

國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所

碩士論文

Department of Electrical Engineering

College of Social Science

National Taiwan University

Master Thesis

語言、價值與權力—

考掘我國大法官解釋中的「健康利益」

Language, Value and Power--

Excavate the Health Interest within

J. Y. Interpretation of R.O.C

高志陽

Chih-Yang Kao

指導教授：葛祥林 博士

Advisor: Georg Gesk, Ph.D.

中華民國九十九年六月

June, 2010

國立臺灣大學
國家發展研究所

碩(博)士論文

語言、價值與權力—考掘我國大法官解釋中的「健康利益」

高志陽
撰
99
6

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

本論文係高志陽君（R95341029）在國立臺灣大學國家發展研究所完成之碩士學位論文，於民國 99 年 3 月 12 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

口試委員：葛志林 江玉林 陳顯武

指導教授：葛志林

所 長：邱榮舉

獻 給

所有那些長得好好卻把不到妹妹的「失·敗·者」



謝 詞

產生一本論文非常困難，卻也十分容易。或許只要跟我一樣運氣夠好，幸運地考上一間適合自己的研究所，無論它的知名度與難易度，只問念得是否爽快。然後，要遇到一位天上掉下來的指導教授，會為你的論文開設相關課程，在許多方面與你意見相同，提供恰好正是你最期盼的指引方向，且在口試的時候幫你擋下許多子彈。最後，你還得要有一群在各種求學階段認識的朋友，他（她）們不但能供給你各種必要的學術知識，甚至還提供其他方面的協助，讓你認識到這個世界是如此寬廣。當然，你還要有自由放任型的父母與兄長，讓你衣食無匱，讓你可以自由自在。

所以我必須先感謝我的家人，在經濟、生存與情感上的充分供給，讓我可以在大學畢業後繼續胡混。其次是我的德國籍指導教授葛祥林博士，雖然我們都是用中文作溝通，但老師所提供的所有協助，讓我不禁慚愧地想在這篇論文的作者欄掛上老師的名字，沒有葛老師，就絕對不會有這篇小文，葛老師對本文的挹注成分絕對超過 50%，比起所謂的大喀、曉富盛名的學者，我寧願選擇肯花時間和學生進行對話且用心在論文每一個角落的葛老師（Dr. Gesk）。

當然，在國家發展研究所遇到一群，不是那麼法律人的法律組同學，十分令人動容：投身政治的子凡哥、助理王識豪兄、同門的依蓉，雖熟識度不高，但至少你們代表一個特殊的面向。還有帶給我相當之助益的劉琦學姐、大陸組的小社運人士慈育、一起打桌球的社會組立宣以及同門但危機迫在眉睫的冠雄，國發所的生活有你們而增色不少。至於法研叛將蕾哥、NCC 長官俊瑋哥、林大律師綠圈、劉門環保大將采文大、吵鬧又戀弟的尼格羅黑鴉鴉、日系師姐殺手帥哥律師曾吱吱、gay 一般畢不了業的文青考夫大、死阿宅證照蒐集鬼自以為經濟人的黑狐一拳，以及跨足法律／心理但一心只想每天喝下午茶當貴婦的美麗千金大小姐，有你們，就充滿的喧囂與歡笑！至於其他諸君，容小弟弟用「等」來感謝之。

還有持續聯絡的高中同學，豪門自宮（請允許我將您列入為同學）、往赴澄清

湖發展的鐵補小弘、有夢最美希望相隨的威傑學長、怎麼可以這麼機巴卻令人敬畏的國師、可列入低收入戶但堪稱自我保存最為完整的黃肆陸、虎一般氣勢把酒當水喝的紅五賴、人見人愛但還是結婚了法國人小馬英九劉頭、老想一擊斃殺小弟但還是得默默吸菸練拳的阿殺兄、搞了一推劇本但沒有一件實現的 Team Leader 龍大王，以及法律轉軌哲學頭髮落了一地還可以開心捏她的主席，你們的存在對小弟而言是一種指標，讓我看見菁英與陰莖在很多時候只是一線之隔。

至於大學時代認識而且還繼續聯絡的 69G，刑法悍將布台大、府城名人堂副座、兇殘體智能猴律師、久未聯絡的哈律師、深入匪區之日係型男小非洲、兵役之路顛簸崎嶇的保成金政大、板橋顏家分居台北地院法助與世新法研的法爾·吐溫斯及夏波·吐溫斯二兄弟，以及現任中華民國司法院書記處大法官助理明明就很溫馨鬼還死鴨子嘴硬之公法大將阿同，因為有你們一路靠北，不管是在碩一時展開的長期練球活動，及晚間所舉行的每一次亂噏、胡搞、裝大等自嗨快樂的情事，你們設定了一道存在的最後底線，世界的整體在其中崩解然後重組，一方面毀滅而另一方面再造，使我這個雜碎有繼續活下去的能量。不過我才不會向你們道謝哩。(¯ ˘ ¯)y_ξ

最後，也許我得感念一下在法務部台北行政執行處的工作，不論是我的執行官、書記官、委外與替代役，以及在現場或打電話來幹譙的義務人，你們讓我認識到了社會的真實，讓我看見，然後才能夠再去思考，而不是完全忘記社會現實或全憑自我的想像去建構社會現實，在那裡，法律規範的崇高性一直在退縮，而人的關聯不斷強化。

不論如何，我從未後悔今天所做的決定。

高志陽謹記

2010.5.15 於台北三重的某個 8 樓

中文摘要

「健康」是什麼？

當我們贊同健康係作為重要的公共利益，且得以正當化國家限制人民基本權利的依據時，則我們必須思考「健康」的內容，尤其是其公共性質何在、其範圍與程度為何、定位如何，甚至得進一步考慮健康的基本視角。換言之，我們面臨到的爭議是：「誰」的健康？同時，我們亦得追問，究竟得保障到何種程度的健康？國家除了消極的防範侵害以外，是否尚得積極地介入與促進健康？

作為憲法守護者的大法官，進行違憲審查任務時，經常面對公共利益保障與個人基本權利二個基本原則的衝突，故大法官如何處理相關規範所涉及之原則性衝突，如何權衡健康利益與個人基本權利二者，賦予健康利益何種規範性內涵，殊值吾人觀察。

然而，在處理法律原則的課題時，不可避免觸及價值層面。社會的各種觀點、看法與主張，以及大法官自身的價值觀，皆影響到決定之作成。另外，在台灣，當今的法學討論常遺忘法律實為人文社會學科的一門，甚至在法學訓練、司法實務以及法治教育上，與社會現實漸行漸遠。但法律的基本構成元素是日常生活必須使用的「語言」，而語言的意義構成則來自於價值的填充，且社會價值的形成，亦可能基於權力的作用，或反過來指引權力的走向。

因此，本文嘗試透過語言分析方法，解析我國大法官釋字中「健康」利益所內藏之價值面與權力面的特質，以不同的視角重新解讀該利益，希冀帶來有益的反思與重審規範意涵。

關鍵字：大法官解釋、傅柯、語言分析、符號學、新修辭學、論述場域、法價值論、治理性、生命權力、生命政治

英文摘要

What is "Health" ?

When we agree with the health system as an important public interest, and to justify national restrictions on the basis of people's basic rights, then we must consider the content of "health", in particular, what is its public nature, scope, extent and how to position it, we even have to give further consideration to the basic health perspective. In other words, we are faced with the controversy: "Whose" health? We may also ask, what is the extent to which we protect the health? Apart from preventing negative violations, should the State get involved in actively promoting health?

When the Grand Justice as the guardian of the Constitution engages in the task of constitutional review, he/she often faces the conflict of two basic principles, one being the protection of public interest and another one being the protection of fundamental rights. In this context, it is worth scrutinizing how Grand Justices handle the specific principles involved in the conflict, how they weigh (public) health benefits against fundamental rights of the individual, and what specific normative content they give health benefits.

However, while dealing with issues of legal principles, we inevitably touch upon questions of values. Ideas, views and arguments of the community and the judge's own values all affect the decision. In addition, today's legal discussion often forgets that law actually is an integral part of humanities and social sciences. Throughout Taiwan, legal training, judicial practice, and the education of rule of law perceive and describe law more and more as an entity separate from social reality. But the basic element of law is the "language" we daily have to use. Thereby it becomes obvious that the meaning of language depends upon implementing notions of value into common notions, whilst the formation of social values may either be based on the role of power or direct it conversely.

Therefore, this thesis applies language analysis in order to scrutinize the characteristics that are hidden beneath the "health" interest in the Grand Justices interpretation of the R.O.C Constitution. It engages in an analysis on the value level and the power level in order to re-interpret apparent interests from different perspectives, hoping to achieve an intensive and useful reflection of relevant norm content.

Keywords: Grand Justice Interpretation, Foucault, Language Analysis, Semiotics, New Rhetoric, Discourse Field, Axiology of Law, Governmentality, Bio-Power, Bio-Politics

目 錄

口試委員會審定書.....	i
獻給.....	ii
誌謝.....	iii
中文摘要.....	v
英文摘要.....	vi
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 研究目的.....	2
第二節 文獻回顧與核心概念界定.....	3
第一項 文獻回顧.....	3
第二項 核心概念界定.....	6
第一款 健康.....	6
第二款 基本權利、憲法價值體系與健康利益.....	9
第一目 基本權利.....	9
第二目 憲法之價值體系.....	9
第三目 健康利益之定位.....	10
第四目 生命權力與治理性.....	11
第三款 生命權力與治理性.....	11
第三節 研究方法選擇、研究範圍與研究限制.....	12
第一項 研究方法選擇.....	12
第一款 語言分析.....	12
第二款 文獻分析.....	15
第二項 研究範圍與研究限制—關於釋字的選擇.....	16

第四節	分析架構與論文大綱.....	16
第一項	分析架構.....	17
第二項	論文大綱.....	18
第五節	研究之預期貢獻.....	19
第二章	研究方法—語言分析.....	20
第一節	G. L. Williams 之符號學.....	20
第一項	從 Saussure 到 Williams.....	20
第二項	Williams 的法律符號學.....	23
第二節	Ch. Perelman 之新修辭學.....	26
第一項	從符號走向修辭.....	26
第二項	聽眾分析.....	28
第一款	聽眾的種類.....	28
第二款	聽眾的功能.....	30
第三項	新修辭學之理論架構.....	31
第一款	論證的前提.....	31
第二款	論證的技術.....	32
第一目	論證結合之技術.....	33
壹	、準邏輯論證.....	33
貳	、基於實在結構論證.....	33
一	、連續性關係.....	34
二	、共存性關係.....	34
參	、建立實在結構論證.....	35
一	、透過特殊案例來建立.....	35
二	、透過類比 (Analogy) 來合理化.....	36
第二目	論證分離之技術—概念分離.....	36
第三款	論證的互動.....	37

第一項	符號分析.....	56
第二項	修辭分析.....	57
第一款	聽眾與論證前提分析.....	57
第二款	修辭技術分析.....	58
第三項	論述分析.....	59
第二節	商業廣告之言論自由與健康利益.....	60
第一項	釋字 414.....	60
第一款	符號分析.....	62
第二款	修辭分析.....	63
第一目	聽眾與論證前提分析.....	63
第二目	修辭技術分析.....	64
第三款	論述分析.....	64
第二項	釋字 577.....	65
第一款	符號分析.....	67
第二款	修辭分析.....	69
第一目	聽眾與論證前提分析.....	69
第二目	修辭技術分析.....	70
第三款	論述分析.....	71
第三節	毒品危害防制與健康利益.....	73
第一項	生存（命）權—釋字 476.....	73
第一款	符號分析.....	73
第二款	修辭分析.....	76
第一目	聽眾與論證前提分析.....	76
第二目	修辭技術分析.....	77
第三款	論述分析.....	78
第二項	訴訟權—釋字 512.....	79

第一款	符號分析.....	80
第二款	修辭分析.....	82
第一目	聽眾與論證前提分析.....	82
第二目	修辭技術分析.....	83
第三款	論述分析.....	84
第四節	「健康」利益作為後設論證基礎—以釋字 666 為例.....	84
第一項	符號分析.....	86
第二項	修辭分析.....	87
第一款	聽眾與論證前提分析.....	87
第二款	修辭技術分析.....	87
第三項	論述分析.....	88
第五節	小結.....	89
第四章	釋字中「健康」利益之法價值定位.....	92
第一節	「健康」利益與基本權利所對應之價值分類.....	94
第一項	「健康」利益與基本權利之價值定位—工具或內在價值？..	94
第二項	「健康」利益與基本權利於 Kaufmann 法價值論之定位... 97	
第二節	從言說理論分析「健康」利益與基本權利之價值互動.....	100
第一項	Habermas 對憲法決定中混淆規範與價值層次之批判.....	100
第二項	規範與價值層次劃分對釋字所形成之挑戰.....	103
第三項	「健康」利益與基本權利間價值權衡之優先原則.....	107
第三節	Rawls 新自由主義價值論對「健康」利益所形成之挑戰.....	109
第四節	小結.....	113
第五章	釋字中「健康」利益之權力思維與系譜學之考察.....	115
第一節	生命政治／生命權力作為國家權力合憲性之論述策略.....	116
第一項	「健康」利益個體、集體屬性之再定位—從生命政治／生命權力之特殊性出發.....	118

第一款	各個體總和之集體性作為生命政治／生命權力的基石.....	118
第二款	「健康」利益之基本起點.....	120
第二項	保障生命／健康與國家權力之正當性基礎及其運作模式.....	121
第一款	「健康」利益作為國家權力轉向的推手.....	121
第二款	「健康」利益作為主權權力、牧養權力與治安學之合流通道.....	124
第一目	牧養權力—整體與個體兼容性與權力運作方向變換之連結.....	125
第二目	國家理性與治安—國家權力的重大質變.....	126
第三目	人口問題、理性知識與經濟生產：從主權權力經生命權力進入治理性.....	128
第二節	治理性作為釋字中「健康」利益論證之核心基礎：從統治「人」走向管理「事物／務」.....	129
第一項	從治理的觀點探討「健康」與事物／務本質之關連.....	130
第二項	「健康」利益與治理所衍生之難題—現代國家之系譜與權力型態之多樣性.....	132
第一款	法規範的轉向，走向事物／事務的治理性.....	133
第二款	「健康」利益所生權力之共構型態—國家的治理化，抵抗，與大法官的難題.....	136
第三節	小結.....	139
第六章	結論—人如何自由自在？.....	141
	參考文獻.....	148
	附錄.....	158

圖目錄

圖 2-1.....	20
圖 2-2.....	22
圖 2-3.....	22
圖 2-4.....	25
圖 2-5.....	28
圖 2-6.....	44
圖 2-7.....	53
圖 3-1.....	55
圖 3-2.....	56
圖 3-3.....	57
圖 3-4.....	61
圖 3-5.....	62
圖 3-6.....	63
圖 3-7.....	66
圖 3-8.....	67
圖 3-9.....	68
圖 3-10.....	68
圖 3-11.....	69
圖 3-12.....	73
圖 3-13.....	75
圖 3-14.....	75
圖 3-15.....	80
圖 3-16.....	81
圖 3-17.....	82



圖 3-18.....	85
圖 3-19.....	86
圖 4-1.....	92
圖 4-2.....	99



表 目 錄

表 3-1.....	56
表 4-1.....	101



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

民國 98 年 1 月 11 日新修訂的「菸害防制法」正式上路，在各報章雜誌、平面與電子媒體、電子布告欄以及各個部落格皆對之大幅報導並引起一些討論或回應，但一個根本的問題是：菸害防制的目的究竟為何？係為了保護他人不受菸害？抑或保護個人身體健康？若觀察菸害防制法第 1 條：「為防制菸害，維護國民健康，特制定本法；本法未規定者，適用其他法令之規定。」並未詳細說明主要保障何者，若觀察衛生署歷年來立法院就該法之相關發言，民國 83 年時衛生署長張博雅指出：「本於維護非吸菸者之權利，並尊重吸菸者之選擇，制定『菸害防制法』草案...」¹（粗體字均為筆者所加），而環保署副署長石曜堂則認為：「『菸害』主要指的是危害身體健康...無法由幾個字清楚定義。」但亦指出「要完全杜絕菸害，可說是理想太高，但仍然唯一值得努力之目標。」²至民國 96 年，衛生署長侯勝茂則謂：「菸害問題是台灣一個很重要的公共衛生議題，目前有 5 分之 1 人口抽菸，吸煙率相當高，同時導致很多相關疾病，每年約有 300 億元之健保醫療支出用於治療吸菸所引起的相關疾病，總體經濟損失約 500 億元。」³倘若再觀察民國 98 年 1 月衛生署長葉金川的發言：「（關於提高菸捐）是要救健康，我們很關心抽菸者的健康，謝謝。」⁴似可推得衛生署對於菸害防制目的之理解，乃是兼具保護他人不受菸害以及維護抽菸者個人的健康，後者復隱含政府醫療支出的公共性意義。但是，難道抽菸行為非屬個人之行動自由並受憲法保護？此處究竟基於何種公益，政府得合法合憲地限制個人吸菸的自由？

一般而言，吾人皆肯定公共利益優先於私人利益，但重大公益究為何指？若

¹ 立法院會議記錄，《立法院公報》83 卷 24 期，頁 322。資料來源：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@832400:0322:0338>。（最後參訪日期：2009/3/15）

² 立法院會議記錄，《立法院公報》83 卷 41 期，頁 108。資料來源：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@834103:0107:0130>。（最後參訪日期：2009/3/15）

³ 立法院會議記錄，《立法院公報》94 卷 29 期，頁 123。資料來源：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@942900:0122:0161>。（最後參訪日期：2009/3/15）

⁴ 立法院會議記錄，《立法院公報》98 卷 1 期，頁 284。資料來源：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@980100:0268:0323>。（最後參訪日期：2009/3/15）

翻閱大法官六百多號解釋文，可見解釋文大量針對公、私益間進行利益權衡之比例原則操作，但闕無任何解釋細緻地分析何謂重大公益，大法官係直接指出何者為重大公益，接著展開其論證。若以「重大公益」或「重大公共利益」作為搜尋條件，可發現釋字 575 解釋理由書所提到的重大公益為「回復憲政體制」、釋字 577 為「國民健康」、釋字 580 為「合理分配農業資源」、釋字 593 解釋理由書中為「籌措公路養護、修建及安全管理之經費」、釋字 604 為「維護交通秩序、確保交通安全」、釋字 605 為「維護公務人員文官任用制度之健全、年功俸晉敘公平」、釋字 623 為「防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件」、釋字 629 解釋理由書為「紓解人民訟累及節省司法資源」。大法官對以上各種「重大公益」並未設立判斷標準，同時，也未見在各種教科書、專書論文、論文集與期刊文獻中，有系統地對這些重大公益進行討論、分析並建立判準。

既然「國民健康」屬於一種重大公益，代表其在比例原則的操作中，可用以合法證立國家權力之行使，而適當地限制個人基本權利。若從國家保護人民不受他人侵害其生理與心理健全之觀點，或許爭議較小，但若涉及國家主動預防可能之侵害行為，或關涉國家權力介入個人對自身之身心管理時，則可能引起諸多疑義。甚至吾人須進一步追問，國家是否可基於「國民健康」而強迫人民維持或促進其自身之健康？同時，「健康」一詞僅見於憲法中基本國策一章，大法官操作比例原則時，係將其置於何種憲法位階？在相關釋字中，「健康」究竟作為一種國家政策？基本權利？或為其他事物？大法官是否另行創設「健康」之憲政地位，非僅將其劃歸於基本國策中？而「健康」與係爭基本權利之價值位階為何？是否蘊含某種特殊的政治性與社會性之權力及思維？且除涉及菸害防制與言論自由之釋字 577 外，「健康」在其他釋字中又與哪些基本權利進行互動？

第二項 研究目的

我國釋憲實務中，大法官經常進行比例原則之操作，而其宣告合憲與違憲之結果俱有，但筆者不禁欲探查，若以前述「國民健康」或較廣泛的「健康」利益（包含國民健康、國民身心健康與青少年身心健康／健全等）作為國家權力處置人民權利之理由時，有哪些基本權利因此受到限制。且是否兼具個體與集體性之權利保障。而大法官權衡結果是否亦為合憲、違憲參半，或存在其他特殊現象。

同時，無論憲法解釋之結果為何，更值得吾人關注的課題是大法官「如何」

作成合憲或違憲之解釋文。詳言之，本研究欲追問大法官「如何」安排其論證架構，將「健康」利益放置在憲法之「何處」，而這樣的論理模式是否牽涉「何種」政治性或社會性之權力與思維。更進一步而言，在比例原則的操作中，「健康」利益係作為基本權利？公共政策？抑或二者皆是？還是二者皆非？尤有甚者，若「健康」利益確實為大法官經常用以作為國家權力之合憲基礎，此是否意謂我國憲法中「健康」利益相較其他憲法價值，其具有更高之位階，甚至某種程度上可與具絕對價值之「人性尊嚴」概念等量齊觀。

若「健康」利益在相關釋字中確實存在上述之疑問與跡象，則本研究將繼續追問其是否根源某種政治性與社會性事物之指引，致使「健康」利益能有效取得較高之價值位階，或其得在不同的案件爭議中變換不同型態而有效地為國家權力辯護，且此種現象是否表示該事物不斷外溢出傳統法學理論的範疇，而為傳統違憲審查所無法捕捉，造成過度向國家權力傾斜之裁判結果。本文亦將探討此種動態，並嘗試提出對此現象可能的批判性思維，希冀能喚起國內法學界重新思考「健康」利益之憲法定位。

第二節 文獻回顧與核心概念界定

第一項 文獻回顧

如前所述，國內法學界對於「健康」多所提及卻無深入分析，如李震山（2004）關於身體不受傷害權之建構，李震山（2002）與林明昕（2005）關於健康權之憲法依據及其概念淺析，謝國廉（1999）關於釋字 414 與當時菸酒廣告規範、黃茂榮（2001）及李建良（2001：87 以下）關於釋字 414 所涉藥品廣告以及翁曉玲（2003）對菸草控制框架公約、歐盟規定、釋字 414 暨禁限菸品廣告合憲性之相關研究，李建良（2000）關於菸品強制標示義務合憲性之探討，吳信華（1997a；1997b）就禁止吸菸與禁限菸品廣告之菸害防制法規所為合憲性討論，李念祖（2005）與李旭銘（2006）對釋字 577 關於菸品廣告標示義務之論著，以及劉建宏（2007）對是否存在吸菸自由的探究等相關論著，不難發現所有文獻直接使用「健康」用語，但對其概念並未深入著墨，主要論述集中在法律保留的探討或比例原則的權衡之上。⁵僅林明昕（2005：27-8）嘗試定義「健康」概念並思考憲法基礎，而翁

⁵ 即便在非法學領域，如廣告學領域之林承宇（2004）亦是如此。而醫藥界則稍有不同，如楊玉隆

曉玲（2003：53）略對「健康」提出簡單的批判，擔憂可能引發滑坡效應，但未作深入探討。另值得注意者，在涉及「健康」與言論自由的釋字中，所牽涉的言論自由屬於「商業性言論自由」，而在國內學界的討論脈絡下，多注重其「商業」的特性，以及美國雙層理論（the two-level theory）與類型化的建構，故前述諸多文獻以及林子儀（2002：138-43；169-70）與法治斌（2003：273）關於言論自由理論的評述，皆側重商業與言論自由間的向度，而非「健康」本身。

至於以語言學之語言分析作為方法的法學論述，國內則更為少見，一般傳統法學論述多半使用「文獻分析」或者「比較法」之方法處理研究課題，涉及語言學的論述則集中在語言分析之上，並多半放在法哲學的討論脈絡中。且國內法哲學關於語言分析之討論，亦多半圍繞在H. L. A. Hart與R. Dworkin的理論與其論爭，主要以理論為研究對象，而非將語言學或語言分析作為研究方法。翻閱目前國內法學界以語言學作為方法論之文獻僅有葛祥林（2000）使用符號學（Semiotic）分析中華人民共和國法規範中所有權概念、廖義銘（1997：335 以下）簡介並使用Chaïm Perelman之新修辭學（New Rhetoric）實際分析大法官釋字 342 暨 364 號，以及江玉林（2005：26 以下）從Michel Foucault考古學（Archaeology）面向觀察大法官處理宗教自由與國家權力衝突之論述。

關於法價值論之部分，目前國內相關討論文獻則有楊日然（2005）所著《法理學》一書之第六、七章對於法價值概念、分立與實踐課題之介紹，陳妙芬（2003）針對價值概念、客觀判準及其規範性意涵所為相關介紹與法哲學之分析⁶，陳顯武、葛祥林（2003）關於法價值中價值分立與超人格主義的介紹，以及王文和（2008）關於刑事司法、正義與法價值的討論，近來則有黃舒芄（2008）針對釋字 617 進行價值分析。就基本權利價值權衡之課題，Robert Alexy曾以論證理論與以處理價值權衡之困境，顏厥安（1998）曾就該理論為詳細之說明，而陳顯武（2006）與王鵬翔（2005）則針對其基本權理論中邏輯課題以及規則、原則區分之概念暨衡量判準等層面，繼續為更深入之探討。目前公法領域中，關於法價值之討論主要環繞基本權利的「客觀價值秩序」面向，如吳庚（1998：25-39）曾就該面向討論德國相關學說主張及簡介Alexy之價值學說，張嘉尹（2001、2002）則進一步探討德國價值秩序理論以及Alexy之「柔性價值秩序」（weiche Wertordnung）之概念，

（2008：28-9）即對釋字 414 提出較根本的質疑，認為對醫藥廣告作事前限制，僅以「維護國民健康」即可作為證立基礎，似有不足。

⁶ 有趣的是，「吸煙有害健康」係作為本篇文章的舉例之一。

而許宗力（2003：68）、法治斌、董保城（2004：135-7）與李建良（2003：190 以下）亦針對基本權利之客觀價值秩序為相關評介。然相關討論較為側重理論性的層面，且多圍繞在Alexy之理解架構，除黃舒芃外，其他文獻並未針對我國大法官釋字進行價值考察。

最後，國內已有相當數量的文獻介紹Foucault的理論，王德威（1983）為最早引介Foucault之語言與歷史觀，曾將Foucault之*L'archeologie du savoir*翻譯為中文（書名：《知識的考掘》），陳瑞麟（1998）則於其譯著中介紹Foucault「知識型」（episteme）與「考古學」之概念，近來有黃煜文（2000）與李偉俠（2005）就Foucault的歷史觀、論述場域、知識型以及知識與權力間相互作用關係，作概略但清晰的簡介。⁷ 關涉Foucault主體與權力之論點與其權力觀之評介與討論，則有姚人多（2000a、2000b、2002a）、林淑芬（2004）與林志明（2008）等著作。至於Foucault生命權力（bio-power）、生命政治（bio-politics）與治理性（governmentality）之概念，則有姚人多（2002b）、林淑芬（2004）、柯朝欽（2005）與鄭祖邦（2006）等所為之譯介。而法學界，首先由李茂生（1998）將Foucault有關權力、規訓（discipline）、論述概念與圓形監獄之概念引入法學討論脈絡中，近期則有江玉林（2005）關於Foucault考古學概念之介紹並運用於大法官釋字之分析，其亦探討Foucault法律觀與傳染病防治之關連（江玉林，2007），警察（原稱「治安」，相關原文可作police、policy、polize或policey）與警察學之概念（江玉林，2008），以及規訓概念、治理性與毒奶事件之連結（江玉林，2009），至於李俊增（2009）則更細緻地討論Foucault之法律觀並廣泛地整理國外相關文獻，而跨醫界與法界之學者吳建昌（2007）亦從治理性的觀點探討現行法規範與治療公衛系統的課題。但相對於政治與社會哲學、傳播與藝術學門以及哲學暨文化研究之領域，法學界中對於Foucault的討論似仍不足。

綜觀上述文獻，傳統公法理論可能對於基本權利理論、體系與概念有深入探討，但是對於憲法中其他價值與基本權利間之互動，在文獻上似有不足。另外，一般文獻對於「健康」未有根本性的質疑，亦少見以語言分析作為分析方法，且應用 Foucault 相關理論以反思法規範者仍屬少數，此處似存有研究興味並誘使筆者嘗試窺探究竟。

⁷ 知識型、考古學、論述場域等涉及知識與權力之相關概念，屬於 Foucault 早期思想的重要部分，這些理論彼此關連且交相作用，並延展成 Foucault 後期關於生命權力、治理性等概念之重要基石。從中文文獻的時間分佈，亦可看出其理論發展過程。

第二項 核心概念界定

本研究之目的為大法官於釋字中如何操作「健康」及其與「基本權利」間之權衡過程與結果，以探詢憲法價值體系中「健康」利益之位階，並連結至 Foucault 之相關主張。故首先必須界定「健康」與「基本權利」之概念。

第一款 健康

本研究客體主要為牽涉「健康」之相關大法官釋字，查教育部線上重編國語辭典修訂本，「健康」一詞係指：「生理及心理機能正常，強壯安適，沒有缺陷和疾病。」⁸但若翻查民國 67 年出版之《辭源》字典，僅有「健康診斷」卻無「健康」一詞，而關於「健」字之意義有：「一、強而有力也；二、精力強壯曰健。如云康健；三、才力強幹曰健。如云武健；四、姓。宋遺民健武。」（台灣商務印書館，1978：183）可看出「健康」一詞似非原本中國固有之字彙，其係有可能為近代翻譯之語詞。

誠如劉士永（2008：273-4）指出：「...並未在中國舊籍中檢索出『健康』一詞。進一步檢索相關的詞彙後發現，中國傳統上對於描述身體機能與狀態完好的名詞，比較常見的是『健壯』、『健美』、或『勇健』等詞句。.....1913 年由台灣教會出版，牧師甘為霖（Rev. W. Campbell）所編之《廈門音新字典》，也僅有『勇健』與『康健』的詞彙，既無『健康』一詞也沒有後來使用廣泛的『衛生』。」前述《辭源》所載，似可為例證。故劉士永（前揭書：274）間接推論出「健康」一詞似非源自中國⁹，應是受日本影響，且日文「健康」一詞最早應為荷蘭文gezondheid的

⁸ 資料來源：教育部線上重編國語辭典修訂本，網址：<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?cond=%B0%B7%B1d&pieceLen=50&fld=1&cat=&ukey=420790627&serial=1&recNo=2&op=f&imgFont=1>。（最後參訪日期：2009/3/17）

⁹ 至少可以確定「健康」並非中國「固有」之用語，但有趣的是「衛生」一詞則否。依劉士永（2008:276-7）研究發現，「衛生」一詞可見明治時期首任衛生局局長長與專齋之著述，其係擷取《莊子》之〈雜篇·庚桑楚〉老子與南榮趯的對話中，提及「衛生」一詞。其原文為：南榮趯曰：「里人有病，里人問之，病者能言其病，然其病病者，猶未病也。若趯之聞大道，譬猶飲藥以加病也。趯願聞衛生之經而已矣。」（粗體字為筆者所加）。雖「衛生」一詞出現於中國古籍中，然並不具現代的公共衛生意涵，前述長與專齋係借用該詞以翻譯德文 Gesundheitspflege（該詞意義可分解為：pflege 指保護、關懷並積極培育；Gesundheits 則為健康。合在一起則指稱公共行政保護、關懷並培育健康上處弱勢者）。故經利彬與張文彬（1961：3）認為：「古時所說之衛生，僅就經驗上對於飲食、起居、運動等加以注意，亦即係屬個人衛生之方面。」至於現代公共衛生的開展，則為「...清朝時代，因新醫學輸入，公共衛生亦漸為人所注意」（前揭書：7），Rogaski（2004：105）亦指出應將中文「衛生」一詞理解為「現代性衛生」（hygienic modernity），須考量其不平等條約、西方列強殖民與霸權的歷史脈絡，而雷祥麟（2008：416）則謂民國初年的「衛生」在觀念上與制度上均襲自日本，後

翻譯。值得注意日本明治時期醫學界與官方認知，係受德國醫學影響甚鉅，此時德國醫學以社會進化論（social Darwinism）或生物學原則（biologicalism）定義生理上的「健康」，且健康問題不再僅屬於個人生理機能的良窳，亦作為社會公眾的整體利益。（前揭書：277）同時，就身處日據時期之台灣地區而言，「『健康』與『衛生』為日本人引進後，自 1920 年始，二詞似乎已是日治時期台灣社會的慣用語。……縱然對殖民政府在衛生行政上諸多手段有所不滿，台灣社會，特別是菁英階層，大抵是接受了日本的健康觀與衛生論。」（前揭書：300；307）¹⁰且觀李卓倫（1985）與王月伶（2005）就「健康」定義與假說或「健康」概念之討論，皆以國外學說見解為出發點，並未回溯我國歷史與傳統之脈絡。

綜上，「健康」一詞在中國傳統文化中並無其固有含意，應係近代由他國傳入之翻譯詞彙，但其在價值上並非全然中立，至少交雜 19 世紀後半葉德國社會進化論與生物學原則之觀念¹¹，復混入日本對於清末中國與台灣之殖民色彩。在此種脈絡下，「健康」利益似非單純歸屬福祉、共善等毫無爭議的正面範疇，而是可能陷入優生學、進化論、殖民或霸權等疑義中。

另外，根據公共衛生學上的觀點，衛生的概念的區分為「個人衛生」與「公共衛生」二個面向（陳美燕等，2008：1-2），同時「公共衛生」係翻譯自英文 public health¹²，故公共衛生與健康之概念密不可分。至於「公共衛生」的定義，著名學者 Winslow（1920：30）認為其係：「一門預防疾病、延長壽命、促進健康健康和效能的科學與藝術，透過有組織的社區力量從事環境衛生、傳染病管制、個人衛生教育，並組織醫護事業，使極並獲得早期的診斷和預防的治療，進而發展社會體制，以保證社會上每個人都有足以維持其健康的生活水準。…綜合此種種利益，

續對「衛生」之討論亦應建立於此基礎上。

¹⁰ 然因中文文獻中關於「健康」一詞之原始出處暨相關討論並不多見，且劉士永（2008）著作後半部旨在處理台灣地區的面向，故此際中國關於「健康」概念究竟如何，雖可同意應作為繼受日文而來的翻譯用語，且為大眾所廣泛使用（可參考舒新城與各地讀者關於健康生活的書信集（舒新城，1948）），但概念框架之形成與細節則不清楚。

¹¹ 此處可參考 Foucault（1975：35）對於法國臨床醫學的相關研究，其認為 18 世紀時「醫療」（medicine）主要牽涉「健康」（health）而非「正常標準」（normality），醫療的重點在於如何使個體維持平衡的生活，但至 19 世紀則是「正常標準」，尤其是器官組織之結構與功能的標準，故 19 世紀中生命科學的基本分類結構是「健康的／病態的」（healthy / morbid）。此脈絡恰符合 19 世紀德國醫學中社會進化論與生物學原則之意旨，亦即檢查個體是否符合某一標準，且扶植其達致該標準。

¹² 此處非常有趣的是「公共衛生」與「健康」在英文中皆指向 health 這個詞，但中文卻使用不同的翻譯詞彙，同時在釋字中大法官僅使用「國民健康／民族健康／身心健康」等詞彙，鮮少提及「衛生」，更未見以「衛生」或「公共衛生」作為合憲化之基礎。

使每一國民都能實現其健康和長壽的天賦權利。」且觀世界衛生組織於 1948 年對「健康」之定義為：「身體、心理和社會的安寧美好狀態，不僅僅是免於疾病或虛弱而已。」¹³學者認為此種定義即表現出健康的「積極面向」，而公共衛生的內容不再僅是消極地預防疾病，更要積極地促進多種層面的健康。（江東亮、鄭雅文，2007：18）

然依江東亮（1982：13-5）之研究與整理發現，首先，西方字典中關於「健康」的定義係不斷地變化，從原本指涉身體與靈魂的層面，縮小到僅關涉身體機能的面向，在 18 世紀時人們逐漸接受了機械論的看法，使罪惡與懲罰的概念與健康分別以觀，然 19 世紀初期以降，心理的層面又漸次被納入健康的範疇之中，20 世紀中葉之後，社會的層面也被納入進來。其次，近代衛生界專家（1941-1981）對於健康之定義可分為：一、強調積極的健康；二、反對積極的健康；三、想要擴大健康的層面；四、想要縮小健康的層面，以便提出新名詞。¹⁴這些不同的觀點反應出在公共衛生學門中，關於「健康」的概念亦有諸多爭議，雖目前廣泛接受並使用前述 WHO 之定義（江東亮、鄭雅文，2007：18），但實際上仍非完全一致。

江東亮（1982：17）亦指出，中國關於健康之概念，與當代公共衛生有相當大的差異，對於中國醫學而言，健康與生活並不能分割，故中國注重養生之道，並非根基於客觀現象所歸納出的醫學標準，應是牽涉人生哲學的觀點，關注如何在自我、社會與自然中取得平衡，故中國不同於西方採取身心二元論的立場。而近代中國受西方影響甚鉅，目前主要論著皆以西方醫學或公共衛生的觀點做為論述的起點，然西方公共衛生的發展史中，尚包含「殖民地國時期」與「優生學／人種衛生」的面向（江東亮、鄭雅文，2007：25-6），加上前述台灣所具日本殖民之歷史，可見不論是公共衛生學或史學的討論，都指出「健康」之概念定義，實則夾雜諸多特殊。¹⁵

¹³ 此定義係自 1948 年 4 月 7 日《世界衛生組織組織法》生效後，沿用至今。資料來源：<http://www.who.int/suggestions/faq/en/index.html>。（最後參訪日期：2009/5/11）

¹⁴ 相關辭典定義及學者見解之整理，可參考江東亮（1982：18-26）。

¹⁵ 在醫療社會學的討論中，「健康」概念之意義亦非顯而易見，Twaddle 與 Hessler（1977：102）指出：「在關於疾病、行為脫序與適應不良之層面，始能對健康下定義。」健康的概念與疾病、不正常或異狀等事物間具有緊密關連，而這也意味著當代社會對於「健康」概念具有特殊動向，如張芸雲（1998：33）認為：「不同的詞彙中，健康往往成為醫療介入的正當理由。」故將健康與疾病相互連結的過程，就表示當代醫療思考模式逐漸滲入日常生活之中，因此健康的問題轉型為疾病的醫療課題，呈現出「健康定義的醫療化」。故，Twaddle 與 Hessler（1977：96）問道：「我們都知道什麼是健康與疾病，真的嗎？」

故本研究採語言分析之方法係先懸置「健康」各種可能的意涵，透過對釋字文本的拆解，觀察其在我國釋憲實務中可能佔據何種地位及其可能被賦予何種含意，進而瞭解其背後所蘊藏之價值課題與相關政治及社會性意義。因之，參照現行中華民國憲法第 157 條：「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。」以及衡諸相關釋字之用語後，將「國民健康」、「民族健康」、「身心健康」及「身體健康」等在字面形式與健康相關連之詞彙劃屬「健康」之範疇。

第二款 基本權利、憲法價值體系與健康利益

第一目 基本權利

法學論述中，基本權利即中華民國憲法第 7 至 16 暨第 22 條之條文，傳統上將其區分為將基本權利分為：平等權（憲法第 7 條）、自由權（第 8 至 14 條）、受益權（第 15、16、21 條）與參政權（第 17、18 條）（管歐，2002：501 以下）。¹⁶。至於憲法未明文列舉之權利，依李震山（2002：365-7）之見解，復可分為：（一）非真正之未列舉權；（二）半真正之未列舉權；（三）真正未列舉權。「非真正之未列舉權」可由既有憲法條文推演得出，僅「半真正未列舉權」與「真正未列舉權」須藉由憲法第 22 條概括條款作為保障依據。同時，「半真正之未列舉權」可透過憲法第 22 條橋接至基本國策，進而納入基本權利之保護範圍內，唯「真正未列舉權」僅得以憲法第 22 條作為保障基礎。故本研究將採此主張，除已列為基本權利者外，其他得歸諸憲法第 22 條概括條款之其他基本權亦涵蓋之。

第二目 憲法之價值體系

陳秉璋與陳信木（1990：277）曾對價值作如下之操作性定義：「所謂價值者，乃泛指行為主體之慾求或需求，經由外在客體之互動過程，而獲得了滿足的主觀效果認定。」故判斷一件事物對我們而言是否具有利益的命題，即是「價值判斷」，雖則法規範本身與司法判決形式上處理應然命題，但實際上仍具有判斷各種事物對吾人是否有益之價值命題，如溫克勒（Günder Winkler）（1977：58）所指出：「所謂實證法，係由一受公認之法律制定權力者，為一定之社會共同體之人類而創造

¹⁶ 近期學界如陳新民（2008：130-1）依循 Georg Jellinek 之「身份理論」將基本權利分為：消極地位—自由權、積極地位—受益權與主動地位—參政權，而平等權則為另一層次的課題。而法治斌、董保城（2004：205-70）則區分為自由權、平等權、經濟憲法上之基本權利與權利救濟請求權。關於基本權利之區分概念與脈絡，可參考陳慈陽（2005：324 以下）詳細之研析。

之一定形式的、附有價值的、以及充滿價值之由應然條款所構成之具有強制性格之意義構造。」

而作為法規範重要概念之基本權利，依吳庚（1998：27）、張嘉尹（2001：11）、許宗力（2003：68）、李建良（2003：190 以下）暨法治斌、董保城（2004：135-7）等皆指出其中承載之價值課題，基本權利應具有「客觀價值秩序」之面貌，可形塑人類生活共同追求之目標，是整體法秩序所應共同遵守之準則以及「價值判斷之原則性規範」。因此基本權利不但拘束國家權力，亦涵蓋所有公、私法領域之法秩序，非但產生「基本權利之第三人效力」與「基本權利之對國庫行為之效力」，更得推導出相關之組織與程序功能。大法官在釋憲實務中對係爭個案所為之利益橫量，亦揭示釋憲者對於法律中各種價值之排列方式，透過對釋字之觀察，可進一步瞭解憲法中相關價值之位階秩序。

同時，須注意憲法不僅限於保障基本權利之價值，如釋字 585 解釋理由書中明文將「人民基本權利保障」及「自由民主憲政秩序」並列為憲法基本價值。除外，憲法「基本國策」一章，係作為「指示政府行動方針，規範國家整體發展基本原則與方向...亦即所謂『方針條款』。」（法治斌、董保城，2004：476），就其內容而言可謂「內容具體化的公共利益」（林明鏘，1997：1468），其效力雖不及基本權利而僅具客觀性與間接效力，然仍得拘束國家機關而屬「具有法拘束力之憲法規範」（前揭書：1475），故基本國策雖未賦予人民主觀權利之請求地位，但仍「明示其客觀之價值秩序」（前揭書：1493）。另外，若依李震山（2002：365、372-7）之見，基本國策所列之事項可透過憲法第 22 條之橋接，進入基本權利之保障範圍，如此一來，基本國策除本身可為憲法價值之載體，復可依憲法第 22 條而取得基本權利之價值。基本國策故屬憲法價值體系之一部分，惟其保障之面向、範圍與程度與基本權利相異，但同時又可能轉換為基本權利。

第三目 健康利益之定位

綜合上述之討論，首先「健康」一詞本身意義並非清晰具體，且可能參雜特殊之價值與歷史脈絡；其次，查我國憲法未將健康明列於基本權利一章，僅置於基本國策中，然釋憲實務上大法官卻將其用作證立國家權力之合憲性基礎，此可能引發一個重要的問題？即：在相關釋字中，「健康」利益係作為基本權利？公共政策（利益）？二者皆是？抑或二者皆非？

若查學者之見，李震山（2002：376-7）認為「健康權」之基礎可由增修條文第 10 條第 5、7、8、9、12 項直接推得，或憑藉第 22 條橋接至我國之基本權利清單中。而林明昕（2005：28-9）則指出：「憲法第 157 條及憲法增修條文第 10 條第 5 項等，雖與本文定義下的『健康』概念的確有關，不過卻因為等條文原屬欠缺『個人性』，尤其是缺乏『主觀權利』性質的基本國策規定，故似不宜『直接』作為健康基本權的憲法上依據。」¹⁷並謂：「（該二條文）偏向人民『全體』的健康狀態，而非單純『個人』的健康問題。」（前揭書：28，註 7）故釋字中大法官如何定位「健康」利益之憲法性質，係將其視為基本權利或僅屬基本國策之規定，殊值吾人深究。

如同「健康」之概念，本研究亦欲探究其於釋字中之定位，透過實際的分析工作，觀察大法官如何安排「健康」利益之歸屬，而與基本權利間進行比例原則之權衡，並藉由文獻分析處理相關價值理論的主張，檢驗大法官所排列之價值序階，是否可能存有爭議之處。

第四目 生命權力與治理性

本研究並不僅止於對「健康」利益為語言及價值層面的考察，意欲深入挖掘前述分析結果中，得否藉由 Foucault 所提出「生命權力」與「治理性」之概念，對前述之態樣加以批判與反省，此二概念並非侷限於法學領域，係具有政治性、社會性、經濟性、文化性甚至涉及思維運作之概念體系。同時，二者雖各有不同之內涵，但彼此相互鈎連與補充，形成一種獨特且饒富興味的視角，故二者須併同使用。而「生命權力」與「治理性」二概念，將透過分析 Foucault 著作及其他學者對該概念之討論與批評之相關文獻加以呈現，可詳參下述文獻分析之部分。

然 Foucault（1982: 210; 2000: 299）雖多次強調：「理性是危險的...」，但他並非反對理性，而是要求我們應注意某些看似合理無疑之事物，要求我們對之懷疑、批判與反思，尤其是人們如何「使用」這些理性。另外，此二概念將不斷挑戰傳統思維，不斷超越原本既有之概念框架，其可能逸脫出原本傳統之思維或概念範疇，尤其是傳統法學領域或許將遭受非常嚴峻的挑戰，一如 Foucault（1980: 89）所言：「新的權力手段完全不同，它們不靠權利，而靠技術；不靠法律，而靠規制化；不靠懲罰，而靠控制，而且使用在所有層面或形式上的方法都超出了國家及

¹⁷ 此亦為林明鏘（1997：1469）所強調。

其機構。」同時，「生命權力」與「治理性」之焦點不止限於個人，更重要的是，其聚焦於總體、全面的生命課題，就「生命權力」而言，Foucault (1980: 139) 指出其主要透過二種形式而發展：「(一為)肉體的解剖—政治學 (anatomy-politics of the human body)。另一個...以人體—人種，以充滿生命機制和充當生命過程基礎的人體為中心...人口的生命—政治學 (bio-politics of the population)。對肉體的規訓和對人口的調節構成管理生命的權力組織的兩極點。」至於「治理性」，Foucault (2007: 108) 明確指出「人口」(population) 係作為治理性的目標，且「人口」又與「生產力」的概念連結起來 (Ibid.: 69)，故「人口」並不指稱單獨的生命，而是從國家整體層面觀察生命的課題，同時，概念範圍亦與「牧養權力」(pastoral power) 及「治安」，或謂此二者核屬生命權力及治理性之子概念，相關理念將於第五章中詳述之。總體而言，「生命權力」與「治理性」在 Foucault 的理論中，兼具「個體」與「集體」二種面向，然偏重對後者的關注。

第三節 研究方法選擇、範圍與研究限制

第一項 研究方法選擇

第一款 語言分析

本研究之客體為大法官之釋字，而方法則為語言學之符號學、新修辭學與論述分析之三種分析方式，此三種分析方式雖不相同，但彼此互有關聯。本研究之語言分析方法雖近似前述葛祥林 (2000)、廖義銘 (1997) 與江玉林 (2005) 之分析路徑，但係對每一待分析之釋字，皆以上述三種方法進行分析，並以方法論專章詳述此三種分析方法。以下，僅簡述相關理論與分析脈絡。

Ferdinand de Saussure (1959: 67) 指出一般語言符號二原則的第一原則：「符號的任意性」，正意味著語言符號與概念間存在著間隙，此即：「能指」(指符，signifier) 和「所指」(指涉，signified) 的任意性¹⁸。但對Saussure而言，作為人類社會產物的語言符號，其意義係透過符號之間的對立關係而形成，非源自「能指」或「所指」之本質，乃是基於人類社會約定俗成，故Saussure (Ibid.: 68-9) 認為：

¹⁸ 李幼蒸 (1997: 28) 指出：「能指和所指各屬不同的存在域，前者為知覺音像，後者為意念心像，儘管聲音知覺和內心觀念都屬於心理範圍，前者卻被認為是直接與物理世界相關的。」故 Saussure (1960: 66) 曾強調其符號概念係「雙面性的心理實體」。

「所有在社會中用以表意之方式，原則上都是以集體行為，或者說以約定俗成為其基礎。...且任意性並非意謂能指可完全任由說話者選擇。」因之Jonathan Culler (1988: 91) 將符號學的基本假設定為：「只要人類行為能表達意義，並能起符號作用，就必定存在一個由約定俗成規則和區別構成的潛在系統。」然Saussure雖重視人與社會對符號之影響，但並不重視符號與其主、客體間之關連。故Ogden與Richard (1923: 7) 一方面強調「觀念」(idea)的重要性，另一方面將「事物」(thing)納入符號學的討論中，故提出「象徵」(symbol)、「思維或意指」(thought or reference)與「指涉」(referent)之三元架構 (Ibid.: 11)，側重「思維或意指」中人際溝通的面向，即符號—情境 (Sign-situations) 之課題 (Ibid.: 7; 23)。¹⁹

承接Ogden與Richard之理路，法律學者G. L. Williams (1945: 73) 進一步指出：「符號與其所指涉之事物，二者間永遠是間接的關連，其總是受到人們思維的干擾。」然而，其亦謂「所有（對立性質）語言僅是連續體的最前或最後之單元，而極端的情形可能是純概念性的，並無在經驗意義世界下的實例。」(Ibid.: 182) 故Williams注重人類思維對符號影響之層面，即人與社會與符號間之互動課題，復指出在語言脈絡中，標記互相對立之語詞有助於劃定某一語詞之意義 (Ibid.: 301)，此將扣合前述Saussure二元對立關係之符號分析路徑。然本研究符號學分析主要在釐清釋字中「健康」利益與係爭基本權利之符號對立關係，試圖爬梳其內所涵蓋之各種對立元素，觀察大法官立將何種事物投入其中。但其中有關社會與心理之課題，則將透過下述理論為更進一步地處理。

如Sobota (1992: 41) 所言：「...人類概念，尤其是正義與不正義，都是語意學之『網』：係由以語言為基礎的主張所構成」，正如Perelman與L. Olbrechts-Tyteca (1969: 187) 所宣示：「現在，意義與一個被割離出的論證，難以不具多重意義：將某一論證從其脈絡或其情境中抽離出來，再對之進行分析，將陷入無可否認的危險中。」此際，符號與其所處之關係網係作為「說服的工具」(Ibid.)，主要研究路徑在於觀察大法官如何透過運用符號取得說服之結果，亦即，大法官如何說服

¹⁹ 此際須注意美國實用主義符號學者Charles S. Peirce的理論，亦以「符號」(Sign)、「客體」(Object)與「詮釋意義」(Interpretant)為其三元符號架構，其中「詮釋意義」指稱人的心智活動，但根源於美國實用主義的傳統，Peirce (1998: 232) 認為符號係由客體與詮釋意義交互關連下所構成，且「詮釋意義」亦受到「客體」之影響。在Peirce的理論架構中，「客體」亦佔有一定份量，得影響符號的運作。而Ogden與Richard的論證起始於對Saussure之討論 (Ogden and Richard: 4-6)，並接續提出對Saussure之批評及開展其理論架構，其雖強調將「事物」納入符號學的討論，但仍著重關涉心理活動面向之「思維或意指」，「事物」與「象徵」間不具因果關係，僅有間接關連，故其理論路徑與Peirce亦不相同。

其面對之聽眾 (audience)。新修辭學之目的就在於觀察如何使用修辭技巧，以「創造或增加意向的依附，而展現其對論證的同意」(Ibid.: 45)。至於法律修辭之聽眾面向，可查Bernard S. Jackson²⁰ (1990: 90) 所言：「普通法院之上訴審必須同時面對至少三種不同的聽眾：爭議雙方當事人 (包含法律代理人)、法律專業人員與較寬廣的社會與政治世界。」因之本研究將透過Perelman與L. Olbrechts-Tyteca所建立之新修辭學方法，探察大法官如何安排這些符號以構成其主要之論理架構，以進行聽眾說服之工作。然須注意Perelman (1980a: 127) 曾謂：「我們不得不承認法律的理性，或法系統的精神，是涉及到在某一社會中所認可的目的與價值體系。」此處新修辭學的分析，不僅在於理解大法官運用符號的方式，仍承續符號學的路，持續牽涉修辭之目的與價值意涵。

透過前述符號學與新修辭學的分析，可看出釋字中的對立符號及大法官如何安排相關符號，同時亦得窺視背後所可能存在的意涵、目的與價值面向。然前述之分析雖呈現語言的靜態面，但筆者更欲深入追問對立符號及對其所為之排列，其是否重複出現與消長轉換之動態面。此動態面已超越純粹符號與符號排列所形成之新修辭學的範疇，而形成「論述」分析，其如 Conley 與 O'Barr (2005: 6-7) 所言：「係牽涉『語意學』及『社會性』二種意涵，前者的意涵中部分和『語言學』重疊。而後者，則是源自 Foucault 的影響，『論述』一詞被連結到較為複雜抽象的社會現象。」職此，本研究將連結 Foucault 有關論述秩序(Discourse Order)(Foucault, 1972; 1981) 及論述場域 (Discourse Field / Zone) (Foucault, 1991a) 之概念，進而觀察釋字「論述」中其他非內容之層面，主要是「論述」內部秩序的形成，即「論述」如何被架構之課題，觀察釋字中論述的動態層面。然，Foucault 的理論不僅止於此，關於論述所牽涉之關係、「論述」之間的關係以及論述與非論述領域間的關

²⁰ Jackson雖論及符號學與聽眾概念，然其主要以「敘事」(narrative) 作為分析方法，「敘事學」(narratology) 為 1969 年 Tzvetan Todorov 所提出，然「敘事分析」早見於 1920 年代 Vladimir Propp 針對民間故事與傳說所進行之研究。所謂「敘事」即是「說故事」，Graeme Turner (1997: 90) 曾明確寫道：「很明顯地，世界乃是以故事的形式『來找我們』。…故事提供我們一個簡易、不自覺又吸引人的方式去建構我們的世界。敘事可以說是一種『理解』我們所處的社會環境，以及與他人分享這種『理解』的方法。」故我們的生活總是與敘事和述說故事交織在一起，我們的一生都被敘事包圍著，透過敘事可以理解社會集體思維的狀態，並指向更深層的「文化」課題，而 Jackson (1990: 103) 亦認為：「法律規則實為敘事模型的語言表現，而敘事模型則裝載著默示的社會評價。」甚至近期 Ronald N. Jacobs 與 Sarah Sobieraj (2007) 以敘事分析探討美國國會對於非營利部門之辯論，發現敘事與正當性間具有微妙的連結關係，其列出正反二種敘事類型 (Ibid.: 8)，並分析其中非營利部門與政治家所具有之角色及其功能上的差異，進而追問背後的文化脈絡。因此分析「符號—敘事—文化」的鏈結，可呈現出社會心理的深層結構，具象化歷史、文化與集體價值在敘事活動中所產生的影響。正因其分析範圍與深度的龐大，雖其饒富興味，然深感力有未逮，故未納入研究方法之中。

係，甚至整個論述場域裡外的具體性及細節性權力運作，都可以作為其分析的客體。

第二款 文獻分析

透過上述語言分析之路徑解析釋字之意涵、目的與價值後，本文第四章將繼續討論有關法價值的論題，並延伸至有關Foucault生命權力與治理性之主張。關於法價值之討論，主要透過分析國外學界對於價值之相關討論文獻，藉由各學者間不同價值觀點，探討大法官釋字中相關符號、修辭與論述所推導出「健康」利益與基本權利互動間，其所展露之價值位階秩序是否能符合相關價值學說之主張。因透過語言分析所挖掘出的釋字內容，尤其是釋字中價值互動的態樣，可能超出傳統法學三段論所能解決的範圍，而須以價值詮釋的方式加以處理，故透過法價值之相關理論作進一步的分析。然Alexy曾謂價值與原則具有相似性，故價值爭議可納入原則爭議中加以處理，但Habermas (1996: 255) 卻指出規範與價值分屬不同的範疇，不應將二者混淆，陳妙芬 (2003: 16) 亦直言：「價值本來就不是規範，如果要賦予某些價值規範的意義，需要特定的條件」²¹，因此本研究不採取Alexy之理論，而就：考夫曼 (Authur Kaufmann) (2000) 關於法益理論及其他價值基礎之討論、Habermas (1996) 與Karl-Otto Apel (1996) 關於溝通事件之價值意涵，或二位美國自由主義論者Dworkin (1986; 2000) 關於懷疑論價值基礎以及Rawls (1993; 2001) 正義理論中以利益作為價值衡量之討論，以上述理論作為分析基礎。然本研究並不使用上述全部理論，俟第三章分析工作完成後，始選擇較佳的價值理論作為分析工具。

最後，在本研究第五章中，藉由分析 Foucault 就生命權力及治理性所為之各類著作、演講與課程記錄，如 Foucault (1991b) 對治理性之闡述，以及 Foucault (1980) 生命權力之概念，同時近年出版二本重要的課程講義，更是深入理解此二概念的重要文本，另外亦參考其他學者對該等概念之討論，同時就生命權力暨治理性相連結之子概念，亦一併討論之。透過對相關文獻之分析，本研究嘗試勾勒出此二概念粗略之輪廓，以進一步討論在價值位階中「健康」利益之地位，是

²¹ 故陳妙芬將具有規範性的價值稱為「人文價值」，並指出若某信念被普遍接受時，即超出個人偏見而具有某種人文意義，則導源於該類信念之客觀價值，亦具有異於其他價值之特殊意義，而產生人們實踐義務之規範性，就目前的價值體系而言，種族平等或人性尊嚴即屬之。(陳妙芬，2003：19)

否如 Foucault 所言，係受到某種政治性與社會性之思維與力量所指引，或者「健康」利益所內含之事物，可能在某種程度上超越傳統法學或價值理論的範圍，而存在於有效規避傳統違憲審查機制之特殊領域中。

第二項 研究範圍與研究限制—關於釋字的選擇

就目前釋憲實無而言，提到「國民健康」之釋字有：206、404、414、426、533、545、547、577、612 與 666 號；提到「民族健康」者，則有 194、472 與 550 號；提到「身心健康」者，有 376、407、476、512、514、551、623、646 與 664 號；提到「身體健康」者，有 419 與 531 號；僅提到「健康」一詞者，除上述釋字外，尚有 333、398、434、454、473、524、540、588 與 656 號。總共 33 號釋字。（相關釋字一覽表詳見附錄一）

但須扣除完全無關「健康」利益之權衡者（釋字 333、398、419、426、434、454、473、524、533、540、550、588、656），其次扣除並非以「健康」作為主要比例原則權衡對象者（釋字 376、407、472、514、545、547、551、612、623、646、666），故尚留有釋字 194、206、404、414、476、512、531、577 此 8 號釋字，但新近釋字 666 因對本文具有特殊意義，尤以其論理方式殊值觀察。另外，釋字 194 與 206 二號屬早期解釋文及理由書皆非常簡短之年代，在文本過於簡短之情況下，難以進行語言分析。而釋字 194 與 531，大法官並未明言「健康」利益究竟與何基本權利進行比例原則之衡量。故扣除釋字 194、206 與上 531 號解釋，本研究之分析範圍包含釋字 404、414、476、512、577 與 666 此六號解釋。²²

