

司法違憲審查中的證據品質與事理觀點*

—— 從證據法角度出發的美國經驗與臺灣借鏡

賈文宇**

摘要

在違憲審查中透過科際整合之法學方法、使用社會科學研究等「法外知識」，不但是美國聯邦最高法院的長期實踐，近年來也逐漸獲得我國大法官的青睞。然而不論美國或臺灣，傳統證據法幾乎不適用於違憲審查程序，故大法官們參考、使用的法外知識本身品質往往參差不齊；縱然有部分大法官在個案審議時警覺到此一現象，但系統性問題意識與制度性管控機制幾乎不存在，造成對違憲審查主觀決策心理與客觀規範論證的負面影響。對證據問題的漠視，可能也導致大法官在進行憲法規範面論證時容易忽略基於法外知識所提供的、另類的「事理觀點」，十分可惜。本文試圖從行為實證研究與案例分析出發，描述前述問題之概況，並為我國大法官違憲審查之「證據品質控管」以及憲法論證的方式提供建言。由於此一議題以往並非學界所關注的焦點，還望本文能收拋磚引玉之效。

* 投稿日：2015年11月12日；接受刊登日：2016年8月2日。〔責任校對：王蕙琦〕。

本文為本人博士論文 INTERDISCIPLINARY APPROACHES TO CONSTITUTIONAL REASONING: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN TAIWAN AND U.S. CONSTITUTIONAL CASES (2015) 之第3章改寫而成。在此由衷感謝論文獲得指導老師 Neil Vidmar 教授，及葉俊榮教授、Jeff Powell 教授、Neil Siegel 教授的悉心指導；也再次感謝匿名審查委員的審稿意見，著實獲益良多。當然，文責自負，不在話下。

** 國立臺灣科技大學人文社會學院人文社會學科博士後研究員；國立臺灣科技大學人文社會學院人文社會學科助理教授（兼任）、中原大學法學院財經法律系助理教授（兼任）。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/61105171.pdf>。



關鍵詞：違憲審查、證據法、法外知識、事理觀點、科際整合、法庭之友、*Daubert*、交互詰問。

目 次

- | | |
|--|--------------------------------|
| 壹、前言：問題意識與研究架構 | 四、事理觀點的規範論證貢獻 |
| 貳、美國實務概觀——以美國聯邦最高法院為例 | 五、美國法制改革的學者建議 |
| 一、法庭之友報告 | 伍、我國大法官解釋之相關案例與檢討 |
| 二、大法官自為調查 | 一、我國釋憲實務之觀察 |
| 三、稀釋效應 | 二、我國釋憲中的證據法問題：案例分析 |
| 參、 <i>Daubert</i> 判準：證據品質與法律爭點的綜合控管 | 三、法外知識與 <i>Daubert</i> 判準的運用時機 |
| 一、檢證證據品質的科學標準 | 陸、對我國《司法院大法官審理案件法》相關修法的建言 |
| 二、連結法律爭點與法外知識的橋樑：關聯性 | 一、《司法院大法官審理案件法》相關條文摘要說明 |
| 肆、案例說明—— <i>Shelby County v. Holder</i> (2013) | 二、善用「三人小組」機制 |
| 一、背景介紹 | 三、增加大法官的調查能量 |
| 二、判決摘要 | 柒、結語 |
| 三、證據法角度之評析 | |

壹、前言：問題意識與研究架構

美國法官在進行違憲審查時大量參考以社會科學研究為主的「(憲)法外知識(External-Knowledge)¹」並引為裁判、論理的「證據」²，是其實務的特色之一。然而這種作法也多有遭人詬病、批評之處；其中一個漸受關注的質疑，就是這些證據品質的控管問題。

司法的典型功能是個案裁判，而在民、刑事訴訟法領域下，透過經驗積累與學術研究發展出來的「證據法」，就是控管這類資訊品質的機制；反面來說，證據法是附隨於訴訟程序進行需要所生的產物，其範圍與原理即深受程序本質的影響。在美國訴訟實務運作下，(1) 嚴格區分「事實」與「法律」：前者主要歸陪審團認定、後者才是法官認定；(2) 包括聯邦最高法院在內，上訴審只進行「法律審」、並不涉及「事實審」³，當案件進入到聯邦最高法院後，表面上已無事實認定的必要與空間，證據法也失其附麗；(3) 違憲問題採分散審查制，憲法問題在訴訟伊始即提出，同時檢附相關證據並受檢驗，表面上亦無證據法問題。

1 除了社會科學研究以外，史學、倫理學或其他人文領域的系統性知識，都在本文所稱「法外知識」的概念下。所對照的概念，即傳統意義下的「(憲)法」，則不只是成文憲法，尚包括判例、法理原則；在臺灣當然還得加上「比較法」。

2 本文使用「證據」、「證據法」的說法其實不盡精準，請見後述關於「個案事實」與「立法事實」的區別問題。普通法院的訴訟中，證據、證據法都是針對「個案事實」而言，且如何處理違法取得之證據是重要的課題。相對來說，本文關注的「憲法訴訟」中著重的是通案的「立法事實」，且不太發生「違法取得證據」之情形。仍使用「證據法」一詞，主要著眼於兩類訴訟中都必须處理法外知識之品質管控、及使用法外知識所提供之「事理觀點」的課題。同時，「立法事實」與「法外知識」兩概念有極大部分重合，惟後者在概念上並不必然僅限於描述性、事實性的實證資料，而兩個概念都不僅限於是立法者主觀的立法理由。本文中多數時候使用「法外知識」一詞，僅在討論其他論著提及「立法事實」時，從其用語。

3 FREDERICK SCHAUER, THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING 205 (2009).

但違憲審查中證據控管問題之發生，肇因於「個案事實」不同於「立法事實」的根本區別⁴：申言之，用以主張個案（*ad hoc*）、具體適用（*as-applied*）狀況違憲的證據，與通案、抽象審查時所需要的資料並不相同⁵。而即便個案原告在訴訟伊始即已主張抽象法規違憲並提出佐證，但現行聯邦最高法院審理規則也並不明文限制「新證據資料」進入審理程序（類型如下述）⁶。在這種狀況下，進行抽象違憲審查的大法官們有四種選擇：第一種是依舉證責任分配敗訴之不利利益；第二種是憑經驗、常識，用邏輯推斷、揣想欠缺的資訊；第三種是依審理規則規定⁷參考「法庭之友」提供的報告（*amicus curiae briefs*）；第四種是在助理的支援下自為調查（*in-house research*）。第一種作法固然看似公平，但也同時代表大法官在對違憲爭議的實際判斷全面退讓。第二種作法是立基於「想當然爾」，則受限於大法官個人的常識、經驗與價值觀，以及迷思、誤解或刻板印象。在第三、四種作法下，這些資料之使用與詮釋、認定，在聯邦最高法院的現行審理規則下，只有最低度的形式審查，實際品質則幾乎完全沒有控管。

我國的違憲審查原則採抽象集中審理，近年在各號解釋之解釋理由書與各大法官的意見書中，也不時出現參考法外知識的紀錄與進一步的論證。然而查看大法官會議運作之規則，也不見針對法外知識的品質控管機制。本文之研究架構，將先從有多年運作經驗及相當研究基礎的美國實務談起，並搭配 *Shelby County v. Holder*

4 國內文獻關於此一區別詳細介紹（包括在美國法的演變及國內法學界的理解）請見，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，*臺大法學論叢*，37卷2期，頁239-257（2008年）。

5 Allison Orr Larsen, *Confronting Supreme Court Fact Finding*, 98 VA. L. REV. 1255, 1256-60 (2012). 例如，基於訴訟策略考量，當事人違憲的主張未必及於「抽象法規」，則提出的訴訟資料勢難包括證明抽象法規違憲之證據。

6 如前所述，「理想上」上訴審根本無須再審酌證據。

7 SUP. CT. R. 37.

(2013)⁸為主要案例，說明具體案件中，欠缺管控的證據資料如何在進步派與保守派大法官間更增爭議、斷傷憲法論證的基礎。進而從我國釋憲實務的運作尋找有無類似問題？大法官又是如何因應？最後提出關於違憲審查證據法制思考的初步建議。

貳、美國實務概觀——以美國聯邦最高法院為例

已故的Antonin Scalia大法官在*Sykes v. United States* (2011)一案的不同意見書中明白指出，美國聯邦最高法院的事實調查 (fact finding) 可謂「毫無檢證」(untested)⁹。毫無檢驗的代價就是意見書中所援引的法外知識品質堪慮。如前所述，若美國大法官欲援引法外知識來支持自己的論證、使判決基礎「有所本」，其可運用的資訊管道有二：一個是「法庭之友」的報告，另一個就是「自為調查」；但兩者均未經檢證，其水準參差不齊。這個現象經過學界長年的追蹤研究，恐怕已是不爭的事實。

一、法庭之友報告¹⁰

探究普通法 (common law) 傳統下法庭之友報告的初衷，其一，是要讓與本案無利害相關者為法院提供資訊，而資訊的內容可說是千奇百怪，少有約束：從提供法律見解、到極技術性的資訊 (例如在資訊不發達的年代，他案律師告知法院當事人一造已死亡)，都在實務上出現過。同時，這個機制也提供利害相關之第三人在欠缺當事人適格 (standing) 的情形下，仍有參與訴訟的機

8 *Shelby County v. Holder*, 133 S. Ct. 2612 (2013). 以下簡稱*Shelby*。

9 *Sykes v. United States*, 564 U.S. 1, 32 (2011) (Scalia, J., dissenting). 篩選機制的一個重要方向，就是提供當事人雙方檢驗的機會。可參考林超駿，初論法庭之友與美國最高法院——兼評大審法草案相關規定，*月旦法學雜誌*，227期，頁225 (2014年)。

10 關於法庭之友詳實的中文介紹，可參考林超駿 (註9)，頁198-231。

會¹¹。然而，到了1930年代以後的美國，法庭之友報告逐漸成為公益團體及利益團體在法律程序中發聲、倡議的重要管道；雖然1940年代的美國最高法院對此一趨勢有些反感而加以緊縮，但1950年代又逐漸開放後是一去不復返，使民權運動（civil rights movement）在法律戰中也獲得不少火力支援¹²。

Joseph D. Kearney與Thomas W. Merrill兩位教授在2000年發表的實證研究指出，過去50年間，各單位向聯邦最高法院提出「法庭之友」報告的數量，大幅成長了8倍（800%）。根據〈聯邦最高法院審理規則〉第37.4條¹³，當然有權提出此報告者為政府代表（governmental representatives）。而非政府代表可在取得兩造同意下可提出；若有一造反對，非政府代表得向法院聲請，獲許可後亦得提出。自1960年代初期起，法院對於提出之聲請幾乎是來者不拒，一定程度解釋了大幅成長的原因¹⁴。以2012年萬眾矚目的「歐巴馬健保案判決」*NFIB v. Sebelius*（2012）¹⁵為例，僅憑一己之力就吸引高達140份報告¹⁶。近年來，法庭之友報告以年平均500份的海量湧入聯邦最高法院，該實證研究也發現法庭之友報告對大法官決策是有一定影響力的；例如，相較於其他法庭之友，聯邦訴訟次長（Solicitor General）¹⁷的報告就特別有影響力¹⁸。

11 Helen A. Anderson, *Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*, 49 U. RICH. L. REV. 361, 367, 384-88 (2015).

12 *Id.* at 369.

13 SUP. CT. R. 37.4.

14 Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, 148 U. PA. L. REV. 743, 749-64 (2000).

15 *NFIB v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

16 Anderson, *supra* note 11, at 370.

17 原稿中譯為「聯邦首席檢察官」。感謝審稿人的提醒：SG擔當的任務不僅限於刑事案件之原告，譯為「檢察官」並不精確。本文從林超駿教授之翻譯，並強調其配屬於美國聯邦政府，改譯為「聯邦訴訟次長」。林教授之說明，請見林超駿（註9），頁202。

18 Kearney & Merrill, *supra* note 14, at 828-30. 須注意該研究的分類方式是以報告撰寫人身分（支持原告、支持被告、是否為政府代表……等）之不同影響力為

聯邦訴訟次長的法庭之友報告，長期以來以品質優良著稱，無怪聯邦最高法院的大法官們總是青眼有加。然而實證研究卻發現，以訴訟次長名義提交的許多法庭之友報告，其所援引的事實論據，屢屢出現無從查證的駭人情況¹⁹。當然，法庭之友報告品質堪慮一事，不只是訴訟次長的「專利」。早在1993年，Michael Rustad 與 Thomas Koenig兩位教授就以懲罰性損害賠償（punitive damage）案件為例，研究並力陳「垃圾科學」（junk science）²⁰如何透過法庭之友報告危害聯邦最高法院的裁判品質²¹。

Allison Orr Larsen教授更對法庭之友報告在聯邦最高法院判決中使用的品質管控問題，做了相當系統性的研究。首先，聯邦最高法院是全美國最倚重法庭之友報告、藉此了解案件事實的審判單位；而她整理出這些報告的三大類缺陷：（1）報告乃依據無基礎或基於公眾無從得知之資訊；（2）報告依據之資訊已預期將來爭訟之發生；（3）報告之依據乃該專業領域之少數說（minority views in their field）²²。她更統計了五年間聯邦最高法院判決的關於「事實認定」的124個註腳：只有25%~28%的認定受到對造的訴狀、或其他法庭之友報告檢證；換言之，在美國訴訟法中擔保證據品質的

研究主題。

19 Nancy Morawetz, *Convenient Facts: Nken v. Holder, the Solicitor General, and the Presentation of Internal Government Facts*, 88 N.Y.U. L. REV. 1600, 1602-12 (2013).

