

國家對文化保存與維護的憲法義務*

—— 以文化資產保存法為觀察

王韻茹**

摘 要

本文研究目的想要探尋憲法如何規範國家在文化領域的活動，一方面從國家的文化任務加以探討，此處涉及國家之權限以及中央與地方對於文化領域之權限劃分；另一方面從國家與人民在文化領域之互動加以觀察，此處主要與國家如何藉由法律影響文化形成，亦即與人民文化性的基本權利之關聯性。本文先探究憲法關於文化概念的規範內涵為何，其次則討論對於文化之保存與維護之憲法義務，並藉此檢視相關具體法制。承擔文化責任之主體是國家，也涵蓋了中央與地方，藉由文化資產保存法制，反思現行中央與地方在文化領域權限之劃分。一方面地方團體作為國家行政之一環，另一方面也作為地方文化形成之主體，而得向中央主張其地域文化的自治權。

關鍵詞：多元文化原則、文化任務、文化權、文化資產保護、文化國。

* 本文曾刊登於高大法學論叢，17卷1期，頁1-44（2021年）。

〔責任校對：蕭惟文、陳沐恩、徐慕薇〕

** 國立中正大學法律學系教授。

穩定網址：<https://publication.ias.sinica.edu.tw/60611132.pdf>。



目次

| | |
|------------------------|----------------------------------|
| 壹、前言 | 參、國家的文化任務與責任 |
| 一、從德國普魯士文化遺產基金會之憲法基礎談起 | 一、國家文化任務之多樣性 |
| 二、文化國與文化憲法之概念 | 二、國家文化任務與責任之階層化 |
| 三、本文問題意識 | 肆、再思中央與地方之保護文化事項的權限劃分——以文化資產保存為例 |
| 貳、憲法關於文化之規範內涵 | 伍、結論 |
| 一、非法律意義之文化概念 | |
| 二、憲法脈絡的文化概念 | |

壹、前言

一、從德國普魯士文化遺產基金會之憲法基礎談起

走訪歐洲各國會發現各國首都往往是文化藝術聚集之地，例如英國倫敦、法國巴黎以及德國柏林，這從該城市之博物館與美術館的數量與質量即可看出。不同於英國與法國，德國直到1870年才在普魯士王國帶領下逐步建立起統一的德意志帝國，而柏林也從普魯士王國首都變成了德意志帝國首都。在這個歷史過程中，一方面受啟蒙運動影響之德意志地區的教育、哲學與文學也有大幅進展。另一方面普魯士雖以窮兵黷武聞名，但也沒有忽略文化之建設。從1824年起開始，在柏林施普雷島開始建造博物館，並在帝國建立後，為了仿效巴黎與倫敦建造博物館，因此將這區域命名為博物館島；這些博物館的建築顯示城市與建築象徵，且各博物館收藏的藝術珍品，從古代的東西方之藝術珍藏品到重要的雕塑與繪畫作品均可與各該文明發展相關，因而柏林博物館島在1999年被指定為世界文化遺產¹。

¹ 參見世界文化遺產官網對於柏林博物館島的介紹：*Museumsinsel (Museum Island), Berlin*, UNESCO, <http://whc.unesco.org/en/list/896> (last visited Jan. 3, 2021).

追溯柏林博物館島歷史時，會發現由普魯士所為的文化建設並未隨著普魯士解消²而消失。在第二次世界大戰後，為了處理領土變更而衍生的（財產）爭議，德國基本法第135條定有特殊規範³，第1項至第3項規定原屬於該邦領域財產應交於該領域現在所屬之邦，而第4項是例外規定，用以處理原屬於普魯士文化資產，「聯邦之重大利益或某一地域之特別利益有需要時，聯邦立法得另行規定而不受本條第一項至第三項之限制」⁴。這是為了創設普魯士文化遺產，給予聯邦立法的例外特殊權限，因聯邦原則上對於文化領域並無立法權限⁵。聯邦議會在1957年通過普魯士文化遺產基金會

2 關於普魯士的解消時點，有兩種觀點，第一是1932年7月20日的普魯士政變後，聯邦政府接收了普魯士邦，不再具有邦的地位，第二則是以二次世界大戰後，盟軍管制委員會（Alliierte Kontrollrat der vier Siegermächte）於1947年2月25日發布第46號法律，廢除普魯士邦國。參Stephan Burgdorff/Norbert F. Pötzl/Klaus Wiegrefe (Hrsg.), *Preußen - Die unbekannte Großmacht*, 2009, S. 284. 第46號法律，Gesetz Nr. 46 des Alliierten Kontrollrates in Deutschland über die Auflösung des Staates Preußen, 25. Februar 1947, online verfügbar unter http://www.1000dokumente.de/pdf/dok_0231_pre_de.pdf (Letzter Abruf 03.01.2021).

3 Art. 135 (1) Hat sich nach dem 8. Mai 1945 bis zum Inkrafttreten dieses Grundgesetzes die Landeszugehörigkeit eines Gebietes geändert, so steht in diesem Gebiete das Vermögen des Landes, dem das Gebiet angehört hat, dem Lande zu, dem es jetzt angehört. (2) Das Vermögen nicht mehr bestehender Länder und nicht mehr bestehender anderer Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes geht, soweit es nach seiner ursprünglichen Zweckbestimmung überwiegend für Verwaltungsaufgaben bestimmt war, oder nach seiner gegenwärtigen, nicht nur vorübergehenden Benutzung überwiegend Verwaltungsaufgaben dient, auf das Land oder die Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechtes über, die nunmehr diese Aufgaben erfüllen. (3) Grundvermögen nicht mehr bestehender Länder geht einschließlich des Zubehörs, soweit es nicht bereits zu Vermögen im Sinne des Absatzes 1 gehört, auf das Land über, in dessen Gebiet es belegen ist. (4) Sofern ein überwiegendes Interesse des Bundes oder das besondere Interesse eines Gebietes es erfordert, kann durch Bundesgesetz eine von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Regelung getroffen werden. 中文譯本，參照，司法院中譯外國法規，德意志聯邦共和國基本法，<https://www.judicial.gov.tw/db/db04.asp>（最後瀏覽日：2021年1月3日）（以下簡稱：司法院中譯德國基本法）。

4 此一中譯條文，引自司法院中譯德國基本法（註3）。

5 *Kyrill-Alexander Schwarz*, in: *Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar*, Bd. VII, 2019, GG Art. 135 Rn. 6.

法，設立財團法人組織。依據該法第3條第1項⁶，該基金會之目的是為人民維護、保存與補充普魯士文化資產，持續維護普魯士文化遺產，遵守傳統維護重要的珍藏以及確保這些文化遺產對學術與教育之公益以及不同國家間之文化交流。關於普魯士文化遺產基金會的主體與財政是由聯邦與邦共同承擔，但有些邦認此法有違憲之虞，遂向聯邦憲法法院聲請釋憲，而法院在1959年做出合憲的判決（以下稱普魯士文化遺產基金會判決）⁷。德國聯邦憲法法院在此判決中，定義文化：「在一個共同體中，有效運作精神力量之整體自行開展，並承載自身價值。就此意義之文化，並非國家所得治理」⁸。進一步，憲法法院肯認普魯士文化遺產基金會以聯邦公法人組織形式的合憲性，其主要理由係聯邦立法者依據基本法第135條第4項，對於將之前之邦財產由普魯士遺產基金會承受，且先前普魯士文化資產不屬於基本法第135條第2項用於行政任務之行政財產，因而無須經聯邦參議院同意。

普魯士文化遺產基金會判決內容引起本文研究的動機。消逝的普魯士邦國所遺留的文化資產，德國為何以及在何種程度內承擔起保存與維護的責任，甚至以憲法與法律形成保護之基礎。這個案例也促使本文思考關於我國憲法中對於文化之保存與維護有無任何要求，以及課予國家何種義務。

6 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Preußischer Kulturbesitz“ und zur Übertragung von Vermögenswerten des ehemaligen Landes Preußen auf die Stiftung § 3(1) „Die Stiftung hat den Zweck, bis zu einer Neuregelung nach der Wiedervereinigung die ihr übertragenen preußischen Kulturgüter für das deutsche Volk zu bewahren, zu pflegen und zu ergänzen, unter Beachtung der Tradition den sinnvollen Zusammenhang der Sammlungen zu erhalten und eine Auswertung dieses Kulturbesitzes für die Interessender Allgemeinheit in Wissenschaft und Bildung und für den Kulturaustausch zwischen den Völkern zu gewährleisten.“

