

五南出版

憲法學的新視野(二)

憲法科際整合研究的理論與實踐

張嘉尹 著

憲法學的新視野(二)

憲法科際整合研究的理論與實踐

張嘉尹 著

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法學的新視野,二,憲法科際整合研究的理論與
實踐 /張嘉尹著.——初版,——臺北市:五南,

2015.12

面;公分.

ISBN 978-957-41-8246-9 (平裝)

1憲法 2法學 3方法論

581.1

104015093



1R24

憲法學的新視野(二) —— 憲法科際整合研究的理論與實踐

作 者 — 張嘉尹 (223.5)

發行人 — 楊榮川

總編輯 — 王翠華

主 編 — 劉靜芬

責任編輯 — 張若婕

封面設計 — 斐類設計工作室

出 版 者 — 五南圖書出版股份有限公司

地 址: 106 台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話: (02)2705-5066 傳 真: (02)2706-6100

網 址: <http://www.wunan.com.tw>

電子郵件: wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號: 01068953

戶 名: 五南圖書出版股份有限公司

法律顧問 林勝安律師事務所 林勝安律師

出版日期 2015年12月初版一刷

定 價 新臺幣 380 元

推薦序

張嘉尹教授是台灣非常重要的法理學家與憲法學者，尤其專精於法認識論以及法學方法論。這本論文集收錄了張教授過去十餘年在前述領域累積的研究著作，每一篇都有深入獨到的見解，值得精細研讀。

國內學界往往流傳一些印象式，但不一定正確的看法。例如國內往往認為美國法學界與法學教育比較重視實務，德國法學界重視法釋義學，偏好抽象理論思考。這兩個說法有其一定的根據，也許不能說全然錯誤，但是張教授在「台灣法學的典範」（本書第二章）一文就引用德國學者 Oliver Lepsius 的觀察指出：「恰恰與威瑪時代相反，目前德國公法學的現狀，一言以蔽之乃是理論的貧乏，相應於此的則是汗牛充棟的法釋義學，換言之，目前充斥德國市面上的是欠缺理論成分但固著於法釋義學的各類注釋文獻……在過去的德國，教科書率皆具有特定的理論取向，彼此之間可以依此相互區隔，但是現在的趨勢則是越來越欠缺理論成分。此外，在德國聯邦最高法院或聯邦憲法法院的判決中，也越來越少使用到理論」並由探討台灣法學界典範著手，銜接到德國有關「法科學理論」的討論最後又回到對台灣法學典範的討論，指出台灣法學典範目前主要仍以法釋義學為主，但是並不需要受此侷限，而有多元典範的可能。

在「憲法學之科際整合研究的意義與可能性」一文中（本書第一章），張教授再度強調了法釋義學是法學（包括憲法學）的核心，但同時反省到知識蘊含的權力支配關係，以及學門的規訓化問題，進而探討了憲法之科際整合研究方法論，提出了頗富有「建構主義」（constructionism）特色的觀點，其中包含對象建構、概念建構、體系建構等面向。除此之外，張教授還提出一個非常重要的觀點：「非整合性的科際合作」，亦即對憲法學知識進行的批判性反省。這種知識合作並不追求「整合」，反而常常強調「消極的」、批判性的（critical），甚至是解構的（deconstructive）的知識作用。這一分析相當重要，讓我們可以對國內概略翻譯為「科際整

合」法學之研究途徑與知識論性格，進行更深入之反省思考。

我自己也在法認識論的領域內沉浸多年，並發表過一些文章，相當關心法科學理論的問題，除了國外的文獻外，每當我想要參考國內學者在這一領域的研究成果時，我很自然地就會想要搜尋參考張教授的著作。而每次的閱讀，也都讓我獲得更多的啟發與思索。除了前面提到的兩篇，本書其他篇章的內容也都精緻豐富。我相信張嘉尹教授收錄於本書的文章，已經成為國內進行相關研究時的 *must cite*，在此向各位誠摯推薦這一本論文集。

顏厥安

2015年5月15日

自序：憲法的科際整合研究

本書是憲法學新視野系列論文集的第二本，收錄的論文前三篇屬於方法論的研究，後四篇則分別為社會理論、族群研究、歷史論述等等取向的論文，各篇論文在研究議題與研究方向上雖然有所分歧，但是在表面差異的背後卻有一個共同的關懷，那就是為台灣憲法學找到一個活水源頭，這個企圖心已經展現在前一本論文集《憲法學的新視野（一）》的各篇論文上，尤其是方法論上的反思，從憲法學基本概念的作用、基本權的功能與理論層面的必然性、結果考量的深層結構，到部門憲法研究取向與憲法學繼受的方法與界限，透過這些方法論的反省想要表達的是，憲法的解釋與適用以及作為其成果的憲法釋義學，沒有表面上所想像的純粹與自主，法律邏輯與法律論理固然是箇中重點，但是無論學術的還是實務的憲法論述，往往受到所處社會環境以及主導的理念價值所影響，如果欠缺對於自身活動反省的憲法學，不但很容易重蹈覆轍的陷入「繼受法學」的輪迴之中而不自知，也很容易以武斷而缺乏論理的方式「本土化」，更容易自我滿足於學科自主性的幻覺之中而繼續封閉下去。

