

# 違憲審查基準體系建構初探<sup>\*</sup>

## ——「階層式比例原則」構想

湯德宗<sup>\*\*</sup>

### 目次

- 壹、前言
- 貳、我國違憲審查基準現況
  - 一、認知內容不盡相同
  - 二、操作方式不一
  - 三、釋字第578號解釋以降始區分審查基準
  - 四、各種審查基準之內涵猶屬各說各話
- 參、違憲審查基準體系之比較與融合
  - 一、德國「比例原則」之蛻變
  - 二、加國另類「比例原則」
  - 三、美國「司法審查標準」之彙整
  - 四、「階層式比例原則」構想
- 肆、指標案例演習
  - 一、釋字第584號解釋
  - 二、釋字第618號解釋
  - 三、釋字第603號解釋
- 伍、結論

\* 投稿日：2009年3月24日；接受刊登日：2009年3月31日。

\*\* 中央研究院法律所研究員兼籌備處主任，國立台灣大學國家發展研究所合聘教授。

## 壹、前言

欣逢司法院大法官釋憲一甲子，亦本所（前身本院社科所法律組）開辦「憲法解釋之理論與實務」學術研討會10週年，本文擬藉此探索一個承先啟後、繼往開來的議題。

採行與強化「違憲審查」(constitutional review, judicial review of constitutionality) 制度，堪稱當今民主憲政各國 (constitutional democracies) 顯著的發展趨勢。<sup>1</sup>作為憲法的守護者 (Guardian for the Constitution, Hüter der Verfassung)，釋憲機關（例如美國聯邦各級法院、德國聯邦憲法法院、我國司法院大法官）於審查國家其他機關之行為「合憲」與否時，必然面臨分寸拿捏的問題——對於在憲法上與之平行的其他權力部門（如立法、行政部門）所為之決策，應予如何（程度）之尊重？「違憲審查基準」即指釋憲機關解釋憲法所採取之尺度，亦即大法官於「案件」中衡量（判斷）係爭國家機關行為（如立法院所制定之法律）合憲與否之標準。美國稱之為“standards of judicial review”（違憲審查標準）<sup>2</sup>，德國則以“Kontrolledichte”（審查密度）<sup>3</sup>稱之。

1 See generally, DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 2-3 (2004); DONALD W. JACKSON & C. NEAL TATE (EDS), COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY 9-12 (1992); TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES 1-11 (2003).

關於違憲審查制度必要性之質疑，See generally, MARK TUSHNET, RED, WHITE AND BLUE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW (1988); JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999); MICHAEL MANDEL, THE CHARTER OF RIGHTS AND THE LEGALIZATION OF POLITICS (1989); Michael Walzer, *Philosophy and Democracy*, 9 POLITICAL THEORY 391 (1981).

2 按「標準」(standard) 乃指由權威、習慣或公認所建立之模式或例舉 (something established by authority, custom, or general consent as a model or example)；而「基準」(criterion) 則為裁判或決定所得依據之標準 (a standard on which a judgment or decision may be based). See Merriam-Webster Online Dictionary (<http://www.merriam-webster.com>)。本文固以「違憲審查基準」為題，然以「標準」與「基準」在中文已混用成習，以下行文時並不嚴格區分。

3 關於「審查密度」之意涵與操作，參見許宗力，〈違憲審查程序之事實調查〉，

「違憲審查」依審查之內容（客體）可大別為兩類：「權力分立案件」與「人權保障案件」。前者旨在維持憲法上各權力部門（憲法機關）間之分立與制衡關係；後者旨在劃定國家公權力行使之界限，以維護人民憲法上所保障之權利。兩者性質不盡相同，其間司法（違憲審查機關）扮演之角色容亦有異。關於「權力分立案件」之違憲審查基準，作者稍有涉獵，嘗倡議「權力分立動態平衡理論」；<sup>4</sup>本文僅論「人權保障案件」之違憲審查基準。

雖各種人權之保障鮮為絕對，各國憲法之「憲法權利結構」(structure of constitutional rights)（或稱「基本權結構」）並不相同。美國聯邦憲法未有人權「限制條款」(limitations clause)<sup>5</sup>，聯邦最高法院向來解為各種人權皆有「隱含之限制」(implied limits)。<sup>6</sup>當今大多數憲法皆載有人權限制條款，其體例或為「通用」或為「個別」。「通用型限制條款」(general limitations clause)指以單一條文，規定各種人權一體適用之限制，例如：我國憲法第二十三條<sup>7</sup>、

---

《法與國家權力(二)》，頁43以下，頁62-66（2007年1月）（以下稱2007文）；許宗力，〈比例原則與法規違憲審查〉，《戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集》，頁213以下，頁214-216（2004年1月）（以下稱2004文）；黃舒芃，〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向(funktionell-rechtlicher Ansatz)之問題與解套〉，《政大法學評論》，91期，頁119以下（2006年6月）。

4 參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據——違憲審查正當性的理論初探〉，《權力分立新論 卷二》，頁35-42（2005年4月）。

5 「人權之限制條款」實際乃對於立法者限制人權之限制，故又名「限制之限制」(Schrankenschränken)條款。參見蔡震榮，《行政法理論與基本人權之保障》，頁128（1994年初版）。

6 例如，憲法增修條文第一條雖曰：「國會不得制定法律限制言論自由」(“Congress shall make no law abridging the freedom of speech”)，惟聯邦最高法院殆將之解為：「除為極重要之政府利益所必要者外，國會不得立法限制言論自由」(Congress shall make no law abridging the freedom of speech *unless* doing so is necessary for a compelling government interest)。See Stephen Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, 54 UCLA L. REV. 789, 800 (2007).

7 憲法第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。

加拿大1982年憲法第一條<sup>8</sup>、南非憲法第三十六條一項<sup>9</sup>；「個別型限制條款」(specific limitations clause)指針對各種人權，分別規定其得予限制之條件。例如：歐洲人權公約(European Convention on Human Rights, ECHR)第十條二項<sup>10</sup>、同公約第十一條第二項<sup>11</sup>。無

- 
- 8 加拿大1982年憲法第一條：“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”。
- 9 §36(1), Constitution of the Republic of South Africa (1996):
- (1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including-
- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.
- 10 ECHR §10(2): “The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary” (言論自由權之行使僅得為國家安全、領土完整或公共安全等利益，於民主社會所必要之範圍內，以法律限制之)。
- 11 ECHR §11(2): “No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State” (和平集會結社權之行使，僅得為國家安全、公共安全、健康或道德、或維護他人之權利及自由等利益，於民主社會所必要之範圍內，以法律限制之)。
- 其他如：克羅埃西亞憲法(2001)第三十六條第二項(為維護國家安全及實施犯罪偵查所必要時，得以法律限制通信之自由及隱私)；保加利亞憲法(2006)第三十五條(居住遷徙之自由僅得以維護國家安全、公共衛生、及其他國民之權利與自由為由，以法律限制之)。

論「通用型」或「個別型」之「人權限制」條款，甚或「隱含」之人權限制，其性質皆屬「憲法權利之外在限制」(external limits on constitutional rights)，旨在劃定憲法所能容忍之憲法權利限制；亦即，政府為追求公共政策目標得推翻憲法權利保護推定之界限。<sup>12</sup> 又，不論憲法第二十三條於「平等權」之限制，是否亦有適用；<sup>13</sup>

12 與此相對者乃「權利之內在界限」(internal limits on rights)，指在某特定情形下，是否存在某一憲法權利。例如：「言論自由權」(美國聯邦憲法增修條文第一條)是否包含政治異議人士對總統進行汽車炸彈攻擊之「表意行為」(expressive act)? (按：答案為否)又如，「正當程序條款」(美國聯邦憲法增修條文第十四條)之「自由權」是否包含同性戀者雞姦之自由? (按：答案為是，參見 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003))

「權利之內在界限」乃「自動與本質」(automatic and inherent)問題：一旦如是界定，便如是適用；逾越權利內在界限者，無權利侵害之可言。政治部門無權決定在某個案中是否適用「權利之內在界限」。反之，「權利之外在界限」，則屬「視情況而定」(contingent)且「附條件的」(conditional)：須先有某個憲法機關主張某種得以推翻憲法權利保護推定的衝突性公共目標(例如為追求教育之多元化)，其次並須滿足實質的憲法基準(substantive constitutional criteria)，始能加諸「權利之外在限制」。準此，各國違憲審查乃首先確認「有無憲法權利遭受侵害」(內在界限問題)，其次始審究「政府能否適切說明係爭權利侵害為正當」(外在界限問題)。See Gardbaum, *supra* note 6, at 801-807. 本文所論即「憲法權利外在界限」認定之方法問題。

13 釋字第571號解釋林子儀大法官之「協同意見書」以為，憲法第二十三條於平等權之限制亦有適用：「系爭內政部令函是否侵害聲請人之平等權……涉及政府某一立法所採之差別待遇是否符合憲法第二十三條之規定」。

至學說則甚為分歧。有認為憲法第二十三條亦可用於限制第七條之平等權者，參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁189-190(2003年修訂版)；陳慈陽，《憲法學》，頁489(2004年初版)(平等原則禁止無正當理由而為差別待遇，而有無正當理由應以比例原則所揭示之三項標準為斷——是否在追求正當目的、是否為達成該目的所必要、差別待遇與目的之價值成適當比例)。有認為不可適用者，參見法治斌、董保城，《憲法新論》，頁183-186(2005年3版)(平等權之侵害不同於自由權之侵害，乃不同對象間比較上的相對性問題，而非手段與目的間之法益衡量問題，故無法訴諸比例原則判斷之)。有採折衷說者，例如許宗力，〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務(第二輯)》，頁85以下，頁106-108(2000年8月)(將差別待遇分為兩種類型——「不等者，不等之」與「追求其他政策目的者」。後者所適用之審查模型，與自由權之審查無異)。

余意以為，就受侵害之權利內容而言，平等權之侵害與自由權之侵害固不相同；然於判斷係爭侵害是否「合理」，兩者之分析架構本質相同——皆須考量「手段」與「目的」之關聯。

平等權之保障既非絕對，於其受到限制時，自亦有探討違憲審查基準之必要。本文「階層式比例原則」構想之思維方式應可一體適用於「平等權」及各種「自由權」之限制之審查，惟其間操作細節（尤其，選擇審查基準時應行考量之因素）容有小異。

建立違憲審查基準旨在促使（協助）釋憲機關「合理且一貫地」(reasonably and consistently) 適用「人權限制條款」（如我國憲法第二十三條），以劃定「法律」限制人權的界限，提高違憲審查結果（無論稱為「判決」或「解釋」）之預測可能性 (predictability)，從而強化違憲審查制度之正當性。<sup>14</sup>「違憲審查基準」之確立，堪稱違憲審查制度發展成熟之表徵。我大法官釋憲已屆60年，解釋累積逾600件；尤其，自解除戒嚴 (1987) 及政權輪替 (2000) 以來，社會發展日趨多元，利益衝突日形顯著，人民對於司法之倚賴空前熱切，誠確立違憲審查基準之絕佳時機！

本文擬由比較憲法之宏觀角度出發，為建立本土違憲審查基準獻策。全文分為五節。第一節（前言）說明寫作動機、界定研究範圍。第二節檢視大法官相關解釋，確認我國違憲審查基準發展現況。第三節比較各國違憲審查基準之體系，包括德國「比例原則」之蛻變、加拿大之另類「比例原則」、及美國「司法審查標準」之彙整；並試予整合，提出「階層式比例原則」(hierarchical proportionality principle) 的構想。第四節試將「階層式比例原則」適用於三件指標案例——釋字第584, 603及618號解釋，剖析異同，檢驗效益。最後則以回顧與前瞻作結。

---

14 BEATTY, *supra* note 1, at 159-164. 並參見黃昭元，〈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〉，《台大法學論叢》，33卷3期，頁1以下，頁6-7（2004年5月）（違憲審查基準具有四項功能：回應司法違憲審查正當性的顧慮、積極促進思辯民主、提高法院裁判的可預測性、形成為實踐憲法規範所需的具體法則）；許宗力大法官釋字第578號解釋「協同意見書」（「為提升司法審查的可預測性與可接受度，逐步發展出寬嚴不同的審查基準，自亦有其必要」）。

## 貳、我國違憲審查基準現況

憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」；大法官向以「比例原則」稱之。大法官「比例原則」之操作實況，略可歸納為如下四點。

### 一、認知內容不盡相同

按大法官自釋字第436號解釋開始，明確宣示憲法第二十三條之規定即為「比例原則」。<sup>15</sup>惟相關解釋中闡述「比例原則」之內涵，實際並不相同；更精確地說，大法官對「比例原則」之認知猶在演進中。

析言之，釋字第476號解釋審查「毒品危害防制條例」所定刑度（死刑與無期徒刑）是否過當，謂：「國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則」。是「比例原則」包含三項子原則：「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」。嗣釋字第544號解釋重申斯旨。<sup>16</sup>

---

15 釋字第436號解釋固宣示：「規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則」，但並未闡釋「比例原則」之內涵。

其實，大法官釋字第179號解釋中鄭玉波大法官「不同意見書」已謂：「人民之基本權利，究以無限制為原則，有限制為例外，因而其限制非嚴格的具備必要、合理及適當三要件則不可」。釋字第242號解釋劉鐵錚大法官之「不同意見書」亦謂：「按憲法第二十三條限制人民自由權利之規定，必須符合公共利益之目的，須以法律限制，及必要原則等三項要件。其中必要原則，係指法律為達特定目的所採限制之手段，必須合理、適當，不可含混、武斷，申言之，所採之手段固必須能達成目的，然必擇其對人民損害最輕，負擔最低，且不致造成超過達成目的所需要之範圍，始足當之」。

16 大法官釋字第544號解釋文謂：「國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以何種刑罰處罰個人之反社會性行為，乃立法自由形成之範圍。就特定事項以特別刑法規定特別罪刑，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必

然，自釋字第551號解釋起，大法官似有另番闡釋。關於毒品危害防制條例，就栽贓誣陷或捏造證據誣告者，處以其所誣告之罪之刑，是否合憲，釋字第551號解釋謂：「法律對於人民自由之處罰或剝奪其生存權，除應有助於達成立法目的，尚須考量有無其他效果相同且侵害人民較少之手段，處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係，方符合憲法第二十三條規定之比例原則，業經本院釋字第四七六號解釋闡釋在案」。雖援引釋字第476號解釋為依據，實際卻悄然以「手段適當性」取代「目的正當性」！嗣釋字第554號解釋（解釋理由書）<sup>17</sup>重申斯旨。準此，「比例原則」乃包含三項子原則：「手段適當性」、「手段必要性」與「狹義比例性」。此說殆同於德國「比例原則」之傳統理解（後詳）。

前揭釋字第476號解釋與釋字第551號解釋之不同，主要在於：「目的正當性」是否為「比例原則」之一部分？此與德國「比例原則」之蛻變（後詳），正相契合。

## 二、操作方式不一

其次，關於「比例原則」的三項子原則，大法官迄未發展出一致的操作順序。<sup>18</sup>時而僅論「目的合憲性」與「手段適當性」，例如釋字第512號解釋；<sup>19</sup>時而僅論「狹義比例性」（手段與目的是否衡

---

要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則，業經本院釋字第四七六號解釋闡釋在案」。

17 大法官釋字第554號解釋理由書：「如選擇以刑罰加以處罰，倘立法目的具有正當性，刑罰手段有助於立法目的達成，又無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦處於合乎比例之關係者，即難謂與憲法第二十三條規定之比例原則有所不符」。

18 現任大法官人權案件之審查基準分析，參見廖元豪，〈高深莫測，抑或亂中有序？——論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，2期，頁211以下（2008年3月）。

19 關於被宣告處有期徒刑以下之罪，限制不得上訴第三審是否合憲，釋字第512號解釋之解釋理由書謂：「此項程序，係立法機關鑑於煙毒危害社會至鉅，及其犯罪性質有施予保安處分之必要，為強化刑事嚇阻效果，以達肅清煙毒、維



平)，例如釋字第500號解釋蘇俊雄大法官之「部分不同意見書」；<sup>20</sup>或僅究「手段必要性」與「狹義比例性」者，例如釋字第471號解釋；<sup>21</sup>有僅討論「手段適當性」，而未審究「手段必要性」與「狹義比例性」者，例如釋字第340號解釋。<sup>22</sup>甚或全然未區分三項子原則，逕將「比例原則」簡化為「損益衡量」者，如釋字第487號解釋<sup>23</sup>。

### 三、釋字第578號解釋以降始區分審查基準

1992年新制（不分屆次）大法官就任後，開始意識「比例原則」之適用，應有更細緻之操作。許宗力大法官在釋字第578號解釋之「協同意見書」中率先指出：

關於對立法事實判斷之審查，約可粗分三種寬嚴不同審查基

---

護國民身心健康之目的，就何種情形得為上訴以及得上訴至何一審級等事項，所設特別刑事訴訟程序，尚屬正當合理限制」。

- 20 略謂：「面對大量稽徵案件……稅捐實務上，得依慣常發生事實設定『核實認定』標準，以達行政經濟之考量，並杜不當稅捐規避行為……既有抽象標準之設定，在適用上亦不免造成依『標準』所為的形式認定與個案中實質關係反不相符，並因而造成適用對象額外負擔的情形。由此以為達行政經濟與杜不當稅捐規避的『目的』，與造成人民額外負擔的『手段』之間，達到適當的比例關係作為此等標準的容許前提」。
- 21 參見釋字第471號解釋之解釋理由（「立法機關於制定法律時，其內容必須符合憲法第二十三條所定之要件，即須為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必要。對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當之關係」）。
- 22 大法官認為：政黨推薦之候選人保證金減半繳納之規定，將使無政黨推薦者須繳納較高保證金，「如主管機關公告之保證金過高時，則有意參選者，僅須結合少數人員，即可依法以備案方式成立政黨，再以政黨推薦名義減輕其負擔，反足使小黨林立，無助於政黨政治之健全發展。是上開……規定，係對人民參政權所為不必要之限制」。
- 23 釋字第487號解釋之解釋理由書：「冤獄賠償法第二條第二款前段，僅以受害人之行為違反公共秩序或善良風俗為由，剝奪其請求賠償之權利」；而「未能以其情節是否重大，致為社會通常觀念所不能容忍為衡量標準，與同款後段及同條其餘各款所定之其他事由相較，亦有輕重失衡之處，實與憲法上之比例原則未盡相符」。

