

比例原則及其階層化操作*

—— 一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思

黃舒芃**

摘要

本文旨在透過對我國司法院大法官相關解釋內容的觀察，分析比例原則之解釋方法在我國釋憲實務操作下，蘊含何等特質，而這些特質又如何影響比例原則原本被期待發揮的功能，進而影響大法官解釋論證的說服力。本文將先追溯在司法院釋憲實務中，比例原則從隱微影響到正式進駐大法官解釋論證、再到內化為大法官憲法解釋方法的繼受與發展歷程。緊接著，本文將歸納出司法院釋憲實務操作比例原則之特色，進行進一步的闡述。其中，由於「比例原則與審查標準／密度的結合」此一現象，堪稱司法院釋憲實務在近年來深化比例原則操作的過程中，最重要而具影響力的特色，本文後半部的內容，將聚焦檢視這個現象。本文指出：儘管從司法院釋憲實務的發展軌跡中，的確可以清楚看出比例原則結合審查標準操作的趨勢，但是這種致力於「類型化」與「階層化」的發展終究未竟全功。有鑑於此，本文將針對「審查標準之進駐如何協助改良比例原則操作」的問題，提出具體建議。

* 投稿日：2014年12月9日；接受刊登日：2016年1月13日。〔責任校對：黃莉婷〕。

本文原以「比例原則之解釋方法」為題，發表於司法院大法官103年度學術研討會。作者感謝會議與談人林明鏘教授，中央研究院法律學研究所林子儀所長，以及本刊匿名審查人，惠賜寶貴意見。當然，所有文責仍由作者自負。

** 中央研究院法律學研究所研究員。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/82705161.pdf>。



關鍵詞：比例原則、階層化、審查標準、違憲審查、基本權利、權力分立。

目 次

壹、前言	肆、比例原則階層化發展之問題 與前景：立基於比例原則功能定位的反思及建議
貳、比例原則於司法院釋憲實務之繼受與發展	一、釋憲實務「階層化」操作之再檢視
參、司法院釋憲實務操作比例原則之特色	二、階層化發展對比例原則的意義：審查標準如何協助改良比例原則？
一、比例原則的適用權利類型	伍、結論與展望
二、釋憲實務對必要性原則與法益相稱原則的倚重	
三、比例原則與審查標準／密度的結合	

壹、前言

儘管我國憲法學界對比例原則¹的認識，主要受到德國當代相關學說與實務發展的影響²，但放眼國際，比例原則無疑已透過許

1 為呼應題旨，本文之討論將侷限在憲法脈絡、特別是基本權利脈絡中，作為解釋方法之比例原則，而不涉及比例原則在行政法領域的適用問題。

2 相關文獻眾多，例可參考：許宗力，比例原則之操作試論，收於：法與國家權力(二)，頁122(2007年)；姜世明，強制執行法之基本原則與理念，月旦法學雜誌，225期，頁218(2014年)；翁岳生，司法院大法官之解釋與臺灣民主政治及法治主義之發展，台灣法學雜誌，178期，頁12(2011年)；陳新民，論憲法人民基本權利的限制，收於：憲法基本權利之基本理論(上)，頁256-266(1990年)(以下簡稱：陳新民，論憲法人民基本權利的限制)；陳新民，憲法學釋論，6版，頁181-182(2008年)(以下簡稱：陳新民，憲法學釋論)；蔡宗珍，公法上之比例原則初論——以德國法發展為中心，政大法學評論，62期，頁78-89(1999年)。

多國家與國際法院的具體適用，而有越來越普遍化的趨勢³。近年以來，若干相關研究不但強調比例原則的普遍性⁴，甚至還標誌出比例原則的全球化現象⁵。就這個意義而言，我國司法院釋憲實務

-
- ³ 關於此一國際趨勢的介紹性文獻，可參考AHARON BARAK, *PROPORTIONALITY: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS* 175-210 (2012); Angelika Nußberger, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Strukturprinzip richterlichen Entscheidens in Europa*, NVwZ-Beilage 2013, S. 36 (37 ff.); Juliane Kokott, *Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I: Entwicklung und Grundlagen, 2004, § 22 Rn. 99-105; Andreas von Arnould, *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, in: Hatje/Nettesheim (Hrsg.), *Europarecht*, Beiheft 1/2008: Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht, 2008, S. 41 (43 ff.); Julian Rivers, *Proportionality and Discretion in International and European Law*, in *TRANSNATIONAL CONSTITUTIONALISM: INTERNATIONAL AND EUROPEAN MODELS* 107, 107-08, 122-29 (Nicholas Tsagourias ed., 2007). 另一方面，正因為比例原則的適用在國際間日益普及，學界也出現越來越多對比例原則的檢討與批評。例可參見Frank Raue, *Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?*, AöR 131 (2006), S. 79 (84 ff.); Oliver Lepsius, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 2011, S. 159 (233 ff.); Stavros Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, 7 INT'L J. CONST. L. 468 (2009); Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality*, 57 AM. J. JURIS. 49, 57-80 (2012).
- ⁴ 參見 Matthias Klatt/Moritz Meister, *Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, Der Staat 51 (2012), S. 159 (159-161); Matthias Klatt/Moritz Meister, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus*, JuS 2014, S. 193 (194) (以下簡稱：Klatt/Meister, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) ; MOSHE COHEN-ELIYA & IDDO PORAT, *PROPORTIONALITY AND CONSTITUTIONAL CULTURE* 2-3, 10-14 (2013); Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber, *Introduction*, in *PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING* 1, 1-3 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014); Bernhard Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, 22 DUKE J. COMP. & INT'L L. 291, 298 (2012).
- ⁵ 例如Johannes Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*, Der Staat 51 (2012), S. 3 (13 ff.). 另可參見Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 74 (2008); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263, 263 (2010).

長久以來對比例原則的正面認可與反覆操作，並不單純只是「繼受德國法」的一種體現，而毋寧更積極印證了「比例原則全球化」的發展潮流。事實上，經過長時間的案件累積與經驗傳承，司法院大法官解釋脈絡中的比例原則，也在一定程度上，呈現出具有本土特色的樣貌，從而有深入研究的必要。

本文之目的，即在於透過對我國司法院大法官相關解釋內容的觀察，分析比例原則之解釋方法在我國釋憲實務操作下，蘊含何等特質，而這些特質又如何影響比例原則原本被期待發揮的功能，進而影響大法官解釋論證的說服力。必須先說明的是，由於我國大法官對於比例原則的運用，係立足於個案，不斷逐步演進發展，因此，如果要深入理解我國大法官對於比例原則的運用，檢視其是否符合我國釋憲實務引入並發展比例原則之目的，自須先對此一發展過程加以觀察與分析，才能對之進行正確的理解與批判⁶。基於這樣的認知，以下第貳部分，本文將先追溯在司法院釋憲實務中，比例原則從隱微影響到正式進駐大法官解釋論證、再到內化為大法官憲法解釋方法的繼受與發展歷程。緊接著在第參部分，本文將根據前述觀察，歸納出司法院釋憲實務操作比例原則之特色，並特別針對「比例原則的適用權利類型」，「釋憲實務對必要性原則與法益相稱原則的倚重」，以及將構成本文後半部論述主軸之「比例原則與審查標準／密度的結合」這三個面向，進行進一步的闡述。由於最後所提出「比例原則與審查標準／密度的結合」此一現象，堪稱司法院釋憲實務在近年來深化比例原則操作的過程中，最重要而具影

6 換言之，本文設定的寫作方式與論述目的，本即欲從觀察司法院釋憲實務操作比例原則的發展趨勢出發，進而從中發掘釋憲實務的發展所蘊含的特色與問題。對此，論者或謂：一旦沒有在文章一開始就獨立敘明所謂「批評釋憲實務的標準」，便會造成本文結構的缺失。然而，我國比例原則及其階層化的發展，本來就是透過釋憲實務發展累積而來的成果。因此，要批評釋憲實務所發展出來的釋憲標準究竟有何問題，重點自然必須放在此釋憲標準之運作能否有效實現其功能與目的之上。

響力的特色（本文將此簡稱為「比例原則的『階層化』操作」。理由與內容詳如後述），本文將在第肆部分，聚焦檢視這個現象。本文將先分析與證明：儘管從司法院釋憲實務的發展軌跡中，的確可以清楚看出比例原則結合審查標準操作的趨勢，但是這種致力於「類型化」與「階層化」的發展，卻因為審查標準對比例原則實質論述的影響有限，以及大法官解釋脈絡下的比例原則終究更重視個案衡量，而未竟全功。有鑑於此，本文將在最後論述階段，透過對於前述發展趨勢的綜合檢討，針對「審查標準之進駐如何協助改良比例原則操作」的問題，提出具體建議。本文認為：若要讓比例原則與審查標準的結合，確實達到改善比例原則操作的效果，讓比例原則可以如實發揮它的功能，協助釋憲機關判斷公權力對個人之自由權利是否造成過度侵犯，則大法官在操作比例原則的過程當中，一方面應該讓決定審查標準的影響因素，儘可能單純化，回歸以基本權利保護為中心的意識；另一方面，審查標準的區隔，也應該具體反映至比例原則之實質論理，俾使比例原則與審查標準的結合，更有助於提高比例原則論證的理性與可預測性。

貳、比例原則於司法院釋憲實務之繼受與發展

根據我國憲法學界之一般見解，比例原則的憲法依據，來自我國憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」的規定⁷。在這項規範基礎之上，我國憲法學界

7 相關文獻眾多。例可參見翁岳生（註2），頁12；李震山，從憲法觀點論身體不受傷害權，收於：人性尊嚴與人權保障，4版，頁159（2011年）；林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，臺大法學論叢，33卷3期，頁177（2004年）；吳庚，憲法的解釋與適用，頁162-165（2003年）；許育典，學術自由作為大學法制的核心建構——二一退學憲法爭議的省思，收於：翁岳生教授祝壽論文編輯委員會主編，當代公法新論（上）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁

通說繼受了德國當代憲法釋義學的發展主流，進而認定：前述規定所謂「必要」與否之判斷，應根據比例原則來進行。據此，作為憲法解釋方法之比例原則，其主要意義就在於協助判斷：系爭公權力行使的目的與手段之間，是否處於一種合乎比例的、也因此是憲法所容許的關係。更進一步來說，一般認為比例原則應包含下列四項子原則⁸的檢驗：首先，公權力行使所追求的目的，必須具有憲法

173、180（2002年）；陳新民，論憲法人民基本權利的限制（註2），頁195、239、253-255。此外，司法院釋字第428號解釋也明文以憲法第二十三條為比例原則的憲法依據，詳見該號解釋之解釋文：「是郵政法第二十五條排除一般掛號郵件毀損之補償，乃就其所收取費用、服務性質、經營成本、人民權益所受侵害之程度等因素為衡平考量，並為維持郵政事業之經營所必須，增進公共利益所必要，尚未逾越立法權自由形成範圍，符合憲法第二十三條之比例原則，……」。另可參見司法院釋字第436、445、454、462、471、476、507、509、510、512、515、554、558、564、580、588、596、600、603、604、616、617、618、623、628、630、634、636、641、642、646、649、654、656、659、664、665、669、670、672、673、677、678、679、682、685、689、690、698、699、702、709、710、711、712、713、714、715、716、718、719、732、733等多號解釋文與解釋理由書。這些解釋文與解釋理由書中，大法官都以「憲法第二十三條之比例原則」、「憲法第二十三條比例原則」或「憲法第二十三條規定之比例原則」等等用語，認定憲法第二十三條就是比例原則的憲法依據。關於此一實務上的認定與發展，詳見下段論述。

- 8 關於比例原則主要蘊含目的正當性、手段適合性、手段必要性、手段合比例性（詳後述）等各項子原則的看法，不僅在我國憲法學界常見（相關討論可進一步參見以下註9內容），也是國際憲法學界的主流觀點。例可參見許宗力（註2），頁122-123（「比例原則除要求限制基本權的目的必須具憲法正當性外，還要求所採限制手段首先必須適合於目的之達成（適合性要求）；其次必須屬不得已的，也就是對基本權影響、限制最小的手段（必要性要求，最小限制要求）；以及最後，達成目的所或致力亦必須大於對私人基本權所造成損害（比例性要求）。」）。同此見解，參見李建良，兩岸關係下的人性尊嚴、收養自由與制度保障——釋字第712號解釋，台灣法學雜誌，250期，頁32-33（2014年）；李建良，人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查——釋字第690號解釋，台灣法學雜誌，186期，頁73-75（2011年）；許澤天，對特別刑法敲響一記警鐘的釋字第六六九號，台灣法學雜誌，149期，頁190（2010年）；Urbina, *supra* note 3, at 49; BARAK, *supra* note 3, at 245-370; COHEN-ELIYA & PORAT, *supra* note 4, at 2; Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Fn. 4), S. 194 f.; Sweet & Mathews, *supra* note 5, at 75; Detlef Merten, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, 2009, § 68 Rn. 52, 52-76; Martin Luterán, *The Lost Meaning of Proportionality*, in PROPORTIONALITY AND THE

上的正當性；其次，公權力為追求前述目的而使用的手段，必須有助於目的之達成；再者，公權力為追求其目的之達成，若有多個相同有效的手段可供選擇，則必須使用侵害最小的手段；最後，公權力行使所保護與所侵害的權利，彼此間在損益衡量上，應處於法益相稱的關係，一般又稱之為狹義比例原則⁹。單從這個學說上關於憲法第23條實質內涵的定義，已可清楚看出：比例原則最重要而為人所熟知的功能，就在於防止國家公權力對人民基本權利的過度侵犯。這樣的基本意識，也成為我國釋憲實務日後透過適用憲法第23條之規定，落實其「節制不當公權力」之人權保障任務的基礎。

相對於憲法學自80年代晚期以來對比例原則長年的理論繼受，我國司法院大法官在1999年所作的司法院釋字第476號解釋當中，

RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING 21, 21 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014). 必須特別澄清的是，由於我國若干論著對德國法上比例原則的介紹，僅著重在目的與手段之間的合理關連性，從而形成國內部分論者以為德國比例原則只講究三個子原則、完全不過問目的正當性的錯誤印象。不過很顯然地，所謂「德國法上比例原則不審查目的正當性」的看法，既非德國當代憲法學界向來的主流見解，也不符合德國聯邦憲法法院的釋憲實務。關於德國憲法上比例原則內涵的闡述，較早期之論著可進一步參考 *Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit* (1961), 2. Aufl., 1999, S. 78 ff.; *Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 192 ff.; 新近介紹可參考 *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II*, 27. Aufl., 2011, S. 67 ff.; *Merten, ebenda*, Rn. 54-64; *Saurer (Fn. 5)*, S. 7.

