

憲法解釋作為憲法續造

——一個方法論的反思

張嘉尹*

要 目

- | | |
|---------------------|---------------------|
| 壹、問題的提出 | 五、回歸憲法解釋 |
| 貳、傳統法學方法論在憲法解釋領域的困境 | 參、憲法解釋與憲法建構 |
| 一、憲法解釋的獨特性 | 一、出發點的質疑 |
| 二、解釋方法的迷思 | 二、原意主義發展的簡短描述 |
| 三、文義解釋與目的論解釋的侷限 | 三、新原意主義的教條：解釋與建構的區分 |
| 四、解釋與漏洞填補區分的困難 | 四、憲法解釋即是憲法建構 |
| | 肆、結 論 |

關鍵字：法學方法論、憲法解釋、憲法續造、憲法建構、原意主義、活憲政主義、活原意主義

投稿日期：108年03月27日；接受刊登日期：108年12月13日

* 東吳大學法律學系專任教授，德國慕尼黑大學法學博士。

壹、問題的提出

憲法作為規範國家組織與人民基本權利的基本法，跟其他的法規範一樣，一經制定與公告生效，即無法停留在制定或發布的那一時刻，尤其在現代憲政民主國家中，憲法是真正具有拘束性的法，拘束著政治系統的權力運作，提供其規則與渠道，使其在憲法授權範圍內得以形成具體的政策與法規，憲法這種使政治成為可能的特質，反過來也成為政治系統用來獲取權力的正當工具，這就是憲法的雙面性，這種雙面性使得憲法得以成為法律系統與政治系統之間結構耦合的形式，並具體體現在國家的總體組織與行為中¹。

憲法規範如同一切法規範都具有不可避免的時間面向，加以憲法規範的事物面相較於一般法律規範，更加空洞與具有彈性，可以說憲法恆常處在變遷當中，憲法變遷就是憲法這個特質與過程的表達，在此意義上，可以說，憲法解釋既是法解釋的一種，但是又不同於一般的法解釋，憲法解釋會遭遇法律系統法典化之後的特別難題，一般針對法解釋發展出來的法學方法論，就有可能因為憲法規範的特質與憲法解釋的特別難題，而無法直接適用，尤其是針對高密度法典化發展出來的民法解釋學與刑法解釋學，在憲法領域即有可能遭遇到結構性的挑戰，而不再有其表面上的功用，例如協助法文本意義的確定，並因而有利於法安定性的維持。

關於司法院大法官的連任或／與再任問題，在憲法增修條文

¹ 這是從社會系統論的觀察而來的憲法雙面性，參閱Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl., 1993, S. 391, 470; 中文文獻，可參閱張嘉尹，台灣憲政秩序的規範效力——一個立基於系統理論的初步考察，收錄於憲法學的新視野（二）：憲法科際整合研究的理論與實踐，頁190-194，五南圖書出版股份有限公司（2015）。

第5條制定之後，原本未曾引發過學界的討論，兩年前由於曾任大法官的許宗力教授在卸任一段期間之後，再度被提名為大法官兼司法院院長，導致學界、政界與媒體界針對大法官的連任問題，一度討論得沸沸揚揚，後來在蔡總統堅定的意志與立法院多數的支持下，以憲政現實的方式解決了此疑義的實務層面。本文將以此為主要例子，討論有關於憲法解釋與憲法續造的問題，如今事過境遷，或許得以讓本文的討論回歸到憲法學術的脈絡，並稍稍避免政治現實的渲染。

為了讓討論的脈絡清楚，有必要簡介這個憲法爭議的發生經過：原司法院院長與副院長被提名人謝文定與林錦芳，因備受爭議而於2016年9月主動辭去被提名資格之後，蔡總統決定提名前大法官許宗力教授為大法官兼司法院院長。這一次與前一個被提名人是否不利於轉型正義所引起的爭議不同，備受討論的是憲法增修條文第5條第2項規定：「司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。」的意義，論者認為，既然憲法增修條文規定不得「連任」，是否意味著大法官只能任職一任，亦即在卸任之後，除了不得接續著被提名並任命外（當然必須事先經過被總統提名與立法院同意），即使卸任之後並沒有「連任」，而是卸任已經經過一段時間之後，仍不得再度被提名與任命？用規範命題的方式來表達，問題是：「不得連任」的禁止規範是否包含「不得再任」的禁止規範？

