

東海大學法律學研究所
碩士論文

指導教授：蕭淑芬博士

立法事實的違憲審查之研究

Judicial Review on the Legislative Facts

研究生：謝明祐

中華民國 一〇一年 六月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 謝明祐 君所提之論文：

立法事實的違憲審查之研究

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

王通宇

黃啓禎

蕭淑芬

101 年 6 月 26 日

目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法	2
第二章 論立法事實之認定在違憲審查當中之角色與功能	4
第一節 立法事實	5
第一項 法律事實與社會事實	6
第二項 司法事實與立法事實	7
第三項 歷史性事實、評價性事實、預測基礎事實	10
第四項 小結	11
第二節 「事實認定」做為違憲審查之審查內容	13
第一項 美國模式違憲審查制度底下之「事實」認定	14
第二項 德國憲法訴訟底下之「事實」認定	16
第一款 機關爭議 (Organstreit) 之事實認定	18
第二款 選舉訴訟之事實認定	19
第三款 宣告政黨違憲案件	20

第四款 對總統之彈劾案.....	20
第三節 立法事實的內容.....	21
第一項 立法活動	21
第二項 立法事實的判斷於違憲審查的必要性.....	23
第三章 立法事實與違憲審查	25
第一節 審查客體	25
第一項 法律.....	26
第二項 命令.....	27
第一款 法規命令	27
第二款 行政規則	28
第三款 授權命令	29
一、授權命令與職權命令	29
二、評析	30
第四款 職權命令	31
第二節 審查工具－審查標準之探討	33
第一項 美國三重審查基準與類型化的審查標準.....	33
第一款 雙重基準	33

第二款 從雙重審查到三重審查	37
第三款 個別基本權利的審查標準與要件.....	38
一、限制較小的可選擇性手段	39
二、言論自由的領域劃分	39
三、言論自由審查標準之具體化	42
四、對於宗教自由的類型化標準	44
第二項 評析美國三重審查基準	45
第三項 德國法上之比例原則與審查密度理論.....	47
第一款 比例原則與審查密度	47
一、明顯性審查.....	48
二、可支持性審查.....	49
三、強烈內容審查.....	51
第二款 審查範圍	52
一、 審查範圍與審查密度之關聯.....	52
二、 審查範圍之確定	54
第三款 立法者提出證據的要求	55
一、 審查密度的影響	55
二、 解析	55

第四項 德國類型化的審查密度	57
第一款 職業自由與三階理論	58
一、 職業執行自由的限制	59
二、 職業主觀許可要件之限制	59
三、 職業客觀許可要件之限制	60
四、 評析	61
第二款 隱私權的三種領域	64
一、 私密領域	64
二、 私人領域	65
三、 社會領域	65
第三款 藝術自由的兩個領域	66
第四款 小結	67
第五項 比例原則與審查密度對於功能法點之影響	68
第一款 德國法上之功能法理論	68
第二款 評析	70
第三節 如何運用立法事實進行審查？	71
第一項 立法事實於美國法之運用	71
第一款 Muller v. Oregon 案	72

第二款 <i>Brown v. Board of Education</i> 案	74
第二項 德國結合比例原則與審查密度	77
第一款 案例分析	77
第二款 評析	80
第三項 立法事實於我國實務運用初探	82
第一款 關於「立法事實」概念的認知	83
一、釋字 646 號解釋	84
二、許玉秀大法官	88
三、楊仁壽大法官	91
四、蘇俊雄大法官	93
五、許宗力大法官	97
六、陳春生大法官	110
第二款 小結	112
第四章 立法事實與舉證責任	114
第一節 審查原則	115
第一項 美國法上之司法確知與合憲性推定原則	115
第一款 司法確知 (judicial notice) 之概念	115
第二款 司法確知之概念運用於司法審查	116

第三款 合憲性的推定.....	118
第四款 合憲性推定與舉證責任	120
第五款 法院如何調查證據.....	125
第六款 法院如何審查立法事實	127
第七款 評析	128
第二項 德國法上之「合憲解釋」與舉證責任.....	131
第一款 合憲推定原則、合憲解釋與合憲限定解釋.....	131
一、定義	131
二、分析	133
第二款 評析.....	136
第三項 德國憲法訴訟上的舉證責任	139
第一款 相關概念的釐清.....	139
一、聯邦憲法法院的程序規範	139
二、調查原則.....	141
三、舉證責任.....	142
第二款 評析	144
第二節 我國法上之舉證責任與訴訟類型	152
第一項 司法院大法官審理案件法.....	153

第一款 我國釋憲實務上有無證據規範之問題.....	154
第二款 我國釋憲程序相關調查證據的問題.....	155
第三款 人民、法人或政黨聲請法令違憲解釋.....	156
第二項 憲法訴訟法草案.....	159
第一款 程序之進行與證據之調查.....	159
第二款 調查證據程序.....	161
第三項 小結.....	163
第一款 客觀的舉證責任與主觀的舉證責任.....	164
第二款 主觀的舉證責任或是客觀的舉證責任？.....	164
一、主觀的舉證責任.....	165
二、客觀的舉證責任.....	166
第五章 結論.....	168
第一節 立法事實審查之必要性.....	168
第一項 基於語言與文字本身是中性.....	168
第二項 基於立法事實之功能.....	169
第三項 基於違憲審查之客觀化取向.....	169
第二節 立法事實之審查於我國釋憲實務之發展.....	170

第一項 立法事實審查之認知與運用	170
第二項 立法事實之審查應配合舉證責任分配原則.....	171
參考文獻.....	I



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

隨著違憲審查制度的採行與發展，無論是美國的聯邦最高法院或是德國的聯邦憲法法院，對於法規範的違憲審查，有愈發精緻化的現象。而法院對於「立法事實」的審查這是此種精緻化的體現。所謂的「立法事實」是指立法當時立法者或立法機關對於據以立法之事實狀態之「預測與決定」。而立法事實之審查則是對於立法者該預測與決定進行審查。此不僅可以避免法院在法規範違憲審查之案件中，欠缺一「認定對象」而僅就法規範作字面意義的解釋之空洞審查，亦可提供法院一「客觀的事實」作為依據，避免以自己的主觀認知取代立法者的決定，而觸動權力分立下原則違憲審查制度正當性之疑慮。更可使得法院之審查判斷更趨於「客觀性」、更為人民所信賴。

對於「立法事實」之審查，在美國模式的司法審查制度下，由於個案事實與立法事實同存在於一案，因此法院不僅須就個案進行審查，亦須對於立法者之事實認定問題進行檢證，形成同時就個案事實進行審認亦就立法事實進行考量之特殊情形。而在德國模式下

之違憲審查制度，法制上之發展是在比例原則之架構之下配合審查密度理論之採行，對於立法者之事實認定問題進行審查之時，給予立法者對於事實認定寬嚴不同的「決定空間」，防止法院在規範審查時，僅作字面意義之理解之流弊，使得該國法規範違憲審查制度展現出不同於美國型司法審查之靈活度。

我國的違憲審查制度，學者認為係「抽象規範審查」，故而，作為唯一擁有憲法解釋權之我國司法院大法官，在早期的釋憲實務上，皆僅就法規範作字面意義是否合乎比例原則之審查，惟法規範的文字通常是中性而不帶有任何色彩，法規範之合憲與否已非單純規範意義的探究即可明瞭。為求我國違憲審查制度更趨於細緻化與客觀化，本文研究「立法事實」審查之重要性與必要性，並藉以期許我國司法院大法官在日後進行法規範違憲審查時能充分考量立法者對於事實之認知與決定，做出客觀之判斷。

第二節 研究方法

本文在第一章中先就「立法事實」之概念進行探討與解釋，畢竟，「立法事實」此一名詞在憲法領域並非廣為人所熟知，我國亦少專門針對此進行探討之文獻存在，故而，概念意義的確立有其必要。

本文先就法院在司法判決的過程當中會遇到如何之「事實」問題進行論述，最後歸結違憲審查中之「事實認定」常指涉立法者對於其立法當時對於事實之認知，故法院在違憲審查案件中對於立法事實進行審查，亦是一種特殊型態的針對「事實」的判斷。

接著在第二章中，本文介紹美國與德國兩種不同類型之違憲審查模式，並就其實務上如何對於立法事實進行審查分別進行探討。之後，再就「立法事實」此一概念在我國釋憲實務上是否存在？意義為何？我國實務有否對於立法事實進行審查之狀況逐一分析探討，就此，本文提出幾號大法官解釋以及大法官的意見書進行歸納分析，並比較各種論述間之異同做總結性的說明。

由於「立法事實」之審查涉及立法者所認定的事實問題之評價，在第三章中，本文探討若法院在無相關「立法事實」作為審查對象時，如何進行判斷之問題。故而，立法事實之提出即是在違憲審查中，「舉證責任」之問題。就此，本文梳理相關舉證責任之制度並論述涉及高度公益性質之違憲審查制度，有無舉證責任之適用問題。

在結論章中，本文除了再針對立法事實與舉證責任提出個人意見外，並總結前面各章結論提出幾點呼籲以供參考。

第二章 論立法事實之認定在違憲審查當中之 角色與功能

前言

在判斷法律合憲與違憲的同時，做為「憲法守護者」的違憲審查機關，如何建立憲法判斷的「客觀性」以及「可信性」以實現憲法，乃違憲審查機關最為重要之職責所在。任何司法判決的做成，首要之事便是事實的認定問題，將事實的認定涵攝（subsumtion）於應適用之法規範當中，並據以做成合法與否的價值判斷。惟作為審查法規範合憲與否的違憲審查機關，據以認定之事實除了裁判事實之外，亦牽涉權力分立原則下立法機關據以制訂法規範所認定之「立法事實」，此時，違憲審查機關能否審查該「立法事實」以及立法事實之範圍如何界定、由何人界定、違憲審查機關如何審查立法事實？以及審查之方法如何？等問題便成為違憲審查制度中之重大課題。本文嘗試從「立法事實」之概念出發，探討立法事實之概念在比較法上之意義與運用，並觀察「立法事實」在違憲審查制度當中之功能與角色問題，藉以論述我國司法院大法官做為我國行使違憲審查之唯一機構，在所謂「抽象規範審查」制度下，就「立法事實」的審查可能與審查空間，如何審查？哪些案件可以就立法事實審查？等

問題，以及近年來大法官在釋字 584 號解釋以及 649 號解釋當中運用「立法事實」之概念之評析，探討將來我國大法官在「立法事實」審查方面靈活運用之可能性。

第一節 立法事實

由於憲法規範的抽象性、憲法內容的多樣性以及憲法所規範的事物的複雜性，現行違憲審查制度架構下的審查方式，已經無法透過單純字面意義的、法解釋理論的分析來進行法規範違憲審查的判斷，而不得求助於憲法規範本身以外的實證資料是否存在以及合理性來判斷法律是否違憲¹。在通常情形下——即法官在適用法律而對某案件做出決定之時，對於案件中的特定事實做出法律的判斷，是法學方法以及判決的重要課題之一。然而，違憲審查的決定（*Entscheidung*）是對於法律合憲與否進行判斷，非僅是法官將法律條文適用於具體個案事實的「涵攝」（*subsumtion*）過程，且憲法規範的抽象性以及做為法律所規範對象的社會生活的複雜難斷，非單純「認定事實、適用法律」的邏輯操作即能得出令人信服的結果。

因此，在判斷法律是否合憲的過程當中，需要輔以憲法規範文本以

¹在不同的違憲審查制度下，有可能還包括**國家機關的具體措施**，例如：國家以行政處分（*Verwaltungsakt oder Verwaltungsverfügung*）的方式限制基本權利時，德國基本法第 93 條第 1 項第 4a 款以及聯邦憲法法院法第 90 條第 1 項均明文規定：“任何人得主張…遭受公權力侵害而提起憲法訴願”之憲法訴願制度（*Verfassungsbeschwerde*）。本文在此僅以與我國密切關係的法律規範的審查為論述基礎。

外的參考資料來做為判斷的依據。這些用來判斷法律合憲與否的參考資料，在憲法的領域當中被稱為「憲法事實」(Constitutional Facts)。所謂的「憲法事實」系指在憲法的判斷過程當中必需考慮的事實。然而，憲法事實這一概念是一個統稱，可能有多種涵義，常被提及的有以下三種意義：²

- 一、 違憲審查中具體個案當中的司法事實。
- 二、 根據特定標準判斷規範是否合憲的事實。
- 三、 直接依據憲法規範做出判斷所需之事實。

由於對於「事實」的判斷乃是做出法律規範合憲或違憲的前提，而事實問題往往無法透過解釋法律或檢所判例而得以確定，但憲法判斷又往往不得不面對上述事實，也因為對於事實的認知分歧極大，因此發展出對於事實的認定方法，便成為違憲審查當中憲法判斷的重要課題。

第一項 法律事實與社會事實

對於事實的認知通常是一個極為艱難的課題，此不僅由於事實的重現有其困難，另一方面也由於對於事實認知之「人」的先入為

² 參時国康夫，憲法事實，載於〈法曹時報〉，第15卷5号，1963年。

主的偏見。就此意義而言，在法學領域當中，「客觀事實」這一名詞並不存在。然而，在法學的思考當中，對於什麼是「事實」的分類，通常有以下三種³：

1. 純然的、與價值相對的事實。
2. 釋義學上的事實。
3. 做為規範性的事實。

就法學的研究而言，以第一類的事實為研究對象，但卻不能忽視第二類與第三類意義上的事實。這裡所提到的第一類事實即是複雜的「社會生活事實」，而第二類的事實，即是「經過事實與法律之間是否存在內在關聯的判斷」之事實，是一種帶有價值判斷的成分存在的事實，誠如 Karl Larenz 所說：“未經加工的案件事實（第一類事實）逐漸轉化為最終的做為陳述的案件事實（第二類事實）”⁴，此「法律事實」即一般法學方法論當中在“大前提和生活事實之間的來回穿梭。而在憲法判斷當中，做為法律規範存在的規範本身，若可被認為是一種事實，則該「規範事實」即是上述所稱的第三類事實。

³ 參 Dennis Lloyd 著，張茂柏譯《法律的理念》，聯經出版公司，1984年，頁281。

⁴ 參 Karl Larenz 著，陳愛娥譯《法學方法論》，五南圖書出版，2006年，頁162。

由一般法學的方法觀之，憲法的判斷過程亦不外乎是在做為審查對象的法規範（第三類事實）以及案件事實（第一類事實經過價值判斷後所演變成的第二類事實）和憲法規範之間做出。因而，違憲審查中「事實判斷」的特殊性在於案件中需要重新建立的事實不僅包含特定的「具體事實」，而且亦包含與法規範相關的普遍性事實，而這種事實極少屬於生活事實，極多數的場合中憲法判斷所面臨的是經過評價的法律事實。因此憲法事實較諸普通法律案件的事實更具有複雜性，乃因其並非單純針對社會生活事實做出判斷，毋寧是在憲法規範本身與經過評價的「法律事實」間，針對作為審查標的之法規範（法規範本身的存在也是一種事實問題）進行判斷。

第二項 司法事實與立法事實

「司法事實」指的是直接與案件當事人相關的事實。例如：個案當中之何人、何事、何時、何地以及出於何種動機及目的；而「立法事實」（Legislative Facts）是指與個案關係不大，而有關於法律、政策之判斷的事實。

由此可知，司法事實與立法事實之區分，便是與個案之關連程度而指涉不同之事物。在所謂的「美國型具體違憲審查」制度⁵當中，

⁵ 雖然在德國的違憲審查制度底下，有所謂「具體審查」的「憲法訴願」制度，但德國的具體

憲法案件中的「事實」可能同時指涉「司法事實」與「立法事實」兩者。此時，法院在憲法案件中須考量的除了個案事實資料之外，對於所牽涉的法律、政策的事實資料，亦在法院的判斷範圍之內。故而，無論是憲法事實或是司法事實，只要能做為憲法案件中憲法判斷的重要性前提或事實基礎資料，都可以是上述所稱之「憲法事實」。相反的，特定的立法事實與司法事實無關憲法判斷的重要性時，則立法事實或司法事實即不成為「憲法事實」，此時法院只能在考量其他事實資料做成憲法判斷。

上述關於「司法事實」與「立法事實」的區分與概念之提出，主要是由美國的戴維斯教授（Kenneth Culp Davis）⁶所提出，而為日本憲法學大師芦部信喜教授引介予充實日本戰後的憲法學理論⁷，經過時国康夫法官以及高橋和之、江橋崇⁸教授等之闡發而逐步採納成為日本憲法學理論當中重要的一部分，而為現今日本憲法學教科書中不可忽略的一章。

審查與美國的具體審查制度，兩者的性質與指涉的內容並不相同。就此可參吳仁華，*違憲審查中立法目的審查之研究—以司法院大法官解釋為中心*，東海大學法律研究所碩士論文，頁 11-20 之整理。

⁶ 戴維斯教授 1942 年於哈佛法學評論發表的“An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process”一文，雖是針對行政法領域為論述，但是此種區分在日本學界認為同樣可以適用於憲法事實。

⁷ 關於芦部信喜教授介紹「立法事實」之相關闡述，可參氏著，〈憲法訴訟の理論〉一書，有斐閣，1973 年出版，頁 152 以下之說明；另時国康夫，*憲法事實*，載於〈法曹時報〉，第 15 卷 5 号。

⁸ 可參江橋崇執筆，*立法事實論*，收錄於芦部信喜編〈講座憲法訴訟（第二卷）〉，有斐閣，1987 年版。

然而，上述對於立法事實與司法事實之區分，在憲法案件的判斷當中有時並非截然可分，甚至有難捨難分之勢。例如判斷對於個案當事人權利的限制出於何種目的或是動機之時，由於亦是牽涉到對於法律政策之判斷。從而，此種「司法事實」在法院對於憲法案件的論證過程當中，明顯的轉為「立法事實」。故雖然「司法事實」之概念一般被認為在「美國型具體違憲審查」制度之下始有可能成為法院判斷的對象，惟在「抽象違憲審查」制度下，是否即完全不對司法事實加以判斷，似乎仍有解釋空間。

第三項 歷史性事實、評價性事實、預測基礎事實

所謂的「歷史性事實」是指在個案當中已經發生的過往事實。在一般的案件判斷當中，法院的心證通常都是指由對於「歷史性事實」為小前提，而以所適用之法規範為大前提而得出結論之過程。亦即在何時、何地以及發生何事等經驗性事實，故「歷史性事實」亦為上述「司法事實」之內容之一。

「評價性事實」是指經過重建與判斷的個案事實，例如個案當事人是否有故意或是過失等主觀要件的判斷，因為故意或是過失之有無是一種「事實」，而當事人是否有故意或是過失等主觀意識，則是法院須綜合個案情況加以認定之主觀事實狀態，故此種須要經過法

院於個案中評價的事實，即是「評價性事實」。而此種故意或是過失之判斷，亦符合上述司法事實當中之「目的」或是「動機」之事實，準此，此種「評價性事實」，亦可認為是「司法事實」的一部分。

最後，「預測基礎事實」是指做為立法預測判斷基礎的「資料事實」。因為立法者在制定法律當時，通常須要對於立法措施是否可以達成特定之目的、立法是否將導致某種效果做出預測，而成為對此預測性判斷的基礎事實，即是「預測性事實」。由於「單純的預測性事實」以及對於預測性事實的「再評價」屬於兩個不同層次之問題，從而，立法者的立法過程可以看做是「以單純的預測性事實為基礎進行立法評價的預測性判斷過程」，故在憲法案件當中，為了避免立法者的判斷流於恣意，法院對於立法判斷過程中之「合理性」與否之問題，便成為法院在憲法判斷過程中最重要的一環，就此而論，法院對於「立法事實」判斷之活動，即是集中於法院對於立法者就此「預測性事實」之評價是否具有合理性之過程。

第四項 小結

由上述對於「事實」的種種概念論述可知，在法院的司法活動當中，主要是對於「社會事實」或是「歷史性事實」作出判斷的過程。而經過法院判斷之後的「社會事實」或「歷史性事實」即成為

法院在個案中以為判決基礎的素材，而此種素材即成為法院據以作成判決的「法律事實」或是「評價性事實」，而此種「法律事實」或「評價性事實」因為是法院在司法過程當中的核心事實，因此又稱為「司法事實」，此為法院在一般判決活動中的心證形成過程。然而，在涉及憲法判斷的案件當中，由於考量的不僅僅是個案事實，對於立法者的立法活動的預測決定亦成為法院的判斷標的，從而，在憲法案件中，對於某項立法措施是否可以達到特定之目的、效果等「預測性事實」由於是立法者據以做出立法決定的基礎事實，故而，亦成為法院判斷的對象之一，惟因為此種「預測性事實」並非經驗性事實，故非司法事實，而是「立法事實」。

如上論述，在「美國型違憲審查當中」，法院對於憲法案件中的憲法判斷往往是「司法事實」與「立法事實」兩者並行，在某一涉及憲法判斷的案件中，有可能案件歷經地方法院、巡迴法院等上訴法院而一路到聯邦最高法院等審級過程，故在聯邦最高法院對於憲法案件的判決過程中，對於「司法事實」的認定通常是採納下級法院對於事實認定之基礎為判決基礎。故而在最高法院的判決活動過程中判斷的「司法事實」通常是經過下級法院整理過後之事實，在此種情況下，聯邦最高法院對於司法事實的判斷機會似乎不多。故在憲法案件當中，主要的活動便集中於對於「立法事實」的判斷活

動中。

第二節 「事實認定」做為違憲審查之審查內容

前言

在上一節當中，本文將法院作成判決的過程當中所可能會接觸到的事實做了分析與整理。大致上，法院在案件審理的過程當中，做為判決事實基礎的「司法事實」是最容易接觸到的，亦是法官在一般訴訟程序當中須要來回穿梭於個案事實與法律規定進而形成適用法律之工作與判決心證之歷程，因此，所謂的「司法事實」在法院的訴訟過程當中即是指個案當中與案件相關之「個別的事實」(Einzeltatsachen)，亦即「判決的事實」。

而「立法事實」則是指一般的經濟與社會科學的研究資料。然此種事實在一般訴訟的過程當中通常會以證據調查之「鑑定」之證據方法表現於一般判決當中，例如：於個案當中調查心理學家的鑑定意見、對於有關犯罪學等知識進行收入評價等。然而在牽涉憲法問題的憲法案件或違憲審查案件當中，法院審查的標的有可能僅是一個法規範的違憲與合憲與否或是有關權力分立中機關憲法權限的有無或是人民權利等重大問題，已非單純「個案事實」所能涵蓋的範

圍，因此，運用立法事實提供法院在違憲審查案件中進行審查，至少可以避免法官的判決過於主觀，此問題尤其在關涉人民基本權利或是國家機關權限等爭議或是法規對於社會的發展何時賦予不同的意義而言，「立法事實」的審查在違憲審查中顯然有其必要。

以下本文將就「司法事實」與「立法事實」做為違憲審查之方法作論述，並先就美國與德國模式的違憲審查制度底下就「事實」的審認究為「司法事實」抑或「立法事實」？或者兩者皆是？進行探討，在接下來的幾章當中，並進行更為詳細的說明。

第一項 美國模式違憲審查制度底下之「事實」認定

在美國型的司法審查模式底下，憲法案件乃是在一般訴訟程序當中進行審認，而上級法院對於下級法院的事實認定標準，一般採取「明顯錯誤」以及「實質性」標準。所謂的「明顯錯誤」標準，是指上級法院對於下級法院的事實認定，除非有明顯重大的錯誤，否則應予維持與承認；而「實質性」的標準乃指下級法院對於事實之認定必須符合一般理性的事實判斷。由於上級法院審理案件時只要下級法院所認定之事實非明顯錯誤，上級法院通常僅須審查「法律問題」而不須對於事實問題再做認定，因此，上級法院在事實審理的過程當中，經常就已經過下級法院「整理」過之事實認定進行

法律問題的判斷，就此而言，上級法院不須要再「發現事實」，亦即隨著訴訟審級的進展，法院對於「司法事實」越不進行調查，而可將案件集中在對於「立法事實」的審查。

然而，上述的「事實認定」標準，卻在美國聯邦法院的審理過程中被打破。美國聯邦最高法院認為其就憲法案件的審理是採取「重新審理」的方式，亦即就事實進行重新認定與全面審查判斷。⁹而此種「重新認定、全面審查」之方式，也對應於個案中所涉及權利的種類之不同而有不同程度的運用，例如在關涉言論自由或人身自由等權利之時，通常對於事實之認定適用全面重新審查。誠如聯邦最高法院在著名的 *New York Times v. Sullivan* 案¹⁰中即採取全面審視案件記錄，以判斷是否構成言論自由的侵犯之事實認定。

就此而論，在美國聯邦最高法院關於憲法案件的審理進程中，對於個案事實的認定問題，一來不是藉由下級法院已經整理完整的之「司法事實」為基礎，再將這些資料經由移審令（*certiorari*）¹¹送至最高法院，最高法院以此為基礎就問題就行審查；二來便是在涉

⁹ *Ohio Vally Water Co. v. Ben Avon Borough* 案，253 U.S. 287（1920）。

¹⁰ 376 U.S. 254（1964）。http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1963/1963_39 網頁有詳細的說明。

¹¹ 所謂的移審令，意指上訴法院為審查下級法院對於某案件的判決而下達的訴訟文件移交命令。通常只有在案件涉及聯邦法重要爭議之時，最高法院才會發布移審令，且移審令至少須獲得九位大法官中之四位大法官之同意，使能發布。詳細說明可參考 William Burnham 著，林利芝譯，*英美法導論*，元照出版，2005年5月，頁187-188。

及有關人民重大自由權利之案件時，由其對於事實認定採取全面審查、重新認定之方式做成判決。故而，在美國聯邦最高法院審理之憲法案件，亦即在美國型違憲審查制度底下，法院就「事實」之認定，可能兼有對於「司法事實」與「立法事實」之判斷，因而使得在違憲審查中區分「司法事實」與「立法事實」有其必要，因為，法院在審理過程中首先須區分的就是其本身進行審查的「事實」究屬於「司法事實」或是「立法事實」？就前者而言，其有權進行全面審查，亦即司法事實在憲法案件中是一種「審查標的」；就後者而言，本文認為似乎無所謂全面進行審查與否之問題。

第二項 德國憲法訴訟底下之「事實」認定

德國聯邦憲法法院對於在判決當中調查並重新審視具體事實之問題，由於甚少舉行言詞審理，且為了避免其本身成為「超級上訴法院」(Superrevisionsinstanz)，對於事實認定採取非常保留的看法。在大部分的情況之下，尤其是在憲法訴願案件 (Verfassungsbeschwerde) 以及法官聲請解釋之案件 (Richtervorlage)，通常將事實問題交由下級法院整理¹²，亦即對於事實之認定問題，即使在涉及須具體認定之憲法訴願案件，亦以下級法院之事實認定為基礎，通

¹² 參 Burn-Otto-Bryde 著，李玉君譯，聯邦憲法法院判決的事實認定與社會現實，載於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（上冊）》中譯本，聯經出版，2010年10月，頁560。

常不再進行憲法法院法第 26 條以下之調查證據程序，甚或連言詞審理程序都少有進行。故而，聯邦憲法法院一方面對於憲法問題保持高度敏感與介入，另一方面，對於憲法案件之事實認定與事實調查問題又持審慎與保留之態度，可以想像兩種歧異造成之結果在法庭成員（法官）之間在判決之結論上雖可形成共識，但法官間對於「現實」的想像與理解卻不以調查證據方式表現出來，而呈現在不同意見書當中¹³，大大減少了判決的一致性。

而學界對於憲法法院的「事實」審理方式亦呈現出兩極的看法，雖然懷疑的看法與贊成看法皆有學者主張，但對於憲法法院之法官在判決當中處理有關社會、經濟或科學等資料，學者認為在方法論上基本上是被允許與承認的，所不同的可能是不同之訴訟類型當中所須審理的「事實」是否為「司法事實」或是「立法事實」之問題而已¹⁴。因為，有可能聯邦憲法法院依「憲法或法律之規定」當然且必須就事實認定問題進行認定。

¹³ 同上揭註，頁 568。

¹⁴ F.Ossenbühl,“Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognosenentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht”,in C.Strack (Hrsg.) ,Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz—Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts,Band 1,1976, S.464ff