⁹ 關於我國憲法學界對比例原則內涵的詳細闡述，可進一步參見許宗力（註2），頁122-137。另可參見林錫堯大法官於司法院釋字第699號解釋中所提協同意見書。此外亦有論者主張以憲法第23條所列四項公益條款，作為檢驗系爭規定之目的是否正當的依據，並將之與比例原則中手段與目的關連性（亦即前述適合性、必要性、合比例性）之審查區分開來。例可參考陳清秀，夫妻所得合併申報課稅問題——釋字第六九六號解釋評析，月旦法學雜誌，210期，頁56-57（2012年）；許育典，憲法，頁156-160（2006年）；許育典，宗教自由與宗教法，頁206-217（2005年）；陳慈陽，憲法學，2版，頁424-425（2005年）；陳愛娥，社會國的憲法委託與基本權保障，收於：吳庚大法官榮退論文集編輯委員會編，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，頁282-283（2004年）。雖然在形式上，此種觀點並未將立法目的之審查，納入比例原則之概念範疇；但就實質內容觀之，其與前述四項子原則所揭示之比例原則內涵，並無重大區別。

方才於解釋文暨理由書正式闡明比例原則的具體規範內涵：「目的正當性、手段必要性、限制妥當性」，並以此作為違憲審查的檢驗基準¹⁰。不過，若細究解釋內容，司法院大法官在1997年的司法院釋字第428號解釋中，即明白以「比例原則」來詮釋憲法第23條的具體內容。本號解釋理由書指出：郵政法規限縮掛號郵件毀損之補償範圍的規定，「乃就其所收取費用、服務性質、經營成本、人民權益所受侵害之程度等因素為衡平考量，並為維持郵政事業之經營所必須，增進公共利益所必要，尚未逾越立法權自由形成範圍，符合憲法第二十三條之比例原則」，其論理模式至少已部分顯現比例原則檢驗結構的雛形。此後在著名的司法院釋字第445號與第471號解釋中，比例原則更在大法官的論證過程中，扮演重要角色：司法院釋字第445號解釋理由書即認定：集會遊行法以「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損害之虞」作為主管機關得不許可集會遊行之理由，違反比例原則，因為：「所稱『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，如僅一二參與者有此情形，是否即得不許可其他參與人舉辦集會、遊行；又既有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞，即尚未至構成刑事責任之程度；倘有妨害安寧秩序之行為，則有社會秩序維護法之規定可資處罰。以有此情形，即禁止為集會、遊行，亦違反比例原則。」對於此款規定之違憲宣告，顯然來自於認定其違反必要性原則與法益相稱的要求。而司法院釋字第471號解釋理由書亦闡明：「對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當之關係，俾貫徹現代法治國家保障人身自由之基本原

10 本號解釋所稱「目的正當性、手段必要性、限制妥當性」實際上究何所指，又是否或如何被後來的大法官解釋沿用，學界有不同的解讀。相關討論可參見湯德宗，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（第六輯）（下冊），頁587-588（2009年）；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2期，頁220-225（2013年）。

則。」進而指出：「槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項之規定，不問行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，拘束其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。」其關於系爭規定違反比例原則的判斷，同樣立基於必要性原則與法益相稱原則的考量。這些較早期的案例已顯示出：儘管不一定有完整明示，但對司法院釋憲實務而言，比例原則的規範精神，早已融入憲法第23條，成為基本權利違憲審查的重要基準。

在前述第一次正式闡明比例原則具體內容的司法院釋字第476號解釋中，大法官面對毒品防制相關立法是否違憲的問題，在大篇幅強調煙毒危害之後，以此基礎肯定系爭死刑、無期徒刑規定所追求杜絕毒害目的之正當性。針對目的與手段之間的關連性，大法官雖未逐一明示所謂「手段必要性」與「限制妥當性」的內涵，但從解釋理由書內容：「茲製造、運輸、販賣乃煙毒之禍源，若任令因循瞻顧，則吸食者日眾，漸染日深，流毒所及，非僅多數人之身體法益受其侵害，并社會國家之法益亦不能免，此般鑒非遠。是對於此等特定之行為嚴予非難，並特別立法加重其刑責，自係本於現實之考量，其僅以兩不相侔之侵害個人法益之殺人罪相比擬，殊屬不倫；抑且製造、運輸、販賣煙毒之行為，除具備前述高度不法內涵外，更具有暴利之特質，利之所在，不免群趨僥倖，倘僅藉由長期自由刑之措置，而欲達成肅清防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義。」可以看出，本號解釋除了認可系爭規定相應於其所追求之目的，符合前述必要性（最小侵害）原則與法益相稱（狹義比例）原則之外，也連帶肯定系爭規定所採取之手段有助於目的之達成，符合適合性原則的要求。自此之後，大法官除了在形式結構上重複宣示「目的正當性、手段必要性、限制妥當性」之比

例原則定義¹¹外，在實質論證內容當中，更越來越頻繁地依據比例原則的規範內涵，行使其違憲審查權限。而隨著實際運用比例原則作為審查基準的頻率日益提高，大法官對於比例原則各個子原則在細部論證上的操作，總體而言也有越來越清晰嚴謹的趨勢。例如在司法院釋字第603號解釋中，大法官針對強制按捺指紋是否違反比例原則、侵犯個人隱私權的問題，先是否定防範犯罪目的之正當性，再則分別就「加強身分證防偽功能」、「防止冒領身分證」以及「辨識身分」等通過正當性檢驗的目的，逐一檢查其與強制按捺指紋之間的合理關連性，在個別詳盡論述之後認定：系爭規定就防偽、防冒領等目的而言，違反最小侵害原則；就辨識目的而言，則不僅可能根本不符適合性原則，且無論如何均已「損益失衡、手段過當」，違反法益相稱的要求。此外，從近十年來的解釋文暨理由書可以看出，儘管比例原則審查往往並不必然依循所謂「目的正當」、「手段適合」、「手段必要（最小侵害）」、「手段合比例（利益衡量）」的論述流程與規格，但是許多解釋至少都闡明了系爭規定究竟違反（或符合）比例原則當中哪一個（或哪些）具體誡命。例如，司法院釋字第649、669、712等號解釋均以系爭規定違反要求法益相稱之狹義比例原則為由，宣告其違憲；又如司法院釋字第715號解釋認為，國防部預備軍士官班招生簡章禁止因過失犯而受刑之宣告者報考，惟「過失犯因疏忽而觸法，本無如同故意犯罪之惡性可言，苟係偶然一次，且其過失情節輕微者，難認其必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力。」因此大法官明確闡釋：「系爭規定剝奪其透過系爭考選以擔任軍職之機會，非屬達成目的之最小侵害手段，逾越必要程度，抵觸憲法第二十三條比例原則。」這些初步觀察足以顯示：我國司法院釋憲實務對於比例原則規範結構與內涵的認定，不僅與憲法學界的認知相符，也確實清楚表現在違憲審查的具體論述上，其發展結果進而使得比例原則成為

11 參見司法院釋字第544、551、719號解釋。

大法官為防止公權力對基本權利形成過度限制，所使用最重要的操作工具¹²。更重要的是，經由近百個解釋案的累積，比例原則無疑已成為大法官在基本權利相關案件¹³的違憲審查上，不可或缺的判斷依據與評價準則。有趣的是，雖然學界普遍承認比例原則之概念與方法繼受自德國，但是此一「繼受」軌跡似乎未曾明白顯現在司法院釋憲實務上¹⁴。相反地，自從將憲法第23條與比例原則相結合以來，大法官一直是站在先前的釋憲案基礎上發展、深化比例原則。就此意義而言，司法院釋憲實務脈絡中的比例原則，並沒有遭遇所謂的本土化障礙或挑戰，反而一直被大法官視為理所當然的解釋方法。

參、司法院釋憲實務操作比例原則之特色

比例原則的要旨，在於禁止國家公權力對人民基本權利施予過度的限制，已如前述。因此，大法官日益頻繁地操作比例原則，而

12 亦有論者認為，大法官整體而言展現出越來越重視比例原則審查的趨勢，而對此現象也普遍持肯定態度。參見黃昭元（註10），頁224-241。至於對大法官操作比例原則實務的根本性批評，參見林明鏞，比例原則之功能與危機，月旦法學雜誌，231期，頁73-79（2014年）。

13 綜觀我國司法釋憲實務之發展，在憲法解釋的層次上，大法官顯然將比例原則視為原則上專屬於基本權利爭議之違憲審查基準。在此值得附帶提出的是，就國際發展情況看來，比例原則並不總是被當成基本權利（特別是自由權）爭議案件的審查基準。例如歐盟法院就基於歐盟條約第5條第4項之規定，根據比例原則來界定歐盟與各會員國之間的權限劃分，從而將比例原則視為判斷歐盟公權力之行使，是否逾越為達成歐盟條約追求之目的所必要的程度，導致違反與各國之間的權力分立。關於歐盟法與歐盟法院這種以權力分立角度理解比例原則的特色，詳見Johannes Saurer, Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Europäischen Union, JZ 2014, S. 281 (281 ff.); Mădălina Cocoşatu, Principles of Subsidiarity and Proportionality at European Union Level, as Expression of National Interests, 8(3) ACTA U. DANUBIUS JUR. 30 (2012).

14 這裡指的是大法官解釋文與解釋理由書。相對地，部分個別大法官意見書則不明白引用國外（特別是德國）學說理論或實務見解，作為理解比例原則相關內涵之理論依據。

且越來越認真看待比例原則的現象，也顯示大法官越來越重視對公權力行使正當性的把關。如此背景下的大法官解釋，對比例原則的運用，究竟表現出什麼樣的特色呢？

一、比例原則的適用權利類型

首先，比例原則作為審查基準與解釋方法，雖已堪稱大法官在面對基本權利爭議時的共識，然而，或許是比例原則向來被賦予「節制國家公權力對人民之過度干預」的功能定位使然，釋憲實務迄今為止似乎仍將比例原則的適用，侷限在傳統各種自由權、訴訟權與參政權等權利類型，原則上既排除比例原則在平等權案件中的運用，也沒有將比例原則的思維應用在福利給付型公權力行使領域的跡象。就前者而論，大法官解釋固常出現於同一案件中，分別先後審查系爭規定是否違反平等保障及比例原則（較清楚的案例如司法院釋字第490、573、577、578、584、593、618、649、670、682、719等號解釋），但是在平等權部分的判斷上，似乎並未以比例原則作為認定系爭差別待遇措施是否合理的依據¹⁵。至於在後者的情形，大法官雖曾在司法院釋字第485號解釋當中闡明：「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及

¹⁵ 對此亦可參見黃昭元（註10），頁241（「雖曾有爭議，目前大法官應該是已將平等權案件排除於憲法第23條比例原則之適用範圍外……。至於平等權審查，2003年後逐漸改採美國審查標準理論及架構，並已有適用寬鬆及中度審查標準的多個先例。」）。因此就這一點而言，我國釋憲實務並未如同德國發展一般，將比例原則視作平等權案件審查密度光譜當中，相對嚴格的審查基準。關於德國法上比例原則在平等權違憲爭議中，作為嚴格審查基準的功能，詳見Saurer (Fn. 5), S. 7; Kokott (Fn. 3), Rn. 106-109 (Kokott在此並指出，有些國家〔例如比利時與奧地利〕對比例原則的適用，最早反而是從平等權案件開始)；相關介紹可參見陳新民大法官於司法院釋字第682號解釋所提不同意見書。關於德國聯邦憲法法院近期動用比例原則嚴格審查平等權爭議的案例，可參見BVerfG, NJW 2013, 847 (852 Rn. 73, 855 Rn. 104).

