

# 超越繼受之憲法學

Beyond Transplanting Foreign Constitutional Law: Ideals and Realities

---

## 理想與現實

林超駿 著



元照

D911.01/25

2006

# 超越繼受之憲法學

## ——理想與現實

---

林超駿 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

超越繼受之憲法學：理想與現實 / 林超駿著。  
-- 初版。-- 臺北市：林超駿出版：元照總經  
銷，2006[民 95]  
面：公分

ISBN 978-957-41-3630-8 (平裝)

1. 憲法

581.1

95017284

# 超越繼受之憲法學

## —理想與現實

56WFD03801

2006年8月 初版第1刷

作 者 林超駿  
出 版 者 林超駿  
總 經 銷 元照出版有限公司  
100 臺北市館前路 18 號 5 樓  
網 址 www.angle.com.tw  
定 價 新臺幣 480 元  
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890  
訂購傳真 (02)2331-8496  
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN-10 957-41-3630-2

ISBN-13 978-957-41-3630-8

# 自序

國內憲法學近年之發展，可謂是一日千里，無論是從研究議題新穎且多樣之角度看，或是從研究成果既深且廣之情形看，可謂是不可同日而語。於國內憲法之研究有如此榮景，當然不是一朝一夕之功，亦一非一人一派之力，套句俗話說，應是天時、地利、人和之結果。

說天時，這當然是指因過往民主化運動之努力，憲政民主制度已於我國初步開花結果，因而締造出一個自由開放的社會，於研究議題上之限制與禁忌幾已不存在，進而為憲法學研究奠下必要之基礎。說地利，這是說由於我國之特殊情勢，因民主化之結果，人民勇於挑戰不合理之法令，因而大量研究素材紛至，加以大法官勇於任事，對於重要議題表示意見，創造出實務與學術間之積極對話之條件，也因此製造出有利之憲法學研究環境。最後說人和，這是指上述天時與地利之因素影響下，憲法學之研究得以吸引諸多有志之士，各憑其能與興趣，馳騁於一己之理想國度，從而有貢獻出質量俱佳之研究成果，作為後人賡續發展之基石。

本書之完成，即係受此背景驅策下之產物，若無上述時、地、人諸項因素之存在，本書是不可能憑空出現者。除導論外，本書共收集本人近作中之十一篇，諸篇文章之共同特色是在於以研究理解外國法為宗旨，或是討論理解外國法之方法，或是介紹對於特定外國法制宜有之理解。內容主要可區分為三大部分。第一部分是有關憲法解釋方法之議題，

收錄有關以解釋憲法作為繼受外國法學之方法論，以及原主義釋憲理論作為理解外國法之方法等相關主題之文章；第二部分則是從美國法制之經驗討論我國已經或正面臨之基本權利議題，諸如有關正當法律程序、結社自由、少數者之權利（多元文化主義）以及選舉法制等之文章；第三部分則是對美國法釋憲制度之取經，這主要是指美國最高法院之移審制度、美國最高法院大法官選任方式等議題之介紹以及以美國法經驗看大法官聲請外解釋之作為等文章。總之，諸篇文章或是談理解、繼受外國法之方法論，或是對外國重要法制作介紹，俾以國人對於相關外國法制有所認識後，能有所參考或援引。同時希冀能藉此拋磚引玉，以有更多法學界之先進投身研究類似議題。

正與許多前輩、先進之情形相同，本書之完成係靠許多人之協助者。首先，必須向我所服務國立高雄大學之師長致謝，其中，特別是感謝王教授仁宏與郭教授振恭，謝謝兩位老師之提攜與教誨，學生受益甚多。其次，必須感謝者是我的父母，當然此本小書無法向父母表達敬意於萬一，不過，還是需再次說的是：謝謝您們養育之恩。再者，必須謝謝小舅公許耀焜先生，謝謝他過去數年來始終可以找出方法忍耐我不時的打擾與無盡的牢騷。最後，謝謝英欣與沛穎，由於妳們兩位，使我體會到為人夫與初為人父之喜悅。

又國立高雄大學法研所朱彬榮同學，以及法律學系歐耀庭、鄭文正、王福全、李彥儀等諸位同學，辛勤校稿，特此表示謝意。另元照出版公司擔任本書編輯事務之諸位小姐，負責盡職，極其辛勞，亦於此一併致謝。

林超駿

2006年8月於台北

# 諸文出處

1. 第一章「理解外國法制以建立超越繼受之憲法學」係為本書所寫之新作。
2. 第二章「試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果『質』的幾個關鍵」乙文，原刊載於台灣大學法學論叢第三十四卷第三期。
3. 第三章係將「Scalia大法官之憲法解釋觀——原意主義者之回應與挑戰」乙文改寫，該文原刊載於憲政時代第二十八卷第二期。
4. 第四章「概論限制非刑事被告人身自由正當法律程序：以兒童及少年性交易防制條例與精神衛生法為例」乙文，原刊載於憲政時代第二十九卷第四期。
5. 第五章「初論多元文化主義（Multiculturalism）作為我國原住民權益保障之理論基礎——以Will Kymlicka與其對手間之辯論為起點」乙文，原刊載於法治斌教授紀念論文集：法治與現代行政法學。
6. 第六章「結社自由與組織犯罪——試評司法院釋字第五五六號解釋」（與法治斌教授合著）乙文，原刊載於憲法解釋之理論與實務第四輯。

7. 第七章係將「略論政黨聯合提名候選人之合憲性——試評 *Timmons v. Twin Cities Area New Party* 乙案」乙文改寫，原文刊載於全國律師雜誌二〇〇四年四月號。
8. 第八章「以美國法經驗初論未來我國單一選區制度下選區之劃分」，原刊載於慶祝吳庚大法官榮退論文集。
9. 第九章「概論美國最高法院移審制度之歷史演變與當下之運作模式」乙文，原刊載於月旦法學雜誌第一一六期。
10. 第十章「略論司法院大法官聲請外解釋之作為」乙文，原刊載於台灣本土法學雜誌第五十九期。
11. 第十一章「略論美國最高法院大法官任命程序之規範與實際」乙文，原刊載於月旦法學雜誌第一〇一期。



## 作者簡介

### 林超駿

#### 學歷

國立台灣大學法學士

國立政治大學法學碩士

美國西北大學法學碩士 (LLM)

國立政治大學法研所博士班肄業

美國西北大學法學博士 (SJD)

#### 經歷

律師高考及格

#### 現職

國立高雄大學法律學系助理教授

## 法治與現代行政法學

### —法治斌教授紀念論文集

作者：法治斌教授紀念  
論文集編輯委員會

定價：800元



本紀念論文集凡二十七篇，分憲政與行政法學兩大類，乃為紀念英年早逝的法治斌教授而作。法教授驟然離世，生前師長、好友、同事與學生依依不捨，紛紛表達希撰寫論文、出版紀念論文集，以表追思。惜為配合法治斌教授學術研討會之舉辦，紀念論文集截稿工作必須提前，若干稿件未及收錄，期待他日續文，可免遺珠之憾。法教授生前熱愛學術、關懷社會，僅以這本紀念論文集，永續我們的追思。

## 公法學與政治理論

### —吳庚大法官榮退論文集

作者：吳庚大法官榮退  
論文集編輯委員會

定價：800元



吳庚大法官於民國九十二年九月三十日退職，先生任職大法官前後達十八載，於我自由法治國之確立，居功厥偉，素為法界所推崇。先生之學術論著橫跨憲法學、行政法學、法律詮釋學及政治哲學，而自成一家之言，更久為學術界所肯定。為表彰先生對我國學術研究及司法實務之具體貢獻，國立高雄大學政治法律學系暨台大公法研究中心特於九十三年四月十日、十一日兩天於台大法學院舉辦吳大法官榮退學術研討會。此次研討會之主題從結合政治與法律之宏觀視野，同時強調公法法制所依存之理論基礎；及於政治理論賴以實踐之規範設計等兩個面向。本論文集主要即為此研討會中發表論文之匯集，作者包括當前學界精英老、中、青三代，從政治理論、基本權理論、違憲審查、政府體制、行政法與公共行政五個子題，各撰宏文，為國內首次結合政治學者與公法學者，展開政治理論與公法學科際對話之鉅著。

# 目 錄

自 序  
諸文出處

## 第一篇 導 論

第 一 章 理解外國法制以建立超越繼受之憲法學…………… 3

## 第二篇 以解釋憲法作為繼受外國法之方法

第 二 章 試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：  
影響繼受結果「質」的幾個關鍵…………… 33

第 三 章 美國法上有關原意主義辯論之例示與  
啓示——以Scalia大法官之見解為中心…………… 123

## 第三篇 既存問題之外國法借鏡

第 四 章 概論限制非刑事被告人身自由正當法律  
程序：以兒童及少年性交易防制條例與  
精神衛生法為例…………… 189

第 五 章 初論多元文化主義（Multiculturalism）  
作為我國原住民權益保障之理論基礎  
——以Will Kymlicka與其對手間之辯論  
為起點…………… 251

第 六 章 結社自由與組織犯罪——試評司法院釋  
字第五五六號解釋…………… 287

## 第四篇 新問題之外國法借鏡

- 第七章 不同政黨共同推薦、提名候選人合憲性  
——以 *Timmons v. Twin Cities Area New Party*  
乙案為基礎…………… 341
- 第八章 以美國法經驗初論未來我國單一選區制度  
下選區之劃分…………… 383

## 第五篇 參考外國司法制度以提升釋憲功能

- 第九章 概論美國最高法院移審制度之歷史演變  
與當下之運作模式…………… 421
- 第十章 略論司法院大法官聲請外解釋之作爲…………… 447
- 第十一章 略論美國最高法院大法官任命程序之規  
範與實際…………… 467

# 第一篇



## 導 論

第一章 理解外國法制以建立超越繼受  
之憲法學



# 第一章

## 理解外國法制以建立超越繼受之憲法學

---

- 壹、理解在繼受外國法過程之中之意義
- 貳、理解外國法制之挑戰：以大法官繼受正當法律程序制度為例
- 參、繼受外國法之理想與現實：從學者角度看當前繼受外國法之問題
- 肆、本書各章節寫作背景、議題介紹
- 伍、結語：強化對於外國法之理解認識，以建立超越繼受之憲法學

#### 4 超越繼受之憲法學

對於外國法制有一定之理解，不僅是繼受外國法之前提，更是欲建立超越繼受之憲法學必須之事，唯有對於外國法制之精髓能有所掌握，方能進一步決定如何取捨參酌以爲己用。但問題是，對於特定外國法制，究竟應如何予以理解？以及又應理解至何種程度始屬妥適？以期能獲致最佳之繼受結果，這並不是一個容易回答之問題。簡單說，對於外國法理解的程度決定外國法之適用結果。因此，如何增進吾人對於特定外國法制之理解，此對於繼受外國法之結果有絕對性之影響。而促進國內法學界對於特定外國法制之認識，便是本論文集所收集含本導論在內之十一篇論文之共同宗旨。於對各篇文章寫作背景及宗旨作一介紹之前，以下便先從理解外國法制在當前繼受外國法過程中之意義談起，接者再以筆者所較爲熟悉之正當法律程序制度爲例，闡述理解外國法制之困難處。

### 壹、理解在繼受<sup>1</sup>外國法過程之中之意義

理解外國法是從事比較法或是繼受外國法工作之重要前提，應該是多數法界人士皆同意之看法，此因對於外國法必須有一定理解認識，方能決定下一步究竟應如何比較外國法制，甚至是從事繼受外國法工作。但問題是，此外表看起來應屬當然之立論，其實是面臨艱難之挑戰，特別是從繼受外國法之觀點，這至少是三個層次之問題：第一，這是有關究竟應以何種方法去理解外國法之問題？第二，這是有關外國法究竟應理解至何種程度之問題？第三，這是涉及理解外國法之結果是否正確或是可否被接受之問題？茲再以下列三點爲析述。

---

<sup>1</sup> 本書所指繼受之意義，已於本書之第二章「試論大法官繼受外國法之特色與挑戰：影響繼受結果『質』的幾個關鍵」乙文中有所說明。



## 一、外國法究應如何去予以理解？

談對於外國法制究應用如何方法去予以理解此一問題，其實還需先釐清此話係對誰而言，方能對此一問題之答案得到正解。此因涉及不同之人對於外國法之理解，有其不同之目的與任務，因而必須有不同之方法。舉例言，立法者於立法過程中援引外國法制之經驗，與本文所研究對象之大法官以憲法解釋方式援引外國憲法學理論者，便有所不同。而此二者，更與學者純是以研究為目的而研究外國法制，而非最終係為繼受外國法而理解外國法者，更有所不同。不過，由於區別不同理解外國法主體之場合超過本篇導論短文所能處理之範圍，以下便僅就一般理解外國法之問題，而為論述。

基本上，有關外國法之研究應如何去予以理解之此一問題，又至少可區分為幾個次問題。第一，先勿論其他之可能研究取徑，有關外國法制之認識，至少有所謂形式主義與功能主義之可能性，究竟是何者較佳？是需視國家之不同而予以區別？還是二種方法並用於各個國家法制？第二，是否有何種方式較為方便吾人去理解外國法制？或是有所謂最忠實特定外國法制背景之方式去理解該國法？或是有所謂最佳切入點之方式去理解外國法？

不過，就本文此處所關係者的是，套用著名法理學者H.L.A. Hart之重要貢獻，即是到底適用外在觀點（external aspects）或內在觀點（internal aspects）理解外國法制？即是以誰之角度去理解該外國法制？是以該被繼受國本國人之觀點？抑或是以繼受國國人觀察之觀點？又如果以被繼受國之本國人，則自包括內國法律人之角度，那是指哪些法律人？是學者抑或是實務界人士？不過，此處或許更困難之問題是，外國人是否有可能以本國人之內在觀點，去理解該外國法？