

# 法學的必要性與問題性

李建良\*

## 目次

壹、引言：法學者的處境	伍、法學者作為立法者
貳、法學者作為法繼受者	陸、法學者作為變遷者
參、法學者作為法律解釋者	柒、結語：法學的客觀性
肆、法學者作為憲法解釋者	

## 壹、引言：法學者的處境

「立法者修正三個字，所有圖書館頓成廢紙之墟」<sup>1</sup>！

語出普魯士檢察官Julius Hermann von Kirchmann，1847年柏林法學會上的一場演講，宛若一枚巨石投入學術圈裡，濺起驚濤千堆，漪繁波漾，迴旋出段段如縷思辯。引起震撼的不是立法者的神通廣大，而是挑釁意味十足的演講主題：《法學作為學術之無價值性》<sup>2</sup>，法學的學術價值被質疑，此，歐陸法學界回擊力道之重，只是如響之應聲<sup>3</sup>。

\* 中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長。

<sup>1</sup> 原文：„ ..., drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“. Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 17, online verfügbar unter <http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/kirchl.html>.

<sup>2</sup> 原文：Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft。中文語彙中「科學」與「學術」二詞，德文皆是Wissenschaft，本文旨趣，較接近後者，故擇此譯名。至「科學」與「學術」之分與辨，暫此不論。

<sup>3</sup> 《法學作為學術之無價值性》一文發表不久，Rostock大學哲學教授Carl Retslag隨即於1847年底出版《為法學辯護：答von Kirchmann檢察官先生書》（參見Carl Retslag, Apologie der Jurisprudenz, Eine Erwiderung auf den vom Herrn Staatsanwalt von Kirchmann in der juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltenen Vortrag, 1848.），只是一例。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/03718012.pdf>。



開篇引語曾經寫在中央研究院法律學研究所（中研院法律所）設所規劃書中，創所諸賢與同仁們欲借他山之石，引為本所之鑑，用以磨礪全人跳脫機械制式的註釋法學，期許後進以科學化的方法，領導國內法學界逐步建立法學研究的各項典範，加速法學知識的系統化累積，再造法學研究的源泉。

誠如von Kirchmann的開講申明：「演講的主題容易讓人誤以為我只喜歡危言聳聽，而對事物的深層真理不感興趣。」若不受惑於標題的聳動性，文本宗旨實則在檢視法學的角色與任務，基調置於法學是否有助於法的實踐，批判火力集中在法學者的身上，以法學功能懷疑論貫穿其間，與上揭驚人語並列的另一重話是：「法律人被實定法律變身為寄生於朽木之中的蛀蟲」<sup>4</sup>。回歸正題「法學作為學術之（無）價值性」，初則模稜於兩端之間：「一是法學雖然是一門學術，但與實際和人民的生活脫節；另一層意義是，法學理論上是一門學術，實則沒有價值，也就是構不上學術此一概念」<sup>5</sup>。

吾人或許可以不同意von Kirchmann的論斷，卻不能不正視他指出的問題：法學者跟在立法者的後面，亦步亦趨，淪為法條的註釋者。這不是難鳴之孤掌，與之同聲相和者，不乏其例，如同期法學者Rudolf von Jhering於1868年維也納大學教授就職演說的題目《法學是一門學術嗎？》<sup>6</sup>，可窺一斑。此前不久，von Jhering才把法學斥為斷送人類智識的學科：「法學之始，智識之終也」<sup>7</sup>，可謂殊聲而合響。

講演餘音猶在，一個半世紀已過，從君主立憲而民主憲政，人類歷經兩次世界大戰，傳統概念法學的束縛也在目的論、利益說等法學思潮的衝擊下逐漸卸除，加之英美法學與歐陸法學的交互激盪，法學被提升

<sup>4</sup> 原文：„Die Juristen sind durch das positive Gesetz zu Würmern geworden, die nur vom faulen Holz leben; ...“ von Kirchmann (Fn. 1), S. 17.

<sup>5</sup> von Kirchmann (Fn. 1), S. 5.

<sup>6</sup> 原文：Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?。另參見Tim Philipp Holler, „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, Zum 150-jährigen Jubiläum von Jherings Wiener Antrittsvorlesung am 16. Oktober 2018, Zeitschrift für das Juristische Studium 2018, 506 f.

<sup>7</sup> Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, S. 34. 全文原載於Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten. Zweiter Brief, anonym veröffentlicht in: Deutsche Gerichts-Zeitung, Bd. 3, 1861, S. 341-344.

為一種社會工程，由人文科學跨足社會科學領域，法學與其他科學相互為用，逐漸呈現多重面貌。然時至今日，法學果真脫胎換骨成為一項學術？法學者是否不再面臨各方質疑的窘境？從歷史的角度來看，大凡改革，必有問題。自由法學派、利益法學、自然法思想的復興，法釋義學的樣貌幾經轉折<sup>8</sup>，法實證研究與經濟分析競相出新<sup>9</sup>，與之相對的法學究竟是什麼？想要襯托的是法學的何種問題性？

19世紀歐陸法學的學術性格論辯，基本上仍是法學圈內的風暴與省思。進入20世紀，法學在精神科學領域固然逐漸站穩腳步，但來自各方的質疑，卻未嘗稍歇，甚且有增無減。除了源於法學領域自身的批判外，觀察所得，主要有三：一是受到自然科學的挑戰；二是出於社會科學的抨擊；三是來自學術領域外的責問，尤其是最後者。常見的情境是：對於數學公式、化學符號、哲學概念、經濟模型、醫學病歷，一般人無法瞭解時，通常不會要求數學家、化學家、哲學家、經濟學者或醫事機構改用通俗文字或中文白話版；與此相對，法院判決書或法學論著的白話文運動，卻始終如火如荼如常如故，原因安在？此外像是立法者創造了一般人民不解的法律概念，或者替換人民熟悉的日常用語，形成法條文字與生活經驗的隔閡，法律如何親民、司法如何為民之類的批判聲浪，不絕於耳，卻非始於今日。尤有甚者，相對於科學技術不斷推陳出新，法律經常被看作是一種無效率或觀念滯後的物件，或被嗤之為經濟發展或產業創新的絆腳石；行政機關的決定或法院判決的結果不是與社會脫節，就是不符合社會期待，或違反常理通念。與此邏輯相反卻同樣嚴厲的批評是，行政決定或法院判決受到政治因素、人情壓力或社會輿論的多重影響；法之決定，不外就是看政治民氣或隨社會風向的主觀決斷。不同於von Kirchmann或von Jhering只把矛頭指向法學者，打擊重點不在實務家。今之時人對立法機關、政府部門、法官、檢察官、公務員釋放不滿的情緒或表達高度的不信任，實則同時投射在法學者的身

---

<sup>8</sup> 參見黃舒芄，什麼是法釋義學？以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡（2020年）。

<sup>9</sup> 參見簡資修，法律經濟分析方法論，台灣法學雜誌，411期，頁37-50（2021年）；簡資修，經濟推理與法律，4版（2017年）；張永健，法實證研究：原理、方法與應用（2019年）；張永健，法經濟分析——方法論與物權法應用（2021年）。

上，必須由法學者概括承受。

自許法學為一門學術的法學者，當被問及法學是否蘊含真理或價值，或被否定屬於科學的一支時，是無言以對、不知所措，還是直言辯護？當發生時興的社會問題或轟動一時的社會事件時，法律人除了或引條文，或據法典，或說判解，侃侃而談，帶有某種傲然之態外，面對法律問題的社會文化脈絡、歷史思潮縱深或政治哲理理據的質問，是漠然以對、語多窒礙，還是暢所欲言？這些問題的背後，說到底就是：法為何物？法的目的何在？問題的問題則是：法學有何用（不是法律有何用）？法學如何自我證立？法學者的角色定位或扮演，能否及如何可以游移於政策擘劃者、法條詮釋者、文字訓詁員、史料耙梳者、紛爭仲裁人、哲理思想家、理論建構師、社會運動者、公民科學人<sup>10</sup>……之間，來回變換？法學者何以心憂？法學者的處境，就是法學的處境，需要務實地思考法學的必要性，同時檢視法學的問題性。簡要的說：法學是研究什麼的學科？我們到底想要什麼樣的法學？這不單只是法律人的問題，而是攸關所有人的問題，雖然不是每個人都瞭解，或者都以為瞭解。

「立法者修正三個字，所有圖書館頓成廢紙之墟」，倂此嚴厲的斷言，自然需要有足夠的證據，或者最好能夠提出一些例證，von Kirchmann如是說<sup>11</sup>。同樣地，思索法學的必要性與問題性，也需要示例互證、言說其義。以下從法學者作為法繼受者、法律解釋者、憲法解釋者、立法者、變遷者等角色，擇例略談法學作為學術的諸問題。

## 貳、法學者作為法繼受者

臺灣繼受外國法律制度，先以日本及德國法為宗，後兼容英美法制，結合舊慣形成多元的法律體系<sup>12</sup>。於臺灣法學研究、法制研修與司

<sup>10</sup> 參見 Shun-Ling Chen, *How Empowering Is Citizen Science? Access, Credits, and Governance for the Crowd*, 13 EAST ASIAN SCI., TECH. AND SOC'Y 215, 215-34 (2019).

<sup>11</sup> von Kirchmann (Fn. 1), S. 17.

