

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」*

廖元豪**

壹、前言

司法釋憲制度是我國憲政發展的一個重要機制。大法官多年做為憲法維護者與人權捍衛者而言，也屢有佳績。但鑑於憲法文義的開放性，以及司法機關遠低於政治部門的民主負責性，如何確保大法官的違憲審查功能不流於恣意、難以預測，則是一個極為重要的議題。

而又因為司法釋憲制度與政治過程的相對隔離，公眾與政治人物無法如同影響立法與行政部門般，直接透過政治動員、遊說、選舉等方式影響大法官的決定。於是，釋憲結果與方法的「可預測性」與「標準」也就更形重要。從憲政主義的觀點而言，「可預測之標準」有兩個重要的價值：第一，社會大眾以及政府部門能夠確知（或可得而知）怎樣的法令制度將有違憲的可能，社會生活與公共決策方能穩定進行；憲法也才能真正透過釋憲，而發揮廣泛的控制與預防的功能。第二，明示的標準，也才能成為公眾以及法界檢討批判大法官解釋妥適性與一致性的基礎。

然而，外觀上的「可預測性」，以往似乎是大法官釋憲的盲點。從大法官解釋的「文本」來看，違憲審查的依據，似乎就只是憲法極為概括的「文義」（如：言論自由、必要、實質平等），再加上一些抽象性比憲法文義毫不遜色的「原則」（如：比例原則）。坦白說，

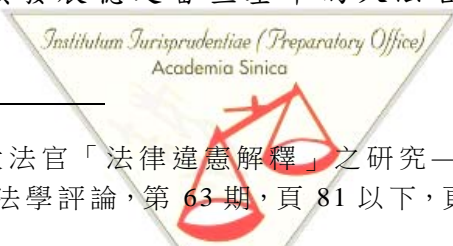
* 本文為研討會發表用之初稿。未經同意請勿引用。

** 國立政治大學法律學系助理教授，美國印第安那大學布魯明頓校區法學博士（S.J.D., 2003）。

沒有任何人能從這些法律文字中，具體地預測大法官的解釋結果；亦無從評論批評大法官的解釋是否與憲法文義或先例一致。

有鑑於此，我在 2000 年的一篇論文中，曾用簡單統計的方式檢驗大法官是否對不同的權利曾進行寬嚴有別的審查，並且得出肯定的答案。¹但該文也指出，大法官解釋雖有此「總體結果」，但「理論基礎為何，大法官並未明示」。²然而，憲法學界近年來已經更進一步，開始探究「審查基準」（或稱「審查密度」）的議題，並主張大法官在實體上，應該有「層級化」的審查標準。³更令人驚豔的，是現任大法官在 2003 年十月至今做成的 39 號解釋中，已經有不少解釋中開始看到大法官們明示或默示地就「審查基準」這個議題進行對話與辯論。（見本文第參部分）

本文之目的，就是要接續這方面的研究，針對現任大法官自釋字第五六七號至六零五號解釋中有關基本權利實體審查的解釋，進行統計與文本上的分析整理。並站在目前學界與大法官們的討論基礎上，提出建議以供有心繼續發展穩定審查基準的大法官參照。準此，本文



¹ 廖元豪，司法院大法官「法律違憲解釋」之研究—以第五屆、第六屆大法官為中心，政大法學評論，第 63 期，頁 81 以下，頁 88-89, 103(2000)。

² 同上，頁 97。

³ 如黃昭元，立法裁量與司法審查—以審查標準為中心，憲政時代，第 26 卷第 2 期，頁 156 以下（2000）（以下簡稱「立法裁量」）；許宗力，比例原則與法規違憲審查，收於『戰鬥的法律人：林山田教授祝賀論文集』，頁 213 以下（2004）；法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收於法治斌，『法治國家與表意自由：憲法專論（三）』，頁 209 以下（2003）。以介紹國外司法違憲審查基準相關經驗為主的論著，如蔡宗珍，公法上之比例原則初探—以德國法的發展為中心，政大法學評論，第 62 期，頁 75 以下（1999）林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於林子儀，『言論自由與新聞自由』，頁 133 以下（1999）；廖元豪，美國「種族優惠性差別待遇」（Racial Affirmative Action）合憲性之研究—兼論平等原則之真義，東吳法律學報，第 9 卷第 2 期，頁 1 以下（1996）；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，第 33 卷第 3 期，頁 45 以下（2004）（以下簡稱「美國模式」）。

提出以下具體問題。前四點是敘述性（descriptive）的問題，第五點則是規範性（prescriptive）的問題：

- 一、現任大法官在基本權相關解釋中，是否有著寬嚴有別的審查標準？
- 二、若問題一的答案為肯定，則大法官的「寬嚴有別」是否與作者在 2000 年進行的統計有相近結果？
- 三、若問題一的答案為肯定，大法官的「寬嚴有別」是否與國外多數國家的經驗契合？
- 四、旁觀者是否可能從大法官的解釋文或解釋理由中，找到「寬嚴有別」的理論基礎，或至少是未來發展穩定審查基準的蛛絲馬跡？
- 五、大法官若欲發展出相對穩定的審查基準，有哪些法理上與制度上的應注意事項？

本文第貳部分以統計、綜觀的方式分析整理現任大法官有關基本權利的二十九個「實體解釋」。在極為有限的樣本中，大致仍可看出大法官對於限制經濟性質權利（財產權、契約自由，以及涉及經濟利益的差別待遇）的法律，似採較為寬鬆的態度。這似亦與美國與德國的實務經驗相仿。

第參部分則以文本分析的方式，摘錄並整理大法官在這些解釋中有關「審查基準」、「比例原則」等問題上的重要用語、辯論，並歸納出主要的爭點。期中有關「德式」（比例原則三段論＋三級審查密度）與「美式」（分別不同案件類型，適用不同的審查基準）兩種審查途徑（或說「公式」）的優劣比較，以及在我國如何建構出本土化的審查公式，尤其受到矚目。

第肆部分則針對第參部分所提出的爭點，以美國司法違憲審查的經驗與理論提供對照。本文將指出，美國經驗最值得我們參照的，乃是：第一，其審查基準的問題，主要從「組織-制度」分權的角度出發，評估「司法」與「政治部門」，甚至也包括「不同層級司法部門」在釋憲功能上的分工程度。這似與德式比例原則公式一開始就由實體

法切入的角度有異。第二，美國的審查基準，是由下至上，逐漸的累積與摸索而形成。因此一方面，不同的基本權利，有著差異相當大的審查方式；同時透過個案審判，各種審查基準的具體化、可預測程度遠超過我國與德國。第五部分則參照美國與我國目前經驗之整理，提出具體建議。基本上，本文認為即便繼續使用「比例原則」這個名稱，也未必要拘泥於沿襲自德國警察法的三階段審查公式。到底要運用怎樣的審查標準（或審查密度），應該要認真納入「組織-制度」分工的思維，從大法官與其他政治或司法部門的制度能力與侷限出發；並且衡酌台灣本土經驗，在不同的案件類型「分別」發展出各個領域適合的審查類型。而無須強求在具體經驗與各論發展成熟前，要先行勾勒（或移植）一套外觀邏輯完美的審查公式。

貳、統計結果與整理

現任大法官就職後做成的第一個解釋是釋字五六七號解釋，至今兩年，已做成共三十九個解釋。本文在統計時，所挑選的是大法官有關「基本權利」進行「實體審查」的解釋。因此，首先要排除純屬權力分立、機關組織而與憲法第二章保障之人民權利無涉之解釋（如：釋字第六〇一號解釋）；也要排除單純的法令統一解釋（如釋字第五九五號解釋）。此外，如果系爭解釋雖處理基本權問題，但卻僅進行形式的「法律保留」審查，而未及於實體上的價值判斷（如：釋字第五七〇、五八一等號解釋），亦不納入計算與討論。⁴至於單純的程序爭議而未涉及實體判斷者（如釋字第五七二號解釋），同樣不納入計算。此外，對於「該號解釋是否對基本權爭議進行實體審查」，以

⁴ 從釋字第四四三號解釋理由書所揭示的「層級化法律保留」來說，法律保留的審查依然可能涉及基本權的保障方式以及審查基準。但法律保留畢竟是與實質價值衡量不同的另一種分析模式；何況作者一向也並不認為「法律保留」與「基本權保障」有著邏輯上的必然關聯（參閱廖元豪，法律保留與基本權保障之脫鉤—評司法院大法官釋字第五六三號解釋，台灣本土法學雜誌，第55期，頁17以下（2004））。因此為了符合本文之研究目的，這些解釋就捨棄不用了。

及「是否認定違憲」，本文統計上係採形式標準——凡是大法官解釋中有提及特定基本權利，並指摘相關法令或措施（包括判例）與憲法或大法官解釋之意旨不合者，就納入「認定違憲」之計算。⁵

依此，一共有三十一個解釋涉及基本權利。佔現任大法官三十九個解釋的 79%（見表一）。要知道，這還是扣除了形式審查（法律保留）解釋後的結果。所以，說大法官如今的釋憲功能，是以處理基本權利之案件為主，應無爭議。

此外，如表一所述，我又將這三十一個解釋，依據其涉及的不同基本權利而為分類。期藉此從「結果」上——涉及哪些類型的基本權利，相關法規比較容易被認定違憲或合憲——觀察大法官在審查人權案件時有無大小眼之別。統計結果如表一。⁶

由於總數的樣本少，我不能過度或大膽的從這些統計結果亂做推論。而某些基本權利僅有一、兩個解釋，無論全部過關或死當，都不足以認定大法官是否「從寬」或「從嚴」。但仍可看出一些可供參考的趨勢。

首先，最明顯可能也是最重要的就是「經濟-社會性權利」的管制規定，似最容易通過違憲審查。這也與美國、德國「經濟社會立法受最寬鬆審查」的方向若合符節。

首先，「經濟-社會性權利」的解釋數量最多。財產權有十一個解釋，工作權一個，加上契約自由三個（其中釋字第五七八號與財產

⁵ 依據這個標準，於處理釋字 604 時出現一個困擾：大法官認為「得予拖吊」之規定並不違反「憲法上比例原則」，可見必然有某種「憲法位階的權利」受到限制。然而，本號解釋在文本上完全沒有說明這種「不被（民間業者？）拖吊之自由」是從憲法哪一條導出來的？因此在歸類上姑且放在「其他」類。

⁶ 由於一個解釋可能涉及不同的基本權利，所以分類時會有重疊的情況。此外，我在歸類時，也會注意到「系爭法令是因為違反何等規定而違憲」。例如，釋字第五七三號解釋宣告系爭法律違憲，主要是站在「宗教自由」與「宗教平等」之基礎，而非「財產權過度侵害」。因此在表一「財產權」的欄位，我就沒有將這個解釋當作「認定違憲的解釋」。

權重疊)，甚至平等權中的釋字第五七一、五七八（與財產權重疊）、五八四（與工作權重疊）、五九三（與財產權重疊）、五九六（與財產權重疊）號解釋，也都在這個類別中。故總計有十五個相關解釋。但系爭遭宣告違憲者，只有釋字第五八〇號解釋（部分違憲）而已。可見有關經濟或社會權利，似是民眾最有興趣聲請釋憲的領域。但失敗率卻也最高。大法官從未明確表示要以最寬鬆的基準審查限制經濟性質權利的法規，但實際的審查結果卻令人感到大法官往往讓這類立法輕騎過關，從未出現過相對嚴格的審查態度。這也與我 2000 年的統計結果相似。⁷

另一個值得一提的，是有關刑罰規定與比例原則的關係，特別是「除罪化」主張的違憲審查。我在 2000 年的統計中，觀察出大法官對於限制「人身自由」的法律，採取最嚴格的審查態度（宣告違憲機率最高）。⁸而在本文表一中整理出四個有關人身自由的解釋，有二個被宣告違憲，比率也相當地高。⁹

但更值注意的，則是兩個挑戰失敗的案例：釋字第五九四號與六〇二號解釋。它們的共同點，都是從「刑罰明確性」與「比例原則」來訴求「除罪化」。亦即，它們不僅是挑戰刑罰細部設計的問題，而拉高到「根本不能處罰」的層次。結果是失敗了——即使大法官似乎一向對人身自由很偏愛。刑罰

