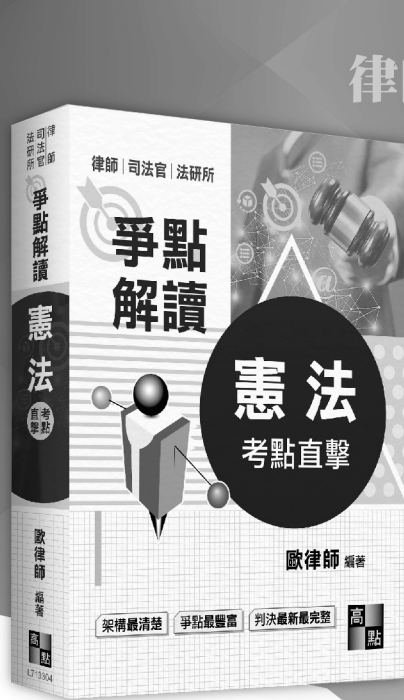


# 跟著 歐律師

## 通透理論掌握解題關鍵！



▲定價700元

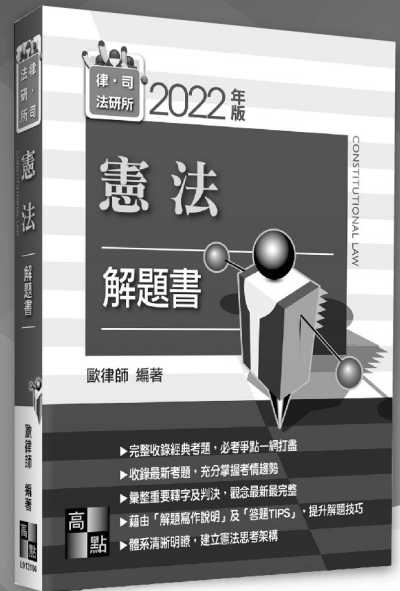
以爭點為核心，  
輔以實務、學說見解，  
快速掌握考題關鍵，  
建構解題思考模式！

### 歐律師

- 台大法研所
- 律師高考財稅法組榜首
- 司法官及格



### 爭點解讀 + 解題書 一套搞定 憲法！



▲定價650元

同時運用「憲法解題書」，  
透過題型分析及示範擬答  
幫助讀者提升實力，  
增強解題技巧！



再搭配雲端影音微課  
《憲法- 熱門案例解析》  
學習效果更佳！



高點文化事業  
publish.get.com.tw



## 審查標準（密度）於違憲審查上之功能與意義？

歐律師編著《憲法爭點解讀》高點出版

### (一)問題緣起

由上述可知，無論是德派的比例原則公式，或是美派的三重審查標準，都發展出不同的審查標準（密度）。以美派三重審查標準為例，合理審查與嚴格審查兩者分別具有推定合憲與推定違憲之效果，兩者操作截然不同；又以德派比例原則為例，明明都是比例原則的操作，為何還會有明白性、可支持性、強烈內容審查之差異？大法官在針對不同案件類型時採用不同審查標準，其背後之法理基礎何在？其功能何在？

### (二)審查標準於違憲審查上之功能與意義

#### 釋字第571號解釋林子儀大法官協同意見書

以憲法第二十三條審查系爭之差別待遇是否合憲，首先必須決定應採取何種審查標準以決定審查的密度。按司法審查標準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立制衡之理論上及實際上需求、民主制度之反省（包括司法釋憲者對自身在民主制度中的角色及其民主正當性基礎之認知）、自身專業能力、與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型之案件時，對於政治部門已作之決定要介入到多少程度之判斷。

#### 釋字第584號解釋許宗力大法官協同意見書

違憲審查具強烈公益色彩，故基本上採職權調查主義。但在立法事實判斷上，究應達到何種確信程度，才足以認定事實之存在，未免流於恣意，本院大法官參酌外國釋憲實務，也逐漸發展寬嚴不同的認定或者說審查標準。不同寬嚴審查標準的選擇，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇。

