

國家圖書館出版品預行編目資料

文化憲法與文化國／許育典著. -- 二版. --
臺北市：元照，2013.05
面；公分. --（國立成功大學法學叢書；19）
ISBN 978-986-255-280-3（精裝）

1.文化法規 2.論述分析

541.2023

102001433

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

文化憲法與文化國

5D266HB

2013年5月 二版第1刷

作者 許育典
出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址 www.angle.com.tw
定價 新臺幣 680 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 978-986-255-280-3

自序

長期以來，政府由於大力將各種資源投入經濟的發展，經濟的成長率持續達到傲人的宣示結果，台灣在世界上創造了執政者所宣稱的「經濟奇蹟」，也造就了目前台灣的財富迅速累積，令世界上的許多國家刮目相看的情景。但是，在此經濟物質的文化取向，逐漸被重視與促進之時，人文精神文化的水準卻並沒有相對的提昇。事實上，人有錢不能只在物質生活上打轉，精神文化上的出路更為重要，否則人有可能在追求金錢的過程中，淹沒了自己的人性價值，而成為物質生活的工具。國家！國家！得（物質有錢）也國家；失（精神虛無）也國家！作為一個法律人，嘗試思索，在規範建構上是否可能有所突破，建立國家在精神文化公共設施的促進與照顧義務。

問題是，簡單的「文化」二字，卻幾乎涵蓋了人類社群生活的全部，故「文化」概念實難以經由文字意義，加以創設或解釋出來，它毋寧是一個含有許多異質性概念的字句。事實上，「文化」概念在本質上的多樣性，將開啟本專論的論述之門，更是形成本專論的多元文化主軸思考。有趣的是，當文化遇到法律，會碰出怎樣的火花呢？尤其是這兩種思考型塑，都相當具有本土性。長期作為法律繼受國家的台灣，如何發展出自己本土的文化法制，尤其是一個文化法學上的難題。就是因為它雙重的本土棘手性，難以依循外國法制有所著墨，也導致少有法律人耕耘這片文化法沙漠。但是，難歸難，嘗試仍須嘗試，因為既然「文化」概括了國人的社群生活，而法學作為研究國人生活規範的科學，

更應尋找出文化領域上的基本規範原則，這也是本專論的研究動機與目的。

在研究的伊始，德國憲法上的「文化憲法」(Kulturverfassung)與「文化國」(Kulturstaat)概念，流入本專論的文化法學思考江河，而其流動的動力則為：文化基本權(Die kulturellen Grundrechte)。文化基本權原初即為德國憲法學接受的基本權保障，而藉著文化基本權的客觀法功能，也可導出憲法對文化國家的要求，從而在我國憲法上亦同理可證：國家負有保護多元文化的「文化國」義務，這是一個憲政法治國家應履行的憲法理性。然而，我國憲法增修條文第10條第11項明定：「國家肯定多元文化，……。」這裡多元文化已成為我國憲法的國家目標，可視為憲法明文保障文化國的依據。對於憲法作為一個實證法的出發點，台灣作為一個成文法國家，憲法學的法學研究仍應盡可能由其實證規定探討。這並不是說，我們應當一字不漏地嚴格死守憲法條文，而是說，憲法實證條文是我們提出任何憲法論述的框架所在，否則憲法學討論可能喪失其正當性。

這本專論為國內文化法專論的初試啼聲，作者嘗試由文化基本權的主觀與客觀法建構出發，型塑「文化憲法與文化國」的憲法保障。首先，從自我實現作為廣義文化基本權的本質出發，試著由文化基本權作為主觀與客觀法的意義，建構文化憲法的憲法理論基礎(第一章)；其次，從文化基本權作為文化憲法的主觀法建構，藉著教育、學術、藝術、宗教等文化導向的自我實現為基礎，型塑廣義文化基本權的憲法保障內涵，作為文化憲法的主觀權利整體保障(第二章)；再者，以文化國作為文化憲法的客觀法建構基礎，從德國基本法的文化國型塑探討出發，分析我國

憲法上教育文化基本國策作為文化國的國家目標，從而建構國家中立與寬容的憲法誠命（第三章）；接著，探討多元文化國的文化資產保護，從瞭解我國文化資產保存的法規範體系出發，切入分析私有古蹟保存與人民財產權保障的問題，並針對文建會提倡的社區總體營造與文化公民權運動，從多元文化國檢視台灣目前文化建築保存的政策（第四章）；然後，對焦在多元文化國的青少年網咖文化保護，從建構以青少年基本權為基礎的網咖立法目的出發，釐清青少年網咖文化的憲法保障意義，再從多元文化國檢討網咖管制立法，並由青少年基本權進行網咖管制立法的合憲檢驗（第五章）；此外，針對有些作者關懷的其他文化憲法與文化國問題，主要涉及多元文化保障下原住民族教育的憲法建構，以及多元文化國下色情管制的合憲性，將另成專章探討（第六章）；最後，在結論與建議中，整合與檢討文化憲法與文化國的問題，希望能奠定我國文化法制的發展基礎（第七章）。

書稿寫就，沈吟不已。不知是哪一天，一個朋友告訴我：「育典，你每本書老是感謝相同的人，那序總給人『重複』的感覺。」

沒錯，我的內心深處，一直「重複」地感謝這些人，沒有間斷。對教育或宗教等文化法領域有興趣的朋友，如果曾經讀過我的相關著作，請容忍我的身心無法分離。我所做的事，都希望能真實如心，自我實現是如此，學術生活也是如此，也是一直重複。

