

違憲審查論

李鴻禧
著

學術論文集

國立台灣大學法學叢書 40

國立台灣大學法學叢書編輯委員會 / 編輯



元照出版

學叢書 40

違憲審查論

李鴻禧 著

國立台灣大學法學叢書編輯委員會 / 編輯

元照出版公司

違憲審查論 / 李鴻禧著.-- 初版.-- 臺北市
：元照，1999[民88]
面；公分.-- (國立臺灣大學法學叢書
；40) (學術論文集；1D39GA)

ISBN 957-97856-7-8(精裝)

1. 憲法 - 論文, 講詞等

581.07

88008705

違憲審查論

學術論文集1D39GA

初版：	1986年10月	1999年12月	元照初版第1刷
四版：	1990年10月		
作老	李鴻禧		
出版者	元照出版公司		
	台北市100館前路18號5樓		
定價	新臺幣550元(精裝)		
訂閱專線	(02)2375-6688轉166	(02)2370-7890	
訂閱傳真	(02)2331-8496		
郵政劃撥	19246890	元照出版公司	

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第1531號 ISBN 957-97856-7-8

獻給

母親——啓迪我人道愛心、教我公平正義的人

「違憲審查論」元照版序

違憲審查制度 (Judicial Review)，誠如美國憲法學者葛爾文 (Edward. S. Corwin) 所言，是「美國憲政制度最顯著的特徵。」也是美國憲政制度上重要原理之一，在整個立憲政治之運用上，發揮了極其卓著之「司法底維護憲法機能」，與判例憲法制度並成為美國憲政上最具特色之制度。

惟在歐洲大陸各國，由於有關司法權之傳統思想與司法制度，與英美相當迥異不同，因而一般說來並不採用美式違憲審查制度。法國於一九二〇年代以來，雖有狄驥 (Léon Duguit)、郝樂 (Maurice Hauriou) 等知名公法學者，基於成文憲法理論之必要，主張應採違憲審查制度，實際仍未被採納。同樣的，德國在一九二〇年代，雖有杜理培 (Heinrich Triepel) 等知名公法學者，倡導違憲審查制度，與稍早被稱為「威瑪憲法之父」之蒲樂斯 (Hugo Preuss) 採同樣的違憲審查肯定說之態度；但是威瑪憲法並未採用此制，直至二次大戰後始改弦更轍，成立憲法法院專司違憲審查職務。至於傳統之司法制度上，採行行政與司法合一、司法官僚制度觀念濃厚之亞洲各國，就更談不上採取違憲審查制度了。

然而，在第二次世界大戰期間，立憲主義下應有之議會民主功能，顯著衰退、變形變質；終至孕育了希特勒、墨索里尼之輩，踐踏憲法、濫用政治權力，獨裁專制，荼毒生靈；迺使人民對政治權力機構之行政行為與制定法令，發生強烈不信與疑懼；希冀透過超然獨立於政治權力之外之司法機關，出而抑制違憲之法令，遂使違憲審查之思想與制度，急遽受到重視與採用，世界各國也逐漸普遍予以移植繼受。盱衡這種憲政新潮之形成與發展，在歐陸及亞非各地蔚為風潮，一方面是理論上，實施憲政制度之國家，原就應該設法使整個國家、政府和人民之法律生

活，儘量符合憲法之規定；因而當國家機關或人民之行爲，發生是否與憲法之規定相符、或如何始能相符之疑義或爭議時，自不能以憲法爲整個國家法律秩序之最高規範，來做爲權衡判斷之準則，於是就產生「憲法審判權」思想與制度，而使違憲法令之司法審查思想與制度，逐漸形成、定著。

同時另一方面是事實上，第二次大戰後各國人民之基本自由與權利之意識高漲，並徹悟戰前法律與命令之公然違反憲法、喧賓奪主，終使憲法等於具文之錯誤；咸認唯有確保憲法之尊嚴與權威，才能使人民之自由與權利不爲政治權力所侵害；爲維持憲法對於法律之優越性，自須於行政與立法等政治權力機關之外，另設獨立而能維護憲法優越地位之機關以及相關法制，俾能對違反憲法之一般法令加以審查、排棄。在這種憲政新潮之強烈影響下，連日本戰後新憲法，也在既有之歐陸法系司法制度之莖幹上，接枝移植 (Graft Transplantation) 了美式違憲審查制度。日本憲法學界對違憲審查，也因焉展開了廣博而又深入研究，研究及教學業績且極斐然可觀。