除了方法論上的反思之外，在這個方向上同樣需要的是跨學科取向的研究，否則方法論上的倡議即成空話。「法律的科際整合研究」（interdisciplinary studies in law）這個不精確的中文翻譯，標示著學術界對於學科分殊化的反省與質疑，以及嘗試再度找回失落整體的努力，但是在學科分殊化已經屬於常態並已制度化的學術界，「科際整合」研究因為難以歸類而妾身不明，因為妾身不明而遭質疑更屬常態，其命運多舛有以致之。「科際整合」研究的這個困局具有普遍性，法律的「科際整合」研究亦常常招到難以歸類與定位不明的命運。即使是該名詞的中文翻譯，也充滿著誤解，翻譯成「科際整合」似乎暗示著不同的學科之間有「整合」的可能性，這個暗示應該會誤導研究者的目光，因為 interdisciplinary studies 只意味著「跨」學科研究，而不是學科之間發生了任何意義的「整

合」(integration)。這種跨學科的關係，在本學科研究者採取其他學科研究取徑進行研究時，並沒有真正的改變，例如當法學者採取歷史學、社會學、人類學的研究取徑或是所謂的實證研究方法（經驗研究方法），探究法領域的各種事實或制度時，建構出的法史學、法社會學、法人類學知識或法實證研究結果，並進而建立法史學、法社會學或法人類學時，這些法學內部的跨分科研究（intra-disciplinary studies of law），與傳統法學或典範法學之間的關係，只不過是複製了法律跨學科研究與法學之間的關係而已。比較容易造成混淆的是，因為都是由法學者所進行的研究，都是屬於制度性的法學機構所做的研究，都在制度性的法學教育機構裡從事教學，因此此法學與彼法學在乍看之下，都從屬於法學，因而造成了某種屬於學科邏輯層面的混淆與表面困境。

然而必須指出，傳統法學並非自足，傳統法學的自主性可能是一個幻覺，或至少是一個欠缺自我反思的明證，因為無論在理論基礎、相關社會事實確定或是相關其他專業領域知識方面，法學或法釋義學均有賴於其他學科的奧援。此外，昧於社會現實，無視於法律暨裁判的社會影響，很容易造就自我侷限的法律象牙塔與「恐龍法官」。為法學提供更多元的視野，乃是突破傳統法學困境的有用方法，凡此種種都說明了法律內部跨學科研究對於法學的助益。因此，要去說明與證成跨學科研究對於法學的必要性，就必須回到法學理解本身，尤其是法釋義學的知識性質與學科邏輯。

在學科分工蔚為主流的學術環境裡，跨學科研究是辛苦與不討好的，但是學術之所以有意思，就在於艱困的挑戰與可能的成功。我不知道在這本論文集裡，我有沒有成功，但是如果我已經提出正確的問題，正確的答案就在不遠處。在本論文集的第二部分，所收錄的四篇論文標示著我曾經的努力，包含努力的寫與努力的回應審查意見，除了嘗試與那些認真閱讀

論文並提供真知灼見的審查意見對話之外，也包含跟一些莫名其妙審查意見之間的相互批評。雖然根論文內容沒有直接相關，請容我在自序中，對於台灣現行審查制度與實務提出一些看法。基本上，我覺得台灣的期刊論文審查早已走火入魔，這個表達雖然不精確但是卻很適切，澆熄熱情是目前期刊審查實務對於學術最大的傷害之一。相互尊重應當是今天台灣學術界最欠缺的專業倫理，在審查意見中常常看到的是去脈絡化的隨意指指點點，不但不尊重作者，而且讓作者必須很痛苦很花時間的去回應一些浪費時間的問題，創作的熱情就在這種往返中逐漸熄滅。對此，編輯委員會也有應負起的責任，他們應該發揮專業，保護作者免於審查意見的騷擾，這也是互相尊重的一環。這個問題的解決，比建立 TSSCI 或是變本加厲的創造一個新的期刊評比制度更重要。姑不論國家機關制定並施行這樣的制度，是否已經牴觸學術自由的基本權利保障，這類制度的建立標示著學術自由與學術自主的剝奪，因為它的落實與壯大，意味著學術人無法迴避它的干擾，甚至必須遵循它建立的法則，受到它的規訓。就我看來，雖然沒是毫無優點，但是建立這些制度或是它的替代品，最大的效應就是鞏固各種學術權力，並有意無意地壓抑年輕的學術聲音，學術的創意來自於不夠成熟，也因此充滿各種可能性，現行的制度卻太沉重，以至於有可能讓學術的活水源頭枯竭。