須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。」，看似針對國家的福利給付，也有以比例原則或「類比例原則」的考量，評斷其正當與否的傾向；不過一方面，大法官在此畢竟沒有言明其係動用比例原則來進行審查，另一方面，由於司法院釋字第485號解釋主要涉及平等權的問題，因此大法官這一段闡述究係暗指系爭規定所為差別待遇並不合理（因為獨厚某些人），或者是有意趁此機會將比例原則的適用場域拓寬至對福利政策的合憲性檢驗，實在難以斷言。另外，儘管司法院釋字第717號解釋涉及福利政策，但因為主要爭點來自於系爭規定減損原有福利，而且主要是引發是否牴觸信賴保護的爭議，所以，大法官雖指出：「系爭要點自六十三年訂定以迄於九十五年修正，已逾三十餘年，國家各項社經發展、人事制度均有重大變動，公教人員之待遇、退休所得亦皆已大幅提升。且此期間之經濟環境與市場利率變動甚鉅，與優惠存款制度設計當時之情形亦有極大差異。加以退撫新制之實施，產生部分公教人員加計公保養老給付優惠存款利息之退休所得偏高之不合理現象。系爭規定係為處理此種不合理情形，避免優惠存款利息差額造成國家財政嚴重負擔，進而產生排擠其他給付行政措施預算（如各項社會福利支出），以及造成代際間權益關係失衡等問題。且系爭規定亦有兼顧國家財政資源永續運用之重要目的。故系爭要點之訂定確有公益之考量。又系爭規定並未驟然取消優惠存款，而係考量優惠存款之制度，其性質本為對公務人員於退休金額度偏低時之政策性補貼，而非獨立於退休金外之經常性退休給付，始修正為一般退休制度應含之所得替代率，並納入高低職等承受變動能力之差異，暨參酌國際勞工組織所訂退休所得之所得替代率，設置所得上限百分比，以消除或減少部分不合理情形，緩和預算之不當排擠效果。衡酌系爭規定所欲達成之公益及退休或在職公教人員應受保護之信賴利益，系爭規定所採措施尚未逾

越必要合理之程度，故未違反信賴保護原則及比例原則。」然而這裡的比例原則審查，仍是從「權利（福利）限制是否過當」的角度來進行，從而尚難印證比例原則在福利給付領域的發展前景¹⁶。

二、釋憲實務對必要性原則與法益相稱原則的倚重

其次，儘管系爭法令的違憲宣告比例，並沒有隨著大法官對比例原則的翔實論證而明顯上升¹⁷，但如前所述，大法官越來越有意識地闡明比例原則中特定子原則如何對系爭法令進行檢驗。尤其，在宣告違憲的場合，大法官往往都能清楚指出系爭規定究係違反比例原則中的哪個或哪些子原則。其中值得注意的是，在比例原則的操作過程中，大法官顯然特別倚重必要性（最小侵害）原則與法益相稱（狹義比例；損益相當）原則的把關功能，從而特別在違憲宣告的案件中，往往是以違反必要性原則或法益相稱原則為理由，認定系爭規定未能通過比例原則。相形之下，大法官幾乎不曾質疑系爭規定所追求目的之憲法上正當性¹⁸，也鮮少認定系爭規定違反適

16 除此之外，另一種涉及福利政策之比例原則檢驗的問題面向，就是系爭福利給付措施是否違反所謂「保護不足之禁止（Untermaßverbot）」的爭議。關於這個問題面向的討論，可參見Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, 2001, S. 445 (462 ff.); Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 U. TORONTO L.J. 383, 392 (2007); Wolfram Cremer, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht. Abwägung von Grund und Gegenstand statt Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus, DÖV 2008, S. 102 (102 ff.). 不過在本文脈絡之下，此一問題面向由於一方面牽涉我國憲法究竟在何等意義與程度上，認可基本權利之保護義務功能的問題，另一方面在我國釋憲實務中，似乎尚不屬於比例原則操作的考量範疇（李震山大法官於司法院釋字第689號解釋所提部分不同意見書參照），因此本文暫不予以深究。

17 關於這一點的統計研究，參見黃昭元（註10），頁226以下。

18 前述司法院釋字第603號解釋，應可視作大法官進行目的審查，並且認為系爭規定之目的違憲的極少數案例。正如本文其中一位匿名審查人所指出的，本號解釋理由書認為：「查戶籍法就強制按捺與錄存指紋資料之目的，未有明文規定，與上揭憲法維護人民資訊隱私權之本旨，已有未合。」已明顯質疑系爭規定「未言明立法目的」之憲法上正當性。至於本號解釋隨後指出：「雖有以戶

合性原則¹⁹。絕大多數的案例顯示：大法官的比例原則審查，若非著眼於系爭規定是否超越「必要」程度，因而違反必要性原則的判斷（例如司法院釋字第573、588、603、616、636、644、654、664、670、677、685、702、711、715、716、718號解釋），便是集中心力比對系爭規定所侵犯與所維護的利益彼此之間是否「相當」（例如司法院釋字第551、603、641、649、669、712號解釋）。

如果進一步比對大法官對必要性原則與法益相稱原則的運用，可以發現：表面上看來，大法官似乎更明顯偏重必要性原則的把

籍法第八條修正增列第二項與第三項規定之修法動機與修法過程為據，而謂強制蒐集全體國民之指紋資料並建庫儲存，亦有為達成防範犯罪之目的云云，惟動員戡亂時期終止後，回復戶警分立制度（本院釋字第五七五號解釋參照），防範犯罪明顯不在戶籍法立法目的所涵蓋範圍內。況關係機關行政院於本件言詞辯論程序亦否認取得全民指紋目的在防範犯罪，故防範犯罪不足以為系爭法律規定之立法目的。」究竟這段論述只是認定「防範犯罪」之目的，並非系爭規定所追求的真正目的，還是更進一步暗示「防範犯罪」之目的違憲（前揭審查人認為應係後者），雖容有不同解釋的空間，但仍應足以印證本號解釋確係已進行目的審查。

- 19 少數例外除前述司法院釋字第603號解釋外，尚有司法院釋字第551號解釋與司法院釋字第710號解釋。司法院釋字第551號解釋認為，毒品危害防制條例中關於誣告反坐的規定，「顯未考量行為人之誣告行為並未涉及毒品或其原料、專供施用器具等之製造、散布或持有，亦無令他人施用毒品致損及健康等危險，與該條例肅清煙毒、防制毒品危害之立法目的與嚴於其刑之規定，並無必然關聯」，因而違反適合性原則。至於司法院釋字第710號解釋認為：「兩岸關係條例關於暫予收容之期限未設有規定，不符合『迅速將受收容人強制出境』之目的，並有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則」（粗體字為本文所加），其中也明顯帶進適合性原則要求手段必須有助於目的達成之考量。此外在司法院釋字第670號解釋中，大法官指出，冤獄賠償法排除某些案型之補償請求權，「並未斟酌受害人致受羈押之行為，係涉嫌實現犯罪構成要件，或係妨礙、誤導偵查審判（例如逃亡、串供、湮滅證據或虛偽自白等），亦無論受害人致受羈押行為可歸責程度之輕重及其因羈押所受損失之大小，皆一律排除全部之補償請求，並非避免補償失當或浮濫等情事所必要，不符冤獄賠償法對特定人民身體之自由，因實現刑罰權之公共利益受有干涉，構成超越一般應容忍程度之特別犧牲時，給予所規範之補償，以實現憲法保障人民身體自由及平等權之立法意旨」（粗體字為本文所加），除認定系爭排除規定縱以防弊角度觀之，仍已違反必要性原則之外，亦應係認為系爭排除規定將無法達成冤獄賠償法之立法體系所欲落實的規範目的，違反比例原則中適合性的考量。

關；然而在事實上，所謂「必要性原則」與「法益相稱原則」的考量，若暫且不論形式用語，兩者在實質內容的判斷上有時候其實是一併進行的。以司法院釋字第685號解釋為例，大法官認為，科處罰鍰若採劃一之處罰方式，有鑑於「罰鍰金額有無限擴大之虞」、「可能造成個案顯然過苛之處罰，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果」、「逾越處罰之必要程度」，認定系爭罰鍰標準違反必要性原則。但若比對司法院釋字第641號解釋即可發現，所謂「罰鍰金額有無限擴大之虞，可能造成個案顯然過苛之處罰，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果」，在司法院釋字第641號解釋脈絡下，毋寧更被認為是違反法益相稱考量的結果。由此可知，大法官經常強調的「罪罰相當」考量，往往同時帶有「最小侵害」的審核，以及「損益權衡」的評估。就這個意義而言，從大法官解釋當中，似乎還無法明確論斷大法官在「必要性原則」與「法益相稱原則」之間，是否有明顯偏好，也因此無法從中確切評估大法官在違憲審查權限行使過程中，究竟比較重視（立法）事實之認定與釐清，或者系爭案件所涉及之價值判斷²⁰。詳言之，若干國外相關研究不但已具體指出：在奉行比例原則的法院之間，有些法院（如歐洲人權法院與德國聯邦憲法法院）較重視法益相稱原則的判斷，而有些法院（如歐盟法院）則更強調適合性與必要性原則的審查；而且更在此一基礎上提出評價性的解讀，進而認定：重視法益相稱考量的法院，較無畏於涉入價值判斷的爭議，反之，著眼於必要性原則的法院，往往是為了迴避價值判斷的敏感問題，將自身任務聚焦在事實認定

20 根據一般的見解，在比例原則對目的與手段之間關連性的審查過程中，適合性與必要性原則的審查，比較著重事實層面的判斷，而法益相稱原則則因以利益衡量為主要任務，不免涉及更多價值評估與選擇的問題。關於這一點可參見 *Schlink* (Fn. 16), S. 453 ff.; *Oliver Lepsius*, *Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?*, JZ 2005, S. 1 (2 f.); *Lepsius* (Fn. 3), S. 205 ff. 關於筆者對此一問題的看法，可參見黃舒芃，數字會說話？從大法官釋字第584號解釋論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136（2009年）。

上²¹。與之相較，我國司法釋憲實務既沒有明顯以事實調查或釐清為主要職志，也不至於一面倒地熱衷於普遍被認為帶有高度評價色彩的利益衡量。因此，欲判讀大法官究竟如何自我認知其於憲政秩序中應扮演的角色與功能，恐怕無法單從大法官對必要性原則和法益相稱原則的適用比例中理出頭緒，而還需要仰賴其他面向提供的線索（詳後述）。

不過，值得注意的是，有別於一般以為「合憲宣告之比例原則論證比較簡略、違憲宣告之比例原則論證比較詳細」的直覺印象，大法官解釋的合憲或違憲結論，與其論證內容之篇幅及嚴謹程度，未必有實質關連。因此我們可以看到，大法官反而在幾號最後作成合憲宣告的解釋當中，強調事實證據資料的客觀性與影響力，似乎試圖以此強化其解釋的公信力和說服力。例如在司法院釋字第584號（關於禁止有特定犯罪前科者開計程車）與司法院釋字第646號（關於對未登記之電玩業者科處刑罰）解釋中，大法官即密集引用相關統計數據，說明系爭規定符合比例原則中適合性與必要性的要求²²。反觀在許多違憲宣告的解釋案中，大法官縱使闡明系爭規定係因違反必要性、違反最小侵害之要求而違憲，但細部論證往往卻反倒未清楚指出其判斷的事實根據或證據，反而以「顯已逾越必要程度」、「顯然逾越必要範圍」、「顯然過苛」等等在實質上訴諸利益衡量的論斷直接帶過（司法院釋字第616、644、677、685、710、713、716等號解釋參照）。從這一點可以看出，大法官既然在許多違憲宣告的具體論證內容當中，著眼於對系爭規定的評價，而非聚焦在相關立法事實的認定，顯見其於自認有所必要的場合，並不畏

21 此類研究與主張，參見Saurer (Fn. 5), S. 8-11, 30 f.; Claus Dieter Classen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen, in: Sachs/Siekmann (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 651 (652-654, 661 ff.); Sweet & Mathews, *supra* note 5, at 163-64; Nußberger (Fn. 3), S. 41 f.

