

第六章 結論

法律本身是兼具著人性與基礎學識的，而如果說我曾經從研讀法律中學到了什麼觀念，就是這個觀念——法律學沒有所謂的全白和全黑。

Harry Blackmun

採行、強化司法違憲審查制度，堪稱當今憲政民主國家共同發展的軌跡。釋憲機關作為憲法的守護者，在權威解釋憲法，審查、宣告其他國家機關行為是否「合憲」時，必然面臨分寸拿捏的問題，亦即對於憲法上平行的其他國家機關(立法、行政等政治部門)之決策，應給予如何之尊重？換言之，也就是大法官在具體個案中，衡量、判斷系爭國家機關行為是否合憲的尺度(或說態度)，此即本文的核心問題意識——「司法違憲審查標準」。本文係以第七屆大法官審理涉及基本權利案件(平等權、自由權為主)時的審查標準為研究對象，輔以司法違憲審查正當性理論及美、德兩國審查標準理論的佐證與分析，進行具體個案的檢驗，以期釐清大法官具體運用審查標準的操作概況，並於最後提出平等權及自由權審查標準體系的初步建構，以供參考。

第一節 研究發現

壹、大法官關於審查標準的用語不夠精確

我國憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」在我國釋憲實務上，大法官通常將之解釋為「比例原則」，而一律以此為依據進行法律違憲審查，過去大法官僅以此單一標準進行審查而未區分審查密度的情況，自第七屆大法官上任以來已有明顯的改進，雖然不是說全無瑕疵，但對於將憲法第 23 條之比例原則進一步區分為寬

鬆、較嚴格及嚴格三種標準的趨勢已明顯增加，值得注意。

不過，本文發現，由於大法官們並不會在解釋文及解釋理由書中明白宣示他們是採用何種審查標準，所以若要從代表多數意見的解釋文及解釋理由書中探求大法官的審查標準，通常必須以美式三重審查標準的不同程度論證架構加以觀察(成比例地要求目的與手段)，較能得出大法官是適用何種審查標準。簡言之，當大法官於目的檢驗時提到「公共利益」，手段檢驗時提到「合理、正當」，通常即代表「寬鬆的審查標準」(例如釋字 618 號解釋文)；當大法官於目的檢驗時提到「重大公益」，手段檢驗時提到「與目的具有實質關聯」，通常即代表「較嚴格審查標準」(例如釋字 626 號解釋文)；當大法官於目的檢驗時提到「極為重大公共利益」(例如釋字 588 號解釋)，手段檢驗時提到「必要之最小限度」、「最小侵害原則」(例如釋字 573 號解釋)，通常即代表「嚴格審查標準」。不過，值得一提的是，在嚴格審查標準的適用上，經過本文的觀察，相較於前述兩種標準，大法官並未於代表多數意見的解釋文及解釋理由書中有較為清晰可辨且一致的用語，例如在適用嚴格審查標準的釋字 573 號解釋的目的檢驗上，大法官的用語是「必要或重大之公益」，容易會使人誤解其究竟是採取折衷的「較嚴格審查標準」或是最嚴格的「嚴格審查標準」。質言之，對於不同審查標準用語的區隔，實有再精確化的必要。

相對於多數意見有時未臻精確的用語，附隨於解釋文及解釋理由書而發表的協同及不同意見書，就比較沒有這方面的問題，且由於留學背景的關係，留美的大法官(下稱留美派)即以美式審查標準的用語進行檢驗，也就是合理審查標準、中度審查標準及嚴格審查標準來要求立法者(前已述及，於此不贅)；至於留德的大法官(下稱留德派)則以明顯性審查標準、可支持性審查標準及強烈內容審查標準來進行比例原則的檢驗，也就是審查立法事實是否有明顯錯誤或明顯恣意、立法者的認定是否合乎事理說得過去，因而可以支持、以及對立法事實嚴格審查，只有在實質正確的情況下

