

of the People

of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Tranquillity, provide for the common Defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do hereby constitute this Constitution for the United States of America.

學術專論

現代立憲主義 人權保障的 日本



胡慶山 著

元照

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=14510>

現代立憲主義 人權保障的日本

胡慶山 著

 元照出版公司
元照出版 搶先試閱版

序文

問題意識

武漢肺炎爆發至今，重創全球經濟，許多人認為對抗疫情必須犧牲經濟嗎？從牛津學者研究看出，台灣兩者兼顧，低經濟衰退率及低死亡率，都排名全球第一¹。台灣旅遊業前景看好，旅遊平台Agoda曾公布2020下半年的全球10大熱搜旅遊景點，台灣排名全球第一，大勝觀光大國泰國及日本；Agoda表示，調查顯示，台灣因防疫成功，安心旅遊的環境深受國人和國際旅客信賴²。行政院長蘇貞昌2020年9月29日列席立法院報告「110年度中央政府總預算案」並備詢。蘇揆報告指出，我國武漢肺炎疫情控制得宜、紓困振興有成，預估明年經濟表現會優於今年；面對美中貿易衝突加速全球供應鏈重組，廠商在台產能擴增，國內半導體優勢又恰可符5G、AI等龐大需求，政府也投入624億元，要將「5加2產業創新計畫」進化為「6大核心戰略產業」³。中國對台持續文攻武嚇，台灣自主意識亦更為提高。台灣智庫曾公布相關民調指出，在身分認同方面，

¹ 劉力仁，無懼武肺衝擊牛津學者研究：台灣經濟衰退率、死亡率皆全球最低，2020/09/11，<https://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/3288954>。

² 蕭玣欣，全球10大熱搜旅遊地台灣第1，2020/09/25，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1401835>。

³ 陳昫、吳書緯，蘇揆：明年經濟會優於今年，2020/09/30，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1402994>。此外，值得注意的是中國國民黨籍的侯友宜指出，「今年招商目標1500億已達1177.49億，創造4萬3000多個工作機會，年底前絕對達標。」（葉德正，新北今年招商已達1177億，2020/09/30，<https://www.chinatimes.com/newspapers/20200930000731-260107?chdtv>）

前-2 現代立憲主義人權保障的日本

高達62.6%認為自己是台灣人，僅2%認為自己是中國人，32.6%認為兩者都是；此外，80.5%民眾支持我國對外優先以台灣之名義參加國際組織與活動⁴。

蔡英文在2020年5月20日就任「中華民國政府」第15任總統就職演說中指出，「未來四年，除了國家建設的工程，政府體制的優化，也非常重要。立法院即將成立修憲委員會，提供一個平台，讓攸關政府制度、以及人民權利的各項憲政體制改革議題，能夠被充分對話、形成共識。藉由這個民主過程，憲政體制將更能夠與時俱進，契合台灣社會的價值。而朝野都有共識的18歲公民權，更應該優先來推動」⁵。

本書的問題意識在於，思考台灣與現代立憲主義的關聯性上，先針對(一)明治憲法與台灣的統治；(二)中華民國憲法與偏安模式的採用；(三)台灣共和國憲法的萌芽進行論述後，並提出：「中華民國台灣共和國憲法」立憲主義的和平主義與戰爭放棄的思考。

(一)明治憲法與台灣的統治

19世紀的後半，乃所謂的殖民地時代，數國將矛頭對準台灣，其中有日本與法國。最後，由在朝鮮支配上產生與清國對立的日本，於1894年的日清戰爭中獲勝，於1895年在近代國際法的下關係約戰爭賠償下正式取得台灣的統治權。台灣成立民主國反對下關係約，經過4個月的抵抗運動後，日本領有台灣。當時台灣的人口有260萬人，抵抗運動的死者有1萬4千人，日本亦投入日清戰爭的1/3兵力，由乃木希典擔任總司令官進行鎮壓⁶。

⁴ 楊淳卉，台灣智庫民調：自認是中國人只剩2%，2020/09/25，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1401943>。

⁵ 「蔡英文總統就職演說全文」，2020/05/20，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202005205005.aspx>。

⁶ 福山達夫，「台湾（中華民國）の憲法制度」，『東アジアの憲法制

對近代的日本而言，台灣是日本最早的殖民地，究竟應如何統治，對日本明治政府而言，此乃是與憲法體制相關的重要課題。日本明治政府清楚表明台灣為日本版圖的一部分，甚至有見解不喜歡將台灣稱為是殖民地，而主張台灣應適用日本明治憲法。然而，台灣具體的統治方面，成立明顯強烈違憲性的六三法，甚至恣意地延長，賦予台灣總督行政權、司法權、軍事權外，甚至是立法權，竟然實施與日本明治憲法及其體制完全異質的軍人強權獨裁統治。雖然名義上台灣亦可適用日本明治憲法，但事實上卻是進行違反日本明治憲法的殖民軍事統治。