22 關於這一點在方法論層面的檢討，詳見黃舒芃（註20），頁146-165。

懼親身涉入價值判斷與利益衡量的敏感議題，更不避諱以此作成系爭公權力行使違憲的結論。

三、比例原則與審查標準／密度的結合

此外，我國釋憲實務操作比例原則的特色，還進一步表現在對比例原則「類型化」、「階層化」的適用上，也就是一般所稱的，嘗試將比例原則的操作，與所謂審查標準或審查密度²³的選擇加以結合²⁴。儘管這樣的結合或許不見得是所有大法官基於強烈共識而共同促成的結果，也不足以證明已能有效達成其原本被寄望發揮之「提升比例原則論證說服力及可預測性」的功能²⁵；但不論如何，「比例原則結合審查標準」的現象，不但可以從釋憲實務近十幾年來的發展軌跡當中，找到清晰的線索（詳如後述），更不可否認地幾乎已被公認為大法官解釋在分別接受美國與德國相關學說、實務之影響，進而追求比例原則本土化發展的背景下，所呈現最重要而有影響力的特點²⁶，也因此有特別留意及深入探討的必要。

23 在本文脈絡下，審查標準和審查密度，論其功能都在於區分違憲審查的寬嚴等級，因此在行文中將直接視為同義詞。

24 本文在此將我國司法院釋憲實務結合比例原則與審查標準或審查密度的嘗試，簡稱為比例原則的「階層化」操作。「階層化」之用語，主要得力於湯德宗大法官文章標題（「『階層式比例原則』構想」）與內容之啟發（湯德宗（註10）），也間接受到黃昭元教授文章（主要以「類型化」稱之）的影響（黃昭元（註10））。

25 關於比例原則結合審查標準理論被寄望發揮的理性與可預見性功能，參見湯德宗（註10），頁619-620、659-660；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，頁135（2004年）；陳新民，論憲法人民基本權利的限制（註2），頁278-281；蔡維音，評釋字第五七八號解釋，月旦法學雜誌，111期，頁191-192（2004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261（2008年）。另參照葉百修大法官於司法院釋字第712號解釋所提部分協同、部分不同意見書。此外，在近日作成的司法院釋字第733號解釋中，湯德宗大法官所提協同意見書更明白指出：「唯有逐案建立審查基準，精緻論理，才能提升憲法解釋的可預測性與說服力。」由此清楚印證比例原則階層化所追求之目的。

26 此等看法參見黃昭元（註10），頁226-246；湯德宗（註10），頁589以下。

大法官雖早在1996年作成的司法院釋字第414號解釋中即已宣示：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」，明白傳達在言論自由領域中，應區分不同言論屬性而課與系爭規定不同的審查標準²⁷；另就個別大法官意見書而言，蘇俊雄大法官（司法院釋字第472、509、517號解釋）與王和雄大法官（司法院釋字第490號解釋）亦早在2000年前後，即已嘗試引進審查標準的觀念。不過，較有意識而系統性建立「不同審查標準」的發展，似乎從2004年以後，也就是近十年以來，才比較有跡可尋。初步觀之，大法官將比例原則的操作結合審查標準之選擇的趨勢，主要表現在以下幾點傾向上：第一，

27 此外，湯德宗大法官於司法院釋字第718號解釋協同意見書中，也對司法院釋字第445號解釋內容提出詳細的詮釋，認為該號解釋已建立以言論自由雙軌理論為依據的階層化審查模式：「釋字第四四五號解釋就集會遊行法（81/7/27修正公布）第十一條所定得不許可集會遊行申請之事由，依其為關於『言論內容』之限制，抑或關於『時間、地點及方式』之限制，而採取不同之審查標準。關於前者，前揭解釋明確釋示：『集會遊行法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違』！關於後者，前揭解釋則釋示：（集會遊行法第十一條）『有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸』。亦即，關於集會、遊行之前限制，如其係以『（言論）內容為基礎』者（content-based regulation）應推定其為違憲；至其係與言論內容無直接關聯，而為『時間、地點及方式』之限制者（content-neutral regulation, or “time, place and manner” restrictions），則許立法有裁量之空間。如上『雙軌理論』（two-track theory）一方面乃為貫徹憲法保障言論自由之本旨，禁止對於言論之內容為事前審查；他方面可符合『權力分立』相互制衡、並相互尊重之原則，就有關集會、遊行『時間、地點及方式』之限制，保留予政治部門一定之立法形成空間，堪稱正確之解釋原則。」

儘管開宗明義或者明白宣示系爭解釋案採取某種特定審查標準的情況並不多見，但大法官解釋文與理由書的論述，較諸以往，確實越來越容易或願意透露本案係採某種審查標準的訊息。而且，從個別大法官意見書的內容當中，往往也能看出多數意見對系爭解釋案審查標準的選擇甚至爭議。粗略看來，論者（包括個別大法官與憲法學者）似乎經常從大法官解釋的相關用語，例如「特別重要的公益（目的）」、「重要公益（目的）」、「目的尚屬正當」、「最小侵害手段」、「不得已之最後必要手段」、「手段尚屬合理」等等，來推斷系爭解釋案所選定的審查標準，而在部分個案中，大法官解釋似乎也有意在強調這些用語的同時，敘明其選擇特定審查標準的理由。第二，相較於大法官解釋，個別意見書無疑更清楚凸顯個別大法官對審查標準議題的重視，而其中對於審查標準內涵的引介或闡述重點往往又有所不同。有些大法官偏向從美國法上區隔權利類型、審查嚴格程度的角度來詮釋審查標準的內容²⁸；有些大法官比較重視德國審查密度理論當中強調的，違憲審查機關應否採信（受限於）公權力（特別是立法者）之舉證的面向，以之作為區分不同審查標準的關鍵²⁹；也有些大法官嘗試兼容、整合美、德元素³⁰。但不論如何，這些個別意見書都清楚顯示出，比例原則審查的階層化，或者更精確地說，針對不同類型的個案，用寬嚴不同的標準來判斷系爭規定目的是否正當，以及手段是否適合、必要、合比例，已是大法官操作比例原則的必然趨勢。第三，以基本權各論來說，大法官似乎特別偏重某些類型基本權的審查標準階層化操作。例如針對不同

28 例可參考林子儀大法官於司法院釋字第617號解釋所提部分不同意見書；余雪明大法官於司法院釋字第577號解釋所提協同意見書；林子儀大法官於司法院釋字第644號解釋所提協同意見書。

29 例可參考許宗力大法官於司法院釋字第578號解釋所提協同意見書；許宗力大法官於司法院釋字第669號解釋所提協同意見書。

30 例可參考葉百修大法官於司法院釋字第712號解釋所提部分協同、部分不同意見書；湯德宗大法官於司法院釋字第711號解釋所提協同意見書；許玉秀大法官於司法院釋字第617號解釋所提不同意見書。

性質的言論內容（商業性／政治性）或言論自由限制（涉及／不涉及言論內容之管制），發展寬嚴不同的審查標準；又如面對職業自由（工作權）的限制，依照限制程度（執行職業行為之限制／職業選擇主觀條件之限制／職業選擇客觀條件之限制），大致區分成三種標準加以審查。

乍看之下，這些初步的觀察所得和過去累積的相關研究成果差別不大，也並無令人意外之處。不過，如果細究審查標準在釋憲實務上的發展，以上這些看似平淡無奇的觀察，適足以透露下列值得進一步反思的訊息。首先，雖說在審查標準理論進駐之後，比例原則操作的階層化已漸成普遍趨勢，然而有趣的是，在特定審查標準的選擇以及審查結論之間，似乎並不存有特別顯著或醒目的關連。一方面，一般認為極容易導向違憲結論的所謂嚴格審查標準，不但在比例上鮮少出現，而且即使偶爾出現，都還未必導致違憲宣告的結果。例如司法院釋字第690號解釋針對攸關剝奪人身自由的傳染病強制隔離措施，雖明示採取「嚴格標準」進行審查，但最終仍將之認定為「保護重大公益所採之合理必要手段」。另一方面，一般認為往往具有「推定合憲」效果的寬鬆／合理性審查標準，其適用結果同樣也創造不少例外（違憲）。例如在司法院釋字第673、711、716，甚至第718號³¹解釋中，寬鬆或偏向寬鬆的審查標準，都仍帶來違憲或部分違憲之結果。至於適用中度審查標準的解釋案，其審查結論更是分歧而難以預估。總體來說，綜觀多數大法官解釋，其實都是在寬鬆與中度審查標準之間徘徊。也正因為如此，所以從大部分的解釋內容當中，似乎看不出審查標準和審查結論之

31 儘管司法院釋字第718號解釋理由書主要是重申司法院釋字第445號解釋的見解，並未明示針對偶發性集會遊行之許可制限制，係採寬鬆或中度審查標準（此由湯德宗大法官協同意見書內容亦可見端倪）。不過由其行文脈絡看來，本號解釋若非採取寬鬆／合理性審查標準，實難理解何以針對一般室外集會遊行之許可制限制，僅以「立法者有形成自由，得採事前許可或報備程序，使主管機關能取得執法必要資訊，並妥為因應」為由，認可許可制的合憲性。

間的必然關係。大法官違憲審查的結論如何，毋寧仍須視個案的判斷與衡量而定。

其次，儘管大法官似乎致力於類型化的發展，但是面對同一類型的基本權，或者性質相似的基本權限制，其所適用之審查標準卻未必一致³²。例如，同樣涉及憲法第8條人身自由的限制，大法官雖一再重申其影響甚鉅，應受嚴格合憲性檢驗；但在司法院釋字第646號解釋中，卻隨即強調：「惟對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。」，轉而依據中度審查標準，認定立法者以刑罰制裁未登記之電玩業者，「其判斷亦屬合乎事理，應可支持」。此外，司法院釋字第665號解釋面對「干預身體自由最大之強制處分」的羈押手段，卻僅以其「旨在確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現，以維持重大之社會秩序及增進重大之公共利益」，認定其各項法定要件「乃為維持刑事司法

32 對此，論者或謂：對相同權利類型採取不同審查標準，本即美國審查標準理論下必然之理。然而，首先，此種看法顯然直接將「美國審查標準理論」等同於司法院釋憲實務操作比例原則之「階層化」發展，並因此而認為我國釋憲實務必須根據「美國審查標準理論」加以觀察批判。但這項前提自始與本文之認知有所不同。如前所述，本文認為，我國司法違憲審查實務透過審查標準與審查密度之引介所發展的比例原則階層化，並不能和「美國審查標準理論」劃上等號。再者必須強調：司法院釋憲實務脈絡下的審查標準，並不是一種可以任憑大法官恣意操作、隨時隨地依個案任意改變的工具。另外必須指出：根據筆者對美國憲法理論之認識，即使在美國憲法學背景之下，審查標準也從來不曾被認為可以被任意取向於「個案決疑論(casuistry)」。事實上，美國之所以發展取向於類型化的審查標準理論，其中一項重要理由，正是因為要避免一切訴諸法官的裁量選擇權所導致的司法恣意疑慮（對此詳見黃舒芃，從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁326-336（2009年））。所以，即使單看美國審查標準理論，也絕無前述所謂「對相同權利作不同處理」之「必然之理」。

權有效行使之最後必要手段」，因而合乎比例原則。大法官在此是否確以嚴格標準審查系爭規定，恐怕也值得懷疑；而司法院釋字第679號解釋所採取之審查標準更明顯偏向寬鬆，進而闡釋：「犯罪行為人因不得易科罰金之罪，本有受自由刑矯正之必要，而對犯罪行為人施以自由刑較能達到矯正犯罪之目的，故而認為得易科罰金之罪，如與不得易科罰金之罪併合處罰時，不許其易科罰金。上開解釋旨在藉由自由刑之執行矯正犯罪，目的洵屬正當，亦未選擇非必要而較嚴厲之刑罰手段，與數罪併罰定應執行刑制度之本旨無違，亦與憲法第二十三條規定之比例原則尚無抵觸。」又如言論自由相關解釋，大法官固然如前所述，揭示「限制言論內容之審查」應較「限制言論時間、地點與方式之審查」更為嚴格。然而，面對明顯涉及言論內容限制的猥褻出版品刑罰規定，司法院釋字第617號解釋卻一再強調系爭法律所彰顯的「社會共通價值」，以寬鬆審查的基調，任由所謂「立法形成自由」一路過關斬將，達成合憲結論。另外，同樣涉及對不表意自由的侵犯，大法官面對商業性言論（司法院釋字第577號解釋）以及攸關人格自由發展言論（司法院釋字第656號解釋）之限制，似乎也沒有區隔出不同的審查標準³³。

33 司法院釋字第577號解釋：「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」，對商業言論自由之限制採中度審查標準。相形之下，司法院釋字第656號解釋固先指出：「因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第60三號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。」；但隨即又認定：「查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決

最後，大法官究竟是以什麼為根據，發展其階層化、類型化的比例原則操作，似乎仍不甚明朗。除了一般所熟知的法繼受因素（例如：言論自由繼受美國雙階與雙軌理論；職業自由繼受德國三階限制理論；某些類型化論述受到美國雙重基準說（double standard）的影響）以外，大法官解釋有時強調某些權利類型根據憲法文本，應該嚴加保護（如司法院釋字第646、664、665、669、690等號解釋）；有時側重系爭權利之根本重要性（如司法院釋字第603、644等號解釋）；有時主張某些權利限制方式，非不得已不得為之（如司法院釋字第646、665、718等號解釋）；有時又出於權力分立的考量，提醒立法形成空間的存在³⁴（如司法院釋字第617、618、646、697等號解釋），或司法違憲審查的功能侷限（如司法院釋字第682號解釋）。由此可見，儘管經由個案的累積，大法官在系爭案件中（將）採取何種審查標準來操作比例原則，有時候的確有跡可尋。然而，正因為影響審查標準選擇的變項很多，導致添上了審查標準理論的比例原則，迄今似乎仍無助於明顯提高大法官解釋論理的可預見性。

如果說審查標準的選定，既不必然意味著合憲或違憲的審查結果，也不見得和過往經驗相一致，更不是建立在單一的判斷基礎上，從而事實上正如同原本比例原則的操作一般，終究必須逐案權衡的話，那麼歸根究柢要問的是，透過審查標準階層化、類型化後

命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。」由審查標準角度觀之，該號解釋並未因系爭規定所涉言論內容較商業性言論更攸關人格自由發展，而進行更嚴格的審查。

³⁴ 值得注意的是，提示「立法形成空間」或「立法裁量」，未必如一般印象所及，與所謂寬鬆或偏向寬鬆的審查標準相連結，更不見得帶來合憲宣告結果。在一些解釋案中，大法官反而一面闡釋立法者享有形成自由，另一面卻以中度以上標準審查。例如司法院釋字第649、664、712等號解釋。