始有合憲可能等。由此可知，個別大法官所發表的無論是協同意見或少數意見，可能由於不用顧及其他大法官的意見及想法，比較可以暢所欲言，於審查標準的用語上，精準的多。

貳、平等權與自由權審查標準的考量因素不同

平等權與自由權兩種審查模式在思考上有一定程度的重疊，但重點並不完全相同。自由權通常只是國家與個別人民間的關係，所考慮的重點在於其限制手段侵害的強度與其實效性。因此，決定自由權限制之審查標準，主要的參考指標係所涉及之基本權利為何（例如涉及者為人身自由、言論自由、宗教自由，抑或工作權、財產權等）；而平等權則涉及國家與兩組人民關係間的相互比較，關注以系爭區別標準所涵蓋的規範對象，之於立法目的之達成，是否有涵蓋過廣或過狹的問題，也就是區別標準的精準與否。因此，平等權限制之審查標準則基於「等者等之，不等者不等之」之基本原則，為確定系爭規定是否對該規定所規範對象為不合理的差別待遇，故其判定主要取決於受限制的對象（例如是否涉及可疑分類、準可疑分類或一般分類等）。

在前述認知下，本文發現，當平等權為主要個案的審查標的時，往往需要經過廣泛的衡量，才能決定適用何種審查標準，當然，於此最重要的參數還是分類標準，但因平等權的依附性特質，往往還需考量被指摘違反平等保障的基本權利為何、事務領域、事物本質、體系正義等，都需綜合加以衡量，方能得出應運用何等審查標準(例如涉及可疑分類，不一定是運用嚴格審查標準，請參本文對於釋字 618 號解釋的檢討)，換言之，決定平等權的審查標準頗為困難，需要透過對各種參數的衡量後才能明瞭；相對來說，由於自由權不具那麼明顯的依附性，因此類型化的可能性較高，可以依據各種不同性質的自由權分別建立不同的審查標準體系，經過案例的不斷累積後，形成規則，可預測性相對較高，且可避免司法恣意。這也

就是為何本文只對各種不同自由權建構體系，而對平等權只列出各種不同影響參數的主要原因。不過，可能是大法官受到美、德兩國的交互影響，所以選擇審查標準時往往是美式為主的類型化及德式為主的衡量方法都會同時運用來決定個案的審查標準，無論是平等權或自由權案例皆然，因此，我們甚至可以說大法官是運用「類型化的衡量」來決定審查標準。但綜合而言，本文認為平等權案例的確比較傾向個案衡量，而自由權案例比較有類型化的可能，值得注意。

參、大法官選擇審查標準時的衡量頗不一致

審查標準是相當技術性的理論，在面對基本權限制的違憲審查時，首先即應認定個案事實，也就是認定個案主要涉及何種權利的侵害後，大法官通常會先論述權利內涵，然後選擇適用相應的審查標準。至於對基本權的優位順序如有不同的評價，則與各個國家的政治社會經濟環境，乃至文化傳統有關，就此而言，我國大法官對基本權利的評價，就不盡然與美國及德國完全相同。

另一方面，本文發現，大法官於審查自由權案例選擇個案審查標準時，關於政府所追求的「公益」與因此而「限制」人民基本權利這兩項指標的衡量，頗不一致。(平等權案例則如前所述及，與自由權案例的關注重點不盡相同)舉例來說，釋字 567 號解釋全體大法官皆一致強調系爭規定對人身自由的「限制」何等嚴重，而選擇以「嚴格審查標準」進行檢驗；釋字 617 號解釋多數意見大法官則是認為「平等和諧性價值秩序」此一「公益」適合由具備充分民主正當性的立法者型塑，因而選擇極度尊重立法者的「寬鬆審查標準」進行審查，相對的，林子儀與許玉秀兩位大法官於各自所提的意見書中則都是以對人民性言論的「限制」著手，林大法官甚至主張應選擇「嚴格審查標準」進行審查；至於釋字 577、588 及 623 等號解釋大法官則將「公益」與「限制」兩項指標同時進行考慮後，才選擇了

相應的審查標準。由前述例證可知，大法官於選擇自由權審查標準時並未前後一貫地運用「公益」與「限制」兩項指標進行衡量(有時僅選擇「公益」，有時僅選擇「限制」，有時兩者同時考慮)，從方法論上來說不夠周延。本文初步認為，應同時以「公益」與「限制」兩項指標作雙軌標準進行審查標準的選擇，做整體衡量，方為妥適，於具體操作時則可能會有九種不同情況。(請參表 6-1)不過，這只是筆者初步相當粗糙的想法，關於進一步的論證與分析，日後將留待另文繼續研究。

