

比例原則之回顧與展望

—以大法官解釋及憲法法庭判決為中心

陳信安

國立中興大學法律學系教授

(會議初稿，僅供會議宣讀之用)

壹、前言

相較於其他法律原則，比例原則有其特殊之處；其不僅是法律人於處理法律爭議時常運用之原則，即令是一般人民，對於比例原則亦非屬陌生，甚至往往亦成為其在討論公共議題時所時常脫口而出之判斷標準或論述依據¹。如由法學研究之觀點而論，目前不論是學理，抑或是司法實務，於涉及憲法層次之比例原則問題之探討時，對於比例原則之憲法依據及其具體內涵等面向之問題，已有幾乎可說是完全一致之共識。對此，職司憲法解釋及審判之司法院大法官可說居功厥偉；換言之，大法官藉由在個案中運用比例原則就系爭法規範之合憲性爭議所作成之相關解釋及判決，不僅逐步塑造比例原則之樣貌與充實其具體內涵，並進一步強化其運用。

然而，在以比例原則檢視尤其是法規範之合憲性時，對於應如何具體運用比例原則，尤其是應審酌何等因素以確定個案所應採行之審查標準、如何檢視系爭法規範所謀求實現之目的是否為憲法所允許之正當目的與該等目的所欲謀求實現之公共利益重要性程度、如何判斷系爭法規範所採取之限制手段與該等目的之達成間係具有何等程度之關聯性，乃至於如何衡量目的之公共利益重要性與限制手段對基本權利所生之限制程度二者間是否相稱而無失均衡等問題，迄今不論是在學理，甚至是憲法法庭個別大法官彼此間，仍存在有相當程度之見解分歧情形；也因此，或有值得探討與分析之必要。

本文之研究主題設定為比例原則之回顧與展望，以大法官涉及比例原則運用所作成之解釋及判決作為本文觀察及評析之對象。在此等主題設定之脈絡下，本文除觀察大法官於是類解釋及判決中對於比例原則之具體運用情形外，並將嘗試就是類解釋及判決於運用比例原則時，對於前述與比例原則之具體運用密切相關

¹ 例如新聞媒體曾報導，社工予警察銬手銬送辦 民團：無符合比例原則。就此，參閱 <https://news.pts.org.tw/article/685242> (最後瀏覽日：2024 年 11 月 22 日)。

之問題所為之論理內容進行評析，以探究大法官就比例原則是否已發展出明確且具可操作性之運用模式。但於此須先說明的是，本文並非以歷來所有涉及比例原則運用之解釋及判決為觀察及評析之對象，此一方面不僅因數量十分龐大而恐非單篇學術論文所能妥適處理；另一方面，對於較為早期涉及比例原則運用之大法官解釋，許宗力大法官、黃昭元大法官、湯德宗大法官及黃舒芃教授等法學先進均已撰有專文而為十分精闢之評析²。如由該等專文之發表時間先後以觀，諸位法學先進之專文大抵包括 2016 年之前所作成之大法官解釋，也因此，本文乃以此為界，而以 2016 年以後大法官所作成涉及比例原則運用之解釋，乃至於憲法訴訟法施行後由憲法法庭所作成之判決為觀察及評析之對象。

貳、比例原則運用之簡要回顧

一、萌芽時期

如依黃昭元大法官之觀察，首次由憲法觀點提及比例原則者，為 1997 年第四次修憲以前由第六屆大法官所作成之釋字第 414 號解釋³。然而，該號解釋並非係運用比例原則審查系爭藥事法第 66 條關於藥物廣告之事前審查規定之合憲性，而是於解釋理由書之末段，以性質或屬警告性解釋之方式，附帶要求主管機關應依比例原則隨時檢討修正關於藥物廣告應先經核准之事項、內容及範圍。真正運用比例原則審查系爭法規範之合憲性者，應為大法官就系爭郵政法第 25 條排除補償一般掛號郵件毀損之規定之合憲性爭議所作成之釋字第 428 號解釋。然而，若進一步細究釋字第 428 號解釋之後所作成而涉及比例原則運用之解釋，可以認為此一時期大法官主要係以形構，或者更確切而言，係以確認比例原則之內涵為主。例如直到釋字第 476 號解釋，大法官首次明確揭示比例原則尚內含有「目的正當性」、「手段必要性」，以及「限制妥當性」等三項不同子原則⁴。然而，經此所揭示之三項子原則，乃與當前學理及司法實務對於比例原則內涵之理解有部

² 就此，參閱許宗力，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 77 以下；同氏著，比例原則之操作試論，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 121 以下；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想，憲法解釋之理論與實務（第六輯），下冊，2009 年 7 月，頁 1 以下；黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 215 以下；黃舒芃，比例原則及其階層化操作—一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，19 期，2016 年 09 月，頁 1 以下。

³ 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 218 以下。

⁴ 該號解釋之解釋文乃謂：「惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則……」。

分落差；即其未提及「手段適當（合）性」此一子原則⁵。直到第六屆大法官卸任之前，於釋字第 542 號解釋中方出現言及手段適當性此一子原則內涵，即「所使用之手段……有助於上述目的之達成」之解釋內容。

姑且不論前述與當前學理及司法實務對於比例原則內涵之理解有所落差之情形，即便釋字第 476 號解釋已明確揭示前述三項比例原則之子原則，但對於如何具體運用該三項子原則以審查系爭法規範之合憲性，第六屆大法官似乎尚處於摸索之階段。同樣再依循黃昭元大法官之觀察，氏認為在第六屆大法官時期，除少數幾號解釋外，其餘言及比例原則之解釋既未進一步揭示各項子原則之內涵，亦未就如何具體運用各項子原則進行系爭法規範之合憲性審查加以闡述。氏對此之觀察結論指出，此一時期對於比例原則之具體運用情形，可謂「相當粗糙或空泛，往往欠缺具體的說理論述」⁶。

二、成形時期

此等情形乃隨著 2003 年依新修正之憲法增修條文第 5 條規定所任命之大法官就職後，更為頻繁地於個案中運用比例原則審查系爭法規範之合憲性，而有顯著的改善。申言之，在 2003 年之後，乃至於本文所觀察之 2016 年後所作成之解釋及判決中，大法官已進一步明確地將釋字第 542 號解釋所論及之手段適當性納入，而作為比例原則之其中一項子原則予以運用。除此之外，在具體運用情形方面，亦明顯可見大法官於部分個案中，已開始依序檢視系爭法規範是否具備目的正當性、手段適合性與必要性，以及限制之妥當性或所謂相稱性。以具有指標性意義之 111 年憲判字第 1 號判決為例，大法官即明確揭示系爭道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項關於強制抽血檢測酒精濃度之規定，僅有「目的須為追求憲法上特別重要公共利益，所採手段應有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，且其對基本權利之限制與其所欲追求之特別重要公共利益間應具相稱性」之情況下，其對於憲法第 8 條所保障人身自由與憲法第 22 條所保障身體權施加之限制「始與憲法第 23 條之比例原則無違」。

然而，若進一步觀察可以發現，大法官並非在所有涉及人民基本權利限制之合憲性問題之個案中，均依循上述審查步驟，而逐一檢視系爭法規範是否符合目的正當性、手段適合性與必要性，以及限制妥當性或相稱性等比例原則四項子原則之要求，以判斷其合憲性。相反地，在若干案件中，大法官僅就系爭法規範之

⁵ 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 220。另外，亦可參閱許宗力，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力(二)，2007 年 1 月，頁 83。於該文中，許宗力大法官觀察釋字第 436 號解釋及其後所作成之解釋後，得到「迄今適合原則此一用語未曾被使用過……」之觀察結果。

⁶ 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 224。

規範目的是否正當，或者確切而言，是否為謀求具某種程度重要性之公共利益，以及其所採取之手段與目的之達成間是否具備一定程度之關聯性此二面向進行審查，以判斷其對於人民基本權利所造成之限制是否合憲。而此，或與大法官開始於個案中由不同審查標準出發而運用比例原則有關。

三、審查標準之採用及不同模式之爭論與混合運用時期

如前所述，在第六屆大法官時期，對於比例原則之具體運用很明顯地尚處於有待細緻化之初步萌芽、發展階段，也因此，大法官即便於解釋中使用例如「應受較為嚴格之規範」、「合理適當」等令人聯想或與審查標準有關之用語⁷，恐怕亦無法確切地認定大法官於此一時期，已有意識地在相關解釋中明確揭示與比例原則之具體運用息息相關之審查標準，更遑論將其類型化，抑或是使其具明確之可操作性⁸。相對於此，學理於此一時期已開始探討於個案中應如何具體運用比例原則之問題，尤其是應如何決定個案中系爭法規範合憲性之審查標準，以及在決定審查標準後應如何進行審查等問題，並進而引發德國模式與美國模式二者，何者較為適合於我國之探討⁹。

(一) 德國模式及審查標準概述

所謂德國模式，簡而言之，係指在運用比例原則審查個案中導致基本權利遭受限制之系爭法規範之合憲性時，基本上係依序就其所謀求實現之目的是否為憲法所允許而具正當性之目的（即目的正當性）、所採取之手段是否有助於該等目的之達成（即手段之適當性）¹⁰、所採取之手段是否為對於目的之達成係屬同樣有所助益之不同手段中，對於基本權利侵害最小，且對於第三人及一般公眾不會

⁷ 例如釋字第 414 號解釋所謂「藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範」、釋字第 471 號解釋所謂「對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當之關係……」；釋字第 509 號解釋所謂「惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制……」；釋字第 551 號解釋所謂「法律對於人民自由之處罰或剝奪其生存權，除應有助於達成立法目的，尚須考量有無其他效果相同且侵害人民較少之手段，處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係，方符合憲法第二十三條規定之比例原則……」。

⁸ 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 224。

⁹ 就此，可參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 45 以下；許宗力，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力(二)，2007 年 1 月，頁 77 以下；同氏著，比例原則之操作試論，法與國家權力(二)，2007 年 1 月，頁 121 以下。

¹⁰ BVerfGE 152, 68, 130 f. Rn. 166; 155, 238, 279 Rn. 102; 156, 63, 116 Rn. 192; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 185.

造成過度負擔之手段（即手段之必要性）¹¹，以及所謀求實現之公共利益重要性與因此對人民基本權利所生限制二者間是否相當或相稱（即所謂相當性、相稱性或狹義比例原則）¹²。

只是於此須注意的是，德國聯邦憲法法院向來認為，立法者對於法規範之形構，包括規範目的之設定、藉由法規範之制定以履行特定國家任務時，履行之類型、範圍、乃至於時點等事項，均屬立法者得以自為決定之範圍；換言之，立法者乃享有廣泛之形成空間。基此，聯邦憲法法院於審查系爭法規範是否合憲時，所應關切者，並非立法者對於系爭問題係否已採取最為妥適、最合於目的，甚或是最為理性之解答，毋寧係立法者是否切實遵守憲法，尤其是基本權利對其於形構系爭法規範時所揭示之外部界限。也因此，立法者是否已經逾越前述廣泛之形成空間而碰觸該等外部界限，毋寧應依個案之審查標的、所涉及事物領域之特性、因系爭法規範而面臨受有限制風險之相關法益，乃至於現行憲法上審查標準之範圍等因素而逐一認定之¹³。

再者，依聯邦憲法法院相關裁判見解認為，在運用比例原則檢視系爭法規範之合憲性時，有鑑於立法者於設定系爭法規範所預謀求實現之立法目的後，對於所採取之手段是否有助於該等目的之達成¹⁴、是否尚有其他對於目的之達成能提供相同助益之手段、如有，則所採取之手段與其他未被採取之不同手段相比，是否為對基本權利侵害最小之手段¹⁵，乃至於在判斷系爭法規範是否符合相稱性原則之要求時，就所涉及之公共利益重要性及其實現之迫切性等問題，均係由立法者於立法時依據一定事實所為之預測或評估¹⁶；對此，聯邦憲法法院稱為內含有蓋然率判斷（*Wahrscheinlichkeitsurteil*）之立法預測或評估特權¹⁷。也因此，於運用比例原則審查系爭法規範是否符合手段適當性與必要性，以及相稱性等各項子原則之要求時，毋寧某種程度上係立基於過往經驗，而對系爭法規範未來可能產

¹¹ BVerfGE 148, 140, 57 Rn. 47; 159, 223, 314 Rn. 203; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. November 2023 - 1 BvL 6/21 -, Rn. 143.

¹² BVerfGE 155, 119, 178 Rn. 128; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 216.

¹³ BVerfGE 109, 279, 336; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 185.

¹⁴ BVerfGE 109, 279, 336; 152, 68, 131 Rn. 166; 156, 63, 116 Rn. 192; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 185.

¹⁵ BVerfGE 126, 112, 144f.; 152, 68, 136 Rn. 179; 155, 238, 280 Rn. 105; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 204.

¹⁶ BVerfGE 68, 193, 219 f.; 121, 317, 356 f.; 152, 68, 137 Rn. 183; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 217.

¹⁷ BVerfGE 50, 290, 332.

生之各類影響所為可靠之假設（Annahme）進行檢視¹⁸。對於立法者基於前述預測或評估特權所制定限制人民特定基本權利之系爭法規範，聯邦憲法法院於運用比例原則審查其合憲性時，即以明顯（白）性審查（Evidenzkontrolle）、可支持性審查（Vertretbarkeitskontrolle），以及強烈內容審查（intensivierte inhaltliche Kontrolle）等不同審查密度加以因應¹⁹；換言之，即係以不同之審查密度對於立法者於立法時所為之預測或評估，以及其所確定而作為該等預測或評估依據之事實進行不同程度之內容審查²⁰。至於在決定個案審查密度時所應審酌之因素方面，聯邦憲法法院亦曾明確揭示，應就所涉事物領域之特性、作成充分可靠之蓋然性判斷之可能性、相關法益之重要性，以及基本權利受侵害之程度等因素加以審酌²¹。

（二）美國模式及審查標準概述

至於在美國模式方面，依學理觀察，至少在美國聯邦最高法院就系爭法規範進行合憲性審查時，並未如德國聯邦憲法法院係明確運用比例原則為審查²²；但此並不表示美國聯邦最高法院係在未有任何合憲性審查依據之情況下進行審查。相反地，在藉由法院裁判之持續積累與發展下，學理認為，美國聯邦最高法院對於系爭法規範之合憲性爭議，乃有各種不同而與系爭法規範所涉及之基本權利保障內涵密切相關，且具有實質價值判斷屬性之審查標準²³；其中常為我國學理所討論者，為合理審查標準與嚴格審查標準，以及後來再行發展而成之中度審查標準此三重審查標準²⁴。該等三重審查標準乃置重於系爭法規範所欲謀求實現

¹⁸ Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., Bd. 3, 2018, Art. 93 Rn. 44.

¹⁹ BVerfGE 50, 290, 332; 153, 182, 272; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 171.

²⁰ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., 2020, § 14 Rn. 328; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl., 2021, Rn. 533.

²¹ BVerfGE 45, 187, 238; 50, 290, 332; 153, 182, 283.

²² 湯德宗大法官觀察美國聯邦最高法院及學理見解後，認為美國聯邦最高法院乃有「拒絕引進（移植）『比例原則』」之情形。就此，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，憲法解釋之理論與實務（第六輯），下冊，2009年7月，頁593。相類似之觀察結論，亦可見於黃昭元大法官之大作，而謂「美國法院及學界不僅從一開始就沒有發展出類似比例原則的『單一』審查標準；即使直到今日，絕大多數學說及法院似乎也無意接受比例原則式的單一審查標準」。就此，參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁111以下。

²³ 黃昭元大法官將之稱為「多元審查標準」。就此，參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁82。

²⁴ 就此，參閱林子儀，言論自由導論，台灣憲法之縱剖橫切，2002年12月，頁165以下；許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力（二），2007年1月，頁137以下；另同氏著，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力（二），2007年1月，頁80以下；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想，憲法解釋之理論與實務（第六輯），下冊，2009年7月，頁

之目的，以及其所採取之手段與該等目的之達成間所生之關聯性此二面向之審查；換言之，藉由寬嚴不同審查標準之擇定，以檢視系爭法規範之目的是否正當與是否符合審查標準所要求之重要性程度，以及所採取之手段與目的之達成間是否亦符合審查標準所要求之關聯性程度。基此，在合理審查標準下，僅要求系爭法規範應謀求屬於合法或正當之目的或利益之實現，以及手段與目的之達成間，僅須具合理之關聯性即可；在中度審查標準下，乃要求系爭法規範應謀求重要之目的或利益之實現，手段與目的之達成間應具實質關聯性；而在嚴格審查標準下，系爭法規範所應謀求實現者，為極為重要或重大迫切之目的或利益，且手段與目的達成間之關聯性亦進一步提升至必要或直接相關之程度²⁵。

藉由前述審查標準擇定，某種程度上亦讓美國聯邦最高法院之裁判結果具有一定程度之可預測性。一般而言，若於個案中用以審查系爭法規範合憲性者，為嚴格審查標準時，則系爭法規範「幾乎均難逃過被法院宣告為違憲的命運」²⁶；之所以如此，學理認為係因為在嚴格審查標準下，聯邦最高法院基本上已推定系爭法規範為違憲，除非應負舉證責任之政府部門能有效證明其合憲性，否則被宣告為違憲可說是理所當然之結果。相對的，在採寬鬆審查標準之情況下，聯邦最高法院則是適用合憲性推定原則；惟有指謫系爭法規範為違憲之原告能有效地證明其違憲情形，否則基本上系爭法規範經審查之結果多為合憲。較難以預測者，為採中度審查標準之情形；在此等情形中，聯邦最高法院並未先行為合憲性或違憲性之推定，且雖然係由政府部門負舉證責任，但政府部門仍有相當之可能性得以有效證明系爭法規範之合憲性，從而其審查結果即不若採前二類審查標準般之具可預測性²⁷。

另外值得探討者，為決定前述審查標準時所審酌之因素問題。如依據學理觀察，則應可確定的是，系爭法規範所涉及之基本權利類型，以及對於基本權利所為限制之態樣與所生之限制效果，毋寧係決定性之因素；除此之外，類型化亦係美國聯邦最高法院於決定審查標準時，所採用之決定方法²⁸。換言之，藉由歷來