有趣的是，刑罰一向被認為是「最後手段」，且構成要件與法律效果均應更加具體明確。那麼，從比例原則「最小侵害手段」的角度來分析，「除罪化」的要求應該是很有說服力的。但憲法人權意識極為深刻的現任大法官，卻依然不予青睞。這讓作者產生進一步研究的興趣：「除罪化」的主張，在大法官多年來的解釋中，成功機率如何？現任大法官的態度是正常或反常？

⁷ 廖元豪，前揭註文，頁 88-89。

⁸ 同上。

⁹ 涉及限制「宗教自由」與「隱私權」的法律，被宣告違憲機率雖然均達 100%，但樣本太少（前者只有一個解釋，後者只有兩個），所以很難比較。

整理發現，「除罪化」（「某項行為不應以刑罰制裁」，或「某項刑罰本身即屬違憲」）的主張，自釋字第四四五號解釋開始，連續出現多次。（見表二）但在五個相關解釋中，只有釋字第五二二號挑戰成功。而這個成功的例子其實又不太典型，因為它其實是純從「刑罰明確性」下手而無涉實體上的「比例原則」。所以可說所有從實體上認定某特定行為「不應以刑罰制裁」的主張，在大法官的戰場上是全軍覆沒！大法官對於「刑罰最後手段性」與「刑罰並非最小侵害手段」的說詞，似乎並不買帳。

依據這些統計，我們可以在「結果」上得知：大法官表面上只拿著一把尺（比例原則），但實際上卻有寬嚴不同的標準。外觀上，揚著比例原則或憲法第二十三條「必要」的大旗，卻能夠進行差別待遇的審查：對於經濟社會立法特別寬待，對人身自由則嚴格把關，但卻又對除罪化的主張不以為然。

然而，除了結果以外，我們仍然必須知道大法官採取不同審查標準的原因、考量因素，以及理論基礎。只靠統計，或許可以「鑒往」，但難以「知來」。畢竟過去的傾向，不必然代表未來的趨勢。就算大法官日後來個「趨勢大轉彎」，純靠過去的統計，旁人也無從指摘其不一致。唯有大法官自己在解釋中具體指明特定的審查標準與適用範圍，才可能對自己發生拘束力。

因此，本文即於以下第參部分，探究大法官解釋與理由書的文本，是否揭露了一些審查基準的方向？

參、「審查基準」論述的萌芽

大法官的解釋往往沒有明確地說明「審查基準」，而只是彈性地甚或口訣式地援引「比例原則」或「必要」等概念，分別作成合憲或違憲的結論。誠如林子儀大法官於釋字第五八四號解釋之不同意見書所指出：「我國釋憲實務上所謂『必要』手段，在不同個案中往往代表不同程度的合憲性要求」這樣的援引，其實沒有提供任何有意義、有質疑或對話可能的「說理」，更遑論根據這些口訣來預測大法官未來的走向。但現任大法官顯然意識到這個問題，並且開始致力於摸

索、建構所謂的層級化或類型化審查基準。以下就針對前揭三十個基本權的解釋中，有關審查基準的文本進行分析。

一、解釋文與解釋理由書

首先，我從前揭的三十個解釋之「解釋文」與「解釋理由書」，試圖探索各個解釋的審查基準。（見表三）但由於大法官多數意見從未「明示」任何標準，也未曾完全照著「教科書式」的比例原則三階段公式來按表操課。¹⁰本文自不能將外國的相關原則或基準（無論是德國的「比例原則」或是美國不同的審查基準）硬拗成大法官解釋之標準，所以只先依據個別解釋的文字與整體脈絡，儘可能將解釋粗略分類為「寬鬆審查」與「較嚴格審查」。而無法再作進一步細分。

又，對於徹頭徹尾只有「必要」、「比例原則」而無從分析者，則不予計算。但若解釋中出現如「立法形成之自由」之類用語，原則上就會納入「寬鬆審查」的分類；反之，特別強調「重大公益之目的」或「密切關連之侵害較小手段」等用語，則會歸類為「較嚴格審查」的類型。

歸納的結果，列為「寬鬆審查」的有釋字五六九、五七一、五七四、五七六、五七八、五七九、五八〇、五九一、五九三，以及六〇五號，共有十個解釋。¹¹而列為「較嚴格審查」者，則有釋字五六七、五七三、五七七、五八二、五八四、五八八，以及六〇三號，計七個解釋。亦即，在現任大法官所作成的三十個基本權解釋中，有十七個似在用語上可看出該案所採取的審查嚴格程度。

而在「寬鬆審查」的解釋中，幾乎所有的案件都是合憲過關。唯

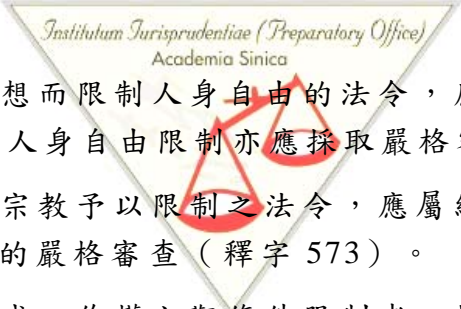
¹⁰ 事實上，如果沒有具體的審查基準，比例原則的三階公式並無法提供任何操作的指引。參閱黃錦堂，自由權保障之實質論證之檢討—以德國基本權衝突判決為初步探討，收於李建良與簡資修主編，『憲法解釋之理論與實務（第二輯）』，頁 189 以下，頁 221-223，頁 236（2000）。

¹¹ 釋字第 587 也曾出現「立法形成自由」的字樣，但那段話純屬與解決爭議無關的傍論（dictum），所以不列入「審查基準」的統計。

有釋字第五八〇號解釋將「耕地三七五減租條例」第十九條第三項宣告違憲。這也是我國釋憲史上，極罕見地以侵害財產權為由而宣告法律違憲的例子。至於在「較嚴格審查」的七號解釋中，則只有釋字第五七七號與第五八四號解釋認定系爭法令合憲，其餘均作成違憲之認定。尤其釋字第五七七與五八四號解釋，在用語上雖屬較為嚴格，但似均偏向「中度審查」甚至「形似中度的寬鬆審查」基準。可見在整體趨勢上，文字用語與態度嚴格的解釋，在結果上的確也比較嚴格；相對地，一旦出現「立法形成自由」之類的用語，原則上大概多可過關。

此外，從表三所列出的七個「較嚴格解釋」中，似亦可以看出一些「未來」的趨勢—哪些案件可能會嚴格審查。在這些從嚴審查的解釋裡，大法官多半會明文指出「系爭XX權之限制，應以OO標準為之」。準此，將來遇上相似案例（涉及同樣的基本權利類型），當事人當可期待大法官適用相同的標準來審查之。而大法官也應該遵循先例，適用相同的標準。如此則可逐漸經由案例累積出體系與模式。

準此，可知：

- 
1. 任何以個人思想而限制人身自由的法令，應屬絕對違憲（釋字 567）；其他人身自由限制亦應採取嚴格審查（釋字 588）。
 2. 直接針對特定宗教予以限制之法令，應屬絕對違憲，或至少應受推定違憲的嚴格審查（釋字 573）。
 3. 涉及商業言論或工作權主觀條件限制者，採稍微嚴格一些，但仍可能相當寬鬆的審查基準（釋字 577、584）。
 4. 隱私權之重大限制（如指紋）應採較嚴格之審查基準（釋字 603）。
 5. 限制自訴權利（釋字 569）、訴訟權之審級救濟（釋字 574），原則上屬於立法形成自由，僅受最寬鬆的審查。
 6. 契約自由、財產權，以及多數的平等權案件，似均適用寬鬆審查基準（釋字 571、576、578、580、593、605）。

當然，即便在這十七個較為具體呈現出審查「態度」的解釋，它

們的具體化程度仍有不足，理由說明也未臻詳盡。例如，釋字第五八四號的「更為重要之公共利益」與釋字第五七七號解釋所要求的「重大公益目的」有何不同？如何方能滿足第五七三號解釋的「最小限度」侵害？更根本的，是大法官似乎尚未告訴我們：寬嚴差別的基礎何在？從另外一個角度來說，我們要如何預測大法官何時會採用「立法形成自由」的文字，何時卻會強調「重大公益」與「最小限度」？¹²這樣的區別，有沒有更深層的理論基礎或判斷原則？在解釋文與解釋理由書中，似仍未有充分的說明。

就此而言，雖然在多數意見的解釋文及解釋理由書上未臻明確，但個別大法官在多號解釋的協同與不同意見書中，已經有不少深刻的討論與熱烈的交鋒。它們可能就是將來多數意見之「審查基準」重要的參考基礎，值得加以分析。

二、「比例原則」的運用—修辭簡稱或是公式運用？

現任大法官解釋中，解釋文或解釋理由書曾明文出現「比例原則」四字的，共有十三個解釋（見表4-1）¹³可見，並非每個涉及基本權的案件，大法官都會使用這個概念。當然，實際上可能運用相似的方法來操作。但本文在此主要是要測試大法官是否真正、嚴肅地看待「比例原則」這個「概念」，所以僅將這十三個解釋納入觀察對象。

而這十三個解釋中，是否都亦步亦趨地依序操作比例原則的三個子原則呢？答案顯然是否定的。在多數的解釋中，即便提及比例原則，也只是附帶一提，或是當作有無逾越「必要」範圍的配套用語。可見，即便是涉及人權的解釋，也未必會引用「比例原則」之文字。

經過整理，我認為釋字五八〇、五九六、六〇〇與六〇四四號解釋雖曾提及「比例原則」四字，但文本中從未出現任何有意義的審查，更遑論真正「適用」比例原則。這樣援引比例原則，跟全未引用其實

¹² 黃昭元教授即認為，如「立法裁量」的用語，並非大法官的審查基準，而似乎是審查「結果」。若然，則這個用語不具任何預測或標準設定之意義。參閱黃昭元，立法裁量，前揭註文。

是一樣的。

而在剩下八個解釋中，多半只看得出大法官曾適用了比例原則所屬三個子原則中的一或二個，勉強看出三者皆備者，似僅有釋字五七五與五七七號解釋而已。

尤有甚者，引用比例原則，並且依序審查者，結果上違憲的機率也未必較高。按部就班的釋字五七五與五七七號解釋，結果都是合憲。但「口訣式引用」比例原則的釋字五八〇與五八五號解釋，卻毅然宣告系爭法規違憲。可見，形式上是否認真適用比例原則，與實際上的審查密度，並無當然關聯。¹³

三、協同與不同意見書的闡釋及辯論

(一) 致力精緻化正統「比例原則」的許宗力大法官

如前所述，「比例原則」的用語雖然早已出現在大法官解釋的解釋文中，並認為比例原則就是憲法第二十三條的內涵（如釋字第四三六號解釋：「亦應遵守憲法第二十三條之比例原則」）。但在現任大法官之前的解釋，從未看到任何一號解釋，是照表操課、亦步亦趨地將教科書中的「適合性」、「必要性（最小侵害手段）」與「狹義比例原則」依序演練，做為檢驗政府行為合憲性的方法。當大法官動輒以下斷語的方式表明「更為保護人民，防衛國家之安全所必要」（釋字 490）、「係對人民訴訟權不必要之限制」（釋字 507）、「雖對人民居住遷徙自由有所限制，惟計畫遷村之手段與水資源之保護目的間尚符合比例原則」（釋字 542）的時候，比例原則被譏為「空洞公

¹³ 其實在現任大法官以前，這樣的例子也相當多。例如承認通姦罪合憲的釋字 554，在解釋理由書就非常「合公式」地將比例原則的三步驟都操作了一遍，但實際上恐怕只有象徵性的審查密度。

公式」，¹⁴也不是沒有道理的了。

或者正因如此，許宗力大法官試著在數號解釋中，示範操作教科書的「比例原則三階論」加上階層化的「審查密度」，以證明「比例原則」並不當然是「空洞公式」，而是一種可以應用、可以判斷分析的工具。¹⁵對比例原則的精緻化與實用化，極有貢獻。

1. 釋字第五七八號解釋協同意見書

如許宗力大法官在釋字五七八號解釋的協同意見書，就是經典之一。釋字第五七八號解釋之爭點是：勞基法課雇主負擔勞工退休金是否違憲？最後審查結果肯定系爭制度為合憲。

許宗力大法官在該解釋的協同意見書首先指出：「比例原則」的公式雖然不變，但是由於「立法事實」的認定標準不同，仍有寬嚴不同之審查基準。並引進德國的「最寬鬆審查標準」、「中度審查標準」以及「最嚴格審查基準」，分別加以說明。隨即以「扣除法」說明理由後——質言之，不適合採嚴格審查，也不應放寬到最鬆的標準，所以就只剩中間的標準——認定「本件應採中度審查基準」。而中度審查基準的內涵，則是「就立法事實的認定與預測，審查是否合乎事理、說得過去」。