重複，是習慣，是平凡，是自然，終成文化。看來，重複也不容易，這重複不知是天性，還是環境的磨鍊，總讓我受益匪淺。凡事，我總在重複中熟練；凡物，我總在重複中懂得；凡

人，我總在重複中瞭解。重複之後，感情投入，懂得珍惜，慈悲感恩。

感恩、重複，使我深刻體會文化，瞭解文化在每個人重複累積的難得，而個人或群體重複累積的文化差異，更值得國家或社會尊重其多元開展。這本文化法專論，就是如此重複而來。

特別感恩我的師長，他們就代表著多元文化的開展，讓我在他們身上重複學習，不斷得到。在時序上，始於國中導師張秀鳳及劉丁洲夫婦的人子之愛。到了大四，城仲模老師啟發我心生台灣關懷，陳春生老師導引我的公法熱情。研究所時，董保城老師培養我實務研究的能力，顏厥安老師知遇後促我走上學術之路，蘇永欽老師是支持我邁向學術的信心，翁岳生老師促勵我奔向德國留學之路。到德國後，Püttner教授無拘無束地寬容我的多元論文，Heckel教授傳授我德國傳統教會法的經典釋義學，Kästner教授促勵我的人本宗教法學思維開展。最後，這本文化法專論的完成，也要特別感謝Schröder教授，他去年邀請我在其德國法制史專題研究客座（同時感謝國科會與德國學術交流總署的獎助），讓我有機會在杜賓根山城沈澱醞釀此書。

值得一提的是，在Kästner, Püttner, Heckel, Schröder教授的共同推薦下，經過德國洪堡基金會的學術審查，今年初正式通知我榮獲洪堡基金會2006至2007年的研究獎學金，靜靜埋下我未來學術開展的喜悅種子。實在感恩。

如果說，我的學術投入是塊園地，那它的成長與茁壯，要歸功於我的家人、師長、朋友與學生們的持續灌溉。你們都是我生命中的貴人，不斷形成我的奮鬥動力，源源不絕。這本書的重要

連結思考，常是我半夜醒來感受到你們的愛，如獲天啟而有所體會，直奔研究室而完成。很難想像，完成後自己謝天時，也驚嘆著愛的力量。謝謝你們。我會用一輩子來珍惜。

吳幸怡、周敬凡、李惠圓、盧浩平、翁國彥、郭兆軒、毛妍懿、凌赫、王碩禧、林維毅、劉惠文、童永全、陳又禾、洪嘉佑與陳碧玉等同學，無論是在討論上，或在校稿上，都對這本專論的出版有所貢獻，感謝他們。尤其是浩平主導格式化等繁重工作，在此特別致謝。

元照出版公司，很難想像，法學界仍存此盞出版明燈，不僅是因其無計成本的法學投入，而且其從邀約、編輯到行銷的經營人性化，皆令人心中暖流浮動。在每一次與元照人的互動，都鼓勵著我下一步的奮鬥，謝謝您們。

最後，這本書要用心獻給我的師長，他們就代表著多元文化的開展，在我身上生生不息。

許育典

2006年2月11日11時
寫於雲平大樓研究室

第二版序

文化法學論叢的學術執著

《文化憲法與文化國》這本學術專論，台灣法學界第一本文化法學專書著作，可說是我回國後對文化宗教法制的初步法學思考。

時間過得很快，我在1999年完成德國的博士攻讀學業，回國到成大來任教，已經匆匆經歷了十四個寒暑。在這期間，我從助理教授、副教授、教授到升等為特聘教授，十分專注於學術的投入與發展。其中，《文化憲法與文化國》這本書可說是我在文化法學研究上著力最深的學術專論。

國家！國家！得（物質有錢）也國家；失（精神虛無）也國家！作為一個法律人，嘗試思索：在規範建構上是否可能有所突破，建立國家在精神文化公共設施的促進與照顧義務，即在文化憲法上建構文化國家的任務。這本書首先建構文化憲法的憲法理論基礎（第一章）；其次，型塑廣義文化基本權的憲法保障內涵，作為文化憲法的主觀權利整體保障（第二章）；再者，以文化國作為文化憲法的客觀法建構基礎，分析憲法上教育文化基本國策作為文化國的國家目標（第三章）；接著，從瞭解文化資產

保存的法規範體系出發，切入檢視目前文化建築保存的政策（第四章）；然後，對焦在多元文化國的青少年網咖文化保護，並由青少年基本權進行網咖管制立法的合憲檢驗（第五章）；此外，針對原住民族教育與色情管制等其他跨領域文化法問題，另成專章探討（第六章）；最後，在結論與建議中，整合與檢討文化憲法與文化國的問題，希望能奠定我國文化法制的發展基礎（第七章）。

這本書在2006年由元照出版公司出版，從2009年開始，出版社一直希望我能夠修正再版。然而，初初兼任行政工作後的忙碌，實在令我難以靜下心來面對再版的工作。事實上，筆者內心期待著：再版的工作應與第二本文化法專書相互配合，才能夠在學術上體系一貫。最近，除了已經逐漸熟悉與掌握行政工作外，心中想要陸續完成文化法學論叢的學術執著，讓我下定決心每天利用一些時間，撰寫與整理一系列的文化法學學術專書，加上元照出版公司持續的熱情邀約與認真督促，終於在2013年逐漸有開花結果的可能。

這本書的修正再版，著重在最新相關法規的增補與調整。黃憶潔、林宗翰、莊惠婷、蔡汶含、許介仁、馮欣中、李佳育、王孝慈、林修睿與黃宗菁等同學，都對這本書的再版有所貢獻，感謝他們。尤其是佳育與孝慈協助校對增補等繁重工作，在此特別致謝。此外，這本書的最新改版完成，還要感謝元照出版公司的良善互動與積極鼓勵，才能在此與讀者相見。

最後依然要強調，這本書要用心獻給我的師長們。沒有他們，我的學術難以開展。事實上，他們就代表著多元文化的開展，在我身上生生不息，讓我此生永遠感念。

許育典

2013年1月25日15時
寫於成大社科大樓研究室

目 錄

第二版序——文化法學論叢的學術執著

自 序

作者簡介

本書常用德文縮語中文對照表

本書引註格式說明

第一章 自我實現作為文化憲法的建構基礎

I、自我實現與多元社會	3
II、自我實現、基本權與法律	6
III、自我實現作為文化憲法的法建構	10
壹、自我實現作為文化憲法的核心	11
一、文化具有自主性.....	13
二、文化具有開放性.....	13
三、文化具有多元性.....	13
貳、文化基本權作為主觀權利	18
參、文化基本權作為客觀價值決定	20

IV、文化國、文化基本權與文化憲法	25
壹、文化國作為文化基本權的客觀價值決定	25
貳、文化國、法治國與社會國	27
V、小 結	32

第二章 文化基本權作為文化憲法的主觀法建構

I、教育基本權作為文化憲法的保障	37
壹、教育基本權的概念釐清	37
貳、教育基本權作為防禦權的保護法益	47
一、學生的自我實現權	47
二、父母的教育權	48
三、教師的教學自由	49
參、教育基本權作為共享權的保護法益	49
一、現有教育設施的入學請求權	50
二、必要教育設施的創設請求權	51
肆、教育基本權作為客觀價值秩序的保護法益	52
一、以學生自我實現為核心的課程標準	52
二、以學生自我實現為核心的教育計畫	53
三、以學生自我實現為核心的教科書編製	54
四、以學生自我實現為核心的師資培育	55
伍、教育基本權作為制度性保障的保護法益	55
一、以學生自我實現為核心的國家監督制度	57
二、以學生自我實現為核心的私立學校制度	58

陸、教育基本權作為組織與程序保障的保護法益	59
一、以學生自我實現為核心的學校自治	59
二、學生代表組織的參與學校自治程序	61
三、父母代表組織的參與學校自治程序	61
II、學術自由作為文化憲法的保障	62
壹、學術的概念釐清	62
貳、學術自由作為防禦權的保護法益	65
一、研究自由	66
二、講學自由	69
三、學習自由	71
參、學術自由作為客觀價值秩序的保護法益	74
肆、學術自由作為制度性保障的保護法益	77
III、藝術自由作為文化憲法的保障	80
壹、藝術的概念釐清	81
一、形式的藝術概念	82
二、實質的藝術概念	84
三、溝通理論的藝術概念	87
四、小 結	89
貳、我國憲法上藝術自由的保障根據	92
一、憲法第11條	93
二、憲法第22條	95
三、小 結	98
參、藝術自由作為防禦權的保護法益	103
肆、藝術自由作為共享權的保護法益	106

伍、藝術自由作為客觀價值秩序的保護法益	108
陸、藝術自由作為制度性保障的保護法益	112
IV、宗教自由作為文化憲法的保障	114
壹、宗教自由的概念釐清	114
一、宗教自由保護領域的界定難題	114
二、「宗教」在法學上的意義	116
貳、宗教自由作為防禦權的保護法益	121
一、內在信仰自由	121
二、表達信仰自由	125
三、從事宗教活動自由	127
參、宗教自由作為客觀價值秩序的保護法益	130
一、國家的宗教中立性原則	131
二、國家的宗教寬容原則	135
肆、宗教自由作為制度性保障的保護法益	138
一、政教分離原則	138
二、宗教團體自治	139
V、小 結	140

第三章 文化國作為文化憲法的客觀法建構

I、文化國的發展及其在德國基本法的型塑	146
壹、文化國概念的歷史發展	146
貳、基本法中文化國的內涵要素	151
參、基本法中的文化基本權對文化國的保障	156

肆、文化國作為社會整合的國家文化職責	160
伍、基本法中的國家文化職責	163
II、教育文化基本國策作為文化國的國家目標	166
壹、基本國策作為國家目標的憲法規定	167
一、基本國策作為國家目標的源由	167
二、憲政國家追求的國家目標	170
貳、國家目標條款作為憲法規範	172
一、國家目標條款的憲法規範意義	172
二、國家目標條款的憲法規範功能	175
三、國家目標條款的憲法規範效力	178
參、教育文化基本國策作為國家目標條款的類型	181
一、憲法的教育文化基本國策規定	182
二、國家目標作為社會權	184
三、國家目標作為制度性保障	186
四、國家目標作為憲法委託	187
五、單純的國家目標	189
III、多元文化國作為國家目標的建構	190
壹、自我決定作為多元文化的開展前提	190
一、自我決定在德國法的概念	190
二、人性尊嚴或自我決定	193
三、自我決定與多元文化	199
貳、多元文化國作為國家目標的憲法規範	202
一、多元文化與憲法規範	202
二、多元文化國作為國家目標的憲法意義	204

參、多元文化國作為國家目標的憲法原則	206
一、國家的中立性原則	208
二、國家的寬容原則	212
IV、小 結	214

第四章 多元文化國的文化資產保護

I、多元文化國下文化資產保存的政策與法規範	222
壹、多元文化國下文化資產保存政策的檢討	222
一、倡導中華文化復興運動的中國化階段	223
二、台灣本土意識抬頭的古蹟保存運動階段	224
三、社區總體營造政策下的文化產業化階段	225
貳、文化資產保存的法規範體系	227
一、憲 法	227
(一)主觀法的功能面向	228
(二)客觀法的功能面向	228
二、文資法	229
三、文化資產保存的法規範體系表	232
參、文化資產保存的法規範檢討	235
一、文資法長期的立法宗旨與憲法有違	235
二、長期的事務職掌機關不統一與事權劃分不明確	236
三、古蹟保存與都市計畫應密切結合	237
II、私有古蹟保存與憲法上財產權保障的爭議	238
壹、德國基本法的財產權保障內涵	239
貳、我國憲法的財產權保障內涵	241

參、私有古蹟保護規範在損失補償體系中的定位	243
一、作為財產權的社會拘束.....	244
二、作為財產權的內容規定.....	245
肆、私有古蹟保存對財產權限制的補償	246
一、德國法上的新近發展	246
二、我國文資法上的相關規定	251
III、文資法上私有古蹟保存的合憲性	253
壹、私有古蹟保存的合憲探討概說	253
貳、私有古蹟保存程序的合憲性	255
一、古蹟指定與歷史建築登錄的程序	255
(一)主要的程序規定	255
1. 指定與登錄的主管機關	255
2. 指定與登錄的審議程序	256
3. 指定與登錄的評定標準	257
(二)程序規定的合憲性檢驗	258
1. 適合性原則	259
2. 必要性原則	259
3. 合比例性原則	260
二、編定古蹟保存用地的程序	261
三、指定審議中的私有古蹟保護	263
(一)暫定古蹟、準古蹟與歷史建築的定位	263
(二)審議中私有古蹟保護的規範建議	267

參、私有古蹟保存限制規定的合憲性	268
一、限制規定的類型.....	268
(一)保存、修復與變更的限制.....	268
(二)所有權移轉的限制.....	269
(三)開放參觀的限制	269
(四)古蹟所定著土地的利用限制	269
二、限制規定的合憲性檢驗.....	269
肆、私有古蹟保存的相關判決分析	271
一、因古蹟指定所提起的撤銷訴訟	271
(一)最高行政法院89年度判字第1575號	271
1. 案例事實.....	271
2. 兩造爭點.....	271
3. 判決要旨.....	272
4. 案例與判決評析	273
(二)最高行政法院89年度判字第3273號	275
1. 案例事實.....	275
2. 兩造爭點.....	275
3. 判決要旨.....	276
4. 案例與判決評析	277
二、免被登錄為歷史建築的最高行政法院90年度裁字第621號	278
IV、多元文化國的文化建築保存	280
壹、多元文化國的文化建築保存政策檢討	280
一、大中華意識下的文化建築保存	282

二、鄉土運動與文化建設下的文化建築保存	283
三、以地方為主體的文化建築保存	284
貳、多元文化國對文化建築保存的保障	286
一、文化行政中立原則	287
二、文化行政寬容原則	288
參、文化公民權與文化建築保存	289
一、文化公民權的緣起與定位	289
二、多元文化國下文化公民權的公民概念	291
三、文化公民權、地方文化教育與文化建築保存	294
肆、社區總體營造與文化建築保存	296
一、社區「總體」營造的意義	297
二、社區總體營造模式的運用	300
(一)地方文化建築的普查	300
(二)培訓地方文化建築的解說志工	301
(三)開創城鄉新風貌	301
V、小 結	302

第五章 多元文化國的青少年網咖文化保護

I、以青少年身體權為核心的網咖管制立法	316
壹、青少年網咖文化的立法管制緣起	316
貳、從青少年網咖文化檢討網咖管制立法	321
一、網咖管制條例的原始立法目的	321
(一)將網咖與電玩店或特種行業等同管制	322

(二) 提倡青少年的正當休閒活動	324
(三) 促使青少年回歸學校與家庭	325
二、對於原始立法目的的若干疑義	326
(一) 國家管制特種行業的合憲性？	326
(二) 國家指導人民生活的合憲性？	328
(三) 國家該保護的只有學校與家庭嗎？	329
參、以青少年身體權為基礎的網咖管制立法	332
一、青少年為何須接受更高程度的保護	333
二、青少年保護、公益條款與基本權的完整實現	336
三、青少年身體不受傷害權的保障範圍	339
四、防止青少年身心受損作為其身體權的保護法益	340
五、網咖管制立法作為青少年身體權的國家保護義務	341
II、以青少年人格權為核心的青少年網咖文化	342
壹、青少年網咖文化的背景與形成	343
一、青少年對於同儕團體的需求	343
二、網咖作為虛實交錯的即時互動空間	344
三、網咖作為青少年建構認同的場域	346
四、青少年網咖次文化社群的形成	347
貳、青少年網咖文化涉及的青少年人格權	349
一、青少年網咖文化的基本權涵攝	349
二、青少年自我認同作為人格權的保護法益	351
(一) 人格權的保障範圍	351
(二) 人格權保障範圍內的青少年自我認同	352

參、基本權功能建構下的青少年網咖文化保障	353
一、青少年網咖文化涉及的防禦權功能建構	353
二、青少年人格權作為國家權限的消極規範	354
肆、國家干預的存在及其後續效應	355
一、國家干預的存在	355
二、國家干預的後續效應：兩項憲法法益的衝突	357
III、青少年網咖文化管制的憲法法益衝突調和	359
壹、調和衝突的理論依據：Alexy的法原則理論	359
一、法規則與法原則	359
二、基本權規範作為法原則	360
三、化解衝突的方法	362
(一)以衡量模式化解衝突	362
(二)衝突法則與衡量法則	363
貳、網咖管制條例在事實範圍內的最大實現可能性	364
一、是否適於青少年身體不受傷害權的實現	365
二、是否為青少年身體不受傷害權的最佳實現工具	366
三、立法必要性的評估	370
參、網咖管制條例在法律範圍內的最大實現可能性	372
一、青少年人格權的減損程度	373
(一)檢測減損程度的參數	373
(二)青少年人格權的層級化	375
(三)文化社群在我國憲法的保護	378

二、青少年人格權的履行重要性	385
(一)檢測履行重要性的參數	385
(二)身體不受傷害權所受危險程度的層級化.....	385
三、青少年身體不受傷害權與青少年人格權的比較.....	386
四、網咖管制條例的內容妥當性評估	388
IV、青少年網咖文化管制立法的合憲性檢驗	391
壹、網咖管制立法的主要內容	391
貳、釐清網咖管制所涉及的基本權	392
參、網咖管制所涉基本權是否受侵犯	394
肆、網咖管制的形式規範合憲性.....	395
一、合憲的憲法直接限制——憲法保留原則	396
二、合憲的法律限制——法律保留原則	397
三、合憲的憲法內在限制——利益衡量原則	398
伍、網咖管制的實質手段合憲性.....	400
一、公益理由的檢驗.....	400
(一)公益理由的內涵	401
(二)「維護人民身心健康」的管制正當性	402
(三)網咖條例的其他公益理由檢驗	408
二、比例原則的檢驗.....	411
(一)適合性原則.....	412
(二)必要性原則.....	412
V、小 結	414

第六章 其他文化憲法與文化國的問題

I、多元文化保障下原住民族教育的憲法建構	423
壹、當多元文化遇到原住民族教育	423
貳、多元文化下的原住民族問題及其檢討	426
一、多元文化的定義	427
二、憲法上的多元文化保障	430
三、原住民族運動與民族權的發展	434
(一)原住民族運動及其回應	435
1. 國際社會的原住民族運動與國際社會的回應	436
2. 台灣的原住民族運動與政府的回應	438
(二)民族權理論的發展	440
1. 原住民族自決與民族權	440
2. 國際社會人權觀念的演進	441
3. 第三代人權與民族權	444
四、我國憲法對原住民族權利的保障	445
(一)民族權與我國憲法基本權體系	446
1. 我國憲法基本權體系	446
2. 民族權在憲法層次主張的實益	447
3. 民族權與我國憲法基本權體系的相容性	449
(二)以人的自我實現為核心的基本權體系	451
(三)原住民族自治的憲法基礎	452
參、多元文化下原住民族教育的憲法理論基礎	455
一、多元文化與原住民族教育	455
(一)文化與教育	455

(二)原住民族教育在多元文化下的實踐	457
(三)原住民族教育的用語及定義	459
二、原住民族教育的憲法理論基礎	460
(一)原住民族之一般教育的理論基礎	461
1. 憲法第21條作為原住民族之一般教育的理論 基礎	462
2. 憲法第159條作為原住民族之一般教育的理論 基礎	465
(二)原住民族之民族教育的理論基礎	468
三、原住民族教育的合憲性探討	469
(一)我國原住民族教育制度現況	469
(二)現行原住民族教育制度的合憲性檢討	470
1. 原住民族之一般教育的合憲性檢討	470
2. 原住民族之民族教育的合憲性檢討	471
四、對我國原住民族教育制度的建議	473
(一)原住民族之一般教育	473
(二)原住民族之民族教育	474
(三)資源分配	475
肆、多元文化國下的原住民族教育憲法保護	477
一、文化差異、多元文化教育與原住民族教育	477
二、文化差異對原住民族教育的影響	480
(一)主流文化壓制下的原住民族教育	480
(二)主流文化教育下的學習適應問題	481
(三)在精神思想開展上的影響	483

(四)在未來經濟地位上的影響.....	485
(五)在教育資源分配上的影響.....	486
三、多元文化國對原住民族教育的保護	488
(一)多元文化保障下的多元文化教育建制	488
(二)教育行政中立原則與原住民族教育	490
(三)教育行政寬容原則與原住民族教育	492
四、多元文化國保障下的原住民教育權	494
(一)以原住民學生人格開展為核心的教育計畫	495
(二)以原住民學生人格開展為核心的課程設計	496
(三)以原住民學生人格開展為核心的教科書編製	497
(四)以原住民學生人格開展為核心的師資培育	499
伍、小 結	500
II、多元文化國下色情管制的合憲探討	503
壹、當多元文化遇到色情管制：以動物戀網頁案為例	503
貳、本案色情管制的合憲探討步驟	506
一、本案事實	506
二、釐清本案所涉及的基本權	508
三、本案所涉基本權是否受侵犯	511
四、我國憲法的基本權限制規定	515
參、色情管制的憲法管制正當性理由分析	517
一、憲法的管制正當性理由的內涵	517
(一)防止妨礙他人自由	518
(二)避免緊急危難	519