<sup>12</sup> 參見王泰升，導論，收於：王泰升編，*台灣史論叢法律篇：多元法律在地匯合*，頁1-27（2019年）。

法實務，法繼受與法比較由來久矣。不管吾人是否願意，我國基本上是一個法繼受國家。此一定位無關乎是否相對於其他「先進」國家而屬次等地位的法律國格評價，而在於民主憲政人權法治的思想與法理根基若非吾人所固有，無法「以科學方法整理國故」找到可以演繹推判的法學思想資源，就只能外求汲取。問題只在臺灣法學者能否正確吸收消化他法，轉換成為吾國法秩序的內涵，建立獨立自主的思維體系，擺脫接收轉介角色的束縛，大步邁出訓詁考證的思維窠臼，開展具啟迪示範性的知識範疇與學術趨向。儘管外國法具有可供借鏡之處，卻未必是可以隨人步趨的照抄範本。

就標的來說，法繼受有法條文句、學說理論、法學概念、法律用語、實務判例之別。其中最直接的方式是透過立法程序的轉換，也就是法條的移植，下至某一條文的引進，上至整部憲法的制定或修改。前者例如揉合德國法與法國法而成之《行政程序法》第146條（單方變更權）及第147條（情事變更之變更權）<sup>13</sup>，儘管內容不盡相同，有待商榷<sup>14</sup>。後者可以《中華民國憲法》的制定為例，一般的說法是繼受自德國威瑪憲法。詳細比對二部憲法的內容，差異甚大，但基本精神與結構部分相仿，若干條文近似雷同，解釋時或有跡可尋，憲法第43條的總統緊急命令權，為其一例<sup>15</sup>。

比較法之為用是否得法？能否自成一門學科（比較法學），迄今仍待深究。法比較非僅止於法條對比，更應深及他國法制之規範脈絡及其所由生之法秩序，尋索生活秩序轉換成法規範秩序的過程與根由。因為法繼受不是一次性的動作，也不是單向式的活動，而是來回反覆的法制

<sup>13</sup> 參見陳淳文，論行政契約法上之單方變更權——以德、法法制之比較為中心，臺大法學論叢，34卷2期，頁215以下（2005年）。

<sup>14</sup> 學說上，對於我國宜否「酌加採用」法國行政契約法之法理，持保留態度者，參見王必芳，論法國行政契約的特點——從我國行政程序法行政契約章的立法設計談起，臺北大學法學論叢，102期，頁73以下（2017年）。

<sup>15</sup> 本條背後所涉例外狀態與憲法規範之間的關係，在COVID-19疫情期間再度引起討論。參見邱文聰，在例外與常態間失落的法治原則——論臺灣模式防疫的法制問題，法官協會雜誌，22卷，頁128-145（2021年）；Chien-Liang Lee, Krise als Chance — das taiwanesisches Corona-Management auf dem Prüfstand demokratisch-rechtsstaatlicher Verfassungsmaximen, DÖV 2021, S.767 (767 ff.).

工程。以《行政程序法》的立法為例，儘管現今條文草擬經年，版本數易、多案併陳，但原始條文仍可歸因於1990年行政院經濟建設委員會委託，由翁岳生教授主持，在多位學者組成研究小組討論研議之下提出的「行政程序法之研究」研究報告。由是可知，法繼受並非個別行動，而是一種集體現象。因此，在法繼受的過程中，法學者自身亦扮演某種有形或無形的轉譯者與立法者的角色。關於法學者作為立法者的必要性與問題性，容後詳論。於此先談法繼受的若干基本觀念，特別是法學者作為法繼受者的問題性。法繼受與法學研究之間，難有先後的順序關係，為法繼受而進行法學研究者有之；因法學研究而引動法繼受者，亦有之。因此，法學者介述外國法制學說，往往也是法繼受的一環，其間若有疏誤，後人不察，可能引致路徑偏離，不可不慎。

「翻譯之前，先須會通」<sup>16</sup>。法繼受的過程需先閱讀他國法規，進行法體系與法適用的理解，再透過語言的轉換，變他法為吾法，其間少不了需要經過翻譯。法繼受、法比較與法翻譯，互為條件、彼此作用。法繼受建立在語言能力與法學基礎之上，本國法學基礎為比較法學之本，法學基礎猶愈於語言能力。吾人皆知，翻譯是相同意涵、不同語言的相互轉換，但法律條文或文獻交給語言專家（例如精通德語或英語者），其翻譯的結果未必與法意相同，甚至多有出入。法學者需要具備被繼受國的語言能力，同時也須具備被繼受國的專業知識。對於外國法律條文或法學文獻的意旨有所誤解，問題多半出在語言能力；若是法律制度體系與規範脈絡的理解偏差，則往往是法學基礎出了問題。要之，法繼受的基本問題不外是法翻譯、比較法學與法學方法三者的交互關聯。問題常見於一語多義之情形，試舉一例，以概其餘。

德語 *Anstalt* 一詞有二義，一指「構造物」、「設施」或「組織體」；複數形式（*Anstalten*）則另有「措施」的意涵（複數名詞）。1794年制頒的《普魯士諸國一般邦法》（*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*），其第17編第2章第10條規定：「Die nöthigen

<sup>16</sup> 引自：「欲求超勝，必須會通；會通之前，先須翻譯；翻譯既有端緒，然後令甄明大統，深知法意者，參詳考定，彼方之材質，入大統之型模」，徐光啟（1562-1633），曆書總目表（1631年）。

Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.»其中「die nöthigen Anstalten」一詞，以複數表現，意指「必要之措施」<sup>17</sup>。然若不察及此，將之理解為「構造物」或「組織體」，則可能出現翻譯及理解上的誤差。例如將之譯為：「為了維護公共安寧、安全與秩序，以及為了防止公眾及其個別成員遭受當前的危險，所因而設立之必要性機構，即是警察機關。<sup>18</sup>」（標楷體為本文作者所強調）

上舉之例，顯示譯者將Anstalten錯為Anstalt的複數形式，不僅與原意有所出入，且因一字之差造成連鎖反應，以致將das Amt der Polizey（警察之職權）誤譯為「警察機關」。此一原本屬行政法上之「行為法」授權條款，被轉譯成為行政組織法的任務規定。德語非吾之母語，未必熟稔該國語言的細微變化，偶有疏誤，自所難免。惟若稍具行政法知識，即可發現Anstalten作「機構」解，殊有不通，自可查閱字典以求證之。本文之所以引此為例，實乃上揭規定在公法發展史上深具重要意義，影響至今，於德國之外，亦延及我國，擇要指出四點：一、上引規定為德國警察法上概括條款的前身，後成普魯士警察行政法之條文，現則散見於德國各邦警察法律中，我國亦繼受之<sup>19</sup>。二、上舉規定經由彼時行政法院適用後，警察職權行使的要件逐漸被限縮在危險防禦，不再是增進公共福祉<sup>20</sup>。三、行政法院於解釋適用上述規定中之「必要」措

<sup>17</sup> 試舉一則英譯版，以資比較“To take the **necessary measures** to maintain public peace, security and order, and to protect the Public, or individual members of the Public, from threatened danger, is the role of the police.”（粗體字為作者所強調）參見David K. Linnan, *Deliberative Democracy Versus the Rule of Law: Rasterfahndung and German Anti-terrorism Versus US Intel Approaches*, Address at the University of Pennsylvania School of Law “On the Very Idea of Secret Laws: Transparency and Publicity in Deliberative Democracy” (Nov. 22-23, 2013), <https://www.law.upenn.edu/live/files/2589-new-new-linnan>.

<sup>18</sup> 參見江玉林，近代初期的警察，月旦法學教室，28期，頁37（2005年）。

<sup>19</sup> 警察職權行使法第28條第2項。

<sup>20</sup> 參見Kreuzbergerurteil, PrOVG Endurteil des II Senats vom 14.6.1882, Rep. II B. 23/82, PrOVGE 9, 353 ff.

施時，逐漸衍生出行政法上之「比例原則」<sup>21</sup>，顯示規範、制度與學說之間的連動關係。四、警察職權行使的法律依據須具「行為法」（或稱「作用法」）的性質與規範意涵，單純組織法的規定尚有不足<sup>22</sup>。在此之外，尚有一延伸性的牽連問題，即國內行政法學界及司法實務至今仍未準確掌握「行政法上之責任」的規範意涵，究其所由，正歸因於「危險防禦」或「咎責制裁」的觀念混淆，但問題的根源已非只是翻譯一端。

同一語詞的另一問題是Anstalt的單數形，此一法學領域的重要組織概念，指稱介於社團與財團之間的組織型態，亦存於私法領域<sup>23</sup>，公法領域尤其常見。厥為重要者，乃由德國行政法學者Otto Mayer建構的öffentliche Anstalt概念<sup>24</sup>，指公權力主體結合人力與物力，用以達成特定之目的組織體。19世紀末、20世紀初，日人將之譯為「營造物」或「公營造物」，為我國學者所承繼<sup>25</sup>，隨著時間推移，逐步演進成為行政組織法上的學理及法制概念。不過，由於將「營造物」一詞作為行政組織之用語，不僅無法顧名思義，更可能被字面意思所誤導（某種「建築物」）。長期以來，「公營造物」是行政組織法學上最難以理解的概

<sup>21</sup> 參見Klaus Stern, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 165 (168). 英文文獻，可參考Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT'L J. CONST. L. 263, 271 (2010). 該文對上開條文的英譯是：“The police is to take the necessary measures for the maintenance of public peace, security and order”.

<sup>22</sup> 此觀念於司法院釋字第535號解釋後始漸明確，然該號解釋卻仍認定性質上顯屬組織法之警察勤務條例「已非單純之組織法，實兼有行為法之性質」，而肯定其合憲性。

<sup>23</sup> 參見瑞士民法第52條，我國民法未繼受此一制度。

<sup>24</sup> 參見Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 3. Aufl., 1924, S. 1 (268 ff.).

