

國家發展研究 第十一卷第二期
2012 年 6 月 頁 41-84

以 Robert Alexy 之重力公式 檢視大法官釋字第 689 號解釋

吳元曜*

收稿日期：2012 年 1 月 18 日

接受日期：2012 年 4 月 13 日

* 臺灣大學法學博士、臺灣桃園地方法院法官、中原大學財經法律學系兼任助理教授。

摘 要

本文除旨在引介 Robert Alexy 所提出包含「受侵害之密度」、「抽象之重量」及「經驗上確定性之程度」三項因素之「重力公式」，俾作為我國探討基本權權衡活動及研究憲法釋義學之新工具，且欲藉由將「重力公式」與大法官釋字第 689 號解釋作結合性之討論及檢驗，來彰顯該公式之應用可能性及實用價值，並點出一個進行後續相關研究之方向。

關鍵詞：重力公式、侵害密度、抽象重量、經驗確定程度、大法官
釋字第 689 號解釋

壹、前言：作為大法官核心工作之憲法基本權衝突問題

司法院大法官會議在罕見地行言詞辯論後，於民國 100 年 7 月 29 日公布釋字第 689 號解釋（下稱系爭解釋），其解釋文為：「社會秩序維護法第 89 條第 2 款規定（其規定內容為：『有左列各款行為之一者，處新臺幣 3,000 元以下罰鍰或申誡：二、無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽者』，於本文下稱系爭規定），旨在保護個人之行動自由、免於身心傷害之身體權、及於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由與個人資料自主權，而處罰無正當理由，且經勸阻後仍繼續跟追之行為，與法律明確性原則尚無牴觸。新聞採訪者於有事實足認特定事件屬大眾所關切並具一定公益性之事務，而具有新聞價值，如須以跟追方式進行採訪，其跟追倘依社會通念認非不能容忍者，即具正當理由，而不在首開規定處罰之列。於此範圍內，首開規定縱有限制新聞採訪行為，其限制並未過當而符合比例原則，與憲法第 11 條保障新聞採訪自由及第 15 條保障人民工作權之意旨尚無牴觸。又系爭規定以警察機關為裁罰機關，亦難謂與正當法律程序原則有違」。

可能係因行言詞辯論程序而廣受社會矚目，亦可能係因涉及到「跟追」、「新聞採訪」等大眾在生活中本較為熟悉或關心之議題，系爭解釋一公布，即成為輿論之焦點，不僅多有民眾投書媒體表達意見，作為「廣義當事人」或「利害關係人」之媒體本身亦不乏以社論之形式，對系爭解釋作或褒¹、或貶²之評價。此等褒貶不一之評價大抵而

¹ 例如中國時報於 100 年 8 月 1 日之社論「畫定狗仔跟追紅線、用心良苦」即以「一項標誌出憲政社會中狗仔跟追紅線的重要記錄」、「一項可喜的進步」、

言欠缺說理、甚且流於情緒，除得證明媒體對於系爭解釋之關注程度甚高外，尚難謂有學術研究上之價值。筆者以為較具有學術研究價值者，當係伴隨系爭解釋一同公布、共計 11 位大法官之協同意見書或不同意見書，須知大法官解釋之解釋文及解釋理由書僅係表達最後之討論、甚或妥協結果，吾人若欲明瞭其論辯之詳細過程，由各該大法官所提出之意見書切入應屬良策。在限期作成解釋結果之時間壓力下，³ 諸位大法官依憑現有可取得之有限資料（包括言詞辯論程序中之攻防陳述），儘可能地集思廣益及表達仁智之見，⁴ 此等眾家爭鳴

「四位大法官在任期屆滿前夕發揮了高度社會憲法教育功能的一項臨別贈禮」等語，來形容系爭解釋。

- ² 「蘋論：矢志捍衛新聞自由」提及「昨天釋憲文出爐，還是兩造各有各的理，兩方不得罪的鄉愿解釋，說出的道理毫無新意，全是老套，像法律系學生習作，沒有大法官的睿智深邃，更沒醍醐灌頂，發人深省的力量，十分遺憾」。須予補充者為，系爭解釋之聲請人即為蘋果日報之記者，該解釋之事實摘要為：「緣聲請人為蘋果日報社記者，主跑娛樂演藝新聞；分別於中華民國 97 年 7 月間二度跟追神通電腦集團副總裁苗華斌及其曾為演藝人員之新婚夫人，並對彼等拍照，經苗某委託律師二度郵寄存證信函以為勸阻，惟聲請人復於同年 9 月 7 日整日跟追苗某夫婦，苗某遂於當日下午報警檢舉；案經臺北市政府警察局中山分局調查，以聲請人違反系爭規定為由，裁處罰鍰新臺幣 1500 元。聲請人不服，依同法第 55 條規定聲明異議，嗣經臺灣臺北地方法院 97 年度北秩聲字第 16 號裁定無理由駁回，全案確定。聲請人認上開裁定所適用之系爭規定，有牴觸憲法第 11 條新聞自由、第 15 條工作權、第 23 條法律明確性、比例原則及正當法律程序等之疑義，爰提本件聲請。」（蘋果日報，2011）

- ³ 依司法院大法官審理案件法第 13 條第 2 項準用第 24 條第 2 項之規定，經言詞辯論之解釋文應於言詞辯論終結後 1 個月內指定日期公布之。

- ⁴ 德國學者 Robert Alexy 即區分「理想之實踐論證」（Ideale praktische Diskurse）與「現實之實踐論證」（Reale praktische Diskurse）兩者，後者雖然以前者為前提，惟後者係在時間、參與者及無強迫性受到限制之條件下，藉由「受限之語言／概念的明確性」、「受限之經驗上認知」、「受限之角色交換能力」及「受限之預斷禁止」，來尋求實踐問題之答案。就此一區分，請參閱 Alexy, Robert (1991: 34)。

景象可謂為我國釋憲實務上之重要教材。

觀諸各該大法官就系爭解釋所提出之協同意見書或不同意見書，大致而言，主要乃圍繞「本件解釋案是否應予受理？」、「國家就（系爭解釋所提及之）個人之行動自由、免於身心傷害之身體權、及於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由與個人資料自主權等基本權，是否有（積極）保護義務？」、「系爭規定以警察機關為裁罰機關，是否與正當法律程序原則有違？」、「（以國家有上開保護義務且保護不足，或系爭規定有違正當法律程序為前提，）是否應另為立法？」等問題。例如就「本件解釋案是否應予受理」之問題，陳新民大法官認為本案原係認事用法之不予受理案例，如例外受理，應有說明其受理原因即「老舊條文意義更新」之義務，⁵然許宗力大法官認為於本案「適用上違憲」之問題得轉化為「規範本身違憲」之問題，故大法官仍得受理；⁶就「國家是否有保護義務」之問題，除蘇永欽大法官對於系爭解釋中國家保護義務之建構其憲法依據何在，採取較為保留之態度外，⁷其餘多數大法官大抵皆肯認國家對於系爭解釋中所提及之上開基本權有保護之義務；⁸就「正當法律程序」之問題，有數位大

⁵ 請參閱陳新民，系爭解釋協同意見書，頁 2-9。

⁶ 請參閱許宗力，系爭解釋部分協同部分不同意見書，頁 1-3。

⁷ 請參閱蘇永欽，系爭解釋協同意見書，頁 1 以下。蘇大法官通篇協同意見書幾乎完全在表達對於從「防衛性基本權」推導至「國家保護義務」之戒慎恐懼態度，惟其所呼籲者，乃在於應審慎尋覓憲法上之基礎及加強論證之強度，而非謂絕對不可作此一推導，例如對婦女人身安全之保護即得自憲法增修條文第 10 條第 6 項覓得依據，此可能係蘇大法官所出具者為「協同意見」，而非「不同意見」之原因。

⁸ 其中具有代表性者，請參閱陳春生，系爭解釋協同意見書，頁 6-7；陳新民，系爭解釋協同意見書，頁 10-11；許宗力，系爭解釋部分協同部分不同意見書，頁 6-8；李震山，系爭解釋部分不同意見書，頁 1-3。尤其李震山大法官從「三面關係」及「保護不足禁止」（Untermaßverbot）之憲法原則立論，頗值傾聽。

法官認為系爭規定由警察機關、而非由法院為審查及裁罰，並不符合正當法律程序之要求。⁹再者，「是否應另為立法」之問題顯係伴隨前揭「國家是否有保護義務」及「正當法律程序」兩個問題之脈絡而來，認為國家就相關基本權有保護義務，惟僅憑系爭規定有保護不足之疑慮，或認為系爭規定違反正當法律程序之大法官，大多亦認為有另為立法以彌補缺失之必要。

「本件解釋案是否應予受理」涉及「憲法法院」與「普通法院」間之職權分際問題，而「國家是否有保護義務」涉及基本權「消極」及「積極」面向之詮釋問題，又「正當法律程序」則涉及行政（警察機關）與司法（法院）間之權力分立問題，此等問題在憲法學理及釋憲實務上具有一定之份量，於系爭解釋中諸位大法官將重心置於此，吾人實能理解。然而不可否認的是，面對如本件解釋案此等基本權發生衝突之情形，中外皆然，我國之大法官或他國之憲法法院最重要之核心工作，實係在發生衝突而相對立之基本權間作（往往是很困難之）權衡取捨，並且以詳細明確之論述，將該權衡取捨之理由公諸於世。以此而論，可謂大法官們在系爭解釋中並未能充分發揮其核心價值，此由系爭解釋之解釋文、解釋理由書，甚且各該意見書中，就其權衡結果本應作「詳細明確論述」之部分，皆未能多加著墨，即可得知。在釋憲方法論上，亦需要導入一套更為合理且易於操作之新方法，作為檢視系爭解釋（或其他基本權衝突案例）之基準，俾能精確地點出該解釋（或其他案例）究竟「少了些什麼」，而避免流於空泛之批評。筆者以為，Robert Alexy 所提出之「重力公式」，應可供作此處所需

⁹ 請參閱林子儀、徐璧湖，系爭解釋部分協同及部分不同意見書，頁 17-19；許宗力，系爭解釋部分協同部分不同意見書，頁 8-12；許玉秀，系爭解釋一部協同一部不同意見書，頁 21 以下；李震山，系爭解釋部分不同意見書，頁 3-7。其中李震山大法官特別從「權力分立」及「法官保留」之觀點來加以論述，亦值注意。