(三)維持社會秩序	519
(四)增進公共利益	520
二、色情管制在我國憲法的問題	523
肆、色情管制在憲法正當性理由的檢討	526
一、色情管制的一般理由檢討	526
(一)維護善良風俗	527
(二)維護青少年身心健康	530
二、色情管制的本案理由檢討	534
(一)「維護善良風俗」的必要性	535
(二)「維護青少年身心健康」的必要性	537
伍、小 結	540

第七章 結論與建議	545
------------------------	-----

參考書目	555
-------------------	-----

索 引	603
------------------	-----

I、自我實現與多元社會

自我實現作為一種概念，有其發展的歷史¹。但其真正被重視並加以深入探討，則是在美國人本心理學的提倡與實踐之後²。自我實現意謂著，人本身若能依其所希望之自我本性與真實性（由其內心對自己瞭解發出的訊息）去發展，而非單純只為符合外在世界的一般要求而配合，人將會逐漸發現原始的生命性向，而發自本能地去喜悅追求自己的人格開展。這樣人格的自由開展，會讓人處於原始內心期待的自我需求狀態，成為自己所希望的人；而不會因外在經驗世界的型塑，而成為家庭、社會或國家標準所期待的人³。在這種情況下，人最能發揮自己生命內在底層的創性，真正自我實現。因此，自我實現是以自我人格的自由開展為主，而以自然人性的發展為導向，由此建構並實踐自己內心所吶喊並嚮往的生命。

由上可知，自我實現，意指自我人格的「自由」開展。也

¹ 自我實現作為一個概念，乃是起源於從黑格爾（Hegel）到費希特（Fichte）的存在哲學，尤其在黑格爾的哲學中，自我、自我意識與自我形成的思想，顯得特別重要。然後，經過齊克果（Kierkegaard）的自我型塑倫理，與馬克思（Marx）在社會經濟關係中的自我實現發展，透過容格（Jung）的自我心理學理論，才逐漸形成「自我實現」的概念。Vgl. Konrad Hilpert, Einführung: Stichwort "Selbstverwirklichung", in: ders. (Hrsg.), Selbstverwirklichung: Chancen, Grenzen, Wege, Mainz 1987, S. 11 ff.

² 自我實現，最後在羅傑斯（Rogers）與馬斯洛（Maslow）的人本心理學的奠基與發展下，才成為心理治療過程的核心概念，而心理治療也變成以病人為中心的心理治療。Vgl. Carl R. Rogers u.a., Die Klientenzentrierte Gesprächspsychotherapie, München 1972; ders., Entwicklung der Persönlichkeit. Psychotherapie aus der Sicht eines Therapeuten, Stuttgart 1976; Abraham H. Maslow, Psychologie des Seins. Ein Entwurf, München 1973, S. 41 ff.

³ Vgl. Rudolf Buchmann, Pädagogik und Menschenwürde, Bern/ Stuttgart 1985, S. 181 ff.; C. R. Rogers, Lernen in Freiheit, 3. Aufl., München 1979, S. 280 f.

4 文化憲法與文化國

就是說，自我實現包含了兩個要素：一個是「自我開展」；另一個則是「自由」的自我開展，也就是對是否與如何自我開展的「自我決定」，亦即在自我開展中享有自我決定的自由。因此，自我實現的兩個本質要素（*Wesengehaltselemente*），是「自我開展」與「自我決定」⁴。事實上，憲法上基本權規定所保障的本質，就是要求國家提供自我開展與自我決定的空間，以促進人的最大可能自我實現。德國基本法的基本權目錄規定，也是以「人格的自由開展」（*die freie Entfaltung der Persönlichkeit*）為基本權的本質。因此，德國基本法第2條第1項規定：「每個人有人格自由開展的權利，只要他不侵犯他人的權利、不違反合憲的秩序或道德法則。」這個規定，類似我國憲法第22條的基本權概括條款，宣示了憲法基本權目錄規定的例示性，只要涉及自我人格自由開展的事項，皆為憲法所保障。

然而，只有在一個接受多元文化的社會，人的自我開展與自我決定才有可能。因為他在一個多元文化價值的社會系統中，才有機會選擇開展自我的價值，而不被社會優位（或國家優位）的文化價值所壓抑。人有了在多元社會自我開展的基礎之後，他才能在這種多元社會下所提供的選擇機會中，自由的做出自我決定，人的自我實現才有可能。所以，自我能否實現與多元文化社會的建立密切相關，因為，個人自我實現的可能性，大多決定於社會化的過程。這裡，其實可從個人與社會的關係，得出文化在個人意義與社會整合的功能概念。也就是說，文化是在一個社會內典型的生活方式、價值觀與行為模式

⁴ *Yue-dian Hsu, Selbstverwirklichungsrecht im pluralistischen Kulturstaat. Zum Grundrecht auf Bildung im Grundgesetz, Tübinger Schriften zum Staatsrecht und Verwaltungsrecht, Band 54., Berlin 2000, S. 56 f.*