表 6-1：公益程度與限制強度衡量公式

	公益程度	限制強度	選擇的審查標準	合憲性
☆	極端重要公益	最強限制	嚴格審查標準	合憲
	極端重要公益	中等限制	較嚴格審查標準	合憲
	極端重要公益	最小限制	寬鬆審查標準	合憲
	重要公益	最強限制	嚴格審查標準	違憲
☆	重要公益	中等限制	較嚴格審查標準	合憲
	重要公益	最小限制	寬鬆審查標準	合憲
	一般公益	最強限制	嚴格審查標準	違憲
	一般公益	中等限制	較嚴格審查標準	違憲
☆	一般公益	最小限制	寬鬆審查標準	合憲

資料來源：作者自製 (註：☆代表大法官審查標準的合憲基本論證類型)

最後，經過本文對於第七屆大法官關於平等權及自由權案例的檢視後發現，大法官選擇運用寬鬆審查標準的案例包括平等權中的一般平等權案例(如釋字 571,593,596,605,614,630 號解釋)，甚至連涉及可疑分類的釋字 618 號解釋都運用此種最寬鬆的標準、言論自由權中的猥褻性言論(釋字

617 號解釋)及促進非法交易的商業性言論(釋字 623 號解釋)、對工作權主觀條件的限制(釋字 612 號解釋)、限制財產權的案例(釋字 579、580 號解釋);折衷的較嚴格審查標準案例包括平等權中的準可疑分類案例(釋字 626 號解釋)、商業言論的限制(釋字 577 號解釋)、對工作權主觀條件的限制(釋字 584 號解釋);最嚴格的嚴格審查標準案例包括人身自由權的限制(釋字 567、588 號解釋)、秘密通訊自由權的限制(釋字 631 號解釋)以及宗教自由的限制(釋字 573 號解釋)等。(請參下表 6-2)

表 6-2：第七屆大法官(多數意見)審查標準之運用及結果

大法官的審查標準	權利類型	解釋號次	解釋結果
寬鬆審查標準	一般平等權	571,593,596,605,614,630	合憲
	可疑分類	618	合憲
	言論自由	617,623	合憲
	工作權	612	合憲
	財產權	579	合憲
580		部分合憲, 部分違憲	
較嚴格審查標準	(準)可疑分類	626	合憲
	言論自由	577	合憲
	工作權	584	合憲
嚴格審查標準	人身自由	567	違憲
		588	部分合憲, 部分違憲
	秘密通訊自由	631	違憲
	宗教自由	573	違憲

資料來源：作者自製

肆、大法官審查標準的操作擺盪在美、德審查標準之間

審查標準的適用方面，無論是採取美式審查標準或德式審查標準，在我國大法官對憲法第 23 條的操作下，差異並不大，基本上都是在檢驗系

爭政府規制措施對基本權限制的比例關係，只是審查的步驟、方式及用語或許容有差異。在代表多數的解釋文及解釋理由書中，有時是以美式審查標準的模式進行審查(典型例證請參釋字 626 號解釋)，有時則是以德式審查標準模式進行審查(典型例證請參釋字 584 號解釋)，不過有時大法官卻又沒有完全按照規範形式的論證要求進行檢驗，特別是針對德式比例原則的操作，大法官往往並未一體適用三項次原則(無論是傳統的適合性、必要性及狹義比例原則或修正式的目的正當性、手段必要性及限制妥當性皆然)進行檢驗，而僅是孤立的適用其中一、兩項次原則作違憲審查，在大多數的情況，常常只有「必要性原則」發揮作用。