要之新方法。

於後文，筆者將先就「重力公式」之理論起源及內涵加以說明，亦即從 Alexy「憲法基本權理論」中「原則 v.s. 規則」、「原則之特徵與比例原則」及「實體上之權衡法則」等內容開始，經由加入其他要素即「原則本身之抽象重量」及「經驗上確定性之程度」，以及納入「三階衡量標準」及「平手情況」之發展過程，來呈現具有完整實用價值之「重力公式」。其後，筆者則嘗試以「重力公式」來檢視系爭解釋，先論及與該公式規範條件具體化要求相關之法律明確性原則審查問題，以及大法官就系爭解釋所生「主觀論述」與「客觀論述」之爭，繼而探討在各種可能之具體規範情境或條件下，運用該公式所可能產生之結果，旨在以「重力公式」精緻化比例原則及權衡法則在系爭解釋中之適用。於本文之結語處，筆者則點出該公式於憲法理論及實務上所可能產生之價值，以及未來之研究方向。

貳、「重力公式」之理論起源及內涵：形式面向與實質問題

一、從「規則 v.s. 原則」、「實體上之權衡法則」到「重力公式」

「重力公式」（Die Gewichtsformel）（the weight formula），乃德國著名法學家 Robert Alexy 近年來所提出之重要理論架構，就其核心內容，可見諸 Alexy 同於 2003 年以論文形式所發表之兩篇文章：以英文發表之「論權衡及涵攝：一個結構性之比較」（On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison），以及以德文發表之「論重力公式」（Die Gewichtsformel）。該兩篇文章本身之篇幅雖不大，惟可謂係 Alexy 多年來理論之大成，在憲法釋義學上實屬重要，本文就

「重力公式」之討論，主要即係援引該兩篇文章，並於理論相關之處，擴及於其所著之其他專書或論文，以資完善。

簡言之，該公式係以 Alexy 「憲法基本權理論」(Theorie der Grundrechte)¹⁰ 中「實體上之權衡法則」(Materielles Abwägungsgesetz) 所著重之「原則於個案中受侵害之密度」作為基礎，再加上「原則本身之抽象重量」以及「認識上之權衡法則」(Epistemisches Abwägungsgesetz) 中「經驗上確定性之程度」，最終形成之「進化完整版」。從而，「重力公式」應自作為其基礎之「憲法基本權理論」談起，且於此應以 Alexy 對於「規則」(Regel, rule) 及「原則」(Prinzip, principle) 兩種規範形式之區分，作為討論之起點。

所謂「規則」，係指「永遠只有『被達成』或『未被達成』兩種結果之規範」，而「原則」則為「最佳化命令」(Optimierungsgebote)，亦即「要求事物在法律上及事實上之可能性中，儘量達到最大程度之規範」，¹¹ 又「原則」概念之範圍不僅涉及「個人權利」(Individuelle

¹⁰ Grundrechte 之直譯僅係「基本權」，此處筆者將其翻譯為「憲法基本權」，乃著眼於如下在民主憲政國家中之一般經驗及認知：於憲法中包含一份基本權之清單，且藉由憲法法院或類似之機制而使相關基本權發揮其拘束力，此即所謂「完善制度化之基本權體系」(a perfectly institutionalized fundamental rights system)。然而，即使由於在憲法層次上欠缺基本權之規範或欠缺憲法法院或類似之機制，而非屬上開之完善制度化體系，Alexy 認為（至少從實質之觀點出發）於此等不完善之法律體系中，經由法律實踐基本權仍扮演一個重要的角色，且在法律實踐中其重要性乃藉由法律推論之過程被顯示出來。若採取批判之觀點，則可謂基本權應被法律實踐所推動，再透過政治決定加以制度化。請參閱 Alexy, Robert (1992: 148)。

¹¹ 在 Alexy 「憲法基本權理論」中 Alexy, Robert (1985: 94)，其對於法律規範「規則」及「原則」之二分法設定了一個相當有名的例外：「人性尊嚴規範」(Menschenwürde-Norm) 同時具有「規則」及「原則」兩種性質。其作為「原則」相對於其他原則之權衡結果（且其優先於其他原則，乃具有高度之確定性），則決定其作為「規則」之內涵。請參閱 Alexy, Robert (1985: 94)。Alexy 設定上

Rechte)，亦包括「集體利益」（Kollektive Güter）。¹² 規則間發生衝突之情形，僅能藉由「引進例外條款」或「宣告至少其中之一為無效」來加以解決，與之相對，法院乃藉由決定關於個案情況之「條件性優先關係」，來解決原則衝突之問題，此能夠被表達為如下之「衝突法則」（Kollisionsgesetz）：「某一原則優先於另一原則之條件，乃構成對於該被認定為優先之原則賦予法律效果之規則得以運作的事實」，其較為技術性之版本為：「若在條件 C 之下原則 P1 優先於原則 P2，即 $(P1 \text{ P } P2)C$ ，且若在條件 C 之下 P1 具有法律效果 R，則包含運作事實 C 及法律效果 R 之規則 $C \rightarrow R$ 為有效」，故在相關原則間之優先性關係涉及到各種行為及情形，並非絕對，而係條件性或相對的，且此等優先關係顯示出「原則」層次與（賦予原則優先性之）「規則」層次乃相互連結。再者，原則作為「最佳化命令」，與「比例原則」以及其三個子原則「適當性原則」、「必要性原則」及「狹義之比例原則」間，存在相當密切之連結，亦即原則對應於事實上可能性之「最佳化命令」特徵：「第一，若措施 M 不適合於促進原則 P1，惟卻適合於妨礙原則 P2，則其關於 P1 及 P2 乃被禁止；第二，若有措施 M1 及 M2 兩個選擇，而 M2 得至少與 M1 一樣有效促進 P1，

開「人性尊嚴規範」之例外，可以想見有德國基本法及歷史因素之脈絡可循，惟筆者以為，倒不如仍將「人性尊嚴規範」理解為「原則」之性質（當然，其在權衡上之重要性及優先其他原則之可能性仍是相當地高，亦得設定一個相關之「論證負擔規則」），以維持理論之一貫。

¹² 然而依 Alexy 之論證理論觀點，其亦指出：「論證雖係一個集體之事業，惟論證理論並非在表達任何集體主義（collectivistic）之理想，個人為追求理性而必須與其他人進行論辯，乃表達出『每個人以及所有人皆應被認真地看待』之想法」、「理性論證之結果將會是一個個人基本權之體系，其包含『個人權利』相對於『集體利益』之『表象優先性』（a prima facie preference）」。請參閱 Alexy, Robert (1992: 151)。由此，其似就「個人權利」及「集體利益」兩者設定了一個基於論證理論本質之「推定規則」或「論證負擔規則」。

惟較少妨礙 P2，則 M1 關於 P1 及 P2 乃被禁止」，乃導出「適當性原則」及「必要性原則」，而原則對應於法律上可能性之「最佳化命令」特徵，亦得表達為（於滿足原則 P1 即意味不能滿足原則 P2 情形中之）「權衡法則」（Abwägungsgesetz）：「不能滿足或侵害 P1 之程度越高，則滿足 P2 之重要性亦必須越高」，其乃導出「狹義之比例原則」。¹³

此處 Alexy 所謂導出「狹義之比例原則」之「權衡法則」，為與其另提出之「認識上之權衡法則」（Epistemisches Abwägungsgesetz）相區別，亦得稱為「實體上之權衡法則」（Materielles Abwägungsgesetz）。該「實體上之權衡法則」：「不能滿足或侵害 P1 之程度越高，則滿足 P2 之重要性亦必須越高」，實為 Alexy 發想「重力公式」之出發點，「重力公式」猶如「實體上之權衡法則」經再思考、琢磨並添加其他元素後之「進化完整版」。亦即，「重力公式」在保留「某一原則於個案中受侵害之密度」此一基本要素之餘，另加入「該原則本身之抽象重量」以及「經驗上確定性之程度」兩個重要考量要素，等同於將單軌之「實體上之權衡法則」，正式帶入三維之世界。

以刑法領域為例，「重力公式」中「受侵害之密度」得與「犯罪構成要件要素之態樣」及「刑罰之內容」相互連結，「抽象之重量」得與「生命」、「身體」、「自由」、「名譽」、「財產」之一般性法益位階關係體系（陳志龍，1998：45）或學說上所採取之人權價值序列，亦即一般來說「生命」、「健康」、「自由」、「（其他）人格權」相對於「財產權」之優先性相互連結，（藤井俊夫，2008：148-149）而「經驗上確定性之程度」則得一方面與「實害犯 v.s. 危險犯之犯罪

¹³ 就「原則」與「規則」之區別、「最佳化命令」、「衝突法則」及「權衡法則」之詳細說明，請參閱 Alexy, Robert (1985)；Alexy, Robert (2000: 295-298)。國內文獻，請參閱陳顯武（2005：14-25）；王鵬翔（2005：11）。

類型」、「既遂、未遂及預備之行爲階段」、「（主要在著眼於整體法益之規範中體現之）法益保護前置」，另一方面與「實質上除罪化」、「定罪率及執行率」等理論或實證研究議題相互連結。

二、「重力公式」之基本形式與「（完全）擴張之重力公式」

基於前揭認知，吾人可將「重力公式」表現爲如下之形式（此處使用之代表符號，係依據前述 Alexy 於 2003 年發表之英文文章，而於其同年發表之德文文章中，I 不變，W 係以 G 代換，R 則以 S 代換）：

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

在此一形式中，I 表示「受侵害之密度」、W 表示「抽象之重量」、R 表示「經驗上確定性之程度」，而 $W_{i,j}$ 則表示「原則 P_i 相對於原則 P_j 之具體重量」。於「在一定條件下」之具體個案中，「重力公式」之運用結果即係「優先規則」之提出：若 $W_{i,j} > 1$ ，則 P_i 優先於 P_j （寫作 $P_i \succ P_j$ ）；若 $W_{i,j} < 1$ ，則 P_j 優先於 P_i （寫作 $P_j \succ P_i$ ）；若 $W_{i,j} = 1$ ，則係存在「結構性權衡游動空間」之「平手情況」（stalemate, Patt），亦即無論何者皆爲最佳解。著眼於各該原則在侵害密度（抽象重量亦同）遞增下，將獲得越來越多之力量或抵抗力道，亦即「邊際替代遞減法則」（Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution），故「重力公式」之核心係基於幾何序列（例如 1、2、4……）之「商公式」（Quotientformel），而非基於算數序列（例如 1、2、3……）之「差公式」（Differenzformel）。又，相關經驗性前提之確定性，乃涉及到前揭與「實體上之權衡法則」相區別之「認識上之權衡法則」：「對一個基本權之干預越嚴重，則導出該干預之前提的確定程度亦必須越高」，此等確定程度與各該原則之力量間，亦適用基於幾何序列