608 以下；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 82 以下。

²⁵ 就此，參閱林子儀，言論自由導論，台灣憲法之縱剖橫切，2002 年 12 月，頁 166 以下；許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 138 以下；另，同氏著，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 81；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想，憲法解釋之理論與實務（第六輯），下冊，2009 年 7 月，頁 611 以下；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 83 以下。

²⁶ 林子儀，言論自由導論，台灣憲法之縱剖橫切，2002 年 12 月，頁 167。

²⁷ 關於此部分之詳細說明，參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 83 以下。

²⁸ 就此，參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 97 以下。

相關裁判之逐漸積累，而逐步就基於所涉及之基本權利類型以決定審查標準之結果予以類型化，進而至少有助於日後審查標準之擇定。但即便如此，對於在個案中應如何審酌何等因素以決定系爭法規範合憲性之審查標準，仍常有爭議，而每每成為美國學理及實務爭論之焦點²⁹。

（三）二類模式之對比

對於上述德國模式與美國模式之內涵及運作差異，我國學理已有諸多深入評析之文獻。其中有嘗試將該二類模式互為對比者，而認為美國模式下之寬鬆審查標準，相當於德國模式中探究系爭法規範所採取之手段是否有助於目的達成，即適當性之審查³⁰；理由在於，所謂德國模式中對於手段適當性之審查，僅係要求有助於目的之達成而已，與美國模式之寬鬆審查標準要求所採取之手段與目的之達成間，應具合理關聯性近似所致。再者，美國模式之嚴格審查標準乃與德國模式之必要性審查相當，理由在於其亦要求所採取之手段對於目的之達成應具有直接、必要之關聯性，抑或是並無其他對於所涉及之基本權利限制更小之手段可資代替³¹。最後，在德國模式之相稱性審查方面，有認為其核心內涵既然係就個案中系爭法規範所欲謀求實現之公共利益重要性，與因此對人民基本權利所生限制二者間是否相當或相稱加以檢視，則以此與美國模式相對照，應近似於前述三重審查標準之外，而為另一種亦為美國聯邦最高法院時常運用之個案利益衡量此一審查標準³²。

²⁹ 就此，相關見解之說明與分析，參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁100以下。

³⁰ 許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力（二），2007年1月，頁138；另，同氏著，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力（二），2007年1月，頁81；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁126。

³¹ 許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力（二），2007年1月，頁138；另，同氏著，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力（二），2007年1月，頁81；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁126。對此，湯德宗大法官則是認為二者仍有如下之差異而無法相互類比，即：在德國模式中審查所採取手段之必要性時，係由同樣有助於目的達成之數個手段間，探究系爭法規範所採取之手段是否為對基本權利侵害最小之手段；換言之，於此已經由「同樣有助於目的達成」此一要件為先行篩選。相對地，在美國模式之嚴格審查標準脈絡下，則無此一篩選要件，而係將所有對於目的之達成均屬妥適之手段納入判斷。就此，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，憲法解釋之理論與實務（第六輯），下冊，2009年7月，頁599。

³² 就此，黃昭元大法官曾先認為相稱性之審查是「……典型的個案利益衡量。在美國模式下，個案利益衡量本身就是一種獨立的審查標準，而可直接適用。……又因為利益衡量的標準容許法院綜合個案之各項因素而為整體判斷，所以經常是法院在找不出適當的特定審查標準，甚至連三重審查標準都難以選擇其一適用時，最後賴以裁判的基準式審查標準」。就此，參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁131。如由氏該等說明以觀，應未認為德國模式之相稱性審查近似於美國模式之中度審查標準，而係與獨立於三重審查標準之外的個案利益衡量此一審查標準相當。然而，在較為後

而在將二類發展脈絡、內涵，甚至所立基之基本理論思維等各方面均有顯著差異之運作模式進行互相比較、對照，並進而嘗試探求二者有無相通之處、共存之可能，可以想見將面臨諸多因觀察角度不同所衍生之爭議；例如德國模式是否僅係就比例原則此一合憲性審查依據再行區分寬嚴不同之審查標準，抑或在不同審查標準之決定下，其已非單一之合憲性審查依據，乃至於德國模式之審查標準是否僅針對立法事實而設，而不及於所採取之手段在要件及法律效果等面向之審查等，均屬之³³。對此，本文基於問題之聚焦及篇幅限制，不再就是類問題進行探討，毋寧僅就大法官涉及比例原則運用之解釋及判決，觀察其實際運作情形，並以觀察結果為基礎進行評析。

參、審查標準之揭示

或許係受到學理研究之影響，2003 年以後大法官亦開始在個案中採行不同審查標準，以具體運用比例原則以檢視系爭法規範之合憲性。若以今日之觀點而論，則首次得以明確辨識大法官係以特定審查標準運用比例原則者，為涉及商業性言論限制合憲性爭議之釋字第 577 號解釋。於該號解釋中，大法官揭示「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊」；由其中所謂「立法採取與目的達成有實質關聯之手段」之闡述用語可知，大法官應係採取「較為嚴格」或「中度」之審查標準而為比例原則之運用³⁴。

期之論文中，氏則是認為「.....中度審查標準...接近狹義比例原則之個案權衡.....」。就此，參閱黃昭元，平等全審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等全審查上的適用可能，臺大法學論叢，37 卷 4 期，2008 年 12 月，頁 278，註 63。就此，二者說明似乎略有不同。另外，相較於在論及美國模式其他二類審查標準時，乃個別將之與德國模式相比，許宗力大法官於論及中度審查標準時，則未有與德國模式相比之論述。就此，參閱許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力(二)，2007 年 1 月，頁 139；另，同氏著，比例原則與法規違憲審查，法與國家權力(二)，2007 年 1 月，頁 81。

³³ 相關問題之提出，或可參考黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼承與在地化，臺大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 235 以下。

³⁴ 或有謂在第六屆大法官所作成之釋字第 551 號解釋中，大法官即曾指出「法律對於人民自由之處罰或剝奪其生存權，除應有助於達成立法目的，尚須考量有無其他效果相同且侵害人民較少之手段，處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係，方符合憲法第二十三條規定之比例原則.....」，其中所謂「處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係」等闡述內容，亦應屬審查標準之揭示。對此，本文則是認為，若單就該等闡述內容所使用之文句、用語以觀，確實可以認為大法官係在揭示某種審查標準。但若進一步檢視，則在該等涉及對人民身體自由及生存權限制之系爭法規範合憲性爭議中，大法官卻僅要求「手段與所欲達成之目的間應具備合理必要之關係」，即今日觀點下之寬鬆審查標準審查其合憲性，邏輯上似有問題。也因此，與其認為大法官已於該號解釋中揭示特定審查標準，本文毋寧更傾向於認為，大法官尚未明確意識到審查標準之問題，更遑論欲以該等審查標準進行合憲性審查。

如依黃昭元大法官之觀察與分析，可知相較於第六屆大法官時期，2003 年後此一時期之大法官於個案中運用比例原則審查系爭法規範之合憲性時，已「相當有意識地……於不同類型的案件選擇、應用不同的審查標準」³⁵。然而，對於此等於不同類型的案件中以不同的審查標準為比例原則之運用，乃如同學理之討論情形般，同樣受到來自德國模式與美國模式之影響，經過個案運作經驗之累積後，而逐漸開展出本土化之不同面貌與運作模式。本文以下即以 2016 年以後運用比例原則審查系爭法規範合憲性所作成之解釋及判決為觀察對象，先行分析大法官於個案中擇定審查標準之情形及其所審酌之因素。

一、未直接，亦未間接揭示審查標準

（一）涉及訴訟權之限制

首先，如個案之系爭法規範涉及對人民訴訟權之限制，尤其是完全未給予權利或法律上利益受有侵害之人民向法院尋求權利救濟之可能時，大法官多以系爭法規範與「憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨不符」為由，直接認定其逾越憲法第 23 條之必要程度，而宣告其違憲。例如在涉及監獄行刑法第 6 條及該法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款等規定合憲性爭議之釋字第 755 號解釋中，大法官一方面重申憲法第 16 條規定所保障之訴訟權乃內含有「有權利即有救濟」之保障意旨，另一方面並依該等保障意旨而認為該等規定就「不許受刑人就受監禁期間，因監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟」之部分，已逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違³⁶。同樣的論述脈絡，亦可見於涉及刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定但書部分之合憲性爭議之 111 年憲判字第 7 號判決。大法官認為刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定但書部分就其偵查中辯護權受有限制或禁止之被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，並未

³⁵ 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化，臺大法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，頁 232。

³⁶ 其實嚴格而言，釋字第 755 號解釋所涉之系爭監獄行刑法第 6 條及該法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款等規定，並未明文禁止不服監獄處分之受刑人於申訴未果時不得再向法院尋求權利救濟，毋寧係因為歷來相關法院裁判見解過於限縮解釋該等規定之適用範圍，而導致此等違憲之結果。若對照釋字第 785 號解釋所涉之 92 年公務人員保障法第 77 條第 1 項、第 78 條及第 84 條等規定，同樣未明文禁止認為服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置係屬不當，且影響其權益之公務人員於申訴、再申訴未果後，再向行政法院尋求權利救濟；而歷來行政法院裁判見解亦同樣多認為該等公務人員於申訴、再申訴未果後，不得再向行政法院尋求權利救濟。然大法官於該號解釋時，卻謂該等規定「並不排除公務人員認為其權利受違法侵害或有主張其權利之必要時，原即得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟。是……與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背」。

設有相應之救濟途徑，已與有權利即有救濟之憲法原則不符，而違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。

當然，在涉及訴訟權限制之合憲性爭議時，並不表示只要系爭法規範有給予權利或法律上利益受有侵害之人民有向法院尋求權利救濟之可能，即屬合憲；相反地，除此之外，大法官會再由正當法律程序之觀點檢視系爭法規範之合憲性，只是此等涉及正當法律程序論理之部分已非屬本文所欲探究之範圍，故於此不再深究。但從前述二則解釋及判決之論理脈絡可知，既然憲法第 16 條規定係以有權利即有救濟為訴訟權保障之核心，則當立法者係以完全未給予權利或法律上利益受侵害之人民有向法院尋求權利救濟之可能此一方式限制人民訴訟權時，不論係採寬鬆，抑或是採嚴格之審查標準，應均可立即得出該等限制已明顯逾越必要程度之結論；從而，似亦無再行揭示審查標準之必要³⁷。

（二）人身自由之限制

此外，在部分涉及人身自由限制之合憲性爭議之解釋及判決中，大法官亦顛覆向來之印象，而未直接或間接地揭示其所採行之審查標準。例如在釋字第 796 號解釋中，對於系爭刑法第 78 條第 1 項關於撤銷假釋而再入監執行殘刑之規定，大法官雖如同其他涉及人身自由限制之合憲性爭議之解釋及判決，明確指出立法者得基於保護合乎憲法價值之特定重要法益，而於合於比例原則之範圍內，制定限制人身自由之法律；但於運用比例原則審查刑法該條項規定之合憲性時，不論是解釋文，抑或是解釋理由書，均未有任何得以明確認定所採行之審查標準之文句或用語³⁸。而在 112 年憲判字第 13 號判決中，大法官雖肯定系爭法規範所欲謀求實現之目的，即「防免毒品買受者之個人受到危害」與「整體國民身心健康、社會秩序及國家安全之維護」，係屬特別重要之公共利益，但亦僅止於此，而似未進一步揭示其就系爭法規範之合憲性所採取之審查標準³⁹。

³⁷ 在該等解釋及判決之論理脈絡下或可再行探究者，為是否只要立法者未明確揭示權利或法律上利益受侵害之人民有向特定法院審判權尋求權利救濟之可能，即屬與有權利即有救濟此一憲法原則相牴觸而違憲之問題。若將釋字第 755 號解釋與第 785 號解釋之見解相互對照，對此問題似乎會得到不同之結論：就前者而言，似乎要求立法者應明確揭示權利救濟之可能性，否則即屬違憲；但就後者而論，似乎只要立法者未明確否定有權利救濟之可能性，即屬合憲。

³⁸ 至於所謂保護合乎憲法價值之特定重要法益此等表述內容，是否可與嚴格之審查標準劃上等號，或有探討之空間。在大法官直接或間接揭示對限制人身自由之系爭法規範係採嚴格標準檢視其合憲性之解釋及判決中，有時係以「保護特定重要法益」或「重要公益目的」作為其所應謀求實現之公共利益之重要性程度，例如釋字第 775 號解釋、第 790 號解釋，及 113 年憲判字第 2 號判決；有時則是以「保護合乎憲法價值之特定重要法益」稱之，例如釋字第 777 號解釋；有時卻又是以「特別重要公共利益」稱之，例如釋字第 799 號解釋、第 812 號解釋、111 年憲判字第 1 號判決。

³⁹ 如同前一註釋所言，認定系爭法規範所欲謀求實現者為特別重要之公共利益，是否即可得出大法官即係採嚴格審查標準檢視系爭法規範之合憲性，或有探究之空間。

(三) 言論自由之限制

自釋字第 577 號解釋後，大法官於審查涉及限制言論自由之系爭法規範之合憲性時，大多會揭示其所採行之審查標準；此部分將留待下述。但偶爾亦可見大法官未直接或間接揭示其審查標準之情形，例如 112 年憲判字第 8 號及 113 年憲判字第 3 號等判決即屬之。以涉及以保護他人名譽為規範目的之刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪之合憲性爭議之 113 年憲判字第 3 號判決為例，大法官雖言及侮辱性言論因無從確認其真偽而與誹謗性言論有所不同，故而對於刑法第 309 條第 1 項規定，應「另定（註：不同於 112 年憲判字第 8 號判決所採之）違憲審查之標準」。但由於該號判決與 112 年憲判字第 8 號判決均未直接，亦未間接揭示其所採之審查標準，故此處所謂不同於 112 年憲判字第 8 號判決所採之違憲審查標準，所指為何？係指較其為嚴格，抑或是較其為寬鬆之審查標準？即有疑問⁴⁰。

二、直接或間接揭示審查標準

(一) 職業自由之限制

至於在有直接或間接揭示審查標準之解釋及判決部分，首先，在涉及職業自由限制之系爭法規範合憲性審查時，大法官基本上係以限制之態樣及所生之限制效果作為擇定審查標準之主要依據⁴¹。換言之，係依系爭法規範對於職業自由所生之限制，係屬職業執行自由之限制，或是職業選擇自由之主觀條件限制，抑或是職業選擇自由之客觀條件限制，而分別對之擇定寬鬆⁴²、較為嚴格或中度⁴³，以

⁴⁰ 此或許是因為本號判決認為侮辱性言論不必然係屬低價值之言論，以致於無法確切地擇定審查標準。從而，與其執著於審查標準之擇定，不如聚焦於如何在解釋與個案中具體適用時，基於利益衡量之觀點而同時兼顧有不同價值程度之侮辱性言論之可能。就此，詳見本文下述之說明。

⁴¹ 此即大法官所謂「對職業自由之限制，因其（限制）內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準……」。就此，參閱釋字第 749 號、第 778 號、第 780 號，第 806 號，以及第 809 號等解釋。

⁴² 例如釋字第 778 號關於系爭藥事法第 102 條第 2 項規定原則上限制醫師從事藥品調劑行為之規範內容、第 806 號解釋關於系爭臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法第 4 條第 1 項、第 6 條第 1 項，以及第 5 條第 1 項等規定涉及審核街頭藝人所從事之藝文活動是否適於指定之公共空間為之之規範內容部分，以及第 809 號解釋關於系爭不動產估價師法第 9 條第 2 項規定涉及限制不動產估價師設立分事務所，使不動產估價師僅能以單一事務所執行不動產估價業務之規範內容部分，大法官均認為其係屬對人民職業執行自由之限制，而間接揭示以寬鬆之審查標準審查其合憲性。

⁴³ 例如釋字第 749 號解釋關於系爭道路交通管理處罰條例第 37 條第 3 項規定涉及吊扣職業登記證及廢止職業登記之規範內容部分、釋字第 780 號解釋關於系爭道路交通管理處罰條例第 54 條第 1 款及第 67 條第 1 項等規定涉及吊銷職業駕駛人駕駛執照及終身不得考領駕駛執照之規範內容部分，以及釋字第 806 號解釋關於系爭系爭臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法第 4 條第 1 項、第 6 條第 1 項，以及第 5 條第 1 項等規定涉及街頭藝人資格能力限制之規範內容部分，大法官認為其均屬對於人民職業選擇自由之主觀條件限制，故而直接或間接揭示以較為嚴格之審查標準審查其合憲性。

及嚴格⁴⁴之審查標準。但須注意的是，前述對於職業自由所生之限制態樣及效果，並非大法官用以決定審查標準之唯一或絕對之因素；相反地，在部分解釋或判決中，尚可見大法官審酌其他因素，而強化其決定審查標準之論理，甚或因此而改以其他審查標準而為合憲性審查之情形。於前者，例如在涉及不動產估價師職業方式限制之合憲性爭議之釋字第 809 號解釋中，大法官除探究系爭法規範對於不動產估價師之職業自由所生之限制態樣外，並另外審酌不動產估價師為經依法考選銓定之專門職業人員，其「其所從事之業務與公共利益及人民之財產有密切關係，與一般營利事業追求商業利潤有所不同，國家非不得對其為相當之管制」此一因素；但大法官於此並未改變審查標準，毋寧應僅係用以強化其決定該等審查標準之事由而已。對此，本文則是認為論理上或可再行探究的是，既然得基於專門職業人員所從事之業務與公共利益及人民財產有密切關聯性之理由，而對其為相當之管制，是否表示立法者藉由系爭法規範對其所為之限制，恐非僅係表面上所呈現之執業方式，尤其是執業地點之限制而已，而尚可能涉及該專門執業人員整體之業務執行，乃至於專業化發展可能性等面向之管制，而有提高審查標準之必要⁴⁵。