由於日本採用由上而下的立憲體制與議會制，且日本包含著帝國性質的殖民地支配的異質性體制，甚至此種軍人獨裁的殖民體制同時帶有波及日本明治憲法體制的危險性。值得一提的是，日本本國對台灣的補助金甚至已到壓迫日本本國的財政，甚至導致日本內閣政府的更迭交替，不僅如此，亦違反日本明治憲法，日本此種對台灣進行的壓制性殖民地統治，甚至已呈現出日本二戰戰敗的前兆⁷。

(二)中華民國憲法與偏安模式的採用

台灣為何正式對外所使用的名稱是「中華民國」，其真正的原因即是並無使用「台灣」名稱的憲法，而是使用中華民國憲法。乃因中華民國政府本身是在中國本土所成立，並非台灣所組成的政府。

1945年日本結束對台灣的殖民統治，中國國民黨基於聯合國最高司令部的命令，代表中國政府，在日本歸還台灣的相關

度』（アジア經濟研究所，1999年3月），頁219-258, 223。

⁷ 栗原純，「明治憲法体制と植民地——台湾領有と六三法をめぐる諸問題」，『東京女子大学比較文化研究所紀要』，54卷，1993年，頁37-62, 56。

前-4 現代立憲主義人權保障的日本

文件上簽名。該年10月25日，公布適用中國國民黨制定的法律，至此台灣全面性地適用中國法。

長期與中國共產黨內戰的結果，在中國大陸遭遇失敗的蔣介石政權的中華民國軍隊，即中國國民黨黨軍敗逃至台灣。在此之前，中華民國憲法的首都由中國南京，到中國重慶，到台灣台北，歷經變動。1949年5月20日，中華民國軍隊，即中國國民黨黨軍進入台灣台北市，立即宣布戒嚴備戰，中國大陸亦於該年10月1日在中國北京成立中華人民共和國政府，因此中國國民黨決定將中華民國政府遷至台灣台北。至今，台灣不過是形成中華民國政府的一個省的名稱而已⁸。截至2005年6月進行第七次中華民國憲法修正皆是「為因應國家統一前的需要」，至今仍主張管轄中國全境的中央政府是中華民國政府，雖然自行限縮到「自由地區」，首都是台灣台北，而管轄台灣的是台灣省政府，「台灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定」。

(三)台灣共和國憲法的萌芽

台灣目前乃是中華民國政府根據中華民國憲法實際有效的統治地區。在上述中華民國與中華人民共和國兩個中國政府針對「一個中國」的鬥爭中，出現主張廢棄中華民國，建立台灣共和國的支持者。建立台灣共和國早在日本統治台灣的時期，即受到提倡，特別是在1920年代後半，台灣共產黨在民族解放的名義下積極地推動。

第二次世界大戰結束後，台灣被編入中華民國後，發生所謂的二二八事件，建立台灣共和國成為廖文毅的具體理念，曾經於1956年在日本東京成立台灣共和國臨時政府（國旗是藍底

⁸ 福山達夫，「台灣（中華民國）の憲法制度」，『東アジアの憲法制度』，頁219-258, 222-223。

白色日月旗)。目前的主流是，透過台灣正名運動，改變在台灣的中華民國，建立台灣共和國。

在前述台灣獨立運動中，曾經發表過台灣共和國的憲法草案。除前述的台灣共和國臨時政府外，最早發表的台灣共和國憲法草案，乃是1988年由前台北駐日經濟文化代表處許世楷代表所發表的草案（第四條台灣共和國的領土並未包括金門與馬祖兩個島嶼）。其後，1991年10月台灣民主進步黨在許信良主導下的黨綱修正中，納入「建設台灣共和國」。1994年6月24-25日召開第二次台灣人民制憲會議（國旗是四足同心旗，又稱為八菊旗）。2003年台灣團結聯盟發表台灣共和國憲法的「制憲綱領」（台灣共和國的領土包括金門與馬祖兩個島嶼）。

該年的9月，台灣民主進步黨成立17週年慶上，中華民國總統陳水扁提案要在2006年制定新憲法，當時台灣民主進步黨的黨綱是，台灣獨立與制定新憲法，但陳水扁在總統就任演說時，指出不會發布台灣獨立宣言，不會變更國號等，所謂的「四不一沒有」原則，並未貫徹台灣民主進步黨的主張⁹。

2007年世界台灣人大會（World Taiwanese Congress, WTC）參考加拿大的國旗，發表台灣旗，在台獨支持者間受到普及，目前已成為台獨的象徵。目前關於建立台灣共和國的動向是，現狀維持派占多數，激進的獨立派與統一派，皆難以受到台灣大多數輿論的支持。

特別值得注意的是，上述《台灣共和國憲法》的《制憲綱領》至今尚未執行¹⁰。反倒是《中華民國憲法》以完全未更動

⁹ 山岡規雄，「付・台湾の憲法事情」，『諸外国の憲法事情』，2003年12月，頁163-192，191。<https://www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/document/2003/2/20030208.pdf#search=%E5%8F%B0%E6%B9%BE%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E6%86%B2%E6%B3%95pdf>。