大法官若採取美式審查標準模式，關於我國憲法第 23 條比例原則的審查，是在每個目的及手段關聯關係中進行(目的檢驗「公益」大小，手段檢驗「限制」強弱)，在不同密度中進行比例原則的操作，清晰明瞭；反之，大法官若採取德式審查標準模式，則需先認定立法事實，從三重審查密度中選擇其一，再依序進行傳統比例原則三個次原則的檢驗，亦即低密度的審查(明顯性審查標準)對證據的要求寬鬆，中密度的審查(可支持性審查標準)對證據的要求較嚴，而高密度的審查(強烈內容審查標準)對證據和舉證責任的歸屬要求最高。不過，本文認為大法官操作德式審查標準時，雖然選擇其中一種審查密度進行檢驗，但因比例原則三個次原則的規範內涵實在很難再依不同的審查密度進行區隔，故對於次原則的檢驗就很難精確劃分。因此，當大法官採取德式審查標準體系進行審查時，其中適合性原則及狹義比例原則並看不出審查密度的不同，而頂多有不同密度考量的反而是必要性原則，也就是說，大法官並未將必要性原則解讀為「最小侵害」，除非是在適用強烈內容審查標準時，而當適用中密度的可支持性審查標準時，大法官通常將其解為「較小侵害」，而當適用最寬鬆的明顯性審查標準時，本文實在很難想像大法官要將必要性原則解為何，難道是「最大侵害」？答案雖為否定，因大法官仍是解為「較小侵害」，但這就會出現中

密度與低密度無從劃分的困境。因此，本文經過對第七屆大法官解釋的檢視後，仍是支持大法官運用較明顯可辨的美式審查標準進行違憲審查工作。

伍、協同及不同意見書對審查標準的精確化貢獻卓著

在大法官解釋中，如有協同或不同意見書的提出，象徵著該號解釋並未完全得到全體大法官支持，也顯示了該號解釋的理由或結果並未充分達成共識，有著較高的爭議性。且大法官行使的違憲審查權，通常係對抗政治部門的政治決定，有可能引起較高的爭議，而使得大法官內部產生不一致，這對於政治社會爭議性較大的案例來說，當然並非益事，因大法官若欲宣告法律違憲，為免引起更大反彈，大法官除了在論理上應力求精密之外，亦應力求內部意見之一致，否則政治部門即會各取所需，對於多數意見解釋結果拘束的力道即會減低，對釋憲機關解釋的威信絕對有負面效果。因此，當面對政治社會爭議性較大的案例時，身兼院長的大法官即應努力協調同僚，努力達成一致意見，以防前述情況發生。

不過，本文討論的標的是基本權限制案例，雖然也不乏爭議性頗高的案件，不過大法官在此通常是扮演對抗政治部門對人民權利侵害的保障者角色，因此若遇多數意見對於人民權利保障不足的情形時，發表協同或不同意見的大法官本於良心或職責所在而發起不同意見，就無法與前述情況相提並論。而且，本文發現，對於審查標準的操作及說理，最精采的反而都是這些協同或不同意見書，他們不但宣示表達自己的立場，並且勇於批判多數意見的盲點，對於審查標準的選擇及適用架構提供清晰的說理，貢獻卓著，尤以林子儀、許宗力、許玉秀三位大法官為代表。在多數意見語句曖昧、模糊、不置可否的情況下，透過對協同或不同意見的檢視，往往更能了解多數意見的真正立場，且經過協同及不同意見書的發表，我們亦能更加了解個別大法官的價值立場所在，當大法官開始走自己的路(有異於

國外學理的想法)時，協同及不同意見書更是我們尋覓、挖掘本土見解的寶地。

第二節 研究建議

經過本文所提研究發現後，於此提出本文經過美、德學理及我國第七屆大法官解釋的檢視及檢討後，本文建議的審查標準及解釋結果(請參下表 6-3，並請與表 6-2 對照)。本文接下來則是提出「選擇」(非「適用」)平等權及自由權審查標準時體系的建構，在此要特別說明的是，本文並未從「公益」與「限制」兩個層面進行建構，而只是從「限制」面著手，蓋本於人類理性的限制，不可能事先預知政府追求公益份量的重要程度，充其量僅能從基本權本身的內涵、價值或限制態樣著手，至於政府所追求的「公益」大小，則只能從實際發生的案例中進行個案判斷，特此敘明。