且本研究著重於釋字文本的分析，語言分析的範圍僅包括解釋文、解釋理由書與釋憲聲請書。相關協同與不同意見書、學術性研究與論著，以及各類社會輿論之主張，雖亦值得深入研究與探查，然為避免本研究之範圍過於龐大，也只能忍痛割捨，或另為文詳細分析之。

第四節 分析架構與論文大綱

²² 值得注意者，與「健康」利益有直接或間接相關之 18 號解釋中，除釋字 531 所涉之部分條文應儘速檢討、釋字 551 要求於二年內通盤檢討修正且逾期失效，以及釋字 664 一個月後定期失效者，其他釋字最後皆係合憲結果。

第一項 分析架構

第一章為緒論，首先說明研究動機與目的，並對國內相關討論文獻進行回顧，以探查其中值得延伸之面向。且因本研究主要考察關於「健康」與基本權利間互動之釋字，故有必要先敘明「健康」一詞之概念與基本權利意涵。而後簡述本研究所採之方法論，並對研究範圍作一有效之限定。

第二章旨在說明本研究之語言分析方法論，擇取近代語言學之理論內容與路徑，包含：一、以 G. L. Williams (1945; 1946) 之見解為主軸之符號學分析；二、以 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (1969) 所提新修辭學之分析；三、以 Foucault 有關論述秩序 (Discourse Order) (Foucault, 1972; 1981) 及論述場域 (Discourse Field / Zone) (Foucault, 1991a) 之論述分析。

第三章則依第二章之方法論，針對第一章所選定之釋字 404、414、476、512、577 與 666，進行前述三項語言分析。因相關釋字分涉不同基本權利，故依基本權利之種類分為四小節，分別對應工作權、言論自由、訴訟權以及生存權。

第四章則就第三章之分析結果，進行價值論之檢討，以考察大法官對「健康」利益與其他價值之排序，是否能通過法價值之檢驗或遭受無情地批判。故本研究將對考夫曼 (2000) 關於法益理論及其他價值基礎之討論、Habermas (1996) 與 Apel²³ (1996) 關於溝通事件之價值意涵，或二位美國自由主義論者 Dworkin (1986; 2000) 關於懷疑論價值基礎與 Rawls (1993; 2001) 正義理論中以利益作為價值衡量之討論部分，依前章分析結果，從中選擇較妥適之價值理論為法價值之查驗。²⁴

第五章承接前章之分析結果，考察大法官在處理「健康」利益時，背後是否存在某種政治性或社會性之權力及思維，同時該權力與思維是否脫逸傳統法學領域之思考框架，而能有效規避合憲性之檢驗。故透過 Foucault 之「生命權力」與「治理性」以及二者涉及「權力、主權暨論述」之相關概念與主張，並佐以相關

²³ Apel 為 Habermas 之同事，二人皆屬於法蘭克福學派，同時，二人關於言說、溝通與倫理等相關層面的見解相當一致，僅 Apel 的研究更深入哲學與溝通活動架構的主軸，並展開其批判工作，然 Habermas 則側重於人類社會與溝通活動間的關連，尤其是政治、社會、法律等面向，故本文有關溝通或言說活動的部分，將以 Habermas 之理論為主。

²⁴ 本研究並未納入 Alexy 的理論，係因其將價值的問題併入「原則」的課題進行討論，Alexy 認為原則衝突與價值衝突具有結構上相當程度的相似性，原則與價值是同一件事的不同外貌，且以「原則」課題取代價值課題能夠表彰法律的應然特徵，並得避免價值概念可能帶來的可疑、負面意涵。(吳庚，1998：30；張嘉尹，2002：29-30)

討論文獻，如 Hunt 及 Wickham (1994) 與 Tadros (1998) 對 Foucault 理念中法律觀之不同見解，以及 Rabinow 與 Rose (2003) 針對 Agamben 與 Negri 對生命權力所為論著之討論及回應，以觀察 Foucault 之理念是否與本研究針對釋字所進行之語言暨價值分析的結果有若干相似之處。

最後第六章則集結各章之討論，從整體角度反思大法官釋字中關於「健康」利益之操作，並提出淺顯的批判意見。

第二項 論文大綱

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第二節 文獻回顧與核心概念界定

第三節 方法論選擇、範圍與研究限制

第四節 分析架構與論文大綱

第五節 研究之預期貢獻

第二章 研究方法—語言分析

第一節 G. L. Williams 之符號學

第二節 Ch. Perelman 之新修辭學

第三節 M. Foucault 之論述分析

第四節 小結

第三章 對釋憲實務中「健康」利益之語言分析

第一節 工作權與健康利益—釋字 404

第二節 商業廣告之言論自由與健康利益

第一款 釋字 414

第二款 釋字 577

第三節 毒品危害防制與健康利益

第一款 訴訟權—釋字 512

第二款 生存(命)權—釋字 476

第四節 以「健康」利益作為後設論證基礎—以釋字 666 為例

第五節 小結

第四章 釋字中「健康」利益之法價值定位

- 第一節 「健康」利益與基本權利所對應之價值分類
 - 第二節 從言說理論分析「健康」利益與基本權利之價值互動
 - 第三節 Rawls 新自由主義價值論對「健康」利益所形成之挑戰
 - 第四節 小結
- 第五章 釋字中「健康」利益之權力思維與系譜學之考掘
- 第一節 生命政治／生命權力作為國家權力合憲性之論述策略
 - 第二節 治理性作為釋字中「健康」利益論證之核心基礎：從統治「人」走向管理「事物／務」
 - 第三節 小結
- 第六章 結論

第五節 研究之預期貢獻

本研究意圖指出「健康」利益在大法官為比例原則之權衡中，具有相當程度之重要性，其得以多重面貌作為證立國家權力之合憲基礎，但核心概念卻在釋字中模糊不明。若「健康」確在我國大法官釋字論理中呈現特殊之符號、修辭與論述場域態樣，且復具特殊之價值地位，則「健康」會否在我國憲政上成為具有類似「人性尊嚴」般的絕對價值性格，同時又擁有不同的面貌可供替換，但卻經常作為證立國家權力而出現於釋字中。

此一現象，若如 Foucault 所描繪，係作為超越傳統法學領域之新興政治性與社會性權力及思維，則本研究期盼透過一系列的拆解，提醒大法官，在比例原則的權衡中或許應關注此特殊的動向，防止「健康」利益作為國家權力規避違憲審查之後門，甚至成為撼動基本憲政秩序的特洛伊木馬。甚至，本文更企圖喚起大法官與法律學者對於當代自由民主憲政秩序之再檢視，尤其是當我們遭遇那些看似顯而易見的重要公共利益時，或許不應立即停止思考，而是重新再審視其重要性為何，再檢驗其對於個體自由空間究竟產生何種影響。

另外，本研究採用語言分析之方法，並探討法價值以及 Foucault 的相關概念，透過此異於一般法學著作之方法與理論，嘗試將語言、價值與社會學門相關之理念注入法學的血液中，希冀能喚起國內法學將其視角轉向非傳統法學之面向，並能持續邁向跨學科、跨領域的研究，莫僅止於對外國法規範的翻譯以及對國內法規範的註釋，導致法學研究的僵化以及法學教育的補習班化。

第二章 研究方法—語言分析

第一節 G. L. Williams 之符號學

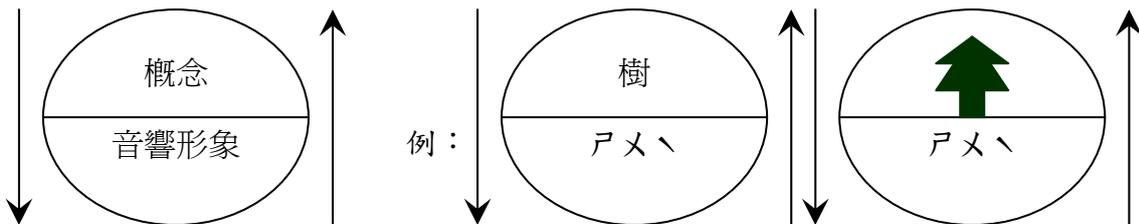
就是想要說什麼，每次也只能想到一些不對勁的用語。不對勁，或完全相反的。可是想修正時，就更混亂而變得更不對勁，就越發搞不清楚自己最初到底想說什麼了。感覺簡直像自己的身體分開成兩個，在互相追逐一樣。正中間立著一根非常粗的柱子，我們一面在那周圍團團轉著一面互相追逐。正確的語言總是由另一個我擁有，這邊的我卻絕對追不上。

村上春樹（2003：33）

第一項 從 Saussure 到 Williams

語言或文字符號經常被用以指涉現實世界中某個客體或情境，但其意義為何？語言、文字符號與其所指涉的現實客體或情境間有何關連？此一向是語言學者關注的焦點。Saussure（1959: 66）認為：「語言符號並非結合事物與名稱，而是概念（concept）與音響形象（sound-image）。」對其而言，語言符號是由「概念」與「音響形象」所組成，前者稱之為「所指」（指涉，signified），後者稱之為「能指」（指符，signifier），二者皆屬於「雙面的心理實體」（Ibid.）。其概念圖解為：

圖 2-1



資料來源：Saussure（1959: 66-7）。

故 Saussure 提出一般語言符號的第一原則：「符號的任意性」（arbitrary）（Ibid.: 67），認為語言符號與概念間存在著隔閡，即：「能指」和「所指」間係割裂的，二者僅具有任意性。此「任意性」主要凸顯出「能指」與「所指」皆非在其本質上相互關連，僅是透過「約定俗成」的規則與「區別構成」的潛在系統，使二者間產生關連。（Ibid. 68-9）

然應注意到 Saussure 側重於語言符號的結構、系統、制度、法則或總稱為「關

係」的面向，他認為對人類「言語活動」(speech)之研究含有「語言」(language)以及「言語」(speaking)二個部分 (Ibid.: 18)，而「語言」是「言語活動」的社會面向，「言語」則是個人面向，故「語言」不是個人的，更不可能純由個人來創造或改變 (Ibid.: 14)，於是，Saussure (Ibid.: 77) 寫道：「語言就是言語活動減去言語。它是使一個人能夠瞭解或被他人瞭解的一套語言習慣。」²⁵且Saussure (Ibid.: 16) 表示：「語言就是表現出概念的符號系統」，其符號學 (Semiology) 理論係指向具社會性、集體性的「語言」概念，而非單純個人使用言語的活動。因此Saussure (Ibid.: 71) 亦強調符號的「不變性」(immutability)，認為「指符」是被語言社群所固定住的，個人不能自由地選擇使用，一旦某個符號在語言社群中被確定之後，個人即必須遵循之。

在語言符號的關係性中，Saussure認為語言系統中的各種關係呈現為一系列概念差異 (difference) 與音響形象差異的結合，將相當數量的差異組合後則產生一個價值系統，該價值系統構成了符號內的概念要素與音響形象要素間有效的聯繫。於是，符號間的關係不再僅是各自差異而是相互區別 (distinct)，二符號間的區別則透過相互「對立」(opposition) 關係而呈現，因此語言中充滿著各種的關係，並衍生出符號得以有效組成句子的「句段關係」(syntagmatic relations) 以及基於該符號而生之「聯想關係」(associative relations)，進而構成了整個語言機制。(Saussure, Ibid.: 120-1) ²⁶換言之，符號必須透過與符號系統內的其他符號之關連，藉由各種對立關係，才能劃定出符號之意義範圍 (Culler, 1988: 24)。對於Saussure而言，語言所具有的值並不涉及符號與其主、客體間的課題²⁷，而是透過符號間各種不同的關係所產生。

因之 Jonathan Culler (1988: 91) 將符號學的基本假設定為：「只要人類行為能

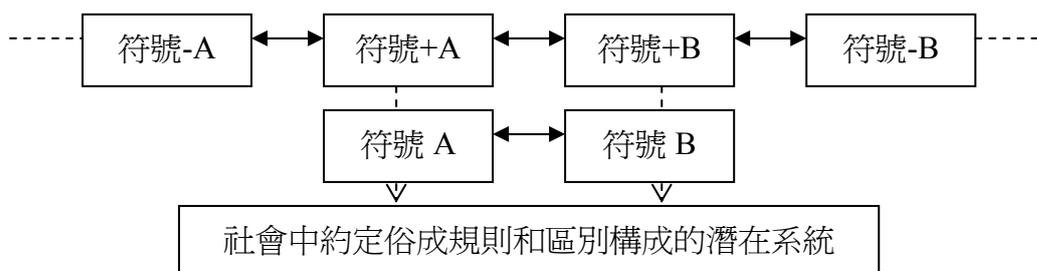
²⁵ 關於「語言活動」(speech)、「語言」(language) 與「言語」(speaking)，在法文中其實分別對應到 Langage、langue 以及 parole 三個字 (Saussure, 1990: 37; 112)。李幼蒸 (1997: 14) 認為 langage 即是「語言活動」，langue 作為語詞記號之系統，而 parole 則為該系統在現實中之實現或表現。簡言之，「語言活動」主要是指稱人類全部的語言活動，「語言」則是有關語言整體結構之符號學，而「言語」則指一般日常使用語言的行為。有關「語言」及「言語」之詳細比較，可參考李幼蒸 (前揭書：16)。

²⁶ 「句段關係」與「聯想關係」涉及各種明示或暗示的符號排列課題，然符號的排列組合可能擴增符號原本較為明確的意義範圍，進而增添符號與主體事物相互連結的動態層面，此部分似在下述新修辭學的理論中更為明朗。

²⁷ Saussure 並非完全不考慮主、客體之間的問題，然其主要的觀察面向在於符號間的對立、句段與聯想關係，其研究焦點在語言系統的本身，他曾明確地寫道：「以語言作為一切的起點，且將語言用作所有言說活動之表現準則」(Saussure, 1960: 9)，換言之 Saussure 非針對個人的言語活動進行觀察，因此主體與客體間的關連僅作為其理論架構的背景，而非主要的研究對象。

表達意義，並能起符號作用，就必定存在一個由約定俗成規則和區別構成的潛在系統。」且 Culler (Ibid.51) 強調此規則與系統係作為一種社會事實，語言符號係由社會所界定，故符號的對立關係與其構成的系統，即帶有社會性的意涵。其理論可圖解為：

圖 2-2

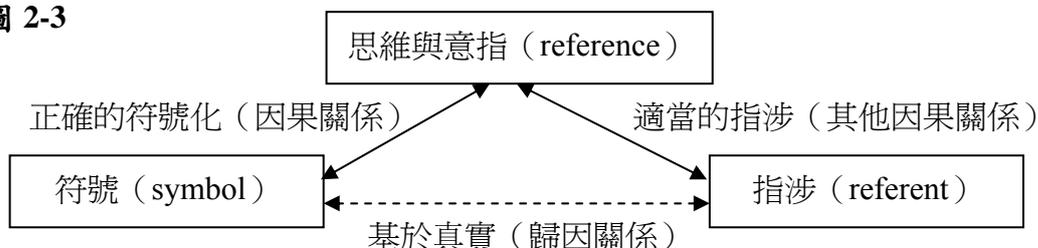


資料來源：作者自製

然Ogden與Richard認為符號研究一方面雖應強調「觀念」(idea)的重要性，另一方面亦須將「事物」(thing)納入符號學的討論中(Ogden & Richard, 1923: 7)。對Ogden與Richard而言，符號並非僅透過彼此間對立關係而構成語言系統，亦牽涉「主體」與「客體」之面向，符號學的研究係針對使用符號(symbol)主體的思維運作(thought, 亦可作意指(reference))以及被符號所指涉之客體(referent)²⁸，觀察該二者在符號中之互動型態(Ibid.: 9)。

故Ogden與Richard認為符號係具有符號與思維及意指間之關係、思維及意指與指涉間之關係，以及符號與指涉間之關係，進而構成其三元的符號架構。相較於Saussure的二元符號理論，Ogden與Richard將事物／客體的層面納入符號學的討論中，重視主體與事物／客體間的互動而非僅單純關注主體的心理活動，擴大Saussure侷限於心理層面的二元符號架構，其三元架構可圖解為：

圖 2-3



資料來源：Ogden 與 Richard (1923: 11)。

²⁸ Ogden 與 Richard 並不直接使用 object，而以 reference 指稱 object，係因他們認為 object 這個詞本身含有不幸的歷史脈絡。詳參 Ogden 與 Richard (1923: 9, Fn.1)。

第二項 Williams 的法律符號學

承接 Ogden 與 Richard 之理路，G. L. Williams (1945: 73) 認為：「符號與其所指涉之事物，二者間永遠是間接的關連，其總是受到人們思維的干擾。」相同於 Ogden 與 Richard，Williams 亦主張符號與現實世界並不具有直接的對應關係，並非透過模擬現實事物內的某種本質而產生符號，反而是人的思維在二者間發揮作用，使二者產生關連。故 Williams 認為，若追尋符號最根本的意義時，會發現最後只能訴諸「此符號內在的重要、神聖性」之理由，亦即其所稱「魔法形式」(magic form) (Ibid.: 78)。符號只是一種中空的載具，它們並不含有實質內容，亦不存在真實的區別，其不具本質之重要性。但我們實際使用符號時，可能經常認為某些符號具有其重要的本質，或逕自將符號與某些人、事、物緊密地連結起來，而陷入其「魔法形式」中。

故對於符號之觀察必須回到人的本身，重點為人的思維如何影響符號，當我們使用符號描述抽象性事物的活動中，符號的內涵與現實世界並非直接關連，而是基於人所賦予其意義，此時語言符號僅被當作描述的「工具」(tools) (Ibid.: 83)。換言之，符號與其所指涉的現實世界僅具間接的關連性，若進一步論及抽象性的概念時，更僅是展現符號間及符號與主體思維層面間的「關係性」，而非藉由符號內在本質來表現其所描述的抽象性。因此，人們須先同意並確定其指涉之具體事物內容後，才能使用符號，否則將陷入各說各話而無法有效溝通。²⁹則法規範作為描述人際關係與人類社會中抽象性事物的語言符號，並不具普遍存在之意義或概念本質，故 Williams (Ibid.: 86) 認為：「『法律』係表述並結合理念 (ideas) 與情感 (emotions) 之符號集合。」同時 Williams 引用 Olivecrona 的話來說明：「規則僅作為人類觀點的內涵而存在，而在任何人的心智中，沒有任何觀點會永遠存在。故於心智中，命令僅係間斷的。」(Olivecrona, 1939: 47-8, cited from Williams, 1945: 85)³⁰故對法律符號的觀察，必須考察人類心理活動層面。

²⁹ 故使用指稱關係性或抽象性之符號時，符號使用者必須注意溝通對象的回應，亦即作者／說話者與其讀者／聽眾間的課題，此面向正為 Perelman 新修辭學的主要研究領域。同時，新修辭學對符號學有關主、客體間的互動以及主體、主體間之互動態樣，有更為深入且廣泛之分析。

³⁰ *Law as Fact* 這本書，筆者透過全國圖書書目資訊網僅查到政治大學有日文翻譯本，惟至政大圖書館網頁則查到有 1971 年第二版的館藏，但經筆者翻閱後，1971 年的第二版不但在頁數上與 1939 年出版有所出入，甚至找不到 Williams 所引用的那段話，Olivecrona 在第二版中指出該版是他多年來反思與研究後對第一版做出的重大修訂，但缺乏第一版可資比對，故無法進一步瞭解 Olivecrona 是否在二個版本中，理論上出現重大轉向。

基於法律符號所具概念與情感的性質，Williams (Ibid.: 180) 進而指出法律符號的意義常是模稜兩可，意義時而被限縮、被擴張或被轉換。透過對邊緣意義的比較，Williams (Ibid.: 182) 認為：「所有（具對立關係）的符號僅是連續體的最前或最後之單元，而極端的情形可能是純概念性的，並無在經驗意義世界下的實例。」故我們對於符號所為之意義分類，係憑藉人類的強制力量 (Ibid.: 185)，非法律符號內在的本質，Williams (Ibid.: 191-2) 指出「縱使當我們使用核心意義相當固定的語詞，在為數眾多的邊際案例中，其適用仍充滿疑問。一般而言，我們嘗試用語言形塑我們的區別（對事實的區別），而其超越了案例事實所擔保。」因此符號意義須藉由強制的方式才得以確定其範圍，乃是源於符號使用脈絡中所產生的特殊目的，尤其是某些實踐性目的 (practical purpose) (Ibid.: 301)。在此情形下，某些符號意義係基於符號彼此間的對立與互動而產生，亦即某些符號意義的範圍，必須根據其對立符號意義之範圍始得確定 (Ibid.: 301)。³¹ 質言之，我們無法直接根據符號本身以確定其意義範圍，反而必須依據其他面向來劃設之，其正因 Williams 所強調符號與現實世界不具直接關連的課題，現實世界經常溢出符號所指涉的意義之外，符號本身無法精確地表現所有事物，總是留下無法涵蓋的空白事物與模糊地帶。既然符號與現實世界間存在著隔閡，但我們又須以語言作為表述與合理化之工具，則使用符號之際，必回溯自身所依存之某種社會脈絡或情境中，根據脈絡或情境而決定我們的實踐目的，從而特定符號意義。³²

至於法律符號與情感之關連，Williams 認為「法律」係表述並結合理念與情感之符號集合，甚至「全部的法律都是由情感陳述所構成。」(Williams, 1946: 396) 情感即展現著個人的「感受」(feeling) 與「意欲」(desire)，並與我們的心理素質不可分割 (Ibid.: 389)，而感受與意欲的概念涉及我們主觀上評價的問題，故法律符號的情感功能暗指法規範富有「價值判斷」³³。同時，一如上述概念意義的劃定

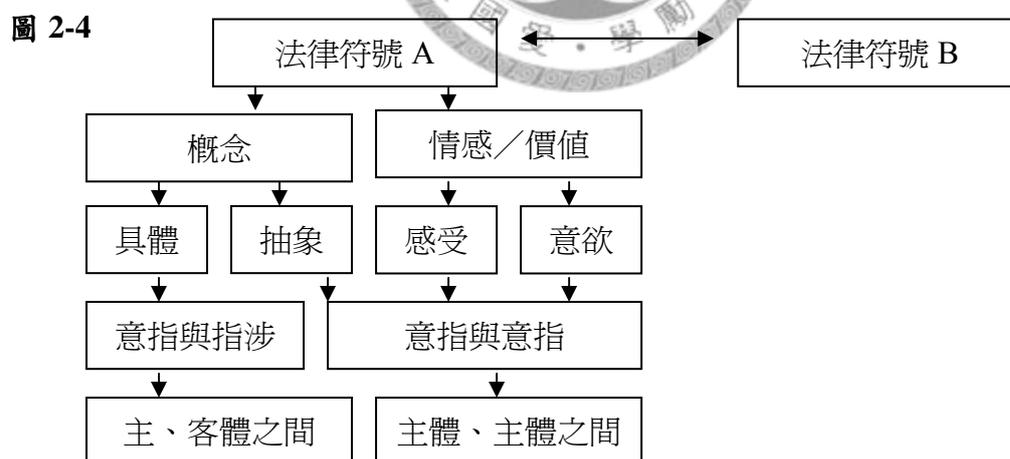
³¹ 此種對立 (opposed) 的關係，正是前述 Saussure 所強調的。Williams 之法律符號理論雖主要受 Ogden 與 Richard，且文中並未引用 Saussure 之文獻，但其認為法律符號並未與現實世界有直接之關連，主要因是受到人類思維的左右，且某一符號意義亦受其對立符號之影響，在此觀點上近似於 Saussure 之主張（當然，二者並非完全相同），而回到符號間對立之課題。

³² 或許我們也可以說法律符號的意義受到了人類社群或社會的控制與支配，亦即實踐性的目的是什麼？其如何形成？或有無被導引的可能？都是值得進一步追問的質疑，此處符號學隱約透露出符號與社會權力間互動的可能，但更為深入且精闢的分析，則請見下述 Foucault 有關論述場域的理論。

³³ 可以發現 Williams 進一步將價值的面向帶進法律符號的討論中，然此價值的面向並不同於前述 Saussure 所謂語言中的「價值系統」，Saussure 僅是強調符號間「值」的差異將構成某種秩序位階，但 Williams 則是主張法律符號中內含有人類的各種價值，其展現出人類的「感受」與「意欲」。而 Ogden 與 Richard 雖提及意義所依存之背景脈絡與情境，但並未強調此價值面向。

方式，情感亦使法律符號無法存在絕對正解，Williams (1945: 386) 認為就情感的面向而言，法律並沒有絕對正確的適當意義，適當的意義只會出現在「普泛的」、「被指定的」或「被欲求」的情形中，尤其當法律符號使用「應該...」的表述方式時，其正是指向「意欲」(Williams, 1946: 397) 的情境，呈現出個人以及所處社會之感受及意欲為何，進而得表明規範之集體性色彩。故將「情感」加入法律符號之成分中，將強化個人與社會間心理層面對法律符號之重要性，尤以價值面向為最，故我們對於釋字的分析，亦須考量其中價值的課題。

法官對法律進行規範控制時，須注意係爭個案所涉及各種領域，經考量所牽涉的情境與脈絡，審慎推敲其符號的運用，進而適當填充該法律符號之意義與情感，以成就定分止爭之目的。換言之，我們可以透過觀察判決或司法解釋中符號的對立關係，藉由凸顯係爭個案中對立的符號型態，掌握法官或大法官在進行裁判工作時，其對法律符號投注何種理念與情感，尤其是其如何看待與認定相關符號之社會性意涵，及其所涉之價值層面。再加上前述符號的「關係性」面向，可進一步檢驗法官或大法官進行其審判或解釋工作時，是否逕自使用某類約定俗成的符號系統，而未思量該符號內可能隱含的事實性闕漏以及特殊性價值，致形成推論上過度的跳躍與空白。關於 Williams 的法律符號理論架構可圖解為：



資料來源：筆者自製。

然符號學之分析旨在呈現出主要的符號對立關係，透過呈現此種對立關係以延伸出對立符號及其主體、客體間的關連性，並進而揭示其內部的對立意義與對立價值。諸多符號論者雖重視符號與其主、客體間的課題，但僅以符號分析似難充分表現出此特殊面向，因承接Saussure而來的符號學，其研究主軸並非符號變動的過程，而是同一時間層面中符號間之關係，故難以期待透過符號學理論以瞭解

符號的意義如何隨時間而變化³⁴，即便Williams強調人類思維對於符號意義具有重大影響，但符號變化過程亦非其研究重點。而各種類型的符號除有對立關係之外，是否尚能透過各類組合型態而發揮更重要的影響力？甚至，符號意義的如何建立與變化？及其建立與變化過程的樣貌如何？此皆超出符號分析的範圍，有另尋出路的需要。

但無論如何，符號分析作為一個研究起點，我們已經瞭解到語言中充滿著各種對立之點、關係性及符號所連結之思維、情感，故我們可對釋字中有關健康之符號加以觀察，檢驗大法官究以權利或價值之憲法符號與健康符號進行對比，追問大法官在健康符號安置在何種憲法位階中，並反思大法官在處理該符號時所注入的理念與情感為何。然而，我們更好奇透過符號的聚積是否會形成不同的語言線段或平面，展開某種語意之網，而形成超越符號本身的語言意涵。甚至，若藉由不同線段或平面的堆疊，會否形構成某種空間，而更精密地展示出語言的繁複。

第二節 Ch. Perelman 之新修辭學

「毫無疑問的」K 非常和緩地說道，他為全場的集會精神而感到得意洋洋，在此寂靜中，微弱的鼻息也清晰可聞，這比無邊的采聲，還要令人興奮。

卡夫卡（1993：36）

第一項 從符號走向修辭

當符號學解構字詞意義的固有疆界後，概念與語詞終究回歸人類的創建，故 Sobota（1992：41）指出：「...人類概念，尤其是正義與不正義，都是語意學之『網』：係由以語言為基礎的主張所構成」。當語詞內部的絕對性本質消散後，分析工作將不再是探詢語詞或概念背後根源的事物，而是追問在人類社會中意義如何被構成，以及語詞中主觀價值與情感之選擇。前述符號學之理論路徑，集中在構成面向，較少探查人類價值與情感之動向，並未深究符號意義中生產符號共識意涵之

³⁴ 如前所述，Saussure 主要研究的對象是同一時間層中的各種語言事件，因此符號歷時性的動態面自非其主要的理論內容，另外 Saussure 主要關注的對象是語言而非言語，故並不強調主體與客體對語言所產生的影響。但 Saussure 並非忽視語言符號在時間上與其主客體上的變動性，僅因該二者並非其研究的重心，誠如陳明珠（2008：34）之見：「研究者僅鎖定不變意義的分析，將會使得意義的討論趨於狹隘，應對符號的可變性意義有更多的關注，才能看見意義在社會文化中流動的差異變化。」然 Saussure 關於符號流變的不足，則可透過下述其他語言分析理論補充。

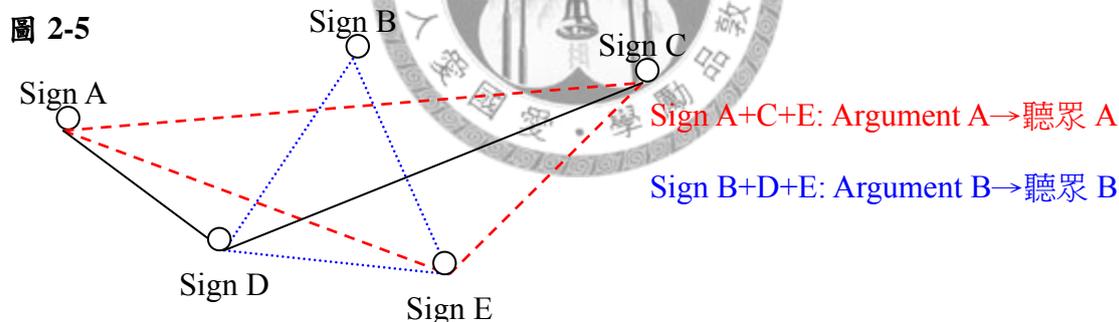
主體間互動過程，反倒預設其為社會所廣泛接受並作為符號學分析的起點。然 Sobota 認為符號自身與符號的使用者不是研究分析的主要對象，它們只是作為「說服的工具」(Ibid.)，重點在於如何透過符號的運用，以取得說服的結果。亦即，符號意義係經由人際互動所產生說服的結果而確定，透過對此互動過程的觀察，即可理解符號意義的成因、範圍與界線，而研究人類如何進行說服活動及其相關的課題，則進入「修辭學」(rhetoric)的領域中。

近代「新修辭學」(new rhetoric)的創始人Perelman曾對正義問題與形式邏輯之關聯進行研究，Perelman (1980b: 10)認為：「形式正義的邏輯必須包含不確定要素(數學上稱為可變項)，而對該要素之確定將產生他種正義的概念。」故Perelman將正義區分為「形式正義」與「實質正義」，形式邏輯僅能解決前者的問題，後者涉及價值排序的層面，無法透過形式邏輯尋求解答。(Perelman, 1980: 20)故Perelman創設新修辭學的研究途徑，藉由觀察說服的技巧與說服的整體結構，分析如何透過修辭論證取得自己或他人信服而解決價值的衝突。且說服的面向緊扣各種不同的聽眾型態，如單獨個人、特定人士或全人類(Perelman, 1982: 5)。因此，新修辭學將主體互動的面向帶進語言分析之中，其富含歷史性、開放性與脈動性，對於不以主、客體為研究主軸的Saussure，及缺乏關注互為主體的Williams，新修辭學正為二者之補充，其任務正是探詢憑藉互為主體的而建立價值共識的過程，並考察其中語言活動如何建立起主、客體暨主體間之關連活動，較之符號學更擴大了語言活動之動態面。³⁵

但如前述符號學，修辭的方式亦不可能為任意、武斷的，而受有某種程度的限制。因之 Sobota 將符號、修辭與系統論連結起來，認為關於生產、改變或廢除正義或不正義的概念時，雖然最主要者為修辭活動，但就法律建構之修辭活動所

³⁵ Perelman 對於新修辭學之開創，係源於對形式邏輯之反省，Perelman 十分反對當時新實證主義對形式邏輯的過度重視以及將理性限縮於其中，導致人類行動中其他思維層面被歸於非理性之結果。故 Perelman (1979: 30) 直言：「若思考在政治、道德、法律、社會科學，甚至哲學等各種領域中，如何產生證立的課題，則很明顯的，我們的智識不能僅化約為形式邏輯。」於是 Perelman 另循論證理論作為其分析途徑，然其主軸仍圍繞在人類心智之運作，尤其是主體間思緒的依附，此進一步指向「聽眾」的課題。若觀 Karl-Otto Apel 之言，論證中邏輯的有效性亦非純由理性思維所決定，反而必須在能進行交互主體的溝通並達成共識的學者社群中，始得對該有效性加以檢驗。(Apel, 1996: 28) 此主張將修辭的面向進一步擴張到自然科學的領域，宋維科(2005: 413)亦指出：「可將新修辭學視為對笛卡兒式方法論之批判以及對科學客觀性霸權之挑戰。」正意謂新修辭學欲將研究視角拉回主體本身，防止不斷朝向客體陷落而造成主體的消逝，若對照前述 Saussure 嘗試以「科學的」方法研究語言符號，新修辭學亦將語言分析的要務重新聚焦主體面向之上，注入豐富的文化、歷史與人文社會的脈絡。

進行的各種研究中，其顯示了一種暫時的基本條件，該條件對於何時或何種環境下法律之網得以持續存在，提供了解答。故 Sobota 將這些條件稱作：「約束」(constraint) 條件，且「使用『約束』一詞，係避免吾人將法律發展模式誤解為任意武斷的……『約束』主要是表現出法律的形成係由一些基礎功能與系統執行其任務之方式所形塑，尤其是其解決了自身存續的難題：法律必須使自身續存，一如蜘蛛必須維繫其網。」(Ibid.: 42) 然而，這並非意味修辭方式完全被限定，其僅凸顯出修辭方式的有限性，因此不同的聽眾類型將對應至不同的修辭方式，而不同的修辭方式將導致不同的符號排列。換言之，原先符號間對立與聯想之點間相互排列組合，將形成諸多修辭線段，而不同的線段指向不同的說服效果，且線段間可透過再組合的方式構成更廣泛的總體修辭平面。但新修辭學重點在於人際間互動的面向，亦即，分析修辭方式旨在呈現「對象主體」的重要性，強化符號學中著墨尚淺的人際或社會之層面。申言之，修辭者不能完全脫離社會大眾而恣意建立其修辭方式，但可以透過選擇可接受的修辭方式獲致其所欲求的修辭效果，進一步促進或調和某種價值或價值衝突。相較於符號學的理论路徑，新修辭學更深層地檢視語言、符號與人類社會間的關係。可將上述概念表現為下圖：



資料來源：筆者自製。

第二項 聽眾分析

第一款 聽眾的種類

修辭活動既然是作為說服的功能，則應進一步探究何者係作為其說服的對象，亦即探詢其聽眾為何。Perelman與Olbrechts-Tyteca (1969: 19) 將聽眾定義為：「言說者在論證過程中所企圖影響之人」³⁶。並將聽眾分為：「普遍聽眾」、「單一

³⁶ 關於 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 著作中相關名詞之翻譯，本文主要參考廖義銘 (1997) 及王效文 (1997)。

聽眾」與「言說者自身」三類 (Ibid.: 31-45)。Perelman與Olbrechts-Tyteca對於聽眾的分類主要牽涉不同的論證模式，若言說者欲追求其論證被普遍地接受，或欲建立某種客觀真理，尤其是哲學上的論證時，其須以「普遍聽眾」作為其修辭對象。但言說者亦可能欲和聽眾間進行辯證 (dialectic) 活動，此時言說者雖仍可能以「普遍聽眾」為其對象，但實際上言說者經常將其聽眾限縮於某一特定具體的社群，透過將聽眾具體化為「單一聽眾」之方式，有意識地根據其特質而選擇其修辭技巧，如此一來，即得藉由觀察修辭技巧反面推知言說者所針對之聽眾為何，其及修辭之目的為何。最後，修辭除能說服他人以外，亦須得說服言說者自身，從而避免整個溝通過程避免流於個人策略性而非真誠地進行人際互動。此處亦須注意，上述三種聽眾分類並非截然二分，甚至經常相互重疊，故在觀察聽眾的面向時應注意所有可能涵蓋的情形。

Perelman與Olbrechts-Tyteca的三種聽眾係以所有的修辭活動為對象，至於司法解釋或判決所面對之聽眾取向，Perelman (1980a: 151) 認為法官所面對的聽眾有：爭訟當事人、上級法院與智識大眾，而Jackson (1990: 90-1) 則進一步擴充為：「普通法院之上訴審必須同時面對至少三種不同的聽眾：二造當事人（包含法律代理人）、法律專業人員與較寬廣的社會與政治世界。法院必須考量涉及每一位聽眾的利益、價值與課題。換言之，法院同時參與了至少三種不同的言說³⁷。」其一方面合乎前述Perelman的三種聽眾類別，但另一方面則恰巧對應至法律言說活動中參與者的類型，Jackson所謂「二造當事人」與「法律專業人員」即屬於Perelman之「單一聽眾」，而「較寬廣的社會與政治世界」則應係「普遍聽眾」，且法院所做成的決定自當能夠說服法院自身，否則有破壞法安定性與法院威信的可能，故「法律專業人員」涵蓋Perelman所謂「言說者自身」的聽眾類型，及法官所面對之「下級法院」聽眾取向。故法官論理之目的一方面重在取得當事人之信服，另一方面又須妥善回應社會中主流的優勢文化或意識型態，進而取得社會的信服，並在整體上遵循自身論理的脈絡而統整其一貫體系。

誠如 Sobota (1992: 44) 所言，法官進行司法審判時並非恣意為之，必須考量

³⁷ 此處「言說」的原文為 discourse，但為區別下述 Foucault 論述分析中 discourse 之概念，故將本節 Jackson 以及 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 之著作中所提到之 discourse 翻譯為「言說」，以彰顯在新修辭學與論述分析的領域中，discourse 一詞之含意具有相當大的差異。且須先強調，Foucault 所使用 discourse 的意涵遠較此處來得廣泛，觀下述 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 對於該詞之用法以及下節 Foucault 之用法則更為明顯。

到司法內部現存的主流價值秩序，不能悖離法律系統的規則而破壞系統穩定，但司法判決又須對未來保持開放性，以回應政治、社會系統所產生的各種危機，故須能保有某種程度的開放性空間以應付未來可能衍生的不確定性危機。故法官亦須認識係爭案件的主要聽眾與可能的潛在聽眾，然後謹慎地選用修辭策略，才能有效調和多方利益的現存與未來之衝突。而大法官處理之客體為憲法，憲法作為一種基本規範以及政治性法律，本身具有高度抽象性、概括性，且所含有之憲法原則亦具政治性、社會性與經濟性等意涵。尤其在所謂「較寬廣的社會與政治世界」一項，大法官所面對的「普遍聽眾」自較一般法院所面的範圍更為廣泛，其「普遍聽眾」所蘊藏之「壓倒性社會優勢力量」（廖義銘，1997：297）甚至指向全國人民層次。故本文將採用以 Jackson 所提之「爭議雙方當事人（包含法律代理人）」、「法律專業人員」與「較寬廣的社會與政治世界」三種聽眾作為分析的架構。

第二款 聽眾的功能

言說者須注意其聽眾之性質，俾利說服其所面對之聽眾並取得其同意，所有論證之目的就在於「創造或增加意向的依附，而展現其對論證的同意」（Ibid.: 45），透過修辭使言說者的論證為聽眾所接受，形成某種共識，其得作為其論證效力的基礎。對溝通行動者而言，Habermas（1996: 31）曾指出：「法律規範性處於義務性的行為期待的層次，對此，行動者假定法律共同體成員之間已為合理地同意之...。因此行動者，會將合法有效的規範歸諸於一種...或規範性行為期待的義務論特徵。」故說服聽眾不但能達成言說者與聽眾間的共識，更得使其論證作為期待某種行為的基礎，為論證取得一定程度的效力。就法律規範而言，運用各種法律符號並遵循既定的規則與或體系，法律論理活動中所形成各種法律修辭，其主要目的即是獲得聽眾的同意進而取得效力，故Perelman認為法律合理化的過程在於論證理論的適用，而其係屬希臘—羅馬所稱之「辯證」或「修辭」（1980a: 130）之範疇。³⁸ 無論是法規範的制定或是司法判決，都必須通過聽眾的檢驗，甚至在訴

³⁸ 關於這個部分的闡述，Habermas 作更清楚的概念定義，其將規範的有效性總歸於一個原則之上，即「言說原則」（D）：「僅當所有受到影響的人參與了理性的對話，並同意了這些規範時，這些規範才是有效的。」（Habermas, 1996: 107）亦即，有效性的問題與言說活動及合理化過程相互關連，效力的基礎在於各主體進行言說活動時，在符合一定條件的言說過程中，對於某規範之信服與接受。Apel（1996: 297）則詳構為四個前提要件：「1st 交互主體的有效意義（該意義是存在的，它存在於語言功能）；2nd 真理的宣稱（期待獲取他人的普遍性／廣泛性同意）；3rd 真誠的宣稱（2nd 的暗示，非策略性的）；4th 規範與道德關連的正確性宣稱（針對溝通參與者的暗示，當我們提出真理主張而期待他人認同時，會隱涉／影射該主張是規範上或倫理上為正確的）」，透過主體間相互溝通

訟程序中所為之證明，實係二造當事人透過各種修辭、敘事以爭取裁判者對其論證的信賴，對於那些爭相宣稱其為真實的證詞間，法院不過是作為檢驗其真實程度的交戰地 (Landowski, 1989: 38)。故大法官進行合憲性控制時，亦無法規避上述考量，甚至因大法官所面對的聽眾層次非常廣泛，須更加謹慎小心地安排其修辭方式，否則將失其合理化的基礎。

第三項 新修辭學之理論架構

就法律與修辭的關係而言，Perelman (1980a: 127) 曾經提到「我們不得不承認法律的理性，或法系統的精神，是涉及到在某一社會中所認可的目的與價值體系。」法律並非全然處理事實的問題，亦非單純機械性地操作規範，而是涉及既定社會文化的脈絡中關於價值衝突的課題。對於 Perelman 而言，法律如同其他人文學科一般，本身旨在處理價值的問題。然 Perelman 又指出：「關於專屬價值判斷的（形式）邏輯，並不存在。」(Ibid.: 149) 換言之，我們無法用形式邏輯處理價值衝突的課題，故 Perelman (Ibid.: 126) 直言：「形式邏輯能夠使我們解決法律爭議嗎？當然不行。」他認為：「法律的合理化過程，是一個被仔細推敲的實踐理性個案，其並非是形式（邏輯）證明，而是指向使當事人被說服與信服的論證...在實際論證中的『好』理由，依據其決定所涉及之領域，可以是道德、政治、社會、經濟或宗教上的。」(Ibid.: 129) 故大法官進行違憲審查時，不可能僅仰賴形式邏輯而找出最終、最根本的答案，大法官必須聆聽社會多元價值以及當代的主流優勢文化，同時兼顧弱勢與非主流的吶喊，形成能夠有效說服當事人與各種聽眾的決定，才能真正解決司法案件中內含的價值衝突。故廖義銘 (1997: 335) 認為以新修辭學分析大法官解釋中論點規劃之模型與準則，係具有重大意義。而新修辭學之理論路徑如下所詳述。

第一款 論證的前提

Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 認為言說者必須奠基於某些前提始能展開其論證，亦即言說者與其聽眾間須在某些面向上達成或存在著共識，否則無從選擇其修辭方式，遑論獲得聽眾的信服。Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (1969: 66) 提出二類論證前提：一為「實在的」(real)；二為「偏好的」(preferable)，前者包含「事

之言說活動，始生產出有效性宣稱。

實」(facts)、「真理」(truths)與「推定／假設」(presumptions)，而後者則包含「價值」(values)、「序階」(hierarchies)與「論題」(loci)。「實在的論證前提」主要涉及客觀性事物，其常為人們所習慣性地接受，或者通常與人們習慣接受的事物有一定的相關，所謂「事實」即指人們對於某些特定資料所具有的共識(Ibid.: 67)，而「真理」則是基於不同事實間的連結所形成較複雜的系統(Ibid.: 69)，至於「推定／假設」則指稱通常與一般事件且為合理接受的事物相關，且其泰半作為論證的起點(Ibid.: 70)。然「偏好的論證前提」則不若「實在的論證前提」一般易為人們所接受，因其涉及人們心中關於善惡、好壞的評價，難能取得廣泛且一致的同意，如「價值」係意謂某一客體、存有或理念對於行為或其意向具有特殊之影響，其可分為具體及抽象二種價值(Ibid.: 74)，而「序階」則指各種價值間所組成的位階秩序，且亦區分為具體及抽象的序階(Ibid.: 80)，至於「論題」則是一般性本質的前提，即一般人的常識、一般性的觀點或普遍的基本法則(Ibid.: 83)。但「偏好的論證前提」在人文學科之中其具有基礎性的地位，對於人類行為亦有非常重要的影響。

言說者面對不同的聽眾時，須斟酌上述二種論證前提的選擇，因不同的聽眾社群間存在著不同的共識，其係透過社群成員所使用的共同「技術性語言」(technical language)而顯現(Ibid.: 99)³⁹。故反面而言，藉由觀察釋字中的論證前提及相關技術性語言，可以推測出大法官所設想及其實際可能面對的聽眾型態為何，進而接續探查其修辭方式及其修辭結構之型態，發見其整體修辭所蘊藏之意涵為何。

第二款 論證的技術

確立其聽眾與其論證之前提後，接著須談討言說者透過何種修辭方式取得聽眾之同意，Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 將修辭方式稱為「論證的技術」(techniques of argumentation)。其非以綜合式的分析，而是以「孤立的論證結構」開展其分析路徑，對於原構成單一論證中的各言說部分，解析出其中各要素。但 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 187) 同時強調：「現在，意義與一個被割離出的論證，很

³⁹ 故不同的社群使用不同的技術性語言，若欲針對某一社群進行說服時，則必須考慮此一面向，亦即須使用該社群之技術性語言，Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (1969: 99) 將之稱為「入會」(initiation)。此種概念似等同於目前流行的詞彙，即 Kuhn (1970: 23) 所提出的「典範」(paradigm) 概念。

難不是具多重意義的：將某一論證從其脈絡或其情境中抽離出來，再對之進行分析，則將近入無可否認的危險之中。」因此解析出論證中各要素的過程中，須注意相同或不同的論證與其各要素間之互動狀態，新修辭學絕非僅觀察被割離出單一論證之內容為何，應是結合相關層面作整體的觀察。

Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 190) 將「論證的技術」概分為「結合」(association) 與「分離」(dissociation) 二大類，前者係指將兩個分離的要素結合起來，並使我們於其上建立一個統一體，後者則是使用分離的技術，去調整某些構成重要成分的概念。此二者在實際上具互補性，但在論證形式中（表面上）卻能透過所使用的資料而強調其分離或結合的一面。二者之詳細內容則為：

第一目 論證結合之技術 (association)

壹、準邏輯論證 (Quasi-Logical Argument)

Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.:193) 指出：「因存在被認為有效之形式邏輯之證明，準邏輯論證之說服力，即係導源於其近似於這些已建立之理性化模式。」同時，準邏輯論證常以清晰明確的方式呈現出來，且對之所為邏輯上之批評，該批評本身亦屬於準邏輯論證。但必須注意準邏輯論證與形式邏輯之間存在重大差異，即準邏輯論證係「致力於對非形式之特徵加以簡化或詳細說明，使該論證得以顯示其證明力。」(Ibid.) 其非若形式邏輯針對被孤立出來的各種實在事物，使用形式化之人工符號進行分析工作，「準邏輯論證」僅是仿效形式邏輯的外貌，尤以數學的表現形式（數理邏輯通常表現為： $P \rightarrow Q$ ，因有條件 P 之存在，故 Q 得以成立）為之，以產生類似數理、形式邏輯的說服效果。

易言之，「準邏輯論證」係利用形式邏輯之論證型態，依其論證脈絡、聽眾與各言說間之互動而採取不同的策略，並配合其他種類之論證或投入某種價值議題，進而形成特殊的修辭效果。在法律論證中，如：憲法保障人民的言論自由，若脫衣舞為言論自由，即應受憲法保障，但脫衣舞是否核屬言論自由保障的範圍，及憲法對各種言論自由是否容有保障程度之差異，實可作進一步的分析，非單純以形式邏輯即能證明。故僅陳述脫衣舞為言論自由之一部份並應受到憲法保障之主張，其實是使用了類似邏輯式的表述方式，其中含有非形式邏輯的論證。

貳、基於實在結構論證 (Argument Based on the Structure of Reality)

Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 261) 認為此技術係：「在已被接受的判斷與其他欲被推動的判斷間，建立起一致性」，尤其是將其相關要素呈現為整體中不可分割的一部分，以既存的實在結構為基礎，將某事物納入實在結構之一部份，從而證立該事物屬於某種已為聽眾所接受的結論。換言之，將某些事實或主張連結至人們已接受的某種實在事物之結構，亦即將該實在事物結構的範圍作相映之調整，以涵蓋所欲證立之主張，即是「基於實在結構之論證技術」。其中的類型，依 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 262) 之見解，尚可分為：「適用於連續性關係 (relations of successions, sequential relations) 的論證，將一個現象中的因果結合起來；適用於共存性關係 (relations of coexistence) 的論證，將一個人與其行動結合起來，或將一個團體與其內部組成個體結合起來」。其可再細分二點：

一、連續性關係

在連續性關係中，最重要的論證技術莫過於「因果關係」(casual link)，同時 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 認為在所有「連續性關係」中，「因果關係」最為重要，且具有三種基本的形式：一、以因果關連的方式結合二個給定的連續事件；二、揭露決定某給定事件中的因果實在；三、展現必然源於某給定事件的結果。(Ibid.: 263)。基於理性或合理化之要求，「因果關係」在論理的過程中扮演重要的角色，且源於對人類行動所為理性的預設，在人際互動中探討個體行動的原因則更形重要，故法學論證中經常可見各種因果關係的主張。但須注意在理解事件或個人行動背後的原因時，實際上不可能將所有面向皆納入考量，且將原因與結果併同呈現之目的主要在於產生說服效果，同時原因事件與結果事件間亦未必具有絕對之關連，故許多時候，因果關係僅是作為一種修辭技巧。

二、共存性關係

在「連續性關係」中，被連結的二個事件基於時間的先後順序，而被歸屬於不同之重要性層級，一如我們會強調先發生之原因重於後發生之結果。在「共存性關係」中，Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 強調其非涉及同時性之課題，而旨在呈現「本質」(essence) 與「外在」(manifestations) 間的重要性差異。(Ibid.: 293) 尤以「人及其行為」的面向中最为明顯，因為難以從人的身上抽取出完全一致的性質，只能透過論證之技術獲得某種程度的共識，並從而產生如「源自權威的論證」(argument from authority)、「阻絕與限縮之技術」(techniques of severance and

restraint) 等論證技術，以增加其說服之效果。

上述二種論證技術並非壁壘分明，二者可彼此組合而強化其說服效果，形成「雙重層級關係」(the double hierarchy argument)，在實際論證策略中亦常見此論證技術，「連續性關係」與「共存性關係」二種不同層級的論證可在此「雙重層級」中結合，亦可作為其論證基礎。(Ibid.: 339) 而在法律論證中，「基於實在結構之論證」最顯明的實例莫過於法律關係各種因果關係的主張，尤其在司法審判實務中必須考量到許多事實之間，或事實與價值間的因果關係，始能作成判決。這些論證的基礎即是涉及各種實在關係，但司法判解中對於事實之因果關係論證，一如前述 Landowski (1989: 38) 所主張，並非純粹直接根據事實，而係透過論證技術博取聽眾對於該事實之一致同意，進而獲得說服相關聽眾肯認該事實與特定法律效果間具相關性。

參、建立實在結構論證 (The Relations Establishing the Structure of Reality)

此部分與前述「基於實在結構論證」正好相反，論者透過許多的案例或事實的聚積，以證立某些事實或主張，亦即原先並不存在已被接受的實在結構論證，而是論者藉由諸多言說或論證之聚合，嘗試獲取聽眾對於某種實在結構論證之同意，實在結構係該修辭技術的目標而非工具。其中，Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 將之細分為下述二點：

一、透過特殊案例來建立 (Establishment Through the Particular case)

Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 350) 認為其基本內涵為：「藉由範例 (example) 來進行論證... 意謂該範例欲建立之特殊規則存有異議，但此需有二個先決條件，一為透過特殊案例以達成普遍化之可能性的先決同意，另一為對慣例效果之先決同意。」而範例的使用一方面得「展現某些相似性」，另一方面則使單一現象之描述僅被視為係就整體資訊中的所為部分單元之呈現。(Ibid.:351) 亦即修辭主體使用範例時，須先考量到聽眾對於哪些事物或論證已具被先前之同意，接著透過呈現各種案例並強調這些案例所共有的相似性，使聽眾確信其中有某種規則的存在。然而使用範例並非將所有的面向皆加以表述，反倒常將主觀的價值或意欲隱藏起來，僅留下客觀性的意涵以強調各範例間的一致性，故範例旨在使其中某種要素逸漏，如 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 353) 所述：「...同時存在有客觀與主觀的觀點，然將個案適用於刑事程序中，卻僅使客觀觀點存續」。亦

即範例的使用若為證成 $A:B=C:D$ ，但 $A:B$ 的對比中所含有的 x, y 要素，在 $C:D$ 中可能只剩下單獨的 x 或 y 。

除範例外，Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 尚提及「實例」(illustration) 與「模範」(model)，前者主要的功能為「強化對已知或既存規則之依附」(Ibid.: 357)，而後者則旨在「激起他人採取或欲求某種特定行為」(Ibid.: 362)。但不同於前述之範例，「實例」並非具體化抽象概念或將結構轉化到其他領域，其主要功能僅是鞏固某種規則，其目的是展現出毫無疑問的適用可行性，以促進個人對於規則的瞭解。至於「模範」則牽涉個人或群體之權威性，基於其擁有該權威使得其行為被賦予某種價值，進而作為某種「模範」以導引他人之行為模式或捍衛某種已被接受之行為模式。而「負面模範」(anti-model) 亦不若前述負面範例或負面實例之效果，其主要作為某種論證之起點。

二、透過類比 (Analogy) 來合理化

所謂「類比」依 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 372-3) 之見解，為：「A 之於 B 一如 C 之於 D。A、B 作為『本組』(theme)，而 C、D 作為『喻組』(phoros)，且『喻組』較之『本組』更為人所熟知，而『本組』則是須要進一步澄清其結構，其須依賴『喻組』始得證立自身結構或建立價值。」然重點在於二者實係歸屬不同領域，二者間存在不對稱關係。且二者間亦非存有相似的關係，而是關係的相似，基於關係的相似，「類比」之論證技術始生將原本看似無關的事物結合起來之效果。

而「類比」的主要效果在於「價值的轉移」(transfers of value) (Ibid.: 381)，透過「類比」之論證技術，將原本「喻組」或「本組」之價值轉移至他方之上，使得他方具有相應之價值。另外，Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 398) 認為「隱喻」(metaphor) 亦屬一種類比的論證技術，更為確切地說，「隱喻是一種濃縮的類比，其係源於『本組』及『喻組』中各要素之融合。」(Ibid.: 399) 故實際論證過程中，言說者亦常使用「類比」之論證技術以強化其說服力，其中仍內含有價值的課題，甚至透過「隱喻」的方式，更增強其論證效力。然而，此種修辭技術在欠缺比喻類型之語言使用領域中，似少見其例。

第二目 論證分離之技術—概念分離 (the dissociation of concepts)

前三種論證技術係將相關概念、主張或事實加以結合而強化其說服效果，此處所謂「論證分離的技術」則係將相關的論證拆解，進而排除較易遭受質疑的部分，以鞏固原本的說服效果。Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 411-2) 認為「論證分離」即是：「反對者將採取一種方式，其展現出被認為係已接受或某個人假定、希望之連結，其並不存在」其方法則為：「...主張應保持分離與獨立之要素，其係被不適當地結合。」但不僅要打破相關概念間原先具有的連結，同時也要調整這些要素的每一個結構，防止出現概念的缺口，如此始能有效地將之劃分為不同領域之事物。

論者透過將原本結合在一起的各主張、事實加以重新調整，使原本結合在一起的論證分離成各個不同的部分，此修辭策略多半出現在原本的論證受到質疑或挑戰時，為求有效地自圓其說，故將原本論點中所含有的困境或矛盾之處予以剔除，而能「移除某一命題遭遇到其他命題所產生之無法相容性，無論是在處理規範、事實或真理時皆同。」(Ibid.: 413)。透過論點的拆解，使得原本的論點得以續存，防止論點本身的崩解。Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 415) 認為最典型的「論證分離技術」係哲學中廣泛使用的「表象 (appearance) / 實在 (reality)」之分，此區分主要可表現為 $\frac{\text{appearance}}{\text{reality}} \Rightarrow \frac{\text{term I}}{\text{term II}}$ ，此為一種建構的過程，透過對 Term I 與 term II 之比較，並將後者所內含之不相容事物或概念歸為前者，使限縮後的 Term II 更為完整或更為合理，故形成二者間具有不同價值之狀態，Term II 相對於 Term I 尚形成某種標準與規範，一如「表象 / 實在」的區分中，實在緊密地與價值連結在一起，同時其地位要高於表象。

第三款 論證的互動

除觀察個別修辭技術外，整體的修辭結構 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 460) 指出論證之互動可分為四個層級，分別為：「一、論證與各種論證之間；二、論證與其整體的論證情境間；三、論證與其結論間；四、論證與其所存在之言說及該言說相關之事物間。」因此整體論證具有十分複雜的結構，其挾帶之論證效果亦因其內部論證組成方式之不同，而各有千秋。對於新修辭學而言，論證本身、各論證之間、聽眾面向與論證所存之情境皆交互影響，相較於前述符號學而言，其研究所涉及之領域更為廣泛。

Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 461) 指出論證的力量取決於：「一、聽眾的面向；二、論證的客體。」因此新修辭學的理论環環相扣，正確地掌握聽眾以及論證之標的，才能有效產生充分的說服效果。新修辭學最主要提供我們一個重要的視角，亦即許多論證過程其實都是爭取聽眾信服的過程，故對於釋字的拆解，除了透過觀察其中符號的互動外，尚應檢查釋字的聽眾為何？大法官選擇何種基本論證前提？採取何種修辭的技巧？這意味著關於健康之論證中，我們要檢驗釋字中前提的類屬與其對應概念，以及各類修辭技巧與釋字論理中憲法規範及價值性的課題，甚至檢驗大法官採用論證分離技術處理何種議題。透過新修辭學分析關於「健康」利益的論證，我們將明瞭大法官如何藉由各種修辭技巧的組合，強化相關釋字的說服力。

隨著對語言作更深入的瞭解，人際互動的面向對語言的影響愈大，同時亦可發現語言不再單純是使用文字與符號表達意義的活動，更包含整個人類或社群的特定觀念與主張，從而語言不再是一種靜態的事物，其中充滿著各式各樣的動力。一如 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 55) 所指：「每一個保有自身價值的社會，皆致力於促進定期發表言說之機會」，因此論證的問題不單僅限個體間的說服，甚至含有某一社群中維護某種主張與信念之情形，甚至 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (Ibid.: 57) 進一步指出：「所有的社會都極力確保（論證的）一致性，因他們注意到其中的價值與權力。」故新修辭學不但開啟了語言中人際互動的大門，更意識到論證與權力間的互動課題，然就語言符號與權力之關連，新修辭學的研究路徑似有缺憾，僅藉由新修辭學的理路，難以觀察社會集體對於修辭活動之影響為何？亦即，在語言互動過程外之事物，是否對於語言符號之運作存有一定程度之影響力？又，身處修辭活動之雙方，除純粹關於符號與修辭的語言層面以外，是否還受到言說活動外其他思維或事物的干擾？新修辭學之分析對此尚難令人滿意，尤其是權力對於言說活動的滲入，似應另尋出路。

