事實基礎真偽的不同認定，也導致雙方對該等經驗性事實基礎是否已足以支持係爭法律合憲性，出現不同評價。這樣的看法，固然延續了國內學界在有關「立法事實」之討論時的關懷重點，但卻忽略了需要論究運用「立法事實」進行規範論證時，所應考慮到較諸事實證明度更根本的一些問題。對此等根本問題的檢驗將能彰顯大法官在引用「立法事實」進行本案規範論證之「內部證立」時，所未能慮及的盲點。

釋字 584 號解釋所涉及的立法事實判斷爭議固然在於：究竟「終身禁止該等暴力或性犯罪前科者擔任計程車駕駛，是否是維護乘客安全的適當有效與必要手段」，但姑且先排除時間與再犯率可能呈負相關的考量，究竟既有的經驗性事實基礎是否已能夠證明「允許該等暴力或性犯罪前科者（即使是刑執行完畢後前五年）擔任計程車駕駛，將對乘客的安全構成危害」，卻是一個未被認真檢驗的問題。多數意見也好，許宗力大法官的協同意見也好，都從上述 1.至 3.有關前科者的「高累再犯率」，即想當然爾推論上開命題的正確性，但「高累再犯率」與「乘客安全」間，究竟如何產生關聯，卻未見其說明。

該等暴力或性犯罪前科者的「高累再犯率」要多高，才算是對乘客安全構成「危險」，乍看之下似乎是個無法進一步分析拆解的價值偏好選擇問題，使得要以大法官的價值偏好，取代立法者的偏好，似乎就碰觸到是否不當限制、干涉立法形成空間的問題⁷⁶。但事實上，乘坐該等暴力或性犯罪前科者所駕駛之計程車是否對乘客產生「危險」的判斷，卻可以藉由兩個經驗性的比較參考點，進一步加以觀察。

⁷⁶ 持相同觀點者請參見黃舒芃，〈數字會說話〉，前揭註 10，頁 20-26。

(一)「高累再犯率之前科者」是「剩餘風險」還是「危險」？

首先，如果該等暴力或性犯罪前科者的「高累再犯率」是一種普遍存在且平均分佈於社會生活中的現象，又如果在社會生活中並不當然能要求封鎖前科者的社會參與活動的話，那麼這種「高累再犯率」，必然成為社會生活中無法排除而必須加以容忍的「剩餘風險」。「危險」在這個意義上，不牽涉價值判斷，純粹只是較之「剩餘風險」更高的損害發生蓋然性⁷⁷。因此在第一個比較參考點上，倘若大法官能夠找到經驗性證據，證明允許前科者駕駛計程車對乘客安全的損害發生蓋然性，的確高於一般社會生活中的「剩餘風險」，那麼大法官對此的立法事實認定，而非其恣意的價值偏好，即可成為其論證應限制前科者擔任計程車駕駛的經驗性事實依據。反之，在無法確認前科者參與特定社會活動將會產生「更高」的危害可能性時，「僅憑」其「高累再犯率」，即禁止其參與社會活動，無異於允許全面封鎖前科者的社會生活可能性：其結果是，不僅前科者不應允其擔任計程車駕駛，也不應允其賣菜、賣花，甚至也應禁止其搭乘公車或捷運，因為擁有高累再犯率的前科者，其存在於社會生活中，就是一種國家應該予以排除的「危險」。而大法官對於全面封鎖的正當性與必要性卻是缺乏價值的論證說理的。

因此，如果不能直接將前科者高累再犯率的「剩餘風險」當作「危險」來對待，則欲禁止其參與特定社會活動，即必要說明特定前科者參與該等社會活動（例如，允許其在不受監督下接觸槍枝）所具有的「更高」風險為何。前科者擔任計程車駕駛，是否造成「更高的風險」，必須從兩方面加以檢討。第一，對「前科者」而言，「計程車」是否較諸

⁷⁷ 有關「危險」、「風險」、「剩餘風險」的概念，請參見郭淑珍（1998），〈科技領域的風險決策之研究：以德國法為中心〉，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 39-42。但許宗力大法官卻認為在無法確切證明前科者經過一定期間其再犯可能性已降至與一般人無異前，並不能認為允其擔任計程車駕駛是社會可接受的「剩餘風險」。此種「危險推定原則」無異於將前科者視為必須在社會生活的各個面向中予以排除的「危險」。

其他社會生活的環境，更容易製造犯罪；第二，對「一般人」而言，「乘坐計程車」是否較一般社會生活，有更高的被前科者加害風險。

1. 危險 I：「開計程車」對特定前科者而言是否較其他社會活動有更高的再犯罪風險？

對於第一種「更高風險」可能性的檢驗，事實上即是問：「開計程車」對「具有該等暴力或性犯罪前科者」而言，是否為「再犯罪」的「危險因子」(risk factor)。要回答這個問題，必須知道的資訊至少有四：