表 6-3：本文建議之審查標準及解釋結果

本文建議的審查標準	權利類型	解釋號次	解釋結果
寬鬆審查標準	一般平等權	571,593,605,614,630	合憲
	財產權	579	違憲
		580	合憲
較嚴格審查標準	一般平等權	596	違憲
	(準)可疑分類	618	違憲
		626	合憲
	言論自由	577	合憲
	工作權	584,612	違憲
嚴格審查標準	人身自由	567,588	違憲
	言論自由	617,623	違憲
	宗教自由	573	違憲
	秘密通訊自由	631	違憲

資料來源：作者自製

壹、平等權審查標準的建議

平等權案件，於個案選擇審查標準時，往往是經過各個影響參數(分類標準、權利類型、事物領域、事物本質、憲法特別授權等)的綜合考量後，方才決定適用何種審查標準進行審查，並非只以單一參數決定其審查標準，故我們並無法單憑其中一個影響參數即認定應適用的審查標準，充其量我們只能判斷何種領域應提高或降低審查標準。而其核心爭議常常在於差別待遇的容許性，而差別待遇之產生，則往往是因為有「分類」之存在。所謂分類，又包括「分類標準」和「分類效果」(相當於一般所稱之差別待遇)，前者係指對「誰」分類的問題，又可進一步分為兩個層次：一是「根本應否分類」的審查，二是「即使可分，但分類是否精確」的審查，也就是有無「涵蓋過廣」(over-inclusive)或「涵蓋過窄」(under-inclusive)，甚至是兼具過廣與過窄的分類不精確？至於「分類效果」則包括：「區別事項」(分類涉及的權利類型或事務領域)和「差別量」(包括區別的程度、方式或時間長短等)。因此，本文認為平等權案件首先即應對於影響程度最為重大的「分類標準」及「分類效果」進行認定，其次仍應以大法官於解釋中時常提及的「事物本質」及「體系正義」進行附加考量，分述如下：

一、應優先考量分類標準

進行平等權審查時，應先區別系爭分類標準係屬於一般平等權案件抑或(準)可疑分類案件，若僅係一般平等權案件，則釋憲者即應適度降低審查標準，而若系爭分類標準涉及(準)可疑分類時，釋憲者即應提高審查標準，不可能再有尊重立法者決定的空間存在。而分類精確度如有問題，釋憲者自應提高審查標準進行嚴格審查，釋憲者於此就不應承認立法者仍擁有廣泛的自由形成空間。

二、其次考量分類效果

在權利類型或事務領域方面，舉凡緊急命令、社會政策立法及憲法特

別授權等，釋憲者應放鬆審查標準；反之，如涉及生存權、服公職權、平等受教育權等重要權利，釋憲者將提高審查標準。而差別量方面，限制時間或限制範圍越廣，審查標準亦將隨之提升。

三、事物本質作附加考量

事物本質要素的探求乃在確定制度上的目的合憲後，應進一步探討何些事物本質要素可作差別對待，甚或應作為差別對待之標準。所謂「事物本質要素」須與制度目的具有「邏輯上正當合理的關聯性」，且不以有「相關性」為已足，旨在防止非事物本質要素的引進。平等原則在此所要求的是「不當聯結之禁止」。「不當聯結之禁止」消極要求不得將與事物本質無關的因素納入考慮；在積極面乃是要要求，該考慮的要素應列入差別對待的標準，如果未將應考慮的要素納入考慮，同樣會有違反平等原則之疑慮。不過，由於立法者的立法行為是對未來情勢所作的預測，自不可能完全正確，故一般承認立法者對事物本質要素的探求擁有較司法者廣泛的形成餘地。

因此，系爭差別待遇若具有事物本質差異，則根據功能最適觀點，釋憲者原則上應容許立法者對於「等者等之，不等者不等之」的評價特權，除非存在有前述分類標準及分類效果上的瑕疵，否則即應放寬審查標準。

四、宜兼顧體系正義

有關體系正義之兼顧，乃是考量到法秩序理應是一個沒有內在矛盾的法價值體系，當立法者對某特定事務或生活事實作出某種原則性的基本價值決定後，在後續之立法，即有遵守該基本價值決定之義務，否則將破壞整個法價值秩序體系的一貫性與完整性，也就是體系正義之違反。惟體系之違反與平等之違反尚不能直接劃上等號，若不稍作保留，將造成體系僵化，而使立法者不再有重新評價或針對特殊狀況作成例外規定之可能。因此體系之違反是否構成平等原則之違反，仍須進一步視其悖離體系有無正