其次，許宗力大法官即按表操課，依序檢驗比例原則中的「適合原則」、「必要原則」與「狹義比例原則」：第一，系爭勞基法規定，既非完全無法達成「照顧勞工退休生活」之目的，而仍至少照顧到百分之四十五的勞工，「適合性」檢驗已可通過；第二，由於「勞僱協商退休制度」在當時環境，恐難有效達成目的，所以強制雇主承受依

¹⁴ 黃昭元，美國模式，頁 113-114；黃錦堂，前揭註文，頁 221-223。

¹⁵ 此一動機，在許宗力大法官於釋字 578 號解釋發表之協同意見書，更是躍然紙上：

...多數意見之解釋理由書審查系爭規定，除目的正當性審查外，看不出有輪廓清晰之比例原則之操作，且或使用「應屬適當」或「手段仍在合理範圍內」等之概念，其與比例原則之關連為何，亦與焉不詳，爰提協同意見書如下，以對比例原則之含意與適用進一步闡明。

然是最小侵害的手段，「比要性」也於焉過關；第三，在狹義比例原則的利弊權衡方面，許大法官在此並未做任何具體的比較，而僅探究系爭制度是否對中小企業造成過重負擔，並認定「立法者依此判斷系爭規定尚不至對中小企業造成不可期待之不合理負擔，應尚屬言之成理，可以支持」。

最後，許宗力大法官在結語處點出一段話，相當足以顯示「審查基準」的真正爭點：

…立法有缺失，並不就當然表示違憲。只要社會保險不是憲法要求之唯一選項，只要本案不可能採嚴格審查標準，系爭規定仍屬合憲…即使本席傾向支持以社會保險為核心，企業退休金採自願實施的制度，這也不是因為憲法的要求，基本上還是立法選擇的問題。總之，改善勞工退休生活，主戰場是立法院，不在大法官會議桌上。

這一段話指明了「違憲」與「不當政策」的差異，也點出了「司法釋憲」的侷限。¹⁶如果採取「非嚴格標準」，就意味著「主戰場不在大法官會議桌」，那就表示大法官本來就無須擔任所有重大爭議——即使是憲法上的爭議——的裁決者，而可以理直氣壯地將許多案件「發回」政治部門或民間社會。透過「審查基準的選擇」，大法官可以為「解決爭議的論壇」定出管轄權的界線。這其實正是「審查基準」在表面意義外的更深刻功能。

這個協同意見書雖然仍留有很多模糊之處，但操作的精確與「與教科書合致」程度已經遠非大法官以往對「比例原則」的操作可比。同時許宗力大法官點出了「立法事實」與「審查基準」的必要性。也證明了：即便運用（看似非常嚴酷的）比例原則，相關法令還是可能在尊重立法機關判斷的前題下，輕騎過關的。

2. 釋字第五七九號解釋不同意見書

¹⁶ 這一段話，與美國 Oliver Holmes 大法官在 *Lochner v. New York* 案極著名的不同意見書頗有相通之處。見後述。

釋字第五七九號解釋涉及平均地權條例以所有人之徵收價定額補償承租人之規定是否過度侵犯財產權。多數意見大法官認為系爭法律「尚不生侵害問題」。

許宗力大法官認為應採取「中度審查」，理由是本法屬社會經濟立法，故應尊重立法政策形成自由。但又認其財產權「干預之強度」極高，所以應提升到中度審查基準。

接著進行三個子原則的依序審查。許宗力大法官認定「適當性」與「必要性（最小侵害）」，均「非說不過去」，故可過關。但卻在最後一關狹義比例原則的審查上，認定「補償地價三分之一」之規定不合比例——佃農已不再依賴承租耕地之使用收益，出租人卻承受重大犧牲。許大法官在此甚至認為，本案「即使採取最寬鬆的合理審查基準，亦明顯站不住腳」。

3. 釋字第五八四號解釋協同意見書

許宗力大法官另一個重要貢獻，則是釋字第五八四號解釋的協同意見書。事實上，在這個解釋中，許宗力、林子儀與許玉秀三位大法官對審查基準的闡釋、應用與交鋒，確是我國釋憲實務上，極精彩的一頁。

釋字第五八四號解釋審查「特定前科犯終身不得開計程車」的規定。最後的結論是「合憲」。

許宗力大法官的協同意見書首先依然進行「審查標準的選擇」。並說明本案一方面涉及職業自由「主觀條件限制」，是可以靠人民主觀努力可以滿足或避免的條件；另一方面因涉及的事務領域相當複雜且需評估，因此與之前幾份意見書一樣，再度採取「中度審查」。

進入比例原則審查後，許宗力大法官區分為「目的合憲性審查」、「手段適合性審查」、「手段必要性審查」，但卻沒有特別列出標題進行「狹義比例原則」的利益衡量。是認為在本案中，此關當然能夠通過無須贅言；抑或他也認為比例原則本就不需要通統照表操課走一遍，可以選擇性地從三個子原則中挑出適用的檢驗工具？

在許宗力大法官這份意見書中，最值得注意的是關於「手段必要性」的論辯。許宗力大法官特別指出所謂的「最小侵害手段」，其實是要附上很多條件（qualifiers）的：

系爭條文是否屬於最小侵害手段，乃是本件最值檢討之處。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。倘若符合前開要件之替代手段並無其他客觀上不能之障礙存在，則能採取而不採取，系爭手段自不能免於違反必要原則之指摘。（底線為作者所加）

以上引文中，作者加上底線之處，都是「必要性原則」中，很容易為一般人忽略的條件。而從許大法官的協同意見來看，這些要件的有無，對於審查基準的寬嚴定性，真是天差地遠，不可不慎！

接下來，許宗力大法官即個別檢驗聲請人所提出的各種可能之「較小侵害手段」。他檢驗的標準主要並不是「是否為最小侵害」，而是「是否相同有效（防止犯罪）」。對於「衛星定位」、「全面實施無線電叫車並加強追蹤管理」、「改變車輛結構」、「個案審查」，許大法官對這些措施是否與「禁絕前科犯開計程車」同等有效，都提出相當的質疑。而對「一定期間營業禁止」，許宗力大法官甚至在相關機關並無統計研究的情況下，仍認為終身限制「尚屬達到目的之不得已手段」，是一個「合乎事理，可以支持」的結論。

此正如許宗力大法官所強調的，在他所謂的「中度審查基準」下，舉證責任依然由聲請人負擔。因此，「是否相同有效」不確定時，系爭法律就可通過審查。而在主管機關僅有極粗糙的「科學」數據的情況下，本法依然可以過關。可知這個版本的「中度審查」實際上仍然對立法者（國家機關）非常優惠，審查尺度極為寬鬆。與美國最寬鬆的「合理審查基準」其實非常相近。

許宗力大法官在本協同意見中另一個值得注意之處，是提出司法院大法官的「調查能力」：

...或者大法官自己調查能力有限本身是可歸責的，然大法官助

理人數受限是客觀事實，只能寄望立法者能透過修法使大法官得以擺脫助理人力不足的困境。

大法官「自己調查能力」不足，配合上前述「舉證責任由聲請人負責」，就成了極為強烈的「合憲推定」。

（二）引進多重審查基準與方法的林子儀大法官

林子儀大法官在多號解釋的協同或不同意見書，也提出了更精細的審查基準，並詳細說明採用不同審查基準的原因與理論基礎。

但與許宗力大法官不同之處，在於林大法官並不依循著「比例原則＝適合性＋必要性（最小侵害手段）＋狹義比例原則」的論述方式來進行審查。相對的，他採用了較接近美國司法審查的分析途徑，其特徵有三：

1. 明示採取寬嚴有別的的審查基準，而不拘泥於「比例原則」的上位概念與公式。
2. 在不同基準下，「目的強度」以及「手段與目的關連程度」的要求均有所差異。
3. 寬鬆、嚴格與所謂「較嚴格」基準之間的内容與尺度差別較為明確。

1. 釋字第五七一號解釋協同意見書

釋字第五七一號乃是一個有關平等權的案件，涉及內政部「九二一震災」慰助金發放標準——以受災戶是否設籍或實際居住為差別待遇標準——是否合乎平等原則之問題。多數意見認定並不違反平等原則，林子儀大法官發表協同意見書。在這份意見書，林子儀大法官認為本件「應採取寬鬆之合理審查標準，並依憲法第二十三條之規定就立法目的之正當性、手段與目的之合理關連性依序審查」。可知「合理審查標準」是個「寬鬆」的基準。且平等權之審查亦需遵循憲法第二十

三條之規定¹⁷——此處無疑應指憲法第二十三條之「目的正當性」以及「手段必要性」兩點。

在進入實質分析前，林大法官首先指出，以憲法第二十三條進行違憲審查之前，「首先必須決定採取何種審查標準以決定審查的密度」。

接下來一段簡明扼要的論述，則非常清晰地點出選擇審查標準的關鍵考量因素：

...按司法審查標準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立制衡之理論上及實際上需求、民主制度之反省（包括司法釋憲者對自身在民主制度中的角色及其民主正當性基礎之認知）、自身專業能力、與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型之案件時，對於政治部門已作之決定要介入到多少程度之判斷。（底線為作者所加）

依此，林子儀大法官提出了一個重心：審查基準涉及「司法與政治分工」的問題。舉凡「權力分立」、「司法釋憲者自身在民主制度中之角色」、「自身專業能力」，都是制度性、組織性的考量因素。而「民主制度之反省」以及「特定議題之社會共識」則牽涉到民主政治的理論與現實。依林大法官的見解，違憲審查標準跟司法的「制度能力」（institutional capacity）與民主政治是密不可分的。但與純粹法學上的實體原則（substantive principle）似乎沒有直接的關係。

至於本件為何採取寬鬆的審查標準，林大法官指出考量的因素包括：災變之嚴峻性、緊急命令的特殊性、慰助金之一次與特殊性、給付措施的資源分配高度政治判斷等因素。配合上前揭的「審查標準的選擇標準」論述，本件自應採取寬鬆審查標準，「盡可能尊重政治部門之救災決策」。

而最寬鬆的「合理審查標準」內容為何？林大法官指出三點：

¹⁷ 平等權審查是否受憲法第二十三條之拘束？參閱許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收於李建良與簡資修主編，前揭註書，頁 85 以下。另參照楊仁壽大法官於釋字第五七一號解釋之不同意見書。

1. 目的：正當
2. 手段：非恣意
3. 手段與目的之關連程度：合理關連

適用此三點為審查時，即可看出其「寬鬆」的程度：基本上，只要政府所提出的理由與手段，表面上、大體上言之成理，林大法官（與多數意見同）並不要求政府舉證證明「其所宣稱之目的為真」，或是「手段達成目的之比率很高」。此與之後林大法官在釋字第五八四、六〇三等號解釋所採的「中度」或「嚴格」審查那樣對立法目的與手段之斤斤計較，真是天差地遠。

2. 釋字第五八〇號解釋之不同意見書¹⁸

釋字第五八〇號解釋宣告耕地三七五減租條例第十九條第三項有關「出租人收回耕地應補償承租人」違憲失效。理由是過度侵犯財產權，並與憲法第二十三條之比例原則不符。林子儀大法官就此發表不同意見書，認為此一規定並不違憲。

林子儀大法官在本案採取的審查基準應屬最寬鬆的合理審查標準——系爭規定「如與達成國計民生之均足或扶植自耕農之目的間，不具備合理關連性或純係立法之恣意」方能被認定違憲。亦即，只要或多或少與實現正當目的有關連，即可過關。

採取如此寬鬆的審查，則是基於系爭權利——財產權——的特性。林大法官詳盡地說明「財產權管制措施」的「資源（重）分配」特徵。從而認定系爭法律「乃是政治部門對於社會資源應如何分配所為的政策決定」。因此，「類似的決策原則上自應委由具備民主正當性與決策所需之資訊與專業，並對其決策負政治責任之政治部門，予以決斷」。