準：如採最寬鬆審查標準，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，即予尊重；如採中度審查標準，則進一步審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持；如採最嚴格審查標準，司法者對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符適合原則之要求。何時從嚴，何時從寬審查，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇。

前揭意見不僅指出三種寬嚴不同的審查基準，並例示基準選擇應考量的因素，堪稱我國釋憲實務建立違憲審查基準體系之先聲！

#### 四、各種審查基準之內涵猶屬各說各話

釋字第578號解釋以降，大法官雖開始嘗試區分審查基準；然關於各種審查基準之內涵，迄未獲得共識。例如，道路交通管理處罰條例限制特定前科犯終身不得駕駛計程車之規定<sup>24</sup>，是否（違憲地）侵害人民工作權（選擇職業之自由），釋字第584號解釋（多數意見）固未明示採取之審查基準，惟依許宗力大法官「協同意見書」之觀察：「多數意見經綜合考量，最後作成採中度審查的共識」。許氏並闡釋：「在中度審查下，目的合憲審查方面，要求系爭限制職業自由之法律所追求目的需是重要公益；手段適合、必要與合比例審查方面，就立法事實之認定，在斟酌一切相關情況、事實與知識之基礎上，審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持」。同案，林子儀大法官亦採「中度審查標準」

---

<sup>24</sup> 參見道路交通管理處罰條例第三十七條第一項（「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，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記」）。

(林氏稱為「較嚴格的審查標準」)，但卻提出「不同意見書」。

細繹許（協同意見）、林（不同意見）兩人所見之差異，關鍵似在「舉證責任之分配」。許氏以為：在「中度審查標準」下，「涉及人民聲請的法規違憲審查案件，相關機關（尤其是主管機關）基本上並無舉證證明系爭法律『違憲』之義務；反而是在嚴格審查情形，其負有舉證證明系爭法律『合憲』之義務」。林氏則以為在「中度審查標準」下，「相關政府機關的選擇不再享有合憲推定，其因此須對於上述目的之重要性、手段之實質有效性與其侵害程度係可接受等，負舉證的責任」。是許、林兩人同樣聲稱應採取「中度審查基準」，但彼此所理解（認知）之「中度審查基準」，至少就「舉證責任之分配」（誰應負責舉證係爭規定違憲）而言，顯然存有重大歧異，<sup>25</sup>並終致結論分殊。<sup>26</sup>上述許、林二人之差異亦反映出

25 對此，廖元豪教授的觀察極為細膩：「總而言之，林子儀大法官的『中度』，是一種『從嚴審查，但尚未至最嚴格標準』的審查方式；而許宗力大法官的『中度』，則仍是一個相對寬鬆，比較接近『合理審查』的基準。……美國的『中度審查』已經是個具有相當殺傷力的『較嚴格審查』，與最低度的『合理審查』完全不可以道里計；而德國的『中度審查』，卻與最寬鬆的『明顯性審查』差異不大」。參見廖元豪，前揭（註18）文，頁236-237。

26 或謂：與其說是大法官之間關於「中度違憲審查基準」的理解不同，而導致關於釋字第584號解釋中的關鍵性「立法事實」——「終身禁止特定前科犯駕駛計程車，乃維護乘客安全與社會治安之適當與必要手段」作成不同判斷，不如說是同案大法官在援引「立法事實」進行「規範論證」時，普遍犯了邏輯上的誤謬！

按該案中大法官所獲悉並考量的「立法事實」包括：

- 1) 按修法前（86年）之統計，有係爭特定犯罪前科之計程車駕駛，再犯同一罪名的比率為4.24%，再犯各種罪名的比率為22.22%；
- 2) 按修法前（86年）之統計，一般前科犯再犯同一罪名的比率為22.3%，再犯各種罪名的比率為43%；
- 3) 按修法前（86年）之統計，撤銷假釋人數占當期假釋出獄人數的30%，按修法後（92年）之統計，該比率下降為27.2%；
- 4) 修法後之統計顯示：計程車駕駛犯係爭特定犯罪者之人數呈下降趨勢；
- 5) 按81年至91年的統計，所有犯罪受刑人出獄後第7年平均再犯率降至1.5%，第10年更降至1%以下；
- 6) 目前犯罪預防科技尚無可靠方法，能自前科犯中篩選出無再犯之虞者。欲以「有係爭特定前科者之高累再犯率」為由，（終身）禁止其駕駛計程車，須能證明「有係爭特定前科者駕駛計程車確實（將）造成比「剩餘風

德、美兩國違憲審查運作之差異（後詳）。

## 參、違憲審查基準體系之比較與融合

大法官固已多次宣示，憲法第二十三條即為「比例原則」；惟其所認知之「比例原則」未必同於德國之「比例原則」(Verhältnismäßigkeitsprinzip)。<sup>27</sup>按「比例原則」原有其他解讀（或

險」(residual risk) 更高的風險。為此，可有兩個參考比較點：

一、「開計程車」對於「具有係爭特定前科者」而言，較其從事其他社會活動，存有更高的再犯罪風險？亦即，須比較「具有係爭特定前科而開計程車者之再犯罪率」與「具有係爭特定前科而未開計程車者之再犯罪率」，以證明「開計程車」（對於具有係爭特定前科者而言）確為再犯罪之「危險因子」(risk factor)；或者，須比較「一般人搭乘具有係爭特定前科者所駕駛之計程車之受害率」與「一般人搭乘不具有係爭特定前科者所駕駛之計程車之受害率」，以證明「搭計程車」（對於一般人而言）為被具有係爭特定前科者加害之「危險因子」(risk factor)。就此「待證命題」而言，上述 4) 與 5) 為「不相關」(irrelevant) 證據，應予排除（不予考慮）；剩餘的 1) 至 3) 尚不足以證立「待證命題」。

二、「搭乘由具有係爭特定前科者駕駛之計程車」，對於乘客而言，較其「搭乘由不具有係爭特定前科者駕駛之計程車」，存有更高的受害風險？亦即，須比較「因搭乘由具有係爭特定前科者駕駛之計程車而受害之人次」與「因搭乘由不具有係爭特定前科者駕駛之計程車而受害之人次」。惟上述一、(有係爭特定犯罪前科之計程車駕駛之再犯罪率) 未必與駕駛計程車有關，故不能逕以此推論「由有係爭特定犯罪前科者駕駛計程車」，將使計程車乘客蒙受更高的風險。同理，上述 4)（修法後計程車駕駛犯係爭特定犯罪者人數下降）原有諸多可能（例如品牌計程車之建立、行動電話之普及、無線電預約之推廣等），因無法排除干擾因子(confounding factors)，乃不能逕以此推論「禁止由有係爭特定犯罪前科者駕駛計程車」將可提高計程車乘客之安全。

總此，欲以如上薄弱之事實依據，論證「終身禁止該等暴力或性犯罪前科者擔任計程車駕駛」乃保障「乘客安全」之必要手段，恐不如許宗力大法官所認定的那般「合乎事理、說得過去」！

參見邱文聰，〈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〉，中研院法律所個人年度學術研討會（2008 年 1 月 8 日）論文稿，頁 23。

<sup>27</sup> 許宗力大法官認為：我國大法官似是「刻意與德國保持距離，……試圖……開

操作)之可能,下述加拿大即是一例。至於美國聯邦最高法院迄今拒絕引進(移植)「比例原則」,殆與其已有行之多年的各種「司法審查標準」(standards of judicial review)承擔類似功能(異曲同工)有關。<sup>28</sup>

### 一、德國「比例原則」之蛻變

「比例原則」源於歐陸,尤其德國與法國<sup>29</sup>;原在要求政府所採取之「行政措施」與所欲達成(追求)之目的(目標)間,須合乎「比例或均衡」(proportionate or balance),從而為「合理的」(reasonable)措施。<sup>30</sup>

---

創出具有台灣本土特色之比例原則」。參見許宗力,前揭(註3)2004文,頁213以下(頁221)。

<sup>28</sup> 關於美國應否引進「比例原則」的辯論, See, e.g., Paul Gewirtz, 'Privacy and Speech', 2001 SUP. CT. REV. 139 (2001); Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583 (1999); T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L. J. 943, 967 (1987); L. Weinrid, *The Postwar Paradigm and American Exceptionality*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS (S. Choudhry ed., 2006); F. Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM (G. Nolte ed., 2005); M. Kumm, *What's So Special about Constitutional Rights in Private Litigation?*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS (Andras Sajo ed., 2005).

關於美國大法官 Stephan Breyer 引進「比例原則」的嘗試, See, e.g., *Turner Broadcasting System v. Federal Communication Commission*, 520 U.S. 180 (1997); *Nixon v. Shrink Missouri Government*, 528 U.S. 377 (2000); *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000); *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001).

<sup>29</sup> 關於法國「比例原則」之介紹,參見 L. NEVILLE BROWN & JOHN S. BELL, *FRENCH ADMINISTRATIVE LAW* 218-220 (1993); JÜRGEN SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW* 680-685 (1992). 其著例為 Pichene 案 (CE 9 May 1990): 中央行政法院 (Council d'Etat) 以放映備受爭議之電影「基督最後的誘惑」(The Last Temptation of Christ), 對於公共秩序 (ordre public) 所造成之危險,尚不足以支持禁止上映,亦未構成對良心之重大傷害 (atteinte grave aux consciences) 為由,拒絕撤銷文化部之放映許可。

<sup>30</sup> 英國亦有類似「比例原則」之「合理原則」(doctrine of reasonableness),迄今

「比例原則」的理念最早見於普魯士高等行政法院（Prussian Oberverwaltungsgericht, 其時德國最高行政法院）1882年 *Kreuzberg* 判決。<sup>31</sup>該院認為：警察局以「審美」為由，發布建築「命令」，限制建築高度，已逾越執行該邦法律所規定之警察任務——維護公共安寧、安全、秩序，防止公眾或個人當前之危害——必要之範圍。該案建立了「國家侵犯人民之自由須有特別許可」的觀念，乃「法律保留原則」之前身。該案之後，普魯士高等行政法院不斷經由審查實務，逐漸確立了「必要性原則」（Grundsatz der Erfordlichkeit, necessity principle），並廣為行政法、警察法權威著作所肯認。二次世界戰後，「必要性原則」更與「狹義比例原則」結合，發展成今日之「比例原則」（Verhältnismässigkeitsprinzip）；並且由行政法基本原則，進一步提升為憲法原則，立法行為亦受其拘束。<sup>32</sup>因為德國基本法（憲法）並無「比例原則」之明文，德國聯邦憲法法院（Bundesverfassungsgericht）乃多次在判決中指出：由「法治國原則」（Rechtsstaatsprinzip）<sup>33</sup>或「基本權之本質」（Wesen der Grundrechte）<sup>34</sup>可以導出「禁止過當」（措施）（Übermaßverbot, prohibition of excessive measures）與「應合乎比例性之要求」（Gebot der Verhältnismäßigkeit）。<sup>35</sup>

---

亦拒絕引進「比例原則」。相關討論參見 BROWN & BELL, *supra* note 29, at 220; Paul Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAW OF EUROPE 85-106 (Evelyn Ellis ed., 1999).

31 PrOVG 9, 353 (14.06.1882)。關於本案之介紹，參見李震山譯，《德國警察與秩序法原理》，頁 3-4（1995 年 2 版）；蔡震榮，前揭（註 5）書，頁 117；陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，《憲法基本權利之基本理論》上冊，頁 181 以下，頁 256-257（1990 年 1 月）。

32 See, e.g., R. von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht* (1995); L. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* (1981); M. Ch. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit* (1985).

33 BVerfGE 19, 384; 23, 133; 43, 106; 61, 134. See also, BEATTY, *supra* note 1, at 162.

34 BVerfGE 19, 342 (348 *et seq.*); 35, 401; 65, 1 (44).

35 BVerfGE 20, 351 (361); 22, 114 (123); 23, 127 (137); 28, 175 (188 *et seq.*); 36, 156 (165); 38, 348 (368).

### (一) 傳統理解：三階段審查

按德國通說<sup>36</sup>，(廣義的)「比例原則」包含以下三項子原則：<sup>37</sup>

- 1) 首先，國家採取之措施應適合於達成所追求之目的。(按即「適合性原則」)
- 2) 其次，該適合之措施並應屬必要，亦即，國家已無其他對於自由限制較少之措施可供選擇。<sup>38</sup> (按即「必要性原則」)
- 3) 最後，係爭措施預期達成之利益與其所涉之(自由)限制應非不成比例。(按即「狹義比例原則」)

我行政法中揭櫫「比例原則」者，所在多有，<sup>39</sup>然精確定義其

---

36 F. E. Schnapp, Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs, (1983) JuS 850, 852. 引自 SCHWARZE, *supra* note 29, at 687.

37 BVerfGE 48, 402; 63, 144. 並參見吳庚，前揭(註13)書，頁162-165(「比例原則又包含三項子原則：適當性原則、必要性原則及衡量性原則，衡量性又稱狹義的比例原則」)；陳新民，前揭(註31)文，頁181以下(頁239-246)(「比例原則包含了三個次要概念：妥當性原則、必要性原則以及狹義的比例原則」)；蔡震榮，前揭(註5)書，頁107-152(「一般認為比例原則應包括三大原則，即適當性原則、必要性原則以及狹義比例原則」)；許宗力，〈基本權利的保障與現制(下)〉，《月旦法學教室》，14期，頁50以下(頁51)(2003年12月)(「比例原則下轄適合原則、必要原則與狹義比例原則」)；蔡宗珍，〈公法上之比例原則初論——以德國法的發展為中心〉，《政大法學評論》，62期，頁75以下(頁78-79)(1999年12月)(「比例原則的細部內涵，則斟酌其內涵而統一以『適合性』、『必要性』、『法益相稱性』來加以說明」)；盛子龍，〈比例原則作為規範違憲審查之準則——西德聯邦憲法法院判決及學說之研究〉，台大法研所碩士論文，頁1以下(頁1-6)(1989年)(「比例原則包含適合性原則、必要性原則及狹義比例原則」)。

38 或謂：此所謂「必要」者，非指採取之方法(手段)本身，而係指因採取該方法(手段)所致之自由限制須非過度。G. HAVERKATE, RECHTSFRAGEN DES LEISTUNGSSTAATS 29 (1983).

39 例如：三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例(95/05/01)第八條之二一項(本會及本會委員行使職權，應注意遵守正當法律程序，以符合比例原則之方式為之)；社會秩序維護法(80/06/29)第十九條二項(勒令歇業或停止營業之裁處，應符合比例原則)；同法第二十二條三項(供違反本法行為所用之物，以行為人所有者為限，得沒入之。但沒入，應符合比例原則)；行政執行法(94/06/22)第三條(行政執行，應依公平合理之原則，兼顧公共利益與人民權益之維護，以適當之方法為之，不得逾達成執行目的之必要限度)；外國人收

意涵者，當推行政程序法第七條：

「行政行為，應依下列原則為之：

- 一、採取之方法應有助於目的之達成。
- 二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。
- 三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

德國聯邦憲法法院承襲前述傳統理解，將「比例原則」定義為：「基本權之限制應適於達成目的，且為達成目的所必要。其不應對受到影響之個人課予過度負擔，從而為合理的限制」<sup>40</sup>。在另件判決中，該院於檢驗過「適合性」與「必要性」原則後，謂：「最後，羈押命令似合乎狹義比例原則，蓋侵害之嚴重性及用以正當化該侵害之理由之份量，彼此合於適當之比例」<sup>41</sup>。

茲更析述「比例原則」傳統理解的三項子原則如下：

---

容管理規則 (97/08/01) 第八條二項（施以前項第二款至第五款處置時，收容處所應開立告誡書，其處置並應符合比例原則）；大陸地區人民及香港澳門居民收容處所設置及管理辦法 (93/03/15) 第十四條（戒護及警衛人員為維持收容處所秩序，得使用械具或警械。但不得逾必要程度）；性侵害犯罪付保護管束加害人採驗尿液實施辦法 (94/07/26) 第四條（採尿人員執行尿液採驗，應注意受採驗人之身體安全及名譽，並不得逾必要之程度）。

40 BVerfGE 63, 131 (144): “Den verfassungsrechtlichen Maßstab, nach dem die zu wahrenen Belange einander sachgemäß zuzuordnen sind, enthält der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 44, 353 [373]), nach dem eine Grundrechtsbeschränkung geeignet und erforderlich sein muß, ihren Zweck zu erreichen, und die Betroffenen nicht übermäßig belasten darf, diesen also zumutbar sein muß.” (emphasis added)

41 BVerfGE 61, 126 (135f.): “Die Anordnung der Haft erscheint schließlich im engeren Sinne verhältnismäßig, weil die Schwere des Eingriffs und das Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe in angemessenem Verhältnis zueinander stehen.”