第一款 機關爭議 (Organstreit) 之事實認定：

機關爭議明文規定於德國基本法第 93 條第 1 項第 1 款以及聯邦憲法法院法第 13 條第 5 款，指「就最高聯邦機關，或其他依基本法或依最高聯邦機關之處務規程規定被賦予固有權限之當事人，因其權利義務範圍的爭議所生關於基本法之解釋」。由於在機關爭議當中，涉及一造的國家機關之行為受到另一造的抨擊，而爭議行為皆被兩造認為符合其權限範圍所為，因此，「機關權限之爭議」之審查是其核心，此時法院審查之對象是「某機關之行為（作為或不作為）是否侵害其他機關之權限」¹⁵之問題。就此而言，法院不可避免的會去碰觸到「事實」問題，然法院基於權力分立原則，通常會迴避自己調查證據，而給予參與訴訟行為者事實認定與評價之空間之立場。由於此時法院面對的「司法事實」是兩個機關間之權限，在基於權力分立相互尊重原則與不可避免的就「何機關對於爭訟事務擁有優先評估之權限？」之問題進行審查，因此，關鍵的問題何機關最適於處理爭議事務，故而，功能法上之「機關功能最適理論」，不免成為法院而對於此問題之判斷標準。¹⁶

¹⁵ 參吳信華，「中央與地方機關」聲請釋憲程序之檢討與展望，載於〈憲法訴訟專題研究（一）—訴訟類型〉，元照出版，2009 年 10 月，頁 165。

¹⁶ 在 1984 年的「飛彈基地判決」中（BVerfGE 68,1），此概念獲得運用，該判決認為權力的區分其主要目的在於要求國家機關之決定能夠達到「盡可能正確」（möglichst richtig）的結果，換言之，即要求是物之決定應由在內部結構、組成方式、功能與決定程序等各方面均具備最佳條件的機關作成。

然在涉及議會多數與少數甚或是個別成員有衝突時，法院對於事實之認定問題又更加限縮了其審查權限。因為在議會自主性或國會自律原則之依據下，通常透過議會所為之對於事實之確認與評價不受憲法法院之審查。除非透過調查之許可性或對其程序予以調查，否則基於對國會自治之尊重，憲法法院通常不願碰觸事實問題。

17

第二款 選舉訴訟之事實認定：

選舉訴訟規定於基本法第 41 條：「審查選舉為聯邦議會之責。聯邦議會並決定其議員是否喪失議員資格（第一項）。不服聯邦議會之決定，得向聯邦憲法法院提出抗告（第二項）。其細則由聯邦法律規定之。（第三項）」與聯邦憲法法院法第 13 條第 3 款之規定：「對於聯邦眾議院就選舉效力，或就取得或喪失聯邦眾議院議員資格之決定，所提起之異議案件。」就選舉訴訟而言，對於聯邦憲法法院而言雖是第一審之法院，但是由其審查之前依照基本法第 41 條之規定須先經「聯邦議會」審查之先行程序，故而，個案「(司法)事實」之基礎是經由議會的調查結果而被聯邦憲法法院所援用，雖然不可否認的法院有自己調查事實之必要性，但是根據聯邦憲法法院之見解，此限於「所確認的必須是與當選人資格緊密相關之錯誤」始得

¹⁷ 同註 12，頁 572-573。

做為法院調查之對象。¹⁸

第三款 宣告政黨違憲案件：

聯邦憲法法院對於政黨違憲案件之管轄規定於基本法第 21 條第 2 項：「政黨依其目的及其黨員之行為，意圖損害或廢除自由、民主之基本秩序或意圖危害德意志聯邦共和國之存在者，為違憲。至於是否違憲，由聯邦憲法法院決定之。」以及聯邦憲法法院法第 13 條第 2 款。就此以觀，聯邦憲法法院對於政黨目的以及黨員之行為「是否有危害自由民主秩序或聯邦共和國存在」之「事實」問題擁有認定與調查之權限。

第四款 對總統之彈劾案：

聯邦憲法法院對於總統之彈劾案之管轄規定於憲法法院法第 13 條第 4 款與基本法第 61 條。其中基本法第 61 條第 1 項明文規定：「聯邦議會聯邦參議院得以聯邦總統故意違反本基本法或任何其他聯邦法律向聯邦憲法法院提出彈劾。彈劾案之動議至少須聯邦議會議員四分之一或聯邦參議院投票權四分之一之贊同，始得提出。彈劾案之決議以聯邦議會議員三分之二或聯邦參議院投票權三分之二之多

¹⁸ 同註 12，頁 573。

數決定之。彈劾公訴由彈劾機關委託一人行之。」

由於法律已經明文規定總統彈劾案件之管轄交由聯邦憲法法院為之，故而聯邦憲法法院成為總統彈劾案件之唯一具有管轄權與「事實審」級之法院，就總統是否有故意違反基本法或聯邦法律之事實，憲法法院必須且應該調查案件相關事實。

第三節 立法事實的內容

第一項 立法活動

由於立法活動的過程是藉由法律的制定以解決特定的問題或實現特定的目標。故法律的制定過程當中，立法者首須確認是立法當時的社會事實狀態，即確定法律所欲規範的「事實」為何？然後再據以確定立法的「目的」，期以透過法律的制定實現某種規範目的，最後，對於採取如何手段使能達成立法目的做出預測性的判斷，立法者所考量的事實資料即為「預測性事實」，例如立法者依據此預測性事實做成「某種限制特定當市人基本權利的手段能夠實現立法目的」之預測決定。從而，立法活動當中對於「事實」的認定與判斷可分成下列四個階段：

1. 確定法律所欲規範的社會事實。

2. 此為經驗性事實問題。立法目的之確定。
3. 為確定立法目的為何，立法者可能對於社會事實進行價值判斷。
4. 對於預測性事實的判斷與對於立法效果的評估。
5. 對於預測性事實的「評價」。

舉例而言，如果立法者認為某一地區的機車交通事故頻仍，而欲立法限制某一路段的機車承載量。此時立法者第一步所欲確定的社會事實「某一特定路段的機車交通事故頻仍」之事實，而立法目的則是「減少某路段的機車交通事故的發生率」，而為了證明或是評估「限制某一路段某時間的機車承載量」此一手段有助於減少交通事故的發生率或有極為迫切的公共利益，立法者可能須對「特定路段在交通尖峰時段的事故發生率為 80%」以及「特定路段在交通離峰時段的事故發生率為 20%」此等作為立法者立法預測基礎的「事實」作出判斷，以決定是否有必要限制特定路段某時間的機車承載量。而提供立法者據以做成預測判斷的「事實」並不會因為案件的不同而有不同的內涵，從而，此種提供立法者立法判斷基礎的預測性事實便與個案關係不大，但卻與立法判斷有重大關聯之社會、經濟或是科學事實，而成為「立法事實」之一種。

第二項 立法事實的判斷於違憲審查的必要性

由於憲法判斷是一種價值判斷，為了避免違憲審查機關（法院）在憲法案件當中的判斷流於主觀恣意，因此往往需要一些客觀事實資料做為判決依據。而在涉及決定某法律規範合憲或是違憲與否的判斷當中，因為立法機關在制定法律的過程當中必然經過上述四項階段的過程，亦即進行大量的社會調查工作、掌握特定的事實狀態、對各種事實狀況進行預測與評估，從而，對立法者據以立法的事實進行認定與評價，可以避免法院僅僅將憲法與法律條文進行概念性之比較，而做出與事實狀態不相符合、形式化或是概念化的判決。¹⁹

然而，法院的判斷不能僅僅針對支持立法的立法事實進行認定，而相關的立法事實也並不全然皆指向支持合憲的一方的事實，法院對於支持法規範違憲（或是對於立法者的判斷違憲）之事實，在憲法審查之過程當中亦須加以認定。此如同在一般訴訟程序當中，法院不能僅針對支持原告一方的事實進行認定而對於支持被告一方的事實視而不見的道理相同。準此，「立法事實」便不僅僅針對支持立法的事實而言，亦包括反對立法的事實。就此而言，日本學

¹⁹ 相關論述可參芦部信喜，憲法叢說：1 憲法と憲法学，信山社出版，1994年，頁130-132之說明。

者江橋崇教授將立法事實的內容分為三種²⁰：

1. 對於立法判斷提供正面支持的事實。例如與立法目的相關聯的事實，如立法目的有多重要的事實；亦或是與手段相關聯之立法事實，如立法是否會達成預期效果之事實。
2. 對於立法判斷造成負面影響的事實。例如是否會構成基本權利限制的事實，如對於權利限制程度的事實。
3. 平衡上述 1 與 2 的事實。例如對於限制的基本權利的重要性與所欲保護之法益之重要性提供比較基礎之事實；抑或是限制手段是否為侵害最小或是最低限度之事實。

²⁰ 參江橋崇，前揭註 8 一文。

第三章 立法事實與違憲審查

第一節 審查客體

前言

在探討對「事實」之審查之同時，在接下來的幾章本文將重點放在違憲審查當中對於「立法事實」之審查。由於「立法事實」是一個外在於個案事實之「客觀的」經驗資料，法院審查之目的僅是判斷立法者就該等資料所作之判斷是否具有合理性，若將之運用於違憲審查當中，因與個案事實脫離而成為一個獨立的審查要素，故而，須先行確定何種審查客體有適用立法事實進行審查之可能性，這也牽涉到法院利用「立法事實」資料之正當性之問題。

在我國由於大法官審理案件法第5條第1項第1款及第2款後段以及第2項皆定有對於「法律或命令」有抵觸憲法之疑義時得聲請解釋之規定。學者就此謂我國之規範違憲審查是一種「抽象的規範審查」程序而不以個案救濟為主¹，然觀法條文字中不僅規定對於

¹ 參蔡宗珍，我國違憲審查制度之檢討，收錄於〈憲法與國家（一）〉，頁114以下；李震山，論司法院大法官憲法「疑義解釋」與「爭議裁判」之拘束力，載於〈憲政時代〉，28卷3期，2003年1月，頁118-120。

「法律」進行審查，對於「命令」亦得對之進行審查，就此而言，由於我國實務上之「命令」除了有行政程序法第 150 條規定之「法規命令」以及第 159 條規定之「行政規則」之外，長期以來實務上亦存在所謂的「職權命令」與「授權命令」兩種態樣，而「職權命令」與「授權命令」在我國釋憲實務上，亦不乏有對其進行審查之例存在，由於「職權命令」與「授權命令」牽涉行政機關之「行政行為」，故而，是否有運用「立法事實」進行審查之空間，不無疑問？本文將於下述逐一探討。

第一項 法律

在此之「法律」系指「形式意義之法律」而言，只有立法權之立法機關依法定程序所制定之一般性、抽象性之規範，依我國中央法規標準法 2 條以及第 4 條之規定則指「經立法院通過，總統公布」而「定名為法、律、條例或通則」之規範而言。故而，「法律」作為法規範違憲審查之當然客體，為了避免法院在解釋、審查「法律」之同時，僅做空洞式的文義解釋或機械式地操作「比例原則」（詳下述）之流弊，以「立法事實」為依據進行法律之審查，自得充實違憲審查之內容之功用。

第二項 命令

「命令」一詞，在上述前言中提到，在我國實務上除了有行政程序法明文規定之「法規命令」與「行政規則」外，尚存在著「職權命令」與「授權命令」兩種未明文化之命令型態，就以上四種「命令」得否成為違憲審查之客體？可否對其進行「立法事實」之審查，本文下述將進行探討。

第一款 法規命令

「法規命令」依行政程序法第 150 條以及中央法規標準法第 3 條之規定，系指「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」而名稱為「規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則者」。依學者之見，我國司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之「命令」應指「法規命令」而言²，因「行政規則」性質上並不涉及人民權利而以無對外效力為原則，不是「法規範」之一種，應非憲法第 80 條之「法律」。故而，法規命令應可成為違憲審查之客體，就此而言，由於其具有對外法律效力且又涉及人民基本權利而為法規範之一種，故參考「立法事

² 參吳信華，「法院裁判」作為大法官違憲審查之客體，載於〈憲法訴訟專題研究（一）－「訴訟類型」〉，元照出版，2009 年 10 月，頁 4-5。

實」資料對之進行審查應屬可能。

第二款 行政規則

「行政規則」系指「上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象性規範」（行政程序法第 159 條第 1 項），由於期通常不具有對外法律效力，且亦不涉及人民權利義務，故而學者認為解釋上應無法成為違憲審查之客體，為亦有學者認為「當行政規則因平等原則或信賴保護原則而產生間接之對外效力者，亦可成為法官裁判之依據³」而可成為違憲審查之標的。惟該見解是以「行政規則經法官於裁判中援用」而成為「法院裁判之依據」為前提，而得依大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款成為人民聲請解釋之客體，就此而言，依其見解恐怕無法僅是單純聲請對於行政規則進行審查、解釋。

³ 參翁岳生，論法官之法規審查權，台大法學論叢，1995 年 6 月，24 卷 2 期，頁 94。

第三款 授權命令

一、授權命令與職權命令

「授權命令」與「職權命令」依學者見解是依照中央法規標準法第7條「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令...」之規定而做之分類。授權命令即學理上所稱之委任命令，性質上多屬於法規命令。授權命令與職權命令之區分原則上以行政機關訂定命令時有無法律之授權為區別標準，惟我國早期實務上在無法律授權之場合，行政機關有時亦發布實質上具有法規命令性質之「職權命令」，以致於授權命令與職權命令實質上難以區分⁴。然在我國大法官多號解釋之做成，無論是授權命令或是職權命令均肯認得成為審查之客體。在針對「授權命令」之合法性方面，釋字第367號解釋理由書對此做出論斷而謂：「...法律之內容不能鉅細靡遺，立法機關自得授權行政機關發布命令為補充規定。如法律之授權涉及限制人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確之條件時，亦為憲法之所許...若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容

⁴ 參吳庚，行政法之理論與實用，民國96年9月，增訂十版，頁290-292。

不能抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」是以，授權命令之合法性應符合三項要件：(1) 法律授權命令限制人民之自由權利時，其授權之目的、內容及範圍應具體明確；(2) 若法律僅概括授權時，命令不得逾越母法之授權範圍外，其內容僅能就母法有關細節性、技術性事項加以規定；(3) 內容須符合比例原則。⁵

二、評析

觀上述我國關於授權命令合法性之見解，「授權命令」在我國釋憲實務中曾成為違憲審查之客體應屬肯定，然觀其審查之內容或有僅針對命令逾越母法之範圍而對於人民自由權利增加法律所無之限制為由宣告違憲（例如：釋字第 268 號、第 274 號、第 380 號、第 402 號、第 456 號解釋），亦即若將限制之規範回歸授權之母法時，就不致於出現合憲性問題；或有針對命令抵觸母法之規定（釋字第 367 號解釋），而真正在符合授權明確性且未逾越母法授權範圍所制訂之「授權命令」是否真正符合「比例原則」之要求，卻無釋憲實例可資探求。或有謂因我國早期在行政程序法尚未施行以前，行政機關發布法規命令時在法制上未要求明列其授權依據，以致於出現

⁵ 同上註，頁 296。

大量無法律授權依據且又限制人民權利之「命令」出現，大法官為課予行政機關制訂之命令應符合授權明確性，遂做出多號解釋使此種在行政實務上大量出現的授權命令符合「授權明確性」之要求。然此種情形在我國行政程序法施行之後，授權命令之要件已有法律上之明文要求，在行政程序法施行多年後且在行政機關之配合改正之下，早期出現的不符合授權明確性要求的授權命令遂歸於正途，回歸行政程序法第 150 條之「法規命令」。

第四款 職權命令

「職權命令」之特殊性及定位，無疑是我國行政法制上之難題。學者認為職權命令學理上應限於行政規則，但事實上職權命令內容涉及人民權利義務事項者所在多有，可稱為執行命令，以非行政機關內部之行政規則。⁶我國實務上對於「職權命令」之審查，在上述釋字第 367 號解釋理由書中亦提及：「...法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無

⁶ 同上註，頁 289。

之限制，行政機關在施行細則之外，為執行法律依職權發布之命令，尤應遵守上述原則...」。在之後的第 390 號、第 443 號、第 454 號解釋皆以「無法律之授權依據」卻制訂限制人民權利之命令為由，分別針對工廠設立規則第 19 條有關罰則之規定、役男出境管理法以及國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點之規定不合法。準此，學者謂職權命令之合法性要件亦有三：(1) 發布機關依組織法之規定須有管轄權限；(2) 須為執行某一特定法律所必要；(3) 內容須限於細節性、技術性之事項。從而，若職權命令之內容擁有法律之授權依據且亦僅於細節性、技術性事項為規定，則尚非法所不許。⁷是以，「職權命令」只要符合「合法性」之要件，法院基本上自應尊重行政機關就命令之內容享有廣泛的行政裁量權限，不受法院之審查。

⁷ 同前註，頁 296。

第二節 審查工具－審查標準之探討

第一項 美國三重審查基準與類型化的審查標準

第一款 雙重基準

美國法院現行使用的「三重審查基準」，其原型來自 Harlan F. Stone 大法官在 1938 年 *United States v. Carolene Products Co.* 案中著名的註解四所闡述。該註解四共分為三段，其內容大致為⁸：

1. 當某法律在字面上就侵犯了聯邦憲法所明文禁止的基本權利時，例如：違反憲法增修條文第 1 條至第 10 條時，「合憲性推定原則」的適用範圍可能便會受到限縮；同時這種限縮也應透過憲法增修條文第 14 條，將其平等地適用於各州...
2. 在本案中，我們並無需考慮在憲法增修條文第 14 條的一般限制下，對我們通常期待用來廢止不良法律的政治程序施加限制之立法，是否應較其他種類的法律受到更加嚴格的司法審查（在以往判決中，涉及如下基本權利限制的情形，均受到嚴格的審查，例如：涉及限制資訊傳播者；涉及干預政治組織者；涉及禁止和平集會者...）

⁸ 較詳細的解說，可參林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載於《言論自由與新聞自由》，2002 年 11 月元照初版第 2 刷，頁 149。

3. 我們於本案中也無需考慮，我們在審查特定宗教、國籍、或少數族裔的法律是否合憲時所適用的基準要不要發生作用。我們以往在審查那些會對分離且孤立的少數族群造成歧視、並因此可能對這些少數族裔的保護所依賴的政治程序的運作造成嚴重影響的案件時，我們常採用相當嚴格的審查。但本案我們無需考慮是否採用類似的嚴格審查基準。

上述見解是由 Stone 大法官根據以前美國聯邦法院在審理有關基本權利案件中逐步發展出的「雙重的審查基準」，進行了總結性的說明。其想表達的想法大致為：

1. 政府立法或措施如涉及與民主程序無關的經濟、社會方面的基本權利或利益，則法院應採合理關連性的審查標準審查所涉政府的立法或其他措施是否合憲，並採用「合憲性推定原則」，推定該政府之規範為合憲。
2. 憲法明定的禁止侵犯的基本權利，合憲性推定原則的適用將受到限制。亦即美國憲法增修條文前十條明文規定的基本權利應受到法院的特別保護和嚴格審查。並且還要通過憲法增修條文第 14 條，將這些原本是針對聯邦政府所規定的憲法權利適用到

各州。

3. 政府限制的基本權利如與民主程序有關的話，如：選舉權、言論自由、結社自由與集會自由等，則法院應該對之採取更嚴格的審查。
4. 如所涉者為長期以來與社會大眾分離與隔絕的少數族群之基本權利，不論是否與民主程序有關的權利，均應採用嚴格的審查基準審查所涉政府的立法或其他措施是否合憲。

在此，Stone 大法官雖採取無拘束力的附註旁論之形式，但之後許多學者卻對註解四進行精闢透析，但大部分僅是針對該註解中「分離且孤立的少數族群」之偏見問題作出引申或是探討該註解對於司法審查所帶來之影響⁹，針對此註解四之解釋，其中堪稱經典，也最能體會其中微言深意的是日本伊藤正己與和芦部信喜兩位教授。

伊藤教授在《言論、出版之自由》¹⁰一書中，對該案判決的註解四進行如下的解讀：該註解第一段表達了對經濟自由權與精神自由權進行區分，使後者適用與前者不同基準的，並明確了「思想表現

⁹ 例如美國著名學者 J. Ely 在《Democracy and Distrust》(1980) 一書中，將此註解四的廣泛意義擴展到司法審查實踐中。

¹⁰ 該書全名為《言論・出版の自由 その制約と違憲審査の基準》，東京，岩波書店，1959 年。

自由的優先地位」。...而這種優先地位來自於聯邦憲法增修條文第 1 條至第 10 條的保障規定。¹¹

芦部教授認為該段內容體現了美國關於雙重基準建構的如下理論要素：¹²（1）優位性基本權利：包含聯邦憲法增修條文第 1 條至第 10 條所涵蓋廣泛的基本權利；（2）優位性基本權利是根據憲法以明確的禁止國家機關侵犯的形式所規定的；（3）對優位性基本權利限制的法律應作「違憲性推定」。

至於，該註解的第二段，其意味著作為民主主義社會中其他一切自由的前提、作為民主主義體制基礎的涉及政治程序的基本權利，顯然比涉及經濟程序的基本權利更加重要。因而對前者限制的法律應該受更嚴格的司法審查。

而從該註解第三段揭示特定的「宗教、國籍或少數族裔」享有與經濟利益團體不同的憲法上的特別保護，因為這些少數族群的完全保障（尤其對少數族群政治參與的保障），是健全的民主政治程序的前提，民主政治程序本身如果不保障少數族群的權利，兩者之間

¹¹ 參伊藤正已，〈言論・出版の自由〉一書，東京，岩波書店，1959年，頁24-26。引自陳秀峰，“司法審查之基準-雙重基準論在美、日之演變”，載《現代國家與憲法》，元照出版公司，1997年，頁161。

¹² 以下參芦部信喜，《憲法訴訟の現代的展開》，東京，有斐閣，1981年，頁70-71。

是相互依存的關係。

第二款 從雙重審查到三重審查

由 Craig v. Boren 案¹³判決首度成型的中度審查基準，起因於奧克拉荷馬州 (Oklahoma) 法律規定，禁止將酒精濃度超過 3.2% 的啤酒販賣給 21 歲以下的男性及 18 歲以下女性，遂引發此規定是否抵觸平等原則的爭議。法院認為：以性別為基礎所為的差別對待，必須是為了追求或實現重要的政府利益 (important governmental objective)，且這一措施與目的間必須存有，實質的關聯 (substantially related to achievement of goal)。由於這項審查強度一方面不如嚴格審查基準所要求的「極重要的政府利益」，另一手段的關聯性又強於合理審查基準僅僅要求的「合理的關聯」，故稱之為「中度審查基準」 (intermediate scrutiny)。

至於因為該判決並未提供為何要採用中度審查基準的理由，致使對中度審查基準的法理依據尚欠缺確切答案。或如 O'Connor 大法官在 Mississippi University for Women v. Hogan 中，認為其理由是希望政府的採取差別待遇的分類基準是「經過合理的分析」，而非只是

¹³ 429 U.S.190 (1976)。參林子儀，前揭註 13 書，頁 153。

機械式地適用傳統上對男人及女人角色的假設，這些假設常常是不正確的。然而，由於女性並非是與社會大眾分離與隔絕的少數族群，因此不適用嚴格的審查基準，但如果適用合理性審查基準，又將因完全順從政府的說明，而無法對政府為何以性別作為差別待遇的基準作合理分析，因而，採取折衷做法，即用中度的審查基準。¹⁴

第三款 個別基本權利的審查標準與要件

由上述內容，我們可知美國聯邦最高法院在司法審查時從雙重審查基準到三重審查基準的發展脈絡。然而，由於單靠審查基準的操作，似乎無法提供法院一個明確性的操作指引，畢竟，雖然「雙重審查基準」雖認為只要某項立法侵犯了憲法增修條文第 1 條至第 10 條的場合，法院應該要適用更嚴格的審查標準，但是卻無法提供法院明確的可操作規則—到底應該在什麼「條件」之下操作嚴格的標準或是寬鬆的標準？因此，美國聯邦最高法院在累積了大量審判實務的經驗之後，針對個別基本權利發展出了更為具體、細緻化的「審查標準」¹⁵。

¹⁴ 參林子儀，前註 13 書，頁 154。

¹⁵ 因為是判斷個別基本權利是否受憲法保護的要件，故本文稱之為「審查標準」，以有別於三重審查基準就審查之寬嚴程度不同之「審查基準」一詞。

一、限制較小的可選擇性手段：

此一概念由 1960 年的 *Shelton v. Tucker* 案¹⁶ 予以確立，法院於該判決中表明：「做為嚴格審查的一種精緻化的審查基準，“限制較小的可選擇手段”原則是在立法目的具有正當性並且立法目的與手段之間具有合理的關聯性的情況下，將審查重點放在政府行為的規制手段上。」因此，法院在此不僅要比較衡量其他可選擇手段之間對達成立法目的之相同有效性，而且就其他可選擇手段的舉證責任原則上歸為政府一方承擔。在此，相關「立法事實」的運用即是在檢視其他手段與目的之間是否真的具有相同有效性，以及是否有其他可資選擇的限制較小手段的證明。同時，法院亦將該基準於 20 世紀 70 年代後廣泛地適用於平等保護領域。

二、言論自由的領域劃分：雙軌理論與雙階理論

1. 雙軌理論 (the two-track theory)：此理論來源於 1972 年的

Police Department of Chicago v. Mosley 案，該案中主筆的

Thurgood Marshall 大法官在判決書中言及：“言論自由最重

¹⁶ 364 U.S.479 (1960) .參考：<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/479/case.html> 瀏覽日期：2012/2/23.另參高野敏樹，LRA の基準，載於〈憲法訴訟の基本問題〉，法曹同人，1989 年初版，頁 197-202。

要的意義就是政府沒有權力基於言論所表達的資訊、思想、議題、或內容而禁止該言論的表達”。後來法院在審理言論自由案件時將法律或政府措施區分為「針對言論內容的規制」(content-based regulations)與「非針對言論內容的規制」(content-neutral regulations)。在判斷系爭政府立法或其他政府措施是否侵犯言論自由而屬違憲時，法院應先確定該項立法或其他政府措施，屬於今上述二種分類中的那一類而異齊審查基準，一般而言，在「針對言論內容的規制」的審查基準比「非針對言論內容的規制」的審查標準要嚴格一點。¹⁷

2. **雙階理論 (the two-level theory)**：該理論源自 1942 年的 *Chaplinsky v. New Hampshire*¹⁸ 一案，Frank Murphy 大法官的旁論 (dictum)，其中提到：“眾所周知，言論自由的權利並不是在任何時候或者任何條件下受到絕對的保障。對於某些經過慎重定義和限縮範圍的幾種類型的言論加以限制或者禁止，也不具有憲法上的異議。這些類型的言論包括淫蕩 (lewd) 及猥褻性 (obscene) 言論、粗俗的 (profane) 言論、

¹⁷ 參林子儀，前揭註 13 書，頁 155。特別一提，因本文並非針對言論自由的議題進行討論，因此，以下針對言論自由方面的論述僅是概略敘述，詳細的資料可參林子儀大法官的專論，其中有詳細的討論。

¹⁸ 315 U.S.568 (1942)。另參林子儀，前揭註 13 書，頁 159。

誹謗性 (libelous) 言論以及挑唆性言論 (fighting words) 等 (挑唆性言論即言論本身就會造成傷害或可能會引起立即破壞治安的行為之言論)。長遠來看，這些言論的內容並不會涉及認和思想或意見的表達，同時，即使這些類型的言論能給社會帶來一些利益，它也會明顯地小於因限制這類言論而帶來的社會秩序和道德規範的社會利益”。

自此以後，美國法院對言論案件的審查便明顯採取了「類型化方法」。亦即，審理涉及針對言論內容規制，又不屬於低價值言論的案件時，幾乎全採用嚴格基準予以審查，並作出違憲之認定。為對於低價值言論案件之審理，則有採用嚴格審查基準的，如審理涉及煽動他人為違法行為的訴訟中認為：“該言論必須是以煽動他人為立即的非法行為或以產生立即的非法行為為目的，而且該言論的確可能會煽動或產生此種立即的非法行為者，政府才可對這種言論加以限制或處罰。”亦有採用中度審查基準的，如「商業性言論」之案件；也有採用合理性審查基準的，如「猥褻性言論」案件。乃由於低價值言論內容的複雜性，因此，法院常常依據「類型化的利益衡量」的方式，對於系爭政府規制進行審查。