20 原稿中譯為「偽科學」。再次感謝審稿人的提醒：“junk science”與所謂「偽科學（pseudoscience）」仍有些許不同。「偽科學」是一個概稱，泛指僅具備科學術語與實證外觀（apparent empirical evidence）、但欠缺理性基礎的「知識」（典型者如占星學、煉金術）；而「垃圾科學」則特別針對「過度推論」的情形。BRIAN M. STABLEFORD, SCIENCE FACT AND SCIENCE FICTION: AN ENCYCLOPEDIA 409-10 (2006)。註21論文之作者Rustad與Koenig於標題中即宣示，研究之對象為「垃圾科學」，故本文從其所特定之對象。

21 Michael Rustad & Thomas Koenig, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, 72 N.C. L. REV. 91, 99, 152 (1993). See also, IAN FRECKELTON & HUGH SELBY, EXPERT EVIDENCE §7.40 (1993). 然而這兩位教授依然肯認法外知識的價值，及事實證據調查之必要性。

22 Allison Orr Larsen, *The Trouble with Amicus Facts*, 100 VA. L. REV. 1757, 1784-1800, 1802 (2014).

「當事人進行主義」，在聯邦最高法院的「證據調查／事實認定」程序中只有片面落實²³。也因此，學界漸漸呼籲美國法院揚棄自由放任的態度，並研究如何建立對法庭之友報告的品質控管²⁴。

二、大法官自為調查

「當事人進行主義」被片面落實的狀況不只是法庭之友報告不被檢驗，聯邦最高法院大法官對立法事實自為調查、逕自使用的情形無疑也是對當事人進行主義的斷傷²⁵。Orr Larsen教授的另一篇期刊論文即是針對聯邦最高法院從2001到2010年間120件高度受矚目的判決（salient cases），進行大法官自為立法事實證據調查的實證研究。結果發現，有56%的案件都有自為調查的情形；甚至有42件出現高度倚賴（引用超過四處）自為調查證據之情形²⁶。更有趣的是，不問其價值觀立場（進步派或保守派）或所標榜、秉持的法學方法（文義主義、原意主義、務實主義或其他方法），所有大法官都會自為調查²⁷：「每位大法官都這麼做：不論他們一般被視為自由派或保守派（all members of the Court do it — regardless of whether they are traditionally labeled liberal or conservative）。²⁸」

近年大法官能廣泛地、大量地自為調查，顯然是拜科技進步、網路搜尋引擎及電子資料庫發達所賜²⁹。舉例來說，加州最高法院就曾明白在多數意見書中承認他們主動使用Google搜尋與案件決定

23 *Id.* at 1801, 1803-04.

24 *Id.* at 1809-17; Anderson, *supra* note 11, at 413-16; Rustad & Koenig, *supra* note 21, at 152-62. 相關討論請見後述。

25 Orr Larsen, *supra* note 5, at 1279.

26 *Id.* at 1276-77. 更不要說法律見解，聯邦最高法院忽視兩造共同引用之判例、逕自使用自己認為適合的判例作為裁判基礎更是屢見不鮮。See Frank B. Cross et al., *Citations in the U.S. Supreme Court: An Empirical Study of Their Use and Significance*, 2010 U. ILL. L. REV. 489 (2010).

27 Orr Larsen, *supra* note 5, at 1260-62.

28 *Id.* at 1274.

29 *Id.* at 1290-91.

相關之資訊³⁰。於*Brown v. Entertainment Merchants Ass'n* (2011)³¹一案中，大法官Stephen Breyer在聯邦最高法院圖書館館員的協助下對四個電子資料庫進行文獻搜索，於其不同意見書中完整羅列暴力電玩對青少年心理健康影響的研究：支持會造成傷害的研究列入附件A（約7頁）；不認為會造成傷害的則列入附件B（1頁多）³²。然而，在幾乎毫無管控的情形下，如此廣泛、大量地自為調查就引發了疑慮。Orr Larsen教授在同篇論文中整理出至少三種問題。首先是「系統性的蒐集偏頗」（systematic introduction of bias），肇因於（商用）搜尋引擎業者，在設計上就為了配合使用者偏好，片面地呈現相關資訊³³。其次是「可能的錯誤」（possibility of mistake），也就是大法官自為調查的事實根本是錯誤的³⁴。第三種則是自為調查的「公平與正當性問題」（questions of fairness and legitimacy）：即使假設前兩種問題不發生，從當事人進行主義的要求來看，大法官自為調查也對涉訟兩造當事人未必公平；甚至可能違反權力分立的要求³⁵。

三、稀釋效應

同時，心理學研究發現的「稀釋效應」（dilution effect），更從實證的角度說明了資訊在毫無管控的情形下對人類心理決策的負面影響。「稀釋效應」指出，若有與議題無關的資訊進入決策過程，事實上會影響決策品質、降低決策的精準性³⁶。依「社會規範直覺

30 *People v. Mar*, 52 P.3d 95 (Cal. 2002).

31 *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 564 U.S. 786 (2011).

32 *Entertainment Merchants Ass'n*, 564 U.S. at 858-72 (Breyer J., dissenting).

33 Orr Larsen, *supra* note 5, at 1291-94.

34 *Id.* at 1295-1301.

35 *Id.* at 1301-05.

36 ERICA BEECHER-MONAS, EVALUATING SCIENTIFIC EVIDENCE: AN INTERDISCIPLINARY FRAMEWORK FOR INTELLECTUAL DUE PROCESS 23-24 (2007). *See also*, C. Michael Troutman & James Shanteau, *Inferences Based on Nondiagnostic Information*, 19 ORGANIZATIONAL BEHAV. & HUM. PERFORMANCE 43 (1977).

假說」(social-norm heuristic hypothesis)的解釋，決策者會直覺地假設，能進入決策流程的資料一定具備「關聯性」；而恐怖的是，決策者即使明知稀釋效應發生的風險（即知道「並非所有資料都必然相關」），稀釋效應一樣會發生³⁷。而不論是法庭之友報告或大法官的自為調查，在管控機制闕如的狀況下，進入案件審理論辯資料之相關性即無以擔保，稀釋效應的發生恐怕是在所難免。

參、Daubert判準：證據品質與法律爭點的綜合 控管

如前述「貳、」所呈現，由於幾乎沒有任何檢驗機制，美國聯邦最高法院處理法庭之友報告及自為調查的運作積病已久。而理論上聯邦最高法院本身應該清楚檢驗機制的重要性，因為早在 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (1993)³⁸一案中，最高法院自己就針對一般訴訟案件中專家證人 (expert witnesses) 是否具備證言資格問題所設定的審查標準，後來由聯邦證據規則 (Federal Rules of Evidence) 702條正式引入成為拘束聯邦法院的證據法則³⁹。「Daubert判準」(Daubert Test) 被不少學者視為法律與科學整合的重要且良好之管控機制⁴⁰，Orr Larsen教授更明白主張聯邦最高法院處理憲法案件的證據問題時，Daubert判準所蘊含的機制原理值得參考⁴¹。

37 BEECHER-MONAS, *supra* note 36, at 25-26.

38 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 408 U.S. 579 (1993). 以下簡稱*Daubert*。

39 Fed. R. Evid. 702 advisory committee's note.

40 See, e.g., David L. Faigman, *The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science*, 46 U.C. DAVIS L. REV. 893 (2013); David E. Bernstein, *The Misbegotten Judicial Resistance to the Daubert Revolution*, 89 NOTRE DAME L. REV. 27 (2013).

41 Orr Larsen, *supra* note 22, at 1811-12.

Daubert判準由三個子原則組成：(1) 專家證人的專業性；(2) 證詞與爭點之關聯性 (relevancy)；(3) 證詞是否基於可靠 (reliable) 科學方法做成⁴²。這些原理應用於審查法庭之友報告或大法官自為調查之資料，則應調整為(1) 法庭之友／資料作者之專業性；(2) 報告／資料內容與系爭憲法問題之關聯性；(3) 報告／資料使用之(科學)方法是否可靠。再進一步區分，子原則(1)、(3)是偏向「(純)科學的」、針對證據(及其所依據的知識)本身品質的檢驗，子原則(2)則是連結法律爭點與法外知識的檢驗。

一、檢證證據品質的科學標準

本文關於「子原則(1)、(3)都是偏向科學面向、證據品質的檢驗」的主張，乍看之下頗違反直覺。子原則(3)固然很明顯地要求法官必須具備基礎的科學方法知識⁴³；但子原則(1)卻是訴諸權威、評估專家個人能力的標準，而非直接檢查證據本身是否具備科學性。這兩個看似相異的方向，從科學哲學理論中找到連結的關鍵。孔恩(Thomas Kuhn)使用「典範」、「常態科學」、「科學革命」與「科學社群」等概念說明判斷「是否科學」的支配觀點(典範)，其實來自於科學家們的集體(科學社群)建立與決斷。但當使用特定典範「無法解釋的問題」(anomalies)太多時，有可能產生新的觀點；若新觀點更有解釋力，「科學革命」就此誕生、新的典範因此被確立⁴⁴。若接受孔恩的理論，則子原則(3)可視為由法官操作典範的正常運作，而子原則(1)則是倚賴科學社群對該

⁴² Faigman, *supra* note 40, at 903.

⁴³ See David L. Faigman, *Scientific Realism in Constitutional Law*, 73 BROOK. L. REV. 1067, 1081-82 (2008). 這一點從Daubert判準在美國各聯邦法院間操作的品質參差不齊之現象(BEECHER-MONAS, *supra* note 36, at 11)可推論得知：因為法學教育中並沒有對法律人科學方法的養成訂出一致的教材或標準，法官有無能力操作Daubert判準，就取決於個人科學知識的能力。

⁴⁴ 陳瑞麟，科學哲學：理論與歷史，頁119-241(2010年)。

專家／知識生產者的評價，做為法官取／捨證據的標準。兩個子原則被評價、判斷的對象與方式固然不同，但都是常態科學下科學社群運作的產物，並不倚賴法律系統的標準。

二、連結法律爭點與法外知識的橋樑：關聯性

就美國民事訴訟實務觀之，「關聯性」是一個很寬鬆（forgiving）的門檻，甚少以此為由挑戰專家證言之品質⁴⁵。依此要件准駁專家證言之案件，較適切的案例可參考德州最高法院在 *Exxon Pipeline Co. v. Zwahr*（2002）⁴⁶ 一案中，認定某位專家證人最多只能評估地役權（easement）本身之價值，但其與系爭「徵收地役權造成的損失」之法律問題無關，依此拒絕該證人之證言⁴⁷。

「關聯性」固然寬鬆、判斷也看似簡易，但恐怕並非關聯性本身不重要；相反地，這是一個太基礎的前提，因為在 *Daubert* 之前的證據法判例 *Frye v. United States*（1923）⁴⁸ 就已經對專家證言提出關聯性的要求⁴⁹。時至今日，部分州（甚至部分聯邦法官）所奉行的證據法，仍然選擇依 *Frye* 做為專家證言的檢驗標準⁵⁰。但不論選擇哪一個標準，「關聯性」都是不可或缺的門檻。且就現實面來說，當事人在聘請專家為證言前自會多加留意，以免專家證人完全派不上用場、白白浪費所投注的資源。但當聯邦最高法院不能、也不會以下級法院慣行之程序蒐集資料，更沒有機制將不相關的法庭之友報告或大法官的自為調查成果排除使用時，可能導致大法官們

45 Harvey Brown & Melissa Davis, *Eight Gates for Expert Witnesses: Fifteen Years Later*, 52 HOUS. L. REV. 1, 36-37 (2014).

46 *Exxon Pipeline Co. v. Zwahr*, 88 S.W.3d 623 (Tex. 2002).

47 *Id.* at 631.

48 *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir., 1923).

49 Bernstein, *supra* note 40, at 31.

50 *Id.* at 29, 50-66; JOHN MONAHAN & LAURENS WALKER, *SOCIAL SCIENCE IN LAW: CASES AND MATERIALS* 52-54 (7th ed. 2010). 當然，聯邦法官這樣的選擇是違法的。

忽略了「關聯性」的檢查。

肆、案例說明——*Shelby County v. Holder* (2013)

本文以下利用*Shelby County v. Holder* (2013)⁵¹判決，更進一步說明忽略Daubert判準與證據法理的美國聯邦最高法院，在抽象違憲審查與論證上會產生怎樣的問題。

一、背景介紹

美國聯邦最高法院於2013年宣判的*Shelby*，一般被視為近年族群平等參政權的重要案例。多數意見首先做了本案的背景介紹。為了提昇少數族裔的參政權保障，美國國會制定了「投票權法案」(Voting Rights Act of 1965)⁵²。有鑑以往數州有歧視非裔公民的風氣、制度性提高非裔公民註冊為選民、之後參與投票的門檻，該法的第四、五項 (Section 4 and 5) 設計了一套機制防堵⁵³。第四項被稱為「觸發條款 (trigger clause)」，該項設計了一套「公式 (formula)」去評估各州政府及其地方政府是否具有種族歧視的傾向。而經該公式評估認為有歧視傾向的政府，就觸發了第五項「核可機制 (preclearance)」的適用：若該類政府意圖變更選舉法規，必須有聯邦政府核可。而有核可權的聯邦單位有二，一者為聯邦司法部長 (Federal Attorney General)，或由哥倫比亞特區的聯邦地方法院 (Federal District Court in Washington D.C.) 其中三位法官組成法庭審查。

51 *Shelby County*, 133 S. Ct. at 2612.

52 42 U.S.C. § 1973(a) (1965). 惟此法案後多次歷經修正、並重新調整各條在USC中的項次，目前說明立法目的之條文，其條號為52 U.S.C. § 10301 (1982).

53 *Shelby County*, 133 S. Ct. at 2624-25.

