

4

月旦民商法研究丛书

月旦民商法研究

法学方法论

方 法 论

清华大学出版社



Cross - Strait Law Review

D913.04
27

4

月旦民商法研究丛书



月旦民商法研究

法学方法论

SAY93/02

北方工业大学图书馆



00572979

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

法律本身就是一种制度性的安排与实践,以求使人们向往秩序并追求确定的依归。然法律本身的周延以及更深层次的进展,却有赖于法学方法作为依藉,使其得以更有序的落实。法学方法之研究,应是法学界永恒之议题。本书以“法学方法论”为主题,分别从不同的角度,赋予法学方法不同的视野与诠释。

元照出版有限公司授权出版发行

Authorized by ANGLE PUBLISHING L. L. C. , copyright © 2004.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage retrieval system, without permission from ANGLE PUBLISHING L. L. C.

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2004-5089

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13901104297 13801310933

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

本书防伪标签采用清华大学核研院专有核径迹膜防伪技术,用户可通过在图案表面涂抹清水,图案消失,水干后图案复现;或将表面膜揭下,放在白纸上用彩笔涂抹,图案在白纸上再现的方法识别真伪。

图书在版编目(CIP)数据

法学方法论/王文杰主编. —北京:清华大学出版社,2004.10

(月旦民商法研究丛书:4)

ISBN 7-302-09536-1

I. 法… II. 王… III. 法学-方法论-研究 IV. D90-03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 094443 号

出 版 者: 清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社 总 机: 010-62770175

地 址: 北京清华大学学研大厦

邮 编: 100084

客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 聂 鑫

印 装 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155×230 印 张: 14.75 字 数: 232 千 字

版 次: 2004 年 10 月 第 1 版 2004 年 10 月 第 1 次 印 刷

书 号: ISBN 7-302-09536-1/D·138

印 数: 1~4000

定 价: 25.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话(010)62770175-3103 或(010)62795704

前 言

法律适用的结果系能利用科学的方法与论证基础，以确保法律工作者能无所偏离地达成法律所追求之目的。法学方法之研究，可以说是法学界永恒之议题。本辑以“法学方法论”为主题，邀得四位于此领域学有专长之学者，分别从不同之角度，赋予法学方法不同的视野与新生命。

“法学论述”作为本丛书常态性的安排，目的在广纳学者专家们精彩且鞭辟入里的研究积累。朱柏松教授在物权法、陈文吟教授在专利法，分别在其专业的论述上，给予读者一份精彩的学术成果。中国内地青年学者徐晓峰从请求权出发，试图重新建构民事责任法律规范，深获审稿人青睐，本书特别予以收入，以飨两岸读者。

医病关系以及医疗纠纷之相关法律问题，可说是目前各国和地区关注的焦点。究竟医疗契约是否有必要作为一个有名契约纳入相关法规，具体规范医师与病人之权利义务？又医师与医院于医疗过程中，应负何种责任？台湾地区“医疗法”于今年4月甫修正通过，确认医师之过失责任原则。这其中之利弊得失，仍有待法学界进一步的分析研究。本辑“两岸案例评析”，中国内地学者宁红丽以荷兰法为例，说明医疗契约立法之趋势。另外，台湾地区蔡惠如法官与中国内地张新宝教授分别从两岸医疗环境现况、医病关系，以及相关法规着手，评析台湾地区台北“地方法院”2000年度重诉字第472号判决。