7 BVerfGE 10, 20 (20 ff.). 中文簡短的說明，參見，林依仁，「文化」語彙之運用與理解——以評說德國實務為中心，憲政時代，41卷2期，頁261-262（2015年）。

8 BVerfGE 10, 20 (36).

二、文化國與文化憲法之概念

法學領域內關於探討國家對於文化保存與維護的憲法議題，目前國內累積的文獻主要從兩個概念出發：一是文化國，二是文化憲法。

文化國連結了文化與國家兩個概念，旨在闡述國家與文化之關係。這個概念從歷史考察來看，文化國概念之提出係在19世紀初⁹，隨歷史條件發展出不同模式：(1) 國家之文化治理是基於人民利益的國家目的（如，啟蒙時期的絕對專制國家）；(2) 國家之文化治理係為了文化自身（如，普魯士改革時期）；(3) 國家依據政治標準調控文化（如，納粹時期）¹⁰。此外，則有用以指稱與不法國家區分具有文化價值體系的國家¹¹。

隨著憲法國家建立，文化國家概念再次受到憲法形塑，而在規範脈絡上有不同概念內容，一方面連結基本權客觀面向，探討憲法理論中的文化國，另一方面強調國家目標設定，強調國家對人民「精神」生活的照顧¹²。學者進一步連結二者，提出文化國必須以文化基本權保護為準，而該基本權是在文化國之下，以多元化形式產生文化溝通，同時也注意到文化國與法治國之調和¹³。

文化國概念有一個與法治國概念相關的根本性問題在於，法治國作為憲法建構原則，在於規範與設定國家行為之標準，但從前述可知，文化國概念強調國家應積極促進與保護人民精神生活的「品

9 *Dieter Grimm*, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, *VVDStRL* 42 (1984), S. 46 (47). 中文文獻，參照，許育典，文化國與文化公民權，*東吳法律學報*，18卷2期，頁14-15（2006年）。

10 *Grimm* (Fn. 9), S. 58.

11 *Udo Steiner*, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, *VVDStRL* 42 (1984), S. 7 (10-11).

12 *Sophie-Charlotte Lenski*, *Öffentliches Kulturrecht*, 2013, S. 56.

13 許育典（註9），頁20-21。

質」，因而在憲法國家中文化國家概念易使人誤認，國家受「文化」之拘束，故似乎不宜使用文化國概念，避免難以釐清憲法上規範文化與國家之關係。

文化憲法一詞的提出首見Ernst Rudolf Huber，其論及德國基本法之相關條款，認為憲法規範對文化國家內涵之重要性，避免文化國家遭濫用，用以箝制思想¹⁴。一種研究路徑從憲法規範性出發，一方面透過入憲手段，另一方面透過解釋憲法，落實文化保障，換言之，文化憲法係指從憲法規範探究文化在整體國家秩序中的地位¹⁵。另一種研究路徑，則是探討文化憲法與整體憲法之關係，亦即將文化憲法作為部門憲法之一環¹⁶。文化憲法一詞在建構體系性的法學立論思考有其重要性，但回歸到憲法規範本身而言，由於我國憲法文本中的文化條款的歧異性，有涉及基本權，亦有涉及基本國策，如何為整體性的體系建構，並非易事，論述方式仍區分為基本權與國家任務規範之路徑分別加以論述¹⁷，如此看來，文化憲法概念似非必要，毋寧轉成觀察憲法國家中的文化如何受到規範性治理。

三、本文問題意識

本文研究目的想要探尋憲法如何規範國家在文化領域的活動，一方面從國家的文化任務加以探討，此處涉及國家之權限以及中央與地方對於文化領域之權限劃分。以2017年俞大維故居古蹟指定案

14 Ernst Rudolf Huber, Kulturverfassung, Kulturkrise, Kulturkonflikt, in: ders., *Bewahrung und Wandlung*, 1975, S. 343 (351).

15 林依仁，文化憲法的意義（上），月旦法學雜誌，290期，頁181-182（2019年）。

16 陳淑芳，文化憲法，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁601-666（2006年）。關於部門憲法之理論說明，參見，蘇永欽，部門憲法——憲法釋義學的新路徑？，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁1-16（2006年）；張嘉尹，憲法、憲法變遷與憲法釋義學——對「部門憲法論述」的方法學考察，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁17-22（2006年）。

17 林依仁，文化憲法的意義（下），月旦法學雜誌，291期，頁108-109（2019年）。

爭議為例。於2006年時，臺北市文化資產審議會認定，俞大維故居不具保存價值，未指定古蹟，也未登錄歷史建築。2008年起，鄰近土地所有權人與建商開始都市更新程序，而臺北市政府先於2016年公告核定都市更新事業計畫，後續於2017年發給拆除執照與建築執照。與此同時，民間團體將此故居提報古蹟。臺北市文化資產審議會決議將此故居提報為國定古蹟，後經文化部指摘提報違法後，再次召開審議會指定此故居為市定古蹟，並提報中央為國定古蹟。藉此案例可觀察中央文化部與地方文化局之權限爭議，並提出解決爭議之可能途徑為何。

另一方面從國家與人民在文化領域之互動加以觀察，此處主要與國家如何藉由法律影響文化形成，亦即與人民文化性的基本權利之關聯性。文化領域範圍之界定，從狹義的藝術、較廣義的教育文化、廣義的原住民族之多元文化以及與經濟領域的連結，文化創意活動等，都可能是涵蓋之範圍。從國家干預文化活動來看，文化領域涵蓋了從文化之形成、文化之保護、文化環境之保護以及文化利用¹⁸。

為了掌握憲法對於文化領域的規範，本文將先探究憲法關於文化概念的規範內涵為何，並藉此界定本文所欲探討的文化領域為何。其次，在理解與確認了憲法上文化之規範內涵後，本文將限縮討論對於文化之保存與維護之憲法義務，並以文化資產保存法為觀察對象，檢視其具體化之內容為何。國家在憲法上的意涵涵蓋了中央與地方，因此探討中央與地方在文化任務之劃分，有其意義。本文亦藉由文化資產保存法制，反思現行中央與地方權限之劃分。最後則提出本文結論。

¹⁸ *Lenski* (Fn. 12), S. 181.

貳、憲法關於文化之規範內涵

一、非法律意義之文化概念

文化並非是一個有清楚輪廓或特徵得加以描述或定義的概念。依據教育部國語辭典「文化」¹⁹一詞的解釋有二：一是人類在歷史發展過程中創造的總成果，包括宗教、道德、藝術、科學等各方面；二是文治教化。對應於英文的culture與德文的Kultur，其字源係出於拉丁文的cultura與colere，前者是農業耕作，後者是耕種、培養、居住與尊崇²⁰。存在許多對於文化之定義，學者曾加以整理後，得出的結論：文化是一個難解與複雜之概念，難以定義，但可以從特性上加以描述，文化是一個具有複合性、中介性與有機性的詞語²¹。

不同的學科對於文化概念亦有不同。文化人類學以經驗研究，理解文化是一個民族之整體生活方式²²，或稱文化為生活的整體，引用學者Edward Burnett Tylor定義：「文化……是作為社會成員的人們習得的複雜整體，它包括知識、信仰、藝術、道德、法律、習俗和其他的能力與習性」²³。因此舉凡知識、信仰、藝術、道德、法律都涵蓋在內，甚至所有的社會活動，例如語言、婚姻、財產、社交、工業或者藝術等都屬之。文化社會學則是集體組織與形式的象徵系統與意義網絡，如宗教團體、世俗禮儀或語言溝通²⁴。有學

19 教育部國語辭典網站，<http://dictionary.chienwen.net/word/6e/82/f8a420-%E6%96%87%E5%8C%96.html>（最後瀏覽日：2021年1月3日）。

20 Lenski (Fn. 12), S. 17.

21 許育典、李佳育，從憲法文化國原則檢討中央文化組織與規範問題，東海大學法學研究，41期，頁6-7（2013年）。說明了文化所涵蓋的是多重領域，如藝術、學術、科學等內涵。

22 Lenski (Fn. 12), S. 18.

23 Conrad Phillip Kottak著，徐雨村譯，文化人類學：領會文化多樣性，15版，頁34（2014年）。

24 Laura Desfor Edles著，陳素秋譯，文化社會學的實踐，頁9（2006年）。

者認為，文化涵蓋人民日常生活，概念指涉範疇廣泛，學者嘗試從文化概念指出四個向度：文化之內在本質、意義與價值、文化作為外在行為、組織與實踐、文化作為意義與實踐的互為主體以及文化與政治經濟的繁複連結²⁵。這些不同學科提供的文化概念定義僅能作為理解前提，而非等同法律意義下的文化概念。

二、憲法脈絡的文化概念

(一) 憲法規範中的文化概念

憲法中關於文化的條款，首先見於本文基本國策第13章第5節「教育文化」²⁶，相關條款結合教育與文化，包含教育文化目標（第158條）、教育文化機關監督（第162條）、教育文化事業推動（第163條）、教育文化經費與保障（第164條）、文化古蹟文物保護（第166條）以及文化事業扶助（第169條）。未直接明文提及「文化」，卻與文化相關的條款²⁷，教育文化工作者之保障（第165條）以及教育文化事業獎助（第167條）。其次，關於中央與地方之權