這一套防堵機制本來設有5年的存續期限，但國會一直為其「續命」、不斷授權聯邦政府審查特定地方政府選舉法規變動，而2006年更是通過長達25年的授權案⁵⁴；而觸發條款中的公式，則是自1975年沿用至今。被第四項劃為審查對象、位於阿拉巴馬州的Shelby郡於2010年起訴挑戰第四、五兩項規定的合憲性，但在聯邦地方法院與上訴法院中敗訴⁵⁵；上訴聯邦最高法院時卻演出逆轉勝，「觸發條款」的公式以5比4的一票之差被宣告違憲，並由首席大法官John Roberts領銜撰寫多數意見書⁵⁶；三位進步派大法官則加入Ruth Bader Ginsburg大法官主筆的不同意見書⁵⁷。

二、判決摘要⁵⁸

事實上，多數意見與不同意見都認為參政權的種族歧視仍是美國社會當前的問題⁵⁹；然而雙方意見的主要分歧在於觸發條款是否能夠有效解決此一問題。Roberts大法官主筆的多數意見認為觸發條款是國會「逆向工程（reverse engineering）」的產物：也就是國會已決定要將哪幾州列為審查對象，再在第四項規定中架構能得出所求結果的「公式」——等於是「先射箭再畫靶」⁶⁰。

多數意見認為這種破壞「各州主權平等原則（equal [state] sovereignty）」的作法應屬例外；而1966年聯邦最高法院在*South*

⁵⁴ *Id.* at 2620-21.

⁵⁵ *See id.* at 2619-22.

⁵⁶ *Id.* at 2618-19.

⁵⁷ *Id.* at 2617. 本家中非裔大法官Thomas Clarence另具一份協同意見書。而本案也被Ginsburg大法官點名為多數意見「做成錯誤判決」、最想推翻的三件案子之一。Jeffery Rosen, *Ruth Bader Ginsburg Is an American Hero*, THE NEW REPUBLIC (Sep. 29, 2014), <http://www.newrepublic.com/article/119578/ruth-bader-ginsburg-interview-retirement-feminists-jazzercise>.

⁵⁸ 意見書中涉及與本文較不相關的部分即予以省略。

⁵⁹ *Shelby County*, 133 S. Ct. at 2619.

⁶⁰ *Id.* at 2628-29.

Carolina v. Katzenbach (1966)⁶¹宣告該條款合憲，是因為就當時而言，「逆向工程」制定出的公式與當時的種族歧視問題「相關」。但經過四十餘年，當前的問題已非阻撓選民註冊的「第一代障礙 (first generation barriers)」，而是演化為「第二代障礙 (second generation barriers)」⁶²，並不是1975年制定公式時之景況：如此，例外手段已喪失正當基礎，應廢棄過時的公式，平等地尊重各州舉辦選舉事務之「主權」，不再針對性、「歧視性」地要求特定州或地方政府將修訂選舉法規送聯邦核准⁶³。

Ginsburg大法官領銜的不同意見書除了從法理上反對各州主權平等原則外⁶⁴，更花了非常多的篇幅針對國會立法資料的「保存期限」問題，與多數意見展開激烈的爭辯。首先她強調國會歷年在重新授權的過程中不斷地補充新資料；包括2006年的25年授權也是奠基於大量的研究⁶⁵。同時，原始法案中設計了「逃脫」與「擴張」的機制，彌補觸發條款的不足：原先被納入的可以在滿足一定條件後「逃脫」、新修選舉法即無須經聯邦核准；反之，原本沒被納入的也可能在滿足一定條件後被納入管控⁶⁶。Ginsburg大法官最關鍵的論述，是認為參政權的種族歧視問題深入美國社會，憲法第十五增補條文 (the Fifteenth Amendment) 所保障的平等參政權近百年來根本沒有充分落實。既然多數意見也承認參政權的種族歧視問題迄今尚未化解，則過去四十年來累積的研究，為何不能當作反映此一現實的證據⁶⁷？

61 See *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).

62 即在劃定選區時，刻意使選區劃分的結果對少數族裔候選人／政黨當選席次不利 (所謂傑利蠟燭, gerrymandering)。 *Shelby County*, 133 S. Ct. at 2635.

63 *Id.* at 2628-31.

64 *Id.* at 2648-50 (Ginsburg, J., dissenting) (認為該原則早已被前判決否定、並非美國憲法之原則)。

65 *Id.* at 2635-36; 2642-43.

66 *Id.* at 2642-44.

67 *Id.* at 2650-52.

三、證據法角度之評析

本文用*Shelby*分析聯邦最高法院憲法案件的證據法，終究是不得已之舉。如前所述，證據法根本不適用於聯邦最高法院，根本不可能存在符合邏輯／形式要求的案例；更甚者，本案中法院所審理的是國會的立法資料，在形式上也不直接等同於訴訟程序中的證據。然而本文中雙方陣營花了極多篇幅，實質論辯法外知識（即國會立法資料）的品質問題實屬罕見，應可作為在憲法案件中，憲法法院大法官一旦真正處理「證據問題」的假想案例。

（一）品質問題

「品質問題」的重點，並不在於法外知識的法理詮釋、應用，而是在於該證據有無參考價值。本案中最顯著的爭執就是「究竟四十年的資料是否已過時？」多數意見與不同意見論及「四十餘年資料」的品質問題，以數字「40」對整份判決進行搜尋，就出現14次之多⁶⁸。對於多數意見而言，四十年前的資料已過了「保存期限」，國會用以立法或在憲法訴訟上提出作為辯護，法院要是以此做出判決，恐怕就跟吃了過期的食品一樣危險；如此，當然應結束例外（審核機制）、回歸原則（各州主權平等）。但對於不同意見而言，保存期限還沒過，而法院應該尊重國會研究的成果與判斷⁶⁹。

然而這樣的辯論，似乎是要要求法院對政治科學研究的保存期限做出判決、實質地評估到底效期多長不算久、多長叫做「過期」？畢竟「投票權法案」已非第一次「續命」而生爭訟：在*Shelby*之前，1970年首次延長5年、1975年再次延長7年、1982年一口氣延長25年、到2006年再次授權25年延長；而每次延長都有相對的訴訟挑

68 相較來說，本案重要的規範概念「各州主權平等原則」，以“sovereignty”一詞做同樣搜尋，出現20次，相去不遠。

69 *Shelby County*, 133 S. Ct. at 2636-39.

戰其合憲性，但直到本案才首次被宣告違憲⁷⁰。然而，雙方事實上也並未就「政治科學研究之有效期」本身進一步引用不同的資料主張，而是各自直接說明四十年來參政權種族歧視問題的各種變與不變（第一、二代障礙問題），並據此論證相關國會立法資料是否已經過期。從此以觀，雙方都有證據品質的問題意識，但也都質樸地訴諸自己「非社會科學」的觀點⁷¹，用直觀的方式分析此一爭議。

從政治學者的事後評論看來，政治科學研究的有效期限問題，並不是取決於時間經過的長度。Bernard Grofman教授認為，四十多年前的研究資料實在是「老得掉渣（incredibly stale）」；但從實用的角度來看，觸發條款仍十分有效地涵蓋了參政權種族歧視問題最嚴重的各州及地方政府（“Still, it is apparent from McCrary’s 2011 retabulation of 1982-2005 data from the National Commission on the Voting Rights Act (2006) 5 that virtually all of the states that have the worst record vis-à-vis Section 2 are states that were covered under the old trigger.”）⁷²。從Daubert判準的來看，真正的先決問題是子原則（2），亦即關聯性問題：如果系爭規範處理的是「當前」的狀況，則從科學的角度而言四十年就太久了；但若是觀察社會的文化底蘊，則四十年來累積的資料就未必有問題⁷³。也因此，檢驗雖是同一個機制，Grofman教授認為「多數意見主張資料『已過期』固然沒錯、但少數意見認為『仍有效』也沒錯」的分析，就不是「各打

70 *Id.* at 2620-21.

71 法律人、法官欠缺（社會）科學訓練是個常見的現象；包括Breyer大法官也自承（多數法官）欠缺足夠的訓練，*see Brown*, 131 S. Ct. at 2769 (Breyer, J., dissenting)。更進一步的討論請見後述。

72 Bernard Grofman, *Devising a Sensible Trigger for Section 5 of the Voting Right Act*, 12 ELECTION L.J. 332, 333 (2013). 認為觸發條款有效涵蓋有強烈歧視傾向者，亦見於Angelica Rolong, *Access Denied: Why the Supreme Court’s Decision in Shelby County v. Holder May Disenfranchise Texas Minority Voters*, 46 TEX. TECH L. REV. 519, 546-50 (2014).

73 *See Brown & Davis*, *supra* note 45, at 38-39.

五十大板」的鄉愿評論，而是從事理（即政治科學）的角度出發，「關聯性」取決於「待證（立法）事實（**matter to be proved**）」為何。

（二）思考關聯性問題的意義

反過來說，如果我們從規範面分析雙方的論辯，會發現爭點處於嚴重的對立關係：法院應否尊重國會判斷？「各州主權平等」究竟是不是憲法原則？但從事理面分析雙方的論辯，會隱約發現，雙方真正爭執其實不是同一件事情。對多數意見而言，投票權法案第四、五兩項的防堵機制，是要解決「第一代障礙」；所以就現存的「第二代障礙」而言，國會的立法資料當然是過時的，因為根本不具關聯性了。但對不同意見而言，並不應該執著於主張「觸發機制也能精準反映第二代障礙」，而應強調投票權法案第四、五兩項的防堵機制，是要解決更根本的、「參政權中的種族歧視問題」。更重要的是，欠缺關聯性的資料，則不論其品質如何，自然都不應納入法律決策的考量。*Shelby*中雙方陣營恐怕是用錯了力；尤其少數意見陷入多數意見「第一／第二代障礙」的形式邏輯切割，最後錯失了對自己更有利的戰場。

然而如前所述，美國聯邦最高法院對法庭之友報告或自為調查之資訊，並不使用Daubert判準或任何其他證據法標準審查。可能就導致即使如*Shelby*這樣一件眾所矚目、針鋒相對的案件中，大法官們仍忽略了「關聯性」的檢查——以及更重要的，在證據法理（關聯性）背後代表的事理觀點。回顧*Shelby*的多數意見，在基於「各州主權平等原則」宣告觸發條款違憲的同時，並未更進一步說明對投票權聯邦立法的審查準則。事實上，多數意見相當肯定投票權法案消弭第一代障礙的功效，並能因此（例外地）正當化對各州

主權的差別待遇⁷⁴。然而多數意見採取非常個案式的、在（立法）決策品質的判斷，卻沒有清楚交代這個判斷的法理內涵或事理基礎⁷⁵：既不正面宣告法所不許之侵害類型，也未從反面說明可正當化差別待遇的條件，更沒有實質論證觸發條款運作失靈⁷⁶。申言之，在完全不參考事理觀點的狀況下，多數意見欲保護的原則是空泛的，構成例外的條件是模糊的。這個曖昧的狀況，使推動投票權保障的公益團體雖然願意在遵循法院判決的前提下再推動改革、修法，也只能在研究報告中指出新制度根本無所適從的窘境⁷⁷。

四、事理觀點的規範論證貢獻

相對而言，潛在的修法方向，就是從事理觀點出發，基於美國選務運作上發生種族歧視問題的類型，實質地論述「正當化差別待遇」的理據⁷⁸。Ginsburg大法官主筆的不同意見雖然忽略了「關聯性」分析的重要性，但她論及選舉權法中「逃脫」與「擴張」的機制時，使用類似基本權問題上「最小侵害性」的邏輯進行分析，主張這兩種機制能降低原本觸發條款「過度廣泛」或「包涵不足」的恣意情形⁷⁹。這就是從「事理觀點」分析的例子：她從選務運作的制度面與實際影響出發，說明既然尚有「脫逃」與「擴張」的機

74 *Shelby County*, 133 S. Ct. at 2624-30.

75 即使是主張「最小主義」、偏向個案的裁判，依然應該提出標準，只是限縮其適用之範圍；而且太過個案式判斷，就容易實質架空法院曾經提出的任何標準。

76 在*Shelby*宣判之後，不少州政府旋即進行選務修法，其內容往往被認為在*Shelby*之前根本不可能通過投票權法案的審查。See, e.g., Tomas Lopez, *Shelby County: One Year Later*, BRENNAN CENTER FOR JUSTICE (Jun. 24, 2014), <http://www.brennancenter.org/analysis/shelby-county-one-year-later>; Joshua Field, *The Voting Rights Playbook: Why Courts Matter Post-Shelby County v. Holder*, CENTER FOR AMERICAN PROGRESS, at 9-13, <https://www.americanprogress.org/wp-content/uploads/2014/02/VotingRightsPlaybookReport1.pdf> (last visited Nov. 1, 2015). 這樣的動作反面印證了《投票權法案》確實發揮阻擋效果。

77 FIELD, *supra* note 76, at 25-26.

78 *Id.* at 25-27.

