

# 理律一般獎學金申請—特定領域專題報告

## 論我國違憲審查之潛在問題與其重構— 以憲法法庭裁判及相關司法院解釋為檢討適例

黃勁瑋\*

### 摘要

本文之主要內容將在於說明我國釋憲實務之情況與其潛在問題，例如針對相同或類似之基本權利限制、侵害，卻採取不同審查基準，進而得出不同審查結論之問題。本文將先簡單說明以美國與德國為首之違憲審查機制，其次說明我國實務對於既有審查機制之繼受與發展，再說明學者如何透過將審查基準選擇單純化降低前述關於審查基準選擇恣意之問題，再介紹若採取由 Robert Alexy 提出之基本權利理論之應用，將如何可能建立更為全面之違憲審查機制。最後，將嘗試實際適用前述學者之見解，作為前述學者見解於我國實務適用之可能性演示。

**關鍵字：**違憲審查、審查基準、比例原則、原則、Robert Alexy

---

\* 東吳大學法律學系碩士班公法組二年級，學號：13341301。

## 目次

|     |                              |    |
|-----|------------------------------|----|
| 一、  | 研究動機與研究問題.....               | 1  |
| 二、  | 研究方法及步驟.....                 | 2  |
| (一) | 比較法研究.....                   | 2  |
| (二) | 文獻分析法.....                   | 2  |
| 三、  | 文獻回顧與探討.....                 | 2  |
| (一) | 違憲審查機制概述.....                | 2  |
| 1.  | 既存違憲審查機制.....                | 2  |
| (1) | 美國法.....                     | 2  |
| (2) | 德國法.....                     | 3  |
| 2.  | 我國違憲審查機制.....                | 4  |
| 3.  | 我國違憲審查機制之潛在問題：以商業性言論為例.....  | 4  |
| (二) | 違憲審查機制之重構.....               | 6  |
| 1.  | 審查基準之重構：回歸比例原則.....          | 6  |
| 2.  | 比例原則的重構：以狹義比例性為核心.....       | 7  |
| (1) | 最佳化命題.....                   | 7  |
| (2) | 碰撞法則.....                    | 8  |
| (3) | 衡量法則.....                    | 9  |
| (三) | 本文見解：回歸比例原則作為更完善的違憲審查機制..... | 10 |
| 四、  | 結論.....                      | 13 |
| 五、  | 參考資料.....                    | 14 |
| (一) | 中文文獻.....                    | 14 |
| 1.  | 專書.....                      | 14 |
| 2.  | 專書論文.....                    | 14 |
| 3.  | 期刊論文.....                    | 14 |
| 4.  | 法院判決.....                    | 15 |
| (二) | 英文文獻.....                    | 15 |
| 1.  | 專書.....                      | 15 |
| 2.  | 期刊論文.....                    | 15 |
| 3.  | 法院判決.....                    | 15 |

## 一、研究動機與研究問題

我國所採取之違憲審查制度，從原先之大法官會議解釋，漸進至現今之裁判憲法審查制度，其中不乏許多細節上之變動，從原本司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 8 條規定，只得因為機關間權限不明，與人民對終局裁判產生適用憲法上之疑義，始得為憲法違憲審查之依據，到現在憲法訴訟法第 59 條規定之人民得因為認為終局裁判存在法規範或裁判牴觸憲法者即可提起訴訟，上述種種均表明我國司法違憲審查之進步。

隨著我國違憲審查制度邁向個案審查，雖我國憲法訴訟制度於立法之初即表明，憲法訴訟程序並非第四審，惟亦面臨如同一般法院審判案件時之困境，欠缺統一之細節性審查機制或程序，導致最終裁判見解變更亦或與先前判決矛盾之情況<sup>1</sup>。具體而言，參酌我國釋憲實務就基本權領域中，商業言論之言論自由立場變動即可了解上述裁判矛盾問題。商業言論概念首先出現於司法院大法官解釋第 414 號，按該號解釋意旨，其主張「其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」<sup>2</sup>。

然於幾年後之司法院解釋第 623 號解釋即針對相同商業性言論之保護基準改變見解，並主張「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障」<sup>3</sup>。

更於嗣後司法院解釋第 794 號解釋，再次改變其見解，主張「禁止之宣傳，以避免菸品業者假贊助之名，而達廣告或促銷菸品之實...系爭規定之限制手段與上述立法目的之達成間，確具實質關聯，亦屬合憲...與憲法保障言論自由之意旨尚無違背」<sup>4</sup>。

然而此種見解似乎亦被近期憲法法庭接受，按憲法法庭 112 年判字第 17 號，對於醫師廣告是否受言論自由之保護，亦採取與司法院解釋第 794 號解釋相同見解，亦認為「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商業廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的，例如保護國民健康，自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商業廣告」<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> 參閱陳宗憶，台灣裁判憲法審查制度之難題及其解方，台灣法學論叢，第 51 卷特刊，頁 850-851，2022 年 11 月。

<sup>2</sup> 司法院大法官解釋第 414 號。

<sup>3</sup> 司法院大法官解釋第 623 號。

<sup>4</sup> 司法院大法官解釋第 794 號。

<sup>5</sup> 憲法法庭 112 年第 17 號判決。

由此即可證實上述我國違憲審查之問題，雖司法院解釋第 791 號主張我國憲法價值應依多元社會之發展而改變<sup>6</sup>。惟若僅以對於社會發展之尊重，無疑將損及我國司法權行使之公信力，雖有論者可能認為此些司法院解釋之原因案件事實各有所不同，給出不同之結論實屬正常，然而本文此處之重點在於，說明我國違憲審查機制欠缺明確選擇審查基準之標準，因而導致面對相同基本權之侵害時，將因為大法官人員組成之不同與社會基礎事實之不同，而給出不同之答案，且未詳細說明其採取特定見解之理由。