<sup>25</sup> 以史尚寬於1953年出版的「行政法論」為證，其第三章「行政組織」第九節「公物及營造物」述及「以國家或公共團體之行政主體所供行政目的之用人之物的設施之全部為一總體，稱為營造物或設備物（頁107-108、118）。」另又第四章「行政作用」第四節「保育行政作用」第一目「公企業」論及「公企業有特別的公法上權力，謂之營造物權（Anstaltgewalt）。……（頁157）」。全書出現德國學理用語的論述雖未附有出處引註，但參酌其所參考的德文及日文書目，加上行文的語法（「……之用人之物的……」），可以推測係應是受到日文書籍的影響，參見史尚寬，行政法論（1953年）。

念，同時也影響行政組織法理的開展與行政組織法制的建置，甚而動搖「公法人」概念的法理根本<sup>26</sup>。儘管近年學說多有闡述，建議改稱「公共機構」者<sup>27</sup>，不乏其例，法制上亦可見「機構」用語。舉其要例，如《中央行政機關組織基準法》第3條第3款：「機構：機關依組織法規將其部分權限及職掌劃出，以達成其設立目的之組織。」然單從文義以解，仍然無從判定中央政府組織中何者屬該款所稱之「機構」？與此同時，以「機構」為名的法律或修訂或新定，卻層出其例，如《政風機構人員設置管理條例》、《教育部所屬機構作業基金設置條例》、《長期照顧服務機構法人條例》等，不一而足。僅以此三部法律為例，細究內容，可知其分別代表三種不同的組織型態：「政風機構」為內部單位、「教育部所屬機構」是公營造物（例如國立臺灣科學教育館）、「長照機構法人」則為私法人（長照機構財團法人及長照機構社團法人）。一語三義！若要以「機構」取代「營造物」<sup>28</sup>，亦非易事，可見改變觀念之難。

話歸原題，關鍵還是在法學專業，而非語言問題。Anstalt譯成「營造物」或「機構」或其他，實則均無法解決背後所涉及的法理解性難題。這則被譯名耽誤的行政組織法課題，烘托的恰恰是法學在法繼受、法比較、立法論與法解釋論之間交互影響的法學方法論題。從法學者作為法繼受者的角色出發，可以進一步區分法解釋者與立法者兩種身分，法學的必要性與問題性亦在其中，以下續論。

<sup>26</sup> 著例之一是農田水利會的「公法人」地位及其屬性問題，不是一句「是否」為公法人可以說清楚、講明白。歷史來由，可參見陳柏良、劉有容，無聲的作田人：專訪吳宗謀副研究員談〈農田水利法〉，2020年7月30日，[https://www.ias.sinica.edu.tw/blog\\_post/1124?class=96](https://www.ias.sinica.edu.tw/blog_post/1124?class=96)（最後瀏覽日：2021年8月26日）。

<sup>27</sup> 例如陳新民，行政法學總論，修訂10版，頁141（2020年）。

<sup>28</sup> 現行法制上，仍存有若干「營造物」規定。例如嘉義市道路挖掘埋設管線管理自治條例第4條第2款規定：「申請道路挖掘應具備下列資格之一者（以下簡稱申請人），向本府申領道路挖掘許可證：……二、行政機關或營造物。……」相同規定，亦見於澎湖縣道路挖掘埋設管線管理自治條例。

## 參、法學者作為法律解釋者

《中華民國憲法》第80條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」同法第170條規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」從文義與體系解釋，可知法官為憲法明定的法律解釋者，並受法律的拘束，應以有效的法律為審判的依據。儘管法官亦受憲法的拘束，於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，仍不得逕行拒絕適用，而應先聲請司法院解釋憲法，以求解決<sup>29</sup>。觀念上，法律解釋與憲法解釋屬於兩個不同的層次。制度上，法官可以解釋憲法，但不能拒絕適用其認為違憲的法律。學說上不乏透過比較法的觀點（主要以美國制度為據），主張法官應該可以直接拒絕適用違憲的法律，為某種制度改革的學術見解。不過，此項見解若要貫徹，非僅只是讓法官取得拒絕適用法律的權力，尚須考慮法官拒絕適用法律的連動效應與制度整備，尤其是建立在法官不得拒絕適用法律前提下之《憲法訴訟法》，是否應全盤翻修或廢止，重頭來過。法官對法律違憲審查暨廢棄權的有無，若不涉違憲與否（一說，依「制憲者」原意，司法院相當於美國最高法院，故現行制度違憲？！），而是制度選擇問題，則觀察臺灣釋憲法制的變遷路徑與演進軌跡，集中式違憲審查制度在臺灣是否已然生根而成為臺灣法秩序不可分割的環節，屬於法學社群的結構性課題，而非只是立法政策的考量（法學者與立法者的關係，詳於後述）。

回到憲法解釋與法律解釋的關係，不管釋憲制度類型為何，皆無法避開此二者既分又合的互動關聯。觀念上，就標的而言，憲法解釋與法律解釋不同，儘管有所謂「合憲性的法律解釋」，實則仍是法律的解釋，其重要性不亞於憲法解釋，甚至是法律違憲解釋的基本前提。曲解立法意旨之法律解釋，無論該法律最終被宣告違憲或合憲，均構成權力分立原則的違反。承接前述憲法第80條的規範意旨，法官為受憲法委託的法律解釋者，然職司審判的法官接受的法律訓練是否來自法學（研究與教學），抑或此二者間形成某種斷裂現象？或者說，法官與法學者是

---

<sup>29</sup> 司法院釋字第371號解釋。

否為兩種截然不同的身分？

霍布斯在《利維坦》有一段話：一國之中，自然法的解釋，非能仰賴道德哲學之著作。學者之見，無論如何正確，若無國家權力之支持，單憑學者的權威並不能成為法之意見<sup>30</sup>。這段話通常被簡化為「權威，而非真理，造就法」，有多種的詮釋與引伸，或用以強調法的「實證論」或被用來詮釋法的「決斷論」。若再將視野擴大，則亦可用來思考法學方法的一道論題：學說見解如何成為具規範性之法？若將國家權力定位在「法官」身上，以法學者為對照組，可分別出「法曹系統」與「法學系統」兩套系統，再套用霍布斯的定言，則可推演出法學者的見解無論如何正確，若無法官支持，單憑法學者的權威，並不能成為法院裁判的見解。換言之，法官解釋適用法律的見解，法學者可以批判、可以分說，但還是要法官說了才算。問題是，法曹與法學系統之間果真存在兩套不同的「知識系統」？

就法律賦予法官判決的法拘束力與執行力來說，確實如此。然對立系統相形互見，卻非不能並存。就法律解釋與適用的內涵而言，若乏法學的支持，可能會寸步難行（或可稱為「法律具體化之法學見解」）。以下二例，可概其餘。「法律行為」是民法的核心概念，一方面為法律效力規定的構成要件要素，例如《民法》第72條：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」另一方面則是與法律相對應的另一種規範形式，例如《民法》第147條：「時效期間，不得以法律行為加長或減短之，……」<sup>31</sup>。惟查民法通篇並未就「法律行為」一詞加以定義或

<sup>30</sup> THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN*, Pt. II, Ch. 26, para. 22, 143 (1651). 這段話常以拉丁文形式出現 *Auctoritas, non veritas facit legem*（權威，而非真理，造就法），全文是：*In civitae constituta, legume naturæ interpretation non a doctoribus et scriptoribus moralis philosophiæ quidem veræ esse possunt; sed auctoritas, non veritas, facit legem*（一國之中，自然法的解釋不能倚賴道德哲學的教師及學者，而是要憑藉國家權力。縱然學說可能正確；但法之所由設，乃透過權威，而非真理）。參見 THOMAS HOBBS, *THOMAE HOBBS MALMESBURIENSIS OPERA PHILOSOPHICA QUAE LATINE SCRIPSIT OMNIA IN UNUM CORPUS NUNC PRIMUM COLLECTA STUDIO ET LABORE GULIELMI MOLESWORTH VOL. 3*, at 202 (William Molesworth ed., 1841).

<sup>31</sup> 關於民法時效制度，參見黃松茂，民法消滅時效制度之基本理論問題——從若干最高法院判決及決議談起，臺大法學論叢，49卷2期，頁403-476（2020年）。

規定其內涵，而是以法律解釋者應知其意為前提。今之法律人或許知之甚詳，視其為法律的ABC。然若遙想民法生效施行之初，在沒有任何學說導引下，法官的第一份有關法律行為的判決書究竟如何下筆？儘管如此，時至今日，對於法律人之外或對於部分法律人來說，「法律行為」一詞始終遭受過於專業、不夠親民的批評。只不過若將「法律行為」改成「法律的行為」或其他更白話的用語，對於一般人的理解是否就比較有幫助<sup>32</sup>？如果這背後牽涉的「知識系統」不是一句話或一個字可以說清楚的話，法律用語的白話文運動需要著力的地方，恐怕不是文字的淺白與否，而是思想理路是否通透。另一例子更為複雜而難解，見諸《民事訴訟法》與《行政訴訟法》的「訴訟標的」一詞，同樣未見立法定義或規範，但由於「訴訟標的」構成確定終局判決「既判力」<sup>33</sup>或「確定力」<sup>34</sup>的範圍，必須先進行法律解釋、理解其意涵，而後方能適用與認定<sup>35</sup>。然何謂「訴訟標的」，卻遠非權力支持學說而可以得，恰好相反，若乏學說的支援，司法權力機制無以啟動與運作。設若現代法院制度與訴訟程序為法治國家的核心要素，且為我國法制健全與否的重要指標，則法學者作為法解釋者的必要性，自無可疑。與此同時，伴隨而生的問題則藏在法律解釋的細節裡，既是法學本身的問題，但也只能靠法學來克服。只提三點：規範體系的混用、時間因素的忽略，還有學說之於規範的架空或穿越。