相對的，「司法」在此一領域的功能相當有限。林大法官指出：

¹⁸ 林子儀大法官於本解釋發表之意見書雖名為「部分協同及部分不同意見書」，但本文探究者乃是其「不同意見」的部分。

...惟從司法釋憲者本身的功能與角色而言，我們不僅缺乏決定政策所需之資訊，亦不具進行社會資源重分配所需的專業能力與民主代表性，更不對所作決定負政治責任，是政治部門的決策倘非全然恣意，或明顯與國計民生均足的目標背道而馳，我們實不宜貿然宣告政治部門有關社會資源分配之政策決定違憲，而以自己的判斷取代政治部門之政策決定。（底線為作者所加）

這一段精彩的論述，再一次點出：違憲審查不只是「實體」的判斷，更是「誰來決定」的「組織管轄權」問題。司法採取寬鬆審查，不代表放棄「人權優先」、「憲法客觀價值」等理念，只是認為「如何實現憲法價值」的問題，未必均適合由司法機關代替政治部門的判斷。因此，堅持人權的憲法學者與大法官，在採取寬鬆審查時，只要有正當理由，盡可坦蕩提出，無須扭捏猶豫！

林大法官這份不同意見書另一個非常值得注意的觀點。他認為系爭法律「雖影響出租人之財產權，但並未涉及人民之政治性基本權利，且規範對象亦非針對政治上之絕對弱勢團體，故於該決策具備民主正當性」。



3. 釋字第五八四號解釋不同意見書

釋字第五八四號解釋中，許宗力大法官協同意見、林子儀大法官不同意見，以及許玉秀大法官的不同意見，三者之間的交鋒，堪稱大法官釋憲史上最精彩的一場辯論。

表面上看來，林大法官的審查基準似乎與許宗力大法官同樣是「既非最嚴，亦非放水」的「中度審查基準」（林大法官自稱為「『較嚴格』的審查標準」，且在該部同意見書之註四部分，也將「較嚴格審查標準」等同於許宗力大法官的「中度審查」）。但兩者的審查方法與審查結果，卻有極大差異。

在林大法官的「較嚴格審查標準」下，不僅「目的」方面必須達到多數意見所謂的「更重要之公益」；「手段-目的」關連性的要求更高得多：

...手段不能僅是可以達成目的，而必須是可靠、具備實效，與

目的之達成具有實質關連性之手段；同時，該手段固然不必是侵害最小的手段，但起碼必須是經過斟酌選擇對人民權利侵害較小的手段。

此外，林大法官更指出，在此等審查標準下，相關政府機關的選擇不再享有合憲推定，因此必須對「目的重要性」、「手段實質有效性」以及「侵害程度可接受性」，均負舉證責任。

在這個「舉證責任倒置」加上「證明標準提高」的途徑下，政府所提各種「必須依賴終身禁止考照方能提升乘客安全」的說明，都變得完全沒有說服力。林子儀大法官遂依此認為系爭法律應屬違憲。

如果仔細比較林、許（宗力）兩位大法官運用的審查標準，會發現許多值得玩味之處。

首先，兩人皆宣稱採「中度審查」，但兩者在操作上，顯然是完全不同的審查強度與方法。可見單純宣稱使用何種審查基準，卻沒有具體填塞其內容，一樣空洞而不具任何可操作之價值。

其次，林大法官不要求「最小侵害手段」，許大法官仍要求「最小侵害手段」。修辭上看來是後者的要求較高，但在著重並堅持「完全相同有效」，且加上「聲請人負舉證責任」之後，「最小侵害手段」遠遠不如外表看來的那麼有力。相對的，林大法官卻並不要求各種政策可能選項之間，必須先有「完全相同效果」才有資格進行比較。依此，重心似乎不在「最小侵害」，而在如何看待「相同效果」。如果堅持先要「相同效果」，那「最小侵害手段」其實也可能是一場空。

第三，林大法官在「手段與目的之關連程度」上要求較高——可靠、具備實效，與目的之達成具有實質關連性。這與教科書中「比例原則」之「適合性」僅要求「多多少少具有關連」即可，在程度上有很大差異。而從林大法官對法務部與警政署所提各種數據有效性之質疑，更可看出這個「實質關連性」的要求強度。

第四，也可能是最重要的，就是舉證責任的問題。林大法官的「較嚴格審查標準」，係一「推定違憲」的標準，要求政府證明目的重要性，以及手段與目的之實質關連性。尤其林大法官對多數意見「如何能謂對相關政府機關之舉證責任，已善盡審查之責」的指摘，更可看

出他與多數意見的不同。相比起來，許宗力大法官的中度審查標準，卻不斷質疑聲請人所提各種選項之「相同有效性」，明顯地將舉證責任置於挑戰者身上。兩者確有重大差異。

綜言之，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。這恰好也跟兩位大法官的留學國通說體系一致¹⁹—美國的「中度審查」已經是個具有相當殺傷力的「較嚴格審查」（heightened scrutiny），與最低度的「合理審查」完全不可以道里計；²⁰而德國的「中度審查」，卻與最寬鬆的「明顯性審查」差異不大。²¹這也可以從林子儀大法官的一段說明顯示出來：

...根據本案多數意見之說理，無論是對於手段侵害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異。



4. 釋字第60三號解釋協同意見書

釋字第60三號解釋宣告戶籍法第八條「全民強制按捺指紋」之

¹⁹ 這並不是說，兩位大法官只是把美國或德國的法律理論完全照抄。最明顯的就是：本案涉及的工作權，在美國很可能會當作一般經濟社會立法來處理，而採用最寬鬆的合理審查標準，讓它輕易過關。但留美的林子儀大法官卻從工作權與「個人發展自我與實現自我」之關連，認為應該採用中度（較嚴格）審查標準。

當然，這樣的論述，是不是又稍微脫離了林大法官之前提及嚴格審查的兩個基礎：「政治程序受限」與「政治上絕對弱勢」？審查基準的分級理由，從「制度-組織」又拉回「實體」？這在美國有關「基礎性權利」（fundamental rights）的辯論上，出現的是相同的兩難。

²⁰ 關於美國中度審查基準的具體操作案例，可參閱黃昭元，純男性軍校與性別歧視—評United States v. Virginia一案判決，收入焦興鎧主編，『美國最高法院重要判決之研究：1996-1999』，頁225以下（2005）。

²¹ 德國的中度審查，參閱許宗力，前揭註文。

規定違憲。林子儀大法官同意結論，但認為應採更強烈的「嚴格審查標準」。這恰好可以讓我們看看林大法官的「嚴格審查」，與之前所述的「較嚴格」以及「合理審查」有何不同。

首先，林大法官敘述採取嚴格審查的理由，是考量了「現代資訊科技的應用」、「指紋特定」、「人別辨識功能」，以及「開啟個人檔案之鑰的可能用途」後，認定個人指紋資訊為相當敏感之個人資訊，所以強制蒐集指紋之規定應採嚴格審查。

而嚴格審查的內容，在立法目的上要求「非常具體且重大之公益目的」，而手段與目的之關連必須達到「沒有其他更小侵害之替代手段足以達成目的」程度。此外，指紋資料庫「應明白規定僅在例外的情況下，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」。

依此，嚴格審查之「目的」部分，不只是在「量」上從中度審查的「更重要公益」提升到要求「非常重大之公益」；更要求「非常具體」。然而，什麼樣的立法目的方能被認為「非常具體」，什麼樣的立法目的則會被認為是「不過具體」？

這一點似乎在本意見書中不是非常清晰地說明。可能的相關論述有二個部分：

一是林大法官拿系爭法律與刑事訴訟法和臨檢相較，認為蒐集指紋之目的不應是泛泛而論的「拼治安」，而必須具體限定在「可得特定的合理危害之懷疑」。

另一個則是要求立法部門「必須就蒐集資料之目的與範圍，事先予以明確界定」，以滿足「最低限度的告知義務」才能被承認是「非常具體」之立法目的。

再看林大法官在協同意見書最後一段有關「外國立法例之解讀」上，認為立法應區分「針對外國人蒐集生物資訊」與「基於不特定的人別辨識需要，蒐集全國人民之生物特徵」應予區分。似乎也印證了，在林大法官所謂的「嚴格審查標準」下，「泛稱」各種偉大之立法目的，都不足以過關。立法者必須能夠較為具體地指明，系爭立法所欲解決的「具體問題」才能夠被承認是「非常具體且重大之公益目的」

。至於在「最小侵害手段」上，林大法官並未如釋字第五八四號解釋般，個別詳細比較許多可能的替代方案。而僅對「同樣經費轉為提升警察待遇與訓練」、「已有戶籍制度」、「數位照片」等手段稍加說明，認為這些手段均值得「參考」或「深思」。似是認為，在嚴格審查基準之下，只要存在「有替代可能性之手段」，即已構成系爭法律之推定違憲基礎。

（三）其他重要之協同與不同意見

1. 許玉秀大法官在釋字第五八四號解釋之不同意見書

許玉秀大法官於釋字第五八四號解釋，採取「嚴格審查標準」，認定系爭「前科犯終身不得開計程車」的規定違憲。她在意見書中關於審查密度的部分，首先強烈批判多數意見的審查標準頗為混亂——

Institutum Jurisprudentiae (Preparatory Office)
由於未能先行論述職業自由作為基本人權的基本內涵，多數意見對於職業自由的審查標準顯得前後不一。例如對於憲法保障職業自由的必要性未有一言及之，卻以大篇幅論述對職業自由的限制，只要出於公共利益需求即可，似乎採取寬鬆審查標準，但是於檢驗比例原則時，卻主張道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定，是現階段尚屬合理且對職業自由較小的侵害，又似乎同時採取美國式的寬鬆及中度審查標準，在此同時，卻認為選擇職業的主觀條件應採取比職業執行自由更嚴格的審查標準，隱然採取德國聯邦憲法法院的嚴格審查標準，但是，如果採嚴格審查標準，實不應得出現階段尚屬合理且對職業自由較小侵害的結論。（底線為作者所加）

接著，許玉秀大法官說明其採取嚴格審查之理由：一方面，參酌德國經驗，「自從有意識地使用比例原則之後，關於基本人權的審查，即至少為中度審查」。此外，與林子儀大法官採取「較嚴格標準」的原因相仿，她認為職業自由「作為個人人格發展的基礎」，理應「在

憲法秩序中具有最高法價值」，故應採取嚴格審查標準。

至於嚴格審查的內容，則是「特別重大的公共利益」加上「絕對必要手段」。配合上嚴格的舉證責任要求，許玉秀大法官認為系爭法律的前題基礎（是否真能僅靠「逕行擬制」就認定有特定前科者有危險？）、手段與目的之適當性（無法防止乘客受到其他駕駛之侵害，且主觀危險相對不易掌握）、手段必要性（客觀營運條件改善與管理機制健全才是必要手段；且定期考核檢測駕駛素行與能力、無線電叫車等，均屬限制較小之手段）均無法通過。

尤其涉及「舉證責任」或「必要性之說明責任」問題上，許大法官對於多數意見「主管機關目前無法做到其他措施，所以當前仍可限制職業自由」的論證，提出強烈批評。她指出許多管理措施尚未上路，係因主管機關之怠惰、懈怠，但

...大法官非但不予責難，竟還認同相關機關的怠惰有理由，並同意改善計程車營運環境客觀上一時無法實現，因此准許以剝奪人民基本人權的方式來取代...大法官何其寬容，還用不得已替他們緩頰...