之「商公式」。就此，Alexy 原本依「確定的」（gewiß od. sicher）、「可信的」（vertretbar od. plausibel）及「非明顯錯誤的」（nicht evident falsch），而採取 1、1/2、1/4 之幾何序列，惟為表達上之一致性，於後文之應用中筆者則加以顛倒，而採取 1、2、4 之幾何序列，然其意義不變。吾人須知上開「重力公式」之形式乃在兩個原則間作比較之較為簡化情況，有些現實案例則非如此，如能克服原則間之實質重疊現象及滿足其異質性（Heterogenität）之條件，亦得藉由於該公式之分子或（及）分母處累加之方式，來處理單邊或雙邊存在多數原則（即所謂「原則束」）之問題；於此一情形，Alexy 特別名之為「（完全）擴張之重力公式」（〔vollständige〕erweiterte Gewichtsformel）。¹⁴ 雙邊皆存在多數原則之「完全擴張之重力公式」得表現為如下之形式：

$$W(i_1+i_2+\dots+i_n), (j_1+j_2+\dots+j_n) \\ = \frac{I_{i1} \cdot W_{i1} \cdot R_{i1} + I_{i2} \cdot W_{i2} \cdot R_{i2} + \dots + I_{in} \cdot W_{in} \cdot R_{in}}{I_{j1} \cdot W_{j1} \cdot R_{j1} + I_{j2} \cdot W_{j2} \cdot R_{j2} + \dots + I_{jn} \cdot W_{jn} \cdot R_{jn}}$$

於大法官過往之解釋案例中，不乏得評價為在兩個相衝突之原則間作比較之較為簡化情況。例如在釋字第 669 號解釋¹⁵ 中發生衝突而

¹⁴ 就「重力公式」相關內容之詳細說明：Alexy, Robert (2003a: 433-449)；Alexy, Robert (2003c: 785ff.)。又就該公式形式之深入分析及重組，亦請參閱陳顯武（2005：24-34）。

¹⁵ 大法官釋字第 669 號解釋之解釋文為：「槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項規定：『未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第 4 條第 1 項第 1 款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或 5 年以上有期徒刑，併科新臺幣 1,000 萬元以下罰金。』其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍

待權衡之原則，一方面是槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項關於空氣槍之規定部分所欲保護之「社會秩序之維護」此一整體法益，其實質上固得還原為潛在可能被空氣槍所侵害之生命、身體、自由、財產等（多數）個人法益，惟後者既與前者具有「派生性關係」及「還原性關係」，¹⁶ 且於該號解釋並無就上開各項還原後之個人法益再予細分之必要，故得將此部分規定所保護之法益共同評價為一個原則；另一方面，此部分規定之刑罰效果主要表現為自由刑，除直接侵害到行為人之人身自由權，尚有「製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍」之一般行為自由權因相關制裁而連帶被侵害之問題，前後兩者相互間之因果或手段目的關係甚為密切，亦得共同評價為一個原則。再以大法官釋字第 690 號解釋¹⁷ 為例，於該號解釋中發生衝突而待權衡之原

達 2 年 6 月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。首揭規定有關空氣槍部分，對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第 23 條之比例原則，應自本解釋公布之日起至遲於 1 年屆滿時，失其效力。」

¹⁶ 就「整體法益」與「個人法益」間之「派生性關係」及「還原性關係」之詳細討論，請參閱吳元曜（2007：37-41）。

¹⁷ 大法官釋字第 690 號解釋之解釋文為：「中華民國 91 年 1 月 30 日修正公布之傳染病防治法第 37 條第 1 項規定：『曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。』關於必要之處置應包含強制隔離在內之部分，對人身自由之限制，尚不違反法律明確性原則，亦未抵觸憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 8 條依正當法律程序之意旨尚無違背。曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。」

則，一方面是「國民生命與身體健康之維護」此一整體法益，另一方面則是被強制隔離者之人身自由權。於此等較為簡化之情況，僅需運用前揭「重力公式」之基本形式即可。

然若於具體案例中，相衝突之兩方其中一方或雙方涉及多數、且評價上各自獨立（亦即 Alexy 所謂「克服原則間之實質重疊現象及滿足其異質性之條件」）之原則時，例如在系爭解釋之情形中，系爭規定可能同時保護被跟追人之「身體權」及「自由權」（此處之「自由權」乃屬廣義，包括「個人之行動自由」、「於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由」及「個人資料自主權」三者，亦有論者將後二者謂為屬於「隱私權」之保障，¹⁸ 筆者認為「隱私權」與「（廣義）自由權」之解讀應得相容），而「身體權」及「自由權」應得評價為各自獨立之基本權，另系爭規定可能同時侵害「新聞自由」及「記者之工作權」，且該兩者亦有其各自不同之重要內涵（在我國憲法上，前者為第 11 條表現自由之範疇，而後者則為第 15 條工作權或職業自由之範疇），¹⁹ 此時即須採取「（完全）擴張之重力公式」來作權衡。

實則，吾人得從另一角度出發，將前述以一個分數來表現「重力

¹⁸ 就此，請參閱大法官釋字第 293 號、第 535 號、第 585 號、第 603 號及第 631 號解釋之釋憲脈絡，以及林子儀、徐壁湖，系爭解釋部分協同及部分不同意見書，4 頁以下關於隱私權保障之詳細說明。

¹⁹ 林錫堯大法官於系爭解釋特別就「系爭規定是否涉及工作權或職業自由之保障範圍，及是否限制工作權或職業自由？」此部分加以論述，其見解大致為「跟追行為難謂屬工作權或職業自由之保障範圍」、「依系爭規定之目的，其處罰跟追行為並未限制工作權」，請參閱林錫堯，系爭解釋協同意見書，5 頁以下。惟衡諸目前社會之新聞採訪現況，實難否認「跟追」為獲取新聞之方法，亦為（至少是）部分記者之工作內容，若謂跟追行為非屬記者工作權之保障範圍，或系爭規定處罰跟追行為並未限制記者之工作權，何能服人？實則，此一問題應放在工作權與其他基本權之權衡層次來作討論，而非於較前之「是否屬工作權之保障範圍」或「是否限制工作權」層次即予排除。

公式」之基本形式，視作「實體上之權衡法則」×「原則本身抽象重量之比較法則」×「認識上之權衡法則」的結果。²⁰ 亦即得將「重力公式」之基本形式轉化為如下三個分數相乘之形式，而每個分數則對應上開各該法則：

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \cdot \frac{W_i}{W_j} \cdot \frac{R_i}{R_j}$$

從而，若於個案中，雙邊相衝突之原則具有相同之抽象重量，且其受侵害之經驗上確定性程度亦屬相同，因該二部分相除結果均為 1 而毋庸特別加以考量，則此時「重力公式」之運用與「實體上之權衡法則」實質上即無分別，於此等情形亦得將「實體上之權衡法則」視作「重力公式」之簡化版本。同理，若相衝突之原則具有相同之抽象重量，且其受侵害之密度亦屬相同，因該二部分相除結果均為 1，則此時「重力公式」之運用即同於「認識上之權衡法則」。

三、「三階衡量標準」與「權衡游動空間」

在運用「重力公式」時，Alexy 認為，即使於無法用精確數字來測量，亦即欠缺或甚少關於成本、可能性等之量化因素存在的情形下，就一般評價而言，仍然可以援用諸如「輕度」（leicht）、「中度」（mittel）或「重度」（schwer）此等三階模型之粗略衡量標準。當然，只要不是全部相同之一階模型，其階層之數目原則上是開放的，惟「三階」之情況較為符合日常直覺及法律實務。如前所述，著眼於 Alexy 之「邊際替代遞減法則」，不論係採取三階模型或採取其他階層數目，於決定各階之數值時，皆應依「商公式」而使用以 1、2、4……排列之幾何序列。此處之重點為，上開階層歸類方式不必然得以確定

²⁰ 同此見解，請參閱陳顯武（2005：31）。

何為憲法所要求或禁止者：僅當歸到「不相等」之類別始能予以確定，其餘則屬於憲法無法決定相關衝突之「平手情況」，而存在一個結構性之「權衡游動空間」（Abwägungsspielraum），惟可以想見，衡量標準越精緻，則「平手情況」自然越少見。再者，在此等權衡架構下，原則所具有之「最佳化命令」特徵亦得衍生出一個消極基準：「某一原則必要之犧牲與滿足相對原則之重要性間，至少應打成平手」。（Alexy, Robert, 2002: 18）

Alexy 於前揭以德文所發表之「論重力公式」一文中，重申其上開「三階模型」及「消極基準」之見解，其認為：第一，在憲法意義下之「可比較性」（Vergleichbarkeit od. Kommensurabilität）概念，不僅必須具有一致之憲法立場，亦即就「依據憲法何為正確或有效」開展理性論證之可能性，且應提供評價基本權得失之等級的衡量標準，而前述立於相互比例性之三階衡量標準即屬一例，不僅在較為具體或得量化之情形，即使係涉及到抽象利益，仍得使用該衡量標準；第二，在作為原則之基本權中，存在一股經由權衡活動而設定界限之力量，此等界限雖非固定不變且難免於權衡，惟仍屬（相對）穩定而明確。²¹

在前述之「平手情況」中，立法者既有「權衡之游動空間」，自意味其於相衝突之各該原則間不論作何抉擇，皆屬最佳解，則憲法法院（或我國之大法官會議）得否以其另一抉擇，來取代立法者原先所

²¹ 請參閱 Alexy, Robert (2003b: 773 ff., 781 f)。於此，Alexy 乃分別援引德國聯邦憲法法院 Tabak 案（BVerfGE 95, 173，即「菸品警語案」，涉及到經濟活動或職業自由與人體健康間之權衡），以及 TITANIC 案（BVerfGE 86, 1，即「雜誌嘲諷案」，涉及到表意自由與人格權間之權衡）兩個重要判決，作為「較為具體或得量化之情形」及「涉及到抽象利益之情形」之例證。筆者以為，於涉及到抽象利益之基本權衝突案例中，階層數目過多或過於細分之衡量標準，在實踐上反不如「三階模型」來得易於操作。

作成之抉擇？就此，筆者寧採否定之立場，蓋既然憲法法院（或我國之大法官會議）職司「違憲」審查之工作，且於憲法無法決定相關衝突之「平手情況」中，立法者不論作何抉擇皆屬最佳解，而無「違憲」之問題，則憲法法院（或我國之大法官會議）自應尊重、且維持立法者所作成之抉擇。²²

四、「重力公式」與「法律論證理論」

應予注意者為，於個案中操作「重力公式」時，勢必會面臨如何決定其組成要素之具體內容或數值此等實質問題，則此時 Alexy 之「重力公式」當可能與其早年學術生涯中另一個重要理論「法律論證理論」（Theorie der juristischen Argumentation）產生連結。

要言之，於實際運用該公式時，若在論證上有必要（例如被其他論證參與者質疑，或有被質疑之潛在可能性時），即應當提出用以正當化相關前提之論述。此等論述包括確認事實上存在之語言使用方式的「語言論述」、著眼於歷史上立法者事實上意志的「起源論述」、基於法律體系之統一性及融貫性理念的「體系論述」，以及包含「目的性」（teleologische）與「道義性」（deontologische）兩種論述方式之「普遍實踐論述」，前三者係直接或間接基於實證法權威性之制度性論述，而後者為源於其內涵正確性之實質性論述，制度性論述相對於實質性論述僅具有表象、而非確定之優先性（prima facie-Vorrang）。（Alexy, Robert, 2003c: 113 ff.）Alexy 於「法律論證理論」