當理由為斷，若有正當理由，即放鬆審查，反之則將提高審查密度以為因應。

貳、自由權審查標準的建議

一、人身自由權應一律嚴格審查

無論是長期自由刑、短期自由刑及拘役，皆是對人身自由不同程度的限制，屬於憲法第 8 條所保障的人身自由權，依照過去釋字 384、392、443 號解釋及前揭的釋字 567、588 號解釋，人身自由的程序保障屬於憲法保留事項，實體權利則為絕對法律保留事項，應該採取「嚴格審查標準」進行審查。

另基於限制人身自由權的手段，本質上不可能是侵害最小的手段，故應將審查重點著重於目的審查(法益審查)，以刑法第 271 條的殺人罪為例，國家所欲保護的法益為第三人的生命權，則為了防止該第三人的生命權遭受侵害，以限制人身自由的手段作為刑罰即為憲法所許，否則只要是限制人身自由權皆會因非屬侵害最小手段而違憲，國家將無法依行為人破壞法秩序規範的輕重程度而進行寬嚴不同的懲罰，對於法益保護將會有所不足，進而影響國家存在的威信。但基於嚴格審查標準的要求，本文認為即使須以人身自由的剝奪來限制人民，仍應以最後手段視之，非到必要絕不能輕易採取，亦即須以必要且從嚴限縮適用範圍為前提方具正當性。(詳參本文圖 4-1)

二、言論自由權審查標準宜作類型化考量

言論自由限制案例，首先應區別者為國家對言論自由的限制是採取事前限制或事後限制？若屬事前限制，由於屬於侵害人民言論自由最嚴重的方式，故應以嚴格的審查標準進行審查；若屬事後限制，則需進一步視其屬於直接針對言論內容的限制抑或是非直接針對言論內容的限制(雙軌理論)。若屬於非直接針對言論內容的限制，本文認為應以個案衡量(ad hoc

balancing)的方式來決定其審查標準，因系爭限制既非直接針對言論內容，又通常只是例外地對言論自由構成偶然負擔，通常不至於構成表面上(on the face)違憲，而常是適用上(as applied to)違憲的問題。因此，若該非直接針對言論內容的限制僅產生偶然性的輕微損害，則應適度降低審查密度；若該非直接針對言論內容的限制已經侵及言論自由的核心，甚至是程度上的重大損害，自應提高審查密度來捍衛人民言論自由權。

至於直接針對言論內容的限制則可再區分為高價值與低價值言論進行類型化檢視(雙階理論)，其中政府對高價值言論如政治、學術、宗教等言論自由的限制，釋憲者應以嚴格審查標準進行審查，而低價值言論的審查標準選擇，本文分為四類，第一類為攻擊性言論(有造成傷害或引起立即破壞治安行為可能性之言論，通常屬於反政府之言論)，本文認為應以嚴格審查標準進行審查，只要該言論不會產生明顯而立即危險，即應容忍並保障該言論的發表；第二類為商業性言論，其雖以營利為目的，但因其亦帶有實現自我的功能，故應以較嚴格審查標準(中度審查標準)進行審查；第三類為猥褻性言論，由實務上的經驗告訴我們，由於「猥褻」難以精確定義，且實務上常會產生以社會多數風化概念壓抑少數性言論自由的效果，另因其亦屬直接針對言論內容的限制，吾人應採取嚴格審查標準加以檢驗其合憲性，方為妥適；第四類為誹謗性言論，由釋字 509 號解釋的經驗告訴我們，「非謂非指摘或傳述誹謗事項之行為人，必需自行證明其內容為真實者，始能免於刑罰。行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。」因此本文主張，對於誹謗性言論亦應以嚴格審查標準進行審查，除非能證明行為人有真實惡意，否則即應對言論自由予以最大的保障。(詳參本文圖 4-2)