此處的抨擊，其實就顯示出「審查基準」的「責任分攤」性質：大法官多數意見（以及許宗力大法官的協同意見），採取的是對政府較為尊重、順從的一種審查標準。因此，當「效果不確定」、「利弊比較不確定」，以及「可行性尚難掌握」之際，現行法令措施就會得到推定利益—繼續存在。但許玉秀大法官與林子儀大法官因為採取了「推定違憲」的審查標準，對於所有的「不確定」，就會由政府機關承受不利益—既然無法證明、說明系爭法令的「必要性」，那就違憲。

2. 許玉秀大法官在釋字第五九四號解釋之協同意見書

釋字第五九四號解釋之爭點是商標法上的刑罰規定是否抵觸比例原則，大法官的結論是否定的。

大法官一面講「比例原則」，另一方面又從未接受「除罪化」的呼籲，其實是很有探討餘地的。比例原則不是要求「最小侵害手段」

嗎？「刑罰」不是最嚴苛的手段嗎？難道在這麼多案例中，當事人從來無法證明「其他較刑罰侵害較小的有效手段」存在嗎？反過來說，刑罰的「最有效性」真的在犯罪學、社會學上有這麼強烈的基礎嗎？

許玉秀大法官以其刑法專長的角度，在這份協同意見書提出一個極為重要的觀點：對於刑罰（刑法的制裁規範），無法採用「最小侵害程度」的標準予以審查。許玉秀大法官指出—

…對刑法的制裁規範，顯然無法採取嚴格的審查標準，因為舉凡剝奪人身自由及生命權的刑罰規定，皆將無法通過最小侵害程度的審查，而無合憲餘地。既然對制裁規範顯然不能採取嚴格的審查標準，則剝奪或嚴重限制基本權的刑罰規範，豈不是反而只能採取低密度或中密度的審查標準？一旦對刑罰規範採取低密度或中密度的審查標準，憲法控制刑罰規範的機能或者喪失殆盡，或者僅能在刑度高低的狹隘範圍內，保留一點憲法的控制機能，如此一來，將完全不符合規範合憲審查的基本原則。（註釋省略）

這樣的觀察完全正確。以「刑罰非最小侵害手段」挑戰系爭法律（之制裁規範）合憲性者，幾無成功之例；但以「刑度過重」為釋憲理由者，則偶有戰果（如釋字第五五一號解釋）。只是，對於這樣的「總體結果」，許玉秀大法官這份協同意見書，第一次對此一現象正面提出較完整說明。

既然不能適用「最小侵害手段」，那麼要用什麼標準來替代呢？許玉秀大法官提出的是「最後手段原則」與「罪罰（刑）相當原則」審查，「以一般預防目的及所保護法益的重要性，檢驗刑罰手段的必要性及有效性，以及刑罰種類與刑罰高度的適當性」。依此，許玉秀大法官亦認為本法合憲，因為在本案中，「非對行為人施以刑罰制裁，不足以達到一般預防之目的，符合最後手段原則」。

當然，本件協同意見書，尚未讓我們確知，「最後手段」的舉證責任在誰（政府或挑戰者？）？證明標準多高？此外，如果「最小侵害手段」加上「嚴格要求相同有效手段」（如許宗力大法官在釋字第五八四號解釋所用的途徑），那麼跟許玉秀大法官的「最後手段原則」還有多少差距？

更進一步留下的問題是：如果刑罰手段的審查，可以放棄「最小侵害手段」的要求，那麼其他領域可不可以呢？

無論如何，許玉秀大法官雖然尚未建立更完整細緻的「刑罰審查基準」，但在解構「最小侵害手段」乃至整個「比例原則」（公式）的迷思上，是極有貢獻的。她讓我們知道，不同的領域，可能有著不同的審查途徑，而未必要盯著憲法總論教科書中的公式。²²

3. 許宗力與許玉秀大法官在釋字第五九六號解釋之不同意見書

釋字第五九六號解釋認定勞基法未如公務人員退休法般，規定退休金請求權不得讓與、抵銷、扣押或供擔保，是斟酌公務人員與勞工的性質差異而為之政策決定，並未違反平等原則。

兩位許大法官反對多數意見之見解，主張應採「比較嚴格之平等審查」，並依此認定本案的「立法不作為」違憲。

本件不同意見書採取「較嚴格審查」的理由，是「退休金請求權涉及生存權之保障」；加上憲法第一五三條明定國家對勞工特別保護義務之「特別保護誡命」。亦即，「財產權」以外，還加上其他憲法規定，因此應從嚴審查。

在「比較嚴格之平等審查」下，兩位許大法官認為應僅從「退休人員之經濟生活有無保護需要」來決定差別待遇的合理與否。至於多數意見考慮到的其他因素，諸如「公務人員與勞工的性質不同」、「對其他債權人權利之限制」，以及「客觀社會經濟情勢之考量」等，均不是正當理由。而在平等原則的案件中，「正當目的」其實往往決定了後面「是否為合理差別待遇」的認定。既然系爭立法僅能依據「退休人員經濟生活保護需要」，那本法違憲的結論也就呼之欲出了。

兩位許大法官所採的標準，「嚴格」之處在於：

²² 許玉秀大法官嗣後將此一觀點，做了更詳盡而深入的學術分析。見許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收於『民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集』，頁 365 以下（2005）。

一、目的審查：嚴格限定僅有特定目的方能通過審查。

二、手段與目的合致性：只有符合前揭目的之手段（差別待遇）方可能被接受，其餘一概不准。

這樣的審查方式，很明顯地並未「尊重」立法裁量空間，是一種相當嚴格，以大法官自己之判斷取代立法者判斷之審查基準。

4. 余雪明大法官在釋字第五七七號解釋之協同意見書

釋字第五七七號解釋涉及菸害防制法有關菸品成分標示之規定是否侵犯言論自由。多數意見認定合憲，余雪明大法官亦同意結論，但對於採用「商業言論」的中度審查基準並不同意，因此發表協同意見書。

余大法官認為本件應適用最低密度的「合理審查標準」，使政府有更寬廣的管制空間。主要之理由，是余大法官認為「強制揭露資訊」乃是商業管制中極為常見之措施，美國也鮮少以「商業言論自由」之中度標準進行審查。尤其「廣告」在美國被當作「言論自由」的主要原因，是「可幫助消費者做合理之選擇」。依此，「業者又如何能反過來主張言論自由而反對較一般廣告更有真實性商品成分之標示？」（底線為作者所加）

余大法官並從可能的結果倒推回來，指出若真採美國對於商業言論的審查標準，可能「幾乎一半的案例不能過關」，或是「將來必有頗多政府要求業者提供正確商品資訊標示之規範，不能通過釋憲審查而影響消費者權益」。

此外，余大法官其實還點出了大法官審查商業言論案件的不確定性：從釋字第四一四號解釋的「應受較嚴格之規範」，到本案的「重大公共利益」、「並未逾越必要程度」，是否確定採取較嚴格的審查，還是走向個案彈性審查，尚「有待觀察」。

余大法官本件協同意見書，從系爭管制領域（要求揭露資訊之商業管制）之特質、理論，以及結果之預測，論證選擇審查基準之理由。言簡意賅，論理清晰，更著重「現實效果」的觀察，頗值注意。

4. 余雪明大法官在釋字第60三號解釋之不同意見書

在著名的「指紋釋憲案」，余大法官旗幟鮮明地採取反對多數意見立場，認定戶籍法強制按捺指紋之規定合憲。其並主張應採取寬鬆的審查標準。

理由之一，是余大法官根本不認為指紋本身涉及憲法所保障之「隱私權」，最多只是「個人資訊」。由於余大法官對「權利」之認定較為嚴格，故無嚴格審查之必要。

其次，既然採用寬鬆標準，對於立法「目的」的審查自然非常寬鬆。余大法官不贊同多數意見對戶籍法第八條「未明定立法目的」之指摘，而認為對立法目的之認定，各國均「不乏法院代為設想者」。進而引用內政部說法，認可推導出許多正當之立法目的（或指紋使用目的）。

在手段與目的之關聯性上，余大法官指出「指紋」之特殊性與有效性是不可取代的；而指紋資訊的普遍運用，可帶來的社會利益以及其可防止之弊害均極為可觀。因此即便採取「嚴格審查」，都應該可以過關。

此外，余大法官尚表示：「不宜過度低估關係機關以最佳技術規範，立法機關隨時代進步而修改法律以保護個人資料之決心及能力」。很明顯地是在最寬鬆標準下，尊重政治機關之決定，不願意從旁質疑或猜測（second-guess）其他機關的能力。

四、初步整理

綜上，現任大法官有關「審查基準」的論述，可說正在萌芽、成長，與摸索中。幾點觀察可作為本節小結：

一、雖然統計結果很明顯地顯示出大法官的確「輕重有別」，但大法官解釋的「文本」尚無法說明「標準何在」，以及「如何預測」。

二、多數大法官即使在外觀上，也並未堅持（教科書式的，或說

德式的)適用「比例原則」以及附屬的三個子原則。即便適用了比例原則，由於適用上寬嚴有別，也無法構成預測的基礎。傳統的公式是否必然要成為操作手冊上的準則，似值深思。

三、部分大法官已經開始著重具體的審查基準。不但勇於表明自己所適用的標準，並且說明標準的具體內容。更重要的，是這幾位大法官在分析時，均能適切說明「為何採取此一審查標準」。

四、兩位留美且為學界出身之大法官，較敢於主張適用最寬鬆的「合理審查基準」。且在運用此等最寬鬆基準時，充分表現對政治部門的順從。相對的，留德背景的大法官，似乎從未在協同或不同意見書中，正式主張適用最寬鬆的基準審查任何一個案件。

五、無論是比例原則或審查基準，單看外觀的「公式」本身，都無法成為一致適用的標準。同屬中度審查，實際要求強度可以天差地遠；看來最嚴格的「最小侵害原則」，在適用時依然有差距極大的寬嚴之別。甚至未要求「最小侵害原則」者，卻可能在應用上展現更高的審查密度。

六、在絕大部分難以認定立法事實正確與否的案件中，舉證責任或說服責任的分配，往往決定了勝負。

整體而言，大法官「尚未」發展出足以令政治決策部門、一般社會公眾，以及法律人足以理解、預測，並藉以安排規劃相關政策的審查基準。雖然結果上「亂中有序」，可以確知凡是挑戰單純經濟管制的案子，勝算極低。但在大法官未能明示各種有操作意義的審查基準之前，硬舉著「比例原則」（尤其是「最小侵害手段」）的飛蛾必定還會前仆後繼。而立法者也不會因為大法官明確的態度而自行調整應有的方向。

但無論如何，對於一個法治國家而言，大法官開始認知此一問題的重要，進而願意起步發展「審查基準」總是非常值得鼓勵之事。參照違憲審查經驗最豐富的美國，對照前揭的一些爭點，或許可以再提供給我們一些指引。

肆、美國司法審查基準的發展經驗

有關美國司法審查之基準，國內已有許多法界先進加以詳述。因此，對於中文文獻已有介紹過的問題，本文即予以略過，不再贅述。

一、雙重基準崛起的背景—對司法積極主義的制度反思

欲了解甚至引用美國司法審查的多重基準，首先必須對其背景稍加理解。眾所周知的「雙重基準」(double standard)，形式上的起源似是在一九三八年著名的 *U.S. v. Carolene Products* 判決書的註釋四。²³ 然而真正的歷史脈絡，則是對前一個時期的司法積極主義所為之反彈。自從二十世紀初期起，最高法院在許多判決中，以憲法為名（尤其是「聯邦主義」以及並未明文規定的「契約自由」）積極干預各類社會與經濟立法。最為惡名昭彰的例子，莫過於一九零五年的 *Lochner v. New York*。²⁴ 該案判決宣告紐約州有關烘焙業工人（麵包師傅）之最高工時法抵觸憲法保障契約自由之意旨而違憲。判決中並根本否認政府得「單純」以「保護勞工利益」做為干預契約自由之正當目的。因此，任何限制勞動契約的法律，若被定位為「純粹而單純的勞工法」(a labor law, pure and simple) 而無其他「公共利益」（如，大眾或工作人員之健康）做為基礎，則當然無效！

這個判決開啟了美國最高法院「以憲法人權為名」，干預、打擊各類政府改革措施的新時代。自一九零五年 *Lochner* 判決直至一九三七年最高法院完全改變趨勢為止的這段期間，被稱為「*Lochner* 時期」(*Lochner era*)。「*Lochner* 時期」也成為美國憲法界用來批評司法濫用違憲審查權，假憲法為名而行個人意識型態偏好之實的用語。Holmes 大法官在 *Lochner* 案的不同意見書因此膾炙人口：

本案是以一個多數國人都並不信服的經濟理論為判決基礎。如果本案的爭點是我個人是否同意那個理論，那麼我希望

²³ 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938).

²⁴ 198 U.S. 45 (1905).