### 1. 適合性原則 (Geeignetheit, Tauglichkeit, suitability)

「適合性原則」旨在檢視係爭措施（手段）是否有助於（預設）目的之達成。德國聯邦憲法法院一般採取所謂「明白性審查」(Evidenzkontrolle) 標準，認定是否「有助於」——僅立法者所為之事實預測（「立法事實」部分）「明顯錯誤」(offensichtlich fehlsam) 時，法院始予非難。<sup>42</sup>換言之，只要係爭手段並非「全然無助於」或「完全不適合」達成預期目的，即可通過「適合性原則」之檢驗。惟，該院偶爾亦採取較高標準進行「適合性審查」，例如「可支持性審查」(Vertretbarkeitskontrolle)——立法者對事實的判斷或預測，不僅無顯然之錯誤，且須言之成理，可以支持，始為合憲；<sup>43</sup>甚或「強烈的內容審查」(intensivierten/ intensive Inhaltskontrolle)——立法者對事實的判斷或預測，須能證明具有「充分的蓋然性」(mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) 或「相當確定性」(mit einiger Sicherheit)。<sup>44</sup>

### 2. 必要性原則 (Erfordlichkeit, Notwendigkeit, necessity)

通過「適合性原則」檢驗後，需進一步檢視係爭手段是否為達成目的所必要。所謂「必要」，按聯邦憲法法院之解釋，係指：「別無其他相同有效 (gleich wirksam) 且對基本權未予限制或限制較少

---

42 例如，在「磨坊結構法」案(Mühlenstruktur, BVerfGE 39, 210 (230))，德國聯邦憲法法院表示：立法者在經濟政策事務之判斷上的預測是否合理而且可以支持，聯邦憲法法院僅於可明白確認措施對目的不適合時，才可加以否認。引自盛子龍，前揭（註37）書，頁30。

43 BVerfGE 50, 290 (333f)：「可支持性審查標準要求立法者必須根據可以取得之資料做出合乎事理、可以支持之判斷。他必須充分利用一切可供使用之資料來源，俾能據此對法律所預期產生之效果做出儘可能可靠之評估，並避免構成違憲。基本上這也可以說是課予立法者的一種程序義務，只要盡到該程序義務，就可視為符合內容可支持性之要件。」引自許宗力，前揭（註3）2007文，頁62。

44 德國聯邦憲法法院三種審查密度的介紹，參見許宗力，前揭（註3）2007文，頁43以下，（頁61-66）；蘇彥圖，《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》，台大法研所碩士論文，頁76以下（1998年）。

之手段可供選擇」<sup>45</sup>。換言之，如果「不能透過其他對個人較少負擔 (den Einzelnen weniger belastende) 之方式，同樣好地 (ebensogut) 達成目的時」<sup>46</sup>，立法者所選擇之手段即屬「必要的」(erfordlich)。準此，「必要性原則」之檢驗依序包含兩個層次：「相同有效性」與「最小侵害性」。

「相同有效性」究問：有無其他手段可以相同的適合程度 (desselben Tauglichkeitsgrad)，達成預設目的。所謂「同樣有效」(的其他手段)，按聯邦憲法法院之見解，須該其他手段之各方面，皆可明白確定對於目的之達成，與立法者所選擇之措施具有相同之價值時，始足當之<sup>47</sup>。至於面對不同適合性程度之手段，立法者原則上有選擇之自由，蓋選擇達成目的之手段，本屬立法裁量之範圍，非聯邦憲法法院所能越俎代庖。是前揭行政程序法七條二款乃規定：「有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者」。亦即，僅當存在著多種能夠同樣有效地達成所欲目的之方法（手段）時，始能要求國家機關選用對人民權益損害最少的手段。依此嚴格定義之「相同有效性」，同時存在數個同樣有效達成目的之手段的情形，實際殆為罕見。因此，通過德國「比例原則」之「必要性」原則之檢驗並不困難！

至於「最小侵害性」，聯邦憲法法院原來僅有模糊的標準。亦即，以對基本權侵害之強度為斷，越接近各該基本權保護範圍之核心者，侵害程度越強；僅觸及基本權保護範圍之外緣者，侵害程度較弱。及至「藥房案」(Apothekenurteil)<sup>48</sup>始提出三階段判準。由弱

---

45 參見「原油煉製品儲存」案 (Mineralölbevorratung, BVerfGE 30, 292 (316))。引自盛子龍，前揭（註37）書，頁59。中譯參見劉淑範，〈關於「石油產品儲存義務」之裁定〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯(七)》，頁106-158（1997年6月）。

46 BVerfGE 33, 171 (187)；引自盛子龍，前揭（註37）書。

47 參見「原油煉製品儲存」案 (Mineralölbevorratung, BVerfGE 30, 292 (319))。引自盛子龍，前揭（註37）書，頁80-84。

48 BVerfGE 7, 377。中譯參見蕭文生，〈關於「職業自由（工作權）」之判決〉，

而強依次為：

- 1) 「單純的職業執行規定」(die reine Berufsausübungsregelungen)——立法者僅就職業業務活動之種類及方式 (Art und Weise)、手段及形式 (Mittel und Form)、內容及範圍 (Umfang) 加以規定；
- 2) 「主觀許可條件」(die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen)——立法者進一步規定須具備某些條件始得從事某種職業，亦即職業選擇之許可條件 (Zulassungsvoraussetzungen)。例如規定最高執業年限 (Altersgrenze)、要求提出專業證明 (Sachkundenachweise) 等；
- 3) 「客觀許可條件」的階層 (Stufen der objektiven Zulassungsvoraussetzungen)——凡規定從事某一職業須具備一定條件，而該等條件與人之資格無關，且個人無從以努力符合該條件者，即屬「客觀許可條件」之限制。

德國比例原則下之「必要性原則」亦稱「最小侵害原則」，國內前此多以詞害義，誤認為「最小侵害原則」即相當於（後述）美國「嚴格審查標準」下之「最小侵害手段」(the least restrictive means)。殊不知，美國「嚴格審查標準」下之「最小侵害手段」乃要求在各種適於達成目的之手段中，僅能採取對憲法權利侵害最小的手段，係名符其實之「最小侵害手段」；而德國「比例原則」下之「必要性」原則，僅限於存在多種能同樣有效達成目的之方法（手段）時，始限制國家機關選用對人民權益損害最少者。兩者相去何如天壤！

### 3. 狹義比例原則（損益衡量原則）(Verhältnismässigkeitsprinzip in engeren Sinne)

通過「適合性」及「必要性」原則之檢驗後，「狹義比例原則」更對法律所選擇之「方式」（手段）及其所追求之「目的」進行更廣泛的衡量。蓋依 Robert Alexy<sup>49</sup>所見，基本權乃是「原則」(principles)（而非「規則」(rules)），原應在事實上及法律上可能的範圍內，力求最大實現（是即「最大化要求」(optimization requirement)）。「適合性」及「必要性」原則乃關於「經驗上或事實上可能」(empirically, or factually, possible)之「最大化要求」；「狹義比例原則」乃關於「法律上可能」(legally possible)之「最大化要求」。是否應選用某替代手段，要非「事實上可能」（與否）的問題，毋寧乃「法律上可能」（與否）的問題。因此，「必要性」原則（確認別無其他侵害較少之手段，可同樣有效地達成所欲目的）之審查，恆先於「狹義比例原則」之審查——在採取係爭手段必然導致一定成本（基本權之侵害）的前提下，所欲目的（擬維護之公益）是否值得追求？

關於「狹義比例原則」，聯邦憲法法院所發展的操作原則，乃「愈如何，則愈如何」之比較——係爭手段對於人民基本權之侵犯（程度）越嚴重，則其所欲維護之公益必須越迫切（重要）。認定手段「侵害嚴重性」(seriousness of intervention)，首先應考慮受侵害之基本權在價值秩序中所佔之地位（重要性）。雖然，不同基本權間之排序並無機械、一成不變的標準，但觀察德國聯邦憲法法院的判決，不難發現不同的基本權間確實存在著某種位階關係。大體而言，「人性尊嚴」(Menschenwürde)與「人身自由」等關於人性內在之基本權，以及諸如 Lüth 案<sup>50</sup>所涉之「言論自由」，關係個人在政

---

49 ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 66-69 (Julian Rivers trans., Reprint 2004).

50 BVerfGE 7, 198 (208): “Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines

治秩序中，作為個體存立基礎之政治人權，顯然立於較優先（重要）之地位；相對的，經濟方面之基本權乃立於較次要（非核心）之地位，立法者基於公益，得享有較大之規範空間。

其次，認定手段對基本權之「侵害嚴重性」，並應考慮手段之「侵害態樣」，例如：權利受侵害之「數量」——係全然「剝奪」或部分「限制」？侵害持續之期間長短——永久性或暫時性？侵害有無「配套措施」等。

狹義比例原則衡量的另一端，即為「目的」所追求之利益。包括：公益的「重要性」(Gewichtigkeit, importance) 與公益的「迫切性」(Dringlichkeit, urgency)。關於「公益之重要性」，前揭藥房案判決中，德國聯邦憲法法院已經作出了三種區分：「一般公益」、「重要公益」與「極重要公益」。至於「公益之迫切性」，需視所擬維護之公益所面臨之危險而定，包括：危險之「嚴重程度」及危險之「發生機率」。

所謂「極重要公益」亦稱「絕對公益」，係指「一般公認，獨立於社會共同體當時的政治氛圍之外，且先於立法者存在的公共價值」，例如國民健康、人身安全、降低失業等。<sup>51</sup>所謂「重要公益」亦稱「相對價值」，係指「基於立法者特別的經濟、社會政策目的所產生」，亦即「因立法者之設定始具重要性之公共價值」，例如消費者保護、司法救助等。<sup>52</sup>準此理解，（「極重要公益」及「重要公益」以外之）其他「合法利益」(permissible/ legitimate interests) 當屬「一般公益」。

如上理解的「狹義比例原則」或稱「損益衡量原則」可化約如下圖示意：

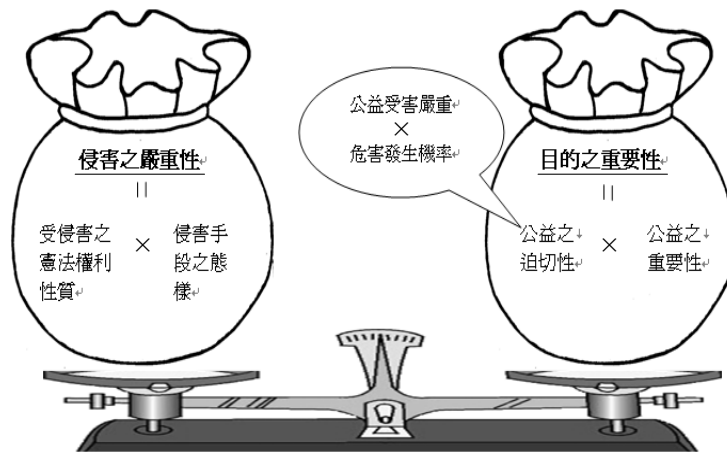
---

der vornehmsten Menschenrechte überhaupt.”

51 許宗力，前揭（註37）文，頁52。

52 同前註。

【圖一】狹義比例原則（損益衡量）之內容



### （二）修正理解：四階段審查

前述傳統「比例原則」三階段審查，關切重心在於「手段與目的之關聯性」，尤其是（侵害基本權之）「手段之審查」；至於「目的合憲性」，向來將之視為比例原則操作之「前提」，亦即，目的若不合憲，邏輯上即無需審究「手段與目的之關聯性」。因此之故，三階段審查的前兩個階段（「適合性」及「必要性」原則），一般皆假設（推定）係爭手段所追求之「目的」為正當（合憲），並未特別審究「目的是否合憲（正當）」；及至第三階段審查（「狹義比例原則」），為衡量「目的」所追求之「公益」與「手段」所造成之「損害」（基本權侵害）是否相當時，始認真考量「目的」合憲性問題。

晚近見解修正前述傳統理解，將「目的合憲性審查」置於原三階段審查之前，使成「四階段審查」。<sup>53</sup>不論此一修正是否受到（後述）美國釋憲實務的啟發，或因有感於加拿大另類「比例原則」之

<sup>53</sup> 此說以許宗力大法官倡議最力。參見許宗力，前揭（註 37）文，頁 50 以下（頁 51-59）；許宗力，前揭（註 3）2004 文，頁 213-229。並參見釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書。

操作（詳後）而為，從比較法的角度觀察，實為重要之轉變。蓋「四階段審查」之「比例原則」與前此「三階段審查」之「比例原則」，本質上固屬相同；然操作方法（步驟）之修正極可能導致不同的審查結論。幾經思索，本文爰以「蛻變」形容此間微妙之轉變！（見本節標題）

惟，縱使修正為「四階段審查」，德國的「比例原則」相較於後述美國「違憲審查標準」，其尺度究為「單一」或「多元」，仍非明顯。修正見解乃更強調：至少從1979年「共同參決法判決」（Mitbestimmungsurteil）以來，德國聯邦憲法法院確實已**明確建立三種不同的事實審查標準**——「明白性審查」（Evidenzkontrolle）、「可支持性審查」（Vertretbarkeitskontrolle）與「強烈內容審查」（intensivierten/ intensive Inhaltskontrolle）；並主張<sup>54</sup>這三種寬嚴不同的標準可**普遍應用**於前述「比例原則」傳統「三階段審查」的各個階段。關於前揭「藥房判決」案所發展出來的「三階理論」——為「一般公益」之目的，可規制職業執行行為；或為「重要公益」之目的，可設定職業自由之「主觀許可要件」；或為「極重要公益」之目的，可設定職業自由之「客觀許可要件」——許宗力大法官<sup>55</sup>直言：「有進一步一般化之可能」！

所謂「有進一步一般化之可能」，觀其上下文，似指「藥房判決」原來就「職業自由」（工作權）之限制，所發展出來的「**手段與目的**」**聯動式**（同時調高或同時調低）**審查密度**（所謂「三階理

---

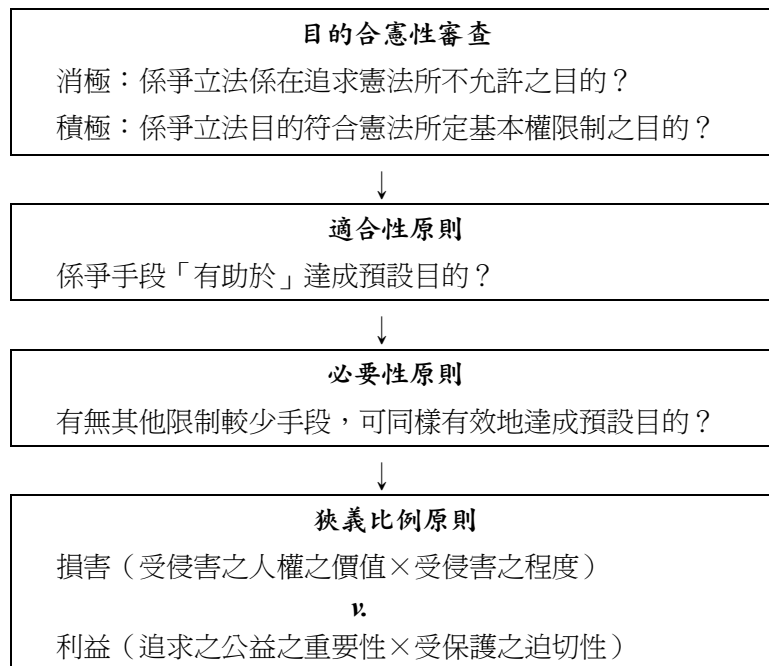
54 參見許宗力，前揭（註3）2004文，頁213以下（頁215）（「按憲法法院在判斷系爭手段是否有助於目的之達成？是否屬於必要、最小侵害手段？以及是否追求公益大於所犧牲私益，都涉及事實的認定或預測，免不了須作立法事實的調查與判斷。作事實判斷時，法院究竟達到何種確信程度，才足以認定事實的存在？為避免流於恣意，德國聯邦憲法法院發展出三種寬嚴不同的事實認定標準，亦即所謂明白性審查（Evidenzkontrolle）、可支持性審查（Vertretarkeitskontrolle）與強烈內容審查（intensive Inhaltskontrolle）等三個寬嚴有別的事實認定標準」）；並參見許宗力，前揭（註3）2004文之討論。

55 參見許宗力，前揭（註37）文，頁52、55。

論」)，未來可能會被擴大適用於其他基本權之限制。未來發展猶待觀察；惟目前比例原則各個審查階段之操作與「審查密度」之關聯，或謂，如何將某種「審查密度」貫穿應用於四個審查階段，要屬渾沌不明。也許，聯邦憲法法院認為保持個案彈性，模糊審查密度，正是最佳的釋憲策略。

綜上所述，德國「比例原則」包含了兩個「門檻要件」(threshold requirements)——以有效的手段、追求合法的目的，以及兩個「最大化要件」(optimization requirements)——使用最小侵害手段，獲致在一定成本下，值得追求的價值（事物）。<sup>56</sup>「修正後」的比例原則四階段操作步驟略如下圖示意。

【圖二】修正式德國比例原則四階段審查步驟



<sup>56</sup> Julian Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, in *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* xxxii (Julian Rivers trans., Reprint 2004).



## 二、加國另類「比例原則」

加拿大1982年憲法 (Constitution Act, 1982) 第一章「人權清單」(Part I: Canadian Charter of Rights and Freedoms) 第一條即明定：「加拿大權利暨自由憲章保障其公民享有一切本憲章所規定之權利及自由，僅受到法律所規定，且在自由及民主社會能證立為正當之合理限制」。<sup>57</sup> 1986年加國最高法院 (Canadian Supreme Court) 在 R v. Oakes 案將此「限制條款」(limitations clause) 解為：即使某個法律被認定違反「權利暨自由憲章」之規定，如其（限制）能在自由及民主社會被證立為正當 (be demonstrably justified in a free and democratic society)，仍可予維持。<sup>58</sup> 為進行上述衡量，<sup>59</sup> 該院發展出另類「比例原則」，通稱「歐克斯檢驗」(“Oakes test”)。「歐克斯檢驗」為兩段式審查：<sup>60</sup>

1. 首先，限制人權之係爭法律之「目的」須為追求「足以正當化其推翻憲法所保障之權利或自由之重要目的」(the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom”)。亦即，須係關乎自由民主社會中「急迫而重要」(pressing and substantial in a

---

57 §1, Can. Const. :“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such *reasonable limits* prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.” (emphasis added)

58 See R v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103, at 114.

59 前揭規定被視為授權法院得為解決憲法問題，進行「道德及政治」(“moral and political”)的裁判。See William E. Conklin, *Interpreting and Applying the Limitations Clause: An Analysis of Section 1, 1982*, 4 SUP. CT. L. REV. 75, 75, 87 (1982).

60 *Id.* at 69 :「欲證明某項（人權）限制為合理，且能在自由及民主社會證立為正當者，須滿足兩項核心基準」(“To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied”)

free and democratic society)者，始為「足夠重要」(*sufficiently important*)之目的。<sup>61</sup>

2. 確認「足夠重要之目的」後，更須進行「某種比例原則之檢驗」(“a form of proportionality test”)。該「比例原則」又包含三個要素：<sup>62</sup>

- 2.1 採用之手段須與所欲達成之（急迫而重要之）目的「合理相關」(*rationally connected* to the objective)；
- 2.2 採用之手段須為對權利最小侵害者 (*minimal impairment* of rights)；
- 2.3 採用之手段所造成之損害與經確認為急迫而重要之目的所追求之利益間，須合乎比例 (a *proportionality* between *the effects* of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and *the objective* which has been identified as of “sufficient importance”)。

「歐克斯檢驗」堪稱為加國另闢蹊徑的「比例原則」。其與前述德國比例原則相較，兩者之本質相同，皆為某種「手段與目的之比較」(a means-end comparison)；惟兩者之操作方法（步驟）明顯不同。析言之：

1. 首先，關於人權限制之「目的」，在德國傳統的「比例原則」分析中並不構成一項獨立步驟。亦即，德國並不特別針對係爭法律之「目的」進行審查；毋寧僅以寬鬆的「合法目的推定」，作為比例原則的檢驗起點。<sup>63</sup>係爭法律之「目的」是否重要到足以支

<sup>61</sup> *Supra* note 58, at para. 69.