79 See *Shelby County*, 133 S. Ct. at 2644.

制，則即使觸發條款本身之運作差別待遇縱有偏差，但《投票權法案》完整運作下仍能得到補正的機會。如此一來，即使承認「各州主權平等」屬憲法原則，但法案中的其他機制能針對個案狀況考量最新的情形（而不受限於「四十年前的資料」）進行調整，讓多數意見宣告違憲的理由蕩然無存。更理想的做法，則應先利用多數意見也承認的、消弭「第一代障礙」的成果為基礎，輔以政治科學界肯認觸發條款的精準性，並主張觸發條款的立法目的既然不限於解決「第一代障礙」、而是更長期的社會底蘊，則「證據過於陳舊」的問題並不存在。

由此觀之，「事理觀點」有潛力成為實質規範論證的基礎，因為規範的論證——尤其在憲法層次——實質包括了機制、事務運作的有效性與利弊得失。事理觀點的另一個特徵，是其分析不受（法律）規範概念的疆界或分類所拘束；申言之，如果整套制度內部互有截長補短的數個機制、確實能維持整套制度運作的合憲性，則單一機制即使是寫成「一條法條」而有違憲的缺點、成為違憲審查的系爭法律問題，也不應將其個別挑出宣告違憲。因此，事理觀點本身看起來比較像是描述性的事實，非常「不法律」；但在證據法理下，事理觀點藉由「關聯性」的要件進入規範的討論與建構中。如 Frederick Schauer 教授指出，嚴格的「事實」、「法律／規範」二分法是有問題的，認為法律中的事實問題只是「證據問題」而非「法律論證問題」的觀點更忽略了法律論述建構可能的多樣性⁸⁰。或許正如英國法理學教授 William Twining 所主張，證據的運用方式（證據法）不只是程序法問題，同時也反映了裁判者所秉持的法律知識論（epistemology）以及對司法權運作範圍的界定⁸¹，更是實體法

80 SCHAUER, *supra* note 3, at 205.

81 如本文開頭所述，當法院不直接以舉證責任分配方式決定敗訴方時，就是司法權決定實質介入爭議的開始。

(substantive law) 的具體化與落實⁸²。而證據對規範面「所說的話」，就可以是事理觀點對法律規範的觀照、檢討或建言⁸³。

五、美國法制改革的學者建議

就本文「貳、」中所羅列的各種問題來看，由於目前美國聯邦最高法院對法外知識幾乎是毫無控管、也不見任何已踐行的具體改革可供實證研究，任何對憲法訴訟中證據法程序改革的建議，只能是基於經驗法則的直觀建議，或基於其他實證研究的間接推測。

也正因為目前是毫無控管，若一旦有意識地思考證據法問題並確實增加管控機制，也可能促使法外知識的「提供者」主動強化資料本身品質。在一份比較Daubert判準在下級法院實施前後的實證研究中發現，雖然改採較過去（即Frye判準）更嚴格⁸⁴的「可靠科學方法檢驗」標準後，並未顯著增加於證據準備程序中法院排除專家證言之效果⁸⁵；但研究也指出，「無顯著增加」是因為在進入法院前就已發揮「教育效果（educative function）」，而無待進入程序後才排除⁸⁶。就實際效果而言，若真正能提昇證據品質，則被改革的機制是在哪個階段發揮效果，就不那麼重要了。

82 William Twining, *The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship*, in RETHINKING EVIDENCE: EXPLORATORY ESSAYS 35, 77, 83 (2d ed. 2006).

83 在國內主張法律規範可能由實務運作及經驗基礎推導之論著，可參考王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17期，頁205-294（2015年）；邱文聰（註4），頁233；蘇永欽，部門憲法——憲法釋義學的新路徑？，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁739（2002年）。

84 也就是Frye判準下的「學界普遍接受」。Daubert判準與Frye判準的前兩個要件則相同。

85 認為Daubert判準有實際影響的實證研究，see LLOYD DIXON & BRIAN GILL, CHANGES IN THE STANDARDS FOR ADMITTING EXPERT EVIDENCE IN FEDERAL CIVIL CASES SINCE THE DAUBERT DECISION, at xv (2001).

86 Edward K. Cheng & Albert H. Yoon, *Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards*, 91 VA. L. REV. 471, 505 (2005).

除了加入最基本的檢驗程序外，以下是美國學界較常被討論的改革方向。

(一) 交互詰問？

美國訴訟程序一般採當事人進行主義，對專家證人的證詞主要採用交互詰問，且對造有機會呈現相反證據，一般認為控制證據品質之成效卓著⁸⁷；也有學者認為，聯邦最高法院未對法庭之友報告進行交互詰問，是其品質低落的根本程序因素⁸⁸。根據Daubert判準，交互詰問在美國訴訟程序中的重點在子原則(3)、即科學方法可靠性的檢驗；然而同為普通法系統的英格蘭法院，則主要針對專家證人本身的能力與臨場反應展現的可信度，作為主要評價證明力(而非證據品質)的依據，英國學者認為在法官欠缺法外知識的專業能力下，從科學方法可靠性著手並不適當⁸⁹。然而英格蘭法院的作法也被美國學者批評：除了實務上有極失敗的案例外⁹⁰，英格蘭法院也因此無法豁免於稀釋效應的影響⁹¹。

Orr Larsen教授建議美國聯邦最高法院的四項證據檢驗法庭之友報告的程序原則，並非典型的訴訟法之交互詰問程式，反而是更近似於行政程序上的「預告評論程序(notice and comment)」⁹²：(1) 限制專家的數量與發言的範圍(不得涉及法律見解)；(2) 完全公開引述研究的發現、基礎資料與方法；(3) 預先提示事實爭

87 Frederick Schauer & Barbara A. Spellman, *Is Expert Evidence Really Different?*, 89 NOTRE DAME L. REV. 1, 16 (2013); SHEILA JASANOFF, *SCIENCE AT THE BAR: LAW, SCIENCE, AND TECHNOLOGY IN AMERICA* 52 (1995).

88 Rustad & Koenig, *supra* note 21, at 94-95.

89 CEDRIC CHARLES GILSON, *THE LAW-SCIENCE CHASM: BRIDGING LAW'S DISAFFECTION WITH SCIENCE AS EVIDENCE* 112-13 (2012).

90 BEECHER-MONAS, *supra* note 36, at 11-12.

91 事實上，這個模式基本上是Daubert判準問世前的運作模式(Frye判準)，將證據的瑕疵視為證明力、而非證據品質的問題。Bernstein, *supra* note 40, at 31-32.

92 但她也強調憲法訴訟畢竟不是行政程序，類比時仍須考量兩者間的差異。Orr Larsen, *supra* note 22, at 1804-07.

點，並開放公眾檢驗；(4) 大法官須回應重要的反對證據⁹³。英國學者Cedric Charles Gilson更進一步指出，交互詰問程序中的爭鋒相對、咄咄逼人的氛圍，容易影響與會專業人士、產生扭曲真相的風險；相較之下，他更推崇「替代性紛爭解決機制（alternative dispute resolution, ADR）」，並提出幾點建議，包括以「研討」替代交互詰問，避免正式與對立的檢驗形式，有助於參與建言的專家在較為友善的互動過程中，有效地傳達法外知識，讓（法律背景）決策者更能準確掌握相關的專業知識⁹⁴。

（二）提昇大法官的知識學養

目前法學教育的一般訓練下，法律人對於「法外知識」的認識全憑自發性的自修。但若法學的科際整合已為大勢所趨，將其納入體制內法學教育的一部分；對於已經「畢業」的法律人、包括職司違憲審查的大法官，則規劃在職訓練，才能系統性地確保法律人具備面對科際整合的基礎本職學能，對於「法外知識」的品質管控方能落實。長年擔任聯邦上訴法院法官的Posner即大力疾呼法官應增加對實證研究的認識⁹⁵；根據他的觀察，即使是奉行形式主義（formalism）的大法官在窮盡文義解釋後也常訴諸實然面的政策分析——但由於相關知識的不足，也只能裝模作樣一番、或訴諸「素人實證研究（armchair empiricism）」的經驗法則⁹⁶。

或有論者質疑這是太理想化的天方夜譚，但長期關注憲法科際整合問題的David Faigman教授指出，引入違憲審查案件的法外知識都不是什麼「尖端科學（rocket science）」，經過基礎訓練的法律

93 *Id.* at 1809-17.

94 GILSON, *supra* note 89, at 182-84. 「友善」並不代表排除反對意見的參與，而是緩和檢證的氛圍與形式。

95 Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N.Y.U. L. REV. 1, 3 (1998).

96 RICHARD A. POSNER, REFLECTION ON JUDGING 112-13 (2013).

人就足以應付多數案件的需要⁹⁷。又以我國大法官常常引用的統計為例，歷經自然科學教育訓練的證據法教授Erica Beecher-Monas也認為，多數的統計學錯誤（statistical errors）是邏輯的錯誤（error in logic），而其所使用的邏輯「與亞里斯多德式的演繹論證、論理論證（Aristotelian deductive reasoning and inferential reasoning）」大體一致⁹⁸。故此，至少就科際整合發展多年的美國而言，現實上真正的問題，不是法律人「學不會」，而是「沒空學」、「不想學」⁹⁹。也有實證研究指出，至少在美國反壟斷法案件中，受過經濟學、統計等在職訓練的法官，其判案品質確有提昇¹⁰⁰。

（三）有效引入法外知識

法庭之友報告固然提昇民間參與釋憲機制的主動性，但法庭之友在美國實行多年以來，除了資訊的科學品質問題外，法庭之友有意無意間的「當事人偏見（adversarial bias）」也是大法官們必須警惕的¹⁰¹。「當事人偏見」包括三種子類型：（1）明知的偏見（conscious bias）：專業意見故意迎合當事人一方的立場；（2）潛在的偏見（unconscious bias）：專業意見無意識地基於自己的偏好迎合當事人一方的立場；（3）選擇性呈現（selection bias）：當事人的律師刻意選擇偏激的專業知識中少數、極端的見解，卻將其呈現為「通說」或「有力說」¹⁰²。David E. Bernstein教授認為，這些偏見

97 Faigman, *supra* note 43, at 1081-82.

98 BEECHER-MONAS, *supra* note 36, at 63.

99 Rustad & Koenig, *supra* note 21, at 156-57.

100 Law and Economics Center, *LEC White Paper: The Value of Judicial Training in Quantitative and Scientific Methods*, GEORGE MASON UNIVERSITY SCHOOL OF LAW (Apr. 8, 2013), http://masonlec.org/site/rte/uploads/files/LECWhitePaper_ValueJudicialTrainingQuantitativeMethods_April2013.pdf.

101 Anderson, *supra* note 11, at 406-09. 參考聯邦最高法院的現行規則，法庭之友報告必須揭露其「贊助單位」。SUP. CT. R. 37.6.

102 David E. Bernstein, *Expert witnesses, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution*, 93 IOWA L. REV. 451, 453-57 (2008).

對原、被告雙方都可能有利，實在無法期待雙方律師「做賊喊抓賊」彼此拆穿¹⁰³。

有鑑於此，不論是委託各種全國級的社會科學學會組織（例如美國心理學協會，American Psychological Association, APA），或是直接延請特定專家提供法外知識的意見，由大法官主動求助專業意見是不少美國學者在檢討「法庭之友」制度後的建議方向¹⁰⁴。但美國大法官包括Stephen Breyer, Sandra Day O'Connor及John Paul Stevens（後兩位已卸任）曾明白表示，聯邦最高法院向其他知識領域專家用類似證人的身分求助，簡直無法想像¹⁰⁵。不過，在擴張大法官引入專業知識管道的同時，Orr Larsen教授也同時主張限縮法庭之友報告的數量與涵蓋範圍、並對意見書所引用法外知識的品質從嚴把關（例如避免使用未正式發表的研究草稿或部落格分析），避免大法官被知識量所淹沒¹⁰⁶。

伍、我國大法官解釋之相關案例與檢討

從美國的規範與實務分析切入，本文試圖從三個層次展現違憲審查中證據法問題的重要性。從最直觀的角度而言，以說理、論證為正當性基礎的司法違憲審查機制，其資訊的正確及精準程度，與論證品質及說服力息息相關，證據法就是一個控管「法外知識」此類資訊的品管機制。再者，證據法理所提供的，是一種從事理觀點

103 *Id.* at 458-59.

104 Rustad & Koenig, *supra* note 21, at 153, 158-59; Faigman, *supra* note 43, at 1081-82; Orr Larsen, *supra* note 22, at 1814. 固然大法官依本身的價值觀與偏好所延請的專家未必就完全免於「當事人偏見」，只能在程度上降低。

105 See DAVID FAIGMAN, LABORATORY OF JUSTICE: THE SUPREME COURT'S 200-YEAR STRUGGLE TO INTEGRATE SCIENCE AND THE LAW 360 (2004).

106 Orr Larsen, *supra* note 22, at 1809-11.

分析實體規範問題的角度：它與傳統的釋義學形式規範方法各有所長，彼此之間無法取代、卻能互補。更深一層看，證據與其內建的事理觀點，有時能做為填充法律（形式）規範內容的實質理據來源¹⁰⁷。

一、我國釋憲實務之觀察

將焦點轉回國內。本文在「壹、前言」所列舉聯邦最高法院的四種可能做法¹⁰⁸，臺灣的大法官能怎麼做呢？首先，「依舉證責任分配敗訴之不利益」的想法與所謂「審查標準／基準／密度」等觀念息息相關，已經有許多國內學者、以及學者出身之大法官在意見書中提及，實務運作上來說似乎也逐漸形成一定的共識¹⁰⁹。但也不能忽視制度設計的不同與運作的差異。由於我國違憲審查的機制並非典型的法院訴訟形式、尚未完全「法院化」，所進行的工作是「憲法解釋」，未必有嚴格意義的「兩造當事人」（人民聲請釋憲或許像是「原告」，但終究很難認為聲請法規違憲審查是將政府列為被告），運作上更是採取職權進行主義¹¹⁰。再者，舉證責任的分配固然與審查標準息息相關，但就目前釋憲實務的操作審查標準的方式而言，其分配的責任是「規範面」的舉證、而非「提出法外知識」的舉證。在解釋理由書中最直接「提出法外知識」舉證要求

107 讀者基於不同的法學理念，未必能認可後兩個層次的推論；反觀第一個層次的主張，應該是較無爭議的。

108 即（1）依舉證責任分配敗訴之不利益；（2）憑經驗、常識，用邏輯推斷、揣想欠缺的資訊；（3）參考「法庭之友」提供的報告；（4）自為調查。

109 歷年來的學者研究，請見黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42卷，頁215-258（2013年）；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁581-660（2009年）；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211-274（2008年）。晚近的研究觀察到大法官「漸漸形成共識」，而較早期的研究則還在摸索大法官摸索的足跡。

110 相關介紹、比較，請見吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，3版，頁571-601（2013年）。

的，或許是司法院釋字第603號解釋宣告全民指紋建檔違憲時，對主管機關主張「指紋建檔有助防止冒領身分證」的「正當目的」進行簡短駁斥：

次就「防止冒領國民身分證」之目的言，主管機關未曾提出冒領身分證之確切統計數據，是無從評估因此防範冒領所獲得之潛在公共利益與實際效果¹¹¹。

然而這樣的文字似乎未再見於往後的解釋理由書了。整體來說，黃昭元教授指出，由於我國立法實踐並不似美國國會一樣納入「立法發現（legislative finding）」而當作法律條文¹¹²，故雖然有如司法院釋字第646號解釋「明示對於立法事實區別不同之審查密度」的個案，但並不代表違憲審查的密度僅針對立法事實而各異¹¹³。這個觀察或許一定程度上也同時代表，我國實務上少有提出立法事實／法外知識舉證（正當化）的要求。