不同規範體系的混用，問題較容易發現，卻很難避免。再以上舉「訴訟標的」為例，其規定併存於民事訴訟法與行政訴訟法中。此二訴訟制度不論在結構上或規範旨趣上均有差異，「訴訟標的」的理解與認定自應有不同，尤其行政訴訟以行政行為為「程序標的」的訴訟構造不存在於民事訴訟程序，二者規定的解釋非必然可以相互為用。此一觀念的強調雖無甚高論，卻難於實踐，行政法院法官將民事訴訟學說或實務見解移用於行政訴訟者，不在少數，部分且與行政訴訟性質相悖者，問

<sup>32</sup> 關於司法判決的白話空間，參見黃榮堅，關於法學理解的態度問題，台灣法律人，創刊號，頁35-37（2021年）。

<sup>33</sup> 民事訴訟法第400條第1項。

<sup>34</sup> 行政訴訟法第213條。

<sup>35</sup> 界定「訴訟標的」的規範作用不僅於此，非本文正題，於此不贅。

題原因或許出在法學者身上。

相對於上，時間因素的忽略，則隱而不顯。如前所述，我國身為法繼受國家，比較法作為法律解釋方法，不僅學說論述常見，亦存在於司法實務中。由於法繼受是長時間的轉換過程，不是即受即用，因此現行法與被繼受法之間必然存有規範上的「時間差」，於比較解釋時，應特別留意，避免產生誤差。以《行政程序法》第127條第1項規定的解釋適用為例，曾經存在的爭議問題是：行政機關所為授益行政處分因違法經撤銷或解除條件成就而溯及既往失其效力，受益人應返還因該處分所受領之給付時，行政機關得否作成下命之行政處分命返還？最高行政法院104年度6月份第1次庭長法官聯席會議(→)決議持否定見解，決議文開宗明義謂：「按行政程序法第127條第1項規定，目的在使行政機關所為授益行政處分因違法經撤銷等原因而溯及失其效力，受益人應返還因該處分所受領之給付，其條文立法原係繼受德國聯邦行政程序法第48條，但並未有如該法第49條之1第1項後段之規定『應返還之給付，以書面之行政處分核定之』而賦與行政機關得以行政處分命人民為給付之法律基礎。（標楷體為本文作者所強調）」主要論證建立在比較法的基礎之上，簡白的說，由於我國在繼受德國行政程序法第48條時，未同時繼受該法第49條之1第1項後段規定，故行政程序法第127條第1項並未賦與行政機關得以行政處分命人民為給付之法律基礎。由於最高行政法院上揭決議文只憑藉比較法的觀點，不管結論是否可資支持，至少這段法之比較必須正確，推論方可成立。仔細分析，可以發現行政法院法官忽略了法繼受過程中所存在的時間差問題。

如前所述，我國現行行政程序法之草案主要係由原經建會委託翁岳生教授主持之研究團隊於1990年所提出（經建會版），第127條確實繼受自德國聯邦行政程序法第48條。不過，當時研究團隊參考的是1976年德國《聯邦行政程序法》。換言之，我國《行政程序法》第127條規定所繼受者，確切而言，係該法第48條第2項第5句至第8句。第49條之1並不存在於當時之德國聯邦行政程序法，而是於1996年始新增。考其立法

目的，主要是將長年實務及學說見解（反面理論）予以明文化<sup>36</sup>，並規定應以「書面」（行政處分）為之，同時刪除第48條第2項第5句至第8句<sup>37</sup>。因此，上開決議文所稱「並未有如該法第49條之1第1項後段之規定『應返還之給付，以書面之行政處分核定之』而賦與行政機關得以行政處分命人民為給付之法律基礎」云云，就當時的時間點而言，即不成立。經建會版草案提出後，陸續有行政院版及立法委員陳婉真版的提出，內容主要著重在條文的取捨，特別是「計畫確定裁決程序」章，內容不出經建版。至於在此期間德國行政程序法的修改，則未再注意及之<sup>38</sup>。因此，1999年立法院三讀通過的行政程序法第127條實際上仍是1976年德國聯邦行政程序法第48條第2項第5句至第8句的舊條文，而非1996年新增之第49條之1<sup>39</sup>。最高行政法院的比較法論述之未留意「時間因素」的錯誤示範，足為法學者鑑。

至學說之於規範的架空或穿越，不是偶發問題或異常事件，而是點線面的集體現象。法既是一種規範，亦兼含各種制度，如契約、行政處分、法院、國會等。法之形成、建構、實踐，有賴井然有序、言之成理的學說，但學說不能當然視同於法。法學研究與論著，習於擇取特定之學說見解以實其說，或作為論述之對象。然學說見解不論如何精闢，皆未必能將之視為具規範性之法則或原則而運用之。在方法論上尤需留意者，乃論者援引學說詮釋或應答法律問題時，允宜區分「學者之見」與「自己之見」，若為他者之見，則須忠於原說；若係己見，則須說明贊同或反對所引之說的理由；若是借用他人之見，引伸其義，發展己見，亦須述其所由來者。無論如何，學說若要成為法規範，即需進入特定法秩序，於該法制框架與規範脈絡下進行論證，或成為特定法解釋的理據或成為法制定的基礎。

<sup>36</sup> 參見BVerwGE 18, 285 (314); BVerwGE 40, 89 (343); *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl., 2020, § 10 Rn. 35.

<sup>37</sup> 參見BT-Drs. 13/1534, S. 6.

<sup>38</sup> 各版本的立法理由仍記載：「參考德國行政程序法第四十八條」（陳婉真版）、「參考德國行政程序法第四十八條第二項」（行政院版）。

<sup>39</sup> 德國聯邦行政程序法第48條第2項第5句至第8句與第49條之1未曾並存。

## 肆、法學者作為憲法解釋者

不同於法學者在法律解釋所扮演的角色，以憲法為標的之法解釋，一方面旨在闡釋憲法條文的規範意旨，另一方面則關及憲法條文規範效力與範疇的詮解，法學者的境況已非單純法律邏輯的三段論法，更涉入高度政治性或社會價值的論辯場域。憲法向有「政治之法」的別稱，彰顯憲法與政治的距離，憲法解釋難脫政治，其來有自；「政府行為」（統治行為）、「政治問題」或「司法自制」等概念的提出與操作，多少也與憲法解釋的政治性有關。

憲法的功能與憲法的解釋，交互作用，與有關聯。憲法解釋若旨在建立憲法準據，用以審查憲法位階以下各類國家行為<sup>40</sup>與憲法的合致性，亦即「憲法解釋」意在「憲法審查」，則在規範性憲法的司法體制下，憲法解釋者所要扮演的角色，原則上無異於法官，不論是集中式或分散式的違憲審查制度。不過，從規範結構以言，法律的解釋與適用，通常有較為明顯的構成要件與法律效果之分；反觀憲法規定則多是原則性、基本性的人民權利義務與國家組織規定，尤其人民權利條款多半使用籠統、概括的語句；若再考量民主政治下立法者享有政策開展的空間，憲法必然要留給立法者一定的自主形成餘地<sup>41</sup>。因此，規範憲法審查準據所需之條件語句，須由憲法解釋者予以建構。舉其要例，憲法保障人民自由權利之旨趣在於排除暨防止公權力恣意侵犯人民的自由權利，則憲法對自由權利的保障規定若要成為具規範性之法語句，其關鍵在於如何建構自由權利的規範構成要件，包括：詮釋或再造古典的基本人權，例如生命權<sup>42</sup>；或創設或形塑「新」的基本權，例如健康

<sup>40</sup> 所謂的「憲法位階以下的國家行為」，若採修憲有界限論，則尚可包含憲法條文在內，也就是「可能違憲的憲法規定」。參見司法院釋字第499號解釋。

<sup>41</sup> 學說上稱為「框架秩序理論（Rahmenordnung）」，參見王鵬翔，基本權作為最佳化命令與框架秩序——從原則理論初探立法餘地（gesetzgeberische Spielraume）問題，東吳法律學報，18卷3期，頁1-40（2007年）；Shu-Perng Hwang, *Verfassungsordnung als Rahmenordnung: Eine kritische Untersuchung zum Materialisierungsansatz im Verfassungsrecht aus rahmenorientierter Perspektive*, 2018.

<sup>42</sup> 參見Jimmy Chia-Shin Hsu, *The Right to Life*, in OXFORD HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW IN ASIA (David S. Law et al. eds.) (forthcoming).

