

國立成功大學法學叢書19

文化憲法與文化國

Kulturverfassung und Kulturstaat



許育典 著



元照出版

D927.582.16/1

2006

國立成功大學法學叢書 19

文化憲法與文化國



許育典 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

文化憲法與文化國／許育典著．— 初版．—

臺北市：元照，2006[民 95]

面；公分(國立成功大學法學叢書：19)

參考書目：面

含索引

ISBN 986-7279-63-8 (精裝)

1. 文化－法規論述

541.29

95008184

文化憲法與文化國

56MFD03201

2006 年 6 月 初版第 1 刷

作 者 許育典

出 版 者 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 650 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 986-7279-63-8

獻給我的師長

他們就代表著多元文化的開展

張秀鳳、劉丁洲、城仲模、陳春生

董保城、顏厥安、蘇永欽、翁岳生

（依相遇時間序）

Für Professor Günter Püttner, Martin Heckel,

Karl-Hermann Kästner, Jan Schröder

自序

長期以來，政府由於大力將各種資源投入經濟的發展，經濟的成長率持續達到傲人的宣示結果，台灣在世界上創造了執政者所宣稱的「經濟奇蹟」，也造就了目前台灣的財富迅速累積，令世界上的許多國家刮目相看的情景。但是，在此經濟物質的文化取向，逐漸被重視與促進之時，人文精神文化的水準卻並沒有相對的提昇。事實上，人有錢不能只在物質生活上打轉，精神文化上的出路更為重要，否則人有可能在追求金錢的過程中，淹沒了自己的人性價值，而成為物質生活的工具。國家！國家！得（物質有錢）也國家；失（精神虛無）也國家！作為一個法律人，嘗試思索，在規範建構上是否可能有所突破，建立國家在精神文化公共設施的促進與照顧義務。

問題是，簡單的「文化」二字，卻幾乎涵蓋了人類社群生活的全部，故「文化」概念實難以經由文字意義，加以創設或解釋出來，它毋寧是一個含有許多異質性概念的字句。事實上，「文化」概念在本質上的多樣性，將開啟本專論的論述之門，更是形成本專論的多元文化主軸思考。有趣的是，當文化遇到法律，會碰出怎樣的火花呢？尤其是這兩種思考型塑，都相當具有本土性。長期作為法律繼受國家的台灣，如何發展出自己本土的文化法制，尤其是一個文化法學上的難題。就是因為它雙重的本土棘手性，難以依循外國法制有所著墨，也導致少有法律人耕耘這片文化法沙漠。但是，難歸難，嘗試仍須嘗試，因為既然「文化」概括了國人的社群生活，而法學作為研究國人生活規範的科學，

更應尋求出文化領域上的基本規範原則，這也是本專論的研究動機與目的。

在研究的伊始，德國憲法上的「文化憲法」（Kulturverfassung）與「文化國」（Kulturstaat）概念，流入本專論的文化法學思考江河，而其流動的動力則為：文化基本權（Die kulturellen Grundrechte）。文化基本權原初即為德國憲法學接受的基本權保障，而藉著文化基本權的客觀法功能，也可導出憲法對文化國家的要求，從而在我國憲法上亦同理可證：國家負有保護多元文化的「文化國」義務，這是一個憲政法治國家應履行的憲法理性。然而，我國憲法增修條文第10條第11項明定：「國家肯定多元文化，……。」這裡多元文化已成為我國憲法的國家目標，可視為憲法明文保障文化國的依據。對於憲法作為一個實證法的出發點，台灣作為一個成文法國家，憲法學的法學研究仍應盡可能由其實證規定探討。這並不是說，我們應當一字不漏地嚴格死守憲法條文，而是說，憲法實證條文是我們提出任何憲法論述的框架所在，否則憲法學討論可能喪失其正當性。

這本專論為國內文化法專論的初試啼聲，作者嘗試由文化基本權的主觀與客觀法建構出發，型塑「文化憲法與文化國」的憲法保障。首先，從自我實現作為廣義文化基本權的本質出發，試著由文化基本權作為主觀與客觀法的意義，建構文化憲法的憲法理論基礎（第一章）；其次，從文化基本權作為文化憲法的主觀法建構，藉著教育、學術、藝術、宗教等文化導向的自我實現為基礎，型塑廣義文化基本權的憲法保障內涵，作為文化憲法的主觀權利整體保障（第二章）；再者，以文化國作為文化憲法的客觀法建構基礎，從德國基本法的文化國型塑探討出發，分析我國