## **二、 研究方法及步驟**

### **(一) 比較法研究**

為正確理解法理學概念與我國違憲審查制度理論之由來，本研究將蒐集外國法院、學說見解，與目前實務情況結合，透過體系化之過程，形成較符合我國司法實務之見解，以達為我國違憲審查制度提出新輔助機制之目的。

### **(二) 文獻分析法**

為探討我國違憲審查制度與可得適用之法理學理論，本研究將收集相關資料，針對國內外實務運作、學術研究之內容，經過分析後歸納統整，再分析其適用於我國實務之可能性，進而提出適合我國違憲審查制度之機制<sup>7</sup>。

## **三、 文獻回顧與探討**

### **(一) 違憲審查機制概述**

就我國現行違憲審查機制，可大略區分為以下問題，其一為，功能法問題，即探討於何種情況下我國憲法法院具備管轄權；其二為，實體法層面問題，於此層次下將討論憲法法院應如何審查一般法院裁判之合憲性或具法規範合憲性<sup>8</sup>，而本文此處討論之重點將著重於問題二。又此處本文所謂違憲審查機制係指處理基本權違憲審查時將首先進行之審查基準採擇，與後續形式與實質合憲性之討論。以下首先簡單說明既存違憲審查機制，再以「商業性言論」之基本權違憲審查作為我國審查機制之說明，而之所以選擇言論自由中關於商業性言論之討論，除了因為言論自由作為我國基本權之一，更是因為商業性言論多次於司法院解釋與憲法法庭裁判之中，足以凸顯此一基本權於我國之重要地位。

#### **1. 既存違憲審查機制**

##### **(1) 美國法**

若將違憲審查機制進行初步區分，可區分為德國模式與美國模式。以美國模式而言，與德國模式不同，不須經嚴格比例原則審查，取而代之的為審查法規範所採取手段與其目的間之關聯性，從強到弱可區分為嚴格、中度與合理審查基準，

<sup>6</sup> 司法院大法官解釋第 791 號。

<sup>7</sup> 參閱葉志成、葉立誠，研究方法論與寫作，頁 138-156，第三版，2011 年。

<sup>8</sup> 參閱陳宗憶，同註 1，頁 835-836。

其中作為區分審查密度之重要關聯為法規所追求之公共利益與所採取之手段，若所追求之公共利益越重大，對手段之限制將越寬鬆<sup>9</sup>。

更具體的說，在美國的審查機制之下，同樣需要在審查程序進行之初對於所審查之基本權利進行相應的審查基準採擇，美國法為便利此程序之進行，將各該基本權之審查基準為體系化，建立所謂「司法審查之標準」，詳言之，美國法發展出前述嚴格、中度與合理審查基準之審查體系，並採取目的與手段之關聯性作為主要區分機制，更有學者於此基礎上以審查時舉證責任區分出更為細緻之 18 種審查基準<sup>10</sup>。

在進行完審查基準之選擇後，美國法將依據所審查之基本權與相應之審查基準進行手段與目的之間的審查，值得注意的是，美國違憲審查基準進行後階段的審查時，表現出一種有別於德國法之態度，其認為不同寬嚴之審查基準的「目的合憲性」與「手段、目的間之關聯性」具備連動且為配套關係，因此在這種理解之下，美國法上的違憲審查將致使不同的目的合憲性所對應與需達到之手段相關性有所不同，此點與德國式的違憲審查機制存在極大差異，舉例而言，在追求極大重要目的時，將要求手段與該目的必須具備直接相關，且須由國家證明前述關聯性；反觀若僅係追求合法目的，則僅需證明該目的與手段間具備合理關聯即為已足，並且此種證明係由人民主張<sup>11</sup>。

## (2) 德國法

德國法下的審查機制中比例原則具有主導性地位，就現行比例原則模型而言，係採取所謂四分支說，即除了傳統的適當性、必要性、狹義比例性以外，在適當性原則之討論前再追加檢驗侵害行為是否構成禁止手段與其所追求之目的是否合法。此一程序係用於討論國家所為之限制人民基本權之手段是否違法秩序所禁止或不許，縱然限制行為為最小侵害且具有其必要性，亦不得進入比例原則之審查<sup>12</sup>。

就比例原則之操作而言，其中最具爭議性者即為狹義比例原則，該原則主要係討論當二基本權衝突時究竟何者應具備優先之地位，而為順利此原則之運作，則須為立法事實之調查與判斷<sup>13</sup>。再者，就狹義比例性而言，有別於其他比例原則之審查步驟，即適當性與必要性，狹義比例性之用途為證成法律可能性的最佳化，有別於適當性與必要性著重事實上可能性之最佳化，法律可能性的最佳化將

<sup>9</sup> 參閱許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集，頁 215-217，2004 年 1 月。

<sup>10</sup> 參閱湯德宗，違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想，收錄於憲法解釋之理論與實務，第 6 輯，頁 28-35，1 版，2009 年 8 月。

<sup>11</sup> 參閱湯德宗，同前註 10，頁 38-39。

<sup>12</sup> See BERNHARD SCHLINK, *Proportionality (I)*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 723, (MICHEL ROSENFELD & ANDRÁS SAJÓ eds., 2012).

