

法學專書系列 21



憲政主義與人權理論 的移植與深耕

憲法解釋之理論與實務 第九輯

李建良主編

中央研究院法律學研究所

中央研究院法律學研究所

法學專書系列 21

憲政主義與人權理論的移植與深耕

憲法解釋之理論與實務

第九輯

李 建 良

主編

中華民國一〇六年四月

臺北 南港

憲法解釋之理論與實務. 第九輯：憲政主義與人權理論的移植
與深耕 / 李建良主編. -- 臺北市：中研院法研所，2017.04
面；公分. -- (中央研究院法律學研究所法學專書系列；21)
ISBN 978-986-295-687-8 (軟精裝)

1. 中華民國憲法 2. 憲法解釋 3. 文集

581.2407

106006773

中央研究院法律學研究所 法學專書 (21)

憲法解釋之理論與實務 第九輯 憲政主義與人權理論的移植與深耕

出版委員／顏厥安（臺大法律學院教授兼人權暨法理學研究中心主任）

陳忠五（臺大法律學院特聘教授）

陳立夫（政治大學地政學系教授）

陳運財（成功大學法律學系教授）

廖大穎（中興大學法律學系教授）

陳愛娥（臺北大學法律學系副教授）

劉淑範（中研院法律學研究所副研究員）

王鵬翔（中研院法律學研究所副研究員）

陳舜伶（中研院法律學研究所助研究員）

林建志（中研院法律學研究所助研究員）

林子儀（中研院法律學研究所特聘研究員兼所長）

專書主編／李建良

編輯助理／葉欣怡 江維萱

出版者／中央研究院法律學研究所

地址：臺北市 11529 南港區研究院路二段 128 號

網址：<http://www.iias.sinica.edu.tw/>

E-mail：journal@sinica.edu.tw

總經銷／新學林出版股份有限公司

地址：臺北市 10669 大安區和平東路三段 38 號 4 樓

定價／520 元

國外訂閱／請逕洽總經銷新學林出版股份有限公司

郵撥帳號／19889774 新學林出版股份有限公司

訂購專線／電話：(02) 27001808#18；傳真：(02) 23779080；

E-mail：law@sharing.com.tw

2017 年 4 月出版

Institutum Iurisprudentiae
Academia Sinica

Book Series (21)

Constitutional Interpretation:
Theory and Practice Vol. 9

Constitutionalism and Human Rights: From Ideas to Implementation

Edited by
Chien-Liang Lee

Taipei, Taiwan, Republic of China
April 2017

主編序

憲法解釋之理論與實務，本所歷史最悠久的學術研討會與扛鼎品牌。1997年3月，啼聲初試。其時也，中山人文社會科學研究所（今「人文社會科學研究中心」）法律組陳新民主任暨組員同仁籌劃，首開風氣，採 call for papers 方式，公開廣邀法律各界與會，從報名論文中篩選出26篇，分兩全天、二場地同步舉行。會中，或宣讀文章，或評說與談，或答問論辯，盛況空前，迴響廣大，兩年一會的定式，於焉形成。歷法律組之轉型，法律所之籌備，以迄正式成所，屆期賡續，未曾間斷。會議論文經修改、送審、汰除、定稿，彙集成書，已有八輯問世，本本吸睛，篇篇可讀。

會議定名「憲法解釋」，脫胎自司法院大法官解釋。其始也，旨在評釋、分析、檢討大法官的解釋，期以深化台灣憲法實務與學理的對話。隨著時間的推移與人事的變遷，研討會的形式與內容漸趨多變，討論範圍不再侷限於特定的憲法解釋，更擴及於各國憲法、乃至區域與國際規範，議程安排也朝主題研討模式逐步演化、推陳出新。

第九屆於2013年6月21、22日舉行，以「憲政主義與人權理論的移植與深耕」為主題，一方面維持本土憲法研究的基調，另方面順應比較憲法與專題研討的趨向。會議首日，特邀前司法院大法官廖義男教授擔任主題演說人，發表題為「憲法解釋與行政法制之發展」的開場演講，鞭辟入裏，發人深思。續之，研討會議分成六個場次，各有一位主持人、兩位報告人及一位與談人，國內實務及學界之專家學者，包括現任及卸任大法官，總計24位，齊聚一堂，台上台下、學理實務交鋒熱烈，學術火花激盪，曲終人散，餘溫猶存。會後，7篇論文經雙向匿名審查通過後收錄於本書，再加上主