<sup>62</sup> *Supra* note 58, at para. 70.

<sup>63</sup> 德國聯邦憲法法院並未說明，在「比例原則」架構下何以限縮「目的」分析；惟理論上可以想見兩個理由。首先，何謂重要目的應由具有民意基礎之立法者決定，司法無置喙之餘地；其次，目的重要與否乃一相對概念，不能抽象認定。See, Dieter Grimm, *Proportionality in Canada and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 388 (2007).

持係爭之（人權）限制，在德國殆屬比例原則「第三階段」（狹義比例原則）之檢驗範圍。<sup>64</sup>理論上，「目的合憲性」獨立審查可能發生相當的過濾作用，但加國最高法院對於係爭立法「目的」之審查殆皆採取寬鬆標準——「合理檢驗」（a reasonableness test）<sup>65</sup>，致實際（結果）上與德國聯邦憲法法院同樣十分尊重立法者所為之判斷。

2. 加國比例原則（歐克斯檢驗）「第二階段」的審查基準遠高於德國。如前所述，德國第二階段之「必要性原則」僅究問：有無其他限制較少之手段能「同樣有效」地達成預設目的？並未要求係爭手段完全達成預設目的。尤其，德國聯邦憲法法院未如加國最高法院，課予政府（立法者）較重之舉證責任——須提出令人信服（*cogent and persuasive*）之證據，顯示立法時還有哪些可達成預設目的之替代手段存在。<sup>66</sup>雖然，確認替代手段之存在，通常並不困難，但是要證明替代手段並非與係爭手段「同樣有效」，則困難得多。因此之故，係爭手段很可能會被另一個效果較差，但亦大幅降低人權侵害的手段所取代。<sup>67</sup>

3. 加、德兩國比例原則最大之不同，毋寧在於「狹義比例原

---

<sup>64</sup> *Id.* at 389.

<sup>65</sup> 自 1986 年建立「歐克斯檢驗」以來，因立法目的不夠重要而被宣告為違憲者，僅只一例。加國最高法院認為，國會僅需有合理基礎，擔心某種言論將造成傷害，即可滿足「目的合憲性」檢驗。例如在 *R. v. Keegstra* 案 (2 S.C.R. 697 (1990))，即使並無證據顯示仇恨言論引起聽者間之仇恨，該院仍判定刑法禁止故意對可辨識之團體宣揚仇恨言論之規定為合憲。See Gardbaum, *supra* note 6, at 832-833, 839.

<sup>66</sup> *Supra* note 58, at para. 68.

<sup>67</sup> Grimm, *supra* note 63, at 390.

雖然如此，加國最高法院基於民主（立法者代表民意）與專業的考慮，實際上亦採取相當寬鬆的審查標準，「僅於存有『顯然優於當前所使用之措施』時，始認定為不通過最小侵害檢驗」（“[A] failure to satisfy the minimum impairment test will be found only if there are measures ‘clearly superior to the measures currently in use’”）。*Libman v. Quebec (Att’y Gen.)*, [1997] 3 S.C.R. 569, 607 (quoting *Lavings v. Ont. Pub. Serv. Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, 296. See also Gardbaum, *supra* note 6, at 833.

則」(或稱「損益衡量原則」)審查。加國法院比較係爭法律(限制人權)所造成之損害,與係爭法律之目的及所產生之利益,要求兩者合於比例;德國法院則衡量人權「侵害之嚴重性」與「公益保護之重要性與急迫性」。加國「歐克斯檢驗」模式下,由於目的之重要性業經衡酌(法院非但究問係爭法律之目的為何,並衡酌其是否夠「迫切而重要」,足以正當化人權之侵害),此時乃毋須多言,僅需簡要總結。反之,德國聯邦憲法法院在第三階段則需詳細論證(權衡)。當然,為了避免法院之損益衡量,取代了應由具有民意基礎之立法者作成之政治考慮與價值判斷,法院自當審慎考量哪些項目(因素)應置於衡量的天平上。<sup>68</sup>

綜上,就其(提前)審慎考量「目的」,然後檢驗「手段與目的之關聯」而言,加國「比例原則」毋寧近似於(下述)美國「違憲審查標準」;就其檢驗「手段與目的之關聯」的步驟而言,加國「比例原則」看似仿效德國,實際另闢蹊徑。至於加國模式是否亦包含不同(寬嚴程度)的審查基準,似未見討論。

### 三、美國「司法審查標準」之彙整

美國採分權式具體違憲審查制度,所有聯邦法院於個案裁判中皆得附帶解釋(審查)裁判所需適用之法規是否牴觸聯邦憲法,從而決定是否拒絕適用。<sup>69</sup>遵循著案例法(case law)的傳統,法院在各類案件的個案裁判中,逐漸累積發展出類型化的「司法審查標準」(standards of judicial review)。起初,法院對國會十分尊重,除係爭法律有「明顯錯誤」(clear mistakes),而不免遭受合理質疑者外,率皆推定為合憲。<sup>70</sup>及至1938年 *United States v. Carolene*

---

<sup>68</sup> Grimm, *supra* note 63, at 395-398.

<sup>69</sup> 關於各國違憲審查制度之比較,參見湯德宗、吳信華、陳淳文,〈論違憲審查制度的改進——由「多元多軌」到「一元單軌」的改進方案〉,《權力分立新論 卷二》,頁175-259(頁194-212)(2005年4月)。

<sup>70</sup> See, e.g., James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of*

Products, Co. 案<sup>71</sup>大法官 Stone 始於著名的「註腳四」(footnote 4) 提示「合憲推定」應限縮適用之情形：<sup>72</sup>

There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality *when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution*, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth...

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation...

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious... or national... or racial minorities...; whether *prejudice against discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and

---

*Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 144 (1893) (the Court “can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, so clear that it is not open to rational question”).

<sup>71</sup> 304 U.S. 144 (1938).

<sup>72</sup> 304 U.S. 144, 152-53 n.4 (1938) (citations omitted).

本段引文之中譯，參見林子儀，〈言論自由之限制與雙軌理論〉，《現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 656-658（1997 年 3 月）。

*which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. (emphasis added)*

其後，最高法院逐漸發展出兩種寬嚴不同的審查基準，通稱「雙重審查基準」(double standard)。申言之，大多數情形（猶如電腦開機時之預設值）係採取「單純合理審查」(mere rationality review)，推定係爭政府行為為合憲；僅於涉及「根本之基本權」(fundamental rights)<sup>73</sup>之侵害或「可疑分類」(suspect classes)之差別待遇等特殊情形，始採「嚴格審查」(heightened scrutiny)<sup>74</sup>，推定係爭政府行為違憲。1970年以還，聯邦最高法院更發展出另一種（寬嚴程度）介於兩者間的審查基準——中度審查(mid-level scrutiny)，其適用之範圍並有擴大之趨勢。<sup>75</sup>從此，違憲審查標準乃呈三分局面。

國內學界<sup>76</sup>前此關於美國多元違憲審查基準(standards of judicial review)，已經掌握「顯著」的兩個判準，按「目的」及「手段與目的之關聯」，正確地區分三種寬嚴不同的審查基準；惟對於其他較「精微」之判準，似尚乏系統之論述。R. Kelso 教授嘗在前揭兩項熟知的顯著判準外，再加入兩項精微的判準——「限制較少之替代手段檢驗」(less restrictive alternatives test)及「舉證責任」(burden

73 此所謂「根本之基本權」(fundamental rights)與德國基本法(Grundgesetz)所稱之「基本權」(Grundrechte)不盡相同。詳見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，湯德宗、廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務》第五輯，頁261以下（頁274-276）（2007年3月）。

74 關於「嚴格審查基準」之興起及其名下猶可區分為幾種寬嚴程度不同之樣式(versions)，參見Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L. REV. 1267 (2007).

75 See, e.g., Louis D. Bilionis, *The New Scrutiny*, 51 EMORY L. J. 481 (2002).

76 參見林子儀，前揭（註72）文，頁648以下；黃昭元，前揭（註14）文，頁17以下（對於美國違憲審查模式相關案例之分析）；法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊》，6卷1期，頁36以下（1996年1月）（對於美國司法審查基準之說明）。

of proof) 分配，詳細分析美國聯邦最高法院在各個權利領域，包括：「正當程序條款」(The Due Process Clause)、「平等保護條款」(The Equal Protection Clause)、「商業條款」(Commerce Clause)、「契約條款」(The Contract Clause)、「特權暨豁免條款」(The Privilege and Immunities Clause) 及「增修條文第一條」(The First Amendment, 言論自由條款) 等裁判中所使用的審查標準，歸納得出三種「合理審查」基準、兩種「中度審查」基準、及一種「嚴格審查」基準。氏並倡議以此「三階六層」違憲審查基準構建一套如光譜般的體系，名為「統一架構或途徑」(a unified framework/ approach)，供法官於個案裁判參採。<sup>77</sup>Kelso 氏之說在美國猶未蔚為通說，然對於會通理解美國違憲審查基準而言，甚有助益；對於亟思融合法系，開拓本土法學之路的台灣而言，尤具啟發。茲析述如下。

(一) 合理審查基準 (mere rationality test; rational basis review)  
(下稱「低標」)

採「合理審查基準」時，法院審究：係爭法律（手段）之採用，與達成某「合法（或正當）之政府目的（或利益）」(a *legitimate/ permissible* governmental *end/ interest*) 是否「合理相關」(*rationally/ reasonably related to*)？亦即，「目的審查」上，係爭法律係為追求「合法／正當之目的」；又，「手段暨目的關聯性之審查」上，兩者係「合理相關」。

其次，更按「限制較少替代手段檢驗」(less restrictive alternatives test) 及「舉證責任」(burden of proof)，將「合理審查」基準析分為三：

---

<sup>77</sup> R. Randall Kelso, *Filling Gaps in the Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation: Standards, Ends, and Burden Reconsidered*, 33 TEX. L. REV. 493 (1992) (*hereinafter* Kelso (1992)); R. Randall Kelso, *Three Years Hence: An Update on Filling Gaps in Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation*, 36 S TEX. L. REV. 1 (1995) (*hereinafter* Kelso (1995)).

### 1.1 「最低合理性」(minimum rationality) 審查基準（下稱「低標」）

法院對於立法者的判斷——係爭法律乃達成某項合法（或正當）之政府目的（或利益）之合理手段，給予高度尊重(great deference to the legislature's judgment)，且不究問：此間是否存有「限制較少之替代手段」(less restrictive alternatives)，亦能達成相同之目的（即省略「限制較少之替代手段」之檢驗）。僅於法院根本無從設想任何理由，可支持係爭法律（所為之權利限制）時，始認定其違憲。原告應負責舉證係爭法律違憲。「最低合理性」基準適用於大多數社會、經濟立法 (social and economic legislation) 之違憲審查。

### 1.2 「基本合理性」(basic rationality) 審查基準（下稱「中低標」）

「基本合理性」基準與前述「最低合理性」基準之差別主要在於：法院不再全然尊重立法者的判斷，而須略微審究此間是否存有「限制較少之替代手段」(less restrictive alternatives)，亦可達成相同目的。是即輕微的「限制較少之替代手段」檢驗 (*a weak "less restrictive alternative" test*)。「基本合理性」基準與前述「最低合理性」基準相同，皆課原告以舉證責任 (burden of proof)——除原告能成功舉證：此間顯然存有「其他限制較少的替代手段」，亦可達成相同目的者外，應推定係爭法律合憲。

### 1.3 「有殺傷力的合理審查」<sup>78</sup>(rational review with bite) 審查基準（下稱「高低標」）

「有殺傷力的合理審查」基準（「高低標」）與前述兩種「合理

---

<sup>78</sup> 或稱之為「會咬人的合理審查」，參見黃昭元，前揭（註 14）文，頁 17 註解 36。



審查」基準（「低低標」與「中低標」）最大的不同在於舉證責任之分配。凡原告能釋明其憲法權利遭受侵害 (*once a prima facie case has been shown*)，法院即應將舉證責任轉換（移轉）於政府；政府須能成功舉證係爭法律並不違憲，始能免於違憲之宣告。與「基本合理性」基準相同，但與前述「最低合理性」基準不同，採用「有殺傷力的合理審查」基準時，法院亦須略微審究此間是否顯然存有「其他限制較少的替代手段」，以確認係爭法律尚非「恣意」，從而為合憲。惟因舉證責任轉換之故，政府須證明此間並無顯然之「其他限制較少的替代手段」可達成同一目的，始能免於違憲宣告之命運。

## （二）中度審查基準(*mid-level/ intermediate level review*)（下稱「中標」）

適用「中度審查基準」(*mid-level/ intermediate level review*)時，法院恆審究：係爭法律（手段）與達成某「重要（或實質）的政府目的（或利益）」(*a substantial/ significant/ important governmental end/ interest*)是否「實質相關」(*substantially related to*)？亦即，「中標」之「目的審查」較前述（三種）「合理審查」基準（低標）更嚴格——係爭法律須為追求重要或實質之目的；且「中標」之「手段暨目的之關聯性審查」亦趨嚴格——兩者間須為「實質相關」（而非僅「合理相關」）。「中度審查」基準依其寬嚴程度，又可分為兩種：

### 2.1 基本的中度審查基準 (*basic mid-level/ intermediate level review*)（下稱「低中標」）

基本的「中度審查基準」與「有殺傷力的合理審查」基準（「高低標」）相同，皆涉及舉證責任之轉換——凡原告能釋明其憲法權利遭受侵害 (*once a prima facie case has been shown*)，法院即應

將舉證責任轉換（移置）於政府。政府須能成功舉證係爭法律並不違憲，始能免於違憲之命運。所不同者，除同時調高「目的審查」與「手段暨目的關聯性審查」之標準，已如前述外，「中度審查基準」將「限制較少之替代手段」檢驗獨立成項，不再依附於「手段暨目的關聯性」之審查項下，故名一般的「限制較少之替代手段」檢驗 (*a regular “less restrictive alternative” test*)。「中度審查基準」適用於「性別歧視」(gender-based discrimination)、「非婚生子女 (illegitimacy) 歧視」案件、甚至未成年人之隱私權案件。

## 2.2. 「有殺傷力的中度審查」基準 (mid-level/ intermediate level review with bite) (下稱「高中標」)

「有殺傷力的中度審查」基準（高中標）與前述「基本的中度審查」基準（低中標）最大的不同在於：其於「手段暨目的關聯性」上，更須「手段」與（重要政府）「目的」**直接相關** (*directly related to*)，而非僅「實質相關」(*substantially related to*)。此乃聯邦最高法院於 *Central Hudson Gas and Electric v. Public Service Commission* 案，<sup>79</sup>針對「商業言論」(commercial speech) 之管制，所發展出來的新審查基準。就其要求「手段」與「目的」須「直接相關」而言，殆已近乎下述之「嚴格審查」基準矣。

### (三) 嚴格審查基準 (strict/heightened scrutiny) (下稱「高標」)

嚴格審查基準下，法院須審究：係爭法律（手段）與達成某一「極重要」（或「極優越」）的政府目的（或利益）」(a *compelling/ overriding governmental end/ interest*) 是否「直接相關」(*directly related to*)？亦即，「高標」較前述兩種「中標」須進行更嚴格之「目的審查」——係爭法律須為追求「極重要或極優越」（而非僅

---

<sup>79</sup> 447 U.S. 557, 564 (1980).

「重要或實質」) 的政府目的 (或利益); 而且, 「手段與目的之關聯性」須為「直接相關」, 而非僅「實質相關」。

所謂「直接相關」乃最嚴格之手段有效性要求, 係爭措施須為達成目的之 (絕對) 「必要且量身定作之手段」 (*necessary and narrowly tailored means*)。因為量身定作, 乃能恰如其份, 自然是「最少限制 (最小侵害) 手段」 (*the least restrictive means*)——捨此而外, 別無其他限制或侵害較小之手段, 可以達成相同目的。通過強烈的「限制較少之替代手段」檢驗 (*a strong “less restrictive alternative” test*) 並非易事, 爰名「嚴格審查」。<sup>80</sup>

「嚴格審查」基準一般適用於「根本之基本權」 (*fundamental right*)<sup>81</sup>, 例如: 親權、結社自由、選舉權、州際旅行自由、隱私權、生命權、及針對高價值言論之內容所為之限制審查。至於平等權保障方面, 凡是涉及「可疑分類」 (*suspect classification*)——指以種族、膚色等當事人無法改變之特徵 (*immutable traits/ characteristics*) 為基礎, 所為之分類 (差別待遇), 一般須適用「嚴格審查基準」。

綜上, 美國「三階六層」違憲審查基準乃以顯著兩要素——「目的」及「手段與目的之關聯」為基礎, 先建構為「三階」; 再加入精微兩要素——「舉證責任」分配與「限制較少的替代手段」檢驗, 更細分為「六層」。申言之, 在「舉證責任」<sup>82</sup>方面, 僅「低低

---

<sup>80</sup> 美國聯邦最高法院大法官 O'Connor 嘗言: 「嚴格審查基準在理論上並不嚴格, 惟事實上厥為致命」。Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003) (J. O'Connor) (“Strict scrutiny is not strict in theory, but fatal in fact.”)