立法程序本身就是一门极为专业的法领域，个中有许多值得探究之处。本辑特请中国内地蔡定剑教授执笔，评析全国人民代表大会之立法程序。

目 录

主题研讨

继受法国家或地区中的法比较

——以宪法解释作为观察对象 陈爱娥/1

目的性限缩之论证结构 王鹏翔/15

利益衡量论的生成与展开

——日本民法解释学的若干探讨 段 匡/35

法律方法的性质与作用

——兼论法律的结构及其客观性 葛洪义/58

法学论述

论袋地通行权与公用地役权之关系 朱柏松/76

由美国法制探讨生物药品专利 陈文吟/99

请求权概念批判 徐晓峰/121

两岸案例评析

大陆法系国家的医疗合同立法及其对我国的借鉴

意义 宁红丽/148

台湾地区医疗纠纷之法律课题 蔡惠如/170

医疗人身损害赔偿案件评论

——以大陆法为准绳 张新宝/187

法令动态

论全国人大及其常委会的立法程序 蔡定剑/206



Contents

Special Feature

- Rechtsvergleichung im das fremde Recht rezipierten Staat;
Am Beispiel der Verfassungsinterpretation Ai-Er Chen/1
Zur Begründungsstruktur der teleologischen
Reduktion Peng-Hsiang Wang/15
The Formation and Development of the Theory of Balancing
of Interests: A Discussion on the Studies of
Japanese Civil Law Interpretation Kuang Duan/35
The Nature and Function of Legal Method: On the
Structure of Law and Its Objectivity Hong-yi Ge/58

Articles

- 邻地通行權と通行地役權との关系についての
—考察 Peh-Sung Chu/76
The Study on the Biopharmaceutical Patents under
the U. S. Laws Wen-Yin Chen/99
Criticism of the Concept of Claim Xiao-Feng Xu/121

Case Comments

- A Study on the Legislation Regarding the
Medical Contract in Civil Law Countries and in
Mainland China Hong-Li Ning/148
Case Comments Concerning Medical Lawsuits:
Cross-Strait Viewpoints Huei-Ju Tsai, Xin-Bao Zhang/187

Legislative Procedure Section

- Legislative Procedures of Mainland China's Congress and Its
Standing Committees Ding-Jian Cai/206



继受法国家或地区中的法比较^{*}

——以宪法解释作为观察对象

陈爱娥 台北大学法学系副教授

目次

壹、前言

贰、大法官解释广泛采纳从外国继受的基本权释义学

叁、差异甚大的各国或地区分权构想与大法官的相关解释

肆、大法官从事法继受的问题

伍、在“宪法”范畴为法比较时应留意的几个观点：代结论

壹、前言

近十年来，台湾地区的宪法学者对“司法院”大法官的解释实务发挥重大的影响。这项发展的首要原因在于，“司法院”大法官半数来自法学界，借此，法学理论得与大法官解释实务相连接^[1]。此外，大法官也经常运用“司法院”大法官审理案件法第13条第1项的机制，向宪法学者取得专家鉴定意见或举行言词辩论^[2]。然而，假使更深刻地

^{*} 本文改写自原以德文发表于第二届台德学术研讨会（2002年9月26日至28日，台北）的：Die Einwirkungen der Verfassungsrechtswissenschaft auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan, in: Christian Starck (Hg.), Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, 2004, S. 111 ff. 原文着重指出，台湾地区宪法学界对“司法院”大法官宪法解释实务的影响；本文则补充强调，宪法学界与释宪实务从事“宪”法继受时应留意的法比较要求。

[1] 翁岳生，台湾地区释“宪”制度之特征与展望，“司法院”编，“司法院”大法官释宪五十周年纪念论文集，1998年9月，306-308页。

[2] 其规定：“大法官解释案件，应参考制宪、修宪及立法资料，并得依请求或径行通知声请人、关系人及有关机关说明，或为调查。必要时，得行言词辩论。”

观察大法官的解释实务，很快就会发现，宪法学的影响在基本权保障的部分远大于“国家”组织法的部分。所以致此，依笔者之见，恐怕与诸多宪法学者各自有不同的留学背景，各自参照不同国家的宪法规定、继受不同国家的宪法释义学学理，并共同参与影响大法官的解释有关。具体言之，在所继受之各国法制具有相当共识的基本权保障部分，即使论述方式不同，其结论并无大异，因此，学界易于共同发挥影响实务的力量；相对于此，关于国家权力组织的法制，各国相去甚远，宪法学者假使各自恪遵其留学国的法制模式，则宪法学界本身就很难获致一定的共同理解。然而，这种看法植基于下述假定：“司法院”大法官——受宪法学者影响而——继受外国法制的风格，比较是“模仿”，而非“再造”〔3〕；这项假定是否正确，必须具体观察大法官的相关解释才能确认。