三、言論自由審查標準之具體化：

1. 明顯而立即的危險 (clear and present danger)：在針對煽

動內亂行為的言論是否受到言論自由保障？美國聯邦最高法院在 1969 年的 *Brandenburg v. Ohio* 案中認為：“該言論若是涉及以煽動他人為立即的非法行為或以產生立即的非法行為為目標（主觀要件），而且該言論的確可能會煽動或產生此種立即的非法行為時（客觀要件），政府才可對這種言論加以限制或處罰。”¹⁹在往後，該原則不僅做為對高價值言論進行嚴格審查的具體性指標，而也被用來保護即使被認為與社會多數或正統價值觀不相容的低價值言論，使社會少數者的異議與抗爭得到最大限制的容忍和尊重。於此，該審查基準便相當於嚴格審查基準的具體化。

- #### 2. 商業性言論的四部份分析 (four-part analysis)：上述提到，美國最高法院在對於商業性言論進行審查時，是採取所謂的「中度審查基準」，法院於 *Central Hudson Gas Electric Co. v. Public Service Commission* 一案²⁰中，將審查步驟表明如下：(1) 該商業性言論至少必須合法且不具有誤導性

¹⁹ 參林子儀，言論自由與內亂罪，載於前揭註 13 書，頁 205。

²⁰ 447 U.S.557 (1980)。

(misleading); (2) 欲達到的政府利益是否為實質的利益，如果以上二問題答案皆為肯定，則進一步審查； (3) 限制措施是否直接促成政府利益的達成； (4) 限制措施是否超過增進政府的利益所要求的規範程度。至此，法院對於商業性言論的審查標準除了採取中度審查標準之外，依必須檢驗是否符合上述四個「要件」。

3. **公共言論的真實惡意 (Actual Malice)**: 在 1964 年著名的 *New York Times Co. v. Sullivan* 案²¹，法院改變了以往誹謗性言論不受憲法言論自由保障的原則。法院於該案中確立了對涉及公共官員或公共事務的誹謗性言論的審查標準，法院認為：誹謗性言論控告的成立必須要求證明被告的陳述帶有「實際惡意」，即被告明知為不實或故意忽略事實，並且這種「實際惡意」應由指控方來證明。因為該標準要求指控方證明被告的實際惡意，而這樣的證明又是如此的困難，以致在實際上幾乎不可能成，所以此種審查基準相當於嚴格審查。

4. **非針對言論內容的規制**: 聯邦最高法院在 1984 年的兩個判

²¹ 376 U.S.254 (1964)。

法²²當中，將審查要件表明如下：(1) 政府的規制權力是憲法所賦予；(2) 該項規制能增進重要或實質的政府利益；(3) 不涉及言論表達的內容；(4) 該項規制對言論自由所造成的附帶限制不超過為追求重要或實質政府利益之必要限度；(5) 尚留有其他的管道供該言論表達。

四、對於宗教自由的類型化標準：

1. 政教分離：在 1971 年的 *Lemon v. Kurtzman* 案²³中，法院認為國家行為對宗教的介入的合憲性，必須分別通過三個要件的檢驗，即 (1) 法律必須具有「世俗的立法目的」(secular legislative purpose)；(2) 法律的主要原則或主要效果不是在促進宗教，亦不得抑制宗教；(3) 法律「不得使政府與宗教有過度的糾葛」(not foster an excessive government entanglement with religion)。若是完全依照上述的要件予以適用，則已經當於嚴格審查基準。

2. 對於宗教自由的限制：在 1978 的 *McDaniel v. Paty* 案件²⁴中，

²² 即 *Members of the City Council v. Taxpayers for Vincent* 案 (466 U.S.789) 以及 *Clark v. Community for Creative Non-Violence* (469 U.S. 288) 兩案。

²³ 403 U.S.602 (1971)。

²⁴ 435 U.S.618 (1978)。

法院將規制宗教自由的政府措施劃分為兩類：(1) 致使個人必須在服膺宗教義務與增進國家利益之間有所選擇；(2) 未涉及宗教的選擇，但對宗教自由的行使造成一種負擔。對於前者的審查，法院認為政府措施即有在具備「極為重要的國家利益」(compelling government interests) 並同時符合「最小侵害原則」，這顯然是一種嚴格審查；而對於後者，法院則採取較為寬鬆的「利益衡量」(ad hoc balancing) 基準。²⁵

第二項 評析美國三重審查基準

綜上所述，美國型的審查模式下，在三重審查基準的架構下，又針對個別的基本權利有著個別的審查方式，因為美國三重基準是法院在審判實務中根據基本權利類型所發展出來的，因此其審查基準²⁶與各種憲法上基本權利的實質內涵密切結合，即法院在選擇某一審查標準來進行審查之前，它已預設了對案件所涉及的基本權利和其他利益（公共利益或他人自由）價值立場；例如，對不同言論類型而分別採取不同的審查標準，乃是在個案中考量相關法益衝突所

²⁵ 以上參黃昭元，信上帝者下監獄？—從司法院釋字第四九〇號解釋論宗教自由與「兵役義務」的衝突，載《臺灣本土法學雜誌》第8期，頁30-45。

²⁶ 在此所稱之「審查基準」一詞，乃指法院在判斷一項限制基本權利的法律是否合憲時所採的寬嚴不同的標準，亦即對於限制基本權利的「目的重要性」與「目的與手段之間關聯性」進行的審查尺度而言。為了避免與德國法上以**整個憲法規範**為審查的基礎對於法律合憲與否進行審查的「審查基準」(Prüfungsmaßstab) 相互混淆，因此，本文於此特別說明，以示區別。

得出的折衷結果，然後再據以類型化，如此也就給憲法上簡約而空洞的言論自由賦予了類型化的價值地位和保障範圍之區分。

就此而言，法院的審查要件與審查基準常常是混合在一起的，例如前述對於檢驗國家有無違反「政教分離原則」，法院列出了三個要件，即：(1) 法律必須具有世俗的立法目的；(2) 法律的主要原則或主要效果，既不得促進宗教，亦不得抑制宗教；(3) 法律不得使政府與宗教有過度的糾葛。據芦部信喜教授觀察與分析美國判決後發現，直至 20 世紀 80 年代為止，美國法院對三個要件的審查基準都是嚴格地加以適用。²⁷如此嚴格地適用三個要件，形同對於審查基準採取嚴格審查。因此，審查基準的嚴格與否，便常常取決於相關「要件」的寬鬆適用與否。再如針對「商業廣告」進行審查時，最高法院在表明中度審查基準的態度後，提出的要件為：(1) 該類言論是否為憲法增修條文第 1 條所保障的言論，就商業性言論而言其至少必須合法且不具有誤導性；(2) 所欲達到的政府利益是否為實質的利益；若上述二個問題答案皆為肯定，則進一步審查 (3) 限制措施是否直接促成政府利益的達成；(4) 限制措施是否超過增進

²⁷ 參芦部信喜著、高橋和之增訂，《憲法 I》，第 3 版，2001，岩波書店，頁 139。

政府的利益所要求的規範程度。²⁸這樣，上述關於商業廣告的四個要件，便成為中度審查基準在「商業性言論」案件審查的具體化標準。

因此，由上述關於美國型審查基準已由類型化的個別基本權利加以具體化之後，相關「立法事實」的功能，並不是在審查基準當中考慮，而是在具體化的要件當中審查系爭措施是不是符合各個要件，就此，「立法事實」即成為了在個案中，判斷「審查要件」的「決定因素」²⁹，此與德國型的審查模式，在審查密度當中藉由「立法事實」回應個案價值判斷的問題，亦即，立法事實僅是在判斷系爭立法者的預測與決定是否合理的「參考因素」，存有相當明顯的差異。

第三項 德國法上之比例原則與審查密度理論

第一款 比例原則與審查密度

德國式的違憲審查模式，基本上是在比例原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）的架構之下，配合審查密度理論，於審查密度

²⁸ 參林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載於《言論自由與新聞自由》，2002年11月元照初版第2刷，頁159。

²⁹ 至此，美國聯邦最高法院在其後1984年的Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.一案中，皆認為法院在審判言論自由案件時，有獨立地審查事實記錄的義務，以確保系爭言論卻時不在憲法增修條文第一條的保護當中，以及不受保護的言論的邊界能夠準確地界定在可接受的狹窄範圍之內。

中考量相關立法事實，對立法者的判斷與決策進行合理性的審查。而這三種程度的審查，主要是由德國聯邦憲法法院在勞工參與企業決策（Mitbestimmungsurteil）一案綜合先前的判決，將這些不同的審查程度歸納為³⁰：（1）明顯性審查（Evidenzkontrolle）（2）可支持性審查（Vertretbarkeitskontrolle）以及（3）強烈內容審查（intensive Inhaltskontrolle）三種類別。這三種不同程度的審查標準，雖然不是由聯邦憲法法院法所明文規定，但是，聯邦憲法法院基於對於權力分立以及基本權利的價值重要性等實體法因素出發，所發展出來的審查模式。然而，此種審查模式，毋寧是法院藉由審查密度的調控，做為對立法者對於立法的裁量空間的一種尊重。以下本文將繼續針對三種程度的審查密度，配合案例說明立法事實於三種密度中的運用方式。

一、明顯性審查（Evidenzkontrolle）

關於明顯性審查，比較簡單的定義是：立法者的預測或評估決定只要不是有明顯重大的不合理處，通常即能通過法院的審查。因此，立法者在此種審查密度底下，具有較大的政策形成空間。德國

³⁰ 參蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度理論的解析與檢討，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年，頁73。

聯邦憲法法院通常在涉及經濟事務領域的案件時，其判斷通常會尊重立法者的預測決定，如無顯而易見的（*offenkundig*）錯誤，通常立法者的預測決定便無從指責。如在礦物油儲存一案（*Mineralölbevorratung*）³¹中，法院即表示在干預職業執行的場合中，比例原則只對立法者的判斷與決定自由設定最外圍的界限。由於在此審查密度下通常具有受合憲推定（詳下述）之可能，亦即除非明顯的（*eindeutig*）、顯然的（*offensichtlich*）或是毫無疑問的（*zweifel frei*）違反憲法規範，否則法院皆會將系爭立法者之決定作合憲宣告，就此效果而言，有謂此種審查密度之真正價值「僅在於確保公權力不致突破憲法的最外圍界限（*außerster Grenzen*）」³²，亦即確保公權力的作用不致於破壞憲法的最低限度保障。

二、可支持性審查（*Vertretbarkeitskontrolle*）

在此審查密度之下，對於立法者的預測與事實認知之決定只要合乎事理而可以說得過去即可。德國聯邦憲法法院在「勞工參與企業決策」（*Mitbestimmungsurteil*）³³關於此敘述為「立法者所做的決

³¹ 詳細內容參劉淑範譯，載於〈西德聯邦憲法法院裁判選輯（七）〉，司法院，1997年，頁136-137、143-145。

³² 參蘇彥圖，前註35文，頁74-75。

³³ BVerfGE 50,290 (333)。

定必須是合乎事理並可以支持的判斷（sachgerechte und vertretbare Beurteilung）」，即法院對立法者在立法當時的判斷為基礎，審查立法者依其所能接觸到的信息做為判斷進行實質審查³⁴。因此，立法者於此時必須充分考慮到其可以接觸到的知識來源。

在此種審查密度之下，對於新頒布的法律而言，法院可以或多或少地審查立法者是否能夠滿足「程序上的」特定要求，審查「立法者依據其立法當時接觸到的資訊據以做出評價判斷方法與過程」，例如有無徵詢專家的意見、是否適切運用分析與統計資料等來判斷立法者之決定在內容上的可支持性，即以判斷立法者是否以履行「程序上」的要求來推論其決定在「內容上」之合理性，審查立法者是否以正確而充分的方式，認知立法當時存在的事實資料³⁵。即使後來法律的實施效果不盡理想或被證實完全錯誤，立法者僅負有改正義務，只要立法者充分考慮立法當時的事實且做出合乎事理的判斷，其當時的決定即被認為合理。³⁶

不過，在對於頒布時間長達十年以上的舊法律而言幾乎無法判

³⁴ 參許宗力，憲法與政治，載於〈現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集〉，月旦1997年3月22日出版，頁88。

³⁵ 參盛子龍，比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1988年，頁28、29。

³⁶ 同前註。

斷立法者是否以履行了上述「程序」，因此，在此可支持性審查則轉為對於法規內容的實質審查³⁷，在此法院審查的標的是「立法者對於立法當時的資料是否正確認知以及有無可能認知」，有謂此時法院是以其主觀上之認知來進行判斷，因此，此種審查標準帶有濃厚的主觀化傾向。為了避免此種法院之認知過度的擴大以致於侵害立法者的決策形成空間，故應將法院的審查限於立法者於「立法當時情況下的認知可能」的客觀基準，而非以「立法者本身的認知是否可能」做為判斷基礎。

三、強烈內容審查 (intensive Inhaltskontrolle)

此為法院對於立法者的預測與事實認知決定做最為詳細之審查與論證之審查密度，要求立法者必須充分說服法院其決定是適合且必要，其所提出之事實具有「相當可靠性」與「充分真實性」作為其決定之論斷基礎。例如在著名的「藥房案³⁸」中，法院對於巴伐利亞邦藥房法根據地區人口的需要量限制該地區的藥房數目，以「防止藥房數目過度增長造成藥品供應質量惡化，危害國民健康」之決定，參考瑞士經驗認為瑞士藥房開設完全自由卻無上述立法者認為

³⁷ 同前註。

³⁸ BVerfGE 7,377.

的種種危險，在德國亦無特別得理由限制藥房的開設自由，因此，做出「無法確信開放藥房開設會造成藥房無限制增長，影響藥品供應質量惡化」之判斷，否認立法者之決定於此種情況下之合理性，從而立法者所提出的事實判斷並不可靠而欠缺真實性。

又如在法院在第一次「妊娠終止³⁹」判決中，對於刑法第 218 條的修正規定只要懷孕不超過 12 個星期，在孕婦同意並經由醫生實施手術的話，就不會被科以刑罰。不過前提是孕婦在手術前必須向醫生或諮詢機構諮詢有關孕婦、母親以及小孩的公共及私人性的社會救助或醫療建議。亦即立法者認為通過所謂的「諮詢制度」以及「妊娠期」就已經達成了對於未出生生命的保護，然而，法院對此卻認為「並無充分可靠的依據可以推論立法者廢止刑罰而實施諮詢制度將更能有效的保護未出生的生命」⁴⁰。

第二款 審查範圍

一、 審查範圍與審查密度之關聯

由上可知，德國聯邦憲法法院在比例原則的框架之下，發展審

³⁹ BVerfGE 39,1.

⁴⁰ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5 Aufl. München, 2001, Rn. 534.

查密度理論，藉由審查密度的調整對於立法者的決定做出寬、嚴不同的控制，在人民基本權利的保障與權力分立原則的拉鋸當中，亦步亦趨地進行調控與審查，確保在個案當中能夠達到既不侵犯立法者的政策形成自由又給予基本權利最低程度的兼顧。從而，比例原則與審查密度不僅僅是一種制度的操作「過程」，反而是一種別出心裁的「權利保障機制」。惟法院在愈嚴格的審查之下，越有以自己的主觀判斷取代立法者的政策判斷的傾向，法院在個案中亦面臨了的兩種難處：一方面必須針對基本權利給予特別的考慮；另一方面，亦必須兼顧系爭規範對於社會的影響以及立法者的預測發生機率，就此而論，法院的「功能」應該是有其極限的，否則，將任何爭議問題皆交付給法院處理，亦非權力分立原則下法院應擔負之「角色」。故法院的「審查範圍」的界定，無疑是在審查密度底下，法院不得不面對之問題。亦即，即使給了法院明確應採行的審查強度，但是審查範圍得確定，仍無法由審查密度理論得出，雖然法院採行的審查密度如果較為寬鬆，法院介入審查的程度相對的亦較低；相反的，法院採行較嚴格的審查密度，法院的介入程度即較高，但是，審查密度理論無法當作法院介入程度高低的依據，故法院對於個案的審查範圍，有須要透過解釋加以限定之必要。

二、 審查範圍之確定

關於法院的審查範圍，有謂「取決於所涉及的事務領域的特徵⁴¹」。本文認為前述「功能法」的論述對此提供了基礎，因為，根據功能法理論認為「各個國家事務自只能分配由在組成結構與決定程序等各方面均具備最佳條件者⁴²」，然而，何謂「事務領域的特徵」？由功能法理論的論述，卻無法提供進一步的決定標準。因此，在事務領域的特徵，例如對於人的生命、社會政策、經濟規制或是言論自由等領域，仍不得以求諸於相關的實體憲法規範⁴³，如果在該事務領域中越需要精密的量化與數據資料，法院對此卻無相關經驗可供依循時，則對系爭規範進行嚴格審查的條件愈無法被滿足。從而，法院的審查範圍所考慮的不僅是「所涉及事務領域的特徵」、「法益的重要性」以及對於「基本權利的干預程度」，「法院是否有做成充分判斷的可能性與能力」亦必須被加以考慮。

⁴¹ BVerfGE 57,139 (159)

⁴² 參許宗力，同前揭註 39，頁 88。

⁴³ Heun, W., Funktionelle-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992.S.37ff.

第三款 立法者提出證據的要求

一、審查密度的影響

由於審查密度的不同程度要求，立法者提出證據說服法院其所為的預測與事實認知決定具有合理性的要求自有不同。此在法院審查的對象是體現立法者決定之法規範而言，當然應由立法者負擔提出證據說明其決定符合合理性之標準，從而，在審查密度理論底下，立法者提出證據說明其決定基礎據有合理性的程度，自有不同。在此必須事先說明的為，討論立法者提出證據之要求時，本文避免運用「舉證責任」一詞，與訴訟法上的舉證責任產生概念上的混淆，關於訴訟法上之「舉證責任」是否適用於違憲審查當中，下文將有更詳細得探討。

二、解析

在法院依據明顯性審查密度進行審查之時，只要立法者的限制基本權利之決定不是顯而易見、明顯的錯誤，只要不逾越憲法保障基本權利的最低限度，則基本上法院自會尊重立法者的決定，由於此種要求，在實質上已屬對於立法者的決定給予了「合憲推定」效果，故而，在明顯性審查密度底下，一般不會要求立法者提出證據

說明，只要其決定不是顯而易見的錯誤，法院作成合憲決定的可能性極高，因此，應無立法者須提出證據積極說明其決定的合理性的要求。

相對的在強烈內容審查密度底下，由於要求立法者必須充分說服法院其決定是適合且必要，因此，在法院仍無法確信其決定的合理性之前，立法者皆有提出證據說服法院的責任存在，否則，在此種審查密度底下有高度違憲判決的可能，若立法者無法提出證據說服法院，法院只能做出違憲的判決。

然而，對於立法者提出證據說服法院的要求，比較困難的反而是介於明顯性審查與強烈內容審查程度之間的可支持性審查密度，因為在此種審查密度底下，法院是以「立法者立法當時的認知」作為審查標的，審查「立法者是否以正確及充分的方式，獲得有關法律制定當時存在的事實基礎的知識⁴⁴」，要求立法者盡可能的蒐集立法當時可以接觸到的資料並加以充分利用，此時，本文認為任何可以證明立法者的決定是合理的「事實資料」之提出尚屬可能，立法者不加以提出，法院亦僅能做出違憲判決。

⁴⁴ 同前揭註 40。

第四項 德國類型化的審查密度

相較於美國模式在三重查基準之下，又針對個別的基本權利（如言論自由與宗教自由）發展出不同的審查方式，著眼於從個案當中概括出對於基本權利的保障之方法；本文認為，德國模式的審查理論，先不區分基本權利的內涵而異其處理方式，而是先看到了「限制」這一前提事實存在，發展出規制立法者的限制措施的合理性的一般原則——此即比例原則；然又為避免觸動權力分立原則下，立法者的自由形成空間⁴⁵這一敏感問題，又發展出了三種不同程度的審查密度，藉由比例原則搭配三種審查密度的方法，使基本權利使其免於不當的限制。就此而言，論者有謂：「如果對所有侵害人民權益的立法都一體適用比例原則，不僅忽略了各種不同基本權利的差異性，以致有使原本多元發展的基本權體系反而一體化或平面化，而且這樣也會同時忽略立法者在從各種立法時各種不同的憲法依據及正當性基礎」⁴⁶之論述，恐怕似有誤解，因為，下面本文將論述在不同的審查密度之下，德國聯邦憲法法院亦考慮到各種基本權利的性質，而給予了類型化的寬嚴不同的審查標準。

⁴⁵ 就此，R.Alexy 稱之為立法者的認識餘地（epistemischer Spielraum）。

⁴⁶ 參黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 164 以下。

第一款 職業自由與三階理論

比例原則在實務運作中，德國聯邦憲法法院根據立法事實對基本權利限制程度，發展出了「三階理論」。在德國歷史上的典型案例即 1958 年著名的「藥房判決」⁴⁷（Apothekenurteil）。法院首先從基本法第 12 條的文義與法條結構出發，將職業自由分為（1）職業選擇自由與（2）職業執行自由，並認為立法者在每一階段職業行為的許可權範圍是不同的，即職業選擇是自由的，而職業的執行是可以加以規範的。法院同時說明：“當規範越是侵害到職業選擇自由時，則越應受到更大的限制...職業的選擇應為一種自主權，一種自由意志決定的行為；它儘量不受公權力的侵害。相反，經由職業執行的個人，因直接加入了社會的生活，這裡個人可能會因他人及整體的利益而受到限制。”即當立法者向基本人權領域逼近時，他必須將基本權在社會秩序上的意義做為規範的出發點。即判決中所稱：“當我們從此處涉及一項個人真正之基本人權，而此基本人權依其意義與人格權之發展有密切關聯，其也因此對於每個人生命過程之塑造實際上具有重大意義—相對於只是防護公權力偶而的個別侵害基本人權

⁴⁷ 關於藥房判決的詳細內容，參《德國聯邦憲法法院裁判選輯（一）》，司法院 1990 年版，蕭文生翻譯部分。

一的觀點來看，立法者的裁量權應較相當的縮小...⁴⁸。就此，聯邦憲法法院針對職業自由的審查密度便發展了如下著名的職業自由限制的三階理論：

一、職業執行自由的限制：

當規範內容僅是純粹的執行規則，即詳盡的確定該職業的成員應該依何種型式與類型來完成其職業行為時，包括：營業時間、商品銷售方式、營業方式等，因為不涉及職業選擇自由，所以立法者有較大的自由形成空間。此時，職業自由這一階段的限制所構成的侵害對基本權利主體並不深切，原因在於他已著手該項職業，且從事的權限並不受到影響，職業自由限制的合憲性控制只限制防止限制規範出現明顯違憲的情況。因此，限制職業執行自由措施，只要與「公共利益」有合乎本質與合理的衡量（sachgerecht und vernünftige Abwägung）即為足夠。

二、職業主觀許可要件之限制：

所謂職業的「主觀許可要件」，是指職業「要求特定的經由理論

⁴⁸ 上揭書，蕭文生譯文。

及實務訓練才能得到的技術性知識和技能」，是依照「事物的本質從事基本上必須做的事情」任何人不具有所要求的條件和資格都不能自由地進入該職業領域，例如要執行律師的職業，必須先通過考試且經過訓練取得執照之後，才能從事。是每個人在做職業選擇之前，都可獲得確定之預見他是否可以完成所要求的條件。然因已涉及職業選擇的核心，因此，限制職業選擇自由的主觀要件，須有較各人自由更值得優先保護的重要社會法益（wichtige Gemeinschaftsgüter）存在時，這種主觀許可要件的規定，才符合憲法要求。

三、職業客觀許可要件之限制：

所謂職業的「客觀許可要件」，是指「個人對該要件之成就完全沒有影響力」之要件。因為這種要件限制進入職業市場的條件「嚴重地違反基本人權之意義」，對「個人之自由請求權嚴重地加以侵害...對於自由如此限制之必要性的證明應有特別嚴格的要求⁴⁹；一般而言，需為防止明顯而高度的危險，並保障符合憲法基本決定的「極重要的社會法益」（überragend wichtige Gemeinschaftsgüter）時才能合理化。例如以防止惡性競爭、促進一定市場機能為要件，限

⁴⁹ 參上揭註 70，蕭文生譯文。

制一定地區內藥房的數量。⁵⁰

四、評析

上述是關於審查密度於職業自由的限制當中之類型化架構。比較有疑問的是，這種類型化的操作，並非對比例原則的每個子原則的檢驗都整齊地套用，它可能只在適當性原則當中被考慮。因此，卻引來「...沒有特別進行“狹義比例原則”的利益衡量。是認為在本案中，此關當然能夠通過無須贅言；抑或他也認為比例原則本就不需要通通照表操課走一遍，可以選擇性地從三個子原則中挑出適合的檢驗工具？」⁵¹的批評。其實，我們在此應該從職業自由這樣一個基本權利所牽涉到的本質問題為出發點，觀察為何德國聯邦憲法法院不是在比例原則之中套用三種程度的審查密度進行審查，而必須另外發展職業自由限制的三階理論來加以檢視的真正理由。

本文在此關於上述問題，認為此乃德國聯邦憲法法院已經認識到職業自由所具有「雙重特性」使然。依照 K. Hesse 所言：“職業自由的特徵，首先體現在它與個人相關性的方面：『當在何處工作以及

⁵⁰ 此即上述藥房判決的主要論述基礎。

⁵¹ 參廖元豪，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」，中研院法學期刊第 2 期，2008 年 3 月，頁 229。

職業是生活的任務與生活的基礎時，那麼職業自由便是個人生活形成的一個組成部分，如若缺少它的話，人格的由發展便是不可想像的。與此相關，職業自由同時也是自由主義式的經濟與社會秩序的本質要素。⁵²”；“從這一點出發，它包括了任何一項對於個人而言屬於是其生活基礎的行為，與此同時，通過此行為他也對整體社會的發展做出了自己的貢獻。”⁵³』

因此，聯邦憲法法院在考慮了職業自由的雙重特性之後，認為單純的以「個人基本權利之限制」或是「關於經濟活動的立法限制」之區分，來適用審查密度，對於職業自由的內涵均無法充分掌握。因為在此並非單純的涉及個人基本權利而應適用較嚴格的審查密度，或是僅涉及經濟活動而適用較寬鬆的審查密度的問題，顯然職業選擇自由與個人的人格發展密不可分，而個人是透過其職業行為而對於整體社會做出貢獻。聯邦憲法法院就此認為：『“按照基本法第 12 條第 1 項第 2 句，立法者必須將其規範優先定位在那些帶最小侵犯的程度上；只有在使用已選定的措施無法預防所擔心的危險這一點可以很明顯地被證立時，它才能進入下一個階段。當第 12 條第

⁵² Konrad Hesse, 《Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland》, neudruck der 20. Auflage, C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbrbH, Heidelberg, 1999. Rn. 419.

⁵³ 上揭書，Rn. 420.

1 項第 2 句授權立法者可以限制職業自由這項基本權時，那麼原則上牽涉的內容則是，在人類共同生活的形成中各法益之間是否能得到合比例的配置，也就是說，這是一項在實踐中進行調和的任務，對此並不需要常常進行法益權衡⁵⁴。」』

本文嘗試推敲上述見解，認為在職業自由的三階段審查密度操作下，之所以並非對比例原則的各個子原則的檢驗都能套用，亦即在對於職業自由的主觀許可以客觀許可限制的審查當中，沒有特別進行「狹義的比例原則」，進行利益衡量之原因，有可能即是基於此種職業自由與「個人人格發展」且與「社會市場經濟活動」均相關的「雙重特性」，以致於在進行利益衡量時，可能出現必然的矛盾。亦即，當立法者以防止惡性競爭、促進市場經濟機能為目的，限制人民在一定地區開設藥房時，雖限制了與「個人人格發展」有關的職業選擇自由，同時亦限制了個人對於經濟活動的貢獻，對於自由主義式的經濟與社會秩序此種重要社會公益而言，不免亦造成影響，以致於限制措施所欲追求的社會公益，與限制措施所侵害的利益同一，致無法對之進行利益衡量。因此，上述文字の後段，法院指出：“原則上牽涉的內容則是，在人類共同生活的形成中各法益之

⁵⁴ BverfGE 7,377 (405). 上揭 Konrad Hesse 書，Rn.423.