具特定暴力或性犯罪前科者		是否再犯罪			總計
		+	-		
可疑危險因子： 是否開計程車	+	A	B	C	
	-	D	E	F	

- (A) 開計程車且具該等暴力或性犯罪前科而再犯罪人數
- (C) 計程車且具有該等暴力或性犯罪前科者人數
- (D) 未開計程車但具有該等暴力或性犯罪前科而再犯罪人數
- (F) 未開計程車但具有該等暴力或性犯罪前科人數

並進一步依據這四個資訊，比較「開計程車者的再犯罪比率」與「未開計程車者的再犯罪比率」二者，以判斷「有無開計程車」是否真的會影響「再犯罪」之結果，而認定「開計程車」對該等暴力或性犯罪前科者而言，是否為再犯罪的「危險因子」⁷⁸：

$$\frac{A}{C} / \frac{D}{F}$$

⁷⁸ 此即為「相對風險」(relative risk)的概念，請參見 BERNARD J. TURNOCK, PUBLIC HEALTH: WHAT IT IS AND HOW IT WORKS 402 (Boston: Jones and Bartlett) (3rd ed., 2004). 另請參見戴政、江淑瓊合著(2000)，《生物醫學統計概論》，2版，頁306、312-14，台北：自版。

2. 危險 II：「搭乘計程車」對一般人而言是否較其他社會生活有更高的特定被害風險？

同樣地，對於第二種「更高風險」可能性的檢驗，也必須知道至少下列四種資訊：

一般人		是否被該等暴力或性犯罪前科者加害		
		+	-	總計
可疑危險因子： 是否搭 乘計程車	+	G	H	I
	-	J	K	L

(G) 乘坐計程車而被特定前科駕駛加害人次

(I) 乘坐計程車總人次

(J) 非搭乘計程車而被特定前科者加害人次

(L) 搭乘計程車以外之社會活動人次

並進一步根據上述資訊，判斷「搭乘計程車」對一般人而言是否是被前科者加害的「危險因子」。但可以想見的是 (J) 與 (L) 的資訊，在統計上的困難度，因此，或許可以以一般犯罪發生率中屬於再犯罪之部分來代替 J/L ，而使比較的公式成為：

$$\frac{G}{I} / \text{一般犯罪發生率屬再犯罪部分}$$

對於上述的檢驗結果 ($\frac{A}{C}/\frac{D}{F}$ 、 $\frac{G}{I}$ / 一般犯罪發生率屬再犯罪部分)，

倘若比率小於或等於 1 時，則幾可否定前科者駕駛計程車會造成「更高風險」的可能性；反之，當比率愈高時則代表前科者駕駛計程車會造成「更高風險」的可能性愈高。而在此一分析脈絡下，多數意見及許宗力大法官的「中度審查基準」與「最嚴格審查基準」間的差別，應該僅是對於一個「至少大於 1 的比率」究竟還應該要求到何種程度的問題。也

就是說，即使在多數意見或許大法官的「中度審查基準」下，對於「為乘客安全而終身禁止該等暴力或性犯罪前科者擔任計程車駕駛」的手段適當性檢驗，倘若要能稱得上是「合乎事理、說得過去」，也還是必須在「某程度上」證明（例如，倘若要求需有 50% 可能性時，上述比率至少必須大於或等於 2）：相較於一般社會生活的「剩餘風險」，「開計程車」是前科者再犯罪的「危險因子」，或者「搭乘計程車」是被該等前科者加害的「危險因子」。

但很顯然地，多數意見與許宗力大法官並沒有針對「乘坐前科者所駕駛之計程車對乘客而言是否為一種危險」的第一個可能比較參考點（亦即，前科者從事計程車駕駛職業是否是較「剩餘風險」更高風險的社會活動）進行檢驗，因此多數意見與許大法官也沒有針對相關的「立法事實」((A)、(C)、(D)、(F)、(G)、(I)、(J)、(L)) 進行調查與認定，遑論對相關的「危險因子」進行關連性的判定。而即便認為多數意見與許大法官欲進行上述的檢驗，則以上述 1. 至 3. 有關前科者的「高累再犯率」（剩餘風險本身）的事實資料，試圖證明有較剩餘風險「更高之風險」的存在，也會是一種邏輯上的誤謬。至於上述 4. 與 5. 對此處的待證事實而言，則為不相關(irrelevant)的證據。至此，想要以「終身禁止該等暴力或性犯罪前科者擔任計程車駕駛」的手段來保障「乘客之安全」，實在很難說是「合乎事理、說得過去」。

3. 危險 III：「搭乘前科者駕駛的計程車」對乘客而言是否較搭乘其他人駕駛之計程車有更高的被害風險？

當然，多數意見與許宗力大法官的論證，或許是建立在「乘坐前科者所駕駛之計程車對乘客而言是否為一種危險」的第二個可能比較參考點上。亦即，不是「相對於一般社會生活」，而是「相對於搭乘無前科之駕駛所開的計程車」，搭乘有前科之駕駛所開的計程車對乘客而言是否具有更高的被害風險。在此，以「該等暴力或性犯罪」前科者的「高