<sup>13</sup> 參閱許宗力，同前註 9，頁 214。

仰賴於不同原則間之碰撞與衡量，此點與事實上可能性之對於事實之純粹觀察，具有本質上之區別，並不採取單純物理世界對於特定事物之因果關係作為其證成之依據，而採取不同原則間互相衡量之結果，作為其證明國家侵害行為存在理由或欠缺理由之主要依據。因此這也直接促成狹義比例性在比例原則之討論中之獨特性與必要性<sup>14</sup>。

然若僅此三原則尚非完整之比例原則，仍須就上述原則提出具體操作標準，方屬可操作之理論，因此發展出明白性、可支持性與強烈內容審查，而此三種審查機制審查強度從弱到強又與其所涉及之基本權利相關<sup>15</sup>。

## 2. 我國違憲審查機制

就我國違憲審查制度而言，對於如何進行違憲審查可區分為不同時期，從早期的司法院大法官會議規則時期，到司法院大法官會議時期再到司法院大法官審理案件法時期，直到現今的憲法訴訟法時期，經歷數十年的演進，亦對違憲審查制度進行很大程度的更新<sup>16</sup>，其中最為重要者為對於比例原則的繼受與在地化，比例原則此一概念最早出現於司法院解釋第 414 號，自此我國開始引進比例原則之概念用於違憲審查<sup>17</sup>。

然而在這之中也產生一定的問題，自 2003 年我國平行繼受美國與德國的比例原則概念，例如我國實務從美國繼受了審查標準理論，用於言論自由案件之審查，又從德國繼受審查密度理論，用於職業自由案件，並最終嘗試調和此二種不同價值<sup>18</sup>。惟如前所述，德國法與美國法採取之違憲審查機制存在極大差異，德國法將大程度的仰賴比例原則之操作，美國法將著重於司法審查標準之採擇，因此導致我國實務產生一迥異現象，即對於比例原則之適用採取一個原則但須銜接三種審查基準（密度），因而產生實務上對於比例原則所適用之審查基準僅具個案性質亦或應全盤與比例原則進行連結而直接適用之問題<sup>19</sup>。以下本文將以商業性言論於我國違憲審查機制之應用為例，說明上述問題如何具體發生於我國違憲審查機制中。

## 3. 我國違憲審查機制之潛在問題：以商業性言論為例

我國對於涉及商業性言論所進行之違憲審查機制似乎較為接近美國審查機制，此點觀察司法院大法官解釋第 471 號即可得知，按該號解釋大法官採取美國

<sup>14</sup> See Robert Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, International Journal of Constitutional Law, Vol.3, Issue 4, 572, 573 (2005).

<sup>15</sup> 參閱許宗力，同前註 9，頁 214-215。

<sup>16</sup> 參閱張嘉尹，司法院大法官釋憲制度的變革——德國聯邦憲法法院化？，公法研究，第 7 期，頁 191-202，2023 年 12 月。

<sup>17</sup> 參閱黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，第 42 卷，第 2 期，頁 219。

<sup>18</sup> 參閱黃昭元，同前註 17，頁 231-232。

<sup>19</sup> 參閱黃昭元，同前註 17，頁 238。

模式用語，即「最小侵害手段」、目的手段間應具「合理適當之關係」為其論理之依據<sup>20</sup>。雖然採取美國模式為審查，並享受其所帶來之「類型化」利益，而避免德國模式之「個案衡量式」審查機制之複雜性<sup>21</sup>。然若觀察現行釋憲實務之運作，亦得明顯發現我國實務仍未完全依照美國模式為類型化之審查操作，仍然存在相同基本權利但卻採取不同審查原因與基準之結果，導致無法達成產生法一致性與法安定性之違憲審查制度目的。

以商業性言論之審查機制為例，按時間之進程可區分為三階段均採取不同審查要件，其一為，司法院大法官解釋第 414 號之與一般言論之**差別對待時期**；其二為，司法院大法官解釋第 623 號之與一般言論為**同等保障之時期**；其三，再到現今之司法院大法官解釋第 794 號、憲法法庭 112 年判字第 17 號回歸與司法院大法官解釋第 414 號相似，認為應為差別待遇之見解<sup>22</sup>。

在司法院大法官解釋第 414 號下並未對商業性言論之核心為完整之描述，逕行主張採取與 *Valentine v. Chrestensen* 案相同之雙階理論<sup>23</sup>，並區分為高價值與低價值言論，認定商業性言論為低價值，故不應受如同一般言論之保障<sup>24</sup>。

就司法院大法官解釋第 623 號而言，則主張「促使人為性交易之訊息，固為商業言論之一種，惟係促使非法交易活動，因此立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制」<sup>25</sup>。由此即可得知係採取與美國 *Central Hudson* 案相同之件也<sup>26</sup>，主張政府必須有重大利益，且該監管必須直接、實質地促進政府的實質利益，方為合理限制言論自由之原因<sup>27</sup>。

就司法院大法官解釋第 794 號與近期憲法法庭 112 年憲判字第 17 號而言，則又以不同標準審查言論自由，改採 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* 案<sup>28</sup>見解，即內容虛偽不實或具誤導性之商業言論始得限制之<sup>29</sup>。並且又再次強調對於商業性言論之保障，應與高價值言論有所區別，不可等量齊觀。

上述三解釋與一則憲法法庭判決均係以商業言論之言論自由為標的，就結論而言，存在極大差異，究其原因則為不同案件事實所致，與所採擇之標準不一致。

<sup>20</sup> 司法院大法官解釋第 471 號。

<sup>21</sup> 參閱黃昭元，憲法權利限制之司法審查標準：美國類型化多元標準模式之比較分析，臺大法學論叢，第 33 卷，第 3 期，頁 57-58。

<sup>22</sup> 司法院大法官解釋第 414、623、794 號、憲法法庭 112 年判字第 17 號。

<sup>23</sup> See *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942).

<sup>24</sup> See Thomas W. Merrill, *First Amendment Protection for Commercial Advertising: The New Constitutional Doctrine*, 44 U. Chi. L. Rev. 205, 233 (1976).