### (三)設例說明

1. 以美國聯邦最高法院為例，在面對社會性或經濟性（國家資源分配）的立法事項時，基於政治部門具有民主正當性較適合從事國家資源分配，原則上即相當尊重政治部門之決定，採取合理審查標準。
2. 反之，在涉及基本性權利時，尤其是與民主原則之實踐相關的基本權，例如選舉權、言論自由、集會結社自由等，原則上即應採取嚴格審查標準。此外，若是涉及長期以來與社會大眾孤立且隔絕之少數的基本權利，無論是否與民主程序有關的權利，均應採取嚴格審查標準<sup>1</sup>。
3. 原先聯邦最高法院僅有針對不同事項發展出嚴格審查以及合理審查標準，至於中度審查

1 關於「孤立且隔絕之少數」的定義及相關爭議，詳見本編第三章「平等權」之說明。

標準，則是在審查性別平等案件時基於實用性考量而發展出來的審查標準。蓋在政府以性別（男女）作為差別待遇標準之案件中，由於女性並非與社會孤立且隔絕之少數，故不適用嚴格審查標準；惟性別屬於不可改變之特徵，亦不適宜採取合理審查標準，以免過度順從政治部門之決定。因此在性別平等案件中，聯邦最高法院即發展出中度審查標準，此一審查標準後續亦被適用於其他案件類型，例如針對言論自由之非內容限制。

#### 四小結

一言以蔽之，審查標準擇定的問題，其實就是「**哪些事務比較適合交由司法者決定？哪些事務比較適合交由政治部門決定？**」的問題，至於要如何決定哪個部門比較適合決定什麼事務領域，主要就是要操作「**機關功能最適理論**」，亦即由司法部門以及政治部門的「**組織結構**」以及「**決策作成程序**」分析，決定該部門適合決定哪些事務領域，適合由政治部門決定的（例如經濟性事項），原則上司法部門即應採取較為寬鬆之審查標準；反之，若是適合交由司法部門決定者（例如涉及重要基本權），即應採取較為嚴格之審查標準。



#### 作者叮嚀

##### (一)「審查標準」問題於考試上之重要性<sup>2</sup>

特定案件究竟適用哪一種審查標準，無論在學說、實務或考試上都是重要問題。以同學們最關心的考試為例，這裡以106年律師考題第一題說明「審查標準」於考試上的重要性：

依現行高級中等教育法及相關辦法之規定，教育部公告科目之高中教科用書應先經審定後，各高中始得選用。假設有A出版社依教育部公告之課程綱要，編輯有高中歷史教科用書一套。A出版社自認其教科用書不僅符合規定，而且內容精彩，無須審定，於是直接提供給多所高中選用。然各該高中都以其教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單。A出版社認為教科用書審定制度違憲，無意進行相關爭訟；又鑑於各校選用教科用書期限迫近，A出版社未經任何訴訟，即逕行向司法院大法官聲請解釋，主張高中教科用書審定制度違憲，同時聲請司法院大法官作成下列暫時處分：(1)高級中等教育法第48條第2項及高級中等學校教科用書審定辦法第16條規定中，有關高中教科用書應先經審定後始得選用之規定，應暫時停止適用；(2)教育部應通令各高中不得以教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單；(3)各高中不得以A出版社之系爭歷史教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單。請問：

(二)就高中教科用書應先經事前審定後始得選用的實體爭點，請從A出版社的觀點，說明A出版社得主張的違憲理由。(30分)

(三)如司法院大法官請教育部就本案表示意見，請從教育部的立場，說明「高中教科用書審定制度」合憲的主要理由。(30分) (106年律師第一題節錄)

2 以下舉例會涉及基本權各論的問題，同學們第一次看這裡會有一些看不懂是很正常的。建議等讀完基本權各論後再回來看此部分的整理，如此更能融會貫通。

此一考題清楚展現審查標準於考試上的重要性：明明兩個小題涉及的都是同一法令，要如何在不同小題中，分別得出合憲及違憲之結論？關鍵即在於審查標準之擇定：越是提高審查標準，越容易得出違憲結論；反之越是寬鬆的審查標準，則越容易獲致合憲結論<sup>3</sup>。