累再犯率」（上述 1.至 3.的事實資料）用於第二個可能比較參考點的證明，似乎就較有直覺上的說服力。

然而，如同林子儀大法官的質疑，「該等暴力或性犯罪」前科者的再犯罪，並非必然皆與計程車有關，例如，利用計程車做為再犯罪之工具，或利用駕駛營運之機會犯罪，使得論理上無法直接由一般的高累再犯率推論這些再犯罪必然是計程車乘客安全上的危險。同樣地，上述 4.「修法後犯罪人數下降」的事實資料，也因為無法排除可能的干擾因子，而無從斷定隔絕「前科犯」對乘客的安全的確具有正面的效益。因此，如果要證明計程車駕駛的「該等暴力或性犯罪前科」，對乘客而言的確是其安全危害的危險因子，則必須如同對第一個比較參考點的檢驗一樣，調查並認定下列四種資訊：

乘 客		是否於搭乘計程車時被害		
		+	-	總計
所乘計程車之 駕駛是否具有 該等暴力或性 犯罪前科	+	M	N	O
	-	P	Q	R

- (M) 乘坐有特定前科者所開計程車而被害人次
- (O) 乘坐有特定前科者所開計程車總人次
- (P) 乘坐無特定前科者所開計程車而被害人次
- (R) 乘坐無特定前科者所開計程車總人次

當然，多數意見與許宗力大法官並非沒有意識到直接以「前科者的高累再犯率」推論「乘作前科者所開計程車有更高的被害風險」，會「過度包含」(over-inclusive)實際上對乘客安全不構成危險的諸多情形，例如前科者再犯並非以計程車為工具或利用駕駛營運之機會犯罪，或者前科者的再犯罪被害人根本就不是計程車乘客的情形。而此等情形在累再犯率的統計上卻無法與其他情形區辨。然而，就如同任何統計數據(statistic)

在不同的層次對個別樣本而言都可能是一種並非全然精確的描述，並不因此就必然妨礙統計數據的運用，端視此等統計數據是否能有效地伺服於運用此等統計數據之目的而定。例如，對律師事務所而言，以最有效率的方式篩選最有能力的律師，是求才程序所要追求的目標，因此，即使在校成績並不必然代表工作上的表現，因為成績高的人並不必然會是個好律師，成績不好的人也並不必然有較差的工作表現，但是在八九不離十的統計效度上，以在校成績做為雇用律師的標準，會是一個合理且有效率的統計數據運用方式。

因此即使依照上述的分析，比較 M/O 與 P/R 所得到的相關性資料（如果有的話）應較之單純使用「前科者的高累再犯率」而言，是更精確的統計證據⁷⁹，然而無論如何對個案樣本而言，還是可能產生描述上的誤差。勢必要面對的是統計證據之一般化推論的合理性問題。對乘客而言，就如同職場上的雇主，希望透過最有效率的方式過濾篩選出安全的乘車環境，因此不管是以「累再犯率之高低」，或是以「 M/O 與 P/R 比較後之相關性結論」，來正當化將「前科之有無」當作一種具有統計一般化意義的「替代指標」(proxy)，恐怕都無法單純以對個案樣本的描述不夠精準為由，指責使用統計數據的合理性。而許宗力大法官所以強調上述 6. 有關「目前無法更精確預測個別前科者之安全危害性」之經驗性事實基礎的原因，毋寧就是在強調現階段採用「前科」此種統計一般化「替代指標」進行分類的合理性。

⁷⁹ 顯然大法官並未調查上述(M)(O)(P)(R)的立法事實。大法官在本案中對立法事實的調查，雖援引司法院大法官審理案件法第 13 條第 1 項規定，通知主管機關提供相關的統計資料，但卻未在本案中如同釋字 419、435、436、499、520、585、603 等多號解釋，邀請專家學者針對「立法事實」問題，提出鑑定意見書，至為可惜。倘若在大法官尋求鑑定意見後，仍然出現事實真偽不明的情形時，還是必須面對統計數據之一般化推論的合理性問題。

（二）將「剩餘風險」視為「危險」具有正當性嗎？

以上的分析是建立在乘坐前科者所駕駛之計程車對乘客而言是一種「危險」的第二個可能比較參考點上。而第二個比較參考點的立論基礎則是，不管其他社會生活上的「剩餘風險」為何，民眾在搭乘計程車時可免於來自「前科者」之任何風險的期待。在這樣的期待下，統計上有效的一般化分類標準的採用，方才具有了合理性。然而，單純以民眾在搭乘計程車時對「隔絕」（如果不是「隔離」的話）前科者的期待，試圖正當化使用「前科」做為「危險」的「替代指標」，而不論究「搭乘計程車的社會生活」相較於「其他社會生活」是否的確有更高的風險存在（第一個比較參考點的檢驗），事實上等於是將前科者的再犯罪「剩餘風險」，視為國家應予排除的「危險」（危險推定），而完全剝奪前科者一般社會生活參與的可能性。因此，第二個比較參考點是否有獨立於第一個比較參考點存在的正當性，並非沒有疑問。