¹⁰ 李憲榮，「制定台灣新憲法的必要性」，『臺灣民主季刊』3卷1期（2006/03/01），頁1-26。

前-6 現代立憲主義人權保障的日本

憲法本文的「增修憲法」形式，已進行七次修改¹¹，僅中止若干《中華民國憲法》條款的適用。

關於2020年在「中華民國憲法」下的台灣大選，根據中選會公布，總統大選的投票率是74.90%，立委選舉投票率75.13%，全國不分區立委投票率是74.86%。正副總統由蔡英文、賴清德當選，區域立委應選名額73人，民進黨46人、國民黨22人、台灣基進1人、無黨籍及未經政黨推薦4人。一般認為若年輕人不出來投票，2020年的投票率不會如此高。

台灣透過這一次的大選或許更有信心，一般認為可以面對修憲甚或制憲的問題，且可納入如同美國般的國會期中選舉的制度，甚至於認為將國家改成更成熟的內閣制，上述應當是台灣政治未來市場的走向。

此次蔡英文獲得57.13%與破紀錄的8,170,231的選票，國會席次民主進步黨亦單獨過半，此對蔡英文與民主進步黨更大的肯定，可有更大的統治權，如何開展蔡英文的歷史定位是一項嚴厲的考驗。但不分區政黨票方面，民主進步黨為33.98%，中國國民黨為33.36%，台灣民眾黨為11.22%，時代力量為7.75%，此乃最新民意的趨勢，有許多面向的解讀值得深思。

在東亞的地緣政治顯而易見的，美國與日本更清楚的看出台灣民意的走向，台灣人民選擇站在印太戰略的陣線，未來四年，台灣會加入以日本為首的CPTPP，應當亦會與美國簽訂FTA。

對於中國而言，連任的蔡總統在當選的國際記者會，明白的說明希望與中國對話，事實上從以前李登輝政府時代以來，蔡英文就是一直如此主張，或許一黨專政的中國共產黨可以改

¹¹ 姚中原，張淑中，「廢除國民大會的始末及其憲政意涵——從第七次憲政角度分析」，《國家發展研究》9卷2期（2010/06），頁163-205。

變思維，應當正視台灣存在的事實，中美貿易戰只是前哨戰……金融管理、資本市場……，一路逼中國共產黨的美國積極出手乃是不言而喻，納粹倒德國仍在，日本軍閥垮台日本仍在，中國共產黨不可能永遠存在，習近平亦不可能一直當政，但是中國會存在，中國共產黨應當考慮到戰略上的關係，不要一直將台灣推到牆角，應當與台灣平等對話，簽訂自由貿易協定與東協——中國的地區貿易協定，如此對台海兩岸的穩定有幫助，中國與台灣亦可以成為良好的經貿夥伴。

相對於上述的看法，筆者認為，第一，年輕人是台灣的未來，應更多積極培養台灣年輕人制憲建國入聯的價值觀，與全球的命運結合，成為全球的政經菁英，特別是21世紀基督教的全球大復興運動的崛起。

第二，台灣不能再進行第八次的修憲，台灣2400萬人必須思考成為主權國家的制憲，此次的制憲必須將與中國的兩國論列入，至於未來「中華民國台灣共和國憲法」的中央政府體制是總統制或是內閣制，必須進行比較憲法學的研究後，讓2,400萬人進行討論，最後列入制憲公投作出決定。

第三，蔡英文個人獲得最高選票是台灣人對中國Say No！但由「不分區政黨票：民：33.98%，國：33.36%，眾：11.22%，時：7.75%」，可解讀為台灣2400萬人仍期待憲法學上的兩黨制，形成「中華民國台灣共和國憲法」中的責任政治，接受國民主權的監督與審判。

第四，「中華民國台灣共和國憲法」背後的主權國家，必須在經貿上與美國簽署自由貿易協定如TIFA，與日本等11國簽訂CPTPP外，在國際政治參與上必須為入聯做準備，更重要的是，台灣應積極與歐盟簽署台歐自由貿易協定，並與北約NATO維持積極的連結，與美日簽署軍事共同防禦條約，以利建國，加入聯合國，形成全球集體安全保障的加盟國，而非僅是區域性地緣政治的第一島鏈準軍事同盟國。

前-8 現代立憲主義人權保障的日本

第五，中國的未來，當然是由中國14億國民決定，「中華民國台灣共和國憲法」背後的主權國家必須給予其聯合國兩公約的人民自決權的尊重。中國共產黨必須思考如何轉型成為社會福利國家的民主政黨，接受定期改選的審判與監督，此乃中國共產黨必須為自己政黨的生存思考。若中國共產黨要進行全球專制獨裁的帝國擴張運動，必定會與全球民主自由人權保障中的基督教信仰大復興運動衝突，追求自由的人類將會勇敢地進行全球性的抵抗運動。