就此，将在基本权保障与国家组织法的部分，分别选择若干（或者依其内容，或者依其产生方式，显示其受宪法学界影响的）重要案例，说明宪法学界作用于各该解释或不同意见书之理由建构的方式。在此，为了集中显示宪法学界影响释“宪”实务的方式，将不深入说明其于此发挥的多方面积极作用。在观察大法官相关解释，说明其从事法继受的问题之后，文末将尝试指出，继受法国家就宪法解释为法比较时应留意的观点。

贰、大法官解释广泛采纳从外国继受的 基本权释义学

诸多关于基本权保障的解释都显示，“司法院”大法官乐于将法学教授从外国继受来的基本权释义学理落实到释“宪”实务中。就此，可以分别由基本权释义学的一般理论与个别基本权学理两方面来观察：

一、基本权释义学的一般理论

首先应该指出，特别权力关系中基本权保障的问题在台湾地区迄今大体仍依循 Carl Hermann Ule 的理论来解决。大法官在释字第 243 号解释

〔3〕真正的法继受应是富有创造力的“再造”，而非奴仆式的“模仿”；就此，详参见：Peter Häberle, Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, JZ 1992, S. 1035.

(1989年7月19日)中首次明白处理此一问题。其指出,“对于公务员所为之免职处分,直接影响其‘宪法’所保障之服公职权利,受处分之公务员自得行使‘宪法’第16条诉愿及诉讼之权。”当时,大法官郑健才就已经根据所谓的“五权宪法”体制主张,免职处分应由考试权而非司法权加以审查;此外,在台湾地区“宪法”体系下亦不生特别权力关系的问题^[4]。虽然如此,多数大法官仍贯彻其见解,在后续多号解释里,只要涉及特别权力关系之地位的变更,或影响到“宪法”所保障之基本权利时,对公务员^[5]、学生^[6]与军人^[7]均开放权利救济管道^[8]。前述解释显然采纳了Ule划分基础关系与管理关系的理论;公务人员保障法(1996年10月16日制定公布,2003年5月28日修正公布)甚至以法律明定此一区分^[9]。如是,Ule理论隐含的问题——并未发展出足以清楚划分基础关系与管理关系的可靠标准^[10],也同被继受。

此外,德国宪法释义学发展出来的,各种基本权的客观法规范功能,除了所谓的“基本权第三人效力”(或称“扩散效力”)^[11],也被“司法院”大法官继受。

大法官在释字第316号解释(1993年5月7日)已经要求,公务人员保险法应增列给付项目^[12];借此,大法官似已承认,可以由基本权规

[4] 参见其对该号解释发表的一部不同意见书。

[5] 参见释字第266、298、312、323与338号解释。

[6] 参见释字第382号解释。

[7] 参见释字第430号解释。

[8] 释字第298号解释文的下述文字足为范例:“关于足以改变公务员身份或对于公务员有重大影响之惩戒处分,受处分人得向掌理惩戒事项之司法机关声明不服,由该司法机关就原处分是否违法或不当加以审查,以资救济。”

[9] 其明定,“公务人员对于服务机关或人事主管机关……所为之行政处分,认为违法或显然不当,致损害其权利或利益者,得依法提起复审”(第25条第1项前段);“对于服务机关所为之管理措施或有关工作条件之处置认为不当,致影响其权益者,得依法提起申诉、再申诉”(第77条第1项)。

[10] 就此的批评:Hans-Uwe Erichsen in: ders. (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, § 12 Rn. 40-41.

[11] 相对于此,王泽鉴大法官则倾向于承认基本权具有间接第三人效力:王泽鉴,“‘宪法’基本权利与私法——合宪性控制在法学方法上的分析”,“司法院”编,“司法院”大法官释‘宪’五十周年纪念论文集,1998年9月,66-70页。

[12] 其认定,“惟‘植物人’之大脑病变纵可终止治疗,其所需治疗以外之专门性照护,较残废给付更为重要,现行公务人员保险就专业照顾欠缺规定,应迅予检讨改进”。然而,许宗力教授根据权力分立原则对此持反对立场:许宗力,基本权的功能与司法审查,宪法与法治国行政,1999年3月,161-162页。

定推导出对当局的原始给付请求权。大法官在释字第 445 号解释（1998 年 1 月 23 日）也表达类似见解^[13]；其指出，“当局为保障人民之集会自由，应提供适当集会场所。”然而，其嗣后在释字第 485 号解释（1999 年 5 月 28 日）却又指出，“立法者基于社会政策考量，尚非不得制定法律，将福利资源为限定性之分配”；质言之，考量到当局财政资源的有限性，大法官似又承认立法者对社会保险体系有一定的形成空间^[14]。

释字第 445 号解释同时提及，当局为保障人民之集会自由，应“保护集会、游行之安全使其得以顺利进行”；借此，大法官似已承认当局负有基本权的保护义务。事实上，前此大法官在若干解释里已提及基本权保护义务的理念，但其或者只是作为基本权限制条款而被提及（释 284 解释），或者仅被用为规范审查的标准（释 422 解释）^[15]。

近年来，基本权的组织与程序保障功能在大法官的解释里亦日渐贯彻。大法官在释字第 364 号解释（1994 年 9 月 23 日）指出，为保障广电自由，当局应透过法律，建构足以确保对电波频率之使用为公平合理分配的制度^[16]。吴庚大法官针对释字第 368 号解释（1994 年 12 月 9 日）所发表的协同意见书，在权利救济保障的脉络里描绘了程序保障的理论（其名之为“制度的保障”），并且明白引用 Carl Schmitt、Friedrich Klein、Albert Bleckmann 与 Christian Starck 等德国宪法学者的见解。此外，大法官关于学术自由的一系列解释，质言之，释字第 380（1995 年 5 月 26 日）、450（1998 年 3 月 27 日）、462（1998 年 7 月 31 日）与 563 号解释（2003 年 7 月 25 日），也可以划归这一类解释^[17]。其中最值得强调的是释字第 380 号解释；在此，大法官首次明白指出，学术自由应透过组织法制加以确保。最后，大法官在释字第 488 号（1999 年 7 月 30 日）与第 489 号解释（1999 年 7 月 30 日）里要求，在限制人民的财产权时，“基于保障人民权利之考量，法律规定之

[13] 作成该号解释前，大法官曾举行言词辩论，并取得三位法学教授的专家鉴定意见。

[14] 就此可见 Chien-liang Lee, Die Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsentwicklung in Taiwan (1949—1999) im Vergleich mit Deutschland, in: Christian Starck (Hg.), Staat und Individuum im Kultur- und Rechtsvergleich, 2000, S. 162-163.

[15] 参见 Lee, (Fn. 14), S. 161-162.

[16] 参见许宗力，前揭注 12 文，168-170 页；陈爱娥，基本权作为客观法规范——以“组织与程序保障功能”为例检讨其衍生的问题，李建良、简资修主编，宪法解释之理论与实务(二)，2000 年 8 月，254-255 页。

[17] 参见许宗力，前揭注 12 文，171-172 页；陈爱娥，前揭注 16 文，255-256 页。

实体内容固不得违背‘宪法’，其为实施实体内容之程序及提供适时之司法救济途径，亦应有合理规定，方符‘宪法’维护人民权利之意旨。”