的比例原則，究竟是否或如何改變了大法官解釋的實質論理內容？而這些改變又是否或如何呼應當初發展階層化比例原則的目的？更精確地說，如果比例原則結合審查標準理論的目的，是為了提升大法官比例原則論證的理性，說服力，甚至可預測性，那麼我國釋憲實務發展至今，究竟有無在審查標準的協助之下，更成熟而精緻地進行比例原則審查？或者更進一步，這種更成熟而精緻的比例原則審查，到底能否和比例原則「防止公權力過度侵犯個人自由及權利」的宗旨相輔相成？

肆、比例原則階層化發展之問題與前景：立基於比例原則功能定位的反思及建議

一、釋憲實務「階層化」操作之再檢視

（一）審查標準對比例原則實質論述之影響有限

為了更進一步釐清審查標準究竟為比例原則在釋憲實務上的操作帶來何等影響，有必要先行確認：在大法官解釋中，「比例原則搭載審查標準」到底在比例原則審查的哪個或哪些階段，發揮最顯著的效果。倘若綜合上述幾點觀察，似乎可以發現，由於大法官對比例原則的操作，大多著重在必要性原則與法益相稱原則的把關³⁵，因此，不同類型個案當中的審查標準區別，不難想見主要也是彰顯在對這兩個子原則的操作密度差異上。換言之，加入審查標準的考慮之後，大法官對於系爭公權力手段「是否為必要（最小）侵害」，「是否損益相當」的判斷，將根據類型化、層級化的區分而有所不同。至於比例原則當中「目的正當性」與「手段適合性（有助於目的之達成）」的審查，既然本來就不是大法官把關的重點，

³⁵ 詳見以上第參部分第二節的討論。

則即便在審查標準的加持下，仍然鮮少構成系爭法令違憲的關鍵，也就不令人意外³⁶。這一點尤其清楚顯現在大法官對「目的正當性」的檢驗上：儘管根據一般繼受自美國相關發展的見解，審查標準的不同，首當反映在違憲審查機關對於系爭公權力目的合憲與否的檢驗上；從而，在嚴格審查標準下，公權力追求的必須是極其重大、特別重要的目的，反之若依據寬鬆審查標準，只要是正當的目的都可以過關。並且，或許正是因為受到此等「嚴格審查搭配重大目的；寬鬆審查搭配正當目的」的印象所影響，導致大法官在試圖凸顯其採取特定審查標準的場合，往往在目的審查的階段，特別強調系爭目的究係「特別重要」，或者「洵屬正當」，以資區隔。不過，必須注意的是，一方面，即使有這些用語上的區隔，大法官終究不曾在目的審查階段，認定系爭規定違憲；換言之，就算依據嚴格審查標準，目的合憲性審查的通過門檻再高，系爭目的到頭來還是能通過審查。因此從結果而論，區隔出不同標準的目的審查，事實上並不具備篩檢功能。另一方面，由於一般認定作為寬鬆審查標準的「正當」門檻，在用語上剛好跟原有比例原則中，「目的正當性」的要求相重疊，導致大法官在許多案件中宣示的「目的洵屬正當」，究竟是印證系爭個案採取寬鬆審查標準，還是充其量只象徵比例原則審查中的一環，其實還大有解釋空間。如果從前述審查標準的發展終究並不影響目的合憲性判斷的現象出發，本文傾向於認

36 審查標準的選擇不影響目的合憲性的判斷，詳如後述。至於其是否影響適合性原則的審查，恐怕更值得懷疑。理由除了大法官原本就鮮少判定系爭規定違反適合性原則之外，更在於：縱然根據對美國審查標準理論的繼受，不同審查標準的選擇，將影響釋憲機關評估目的與手段之間關連性的合憲門檻，從而在理論上，所謂手段與目的之間，是否具有合理／實質／緊密關連的審查，似乎也應包含「手段是否有助於目的之達成」的判斷。不過，從我國絕大多數大法官解釋的論理內容當中，似乎看不出在不同審查標準之下，對於系爭手段是否合乎適合性原則，採取寬嚴不同的判斷標準。即使在解釋內容中，比照前述偏向「美式」的說法，強調目的與手段間是否具有「實質關連」或「合理關連」，仍難看出其所謂「關連」，究竟是統整比例原則各個子原則之後的概略總稱（也因此包含適合性審查的不同門檻），還是針對大法官向來較為重視的必要性與法益相稱性審查（也因此審查標準的不同，並未實質影響適合性審查）。

為，就目的審查的階段而言，主導大法官解釋論述主軸的依然是比例原則的操作，而非審查標準的選擇。畢竟無論採何種審查標準，大法官的判斷重點都仍在於系爭目的能否在憲法上找到依據，是否「合乎憲法價值」，換言之都仍是一種取向於「憲法上正當性」的判斷。若要說「重要目的」或「正當目的」的標準區隔，對大法官的違憲審查有何實質影響，其真正影響也並非表現在目的審查階段，而往往是到後面的手段必要性審查或利益衡量階段才彰顯出來。

既然如此，審查標準的區隔，究竟對比例原則中「必要性原則」與「法益相稱原則」的操作，發揮什麼樣的作用？首先，從「必要性原則」的審查可以看出，審查標準的寬嚴區別，確實在一定程度上，影響大法官關於「系爭手段必要與否」的心證形成。例如，在嚴格審查的解釋案中，大法官往往強調系爭手段必須是「不得已」、「最後」的「必要」手段，換言之必須在與其他相同有效手段的比較之下，沒有其他更小侵害的手段可供選擇，才能通過必要性原則的檢驗。而為了判斷系爭手段是否為「最小侵害」，大法官在嚴格審查過程中，更經常針對系爭手段與其他可能之替代手段的實際效果與侵害強度進行比對，以證明系爭規定究竟是否違反「必要性原則」。司法院釋字第603、644、664、690等號解釋，都屬大法官細究不同管制手段是否同樣有效、但卻侵害更小的案例。反之，採寬鬆審查的解釋案，則對於「必要性原則」的要求程度明顯降低。大法官於此不僅不追究是否有比系爭手段更溫和的方式可資運用，甚至往往不特別要求系爭手段本身必須符合最小或較小侵害，只要其相應於目的之達成，「尚有必要」、「尚屬合理」，就算得上與「必要性原則」所要求的「最小侵害程度」相符。

相對而言，大法官選擇的審查標準對於比例原則操作的影響，固然也表現在最後一階段的「法益相稱原則」審查上，但是，不同

的審查標準究竟如何造就不同程度的「合比例」要求，似乎不如預期般明顯³⁷。大法官雖傾向於在嚴格審查時，特別在意系爭規定對基本權利的重大干預；而在寬鬆審查的場合，則偏重強調系爭規定所維護之目的足以實現更大的利益。然而，正因為「法益相稱原則」重視的是手段與目的之間的「相當」關係——為追求重大目的，可採激烈手段；如目的所實現之利益僅屬一般，手段造成的傷害自然不能較之更大——，所以法益相稱之考量，搭配審查標準的「門檻」區隔，反而容易產生「(偏向)嚴格審查中的激烈手段，容易被重要目的正當化」的弔詭現象。這一點適足以說明：何以面對一些以刑罰嚴重干預基本權，或者直接限制人身自由的公權力手段，大法官固然聲明採取中度甚至嚴格標準的審查，但最後結果仍宣告系爭規定合憲。包括司法院釋字第646、665、690等號解釋，大法官固然都承認系爭規定對基本權的高度侵犯，卻也都強調其所追求之利益重大，因而仍屬損益均衡³⁸。反觀在許多以違反「法益相稱原則」為由而違憲收場的解釋案中，導致大法官違憲宣告的關

37 值得一提的是，本文其中一位匿名審查人認為，這個現象係起因於「審查標準的主要實益本來就是在必要性原則，也就是是否真的要求最小侵害手段。至於法益相稱原則之操作原本就是個案利益衡量，本就難以有所謂寬嚴不同的審查標準可言。」本文認為此一見解頗具參考價值，但因迄今尚未讀到過有任何文獻或實務見解明白將審查標準之操作實益，聚焦在比例原則當中某一特定之子原則，所以現階段仍選擇暫時維持原有看法。

38 參照司法院釋字第646號解釋：「相較於其他娛樂事業，電子遊戲場業此種化整為零之經營方式，顯已增加管制之難度，並相對提升對法益之危害程度，相關機關因此決定採較重之刑事罰制裁，其判斷亦屬合乎事理，應可支持，尚難驟認系爭規定對基本權之限制，與所保護法益之重要性及行為對法益危害之程度，顯失均衡，而有違比例關係。」；司法院釋字第665號解釋：「該規定旨在確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現，以維持重大之社會秩序及增進重大之公共利益……此際羈押乃為維持刑事司法權有效行使之最後必要手段，於此範圍內，尚未逾越憲法第二十三條規定之比例原則……。」；與司法院釋字第690號解釋：「且自人身自由所受侵害角度觀之，系爭規定必要處置所包含之強制隔離，雖使受隔離者人身自由受剝奪，但除可維護其生命與身體健康外，並無如拘禁處分對受拘禁者人格權之重大影響。綜上，強制隔離乃為保護重大公益所採之合理必要手段，對受隔離者尚未造成過度之負擔，並未抵觸憲法第二十三條之比例原則。」

鍵，似乎都不是所謂嚴格或偏向嚴格審查標準的選擇，而是大法官自始認為系爭規定對基本權利的侵害太過嚴重，嚴重到任何目的或利益的追求都無法與之相當所致。例如在司法院釋字第603、644、649、664、712等號解釋當中，與其說大法官是經由嚴格或偏向嚴格審查標準下的利益衡量，判定系爭規定損益失衡，不如說大法官是在系爭個案脈絡下，對於其中所涉及人身自由、人格發展自由、隱私權、結社自由甚至職業自由等基本權利之保護特別重視，以致於其一旦受到公權力限制，就有可能被認定是受到「過當」的限制³⁹。相對地，前述發生在嚴格審查過程中的弔詭現象，似乎卻沒有同等反映在寬鬆審查上，也就是說，偏向寬鬆審查的個案，系爭手段並沒有因為其所追求之目的「只不過」實現一般利益，而動輒被判定「過當」。究其理由，關鍵應在於在寬鬆審查案件中，手段經常被認為「除非有明顯重大瑕疵」，否則皆「尚在合理範圍內」。因此，諸如司法院釋字第617、618、699、719等號解釋中的損益權衡，往往皆以「尚非顯失均衡」、「尚無明顯而重大之瑕疵」等結論收尾。從這個角度看來，審查標準的選擇對於「法益相稱原則」審查最直接的影響，恐怕在於：一旦選定寬鬆或偏向寬鬆的審查標準，大法官便形同放棄對利益衡量的追究，遑論詳細的損益比對。相形之下，嚴格或偏向嚴格的審查標準，究竟如何在拉高比例原則通過門檻的宣示下，用更高的標準來認定系爭手段是否達到損益均衡，並以此提高系爭手段通過合憲門檻的難度，反而不甚明朗，甚至十分可疑。就此而論，司法院釋字第669號解釋在系爭規定（自由刑）所侵害的人身自由與所保護的公眾生命、身體、自由、財產等法益之間，基於維護實質正義的考量，針對損益權衡問題，詳細

39 司法院釋字第649號解釋的違憲宣告，就是一個在嚴格審查標準下，自始明顯偏重一方利益，導致最後在法益相稱原則的審查階段，根本略過對系爭規定實質的損益權衡，僅以其「與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。」一語帶過的典型例子。關於這一點的檢討，參見黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字第649號解釋為例，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁366-371（2013年）。

闡述：「按不具殺傷力且無危害安全之虞之空氣槍係合法而容易取得之休閒娛樂商品，而改造此類空氣槍，所需零件易於取得，亦無須高度之技術。倘人民僅出於休閒、娛樂等動機而改造合法之空氣槍，雖已達殺傷力標準，但若其殺傷力甚微，對他人生命、身體、自由、財產等法益之危險甚低，或有其他犯罪情節輕微情況，法院縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，而為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。」，可說是極少數明白依據嚴格審查標準，進行高規格利益衡量論述，最終並達成違憲結論的例子。

綜合以上分析可以得知，不同審查標準之選擇，固然對大法官操作比例原則的嚴格程度有所影響，但是影響並不如想像中顯著。尤其值得注意的是，在必要性原則與法益相稱原則的審查中，區隔審查標準的「功能」，往往反而是讓大法官藉由寬鬆或偏向寬鬆審查標準的宣告，可以理所當然地放棄對於系爭規定是否違反最小侵害的判斷，以及是否損益失衡的斟酌，因為根據過往的審查經驗，寬鬆審查便是意味著大法官對必要性原則與法益相稱原則的要求明顯降低，低到不細究系爭手段與其他可行手段的比較，也不進行實質利益衡量，除非有明顯重大瑕疵，否則均可放行的程度。換言之，在實際運作上，「寬鬆審查標準」的宣示，無疑為大法官提供了一個不進行實質比例原則論證，甚至不去挑戰系爭公權力的正當理由。相形之下，審查標準的區隔卻並沒有明顯促使大法官在操作比例原則審查時，更詳細或嚴格認定系爭規定是否合乎必要性原則與法益相稱原則的積極功能。如前所述，儘管在嚴格或偏向嚴格審查標準下，大法官對於必要性與法益相稱性審查的論證似乎都更講究，但是，對於比例原則過程中，向來最被認為有可能流於恣意、也最容易受到詬病的利益衡量問題（亦即法益相稱原則之審

查)⁴⁰，嚴格審查標準的進駐，終究因為受限於所謂「相當性」判斷往往容許以重大目的正當化激烈手段，從而無法顯著提升大法官在利益衡量階段的把關功能⁴¹。

(二) 取向於個案衡量的審查標準與比例原則

如果將這層分析所得，結合上一節對於大法官操作階層化比例原則之特色的觀察，或許可以進一步解釋形成該等特色背後的成因。首先，由於審查標準的選擇對於比例原則審查的實質論述，並不必然有關鍵性的影響，因此在釋憲實務上，特定審查標準往往不明顯帶來推定合憲或推定違憲的效果，是可想而知的。這一點尤其表現在前述「越嚴格的審查標準，不一定越容易導向違憲結論」的現象上。另一方面，儘管根據以上的分析，寬鬆或偏向寬鬆的審查標準，適足以提供大法官放寬比例原則操作、甚至自我抑制的理論

40 這項觀察幾已成為國內外比例原則相關評述的「共識」。在此僅需參見Lepsius (Fn. 3), S. 235 f.; Schlink (Fn. 16), S. 458 ff.; Tsakyrakis, *supra* note 3, at 470-75, 487-93; Schlink, *supra* note 4, at 299; 湯德宗(註10), 頁660; Nußberger (Fn. 3), S. 42 f. 不過, 也有一些討論特別強調法益相稱原則審查對於落實基本權利保護的重要性。例如Grimm, *supra* note 16, at 395-96.