於後者之情形，例如在 111 年憲判字第 12 號判決中，涉及大學教師評鑑之系爭法規範，雖被大法官定性為係屬對大學教師執業選擇自由之主觀條件限制，但大法官並另外基於「教師評鑑之結果……尚不直接立即發生教師變動之結果」，以及「尊重大學自治規章之訂定自主權」此二項因素，而改以寬鬆審查標準進行合憲性審查。於此，同樣在論理上可再行討論的是，以大學自治作為放寬審查標準之因素，是否妥適之問題。另外，在就要求應實習期滿成績及格方能參加牙醫師考試之考試資格規定之合憲性爭議所作成之釋字第 750 號解釋中，大法官並非單由職業選擇自由遭受限制之觀點為論理，而係再輔以應考試權受限制之觀點審查系爭法規範之合憲性；只是於此似乎係延續釋字第 682 號解釋之見解，而在決定審查標準時，乃以「考試院有關考試方法及資格之規定，涉及考試之專業判斷，應予適度之尊重」，以及「實習期滿成績及格為應醫師考試資格之要件，其認定標準攸關醫師之專業能力及醫療品質，理應尊重中央衛生主管機關之決定」等二項因素，採行寬鬆審查標準進行合憲性審查。

除此之外，本文認為尚值得一提者，為釋字第 738 號解釋。該號解釋雖非涉及對人民職業自由之限制，而係以工作權為其保障依據之一的營業自由，但對於限制人民選擇營業場所之系爭法規範，大法官則是認為「究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制」。就此，除是否有論述前後不一致之爭議

⁴⁴ 就本文之觀察，2016 年以後所作成而涉及職業自由限制合憲性爭議之解釋或判決，並未有被認定為係屬職業選擇自由之客觀條件限制之限制態樣。

⁴⁵ 就此，亦可參閱該號解釋黃瑞明大法官及林俊益大法官所提出之不同意見書。

外，同時或將衍生在涉及營業自由之工作權保障面向之限制時⁴⁶，是否亦可如同對職業自由之三類限制態樣般，亦分為營業執行自由之限制，或是營業選擇自由之主觀條件限制，抑或是營業選擇自由之客觀條件限制，並進而分別採取不同審查標準以檢視其合憲性之問題。姑且不論此一爭議問題，在該號解釋中，雖然大法官將系爭法規定性為係對職業執行自由之限制態樣，而決定以寬鬆之審查標準檢視其合憲性，但與此同時，其並強調，該等形式上為職業執行自由之限制態樣，尚有可能因其限制「產生實質阻絕之結果」，而質變為「涉及職業選擇自由之限制」，從而「應受較為嚴格之審查」。對於此等由實質觀點探究系爭法規對於職業自由所生之限制態樣及效果，以決定審查標準之見解，本文認為值得贊同，並認為其至少應有助於降低由形式觀點區分職業自由之三類限制態樣以決定審查標準時，常出現無法確切地針對邊際案例擇定適當審查標準之爭議⁴⁷。當然，於此仍須進一步釐清應以何等觀點，或應審酌何等因素判斷形式之職業執行自由限制規範，是否，以及於何等範圍內將有質變為對職業選擇自由產生實質阻絕效果之可能等問題；就此，或有待大法官釋憲實務之持續發展。只是自釋字第 738 號解釋之後，在涉及職業執行自由限制合憲性爭議之解釋或判決中，似乎未見大法官再審酌該等因素以決定個案所應採行之審查標準。

（二）言論自由之限制

1、以限制之態樣及所生效果為審酌因素

繼之，在涉及言論自由限制合憲性爭議之解釋或判決中，亦可見大法官審酌所涉及之言論類型與其所彰顯之價值（或所謂受憲法保障之程度）⁴⁸、限制之態樣，以及造成限制之程度或效果等因素，以決定審查標準。例如在倍受矚目之釋字第 744 號解釋中，系爭法規所限制者，雖為受憲法保障程度較低之商業性言論，但或許係著眼於對於商業性言論為事前審查，將對之造成高度限制之效果，從而係屬「對言論自由之重大干預」等因素，使得大法官在該號解釋中至少對於商業性言論之事前審查明確揭示原則上應為違憲，僅有在例外情況下，方有合憲之可能；至於是否有例外合憲之情形，則係採嚴格之審查標準加以檢視。雖然部分大法官所提之意見書認為本號解釋係基於「一次一案」之要求，而極力將此等「原則違憲、例外經嚴格審查標準檢視乃有合憲可能」之審查模式，限縮於化妝品廣

⁴⁶ 依釋字第 514 號解釋，大法官乃以憲法第 15 條規定所保障之工作權及財產權作為營業自由之保障依據，並進而認為「基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由」。

⁴⁷ 相類似之質疑，亦可參閱 Britz, Jus 2024, 905, 911.

⁴⁸ 例如在釋字第 414 號解釋中，大法官即明確揭示「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」。從中至少可以得知，商業性言論受憲法保障之程度，係不如與公意形成、真理發現或信仰表達有關之言論。

告此種商業性言論之事前審查之合憲性問題⁴⁹，但隨後在釋字第 756 號解釋中，大法官卻明確宣示「國家對一般人民言論之事前審查，原則上應為違憲（本院釋字第 744 號解釋參照）」，似乎已將前述審查模式進一步擴張而適用於所有言論類型之事前審查。

而在涉及藝術表現自由限制之合憲性爭議之釋字第 806 號解釋中，大法官將系爭法規區分為涉及時間、地點、方式等無關藝文活動內容之管制規範，以及涉及對於從事藝文活動內容之管制規範二類限制態樣。對於後者，大法官以其涉及對演出內容，亦即對言論所涉及之議題、觀點或品質所為之直接干預為由，適用嚴格審查標準審查其合憲性，就此，應無疑問；因為對於言論所涉議題、觀點或品質所為之直接干預，將對言論自由造成重大之限制，使言論發表者無法基於內心自我人格之實現，以及對特定議題或觀點所形構之自我評價而為主觀意見之表達，同時亦可能導致像是意見（念）溝通、思辨等功能無法有效發揮。對於前者，大法官雖指出應適用中度審查標準審查其合憲性，但對於何以應適用中度審查標準，似乎未見明確之說理。對此，本文則是認為，若綜觀解釋理由書中與此有關之前後論理脈絡，或許是因為「街頭藝人係於政府指定之地點、時間內從事藝文活動，已逾公共空間通常使用方式之範圍，而須經許可」此一因素；換言之，係事先就從事藝文活動之地點及時間為許可，而非採事後追懲之管制手段所致。

對於本號解釋針對街頭藝人演出內容所為之管制方面，系爭法規係要求街頭藝人之表演品質、技藝能力等從事藝文活動內容經審查通過後，方能取得活動許可證，進而在指定之地點、時間內從事藝文活動；就此而論，其限制態樣似乎係屬對於街頭藝人關於從事藝文活動內容之事前審查。如依前述釋字第 744 號及第 756 號解釋意旨，於此似乎亦應採「原則違憲、例外經嚴格審查標準檢視乃有合憲可能」之審查模式才是；但很明顯的，大法官於此並未採行該等審查模式，此是否表示大法官立場已有所轉變，而不再採取該等原則違憲，例外可能合憲之審查模式，則有待後續觀察⁵⁰。

2、以言論價值之高低為審酌因素

相對於上述釋字第 744 號及第 806 號等解釋主要係以對言論自由所為之限制態樣及所生之效果作為決定審查標準之因素，111 年憲判字第 2 號判決並再將

⁴⁹ 就此，參閱本號解釋許宗力大法官及黃昭元大法官所提之協同意見書。

⁵⁰ 對此，黃昭元大法官則是認為，系爭法規對於街頭藝人從事藝文活動內容之事前審查，僅係審查其有無一定水準以上之表演品質、技藝能力，而非直接針對其未來所為之任何藝文活動內容進行審查；換言之，對於取得活動許可證之街頭藝人將為何等內容之表演，並未有事前加以審查或限制之情形。此部分之說明，參閱本號解釋黃昭元大法官所提之協同意見書。然綜觀本號解釋，已是很明確地將表演品質納為從事藝文活動內容之一部分（黃昭元大法官認為此為本號解釋之創見），進而認為系爭法規就此所為之審查，性質係屬對從事藝文活動內容之管制。從而，若由黃昭元大法官之見解理解本號解釋就此部分之論理，則似乎有前後不一致之情形。

受有限制之言論其價值之高低此一因素納入審酌，而為審查標準之擇定⁵¹。申言之，在該號判決中，大法官認為系爭法規範所涉之強制道歉，不僅將使國家得以強制手段要求人民於特定時間、地點及方式為特定內容之言論，而同時涉及表意時間、地點與方式之管制，以及言論內容之管制，更因為係「直接干預人民是否及如何表達其意見或價值立場之自主決定，而非僅涉及客觀事實陳述之表意」，而認為係對於所謂高價值言論內容所為之干預。姑且不論除此一受有限制之言論價值因素外，大法官並言及在新聞媒體被命強制道歉之情況中，尚可能「干預其新聞自由，從而影響新聞媒體所擔負之健全民主、公共思辨等重要功能」之情形，於此至少可以確定的是，受有限制之言論其價值之高或低，對於審查標準之決定而言，亦屬重要之判斷因素之一；且當涉及對高價值言論為內容方面之管制時，原則上係採嚴格標準審查其合憲性，應已成大法官之定見。

此等推測似乎可在 113 年憲判字第 5 號判決中獲得印證。在該號判決中，就系爭法規範所涉之侮辱職務罪部分，雖然係涉及言論自由之事後追懲，但依整體論理脈絡可知，大法官一方面應是認為「對於政府權力行使之監督批評、或對政府機關及公務人員表現之評價及反應」等言論，因「具有形成公意、監督施政及實踐民主等重要功能」，從而屬於應受憲法高度保障之高價值言論；另一方面則是認為所限制者，為人民對於公務員依法執行之職務發表負面評價意見，而為言論內容限制，甚至同時亦有涉及對特定觀點為管制之情形，故而採嚴格審查標準檢視其合憲性。至於系爭法規範所涉之侮辱公務員罪部分，雖然同樣係屬對高價值言論所為之內容限制，但大法官僅以「因另涉對公務員之侮辱」為由，而採中度審查標準。所謂因另涉對公務員之侮辱，是否表示於此係因審酌同時涉及公務員個人名譽權之維護，而降低審查標準，在無其他資料可供檢視、分析之情況下，即無法得知大法官確切之想法⁵²。

3、以言論發表者為審酌因素

除上述因素外，在部分解釋及判決中，大法官似乎亦曾審酌言論發表者此一因素，以決定審查標準。例如在釋字第 756 號解釋中，雖然系爭法規範係採取對言論內容，甚至特定觀點為事前審查之限制、管制態樣，但大法官對此並未採行釋字第 744 號解釋所揭示之「原則違憲、例外經嚴格審查標準檢視乃有合憲可能」之審查模式，而係將言論發表者為受刑人作為審酌因素之一，並輔以「監獄行刑

⁵¹ 其實在釋字第 806 號解釋中，大法官亦曾明確指出受有限制之藝術表現自由，係「屬具有高價值之言論，應受憲法高度之保障」。但在後續就審查標準所為之論述中，則似乎未見有就此一因素加以審酌之說明。

⁵² 若進一步檢視該號判決後續就系爭法規範所涉侮辱公務員罪合憲性檢視之論理部分，乃明確否定將保護執行職務之公務員其個人名譽視為該罪所欲保障之法益，而認為應係以保障執行職務之各該公務員得以完成其任務為其規範目的。然由此而論，似乎亦無法直接得出存在有得以調降審查標準之因素。

與管理目的」之觀點，而將審查標準調降為中度審查標準。對此，本文認為可以再探究的是，將系爭法規範所欲謀求實現之目的納為決定審查標準之因素之一，論理上是否妥適之問題。申言之，系爭法規範所欲謀求實現之目的，是否為憲法所允許之正當目的，本為運用比例原則進行審查時所應予以檢視之核心問題，且同時攸關係爭限制手段之合憲性。既然作為審查標準之一而須被檢視是否為憲法所允許之正當目的，則以之作為決定審查標準之因素，難免有循環論證之嫌；且在此等情況下是否得以確實檢視其正當性，恐有疑問。

另外，在 112 年憲判字第 17 號判決中，對於涉及禁止醫師為醫療廣告之商業性言論之系爭法規範，大法官於決定審查密度時，乃認為其係「限制醫療廣告之主體，與前開大法官解釋(註：釋字第 414 號、第 577 號及第 794 號等解釋)，係針對立法者對於言論內容之限制所為闡釋，二者雖有不同，然系爭規定所禁止者，仍與言論自由之限制有關，故前開大法官所闡釋之審查標準，亦可援用……」；換言之，於此仍係維持過往大法官審查限制商業性言論之系爭法規範合憲性時，所慣用之中度審查標準；與釋字第 756 號解釋有所不同的是，該號判決並未因審酌言論發表者此一因素，而在審查標準方面有所調整。對此，本文則是認為，大法官在依循過往關於採取中度審查標準之解釋見解時，似乎忽視系爭法規範所採取之手段係全面而毫無例外地限制，甚至可說是剝奪醫師發表商業性言論之可能；換言之，該等手段對於醫師發表商業性言論之言論自由，毋寧已造成極為重大之限制效果。單就此一對於言論自由造成重大限制之因素而論，似有將審查密度調整為嚴格審查標準之必要。

(三) 人身自由之限制

至於在限制人身自由之合憲性審查方面，大法官曾在釋字第 799 號及第 812 號等解釋中，明確揭示「應按其實際限制之方式、目的、程度與所造成之影響，定相應之審查標準」。依本文之觀察，很明顯地，凡系爭法規範涉及使人民受刑事處罰而限制其人身自由者，大法官均係以嚴格審查標準審查其合憲性⁵³；理由一方面在於「限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利」，另一方面則係因「刑法乃不得已之強制措施而具有最後手段之特性」。至於在其他限制人身自由之系爭法規範合憲性爭議部分，大法官主要亦聚焦於對於人身自由所造成之限制程度或效果；若認為對於人身自由造成重大限制者，原則上亦會採行嚴格審查標準⁵⁴。

其中較值得探討者，為 111 年憲判字第 1 號判決。該號判決所涉之系爭法規範對於肇事而拒絕接受或無法實施測試檢定之汽車駕駛人，明定由交通勤務警察

⁵³ 例如釋字第 775 號、第 777 號、第 790 號等解釋，以及 113 年憲判字第 2 號判決。

⁵⁴ 例如釋字第 799 號及第 812 號解釋。

或依法令執行交通稽查任務人員將其強制移由受委託醫療或檢驗機構實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。對此，大法官乃採嚴格審查標準檢視其合憲性，理由在於系爭法規對於受強制移送之汽車駕駛人之「人身自由、身體權及資訊隱私權等基本權利」均已構成重大限制。就此而論，大法官似乎是認為系爭法規亦對於人身自由造成重大限制；然若對照前述使人民受刑事處罰而限制其人身自由之情形而論，此處因將肇事而拒絕接受或無法實施測試檢定之汽車駕駛人強制移至受委託醫療或檢驗機構所生之人身自由限制情形，是否已達重大程度，容有討論之空間。本文於此之解讀則是認為，系爭法規同時涉及人身自由、身體權及資訊隱私權等不同基本權利之限制，相較於僅使單一基本權利受有限制之其他系爭法規而言，毋寧使該等汽車駕駛人蒙受更為不利之影響，從而方採取嚴格審查標準以為合憲性之審查。

（四）其他基本權利之限制

上述涉及運用比例原則審查限制職業自由、言論自由，以及人身自由之系爭法規合憲性爭議之解釋及判決，在本文所設定之觀察期間內，可說是頻繁出現。除此之外，大法官尚有就限制像是秘密通訊自由、結社自由、生存權、財產權、選舉權、服公職權、生命權、性自主權、原住民身分認同權、資訊隱私權、契約自由等基本權利之系爭法規，運用比例原則檢視其合憲性者。若綜合觀察基此所作成之解釋及判決，常見大法官以系爭法規所限制之基本權利為受憲法所高度保障之程度、與人格或人性尊嚴具有高度關聯性，以及基本權利受系爭法規嚴重侵害或遭受重大危害結果等因素，而提升審查標準。例如在 111 年憲判字第 4 號判決中，大法官以系爭法規所限制者，為受憲法第 22 條規定高度保障之原住民身分認同權為由⁵⁵，進而認為「如係就受憲法高度保障之重要基本權利之限制者，就該法規是否合於比例原則應採嚴格標準予以審查」。而在 112 年憲判字第 11 號判決中，大法官同樣以「選舉為民主國家中，公民參與政治最重要之管道，人民之選舉權自應受高度保障」為由，而採嚴格審查標準檢視系爭法規之合憲性。

另外值得討論者，為倍受各界矚目，又備受爭議之 113 年憲判字第 8 號判決。於該號涉及以死刑方式剝奪生命權之系爭法規合憲性爭議之判決中，大法官以嚴格審查標準檢視系爭法規「以死刑為重罪本刑」規定部分之合憲性，理由一方面係因生命作為個人不可或缺之生物基礎，以及行使其他基本權利之重要前提，為憲法至為重要之基本權利而應受最為高度之保障，另一方面則是考量死刑作為剝奪生命之極刑而應予慎用，以及死刑所造成之生命剝奪具有不可回復性

⁵⁵ 大法官之所以認為原住民身分認同權應受憲法第 22 條規定之高度保障，主要係基於其與人格權有密不可分之關聯性、血統為「先於憲法、法律存在之自然事實，與個人及所屬群體之身分認同密切相關」、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項等規定明文保障原住民族多元文化、地位及其政治參與，以及原住民之地位具特殊性，其身分原則上依自我認同原則認定等因素。

等因素。對於大法官基於生命權受憲法最為高度之保障，以及死刑對於生命權之剝奪將造成無法回復之損害等因素之審酌，而採行嚴格審查標準進行合憲性之審查，本文認為應值贊同。然若與釋字第 744 號及第 756 號等解釋所揭示對於言論內容所為之事前審查，應採「原則違憲、例外經嚴格審查標準檢視乃有合憲可能」之審查模式相互對照，或可討論的是，既然生命係行使其他基本權利之重要前提，而為憲法至為重要之基本權利，應受憲法最為高度之保障，則可以想見依附於生命，無生命即無法實現之言論自由，其重要性與受憲法保障之程度邏輯上應無法與生命權完全相提並論才是。若是如此，則於審查系爭法規範「以死刑為重罪本刑」規定部分之合憲性時，何以不採「原則違憲，例外經嚴格審查標準檢視乃有合憲可能」之審查模式，以及是否導致在言論自由限制之合憲性審查時出現輕重失衡之情形，即有疑問。