综合以观可以确定：在基本权释义学的一般理论上，德国宪法释义学对近十年来的大法官解释具有支配性的影响力。然而，在个别基本权学理上，则未必如此。

二、个别基本权学理

对“司法院”大法官关于言论自由（以及与此相关联之集会自由）的解释，美国宪法释义学具有相当大的影响。在前已提及的释字第364号解释里，大法官直接引用“接近使用媒体权”（the right of access to the media）的美国宪法理论^[18]，并据此要求，“对于人民平等‘接近使用传播媒体’之权利，在兼顾媒体编辑自由原则下，予以尊重，并均应以法律定之。”此外，大法官在前已述及之释字第445号解释也采纳了美国宪法学上的“双轨理论”（Two-Track Theory）。“双轨理论”划分集会游行的实质内容主张与集会游行的时间、场所、方式。针对后者所为限制，应受较为轻度的审查。然而，依法治斌教授的见解，释字第445号解释无保留地认定，“有关时间、地点及方式等未涉及集会、游行之目的或内容之事项，为维持社会秩序及增进公共利益所必要，属立法自由形成之范围”，其审查又未免过于宽松^[19]。

美国宪法学理对于“司法院”大法官的吸引力也表现在与人身自由相关的解释上。大法官宣示，尤其是在涉及人身自由的限制时，特别应遵守“正当法律程序”（due process of law）原则^[20]。大法官在释字第384号解释（1995年7月28日）里指出，“宪法”第8条所称“依法定程序”，“系指凡限制人民身体自由之处置，不问其是否属于刑事被告之身份，政府机关所依据之程序，须以法律规定，其内容更须实质正当，并符合‘宪法’第23条所定相关之条件”。孙森焱大法官则在其协同意见书指出，“正当法律程序”中的“实质正当”乃是英美法系的产物；

[18] 关于“接近使用媒体权”在美国之发展的详细介绍，可参见林子仪，论接近使用媒体权，言论自由与新闻自由，1993年4月，193-223页。

[19] 依法治斌，集会游行之许可制或报备制：概念之迷思与解放，大法官释“宪”五十周年学术研讨会记录，1999年4月，12-13页、15-16页。

[20] 关于大法官援用“正当法律程序”之情况的详细说明与批评，详见陈爱娥，正当法律程序与人权之保障——以台湾地区法为中心，宪政时代，29卷3期，2004年1月，359页以下。

他与林永谋大法官^[21]都明白反对不假思索地援用外国之法律制度的做法。

德国宪法释义学对个别基本权理论的影响,表现在牵涉平等权的大法官解释上。大法官在释字第365号解释(1994年9月23日)^[22]采纳了德国联邦宪法法院先前支持,如今则已正确地放弃了的见解^[23]。本件解释理由书指出,“因性别而为之差别规定仅于特殊例外之情形,方为宪法之所许,而此种特殊例外之情形,必须基于男女生理上之差异或因此差异所生之社会生活功能角色上之不同,始足相当”。其后牵涉男女平权的解释^[24],则追随此一见解^[25]。翁岳生大法官在针对释字第455号解释(1998年6月5日)所提的协同意见书中,引述学术论著强调平等原则与自由权之性质上的差异,并要求,一旦立法者已规定划分的原则,除非基于重大的公益理由,不应任意突破其前已规定的划分原则;质言之,立法者应受其自身所定原则的拘束(“体系正义”的要求)。

总结而言可以确定,大法官普遍采纳了关于个别基本权的宪法学理;多数大法官乐于运用此等理论,虽然始终都存有反对的声音。然而,一旦观察涉及“国家”组织法制的解释,情形就显然不同。

叁、差异甚大的各国或地区分权构想与 大法官的相关解释

一、以“政治问题理论”(political question doctrine)作为拒绝解释的理由?

在牵涉国家组织法的脉络里,首先应该提及的是涉及大法官本身权限的解释。在释字第328号解释(1993年11月26日)^[26],大法官未经

[21] 参见其针对释字第384号解释所提协同意见书。

[22] 在此牵涉的是修正前之‘民法’第1089条规定的合宪性。依该条规定,父母关于亲权的行使意见不一致时,以父的意见为准。

[23] Ingo von Münch, Staatsrecht II, 5. Aufl., 2002, Rn. 586.