貳、傳統法學方法論在憲法解釋領域的困境

一、憲法解釋的獨特性

在民法領域或刑法領域發展的法律解釋學可以直接適用在憲法解釋上嗎？以刑法解釋學為例，我並不認為可以「全然」適用

於憲法解釋，或者正面的說，我認為各個法領域有其各自的特性，因此法解釋學並不是鐵板一塊，而是針對不同法領域發展出各自的法解釋學，這個說法尤其是在公法領域特別適用，因為公法領域跟民刑法領域有一個重大的差異，主要在於民法與刑法都是具有高密度法典化的法領域，而且通常最重要的法典都屬於一般法律層面，但是公法卻是一個跨憲法、行政法、行政命令與行政規則的法領域。如果將討論範圍限縮到憲法領域的話，對於憲法學而言，很清楚的是許多重要事項都是憲法沒有明文規定的，無論是基本權的領域，還是立基於權力分立原則的國家組織法領域都一樣，在這個低密度法典化的憲法領域，因此就有需要發展一套不同於高密度法典化法領域的方法論與解釋學。

上述的主張或是看法並非憑空想像，也不是僅憑理論性的推論而來，因為無論是從1960年代在德國發生的憲法解釋論戰²，還是從1970年代伊始，由解釋主義／原意主義所引起，迄今尚未平息的廣大討論看來³，憲法解釋暨憲法解釋學與一般的法解釋暨法

² 這個論戰首先由Ernst Forsthoff所開啟，他嚴厲批判當時德國聯邦憲法法院基於價值秩序理論所為的基本權解釋，將法院所持方法論立場稱為「精神科學（人文科學）——價值層級方法」（*geisteswissenschaftlich-werthierarchische Methode*），並呼籲要回歸「法律方法」（*juristische Methode*），參閱Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in: Dreier/Schwegmann (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1. Aufl., 1976, S. 5 ff. 其後許多當時的著名公法學者皆加入論戰，例如H. Ehmke、A. Hollerbach、Martin Kriele、Friedrich Müller，有關該憲法解釋理論論戰的相關論文，可參閱Dreier/Schwegmann所編前揭論文集。有關該論戰的始末分析，參閱Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, in: Dreier/Schwegmann (Hrsg.), *ebd.*, 1. Aufl., 1976, S. 14 ff.

³ 美國憲法解釋理論圍繞在原意主義的論爭，其概述請參閱本文「參、二、」節，有關原意主義正反兩種見解的較新討論，可參閱LAWRENCE B. SOLUM & ROBERT W. BENNETT, *CONSTITUTIONAL*

解釋學都有相當的差異。但是必須注意的是，這並不是主張，一般詮釋學（長達一百多年的哲學詮釋學討論）的洞見無法適用在憲法解釋的活動與程序上，相反的，就是由於一般詮釋學的討論與視野，早已經超越傳統成為了特定法領域，例如民法或是刑法所發展出來的解釋學或方法論，因此更能闡明憲法解釋學的不同。以下將以傳統法學方法論的幾個觀念（迷思）為例，稍加說明。

二、解釋方法的迷思

一般而言，無論在台灣還是在德國的法學界⁴，對於法學方法論一直存在著某些迷思，這個問題雖然沒辦法在本文中詳細討論⁵，若是重點式的說明，這些迷思主要立基於對於「方法」概念的誤解，誤以為傳統法學方法論十分重視的「文義解釋」、「歷史解釋」、「體系解釋」、「目的論解釋」等都是所謂的法律解釋方法（Methode der juristischen Auslegung）。然而，如果回到 von Savigny 的傳統，這些解釋活動的不同面向僅僅是法律解釋方法的不同面向而已，它們的共同作用才是法律解釋的「方法」⁶，在台灣非常受到重視的民法解釋學家 Karl Larenz 在討論法律解釋的方法時，也將這些法律解釋方法的不同面向稱為判準

ORIGINALISM: A DEBATE (2011)一書。

⁴ 必須說明一下，很多人對於討論台灣法學問題時，一下子就講到外國，現在似乎感到特別敏感，對於法繼受、比較法等問題，無法在此進一步討論，僅說明一下提到德國有個原因，一方面筆者比較熟悉的還是德國的討論，另一方面，台灣學界對於法學方法論的想法，深受德國影響。

⁵ 可參考張嘉尹，法學方法與法律推理——類比推理作為法律推理的核心，收錄於憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，頁 231-254，五南圖書出版股份有限公司（2012）。

⁶ von Savigny/Mazzacane, Vorlesungen über Juristische Methodologie 1802-1842, 1. Aufl., 1993, S. 141.