41 反過來說, 在某些展現詳細而有說服力之利益衡量的解釋案中, 反而未見大法官聲明採取嚴格或偏向嚴格的審查標準。例如司法院釋字第641號解釋就清楚指出:「但該條規定以單一標準區分違規情節之輕重並據以計算罰鍰金額, 如此劃一之處罰方式, 於特殊個案情形, 難免無法兼顧其實質正義, 尤其罰鍰金額有無限擴大之虞, 可能造成個案顯然過苛之處罰, 致有嚴重侵害人民財產權之不當後果, 立法者就此未設適當之調整機制, 其對人民受憲法第十五條保障之財產權所為限制, 顯不符妥當性而有違憲法第二十三條之比例原則」; 另司法院釋字第670號解釋亦根據損益權衡, 指責系爭規定:「並未斟酌受害人致受羈押之行為, 係涉嫌實現犯罪構成要件, 或係妨礙、誤導偵查審判(例如逃亡、串供、湮滅證據或虛偽自白等), 亦無論受害人致受羈押行為可歸責程度之輕重及其因羈押所受損失之大小, 皆一律排除全部之補償請求, 並非避免補償失當或浮濫等情事所必要, 不符冤獄賠償法對特定人民身體之自由, 因實現刑罰權之公共利益受有干涉, 構成超越一般應容忍程度之特別犧牲時, 給予所規範之補償, 以實現憲法保障人民身體自由及平等權之立法意旨, 而與憲法第二十三條之比例原則有違。」由此可以進一步看出, 大法官是否選擇特定(嚴格)審查標準, 與大法官是否在比例原則審查過程中, 針對利益衡量問題進行詳盡論述, 並無直接或密切的關連。

依據，但由於究竟要不要「善加利用」寬鬆審查標準這個「正當理由」，畢竟仍須視大法官的個案判斷而定，因此，如同上一節的觀察所提到的，即使在寬鬆審查標準下，還是出現些許違憲宣告之例外。而這一點又再度印證審查標準對比例原則實際操作的影響侷限。其次，審查標準對比例原則操作內涵的影響有限，也顯示大法官的比例原則審查，相較於階層體系的建立，毋寧更重視個案差異與個案正義。正因如此，所以不難想見，即使涉及與過去類似的案件屬性，但是面對當下個案，大法官仍可能基於對個案特殊性的不同考慮，採取與過去不一致的審查標準。最後，大法官對個案衡量的重視，也足以解釋為何影響大法官決定審查標準的因素如此多元。正因為本於個案正義的追求，使得大法官在選擇審查標準的過程中，不免納進多重層面的考量。更直接地說，在個案正義的訴求之下，太過訴諸「規格化」、「標準化」的階層式審查結構，或許反而不利於大法官因應個案差異，賦予比例原則審查足夠的彈性。也正因為或許對大法官來說，對於個案特殊性的考慮，往往才是決定解釋案命運的關鍵，所以我們可以看到，在前述各種左右審查標準選擇的參數當中，似乎沒有任何一項具有決定性的影響。換言之，任何一項影響參數，充其量都只能作為大法官決定審查標準時的參考。在這樣的背景下，大法官解釋出現諸如「對人身自由的剝奪未必受到嚴格審查」，「涉及財產權的侵犯不見得只能寬鬆審查」，「嚴格必要性審查與利益衡量不一定導致違憲」，「不細究必要性原則與利益衡量不等於宣告合憲」，或者「對立法形成空間的宣告，可能與寬鬆審查，但也可能與嚴格審查結合」等等情形，並不令人意外。

綜觀以上發展，似乎可以得出這樣的結論：基於對個案特殊性與個案正義的重視，大法官解釋中的比例原則，固然看似有朝「階層化」、「類型化」努力的表象，但事實上仍是一種隨個案差異而呈現多元樣貌的解釋方法。在一定程度上，這個現象不盡符合「審查

標準應有助於改善比例原則操作之理性與可預測性」的期待；不過，若從比例原則旨在「防止公權力過度侵犯個人自由權利」的制度用意出發，大法官這種著眼於個案特性的審查態度，未必與比例原則不相容，甚至在一定程度上，或許反而更有助於比例原則功能的發揮，因為比例原則對比於美國審查標準理論，最重要的特色，就在於建立一套普遍適用的審查結構，然後引導違憲審查機關在此一般性審查結構之下，因應各種不同案件屬性，作出合乎個案正義的審判⁴²。就此而論，大法官在比例原則審查過程中，重視個案差異及個案正義，並不必然是一項缺點，更不應該直接被視為「司法恣意」的表現。然而另一方面，不可否認的是，如果大法官對比例原則的操作，終究最受個案特殊性影響，甚至因此而忽略審查標準的不一致，則釋憲實務近十年來試圖藉助審查標準的區分，提升比例原則論理品質的構想及努力，恐怕將功敗垂成。因此，面對眼前這種「即使想要透過審查標準理論，發展階層化比例原則審查，大法官對比例原則的操作往往仍回歸個案衡量」的現象，值得進一步追究並反省的問題是：審查標準到底是在何等意義上，又應該透過什麼方式，才能有助於提升大法官操作比例原則的公信力？

42 類似觀點參見 von Arnould (Fn. 3), S. 53; Kai Möller, *Proportionality and Rights Inflation*, in *PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING* 155, 166-67 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014); Frederick Schauer, *Proportionality and the Question of Weight*, in *PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW: RIGHTS, JUSTIFICATION, REASONING* 173, 178-80, 184 (Grant Huscroft, Bradley W. Miller & Grégoire Webber eds., 2014); Lepsius (Fn. 3), S. 205 f., 233 f. 不過，Lepsius於此也同時指出比例原則在具體適用上的侷限，批評比例原則所訴求「目的手段之間關連」的審查，往往會因為系爭公權力行使是達成目的的唯一手段，或者其所追求之目的難以界定等問題而遭遇困難。

二、階層化發展對比例原則的意義：審查標準如何協助改良比例原則？

(一) 決定審查標準的影響因素應該單純化

如前所述，既然比例原則的制度宗旨，在於建立一套審查架構，協助釋憲機關判斷公權力對個人自由權利是否造成過度侵犯，則以改進比例原則操作為目的的審查標準理論，當然必須呼應此一制度宗旨。有鑑於此，首先，透過審查標準的區隔，發展階層化、類型化的比例原則審查，重點應在於確立大法官為基本權利把關嚴格程度的依據。因此，公權力對於基本權利的干預手段越激烈，或者干預程度越嚴重，大法官的審查標準就應該越嚴格。換言之，系爭基本權利的重要性，以及對系爭基本權利的侵犯強度，應該構成決定大法官採取何種審查標準的主要指標，因為如此一來，方能確保基本權利受到公權力影響越大時，違憲審查的把關功能也隨之提高。至於大法官經常提到的權力分立、立法裁量、立法形成空間等考量，從本文觀點看來，並不應該成為審查標準選擇的決定因素。因為，比例原則作為違憲審查的一般性基準，本已預設違憲審查權節制不當公權力的憲法任務，從而賦予大法官針對公權力手段與目的的關連性，進行憲法上評價的職責⁴³。由此觀之，比例原則本是大法官為基本權利之把關而適用的工具，其操作之類型化或階層化，自然不應另以所謂權力分立的考慮為根據，更不應該基於所謂司法功能侷限之理由，造成實質上架空或放棄比例原則審查的結果⁴⁴。換句話說，審查標準的發展如前所述，既然不是以取代比例

43 參見 *Saurer* (Fn. 5), S. 6 f.; *von Arnould* (Fn. 3), S. 44.

44 必須澄清的是，本文在此並非主張大法官在整個違憲審查過程中，都不應該或不被允許將權力分立因素納入考慮，更不是要論斷比例原則和權力分立無關，而只是要強調，為了維護比例原則為基本權利把關的功能，並防止這項功能變質，權力分立之考量不應成為大法官決定比例原則審查標準的影響參數。至於權力分立原則究竟在何等情況下，又是以什麼樣的方式，影響違憲審查之實質論證，則已非本文討論範圍所能涵蓋。

原則，而是以精緻化比例原則為目的，其實施當然不應該導致比例原則原有「節制不當公權力」功能的稀釋⁴⁵。否則，一旦如現狀一般，大法官在選擇審查標準的過程中，除了系爭基本權利的重要性之外，每每還顧及所謂立法者享有形成空間等權力分立因素的影響，其後果便是原本基於對基本權利的嚴重干擾，應受嚴格審查的公權力措施，卻因為大法官對立法形成空間的考量，享有從寬審查的待遇。從前面的觀察已可得知，不時將權力分立因素納入考慮，正是導致大法官解釋的審查標準經常顯得不一致、甚至矛盾的重要原因。包括司法院釋字第617、646、682等號解釋，都屬大法官面對以強烈手段侵犯基本權利、或對基本權利造成嚴重干預的公權力行使，卻基於權力分立考量而實質降低審查標準的案例。就此而論，審查標準影響因素或參數的單純化，應有助於提高大法官選擇特定審查標準之可預測性，進而有助於比例原則階層化發展之體系建立⁴⁶。

45 與此明顯不同之看法，參見林子儀大法官於司法院釋字第571號解釋所提協同意見書：「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。」本文固然不否認：審查標準的區隔，將帶來違憲審查機關在不同案件有不同介入程度的效果；就這個意義而言，審查標準的選擇，勢必會影響司法釋憲者和政治部門的權力互動關係。不過，這並不表示權力分立因此必須成為大法官於個案中決定審查標準的（重要）考量因素，因為一方面，如前所述，對政治部門「是否尊重」以及「尊重程度」的顧慮，無助於大法官在比例原則審查過程中，進行更有說服力、也更能發揮比例原則「節制不當公權力」功能的說理；另一方面，如同本文緊接下來的論述即將呈現的，為了面面俱到，納入權力分立考量因素的後果，反而容易造成大法官對審查標準的採擇更不一致，不僅導致比例原則的階層化體系難以建立，更導致比例原則的操作因為太取向於個案衡量，而無法解除外界對司法恣意的疑慮。從這個角度看來，審查標準的觀念主要雖源自美國，但經與德式比例原則「磨合競爭」乃至「整合並存」（前揭用語參見黃昭元（註10），頁231）的結果，其制度功能已在相當程度上有所轉型，淡化了原本在美國普通法背景之下，標誌司法與立法各自管轄範疇的色彩。關於審查標準理論在美國普通法傳統脈絡下的特殊意義，參見黃舒芃（註32），頁331-332。

46 或有論者批評：筆者在此之主張，將導致權力分立與基本權利保障「處於擇一

如果細究釋憲實務強調權力分立或立法形成空間的論理依據，大法官不時偏好以立法形成空間為理由，規避嚴格或實質比例原則審查的現象，實與大法官重視社群利益，與認同所謂多數人認可之價值的傾向，有密切關係。例如司法院釋字第617號解釋認為，系爭立法反映出「社會共通價值」，大法官「原則上應予尊重」，因此在尊重多數民意、從寬審查的基礎上，認定對猥褻出版品施以刑罰制裁並不違反憲法對言論及出版自由的保障。又如司法院釋字第646號解釋基於尊重立法者對兒童及少年身心健全發展、乃至於「社會安寧、善良風俗及國民身心健康」之重大公共利益的保護考量，降低對人身自由侵犯規定的審查標準，進而認為系爭規定係為「尋求對法益較周延之保護」，有鑑於「所保護法益之重要性及行為對法益危害之程度」而設，並不違反比例原則。再如司法院釋字第690號解釋雖闡明人身自由應受充分保護，人身自由之限制應受嚴格審查，但仍因著眼於系爭強制隔離措施所欲維護之重大公共利益（傳染病防治），認定其合憲。此外在司法院釋字第718號解釋中，大法官再度著眼於室外集會遊行對「諸多社會資源」之利用，強調其「本質上即易對社會原有運作秩序產生影響」，因此肯定立法者擁有採取許可制之「形成自由」。相對地，大法官在許多案件中之所以能夠達成違憲結論，往往正是因為系爭規定所追求之公共利益被認為不夠具體或不夠急迫（例如司法院釋字第641、644號解釋），或者其雖係為了追求重大公共利益，卻也侵犯了廣大公眾的重要利益（例如司法院釋字第603、649號解釋）。從這個角度看來，如果要進一步追問大法官的比例原則操作在頻頻訴諸個案衡量的同時，究竟顯示出什麼樣的立場，那麼或許對多數利益、多數價