<sup>25</sup> 司法院大法官解釋第 623 號。

<sup>26</sup> See *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Svc. Comm'n*, 447 U.S. 557 (1980).

<sup>27</sup> See Nat Stern, *The Stubborn Survival of the Central Hudson Test for Commercial Speech*, 45 SEATTLE U. L. REV. 647, 652 (2022).

<sup>28</sup> See 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996).

<sup>29</sup> 參閱陳仲嶙，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，中原財經法學，第 27 期，頁 112，2011 年 11 月。

然而，既然所審查標的相同均為商業性言論之審查，縱然每個個案事實存在差異，此種差異是否將直接導致採取之審查基準改變，我國實務對此並未直接表明，僅於個別解釋中表明所採取之審查基準，為實質說明採取此一基準之具體理由。為解決此一問題，本文以為建立違憲審查制度之審查其準與論證步驟及存在其必要性，因此以下本文將嘗試建構，能降低或解決上述關於違憲審查機制之潛在問題之違憲審查機制。

## （二） 違憲審查機制之重構

如前所述，我國違憲審查機制之潛在問題在於同時融合德國與美國法之違憲審查機制，且於調和過程不能解決此二不同法領域理論之矛盾，本文以為似可回歸比例原則之核心概念，探討各該要件之應用，重述違憲審查機制，並建構一套完整審查架構，使我國違憲審查機制更為完善。因此以下本文將借鑑德國公法學家 Robert Alexy（下稱 Alexy）對於基本權與比例原則，與我國重要憲法學者黃舒芃教授之見解，嘗試建構更為完善之違憲審查機制。

### 1. 審查基準之重構：回歸比例原則

就傳統比例原則之審查，雖然亦著重於其子原則之操作，且如我國實務亦嘗試透過引進美國法之審查標準，試圖客觀化比例原則之操作，然而此種作法成效似乎無法達到引進之預期，而仍然產生前述對於相同基本權利之限制而得出截然不同之結論<sup>30</sup>。我國學者黃舒芃教授因此歸納出以下三點，說明我國實務為何縱然採取階層化審查基準，仍然無法解決前述面對之潛在問題：

- I. 在特定審查標準以及審查結論之間，似乎並不存有特別顯著或醒目之關聯。
- II. 儘管存在類型化的審查標準，在面對同一類型之基本權或相似之限制，適用之標準卻仍未必一致。
- III. 我國實務根據何種因素建構類型化比例原則體系，並不明確<sup>31</sup>。

透過上述整理可得知，我國實務對於比例原則之操作可能陷於恣意，且縱然存在事前對各該審查基本權之審查基準選擇程序，就該程序之結論而言，仍有可能陷於各該大法官之主觀恣意。因此我國實務引進美國法上審查標準之制度用於穩定個案審查基準之採擇，使審查基準得以客觀化，在我國似乎並不成功。

對於上述缺陷，有學者即指出對於審查基準之影響因素應單純化，具體而言，在過往實務發展之中，對於審查基準之選擇時常因為權力分立、立法裁量或立法形成空間等因素影響其審查基準之選擇，進而創造出有別於比例原則之違憲審查基準，建構於權力分立或立法裁量等因素之審查基準。對此學者認為並不妥適，

<sup>30</sup> 參閱黃舒芃，比例原則及其階層化操作，中研院法學期刊，第 19 期，頁 24，2016 年 9 月。

<sup>31</sup> 參閱黃舒芃，同前註 30，頁 21-24。

理由在於，若如此操作將可能架空比例原則作為違憲審查之一般性基準，並且可能稀釋比例原則之「節制不當公權力」之功能。這將導致大法官於個案審查時必須過分尊重立法形成自由，而無法對原本應以嚴格審查之基本權侵害為有效之嚴格審查<sup>32</sup>。

以司法院解釋第 794 號為例，該號解釋主張「言論自由，在於保障意見之自由流通...商品廣告所提供之訊息，其內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用，並以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，始受憲法 11 條言論自由之保障。國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商品廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的（如保護國民健康），自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商品廣告。」，透過此段論述可得知，大法官於選擇審查基準時，雖然表面上從受侵害之基本權出發，然而實際閱讀即可發現，對於基本權之保障範圍與相應審查基準選擇之主要理由，卻是全然繫於公共利益與立法裁量權，而非全然基於對受侵害基本權本身固有性質。

若接受上述學者對於審查基準選擇應單純化之見解，則就違憲審查機制之進行應回歸「對基本權嚴格把關」的角度出發，並且根據各該基本權進行實質論理，以避免違憲審查程序淪為形式，進而失去對基本權保護之功能<sup>33</sup>。

## 2. 比例原則的重構：以狹義比例性為核心

如前所述，對於違憲審查標準之選擇應盡量簡單化，對於違憲審查之進行亦應回歸比例原則，此時將產生一問題，即在前述中被學者排除在外，而在我國實務中具有重要地位之各種基於權力分立、立法形成自由或立法裁量等重要原則，應如何處理？對此本文以為似可參酌德國公法學者 Alexy 之基本權利理論，嘗試將上述重要原則置於狹義比例性層次處理。

按 Alexy 之基本權利理論，其透過一套原則理論來說明基本權規範在結構上具有之特徵，而其理論主要透過三個命題連結：

- I. 最佳化命題
- II. 碰撞法則
- III. 衡量法則<sup>34</sup>

以下本文將簡單說明這三個貫穿 Alexy 基本權利理論之重要命題，作為上述討論之銜接。

### （1）最佳化命題

所謂最佳化命題乃係源自於 Alexy 對於 Ronald Dworkin（下稱 Dworkin）規

<sup>32</sup> 參閱黃舒芃，同前註 30，頁 34-35。

<sup>33</sup> 參閱黃舒芃，同前註 30，頁 38。

<sup>34</sup> See ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, 47-50, (2009).