25 劉俊裕，《文化基本法》——追尋臺灣人民參與文化生活的權利，收於：劉俊裕、張宇欣、廖鳳瑋編，臺灣文化權利地圖，頁28-29（2015年）。

26 憲法第158條：「教育文化，應發展國民之民族精神、自治精神、國民道德、健全體格、科學及生活智能」。第162條：「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督」。第163條：「國家應注重各地區教育之均衡發展，並推行社會教育，以提高一般國民之文化水準，邊遠及貧瘠地區之教育文化經費，由國庫補助之。其重要之教育文化事業，得由中央辦理或補助之」。第164條：「教育、科學、文化之經費，在中央不得少於其預算總額百分之十五，在省不得少於其預算總額百分之二十五，在市縣不得少於其預算總額百分之三十五。其依法設置之教育文化基金及產業，應予以保障」。第166條：「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物」。第169條：「國家對於邊疆地區各民族之教育、文化、交通、水利、衛生及其他經濟、社會事業，應積極舉辦，並扶助其發展，對於土地使用，應依其氣候、土壤性質，及人民生活習慣之所宜，予以保障及發展」。

27 憲法第165條：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇」。第167條：「國家對於左列事業或個人，予以獎勵或補助：一、國內私人經營之教育事業成績優良者。二、僑居國外國民之教育事業成績優良者。三、於學術或技術有發明者。四、從事教育久於其職而成績優良者」。

限，有關文化之古籍、古物及古蹟之保存的事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之。在憲法增修條文中，提及文化之條文僅有第10條²⁸，同樣被認為屬於基本國策之規範，其內容為教育文化經費優先編列（第10條第10項）、多元文化（第10條第11項）以及原住民教育文化保障（第10條第12項）。從條文來看，文化不是與科學或教育並列，就是連結到古蹟或者藝術，似乎在制憲者眼中，並非是將文化當作一個獨立概念或者上位概念，而是用其他相近領域來指涉文化範圍²⁹。因而，本文認為可將文化的概念從廣義到狹義加以描述（非定義），廣義涵蓋到教育甚至科學，狹義的部分限於藝術（人類精神創作，表達其印象、意念、經驗與經歷）。

從比較憲法史觀點來說，德國威瑪憲法並無文化憲法之章節³⁰，該法第二部分基本權利與義務的第四章教育與學校之內容，涵蓋保障藝術、學術與教學自由、教育設施之建立、學校體制、受教育義務，教育課程安排（宗教）以及藝術、歷史與自然之古蹟以及景觀都受到國家保護等。就此點來說，文化反倒像是教育概念下的次領域範疇。向來學說主張我國憲法基本國策章節深受德國威瑪憲法之影響³¹，憲法本文與威瑪憲法教育與學校章節若干規定相似，本文認為僅能證明在當時的政治討論上往往將教育與文化等同，在教育

28 憲法增修條文第10條第10項：「教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第一百六十四條規定之限制」。第11項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」。第12項：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同」。

29 不同意見，有認為文化指涉的範圍是涵蓋教育和其他與文化有關之領域，參見，許育典，文化憲法與文化國，頁182-183（2006年）。有認為，文化的概念不包括教育與科學在內，參見，陳淑芳（註16），頁610。

30 *Christoph Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 331 ff.*

31 贊成見解，林紀東，中華民國憲法逐條釋義（四），修訂八版，頁248（1998年）；陳新民，中華民國憲法釋論，頁818（1995年）。反對見解，郭明政，社會憲法——社會安全制度的憲法規範，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁340-341（2006年）。

與文化同屬於人類精神活動作用與成果，也可認為教育是通往文化的一個重要路徑³²。

從憲法本文關於文化之規範而言，除了文化資產保存之權限劃分規定之外（憲法第108條），其餘皆在基本國策章節內，因此探究文化之規範性概念，必須先探討基本國策之規定。

關於基本國策條款之性質，學理多認為應透過個別條款之內容加以認定，而非一體性認定，因此關於這兩個條款解釋之可能性：（個人或集體）主觀權利、憲法委託、制度性保障與方針條款³³。從前述規範內容來看，均是以國家作為規範主體，因而其性質應非屬於主觀權利，毋寧更接近客觀規範性質的憲法委託或者方針條款。簡言之，憲法本文對於文化的相關規定可以說是賦予國家有實踐之義務，僅該義務之強度有所差異。

憲法規範文本關於文化規範之轉折，應是在憲法增修條文第10條第11項與第12項規定，前者涉及多元文化之要求，後者則是關於原住民族之地位的保障。本文認為從憲法增修條文第10條第11項與第12項分別彰顯了不同的規範內涵³⁴，就前者肯定多元文化，本文傾向解釋為國家目標條款或者憲法價值的確立；就後者而言，本文認為在此條款明白揭示「保障原住民族之地位及政治參與」字詞，就解釋上支持作為集體權利的見解，該條項所稱的以法律具體化，應理解為基本權的實現有賴於立法制度的完善，在現行基本權條款中，訴訟權與財產權的保障也多有賴於立法形成，因此重點在於確

32 不同見解，許育典、李佳育（註21），頁9-10。

33 陳新民，論「社會基本權」，收於：憲法基本權之基本理論（上冊），頁112-113（1990年）；李震山，論憲政改革與基本權利保障，國立中正大學法學集刊，18期，頁201-202（2005年）。

34 王韻茹，從公法人理論與實踐發展觀察部落公法人，成大法學，35期，頁21-22（2018年）。

認這個集體權利核心內涵為何³⁵。亦有以此作為基礎，主張原住民族與國族主權平行存在，原住民族對於歷來擁有、占有或以其方式使用或取得之土地、領土和資源具有權利³⁶。也有進一步主張，從憲法增修條文第10條推論出原住民族作為文化本體，所享有之自治權亦為集體權³⁷。

在此必須提及學理上之文化權概念，用語有文化公民權³⁸、公民文化權³⁹與文化基本權，其範圍指稱有所不同。與本文憲法議題較有關聯者應係文化基本權，學者認為其內涵有教育基本權、學術自由、藝術自由與宗教自由⁴⁰。從憲法文本而言，並無明文的文化權，從解釋上將這些具有「文化性質」之基本權綜合為基本權⁴¹，在實踐上有困難，主要在於保護範圍之界定與限制基準應採用何者為準，不無疑問，本文對此立場持保留態度。2019年公布施行的文化基本法納入了文化權利之保障。首先，確立人民作為文化與文化權利之主體，享有創作、表意、參與之自由及自主性（第3條）、選擇語言進行表達、溝通、傳播及創作之權利（第6條），以及享有創作活動成果所獲得精神與財產上之權利及利益（第7條）。其次，保障人民平等享有文化權利，不因族群、語言、性別、性傾向、年齡、地域、宗教信仰、身心狀況、社會經濟地位及其他條件，而受歧視或不合理之差別待遇（第4條）。又其次，保障人民享有參與、

35 同樣見解，李建良，淺說原住民族的憲法權利——若干初探性的想法，台灣本土法學雜誌，47期，頁124（2003年）。

36 黃居正，憲法解釋與原住民權利，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁432-433（2009年）。

37 蔡志偉，從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發展，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1499-1500（2011年）。

38 王俐容，文化公民權的建構：文化政策的發展與公民權的落實，公共行政學報，20期，頁129-130（2006年）。

39 許育典、李佳育，公民文化權的憲法保障——以國藝會文化補助為例，國立中正大學法學集刊，51期，頁61-62（2019年）。

40 許育典，文化基本權與多元文化國，頁23-24（2014年）。

41 林依仁（註17），頁111。

欣賞及共享文化之近用權利（第5條）。最後，人民享有參與文化政策及法規制（訂）定之權利（第8條）。為了貫徹前述文化權利遭受侵害，賦予得依法律尋求救濟之權（第28條）。這些權利係由立法者以法律加以形成的文化權利，與憲法層次保障之基本權利應有所不同。然而，既然作為人民的權利對於國家產生一定之拘束力，中央與地方均應致力於這些權利之實現，初步認為此一權利化尚未對於中央與地方在文化權限劃分上產生重大影響。

（二）釋憲實務中的文化概念

從司法院釋字解釋觀察文化概念⁴²，則顯現出更多分歧性理解。大法官從未定義文化或者清楚描述文化概念特徵，反之是在不同解釋脈絡下，文化一詞具有不同的意義與功能⁴³。

首先，從時間上來看，早期與文化有關的司法院釋字解釋（第77號、第231號、第258號以及第463號）皆涉及憲法本文第164條教育、科學、文化預算經費支出，主要都涉及「預算」之憲法解釋，並未涉及關於文化概念的實質內容。司法院釋字第463號解釋提及，憲法第164條規定係確保國家對於人民之教育科學文化生活有穩定而必要的公共支出，顯示出憲法重視教育科學文化發展。

大法官將文化一詞用以指稱社會群體特有的精神、生活或者價值觀體系。依據司法院釋字第617號解釋涉及性文化，「男女共營社會生活，其關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，有其歷史背景與文化差異，乃先於憲法與法律而存在，並逐漸形塑為社會多