多數意見與許宗力大法官在「立法事實」的審查過程中，將重點置於「立法事實」證明度的問題，或係出於審度是否應以司法者價值判斷取代立法者價值判斷的謹慎心態使然。然而，多數意見與許大法官卻忽略了立法事實在「內部證立」上仍必須注意「事實」所能推論的極限（「高累犯率」本身不能推論「高於剩餘風險的危險存在」），以及事實推論的價值前提問題（憲法是否允許「第二個比較參考點」可正當地獨立於「第一個比較參考點」而存在）。

然而更大的問題卻是，民眾對於隔絕前科者的期待，或謂封鎖前科者之社會參與可能性的期待，本應直接觸動有關憲法平等保障原則的警鈴，卻因為大法官們一方面囿於既有的憲法平等保障原則的論述，另一方面又因未能掌握「立法事實」在規範論證的「外部證立」上，所具有補充修正舊規範甚至「發現」新規範前提之積極功能，而使得大法官事實上也喪失一個可以藉由發展新的憲法平等保障原則論述，以解決釋字

第 584 號解釋之本案實體問題的寶貴契機。

三、被遺忘的「立法事實」的外部證立功能與平等保障原則

即使在職業選擇自由的審查上出現嚴重的分歧，但多數意見、許宗力大法官以及林子儀大法官在平等保障原則的審查，基本上卻採取了相近的立場。多數意見與許宗力大法官將憲法平等原則理解為「等則等之，不等則不等之」意義下的恣意禁止，此與林子儀大法官將平等權理解為目的與分類手段間的合理性，在概念上有重疊之處，並可謂同為對平等原則的「反非理性差別待遇」理解。除此之外，林大法官則另引入美國法上有關「可疑分類」的概念，檢驗特定犯罪前科者是否屬於在違憲審查上應予特別加強保護的群體。林大法官認為，為慮及其他刑事政策之特殊需要，目前還不能遽然認為任何以「前科之有無」做為分類標準的規定，都應受到嚴格的審查。因此在低度的合理審查基準下，多數意見、許宗力大法官及林子儀大法官都認為，係爭職業選擇自由的限制，並不違背憲法平等原則的要求。

多數意見及許宗力、林子儀兩位大法官對平等原則的闡釋與操作，雖代表著目前國內有關平等原則的主流理論與實務見解，卻似乎對於在本號解釋提出另一個不同意見的許玉秀大法官開門見山的控訴，完全無力以對：

聖經裡頭向婦人丟石頭的故事，總是能牽動人類內心底層的矛盾，有悲憫，也有恐懼。直到二十世紀初葉以前瘋癲病患的故事、二十世紀以來愛滋病患的故事，以及去年春天記憶猶新的 SARS 傳染病來襲時，台北市立和平醫院前的歇斯底里，都是一樣。人類面對無能力解讀的危險時，第一個念頭就是和可能帶來危險的人劃清界限。有犯罪前科的人比帶有病菌的人下場往往更悲慘...。有犯罪前科的人重返社會

的路可以說都很艱辛，因為社會少不了向他們丟石頭的人。

多數意見的無力以對，或許是因為許玉秀大法官的這段「非典型法律論述」本來就不是針對憲法平等原則的理論論述而來。然而多數意見無力以對的真正原因，恐怕還是因為其所採取「反非理性差別待遇」的平等原則「概念觀」，並沒有提供任何線索，可供處理「民眾欲封鎖前科者之社會參與可能性的期待」對平等公民地位與資格之平等理念所帶來的威脅。

傳統經濟學理論認為，手段-目的不合理性的差別待遇，原則上可以在競爭市場的運作下被自然地矯治。對於無法透過市場機制自動矯治的「歧視」，傳統經濟學理論將其可能的發生原因分為兩類：第一種符合手段-目的合理性的「歧視」發生原因是普遍而根深蒂固的「偏見與嫌惡」的主觀心態 (animus-based discrimination)，這種普遍而根深蒂固的偏見與嫌惡，已轉化為市場機制中消費者相當一致的「偏好」；歷史上發生的多數非法的「歧視」屬於此種類型。第二種符合手段-目的合理性的「歧視」發生原因則是根據統計上有效的一般化分類標準進行差別對待，稱為「統計歧視」(statistical discrimination)⁸⁰。

許玉秀大法官的控訴，隱約地看得出許玉秀大法官對「偏見嫌惡」的憂慮；而根據「前科者」的「高累再犯率」，並以「前科之有無」做為決定其是否具危險性的分類標準，則是典型的「統計歧視」。然而，「偏見嫌惡」也好，「統計歧視」也好，倘若從補充「反非理性差別待遇」做為平等原則之「概念觀」的角度出發，對林子儀大法官而言，充其量也只有當「統計歧視」背後所存在的「偏見嫌惡」對象，涉及「可疑分類的群體」(suspect class)時⁸¹，才可能被「視為」是「非理性的」差別待

⁸⁰ See Arrow, *supra* note 40, at 6-20.