（五）立法形成自由作為調降審查標準之審酌因素？

相較於上述常見提升審查標準之審酌因素，常見大法官用以調降審查標準者，為系爭法規範係基於立法者之形成自由所制定，或應尊重其他國家權力之專業判斷等因素情形。例如在釋字第 746 號解釋中，大法官即以「租稅規定涉及國家財政收入之整體規畫及預估，較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定」。此同樣可見於前曾述及之釋字第 750 號解釋，大法官一方面認為「考試院有關考試方法及資格之規定，涉及考試之專業判斷，應予適度之尊重」，另一方面則是認為「『實習期滿成績及格』為應醫師考試資格之要件，其認定標準攸關醫師之專業能力及醫療品質，理應尊重中央衛生主管機關之決定」，而對於系爭法規範之合憲性採寬鬆審查標準予以檢視⁵⁶。

之所以在涉及立法形成自由之情形中，應調降審查標準，大法官亦曾於 112 年憲判字第 16 號判決中予以簡略說明，而謂「保護勞工最低勞動條件之內容及其保障方式等之設計，因涉及社會環境、經濟結構、勞雇關係等複雜之政策性問題，基於功能最適之考量，立法者有一定之形成空間……」。換言之，當系爭法規範涉及政策如何形成而需審酌各類不同因素、調和或衡平眾多相互衝突之利益時，應由在組織、程序及規範結構等條件方面較為妥適之立法者予以決定；相對的，職司合憲性審查之司法者於此並非全然棄守對系爭法規範進行合憲性之審查，而是藉由降低審查標準之方式以示對於立法權行使之尊重，進而符合權力分立原則之要求⁵⁷。

⁵⁶ 其他像是釋字第 764 號、第 768 號、第 811 號等解釋，以及 112 年憲判字第 7 號判決。

⁵⁷ 黃舒荳教授則是認為，不應基於權力分立或立法行程自由等因素以決定審查標準。理由在於「比例原則本是大法官為基本權利之把關而適用的工具，其操作之類型化或階層化，自然不應另以所謂權力分立的考慮為根據，更不應該基於所謂司法功能的侷限性之理由，造成實質上架空或放棄比例原則審查的結果」。就此，參閱黃舒荳，比例原則及其階層化操作一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，19 期，2016 年 09 月，頁 34 以下。

除此之外，在涉及國家有限資源之分配時，大法官亦會以如何妥適分配國家資源，係屬立法者之形成範圍為由，而採取寬鬆之審查標準。在理由方面，111年憲判字第19號解釋亦已清楚揭示「因社會政策涉及國家整體資源之分配與運用，政治部門需要盱衡政治、經濟、社會等各項條件作綜合考量，基於權力分立之要求，本即擁有較大自由形成空間……」。不僅如此，在112年憲判字第11號判決中，即便是一般被大法官認為應採嚴格審查標準檢視其限制人身自由之合憲性之系爭法規範，大法官亦以其關於處罰未遂犯之規定部分，係屬立法形成自由之範圍為由，而改採中度審查標準進行合憲性審查。然，在對於尚未產生法益實害結果之未遂犯提前加以處罰，是否真如大法官所言，係屬立法形成自由之範疇，於尤其是刑法理論方面，或有探究之空間⁵⁸。

於此值得探究者，為釋字第802號解釋。於該號解釋中，對於系爭法規範就違反行政法上義務者除以罰鍰之規定部分，大法官乃以立法者如「已預留視違規情節輕重而予處罰之範圍，對於個案處罰顯然過苛之情形，並有適當調整機制者，應認係屬立法形成自由範疇」之論理，而認為於審查其合憲性時，原則上應尊重立法者之決定。然本文認為有問題的是，立法者於系爭法規範中是否設有適當調整機制，以避免個案處罰顯出現然過苛情形此一問題，應屬立法者於決定審查標準後運用比例原則進行合憲性審查之範圍；換言之，在決定審查標準之階段即先行將其納入，以作為審酌因素之一，恐有循環論證之嫌⁵⁹。又，該號解釋就該等部分之說明，乃揭示係參照釋字第786號解釋而來；但如檢視釋字第786號解釋，亦僅謂「立法者針對應予非難之違反行政法上義務行為給予處罰，而預留視違規情節輕重而予處罰之範圍，固屬立法形成自由，原則上應予尊重」而已；換言之，此處所謂應予尊重者，為立法者如何依違規情節輕重而設不同之處罰範圍，即一般所稱處罰法律效果之裁量範圍此一部分，而非表示立法者只要有預留視違規情節輕重而予處罰，即均應予以尊重。不僅如此，對於該等處罰法律效果裁量範圍之形構，釋字第786號解釋並進一步審查其是否妥適，而有無避免造成個案處罰顯然過苛而不合比例原則要求之情形⁶⁰。

⁵⁸ 關於處罰未遂犯之理論說明與分析，參閱林鈺雄，新刑法總則，11版，2023年9月，頁367以下。

⁵⁹ 在該號解釋中，大法官接續一方面以系爭法規範「已授予主管機關得依違規情節之輕重而予處罰之裁量權」，另一方面則是以「就其處罰下限部分言，因於個案中仍有行政罰法第8條及第18條等有關減輕處罰規定之適用，而得以避免個案處罰顯然過苛而有情輕法重之情形」為由，而認為其並無抵觸憲法保障人民財產權之意旨。就此，很明顯地，大法官僅係重複其於決定審查標準時就所審酌之因素所為之說明而已，並未就系爭法規範就處罰法律效果所設之裁量範圍是否能够有效避免個案處罰出現顯然過苛之情形加以檢視。

⁶⁰ 於此尚可探究的是，在進行合憲性審查時，能否以個案有適用行政罰法第8條及第18條等有關減輕處罰規定之可能，進而認定系爭法規範關於處罰法律效果之規定合於比例原則之要求此一問題。姑且不論此一問題，於個案中欲以行政罰法第8條但書及第18條第3項等關於所謂禁止錯誤規定而減輕或免除處罰，仍會面臨因行政及司法實務對於禁止錯誤之認定相當嚴格，而難有依據該等規定而減輕或免除處罰之可能，以致於根本無法有效避免個案處罰出現顯然過苛之

但須注意的是，並非所有被歸類為基於立法形成自由所制定之系爭法規範，大法官均會調降審查標準以檢視其限制基本權利之合憲性；相反地，在部分解釋及判決中，大法官仍會審酌前述對於系爭法規範所涉之基本權利，以及對於基本權利所生之限制程度或所造成危害結果之嚴重性等因素，而決定其審查標準。例如在釋字第 766 號解釋中，大法官雖然先是指出「立法者對於社會保險制度有較大之自由形成空間」，但隨後即強調系爭法規範如對於兼含有生存權保障意旨之社會保險給付請求權予以限制，則基於確保人民最低限度生存需求得以獲致滿足之憲法要求，其已非單純對人民財產權之限制，毋寧尚限制其生存權，從而應以較為嚴格之審查標準檢視其合憲性。同樣的，在 111 年憲判字第 9 號判決中，大法官雖認為立法者就公務人員考績制度之內容享有一定之形成空間，但同時亦基於「免職處分對公務人員之身分及權益有重大不利影響」為由，而採中度審查標準審查系爭法規範之合憲性。

（六）基本國策規定作為決定審查標準之審酌因素

最後，在部分解釋及判決中，亦可見大法官以憲法本文及增修條文中性質屬於基本國策之規定作為審酌因素，以決定審查標準之情形。對此，大法官論理之方式，有將基本國策規定定性為就特定制度之形構所為之憲法委託，進而與前述立法形成自由相結合者；例如前述釋字第 766 號、第 768 號與第 811 號等解釋，以及 111 年憲判字第 19 號與 112 年憲判字第 7 號等判決均屬之。其中在 111 年憲判字第 19 號判決中，大法官並基於憲法增修條文第 10 條第 5 項關於國家應推行全民健康保險之憲法委託規定，而認為立法者於形構全民健康保險制度時對於人民自由權利所生之限制，乃「比單純根據憲法第 23 條基於公共利益之考量而限制人民權利者，具有更高之正當性」，進而得出司法者於進行違憲審查時，即應「給予更多之尊重」之結論⁶¹。除此之外，亦有將基本國策規定作為憲法保障，甚至是提升基本權利保障程度之論理依據者，例如釋字第 803 號及 111 年憲判字第 4 號判決即是。

情形。且若與釋字第 786 號解釋相互對照，大法官於該號解釋中乃明確揭示「惟立法者未衡酌違規情節輕微之情形，一律處以 100 萬元以上之罰鍰，縱有行政罰法減輕處罰規定之適用，仍可能造成個案處罰顯然過苛而有情輕法重之情形（粗體字為本文作者所加）……」，則何以在本號解釋卻在未經任何說理之情況下，即認為可藉由行政罰法是類減輕處罰規定而避免個案處罰出現顯然過苛之情形？是因系爭法規範所定之罰鍰最低額僅為 20 萬元，較之 100 萬元甚低所致？即無法得知。

⁶¹ 於此，或涉及立法者能否單以憲法或憲法增修條文之基本國策規定，作為限制人民基本權利之合憲性目的之問題。對此，黃昭元大法官初步認為，是類不具基本權利效力之基本國策規定「原則上應不能成為限制人民權利的合憲目的，但可成為法院降低審查標準的考慮因素之一……」。就此，參閱黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 91，註 151。

肆、比例原則之闡述及實際運用模式

一、比例原則之闡述模式

至於在依循所直接或間接揭示之審查標準而運用比例原則審查系爭法規範合憲性方面，如就形式觀點而論，可以發現大法官於闡述比例原則此一審查原則時，大致可概分為如下二類闡述與審查模式，即：若非如同前述德國模式般，先行就作為法學三段論證中之大前提之比例原則各項子原則，即目的正當性、手段適當性與必要性，以及相稱性之內涵為說明，繼之並就系爭法規範就所涉基本權利之限制係否符合各項子原則之要求逐一檢視，即係如同美國模式般，僅先行就目的應具備正當性與符合審查標準所要求之重要性程度，以及所採取之手段與目的之達成間應符合審查標準所要求之關聯性程度後，再就系爭法規範是否符合該等要求為合憲性之檢視。然而，若再進一步就涉及運用比例原則審查系爭法規範合憲性之解釋及判決加以觀察，則似可發現仍有不同於德國及美國模式之情形，而或可謂係經本土化後之比例原則闡述與運用模式。

（一）嚴格審查標準下之闡述模式

首先，依本文觀察，大法官在對系爭法規範採嚴格審查標準檢視其合憲性時，大多偏向於德國模式，而逐一就比例原則各項子原則之內涵加以闡述；尤其是在涉及對人身自由之限制時，更是如此。例如在釋字第 777 號解釋中，大法官即明確指出「限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違」。同樣地，在 111 年憲判字第 1 號判決中，大法官亦指出，系爭法規範惟有符合「……目的須為追求憲法上特別重要公共利益，所採手段應有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，且其對基本權利之限制與其所欲追求之特別重要公共利益間應具相稱性」等要求時，方可謂符合比例原則之要求。

然而，亦有部分採取嚴格審查標準之解釋或判決，未就比例原則之所有子原則為完整闡述，而僅就其中幾項子原則為說明者。例如在釋字第 812 號解釋中，大法官強調系爭法規範「已對受處分人之自由造成重大限制。是其是否違反比例原則，應採嚴格標準予以審查……，其目的應係追求特別重要公共利益，所採手段應有助於目的之達成，且屬對受處分人權利侵害最小者，所犧牲之私益與所追求之公益間，應具相稱性」。而在涉及限制人民資訊隱私權之系爭法規範合憲

性爭議之 111 年憲判字第 13 號判決中，大法官同樣認為，系爭法規範之「目的應係為追求特別重要之公益，其所採取手段應有助於目的之達成，且為最小侵害手段，所犧牲之私益與所追求之公益間應具相稱性，始與比例原則相符」⁶²。如與前述解釋及判決之說明內容相互對照，在必要性此一子原則部分，似乎僅要求所採取之手段係對人民基本權利侵害最小之手段，而非要求係同樣有助於目的達成之各類手段中，係屬對人民基本權利侵害最小者。

再者，於涉及限制人民不表意自由之合憲性爭議之 111 年憲判字第 2 號判決，以及涉及以死刑為犯罪制裁手段之合憲性爭議之 113 年憲判字第 8 號判決中，大法官僅要求系爭法規範之「立法目的須係為追求特別重要公共利益，其手段須係為達成其立法目的所不可或缺、且別無較小侵害之替代手段，始符合憲法保障人民言論自由之意旨」，或「其立法目的應係為追求特別重要之公共利益，且所採之制裁手段（死刑）應為達成目的所不可或缺之最小侵害手段，始符合憲法保障人民生命權之意旨」；換言之，大法官未提及相稱性此一子原則。同樣情形亦可見於 113 年憲判字第 5 號判決；對於涉及言論自由限制合憲性爭議之系爭法規範關於侮辱職務罪之規定部分，大法官僅言及「系爭規定之立法目的應係追求特別重要之公共利益，且所採之手段（包括系爭規定之構成要件及刑罰效果）須為達成其立法目的所不可或缺、別無其他替代方法之最小限制手段，始為合憲」。

此外，本文認為有趣而值得一提者，為 111 年憲判字第 4 號判決。大法官於該號判決之理由中，雖然開宗明義地就比例原則之各項子原則為簡要之闡述，而指出系爭法規範「限制之目的應係為保護特別重要公益、手段應適合且必要，別無侵害較小之其他替代手段，並應通過狹義比例原則之審查…」，但在確認系爭法規範之目的符合嚴格審查標準所要求之正當性及公共利益之重要性後，在標題方面，則是標示「參、一、(三)、2、限制手段與規範目的間之關聯性部分」此等近似於美國模式之說明。然而，對於此部分，該號判決則又是分別由手段適當性及必要性等子原則之要求為系爭法規範合憲性之檢視；換言之，係近似於前述德國模式。

在採取嚴格審查標準檢視系爭法規範合憲性之解釋及判決中，亦可見大法官未先就比例原則之內涵為明確闡述，但從其論理之前後脈絡或可清楚看出基本上係依循德國模式，而由比例原則各項子原則，或部分子原則之要求內涵為立論依據，判斷系爭法規範之合憲性者。前者例如釋字第 799 號解釋，大法官分別由目的之正當性、手段之適當性與必要性，以及相稱性等子原則之要求逐一檢視系爭法規範之合憲性；後者則例如釋字第 777 號、第 790 號等解釋僅由目的之正當性、以及手段之適當性與必要性檢視系爭法規範之合憲性、113 年憲判字第 2 號判決則僅由目的之正當性與手段之必要性為合憲性之檢視、釋字第 806 號解釋就

⁶² 此等說明方式，亦可見於 112 年憲判字第 11 號判決。

系爭法規範涉及審查藝文活動內容之規定部分，僅由目的正當性審查其對藝術表現自由所生限制之合憲性。

最後，依本文觀察之結果，釋字第 744 號解釋可說是大法官於採行嚴格審查標準所作成之解釋及判決中，較為與眾不同之一號解釋。申言之，相較於大法官於採行嚴格審查標準之情形中，對於比例原則之說明及實際運作較傾向於德國模式，涉及對商業性言論為事前審查之系爭法規範合憲性爭議之釋字第 744 號解釋，則明顯係採取類似於美國模式而為比例原則之闡述與運用。

（二）中度及寬鬆審查標準下之闡述模式

至於在採取中度審查標準及寬鬆審查標準之解釋及判決部分，對於比例原則之闡述方式則有完全不同之面貌。於該等解釋及判決中，除少數，例如釋字第 738 號⁶³、第 778 號⁶⁴及第 791 號⁶⁵等解釋仍然明顯可見係偏向於德國模式般地就比例原則為闡述外，大部分均明顯可見係偏向於美國模式。換言之，係置重於系爭法規範所欲謀求實現之目的是否正當與公益重要性，是否符合審查標準所要求之重要性程度而為憲法所允許之正當目的，以及所採取之限制手段與該等目的之達成間，是否亦已具備審查標準所要求之關聯性程度此二面向進行合憲性審查。

然而，若進一步檢視該等偏向於運用美國模式所作成之解釋或判決，其乃有如下二處引人矚目之情形：首先，以 113 年憲判字第 1 號判決為例，大法官於說明系爭法規範限制人民財產權之合憲性要件時，一方面認為國家基於維護公共利益之目的，而以法律對人民之財產或財產上利益所為之限制應合理，而不得逾越人民財產權所應忍受之範圍；對此，則應由「行為之目的與限制手段及其所造成之結果予以衡量，如手段對於目的而言尚屬適當，且限制屬於必要，國家以法律

⁶³ 於該號解釋中，大法官揭示系爭法規範於寬鬆審查標準下之合憲性要件，為「立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性及所限制行為對公益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則」。繼之，大法官則是由目的正當性、手段適當性與必要性，以及相稱性等子原則之觀點檢視系爭法規範之合憲性。值得一提的是，在手段適當性之審查方面，大法官則是以系爭法規範「所採取電子遊戲場業營業場所應與特定場所保持規定距離之手段，不能謂與該目的之達成無關聯……」此等近似於美國模式之用語，判斷其與手段適當性之要求相符。

⁶⁴ 對於系爭法規範之合憲性，大法官於該號解釋中同樣係以「立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則」等屬於德國模式之闡述方式。繼之，則是就系爭法規範是否符合目的正當性、手段適當性與必要性，以及相稱性等子原則之要求而為判斷。

⁶⁵ 如同前述二則解釋，於該號解釋中，大法官亦認為，系爭法規範「既限制人民受憲法保障之性自主權，應符合憲法第 23 條比例原則，即須符合目的正當性，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係」。繼之，則是就系爭法規範是否符合目的正當性、手段適當性，以及相稱性等子原則之要求為判斷；但似乎未就手段必要性此一部份為判斷。

所為之合理限制即與憲法保障人民財產權之意旨不相牴觸」。另一方面，其接續又指出，對於系爭法規關於沒收因違法行為所取得之特定財物或財產上利益之規定，在採取寬鬆審查標準之審查脈絡下，倘若「其目的係為追求正當之公共利益，且其手段與目的間具備合理關聯，即符合憲法第 23 條比例原則」。就前者而論，似乎大法官仍偏向於德國模式而對比例原則之運用為說明，且強調相稱性此一子原則之要求；然就後者，則又明顯偏向於美國模式之運用。不僅如此，於該號判決後續實際運用比例原則為審查時，亦可見此等德國模式與美國模式混合論述之情形；此部分將於後述。