則與原則區分的接受，然而 Alexy 不僅只接受 Dworkin 提出之區分，更對其不足之處進行修正。所謂原則與規則的區分主要係基於二者於規範邏輯上之差異，規則是以全有或全無之方式適用法律規範，換言之，一旦構成要件事實該當，則發生法律效果，此外一個完整的規則必須包含其例外規定，例外亦為構成要件之一部；然而就原則而言，其規範性質卻與規則有所不同，縱然一個原則規範能清楚辨別其構成要件與法律效果，然而這不保證在個案上必然適用該原則，反而，原則具有是重量的，必須於個案上衡量後，方得予以適用<sup>35</sup>。

Alexy 認為「原則」是一種要求某事物在相對於法律與事實上的可能範圍內盡可能被高度實現之規範，因此原則乃是所謂最佳化誡命<sup>36</sup>。此種特徵使得原則能夠以不同的程度被實現，其實現之可能性將不僅繫於事實上之可能性，亦取決於法律上之可能性，這意味著原則之適用必須考量與之對立的規則或原則，因此每個原則的適用必須進行衡量<sup>37</sup>。

除此之外，Alexy 亦認為原則是「理想應然」，這意味著原則將要求自盡可能地被實現，然而由於原則的實現有賴於法律與事實的可能性，因此原則之初顯特徵與規則相比來的薄弱，因為規則具有確定的內容，而原則仍然需要透過法律與事實上之可能性方得確定<sup>38</sup>。

## (2) 碰撞法則

所謂碰撞法則又可區分為規則衝突與原則碰撞，主要區分乃源自於前述關於規則與原則自身規範邏輯之差異，前者係指當複數規則於相同個案事實同時主張有所適用，此時如果不是將相衝突規則之一嵌入另一規則，就只能宣告其中一規則無效。而此種排除某一規則之效力規則如「後法優於前法」、「特別法優於普通法」等選法法則，是一種有別於一般規則存在之後設規則<sup>39</sup>。

就後者（原則）而言，有別於前者（規則）必須依賴後設規則始得運作。在原則碰撞中各該碰撞的原則既非無效，又無法直接成立例外而直接獲得適用，相反的必須要基於特定案件事實進行衡量，這將導致特定原則將不必然於所有案件中均獲得優先地位，這也間接證明原則所遇有獨特的「重量」性質<sup>40</sup>。

更具體的說，當一原則被適用到個案上時，並不能就此推論出法律效果，而仍然須考量其他原則。且在適用上亦必須經過衡量程序始得於具體個案上發生效

<sup>35</sup> 參閱張嘉尹，法律原則、法律體系與法概念論，收錄於憲法學的新視野（一）——憲法科技整合研究的理論與實踐，頁 188-189，初版 1 刷，2012 年 10 月。

<sup>36</sup> See Robert Alexy, *supra* note 34, at 47-48.

<sup>37</sup> 參閱王鵬翔，論基本權的規範結構，臺大法學論從，第 34 卷，第 2 期，頁 13，2005 年 3 月。

<sup>38</sup> 參閱張嘉尹，同前註 35，頁 194-195。

<sup>39</sup> 參閱王鵬翔，同前註 37，頁 16。

<sup>40</sup> See Robert Alexy, *supra* note 34, at 50.

果<sup>41</sup>。也因如此，經過上述程序後即會得出較符合原因案件事實之原則，對該原則而言將產生新效果，即於該情況下，該原則之適用將成為新規則，若以形式語言表現之，即「當 P1 原則在 C 條件下優於 P2 原則： $(P1 \succ P2)C$ ，且當 P1 原則在 C 條件下具有法律效果 R，則下列規則生效：此時將產生一以 C 為構成要件之規則，並以 R 為法律效果： $C \rightarrow R$ 」<sup>42</sup>。

### (3) 衡量法則

如前所述，進行原則碰撞時必須依靠利益衡量方得知曉勝出之原則，進而始得獲知在具體個案下應適用之原則與相應之法律效果為何，由此即可發現在 Alexy 的理論之下，衡量法則亦具備重要地位，Alexy 指出原則衡量常與比例原則中之狹義比例性相提並論，Alexy 更進一步的指出，比例原則之操作與原則理論具備高度關聯性，可從原則理論中對於原則之極佳化誡命推導出比例原則之三項子原則<sup>43</sup>。

Alexy 主張，適當性與必要性來源於原則作為事實上之最佳化可能性，具體而言，對於必要性的討論將全然的繫於對事實之考察<sup>44</sup>，以必要性審查為例，O 代表要求，而 Z 代表目標，M 代表能達到 Z 的手段，OZ 代表要實現 Z。此時若不採取 M 手段即不能達到 Z 時，即必須採用 M 手段<sup>45</sup>。以符號化表述方式即為以下：

- (S)      ·      (1) OZ
- (2)  $\neg M \rightarrow \neg Z$
- (3) OM

至於比例原則中之狹義比例性則涉及法律可能性之最佳化問題，並且在這之中將遵守以下重要規則：「若某原則之不實現或受阻礙程度越高，則另一原則之實現或重要性就越高」，這也被稱為衡量法則<sup>46</sup>。就衡量法則之更具體應用可分為以下三階段：

第一階段：確定對第一個原則  $P_i$  的不滿足程度或對其造成的干預程度。

第二階段：在這一階段中要確定滿足相互競爭的另一原則的重要性  $P_j$ 。

<sup>41</sup> 參閱王鵬翔，規則、原則與法律說理，月旦法學教室，第 53 期，頁 77-78，2007 年 3 月。

<sup>42</sup> 參閱張嘉尹，同前註 35，頁 198-200。

<sup>43</sup> See ROBERT ALEXY, *supra* note 34, at 67.