（*Kriterien der Auslegung*），而沒有直接稱其為方法⁷。

將解釋方法的特定面向當作一個獨立的解釋方法，固然是對於法學方法論的一個誤解，但是對於「方法」概念的誤解還有一個更深層的原因，植基於對於法律解釋過程過度天真的想像，以為法律解釋是一個邏輯推論的過程，或是簡化的說，以為法律解釋是一個邏輯三段論式的推論，這個誤解早在1940年代就被德國刑法學者Karl Engisch所揭露，他指出法律解釋適用的過程，實際上是一個「目光流轉於法律與生活事實之間」的過程⁸，在Hans-Georg Gadamer出版他的哲學詮釋學名著《真理與方法》（*Wahrheit und Methode*）⁹之後，一個世代的德國法律學者開始接受法律解釋過程是一個往返於事實與規範的詮釋學循環。對於這個過程更深入的描述，來自於受到Karl Engisch所啟發的憲法學者Martin Kriele，他指出，法律解釋適用過程根本是從案件事實的敘述開始，透過形成規範假設，接著進入法規範的找尋，如果無法確認該規範假設為正確，則須予以修正，而且這個過程是一個循環往返的過程，唯有當找到的法規範與透過生活事實形成的構成要件相符時，方得進行涵攝，因此法律解釋適用的過程並非邏輯的三段論式的推論過程，以法規範來涵攝案件事實是這個過程的最後一個步驟¹⁰。

只要觀察現實的運作即可發現，進行法律解釋的人，不會一開始就使用到「文義解釋」、「歷史解釋」、「體系解釋」、

⁷ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 320 ff.

⁸ Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl., 1960, S. 14 f.

⁹ Vgl. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1. Aufl., 1960.

¹⁰ Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung - entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2. Aufl., 1976, S. 161 f.

「目的論解釋」等「方法」，如果對於所應適用的法規範有疑義，他會先去查閱實務見解，例如最高法院或憲法法院的判決先例（司法院解釋先例），如果找不到，他會去翻閱相關領域的注釋書或學術論文、書籍。我們甚至可以說，並不是因為法律規定的不清楚，或是因為使用不確定法律概念或概括條款，才需要解釋法律，反而是因為有案件爭議，所以法律才需要解釋。法律規定文字只是這個法律解釋適用循環過程中的第二個參考點，透過案件事實的釐清與所應適用法律規範的漸漸確定，法律的意義才確定下來。

上述這個解釋過程的描述也可適用在憲法解釋上，事先有憲法爭議案件，才有憲法解釋的問題產生，相關憲法規定被找到之後，在方法上，同樣透過參閱憲法判決先例（司法院解釋先例）、憲法注釋書（Kommentar）或相關論文與書籍的方式，來嘗試確定該憲法規定的意義。如果這樣做還沒辦法解決爭議，才會進入使用傳統法律解釋「方法」的階段。例如，如果蔡總統沒有提名卸任大法官許宗力教授為大法官兼司法院院長，憲法增修條文第5條第2項：「大法官……不得連任」的文字，乍看之下並沒有不清楚或不明確之處，與所謂的「不確定法律概念」、「開放性概念」或概括條款相對比，反而應該是屬於憲法學中常常被舉為清楚明確字句的例子。然而就因為這個憲法爭議發生了，所以「不得連任」的意義是否包含「不得再任」就成為一個憲法解釋的議題，由於此事並沒有憲法先例存在，因此無法從過去的大法官解釋／司法院解釋得到任何足資參考的蛛絲馬跡，我國也沒有憲法注釋書或是相關論文可以查閱，因此這個問題的解決方法就可能進入下一個階段：比較法方法¹¹。

¹¹ 有關於比較法方法的探討，德文文獻可參閱 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 31-46. 中文

「比較法方法」在台灣法學界是常見的「解釋」方法，雖然其內涵常常被誤解或曲解，其實，比較法研究與將外國法或外國法律見解當作是本國法律解釋適用的參照，是兩個完全不同的活動，後者稱為外國法或外國法律見解的繼受比較恰當，光是法律文字或條文的比較，根本無法證立任何法律解釋的結論，相似性或是相異性只是一個討論的起點，同樣的文字在不同的脈絡下，可能得出不同的解讀，應該算是一種法律解釋適用的常識，望文生義或是欠缺真正基礎的比附援引，只是一種恣意的決斷，重要的是如此或如彼解釋的理由何在，提出理由才能夠支持或反對特定的法律解釋結果。