⁸¹ 英文 class 雖應翻譯為「階級」或某一特定「群體」，而非「分類」classification。但美國聯邦最高法院在平等保障原則的案件中所發展的 suspect class 概念，重點毋寧仍是對「分類」標準多於對「階級」或「群體」權利的關懷。此一現象似乎

遇。在不涉及「可疑分類群體」時，「偏見嫌惡」或「統計歧視」對「非理性差別待遇」的補充功能，其實是相當有限的⁸²。

當然，一般情形個人並沒有一定得喜歡某人的義務，而「統計歧視」也並非完全不具正當性。因此，「偏見嫌惡」或者「統計歧視」之可否，往往無法僅從本身是「偏見嫌惡」、是「統計歧視」即得以判斷，而必須援引其他的參考點⁸³。「偏見嫌惡」固然使得採用「可疑分類」的任何措施，可以說是一種「非理性」的產物，然而「偏見嫌惡」對平等原則的侵蝕，卻絕不僅於「可疑分類」所及的範疇。

對這個問題的思考，毋寧必須回歸到「平等公民地位與資格」做為平等保障原則之「概念」，應如何在「反非理性差別待遇」的「概念觀」之外，尋求（「外部證立」）其他足以判別正當與不正當之「偏見嫌惡」與「統計歧視」的新的有關平等原則的「概念觀」。這個新的「概念觀」必須至少要能回應：在「可疑分類」之外，甚至是在傳統需要予以特別保護的「基本性權利」之外，「統計歧視」背後的「偏見嫌惡」是否會對於平等原則所追求的平等公民地位與資格造成傷害。而進行這樣一種新規範的「外部證立」工作時，所需要的經驗性事實基礎將會是在大法官所調查與認定的 1.至 5.的事實資料，甚至是許宗力大法官所另外認定的 6.的事實資料以外的其他「立法事實」⁸⁴。

首先，當某一群體（例如林子儀大法官所認為的「前科者」）無法

是美國聯邦最高法院對平等原則採取「反非理性差別待遇」(anti-discrimination)而非「反階級從屬」(anti-subordination)之「概念觀」的必然結果。近來，美國聯邦最高法院的此一憲法「概念觀」，已受到越來越多的挑戰。

⁸² 以美國法而言，另外還包括當符合合理性之手段背後的「偏見嫌惡」所涉及的是「基本性權利」(fundamental rights)時，也會啟動最嚴格的違憲審查。SEE ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 532-33 (New York, NY: Aspen Law & Business, 1997); Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 631 (1996).

⁸³ See David A. Strauss, “*Group Rights*” and the Problem of Statistical Discrimination, ISSUES IN LEGAL SCHOLARSHIP, THE ORIGINS AND FATE OF ANTISUBORDINATION THEORY (2003): Article 17.

⁸⁴ 此等立法事實請參見下述(7)至(10)。

被一般性地承認為屬於「可疑分類群體」時⁸⁵，同時當某種個人權利（例如對於職業選擇自由的主觀條件）也不被認為可享有受到嚴格審查基準保障的「基本性權利」地位時⁸⁶，倘若此一非屬可疑分類之「群體」高度仰賴此種非屬基本性權利之「個人權利」，以維繫其作為一個公民的社會生活基本存立時，對該等「群體－權利」之連結關係的侵害，即可能影響到該等群體的平等公民地位與資格。這樣一種將所涉之「群體」與所涉之「權利」合併而非分別觀察的模式，學者稱之為平等保障原則的「共構理論」(co-constitutive approach)⁸⁷，有逐漸在美國聯邦最高法院受到重視的趨勢⁸⁸。在此認識下，許玉秀大法官不同意見書當中所謂「脫離了執行職業的人，職業不可能是什麼」，也有了新的意涵。而進行此種新的有關平等原則之「概念觀」的「外部證立」，則需要調查與認定以下的「立法事實」：

1. 前科者高度仰賴計程車職業，作為其社會更生的途徑
2. 前科者的社會更生成功與否，與其作為一平等公民地位與資格息息相關

其次，倘若「統計歧視」背後普遍存在著的「偏見嫌惡」，已對於上述「群體－權利」之連結關係構成侵害時，「統計歧視」即已構成對平等公民地位與資格的危害。而欲「外部證立」這個新的有關平等原則

⁸⁵ 關於究竟「前科者」是否屬「可疑分類」的討論請參見，田仁杰（2006），〈「具犯罪前科者」之群體的平等保障——從釋字第 584 號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，32 卷 1 期，頁 71-106。

⁸⁶ 林子儀大法官雖認為職業的選擇自由與個人人格的自由發展密不可分，但對於職業選擇自由的「主觀條件」限制，仍認為僅適用較嚴格（或稱中度）的審查基準即可。反之，許玉秀大法官則認為，職業自由作為人格發展的基礎，在憲法秩序中具有最高法價值，有關之限制應該採取嚴格審查標準。

⁸⁷ See Julie A. Nice, *Equal Protection's Antinomies and the Promise of a Co-constitutive Approach*, 85 CORNELL L. REV. 1392 (2000); Julie A. Nice, *The Emerging Third Strand in Equal Protection Jurisprudence: Recognizing the Co-constitutive Nature of Rights and Classes*, 1999 U. ILL. L. REV. 1209.

⁸⁸ See, e.g., Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996); Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982); M.L.B. v. S.L.J., 519 U.S. 102 (1996).