間是否能得到合比例的配置，也就是說，這是一項在實踐中進行調和的任務，對此並不需要常常進行利益權衡”之語，的確是用心良苦。可惜，如此精闢的見解在我國並非自明之理，在移植德國相關審查理論之時，無法詳述其理論背後基礎，使其蒙受流於恣意審查之「不白之冤」，令人扼腕。

第二款 隱私權的三種領域

因為隱私權所保護的重點乃個人的「自決思想」(der Gedanke der Selbstbestimmung) 其欲保護每一個人在自主的私人生活領域中，均能不受限制地發展並維護其人格特性。但是依聯邦憲法法院的判決態度，其保護的強度，仍應視侵害行為所涉及私生活領域的類型而做區別。⁵⁵聯邦憲法法院在此則將一般人格權分為三種領域：(1) 私密領域 (Intimsphäre)；(2) 私人領域 (Privatsphäre) 以及 (3) 社會領域 (Sozialsphäre)。

(1) 私密領域：

由於個人人格個性的表現，在這種最內部領域，應該得到最自由的發展；尤其是在該私密生活領域的活動，其多與個人

⁵⁵ 參翁曉玲，新聞報導自由與人格權保護，載《當代公法新論（上）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，2002年，頁95。

人格表現的核心問題有關，故此部分絕對禁止受到任何來自於公權力或他人的侵害的。因此，發生在這個領域的人格權受侵害案，其保護效力最強，基本上亦不容許以比例原則為基準，使當事人人格保護利益在與公共利益的衡量下有作出退讓的可能。個人在此私密領域的行為受到是絕對的保護的。⁵⁶

(2) 私人領域：

涉及這方面的私人領域指一般公眾無法直接察覺的個人私生活部分，主要是指家庭生活，其範圍更涵蓋了私人的對話、信件或日記等。由於該領域的活動一定程度下與外界發生接觸，因此並非受到絕對的保護，而是必須視該活動向外公開的程度來決定。就此而言，此領域中的私人生活的侵害，僅在嚴格遵守比例原則要求並基於公共利益的目的才能得以正當化。⁵⁷

(3) 社會領域：

因為人是社會的動物，或多或少會與外界公開場合發生聯繫。因此，只要個人的自我生活與外界產生關係，則至少應保護其不受到其他的危害。從而，人格自由權絕非僅限於保護

⁵⁶ 參張永明“從臺灣與德國釋憲機關的相關解釋與裁判論新聞傳播自由的界限與新聞傳播之立法”，載《憲法解釋之理論與實務》第3輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，2002年，頁245。

⁵⁷ BVerfGE 27,344 (351).另同上揭註13文。

私密與私人領域的行為，其亦適用於社會生活領域。由於這裡的自由活動帶有社會交往的內容—特別是指與社會的交易和社會的共同生活有關的內容。如一般經濟活動自由、經濟上的契約和競爭自由都屬於此一範疇。因此，原則上立法者在這一領域擁有較大的形成空間，比例原則的適用相對而言，不如前述兩個領域來得嚴格。

總的來說，上述聯邦憲法法院就一般人格權保護所提出的「三個領域」理論，乃依據隱私權受侵害的程度之類型化來確立審查密度，因此具有較明確的標準與可操作性。

第三款 藝術自由的兩個領域：⁵⁸

德國聯邦憲法法院在審查藝術自由的限制案件中，將其區分為「創作領域」與「散布領域」兩個階段，分別予以不同強度的保護。法院認為：“藝術的創作是直觀、想像及藝術理解的共同作用，是藝術家個人人格的直接表現”⁵⁹。因此，針對藝術自由的創作領域限制應予以嚴格的審查。然又認為著作在公開發表後，就不再只是為了著作權人而存在，藝術作品公開發表後，隨即進公共空間而成為獨

⁵⁸ 以下參林昱梅，藝術自由之研究，輔仁大學法學碩士論文，1993年，頁19以下。

⁵⁹ BVerfGE 30,173 (188f.) 另林昱梅，上揭文。

立的、可以共同決定當代文化與精神象徵的因素之一。在一定期間經過後，著作便與司法上的支配性分開而成為精神與文化的公共財產（Allgemeingut）。因此，做為藝術的散佈領域，其保護價值低於藝術的創作領域。亦即，著作權的經濟利用利益，與一個藝術家的藝術創作自由相比，屬於次要價值。

第四款 小結

綜上所述，德國聯邦憲法法院據以決定審查密度的標準，同常與「所涉及事務領域的特性」、「作成充分判斷的可能性」、「相關法益的重要性」以及「基本權利干預程度」有關⁶⁰，亦即當所涉及的限制措施愈逼近基本權利的核心領域時，所可能造成的對於基本權利的干預程度就愈大，因此，需要比較嚴格的加以審查，乃屬當然。就此而言，乃是從憲法規範對基本權利限制條款的限制體系去推論基本權利效力的強弱，並試圖從此出發去建構一個基本權利位階秩序清單，據以決定審查密度，再搭配比例原則進行審查。此時，比例原則的操作，通過對「立法事實」的審查，巧妙地將審查的主要「戰場」移至於審查密度階段。

⁶⁰參蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度理論的解析與檢討，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年，頁114-122。

第五項 比例原則與審查密度對於功能法的觀點之影響

第一款 德國法上之功能法理論

在德國型比例原則審查模式下，三種審查密度的發展主要來自於 1976 年聯邦憲法法院於勞工參與企業決策判決(Mitbestimmungs-urteil)⁶¹一案所確立，而藉由「立法事實」在三種審查密度之中進行調控的方式，本文認為是德國公法學上盛行已久的「功能法」(funktionell-rechtlicher Ansatz)的觀點將其發揚光大，誠如 Schlaich/Korioth 所說「聯邦憲法法院對於立法者的審查密度的三種程度說是功能法思想的主要論據。⁶²」因為，三種程度的審查密度是對於立法者的事實確認和預測決定進行內容上的審查 (inhakliche Kontrolle)。惟對於事實論斷或是預測決定，都無法有一個既定的標準提供法院對之進行審查⁶³，“在將立法事實根據其「已然」或「未然」的狀態，進一步界定為「事實論斷」(Tatsachenfeststellungen)和「預測決定」(Prognoseentscheidungen)後，認為每一立法者對於

⁶¹ BVerfGE 50,290 (333).另盛子龍，《比例原則做為規範違憲審查之準則》，台灣大學法律研究所碩士論文，1986年，頁28。

⁶² Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5 Auflage, C. H. Beck, München, 2001 Verlag, Rn. 532.

⁶³ 但是依據案件情況的不同，在“可支持性審查”下，可以或多或少限於審查立法者是否滿足了程序上的特定要求（例如德國聯邦基本法第76條以下之程序）。但此時聯邦憲法法院只能是對於新頒布的法律進行這樣的審查，對於那些時間長達數十年以上的法律而言，則幾乎無法判斷立法者是否履行了其行為義務。參上揭書，Rn. 533.

規範的形成決定，多少都帶有某種預測性格（Prognosecharakter），故立法事實的審查，不僅對於「事實論斷」而言具有適用，對於立法者的「預測決定」亦有審查餘地⁶⁴的說法，是在考慮到各個國家機關的不同的職能和能力（unterschiedlichen Funktionen und Fähigkeiten der Staatsorgan）、其行為的裁量空間和產生效力的方式以及各機關合作和分工的可能性下，聯邦憲法法院在違憲審查當中應該承擔何種角色才是有意義的，且在權力分立原則（Gewaltenteilung）之下，可以避免憲法法院是否觸動了立法權的界限（die Grenze zur Gesetzgebung）的指責等問題之後所採行的折衷方法。是故，「功能法」的論述觀點認為，作為審查基準的憲法規範對於主動進行行為的國家機關而言，該規範就是「行為規範」（Handlungsnormen），及對於行為的指令和界限；然而，對於憲法法院而言，同樣的憲法規範就成為了審查立法者行為是否符合憲法規範的「審查規範」（Kontrollnormen）（此即憲法解釋的功能法尺度）⁶⁵，因此，國家機關（在此指立法者）的行為或不行為都被以該規範為標準進行審查。⁶⁶立法者此時必須運用其所能取得的、所需要且可

⁶⁴ Werner Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit : Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, 1992, S 36. 參蘇彥圖，前引論文，頁 73。

⁶⁵ 參黃舒芃，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權之區分，載於政大法學評論，95 年 6 月，頁 29。

⁶⁶ 上揭 Schlaich/Korioth 書，Rn. 516.

被信賴的就預測而言之重要參考資料，並且以必要的謹慎分析這些資料，以確定這些資料能夠充分支持其立法評價。

第二款 評析

這種在比例原則的架構下，將三種審查密度藉由立法事實的審查而實質化審查內涵的德國違憲審查模式，就使得法院對於「立法者的判斷與決策自由」劃定內在與外在的界限。亦即，比例原則的三階段架構，僅是先審查立法者的判斷與決策對於人民的基本權利是否造成「過度限制」，然後在比例原則的三個子原則當中，繼續審查立法者的判斷與決策是否具有「合理性」，而這種合理性的標準，法院當需藉由立法事實的判斷以具體化其內容，此時，猶如法院就審查的範圍，先依比例原則畫了一個外在的框架，然後在三個子原則當中，再就其立法者的判斷與決策自由的問題，精細地審查，此亦如法院在三種程度的審查密度中，又畫了審查的內在界限。因為，相對於法院此種「自我劃定」界限的審查方式，相對而言，亦是給立法者在審查範圍外賦予了相對應的裁量空間。如此「雙重架構」，不僅使得國家機關更能預測哪些行為符合憲法規範的要求，使立法者在參與對憲法進行的具體化之中之功能，對於憲法做出更正確的

理解；亦使得憲法法院做為憲法規範的唯一解釋者，其更具有續造憲法（Verfassungsfortbildung）的任務，而非僅僅是個裁判者。

第三節 如何運用立法事實進行審查？

前言

本文在上述針對美國違憲審查當中二重審查標準發展至三重審查標準的過程進行概略的介紹，亦比較與分析德國違憲審查模式當中的比例原則與審查密度理論。在確定了「審查工具」之後，如何運用「立法事實」等資料進行法規範違憲審查，本文接下來先介紹美國司法審查實務上，聯邦最高法院在幾個著名的案例當中以立法事實進行司法審查之情形，再簡介德國違憲審查模式下，聯邦憲法法院如何在比例原則與審查密度的架構底下，進行立法事實之審查？最後，針對我國司法院大法官在釋憲實務方面，有否運用「立法事實」之概念進行違憲審查做進一步之探討與分析。

第一項 立法事實於美國法之運用

在美國型的違憲審查模式下，談到關於立法事實於個案中的運用，較重要的也比較常為人們所提到的案件，即是 1908 年 Muller v.

Oregon 一案（下簡稱穆勒案）以及 1954 的 Brown v. Board of Education of Topeka 案（下簡稱布朗案）。其中 Muller 案可謂法院於個案當中就相關「立法事實」提出見解並據以做成決定的濫觴；而 Brown 案則分別於 1954 年以及 1955 年做出判決，除說明相關法令違憲之外，最高法院亦指定各級法院必須依照布朗案中所創立的一些原則進行審查，是少數最高法院在判定系爭法律違憲之外，又針對如何正確「執行」判決意旨給予明確見解的特殊案例。以下本文擬針對上述兩案進行介紹與分論述。

第一款 Muller v. Oregon 案⁶⁷

該案的背景為奧勒岡州規定洗衣廠與工廠婦女一天工時為 10 小時，但是由於此項規定與 1905 年 Lochner v. New York⁶⁸ 中紐約州法令相似，而該案因紐約州無法證明限制烘焙工人工作時數的法令與工人的安全與健康有關，被認為不當地限制「契約自由」而被宣告違憲。因此，此案中工廠負責人抨擊此規定，認為系爭限制婦女工作時數的法令應如同紐約州法令一項，與婦女的健康或安全無

⁶⁷ 208 U.S. 412 (1908) .

⁶⁸ 198 U.S. 45 (1905) .最高法院於該案中認為因為紐約州無法證明限制烘焙工人一天工作十小時的法令與工人的安全與健康有關，因此判定該法令不當限制工人與工廠經營者的契約自由而違憲。

關，而應屬違憲。

在本案中，當時代表奧勒岡州一方律師的布蘭迪斯（Louis D. Brandeis），利用 Lochner 一案中法院的論述認為，如果他能證明奧勒岡州的法律與勞工健康與安全有關，那麼法庭就必須認可奧勒岡州限制工作時數法令。因此，他提出了超過 100 頁關於長時間工作對婦女健康之影響的社會學、經濟學與心理學的數據，以證明長時間的工作對於婦女健康的影響有密切關聯性。主筆本案意見書的布魯爾（Brewer）大法官不僅承認此種極罕見方式的意見書，也承認婦女實際上不同於男性，因此需要這種立法保護，因而判定奧勒岡州的立法合憲。

然而，該案的重要性並不是在推翻 Lochner 案中對於限制工時的實質決定，毋寧是法院肯認經驗性的「立法事實」在憲法判斷上的重要性，而且，布蘭迪斯於此案中提出的意見書的方式，後來也被人們廣為運用，成為著名的「布蘭迪斯意見書」（Brandeis Brief），用來指稱那些被提出以證實立法限制措施合憲與否的社會、經濟或科學的實證資料，此即為「立法事實」。誠如主筆 Muller 案法院意見的布魯爾（Brewer）大法官於該案中開頭即說：『“那些特殊的成

文憲法價值在於它設定不變的形式、對於立法行為的限制以及與此相關的問題並不是基於民眾對此的一致共識所決定。但是，當一個可爭辯以及爭辯的事實問題成為那些限制立法者的限制究竟及於何處的問題，對於此等問題的普遍見解及值得吾人加以思考...”⁶⁹。』

第二款 **Brown v. Board of Education of Topeka** 案⁷⁰

此案分為第一案及第二案，惟因第二案的爭點在指定各級法院必須依照布朗案中所創立的一些原則進行審查，並且依照各地區不同的社會情況做出裁判，是一補充前案之裁判。因此，本文討論的重點即在第一案之中。本案為一個集體訴訟，以奧利弗·布朗為第一原告對教育局提出，他們認為，儘管教育當局設置了「隔離但平等」的學校，但是這些措施實際上的目的，是對黑人實施永久的次等待遇，只提供次等的設備與服務，以達成壓迫黑人的效果。為求慎重，法院針對了以下幾點進行說明：⁷¹

⁶⁹ 原文為：“The peculiar value of a written constitution is that it places, in unchanging form, limitations upon legislative action, questions relating to which are not settled by even a consensus of public opinion; but when the extent of one of those limitations is affected by a question of fact which is debatable and debated, a widespread and long continued belief concerning that fact is worthy of consideration.” 另可參考邱文聰，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 584 號解釋，載於《臺大法學論叢》第 37 卷第 2 期，2008 年，頁 240。

⁷⁰ 347 U.S. 483 (1954) and 349 U.S. 294 (1955) .

⁷¹ 以下參考 http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952_1 網頁，上網日期：2012/5/26。

1. 憲法增修條文第 14 條「平等保護條款」的適用範圍有無涵蓋公立學校教的問題，法院對此需不需要進行歷史解釋方式？

關於此問題，法院認為：“依制憲當時的背景，並不足以解決本案的問題，因為無論如何都一定可能出現不同的解釋，法院無法確定或得知制憲者的原意為何？”

2. 如何解決本案問題？

法院認為：“在憲法增修條文第 14 條的立法當時，由於公立學校教育尚未普及，與本案的背景完全不同，因此不能拿來類比。法院於本案中必需斟酌種族隔離制度本身在公立學校教育制度下造成了哪些影響，法院必須從公立教育在美國的發展過程，學校教育本身在現代社會所扮演的角色，以及種族隔離教育造成的實際影響面等進行綜合考量，以解決問題。”但本案的特殊之處在於，並非針對課程、設施、硬體設備以及師資等為爭執，而是本案原告認為「隔離但平等」的制度本身違反了憲法增修條文第 14 條的平等保護，亦即「隔離是否構成歧視」之問題。

3. 種族隔離的教育措施是否剝奪了黑人學童的權利（因而違反同等保護權）？若是，則剝奪了哪些權利？

法院認為：“儘管表面上（例如在硬體設施、師資、課程等）是

平等的，但是有許多無形因素（intangible factors）卻是不平等的。”因此，在本案的註解 11 當中，法院就此引用 Kenneth Clark 的《歧視對個性的影響》的研究報告以及《種族隔離的心理影響》等心理學和社會學的研究成果，來證明隔離構成一種歧視。基此法院做出如下認定：『“種族隔離對於有色人種的孩子造成了嚴重的負面影響，而且當這種隔離擁有法律上的依據時傷害尤甚，因為隔離政策通常被認為是基於黑人是低賤的群體而做出。這樣的觀念嚴重影響了學齡兒童的心理，且這種隔離有阻礙黑人孩子的心智發展，例如學習的能力，與他人討論並交換意見的機會，並剝奪了他們從一個非隔離教育體系中受益的權利。此外，更重要的是會造成學童對自己形成一種「自己是次等的」的自我認同，這種認同感覺會傷害學童的心靈，同樣也會影響他的學習動機以及未來心靈的正常成長。”』

本案中，法院詳細論述並檢視隔離措施對於學齡兒童會造成的心理影響，乃是參考相關實證資料與數據，藉以判定隔離措施是不是會造成一種「歧視」，亦即「隔離但平等」雖然不會造成表面上的不平等，但基於很多因素卻會造成學童的心裡上不平等的次級認同，因此隔離但平等的措施應屬違反憲法增修條文第 14 條的平等保

護條款。雖然布朗案的判決直到今日仍是充滿了爭議，但是，其不僅代表著首席大法官厄爾·華倫（Earl Warren）所帶領的華倫法院（Warren Court）在種族平權方面的不遺餘力，在往後的重大案決中，其致力於促進人權的努力與方式卻是值得肯定的。

第二項 德國結合比例原則與審查密度對於立法事實之審查—以礦物油儲存案為例

第一款 案例分析

德國聯邦憲法法院對於法律規範的審查時，透過審查密度對於「立法事實」的論證，巧妙的解決了比例原則當中所涉及的實質價值判斷問題，充實比例原則三層論證結構的內涵，避免了法院在運用比例原則審查法律規範之時的空洞化現象。

例如德國聯邦憲法法院在關於《維持石油產品最低儲存量法》是否干涉憲法所保障的職業自由疑慮的「礦物油儲存」（Mineralölbevorratung）一案當中⁷²，運用比例原則對於「立法者的判斷與決策自由」的操作過程當中，於本案的評價立場大致為：

⁷² 相關判決內容，參《德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）》，劉淑範譯部分，1997年，司法院發行。

1、限制手段是否符合「適當性原則」的論證：

法院認為維持最重要的石油產品最低儲存量，屬於適當以及合理的公共利益之考量；另外保護煤礦業的市場地位免受燃料供應商之間的競爭受到傷害的次要目的，亦屬合法。因此，法律在干涉經濟生活時，對於立法者的判斷與決策形成自由空間，只要不是明顯的荒謬即可。亦即，此時法院對於相關「立法事實」的評價，如「強迫維持石油產品的最低儲存量，能克服在某時期短暫出現的供應困難的成功率為 50%」這一事實，均給與立法者較大的裁量自由，只有當立法者的考慮明顯荒謬以致於無法合理的成為限制手段的根據時，立法者才被認為超出了本身的裁量範圍。

2、手段是否合乎「必要性原則」的立場：

法院認為下述對於訴願人限制較小的手段下列的手段均無法達到「相同有效」的目的：(a) 由國家全部承擔儲存義務，對於立法目的之達成非屬同等價值；(b) 將其他事業（如倉庫的批發商、大盤商）納入儲存義務的範圍內，對於供應的安全性無法提供值得稱道的貢獻；(c) 純粹的原油儲存（而非製成品的輸入），對於達成法律目的而言，並不能產生相同的效果，

因為對於短期出現的供應干擾情形，只有製成品的存貨能夠立即出貨。因此，立法者對於手段的選擇也擁有較廣泛的裁量空間，立法者所選取的部分方法不如其他替代性手段，並不然導致限制規範違憲。例如法院如果對於「由國家承擔儲存義務，在因應短暫出現的石油供應短缺問題時，比由石油製成品業者來得有效率」這一事實，雖然認為立法者所採取的手段不如其他替代性手段，但並不必然就表示立法者的限制手段非「必要」。

3、在「狹義的比例原則」檢驗中：

就此法院的意見認為：能源供應的安全性對於整體經濟功能的發展有著至為關鍵的重要作用；另外保護煤礦業的市場地位免受燃料供應商競爭的傷害，亦有其經濟政策上相當重要的公共利益。且在關係人權益限制程度上，法律對於礦物油儲存義務的規定，僅是在實際的儲存量上加重了負擔，此時法律並不阻止將儲存成本透過價格轉嫁到消費者身上。在此，由於立法者對於各種不同的經濟因素無法完全的預估與支配，所以憲法不要求立法者採取積極的措施來阻止關係人營利性的降低，只要立法者並不限制關係人採取積極的措施來阻止營利性降低的問題即可。亦即，儲存石油產品對於「礦物油進口貿易業來

說，可能造成其營利所得顯著降低」這一評估事實，所造成的干涉對與所追求的公共利益非顯不成比例，因為，即使是進口業，也無法在完全無存貨的情況之下從事經濟活動。

第二款 評析

上述所呈現德國聯邦憲法法院的審查模式，可以看出法院在比例原則的三階段審查當中，藉由「立法事實」使比例原則與需要做出價值判斷的審查密度之間發生連接，避免法院單方操作比例原則的，以致於純粹做手段與目的是否合理之「形式面」空洞化審查之弊端，構成立法事實於德國的三階段比例原則違憲審查的一項特色。至於，德國憲法法院對於「立法事實」進行審查之依據，可由以下說明獲得立論基礎：⁷³『規範審查固然不再單純抽象邏輯論證，而必須深入檢討相關事實的真實性問題；然而由於立法者所為之「事實論斷」或是「預測決定」是否確實的問題往往並沒有明確的，絕對的“正確”或是“錯誤”可言，而是取決於它具有多大程度的“合理性”，違憲審查機關因此無疑必需進一步考量其對於規範事實之論證或是證明的要求程度問題。...如果違憲審查機關對系爭法律規範所

⁷³ 以下參蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查一審查密度理論的解析與檢討，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998年，頁49。

依據之「立法事實」的合理性予以相當嚴格的要求，系爭的法律規範當然就比較不容易通過合憲性的檢證；相反地，如果憲法審查機關對於「立法事實」問題僅做較為寬鬆的審查，則系爭法律規範的合憲性當然也較容易受到非難。便是在這樣的理論思維下，法律憲法審查的「審查密度」理論進一步轉向關注這種針對立法事實的審查密度問題；規範審查的“密度”或者“強度”，從而被認為主要是取決於違憲審查機關對於立法者所為之「事實論斷」或者「預測決定」的審查程度...進而形成、發展出寬嚴不一的「審查基準」，使得憲法審查機關對於系爭法律規範的“從寬審查”或者“從嚴審查”，能夠獲得較為確切的界定。』

由上述可知，在審查的論證當中，聯邦憲法法院通常在比例原則之框架下建立起審查密度理論，在適合性、必要性和狹義比例原則適用上加以寬嚴不同的標準，從而，運用在個案中的立法事實審查，展現較為精細的論證並在此當中注入審查法院的實質價值判斷。如此精緻的技術思考，遂使得審查模式在比例原則的抽象基準架構下有了類型化審查密度的實質價值思考。

第三項 立法事實於我國實務運用初探

由前幾部分的論述可知，不論是美國模式抑或德國模式的違憲審查模式，皆肯認立法事實於規範審查⁷⁴時據以判斷相關規範合憲與否所不可或缺的「參考資料」。雖然在美國模式之下，立法事實的運用常與個案相結合，甚至影響個別基本權利的形成內容，或是如在運用「立法事實」告知立法機關應該要如何立法使能免於違憲，與德國模式中在比例原則與審查密度的判斷中，運用立法事實的判斷對於立法者的「預測決定」與「事實判斷」給與形成空間之方式有所不同，然均無法否定立法事實的審查在規範審查當中的重要性，此乃因為法規範的抽象性無法單純藉由條文的釋義與字面意義的詮釋即能獲得合憲與否的判斷。如果說語言與文字是中性的，需要藉由人們賦予價值判斷才能使之有意義，那麼，在個案中考量「立法事實」以詮釋一個條文的規範意義與效果，乃屬規範審查所不得不然。此在我國司法院大法官僅將其審查標的侷限於「抽象的法規範審查」⁷⁵的情形下，更具重大意義，否則，在僅有相關條文與聲請人

⁷⁴ 「立法事實」的功能既是用以作為判斷相關法規範合憲與否的參考資料，則在運用上自以在「規範審查」的情況之下才有發揮空間，至於是否得用以判斷相關「國家公權力行為」合憲與否的問題，因我國司法院大法官將我國違憲審查的標的侷限於「法規範」，因此，不在本文討論範圍之內。

⁷⁵ 此「抽象的法規範審查」系指審查當中並不涉入個案爭議，聲請人如欲援引大法官解釋為救濟之主張，僅能循再審或非常上訴程序為之（釋字第188號解釋）。非如德國聯邦憲法法院就

之聲請書中所陳述的事實情況下，對於系爭規範的合憲性，除非立法者的立法意圖很明顯違憲，否則很難僅能憑單純的法釋義學的詮釋便能得出令人信服的判斷結果。因此，若謂我國違憲審查僅限於抽象規範審查而不涉及個案判斷，若藉由相關立法事實判斷法規範的合憲與否，犯了由「實然」導出「應然」的法學方法上的謬誤，⁷⁶顯然是簡單化我國違憲審查架構而忽略違憲審查當中，考量的不僅是一個規範合憲與否的問題，立法權與司法權權力分立（界限）與法安定性之問題才是違憲審查制度理論的重要思考點。因此，本文認為相關「立法事實」的審查在我國違憲審查制度當中亦應有其適用。以下本文想藉由探討我國司法院大法官在規範審查當中，是否考量「立法事實」？如何運用？來整理立法事實於我國違憲審查實務上之運用情況並嘗試提出建議。

第一款 關於「立法事實」概念的認知

在此，本文想探討我國司法院大法官在違憲審查當中，是否有本文所述及的「立法事實」的概念。經筆者以「立法事實」為檢索

人民針對確定判決所提起之「憲法訴願」之審查，具有個案救濟之功能而能同時撤銷原判決發回更審。且在我國人民聲請解釋憲法之制度下，此種「抽象的法規審查」亦非僅在維護客觀合憲性秩序，如釋字第 445 號解釋理由書中謂：「惟人民聲請解釋憲法之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲法秩序之目的……」。

⁷⁶ 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，載於〈中研院法學期刊〉，第 1 期，頁 30。

關鍵字查詢我國司法院大法官的解釋案與不受理案件，查詢的結果總共 14 筆解釋案件中出现「立法事實」這個關鍵詞條⁷⁷，而不受理案件則無。惟就該 14 筆解釋當中，「立法事實」四個字，僅出現於釋字 646 號解釋理由書當中，其他「立法事實」則散見於大法官相關的意見書當中。以下本文先從釋字 646 號解釋出發，再整理各大法官於意見書當中的「立法事實」概念，來一探我國違憲審查實務中運用「立法事實」的情況。

一、釋字 646 號解釋：

(一) 解釋理由書：

1. 內容：

在判斷電子遊戲場業管理條例第 22 條對對未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者，科處刑罰之規定是否符合憲法第 23 條比例原則與憲法第 8 條、第 15 條時，大法官認為：「人民身體之自由與財產權應予保障，憲法第八條及第十五條定有明文。如以刑罰予以限制者，係屬不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制。如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，且施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他

⁷⁷ 資料收集至 2012 年 3 月 8 日為止。

相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而刑罰對基本權之限制與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦合乎比例之關係者，並非不得為之（本院釋字第五四四號、第五五一號解釋參照）。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。」

2. 評析：

就上述釋字 646 號解釋的論述而言，本文認為，大法官已認知到立法事實是判斷系爭立法者的事實與預測決定是否具「合理性」的一項重要「事實資料」，亦即大法官似已意識其對於立法者的預測與判斷不能僅僅靠著法條文義上的理解即可代替立法者進行價值取捨，然觀其後段「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」等文字，大法官似認為「立法者較有能力考量對於某行為做出規範的「立法事實」，此段文字充其量只是在敘述權力分立之下，立法者對於個案事實狀況的了解與掌握較具支配性，因此，法院在相當程度範圍內對於立法者之決定應予以尊重，然並未就此進行「立法事實」之審查，觀此段文字，是否即可謂大法官已運用「立法事實」的概念進行規範審查？本文將於下個部分進行檢討。

(二) 林子儀、李震山大法官於釋字第 646 號解釋之不同意見書：

1. 內容：

在兩位大法官於此號解釋提出的聯合不同意見書當中對於電子遊戲場業管理條例第 22 條對於未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者科處刑罰之規定雖與多數意見相反，認為應不合憲。其中對於「立法事實」的論述為：「...系爭規定以刑罰方式處罰無照經營電子遊戲場業者，以避免或防止諸如賭博、色情或組織犯罪等威脅社會安寧、公共安全與危害兒童、少年身心健全發展等危險發生，其所欲保護之法益並不適於使用抽象危險犯之概念方法保護之；且就立法事實判斷之審查而言，縱使採取多數