²² 此處筆者之見解係自「違憲」審查之本質所得出，當然在處理相關議題上尚可能存在其他路徑，例如立法者擁有憲法法院所欠缺之民主正當性，或立法者原先通過之立法在形式上所具有之法安定性價值等。惟筆者以為，既然立法者所作成之抉擇並無「違憲」之問題，則憲法法院（或我國之大法官會議）發動職權介入破毀之前提已不存在，應無再予討論上開民主正當性或法安定性價值等其他路徑之必要，矧就所謂「立法民主正當性」，在學理及實踐上亦不無加以反思之空間。

一書中之「外在證立」處（或有譯為「外部證成」，與著眼於邏輯有效性之「內在證立」或「內部證成」相對比），亦歸納出「語義學論述」、「發生學論述」、「歷史論述」、「比較論述」、「體系論述」、「（客觀）目的論論述」六種論述形式，（舒國滢〔譯〕，2002：290-302）其中「語義學論述」、「發生學論述」、「歷史論述」、「體系論述」之性質大抵屬於上開制度性論述，而「（客觀）目的論論述」應屬於上開實質性論述，另「比較論述」依其提出之脈絡，有可能屬於制度性論述，亦有可能屬於實質性論述。提出此等正當化論述之目的，旨在獲致論證結果之可接受性及合理性。²³

此外，於作為法律論證理論基礎之普遍實踐論證規則中，其中之「過渡規則」（Übergangsregeln）旨在將實踐論證連結到、並擔保任何人在任何時候都能夠轉入「經驗性之論述」，²⁴ 可知經驗性論述於法律論證中本即具有重要性，而「重力公式」更進一步將「經驗上確定性之程度」列為獨立之組成要素，則可預見如該公式在實務上被普遍運用，勢必益形提升法社會學或其他實證研究之地位。例如就系爭解釋之情況而言，於新聞記者工作之實態、新聞內容產自跟追活動之比重等事實問題部分，本文僅能依憑筆者對於目前社會新聞採訪現況之觀察，資以推斷於現今之媒體環境下，「跟追」確屬（至少是）部分新聞記者之工作項目，且確有一定比例之新聞內容產自跟追活動，然若欲準確判定其「經驗上確定性之程度」，則須待相關質性或量化之研究結果產出，而此等研究結果又往往屬於新聞學之範疇，由此亦得看出「重力公式」在實際運用上所具有之科際整合性質。

²³ 類似見解，認為如欲於個案中達到正確之法適用結果，除應提出理由論據外，更重要的是使該適用結果可被接受。請參閱 Martens, Sebastian A. E. (2011: 160-162)。

²⁴ 此等普遍實踐論證規則，乃包括 6 組、共計 28 個規則，相關說明請參閱舒國滢（譯）（2002：234-256）；Alexy, Robert (1991: 30 ff.)。

前述「普遍實踐論述」所包含之「目的性」與「道義性」論述方式，以及「經驗性論述」與相關之實證研究成果，本均屬於「法律範疇外」之要素，而能夠影響、甚至決定屬於「法律範疇內」之基本權衝突權衡結果，此等情形從強調法律系統與其他社會系統結構耦合（strukturelle Kopplung）時，同時具有「結構上閉鎖性」及「（接受刺激之）認知上開放性」之「系統理論」（Systemtheorie）觀之，²⁵ 實不足為奇。

五、「重力公式」與「比較衡量論」

應予強調者為，在比較法上就基本權與公共利益或其他基本權間之衝突問題，亦不乏其他之權衡模式，如日本自判例實務所發展出來之「比較衡量論」，即為顯例。

「比較衡量論」雖存在數種變體，惟得以下列三種作為代表：第一，採取多數列舉應衡量事項之做法，而不限制比較之對象，其重點在於就各種各樣之因素彼此之間加以衡量；第二，以目的與手段之合理關聯性為前提，進而就對立之利益進行衡量，於此須特別注意之點，其一為應檢討目的與手段間是否具有合理之關聯性，其二為比較衡量之對象收束至所得利益及所失利益；第三，應以規制之必要最小限度性為前提，立於具體事件之基礎上，判斷惡害之重大性或惡害發生之相當蓋然性。（松本和彥，2001：267-270）

上開日本「比較衡量論」所述及之「所得利益及所失利益」、「惡害之重大性」及「惡害發生之相當蓋然性」，固分別與前述「重力公式」之組成要素即「抽象之重量」、「受侵害之密度」及「經驗上確定性之程度」具有相似性，惟「比較衡量論」之理論內涵仍嫌分歧零

²⁵ 就「結構耦合」之性質，請參閱魯貴顯（譯）（1998：81-83）；Teubner, Gunther, (1989)。

散，並未對於各該部分之關係加以疏理及整合，而形成一套簡潔明確之模型，無怪乎在學界遭致「極易成為在各別事件中受裁判者主觀所左右之『無原則之比較衡量』」此一批評。（榎原猛等，2001：236）就此而言，「重力公式」在運用上雖仍容有評價之空間，惟因其組成要素及運作模式具有相對較高之穩定性，故在實務之可操作性上應屬略勝一籌。

綜上所述，吾人可知「重力公式」係由「某一原則於個案中受侵害之密度」、「該原則本身之抽象重量」及「經驗上確定性之程度」三個要素所組成，亦得將該公式之表現形式，視作「實體上之權衡法則」×「原則本身抽象重量之比較法則」×「認識上之權衡法則」的結果；再者，「重力公式」與前述「三階模型」、「平手情況」、「消極基準」、「違憲審查」等概念，亦得以相互串連且融為一體，此一整體乃成為 Alexy 理論中之重要基調，且對於我國之釋憲實務應具有高度之參考價值。

參、以「重力公式」檢視系爭解釋

於理解「重力公式」之組成要素及運作模式等形式面向，以及如何決定其組成要素之具體內容或數值此等實質問題後，筆者於茲將進而運用「重力公式」，對系爭解釋作如下之各項檢視。

一、「重力公式」之規範前提與法律明確性原則之審查

由前文之說明，不論是「衝突法則」：「某一原則優先於另一原則之條件（得以 C 來代表），乃構成對於該被認定為優先之原則賦予法律效果之規則得以運作的事實」，抑或是「重力公式」表現形式中 $W_{i,j}$ 之意義：「原則 P_i 相對於原則 P_j 之具體重量」，皆可得知於運用比例原則或進而應用「重力公式」時，首要即須符合「在一定

條件下之具體案型」此一前提，亦即必須先設定特定之規範條件，始得就相衝突或對立之原則作取捨或權衡，而非在完全抽象或未予類型化之情形下爲之，蓋在完全抽象之情形下，原則作爲「最佳化命令」，本皆具有「表象」（*prima facie*）之優先性，而唯有在特定之規範條件下，方得爲其中某一或某組原則確立「終局」（*definitiv*）之優先性，從而建立「優先規則」。

舉例言之，若參酌大法官釋字第 669 號解釋理由書第 3 段之內容，得認該號解釋所設定之規範條件應爲：「人民僅出於休閒、娛樂等動機而改造合法之空氣槍，雖已達殺傷力標準，但其殺傷力甚微，對他人生命、身體、自由、財產等法益之危險甚低，或有其他犯罪情節輕微情況」，且其中尙得分爲「主觀層面」（僅出於休閒、娛樂等動機），以及「客觀層面」（相關空氣槍之殺傷力甚微，而對他人生命、身體、自由、財產等法益之危險甚低）兩個部分。觀諸就該號解釋諸位大法官所提出之協同意見書（該號解釋無不同意見書），許宗力、陳新民、許玉秀及林子儀大法官固均直指槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項之規定（及同條例其他規定，甚且其他特別刑法規定）之真正問題所在係「嚴刑峻罰」、「刑度過重」；²⁶ 惟黃茂榮大法官則另闢蹊徑，以該項規定「類型化不足造成法律漏洞（於此應指所謂『隱藏之法律漏洞』）」，而認爲：「在刑罰規定之類型化上，可能由於具體規定中所設計之構成要件過度簡單，使得其連結之法定刑的高低跨距過小，以致在司法實務上面臨情輕法重的困境」。²⁷ 筆者以爲，黃大法官似已跳脫出概括通盤之論述，而體認到充分類型化之必要性，此等認知與本文所採取「就違憲審查之權衡活動須設定具體規範條件」之

²⁶ 請參閱許宗力，該號解釋協同意見書，頁 1；陳新民，該號解釋協同意見書，頁 1；許玉秀、林子儀，該號解釋協同意見書，頁 1。

²⁷ 請參閱黃茂榮，該號解釋協同意見書，頁 1、3。

立場，應屬一致。

上開規範條件具體化或類型化之要求，亦與系爭解釋中關於法律明確性原則之審查具有密切之關連性。從記（符）號學之觀點出發，某一法律是否「明確」之標準，應繫諸受規範者及規範適用者就該規範語句與其所指涉之事物或對象，是否有「客觀」或（精確來說）「相互主觀」（intersubjective）之連結。²⁸我國釋憲實務則將上開記號學之標準轉換為法律人較為熟悉之語言，自大法官釋字第 432 號解釋以降，就法律明確性原則大抵皆維持「其意義是否非難以理解，且是否為受規範者所得預見，並可否經由司法審查加以確認」此一審查基調，²⁹僅有依不同案件情況予以補充。³⁰是否牴觸法律明確性原則，關涉到「法安定性」及「保障功能」能否維持，實屬法制度建構之重要價值，亦係釋憲實務之審查重點所在，於系爭解釋中亦不例外。

就此，系爭解釋之解釋理由書中有所著墨：「系爭規定所稱跟追，係指以尾隨、盯梢、守候或其他類似方式，持續接近他人或即時知悉他人行蹤，足以對他人身體、行動、私密領域或個人資料自主構成侵擾之行爲。至跟追行爲是否無正當理由，須視跟追者有無合理化跟追行爲之事由而定，亦即綜合考量跟追之目的，行爲當時之人、時、地、物等相關情況，及對被跟追人干擾之程度等因素，合理判斷跟追行爲

²⁸ 就「意義之客觀性」(objectivity of meaning)或「意義之相互主觀性」(intersubjectivity of meaning)請參閱何秀煌(2008:20-23)。

²⁹ 尚得參閱大法官釋字第 491 號、第 521 號、第 545 號、第 594 號、第 602 號、第 617 號、第 623 號、第 636 號、第 690 號解釋之內容。

³⁰ 例如釋字第 545 號解釋涉及較為專業之醫療業務，故特別闡明「其涵義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，最後可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合」，且涉及公平交易中多層次傳銷規定之釋字第 602 號解釋，亦重申判斷受規範者得否預見之基礎包括「其專業知識及社會通念」；又釋字第 594 號、第 617 號解釋就規範意義理解之部分，補充說明須「自立法目的與法體系整體關聯性」來理解。