之「概念觀」時，則需要調查與認定以下的「立法事實」：

1. 因為「高累再犯率」而來的對前科者根深蒂固的「偏見嫌惡」普遍存在⁸⁹

2. 對前科者普遍存在的「偏見嫌惡」造成前科者更生不易的傷害

倘大法官援引上述(7)至(10)之「立法事實」進行「外部證立」，將能夠期待一個有關平等原則的新的「概念觀」的「發現」，並用以評價「民眾欲封鎖前科者之社會參與可能性之期待」的憲法可容許性，而一舉解決釋字第 584 號解釋的核心爭議。可惜的是，「立法事實」的這種「外部證立」功能，並沒有被大法官有意識地加以利用與發展⁹⁰。

肆、結論

休謨(David Hume)在十八世紀提出了「實然」與「應然」的區分。後續的學者更進一步在「實然」與「應然」的區分下發展出「自然主義謬誤」(naturalist fallacy)的理論，力陳從「實然」導出「應然」的不容許性。然而充其量，休謨的區分只是認為道德價值無法從經驗事實以邏輯演繹的方式直接推論而出⁹¹。實則，「應然」與「實然」二者間一直以各種方式相互關聯與影響⁹²。

⁸⁹ 田仁杰曾調查法律系統內對前科者普遍存在的「偏見嫌惡」。請參見田仁杰，前揭註 85 引文，頁 90。

⁹⁰ 本節有關平等保障之共構理論，以及統計歧視、偏見嫌惡等概念毋寧都需要進一步更細緻的說明與分析。然而一方面限於本文之篇幅，另一方面也由於本文於此之重點僅在於點出倘若 584 號解釋能引用實證研究以確認例如上述 7.至 10.之(立法)事實，將能外部證立一種新的平等概念觀的可能性，因此對平等保障原則相關問題更深入之著墨，乃予保留至日後處理。

⁹¹ DAVID HUME, A TREATISE OF HUMAN NATURE (1740).

⁹² 有關此種關連性在法學上具有何種意義的一個觀點（實然與應然的方法一元論）請參見亞圖·考夫曼著（1982），吳從周譯（1999），《類推與「事物本質」：兼論類型理論》，頁 73、103、109，台北：學林。氏認為實然與應然處於一種對應關係中，彼此能相互關連的根據是應然與實然在結構上本來就交錯糾纏在一起，實然中包括應然的成分，應然中有實然的成份。因此，所謂的「描述」都已帶有評

從以上的分析可以看出，「內在觀點的法學實證研究」目前所遭遇到的困境，大多並不是由所謂「實然跳躍至應然」的謬誤所導致，毋寧，更多的時候是源自於法律規範論證的內在邏輯問題。也就是，問題不在於不能從「實然」導出「應然」，而在於，究竟「什麼實然」可以得出「什麼事實性結論」，以及這樣的事實性結論，可以在「內部證立」與「外部證立」扮演何種角色的問題。因此，即便本文在現階段仍無法解答究竟在何種情形下「實然」是外部證立前提規範之「必要條件」⁹³，也瞭解「實證科學」不見得能對所有經驗性事實問題提供司法者一致而無爭議的答案，但忽略前提規範所由依據的經驗性事實基礎問題，並不會使這些問題消失於無形。然而同樣應小心以對的是，雖然「實證科學」因為已建立起的科學社群互動模式，使得在回答經驗性事實問題的能力上取得相當的優勢，但並不必然就應給予「實證科學」在回答經驗性事實問題上壟斷的地位。同時不能忽略的是，科學論述背後也往往隱藏各種價值⁹⁴，對此等價值的批判性檢驗，毋寧仍是法學研究必須嚴肅予以面對的課題⁹⁵。但恐怕也只有在規範論證上不迴避地正視經驗性的事實基礎問題，才有機會在運用實證科學的同時予以除魅。

⁹³ 價性格，事物中所謂的本質道理其實是人類投射的「意義」。

⁹³ 然而本文傾向於認為，即使可以引用經驗論證以外的論述形式進行外部證立（例如引用判決先例、法解釋、法釋義學等），仍然可以在任何時候針對此等論述形式所涉及的經驗性事實基礎提出質問，而使得在外部證立上回答此等相關的「實然」成為必要。See also ALEXY, *supra* note 13, at 233.

⁹⁴ 科學所描述的事實其實是在某種價值理論的脈絡下被論述(theory-laden fact), see, e.g., BRUNO LATOUR, *A New Separation of Powers*, in POLITICS OF NATURE 91, 96 (Cambridge: Harvard Univ. Press, 2004).

⁹⁵ 這部分可參考美國晚近 Law & STS (science and technology studies) 的新發展。See, e.g., Simon Cole & Michael Lynch, *The Social and Legal Construction of Suspects*, 2 ANN. REV. L. & SCI. 39-60 (2006); SHEILA JASANOFF, *SCIENCE AT THE BAR* (Cambridge, MA: Harvard Univ. Press, 1995).