在自序的最後，我想感謝許多朋友的協助。首先，沒有五南出版公司前法律主編蔡惠芝小姐的獨到眼光與大力促成，這本論文集可能來要再過好一陣子才有機會出版。本書後期的校訂與編輯，有賴於五南法政編輯室的副總編輯劉靜芬小姐的催促與提醒。此外，我的學生們在本書的校對上提供許多幫助，協助一校的是黃惠鈺、彭詩涵、張瑋玲和李昱蓁，王珮涵則在二校與三校上貢獻了許多心力。感謝他們的投入，使我在百忙之中得以不致延誤本書的出版。

最後，我想深深感謝的是台灣大學法律學院的顏厥安教授，當然不只是因為他在萬忙之中為我做序，而主要是他在 1992 年回國之後的著述不輟，為台灣法理學界帶來了新的氣象與新的風潮，修補了台灣法理學與世界法理學發展之間的幾十年斷層，並作育英才的影響了許多年輕人投入法理學研究。此外，他在 2000 年創立了台灣法理學會（當時尚未登記立案），不但為 2000 年之後台灣法理學的發展奠定了一個不可或缺的條件，並且為台灣的法理學同好建立了一個良好的互動環境，沒有這些條件與環境，我無法認識許多法理學同好，並結為至交，並在與他們的良性對話中發展我的想法。顏厥安教授對於我個人所帶來的學術典範作用與他在實際上的提攜，讓我無可忘懷與銘記在心！

張嘉尹



作者簡介

張嘉尹

現職：世新大學法律學系專任教授

世新大學法學院院長

世新大學法律學系系主任

國立台灣大學法律學院兼任教授

台灣法理學會理事長

台大法學論叢院外編輯委員

政大法學評論校外編審委員

政治與社會哲學評論編輯委員

思與言人文與社會科學期刊常任編輯委員

國家教育研究院法律學名詞翻譯審譯會副召集人暨審譯委員

公民監督國會聯盟學術顧問

台灣媒體觀察教育基金會董事

學歷：德國慕尼黑大學法學博士

國立台灣大學法學碩士

國立台灣大學法學士

經歷：世新大學法律學系專任副教授

世新大學法律學系專任助理教授

東吳大學法律學系兼任教授

國立台灣大學法律學院兼任副教授

國立台北大學法學系兼任助理教授

行政院國家科學委員會法律學門副召集人

行政院科技部法律學門副召集人

考試院律師司法官考試命題委員

考試院公務員保障暨訓練委員會顧問



目錄

第一篇 憲法科際整合研究的方法論反思 1

第一章 憲法之「科際整合」研究的意義與可能性 ——一個方法論的反思	3
第二章 台灣法學典範的反思 ——從德國當代法科學理論的興起談起	47
第三章 法釋義學與法學的多元化 ——從《思與言》五十年所反映的臺灣法學研究發展談起	77

第二篇 社會與歷史取向的憲法學 105

第四章 多元族群、國家認同與台灣的憲政改革	107
第五章 台灣憲政秩序的規範效力 ——一個立基於系統理論的初步考察	161
第六章 司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎	215
第七章 台灣憲法變遷的憲法學考察	273

第一篇

憲法科際整合研究的 方法論反思

1

憲法之「科際整合」研究的意義與可能性

——一個方法論的反思*

■ 摘要 SUMMARY

本文首先釐清憲法學性質。如果憲法學的核心意義是憲法釋義學，有必要更詳細界定在何種意義上憲法學即是憲法釋義學，以及提出更充份的論證來說明，何以憲法學是憲法釋義學的主張是適當的。憲法之「科際整合」研究所涉及的是，如何將其他科學的研究成果納入憲法釋義學，或為憲法釋義學所用。就此而言，本文從法律知識建構的角度指出，經驗性論證以及一般實踐論證，是其他科學知識進入憲法學的可能位置，亦即真正發生「科際整合」的所在。除了「整合性」的科際合作之外，本文指出，還存在著另一種可能性，亦即非整合性的科際合作，藉助其他科學的研究成果來反省與批判憲法學所預設的各種事實前提，這種作用或許才真正是提倡“interdisciplinary studies in law”的用意所在，因為開啟了從整體脈絡來理解與研究法律之門，以阻止法學沉溺於

* 〈憲法之「科際整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思〉，原發表於《世新法學》第3卷第2號，2010年6月，頁1-49。

與外界隔絕的規範性之中。本文最後藉由指出憲法理論同時具有的規範性與事實關聯性，同時具有與憲法釋義學以及其他科學的關聯性，嘗試闡明憲法理論作為「科際整合」中介的意義與可能性。