[24] 这包括释字第410、452、457号解释。

[25] 类似看法可参见许宗力,从大法官解释看平等原则与违宪审查,李建良、简资修主编,宪法解释之理论与实务(二),2000年8月,96-97页。

[26] 关于本号解释的声请背景,详可参见李建良,政治问题与司法审查——试评“司法院”大法官相关解释,刘孔中、李建良主编,宪法解释之理论与实务,1998年6月,182-183页。

详细说明理由^[27]，就遽尔援引美国“政治问题理论”，认定“宪法”第4条“所称固有疆域范围之界定，为重大之政治问题，不应由行使司法权之释宪机关予以解释”。此外，大法官在经过两次言词辩论之后所作的释字第419号解释（1996年12月31日）中表示，“行政院，院长于新任‘总统’就职时提出总辞，系基于尊重当局‘元首’所为之礼貌性辞职，并非其‘宪法’上之义务。对于‘行政院’院长非‘宪法’上义务之辞职应如何处理，乃‘总统’之裁量权限，为学理上所称统治行为之一种，非本院应作合‘宪’性审查之事项”^[28]。然而，大法官在两号解释里均未指明，运用“政治问题理论”的清楚判准何在。质言之，事前无法预见，大法官何时将诉诸“政治问题理论”而拒为实体的解释。例如，吴庚大法官在针对释字第387号解释（1995年10月13日）所提的不同意见书中，广泛援引美国、英国、法国与德国的法院实务与学理，主张立法委员任期届满改选后第一次集会前，“行政院”院长向“总统”提出辞职，质属“政治问题”^[29]；但此一见解为多数大法官所不采。

二、应如何划定修宪的界限？

为了确认“国民大会”透过修“宪”程序延长其任期两年的“宪法”规定违“宪”，大法官邀请诸多宪法学者提出专家鉴定意见。最后在释字第499号解释（2000年3月24日）里，大法官广泛援用外国方法论文献^[30]、考量包括德国、意大利、土耳其与美国宪法审判机关的裁判，只是为了证立，除基于修‘宪’程序的观点外，大法官亦有权审查修‘宪’之实质内容的合宪性。对于本件争议的核心问题，质言之，修‘宪’的界限何在？此次修‘宪’是否并何以逾越此等界限？依笔者之见，大法官并未作深入的论述。

[27] 类似见解：汤德宗，大法官有关“权力分立原则”解释案之研析，权力分立新论，2000年，261页。

[28] 大法官乃据此驳回“立法院”此部分的声请。就整个声请内容的介绍以及对该号解释的评论，可参见李建良，前揭注26文，191-194页。

[29] 就此的批评：李建良，前揭注26文，189-191页。

[30] 明白被援引的包括：Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 313 ff.; Emilio Betti, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, 1967, S. 645 ff.

三、如何在“行政院”与“立法院”之间分配预算相关权限？

最后要提及的是——导致宪法学者意见严重分歧的——释字第520号解释（2001年1月15日）。于此，大法官主要应处理的争议是：就“立法院”议决的，关于核能电厂的预算，“行政院”得否径自决议停止执行。如众所周知，当时占“立法院”多数席次的立法委员与“行政院”分属不同政党。无论是作为声请机关的“行政院”或是“立法院”，都曾经广泛咨询宪法学者的意见。解释结果使双方均感失望。大法官内部意见也极端分歧，超过半数的大法官提出个人意见，其中包含6份协同意见书^[31]，3份不同意见书。如是，本号解释会包含诸多折中见解，自然不在意料之外。在此，大法官先是一般性地指出，“主管机关依职权停止法定预算中部分支出项目之执行，是否当然构成违‘宪’或违法，应分情况而定。诸如维持法定机关正常运作及其执行法定职务之经费，倘停止执行致影响机关存续者，即非法之所许；若非属当局重要政策之变更且符合预算法定要件，主管机关依其合义务之裁量，自得裁减经费或变动执行。”针对本件争议，其仅认定，“因施政方针或重要政策变更涉及法定预算之停止执行时，则应本‘行政院’对‘立法院’负责之‘宪法’意旨暨尊重‘立法院’对台湾地区重要事项之参与决策权，依照‘宪法’增修条文第3条及‘立法院’职权行使法第17条规定，由‘行政院’院长或有关部会首长适时向‘立法院’提出报告并备质询”，“本件经‘行政院’会议决议停止执行之法定预算项目……属台湾地区重要政策之变更，仍须尽速补行上开程序”。然而，对于最根本的问题——假使双方意见不一，谁应该拥有最后的决定权，大法官则避而不谈。