很遺憾的，在一九七〇年代之初，筆者結束日本國立東京大學法政研究所博士班之憲法學業回國後，發現在台灣學界或司法實務界，有關違憲審查問題之研究教學，似仍呈現未開不毛狀態；乃自不揣淺陋開始撰寫違憲審查問題之學術論文，也在台大法律研究所開此課程。從違憲審查思想史之比較研究著手，供作時間的縱剖研究；再探索現代憲法動態與違憲審查理念演變之比較分析，以爲空間的橫切解析；俾能先理解違憲審查思想與制度之時間與空間的縱橫立體綜合觀念；然後，更進一步深入解明美國違憲審查制度及其運營展開，並對歐陸異質移植建立歐陸違憲審查制度及其排拒現象，縷析探究。希冀這些有關違憲審查之系列論文，能夠刺激引起學界及法界之研究風氣，發生初創新圃之拋磚作用。

嗣後，在台灣年輕一代公法學者專家，研究違憲審查問題者逐漸增

多，覓尋蒐集筆者前述違憲審查系列論文者，也隨之增加不已，要求編纂出版者常以此諮問；乃決不憚弊帚自珍之評，編集付梓、勉強出版。殊不料數年於茲，此書頗受歡迎，多次再版，倍徙於自己預料。近日元照出版公司有意第五版印售，乃受託寫自序誌念，並敘說出版此書之憲法意義及一己心境。仍祈各界方家多賜斧正鞭策，曷勝感懷。

李鴻禧

1999年10月 於台北鬻齋

作者簡介

李鴻禧

台灣嘉義市人，1937年3月生

國立台灣大學法學院法律系法學組

日本國立東京大學法政研究所公法科（憲法組）碩士班

日本國立東京大學法政研究所公法科（憲法組）博士班

國立台灣大學法學院教授（現職）

日本國立東京大學法政研究所客座研究員

中國比較法學會理事長

西田社布袋戲基金會董事長

主要著作

憲法與人權（台大法學叢書、元照出版公司、1999年11月新版）

違憲審查論（台大法學叢書、元照出版公司、1999年11月新版）

憲法與議會（台大法學叢書、植根出版社、1997年3月初版）

憲法與憲政（台大法學叢書、植根出版社、1997年3月初版）

李鴻禧憲法教室（元照出版公司、1999年11月新版）

憲法與憲政的生理與病理（前衛出版社、1979年7月初版）

憲法（蘆部信喜著、李鴻禧譯、月旦出版社、1995年1月初版）

成長的民主（編著、中國論壇社、1980年10月初版）

思潮的脈動（編著、中國論壇社、1983年10月初版）

政治的地殼變動（編著、敦理出版社、1988年3月）

憲政不歸路（編著、敦理出版社、1988年3月）

憲法緒論（李鴻禧、游伯欽合著、雙榜文化社、1990年1月）

重要論文

- 1.戰前日本憲法對中國憲法之影響（刊載於日本有斐閣ジュリスト雜誌）
- 2.中華民國憲政之病理分析（刊載於日本蘆部信喜教授古稀專輯「現代立憲主義之展開」，有斐閣出版）
- 3.立憲制度之危機與人權理念之式微（刊載於台大法學論叢）
- 4.戰後日本司法獨立問題（刊載於台大法學論叢）
- 5.軍隊與憲法之法理（刊載於台大法學論叢）
- 6.政黨與憲法之法理（刊載於台大法學論叢）
- 7.環境權與憲法（刊載於台大法學論叢）
- 8.現代議會制度之生理與病理之比較憲法研究（刊載於台大法學論叢）
- 9.戰後台海兩岸法治推展與法學研究之比較研究（刊載於台大法學論叢）
- 10.改造憲政體制（憲政研究會）
- 11.中共憲法與一國兩制問題（刊載於中國論壇）
- 12.憲法變動的理論之比較研究（刊載於現代學術研究專刊）
- 13.百年來台灣之法治發展（刊載於台灣法學會學報）
- 14.中華民國憲法の展開に見られる迂迴曲折（日本法律家協會國際會議論文）
- 15.日本移植憲法訴訟之紹述與評析（中央研究院論文）
- 16.三民主義、五權憲法之病理病灶（刊載於台灣本土法學雜誌）
- 17.當前台灣制憲與修憲問題之試析（刊載於新世紀智庫叢書）