所構成之侵擾，是否逾越社會通念所能容忍之界限。至勸阻不聽之要件，具有確認被跟追人表示不受跟追之意願或警示之功能，若經警察或被跟追人勸阻後行為人仍繼續跟追，始構成經勸阻不聽之不法行為。如欠缺正當理由且經勸阻後仍繼續為跟追行為者，即應受系爭規定處罰。是系爭規定之意義及適用範圍，依據一般人民日常生活與語言經驗，均非受規範者所難以理解，亦得經司法審查予以確認，尚與法律明確性原則無違」。大法官中雖不乏亦同意系爭規定並不違反法律明確性原則者，例如許宗力大法官認為：「以系爭規定為例，倘不理會法學操作上諸多的專業問題，逕自訴諸一般人的常情與直觀，反而易於掌握該規定之誡命的大致範疇—亦即除非有合情合理的好理由，否則原則上不可以違反他人意願一直尾隨他人。就此而言，系爭規定已經盡到了明確的義務，縱使在個別適用的情形有所爭議，也不因此而違憲」，³¹ 惟亦有論者對於上開解釋理由書中依所謂「社會通念」來判斷「跟追行為是否無正當理由」之說法，相當不以為然：「即使忽略解釋的矛盾，也無法補救純屬想像，卻不存在的『社會通念』」、「不是法條文字不該以常識性的了解去解釋，而是當詞句超量的負荷已超越常識理解的可能，不能仍然以為可以以萬無一失的公式去處理」。（黃維幸，2011）

茲將法律明確性原則之審查重點放在系爭規定中「無正當理由」此一構成要件上。筆者以為，系爭規定在立法之層次，本應基於立法當時所能取得之資訊及所能企及之謹慎程度，儘可能地先具體化及類

³¹ 請參閱許宗力，系爭解釋部分協同部分不同意見書，頁 13。另外，許玉秀大法官認為：「本件聲請對於無正當理由要件的審查，是一種授權明確性的審查，因為是限制處罰範圍的要件，應該採取寬鬆審查標準。基於上述理由，此種立法概括授權不違反授權明確性原則，而與法律明確性原則並無抵觸」，請參閱許玉秀，系爭解釋一部協同一部不同意見書，頁 13。惟「授權明確性原則」與「法律明確性原則」應屬二事，上開見解似有混淆該二者之虞。

型化各種規範條件，再以所謂「不確定法律概念」作為補充性（因應其他未能慮及或因社會變遷所生情境）之配套，如此之立法形式始得謂符合法律明確性原則之誠命。即以大法官釋字第 690 號解釋為例，其解釋理由書所言「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定」，當不得扭曲其意而認為立法時得跳過「儘量具體化或類型化」之階段，直接喧賓奪主地採取不確定法律概念，蓋上開「『非僅指』法律文義具體詳盡之體例」、「『適當運用』不確定法律概念」等語，應有隱含「不確定法律概念」仍須搭配「可能之例示內容」之意。實則，於該號解釋之審查對象即傳染病防治法第 37 條第 1 項規定中，於「必要之處置」此一不確定法律概念前，仍有規範「由該管主管機關予以留驗」、「令遷入指定之處所檢查」、「施行預防接種」數種具體措置。由此而論，系爭規定逕訴諸「無正當理由」之不確定法律概念，而怠於具體化已得預見之規範條件，實難謂無違於法律明確性原則。

如欲矯正違反該原則之缺失，除依循直接修法之方式外，筆者以為大法官於為合憲性解釋時所設定之具體規範條件或情境，亦可能具有同等之矯正作用。蓋於 Alexy 結合「規範」及「程序」兩個面向之法律體系概念、亦即所謂「規則／原則／程序（結合）模型」中，在第二階層「國家之法生成程序」中，一如在第四階層「法院之訴訟程序」中，亦有論證程序之設計及實施、論證結果之產出，以及權衡所涉及之各項原則而形成確定規則的問題。³² 上開「國家之法生成程

³² Alexy 之「規則／原則／程序（結合）模型」又稱「三層模型」（ein Drei-Ebenen-Modell），乃結合程序面向之「四階層程序模型」（ein vierstufiges prozedurales Modell，其第一階層為「普遍實踐論證程序」，第二階層為「國家之法生成程序」，

序」應係指「廣義之立法程序」，如套用到我國之情形，其不僅指在立法院所進行之立法程序（此可謂為「狹義之立法程序」），亦包括行政機關依據「委任立法」之規範模式而訂定行政命令之程序，以及實質上形成或變更相關法律或行政命令規範內容之大法官解釋程序。就此，大法官釋字第 185 號解釋已言明：「司法院……所為之（大法官）解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之」，是大法官解釋之內容乃具有一般、抽象之法規範效力，而與在具體個案中之法律適用層次有別，且由於上開受到大法官解釋意旨所拘束者亦包括立法機關，故其更具有超越法律制定層級之憲法位階效力。

從而，系爭規定所涉及之違反法律明確性原則問題，於系爭解釋作成合憲性解釋後，吾人審視之重點應為：大法官是否已儘可能地具體化及類型化系爭規定之規範條件？如依前揭關於「重力公式」規範前提及法律明確性原則之說明，則觀諸系爭解釋理由書第 8 段所載「至跟追行為是否無正當理由，須視跟追者有無合理化跟追行為之事由而定，亦即綜合考量跟追之目的，行為當時之人、時、地、物等相關情況，及對被跟追人干擾之程度等因素，合理判斷跟追行為所構成之侵擾，是否逾越社會通念所能容忍之界限」等語，大法官本應將「跟追之目的」、「行為當時之人、時、地、物等相關情況」、「對被跟追人干擾之程度」等諸多考量因素，予以具體化為某種或某些規範情境，詎其省略此一重要步驟，逕謂系爭規定「尚與法律明確性原則無違」，由此而論，前述批評者之譏不無道理。

第三階層為「法律論證程序」，而第四階層則為「法院之訴訟程序」；上開第二個及第四個程序具有制度性特徵，而第一個及第三個則具有非制度性特徵），及實體或規範面向之「規則／原則（結合）模型」（das Regel/Prinzipien-Modell）而成。相關之詳細說明，請參閱 Alexy, Robert (1991: 36 ff.)。

然而，大法官另於理由書第 10 段載以「新聞採訪者縱為採訪新聞而為跟追，如其跟追已達緊迫程度，而可能危及被跟追人身心安全之身體權或行動自由時，即非足以合理化之正當理由」、「新聞採訪者之跟追行為，如侵擾個人於公共場域中得合理期待其私密領域不受他人干擾之自由或個人資料自主，其行為是否受系爭規定所限制，則須衡量採訪內容是否具一定公益性與私人活動領域受干擾之程度，而為合理判斷，如依社會通念所認非屬不能容忍者，其跟追行為即非在系爭規定處罰之列」等語，就筆者之解讀，其似補行提出「新聞採訪者之跟追達緊迫程度，而可能危及被跟追人身心安全之身體權或行動自由（英國黛安娜王妃之車禍事故應屬佳例），即非屬正當理由」，及「新聞採訪者之採訪內容具有一定公益性（據大法官所述，例如犯罪或重大不當行為之揭發、公共衛生或設施安全之維護、政府施政之妥當性、公職人員之執行職務與適任性、政治人物言行之可信任性、公眾人物影響社會風氣之言行等）之跟追行為，如侵擾個人於公共場域中得合理期待其私密領域不受他人干擾之自由或個人資料自主，依社會通念所認非屬不能容忍者（依筆者之理解，大法官似指非嚴重侵害而言），其跟追行為即有正當理由」二種規範類型，雖然筆者不能理解為何大法官不將此段論述與上開第 8 段法律明確性原則之討論置於一處，而使系爭解釋讀來頗有「拼裝車」之感，但仍欣見大法官終有作出一定程度之類型化補救，在法律明確性原則之審查上不無加分之效果。

然而，筆者以為大法官此處所為之類型化工作仍未竟全功，而未能細分或漏未提出其他亦屬重要之規範類型，就此將於後文「於系爭解釋各種規範條件下運用『重力公式』之結果」處，再予進一步討論。

二、系爭解釋中之「主觀論述」與「客觀論述」

應予提及者為，在上開大法官就系爭解釋所提出之規範類型中，

其實隱含了「主觀（起源或發生學）論述」與「客觀（目的性）論述」之爭議。

若從系爭規定係參考已廢止之違警罰法第 77 條第 1 款規定而制定，旨在禁止跟追他人之後，或盯梢婦女等行為，以保護個人之行動自由（參見系爭解釋理由書第 6 段），及系爭規定被置於社會秩序維護法第三編分則之第四章「妨害他人身體財產」觀之，可知該規定所保護之法益，依立法者之意旨，至多及於「個人之行動自由」、「免於身心傷害之身體權」及「於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由」三者（後者係由身體安全乃包含「生理上身體安全」與「精神安寧」二者，且合理之私人領域是保持相當程度精神安寧的必要條件所導出³³），而系爭解釋所提及之「個人資料自主權」是否亦屬系爭規定所保護之法益，於大法官之間即不無爭執。

例如許宗力大法官認為個人行蹤與行動之資訊本身，與前述三者之權利內涵有明顯差別，故不宜將「個人資料自主權」界定為系爭規定之保護法益。³⁴ 惟許玉秀大法官以「心理受到壓迫的不安或恐懼、身體行蹤受到掌控的資訊外洩、活動空間受到干擾，都是實際存在的危害。……在一個尊重人性尊嚴與個體自主的憲法環境中，這些權利都應該受憲法保障」，³⁵ 林子儀及徐壁湖大法官則以「隨著社會發展變遷，人際關係與社會活動日趨複雜，跟追行為之態樣已非僅止於立法當時所設想之典型。而因跟追行為致身心安全受到危害，有需要藉由系爭規定加以保護之對象，實際上亦非僅限於立法者最初所預設之『婦女』而已，被跟追者之性別、年齡均非今日判斷國家是否應予保護之區分基準，而應擴及至一般人。加上科技發展而使影音取得、追

³³ 請參閱許宗力，系爭解釋部分協同部分不同意見書，頁 6。

³⁴ 同前註。

³⁵ 請參閱許玉秀，系爭解釋一部協同一部不同意見書，頁 16。

蹤及資訊處理等之成本大幅降低，且易於取得而為大眾廣泛利用，若一般人民於公共場域中之行為舉止或行蹤不斷曝露於他人監看下，不啻形成對其私人生活之干擾，而對個人生活條件帶來與日俱增之威脅。系爭規定之立法原意雖在保護個人依其自主意志隨時前往他方或停留一定處所之行動自由，但亦寓有保護個人身心安全及於公共場域中免於他人侵擾之意。是可認為系爭規定所保護之法益亦應包括免於身心傷害之身體權、不受侵擾之自由及個人資料自主權」，³⁶ 而均認為除前述三者外，系爭規定所保護之法益亦應包括「個人資料自主權」。