參考文獻

一、中文部分

- 田仁杰（2006）。〈「具犯罪前科者」之群體的平等保障：從釋字第584號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，32卷1期，頁71-106。
- 吳從周譯，亞圖·考夫曼（Arthur Kaufmann）著（1999）。《類推與「事物本質」：兼論類型理論》。台北：學林。
- 林子儀（1997）。〈言論自由的限制與雙軌理論〉，收錄於《現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》。台北：月旦。
- 許宗力（2007）。〈違憲審查程序之事實調查〉，《法與國家權利（二）》。台北：元照。
- 郭淑珍（1998）。〈科技領域的風險決策之研究：以德國法為中心〉，臺灣大學法律研究所碩士論文。
- 黃昭元（2004）。〈憲法權利限制的司法審查標準〉，《臺大法學論叢》，33卷3期，頁45-148。
- 黃舒芃（2004）。〈憲法解釋的「法適用」性格：從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制定」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質〉，《政大法學評論》，81期，頁51-110。
- （2005）。〈從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題〉，《臺大法學論叢》，34卷2期，頁98-104。
- （2007）。〈數字會說話？——從大法官釋字第584號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位〉，《中研院法學期刊》，1期，頁1-45。
- 戴政、江淑瓊（2000）。《生物醫學統計概論》，2版。台北：自版。
- 顏厥安（1998）。《法與實踐理性》。台北：允晨。
- 蘇彥圖（1998）。〈立法者的形成餘地與違憲審查：審查密度理論的解析與檢討〉，臺灣大學法律研究所碩士論文。

二、外文部分

- Alexy, Robert (1978), Ruth Adler & Neil MacCormick trans., *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford: Clarendon Press.
- Arrow, Kenneth J. (1973), *The Theory of Discrimination*, in *Discrimination in Labor Markets*, Princeton (Orley Ashenfelter & Albert Rees eds.), NJ: Princeton Univ. Press.
- Brewer, Scott (1998), Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process, 107 *Yale Law Journal* 1535.
- Breyer, Stephen (1980), What Researchers Need to Know about Law and the Courts, in *The Use/Nonuse/Misuse of Applied Social Science Research in the Courts* (Michael J. Saks & Charles H. Baron eds.), Cambridge, MA: Abt Books.
- Cahn, Edmond (1955), Jurisprudence, 30 *New York University Law Review* 150.
- Chemerinsky, Erwin (1997), *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York, NY: Aspen Law & Business.
- Clark, Kenneth B. & Mamie P. Clark (1947), Racial Identification and Preference in Negro Children, in *Readings in Social Psychology* (Theodore M. Newcomb & Eugene L. Hartley eds.), New York: Henry Holt and Company.
- Cole, Simon & Michael Lynch (2006), The Social and Legal Construction of Suspects, 2 *Annual Review of Law and Social Science* 39.
- Davis, Kenneth C. (1980), Facts in Lawmaking, 80 *Columbia Law Review* 931.
- (1942), An Approach to Problems of Evidence in the Administrative

- Process, 55 Harvard Law Review 364.
- Deutscher, Max & Isidor Chein (1948), The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion, 26 Journal of Psychology 259.
- Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- (1998), Darwin's New Bulldog, 111 Harvard Law Review 1718.
- Faigman, David L. (2004), The Roots of Modernity: Holmes, Brandeis, and the New Legal Science, *in* Laboratory of Justice: The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law, New York: Times Book.
- Fiss, Owen M. (1976), Groups and the Equal Protection Clause, 5 Philosophy & Public Affairs 107.
- Haag, Ernest van den (1960), Social Science Testimony in the Desegregation Cases—A Reply to Professor Kenneth Clark, 6 Villanova Law Review 69.
- Hellman, Deborah (2000), The Expressive Dimension of Equal Protection, 85 Minnesota Law Review 1.
- Holmes, Oliver W. (1897), The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457.
- Hume, David (1740), *A Treatise of Human Nature*, London: printed for C. Borbet.
- Jasanoff, Sheila (1995), *Science at the Bar*, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- Kluger, Richard (2004), *Simple Justice*, New York: Vintage Books.
- Latour, Bruno (2004), A New Separation of Powers, *in* Politics of Nature 91 Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.

- MacKinnon, Catharine A. (Jack M. Balkin ed., 2001), Concurring in the Judgment, in *What Brown v. Board of Education Should Have Said* 143, New York: New York Univ. Press.
- Mody, Sanjay (2002), Brown Footnote Eleven in Historical Context: Social Science and the Supreme Court's Quest for Legitimacy, 54 Stanford Law Review 793.
- Monahan, John & Laurens Walker (2006), *Social Science in Law*, New York: Foundation Press.
- (1991), Empirical Questions Without Empirical Answers, 1991 Wisconsin Law Review 569.
- (1986), Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law, 134 University of Pennsylvania Law Review. 477.
- Nice, Julie A. (1999), The Emerging Third Strand in Equal Protection Jurisprudence: Recognizing the Co-constitutive Nature of Rights and Classes, 1999 University of Illinois Law Review 1209.
- (2000), Equal Protection's Antinomies and the Promise of a Co-constitutive Approach, 85 Cornell Law Review 1392.
- Saks, Michael (1974), Ignorance of Sciences Is No Excuse, 10 Trial 18.
- Strauss, David A. (2003), "Group Rights" and the Problem of Statistical Discrimination, Issues in Legal Scholarship, The Origins and Fate of Antisubordination Theory: Article 17.
- (1989), Discriminatory Intent and the Taming of Brown, 56 University of Chicago Law Review 935.
- Turnock, Bernard J. (2004), *Public Health: What It Is and How It Works* 402, 3rd ed., Boston: Jones and Bartlett.
- Tussman, Joseph & Jacobus tenBroek (1949), The Equal Protection of the