<sup>81</sup> 所謂「根本的基本權」係指「維護人性尊嚴」、「尊重人格自由發展」所必要, 而屬「自由民主憲政秩序之核心價值」者。參見湯德宗, 前揭 (註 73) 文, 頁 276。或譯作「基礎性權利」, 參見黃昭元, 前揭 (註 14) 文, 頁 35、36。

<sup>82</sup> 我國釋憲實務所以忽略「舉證責任」, 與現制過分強調抽象審查有關。參見林子儀大法官釋字第 584 號解釋不同意見書 (「我國司法違憲審查制度受限於抽象審查的機制設計, 相關政府機關的舉證責任往往難以彰顯, 司法釋憲者也少有揭露在事實層面如何形成心證的過程, 司法違憲審查過程的舉證問題因此也

標」(「最低合理性」審查基準)與「中低標」(「基本合理性」審查基準)推定係爭法律(或其他政府部門之行為)為合憲,原告須負責舉證係爭活動為違憲。其餘四種審查基準(「高低標」、「低中標」、「高中標」及「高標」),於原告釋明係爭政府行為侵害其憲法權利之後,舉證責任即移轉予政府——政府應負責舉證係爭法律(或活動)並不違憲,始能免於違憲之宣告。

至於「限制較少之替代手段」檢驗,乃在究問係爭手段「過猶不及」的程度:是否「涵蓋過廣」(over-inclusive)——一竿子打翻一船人,而殃及無辜?是否「涵蓋不足」(under-inclusive)——猶有漏網之魚,逍遙法外?美國法院關於「限制較少之替代手段」之檢驗操作比較分歧。大體而言,前述六種審查基準可分為四種類型:

- 1) 「最低合理性」審查基準(「低低標」)不進行「限制較少的替代手段」檢驗;
- 2) 「基本合理性」審查基準(「中低標」)與「有殺傷力的合理審查」基準(「高低標」)僅為輕微的「限制較少的替代手段」檢驗(a *weak* “less restrictive alternative” test)——係爭法律是否顯然「涵蓋過廣」,但不問是否「涵蓋不足」;
- 3) 兩種「中度審查」基準(「低中標」與「高中標」)須進行一般的「限制較少的替代手段」檢驗(a *regular* “less restrictive alternative” test)。亦即,在「手段與目的之關聯性」檢驗外,並須單獨審究係爭法律是否「涵蓋過廣」,但無需究問有無「涵蓋不足」的情形;
- 4) 至於「嚴格審查基準」(「高標」)則更須進行強烈的「限制較少的替代手段」檢驗(a *strong* “less restrictive alternative” test),須同時審究係爭法律是否「涵蓋過廣」及是否「涵蓋不足」。能通過此項篩檢者幾稀,殆名符其實之「最少限

---

較少受到關注」。關於我國違憲審查制度改進建議,參見湯德宗、吳信華、陳淳文,前揭(註69)文。

制（最小侵害）手段」(*the least restrictive means*) 矣！

另，Kelso 教授建議將素有爭議的三種立法「目的」來源說，一併納入前述「三階六層」違憲審查基準。質言之，採用「合理審查」基準（「低標」）時，應從寬認定立法目的，凡立法者於立法當時可能設想之目的，皆屬之（“any conceivable end” approach）；採用「中度審查」基準（「中標」）時，應僅考慮公正的立法者於立法當時可合理推知之目的（“impartial legislature” approach）；至於採用「嚴格審查」基準（「高標」）時，則僅能考慮按係爭法律之文字與立法過程可得探知之立法者真實之目的（“actual end” approach）。至此，「三階六層」違憲審查基準益形精密！<sup>83</sup>

美國（三階六層）「違憲審查標準」與前述德國（四階段）「比例原則」本質相同——皆要求「手段」與「目的」之間，應具有合理之關聯，藉以確保係爭行為為「合理」；然兩者依循之邏輯與操作之方式，顯然不同。申言之，就其慎重考量「目的」合憲性，而後檢驗「手段與目的之關聯性」而言，美國與加國（另類「比例原則」）近似；惟就「手段與目的之關聯性」而言，美國並未發展出類似德國、加國之三階段審查步驟。德國「手段與目的之關聯性」三階段審查之重心毋寧在於第三個階段（「狹義比例原則」），蓋前兩階段（「適合性原則」與「必要性原則」）僅具有「門檻」作用——通過或不通過，唯「狹義比例原則」可藉由損益權衡，發揮「調和」作用（Robert Alexy 教授所謂「最大化要求」），進行實質審查。然而，或因太過強調檢驗之步驟，致審查密度僅「隱含」其間。<sup>84</sup>反觀美國「司法審查標準」(standards of judicial review)，顧名思義，本指多種審查密度；既有多種審查基準，則審查基準之選擇殆關乎（憲法）訴訟之勝負。

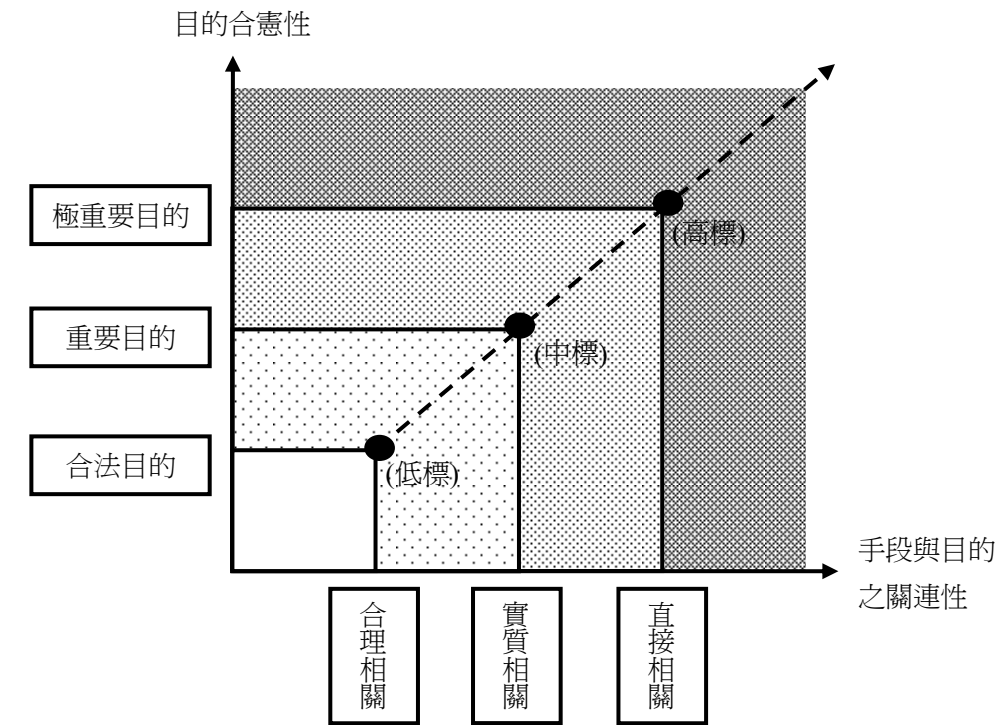
---

<sup>83</sup> Kelso (1992), *supra* note 77, at 532-534.

<sup>84</sup> 加國另類「比例原則」是否已發展出不同的審查標準，尚待查考。

除審查基準為「顯性」或「隱性」之差別外，美國「違憲審查標準」與德國「比例原則」更重要之不同猶在於：美國「違憲審查標準」下，各種（寬嚴不同的）審查標準的「目的合憲性」與「手段與目的之關聯性」乃屬配套、聯動關係。反觀德國，除前述「藥房案判決」之「三階理論」呈現「目的合憲性」與「手段與目的之關聯性」之聯動關係外，一般所謂「三種審查密度」是否亦有類似聯動關係，似未見討論。<sup>85</sup>

【圖三】：美國違憲審查基準之聯動關係



<sup>85</sup> 許宗力，前揭（註 37）文，嘗分析美、德兩國違憲審查基準之異同，歸結道：「德國模型要求三個審查基準都需一一適用，相當於西餐的『套餐』，美國則只有嚴格審查時才適用必要原則的審查基準，其他則適用近似於適合原則的審查基準，相當於西餐的『單點』」。惟，按本文前述之分析，毋寧應認：美國三階六層式「違憲審查標準」方屬「套餐」，德國四階段「比例原則」僅是「單點」！

【圖三】顯示美國「三階」違憲審查標準（低標、中標、高標）俱由（Y 軸所示）「目的合憲性」與（X 軸所示）「手段與目的之關聯性」兩組變數所構成；標準異動時，兩個變數須一同調高或調低（「聯動」）。質言之，「低標」要求「合法」之目的，且手段與目的「合理相關」；「中標」須有「重要」之目的，且手段與目的須「實質相關」；「高標」更須「極重要」之目的，且手段與目的須「直接相關」！其次，圖中幾個區域並顯示三階標準的適用範圍。申言之，Y 軸「合法目的」標點以下與 X 軸「合理相關」標點以左的白色區域，乃採用「低標」審查亦難通過之顯然違憲情形。Y 軸「合法目的」標點以上、「重要目的」標點以下，與 X 軸「合理相關」標點以右、「實質相關」標點以左所構成的區域，乃能夠通過「低標」審查，但通不過「中標」審查的範圍——姑且稱之為「低標」適用範圍，含前述之「低低標」、「中低標」與「高低標」。而 Y 軸「重要目的」標點以上、「極重要目的」標點以下，與 X 軸「實質相關」標點以右、「直接相關」標點以左所構成的區域，乃能通過「中標」審查，但通不過「高標」審查的範圍——姑且稱之為「中標」適用範圍，含前述之「低中標」與「高中標」。至於 Y 軸「極重要目的」標點以上與 X 軸「直接相關」標點以右所構成的區域，乃「高標」適用範圍。以上圖示顯現「三階」（乃至更進一步析分為「六層」）審查標準與其說是「點」的標定，不如說是（適用）「面」的界定。最後，以上圖示猶可顯示德國傳統「三階段審查」與美國「違憲審查標準」（及加國另類「比例原則」）之差別：前者之審查殆僅 X 軸（手段與目的關聯性）之考量，後（兩）者之審查則兼有 X 軸與 Y 軸之考量！

#### 四、「階層式比例原則」構想

鑑於大法官已在解釋中分別引進德國「比例原則」與美國（三階）「違憲審查標準」，希望提高憲法解釋之前後一致性 (consistency) 及預測可能性 (predictability)，但苦於各說各話，無法有效溝通，

形成共識。作者爰不揣簡陋，嘗試融合兩種思維，相互截長補短，提出「階層式比例原則」構想如下：

### (一) 名實

首先，稱「階層式比例原則」(hierarchical proportionality principle)旨在修正傳統「比例原則」之線性、流程式印象，明確標示其為立體、多層次概念。保留「比例原則」作為主稱，乃為尊重約定俗成之事實；新增「階層式」之形容語，乃為包含不同寬嚴尺度之審查基準。其次，「階層式比例原則」乃以「目的合憲性」及「手段與目的之關聯性」為主幹（先區分為「三階」），輔以「舉證責任」分配及「限制較少替代手段」檢驗為支幹（再分區為「六層」），所構建之聯動、配套式審查基準體系，供大法官依個案需要，以「套餐」方式選用。

### (二) 操作

於確認：A、係爭事項確屬某一憲法權利之保障範圍(Schutzbereich)（按即符合「權利之內在界限」），且 B、該（憲法權利之）限制符合「層級化法律保留原則」（按即具備「形式合憲性」）等兩個前提條件後，便應以「階層式比例原則」審查係爭權利限制之「實質合憲性」（按即「權利之外在界限」之審查）。「階層式比例原則」之操作步驟包括：

#### 1. 「審查基準」之選擇<sup>86</sup>

綜合考量下列例示因素，自前揭六種審查基準中，選擇本案應適用之審查基準：

- 係爭限制所涉「憲法權利之種類」？其在憲法價值秩序中

<sup>86</sup> See Jeremy McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in *THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE* 23, 24-28 (Evelyn Ellis ed., 1999). 並參見大法官釋字第 584 號解釋之許宗力大法官「協同意見書」。



之地位？是否為「根本之基本權」(fundamental rights)，涉及「人性尊嚴」或「人格之自由發展」？

- 係爭限制所涉「事務領域」？依功能最適理論，其屬司法部門應尊重政治部門所為之判斷？
- 係爭限制之「干預強度」？例如：終身禁止或限期禁止？全然剝奪或部分限制？
- 係爭差別待遇為「可疑分類」(suspect classification)——以「無法改變之的特質」(immutable traits/ characteristics, e.g., race, national origin, gender, the marital status of one's parents)為基礎所為之分類？
- 係爭差別待遇之「目標群體」(target group)之政治參與管道是否暢通？其屬「孤立而隔絕之少數」(discrete and insular minority)？
- 係爭差別待遇係為矯正過去官方刻意所為之系統性歧視，而採取之「矯枉（過正）措施」(affirmative actions)？
- 比較法參考座標？其他違憲審查先進國家處理同類案件採用何種審查基準？
- 個案之特殊情形 (particular context in each and every case, if any)？

## 2. 「目的合憲性」審查

係爭限制係為「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」？

- 低標（合理審查基準）：  
係爭限制（或差別待遇）係在追求（立法者於立法當時可能設想之）「合法目的」(legitimate/ permissible ends)？
- 中標（中度審查基準）：  
係爭限制（或差別待遇）係在追求（公正的立法者於立法當時可合理推知之）「重要目的」(substantial/ significant/

important ends) ?

- 高標（嚴格審查基準）：  
係爭限制（或差別待遇）係為追求（按係爭法律之文字與立法過程可得探知之立法者真實之）「極重要目的」（compelling/ overriding ends）？

### 3. 「手段與目的關聯性」審查

係爭手段係為達成預設目的「所必要」者？

#### 3.1 適當性原則

#### 3.2 必要性原則

##### ◆ 低標（合理審查基準）

手段與目的「合理關聯」（rationally/ reasonably related to）？

##### ◆ 中標（中度審查基準）

手段與目的「實質關聯」（substantially related to）？

##### ◆ 高標（嚴格審查基準）

手段與目的「直接關聯」（directly related to）？

#### 3.3 狹義比例原則

##### ◆ 高標（嚴格審查基準）

僅「高標」須就係爭限制更為「損益權衡」

以上即（三種）「違憲審查基準」與（四階段審查）「比例原則」整合之大要。茲需補充說明者二。首先，鑑於德國「比例原則」所屬「必要性原則」之標準過於寬鬆——需有數個同樣有效達成目的之手段存在，始限須採取其中對憲法權利限制最少者，致實際鮮少發揮過濾作用，「階層式比例原則」乃配合不同之審查基準，導入不同程度之「手段與目的關聯性」要求。其次，鑑於「階層式比例原則」之「目的合憲性」與「手段與目的關聯性」聯動式設計（水漲船高、水退船低）已經隱含了「比例性」的考慮，且為

避免法官假借抽象、幽邈之「損益權衡」，輕易取代立法者經過集體審議所做成之價值判斷，「階層式比例原則」僅於採「高標」審查，（即未追求極優越、極重要之公益，而精確打造限制人權之手段）時，始須進行「狹義比例原則」檢驗。

### （三）內涵

「階層式比例原則」三階六層審查基準之內涵，可綜合歸納如下：

#### I. 低標（合理審查基準）

##### I.1 低低標＝「最低合理性」(minimum rationality) 審查基準

- ▶ Q<sub>1</sub>目的合憲（為追求合法目的）？
- ▶ Q<sub>2</sub>手段與目的之關聯（所「必要」者）？
  - Q<sub>2-1</sub>適當性（手段有助於目的之實現）？
  - Q<sub>2-2</sub>必要性（手段與目的合理相關）？

※舉證責任：原告負擔

##### I.2 中低標＝「基本合理性」(basic rationality) 審查基準

- ▶ Q<sub>1</sub>目的合憲（為追求合法目的）？
- ▶ Q<sub>2</sub>手段與目的之關聯（所「必要」者）？
  - Q<sub>2-1</sub>適當性（手段有助於目的之實現）？
  - Q<sub>2-2</sub>必要性（手段與目的合理相關）？

顯然存有「限制較少之替代手段」？

※舉證責任：原告負擔

##### I.3 高低標＝「有殺傷力的合理審查」(rational review with bite) 審查基準

- ▶ Q<sub>1</sub>目的合憲（為追求合法目的）？
- ▶ Q<sub>2</sub>手段與目的之關聯（所「必要」者）？
  - Q<sub>2-1</sub>適當性（手段有助於目的之實現）？
  - Q<sub>2-2</sub>必要性（手段與目的合理相關）？

顯然存有「限制較少之替代手段」？

※舉證責任：原告釋明權利侵害後，移轉予被告負擔

## II. 中標（中度審查基準）

### II.1 低中標＝基本的中度審查基準 (basic mid-level/ intermediate level review)

- ▶ Q<sub>1</sub>目的合憲（為追求**重要**目的）？
- ▶ Q<sub>2</sub>手段與目的之關聯（所「必要」者）？
  - Q<sub>2-1</sub>適當性（手段有助於目的之實現）？
  - Q<sub>2-2</sub>必要性（手段與目的**實質**相關）？
  - Q<sub>2-3</sub>有無「限制較少之替代手段」？

※舉證責任：原告釋明權利侵害後，移轉予被告負擔

### II.2 高中標＝有殺傷力的中度審查基準 (mid-level/ intermediate level review with bite)

- ▶ Q<sub>1</sub>目的合憲（為追求**重要**目的）？
- ▶ Q<sub>2</sub>手段與目的之關聯（所「必要」者）？
  - Q<sub>2-1</sub>適當性（手段有助於目的之實現）？
  - Q<sub>2-2</sub>必要性（手段與目的**直接**相關）？
  - Q<sub>2-3</sub>有無「限制較少之替代手段」？

※舉證責任：原告釋明權利侵害後，移轉予被告負擔

## III. 高標（嚴格審查基準）

- ▶ Q<sub>1</sub>目的合憲（為追求**極重要**目的）？
- ▶ Q<sub>2</sub>手段與目的之關聯（所「必要」者）？
  - Q<sub>2-1</sub>適當性（手段有助於目的之實現）？
  - Q<sub>2-2</sub>必要性（手段與目的**直接**相關）？
  - Q<sub>2-3</sub>有無「限制較少之替代手段」？
    - 是否涵蓋過廣？且是否涵蓋不足？
  - Q<sub>2-4</sub>狹義比例性（損益顯失均衡）？

※舉證責任：原告釋明權利侵害後，移轉予被告負擔

至此，「階層式比例原則」的理論建構可暫告一段落。以下擬進一步以之模擬適用於三件備受重視的大法官解釋，期經由對照分析，呈現改採「階層式比例原則」之實益。

## 肆、指標案例演習

### 一、釋字第584號解釋

#### (一) 案情概要

聲請人於民國89年6月向台中市警察局申請辦理營業小客車駕駛人執業登記證，遭台中市警局以聲請人曾犯故意殺人未遂罪，經判決罪刑確定，依道路交通管理處罰條例第三十七條第一項，否准其辦理執業登記。聲請人認前開規定侵害其憲法第十五條所保障之工作權與第七條之平等權，不符憲法第二十三條之比例原則，提起訴願及行政訴訟，咸遭駁回。爰依大法官審理案件法聲請解釋前開規定是否合憲。