關鍵詞

- 憲法
- 憲法理論
- 方法論
- 法釋義學
- 科際整合研究

壹、問題背景與問題意識

近年來，以 interdisciplinary approach (interdisciplinary studies) 或 interdisziplinäre Zusammenarbeit 為名的法律研究取向越來越受到矚目，台灣法學界普遍採取一個相近的名詞來標示這個研究趨勢：科際整合¹，中國法學界則使用「交叉學科」這個術語。事實上，在台灣的大學中，近年來紛紛設立類似「科際整合法律研究所」²或是「科技法律研究所」的研究教學機構³。此外，可以觀察到台灣的法律學術界，十幾年來，除了「法律與經濟」學術研討會之外，近年來舉辦過不少以「科際整合」⁴或是以「科技與法律」⁵為焦點的學術研討會。最後，如果搜尋台灣近十年來的期刊論文與專書論文，同樣可以發現，出現了越來越多以「科際整合」為題或為問題意識的論文⁶。凡此種種都顯示著，這個被稱為「科

¹ 本文初稿曾以「規範與現實之間——憲法理論有能力作為憲法學與其他科學科際合作的中介嗎？」為題，在2006年5月20日，發表於台灣大學法律學院主辦的「憲法學之科際整合研究」學術研討會。本文的後續構思必須部分歸功於評論人以及與會者一些具有啟發性的質疑。事實上這些對話也促成作者探討「法學即是法釋義學」這個命題的意義，並將想法寫成一篇相關論文：〈法釋義學的作用與界限〉（初稿發表於「第七屆東亞法哲學大會」，2008年9月21日、22日）。

² 例如台灣大學的科際整合法律學研究所（Graduate Institute of interdisciplinary legal studies）、政治大學的法律科技整合研究所（Institute of Law and Inter-discipline）。

³ 例如交通大學的科技法律研究所、清華大學的生物倫理與法律研究中心（Bioethics and Law Center, BLC）、成功大學的科技法律研究所。

⁴ 例如台灣大學法律學院在2006年5月20日舉行的「憲法學之科際整合研究」學術研討會、政治大學法學院2008年12月12日舉辦的科際整合課程教學研究工作坊「法律科際整合課程與法釋義學的對話」。行政院國家科學委員會在2008年10月4日、5日，亦曾專門針對法律學者舉辦為期兩天的「國科會法律學門2008法學研究方法」研習會議，主題涉及各國法學研究典範之分析、法事實研究之經驗分享與法釋義研究之經驗分享。

⁵ 例如由交通大學科技法律研究所主辦，已經舉辦過多屆的「全國法學實證研究研討會」，並已經舉辦過多屆的「全國科技法律研討會」。

⁶ 憲法學術專書，例如：蘇永欽主編，《部門憲法》；學術期刊，例如：張嘉尹主編，《思與言人文社會科學雜誌》，第44卷第3期，以「台灣法學研究新趨勢」為該期專題。

際整合」的研究取向，即使不是台灣法學界的新寵，也是其越來越無法忽視或避免的研究趨勢。然而，何謂法律之「科際整合」研究，仍然欠缺一個清楚的輪廓。

就名詞翻譯而言，跨學科方法（跨學科研究）或科際合作是對於 interdisciplinary approach（interdisciplinary studies）或 interdisziplinäre Zusammenarbeit 等外文名詞更為精確的中文表達，然而譯名的差異或許不全然是基於誤解，而可以理解為對傳統法學與其方法更為急切的反思與批判態度，假使做反面思考的話，類似像「科際整合」研究取向的提出至少也暗示著傳統法學研究與其方法的不足⁷。然而事實果真如此嗎？即令如此，傳統法學研究在什麼意義上是不足的？以及，根據何種標準來判斷其不足？都是可以繼續追問的問題。對於法學社群而言，以其他科學的方法來研究法學的傳統領域，似乎可以達到擴大視野的效果，甚至可以帶來一些對於法學基本前提的反省。然而問題是：這些其他科學的研究成果（社會學、經濟學、人類學、心理學……）可以為法學帶來什麼影響？這些研究成果或新知識可以為法學所吸納嗎？法學要如何吸納並使用這些知識呢？

這些具有普遍性的問題，似乎可以在部門法的領域得到更詳細與清楚的輪廓，因此本文擬以憲法領域為焦點，探問：何謂憲法之「科際整合」研究（或更廣義的：憲法學與其他科學的科際合作）？是否存在著特定的「科際整合」方法可為憲法學所用？以及，憲法理論對此研究方法可以有什麼貢獻？

這些問題的回答，涉及一個更根本的前提，亦即對於法學本身的

⁷ 類似看法，參閱 Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung: Eine Gedankenskizze, in: JZ 1995, S. 7。