編導讀與主題演說2篇論文，合有9篇，是為憲法解釋之理論與實務第九輯。

衷心感謝林子儀所長多年的支持與鼓勵，從首屆撰文報告，歷釋憲實務運作，至本所接篆執事。二十年來，時間與人事相互見證了憲法解釋的成長與桑田。第十屆已圓滿落幕，十一屆蓄勢待發。順乎多元價值，應乎時代需求，本輯之後，會議成果改以叢書呈現，專書系列不再。典型如昔，憲政人權，無窮不竭，終而復始！



中央研究院法律學研究所研究員

2017年3月

Preface

“Constitutional Interpretation: Theory and Practice”, a feature conference series of Institutum Iurisprudentiae, has a history longer than Institutum itself. Back in March 1997, the then Legal Division of Sun Yat-Sen Institute for Social Sciences and Philosophy, under the direction of Dr. Chen, Shin-Min, called for papers from academia and legal practice circles and selected 26 to be presented in the inaugural conference, which was well-attended and lasted for two full days in two parallel sessions. The conference was so well received that the biannual model was firmly established and continued to this day, nowadays hosted by Institutum Iurisprudentiae, itself grown out of the Legal Division. After the conclusion of each conference, the papers went through a rigorous process of revision, formal submission, double-blind peer review, approval by the Editorial Board, and finally collection for this 9th publication in the Institutum’s Refereed Anthology series. Each and every essays in the eight volumes in the series so far are of top quality while being highly readable.

As its title shows, at its inception, the series was designed to concentrate on “constitutional interpretation”, especially on critically reviewing the Interpretations of Constitutional Court of Taiwan, with a view to deepen the dialogue of constitutional law between the academics and legal practitioners. As time goes by, the themes extended to comparative constitutional law, regional or international human rights norms, and other challenging contemporary issues.

The ninth conference was held between June 21st and 22nd, 2013, on “Constitutionalism and Human Rights: From Ideas to Implementation”. The conference was graced by the inspiring keynote speech delivered by Prof. Liaw, Yih-Nan, on “The Inter-relationship Between Constitutional Interpretation and Developments of Administrative Law”. Presentations were made in six sessions by 24 experts. Out of the presentations, seven papers were approved for publication after rigorous submission and review process, to be published together with the keynote address and an introduction in this volume.

I am grateful to the Director of Institutum, Prof. Lin, Tzu-Yi, for his long-term support to this series — in fact spanning over twenty year —, not only in his current directorship, but also in his earlier role of a paper-presenter or a justice in the Court. His participation in this series in itself testifies the evolution and growth of studies of constitutional law in Taiwan. As of this writing, the tenth conference has been successfully held and the eleventh is forthcoming. However, this also marks the last time this publication appears in the Refereed Anthology series of Institutum. In the future, papers generated from the conference will firstly be submitted to academic journals and only be included afterwards in our Collected Works series. Nevertheless, it is believed that the study of constitutional law and developments will only grow even stronger, on the basis of past achievements.



Chien-Liang Lee
Research Professor, Institutum Iurisprudentiae,
Academia Sinica
March, 2017

目 錄

主編序.....	i
導論	
憲政主義與人權理論的移植與深耕 ——兼從形式平等與實質平等的語辨 闡析比較憲法學方法論的諸課題.....	李建良 1
主題演說	
憲法解釋與行政法制之發展.....	廖義男 105
研究論文	
憲政民主的死人之手問題 ——憲法規範權威的初步反省.....	蘇彥圖 135
言論管制的中立性 ——美國雙軌理論和德國一般法律理論的 言語行為觀點分析.....	蘇慧婕 201
從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法 適用上的難題.....	黃昭元 271
「優惠性差別待遇」概念之接受、適用與轉化 ——以我國與法國之「性別」作為優惠標準 之比較為中心.....	吳秦雯 313

歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念 之適用與實踐	陳靜慧	385
身心障礙行不行 ——以訴訟途徑請求公部門落實無障礙設施 設置義務的可行性評析	孫迺翊	437
無罪推定之權利 ——三角法律論證	廖福特	513
事項索引		583
案例索引		595

Table of Contents

Preface	iii
---------------	-----

Introduction

Constitutionalism and Human Rights: From Ideas to Implementation / Chien-Liang Lee.....	1
---	---

Keynote Address

The Inter-relationship Between Constitutional Interpretation and Developments of Administrative Law / Yih-Nan Liaw	105
--	-----

Articles

The Dead Hand Problem of Constitutional Democracy: A Study of Constitutional Authority / Yen-Tu Su.....	135
---	-----

On the Content Neutrality of the State: A Speech-Act Analysis of American Two-Track Theory and German General-Law Theory / Hui-Chieh Su.....	201
---	-----

Evolution of Equality Theory and Difficulties Concerning the Constitutional Application of the Conception of Substantive Equality / Jau-Yuan Hwang.....	271
--	-----

The Adoption, Application, and Transformation of Affirmation Action: “Gender” as the Criteria in France and Taiwan / Chin-Wen Wu	313
The Concept of Indirect Discrimination in the European Court of Human Rights and the European Court of Justice / Ching-Hui Chen	385
The Right to Accessibility for People with Disabilities: A Legal Analysis of Enforcing the Governmental Obligation to Construct a Barrier-Free Environment through Litigation / Nai-Yi Sun	437
Right to be Presumed Innocent: Triangle Legal Argumentations / Fort Fu-Te Liao	513
Subject Index	583
Table of Cases	595

—導論—

憲政主義與人權理論的移植與深耕

—— 兼從形式平等與實質平等的語辨 闡析比較憲法學方法論的諸課題

李建良*

目 次

弁言：法律移植與憲法文化傳譯

壹、起始：憲政與人權理念的源流軌跡

一、權力與法律的互動制約

二、法律與憲法的質量比重

貳、承緒：憲政與人權典律的思想經緯

一、自由與平等的正反辯證

二、防禦與保護的三角習題

參、轉稼：憲政與人權實踐的機制選擇

一、程序與實體的交互滲透

二、原則與權利的漸層遞變

三、規範與解釋的合縱連橫

四、文本與價值的演替消長

肆、合說：憲政與人權法學的方法課題

一、觀念與概念的契闊離合

二、形式與實質的類分辨正

三、比較與區辨的思維方法

伍、見微知類：形式與實質平等的語辨

一、爭議緣起與問題焦點設定

二、實務見解與商榷觀點整理

三、形式與實質問題層次解構

四、形式與實質問題所由根源

五、比較憲法學方法論諸課題

元元本本：人權理論與法學思維

* 中央研究院法律學研究所研究員。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/13301171.pdf>。



己欲平靜，以聽其辭，察其事，論萬物，別雌雄
雖非其事，見微知類

《鬼谷子 反應》

（西元前四世紀？）

Comparativa igitur est omnis inquisitio medio proportionis utens

De docta ignorantia (1440)

Nicolai de Cusa (1401-1464)

弁言：法律移植與憲法文化傳譯

憲政主義¹與人權保障是現代國家文明的重要表徵之一。二次世界戰後，臺灣歷經了威權統治，逐步走向民主憲政。隨著戒嚴解除、民主轉型與政黨輪替，憲政主義與人權理念在臺灣的實踐，有了些許改善與進步。近年來，西方憲政主義的移植與人權保障的在地化持續進行，不止於國境之南，更延伸到疆界之外，進入區域及全球的發展脈絡中，與國際憲政規範及新興人權思潮接軌，形成匯流之勢。綜觀檢視臺灣憲政法治與人權實踐的現況，繼受自歐美國