(二) 審查標準如何決定？

由於「嚴格審查具有『推定違憲』的效果，反之合理審查具有『推定合憲』的效果」，因此在考試上，要注意以下兩點：一、在法令違憲審查考題中，一般而言，如果希望達到違憲結論就要盡量提高審查標準，至於若要得到合憲結論則應降低審查標準。二、然而另一方面，既然審查標準的選擇會影響到法令的合憲性，針對某一法令為什麼採取特定審查標準的「理由」論述，就顯得十分重要，而且我們當然不可能寫說「因為希望系爭規定合／違憲，所以採取合理／嚴格審查」，因此同學們一定要理解審查標準背後的法理基礎，如此才能靈活運用！

從而，針對某一法令，到底提高或降低審查標準的法理何在？誠如釋字第584號解釋許宗力大法官協同意見書所精確指出：「大法官在考量審查標準時，主要是根據『機關功能最適理論』，視系爭法律所涉之事務領域，較適合由司法者或政治部門作成決定，以達到『盡可能正確』之境地」。換言之，提高審查標準，代表所涉事務領域適合由司法作成決定；反之，降低審查標準，代表所涉事務較適合由政治部門（行政、立法）作成決定。至於哪些事務適合由司法者決定（提高審查標準）？哪些事務適合由立法、行政部門決定（降低審查標準）？則涉及「機關功能最適理論」之操作。

舉例而言，司法違憲審查之目的在於維護憲法的最高性、進而達到保障人權之終極目的，因此法令對於基本權侵害的侵害強度（侵害越強、審查標準就越嚴格）、以及所涉及的基本權類型（涉及重要類型則提高審查標準）等，會是影響司法審查標準的重要理由之一。反之，相較於司法權，立法權在組織上具有代表多元民意的特色，且往往掌握更為充分的資訊，因此涉及國家資源分配（國家資源屬全體國民，因此由具有民意基礎、能代表全體國民之立法者進行分配）、兩岸事務（涉及政治、經濟、社會文化等複雜議題，立法者有較為充分的資訊能作成合理決定）等，較適合由立法權作成決定。

1. 要得到「違憲」結論→提高審查標準（從嚴審查）

(1) 論證方向：系爭事務適合由司法者作成決定。

(2) 舉例說明

① 基本權之重要性

釋字第791號解釋【通姦罪及撤回告訴之效力案】

系爭規定一明定：「有配偶而與人通姦者，處1年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」禁止有配偶者與第三人間發生性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由，亦即性自主權，所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第22條所保障

3 完整擬答請參考：歐律師（2022），《憲法解題書》，4版，台北：高點。

之基本權。系爭規定一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。又性自主權與個人之人格有不可分離之關係，是系爭規定一對性自主權之限制，是否合於比例原則，自應受較為嚴格之審查。

→大法官強調性自主權「個人之人格有不可分離之關係」，又憲法既然強調保障人民人格之自由發展，因此性自主權屬於重要基本權，對於性自主權之限制應採中度（＝較嚴格）審查標準。

#### 釋字第794號解釋【限制菸品業者顯名贊助活動案】

憲法第7條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定。法規範如以種族、性別、性傾向等為分類，因此等分類往往涉及難以改變之個人特徵，或屬受有各種事實上或法律上之排斥或歧視者，或為社會上孤立隔絕之少數且為政治上之弱勢，本院對於此等分類，應加強審查，而適用嚴格或較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性。反之，法規範所採取之分類如非上述分類，且其差別待遇並不涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本院自得採寬鬆標準予以審查，如其立法目的係為追求正當公共利益，且其分類與目的之達成間有合理關聯，即與憲法第7條平等權保障無違。