在下決定之前，能先進行長期研究。但我不認為那是我的任務，因為我堅決認為，無論我是否同意這種理論，都不能干涉社會多數人將他們的想法制定成法律的權利。本院許多判決早已確認〔州法〕可以制定各種法律規範人類生活—即便這些法律從我們做為立法者的角度來看，會認為它們根本係爭法律一樣粗糙，一樣專制（如果你喜歡這麼稱呼的話），其干預契約自由的程度也毫不遜於本法。...Herbert Spencer的社會靜力理論並未被制定到憲法增修條文第十四條之中。²⁵

其實多數意見的判決意見從未提到任何「經濟理論」，更沒有提到Herbert Spencer的理論；判決的文義基礎是站在增修條文第十四條正當程序條款的「自由」（liberty），而法院將它解釋成包括「契約自由」。但Holmes對多數意見「以憲法掩蓋意識型態」的猛烈抨擊，對後世美國憲法學的影響實在非常巨大。即便是勇於任事的法官，乃至進步或自由派的學者，在主張嚴格審查之際，對於純從「實體價值」出發的途徑，也會多少有些猶豫。美國日後所謂「反多數決困境」、「原意主義」、「司法自制」、「消極美德」等論述，都與此多少脫不了關係。

準此，一九三七年*West Coast Hotel v. Parrish*²⁶案之後的司法審查，則是最寬鬆的「合理審查」（rational-basis review）為原則。即便經歷了日後的Warren Court另一波司法積極主義，但美國的司法審查依然是以「合理審查」為基礎（原則），而探究「何種案件應（例外）適用『較嚴格的』審查基準（heightened scrutiny）」。尊重、順從政治部門的「寬鬆審查」，與從嚴檢視立法目的與手段的「較嚴格審查」，成為原則（寬鬆）與例外（從嚴）的關係。然而一旦決定適用從嚴審查的標準，違憲審查就必須成為有牙老虎，課與政府高度舉證責任。這就是為何美國的「中度審查基準」如此嚴格的原因。

這也正是「*Carolene Products*註釋四」以及之後衍伸出的「代議

²⁵ *Id.* at 75 (Holmes, J., dissenting).

²⁶ 300 U.S. 379 (1937).

強化論」(representation-reinforcing theory)²⁷的重要背景與理論基礎：憲法或人權的主要維護者，乃是民主政治程序，司法審查僅在「程序失靈」之際方具有補充地位。而所謂「民主程序失靈」的情況，也就是「司法從嚴審查」的基礎。由於民主程序失靈主要包括「政治程序本身受限制」以及「政治上絕對弱勢者受侵害」（分離而孤立的少數）兩個情形；司法違憲審查也僅能在這兩個領域發揮較強的功能。

「代議強化論」的思維，也跟「某些憲法問題非由司法裁決」的「政治問題理論」(nonjusticiable political question)相通；²⁸同時也成為之後「政治部門憲法論」(departmentalism)—政治部門也具有憲法解釋權，司法既非獨佔，甚至未必均是最高—的基礎。²⁹

而美國經驗所提供的反省是：

1. 司法違憲審查，特別是以憲法極概括的人權規定所為之審查，確有高度濫權的可能。在許多政策領域，法院或許根本應該撤手，對於政治部門的政策決定，連問都不必（甚或不該）問。
2. 即使是憲法人權事項，政治部門也大多是可信賴的—至少不比司法差。
3. 在憲法文義不明的情況下，純從特定實體價值所為的違憲審查，正當性是高度可疑的。



²⁷ See JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

²⁸ 參閱廖元豪，從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，政大法學評論，第71期，頁27以下（2002）；廖國宏，『論「政治問題」大法官不予審理原則』，台大三研所碩士論文（1999）。

²⁹ See e.g. Dawn E. Johnsen, *Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation—Who Determines Constitutional Meaning?*, 67 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 105 (2004); Keith E. Whittington, *Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses*, 80 *N.C. L. REV.* 773, 848 (2002); LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2004).

4. 在思量適用何等違憲審查基準時，「組織-制度」的考量往往重於「實體」。³⁰亦即，問題不見得在於「何種人權重要」或「人權要保障到何種地步」；而在於「是否必須靠司法保障」，或「司法是否比政治部門更適合」？³¹

二、多元、分散且具體的審查基準

與德國一開始就套上一個（外觀）統一的「比例原則」大異其趣，美國的違憲審查基準是分散由各個不同類型的案件，分別摸索並由下而上地累積出各類「基準」。國人熟悉的所謂「三重審查基準」，其實只是平等權案件審查基準的簡化說明。³²而言論自由、隱私權等「未列舉權利」（unenumerated rights）、不受殘酷異常處罰（cruel and unusual punishment）之權利、宗教自由...等不同權利，在不同情況下，都有著不同結構的審查方式。例如，言論自由的「雙軌理論」、「禁止涵蓋過廣」（overbreadth）、「真實惡意」（actual malice），乃至「最小限制手段」（least restrictive alternative）等原則，在平等

Institutum Jurisprudentiae (Preparatory Office)
Academia Sinica

³⁰ 近年來，美國最高法院開始使用各種司法所創設之審查基準，去限制國會制定反歧視法之範圍，甚至不准國會提供「比法院更多的保障」（以免侵害州權）。許多學者就批評這是把「司法審查工具」當成「實體憲法原則」的誤用。See e.g. JED RUBENFELD, *REVOLUTION BY JUDICIARY: THE STRUCTURE OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* (2005); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 IND. L.J. 1 (2003).

³¹ 類似見解（立法裁量、違憲審查基準，皆有賴於司法在憲政民主中的角色而定），參閱湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收於湯德宗，『權力分立新論（卷二）違憲審查與動態平衡』，頁 71 以下（2005）；黃昭元，美國模式，前揭註文。

³² 學者 R. Randall Kelso 整理後即認為，配合上「順從政府程度」（類似舉證責任與證明標準）美國最高法院的平等權審查基準，應該是七重而非三重。See R. Randall Kelso, *Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The “Base Plus Six” Model and Modern Supreme Court Practice*, 2 U. PA. J. CONST. L. 225 (2002).

權、宗教自由中，就未必能夠套用。同樣的，在處理「判處未成年人死刑是否構成殘酷異常之刑罰」的案件時，法院所運用的「比例原則」（proportionality）又是其他領域所鮮少使用的。³³

美國模式之所以如此多元、分散，我認為主要的原因在於那是一種「由下而上」，「由經驗歸納原則」的發展模式。同樣的法院，在面對「處罰情色網站是否侵犯言論自由」³⁴與「對弱智者（the mentally retarded）判處死刑是否過份」³⁵的憲法人權問題，可能會有著非常不同的考量。「司法」與「政治」的妥適分工，在這兩類案件也可能有極大的差異。操作實務的法官，一開始可能只想到處理各自領域的問題，而從沒有想到要「相互援引」或訴諸一套放諸四海皆準的公式來適用。必須等到案件數量累積到一定地步，一些「基準」甚至「修辭」被反覆援引，較為統一的基準才會出現。但這種「統一」，通常也僅出現在各個類型案件的「內部統一」，而未必與其他領域掛勾。畢竟單純摸索出「言論自由」的體系架構，要比冒險弄出一個橫跨「言論自由」、「平等權」、「宗教自由」、「墮胎權」、「安樂死」的共同標準容易多了。

當然，過於分散的審查模式，會使憲法欠缺統一、和諧的價值秩序。Akhil Amar教授就致力主張憲法應該被當作一個整體來解釋。³⁶但美國模式在「解決問題」與「內部一致性」，的確有值得學習之處。

另一個與「由下而上」有關的重點，是美國標準與架構的形成，幾乎完全依賴具體審判的法官，而非善於且習於抽象體系思考的學者。在這樣的制度下，法院會著重「解決問題」，而將「體系一致」當作附帶功能——當然，在英美法訓練下的法官，如何逐案累積起「一致性」本就是其重要任務，且這方面的訓練應該也較大陸法系的法律

³³ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

³⁴ *E.g. Ashcroft v. ACLU*, 542 U.S. 656 (2004).

³⁵ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 206 (2002). 另參閱王玉葉，美國最高法院審理死刑合憲性原則：試看Furman, Gregg與Atkins三案之軌跡，政大法學評論，第82期，頁43以下（2004）。

³⁶ See Akhil Reed Amar, *Architexture*, 77 IND. L.J. 671 (2002).

人要強些——所以「分散」、「多元」就是相當自然的結果了。

又因為這些基準是審理案件的法官發展出來的，法官能夠將「審查基準」的公式，與相關個案的事實脈絡進行更緊密的連結，從而使得各種基準更加具體化。

例如，在美國有關平權措施（affirmative action）的案件中，最高法院經過二十六年的摸索與跌跌撞撞，終於在 2003 年確認了其統一的審查標準：嚴格審查基準。³⁷而在嚴格審查基準下，其目標必須是「極重要」之政府利益（compelling government interest），而手段（即系爭保障少數族裔競爭機會的差別待遇措施）必須與前揭目標有「密切關連」（narrow tailoring）。³⁸但話說到此，其實尚無法解決問題。法院必須更具體地說明，什麼樣的政府利益可以被承認是「極重要」？何種手段能夠被當作「密切關連手段」？

依據最高法院的見解，如果是涉及政府契約，或是公共僱用的平權措施，其「極重要利益」必須是「彌補系爭機關過去的種族歧視所遺留之效果」；其「密切關連手段」必須儘量考慮使用「種族中立」的手段。此外，所謂「過去歧視造成的遺害」，還必須有相當足夠的實證證據，不能只是泛稱歧視存在。³⁹

但若是大專院校入學政策（admissions policy）的平權措施，雖然同樣是「嚴格審查」，但內容則有不同。「彌補過去的損害」原則上不能當作學校採行此類措施之目標；唯有「追求多元學生群體」（diversity of student body）能夠被承認為學校的「極重要利益」。至於在「密切關連」的要求上，「窮盡種族中立措施」並非必要；但不得使用「配額」（quota）或類如統一加分特定比例而忽視個人差

³⁷ Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003). 關於積極平權措施的憲法審查基準發展史，參閱廖元豪，前揭註文；王玉葉，美國高等教育優惠待遇何去何從——美國最高法院拒絕審理 Hopwood v. Texas 案之省思，收於焦興鎧主編，前揭註書，頁 171 以下。

³⁸ Grutter, *id.*

³⁹ Richmond v. J.A. Croson, 488 U.S. 469 (1989).

異的機械性措施。⁴⁰最高法院在 2003 年，同一天內針對密西根大學（University of Michigan-Ann Arbor）的「大學部」與「法學院」之平權措施合憲性作成判決，判定前者違憲，後者合憲，就是基於這樣的標準。（見表五）

具體化至此等程度，這些審查基準才能擺脫「修辭」、「空洞公式」之地位，而成為有操作可能性，有一致性的「標準」。自此之後，各公立大學不但有了法律上的具體標準，而且在設計自己的入學制度時，即可參照「密西根模式」鑒往知來，設計出既能達成多收少數族裔學生，又不會被宣告違憲的規定。這樣的指引效果，絕對不是空口說聲「最小侵害手段」或「嚴格審查」就能做到的。各種基準必須與案例事實脈絡結合，方能杜絕恣意的可能。

類似「比例原則」的概念，其實也存在美國的判例中。但主要僅適用在審查「罪刑相當」（尤其是特定類型的死刑），⁴¹以及「聯邦法是否過度限制州權」之案件。但當最高法院把「比例原則」適用在後者時，其實遭到相當嚴厲的批判，學界似乎因此對「比例原則」這個概念多無好感。⁴²當然，美國最高法院實際上對此一原則的適用領域以及使用方法，仍與歐陸，尤其是德國有極大差異。⁴³

無論如何，外觀單一但極具操作彈性的審查模式，與現行美國的司法審查的確有很大的差異。法國巴黎第二大學的 Elisabeth Zoller 教授就提醒她的美國法界同儕：美國如果採行了流行於歐陸的比例原則，就只需要一個標準，而不需如同現在，弄出那麼多的標準；但同時比例原則也是個極為彈性而可適用在所有不同場合的標準。⁴⁴

⁴⁰ Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

⁴¹ See Stephen F. Smith, *Proportionality and Federalization*, 91 Va. L. Rev. 879 (2005).

⁴² See e.g. Douglas Laycock, *Conceptual Gulfs in City of Boerne v. Flores*, 39 WM. & MARY L. REV. 743 (1998).

⁴³ See Elisabeth Zoller, *Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers*, 78 IND. L.J. 567 (2003).

⁴⁴ Zoller, *id.* at 585-86.