三、秘密通訊自由權應一律嚴格審查

基於人民秘密通訊自由權係為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利，應給予人民較完整之保障。而國家實施之通訊監察侵害人民基本權利之時間較長、程度強烈、範圍廣泛，且與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之。故為防止偵查機關對人民秘密通訊自由不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之法院行使事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法，如此方符正當程序之基本要求。因此，本文主張除了應符合法律保留原則、法律明確性原則及正當程序的要求(毒樹產生的惡果不可食用)外，應一律以「嚴格審查標準」來檢驗其合憲性。(詳參本文圖 4-3)

四、宗教信仰自由權宜作類型化考量

大法官過去於釋字 460 及 490 兩號解釋並未明確確立其審查標準及審查方式，雖然解釋文、協同意見書及不同意見書似乎都是採取嚴格審查標準進行審查，但具體的操作及論述都有不少瑕疵之處，且並未對宗教信仰自由權的審查標準進一步類型化，故本文乃參考學界觀點，再綜合大法官釋憲實務，對宗教信仰自由權作類型化建構。

首先，是依據規範目的與效果之不同，可區分為「針對宗教的法律」及「宗教中立的法律」，前者如釋字 573 號解釋涉及的「監督寺廟條例」屬之，後者本身所追求的是與宗教無關的世俗目的或效果，而且是普遍適用的「一般性法律」，只是在「適用時」會對人民的宗教自由產生「偶然」或「附帶」的限制。例如：釋字 490 號解釋涉及的「兵役法」本身僅為一般性法律，只是在適用時「偶然」或「附帶」的限制到「耶和華見證人」教會男性見證人的拒服兵役義務，即屬適例。

其次，「針對宗教的法律」除大法官提及之「內在信仰自由」應受絕對保障，毋庸論及審查標準的選擇外，「宗教行為自由」及「宗教結社自由」皆應以嚴格審查標準進行審查；至於「宗教中立的法律」因具有正當的世俗目的，又只是例外地對宗教信仰自由構成偶然的負擔，通常不至於構成表面上(on the face)違憲，最多也只是適用上(as applied to)違憲的問題。因此，對於此類型法律的限制應容以個案衡量(ad hoc balancing)的方式來決定其審查標準，在具體操作上，若該類型法律於適用時僅會產生偶然性的輕微損害，則應適度降低審查密度；若該類型法律於適用時已經侵及宗教信仰自由的核心，甚至是程度上的重大損害，自應提高審查密度來捍衛宗教信仰自由權。(詳參本文圖 5-1)

五、政教分離原則的審查標準應從嚴認定

由於過去大法官解釋尚未有觸及政教分離原則的案例，故本文乃參考美國聯邦最高法院於審查涉及政教分離原則時的判決意見，作為政教分離原則的審查標準。

吾人認為，就歷史經驗觀之，政教融合之結果，會導致宗教自由完全崩潰，因此政教分離應視為宗教自由不可或缺之前提，並非僅是用來確保、強化宗教自由之手段。換言之，政教分離可以排除宗教自由之迫害，謀求宗教自由之完全保障，應屬宗教自由內容之一部分，亦即「分離」保障「自由」，「自由」需要「分離」。在此一前提下，國家與宗教應徹底分離，違憲審查標準以從嚴為宜。

惟縱使要求嚴格實現政教分離，亦不表示國家與宗教不得有任何關係。問題在於國家與宗教的關係界限何在？有無逾越界限，應依何種標準審查之？就此，美國聯邦最高法院於 1971 年 *Lemon v. Kurtzman* 一案建構之「目的效果檢驗」(Lemon test)應可作為參考。「目的效果標準」由下列三個獨立要素組成，國家行為必須同時符合三個要素，方不違反政教分離

原則，亦即：一、目的：系爭國家行為是否出於世俗目的？二、效果：系爭國家行為的主要效果是否在振興或壓抑宗教？三、過度糾葛：系爭國家行為是否會造成國家與宗教間的過度糾葛？違反以上任何一項標準者，就是違反政教分離原則，對於這三項標準的解釋，原則上也應該從嚴。

不過，學說上對前述「目的效果標準」加以質疑者不少，而且該標準適用時亦有若干問題。尤其何謂「過度糾葛」，意義未臻明確，易滋紛擾。事實上，日本各級法院在不同案件判決中分別適用「目的效果標準」，卻得到相反之結論，足以顯示問題之嚴重性。儘管如此，適用「目的效果標準」時，若能把握美國判例理論之精神，從嚴適用，則有關問題應可迎刃而解。(詳參本文圖 5-2)