前揭「主觀論述」與「客觀論述」之對立，實乃法學發展史上「法拘束性」與「法自由性」論爭之縮影。自「概念法學」（Begriffsjurisprudenz）與「自由法學派」（Freirechtsschule）之爭以降，法拘束性與法自由性之辯證已歷經上百年之久，此等背景對於今日吾人所知法學方法之形塑有極大之貢獻，例如「自由法學派」之於著眼於法律不可避免之不完整性的「漏洞釋義學」（Lückendogma）³⁷、「利益法學」（Interessenjurisprudenz）之於法律解釋方法中之「客觀目的性解釋」³⁸ 等。近來亦有論者將法官在其職務運作上之可能角色，比擬為小心謹慎地及有方法地將具有民主正當性之立法者彷彿已置入法律中之繼存的、隱藏在規範文本下的法規範意義，幾乎直接予以還原之考古學家，或者是以其技藝賦予樸素樂譜生命及獨特性之鋼琴演奏家；「考古學家比喻」認為法律解釋活動是「規範重建」（Normenrekonstruktion），亦即解釋某一法律意味著經由文本之表面符號，推進至賦予法律決定性意義之立法者意圖，故與主觀解釋方

³⁶ 請參閱林子儀、徐璧湖，系爭解釋部分協同及部分不同意見書，頁 3-4。

³⁷ 請參閱 Benedict, Jörg (2009: 363)。

³⁸ 請參閱 Engisch, Karl (1997: 96 f, 101)。

法相連結，而「鋼琴演奏家比喻」則將法律解釋活動理解為一種「規範建構」（Normenkonstruktion），如同奏鳴曲之總譜並非該奏鳴曲本身，規範文本亦僅係產生此時、此地被適用之（具體）法規範的「前置作業」（Vorgabe），從而與客觀解釋方法相連結。³⁹ 此等相互對照之比喻實饒富趣味，亦得從中理解「主觀」與「客觀」立場間之根本差異。

筆者不擬、篇幅上亦難以於此處深論「主觀論述」與「客觀論述」，或「法拘束性」與「法自由性」之論爭，惟因涉及系爭解釋中具體規範條件之確定，及相衝突原則內涵之特定，故仍須扼要表明本文所採之立場：較諸基於「起源或發生學論述」之「主觀」立場，基於「（屬普遍實踐論述之）目的性論述」之「客觀」立場在論證上應更具有合理性及說服力。蓋系爭規定最初制定之時間及立法當時之時空背景，與現今之情形（尤其是科技發展及媒體運作環境）已有相當之隔閡，且我國於此一期間社會及憲政之變遷亦不可同日而語，從現今被奉為圭臬之人權思潮的角度出發，如許玉秀、林子儀及徐璧湖大法官般，在系爭解釋中當個於此時、此地詮釋規範文本之「鋼琴演奏家」，亦即將「免於身心傷害之身體權」、「個人之行動自由」、「於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由」及「個人資料自主權」均列為系爭規定所保護之法益，當屬較為正確之做法。

³⁹ 請參閱 Gruschke, Daniel (2010: 36, 39)。「鋼琴演奏家比喻」較諸「考古學家比喻」更為強調詮釋者之獨立性及其與文本創作者間之對等地位，蓋在音樂領域中，「作曲」與「演奏」本具有各別之專業性，且其間亦相互尊重，作曲者於譜曲時即須考慮嗣後演奏時之可能性及困難度，此與立法者於立法當時即須考量法律適用時之可能狀況或是否有窒礙難行之處，有異曲同工之妙；然而更重要的是，演奏者於據譜表演之時加入自己對於音樂詮釋的想像及見解，乃屬常事。

三、於系爭解釋各種規範條件下運用「重力公式」之結果

如前文所述，筆者以為大法官於系爭解釋所為之類型化工作未竟全功。舉例來說，於上開第二種規範類型中，大法官固提出「是否具有一定公益性」作為判準，且「如採訪之新聞屬公眾合理或正當關切者或具新聞價值者，即具有公益性」，⁴⁰惟大法官並未就新聞採訪內容所具有公益性之高低程度加以細分，蓋雖同屬新聞，大致上應仍得區分為公益性較高者（例如政府施政、公共事務、重大犯罪或公安事件等新聞），以及公益性較低者（例如系爭解釋所涉及之影劇新聞或所謂「八卦」新聞，惟須注意的是，影劇新聞既尚屬民眾意見表達之一種基礎資訊來源，仍可能具有某程度之公益性，而非如部分論者所稱完全沒有公益性），來作不同之處理。

再者，於上開第一種規範類型及第二種規範類型之間，在個案中亦不無可能存在「新聞採訪者之跟追雖尚未達緊迫之程度，仍可能危及被跟追人之身體權或行動自由」之情形（例如跟追行為雖尚未達緊迫之程度，但被跟追人仍可能因察覺到及提防跟追而影響其行動自由，甚至因為心理壓力有所分心，而有與其他人、車輛或物件發生碰撞之危險性），此等情形與上開第一種規範類型中「新聞採訪者之跟追已達緊迫之程度」之情況，以及與上開第二種規範類型中未涉及「被跟追人之身體權或行動自由」此部分危害之情況，均有所區別，而有獨立列為一類加以討論之必要。

綜合前述大法官於系爭解釋中已提出，與漏未區分或提出之各種規範類型，吾人可知於系爭解釋中應予探討之具體規範條件，至少包括（但絕不限於）下列四者：「新聞採訪者之跟追已達緊迫之程度，而可能危及被跟追人之身體權或行動自由」、「新聞採訪者之跟追雖

⁴⁰ 請參閱林子儀、徐璧湖，系爭解釋部分協同及部分不同意見書，頁 16。

尚未達緊迫之程度，仍可能危及被跟追人之身體權或行動自由」（前兩者均先假設新聞採訪內容具有較高之公益性，如有必要，再予檢驗新聞採訪內容具有較低公益性之情形）、「新聞採訪者之採訪內容具有較高之公益性，而其跟追行為非嚴重侵害被跟追人於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由及個人資料自主權」，以及「新聞採訪者之採訪內容具有較低之公益性，而其跟追行為非嚴重侵害被跟追人於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由及個人資料自主權」（後兩者均先假設跟追行為非嚴重侵害被跟追人，如有必要，再予檢驗嚴重侵害被跟追人之情形）。後文將分別以 C1、C2、C3、C4 來代表上開 4 種規範條件。

再者，「重力公式」既係為處理「原則衝突」之問題，則於決定上開具體規範條件後，即應進而特定出雙邊相衝突之「原則」（或謂具有「原則」性質之「權利」或「法益」）各為何。就此，系爭規定一方面旨在保護被跟追人之「身體權」及「（廣義）自由權」（包括「個人之行動自由」、「於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由」及「個人資料自主權」三者，後二者或謂屬於「隱私權」之保障，而筆者認為此處「隱私權」與「（廣義）自由權」之解讀應得相容，已如前述），且視不同之規範條件而定，可能同時涉及對於身體權及（廣義）自由權之保護（C1、C2），亦可能僅涉及對於（廣義）自由權之保護（C3、C4），後文將分別以 Pi1、Pi2 來代表「身體權」、「（廣義）自由權」（合稱時，以 $P(i1+i2)$ 代表）。惟另一方面，系爭規定則藉由財產上（新臺幣 3,000 元以下罰鍰）或名譽上（申誡）之處罰效果，禁止新聞記者之跟追行為，而侵害「新聞自由」及「記者之工作權」（如前文所述，衡諸社會上新聞採訪之現況，實難否認「跟追」為獲取新聞之方法，亦為（至少是）部分記者之工作內容，故系爭規定處罰跟追行為應亦有限制記者工作權之問題；又上開財產上或名譽上之處罰乃用以侵害「新聞自由」及「記者之工作權」之手段，

筆者不予獨立討論，然該處罰手段對於「新聞自由」及「記者之工作權」受侵害密度之決定而言，應仍具有考量上之意義），且後文將分別以 P_{j1} 、 P_{j2} 來分別代表系爭規定所侵害之「新聞自由」及「記者之工作權」（合稱時，以 $P(j1+j2)$ 代表）。於 $P(i1+i2)$ 及 $P(j1+j2)$ 兩者或 P_{i2} 及 $P(j1+j2)$ 兩者間，因系爭規定之規範存在狀態（或假設中之規範不存在狀態），而發生「原則衝突」之情形。

於決定具體規範條件及特定出相衝突之原則後，筆者即分別套用「重力公式」，以探求所可能產生之結果，亦即以 Alexy「重力公式」中之「受侵害之密度」（I）、「抽象之重量」（W）及「經驗上確定性之程度」（R）三個因素，且依前文所述「三階模型」及基於幾何序列之「商公式」的意旨，而以 4、2、1 之數字分別代表從重到輕之重量、從高到低之密度及確定性，來衡量此處 $P(i1+i2)$ 及 $P(j1+j2)$ 或 P_{i2} 及 $P(j1+j2)$ 之相對具體重量，以確定 $P(i1+i2)$ 與 $P(j1+j2)$ 或 P_{i2} 與 $P(j1+j2)$ 間之終局優先性（ $P(i1+i2) \succ P(j1+j2)$ 或 $P(j1+j2) \succ P(i1+i2)$ ； $P_{i2} \succ P(j1+j2)$ 或 $P(j1+j2) \succ P_{i2}$ ），或是得出 $P(i1+i2)$ 與 $P(j1+j2)$ 或 P_{i2} 與 $P(j1+j2)$ 之「平手情況」。茲依序討論如下：

（一）「新聞採訪者之跟追已達緊迫之程度，而可能危及被跟追人之身體權或行動自由」（並先假設新聞採訪內容具有較高之公益性）之規範條件（C1）

第一，若 $P(i1+i2)$ 因系爭規定假設中之規範不存在狀態（即假設未受保護之狀態）而被侵害，因為新聞記者之跟追行為已達到緊迫之程度（例如在交通道路上近距離跟車或逼車），如發生事故受傷情形將甚為嚴重，且被跟追人之行動自由受到高度拘束，又行動自由於自由權範疇本具有極高重要性，而均得評價其侵害密度為重度，故 I_{i1} 、 I_{i2} 值皆為 4。另一方面，系爭規定對於跟追行為之處罰效果為「新臺幣 3,000 元以下罰鍰或申誡」，甚為輕微，亦即 $P(j1+j2)$ 因系

爭規定之規範存在狀態所產生之侵害密度原屬甚低，惟此時因假設新聞採訪內容具有較高之公益性，故應對於 P_{j1} 作特別之考量，從而 I_{j1} 值定為 2， I_{j2} 值則為 1。