立法院不將立法依據納入法律中、或大法官不對「兩造當事人」要求法外知識的舉證責任，並不表示司法違憲審查的審議實際上不需要法外知識提供的資訊¹¹⁴。事實上，即使是抽象規範審查，「立法發現」或「立法事實（legislative facts）」也是規範論證中的重要環節。「立法事實」概念所指涉者，並非是嚴格意義的立法者

111 司法院釋字第603號解釋理由書。

112 類似觀察，可見廖元豪（註109），頁263-264。

113 黃昭元（註109），頁240-241。然而由於司法院釋字第646號解釋並未如司法院釋字第603號解釋一般明確表達「因為在立法事實面上無從評估、而無法接受主管機關該項主張」之立場，更難判斷究竟大法官在司法院釋字第646號中是否基於立法事實面之舉證責任而判斷合憲與否。清楚主張因欠缺立法事實舉證而應「敗訴」的判斷，可參考湯德宗大法官在司法院釋字第699號解釋一部協同、一部不同意見書。

114 學者研究的例子中包括司法院釋字第584、603、712號解釋，「法外知識」都在最後的論證與決斷（乃至於比例原則的整體操作）中扮演關鍵、甚至不可或缺的角色。請參見邱文聰（註4），頁233-284（司法院釋字第584號解釋）；王鵬翔、張永健（註83），頁210-214（司法院釋字第603、712號解釋）。

(例如我國立法院、美國國會)立法時的依據，而是相較於普通法院個案裁判中所需的「個案事實 (adjudicative facts, 即『證據』)」。其用途，乃在針對通案性的、類似政策考量的論證中，提供「非法律概念內在邏輯演繹」的、「外部證立」的功能，藉以檢證或進一步具體化法律概念的詮釋與意義¹¹⁵。例如美國平等權的指標案件 *Brown v. Board of Education*¹¹⁶ 中，就引註了心理學的「洋娃娃實驗」，說明種族隔離是如何造成美國非裔的心理傷害 (自卑感)，而將避免自卑感與種族平等權保障連結，始推翻判例認可的、「隔離卻平等 (separate but equal)」的形式邏輯平等觀¹¹⁷——此處改變的不只是 *Brown* (當事人) 個人可以入學的個案，而是整個教育領域中的隔離政策都被推翻¹¹⁸。但立法事實也有因循既存法律判準、協助「內部證立」的功能：司法院釋字第584號解釋大法官引用暴力犯罪相關再犯率的統計數據，及試圖證明「計程車乘客安全風險確實存在」及「終身禁止有暴力犯罪前科者取得計程車駕照有具目的手段之實質關聯性」¹¹⁹。

大法官固然「有權」憑個人經驗、常識，用邏輯推斷、揣想欠缺的資訊，但實務上大法官們未必滿足於「想當然爾」的判斷。依《司法院大法官審理案件法》第13條第1項規定「大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料，並得依請求或逕行通知聲請人、關係人及有關機關說明，或為調查。必要時，得行言詞辯論。¹²⁰」可知，大法官雖然沒有「法庭之友」的主動協助，但法律授權大法官可以自為調查，也可以請「聲請人、關係人及有關機關」說明（以

115 邱文聰 (註4)，頁239-257。See also, Orr Larsen, *supra* note 5, at 1256-57.

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

117 邱文聰 (註4)，頁251-253。

118 *Brown*, 347 U.S. at 495.

119 邱文聰 (註4)，頁261-270。如〈邱文〉所言，大法官的內部證立在該案中有許多瑕疵，但瑕疵不足以證明「不該使用」、反而突顯了「如何促成正確使用」的重要性。詳見後「三、(一)」以下之說明。

120 粗體字為作者所加。

「說明會」或「鑑定」方式進行)、必要時得舉行言詞辯論¹²¹。

可惜的是，大法官依上述這些管道所蒐集的資料內容，甚至連大法官是否曾依第13條進行調查，都沒有公開之義務；一般人只能透過閱讀解釋理由書、意見書，或鑑定人自願將鑑定意見公開時，方能得知。作者受限於研究資源，無法一一窮舉，只能例示：截至2015年11月2日為止，以「辯論」、「說明會」為關鍵詞搜尋司法院大法官網站之大法官解釋資料，並確認內容為與大法官案件審理有關者，進行言詞辯論的共有8件¹²²，進行說明會的共有16件¹²³。大法官自為調查或請政府機關提供公報資料者就更加常見¹²⁴：除了一般性的資料蒐集外，例如司法院釋字第572號解釋中許玉秀、城仲模大法官的不同意見書也大量統計我國法官違憲解釋聲請之受理情形¹²⁵；甚至在羅昌發大法官司法院釋字第708號解釋的意見書中更提到大法官親臨現場「勘驗」的情節：「在審理本案時，大法官曾訪視收容場所，得悉內政部入出國及移民署對收容之外國人待遇確有改善；然其場所設計仍以細密鐵絲網之牢籠囚禁受收容人，且其並未給予必要的隱私尊重，已如前述。¹²⁶」。我國釋憲既未引進「法庭之友」的社會資源、大法官的助理人數也是一人一位，但大法官們對法律以外資訊的渴求態度，與積極認真的各種調查作為，無疑是令人尊敬的。

121 在立法明文授權下，Orr Larsen教授對於美國聯邦最高法院大法官違反當事人進行原則的「正當性」疑慮，在我國制度設計中就相形不重要了。

122 分別有司法院釋字第711、689、603、585、445、419、392、334號解釋。

123 分別有司法院釋字第732、727、710、709、703、699、696、669、665、655、653、645、613、603、592、584號解釋。

124 但即便如此，由於大法官所蒐集之卷證資料並不公開，本文並無堅實的基礎主張我國憲法訴訟證據法的系統問題，而只能從查得到、看得見有使用法外知識的個案中論述。

125 司法院釋字第572號解釋許玉秀、城仲模大法官不同意見書。例如在該意見書註64，兩位大法官統計，從司法院釋字第371號作成之後到2003年11月，普通法院共有3530件案件聲請大法官違憲審查。

126 司法院釋字第708號解釋羅昌發大法官部分協同、部分不同意見書。

二、我國釋憲中的證據法問題：案例分析

大法官們蒐集資料的熱血，並無法擔保這些涉及立法事實的法外知識，其品質與運用能通過證據法理的檢驗¹²⁷。至於具體應用何種標準檢查呢？在美國，Orr Larsen教授指出Daubert判準並不直接適用於聯邦最高法院¹²⁸，但主張Daubert判準所蘊含的機制原理值得參考——包括審查抽象規範合憲性時，用於檢視立法事實¹²⁹。本文用以下案例，先說明我國釋憲程序因為欠缺證據法管控「立法事實」之品質與運用，而發生規範面的論證瑕疵。

(一) 品質問題：司法院釋字第708號解釋

就明確記載於解釋理由書與個別大法官意見書的公開資訊以觀，最具代表性的明顯瑕疵，當屬司法院釋字第708號解釋。大法官在該案中審查《入出國及移民法》關於外國人遣返前「強制收容」的期限問題，解釋理由書所代表的多數意見一方面肯認外國人的人身自由亦受憲法保障、原法律所允許的時間太長，但行政機關進行遣返作業又需要相當「合理作業期間」，在參考主管機關提供的數據後，做出下述權衡¹³⁰：

惟考量暫時收容期間不宜過長，避免過度干預受暫時收容人之人身自由，並衡酌入出國及移民署現行作業實務，約百分之七十之受收容人可於十五日內遣送出國（入出國及移民署一〇二年一月九日移署專一蓮字第一〇二〇〇一一四五七號函參照）等情，是得由該署處分暫時收容之期間，其上限不得超過十五日。

127 廖元豪教授持更悲觀的看法，認為大法官的組織、配備與程序上無論怎麼調整，都不適合進行立法事實的調查。廖元豪（註109），頁263-264。

128 Orr Larsen, *supra* note 5, at 1258-59.

129 Orr Larsen, *supra* note 22, at 1809-12.

130 司法院釋字第708號解釋理由書。

但這個資料本身卻是有明顯瑕疵的。李震山大法官在意見書的「註10」中低調地表達了他的疑慮¹³¹：

本件解釋合理作業期間的「十五日上限」，係參考主管機關所提供的局部統計數據，而在該等資料之完整性與正確性尚有待進一步求證前，即以之作為釋憲依據，恐有失審慎並存在著一定的風險。

官方資料「以偏概全」，根本沒有完整呈現我國強制收容與遣返的運作實務的面貌，多數意見據以劃定新的、合憲的底限，基礎難謂穩固：試想，若全國運作的狀況是70%的案件能在10日內遣送回國，那被收容人豈非白白被多「關」5日？但在司法院釋字第708號解釋的解釋理由與其他意見書中，似乎不為多數大法官所發現或重視。

（二）關聯性問題：司法院釋字第699、646號解釋

在*Shelby*中糾纏美國大法官的關聯性問題，於證據無須受檢驗的臺灣大法官解釋中也沒少發生。至少在司法院釋字第699、646兩號解釋中，解釋理由書以立法事實作為論證基礎的操作，就有「待證事實」與「證據」無法契合的問題——而且都有大法官在意見書中點名這類的瑕疵。

1. 司法院釋字第699號解釋與稀釋效應

酒駕肇事是臺灣社會長期以來關注的焦點，然而除了道德勸說外，政府最顯著的作為就是加重、擴張酒駕的處罰。司法院釋字第699號解釋被挑戰的就是《道路交通管理處罰條例》中對拒絕酒測者，吊銷其各級車類駕照、且三年內不得再考駕照的規定。多數意

131 司法院釋字第708號解釋李震山大法官，部分協同、部分不同意見書（粗體字為作者所加）。

見肯認該處罰規定的合憲性，且引用統計資料強調處罰之具體成效¹³²：

為強化取締酒後駕車，維護交通安全，立法者於八十八年四月二十一日增訂刑法第一百八十五條之三規定（嗣後於九十七年一月二日及一〇〇年十一月三十日更兩度修正提高法定刑）。惟依內政部警政署八十八年至九十年間之統計數字卻顯示，酒後駕車肇事傷亡事件有逐年上升之趨勢。鑒於汽車駕駛人拒絕接受酒測，或係為逃避其酒後駕車致可能受刑法第一百八十五條之三公共危險罪之處罰。立法者遂於九十年一月十七日修正系爭條例第三十五條提高拒絕酒測之罰責（參考立法院公報第九十一卷第四十期，第五七七頁以下，立法委員章孝嚴等之提案說明），以防堵酒駕管制之漏洞，有效遏阻酒後駕車行為。

然而，李震山大法官在意見書中直指多數意見的立法事實的引用是「煙霧彈」；真正的待證事實卻是用臆測取代實證¹³³：

因此，一般所謂「若非飲酒，何需拒絕酒測」、「對拒絕酒測者不處以重罰，真正酒駕時就緩不濟急」、「拒絕酒測的主要動機即是規避刑罰」、「拒絕酒測者三年內有酒駕之必然性」等臆測，必須有具說服力的立法事實與數據作為支持，方能成為立法者之預斷，於釋憲案中並需經嚴謹審查，而非僅以「依內政部警政署八十八年至九十年間之統計數字卻顯示，酒後駕車肇事傷亡事件有逐年上升之趨勢」一語，簡單帶過。這就如同「飢寒起盜心」，所以公權力若不對失業者或無業者之生活作息採取立即有效的監控措施，等真正發生犯罪就來不及之類的跳躍式預設，未

132 司法院釋字第699號解釋理由書。

133 司法院釋字第699號解釋李震山大法官不同意見書（粗體字為作者所加）。

必具絕對的說服力。本件解釋既未詳加審查，形同全盤接受，成為得忽略普受好評之釋字第五三五號解釋的煙幕彈，從而未以憲法實質正當法律程序原則去審查酒測實體與程序要件，（註二）在違憲審查長途接力賽中漏接一棒，是朝理想邁進中的重挫，影響不可謂不大。

李大法官並在「註6」另外引了其他實證資料與多數意見相抗¹³⁴：

據統計分析，刑法第185條之3實施後，酒醉駕車發生的件數與酒醉駕車導致傷亡事故，不減反增。我國於88年將酒醉駕車行為刑罰化至今已逾10年，然酒醉駕車發生的件數與酒醉駕車導致的傷亡事故情形，似乎卻未獲得明顯改善，研究發現：死亡人數從89年起開始增加：256人、435人、443人、459人、454人、到95年時727人，已增加為近3倍。受傷人數從89年起開始增加：5824人、6252人、6663人、8559人、9738人、至94年時已為10800人，至96年時更高達12199人，是增加為89年時的2倍以上。酒醉駕車死亡與受傷件數則從89年起4322件、4841件、5259件、6613件、7455件，到94年的8458件，至96年時已逼近萬件高達9888年，增加為逾2倍。張文崧，《酒醉駕駛人特性及其影響因素之實證研究》，中央警察大學犯罪防治研究所博士論文，100年12月，頁4、7。

簡言之，多數意見在真正需要證據支持的論點（即「擴大懲罰有效」一事）上並無實證；其所引用實證之資料充其量說明的是不大受質疑的「目前仍有酒駕問題」，反而突顯了多數意見欠缺實證資料的窘境，而是用常識與臆測來認定關鍵的待證事實。然而這樣