六、工作權審查標準宜作類型化考量

經過本文對於第七屆大法官關於工作權案例的檢視後，認為德國聯邦憲法法院於「藥房案」判決所創設出的「三階理論」可作為工作權案例審查標準的有效參考座標。質言之，即「職業執行自由的限制」只涉及職業執行的規則，不涉及職業入口管制之選擇自由，因只觸及職業自由的外圍，限制因而最弱，以寬鬆審查標準進行審查即為已足；而「職業選擇主觀條件的限制」涉及者為自然人或法人在進入職業市場所應具備之要件，係職業個人屬人要件，包括個人一身專屬的個人特性、能力或是否完成相當之訓練、年齡、體能上之要件、證照、資力、國籍身分及如無一定犯罪之前科紀錄之道德要件等，因已漸趨職業自由的核心，限制已較前者為強，故以較嚴格審查標準審查為宜；至於「職業選擇客觀條件的限制」涉及者為個人對該要件之成就完全沒有影響力之要件，以此種要件作為限制進入職業市場之條件，可能會嚴重地違反基本人權之意義，因個人的努力對其係完全沒有影響，故常易違反「不當聯結之禁止原則」，而與事實無關之動機加入的危險也特別大，例如因國家獨占或市場飽和而不開放某類

營業執照(或採限額措施)、禁止兼職等，由於此等限制已觸及職業自由的最核心，乃屬最強的限制，應以嚴格審查標準相繩。(詳參本文圖 5-3)

七、財產權審查標準宜從寬

財產權的保障並非絕對，在一定條件下國家仍得對財產權加以限制，已如前述。美國憲法於第 5 和第 14 修正案明定聯邦和各州非依正當程序不得剝奪人民財產；德國憲法則向來以比例原則作為限制基本權利的共通原則。所謂正當程序，美國聯邦最高法院向來的見解，是強調不得為不合理、專斷與恣意，且所用手段與所追求的目的間須有合理與實質的關係，和比例原則的內涵並無太大不同。惟在實際的利益權衡上，財產法益的比重相對於其他憲法保障的權利，法院允許限制的尺度確實比較寬鬆。比如對身體自由與言論自由的限制，都趨於最嚴格，信仰自由得受限制的尺度也還比財產權要嚴。德國基本法則在限制的法律保留上加以區別，從最嚴格的憲法保留(法律不得限制)、到加重法律保留(如限於一般性法律或在一定條件下始得立法限制)、到最簡單法律保留乃至最寬鬆的「由法律或基於法律授權由命令加以限制」，財產權便屬於最寬鬆的法律保留範疇。學者雖多不認為此一憲法上的不同處理當然可以引申出權利的價值等級，但財產權和其他人權及公共利益發生衝突而須有所權衡時，法院往往有較高的妥協性，則是相當明顯的。

經過前述第七屆大法官關於財產權案例的分析及美、德實務經驗，吾人可得知，由於國家對於人民財產權的限制，往往是出於社會經濟政策的考量，釋憲者不僅缺乏決定政策所需之資訊，亦不具進行社會資源重分配所需具備的專業能力與民主代表性，更不對所作決定負政治責任，故對政治部門的決定予以最大的尊重而採取寬鬆審查標準進行審查應非無因，惟此非謂釋憲機關可全然放手，只要系爭規定有過度侵害人民基本權利之虞，職司憲法守護者的大法官實際上仍應實質審查系爭規定的立法目的是

否合理正當，手段與目的是否具備合理的關聯性，自屬當然。(詳參本文圖5-4)

「司法違憲審查標準」體系建構，茲事體大，筆者自知本文所選擇的案例可能不夠完整，以致於影響審查標準建構的說服力，另基於不可歸責於人的自身研究能力及研究時間的限制，僅能擱筆至此。即便如此，仍願本研究能夠成功地跨出一小步，並期望本文之研究成果能夠對國內相關的後續研究提供微薄助益，達到拋磚引玉的效果，以此作結。