42 本文初步以「文化」為關鍵字搜尋司法院釋字解釋，得出共32號解釋：司法院釋字第768號解釋（以下僅列號次）、756、750、748、721、719、712、709、705、703、702、659、647、644、617、586、573、563、521、497、476、463、445、407、392、380、365、364、346、258、231、77。

43 林依仁（註15），頁168-169，作者整理出九種意義，惟該文並未提及依據何種判準為整理，本文難以遵循此種分類。本文雖嘗試加以分類，但仍無法完全歸類這32號解釋，僅能就與本文相關的部分，嘗試提出本文初步的觀察與分析。

數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風化者。……舉凡不同社群之不同文化認知、不同之生理及心理發展程度，對於不同種類及內容之性言論與性資訊，均可能產生不同之反應。……對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障」。司法院釋字第702號解釋，涉及文化傳統，「我國素有尊師重道之文化傳統，學生對教師之尊崇與學習，並不以學術技能為限，教師之言行如有嚴重悖離社會多數共通之道德標準與善良風俗，若任其擔任教職，將對眾多學子身心影響至鉅；其經傳播者，更可能有害於社會之教化」。簡言之，文化是在一個社會或社會群體中之成員彼此共享之信念、價值與期望，且彼此相互連結與互動。

大法官將文化視為一種公益目的。司法院釋字第644號解釋，「社會團體係以推展文化、學術、醫療、衛生、宗教、慈善、體育、聯誼、社會服務或其他以公益為目的」。司法院釋字第702號解釋提及，「憲法第一百五十八條宣示之教育文化目的，包括發展國民之『自治精神』及『國民道德』，其意無非以教育為國家百年大計，為改善國民整體素質，提升國家文化水準之所繫，影響既深且遠」。司法院釋字第659號解釋，「教育乃國家百年大計，影響深遠，具高度之公共性及強烈之公益性。憲法第一百六十二條規定，全國公私立之教育文化機關，依法律受國家監督」，雖僅提及教育的公益性，從所援引的憲法條文可知，應有涵蓋文化。

文化與基本權實現之關聯性，最常出現於釋憲實務中。司法院釋字第364號解釋，「廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍」。司法院釋字第407號解釋，「出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，可藉以反映公意，強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發

展，為憲法第十一條所保障」。司法院釋字第573號解釋，「憲法保障人民有信仰宗教之自由，係為維護人民精神領域之自我發展與自我實踐，及社會多元文化之充實」。與意見表達自由（包含宗教自由）的本質是溝通自由，亦即社會中的人民彼此藉由各種媒介方式彼此相互理解與分享意見或者價值的過程，因此基本權利與文化形成具有緊密關聯性。

（三）比較法中的文化概念與規範——以國際法與歐盟法為例

在國際法層次，聯合國教科文組織對於文化的描述性定義是在「世界文化多樣性宣言」⁴⁴決議中，提及「文化視為某個社會或社會群體特有的精神與物質、智能與情緒之不同特點的總和；除了藝術和文學，還包括生活與社交方式、價值觀體系、傳統與信仰」。文化受到國際法之實質規範，首先見於國際戰爭法有關武裝衝突保護文化財產之規定，從1899年的第二次海牙公約開始規範化，之後則是在1999年通過第二議定書⁴⁵。20世紀時，則是納入和平時期的文化財產之保護。對於文化財產之保護主要是1972年聯合國世界文化遺產公約，保護對象包含文化遺產與自然遺產，以及2003年保護無形文化遺產公約。

在國際法領域，受國際環境法之影響，關於文化資產保護提出人類共同遺產之概念（common heritage of mankind），考量特定領域與資源對全體人類之重要性不應使其一個或多個國家統治，毋寧其法律主體為全體人類，因此建構出其外於國家主權之地位以及外國國家之空間，其研究與利用必須以全體人類利益加以維護⁴⁶。同樣

44 世界文化多樣性宣言全文，https://ctlt.twl.ncku.edu.tw/kauhak/kanggi/UNESCO_cht.pdf（最後瀏覽日：2021年1月3日）。

45 *Lenski* (Fn. 12), S. 169.

46 *Sabina Eichel*, Zur Übertragbarkeit des common concern-Konzepts auf den internationalen Kulturgüterschutz und zu den daraus ableitbaren Rechtsfolgen, *ZaöRV* 2016, S. 879 (880 ff.).

來自於國際環境法之影響，考量國家主權與國際共同利益的緊張關係，提出人類共同關切原則（**common concern of mankind**），特定自然資源或空間之利用不應歸於特定國家，而是全體人類之利益，在這概念之下形成國際合作之規範基礎，對所有國家開放利用之可能性以及確保是以全體人類有利之方式而維持與利用該資源⁴⁷。

在歐盟法層次，歐盟雖以建立單一市場為整合目標，並無共同的文化政策。然而，文化作為規範客體，其係依據歐盟條約第3條第3項，將尊重文化與語言多樣性以及保護歐洲文化遺產設定為歐盟的目標⁴⁸。歐盟的目標條款類似於憲法討論的國家目標條款，但差異在於這個目標對於歐盟整合過程指出特定方向⁴⁹。這條規定欠缺可司法性、未課予會員國義務以及賦予個人權利，因此只能被視為具有政治引導之功能⁵⁰。與此條相關的規定是歐盟運作條約第167條關於文化權限分配。此條包含三部分。首先是第1項至第3項賦予歐盟促進之任務，包含發展會員國的文化，維護多樣性以及保護共同文化遺產（第1項）、促進會員國在文化事項上的合作以及提供協助（第2項），以及致力於與第三國與國際組織關於文化領域的合作（第3項）。其次是要求歐盟於執行職務時，必須考量文化觀點，特別是維護與促進文化的多樣性（第4項）。最後是第5項禁止調適會員國關於文化之法令，以及最後關於歐盟促進文化任務之行為形式授權。

關於歐盟促進文化之任務，一方面是促進會員國之合作以及支持與協助其作為，另一方面是與會員國共同與第三國以及國際文化組織合作促進文化。條款中所稱歐洲共同文化遺產係指由會員國自

47 *Eichel* (Fn. 46), S. 889 ff.

48 *Matthias Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl., 2016, *EUV Art. 3 Rn. 2*.

49 *Ruffert* (Fn. 48), *Rn. 2*.

50 *Lenski* (Fn. 12), S. 137.

行發展之文化以及以此為前提⁵¹，而不是由歐盟來主導創設單一文化。共同文化遺產的價值在於累積共同的精神來源以及文化內涵之發展基準⁵²，此處連結到前述歐盟之文化目標是維持文化之多樣性。

此外，會員國則依據歐盟運作條約第107條，為促進文化與維護歐洲文化遺產所為之補助，只要未明顯損害貿易與競爭利益，仍符合建立內國單一市場之要求⁵³。在這些法條中雖未明白定義文化之概念，但學理上認為應以加總方式來加以界定，這些條文所稱的文化係涵蓋語言、文學、音樂、藝術、繪畫、文化資產保護、習慣傳統維護、在外國的藝術品仲介以及廣播電視傳遞之內容涉及文化⁵⁴。歐盟法對於文化領域強調維持歐洲文化之多樣性、促進對於共同文化遺產之理解以及在歐盟內部與第三國促進文化合作。

相較於此，從我國憲法條文來看，文化不是與科學或教育並列，就是連結到古蹟或者藝術，似乎制憲者並未將文化當作一個獨立概念或者上位概念，而是用其他相近領域來指涉文化範圍⁵⁵。國際法或歐盟法對於文化之概念雖未採取具體的文化概念，而是以追求文化多樣性為目標，強調在文化領域的行動合作。在此，或可對照於我國憲法增修條文第10條第11項，「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，兩者有相似之處。

51 *Lenski* (Fn. 12), S.140.

52 *Hermann-Josef Blanke*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl., 2016, *AEUV Art. 167 Rn. 4*.

53 徐揮彥，歐盟文化法與案例分析，收於：洪德欽、陳淳文編，*歐盟法之基礎原則與實務發展*（下冊），頁297-298（2015年）。

54 *Lenski* (Fn. 12), S. 28.