關係」。然而從本文前後相關論述可知，在本文脈絡下，「基本權利保障」與「權力分立」原本就是兩個不同層次的考量。「不同層次」不代表「擇一」，而是強調在選擇比例原則審查標準的階段，應該著眼於比例原則「節制不當公權力」之核心目的，也因此不應該在此階段混入權力分立的考慮，導致比例原則功能被稀釋的後果。

值的重視，在一定程度上，堪稱是足以說明許多大法官解釋基本意向的立場。然而，恐怕也正因為如此，更進一步凸顯出大法官將權力分立或立法形成空間納入審查標準考量的問題。如前所述，比例原則旨在防堵公權力對個人自由的不當侵犯。此一理念不僅闡明憲法以自由為本之宗旨，也因此彰顯違憲審查權維護自由、進而保障少數利益的任務⁴⁷。立法者固得根據憲法的授權形成具體政策，釋憲機關卻也必須根據憲法，判斷立法者的政策決定是否違反憲法對基本權利、特別是對少數者基本權利的保護⁴⁸。從而，區隔審查標準的目的，並不在於要求大法官必須對所謂代表「民主多數」的立法者讓步，反而應該是要提醒大法官，不應該以系爭案件涉及人數多寡，或者是否符合／違反社會觀感，而應該以基本權利受（憲法）保障與受（系爭規定）威脅的強度，來決定比例原則操作的寬

47 關於司法違憲審查權維護少數利益的任務，詳見Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1963, S. 9 f., 53 ff.; Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVDStRL* 5 (1929), S. 30 (80 f.); *Shu-Perng Hwang*, *Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung: Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Auseinandersetzung von Gärditz und Zaczyk*, *Der Staat* 51 (2012), S. 233 (245 ff.); 黃舒芃, 「價值」在憲法解釋中扮演的角色——從釋字第617號解釋, 收於: *變遷社會中的法學方法*, 頁104-105 (2009年); Christoph Möllers, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 2011, S. 281 (326, 341 ff.).

48 由此可知，立法者的政策形成空間，是一種在憲法框架秩序下，根據憲法的授權而得擁有的選擇自由，也因此是一種受憲法（要求達成之目的）所拘束的自由。相對地，司法違憲審查的任務，就在於確保立法者的政策選擇與形成，不至於違反憲法的授權。因此，司法違憲審查權一方面固然不被允許藉違憲審查之便，越俎代庖地以立法者自居，意即自始扭曲憲法的框架特性，認定憲法只容許某種特定的立法政策選擇；但另一方面當然也不能基於認可立法形成空間的存在，逃避其審查立法政策合憲性的職責。就此意義而言，當前許多關於「司法違憲審查應尊重立法形成空間」、乃至於「司法違憲審查應該基於對立法形成空間的尊重，降低審查標準／密度」的主張，多少恐怕都已將所謂立法形成空間，誤解成憲法例外開放給立法者的「法外空間」，進而誤以為在此「空間」範圍內的立法決定，都不容司法違憲審查過問。關於這一點的檢討，可進一步參見黃舒芃, *違憲審查中之立法形成空間*, 收於: *框架秩序下的國家權力——公法學術論文集*, 頁395以下 (2013年)。

嚴，因為如此一來始能確保大法官從「防止任何人的自由遭受系爭規定不當侵犯」、而非從「一般社會通念如何看待系爭規定」的出發點，進行比例原則審查，而這種著眼於自由保護的比例原則審查，也才不至於動輒強調廣大公眾之利益，甚至直接將系爭立法政策等同於社會多數認同的價值。

(二) 審查標準的區隔應該反映至比例原則之實質論理

為了讓階層化比例原則的發展，有助於提升比例原則的論述品質與論證說服力，釋憲實務除應如前所述，以基本權利之維護與把關為職志，將決定系爭個案審查標準的考慮因素單純化之外，對於個別審查標準的適用，也應求「名實相符」，避免特定審查標準之宣告流於表面形式，或者和比例原則的實質操作脫鉤。因此，一旦系爭規定被認為對重要基本權利之實現影響重大，因而歸入嚴格或偏向嚴格審查標準的範疇，此時大法官的比例原則審查，就應該從「為基本權利嚴格把關」的角度出發，在比例原則各個子原則的判斷上，提高合憲門檻。就這一點而言，大法官於嚴格或偏向嚴格審查的場合，雖往往不免必須在系爭規定對基本權利構成嚴重侵犯，以及系爭規定旨在保護重大（公共）利益之間，進行損益權衡，也因此而有可能認可公權力為了公益而犧牲基本權利，但仍不應忽略比例原則所強調「目的不能正當化手段」的意涵，否則便無異於將目的正當性的考量，延伸到利益衡量的階段，甚至因此低估基本權利受侵害的嚴重性。從這個角度看來，司法院釋字第646號解釋以大篇幅論述電玩場所對社會風氣、公共安全與社區安寧的危害，藉此鋪陳以刑罰制裁未登記業者的正當性，與其說是損益衡量之後得到合憲結論，不如說更顯示出「治亂世用重典」的傳統思維；另外，司法院釋字第690號解釋雖宣稱以嚴格標準進行比例原則審查，但先前就法律明確性之審查，卻仍以「強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審

查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準」為論據，強調系爭規定追求之保護目的至關重大，也至為正當，也因此認定其強制隔離措施儘管剝奪人身自由，但仍因並未造成「受拘禁者人格權之重大影響」而合憲。大法官在此雖看似在系爭規定所侵犯與所保護的利益之間稍有斟酌，卻因為自始著眼於目的之重要性，輕忽了人身自由的剝奪本身即足以構成對基本權利的嚴重威脅，不因是否基於系爭規定之目的，事涉「人格權之重大影響」，而有根本改變⁴⁹。

另一方面，即使認為系爭規定只須通過寬鬆審查標準的檢驗，也不意味著此時大法官就可以以寬鬆審查為理由，根本放棄追究系爭手段與目的之間是否「合比例」，特別是是否合乎「必要性」與「法益相稱性」的要求。因為，在比例原則作為一般性審查基準的前提之下，所謂寬鬆或偏向寬鬆之審查標準，重點不外乎表明系爭規定對基本權利的干涉程度不那麼強烈，以致於沒有那麼大的違反憲法框架秩序的嫌疑⁵⁰；然而，正因為系爭規定終究對基本權利構

49 針對司法院釋字第690號解釋，論者有謂：大法官在此之理由正好和本文所主張的相同，是依據系爭規定對於人權干預的嚴重度，來決定審查標準／密度，而不是考量目的之重要性。此項見解認為，本號解釋之所以未採嚴格審查標準，係因系爭規定所涉及之人身自由限制，並未造成對人格權之重大影響。然而，若參酌本號解釋中，許宗力大法官所提部分不同意見書，與李震山、林子儀兩位大法官共同提出之部分不同意見書，對於多數意見的批評，便可看出，本號解釋恐怕並不是「基於系爭規定對於人權侵犯的嚴重度來決定審查標準」，而是依據系爭規定所保障之法益（保護人民生命安全與身體健康）的重要性，與「並未造成人格權重大影響」之理由，反過來認定系爭規定對於人身自由的侵害並不重大。實則，由憲法第8條採高密度（憲法保留）之規定已可得知，人身自由之重要性並不取決於與人格權維護之密切關連，從而人身自由之限制本身已構成對基本權利的重大侵犯，根據憲法必須受到最嚴格標準的檢驗。若因系爭規定所涉及之人身自由限制，無關乎人格權的重大侵犯，即認為毋須採取嚴格審查標準，則恐怕已低估人身自由在我國憲法脈絡下的特殊重要地位。

50 關於憲法作為（以自由為本之）框架秩序的特性，以及此一特性如何影響吾人對立法與司法違憲審查之間權力分立問題的理解，囿於篇幅與主題限制，在此無法詳述。對此可進一步參考Shu-Peng Hwang, Grundrechtsoptimierung durch (Kelsensche) Rahmenordnung. Zugleich ein Beitrag zur grundrechtsoptimierenden

成干預，所以仍須藉由比例原則審查，確認其憲法上的正當性。在此認知基礎上，大法官解釋若以寬鬆審查為由，對於系爭規定之合憲性，僅以其為「合理手段」，「與憲法第二十三條規定之比例原則尚無抵觸」，或者「尚未逾越立法裁量範圍」一語帶過，⁵¹顯然便已對寬鬆審查與比例原則之間的關係有所誤會，彷彿以為寬鬆審查就象徵「不需要（實質且逐項的）比例原則審查」。更嚴重的是，在這種「寬鬆審查標準足以取代比例原則操作」的意向引導之下，對於所謂寬鬆審查標準的宣告，未來恐怕容易成為大法官自廢武功的合理化論據，由此衍生濫用寬鬆審查標準的危機。

當然，期許透過階層化的發展，有效展現在比例原則的實質論理上，並不意味著就此漠視比例原則操作過程中，利益衡量的複雜性，以及基於此等複雜性而容易導致的「司法恣意」批評，自然也不表示相信比例原則利益衡量的難題，可以藉由審查標準階層化而得到徹底解決。如前所述，由於利益衡量不免涉及敏感而且往往難以論斷是非的評價問題，就算在審查標準階層化、類型化、體系化的協助之下，所謂法益相稱原則也不可能化約成規格化的刻板公式，因此，大法官的利益衡量論證若要取得說服力，不可能單憑比例原則的階層化發展，便收立竿見影之效。尤其，在許多涉及基本權利衝突、大法官（似乎）也因而採取所謂中度審查標準的案例中，不論是面對新聞自由與行動自主權的對抗（司法院釋字第689號解釋），或者是言論自由（不表意自由）和名譽權／人格權的衝突（司法院釋字第656號解釋），在我國憲法並未明白區隔對相關基

Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe am Beispiel „Stand von Wissenschaft und Technik“, Der Staat 49 (2010), S. 456 (457 ff., 464 ff.); 黃舒芃（註39），頁342-348。另可回頭參照前揭註48之相關說明。

⁵¹ 例如在司法院釋字第682、697等號解釋中，大法官似乎都選擇在寬鬆審查標準的庇蔭下，自我免除比例原則的實質論證義務。此外，司法院釋字第699號解釋雖看似對比例原則中各項子原則之判斷皆有所論述，實則其推論十分簡略，遑論仔細斟酌、區分系爭規定所牽涉各種不同之可能案件類型。相關檢討，詳見李震山大法官提出、湯德宗大法官加入之本號解釋不同意見書。

本權利之保障程度⁵²的背景下，都可以看出利益衡量問題的難度。不過本文認為，利益衡量的艱難與複雜性，至多只能凸顯比例原則也有其功能侷限，並不足以構成大法官放棄利益衡量說理、甚至放棄比例原則及其階層化嘗試的理由。相反地，比例原則賦予大法官利益衡量的任務，本即意味著要求大法官在利益衡量階段，履行充分論證的義務。

伍、結論與展望

本文透過對我國司法釋憲實務中，比例原則之操作內涵與發展趨勢的總體觀察，一方面印證了許多關於大法官解釋如何運用比例原則的印象與評價，另一方面也進一步分析了大法官解釋中的比例原則，究竟展現何等特色，又面臨哪些挑戰。本文認為，儘管階層

52 若與德、美相較，我國由於不像德國基本法一般，在各種基本權利之間，區隔出不同的憲法保障程度（在我國憲法上，唯一較常被提及之所謂「憲法保留」特例，就是憲法第8條的人身自由），也不像美國聯邦最高法院承襲堅強的案例法傳統，從而可以藉此找到基本權利保障類型化的清楚依據，因此，我國憲法是否與如何針對不同基本權利，給予不同（程度、強度或方式）的保護，始終是個尚未得到充分釐清的問題。關於這一點的討論，基本權利總論部分，可參見翁岳生（註2），頁11-12；許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收於：國際刑法學會臺灣分會編，民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁393-394（2005年）；陳新民，憲法學釋論（註2），頁165-169；黃昭元（註25），頁134-136；雷文攻，全民健保合憲性之探討——從美國社會安全法制之合憲性基礎看我國大法官釋字四七二號解釋，政大法學評論，63期，頁125-126（2000年）。基本權利各論部分，則可參見李惠宗，職業自由主觀要件限制之違憲審查——司法院大法官釋字第五八四號解釋評析，憲政時代，30卷3期，頁258-269（2005年）；李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁107-117（2008年）；錢建榮，終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討——兼論釋字第五三一號解釋，月旦法學雜誌，128期，頁79-81（2006年）；蔡維音（註25），頁189-190。不過，從大法官解釋似乎一再嘗試站在過去解釋基礎上，努力建立我國基本權利（包括總論與各論）保障體系的趨勢看來，關於不同基本權利在我國憲法上，具有何等不同意義或重要性的問題，至少應能從大法官解釋案的歸納中，找出一些線索。