再者，於釋字第 756 號解釋中，對於系爭法規基於監獄紀律而限制受刑人將其所撰寫之文稿投寄報章雜誌之規定部分，大法官先是於揭示審查標準時，明顯係偏向美國模式而認為「監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯」。然於接續探究系爭法規該等規定部分之合憲性時，認為監獄長官得基於維護監獄秩序及安全免於遭受具體危險之需求，而對受刑人之投稿內容採取預防或管制措施，只是「應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益，並需注意是否另有限制較小之其他手段可資運用……」；此似乎已非前述美國三重審查標準下之中度審查標準之說明，毋寧較近似於個案利益衡量此一審查標準之說明，或者更確切而言，係個案利益衡量與德國模式中之必要性此一子原則之混和運用。

（三）未揭示審查標準時之闡述模式

至於在未直接或間接揭示審查標準之解釋及判決方面，有部分係明確偏向德國模式而就比例原則之內涵為闡述者，例如釋字第 803 號解釋就系爭法規關於獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准之規定部分，大法官即明確指出「如其所欲追求之目的合憲正當，其限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係，即與憲法比例原則無違」。而有部分雖然未就比例原則為明確闡述，但由其論理之前後脈絡可推知應係偏向德國模式者，例如釋字第 786 號與第 810 號等解釋，以及 112 年憲判字第 4 號判決。

此外，本文認為值得一提者，為 113 年憲判字第 3 號就刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪規定之合憲性爭議所作成之判決。如前所述，大法官於該號判決中並未直接或間接揭示其所採行之審查標準，且於進行合憲性審查時，大法官乃首先強調「……尤應權衡其刑罰目的所追求之正面效益（如名譽權之保障），是否明顯大於其限制言論自由所致之損害……」。繼之，其亦就刑法該條項規定之行為規範與制裁規範⁶⁶二者分別檢視，目的在於「確認系爭規定之立法目的所追求之

⁶⁶ 關於刑法之行為規範與制裁規範之區分，參閱蔡聖偉，二〇〇五年關於不能未遂的修法—兼論

正面效益（名譽權之保護），大於其限制手段對言論自由所造成之負面影響」。就此，如由德國模式之觀點出發，或可謂大法官係聚焦於相稱性此一子原則之檢視，但似乎亦可認為其係採取美國三重審查標準以外之個案利益衡量此一審查標準；之所以如此，本文推測或許是因為刑法第 309 條第 1 項規定所限制之污辱性言論，並非全然為低價值，甚或是無價值之言論，毋寧有以高價值言論之方式而造成他人名譽或人格負面影響之可能，從而甚難決定應採何一審查標準所致。

二、實際運用比例原則之模式

（一）寬鬆審查標準下之實際運用模式

1、多數偏向於美國模式之運用

（1）僅探究目的是否具正當性及手段是否有助於目的之達成

至於在實際運用比例原則就系爭法規進行合憲性審查方面，依本文之觀察，在大法官採寬鬆審查標準而以偏向於美國模式運用比例原則所作成之解釋及判決中，有相當比例確如美國聯邦最高法院運用寬鬆審查標準般，僅就系爭法規所欲謀求實現之目的是否具正當性，以及所採取之手段是否有助於該等目的之達成而具合理關聯性此二部分進行判斷，而未再就手段之必要性，以及相稱性等子原則檢視系爭法規。例如在釋字第 750 號解釋中，大法官一方面肯認系爭法規所欲謀求實現之「確保醫師之專業能力及醫療品質，以維護病患權益，增進國民健康」等目的，皆屬具正當性之目的，另一方面則是認為所採取之「臨床實作訓練之醫療機構、臨床實作科別及週數或時數之要求，以及考評成績之處理等」手段，均係屬於有助於該等目的之達成且「無顯不合理」之手段，進而得出系爭法規係屬合憲之結論⁶⁷。然而，較為遺憾的是，從解釋理由書或判決理由中較無法確切知悉的是，大法官在以此等模式運用比例原則時，是否如同美國聯邦最高法院般，亦係先行推定系爭法規之合憲性，以及是否由聲請人就系爭法規之違憲情形負一定之舉證責任。

刑法上行為規範與制裁規範的區分，政大法學評論，91 期，2006 年 6 月，頁 355 以下；許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年 9 月，頁 392 以下。

⁶⁷ 相近似之論理脈絡，亦可見於釋字第 767 號、第 768 號、第 802 號、第 809 號與第 811 號等解釋，以及 111 年憲判字第 12 號、111 年憲判字第 19 號與 112 年憲判字第 7 號等判決。

(2) 有效避免出現個案過苛情形作為審酌因素

再者，在採寬鬆審查標準而以偏向於美國模式運用比例原則就系爭法規範進行合憲性審查之解釋及判決中，亦有部分除探究系爭法規範所欲謀求實現之目的是否具正當性，以及所採取之手段是否有助於該等目的之達成而具合理關聯性之外，尚檢視系爭法規範本身，或在同時適用其他相關法規範後，能否有效避免出現個案過苛之情形，或其本身或其他相關法規範是否設有妥適之個案過苛調節條款，以綜合判斷其合憲性者。例如在釋字第 746 號解釋中，大法官除認為系爭法規範關於逾期未繳納稅捐應加徵滯納金之規定部分，係具有目的正當性及所採取之手段有助於目的之達成外，並指出納稅義務人如有無法於法定期限內繳清稅捐，或應納稅額在 30 萬元以上而一次繳納現金確有困難等情形時，仍有依相關法規範「申請延期或分期繳納……或申請實物抵繳……而免於加徵滯納金」之可能，從而認為系爭法規範所採取之加徵滯納金手段「尚非顯然過苛，與目的之達成間具有合理關聯」，而屬合憲；就此而論，似乎係將有無避免出現個案過苛之可能，作為判斷手段與目的之達成間係否具合理關聯性之其中一項審酌因素。而在 112 年憲判字第 3 號判決中，大法官則是先就系爭法規範之目的正當性，以及手段與目的之達成間具合理關聯性為認定後，再額外以系爭法規範所屬公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例其他規定設有下列規定，以及有適用其他法規範而申請分期返還所溢領之退休所得為由，認為系爭法規範並無違背憲法財產權之保障意旨；此等論理脈絡似與前者有所不同，而將有效避免出現個案過苛情形作為另一種合憲性之判斷標準。

姑且不論此二類論理脈絡之差異，於此或可討論的是，在判斷系爭法規範所採取之手段能否有助於目的之達成，抑或是手段與目的之達成間是否具備合理關聯性時，將能否有效避免出現個案過苛情形納入審酌，是否妥適之問題。對此，本文初步認為，能否有效避免出現個案過苛情形，或屬手段是否符合必要性要求此一層次所應探究之問題，從而，於此脈絡下審酌此一因素，或可將其解讀為大法官應僅係用以強化系爭法規範合憲性認定之論理而已。除此之外，若進一步就有言及能否有效避免出現個案過苛情形之相關解釋及判決為觀察，可以發現大法官幾乎是在未進一步就該等避免出現個案過苛情形之規範內容，不論是系爭法規範本身，抑或是系爭法規範以外之其他法規範檢視其妥適性之情況下，即逕行認定系爭法規範所採取之手段與目的之達成間具有合理關聯性，抑或是進而認定系爭法規範係屬合憲。不僅如此，同樣值得探究者，為能否單以適用系爭法規範以外之其他法規範即能避免出現個案過苛情形為由，而未再就其他法規範關於避免個案過苛情形之規範內容之妥適性及有效性為檢視，即認定系爭法規範所採取之手段與目的之達成間具有合理關聯性，或進而認定系爭法規範係屬合憲之問題。

另外，在涉及公營事業移轉民營後留用人員年資結算規定合憲性爭議之釋字第 764 號解釋中，大法官同樣係採行寬鬆審查標準而以偏向於美國模式運用比例

原則檢視系爭法規之合憲性。但值得注意的是，於檢視系爭法規所採取之手段，即使移轉為民營後繼續留用人員得結算其原有年資及明定結算標準等規範內容與目的之達成間是否具合理關聯性時，大法官乃明確指出「應就過渡條款或其他緩和措施是否適度，一併觀察」。在此等審查脈絡下，大法官認為，系爭法規所屬之公營事業移轉民營條例、該條例施行細則，乃至於勞工退休金條例之相關法規，均已設有適度之緩和措施，進而一方面使已具備退休條件之該等留用人員相關權益，並不因系爭法規之適用而受有任何影響，另一方面，對於尚未具被退休資格之該等留用人員，亦「已對其因結算年資所生不利益採行適度之補償措施」，從而認定系爭法規所採取之手段與目的之達成間係具合理關聯性。對此，本文認為所衍生而值得進一步探究之問題乃如同前述，於此不再重複。

(3) 僅探究目的是否具正當性

又，依本文觀察，在釋字第 806 號解釋中，對於系爭法規屬於對職業執行自由為限制之規定方面，大法官亦同樣採行寬鬆審查標準而以偏向於美國模式運用比例原則檢視其合憲性，而認為系爭法規該部分之規定「僅涉及對人民執行職業之方法、時間、地點、範圍之限制，且係於維護公共空間之正常使用、秩序與安全必要範圍內，符合正當之公共利益，尚無違比例原則」。就此以觀，似乎僅係就系爭法規該等部分之規定係否具目的正當性為檢視，即得出其與比例原則相符之結論，而未再進一步探究其所採取之限制手段與目的之達成間是否具備合理關聯性。

(4) 與德國模式混合運用？

而在前已述及之 113 年憲判字第 1 號判決中，大法官雖揭示寬鬆審查標準而係以偏向於美國模式運用比例原則，但不僅明確指出應由行為之目的與限制手段及其所造成之結果等因素進行衡量，以判斷系爭法規對人民財產權所為之限制是否仍在人民所得忍受之範圍而屬合理，同時又強調系爭法規所採取之手段如對於目的係屬適當，且限制係屬必要，則其對於人民財產權所為之限制即屬合憲。就此而論，似乎已非單純偏向於美國模式，毋寧或可謂是美國與德國模式之混用。

有趣的是，在實際運用比例原則時，大法官雖逐一檢視系爭法規之目的是否正當性、手段是否適當與是否必要，然而似乎未見相稱性原則之檢視，亦未見其就行為之目的與限制手段及其所造成之結果等因素進行衡量，相反地，其乃另外以系爭法規設有個案過苛調解條款為由，作為其論證系爭法規合憲性之依據之一，並進而認為系爭法規「係為實現重要之公共利益，且手段與目的間具有合理關聯，尚未違反憲法第 15 條保障財產權之意旨」。

2、少數偏向於德國模式之運用

最後，在大法官採用寬鬆審查標準所作成之解釋及判決中，較為少見者，為以偏向於德國模式運用比例原則檢視系爭法規範合憲性之釋字第 778 號解釋。於該號解釋中，大法官依序由比例原則之四項子原則進行合憲性審查；其中較值得一提的是在相稱性之檢視部分。申言之，於判斷系爭法規範對於職業執行自由所生之限制，與所欲謀求實現之一般公共利益間是否相稱而無失均衡時，大法官首先分析系爭法規範對職業自由所為之限制態樣及所生之限制效果，認為其僅係就非屬醫師「執行職業內容與方式之全部或核心（如：診斷病因、施行治療、開給方劑）」之藥品調劑權為限制，以之與所欲維護之公共利益，即基於「推行醫藥分業制度而設，使診療與調劑分離，讓藥師得以其專業知識技能，核對及複查醫師開立之處方，以保障民眾之用藥安全」相互對照，並進而得出二者並無顯失均衡之判斷結論。

此等先行解析系爭法規範對於基本權利所為之限制態樣及所生限制效果，尤其是解析其所涉及者，是否為基本權利之保護核心，抑或係外圍領域，再以之與系爭法規範所謀求實現之公共利益重要性相互對照之判斷方式，亦與學理之倡議相互呼應⁶⁸。然而，在各該基本權利之保護核心與外圍領域方面，應以何等方式，或應依循何等標準以為界分，則仍有待日後大法官於判決中予以闡述與發展。

3、寬鬆審查標準下運用比例原則之審查結果

依本文觀察，於採行寬鬆審查標準運用比例原則所作成之解釋及判決中，除極少部分，例如釋字第 746 號解釋就系爭法規範關於滯納金加徵利息之規定部分，有宣告系爭法規範部分規定係屬違憲外，基本上均係宣告系爭法規範為合憲。

（二）中度審查標準下之實際運用模式

1、較多偏向於美國模式之運用

（1）目的重要性之判斷

繼之，在採行較為嚴格，或所謂中度審查標準檢視系爭法規範合憲性之解釋及判決方面，亦有較高之比例係以偏向於美國模式為比例原則之運用。從而，所面臨之問題，即係如何認定系爭法規範所欲謀求實現者，至少係屬重要，而非僅

⁶⁸ 就此，參閱許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 135。

屬一般性之公共利益，以及如何判斷系爭法規範所採取之手段與目的之達成間，具有實質之關聯性。

對於前者，相關解釋及判決幾乎未有較為深入之論理；常見的情形，是在就系爭法規範之規範目的為說明後，即得出系爭法規範所欲謀求實現者，為重要之公共利益，從而肯定其合憲之結論。少數之解釋及判決，例如釋字第 766 號及 112 年憲判字第 17 號判決，則是認為「基於追求行政便宜考量」及「避免管理上之困難」等目的而對基本權利為限制，非屬重要之公共利益。另外在釋字第 806 號解釋中，大法官則是認為，系爭法規範涉及職業選擇自由主觀條件限制之規定部分，係基於「防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動，以提供臺北市市民品質優良之娛樂」之目的而為職業選擇自由之限制，其所謀求實現者，僅為正當之公共利益，而非屬重要之公共利益，從而認為其與比例原則之要求有所不符；就此而論，似乎並非完全否定系爭法規範之目的正當性，僅係認為其未達到審查標準所要求之重要性程度而已。然而，在 113 年憲判字第 5 號判決中，大法官則是直接認為系爭法規範所欲謀求實現之公職威嚴此一目的，乃與「憲法保障言論自由所追求之監督政府、健全民主之目的明顯衝突，而與自由民主憲政秩序實難相容」，而根本否定其具正當性。

綜合上述觀察，本文認為，至少在採取中度審查標準而以偏向美國模式運用比例原則檢視系爭法規範合憲性之解釋及判決中，大法官已不像過往被學理批評般，甚少就系爭法規範所欲謀求實現之目的是否正當加以檢視，相反地，對於系爭法規範目的之正當性，以及其是否已達到審查標準所要求之公共利益重要性程度予以探究，毋寧已成為大法官之例行公事。姑且不論在探究系爭法規範之目的是否為謀求重要公共利益之實現方面，尚待大法官藉由判決之持續作成而發展出明確且具可操作性之判斷標準，或揭示應予審酌之因素，至少在前述 113 年憲判字第 5 號判決中，大法官已嘗試由基本權利保障之功能或目的等觀點，檢視系爭法規範其目的之正當性，而值得肯定。

(2) 手段與目的達成之實質關聯性判斷

A、以能否有效避免出現個案過苛情形為判斷依據？

至於在判斷手段與目的之達成間是否具備實質關聯性部分，大法官在釋字第 780 號解釋中，以系爭法規範所屬之道路交通管理處罰條例對於原本終身不得再考領駕駛執照之限制「設有緩和規定，而使駕駛人有重新考領駕駛執照之機會，已非終身限制」為由，認為系爭法規範所採取而有導致個案過苛疑慮之「終身不得考領駕駛執照」之手段，對於「避免汽車駕駛人闖越平交道，以維護交通安全，並保障不特定多數人民之生命權、身體不受傷害之權利與財產權」等目的之達成間，已具有實質關聯性。然而，如前所述，本文認為，能否有效避免出現個案過

苛情形，或屬手段是否符合必要性要求之問題，能否以系爭法規範本身，或在適用其他法規範後即能有效避免出現個案過苛情形為由，作為判斷手段與目的之達成間有無實質關聯性之審酌因素，或有疑問。或者更確切而言，於此可能涉及最為根本之問題，即在中度審查標準之採行下，要求手段與目的之達成間應具實質關聯性，究竟所指為何。又，縱使認為得以將能否有效避免出現個案過苛情形作為其中一項判斷因素，然大法官於此似未進一步就是否妥適，且得以確實有效地避免個案過苛情形之出現加以檢視；換言之，乃如同前述採行寬鬆審查標準之情形，似乎只要有避免出現個案過苛情形之可能，即認定手段因此而與目的之達成間具實質關聯性。

B、以個案利益衡量為判斷依據？

此外，在釋字第 756 號解釋中，對於系爭法規範基於監獄紀律而限制受刑人將其所撰寫之文稿投寄報章雜誌之規定部分，大法官先是於揭示審查標準時，明顯偏向美國模式之闡述，而認為「監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯」。然於接續探究系爭法規範該等規定部分之合憲性時，認為監獄長官得基於維護監獄秩序及安全免於遭受具體危險之需求，而對受刑人之投稿內容採取預防或管制措施，只是「應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益，並需注意是否另有限制較小之其他手段可資運用……」；此似乎已非前述美國三重審查標準下之中度審查標準之說明，毋寧較近似於個案利益衡量此一審查標準之說明，或者更確切而言，係個案利益衡量與德國模式中手段必要性此一子原則之混合運用。另一號似乎亦係由個案利益衡量之觀點探求手段與目的之達成是否具實質關聯性者，為釋字第 766 號解釋。於該號解釋中，大法官認為，系爭法規範關於限制以遺屬提出申請且符合條件之當月為領取遺屬年金之始點部分之規定，「僅能減省少數未能及時提出申請部分之給付，相對於所犧牲之謀求遺屬生活安定之法益」，乃「難謂手段與目的間具有實質關聯」。對於此等藉由個案利益衡量之方式論證系爭法規範之手段與目的之達成間是否具有實質關聯性之情形，或可謂再次呼應本文前述所提之該等實質關聯性之要求，究竟所指為何之根本性問題。