另有三萬字至八萬字之學術論文百餘篇

目次

一 通往研究憲法的迂迴之路——代序·····	1
二、違憲審查思想史之比較研究	
——戰前美、德、法、日之縱剖——·····	35
三 現代憲法動態與違憲審查理念之演變	
——第二次世界大戰後各國之比較分析——·····	69
四 美國司法審查制度之虛像與實像(一)	
——其形成與發展之理論——·····	119
五 美國司法審查制度之虛像與實像(二)	
——司法審查原則之形成——·····	145
六 司法審查制度之異質移植	
——大陸型違憲審查制度之研究分析——·····	197
七 釋憲制度本質之探究·····	277
八 立憲制度之危機與人權理念之式微	
——東方日本之借鑑——·····	293
九 日本立憲政治下司法權獨立思想與制度底研究·····	335
十 戰後日本法官之政治中立問題·····	397
十一 戰後日本檢察官之政治中立問題·····	431
十二 長沼飛彈基地訴訟引發的問題	
——日本憲法的基本原理面臨考驗——·····	445
十三 戰後台海兩岸推展法治之比較	
——兼談法學底研究——·····	477

通往研究憲法的迂迴之路

——理想與現實的躑躅

《提 要》

一、象 限

二、抉 擇

三、學 海

四、書 荒

五、探 索

六、出 國

七、治 學

八、前 瞻

一 象 限

在中國論壇社擔任編輯委員的學術界先進，包括國內聲譽素著的人類學、社會學、教育學、政治學、心理學、哲學各方面的泰斗，最近在中國論壇之「我的奮鬥」、「我的探索」專欄裡，輪流執筆，寫出他們如何經由各自的生活，步入時代的脈動，又如何在時代和社會的急遽變遷中，奮鬥、探索，使自己在參與社會變遷的同時，各盡功能，成為時代的脈動力量之一。由於他們人品風範和學術成就所顯現的立德立言，類多既為社會、學術各方面所肯定、讚評；他們努力奮鬥的經驗，苦心探索的軌跡；不但為日後年輕人繼往開來，提供奮鬥探索的榜樣，而且為當代中年知識分子切磋互勉，提供相互借鑑的見證。因此，這一專欄頗有深遠的意義，也許是因為這緣故，很受廣大讀者的喜愛。筆者雖以因緣附會，得能牛驥同皁、雞棲鳳群，參與中國論壇編輯委員會，卻或庸碌奔馳、或案牘勞形，而一無所成；既無德無行，更談不上立功立言，實在不宜也不能在這專欄有所撰述；祇是在諸先進敦促寄稿下，自己反而自忖：自己勞碌（奮鬥）半生，雖已漸近知天命之年，卻仍始終顛躑踳踳、沒尋覓（探索）出什麼來；可是說不定我這種滿懷浪漫主義

卻又不能不面對嚴酷的現實的人，徘徊躑躅於理想與現實之間，所經歷的奮鬥探索的過程與經驗，在急遽的時代脈動中，也許從另一「座標象限」可以提供探索的殷鑑，而有另一角度的意義。於是就決心撰寫此稿，也借此做一番自我回顧與檢討，為今後應走的方向多做一番沉思與研究。