意見所持之中度審查標準，立法者於系爭規定之決定亦無法通過審查。」

惟又在接續的論述當中認為：「...首先有疑問的是，立法者是否基於足夠堅強的事實基礎從事判斷，而獲致一旦從事無照經營電子遊戲場業之行為，依據常理或社會生活經驗推斷，即可幾乎百分之百確認上述危險情事必然會發生的結論？按多數意見係依據內政部警政署提供之統計數據，論證未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業，與賭博等犯罪行為間確有高度關聯，而認立法者為尋求對法益更周延之保護，不待危害發生，於系爭規定採取刑罰制裁之前置化手段，係屬合乎事理而具有可支持之事實基礎所為合理之決定。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。且若無照經營電子遊戲場業之行為如與賭博等犯罪行為果真有如此高度關聯，則為何不直接依據刑法相關規定予以查緝、處罰？無疑地，由於系爭規定在構成要件認定上的明確、簡易，將使執法機關捨棄依據刑法賭博罪章之規定，而得依系爭規定進行快速且大量的取締，並使司法機關

加以偵查及審判。...而此種簡化犯罪處罰條件之作法，是否符合罪刑法定原則已有疑問，況其本質上亦會導致處罰範圍的擴大，並使被告辯護功能萎縮，豈能輕易採用。」

2. 評析：

本文姑且不論統計數據是否得做為證明無照經營電子遊戲場業與賭博行為之密切關聯性，然若上述兩位大法官所稱「多數意見係依據內政部警政署提供之統計數據，論證未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業，與賭博等犯罪行為間確有高度關聯」為真，則本文認為已經相當程度的進行「立法事實」的審查。並以數據資料來審查的立法者的預測與決定是否具有合理性。惟是否即可謂在將來的案件中大法官必然採取立法事實就法規範進行審查，則仍有待後續觀察。

二、許玉秀大法官：

許玉秀大法官曾於釋字第 629 號、釋字第 653 號、釋字第 687 號三號解釋之意見書當中提及「立法事實」之用語。

1. 釋字第 653 號解釋意見書：

在針對羈押法第 6 條及同法施行細則第 14 條第 1 項之規定⁷⁸，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，是否與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違之釋字第 653 號解釋，許大法官在審查羈押法第 6 條之「處遇」是否符合法明確性原則時提及：「根據大法官對立法事實的調查，羈押法第 6 條的處遇何所指，立法資料無法提供確切解答，主管機關也不敢確定，依據大法官向來對於構成要件明確性的審查論述，其中一個要件是可經由司法加以審查。既然適用法律的機關沒有確定答案，且表示幾乎不曾使用，定然不符合可經由司法加以審查這個要件...」

2. 釋字第 629 號解釋意見書：

在對「行政訴訟法簡易程序之金額（價額）於 91 年 1 月 1 日提高為 10 萬元後，訴訟標的金額（價額）逾 3 萬元至 10 萬元

⁷⁸ 羈押法第六條第一項規定：「刑事被告對於看守所之處遇有不當者，得申訴於法官、檢察官或視察人員。」第二項規定：「法官、檢察官或視察人員接受前項申訴，應即報告法院院長或檢察長。」同法施行細則第十四條第一項並規定：「被告不服看守所處分之申訴事件，依左列規定處理之：一、被告不服看守所之處分，應於處分後十日內個別以言詞或書面提出申訴。其以言詞申訴者，由看守所主管人員將申訴事實詳記於申訴簿。以文書申訴者，應敘明姓名、犯罪嫌疑、罪名、原處分事實及日期、不服處分之理由，並簽名、蓋章或按指印，記明申訴之年月日。二、匿名申訴不予受理。三、原處分所長對於被告之申訴認為有理由者，應撤銷原處分，另為適當之處理。認為無理由者，應即轉報監督機關。四、監督機關對於被告之申訴認為有理由者，得命停止、撤銷或變更原處分，無理由者應告知之。五、視察人員接受申訴事件，得為必要之調查，並應將調查結果報告其所屬機關處理。調查時除視察人員認為必要者外，看守所人員不得在場。六、看守所對於申訴之被告，不得歧視或藉故予以懲罰。七、監督機關對於被告申訴事件有最後決定之權。」

間之事件，於提高後始提起行政訴訟者，則依簡易程序審理」⁷⁹之決議是否抵觸憲法第 16 條與第 23 條之釋字第 629 號解釋中，許大法官的不同意見書認為：「程序權利當中所有涉及攻擊防禦的設計，都有可能成為程序基本權的重要部分，例如言詞審理或書面審理，對訴訟當事人的勝敗往往有重大影響，能夠以一句程序從新，就認為訴訟當事人到法院起訴的時候，程序進行到中途或甚至程序都將近終結，法院還開著通常程序的大門，一覺醒來，突然間變成簡易程序的小門，對當事人的信賴傷害不足掛齒嗎？至於本院大法官，縱使本件聲請的另一造是品格高尚的法官，可以想見地必定有非常正當的理由，才會希望調整通常程序的門檻，難道不應該向人民交代一下所調查的「立法事實」，免得落入官官相護的嫌疑嗎？」

3. 釋字第 687 號解釋意見書：

釋字第 687 號解釋中，針對中華民國 65 年 10 月 22 日制定公布之稅捐稽徵法第 47 條第 1 款「應處徒刑」之用語是否違背法明確性原則之審查，認為：「就語言邏輯而言，應受徒刑之規定過於簡短，沒有辦法藉由文法分析得到結論，因此應該就立法

⁷⁹ 即最高行政法院中華民國九十年十一月份庭長法官聯席會議暨法官會議決議內容。

目的和立法歷史尋求解答。前述立法事實調查顯示，立法者可能認為不必修改用語，或者疏於修改用語，而無論是其中哪一種狀況，「應受徒刑之規定」一語，在司法審查時，在各級法院之間曾經產生各種不同的解讀，經過許多座談討論，在最高法院的判例會議才統一見解。司法審查的事實調查，顯示『應受徒刑之規定』一語，並非司法能夠審查。」

4. 評析：

本文探究許大法官上述「立法事實」之用語並參酌前後文以觀認為，氏所稱之「立法事實」相當於「立法當時的背景事實」，乃是呼籲大法官於審查系爭規範之時，應該考量立法者在立法當時的語意背景之下所制定的法規範的用語究何所指而言，亦即認為大法官在審查某相法規範之時，應調查並探究立法者之真意。在法律的用語常隨時移勢異而有所改變的情況下，對據以審查之法規案詳予調查立法者在志定當時的真意如何，本文認為就此所稱之立法事實較符合「立法意圖」之意。

三、楊仁壽大法官：

1. 釋字第 580 號解釋之意見書：

楊仁壽大法官僅於釋字第 580 號解釋之意見書當中提及「立法事實」。在針對民國 35 年 4 月 29 日公布施行之土地法第 110 條第 1 項⁸⁰關於地租之規定較民國 40 年 6 月 14 日在臺灣省施行之耕地三七五減租條例第 2 條第 1 項規定⁸¹為高如何適用之審查中謂：「...多數意見竟認為減租政策，於減租條例制定之前，已積極推行數年，要非出租人所不能預測，衡諸特殊之歷史背景及非常重大公共利益，認未違背憲法上信賴保護原則，夫復何言！且土地法已於民國三十五年施行，法院亦一直適用不輟，迄四十年制定減租條例為止，當事人所訂租佃耕約，受當時已屬有效之土地法等之規範乃屬當然，此為一般略識法律者所熟知。多數意見捨此項立法事實不顧，竟摭拾土地法在臺灣施行以前之若干特殊事例，美其名為「特殊之歷史背景」作為立法事實，誠令人百思不得其解。」

2. 評析：

由楊大法官在意見書中的論述觀察，由其在意見書當中的

「...多數意見捨此項立法事實不顧...美其名為特殊之歷史背景

⁸⁰ 土地法第一百十條第一項規定：「地租不得超過地價百分之八。約定地租或習慣地租超過百分之八者，應比照地價百分之八減定之。不及地價百分之八者，依其約定或習慣」

⁸¹ 耕地三七五減租條例第二條第一項規定：「耕地地租租額，不得超過主要作物正產品全年收穫總量千分之三百七十五。原約定地租超過千分之三百七十五者，減為千分之三百七十五。不及千分之三百七十五者，不得增加」

作為立法事實...」等語，顯然氏所謂的「立法事實」即是「立法特殊的時空背景事實」之謂。亦即在審查系爭法規範之時，應該考慮立法當時的時空背景，再對系爭規範做出合理與否的審查，觀此「立法特殊背景事實」系指與立法者制定系爭規範的「意圖」或「目的」較無關聯，而指「在立法當時的時空背景下，人民對於相關法律規範之適用是否已構成某種特殊認知」此一事實而言。就此，氏所稱之「立法事實」在解釋上又與許玉秀大法官所謂的立法事實不甚相同。

四、蘇俊雄大法官：

蘇俊雄大法官於釋字第 453 號以及釋字第 472 號兩號解釋中提到「立法事實」。

1. 釋字第 453 號意見書：

在針對民國 84 年 5 月 19 日公布之商業會計法第 5 條第 4 項⁸²委由中央主管機關認可商業會計記帳人之資格之規定，有違憲法第 86 條第 2 款之規定之不同意見書當中認為：「大法官可以審

⁸² 民國 84 年 5 月 19 日公布之商業會計法第五條第四項：「商業會計事務，得委由會計師或經中央主管機關認可之商業會計記帳人辦理之；其認可及管理辦法，由中央主管機關定之。」

查商業會計法之系爭規定是否合乎憲法第八十六條所定規範原則的問題，但是為了避免侵及立法者的政策形成權限，大法官在此應當僅作「有限度的」、「較為寬鬆的」審查。多數意見在未能充分斟酌立法者所為決定是否具有相當合理性的情況下，便逕以大法官自身的事實論斷「替代」立法者所為的評價判斷；此種審查方式以及審查結論，自為本席所無法認同。證諸相關立法事實以及立法過程，商業會計法第五條第四項有關「商業會計記帳人」的職業管制規定，固然可說是利益團體政治折衝運作後的便宜性決定；不過由於其職業形相尚未發展定型，不若專業會計師之已擁有獨立、確定的職業活動領域，因此立法者未將之界定為憲法第八十六條所稱「專門職業人員」，而另委諸主管機關進行其資格認定管理的規範形成決定，應認為具有相當的合理性基礎，並未抵觸憲法第八十六條所定規範要求。」

2. 釋字第 472 號解釋意見書：

另於釋字第 472 號解釋中認為 84 年 3 月 1 日施行之全民健康保險法第 11 條之 1、第 69 條之 1 及第 87 條有關強制納保、繳納保費之規定「對人民的人格發展自由（自我決定權）以及財產權構成限制，其就此必須合於憲法第二十三條及其所蘊含之比例

原則的規範要求。」因此就比例原則的論證審查認為：「多數意見肯認系爭強制納保規定之適當性與必要性的理論，原則上固為本席所贊同；惟對於其間所涉及的「立法事實」問題（尤其是比較法上是否有其他「相同有效」而「侵害較小」的規範模式可供選擇參考的問題），大法官恐應做更為周延的調查與論證。」

3. 評析：

本文探討蘇大法官上述的論述，發現氏於上述兩號解釋（即釋字第 453 號以及釋字第 472 號解釋）之意見書當中所表達的「立法事實」概念並不相同。蘇大法官於釋字第 453 號解釋之意見書中所謂：「證諸相關立法事實以及立法過程，商業會計法第五條第四項有關「商業會計記帳人」的職業管制規定...因此立法者未將之界定為憲法第八十六條所稱「專門職業人員」，而另委諸主管機關進行其資格認定管理的規範形成決定，應認為具有相當的合理性基礎」之論述，本文認為該「立法事實」所似指「與系爭法規範相關之立法背景事實」，意即「參酌立法者在何種社會背景事實之下，基於何種考量而制訂系爭法規範，而大法官在審查之時應考慮給予立法者對此有相當的形成空間」之謂。相較於許玉秀大法官前述之「特定語意背景下立法者制訂相關規範用語之

意圖」，範圍應較廣。

然而，在釋字第 472 號解釋之意見書中，蘇大法官又謂：「...惟對於其間所涉及的「立法事實」問題（尤其是比較法上是否有其他「相同有效」而「侵害較小」的規範模式可供選擇參考的問題），大法官恐應做更為周延的調查與論證。」似又認為在比例原則之審查之下，大法官對於是否有相同有效而侵害較小的手段等「事實」問題應該加以論證。就此而言，是否指的是「在比例原則之下，立法者對於事實判斷之形成空間」抑或是「比例原則下，參考相關事實而給予立法者預測決定之形成空間」在其後欠缺相關論證之情形下，遂不得而知。

本文查詢至 2012 年 3 月 8 日為止司法院所公布之大法官解釋，發現許大法官在其意見書中曾多次提及「立法事實」之用語，總共有六號解釋，分別為釋字第 578 號、第 584 號、第 646 號、第 654 號、第 659 號、第 669 號解釋。如此多次的提及「立法事實」是否意味著亦認為立法事實的概念於違憲審查當中是不可或缺的資料與素材，本文認為有進一步探究的必要。

五、許宗力大法官：

1. 釋字第 578 號解釋協同意見書：

(1) 內容：

在針對勞動基準法第 55 條及第 56 條分別規定雇主負擔給付勞工退休金，及按月提撥勞工退休準備金之義務是否符合憲法第 23 條規定之比例原則，與憲法契約自由之保障意旨及第 15 條關於人民財產權保障之規定之解釋中，許大法官的協同意見書即說明：「比例原則之操作，一般總以為僅僅是依循三個次原則之要求，單純作目的與手段間之利益衡量而已。其實，操作比例原則，不僅與利益衡量有關，也涉及對立法事實認定之審查（字體粗體以及底線為筆者所加）。例如適合原則審查手段是否有助於目的之達成，或必要原則審查可能之較小侵害之替代手段，就目的之達成，是否與系爭手段同等有效，或狹義比例原則審查公益之迫切性是否足以正當化對基本權之限制，往往須先行判斷立法者倘不採干預行動，公益所可能面臨危險的嚴重程度與危險發生的可能性等等，都涉及對立法者就事實之判斷是否正確之審查。為避免司法者就相關立法事實存在與否形成心證時，會流於恣意，也同時為提升司法審查的可預測性與可接受度，逐步發展出寬嚴不

同的審查基準，自亦有其必要。參酌外國釋憲經驗，關於對立法事實判斷之審查，約可粗分三種寬嚴不同審查基準：如採最寬鬆審查標準，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，即予尊重；如採中度審查標準，則進一步審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持；如採最嚴格審查標準，司法者對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符適合原則之要求。何時從嚴，何時從寬審查，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇。

至於本件，本件立法因涉及國家整體資源的配置與運用、社會環境、經濟結構及勞雇關係等複雜政策性問題，基於功能最適之考量，不可能採嚴格審查標準，而應留給政治部門較廣泛之政策形成空間。惟承認政治部門享有廣泛之政策形成空間，是否就表示司法者只能採最寬鬆審查標準？多數意見之解釋理由書提到系爭「手段仍在合理範圍內」，似隱含採美國寬鬆之合理審查

標準之意。對於涉及經濟與社會政策立法，縱使本席同意從寬審查，也不必然意謂著一律採最寬鬆的審查標準，至少就本件而言，由於系爭規定也涉及限制廣大中小企業主之財產權與契約自由，而民國八十六年七月二十一日修正憲法增修條文第十條第三項恰凸顯國家對中小企業的照顧發展義務，要求「國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展」，基於對此由修憲者特別揭示之憲法價值之尊重，本席因而認為本件應提升至中度審查基準，就立法事實的認定與預測，審查是否合乎事理、說得過去，而非僅止於審查是否明顯錯誤、明顯恣意。」又在適合性原則的審查，氏認為：「...適合原則之操作涉及的另一特殊問題是，必須審查立法者對事實的預測。立法者之所以選擇採取系爭手段，當是評估事實未來之發展，判定系爭手段係有助於目的之達成，所以審查手段是否有助於目的之達成，就是審查立法者對事實之預測。既然是預測，就應容認立法者有預測錯誤的「權利」，除非極盡調查之能事，能夠證實系爭立法措施在立法當時就已經明顯是一個完全無效之手段。司法者倘以事後諸葛亮自居，以立法者預測錯誤為由逕指摘違憲，反自陷違反權力分立之境地。惟事後既證實預測錯誤，為了保障人權，避免人民基

本權利被基於錯誤預測所採取限制基本權之手段繼續「侵害」下去，司法者自有權，甚至有義務課予立法者配合事實變遷檢討改進之義務。當然，無論是根據立法當時之事實關係判斷系爭手段是否已是一個完全無效之手段，或根據司法審查當時之事實關係，判斷立法預測是否錯誤，司法者均須作事實的調查與判斷，涉及事實判斷之審查，就有寬嚴不同審查標準之選擇...。就本案而言...當前的實情卻是，法律實施已長達二十年，受益勞工人數僅從立法當時佔所有受雇勞工的百分之二十，提升到今天的百分之四十五左右（大部分是大企業與國營事業勞工），還有高達一半以上之勞工（大部分是中小企業勞工）領不到退休金...作為我國企業主幹的中小企業，存活年限普遍不長（平均約十二年），且勞工流動率偏高，法律又嚴格規定以在同一事業任職十五年為領取勞工退休金之要件，使勞工難以成就退休條件，則是更重要原因，若謂立法當時所作的事實預測，尤其預測系爭立法可以減少勞工流動率，穩定勞雇關係，並使勞工可以獲得相當之退休金等等，並不正確，應是言之成理，可以支持的。當然，吾人不能因事實未如預期發展就指摘系爭規定違憲，何況亦有約佔百分之四十五的勞工可以領到退休金，顯示系爭手段並非完全不適合，

所以仍通得過適合原則之審查的。」在必要性以及狹義的比例原則審查當中之論述：「至於必要原則之審查...惟衡諸立法當時之勞資環境，勞工尚難有足夠實力與雇主協商出合理之退休制度，換言之，可能之較小侵害之替代手段並非與系爭手段同等有效之手段，是系爭規定犧牲雇主財產權與契約自由，以強制方式課予雇主履行負擔給付勞工退休金之義務，尚難謂與必要原則有違。而狹義比例原則，則在審查改善勞工退休生活之立法目的，是否足以正當化對雇主所造成之不利益...企業平均存活率不高之原因有多端，且依勞工退休準備金提撥及管理辦法第二條規定，勞工退休準備金由各事業單位依每月薪資總額百分之二至百分之十五範圍內提撥，已具有相當之彈性，且負擔提撥責任之同時，又享有一定之賦稅優惠（所得稅法第三十三條參照），是立法者依此判斷系爭規定尚不至於對中小企業造成不可期待之不合理負擔，應尚屬言之成理，可以支持。」而在結語中，許大法官深深感嘆「...總之，改善勞工退休生活，主戰場是立法院，不在大法官會議桌上。」

(2) 評析：

若本文之判斷沒錯，本意見書是首度針對「立法事實」如何

在審查密度與比例原則當中運用提出說明者。或許許大法官認為在大法官長期的釋憲實務當中，針對比例原則的運用已流於形式化，亦即僅僅做手段與目的是否合乎比例的形式操作而缺少價值判斷在內，因此才提出立法事實的用語配合審查密度之運用使得說理過程更具說服力。而本意見書亦說明了在審查密度下就立法事實之審查而言，是基於一種「功能法」上的思考。

2. 釋字第 584 號解釋協同意見書：

(1) 內容：

在對中華民國八十八年四月二十一日修正公布之道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項禁止曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第二百二十一條至第二百二十九條妨害性自主之罪，經判決罪刑確定者規定辦理營業小客車駕駛人執業登記之規定是否符合憲法第 23 條比例原則與第 15 條對於工作權之保障的爭議中，許大法官的協同意見書開宗明義即謂：「一、審查標準的選擇：違憲審查具強烈公益色彩，故基本上採職權調查主義。但在立法事實判斷上，究應達到何種確信程度，才足以認定事實之存在，未免流於恣意，本院大法官參酌外國釋憲實務，也逐漸發展寬嚴不同的認定或者說審查標準。不同

寬嚴審查標準的選擇，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇。本件涉及工作權（職業自由）之限制，屬經濟基本權領域，在美國一般採寬鬆審查，德國中度審查，所採標準雖然有異，但都不認為應該嚴格審查者。然考量因素還有許多。以對基本權干預強度而論，本件涉及對特定職業選擇自由之終身剝奪，對基本權干預程度不可謂不強，採嚴格審查非無理由；但從另一個角度觀察，本件涉及的是對職業選擇自由主觀條件之限制，該條件是人民憑一己能力可以滿足或避免的，相對於客觀條件之限制，該條件之滿足是人民憑一己主觀努力無法達到者，限制條件可謂較寬鬆，倘客觀條件之合憲性審查應採嚴格審查，則主觀條件限制自以採中度審查為宜。此外，本案涉及事務領域，無論是計程車管理制度或再犯評估等，本院大法官的專業能力與熟悉程度有一定侷限，採嚴格審查未必適宜。總之，不同考量因素指向不同寬嚴審查標準之選擇，多數意見經綜合考量，最後做成採中度審查的共識，應有其合理性。在中度審查下，目

的合憲審查方面，要求系爭限制職業自由之法律所追求目的需是重要公益；手段適合、必要與合比例審查方面，就立法事實之認定，在斟酌一切相關情況、事實與知識之基礎上，審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持。」

(2) 評析：

本意見書不僅延續上述釋字第 578 號解釋意見書中對於立法事實與審查密度之說理，又提出了大法官在本號解釋中未說明但卻逕予採用之德國聯邦憲法法院對於職業自由之保障所採取的三階層審查密度理論之理論基礎，即對於職業自由的主觀限制、客觀限制以及對於職業方式之限制應分別採用不同的審查密度理論進行審查。如此詳盡的論述與操作，可謂用心良苦。然而，另外應注意的是許大法官在本意見書中的第一段「違憲審查具強烈公益色彩，故基本上採職權調查主義」等文字，是否意味著我國大法官在違憲審查當中應如同美國聯邦最高法院對於系爭法律規範的判斷應採「司法確知」(judicial notice)⁸³之方式，亦即可以自由檢證立法事實進行違憲審查，即使當事人反對亦不受影響？若為肯定，則是否代表大法官可以以自己對於系爭問題的價

⁸³ 參許志雄，職業規制與保留的違憲審查（下），法學新論第 20 期，元照出版，2010 年 3 月，頁 18。

值判斷取代立法機關的價值判斷？權力分立原則是否會動輒得咎？又大法官是否有此能力能夠調查所有的事實之後進行判斷？關於此問題，本文將於下述舉證責任部分說明之。

3. 釋字第 654 號解釋協同意見書：

在原羈押法第 23 條第 3 項規定，律師接見受羈押被告時應予監視之規定，違反憲法第 23 條比例原則應自中華民國九十八年五月一日起失其效力之解釋當中，許大法官於基本上贊同多數意見之結論，惟對於何以「不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以在場全程監聽、錄音」，就逾越必要程度，抵觸比例原則，多數意見未作更清楚之闡明，在其理由書中第一段審查密度之選擇中補充道：「一、受羈押被告與辯護人間之秘密溝通尚非絕對保障，但其限制應受嚴格司法審查...在嚴格審查下，該限制所追求目的須屬特別急迫、重要之正當公益目的，所採限制手段於目的之達成須適合、必要(最小侵害)且合比例性，在審查相關立法事實的預測與判斷上，要求至少須達充分蓋然性，或者說相當確定性之程度，且舉證之不利益歸國家一方負擔。」

此段文字仍是接續氏在前幾號解釋之意見書當中之立場，先

就審查密度當中，對於立法事實應如何審查提出概說。惟文字中的最後一句「且舉證之不利益歸國家一方負擔」是否認為在違憲審查中，有如「訴訟程序」般亦有一般舉證責任之適用，就此問題而言，可能仍留爭議。

在第三段關於手段合憲性的審查中，許大法官謂：「...根據立法者對實施監聽所設定之發動條件，審查系爭監聽手段是否侵害最小，我們至少須要求立法者僅能規定於有客觀、明確之事實，足以證明受羈押被告與辯護人之溝通有導致串證、滅證等之高度、具體危險時，始准相關機關實施監聽。若無客觀、明確事實足資證明有高度、具體危險，僅因凡辯護人與受羈押被告之溝通，若不監視，通常會有串證、滅證等之抽象危險，就輕易准予監聽，不僅易生過度干預受羈押被告之防禦權之情事，甚至無異於在欠缺具相當確定性立法事實的支撐下，視任一參與溝通之律師為有高度犯罪可能之潛在犯罪行為人，明顯不符必要性之要求。」觀此段文字，氏認為立法者在是否有相同有效且侵害最小的手段選擇上，立法者的預測與決定無相關立法事實予以支持，亦無法說明為何採取一律監視（監聽）的手段屬於侵害最小的手段，因此，無法通過比例原則下手段必要性原則之審查。

4. 釋字第 669 號解釋協同意見書：

針對民國九十八年五月二十七日公布施行之槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項規定⁸⁴以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，致罪責與處罰不相對應之意見書中的首段文字即提到：「...長久以來有關刑度問題，釋憲機關多本於尊重立法形成之態度，對刑罰種類及處罰之衡平性常欠缺具體的審查步驟，但本件多數意見認系爭規定未設衡平條款，以致於對情節輕微案件，法官無從宣告緩刑或易科罰金，非宣告自由刑不可，有違罪刑相當原則。這顯示本院對特別刑法中的重刑規定，將採取更積極之審查，無異是對我國重刑浮濫之現狀，敲響一記警鐘。本席贊同上開結論，但理由上主張對立法者據以制定特別刑法之重刑規定之立法事實，應採取嚴格審查。本件多數意見疏於對立法事實之審查，其對動輒重刑的粗糙立法所蘊含的批判意識，恐怕遭到忽略；又多數意見，係以欠缺衡平條款，對部分個案造成過苛處罰，未逕以刑度本身過於嚴峻即違反罪刑相當原則而宣告違

⁸⁴ 槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。」

憲，對罪刑相當性之審查模式說理不足 ...」本文認為本段文字係在肯定對於立法事實之審查於違憲審查當中的必要性。否則，若無法針對立法事實進行審查，恐難脫說理不足之批評。

在審查密度的採取上，許大法官認為：「對刑罰應採取何種密度之審查，一直是難以委決的問題：一方面刑法制裁動輒剝奪人民之財產、自由、名譽乃至於生命，具嚴峻性與最後手段性，從刑罰對人民權利影響重大之觀點，似應以嚴格審查標準審視刑罰之合憲性，否則輕易容任國家濫刑重罰，人民最核心的人身自由與生命，不免時時懸於國家合法暴力的威脅。但另一方面嚴格違憲審查卻有其現實困難，因為有關何種行為應予處罰及應受何種處罰，涉及複雜的社會環境、歷史文化、犯罪現象、群眾心理及犯罪理論等因素，立法機關所具之民主正當性，較諸司法機關更能反映當代社會紛呈的多元價值，對前者基於民主論辯所為之決定，後者要難率爾取代，是由事務領域與機關功能最適之角度，司法機關原則上似應支持刑罰之立法政策，僅以合理審查標準審查之。...本院釋字第六四六號解釋首度明確採取折衷見解，試圖調和緩解二者間的緊張關係，主張立法機關對刑罰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。不過釋字第六四六號解釋涉及普遍適用的普通刑法（僅因立法技術考量，而依附在規範相關事項之法律中，未規定於刑法典），惟立法者若基於特別需要，在刑法常典之外，制定適用範圍僅及於特定人、事、時、地的特別刑法，對刑法原已規範的行為疊床架屋地重複規範，排除普通刑法之適用，且刑度通常大幅加重，本席以為對此類特別刑法...應將標準提高至嚴格審查（即強烈內容審查 intensive Inhaltskontrolle，以下均以嚴格審查稱之）。