1 憲政主義是constitutionalism、Konstitutionalismus或constitutionnalisme的中文譯詞，常見於華語世界，日人譯為「立憲主義」。此一源自西方國家的描述性概念，由constitution與ism（希臘文-ισμός）組合而成，何人創用或最先使用，暫無可考。細究辭彙來源，前者（拉丁字根constitutio）約相當於18世紀後期世人理解的「憲法」概念，思想理念的興起與演進，早於概念語詞本身（後詳）。Ism是一種「後綴詞」（suffix），原意有思想或信仰體系、思潮、學說、意識形態、原理原則等多種意涵，中譯名「主義」一詞見諸中國古籍，如「主義行德曰元」（逸周書·謚法解）、「敢犯顏色，以達主義」（史記·太史公自序）等，含意不一，與ism的義蘊頗有出入，實為日人借用中文的新名詞，再輸入中國。至於近代中國思想界形成某種「主義崇拜」，政治黨派假借一套主義指導或干預思想學術，則是另一碼事。相關討論，參見王汎森，「思想資源」與「概念工具」——戊戌前後的幾種日本因素，收於：中國近代思想與學術的系譜，頁181以下（2003年）；王汎森，「主義崇拜」與近代中國學術社會的命運，收於：中國近代思想與學術的系譜，頁463以下（2003年）。

家的憲政制度與人權理念，部分逐漸成形、內化、生根，部分仍在與既有的法政環境與社會條件磨合調整，部分則徒托其表，根淺未短，有待固本。比較憲法與法律移植²過程匯聚的問題冰山，露角豈止一端。

一甲子已過，新世紀續進。臺灣憲政法治與人權保障的發展，稱不上政治奇蹟，也離法治奇蹟有段距離。儘管不斷遭逢來自國際與本土的內外挑戰，面臨各種理論延展與實踐的瓶頸與困境，臺灣自有的憲政模式與人權典範隱約遞建之中，亟待整合研究、深入探討。憲政主義與人權理論的移植與深耕，為當前法治反思的主題之一，實然所需，理亦應然。

憲政主義³的發端，除了有特定的歷史因素與社會條件外，還須一定的思想或哲理資源為基盤，特別是政治思想（哲學）與法學思維，由此推拓出特定的學科理論與知識體系，包括民主理論、國家學說與公法理則諸學，方得與人權保障理念形成有系統的知識力量，民主法治庶乎有踐履之可能。憲政主義與人權保障理念的實

2 比較法與法律移植的關聯，參見ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 1-10, 21-31 (1974)。近期文獻，例如Randall Peerenboom, *Toward a Methodology for Successful Legal Transplants*, 1(1) CHINESE J. COMP. L. 4, 4-20 (2013); Jerneja Penca, *Transnational Legal Transplants and Legitimacy: The Example of 'Clean' and 'Green' Development Mechanisms*, 36 LEGAL STUD. 706, 706-24 (2016)。後者是針對維護生物多樣性之「綠色發展機制」(the Green Development Mechanism, GDM)的法制移植問題。

3 Ism一詞，代表某種思想體系或思潮學說的描述概念，可填充的意涵因時因地因人而有不同。以WILLIAM EBENSTEIN & EDWIN FOGELMAN, *TODAY'S ISM* (1980)為例，這本談論當代各種主義的專書，僅僅分析共產、法西斯、資本、社會四種塑造世界命運的主義。從學科的角度來說，「憲政主義」主要出現在法學、歷史學及政治學的領域，因時因地而有差異，於歐洲的詮釋與理解多樣紛雜。其中之一取徑兩端：一則觀察專制君主與貴族議會或市民議會之間關係的憲法地位歷史變遷過程；另則探索現代歐洲政治文化的民主憲政特徵與憲法國家的演進軌跡。參見Detlef Lehnert, *Europäischer Konstitutionalismus. Geschichte, Theorie, Perspektiven*, in: Lehnert (Hrsg.), *Konstitutionalismus in Europa: Entwicklung und Interpretation*, 2014, S. 9 ff.