二 抉 擇

我是學法律的，在台灣大學讀的是法律系（法學組），考上公費到日本國立東京大學法政研究所，從碩士班到博士班也是專攻憲法，回國後長年在台灣大學仍一直從事憲法的教學和研究；可說大半輩子在研究法學的圈子裡，徘徊繞圈、彳亍探索。可是，說來也奇怪，直到高三考大學那一年之前，在我心裡根本沒有想念法律科系的念頭；家裡是希望我考醫科，我自己也一直如此希望；這倒不是盲從嘉南地區一般家庭望子成「醫」的風氣，也不是聽從母親殷切的期望，純粹是自己個人的「自由意志」。因為我從小就有愛亂抓書看的習慣，常被內子說是「讀書的雜食動物」；在中學時就對青春生理變化有點「好奇」，常會偷看大姊書櫃中婦產科、性病、生理解剖、外科或法醫學一類日文書籍，愈看愈覺津津有味，對未來讀醫學、當醫生，自有一番憧憬和期待。在和醫學「仳離斷緣」已近三十年的現在，仍對醫學有異樣的「戀情」和夢幻的「鄉愁」；最近十年來不但斷斷續續地閱讀醫學雜誌，也斷斷續續地在「當代醫學」等純醫學雜誌，發表了一些「醫學」與「法學」之間科際整合性的論文，像「性、法學與醫學的齟齬與糾纏」、「法學、醫學、生死論」、「人工授精的法律後遺症」、「醫療與人權」等，對醫學科技及其產生的問題，試作較為深奧的窺探；也許這就是顯著的「未盡退化的尾椎骨」了。現在想起自己突然在高三那年決定棄「醫」就「法」，大幅修正了人生「航行軌道」，感慨良多；也許這就是冥冥中

註定的「命」、「運」。

(一)學風影響

我是在大陸開始淪陷的民國三十八年，考進省立嘉義中學初級部的。當時校長是復旦大學的芮寶公教授，延聘了不少倉促來台的教授或學術名流，像魯實先、戴天球、祝德光、黃守一、劉中我、祁和福等老師，來嘉義中學任教；此外像芮和蒸、楊寶旺、程文顯、林玉山、席德進、包喬齡等老師，日後也都成為望重學術藝文界名流；師資陣容極為優異。加上學校歷史悠久，日文書籍不論是文學、歷史或思想、哲學類，都有相當豐富的典藏；而學生人數不多（每年級只有三、四班），彼此容易相互認識。因而，整個學校讀書、討論的風氣頗盛，自由主義、浪漫思想也頗充沛。由於那個時代升學和就業的壓力，沒有像現在那麼緊張和強力；同學之間，不但尋找課外書籍雜誌來閱讀討論、撰文投稿來相互砥礪，蔚然成風；而且很多同學浪漫地甩脫了功利主義的羈絆、唯美主義地投考自己喜愛的科系，他們抱持只要上得了大學，不難謀個三餐溫飽，唸個自己有興趣的科系，將來較易於發揮自己的潛在能力，至於唸大學過程會較有趣、不會有違拗、抑壓和勉強等心理壓力；所以把哲學系、歷史系、中文系、數學系、心理系或動物系等填為第一志願的，比比皆然。現在放眼望去，在台灣學術界中，專攻基礎科學，淡泊明志、寧靜致遠的學者，嘉義中學出身的前後期同學，為數不少；可能就是這種校風的「遺影」。

(二)修定航向

也許，就因濡染於這種環境，使我在探索自己人生應走的方向時，現實主義的功利思想、比較容易排拒得開，理想主義的浪漫思想，也比較容易浸透得深；因而嘉義高中畢業前，自己的「探索底思惟」，已能梳理出「理想」與「現實」盤根錯雜的「結」，說服自己放棄習「醫」

的功利現實念頭，改為學「法」的理想浪漫想法。這種「經驗」，在台大四年學「法」的興趣「驗證」下，寢假養成自己澹泊寧靜，遠避官場的個性；寧願胸懷理想、蟄居書齋，浪漫而不計利害地將研究民主憲政的心得，盡量的奉獻社會；不想牢抱功利、奔逐鑽營，現實而審慎其事地將研究各種學術的知識，惡用來謀求名利。雖然，在大幅修定自己人生航道方向上，我比較沒有自我躑躅猶豫的苦楚，很快地浚濬好心理上的暗礁；但是在社會的「升學價值評估」漩渦中，要說服家人接受我的看法，確比我原先的想像要困難多。的確，我幸而沒像台大數學系某教授，得先依社會評價及父母期待，接受保送，讀了一年台大醫學系後，才鼓起勇氣改弦易轍，重新投入「戀戀不忘」的數學系懷抱；最後發揮興趣所潛存的能力，成為極其優異的數學教授。不過，我也費了九牛二虎之力，說得口破唇焦，才換得母親很不心甘情願的許諾，讓我考台大法律系。