然比較重要的毋寧是下段比例原則之中對於立法事實進行的審查操作，如：「有關適合性之審查，立法者以重度自由刑處罰製造、販賣、運輸空氣槍之行為，是否具備適合性，取決於空氣槍之流通與犯罪、社會治安間之關聯性高低...且在嚴格審查之下，不能聽任立法者主張空氣槍對治安的危險性如何之高的片面主張，而必須深入探求堅實之事證。據調查民國七十三年至九十六年間，持用各類槍枝犯故意殺人、強盜、擄人勒贖、強制性交、恐嚇取財及重傷等等重大罪名者，合計 10,858 人，其中持用空氣槍犯上述各罪名者，僅 101 人，佔持用各類槍械犯罪總人數之 0.93 %，平均每年以空氣槍犯上開之罪者不

到五件。在持用以為犯重大犯罪之件數不多，且佔全體槍枝犯罪比例如此之低的情況下，根據嚴格的強烈內容審查標準，該數據並無法證立社會治安因空氣槍之流通而處於危險狀態之事實。而既然空氣槍之流通危害社會治安的前提事實不能證立，就表示立法者採重懲製造、販賣、運輸空氣槍的措施，根本就是無的放矢，遑論是否有助目的之達成。是系爭規定單就適合性原則之審查即非合憲，必要性之審查更無論矣」。

上述文字當中，許大法官不僅說明在嚴格審查標準下應該如何深入探求立法事實，而不應聽任立法者的主張或決定，亦提出相關的數據佐證立法機關的主張並無助於立法目的之達成。姑且不論數據能否當成一種「事實」據以為審查立法者的主張是否合理之問題，數據等「立法事實」至少審查立法決定合理與否的「參考」因素。

六、陳春生大法官：

1. 第 659 號解釋協同意見書：

陳春生大法官於釋字第 659 號解釋協同意見書，提及德國的藥房判決對於「立法事實」於職業自由限制對於之調查或檢證之

落實認為：「...實際上，聯邦憲法法院於本案（即藥房案），對當時巴伐利亞邦之情況，即新設藥房之自由，是否產生不適當之狀態、是否可能發生非常重大之危險等立法事實加以檢證。其過程包括徵詢聯邦及巴伐利亞邦之內政部官員、經濟學者、藥劑師公會執行長、瑞士國民健康局主管、瑞士藥劑師公會秘書等鑑定人之意見，以及來自荷蘭之國際藥劑師聯合會之執行長之書面鑑定意見等，最後作成新設藥房之自由與行政機關所主張之弊害並無必然關聯之判斷，而宣告系爭規定違憲無效。此種對於立法事實為詳密之檢證以作為憲法解釋及違憲審查之方法，值得吾人參考。...本院已於多號解釋中引進德國藥房判決中之選擇職業自由之主觀條件限制（第 637 號解釋與本號解釋）與客觀條件限制（第 649 號解釋），但今後除階段性違憲審查方法（即執行職業自由、選擇職業自由之主觀限制與選擇職業自由之客觀限制）外，對於立法事實之檢證，尤應落實。」

2. 評析：

由上述的說明可知，違憲審查制度中「立法事實」一詞，是一專有法律名詞，而非如字面文義所表現的「立法背景相關事實」或是「立法當時諸環境」，而是指與個案事實無關的針對立法者立

法當時參酌之事實資料檢視相關法規範合憲與否，亦即對於立法所依據之「事實」近行立法者的判斷是否具合理性之審查。如前述藥房案中法院對系爭立法當時所對於事實認定之決定，進行評價，並參考藥劑師公會與經濟學者等之意見所提出的意見，而為參考資料。顯然，是否可於違憲審查制度中進行立法事實的檢證，在彼邦德國釋憲實務中顯然是為肯定！

第二款 小結

綜觀上述，本文認為大法官於釋字第 646 號解釋中依據內政部警政署提供之統計數據，論證未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業，與賭博等犯罪行為間確有高度關聯之方法，已認知到對於立法事實的檢證的重要性，為並未就論證過程加以解釋，亦未有闡述相關立法事實的概念，甚為可惜。反倒是就立法事實的檢證論述最為詳細並加以操作之許宗力大法官，其或許已體認到向來大法官運用比例原則進行規範審查已出現空洞與制式化的流弊，因而於每每於意見書中進行具體操作，其精闢的見解彷彿為我國違憲審查制度注入了生命力，其用心程度令人佩服，惟氏僅說明德國審查制度下如何配合審查密度對於立法事實進行審查，即援引德國釋憲實務見

解，未就立法事實的概念簡要說明即直接援用，仍有美中不足之感。

綜合上述本文整理的相關大法官解釋與意見書之見解，立法事實於我國違憲審查當中之檢證，在往後應是可以加以發展並善加運用，此不僅於我國大法官於做為唯一擁有憲法解釋權限的機關之「功能」以觀，其「決定」能否說服於人的重要關鍵，另一方面，其對於立法者就立法之決定如何能較具合理性而能通過比例原則之審查亦有預測功能，使得立法者之決定有一客觀的事實依據可供檢證，又能在審查密度的規制下，確保大法官不逾越權力分立之界限而又能對立法者的決定進行審查之不二法門。

第四章 立法事實與舉證責任

前言

在本章中，本文要討論者為在違憲審查制度當中，既然憲法解釋被認為是一種在「憲法訴訟」制度的概念之下被理解，則在訴訟法當中所強調的雙方當事人於訴訟中的核心活動之一的「舉證責任」的要求，在違憲審查制度被視為「憲法訴訟」而為「訴訟」制度之一種，則當事人的舉證責任是否在憲法訴訟當中有被適用的可能？本文嘗試從美國型以及德國型的主要兩種違憲審查制度出發，探究相關「舉證責任」之活動在憲法訴訟當中運用的可能性，藉以分析探討我國違憲審查當中，是否亦有「舉證責任」相關問題之存在。又若舉證責任之概念得以適用於憲法訴訟當中，則對於立法事實等資料的提出，應由何人負提出之責？又若肯定立法事實於違憲審查之中可以據以提出，則法院應如何就立法事實進行審查？亦是爭議所在。此在美國制度之下有「司法確知」(judicial notice)與合憲性的推定問題；在德國模式下，亦有合憲性推定與審查密度理論。然就此兩大模式之下所發展出對於立法事實的審查審查方式亦有其特殊背景，是否即得契合於我國之違憲審查方式，由其在我國憲法訴

訟制度下，若干「訴訟類型」為我國所獨有，是否亦得以相同方式對於立法事實進行審查，亦是本文在後述所需解決的問題。

要解決上述的問題，必須先從相關外國法制當中探尋是否有類似的情況可以援引參考。在美國的制度當中，有所謂的「司法確知」與「合憲性推定」理論的提出；而在德國制度中，「合憲性推定」一詞常指「立法裁量」判斷的界限，亦即在規範審查當中，立法者的預測與決定「合理」與否，憲法法院基於權力分立原則，為了避免侵犯立法者的裁量界限，原則上規範條文的解釋若有多種解釋結果，而其中一種解釋結果可以避免被宣告為違憲時，便應選擇該解釋做為結論，除非立法者的預測與決定表現於規範條文當中是一種「恣意的」或是「明顯不合理」，否則在法律為被確定為違憲之前，先推定合憲，德國聯邦憲法法院在立法裁量的概念下，運用合憲解釋而形成一種「合憲解釋原則」。本文亦將於下述詳細介紹合憲推定原則與立法事實審查兩者之關係。

第一節 審查原則

第一項 美國法上之司法確知與合憲性推定原則

第一款 司法確知（judicial notice）之概念：

「司法確知」一詞，又稱「司法認知」，是美國證據規則當中明文承認的一種法院認定證據的方法。指得是法院在公眾周知或事實已非常明顯的狀況下，當事人即使不提供證據，法院亦應予以認知，亦即法院不待當事人主張、不待當事人舉證即予以認知，並當作真實加以考慮。司法認知的對象是法律（包括本國法，國際條約及外國法）、眾所周知的事實、科學規律及經驗定理，這些事實都是客觀存在的。¹本文認為，此類似我國民事訴訟法第 278 條「事實於法院已顯著或為其職務上所可知者，無庸舉證（第一項）。前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前應令當事人就其事實有論證之機會（第二項）。」然而，在民事訴訟與刑事訴訟當中「司法確知」的運用方式擁有很大的不同，在民事訴訟當中，依照司法確知所認定之事實通常即可成為判決依據，惟在刑事訴訟審判中，為了維護當事人間的對質詰問以及證據調查權，通常司法確知的運用僅在於簡單的事實認定問題，無法作為複雜的本案事實的認定方式。²

第二款 司法確知之概念運用於司法審查

要將「司法確知」運用立法事實的審查當中，顯然並非立法事

¹ Black's Law Dictionary, 7th Edition, West Group, 1990, p.851.

² 同上揭註 1。

實的簡單抑或複雜與否的問題。因為違憲審查制度具有強烈的公益性格，顯非法院在「事實已顯著」而不受限制的自由判斷之活動。雖法院可以自由認定相關的立法事實而做成判斷，且不受當事人拘束，但就此並不意味著法院對於立法事實的判斷是可以恣意的。亦即，在違憲審查當中，「立法事實」雖被當成是一種審查對象，但究其實質此並非一種「顯著的、無庸經過論證」的事實，無法被「直接」作為認定規範違憲與否的判斷依據。因此，亦有論者抱持著懷疑的態度，認為就此應設定最低限度的規範。³

然而，在美國「聯邦證據規則諮詢委員會」則拒絕為立法事實制定正式的規則為司法確知提供認知標準。諮詢委員會認為司法對一般非法律知識的運用不應該被「任何不可爭議的形式、任何正式的認知要求、任何程度正式調查結果的要求所侷限」。因此，聯邦證據規則諮詢委員會對美國聯邦證據規則第 201 條進行的解釋中，明確指出該規則規範的是「判決事實」，而不認為是「立法事實」，因為，立法事實的確認很多時候在法官的司法推理過程中就已經存在，無法用正式的規則加以規範，而且通常根本無法來區別哪些立

³ 參高橋和之，憲法判斷の方法，有斐閣，1995 年，頁 115。另參許志雄，職業規制與保留的違憲審查（下），法學新論第 20 期，元照出版，2010 年 3 月，頁 19。

法事實在法官作出判決過程中已被法官所認知。⁴就此而言，法院對於立法事實的認知不受拘束，此乃基於違憲審查當中，法官做為唯一一個必須對於憲法做出解釋的角色，對於個案不得以不知法律而「拒絕判決」之想法，在憲法訴訟案件之脈絡中，法官自不得以不知憲法而「拒絕審查」之理由。惟「法官知法原則」是在一般民事訴訟對於事實之判斷，法官雖不得拒絕審判，但仍應受個案事實的制約，亦即法官雖得自己認定並加以判決，但其認定範圍亦侷限於個案事實，超出個案事實的判斷即屬於「訴外裁判」，相對於此，法官雖然亦不得以不知憲法而拒絕規範審查，但憲法判斷的審查當中，法官審查的對象是法律規範（或是國家行為）⁵，在無個案事實的制約下，就立法事實的判斷是否流於恣意，而忽略了程序上的公平，亦是值得深思的問題。

第三款 合憲性推定

合憲性推定又稱為「合憲推定原則」（the Presumptions of Constitutionality）。此原則是以三權分立之思想為基礎，與其相對應得，是「司法自制」的概念，亦可以說是由司法自制的思想所衍生

⁴ Dennis J. Turner, Judicial Notice and Federal Rule of Evidence 201 -A Rule Ready for Chance, 45 U. Pitt. L. Rev. 181, 1983, p.182-183.

⁵ 參內野正幸，憲法解釋の理論と体系，日本評論社，1991年第1版，頁239。

而來。⁶其主要是在說明法院只有在立法（決定）具有明顯錯誤的情況下，才可以超越憲法上僅有議會（立法）的法律制定權限而自行作出判斷。不過，因為違憲審查的功能在於審查相關規範合憲與否的問題，因此，就此關於合憲推定的命題，並不是在於推定法律本身的合憲性，而是在藉由對於事實的評價而「推定支持立法的事實狀態是否存在」的命題。亦即合憲性的推定在違憲審查的角色上並不是「法律解釋」的問題，反而是一種「規範評價問題」⁷。

因此，在 1931 年的 *O'Gorman & Young v. Hartford Fire Ins. Co.*⁸ 一案中，布蘭迪斯大法官的意見中就指出，當立法者（機關）的價值判斷欠缺合理的事實基礎時，法院的審查就不受合憲性推定原則的支配。然而，欠缺合理性的判斷標準何在？關於此，因為違憲審查當中必需對於各種利益進行衡量，因此關於合理性與否的判斷似乎更為抽象，若無一定的標準可循，法院的判斷易容易流於恣意，因此，為了避免法院判斷過於任意，則是先就立法者的決定作「合理性的推定」，因為「對於事實的認定以及諸多利益間的衡量、政策的

⁶ 同上註 5，頁 263。

⁷ 關於立法事實的審查究為「事實問題」抑或「法律問題」？常使人難以理解，其實就其本質而言，「立法事實」本身即是一座橋梁，僅是連接法規範與合憲與否之問題的一個判斷基礎，它不是「個案事實」，對其無法進行法適用中「大前提、小前提以及結論」等三段邏輯論證的「涵攝」（subsumtion）過程。對於立法事實做成判斷亦是對於規範合憲與否的問題做出決定，因此，其本質上就是一種「法律問題」。

⁸ 282 U.S. 251,257-258 (1931)。

選擇，立法部門應有廣泛的裁量空間」⁹，此時，則法院對於立法機關的事實認定即抱有「極大的尊重」，使合憲性推定原則在憲法訴訟中產生重要意義。相反的，若仍有疑問的場合，則不作合理性的假定。¹⁰但另一方面，特別是在聯邦最高法院對州法限制財產權的審查中，亦有可能出現儘管立法機關的判斷被視為理性的人的判斷，但立法者的判斷是否具有合理性，還需通過記錄資料或司法確知等方式來審查再做出決定，於此同時亦存在向法院提出立法事實的必要性。就此而言，由何人負對於立法事實的提出責任，仍然是必須被考量的問題。

第四款 合憲性推定與舉證責任

在美國型的違憲審查當中，如前幾章所述，因為個別的基本權利的保障內容不盡相同，因此，就相關規範的審查強度亦有所不同。然關於此並非指在美國的憲法權利保障當中，各種基本權利各有不同的價值位階，而係指法院經由長期的判例發展出個別基本權利的具體內容，對於個別的基本權利各有不同的保障程度，此乃緣於個別基本權利的性質以及內容使然，並非基本權利的價值有高低之

⁹ 參芦部信喜，憲法訴訟の現代的展開，有斐閣，1981年，頁41。

¹⁰ 前揭註8一書，頁264。

別。既然有不同的審查標準，則對於立法者的決定的合憲性推定自有強弱不一的推定程度。例如，對於憲法增修條文第 1 條所保障的言論自由，經過長期的實務發展過程，法院在審查時，對有關規制言論自由的法律，合憲性推定的程度便相當弱，故而對於支持立法的立法事實便會進行更加嚴格的審查。又例如，聯邦法律的合憲性推定便比州法來的強，此乃聯邦法往往其制定過程嚴謹，涉及的又是全國事務。因此，合憲性推定與法院審查的強弱便形成互相消長之關係，而法院在面對合憲性推定強弱程度不同的訴訟之中，質疑法律合憲性之當事人的舉證責任即應有所區別，乃屬必然。

Karst 教授觀察美國的憲法判例中合憲性推定的形態，認為大致可以分為：¹¹

- (1) 當支持法律的一方當事人提出支持適當立法的證據，即使反對的那一方也提出反對的證據，仍推定法律為合憲。
- (2) 除非提出關於法律所規制的禁止、限制的惡害不存在或救濟不適當的相反證據，否則就推定法律為合憲。
- (3) 使法律適切的任何事實狀態都可被合理地發現，則推定法律為

¹¹ 以下參考 K. L. Karst, *Legislative Facts in Constitutional Litigation*, 1960 Sup.Ct.Rev.75,95 (1960).另芦部信喜，*憲法訴訟の理論*，有斐閣，1973 年，頁 136；時国康夫，*憲法訴訟の方法と技術*，公法研究三十一號，1969，頁 39 以下；向井久了執筆，*合憲性推定の原則*，載於〈*憲法訴訟の基本問題*〉，法曹同人，1989 年初版，頁 164。

合憲。

以上三種情況中，第三種情況下要主張法律違憲幾乎是不可能的，因為只要有一事實可以證明法律是適切的便受合憲推定。而第一種情況，只要當事人一方提出支持立法的證據存在，則法律亦被推定合憲，惟有在第二種情況下，主張違憲的當事人證明法律違憲的成功機會要來得大，因為在此只要提出對法律不利的證據，且法院就此亦加以論證，就不適用合憲性推定，即只要主張違憲的當事人提得出反對的證據，就有違憲的可能。

惟以上三種情況僅是經由歸納分析具體的判例所得出的分析，在美國違憲審查制度中，實際的運作情形，通常要主張違憲的當事人去作法律不合理的論證是相當的困難。因為要排除立法者基於知識和經驗範圍內的具有合理基礎的假定這一事實幾乎是不可能的。誠如 Stone 大法官所言「應該將爭議限定在一般是否瞭解，或者是否能夠合理預想，什麼樣的事實狀態，給予了法律有利的支持」¹²。因此，相關的舉證責任的分配在法院針對系爭基本權利內容進行審查之下，通常即有了轉變，亦即透過舉證責任的轉換與舉證責

¹² 參芦部信喜，前註 8 書，頁 141。

任的例外兩種例外狀況使得法院可以據以認定法律違憲。

(一) **舉證責任的轉換**：前所述在美國型的違憲審查模式底下，個別基本權利有各自審查之基準與內容，因此，如在涉及言論、思想自由等自由權利時，限制憲法增修條文第一條的法律就必須具有極強的正當化理由，因為需加以特別嚴格的審查，因此立法者必須證明其具有現實的而不僅僅是假定的規制事實基礎存在。本文認為，在美國聯邦最高法院的諸多判例中，以明顯而立即的危險基準、事前審查原則的理論、其他限制較小的可供選擇之手段等審查基準（LRA 基準）的採用，明顯的發生了舉證責任的轉換效果，例如對於某種言論有明顯而立即之危險因而必須加以限制時，立法者負有證明限制其自由正當化的事實存在的證明責任。

又如在涉及平等權之種族歧視案件之審查中，如果對於法律所設定的區別標準（或分類標準）有疑問的話，則對於法律制定時支持該規範事實狀態存在的合理的假定，則不被法院所推定。例如在 *Village of Arlington Heights v.*

Metropolitan Housing Development Corp 一案中¹³，法院雖認為當事人應於訴訟程序中證明某一重大且過度之種族衝擊（a Substantial Disproportionate Racial impact）確係因法律的適用或執行所致。然而，立法者為推翻前項指控，亦必須提出更高證明力之證據，證明原告當事人所謂之衝擊，實則係因某些憲法所認可之非種族因素所造成。此時，由於舉證責任轉換至立法者，若立法者無法就該規範之種族中立性提出有利之反證，則該法律即屬違反平等保護原則而違憲。亦即此時立法者於制定法律之初所假定的所規制的狀態的合理性是不被法院所推定的。

（二）舉證責任之例外：由於美國聯邦最高法院違憲審查是以司法確知作為其審查方式，因此，法院得依職權廣泛認知立法事實時，即使主張違憲的當事人提出的證據其證明力並不強大甚至證據提出並不全面時，亦允許法院對系爭案件作出違憲的判決。此時法院可以職權調查書面記錄、參考法庭辯論意見通過已確立的憲法原則作出判決。

由以上所述，本文認為美國違憲審查制度下的舉證責

¹³ 429 U.S. 252 (1977),詳細可參 <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/252/case.html> 瀏覽日：2012/6/7.

任，似乎並不如一般訴訟當中的舉證責任來得嚴謹。亦即在合憲性推定原則與審查標準的寬嚴程度之下加上法院採取司法確知的審查方式，法院對於規範的合憲爭議，擁有廣泛的判斷自由。而主張規範違憲的當事人在此訴訟當中所謂的舉證責任，毋寧僅是在指出法律規範有違憲之疑慮，亦即告知法院系爭法律規範有違憲之虞，並就此提出證據佐證自己所言非假。此與嚴格意義下的舉證責任強調當事人雙方的攻防與法院依據證據才判的原則並不相同。

第五款 法院如何調查證據

首先，必須加以說明得是，由於法院對立法事實的審查，所判斷者為支持立法的基礎事實是否存在之問題，因此，立法事實本身的存在與否並非判斷的關鍵，更重要的是藉由事實判斷支持立法決定的合理性與妥當性。在此種要以一定的事實狀態為前提，才能判斷法律的合憲性的狀況，為了對該支持法律的合理的事實基礎作出判斷，首先必須判斷的即是系爭法律規範的立法目的，只有在立法目的合理的情況下，對於為達成立法目的所採用的手段的合理性進行判斷才有意義。

又法院如何對於立法事實進行調查？在法院承認依照司法確知的方法下，首先即是利用相關當事人所提出的關於官方調查委員會的報告書，或是與本案爭議有關的醫學或社會科學者的著作及論文等社會的、經濟的事實和意見的書面陳述等資料進行廣泛審查。惟由於訴訟當事人提供的證據可能不足以判斷系爭爭議，亦即因為憲法訴訟的複雜性，必須在各種利益以及在事實背景之下進行考量，當事人對此的舉證能力可能不足，因此又要求法院必須獨立地調查立法事實，依職權對立法事實加以認知。¹⁴

由於美國的違憲審查程序的性質與一般訴訟的性質並無差異——亦有對立的兩造當事人、個案事件性與問題爭訟性等性質，此時，在程序的進行當中亦須考量程序公平（程序正義），因此，法院在依職權主動調查立法事實時應隨時注意當事人是否有機會獲得對抗影響案件判決所有事實的適當方法。且因為立法事實通常都是具有爭議性的複雜事實，通常是採用參考相關聽證、委員會等報告書¹⁵來提供立法合憲性的事實。但是，因為法院並不具有認定相關立法事實

¹⁴ 前註 8 書，頁 154。

¹⁵ 參黃丞儀，環境決策司法審查與行政合理性，收錄於《2010 年行政管制與行政爭訟》，中央研究院法律研究所專書 14，民國 100 年 11 月，頁 380。該文雖針對「行政行為」之法院審查進行論述，但本文認為，因為美國法上的司法審查常是個案事實與立法事實並行，在就憲法爭議案件法院在審判時，必要時亦會調查相關聽證以及委員會報告，其情形與適用之證據規則與一般案件並無不同，故本文認為其說明可援引字本文相關論述。

等資料的真實性與否的能力，此時法院於訴訟中所能做的僅是比較衡量個案相關利益來作出判決。由於利益衡量在此訴訟中扮演著相當重要的角色，因此專家的證詞或鑒定對於立法事實的論證更具有決定性的關鍵，此時，主張違憲的當事人通常會提出「專家證詞」作為論證立法事實的證據。¹⁶

第六款 法院如何審查立法事實

由於立法事實的複雜性以及當事人（提出立法事實）能力的侷限性，惟法院往往在調查相關證據之後，對於爭議立法事實仍不甚清楚，此時，法院通常會在現有記錄、意見書和辯論意見或是自己進一步展開調查並作出決定。因此，法院便必須運用相關立法事實作正反方面的考量。亦即以相關立法事實對於：（1）立法目的促進的效果；以及（2）對於基本權利構成的限制兩方面進行衡量。關於此，Karst 將之比較細緻的分類，認為法院應該考量的問題有：¹⁷

1. 目的和效用方面：

（1）權利規制的程度與立法目的促進的效果。

A、如果這一規制是完全成功的，那麼其給社會能帶來多少更

¹⁶ 參 K. L. Karst 前揭註 10 一文。

¹⁷ 以下參 K. L. Karst 前揭註 10 一文；向井久了，同註 11 書，頁 171。

多程度的安全、健康和道德。

B、完全成功或是部分成功的機率有多少。

(2) 選擇此一規制與其他對憲法所保護的利益影響較少的規制方法相比較，對政府目標的達成提高多少？

2. 受到法律影響以及犧牲方面：

(1) 這一規致會造成對於自由多大程度限制？

A、如果此規制發揮其最全面限制效果，那麼自由將如何以及多大程度上受到限制？

B、該規制具有最大限制效果以及具有部分限制效果的機率有多大？

(2) 這一規制比其他可以達到同樣目的的規制更多具多少限制性。

第七款 評析

綜觀上述美國法上合憲性推定原則與舉證責任的論述，在美國的違憲審查當中，當事人的相關舉證責任分配之規範可謂相當「浮動」。本文認為可能存在下列幾點問題：

第一，違憲審查具有高度的公益性質，法院大體上在依照職權調查證據的原則下，雖然不排除當事人的證據提出責任，但是，法

院可以依據職權自由認定是否採用該項證據，這在一般訴訟程序¹⁸底下證據的證明力具有可以驗證「真偽」的可能性上故無問題，惟在違憲審查程序當中，對於「無真偽可能性」的「立法事實」相關證據，法院在採用「司法確知」之證據規則進行審查，其認定結果是否會流於主觀恣意亦是需要加以檢證的問題；

第二，違憲審查亦必須考量當事人間對立的利益狀態，此間錯縱複雜的利益衡量關係，法院除了必須界定相關利益的「調整空間」—即何種情況下，何種利益需要進行讓步？何種情況下，何種利益有其無法讓步的核心部分？又維護這些利益，所必須付出的「社會成本」又是多少？並非單單的舉證責任與合憲性推定或是職權調查與司法確知所能加以釐清，因此，Karst 教授藉此提醒法院在違憲審查當中應該考量的種種因素，亦有其道理所在。惟在實務的發展上，是否能進行比較細緻的操作，可能仍留待更多判例的累積與學者的分析。

再者，在程序正義方面，由於法院採取職權調查與司法確知進

¹⁸ 就此所稱的「一般訴訟程序」，乃指民事、刑事訴訟程序而言，相對於此，因為違憲審查具有高度公益性且亦涉及憲法解釋問題，相較於民事、刑事訴訟程序涉及兩造當事人之「私益」成分較多之情況下其性質即有所不同。

行審查會壓縮當事人兩造的說服責任¹⁹，這在一般的訴訟程序法院通常即應給予當事人兩造對相關事實陳述意見之機會，在法院依職權認定相關立法事實時，亦應給予當事人就立法事實有陳述意見之機會，更符合理舉證責任法理。

上述三點的說明，本文認為根本的關鍵問題即是違憲審查的程序中到底適不適合運用一般訴訟當中的舉證責任規範來進行規範？畢竟相關舉證責任與合憲性推定的界限應如何劃分與拿捏、法院的認定如與當事人提出的證據毫無關聯時，應如何處理、法院對於其採信證據與否的心證過程是否應與已交代等問題，恐怕不是三言兩語便能清楚釐清，仍留待觀察。

¹⁹ 在美國法上一般訴訟的舉證責任，可以分為提出證據責任（Burden of Producing Evidence）及說服責任（Burden of Persuasion）之概念。某造當事人負有「提出證據責任」時，即有義務向法院提出相當證據，證明待證事實。而所謂的「說服責任」，乃負此責任者，必須說服裁判者相信其所提出的證據，並相信其主張為真實的責任。若不能說服裁判者相信其所提出的證據，並相信其主張為真實，則裁判者必須就該待證事實做出其敗訴的判決。就「說服責任」而言就裁判者被說服的「確信」程度而分，可分為「無庸置疑」（Beyond a Reasonable Doubt）、「證據明確」（Clear and Convincing Evidence）、「證據優勢」（Preponderance of Evidence）等三種不同程度。而「證據明確」程度通常用於民事或行政訴訟中，剝奪個人權利所用的舉證責任標準。

又所謂「毋庸置疑」者，乃負此舉證責任者，必須說服裁判者至確信、無合理的懷疑其主張可能為不實的程度。而「證據優勢」之說服責任，負此舉證責任者，就待證事實所提出之證據，僅須較對造更具說服力，即為優勢，即已盡其舉證責任。「證據優勢」所表彰者為對於待證事實的「存在」較「不存在」更為可能。詳細的說明參考王兆鵬，刑事訴訟講義，元照出版，2010年9月五版，頁669-670。

第二項 德國法上之「合憲解釋」與舉證責任

德國違憲審查模式下雖無「合憲性推定」這一專有名詞，但比較常被提到且與此相關的理論有「合憲解釋」與「立法裁量範圍」等名詞。而關於前者又常被人誤解成是與「合憲性推定原則」屬於同一概念之不同名稱；而後者又常被人認為是前者概念之前提。而日本法上之「合憲限定解釋」，以常被提及，因此，本文認為就此有加以釐清之必要。

第一款 合憲性推定原則、合憲解釋與合憲限定解釋

(一) 定義：

關於上述這三個名詞，本文在此必須強調是屬於三種不同的概念。先就「合憲性推定原則」與「合憲解釋」兩者概念的釐清而言，比較大方向的不同應為：「合憲推定原則」是一種推定原則，亦即其適用的範圍是在規範的「評價」層次，其亦與舉證責任呈現相互聯結的關係。由於合憲推定的命題，並不是在於推定法律本身的合憲性，而是在藉由對於事實的評價而「推定支持立法的事實狀態是否存在」，因此，在此概念的脈絡之下，合憲性推定並不是推定法律本

身合憲的「解釋方法」，反而是一種判斷立法者就事實的決定是否合理的價值判斷問題；而德國法上的「合憲解釋」(Verfassungskonforme Auslegung)，根據德國聯邦憲法法院的見解認為是「如果可以對於某一規範做出多種解釋，並且有一解釋所形成的結果是該規範是違憲的，另一解釋結果卻是合憲的，那麼該規範就是合憲的，必須對之作出合憲解釋。²⁰」亦即「由於法律的規定必須解釋為與憲法的原則相一致，如果某一特定的法律存在複數解釋的可能性，則必須選擇與憲法相符合的解釋」²¹。因此，德國法上的「合憲解釋」顯然是一種一般法學方法上的解釋規則。

關於「合憲限定解釋」的概念，為我國所較不熟悉者，此名詞乃源於日本憲法學之概念。由芦部信喜教授根據美國憲法實務所加以引介進入日本憲法學理論當中。根據氏對於「合憲限定解釋」之定義認為合憲限定解釋是「透過對於廣泛的字面意義的解釋可能構成違憲的法律條文加以限定，排除其構成違憲的可能性，從而救濟法律的效力的解釋」²²，從而「法院應該在不改變法條的合理含意的前提下，選擇與憲法相一致的解釋」²³。

²⁰ BVerfGE 88,203 (331) . ; 64,229 (242) .

²¹ 參阿部照哉，基本的人權の法理，有斐閣，1976年，頁218-236。

²² 參芦部信喜，憲法訴訟理論，有斐閣，1973年，頁231。

²³ Grenada County Supervisors v. Brogden, 112 U.S. 261 (1884) .

（二）分析：

觀上述，本文認為「合憲限定解釋」之定義，與上述德國法的「合憲解釋」在概念上即有所不同：

第一項「合憲解釋」可以被認為是一般法律解釋方法當中的其中一種，因此「做出合憲解釋是每位法官的責任（die verfassungskonforme Anlegung einem jeden Richter obliegt）」²⁴，因為此時其他（各級）法院便不須要向聯邦憲法法院提出規範審查之請求而可直接對案件作出裁判；而「合憲限定解釋」顯然是一種對於在擁有廣泛含意的法律條文之下，如果廣義的解釋可能會出現違憲的疑慮，便應使其文義限定在一定的「狹義解釋」之內以「迴避違憲的判斷」。在此脈絡之下的概念，即是一種法律條文文義的「涵攝」解釋問題，例如在日本 1969 年〈都教組事件〉的案例²⁵是一個典型的情況：該案爭議規範是《地方公務員法》第 31 條以及第 61 條第 4 款規定，若從字面上解釋，認為是處罰所有公務員所參加的抗議行動的爭議行為的話，則

²⁴

Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5 Aufl. München 2001, Rn. 441.

²⁵ 最大判昭和 44 年 4 月 2 日刑集 23 卷 5 号 305 頁。另參向井久了執筆，合憲限定解釋，前註 11 書，頁 226。

不免對於法條文義「涵攝」過廣，可能違反憲法對公務員基本權利的保障，因此，法律上應當對此做出「必要最小的限制」即在超過了這個限度才能夠成刑事處罰，將法條上的爭議行為意義限定在「煽動行為」可以避免法律規定被判定為違憲。由此可知，合憲限定解釋似乎是一種專屬於憲法訴訟當中的判斷方法。

第二項 上述的「合憲限定解釋」很可能被人誤解是一種字面文義的「限定」解釋，其實，做為一種違憲迴避的判斷方法，不僅僅包括限縮解釋，對於透過「擴大解釋」迴避違憲判斷亦屬於「合憲限定解釋」之一種。

第三項 最重要的一點也是最關鍵的一點即是兩者的效力問題。「合憲解釋」在德國釋憲實務上被認為是一種「在排除特定的異議的解釋下，認可規範的普遍性法律效力²⁶」的一種解釋，從而，若將對於法規範的解釋本身亦視為具有法的效力的前提下，針對聯邦憲法法院的裁判而言，是一種不否定法律本身的字面表述，但排除法規範在特定情況下的（違憲）解釋方式，宣告法律部分合憲。就此反面言之，聯邦

²⁶ BVerfGE 65,132 (139) .

憲法法院實質上是做出了一個「部分自始無效性宣告」(teilweise Nichtigerklärung)²⁷—即排除法規範在特定情況下的(違憲)解釋而宣告法律部分合憲之方式。此與上述「合憲限定解釋」終局地宣告系爭法規範是合憲的解釋方法並不相同。這樣的效力表現在(憲法)法院之裁判理由當中特別具有其意義。因為德國聯邦憲法法院在運用合憲解釋宣告系爭規範合憲的同時，通常會於裁判理由當中加以說明，而此於理由當中的說明是否亦有一般的裁判拘束力，並非毫無疑問。

關於聯邦憲法法院做出的裁判，依照聯邦憲法法院法第 31 條之規定具有「普遍拘束力」，該條第一項不僅規定拘束一般國家機關的拘束力：「聯邦憲法法院之裁判，拘束聯邦及各邦之憲法機關及所有法院與官署。」第二項第三句更規定其裁判具有對世效力之「普遍拘束力」，即「...聯邦憲法法院就第 13 條第 8 之 1 款案件(按：即憲法訴願案件)，宣告某一法律違反基本法，不違反基本法或無效時，亦同(指具有法律效力)…」，這在憲法訴願當中，合憲解

²⁷ 上揭註 23 書，Rn.446.

釋透過理由部分的說明，使理由也同樣具有法律的效力，較無問題。惟在較不涉及個案的規範審查程序（Normenkontrollverfahren）當中，聯邦憲法法院通常在判決主文當中亦以「第...條以下在理由部分中形成的解釋之意義上，與基本法相一致」之方式在判決主文中作成提示，從而亦使得理由中之說明具有了法律拘束力。²⁸

第二款 評析

本文在上述分別將「合憲性推定原則」、「合憲限定解釋」以及「合憲解釋」三種不同的概念加以析辨。前兩者原本屬於美國釋憲實務上之概念，藉由日本學說加以發揚光大，甚至融入日本憲法訴訟的實務當中。「合憲性推定原則」做為一種推定方式，是用以推定支持立法的事實狀態存在的「評價」方式，法院藉由「理性之人」是否在相同狀況之下以會有同樣的決定來判斷立法者的決定是否具有「合理性」之標準：亦即若理性之人亦會有同樣的判斷，法院則推定支持立法的事實狀況存在；反之，若理性之人不會有相同的判斷，則立法者的決定便不受合理性推定。在受合憲性推定的前提下，

²⁸ 同前註 27 一書，Rn.445.

固然在大部分情況下法院會採用「合憲限定解釋」，為本文認為兩者顯然屬於不同層次的問題，即合憲性推定原則是一種「解釋方式」，而合憲限定解釋是法院最終的一種「判斷方式」，兩者實無法混為一談。概合憲性推定只是一種「推定」，在合憲性推定的場合下，立法者的決定雖具有合理性，但亦有可能因為規範法律條文本身的字面意義範圍實在「過窄」，即使使用「擴大解釋」之方式都有可能超出字面意義的範圍，此時便無法對之進行合憲限定解釋，而必須做出違憲判斷。

而「合憲解釋」是德國聯邦憲法法院所發展出來的一種解釋方式，亦即在多種可能的解釋方式當中，如有一部分解釋有可能導致法規範違憲的結論，而另一部份解釋卻也可能使其合憲，則法院應採取合憲解釋之方法。因此，「合憲解釋」便是一種法學解釋方法上的一般解釋規則，各級法院均有權對於有違憲疑義的法規範做出合憲解釋。然而，因為合憲解釋的特殊性，聯邦憲法法院做出合憲解釋的裁判時，可能同時亦宣示在特定情形下對於該法規範的解釋結果是違憲的，故而其效力問題便成為爭議所在，尤其是法院的合憲解釋通常在裁判理由中做出，該理由是否亦有一般裁判的拘束力，即成為爭議點。

由上述的說明不難發現在德國模式之違憲審查當中之「合憲推定」概念，是對於「立法事實」的評價問題，則法院所要評價的對象毋寧是立法者所為的（立法）事實認定與預測是否合理的問題，自非一般法院常判斷的「特定既存事實是否真實存在」的經驗性問題。而審查密度理論既然是對於立法者的預測與決定是否具合理性判斷的調控，因此，本文認為相關的「合憲性推定」爭議便集中在審查密度理論當中。再一次觀察前述本文所論述的審查密度理論，審查密度理論是：（1）若法院採取最寬鬆「明顯性審查」，則除非立法者的預測、判斷或衡量上的錯誤，已經達到一望即知之明顯程度，否則其預測、判斷或衡量，基本上便會得到法院的尊重；（2）如果法院採取「可支持性審查」，則在法院操作比例原則進行規範審查的過程中，立法者的判斷將被要求必須被法院認為合於事理、從而可以為憲法法院所支持；（3）若法院採用最嚴格的「強烈內容審查」，法院便甚至不受立法者的觀點所拘束，而可以直接依據自己的預測或判斷，來審查系爭立法是否違反比例原則的規範要求。即可明瞭。

觀察上述的審查密度理論，可以發現在（1）以及（3）兩種情形，本文認為即剛好是是否適用「合憲推定」之兩端。亦即在法院採取明顯性審查的情況下，立法者的預測決定是受到法院尊重而「推

定」具有合理性的；反之，在法院採取嚴格的強烈內容審查下，立法者的預測決定不受合理性推定，此時法院可以自我作成判斷。由此可知，雖然德國法上無合憲性推定之用語，但在其實務運用上本文認為有相關概念的實質存在，本文認為與美國法上的「合憲性推定」比較不同者，大致上即是據以決定立法者的決定或預測是否具有合理性的判斷，德國聯邦憲法法院是於「審查密度理論」當中加以運用。

第三項 德國憲法訴訟上的舉證責任

第一款 相關概念的釐清

本文在論述德國憲法訴訟相關的舉證責任概念之前，有幾點必須加以釐清的概念：第一、聯邦憲法法院的程序規範問題，即聯邦憲法法院在規範審查當中是否有應遵循的程序規範，此自亦包括是否有應遵循的證據法則？第二、關於如何調查證據的問題？在美國法上有所謂的「司法確知」之概念，則在德國的憲法訴訟當中是否有相同概念？以下本文先就此兩問題進行探討。

(一) 聯邦憲法法院的程序規範：

德國聯邦憲法法院法對於憲法法院的程序規範除了該法第 17

條規定「以本法無特別規定為限，關於審理公開、法庭秩序，法庭用語，評議及表決，準用法院組織法...」之規定外，並無特別的程序規範。對於此程序的「不完整性」，聯邦憲法法院對此認為「只有在少數的、絕對必要的、適合於憲法法院之程序的特點下才需要做出程序規範」，除此之外，「則由聯邦憲法法院以類推適用德國其他程序法之規定」建立其程序規範，至於是否得以類推其它程序規範則須是該規範的性質是否契合於憲法訴訟之程序特質而定。²⁹例如聯邦憲法法院法第 28 條即規定，在適用宣告褫奪基本權利的案件、政黨違憲的案件、對總統彈劾案件以及對法官彈劾案件，訊問證人或鑑定人時準用刑事訴訟法相關規定外，其他案件證人或鑑定人之訊問則準用民事訴訟法之規定。

由上述可知，聯邦憲法法院的「程序不完整性」為其特色，在此意義之下憲法法院的程序便有別於其他獨立之程序規範而具有獨特性（eigenart）。為就此而言仍無法說明憲法訴訟當中相關的證據調查原則與舉證責任分配到底是適用刑事訴訟或是民事訴訟亦或是行政訴訟？相關的問題恐怕是憲法法院是不是擁有「程序自主權」以建立一套獨立的憲法訴訟程序之問題，就此非本文之主題無法對

²⁹ BVerfGE 33,247 (261) .88,382 (383) .

此加以詳細論述³⁰，惟本文在結論上認為越是抽象的規範反而越需要有一個完整的訴訟程序規範以建立其裁判之合理性與說服力。

（二） 調查原則：

德國聯邦憲法法院法第 26 條第 1 款規定「聯邦憲法法院為探求真實而調查必要的證據。為此，其得於言詞審理程序外指定庭員一人調查證據，或就特定事實及人員囑託他法院調查證據。」關於此簡短的規定，從字面上尚無法得知憲法法院在何種方式調查證據、發現事實，惟參酌該法第 33 條第 2 項之規定：「聯邦憲法法院得以其他有既判力之判決，依職權調查真實後確認之事實，作為其裁判基礎。」德國學說相關的論述認為此時聯邦憲法法院有權以一個生效的判決對於事實的認定作為其裁判基礎，並獨立進行關於案件事實的正確性合完整性的事實調查。例如在規範審查中，聯邦憲法法院依職權審查法律的基礎事實，並且對立法性的預測進行詳細的審查。如此則聯邦憲法法院在訴訟程序中對於證據的調查原則便形同是「無限的調查原則」(uneingeschränkt Untersuchungsgrundsatz)³¹，

³⁰ 詳細論述可參考施純仁，論違憲審查機關之程序自主權，國立中正大學法律學系碩士論文，民國 96 年 12 月。

³¹ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5. Aufl. München 2001, Rn. 60.

即一般所稱的「職權主義」或「職權進行主義³²」，惟此並非排斥當事人提出證據或聲請調查證據的可能，在此概念下的職權進行主義，主要體現的意義有：(1) 法院得採納當事人未提出之事實做為判決之依據；(2) 法院不受當事人聲明、主張的拘束；(3) 法院得依職權調查證據。然而，由於法院知法（*iura novit curia*）不得拒絕裁判，因此如面臨到即使法院已竭盡調查事實之可能，仍未獲得完全澄清或無法查明的情況時，法院應如何處理？相關的「舉證責任」不啻為一種解決方法。

(三) 舉證責任：

- 一、客觀的舉證責任：訴訟法上的舉證責任依其性質大致可分為「客觀的舉證責任」與「主觀的舉證責任」。而「客觀的舉證責任」在訴訟法上是指「系爭事實限於真偽不明時應該由誰來承擔判決之不利益」之問題。亦即，當事人之一方就待證事實應證明至何種程度，以形成法院之確信，而相對人提出的反證，並不需要使法院形成確信，只須動搖法院就待證

³² 關於德文中的「調查原則」一詞原文為 *Untersuchungsgrundsatz*，學者林鈺雄認為在中文翻譯中，民事訴訟學者多譯為「職權探知主義」乃當事人主義的相對概念；反之，在刑事訴訟法，國內多將之譯成「職權主義」或「職權進行主義」。因此，本文認為調查原則一詞在訴訟法的概念中，即等同於職權主義或職權進行主義。

事實所形成的確信即可。³³其主要之功能在於處理法院就待證事實陷於真偽不明時，法院應如何裁判的訴訟上活動問題。³⁴

惟由於憲法訴訟當中所要審查的標的是「立法者的預測或決定是否具有合理性」的問題，基本上應無「真偽不明」的辨證問題。從而，在憲法訴訟意義下的客觀舉證責任，便轉化為法院在「審查密度理論」當中所必須考慮的問題，亦即，若法院在審查時採寬鬆的「合理性審查」密度，則立法者此時通常無庸舉證，法院即得依「職權調查」，只要「事實」一看不是明顯的重大不合理即可；若法院採嚴格的「強烈內容審查」密度，立法者必須充分說服法院其所提出之事實是適合且必要的，如果無法說服，則立法者所為的決定就會違憲。

二、主觀的舉證責任：「主觀的舉證責任」又稱為「證據提出責任」，係指當事人為了避免敗訴，在訴訟過程當中致力於證

³³ 參姜世明，證據責任在民事實體法與程序法實務問題，載於〈法學叢刊〉第 197 期，2005 年 1 月，頁 156。

³⁴ 參黃國昌，舉證責任，載於〈月旦法學教室〉第 16 期，2004 年 1 月，頁 32。

明對自己有利、而對於當事人間有爭執事實的責任³⁵，常隨訴訟活動的進展而有不同。亦即主觀的舉證責任是當事人為了避免自己敗訴而提出證據的訴訟行為，主要用於「辯論主義」之訴訟活動中。

故而，在憲法訴訟當中法院是依職權調查證據並探究事實，原則上應不存在著當事人為了避免自己敗訴，而於訴訟進展當中對自己有利的事實提出證據證明之可能。因此，在憲法訴訟當中應無如民視訴訟當中證據提出之主觀的舉證責任問題。

第二款 評析

由上述觀察，德國法上舉證責任的活動集中於「審查密度理論」此乃由於德國的違憲審查密度的活動是藉由比例原則與審查密度理論的相互配合對於規範進行嚴密的審查。由於比例原則是針對「手段與目的是否合理關聯」進行審查的「硬性」架構，而從寬與從嚴的衡量便僅能在「審查密度理論」當中始能發揮，這也正說明了如果單純操作比例原則會使得審查內容變得空洞、表面的原因所在。

³⁵ 參駱永家，民事舉證責任論，台灣商務印書館，1972年1月初版，頁45。

亦即在德國的違憲審查制度下，比例原則是一個硬性的外在架構（或者說比例原則是一個審查規範亦不為過）若說相關的「訴訟」過程當中，法院可以帶入其主觀意見的場合即是「審查密度」理論之場合，因此，對於審查密度的調控便也成為了合憲與違憲與否的關鍵性要素，相關事實的提出在審查密度理論底下進行，乃是一種必然。

惟與美國法相較之下，德國違憲審查比較特別之處在於其憲法訴訟的「訴訟類型」被加以明文規定，就相關立法事實的舉證責任之問題，在配合各種訴訟類型而加以類型化區分後，使得此問題複雜許多。因筆者能力有限，且舉證責任問題僅是本文的一個部分，非本文論述的核心，就訴訟類型與舉證責任的論述，本文僅提出幾點問題做為思考：

在此必須事先澄清的是，憲法訴訟活動當中會牽涉「立法事實」之問題的審查，一定是在「規範審查」程序當中才有必要，因為立法事實如本文前述所提，是在審查「立法者在相關規範中的預測或決定是否具有合理性」的問題，因此，在「機關爭議」程序（Organstreitverfahren）、「聯邦與邦的憲法爭議」程序（Grundgesetzbezogener Bund-Länder-Streit）以及「邦與邦的爭議」

程序（Zwischenländerstreit）因無牽涉「（法）規範審查」之問題，故而無審查立法事實的必要。

1. 德國聯邦憲法法院法第 13 條第 6 款、第 6 款之 1 以及第 76 條以下之「抽象規範審查程序」（*abstrakte Normenkontrolle Verfahren*）是否有「舉證責任」之問題：

概德國聯邦憲法法院法第 13 條第 6 款、第 6 之 1 款以及第 76 條規定的是「對於聯邦法或邦法在形式上或實質上是否符合基本法，或邦法是否符合其他聯邦法，發生爭議或疑義，經聯邦政府、邦政府、或聯邦眾議院三分之一議員聲請者」其相應的規定為德國基本法第 93 條第 1 項第 2 款。在此抽象的規範審查程序當中，其相關的程序標的是爭議規範與基本法之間是否一致性的問題，而不是聲請人的利益，因此，聯邦政府、邦政府或聯邦眾議院三分之一議員的聲請僅是開啟此項程序的「要件」而非聲請人的利益也牽涉其中，故而，此項程序的目的即在於「維護客觀的憲法秩序」，因此，其目的既在於維護客觀合憲秩序，聲請人即使撤回該聲請，若法院認為繼續審理存在公益者，即使聲請人撤回其聲請，法院還是可以

做出實體裁判。³⁶

若如上述，則聲請被提出聯邦憲法法院就必須對此作出裁判，則因程序在維護客觀憲法秩序，解釋上應無相對人，亦無主觀訴訟上的勝敗可言³⁷。亦即，聲請人提出爭議系爭規範是否符合憲法意旨之後，形同「脫離訴訟」，訴訟程序當中不應再從一般訴訟活動的進行角度做思考，因而，在此程序進行當中本文認為應無「舉證責任」之問題，剩下的可能僅是此程序中直接形成法院與立法者的對立狀態下立法者如何說服法院其所為的決定具有合理性的問題。

2. 聯邦憲法法院法第 13 條 11 款以及第 80 條以下規定之「具體規範審查」程序（konkrete Normenkontrolle），有無舉證責任適用之問題：

聯邦憲法法院法第 13 條 11 款以及第 80 條為「法官聲請違憲審查」之程序，該法第 80 條第 1 項規定「具備基本法第 100 條第 1 項規定之要件時，法院應直接請求聯邦憲法法院裁判。」而基本法第 100 條第 1 項則規定：「法院如認為某一法律違憲，而該法律之效

³⁶ 前揭註 30 書，Rn.123.另參吳信華，「中央與地方」聲請釋憲程序之檢討與展望，載於〈憲法訴訟專題研究（一）－「訴訟類型」〉，元照出版，2009 年 10 月，頁 178。

³⁷ 吳信華，同前註書，頁 177。

力與其審判有關者，應停止審判程序。如係違反邦憲法，應請有權受理憲法爭議之邦法院審判之；如係違反本基本法，應請聯邦憲法法院審判之。各邦法律違反本基本法或各邦法律牴觸聯邦法律時，亦同。」因此，相較於前述「抽象規範審查」程序之審查標的，法官聲請釋憲的「具體規範審查」程序，其標的完全取決於法審法院具體審理案件中所適用的法規範，且須具有「裁判上的重要性」（Entscheidungserheblichkeit），亦即「法律的合憲與否將直接影響本案判決結果³⁸」、「法院在該規範無效的情況下所做出的判決應是不同於在該規範有效的情況之下³⁹」。又聲請者為「任何一級法院的每位法官」，惟不能就此即認為法官是該程序的「當事人」，法官於此程序之中其利益並不牽涉其中，從而亦無「權利保護必要」。法官於此程序當中僅是「聲請人」，故「具體規範審查」程序的目的亦如同前述「抽象規範審查」一樣，其目的在維護客觀憲法秩序而屬於「客觀程序」。

與本文較相關的問題為具體規範查程序當中要求法官對於其將來所欲適用的法規範要形成「違憲性的確信」，且系爭法規範「已無

³⁸ 參吳信華，論法官聲請釋憲，同前揭註 8 書，頁 131。

³⁹ 前揭皆註 30 書，Rn.138.BverfGE 74,182 (193); 79,240 (243)。

合憲解釋的可能⁴⁰」。對於法官「違憲性的確信」此一要件，聯邦憲法法院要求甚高，法官必須於解釋請求的聲請當中「指明憲法上的審查準」（類似於：對據以審查憲法規範意涵之說明）以及「詳細分析並考慮文獻或判例中對於被提出解釋的法律的相關觀點」（類似於：論證系爭法律違反憲法規範），就此而違憲性確信得提出而言，是否即意味著法官在聲請時必須提出相關事實證明法律的違憲性？

關於上述問題，本文認為法官於具體規範審查程序當中相關聲請要件的要求僅是聲請程序之一，因為法官在具體案件中遇有爭議之規範，應先藉由司法活動的行使以「解釋」的方式探求系爭規範有無「合憲解釋」的可能，此乃一般訴訟當中「法適用」與「法釋義」活動所必經之過程。體現於具體規範審查程序的法官「違憲性確信的要求」，背後的論理基礎即是「憲法法院審判權的補充性」思想⁴¹，以避免法官一遇有法律的解釋問題即完全推向憲法法院的狀況發生。因此，此項要求應屬聲請程序的要件而非「舉證責任」之問題。況且，即使要求法官提出以及論證形成其確信的基礎，亦不代表法院再審查之時即應遵循法官的思考脈絡對於系爭法律規範進行審查，法院於此時還是需要調查相關事實以探求法律的合憲與否。

⁴⁰ 參楊子慧，再論具體法規審查，載於〈憲法訴訟〉，元照出版，2008年4月，頁211。

⁴¹ 同前註，頁206。

故而，法官的違憲性確信僅是一種避免法官一遇有法規範違憲疑義即將問題丟給憲法法院之方法，並不涉及審查階段法律合憲與否的「實質問題」。

3. 聯邦憲法法院法第 13 條第 8 之 1 款以及第 90 條以下之「憲法訴願」(Verfassungsbeschwerde) 程序有無舉證責任問題：

德國的憲法訴願制度，比較重要的規定是在聯邦憲法法院法第 90 條以及基本法第 93 條第 1 項第 4 之 1 款。其中聯邦憲法法院法第 90 條第 1 項規定：「任何人得主張，其基本權利...遭受公權力侵害，而向聯邦憲法法院提起憲法訴願。」因此，德國聯邦憲法法院就此程序認為「憲法訴願不是普通法院或行政法院程序的補充性的法律救濟」，而是「公民被賦予用於對抗公權力對其基本權利進行侵犯的特別法律救濟方式 (außerordentlicher Rechtbehelf)⁴²」。因為第 90 條第 1 項規定「任何人...公權力...」因此，憲法訴願的標的便包括了德國所有的直接或間接的國家權力，包括針對法院的裁判（憲法法院法第 95 條第 2 項）、國家機關的作為或不作為（第 95 條第 1 項）以及直接針對某項法律規範（第 95 條第 3 項）而提出。而與本

⁴² 同前揭註 30 書，Rn.194.