踐，復有賴保障制度的建立與運作，尤以司法違憲制度為要。一國的法制與實務，往往反映出該國社會的法治水準，或至少是該國法律社群的縮影。各國憲法體制、人權理念與法政制度在各自特有的本土條件下形成與發展，衍生出駁雜多面的諸憲法文化。因國與國之間互動關係頻繁，連帶也使一國的憲政與人權問題無法自外於國際規範與全球互動，人權問題有其在地性，也有普世性的價值與發展趨勢。國際法與國內法接軌與運用、憲政主義與憲法人權理論的典範建構、憲法保障與法政制度的交互關聯、憲政與人權思想根源的探索與歷史考察的反省等多面向研究，構成憲政主義與人權理論的思維縱深，進而含納憲法解釋、憲法保護、基本權利、違憲審查、國家刑罰權、國際人權與全球化現象對憲政主義之衝擊等議題。

何謂憲政主義？用問題回答問題，指的是古典憲政主義⁴、前期（後期）的憲政主義⁵、草根的憲政主義⁶、社會的憲政主義⁷、全球的憲政主義⁸、進階（進步）的憲政主義⁹、民粹的憲政主義¹⁰，

4 參見MARK A. GRABER, *A NEW INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONALISM* 16-20 (2013).

5 例如Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993, S. 10 ff.

6 例如 NORMAN PROVIZER & WILLIAM D. PEDERSON EDS., *GRASSROOTS CONSTITUTIONALISM: SHREVEPORT, THE SOUTH AND THE SUPREME LAW OF THE LAND* (1988).

7 例如 Gavin W. Anderson, *Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below*, 20 INDIANA J. GLOBAL LEGAL STUD. 881, 881-906 (2013).

8 例如 Ingolf Pernice, *Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously*, in *LAW BEYOND THE STATE: PASTS AND FUTURES* 151, 151-205 (Rainer Hofmann & Stefan Kadelbach eds., 2016).

9 例如 ROBIN WEST, *PROGRESSIVE CONSTITUTIONALISM: RECONSTRUCTING THE FOURTEENTH AMENDMENT* (1994); Mark Tushnet, *Progressive Constitutionalism: What Is "It"?*, 72 OHIO ST. L.J. 1073, 1073-82 (2011).

10 例如 David E. Pozen, *Judicial Election as Popular Constitutionalism*, 110 COLUM. L. REV. 2047, 2047-2134 (2010).

還是新的憲政主義¹¹……？憲政主義的旨趣是否止於「立憲」，抑或尚及其他？憲政主義與法治原則是否等義？「立憲」的重心是形式（程序），抑或實質（實體）？制定憲法（制憲）是否即滿足憲政主義的要求，或者仍須內含特定的實體質素？反面延伸提問：修改憲法（修憲）有無界限？形式或實體界限¹²？以上問題放在人權理論的意涵與發展上，同樣可以帶出憲法規範（法）與人權保障（權）互聯網絡的一長串問題。遠而觀之，殆可窺見其中蘊含人性論的弔詭、主權論的變遷、國家論的定勢、制度論的選擇等多道思考線索。

壹、起始：憲政與人權理念的源流軌跡

近代憲政思想與民主國家體制濫觴於歐洲，傳至北美洲大陸而佈及全球。歷經美洲獨立戰爭、法國大革命、美國南北戰爭、納粹黷武窮兵、二次大戰世紀大事……，歷史演變的微妙轉折，人為與命定的因素，時時左右人類朝不保夕的自由與生存命運。

憲政主義源於西方國家，泛指以特定之基本大法作為政府權力來源及其限制之理念、原則、行為模式與法政制度¹³。歐洲的憲政主義，意味的還是某種法政思想或法律意識的轉換過程。1776年，北美洲大陸爆發獨立戰爭；1787年美國制定人類第一部以「憲法」為名之國家成文法律¹⁴，1788年付諸施行；1791年增補施行權利法

11 例如RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004).

12 司法院釋字第499號解釋採實體界限說。

13 參見DON E. FEHRENBACHER, CONSTITUTIONS AND CONSTITUTIONALISM IN THE SLAVEHOLDING SOUTH 1 (1989).

14 在此之前，已出現以Constitution為名之法律。例如1776年的維吉尼亞州憲法（The Virginia Constitution of 1776）。