◎「中華民國台灣共和國憲法」立憲主義的和平主義與戰爭放棄的思考

如前所述，台灣在中華民國憲法下僅是「省」地方政府的名稱，台灣被迫進入中國兩個中央政府，即中華人民共和國政府與中華民國政府的內戰憲法結構中。因此，「中華民國台灣共和國憲法」若要追求立憲主義原理的落實，即制定符合國民主權原理、人權保障原理、權力分立原理與憲法最高法規原理的違憲審查權確立的「中華民國台灣共和國憲法」時，亦有必要將和平主義與戰爭放棄納入台灣立憲主義中思考。

目前關於日本國憲法第9條，日本政府的憲法解釋並未排除自衛權戰爭。關於自衛權戰爭的正當性，即使是現今仍適用聯合國第二次世界大戰舊敵國條款的德國與義大利皆仍給予自衛權行使的正當性。因此，將自衛權納入「中華民國台灣共和國憲法」立憲主義中不存在任何的爭議，即使是在台灣目前所進行實效統治的不具立憲主義正當性的中華民國憲法所成立的政府，亦不排除行使自衛權的正當性。當中華人民共和國政府武力攻擊台灣時，無論是在國際法的內戰狀態下實施自衛權，或是在武力攻擊爆發的瞬間，執政當局宣布獨立脫離中國，以台灣國的名義進行自衛權的行使，皆無任何的疑問。



毋庸贅言，針對侵略戰爭的自衛權戰爭行使乃是國家或「準」國家主體的固有自然權利，但鑒於戰爭的悲慘人類經驗，「中華民國台灣共和國憲法」仍應追求和平主義與戰爭放棄的高瞻遠矚的偉大目標，甚至是為求達成上述偉大目標，亦不惜行使聯合國憲章所許可的集體自衛權下的制裁戰爭，目的是為求維護前述的「中華民國台灣共和國憲法」立憲主義原理。

值得關注的最新動向是，「中華民國憲法」立法院2020年9月14日朝野協商同意成立修憲委員會，而以正國會為首的民進黨立委針對台灣政治現狀，為讓台灣邁向國家正常化將提出修憲版本，內容包括國家應優先以台灣之名義進行涉外事務、加入國際組織等。根據立法資料，目前共有15項「中華民國憲法增修條文」的修正草案，以及1項憲法本文的修正草案，合計共有16案，主要內容為「18歲公民權」、廢除考監兩院、擴充憲法人權清單等。目前的修憲提案內容包括，修正憲法本文第4條，將「中華民國領土，依其固有疆域」改為「中華民國領土範圍為憲法效力所及地區」，藉此切合國家實際治理範圍¹²；根據提案內容，其將「為因應國家統一前之需要」文字改為「為因應國家發展之需要」^{13·14}；提案同時將增修條文第

¹² 王揚宇，正國會立委擬提修憲案 盼以「台灣」加入國際組織，2020/09/24，<https://www.cna.com.tw/news/aipl/202009240221.aspx>。

¹³ 彭琬馨，立委擬提修憲案盼以「台灣」加入國際組織，2020/09/25，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1401957>。

¹⁴ 民進黨立委陳亭妃近日在臉書發文指出，這次將提出的修憲草案版本，核心精神是讓憲法邁向「正常國家」，並不是「更動」任何的台灣現狀；尤其在領土這一條，或許是因為版本尚未正式提出，所以有人誤解與誤導，條文並沒有更改憲法本文的「固有之疆域」，而是在增修條文中，改為「領土範圍為憲法效力所及地區」，以切合國家實質治理的範圍；只有「符合現狀」，沒有「修改領土」。（王揚宇、王承中，正國會立委擬提修憲案 拿掉統一未修改領土，2020/09/29，

前-10 現代立憲主義人權保障的日本

9條內容的「省」刪除，形同「實質廢省」，並將六都制度納入，且將在憲法增修條文第10條，增訂「國家應優先以『台灣』之名義進行涉外事務，加入國際組織、參與國際活動，並善盡國際人道援助之責任」的條文等內容，提案說明指出，此修正是「為保障國家主權與安全及符合國家認同與國際關係之現實」¹⁵。提案亦新增增修條文第13條，指「國旗、國歌、國徽應以法律明定之，不受憲法第6條規定之限制。」中華民國憲法第6條原規定，中華民國國旗定為紅地，左上角青天白日。若此增修條文通過，意即未來要變更國旗上圖示，僅須修正「中華民國國徽國旗法」等相關法律，無須涉及修憲。

此外，同樣值得關注的是，「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」，已於2019年1月4日公布，並於2022年1月4日實施¹⁶。此法開創我國（筆者註：中華民國憲法政府）司法院大法官釋憲制度全面走向司法化、裁判化、法庭化之新紀元。根據上述「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」建構的憲法訴訟新制之核心，在於採納德國裁判憲法審查制度¹⁷。

根據「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」第59條第1項修正說明：「(一)按憲法是國家的根本大法，具有保障人民¹⁸基