第三節 M. Foucault 之論述分析

國王要一直不停地說故事、說故事、說故事；妃子們祇能聽、聽、聽，然後沈沈睡去。說話的人要無休無止地說下去，以確保他的王位。

張大春（2008：70）

第一項 論述的社會性意涵

第一款 從新修辭到論述分析

Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 於新修辭學中所提出的「聽眾面向」，更進一步地闡明符號系統中「約定俗成規則和區別構成的潛在系統」所指向的主體意涵，加入言說者與聽眾間之互動元素後，我們可以說符號的內容與組合型態應是受言說者所設想的聽眾類別而確立，其延續或轉變，亦須藉由聽眾的面向加以理解。因此新修辭學的理路，對語言使用之觀察係不可能僅止於分析語言靜態的關係，必須關注人際之間的互動過程，修辭技巧的選擇與其聽眾的層面係緊密連結不可分。然而，新修辭學的分析卻無法有效呈現出更廣泛的社會面向，尤其是其他非直接參與言說過程的人或社群與某種主張或理論的關連，所謂「約定俗成規則和區別構成的潛在系統」雖可透過聽眾與修辭技術進行分析，但僅限於者某特殊的聽眾類群或某單一的修辭活動，且除聽眾面向之外，是否尚有其他因素影響修辭策略之選擇亦不清楚。另外，面對不同聽眾面向的修辭活動以及面對相同聽眾面向的各類修辭活動間是否相互影響，新修辭學亦無法提供較佳的解釋。

對於各種主張或理論間作較為廣泛與全面性的探討，Foucault 所提出之論述分析正為較佳的理論路徑，其於 1968 年首先發表〈政治與論述分析〉⁴⁰一文闡述其理論梗概，次於 1969 年出版的《知識考古學》⁴¹中，提出完整與精細的論述分析架構，而後於 1970 年任職法蘭西學院教職之演說時，發表〈論述的秩序〉⁴²一文，進一步擴大其論述分析之內容，除一方面延續其考古學 (archaeology)⁴³的理論路徑，另一方面似開拓後續系譜學 (genealogy) 之理路，雖該文仍以考古學為其主軸，然已注意到其中「權力」之視角。Foucault (1972: 49) 曾強調：「當然，論述係由符號 (signs) 所組成，但論述不僅限於用符號去指涉事物。其亦不得僅化約

⁴⁰ 本文原刊載於 1968 年 5 月之 *Esprit* 法文期刊第 850-874 頁，後經翻譯為英文：Politics and the study of discourse。

⁴¹ 原書名：Archéologie du savoir，英譯書名：The Archaeology of Knowledge (Foucault: 1972)，中文翻譯為：知識的考掘 (王德威，1993)，一般皆習慣翻譯為「知識考古學」，然陳瑞麟 (1998: 223, 註 6) 認為翻譯為「檔案學」可能更為恰當。亦請參考陳瑞麟對於 Archaeology 該字所做的考證。(同前書)

⁴² 原文係於 1970 年 12 月 2 日於法蘭西學院就職時之演講，原文名：L'ordre du discours，嗣後翻譯為英文，但分別收錄於 *Untying the Text* 一書與 *The Archaeology of Knowledge* 一書之附錄，本文選擇其中翻譯較佳者 (*Untying the Text*) 作為參考。

⁴³ 中文著作主要翻譯為考古學。但 Foucault 此處並非指稱一般所理解的考古工作，而是描述那些在社會中合乎「論述形構規則」而進入論述場域之各種「陳述」，其類似各種經過分類規則而被妥善安置的「檔案」一般。陳瑞麟 (1998: 235, 註 24) 認為上述相關概念，可能源於 Foucault 深厚的醫學背景，故對於此概念不妨用醫院中「病歷表」的撰寫、歸類與調閱等運作方式作為其「檔案」之圖像。

為語言 (language) 或言說 (speech)。其所超出之部分，即是吾人必須揭露與描述之處。」⁴⁴故Foucault的理論，將帶領我們更進一步解析語言的深層結構。

第二款 「論述」與「論述場域」之意涵

第一目 陳述 (statement)

Foucault (1972: 28) 指出：「陳述是一個事件 (event) 而非僅是語言 (language, langue) 或意義 (meaning)。」陳述對 Foucault 而言具有特殊的地位，其「並非一種與句子、命題或言說行動 (speech act) 相同的單元，亦不同於物質客體 (material object) ... 因此陳述並非是一種結構 (structure)；而是一種存在的功能 (function of existence)，然此功能係屬於符號的，且個人因此得以透過分析或直觀而確定該符號是否有意義」(Ibid.: 86)。故 Foucault 區分「陳述」與單純的語言、符號與客體，探詢在傳統符號學與新修辭學中無法妥善處理或備受忽視的新興領域，然「陳述」及語言符號單元之間並非毫無關連，Foucault 旨在觀察各種句子、命題或言說行動中為數眾多的符號單元，其運作上的「功能」面向。

陳述作為 Foucault 論述分析的起點，針對語言各單元之功能面向進行解析，嘗試瞭解其內所含各類「關係」(relation) 的課題。申言之，語言單元之功能即是語言如何促進人際間溝通活動，符號學認為符號承載著意義，但意義是透過約定俗成之方式而劃定，從新修辭學所提出之聽眾面向來看，意義的建立必須透過言說者與其聽眾見達成一致的同意，而 Foucault 所提陳述之「功能面向」正是要進一步探究約定俗成的規則為何，言說者與聽眾間的一致同意為何，以及它們如何產生、運作與延續。且各種不同的規則共同運作時，必然衍生出規則層級，因此語言的使用實為龐雜的規則系統所控管。故 Foucault 將陳述事件單獨孤立出來進行分析，係欲呈現出某種規律性或關係性，其研究的重點在於「陳述間的關係、不同陳述群落的關係以及陳述與陳述群落和相異事物之關係」(Ibid.: 29)。

第二目 論述

如前所述，Foucault 旨在處理陳述的功能面向，注重陳述所蘊含的各種「關係」

⁴⁴ 英文版中 language 與 speech 係用來翻譯法文原文中 langue 與 parole 二字 (Foucault, 1969: 67)，而此正對應到前述 Saussure 關於 parole、language、langue 三分之概念。故 Foucault 應是注意到 Saussure 之理路，並接續與擴大語言分析的工作任務，進而超越傳統符號學的限制。關於這些字詞的意涵，請參考前揭註 25。

面向，並非觀察陳述的內容，而是在整體層面觀看各種陳述的關係問題。至於「論述」(discourse)一詞，Conley 與 O'Barr 認為牽涉到「語意學」及「社會性」二種意涵，前者的意涵中部分和「語言學」重疊。而後者，則是源自 Foucault 的影響，「論述」一詞被連結到較為複雜抽象的社會現象。(Conley & O'Barr, 2005: 6-7) 二位學者亦指出「論述」不僅指涉言說行動的本身，亦牽涉討論事物的「方式」，並與思想及實際上行動的方式具有直接關連，故「論述」的概念緊密地扣合住社會性意涵，其涉及言說行動所遵循的方式與規則，並作為對於事物進行討論的基礎，甚至介入某些言說的產出。因而，「論述」概念不再是單純地在話語及文本中觀察被說出的事物，而是關注人、表達的過程與事物之間，存在何種關係。因此 Conley 與 O'Barr (Ibid.:7) 直言：「論述即權力的所在。」

Foucault (1981: 52) 則更深入地指出：「在每一個社會中，論述的生產都是由某些程序所控制、選擇、組織與重組，該程序所擔任之角色保衛其權力與勢力範圍」。同時，「論述不僅顯現欲求，其亦是欲求的客體...論述不僅是轉譯著優勢系統或鬥爭，更是鬥爭所追求或存在之處，論述就是為人所搶奪的權力。」(Ibid.: 52-3) 就此而言，「論述」遠離了純粹語言學或語意學的範疇，進入複雜的社會網絡之中，「論述」的概念富含諸多社會性元素，尤其是「關係性」的內容。觀察「論述」不是單純地觀察其內容為何，尚須觀察內容以外的所有層面，尤其是「論述」內含的關係、各「論述」間的關係以及論述與非論述領域的關係。關注的焦點是「論述」如何形成、如何被維持或如何消散、轉變，及其周圍相關的人與物，他／她／它們與「論述」之間進行著何種互動，且具有何種關係。

第三目 論述場域

因此「論述」的概念跳脫出單純觀察語言、符號與事物之間的排列與互動，而具有構成與維持的特質，Foucault 進一步將論述概念連接到一種空間性的概念——「場域」(field, zone)，他曾說道：「對我而言重要的是去展現出，論述不僅是...且是論述的主體型塑了一部份的論述場域 (discursive field) ...。論述...是一個空間 (space)，其中有殊異的主體—地位 (subject-positions) 以及主體—功能 (subject-functions)。」(Foucault, 1991a: 58) 對「論述」的研究並非側重產生論述的思想、心智或主體，而是論述運作所存在的「實踐場域」(practical field) (Ibid.: 61)。「論述場域」的內外並非死氣沈沈的文字與話語，實是充斥著相互競逐的「陳述」，場域外的陳述奮力擠入其內，而場域內的陳述則致力阻止外部的陳述向內湧

入，因而場域內外的各陳述將塑造出不同之地位與功能，則其連結之主體亦獲得不同的地位與功能，然其共同目標皆關連場域之進入與排除。

Foucault (Ibid.: 59) 曾表示其研究的重心為「使陳述存在的法則」，而非關涉符碼，因論述場域藉由允許或排除某些陳述進入場域中，而構成並維護論述場域之存立，則透過對當前存在的論述場域進行考察，即能挖掘出該場域所蘊含的控制機制或規則，亦即找出其分類規則。關於此種研究，Foucault稱之為「考古學」，他 (Ibid.: 59-60) 寫道：「我的意思是在一個既定時期與既定的社會中，所界定出的一整套論述規則⁴⁵，其主要關注的面向為：

壹、可說 (sayable) 的限制與形式：什麼可說？什麼構成論述的領域？

貳、保存 (conservation) 的限制與形式：何種論述被重複提起 (透過儀式性背誦、教育、娛樂、慶典與公共活動)？

參、記憶 (memory) 的限制與形式：什麼被認為是有效，而什麼被排除？過去與現在陳述的系統之間建立了何種形式的關連？

肆、復活 (reactivation) 的限制與形式：什麼論述由外而內，企圖重組了什麼？

伍、佔據 (appropriation) 的限制與形式：何種個體、團體或階級有權使用特殊的論述種類？在論述、論述者及聽眾間有何種關聯性？有如何的努力去控制不同階層、領域等之論述？」

另外，陳述間的互動關係將形成論述場域的架構，其具有下述四個面向：

⁴⁵ Foucault 在此係使用「詮釋學」的方法，必須是站在當時的環境、社會脈絡之下去看當時的論述場域，是以過去的觀點去觀察過去的論述場域，而不能用現在的觀點去檢視過往的論述場域。因為 Foucault (1972: 136-7) 在知識考古學中特別強調了二種「知識史」的課題，其一為「不完整的、根基不明的知識史」(the history of imperfect, ill-based knowledge)，另一為「科學的、文學的與哲學的歷史領域」，後者具有明確的起始與結束階段，亦具有清楚的領域劃分，並呈現連續的線性發展過程，同時觀察者可以站在其外部進行研究分析，但前者則多半屬於次要與邊緣的領域，其存在可溯及悠久的人類文明之始，同時其與諸多學科交雜難分，然此二種知識史亦相互鉤連。但考古學拒絕階段分明與區分明確的歷史觀，Foucault 曾提及尼采的系譜學歷史觀，他明確地寫道：「系譜學…拒絕對理念的意義做後設的歷史配置以及無窮盡的目的論。系譜學反對搜尋根源。」(Foucault, 1977: 140。該文之中文翻譯與簡介請參考李宗榮 (1992) 及譯者前言)，亦即系譜學反對歷史僅是線性發展的過程，反對事物背後藏有本質，事物的根源並非是不容質疑的同一性。因此我們不可能完全地站在現代去回溯過去歷史的事件，反而必須盡量回到當時的脈絡與情境中注視當時的事件。因此對 Foucault 的研究取向而言，其不引用現代的學術，而使用當時的文本，也僅使用當時的文本。同時，Foucault (1977: 144) 強調：「系譜學將開拓伴隨每個開端而來的細節以及偶發事件」，則對於歷史事件或論述架構進行觀察時，我們必須從邊緣的、細微之處著手，而非僅從內容上觀察其真確性，以避免陷入外部觀察的色彩。

壹、客體的構成 (the formation of objects)，即探查客體如何被構成而非客體本身是什麼，其含有「客體出現的位置」(surface of emergence)、「決定界線的權威」(authorities of delimitation) 與「客體的分類區間」(grids of specification) 三種面向 (Foucault, 1981: 41-2)；

貳、作用的構成 (the formation of enunciative modalities)，即檢驗話語如何被說出，可區分為「誰在說話 (who is speaking?)」、「在何處說話」(institutional sites) 與「說話主體與說話對話及客體間所處之情境 (situation)」三個層面 (Ibid.: 50-2)；

參、概念的構成 (the formation of concepts)，即檢視概念所流通之陳述場域的組織，涉及「接續形式 (form of succession)」、「共存形式 (form of coexistence)」與「中介程序 (procedure of intervene)」三個形式 (Ibid.: 56-8)；

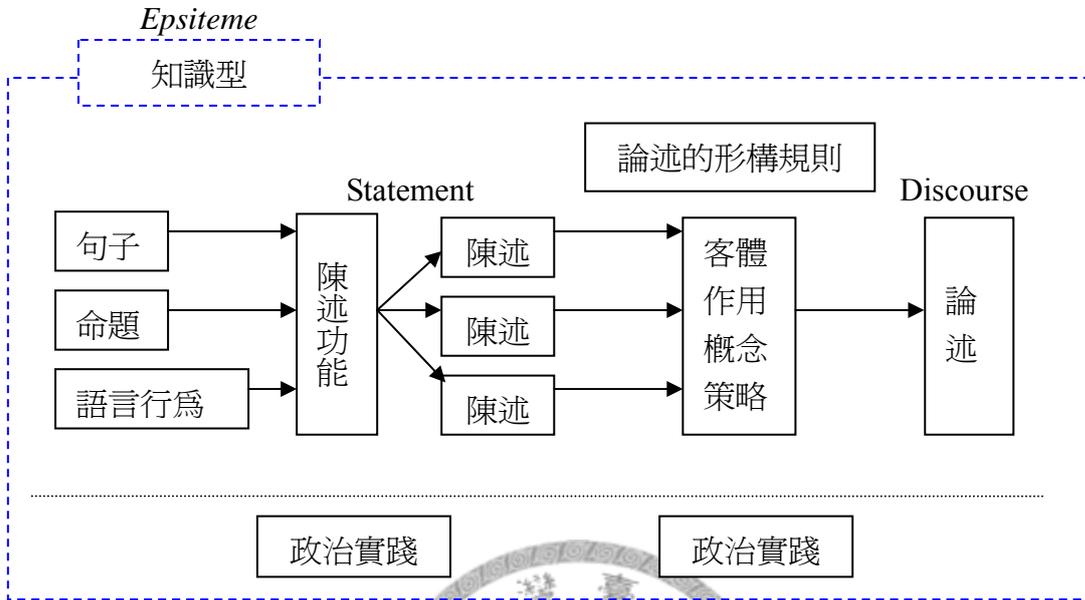
肆、策略的構成 (the formation of strategies)，Foucault 認為一致性、精密性與穩定性達一定程度後，總和前三個面向會形成某種主題或理論，而其即構成某種「策略」(Ibid.: 64)。

Foucault 將上述四面向稱之為論述的「形構規則」(the rules of formation) (Ibid.: 38)，其作為論述存在的條件，因此對「形構規則」進行分析即能瞭解論述如何出現與存續。質言之，陳述所具有的功能係提供一系列符號得以存在或運作之條件，該存在之條件係指「關於客體的範圍、主體的可能地位、共存領域的要素與可重複性的物質」(Ibid.: 108-9)，因此陳述並不直接賦予意義、提供主體、劃定意義界線與決定事物本質，進而陳述所形構之論述場域亦不直接指涉到具體之人、事、時、地、物，其應是具有框架性的色彩。然而，論述場域的形成也包含負面作用的過程，如前所述，論述場域既然能容許某些陳述進入其內，就代表拒絕了其他陳述的，故在整體層面中，每個時期中某些陳述被容許而某些則否，故不同時期的論述場域將存在各種差異，因此我們會看到在不同時期之知識 (knowledge) 間所呈現出的「分歧」(divergence)、「隔閡」(distances)、「對立」(oppositions) 與「差異」(differences)，而 Foucault 將此種現象稱之為某一時期的「知識型」(episteme)⁴⁶，同時，「知識型」係屬擴散的空間，是一個開放且難以精確描述的

⁴⁶ 陳瑞麟 (1998: 227) 將 episteme 翻譯為「知識構則」，亦即「知識形構規則」，但若觀察 Foucault 對於 episteme 之相關敘述，可以發現其重在表現「關係」的課題 (Foucault, 1972: 191; 1991a: 55)，且作為一種「擴散的空間」(a space of dispersion)，而 Hunt 與 Wickham (1994: 8) 更言 episteme

關係性領域。(Foucault, 1991a: 55)。關於Foucault對論述場域的概念，可圖解如下：

圖 2-6



資料來源：黃煜文（2000：139）及筆者增添。

換言之，「論述場域」是一種結合靜態與動態的概念⁴⁷，場域的界線上存在著某些靜態規則，其具有構築並看守場域的功能，論述的「形構規則」形同某種篩選機制，能夠過濾抵觸當代「知識型」之陳述，因此論述場域得以鞏固論述場域自身存立，透過界線上的各種規則阻卻其他陳述之侵擾，進而形成論述場域外部的控制機制與規則。除外部的控制，論述場域內亦存在繁多的關係與法則以保護內部的統整，發展為許多論述內部的控制機制與規則，透過這些機制與規則防止不當陳述的存續與生產。是則，「論述形構規則」除在外部抵禦各種陳述所為的挑戰外，同時亦關注內部陳述是否合乎知識型的要求，所形成各種內在與外在的維持或排斥之功能，主要目標在於維護該場域自身的續存，但形構規則並非互古不

係提供概念的「網格」(grid)，故本文認為 episteme 似指一種承載某種特定的陳述與論述場域的廣泛框架，透過對 episteme 之觀察可型塑出某一時期中陳述與論述場域的特色，因此僅以規則來描述 episteme 似有不足，且對照 Foucault 有關空間以及論述場域與陳述及 episteme 之連結，故採取黃煜文（2000：80）「知識型」作為其翻譯。

⁴⁷ 其實在《知識考古學》一書中，動態的面向尚為模糊，直到 1970 年於法藍西學院就職演講時所提到之「系譜學」概念後，論述場域逐漸脫離純粹靜態的規則框架色彩，而開始具有生產、維護與再製的動態力量。尤其是 1971 年所發表的〈尼采·系譜學·歷史〉一文，大量地引用尼采的論點，借用尼采系譜學的概念以補充其考古學的內涵。故黃煜文（2000：155）認為：「系譜學的重點是動態的『力』的研究，而考古學則是靜態的『構成』研究。」，系譜學旨在補充考古學對於現實面的不足，以闡明考古學所分析出的架構是如何被推動的課題。同時，若對照本文前述符號學與新修辭學的理論，雖然新修辭學的聽眾面向已點出人際互動的課題，惟 Perelman 與 Olbrechts-Tyteca 並未深入研究此一概念，而 Foucault 的論述分析正是要補充符號或修辭如何被運作的課題，因此此三項語言分析理論彼此銜接且循序豐富了語言中人際互動的內涵。

變，外部的挑戰與內部的異質物皆促使場域轉化與變異。故Foucault不僅靜態地觀察語言符號與修辭的規則，更深入考察其中所牽涉的各種龐大或細微之操控與變動，即語言中各種動態的面向。

第二項 論述場域之架構

在 1970 年於法藍西學院的演講中，Foucault 對其「論述場域」之概念作更為完整之闡述，將前述「考古學」之研究取向加入了「系譜學」的內涵，亦即彰顯出論述場域的動態面。Foucault (1981: 71) 在該文中指出：「就系譜學而言，主要關注論述如何有效形成 (the effective formation of discourse)」，所謂「形成」的概念並非考古學所挖掘的形構規則，而是論述被哪些力量所支配，故Foucault指出在系譜學的分析中，主要係「攫取在論述中握有批准的權力 (the power of affirmation)」 (Ibid.: 73)。因此Foucault所刻畫出場域內、外以及其基礎架構中，所存在的控制、排除、刪減或支配的機制或規則系統，其中含有二種不同但相關的研究任務，他指出：「其一為批判層 (critical section)⁴⁸，其將推動反轉原則 (the principle of reversal)，主要觀察排除、限制以及挪用 (appropriation) 的形成...。另為系譜層 (genealogical set)，其推動另外三個原則：論述如何透過約束系統之協助而形成；每一個論述的特殊規範為何；論述出現、成長與變化之條件為何？」 (Ibid.: 70，粗體字為筆者所加) 故前述論述場域的概念因而增添完整的動態面向，此指向「效力」的課題，追問某一論述場域形構規則之中，究竟被何種力量所影響或支配，亦即質疑該知識型、場域或形構規則「基於何種理由而是有效的？」⁴⁹

⁴⁸ 實則「批判層」即原先考古學的內容。

⁴⁹ 就「系譜學」之歷史觀而言，Foucault (1977: 152) 亦曾指出尼采將系譜學視為「有效的歷史」 (wirkliche Historie)，且「有效的歷史」係不斷變動的，反對事物具有的穩定不變的特性，並反對歷史具有連續發展與全包性的視野，因此 Foucault (Ibid.: 154) 認為「只有當歷史將斷裂 (discontinuous) 導入我們的存在時，歷史才是有效的」，此意謂系譜學的觀點就是要去探查各種斷裂的問題，尤其是那些被改變、置換或排除的事物，進而掌握這些現象背後的動力，即「權力」的主題。故「斷裂」、「效力」與「權力」之間的關連，構成了「系譜學」的研究架構與任務。至於「斷裂」的概念，可結合 Kuhn 在 1983 年後關於「共量性」 (commensurability) 的主張，Kuhn (1983: 670-1) 認為二種科學理論間，並不存在完全同意涵的語言，而得以將前理論之用語直接轉譯為後理論，故在不同的科學理論間存在著「不可共量性」。即如陳瑞麟 (2003: 9) 所言：「科學革命發生於詞彙結構的轉變之際，革命前後的兩個理論之詞彙結構是不可互譯的，也就是不可共量的。」當然，1983 年的 Kuhn 強調該不可共量僅是局部性的，而非全面性的。如果我們對照前述符號學的理论，則可發現所謂不可共量正是基於符號與其指涉事物間並不存在直接關聯所致，因此在不同的理論或者不同的世代間，符號與其指涉事物之關聯也有所差異。該差異及其轉換的動向，正是 Foucault 所強調的「斷裂」課題。透過對於「不可共量」或所謂「斷裂」的觀察，我們則能夠瞭解語言的動態面，以及其後所潛藏的事物。

對「論述場域」而言，Foucault (Ibid.: 72) 認為「批判的任務主要在分析「純淨」(rarefaction)⁵⁰的途徑，以及論述的重組 (regrouping) 與統整 (unification)；而系譜的任務則是分析論述的形成 (formation)，及擴散 (dispersed)、斷裂 (discontinuous) 與規律 (regular)。實際上，此二任務無法完全分離。」其融合考古學與系譜學的概念，進一步地擴大原先考古學的分析架構，而將其「論述場域」之分析框架整合如下。⁵¹

第一款 外部控制—排除的系統 (systems of exclusion)

Foucault (Ibid.: 52) 首先指出「在所有的社會中，論述的生產 (the production of discourse) 係透過許多程序 (procedures) 而進行控制、選擇、組織與重分配，該程序具有防止危害與權力、主宰偶然發生之事件與躲避沉重且難以應付的物質性。」簡言之，論述的生產過程中係包含諸多「排除的程序」(the procedure of exclusion)，憑藉此種程序的運作使論述場域得以劃定其界域，亦即限定某符號之意義或確定某種修辭技術之效果，故呈現出權力在其中的運作態樣。於是 Foucault (Ibid.:52-3) 說道：「論述並非僅是顯現出欲求 (desire)，亦為欲求的客體 (object)... 歷史持續教導我們：論述並非僅轉譯宰制 (domination) 的系統或鬥爭，其就是鬥爭所存立並追求的事物，論述是被爭奪的權力 (the power which is to be seized)」。

權力透過排除系統始得形構論述場域，反過來說，對於排除系統的觀察即得窺見出權力的運用。而此排除系統尚包含以下三個層面：

第一目 直接禁止 (prohibition)

其為最常見的一種排除方式，復可細分為：

壹、對「客體」之禁止：對言說客體的禁忌，如釋字之客體應為法規範，而非個案事實；

⁵⁰ rarefaction 在原文中並不具有正面或負面的評價，而是中立性的語言，得以「稀少化」或「稀釋」作為翻譯。但 Foucault 係用該詞表達形構規則對於陳述的控制，比喻論述場域藉由相關控制機制以排除陳述的雜質，進而維繫與鞏固場域。故我們認為 rarefaction 具有目的性的概念，雖「純淨」在中文中含有正面的評價，但得以彰顯此目的性概念，且符合形構規則的要求，正意謂某陳述對論述場域而言具正面的意義，故選擇「純淨」作為 rarefaction 之中文翻譯。

⁵¹ 關於外部控制與內部控制，可參閱王德威 (1983: 144-6) 對此之簡介。另值得一提者，本文所選擇的英文翻譯版本中，很清楚地以章節分立的方式呈現出 Foucault 論述場域理論的架構，且無論是本文或英文版《知識考古學》的附錄中，都有明確提到論述控制中尚有第三類控制機制 (the third group) (Foucault, 1972: 224; 1981: 61)，然王德威早期的文章，僅提及前二類控制機制，似乎遺漏了第三類的機制。

貳、二、對「主體」之禁止：某些言說主體擁有特權或排他性的權力，如僅大法官握有作成憲法解釋之權；

參、三、對「程序」之禁止：各種典禮、儀式或特殊的方式等。

第二目 區分與拒斥 (division and rejection)

將論述予以區分，並對不同的部分給予差別待遇。例如當被區別之主體參與論述之後，始否定、排除其效力，但並非等同前述對主體之禁止，因對於主體的禁止是一開始就完全排除了主體參與論述。在區分與拒斥之面向上，最顯明的例子莫過於「理性與瘋狂」的區分，將瘋人的言語歸於瘋狂之陳述並排除在論述場域之外，其中，Foucault認為在不同的時期或階段中，我們對於瘋人的陳述給予區別對待⁵²，卻無法證明先前的區分係無法運作，亦無法證明當代的區分優於前期或更接近真實，因此我們可質疑不同的區別是否牽涉到不同的權力關係，一如瘋人的陳述與醫師及醫院間的關係。

第三目 真假的對立 (opposition between true and false)

此牽涉真理意志的課題，人對於真理的欲求就產生了真假二分的排除系統，而真理意志 (will to truth) 對其他論述將產生一種壓力或其他類似約束性權力之作用 (Ibid.: 54)，換言之，真假的對立使被歸類為「假」的論述無法進入論述場域中，但真理的構成與虛假的排斥係建立在人類的真理意志之上，其掌控我們求知的意志，導引我們對世界理解的方向。同時，真理的宣稱以及對真理的欲求並非今昔一致，而是持續地變換著，且其需要機構制度的支持 (如教育方法)，在另一方面，對真理的宣稱模式走向關注話語的本身、話語的意義、形式、客體與話語及其指涉間的關係，逐漸重視話語的內容而看似解消與權力的關連。故真理的宣稱基於其形式的必然性而免於欲求與權力的干擾，其不承認真理意志滲透於自身之中，因而真理經常被視為具有豐富內容以及緩和不顯的普遍性，但是 Foucault 提醒我們然仍應注意真理意志係作為一種巨大的排除機制。(Ibid.: 56) 它的基礎既然是人的意志，就無法脫免權力的性質，但基於其特殊的外觀，故真理的宣稱在此三種論述產生程序中，地位漸趨重要並吸收了前二者。在釋憲實務中，亦可見大法官

⁵² 此部分的研究其實是 Foucault 的博士論文 *Folie et deruison: histoire de la folieal' age classique* (中文書名：古典時代瘋狂史)，而該文經 Foucault 於 1965 年縮寫並補充後出版，英文書名：*Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason* (中文書名為：瘋癲與文明)。

對於某些重要概念或事實，尤其是非關法學領域之主張、法學領域內已為廣泛接受的論點或揉合二者的見解，大法官肯定其真實性並訴諸其本質或核心領域，樹立釋字內的真理結構。

第二款 內部控制—論述的純淨 (Rarefaction of the Discourse)

相對於論述外部的排除系統，Foucault 認為「論述會對自身進行控制」(Ibid.: 56)，故論述的內部係存在各種操控程序，亦即論述內部的控制機制將具有分級、階層化與配置的原則，其將在論述的內部進行對論述的掌控，以確保論述場域的存續以及防止場域的崩解。但內部控制機制並未如外部控制使用較為強烈的排除與禁止等方式，我們可以看到自「真假的對立」開始，對於論述的控制不再如此強硬蠻悍，反而走向心理制約的層面，更具有「理性」要求的色彩。內部控制可分為下述三種機制：

第一目 釋義 (Commentary)

釋義將使某些論述不斷地、持續地且一再地被說出，且製造主要及次要文本的層級結構，相互鞏固其彼此存在地位。此種主、次要文本之層級體系一方面構成了新的論述，該體系使談論的可能性保持著開放，但亦劃定可開放之範圍；另一方面，釋義的重要角色是說出文本隱而未顯的言外之意，進而能夠超越原始文本的範圍。(Ibid.: 57-8) 於是，此層級體系一方面使論述保持著活力，得以不斷更新，但另一方面防止論述恣意地遊走，將之任務限縮在對主要文本進行解讀。對某些事物之評論，釋義之功能使該評論受到限制，產生重複與相似性的形式，但容許一定程度的開放。釋字中常可見援引先前之釋字，無論重複先前見解或變更意見，皆代表大法官須回應早先釋字的論理，以決定延續或變更解釋路徑，故釋字中明顯可見大法官對於相關概念之維持、填補與修訂。

第二目 作者 (Author)

作者將被要求說明其著作的統一性，他被要求對於橫貫其所有著作中的隱含意義，負有揭露或提供鑑定之義務，而文本將連結到作者的生活經驗，與其成長的背景脈絡。於是，文本與作者將無法切割，透過二者的連結，使文本中的論述無法任意地奔馳，透過「作者—地位」、「作者—功能」的面向，進而控制論述的生產與變化，Foucault (Ibid.: 59) 認為「評論原則透過重複 (repetition) 與相似

(sameness) 之形式同一，而限制了論述中的偶然性要素 (chance-element)。而作者原則係藉由個別性 (individuality) 與自我 (self) 之形式同一，以限制該偶然性要素。」藉由對於作者所進行之規制，使論述受到其作者之影響而具有不同的性質，並透過對作者之控制以達成對論述的控制。在釋字中，各種意見書即呈現個別大法官身為獨立作者之意涵，其對於釋憲結論之同意與否，須合乎其先前著作或主張，故透過意見書的撰寫，各大法官得連貫其主張或理論，避免受到他人的批評。

第三目 學科 (Disciplines)

學科是由研究客體領域、研究方法以及研究命題的規則、定義、技術與工具所組成，其不同於前述釋義與作者的面向，學科係作為「構成新陳述的條件」(Ibid.)。同時學科不僅限於真理的構成部分，在學科之中亦充滿著各種錯誤 (errors)，但唯有在不斷地試誤之後，學科才能獲得進展，故錯誤反而與真理具有高度關聯性，二者在學科中具有同等的重要性。同時，對於真理的陳述又涉及到客體、對象的問題，故研究客體與命題被統合起來，次而將研究的方法、技術與工具納入其中，形成學科的控制機制。因而隨著學科的擴展，論述愈益無法隨心所欲地滋長，其將受到愈來愈多在對象上與方法上的限制，甚至一個陳述必須通過某一學科的考驗，才能進入論述場域中，並獲得其論理上之效力，則學科係作為新興陳述建構的先決條件。故 Foucault (Ibid.: 61) 指出「學科亦是論述生產中的控制原則，其藉由規則長久運作的同一，而固定了對論述的限制。」大法官身為法律學科的一份子，自受到法律學科的限制，然違憲審查任務係決定某些陳述是否得合理正當地進入法律論述，因此釋憲者一方面受到學科的限制，但另一方面必須超越學科。此外，釋字涉及的課題可能超越法律學科之範圍，故釋憲者亦須思考學科之間的碰撞與衝擊，以延續法律學科且防止其流於僵化。

第三款 條件控制—言說主體的純淨 (Rarefaction of the Speaking Subjects)

除了前述論述的外部與內部控制機制，Foucault認為尚有第三種論述控制機制，該機制的特色主要為：「決定論述運用之條件 (condition) 以及將規則課予掌握論述個體，故並非每一個人皆有權進入論述場域中。此為對言說主體 (speaking

subject) 之純淨 (rarefaction)」(Ibid.: 61)。Foucault提醒我們注意到，並非所有的論述領域都是平等地開放與可進入，第三種控制機制不同於前二種控制機制的功能，其並非僅單純地針對論述內、外部的獨立要素進行調控，更遠離了陳述的範疇，而凸顯出論述場域中主體的面向，尤其是主體與主體之間的課題，Foucault此處更深入探討論述與社會心理的關連⁵³。同時，Foucault此處明確以「純淨」一詞表彰其控制機制的特色，接續「內部控制機制」有關「理性」與「心理」的制約，「條件控制機制」更強化心理與理性對於論述的影響，並約略與言說或陳述本身的因素脫鉤。其又可分為下述四種機制：

第一目 言說儀式 (Speech-Ritual)

言說儀式將決定言說主體的特殊資格以及被賦予的角色 (Ibid.: 62)，故言說主體本身的特質與角色遭受限制，尤其在宗教、司法、學術理論或政治領域中，常見到此種限制機制與規則。當言說主體處於某種言說儀式中，其將獲得額外的力量，且其所為之言說活動將被賦予不同的價值，並易受社會之接受與尊重。是則，當言說主體透過言說儀式而作成言說活動時，即是通過社會所接受的舉止、行為、環境與符號組合，而使該言說活動具有特定的「效力」。

第二目 論述社群 (Societies of discourse)

論述社群主要使「論述」在一個封閉的空間內流動，僅當符合嚴格的規則限制後才能對之進行分配，其功能是保存或生產論述。(Ibid.: 62-3) 此種社群甚至並不對外開放，且說者與聽者的地位是不可交換的，時至今日，仍會看到某些「論述」屬於秘密的，不可公開的。因此某些論述場域可能被封印在特殊的論述社群中，僅有該論社社群的成員才有資格生產或再製論述的能力，且在今日高度專業分工的社會中，亦可發現論述社群愈益龐雜繁複，同時，各種社群中的秘密論述亦漸增多，例如營業秘密、技術秘密等。

第三目 教條 (Doctrine)

教條產生出正統與異端，於是形成「忠誠」性的課題。(ibid.: 64) 於是教條將

⁵³ 雖然系譜學主要研究權力的作用，但 Foucault 有關權力的概念卻非強制性的暴力使用，他真正關注的是權力、關係與心理的連結課題，他要觀察權力如何與知識結合起來，同時也要觀察權力如何有效地生產各種關係，並深入瞭解個人與社會的心理層面如何接受並持續執行某些權力的運作。自 1970 年法藍西學院演講所開展的系譜學任務以後，可以很明顯地看出 Foucault 研究重心的轉移，尤其是其後有關「規訓」(discipline)、「生命權力」與「治理性」等概念的提出。

使言說主體被某種表現形式所束縛，並禁止以其他的形式為之。故教條產生雙重隸屬，一為言說主體將隸屬於其論述，另一則係論述將隸屬於言說者所處之社群內。換言之，言說主體必須注意到他的言說活動或陳述屬於何種教條，進而思考應如何處理其言說活動與陳述以符合教條的規範，且閱聽者將透過教條作為分辨的規則，透過言說主體的言說活動或陳述以瞭解言說主體的屬性。這就意謂著教條作為一種論述場域的構成規則，其促使言說主體必須使其言說活動或陳述以及自身的理念符合該教條，另一方面，閱聽者可藉由教條來進行區別分辨的活動，以掌握各言說主體的類屬，進而產生派別分類的歸屬與劃分。故法律學科中亦存在諸多教條，大法官所為之解釋亦難能悖反，但當教條間相互衝突對立時，大法官解決爭端之方式則饒富興味。

第四目 論述的社會性佔有 (The social appropriation of discourses)

Foucault 此處舉的例子為教育，他認為論述的社會佔有即係社會所夾帶的著知識與權力關連。於是，教育者進行教育工作時，其所產生的言說活動與陳述並非單純個人之言說，亦即其並非處於個別言說主體的立場進行言說活動，而是在社會中知識與權力的糾纏下，身處被限定的言說主體而進行其言說活動。因此，社會的力量此際尚結合了實際的場域與體制，型塑其抽象論述場域的界線。在這個部分，權力的運作色彩與主體的社會歸屬性更為顯明。

對於上述四個面向，Foucault (1981: 64) 指出其基本意涵在於：「確保將言說主體配置於不同的的論述型態中，以及將論述的佔有配置於某特定主體範疇內。」因此人與客體本身並無法直接干涉論述場域的運作，反而是論述的建立維繫之過程中存在著某些中介性的事物，這些事物得以直接影響論述，亦得透過對主體及程序的面向之干擾以間接影響論述，進而形構了論述場域。故 Foucault (Ibid.: 67) 要求我們在研究方法上，應注意到可逆性 (reversal)、斷裂性 (discontinuity)、專殊性 (specificity) 與外延性 (exteriority) 四個基本原則，透過觀察非直接涉及概念或論點本身內容之層面，嘗試挖掘出支撐某一概念或論點背後運作的力量，探究作為存在支架的論述場域，而非陳述的內容。

關於大法官就健康所為之解釋，我們也可以透過上述的視角觀察大法官是否直接排除或禁止、抑或區別出不同的事物並給予不同的觀點。同時，大法官是否重複相同的基本主張，甚至是否基於法律學科的要求，將其論證限制在權利、比

例原則與價值的層面，至於健康概念之建構與變化，雖受到如醫學或公共衛生學之其他學科之左右，但僅作為立論的背景知識。當然，我們也得以進一步追問釋字中某些論點是否隸屬於特定的社群，而大法官在運用的過程中是否囿於特殊的法律或其他教條，且相關論點與主張是否與某種特定的社會性事物相關。藉著 Foucault 論述場域之概念，我們希望能夠更深層地挖掘出釋字蘊含哪些特質。

第四節 小結

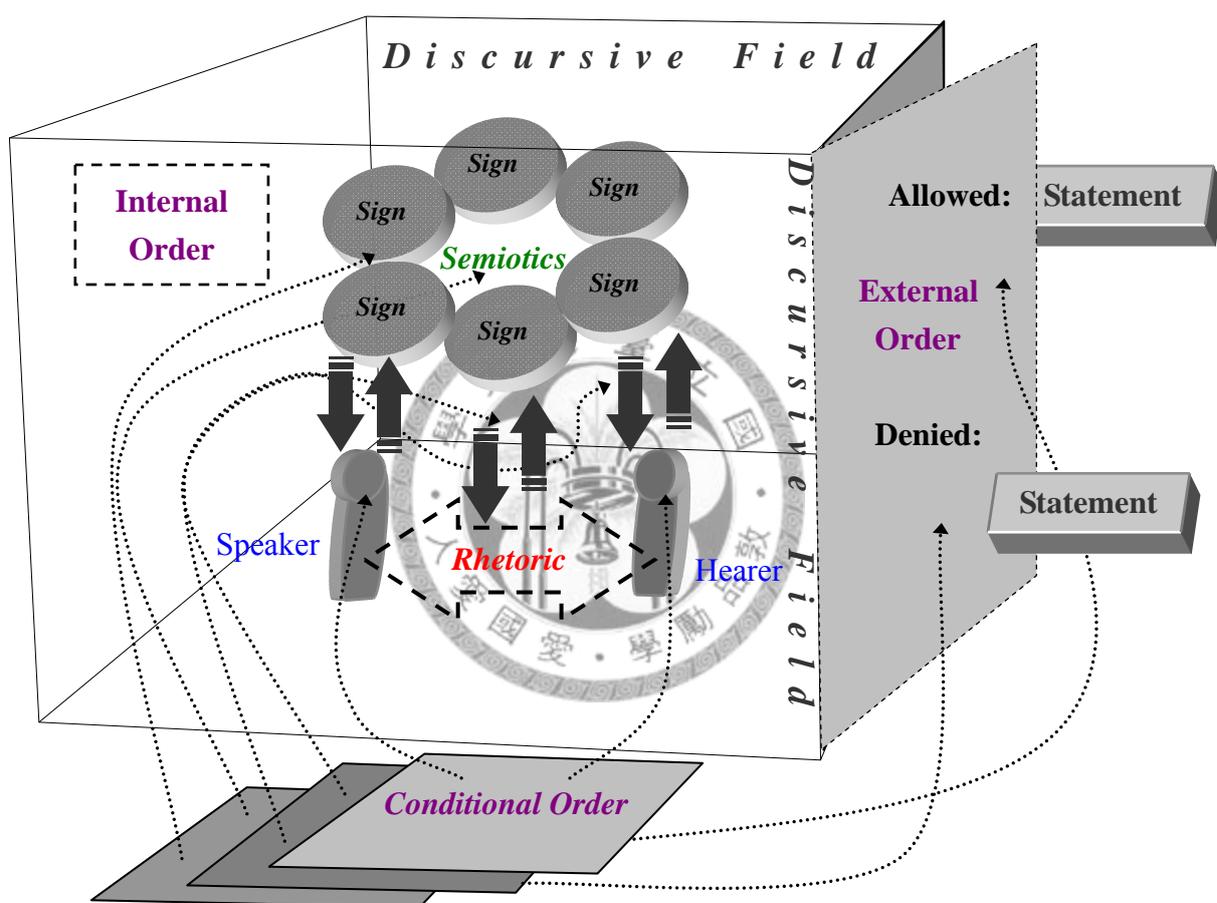
從符號學經新修辭學再走到論述場域，一般的語言使用主體以及語言指涉的客體不再是研究分析的重心，當這些理論談及「思維」、「聽眾」與「權力」等概念時，就突顯出社會整體心理層面在語言使用中的重要性，尤其是其愈來愈表現為類似規則的態樣。或者可以說，當我們使用語言時，就包含某種使用方法是否為社會認為正當、可接受或期待的意涵。雖然不能說我們是被強制地使用語言，但可斷言我們並非完全自由地使用著語言，至少在語詞或語言使用模式上我們無法完全創新，而須從既定的脈絡中找尋基礎，如果從語言使用的主體面向來觀察，正如 Foucault (1988a: 11) 所言，主體雖然能夠積極地建構自身，但不可能完全由自己所創造自身，而受到身處的文化、社會與社群所影響。因此對於語言的使用，以及釋憲者所做成之解釋文，其中不可能僅是規範符號的操作，而亦應將社會性的思維納入其分析之工具。

反面而言，透過對於人類使用語言活動的觀察，亦得以推測某一地域或時間階段中，社會對於什麼是正當、可接受且期待人們遵循之看法或主張，進而挖掘出該社會中所暫存的價值、信念與觀感為何。我們正是要去翻查該社會承認何種符號對立關係、支持何種修辭技術以及建立何種論述場域，亦即我們嘗試將各種符號、修辭、陳述與論述進行細部的觀察，以整理出可能的構成規則。不論是宗教、哲學、經濟、政治、法律或自然學科等各式各樣的言說活動，都能夠透過語言分析的方法拆卸並考據其箇中之意，尤其是無論形式與實質上皆由語言文字所組成的法學領域，其中必然蘊藏著錯綜複雜的社會心理層次，又法規範本身被明確賦予強制力，故法律文本中更可能富含強大且重要的權力關係網絡，且大法官所做成之解釋文，除了法規範的層面外，亦包含政治性思維，其內更增添權力的折衝權衡。因之，凡使用語言、文字或符號作為表述之工具，必定能透過對其所使用之語言、文字或符號進行觀察，以釐清背後各種連結、關係與深層的思維領

域。

故符號學、新修辭學與論述分析所提供語言面向的視角，正如點、線、面與空間的結構型態，循序將人際社會的層面納入分析的範疇，進行廣且深的分析工作。若將 Foucault 「論述場域」之概念連結到前述符號學與新修辭學，可圖解為：

圖 2-7



資料來源：作者自製。

第三章 對釋憲實務中「健康」利益之語言分析

本章將藉由第二章所提出之語言分析工具，針對我國大法官所做成之相關釋字，進行實際的分析工作。在目前總數為 672 號解釋中，共計有 33 號解釋之解釋文或理由書提及「健康」一詞，然扣除完全無關「健康」利益之權衡者，及扣除非以「健康」作為主要比例原則權衡對象者，並基於前述第一章第三節第三項所敘明之原因，本文以下僅針對釋字 404、414、476、512、577 與 666 此六號解釋進行實際分析工作。

對於每一號解釋之分析工作，首先皆從符號學的面向切入，耙梳釋字中基本的符號對立點為何？並檢視基本對立符號周圍存在哪些符號？其類型為何？亦即，確立大法官論證中首要的基本點及其分佈的位置，定位相關釋字內的基本單元，以觀察其可能延伸出的概念與情感／價值之路徑。

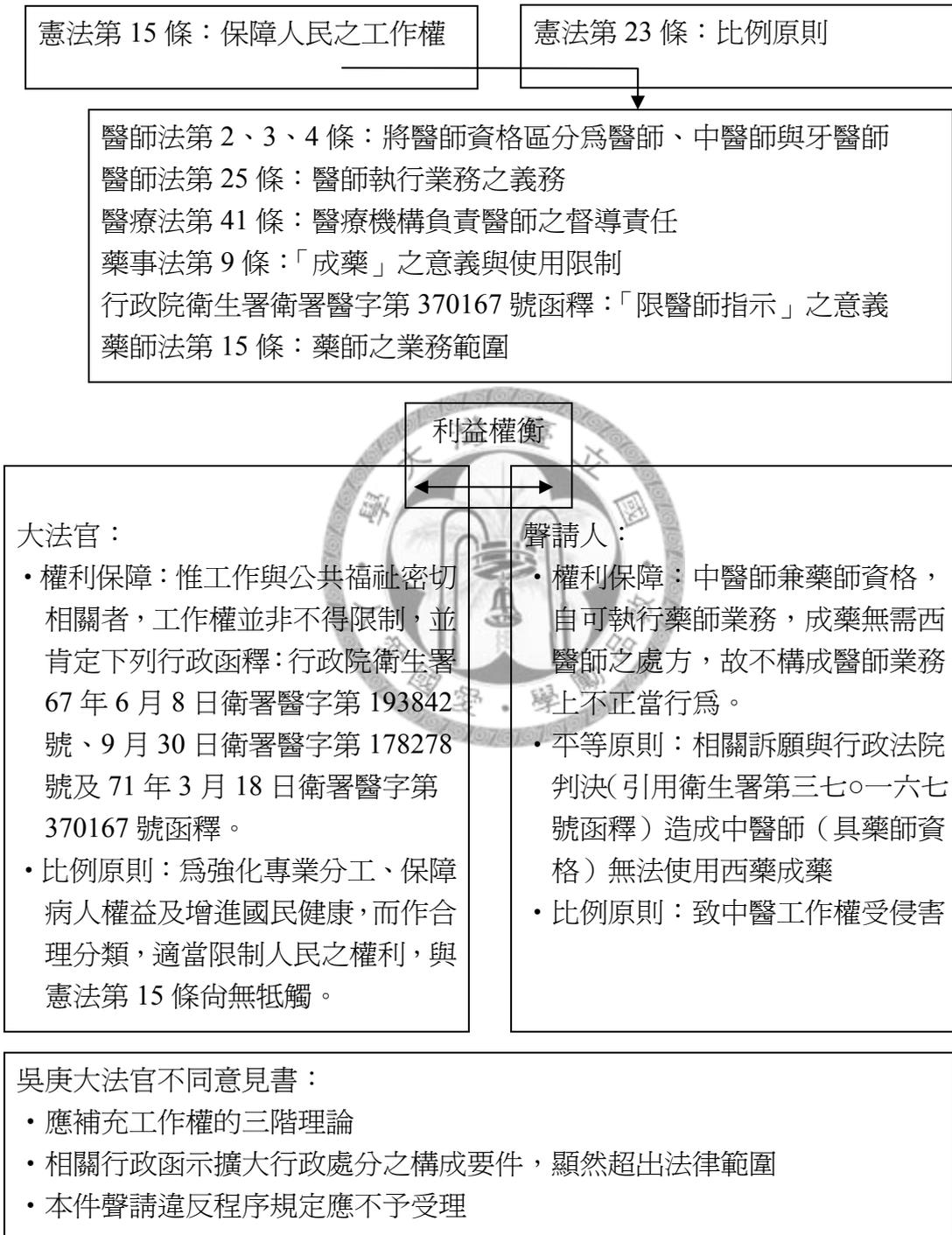
其次，透過新修辭學的面向，判讀大法官就上述相關符號面向所預設的聽眾取向及論證基礎為何，進一步審視大法官如何布置其論證向度，尤其當大法官面對不同的聽眾群以及不同的論證基礎時，其將使用何種修辭技術以取得聽眾對於相關論點之信服。不同的聽眾群與論證基礎對應至不同的修辭技術，將呈現出各種的思維類型以及其所連結之情感／價值，一方面有助於釐清先前符號分析所觀察到的延伸路徑，另一方面將再進一步探詢其是否受到更廣泛性的社會心理所牽制，追問大法官如何架構釋字的整體結構。

則分析工作的第三部分，將藉由 Foucault 論述場域之概念，挖掘釋字背後的整體心理層面，對於不同符號概念及其所對應之修辭策略，考察大法官如何憑藉適宜地分配符號與選用修辭，以攫取並提昇釋字之說服力與論理強度，同時，亦挖掘大法官在論證過程中是否忽略什麼、排除什麼，在其精巧地符號排列與修辭安置之下，有什麼事物被高度彰顯，而有什麼事物被含糊帶過，且當大法官作成合憲決定時，是否賦予某些主體、事物或陳述具較高的評價。另外，針對大法官建構場域的策略，關注大法官是否跳脫出法學的視角，或將何種思維導入釋憲工作之內。挖掘的對象，正是那些論述構成規則、被忽視者、滲入物及相關主體——地位、主體—功能等細微與隱晦的領域。

第一節 工作權與健康利益—釋字 404

本號解釋所涉相關規範與爭點析之如下：

圖 3-1



資料來源：作者自製。

第一項 符號分析

本號釋字中主當事人主要爭執：「兼具藥師資格之中醫師是否得使用歸類為成藥之西藥？」並認為相關行政解釋與救濟決定違反憲法對人民工作權之保護，其形式上屬於規範解釋以及權利保障的問題，旨在追問相關醫療法規與行政函釋，對兼具藥師資格之中醫師，要求不得使用任何西藥為醫療行為係造成對此種中醫師工作權之侵害。同時也質疑醫師法第 2 至 4 條對於醫師之分類，並形成其執行業務方法之限制，亦構成對人民權利之侵害。故此規範解釋之爭議，係源自於對醫師性質作區分之事實層面的爭執，同時，在不同的論點中各主要的符號對立亦有不同。

關於權利保障之部分，釋字中強調憲法對工作權之保障並非絕對，大法官於主文中直言：「為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制」，故在權利的面向中，基本的符號對立在於：

圖 3-2



資料來源：作者自製。

至於比例原則操作之部分，在本案中，當事人主要爭執對於中醫師給予不同的區別對待係屬違憲，但大法官並不認同，強調中醫師與西醫師二者間具有重要差異，此首先指向事實性的問題，此事實性的符號對立為：

表 3-1

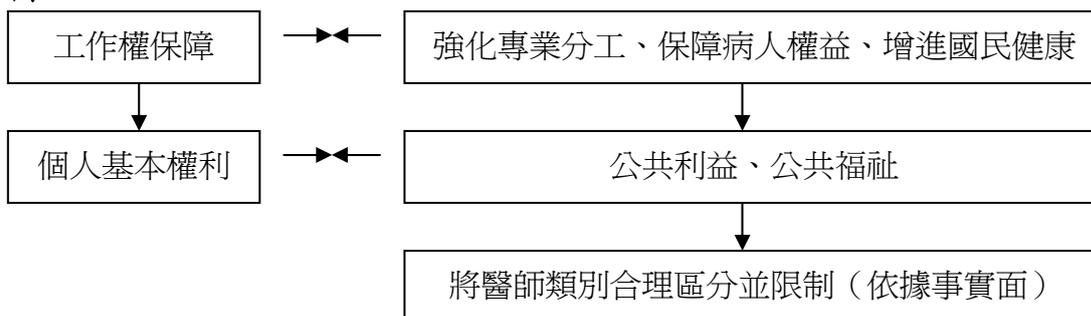
	當事人	大法官
中、西醫師之性質	非截然二分	屬不同之事務，不可混同
成藥使用	成藥為每個人都可使用，亦包含中醫師	中醫師仍不得使用西藥成藥

資料來源：作者自製。

大法官在解釋理由書中清楚地寫道：「醫師執行業務，自應依中國傳統醫術，為病人診治，以符病人信賴。」並強調醫師法中對於醫師與中醫師之區分，就在

於其事務本質並不相同，故理由書中表示：「中醫師若以『限醫師指示使用』之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，即違背醫師專業分類之原則及病人對中醫師基於傳統醫術診治疾病之信賴。」區分事實性之課題，係因事實的區分有助於對公共利益、福祉之保障，進而維護相關重要憲法價值，故得以限制人民的工作權，此處基本權利與公共利益的符號對立為：

圖 3-3



資料來源：作者自製。

此處公共利益中，「強化專業分工」應為達成「保證病人權益」及「增進國民健康」之工具，然「國民健康」之性質為何則不清楚，若其源於個人基本權利之總和，則可劃歸於「保障病人權益」之內即可，若為憲法基本價值，大法官卻未指出其憲法依據為何，關於具有公共集體性質之「國民健康」符號，其憲法定位在本號釋字中並不清楚。

第二項 修辭分析

首先觀察本號釋字論點所涉及之聽眾面向，次則分析各論點中的修辭技術。

第一款 聽眾輿論證前提分析

若對照解釋文、解釋理由以及聲請人之主張，可發現關於工作權之相關討論並非聲請人主要爭執對象，然解釋文暨理由書以及吳庚大法官不同意見書之第一部份，皆以相當篇幅闡明工作權的內涵⁵⁴，故關於權利保障之部分，大法官所設想

⁵⁴ 吳庚大法官主要著重於工作權保障範圍之「三階段」內涵，學界對於工作權保障之討論有分二階或三階論之主張，相關公法討論可參考：法治斌、董保城（2004：253-5）及李惠宗（2005：263-4）。將工作權保障範圍區分為三階段論，主要在處理審查密度的課題，但就本號釋字之解釋文暨理由書以觀，大法官是否有意採取二階或三階論作保障程度的區別，則並不清楚。即便是釋字 514 於理由書中雖有將工作權保障劃分為不同階層的雛形，但該號釋字並非針對不同的權利階段而劃定不同層級的法律保留，故李惠宗（前揭書：266）認為亦無法由該號解釋判斷大法官是否有意採取二階或

之主要聽眾應為「法律專業人士」。而其論理係針對工作權與公共利益間互動之闡明，故其論證的基礎應屬「偏好的前提」。

而在比例原則權衡的層面中，大法官一方面回應聲請人關於中、西醫師區別的爭議，另一方面則指明醫師法關於醫師分類的立法目的，在原當事人爭議範圍之外，強調該立法目的中關於強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，在此處得作為限制工作權之合憲基礎。因此，大法官在此部分的論證，其聽眾範圍不但為「爭議當事人」、「法律專業人士」，尚包含「社會大眾」。而大法官此處進行個案中具體的價值比較與排序，並涉及醫師實際工作性質之區分，故其論證前提應含事關價值位階之「偏好的前提」，以及相關事實之「實在的前提」。但聲請人所爭執平等權之部分，大法官並未回應，查解釋文及理由書中，平等權的問題被納入比例原則的權衡中，且亦無其他大法官之意見書對此質疑。

第二款 修辭技術分析

關於權利保障之部分，主要聽眾既為「法律專業人士」，故大法官在討論工作權之保障與限制時，多半以「準邏輯技術」與「論證分離技術」二者相互配合使用。對於法律人而言，對於基本權利的保障以及重要公共利益優先於個人利益之主張，係屬不證自明的「準邏輯論證」類型，故可將基本權利中涉及公共利益之部分分離而出，並施以合理之限制。

至於比例原則之部分，大法官論證之前提包含「實在」與「偏好」二層面，並設定其聽眾為當事人、法律專業人士與社會大眾，然其所選擇的修辭技術主要為「基於實在結構論證技術」與「論證分離技術」。大法官首先贊同「國民健康」作為合憲且重要的立法理由，次則指出中醫師與西醫師二者之間具有差異，係屬不同之專業領域，而此差異則基於二者所受訓練與資格取得的不同，屬事實的差別，亦即凸顯不同醫師類型於實在結構上的歧異。一如釋字 206 理由書中，大法

三階段論。

但釋字 514 雖認定係爭職權命令就限制人民工作權與財產權之部分違反法律保留原則，而宣告該部分違憲，但大法官仍肯定「兒童暨少年之身心健康」得作為重大公共利益，同時，國家為達成該等重大公益，對人民基本權利不致生影響時，亦得以職權命令作為追求該目的之工具，尤其是大法官強調於法制未備時，職權命令有其「實際需要」，明確容許職權命令可於符合上述條件時合理存在。大法官一方面注重人權保障，但另一方面並未忽視事實性的課題，尤其對人民權益不生重大影響時，行政機關仍得藉由自身所發佈之職權命令作為追求公益之工具，故本號釋字中行政體系、公益、實際需要等概念的連結，殊值吾人注意。

官認為鑲牙生既未取得醫師資格，基於維護國民健康之旨，禁止其從事屬於醫師義務之醫療廣告，自為合理。另外，大法官就基於事實上差異所為區別規定雖影響人民權益，但有助於促進重要公共利益，肯定其合乎比例原則之要求，此部分係採取「基於實在結構論證技術」中「因果關係」類型。因此，在比例原則的操作中，可見「實在」與「偏好」二個論證基礎緊密地結合，大法官先確立價值位階，再檢驗其事實的關係。

非常有趣的是大法官在此處著墨於「事實性」的問題，選用有關實在結構的修辭技術作為主要說服策略，反倒未從準邏輯的面向討論相關行政函示有無超出法律所規定之要件或者有關授權之規範課題。一如吳庚大法官在不同意見書所表示，多數意見皆認為衛署醫字第 370167 號函釋，其對法規所為解釋係屬「事實之描述」，並未深究其規範面是否合乎相關原則的疑問。