憲法上教育文化基本國策作為文化國的國家目標，從而建構國家中立與寬容的憲法誠命（第三章）；接著，探討多元文化國的文化資產保護，從瞭解我國文化資產保存的法規範體系出發，切入分析私有古蹟保存與人民財產權保障的問題，並針對文建會提倡的社區總體營造與文化公民權運動，從多元文化國檢視台灣目前文化建築保存的政策（第四章）；然後，對焦在多元文化國的青少年網咖文化保護，從建構以青少年基本權為基礎的網咖立法目的出發，釐清青少年網咖文化的憲法保障意義，再從多元文化國檢討網咖管制立法，並由青少年基本權進行網咖管制立法的合憲檢驗（第五章）；此外，針對有些作者關懷的其他文化憲法與文化國問題，主要涉及多元文化保障下原住民族教育的憲法建構，以及多元文化國下色情管制的合憲性，將另成專章探討（第六章）；最後，在結論與建議中，整合與檢討文化憲法與文化國的問題，希望能奠定我國文化法制的發展基礎（第七章）。

書稿寫就，沈吟不已。不知是哪一天，一個朋友告訴我：「育典，你每本書老是感謝相同的人，那序總給人『重複』的感覺。」

沒錯，我的內心深處，一直「重複」地感謝這些人，沒有間斷。對教育或宗教等文化法領域有興趣的朋友，如果曾經讀過我的相關著作，請容忍我的身心無法分離。我所做的事，都希望能真實如心，自我實現是如此，學術生活也是如此，也是一直重複。

重複，是習慣，是平凡，是自然，終成文化。看來，重複也不容易，這重複不知是天性，還是環境的磨鍊，總讓我受益匪

淺。凡事，我總在重複中熟練；凡物，我總在重複中懂得；凡人，我總在重複中瞭解。重複之後，感情投入，懂得珍惜，慈悲感恩。

感恩、重複，使我深刻體會文化，瞭解文化在每個人重複累積的難得，而個人或群體重複累積的文化差異，更值得國家或社會尊重其多元開展。這本文化法專論，就是如此重複而來。

特別感恩我的師長，他們就代表著多元文化的開展，讓我在他們身上重複學習，不斷得到。在時序上，始於國中導師張秀鳳及劉丁洲夫婦的人子之愛。到了大四，城仲模老師啟發我心生台灣關懷，陳春生老師導引我的公法熱情。研究所時，董保城老師培養我實務研究的能力，顏厥安老師知遇後促我走上學術之路，蘇永欽老師是支持我邁向學術的信心，翁岳生老師促勵我奔向德國留學之路。到德國後，Püttner教授無拘無束地寬容我的多元論文，Heckel教授傳授我德國傳統教會法的經典釋義學，Kästner教授促勵我的人本宗教法學思維開展。最後，這本文化法專論的完成，也要特別感謝Schröder教授，他去年邀請我在其德國法制史專題研究客座（同時感謝國科會與德國學術交流總署的獎助），讓我有機會在杜賓根山城沈澱醞釀此書。

值得一提的是，在Kästner, Püttner, Heckel, Schröder教授的共同推薦下，經過德國洪堡基金會的學術審查，今年初正式通知我榮獲洪堡基金會2006至2007年的研究獎學金，靜靜埋下我未來學術開展的喜悅種子。實在感恩。

如果說，我的學術投入是塊園地，那它的成長與茁壯，要歸功於我的家人、師長、朋友與學生們的持續灌溉。你們都是我生

命中的貴人，不斷形成我的奮鬥動力，源源不絕。這本書的重要連結思考，常是我半夜醒來感受到你們的愛，如獲天啟而有所體會，直奔研究室而完成。很難想像，完成後自己謝天時，也驚嘆著愛的力量。謝謝你們。我會用一輩子來珍惜。