<https://tw.news.yahoo.com/news/%E6%AD%A3%E5%9C%8B%E6%9C%83%E7%AB%8B%E5%A7%94%E6%93%AC%E6%8F%90%E4%BF%AE%E6%86%B2%E6%A1%88-%E6%8B%BF%E6%8E%89%E7%B5%B1-%E6%9C%AA%E4%BF%AE%E6%94%B9%E9%A0%98%E5%9C%9F-135714174.html>)

¹⁵ 彭琬馨、陳昫、陳鈺馥、楊淳卉，民進黨立委提修憲案邁向國家正常化，2020/10/01，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1403209>。

¹⁶ 楊子慧，「『人民聲請憲法法庭裁判』審理流程之研究——以德國為借鏡兼論我國新制」，『臺北大學法學論叢』116期（2020/12），頁53。

¹⁷ 吳信華，『憲法訴訟基礎十講』（元照出版，2019年），頁1-10，89-91。

¹⁸ 「中華民國憲法」中使用「人民」此用語，進行相關的權利主體規

本權利功能的最高效力，所有國家權力的行使，皆不應違背憲法的規定，更應致力於保障人民在憲法上的基本權利。當國家權力的行使（例如法律、命令）有違反憲法的疑慮時，憲法審查相關制度就應該裁決這些國家權力行使是否合憲，守護人民的基本權利，免於國家權力的恣意侵害。而這些可能侵害人民憲法上權利的國家權力，不僅包括立法權與行政權，也包括司法權。(二)在現行條文第五條第一項第二款既有之確定終局裁判適用之法規範審查制度下，大法官只進行抽象法規範審查，不具體裁判憲法爭議，僅能抽象闡述法律的內涵為何、是不是符合憲法的意旨，而不能將這些闡述直接應用在個案中的具體事實。亦即，現行大法官職司的憲法審查並無法處理各法院裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等司法權行使有違憲疑慮的情形。(三)配合本法引進裁判憲法審查制度，於本項併將現行條文第五條第一項第二款之法規範及該確定終局裁判二者，納入人民得聲請憲法審查之客體，俱屬憲法法庭所得審理之案件類型。」¹⁹

定。然而，根據2017年德國基本法（憲法）的前言、第20條第2項「所有的國家權力，來自國民（Volk）」、第21條第1項「政黨，協助國民政治意志的形成」、第28條第1項「邦、郡及市町村，必須有由國民基於普通、直接、自由、平等及秘密的選舉所設置的議會」、第139條「從納粹主義及軍國主義解放德國國民」、甚至是最後一個基本法條文，第146條「基本法，在德國統一與自由達成後，雖適用於全體德國國民，但德國國民基於自由的決斷，議決的憲法在受到實施日，喪失其效力」。鑑於現代立憲主義基本原理，使用「國民主權」，非「人民主權」，可能的原因是，在非現代立憲主義的共產主義憲法中，使用「人民主權」，例如中華人民共和國憲法採用人民民主集中制，使用「人民」此一用語。

19

同前註16，54頁註釋3。

搶先試閱版

前-12 現代立憲主義人權保障的日本

楊子慧指出，此部新法律施行後，人民聲請裁判憲法審查²⁰，勢必居整體聲請案件量之首。關於此點，筆者期待未來的憲法變動，可將「人民」改為「國民」，同時「國民」聲請「裁判憲法審查」時，除日本國憲法的條文與日本最高法院作出的憲法解釋外，亦能引用現代立憲主義國家的憲法條文與相關的憲法解釋，進行作為「裁判憲法審查」時的憲法解釋根據。

楊子慧指出，針對人民聲請案件審理流程之規定，「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」付之闕如。楊子慧指出，如何減輕案件量負荷，使大法官投注主要精力於具有憲法上重要意義與價值的案件，乃「憲法法庭審理規則」擔負之任務。關於此點，新制憲法法庭與審查庭審理及裁決案件的實際操作程序，凡未明定者，當應於審理規則定之。就此「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」第4條第1項增訂授權之規定：「憲法法庭審理規則，由司法院定之。」並於第2項明定：「前項規則，由全體大法官議決之。」新增憲法法庭憲法訴訟程序之規則制定及程序自主權²¹。

「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」裁判憲法審查程序，主要規範係繼受德國法，德國實務具體操作經驗可供我國（筆者註：中華民國憲法政府）施行新制之參酌。關於此點，筆者認為此次「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」裁判憲法審查程序，與現在司法院院長許宗力大法官，為德國哥廷根大學法學博士，有密切的關聯性。渠曾任臺灣大學法律學院院長、臺灣法學會理事長、司法院大法官；原任臺灣大學科際整

²⁰ 闡明德國裁判憲法審查制度之背景、規範依據及法制內涵、德國聯邦憲法法院實務運作衍生之爭議問題及其因應之道，並評釋「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」相關規定，可參照楊子慧，「裁判憲法審查初探」，《政大法學評論》160期（2020/03），頁147-151。