134 司法院釋字第699號解釋李震山大法官不同意見書。

的資料為何得到多數支持、得以出現在解釋理由書中呢¹³⁵？李大法官的「煙幕彈」說附和了「稀釋效應」的心理學現象，或許就是合理的解釋。

多數意見所引證據與待證事實欠缺關聯性的問題，湯德宗大法官也警覺到了。他不但加入了李大法官的意見書，也在自己的意見書中直言主管機關提供證據的關聯性問題¹³⁶：

系爭「吊銷所有駕照」規定等於全盤否定駕駛人之駕車適格，單純「拒絕酒測」既未「肇事」（發生實害），亦未確認其為「酒駕」，如何能擬制（不容以反證推翻地判定）駕駛人已不具駕駛適格？對於「初犯」（初次拒絕酒駕者）尤其嚴苛。在本案冗長的審理期間，本院數次就系爭規定之立意，函詢主管機關。主管機關除了提出酒駕肇事傷亡事件有逐年上升之趨勢的統計外，並無任何證據顯示幾次修法一再提高對於「單純拒絕酒測」的處罰，與遏止酒駕行為間有何「合理關連」。如依主管機關之見，為防止駕駛人逃避酒測需要不斷提高「單純拒絕酒測」之處罰，長此以往，將伊於胡底？！當立法者將抽象「危險」等同於具體「損害」處罰時，再怎麼寬鬆的違憲審查標準，也不能不要求立法者提出一些客觀可信的統計數據，顯示「嚴懲單純拒絕酒測」與「防止逃避酒測」兩者間，具有合理之關聯。

這段意見即十分清楚地表明，若實證資料連「關聯性」都沒有，即無法通過最寬鬆的審查標準；換言之，（至少在本案當中）

135 反觀司法院釋字第710號解釋，大法官似乎並不是有參考就引用，而是對論證有相當重要性者才可能會引用。詳見後述。

136 司法院釋字第699號解釋湯德宗大法官一部協同、一部不同意見書（粗體字為作者所加）。

證據法及其法理在違憲審查規範討論上的角色何以重要。

2. 司法院釋字第646號解釋——因果關係還是或然率？

司法院釋字第646號解釋所涉及者，為對未辦理營業登記之電子遊戲場業者處以刑罰之《電子遊戲場業管理條例》第22條規定。多數意見指出¹³⁷：

惟衡諸立法者藉由本條例第十五條規定所欲達成之管制目的，涉及普遍且廣大之公共利益，尤其就維護兒童及少年身心健全發展而言，一旦危害發生，對於兒童及少年個人與社會，均將造成難以回復之損害，況依內政部警政署提供之數據，自八十五年起至九十六年止，查獲無照營業之電子遊戲場所中有高達九成以上涉嫌賭博行為，另統計九十六年查緝之電子遊戲場賭博案件中，有照營業涉嫌賭博行為者，尚不及一成，而高達九成係無照業者所犯，顯見未辦理營利事業登記與賭博等犯罪行為間確有高度關聯，故立法者為尋求對法益較周延之保護，毋待危害發生，就無照營業行為，發動刑罰制裁，應可認係在合乎事理而具有可支持性之事實基礎上所為合理之決定。是系爭刑罰手段具有必要性，可資肯定。

簡言之，在過去12年間，有照的賭博電玩業者不及一成；但無照電玩業者卻有高達九成是經營賭博電玩。則立法者懲罰「未登記」者幾乎就等於懲罰到「賭博電玩業者」，多數意見顯然認為是非常有效、目的手段間緊密剪裁的立法。

此一證據與「待證事實」的關聯性問題只有三位大法官特別察覺到。首先，林子儀、李震山兩位大法官的不同意見書中指出，警

137 司法院釋字第646號解釋理由書。

方查緝時認為「有賭博行為」並不代表「真正有賭博」，合理的比較對象應該是法院的有（賭博）罪判決¹³⁸：

惟查上開警政署所提供數據所呈現者，係有照、無照營業者「涉嫌」賭博行為之情形，而是否成立賭博罪，尚須經法院之認定，則無照營業與賭博等犯罪究有如何之關聯性，即無法遽從該統計數據得知。

兩位大法官關聯性的分析至此戛然而止，但已經點出違憲審查中被運用、乍看有關的資料，未必真正切合系爭規範問題的需要。

同樣質疑待證事實與立法事實的關聯性，但許玉秀大法官的切入點又與前述的直白分析不一樣¹³⁹：

何況有照營業而涉及賭博的電遊場業¹⁴⁰不及一成的統計數據，不能直接據以推論合法登記的業者經營賭博性電玩的比例甚小，因為相關主管機關定然沒有針對有照營業的電遊場業，進行全面或有代表性的抽樣統計。既然有已登記仍經營賭博性電玩以及未登記而沒有經營賭博性電玩的情形，比例縱使很低，都正好可以證明登記與否與經營賭博性電玩之間沒有必然關聯。即使未辦理營業登記的目的，就是為了經營賭博性電玩，未為營業登記也只是經營賭博性電玩的動機，之所以有賭博行為是因為經營賭博性電玩，而不是因為未為營業登記，所謂未辦理營業登記與賭博等犯罪具有高度關聯，只是一個理所當然的現象，既然要經營賭博性電玩，當然就不要去辦理營業登記，相反

138 司法院釋字第646號解釋林子儀、李震山大法官不同意見書（粗體字為作者所加）。

139 司法院釋字第646號解釋許玉秀大法官不同意見書（粗體字為作者所加）。

140 「電遊場業」疑為「電子遊戲場業者」之簡稱或筆誤；本文引用時且從司法院網站提供之原始資料。

地，縱使已經辦理營業登記，想要賭博牟利，還是會經營賭博性電玩，不會因為已經辦理登記，就可以保證不會經營賭博性電玩，因為一旦決定經營賭博性電玩，有沒有登記、登記會不會遭到撤銷，已經不重要。

簡言之，許大法官認為真正的待證事實、能正當化刑事處罰的還是賭博行為、而非資料所佐證的有無營業登記。

其實許大法官的論點涉及了違憲審查中證據法理一個更根本問題：若立法事實呈現的是或然率（probability），而非全有全無、非黑即白的因果律（causality），是否就一概要被評價為「不具關聯性」？這個問題是統計資料、甚至社會科學知識都必須面對的挑戰，因為社會科學很難真正「證明」（prove）一個絕對的關係，通常是「針對某一假設為真／偽，提供或然率的說明（“[I]t assigns a probability to the truth or falsity of assertions that are tested.”）¹⁴¹」。申言之，絕大多數的社會科學研究只能說明「通案」、而無法適切反映個案的變異¹⁴²。在司法院釋字第646號解釋中許大法官並未堅持事理面的思維，而是回到規範面判斷，認為刑罰必須以「典型風險」為限；總是還有不及一成的例外，足以認定「未登記」不必然是賭博行為的典型風險。判斷許大法官「刑罰必須以典型風險為限」、「或然率資料對刑罰違憲審查一概不具關聯性」兩個主張是否正確並不容易，值得專文探討¹⁴³；但若不具備證據法理的思維，就未必能充分認識這個選擇的存在、及其困難之處。

141 MONAHAN & WALKER, *supra* note 50, at 102.

142 See David L. Faigman, *Evidentiary Incommensurability: A Preliminary Exploration of the Problem of Reasoning from General Scientific Data to Individualized Legal Decision-Making*, 75 BROOK. L. REV. 1115 (2010).

143 關於統計資料與一般法律上因果關係標準之間差異造成的證據法問題，可參考BEECHER-MONAS, *supra* note 36, at 54-55。See also, MONAHAN & WALKER, *supra* note 50, at 101-02; GILSON, *supra* note 89, at 32-33.

(三) 證據效力的一致性：司法院釋字第710號與584號解釋

我國違憲審查實務中第三個證據法問題，是對證據使用、詮釋的一致性問題。猶記司法院釋字第708號解釋明白援引了政府統計數據、並據此正當化「合理作業期間」作為限制人身自由的依據。然而，五個多月後大法官們再次處理遣返收容期間問題的司法院釋字第710號解釋，只是對象變成了「大陸地區人民」。本案中的多數意見維持了司法院釋字第708號解釋「合理作業期間」的考量、甚至也確實參考了主管機關的實務作業的情形¹⁴⁴：「依行政院大陸委員會提供本院書面意見所附之內政部入出國及移民署近十年收容大陸地區人民平均天數統計表，一〇一年之平均日數為六五·五四日。」但這次多數大法官不但未如前案中依據官方統計逕自劃定限制人身自由的上限，所參考的實證資料也擠不進解釋理由書中¹⁴⁵。同一批大法官，在如此短暫的時間內，對幾乎相同的規範議題卻採取截然不同的權衡方法與態度，並在官方統計的處理上完全縮手噤聲：這是否因為司法院釋字第708號解釋證據瑕疵之影響、使得多數大法官在援引官方統計數據時變得更謹慎，就只能由外人臆測了¹⁴⁶。

對比司法院釋字第708、710解釋兩個相似案件，大法官們卻用

¹⁴⁴ 司法院釋字第710號解釋蔡清遊大法官部分協同意見書之註3。

¹⁴⁵ 司法院釋字第710號解釋。

¹⁴⁶ 審稿人對司法院釋字第708、710號解釋間的不一致提出以下分析：「實則，倘若立法事實指司法者作成規範判斷的事實依據，則既然大法官在710號解釋中『並未』作出暫時收容時間上限的司法決定，則未採用此一事實，似無可議；反過來說，司法者也可能正因為考量了此一『事實』，因此作成不比照708號解釋訂上限的規範決定。而無論何者，應該都不是司法者將國會立法所依據之事實棄而不顧的情形。」本文同意審稿人的判斷，因為就蔡大法官的意見書來看，司法者的確必然考量過該份官方數據而非「棄之不顧」。但本文所批評者是多數意見「有考量卻不交代」的作法。進一步言，多數意見應該說明「為何不比照司法院釋字第708號解釋劃出上限」：是司法院釋字第708號解釋在方法上有誤、根本不應該依據統計數據劃線？或是其方法無誤但衡量有誤、不應該以「70%的達成率」為標準？

了頗為不同的方式對立法事實審查、分析、適用，難免讓人感到莫衷一是。若這樣的問題發生在同一案件中，大法官多數意見的論證品質就更難免讓人詬病。最明顯的例子就是司法院釋字第584號解釋。為了維護乘客安全，《道路交通管理處罰條例》規定有暴力犯罪前科者終身不得辦理計程車職業登記。多數大法官審查後認為該限制合憲，而解釋理由書的合憲論證十分倚重「系爭規定實施後計程車駕駛人犯罪情形減少」、「假釋後累、再犯率偏高」¹⁴⁷之實證資料¹⁴⁸：

此觀道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定於八十六年一月間，首度修正為永久禁止曾犯上述之罪者駕駛營業小客車前，據內政部警政署所作計程車駕駛人曾犯上述之罪者八十六年之列管人數統計，就同一罪名之累再犯率為百分之四點二四，若將犯其他罪名者一併計入，則其累再犯率高達百分之二十二點二二（依法務部八十六年各地方法院檢察署執行案件確定判決有罪被告之犯罪次數統計，其同一罪名之累再犯率為百分之二十二點三，將犯其他罪名者一併計入，則其累再犯率為百分之四十三）。於修法後，計程車駕駛人犯上述之罪者人數已呈現下降之趨勢，足資參照。又為實現上揭目的，究須採取何種措施方屬侵害人民職業自由之最小手段，乃應由相關機關依目前之社會狀況，衡酌乘客人身安全確保之重要性、目的達成之有效性、刑事累再犯之可能性及有無累再犯之虞之區分可能性（法務部就受刑人之假釋，雖已就假釋後累再犯之危險性有所評估，然九十二年當期撤銷假釋人數對當期假

147 學者黃舒芃即認為這幾乎是多數意見的唯一理由。黃舒芃，數字會說話？——從大法官釋字第五八四號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，收於：變遷社會中的法學方法，頁146-155（2009年）。

148 司法院釋字第584號解釋理由書。

釋出獄人數比率在百分之二十七點二，八十六年者，則為百分之三十，仍然偏高；又依刑事計量學方法所作之再犯預測，其預測方法及可信度，亦有待商榷。見法務部於本院九十三年二月十日調查會之報告)。

在認定終身限制合憲後，同樣引用法務部提供的統計資料，解釋理由書的結尾出現這樣的修法建議：

惟上述營業小客車駕駛人消極資格之終身限制規定，係基於現階段營業小客車管理制度所採取保障乘客安全之不得已措施，但究屬人民職業選擇自由之限制，自應隨社會治安之改進，犯罪預防制度之發展，駕駛人素質之提昇，營業小客車管理或其他營運制度之健全，就各該犯罪類型與乘客安全確保之直接關連性，消極資格限制範圍之大小，及有無其他侵害職業自由之較小替代措施等，隨時檢討改進；且此等犯罪行為人於一定年限後（法務部提供之八十一年至九十一年間各監獄出獄後再犯比率，於出獄第七年，平均降至百分之一點五，至第十年即降至百分之一以下），若經由個別審查之機制或其他方法，已足認其對乘客安全不具特別危險時，即應適時解除其選擇駕駛營業小客車執業之限制，俾於維護公共福祉之範圍內，更能貫徹憲法人民工作權之保障及平等原則之意旨，併此指明。

本號解釋理由書關於立法事實運用的論證問題，學界¹⁴⁹與大法官的個別意見書已多有批評分析；然而證據法理角度突顯出一個更明顯的問題，是解釋理由書基於立法事實進行規範推論的恣意差別待遇。如林子儀大法官在不同意見書中所質疑¹⁵⁰：

149 參照邱文聰（註4）；黃舒芃（註147），頁127-171。

150 司法院釋字第584號解釋林子儀大法官不同意見書；許宗力大法官的協同意見書及許玉秀大法官的不同意見書，也多少因此對多數意見「永久限制」的合

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，亦較目前所採行之永久禁止手段，為侵害較小且屬實質有效的手段。