55 不同意見，有認為文化指涉的範圍是涵蓋教育和其他與文化有關之領域，參見，許育典（註29），頁182-183。有認為，文化的概念不包括教育與科學在內，參見，陳淑芳（註16），頁610。

參、國家的文化任務與責任

一、國家文化任務之多樣性

(一) 多元文化作為國家目標規定

憲法增修條文第10條第11項，「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」。學理上擷取前半句，認為此條文是保障多元文化國之憲法依據，亦即，國家承認不同文化社群間之文化差異，並有義務積極防止文化差異之質變，避免主流文化社群的多數壓迫與宰制⁵⁶。此條文係在1997年第四次修憲，面對社會現實中長期以來原住民族運動團體之人權倡議，爭取原住民條款，遂納入原住民族地位之憲法保障⁵⁷。本文認為這個條文是奠定國家一般性「多元文化」價值之條文，應該重視的是憲法對文化事項之保障方式，以文化差異為出發，側重主體與法律關係多元之維護⁵⁸。亦有認為多元文化條款作為憲法價值決定之規範條款，構成對國家權力之限制，行使時必須合乎其意旨⁵⁹。新制定的文化基本法第2條第1項，明白揭示多元文化原則，「國家應肯認多元文化，保障所有族群、世代與社群之自我認同，建立平等及自由參與之多元文化環境」。

從比較法歐盟法之發展來看，維護文化與語言之多樣性以及維護與發展文化資產是文化多元性的內涵，一方面作為歐洲整合之共同價值基礎，另一方面也是透過文化多元促進歐洲之整合。本文認為這樣的觀點正恰巧適用說明，我國憲法以多元文化作為國家目標

56 許育典，多元文化作為憲法價值秩序，台灣法學雜誌，184期，頁78（2011年）；贊同此見解，王勁力、廖欽福，論多元文化國文創產業與文化管制——以成人情色產業為例，月旦法學雜誌，255期，頁28（2016年）。

57 李建良（註35），頁118。

58 同樣見解，林依仁（註17），頁135。

59 李建良（註35），頁123。

規定之重要性，即使在這個條文中，明文提及的是保護原住民族之語言與文化，但並非排除其他語言與文化之保護。正巧從我國憲法脈絡發展中，從制憲當時的地理事實考量到的邊疆民族文化，到修憲時考量到真正的地理事實納入原住民族文化，更可論證多元文化之事實早已存在於憲法秩序中，因此如何從規範上保存多元文化才是思考重點。本文認為，具體化的法制成果是原住民族語言發展法以及國家語言發展法，可謂是此一國家目標規定之最佳實踐。在國家語言發展法中，定義國家語言為臺灣各固有族群使用之自然語言及臺灣手語，且要求對於國家語言一律平等，國民使用國家語言應不受歧視或限制。

依據文化多元性原則，要求國家在文化領域必須以多元而平等開放的標準對待文化，不能以國家本身或者特定文化取向為目的，學理上多稱之為中立原則⁶⁰。在此意義下，國家必須作為所有國民的家園⁶¹，促進多元文化之開展。在釋憲實務中，從司法院釋字第573號解釋理由書提及，「憲法保障人民有信仰宗教之自由，係為維護人民精神領域之自我發展與自我實踐，及社會多元文化之充實，故國家對宗教應謹守中立及寬容原則，不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，……」，可作為國家中立性原則之立論⁶²。

（二）國家文化任務與責任之殊異化

憲法學上論及國家任務係以國家與社會二元區分作為前提，而這個區分是受到歷史條件之影響⁶³，但並非是僵硬的二分法，毋寧

60 許育典（註9），頁23。

61 BVerfGE 19, 206 (216).

62 學者許育典認為還有國家的寬容原則，係指國家能寬容並保護少數或弱勢的文化社群發展，從而尊重弱勢文化社群的文化差異。惟本文對此原則內涵表示疑慮，主要的考量在於我國憲法增修條文已明白表示對於少數族群——原住民族之地位特殊保護，是否還有必要建構這個原則，似有斟酌空間。參見，許育典（註9），頁26-27。

63 Vgl. Michael Stolleis, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung

是功能區分為取向。從我國憲法基本國策規定，可看出文化橫跨於國家與社會兩個領域，國家與社會均負有文化任務，且彼此具有相互依存的關係。舉教育文化為例，一方面文化是社會群體的公益表現形式，例如教育文化之目標設立，另一方面教育是家庭（親權）與國家之共同任務，國家提供義務教育以及父母親權行使涵蓋教養兒童。

在憲法領域，討論國家文化任務是在界定國家權力之正當行使與國家活動範圍⁶⁴，而國家責任（*Staatsverantwortung*）係指國家為達成其目的以及正當化其權力之行使，所承擔的任務範圍與義務⁶⁵。近來關於國家任務之討論，連結至擔保國家理論⁶⁶，區分成國家對於何種任務領域是否承擔責任以及如何負責⁶⁷，從另一面來看，是公私協力，由公部門與私部門共同協力完成行政任務⁶⁸。學理上認為國家文化任務之規定，不是國家取代社會負起保存與發展文化，主張社會對文化任務有優先性，國家在此應遵循輔助性原則（*Subsidiarität*）⁶⁹。本文認為，輔助性原則並非一體適用之原則，

des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 41. 然而必須強調的是，該作者提出公民法二分係屬思考建構，在實際歷史情境中，並未真正實現。可參見Michael Stolleis, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, ZNR 11 (1989), S. 129 (142). 中譯，參照Michael Stolleis著，王韻茹譯，當代德國公法與干預國家之形成，法學叢刊，52卷1期，頁145-160（2007年）。

64 Vgl. Rainer Pitschas, *Neues Verwaltungsrecht im partnerschaftlichen Rechtsstaat?*, DÖV 2004, S. 231.

65 Andreas Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (270 f.).

66 許登科，德國擔保國家理論為基礎之公私協力（ÖPP）法制——對我國促參法之啟示，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁79以下（2008年）。

67 Voßkuhle (Fn. 65) S. 271 ff.

68 許宗力，論行政任務的民營化，收於：翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編，當代公法新論（中冊）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁593-594（2002年）；詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，收於：民營化法與管制革新，頁21（2011年）。

69 陳淑芳（註16），頁618。

毋寧是文化任務內容，如涉及文化形成，尤其是內容部分，應由社會自主多元形成，而不是由國家主導，但如涉及文化保存，則未必社會應該居於優先地位。此外，在文化領域中，文化基本法第8條第1項已明文賦予人民享有文化政策與法規制（訂）定之權利，而同條第2項國家確保文化政策之公正與公開透明，建立人民參與之常設機制，也是公私協力之展現。

從憲法本文與增修條文涉及文化事務之規範可知，推動發展文化屬於國家任務，國家負有憲法上義務，這可從一般性規定之多元文化國家目標規定，到特殊性規定關於教育文化事項以及促進獎勵文化活動⁷⁰看出。整理這些特殊性規定可看出憲法分別對於文化形成與促進以及存續保障分別有不同的規範。在涉及文化形成，要求促進文化發展（憲法增修條文第10條），並課予國家獎勵或補助文化創作之活動（憲法第167條），也保障從事文化創作之人的生活（憲法第165條）。在文化存續保障方面，則要求保護歷史、文化、藝術之古蹟、古物（憲法第166條）。以下將以憲法這兩種文化任務之規範，加以探討國家之責任內容為何。

二、國家文化任務與責任之階層化

（一）國家促進文化形成之責任

如對文化概念採取非法律學科之描述，其涵蓋社會內群體生活方式與價值觀整體，因此如國家欲干預此一意義之文化形成，不免形成對人民選擇何種生活方式與價值觀之自由產生限制，必須通過合憲性檢驗。如對文化採取狹義概念理解限縮於藝術，亦即以傳遞「美」（*ästhetisch*）的意念，藉由特定媒介，例如文學、繪畫、音樂或建築等形式展現藝術作品，則國家對藝術創作之干預，也將涉及

70 林依仁（註17），頁122-123。

藝術創作者之藝術自由⁷¹，同樣也必須受到合憲性之檢視。本文認為，基於文化形成是社會優先的任務，應由社會自主形成，因而國家在此應居於次要地位，換言之，基於保障個人自由，文化形成內容原則上不能也不允許透過法律加以形成⁷²。然而，此處有可能產生的問題在於教育領域，因憲法第158條，課予國家應「發展國民之民族精神、自治精神、國民道德、健全體格、科學及生活智能」之文化任務。就此，憲法將教育應傳遞之價值（民族精神、自治精神與國民道德）構成國家教育任務之內涵，屬於具體化之正當性基礎來源。學理上認為這三項價值具有建立認同，透過民族在歷史進程所孕育的精神態樣（民族精神）、個人自我管理與參與政治等權利內涵（自治精神）與社會生活中其他成員和諧交往之應有作為（國民道德）而達成社會融合⁷³。本文在此將此條規定視為憲法委託的具體內涵，而屬於文化形成任務之特殊規定。

在文化形成與促進上，依據憲法第166條與第167條，課予國家透過「獎勵」或「補助」手段促進文化發展，具體言之，國家透過給付行政手段為之。憲法上之獎助規定無法解釋為人民可援引此條請求國家給付⁷⁴，考量到涉及資源分配與政策決定，國家得設定給予獎助之標準，但必須遵守多元文化原則之目標，而非僅獎勵特定某一種文化或者主流文化⁷⁵。具體化之法制係文化藝術獎助條例，其立法目的提及「為扶植文化藝術事業，輔導藝文活動，保障文化藝術工作者，促進國家文化建設，提昇國民文化水準」，雖未提及憲法之法源，但從解釋上應仍可連結至憲法第166條與第167條。此

71 吳信華，憲法釋論，2版，頁454（2015年）。我國憲法並無明文保障藝術自由，學理上多以第22條概括基本權作為憲法解釋之基礎。

72 Claas Friedrich Germelmann, Kultur und staatliches Handeln: Grundlagen eines öffentlichen Kulturrechts in Deutschland, 2013, S. 759.