在進入比較法或比較憲法的階段後，或更精確地說，以援引外國法來作為法律解釋的參考時，首先要做的即是參照外國是否有相類似的立法例或是憲法裁判、憲法慣例，以及該等類似的法律資料解決了什麼問題，以作為比較的基礎。在本文所舉的爭論例子中，不少參與討論的學者轉而開始研究德國聯邦憲法法院法第4條第2項的原因，該項規定：「（聯邦憲法法院）法官不得連任，也不得再被選任。」（*Eine anschließende oder spätere Wiederwahl der Richter ist ausgeschlossen.*），由於其中「接續的」（*anschließende*）、「其後的」（*spätere*）兩個詞都是形容詞，用來修飾「再度選任」（再任），因此這一個憲法法院法條文主要是一個「禁止再任規範」，禁止卸任的聯邦憲法法院法官接續的或其後的再度被選任。

進入「比較法方法」的階段後，接下來可以爭論的事情就多了，例如當初制定憲法增修條文第5條第2項時，是否有參照或是

文獻可參閱黃舒芃，比較法作為法學方法——以憲法領域之法比較為例，收錄於變遷社會中的法學方法，頁247-280，元照出版有限公司（2009）。

有意識地移植德國聯邦憲法法院法的該條項文字？如果事實係屬於德國制度的移植，那麼是否就應該比照解釋，將「再任」包含進來，即使在移植的時候漏抄了「再任」也無妨。然而，也有學者根據兩個法規範文字的不同做出反面推論，主張既然我國的規定是抄襲德國聯邦憲法法院法第4條第2項，但是修憲者只制定禁止連任的規定，該條文中並未出現任何禁止再任的文字，因此從同樣的前提（抄襲德國條文）出發，結論完全相反，亦即禁止連任即無解釋為禁止再任的理由。有學者將焦點置於這條規定的德文字義，認為翻譯成「（聯邦憲法法院）法官不得連任，也不得再被選任。」不夠精確，其意義應該是法官卸任後，「不得接續的或其後的再度選任」，並主張我國憲法增修條文既然規定不得連任，即無法得出再任不違憲的解釋¹²，因此結論說大法官卸任後即不得再任。

這種「比較法方法」的運用還可以繼續深入討論，因為德國聯邦憲法法院法原本並沒有禁止連任與再任的規定，是1970年第四次修法時才引進禁止再任的規定¹³，此外，實務上曾經就此問題發生過憲法訴訟，爭議的問題是該第四次修法所引進的再任禁止規定，是否適用於該規定制定前已經卸任但是仍符合選任條件的法官¹⁴。探討德國聯邦憲法法院法當時制定禁止連任與再任規定的理由或立法目的，以及探討系爭憲法訴訟的案件事實與憲法裁判，都有助於作為進一步討論我國憲法系爭規定的參考，然而作為一個討論法學方法論的例子，上述說明應該已經足夠把問題

¹² 劉幸義，劉幸義觀點：任何一種再任，都是違憲違法——誤解德語產生困擾，風傳媒，<https://www.storm.mg/article/164044>（2016/09/13，最後更新日）。

¹³ Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht - Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., 2001, S. 52.

¹⁴ BVerfGE 40, 356.

展開。

三、文義解釋與目的論解釋的侷限

上述敘述看似否定傳統法學方法論所主張的「解釋方法」是真正的解釋方法，但是並沒有完全否定這些解釋因素（Elemente der Auslegung）或解釋判準在法律解釋中仍具有特定的功能，我贊同Robert Alexy的看法，可以把它們當作進行法律論證外部正當化時的論證形式（Argumentformen）¹⁵來對待，這涉及到法律論證理論所採取的正當化架構，簡言之，雖然法律論證理論並沒有貶低涵攝（Subsumtion）對於法律決斷的正當化作用，但是區分「內部正當化」（interne Rechtfertigung）與「外部正當化」（externe Rechtfertigung），前者指的是被稱為「涵攝」的邏輯推論架構——也可稱為「演繹」（Deduktion）——乃是由大前提（法律規定）與小前提（案例事實）推論出結論（法律效果）；後者則是指對於演繹所使用的前提為論證性的正當化（argumentative Rechtfertigung），由此，法律解釋的傳統問題「如何找到可資適用的法律規定並為正確的解釋？」轉譯為「如何證立法律論證及其推論前提？」¹⁶。

¹⁵ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. Aufl., 1991, S. 288-299.