²¹ 同前註16，頁60。

合法律學研究所教授。專精於憲法、行政法、社會法、比較公法等，曾主持或參與建置財團法人海峽交流基金會、制定行政程序法與行政罰法，及行政機關法人化與設置獨立機關等之研究²²。然而，值得注意的是，與本書內容有密切關連的大法官為許志雄²³。乃因許志雄大法官曾提出的釋字第756號解釋協同意見書，引用「日本國憲法第21條規定：『（第1項）集會、結社、言論、出版及其他一切表現之自由，應受保障。（第2項）檢閱，不得為之。通信之秘密，不得侵害之。』其將秘密通訊自由與表現自由納入同一條文，可資參照。」²⁴毋庸贅言，美國哈佛大學法學博士的黃昭元大法官²⁵，未來在進行「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」裁判憲法審查時，如何活用美國憲法審查基準理論。

與許宗力大法官同為德國哥廷根大學法學博士的楊子慧，針對德國人民聲請憲法法院裁判審理流程之規範與實務，聚焦聯邦憲法法院收受人民聲請案件由收發登錄處之篩案與分案、審查庭審查及審判庭評議三階段之審理流程²⁶。其後以德國模式為借鑑，基於我國（筆者註：中華民國憲法政府）憲法訴訟法架構，參照大法官釋憲之現制與實務，就人民聲請憲法法庭

²² 可參照司法周刊，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1429-68055-0b6a9-1.html>。

²³ 許志雄大法官，臺灣大學法律學研究所碩士，曾任臺灣法學會理事長、行政院政務委員、94年任務型國民大會代表暨主席團主席；原任嘉義大學教授。可參照司法周刊，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1429-68055-0b6a9-1.html>。

²⁴ 釋字第756號解釋協同意見書許志雄大法官提出。

²⁵ 長期任教臺灣大學，專研憲法與國際公法等領域；原任臺灣大學法律學院教授。可參照司法周刊，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1429-68055-0b6a9-1.html>。

²⁶ 同前註16，「貳、德國人民聲請憲法法院裁判審理流程之規範與實務」，頁62-101。

前-14 現代立憲主義人權保障的日本

裁判案件審理流程之程序規範，分析問題並提出具體建議：明定分案原則、憲法法庭書記廳協助篩文、審查庭承辦大法官提出審查報告及程序審查、憲法法庭決定主筆大法官並提出裁判草案、評議流程、大法官個別意見書提出時程²⁷。

關於此點，德國基本法下的憲法法院相關的憲法判例理論，特別是人權保障的法理，未來在台灣的現代立憲主義人權保障上，透過「中華民國憲法」下的「憲法訴訟法」裁判憲法審查程序，想必仍會有一定的影響力，如同過去直到現在，德國基本法的憲法解釋，仍會成為「中華民國憲法」解釋的重要參考依據。

楊子慧指出，上述的研究成果，期能提供司法院研修憲法法庭審理規則及學理討論之研究參考。關於此點，筆者認為，亦成為本書將來可在台灣新的憲法變動之後，確立在台灣的國民主權者的人權保障，得以產生具體實際現代立憲主義憲法保障效果的同樣的期待。

有鑑於台灣未來有可能進行的憲法變動的此時，無論是名為修憲或者是實質的制憲，本書的題目定為是「現代立憲主義人權保障的日本」，目的是期待，與台灣有唇齒相依榮辱與共的日本，在目前實施現代立憲主義的日本國憲法下，其人權如何受到保障？究竟何謂現代立憲主義憲法？日本採用的違憲審查體制為何種的類型？如何透過上述違憲審查體制，確保日本國民的人權保障？如何理解國家與現代立憲主義憲法的關係？現代立憲主義憲法的基本原理應該如何受到理解？作為現代立憲主義憲法的日本國憲法具有何種的普遍性？以及具有何種的特殊性？現代立憲主義憲法中的日本國憲法人權保障的歷史、觀念、類型、主體、適用範圍與界限應該如何受到理解？在現代立憲主義憲法中的日本國憲法下，何謂總括性質的人權？何

27 同前註16，頁101-113。

謂法之下的平等？何謂精神活動的自由保障？何謂人身自由的保障？何謂刑事程序上的各項權利？何謂參政權保障？何謂國務請求權保障？何謂社會權保障？同時會指出，在現代立憲主義憲法中的日本國憲法採用的附隨性違憲審查權體制下，日本最高法院相關人權保障的判決，採用何種的憲法解釋？採用何種的憲法審查基準？最後會提出本書的代結語，特別是日本國憲法採用審查基準理論的理由，作為台灣未來實施現代立憲主義憲法，特別是台灣在現行的「中華民國憲法」的「憲法法庭」²⁸，取代過去的大法官會議所做的憲法解釋，可能得以參考的日本國憲法的人權保障審查基準理論。

胡慶山

主耶穌誕生後2022年2月24日
謹識於淡江大學國際事務學院
日本政經所暨日本研究中心

²⁸ 潘千詩，司法院110年12月例行記者會（1101221），在「大法官會議進入倒數計時 憲法法庭將於1月4日正式上路」新聞中指出，「憲法訴訟新制」已於（111）年1月4日，正式上路，司法院大法官書記處長許辰舟表示，新制由目前的15位大法官組成「憲法法庭」，取代原有的「大法官會議」，審理程序將全面司法化、裁判化、法庭化，以嚴謹的訴訟程序與法院性質的運作模式，審理憲法訴訟案件，也就是現行司法院大法官以會議方式解釋憲法的制度，將走入歷史。2021/12/21，<https://www.beanfun.com/articles/detail/1473206966942699520?country=tw&site=1>。