第三項 論述分析

就本號釋字而言，大法官當然必須受到法律「學科」之限制，主要的論證脈絡必須以法學為其軸線，且基於法律學科之要求，大法官始能有效回應爭議當事人、法律專業人士以及社會大眾之要求。在實際的論證過程中，關於權利保障部分，大法官首先詳盡地闡述法學理論中有關權利保障之課題，主為回應法律專業人士，以鞏固法律「論述社群」對於基本權利體系之掌控，亦表現大法官對於憲法相關論述所具有特殊之主體地位。

至於解釋客體的選擇，聲請人所爭執平等權之問題，被大法官挪移至比例原則的論點中，且採「基於實在結構論證技術」，著重於事實面的討論。而大法官基本論證方式近似於釋字 206 理由書，於一貫的解釋架構上深化其論理內容，可見「釋義」在此之作用。又因該等事實所衍生不同醫師類型的區分，實際上超出法律「學科」的論述場域之外，大法官不可能過問此種基於事實差異而給予區別對待是否合理，一方面以之作為釋字的背景知識，另一方面則視此區分為「真理」。在本號釋字中，屬於事實性之描述被賦予真理的角色，並縮減權利課題在本號釋字中的重要性。同時，大法官亦透過強調事實性課題，而賦予立法與行政機關特殊的主體地位，立法機關依據事實所為之區分規定，而行政機關就相關事實所為之解釋，並不構成對於人民權利之侵害，大法官雖為合憲性控制之最高論述主體，但在事實層面中卻讓渡其權威，開放主體地位之部分空間予立法與行政機關。

另外，重要公共利益優先於個人權利為法律學科所強調，其具有「教條」⁵⁵之地位，故相關的爭議被限定在何種事物屬於公共利益，且早在民國 75 年釋字 206 解釋理由書中，大法官已將「國民健康」置放於公共利益之「教條」中，歷經多年未受學界與實務界質疑，本號解釋再次重申此意旨，應可謂「國民健康」歸屬重要公共利益之論點亦為法學界的「教條」。結合前述事實性的「真理」，以及謹守法律「學科」的要求，則構成本號釋字的論述架構。

第二節 商業廣告之言論自由與健康利益

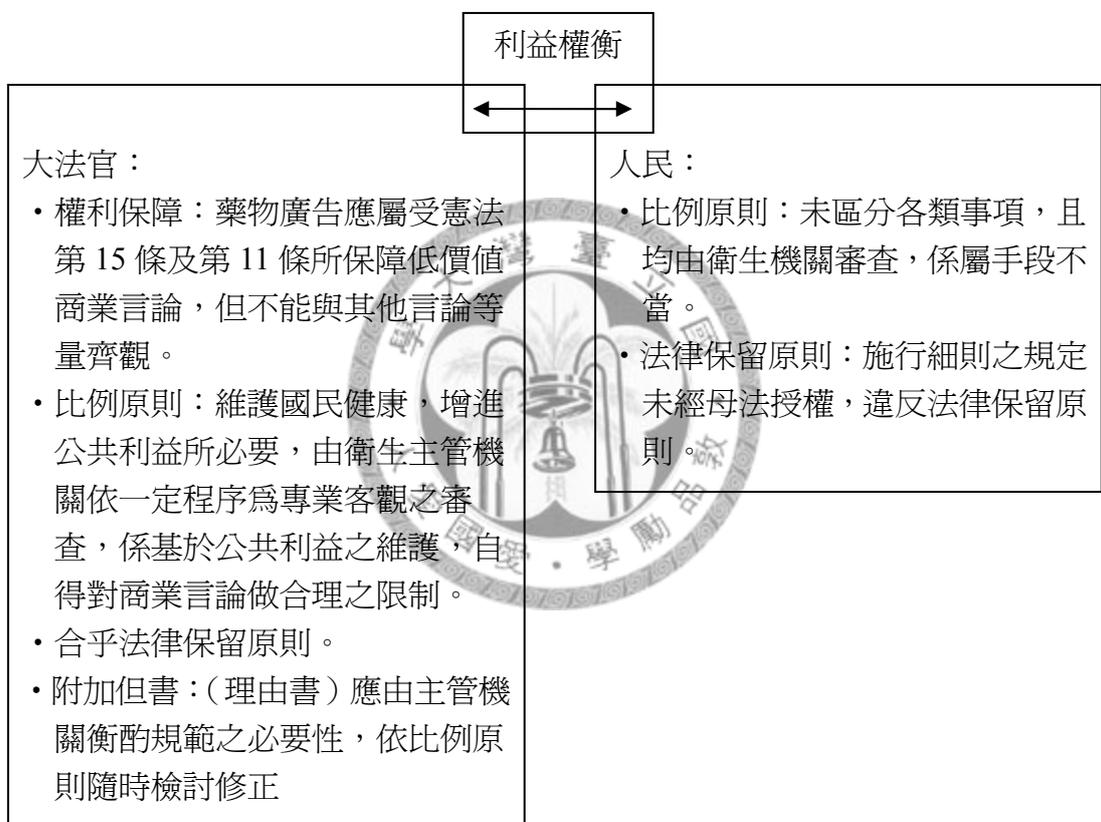
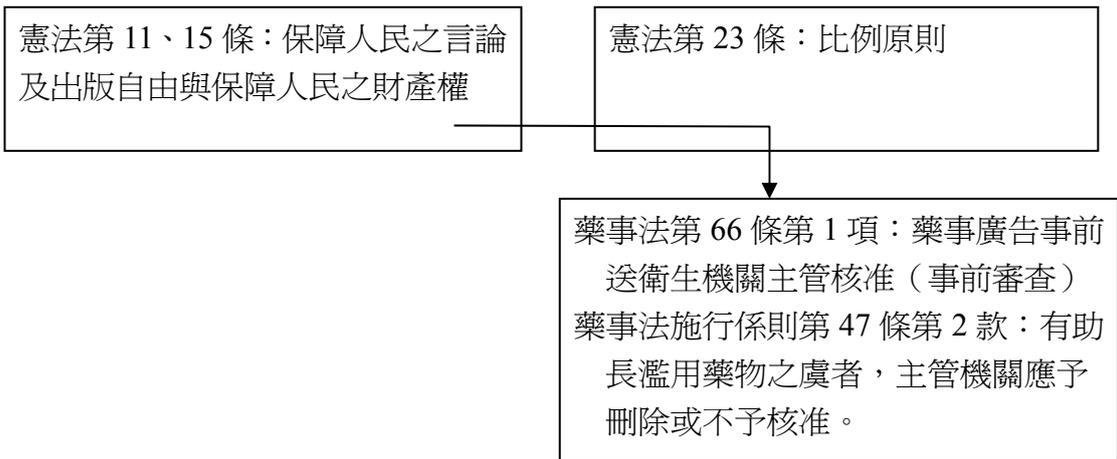
下述二號解釋主要爭點為「言論自由」之課題，所處理的對象正是國家權力對於各種陳述進行控制的課題，而前述釋字 404 僅係大法官處理「健康」利益與工作權之間互動的課題，換言之，大法官於釋字 414 與 577 所為之符號、修辭與論述場域之運用與形構，其將牽動整體言論領域中有關商業言論的規則。故在分析上，一方面透過對此二號釋字之觀察，得以發現一般政治與社會言論中關於商業言論所可能存在的符號、修辭與論述場域之基本律則與架構，另一方面亦得以探究釋字所建立之基本符號關係、修辭活動與論述場域，對於相關的論述場域有何影響。

第一項 釋字 414

本號解釋所涉相關規範與爭點析之如下：

圖 3-4

⁵⁵ 關於公共利益優先於私人利益之「教條」，在國內實務與學界的討論中應是毫無疑問地普遍接受，但若站在懷疑論與多元主義的立場，則此種教條仍可能形成對個人權利保障之阻礙。如依 Dworkin (1986: 47) 之見，我們會對社會規範發展出一種「詮釋性態度」(interpretive attitude)，且詮釋結果可具有某種程度的「客觀性」。但該客觀性並非指稱實際上存在之物，故 Dworkin (Ibid.: 83) 強調：「詮釋並非如同物理學、或就在那兒的道德價值、或能被證實。」而是進入相關的歷史、情境找尋價值課題的解答，並不存在既定的價值體系。同時，Dworkin (2000: 283) 曾寫道：「無人能藉強迫他人以違反自身意願、意志與信念的行為方式，改善他人的生活」。故，前述公共利益優先的原則，若造成對個體生活中自主性的侵犯，無論其程度如何，對 Dworkin 而言皆須受到詮釋性態度之檢驗，並非逕為不受批判之「教條」。



吳庚、蘇俊雄、城仲模大法官部分不同意見書：

- 比例原則：對言論採事前審查制度，認為若無「明顯而立即之危險」，則採事前審查制將不合乎比例原則之要求。

孫森焱大法官部分不同意見書：

- 權利保障：商業性言論不屬言論自由保障範圍之內，應為對於營業自由之限制。

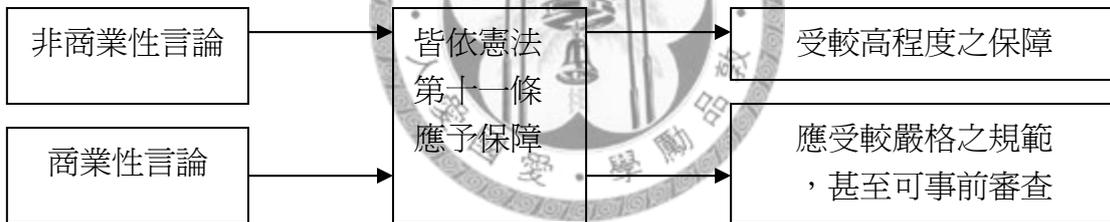
資料來源：作者自製。

第一款 符號分析

本號釋字所處理的主軸在於「言論自由」與「維護國民健康」二者的衝突，並延伸至本案中限制個人言論之措施是否合乎比例原則題，大法官透過利益權衡的方式比較此二原則在本案中所佔重要性之之比例，並分成「權利保障」、「比例原則」與「法律保留」三個面向構築本號解釋之論證。

就關於「言論自由」之權利保障部分，大法官於解釋理由書第一段表示：「言論自由...依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。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。」故此處大法官雖肯定商業性言論應屬言論自由保障之範疇，但卻將商業性言論與其他言論切割開來，認為牽涉公共利益之商業性言論，自應受較嚴格之規範，所謂較嚴格之規範即係針對藥事廣告之商業言論為事前審查，故商業性言論與其他言論所受之保障程度存有差異⁵⁶。此處大法官符號使用模式為：

圖 3-5



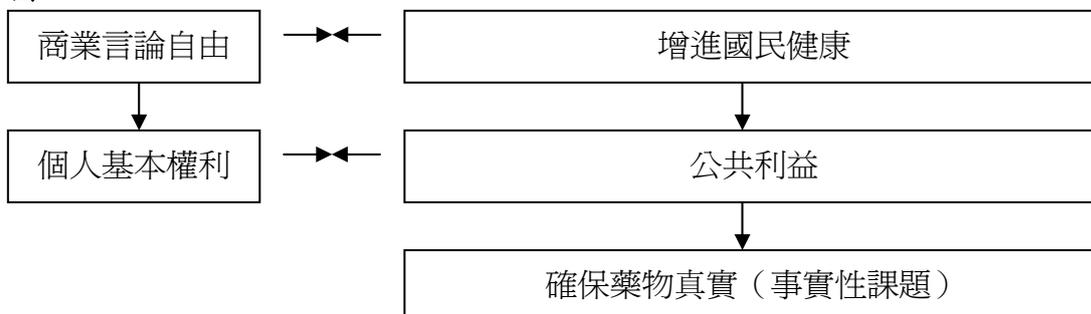
資料來源：作者自製。

在比例原則的部分，大法官依據上述理路推論出：「與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。」大法官將「國民健康」歸屬於公共利益之中，此利益在憲法價值層次優於商業性言論自由之保障，同時，係爭規範

⁵⁶ 此處呈現出大法官對於商業性言論所採取的審查密度似較寬鬆，與美國最高法院的見解相近，但美國法院實務中，係爭規範並非涉及事前限制商業廣告之課題。同時，二份部分不同意見書對該議題之看法則完全相反，大法官孫森森雖贊同國家得對藥物廣告予以限制，但更言藥物廣告根本不應放在言論自由保障之範圍中進行討論，甚至指出：「藥物廣告既以促銷為目的，動輒流於誇大虛偽之言詞，誘致消費者信以為真...自藥物廣告之本質言，與其重視廣告人之自我表現，毋寧著重於其促銷藥物，以營利為目的之特性，以保護消費者權益為中心意旨，殊難與言論自由等同視之。」然而吳庚、蘇俊雄與城仲模三位大法官聯合提出之意見書則有迥異之看法，他們一方面指出美國與德國憲法實務中，皆將商業廣告納入言論自由之保護範圍，另一方面則強調事前審查制度對於言論自由之侵害甚鉅，直指：「縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保障言論出版自由之意旨並無違背」。而在釋字 577 中，該見解略受調整，更趨向強化人權保障的論調。但釋字 577 與本號解釋皆肯定係爭規範合乎憲法要求，故大法官如何一方面強調人權保障，另一方面證立國家權力之合憲性，其調和之手段殊值探究。

旨在「確保藥物廣告之真實」，該手段有助於增進該利益，故為合憲。大法官此處之符號運用為：

圖 3-6



資料來源：作者自製。

然大法官對於「國民健康」仍未作進一步說明，究源自基本權利或憲法基本價值並不清楚，且大法官對於健康之概念亦未多所著墨。因此，國民健康究何所指，從本號釋字中無法看出端倪。至於聲請人所爭執法律保留問題，大法官僅簡單肯定藥事法第 105 條即為授權基礎。

第二款 修辭分析

首先觀察本號釋字論點所涉及之聽眾面向，次則分析各論點中的修辭技術。

第一目 聽眾與論證前提分析

大法官在解釋理由第一段中，以整段說明所涉言論自由的課題，但查釋憲聲請書，係直接主張相關措施侵害言論自由。另外，吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官之部分不同意見書第一部份，以及孫森焱大法官部分不同意見書通篇，皆深入討論關於言論自由保障之國內外司法判決實務或學說理論。故權利保障之部分，應屬法律專業符號系統之範疇，其聽眾除包含「當事人」外，亦有「法律專業人士」之聽眾群。此處旨在闡述言論自由與公共利益互動的型態，因此論證前提應屬「偏好的前提」。另外，「法律保留」部分之聽眾與論證前提則與此處相同。

比例原則部分，大法官非常重視「言論自由」與「國民健康」間價值權衡之課題，但卻非聲請人主要爭執之處。查聲請人於本案立場與見解第三、五點強調相關事項「非屬衛生主管機關得加以判斷」以及「衛生主管機關對市場機能並不具專業能力...不應由衛生主管機關加以判斷」，主張衛生機關就藥事廣告所生影響之事項並不具專業性，而大法官在理由書中則認為規範「係為專一事權，使其就

藥物之功能、廣告之內容、及對市場之影響等情事，依一定程序為專業客觀之審查，為增進公共利益所必要」，肯定衛生主管機關應具專業能力。可見比例原則同時包含有關價值權衡之「偏好的前提」，以及有關專業性爭執之「實在的前提」，前者聽眾主為「法律專業人士」，而後者則為「當事人」，觀二份不同意見書未討論此一問題即知。除上述面向外，大法官將「國民健康」與「公共利益」之概念相結合，強調此公共利益得作為限制商業性言論自由之基礎，可推知大法官此處意識到屬於「社會大眾」之聽眾群，故致力凸顯立法目的之公共性。

第二目 修辭技術分析

關於權利保障部分，大法官首先指出商業言論與其他關於公意形成、真理發現或信仰表達之言論不可等量觀之，將原本皆為言論之商業言論與其他言論分割，係屬「論證分離技術」。將商業性言論與其他言論分離後，大法官接著認為本案藥事廣告涉及屬於公共利益之國民健康，而比例原則預設公共利益優先於私人利益，且商業言論與一般言論有異，故為追求重大公共利益，必要時自得限制內含價值較低之商業言論，係採用「準邏輯論證技術」。而法律保留部分，大法官直接認定係出於母法授權，不生違憲之虞，亦屬「準邏輯論證技術」。

至於比例原則部分，除公共利益優先於私人利益的論理過程，如上述屬「準邏輯論證技術」外，關於衛生主管機關是否具備專業能力，以及審查工作有助於確保藥物廣告真實之論據，係基於大法官對社會事實之判斷。相關問題之分析，如聲請人就「促銷之方法是否適當」、「是否有誘導濫用」層面所提出之質疑，須從實證研究中找尋答案。故大法官認為確保藥物廣告之真實，即有助於維護國民健康之論點，其修辭方法應屬「基於實在結構論證技術」，且主管機關之專業能力與確保真實之間，以及確保真實與維護國民健康並增進公益之間，係為因果過程，故可歸類為「基於實在結構論證技術」之「連續性關係」。

第三款 論述分析

關於權利保障與法律保留部分，主要涉及到法律專業符號的應用，且聽眾主要為法律從業人員，修辭方式主為論證分離技術與準邏輯論證技術，故本處主要論述控制機制為法律「學科」的作用。然大法官採用「區分與拒斥」以區各種言論之地位，理由書首段直言：「言論自由...依其性質而有不同之保護範疇及限制之

準則。」論述內容的性質與其效力被連結起來，其導源於不同的主體—地位與主體—功能，故商業性主體所生產之藥事廣告陳述，其效力並不同政治、學術、宗教主體所為之陳述。此主體—地位與主體—功能之區別，在孫森森大法官的部分不同意見書更為顯明，其指出藥物廣告無關追求真理或提供人民進行政治決定之重要資訊，甚至作為自由經濟體制下藥物促銷活動之一環，既以促銷為目的則難免流於誇大虛偽之言詞。此處所凸顯商業言論與其他言論之功能性差異，誠如林承宇（2004：100）之見，係因「商業言論常以追求經營者之利潤為主要目的...而其他種類言論則無需顧慮上述情形。」故可見大法官此處對於不同陳述主體給予地位與功能上的區別對待，並將其所為之言論與陳述作進一步的區分與拒斥。

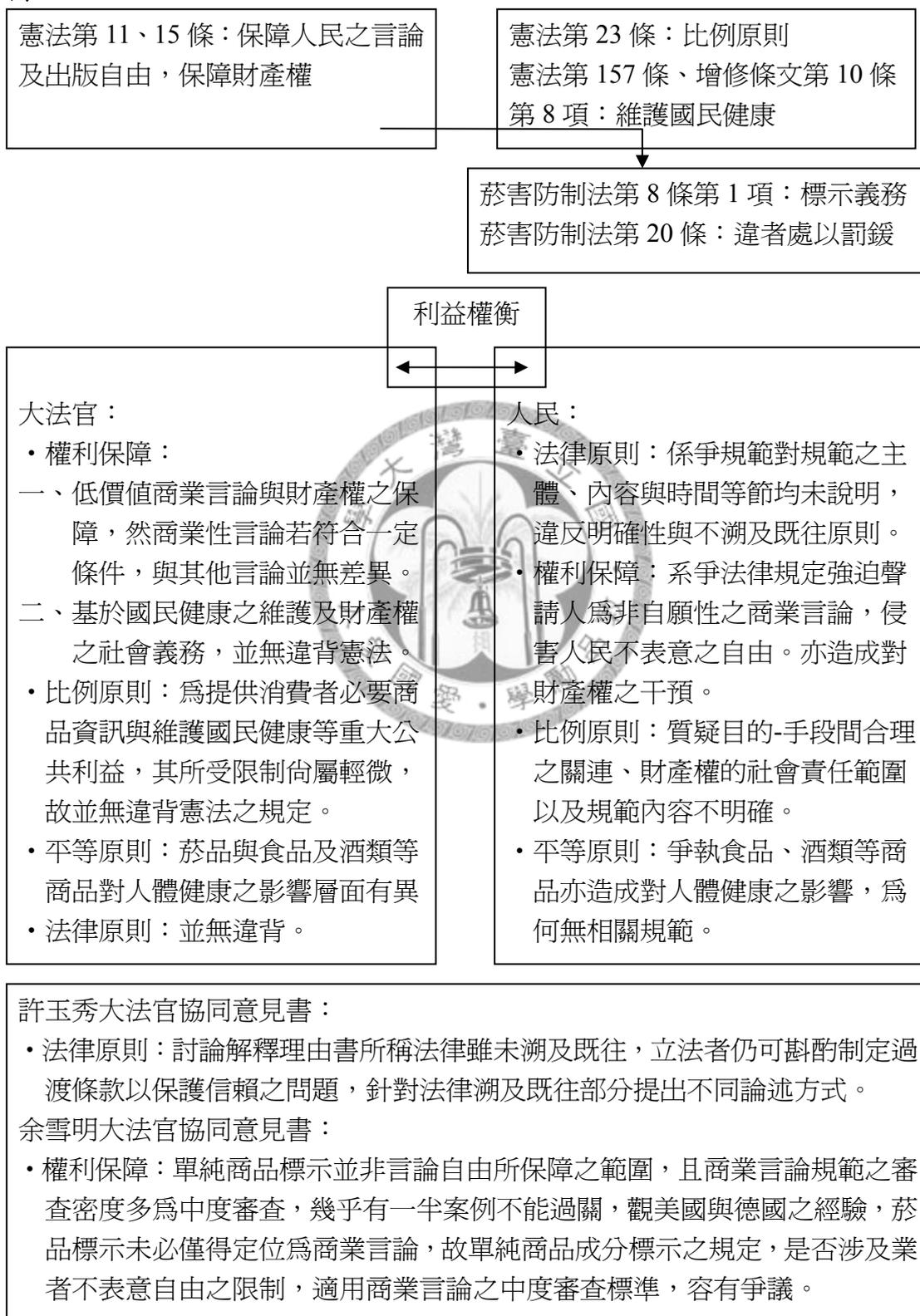
然此主體—地位與主體—功能之差異，將進一步延伸至商業主體在社會資源上之特殊地位，易言之，主體的地位與功能性差異源自商業主體背後所掌控龐大的資源與權力，尤其是商品利益、廣告利益與媒體利益之結合，將使商業言論背後存在巨大的利益共同體。因此，我們可合理認為本號論述場域中，大法官所為之區分，係具「論述的社會性佔有」面向，基於商業言論之特殊主體與社會性佔有的特殊性質，大法官拒絕將商業言論與其他事務領域之言論等同視之，反而根據其資源分配與權力向度之差異，開展本號釋字關於比例原則之操作。

比例原則之聽眾主要為聲請人、法律專業人士以及一般社會大眾，其修辭方式主為基於實在結構修辭技術，一方面以法律「學科」闡明私益與公益間基本的價值排序，另一方面大法官強調衛生主管機關就相關事項具有「專業客觀」之審查能力，該能力有助於確保藥物廣告之「真實性」。故大法官憑藉「基於實在結構修辭技術」強化事實性課題在此處的重要性，使主要的爭議核心呈現為「真假的對立」，進而嘗試建構一套有關於「真理」之控制機制。同時，大法官著重衛生主管機關對相關事實之審查能力，並未如吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官就事前審查是否有手段過當之質疑，如同前述釋字，大法官一旦強調事實面時，有關規範結構或權利保障的面向會受到一定程度的擠壓，造成相關論述客體範圍之窄化。且對於衛生機關審查能力的肯定，一方面賦予衛生主管機關享有合憲性之主體地位，另一方面亦使具備掌控藥事廣告真實性之主體地位，隸屬於行政體系中的衛生主管機關，其「主體—地位」及「主體—功能」與「真理」連結在一起。且如前述釋字，當大法官提出事實性課題之際，亦使其退出違憲審查之最高主體地位，對其他機關開放其主體地位之空間。

第二項 釋字 577

本號解釋所涉相關規範與爭點析之如下：

圖 3-7



資料來源：作者自製。

第一款 符號分析

如釋字 414，本號釋字處理的主軸亦為「言論自由」與「國民健康」二者之衝突，以及限制個人言論是否合乎比例原則之課題，除「權利保障」與「比例原則」外，聲請人亦提出有違反「平等原則」之疑，故大法官以此三個面向構築本號解釋之論證。

但不同於釋字 414 將商業性與非商業性言論做明確的區分，大法官認為商業性言論在具備特定條件時，與其他言論並無二致，則該商業性言論得主張積極表意與消極不表意之自由，此時符號運用模式為：

圖 3-8

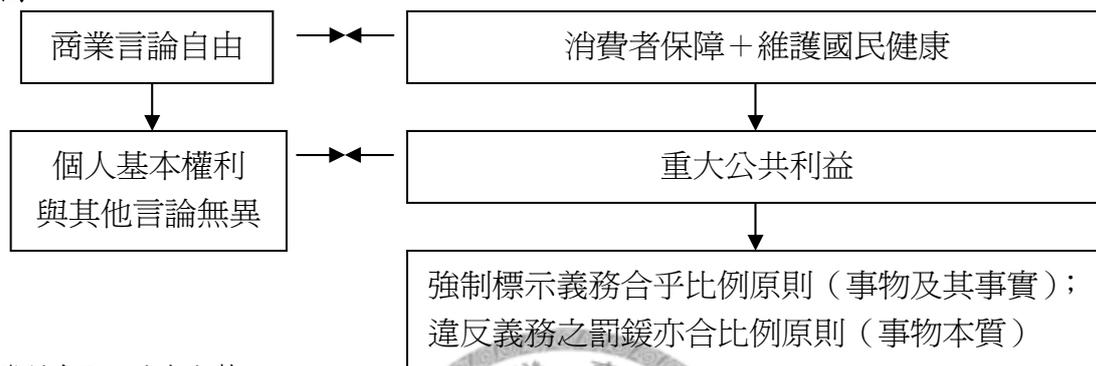


資料來源：作者自製。

然國家權力為保護重要公益，對於商品標示仍得適當地介入，大法官於理由書首段直言：「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」，自得以法律強制公開重要商品資訊，故商品標示雖屬於言論自由保障範圍，但就消費者保護或其他公共利益之面向仍有所退讓，可看到大法官一方面提升商業言論之權利地位，但另一方面亦將本案所欲保障之公共利益提升為「重大公益」。且在本案中，強制商品標示除保障消費者獲得必要資訊外，該資訊亦有助於促進其他重要公益，大法官在解釋文中將「提供消費者必要商品資訊」與「維護國民健康」並列為係爭規範主要保護之重大公共利益，且於理由書中第三段詳述：「告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成」，同時，就干預人民權利之程度而言，大法官認為該標示義務雖非侵害最小，但必須考量到目的達成之效率問題，且該商品資訊與國民健康具有重要關連，而強制標示並不侵害言論自由的核心，故「要求

其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當。」此處強制揭露商品資訊與維護國民健康二者間，其連結基礎在於菸品事物之性質，及其他有關措施之事實性層面。另就違反義務所得課處之罰則，大法官認為基於「菸品成癮性對人體健康之危害程度」，以該罰則作為獲致上開公益之手段並不違憲，亦從菸品事物的本質著手。此處符號連結為：

圖 3-9



資料來源：作者自製。

另外就聲請人所爭執財產權部分，相較於釋字 414，大法官於本號解釋中更清楚地指出：「該項標示因攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。」故財產權面向的符號互動為：

圖 3-10



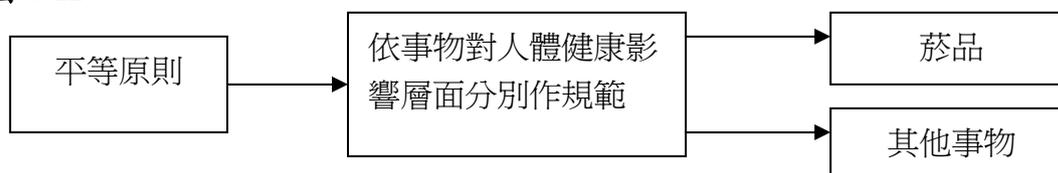
資料來源：作者自製。

至於「國民健康」符號，本號釋字中，大法官於理由書第三段明確指出：「國家為增進國民健康，應普遍推行衛生保健事業，重視醫療保健等社會福利工作，憲法第一百五十七條及憲法增修條文第十條第八項規定足資參照。」故「國民健康」係源自基本國策之規定，應認為大法官於本號釋字中，明確地將此「國民健康」之概念置放於憲法價值體系中，並未明文指涉至基本權利的面向。

關於平等原則，大法官於解釋文最末指出：「另各類食品、菸品、酒類等商品對於人體健康之影響層面有異，難有比較基礎，立法者對於不同事物之處理，有先後優先順序之選擇權限，相關法律或有不同規定，與平等原則尚無違背。」復

可見大法官強調各類事物存有差異，不可同語，在平等原則的概念中，大法官認為相關事物對人體健康影響層面不同，以事實面作為主要概念連結，從而斷定合乎憲法上平等原則之要求。故平等原則中的符號運用為：

圖 3-11



資料來源：作者自製。

第二款 修辭分析

首先觀察本號釋字論點所涉及之聽眾面向，次則分析各論點中的修辭技術。

第一目 聽眾與論證前提分析

相關法律原則與權利保障之部分，大法官於解釋文暨理由書第一段討論有關言論自由、第二段說明授權明確性，第四段中間則探究溯及既往，若對照該號解釋之聲請書可知，此皆為聲請人所爭執之部分，然圍繞在「商業言論」與相關法律原則符號者，盡皆是國內外司法判決實務或學說理論，且大法官余雪明之協同意見書旨在質疑商品標示是否屬言論自由保障之問題，而大法官許玉秀之協同意見書則針對法律溯及既往原則提出不同見解，故此部分之符號運用應屬法律專業符號，其聽眾面向除「爭議當事人」外，亦包含「法律專業人士」之聽眾群。至於其論證前提甚少論及實在性的課題，而為法律規範結構與基本權利保障程度與範圍之闡明，故應歸於「偏好性的前提」。

比例原則部分，主要爭點在於標示義務有無過當侵害人民權利，大法官於解釋文第二段暨理由書第三、四段回應聲請人之主張，首先指出該標示義務「係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益」，並在理由書第三段中針對強制標示義務精細地操作比例原則之檢驗，並於該段後半處理違反標示義務所生制裁手段，其得否通過比例原則考驗之課題。然此部分旨在凸顯菸品之事物性質及相關手段措施之實效問題，並將相關權利與「國民健康」之公益作為對立概念，故本處聽眾面向除「爭議當事人」與「法律專業人士」外，尚涵蓋一般「社會大眾」。而其論證前提，除基於利益權衡而具「偏好性前提」外，大法官對於相

關事實性面向之著墨，亦將「實在性前提」引入其中。

但值得注意者，大法官關於聲請人所爭執之財產權保護，未如前述言論自由部分以相當篇幅詳細闡明比例原則之操作過程，僅以「國民健康」與「社會義務」加以回應，大法官未強調事實性面向，似僅重申既定之價值位階。故聽眾面向包含「爭議當事人」與「法律專業人士」，但是否得擴及至「社會大眾」則不清楚，而其論證前提應僅有「偏好的前提」。至於平等原則雖為紛爭當事人爭議重點之一，透過憲法第 7 條、釋字 485 號以及有關正義之政治哲學作為聲請書之論證架構，指出法律對於其他有害健康之事物未有相關規範，且菸品成分是否有害健康仍有爭議，故僅就菸品所為課予標示義務之立法有違平等之虞。然大法官僅於解釋文最末之寥寥數語，明言依據不同事物間之差異，自應有不同之規範，大法官全以「事物性質」作為論證依據，故其論證前提應屬「實在性前提」，而其聽眾面向則為「爭議當事人」、「法律專業人士」與「一般社會大眾」。

第二目 修辭技術分析

就權利保障與相關法律原則之部分而言，大法官此處的論證過程簡單明瞭，首先指出商業言論亦屬言論自由保障範圍內，但基於重大公益目的所必要時，仍得立法採取合理而適當之限制，基於公共利益優先於私人利益之論點，不論商業言論與一般言論之差異為何，若為追求重大公共利益，必要時自得限制私人利益，係屬「準邏輯論證技術」。又大法官在理由書第一段明確地寫道：「商品標示...與其他事務領域之言論並無二致。」迥異於釋字 414 理由書第一段中所謂：「商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。」惟查理由書第一段，大法官對商業言論仍設有一定條件，須滿足該條件後始享與其他言論相同之地位，故商業言論並不完全等同於其他事務領域之言論，大法官仍然對言論作了類型區分。但此區分似基於商業言論本身的性質，故透過商業言論性質及其所涉公共利益之出發點，大法官證立國家得以適當地介入，此係屬「論證分離技術」⁵⁷與「基於實在結構論證技術」，後者將於下述比例原則之部分更為顯明。

至於比例原則部分，在理由書第三段中，大法官認為尼古丁及焦油含量之標

⁵⁷ 不同於釋字 414，大法官並非純粹將商業言論與其他言論完全區隔以觀，一方面當然是出於對人權保障之注重，但另一方面，大法官依然未將商業言論與其他言論完全劃上等號，但區別之理由並非單純基於言論之類別，而是屬於商業言論之商品標示本身所具之特殊性質，該性質因涉及相關重大公益，故國家可合理地介入干預。此轉變過程，將於下述論述場域以及第五章中為更詳細地討論，同時，其正是 Foucault 所關注的重點。

示義務，其「有助於消費者對菸品正確了解」，且「告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成」，至於手段之選擇，大法官認為須併同考量目的達成之效率如何，故課予標示義務為兼具侵害較小以及效率較高之手段，另外就違反該義務所設之罰則部分，大法官則指出「鑑於菸品成癮性對人體健康之危害程度，為督促菸品業者嚴格遵守此項標示義務...尚屬督促菸品業者履行標示義務之有效與和緩手段」。以上論證過程，皆基於菸品對人體健康具有重大程度之危害，且相關措施於其實際執行上具有較佳之成效，相關論據應以科學研究與社會生活之事實為基礎，係屬「基於實在結構論證技術」，且相關事項間具有因果關係，故歸屬基於實在結構論證技術之「連續性關係」，作為主要修辭技術。

平等原則為聲請人主要論證理由之一，因菸品與其他事物相較，確實有生違反平等原則之疑⁵⁸。然大法官直言：「另各類食品、菸品、酒類等商品對於人體健康之影響層面有異，難有比較基礎」，其將該等事物切割處理，並隱含事物本質不同而應做不同處理之意涵，同時對應至憲法第 7 條平等原則中被釋字 485 一分为二的二項原則。大法官此處訴諸事物本質切割菸品與其他事物之比較，並運用已被二分的平等原則中的實質平等原則，一方面以「基於實在結構論證技術」強化事實面的說服力，另一方面運用「論證分離技術」將係爭事物性質之差異對應至不同規範準據，以證立無違平等原則。

第三款 論述分析

權利保障與法律原則之部分，此處主要運用法律專業符號，回應爭議當事人與法律專業人士，其修辭方式為「論證分離技術」與「準邏輯論證技術」，如同前述相關釋字，可見法律「學科」在此作為主要的控制機制。然本號釋字關於言論自由的論證主要受釋字 414 之影響，但對於權利保障之理路作部分調整，一方面強調延續釋字 414 對於言論自由的分類，仍包含前述釋字 414 中關於商業言論「主體之功能、地位」與「論述社會性佔有」之差異面向，但另一方面擴大人權保障之範圍，並深化國家權力運作的理性基礎。而財產權之社會義務的部分，亦是受

⁵⁸ 以檳榔為例，根據黃振勳、郭英興與郭英雄（1994:14）研究指出：「80-90%頰粘膜癌病患嚼檳榔嗜好，82.8%舌癌病患及 87%牙齦病患亦有嚼檳榔的習慣，和抽煙、飲酒習慣相較，顯示嚼檳榔在台灣的口腔癌佔極關鍵地位。」

釋字 440 與 564 解釋之影響，可見本號釋字中存在「釋義」之控制機制，大法官必須以先前釋字所為之定義與論理為思考起點，進行更新與調整的工作。

比例原則之部分，公益與私益間的位階關係屬法律「教條」，大法官明確地凸顯維護「國民健康」符碼，然本號釋字一方面提升商業言論之權利保障地位，另一方面復抬昇保障客體的層級，可見除「教條」之作用外，尚含「學科」對於論理之影響，大法官似思及論證整體結構的平衡。至於比例原則實際操作面的檢驗，溯源自商品標示內含之特殊性質，大法官以基於實在結構修辭技術，針對菸品事物之性質與相關措施之實效進行探討，將商品標示應具揭露真實之特質，與菸品事物本身對人體健康危害之性質，連結至國民健康目的之追求及其手段之實效性。此即「真假的對立」的問題，藉由相關事實性知識作為合理化的基礎，嘗試建構出一套有關菸品的「真理」，相關的判斷連接至真實性的課題，而非價值排序的爭議。至於平等原則之簡短論理，主以「論證分離」與「基於實在結構」二種修辭技術，將其他事物隔絕於本解釋客體之外，其論述控制機制為「論述客體之禁止」，並類似上述比例原則之部分，側重有關菸品事物之「真理」建構，大法官將平等原則的焦點集中在事物本質上，僅就實在性結構進行分析工作。

另從財產權之部分出發，相較於釋字 414 之說理，本號解釋與主文暨理由書中以相當篇幅加以說明，然不同於言論自由之課題，大法官接續前述釋字 440 與 564 號解釋之論理，將「國民健康」嵌入財產權之社會義務中，投入財產權本身所具有之公共性空間，並形成得合理限制之基礎⁵⁹。若參照本號解釋與反菸運動的脈絡（詳參附錄二），關於財產權之社會義務與商業言論自由之限制，二者皆指涉維護國民健康之重大公益，其背後正隱含「論述的社會性佔有」對場域之重要影響。一方面因民國 76 年對外開放菸品市場，使其在我國公賣利益所佔比例逐年下滑（詳見附錄三）；另一方面，對菸品進行管制亦為目前各國以及國際趨勢。由此可見一個社會內部的社經條件與權力分佈的變化，影響了論述的轉變。

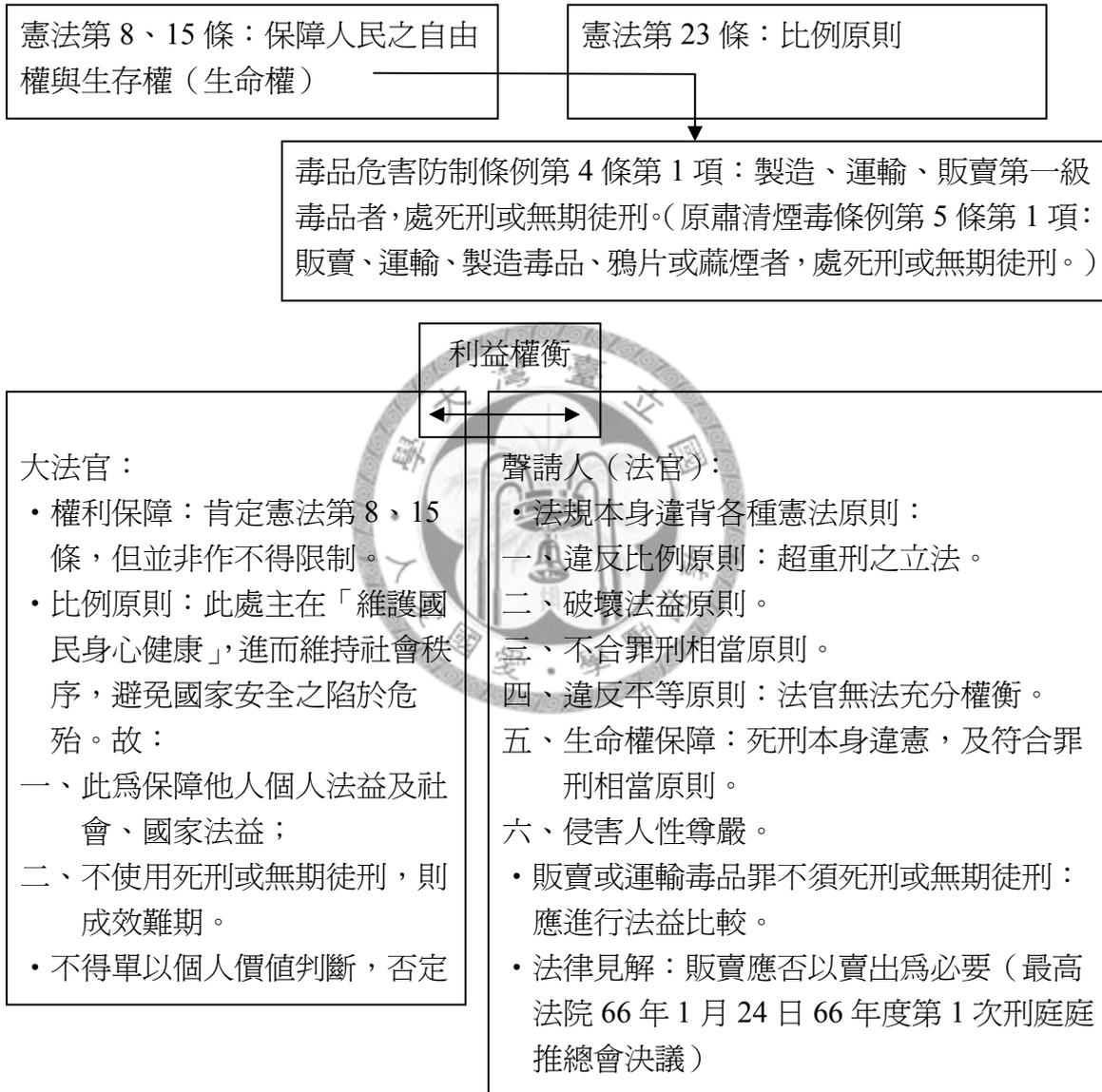
⁵⁹ 此部分可參考蘇永欽（1999：79-80；93-4）的相關討論，若源於財產權社會拘束，則國家所為之相關限制措施即毋須給予補償，美國聯邦法院就此發展出「警察權」（police power）之概念，而德國實務則由基本法第 14 條第 1 項後段推導出「社會拘束」（Sozialbindung）之概念，法治斌與董保城（2004：256）更指出：「二十世紀憲法不再將財產權視為所有者享有絕對之支配性，而是附隨所有權而發生的一種社會義務。」雖依早期法治斌（1993：269）之研究指出：「對於財產權以外之其他各項權利，大法官會議似均採較為消極之審查態度，明白承認其他政府機關所為之合憲性，絕不輕易將彼等之決定推翻。此與其對有關財產權案件之態度相較，似有不同」，且蘇永欽（1999：147）亦認為：「財產權和公共利益間的衡量，固然以後者優先，但大法官對限制財產權的國家行為…其保障的完整程度則確實是其他憲法權利無法比擬的。」然自財產權社會責任之概念浮現於解釋文後，似又有所轉向。

第三節 毒品危害防制與健康利益

第一項 生存（命）權—釋字 476

本號解釋相關爭議與規範析之如下：

圖 3-12



資料來源：作者自製。

第一款 符號分析

本號解釋中主要爭議為：毒品危害防制條例第 4 條第 1 項所定之刑度是否過

重，而有違反比例原則之疑。該條例規定製造、運輸、販賣第一級毒品者，得處死刑或無期徒刑，聲請人陳志祥法官⁶⁰的論點可分為三大部分：其一為此規範本身刑度過重且過度限縮法官裁量範圍，因此不合乎諸憲法原則或刑法基本原則之要求，且造成對憲法第 8、15 條所享之自由與生命（生存）權之侵害；次則認為違反本條之行為，僅侵害「個人之身體法益，對於高位階之生命法益尚無直接危險，何況實害！」而刑罰卻剝奪了行為人之生命法益與終身的自由法益，顯不相當，並認採長期徒刑應已足夠，甚至意圖販賣而持有毒品罪更不須長期徒刑；最後則是針對實務上對「販賣」之解釋爭議。

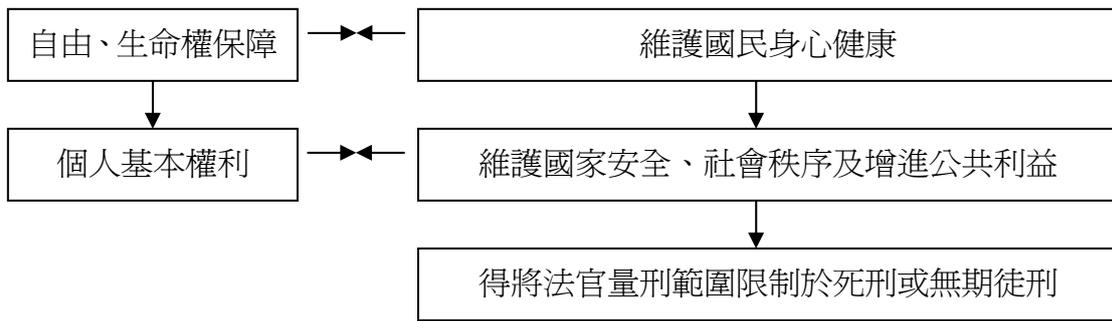
然而大法官在本號解釋中並非逐一針對上述觀點進行回應，在解釋文首段中，大法官開宗明義指出憲法對於人民生命、身體自由之保障並非絕對⁶¹，而在次段強調係爭規範之立法目的為：「特別為肅清煙毒、防制毒品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆。」大法官除肯定毒品危害防制條例第一條所定「維護國民身心健康」立法目外（肅清煙毒條例第一條），並如釋字 194，將國民身心健康延伸至社會、國家層級⁶²，故本號釋字的基本符號對立為：

⁶⁰ 本號釋字聲請人為台北地院陳志祥法官，其聲請之動機為：「日前，見報載八十三年間走私毒品海洛因二公斤來台之被告吳來旺，最高法院已判決其死刑確定，頓時心中感慨萬千，不該死者而死之，此非殘民以逞而何？未料，八十七年八月二十日，司法周刊及法務通訊同時刊載被告已於上月二十三日執行槍決，讀之心中戰慄，難以自已！數十年來，類此事件竟然層出不窮。其殺不辜者，豈非視人命如草芥？」因我國相關法規並未就不同的持有量為區別規定，故陳法官對於不論持有數量為何，皆予行為人如此嚴峻之刑罰，認有不妥，援提起釋憲聲請。

⁶¹ 當然，大法官也意識到剝奪人民生命或長期人身自由的刑罰規範，不可能完全迴避基本權利核心領域保障之課題，若死刑或無期徒刑即是國家基於重要目的或維護基本價值，所不得不施予的特殊制裁，則國家刑罰目的與基本權核心之利益衝突，在本號釋字中直接而明顯地展現。因此本號解釋中，大法官對於係爭規範所涉之目的與價值課題，作了非常詳盡的陳述與論理，在大法官所為之全部釋字中，亦屬少見。現任許玉秀大法官更清楚地意識到國家刑罰的特殊性質，她在釋字 594 所提出的部分協同意見書，即針對國家刑罰與審查密度之關連，作了非常精彩且深入的評述，審查密度與基本權利侵害程度有緊密的關連，亦凸顯出死刑或長期自由刑與憲法第 8 條或第 15 條核心領域之關係。相關內容詳參許大法官對釋字 594 所為之部分協同意見書。（資料來源：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/%E6%8A%84%E6%9C%AC594.doc>）

⁶² 然值得注意者，查民國 81 年與民國 87 年二次修正立法記錄中，毒品危害防制條例（原肅清煙毒條例）第一條皆明定其立法目的係「維護國民身心健康」但關於身心健康之概念並未多所著墨，在立法說明中亦未明確指出其與社會秩序及國家安全之關連。資料來源：立法院公報，第 44 卷第 15 期第 5 冊，頁 108（網址：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@441505:0105:0117>）；第 81 卷第 54 期，頁 81（網址：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@8105400:0078:0093>）。然而在民國 44 年首次制訂肅清煙毒條例時，第一條立法目的規定為「戡亂時期為肅清煙毒，防止共匪毒化，貫徹禁政」，立法記錄中，相關的討論皆強調防止共匪毒化之面向，反倒以國家安全而非國民身心健康作為主要立法理由。資料來源為：第 84 卷第 65 期，頁 187（網址：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@846500:0180:0246>）。故本號解釋雖近似於釋字 194，然其時空背景迥異，且相關規範已有更動之情形下，大法官在終止動員戡亂時期後，卻維持相近的論述場域，仍將毒品危害與國家安全相提並論，亦值注意。

圖 3-13



資料來源：作者自製。

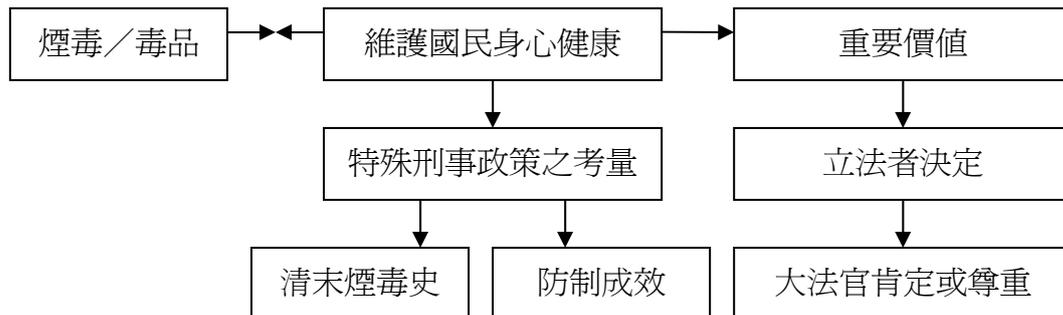
大法官將主要的符號對立限定在比例原則的操作面，且「國民身心健康」之符號進一步連結到「社會秩序」與「國家安全」之集體性意涵，而非單純個人身體健康的課題。另外值得注意者，大法官於解釋理由書第二段詳述清末煙毒史，次於第三段提及「國民身心健康」與上述集體性概念之連結，且關於本案係爭規範，大法官於解釋理由書第二段明言：「製造、運輸、販賣無非在於使人吸食，其吸食者愈眾，則獲利愈豐，因是呼朋引類，源源接濟，以誘人上癮為能事。萃全國有用之國民，日沈湎於鴉毒之鄉而不悔，其戕害國計民生，已堪髮指...」可推知清末英國鴉片之輸入及嗣後導致鴉片戰爭戰敗而簽訂中國近代第一個不平等條約，即是大法官本處立論基礎，亦為本號釋字中「國民身心健康」符號與「國家安全」關連之基本內容。⁶³

故大法官首重比例原則中，係爭規範所欲保護之公共利益，其重要性程度為何，若「國民身心健康」係屬高度重要之公共利益，則侵害此公益之行為具高度不法內涵，則自得採取對人民權利限制較重之措施。同時，大法官在解釋理由書言及：「至於其依循上述目的與手段間之均衡，就此等特定犯罪之評價所為之法定刑規定，在法益保護之考量上，普通刑法之其他犯罪與之並不相侔者，尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系，而以其關乎人民生命、身體自由之乙端，即謂係有違於前開憲法規定之保護意旨。」此處大法官特別提出「價值判斷」的課題，並認為立法者就係爭規範背後所為之價值考量，一方面基於前述歷史脈絡，另一方面亦不違背符合憲法之精神，故立法形成之價值體系，不容個

⁶³ 我們可以推斷清末煙毒史確實作為本號解釋中「國民身心健康」利益之重要內容，但並非全部，若認為「國民身心健康」完全在防範喪權辱國之衰敗，則真正具有保護之必要者應是「國家安全」，「國民身心健康」僅在於功能上有助於促進或維護「國家安全」，進一步的價值面討論，請參考下述第四章第一節第一項之分析。

人恣意駁斥。⁶⁴另外，大法官復認為「製造、運輸、販賣煙毒之行為...更具有暴力之特質，利之所在，不免群趨僥倖，若僅藉由長期自由刑措置，而欲達成肅清、防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義。」故相關規範所設立之刑度，大法官除認同其目的正當以外，更強調其合於適當性原則之要求。故相關符號連結如下：

圖 3-14



資料來源：作者自製。

第二款 修辭分析

首先觀察本號釋字論點所涉及之聽眾面向，次則分析各論點中的修辭技術。

第一目 聽眾與論證前提分析

本號釋字開端及理由書首段，如同前述相關釋字 404 旨在闡述所涉基本權利之概念與意涵，然此部分亦為聲請人論爭重點之一，可知大法官在權利保障的部分，主要在回應「當事人」與「法律專業人士」。然聲請人所持理念具反死刑之論調，陳志祥法官直指：「死刑既係生命權之剝奪，無論其為絕對死刑或相對死刑，均屬違憲之立法。」而大法官在首段中亦特別指出憲法所賦予之基本權利並非不得限制，不能僅認為相關刑罰涉及人民生命、身體之自由，即有違憲之虞。且大法官詳為闡述相關規範背後的歷史、文化與價值等層面，並肯定立法者之價值決定，故此處大法官似有回應持廢死刑主張之社群。而此處論證前提，一如前述，

⁶⁴ 關於「尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系」這句話，可以有二種解讀方式，其一是大法官認為立法者正確認識到憲法中價值位階秩序，故認為其所制定之規範當合乎憲法所要求，所謂「立法之價值體系」即為憲法價值體系之一部。但另外亦可理解成立法者之價值決定並未嚴重干擾憲法之價值位階，故大法官尊重同為憲政機關之立法者所作成之價值判斷，並同意基於該價值與所涉情境中，作為憲法價值之基本權利應有所退讓，此時「立法之價值體系」未必等於憲法價值體系。因理由書中大法官並未直接訴諸憲法價值體系之課題，我們只能說，大法官並未支持釋憲聲請人此處對於立法價值體系之衝撞，而上述二種解讀方式皆站得住腳。

係屬「偏好的前提」。

而比例原則操作之部分，大法官將清末煙毒史及毒品危害防制成效作為其主要論證基礎，可見其聽眾應包含「當事人」、「法律專業人士」以及「社會大眾」，尤以後者為主。然相關史實與成效之論證，以及對「國民身心健康」價值之肯認，其論證前提應同時包含「實在的前提」以及「偏好的前提」，且以前者證立後者的正當性。

第二目 修辭技術分析

關於權利保障之部分，主要聽眾為「法律專業人士」，但涉及有關死刑廢止的論點上，則有包含「社會大眾」之可能，故大法官在討論相關權利保障與限制時，除以「準邏輯論證技術」闡明相關權利體系外，更著重「論證分離技術」，強調憲法對於相關權利之保障並非絕對，不能率爾認為凡有限制基本權利者，即屬違憲。同時，關於係爭刑度與價值判斷的層面，理由書中第一段直言：「尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系」，大法官亦利用「論證分離技術」，以鞏固立法者從事政策選擇與價值排序之優先地位。

至於比例原則之部分，大法官於理由書第一段即指出：「倘該目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自難謂其非屬正當」，復於理由書第二段詳盡描繪清末煙毒史與注重實際防制工作之層面，應屬「基於實在結構論證技術」以強化作為公共利益之「國民身心健康」在憲法價值上的重要地位。然值注意者，清末國力積弱不振，並非全與鴉片之輸入有關，但因林則徐於廣州掃蕩煙毒所導致西元 1840-1842 年之鴉片戰爭，該戰爭之失敗致使中國簽訂近代第一個不平等條約——中英《南京條約》，故煙毒與喪權辱國的概念被連結起來，大法官使用一般慣常的歷史敘事路徑，應屬「建立實在結構論證技術」。又煙毒史之圖像在其中具有「實例」與「模範」之功能，防制煙毒危害可同時強化並喚起對社會、國家之認同與保衛行動。藉由清末歷史圖像之實在結構，大法官以之作為證立現代毒品危害防制之理由，則該圖像對於比例原則的價值權衡具有「建立實在結構論證技術」中「範例」之功能，使吾人對於清末煙毒危害的價值信念直接轉移至現代毒品之上，建構出煙毒高度的不法內涵，以獲致相關規範的合憲性。可看出歷史事實內嵌之價值意涵，再現於本號解釋理由書關於「國民身心健康」與毒品危害防制之論理脈絡中，強化本家中「健

康」與「社會秩序」及「國家安全」之重要性。

除上述不法內涵外，大法官另提及煙毒具有暴利性質，並由此二觀點推論僅藉長期自由刑之措置，「非但成效難期，要亦有悖於公平與正義」，此根基於煙毒之事物本質問題，亦屬「基於實在結構論證技術」。關於毒品事物之性質，同上述歷史脈絡皆屬事實性之論證技術，但二者仍具差異，前述歷史事實內嵌較高度之價值特性，尤其是歷史事實需經主體進行詮釋，而難以完全避免個人價值滲透之疑，但從事物本身之立場出發，則較易通過價值面的檢驗，如同前節關於藥品與菸品事物的討論，若完全站在事物性質的面向，依據其他學科證明所涉事物損害人體健康之研究結果，則大法官更能強化論證之關連性並反駁偷渡個人價值成見之批評，相對於歷史事實所需詮釋性態度，大法官得鞏固其立論之客觀與中立性質。另觀釋字 194 所言：「販賣毒品者，處死刑，立法固嚴，惟係於戡亂時期，為肅清煙毒，以維護國家安全及社會秩序之必要而制定」，足見防制成效的面向，大法倒是官維持一貫的見解。透過上述二項實在結構修辭技術之撲鋪陳，大法官將爭議導入事實性的面向，從而否定聲請人之主張，支持立法決策者之論調，並強化其論證的說服效果。

第三款 論述分析

大法官對於自由與生存權之詳述，亦是基於法律「學科」之作用，然大法官在理由書第一段對價值評斷，特別區分個人與立法者間地位的差異，係屬對「主體」之禁止，大法官似認為立法者做立法決策時，須考量相關歷史淵源、文化背景、社會現況，站在總體層面進行判斷，從而立法者所為之陳述，自較一般個體之陳述具有更高的地位。而在理由書最末段，大法官則排除有關「販賣」概念解釋之爭，認為其一方面不在審判範圍之內，他方面又非屬法律本身適用抵觸憲法之課題，故以「客體」之禁止將此爭議隔絕於解釋範圍之外。

至於比例原則部分，如前述重要公共利益優先於個人權利作為法律學科之「教條」，在本號釋字中「國民身心健康」亦被放入其中，並延伸至社會秩序與國家安全之層面。大法官所採取「基於實在結構」與「建立實在結構」之修辭技術，係憑藉歷史實在以證立立法目的之正當性與重要性。此史實基本上為各界所接受，亦在教科書關於中國近代史之篇章中不斷重現，清末煙毒與不平等條約之實在性關連，對於本號釋字而言具有「真理」的地位。同時，清末掃蕩煙毒行動並不僅