C、由實證觀點為判斷依據？

除上述判斷方式外，在 112 年憲判字第 11 號及第 17 號此二號判決中，大法官則是由較為實證之觀點，探究系爭法規範所採手段與目的之達成間是否已具實質關聯性。申言之，於前者，對於系爭法規範關於處罰人民以虛遷戶籍取得投票權而為投票之未遂行為之規定部分，大法官乃基於「相關判決之實證資料」認為，行為人所為之虛遷戶籍行為對於法益侵害之實現而言，已具有高度之蓋然

性，對於所欲保護之公共利益亦已生有危險性，從而由「危險有效防免」之目的，認定系爭法規範該部分之規定與目的之達成間已具有實質關聯性。若就此而論，則所謂手段與目的之達成間應具實質關聯性，似乎係置重於手段能否有助於目的之達成此一問題，只是與寬鬆審查標準相比，手段與目的達成間之關聯性程度乃有所提升，即要求所採取者，係更能有助於目的達成之手段。又，本文認為尚可討論的是，該等相關判決之實證資料，係否為大法官用以檢視立法者就系爭法規範為預測或評估所立基之立法事實正確與否之依據，以及應由何者就該等立法事實之正確性負舉證責任等問題。於此較為可惜的是，因該等資料係由法庭之友所提供，從而較無法知悉大法官係認為應由聲請人，抑或應由系爭法規範之主管機關負舉證責任。

是類問題在 112 年憲判字第 17 號判決中似乎可以獲得部分釐清。申言之，於該號判決中，對於系爭法規範所採全面禁止醫師為醫療廣告之手段與所欲維護國民健康之目的間是否具有實質關聯性之問題，大法官除認為由醫師藉由醫療廣告「提供相關適當訊息，自有助於病患就醫選擇，為落實病患自主權所必要，禁止醫師為醫療廣告，未必有利於國民健康之維護」外，並明確指出，對於早期尚未全面禁止醫師為醫療廣告之時期，並「未見相關衛生福利機關提出任何實證資料，足以推論一旦准許醫師為醫療廣告，必會為不當醫療行為」，從而認為系爭法規範所採取全面禁止醫師為醫療廣告之手段與目的之達成間，並未具有實質關聯性。由此等內容可知，大法官除認為系爭法規範所立基之立法事實，即准許醫師為醫療廣告將導致不當醫療行為，進而有害於國民健康之維護，在正確性方面或有疑義外，似乎亦將該等立法事實正確性之舉證責任分配由相關衛生福利機關承擔。

另外，在釋字第 749 號解釋中，對於系爭法規範以觸犯以刑法特定罪章作為限制職業選擇自由之依據，大法官乃明確指出由「立法資料及有關機關迄今所提出之統計或研究，仍不足以推論曾經觸犯系爭規定一所定之罪者，在一定期間內均有利用業務上之便利，再觸犯上開之罪，致有危害乘客安全之實質風險」。就此，大法官似乎亦如同前述 112 年憲判字第 17 號判決般，認為系爭法規範所立基之立法事實乃有正確性方面之疑義，且似乎亦係將舉證責任歸由有關機關承擔。然是否真如本文所言，以及此等對於立法事實之審查，以及舉證責任之分配是否已為大法官所注意，甚至已成為其判斷系爭法規範合憲性不可或缺之步驟之一，仍有待觀察。

2、少數偏向於德國模式之運用

採同樣採取較為嚴格審查標準審查系爭法規範之解釋及判決中，亦同樣有部分係以偏向於德國模式運用比例原則者；釋字第 791 號解釋即是如此。於該號解釋中，對於系爭法規範所欲謀求實現之目的，大法官並未明確指出其是否符合較

為嚴格審查標準所要求之重要公共利益，而僅謂其「目的應屬正當」；直到在對手段之必要性，以及相稱性為檢視時，大法官指出「通姦行為……尚不致明顯損及公益」，以及「透過刑事處罰嚇阻通姦行為，得以實現之公益尚屬不大」。既然如此，則系爭法規範所欲謀求實現之公共利益，是否已達重要性之程度，即有疑問；換言之，於此或可認為，系爭法規範所欲謀求實現之公共利益，未達較為嚴格審查標準所要求之重要性程度，從而其目的恐已非屬合憲。

再者，雖然肯定其符合適當性之要求，但亦明確指出「就維護婚姻制度或個別婚姻關係之目的而言，其手段之適合性較低」；就此，或可能衍生的問題是，在採取較為嚴格審查標準之情況下，對於手段適當性之要求是否亦應隨之而提升。又，在為相稱性之檢視時所時常面臨之困難，為如何決定所謀求實現之公共利益與所被限制之基本權利二者間係屬相當而無失均衡。就此，該號解釋一方面認為系爭法規範得以實現之公共利益重要性較低，另一方面則是基於系爭法規範對於「個人性自主權核心範圍」已造成直接且嚴重之干預，以及刑事訴究程序將嚴重造成個人隱私等觀點，而認為其「限制所致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益，而有失均衡」。由此部分之論理內容可知，其亦再次呼應前述學理由對於基本權利之保護核心，抑或是其外圍領域造成限制以判斷限制所生之嚴重程度之見解，而值得肯定。

3、中度審查標準下運用比例原則之審查結果

相對於在前述寬鬆審查標準，及後述嚴格審查標準下運用比例原則之審查結果，有較為明顯之宣告合憲及違憲之比例，在採中度審查標準下運用比例原則之審查結果則較未有偏向於合憲或違憲之情形。

(三) 嚴格審查標準下之運用模式

1、多數偏向於德國模式之運用

最後，在採嚴格審查標準所作成之解釋及判決方面，如前所述，有相當高之比例係以偏向於德國模式運用比例原則審查系爭法規範之合憲性；然而，在運用比例原則時之論理或相關因素之審酌，乃至於判斷方面，則有如下值得一提之處：

(1) 實現特別重要公共利益之目的之判斷

首先，在目的之正當性部分，大法官泰半會明確揭示在採行嚴格審查標準之情況下，系爭法規範所欲謀求實現者，應為特別重要之公共利益。然而，如前所述，於此同樣面臨如何認定系爭法規範所欲謀求實現者，既非一般，亦非重要之公共利益，而係特別重要之公共利益此一問題。

A、以維護生命、身體等重要法益為特別重要之公共利益

部分解釋及判決，例如釋字第 790 號解釋，以及 111 年憲判字第 1 號與 113 年憲判字第 8 號等判決，係以系爭法規範之目的在於保護生命及，或身體等重要法益為由，而認定其所欲謀求實現者，為特別重要之公共利益；其中在釋字第 790 號解釋中，大法官更是輔以避免生命、身體等重要法益所面臨之相當程度危險性，而強化其論理。除此之外，在釋字第 799 號解釋中，大法官則是認為「維護社會大眾人身安全、性自主權及人格權」，亦同屬特別重要公共利益之追求。就此而論，維護受規範對象本身及，或他人特定基本權利免於遭受來自於受規範對象特定行為之侵害，似亦可成為認定系爭法規範之目的是否在於實現特別重要公共利益之判斷依據。

但於此須注意的是，並非只要涉及受規範對象本身及，或他人特定基本權利之維護，即可逕行認定係屬特別重要公共利益之謀求實現。在 111 年憲判字第 2 號判決中，大法官雖認為系爭法規範之規範目的在於「維護被害人名譽，以保障被害人之人格權」，而肯定其正當性，但隨即又基於「名譽權遭侵害之個案情狀不一，亦有僅屬私人間爭議，且不致影響第三人或公共利益者」之觀點，認為「填補或回復被害人名譽之立法目的是否均屬特別重要之公共利益，尚非無疑」。就此而論，似乎係認為，若對於名譽權所為之侵害非屬重大，或未具有迫切之危險性，則系爭法規範所欲謀求實現之公共利益，即可能非屬特別重要之公共利益。

B、以基本國策規定為特別重要之公共利益之論理依據

另外，在 111 年憲判字第 4 號判決中，大法官明確揭示確認國家為給付行政之範圍，並非屬特別重要之公共利益；但除此之外，其並輔以原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之基本國策規定對於原住民族之特別保障要求，而認為系爭法規範追求文化認同之規範目的，應屬特別重要之公共利益。同樣由基本國策之規定出發，作為認定系爭法規範係謀求特別重要公共利益之實現之依據者，尚有 111 年憲判字第 13 號判決。經此可知，在立基於憲法及憲法增修條文之基本國策之立法委託而為立法之情形中，系爭法規範或有被認定為係以謀求特別重要之公共利益之實現為其規範目的之可能。

C、其他實現特別重要之公共利益之目的類型

除上述認定系爭法規範所欲謀求實現者確為特別重要之公共利益之情形外，或許係因為於此大多涉及基於刑事處罰或保安處分而限制人民人身自由之情形，故而於探究是類系爭法規範之目的正當性時，大法官乃認為遏阻特定犯罪行為之實施，以及對受刑人進行矯正教育以避免其復歸社會後再犯係屬特別重要之

公共利益，進而肯定其目的之正當性；例如釋字第 812 號解釋及 113 年憲判字第 2 號判決，均屬適例。

但除此之外，在 112 年憲判字第 11 號判決中，大法官則是認為，系爭法規範以「避免扭曲選舉競爭秩序，以確保民主正當性與公正性，進而維護政治社群民主最根本之自我治理原則」為其規範目的，係屬特別重要之公共利益之謀求實現，而肯認其目的之正當性。另外，在 113 年憲判字第 5 號判決中，對於系爭法規範關於侮辱職務罪之規定部分，以「確保公務執行」為其所於謀求實現之目的，大法官認為其係屬於特別重要之公共利益；至於以保障公職威嚴為目的部分，大法官則是認為與「憲法保障言論自由所追求之監督政府、健全民主之目的明顯衝突，而與自由民主憲政秩序實難相容」，而根本否定其具正當性，此部分前已述及，於此不再贅述。

(2) 手段適當性之認定

至於在手段適當性方面，很明顯地，大法官在有論及手段適當性之相關解釋及判決中，均係在未有太多論理之情況下，即肯認系爭法規範所採取之手段係有助於目的之達成，而符合手段適當性之要求。

(3) 手段必要性之認定

A、以能否有效避免出現個案過苛情形為判斷依據

至於在手段必要性方面，情況則有所不同。首先，系爭法規範本身，或在同時適用其他相關法規範之情況下能否有效避免出現個案過苛之情形，或其本身或其他相關法規範是否設有妥適之個案過苛調節條款，似乎成為大法官判斷之重點。例如在釋字第 777 號解釋中，大法官於認定系爭法規範具目的正當性及手段之適當性後，一方面以系爭法規範關於 88 年刑法第 185 條之 4 規定所定 6 月以上 5 年以下有期徒刑之法定刑「尚非過當」，以及使法院得因個案情節而為不同刑度之宣告，甚至使情節輕微者有得易科罰金之可能，進而避免出現個案過苛之情形而與比例原則相符，另一方面則係以 102 年刑法第 185 條之 4 規定所定 1 年以上 7 年以下有期徒刑之法定刑，將使法院「對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告」，進而對情節輕微之個案出現個案過苛之情形，而與比例原則不符。另外在釋字第 790 號解釋中，亦可見相類似之論理脈絡。至於在釋字第 812 號解釋中，對於系爭法規範關於強制工作之處分期間一律為 3 年之規定部分，大法官雖係謂「不分受處分人犯罪行為之型態與情節輕重，就其所欲達成之目的而言，顯非對受處分人侵害最小之手段」，但應同樣係基於系爭法規範該部分之規定將導致有出現個案過苛情形之觀點，而認定其與必要性之要求不符。

於此，同樣有問題的是，能否有效避免出現個案過苛情形，究竟係屬於必要性此一子原則所應加以檢視者，抑或是應在其他子原則部分加以判斷。對此，如就釋字第 812 號等解釋而論，應係於必要性此一子原則中進行檢視，而與本文之見解相呼應。然，於釋字第 790 號解釋中，大法官先係肯定系爭法規範所採之刑事處罰手段對於目的之達成確實具有必要性後，又以其所定之法定刑將導致違法情節輕微之個案出現個案過苛之情形為由，而認為其與「憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第 23 條比例原則」；就此而論，似乎係在必要性此一子原則之要求之外，再另行檢視能否有效避免出現個案過苛情形。若本文之理解無誤，將衍生應由比例原則之何項子原則加以檢視之問題。

B、以別無其他同樣有助於目的達成且侵害較小之手段為判斷依據

除此之外，有相當比例之解釋及判決係以除系爭手段外，別無其他與系爭手段同樣有助於目的達成，但對於相關基本權利侵害較小之手段為由，而肯定系爭手段之必要性；例如釋字第 790 號、第 799 號等解釋，以及 111 年憲判字第 1 號、112 年憲判字第 11 號等判決，均是如此論理。然而，是否真如該等解釋及判決所言，已別無其他與系爭手段同樣有助於目的之達成，但對於相關基本權利係屬侵害最小之手段之存在，從解釋理由書或判決理由中並無法進一步予以探究，且此部分亦已非屬本文所能處理之專業範圍。但於此值得注意的是，於 112 年憲判字第 11 號判決中，大法官乃就系爭法規範所採刑事處罰手段以外之其他可能手段，例如行政罰之手段，以及由行政機關事前採取宣導、預防及查核等措施予以探究，進而認為是類手段「不必然屬可以相同有效達成目的之替代手段」。不僅如此，大法官於此並認為，若不採刑事處罰手段以防止濫用戶籍登記方式而危害選舉競爭秩序之行為，或將對我國民主選舉之公正性產生極大之破壞風險。對於該等風險，雖然無任何實證資料得以認定其迫切性，但大法官乃基於該等可能產生之風險將對民主選舉之公正性造成極大，甚或將產生難以回復之損害，而認為是類「危險之發生即使未必能證明急迫，只要其發生並非不可能，司法部門仍宜尊重政治部門之政治風險評估與風險管理決策」，由此以論證系爭法規範所採之刑事處罰手段符合必要性之要求。

如就形式以觀，似乎會有在採行嚴格審查標準之情形中，何以又言及一般在採行寬鬆審查標準時才會出現尊重政治部門之政治風險評估與風險管理決策等論理內容之質疑。對此，本文則是認為，一般在採行嚴格審查標準時，多會探究系爭法規範所採取之手段是否為防止迫切之危險發生；而此，似乎應係於探究系爭法規範係否欲謀求實現特別重要之公共利益時，所應予審酌之其中一項因素才是。姑且不論此一問題，若從該號判決就此部分之論理脈絡以觀，則該號判決應係鑑於無任何實證資料予以佐證之情況下，欲藉由該等論理內容，而得出系爭法規範所採之刑事處罰手段以外之其他手段，均非屬相同有效達成目的之手段此一結論。從中，亦衍生出在採嚴格審查標準而以偏向於德國模式運用比例原則時，究

竟應如何具體檢視手段之必要性，尤其應以何等標準判斷是否尚有其他同樣有助於目的達成之手段之存在之問題。

C、就同樣有助於目的達成之不同手段間進行比較

而在釋字第 812 號解釋中，大法官於審查系爭法規範所採取之手段是否符合必要性之要求時，乃就同樣有助於目的達成之不同手段進行比較。申言之，對於系爭法規範所採取之刑前強制工作手段，大法官乃將之與受處分人在受刑之執行期間實施強制工作此一手段進行比較，進而一方面認為「受刑人於刑罰執行期間即得以接受適當之技能訓練，並無為此另施以強制工作之必要」，另一方面則是認為，相較於刑前強制工作，受處分人極有可能因尚須入監執行有期徒刑而荒廢先前所已習得之技能，進而使強制工作所欲達成之協助復歸社會之功能無法有效發揮，於受刑之執行期間實施強制工作反而更能有效發揮該等功能。此外，大法官並藉由現有之「更生保護制度」強化其認定刑前強制工作手段非屬必要之論理。基此，其乃認為系爭法規範所採取之刑前強制工作，非屬「侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違」。此等論理脈絡，亦可見於檢視系爭法規範所採取之刑後強制工作手段之必要性，且大法官亦同樣認為該等刑後強制工作手段非屬「侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段」，而認定其與必要性之要求不符。

另外，在 111 年憲判字第 4 號判決中，對於系爭法規範所採取之要求子女須從其原父或原母之漢性，始得取得原住民身分之限制手段，大法官認為其對於促進原住民文化之認同而言，係屬於相當形式之手段，並直接指出「單純從原父或原母之姓或傳統名字亦未必真能顯現對原住民文化之認同」。然而，於此或可探究的是，既然系爭限制手段未必能顯現對原住民文化之認同，是否表示系爭限制手段可能無法有助於目的之達成，進而與手段適當性之要求不符。不僅如此，由此又再次衍生出本文前已述及之問題，即在採取嚴格審查標準而以偏向於德國模式運用比例原則之情況下，就手段是否有助於目的達成之適當性審查，是否亦應隨之而提升其要求。姑且不論該等問題，大法官繼之並將系爭之限制手段與現行既有之原住民身分及民族登記手段相比，一方面認為該等登記手段即「足以彰顯其認同」，另一方面在與「先承認身分，進而再要求培養認同」之手段相比，系爭之限制手段對於原住民文化認同此一目的之謀求實現而言，已非屬侵害最小之手段。

(4) 相稱性之審查

至於在相稱性之審查方面，大法官似乎係以系爭法規範所欲謀求實現者，為特別重要之公共利益之觀點出發，而在較未有深入論理之情況下，即認為其與受有限制之基本權利相互權衡，係屬相稱而無失均衡。例如在釋字第 799 號解釋

中，大法官認為系爭法規範未就強制治療設定確定期限或最長期限，而以受治療者經治療後，其再犯危險顯著降低之個別化條件為停止治療之時點，「於社會大眾安全需求之維護，與受治療者人身自由等自由權所蒙受之限制兩者間，尚難謂有失均衡」。而在 111 年憲判字第 1 號判決中，大法官亦認為系爭法規範所採之手段「就憲法上特別重要公共利益之維護，與肇事駕駛人所享有之憲法人身自由與身體權之保障兩者間之損益亦難調失衡」。同樣的，在 111 年憲判字第 13 號判決中，亦可見大法官一方面雖肯認因系爭法規範所採手段而「犧牲之個人敏感資訊隱私權固屬特別重要法益」，但另一方面則是認為「公務機關、學術研究機構基於醫療、衛生法定目的之統計或學術研究，係為救治或預防疾病，事涉公眾之健康，與社會集體安全之維護必要相關，更是特別重要公益」；從而，認定系爭法規範符合相稱性原則之要求。