申言之，多數意見從法務部提供之統計數據，在規範面上推論並正當化了「限制」的合憲性，卻未基於同樣類型之證據，得出「應限縮永久限制」的規範面推論。在同一份解釋理由書，「法務部的統計數據」先是正當化解釋結論的重要（甚至是唯一）基礎；卻在「是否永久限制」的問題上完全被排除於規範論證之外、成為修法建議的陪襯。如果立法事實本身不該有任何規範意義，那這樣的不一致當然也只是枝微末節的修辭問題。反之，若這些法外資訊確實提供了規範論述的基礎，則發生規範效力明顯地不一致，就會斷傷了多數意見用以正當化執業自由限制的基礎。即便認為司法者應原則上尊重立法者的事實認定，然而本案卻正是「恣意認定」的最佳例子：司法者或許可以尊重立法者對「高再犯率」的詮釋，並做為正當化職業自由限制之唯一理由；但當唯一理由消失時，立法者的恣意性就更加明顯。

三、法外知識與Daubert判準的運用時機

美國經驗也好，臺灣案例也罷，「違憲審查中的證據法」原本屬於「不是問題的問題」，但隨著知識發展的精緻化逐漸受到矚目，進而成為研究的主題。從前述的案例中不難發現，釋憲實務運作中發生過的瑕疵類型不一而足：包括對於證據品質的輕忽，以及詮釋／運用法外知識所提供事理觀點，進一步建立規範標準或進行憲法論證時發生論理的錯誤或前後不一的情形。這些瑕疵表現在違憲審查的不同階段、不同面向，而或有不同的成因；但最根本地說

憲結論表達不滿。

來，本文認為違憲審查中的證據法問題主要集中在影響大法官決策的行為科學面與程序——制度面。完善、常態運作的檢查程序，能使專業意見進入審理程序、明白點出證據品質不足之處；而充分的研究資源，也讓大法官在個別研究或形成意見前，即有機會納入證據法角度的考量，使憲法論證更為完備周全。

(一) 運用法外知識的時機

從前述幾個案例可以發現，若適切地整合法外知識，則比例原則的審查與論證能更加具體化；換言之，使用法外知識至少具備內部證立的功能。就目的正當性來說，司法院釋字第584號解釋用「再犯率偏高」來說明計程車的乘客安全；惟大法官的作法是直接引用數據後逕下評價，但邱文聰教授指出，大法官必須至少進一步分析「第一，對『前科者』而言，『計程車』是否較諸其他社會生活的環境，更容易製造犯罪；第二，對『一般人』而言，『乘坐計程車』是否較一般社會生活，有更高的被前科者加害風險」——如此才能真正說明這是特別需要防範的風險，而非一般生活中的風險¹⁵¹。如此一來，目的之正當性方得以突顯，而不是單單在「實質」、「重大」等形容詞中打轉。

法外知識在證立「目的手段關聯／必要性」的功能更是常見，前述案例的司法院釋字第584、646、699號解釋都是此類運用的嘗試；而司法院釋字第708號解釋引用「70%案件能於15日完成」來劃定15日內必須完成遣返的規定，則是屬於狹義比例原則的衡量。由於本文以提出問題為導向，前述舉例難免多為「負面教材」；但這些運用的失敗其實就如同大法官在（傳統／純粹）法律概念演繹推理錯一樣，都無法據以反對此類用途，而是更突顯如何改善、如何避免錯誤之必要性。相較於美國聯邦最高法院*Brown*案中用法外

151 邱文聰（註4），頁263-264。

知識直接推翻過往的法規範（判例），我國釋憲實務是在既存規範的框架下（比例原則）使用法外知識，若能正確援引、分析，其與傳統規範秩序並無明顯的衝突，而是將大法官習於以常識或臆測填補的論證空白處，以嚴謹的知識、建立合用的立法事實填補之。

（二）Daubert判準在我國的操作空間

目前釋憲機制的運作，顯然無法產出嚴謹而合用的知識——那本文前段介紹的Daubert判準是否能在我國釋憲程序中發揮把關的功能呢？如前所述，Daubert判準能夠處理抽象審查所需的立法事實，但我國釋憲運作的程序機制與慣行，是否能有效操作Daubert判準呢？我國實務有兩個特徵可能帶來疑慮而值得討論，其一是「非當事人進行主義」之審理程序，其二是我國大法官慣用「原始資料（raw data）」而非研究報告。

1. 法官可以自行操作 Daubert 判準嗎？

首先，由於Daubert判準在美國的運作是結合當事人進行主義、由原／被告兩造律師透過交互詰問，對專家證人進行三項子原則（專業性、關聯性與可靠科學方法）的檢驗；但我國釋憲採抽象審查，聲請人或可算是「原告」，「被告」就難說是誰了——那Daubert判準由誰執行檢驗呢？這個疑慮的有效性，是建立在「交互詰問」的功能；但如本文前段「肆、五、（一）」之介紹，美國教授Orr Larsen與英國學者Gilson不約而同地指出，交互詰問固然是普通法傳統下慣用的檢驗程序，卻未必是最能達成目標的作法。美國聯邦司法中心（Federal Judicial Center）研究員Carol Krafka等在一份2002年的研究中，整理美國民事訴訟程序處理專家證言的實證調查；在Daubert判準施行後，最常困擾法官與律師的12類問題中，第一名正是「證人欠缺獨立性、成為一方當事人的擁護者

(advocates)」——而且在12類問題中，也只有這「前兩名」在統計上超過組中點 (midpoint)¹⁵²。

這份研究一定程度上呼應了Gilson對交互詰問中針鋒相對斷傷真相的批評。同一份報告也指出，超過九成的法官會在訴訟程序中直接向專家證人提問以釐清其證言 (ask clarifying questions of experts from the bench)，比進行證言審查準備程序 (即Daubert Hearing) 的七成五還高出不少¹⁵³。因此，某種程度上，非當事人進行主義的我國釋憲程序，反而留有採取更溫和作法的空間；而既然美國聯邦證據法規則要求法官必須對證據品質把關，實踐上自行操作Daubert判準之情形也十分普遍，應非不可行的主張。進一步的建議 (例如改良現狀下大法官進行審議前的「三人小組」)，請見「陸、二」部分後述。

2. 援引官方統計資料的缺點

我國大法官慣用原始資料而非研究報告，在適用Daubert判準時也容易導致三項子原則只剩下一項可檢驗的狀況。從前段「二、」的各個案例中不難發現，大法官慣用的法外知識，清一色都是「官方統計資料」的數字。參考我國刑事訴訟法第159條之4第1款原則承認官方文書證據效力之規定，大法官們可能想訴諸官方證據的中立、權威性，實屬合理。不過援引這類資料，讓Daubert判準三項子原則的第(1)、(3)兩條幾乎落空，因為官方統計資料，其統計者為政府公務員，並不若學者或研究人員有各類指標可供判斷其「專業性」；而除了司法院釋字第708號解釋的極端案例以外，這類簡單的加總也沒有太多「科學方法」上可受質疑之處。更

152 Carol Krafka et al., *Judge and Attorney Experiences, Practices, and Concerns Regarding Expert Testimony in Federal Civil Trials*, 8 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 309, 327-28 (2002). 「第二名」則是「高價聘請證人」。

153 *Id.* at 325-27.

大的問題，是大法官解讀原始資料的能力不佳，這點在學者邱文聰針對司法院釋字第584號解釋的研究中已經明白突顯。

是故，理想的作法應該是制度性地開放研究報告進入違憲審查程序，由具備專業知識者以書面或證言詮釋原始資料，大法官再依循Daubert判準的精神把關這些專業知識的品質。倘若大法官非自行援引原始資料並推論不可，也應該事前將其觀點藉由類似「預告評論程序」的方式，讓專業仍有機會排除大法官在「關聯性」與「可靠科學方法」上可能發生的問題。事實上，大法官也並非全然排斥類似於研究報告的使用：例如司法院釋字第669號解釋在判斷槍枝殺傷力問題上，曾延請警政署代表在大法官內部的說明會中表達意見、也參考書面研究報告，許宗力大法官也因此認為相關系爭管制有其必要性¹⁵⁴。

3. 前例依 Daubert 判準操作的可能結果

以司法院釋字第708號解釋為例，若社會科學界透過檢證機制、留下卷證筆錄或法庭之友報告，從專業角度挑戰「部分統計資料」不符合科學方法，根本欠缺參考價值，大法官就知道茲事體大（而不只是少數大法官的「個人」意見），且必須提出有效的回應、費力解釋為什麼多數大法官違背社會科學專業意見的資料運用合理適宜，否則就得拿掉「部分統計資料」而另尋決策的正當化論證。證據資料的關聯性問題（司法院釋字第699號解釋），以及因果關係與或然率之間的選擇（司法院釋字第646號解釋），也能透過專業意見的輸入以及程序上的檢驗避免稀釋效應產生、協助大法官篩選合宜的證據，並逐漸形成穩定的標準。

完備的程序與充分的資源，更是促使大法官認真思考證據品質與事理觀點的前提：若無程序與資訊不斷督促釋憲者回應「法外知

154 司法院釋字第669號解釋許宗力大法官協同意見書。

識」與「事理觀點」的挑戰，則違憲審查的審議論辯仍將聚焦於概念、邏輯面向的辯證。如此一來，法外知識與事理觀點難免淪為規範論證中的「修辭」、「旁論」，而不若對待法律條文、原則、先例的嚴謹。若法外知識與事理觀點只是修辭與旁論，那發生如司法院釋字第584號解釋理由書前後文之間、或司法院釋字第708與710兩號解釋之間對待「修辭、旁論」的不一致，固然無須大驚小怪。但在科際整合方法已屢屢在我國釋憲實務的論證中扮演不可或缺的角色，則現今恣意的態度、鬆散的程序與匱乏的資源，就成為不可忽略的問題¹⁵⁵。

陸、對我國《司法院大法官審理案件法》相關修法的建言

除了「肆、」美國法制運作的經驗值得借鏡外，本文以下將從這兩個相互連結的面向，針對我國《司法院大法官審理案件法》及其修法草案中的相關機制進行分析。

一、《司法院大法官審理案件法》相關條文摘要說明

在給建議之前，當然應該對臺灣現行的相關程序進行扼要的介紹。當前臺灣大法官共15人，依司法院大法官審理案件法第11條，受理聲請的案件會先由「三人小組」、即3位大法官進行初步審查、

¹⁵⁵ 如審稿人提醒，本文所舉美國與臺灣之數個案例，發生瑕疵的態樣各有不同：有時是程序面的、有些是知識面的，有些則是更實質的、論理面的。假若成因各自不同，則之後偏重行為科學與制度面向的改革建議是否能有成效即不無疑問。本文對審稿人的指正由衷感謝，尤其同意審稿人對論理面向的質疑：申言之，在法學科際整合的發展上，實質論理面的進展仍十分有限，究竟如何「有效整合」而非「拼裝雜燴」正是方前最大的挑戰之一。本文的建議毋寧較為保守，認為至少必須先在具體可行的制度與程序上，剔除因疏忽而產生的不必要錯誤，方能立足於此，思考真正智識上的難題。

討論；且實務上會「由提名擔任大法官時不同資格者組成」¹⁵⁶。而已卸任的吳庚大法官進一步說明，這些卷證是每位大法官都完整掌握，在每件解釋的承辦大法官與三人小組討論後，由承辦大法官提出解釋文與理由書草案，付「全體審查會」討論、通過後，各大法官分頭寫解釋理由書與意見書，最後送大會表決通過；而小組本身的意見不具法律上拘束力、功能也就不大顯著¹⁵⁷。審查中若有需要，也會依同法第13條舉行說明會或言詞辯論。

值得注意的是，依2013年1月司法院公布之司法院大法官審理案件法修正草案¹⁵⁸，第17條第3項加入了「法庭之友」的制度：「一般人民或團體對於法庭審理之案件，得於敘明其關聯性後，提供專業意見或資料，以供法庭參考。」；但說明會仍是大法官依職權決定是否進行。此外，就法庭之友的部分，制度設計時應注意避免於本文「貳、」到「肆、」所提及美國實務經驗中的缺陷，對法庭之友意見的數量、篇幅、涉及範圍、品質加以限制。且法庭之友報告亦應公開，增加法院決策的透明度，提供外界監督參與的平臺。又，現下已運作的說明會與鑑定人制度已經給予大法官主動「向外求援」的管道¹⁵⁹，與美國聯邦最高法院之程序與美國大法官的保守態度相比，更為理想。同時，交互詰問固然並非必然該採的制度，但說明會與專家鑑定的公開化、制度化與常態化，以及對法外知識的充分檢證，是值得落實的方向。

二、善用「三人小組」機制

如前所述，欠缺證據品質管控的違憲審查程序，其最普遍明顯的危險就是產生稀釋效應，而稀釋效應對決策品質的危害反映在兩

156 吳庚、陳淳文（註110），頁602。

157 吳庚、陳淳文（註110），頁602-603。

158 司法院大法官網站，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p10_02.asp?id=109099（最後瀏覽日：2015年11月6日）。

159 林超駿（註9），頁227。

點特色上：(1) 即使資訊與問題間其實欠缺關聯性，決策品質依然會受影響；(2) 即使決策者明知有稀釋效應的風險，其決策也會受影響。不過，實證研究也指出至少有兩種方式能有效降低稀釋效應對決策產生的負面影響。其一，明確指定特定人或機制為決策團體篩選不相關的資訊¹⁶⁰；同時，增加更多具「關聯性」的資訊進入決策團體¹⁶¹。以美國訴訟程序為對象的實證研究中指出，在實質判斷證據前先透過一定程序檢驗相關證據，即有助防範稀釋效應影響決策者：雖然「法官」是否能有效把關並無一致的結論，但相對確定的是，將「證據品質把關」與「證據實質評價」區分的機制，能夠提昇決策品質¹⁶²。

就目前臺灣釋憲實務而言，「三人小組」（在《司法院大法官審理案件法修正草案》中第5條稱「審查庭」）正適宜執行類似一般訴訟中準備程序的功能：除了現有任務外，也明確將其指定為落實Daubert判準、在卷證進入全體審查會前，也對法外知識、立法事實資料的品質把關。申言之，三人小組負責規範面的爭點與待證事實整理，並將「說明會」的舉行常態化及透明化，做為訴狀以外，蒐集法外知識、立法資料的主要管道。並由三人小組負責品質的把關，將不符Daubert判準的資訊屏除於全體審查與大會表決外。

如審稿人細心指出，此處建議的機制其實與美國訴訟程序中的Daubert判準並不完全相同：因為在一般訴訟中，是由法官執行把關、再將合格的證據交由陪審團認定事實；但前述建議中，由於負責把關的「三人小組」也都是大法官，在準備程序後也會參與最後的決策，並非如一般訴訟程序中完全分離，且如此一來也有可能會

160 BEECHER-MONAS, *supra* note 36, at 26, 33.

161 H. David Smith et al., *Dilution in Legal Decision Making: Effect of Non-Diagnostic Information in Relation to Amount of Diagnostic Evidence*, 17 CURRENT PSYCHOL. 333, 344 (1998).