第二，依一般性法益位階關係體系，因 P_{i1} 屬抽象上之高階法益（生命或身體之完整性乃人性尊嚴最為根本之基礎而為高階法益，對此應無疑義），而 P_{i2} 則應屬抽象上之中階法益，故 W_{i1} 值為 4、 W_{i2} 值為 2。另一方面， P_{j1} 、 P_{j2} 亦均屬法益位階關係體系中位處中階之自由權（自由權亦含表現自由及職業自由），故 W_{j1} 、 W_{j2} 值皆為 2。

第三，新聞記者之跟追行為既已達到緊迫之程度，則被跟追人之行動自由幾乎可謂必然受到限制，故 R_{i2} 值定為 4，且實際發生事故而致受傷之可能性亦不低，惟應未至如行動自由受限制般之高度蓋然性，其經驗上確定性之程度應為中度，從而 R_{i1} 值為 2。另一方面，若落實系爭規定來處罰跟追之行為人，則對於 $P_{(j1+j2)}$ 之侵害應具有高度之經驗上確定性，故 R_{j1} 、 R_{j2} 值皆為 4。

第四，職故在規範條件 $C1$ 下， $P_{(i1+i2)}$ 相對於 $P_{(j1+j2)}$ 之具體重量 ($W_{(i1+i2)}, (j1+j2)$) 數值應為 $8/3$ ($W_{(i1+i2)}, (j1+j2) = I_{i1} \cdot W_{i1} \cdot R_{i1} + I_{i2} \cdot W_{i2} \cdot R_{i2} / I_{j1} \cdot W_{j1} \cdot R_{j1} + I_{j2} \cdot W_{j2} \cdot R_{j2} = 4 \times 4 \times 2 + 4 \times 2 \times 4 / 2 \times 2 \times 4 + 1 \times 2 \times 4 = 8/3$ ，此處所使用者即為前文所述之「完全擴張之重力公式」)，因大於 1，是 $P_{(i1+i2)}$ 取得相對於 $P_{(j1+j2)}$ 之終局優先性，就此得以 ($P_{(i1+i2)} P_{(j1+j2)}$) $C1$ 來表示，亦即在規範條件 $C1$ 下，系爭規定之規範存在狀態具有憲法上之正當性或合憲。

第五，因即使新聞採訪內容具有較高公益性，仍得出 ($P_{(i1+i2)} P_{(j1+j2)}$) $C1$ 之結果，故無必要再檢驗新聞採訪內容具有較低公益性之情形。

(二)「新聞採訪者之跟追雖尚未達緊迫之程度，仍可能危及被跟追人之身體權或行動自由」（並先假設新聞採訪內容具有較高之公益性）之規範條件（C2）

第一，若 $P(i1+i2)$ 因系爭規定假設中之規範不存在狀態而被侵害，因為新聞記者之跟追行為固然尚未達到緊迫之程度（例如在交通道路上持續間隔一定之距離跟車），被跟追人仍可能因察覺到及提防跟追而影響其行動自由，甚至因為心理壓力有所分心，而有與其他人、車輛或物件發生碰撞之危險性，已如前述，然若因此限制行動自由或發生受傷事故，其侵害密度均應低於前揭 C1 之情形，而得評價為中度，故 $Ii1$ 、 $Ii2$ 值皆為 2。另一方面，同 C1 之理由， $Ij1$ 值為 2、 $Ij2$ 值為 1。

第二，同 C1 之理由， $Wi1$ 值為 4、 $Wi2$ 值為 2，而 $Wj1$ 、 $Wj2$ 值皆為 2。

第三，新聞記者之跟追行為既尚未達到緊迫之程度，則被跟追人之行動自由實際受到限制及實際發生事故而致受傷之蓋然性，應分別低於前揭 C1 之情形，故 $Ri1$ 值定為 1， $Ri2$ 值則為 2。另一方面，同 C1 之理由， $Rj1$ 、 $Rj2$ 值皆為 4。

第四，職故在規範條件 C2 下， $P(i1+i2)$ 相對於 $P(j1+j2)$ 之具體重量（ $W(i1+i2)$, $(j1+j2)$ ）數值應為 $2/3$ （ $W(i1+i2)$, $(j1+j2)=Ii1 \cdot Wi1 \cdot Ri1 + Ii2 \cdot Wi2 \cdot Ri2 / Ij1 \cdot Wj1 \cdot Rj1 + Ij2 \cdot Wj2 \cdot Rj2 = 2 \times 4 \times 1 + 2 \times 2 \times 2 / 2 \times 2 \times 4 + 1 \times 2 \times 4 = 2/3$ ，此處所使用者亦為「完全擴張之重力公式」），因小於 1，是 $P(j1+j2)$ 取得相對於 $P(i1+i2)$ 之終局優先性，就此得以（ $P(j1+j2) \succ P(i1+i2)$ ）C2 來表示，亦即在規範條件 C2 下，系爭規定之規範存在狀態不具有憲法上之正當性，若仍以系爭規定禁止新聞記者之跟追行為，即屬違憲。

第五，惟若變更原先 C2 中新聞採訪內容具有較高公益性之假設，

而假設新聞採訪內容具有較低之公益性（姑且稱變更假設後之規範條件為 C2'），則因系爭規定對於跟追行為之處罰效果為「新臺幣 3,000 元以下罰鍰或申誡」，甚為輕微，且此時因新聞採訪內容僅具有較低之公益性，故無須作特別之考量，故 I_{j1} 、 I_{j2} 值皆為 1，在其他因素數值均不變之情況下， $P(i1+i2)$ 相對於 $P(j1+j2)$ 之具體重量 ($W(i1+i2)$, $(j1+j2)$) 數值變為 1 ($W(i1+i2)$, $(j1+j2) = I_{i1} \cdot W_{i1} \cdot R_{i1} + I_{i2} \cdot W_{i2} \cdot R_{i2} / I_{j1} \cdot W_{j1} \cdot R_{j1} + I_{j2} \cdot W_{j2} \cdot R_{j2} = 2 \times 4 \times 1 + 2 \times 2 \times 1 / 1 \times 2 \times 4 + 1 \times 2 \times 4 = 1$)。從而，在規範條件 C2' 下操作「重力公式」之結果，得出前文所述存在「結構性之權衡游動空間」的「平手情況」，既然立法者不論作何抉擇皆屬最佳解，則釋憲機關自應尊重暨維持立法者所作成之抉擇，亦即不得宣告系爭規定之規範存在狀態違憲。

(三)「新聞採訪者之採訪內容具有較高之公益性，而其跟追行為（先假設為）非嚴重侵害被跟追人於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由及個人資料自主權」之規範條件（C3）

第一，若 P_{i2} （在 C3、C4 中均不再涉及 P_{i1} ）因系爭規定假設中之規範不存在狀態而被侵害，因為於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由及個人資料自主權於自由權範疇之重要性，與行動自由尚有所別，且新聞記者之跟追行為對於被跟追人此等法益之侵害非屬嚴重（例如記者僅攜帶照相機跟追，而拍攝到被跟追人與其他人身體或肢體上之互動，惟並未聽到或錄到其等當時之具體對話內容），則其侵害密度應評價為低度，故 I_{i2} 值定為 1。另一方面，同 C1 之理由， I_{j1} 值為 2、 I_{j2} 值為 1。

第二，同 C1 之理由， W_{i2} 、 W_{j1} 及 W_{j2} 值皆為 2。

第三，雖非謂新聞記者一有跟追行為，即確定會侵害被跟追人之上開法益，惟記者既以獲取相關新聞畫面或資料為目的而為跟追，則此一可能性亦不低，故其經驗上確定性之程度應為中度，從而 R_{i2} 值

定為 2。另一方面，同 C1 之理由， R_{j1} 、 R_{j2} 值皆為 4。

第四，職故在規範條件 C3 下， P_{i2} 相對於 $P(j1+j2)$ 之具體重量 ($W_{i2}, (j1+j2)$) 數值應為 $1/6$ ($W_{i2}, (j1+j2) = I_{i2} \cdot W_{i2} \cdot R_{i2} / I_{j1} \cdot W_{j1} \cdot R_{j1} + I_{j2} \cdot W_{j2} \cdot R_{j2} = 1 \times 2 \times 2 / 2 \times 2 \times 4 + 1 \times 2 \times 4 = 1/6$ ，此處所使用者為「擴張之重力公式」)，因小於 1，是 $P(j1+j2)$ 取得相對於 P_{i2} 之終局優先性，就此得以 ($P(j1+j2) \succ P_{i2}$) C3 來表示，亦即在規範條件 C3 下，系爭規定之規範存在狀態不具有憲法上之正當性，若仍以系爭規定禁止新聞記者之跟追行為，即屬違憲。

第五，惟若變更原先 C3 中跟追行為非嚴重侵害被跟追人之假設，而假設會嚴重侵害被跟追人之上開法益（姑且稱變更假設後之規範條件為 C3'。例如記者於跟追時除攜帶照相機外，亦有攜帶具極高收音效果之高科技機具，故除拍攝到被跟追人與其他人身體或肢體上之互動外，亦有錄到其等當時之具體對話內容），則其侵害密度即不應再評價為低度，而已達到中度，故 I_{i2} 值定為 2。在其他因素數值均不變之情況下， P_{i2} 相對於 $P(j1+j2)$ 之具體重量 ($W_{i2}, (j1+j2)$) 數值變為 $1/3$ ($W_{i2}, (j1+j2) = I_{i2} \cdot W_{i2} \cdot R_{i2} / I_{j1} \cdot W_{j1} \cdot R_{j1} + I_{j2} \cdot W_{j2} \cdot R_{j2} = 2 \times 2 \times 2 / 2 \times 4 + 1 \times 2 \times 4 = 1/3$)，然仍小於 1，從而在規範條件 C3' 下，系爭規定之規範存在狀態依然不具有憲法上之正當性。

(四)「新聞採訪者之採訪內容具有較低之公益性，而其跟追行為（先假設為）非嚴重侵擾被跟追人於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由及個人資料自主權」之規範條件 (C4)

第一，同 C3 之理由， I_{i2} 值為 1。另一方面，同 C2' 之理由， I_{j1} 、 I_{j2} 值皆為 1。

第二，同 C1 之理由， W_{i2} 、 W_{j1} 及 W_{j2} 值皆為 2。

第三，同 C3 之理由， R_{i2} 值為 2。另一方面，同 C1 之理由， R_{j1} 、 R_{j2} 值皆為 4。

第四，職故在規範條件 C4 下， P_i2 相對於 $P(j1+j2)$ 之具體重量 ($Wi2, (j1+j2)$) 數值應為 $1/4$ ($Wi2, (j1+j2)=Ii2 \cdot Wi2 \cdot Ri2 / Ij1 \cdot Wj1 \cdot Rj1 + Ij2 \cdot Wj2 \cdot Rj2 = 1 \times 2 \times 2 / 1 \times 2 \times 4 + 1 \times 2 \times 4 = 1/4$ ，此處所使用者亦為「擴張之重力公式」)，因小於 1，是 $P(j1+j2)$ 取得相對於 P_i2 之終局優先性，就此得以 ($P(j1+j2) P P_i2$) C4 來表示，亦即在規範條件 C4 下，系爭規定之規範存在狀態不具有憲法上之正當性，若仍以系爭規定禁止新聞記者之跟追行為，即屬違憲。