三、立法事實的發掘與認定

許宗力大法官多次強調「立法事實」的認定問題，乃是發展不同審查基準的關鍵。他也在釋字第五八四號解釋協同意見書中，怨嘆大法官助理人力之不足。然而無論增加多少人力，大法官畢竟是一個以規範審查為主的司法機關。面對遠較個案裁決事實（adjudicative facts）更複雜、更廣泛，又更有預測性質的立法事實（legislative facts），大法官如何認定，似乎不是增加人力可以解決的。

美國的經驗是：讓事實審法院（trial court）與政治機關（主要是立法機關）擔任發現事實的功能，最高法院（除非在初審管轄權事項）僅依據分配不同的舉證責任與證明標準，決定相關機關的立法事實認定能否通過憲法檢驗。

先就下級法院的事實認定（factfinding）而論。在憲法訴訟案件中，許多「立法事實」其實是靠著一審事實審法院來認定的。例如，在前揭有關密西根大學法學院的積極平權措施案件，下級法院審理時就進行了十五天的連續審判，聽取多名專家證人之意見，並且就「密西根大學法學院相關措施之目的與效果」以及更廣泛的「積極平權措施在教育上的效果」作成長達三十四頁的判決意見。其中包括「事實認定」與「法律認定」。⁴⁵又如，聯邦最高法院在2000年的 *Stenberg v. Carhart*⁴⁶ 判定Nebraska州禁止「部分產出式墮胎」（partial birth abortion）之法律違憲。其主要的基礎，就在於最高法院接受了一審判決之事實認定（findings of fact）。聯邦地區法院也在多名證人出庭作證後，就部分產出式墮胎之醫學上必要性、可行性、安全性，以及對婦女健康之影響等問題上作成結論。⁴⁷而在美國的聯邦訴訟法上，事實審法院的事實認定，唯有在「明顯錯誤」（clearly erroneous）的情況下，才可被審查法院推翻。⁴⁸由於上訴法院與最高法院係以法

⁴⁵ *Grutter v. Bollinger*, 137 F.Supp.2d 821 (2001)

⁴⁶ 530 U.S. 914 (2000)

⁴⁷ *Carhart v. Stenberg*, 972 F.Supp. 507 (

⁴⁸ *Anderson v. City of Bessemer City, North Carolina*, 470 U.S. 564, 573-74

律審為主，鮮少進行事實認定的審判與聽證，故下級法院對立法事實之認定結果，成為最高法院違憲審查之主要依據。

另一個負責認定事實的，當然就是政治部門，尤其是立法者本身。美國國會以及各州議會，均常舉行廣泛之聽證，以對相關重要議題進行資訊蒐集之工作。而這些聽證紀錄，往往就成為立法資料的一部份。美國在立法技術上，也往往將聽證紀錄彙整後，制定成「國會認定」(congressional findings)的法律條文，清楚地顯示出立法者對特定議題的看法。

例如，國會在 2003 年制定了「禁止部分產出式墮胎法」(the Partial Birth Abortion Ban Act)，⁴⁹其中第一條標題就是「認定」(findings)，並明定「國會認定並宣告以下事項」。在正式官方文書「法律大全」(Statute at large)中，一共花了六頁的篇幅，詳盡說明國會為何制定這個合憲性可能有爭議的法律，援引國會聽證紀錄駁斥「部分產出式墮胎可能有助婦女健康」的說法，甚至援引最高法院之判例說明為何本法應受法院尊重之原因。其中最後一項甚至寫得像是律師的訴狀或法律意見書一般，就憲法判例與學理旁徵博引，為系爭法律內容的合憲性進行辯護。⁵⁰

最高法院對於國會或其他立法機關的事實認定，一般來說會加以尊重，但偶爾也會吹毛求疵。這也是因為不同的領域而定。在某些事項上，法院認為應該尊重立法機關的判斷；但在某些領域，法院依然不買立法者的帳。漸趨保守的美國最高法院，近十年來在許多有關聯邦與州分權的案件中，對國會立法的事實認定頗為挑剔。因而遭受許多學者之抨擊。其中批評理由之一，就是法院居然用「個案裁決事實」的認定方式，來檢驗國會就「立法事實」的認定。這兩者應該是相當

(1985) ("if the district court's account of the evidence is plausible in light of the record viewed in its entirety, the court of appeals may not reverse it even though convinced that had it been sitting as the trier of fact, it would have weighed the evidence differently").

⁴⁹ 117 Stat. 1201.

⁵⁰ 117 Stat. 1201-06.

不同的。⁵¹

或許有人會認為，審判個案的法院是否適合認定「立法事實」？負責制定政策的議會，又是否有能力進行精細的事實認定？但無論如何，這兩個機關應該都遠比職司法律審的法院，更適合認定立法事實。因此在美國最高法院，一般來說並不用擔心「助理不夠」或「無力調查」的問題。調查證據，乃至認定證據，原則上都不是最高法院的事。最高法院只要負責分配舉證責任與證明標準即可。而在違憲審查上，「審查基準」即是「舉證責任」與「證明標準」的綜合體。

四、從最嚴到最寬的實例操作

如前所述，美國違憲審查基準的特色在於具體而與事實結合。而我國現任大法官又常在「誰是最小侵害」、「如何寬鬆」等問題上打轉，本文就在這裡介紹幾個美國最高法院相似概念的操作方式，以資參考。

首先，就所謂「必要」或「最小侵害」言論自由中有關「內容限制」所適用的高標準審查庶幾近之。在 2004 年的 *Ashcroft v. ACLU*⁵²，系爭的法律乃是國會制定的「青少年上網保護法」(the Child Online Protection Act)。系爭法律規定任何人不得為商業用途，在網路上張貼或紀錄猥褻或其他有害青少年之資料。但若該網站要求進入者必須先輸入信用卡號碼者，則因其可篩選青少年進入，故可免責。

原告提起訴訟，挑戰該法之合憲性。其認為由電腦用戶自行「加裝過濾軟體」，是一個侵害較小的手段。本法既屬「內容限制」，自應適用嚴格的審查標準。系爭立法若非最小侵害手段，則應被判定違憲。

爭點就在於：非強制性的「加裝過濾軟體」，是不是「較小侵害

⁵¹ See e.g. Judith Resnik, *Constricting Remedies: The Rehnquist Judiciary, Congress, and Federal Power*, 78 IND. L.J. 223 (2003).

⁵² 542 U.S. 656 (2004).

手段」呢？它的侵害較小或許是顯而易見的，然而就防止青少年接觸有害色情資訊而言，真的會比較有效嗎？「限制張貼色情資訊」，固然在「網站設在國外者」不如「過濾軟體」來得有效；但前者屬強制，後者則僅屬鼓勵、自願性質，到底何者較有效？

最高法院的回答是：政府必須舉證證明「侵害較小之手段無法達成同等效果」。最高法院的多數意見指出：

...這個標準（按：最小侵害手段）之目的是要確保言論僅在達成目標的必要範圍內受限制，因為確保正當言論不被嚇阻或處罰，是非常重要的。因此，此一標準不能單以現狀出發，再估量系爭限制措施是否能夠多少促進國會之正當利益。任何對言論的限制在這樣的分析下都可以過關。相對的，法院應該質疑的是：在所有可用、有效的替代方案中，系爭管制措施是否為限制最小的手段。⁵³（底線為作者所加）

而對於舉證問題，法院認為雖然過濾軟體亦有許多缺點，但「政府未能提出具體證據來證明現有科技不如系爭之青少年上網保護法」，且—

...政府之舉證責任並不只是證明（原告提出的）較小侵害手段有些瑕疵；它的責任是證明該手段是效果較差的。政府單單證明青少年上網保護法多少有些效果是不夠的。相對人（原告）也無須負擔責任去舉證證明其所建議的替代方案較為有效。是政府有義

⁵³ 英文原文如下：The purpose of the test is to ensure that speech is restricted no further than necessary to achieve the goal, for it is important to assure that legitimate speech is not chilled or punished. For that reason, the test does not begin with the status quo of existing regulations, then ask whether the challenged restriction has some additional ability to achieve Congress' legitimate interest. Any restriction on speech could be justified under that analysis. Instead, the court should ask whether the challenged regulation is the least restrictive means among available, effective alternatives.

務去證明這些替代方案較無效果。⁵⁴（底線為作者所加）

依此，「最小侵害手段」，其實還要配合上「政府證明替代方案效果較差」。兩者相加的結果，才會使得「最小侵害」成為一種高密度的強烈審查。我們也可以說，只要外觀看來侵害較小的手段，不是明顯效果較差，就必須由政府負擔嚴格的舉證責任。

至於在寬鬆審查的案例，*Williamson v. Lee Optical*⁵⁵則是一個相當經典的案例。在該案系爭的法律，是Oklahoma有關限制「配眼鏡師傅」在無處方籤情況下為人配眼鏡的州法。系爭法律規定，驗光師（optometrist）或眼科醫師（ophthalmologist）可以為人配鏡片，但其他人（包括配鏡師傅）若無驗光師或眼科醫師之處方籤，則不許為人配鏡。下級法院認定此法違憲，因為在許多情況下，配鏡師傅明明就可以做得一樣好。

但最高法院推翻原判，認定此法合憲。由Douglas大法官主筆的法院意見劈頭就指出：「在很多情況下，系爭Oklahoma州法或許真是一個沒有必要又浪費的規定。但是權衡本法之利弊，是立法機關，而非法院的事。」也許有時候真的由配鏡師傅來配眼鏡即可；但也有些情況，處方籤相當重要。下面這一段話相當有名——

...立法者或許已經認定，需要處方籤的頻率甚高，而足以正當化本件配鏡管制規定。同樣地，重複配鏡時，處方籤未必需要。但立法者或許就認為這種必要性很高，以至於要在每一個案子都如此要求。或者，立法者也可以認定，無論為了視力矯正或為了偵測潛在的疾病，眼科檢查都相當重要，因此每一次換鏡框或配鏡片都要有專家的處方。雖然現行法也未要求每次換框或換鏡都要

⁵⁴ The Government's burden is not merely to show that a proposed less restrictive alternative has some flaws; its burden is to show that it is less effective. It is not enough for the Government to show that COPA has some effect. Nor do respondents bear a burden to introduce, or offer to introduce, evidence that their proposed alternatives are more effective. The Government has the burden to show they are less so.

⁵⁵ 348 U.S. 483 (1955).

做眼睛檢查。而且若舊的處方籤還在配鏡師傅的檔案中，他也可以逕行取出而重新配鏡。但法律並不需要在每一方面都與其目標在邏輯上一致方能合憲。只要有個危害需要矯正，而特定立法措施可能被認為是個合理的矯正方法即可。⁵⁶（底線為作者所加）

法院意見中出現的「或許」、「可以」，顯示出在寬鬆的合理審查中，「目的」的要求是多麼寬鬆——包括法院為立法者著想、設想的「可能」目標。而手段與目的方面，甚至不要求「邏輯一致」，只要「可能被認定」是個「合理」方法即可。政府幾乎不負任何舉證責任，法院也完全不要求政府提出資料、證據或說明——反正法院會幫他想。

這樣的標準當然很「放水」，但配合上前文所述的背景，「合理審查」其實是站在「不質疑政治部門」的思維上。一旦可以接受「釋憲並非司法專利」，甚至「政治部門可能更適合實現憲法」的概念，那麼在適當領域採取寬鬆審查，甚至不予審查（如：政治問題）也是可以理解的了。

由上可知，美國的各项違憲審查基準，其實本身就已經納入「立

Institutum Jurisprudentiae (Preparatory Office)
Academia Sinica

⁵⁶ The legislature might have concluded that the frequency of occasions when a prescription is necessary was sufficient to justify this regulation of the fitting of eyeglasses. Likewise, when it is necessary to duplicate a lens, a written prescription may or may not be necessary. But the legislature might have concluded that one was needed often enough to require one in every case. Or the legislature may have concluded that eye examinations were so critical, not only for correction of vision but also for detection of latent ailments or diseases, that every change in frames and every duplication of a lens should be accompanied by a prescription from a medical expert. To be sure, the present law does not require a new examination of the eyes every time the frames are changed or the lenses duplicated. For if the old prescription is on file with the optician, he can go ahead and make the new fitting or duplicate the lenses. But the law need not be in every respect logically consistent with its aims to be constitutional. It is enough that there is an evil at hand for correction, and that it might be thought that the particular legislative measure was a rational way to correct it.