權<sup>43</sup>；或將法律原則轉換成憲法權利，例如無罪推定原則的權利化<sup>44</sup>。也因此，釋憲機關猶如「法學者共和國」，憲法解釋是法學者的集體創作，解釋文及理由書有如學術論著，無足為奇。比較法學或引用外國文獻或裁判，所在多有，亦在所難免。

關於憲法解釋引用外國裁判的問題，馬漢寶大法官針對司法院釋字第342號解釋曾提出協同意見書，指述如下：「中華民國司法院大法官解釋憲法及統一解釋法律與命令，除依法應參考制憲、修憲及立法資料外，自得於審查過程中參考內外國之判例、學說、習慣等其他相關資料。惟解釋文及解釋理由書之文字，係大法官基於中華民國憲法及法律規定，本個人之知識、智慧與經驗，獨立而合議所作成，有其本身之權威與尊嚴，而不宜仰仗外來之助力，包括外國之資料在內。外國資料之引據，主要在於案件審查過程中，用以支持及加強對於解釋文及解釋理由書提出之見解，使其更具說服之力。」在此基礎下，馬大法官建議「首先宜用加（註）方式，即在理由書『此在各國實務上亦不乏可供參考之先例』下加（註）字，……司法院大法官之解釋如未曾用過加（註）方式，則既然法無明文禁止，何妨開此一例，亦可略增大法官解釋之學術性。」「其次可採括弧方式，即在『此在各國實務上亦不乏可供參考之先例』下加括弧（如……）」。

司法院大法官解釋引註的形式問題，應在其次，重點在於援引的內容。司法院大法官解釋的理由構成，行文以括弧夾帶外語者，所在多有。例如司法院釋字第336號解釋理由書：「……雖同法第四十九條至第五十條之一等條文設有加成補償、許為臨時建築使用及免稅等補救規定，然非分就保留時間之久暫等情況，對權利受有個別損害，而形成特別犧牲（Sonderopfer）者，予以不同程度之補償。為兼顧土地所有權人之權益，如何檢討修正有關法律，係立法問題，合併指明。」其中Sonderopfer（特別犧牲）為德國損失補償學說理論與法制實務的核心概念，本號解釋特予引用，固然透露出建構損失補償法理的根源來自德

<sup>43</sup> 參見Chuan-Feng Wu, *The Right to Health in Taiwan: Implications and Challenges, in TAIWAN AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS: A STORY OF TRANSFORMATION* 457 (Jerome A. Cohen et al. eds., 2019).

<sup>44</sup> 參見廖福特，無罪推定之權利——三角法律論證，收於：李建良編，*憲法解釋之理論與實務*（九）：憲政主義與人權理論的移植與深耕，頁513-582（2017年）。

國，留下可供後人循跡探查的線索。然因概念意旨闡析未盡詳明，特別是何以此「係立法問題」，未作進一步說明，至今仍是司法院解釋中一道未解的憲法問題，其理論體系與運用之法的闡明，自為法學者的任務之一<sup>45</sup>。

另一著例為司法院釋字第392號解釋理由書（1995年12月22日）：「憲法第八條關於行使逮捕、拘禁、審問、處罰權限之規定具有憲法保留（Verfassungsvorbehalt）之性質，同條第二項前段之「法院」究何涵義，既如上述，自無所謂倘已符合正當程序，檢察官亦得擁有刑事訴訟法之羈押權問題。」與司法院釋字第336號解釋的用途不同，此處使用德國憲法學理概念Verfassungsvorbehalt（憲法保留），目的不在為後人留下追查理論所由的線索，而是對憲法第8條關於行使逮捕、拘禁、審問、處罰權限之規定的規範之「定性」（具……之性質）提供外國法（理論）的佐證。從法學方法論的觀點出發，可資探討者，首先是Verfassungsvorbehalt（憲法保留）的意涵為何？另則是憲法第8條是否該當於此所謂之「憲法保留」？可惜的是，該號解釋既未釋明上揭概念的意涵，亦未註明引據的出處（德國學說或實務見解？），因此無法直接循之回溯德國文獻索解其義，覆按其旨<sup>46</sup>。詳究該語出現段落（編碼19）的前後脈絡<sup>47</sup>，推求該號解釋使用「憲法保留」的用意，可知其旨

<sup>45</sup> 歷來解釋多僅以「形成因公益而特別犧牲其財產上之利益」（司法院釋字第400號解釋）、「係為公共利益所受特別犧牲」（司法院釋字第425、516、579、652號解釋）、「若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者」（司法院釋字第440、564、747、763號解釋）、「受有超越一般應容忍程度之特別犧牲」（司法院釋字第670號解釋）、「以使土地所有權人遭受特別犧牲之方式，徵收非交通事業所必須之土地進行開發」（司法院釋字第732號解釋）等。學者間則嘗試另闢蹊徑，從實證法學及經濟分析視角，建構財產權特別犧牲的補償標準及請求權論理與程序。參見張永健，土地徵收與管制之補償——理論與實務（2020年）。

<sup>46</sup> 德國有關「憲法保留」文獻，僅舉一例：Josef Isensee, Vorbehalt der Verfassung. Das Grundgesetz als abschließende und als offene Norm, in: Isensee/Lecheler (Hrsg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, S. 359 (359 ff.).

<sup>47</sup> 「……憲法對人身自由係為直接之保障，其既明定法院以外之司法或警察機關，難得依法定程序逮捕、拘禁人民；但仍不許逾越二十四小時，則所謂刑事訴訟法上羈押權歸屬係立法裁量之範疇云者，固非有據；而此二十四小時究竟合乎現實之需要與否？應否如同其他部分之國家然，規定為四十八小時、甚或七十二小時，此則屬於修憲之問題。」

在強調：立法者不得規定法院以外之機關（包括檢察官在內）拘禁人民超過24小時；若有此規定，例如（舊）刑事訴訟法有關檢察官羈押權規定，則構成憲法第8條之違反，此即該號解釋文「是現行刑事訴訟法……賦予檢察官撤銷羈押、停止羈押、再執行羈押、繼續羈押暨其他有關羈押被告各項處分之權，與前述憲法第八條第二項規定之意旨均有不符」的論斷。就解釋爭點而言，大法官所欲處理者，乃（舊）刑事訴訟法牴觸憲法的問題（憲法優位於法律），而不是立法者在無憲法授權之下制定法律的問題（無憲法、無法律）。換言之，該號解釋將「憲法優位」的命題誤解為「憲法保留」。孰料「憲法保留」一詞之後現身於司法院釋字第443號解釋理由書（1997年12月26日）：「關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院司法院釋字第三九二號解釋理由書）。」成為所謂「層級化法律保留原則」的一環；後人習焉不察，繼續讓「憲法保留」一詞以中文概念之姿多次出現於解釋理由中，將概念的錯誤理解推向某種難以動搖的鎖定狀態。

以上二例只是法學、憲法解釋與法繼受交互影響的一隅暨問題冰山的一角，攝其整體，可以窺見憲法解釋已然是法繼受者競技場域之一方。在法學研究上常見他國代言人或代理人戰爭的現象，同樣也發生在憲法訴訟的範疇，儘管間雜外國法語彙，進入臺灣公法學圈的橘枳之變，常常出於臺灣公法水土使然，未必是外國法制與法學的良窳，比較法學於憲法解釋的必要性，依舊不應受到質疑。憲法規範秩序與知識世界不是建立在先驗的認識與抽象的推理之上，需要在規範邏輯與事實經驗的交互參照之間，印證所思。國家權力「功能是否最適」、基本權利「位階有無高低」、審查標準「強度如何拿捏」等等的思維軌跡，從法學思維到釋憲實作，代表了憲法作為國家根本大法進化成具拘束力規範的試誤過程中出現的種種難題與回應嘗試。法學與社會存有千絲萬縷的複雜關係，公法學的辯證自然也無法簡化為數學公式或定言教條。如果法學不是一次到位的片面論斷，而是綿延不斷的反覆思辯。法律問題雖然沒有標準答案，卻必須有相對合理可接受的說理裁斷。因此，在尚未仔細整理論點、斟酌損益之前，即率然先以形式語句預斷後果（類如中度或嚴格審查之語），即非可取。此種作法若只在修飾結論，或不足

慮。真正值得關切的是，正因法律問題沒有標準答案，反而容易讓許多主觀的價值判斷或意識形態摻雜其中。評價是人的本性，也法學的要素之一，法秩序無法與價值絕緣，但不能任令價值或感覺（情）主宰理性論辯，馴至失序而不受控制。因為人的價值各異，難以強令同一，理性思維的基本論證方法乃益顯重要。法制定或法適用的合憲性控制，基本上旨在檢視法律及其適用是否與憲法意旨合致或相悖，憲法解釋者若扮演「價值輸送帶」的角色，憲法解釋成為價值的展示台，憲法將被異化成為某種價值或哲學觀、世界觀的載體，法學者成為邊緣人之後，法學亦將無可容身之處。

法律問題沒有標準答案、人的價值不能定於一尊，但若仍要作出決斷，則存身其中的法學者與憲法解釋者須同時留意民主與權力分立原則，亦即：民主正當性因素與權力分立的制度框架。問題的重點不是如何作出有理由的評價與裁斷，而是思考系爭問題應該由誰來做決定？越是近身政治角力，越是涉及政策選擇，越是關乎價值抉擇，就越是需要回到政治場域與公民社會，經由民主審議與公共論辯作出「階段性」的決定<sup>48</sup>。學說上經常可見以「司法的反多數或抗多數困局」作為討論的命題，背後蘊含制度理性與實體決斷兩種思維層面，前者是司法者審查法律的適格性問題；後者是司法者針對特定法律規定應否宣告違憲的問題。當憲法明文賦予司法院審查法律的權限時，前者不成問題，只剩後一難題，繫於實務運作，因案而異，於此無法細說，僅提出兩點：釋憲者不是代議者，憲法解釋者僅能代表自己的意見，法律見解與決斷不等於民意；釋憲者不是立法者，憲法解釋者不能曲解法律的意旨，亦不能僭越立法者的權力，縱使立法未盡良善。因為法之不善不當然等於法之違憲，此為憲法解釋者應有的法學認知與司法美德。

---

<sup>48</sup> 學說上有稱此為「建構民主工程的避風港」。參見蘇彥圖，司法審查作為憲政工程——結構最小主義的提議，中研院法學期刊，22期，頁49以下（2018年）。