文所探討的問題比較有直接相關性者即是針對法律所提出的憲法訴願程序。

關於針對法律所提起的憲法訴願，比較有疑義的是有無該法第 90 條第 2 項⁴³規定的適用？亦即有無「用盡法律救濟途徑」之「憲法訴願的補充性原則（Grundsatz der subsidiarität der Verfassungsbeschwerde）」之適用？

概聯邦憲法法院以實體法上的抗辯義務（materielle Rügepflichten）擴展了對於用盡法律救濟途徑的要求，認為對於裁判而言的重要「事實」不應到聯邦憲法法院才被提出。⁴⁴此要求在憲法訴願上之意義為：如果當事人認為某項在本案當中應適用之法律有違憲之疑義，應經由原審法院之法官透過「具體規範審查程序」聲請憲法法院對系爭法律規範進行解釋。此項限制不僅縮減了人民提起憲法訴願的可能性，亦同時課予當事人說明在憲法訴願程序階段須明白指出認為系爭規範違憲之理由以及對其進行抗辯，此如同在一般程序中要求原告必須指明其所請求之法律上基礎並就此提出

⁴³ 聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項規定：「對於上述侵害如有其他法律救濟途徑時，僅於其他法律救濟利用之途已窮時，始得提起憲法訴願。在未用盡其他法律救濟途徑前提起憲法訴願，如具有普遍重要性，或因訴願人如先遵循其他法律救濟途徑時，將遭受重大或無法避免之損害時，聯邦憲法法院亦得立即加以裁判。」

⁴⁴ BVerfGE 66,337 (364); 72,84 (88)。

法律上見解，其不合理性甚為明顯。關於此，德國實務以及學說皆認為直接針對法律提出之憲法訴願程序不適用憲法法院法第 90 條第 2 項之規定，取而代之是系爭法律規範的「直接相關性」，亦即該法律的施行不須經過強制手段或透過行政機關對之實踐即可能對於訴願人形成一種干涉，即可直接針對該法律規範提出憲法訴願。此時由於其影響對於訴願人是明顯直接的，在法院須依職權對於規範進行全面審查之前提下，訴願人的陳述以及抗辯便不是針對法律提出之憲法訴願最主要的要件之一了。

第二節 我國法上之舉證責任與訴訟類型

探討我國釋憲實務有無「舉證責任」或是當事人「提出證據」的概念，可從〈司法院大法官審理案件法〉以及 97 年 11 月 5 日司法院公布之〈憲法訴訟法草案〉加以分析。以下本文延續上述關於德國舉證責任的論述架構，從相關的調查原則、證據提出、舉證責任以及到最後的訴訟類型與舉證責任之關聯等脈絡，就我國上述兩種法律規範探究我國釋憲實務上當事人對於「立法事實」資料之「提出」責任。

第一項 司法院大法官審理案件法

〈司法院大法官審理案件法〉（下簡稱大法官法）是現行我國違憲審查制度最主要的程序規範依據。該法雖然歷經三個階段⁴⁵的演變始有今日之現行條文，惟因為規範內容過於簡略（扣除附則僅有33條條文）卻仍適用超過了一甲子的時間，因此，相關的程序規範雖法無明文規定，卻仍透過大法官的釋憲實務以及相關學理以及學說的接受與引進予以補充。故而，在探討我國釋憲實務上是否有「舉證責任」的問題時，必須加以釐清的兩個前提問題是：第一、大法官法就法院審理案件時有無「調查證據」的規範？第二、關於前一個問題，若答案為否定，則如何進行證據規範的探討？

關於第一個問題，比較可能被提及的為大法官法第8條第1項「聲請解釋憲法必須以聲請書敘明關係文件向司法院提出之」。惟就此規定應不認為是一種「提出證據」之規範，充其量僅是聲請書的格式要求規範。因為有證據提出責任的前提為法院應有相應的「調查證據」規範，在大法官法就法院如何調查證據？應遵守的程序等規定皆付之闕如的情況下，要說聲請書敘明關係文件之要求是一種

⁴⁵ 此三個階段分別為〈司法院大法規會議規則〉時期（民國37年9月16日至47年7月21日）；〈司法院大法官會議法〉時期（47年7月21日至82年2月3日）；〈司法院大法官審理案件法〉時期（82年2月3日至今）。

提出證據的責任，不免強課當事人在案件尚未進入法院之前須先自主調查之義務，於法無據。從而，大法官法就調查證據之程序在我國應無明文規範。

關於第二個問題，由於大法官法規範的簡略以及實務上就此問題亦欠缺相關論述的前提下，本文僅能提出幾點問題以代說明：

第一款 我國釋憲實務上有無證據規範之問題

本文認為其前提是有無如同德國憲法訴訟之調查證據程序的相應規範。在欠缺相關規範的前提下，縱使法院得依實務上的運作情形進行補充，但仍欠缺明確性。如以釋字 530 號解釋所稱「司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權...司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定」之論述認為此屬於法院的「程序自主權」範圍，在「程序自主」相關概念亦未獲得釐清且釋字 530 號解釋所稱之法院是否包括我國大法官亦待說明之情況下，無法就調查證據程序之問題提供法律基礎。

第二款 我國釋憲程序相關調查證據的問題

本文認為仍是在「訴訟類型」以及其「性質」有無當事人「舉證責任」規範的適用空間。在德國憲法訴訟上，此問題在「審查密度理論」的場合獲得體現。惟由於各種訴訟類型有其「程序特質」，故在談到「客觀舉證責任」，由於「抽象規範審查」以及「具體法規審查」程序之目的在維護客觀合憲秩序，被稱為「客觀程序」。其並無相對人，解釋結果亦無主觀訴訟上之勝敗可言（詳前述，德國憲法訴訟上舉證責任部分），故而，在審查密度理論當中，當事人的舉證活動被憲法法院的「無限的調查原則」壓縮而使得適用範圍有限，即在客觀程序當中當事人舉證活動似不明顯。而相同之問題，在我國是否應參考德國法上之論述進行解釋，仍有探討之空間。

例如：依照我國大法官法第 5 條的各種訴訟類型中，其中「機關憲法疑義」（即：中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義）與「機關之法令違憲疑義」（即：中央或地方機關...適用法律與命令發生有抵觸憲法之疑義者）有學者認為屬於「客觀程序」而將其聲請要件限定在「有請求法院闡明之公共利益」存在⁴⁶，由於上

⁴⁶ 參吳信華，「中央與地方」聲請釋憲程序之檢討與展望，載於〈憲法訴訟專題研究（一）—「訴訟類型」〉，元照出版，2009 年 10 月，頁 164。

述兩種訴訟類型無得以爭論的基礎事實，為避免中央或地方機關一遇有憲法問題即聲請解釋，使得大法官成為政府機關之諮詢機構之面向來看，有其必要。又若將「機關爭議」類型（即：中央或地方機關...因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議）界定為「機關之間的權限爭議」，則屬於「主觀程序」⁴⁷；若將之界定為「對憲法涵義機關之間有爭執」，則又屬「客觀程序」⁴⁸。可見對於同一訴訟類型亦存在有多種的不同解釋，因此，若貿然引用德國憲法訴訟相關訴訟類型以為我國相關制度之參考，似仍有未盡妥適之處。畢竟，德國憲法訴訟上所謂的「客觀程序」與「主觀程序」之區分有實務上的論述為基礎，且幾已成定論。我國釋憲實務上並無發展相關理論，若要以此「程序性質」做為審查密度下憲法訴訟有無舉證責任活動之空間，似乎仍有解釋空間。

第三款 人民、法人或政黨聲請法令違憲解釋與德國「憲法訴願」問題

關於人民、法人或政黨聲請法令違憲解釋之「訴訟類型」規定於大法官法第5條第1項第2款：「人民、法人或政黨於其憲法上所

⁴⁷ 參吳信華，上揭書，頁164。

⁴⁸ 參吳庚，憲法的解釋與適用，2006年6月3版，頁369。

保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者」得聲請解釋憲法。此與德國「憲法訴願」看似類似，但本質卻完全不同。誠如學者所言：「我國由人民、法人或政黨聲請法令違憲解釋，系針對抽象的法令規範為違憲審查，並不涉入個案爭議」，「非如德國聯邦憲法法院就人民針對確定判決所提起之憲法訴願審理，得同時宣告法律違憲並撤銷原判決予以發回更審，具有個案權利救濟之功能。⁴⁹」或「我國制度係以抽象規範審查為主，未採取類似德國憲法訴願以救濟個案為主的程序。⁵⁰」從而，「大法官就法規範所為之解釋雖有拘束全國各機關以及人民之效力」（釋字第 185 號解釋參照），惟對於「確定終局裁判本身或確定終局裁判所適用法律、命令所表示之見解是否有抵觸憲法疑義不在人民得聲請解釋憲法之範圍」（釋字第 579 號理由書參照）。

因此，就我國大法官法第 5 條第 1 項第 2 款「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義

⁴⁹ 參蔡宗珍，我國違憲審查制度之檢討，載於〈憲法與國家（一）〉，頁 114 以下。

⁵⁰ 參李震山，論司法院大法官憲法「疑義解釋」與「爭議裁判」之拘束力，載於〈憲政時代〉，2003 年 1 月，第 28 卷 3 期，頁 118-120。

者」得聲請解釋憲法之規定觀之，其性質與德國憲法訴訟上之「主觀程序」類似，即聲請人就聲請對象須於具體個案中發生有自身權利受侵害而須予以保護之關聯性為必要，惟參酌上述對於我國違憲審查之「效果」而論，確實是一種「抽象法規範審查」(abstrakte Normenkontrolle)，自此恰恰無法再參考德國憲法訴訟中關於「主觀程序」與「客觀程序」之程序性質之區分，做為我國違憲審查是否有舉證責任之問題之論述參考。

由此可知，在探究舉證責任於憲法訴訟有無適用餘地之問題，其根本仍是憲法訴訟之特殊性，而無法再以一般訴訟程序中「舉證責任」之觀點視之，否則即會出現制度上無法融合之扞格。本文認為，由於憲法訴訟的高度公益性，在個人與國家權力交互作用的場合，其問題並非僅是個人與國家的對抗而已，毋寧是透過國家權力作用的劃分來劃定基本權利的作用範圍及其限制，從而，舉證活動的運作應配合審查密度理論，在法院判斷立法者的決定與預測是否具有「合理性」時，若法院心證程度無法超過調查之後的對於立法者該決定是否具有合理性之證明度時，立法者仍負有提出證據說服法院之責任。

第二項 憲法訴訟法草案

民國 97 年 11 月 5 日由司法院公布之〈憲法訴訟法草案〉全文共 67 條，在學界的呼籲之下，終於將我國違憲審查制度之依據—大法官審理案件法改為〈憲法訴訟法〉，肯認我國的違憲審查制度是一種「訴訟」制度。因此，相關的審理程序，包括調查證據程序、審理方法乃至於救濟程序，參考民事訴訟與刑事訴訟之概念給予了全新的程序規範。其中，調查證據程序的「訴訟化」乃相應於審理程序之審判化、司法化，認為「證據」是法官形成心證、作成判斷的重要依據⁵¹，因此，就證據的提出與法院（大法官）如何調查證據，其相應的規範如何，即與本文主題關於「立法事實」等證據資料的提出有關。惟因憲法訴訟法草案通過與否尚無法預期，且最後通過的條文是否與本文在此所援引的條文相同亦無法預料，故而，本文在此亦僅提出幾點問題供參考：

第一款 程序之進行與證據之調查

憲法訴訟法草案第 19 條 1 項規定：「憲法法庭得依職權或當事人聲請調查證據。」並於同條第 2 項及第 3 項規定「審判長調查證

⁵¹ 吳信華，「憲法訴訟法」草案評析，載於前揭註 45 書，頁 430。

據時，應詢問當事人有無意見，並予以辯論之機會（第二項）」、「當事人、關係人及其代表人、訴訟代理人得於調查證據時，訊問證人、鑑定人、他造當事人、關係人及其代表人。審判長認有不當者，得禁止之。（第三項）」惟就此規定而言，關於憲法訴訟程序是適用「職權進行主義」或是「當事人進行主義」仍不明確。概不管是適用「職權進行主義」之訴訟程序或是適用「當事人進行主義」皆有可能於法院認為必要時得依職權調查證據之可能。本文認為憲法訴訟既具有高度的公益性質，且參酌刑事訴訟法第 163 條第 2 項之規定：「法院為發現真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查證據。」之規定，認為憲法訴訟的審理皆與公平正義之維護有重大關係，因此程序的進行應以「職權調查證據」為宜，惟是否如德國憲法訴訟上認為法院應有「無限的調查原則」（uneingeschränkt Untersuchungsgrundsatz）則仍待學說之補充。

該條第 2 項及第 3 項給予當事人辯論以及訊問證人、鑑定人之機會，除了應考慮到在須經言詞辯論之場合當中始有給予當事人當面訊問證人、鑑定人或辯論之機會之外，在相關的「訴訟類型」（如憲法爭議、法令違憲審查）有無言詞辯論或給予當是辯論機會之可

能，不無疑問？且該法第 21 條第 1 項前段又規定「憲法法庭審理第二章（按：憲法爭議、法令違憲審查以及統一解釋案件）之案件，調查證據、訊問證人、鑑定人時，準用民事訴訟法之規定」此在無雙方當事人「訟爭性」之「憲法適用爭議」（同法第 39 條第 1 項第 1 款後段）以及「法令違憲解釋」（同法第 39 條第 1 項第 2 款及第 4 款，包含中央或地方機關與三分之一立法委員聲請）具有「客觀程序」性質之訴訟程序如何適用民事訴訟程序訊問證人、鑑定人？亦不無問題。則與本論文之議題相關者之「立法事實」於此等訴訟程序的調查如何準用民事訴訟法相關調查程序之運作？本文認為亦有解釋上之困難處。誠如學者所言「本法在若干爭點上援引本質上未必相容的民事訴訟條文，應有根本釐清之必要。⁵²」

第二款 調查證據程序

本法第 21 條第 1 項規定：「憲法法庭審理第二章之案件，調查證據、訊問證人及鑑定人時，準用民事訴訟法規定；審理第三章、第四章之案件時，準用刑事訴訟法規定。」此條項在本質上與憲法訴訟之性質有不相符合之處已如上述。為條文中之「調查證據」所

⁵² 同上註，頁 529。

指究為「調查證據活動」抑或是「調查證據之方法」並不明確。概法律條文中之「調查證據」一詞，可能指向的有「調查證據活動本身」，例如刑事訴訟法第 163 條第 1 項規定「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請『調查證據』...」之「調查證據」即是指調查證據活動本身；而同法第 288 條之 3 第 1 規定之「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關『證據調查』或訴訟指揮不服...」之「調查證據」即是指「調查證據之細節、執行或方法」，兩者性質不同，應不容混淆。則本草案第 21 條第 1 項之規定，若指向「調查證據之細節、執行或方法」，則「立法事實」之調查在準用民事訴訟之程序之規範後，適用的則是關於「書證或人證」的調查方法；惟若指向的是「調查證據活動」，準用民事訴訟程序後之問題為「立法事實」的提出，是否有「舉證責任」之分配？就此問題，則又回歸本文前所提及的對於訴訟性質與舉證責任是否契合的探討。且如上述，「立法事實」如何準用民事訴訟程序為「調查」？亦有需要加以釐清之處。此所以德國聯邦憲法法院法第 28 條第 1 項規定：「在第十三條第一款（按：關於宣告褫奪基本權利之案件）、第二款（關於宣告政黨違憲之案件）、第四款（對聯邦總統提起之彈劾案）、及第九款（法官彈劾案）案件，訊問證人及鑑定人時準用刑事

訴訟法之規定，其他案件準用民事訴訟法之規定」，未將「調查證據」一詞予以明文，反觀我國規定，似乎徒增困擾。

第三項 小結

上述本文論述了我國違憲審查當中相關調查證據之原則與規範之問題。就有關程序之進行與證據之調查而言，誠如許宗力大法官於釋字第 584 號解釋之意見書中所言：「違憲審查具強烈公益色彩，故基本上採職權調查主義...」。故而，在採取職權調查主義之下，法院對於事實之調查與認定，是否皆「自由裁量」，由法院任意調查、自由形成心證之問題，此在我國司法院大法官審理案件法對於調查證據程序欠缺明文規定之情況下，遂成疑問。尤其在立法事實的判斷上，法院究應達到何種確信程度，才足以認定事實之存在，不免流於恣意，影響法院的心證形成與判決的信賴度。因此，在法院調查證據之外，是否亦應由相關釋憲當事人就「事實」或是「立法事實」等證據資料負提出責任，以使法院的心證形成更趨於「客觀」之問題，亦即我國違憲審查制度底下當事人有無舉證責任之問題。本文在此提出下列幾點說明之。

第一款 舉證責任的適用

在舉證責任的類型當中，有所謂的「客觀的舉證責任」與「主觀的舉證責任」之分。而「主觀的舉證責任」是當事人為了避免自己敗訴而提出證據的訴訟行為，主要用於「辯論主義」之訴訟活動中，已如上述。其著重在當事人的舉證活動，可謂當事人於訴訟當中之「行為責任」。而「客觀的舉證責任」則發生在當法院之心證度無法超越證據之證明度時，亦即在訴訟過程當中對於事實之認定問題，法院陷於「真偽不明」時，當事人擔心就此敗訴，故而提出證據以加強法院之心證程度之活動而言，係著重在法院之心證認定。故僅有在法院之心證度沒有超過證據之證明度時，法院已窮盡其自由心證方法，事實仍限於真偽不明時，始生當事人舉證責任分配之問題。

第二款 主觀的舉證責任或是客觀的舉證責任？

關於違憲審查制度底下有無舉證責任之問題，由於法院調查事實之能力有限，且在涉及高度專業性之「立法事實」等資料，若不由法院以外之人提出，法院亦無法作出公正的判決，故而，我國違憲審查制度底下有無舉證責任之適用之問題，本文認為應屬肯定。

惟究屬客觀的舉證責任抑或主觀的舉證責任？本文對此認為僅有客觀舉證責任有適用。以下說明之。

一、 主觀的舉證責任：

在違憲查查當中，主張法規範違憲的釋憲當事人必須提出證據證明其主張法規範應屬違憲，然由於違憲審查採取「職權調查主義」，法院負有調查義務，當事人雖不舉證，法院亦應依職權調查。就此而言，「主觀的舉證責任」指「當事人應以證據證明事實存在」之訴訟活動，乃隨著訴訟之進展而分別存在於當事人之間。在違憲審查程序之進行當中，雖主張法規範違憲之當事人可提出「立法事實」作為證據資料，提供法院作為審查時之參考。而主張法規範合憲之立法者，亦得提出法令制定當時之參考資料或數據，以說服法院其決定符合「合理性」。然究非屬隨著訴訟程度之進展而當事人間避免敗訴須盡其提出證據能事，使舉證責任隨著辯論程度之不同而存在於不同當事人之情形。故在採用職權調查主義之程序當中，學者認為並無主觀的舉證責任。⁵³

由此可知，在我國違憲審查制度如同德國採取比例原則與審查

⁵³ 參駱永家，前揭註 34 書，頁 51。

密度理論之下，在不同的審查密度法院會給與立法者之決定給予寬嚴不同的「尊重」，當立法者的決定涉及高度專業性之同時，法院雖得依職權調查證據，但若仍無法形成立法者之決定屬於合理之心證時，立法者提出證據以證明其決定合理可信，尤有必要，此則為後述「客觀舉證責任」。

二、 客觀的舉證責任：

本文認為「客觀的舉證責任」係指訴訟過程當中事實限於真偽不明時，法院之心證度無法超越事實之證明度時，所生舉證責任分配問題。在違憲審查過程當中，法院雖無認定「事實真偽」之問題，然法律問題常涉及「價值取捨」，此在我國違憲審查採取比例原則在狹義的比例原則當中常須判斷當事人的利益，並進行「利益衡量」時法院更須在當事人的利益價值當中作出取捨與決定。當法院盡其一切調查之可能，對於判斷「立法者之決定合理與否」之問題，由於法院無法代替立法者對其政策決定做出意見，故而，為使法院的判斷更具有「客觀性」，利用客觀的立法事實之審查對於價值取捨做出適當的判斷自有其必要。就此而言，法院若已窮盡其調查證據之能事，而無法據以判斷立法者的決定是否合理之時，由於法規範的

決定與制定之權存在於立法者一方，且此時「待證事項」是立法者之判斷合理與否之問題，故自應由立法者對此負擔舉證責任，提出足以佐證其決定系屬合理之資料。



第五章 結論

第一節 立法事實審查之必要性

在法規範違憲審查當中，採用「立法事實」進行審查之必要性，本文在結論中提出幾點說明之。

第一項 基於語言與文字本身是中性

由於語言與文字本身是中性的，需要藉由人們賦予價值判斷才能使之有意義，那麼，在個案中考量「立法事實」以詮釋一個條文的規範意義與效果，乃屬法規範審查所不得不然。例如在釋字第 603 號中涉及強制人民於請領身分證時應按捺指紋之規定本身，並無法顯示出立法主管機關強制按捺指紋之目的何在？亦無法判斷立法此項決定是否合理？然若其目的用以達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、辨識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的，就強制按捺指紋間與該等目的之達成，若欠缺客觀的標準為依據，法院亦無法對之進行審查，縱使進行審查亦使人有說理不足之感。此時，若法院能就強制按捺指紋與辨識路倒病人、迷途失智者目的之達成有一客觀資訊可供審查，例如：「有錄存指紋檔案之失智者，警政單

位進行辨識之速率比未錄存指紋檔案者快 10%」，亦即「指紋之按捺與錄存確實有助於目的之達成」，則法院在審理之時，較不容易以自己之判斷取代立法者之判斷而較具客觀性。

第二項 基於立法事實之功能

立法事實既然是立法者藉以做成其判斷與預測之依據基礎，又是提供法院審查之標準，則「立法事實」猶具有提供法院可判斷立法者之決定是否合乎事理之依據，亦可提供立法者判斷其決定是否「合理」而不恣意之「雙重功能」。基於此，則法院在進行「立法事實」之審查之時，不過是就立法機關以做成之價值取捨再次進行「客觀」的判斷，並非以其意見取代立法者之意見，亦非由立法實際狀況之「實然」推論法律制定之「應然」，而是在避免立法機關之立法恣意專斷。

第三項 基於違憲審查之客觀化取向

由於法律問題常涉及價值取捨，而常無客觀可驗證的標準，亦無事實真偽之問題。誠如許宗力大法官於釋字 578 號解釋意見書中所言：「...立法事實之審查不僅審查立法者就事實之判斷是否正確。

為避免立法者就相關立法事實之存在與否形成心證時，會流於恣意，也同時提升司法審查之可預測性與可接受度...」故而，若有一客觀與立法有關的事實資料可供法院作為審查之依據，使司法者對立法者之判斷能做更深入之分析。

第二節 立法事實之審查於我國釋憲實務之發展

第一項 立法事實審查之認知與運用

本文在第二章第二節第三項當中曾就此提出討論。其中在釋字第 646 號解釋理由書當中，是大法官首度在理由書中使用「立法事實」之用語。在該理由書中，大法官謂：「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。」關於此段文字之前段，雖本文在此前已提及大法官似認為「立法事實」是立法者較有能力考量對於某行為做出規範的「立法背景事實」，然而觀其後段「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。」似又認為法院可對於立法者之事實預測決定進行審查即是所謂的「立法事實」審查。本文認為，大法官雖已相當程度的認識到立法事實之功能除了提供立法者對其判斷與決定之參考依據外，法院於違憲審查中亦不排除針對「立法事實」進行審查，藉以判斷立法者之決定是否合乎事理而具有合理性，但是，「與立法相關之事實資料」亦是立法事實之一，為提供法院客觀審查標準，該與立法相關之事實資料，法院亦應採納為審查依據。

第二項 立法事實之審查應配合舉證責任分配原則

許宗力大法官已於諸多意見書中實際操作比例原則、審查密度與立法事實之審查。例如在第 578 號解釋協同意見書中謂：「...操作比例原則，不僅與利益衡量有關，也涉及對立法事實認定之審查。例如適合原則審查手段是否有助於目的之達成，或必要原則審查可能之較小侵害之替代手段，就目的之達成，是否與系爭手段同等有效，或狹義比例原則審查公益之迫切性是否足以正當化對基本權之限制...」然許大法官亦於釋字 584 號解釋之意見書中提及：「...遺憾的是，在本件職權調查及審理過程中，相關機關稱並未有這方面的精確統計與研究，本院大法官調查能力也有其侷限，無法依一己之

力調查統計該資料，是根據有限證據資料，認系爭終身限制手段尚屬達到目的之不得已手段，應該是合乎事理，可以支持的」故而，雖大法官並不否認進行「立法事實」之審查，然在「審查密度」理論，法院基於權力分立原則以及「功能最適理論」，在非嚴格審查密度底下，大法官為避免以其判斷取代立法者之預測決定，使「被動」的司法權逾越了立法權限，代替立法者對於事實作出認定，故而，不得不「自我抑制」，在適用較為寬鬆的審查密度中，基本上會尊重立法者之判斷。就此而論，由於立法機關基本上並無舉證證明系爭法律「違憲」之義務，在法院不積極進行立法事實的審查之時，法院的論述究竟有多少說服力？本文深表懷疑。

因此，本文強調立法事實之審查應配合舉證責任之分配原則，尤其是「客觀的舉證責任」。在非嚴格審查密度底下當法院已盡其調查證據之能事，而仍無法判斷立法者之決定是否合理之時，依客觀的舉證責任分配法則，且由於「功能最適理論」之採用，認為立法主管機關就相關立法事實之搜集與提出應比法院較具有「機動性」，故此時應由立法機關提出證據證明系爭法規範或其決定具有合理性，此才能避免法院在非嚴格審查密度中，一方面尊重立法者之決定，一方面又必須對於系爭法規範進行審查，基於權力分立機關相

互尊重原則，對相關事務只得「自我抑制」而做成空洞式的審查與說理來得更具說服力。畢竟，人民的基本權利如何加以確保，並不是法律概念的推演，而是涉及當是人間利益的考慮。



參考文獻

壹、中文文獻（依姓名筆劃）

一、 書籍

1. Burn-Otto-Bryde 著，李玉君譯（2010），聯邦憲法法院判決的事實認定與社會現實，載於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（上冊）》中譯本，聯經出版。
2. Dennis Lloyd 著，張茂柏譯（1984）《法律的理念》，聯經出版公司。
3. Karl Larenz 著，陳愛娥譯（2006）《法學方法論》，五南圖書出版。
4. William Burnham 著，林利芝譯（2005），英美法導論，元照出版。
5. 王兆鵬（2010），刑事訴訟講義，元照出版。
6. 西德聯邦憲法法院裁判選輯（一）（1990），司法院。
7. 西德聯邦憲法法院裁判選輯（七）（1997），司法院。
8. 林子儀（2002），言論自由與新聞自由，元照。
9. 吳庚（2007），行政法之理論與實用，自版。
10. 吳信華（2009），憲法訴訟專題研究（一）—訴訟類型，元照出版。
11. 許宗力（1997），憲法與政治，收錄於《現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 88。
12. 翁曉玲（2002），新聞報導自由與人格權保護，收錄《當代公法新論（上）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版公司，頁 95。
13. 黃丞儀（2011），環境決策司法審查與行政合理性，收錄於《2010 年行政管制與行政爭訟》，中央研究院法律研究所專書（14）。
14. 楊子慧（2008），再論具體法規審查，收錄於《憲法訴訟》，元照出版。
15. 蔡宗珍（2004），憲法與國家（一）。
16. 駱永家（1972），民事舉證責任論，台灣商務印書館。

二、 學位論文

1. 林昱梅 (1993)，藝術自由之研究，輔仁大學法學碩士論文。
2. 吳仁華 (2011)，違憲審查中立法目的審查之研究—以司法院大法官解釋為中心，東海大學法律研究所碩士論文。
3. 施純仁 (2007)，論違憲審查機關之程序自主權，國立中正大學法律學系碩士論文。
4. 蘇彥圖 (1998 年)，立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度理論的解析與檢討，台灣大學法律學研究所碩士論文。
5. 盛子龍 (1988)，比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文。

三、 期刊

1. 李震山 (2003)，論司法院大法官憲法「疑義解釋」與「爭議裁判」之拘束力，載於〈憲政時代〉，28 卷 3 期，頁 118-120。
2. 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 584 號解釋，收錄於《臺大法學論叢》第 37 卷第 2 期，頁 240。
3. 翁岳生 (1995)，論法官之法規審查權，台大法學論叢，24 卷 2 期，頁 94。
4. 許志雄 (2010)，職業規制與保留的違憲審查 (下)，法學新論第 20 期，元照出版，頁 18。
5. 黃昭元 (2000)，信上帝者下監獄？—從司法院釋字第四九〇號解釋論宗教自由與「兵役義務」的衝突，載《臺灣本土法學雜誌》第 8 期，頁 30-45。
6. 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，台大法學論叢第 33 卷第 3 期，頁 164 以下。
7. 黃舒芄 (2006)，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權之區分，收錄於《政大法學評論》，頁 29。
8. 黃舒芄 (2007)，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，載於《中研院法學期刊》，第 1 期，頁 1-43。
9. 張永明 (2002) 從臺灣與德國釋憲機關的相關解釋與裁判論新聞傳播自由的界限與新聞傳播之立法，收錄《憲法解釋之理論與實務》第 3 輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 245。
10. 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」，中研院法學期刊第 2 期，頁 229。



貳、外文文獻

一、書籍

1. Black's Law Dictionary, 7th Edition, West Group。
2. K. Hesse (1999), Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller。
3. Schlaich/Korioth (2001), Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5. Aufl., München, C.H. Beck。
4. W. Heun (1992), Funktionelle-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit。
5. 內野正幸 (1991), 憲法解釋の理論と体系, 日本評論社, 年第 1 版, 頁 239。
6. 江橋崇執筆, 立法事實論, 收錄於芦部信喜編 (1987) 講座憲法訴訟 (第二卷), 有斐閣。
7. 芦部信喜教授著 (1973), 憲法訴訟の理論, 東京, 有斐閣。
8. 芦部信喜 (1981), 憲法訴訟の現代的展開, 東京, 有斐閣。
9. 芦部信喜 (1994), 憲法叢說: 1 憲法と憲法学, 信山社出版。
10. 芦部信喜著、高橋和之增訂 (2001), 憲法 I, 東京, 岩波書店。
11. 伊藤正己 (1959), 言論・出版の自由, 東京, 岩波書店。
12. 阿部照哉 (1976), 基本的人權の法理, 東京, 有斐閣。
13. 高橋和之 (1995), 憲法判斷の方法, 東京, 有斐閣。
14. 高野敏樹 (1989), LRA の基準, 收錄於《憲法訴訟の基本問題》, 法曹同人, 頁 197-202。

二、期刊

1. 時国康夫 (1963), 憲法事實, 收錄於《法曹時報》, 第 15 卷 5 号。
2. 時国康夫 (1969), 憲法訴訟の方法と技術, 公法研究第 31 号。

參、網路資料（依瀏覽日期）

1. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/479/case.html>
瀏覽日期：2012/2/23。
2. http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952_1 瀏覽日期：2012/5/26。
3. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/252/case.html>
瀏覽日期：2012/6/7。