按立法理由書所載，該條之立法目的乃為維護社會治安與乘客安全，並防止、遏止該條所列舉之犯罪行為。為免過度限制人民之工作權，立法草案原規定刑罰執行期滿3年者，始得辦理營業小客車駕駛人執業登記；嗣於立法院審議時，將3年之期限縮短為2年。同法民國86年1月22日修正時，將原規定之「二年禁止辦理登記之期限」刪除，致曾犯同法三十七條第一項所列罪名，並經判決罪刑確定者，終生不得駕駛營業小客車。

#### (二) 主要爭點

本案爭點有二：

1. 係爭規定（道路交通管理處罰條例第三十七條第一項：「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，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記」) 是否違憲地侵害人民憲法第十五條所保障之「工作權」？

2. 係爭規定是否違反憲法第七條所保障之平等權？

茲為簡化問題，僅就該號解釋著墨較多之爭點<sup>1</sup>，進行對照分析。

(三)「階層式比例原則」對照演習

茲依前文所述操作步驟，分就「審查基準之選擇」、「目的合憲性之審查」及「手段與目的關聯性之審查」及「審查結論」等四大項，對照分析釋字第584解釋之「多數意見」、許宗力大法官「協同意見」、林子儀大法官「不同意見」與本文「階層式比例原則」模擬適用意見如下：

1. 違憲審查基準之選擇 (考量因素⇨ 審查基準)

多數意見 (解釋文及理由書)	許宗力大法官 協同意見書	林子儀大法官 不同意見書	「階層式比例原則」 模擬適用
(未說明基準選擇之考量因素)  關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、	不同寬嚴審查標準的選擇，應考量許多因素，例如：系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉	在審查政府對職業選擇自由的限制之合憲性時，所以不能採取寬鬆的審查標準，而必須採取較嚴格的審查標準的理由，主要原因在於職業選擇自由對個人發展自我與實現自我，具有重要的意義。	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 係爭憲法權利種類：工作權（職業選擇之自由）→ 經濟權（→低）</li> <li>• 干預強度：主觀要件（→中） &amp; 終身禁止（→高）</li> <li>• 比較法參考座標：德國（藥房案：中標）</li> </ul> 本件涉及為維護乘客

<p>體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。</p> <p>⇒ 中標<sup>87</sup></p>	<p><b>基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等。</b></p> <p>本件涉及工作權（職業自由）之限制，屬經濟基本權領域，在美國一般採寬鬆審查，德國中度審查，所採標準雖然有異，但都不認為應該嚴格審查者。然考量因素還有許多。以對基本權干預強度而論，本件涉及對特定職業選擇自由之終身剝奪，對基本權干預程度不可</p>	<p><b>職業的選擇自由與個人人格的自由發展密不可分，政府如欲對其加以限制，自應以較嚴格的審查標準審查其合憲性，以免政府過度且不當的限制。</b></p> <p>⇒ 中標</p>	<p>安全，對於職業選擇自由設定之主觀條件。雖主觀條件較一般職業規制（職業時間、地點、對象等之管制），對人民工作權之限制較大，惟其相對於客觀條件，仍屬人民憑一己之努力可以滿足或避免者，各國實務爰多採用中度基準審查。復鑑於本案之限制方式（終身禁止）甚為嚴苛，尤不宜採用低標（合理審查基準）審查。</p> <p>⇒ 中標（低中標）</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

87 本件解釋許宗力大法官協同意見書：「多數意見經綜合考量，最後做成採中度審查的共識」。

並參見本件解釋林子儀大法官不同意見書：「多數意見沒有說明為什麼針對職業選擇自由的限制，較諸針對執行職業方式的限制，司法釋憲者應該採取較嚴格的審查標準審查其合憲性。推測其意，應係就職業選擇自由的限制與執行職業方式的限制，對個人職業自由的限制之程度不同，故而對其合憲性之審查，亦應有不同程度的審查標準」。

	<p>謂不強，採嚴格審查非無理由；但從另一個角度觀察，本件涉及的是對職業選擇自由主觀條件之限制，該條件是人民憑一己能力可以滿足或避免的，相對於客觀條件之限制，該條件之滿足是人民憑一己主觀努力無法達到者，限制條件可謂較寬鬆，倘客觀條件之合憲性審查應採嚴格審查，則主觀條件限制自以採中度審查為宜。</p> <p>⇒ 中標</p>		
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--



2. 目的合憲性審查

多數意見 (解釋文及理由書)	許宗力大法官 協同意見書	林子儀大法官 不同意見書	「階層式比例原則」 模擬適用
<p>(係爭限制) 旨在保障乘客之安全，確保社會之治安，及增進營業小客車之職業信賴，與首開憲法意旨相符。</p> <p>⇒ 「重要公益」？</p>	<p>系爭法律追求維護乘客生命、身體與財產安全等之公益，其重要性其實已至極端重要公益位階，符合重要公益之要件，自不待言。</p> <p>⇒ 「極重要公益」</p>	<p>系爭規定之目的係為維護搭乘計程車乘客的生命、身體、自由與財產安全。</p> <p>⇒ 「重要公益」</p>	<p>係爭限制乃為保障乘客安全、確保社會治安等重要公益。</p> <p>⇒ 「重要公益」符合「低中標」聯動要件之一</p>

3. 手段與目的關聯性審查

3.1 適當性原則			
多數意見 (解釋文及理由書)	許宗力大法官 協同意見書	林子儀大法官 不同意見書	「階層式比例原則」 模擬適用
<p>鑒於營業小客車之營運及其駕駛人工作之特性……對於曾犯上述之罪者，規定終身不准其申請營業小客車之執業登記……屬達成目的之有效手段。</p> <p>⇒ 「有效」手段必為「適當」手段。</p>	<p>系爭條文規定具有特定暴力及性犯罪前科者，不得進入營業小客車市場，立法意旨即係直接排除犯罪可能性較高的人對此種社會活動風險所造成的不利影響，此種手段顯然有助</p>	<p>較嚴格審查標準……要求立法者提出更重要的立法目的，並以實質有效且侵害較小之手段達成目的。換言之，手段不能僅是<u>可以達成目的</u>，而必須是可靠、具備實效，與目的</p>	<p>鑑於營業小客車駕駛人之品質與乘客安危密切相關之特性，係爭規定禁止具有特定暴力及性犯罪前科者駕駛營業小客車，自有助於提高營業小客車乘客之安全。</p> <p>⇒ 通過「適當性」</p>

<p>「適當性」與「必要性」原則於焉混同，前者具門檻性質，益明！</p>	<p>於達到提高營業小客車安全的目的，因為乘客可免於與統計上具有較高犯罪可能的駕駛接觸的風險。</p> <p>⇒符合「適當性原則」</p>	<p>之達成具有實質關聯性之手段；同時，該手段固然不必是侵害最小的手段，但最起碼必須是經過斟酌選擇對人民權利侵害較小的手段。尤有甚者，相關政府機關的選擇不再享有合憲推定，其因此須對於上述目的之重要性、手段之實質有效性與其侵害程度係可接受等，負舉證的責任。</p> <p>⇒符合「適當性原則」容易，審查重點應置於「必要性」</p> <p>Ω 未明確區分「適當性」與「必要性」原則</p>	<p>之檢驗</p>
3.2 必要性原則			
多數意見 (解釋文及理由書)	許宗力大法官 協同意見書	林子儀大法官 不同意見書	「階層式比例原則」 模擬適用
為實現上揭目的，究須採取何種措施方屬侵害人民職業	系爭條文是否屬於最小侵害手段，乃是本件最	根據本案多數意見之說理，無論是對於手段侵害	本件立法者與主管機關未能提出有力證據，使本院確

<p>自由之最小手段，乃應由相關機關依……等情事綜合予以考量，為專業之判斷。</p> <p>參以本院上開調查會時，主管機關及業者表示對於如何有效維護營業小客車之安全性，例如以衛星定位營業小客車之行進路線、全面實施定點無線電叫車並加強其追蹤管理，或改裝車輛結構為前後隔離空間並加強從業人員之職前訓練等，得有效達成目的而侵害較小之具體措施，客觀上目前並無實現之可能以觀，相關機關選擇上述永久禁止之手段，以維護乘客人身、財產安全，於現階段尚屬合理及符合限制人民職業自由較小手段之要求。</p> <p>⇒ 符合「必要性原則」。</p>	<p>值檢討之處。關鍵在於究竟是否存在一個能夠相同有效達成目的，對相對人基本權（當然是指職業自由）侵害較小，且未造成不可期待之公益成本負擔（例如增加對第三人權益之負擔，或造成國家財政困難等）之手段存在。</p> <p>說明會曾提出討論的可能替代措施中，諸如允許具有特定暴力及性犯罪前科者進入營業小客車市場，但佐以衛星定位營業小客車之行進路線，或全面實施定點無線電叫車並加強追蹤管理，或車輛結構為前後隔離空間並加強從業人員之職前訓練等措施，該等措施與終身剝奪從事營業小客車</p>	<p>性的接受度以及對其有效性的採認，所反映的僅是一種相當低度的標準與舉證要求，幾至難以分辨其所宣示採取之較嚴格審查標準與寬鬆的合理審查標準有何差別。……如此推論，如何能調對相關政府機關之舉證責任，已善盡審查之責。</p> <p>前開多數意見所舉之侵害較小措施，是否果真客觀上目前並無實現之可能？縱令單就成本因素考量，也並非真無實現之可能。而且，參酌多數意見亦肯認出獄時間越久，再犯比率越低之統計資料，以出獄後一定期限（例如十年或十五年）內不得從事計程車之駕駛工作，亦較目前所採行之</p>	<p>信：係爭手段（終身禁止具有特定暴力及性犯罪前科者擔任營業小客車駕駛人）與預期目的（維護乘客安危、改進社會治安）兩者具有「實質關聯」。</p> <p>又，立法者與主管機關未能確切說明：何以其他限制較少之替代手段，例如：以衛星定位營業小客車之行進路線、全面實施定點無線電叫車並加強其追蹤管理，或改裝車輛結構為前後隔離空間、限制具有前開前科者於出獄後一定期間從事計程車之駕駛工作等，均非達成預期目的之實質有效手段。故本院難以認定係爭手段為「必要」之手段。</p> <p>⇒ 手段與目的間不具「實質關聯性」</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Ω 按其尊重主管機關判斷之程度，殆屬「中低標」？</p>	<p>職業之系爭手段比起來，當然都是較小侵害手段。問題是，是否相同有效？本席持保留態度。因該等營業小客車管理措施所能達到的效果，仍僅是以透過事前的防範、嚇阻而有降低整體營業小客車犯罪風險之可能性，相對於根本禁止具有特定暴力及性犯罪前科者進入營業小客車市場，可以直接防止利用合法駕駛計程車之機會犯案，<b>明顯不是相同有效之替代手段。</b></p> <p>相對於終身禁止，五年、十年或二十年等一定期間的營業禁止，無疑是較小侵害的手段。本席認為，再犯率會隨時間而遞減應該是犯罪學上可被接受的理</p>	<p>永久禁止手段，為侵害較小且屬實質有效的手段。</p> <p>⇒ 不符合「必要性原則」</p> <p>Ω 既存在「侵害較小且屬實質有效的替代手段」，故手段與目的不具實質關聯性。</p>	<p>Ω 明定政府舉證之範圍</p>
---------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------

	<p>論，一旦能證明暴力及性犯罪前科者再犯特定之罪的再犯率，在一段期間後，已降到與一般無該等前科的人一樣，或者說已降到社會可接受的剩餘風險程度時，則以特別危險性為理由對其職業選擇自由加以限制，就不再具有正當性，系爭條文對職業自由的限制超過上開期間，即不能免於違憲的指摘。遺憾的是，在本件職權調查及審理過程中，相關機關稱並未有這方面的精確統計與研究，本院大法官調查能力也有其侷限，無法依一己之力調查統計該資料，是根據有限證據資料，認系爭終身限制手段尚屬達到目的之不得已手段，應</p>		
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

	<p>該是合乎事理，可以支持的。</p> <p>⇒ 符合「必要性原則」。</p> <p>Ω 「相同有效性」之要求，使得「必要性原則」之過濾機能喪失大半；復未有舉證責任轉換（予政府）之配套，如此無奈之「可支持性審查」標準，用益猶存？</p>		
3.3 狹義比例原則（損益衡量原則）			
多數意見 （解釋文及理由書）	許宗力大法官 協同意見書	林子儀大法官 不同意見書	「階層式比例原則」 模擬適用
永久禁止曾犯上述之罪者駕駛營業小客車對人民選擇職業之自由，固屬嚴格之限制，惟衡諸維護搭乘營業小客車之不特定多數人生命、身體、自由、財產等公益之重要性與急迫性，並參以……主管機關及業者表示……等，得有效達成目	<p>（未為損益衡量）</p> <p>⇒ 推定符合「狹義比例原則」（尚非顯失均衡）？</p> <p>Ω 既通過前三階段之審查，何以不更為「狹義比例原則」檢驗？</p>	<p>當政府對人民所為的限制與剝奪越嚴苛，正當法律程序的要求便越顯得重要。尤其是任何「終身」的剝奪，皆應特別謹慎考慮個別化衡量的可行性，讓人民有透過正當程序反證自己具備職業資格的機會。</p>	<p>本件（中標案件）無需進行「損益衡量」</p>

<p>的而侵害較小之具體措施，客觀上目前並無實現之可能以觀，相關機關選擇上述永久禁止之手段，以維護乘客人身、財產安全，於現階段尚屬合理及符合限制人民職業自由較小手段之要求。</p> <p>⇒（目前）損益尚非顯失均衡。</p>		<p>⇒ 考慮到「正當程序」要求之「個別化衡量」，係爭規定之損益顯失均衡？</p> <p>Ω 「狹義比例性」與「正當程序」之關係？</p>	
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	-----------------------------------------------------------------------	--

4. 審查結論

多數意見 (解釋文及理由書)	許宗力大法官 協同意見書	林子儀大法官 不同意見書	「階層式比例原則」 模擬適用
<p>(係爭規定)就駕駛人個人應具備之主觀條件，對人民職業選擇自由所為之限制，旨在保障乘客之安全，確保社會之治安，及增進營業小客車之職業信賴，與首開憲法意旨相符，於憲法第二十三條之規定，尚無牴觸。</p>	<p>根據有限證據資料，認系爭終身限制手段尚屬達到目的之不得已手段，應該是合乎事理，可以支持的。</p>	<p>系爭道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定，對有一定犯罪前科者採取終身不得從事計程車之駕駛工作之限制，並不符合憲法第二十三條規定，並牴觸憲法第十五條保障人民職業自由之意旨。</p>	<p>道路交通管理處罰條例第三十七條第一項終身剝奪特定犯罪前科之人從事計程車駕駛工作之職業自由之規定，尚非保障乘客安全、增進公共利益所實質必要，與憲法第二十三條及第十五條之意旨不符。</p>

多數意見 (解釋文及理由書)	許宗力大法官 協同意見書	林子儀大法官 不同意見書	「階層式比例原則」 模擬適用
⇒ 合憲	⇒ 合憲 (通過「可支持性」審查標準)	⇒ 違憲 (未能通過中度審查基準)	⇒ 違憲 (未能通過中度審查基準)

總結以上分析，釋字第584號解釋（所有憲法解釋亦同）之關鍵在於「審查基準」之選擇！「多數意見」未宣示採用之審查基準（按許宗力大法官之觀察，係採「中度審查標準」），實際操作殆為極度尊重立法判斷之「合理審查基準」（「低標」）；並以其曾略微探問有無其他顯然之「限制較少替代手段」，可進一步歸為「中低標」。許宗力大法官「協同意見」認原告應負舉證責任，因現時未有確切證據反駁「特別危險性」之立法判斷，依德國「可支持性」審查標準，只得放行。林子儀大法官「不同意見」採用美國「中度審查標準」，將舉證責任轉移由政府負擔，並將「手段與目的關聯性」（即手段達成目的之有效性）一併升級（由「合理相關」提升為「實質相關」），以政府未能成功舉證，而未通過中度審查基準。本文「階層式比例原則」之模擬適用與林氏之論證較為接近，但有意識地將各種「審查基準」納入「比例原則」之審查步驟操作，並明白宣示「中標」無需進行「狹義比例性原則」之檢驗。又，林氏前揭「不同意見書」固闡釋：所謂「必要」之手段「須是可靠、具備實效，與目的之達成具有實質關聯性之手段；同時，該手段固然不必是侵害最小的手段，但最起碼必須是經過斟酌選擇對人民權利侵害較小的手段」。惟政府應舉證之範圍，似非明確。「階層式比例原則」於「低中標」時，政府除應證明：何以係爭手段（終身禁止特定前科之人擔任計程車駕駛）是可靠、具備實效，與目的之達成具有實質關聯性之手段外；並須證明：何以其他限制較少之替代手段（例如以衛星定位營業小客車之行進路線、全面實施定點無線電



叫車並加強其追蹤管理，或改裝車輛結構為前後隔離空間、限制具有前開前科者於出獄後一定期間從事計程車之駕駛工作等）均非達成目的之實質有效手段。亦即，倘政府能證明有數個「實質有效」（具備實質關聯性）的手段同時存在，其仍享有裁量之空間（選擇其一之自由）。按「階層式比例原則」，僅於適用「高中標」或「高標」時，始限制政府必須選擇「侵害最小手段」——所謂「手段與目的直接相關」是也。

## 二、釋字第618號解釋

### （一）案情概要

原告為原設籍大陸地區之人民，民國80年間與臺灣地區人民結婚，85年間獲准來台居留，87年間獲准定居並設籍。嗣於90年應公務員初等考試筆試及格，並於實務訓練期滿後，獲發考試及格證書，取得任用資格。臺北市政府人事處於91年間，依據臺灣地區與大陸地區人民關係條例第二十一條第一項前段之規定，以其原為大陸地區人民，在臺灣地區設籍未滿10年，不得擔任軍公教或公營事業機關人員為由，拒絕辦理派代送審作業並令離職。原告訴願遭到駁回，向臺北高等行政法院提起行政訴訟。臺北高等行政法院（第三庭）以上開條文之適用有違憲疑義，依大法官釋字第371號解釋，聲請憲法解釋。