综合来看，一旦台湾地区机关发生权限争议的情形，宪法学理对大法官能够提供的帮助非常有限。在这个脉络里，大法官经常邀请宪法学者提出专家鉴定意见，也乐于运用言词辩论的机制。在此，不仅德国与美国，包括英国、法国、奥地利与其他国家的分权构想都被加入讨论。然而，即使经过学界如此广泛援引外国经验的参与，仍然看不出清楚台湾地区分权架构何在。然则，释“宪”实务——在宪法学

[31] 其中应该特别强调的是黄越钦大法官提出的协同意见书，盖其为论证“立法院”的参与权限、说明预算的类型，援引了奥地利宪法法院的裁判与德、奥的相关文献。

界的帮助下——所从事的外国宪法学理的继受方式，是否有必须调整之处？

肆、大法官从事法继受的问题

在这个脉络里特别值得一提的是，马汉宝大法官针对释字第 342 号解释（1994 年 4 月 8 日）提出的协同意见书。在本号解释中，多数大法官为证立议会自律原则，在解释理由书中援引了美国、日本与德国宪法审判机关的裁判。对于此等做法，马汉宝大法官提出严厉的批评。其指出，大法官应依据台湾地区现行“宪法”而为决定，只是为强化论证才有必要援引外国文献；然而，被多数大法官援引之外国裁判的案件基础事实，与本件解释的声请事实不同，因此不应援引此等裁判^[32]。这个意见隐含了一个更根本的问题——应如何进行法比较，才能正当地有助于台湾地区法官的裁判？此外，马汉宝大法官的前述协同意见书也已经暗示台湾地区释“宪”实务为法比较时的可疑操作模式——欠缺脉络关联地援引外国法制。再者，在何等宪法领域里应援引哪一国家法制的判准何在？大法官何以能够在同一号解释里同时援引不同国家的宪法理论（参见前文对释字第 364 与 445 号解释的说明）？此种规则不明的法比较方式是否会进一步影响“宪法”争议决定的可预测性^[33]？就此等问题，大法官似乎均未加着墨。总之，在援引外国法规范乃至法理论时，应遵守如何的要求？在一个不仅是继受外国法，甚至也乐于引述外国法释义学的地区，前述问题自不容轻忽视之。下文拟针对“宪法”领域内的法比较，指出其应留意的观点。

[32] 不同见解：李建良，“国会”议事自律与“违宪审查”——“司法院”大法官释字第 342 号解释，宪法理论与实践（一），1999 年 7 月，231 页。

[33] Gunnar Folke Schuppert 援引 Dieter Grimm 的论述，正确地指出，方法本身就是一种权力因素（“Methode als Machtfaktor”）；假使宪法审判权在方法上无所羁绊，则其权限亦将无所限制；G. F. Schuppert, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht-Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in “schwierigen Zeiten”, AöR 120/1995, S. 68 71.

伍、在“宪法”范畴为法比较时应留意的 几个观点：代结论

一、作为文化比较之一环的“宪法”比较，应考量相互比较之法规范、法理论的事实与规范脉络

在此，作为继受对象的“宪法”非仅指法规范文本（juristischer Text）或规范性的“规则作品”（normatives “Regelwerk”）而已，毋宁是一国或地区人民文化发展状态、文化自我表述手段的表现，其文化遗产的反映，乃至其希望的基础所在。作为开放社会各方宪法解释者共同完成之作的，活生生的“宪法”（lebende Verfassungen），无论由形式或实质内容而言，都是文化的表达与传述。如是，宪法学被理解为“文化之学”（Kultur-wissenschaft）；其要求，法规范文本自始就必须参照其文化脉络（kulturellen Kontext）来理解^[34]。因此，前文提及的，大法官的解释文、解释理由书，乃至个别大法官的意见书中经常出现的，未经详细说明相关“宪法”规定与其援引之外国宪法规定、学理的类似性如何，即遽尔引用的做法，诚宜避免。