(三)母教與我

七歲喪父失怙後，我家一群兄弟嗷嗷待哺，都靠先慈一孱弱寡婦撫養長大；母親不但兼嚴父慈母於一身，而且又擔任啓蒙的工作；童稚時背誦三字經、唐詩宋詞，小學時課讀幼學瓊林、古文觀止，乃至四書、史記；她都態度嚴謹、不苟言笑。平時母親教我們兄弟待人接物、為人處事，喜歡說理論事，也常能聆聽接受子女的看法。可是對我想唸法律而放棄學醫乙事，任我委婉訴說、懇求、析理，都沒法獲得她完全的同意和由衷的許諾；只因看我想讀法政的意志，相當執著，不忍多看自己兒女「摸索」人生方向的苦惱，不再堅持而已。至今，雖已事隔四、五十年，母親也作古三十多年了，但我仍清晰記得她諄諄勸我甬唸法政的音容；也記得我差點被說服，而從「文科」又回返「理科」的往事。母親是日據時代的一九二〇年代中，嘉南地區最早期的女性教員之一。是鄉里中的「新女性」，早年又受外祖父羅秀才（諱錦卿）的影響，喜歡

看書、能言善道，她原就把我看得剔透，凡事都頗有遠見；因而提了很多使我折服的理由：一、孫中山先生棄醫從政成功且功績彪炳，是歷史難得有的「偶然」；「醫人」不如「醫國」的理想，不是人人可以抱持的「浪漫想法」；清末赴日本歐美攻讀法政的人不少，有多少人達成「醫國救國」理想，就是好的說明；何況，現在環境不同，何不先現實地「醫人救人」，日後再謀理想的實現。二、不要錯以參加幾次演講、作文比賽，有點成績，就認為自己適於研究法律政治；法律除需要精密的思考能力和敏捷的判斷能力外，必須具備冷靜、客觀、超然的觀察事理的能力。感情豐富、過分熱心，不苟小節、不耐繁瑣的人，不宜攻讀法律。三、法律政治的理想與現實，本來就常有差距，在東方因傳統法政文化色彩仍很濃厚，採用西方現代法律制度，理想和現實的差距會更大；抱持過高的期望和理想去讀法科，不但在理想與差距過大時，會感到難受；而且當發現自己無論如何努力，都搖撼改善不了現況時，會更感痛苦。四、心地軟、富同情心的人，不僅不容易當冷靜客觀的好推事檢察官，而且也不容易辦好律師業務。而從事法學研究當法學教授，不單要習慣於清高不裕的生活，有時還要干冒艱難針砭時政、發揮學術勇氣；這說來容易，但要做到「富貴不能淫，貧賤不能移，威武不能屈」，畢竟是相當困難的。五、從讀小學以來，特別是進中學後，一直憧憬考醫科、當醫生，現在突然如此急遽轉變，將來後悔改科改行的可能率相當大；應多斟酌考慮。

事實上，當時突然想讀法律，並不是有什麼明確合理的具體原因。可能是住家靠近嘉義地方法院，所讀小學又毗鄰嘉義監獄，從小腦裡有些模糊的囚犯、監獄、法庭、法官等印象；而中學時代在嘉義地方活躍的人物，像林金生、李茂松、黃宗焜、許竹模等，都是法科學生，又增加了一些當「法科學生」也不錯的朦朧印象；而算是比較具體的原因，卻是高二暑假時跟一位老師聊天，老師突然說我能「說」（演講、辯論）、能「寫」（常投稿）、又能「編」（編「嘉中青年」、「嘉義青

年」等雜誌），應該是學法律、政治「人才」；也舉孫中山先生棄醫從政、胡適棄農從哲等例子詮釋；舊印象加上新詮釋；也許就是我「轉向」的「動力源」。這些有限的「動力源」，當然經不起家母上述辯駁的搖撼；所以我差點緊急煞車、又想折回「理科」的「人生道路」。

(四)一個轉機

也許是命運之神早在冥冥中有所安排，家母想用豐富的知識、折服我這麼兒頑童；竟提出日本東京帝國憲法教授美濃部達吉所引起的「天皇機關說」事件，來說明法律的理想與現實之頗有差距，要我不對學法律有太多期望。她可能沒料到在「天皇機關說」中美濃部達吉教授，充分表現了讀書人的知識道德勇氣，這種形象正是我所欽仰羨慕、很想模仿學習的。美濃部達吉教授在橫遭一、被剝奪貴族頭銜，二、被東京大學解聘，三、所著書籍被查禁，四、報章雜誌禁止刊登美濃部所撰寫的論文，五、被極右派青年刺傷等等絡繹不斷的挫折下；仍不改其學術觀點，指出「天皇」只是一個國家機關；反對當時日本軍部神化天皇，來愚弄國民。留給我很深刻的印象，強烈地激起我學法律的「動機」。在母親逝世那一年，我正式考入日本國立東京大學法政研究所，拜在蘆部信喜、小林直樹等憲法大師門下，成為所謂「美濃部學派」之一員；母親雖然為自己兒子是「天皇機關說」之徒，而感到浪漫的滿足，卻也掩飾不了心中所存、美濃部達吉教授在「天皇機關說事件」所遭的苦難的陰影。她如果知道講出日本戰前這一段軼事，反而使我加強攻讀法律念頭；她一定會抱憾弄巧成拙，多此畫蛇添足之舉，以致為山九仞、功虧一簣的。

三 學 海

民國四十四年考進台大法律系，第一次從嘉義來台大，看到這麼大

一所學校，滿懷興奮地愣住了。尤其是偌大的圖書館，那麼豐富的藏書更深深迷住我。雖然大一國文、英文、國父思想等課程，內容無啥特別新穎之處，有時且會有與高中上課沒啥差別的「倦怠感」；但是其他法律、政治等課程，都使人深感新鮮有趣。當時薩孟武教授的政治學、梅仲協教授的民法總則、馬漢寶教授及劉慶瑞教授的憲法學、夏德儀教授的中國通史和龍冠海教授的社會學等課；學課的內容、教授的講授，已是令人感到琳琅滿目、美不勝收；加上各社團辦理學術演講的風氣很盛，常可聽到令人久久難忘的好演講；台大真個是我這「劉姥姥」的「大觀園」了。

(一)法學之美

大一上梅仲協老師的「民法總則」課時，就令人深深體味到法律科學之「精深」和「美」。在「民法總則」相當有限條文裡，輒已涵蓋了規範人類社會財產和身分的基本原理原則，這些規範不但要合乎邏輯、層次明晰、相輔相成，彼此不能相互矛盾，而且要合乎公平、正義與理性。這些條文不僅蘊藏人類社會亙古以來規定權利義務、定分止爭的原理原則，而且也隱然以維護人道主義、尊重人性尊嚴為至上命題。有時想想：一個簡潔明晰的法律條文，竟然包涵那麼博大精深的社會原理，能夠規範錯綜複雜的社會萬象；都不免會為法律科學之「精深」和「美」而讚賞不已。梅教授在講授民法總則時，常常會從一個基本原理，推衍出其他原理，亦即演繹出很多「系列的原理」，然後再反覆運用「系列原理」來詮釋不同的法律規範，再由這些看來錯綜複雜，各具特徵的法律規範，歸納出原來那個基本原理。這樣先演繹、再歸納的循環過程，固然可使一個法律根本原理，演繹出系列、系統的原理，無懼於因法律事實之錯綜變幻而難以適用；同時，借系列、系統原理的歸納，也可以驗證該法律根本原理之正確程度，並作去蕪存菁的修正，有如數學的一個根本定律或公式，可以演繹成系列定律或公式一般。我恍然於