目 錄

序文 問題意識	前-1
---------	-----

第一部 憲法總論

第一章 何謂國家

一、國家成立的簡要歷史	3
二、社會學意義的國家	4
三、法學意義的國家理論	4

第二章 何謂憲法

一、憲法的意涵	9
二、憲法的種類	9
三、憲法的法源	15
四、憲法規範的特質	17

第三章 立憲主義的原理

一、近代立憲主義的成立	21
二、近代立憲主義的內容	23
三、近代立憲主義的現代變貌	32
四、日本的立憲主義的繼受與開展	36

第四章 日本國憲法的普遍性與特殊性

一、由日本天皇統治到日本象徵天皇制	42
二、日本象徵天皇制的內容	46
三、日本天皇制的運用規範與機構	51

第五章 日本國憲法和平主義與戰爭放棄

一、與立憲主義的接續	53
二、日本國憲法第9條的制定經緯與初期的 解釋學說	54
三、日本自衛隊的創立與有事法制的成立	56
四、日美安全保障條約的憲法問題	61
五、國際合作與憲法第9條	64
六、立憲主義的選擇	66

第二部 人權總論

第一章 人權的歷史

一、前 史	71
二、成 立	72
三、普及與變貌	73
四、兩次大戰間的動向	73
五、第二次世界大戰後的動向	74

第二章 人權的觀念

一、自然權的人權	77
二、個人的尊嚴	77
三、幸福追求權	81

第三章 人權的類型

一、人權的結構類型論	83
二、人權的內容類型論	84
三、以審查基準為基礎的分類	85

四、以審查方法為基準的分類	86
五、制度保障.....	87
第四章 人權的主體	
一、國民的範圍.....	91
二、外國人	94
三、法人與團體.....	104
第五章 人權的適用範圍與界限	
一、人權規定的法性質	109
二、私人間的人權效力	111
三、人權的界限.....	121
第六章 總合性人權與法之下的平等	
一、作為總合性人權的幸福追求權.....	149
二、法之下的平等.....	160
三、日本國憲法的平等保障	164
四、精神活動的自由——思想與良心的自由.....	178
五、精神活動的自由——信教的自由	187
六、精神活動的自由——學問的自由	203
七、精神活動的自由——表現的自由	207
八、精神活動的自由——集會與結社的自由.....	244
九、精神活動的自由——通訊的秘密	253
十、經濟活動的自由——總說	256
十一、經濟活動的自由——居住與遷徙的自由.....	259
十二、經濟活動的自由——外國移民居住與脫離 國籍的自由.....	260



購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=14510>

十三、經濟活動的自由——職業選擇的自由	262
十四、經濟活動的自由——財產權的保障	269
十五、人身的自由與刑事程序上的各種權利	280
十六、要求國家進行積極作為的權利——參政權	299
十七、要求國家進行積極作為的權利 ——國務請求權	309
十八、要求國家進行積極作為的權利——社會權	315
代結語——日本最高法院審查基準理論的考察	333
參考文獻	357



元照出版

搶先試閱版

第一部

憲法總論

實定法秩序的目的在於，藉由強制力，確保社會所依據的理念與原理。憲法即處於上述實定法秩序的頂點。憲法既然高坐在實定法秩序的頂座，則憲法在與實定法秩序的關係上，究竟扮演何種的角色與發揮何種的功能？根據傳統的立憲主義理論，其理念即是作為自然權的人權保障，憲法規定國家必須以實踐上述理念為目標，並規定制定與改變實定法的程序，同時此時必須確認應予以尊重的「人權」。在此意涵下，憲法乃是規定實定法持續展開的「法過程」的法規範，實定法秩序乃是作為上述法過程的生產而存在。

相對於上述的憲法形象，日本最近出現高唱修改上述憲法形象的見解。亦即，憲法位於實定法秩序的頂點，乃是規定全體實定法秩序應予實踐的基本價值作為實定法的價值的最高規範。此處所要求的是，憲法所規定的權利不僅是限制國家的法制定所需的框架，且是要求國家將上述權利具體化的規範。

上述兩種憲法形象的差異，會產生出何種的不同？在現階段，雖非明確，但卻隱含著朝向立憲主義本身修正的可能性。若要正確地評估上述修正的射程、程度與範圍，則如何理解傳統的立憲主義為何，至為重要。

以下的「第一章」與「第二章」針對國家與憲法的相關性加以說明。所謂的憲法，係指關於國家權力的組織與行使的基本規範。換言之，憲法乃是規定何者應如何行使社會上的政治權力的基本法。在今日政治權力集中在國家，作為國家權力受到組織而成。因此，在說明何謂憲法之前，有必要先說明何為國家。