吳幸怡、周敬凡、李惠圓、盧浩平、翁國彥、郭兆軒、毛妍懿、凌赫、王碩禧、林維毅、劉惠文、童永全、陳又禾、洪嘉佑與陳碧玉等同學，無論是在討論上，或在校稿上，都對這本專論的出版有所貢獻，感謝他們。尤其是浩平主導格式化等繁重工作，在此特別致謝。

元照出版公司，很難想像，法學界仍存此盞出版明燈，不僅是因其無計成本的法學投入，而且其從邀約、編輯到行銷的經營人性化，皆令人心中暖流浮動。在每一次與元照人的互動，都鼓勵著我下一步的奮鬥，謝謝您們。

最後，這本書要用心獻給我的師長，他們就代表著多元文化的開展，在我身上生生不息。

許育典

2006年2月11日11時
寫於雲平大樓研究室

本書常用德文縮語中文對照表

Abs.	Absatz, 第……項（某法律）
Art.	Artikel, 第……條（某法律）
Aufl.	Auflage, 第……版（書籍）
AöR	Archiv des öffentlichen Recht, 公法檔案（期刊名）
Bd.	Band, 第……冊（書籍）
BVerfG	Bundesverfassungsgericht, 聯邦憲法法院
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, 聯邦憲法法院判決集
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht, 聯邦行政法院
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht, 聯邦行政法院判決集
Diss.	Dissertation, 博士論文
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, 公行政（期刊名）
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, 德國行政公報（期刊名）
ders.	derselbe, 同上作者
f.	folgende, 第……頁及下一頁
ff.	fortfolgende, 第……頁以下
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 德意志聯邦共和國基本法
Hrsg.	Herausgeber, 編者
JuS	Juristische Schulung, 法學教育（期刊名）

JZ	Juristenzeitung, 法律人學報（期刊名）
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, 新法學週刊（期刊名）
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens, 青少年法及教育法（期刊名）
Rdnr.	Randnummer, 邊碼
S.	Seite, 第……頁
u.a.	und andere, 另參
vgl.	vergleiche, 請參考
WRV	Weimarer Reichsverfassung, 威瑪憲法
z. B.	zum Beispiel, 例如
Z. f. Päd.	Zeitschrift für Pädagogik, 教學期刊（期刊名）

本書引註格式說明

(一)本書採同頁腳註格式

引用同一著作時，如緊接上一註解引用，則使用「同上註××，頁××」方式，如其間隔有其他註解，則再行寫明著作的名稱或其他出版資訊等。以下分為中文與德文兩部分加以說明。

(二)中文部分

專書或期刊雜誌的論文名稱，皆以〈〉表示；專書書名、學位論文或期刊雜誌名稱，則以《》表示；關於年份、頁數、卷期數、法律條文條次或大法官解釋等數字，均以阿拉伯數字書寫，詳細舉例如下：（以下有箭號→部分，是指重複引用時的註解寫法）

1. 專書：許育典，《法治國與教育行政：以人的自我實現為核心的教育法》，台北：高等教育，2002年，頁3。
→許育典，《法治國與教育行政：以人的自我實現為核心的教育法》，頁3。
2. 專書論文：許育典，〈在學關係之法律性質〉，收於：台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（下）》，台北：五南，2000年，頁1325以下。
→許育典，〈在學關係之法律性質〉，《行政法爭議問題研究（下）》，頁1325以下。
3. 譯著：Thomas Armstrong著，李平譯，《經營多元智慧》，台北：遠流，1997年，頁7。
→Th. Armstrong著，李平譯，《經營多元智慧》，頁7。

4. 學位論文：許育典，《論國民教育基本權利的法規範》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1994年，頁216。
→許育典，《論國民教育基本權利的法規範》，頁216。
5. 期刊：許育典，〈從「人的自我實現」作為基本權的本質建構多元文化國的教育基本權核心以及教育行政中立與寬容原則（上）〉，《月旦法學雜誌》，49期，1999年6月，頁120。
→許育典，《月旦法學雜誌》，49期，頁120。
6. 研討會發表論文：許育典，〈論宗教自由的保障與實質法治國的實踐□□評司法院大法官釋字第490號解釋〉，第三屆憲法解釋之理論與實務學術研討會，中央研究院主辦，2001年3月24日。
→許育典，第三屆憲法解釋之理論與實務學術研討會。
7. 研討會論文集：許育典，〈人的自我實現作為原住民教育基本權的核心建構：二十一世紀原住民族教育的法制展望藍圖〉，收於：高淑芳編，《九十年原住民族教育學術論文發表暨研討會論文集》，新竹：竹師原住民族教育中心，2001年，頁17以下。
→許育典，〈人的自我實現作為原住民教育基本權的核心建構：二十一世紀原住民族教育的法制展望藍圖〉，《九十年原住民族教育學術論文發表暨研討會論文集》，頁17以下。