2、少數偏向於美國模式之運用

在採行嚴格審查標準檢視系爭法規範合憲性之情形中，亦有少部分之解釋係以偏向於美國模式而為比例原則之運用；最為眾所周知者，應為釋字第 744 號解釋⁶⁹。於該號解釋中，就涉及性質屬於商業性言論之化妝品廣告為事前審查之系爭法規範，大法官乃揭示原則上違憲，例外方有合憲可能之基本審查邏輯；且於是否有例外合憲情形時，乃採嚴格審查標準予以探究。對於該號解釋，本文認為值得注意者有二：其一為該號解釋乃明確揭示系爭法規範所立基之立法資料，必須充分而足以支持，亦即足以證立其所採取之事前審查手段，係為謀求「防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要公共利益」之實現，且該等事前審查之手段與該等目的之達成間具有直接及絕對必要之關聯性。就此而論，似乎係與美國聯邦最高法院於採行嚴格審查標準時，先行推定系爭法規範係屬違憲之論理模式相近似；至於所謂「立法資料須足以支持」等語，似亦可推測大法官於此應係要求主管機關就系爭法規範之合憲性負舉證之責任⁷⁰。

再者，於該號解釋中，大法官對於系爭法規範是否有例外合憲之可能時，在目的正當性及手段與目的達成間之關聯性外，並要求系爭法規範應「賦予人民獲立即司法救濟之機會」，如此方「符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」。然而，檢視該等論理內容，似乎係將賦予人民獲立即司法救濟機會納入而作為比例原則內涵之一，則在此等脈絡下，是否表示大法官已對於比例原則之內涵有重新形構之情形；若是如此，又該如何定位與理解，甚至運用該等新形構之內涵。不僅如此，所謂立即之司法救濟，所指為何，係指涉及言論事前審查之系爭法規範本身須就立即之司法救濟為特別規定，抑或是僅要求依行政訴訟法等一般訴訟法

⁶⁹ 除此之外，釋字第 806 號解釋就系爭法規範涉及職業自由及藝術表現自由之限制，亦係以偏向於美國模式運用比例原則而為合憲性之審查。

⁷⁰ 相同見解，參閱該號解釋黃昭元大法官所提出之協同意見書。

就該等事前審查行為有得立即為司法救濟之可能性，即為已足。是類問題，均有待進一步釐清。

3、嚴格審查標準下運用比例原則之審查結果

相對於在採寬鬆審查標準下運用比例原則之審查結果，基本上係均宣告系爭法規為合憲，在採嚴格審查標準下運用比例原則之審查結果，有較高之比例係宣告系爭法規為違憲。但亦有部分解釋及判決係認定系爭法規（之部分規範內容）係屬合憲，或經由合憲性解釋方式限縮系爭法規之適用範圍，或額外課予其一定之程序要件後而宣告其合憲，例如釋字第 799 號解釋，以及 111 年憲判字第 1 號、111 年憲判字第 13 號、112 年憲判字第 11 號，以及 113 年憲判字第 8 號等判決。

（四）未揭示審查標準時之實際運用模式

而在未揭示審查標準所作成之解釋及判決方面，大法官運用比例原則時，並未有明顯偏向於德國或美國模式之情形。但如同前述，在是類解釋⁷¹或判決⁷²

⁷¹ 例如釋字第 786 號解釋認為，對於系爭公職人員利益衝突迴避法第 14 條前段及第 16 條等規定，「……立法者未衡酌違規情節輕微之情形，一律處以 100 萬元以上之罰鍰，縱有行政罰法減輕處罰規定之適用，仍可能造成個案處罰顯然過苛而有情輕法重之情形（例如：對於進行短期、一次性之低額勞務採購或所涉利益較小者課處最低 100 萬元罰鍰），不符責罰相當原則，於此範圍內，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違……。」；釋字第 796 號解釋認為，系爭刑法第 78 條第 1 項規定「不分受假釋人是否受緩刑或 6 月以下有期徒刑之宣告，以及有無基於特別預防考量，使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀，僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案受假釋人，均再入監執行殘刑，於此範圍內，其所採取之手段，就目的之達成言，尚非必要，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨有違。」；釋字第 803 號解釋認為，系爭原住民利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定對於非定期性狩獵需求，「一律要求應於獵捕活動開始前 5 日即提出申請，而無其他相應之多元彈性措施……，對於因特殊事由致不及提出申請之原住民而言，無異於剝奪其依從傳統信仰或習慣而合法從事狩獵活動之機會。於此範圍內，其對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制，實已逾越必要限度。」；釋字第 804 號解釋認為，系爭法規使「法院就符合上開規定構成要件之犯罪行為，仍得因個案情節之差異而宣告不同之刑度；於非法重製行為之情節相對輕微者，如非法重製之行為人實際上並未獲利，或其重製數量、銷售量或金額、銷售對象或地區等，尚未達一定商業規模，或尚不足以影響市場及公平競爭秩序之情形，並得依刑法第 59 條規定以個案情節輕微而酌減其刑，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文規定易科罰金，以避免執行短期自由刑，致過度限制人身自由並影響行為人重新回歸一般社會生活之流弊……。是上開規定所定之最低度法定自由刑部分，與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨亦尚無違背。」；釋字第 810 號解釋認為，原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定「以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此未設適當之調整機制，於此範圍內，系爭規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。」

⁷² 例如 112 年憲判字第 4 號判決認為，民法第 1052 條第 2 項但書規定「不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一

中，亦常見大法官以系爭法規範之規範內容欠缺彈性而過於僵化，以致於行政或司法機關等法律適用者無法顧及個案中可能出現之特殊情形，而為不同措施之採行或法律效果之選擇為由，直接認定系爭法規範為達成規範目的而對特定基本權利之限制已逾越必要之範圍而違反比例原則。

而在 112 年憲判字第 8 號涉及刑法第 310 條第 1 項至第 3 項，以及第 311 條等涉及誹謗罪規定之合憲性爭議之判決中，大法官對於比例原則之運用，雖同前述德國模式般，由目的正當性、手段之適當性與必要性，以及相稱性等四項子原則逐一檢視其合憲性；但中較引人矚目者，為在相稱性部分，乃單獨就刑法第 310 條第 3 項規定進行檢視。相較於釋字第 509 號解釋偏重於立法者以刑事處罰手段限制人民發表誹謗性言論之合憲性探討，而較未論及立法者以刑罰誹謗罪規定作為人民言論自由與名譽權等基本權利相互衝突時之調和機制及其合憲性問題，在該號判決中則是對此有相當篇幅之論理說明。申言之，該號判決認為，刑法誹謗罪規定既然涉及人民言論自由及名譽權等基本權利之衝突問題，則立法者「為謀求憲法言論自由與名譽權保護之合理均衡」，即有設置妥適之衝突解決或調和機制之義務；而此，即為刑法第 310 條第 3 項規定之核心功能。之所以在相稱性此一子原則部分檢視該等衝突解決或調和機制是否妥適，或係因為相稱性原則之內涵本即要求系爭法規範所謀求實現之公共利益重要性與因此對人民基本權利所生限制二者間應處於相當或相稱之狀態；既然刑法誹謗罪規定係以保護他人名譽權為其規範目的，則因刑罰誹謗罪所生對於人民言論自由之限制，即應與他人名譽權之保護處於相當或相稱之狀態才是。若本文之理解無誤，則凡是因基本權利衝突所生之基本權利限制情形，相稱性原則在內涵方面即有可能進一步昇華為就立法是否已形構利益衡量機制，以及該等利益衡量機制是否能有效發揮使相互衝突之基本權利能同時受到合理均衡之保護為檢視⁷³。

方請求裁判離婚，形同強迫其繼續面對已出現重大破綻難以維持之漸行漸遠或已處於水火之中之形骸化婚姻關係，實已造成完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事……對唯一有責配偶請求裁判離婚之限制，於有上開顯然過苛情事之範圍內，自難謂其與憲法第 22 條保障婚姻自由意旨相符。」；112 年憲判字第 13 號判決則是認為，系爭法規範「一律以無期徒刑為最低法定刑，而未依犯罪情節之輕重，提供符合個案差異之量刑模式，亦未對不法內涵極為輕微之案件設計減輕處罰之規定，在此僵化之法定刑規定之下，司法實務對於觸犯系爭規定者，除涉及走私巨量毒品進口或大盤者外，甚少逕行科處無期徒刑以上之刑者，而絕大多數依刑法第 59 條之規定減輕其刑，於 20 年以下、15 年以上有期徒刑之範圍內量刑（刑法第 65 條第 2 項規定參照），成為實務判決之常態。然而依該規定減刑之後，最低刑為 15 年以上有期徒刑，適用於個案是否仍為過苛，自應將犯罪之情狀、犯罪者之素行，以及法安定性及公平性之要求一併考量。準此，系爭規定對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第 8 條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。」

⁷³ 於此可再行討論的問題是，或因必須進一步審酌該等利益衡量機制之有無及其妥適性，以致於無法採取前述美國模式般之審查模式，僅置重於目的與手段之關聯性程度。

至於在同樣涉及言論自由限制之合憲性爭議之 113 年憲判字第 3 號判決中，大法官乃分別就刑法第 309 條第 1 項規定之構成要件及法律效果，即行為規範及制裁規範分別檢視其合憲性。於前者，大法官乃基於合憲解釋原則之觀點，限縮該條項規定構成要件之適用範圍，並進而得出合憲之結論；換言之，就此部分嚴格而言，並未有比例原則之具體運用。至於在後者方面，大法官首先以刑法該條項規定究竟係為保護名譽感情，抑或是為保護社會名譽或名譽人格等不同目的，分別論斷其是否符合刑法最後手段性；就此，或可謂仍係針對刑法該條項規定之手段與目的間之關聯性而為檢視。值得一提的是，如就判決理由為形式之觀察，則在本號判決中，大法官似未如同 112 年憲判字第 8 號判決般，於比例原則之相稱性此一子原則部分，檢視立法者是否已就言論自由與名譽權此二相互衝突之基本權利設有妥適之利益衡量機制。對此，本文並非認為本號判決完全未由相稱性之觀點檢視刑法第 309 條第 1 項規定，相反地，本號判決乃明確指出其必須確認刑法該條項規定是否有「立法目的所追求之正面效應（名譽權之保護），大於其限制手段對言論自由所造成之負面影響」；而此，應可解讀為即係由相稱性之觀點進行審查，只是其對於相稱性之審查與 112 年憲判字第 8 號判決有所不同。申言之，在此等審查脈絡下，大法官於限縮解釋刑法第 309 條第 1 項規定之構成要件適用範圍時，即一再強調必須同時「權衡表意人之言論自由與被害人之名譽權」、表意人故意發表公然扁損他人名譽之言論是否「已逾越一般人可合理忍受之範圍」，以及應「權衡該言論對他人名譽權之影響」、「是否構成侮辱，不得僅因該語言文字本身具有扁損他人名譽之意涵即認定之，而應就其表意脈絡整體觀察評價」。從本文所節錄之是類判決理由之論理內容可知，其實大法官於審查刑法第 309 條第 1 項規定之合憲性時，亦十分重視利益衡量之問題，只是與 112 年憲判字第 8 號判決不同之處，在於本號判決將利益衡量機制與刑法該條項規定構成要件之解釋與個案中之具體適用融合為一；換言之，應係認為於解釋及個案具體適用時，本即應留意利益衡量之問題，無庸再要求立法者另行形構利益衡量機制。而此，或許是因為本號判決一開始所稱侮辱性言論無從確認其真偽，而與誹謗性言論有所不同所致；至於此是否為本號判決所稱另定違憲審查標準下之審查結果，即無法確切得知。

伍、比例原則於涉及信賴保護場域之運用

一、於不真正溯及既往之情形中為比例原則之運用

(一) 釋字第 717 號解釋以前之比例原則運用情形

除上述運用比例原則審查系爭法規範所生基本權利限制情形是否合憲外，大法官亦於涉及系爭法規範是否牴觸法律不溯及既往原則⁷⁴之解釋或判決中，運用比例原則審查系爭法規範對於受規範對象之信賴利益所生衝擊，是否合於憲法之要求。申言之，於系爭法規範是否牴觸法律不溯及既往原則之爭議中，大法官多先由所規範者，為已終結之事實或法律關係，抑或是尚未終結之事實或法律關係，判斷系爭法規範係真正溯及，抑或不真正溯及之立法模式。如系爭法規範為不真正溯及之立法模式，大法官雖會明確宣示其與法律不溯及既往原則無涉，但繼之則是以其是否對受規範對象依舊法所已取得，或預期可以取得而值得保護之權益或利益是否造成損害，而接續基於信賴保護原則之要求判斷其因此對於受規範對象所造成之是類損害，是否為憲法上所允許⁷⁵。

對此，似乎在釋字第 717 號解釋之前，大法官審查之重點，在於立法者對於受規範對象所造成之是類損害，有無「採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款」，以減輕其損害或避免影響其依法所已取得之法律上地位⁷⁶。如由釋字第 589 號解釋所謂「因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之法律上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，以減輕其損害或避免影響其依法所取得之法律上地位，方符憲法公益與私益平衡之意旨」等論理內容以觀，或隱含有比例原則之精神在內；亦即法規範之新訂或修正（此一手段）所欲謀求實現之公共利益目的，與因此對於受規範對象因舊法所已取得，或預期可以取得而值得保護之權益或利益所生之損害，二者間應處於衡平而無失均衡之狀態。此外，對於應採取何等方式以保障受規範對象是類值得保護之權益或利益，須「衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益因素及信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值」等因素後決定之。

⁷⁴ 於部分解釋或判決中，大法官則是以「禁止法律溯及既往原則」稱之。就此，參閱釋字第 717 號、第 781 號至第 783 號等解釋，以及 111 年憲判字第 14 號、第 18 號、112 年憲判字第 3 號，以及 113 年憲判字第 2 號等判決。

⁷⁵ 就此，參閱釋字第 717 號，以及第 781 號至第 783 號解釋。

⁷⁶ 例如釋字第 525 號、第 529 號、第 538 號、第 574 號、第 589 號、第 605 號、第 620 號，以及第 629 號等解釋。

（二）釋字第 717 號解釋之比例原則運用情形

而在釋字第 717 號解釋中，大法官之論理則有些許不同。申言之，對於受規範對象依舊法所取得而「既存之有利法律地位或可得預期之利益」，立法者對之原則上享有「是否予以維持以及如何維持之形成空間」，但其於利用該等形成空間為系爭法規範之新訂或修正時時，除應注意受規範對象對於該等法律地位或利益有無值得保護之信賴外，並應留意比例原則之要求；然而，所謂應留意比例原則之要求，所指為何，或有探究之空間。對此，該號解釋則是提供相關線索以供檢視：首先，該號解釋指出，對於受規範對象依舊法所取得而值得保護之既存有利法律地位，或可得預期且同樣值得保護之利益，僅有基於一定公共利益方得加以變動。而該等公共利益之重要性程度，則又取決於受規範對象該等既存有利法律地位或可得預期之利益值得保護之程度而定；換言之，值得保護之程度越高，所要求之公共利益重要性越大。再者，該號解釋接續並強調「凡因公益之必要而變動法規者，仍應與規範對象應受保護之信賴利益相權衡，除應避免將全部給付逕予終止外，於審酌減少給付程度時，並應考量是否分階段實施及規範對象承受能力之差異，俾避免其可得預期之利益遭受過度之減損」。此似乎係認為，立法者基於一定重要性之公共利益而新訂或修正系爭法規範，以變動受規範對象依舊法所取得而值得保護之既存有利法律地位，或可得預期且同樣值得保護之利益時，不得使其遭受過度之減損而與比例原則有違。

由上述說明或可推測大法官已於釋字第 717 號解釋中運用比例原則檢視系爭法規範之新訂或修正對於受規範對象值得保護之信賴利益所生減損情形之合憲性。雖然大法官並未揭示於此運用比例原則時所應依循之審查標準，但至少可以看出受規範對象「信賴利益值得保護之程度」，將會決定系爭法規範之新訂或修正而欲謀求實現之公共利益所應具備之重要性程度；換言之，此乃係決定審查標準時，其中一項應予審酌之因素。

（三）釋字第 781 號至第 783 號等解釋之比例原則運用情形

而在釋字第 781 號至第 783 號涉及軍公教年金改革法案合憲性爭議之三號解釋中，大法官除基本上延續釋字第 717 號解釋之論理脈絡外，同時亦清楚揭示運用比例原則之審查標準。申言之，對於系爭法規範之修正，大法官首先認定其係屬於不真正溯及之立法模式而與法律不溯及既往原則無涉。繼之，因系爭法規範之修正而導致受規範對象退休所得遭受調降之情形，大法官乃基於受調降之部分，係屬「財源全部源自於政府預算，屬恩給制之範疇」之優惠存款利息部分，而未涉及受規範對象「在職期間繳納之提撥費用本息」，認為對於如何調降優惠存款利息之退休所得部分，立法者乃享有較高之調整形成空間，從而採取寬鬆之審查標準運用比例原則審查其合憲性。然而，於此或將衍生的問題是，究竟是因為該等受調降之退休所得部分係屬恩給制範疇之優惠存款利息，受規範對象對之所

生信賴利益值得保護之程度較低，從而採取寬鬆審查標準，抑或是大法官於此根本未審酌此一因素，而僅就立法者於此享有較高之調整形成空間予以審酌，從該等解釋之論理脈絡中，並無法確切得知。

此外，與釋字第 717 號解釋不同之處，在於大法官於該三號解釋中不再僅係單獨強調受規範對象因系爭法規修正所生信賴利益受有減損之情形，與系爭法規之修正所欲謀求實現之公共利益間，不得有過度減損而不符比例之情形，而是進一步依序就系爭法規就調降退休所得所為之修正，在目的方面是否具備正當性，以及手段是否適當及必要；但有趣的是，大法官於此並未探究系爭法規之修正所欲謀求實現之公共利益，與因此對於受規範對象因舊法所預期可以取得而值得保護之利益所生之損害，二者間是否相稱之問題。不僅如此，於必要性此一子原則之檢視方面，大法官則是直接以系爭法規「除設最低保障金額為扣減底限外，並考量受規範對象承受能力之差異，採取減緩其生活與財務規劃所受衝擊之……手段」為由，認定其係符合必要性原則之要求；此部分之論理或有略顯不足之嫌。