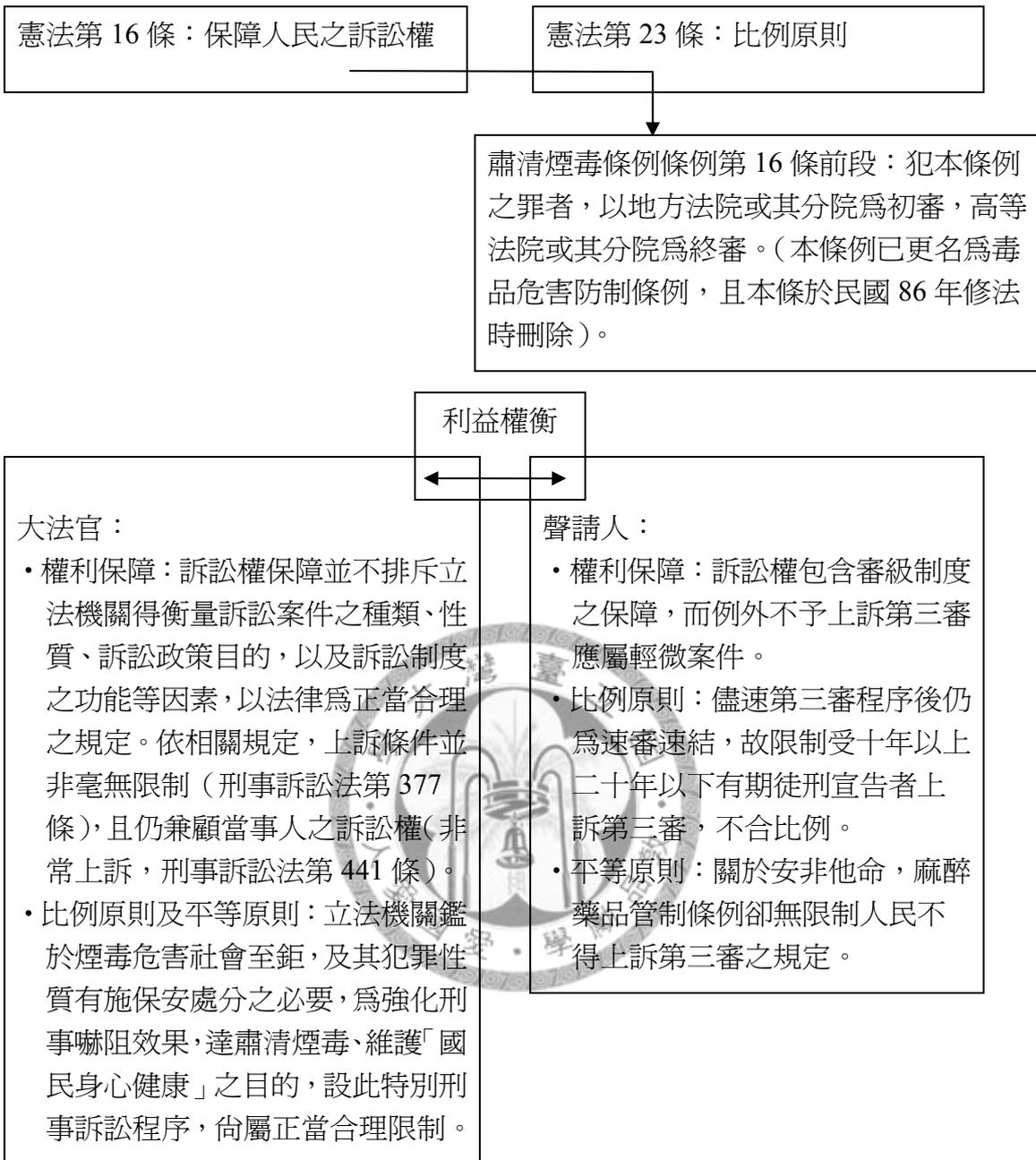
有保護國民身心健康之用意，亦含有抵抗英國殖民權力之旨，換言之，反煙毒混合著反殖民，具有濃厚的權力對抗色彩，尤其是國家之間權力對抗的互動形式，觀大法官於理由書第二段所言：「更且流毒所及，國民精神日衰，身體日弱，欲以鳩形鵠面之徒，為執銳披堅之旅，殊不可得」，故煙毒對國民身心健康之侵害，與「國力」之課題具有緊密的關連。因此，反煙毒的論述場域不但具有「真理」宣稱的作用，亦含有反抗殖民主義的權力作用，更是鞏固國家實力之基礎，其含有知識與權力間的密切合作關係，具「社會性佔有」之性質。

另外，大法官以經濟性角度強調煙毒具暴利性質，故唯有透過較高之刑度始得有效控制，此事物性質與經濟分析之推論，似擴大傳統法律「學科」的論述場域，導入「法律經濟分析」之學科。大法官一方面以「真理」宣稱相關事物性質，另一方面則透過經濟思維，處理係爭規範之合憲性。可看到此處比例原則的操作中，合目的性的要求與經濟思維及事物本質結合，並做為價值排序的基礎。然而在上述相關場域之中，復可見釋字 194 對於本號釋字之影響，一方面煙毒危害與社會、國家法益之緊密連結，另一方面側重防制成效，肯認重刑之必要與合理性，透過比對二者近似的論證架構，可知本號解釋中「釋義」運作之態樣，以及背後「論述性社會佔有」對於大法官思維之持續影響。

第二項 訴訟權—釋字 512

本號解釋相關爭議與規範析之如下：

圖 3-15



資料來源：作者自製。

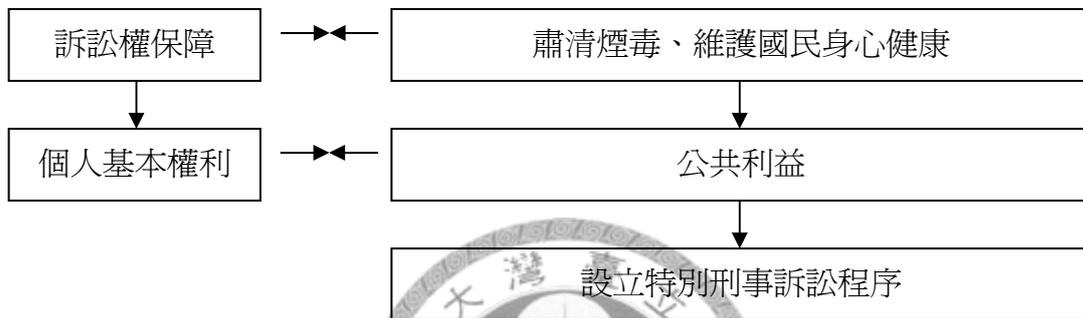
第一款 符號分析

本號釋字主要爭點為：肅清煙毒條例第 16 條前段限制，規定除判處死刑或無期徒刑案件以外，其他犯本條例之罪者，以地方法院或其分院為初審，高等法院或其分院為終審。故該條例限制上訴的層級，而產生是否違背憲法保障人民訴訟

權之爭議。⁶⁵而本條例制之初，立法者明確提及本條旨在「簡化審判程序迅速結案」⁶⁶，然因肅清煙毒條例曾於民國 81 年做若干修正，雖第 16 條並未更動，但該條例第一條之立法目的確有改變，從原本「防止共匪毒化，貫徹禁政」之目的轉換為「維護國民身心健康」，故程序簡化雖同，但所指向之立法目的與其背後之公共利益卻有相當大的差異。⁶⁷

相近於釋字 476，大法官於本號釋字中所運用之基本符號對立為：

圖 3-16



資料來源：作者自製。

但大法官並未強調立法目的中社會秩序與國家安全的面向，且訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件得由立法機關以法律為正當合理之規定，似將其劃歸訴訟權權利保障核心範圍之外⁶⁸，故認為「維護國民身心健康」已足以作為限制人民權利之重大公共利益，同時，亦贊同基於煙毒危害社會至鉅之原因，立法者自得

⁶⁵ 但須特別指出，第 16 條於民國 86 年修法時限制，查其相關立法議事記錄中，原條文僅改列第 31、32 條，然因當時立法委員認為本條嚴重侵害人民之訴訟權，例如李慶雄、蘇煥智與謝聰敏委員早於民國 83 年底立法院委員會發言中指責覆判制度剝奪人民重要的審級利益，並不符合正當法律程序，故應回歸正當的訴訟程序。（資料來源：立法院公報，第 84 卷第 1 期，頁 319、325（網址：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@840100:0297:0338>）而民國 84 年底，謝啓大委員於院會之發言亦持相同見解，認為本條之規定侵害人民訴訟權之保障，且於該會議中，立法院最後作成刪除本條草案之決議（資料來源：立法院公報，第 84 卷第 65 期，頁 244-5（網址：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@846500:0180:0246>）。

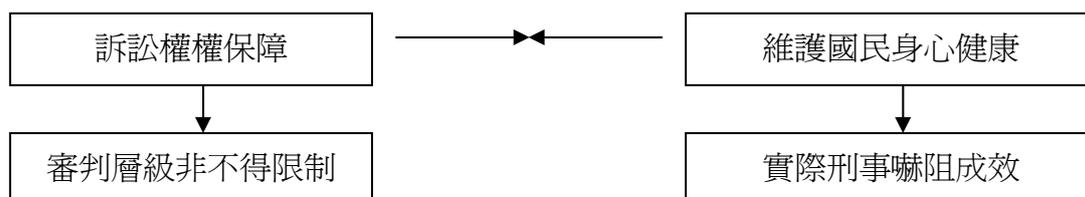
⁶⁶ 資料來源：立法院公報，第 44 卷第 15 期第 5 冊，頁 107（網址：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@441505:0105:0117>）。

⁶⁷ 然查立法院議事記錄，當時法務部長馬英九長曾謂：「中國人對於毒品除了忿怒、痛恨之外，還帶有一些民族情緒在內，因為當初就是由帝國主義者開始逼迫中國人吸食毒品的。」（資料來源：立法院公報，第 83 卷第 83 期，頁 359（網址：<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/lgimg?@838303:0337:0364>））雖大法官於釋字 512 中並未言及此點，但若對照馬部長之發言與前述釋字 476 之論理，似可呈現毒品所帶有的特殊意涵，而毒品危害防制法對於國民健康之追求，可能具有殖民色彩之面向。

⁶⁸ 上訴第三審之審級利益是否完全排除在訴訟權核心領域之外，查大法官解釋的一貫取向，認為訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，基本上皆尊重立法機關所為之決定（除本號釋字外，尚可參考釋字 160、302、396、416、442、574、629、639、653 等號）但本案聲請人係爭執台灣高等法院高雄分院 85 年度上訴字第 465 號刑事判決，若到照前揭註 62、民國 86 年毒品危害防制條例修正以及大法官作成本號釋字 512，相關時點之間十分微妙。

採取限制審級之方式，透過迅速結案以收強化刑事嚇阻效果。可見大法官基於社會實際層面之考量，支持立法機關所之決定。亦如同前述釋字 476，除規範本身以外，大法官亦將刑事制裁效果納入權衡之中，而獲致合憲之結論。故此處符號連結可擴展為：

圖 3-17



資料來源：作者自製。

大法官於本號釋字中，首先將「國民身心健康」等同於重大公共利益之符號，次則將其連結至事實性層面的「強化刑事嚇阻效果」符號，並未論及聲請人所主張限制上訴第三審與主張限制上訴第三審與該罪刑反社會性、侵害法益以及刑罰所剝奪行為人法益之層面出發，亦即對大法官而言，主要爭點並非僅限於法律規範結構，而須觀察相關社會事實，以作為權衡之基準。關於規範面，大法官強調審判層級並非絕對不得限制或調整，且對於確定判決刑事訴訟法已給予非常上訴之救濟途徑外，係爭規範亦就判處死刑或無期徒刑之案件給予最高法院覆判之機會，故大法官認定該條文「顯已顧及其利益」，合乎憲法要求。

第二款 修辭分析

首先觀察本號釋字相關論點所涉及的聽眾面向，次則就各論點中的修辭技術進行分析。

第一目 聽眾與論證前提分析

關於權利保障部分，係為聲請人所爭執，且大法官於解釋文開頭與末端且詳盡細述相關概念，其聽眾應包含「爭議當事人」與「法律專業人士」。此部分主要爭執者皆為法規範體系與權利保障之課題，甚少言及事實面，因之論證前提應屬「偏好的前提」。而比例原則與平等原則的部分，側重社會危害性與刑事制裁效果，故聽眾的面向應包含「當事人」、「法律專業人士」及「社會大眾」，其論證前提除包含「偏好的前提」外，尚涉及相關事實面的課題，亦含「實在的前提」。

第二目 修辭技術分析

權利保障部分，大法官首先對憲法對訴訟權的保障與訴訟之審級、程序與要件，以「論證分離技術」區分二者，認為立法機關就後者自得「衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定」，故訴訟權之保障僅限於確保人民有提起訴訟以及受公平審判之權利。而解釋文最後之部分，大法官指出係爭規範雖妨礙聲請人上訴第三審之機會，刑事訴訟法之規範原本對上訴第三審即設有限制，且遇有判決違背法令之情形時，並未剝奪以高等法院為終審者提起非常上訴之機會，同時，係爭肅清煙毒條例第16條後半亦強制法院對判處死刑、無期徒刑之案件須依職權送最高法院覆判，故大法官認為從上述整體規範結構來看，顯已顧及人民之利益，符合憲法保障訴訟權之要求。從權利保障之論證過程來看，大法官如前述相關釋字，主以「準邏輯論證技術」作為推論的主要修辭技術。

大法官既然指出有關訴訟之審級、程序與要件應依據訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的以及制度功能等因素，為正當合理的規定，故比例原則與平等原則的部分，須探究係爭規範所牽涉之社會事實及其立法目的為何。大法官此處並不討論聲請人所提及限制上訴第三審犯罪類型之面向，而以政策面向作為論證的基礎，認為「煙毒危害社會至鉅」，故須以特殊的訴訟程序規範，始得獲致「強化刑事嚇阻效果」，以達「肅清煙毒、維護國民身心健康之目的」。大法官此處採「基於實在結構論證技術」，先以「共存關係」強調社會事實中煙毒所具有之特殊性，次以「因果關係」將此特殊性連接至刑罰效果之面向，皆凸顯出煙毒事物之特殊性及防制措施上的特殊性。這些社會事實又指向「維護國民身心健康」之立法目的（該條例第1條），大法官亦肯定此立法目的具有重要性，認為基於此目的而設立之特別刑事訴訟程序，對於人民訴訟權之限制尚屬合理正當，可見大法官認定「維護國民身心健康」相對於訴訟權保障，具有較高之憲法價值地位，此部分論證技術並非基於實在性結構，主以「準邏輯論證技術」作為推論方式。

但須注意「國民身心健康」之重要性與「煙毒（毒品）危害社會至鉅」之特殊性並非截然二分，大法官將憲法價值位階與社會事實態樣相互結合，以形成更強之說服力。但不同於釋字476，社會事實面向並非填充「國民身心健康」之內容，而是在於補充現實面，以增強說服效果。

第三款 論述分析

大法官對於訴訟權保障之論理，是基於法律「學科」之作用，如同前述各釋字，大法官需先行闡明權利課題，以回應法律學科基本要求。本號解釋雖未如釋字 476 特別區分個人與立法者間地位的差異，但如同釋字 414，肯定不同主體所具有不同之功能，如釋字 414 中關於衛生主管機關為確保藥物廣告真實之審查權，而本號釋字則認為立法機關得基於現實面立法政策之考量而制定各種合理規範，故在釋字中可見到不同的「主體—功能」連結，而其差異導致最後合憲性認定的結果。

至於比例原則與平等原則部分，一如前述，重要公共利益優先於個人權利作為法律學科之「教條」，在本號釋字中「國民身心健康」亦同。大法官首先肯定「國民身心健康」作為該「教條」之內容，次以「基於實在結構」修辭技術，呈現煙毒事物之特殊性，彰顯事物本質的課題。同時，亦指出特殊形式程序與刑事嚇阻效果間之關連，係從經濟性角度證立所採手段與所欲達成之目的間具有正當合理關連，類似前述釋字 476，似將「法律經濟分析」之學科導入傳統法律「學科」的論述場域中。

第四節 「健康」利益作為後設論證基礎——以釋字 666 為例

除上述五號釋字以外，其他如處理猥褻物出版品之釋字 407、限制向未成年人散播性交易資訊言論之釋字 623、少年收容感化教育之釋字 664，及最近針對性交易中罰娼不罰嫖之釋字 666，雖非以「健康」利益為其論理主軸，但大法官皆明確地肯認「健康」利益自為正當且重要之立法目的，並俱將國家權力運作之正當性基礎，共同指向對「健康」利益之維護。尤其是釋字 666 解釋理由第三段最末至第四段全段中，大法官甚至明白指示國家權力運作之合憲性依據，似與作為論證基礎之規範理論迥異。故本節中，將以釋字 666 作為分析之對象。⁶⁹

⁶⁹ 因出版品與性交易言論皆屬商業言論之範疇，故釋字 407 與 623 可連結至本章第二節關於商業廣告言論自由與「健康」利益之分析，雖然「健康」利益並未構成該 2 號解釋論證之核心元素，但有趣的是，大法官在釋字 407 中附帶指出對猥褻出版品之限制，得以保護善良風俗及維護青少年身心作為其正當目的，釋字 623 解釋理由書第三段則言明護兒童及少年之身心健康與健全成長，其目的洵屬正當。另外在釋字 664 中，雖大法官認為少年事件處理法相關規範違反人身自由及人格權之

本號解釋所涉相關規範與爭點析之如下：

圖 3-18



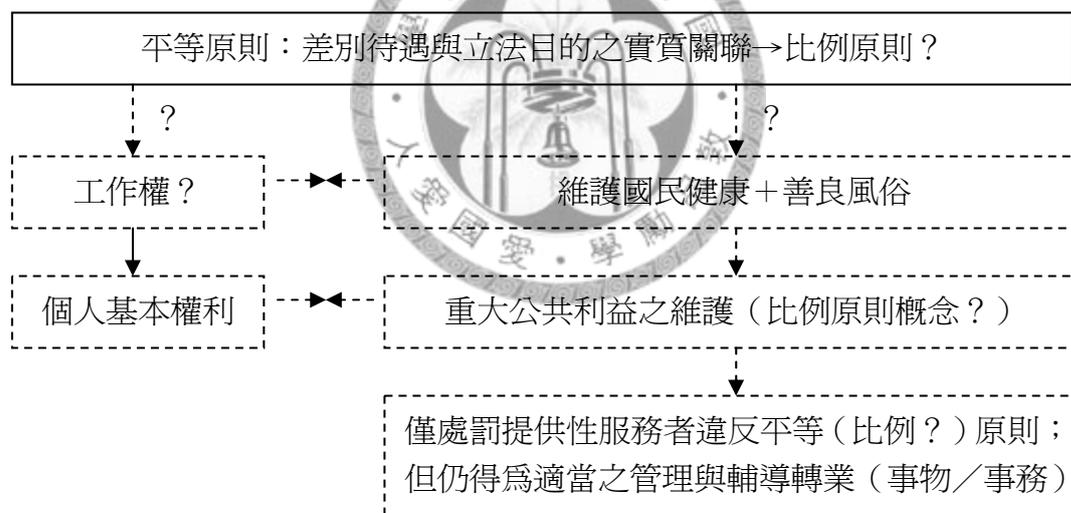
資料來源：作者自製。

第一項 符號分析

保障，而做成定期失效之警告性裁判，然關於「兒童及少年之身心健康及人格健全」之利益，國家甚至依憲法第 156 條，尚負有「保護義務」。因此，若「健康」利益與兒童及少年成長課題相關聯時，其重要性更甚於單純之國民或民族健康。但釋字 623 與 664 號解釋，「健康」利益與論證具有較緊密的結合，然釋字 407 與本節所探討之釋字 666 則較有疑義，尤其是後者的理由書。不論這是否係因大法官彼此之間權力平衡或多元價值相互碰撞所產生之「無奈」，但至少在大法官內部亦爭議不小之釋字 666 中，解釋理由書最末居然能取得全體一致的同意，即意謂其中存在某種特殊之思維，殊值注意。

表面上，本號解釋似為性交易雙方或男女之平等權符號概念互動，但如各意見書所指，透過平等原則之操作，僅能得出是否對性交易之雙方均罰或均不罰之結果，而非單就提供性服務之一方應否處罰之結論，平等原則係針對形成差別待遇之雙方，檢驗其是否存在形式上或實質上之差異，並不考量單方面目的與手段間之課題。若參看解釋理由書第一段末與第三段，可以發現大法官在此處強調該法之「立法目的」與達成該目的之「手段」所形成之差別待遇間，二者是否具「實質關聯」，則此處符號互動究為平等原則或應劃屬比例原則之課題存有疑義，故可能隱涉「國民健康與善良風俗」與「人民權利保障」二符號之互動，非僅就性交易雙方為單純之比較。若進一步觀察解釋理由書第四段，此通篇解釋中最为突出之部分，大法官不但重申係爭規範立法目的之正當性，甚且指導行政機關施政方向，換言之，大法官此處所慮及者，仍是目的與手段之關聯及其損益之比例，尤其是集體性價值符號與個體自由價值符號之爭。⁷⁰可將上述之分析，簡單解為：

圖 3-19



資料來源：作者自製。

不論如何，本號釋字中大法官不但再次肯定「國民健康」之重要性，甚至將之與「善良風俗」符號並立，同時在解釋理由書最末段所指示之各種管理措施，更凸顯其所涉及之事物／事務面向。相較於上開五號解釋，可謂大法官倒是保持

⁷⁰ 我們可以觀察到，釋字 407 與釋字 666 不但在論證結構上具有相似的偏離，甚至在所涉爭議中，亦同為涉及「善良風俗」與「健康」利益，此二概念互相交纏，且大法官亦未多做說明。甚至，釋字 666 似乎根本是用平等原則遮掩比例原則的操作，詳言之，若大法官如此在意手段與目的之關聯性，則當如各意見書所言，應回歸或加入比例原則之審查，而非僅透過平等原則解決。當然，這很可能暗示違憲審查過程中，大法官內部存在高度歧見，尤其是關於性工作本身評價的問題，若然，則此處之不協調即代表背後多元價值衝突。另一方面，我們亦須注意解釋理由書最末段，竟是全體一致的同意，不論其是否為無奈的妥協，或價值衝突之平衡點，其似乎正隱含另一個非常特殊的價值取向，亦即，一個得以規避重大歧見且不受挑戰的思考方向。

其一貫的符號運用路徑。

第二項 修辭分析

首先觀察本號釋字相關論點所涉及的聽眾面向，次則就各論點中的修辭技術進行分析。

第一款 聽眾與論證前提分析

通篇解釋，主在處理平等原則之面向，故聽眾的面向應包含「當事人」、「法律專業人士」及「社會大眾」，尤其在闡述平等原則之部分，其聽眾主為「法律專業人士」，然採用平等原則代替比例原則以及本號解釋理由書特殊之最末段，大法官可能基於解釋結果所引起「社會大眾」之觀感差異，或為平衡大法官內部之歧見，而特別寫下此段，故其聽眾層面主以「社會大眾」為主，同時亦將自身作為重要之聽眾。至於其論證前提除因涉及平等原則之操作，以及衡量法律評價之課題，而必然含有「偏好的前提」外，當論及實質關聯性、事實與經驗上之差異與管理或輔導措施之教示，皆涉及相關事實面的課題，故亦含「實在的前提」，尤以理由由書最末段，整段所言之，幾為事實性的面向。

第二款 修辭技術分析

若僅觀察平等原則之操作，則其論證方式為「準邏輯論證技術」，然平等原則中之差異判斷基礎在於「事實及經驗上之差異」是否存在，同時亦將實質關聯性納入討論，故此處之修辭係以「基於實在結構論證技術」為根基，藉由「因果關係」之延伸進一步導向平等原則之「準邏輯」操作。然而，解釋理由最末段完全將論證引入「基於實在結構論證技術」，根據性交易行為之性質，而應為妥善之管理或輔導轉業等，以有效達成立法目的，即大法官認定性交易之實在結構與國民健康具有高度關聯。然此段亦可觀察到大法官尚利用「建立實在結構修辭技術」強化其論證效力，其將性交易與性病之概念相連，並透過性病與健康間之直接關聯，以形成性交易與國民健康間之概念連結，係屬該修辭技術中「類比」之子技術。因性病對於人體健康之危害甚鉅，尤其是作為二十世紀黑死病之AIDS，同時性交易與性病傳染似具密不可分之關聯，故對人體健康之保障與性交易之管制即

具高度相關，亦即性交易本身成為侵害「健康」利益之重大黑手。⁷¹

第三款 論述分析

關於平等原則部分，「釋義」與法律「學科」及「教條」之作用顯而立見，大法官仍站在法律學科之主體地位展開其論證，但本號解釋中，行文中所隱藏平等原則與比例原則之競爭態勢，亦呈現出較前開釋字更強烈的外部控制機制，即對言說客體或儀式之「禁止」或「拒斥」之情形。大法官似乎嘗試藉由排除本案比例原則之適用，而防止外界產生大法官是否贊同性交易合法化之疑慮，其明確意識到外在聽眾與內部聽眾之壓力，故形成本號特殊之論述場域。

正因大法官擔憂若採取比例原則審查所造成之疑惑，在一方面不贊同現行規範之偏頗，另一方面又不願意導致性工作合法化之結果，故大法官特別寫下奇特的解釋理由書第四段。如前述符號與修辭面之分析，此段大法官站在指導性之立場，以事實性課題作為論證基礎，同時獲得全體一致的肯定。其背後不但蘊含某種特殊的共通價值，亦可發現大法官藉由此事實性之主張，作為多元衝突之停損點。事實性的面向如前述相關分析所指出，大法官對於相關事物／事務之肯定與訓示，係具有「真理」建構之功能，同時該事物／事務係超出傳統法律「學科」之領域。而大法官更進而將「國民健康」與「善良風俗」連結起來，並肯認其價值上之重要性，無啻將現存「社會性佔有」導入本號釋字論述場域中，以鞏固此場域之基石。

但必須特別注意釋字 666 宣告對性工作處罰之規範係屬違憲，雖一方面間接致生性工作除罪化之效果，但另一方面，解釋理由書最後一段，除為平衡多元價值歧見以外，更具有指引權力作用的功能。可發現在「貫徹維護國民健康與善良風俗」之目的下，大法官明白宣示行政機關得進行各種必要的管理措施，不但是有關性行為所衍生之健康問題，更含有職業與勞動層次的經濟課題。而相關機關是站在保護的立場，透過法律或法規命令，進行必要的管制工作。

第五節 小結

⁷¹ 不論是 UNAIDS 或我國疾病管制局所作之分析，性交易行為自是作為傳染性病之主要媒介，然而，相關分析亦指出有施用毒品習慣者，其愛滋病感染率亦相當高，同時，針對性交易採取有效管理措施，亦非不能降低性病傳染之風險。故此處大法官此處之概念連結，係使用特殊之修辭技巧，而非單純陳述事實。

從上述相關釋字分析，除釋字 666 從平等原則著手外，可發見大法官基本論述策略首先分析係爭個案所涉之基本權利，次則肯定國民健康、國民身心健康或青少年身心健康作為重要的公共利益，最後進入比例原則或平等原則的操作面，討論其中實際面之課題，尤其是側重於係爭個案所涉事物／事務之本質問題。就權利保障與法律原則的討論而言，透過上述的觀察發現，相關釋字多半於首段或解釋文開端詳述所涉基本權利之內容，運用法律專業符號處理該課題，聽眾面向多為爭議當事人與法律專業人士，且全為偏好性的論證基礎，修辭技術則是準邏輯技術與論證分離技術，控制機制為法律的學科與釋義。此部份大法官甚少否定聲請人的主張，未拒絕權利保護之必要，但隨即指出基於公共利益之保護，聲請人之權利並非不得加以限制。應注意到，雖在工作權與言論自由保障的實務與理論中，皆有區分不同權利層次並推導出不同審查密度之情形，但有關工作權保障之釋字 404，大法官雖詳述工作權體系及其內含，但並未逕依層級差異而肯定係爭規範之合憲性。至於言論自由部分，雖釋字 414 明確指出商業言論不能與其他言論等量齊觀，但釋字 577 即明確提昇商業言論之地位，認定符合一定條件之商業言論與其他事務領域之言論並無二致。就毒品危害防制相關層面，釋字 512 將係爭權利劃歸訴訟權核心領域之外，似有審查密度之考量，然釋字 476 處理人民生存／生命權之重要內容，仍為權利保障核心領域。因此若認為權利體系層次及審查密度，是大法官就「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」案件中唯一思考基礎，似不充分。

肯定聲請人得主張基本權利之後，大法官緊接著指出相關規範之立法目的，全部或一部含有「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」之利益，上開六號釋字一致同意渠等利益得作為公共利益，釋字 577 甚至言明其為重大公共利益。然大法官並未詳細說明該等利益之概念意涵，雖釋字 577 曾指出「國民健康」係出於我國憲法第 157 條及憲法增修條文第 10 條第 8 項之規定，但基本國策章係屬國家政策的指導方針旨在確立國家任務，指示政府行動方針，規範國家整體發展基本原則與方向（法治斌、董保城，2004：475）。即便李震山（2002：376-7）認為可由增修條文第 10 條第 5、7、8、9、12 項直接推得「健康權」之基礎，或憑藉第 22 條橋接至我國之基本權利清單中。但林明昕（2005：28-9）則謂：「憲法第 157 條及憲法增修條文第 10 條第 5 項等，雖與本文定義下的『健康』概念的確有關，不過卻因為該等條文原屬欠缺『個人性』，尤其是缺乏『主觀權利』性質的基

本國策規定，故似不宜『直接』作為健康基本權的憲法上依據。」林明鏘（1997：1468-9、1493）亦認為基本國策係內容具體化的公共利益，其僅明示客觀之價值秩序，並未賦予人民主觀權利之請求地位。且除釋字 577 外，其他釋字均未指明所謂「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」利益之憲法依據為何，僅在解釋文中將該等利益直接置入公共利益之範疇內。故相關案件主要是人民基本權利與公共利益間發生衝突，似非基本權利與基本權利間的對立。

同時，我國憲法並未明定「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」得作為限制人民基本權利之理由，即便依據憲法第 23 條亦無從認定一切公共利益均得作為限制人民權利之基礎。故大法官必須於個案中進行利益衡量的工作，黃舒芃（2008：1）指出：「在解釋憲法意涵、解決憲法問題的過程中，大法官往往不免必須動用其價值判斷，來權衡案件所涉及的價值爭議，否則，不但案件本身可能無法獲得一個妥適的解決，甚至在憲法規範本身內容不完備的情況下，就連涵攝的進行恐怕都有困難。」大法官一方面強調該等利益屬「公共」利益，且相容於憲法基本國策之規定，具有濃厚之集體性特質。然另一方面則以該公共利益作為國家限制個人基本權利的合憲基礎，故相關的爭議似為具個人色彩之「基本權利」與具集體性質之「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」利益間的折衝過程，則大法官基於何種思維以對基本權利與「健康」利益之位階進行排列，殊值吾人關注。且除釋字 476 外，其他釋字對於該利益所言甚少，單以審查密度作為思考起點，並無從得知該利益之程度、範圍其重要性如何，遑論其於釋字中所具有之憲法價值位階。故以下第四章將從法價值論的觀點出發，探詢上開五號釋字中價值面的課題。

另外，當進行實際比例原則檢驗之工作時，大法官於上開釋字中，大量採取「基於實在結構論證技術」，將焦點指向係爭規範所指涉的事物／事務之上，並透過諸多事實堆疊，嘗試建構起關於該事物／事務之「真理」，甚至事物／事務面向在釋字 666 號中，還能作為調停價值歧見之有效工具。可見大法官對於實在結構向度之仰賴，一方面肯認形象不明且似具集體性質之「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」，另一方面透過將其論證導向事實面。相關事實問題不但牽扯事物／事務本身性質，亦涉及對其處置、管理、調整與預測等操作面向，因而「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」與「事物／事務」相互鉤連。故比例原則檢驗的對象，即是相關事物／事務是否有助於目的之達成？是否能通過效率

的檢驗？我們看到其中充滿著「經濟性」的思維。同時，相關「事物／事務」經常隸屬於特殊的專業學科領域，超出法律學科的研究領域，甚至不在司法審查的客體範圍，當大法官援用這些超越法律學科之「事物／事務」時，除證立係爭國家權力之合憲，亦可能隱含轉換或規避傳統政治的主權理論之態勢。此些特殊面向，可能在釋字之價值層次中即可發覺，或者在該層次中彰顯出來，但亦有可能完全突破法學上傳統之規範與價值層次，尤其是集體性、事實性、經濟性等事物的結合，或許暗示某種特殊的思維類型正在崛起或擴張，因之，本文將於第五章藉由另外一種視角進行觀察，考掘該特異而隱晦之物。

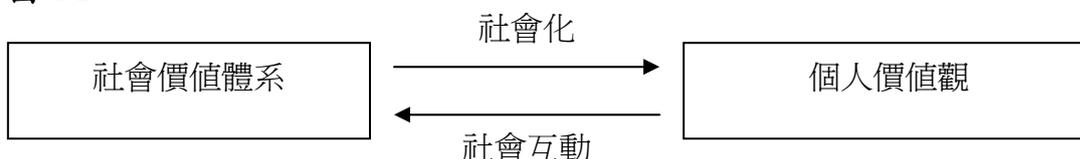


第四章 釋字中「健康」利益之法價值定位

從上述分析可知，當大法官進行比例原則時所為之利益權衡，實際上即內含各種價值之間互動的過程，但作為正當化國家權力行使之「健康」利益，僅透過語言分析並無法清楚呈現其價值地位與內容，且「健康」利益既然作為限制個人自由之重要利益，在釋字未做明確的概念建構與範圍界定之情形下，或許透過價值面向之分析始得釐清相關疑義。基本權利之保障作為當代憲政基本架構的核心價值，而作為國家重要目的之「健康」利益對其所形成的侵擾與干預，是否在價值面向中站得住腳，且能完整呈現出概念框架與內涵，殊值吾人關注。

關於價值，從最基本的觀點出發，價值並非獨立存在的實體，其不可避免地與主體與客體間發生關連。從社會學的角度，陳秉璋與陳信木（1990：277）曾對價值作如下之操作性定義：「所謂價值者，乃泛指行為主體之慾求或需求，經由外在客體之互動過程，而獲得了滿足的主觀效果認定。」亦即，能夠滿足主體所追求之客體事物，即能提供主體各種利益，此利益的效果則產生價值的概念與判斷。但人類無法獨自存在，必須活在社會之中，時時刻刻與社會進行互動，因此，透過人際間相互影響與作用的互動關係，就進一步產生社會價值，陳秉璋與陳信木（1990：323）將之定義為：「社會大眾在經驗世界中，經由長期互動所達成或體現的共識性價值體系。」故對於社會或群體有益之事物，我們會認為其具有公共利益，即代表我們接受並支持社會大眾對於該事物之共識性價值。但社會共識性價值體系的形成，主要透過個人在日常生活世界中，自由並長期地與他人互動所形成，然而，為了群體生活的維繫，避免因個人價值體系差異過鉅導致整體秩序與結構的崩毀，該共識性價值體系將透過社會化的過程，嵌入或影響個人價值觀念。二者互動態樣為：

圖 4-1



資料來源：陳秉璋與陳信木（1990：328）。

而法規範如溫克勒（1977：58）所言係為附有價值的且充滿價值之應然條款，故其中為延續社會共同體以及保障個體的自由，一方面強調或宣示公共利益或其他集體性價值，以維護社會共識性價值體系之存續，另一方面則凸顯或捍衛個人權利或基本權利，以防止個體價值觀不受侵擾。大法官曾於釋字 392 解釋理由書

最末段中指出：「從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。作為憲法此一規範主體之國民，其在現實生活中所表現之意念，究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量。」故對於法規範之解釋，即為對於所涉價值位階進行詮釋與排序，尤其事涉集體性價值與個體性價值間之矛盾衝突，實是規範解釋者之首要任務。

人權保障即是基本權利設立之本旨，其主要關注的面向為個體性價值之保障，觀吳庚（1998：27）、張嘉尹（2001：11）、許宗力（2003：68）、李建良（2003：190 以下）暨法治斌與董保城（2004：135-7），皆認為基本權利應具有「客觀價值秩序」之面貌，為保障個體活動之自由，維護個人形塑其生活與人格特質之機會，基本權利應作為憲法客觀價值決定之一部份，並為整體法秩序應共同遵守之準則，構成當代自由主義憲政秩序的基石。至於集體性價值之部分，基本國策為憲法所明定之方針條款，依學者之見，基本國策雖未賦予人民主觀權利之請求地位，但「明示其客觀之價值秩序」（林明鏘，1997：1493），且林明鏘（前揭書，1468-9）與林明昕（2005：28-9）皆認為其亦欠缺「個人性」，故基本國策一方面揭示憲法對國家所交付之重要任務，另一方面呈現出憲法中重要的集體性價值。因此，基本權利與基本國策之間的對立，實是二種重要價值面向激烈衝突的表徵。

當國家權力干涉或限制人民基本權利時，依憲法第 23 條必須限於「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」四項理由始得為之。此四項理由之性質及其與個人基本權利間之關連，前大法官吳庚（1998：33）認為「防止妨礙他人自由」與「避免緊急危難」二者應解釋為二個基本權主體的價值或法益衡量問題，而「維持社會秩序」與「增進公共利益」則為基本權主體（私益）與公益之間的價值衡量問題。誠如黃舒芃（2008：1）所言：「所謂『憲法解釋』，重點經常都在處理價值衝突的問題。」因此大法官進行比例原則的操作，針對相關規範進行違憲審查時，實際上正是進行各種價值間的權衡工作，尤其當大法官採用「公共利益」或相關基本國策規範作為合憲性依據時，更凸顯出基本權利主體與集體性價值間對立衝突的面向，故本章即針對前述第三章所分析之釋字 404、414、476、512 與 577 此五號釋字，考察其價值面的互動態樣及值得注意的

課題，以明瞭關於「健康」利益概念本身及其與基本權利間之利益權衡中，大法官將之安置於何種憲法價值位階，以及該價值地位與內涵指向何種特殊之思維與理念。

第一節 「健康」利益與基本權利所對應之價值分類

為了掌握大法官對於如何排序「健康」利益以及相關基本權利之價值位階，藉由傳統價值分類對相關價值加以考察，以明瞭在係爭規範中，究為何種類型之價值進行互動。以下，首先將從價值理論中最傳統的「工具價值」與「內在價值」之劃分作為起點，其次則透過 Kaufmann 所提出的三種價值分類，進一步檢驗「健康」利益與基本權利之價值意涵。

第一項 「健康」利益與基本權利之價值定位—工具或內在價值？

陳秉璋與陳信木（1990：51）認為價值可區分為：「內在價值（intrinsic value），係是事物自身的價值，它寓於價值本身...工具價值（instrumental value）則是產生或導向內在價值的手段或方法、原因或工具。」就人性價值的面向，Rokeach則認為「內在價值」（Rokeach稱之為「終極價值」（terminal value））屬於「存在的終極狀態／目的狀態」（end-state of existence），內在於人或事物的存在本身，而「內在價值」與「工具價值」間具有功能性的關連，「工具價值」主要涉及行為模式的欲求，尤其是對於「內在價值」的追求。（Rokeach, 1973: 7-9）但「內在價值」與「工具價值」並非絕對地截然二分，某些事物之價值可兼具二者，故須在特定的情境中，依其功能性面向判定其性質。另外，「內在價值」具高度抽象性，經常造成判斷與評價上的困境，一如G. E. Moore（1959: 17）指出：「當一個人思及『內在價值』（intrinsic value）、『內在利益』（intrinsic worth）或指出某事物應該存在時，他所思慮的是我稱為『善』的獨特客體。...而『善』是無法定義的。」⁷²因此對於「內在價值」的理解與詮釋，經常僅得透過想像或直接知覺，亦即，以直觀的方式為

⁷² 因此，我們如何認識並肯定某種內在價值的存在？或追問是否絕對存在某些內在價值？一直是相關價值哲學與價值理論探討與爭議的核心，所幸「善」或「價值」之認識論與本體論並非本研究核心，相關的問題解答就留待哲學理論家去追尋了。

之。⁷³

在作成決定之際，我們往往仍得訴諸自身基本的信念，亦即最根本的價值決定，雖然內在價值存有各種爭議，但各種理論學說大抵都接受其存在可能，人類為追求某種內在價值而產生各種動機或誘因，並推導出各類工具價值。Rescher (1969: 53) 依循 Aristotle 的理路，認為除非基於實現某些重要的目的／內在價值，否則對工具價值的評價與判斷將陷入無止盡的循環中。易言之，工具價值的評價基礎端視所欲達成之目的，依其目的達成之結果而進行衡量，同時，追求目的之差異將連帶影響評價，難以想像存在一種能有效追求任何目的之終極工具。故進行價值判斷時，須先釐清所涉價值類型為何，確認是否為相對應之價值後，始能進行有意義的比較分析。

觀大法官釋憲實務，「健康」利益既與各類基本權利間進行價值互動，則身為憲法價值一部之基本權利，不論從主觀或客觀功能體系來看，其首要功能就是人權保障，意圖捍衛個人完整而絕對的自主性空間，換言之，其指向基本權利的核心——「人性尊嚴」。我國學界多參酌德國學界與其基本法第 1 條，認為人性尊嚴自是基本權利的核心，法治斌與董保城 (2004: 204) 亦指出：「大多數基本權利實現之目的，就是在使人性尊嚴獲得保護與尊重。」而李震山 (2003: 5) 則寫道：「不可侵犯的人性尊嚴，已被定位為價值體系的基礎，或憲法價值秩序中之根本原則。」且觀釋字 372 號明言：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」釋字 603 號亦謂：「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。」故基本權利主要的價值在於維護人民之人性尊嚴，其蘊含人性尊嚴保障之核心部分具有「內在價值」，而其他非核心但關涉核心保障之部分則有「工具價值」。但除釋字 476 明確涉及基本權利核心範圍外，釋字 414 理由書明確指出藥物廣告與其他言論保障程度不同，釋字 512 則將訴訟

⁷³ 但應注意 Moore 提出的「自然主義的謬誤」，他指出我們必須區分「善」(good) 與「善事物」(the good)，前者是無法定義，但後者可以。我們能夠找出善事物的特性，但我們不能夠說那些特性就是善，因為「善」就如同「黃色」的概念一般，是最簡單的、最終的概念，無法再加以分析。因此 Moore (1959: 10, 13, 61) 寫道：「倫理學的目標在於發現所有善事物中的其他性質。太多倫理學家在指出那些其他性質時，就認為他們實際上正在定義善……這樣的觀點我稱做『自然主義的謬誤』。」而「健康」利益作為一種善事物，並非善的本身，依 Moore 的看法，我們仍然能夠對於「健康」利益加以定義，能夠嘗試找出「健康」利益的特性，但是我們無法定義為何「健康」利益是善／好的，我們就只能夠說它是好的、是善的、是重要的。若從此論點觀察釋字，似能獲得印證。然而，大法官除未定義「健康」利益本身的善性外，似乎對於「健康」利益作為善事物的概念及其範圍，亦未闡明，在這裡我們不禁要懷疑，大法官是否刻意留下空白，抑或認為核屬內在價值的「健康」利益與所涉事物，其內容過於抽象故難以定義？

救濟應循之審級、程序及相關要件劃歸訴訟權核心之外⁷⁴，而釋字 404 可能暗指工作權保障之層級劃分⁷⁵，且釋字 577 就商業言論之保障設有條件⁷⁶，至於釋字 666 所處理平等權之面向，亦指向人性尊嚴之內在價值，大法官似將係爭基本權利作價值層級之切割，並置入工具性價值。

至於「健康」利益，在前述六號釋字中，釋字 476 明確指出肅清煙毒與防制毒品危害係「藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆」，依第三章之分析結果，「國民身心健康」之符號進一步連結到「社會秩序」與「國家安全」之集體性意涵，故「維護國民身心健康」之利益應是促進「社會秩序」與「國家安全」，可歸為「工具價值」。然釋字 476 未清楚說明「健康」利益是否僅指向社會秩序與國家安全，其論理過程並未完全排除該利益之「內在價值」成分。至於其他釋字中，「健康」利益係為欲保障之最終公共利益，非促進或追求其他目的之工具，似僅具「內在價值」特性。依上述之分析，「健康」利益之雖以「內在價值」主要內容，但並未排除作為「工具價值」之可能性。另從相關釋字論證中可發現，因釋字 476 涉及具「內在價值」之基本權利核心領域，而「國民身心健康」則包含「工具價值」與「內在價值」之特性，故大法官以相當篇幅鋪陳煙毒之歷史圖像，填補本號釋字中「健康」利益之重要性。而其他釋字有將基本權利劃分不同層級之情形，致個案所爭僅屬具「工具價值」之基本權非核心領域，但證立國家權力之「健康」利益則作為自身具重要性的內在價值。同時，釋字 476 以外之四號解釋中，大法官於解釋文與理由書中對「健康」利益並未多所著墨，即便探查係爭規範所指引之立法目的暨理由，該等目的及理由亦未對「健康」利益加以詳述，且學界對於「健康」利益之觀點亦同。或如 Moore 之見，大法官僅能透過想像或直接知覺，以直觀的方式認識內在價值，則對於「健康」利益於認識、定義與論證過程之不足，正表明大法官將該利益歸屬內在價值或終極價值類型，故難以具體描繪其外觀與內含。

因此在上開釋字中，一方面涉及基本權核心之釋字 476，係爭基本權應為「內在價值」，然「健康」利益僅為促進其他價值之「工具價值」，另一方面，在其他

⁷⁴ 可參考前揭註 61。

⁷⁵ 本處強調釋字 404「可能」暗指，係因其論理過程語帶模糊，請參考前揭註 54 的討論。

⁷⁶ 釋字 577 相較於釋字 414 提升了商業言論之地位，但仍設有特殊條件以區隔其他種類的言論，故大法官此處對商業言論與其他言論之位階如何排列，並不十分清楚，相關分析請見前述第三章第二節第二項。

釋字中大法官不認為相關規範造成對基本權利核心的侵害，而有危及人性尊嚴之可能，同時限制該基本權之「健康」利益則為「內在／終極價值」，與釋字 476 之價值類型正好相反，然而大法官於釋字 476 所為之價值論理，則較其他四號釋字更為詳盡。但前開六號釋字中，作為「工具價值」或「內在價值」之「健康」利益，其內容、概念與定義為何，尤以其中所蘊含之個體與集體間對立的課題，就解釋文暨理由書而言皆不清楚，故以下將進一步檢視箇中之疑。

第二項 「健康」利益與基本權利於 Kaufmann 法價值論之定位

Rokeach (1973: 7) 曾將內在價值再劃分為「個人價值」與「社會價值」二個階層，前者與個體自我認同相關，而後者則指社會中普遍認同的信念，故將內在價值連結至主體的面向，則尚有其他分類方式。對Kaufmann而言，價值與主體的關聯係置於「目的性」的價值面，所追問的是關於價值的「實質內容」。⁷⁷Kaufmann 依循Gustav Radbruch之理路，依主體三種本質的區分：「個體人格」、「整體人格」與「文化事物」，而將價值分為「個人價值體系」、「超個人價值體系」與「超人格價值體系」三種價值群體。(考夫曼，2000：169)三種價值體系所對應之共同生活的社會形式，得以「自由」、「權力」與「文化」作為其象徵。「個人價值體系」為當代自由主義的基本主張，即便其在自由主義、民主主義與社會主義之各種政治思想中，分別具有不同的內涵，然而皆致力於對個體自由之捍衛，認為個體在其自由的意志中，締結相互結合之契約以形成社會生活。「超個人價值體系」強調權力，生活整體作為其基本思想，對其而言具整體或集體性質的有機體形態實為社會共同生活形式，其將人類理解為一「具體的整體」(陳顯武、葛祥林，2003：8)，故個體並不能直接參與整體或集體的構成，須經由逐級的有機體層次始得為之，進而促成了威權主義或保守主義的政治思想，在其中，國家或其他整體具有自身的存在目的，亦具備優於多數國民或其他個體的利益。至於「超人格價值體系」雖依Radbruch或Kaufmann的看法，其尚未形成任何政黨或政治理論，然其主

⁷⁷ 考夫曼 (2000：154，155 表 5) 將正義 (基本法律價值) 區分為「平等」、「合目的性」與「法律安定性」三個總體層面，而平等涉及到正義的形式，合目的性是正義的內容，而法律安定性則為正義的作用，在考量正義課題時應同時兼顧上述三種層面。然而在前述 5 號釋字中，可發現主要的爭議之處並非平等原則與法律安定性之部分，而是質疑是否合乎比例原則之要求，核屬合目的性之部分。

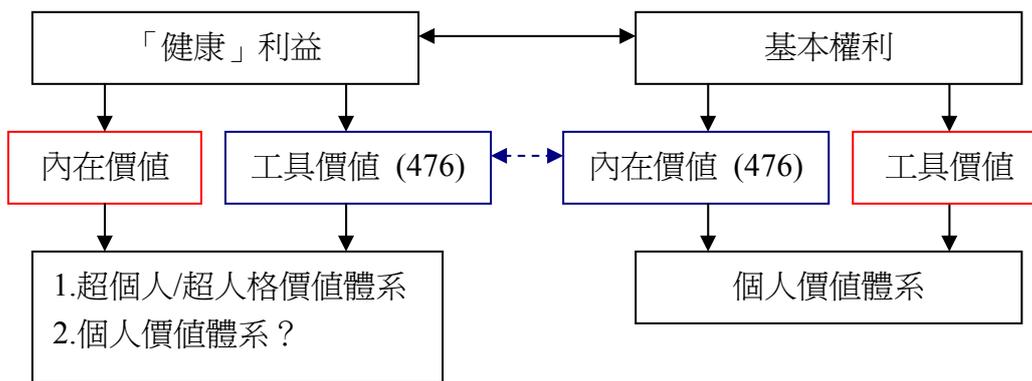
要指向文化、事物與作品之領域，似可將其理解為事物或事務之任務性質與目的性質，固然其尚未形塑明確的政黨或政治理念，然而其特殊性卻已逐漸浮現。⁷⁸

若藉由上述三種價值分類觀察前述六號釋字，不難發現基本權利主要的目的在於保障個人自由，同時基本權利核心所追求之人性尊嚴，亦是強調對於個人自主性的保全與維護，故基本權利之價值屬性，於此應歸類為「個人價值體系」。至於「健康」利益，依前述相關分析，可知其一貫以整體或集體對象作為其指涉客體，一方面大法官曾明確將其連結至基本國策，另一方面又無法直接透過規範文本將該利益納入基本權利體系內，故大法官對於「健康」利益之運用，應主要以國民整體層面填充該利益之性質，尤其是國民、公共、社會秩序及國家安全等主題的連結。尤觀釋字 476 中作為「工具價值」之「健康」利益，其所具「社會秩序」與「國家安全」等集體價值色彩更為鮮明，而釋字 666 則將「國民健康」與「善良風俗」相連，更增添其抽象之集體價值成分。故前開六號解釋中「健康」利益以「超個人價值體系」之成分居多，然大法官非全未考量保障個人健康之課題，論理中並未隔除個體價值層存在之可能，故該利益仍得兼容適量之「個人價值體系」。

另外值得注意者，在上開釋字中，大法官亦將「健康」利益與諸事實面之課題加以連結，如釋字 404 有關成藥與中西醫師分類、釋字 414 涉及藥物廣告之真實性、釋字 476 與 512 則處理煙毒或毒品相關之刑罰與刑事程序，而釋字 577 則探究菸品廣告資訊揭露義務，故「健康」利益與事物／事務本質具有相當之關連，且如第三章之分析，釋字 404、414、476、577 與 666 的論述場域中，「真理」係作為其重要的論述控制機制。因之大法官在思考「健康」利益時，不僅止於考量整體的價值層面，亦將事物／事務納入思考的路徑中，似有將該利益歸屬「超人格價值體系」之可能。若結合前述「內在價值」與「工具價值」之分類，可發見此處「健康」利益與基本權利在法價值互動的態樣如下：

圖 4-2

⁷⁸ 換個角度觀察，可發現「個人價值體系」與「超個人價值體系」雖有區別，但皆以人作為價值的關聯主體，然而「超人格價值體系」卻主要與事物相關，並未與人之間具直接相關。申言之，當我們論及事物本質、事務性質或目的手段關聯等層面時，雖然其中仍涉及人的課題，但思考的基礎已不再是人的本身，而是衍生的其他層面。此種思維的轉向，或許在下述第五章有關 Foucault 的理論中更為明顯。



資料來源：筆者自製。

考夫曼（2000：171）認為「個人、超個人與超人格三種法律價值，並非預先和諧地相互存在，他們不僅相互補充，而且在許多方面也相互衝突。」但三種價值之間並不預設其高低位階的關係，我們無法直接訴諸其內在位階而作成價值判斷。因此，Kaufmann認為判斷價值之優先規則非常重要，但理論建構與實際操作上卻非常困難，尤其是價值相對主義所帶來的挑戰與矛盾，如何一方面顧及多元價值的保障，但另一方面不致陷入絕對價值相對主義的弊病。故考夫曼（2000：180-1）嘗試藉由Habermas之言說理論⁷⁹以及Rawls之正義二原則，建構其價值判斷之優先規則。因言說理論確實掌握問題的核心，關於價值的爭論與裁決須憑藉主體間的溝通活動，唯有透過對言說活動之觀察，始能瞭解主體對於價值之評斷，尤其是大法官於違憲審查所為之論理過程及所採用之論證方式，正是反映出大法官就「健康」利益與基本權利間所為之價值定位與排序。然Kaufmann認為僅關注程序面並單獨強調程序價值，不但無法解決實質價值的爭議，尚有流於價值相對主義之弊，因此Kaufmann援用Rawls的見解，認為「由社會地位最低者來決定關於倫理（／價值）較佳的論證」之理念可資補充程序價值的不足之處。既然Kaufmann的價值論指向論證理論與正義論，則我們將於下述二節中探討其中旨趣及對釋字所形成之批判。

第二節 從言說理論分析「健康」利益與基本權利之價

⁷⁹ 言說理論並非由 Habermas 首先提出，但 Habermas 所建立之理論架構最為詳盡，也在當今學界產生非常重要之影響力。然如考夫曼（2000：179）所言，提出價值論證理論的重要學者，除 Habermas 外，尚有 Rawls、Perelman、Alexy、Ulfrid Neumann 與 Apel，而 Perelman 正為本研究中，新修辭學方法的創始人，同時在其理論中亦多處提及修辭、聽眾與價值間的課題。或許可以說，自 Ludwig Wittgenstein 後期所展開之二十世紀語言學轉向，哲學對語言的看法發生變動，亦導致人文學科就語言、理性、價值與規範，不再抱持相互分割而獨立的觀點，而將之視為交互糾纏並錯綜關聯的課題。

值互動

第一項 Habermas 對憲法決定中混淆規範與價值層次之批判

於《事實與格式》一書中，Habermas 詳盡地闡述論證程序與規範性間之關連，建構整套論證程序的條件、規則與「言說原則」⁸⁰，並主張規範效力係導源於該原則。Habermas (1996: 105) 指出：「在後形上學的論證層次中，法律規則與道德規則是同時從傳統倫理生活中分化出來，並呈現為二種不同但相互補充之行動規範。」故法律與道德作為行動規範，須符合言說原則之要求，二者係針對相同問題所提出的不同解決方案。Habermas (Ibid.: 114) 認為道德原則在於找出正確的判斷，涉及知識的問題，而法律則涵蓋「知識」與「行動」二者結合之課題，其一方面由規範性命題與詮釋所構成，另一方面則可作為一種體制，使動機與價值得以融入其中。因此道德為判斷正確性之行動規範，而法律則係將實際行動過程中所夾帶之對立衝突與判斷相結合之行動規範，二者具有相互補充之功能性差異，故二者所應遵循之論證程序與要件並不相同。於是民主原則的對象若是有關實際行動中衝突的調和，則「民主原則」應放在法律原則而非道德原則中 (Ibid.: 111)，並指向權利課題，牽涉法律社群之基本架構與自我組織之媒介，Habermas (Ibid.: 121) 明確寫道：「法律形式與言說原則交織成為民主原則，我將之理解為權利的邏輯起源。」

既然民主原則作為權利體系之核心，則設立基本權利的理由就在於促進言說原則得於法規範中有效運作。換言之，基本權利維繫民主體制，而民主體制一方面產生法律規範以解決實際互動過程之矛盾紛擾，另一方面則確保法律規範本身的有效性。同時，確保規範有效性之言說原則不再單純指向私人的自由空間，因個體將認識到唯有透過此原則才能賦予規範效力，進而促成共同生活的可能，故 Habermas (Ibid.: 127) 指出：「每個人平等參與的權利，導源於將所有公民的溝通自由，予以均衡的法治化。」如此一來，個體間相互承認彼此享有平等的參與權利，除構成法規範的效力外，更進而塑成公共的自由空間。因此，言說原則與法

⁸⁰ 詳參前揭註 38。同時，正如 Apel (1996: 10) 所言：「(技術性工具與策略理性之規則) 並不能提供目標選擇之理性計算...就目標之可欲求性而言，其無法提供明確標準。」因為技術性工具理性思維只能回答我們經濟與效率的問題，對於好、壞、善、惡等價值問題則無能為力，而 Apel 與 Habermas 對於價值的問題，皆置重於言說過程，嘗試由其論證理論提供解決之道。

規範的結合，不但生產出民主原則，甚至建立了當代憲政體制的基本架構，以及基本權利體系之基礎。可以發現 Habermas 的法律概念中，一方面具有動機與價值的成分，另一方面民主原則建立法律的（基本）權利體系，可說在其理論路徑上，法律體系因此形成其雙重性質。

正因法律內含雙重性質，故 Habermas 對於德國聯邦憲法法院提出嚴厲的批判，他指出：「證立規範之原則或高階規範具義務論意涵，然價值則具目的論意義。」（Ibid.: 255）Habermas 強烈反對 Alexy 將價值問題等同於原則問題之主張，否定二者概念可相互通用，他對於價值與規範作十分嚴格的區分，認為前者乃是主體間共享的偏好，而後者則是滿足一般化行為期待的義務要求。價值間依其主體偏好程度的不同，得排列出位階秩序，然而對於規範義務的回應，永遠僅限「是」與「否」之二種答案。這意謂所有價值皆同時存在且彼此競爭，高階價值並不能作為否定低階價值的依據，然而規範則否，低階規範將因抵觸上位階規範而失效，法律透過是、否二極端點構成了井然有序的體系。故 Habermas 指出價值與規範間具下述四項重要區別：

表 4-1

	價值—目的論 (teleology)	規範—義務論 (deontology)
涉及	目的性的行動	義務性的遵守規範
效力主張	依偏好程度構成「效力階層」	有、無效的「二元」效力宣稱
效力強度	價值間之相對性	規範間之絕對性
判準	個案權衡	一致性標準

資料來源：Habermas (1996: 255)。

上述之區別，致使二者在形式與內容上均存在差異，因此二者的言說程序與條件上亦不相同，價值與規範形成壁壘分明的二個陣營，且 Habermas 認為二者於法律體系中的地位並不相當，他強調「法律係由一套權利系統所構成，立法者所擁有之政策目標或價值取向亦需在規範觀點優先適用的情形下，才得以進入其中。」（Ibid.: 256）如此一來，法律體系雖同時含有價值與規範層面，但其既以規範作為主要架構，則規範在法律體系中應具優先地位，故各種有關法律之言說活

動，須以規範性言說為主，不得與價值性言說相互混淆。⁸¹即便看似具規範效力之終極或普遍性價值，實是內含義務論原則（Ibid.: 257）所致，而非該價值本身兼具規範性質。因此Habermas嚴厲批判德國憲法法院誤將基本權利轉化為憲法價值之一部，使之直接與其他憲法價值進行互動，進而產生方法論選擇上的混亂。Habermas（Ibid.: 258）認為「若假定憲法法院應致力於實現憲法中預設的實質價值，則其將轉變為一個獨裁（authoritarian）機構。」亦即，若憲法法院首要任務在於決定價值序階，將全部的憲法案件轉換成政策性的課題時，則整個法律體系中的規範與原則面向形同具文，尤其是個體基本權利的保障僅徒具虛名。因所有價值都具有自身特殊性，我們只能在個案中針對相關之價值進行判斷，則基本權利與其他憲法價值的位階秩序只能由憲法法院在個案中各自決定，整體的秩序結構可能完全委於法官對個案之權衡判斷。Habermas（Ibid.: 259）對此尖銳地質疑該判斷很可能是依據習慣性的標準與層級，而非理性言說活動所塑成之規範共識，則憲法法院所為之憲法決定將依憑恣意或未經反省的判斷基準，增加非理性的決策危機。⁸²

⁸¹ Dworkin 與 Habermas 就此議題站在同一陣線上，Dworkin 亦認為法規範中同時含有權利（right）與政策（policy）面向，Dworkin（1977: 22）將原則與權利劃屬在同一個概念中，而政策則與善、價值為同一範疇內。其更進一步指出「政策論證透過呈現其決定在整體上得促進或保護某些社群的集體目標，而證立一個政治決定。至於原則論證則藉由展現其決定係尊重或保護某些集體或族群的權利，而證成一個政治決定。」（Dworkin, 1977: 82），故「原則論證企圖建立個別權利；政策論述則建立集體目標」（Ibid.: 90），二者並非同一且得相互流用的概念。且進行規範審查時原則／權利問題與政策／價值問題在重大爭議案件中雖皆得作為判決的基準，但 Dworkin 強調必須以原則／權利問題為優先考量（Ibid.: 84）。當然，此種支持個別權利優先性的觀點，實是自由主義論者的基調。

⁸² 然而 Habermas 的見解並非毫無疑問，當憲法法院進行比例原則的操作，實際上即是針對所欲保護之公共利益與私人權利間，就其所蘊含之價值進行利益權衡，除非我們將背後各種判斷之基準或原則，全數視為具有義務論的規範事物，否則，當規範無法有效解決爭議之際，價值權衡即能發揮其填補之作用。如 Alexy（1996: 1029）即指出 Habermas 之所以賦予基本權利嚴格的優先性，乃是防止在其理論體系中，法規範與道德規範無法區分的困境，故 Alexy（Ibid.: 1030）直言：「並非法體系中所有原則或規範皆如基本權利的核心般，須立基於普遍化道德的觀點，而不允許法體系的所有內容與其相違。然所有法律原則與規範仍然具有義務論特徵。…縱使立法者基於實用或倫理的理制定法規範，其仍具有義務論的地位。即令承認基本權利的嚴格優先性，此亦非來自規範邏輯的特質，而是因道德所證成。」依其之見，Habermas 之言說理論並不能完全否定價值與規範間相互轉換之可能性，二者並非絕對地壁壘分明。而張嘉尹（2001：21-3）則指出，首先價值秩序可能夾帶的空洞性，實是源自憲法規範本身的特性所致，適用憲法高度抽象規範本有待進一步的解釋，其所保有之開放空間正凸顯評價的重要性，因此價值論證與規範並不能夠截然二分，且所謂價值秩序並未預設固定的位階秩序，並非找尋或安置憲法中既定之剛性價值秩序。另外，我們必須注意國家權力在相關案件中與人民間的地位如何，若為國家介入人民之間的權利對抗的型態中，憲法法院審理此類案件時，勢需針對雙方的基本權利態樣進行價值衡量，否則單純透過規範／權利之基準，如何獲致權衡二者之決定，故張嘉尹亦認為 Habermas 斷然將價值與規範劃分為截然不同的範疇，似有未妥。

第二項 規範與價值層次劃分對釋字所形成之挑戰

Habermas的主張雖非完全正確，但關於價值與規範之內容與形式及其言說程序與要件上之劃分仍有其意義⁸³，若我們允許價值直接衝撞基本權利體系，無啻否定基本權利的重要地位，故我們至少須肯定基本權利的核心範圍，是不容遭受任何外力的侵犯，此義務論性質的主張實難直接與其他價值進行互動，而須在不同範疇中分別處理。次則關於如何認識憲法中價值秩序的問題，大法官究竟透過何種方式確認我國憲法的價值體系？該價值體系是否須由憲法明文規範中導出者為限？若大法官論理過程言及憲法價值，卻未陳明該價值之立論基礎與來源依據，可能陷入使用空泛的價值論點處理抽象的憲法規範之疑。因此關於價值與規範的區分，尤其是二者在論理過程中所牽涉不同的言說程序與條件，對我們而言仍具重要意義。

依前述第三章的分析，大法官就「健康」利益與基本權利所進行之權衡中，我們無法明確得知二者在中之具體定位，僅能斷定大法官似未將「健康」利益置於權利體系中，然大法官究以價值與價值或價值與權利為其比較基準，尚有疑問。假定大法官從價值與權利的對立出發，其一不免遭受 Habermas 關於混淆價值言說與規範言說的猛烈抨擊，另則退一步言，直接以憲法價值作為限制基本權利之依據為何並不清楚，在憲法未明確規定且大法官未清楚闡述論理脈絡之情形下，若率爾認定某種價值得為限制基本權利之依據，則很可能違背當代自由主義的基本精神。因此大法官所為之論理，以「健康」利益與基本權利所涉之價值層面為其權衡基礎，似較允當。

另外，若認定大法官係從價值與價值的對立出發，則我們進一步檢驗大法官相關的釋字中可發現，釋字 392 解釋理由書最末段首次提出「價值秩序」⁸⁴的概念，

⁸³ 如 Alexy (2002: 86) 雖然認為「將德國聯邦憲法法院判決中關於價值的陳述，完全與原則的陳述相互轉換，仍不減損其意義。」且「價值與原則間僅有一個差異，即價值系統主要關於最佳的課題，而原則系統則是關於應為者。…原則與價值僅依其各自義務論與目的論的特徵所區別。」(Ibid.: 92)故價值與原則間並不具有根本的結構性差異，所處理的客體實為相同，因此二者可以相互轉換。但 Alexy (Ibid.: 93) 又指出：「原則模式較能清楚地展現法律義務性的本質，且不易招致誤解，基於此二重要理由，吾人較為偏好原則模式。」故若價值與原則二者可完全自由地轉換，按理原則模式與價值模式間應不存在任何差異，除非我們承認二者至少在功能或效果上仍然具有相異之處。而所謂義務論特徵或法律義務性的本質，正是 Habermas 所強調價值與規範間的根本差異。因此，關於價值與規範二分的主張，Habermas 的見解仍具重要意義。上述相關討論亦可參考張嘉尹 (2002: 29-32)，關於價值模式所衍生的各種誤解，則請參閱張嘉尹 (2001: 16-26)。

⁸⁴ 釋字 617 解釋文暨理由書中出現「性價值秩序」，惟其所指並非憲法內之價值。

然係將基本權利置入其中，強調對人民基本權利保障的重要性，而釋字 485 解釋文暨理由書中首見「價值體系」，但如張嘉尹（2001：5）所言：「（大法官）卻沒有從憲法整體之價值體系導出合理差別待遇的評價基準，而是直接承認立法者可以基於社會政策考量，制定法律將福利資源為限定性之分配。」釋字中有關「價值體系」⁸⁵之用語，並非大法官針對個案所涉之憲法價值體系，詳為論理、詮釋與排列。又釋字 445 解釋理由書中，大法官闡明言論自由之「基本價值」，係在強化基本權利內容的課題，並未深入探討憲法內部價值體系的架構。⁸⁶而釋字 585 解釋理由書與 601 解釋理由書中，皆將「人民基本權利保障」與「自由民主憲政秩序」劃歸為憲法基本價值，但同樣未詳論其中意旨。綜觀上述，在大法官釋憲實務中，關於憲法價值之論理雖未盡充分，然仍可觀察到價值課題主要指涉基本權利與自由民主憲政秩序之領域，且基本權利既然作為重要的基本價值，又為我國憲法價值秩序中的一部，則用以限制基本權利之「健康」利益，其價值屬性與位階地位如何，有詳加檢驗之必要。

查前開釋字 404、414、476、512、577 與 666 中，大法官並未將「健康」利益明確劃屬至憲法相關規範之基本價值範疇，故該利益之憲法價值地位與依據究竟如何並不清楚⁸⁷，依前述第三章之分析結果，僅釋字 476 論及價值面的課題⁸⁸，其他釋字之解釋文暨理由書中皆未提到「價值」一詞。循 Habermas 與 Alexy 之見，或因釋字 476 牽涉生存權之基本權利核心範圍，大法官無法單純以多數利益優先於私人利益之原則，逕為宣告死刑之刑罰無違憲之虞，而須直視相關規範或原則背後所潛藏之價值衝突。異於其他五號解釋，釋字 476 藉由相關歷史與文化的呈

⁸⁵ 釋字 476 之理由書中已出現，惟其較偏向立法之價值判斷。另外，釋字 485 所寫下的經典名句：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」為後續釋字 490、526、584、596、605、614 與 618 等號解釋一再沿用，並皆肯定法律所為之區別對待洵屬正當合理。但如張嘉尹之見，大法官根本就不是從憲法價值體系推導出係爭規範所為區別對待的合憲性，實際上旨在肯定立法機關的形成自由，相較於釋字 476 理由書，釋字 485 僅在形式上與憲法價值秩序之課題有稍微緊密的連結。

⁸⁶ 在釋字 445 解釋理由書提及言論自由之基本價值的段落中，大法官萃取出言論自由之基本價值，與集會遊行所涉及之公共利益間，進行二項價值的利益權衡。但為何大法官遲至本號解釋的「理由書」中，才將憲法第 11 條之相關內涵明確連結至基本價值之語，且後續有關該條之釋字中，基本價值之語又不復存在，大法官於釋字論理背後之用意為何，令人費解。

⁸⁷ 釋字 585 解釋理由書與 601 解釋理由書中所言「人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值」，係對憲法之基本價值類型採用開放性用語，故不能認為大法官僅限定「基本權利保障」與「自由民主憲政秩序」屬憲法基本價值，但是否能反面推論得作為限制基本權利之重要利益，必屬憲法上之基本價值，則有疑問。

⁸⁸ 但釋字 476 解釋理由中所謂「尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系」未必完全將立法價值體系與憲法價值體系劃上等號，詳參前揭註 64。

現，構築本號解釋關於價值體系的詮釋，然如學者所指，大法官肯定立法者所決定之價值體系，係「讓社會現實中一般的價值觀來引導眼前違憲爭議的走勢」（黃舒芃，2008：5）⁸⁹，透過「現實導向」而非「規範導向」之價值運用以增加違憲審查之論理強度，則憲法規範的解釋與適用反倒不在現存爭議核心範圍內，規範性課題被巧妙地擱置，則我們能合理懷疑大法官是否刻意迴避憲法規範之爭，而逕自將社會現實多數價值作為違憲審查之主要依據。此種疑義在釋字 666 中更形明顯，若將「健康」利益與「善良風俗」結合在一起，則憲法解釋基礎竟以社會多數價值取向為依歸，反倒將規範性疑義存而不論。⁹⁰

就其他五號釋字而言，釋字 414 理由書中明確指出藥物廣告與其他言論核屬不同保障程度，釋字 512 將訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件劃歸訴訟權核心之外，而釋字 404 可能隱含劃分工作權之層級保障，大法官或許基於係爭規範未觸及基本權利核心範圍，而認定相關規範之合憲性。但在上開三號釋字中，大法官並未詳為闡明權利層級保障與價值衡量與價值體系之關連如何，另一方面，大法官於釋字 577 中相較於釋字 414 進一步提升商業言論之地位，但仍以「健康」利益作為限制該言論之重要依據，其中「健康」利益之價值意涵亦未陳明，且此四號釋字中，均未提及釋字 476 及其就「健康」利益所填充之價值層面。則此釋字 404、414、476、512、577 與 666 中，「健康」利益與基本權利體系間的價值位階如何，其於憲法價值體系中之定位與意涵如何，皆不明朗。大法官對於價值議題的留白，非但導致相關釋字中價值權衡之混亂，甚至為「健康」利益之內涵蓋

⁸⁹ 黃舒芃之研究旨在分析大法官論理中相關價值陳述之功用為何，其將釋字中的價值論證區分為二類，一為「規範導向」之價值宣示，主在凸顯系爭憲法條文內涵的規範性，次為「現實導向」之價值宣示，係揭示某種（其所認為）社會上現存的價值信念。（黃舒芃，2008：1-6）分類的重點在於觀察價值論理是否涉及解釋文中內藏恣意判斷的問題，一如 Habermas 對於德國聯邦憲法法院的批判，而第一類價值宣示之作用並無疑問，甚至值得肯定，有爭議的是第二類，釋字 476 固為其例，而釋字 617 更為其典型代表，但此種價值論理所生之困境，黃舒芃（前揭書：18）明白地指出：「現實導向的價值宣示，已導致大法官對憲法價值秩序的理解與詮釋產生偏差，也因而導致憲法的規範性在釋字第 617 號解釋中完全喪失功能的後果。」當然，黃舒芃論證之基礎在於價值與規範的區分，因此毋論大法官說得極為詳盡或短簡，若未清楚意識到價值與規範的差異，以及諸價值之不同作用面向，則有陷入恣意決定之危險。若大法官遺忘自身應作為保障基本權利之憲政體制的守護者，反而像導師教育學生一般安排一系列價值清單要求人民遵循時，甚至直接以社會多數意見作為論理基礎，則我們不禁要懷疑保障人權的釋憲者是否已墮落為獨裁的司法價值暴政？

⁹⁰ 前揭註 70 已指出釋字 407 與 666 結構相近，而釋字 617 則是重申釋字 407 關於如何認定猥褻物出版品之論點，在其價值論證層次上，此 3 號釋字似具有共通性，亦即皆以「現實導向」作為其價值論證之基礎，故黃舒芃對於釋字 617 之批評，亦能適用於釋字 666。其相關主張請參考黃舒芃（2008：13 以下）。

上一層神秘的面紗。⁹¹

透過前述言說理論的價值論分析，大法官在相關釋字中就「健康」利益所為之價值層面論理不足，一方面我們得合理懷疑大法官在論證過程中，是否混淆價值與規範二種不同之思維，進而產生二種不同思維領域在釋字內直接碰撞的怪異現象，造成釋字論理之瑕疵外。另一方面，大法官對於「健康」利益之價值層面與位階，上開六號釋字未置一詞，且關於「健康」利益之定位及其概念本身，僅釋字 476 從歷史文化的面向補充「國民健康」之內容，其他釋字則未多所闡述，甚至釋字 476 所處理之價值課題，是否即代表大法官認定「國民健康」屬於憲法重要價值並陳明其意旨，仍留有疑問。又如前所分析，釋字 476 中「國民健康」之具有「工具」價值意涵，進一步指向維持社會秩序與維護國家安全之其他價值，然其他六號解釋未將其「健康」利益與其他價值相連，係認定「健康」利益本身具重要性故屬「內在價值」，與釋字 476 之論證方式並不相同。針對此些課題，大法官就「健康」相關概念，卻在行文中少見地惜字如金，不禁令人好奇大法官此處論理的方式是否別有用意，則有進一步檢視其中疑義之必要。

新修辭學理論中，言說者若不欲提及某種特定的論證時，Perelman 與 Olbrechts-Tyteca (1969: 487) 認為可採「暗示」(hint) 的方式作為其修辭策略，亦即「當明確地使用某一論證將導致反效果、危險或受禁止時，則僅能透過含沙射影 (insinuation)、暗喻 (allusion) 或威脅 (threat) 的方式指稱之。」(Ibid.) 透過此種策略即能有效規避對手的攻擊，同時亦能夠巧妙調整自身論證的結構，甚至可以作為一種保護式的修辭策略，彰顯某些論證的重要性，但同時合理化無須進一步說明之必要。另外，在分析 Martin Heidegger 關於「迴避」(avoiding)「精神」(spirit) 用語之主題研究中，Derrida (1989: 2) 指出對某議題或主張之迴避，使我們至少能免除說明義務，同時亦應注意此種「迴避」方式，是否一方面暗示性地指涉某種概念，另一方面卻使批評者難以作成指責 (Ibid.: 4)。因此，當我們不希望某一種主張或見解被批評或被檢驗時，我們經常有意地將之擱置，或者透

⁹¹ 從其他的觀點出發，陳妙芬 (2003: 23) 亦指出：「對於人存在的基本性質 (essential property) 的信念...被視為價值規範性的依據。」因此「如果公共價值指的是具有規範性的客觀價值，我認為它必須是一項人文價值...，否則若僅僅依照一般公共理性的推演模式得出一項公共價值，很可能只是循環定義了公共價值，而沒有真正說明那些價值的意義和規範性 (作為實踐理由) 的根據。」(前揭書: 28) 亦即近似於 Habermas 關於價值與規範二分的看法，陳妙芬認為一項價值是否具有規範性，並不能直接從該價值導出，必須探討該價值所指引之其他層面，尋求其規範意義。換言之，即便我們認為一項價值是重要的，並不意謂該價值對我們而言就具有規範性意義，因此，若僅單純訴諸價值層面，並不能獲得該層面以外之意涵。

過某種規避方式間接地提出。亦即，我們若將某種概念定義地愈清楚，實則招致更多與更強烈的批判，最有效的迴避方式並非對之為清楚的陳明，反而是刻意隱藏，或者僅簡單勾勒其輪廓。因此，刻意略過或減少對某論點或主張之討論，主要就是避免該論點或主張遭受攻擊，進而維持其繼續存在或鞏固其地位。若然，則大法官對於「健康」利益之刻意留白，一則作為捍衛國家權力的最佳辯護，他則出於保護該利益之概念與範圍不受干擾。

第三項 「健康」利益與基本權利間價值權衡之優先原則

綜合前述之見，可發現前開六號釋字中，「健康」利益主要以「內在」價值類型為主，但得相容於「工具」價值，並進一步指向「超個人」與「超人格」之集體性與事物／事務性之價值體系中。在我國釋憲實務中，「健康」利益不但具有多種樣貌，且其作為限制個體價值之依據，而釋字所為之價值論證，大法官並未明確區分價值與規範之層次，且在著重個體價值之基本權利與側重集體價值之「健康」利益間，大法官所為之價值論證似過於簡略而有不足，亦未充分闡述「健康」利益本身之價值意涵。從言說理論之價值面向以觀，大法官此處論理之瑕疵，致使「健康」利益在釋字中作為對抗個人自由之利器，但其型態卻模糊不清，則不免令人質疑釋憲者是否未盡其人權保障之責，忽視「健康」利益所含價值面之疑義，導致國家權力與個體權利間調節失衡。

但就言說理論分析而言，或有論者認為其可能忽略實質價值的面向，如考夫曼（2000：180）指稱Habermas僅處理言說程序與條件的面向，關於實質上價值選擇的課題則未提出解答。然Apel、Habermas與Alexy所建構之言說或論證理論中，關於實質價值的問題非未曾考慮，僅因其理論架構，無法將原本為溝通結果之實質價值作為其理論前提，溝通過程原本不得預設既定的結果，而是在合乎言說程序與要件之前提下，透過主體間的溝通活動，尋求令人滿意但無法完全預測的結論。此外，透過程序面、論證程序的要求，對於價值的實質內容層面亦非毫無影響力。⁹²故言說理論，仍然能提出一個具有實質的、科學的與理性的價值結論，並能避免價值相對主義的流弊，但須以理想言說環境為其基本預設，須假定所有對話參與完全出於真誠的動機，且為有效達成共識，須不斷進行大量的溝通活動，

⁹² 如李俊增（2004：121）直言：「Habermas 所持中立觀點…，本身並非完全價值中立，可以說它本身即反映了自由主義之善的概念。」

其最後的共識亦可能趨向高度抽象。⁹³因此在實際日常溝通過程中，如何避免策略性參與溝通的情形？如何在一定期限內做出結論？如何作成具實質內容與現實經驗之回應？如何兼顧非對話參與者之權益保障？故僅從程序面出發，未必能妥適處理上述之疑問，容有必要從其他層面著手，以補充實質面的缺陷。

Olthuis (1990: 140) 曾指出解構主義關於立即未來事件的倫理議題，係從「他者」(others, 被排除者)的層面著手，解構主義認為世界實係一堆碎片、裂隙與震動所組成，分析重心在於觀察如何透過系統性地排除他者與歧異性而固定住意義，其重點不在於消滅理性，而是關注其未受限制並朝向集權式的權力。故 Olthuis 認為解構主義並未流於虛無主義或相對主義，而是主張我們沒有絕對的權利擔保特定規則或規範的永存，因此我們必須考量「他者」的存在與觀點，故進一步將討論的範圍擴展到「愛」與「慈悲」(compassion)的課題上 (Ibid.: 145)。依 Olthuis 之觀點，除了理性思維外，我們得基於生活世界中整體性的、感官的體會，透過愛與慈悲之面向建構出集體的倫理價值，防止強者逼迫弱者的舊思維弊病，以及形塑共同的倫理價值避免無聲者被犧牲。此倫理訴求並非從言說程序而生，且並不失其重要性。

「愛」與「慈悲」的倫理訴求，即作為一種實質價值之主張，構築價值選擇中的優先規則，然此實質價值宣稱必須與言說程序之觀點並立，一如前述 Kaufmann 一方面從言說程序的面向出發，另一方面則納入 Rawls 的實質價值主張，以建構其「寬容原則」的內容。有趣的是，「愛」與「慈悲」的價值思維，旨在保障少數、弱勢等無法有效發聲的個體，嘗試將所有個體納入價值論證的溝通活動中，並強調站在現實層面中滿足相關個體之實際需求，填補言說理論的空隙，此種觀點與 Rawls 的價值論主張似乎十分接近，故下一節中，我們將進入 Rawls 的價值理論，考察大法官釋字中「健康」利益所具有之特殊面向。

⁹³ 但若認為言說理論完全無視現實世界，則不允當。Apel (1996: 22) 則明確指出，當我們使用日常語言進行溝通或言說活動時，並不能脫離「生活世界」。一方面，生活世界總是透過語言所轉譯進入溝通與言說活動中，另一方面，該活動須以生活世界作為其背景脈絡。故言說理論雖然旨在提出理想言說活動之架構，但並不表示其未曾考慮現實面的問題，僅因該理論所追求的並非現實面問題的解決，故我們不可能透過言說理論處理實質面的爭議。則考夫曼對於言說理論的批評，在某種程度上應是凸顯言說理論此處之特殊問題，當然，或許係因 Habermas 曾經歷過 1968 年 5 月事件之故，故在實質課題上顯得小心翼翼。關於考夫曼對言說理論的相關看法，請參考考夫曼 (2000: 277 以下)。

第三節 Rawls 新自由主義價值論對「健康」利益所形成之挑戰

自由主義主張價值原則上應任由個人自行選擇，故其強調保護個體而非集體價值，但為避免陷入言說理論易流於價值相對主義的困境，仍然需要某些實質價值作為建構理想言說之根基。換言之，若完全放任個人自由選擇其生活時，將導致共同生活之崩解。另外，當我們認為自由主義係作為一種得普遍接受的信念或體制時，亦代表我們認定自由主義優於其他主義或思想，而賦予自由主義較高的評價。故作為當代重要政治體制的自由主義，其一方面固然尊重各種基本價值信念，不貿然提出某種僵硬或制式的價值體系，但另一方面，自由主義在政治體制的結構中，本身即具有重要的價值地位，為其他價值於該結構中基本的指標與方向。易言之，自由主義政治體制在捍衛個體自由生活的同時，亦致力於確保體制本身的維繫，形成二種不同的思維層次。從前述相關分析來看，作為限制自由主義基本要素之「健康」利益，其價值類型層面兼具內在與工具性價值，且涵蓋集體與事物／務性價值，具多樣性之價值面貌與不明確之內容及範圍，而相關釋字之論理除有混淆價值與權利範疇外，亦有迴避規範性檢驗與「健康」利益概念本身，甚至逕以社會既存多數價值為論證基礎，導致「健康」利益價值位階不明且具爭議。因而在本節中我們將循 Rawls 的理論路徑探討探究「健康」利益所呈現之價值情狀，是否可能抵觸自由主義基本信念，而對個體造成不當侵害？

當代自由主義大師 Rawls 對於民主政治體制，曾作十分深入的考察，但不同於 Dworkin 的立場⁹⁴，Rawls 認為自由主義的政治生活本身就含有特定的價值取向，而非價值中立的態度。換言之，當我們強調對自由主義政治生活之追求與保障時，就表示我們認為相較其他政治生活形態，自由主義政治生活帶來更多的好處與利益。若我們完全站在價值中立的觀點，僅仰賴多數決之民主決策程序，則將流於

⁹⁴ Dworkin (1986: 174) 曾提出「平等的關懷與尊重」之概念，主張政府一方面不應過度介入個人生活，應使個體能自由地選擇與發展其生命，另一方面則要求政府應確保個體立足點的平等，故政府應致力於公平地分配資源。因此從後者可見，Dworkin 並非不重視少數與弱勢之保障，然查其整體的理論架構，Dworkin 仍較側重個體自由保障的面向，對他而言，重點在於尊重與保護個體的自我選擇，不若 Rawls 對於捍衛平等之強調。另外關於價值判斷，Dworkin 採取濃厚的懷疑論立場，他明確主張個體的良善生活唯有透過個體自主地進行價值選擇 (Dworkin, 2000: 283)，亦因此他將捍衛個人自由之權利體系稱之為「王牌」，用以解決價值衝突的困境。然 Rawls 價值論的立場上雖與 Dworkin 在基礎上相同，但精彩的解決之道卻相異。關於 Dworkin 之理念，請參考前揭註 55 與註 81。

價值相對主義之弊，而可能致生極權統治之復興。因之，Rawls特別指出雖然個體權利在民主政體中具優先性，但並不代表價值僅指向工具性或個人任意選擇的課題，反而「權利與價值（good）是互補的：正義的概念必定明確地結合二者，而不可能僅用其一。」（Rawls, 1993: 173）故民主政治本身即帶有價值意涵，當我們肯定某種權利或自由之重要性時，即賦予其較高之價值地位，對各種權利進行位階秩序之排列，就是呈現出我們對那些權利所為之評價。⁹⁵

然Rawls強調該價值之討論脈絡應置於「正義的政治概念」中，其以政治與社會生活中各種體制為其主軸，而非所有生活的整體，故重心不在於探究普遍性的宗教、哲學或道德教條，僅處理有關政治理念的價值課題。Rawls（Ibid.: 175）認為我們必須預設一個在政治上合理的正義概念，其係「a.由那些自由且平等的公民所共享；b.不應假定任何特定的全稱教條（comprehensive doctrine）⁹⁶」，此概念將導向一個保衛個體自由之權利系統，同時有效兼顧公平性的正義問題，對Rawls而言，「正義原則的角色，即是在具體化社會合作的公平性關係」（Rawls, 2001: 7）。易言之，正義、公平、權利與民主政治體制間的關連，係構成社會存在的重要因素，其化解個體與社會間之矛盾衝突，Rawls（2001: 10）直言：「作為公平的正義，其主要特徵是將其基本結構視為政治正義的首要課題」。Rawls正確認識到理想言說情境可能帶來之價值相對主義缺陷，以及在合理多元主義的脈絡中，諸多爭議無法僅以「全稱教條」解決，須仰賴自由主義的民主政治體制。

憑藉政治與社會生活之事實與經驗，Rawls開展其理論架構，其認為作為公平之正義與權利優先之課題，需有下列五項價值建構之理念。Rawls（1993: 177）首先指出價值的「理性」課題，理性的基礎在於大眾對論證的接受，此部分可結合前述Habermas言說理論之價值論，然Rawls指出理性僅有助於辨認、具體化與說明

⁹⁵ 透過此部分即可看到 Rawls 與 Habermas 間的主要差異，對於 Rawls 而言，我們不可能僅透過言說程序與條件的面向以確保民主政治生活的完善，僅關注程序價值就無法回應實質面的挑戰，因此我們必須在體制中安插實質面的價值排序，始能有效保護各種當代的基本信念。因此，Rawls 的理念有效補充了 Habermas 實質面的欠缺，且 Rawls 關於「權利」與「價值」的互補性，與 Habermas 關於「權利」與「價值」言說的二分，亦為相輔相成，故考夫曼揉合二者之理論，構築其「寬容原則」之價值論。實則，關於「價值」與「規範」之二分，以及在處理爭議的過程中賦予後者優先適用的地位，正表示相對於「價值」而言，我們給予「規範」較高的評價，因此，充分給予個人自由的生活空間，以維繫並促進其人性尊嚴之存續與創造，不但需要一套基本權利的制度，同時也需要支持該套制度之價值信念。故作為當代憲政體制中終極價值之人性尊嚴，以及建立完整的基本權利保護機制，實為一體之兩面。

⁹⁶ 依 Rawls 行文脈絡，comprehensive 一詞與宗教、哲學與道德相關，可將之理解為有關生命總體的看法，其是無所不包的，能處理各種層面的問題。Rawls 則認為政治自由主義不需要此全稱價值，僅需促進自由與平等之功能，而得以正當化或透過正當化以延續或發展民主社會即足。

「原式價值」，而非評價的唯一指標。其次，關於「原式價值」(primary goods，或理解為基本價值、優先性價值、首要善)之內涵，一方面為促成符合多元主義要求之合理共識，前述理性課題須結合平等參與的面向，另一方面，更須注重參與過程中實際效果與資源分配的問題，故Rawls (Ibid.: 189)認為原式價值包含公民的「基本自由之平等」、「機會之公正平等」以及「(物質基礎之)公平分享」三項社會責任。第三，就政治倫理而言，Rawls認為國家不應對任何全稱教條有所偏好，須秉持價值中立原則，但中立原則僅適用在目標而非程序面 (Ibid.: 192)，同時也不包含效果與影響的中立性。第四，關於全稱教條之容許性，須以其具有包容性或寬容性為前提，即全稱價值不能造成對正義原則之侵害 (Ibid.: 196)，否則國家對禁止之。⁹⁷最後，就良善社會秩序之課題而言，Rawls (Ibid.: 201-3)認為基於合理的多元主義之事實，須仰賴「交疊共識」(overlapping consensus)以兼顧個體保障與集體生活之維持，其中需社會成員承認以及肯定正義原則，政治與社會機構實現正義原則，以及公民理解與踐履正義原則。

從上述可知，Rawls 思考的重心在於如何兼顧「作為自由與平等個體之公民」與「良善社會生活」二種理念的調和，而自由主義的民主政治體制最能有效解決二者之緊張關係，故從政治社會的面向而言，自由主義的民主政治體制本身即具價值內涵。然上述有關自由與平等的課題，應注意早先 Rawls (2005: 60)曾將正義第二原則明確地定義為：「社會的和經濟的不平等應這樣安排，(a)得合理地期待適於每一個人的利益，(b)依據地位和職務向所有人開放。」依據 Rawls 之見，原則上所有社會價值，包括自由、財富甚至尊嚴都要平等地分配，但若其中某種價值的不平等分配合乎每一個人的利益，始得例外地對那些少數、弱勢的群體給予保障。故對於自由之限制，應基於「整體之利益」，但亦須為少數或弱勢者可得接受者。(Ibid.: 250)因此，依 Rawls 之新自由主義價值論以觀，就憲政體制中的實質價值問題而言，存在二項重要的優先規則，其一為「自由民主政治體制本身就具有重要性」，且應符合前述五項理念；另一為「對少數、弱勢之例外保障」，但不得優先於前者為此主張，至於其他價值主張，尤其是全稱式的價值教條，其位階不得高於此二者。

⁹⁷ 此概念形成正義原則的防火牆，得有效阻擋否定正義原則的主張藉由正當程序顛覆自由民主憲政秩序，此即是德國有關「防衛性民主」的課題。德國透過對憲法規範之價值投注，使憲法作為一種價值拘束的規範，得有效防止藉由正當程序之漏洞而造成憲政秩序之崩毀，故憲政體制不能基於價值中立的要求，而坐視集權主義的復辟，故對於自由民主憲政秩序的捍衛，是無庸置疑而具高度的憲法位階。相關討論請參考李建良 (2003: 39-42)。

依前述之見，在政治與社會生活中自由民主憲政秩序具有實質價值內容，大法官於釋字 585、601 解釋理由書暨釋字 603 皆申明此旨，故論我國憲法所建立之民主體制，應以維護個體自主性之價值取向，為憲法上各種評價的基本立場，係符合 Rawls 之見。然權衡「健康」利益與基本權利之 404、414、476、512、577 與 666 此六號釋字，具高度憲法價值位階之個人基本權利反而有所退讓，甚至在觸及基本權利核心而牽涉人性尊嚴的釋字 476 中，大法官亦贊同基於「健康」利益之維護，得合理限制人民之基本權利。同時，大法官對於「健康」利益所為之論證過少，且該利益具有多變之外貌，則不禁令人懷疑其是否隱然成為國家所捍衛之「全稱價值」，並對立於個體自由保障之自由主義基本價值。至於釋字 404、414、577 之當事人分別為中醫師、藥商與菸商，其經濟與社會地位高於一般人民，即便觀察其可能衍生之保護族群，仍難歸為少數或弱勢之族群，依 Rawls 的正義第二原則，自無給予特別保護之必要。又釋字 476 與 512 之聲請人雖非弱勢，但吸食、持有、製造、販賣或運輸毒品之人，不乏屬中、低下階層者，係爭規範對於該等主體非但未給予特別保障，反而課予更重之義務與不利益，則與正義第二原則似有未合。反而以平等原則為論證主軸之釋字 666，就其結果而言，倒是促進對弱勢之保障。

再從自由民主憲政架構以觀，釋字 414 肯定國家得對商業言論作事前審查，釋字 476 肯認國家得基於防制毒品危害，而剝奪人民之生命權，此二號釋字涉及人民重要的自由與平等權，尤其事前審查與死刑完全排除人民再次參與公共事務或資源分配之可能，若依 Rawls 之見，此處國家權力之運作可能造成對原式價值之侵害。至於言論自由之課題，一方面釋字 414 對於事前審查之贊同有生前述之疑，另一方面若結合釋字 577 否定係爭規範侵害聲請人不表意之自由，則商業言論依大法官之見，不但國家可為事前審查，甚至可限制言論自由中積極表達意見之部分，商業言論或許因其所持資源較多，且其多半具目的性策略考量，故大法官認為國家可對其課予較多義務，然相較於其他領域之言論，商業言論主體所受限制似嚴重危害其自由與平等權，甚有阻礙其參與 Rawls 交疊共識之機會，若商業言論並未造成對民主憲政體制的重大危害，且其對國家與社會所造成之實害尚屬輕微或不明之際，似不宜過度貶抑其價值地位⁹⁸。另外，釋字 512 雖旨在處理一向為大

⁹⁸ 此主張在釋字 577 解釋理由書中說得十分明白，大法官在本號釋字中明確提升商業言論的地位，然而必須注意大法官從未對釋字 414 之見解做出任何變更或修訂，故商業言論之價值地位究竟如何尚有疑問。即便商業言論屬低價值言論，但事前審查制度對言論自由仍造成過重限制，目前美國法

法官所尊重之訴訟審級劃分，然係爭規範將死刑與無期徒刑以外之所有刑度皆排除其上訴第三審之權，若對照我國刑事訴訟法關於限制上訴第三審之規定，自民國 23 年以降皆僅限制本刑刑度最重為三年有期徒刑以下之罪不得上訴第三審⁹⁹，則肅清煙毒條例中非死刑或無期徒刑之刑罰，一律限制人民不得上訴至第三審，對人民訴訟權之影響難謂輕微。另外，關涉人民工作權甚鉅之釋字 666，大法官一反常態不以比例原則為論證主軸，僅透過平等原則加以處理，導致日後立法機關尚能採取雙罰或雙不罰之方式限制人民之工作權。故「健康」利益作為限制人民基本權利之重要依據，然大法官未對該利益之概念本身作清晰地建構或界定之際，對於當代自由民主憲政秩序可能存在重大影響。

第四節 小結

Kaufmann 所主張之「寬容原則」，一方面強調我們就價值的課題，必須透過言說或論證面向加以觀察，檢驗釋字中是否混入非屬價值之異物，並審視大法官如何進行價值論理的工作，另一方面，我們更應進一步考察大法官所為之價值論證中，是否出自於少數或弱勢保護，或者係基於維繫自由民主憲政秩序，而限制作為憲法基本價值一部之基本權利或其他價值。亦即，釋憲者進行違憲審查工作時，應盡量尊重個體對於價值之選擇與排列，使個體保有自主性之空間，以維護當代憲政體制的終極價值—人性尊嚴，此即係寬容原則的基本意旨。故對於個體之尊重、寬容，盡最大可能確保其自由活動之範圍，實是當代各憲政體制的核心價值，故對於基本權利之限制，尤其是觸及基本權利核心範圍者，則必須再三檢視該限制之正當合法性。

透過前述分析可知，在相關釋字中，「健康」利益兼具「內在價值」與「工具

院實務對於任何形式之事前審查，原則上均推定為違憲，僅在例外情況中基於防範「直接、立即與不可彌補的傷害」並配合明確的程序性保障規定時，始得作成事前限制（林子儀，2002：148-9）。相較於美國法院實務見解，現任大法官林子儀（前揭書：150、155）指出釋字 414 不但未採取推定違憲之觀點，甚至亦未強調給予程序保障之必要性，且查在美國同屬低價值言論之誹謗性言論，在釋字 509 中並未如釋字 414 之相同論理，故我國釋憲實務之立場如何，並不清楚。

⁹⁹ 民國 23 年規定於刑事訴訟法第 368 條，民國 56 年修正後改為第 376 條迄今，查本條規定所對應者為刑法第 61 條，除最重本刑在三年以下之罪，亦包含竊盜、侵佔、詐欺、背信、恐嚇與贓物等罪（最重本刑為五年以下），該等犯罪皆屬輕罪之範圍，然肅清煙毒條例將有期徒刑以下之罪皆限制其不得上訴於第三審，不啻將該等犯罪劃屬輕罪之領域，若否，徒以「強化刑事嚇阻效果」或「維護國民身心健康」為其限制上訴第三審之理由，則對於人民權利救濟之保障則有未盡之嫌。可見大法官將「煙毒危害社會至鉅」之實質面，帶進規範思維中一併進行考量，不但是混淆價值與規範層次的差異，更形同侵蝕自由民主憲政秩序之根基。

價值」，雖未排斥「個人價值體系」之性質，然多呈現為「超個人」暨「超人格」二種價值體系，集體性或事物／務性價值為該利益之主要成分，並對立於保護個體價值選擇之基本權利，故其多變性使「健康」利益之價值定位十分模糊，甚至含有「全稱價值」之意味。另從價值論證之言說理論以觀，大法官十分欠缺對「健康」利益所為之定義與說明，從解釋文暨理由書皆無法清晰地瞭解其概念框架與指涉範圍，即便我們同意該利益所具內在價值特性，在某程度上僅得藉由直觀方式加以理解，然非意謂大法官此處所留下的空白係毫無疑問。我們懷疑此處的留白，可能是規避檢驗的策略，在論理上針對規範爭議所採取之技術性迴避，或者係基於「健康」利益本身內含之特殊性，尤其是該利益與事物／務間緊密的關聯性，導致易陷入或難以避免論理上過度的跳躍。大法官一方面容許該利益具有形式與內容多變且不穩定之性質，另一方面則未正面回應權利優先性的課題，在價值層次之分析中，我們認為此二點不容小覷。

再者，當大法官縮減處理權利與價值課題之篇幅，迴避權利優先性之探究時，則個體性受侵擾之困境將更形劇烈，從當代自由主義的基本觀點出發，概念不清且型態多變的「健康」利益若得用作限制基本權利之主要依據，則其存在將形成對自由民主憲政的干擾，當國家權力得藉由「健康」利益而能有效證成各類限制基本權利之國家權力，則我們不免懷疑此外型多變之利益是否將成為證立國家權力行使的最佳理由，形同國家所捍衛之全稱價值，不但難以捕捉多樣性外殼內所蘊藏的實體，甚至國家權力可能憑藉此任意門，遊走在民主憲政體制的內外，造成對人民權利保障的重大缺口，尤其是對人性尊嚴可能造成的衝擊。綜上所述，透過前開釋字 404、414、476、512、577 與 666 所為之價值面分析，雖迄未造成顛覆民主憲政體制之果，但在其類型、論證過程與自由民主憲政架構的面向中，皆留有相當程度上值得持續觀察之瑕疵。

當然，我們很清楚反對者將從保障人民之觀點出發，尤其是關於身體、生存與生命之保障，他們將戮力說明自由民主憲政對個體保障之核心事務就在於保護其身體、生存與生命，其自為國家權力行使之正當目的，且從政治理論而言，由全體國民組成的國家，對於人民身體、生存與生命之保護更是責無旁貸，符合身為主權者之人民的利益。此看似毫無破綻的理論，其實指向一個非常特殊的論題，並與上述釋字語言分析暨價值面的瑕疵息息相關。下一章我們將進入一個詭譎但富含興味的世界，以 Foucault 逆反的視角觀察「健康」利益更深層的意涵。

第五章 釋字中「健康」利益之權力思維與系譜學之考掘

回首語言分析的觀察，「健康」利益不但作為限制人民基本權利的重要國家目的，亦常得以有效證成國家權力於個案中存在的必要性，且其所對應之權利層級涵蓋基本權利的外延與核心，並包含平等權、工作權、訴訟權、言論自由與生命權等權利種類，然該利益之憲法基礎為何卻不清楚。此外該利益在釋字之論理過程中，泰半扣合事實性的課題，相關釋字不但與某種「事物」具緊密連結，甚至包含對該等事物之處置、管理、調整與預測等操作性之「事務」面向。然相關爭議所涵蓋的範圍，並非僅限於傳統法學領域，而依所涉事物／事務之領域，向傳統法學以外之領域延伸。另外從價值分析的結果來看，相關釋字中關於「健康」利益之運用，潛藏著諸多值得進一步探究的問題，其作為限制人民基本權利之國家目的，然卻具有多變的價值性質，且大法官可能隱有策略性使用此特殊之價值性質，以有效迴避規範層面之檢驗，若從自由主義的基本要求以觀，該利益亦無法完全通過考驗。

但釋字關於「健康」利益之論理，卻鮮少為各界所撻伐，甚至多為敬表同意之論。一方面「健康」利益並未具有清晰的概念定義與範圍，但另一方面卻為大眾普遍接受之重要公共利益，故「健康」概念本身可能具有某種特性，故國家對於個體與整體健康的維護，可能本即國家存在目的之一，為其權力正當化之原始基礎。尤值注意，當主權者由單一君王轉換為全體國民時，則國家從保護君王地位的機器，轉為捍衛全體國民之自由、生命與財產等一切權利之體制，其權力運作的方向將被徹底翻轉。在此權力運作方向逆轉的情況下，國家係站在保護的立場，則傳統上國家權力與人民權利相互對立的課題將遭受挑戰，爭議不再是整體利益與個體利益間單純之對抗，而是國家保障其國民的各種生活與生存之權利所衍生之困惑，亦即國家如何且應否進入生活中的各種層面展開其控管之任務，且此管理生活、生存與生命的客體不限於個別人民，甚至擴展到整體層次，或者說一開始就以整體層次為主。且保衛生命不但是國家的基本任務，是否亦為其存續的重要條件。綜上，我們在皆下來的分析中，針對前述語言及價值分析中所存在的模糊、空白與疑問，嘗試掌握其背後之梗概。但我們一再強調，這並非涉及到好、壞、對、錯的區分，而是觀點的轉換與選擇，尤其是思維上的巨大斷裂。

另外一個面向，則是關於「事物／事務」之面向。為保障人民生活、生存與生命的延續及良善，國家權力必須對於各種人與事物之間進行管理，不單只是對人的統馭，更牽涉對於事物的安排與分配，不是赤裸裸地高壓統治，而是採取有效配置與調控。國家權力的運作藉由一定的法則與條件，展現其運作方式之合理性，預測其較佳或最佳的結果，以爭取權力對象之同意。換言之，國家權力從暴力走向理性，它要求對人與事物內存特質與狀態的正確認識，且經由合理的計算與規劃，有效追求具利益之目標。若將「事物」與人際關係結合，則形成「事務」之課題，則權力運作的對象，非但包含人對人的面向，更涵蓋人對於事物的領域，因此權力的基礎與客體被巧妙地置換，其焦點被擺放在對事物本質如何認識的課題，掌握各種有關事物的「知識」成為權力之基礎，而權力與知識結合後所欲處理的客體亦逐漸朝向事物配置的領域。就權力運作的觀點而言，「人」反倒不在其核心領域中，人退出了權力的首要關係中，僅具間接地關連性。

而保衛生命以及走向事物／事務這二個面向，二者之結合將形成當代新穎的權力運作模式，其將超越傳統上對權力的認知以及相關理論，尤其是公法學上關於國家權力限制的課題。針對語言分析與價值分析所遭遇之疑問，以下將透過 Foucault 所提出之權力概念，將該問題深化並理解其中內藏之特殊意義與內容，進而追問傳統法學的理论是否正遭受嚴峻的挑戰。尤其是關於生命、公共利益、國家權力運用、事物／事務性導向以及人民基本權利等主題，是否傳統之理論與概念已然與現實脫節，而新興之權力運作將挾帶其知識與事實性，以其逆轉形式與特殊姿態脫逸傳統合憲性之控制，將個體與總體生命盡皆納入其控管之權力場域中。我們的任務，即是針對那些逃脫或躲避檢驗之權力運作，再一次將其補捉回正當性檢驗的聖壇中。

第一節 生命政治／生命權力作為國家權力合憲性之 論述策略

Jean-Jacques Rousseau 於 1762 年所發表之《社會契約論》，主張人民作為國家的主權者，自當有權要求國家給予適當且充分的保護，且國家基於主權者的請託，一方面被課予提供保障之義務，另一方面則正當化其保障措施的施行。因此國家若基於保障人民生命、生存與生活之良善，而限制人民權利，在當代的各種學說

與實踐中，並遽認其欠缺正當性基礎。換言之，國家權力行使若出自對人民各種「健康」層面之保護，則爭議的核心並非國家權力能否運作，而是其應如何運作，以及其與目標間的關連性問題。從保護的立場出發，最重要的客體莫過於人民之生命、生存與生活，「護生」逐漸成為國家權力實行的核心基礎與終極目標。我們不難發現，當訴諸保護人民之生命、生存與生活層面不受外力侵害時，國家權力與人民權利二者將緊密地扣合，甚至衍生國家之保護義務，除有其他重要因素外，國家甚至必須為充分之保障措施。若從上述的論理過程來觀察釋字，或許得以理解為何大法官能直接斷定「健康」屬於重要的公共利益，且對其內容未予多作說明。

但前述卻包含二個有趣的弔詭，首先是「人民」一詞看似指稱每一位個人，然則，我們應注意 Rousseau 關於「公意」（或作：總意志，general will）之概念，他指出：「一件少數公民不支持的案件，可能會違反其私益，但卻合乎公意。」（盧梭，1987：164）。詳言之，公意並不同個人意志的總和，而是集體意志的展現，重點在於那些超出個體意志的集體性或稱公共性之部分。從該角度出發，「人民」一詞並不能單純解釋為每一位個人，而應是「所有的個體」，個體的重要性未受否決，而是同時重視個體與集體二者的存在。於是我們遭遇第一個疑問：**個體與集體之間，是否相互兼容**。其次，權力的運作模式亦逐漸改變，國家權力不再單純看顧君王權力與地位的延續，它是全民的國家，它要照護全民的各種利益，尤其是生命、生存與生活的層面，其權力指向與人民生命延續的方向合流，因此國家權力一方面無法僅仰賴刑殺工具，另一方面，它必須自行開創或取用自社會發展而出的各種獨特權力機制，故形成第二個疑問：**相對於傳統主權權力，國家權力指向的逆轉**。

基於上述二項疑問，我們合理懷疑傳統主權權力的理論與實踐似乎漸次過渡至新興的權力模式，其重心在於生命存續利益，可具體化為各類型的「健康」利益。但此種利益並非僅是單純延長生命，而將衍生各種生存與生活面向的課題，尤其是生命過程中各類繁複細節之調控與管理，作為該權力運用的重要場域。此新興權力在實行手段中仍造成人民權利之限制或干預，但其目標又與人民利益位於同一方向，且涵括國家整體性或集體性的思維，其意謂保障個體健康，亦將促進整體健康或其他集體性利益，尤其是整體實力的提振。對於此種新興的權力模式，Foucault 稱為「生命權力」（或「生命政治」），其具有迥異於傳統主權權力的

性質，但並不顛覆或推翻主權權力之存在，在 Foucault 的理念中，各種權力之間並非互相排斥而是互為補充，我們應當注意，若內含與人民利益同方向之權力型態進入國家權力行使型態後，傳統違憲審查之基本假設是否將受到前述二處弔詭之挑戰，甚至得合理懷疑，若生命權力逐漸成為國家權力運作的基本態樣，則釋憲實務是否尚有可能採取抵抗的行動，或是繼續迷惑在前述語言暨價值分析所呈現的困境中。

第一項 「健康」利益個體、集體屬性之再定位—從生命政治 ／生命權力之特殊性出發

第一款 各個體總和之集體性作為生命政治／生命權力的基石

關於「個體與集體之間，是否相互兼容」的第一個疑問，我們可以回溯前述語言暨價值分析所獲致的現象，大法官就「健康」利益本身著墨甚少，雖該利益可歸諸於個人之上，然大法官並未明確從基本權利的面向填充該利益的內容，僅皆斷言其屬公共利益之一類，同時在釋字 577 中，大法官認為該利益係出於基本國策之規定，而釋字 476 則透過歷史脈絡的鋪陳，建立其集體性的意涵。又從價值面來看，釋字中「健康」利益之價值定位更顯模糊，我們甚至發現該利益在釋字中之價值取向，較趨近集體性之範疇。故原本看似與個人生命、生存與生活息息相關之「健康」利益，實際上並不能僅透過個體的角度加以觀察，在一開始就必須從整體或集體的面向展開其視角，但其並未否定個體價值或存在，而是企圖建立一套能妥善兼容個體與整體的複雜利益。

此兼容模式實與上揭新興權利模式息息相關，Foucault 在 1975-76 年《必須保衛社會》(Society must be defended) 的課程講座中將該模式納入「生命政治」與「生命權力」之概念，Foucault (2003: 240) 說道：「主權權力對生命的影響，僅在於主權能夠殺戮之際。」基於社會契約論，人民既作為主權者與被統治者，則主權權力的運作將不再僅是刑殺與制裁，而是如何維護與保障各種生存的課題，因之 Foucault (1980: 142) 在《性史》(The History of Sexuality) 中更清楚地指出「權力要處理活人的事務...權力照管生活，而非死亡的威脅。」(粗體字為筆者所加) 同時，其對象並非僅限於個別生命的存續，更非單一肉體的行為，而是總體生命

的所有層面，Foucault (2003: 243) 將此現象稱之為「人種的生命政治」。因此，生命、生活、生存與健康利益等相關的概念，我們在一開始就不得貿然地將其劃定於個體性之思維中。

Foucault (1980: 139) 接著明確地指出管理生命的權力自 17 世紀開始主要透過兩種形式發展起來：「其中之一，由具有訓練特點的權力程序來保證：**肉體的解剖—政治學** (anatomy-politics of the human body)。另一個...以人體—人種，以充滿生命機制和充當生命過程基礎的人體為中心...**人口的生命—政治學** (bio-politics of the population)。對肉體的規訓（即肉體的解剖—政治學）和對人口的調節（即人口的生命—政治學）構成管理生命的權力組織的兩極點。」此處理人口的權力，Foucault (Ibid.: 139-140) 認為「無疑是資本主義發展不可或缺的要素，若沒有將肉體嵌入生產機器中以及將人口現象調節至經濟作用中，資本主義不可能發展起來。」簡言之，當勞動力之商品化致使個人在社會中之商品化，個人與經濟生產間緊密結合在一起，作為重要的生產工具。資本主義為擴大其商品的流通及增強其生產力，開始考量如何照顧它的生產工具以達成更有效率、效能的生產模式，於是資本主義開始對人類或人種展開理性計算，並透過理性的方式處理人類的生活。此處，Karl Marx 對 Foucault 之影響非常明顯，則對生命的管理或對健康之維護，與社會秩序、國家安全等集體性思維間，應與生產效率的概念結合起來，換言之，國內每位個體之「健康」將決定該國國力之強弱，反過來說國家實力愈強，則愈有能力提升國民之健康水準，故生命—國家—生產三者必須置於同一層面進行觀察。

故 Foucault (2003: 246) 強調生命權力是「一件控制生命、將人作為一個物種的生物學途徑並確保是被調節而非被規訓。」意謂不能將「規訓」與「生命權力」混淆在一起，因為這兩套機制非存在於同一層級上，生命權力居於更為廣泛與全面性的視野，即存在於整體性層級之中，但二者並非互相排斥，因 Foucault (1991b: 102) 特別強調：「對人口的管理...還意味著在人口的深度和細節上對人口進行管理」。然透過規訓以強化生產效率的課題，並非我們此處關注的焦點，故以下將聚焦於那些針對生命機制且做為生命過程的肉體，強調對其生殖、出生、死亡、健康、預期壽命、長壽與種族等面向之課題，所構成的一套調節控制之干預及監督機制：「人口的生命—政治學」。

第二款 「健康」利益之基本起點：人口

生命政治以「人口」(population)作為其首要處理對象，微妙地擴大以往主權理論範疇的侷限，Foucault (2003: 245) 直言：「首先...生命政治¹⁰⁰將人口當作政治問題來處理，同時當作是科學與政治、生物學以及權力的問題。」(粗體字為筆者所加)因此生命政治不囿於君王與臣民的政治關係，而是牽涉有關生命的所有事物／事務，不僅是人、人種或人口的問題，有關人的生活環境、生存背景與歷史脈絡，都是總體生命的部分。而生命政治所型塑之權力模式——生命權力，其核心就在於針對生命各類層面所為之調整與控制措施，較諸傳統主權的刑殺權力更為複雜，因其非單純上對下的臣屬關係，而是如何透過調控的方式，有效地針對各類生命現象進行管理工作，以達成最大之整體效益，故分析之重點任務，即是耙梳政治權力與「理性」間之關連性。(Foucault, 2000: 299) 因此，生命權力的概念，可理解為「一種理性化的企圖，其欲介入人類生命特質」(Rabinow and Rose, 2003: 2)。所謂「理性」，即指向知識的層面，故「生命政治」最大的特質即是：「人類的生命現象進入了知識與權力秩序之中，生命進入了政治技術的領域」(Foucault, 1980: 141-2)。故生命政治所指向之人口問題，即是將課題帶入人與事物的連結面，凸顯理性計算的重要性，尤其是觀察、分析與預測所造就的知識，其與權力間交互影響，擴展權力運作的範圍並轉換其正當性基礎。¹⁰¹

其背後根本的決定因素在於「經濟」思維，因此政治領域中浮現「政治經濟」的課題，但此經濟問題並不僅限於事物的分配與管理，而是將有關人類生命的活動納入其中。尤其是經濟生產活動中，關於勞動力的課題。Foucault 搜索經濟理論的發展軌跡，發現勞動已非僅為勞工本身，而進一步形成「人力資本」(human capital) 的主題。(Foucault, 2008: 219) 尤其在近代歐陸新自由主義與美國羅斯福

¹⁰⁰ 將 bio 部分譯為「生命」，乃是基於亞里斯多德對於 *Bio* 與 *Zoê* 的區分，「生命」在中文的概念中較「生物」更為廣含且全面，超出生物所指涉的範圍，較接近 Foucault 那種幾近完全地掌控的概念。同時，這也意味著現代「生命」的概念，較之亞里斯多德時代已然複雜得多，因為「在傅柯看來，這種生物性與動物性的人命安排，之成為政治的對象，完全不同於只是殺生與放生的主權決斷作用，不是殺與不殺的權力，而是對人的動物性或生物性生命進行認識、培養與調節的權力。其邏輯不是死亡，而是生命。」(柯朝欽，2005：38) 同時，生命政治亦將包含「人類生存、生殖、生病、維持健康與死亡，所依存之社會、文化、環境、經濟及地理條件…即吾人所謂『生活形態』(lifestyle)」。(Dean, 1999: 99)

¹⁰¹ 人口的問題將持續朝著事物／事務的面向發展，將超越原本生命權力探討的範圍，而進入「治理性」的領域之中，因此如鄭祖邦(2006：18-9)與柯朝欽(2005：40)所言，我們可觀察到 Foucault 在提出生命政治與生命權力之概念後，其並未繼續深入討論生命權力，反而轉向治理性的課題。

新政的潮流中，相較於 Marx 關於勞工的見解，勞動力之概念愈益複雜與抽象化。勞工問題不僅是數量，更是關於勞動行為或勞動者生活的質量，易言之，其不囿於事物與程序的關聯性，更延伸至「人類活動與其內在理性」(Ibid.: 223) 的課題，甚至形塑經濟人 (homo oeconomicus) 的主體形象，此際，勞動、人與理性總括在經濟思維層次中，並對政治權力運作產生影響。

故生命政治的概念，一方面以「集體人類壽命、生病率與死亡率」為其客體，另一方面則牽涉「知識形式、權威政體以及那些可欲、合法與有效的介入性實踐。」(Rabinow and Rose, 2003: 3) 故生命權力指向特殊的客體，從人口的角度出發，權力所欲掌握的對象並非單純的個體，而是整體的人口。然而，人口中所呈現之生殖、出生、死亡、健康、預期壽命、長壽與種族等等課題，卻能適度地擴張或限縮而表現不同人口範圍之特徵，且相關資料的來源實是透過對單獨個體的調查與統計所匯集而成。因此人口的問題雖然主要針對整體層面，卻仍然包含單獨個體的角度，而形成整體與個體兼容的特殊客體。尤其再輔以有關肉體「規訓」之操作，則生命權力將形同對整體生命所為之嚴密包覆性管理，從頭到腳、從個體到集體皆在其掌理之下。¹⁰² 因此，我們可以簡單地說，生命權力運作的對象是一個「既是整體，又包含個體的特殊客體」¹⁰³。則對於「健康」利益之反思，我們亦須考量此一重要的面向，尤其是前述價值面中該利益所呈現兼具個體與集體價值的特質，及後者的高度重要性，似乎正展現此新興權力運作的特殊現象。

第二項 保障生命／健康與國家權力之正當性基礎及其運作模式

第一款 「健康」利益作為國家權力轉向的推手

其次，針對第二個疑問「相對於傳統主權權力，國家權力指向的逆轉」，我們再次從 Rousseau 的論點出發，作為主權者的全體國民，依其意志所形成之規範則不可能相反於其自身利益，故國家權力之行使自當與全體國民之利益一致。順此

¹⁰² 但在理論架構上，並不能斷然宣稱所有的權力運作都是以該等方式進行，Rabinow 與 Rose(2003: 4) 認為若將生命權力的概念，作太為廣泛性的使用時，係不當擴張並誤解 Foucault 的本意。一如 Foucault 所強調多元主義的路徑，以及對單線性進化史觀之反對，從此點以觀，Rabinow 與 Rose 之主張應較接近 Foucault 的本意，並有效防止該等概念流於浮濫或僵化。

¹⁰³ Foucault 認為此種概念來自於「牧養權力」，關於此種權力請詳參本文下述的介紹。

理路，相對於傳統君王之主權權力，新興之國家權力與全體國民之利益方向相同，且更緊密地結合在一起。國家若欲限制國民之權利，無法僅單純訴諸國家自身存續之理由，而須基於對於全體國民之保護。同時，對於人民生命、生存與生活的保障與促進，亦得以強化勞動的品質。換言之，從經濟體制中勞動生產的觀點出發，國家對於各種生命機制與現象的管理，不但符合其人民之利益，更得以提升國家整體經濟實力。因此，Foucault (2008: 141) 認為各種社會政策對於福利經濟體制有其重要性，其一方面促進整體實力，一方面兼顧個體保護，甚至如 Rose 與 Miller (1992: 191) 所言，其非新興的國家形式，而是新興的經濟、社會與公民個人生活的治理形式。於是國家權力愈發增添保護之色彩，它必須兼顧與平衡全體國民與國家自身之二種利益，此致生國家權力運作的轉向，並導致權力運作的模式與思維迥異於傳統之主權權力。故，「健康」利益所伴隨之權力，亦須考量此種轉變，進一步深入該利益的基本主張中展開探索，翻找其變異之梗概。

「健康」利益所牽涉管理生命的權力，除如前述在客體上與傳統主權不同，它的權力運作形式與範圍都有極大的差異，Foucault (1980: 89) 曾指出：「新的權力手段完全不同，它們不靠權利，而靠技術；不靠法律，而靠規制化¹⁰⁴；不靠懲

¹⁰⁴ 英文版中，「規範化」所對應之用語可為 *regularization* 與 *normalization*，相關的中文翻譯多將 *regular*、*regulation* 等詞譯為規範、規律、規範化，然而在法律用語中 *regulation* 亦得翻譯為「法規命令」，其一方面於現今規範中具有非常重要且特殊之地位，異於傳統純由國會通過之法律，但合乎法律保留之要求並作為填充法規範之具體內容，為規範與事實間重要的連結橋樑；另一方面，在行政學的討論中，*regulation* 可理解為「行政管制」的概念，係牽涉國家與市場間互動的界線，重心在於政府如何適當地介入但仍允許市場經濟擁有其自主的活動空間。誠如 Barret-Kriegel (1992: 195) 所言，我們必須將相關的概念連結至歐陸法系之行政法體系，不能僅以傳統法律觀去理解 Foucault 文本之用語。且本文認為若從我國目前行政法學說與實務出發（拜作為法規範繼受國地位之賜，台灣在行政法層面受到德國與法國之影響甚大），若將「不靠法律，而靠規範化」改寫成：「不靠國會通過之法律，而靠大量授權的法規命令與僅涉及細節性、技術性與解釋性之行政規則」，則傳統法律在日趨龐大之行政法國度中喪失其重要性，以及國會之地位逐漸由行政機關所大量取代等現象，或許 Foucault 正是要凸顯出新興的權力已突破傳統法律一權利的思維，而走向行政一事物／事務的領域，主因素可能在於：行政機關確實掌握著事物與事務，它們手裡握著知識，而傳統的法律權利則逐漸退出權力鬥爭的擂臺。因此本文特別將 *regularization* 翻譯為「規制化」。

又筆者認為「規範」(*norm*) 與「規範化」(*normalization*) 實涉更複雜的背景脈絡，*normalization* 一詞雖得翻譯為標準化，但在 Foucault 的知識與權力雙生架構中，透過知識所建立的標準或法則，其背後存在權力的作用性，故標準與法則並非靜態的描述，而是動態的論述場域，係權力運作的領域。且在心理層面上，將產生倫理與責任的要求，進而產生個體自我認同與社會認同，以及對於不正常者如何處置的課題。故以「規範」與「規範化」作為 *norm* 與 *normalization* 之翻譯，其具備倫理性的意涵，應較標準化更為貼切，且與前述所提 *regularization* 應作區分。關於「規範」、「司法」與「法律」的三分，請參考本文下述的說明，至於「規範」與「規範化」更進一步的語意考察，請參考 Foucault 的同事 Ewald (1990: 140 以下) 所為之精闢分析。國內學者李俊增則將 *normalization* 翻譯為「常規化」，相關討論可參考李俊增 (2009: 10 以下)。

而 *normal* 與 *abnormal* 所衍生出更有趣的課題，尤其是關於社會認同以及權力及知識對不正常者的管理，可參閱 2003 出版的 Foucault 課程共筆《不正常的人》(*Abnormal: lectures at the Collège de France, 1974-1975*)。

罰，而靠控制，而且使用在所有層面或形式上的方法都超出了國家及其機構。」易言之，權力不再僅是上對下的命令，它找上理性，透過理性計算所建構之技術與控制，作為權力的基本運作形式。同時，Foucault亦指出「法律愈來愈具規制功能，司法機關日益被納入一系列大部分以調節為職能的機構中（醫療的、行政的等等）。一個規制化的社會是以生命為中心的權力技術發展的歷史結果。」（Ibid.: 144）（粗體字為筆者所加）因此法律—權利的課題逐漸被技術—規制化所置換，尤其是從人與人之間的權利義務關係，轉向人與事物／事務間的知識權力關係。此轉換正是以生命的課題作為起點，生命權力在「出生率、死亡率、各種生物上殘疾以及環境的效果上，獲得其自身的知識，並界定權力介入的領域。」（Foucault, 2003: 245）在對象、運作方式與領域上，生命權力與傳統主權權力幾乎處於對立的層面，但Foucault（Ibid.: 250）強調這種調節機制是在「國家與隸屬於國家的層級上」，亦即人口、生命過程、管理機制與國家四者之間具高度關連，生命政治與生命權力雖然在許多面向上會超越國家及其機構，然值得關注者仍是國家所掌握的部分，尤其是國家機器如何取得對於人的生命與生活管理的權力。因此國家權力之行使與「健康」利益間之關連，正是我們所要關注的爭議核心，Foucault（1982: 213）曾謂「一種新的政治權力形式不斷得到發展...這一新的政治結構就是國家」，然國家權力兼具「整體化與個體化之權力形式」（Ibid.），並與原先相對立之「牧養性」（pastorship）結合起來（Foucault, 2000: 300），故此個體化權力技術，將以國家機器作為其集中與統整之形式。

生命權力的實際運作型態及其源頭，係以「牧養權力」與「治安」概念為理解基礎，故「健康」利益的課題，亦須從前述二項概念出發，以掌握其中整體與個體化兼容之權力運作方式，及其理性形式之權力運作模式，進而觀察此權力如何在各種層面介入生命的過程。因此Foucault認為：「首先...生命權力是要處理人口，將人口當作一個政治、科學與政治、生物學或權力的問題；其次...它們是具有經濟與政治效果的共同現象...；第三，生命政治所引介的機制包含預測、統計評估與整體測量。」（Foucault, 2003: 245-6）若再進一步結合下述「治理性」的課題，則現代國家的生命權力與生命政治，即意味著國家如何透過各種源自於牧養權力之治安手段，針對人口的各种問題，從效率、效能之經濟思維出發，治理其內部所有作為國民之生命與其生活相關事物／事務，其最終目的不僅是保護臣民，更得以保存與增進國家實力，且後者的重要性可能凌駕於前者之上，則加劇

個體權利與集體利益之間的矛盾。

第二款 「健康」利益作為主權權力、牧養權力與治安學之合流通道

社會契約論所致生國家權力之轉向，使我們必須注意國家如何「保護」其國民之課題，若配合前述所提「經濟生產」之思維，以及 Foucault 對於「國家機器」之重視，則「人口—經濟—國家」間之關連性與盧梭之理論相互結合，換言之，作為國家重要資產之國民，其身心健康狀況將直接關連到國家整體之健全狀況，國家為增強或保存自身實力，則須增進與保護國民之身心良善。故傳統君王作為主權者，得任意為保存自身而處理其國民身心之觀點，將受更改與限制，而 Foucault (1991b: 88) 認為此觀點最早可溯至 Machiavelli 的《君主論》，Machiavelli 的首要論點並非君王是否能任意宰制其臣民，而是君王如何透過維護臣民生存的良善，而鞏固其自身權力與地位。

在新興權力的影響下，國家權力發生重大轉變，但非意味傳統君王的主權權力因此消逝無存，除前述所言國家權力得同時兼含新興的生命權力與傳統主權權力，Foucault 亦指出生命權力與主權權力將在種族（／民族）主義（racism）中結合起來，其謂「在生命權力模式的國家功能中，**種族主義能夠證立國家刑殺的功能……種族主義藉由訴諸他者的死亡能使生物學上更為強壯的原則，證立了在生命權力的經濟中其中刑殺的功能…故種族主義緊密地結合到國家必須去執行主權權力以使用種族、消除多種種族與淨化種族。**」(Foucault, 2003: 256, 258)（粗體字為筆者所加）透過種族主義的橋接，生命權力與主權權力產生聯繫，主權權力將藉由該通道連結人口中牧養與治安的課題，並與規訓以及治理的概念交錯結合。

觀我國憲法第 157 條規定：「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。」規範文字直接將「民族」與「健康」連結在一起，而非單純個人健康之範疇。其次，釋字 476 解釋理由書第二段針對清末煙毒戕害之凜然控訴，以「流毒所及，國民精神日衰，身體日弱，欲以鳩形鵠面之徒，為執銳披堅之旅，殊不可得，是其非一身一家之害，直社會、國家之鉅蠹，自不得不嚴其於法」這一段文字，凸顯國民健康係作為國家實力的重要基礎，則保存全體國民、民族或種族之「健康」利益，實指向國家自身的維繫。且為強化整體對外的抵禦力量，淨化與消滅毒害則成為正當合理且重要的任務，故禁止與剷除內部毒害的發生即證立國家「刑殺」的合法性。因之，釋字 476 將煙毒、國民、種族與整體實力之

間統整起來，正當化剝奪國民生命權之毒品危害防制法規，正展現國家權力中生命權力與主權權力結合之現象，此論證路徑，更獲得大法官全體一致的同意。故針對此特殊的權力組合型態，實有進一步追問其根源與具體模式之必要。

第一目 牧養權力—整體與個體兼容性與權力運作方向變換之連結

Foucault (2000: 302-3) 曾明確地指出個體化權力的概念係牽涉「牧養性」(pastorship) 之課題，其源自希伯來世界的宗教觀，概念核心係「牧羊人所做的任何事，都是合於羊群的善」，這暗指「牧養權力自身即具有良善性」(Foucault, 2007: 128)。同時，牧羊人所具獨特任務之特色為「一、權力運作在羊群而非領土；二、牧羊人將羊群聚集、引導並帶領羊群...使羊群存在著；三、牧羊人的角色是救贖他的羊群；四、運用權力是牧羊人的『義務』...他所做的每件事都必須合乎羊群的善.....牧羊人必須在整體與細節上瞭解他的羊群。他不僅必須知道好的牧地何在、季節之法與事物的秩序，他也必須知道每個個體特殊的需求」(Foucault, 2000: 302-3) 回顧前述關於整體與個體兼容的課題，我們可以說在「牧養」所獨具的「救贖」概念中，整體與個體完整地嵌合在一起，其必須是「整體的救贖，且同等於個別的救贖」(Foucault, 2007: 168)，在此理路之下，整體與個體兼容性透過「牧養」進入「生命權力」之中，而賦予「健康」利益獨特內涵。

因此就前述第一個疑問，在集體與個體兼備的思維中，實則隱含一種特殊性的權力視角，牧羊人即權力施予者立於羊群之外，觀察羊群及其中個別的羊隻，而非從單一羊隻的立場觀察整體的羊群，然其負有「純粹義務」(Ibid.: 174)，牧羊人必須從羊群的利益出發，他必須照護看管使其良善。若以牧養權力作為理解生命權力之前提要件，則關涉「健康」利益之生命權力並不能單純以集體或個體作為出發點，前述釋字 404、414、476、512、577 與 666 等六號釋字中，就「健康」利益所為之價值分析，其一方面兼具集體與個體性價值色彩，而另一方面具濃厚集體性意味之現象，在此即能獲得合理之解釋，同時，亦證實我們對於「健康」利益內容之懷疑非無的放矢，從牧養權力之基本視角以言，照護與看管生命的集體個體兼容性與現代個體自由之保障間存在著晦澀不明的模糊地帶。

除兼具個體與整體之特殊性質外，牧養亦將「知識」之課題導入權力運作的模式中。質言之，牧養權力關照權力對象的本身而非施行權力者，權力運作的視角一如 Machiavelli 所言產生方向上之轉換，並重視對事物與個體之分析所生的知

識。Foucault (2000: 300; 1982: 214) 直言其為「救贖指向的...個體化的權力 (individualizing power)、與生活相處共存，並連結到真理的生產」。且其「一、目的是向人們保證在現世獲得拯救，呈現出不同的意義：健康、福利、安全、意外防範...；二、此種權力有時由國家機器行使，或都由如同治安一類的公共機構來行使，有時則由私人機構或其他機構來行使；三、在兩個任務中涉及人的知識的發展：關於人口的總體化 (globalizing) 與數量，關於個體的分析。」(Ibid.) 故牧養權力將自身領域擴展至「知識」的範疇，漸發展為「治理的藝術」，並影響「國家理性」(法文：*Raison d'État*，英文：reason of state) 之課題。故 Foucault (1982: 215) 認為：「我們可以把現代國家看成現代個體化的母體，或牧養權力的新形式」，但牧養權力僅具古老的形式，於現代國家與社會機構中將轉變為「治安」機制。

第二目 國家理性與治安—國家權力的重大質變

隨著宗教力量的瓦解與非理性的除魅過程，早期基督教牧養權力所強調來世獲得救贖，逐漸轉向現世中理性的計算及預測，且在政教分離的進程中，國家作為世俗中合法獨佔強制力的機構，其目標益發指向現世中困境的排除與福祉的增進，國家一方面吸收牧養權力的理念，另一方面則發展出相應的思維與權力運作機制。同時，理性力量的茁壯以及主權在民思潮的流佈，國家存在目的發生重大轉變，故國家存在及其權力行使之理由，即「國家理性」成為爭議的核心。¹⁰⁵

Foucault (1991b: 104; 2007: 296) 認為政教分離及世俗化的潮流，可歸因於三十年戰爭後歐洲簽訂之「西伐利亞條約」(Treaty of Westphalia)，其所奠定新興的「軍事—外交措置」(apparatus)¹⁰⁶，使國家與統整之宗教力量分離，且國家間不

¹⁰⁵ 有趣的是，國家存在的理由或目的本身，應如何「理性」？若說國家存在即是為了保障個體之理由或目的，則我們應如何理性地分析國家必須保障個體的問題？「理性」一直是 Foucault 所批判的對象，因為有時訴諸理性的用意，實為迴避某些難言之隱。且國家理性的概念，係站在整體的觀點上進行思考。故 Foucault 透過對國家理性之檢視，從而捕捉在其內存有疑義的權力活動。關於「國家理性」的課題，可參考 Dean (1999: 86)。

¹⁰⁶ Apparatus 在法文原文中為 *dispositif*，其主要見於下述治理概念的探討中，江玉林 (2007: 71) 即指出：「傅柯所稱的治理性或治理理性，它的特色，簡單來說，便在於運用一切可以總括在措置 (Dispositif) 名下的各種策略，例如方法、技術、制度、理論、模型、乃至於成本效益分析等等，以使得對於特定人口的管制 (包括全體人民與所有個人) 能在最終滿足各種安全指標的要求。」則「措置」一詞，依江氏之見，係指稱那些看得見與說得出來的，且具目的性、手段性取向的所有人文社會活動，亦即那些用以達成治理的工具與手段之具體化總稱。而 Foucault 的同事兼著名學者 Gilles Deleuze (1992: 159-160) 更清楚地指出「措置」必須在 Foucault 關於「知識」、「權力」暨「主體性」的交融牽連中進行理解，其一是機制與論述的課題，次為二點之間交互作用之權力關係，最後則是總和之主體性。故我們必須將三者綜合起來，作為理解「措置」一詞的先決條件，始較趨近 Foucault 關於主體、權力與知識三者並重的一貫路徑。但本文在翻譯上為便於行文理解之順暢，並不一律翻譯為措置，僅於 Foucault 有特別強調時始為之。

再任意開啟戰爭，故國家實力無法單純透過軍事武裝以展現。因此國家力量的計算須另立基準，且國家存在目的亦生變遷。故牧養、理性與主權在民的思潮逐漸興起，知識、力量與各類機制統合為「治安措置」(apparatus of police)¹⁰⁷，再加上國際軍事戰爭之銳減與經濟思維的興起，國家競逐的場所逐漸轉換到「經濟問題」(Foucault, 1991b: 92; 2007: 343; 2008: 5)，亦即透過「軍事—外交」及「治安」二項措置所構成之「保障機制」(a mechanism of security)，國家開始對內部進行更有效的管理，且獲致的效益不但符合整體國家利益，更合乎個人之利益，其兼顧整體與個體、人際與事物以及知識與權力。因此Foucault (1994: 69-70) 說道「治安，是使國家力量從內部增加的一套必要的工具。...透過貿易的致富提供了使人口、人力、生產與輸出增加以及給予國家充沛強盛的軍隊的可能性...在重商與重農主義的時期...人口—福利成為新治理理性的主要對象.....從『治安』技術的分支並連結經濟思想的誕生，逐漸使人口成為政治問題。」

¹⁰⁷ 關於「治安」一詞，英文版有將之翻譯為 policy (Foucault, 1994: 69)，但多作 police，而 Foucault (2000: 323; 2007: 312) 則是非常強調德國的治安學 (polizewissenschaft)。若進一步追問「治安」的字源，係來自於希臘文 Politeia，拉丁文則作 Politia，薩孟武 (2003: 36，註 6) 指出其原本意義為「國家制度」，其後傳入法國寫為 police，再傳入德國作 polizei，並指稱「良好的秩序」之意。江玉林 (2008: 15) 則研究發現，15、16 世紀之初德語著作使用 Policey，從相關文獻脈絡來看，主要為：形容某種具有良善秩序的共同體狀態，以及由帝國或是由各地地方權力所頒佈的警察法規，此二大涵義。故觀察該字之意義，並不同當代較為狹義之警察，而應與國家整體政策相關，就語意而言，警察、治安、政策 (policy) 或政治 (politics) 等字詞間都有某種程度的重疊，甚至所謂「治安」(police, die Polizei) 與「政策」(policy, die Politik) 應為相近國家任務之不同面向，前者為積極面，而後者為消極面 (Foucault, 1988b: 153, 158-9)。故「治安」一詞所指涉的概念非常廣泛，從領土、居民及其居住環境的各種課題，商業、貿易與金融貨幣的主題，乃至於個人行為中道德與貞節等事項都是治安所涵蓋的範圍，Foucault (2007: 323-5) 認為其包含「人口數、生存必要條件、健康及防止停滯」等四項重要目標，其具有非常廣泛之指涉場域。另外 Foucault (Ibid.: 339) 亦指出原始的治安課題根本無關正義與司法，而是君王透過治安措置直接對其臣民發揮影響。因此以中文「治安」稱之，而不使用「警察」的概念 (但解嚴前我國警政系統的確在某種程度上扮演上述的角色)。另外更值得注意的是，現任大法官陳敏 (2004: 20) 寫道：「17 至 18 世紀的專制國家...當時所謂之『警察』(polizei)，其意義即良好之管理及良好之社會秩序。」故「治安」一詞之意義乃超越現今「警察」之概念甚多。又治安機制的發達係展現行政管理之嚴密，連帶致生行政法規之繁複，若結合前述有關「規制化」的說明，則「治安」、「行政管理」與「法規命令暨行政規則」間之課題，將益發突顯出國家權力對於個體掌控之廣度與深度。

另外，薩孟武 (2003: 36-37) 亦指出治安 (警察) 與福利主義間的關聯，國家透過各種治安之機制以增進人民福利，故早期「警察國」(Polizeistaat) 之概念即等同於「福利國」(Wohlfahrtsstaat)，但該福利之意並非以當代個人權利為基礎，福利所指稱者係整體的福利，國家的目的乃是增進國家的實力，如國家理性一般，其基本的視角係國家整體的觀點，而非單獨的個人。近來江玉林對此概念有更深入的探討，他首先從「學科化／規訓話」的觀點出發，指出警察學以「經由知識的開展而在自我認同上所引發的改變與重新形塑」作為發軔，且在主權者與臣民的關係中，警察基於知識與集體的共善展開對個體的控制，故警察的對象即是每個活人，同時在主權權力與警察法規的交互作用下，每位個體被匯編成具有集體性的人口，一方面作為國家或主權者的臣屬，另一方面身為國家人口的組成份子之一，其所具備之人格特性，係源自其所歸屬的人口在統計學上的特殊屬性。(江玉林，2008: 12、21-22) 故江玉林 (前揭書: 18) 認為，對 Policey 不妨以「博理」的概念稱之，以資區別後期自由主義所強調限制國家權力，而產生近代警察的概念。但本文在翻譯上，仍沿用目前習稱之「治安」，然在意義與內涵上，均接受，然在意義與內涵上，均接受上述學者之見。

而治安將更進一步深入關於生命的課題中，我們可以發現治安的主要任務明確包含著「健康」(Foucault, 2000: 320; 2007: 324)，則確保人口之「健康」狀況正意謂確保國家的實力，亦即「人口作為國家權力之基本組成，因人口確保國家內部勞動力之競爭性。」(Foucault, 2007: 69) 此處可清楚地看到人口、勞動生產、資本主義、治安與國家機器間龐雜但高度的關連性，甚至「健康照護」(health care) 與「公共衛生」(public hygiene) 的相關問題，可放在是否有益於促進人力資本的脈絡下進行思考 (Foucault, 2008: 230)。故「健康」利益確如釋字 476 所稱，乃關涉一國之社會秩序及國家安全，與勞動生產之經濟面向的相連，更作為釋字 404、414、476、512、577 及 666 等解釋一再強調但多做說明之公共利益的重要內容。個別的生命將影響整體人口素質的良窳，進而決定一國整體的實力，尤其是經濟實力。若我們作如此理解，「健康」利益並非從個體的角度出發，而是國家證立自身存在以及保存自身存續的最佳理由，但這一次它並不對抗其臣民，反倒是採取捍衛其臣民良善存在之雙贏策略。

第三目 人口問題、理性知識與經濟生產：從主權權力經生命權力進入治理性

Foucault (2007: 341) 認為治安實踐中，以商業、城市、管制及規訓為主要之要素，重點在於大量的管制而非法律，而管制的首要目標即是經濟問題，申言之，治安最重要的目的就是追求經濟成果。而經濟問題不僅涉及到事物，更涉及到人口，以及人口與事物間結合所形成之「事務」¹⁰⁸，故治安的實際活動乃是掌握人與事物所具有之要素與內涵。換言之，知識的課題愈發成為權力運作的基礎，權力必須正確地認識其處理對象之本質為何，亦即，生命權力正是透過理性的方式以捕捉人口問題內部的本質，Foucault (Ibid.: 349) 將之稱為「社會的自然性」(the naturalness of society)。此種自然秩序亦為經濟學者所強調，尤其是捍衛自由市場的經濟理論，泰半主張自由競爭或自由市場機制係符合自然世界運行的規則，故反對人類意志的強加干涉。但這些學者並未忽視人類社會與自然世界的差異，因此他們強調一個符合自由競爭經濟體制的民主政體，不但是自然秩序的結果，更是法秩序的產物。(Foucault, 2008: 162)

此將使自然與社會的二元對立產生交錯的模糊地帶，社會除了人為造成之部

¹⁰⁸ Foucault 非常重視人與事物的結合，他反覆地強調新興權力、治理與經濟等問題，都是要處理「人」(men) 與「事物」(things) (Foucault, 1991b: 93; 2000: 319; 2007: 96)，傳統主權權力將焦點放在人際，而知識的主軸則是事物，然而新興的權力模式將二者結合，因此它必然是人與事物的組合。但英文中欠缺較佳的翻譯詞彙，反倒是中文的「事務」一詞能貼切地描繪此概念。

分外，尚含有其特殊的自然規律，然渠等規律係內嵌於社會實踐活動中，故人類社群所建立之規範本身亦含有自然規律的存在，但唯有透過規範才能維繫與促進該自然規律的存續與發展。依此理路，則不難理解「健康」利益為何具有濃厚之內在價值色彩，卻又不排斥其工具價值，因「生命」的課題被置入人類本質以及規範本身的問題中，同時，我們亦得以瞭解大法官為何對於該利益概念本身著墨甚少，因為它是本質性的，係生命活動與現象所內藏之自然性質，我們經常僅能以「就是這樣」來處理這些概念的本體。然而，撇去本體不談，我們可透過許多方法與技術以描繪這些概念的外觀，透過統計學、透過歸納、成本效益分析等方式，呈現出個人或整體之「健康」狀況，此些方法與技術將以理性的模式，針對各類事物／事務開展其分析與研究任務。因此經濟的問題將擴展傳統治安與國家理性的範疇，並展延生命政治／權力的思維領域，故以下我們將進入「治理性」的概念。

第二節 治理性作為釋字中「健康」利益論證之核心基礎：從統治「人」走向管理「事物／務」

從前述「自然性」的概念出發，人口問題所蘊含的知識面向，致生權力與知識的緊密結合，此意謂「權力運作需要伴隨知識的灌輸，而知識生產需要以權力作為運作工具」(李偉俠，2005：264)，其關鍵正是基於「理性」之要求。故權力不但指向人口，更進一步踏入其內事物／務之領域，換言之，權力運作需要理性作為合理化之基礎，而理性計算、分析與預測的首要對象則必當包含可量化的、客觀的與自然的「事物」面，申言之，「自然性」正是所謂「事物本質」之代名詞。誠如 Rose 與 Miller (1992: 175) 所言：「治理的問題，首先係涉及**政治理性**，將權力運作概念化的論述場域，多種權威所為特定權力運用方式之道德基礎，適當形式之觀點，政治的客體與界線，以及前揭課題在世俗、精神、軍事及家庭中適當分配的概念。但我們認為，該問題亦涉及**治理技術**，即權威當局欲其治理企圖實現與生效，所使用之計畫、計算、技術、措置、文件以及程序之總和。」因此，「人」雖然並未從權力運作的過程中消失，但其無法單獨囊括所有層面，尤其是關於「知識」、「理性」與「事物」面之轉向，於是，將治理納入權力討論之中，意謂整體權力思維將產生根本性的轉換。

第一項 從治理的觀點探討「健康」與事物／務本質之關連

Foucault將上述觀點納入其關於「治理」(government)的概念中進行討論，他曾藉Guillaume de La Perrière的話指出「治理就是為了合宜的目的而安排對事務的正確處理」(Foucault, 1991b: 93; 2007:96)，同時其對象並非針對領土，而是由「人與事物」共組而成的複雜事物，並藉由「對事物的正確安排，以便於導引(lead, conduire)其走向」(Foucault, 2007: 99)。我們必須注意，治理並非僅以集體利益為其合理化基礎，而係走入事物／務安排之便利性層面，申言之，透過對事物／務之正確安排，所為之正確處理，一方面是為追求各種利益，另一方面更符合「理性」之要求。扣合前述自然性之概念，治理雖係「人治理事」，然治理所涉之「事」實則包含「人」的各種層面，其將人口問題視為自然事物的課題加以處理，同時治理具有目的論之形式，其要求每一件被治理的事務的合宜目的。因此，治理強調「導引」¹⁰⁹ (conduct, conduite)，係透過反身性地接受權力的行使，而非單純使用強制的力量，以促進某種目的之達成。Foucault (1982: 221) 曾指出：「『治理』... 是一種全體或個體行為可能被指引的方式」，其可展現為對兒童、靈魂與良知、家庭、國家甚或個人的導引，故我們可將之簡化為「對行為的導引」(the conduct of conduct)。(Gordon, 1991: 2; Simons, 1995: 36)¹¹⁰ 然此種對行為的導引，不但牽涉自我與其他自我、私人的人際關係與社會機構及社群內的各種關係，最後也會關聯到政治主權運作的範疇。

關於人口問題、治理、理性、政治權力與經濟活動間的錯綜關連，Foucault特

¹⁰⁹ Foucault (2007: 193) 認為「導引」的概念係出於基督教的牧師，此可回溯先前「牧養權力」中關於牧羊人與羊群的圖像，因為牧羊人必須正確瞭解氣候、水文與植匹等之分佈與變化，而適切地帶領羊群追逐水草，因此牧羊人並非強硬地命令羊群移動，而是依據理性與知識導引羊群移動，進而促進羊隻與羊群的在個體與整體上之良善。因此「導引」與「反身性」以及牧羊人之「義務」等等概念，應作整體性之解讀。

¹¹⁰ Mitchell Dean (1999:10; 2002: 119) 明確地指出 conduct 在此具有名詞與動詞之意，因此 the conduct of conduct，第一個 conduct 作為動詞之意，指稱引導(lead, guide, direct)，而後面的 conduct 則為名詞，意指行為(behavior)、行動(action)、舉止(compartment)或所謂的習慣(habitus)。且引導行為的課題，必涉及某種「規範」與「目的」，換言之，依據某個「規範」以導引個體的行為促成某個目的，實為 the conduct of conduct 之真意。此處，「規範」的概念，知識與權力的交互作用，以及認同的課題又浮現出來。關於「規範」，可詳參前揭註 104 的討論。另外，Dean (1999: 11-13) 認為此處行為的意義應指人類的行為，且係為特定的目的而對之進行管理、控制、形塑與轉向，並使用理性計算的方式，構成其所需的知識，進一步連結至道德的層面，藉由知識的形象要求個體對自身的管理負起責任，於是治理的課題中融入倫理意涵，則自由(freedom) 將被納入治理性所建構的框架中討論。由此面向而言，治理既是涉及行動與思維的領域，又與活動與自由相關聯，則自由主義所處理的課題，可能與治理具備某種程度的關聯性。

別以「治理性」(governmentality)¹¹¹稱之。他明確地指出治理性包含三個層面：「其一是由制度、程式、分析、反思以及使得這種特殊卻複雜的權力形式得以實施的計算和手法組成的總體，其目標是人口，其主要知識形式是政治經濟學，其根本的技術工具是保障措置。第二、在很長一段時期，整個西方存在一種趨勢，比起所有其他權力形式（主權、規訓等）來說，這種可稱為「治理」的權力形式日益佔據了突出的地位，這種趨勢，一方面導致了一系列治理特有的措置的形成，另一方面則導致了一整套知識（savoirs）的發展。第三、『治理術』這個詞還指這樣一個過程，或者說這個過程的結果，通過這一過程，中世紀的司法國家（the state of justice），在 15、16 世紀轉變為行政國家（administrative state），而現在逐漸「治理化」（governmentalized）了。」（Foucault, 1991b: 102-3; 2007: 108-9）因此事物、知識與理性，成為權力運作的重要基礎，同時在治理的層面中，Foucault 對國家權力展開其深刻分析，若說主權權力與生命權力發生關連而導致國家權力在對象上與運作上的轉變，那麼，治理則是滲入國家權力之脊髓，徹底轉換其權力合法正當性的基礎，這正是權力思維的根本性變動，一如 Foucault（2007: 109）所指出：「對於當代國家的存續與限制，必須在治理性通用策略之基礎上，進行理解。」

¹¹¹ 關於治理性之概念，洪鑣德（2006: 488-9）認為治理性是「統治管理」（govern）加上「心理意識」（mentality）的概念，而心理意識似可置換為「理性」（rationality）一詞，如 Gordon（1991: 1）所言將治理性理解為「統治／治理」加上「理性」的課題，其不僅關注手段，更重視手段與工具背後所潛藏的事物。Jon Simons（1995: 36）則指出「在規訓、規範化與生命權力所檢視者，大多亦能以治理性這個概念來分析。」他認為 Foucault 全部的研究任務旨在處理「治理理性的實體」，以微觀治理理性（micro-governmental rationalities）一行為的條件化（programmes of conduct）為基礎，使人能區分對或錯的陳述（statement），並形成追求某個目的的規則、程序與方法。接著，塑成監獄、醫院與收容所中的規訓理性，並在家庭、軍隊與學校中逐漸擴張，樹立起規訓網絡與規範化權力的延伸。最後，由許多微小的程式化以及治理的技術二者的鉤連，產生了鉅觀治理理性（macro-governmental rationalities）。（Ibid.: 37）至於 John S. Ransom（1997: 64）則寫道：「治理…這特殊的理性不會獨自運作。擁有其自身歷史與目的的一個不同的理性，可與『治理性』結合在一起。」簡言之，治理性追問核心問題實是關於「如何統治」（Gordon, 1991: 7），且是如何透過心理層面以有效進行統治活動。而 Dean（1999: 16）則明確的寫道：「治理性一詞…係處理我們如何看待對於統治及治理心態（mentalities of government）之看法。…其是我們所持知識、信念與意見的實體…且此心態是集體的、相對上被視為是理所當然的。」

同時，治理的問題又可回溯前述關於「治安」的課題，雖然自由主義反對警察國家所持國家無所不管的理念，但卻非意味自由主義全然放棄對於人的控管，如 Foucault 在其講座中不斷討論自由主義與新自由主義的問題，尤其是經濟的問題逐漸變成政治討論的主軸後，市場、管制與配套措施實為統治的核心議題，而當代自由主義所帶來的轉向，在外觀上確實促使主權權力在許多程度上自我限縮，然而治理的課題反而更形重要。故經濟、政治與自由人權等概念，將在自由主義之潮流中，指向「治理」的問題。（Foucault, 2008: 61）如此一來，當代自由主義與治理之間，具有更深層的關聯，亦使個體基本權利的保障與集體生活的共善間，更值吾人關注二者是否為自由主義所內含的雙重矛盾。甚至李俊增（2009: 28）直言：「自由不只是個人正當反抗主權者權力濫用之權利，自由亦應被置於權力技術轉變的脈絡來理解，自由乃是治理技術，係治理性本身不可或缺之要素。…根據傅科之分析。現代治理理性主要即表現在『安全』與『自由』的結合。」

循前述生命權力之理路，「健康」利益除促成個體與集體之兼容性，並導致國家權力之轉向外，其更進一步指引國家權力的根本性變革，尤其是將權力的運用與理性以及事物／務結合，故始得權力運行的基本思維幾近迥異於傳統權力概念，遑論有關主權權力之理念。正基於「事物／務」之面向，我們可以看到前述釋字 404 與醫療行為、醫師分類及藥品之關連、414 與藥品事物之廣告、577 與菸品事物之廣告、釋字 476 及 512 與毒品事物之間以及釋字 666 關於性交易之管理要求，在規範與所涉事物之間皆具有高度關連，大法官就前開釋字所為之論理，大量使用「基於實在結構」之修辭策略與「真理」之建構，強調爭議所涉之事實面，尤其在釋字 666 中，大法官甚至進一步指示如何為適當管理之措施。即便不論價值與事實層次混淆之疑，更應注意其是否對當代自由主義政治體制造成重大影響，國家權力係從正確掌握事物本質作為出發點，而達成保障國民利益之目的。同時，結合集體利益與事物／事務面，國家權力不但在理論上能確保其合法正當性，在國家權力與人民權利衝突之釋憲實務中更為其最佳的辯護說詞。兼顧個體與集體之利益，合乎主權在民之憲政原則，通過理性方式之檢驗，我們非常好奇，是否現代國家權力成功地以普遍且正當的方式掌握了生活、生存與生命的全部。

第二項 「健康」利益與治理所衍生之難題——現代國家之系譜 與權力型態之多樣性

自 18 世紀以降，隨著舊治安計畫與國家理性結合，治安課題產生劇烈的變遷，Foucault (2007: 354) 認為其分解為四個部分：「經濟實踐、人口管理、法律與對自由之重視，以及治安」，再佐以軍事—外交措置之發展，則其統合成為現代國家之系譜，而現代國家將不再是具有首尾循環本體之巨靈或自主機器。若我們將新治理中「社會、經濟、人口、保障與自由」等要素統整以觀，並考量前述所提「導引」、「自然性」或「事物本質」、「理性」與「知識」等特殊概念，我們可以發現治理所蘊含之權力形式不同於傳統主權權力形式，但包含建立在後者之上的當代自由民主憲政體制。因此治理與主權權力間是否有所扞格、取而代之，或容有其他情事，殊值關注。

觀Rose與Miller (1992: 176) 所言「透過對政治理性與治理技術二者交錯綜合之分析，我們始得以瞭解那些將個體、群體與組織的生存，與當代自由民主政體

意欲間發生關連之複雜而精緻的網絡。」這意味著傳統主權權力與治理權力之間非二元對立，而係可能隸屬不同層次之間，並得交互轉用，故「健康」利益所衍生之權力運作方式，似可為多樣性變換，並在不破壞自由民主憲政體制之架構下，找尋新的出路。¹¹²換言之，主權與規訓權力並沒有在治理的概念中消逝，Foucault (1991b: 101) 反倒認為Rousseau的理論係「提出了一個普遍治理的原則，提供了一個可以容納主權的法律原則，以及為界定與描述治理藝術所需透過的因素都留下了空間。因此，一種新治理藝術（甚至那種越過了政治科學闖限的治理藝術）的出現並沒有消除主權，恰恰相反，主權問題變得比以往任何時候都更加尖銳。」同時，Foucault強調「規訓也沒有被消除...正是當規訓對管理人口變得重要起來的時候，規訓才前所未有地重要...因為對人口的管理...還意味著在人口的深度和細節上對人口進行管理。」(Ibid.: 102)

第一款 法規範的轉向，走向事物／事務的治理性

「治理理性」若放在國家權力的層面來看即是國家理性與治理理性的牽連，如前所提及政治經濟的興起，同時國家理性的概念逐漸轉變，伴隨著契約論的架構與人口問題的浮現，國家權力的行使逐漸以「理性」為基本課題，檢討國家如何以理性的方式治理其臣民，是否得合理化其權力行使，而維持強大的國力並妥善照護、看管其臣民。簡言之，早先主權學說認為「公共的善」係指稱所有臣民無一例外地遵循法律，完成他被期待應完成之任務，做委派給他做的事情，尊重既定秩序，形成秩序以符合上帝加之于自然與人的律法。然隨著國家理性從傳統馬基維里所強調「以維持君權為目的」的態樣，逐漸轉向維持國家本身而非君主個人權力的存續，則「公共的善」在內容逐漸轉變為「是要去加強國家自身的力量，採取一種合乎理性知識的技術，必須在瞭解對本國與他國力量與能力的前提下進行治理，唯有反映出遵循其所統治客體的本質中才是理性的治理藝術」(Foucault, 2000: 314-7) 雖國家理性並未完全脫離主權概念，非僅以人口為其單一目標，但至此，權力的作用已呈現轉向的意味。

¹¹² Foucault (1991b: 103) 曾強調問題不在於社會的國家化，而是國家的治理化。此種觀點應是凸顯從生命權力／生命政治至治理性的課題中，權力概念正逐漸轉型，但並非是後者取代前者的過程，重點在於權力可自由地轉換其型態。或如 Rose 與 Miller (1990: 8) 所言：「政治哲學與政治社會學的古典術語—國家與市民社會、公與私、社群與市場等等，在此一無是處。」傳統政治哲學及政治社會學之符號指涉發生變動，其後必然出於整體思維的轉換，而此過程正是 Foucault 對於論述場域及理性相關議題所為長久之關注。

在此面向中，「健康」利益一如前述，並不純然作為規範性之課題，常與事實面向與自然規律糾纏不清，國家所企圖掌控者亦非單純對於人，乃是對於事物／務之管理，就前述釋字 404、414、476、512、577 與 666 而言，大法官真正關注的核心是規範所觸及之事物／務面。細查釋字 404 所言「強化專業分工...使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務」，釋字 414 則謂「確保藥物廣告之真實」，釋字 476 與 512 皆申明「煙毒危害社會至鉅」，而釋字 577 則提及「課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務...有助於消費者對菸品正確了解...亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害」，釋字 666 直言：「實施各種健康檢查或宣導安全性行為等管理或輔導措施；亦可採取職業訓練、輔導就業或其他教育方式，以提昇其工作能力及經濟狀況，使無須再以性交易為謀生手段；或採行其他有效管理措施」，大法官在此處對於事物／務面之重視可見一斑。甚至，相關爭議規範之內容亦是就事物／務所為之管理，如對醫療行為之分類與限制、對藥物廣告之審核、對煙毒製造、販賣、運輸等行為之處罰及其訴訟程序之限制，以及賦予菸品標示之義務，顯非單純課與行為或不行為之義務，而是基於整體之利益，以及對事物／務妥善有效之管控，進而對相關之人賦予其義務。

故法規範在內容上漸次轉型，無法僅透過主權者／全體國民之意志來辨認規範基礎及解釋其外觀形式，Foucault (1980: 89) 曾指出：「新的權力手段完全不同，它們不靠權利，而靠技術；不靠法律，而靠規制化；不靠懲罰，而靠控制，而且使用在所有層面或形式上的方法都超出了國家及其機構。」若我們檢視前開六號釋字所涉規範，似正合乎Foucault之言。同時除釋字 476 僅涉歸屬特別刑法之毒品危害防治條例以外，釋字 404 之規範爭議包含醫療法、醫師法、藥師法、藥事法及行政院衛生署 71 年 3 月 18 日衛署醫字第 370167 號函釋，釋字 414 含藥事法及藥事法施行細則，釋字 512 為刑事訴訟法，釋字 577 為菸害防制法，釋字 666 則是社會秩序維護法，上開爭議規範皆具公法性質，且除刑事訴訟法外，其餘規範更得進一步劃為行政法規之範疇內，其管制之性質十分濃厚。¹¹³

¹¹³ 此處更值注意者為釋字 514，因該號解釋認為基於「維護社會安寧、善良風俗及兒童暨少年之身心健康」，於法規不備時，可例外地允許行政機關自行發佈「職權命令」對所涉事物／務做相應之規範，此號釋字一出，不但為我國傳統大量存在之職權命令開闢一條生路，更突顯出大法官肯認行政機關就相關事物／務自有其管制權限，無待法律為明文之規定，若對照學說上關於「行政」之定義，有謂：「行政即立法及司法以外之國家作用」，或承認行政之為物，「無論在作用之範圍、任務之設定、組織及作用之方式上，皆極為繁雜，難以概念掌握。」（陳敏，2004：6）就釋憲實務及學說綜合以觀，行政之範圍不但難以掌握，甚至在許多程度上的確超出法律的範圍之外，尤其是那些傳統上由國會制定之法律。然而，行政體制與所形成之行政法規領域，正代表國家權力與經濟

另就違反義務之制裁類型而言，釋字 476 既涉特別刑法，則當為刑事制裁，然釋字 404、577 與 666 則盡屬行政制裁，而釋字 414 所賦予主管機關之審核權限，係不利益之後果，並非對人民施予行政制裁，至於釋字 512 則是訴訟程序之規定，要無制裁之形式。或如 Foucault 所進一步強調「法律愈來愈具規制功能，司法機關日益被納入一系列大部分以調節為職能的機構中（醫療的、行政的等等）。一個規制化的社會是以生命為中心的權力技術發展的歷史結果。」（Ibid.: 144）國家權力不再以國家刑罰之為主要形式，而是對事物／務之行政管制。因此在「健康」利益之課題中，法規範將產生概念轉型，因現代國家權力「不是將法律強加於人身上，而是對事物的處理，亦即，運用策略而非法律，甚或將法律當作策略使用」（Foucault, 1991b: 95; 2007: 99）國家權力正是透過各種規範所蘊含之策略性，將相關之人與事物「導引」至其正確的本質所在。循此路徑，則「鑑於主權的目的係蘊藏於主權自身，且透過法律形式從自身中取得其權力之工具，而治理的目的卻是蘊藏於其所導引事物之中...其工具是多樣的策略而非法律。結果，法律逐漸退卻；或不再作為主要的工具」（Foucault, 2007: 99）

換言之，法規範不再是以傳統上對下的命令為其主要成分¹¹⁴，而是由事物／務本質之安置或人類活動之導引為其核心要素，但絕非斷言法規範將退出法律、政治與社會等體制之結構，而是如本文前述所提，法規範的內涵已然變遷，不能僅以傳統主權理論所建構的法律觀加以理解。申言之，我們並不抱持「從現代性中驅逐法律」之主張（Hunt, 1992: 1; Hunt and Wickham, 1994: 57），Foucault 之理論實係指明僅以傳統的主權—法律層進行規範內容的考察是不足的，當權力的運作形式發生質變時，法律的內容與形式亦將有所回應，故對於其之理解須納入法律與規訓及法律與治理之權力思維，誠如 Tadros（1998: 79）所言：「法律以論述場域的方式運作，其中治理的技術在規訓的網絡下，對該場域進行干預。」¹¹⁵

思維的交互作用，Foucault（2008: 38）認為「政治經濟」的課題將凸顯國家如何正當地介入市場的問題，促成「公法」（public law）與國家權力限制的理論，並構成政府與行政的二分，以及行政法體系及獨立的行政法院。另外，關於釋字 514 之問題，詳參前揭註 54 所為之討論。

¹¹⁴ 權力不再單純透過上對下的直接壓制，而是以理性為工具進行導引活動，若從多元理性的觀點出發，Foucault 並不贊同 Marx 所持國家權力集中化的觀點，應如 Hunt 與 Wickham（1994: 18, 20）所謂之「微權力」（micro-power）觀，尤其是 Foucault 關於規訓的概念更為顯著，應注意的是這些權力之間及其與國家之間，以及權力與生命、生活和自我認同等等之連結網絡。

¹¹⁵ Hunt 對於 Foucault 的法律觀有深入的研究分析，但其認為 Foucault 對於法律概念的界定過於狹隘，導致法律僅僅是「規則與制裁」（Hunt and Wickham, 1994: 41），且在規訓架構中，法律被排斥在外（Ibid.: 49-50），而 Carole Smith 循此理路進一步批判傳統主權法律並未消逝在當代規範層，更不會被專業社群或知識所取代，Smith（2000: 304）認為醫療法中告知後同意之規定正代表法律

第二款 「健康」利益所生權力之共構型態—國家的治理化，抵抗，

與大法官的難題

故我們不免質疑，至少在「健康」利益之相關釋字中，大法官若僅由傳統主權理論與衍生之當代自由民主憲政秩序出發，可能將陷入為現代國家權力背書之困境中。正如 Foucault (1991b: 103; 2007: 109) 所注意到：「我們對於國家問題的過份重視是經由兩個不同的方式來展現：一個是將之看成是可怕的怪物 (monstre froid)；另外一個方式是，說起來有點弔詭，化約主義式的.....不過，國家，現在與過去都一樣，並不擁有這種統一體...不擁有這種重要性.....也許，對我們的現代性（亦即對目前）而言，真正重要的不是社會的國家化 (étatisation)，而是國家

仍然能作為對抗專業社群的最佳武器，因此反向證立主權法律並未喪失其重要性。然此觀點似乎遺漏「規範」(norm)、「司法的」(juridical)與「法律」(law)之間用語的差異性，Ewald 與 Tadros 對之有深入的分析並持不同看法，Ewald (1990: 138) 認為 Foucault 並未將「司法」與「法律」劃上等號，所謂「司法」係指稱表現為主權權力之法律體制，「規範」則相對應於「司法」，至於「法律」則可兼容二者的形式，故 Ewald 認為 Foucault 並非企圖揭示法律的消逝，而是反思「規範」的意涵，其不等同於規則，反而與權力及生命等概念間具有高度關聯性。Tadros (1998: 76, 78) 更進一步指出「司法」係指法律或社會的制裁，是一種奧斯丁式 (Austinian) 的命令式權力關係。故我們可以將主權與司法連結在一起，構成「主權／司法」、「規訓」與「治理」三種形式，其不但可作為權力類型，亦可作為法律的內容。故將「主權」、「司法」與「法律」區分看待，則法律並未退卻，只是形式或內容上有所轉換，同時「規訓」並非與「法律」對立，而是與作為主權權力表現的「司法」相對，換言之其係主權權力與規訓權力的相對立。然而 Hunt 與 Wickham 雖批判 Foucault 將規訓與法律切割並對立之主張，但卻指出「治理」的課題提供了新的法社會學觀點，治理的概念與法律規範運作或司法審判之間密不可分 (Hunt and Wickham, 1994: 77, 101)，Hunt (1992: 30) 甚至直言治理的主軸重新將法律置入其中，這樣的觀點實與上揭 Ewald 與 Tadros 之差異不大。另外，如前揭註 104、107 有關法規命令之討論，更可見法規確實在當代實踐過程中有所變異，同時如前揭註 102 所言，Foucault 一項不強調線性史觀，並採取多元主義的觀點，因此若說法律已退卻，被其他事物所取代，似與其一脈論調有所差距。即便從經濟體制的面向出發，Foucault 亦不認為法律將完全被經濟所吸納，反而因政治經濟的興起，法律愈發具備重要性，法律存在的理由在於調和國家權力與市場競爭的問題，從前述三種權力形式以觀，法律規範的論述場域正提供三者化解衝突的空間。甚至經濟體制必須透過法律規範始得以建構，Foucault (2008: 163) 指出若將經濟理解為一套受規制的行動，則其必然是透過各種「規範」所管制，其中當然包含法律規範。故近代法治國 (德國：Rechtsstaat，英國：Rule of Law，法國：l'état de droit) 概念之興起，必須連結至政治經濟的課題。(Ibid.: 168) 當然，歐陸法體系與英美法體制的根本差異，以及法國行政權的特殊性，很可能是不同學者在理解論述場域上根本的「條件性控制機制」。若我們參考江玉林 (2009: 77) 所提出的「法律／社會／科技理論模型」，亦得見到法律的重要性並未消失，我們仍然需要當代憲政體制之法律架構以規訓國家權力的運作，並塑成個體對憲政體制的自我認同，但另一方面，亦須藉由法律規範以調和社會中多元價值的衝突，同時，法律需要科技理性作為合理化的工具，但亦得反過來限制科技理性的獨斷。如此一來，法律並未隨著新興政治權力的擴展而退卻，反而豐富了自身的內容與形式。相同的見解與文獻討論，亦請參考李俊增 (2009: 18-20)。而李俊增 (前揭文: 32) 甚至認為現代治理已對法律之性質與結構產生了改變，其表現在：「(1) 法律僅是治理諸多策術中的一種，它不是管理人口不可或缺之工具；(2) 法律政策取向化與結果取向化；(3) 法律回應人之整體生命，與實質的生物政治之目的緊密連結，具有生產面向；(4) 法律作為治理策術介入規制人的生命，係依據從這些生命所收集之資訊。法律、權力與知識形成緊密之連結關係；(5) 最後也是最重要的是，如傅科所指出的，法律係作為一種常規而運作；法律之運作依據的是常規的邏輯。」

的『治理化』(governmentalization)。」換言之，Foucault (1991b: 103) 所提出「主權—規訓—治理」(sovereignty-discipline-government) 之概念，應指三種權力之共構型態，此三者並不呈現出線性與逐級替代之發展路徑，而是位居不同層次，故某種權力運作可同時兼具主權、規訓與治理之形式。然正因國家對於權力型態可自由選擇，故國家權力以不同面貌或同時以多種面貌出現時，則似應導致不同之對抗基礎。

Foucault (1982: 224) 曾謂「在當代社會中，國家不單是一種行使權力的形式與特定之場域(即使它是最重要的);而且，所有其他的權力關係形式都須以某種方式與之發生關連。但此非基於其他權力形式皆由國家派生而出;而是因為權力關係愈來愈落入國家的控制之中...。若我們狹義地談『治理』一詞，可以說權力關係正逐漸治理化，亦即，以國家體制之形式與協助下，權力關係被細緻化、理性化與集中化。」由此觀點出發，對照前述釋字 404、414、476、512、577 與 666，可發現，除釋字 476 外，其他釋字並不以刑罰作為制裁手段，但對於相關事物／務之處理，大法官一方面贊同其管制之合理性基礎，另一方面盡皆同意國家得作為適格之管理者。因此國家對於相關事物／務之控管，可透過傳統基於國家主權而施予刑罰，亦得基於事物／務之治理而採取行政管制，同時皆主張其依據事物本質之規律而進行管理，且目的係出於個體及整體之利益。面對此種權力運作之形式，人民似僅擁有相對於傳統主權權力之基本權利，法／權利之觀點是否在新穎之權力與權利鬥爭中能作為人民自衛之利器，容有疑惑。

詳言之，Foucault (1982: 220) 所謂「權力的運作不是暴力的，亦非應允的...而是帶來具有可能性行動的整體行動結構。」其權力觀呈現多樣性結構，尤其是導引的概念，使現代化權力不再要求臣服，而是透過某種理性的指引，建立順從的關係，Foucault 嘗試提供我們一個不限於單純上下隸屬之權力關係，他寫道「權力諸關係並非處於其他類型的關係之外(如經濟過程、知識關係、性的關係)，而是它們內在的東西...它們在自己作用的範圍內具有直接的生產作用。」(Foucault, 1980: 94; 2008: 186)¹¹⁶以事物／務為起點，透過理性與知識，建立各種措置，藉

¹¹⁶ 故 Foucault 曾說當他言及權力關係時，係指「個人希冀引導他人行為之關係」(Foucault, 1988a: 11)，因此權力不是純然對他者的壓制，而是如何促成對他者引導的課題，可將之理解為「如何生產引導效果」的問題，而此概念，更可以連結到 Foucault 關於「導引」(conduct) 之討論，治理與牧養的課題息息相關，故我們亦得將治理權力的問題在「對行為之導引」之範疇內進行理解。關於「導引」之概念，詳參前揭註 110。

由各種策略以追求導引之效果，以謀對人口在細節與總體上的良善治理。傳統國家主權權力之論點無法完全掌握新興權力模式，故僅從權力／權利對抗之法、權利概念著手，有時非但將造成現代權力突破傳統限制之缺口，甚至保衛人民權利之屏障可能形成巨大之潰決。

觀前述六號釋字所為之合憲決定以外，其他如處理猥褻物出版品之釋字 407、限制向未成年人散播性交易資訊言論之釋字 623 與少年收容感化教育之釋字 664，此三號解釋中，雖所涉規範非以「健康」利益為主要爭議核心，且解釋結果亦非盡屬合憲，然大法官皆肯定維護青少年身心健康或國民健康，當可作為重要之公共利益，甚至在釋字 407 大法官進一步指示主管機關（新聞局）得基於兼顧言論自由之保障與維護善良風俗暨青少年身心健康之利益，釋明猥褻出版品之認定標準，而釋字 623 及 664，大法官分別以解釋理由書第三段與第二段，以全段闡述保護兒童及少年身心健康與健全發展之重要性，同時肯定其得作為憲法之重要價值及立法目的。大法官之多數意見並未否定「國民健康」得正當地作為立法目的之一，甚至其不斷重申維護國民健康係作為重要之憲法價值，並進而賦予行政機關採取必要管理措施之權限。就前揭現象以言，「健康」利益一方面作為重要的憲法價值，兼容個體但更注重整體層面，另一方面則賦予行政體系透過理性知識之建構，而對相關事項作更深入之管理措施，重點在於符合事物／務之治理原則，同時無違保障國民利益之主權理論。¹¹⁷

¹¹⁷ 本文第三章第四節所分析之釋字 666 不但引起社會的反思，在大法官內部更引發激烈的論爭，或許「性」的本身，並不純是慾望的抒解，更牽涉到整體生產的課題，我們不但要求人口得以不斷地被製造，更希望整體人口素質能向上提昇，故性、生產、人口與國家連成一線。故，本號釋字中，是否應從平等權之面向處理係爭規範，容有重大爭議，其意見書之量誠為近年來少見，但解釋理由書最末段之主張，卻廣為接受，雖就釋字整體結構以觀，理由書最末段似有「暴走」之疑，與前段說理存有扞格，雖得認為在平衡多元歧見下，本段或有存在之必要，但或許得進一步觀察到大法官係為消弭內部衝突，所一貫採取之方式。查許玉秀大法官部分協同意見書第 6-7 頁、林錫堯、陳敏與陳春生三位大法官共同提出之協同意見書第 10 頁、陳新民大法官協同意見書第 17-8 頁、葉百修大法官協同意見書第 14-5 頁，以及黃茂榮大法官協同意見書第 2 頁，皆斷言若欲維護國民健康，則全面禁止性交易行為反倒不能促進該利益，如許玉秀大法官所言：「全面禁止性販售行為，正好是不負責任地將可能危害國民健康的行為，驅趕到公權力看不見的地方。」故若欲維護國民健康的利益，國家權力不應採強硬而消極地拒斥，反倒應積極地介入管理，如此之觀點，不正是反映出主權權力的縮減，並漸次轉進治理的範疇中。或許我們可以說，當規範內含多元價值盤根錯節，且分離所需過鉅時，大法官得轉入事物本質、適當管理或事實／知識之課題，以規避難解難分之法／權利論題。故解釋理由書最末段之意旨，或可視為大法官嘗試解放長久以來的黑暗面，將其攤在陽光下，始有可能進一步採取各種有效的管理措施，那麼，大法官對於性工作解放之宣示，不正是代表國家對於生命之合法掌控及正確管理之理念？同時該段所言及勞動生產之面向，更凸顯經濟思維對於釋字所生之影響。

第三節 小結

Simons (1995: 56) 曾指出「Foucault不只對用以處理瘋狂、犯罪與性的作法有興趣，對引導與證立這些解決方式的思想也有興趣。」故其所提出之權力觀並非僅探索權力運作的外觀，更欲追尋其背後的動機、目的或理由，新興的權力正是與這些動機、目的或理由具有高度關聯，真正值得關注的不是赤裸的施予暴力，而是在符合理性思維中取得權力運作對象的順服。此處，權力與知識在思維層次中盤根錯節，因此各種主張、陳述或論述必須通過一定的表述規則與要件始得有效成立，而這些規則與要件與理性相關，更與多種理性間彼此競爭主導地位之動能相關。一如Foucault (1991a: 69) 自己所言：「我嘗試去定義，在何種條件與程度下，某個論述（特別關於科學的論述）能作為政治實踐的客體，且在何種依賴系統才得以存在。」¹¹⁸故大法官釋字之論述場域，論述、價值與權力三種層次係具有緊密的關連，透過分析其深層權力結構或動向，或者有助於解釋語言面與價值面之疑義，或至少理解其成因。

在本章，我們首先觀察到權力運作方向與型態的質變，權力不再講求上下隸屬的絕對服從關係，它不再僅仰賴制裁作為其運作手段，同時，在國家層次中，權力不再只為君王服務而著重其刑殺的功能。新興權力巧妙地翻轉其方位，它強調對其作用對象的保障，以及自身與其對象之共同利益，因此國家權力不再與國民激烈對立，而是共榮共存。而權力的視角係以集體面向為基點，並兼含個體的層次，它冀求同時關注總體與所有個體，但不排斥從個體再向整體延展，因此權力的視角並不侷限在個體或總體任一方，它能自由地穿梭其中。¹¹⁹故稱之為生命政治／生命權力之新興權力模式，所帶來的第一個轉變就在於其權力對象，得為

¹¹⁸ 此將呼應前述 Foucault 關於「論述」的概念，權力與知識處在共生的關係中，特別是權力諸關係在其作用範圍內所具有之直接的生產作用。當然，在此處馬克斯主義的色彩又浮現出來，Foucault 用「生產關係」來理解權力與知識的關聯，權力會生產知識，俾利其運作與維持其存在的地位，並如前註，透過其知識與真理之建構，尋求對他者行為之導引。又，「理性」的概念難以脫離「知識」的課題，在國家理性的部分，Foucault (2000: 314) 就提到技術與知識間的關連，而牧養權力的概念不但結合了知識，甚至還包含了「真理」的生產。(Foucault, 1982: 214; 2000:309-10) 故 Foucault 有關「理性」、「知識」、「權力」與「治理」之概念，更形完整地結合在一起，當然，其背後的核心實涉及「主體性」的創建與延續，最根本的問題終將回歸到「我是誰」以及「我應該是誰」的基礎上，然「自我意識」、「主體性」等，已遠逾本文討論之範圍。

¹¹⁹ 從字面上或許較難理解，但我們人類的視覺其實就是如此，肉眼可同時接收整體與單一的影像，以及焦點與焦點外的事物，在攝影技術中，所謂「深焦鏡頭」尤為典型，該鏡頭能同時捕捉被攝對象的遠、中、近距離，也最能維持空間的完整性，有趣的是，用這種鏡頭時，導演能「引導」觀眾的眼光在遠近距離上移動，此特殊視覺技術與引導相連，與前述 Foucault 的相關概念不謀而合。(吉奈堤，1992：8)