## 伍、法學者作為立法者

儘管現行制度並無制衡憲法裁判的機制，憲法解釋者代替立法或僭越立法權所涉憲法權力分立原則與民主原則的問題，尤其不容忽視，由此益顯大法官（若採）終身職與憲法秩序的緊張關係。與此不同的是，法律生成與產製的立法（學）課題，小至條文字句的支微細節，大至體系架構的立法品質與社會變遷的疏密關係，法學者居其中間，扮演起承轉合的關鍵角色。法學者作為立法者，意味的是法學者對立法的（正負）影響；另一方面是法學者於立法的重責大任。前者指立法品質或意旨的落差，歸因於法學者；後者則是正面以思，良善立法必須仰賴精緻的法學，此二層意涵同時蘊含法學的必要性與問題性。

民主國家的立法者，狹義的理解，指代表民意之立法機關及其成員（立法委員）。廣義的觀察，則包含對於法律案的形成、製作以迄成品所有參與其中、與有作用者，也就是在立法過程中對法案產生作用的各種「人的因素」（法案制作者），法學者是必不可少的作用元素。民主與法治的關聯為法學的課題，法學與民主的關係，亦復如此。姑且不問民意是「擬制」或「實存」<sup>49</sup>，法案制作者的思維總是會有漏洞、難免不夠清楚或相互矛盾，除了期待法律解釋者（法學者）事後儘可能地使法律的意旨不相牴觸外，在立法的過程中，尤其是「立法理由」應儘可能完整如實呈現條文的意旨與考量因素，涵蓋專業領域越廣、規範效力越是一般，理由越是需要精準且可理解；或者從「立法理由」反向檢視法律條文的精準度與可理解性，特別是行政程序法、訴訟法、民法、刑法等總則性或一般性的法典。

由前述行政程序法的法繼受過程可知，總則性法律的生成多半以委託研究計畫或組織立法或修法專家諮詢會議運作，行政訴訟法的修正，即為一例。現行行政訴訟法的全盤翻新，起自1981年7月司法院成立行政訴訟制度研究修正委員會，由林紀東大法官和翁岳生大法官擔任召集人，結合學者專家2週開會一次，費時12年完成修正草案，將原來34條

---

<sup>49</sup> 相關討論，參見Shu-Perng Hwang, Volkswille: Reale Substanz oder notwendige Fiktion? Ernst-Wolfgang Böckenförde und Hans Kelsen im Vergleich, Der Staat 59 (2020), S. 371 (371-396).

文增加至308條，再與行政院溝通、協調，於1998年10月立法院三讀通過修正案，司法院以院令自2000年7月1日起正式施行，即是法學者作為立法者的最佳寫照<sup>50</sup>，彰顯法學於法治建設與完備權利救濟制度的必要性。不過，此種基於集體性比較法研究的立法或修法工程，容易因不同背景學者專家斷續討論而產生系統性誤差或疏漏，行政程序法與行政訴訟法至今仍存有若干規範體系不盡嚴整之處<sup>51</sup>，原因在此。又如於2020年1月15日總統公布、自2020年7月1日生效的《行政訴訟法》第2編第5章「都市計畫審查程序」，以「行政機關依都市計畫法發布之都市計畫」為程序標的之法規審查程序（參照司法院釋字第742號解釋意旨），惟原告提起都市計畫審查訴訟時，仍須釋明「行政機關依都市計畫法發布之都市計畫直接損害、因適用而損害或在可預見之時間內將損害其權利或法律上利益者」（第237條之18第1項），細查其旨，仍屬保護人民權益之觀訴訟，僅其程序標的為客觀法規。惟立法理由一再出現都市計畫審查程序「具有客觀訴訟性質」等語，易滋誤解，參與其中的法學者與有責任，觀念的釐清亦有賴法學者。由此同時顯示法案的立法理由非可盡信，仍須參酌法條文義與規範體系，窮盡思考法律製作過程中參與者（包含法學者）考量等因素而為法律解釋。

不同於總則性的法典，專業性法律多半來自政府部門，特別是行政法律，法學者於此可以扮演立法諮詢者的角色，更可擔負起法制改革者的任務。就專業領域與事項特性的角度來看，部門行政法蘊含來自實務問題的規範動能與因應需求，不過也因本位主義與專業盲點而在草擬部門法案時，造成規範體系的結構紊亂與瑣碎分散，此時即需要法學者掌握總則性規定的結構、行政法體系的構成與行政法學的思維方法，結合經驗法則與事物本質的交替演繹，提升學說論理、法律制定與法律適用的一貫性法秩序。換言之，法學者之於立法的作用，不僅止於事中的參與及事後的補弊，尚可發揮導引立法的功能。以困擾行政實務多年的

<sup>50</sup> 參見翁岳生口述，李建良主筆，憶往述懷——我的司法人生，頁428（2021年）。

<sup>51</sup> 例如行政訴訟法第8條第2項及第196條第1項，係繼受自德國行政法院法第113條第1項及第4項，原本在同一條文中，移植至我國時，卻分列兩處，相去甚遠，造成理解與法律適用上的困擾。

「狀態責任」為例，此一學理概念最初現諸最高行政法院裁判理由<sup>52</sup>，旨在處理《公寓大廈管理條例》生效前違規事件的處罰與命改善問題，嘗試透過狀態責任建立「物的責任」，以避免違反法律不溯及既往原則。表面上，爭點問題多半環繞在如何理解「狀態責任」概念與規範意涵，實則真正關鍵在於現行法是否以「對物有事實管領力之人」為規範對象。換言之，於此涉及的立法不善或不足的問題，推究其原因，若是出於立法者（法案制作者）欠缺「狀態責任」的法理思維而不知為此以法律明文者，法學者即應負起導正立法的任務，而不是為了遷就行政實務需求而曲解法律意旨，以致錯失修法正律的機會<sup>53</sup>。

由此延伸思考，從法學著述的角度來說，尚有「寫作文字」與「對話對象」的問題，值得一提。如果希望在比較法上臺灣被國外看見，自然是以外文為宗，儘可能訴諸全球<sup>54</sup>；反之，設若法學研究的目的是在於改善本國的立法品質、強化司法實務裁判的深度，則應多以中文與國內學界及實務界對話。此無關法學的方法，而是法學的理由。

## 陸、法學者作為變遷者

古往今來，法律人不斷面對一個問題：在抽象理論的法哲學思維以外，法實務、法規範或法適用的法學，是否存在可以也必須保有且捍衛的內在價值，不受制於立法者的政治決定，不被某種意識形態所左右，不隨政權更迭而見異思遷？

以「轉型正義」課題為例，透過法律規劃，讓正義轉型，旨在處理「威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果」<sup>55</sup>，正面標舉的是清理過去威權統治時期的「不法」行為與結果<sup>56</sup>；反向勾畫的歷

<sup>52</sup> 最高行政法院92年度判字第837號判決。

<sup>53</sup> 參見李建良，行政法上之狀態責任與法律不溯及既往原則（下）——行政法上責任與義務的關聯與體系，月旦法學教室，226期，頁35以下（2021年）。

<sup>54</sup> 例如臺灣在全球憲政主義的地位。參見Chien-Chih Lin, *Global Constitutionalism in Taiwan*, in GLOBAL CONSTITUTIONALISM (forthcoming).

<sup>55</sup> 促進轉型正義條例第1條第2項。

<sup>56</sup> 關於臺灣轉型正義的發展，參見Nien-chung Chang-Liao & Yu-Jie Chen, *Transitional Justice in Taiwan: Changes and Challenges*, 28 WASHINGTON INT'L L.J. 619, 619-44

史思維則是：何以法律人在威權統治下受到制約而為「不法」之行為？「奉法之名」而為裁判的法官何以對政治毫無抵抗力？究竟何種原因讓法律人面對不義政權而束手無策？

如果把這些問題的解答歸咎於某種主義，以德國為例，如納粹政權都是法實證主義的錯<sup>57</sup>，或者把清算的箭頭指向特定的對象，例如重新打開Karl Larenz、Theodor Maunz等人被封印的「黑歷史」，可能過於簡化問題，又不無突兀。如果我們把相同的作法放在臺灣，候選人會是誰？法律人如果不想躲到學術的象牙塔裡，是否應該直面對決歷史事實，反思何以法秩序受到法外因素或政治力量的影響？所謂的「時代精神」，究竟有害於法學，抑或有其必要？法學者、法官或法律人來回擺盪在「時代精神」之間，或擺脫之或迎合之？歷史長河的沖刷下，哪些東西是浪淘盡之後可以或應該留存下來的？

「時代精神」一般以德語Zeitgeist的形式表現，從文字或許可以追索語出所由<sup>58</sup>，成為某種跨國乃至於全球性概念之後，則脫離原本的語境成為各自詮釋的語言框架或集合名詞。例如赫胥黎曾在1933年寫道：「這個時代精神（The Zeitgeist）是一隻駭人的野獸，我向上天祈求人們能夠逃離牠的利爪<sup>59</sup>。」對照當時的「時代」背景，影射的可能是德國納粹政權所標榜的「精神」。時代精神對立法與法適用的關聯，早有研究，強調其關聯者有之，置疑者亦有之。歐陸法律史上著名薩維尼的歷史學派「民族精神」或孟德斯鳩揭櫫「法的精神」（法意），為大家比較熟知的例子。後者旨在考察各國法律制度的精神；前者則強調法必須

---

(2019); Cheng-Yi Huang, *A Noble Dream Undelivered: The Quest for Transitional Justice during Tsai Ing-wen's First Term*, in TAIWAN DURING THE FIRST ADMINISTRATION OF TSAI ING-WEN: NAVIGATING IN STORMY WATER 209, 209-233 (Gunter Schubert & Chung-Yi Lee eds., 2021).

<sup>57</sup> 例如Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SJZ 5 (1946), S. 105 (105 ff.).