法事實」認定的舉證責任分攤、司法功能的侷限與界線、權利性質與民主程序，以及各種利益衡量等因素（見圖一）。其也不排除在某些領域，就是僅能進行逐案權衡；但在可能的範圍，法院會儘可能發展層級化、可預測的基準。

以下就參考美國經驗以及我國大法官目前出現的一些問題，做初步的建議與評論。

伍、代結論—對大法官未來發展審查基準的建議

一、多重審查基準的發展勢在必行。

無論稱之為「審查密度」，或是「審查基準」，多元或多重的審查尺度既然在理論上無可避免，而實際上又確實「寬嚴有別」。因此，發展出一套可預測的審查基準，才是負責的態度。否則，政治部門無法從大法官的解釋找到將來制定法律的「應注意事項」；公眾也欠缺評論、檢討大法官的依據。

二、審查基準的具體化與細緻化重於修辭

不問是堅持「比例原則」或是「審查基準」；也不論是否強調每個限制人權的法律都必須通過「最小侵害手段」之檢驗。大法官的審查基準都必須繼續具體化、精緻化，使得它們具有操作與預測的可能性。從之前大法官有關的辯論，其實已經可以看出，相同的用語（如：比例原則、中度審查、最小侵害）仍然可以導出非常不一樣的審查強度。如果未能進一步具體化大法官審查基準的內容，那這些審查基準只是取代比例原則，成為新的「空洞公式」而已。

以「最小侵害手段」為例，或許首先應該探究是否某些案件類型無須適用此一檢驗工具（如：刑罰手段合憲性？）。即便在採用「最小侵害手段」的時候，也可以再去細分「挑戰者負責證明『相同有效性』」以及「政府負責證明其他手段『不具相同有效性』」的類型。」

前述美國法院審查基準的具體化程度，或許可供參考。

總之，一個可操作、可預測之審查基準，最終必須以達到確認「何種『公益』為合憲目標」，以及「何種『措施』為合憲手段」的精確地步。即便是需要保留彈性的「個案權衡」(ad hoc balancing)，也至少應點出哪些是釋憲機關所欲納入考量的參數。「口訣式」地引用空洞修辭，隨即做出「神諭」式的決定，絕非法治國家能容忍的現象。

三、由個案到體系的逐案累積途徑

我對「德式」或「美式」的審查模式並無定見，它們都是外國司法釋憲機關，在特定的背景脈絡下摸索成長的結果。”*One Size Fits All*”事實上早已證明是迷思—無論在美國或德國。

但鑑於審查基準要考慮之現實與法理因素眾多，純從「學理」或「外國實務」（其實兩者根本是一體），用外壓的方式，硬套至大法官的實務，恐有困難。一方面，台灣的司法制度與社會脈絡與德國美國均有距離，硬套「比例原則」或「三重審查」，不是空洞無物，就是可能會遇上許多困難。另一方面，「法律的生命是經驗」，⁵⁷欠缺活生生的案件經驗，書房中空想出來的公式，經常是窒礙難行的。

準此，我建議大法官可能放下「統一公式」的想法，在個別不同領域，根據個案情況，說明原因後試提審查基準。這些不同的審查基準，在初期都應該容許「嘗試-錯誤」的摸索期，無須強求確定與統一。待同樣案件類型累積多了，反覆適用確定有把握時，就會水到渠成變成確定的基準。美國的「雙重基準」論述剛開始冒出時，甚至只是某個案件的「註釋」。但經過反覆援引，漸漸成為重要的憲法學理。

同時我也建議學界，應該督促大法官發展一致性的基準，對於

⁵⁷ OLIVER WENDELL HOLMES, JR., *THE COMMON LAW* 5 (Mark DeWolfe Howe ed., 1963).

語焉不詳或是與前例不一致的大法官解釋進行提醒與批判。但是批判檢討的基準，不該純從「不合德國比例原則公式」這種形式主義的角度出發。

四、以舉證責任分配來逼使其他機關做成立法事實認定紀錄

「立法事實」的認定是非常重要的環，但是大法官的設備與程序，無論如何調整恐怕都不適合探求事實。⁵⁸從美國的經驗來看，「事實認定」一定是由那些能夠舉行「證據聽證」（evidentiary hearing）的組織——事實審法院、立法部門，乃至行政部門⁵⁹——擔任主要工作。聯邦最高法院的「言詞辯論」（oral argument）其實也不能與事實審法院或國會聽證的程序相比；它僅是讓當事人與大法官之間，在書面資料以外，多一些當面溝通的機會。

但大法官的審查基準中，即應該包含「舉證責任」的部分。在違憲審查，舉證責任不僅決定勝負，更負擔了「教育任務」：藉由課與政府機關提出統計、研究與其他證據的義務，迫使政府決策能夠更趨理性化。尤其在決策一向粗糙且不開放的台灣，這樣的機能更有其重要性。

⁵⁸ 不同意見，見許宗力，違憲審查程序之事實調查，收於前揭註書，頁 337 以下。

⁵⁹ 近年來政府正在嘗試建立的「成本效益分析」（Cost-Benefit-Analysis）或「法規影響評估」（Regulatory Impact Analysis）就是很重要的努力。如果參考美國行政部門行之有年，在實施重大政策前所做的評估報告，是多麼的科學、詳盡、完整、周延，就會赫然感覺司法機關或法律人所謂的「利益權衡」、「最小限制替代手段」等審查工具之粗糙。要司法自己做這些工作，真是有如小孩玩大車，擔負了不可能的任務。但司法或可藉由舉證責任的分配，逼迫行政部門進行此等分析。參閱丘昌泰與廖元豪，『建立管制性法規影響分析機制可行性研究』，行政院經建會委託研究（92）042.903（2003）；黃銘輝，『成本效益分析（cost-benefit analysis）在我國行政法上應用可能性之研究—兼論「比例原則」之解構』，國立台北大學法學系碩士論文（2000）。

表一：涉及基本權利之解釋

	基本權相關解釋編號、數量與比率	認定違憲之解釋編號、數量與比率
人身自由	567, 588, 594, 602 (4/31)	567, 588 (2; 50%)
訴訟權	569, 574, 582, 587, 591 (5/31)	569, 582, 587 (3; 60%)
財產權	573, 577, 578, 579, 580, 593, 594, 596, 597, 600, 602 (11/31)	580 (1; 10%)
工作權	584 (1/31)	N/A (0; 0%)
平等權	571, 573, 577, 578, 584, 593, 596, 605 (8/31)	573 (1; 13%)
宗教自由	573 (1/31)	573 (1; 100%)
服公職權	575, 583, 596 (3/31)	583 (1; 33%)
契約自由	576, 578, 580 (3/31)	N/A (0; 0%)
言論自由	577 (1/31)	N/A (0; 0%)
隱私權	585, 603 (2/31)	585, 603 (2; 100%)
獲知血統來源之人格權	587 (1/31)	587 (1; 100%)
其他	604 (1/31)	N/A (0; 0%)
總計	31	11
百分比	79% (佔大法官解釋的總數比率)	35% (佔人權審查解釋之比率)

表二：主張「除罪化」（刑罰規定本身違憲）的相關解釋（第五屆至今）

	聲請人主張	挑戰結果
釋字 445	集會遊行法除罪化	失敗
釋字 509	刑法誹謗罪除罪化（以民事賠償處理即可）	失敗
釋字 517	妨害兵役治罪條例以形式罰處罰太過（無法益之犯罪）	失敗
釋字 522	證券交易法部分刑罰規定違反明確性原則	成功
釋字 544	吸毒行為除罪化（無法益之犯罪）	失敗
釋字 554	通姦除罪化（不合比例原則）	失敗
釋字 594	商標刑罰除罪化	失敗
釋字 602	多層次傳銷除罪化	失敗



表三：解釋文與解釋理由書顯示的審查基準

寬鬆審查	<p>釋字 569（訴訟權 / 此部分合憲）— 對於人民訴訟權之實施自得為合理之限制 尚未逾越立法機關自由形成之範圍</p>
	<p>釋字 571（平等權 / 合憲）— 採取合理之必要手段，為妥適之規定，享有較大之裁量空間</p>
	<p>釋字 574（訴訟權 / 合憲）— 由立法機關衡量...以法律為正當合理之規定 尚難謂其為訴訟權保障之核心內容 未逾越其制定法律過渡條款之自由形成範圍</p>
	<p>釋字 576（契約自由 / 合憲）— 國家基於公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制⁶⁰</p>
	<p>釋字 578（契約自由與財產權 / 合憲）— 並未逾越立法機關自由形成之範圍 立法者...本享有一定之形成自由</p>
	<p>釋字 579（財產權 / 合憲）— 立法機關有一定之自由形成空間</p>
	<p>釋字 580（財產權 / 違憲）— 國家自得...以法律限制人民之締約自由，進而限制人民之財產權</p>
	<p>釋字 591（訴訟權 / 合憲）— 尚未逾越立法機關自由形成之範圍</p>
	<p>釋字 593（財產權 / 合憲）— 如與目的之達成間具有合理之關連性，即未牴觸憲法所規定之平等原則與比例原則 差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度的關連性，以及該關連性應及於何種程度而定 固對汽車所有人有差別待遇，...並非恣意選擇 尚難認係恣意或不合理 與目的之達成亦有合理之關連性</p>
<p>釋字 605（平等權 / 合憲）— 採取不同之認定標準，並非恣意選擇 尚難認係恣意或不合理，且與目的之達成亦有合理之關連</p>	
較嚴格審查	<p>釋字 567（人身自由 / 違憲）— 縱國家處於非常時期，出於法律之規定，亦不符合最低限度之人權保障</p>

⁶⁰ 「尚非不得限制」似乎意味著「合理限制」原則上是被容忍的。

	<p>釋字 573（宗教自由與平等權 / 違憲）— 苟非出於維護宗教自由之必要或<u>重大公益</u>，並於必要之<u>最小限度</u>內為之，不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益</p>
	<p>釋字 577（言論自由 / 合憲）— 或為增進其他<u>重大公益目的</u>，自得立法採取與目的達成有<u>實質關連</u>之手段⁶¹</p>
	<p>釋字 582（訴訟權 / 違憲）— 凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利證人的<u>最低限度保障</u></p>
	<p>釋字 584（工作權與平等權 / 合憲）— 立法者若欲加以規範，則須有...<u>更為重要之公共利益</u>存在，且屬必要時，方得為適當之限制</p>
	<p>釋字 588（人身自由 / 違憲）— 立法機關基於<u>重大之公益目的</u>... 亦不問...是否尚有其他較小侵害之手段可資運用</p>
	<p>釋字 603（隱私權 / 違憲）— 蒐集個人指紋...應屬與<u>重大公益之目的</u>之達成，具備<u>密切關連之侵害較小</u>手段</p>



⁶¹ 字面上來看，這個原則相當類似美國審查商業性言論的基準。

表四：多數意見明文援引比例原則之情況

	援引比例原則之方式	結果
釋字 573	僅適用「必要-最小侵害」	違憲
釋字 575	1. 適當性(回復戶警制度乃配合國家憲政秩序回歸正常體制所為機關組織之調整) 2. 必要-最小侵害(已選擇對公務員之權利限制最少之方式) 3. 狹義比例原則(相對於重大公益之重要性與必要性,不利影響屬輕微)	合憲
釋字 577	1. 適當性(有助於消費者對菸品正確了解) 2. 必要-最小侵害(尚屬...有效與和緩手段) 3. 狹義比例原則(限制尚屬輕微,未逾社會義務應忍受範圍)	合憲
釋字 578	1. 適當性(明顯有助於保護勞工權益) 2. 必要-最小侵害(手段仍在合理範圍內;採取財產刑罰有其必要)	合憲
釋字 580	口訣式引用	違憲
釋字 583	僅適用「必要-最小侵害」(未分別...而設合理之規定)	違憲
釋字 585	口訣式引用	違憲
釋字 588	僅適用「必要-最小侵害」(不問有無其他執行手段—較小侵害手段—有此等事由,即...)	違憲
釋字 593	僅適用「適當性」(尚難認係恣意之決定,且與課徵目的之達成亦具合理關聯)	合憲
釋字 596	口訣式引用	合憲
釋字 600	口訣式引用	合憲
釋字 603	1. 適當性(防範犯罪明顯不在立法目的範圍內) 2. 狹義比例原則(極少數無名屍體與失智老人 vs. 全民強捺指紋—損益失衡)	違憲
釋字 604	口訣式引用	合憲

表五：美國有關平權措施的審查基準

	審查基準	合憲目的	合憲手段
就業與政府契約	嚴格審查	極重要之政府利益— 1. 彌補機關過去之歧視與持續之影響 2. 需有具體證據	密切關聯之手段— 1. 種族中立手段優先 2. 目標或配額均可
大學入學	嚴格審查	極重要之政府利益— 學生群體多樣化	密切關聯之手段— 1. 個別化審查 2. 禁止配額與機械性加分



圖一：天平兩端的權衡

政府利益 (極重要/重要/正當) × **有效程度** (必要或密切關連/實質關連/合理關連)

VS.

基本權利 × **侵害程度** (其他言論管道存否?)