第一章

何謂國家

一、國家成立的簡要歷史

人類形成社會後，在其中進行生活。然而，當上述社會具備一定的特徵時，即將此社會稱為國家。近代國家在歐洲的歷史上，是在先前的封建體制社會瓦解後登場出現，因此理解近代國家時，通常會與封建體制加以對比。在封建體制社會中，封建諸侯或領主掌握地方的支配權，政治權力並未在國王之下受到集權化，而是處於地方分權的狀態。國王權力無法直接支配王國的全部領土，乃是透過與地方領主締結封建契約，不過是僅能進行間接性的統治。同時，在地方領主當中，甚至會出現比國王更強大的領主，並無法保障國王權力的優越性；此外，亦受到羅馬教皇與神聖羅馬皇帝等外部勢力的干涉，無法確保對外的獨立性。從而，並不存在國王的支配權直接達及領域此種意涵的「領土」觀念，亦不會出現直接臣服國王支配權的「臣民」總和的「國民」觀念。由上述狀態開始，國王逐漸地將上述封建的結構加以瓦解，不斷地確立得以直接對領土與國民進行支配權行使的中央集權最高且獨立的統治權，即今日的主權。然而，此時的體制卻是被稱為「絕對君主制」，國家即與上述的體制同時展開。此時的國家，在「絕對君主制」階段，其核心觀念是王國的各個角落皆布滿著國王的兄弟手足此種的官僚機構，國家被認為是國王支配的工具，且是隸屬國王的「王家財產」。此時的國民，不過是透過國家接受國王統治的客體而已。國家的國民經由近代市民革命，奪取國王的統治權，由統治權的客體轉化為主體時，國家逐漸在觀念上被認為

4 現代立憲主義人權保障的日本

是「以一定的領土為基礎，具備統治權的國民團體」。領土、國民、統治權（主權）被稱為國家三要素的理由，即在此。此為國家成立的簡要歷史。

二、社會學意義的國家

藉由國家的成立，國際社會逐漸被理解為是由相互獨立的「主權國家」所組成。典型上主權國家的成立，首先雖是在歐洲，但一旦國際社會的行動主體是主權國家時，在國際社會作為獨立主體謀求確立自我的集團，被迫必須實現主權國家性，造成許多主權國家叢生的結果。在此稱上述叢生的主權國家為「社會學意義的國家」。

三、法學意義的國家理論

如上所述般地成立的歷史上與社會學意義的國家，在法的層次上應如何加以說明？此即為法學國家論的課題。過去以社會契約論為首，倡導著各樣的學說，但在此簡要地介紹對日本國憲法產生極大影響的國家法人論與漢斯·凱爾森（Hans Kelsen, 1881-1973）¹的學說。

（一）國家法人論

承認由複數的人所組成的團體為一個法人格，促使其較容易處理權利義務關係的法技術，此種技術在私法上的財產關係處理的場合上，雖一般皆可見到，但謀求將上述技術亦應用到統治權的歸屬與行使的說明上，此即國家法人論的焦點所在。舉例而言，股份有限公司（株式會社）具有法人格，代表董事（取締役）表明的意志，例如締結契約的意志，並非代表董事個人的意志，被當作是法人的意志，其法效果，例如基於契約

¹ 奧地利裔猶太人法學家，法律實證主義的代表人物。

購書請至：<https://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=14510>

國家圖書館出版品預行編目資料

現代立憲主義人權保障的日本／胡慶山著.

-- 初版.-- 臺北市：元照，2022.07

面：公分

ISBN 978-957-511-711-5（平裝）

1.CST：日本憲法 2.CST：憲政主義

3.CST：人權

581.31

111004802

現代立憲主義人權保障的日本

5D639RA

2022年7月 初版第1刷

作 者 胡慶山

出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 500 元

專 線 (02) 2375-6688

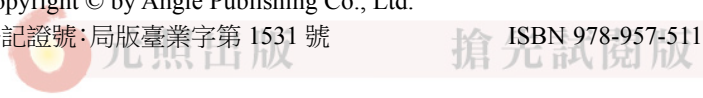
傳 真 (02) 2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-711-5



現代立憲主義人權保障的^的日本

有鑑於臺灣未來有可能進行憲法變動的此時，無論是名為修憲或者是實質的制憲，本書的題目定為是「現代立憲主義人權保障的日本」，目的是期待與臺灣有唇齒相依榮辱與共的日本，其法學界的論點可成為參考，包括在目前實施現代立憲主義的日本國憲法下，其人權如何受到保障？究竟何謂現代立憲主義憲法？日本採用的違憲審查體制為何種類型？如何透過上述違憲審查體制，確保人權保障？如何理解現代立憲主義憲法與國家的關係？其基本原理應該如何受到理解？日本國憲法具有何種普遍性及特殊性？日本國憲法人權保障的歷史和觀念如何受到理解？等。

The Modern Constitutional Human Rights Guarantee of Japan



定價：500 元



元照網路書店



月旦品評家



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw