

憲法與人權

學術論文集

李鴻禧
著

國立台灣大學法學叢書 39

國立台灣大學法學叢書編輯委員會 / 編輯



元照出版

國立台灣大學法學叢書 39

憲法與人權

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

憲法與人權 / 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
；39) (學術論文集；1D38GA)

ISBN 957-97856-8-6(精裝)

1. 憲法 - 論文, 講詞等 2. 人權 - 論文, 講
詞等

581.07

88008709

憲法與人權

學術論文集1D38GA

初版：	1985年9月	1999年12月	元照初版第1刷
八版：	1995年3月		
作 者	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520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 957-97856-8-6

獻給

妻——默默地、永恆地支持我研究憲法、人權的人

「憲法與人權」元照版序

一九五五年進入台大法律系時，距「二二八事變」才七、八年，白色恐怖仍籠罩台灣，陰霾重重，整個社會盈溢著遠離政治、明哲保身之觀念；而我卻對憲法學和政治學特別感到興趣。到一九六七年考上公費進入日本國立東京大學法政研究所後，明知在當時的時間和空間裏，研究憲法就不免會遭逢持續不斷的考驗與挑戰；我還是對現代法律人所心嚮往焉的專利、商標、國貿、財經法學，不生憧憬或眷戀之情，好像理所當然地攻讀憲法；從碩士班到博士班，從回台大任教到推展憲政，至今已有四十五年沒和憲法脫離關係。

在東京大學留學時，為能拜在蘆部信喜這位憲法大師門下，攻讀深奧博大的憲法學而感到欣喜幸福，卻為課業沉重、治學艱難而深覺備嚐辛苦。學成回國教書初年就深切體認到，在台灣科班出身、觀念正確的憲法學者，鳳毛麟角、極為尠少；相反的，一知半解、半路出家的「憲法教授」和「憲法專家」，卻車載斗量、無所不在。遂使理論結構原就錯綜複雜的現行憲法，以及恣肆營為、荒腔絕版的憲政，變得治絲益棼、聚訟盈庭。做為台大法律系之憲法學者，面對這種複雜艱難的憲法底生環境，不但要澄清一些一知半解的「憲法教授和專家」之謬誤，而且要指陳現實的憲政運作之錯失；同時，更需戮力介紹歐美民主憲政之現時進步之思想與觀念，庶幾能減縮台灣較國外落後之差距。因此，我無法像民主憲政先進國家之憲法學者，安心專注於從事學院底憲法學學術研究和教學；相反的，必須在從事研究和教學同時，背負紹述、弘揚憲法知識與文化的十字架，努力尋求很有限的大眾傳播管道，撰寫發表正確而進步之憲法理念；俾能改善憲政生環境，讓憲法欣欣向榮、孳衍成長。

從一九七〇年代初期開始，保障人民之自由與人權之思潮，在世界

各地波濤洶湧，浸假形成沛然不可或禦之勢；惟此時台灣卻猶故步自封於臨時條款式戒嚴體制中。因而，澄清憲法基本概念，指陳臨時條款之荒誕謬誤，並闡釋保障基本人權思想之本質與變質，就成研討紹述憲法之基礎工程。然後，再就人身自由、言論出版自由、大學自由等基本自由，研討介紹現代各國思潮；並進而對監獄人權、老人人權、環境權、隱私權、消費者權利及請求國家賠償權利等人權問題，做比較憲法底研究批評，才能使台灣提升對憲法與人權問題之理解水平。本書以「憲法與人權」為名，編輯筆者這方面的相關論著成書，其理由即在乎此。

然而，無可諱言的，在台灣實施憲政之弊病叢生，其原因固然千頭萬緒不一而足；不過，台灣之議會民主政治之神話化、以黨領政之黨國體制運營、以及無所不在之軍權陰影，應是重要之病理病灶所在。惟此類之憲法學底研究，在台灣仍很少見，本書也因焉選入若干相關論文，希冀能對憲法與人權之問題，更有整體而綜觀的研究探討。筆者平生志在扮演憲法學者和憲法推展者的兩重角色，撰寫此類論文累積遂多，難免會生敝帚自珍、唯恐散失之心理，乃決定編輯成此書付梓；自忖賠些錢財留下著作也有意義。殊不料這書竟頗暢銷，一再刷版，賣出一萬本以上，使我很感意外，也受到很大鼓勵；嗣後，迺有拙作「違憲審查論」、「憲法與議會」、「憲法與憲政」等書相繼付梓出版；為憲法之研究略盡棉薄。

現在台灣已逐漸遠離實施戒嚴之緊急體制，專制獨裁已不再再君臨台灣。雖然現行憲法依然理論體系紊亂，「一機關數階段修憲」更增加其葛藤纏繞的複雜性，但是現在專攻憲法學者日益增多，憲法研究也漸普遍深入，深信台灣逐漸能走上更美好之民主憲政之路。

李鴻禧

1999年7月於台北鸞齋

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	憲法基本概念之澄清 ——從動員戡亂時期臨時條款談起·····	35
三	議會民主主義之虛像與實像 ——其病理與生理之剖析·····	63
四	憲法與政黨關係之法理學底詮釋 ——其形成與展開·····	97
五	軍隊之「動態憲法」底法理剖析 ——現代「國家白血球症」之生理與病理·····	141
六	淺談價值相對主義與政治的寬容 ——民主主義思想之原點·····	171
七	戰後台海兩岸民主法治之推展與競爭 ——中共之摸索、躓顛與徬徨·····	199
八	保障基本人權思想之本質與變異之研究分析 ——以立憲主義思想為「基座」·····	215
九	論國際法上之人權保障問題 ——其人權論之詮釋·····	241
十	談社會安寧秩序維護法的憲政意義 ——兼以日本輕犯罪法為借鑑·····	271
十一	論日本憲法刑事訴訟法之人權保障主義 ——從修法增訂警察權力談起·····	297

十二	監獄與人權	
	——本質、功能與運營之探討·····	313
十三	言論出版自由之民主憲政意義·····	329
十四	性、秩序與人權	
	——性的表現自由問題·····	373
十五	現代大學自治及其學術自由思潮	
	——其民主憲政體系下之涵義·····	401
十六	資訊、憲法、隱私權	
	——資訊化社會與人權問題之探討·····	421
十七	論老人基本人權之保障·····	441
十八	國家賠償法之法理與問題·····	459
十九	論環境權之憲法人權意義·····	473
二十	保護消費者權利之理論體系	
	——經濟的人權憲章之新譜系·····	495

通往研究憲法的迂迴之路

——理想與現實的躑躅

《提 要》

- | | |
|-------|-------|
| 一、象 限 | 五、探 索 |
| 二、抉 擇 | 六、出 國 |
| 三、學 海 | 七、治 學 |
| 四、書 荒 | 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、折服我這么兒頑童；竟提出日本東京帝大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；母親雖然為自己么兒是「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，滿懷興奮地楞住了。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，已是令人感到琳瑯滿目、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互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