具体言之，法规范乃用以规整生活关系，假使要真正理解被继受之法规范、法制度的意义，不将此等生活关系纳入法比较的关照范畴，将不能真正理解该当法规范与法制度^[35]。此外，为了确实掌握外国的法秩序，不仅要考量其事实上的环境条件，也必须考虑其规范上的脉络关联；诚如 Christian Starck 所论，个别法律制度或法律问题的法比较（微观的法比较，Mikrovergleichung）是以宏观的法比较（Markovergleichung），质言之，整体法领域的比较为前提^[36]。最后，诚如 Peter Häberle 所强调的，继受的一方必须将所承受的“外来之物”安排进自

[34] P. Häberle, a. a. O. (Fn. 3), S. 1034.

[35] Christian Starck, Rechtsvergleich im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1023. Peter Badura 也强调，在具体化——一般、开放、不完整、意义广阔且不确定的——宪法规定时，必须将属于规整对象的具体条件与情事纳入考量：P. Badura, § 163 Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 1992, Rn. 5-6.

[36] Ch. Starck, a. a. O. (Fn. 35), S. 1026.

身的法秩序之内，安排进其宪法的整个体系之内；因此，长久来看，继受必须是一个具有创意的过程，是一种富有创造力的“再造”（schöpferische Re-Produktion），而非奴仆式的“模仿”（sklavische Nachahmung）^[37]。

据此也可以说明，何以宪法比较在国家组织法上的成果——相对于基本权保障的部分——极为有限。盖牵涉国家组织法者，正是应“拘束、缓和与控制”政治（=权力竞逐）的宪法部分^[38]，在这一领域内的法律争论乃是政治争论的延续，盖法规范的设计与各该国家的政治情境尤其密切相关；英国学者 Martin Loughlin 认定，“它要求那些负责在这一领域作出法律决策的人士理解决策过程的更宽广的结构性背景”，可以说是其来有自^[39]。也正是在此一部分，宪法裁判机关特别必须面对，必须引导各方竞争对手，却不自陷于竞逐战场的艰难议题。简洁一点说，尤其在国家组织法的部分，并无现成、简便的外国解答可供援引；无论是宪法学者或是宪法裁判机关，假使不能深探援引外国法成长的政治脉络，不能同时关照本土特有的权力情境，其所得将只是空洞华丽的文字，而非切合实际的问题解决方案。

二、掌握指涉政治内涵之宪法规定的特殊困难：意识形态批判的必要性

事实上，即使在基本权的领域，宪法也不脱其与政治（=共同生活体）^[40]的纠葛。有鉴于宪法规定的规范对象（国家（或地区）与人民之基本权利义务关系、国家（或地区）权力组织的建构），宪法的规整与原则——相较于其他法律领域——更明显是政治性之秩序观念、政治性决定或妥协的表述，因此，宪法规定具有特殊的，指涉政治的内涵；诸如民主体制、法治国、自由与平等之类的根本性宪法概念，都是必然

[37] P. Häberle, a. a. O. (Fn. 3), S. 1035.

[38] Josef Isensee, § 162 Verfassungsrecht als “politisches Recht”, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 1992, Rn. 10.

[39] Martin Loughlin, Public Law and Political Theory, 1992. 在此引用的是郑戈的译本；马丁·洛克林，公法与政治理论，2002年，8页。

[40] Görg Haverkate 指出，“政治”一词直到19世纪都还被普遍理解为，对社会秩序作合理的形塑与管理；G. Haverkate, Gewißheitsverluste im juristischen Denken-Zur politischen Funktion der juristischen Methode, 1977, S. 173.