（三）德文部分

引用德文著作時，依序註明作者、論文或專書題目、出處、出版資訊、年代及頁數等，詳細舉例如下：（以下有箭號→部分，是指重複引用時的註解寫法）

1. Yue-dian Hsu, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen

Kulturstaat. Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, Berlin 2000, S. 11 ff.

→ *Y.-d. Hsu*, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat. Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, S. 11 ff.

2. *Paul Kirchhof*, Der Beitrag der Kirchen zur Verfassungskultur der Freiheit, in: *K.-H. Kästner/ K. W. Nörr/ K. Schlaich* (Hrsg.), Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1999, S. 775 ff.

→ *P. Kirchhof*, Der Beitrag der Kirchen zur Verfassungskultur der Freiheit, FS Martin Heckel, S. 775 ff.

3. *Hasso Hofmann*, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, Der Staat 1995, S. 1 ff.

→ *H. Hofmann*, Der Staat 1995, S. 1 ff.

目 錄

自 序

本書常用德文縮語中文對照表

本書引註格式說明

第一章 自我實現作為文化憲法的建構基礎

I、自我實現與多元社會	3
II、自我實現、基本權與法律	6
III、自我實現作為文化憲法的法建構	10
壹、自我實現作為文化憲法的核心	11
一、文化具有自主性	13
二、文化具有開放性	13
三、文化具有多元性	13
貳、文化基本權作為主觀權利	18
參、文化基本權作為客觀價值決定	20
IV、文化國、文化基本權與文化憲法	25
壹、文化國作為文化基本權的客觀價值決定	25
貳、文化國、法治國與社會國	27
V、小 結	32

第二章 文化基本權作為文化憲法的主觀法建構

I、教育基本權作為文化憲法的保障	37
壹、教育基本權的概念釐清	37
貳、教育基本權作為防禦權的保護法益	46
一、學生的自我實現權	47
二、父母的教育權	48
三、教師的教學自由	49
參、教育基本權作為共享權的保護法益	49
一、現有教育設施的入學請求權	50
二、必要教育設施的創設請求權	51
肆、教育基本權作為客觀價值秩序的保護法益	52
一、以學生自我實現為核心的課程標準	52
二、以學生自我實現為核心的教育計畫	53
三、以學生自我實現為核心的教科書編製	54
四、以學生自我實現為核心的師資培育	55
伍、教育基本權作為制度性保障的保護法益	55
一、以學生自我實現為核心的國家監督制度	57
二、以學生自我實現為核心的私立學校制度	58
陸、教育基本權作為組織與程序保障的保護法益	59
一、以學生自我實現為核心的學校自治	59
二、學生代表組織的參與學校自治程序	61
三、父母代表組織的參與學校自治程序	61

II、學術自由作為文化憲法的保障	62
壹、學術的概念釐清	62
貳、學術自由作為防禦權的保護法益	65
一、研究自由	66
二、講學自由	69
三、學習自由	71
參、學術自由作為客觀價值秩序的保護法益	75
肆、學術自由作為制度性保障的保護法益	77
III、藝術自由作為文化憲法的保障	80
壹、藝術的概念釐清	81
一、形式的藝術概念	82
二、實質的藝術概念	84
三、溝通理論的藝術概念	87
四、小 結	89
貳、我國憲法上藝術自由的保障根據	92
一、憲法第11條	93
二、憲法第22條	95
三、小 結	98
參、藝術自由作為防禦權的保護法益	104
肆、藝術自由作為共享權的保護法益	106
伍、藝術自由作為客觀價值秩序的保護法益	109
陸、藝術自由作為制度性保障的保護法益	112