### （二）主要爭點

臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下稱「兩岸關係條例」）第二十一條第一項前段之規定——大陸地區人民在臺灣地區設籍未滿十年，不得擔任軍公教或公營事業機關人員——是否違反憲法第十八條保障人民服公職之權及憲法第七條之平等原則？

### （三）「階層式比例原則」對照演習

茲依前文所述操作步驟，分就「審查基準之選擇」、「目的合憲

性之審查」及「手段與目的關聯性之審查」及「審查結論」等四項，對照分析釋字第618號解釋之「釋憲聲請書」、「多數意見」與本文「階層式比例原則」模擬適用意見如下：

1. 違憲審查基準之選擇（考量因素⇨ 審查基準）

台北高等行政法院 釋憲聲請書	多數意見 (解釋文及理由書)	「階層式比例原則」 模擬適用
<p>(未見說明)</p> <p>⇨ 似無不同審查基準(審查密度)的概念。</p> <p>Ω 雖按下述「必要性審查」之操作(限制採取「最小侵害手段」)觀之,應認(不自覺地)採用「嚴格審查基準」(「高標」)</p>	<p>(解釋理由書) <b>兩岸關係事務</b>, 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, <b>如非具有明顯之重大瑕疵</b>, 職司法律違憲審查之<b>釋憲機關即宜予以尊重</b>。</p> <p>⇨ 採「明白性審查標準」(「低標」)審查, 並因略微審究有無其他限制較少(較不歧視)之手段, 應屬「中低標」。</p> <p>Ω 事務領域: 兩岸關係(涉及國家安全) &amp; 功能最適(立法機關知之較稔)殆為主要之考慮</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 係爭憲法權利種類: 工作權(職業選擇之自由)之平等對待(平等權)(→低)</li> <li>• 事務領域: 兩岸國安(→低)</li> <li>• 干預強度: 客觀要件(可疑分類=原設籍地→高) 限期禁止(→低或中)</li> <li>• 目標群體之政治參與管道: 無投票權, 相對不暢通, 惟仍可透過本國人民配偶反映部分意見(→中)</li> </ul> <p>本件涉及兩岸長期分治、對立下, 為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序, 對於大陸地區人民經許可進入臺灣地區者, 擔任公務人員之時間限制。其屬職業選擇自由之「客觀條件」, 乃人民憑一己之努</p>

		<p>力所無法滿足或避免者，要屬「可疑分類」，各國實務多採「嚴格基準」審查。惟係爭限制之方式（限期禁止）尚非絕對，且所涉事務（兩岸關係及國家安全）並宜儘量尊重政治部門之判斷，爰宜採用「有殺傷力之合理審查基準」（「高低標」）審查。</p>
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2. 目的合憲性審查

<p>台北高等行政法院 釋憲聲請書</p>	<p>多數意見 (解釋文及理由書)</p>	<p>「階層式比例原則」 模擬適用</p>
<p>(兩岸關係條例)乃基於「國家統一前，為確保臺灣地區安全與民眾福祉，規範臺灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件，特制定本條例」(本條例第一條參照)，考量海峽兩岸當前之政治敵對局勢，在國家統一之前，自有特別立法規範兩岸人民權義之必要，目的上固有其正當性。</p> <p>⇒ 目的正當=合法目的</p>	<p>大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分，乃係基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護</p>	<p>係爭規定限制大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿10年，不得擔任公務人員，乃係基於公務人員與國家之公法上職務關係與忠誠義務；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特殊限制，其目的洵屬重要公益。</p> <p>⇒ 合法目的(重要公益)</p>

	護自由民主之憲政秩序， 所為之特別規定，其目的 洵屬合理正當。  ⇨ 合法目的	必為合法公益)
--	-----------------------------------------------------	---------

### 3. 手段與目的關聯性審查

3.1 適當性原則		
台北高等行政法院 釋憲聲請書	多數意見 (解釋文及理由書)	「階層式比例原則」 模擬適用
(未見說明)	基於原設籍大陸地區人民 設籍臺灣地區未滿十年 者，對自由民主憲政體制 認識與其他臺灣地區人民 容有差異，故對其擔任公 務人員之資格與其他臺灣 地區人民予以區別對待， 亦屬合理，與憲法第七條 之平等原則及憲法增修條 文第十一條之意旨尚無違 背。  ⇨ 符合「手段適當性」	鑑於公務員對國家之忠誠 義務與公權力行使之公益 要求，與一般國民有別； 復鑑於兩岸長期分治、對 立，彼此政治、經濟與社 會等體制具有重大之本質 差異，係爭規定限制大陸 地區人民，非設籍臺灣地 區滿10年，不得擔任公務 人員，自有助於確保臺灣 地區安全及維護自由民主 憲政秩序。  ⇨ 通過「手段適當性」 檢驗
3.2 必要性原則		
台北高等行政法院 釋憲聲請書	多數意見 (解釋文及理由書)	「階層式比例原則」 模擬適用
(係爭規定)一律以設籍 十年為其公務人員任用 標準，然設籍十年之合	若採逐案審查，非僅個人 主觀意向與人格特質及維 護自由民主憲政秩序之認	鑑於兩岸對峙多年，政 治、經濟與社會等體制具 有重大之本質差異，係爭

<p>理性何在？立法上是否可依不同官等、職等及職系職務為不同設籍年限規定？是否可依涉及國家安全及機密程度設定不同任職條件？又是否有一律限制一般人民十年不得服公職之必要存在？非無可議。</p> <p>（係爭規定）未對不同職務而規定設籍年限或任職條件，以符合比例原則之「最小侵害原則」，顯未就立法目的為合比例之裁量。何況大陸地區人民申請在臺灣地區定居或居留，均須通過……忠誠及品行考核……且依本條例第十七條第三項規定，每年申請居留之類別及數額均有限制，通常均須經過數年的等待始能實際取得居留權，再經連續居留二年，始得申請定居設籍（本條例第十七條第四項參照）。茲對於通過考核並經數年等待始獲准設籍（以原告為例，結婚到設籍歷經七年）之人民，再一律施予十年之工作權利禁制，其限制顯然過度。</p>	<p>同程度難以嚴密查核，且徒增浩大之行政成本而難期正確與公平，則系爭規定以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內。</p> <p>至於何種公務人員之何種職務於兩岸關係事務中，足以影響臺灣地區安全、民眾福祉暨自由民主之憲政秩序，釋憲機關對於立法機關就此所為之決定，宜予以尊重，系爭法律就此未作區分而予以不同之限制，<u>尚無明顯而重大之瑕疵</u>，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。</p> <p>⇒ 符合「必要性」原則</p> <p>Ω 「逐案審查」既非「同等有效而限制較少之替代手段」，自不能認為係爭手段有「明顯重大之瑕疵」！</p>	<p>規定假定大陸地區人民對於自由民主憲政體制認識與台灣地區人民普遍存有差異，尚非違反常識而不合理。</p> <p>惟本案立法者與主管機關未能確切說明：何以除係爭規定（一律禁止10年）以外，<u>未有顯然限制較少之替代手段</u>（例如在10年期限屆滿前，得以逐案審查，例外開禁），亦能同樣有效地達成預設目的，爰難認係爭手段為「必要」！</p> <p>至同法第二十一條第二項，相較於同條第一項之分類，有無「涵蓋不足」（應限制而未限制）之情形，涉及管制優先順位之決定，除有顯然重大之瑕疵者外，司法機關應予尊重。</p> <p>⇒ 不符合「必要性」原則，以其未能克盡舉證責任</p> <p>Ω 係爭規定顯然「涵蓋過廣」；至於是否「涵蓋不足」，則不究問。</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>立法者將大陸來臺設籍之中華民國人民從事職業區分為兩類，第一類為「登記為公職候選人、擔任軍公教、或公營事業機關（構）人員及組織政黨」（第二十一條第一項參照），第二類為「擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員」（第二十一條第二項參照）……原告擬擔任之職務為第一類國民小學書記工作，相較於第二類之大學教職工作，後者更需要深厚之民主政治素養，然從事高等教育之百年樹人工作者毋庸十年民主政治薰陶，從事最基層文書執行作業者反需十年民主政治考察，此等規定不僅本末倒置、輕重失衡，且顯然對擬任第一類職務之中、低學歷族群立法歧視，其正當化之憲法體系價值及立法目的究竟為何，令人深感質疑。</p> <p>⇒ 不符「必要性」原則</p> <p>Ω 凡有限制過度（涵蓋</p>		
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

<p>過廣)，亦即尚有其他「限制較少之替代手段」可供達成同一目的，或有限制不足（涵蓋不足）者，即非屬「必要」。</p>		
<p>3.3 狹義比例原則（損益衡量原則）</p>		
<p>台北高等行政法院 釋憲聲請書</p>	<p>多數意見 （解釋文及理由書）</p>	<p>「階層式比例原則」 模擬適用</p>
<p>比例原則要求所追求之目的與所造成之損害至少應相當，一概以設籍十年限制大陸來臺人民擔任軍公教職務，對人民工作權及服公職權之侵害，亦與立法目的追求之「確保臺灣地區安全與民眾福祉」顯失均衡，按十年間不得擔任一切軍公教職務，對人民之生計及自我實現影響至鉅。</p> <p>原告……之職務，對臺灣地區安全與民眾福祉之風險至微，……（係爭規定）實屬「以大砲打小鳥」，手段與目的不成比例，悖於憲法第二十三條規定而無效。</p> <p>⇒ 不符「損益衡量原則」</p>	<p>（未見說明）</p> <p>⇒ 推定符合「狹義比例原則」？</p> <p>Ω 既通過前三階段之審查，何以不續行「狹義比例原則」檢驗？</p>	<p>本件（低標案件）無需進行「損益權衡」</p>

## 4. 審查結論

台北高等行政法院 釋憲聲請書	多數意見 (解釋文及理由書)	「階層式比例原則」 模擬適用
依係爭規定，原告應在臺灣地區設籍滿十年、習慣民主政治生活後方能擔任該職務，實屬「以大砲打小鳥」，手段與目的不成比例，悖於憲法第二十三條規定而無效。  ⇨ 違憲	系爭規定其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所為之斟酌判斷，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。  ⇨ 合憲	本件立法者未能確切說明何以其他顯然限制較少之替代手段（例如「原則禁止、例外開放」），皆無法同樣有效達成預設目的，從而難認系爭規定乃屬必要而合理，與憲法第二十三條之規定有所未合。  ⇨ 違憲

總結以上分析，再次印證審查基準選擇之重要。北高行「釋憲聲請書」因未查「比例原則」實際寓含有不同審查標準，並從前此之通說，依字義理解（誤解）所謂「最小侵害原則」，不自覺地採取「嚴格審查標準」（「高標」），認定係爭規定未能區別不同情形，而為不同程度之限制，是既「涵蓋過廣」，又「涵蓋不足」，自非「必要且量身定作」(necessary and narrowly tailored)者，疑為「違憲」。「多數意見」則以係爭規定事涉兩岸關係（國家安全），採取寬鬆之「明白性審查標準」，除立法機關所為之事實判斷有明顯重大瑕疵者外，司法機關應概予尊重。係爭規定確為能夠達成目的（保障國家安全）的方式，縱有「涵蓋過廣」（例如因不採逐案審查而限制過當），並且「涵蓋不足」（例如同條二項之第二類人員雖有國安顧慮，卻未受禁止）之情形，仍無礙其為「必要」之手段。因審查過程中曾略微究問，有無其他限制較少（較不歧視）之替代手段可達成同一目的，可進一步歸類為「中低標」。至本文「階層式比例原則」之模擬適用意見則以本案事涉兩岸關係（國家安全），原應從「低標」審查，但以有近似「可疑分類」之差別待遇，爰改



以「具有殺傷力的合理審查基準」（「高低標」）審查：政府應舉證係爭（歧視性）規定與國安目的間具有「合理關聯」，含審究有無顯然之「限制較少替代手段」可達成同一目的。嗣以政府未能說明何以不採顯然之「限制較少替代手段」——以一律禁止為原則，但經個案審查通過者，得不受禁止，判定係爭規定顯然「涵蓋過廣」，不能通過「高低標」之審查（足見其「殺傷力」）！

### 三、釋字第603號解釋

#### （一）案情概要

立法委員賴清德等85人，認為戶籍法第八條之規定違反憲法第二十二條及第二十三條，有侵害憲法保障人民基本權利、憲法保留原則及法律保留原則之虞，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定，以立法委員現有總額三分之一以上之連署，聲請解釋憲法，同時聲請於本案作成解釋前，宣告暫時停止戶籍法第八條之適用。

#### （二）主要爭點

戶籍法第八條第二項（「依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存」），及第三項（「請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給」）規定是否違憲？

#### （三）「階層式比例原則」對照演習

茲依前文所述操作步驟，分就「審查基準之選擇」、「目的合憲性之審查」及「手段與目的關聯性之審查」及「審查結論」等四項，對照分析釋字第603號解釋之「多數意見」、余雪明大法官「一部協同及一部不同意見書」、林子儀大法官「協同意見書」、許宗力與曾有田大法官「協同意見書」與本文「階層式比例原則」模擬適用意見如下：

## 1. 違憲審查基準之選擇（考量因素⇨ 審查基準）

多數意見 （解釋文及理由書）	余雪明協同及 不同意見書	林子儀 協同意見書	許宗力、曾有田 協同意見書	階層式比例原則 模擬適用
<p>（係爭規定）是否符合憲法第二十三條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並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。</p> <p>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</p>	<p>指紋是個人資訊之一種，與隱私權無涉。</p> <p>本案本應以明顯無理由而不受理。退一步言，應比照美國之判例，以合理性標準原則審查而合憲。即使退一萬步而言，以中度審查標準（甚至最嚴格）標準審查，考慮立法史中之「治安」等目的，合乎「重大公益」之標準，蒐集指紋可以防免上述種種經濟及精神上之損失。</p> <p>⇨ 不予受理，至多採「低標」</p>	<p>本席基於現代資訊科技的應用、前述指紋之特性、人別辨識功能、與作為開啟個人檔案之鑰的可能用途，而認為個人指紋資訊為相當敏感之個人資訊，是以法律對之強制蒐集，就該法律之是否合憲之審查即主張應採取嚴格之審查標準予以審查。</p> <p>亦即國家必須是為了非常具體且重大之公益目的，且沒有其他更小侵害之替代手段足以達成目的時，方准予強制蒐集人民之指紋。</p>	<p>（未見說明）</p> <p>⇨ 似同意多數意見，採「中標」審查</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 憲法權利種類： 隱私權（人性尊嚴與人格自由發展所需）→中</li> <li>• 事務領域：社會治安（抽象危險預防）→低或中</li> <li>• 干預形式： 全面蒐集→（影響廣） 強制蒐集→（影響強）</li> <li>• 權利性質： 資訊隱私→非敏感性資訊→（私密程度較低）</li> </ul> <p>按為保障人性尊嚴及人格之自由發展，憲法須保護個人隱私，劃定不容國家或他人侵犯之（私）領域。惟各國憲法「隱私權」保</p>

<p>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。</p> <p>⇒ 中度標準<sup>88</sup></p>	<p>Ω 重大公益 (維護治安) v. 無損私益 (指紋非關隱私)</p>	<p>⇒ 高標</p> <p>Ω 資訊科技 + 指紋特性 = 後果嚴重；手段：全面 &amp; 強制蒐集</p>	<p>障之範圍容有不同。「身體暨空間隱私」(physical/local privacy)與攸關個人自主之「決定隱私」(decisional privacy)屬之，殆無疑議；惟「資訊隱私」(information privacy)猶有爭論。</p> <p>又，指紋固為足資識別個人之資料，惟其洩漏之本身，尚不足以直接侵害本人權益，故猶非「敏感性個資」。</p> <p>再者，係爭規定以社會治安之抽象危險預防為由，對全民強制錄存指紋，其影響普遍；鑑於資訊科技快速發</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------	----------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

88 本案林子儀大法官協同意見書：「多數意見似主張指紋之性質非如醫療記錄、性傾向、宗教信仰或政治立場般敏感，致個人有強烈的意願保持隱密不欲人知；且指紋亦不如 DNA 遺傳訊息般帶有個人豐富之遺傳資訊在內；故就系爭法律規定是否合憲之審查，即未採嚴格之審查標準，而以中度審查標準審查其合憲性」。

				達，其可能之危害亦甚嚴重。
				綜上，爰採「基本的中度審查基準」（「低中標」）

## 2. 目的合憲性審查

多數意見 (解釋文及理由書)	余雪明協同及不同意見書	林子儀 協同意見書	許宗力、曾有田 協同意見書	階層式比例原則 模擬適用
雖有謂強制蒐集全體國民之指紋資料並建庫儲存，亦有為達成防範犯罪之目的，惟動員戡亂時期終止後，回復戶警分立制度，防範犯罪明顯不在戶籍法立法目的所涵蓋範圍內。況關係機關行政院於本件言詞辯論程序亦否認取得全民指紋目的在防範犯罪，故防範犯罪	如認戶籍法第八條第二項規定身分證錄存指紋之立法目的為：(1) 防制冒認身分，保障當事人權益及與戶政有關之一般身分辨識及(2) 協助維持治安，應已符合目的明確及重大公共目的之要求。 ⇒「重要公益」	維護社會治安、降低犯罪率、提高破案率，保障人民的人身安全等，確……是國家應該追求之重大公益……。 ⇒ 目的合憲性審查不通過 Ω 既採「高標」，須以追求「極重要公益」為立法目	系爭規定既未以隻言片語規定蒐集、使用目的，遑論規定禁止供法定目的外之使用，單就此而言，本席等即已認為不違憲法保障人民資訊隱私權之意旨。 行政院主張戶籍法第八條之立法目的在建立全民指紋資	係爭法律固未明定立法目的，惟立法院會議紀錄顯示，係爭規定之立法目的乃為認定身分以幫助犯罪偵察。 <sup>89</sup> 維護社會治安當屬「重要公益」之一種。 縱或以為動員戡亂時期終止後，回復戶警分立制度，防範犯罪顯已不在戶籍法立法目的涵蓋範圍