<sup>58</sup> 據可考的文獻，Zeitgeist一詞最早出現在Johann Gottfried Herder, *Kritische Wälder. Oder Betrachtungen über die Wissenschaft und Kunst des Schönen*, 1769. 該書頁11可見Geist der Zeit一詞，行文脈絡略以：數以千計的語彙不斷變遷，因為時代的精神變動不居。

<sup>59</sup> See Aldous Huxley, *1933 Letters of Aldous Huxley*, in LETTERS OF ALDOUS HUXLEY 374 (1969).

源自民族所由的根基。20世紀以降的自然法學與實證法學之交鋒，較少或未直接提及「民族精神」，但背後含有法續造與價值及正義觀的依存關係的論辯延續至今。尤其人性尊嚴成文法化之後，例如德國基本法第1條第1項，「自然法的實證法化」成為另一法學課題與思維取徑，究其旨趣，實亦是「法與道德」論題的持續戰<sup>60</sup>。

從法學的「純粹」觀點來看，法秩序若要保有時間的高度，就必須留給法律解釋適用者一定的空間，讓運生自人地時事物的「精神」或法意識得以透過不確定法律概念或概括條款，如公序良俗或誠信原則等，有所開展或調適。就法律中的概括條款及不確定法律概念來說，法規範在時間的流裡，不斷被解釋與適用，法條文字不改，內涵卻隨著時代變遷而與之俱進。例如德國《民法典》歷經德意志帝國、納粹政權，以迄基本法頒行，憲法基本權的保護效力透過民法典而得以進入私法領域，可能不是民法典制定之初所能想像的事。社會通念的變遷影響法的適用，可能且可以在不變動法規範文字的情況下進行，事實可證，其例可拾。以近年引發討論的「被遺忘的權利」為例，儘管歐盟GDPR特予明定，實則經由民法法人格權保護規定的合憲性詮釋即可得出請求權的基礎<sup>61</sup>；又如競業禁止條款透過比例原則於實務上的運用，可得出該條款的無效認定<sup>62</sup>。不過，反面來看，當社會的道德觀隨著時間的推移而改變時，以特定道德為基礎的法律允應隨之修廢（與時俱進），特別是具有道德倫理性的刑法規定。例如德國（舊）刑法第175條規定：男性間性交行為應受刑事處罰（有期徒刑）。於1950年代一則憲法訴訟中，聲請人主張該規定違反憲法保障之人格自由發展權及性別平等原則，德國聯邦憲法法院認定系爭規定合憲而駁回訴訟，理由是男性間性交行為明

---

<sup>60</sup> 關於方法論的反思，參見李建良，法與道德——法哲學方法論的若干反思，月旦法學雜誌，308期，頁79-104（2021年）。

<sup>61</sup> 參見BVerfGE 152, 152。

<sup>62</sup> 先見諸於司法裁判，而後成為法律規定。實務上過去以認定競業禁止條款有效者居多，例如最高法院75年度台上字第2446號判決、83年度台上第1865號判決、臺灣臺北地方法院84年度訴字第4071號判決、84年度訴字第1845號判決；亦有少數認定競業禁止條款無效者，例如臺灣臺北地方法院85年度勞訴字第78號民事判決。

顯牴觸當時社會的道德法則<sup>63</sup>。時隔多年之後，聯邦司法部提出修法草案，廢止刑法第175條，理由為：該條規定嚴重侵害憲法保障的基本權利<sup>64</sup>。然而，當立法者不願修法或因為無法精準掌握社會道德走向而不敢修法時（擔心違反民意或影響選票），法律的違憲審查機制即成了制衡立法者或者作成社會道德決斷的場域。

由上可知，所謂的「時代精神」並非於僅於一時一地或特定領域的要素或結構，而是過去與現在、不同地域、各類事物之間既交錯連結又需分別的特性，可能是觀察者一己的主觀認知或內心世界，也可能是個人與集體的人格意識與文化心態。因此，歷史學並結合精神史的研究，為探索法與時代精神不可或缺的治學方法，並且自成一門具歷史反思性且有方法論的學科（所謂「時代精神研究」）<sup>65</sup>。正因為法秩序所根基的價值及正義觀，恆受政治、文化觀、世界觀、價值觀、宗教思想、道德確信、行為模式或慣性的影響，若要以時代精神作為法律發展的導向因素，即須建立在民主正當性的制度基礎之上，在民主程序中，不斷磨合社會的歧見與共識，同時確保國家統治的正當性。

法學與法律的外觀形貌與規範效力，深受時代的影響，特定時代下的法秩序同時也是該特定時空下政經社文的投射與縮影。不管是公共領域或私人生活，「時代精神」無所不在。以臺灣公法為例，從百年的發展來看，由於特殊的政治環境與威權體制，臺灣公法學的開展與時代的關聯既緊密又緊張。在不義政權底下的法同時被適用，同時被宣示，回頭檢視過往，思考轉型正義，我們不能只是為過去政權貼上「不義」的標籤就能了事，因為如果時間拉長一點來看，參與其中的其實是同一批人，卻在不同時代有各種變貌！現代公法（學）具有規範（節制）公權力的「獨特性格」，以公法學為志業的人，通常也必然懷抱公權力應受法拘束的學術理性。如果法學的使命在實踐法治，法學者是否應該與

<sup>63</sup> 參見BVerfG, NJW 1957, S. 865.

<sup>64</sup> 德國刑法第175、175a條於1969年合併為第175條，刪去男性間性交行為之處罰規定，改為未成年人保護條款；1993年則刪除整條規定。相關問題，另參Wolfram Höfling, „Sittlichkeit“ und Freiheit, JuS 2017, S. 617.

<sup>65</sup> 即Zeitgeistforschung。參見Peter Krüger, Zeitgeist- nur ein populäres Chamäleon der Forschung?, in: Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte, 2003, S. 167 (173).

「時代精神」正面交鋒。在法制度的變遷之下，法與意識形態，對於「什麼是法」？法律人是否應該給自己一個說法，雖然面對的或許是一個無法解答的問題。

法學者某種程度是「文字工作者」、知識的追隨者，以知識份子或智識人自許，有時反而容易廣開門戶讓意識形態大舉入侵認知系統、佔據思考位置，受其左右而不加分辨地寧願相信及信任某種宣稱，而不立基於可資驗證的知識。法治精神如果失靈，法學與方法只會為特定的論調提供子彈。

## 柒、結語：法學的客觀性

「有社會，就有法」，法規範社會，法學研究是一種互為主體的知識活動與對話關係；記憶法條累積的法律知識，不一定成為有系統的法學，還需要有治學的理由與方法；法學是志業還是職業，端看能否從就業導向的學習計畫中脫解而出。「法」字隱含了矯枉趨正、重組分配的思想線索，非靜態定之於一；社會變遷的路徑不同，法的來歷與去向亦有差異。法學研究猶如構建起一種「交換市場」或「實驗室」，各種的法概念在此匯流與聚合，兩組或多重法秩序、法制度或法領域在此遇合與接壤。因此，法學研究的路徑不能停留在單線的觀察視角，只對法概念或規定作單點的勘對，而應該把焦點挪移到法制的發展脈絡與演變軌跡，既要度之以遠事，亦要驗之以近物，再參之以未來何所適之。尤其是在法學與政治交壤的地界，往往會面臨在理念實踐上必然會出現的困境。法律人身處現實不斷改變的世界，除卻其由來久矣的世俗難題與人性的幽微心思，後退半步，或許可以得到較為寬廣的歷史視角與思考腹地。然若兀自從（政治）現實推導出（法治）規範，則不免又落入法學思考的謬誤與迷思。唯有保持應然的堅持，善於應對實然的權變，法律人或能提出披堅執銳的說理與論斷。

柏林（Isaiah Berlin）於1953年出版一冊小書，將希臘寓言「狐狸知道許多事，刺蝟只知道一件大事。」普遍化成為兩種形象，刺蝟是思想家，總以某個觀點來認識現實；狐狸則是汲取大量知識和經驗，因事制

宜<sup>66</sup>，於是狐狸與刺蝟的故事成為一項嚴肅的學術論題，或辯析或自況或引伸，不一而足。法學者應該是狐狸還是刺蝟？通識天下之事，或以一事洞識天下？如果法是社會的產物，步趨社會的發展與變遷，因時因地、動態反應，則法學之研治必須從各種法律材料的認識、梳理及詮釋入手，法律邏輯與經驗事實的累積與厚實，為法學研究的根基及法學者的養命之源。法律的思想史為法學的精神源頭與思考資產，但思想史的研究必須奠基在對法律結構、體系及素材的必要瞭解與掌握能力上，並且避免受惑於看似創意但知識含量不足的理論，否則法學的研究與著述將空懸於政經社文制度之上而不能落地。當然，法學者除了自身力求堅實外，不忽略或漠視其他學科，在法學體系思維的根基下進行科際整合，設法與他學門交融視野，亦是法學能否進化成為有用之學的關鍵。

回到法學者的處境，在面對法的決定是先有結論再羅織理由的質疑時，身為法學者是坦然承認或者引以為戒？當聽到法的決定無不受到其人血統出身、教育背景、宗教信仰等因素影響的主張時，是輕易相信還是抱持懷疑的態度？如果有人說法學研究不可能客觀，只是法學者的主觀認知與判斷，法學者是否毫無辯駁的能力？面對這些提問，問題的問題是：吾人是否在意這些問題？是否嚴肅看待這些質疑？是否願意把法學當一回事？是否瞭解到法的客觀性是現代法治國家不可或缺的前提條件？對於有志於學術的法律人來說，這是一個問題嗎？或者根本就無關緊要？

法學者是法學知識建構的主角、法律資料的主宰者。法學的客觀性建立在法學者的主觀性上，靠的是法學的理由與方法，主、客之間必須存有合理有機的關聯，法學理論與客觀事實的相互聯繫。方法論上，研究主題的選定與研究材料的篩選，包括是否具研究價值與具可供參考的學術品質，研究的意義，必須透過思考，進入思維系統，而非憑藉感官，自然不能脫離法學者的主觀性，無可避免，卻須憑著學術訓練來加以判斷。但是如果以意識形態或個人情感設定結論，再回頭設定主題或剪裁理由，則只能是純然的恣意性主觀。例如直接從法官的性別論斷裁

---

<sup>66</sup> See Issiah Berlin, *The Hedgehog and the Fox*, in *RUSSIAN THINKERS* 22 (Henry Hardy ed., 1978).