的整體⁵，其中包括風俗、習慣、語言、思維、待人處世方式及食衣住行各方面。就此而言，文化經由社會化的過程，超越了個人所建立的價值與傳遞價值的體系，並確保了人類共同生活所必須具備的基本知識與行為模式，而使個人間的互相瞭解與有意義的社會行為成為可能。因此，文化在社會上的傳統作用，不僅實質地複製社會團體的思想，而且形式上個人生活也被文化所制定，這其中當然也包括了政治認同。在社會化的過程中，此套文化模式將被個人所吸取，並一代一代地傳遞下去⁶。是故，型塑一個多元文化的社會，使個人及團體接受文化差異的自然事實，是現代憲政國家避免文化衝突的不二法門⁷。

事實上，在生命成長的過程中，從青少年的教育情況，到成人的工作條件與環境，以及政治、文化世界觀的外在型塑，社會或國家機制總無法完全信任個人，並透過不同的管道教導、管制個人，以求個人馴服並適應社會或國家的機制。但是，形式的外在世界和平，並不代表實質內心世界的安定，它毋寧更是一種累積且潛在的危機。只有在給予個人真正自我實現的自由空間，讓人在一個多元的社會中，可以自由開展人格，實質的社會安定才可達成。人的行為愈受外在環境的控制，人本身愈會失去對自我的瞭解，逐漸無法自我開展與自我決定。因此，創造一個開放而多元的社會，是個人能自我實現的首要前提。而這個前提成立，國家扮演了非常重要的角色。

⁵ Udo Steiner, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, VVDStRL 42, Berlin 1984, S. 8.

⁶ Vgl. Dieter Grimm, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, VVDStRL 42, Berlin 1984, S. 61; Peter Häberle, *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt 1982, S. 28 f.

⁷ 請參考許育典，《宗教自由與宗教法》，台北：元照，2005年，頁23以下。

因爲一方面國家是社會的產物，但另一方面國家也對社會起反作用——國家確保社會的基本生活條件，並透過立法來管理社會，而且透過法律的執行（行政）來管制並形成社會⁸。由此可見，自我實現雖以多元社會的存在爲前提，而多元社會的存在與否，則與國家制定的法律及它的執行息息相關。

II、自我實現、基本權與法律

社會上，存在各種不同差異的人。人都有各自的自我，但每個人也都生活於社會中，自我必須面對其他人。人在面對其他人的時候，除了本身的自我以外，還會在面對他人的社會脈動下，形成一個面對社會（他人）世界的我，在此把它稱作「他我」。因此，人可分自我與他我，自我形成一個面對自己的世界，他我形成一個面對社會世界的我，而人存在的世界，就是自我與他我的總和。

然而，社會上的他人，因爲成長背景與經驗，將形成自然的多樣差異。人的他我在這個脈絡下也會產生與自我衝突的歧異，而調整這個衝突的關鍵，就在於自我實現的完整性。也就是說，一個人若能自我實現，將比較能寬容他人的自我實現。因此，爲了社會生活的和平，應嘗試找出每個人自我實現的最大公約數。這最大公約數的產生，因爲近代國家的形成發展，可能有兩種類型化：一是因社會和諧的生活價值，實然由社會生成的「道德」規範；另一則是爲了達到安定統治的目的，應然因國家需要的「法律」規範。

事實上，道德的產生，來自於自我與他我的社會實然整

⁸ 請參考許育典，《法治國與教育行政：以人的自我實現為核心的教育法》，台北：高等教育，2002年，頁26以下。

合，是自我與他我的「社會」最大公約數。每個人的道德標準不一樣，它來自個人成長的社會經驗，故人人皆異。因此，每個人受到道德的拘束也不同，道德其實是一種主觀的價值拘束。相對於此，法律是一種客觀的價值拘束，因法律的產生，來自於自我與他我的國家應然整合，是自我與他我的「國家」最大公約數。找尋最大公約數，其原始目的是為了每個人的最大可能自我實現，而自然衍生的目的則在避免造成傷害。當自我實現傷害他人時，這個傷害可分為：內在與外在的傷害。內在的傷害，因傷害他人的心靈，主要是受到道德的拘束。這部分雖無法納入國家刑罰，但必然也產生社會的壓迫，其嚴厲有時更甚刑罰。法律，主要處理外在傷害的問題，有時也及於部分內在傷害。

法律的發動，來自國家。為了安定統治，國家需要應然的法律。不同的國家，法律所追求的目的也有所異。專制國家，法律以國家為目的；但真正的憲政國家，法律應以人為目的，這也是現代法治國家存在的目的。從而，人是國家的目的，國家是為了人而存在，成為近代立憲主義的實質理念。因此，人民基本權寫在憲法最前頭，成為明白揭示憲法靈魂的立憲之道。之後，再經由國家組織的設計，去維護與實踐這個憲法靈魂。而人民基本權與國家組織設計的橋樑，就是法秩序。也就是說，在憲法的基本價值下，透過整體法秩序的規範，規劃國家的組織體系，實踐人民基本權的保障，以促進人的最大可能自我實現。

事實上，當制定法上缺乏一個實證規範，或當制定法的實證規範不齊全或不清楚時，法律人須回溯到法規範本身目的來思考⁹。畢竟，法規範體系，並非「本體式」(ontologisch)，而

⁹ Vgl. *Gustav Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in:

是「目的性」(teleologisch)的存在，是爲了保障人民的基本權，促進人的自我實現而存在¹⁰。這應是法律人的必要認知。法秩序，是在社會共同體中由人的實然需求所型塑的應然規範。而在社會的共同生活中，自我實現是本能的需求動機。在社會中，生活關係的準則或秩序，應探求人的本能需求。人的實然需求與法秩序的應然規範的互動供需，呈現出：法秩序的應然規範，是爲了人的實然需求而存在。也就是說，法秩序是以人的自我實現爲目的。因此，誠如前述，當法規範不齊全或不清楚時，法律人須回溯思考法秩序的目的，是在人的自我實現。

法秩序以自我實現爲目的的最重要體現，是憲法上的基本權規定。仔細觀察我國憲法的基本權目錄規定，將發現每個基本權規定，均涉及人格的自由開展，即皆以人的自我實現爲其保護核心。因此，人的自我實現的保障，具有整合所有基本權的特性，而可作爲所有基本權的本質。人民與國家簽訂契約時，人民允許國家以法律管制的前提，是把他們最基本的權利，明白寫在憲法契約裡。涉及這些基本權的核心保護內涵時，只有例外爲了保護特別重要的公益，才可透過經由人民同意的法律，來限制人民的基本權。這裡的公益，是指在某種特定的情況下，爲了促使最大多數社會成員自我實現，而限制某個人民（或少數人民）的人格自由開展。也就是說，整體法秩序的管制目的，是爲了一個盡可能讓所有社會成員在最大多數對象上，擁有最大範圍自我實現的多元社會。

然而，在多元社會的個人自我實現，並不可能沒有限制。因爲絕對的權力（利），將導致絕對的腐敗。就此而言，可參

Festschrift für R. Laun, Hamburg 1948, S. 157 ff.

¹⁰ 請參考許育典，《法治國與教育行政：以人的自我實現為核心的教育法》，頁3。

考德國基本法第2條第1項規定：「每個人有人格自由開展的權利，只要他不侵犯他人的權利、不違反合憲的秩序或道德法則。」從這個規定來觀察，則人格的自由開展至少受到以下三種限制：

a. 他人的權利（*Die Rechte anderer*）：個人的人格自由開展，不可侵犯他人的權利，因為要追求最高程度實現的，是每一個人的人格自由開展，而非少數人或特定人。因此，每一個人的人格自由開展程度，必須相互尊重。亦即，個人的人格自由開展，在其他人的自由開展處，找到最根本的界限。

b. 合憲的秩序（*Die verfassungsmäßige Ordnung*）：個人的人格自由開展，不可違反合憲的秩序，因為合憲的秩序是人格自由開展所根據的基礎。人的自我實現，既然是在合憲秩序的保障下才有可能，個人便不能去破壞這個他賴以實現自我的合憲秩序。有關合憲秩序作為人格自由開展的限制，德國聯邦憲法法院的判決具有重要的參考意義；在一系列的判決中，德國聯邦憲法法院將合憲秩序解釋成——整個與憲法一致的形式及實質存在的法秩序¹¹。也就是說，合憲秩序是透過憲法規範的整體性來定義。而這個定義的核心，是呈現在憲法的基本原則與基本決定。因此，合憲秩序是憲法上所決定並保障的自由、民主、法治基本秩序——包括尊重並保護憲法所揭示的基本權，尤其是作為其本質的人格自由開展權，以及民主國、法治國、社會國原則等所形成的價值秩序¹²。

c. 道德法則（*Das Sittengesetz*）：道德法則本身的概念即已模糊，把它作為人格自由開展的界限，實有爭議且不容易。

¹¹ Vgl. BVerfGE 6, 32, 37; 50, 256, 262; 59, 275, 278; 72, 200, 245.

¹² Vgl. *Karl Doehring*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Frankfurt/ M. 1984, S. 287.

一般而言，德國學者把此處的道德法則理解成——爲了讓人在憲法規範內自我實現的「憲法內在倫理」(Die verfassungsimmanente Ethik)¹³。在此，道德法則是導向未來的，它使得以人格自由開展爲本質的基本權保護，在其持續發展的同時，也包含了新的社會環境及社會心理的情況改變在內。所以，此處的道德法則本身，乃是由人的自由決定而累積型塑，並非國家強制的結果¹⁴。它也是一種自我實現的社會脈絡存續。除非習慣本身已妨礙自我實現的可能性，否則國家不可加以影響，而只能使它在盡可能讓人格自由開展有最大自由空間下，繼續存在。因此，在多元的社會中，各種不同的傳統文化，仍有可能存續發展，它們的自治空間，在以自我實現爲核心的文化國受到保障。

從德國基本法第2條第1項規定的限制來觀察，這些對自我實現限制的範圍，不是在防止個人侵犯他人的自我實現，就是在避免個人違反以自我實現爲核心所建構的整體法秩序，或違反以自我實現的脈絡存續下來的社會累積秩序。也就是說，這些對自我實現所作的限制，基本上，也是爲了社會上最大多數人的自我實現。

III、自我實現作為文化憲法的法建構

法建構是指法的功能建構，而其功能建構的作用出發點，在於對「法」特徵(Rechtscharakter)的掌握。「法」的德文一詞爲Recht，在此德文下開展了「法」的兩個意義：法的主觀

¹³ Vgl. Günter Erbel, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, Berlin 1971, S. 261.

¹⁴ Vgl. D. Grimm, VVDStRL 42, S. 52.