<sup>44</sup> See ROBERT ALEXY, *supra* note 34, at 67-68.

<sup>45</sup> 參閱顏厥安，法、理性與實證，收錄於法與實踐理性，頁 159-160，初版 4 刷，2013 年 10 月。

<sup>46</sup> See Robert Alexy, *supra* note 14, at 573.

第三階段：判斷滿足後一原則  $P_j$  的重要性是否足以證明對前一原則  $P_i$  造成的干預或不滿足是正當的<sup>47</sup>。

然而縱然採取這套檢驗模式，仍然有可能產生僵局案件，此種情況將出現於當無法明確辨別  $P_i$  與  $P_j$  究竟何者更具有優先性之時，對於僵局案件 Alexy 認為此時落入了所謂衡量餘地之內，而衡量餘地之存在本身與司法權與立法權間的權限分配具有高度密切關係，理由在於衡量餘地之出現乃係源自於對於憲法之認識餘地，所謂認識餘地乃係對於憲法規範內容之探知界線，易言之，此時產生之問題極為對於憲法之要求為何？應由何機關具有優先認定之地位<sup>48</sup>。

而此處認識餘地又可區分為經驗上的認識餘地與規範上的認識餘地，就經驗上認識餘地而言，將發生於適當性與必要性之討論中，且由於此種不確定性的產生係透過事實認定的預測作為其前提，此時究竟應尊重立法者於立法時對事實之預測，抑或仍應以實質基本權之保障優先？對此 Alexy 主張應以「對一基本權之干預程度愈高」，則干預所依據之經驗性前提就必須具備更高確定性<sup>49</sup>。

至於規範上認識餘地之處理，由於其作用之範圍係狹義比例性之衡量法則之上，因此其面對之困境細如前述無法辨別究竟何原則應具備優先地位，此時 Alexy 主張應引進所謂「重量公式」以為緩解，所謂重量公式即引進更為細緻之區分程度，而重新衡量原本存在之僵局<sup>50</sup>。

對於上述重量公式之提出亦有學者認為，規範性上之認識餘地之界線似可仿照衡量法則予以界定，亦即若基本權受到之干預程度愈高，則衡量時之精緻程度亦應隨之提高，並且該學者認為，依照 Alexy 對於原則理論之建構，縱然提出更為細緻之審查基準，此種規範上之不確定性將必然存在，因此立法者之形成餘地僅可能隨著基本權干預程度與重要性之提高而降低，然而其不可能完全消失<sup>51</sup>。

### （三） 本文見解：回歸比例原則作為更完善的違憲審查機制

綜合以上學者對於違憲審查基準與比例原則理論之說明，本文以為似可將此二理論用於我國違憲審查制度，對於違憲審查基準之重述，即主張違憲審查基準應單純化並回歸比例原則之主張，本文以為似不至於造成適應上之障礙，真正可能造成阻礙者為，接受關於比例原則以狹義比例性為核心之見解，理由在於，此套比例原則模型之討論基礎必須建立於認同基本權作為原則之性質。對此，德國實務似不存在此種顧慮，係因該國憲法法院接受此種將基本權作為原則之見解<sup>52</sup>。

然而，就我國而言似乎並不存在此種直接將基本權與原則畫上等號之見解，

<sup>47</sup> See Robert Alexy, *supra* note 14, at 574.

<sup>48</sup> 參閱王鵬翔，同前註 37，頁 50。

<sup>49</sup> 參閱王鵬翔，同前註 37，頁 51。

<sup>50</sup> See ROBERT ALEXY, *supra* note 34, at 408.

<sup>51</sup> 參閱王鵬翔，同前註 37，頁 51-52。

<sup>52</sup> See ROBERT ALEXY, *supra* note 34, at 69.

至多僅如司法院解釋第 509 號蘇俊雄大法官之協同意見書中表明對於基本權利可能具有原則之性質，然並未明確點出其具備此種性質：

「基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權的實現要求）同時存在；此時，必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序的內部和諧。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。<sup>53</sup>」

然而若暫時肯認上述學者之主張，認同基本權具備原則性質將得以建構一套更為客觀且精巧之違憲審查機制，此時違憲審查機制之運作將有賴於比例原則，而被前述學者於審查基準選擇層次排除之權力分立、立法裁量與立法形成自由等原則或規則，將重新進入比例原則之狹義比例性階段被討論，而不至於因為排除甚至放棄對於此些原則之追求，若將上述原理原則置於狹義比例性透過衡量法則之操作，亦能得出一更為客觀且符合實踐理性之論理結論，如此一來更能提升違憲審查之客觀性與可信性。

若以前述商業言論之審查，套用上述制度，應首先探究其本旨為何，並視該本旨為支持規則之原則，再於具體個案上以其本旨與所對立之原則為衡量，最後再檢視得否通過整全性之審核。以下本文將具體操作司法院大法官解釋第 414 號、第 623 號、第 749 號與憲法法庭 112 判字第 17 號，嘗試透過實際操作展示前述學者見解之運作將對我國違憲審查程序帶來何種幫助。

按所謂商業性言論係指，直接進行商業交易之提議之言論，以及基於經濟動機而提及特定商品之廣告<sup>54</sup>。而於論證商業言論是否為我國言論自由所包含者，此點探究言論自由之保護內涵即可得知，按言論自由之保護內涵其一重要因素為自我實現，而商業性言論之內涵即高度涉及人民之自我實現，學者主張個人為達成其自我實現之目標，僅攝取政治性事項相關之決定尚有不足，必須針對與其自身最有密切關聯性之經濟性事務亦一併為決定或計劃方可達成自我實現之目的，因此商業性言論自為言論自由保護範圍所及<sup>55</sup>。且按 *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly* 案 Thomas 大法官協同意見書之主張，即商業性言論與一般言論應無二致之見解<sup>56</sup>，由此即可得商業性言論之本旨與一般言論相同，均係為實現自我所設之基本權。

<sup>53</sup> 司法院大法官解釋第 509 號蘇俊雄大法官協同意見書

<sup>54</sup> 參閱陳仲嶙，同前註 29，頁 117。

<sup>55</sup> 參閱黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法官會議司法院大法官解釋第四一四號解釋，臺大法學論叢，第 27 卷第 2 期，頁 374，1998 年 1 月。

<sup>56</sup> See *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001).