- Laws, 37 California Law Review 341.
- White, G. Edward (1972), From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth Century America, 58 Virginia Law Review 999.
- Woodcock, Peter G. (1999), The Case Against Evolutionary Ethics Today, *in* Biology and the Foundation of Ethics (Jane Maienschein & Michael Ruse eds.), Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

摘要

法學的實證研究雖於近年受到國內法學界的重視，然而一方面，受限於國內法學界對規範論證的想像，多半仍深受概念法學與評價法學的影響，而堅守「法／事實」、「應然／實然」的二分，並認為（誤解）在法與應然場域中的規範論證無法從對「實然」的考察中獲得解答，而僅能從語意學上的邏輯演繹，或者從司法者對「應然」的價值理解裏探詢；另一方面，也由於法學這種研究「規範」的學科，與研究「經驗現象」的實證科學間，存在著某種因研究對象不同而產生的緊張關係，使得在規範論證中所由依據的經驗性事實基礎為何的課題，往往未受重視，而援引實證研究進行規範論證，也未受到法學界的誠心接納。連帶影響使得國內的法學實證研究主題，多半與法學本身的規範論證保持相當的距離感。在此一認識脈絡下，本文將嘗試指出，國內學者將最有可能連結法學規範論證與實證科學研究的「立法事實」(legislative facts)概念，單純理解為國會立法者（或制訂法規命令的行政機關）制訂法律（或法規命令）所由依據的社會生活事實，並進而暗示司法者對「立法事實」的調查、認定與審查，僅止於以諸如比例原則等審查基準對此等法令進行法規違憲審查時始發生。對「立法事實」的此一狹隘理解，掩蓋了法規違憲審查以外一般的規範論證，無論在其內部證立或外部證立的過程，都可能須要建立在某些經驗性事實基礎之上。同時，此種將「立法事實」單純視為法規違憲「審查標的」之一部分的理解，也因為將焦點置於處理不同違憲審查審查標準／密度下事實證明度 (standard of proof) 的問題，而忽略了論證上一些更根本的前提問題。一旦「立法事實」之概念可以還原為「規範論證中所由依據的經驗性事實基礎」，並使之從違憲審查標準／密度的操作課題中解放出來，在規範論證中透過實證科學提出並檢證「經驗性事實基礎」的模式，才得以更常態地在法學論證中被

實踐。當然，針對實證研究背後所隱含之價值預設進行檢驗的必要性，以及對自然主義之謬誤的警覺，仍不應因此種常態化而有所改變。反之，「援引實證科學進行規範論證」的常態化，將促使吾人得以對事實隱含價值與價值依賴事實的辯證關係，進行更深刻的反省。

Facts Neglected: The Possible Role of Social Science in Legal Reasoning

Wen-Tsong Chiou*

Abstract

While great attention has been in recent years paid to empirical studies in Taiwan's legal academy, the use of scientific evidence in the studies *of law* from what Ronald Dworkin called the "internal point of view" is still scant. The forefront of the new fashion is rather limited to the studies *about law* from the "external point of view." The reason behind this unfounded disparity is due largely to, this article argues, *an untenable brand* of the distinction between "fact" and "law" and a misunderstanding about the *is-ought* problem. The misconception that questions of law cannot be answered (externally justified) by "fact" but "law" itself has infected the reception of the concept of "legislative fact" in Taiwan. The "legislative fact" is in Taiwan understood and treated merely as the "object" of the constitutional review just like a legislation that is under review. The focus of legal scholars in discussing the concept of "legislative fact" is therefore limited to the problem of whether and to what extent it is justifiable to substitute judicial judgment of facts for that of the legislature. The function of "legislative fact" to *externally justify* a legal norm is, however, entirely ignored. This article uses the J.Y. Interpretation No. 584 as an example to illustrate that the current problem of making use of empirical evidence in legal reasoning is not that those who do so commit naturalist fallacy, but that they very often fail to follow some basic logic rules. More importantly, they fail to recognize the function of empirical studies to *externally justify* a legal norm, for example, a new conception of equal protection, which this article argues is the real answer to what has bewildered the Justices in the case of

* Assistant Research Fellow, Institutum Iuriprudentiae, Academia Sinica; S.J.D., University of Virginia.

J.Y. Interpretation No. 584.

Keywords: legislative fact, adjudicative fact, empirical study of law, social science and law, scrutiny of judicial review, internal justification, external justification, scientific evidence, statistics evidence, statistical discrimination, anti-discrimination principle, anti-subordination principle