第五，惟若變更原先 C4 中跟追行為非嚴重侵害被跟追人之假設，而假設會嚴重侵害被跟追人之上開法益（姑且稱變更假設後之規範條件為 C4'），則同 C3' 之理由， $Ii2$ 值為 2。在其他因素數值均不變之情況下， P_i2 相對於 $P(j1+j2)$ 之具體重量 ($Wi2, (j1+j2)$) 數值變為 $1/2$ ($Wi2, (j1+j2)=Ii2 \cdot Wi2 \cdot Ri2 / Ij1 \cdot Wj1 \cdot Rj1 + Ij2 \cdot Wj2 \cdot Rj2 = 2 \times 2 \times 2 / 1 \times 2 \times 4 + 1 \times 2 \times 4 = 1/2$)，然仍小於 1，從而在規範條件 C4' 下，系爭規定之規範存在狀態依然不具有憲法上之正當性。

肆、結語：作為憲法基本權新衡量方法之「重力公式」

本文除旨在引介 Alexy 近年來所提出包含「受侵害之密度」、「抽象之重量」及「經驗上確定性之程度」三項完整因素之「重力公式」，俾作為我國探討基本權權衡活動及研究憲法釋義學之新工具，且欲藉由將「重力公式」與系爭解釋作結合性之討論及檢驗，來彰顯該公式在實務上之應用可能性及其實用價值，並點出一個進行後續相關研究之方向。

於筆者嘗試以「重力公式」檢視系爭解釋之過程中，顯示出系爭解釋不僅在具體規範條件之確定上有所缺漏，且在雙邊相衝突「原則」

其終局優先性之權衡上，亦有說理未盡之問題。就大法官於系爭解釋中已提出之規範類型部分，前揭系爭解釋理由書中所載「新聞採訪者縱為採訪新聞而為跟追，如其跟追已達緊迫程度，而可能危及被跟追人身心安全之身體權或行動自由時，即非足以合理化之正當理由」、「新聞採訪者之跟追行為，如侵擾個人於公共場域中得合理期待其私密領域不受他人干擾之自由或個人資料自主，其行為是否受系爭規定所限制，則須衡量採訪內容是否具一定公益性與私人活動領域受干擾之程度，而為合理判斷，如依社會通念所認非屬不能容忍者，其跟追行為即非在系爭規定處罰之列」等語，在結論上固然可資贊同，惟較諸本文於相關部分運用「重力公式」之情形，系爭解釋在理由構成之透明性及分析之縝密度上，顯然有所不足。

法律（廣義之法律應包括憲法）作為一種文本，則法律解釋（廣義之法律解釋應包括釋憲活動）自然亦屬文本解釋之問題。論者以為，對於法律規範之解釋與對於一般文學文本之解釋間仍有差異，且此等差異至少可以表現在如下三個方面：第一，法律解釋係在必須於限定時間內作成決定之壓力下進行，而文學解釋則通常無此種時間壓力；第二，德國基本法第 3 條第 1 項（Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. 相當於我國憲法第 7 條平等權之規定）禁止在相同種類案件之處理上之國家恣意行為，並從而禁止法官在解釋及適用法律規範上之恣意，而一般文學解釋雖非謂屬恣意，但文學解釋自不需要如同法律解釋一般，必須如此顧及前例及相當程度地維持一致性；第三，法律解釋可能符合、或者是不符合「法律意義」（Gesetzessinn），亦即可能正確或錯誤，不論該「法律意義」係從主觀或客觀解釋之觀點來理解，然在文學領域中，則會避免論及文學解釋之「正確」或「錯誤」。（Gruschke, Daniel, 2010: 38）

從前揭法律解釋在文本解釋中所具有之特殊性出發，吾人可知作為一種憲法基本權衡量方法之「重力公式」，可能產生如下之貢獻及

價值：第一，該公式經由相對明確之組成要素及運作模式，而得相當程度地促進釋憲活動之進行速度；第二，在「受侵害之密度」、「抽象之重量」及「經驗上確定性之程度」三項因素上均屬一致之案例中，因導入相同之數值，故得以預見將產生相同之結果，如此應得大幅降低（雖非完全消除）於釋憲活動中所可能出現之恣意性，而保障平等權及法安定性之落實；第三，在評斷某一釋憲結果正確與否上，該公式應能夠提供一套更為客觀之審查基準。就此而言，「重力公式」應得使憲法基本權之權衡活動不再流於空洞化，而避免過往「無形無貌」之譏，或前文所述日本「比較衡量論」所遭致之批評：「極易成為在各別事件中受裁判者主觀所左右之『無原則之比較衡量』」。

「重力公式」因其名稱有「公式」（Formel, formula）二字，故極易使人誤認其屬純粹數字運算之量化操作，亦即與數學上之「公式」同視，筆者於本文之結尾處欲對此作一澄清：就基本權衝突問題之處理，該公式藉由其明確之變因及運算之形式，固然得大幅提升釋憲過程之透明性及其結果之可預測性，惟從本文以該公式檢視系爭解釋之相關鋪陳中，應不難察覺在具體規範條件之確定上、雙邊相衝突「原則」其內涵及個數之特定上，以及前揭三項因素其數值之決定上，皆仍留有評價之空間及可能性，此實屬難以避免之事。職故，「重力公式」非得與數學上之「公式」同視。

然而，「留有評價空間」不必然等同於「非理性」，如何確保評價結果之理性或正確性，在學術界已有相當之研究成果，前文所提及 Alexy 之「法律論證理論」即屬佳例。⁴¹ 筆者自知本文具有相當強烈

⁴¹ 另外，著名法學家 Aleksander Peczenik 用「邏輯理性」（logical rationality, L-rationality）即具有邏輯上之正確性、「實質或支持理性」（substantial or supportive rationality, S-rationality）即具有高度融貫之前提，以及「論證理性」（Discursive rationality, D-rationality）即具有完美之論證（討論）過程等三種層次之理性標準，來分析實踐（規範）論述，亦屬一例。請參閱 Peczenik, Aleksander (1989: 56-57, 191)。

之「實驗」性質，「重力公式」是否真有在釋憲實務上使用的一天仍未可知，但仍期許未來如我國釋憲實務開始採用「重力公式」，能夠在此等研究成果之基礎上，對於該公式予以進一步之精緻化。

參考文獻

一、中文文獻

- 王鵬翔（2005）。〈論基本權的規範結構〉，《臺大法學論叢》34(2)。
- 吳元曜（2007）。《證券詐欺刑事責任之研究》。台北：臺灣大學國家發展研究所，博士論文。
- 何秀煌（2008）。《記號學導論》六版。台北：水牛圖書出版事業有限公司。
- 陳志龍（1998）。《人性尊嚴與刑法體系入門》五版。台北：臺大法學院圖書部。
- 陳顯武（2005）。〈論法學上規則與原則之區分：由非單調邏輯之觀點出發〉，《臺大法學論叢》34(1)。
- 黃維幸（2011）。〈如此的『憲法守護者』〉，《蘋果日報》，8月1日，A14版。
- 舒國滢（譯），Alexy, Robert（原著）（2002）。《法律論證理論：作為法律證立理論的理性論辯理論》。北京：中國法制。
- 魯貴顯（譯），Kneer, Georg and Nassehi, Armin（原著）（1998）。《盧曼社會系統理論導引》。台北：巨流。
- 蘋果日報（2011）。〈蘋論：矢志捍衛新聞自由〉，7月30日。

二、英文部份

- Alexy, Robert (1992). "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse." *Journal of Ratio Juris* 5(2).
- Alexy, Robert (2000). "On the Structure of Legal Principles."

Journal of Ratio Juris 13(3).

Alexy, Robert (2003a). “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” *Journal of Ratio Juris* 16(4).

Peczenik, Aleksander (1989). *On Law and Reason, Dordrecht*. Boston: Kluwer Academic Publishers.

三、日文文獻

松本和彦（2001）。《基本権保障の憲法理論》。大阪大學出版會。

榎原猛、阿部照哉、土居靖美編著（2001）。《現代憲法学》増補版。嵯峨野書院。

藤井俊夫（2008）。《憲法と人権 I》。成文堂。

四、德文文獻

Alexy, Robert (1985). *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft,.

Alexy, Robert (1991). “Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems” In Alexy, Robert, Dreier, Ralf, Neumann, Ulfrid (eds.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute: Beiträge zur Standortbestimmung*. Stuttgart: F. Steiner.

Alexy, Robert (2002). “Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit.” In Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001 (Red.: Ipsen, Jörn), Berlin; New York: de Gruyter.

Alexy, Robert (2003b). “Die Gewichtsformel.” In Jickeli, J., Kreutz, P., Reuter, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*.

Berlin: de Gruyter.

Alexy, Robert (2003c). “Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs.” In: Alexy, Robert, Koch, Hans-Joachim, Kuhlen, Lothar, Rüßmann, Helmut (eds.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos.

Benedict, Jörg (2009). “Rechtskritik: Prolegomena zu einer Jurisprudenz als Universalwissenschaft.” *journal of Rechtstheorie* 40(3).

Engisch, Karl (1997). *Einführung in das juristische Denken*, 9. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer.

Gruschke, Daniel (2010). “Zwei Modelle richterlicher Gesetzesauslegung.” *journal of Rechtstheorie* 41(1).

Martens, Sebastian A. E. (2011). “Rechtliche und ausserrechtliche Argumente” *journal of Rechtstheorie* 42(2).

Teubner, Gunther (1989). *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Robert Alexy's Weight Formula and Taiwan's Constitutional Court Interpretation No. 689

*Yuan-Yao Wu**

Abstract

This essay introduces the Weight Formula as a new tool for exploring the balancing act between fundamental rights and for studying the constitutional dogmatics in Taiwan. Proposed by Robert Alexy, the Weight Formula comprises three factors: intensity of infringement, abstract weight and empirical certainty. Through a comprehensive discussion and examination of the Weight Formula and Interpretation No. 689 of Taiwan's Constitutional Court, the author intends not only to demonstrate the potential application and practical value of the Weight Formula, but also to point out a direction for future research.

Keywords: Weight Formula, intensity of infringement, abstract weight, empirical certainty, Taiwan's Constitutional Court Interpretation No. 689

*Ph.D., National Taiwan University; Judge, Taiwan Taoyuan District Court; Adjunct Assistant Professor, Department of Financial and Economic Law, Chung Yuan Christian University.