整體與個體的兼容性。其次，第二個轉變發生在知識與權力的連結關係中，權力不但轉為保障的向度，其更重視如何取得運作對象之認同。國家權力不但主張其負有保障人民之義務，更強調其保障出於理性運作所生之必然結果，它非出於恣意或強硬地施予，而是主張其正確性。

正因為國家開始以正確性作為主要訴求，於是權力更進一步走向事物／事務之領域中，權力作用點逐漸與純粹的人際活動脫鉤，權力找上事物／事務，它要從其中找出「正確性」。權力甚至把人當作分析的對象，企圖掌控各類人口現象的規律，從而確認其「自然性」。故權力不但在運行方向與型態發生改變，甚至在權力運作的思維基礎上，都產生一百八十度的逆轉。換言之，權力的正當性基礎不再是什麼人擁有什麼樣的合法權威，而是正確掌握事物本質或事務運行道理的那個人或機制，權力競逐的場域從人類的鬥技場，轉化為對一切生活相關事物／事務的研究室，從主觀的情感變換為客觀的真實。因此評價的基礎亦發生劇烈的改變，我們將從群體互為主體的應然認同，漸次轉向對客體事物／事務真理的實然同意，重點在於「是／否」，而非「應如何」。其絕非意謂理性的統一，反而將呈現出多元理性的競爭，「人」並未消逝在舞台之上，只是拒絕以「人」作為命令的唯一來源。

最後，生命政治／權力與治理的權力運作中，與傳統主權權力並不發生衝突，即便在主權理論的演化中，亦得見為其保留之特殊空間，反過來說生命政治／權力與治理所型構之權力場域亦未排斥主權權力，二者核屬不同層次但容許發生必要鈎連之場域空間，因此就傳統主權理論的課題，若嘗試僅以傳統主權權力的思維，去挑戰當代新興權力，可能無法對症下藥。然而，在「健康」利益所建構之新興權力運作與概念體系中，個體之權利應如何保障？集體權力該如何限制？同時，又如何挑戰事實性、事物／事務本質與真理等課題？我們是否需要建立一個超越傳統主權、法律與權利的新興理論框架與典範？甚至我們應進一步追問，是否當代自由民主憲政體制的思維中，本身即由此新興權力所構成，因此無法期待透過該權力所建構之遊戲規則捕捉其自身？職此，我們對於釋字中大法官就「健康」利益所為之論理，感到憂心匆匆。

第六章 結論——人如何自由自在？

「像一條狗！」K 說，意思好像是，恥於活下去。

卡夫卡（1993：183）

Patrick Henry 在 1775 年美國獨立演說中，曾慷慨激昂地說道：「不自由，毋寧死！」這句話，在法國大革命之後成為流行的口號，亦是當代自由民主憲政秩序所追求的終極目標，民主政治就是要盡最大努力將人類從各種牢籠的束縛中解放出來，憲政體制所要保障的，就是人的「自由」。因此在法學上，我們嘗試憑藉憲法、權利體系與各種法律原理原則，建構一套捍衛個體自主空間的體制架構。當然，其他各種政治、經濟與社會諸學說，莫不以「解放」為名，戮力剷除侵擾個體自由空間之威脅。人權保障在近世中，儼然成為堅若磐石的普世基本價值，亦是規範體系的核心要素。

職是之故，保障個體的自由成為國家權力運作的正當化基礎，集體對於個體的限制，僅得在保障個體不受其他個體不當侵害的前提下為之，因此對於個體之「保護」即成為不受爭議之公理，且維繫所有個體之和諧共存即作為備受肯定之公共利益。然而，「保護」的概念與和諧共存的課題並非總是簡單明瞭，我們必須追問其背後真正的利益歸屬主體為何，亦即所謂「保護」的意涵，究竟是從個體抑或整體的視角出發。同時保護的措施，仍然會對某部分個體之自由活動空間產生干預效果，而非對所有個體全無不利益後果。甚至，我們可再進一步批判保護之成果，是否確實有益於受保護對象，是否確為受保護對象所企求，或係出於公眾、整體、少數菁英之見，而與受保護對象之利益並不一致。故縱使在保障個體的課題中，個體與集體的對立仍未消失。則捍衛個體自由之法規範體系，內部必然蘊含劇烈衝突，而作為合憲性控制之憲法解釋者，其如何消弭個體與集體之激烈對峙，如何為二者利益、價值之權衡，誠為艱鉅之任務。¹²⁰

¹²⁰ 「保護」或「保障」的概念，將產生得重新定位當代自由民主憲政秩序的全新視角，尤其自新自由主義的崛起以及福利主義的擴展，我們必須注意到自由主義內在結構已明顯地轉型，一方面自由主義固然堅持對於個體自由的保障，但另一方面，在重視福利的面向中，「保障」成為正當化對個體限制的最佳理由。換言之，自由的意義並非完全自由放任的競爭與淘汰機制，而是在確保個體皆能具備一定的條件之後，始開放自由競爭的空間。在此前提下，不但國家得正當地消極防止個體對他人造成侵害，亦得合理地積極促進個體的生活條件。如 Rose 與 Miller（1992: 191）指出 20 世紀初期許多西方社會已漸呈「福利國家」（welfare state）之勢，但這並非是新國家型態的誕生，而是公民就經濟、社會與個人生活上的新治理模式。Nadesan（2008: 24）乃言當牧養權力轉換為如警政、教育、社會福利或公益事業之公共機制後，其所生產的知識與應用即合法證立現代國家的目的，即確保國家財富與社會福利。因此福利制度並非新創的機制，但其與國家關聯將愈益緊密，並引導

其中，最有趣的是關於保護「健康」利益的問題。依第三章之分析結果，首先可注意到「國民健康、國民身心健康或青少年身心健康」等利益，在相關解釋文中係屬公共利益之範疇，主要爭議是人民基本權利與公共利益間發生衝突，大法官一方面強調該等利益之公共性及其基本國策之依據，他方面則以該公共利益作為國家限制個人基本權利之基礎。故在價值層中雖未排斥「個人價值體系」之性質，但主以集體性之型態呈現。然此集體性之價值廣受大法官所支持，其並不反對「健康」利益得作為重要之公共利益與憲法價值，即便存有部分疑義值得深究，但整體上大法官並不認為該集體利益違背當代自由民主憲政秩序之基本精神。其次在比例原則之實際操作中，大法官大量採取「基於實在結構論證技術」，將焦點指向係爭規範所指涉的事物／事務之上，並嘗試建構關於該事物／事務之「真理」領域，其事物本質之實在結構的向度，殊為大法官所重。故就語言分析的面向而言，「健康」利益不但作為集體性之符碼，更兼具事物／事務性之符碼成分。

而本文第四章價值面之分析，則觀察到大法官於釋字中所為之價值論證，實隱含諸多重大疑義：第一，「健康」利益之價值性質與定位模糊不清；第二，規範性與事實性論證區分不明；第三，涉及「健康」利益之爭議，似非全然不悖當代自由民主憲政體制。從人民基本權利保障之觀點出發，具有多變性價值型態之「健康」利益，其主要為國家權力用以限制人民基本權利之正當化基礎，且在諸多釋字中皆能有效證立或指引國家權力的運作，則不免令人懷疑該利益是否已形成憲法中第二個絕對價值，並導致第一個絕對價值—人性尊嚴不受侵害之防線出現缺口。至於大法官於釋字中所為價值論理之不足，更凸顯追問「健康」利益內容與性質之重要性，其價值面之留白，究為大法官刻意留下的伏筆，或是不願面對的

國家體制的走向，給予權力運作的新方向，甚至導致「公民資格」發生變動。申言之，人的生存、生活與生命之形式與內容被賦予特定條件，而保障個體基本的生存條件將引發積極促進的問題，如本文第一章第二節關於「健康」概念之探討，及其字源之簡單考察，可發現當福利思維參入自由主義之後，「積極促進」的疑問就浮現出來，若自由主義基於福利保障而包含積極促進的面向時，如何能有效地對抗基於該保護所聲之權力運作？則強調福利保障的新自由主義，如何能兼顧「個體自由活動空間不受干擾」與「積極促進個體生活、生存與生命的條件」二大矛盾。故 Dean (2002: 122) 認為我們必須小心注意自由民主、個體與人權之概念，其對於主權權力與生命政治所提出之預防主張。同時，回溯前述有關勞動生產的討論，經濟課題所帶來的不僅是理性計算，更含有對於勞動力之保存與增進的意涵，故保護勞動力本身的條件，不但融入當代自由主義之中，甚至與福利主義也密不可分。當然，自由主義的發展脈絡及其與福利主義的關聯，並非本文主軸，其涉及豐富且專精的政治思想，筆者甚感力有未逮，故未置入本文中。但必須注意，Foucault 在《生命政治的誕生》(The Birth of Biopolitics) 課程中，花費相當多的篇幅討論新自由主義與福利主義，這不但關係到近代西方政治與社會的基本轉型，更導致權力運作的轉向。相關的討論，或許另為文論之。

真相，尤其是大法官會否藉由事物／事務面向之論理，以事實的課題規避法律／權利的檢驗。因此「健康」利益之價值型態愈多樣，而大法官所為論理愈短淺之現象，將進一步衍生上述第三點疑問。

關於前開之疑，透過本文第五章對 Foucault 理論之探討，從「健康」利益所蘊藏生命政治／權力作用之角度出發，並參酌牧養權力、治安等子概念之內涵，則可將問題之爭點，對準權力運作模式所發生轉向與質變之向度。「健康」利益所觸及之權力課題，已非單純上下隸屬、個體與集體間衝突或人對人的暴力宰制，而是經統整、具保護性與理性化的權力作用，其核心概念是保障生命的延續，基本出發點是整體性並兼容個別性，其所指涉之利益，在性質與定位上具多樣性且富含變化，致使權力運作之態樣更顯複雜，正可回應語言分析中，大法官對「健康」之公共利益性質的堅信，及其多變之價值面貌。其次，此新興權力又進一步結合治理的概念發展，藉由理性的手段選擇，強調目的與手段之達成效率，其作用基礎在於對事物／務的正確認識及其精準的安排，主要呈現為事實面的判斷，甚至將事實性的思維嵌入法／權利的規範觀點，導致規範問題在事實認知的理性中逐漸喪失其優先地位，則解開了關於規範與事實論證之疑，同時，亦呼應語言分析中，大法官對「基於實在結構論證技術」之側重。

然而，就前述價值面之第三點疑惑，即新興權力是否將衝擊當代自由民主憲政秩序，或反得有效強化國家權力之合憲性強度？就釋字而言，大法官不但贊同「健康」利益得作為重要之公共利益，甚至在新近釋字 666 解釋理由書最末段中，針對該利益之維護，指示行政機關應如何作為。我們可以觀察到，不但立法者以「維護健康利益」作為立法目的，行政機關亦以之作為函釋、法規命令與行政規則之依據，甚至司法機關亦認同利益得作為國家權力運行的指針。大法官並不認為此利益所蘊藏之權力思維，將危及目前憲政體制架構，甚至暗指該權力思維與民主理念係並行不悖，且符合當代主權理論之基本要求。誠如第五章 Foucault 關於 Rousseau 之討論，近代主權理論實為生命政治／權力滲入國家體制之開端，傳統主權理論早就為該權力思維預留其存在空間。而大法官對於事實面論理之側重，策略性地迴避規範性檢驗，可能正基於生命政治／權力所引入之治理性課題，釋字所為之論證結構並非故意迴避法／權利論證，並非忽視 Habermas 所急呼規範、價值論證應為區分之主張，而是處在此新興權力思維的論述場域中，所難以擺脫之論證架構。

則我們不禁懷疑生命政治／權力與治理的概念雖未具體出現於釋字中，但會否已然成為一項隱藏性的論證法則，同時與具體的國家權力行動策略結合，在合乎主權理論之前提下，巧妙地對個人自由的國度進行攻城掠地。相關釋字所形塑之論述場域中，更可見該權力思維充塞其中，就本文對釋字 404、414、476、512、577 與 666 此六號解釋之分析結果而言，大法官皆強調所涉事物／事務面向，並肯認相關立法與行政之決策，但對於「健康」利益本身卻未多所闡明，尤如釋字 414 與 577 關於「健康」利益與廣告言論之「商業」利益，本可在經濟面向之相同評價基準上進行權衡，然大法官卻未採此途徑，而逕以意涵不明且具多重性質之「健康」利益作為主要的合憲化基礎。至於釋字 476 中健康與集體性種族意涵的關聯性，以及釋字 666 透過維護健康之宣示以彌補多元價值歧見所致解釋結果之闕漏，更突顯「健康」利益之獨特性質。故生命政治／權力與治理在釋憲實務中所形成之特殊現象，不但呈現「健康」利益與國家權力之高度關聯，更彰顯一種新穎的政治性與社會性權力思維已將觸手伸入個體自由領域中，然其似乎溢出傳統主權理論的範疇，超越傳統法學理論架構，無法僅透過違憲審查理論，將之捕捉回當代憲政架構之中，甚至「健康」利益或許已成為當代自由民主憲政秩序與違憲審查體制的盲點。¹²¹

正是採用本文所選擇之語言分析途徑，不但解析釋字論述場域中靜態符號與修辭結構，更窺見其內動態的價值與政治性、社會性的權力思維，挖掘出語言層及其潛藏之價值層與權力層之動態。如前述圖 2-7，論述場域之內所充塞的「條件控制機制」，實具價值與權力思維的主要元素，促使大法官構築並鞏固其釋字論述場域之秩序與符號及修辭框架，得以影響論證策略的選擇，阻擋異質符碼與權衡基準侵入場域中而造成衝擊。或許我們可以說，傳統主權權力及其衍生之法／權利符碼雖然在形式上仍然掌控主權與法學理論之論證主幹，然而新興權力思維對整體論述場域卻具根本性之影響力，不但釋字論述場域中傳統主權理論與之相容，甚至在符合憲政體制的形式中，逐步排除影響其存在之雜質，並維繫及鞏固其存續之可能與方向。雖該權力思維未必符合當代自由民主憲政體制的基本精

¹²¹ 可參考李俊增（2009：50-51）所言：「必須注意的是，現代權力之發展以及隨之出現之新法律形式對於傳統自由主義法學所高舉之法治理想造成的衝擊。當規訓超脫了傳統自由主義法律對於權力所加諸之限制，當現代法律愈趨規訓化，當法律成為治理之工具而愈趨政策取向、結果取向；當法律、權力與知識三者緊密連結，非法律人之專家，在法律之制定、適用上所扮演之角色日益吃重；當法律的主要關懷是人的整體生命，而與生物政治之目的緊密結合，介入人的生命的每一面向，生產人的行為、態度時，以法律來拘束、控制權力之法治理想是否也隨著愈來愈難實現」。

神，然身為憲法守護者的大法官，似未意識到權力已然發生質變。

質言之，主權權力在此論述場域中並未被抹煞，只是退居次位，大法官雖未摒棄對基本權利之保障，但在「健康」利益所構築之論述場域中，論理主軸已轉向維護作為集體價值之「健康」利益。如就釋字 666 之論理以觀，除罪化的目的未必是主權權力之棄守，雖然在結果上一方面擴大了個體自由活動的空間，但另一方面亦增加國家管制的範圍與程度，集體對個體的掌控並未退卻，只是轉換形式。¹²²再加上前開六號解釋對事物／事務層面而非規範面之注重，此形成Foucault (1991b: 103) 所提出「主權—規訓—治理」之共構型態，及其關於「國家治理化」的宣稱。基於此點，生命政治／權力與治理性始為調控相關釋字論述場域之優先法則，凸顯傳統法學理論視野的侷限性。¹²³

然此新興之論述場域中，個體與集體間之對立衝突未曾消滅，就法律體系而言，若規範係為延續社會之存續，則必當在一定程度上限制個體的權利，不免減損基本權利的保障。法社會學者往往有將法律當作社會統制（控制）來下定義，尤其是法律規範與個人社會化之間的關聯，楊日然（2005：74）即指出「社會秩序的形成與維持，不能僅靠社會化的主動學習過程，若有人故意去違反社會秩序，而無法有效加以制裁，則社會秩序仍無法維持，此即涉及社會統治（控制）。」因此在法社會學的討論中，維持或反應社會中既存之價值與權力運作亦屬法律功能之一，但其與確保個體反抗機會之使命間，則形成一大困境。¹²⁴

¹²² 依據UNAIDS（聯合國愛滋病防治計畫組織）於 2008 年所發表之全球愛滋病疫情報告，其中附件一之統計數據值得注意，雖該組織並未將中華民國（台灣）特別列出，然比對我國疾病管制局所設立之「愛滋虛擬博物館」相關資料（2007 年 12 月之資料），可發現當時我國愛滋病人口（資料來源：<http://www.cdc.gov.tw/public/Attachment/81810522971.xls>），對照UNAIDS（2008: 219）對東亞各國中愛滋病人口之估計值，僅低於中國大陸，與韓國相近，而高於日本及蒙古。而就 2007 年 15 至 49 歲人口之愛滋病盛行率（prevalence rate）來看，我國為 0.107%，高於日、韓，而與中國、蒙古接近，但與世界各國相較，則為平均值以下（他國盛行率之資料來源：http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/GR08_2007_HIVPrevWallMap_GR08_en.jpg）但愛滋病防治傳染與性行為具有高度關聯性，UNAIDS（2009: 41）不但在 2009 年報告中指出我國有關性工作除罪化與愛滋防治議題結合之現象，亦以泰國為例，指出該國自從展開對性工作行業強制使用保險套之計畫後，其性工作者愛滋病之感染率從 1994 年的 33.2% 降至 2007 的 5.3%。故性工作之合法化，不僅是性別平等或工作權保障之課題，更是深化疾病防治之重要前提，其核心正是對於生命之保障及其對相關事物／事務之正確處理。

¹²³ Tadros（1998: 93）曾指出：「當法律理論聚焦於對某些行動制定法律的合法性課題時，法律運作的方式早已轉為對生命（lives）的規制。那麼，現代的法律規制面向，不應僅理解為『權力』指向，而應為對社會結構與現代主體治理的介入。」一如本文所述，法律觀的轉換將產生視角的轉變，若我們僅停滯在傳統的理論認知，若我們仍限於僵化的法條釋義，則難以看到深層結構的變遷，遑論捕捉其背後主導的力量。

¹²⁴ 換言之，釋憲實務是否必須如同 Habermas 所言，將規範與價值嚴格區分，以避免陷入黃舒梵

於是，法規範體系應如何回應新興權力之挑戰，如何在新興論述場域中重新定位，如何再次確保個體自由空間之存續與反抗之機會，即成為當前法理論首要任務。Foucault (1980: 95-6) 在性史中表明「有權力，就有抵抗 (resistance) ... 權力關係只有依據眾多的抵抗點才能存在，這些抵抗點在權力關係中起著對手、靶子、支撐和突擊點作用。在權力網中，這些抵抗點無所不在。... 在權力關係中，反抗是另一面，是權力關係不可消除的對立面。因此，它們同樣呈不規則的分佈狀態、反抗的點、結、源在時間和空間中的分佈或疏或密。」故權力的作用不但與知識及理性結合，更必然伴隨反向的抵抗作用，而抵抗的運作亦必須仰賴某些知識與理性的配合，因此權力具有雙向的動態關係。然而Foucault (1988a: 12) 所謂「在權力關係中，必然存在抵抗的可能性。」此一觀點，在前述生命政治／權力與治理性之潮流中，我們非常好奇人應如何進行抵抗？在保護、理性、知識與細微權力形式交互關聯之新興權力運作形式中，個人對集體／國家應如何展開其抵抗活動？¹²⁵ 當國家行政體系或立法當局以「健康」為名，並順利通過司法檢驗而合憲地限制個體自由時，我們是否仍有相等的武器對抗之？甚至我們懷疑「健康」符碼在本文所分析之釋字論述場域中，是否具有導引或禁絕抵抗之功能，亦即「健康」符碼以保障之概念消滅抵抗的強度，並將危害健康之事物／事務轉換為抵抗的對象，使國家權力從中逃脫。則釋字所立基的自由民主憲政秩序在遭逢「健康」時，會否僅餘留一個空殼，一如Rose與Miller (1992: 201) 所言：「其對現今有關治理問題的分析，並無法提供解決方案。」新興權力重新找到宰制的工具，傳統法／權利體制架構則無能為力。¹²⁶

對釋字 617 的批評；抑或必須考量社會現況，以防止釋字陳義過高，僅徒具虛文。因此大法官就社會現實與規範精神之間，應如何斟酌，誠為難事。甚至在本文對「健康」利益所為之分析結果中，大法官面對一個溢出傳統理論架構的概念，究竟應詳為審斷、預留社會討論空間或預測解釋可能發生之結果，其更增添憲法解釋的難度。故憲法的解釋，或許尚有更多新穎的技術可資選擇，例如「結果取向」的解釋策略，藉由對未來最壞結果的預測以及不確定因素的評估，經審酌其決定之滑坡效應後，再回過頭來思考規範面的調整與基本權利保障是否充分，以強化釋憲工作的適應力。關於「結果取向的憲法解釋」，請參考宋恩同 (2007) 所為之精彩介紹。

¹²⁵ Foucault 所提出關於規訓、生命權力與治理性等等課題，衍生出人是否具有自主性的疑問，因此 Habermas 質疑 Foucault 是一位年輕的保守主義者。他認為在 Foucault 雖指出各種特殊的知識與權力關係，以及對我們思維產生的影響，但似未具體指明我們應如何去挑戰、衝撞這些困境，故 Habermas 懷疑 Foucault 並不認為我們能夠「抵抗」規訓、生命權力與治理性，而否定了人的自主性。但有論者認為 Foucault 雖挑戰與批判理性，但同時也質疑與抗拒著規訓、生命權力與治理性，即便他沒有完整地處理相關的理路，但僅能說 Foucault 無法證明 Habermas 的溝通理性是不足夠的，並不能認為 Foucault 拒絕人的自主。相關的討論請參考 Fraser (1996: 30, 36)

最初雖以保障個體不受他人侵害為訴求，但令人擔憂其是否進一步將模糊抽象的集體價值投注其中？當「他人」的概念愈不具體且愈難以特定時，我們就愈益懷疑所謂的「侵害」或「保障個體利益」的基礎為何？我們始終都得問一句：「保障誰的健康？」甚至從生死的議題出發，我們亦可

民國 98 年 12 月，衛生署國民健康局發佈其正規劃研擬「健康促進法」草案，希望獎勵健康產業，並對不健康產品研議課徵健康捐。¹²⁷ 延續「菸害防治法」之修正，國家權力似愈益積極地展開促進「健康」之活動，「健康」利益深入國會或行政機關的法案，與行政系統實際運行相合，並得預見大法官之合憲認定，則自由民主憲政秩序所捍衛之個體權利是否將成為「過去式的空殼」？Twaddle與Hessler（1977: 96）所書：「我們都知道什麼是健康與疾病，真的嗎？」猶言在耳，而Jacob Sullum（2007: 131）更疾呼：「極權政府才被賦予極大化健康的權力」。若憲法的守護者未意識到新興權力已然進化，仍固守傳統主權與憲政理念，坐視傳統規範、價值二元對立的解體，並放任事物／事務面取代釋憲實務中的規範思維，則個人應如何抵抗？大法官在「健康」概念下是否遺忘個體自由保障之初衷？是否我們只能在「健康」利益所建構之知識與權力關係中，依照既定的軌道延續「健康的」生命路程？那麼，人的存在意義會否真如Kafka所言：「像一條狗！」一條被鎖鍊拴住，僅靠餵食「健康食品」延續其生存的狗。¹²⁸

見到在安樂死（或加工自殺、尊嚴死）的討論中，「生命的存續」與「個體的自主」始終是二項劇烈對立的價值，即便在最近通過的安寧緩和醫療條例，論者仍指出：「沒有爭議的『安寧緩和醫療』只是在掩護有爭議的『病人自主權』或『死亡權』的問題。」（楊秀儀，2004：20、24、28）爭議並不在防止他人侵害，而是當國家阻止個體放棄自身的健康或生命時，所憑藉的理由究竟為何？會否將導致如 Sullum（2007: 131）所稱的「父權暴政」？若欲深入探討此一問題，則須回溯前揭註 118 所提 Foucault 對主體性之討論，重點在於誰有權決定生命的條件，雖然該問題雖逾本文討論範圍，但始終是人文社會學門討論的重心。至於 Terry Johnson（2001: 135, 137）直指治理性的課題可視為「國家與專業社群的雙元結構」（state/profession dualism），所謂「專業」不但具有正當化體系的功能，更進一步體制化作為治理與正當化程序的一部，因此我們對於專業社群所為之論述，必須注意其所形塑的程式與客體。但有趣的是，從本文所引用的相關文獻中，公共衛生領域對此多有反思與批判，而國內的法學界卻似未明確地意識到問題的嚴重性。

¹²⁷ 相關內容可見：國民健康局網頁（網址：

<http://www.bhp.doh.gov.tw/BHPnet/Portal/PressShow.aspx?No=200912210001>。最後參訪日期：98 年 12 月 25 日）

¹²⁸ 當然，本文所採用的語言分析方法、價值論與 Foucault 的權力思維，基本上都是直接用西方理論檢討我國大法官憲法解釋，但如口試委員之一的江玉林教授所質疑，逕以西方近代社會發展所形成之理論批判台灣的大法官解釋，會否在論理過程中，反而欠缺對東方社會的深入考察以及台灣本土的背景脈絡，同時，亦有可能違背 Foucault 系譜學對多元性或細微部分之重視。此一觀點對本文而言無疑是根本性且難以招架的批判，然而，如第一章第三節最末所指出，若欲針對大法官之憲法解釋作廣而深的研究分析，甚難在一篇碩士論文中詳為處理，即便筆者十分同意第二章所擇之語言分析方法，若與第四章之價值論緊密地結合，研析單一釋字所引發之各類文本實為最佳之法，但所涉及之文獻與各類陳述可能超乎想像，故謂只能等待日後為文詳述。其次，文中缺漏東方觀點亦為筆者之憾，假使能廣徵中國古籍或相關中文典章，或許更能掌握東方文化、價值及語言的精髓，惟此舉非但受限篇幅，更凸顯筆者所學不足，觀昔日諸儒談法論政，每每旁徵博引，東西融貫，我輩僅抄錄了事，慚愧不堪。然此窘迫正凸顯我國法學，或人文社會學門（自然科學就不用講了）對於中華文化是如何漸行漸遠，尤其法學論著，甚可稱為翻譯論著。不過，本文之旨重在挑戰（稱挑釁亦可，講得好聽就稱解構吧），則面對繼受取向的法律論述，不妨亦採繼受取向的批判論述，既然主流學界喜愛直接移植他國法學理論與成文規範，則以子之矛攻子之盾似無不可。至少，用不同的觀點去理解法律，而非流於條文的註釋與洋文的翻譯，是為文的初衷。

參考書目

壹、中文資料

一、專書與專書論文

米歇·傅柯 (Michel Foucault) , 1993 [1972] , *L'archeologie du savoir* (中譯: 知識的考古) , 王德威譯, 台北市: 麥田。

路易斯·吉奈堤 (Louis D. Giannetti) , 1992 [1990] , *Understanding Movies* (中譯: 認識電影) , 焦雄屏譯, 台北市: 遠流。

卡夫卡 (Franz Kafka) , 1993 [1925] , *Der Prozess* (中譯: 審判) , 李魁賢譯, 台北市: 桂冠。

亞圖·考夫曼 (Arthur Kaufmann) , 2000 [1997] , *Rechtsphilosophie* (中譯: 法律哲學) , 劉幸義等譯, 台北市: 五南。

盧梭 (Jean-Jacques Rousseau) , 1987 [1762] , *Du Contrat Social* (中譯: 社會契約論) , 何兆武譯, 台北市: 唐山。

溫克勒 (Günder Winkler) , 1977 [1969] , *Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen* (中譯: 法律之價值考察及其界限) , 謝瑞智與布天豪 (E. M. Buttenhauser) 譯, 台北市: 正中。

江玉林, 2007, 〈法律、權力與共通福祉——從 SARS 防治及纾困暫行條例談起〉, 收錄於邱文聰編《科技發展與法律規範雙年刊》, 台北市: 中研院法研所籌備處, 頁 59-96。

江玉林, 2008, 〈歐洲近代初期「警察」與「警察學」的考古〉, 收錄於林山田教授紀念論文集編輯委員會編《刑與思——林山田教授紀念論文集》, 台北市: 元照, 頁 9-22。

江東亮、鄭雅文, 2007, 〈健康與公共衛生的歷史〉, 收錄於財團法人陳拱北預防醫學基金會編《公共衛生學·上冊》, 台北市: 財團法人陳拱北預防醫學基金會, 頁 1-46。

李茂生, 1998, 《權力、主體與刑事法——法邊緣的論述——》, 台北市: 台灣大學。

李偉俠, 2005, 《知識與權力》, 台北市: 揚智文化。

李幼蒸, 1997, 《語義符號學: 意義的理論基礎》。台北市: 唐山。

李震山, 2002, 〈論憲法未列舉之自由權利之保障——司法院大法官相關解釋之評析〉, 收錄於劉孔中、陳新民編《憲法解釋之理論與實務》第三輯, 台北市: 中研院中山人文社會科學研究所, 頁 355-94。

李建良, 2003, 〈民主政治的建構基礎及其難題——以「多元主義」理論為主軸〉, 收錄於氏著《憲法理論與實踐(一)》, 第二版, 台北市: 學林, 頁 8-54。

- 村上春樹，2003，《ノルウェイの森》（中譯：挪威的森林(上)），賴明珠譯，台北市：時報文化。
- 法治斌，2003，〈跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？〉，收錄於氏著《法治國家與表意自由》，台北市：元照。頁 267-85。
- ，1993，〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，收錄於氏著《人權保障與釋憲法制》，台北市：月旦。頁 227-71。
- 法治斌、董保城，2004，《憲法新論》，台北市：元照。
- 林子儀，2002，〈言論自由導論〉，收錄於《台灣憲法之縱剖橫切》，台北市：元照。頁 103-79。
- 林明鏘，1997，〈論基本國策〉，收錄於《現代國家與憲法》，台北市：月旦，頁 1465-503。
- 吳庚，1998，〈基本權的三重性質〉，收錄於司法院大法官書記處編《司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集》，台北市：司法院，頁 1-51。
- 吳建昌，2007，〈從 SARS 到禽流感——先進的風險分析是治療公衛系統「憂鬱」之「百憂解」嗎？〉，收錄於邱文聰編《科技發展與法律規範雙年刊》，台北市：中研院法研所籌備處，頁 25-58。
- 洪鑣德，2006，《當代政治社會學》，台北：五南。
- 陳美燕等編，2008，《公共衛生護理學》，台北市：啟英文化。
- 陳慈陽，2005，《憲法學》，台北市：元照。
- 陳新民，2008，《憲法學釋論》，台北市：三民。
- 陳瑞麟，1998，〈附錄：傅柯的「檔案學」〉，收錄於梅奎爾（José Guilherme Merquior）著（陳瑞麟譯）《傅柯》，台北市：桂冠，頁 219-44。
- 陳瑞麟，2003，『科學與世界之間』，台北：學富文化。
- 陳顯武，2006，《Alexy 基本權理論根本問題之分析、反思及解決》，國科會委託研究計畫，計畫編號：NSC 95-2414-H-002-004。
- 陳敏，2004，《行政法總論》，第四版，台北市：陳敏。
- 張大春，2008，《我妹妹》，台北：INK 印刻文學。
- 張芸雲，1998，《醫療與社會：醫療社會學的探索》，台北市：巨流。
- 黃煜文，2000，《傅柯的思維取向：另類歷史書寫》，台北市：台灣大學。
- 楊日然，2005，《法理學》，台北市：三民。
- 雷祥麟，2008，〈衛生為何不是保衛生命？——民國時期另類的衛生、自我和疾病〉，收錄於李尚仁編《帝國與現代醫學》，台北：聯經，頁 415-54。

管歐，2002，《中華民國憲法論》，台北市：三民。

劉士永，2008，〈「清潔」、「衛生」與「保健」——日治時期臺灣社會公共衛生觀念之轉變〉，收錄於李尚仁編《帝國與現代醫學》，台北：聯經，頁 271-323。

薩孟武，2003[1983]，《政治學》，增定二版七刷，台北市：三民。

蘇永欽，1999，〈財產權保障與大法官解釋〉，收錄於氏著《違憲審查》，台北市：學林文化。頁 75-148。

二、期刊

王月伶，2005，〈健康概念分析〉，《護理雜誌》52 卷 1 期，頁 40-3。

王德威，1983，〈淺論福寇(Michel Foucault): 語言、陳述、歷史〉，《中外文學》11 卷 8 期，頁 134-50。

王鵬翔，2005，〈論基本權的規範結構〉，《台大法學論叢》34 卷 2 期，頁 1-61。

江玉林，2005，〈凱爾生、考古學與法學的論述格局——從大法官處理宗教自由與國家權力衝突的相關論述談起〉，《政大法學評論》85 期，頁 1-58。

江玉林，2009，〈你吃得安心嗎？——毒奶事件的「法律／科技／社會」反思〉，《月旦法學雜誌》173 期，頁 63-78。

江東亮，1982，〈什麼是健康呢？〉，《中華民國公共衛生學會雜誌》1 期，頁 12-29。

宋維科 (Wei-Ko Sung)，2005，〈Hermeneutics, Law, and New Rhetoric〉，《興大人文學報》35 期下冊，頁 405-40。

李宗榮，1992，〈尼采·系譜學·歷史(上)、(下)〉，《島嶼邊緣》5、6 期，頁 112-9、120-7。

李念祖，2005，〈菸品標示管制與言論自由之限制--釋字第五七七號解釋之研究〉，《東吳法律學報》17 卷 1 期，頁 1-30。

李卓倫，1985，〈健康的定義與假說〉，《公共衛生》12 卷 2 期，頁 146-59。

李茂生，1999，〈新少年事件處理法的立法基本策略——後現代法秩序序說〉，《台大法學論叢》28 卷 2 期，頁 141-228。

李旭銘，2006，〈試評釋字第五七七號解釋——以商業性言論的保護為中心〉，《全國律師》10 卷 1 期，頁 73-82。

李建良，2000，〈菸品標示「吸煙有害健康」的憲法問題〉，《台灣本土法學雜誌》9 期，頁 97-102。

-----，2001，〈藥物廣告的限制及其合憲性〉，《台灣本土法學雜誌》28 期，頁 75-89。

- ，2003，〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身份理論」談起（下）〉，《憲政時代》29卷2期，頁175-210。
- 李震山，2003，〈人性尊嚴〉，《法學講座》17期，頁1-17。
- ，2004，〈身體不受傷害權〉，《法學講座》25期，頁1-25。
- 李俊增，2004，〈多元分歧與正當性：對 Habermas 程序主義法理論之檢證〉，《政治與社會哲學評論》11期，頁83-127。
- ，2009，〈法律、規訓與治理——現代權力關係中之法律形式〉，《政治與社會哲學評論》30期，頁1-59。
- 林志明，2008，〈反抗權力：傅柯早期課程中的主體問題〉，《哲學與文化》34卷7期，頁127-44。
- 林明昕，2005，〈健康權——以「國家之保護義務」為中心〉，《法學講座》32期，頁26-36。
- 林承宇，2004，〈菸品廣告限制與基本權利保護之研究〉，《廣告學研究》22期，頁87-115。
- 林淑芬，2004，〈傅柯論權力與主體〉，《人文及社會科學集刊》16卷1期，頁117-150。
- 吳信華，1997a，〈菸害防制法的合憲性（上）——基本權利受侵害的合憲性思考〉，《月旦法學》30期，頁79-87。
- ，1997b，〈菸害防制法的合憲性（下）——基本權利受侵害的合憲性思考〉，《月旦法學》31期，頁93-100。
- 柯朝欽，2005，〈生命政治與主權決斷——「治理性」與「例外狀態」的比較〉，《當代》212期，頁36-55。
- 姚人多，2000a，〈論傅柯[Michel Foucault]的「主體與權力」——一個批判性的導讀-上-〉，《當代》150期，頁126-33。
- ，2000b，〈論傅柯[Michel Foucault]的「主體與權力」——一個批判性的導讀-下-〉，《當代》151期，頁108-33。
- ，2002a，〈傅柯的工具箱——權力篇〉，《當代》175期，頁70-83。
- ，2002b，〈傅柯的工具箱——國家篇〉，《當代》177期，頁84-95。
- 翁曉玲，2003，〈禁限菸品廣告規範之合憲性〉，《東海大學法學研究》19期，頁29-87。
- 許宗力，2003，〈基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》9期，頁64-74。
- 陳妙芬，2003，〈人性化的活動——人文價值的意義與規範性〉，《政治與社會哲學評論》7期，頁1-40。

- 陳明珠，2008，〈符號學研究的反身自省：返回符號體系的思考〉，《圖書資訊學研究》2卷2期，頁17-38。
- 陳顯武、葛祥林，2003，〈法價值論中之超人格主義〉，《台大法學論叢》32卷2期，頁1-26。
- 黃振勳、郭英興與郭英雄（1994），〈口腔癌在台灣：文獻回顧〉，《中華民國口腔顎面外科學會雜誌》5卷1期，頁13-22。
- 楊玉隆，2008，〈從憲法保障商業性言論自由之觀點～看我國藥業廣告場之藥物廣告與事前審查〉，《藥業市場》154期，頁24-29。
- 楊秀儀，2004，〈救到死為止？從國際間安樂死爭議之發展評析台灣「安寧緩和醫療條例」〉，《台大法學論叢》，第33卷第3期，頁1-43。
- 張嘉尹，2001，〈論「價值秩序」作為憲法學的基本概念〉，《台大法學論叢》30卷5期，頁1-32。
- ，2002，〈法律原則、法律體系與法概念論——Robert Alexy 法律原則理論初探〉，《輔仁法學》24期，頁1-48。
- 鄭祖邦，2006，〈傅柯論戰爭：從“社會內戰”到“生命權力”〉，《社會理論學報》9卷1期，頁1-47。
- 劉建宏，2007，〈吸菸者與非吸菸者之人權保障：「吸菸自由」？——兼論「健康權」之內涵〉，《台灣本土法學雜誌》94期，頁59-77。
- 謝國廉，1999，〈規範菸酒廣告之法令與言論自由權保障之衝突——橫跨健康傳播與人權理論之分析〉，《新聞學研究》61期，頁223-45。

三、學位論文

- 王文和，2008，〈與正義交易——以我國緩起訴制度的刑事司法功能為中心〉，碩士論文：台灣大學國家發展研究所。
- 宋恩同，2007，〈結果取向的憲法解釋與適用〉，碩士論文：政治大學法律研究所。
- 葛祥林，2000，〈中華人民共和國法規範中之所有權概念的符號分析：1979.1-1999.6〉，博士論文：台灣大學國家發展研究所。
- 廖義銘，1997，〈佩雷爾曼（C.Perelman）之「新修辭學」及其法學思想〉，碩士論文：台灣大學國家發展研究所。

貳、外文資料

一、專書與論文集

- Apel, Karl-Otto. 1996. 'The Hermeneutic Dimension of Social Science and its Normative Foundation,' in *Karl-Otto Apel, Selected Essays (II)*. New Jersey: Humanities Press. Pp. 293-315.
- Barret-Kriegel, Blandine. 1992. 'Michel Foucault and the police state,' in *Michel Foucault Philosopher: Essays translated from the French and German*, trans. Timothy J. Armstrong. New York: Harvester Wheatsheaf. Pp.192-8.
- Conley, John M. and William M. O'Barr. 2005. *Just Words: Law, Language, and Power*. Chicago: University of Chicago Press.
- Culler, Jonathan. 1988. *Saussure*. 6th ed. Huntinton, New York: Fontana Paperbacks.
- Dean, Mitchell. 1999. *Governmentality: power and rule in modern society*. London/Thousand Oaks/New Delhi: SAGE Publications.
- Deleuze, Gilles. 1992. 'What is a dispositif?,' in *Michel Foucault Philosopher: Essays translated from the French and German*, trans. Timothy J. Armstrong. New York: Harvester Wheatsheaf. Pp.159-68.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Right Seriously*. London: Duckworth.
- 1986. *Law's Empire*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press.
- 2000. *Sovereign Virtue : the theory and practice of equality*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press
- Foucault, Michel. 1969. *L'Archéologie du savoir*. Paris: Gallimard.
- 1972 [1969]. *The archaeology of knowledge and the discourse on language*, trans. A. M. Sheridan Smith. New York: Pantheon Books.
- 1975 [1963]. *The birth of the clinic : an archaeology of medical perception*, trans. A. M. Sheridan Smith. New York: Vintage Books.
- 1977 [1971]. 'Nietzsche, Genealogy, History,' in *Language Counter-Memory, Practice: selected essays and interviews*, trans. Donald F. Bouchard and Sherry Simon, ed. Donald F. Bouchard. Ithaca, New York: Cornell University Press.
- 1980 [1976]. *The History of Sexuality Volume I : An Introduction*, trans. Robert Hurley. New York: Vantage Book.
- 1981 [1970]. 'The Order of Discourse,' in *Untying the Text*, ed. Robert Young. Boston: Routledge.
- 1982. 'Subject and Power', Afterword to *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutic*, by Hubert L. Dreyfus and Paul Rabinow. Chicago: University of Chicago Press.
- 1988a. 'The Ethic of Care for the Self as a Practice of Freedom: an interview with

- Michel Foucault on January 20, 1984,' in *The Final Foucault*, ed. James Bernauer and David Rasmussen. Massachusetts: The MIT Press.
- 1988b. 'The Political Technology of Individuals,' in *Technologies of the self : a seminar with Michel Foucault*, eds. Luther H. Martin, Huck Gutman, Patrick H. Hutton. London: Tavistock Pub. Pp.145-62.
- 1991a [1968]. 'Politics and the study of discourse,' in *The Foucault effect: studies in governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, ed. Graham Burchell, Colin Gordon, and Peter Miller. Chicago: University of Chicago Press.
- 1991b [1978]. 'Governmentality,' in *The Foucault effect: studies in governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, ed. Graham Burchell, Colin Gordon, and Peter Miller. Chicago: University of Chicago Press.
- 1994. *The essential works of Michel Foucault, 1954-1984, Volume I, Ethics, Subjectivity and Truth*, trans. Robert Hurley and others, ed. Paul Robinow. Chicago: University of Chicago Press.
- 2000 [1979]. '“Omnes et Singulatim” : Toward a Critique of Political Reason,' in *Power*, trans. Robert Hurley and others, ed. James D. Faubion. New York: New Press.
- 2003. *Society must be defended: lectures at the Collège de France, 1975-76*, trans. David Macey, ed. Arnold I. Davidson. New York: Picador.
- 2007. *Security, Territory, Population: lectures at the Collège de France, 1977-78*, trans. Graham Burchell, ed. Arnold I. Davidson. New York: Palgrave Macmillan.
- 2008. *The Birth of Biopolitic : lectures at the Collège de France, 1978-79*, trans. Graham Burchell, ed. Michel Senellart. New York: Palgrave Macmillan.
- Fraser, Nancy. 1996 [1985]. 'Michel Foucault: A "Young Conservative"?,' in *Feminist interpretations of Michel Foucault*, ed. Susan Hekman. University Park, Pa.: Pennsylvania State University Press. Pp.15-38.
- Gordon, Colin. 1991. 'Governmental Rationality: An Introduction,' in *The Foucault effect: studies in governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, ed. Graham Burchell, Colin Gordon, and Peter Miller. Chicago: University of Chicago Press.
- Graeme, Turner. 1999. *File as Social Practice*. 3rd ed. London and New York: Routledge.
- Habermas, Jürgen. 1996 [1992]. *Between Facts and Norms*, trans. William Rehg. Cambridge-Massachusetts: MIT Press.
- Hunt, Alan and Gary Wickham. 1994. *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*. London/Boulder, Colo.: Pluto Press.
- Jackson, Bernard S.. 1990. 'Semiotics and the Problem of Interpretation,' in *Law, Interpretation and Reality*, ed. Patrick Nerhot. Dordrecht: Kluwer.
- Kuhn, Thomas. S. 1970. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press.

- 1983. ‘Commensurability, Comparability, Communicability,’ in *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, eds. P. D. Asquith and T. Nickles. East Lansing: Philosophy of Science Association. Pp.669-88.
- Moore, G. E. 1959. *Principia Ethica*. Cambridge: University Press.
- Nadesan, Majia Holmer. 2008. *Governmentality, Biopower, and Everyday Life*. New York : Routledge
- Ogden, C. K. and I. A. Richard. 1923. *The Meaning of Meaning: A Study of the influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*. New York: Harcourt, Brace & World.
- Olthuis, James H. 1990. ‘An Ethics of Compassion: Ethics in a Post-Modernist Age,’ in *What right does ethics have?: public philosophy in a pluralistic culture*, ed. Sander Griffioen. Amsterdam: VU University Press.
- Olivecrona, Karl. 1939. *Law as Fact*. 1st ed. London: Oxford University Press.
- Peirce, Charles S. 1998 [1904]. ‘To Lady Welby,’ in *Collected papers of Charles Sanders Peirce Vol.8*, ed. Arthur W. Burks. England: Thoemmes Press.
- Perelman, Chaïm. 1979. *The New Rhetoric and the Humanities: essays on rhetoric and its applications*. Dordrecht/Boston/London : D. Reidel Publishing Company.
- 1980a [1971]. ‘Legal Reasoning,’ in *Justice, Law, and Argument*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company. Pp.125-62.
- 1980b [1963]. ‘Concerning Justice,’ in *Justice, Law, and Argument*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company. Pp.1-23.
- 1982 [1977]. *The realm of rhetoric*; trans. William Kluback. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Perelman, Chaïm and Lucie Olbrechts-Tyteca. 1969 [1958]. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation (Types of Arguments)*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Ransom, John S. 1997. *Foucault’s Discipline*. Durham: Duke University Press.
- Rawls, John. 1993. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- 2001. *Justice as Fairness*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press.
- 2005 [1971]. *Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- Rogaski, Ruth. 2004. *Hygienic modernity : meanings of health and disease in treaty-port China*. Berkeley: University of California Press.
- Rokeach, Milton. 1973. *The Nature of Human Values*. New York: Free Press.
- Rescher, Nicholas. 1969. *Introduction to Value Theory*. New Jersey: Englewood Cliffs.
- Saussure , Ferdinand de. 1960. *Course in General Linguistics*, trans. Wade Baskin, eds. Charles Bally and Albert Sechehaye in collaboration with Albert Riedlinger. New York: McGraw-Hill Book Co.

—1990. *Cours de linguistique générale*, publiée par Charles Bally et Albert Sechehaye, avec la collaboration de Albert Riedlinger. Paris: Payot

Simons, Jon. 1995. *Foucault & the Political*. London and New York: Routledge.

Sullum Jacob. 2007. 'For Your Own Good: The Anti-Amoking Crusade and The Tyranny of Public Health,' in *Public Health Ethics: Theory, Policy, and Practice*, eds. Ronald Bayer, Lawrence O. Gostin, Bruce Jennings and Bonnie Steinbock. New York: Oxford University Press. Pp.128-33.

Johnson, Terry. 2001 [1995]. 'Governmentality and the institutionalization of expertise,' in *The sociology and politics of health: a reader*, eds. Michael Purdy and David Banks. London / New York : Routledge. Pp.135-43.

Twaddle, Andrew C. and Richard M. Hessler. 1977. *A Sociology of Health*. Saint Louis: Mosby.

二、期刊

Alexy, Robert. 1996. 'Jurgen Habermas' Theory of Legal Discourse,' in *Cardozo Law Review*, 17(4): 1027-34.

Dean, Mitchell. 2002. 'Powers of Life and Death Beyond Governmentality,' in *Cultural Values*, 6(1&2): 119-38.

Ewald, François. 1990. 'Norms, Discipline, and the Law,' in *Representations*, 30(Special Issue: Law and the Order of Culture): 138-61.

Jacobs, Ronald N. and Sarah Sobieraj. 2007. 'Narrative and Legitimacy: U.S. Congressional Debates about the Nonprofit Sector,' in *Sociological Theory*, 25(1): 1-25.

Hunt, Alan. 1992. 'Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval,' in *Law and Social Inquiry*, 17(1): 1-38.

Landowski, Eric. 1989. 'Truth and Veridiction in Law,' in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2(4): 29-47.

Rose, Nikolas and Miller Peter. 1990. 'Governing Economic Life,' in *Economy and Society*, 19(1): 1-31.

—1992. 'Political Power beyond the State: Problematics of Government', in *British Journal of Sociology*, 43(2): 173-205.

Smith, Carole. 2000. 'The sovereign state v Foucault: law and disciplinary power,' in *The Sociological Review*, 48(2): 283-306.

Sobota, Katharina. 1992. 'The Rhetorical Construction of Law,' in *International Journal for the Semiotics of Law*, 5(1): 39-54.

Tadros, Victor. 1998. 'Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault,' in *Oxford Journal of Legal Studies*, 18(1): 75-103.

Williams, Glanville L.. 1945. 'Language and Law,' in *Law Quarterly Review*, 61: 71-86,
-156-

179-195, 293-303, 384-406.

—1946. ‘Language and Law,’ in *Law Quarterly Review*, 62: 387-406.

Winslow, C.E.A. 1920. ‘The Untilled Fields of Public Health,’ in *Science*, 51(1306): 23-33.

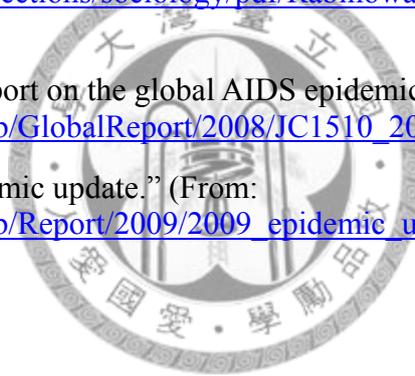
參、網路資料

黃舒芃，2008，〈「價值」在憲法解釋中扮演的角色：從釋字第 617 號解釋談起〉，論文發表於《第六屆『憲法解釋之理論與實務』學術研討會—釋憲六十週年紀念》，中央研究院人文及社會科學大樓國際會議廳，2008 年 1 月 11 日。（資料來源：http://www.ias.sinica.edu.tw/resource/970111/970111_1_2.pdf）

Rabinow, Paul and Nikolas Rose. 2003. ‘Thoughts on The Concept of Biopower Today,’ paper presented at Vital Politics: Health, Medicine and Bioeconomics into the Twenty First Century,” London School of Economics, 5-7 September 2003. (From: <http://www.lse.ac.uk/collections/sociology/pdf/RabinowandRose-BiopowerToday03.pdf>)

UNAIDS. 2008. “2008 Report on the global AIDS epidemic.” (From: http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/JC1510_2008GlobalReport_en.zip)

—2009. “2009 AIDS epidemic update.” (From: http://data.unaids.org/pub/Report/2009/2009_epidemic_update_en.pdf)



附錄一：相關釋字一覽

	時間	用語	系爭規範要旨	主要爭點	理由	結果
194	74.3.22	民族健康 (理由書)	販賣、運輸、製造毒品 或鴉片者，處死刑	未明文何種權 利(生命權)	民族健康、國家安全及 社會秩序	合憲
206	75.6.20	國民健康 (理由書)	非醫師為醫療廣告處以 罰鍰	工作權(憲法 §15, 22)		合憲
333	83.1.14	健康 (理由書)	托兒所教保人員提敘， 限制之函釋	工作權	完全無關「健康利益」	
376	84.3.31	身心健康 (理由書)	將安非他命列入麻醉藥 品類之公告	未明文何種權 利	「健康利益」非本案主 要爭點	合憲
398	85.3.22	健康	農會法以會員遷離組織 區域為出會原因之規定	關於農保法會 員資格之規定	完全無關「健康利益」	
404	85.5.24	國民健康	中醫師以西藥治病，非 其業務範圍之函釋	工作權(憲法 §15)	強化專業分工、保障病 人權益及增進國民健 康	合憲
407	85.7.5	身心健康	猥褻物出版品，主管機 關所為釋示	商業言論自由 (憲法§11)	「健康利益」非本案主 要爭點	合憲
414	85.11.8	國民健康	藥事法等法規就藥物廣 告應先經核准等規定	財產權與言論 自由(憲法§11, 15)	確保藥物廣告之真 實，維護國民健康，增 進公共利益所必要	合憲
419	85.12.31	身體健康 (理由書)	副總統兼任行政院院長	權力分立	完全無關「健康利益」	
426	86.5.9	國民健康	空污防制收費辦法之法 源及徵收項目	授權明確暨公 課公平負擔	完全無關「健康利益」	
434	86.7.25	健康	公保法就保費返還、非 退休者之養老給付未為 規定	財產權	完全無關「健康利益」	
454	87.5.22	健康 (理由書)	國人入境停留居留及戶 籍登記要點之否准、撤 銷、離境	居住及遷徙自 由	完全無關「健康利益」	
472	88.1.29	民族健康	健保法就強制納保、繳 費及滯納金之規定	社會互助、危 險分攤及公共 利益	「健康利益」非本案主 要爭點	部分 合憲
473	88.1.29	健康	健保法細則就專技人員 投保金額之規定	財產權	完全無關「健康利益」	
476	88.1.29	身心健康	毒品條例之死刑、無期	自由權、生存	藉以維護國民身心健	合憲

			徒刑規定	權（憲法§8, 15）	康，進而維持社會秩序，俾免國家安全陷於危殆	
512	98.9.15	身心健康	煙毒條例限制上訴至第三審之規定	訴訟權（憲法§16）	以達肅清煙毒、維護國民身心健康之目的	合憲
514	89.10.13	身心健康	遊戲場業規則對允未滿18歲人進入者撤銷許可規定	工作權、財產權，職權命令	維護社會安寧、善良風俗及兒童暨少年之身心健康	合憲
524	90.4.20	健康	健保法第31條及授權所定之醫療辦法等規定	法律保留	完全無關「健康利益」	
531	90.10.9	身體健康	道交條例就駕車致死傷逃逸，吊照禁再考領規定	未明文何種權利	維護車禍事故受害人生命安全、身體健康必要之公共政策	部分合憲
533	90.11.16	國民健康	健保局與醫療機構履約爭議之救濟程序	救濟程序	完全無關「健康利益」	
540	91.3.15	健康	國宅條例收回國宅強執事件之審判權	救濟程序	完全無關「健康利益」	
545	91.5.17	國民健康	75年修正之醫師法處罰業務上違法行為之規定	法律明確性原則	「健康利益」非本案主要爭點	合憲
547	91.6.28	國民健康	中醫檢覈辦法就回國執業者補行筆試之規定	工作權（憲法§15）	「健康利益」非本案主要爭點	合憲
550	91.10.4	民族健康	健保法責地方政府補助保費之規定違憲	中央與地方權限爭議	完全無關「健康利益」	
551	91.11.22	身心健康	毒品條例誣告反坐之規定	自由權、生存權（憲法§8, 15）	「健康利益」非本案主要爭點（重申476）	違憲警告
577	93.5.7	國民健康	菸害防制法強制業者標示尼古丁與焦油等含量	商業言論自由、財產權	提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益	合憲
588	94.1.28	健康	行政執行法拘提管收事由相關規定	人身自由（憲法§8）	完全無關「健康利益」	
612	95.6.16	國民健康	舊廢棄物處理機構管輔辦法第31條第1款	授權明確、法律保留	「健康利益」非本案主要爭點	合憲
623	96.1.26	身心健康	兒童及少年性交易防制條例第29條關於促使人為性交易訊息	言論自由	「健康利益」非本案主要爭點	合憲
646	97.9.5	身心健康（理由書）	對未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者	自由權、工作權（憲法§8, 15）	「健康利益」非本案主要爭點	合憲

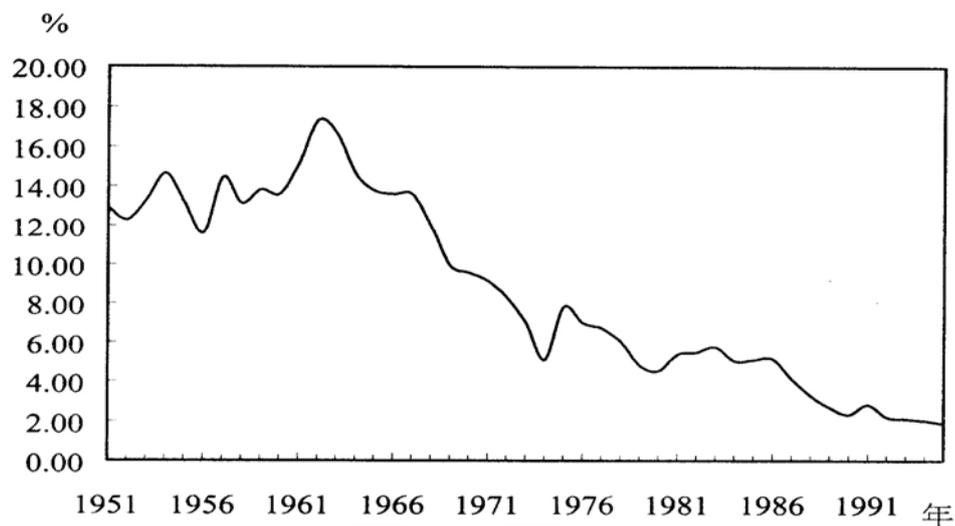
			科處刑罰	15)		
656	98.4.3	健康	民法第 195 條第 1 項規定	財產權、人格權	完全無關「健康利益」	
664	98.7.31	身心健康	少年事件處理法關於收容感化教育之規定	人格權	「健康利益」非本案主要爭點	部分合憲
666	98.11.6	國民健康	社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款對性工作之處罰	平等原則	違背平等原則，但維護國民健康與善良風俗仍為應予保護之重大公益	形式違憲



附錄二：反菸運動與相關事件整理

日期	事件
73.5.19	董氏基金會創立
78.5.19	董氏基金會創立「亞太地區拒菸協會」
81.	美國政府放棄以 301 法案要求台灣開放更多的菸品廣告及促銷
76.1.1	開放美國洋煙進口
86.3.19	《菸害防制法》公布
86.9.19	《菸害防制法》施行
87.1.1	台北市政府衛生局查獲某菸草股份有限公司未標示尼古丁與焦油含量
88	董氏基金會成功阻止針對青少年、青少年開發的紅心 520「我愛你」果香口味菸品上市
89.1.19	《菸害防制法》修正第 3、30 條
89.4.19	《菸酒管理法》公布
89.4.19	《菸酒稅法》公布
89.12.7	關於標示義務之爭議，最高行政法院作成 89 年度判字第 3443 號判決，當事人於 90.9.28 提出釋憲聲請
89.12.29	《菸品健康福利捐分配及運作辦法》由財政部發佈施行（即每包煙之健康捐課徵依據）
91.1.1	我國加入 WTO，廢止專賣制度，菸酒回歸稅制。
91.1.1	《菸酒管理法》施行
91.1.1	《菸酒稅法》施行
91.5.15	《臺灣菸酒股份有限公司條例》公布
91.5.22	廢止《臺灣省內菸酒專賣暫行條例》
91.7.1	《臺灣菸酒股份有限公司條例》施行
91.7.1	菸酒公賣局改制為「臺灣菸酒股份有限公司」
93.5.7	就標示義務之爭議，作成釋字 577
94.3.30	台灣完成《菸草控制框架公約》批准程序
96.7.11	《菸害防制法》修正公布全文 35 條

附錄三：我國香菸於公賣利益中所佔比例



圖表資料來源：徐茂炫、謝啟瑞。1999。〈菸需、菸稅與反菸：實證文獻回顧與台灣個案〉。《人文及社會科學集刊》11卷3期，頁322。