另外，在該三號解釋中，大法官於審查系爭法規調降退休所得之修正合憲性時，常見其同時提及信賴保護原則與比例原則。例如在部分標題中可見系爭法規「無涉法律不溯及既往原則，與信賴保護原則、比例原則尚無違背」，或「上開規定調降原退休所得，與信賴保護原則、比例原則尚無違背」；然而，在部分標題及內容方面，卻又可見「是否符合比例原則及有無違反信賴保護原則」等語。從而，乃衍生大法官於此究竟係認為只要符合比例原則，即同時符合信賴保護原則之要求，抑或是分別就該二類原則進行合憲性審查之疑問。對此，本文初步認為，由該三號解釋援引釋字第 717 號解釋之見解為依據，而認為若受規範對象有值得保護之信賴利益時，立法者一方面必須「基於公益之必要始得變動」受規範對象該等信賴利益，另一方面「於變動時，為目的之達成，仍應考量受規範對象承受能力之差異，採取減緩其生活與財務規劃所受衝擊之手段，始無違信賴保護原則與比例原則」等說明內容以觀，應可認為大法官係以比例原則審查系爭法規之新訂或修正，對受規範對象值得保護之信賴利益所生之衝擊，是否為憲法所許而屬合憲；如為肯定，即可同時認定系爭法規之新訂或修正亦符合信賴保護原則之要求。

二、於真正溯及既往情形中為比例原則之運用？

至於在系爭法規之立法模式係屬真正溯及之情形中，大法官除明確揭示得以追求憲法重大公共利益而例外允許立法者新訂或修正系爭法規，以溯及規範已終結之法律關係或事實外，依其論理脈絡可知，似仍要求應進一步檢視系爭法

規範新訂或修正所生之溯及規範情形，是否符合信賴保護原則之要求⁷⁷。只是截至目前為止，涉及性質係屬真正溯及之系爭法規範合憲性爭議之釋字第 793 號解釋及 112 年憲判字第 3 號判決，均因系爭法規範之受規範對象並無值得保護之信賴，而未再就如何探究系爭法規範是否符合信賴保護原則加以說明。從而，亦引發在此等情況下，是否同樣應以比例原則進行檢視，以及既然於此係例外允許溯及就已終結之法律關係或事實為規範，則在決定審查標準時，是否亦應就此一因素加以審酌等問題。就此，則有待日後相關判決之作成再為探究。

陸、比例原則於國家權力運作場域之運用

一、學理見解概述

另一個曾為學理所關切，並引發討論者，為於不涉及人民基本權利限制合憲性爭議之國家權力運作場域中，能否運用比例原則檢視國家機關互動關係下，系爭權力運作行為之合憲性此一問題；對此，學理及實務見解相當分歧。以德國聯邦憲法法院裁判見解為例，其曾認為，不論是特別針對在聯邦與邦之競爭關係下所確定之邦事務管轄權爭議，抑或是一般性地針對權限劃分爭議，並無該等於自由受干預之場域中所發展而成，具有防衛個別權利及自由領域功能之比例原則之適用⁷⁸。然而，德國學理則有分析之見解指出，聯邦憲法法院其實亦曾於審查基本法第 72 條第 2 項⁷⁹關於聯邦於一定條件下，就基本法特定規定所涉領域享有立法權之規定時，多次運用比例原則檢視系爭聯邦法律規定是否符合該條項規定所稱之「必要」此一規範文義之要求⁸⁰。

至於在學理方面，有援引聯邦憲法法院前述裁判見解，而認為於國家權力運作場域中並無運用比例原則進行合憲性審查之空間者⁸¹。亦有認為比例原則既為

⁷⁷ 就此，參閱釋字第 793 號解釋及 112 年憲判字第 3 號判決。

⁷⁸ BVerfGE 79, 311, 341; 81, 310, 338.

⁷⁹ 該條項規定：「為於聯邦領域內建立同質之生活關係，或基於整體國家利益維護法律及經濟之一致性，而有以聯邦法律規範之必要者，聯邦於第 74 條第 1 項第 4 款、第 7 款、第 11 款、第 13 款、第 15 款、第 19 款之 1、第 20 款、第 22 款、第 25 款及第 26 款所規定之事務領域，有立法權。」

⁸⁰ 就此，參閱 Sodan, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, 2. Aufl., 2022, Bd. 3, § 87 Rn. 52. 氏認為運用比例原則審查之裁判為 BVerfGE 106, 62, 149; 110, 141, 175; 111, 226, 253 f.; 112, 226, 244 ff.; 113, 167, 197 ff.; 125, 141, 154 ff.; 140, 65, 79 ff. 然而，進一步觀察該等裁判，似未見其明確提及比例原則；且聯邦憲法法院審查系爭之聯邦法律規定是否符合基本法第 72 條第 2 項規定所稱必要此一規範文義，似亦未有如在基本權利受限制之領域般，逐一檢視其目的正當性、適當性、必要性及相稱性等子原則。

⁸¹ Voßkuhle, JuS 2007, 429, 430.

法治國原則內涵之一，其應可適用於不同國家機關間所生權限爭議之合憲性判斷，但此適用之前提須是國家機關係依法取得宛如被賦予主觀權利般之法律地位，例如鄉鎮等地方自治團體，或國會議員依法所取得之身分權利(Statusrechte) 即是；若僅係單純權限劃歸情形，則不屬之⁸²。此外，亦有同樣認為比例原則係立基於法治國原則之要求而來之見解，而主張應將其定性為適用於限制國家行為之一般性原則，進而尤其是在依據所謂「原則－例外模式」中，允許基於其他目標而對相關法律地位進行干預之情形中有所適用；此等見解從而認為，比例原則除得以拘束國家行為外，亦將有助於權力分立原則之落實⁸³。

至於在我國，林錫堯大法官曾於釋字第 729 號解釋所提之部分協同部分不同意見書中，主張比例原則除係立基於基本權利之保障外，同時亦為法治國原則之一環，從而認為其「亦適用於國家各種權力間之相互關係與界限問題」⁸⁴。基此，氏認為，既然立法院文件調閱權亦屬國家權力運作之一環，則「立法院所調閱之文件，非基於行使其憲法上職權（欠缺目的正當性），或無助於其憲法上職權之行使（不符手段適合性），或由行使『質詢或詢問』、『要求提供參考資料』之手段即可達成目的（不符手段必要性），或造成受調閱機關過度負擔而與其調閱所欲達成之公益目的顯失均衡（不符狹義比例性）者，即有違於比例原則而違憲……」。如綜觀氏之見解脈絡，似乎係認為，國家權力之行使侵犯其他國家權力之核心領域者，即屬違憲；但倘若非侵犯其他國家權力之核心領域，則仍應受比例原則之檢視以判斷其是否為憲法權力分立原則之所許⁸⁵。

二、大法官見解概覽

（一）釋字第 499 號若有似無為比例原則之運用？

至於在大法官解釋及判決方面，除極少數略有提及與比例原則有關之用語外，似乎未見大法官直接或間接指出係運用比例原則審查國家權力運作行為之合憲性爭議。例如在釋字第 499 號解釋中，對於第五次修憲時國民大會基於所謂國會改革之目的，而廢棄國民大會代表以區域選舉方式選出之方式，改採完全依附於「立法委員選舉各政黨所推薦及獨立參選之候選人得票之比例」作為分配國民大會代表當選名額依據，並進而延長自身任期之情形，大法官認為此等改變國民大會代表選舉方式，與任期之延長間並無任何關聯性，從而得出「手段與其欲達

⁸² 就此之德國學理及裁判實務見解之彙整，參閱 Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 104. EL April 2024, Art. 20 Rn. 110 f.

⁸³ Sodan, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, 2. Aufl., 2022, Bd. 3, § 87 Rn. 53.

⁸⁴ 就此，參閱釋字第 729 號解釋林錫堯大法官所提部分協同部分不同意見書，頁 10 以下。

⁸⁵ 就此，前揭註，頁 8 以下。

成之目的並不相當」之結論。若聚焦於「手段與其欲達成之目的並不相當」等用語，似乎大法官係運用比例原則審查系爭憲法增修條文之合憲性；但由於大法官亦僅有如此之用語，亦難以得知大法官於此是否確實且有意識地運用比例原則進行審查。

（二）釋字第 769 號解釋具體運用比例原則？

除此之外，在涉及立法者修正系爭法規範，將地方議會議長、副議長之選舉、罷免之投票方式，由不記名投票改為記名投票之合憲性爭議之釋字第 769 號解釋中，大法官除一方面認為系爭法規範關於與縣議會之組織及其運作有關之議長、副議長之選舉、罷免投票方式，係基於憲法增修條文第 9 條第 1 項第 3 款此一授權事項所為之立法，因「涉及地方制度之政策形成」而應予尊重，故「原則上採寬鬆標準予以審查」外，另一方面則是在該等寬鬆審查標準之脈絡下，認為系爭法規範「有其……正當目的，且其手段與目的之達成間亦有合理關聯，並非恣意之決定，尚未逾越中央立法權之合理範圍」，從而肯認其合憲性。相較於前述釋字第 499 號解釋，於此應可較為肯定地認為，大法官應係運用比例原則檢視系爭法規範之合憲性。但如由本號解釋所稱「尚未逾越中央立法權之合理範圍」之結論而論，或將衍生本號解釋運用比例原則所審查者，究竟是中央立法權之行使，雖然已經逾越其界限，但由於所逾越之程度仍在合理範圍，故而合憲；抑或是中央為形構地方制度所為立法權行使之結果，對於地方自治權限所生限制，尚未逾越採行寬鬆審查標準所要求之合理範圍，故而合憲之問題。對此，或可謂前述問題本具有一體兩面之性質，即中央如合理行使其立法權而未過度，對於地方自治權限所生之限制即當然亦在合理範圍。然而，如以求全責備之觀點而論，該等用語或將使人誤解為，即便中央已經逾越其立法權界限，只要逾越之情形尚在合理範圍內，仍有合憲之可能。

雖然大法官在釋字第 769 號解釋中運用比例原則檢視系爭中央法規範是否對於地方自治權限造成不合比例之限制，但能否因此而認為大法官已肯認對於在其他國家權力運作場域中所生像是機關權限劃分及互動爭議等問題，亦可運用比例原則進行審查，仍有疑問而尚待日後相關判決之發展。縱使對此問題採肯定之見解，接續仍有如何決定審查標準，以及如何具體運作比例原則，尤其是否應依循在基本權利受限制之場域般之運作模式，抑或應有不同之運作模式等問題，亦有待進一步釐清。

柒、本文結論

經由本文之觀察與分析，初步或可獲致如下之結論：首先，相對於第 6 屆大法官，以及 2003 年後依憲法增修條文第 5 條第 1 項規定所被任命之大法官所作成之解釋，於運用比例原則檢視系爭法規範之合憲性時，若非完全未揭示審查標準，即係處於摸索如何決定審查標準之時期，本文所觀察而於 2016 年後所作成之解釋及判決，對於審查標準之決定與揭示，已進入穩定之持續發展階段。換言之，於本文所觀察之期間內所作成之解釋及判決，大多會直接，或至少以間接之方式揭示審查標準，同時並就決定該等審查標準所應予，或所已予審酌之因素為一定程度之說明。若由解釋及判決之結果而論，除在採行中度審查標準之情況下，未有明顯比例係獲致系爭法規範為合憲，抑或是違憲之結果外，在採行寬鬆審查標準時，明顯可見係獲致系爭法規範為合憲之結果，而在採行嚴格審查標準時，則亦有較高之比例係得出系爭法規範為違憲之結論。就此，或可謂審查標準之揭示，除某種程度已使解釋及判決具有一定之可預測性外，亦因其已有一定程度左右最終解釋及判決結果之可能性，從而在系爭法規範之合憲性審查時發揮關鍵之影響力。

再者，於具體運用比例原則方面，或許係受到學理影響，在本文觀察期間內所作成之解釋及判決，對於比例原則之具體運用，很明顯地有向來學理所稱德國模式與美國模式此二類不同比例原則運用模式之區別。但此並不表示大法官係涇渭分明地區分該二類模式而為比例原則之具體運用，相反地，在部分解釋及判決中，亦可見其係混合該二類模式以審查系爭法規範之合憲性；由此而稱為係大法官所自行發展而具有本土化特色之運用模式，亦不為過。而依本文觀察，相較於在採行中度審查標準及寬鬆審查標準之情形中，有較高比例之解釋及判決係以偏向於美國模式運用比例原則，於擇定嚴格審查標準時，對於系爭法規範之合憲性爭議，大法官則是傾向於以偏向於德國模式為檢視。較為可惜的是，對於是類因不同審查標準而採行不同審查模式之情形，較無法由解釋文與解釋理由書，以及判決理由中確切知悉大法官予以區分的原因，或其所審酌、顧慮之因素。

繼之，在採行寬鬆審查標準之解釋及判決中，有部分乃如美國聯邦最高法院運用寬鬆審查標準般，僅就爭法規範所欲謀求實現之目的是否具正當性，以及所採取之手段是否有助於該等目的之達成而具合理關聯性此二部分進行判斷，而未再就手段之必要性，以及相稱性等子原則檢視系爭法規範之合憲性。但亦有部分解釋及判決除探究系爭法規範所欲謀求實現之目的是否具正當性，以及所採取之手段是否有助於該等目的之達成而具合理關聯性之外，尚檢視系爭法規範本身，或在同時適用其他相關法規範後，能否有效避免出現個案過苛之情形，或其本身或其他相關法規範是否設有妥適之個案過苛調節條款，以綜合判斷其合憲性者。除此之外，亦有僅檢視系爭法規範所欲謀求實現之目的是否正當，以及看似

係與德國模式混用而為比例原則具體運用之解釋及判決。然而，從是類解釋之理由書或判決之理由中較無法確切知悉的是，大法官在採行寬鬆審查標準時，是否如同美國聯邦最高法院般，亦係先行推定系爭法規範之合憲性，以及是否由聲請人就系爭法規範之違憲情形負一定之舉證責任。

而在採行中度審查標準所作成之解釋及判決部分，本文認為所面臨之根本性問題，在於所謂系爭法規範所採取之手段與目的之達成間應具實質關聯性此一要求，其內涵究竟為何之爭議；係指手段對於目的達成之有效性或助益程度方面應隨著審查標準之提升而升高，抑或另有所指，並不明確。也或許是因為受到該等問題之影響，大法官於此在以偏向於美國模式而運用比例原則以檢視系爭法規範所採取之手段與目的之達成間，是否具有所要求之實質關聯性時，有從系爭法規範本身之規範內容，或是在適用其他相關法規範後能否有效避免出現個案過苛情形為斷者，有就個案進行利益衡量者，亦有由實證觀點出發，依據立法資料或司法裁判就立法事實進行判斷者。其中在後者之情形中，然是否真如本文觀察般，係就系爭法規範所立基之立法事實之正確性進行檢視，乃至於此等對於立法事實之審查，以及舉證責任之分配是否已為大法官所注意，甚至已成為其判斷系爭法規範合憲性不可或缺之步驟之一，則仍有待持續觀察。

而在採行嚴格審查標準，且較多數係以偏向於德國模式運用比例原則所作成之解釋及判決方面，對於系爭法規範係否以實現特別重要之公共利益為其規範目的之問題，大法官有以維護生命、身體等重要法益作為特別重要之公共利益者，亦有以基本國策規定作為其認定之依據；除此之外，舉凡像是遏阻特定犯罪行為之實施，對受刑人進行矯正教育以避免其復歸社會後再犯，乃至於維護民主選舉競爭秩序，以及維護公務之執行等，亦同樣被認定為係屬特別重要之公共利益。至於在手段適當性此一要求之審查方面，很明顯地，大法官多係在未有太多論理之情況下，即肯認系爭法規範所採取之手段係有助於目的之達成，而符合手段適當性之要求。相對於此，在手段必要性方面，大法官則有較為深入之論理；於此，同樣可見其以能否有效避免出現個案過苛情形為判斷依據者，亦有以別無其他同樣有助於目的達成且侵害較小之手段，或就同樣有助於目的達成之不同手段間進行比較者。最後，在相稱性之審查方面，有相當比例之解釋及判決或許係因為前已認定系爭法規範所欲謀求實現者為特別重要之公共利益，以致於大法官在較未有深入論理之情況下，即認為其與受有限制之基本權利相互權衡，係屬相稱而無失均衡。

除前述涉及系爭法規範限制基本權利之合憲性爭議情形外，於涉及系爭法規範因不真正溯及立法模式而生之損害信賴利益之合憲性爭議，亦可見大法官具體運用比例原則以判斷系爭法規範之合憲性，且在審查模式方面亦可謂已具相當之穩定性。相對地，在國家權力運作場域方面，雖有極少數之解釋略有間接提及比例原則，或嘗試運用比例原則以為合憲性之審查，但不論是於該等涉及國家權力

運作場域之合憲性爭議能否運用比例原則進行判斷，乃至於是否應如同在限制基本權利所生之合憲性爭議中為比例原則之具體運用，或者是應另行發展不同之審查模式等問題，均仍有待相關判決之積累而持續觀察。

綜上所述，本文認為，姑且不論在論理方面或有再行探究之部分，對於比例原則此一審查原則，大法官藉由諸多解釋及判決之作成而逐步形構、發展至今，不論是在審查標準之擇定，乃至於具體運用之論理，均已有明顯不同於過往之成熟面貌，而值得肯定。而此也再次彰顯大法官不論是對於引領我國憲法學理之持續發展，抑或是對於我國憲政體制與自由民主憲政秩序之捍衛，均扮演極為重要而不容破壞之角色。也因為如此，當面臨有刻意破壞，甚至嘗試毀滅由憲法所明確揭示之大法官憲法機關地位及其運作機制時，基於對自由民主憲法忠誠之信念，應如何捍衛大法官此一憲法機關之有效運作，即有嚴正以對之必要。