就司法院大法官解釋第 414 號案例事實而言，與商業性言論相對之原則，為與國民健康之公共利益；就司法院大法官解釋第 623 號案例事實而言，為防止促使非法交易活動之公共利益；以司法院大法官解釋第 794 號案例事實為例，係以法律限制商業性言論，達到防止大眾對於菸品廠商產生好感之重大公共利益；以憲法法庭 112 年第 17 號判決案例事實為例，係以法律限制醫師所為之廣告行為，並認為此種對醫師廣告之限制得對國民健康帶來實質上保護。

此時若貫徹前述學者見解而進行違憲審查時，將回歸比例原則之操作，以檢驗國家對於人民基本權之限制是否能通過檢驗而獲得正當化之基礎。就上述提及之實際案例仍應先通過比例原則中目的妥適性、適當性、必要性與狹義比例性之檢驗方得獲得限制人民基本權之正當化基礎。然而由於除了狹義比例性之操作將有別於傳統比例原則之操作，因此以下將著重於狹義比例性中關於原則碰撞與衡量法則之應用。

如前所述，操作衡量法則時必須嚴守其核心理念，即「若某原則之不實現或受阻礙程度越高，則另一原則之實現或重要性就越高<sup>57</sup>」，並以此開啟前述衡量之三個階段，易言之，即在具體個案中尋找本案所適用或涉及之原則規範，並且進行原則規範之碰撞或比較<sup>58</sup>。原則間之比較時，由於規則具有排他性與獨立於內容之特性，因此必須該主張之原則具備足夠重要性，以使之得突破過往立法權威，使該原則於此一情況下得以優先適用<sup>59</sup>。而就上述三則司法院大法官解釋所涉事實而言，即必須衡量，其主張之重大公共利益是否全然優於言論自由所保障之自我實現目的。

就司法院大法官解釋第 414 號案例事實，其所主張之公共利益係涉及不特定多數人，且為與藥物管制相關，以之與商業性言論之本旨為原則碰撞之運作，此時由於所追求之公益得通過原則碰撞，因本案主張之公共利益確實具備強大正當性，即基於不實之藥品廣告對於一般人民可能造成之嚴重損害，此時商業性言論（亦或言論自由之保護）似難以提出足以突破既有法秩序之主張，用以說明為何於此情況下，言論自由具備優位性，因此就結論而言，本文以為似仍難得出與司法院解釋第 414 號相反之見解。

就司法院大法官解釋第 623 號案例事實而言，本案限制商業言論係因防止犯罪之發生，且涉及對象為未成年人，其中存在防止兒童成為性交易客體之目的，具備重要公共利益。言論自由固然具有其作為基本權之性格，而應予保障，然而其保障並非全然具備優先地位，若與之碰撞之其他原則具有優先地位，如本案之情況，對於防止兒童成為性交易客體此一公益顯然大於人民言論自由之保障，因

<sup>57</sup> See Robert Alexy, *supra* note 14, at 573.

<sup>58</sup> See Robert Alexy, *supra* note 14, at 574.

<sup>59</sup> 參閱王鵬翔，同前註 41，頁 80。

此難謂其不得突破不得限制言論自由之限制。

就司法院大法官解釋第 794 號案例事實而言，此處涉及之公共利益係關於人民身體健康之促進，就此而言其追求之目的具備正當性，且採取之手段有助於達成其目的，然而就其欲追求或達成之公共利益而言，應具備其他管道達成之可能性，例如以教育或加強宣導等方式使人民對於菸害更加了解，似乎不必然須以限制菸商為公益贊助之手段達成之，此舉無疑限制菸商回饋社會之自我實現目的，因此本文以為其難以通過必要性之審查。

縱然其通過必要性審查，亦難通過狹義比例性中原則碰撞與衡量法則之檢驗，理由在於，雖然存在公共利益，然而此處其所追求之公共利益難以提供足以正當化其所為基本權侵害之理由，具體而言，此時難以僅透過不具備重大急迫性之身體損害，作為限制言論自由此一基本權利之理由。據此本文以為於司法院大法官解釋第 794 號之事實背景下難以得出法規合憲結論。

就憲法法庭 112 年第 17 號判決案例事實為例，所涉及之公共利益與司法院解釋第 794 號相同均係針對人民身體健康為依歸，並因此對於醫生所為廣告行為進行限制，此等限制係對於人民言論自由之限制，就其所欲追求之立法目的而言，並未違反憲法核心價值，且採取之手段確實適合達成其目的，然而就手段必要性而言，似難謂合於比例，理由在於國家之限制手段係希望透過限制醫師之廣告行為，實質提升人民身體健康之公共利益，然而此種限制是否能達到其所欲追求之公益，亦難加以驗證，因此更進一步之必要性檢驗亦因此難以成立。