→本號解釋確立平等權案件所應適用的審查標準，其中大法官指出若差別待遇「並不涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利」，即可採取寬鬆審查標準；由此反面解釋，若涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之基本權，由於此一類型的基本權已被大法官明文肯認為「重要基本權利」，因此即應提高審查標準（中度或嚴格審查）。

#### 111年憲判字第4號【原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案】

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值，人格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第22條所保障之基本人權之一；而人格權保護的是特定人之身分、資格及能力，暨以此所衍生出之諸多與人不可分離之社會利益。又人之血統係先於憲法、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。另憲法增修條文第10條第11項及第12項規定保障原住民族多元文化、地位及其政治參與等，又原住民之文化權利乃個別原住民受憲法第22條保障之基本權之一環，亦經司法院釋字第803號解釋在案；即原住民之地位較特殊，其身分原則上係依自我認同原則。是原住民之身分認同權應受憲法第22條規定高度保障，乃原住民特殊人格權利；上開身分認同權復與原住民族之集體發展密切相關，就此而言，亦為應受憲法保障之重要基本權利。國家固非不得以法律限制人民之基本權，惟須符合憲法第23條比例原則。如係就受憲法高度保障之重要基本權之限制者，就該法規範是否合於比例原則應採嚴格標準予以審查，亦即其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等。

→本號判決指出基於原住民族於憲法上之特殊地位，且身分認同對於人格自由發展有重大影響，因此「原住民身分認同權」屬於「重要基本權利」。從而法規若涉及對於原住民身分認同權之限制，司法即應採取嚴格審查標準。

## ②基本權之干預程度

### 釋字第744號解釋【化粧品廣告事前審查案】

系爭條例第二十四條第二項規定：「化粧品之廠商登載或直播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。」同條例第三十條第一項規定：「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。」（下併稱系爭規定）係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。

→涉及言論自由的限制，並不當然是採取嚴格審查標準，不過由於事前許可制會對「人民取得充分資訊機會之限制」，屬於對於言論自由之「重大干預」，因此必須採取嚴格審查標準。

### 釋字第812號解釋【強制工作案】

憲法第8條所定人民之人身自由，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提，應享有充分之保障。依本院歷來之解釋，凡拘束人民身體於特定處所，而涉及限制其人身自由者，不問是否涉及刑事處罰，均須以法律規定，並符合憲法第23條比例原則之要求。至於對人身自由之限制是否牴觸憲法，則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。

→涉及人身自由的限制，大法官強調要依照對於人身自由干預程度而採取不同的審查標準。不過大法官也同時指出「憲法第8條所定人民之人身自由，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提」，這段文字其實就是在暗示人身自由此一基本權的重要性，因此實際操作的結果其實大多都採嚴格審查標準。

## 2. 要得到「合憲」結論→降低審查標準（從寬審查）

(1) 論證方向：相較於司法部門，系爭事務領域較適合由行政、立法部門作成決定。

(2) 舉例說明

### ① 國家資源分配

#### 釋字第781號解釋【陸海空軍軍官士官退除給與案】

憲法增修條文第10條第9項規定：「國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。」係考量軍人對國家負有忠誠義務，並承擔具高度危險性之軍事工作，以保衛國家與人民安全，以及屆齡強制退伍除役之職業特殊性，而由國家提供退伍除役人員適足之生活照顧，以保障其退役後之生活條件與尊嚴。惟此憲法委託之落實，須權衡退伍除役人員適足生活之需求、國家財政資源之有限性、經濟、社會（包含人口結構變遷）等因素，而對國家財政資源為合理分

配。就此，代表多元民意及掌握充分資訊之立法者，應有較大之形成、調整空間。系爭條例確實考量此項憲法增修條文之意旨，而對退伍除役人員之退除給與，設有較高樓地板、特殊弱勢者不調降優存利息、編列預算挹注退撫基金等相對有利措施，以示對退伍除役人員之特殊尊重。

→大法官強調由於國家資源屬於全體國民，因此就功能適合性而言，立法者之組成結構具有「代表多元民意」之特色，因此較容易「掌握充分資訊」，從而關於國家資源分配事項，原則上應尊重立法者之決定。