73 林依仁（註17），頁123-124。

74 洪淳琦，我國文化藝術補助機制之相關法律問題研究——以「財團法人國家文化藝術基金會」為中心，台灣本土法學雜誌，63期，頁21（2004年）。

75 陳淑芳（註16），頁619。

條例於2021年4月30日修法通過，更名為「文化藝術獎助及促進條例」⁷⁶，立法目的亦修正為「為獎助文化藝術活動，保障文化藝術工作者，支持文化藝術事業，促進文化藝術之發展」。

惟學理上對於現行文化藝術獎助條例所規範之行政組織（國家文化藝術基金會）與補助程序，認為採取（私法）財團法人形式以及補助標準與程序似有不符正當法律程序之要求，有檢討之必要⁷⁷。然而，關於行政組織形式之選擇上，向來承認行政為履行行政任務而有選擇私法或公法組織之自由，尤其是在給付行政領域。近來學理有取向於行政任務，提出「組織最適誠命」⁷⁸，其涉及組織型態之選擇模態，第一層決定選擇公法或私法組織形式；第二層從不同組織型態選擇，如，首先選擇以私法形式履行藝術補助任務，其次，從財產集合與公益特性，在採取私法組織的選擇上，如為執行文教、藝術、研究等非經濟性之行政任務，選擇民法上財團法人，爭議並不大⁷⁹。但也可能首先選擇公法組織，其次選擇行政機關、行政法人、公法人或者受委託行使公權力。本文在此認為，在文化促進領域，並非以採取公法組織才符合正當法律程序，毋寧應以所承擔之任務而設計最適組織形式。

關於正當法律程序原則，依據司法院釋字第709號解釋，「應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序」。文化藝術獎助及促進

76 參見，「邁向藝文治理新里程！」——《文化藝術獎助及促進條例》修正三讀通過，非池中藝術網，2021年5月1日，<https://artemperor.tw/focus/3966>（最後瀏覽日：2021年5月13日）。

77 封昌宏，試論國家獎助藝術之基本原則及其手段，中正財經法學，9期，頁125-126（2014年）。

78 詹鎮榮，變遷中之行政組織法——從「組織形式選擇自由」到「組織最適誠命」，收於：台灣行政法學會編，行政組織與人事法制之新發展，頁29-30（2010年）。

79 詹鎮榮（註78），頁47-48。

條例新增對於文化藝術獎勵或補助，要求相關程序必須符合公平、公正及公開之原則。為了確保文化之多元性，文化政策之擬定或獎勵標準之訂定乃至於具體個案決定，應組成獨立委員會或由社會上文化團體參與，甚至提供人民參與，確保文化自主性⁸⁰。至於具體之法制設計應先交由立法者形成，必須遵守法律保留之要求⁸¹，並在程序設計上納入公眾參與機制為宜。

（二）國家保護文化之責任

國家對於文化保護責任係對於現存文化的存續與防免危害，要求國家必須採取必要的保護措施。有從憲法上對於文化保護義務規定，區分對個人（教育服務、藝術工作者生活保障）、區域（地區教育之均衡發展）以及事務（保護古蹟、古物），說明保護任務之重要性⁸²。依據憲法第166條，國家應「保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物」，本文認為此處的解釋重點應在於歷史、文化、藝術之連結，亦即保護文化責任是指涉在歷史過往中所創設出之文化作品⁸³，而古蹟或古物只是例示，而非窮盡列舉⁸⁴。從博物館法第3條，提及博物館蒐藏、保存、修復、維護、研究「人類活動、自然環境之物質及非物質證物」，以及文化資產保存法第3條關於文化資產係指具有歷史、藝術、科學等文化價值，並經指定或登錄之有形及無形文化資產，可作為具體化之例證。

具有文化價值之作品可能受到國家或私人之侵害，因此國家採取的保護措施，從積極保護創造文化價值之作品的權利，例如智慧

80 *Steiner* (Fn. 11), S. 35 f.

81 許育典、李佳育（註39），頁82-83。

82 林依仁（註17），頁128-129。

83 *Lenski* (Fn. 12), S. 213.

84 不同意見，認為憲法列舉中央的文化權限只限於「古籍、古物、古蹟」之保存或保護，參見，王服清，中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑——以文化資產保存法為中心，月旦法學雜誌，225期，頁53（2014年）。

財產權，也涵蓋對於古蹟或古物的保護，避免私人毀損或者盜賣，以及防止文物流到國外，必須採取措施。現行法制是依據文化資產保存法第65條以下關於古物規定採取保護措施。由於古物涉及人的創作，持有者可能是私人，基此，文化資產保存法區別公有文物與私有文物分別採取不同程度之保護措施，這是由於後者涉及私人財產權保障，必須與文化公益加以衡平⁸⁵，涉及複雜的法制安排。以下僅先對於公有文化資產保護之國家任務為說明。

國家承擔文化之保存與維護責任，基於這個任務涉及範圍廣大以及費用高昂，難以期待社會自行承擔責任，多認為屬於國家任務。為履行此項任務，已由文化資產保存法具體化國家之行為權限。困難的部分則是如何界定對於臺灣社會在歷史過往中所創設具有文化價值之作品，學者曾以文化資產保存政策檢討在1970年代以前以倡導中華文化復興運動的中國化階段，文化資產保存法之立法目的設定為發揚中華文化為宗旨，而認為有違憲法多元文化之誠命⁸⁶。本文贊同此見解，惟必須說明關於多元文化之明文規定首見於90年代修憲，在這之前對於國家文化政策之憲法拘束，在戒嚴與動員戡亂時期，恐也難以期待。正因為這個歷史經驗，檢視國家對於文化維護與保存之任務時，對於國家是否適於以及形成文化內容與價值標準，必須謹慎以待。今日的文化資產保存法之立法目的已修正為「為保存及活用文化資產，保障文化資產保存普遍平等之參與權，充實國民精神生活，發揚多元文化」，未來在解釋與適用文化資產保護屬妥適之規定。

國家承擔文化保存與維護之責任，但由於文化與社會部門之連結，在這個領域內，基於前述擔保責任理論，國家未必自己履行此項任務，可透過公私協力方式為之，利用私部門管理與維護公有之

85 許育典（註29），頁238-239。

86 許育典（註29），頁222-223。

文化資產，一方面國家必須確保文化保存與維護，繼而確保人民近用文化權利，另一方面國家避免私部門管理維護過度追求商業利益，犧牲了保存文化資產之價值⁸⁷。換言之，國家即使採取公私協力方式，亦無法脫免自身責任。

肆、再思中央與地方之保護文化事項的權限劃分 ——以文化資產保存為例

憲法關於中央與地方權限劃分的規範方式係，廣泛臚列中央與地方立法與執行之事項（憲法本文第108條至第110條），而未列舉之事項則依均權原則，依事務性質而定（憲法本文第111條）。對於憲法以分別列舉規定中央與地方之權限，再對於未列舉事項以均權原則為判斷，然而此一原則似為「空洞公式」⁸⁸。易言之，何者具有地方事務性質劃歸地方團體辦理，判斷地方事務性質之具體化標準為何，似有未明。學理上主張回歸憲法保障地方自治之本旨，貼近於憲法條文內容與所涉事務領域本身的特質，細分而為類型化之建構⁸⁹。保障地方自治是基於住民自治之理念以及中央與地方垂直分權之功能（司法院釋字第498號解釋）。地方自治是由地方人民有權自主決定與地方之共同生活有關之事務，屬民主原則之體現⁹⁰，而地方有關之事務分配給地方自治團體組織自主負責任地完成，體現權力分立原則之垂直面向。

87 王服清，公有文化資產出租民間的正當性爭論及中央立法界限，科技法律評析，9期，頁6（2016年）。

88 黃錦堂，地方制度法論，2版，頁192、213-214（2012年）。

89 陳愛娥，自治事項與委辦事項的劃分，收於：陳清秀、蔡志方編，地方自治法，頁80-81（2017年）。

90 林明昕，中央與地方之聯繫線——國家對地方之監督，月旦法學雜誌，126期，頁53（2005年）。

憲法課予國家對於文化形成與促進以及保護之責任，惟憲法中所稱之國家的涵義值得探究，依據司法院釋字第550號解釋理由書，「憲法條文中使用國家一語者，在所多有，其涵義究專指中央抑兼指地方在內，應視條文規律事項性質而定，非可一概而論」。從憲法本文基本國策章節與憲法增修條文規範之文化事項的國家任務應係兼指中央與地方，理由在於難以切割從社會生成的文化究竟僅屬於國家或地方層級。然而，這個共同辦理事項或者共管事項之提出，在學理上引起許多討論。有從中央與地方為夥伴關係出發，主張大部分的事務必須由兩者相互協力，也必須尊重地方之參與⁹¹。有認為對於文化保護事項歸屬於自治事項或委辦事項，必須進行細緻分類，由專業法律明確規定為宜⁹²。類似見解，也主張大法官並未創設共同辦理事項，只是歸整「其他專業法律規定，應由地方自治團體辦理的自治事務」⁹³。這些論點均從中央與地方權限劃分出發，加以探討。本文認為，無論是否承認有共管事項之領域，都無法迴避探討，地方與中央對於文化事項之任務是否有具體劃分之可能性，以及劃分標準為何。本文以下僅以「有關文化之古籍、古物及古蹟之保存」事項為例，加以說明。