縱然能通過必要性之檢驗，此種公共利益之追求可能亦難以獲得正當化之基礎，而主要理由與前述本文對司法院解釋第 794 號給出之理由相同，即醫療廣告行為並不一定將對人民之身體健康造成實質之損害，此時若以全面禁止之手段對於作為核心基本權之言論自由為限制，難謂通過衡量法則之檢驗，因此本文亦認為此時國家對人民所為之言論自由限制，不具備正當化理由，因此一違憲之基本權限制行為。

透過上述對具體個案之操作，可發現若採行上述學者見解將我國基本權認定具有原則性質，將違憲審查機制回歸比例原則，能得出一更清晰對於違憲審查機制之操作，可明確知悉操作之步驟與操作之客體為何，且在此套模式下，亦能達到做出合憲與違憲之結論，並不因此喪失作成任一結論之可能性，再者採取此種審查機制將依賴論證理論為其運作核心，採取此種運作模式將允許提出任何主張，只要提出者得對其主張為適當證成即可<sup>60</sup>。

#### 四、 結論

綜上所述，本文以為我國現行違憲審查機制具有潛在問題，實務上對於違憲

<sup>60</sup> 參閱顏厥安，同前註 45，頁 118-122。

審查基準之選擇雖然採取類似美國法之類型化審查標準制度，然而時常於具體個案上出現更改或變動既定審查基準，且時常以立法者形成自由等權力分立理由或不給予充分理由即進行審查基準之變動。因此本文以為若將選擇審查基準之程序全然回歸比例原則之操作，似得有效緩解上述潛在問題，並透過 Alexy 提出之基本權利理論與比例原則體系之理論，將比例原則之操作更細緻、客觀化，並強調比例原則中狹義比例性之運作，以之作為衡量各式規則衝突與原則碰撞之解決機制，試圖得出一種更為客觀且全面之審查機制。

## **五、 參考資料**

### **(一) 中文文獻**

#### **1. 專書**

- (1) 葉志成、葉立誠，研究方法論與寫作，新北：商鼎出版社，第三版，2011年。

#### **2. 專書論文**

- (1) 張嘉尹，法律原則、法律體系與法概念論，收錄於憲法學的新視野（一）——憲法科技整合研究的理論與實踐，頁 181-227，初版 1 刷，2012 年 10 月。
- (2) 許宗力，比例原則與法規違憲審查，戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集，頁 213-230，1 版，2004 年 1 月。
- (3) 湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，收錄於憲法解釋之理論與實務，第 6 輯，頁 1-38，1 版，2009 年 8 月。
- (4) 顏厥安，法、理性與實證，收錄於法與實踐理性，頁 213-234，初版 4 刷，2013 年 10 月。

#### **3. 期刊論文**

- (1) 王鵬翔，論基本權的規範結構，臺大法學論從，第 34 卷，第 2 期，頁 1-61，2005 年 3 月。
- (2) 洪謙德，憲法與社會的互動—憲政主義之哲學分析，台灣民主季刊，第 2 卷，第 2 期，頁 101-140，2005 年 6 月。
- (3) 張嘉尹，司法院大法官釋憲制度的變革——德國聯邦憲法法院化？，公法研究，第 7 期，頁 183-207，2023 年 12 月。
- (4) 張嘉尹，法律原則、法律制度與法律概念論—Robert Alexy 法律原則理論初探，輔仁大學，第 24 期，頁 1-48，2002 年 12 月。
- (5) 陳仲嶙，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，中原財經法學，第 27 期，頁 101-150，2011 年 11 月。
- (6) 陳宗憶，台灣裁判憲法審查制度之難題及其解方，台灣法學論叢，第 51 卷特刊，頁 833-912，2022 年 11 月。

- (7) 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，第42卷，第2期，頁215-258，2013年6月。
- (8) 黃昭元，憲法權利限制之司法審查標準：美國類型化多元標準模式之比較分析，臺大法學論叢，第33卷，第3期，頁45-148，2004年5月。
- (9) 黃舒芃，比例原則及其階層化操作，中研院法學期刊，第19期，頁1-52，2016年9月。
- (10) 黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法官會議司法院大法官解釋第四一四號解釋，臺大法學論叢，第27卷第2期，頁347-393，1998年1月。

#### 4. 法院判決

- (1) 司法院大法官解釋第414號。
- (2) 司法院大法官解釋第509號蘇俊雄大法官協同意見書
- (3) 司法院大法官解釋第623號。
- (4) 司法院大法官解釋第791號。
- (5) 司法院大法官解釋第794號。
- (6) 憲法法庭112年第17號判決。

#### (二) 英文文獻

##### 1. 專書

- (1) ALEXY, ROBERT., A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, OXFORD UNIVERSITY PRESS, UNITED STATES OF AMERICA (2009).
- (2) ROSENFELD MICHEL., & SAJÓ ANDRÁS., THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, OXFORD UNIVERSITY PRESS, OXFORD, UNITED KINGDOM (2012).

##### 2. 期刊論文

- (1) Alexy Robert., *Balancing, constitutional review, and representation*, International Journal of Constitutional Law, Vol.3, Issue 4, 572-581 (2005).
- (2) Merrill, Thomas W., *First Amendment Protection for Commercial Advertising: The New Constitutional Doctrine*, 44 U. CHI. L. REV. 205, 205-254 (1976).
- (3) Stern, Nat., *The Stubborn Survival of the Central Hudson Test for Commercial Speech*, 45 SEATTLE U. L. REV. 647, 647-705 (2022).

##### 3. 法院判決

- (1) 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 U.S. 484 (1996).
- (2) Central Hudson Gas & Elec. v. Public Svc. Comm'n, 447 U.S. 557 (1980).

- (3) Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 U.S. 525 (2001).
- (4) Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52 (1942).