判違反性別平等，或者將特定的一次違法個案轉化成集體違法問題，或藉由一個事件進行架空式的離線論述。主觀的法學未必出於惡意或有特定的政治意圖，論點也可能平庸無奇，對法治的影響卻極其深遠。法學的客觀性，無人可以保證，但可以追求；儘管很難做到，至少是法學研究的況味。

因緣際會，與法律相遇，走上法學之路，在國內接受法律全人教育與法學中文寫作訓練，加上國家考試的洗禮，扎下探索公法的學術根基與思維觸角。自德返國，進入中研院從事學術研究，秉持「無微不至」的治學原則，從社科所法律組，歷法律所籌備處到法律所，半生走在法學研究路上，回首談談法學的必要性與問題性，有太多的想法，也有不少困思，不得其解，卻又那麼的理所當然。

法律所是 *universitas litterarum*（知識共同體）<sup>67</sup>，讓法律智識人可以悠遊其中。本文開頭的短語是一段條件式句子，還原全文：「當法學把某些偶然之物當成其客體時，法學自身也會成為偶然」<sup>68</sup>；立法者修正三個字，所有圖書館頓成廢紙之墟」。依吾人所信，法學不是純然的自我陶醉或偶然的一次展演，所以：

立法者修正三個字，圖書館不會頓成灰燼，而是存下傳承法學思想的薪火！

---

<sup>67</sup> *universitas litterarum* 是威廉鴻堡（Wilhelm von Humboldt）建立柏林大學的理念。參見 HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN, [https://www.hu-berlin.de/en/about/history/\\_huben\\_.html](https://www.hu-berlin.de/en/about/history/_huben_.html)（最後瀏覽日：2021年10月7日）。

<sup>68</sup> 原文：„Wenn die Rechtswissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; ...“ von Kirchmann (Fn. 1), S. 17.

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 王必芳（2017），論法國行政契約的特點——從我國行政程序法行政契約章的立法設計談起，臺北大學法學論叢，102期，頁73-151。
- 王泰升（2019），導論，收於：王泰升編，台灣史論叢法律篇：多元法律在地匯合，頁1-27，臺北：臺大出版中心。
- 王鵬翔（2007），基本權作為最佳化命令與框架秩序——從原則理論初探立法餘地（*gesetzgeberische Spielraume*）問題，東吳法律學報，18卷3期，頁1-40。
- 史尚寬（1953），行政法論，臺北：自版。
- 江玉林（2005），近代初期的警察，月旦法學教室，28期，頁36-37。
- 李建良（2021），行政法上之狀態責任與法律不溯及既往原則（下）——行政法上責任與義務的關聯與體系，月旦法學教室，226期，頁35-57。
- （2021），法與道德——法哲學方法論的若干反思，月旦法學雜誌，308期，頁79-104。
- 翁岳生口述、李建良主筆（2021），憶往述懷——我的司法人生，臺北：遠流。
- 邱文聰（2021），在例外與常態間失落的法治原則——論臺灣模式防疫的法制問題，法官協會雜誌，22卷，頁128-145。
- 徐光啟（1631），曆書總目表。
- 陳淳文（2005），論行政契約法上之單方變更權——以德、法法制之比較為中心，臺大法學論叢，34卷2期，頁215-253。
- 陳新民（2020），行政法學總論，修訂10版，臺北：自版。
- 張永健（2019），法實證研究：原理、方法與應用，臺北：新學林。
- （2020），土地徵收與管制之補償——理論與實務，臺北：元照。
- （2021），法經濟分析——方法論與物權法應用，臺北：元照。
- 黃松茂（2020），民法消滅時效制度之基本理論問題——從若干最高法院判決及決議談起，臺大法學論叢，49卷2期，頁403-476。

- 黃榮堅（2021），關於法學理解的態度問題，台灣法律人，創刊號，頁27-39。
- 黃舒芃（2020），什麼是法釋義學？以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡，臺北：臺大出版中心。
- 廖福特（2017），無罪推定之權利——三角法律論證，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務(九)：憲政主義與人權理論的移植與深耕，頁513-582，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 簡資修（2017），經濟推理與法律，4版，臺北：元照。
- （2021），法律經濟分析方法論，台灣法學雜誌，411期，頁37-50。
- 蘇彥圖（2018），司法審查作為憲政工程——結構最小主義的提議，中研院法學期刊，22期，頁1-76。

## 二、外文部分

- Berlin, Issiah. 1978. The Hedgehog and the Fox. Pp. 22-81 in *Russian Thinkers*, edited by Henry Hardy. New York, NY: The Viking Press.
- Chang-Liao, Nien-Chung, and Yu-Jie Chen. 2019. Transitional Justice in Taiwan: Changes and Challenges. *Washington International Law Journal* 28:619-644.
- Chen, Shun-Ling. 2019. How Empowering Is Citizen Science? Access, Credits, and Governance for the Crowd. *East Asian Science, Technology and Society* 13:215-234.
- Cohen-Eliya, Moshe, and Iddo Porat. 2010. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law* 8:263-286.
- Herder, Johann Gottfried (1769), *Kritische Wälder. Oder Betrachtungen über die Wissenschaft und Kunst des Schönen*, Riga: Hartknoch.
- Hobbes, Thomas. 1651. *Leviathan*. Menston: Scolar P.
- . 1841. *Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera Philosophica Quæ Latine Scripsit Omnia in Unum Corpus Nunc Primum Collecta Studio Et*

- Labore Gulielmi Molesworth Vol. 3.*, edited by William Molesworth. London: Joannem Bohn.
- Holler, Tim Philipp (2018), „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, Zum 150-jährigen Jubiläum von Jherings Wiener Antrittsvorlesung am 16. Oktober 2018, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, S. 503-513.
- Hsu, Jimmy Chia-Shin. Forthcoming. The Right to Life. In *Oxford Handbook of Constitutional Law in Asia*, edited by David S. Law, Holning Lau and Alex Schwartz. Oxford: Oxford University Press.
- Huang, Cheng-Yi. 2021. A Noble Dream Undelivered: The Quest for Transitional Justice during Tsai Ing-wen's First Term. Pp. 209-233 in *Taiwan During the First Administration of Tsai Ing-wen: Navigating in Stormy Water*, edited by Gunter Schubert and Chung-Yi Lee. New York, NY: Routledge.
- Huxley, Aldous. 1969. 1933 Letters of Aldous Huxley. P. 374 in *Letters of Aldous Huxley*. New York, NY: Harper & Row.
- Hwang, Shu-Perng (2018), Verfassungsordnung als Rahmenordnung: Eine kritische Untersuchung zum Materialisierungsansatz im Verfassungsrecht aus rahmenorientierter Perspektive, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2020), Volkswille: Reale Substanz oder notwendige Fiktion? Ernst-Wolfgang Böckenförde und Hans Kelsen im Vergleich, *Der Staat* 59, S. 371-396.
- Höfling, Wolfram (2017), „Sittlichkeit“ und Freiheit, *JuS*, S. 617-623.
- Isensee, Josef (1999), Vorbehalt der Verfassung. Das Grundgesetz als abschließende und als offene Norm, in: Isensee/Lecheler (Hrsg.), *Freiheit und Eigentum*, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, München: Duncker & Humblot, S. 359-400.
- von Jhering, Rudolf (1884), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig: Breikopf & Härtel.
- von Kirchmann, Julius (1848), *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, online verfügbar unter <http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/kirch1.html>.

- Krüger, Peter (2003), Zeitgeist- nur ein populäres Chamäleon der Forschung?, in: Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte, Leiden: Brill, S. 167-174.
- Lee, Chien-Liang (2021), Krise als Chance — das taiwanesisches Corona-Management auf dem Prüfstand demokratisch-rechtsstaatlicher Verfassungsmaximen, DÖV, S. 767-777.
- Lin, Chien-Chih. Forthcoming. Global Constitutionalism in Taiwan. In *Global Constitutionalism*.
- Linnan, David K. 2013. Deliberative Democracy Versus the Rule of Law: Rasterfahndung and German Anti-terrorism Versus US Intel Approaches. Address at the University of Pennsylvania School of Law “On the Very Idea of Secret Laws: Transparency and Publicity in Deliberative Democracy” (Nov. 22-23, 2013), <https://www.law.upenn.edu/live/files/2589-new-new-linnan>.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian (2020), Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München: C. H. Beck, § 10.
- Mayer, Otto (1924), Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., München: Duncker & Humblot.
- Retslag, Carl (1848), Apologie der Jurisprudenz, Eine Erwiderung auf den vom Herrn Staatsanwalt von Kirchmann in der juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltenen Vortrag, Berlin: Braune.
- Radbruch, Gustav (1946), Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 5, S. 105-108.
- Stern, Klaus (1993), Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München: C. H. Beck, S. 165-175.
- Wu, Chuan-Feng. 2019. The Right to Health in Taiwan: Implications and Challenges. Pp. 457-469 in *Taiwan and International Human Rights: A Story of Transformation*, edited by Jerome A. Cohen, William P. Alford and Chang-fa Lo. New York, NY: Springer.