關於文化資產保護的國家任務之權限規範，依據憲法第108條第1項第20款，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之，易言之，有關文化保存事項屬於中央事項，但得交由地方執行。然而，中央立法並自為執行或交由地方政府執行之部分，制憲者並未明白加以劃分，學理指出此條規定充其量只有土地管轄之意義，而無事務管轄分配之意義⁹⁴。又依據同條第2項，省於不抵觸國家法律內，得制定單行法規，從體系上看，並未嚴格排除地方對此之權

91 蔡茂寅，地方自治之理論與地方制度法，頁71-72（2006年）。

92 黃錦堂（註88），頁213-214。

93 劉文仕，地方制度法釋義，3版，頁222（2018年）。

94 蔡茂寅（註91），頁110。

限，亦即中央的立法應可解為框架性立法，而地方仍得對於保存地方文化而有一定之自治立法空間。因而，對於本條款之解釋，本文將之理解對於此等事務為共同辦理事項，而得依專業法律為權限分配，立法時應納入之具體化標準，依據學理建議包括：事務辦理所生之利益範圍、事務辦理所及之地域範圍、事務性質上是否須整齊劃一，以及事務興辦時所需人力、財力與技術等能力⁹⁵。

另一方面，地方對地方文化資產保護之義務係依據地方制度法第19條第4款第4目，屬傳來之自治事項，其範圍取決於專業法律之規定⁹⁶。換言之地方對於地方文化資產保存之權限，來自於法律之授權，亦即須檢視文化資產保存法之具體規範。

文化資產保存法制定於1982年⁹⁷，迄今已有八次修正，其中以2005年間全文修正並改變中央與地方權限劃分至為重要，最近一次的修正是在2016年。文化資產保存法係國家保護文化之「基本法」，其中將作為規範對象之文化資產共分為七類：1.古蹟、歷史建築、聚落；2.遺址；3.文化景觀；4.傳統藝術；5.民俗及有關文物；6.古物；7.自然地景。除歷史建築與文化景觀外，其餘七種文化資產，給予不同程度之保護，因應這些文化資產之特性不同，立法者採取不同保護措施，應無不妥⁹⁸。文化資產保存法關於中央與地方權責劃分，首先將文化資產之保存區分為登錄與指定，所有的

95 陳慈陽（計畫主持人）、陳朝建，中央與地方自治團體就自治事項權限劃分之研究，內政部委託研究報告，頁36-37（2006年）。

96 蕭文生，地方自治法基礎理論與實務，頁100-101（2019年）。

97 在臺灣曾經有效施行的第一部文化資產保存的法律係西元1922年（大正11年）日本「史蹟名勝天然紀念物保存法」，參見，林會承，台灣文化資產保存的法制歷程，律師雜誌，346期，頁15-16（2008年）。

98 惟如從體系正義考量來說，自然地景屬於特例，嚴格來說自然地景應屬於自然保育之範圍，只是自然地景也與人類活動有關，而被納入文化資產保存法中。但較大之問題應在於，自然地景之中央主管機關為農委會，非文化部，且相較於其他的自然保育法規，例如野生動物保育法或國家公園法，其採取之保護程度顯較為高。

保存均由地方發動，而古蹟、聚落、遺址、傳統藝術、民俗及有關文物、古物、自然地景之保存區分地方層級直轄市（縣）定或登錄以及中央層級（國定或登錄），分別依據不同之指定或登錄標準。相較於其他行政領域，文化資產保存法對於中央與地方權限已有較細緻的權限劃分。

以本文先前提及之俞大維故居古蹟指定案例為例，思考中央與地方在此之權限爭議。由於文化資產保存法已經將中央與地方關於古蹟指定程序區分為地方先為指定地方層級古蹟後，再提升指定為國定古蹟。在這個脈絡下，應有尊重地方對於自身地方文化形塑之優先性，故中央在此不宜對於是否指定為古蹟先行干預，而必須由地方自行決定。然而，本案爭議在於，地方可否不先指定而逕為提報國定古蹟。對此，本文認為從文化資產保存法並無法推出地方得逕為提報國定古蹟之權限，因該法所賦予的是地方對於地方層級古蹟指定之程序，而在地方古蹟保存維護下，該古蹟如對於整體國家或社會具有文化重要性，方得由中央指定為國定古蹟。

值得討論的應該是地方自治團體是否享有文化自治權。文化與社會息息相關，地方自治團體本身是否可主張其承載地方認同，而得以主張本身享有地方文化之權利。依據憲法增修條文第10條第11項規定，「國家肯定多元文化……」是憲法保障多元文化之憲法誠命，學理上有主張該條係指國家對於不同文化社群間所存在之文化差異，有義務防止文化差異的質變⁹⁹，而從保障地方文化權角度而言，對於地方自治團體間依其文化自治權所形成之地方文化差異應受到國家承認與保障。依據司法院釋字第498號解釋，「地方自治既受我國憲法制度性之保障，有一定之自主權限，為與中央政府共享國家權力行使，並共同協力之主體，且中央與地方各設有立法機關，建立層級體制」。從而學理上主張地方自治團體應享有核心領

99 許育典（註56），頁78。

域之自主權，其內容有自主組織權、人事自主權、財政自主權、自主立法權與國土的空間規劃權¹⁰⁰。地方自治團體如欲為了保存地方居民之地方文化認同，而欲對於特定土地空間為文化資產保存規劃，是否得主張其屬於文化自治權，而得以對抗中央。如果依據前述學者見解，空間規劃權係指自治團體對於轄區內土地可否利用、如何利用以及如何進行土地空間之平面管制（土地使用分區管制），地方機關對此應有一定的計畫形成餘地¹⁰¹，則地方團體在此應得主張其權利。具體來說，地方對於自身文化權應屬其地方自治權限，而國家在此之權限應屬補充性質，而僅得就原則性立法加以規範。

伍、結論

德國法蘭克福學派學者阿多諾（Theodor W. Adorno）曾為文論證「文化」與「行政」兩者本質上彼此歧異矛盾，又相互糾葛依賴的關係¹⁰²。這個描述從前述論證國家文化任務與義務相關規範即可看出。文化作為規範客體，而其概念呈現出開放、多義與複合性，並無一個統一性的規範概念。從憲法本文基本國策到增修條文，國家對文化之義務與責任階層有所差異。本文認為，憲法所確立之多元文化是價值秩序。探究個別文化條款的內涵，可看出國家承擔文化保存與維護之義務內容程度上並非相同，從履行主體到具體措施，透過公私協力方式以及從間接獎助到直接保護之具體措施，呈現出多種可能性。此外，承擔文化責任之主體是國家，也涵蓋了中央與地方，本文以文化資產保存領域為例說明二者之協力關係，一

¹⁰⁰ 劉文仕（註93），頁57-58。

¹⁰¹ 劉文仕（註93），頁63-64。

¹⁰² Theodor W. Adorno, Kultur und Verwaltung, in: Tiedemann (Hrsg.), Soziologische Schriften I, 1980, S. 122 (122 ff.).

方面地方團體作為國家行政之一環，另一方面也作為地方文化形成之主體，而得向中央主張其地域文化的自治權。

參考文獻

1. 中文部分

Conrad Phillip Kottak著，徐雨村譯（2014），文化人類學：領會文化多樣性，15版，高雄：远流圖書。[Kottak, Conrad Phillip. 2012. *Cultural Anthropology: Appreciating Cultural Diversity*. 15th ed. New York, NY: McGraw-Hill.]

Laura Desfor Edles著，陳素秋譯（2006），文化社會學的實踐，新北市：韋伯文化。[Edles, Laura Desfor. 2002. *Cultural Sociology in Practice*. Malden, MA: Blackwell.]

Michael Stolleis著，王韻茹譯（2007），當代德國公法與干預國家之形成，法學叢刊，52卷1期，頁145-160。[Stolleis, Michael (1989), Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 11, S. 129-147.]