化、類型化的發展，堪稱釋憲實務近十年來操作比例原則最醒目的趨勢，但細究大法官解釋之論證，可發現影響釋憲取向及結果的關鍵，終究是個案衡量。根據本文觀點，這樣的現象雖不必然代表比例原則之適用將無可避免地導向司法恣意；不過，如果仍然期許大法官可以藉助審查標準的發展，提升比例原則論述的說服力與公信力，那麼審查標準的適用，就應該更朝向協助比例原則發揮「節制不當公權力」功能的目標進行改革。這固然不意味著大法官勢必要藉由提高違憲宣告比例，來彰顯其為基本權利把關的使命；但是，既然比例原則作為解釋方法，旨在授權並要求大法官阻止公權力對自由的過度侵犯，則面對許多對基本權利之實現構成嚴重威脅、也因此應受嚴格審查標準檢驗的公權力行使，大法官的比例原則操作，就應該隨之提高合憲門檻，而不是在實質論證甚或審查標準選擇的過程中，添加所謂權力分立、功能最適、立法形成空間等因素的考慮。更進一步來說，為了讓階層化比例原則的發展，有助於提升比例原則的論述品質與論證說服力，釋憲實務除應如前所述，以基本權利之維護與把關為職志，將決定系爭個案審查標準的考慮因素單純化之外，對於個別審查標準的適用，也應求「名實相符」，避免特定審查標準之宣告流於表面形式，或者和比例原則的實質操作脫鉤。因此，一旦系爭規定被認為對重要基本權利之實現影響重大，因而歸入嚴格或偏向嚴格審查標準的範疇，此時大法官的比例原則審查，就應該從「為基本權利嚴格把關」的角度出發，在比例原則各個子原則的判斷上，提高合憲門檻。另一方面，即使認為系爭規定只須通過寬鬆審查標準的檢驗，也不意味著此時大法官就可以以寬鬆審查為理由，根本放棄追究系爭手段與目的之間是否「合比例」，特別是是否合乎「必要性」與「法益相稱性」的要求。正因為系爭規定終究對基本權利構成干預，所以，大法官仍須藉由比例原則審查，透過在比例原則論證過程中的充分說理，確認其於憲法上的正當性。

放眼比例原則全球化的趨勢，我國司法釋憲實務在與其他採納比例原則的國家或法院相較之下，的確展現出「將德國法上的比例原則操作，結合美國法上的審查標準意識」的特色，也因此充分反映出德國與美國憲法學對我國發展的雙重影響。儘管不可諱言，若單就德國或美國個別情況而論，不論是德國憲法學界看待比例原則「階層化」的呼籲，或者美國憲法學界看待比例原則的合理性與可行性，其實都在一定程度上，抱持保留甚至懷疑批判的態度。⁵³不過，如果暫且撇開多元繼受的背景爭議，將檢視焦點重新放回我國大法官解釋的發展主軸，不難看出大法官經由長年來眾多案件的累積，其實已透過階層化審查標準思維的引介，為比例原則的後續發展，找出一條值得細心耕耘的道路。就此意義而言，比例原則雖曾歷經不被認真看待、或者被恣意操作的危機，但終究仍然是一個前景看好的解釋方法。

⁵³ 相關討論眾多。在此僅需參考Merten (Fn. 8), Rn. 78 f. (反對階層化的發展，特別是所謂職業自由限制之三階理論，認為比例原則不像階層理論一般地過度簡化問題，也因此更為理想)；Saurer (Fn. 5), S. 21-23 (指出比例原則和美國審查標準理論分別預設不同的自由保障邏輯，也因此比例原則的思考取向無法在美國形成主流)；Cohen-Eliya & Porat, *supra* note 5, at 264 (指出美國與歐陸憲政文化的差異，並比較德國比例原則與美國法上的衡量【balancing】傳統對各自憲政實踐之不同影響)；Jud Mathews & Alec Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, 60 EMORY L.J. 797, 813-74 (2011) (檢討比例原則與美國憲政實務的相容性，並分析比例原則如何內化成美國法的一部分)。

參考文獻

1. 中文部分

- 吳庚(2003), 憲法的解釋與適用, 臺北: 自版。
- 李建良(2008), 經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋, 政大法學評論, 102期, 頁71-157。
- (2011), 人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查——釋字第690號解釋, 台灣法學雜誌, 186期, 頁60-79。
- (2014), 兩岸關係下的人性尊嚴、收養自由與制度保障——釋字第712號解釋, 台灣法學雜誌, 250期, 頁29-52。
- 李惠宗(2005), 職業自由主觀要件限制之違憲審查——司法院大法官釋字第五八四號解釋評析, 憲政時代, 30卷3期, 頁255-293。
- 李震山(2011), 從憲法觀點論身體不受傷害權, 收於: 人性尊嚴與人權保障, 4版, 頁143-178, 臺北: 元照。
- 林明鏘(2014), 比例原則之功能與危機, 月旦法學雜誌, 231期, 頁65-79。
- 林鈺雄(2004), 從基本權體系論身體檢查處分, 臺大法學論叢, 33卷3期, 頁149-200。
- 姜世明(2014), 強制執行法之基本原則與理念, 月旦法學雜誌, 225期, 頁214-230。
- 翁岳生(2011), 司法院大法官之解釋與臺灣民主政治及法治主義之發展, 台灣法學雜誌, 178期, 頁1-22。
- 許玉秀(2005), 刑罰規範的違憲審查標準, 收於: 國際刑法學會臺灣分會編, 民主、人權、正義: 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集, 頁365-413, 臺北: 元照。
- 許育典(2002), 學術自由作為大學法制的核心建構——二一退學

- 憲法爭議的省思，收於：翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編，當代公法新論（上）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁141-185，臺北：元照。
- （2005），宗教自由與宗教法，臺北：元照。
- （2006），憲法，臺北：元照。
- 許宗力（2007），比例原則之操作試論，收於：法與國家權力（二），頁119-140，臺北：元照。
- 許澤天（2010），對特別刑法敲響一記警鐘的釋字第六六九號，台灣法學雜誌，149期，頁189-194。
- 陳清秀（2012），夫妻所得合併申報課稅問題——釋字第六九六號解釋評析，月旦法學雜誌，210期，頁52-64。
- 陳慈陽（2005），憲法學，2版，臺北：自版。
- 陳愛娥（2004），社會國的憲法委託與基本權保障，收於：吳庚大法官榮退論文集編輯委員會主編，公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，頁267-289，臺北：元照。
- 陳新民（1990），論憲法人民基本權利的限制，收於：憲法基本權利之基本理論（上），頁181-284，臺北：自版。
- （2008），憲法學釋論，6版，臺北：自版。
- 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（第六輯）（下冊），頁581-660，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 黃昭元（2004），憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，頁45-148。
- （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2期，頁215-258。
- 黃舒芃（2009），「價值」在憲法解釋中扮演的角色——從釋字第617號解釋，收於：變遷社會中的法學方法，頁83-126，臺北：元照。

- (2009), 從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題, 收於: 民主國家的憲法及其守護者, 頁293-361, 臺北: 元照。
- (2009), 數字會說話? 從大法官釋字第584號解釋論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。
- (2013), 立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字第649號解釋為例, 收於: 框架秩序下的國家權力——公法學術論文集, 頁329-388, 臺北: 自版。
- (2013), 違憲審查中之立法形成空間, 收於: 框架秩序下的國家權力——公法學術論文集, 頁389-412, 臺北: 自版。
- 雷文玫 (2000), 全民健保合憲性之探討——從美國社會安全法制之合憲性基礎看我國大法官釋字四七二號解釋, 政大法學評論, 63期, 頁105-127。
- 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。
- 蔡宗珍 (1999), 公法上之比例原則初論——以德國法發展為中心, 政大法學評論, 62期, 頁75-103。
- 蔡維音 (2004), 評釋字第五七八號解釋, 月旦法學雜誌, 111期, 頁185-192。
- 錢建榮 (2006), 終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討——兼論釋字第五三一號解釋, 月旦法學雜誌, 128期, 頁69-93。

2. 外文部分

- Arnauld, Andreas von (2008), Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Hatje/Nettesheim (Hrsg.), Europarecht, Beiheft 1/2008: Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem,

- europäischem und internationalem Recht, Baden-Baden: Nomos, S. 41-64.
- Barak, Aharon. 2012. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Classen, Claus Dieter (2012), Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen, in: Sachs/Siekmann (Hrsg.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 651-667.
- Cocoşatu, Mădălina. 2012. Principles of Subsidiarity and Proportionality at European Union Level, as Expression of National Interests. *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 8(3):30-41.
- Cohen-Eliya, Moshe, and Iddo Porat. 2010. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law* 8:263-286.
- . 2013. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Cremer, Wolfram (2008), Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht. Abwägung von Grund und Gegenstand statt Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus, *DÖV*, S. 102-108.
- Grimm, Dieter. 2007. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal* 57:383-398.
- Huscroft, Grant, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber. 2014. Introduction. Pp. 1-17 in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, edited by Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber. New York, NY: Cambridge University Press.

- Hwang, Shu-Perng (2010), Grundrechtsoptimierung durch (Kelsensche) Rahmenordnung. Zugleich ein Beitrag zur grundrechtsoptimierenden Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe am Beispiel „Stand von Wissenschaft und Technik“, *Der Staat* 49, S. 456-476.
- (2012), Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung: Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Auseinandersetzung von Gärditz und Zaczyk, *Der Staat* 51, S. 233-250.
- Kelsen, Hans (1929), Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: *VVDStRL* 5, Berlin: Walter de Gruyter, S. 30-88.
- (1963), *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Aalen: Scientia.
- Klatt, Matthias/Meister, Moritz (2012), Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip, *Der Staat* 51, S. 159-188.
- (2014), Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, *JuS*, S. 193-199.
- Kokott, Juliane (2004), Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg: C.F. Müller, § 22.
- Lepsius, Oliver (2005), Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?, *JZ*, S. 1-13.
- (2011), Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, S. 159-279.
- Lerche, Peter (1999), Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der

- Erforderlichkeit (1961), 2. Aufl., Goldbach: Keip.
- Luterán, Martin. 2014. The Lost Meaning of Proportionality. Pp. 21-42 in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, edited by Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber. New York, NY: Cambridge University Press.
- Mathews, Jud, and Alec Stone Sweet. 2011. All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal* 60:797-876.
- Merten, Detlef (2009), Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg: C.F. Müller, § 68.
- Möller, Kai. 2014. Proportionality and Rights Inflation. Pp. 155-172 in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, edited by Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber. New York, NY: Cambridge University Press.
- Möllers, Christoph (2011), Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, S. 281-422.
- Nußberger, Angelika (2013), Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Strukturprinzip richterlichen Entscheidens in Europa, *NVwZ-Beilage*, S. 36-44.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard (2011), *Grundrechte. Staatsrecht II*, 27. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller.
- Raue, Frank (2006), Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?, *AöR* 131, S. 79-116.
- Rivers, Julian. 2007. Proportionality and Discretion in International and

- European Law. Pp. 107-131 in *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, edited by Nicholas Tsagourias. New York, NY: Cambridge University Press.
- Saurer, Johannes (2012), Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, *Der Staat* 51, S. 3-33.
- (2014), Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Europäischen Union, *JZ*, S. 281-286.
- Schauer, Frederick. 2014. Proportionality and the Question of Weight. Pp. 173-185 in *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, edited by Grant Huscroft, Bradley W. Miller, and Grégoire Webber. New York, NY: Cambridge University Press.
- Schlink, Bernhard (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.
- (2001), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 445-465.
- . 2012. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?. *Duke Journal of Comparative & International Law* 22:291-302.
- Sweet, Alec Stone, and Jud Mathews. 2008. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47:72-164.
- Tsakyrakis, Stavros. 2009. Proportionality: An Assault on Human Rights?. *International Journal of Constitutional Law* 7:468-493.
- Urbina, Francisco J. 2012. A Critique of Proportionality. *American Journal of Jurisprudence* 57:49-80.

The Principle of Proportionality in the Trend of “Hierarchicalization”:

Critical Remarks on the Current Developments in Constitutional Review

*Shu-Perng Hwang**

Abstract

While the introduction of the principle of proportionality into Taiwanese constitutional system was recognized as the result of the reception of German constitutional law, the development of this principle in context of the decisions of Taiwanese Constitutional Court (Judicial Yuan) has undoubtedly shown some “localized” characteristics that are worth exploring. This article thereby begins with an overall observation of the principle of proportionality in light of the constitutional review. It then shows that the application of the principle of proportionality is more and more characterized by the trend of “hierarchicalization” resulting from a combined adoption of the principle of proportionality on one hand and the standards of review on the other hand. Based on this observation, this article critically examines why and in what sense the establishment of such a hierarchy through the current developments in the constitutional review is unable to promise a coherent and rational application of the principle of proportionality. In view of the shortcomings of this “case-by-case balancing” in the practice of Taiwanese Constitutional Court, it argues that the standards of review that are to be applied in the proportionality review must be determined in favor of the protection and realization of the constitutional rights. To this extent, factors such as judicial (self-)restraint and the separation of

* Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

powers should not be taken into account in constructing the hierarchy of proportionality review.

KEYWORDS: principle of proportionality, hierarchicalization, standards of review, constitutional review, constitutional rights, separation of powers.