89 參見《立法院公報》，85卷65期2887號下冊，頁351（1997年）。

<p>不足以為系爭法律規定之立法目的。</p> <p>縱……加強新版國民身分證之防偽功能、防止冒領及冒用國民身分證及辨識迷途失智者、路倒病人、精神病患與無名屍體之身分等，固不失為合憲之重要公益目的……。</p> <p>⇒「重要公益」</p>		<p>的</p>	<p>料，以「確認個人身分」、「防止身分證冒用」、「辨識迷途失民眾、路倒病患、失智老人及無名屍體」，惟先前主張目的在「刑事偵查與維護治安」，後又否認，由此即已不難窺知法律完全未定蒐集、使用目的，而任由主管機關自行認定蒐集與使用目的之不當與危險性</p> <p>本席等只是要求國家必須以更精確、依個別不同領域的資訊需求與相關情狀，密切剪裁蒐集、使用目的，藉以繩公權力於一定軌道，避免不當侵害人民資訊隱私而已。</p>	<p>之內。則依公正之立法者於立法之當時可得合理設想之目的，例如加強新版國民身分證之防偽功能、防止冒領及冒用國民身分證及辨識迷途失智者、路倒病人、精神病患與無名屍體之身分等，亦均不失為「重要公益」。</p> <p>⇒ 重要公益</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	----------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

			⇒ 系爭法律未 明定立法目 的，違憲	
--	--	--	--------------------------	--

### 3. 手段與目的之關聯

3.1 適當性原則				
多數意見 (解釋文及 理由書)	余雪明協同及 不同意見書	林子儀 協同意見書	許宗力、曾有田 協同意見書	階層式比例原則 模擬適用
<p>就有關「迷途失智者、路倒病人、精神病患與無名屍體之辨認」之目的而言……然而就目前已身分不明、辨識困難的國民而言，於換發國民身分證時一併強制按捺並錄存指紋資料對其身分辨識<b>並無助益</b>，而須著眼於解決未來身分辨識之需求。</p> <p>⇒ 係爭手段至少無助於達成目的之一</p>	<p>考慮立法史中之「治安」等目的，合乎「重大公益」之標準，蒐集指紋<b>可以防免</b>上述種種經濟及精神上之損失。</p> <p>⇒ 符合「適當性」原則</p>	<p>強制錄存全民指紋亦對人民之身體有所強制，倘其係為<b>維護治安所需</b>，則其亦應具備如上開解釋意旨所稱之<b>合理危害之懷疑</b>，並具備正當程序之保障，方能通過前開判準。</p> <p>⇒ 似肯認係爭手段有助於達成宣稱之目的</p>	<p>(未見說明)</p>	<p>係爭規定強制全國年滿14歲國民一律按捺指紋，建立指紋資料庫，對於協助犯罪偵察、強化治安等，確有所助益</p> <p>⇒ 符合「適當性」原則</p>

3.2 必要性原則				
多數意見 (解釋文及 理由書)	余雪明協同及 不同意見書	林子儀 協同意見書	許宗力、曾有田 協同意見書	階層式比例原則 模擬適用
<p>就「加強國民身分證之防偽」及「防止冒用國民身分證」之目的而言……主管機關已於新式國民身分證上設置多項防偽措施，如其均能發揮預期功能，配合目前既有顯性資料，如照片等之比對，已足以達成上揭之目的，並無強制全民按捺指紋並予錄存之必要。</p> <p>次就「防止冒領國民身分證」之目的言……則以現</p>	<p>指紋是相對最精確之身分辨識工具，遠佳於姓名或相片或其他辨識資訊，何以會「無密切關連性」，令人難以理解。……因指紋之無可取代性已可滿足後者最少侵害手段（因在要求同等有效手段中，已無可取代）之要求。</p> <p>⇒ 具備「實質關聯」，故符合「必要性」原則</p> <p>Ω 鑑於指紋之特性（人各</p>	<p>建置全民指紋資料庫及後續維護經費龐大，如將同樣經費轉為提升警察待遇、加強裝備與訓練，對於治安之維護，是否係屬更為徹底而有效之手段，殊值深思。</p> <p>⇒ 不具備「實質關聯」？抑或「直接關聯」？</p> <p>Ω 因尚有「其他侵害較小（而同樣或更為有效）之替代手段」而</p>	<p>(未見說明)</p>	<p>本件相關機關並未能確切說明：係爭手段（全面強制按捺指紋建檔）何以為達成維護治安等目的之可靠、有效手段，手段與目的之達成如何實質相關？例如犯罪現場採集之指紋與指紋資料庫比對破案之機率如何。</p> <p>相關機關亦未能說明，有無其他「限制較少之替代手段」可以有效達成辨識目的。按現行法中原不乏針對特定犯罪類型之犯罪嫌疑人，強制錄存指紋並建立指紋資料庫之規定，<sup>90</sup>何以為抽象預防犯罪，猶須強制全民</p>

90 參見刑事訴訟法第二〇五條之二、性侵害犯罪防制法第九條、戒治處分執行條例第九條、拘留所設置管理辦法第十七條、兒童及少年福利法第二十一條、內政部入出國及移民署處務規程第六條、當舖業法第十五條（2009年4月13日施行）。

<p>有指紋資料以外之資訊，既能正確辨識人民之身分，指紋資料之蒐集與「防止冒領國民身分證」之目的間，並無密切關聯性。</p> <p>⇒ 係爭手段與兩項宣稱之目的不具「實質關聯性」</p> <p>Ω 有其他侵害較少之替代手段，可以達成同一目的，係爭手段與目的間即不具備「實質關聯性」？</p>	<p>不同、終身不變），係爭手段（指紋建檔）自為達成人別辨識相關目的之有效手段！</p>	<p>不具「實質關聯」？抑或「直接關聯」？</p>		<p>建立指紋資料庫，顯有限制過廣之嫌。</p> <p>⇒ 不符合「必要性」原則</p> <p>Ω 政府未能克盡舉證責任，說明係爭規定何以並非「涵蓋過廣」！</p>
<p>3.3 狹義比例原則（損益衡量原則）</p>				
<p>多數意見（解釋文及理由書）</p>	<p>余雪明協同及不同意見書</p>	<p>林子儀協同意見書</p>	<p>許宗力、曾有田協同意見書</p>	<p>階層式比例原則模擬適用</p>
<p>就「加強國民身分證之防偽」及「防止冒用國民身分</p>	<p>初步建檔成本約八千萬元，在中央政府預算中不到萬分</p>	<p>治安與效率都是國家應該追求之重大公益，惟其終究</p>	<p>系爭法律欠缺組織與程序上保護措施規定所導致之違憲</p>	<p>本件（低中標案件）無需進行「狹義比例原則」檢驗</p>



證」之目的而言，為發揮此	之一，雖然尚須於配套法制	必須停留在某個界限之後，	瑕疵，單靠「信賴政府保護	
種功能，不僅必須投入大量成本，且因缺乏適當之防護措施，並可能造成資訊保護之高度風險。  就「迷途失智者、路倒病人、精神病患與無名屍體之辨認」之目的而言……惟縱為未來可能需要，並認此一手段有助前開目的之達成，然因路倒病人、失智者、無名屍體之身分辨識需求，而強制年滿十四歲之全部國民均事先錄存個人之指紋資料，並使全民承擔授權不明確及資訊外洩所可能導致之風險，實屬損	完備後增設析鑑設施，其與可能避免之巨大精神與經濟損失相比，十分合算。  多數意見所謂資訊保護之「高度風險」亦不如想像之巨。一則現存之指紋檔案多年尚無外洩情形，足見保護措施尚屬良好。二則依內政部之說明，依戶籍法第八條第二項規定之錄存，擬使用活體掃瞄指紋機，蒐集加密後透過封閉式專屬網路傳輸至全國資料庫建檔，外人無法透過網路入侵……  ⇒ 損益並非	不能無止境地一味向前，犧牲其他一切。  簡言之，國家雖然可以對已發生或將來之危害採取防免之手段，但仍以合理的危害判斷為前提，而必要的正當程序保障亦不可或缺。  指紋資料一旦遭到竄改或盜用，受害人將承受不可言喻之損害。而國家亦得藉由指紋掌握國民鉅細靡遺的行蹤，原本匿名進行的事務可能在沒有覺察的情況下顯名化。……遑論其一旦與其他個人資料庫結合，如本案指	資訊之能力」的信心喊話，或「不能因資訊外流的風險而因咽廢食」的道德呼籲，是無法獲得治癒，畢竟具備高度人別辨識功能之指紋資料外洩的風險，對人民權益危害過於鉅大，不容以現代科技社會所應容忍的「剩餘風險」視之。  電腦處理個人資料保護法亦規定有若干保護資訊正確與安全之措施，然周延性與有效性仍有所不足。即使搭配電腦處理個人資料保護法相關規定綜合觀察，系爭規定	

<p>益失衡、手段過當，難以符合比例原則之要求，侵害人民受憲法第二十二條保障之資訊隱私權。</p> <p>⇒ 損益顯失均衡</p> <p>Ω 「必要性」原則與「狹義比例原則」混淆使用</p>	<p>顯失均衡</p>	<p>紋資料庫與戶籍資料庫將有所聯結之情形，其敏感性更形增強。</p> <p>⇒ 損益顯失均衡</p> <p>Ω 鑑於資訊科技對於個人隱私侵害之威脅，非有具體危險（存在合理危害），不得全面強制錄存指紋建檔</p>	<p>仍難認符合憲法保障人民資訊隱私權之要求。</p> <p>⇒ 損益失衡</p> <p>Ω 鑑於指紋資料外洩之為害重大，係爭規定未有安全配套（組織與程序上保護措施規定），即屬損益失衡</p>	
-------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------	--

## 4. 審查結論

多數意見 (解釋文及理由書)	余雪明協同及 不同意見書	林子儀 協同意見書	許宗力、曾有田 協同意見書	階層式比例原則 模擬適用
<p>戶籍法第八條第二項、第三項強制人民按捺指紋並予錄存否則不予發給國民身分證之規定，與憲法第二十二條、第二十三條規定之意旨</p>	<p>指紋本身與隱私權無涉。合理從立法史認定戶籍法第八條第二項之立法目的包括「治安之維持」，以及承認指紋比對確認身分可以避</p>	<p>國家必須是為了非常具體且重大之公益目的，且沒有其他更小侵害之替代手段足以達成目的時，方准予強制蒐集人民之指紋。且如設有</p>	<p>系爭規定在目的審查階段，就已難以在憲法保障人民資訊隱私權面前站得住腳。系爭規定欠缺組織與程序上保護措施規定所導致之違憲</p>	<p>按「低中標」審查基準，本件係爭規定按公正之立法者於立法時所得合理設想之目的，包含人別辨識、維護治安等，固堪稱「重要公益」。</p> <p>惟有關機關未能確</p>

<p>不符，應自本解釋公布之日起不再適用。</p> <p>⇒ 違憲</p>	<p>免極多之經濟及精神上之損失，以及指紋在同等效力之辨識工具中之不可取代性，當可輕易通過不同標準比例原則之檢驗而合憲。</p> <p>⇒ 合憲</p>	<p>指紋資訊之資料庫，除依多數意見所指，應配合科技發展，採取足以確保資訊正確及安全之方式及組織上與程序上必要之防護措施外，亦應明白規定僅得在例外的情況下，基於法律明文規定之特定目的範圍內，始允許跨目的之使用。</p> <p>⇒ 違憲</p>	<p>瑕疵……難認符合憲法保障人民資訊隱私權之要求。</p> <p>⇒ 違憲</p>	<p>切說明，係爭手段何以為達成宣稱目的之有效、可靠方法，尤其未能說明：何以其他限制較少之替代手段不能有效達成宣稱之目的。是與憲法第二十二條及第二十三條規定之意旨不符。</p> <p>⇒ 違憲</p>
---------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------

以上分析，再一次印證審查基準之選擇，決定了違憲審查的結論。「多數意見」以為採「中度審查標準」，實際操作卻如「嚴格審查基準」一般。不僅罕見地以「戶警分立」為由，否決了「預防犯罪」作為係爭法律（戶籍法）之立法目的（惟仍認可其他目的為「重要目的」）；又罕見地宣告係爭手段「無助於」達成部分立法目的；更以「現有之機制已足達成宣稱之目的」為由，認定係爭手段「干涉過度」，非與目的具有「實質關聯」之「必要」手段；最後並以「為少數人之利益而使全民承受資訊外洩風險」，乃屬「損益失衡」，判定為違憲。余雪明大法官「部分協同、部分不同意見書」自始懷疑「資訊隱私權」受憲法之保障，且認為錄存指紋並未侵害隱私，爰主張至多只採「低標」審查，卒獲致合憲之結論。鑑於指紋具有精確的辨識功能，余氏坦陳不能理解，何以多數意見竟認為

係爭手段並非達成（辨識相關）目的之「有效手段」！相較於余氏對科技發展之青睞信任，林子儀大法官之「不同意見書」明顯採取戒慎恐懼之態度。並因此認為個人指紋資訊為相當敏感之個人資訊，主張對係爭法律應採取嚴格審查標準。惟綜觀其操作，似亦僅屬「中標」。雖稱：「國家必須是為了非常具體且重大之公益目的，且沒有其他更小侵害之替代手段足以達成目的時，方准予強制蒐集人民之指紋」，然實際既未宣告係爭法律之目的尚非「極重大之公益」（似同意其為「重大公益」），亦未要求「手段與目的須為直接相關」。許宗力、曾有田大法官之協同意見亦採「中標」，惟罕見地挑剔立法理由不備，並以欠缺組織與程序上之安全防護為由，判定係爭規定違憲。準此以觀，許、曾兩人似已接受以「中標」審查時，舉證責任應移轉由政府負擔。整體而言，或因本案所涉爭議較多，前揭各件意見書關於「比例原則」之操作顯得較為跳躍。

至本文「階層式比例原則」之模擬適用意見首先嘗試明確說明選擇審查基準之考量之因素，包括：本案所涉之「憲法權利種類」（為維護人性尊嚴與人格自由發展所必需之「隱私權」）、「權利性質」（資訊隱私權 (information privacy) 相較於「身體暨空間隱私」 (physical/ local privacy) 或攸關個人自主之「決定隱私」 (decisional privacy)），尚非絕對；且一般以為指紋尚非屬「敏感性個人資料」 (sensitive personal information)、「事務領域」（抽象危險之預防→公共安全）、權利侵害之形式（全面蒐集→影響甚廣，且強制蒐集→干預甚強）等，經綜合考量後，選定「基本的中度審查標準」（「低中標」）。亦即，政府應舉證：係爭規定乃為追求「重大公益」，且係爭手段（全面強制按捺指紋）與目的之達成，兩者間具有「實質關聯性」；並須確切說明並無其他「限制較少之替代手段」可實質有效地達成同一目的。嗣以政府未能確切說明：其他限制較少之替代手段——尤其是，現行強制特定犯罪類型之犯罪嫌疑人錄存指紋並建檔（指紋資料庫）儲存之規定，何以猶不足預防犯罪，而更需強制全民錄存指紋建庫？爰判定係爭規定違憲。

## 伍、結論

60年前，我國大法官在漫天烽火、風雨飄搖之際，開始釋憲；60年來，經歷屆大法官群策群力，累積了豐碩成果，鞏固了自由民主憲政秩序。然時代進步的巨輪不曾稍息，為滿足人民殷切的期待，而今而後大法官更須克盡說理的義務 (duty to give reasons)，以便提高憲法「解釋」的預測可能性。「違憲審查基準」體系之建構，固屬匪易，恐勢所必然。

語其極簡，「比例原則」要求（採取之）手段與（追求之）目的應合於比例。<sup>91</sup>原為德國行政法院為因應行政權（尤其行政裁量權）之擴張，所發展出來的審查對策；二次戰後，再循「法治國原則」(Rechtsstaatsprinzip) 與「基本權利之本質」(Wesen der Grundrechte)，導入民主各國新興之違憲審查制度，用以節制立法（國會）對於憲法（所保障之人民）基本權利之限制。為使法院論理清晰，避免恣意判決，「比例原則」逐漸發展為一系列審查階段（由「三階段審查」蛻變為「四階段審查」）；或因國人繼受時過於注重審查之階段，反而忽略「合於比例」原來寓含的各種寬嚴不同尺度（審查密度）——侵害愈嚴重，理由必須愈充分。反觀美國違憲審查實務，自覺司法部門對於其他與之平行的憲法機關所為之決策，應有不同程度的尊重，乃逐漸發展出不同尺度的違憲審查標準 (standards of judicial review)（由「二分」而「三分」，甚至「三階六層」）。儘管名稱不同，依循邏輯亦不盡相同，「違憲審查標準」與「比例原則」皆在探求權力行使的理性，希望合理地劃定法律限制人民憲法權利的界線。

「階層式比例原則」嘗試融合「比例原則」與「違憲審查標

---

91 See Takis Tridmas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Security*, in THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE LAWS OF EUROPE 65 (Evelyn Ellis ed., 1999).

準」——一方面保留國人所熟悉的階段式審查步驟，俾利操作；他方面則明白導入寬嚴不同的審查基準，使能反映立體、多元的思維真實。「階層式比例原則」下，**違憲審查的重點改置於審查基準的選擇**，大法官除應明確說明其間考量之因素，以及獲致採取某一審查基準之心證外，**並應留意「三階」基準之「目的」及「手段與目的關聯性」間的微妙聯動**（猶如套餐選擇，而非單點選擇）。至於在四階段審查步驟中，第一階段（目的合憲性審查）與第二階段（手段適當性審查）殆屬「門檻」審查性質（合則通過，不合篩除）；**第三階段（手段必要性審查）厥為大法官最應用心權衡（衡量）之所在**——依照不同審查基準，令政治部門（立法或行政）就不同寬嚴程度的「手段與目的關聯性」進行舉證。第四階段（狹義比例原則——手段所造成之損害與目的所追求之效益是否顯失均衡）涉赤裸裸之價值衡量，司法允宜儘量避免，故僅於採用「嚴格審查基準」（「高標」）審查時，始例外為之。關於不同之「手段與目的關聯性」（尤其何謂「實質相關」），以及如何認定有無「限制較少（或較不歧視）之替代手段」存在，則有待大法官在個案中逐步闡明。<sup>92</sup>法學浩瀚，筆者簡陋，但願本文能夠及時向前跨出一小步。

---

92 大法官固已多次釋示，審查基準之選擇須考量個案情況；然現行抽象違憲審查制度卻容許大法官將係爭法條抽離具體情境，抽象地判斷其合憲性。違憲審查制度之改革益見必要。詳見湯德宗等，前揭（註69）文。