王服清（2014），中央與地方的文化權限劃分問題與其爭議解決途徑——以文化資產保存法為中心，月旦法學雜誌，225期，頁51-73。

——（2016），公有文化資產出租民間的正當性爭論及中央立法界限，科技法律評析，9期，頁1-56。

王俐容（2006），文化公民權的建構：文化政策的發展與公民權的落實，公共行政學報，20期，頁129-159。

王勁力、廖欽福（2016），論多元文化國文創產業與文化管制——以成人情色產業為例，月旦法學雜誌，255期，頁28-44。

王韻茹（2018），從公法人理論與實踐發展觀察部落公法人，成大法學，35期，頁1-33。

吳信華（2015），憲法釋論，2版，臺北：三民。

李建良（2003），淺說原住民族的憲法權利——若干初探性的想

- 法，台灣本土法學雜誌，47期，頁115-125。
- 李震山（2005），論憲政改革與基本權利保障，國立中正大學法學集刊，18期，頁183-252。
- 林依仁（2015），「文化」語彙之運用與理解——以評說德國實務為中心，憲政時代，41卷2期，頁239-313。
- （2019），文化憲法的意義（上），月旦法學雜誌，290期，頁164-188。
- （2019），文化憲法的意義（下），月旦法學雜誌，291期，頁108-138。
- 林明昕（2005），中央與地方之聯繫線——國家對地方之監督，月旦法學雜誌，126期，頁48-61。
- 林紀東（1998），中華民國憲法逐條釋義（四），修訂八版，臺北：三民。
- 林會承（2008），台灣文化資產保存的法制歷程，律師雜誌，346期，頁12-26。
- 封昌宏（2014），試論國家獎助藝術之基本原則及其手段，中正財經法學，9期，頁110-155。
- 洪淳琦（2004），我國文化藝術補助機制之相關法律問題研究——以「財團法人國家文化藝術基金會」為中心，台灣本土法學雜誌，63期，頁18-38。
- 徐揮彥（2015），歐盟文化法與案例分析，收於：洪德欽、陳淳文編，歐盟法之基礎原則與實務發展（下冊），頁291-350，臺北：臺大出版中心。
- 張嘉尹（2006），憲法、憲法變遷與憲法釋義學——對「部門憲法論述」的方法學考察，收於：蘇永欽編，部門憲法，頁17-22，臺北：元照。
- 許育典（2006），文化憲法與文化國，臺北：元照。
- （2006），文化國與文化公民權，東吳法律學報，18卷2期，頁1-42。

- (2011), 多元文化作為憲法價值秩序, 台灣法學雜誌, 184期, 頁77-81。
- (2014), 文化基本權與多元文化國, 臺北: 元照。
- 許育典、李佳育 (2013), 從憲法文化國原則檢討中央文化組織與規範問題, 東海大學法學研究, 41期, 頁1-40。
- (2019), 公民文化權的憲法保障——以國藝會文化補助為例, 國立中正大學法學集刊, 51期, 頁61-101。
- 許宗力 (2002), 論行政任務的民營化, 收於: 翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編, 當代公法新論(中冊)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集, 頁581-610, 臺北: 元照。
- 許登科 (2008), 德國擔保國家理論為基礎之公私協力(ÖPP)法制——對我國促參法之啟示, 國立臺灣大學法律學研究所博士論文。
- 郭明政 (2006), 社會憲法——社會安全制度的憲法規範, 收於: 蘇永欽編, 部門憲法, 頁313-352, 臺北: 元照。
- 陳淑芳 (2006), 文化憲法, 收於: 蘇永欽編, 部門憲法, 頁601-666, 臺北: 元照。
- 陳新民 (1990), 論「社會基本權」, 收於: 憲法基本權之基本理論(上冊), 頁95-128, 臺北: 元照。
- (1995), 中華民國憲法釋論, 臺北: 自版。
- 陳愛娥 (2017), 自治事項與委辦事項的劃分, 收於: 陳清秀、蔡志方編, 地方自治法, 頁57-83, 新北市: 華藝學術, 信孚文化。
- 陳慈陽(計畫主持人)、陳朝建 (2006), 中央與地方自治團體就自治事項權限劃分之研究, 內政部委託研究報告, 臺北: 內政部。
- 黃居正 (2009), 憲法解釋與原住民權利, 收於: 廖福特編, 憲法解釋之理論與實務(六)(下冊), 頁429-465, 臺北: 中央研究院法律學研究所籌備處。

- 黃錦堂（2012），地方制度法論，2版，臺北：元照。
- 詹鎮榮（2010），變遷中之行政組織法——從「組織形式選擇自由」到「組織最適誠命」，收於：台灣行政法學會編，行政組織與人事法制之新發展，頁1-52，臺北：元照。
- （2011），論民營化類型中之「公私協力」，收於：民營化法與管制革新，頁1-40，臺北：元照。
- 劉文仕（2018），地方制度法釋義，3版，臺北：五南。
- 劉俊裕（2015），《文化基本法》——追尋臺灣人民參與文化生活的
基本權利，收於：劉俊裕、張宇欣、廖鳳玳編，臺灣文化權利
地圖，頁25-60，高雄：巨流圖書。
- 蔡志偉（2011），從客體到主體：臺灣原住民族法制與權利的發
展，臺大法學論叢，40卷特刊，頁1499-1550。
- 蔡茂寅（2006），地方自治之理論與地方制度法，臺北：新學林。
- 蕭文生（2019），地方自治法基礎理論與實務，臺北：元照。
- 蘇永欽（2006），部門憲法——憲法釋義學的新路徑？，收於：蘇
永欽編，部門憲法，頁1-16，臺北：元照。

2. 外文部分

- Adorno, Theodor W. (1980), Kultur und Verwaltung, in: Tiedemann (Hrsg.), Soziologische Schriften I, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 122-146.
- Blanke, Hermann-Josef (2016), in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München: C. H. Beck, AEUV Art. 167.
- Burgdorff, Stephan/Pötzl, Norbert F./Wiegrefe, Klaus (Hrsg.) (2009), Preußen - Die unbekannte Großmacht, München: Goldmann.
- Eichel, Sabina (2016), Zur Übertragbarkeit des common concern-Konzepts auf den internationalen Kulturgüterschutz und zu den darau ableitbaren Rechtsfolgen, ZaöRV 76, S. 879-907.
- Germelmann, Claas Friedrich (2013), Kultur und staatliches Handeln:

- Grundlagen eines öffentlichen Kulturrechts in Deutschland, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Grimm, Dieter (1984), Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, S. 46-82.
- Gusy, Christoph (1997), Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Huber, Ernst Rudolf (1975), Kulturverfassung, Kulturkrise, Kulturkonflikte, in: ders., *Bewahrung und Wandlung*, Berlin: Duncker und Humblot, S. 343-374.
- Lenski, Sophie-Charlotte (2013), *Öffentliches Kulturrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Pitschas, Rainer (2004), Neues Verwaltungsrecht im partnerschaftlichen Rechtsstaat?, DÖV, S. 231-238.
- Ruffert, Matthias (2016), in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV.*, 5. Aufl., München: C. H. Beck, EUV Art. 3.
- Schwarz, Kyrill-Alexander (2019), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. VII, München: C. H. Beck, GG Art. 135.
- Steiner, Udo (1984), Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, S. 7-45.
- Stolleis, Michael (1989), Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 11, S. 129-147.
- (1996), *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Abmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden: Nomos, S. 41-61.
- Voßkuhle, Andreas (2003), Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, S. 266-335.

The Constitutional Obligation of a Nation for Cultural Preservation and Maintenance: The Perspective on Cultural Heritage Preservation Act

*Yun-Ju Wang**

Abstract

Adorno, a scholar of the Frankfurt School of Germany has written a paper arguing that “culture” and “administration” are inherently different and contradictory that depicts an entangled relationship. While culture is a normative object as its concept demonstrates openness, polysemy, and intricacy, it does not encompass a unified concept of norms. The purpose of this article is to explore how the Constitution regulates activities of a nation in the cultural field. On the one hand, this article discusses the cultural task of a nation which involves the power of a nation and the division of power between the central and local authorities in the cultural field. On the other hand, this article examines the interaction between a nation and its people in the cultural field that mainly involves how a nation influences the formation of culture through laws as well as the relevance to people’s basic rights of culture. This article first explores the normative meaning of the cultural concept from the Constitution. Secondly, it discusses the constitutional obligations for the preservation and maintenance of culture and review relevant and specific legal system. The multiculturalism established by the Constitution is a valued order; however, the content of a nation’s obligation to preserve and maintain culture is not the same. From the exercising entities to specific measures, numerous possibilities are presented through public-private partnerships

* Professor, Department of Law, National Chung Cheng University.

plus specific measures ranging from indirect grants to direct protection. A nation is a main body undertaking the cultural responsibility which also includes the central and local authorities. Moreover, through “Cultural Heritage Preservation Act”, this article reflects on the current division of cultural authority between the central and local governments. It sheds light on how local groups act as part of national administration and as main bodies of local culture formation may claim the autonomy of regional culture from the central government.

KEYWORDS: multicultural principle, cultural task, cultural right, cultural heritage preservation, cultural nation.