## ②兩岸事務

### 釋字第618號解釋

中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第二〇五號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第二十三條規定比例原則之要求。惟兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關即宜予以尊重。

→大法官強調兩岸事務涉及高度政治、經濟等事項，這些都不是大法官的專業；反之立法者之組成結構具有「代表多元民意」之特色，因此較容易「掌握充分資訊」，進而做成正確決定，因此除非立法者之決策具有「重大明顯瑕疵」，否則大法官原則上尊重立法者在兩岸事務方面的決定。

## ③行政專業

### 釋字第756號解釋【受刑人秘密通訊與表現自由案】

又人民之表現自由涉及人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，為憲法保障之重要自由權利。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）。為達成監獄行刑與管理之目的，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。

→釋字第744號解釋固然確立關於言論自由之事前限制原則上應採取嚴格審查標準，然而本號解釋中大法官則進一步考量監獄行刑涉及之行政專業，因此將審查標準降低至中度審查標準。

## ④落實憲法委託

### 111年憲判字第19號【全民健保停保復保案】

鑑於全民健保為國家為履行憲法委託之義務所設之制度（憲法增修條文第10條第5項規定參照），其因而限制人民自由權利，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，司法者從事比例原則之審查時，應予更多之尊重；且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；況所涉及差別待遇並非可疑分類所形成。是該限制及差別待遇，其目的若為追求正當之公共利益，限制及差別待遇之手段與目的間具有合理關聯，即與憲法比例原則及保障平等權之意旨無違。

→基本國策具有客觀法之規範功能（國家目標規定），基於憲法之最高性，國家有落實基本國策意旨之義務。又基於立法者之民主正當性，其相較於司法者而言更適合從事將基本國策內涵加以具體化之任務。從而，若國家行為之目的，在於落實憲法規範之意旨，即應推定該行為具有正當性，司法者即應降低審查標準。

### ⑤大學自治

#### 111年憲判字第12號【臺大法律學院教師評鑑案】

教師評鑑之結果，固得作為教師升等、續聘、長期聘任、停聘、不續聘及獎勵之重要參考，惟尚不直接立即發生教師身分變動之結果，且為尊重大學自治規章之訂定自主權，其校、院、系（所）教師評鑑之規定是否符合憲法基本原則，於大學自治之範圍內，自應降低審查密度，故適用寬鬆標準予以審查。

→大學自治強調大學於自治事項範圍（教學、研究、學習）內得自由決定、不受國家公權力干涉。司法權作為國家公權力之一環，亦受大學自治所拘束，從而應降低審查標準。

### （三）小結

審查標準擇定的問題，其實就是「**哪些事務比較適合交由司法者決定？哪些事務比較適合交由政治部門決定？**」的問題，至於要如何決定哪個部門比較適合決定什麼事務領域，主要就是要操作「**機關功能最適理論**」，亦即由司法部門以及政治部門的「**組織結構**」以及「**決策作成程序**」分析，決定該部門適合決定哪些事務領域。基本上，在考試時決定審查標準的思考層次如下：

要得出 <b>合憲</b> 結論→ 寫作方向： <b>降低審查標準</b> ！	→思考如何提出本案應降低審查標準的論證： 1. 是否有相關大法官解釋可以支持？ 2. 反之，若是相關大法官解釋是得出相反結論（例如釋憲實務要求應該提高審查標準），是否能從其他法理（機關功能最適理論）推導出本案應降低審查標準的結論？
要得出 <b>違憲</b> 結論→ 寫作方向： <b>提高審查標準</b> ！	→思考如何提出本案應提高審查標準的論證： 1. 是否有相關大法官解釋可以支持？ 2. 反之，若是相關大法官解釋是得出相反結論（例如釋憲實務要求應該降低審查標準），是否能從其他法理（機關功能最適理論）推導出本案應提高審查標準的結論？

完整內容，請參閱歐律師編著《**憲法爭點解讀**》高點出版

版權所有，重製必究！