162 See Joseph Sanders, *The Merits of the Paternalistic Justification for Restrictions on the Admissibility of Expert Evidence*, 33 SETON HALL L. REV. 881, 937-38 (2003).

帶來先入為主的框架效應（framing）。審稿人的擔憂並非無據，但由於大法官總數為15人，三人小組只佔總數的五分之一，影響較為有限。一個可能的替代作法是另行修法，指定數名普通法院法官至憲法法院專任準備程序法官。此一方案的優點，是能更有效防堵框架效應，且普通法院法官操作證據排除程序的經驗，也會勝於非法官轉任的大法官。相對而言，缺點則是將大法官以外之人引入違憲審查相關的決策中，對違憲審查程序本身的正當性造成衝擊。兩個機制各有優缺點，但均較現制為佳。

三、增加大法官的調查能量

如果大法官自為調查勢不可免，在制度設計上就應該協助大法官提昇自為調查的品質。《司法院大法官審理案件法修正草案》第23到26條明定了基本的事實調查程序規定，並於第23條5項授權審查庭為之，不但課予相關機關協助調查之義務、賦予大法官閱卷調卷之權力，並保障各方表達意見與檢驗證據的機會，殊值肯定。但如林超駿教授指出，草案中僅規定鑑定人須受詢問，卻無可詢問專家證人之明文規定¹⁶³。如此一來，對證據品質的擔保即有闕漏，功虧一簣；即使不將法庭之友放上證人席交互詰問，也應至少有書面往來提問、說明之機制，讓大法官及涉訟各方能檢驗法庭之友所提供之資訊。

另外有兩點值得考慮。其一是「肆、四、(二)」中論及，提昇大法官處理法外知識能力的在職教育，讓法外知識能被正確接收。第二點則是增加大法官助理或研究專員。以美國聯邦最高法院為例，每一名大法官可配置3至4名助理¹⁶⁴，相較我國每位大法官僅有

163 林超駿（註9），頁230。

164 UNITED STATES COURTS, *Supreme Court Procedures*, <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1> (last visited Mar. 7, 2016).

1名助理，相差甚遠¹⁶⁵。即便如此，美國學者仍感到大法官自為研究的能量與品質不足，建議投入更多研究資源¹⁶⁶。改善現實條件的建議固然直觀，卻是很實際的協助，剩下的就是主事者的意願與國家資源分配的問題了。

柒、結語

不論欣見或憂慮，臺灣法學的發展受到（美國）科際整合的影響越來越顯著¹⁶⁷：包括憲法學與違憲審查在內，從法律決策的實質影響評估，到法律決策與論證本身，社會科學等法外知識與傳統、實證法意義下的法律如何互動、實體面上如何彼此影響，是如今多數科際整合研究的重心。相對而言，證據與程序面的研究則極為罕見。即使是在科際整合法學已然自成一家且穩定發展的美國，固然對於聯邦最高法院中「法庭之友」制度已經累積相當經驗與研究，但從證據法觀點出發的研究建議，仍屬少見。

這些問題不只是規範面的概念與邏輯問題，更包括決策者的主觀心理因素與相應的程序及制度面向。本文試圖從經驗與研究較為豐富的美國觀點出發，分析我國「違憲審查證據法」當前的發展與所面臨的問題。最明顯的問題正是「違憲審查證據法」往往不被當成是個問題。民、刑事訴訟中長期經驗與研究所累積的證據法理，卻因為規範違憲審查「與事實無涉」的隱性假設，而在美國與我國

165 即使計算助理之總數，美國也是我國的兩倍。

166 See Kenneth Culp Davis, *Judicial, Legislative, and Administrative Lawmaking: A Proposed Research Service for the Supreme Court*, 71 MINN. L. REV. 1, 17 (1986); Orr Larsen, *supra* note 5 at 1310-11.

167 王泰升，四個世代形塑而成的戰後台灣法學，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1408-1409（2011年）；黃舒芃，憲法中的釋義學與科際整合——論台灣憲法學繼受典範的變遷，收於：變遷社會中的法學方法，頁232（2009年）。

的審理程序中長期被忽視。然而現實運作中，違憲審查的憲法裁判與論證又免不了參考各種立法事實、法外知識；但由於欠缺把關的機制，實際運用的弊病（例如稀釋效應、當事人偏見，或關聯性問題）一一浮現。如此一來，「違憲審查證據法」的重要性，也就不言而喻了。而實證與規範的研究顯示，以行為科學為根基的制度／程序設計不但能緩解這些弊病對決策品質造成的危害，也與傳統證據法所強調的原理相合。而本文提出「事理觀點」的理論，更進一步主張透過歸納或演繹，能找出蘊藏於法外知識的規範意義——則證據法理的充分落實，就是另一個充實憲法實體內涵、提昇決策品質的重要基礎。

具體而言，其實大法官審理案件程序中已存在的「三人小組」與「說明會」都不失落實證據法理的出發點；將這兩個機制常態化並配合證據法思維調整，應該能有效提昇違憲審查中對立法事實／法外知識的資訊品質。若大法官願意參與社會科學原理的「在職訓練」，不但更有助於證據篩選機制的運作，也更能幫助大法官「看見」事理觀點有助於規範論證的潛力。不論如何，本文若能讓這個問題在國內得到重視、收拋磚引玉之效，也算完成起碼的階段性任務。

參考文獻

1. 中文部分

- 王泰升(2011), 四個世代形塑而成的戰後台灣法學, 臺大法學論叢, 40卷特刊, 頁1367-1428。
- 王鵬翔、張永健(2015), 經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色, 中研院法學期刊, 17期, 頁205-294。
- 吳庚、陳淳文(2013), 憲法理論與政府體制, 3版, 臺北: 自版。
- 林超駿(2014), 初論法庭之友與美國最高法院——兼評大審法草案相關規定, 月旦法學雜誌, 227期, 頁198-231。
- 邱文聰(2008), 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, 臺大法學論叢, 37卷2期, 頁239-257。
- 陳瑞麟(2010), 科學哲學: 理論與歷史, 臺北: 群學。
- 黃昭元(2013), 大法官解釋審查標準之發展(1996-2011): 比例原則的繼受與在地化, 臺大法學論叢, 42卷, 頁215-258。
- 黃舒芃(2009), 數字會說話? ——從大法官釋字第五八四號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位, 收於: 變遷社會中的法學方法, 頁127-171, 臺北: 元照。
- (2009), 憲法中的釋義學與科際整合——論台灣憲法學繼受典範的變遷, 收於: 變遷社會中的法學方法, 頁227-244, 臺北: 元照。
- 湯德宗(2009), 違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想, 收於: 廖福特編, 憲法解釋之理論與實務(六)(下冊), 頁581-660, 臺北: 中央研究院法律學研究所籌備處。
- 廖元豪(2008), 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211-274。

蘇永欽（2002），部門憲法——憲法釋義學的新路徑？，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁739-772，臺北：元照。

2. 外文部分

- Anderson, Helen A. 2015. Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae. *University of Richmond Law Review* 49:361-416.
- Beecher-Monas, Erica. 2007. *Evaluating Scientific Evidence: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Bernstein, David E. 2008. Expert witnesses, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution. *Iowa Law Review* 93: 451-490.
- . 2013. The Misbegotten Judicial Resistance to the Daubert Revolution. *Notre Dame Law Review* 89:27-70.
- Brown, Harvey, and Melissa Davis. 2014. Eight Gates for Expert Witnesses: Fifteen Years Later. *Houston Law Review* 52:1-299.
- Cheng, Edward K., and Albert H. Yoon. 2005. Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards. *Virginia Law Review* 91:471-513.
- Cross, Frank B., James F. Spriggs II, Timothy R. Johnson, and Paul J. Wahlbeck. 2010. Citations in the U.S. Supreme Court: An Empirical Study of Their Use and Significance. *University of Illinois Law Review* 2010:489-576.
- Davis, Kenneth Culp. 1986. Judicial, Legislative, and Administrative Lawmaking: A Proposed Research Service for the Supreme Court. *Minnesota Law Review* 71:1-18.

- Dixon, Lloyd, and Brian Gill. 2001. *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision*. Santa Monica, CA: RAND Corp.
- Faigman, David L. 2004. *Laboratory of Justice: The Supreme Court's 200-year Struggle to Integrate Science and the Law*. New York, NY: Henry Holt and Company.
- . 2008. Scientific Realism in Constitutional Law. *Brooklyn Law Review* 73:1067-1101.
- . 2010. Evidentiary Incommensurability: A Preliminary Exploration of the Problem of Reasoning from General Scientific Data to Individualized Legal Decision-Making. *Brooklyn Law Review* 75:1115-1136.
- . 2013. The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science. *University of California Davis Law Review* 46:893-930.
- Freckelton, Ian, and Hugh Selby. 1993. *Expert Evidence*. London: Sweet & Maxwell.
- Gilson, Cedric Charles. 2012. *The Law-Science Chasm: Bridging Law's Disaffection with Science as Evidence*. New Orleans, LA: Quid Pro Books.
- Grofman, Bernard. 2013. Devising A Sensible Trigger for Section 5 of the Voting Right Act. *Election Law Journal* 12:332-337.
- Jasanoff, Sheila. 1995. *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kearney, Joseph D., and Thomas W. Merrill. 2000. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review* 148:743-855.
- Krafka, Carol, Meghan A. Dunn, Molly Treadway Johnson, Joe S. Cecil, and Dean Miletich. 2002. Judge and Attorney Experiences,

- Practices, and Concerns Regarding Expert Testimony in Federal Civil Trials. *Psychology, Public Policy, and Law* 8:309-332.
- Monahan, John, and Laurens Walker. 2010. *Social Science in Law: Cases and Materials*. 7th ed. New York, NY: Foundation Press.
- Morawetz, Nancy. 2013. Convenient Facts: *Nken v. Holder*, the Solicitor General, and the Presentation of Internal Government Facts. *New York University Law Review* 88:1600-1664.
- Orr Larsen, Allison. 2012. Confronting Supreme Court Fact Finding. *Virginia Law Review* 98:1255-1312.
- . 2014. The Trouble with Amicus Facts. *Virginia Law Review* 100:1757-1818.
- Posner, Richard A. 1998. Against Constitutional Theory. *New York University Law Review* 73:1-22.
- . 2013. *Reflection On Judging*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rolong, Angelica. 2014. Access Denied: Why the Supreme Court's Decision in *Shelby County v. Holder* May Disenfranchise Texas Minority Voters. *Texas Tech Law Review* 46:519-560.
- Rustad, Michael, and Thomas Koenig. 1993. The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs. *North Carolina Law Review* 72:91-162.
- Sanders, Joseph. 2003. The Merits of the Paternalistic Justification for Restrictions on the Admissibility of Expert Evidence. *Seton Hall Law Review* 33:881-941.
- Schauer, Frederick. 2009. *Thinking Like A Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Schauer, Frederick, and Barbara A. Spellman. 2013. Is Expert Evidence Really Different?. *Notre Dame Law Review* 89:1-26.
- Smith, H. David, Mark F. Stasson, and William G. Hawkes. 1998.

Dilution in Legal Decision Making: Effect of Non-Diagnostic Information in Relation to Amount of Diagnostic Evidence. *Current Psychology* 17:333-345.

Stableford, Brian M. 2006. *Science Fact and Science Fiction: An Encyclopedia*. New York, NY: Routledge.

Troutman, C. Michael, and James Shanteau. 1977. Inferences Based on Nondiagnostic Information. *Organizational Behavior & Human Performance* 19:43-55.

Twining, William. 2006. The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship. Pp. 35-98 in *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. 2d ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Comment & Note

A Comparative Study on “Evidence Law”
in Constitutional Review:

External-Knowledge’s Quality Control, Experiential
Perspectives, and Their Contribution to the Reasoning of the
Taiwanese Constitutional Court and the U.S. Supreme Court

*Wen-Yu Chia**

Abstract

As a long-time practice, the U.S. Supreme Court has utilized external knowledge via interdisciplinary approaches in its constitutional reasoning. Similar practice has been gradually growing in the Taiwanese Constitutional Court as well. Nevertheless, the lack of quality-control mechanisms of the utilized external knowledge spawns serious problems to the mental processes of Justices’ decision-making and constitutional reasoning in both jurisdictions. The negligence of quality control may also lead to the ignorance of experiential perspectives provided by external knowledge as an alternative path of Justices’ constitutional reasoning. This essay engages those problems by first identifying the scope of the problems with a series of case studies and literature review. Second, with the help of behavioral science, this essay will propose several reform suggestions for better quality control of the utilized external knowledge in Taiwan.

* Postdoctoral Researcher & Assistant Professor (adjunct), Department of Humanities & Social Sciences, College of Liberal Arts and Social Sciences, National Taiwan University of Sciences and Technology; Assistant Professor (adjunct), Department of Financial & Economic Law, School of Law, Chung Yuan Christian University.

KEYWORDS: constitutional review, evidence law, external-knowledge, experiential perspectives, interdisciplinary approaches, amicus curiae brief, *Daubert*, cross-examination.