¹⁶ Alexy, a.a.O. (Fn. 15), S. 273 ff. 各家所用的詞彙並不相同，有學者將其稱為「第一序」（first-order）正當化／「第二序」（second-order）正當化，或是「主要架構」（Hauptschemata）／「次要架構」（Nebenschemata），參閱 Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre - Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, 1. Aufl., 1982, S. 6; Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, 1. Aufl., 1986, S. 80; AULIS AARNIO, *THE RATIONAL AS REASONABLE: A TREATISE ON LEGAL JUSTIFICATION* 119-120 (1987). 中文文獻參閱顏厥安，法、理性與論證——Robert

既然傳統法學方法論的「解釋因素」只是作為論證形式，就不是真正方法意義下的方法，因為它們只是形式，所以沒有內容，雖然沒有內容，但是具有特定的指向性，讓解釋者的目光朝特定方向前進，等到找到內容時，再把它填進去，以特定的論證形式來支持特定的法律解釋。其實，常常被引用的Karl Larenz在他的法學方法論著作中，也承認法學方法論乃是「以詮釋學的眼光來對法學作自我反省」，「法學方法論既非『法學的形式邏輯』，亦非『解題技巧的指示』。因此，方法論不是要列舉一些確定的規則，只須遵守它們即可確保可靠的法規範適用。¹⁷」他同時反對方法上的指示僅僅只是多餘「空洞的公式」。在此對於方法的理解範圍內，方法上的指示並非真正的方法，因為無法僅僅根據這些規則來確保可靠的法規範適用，另一方面，方法上的指示亦非空洞的公式，因為方法上的指示仍具有特定的指向性，並非任由解釋者恣意使用。

傳統法學方法論誤以為（法律的）文義可以直接作為解釋的界線，並以為解釋與漏洞補充的區分是理所當然的。但是卻沒有注意到，文義固然可以作為界限，但是文義本身就是一個解釋的結果，既然法律的文義因為要適用在案件上產生不清楚或暫時無法確定其意義的情況，才需要法律解釋，文義本身又要如何作為法律解釋的界限呢？把法律的文義議題化，常常是法律解釋爭論的開端，作為被討論與被爭議的對象，當然就沒有辦法在方法上用來當作定紛止爭的標準。

再任的問題，在文義解釋的層面與在規範目的的解釋層面，

Alexy的法論證理論，收錄於法與實踐理性，頁146-147，允晨文化實業股份有限公司（1998）。

¹⁷ Karl Larenz著（陳愛娥譯），法學方法論，頁134-135，五南圖書出版股份有限公司（1999）。

可能發生齟齬，也可能相互支持。主張大法官的「再任」並沒有違背禁止「連任」規定者，通常會主張，禁止連任的意思就是禁止前一個任期與後一個任期之間的接續，例如已經被凍結的憲法第47條規定，總統與副總統「連選得連任一次」，意味著擔任總統職務者，即使再度勝選，最多只能夠連續擔任總統兩任，憲法增修條文第2條第5項的規定類似，「連選得連任一次」，動員戡亂時期臨時條款的相關規定為人所詬病，就是因為當時凍結了憲法第47條「連選得連任一次」的規定，允許蔣介石一再連任，一直到死在任上，牴觸了共和國原則。禁止總統連任兩次的規定，與禁止大法官連任的規定，背後的目的當然有所不同，但是就禁止連任的文字意義而言，卻有相通之處，「連任」不管是針對總統或是針對大法官，就是指「連任」，即使前者加上一個有關於次數的規定，而且以正面表述的方式來表達，後者則是以禁止規範的方式來表述。

過去憲法對於大法官的任期，並沒有不得連任的規定，因此也有學者主張，既然規定了「不得連任」，就是指大法官只能擔任一任，這個解釋將「再任」包含在「連任」之內。這個解釋的重點並非如一般想像的在於文字的表面意義，因為就文字而言，「禁止連任」就是「禁止連任」，而非「禁止再任」，如果真要限制任期的次數，在比較憲法上有兩個例子，一個是前舉例過的德國聯邦憲法法院法第4條第2項規定，或是美國憲法增修條文第22條第1項：「總統……不得超過兩任」。因此許多憲法文義的爭論實際上是關於規範目的的爭論，如果是禁止總統連任一次以上的憲法規範，其規範目的可能是為了限制同時擔任國家元首與行政首長的總統在位期間過長，禁止大法官連任的憲法規範，其目的除了限制在位期間過長之外，有可能是為了維護大法官的內在獨立性，因此才會主張「禁止連任」就意味著「禁止再任」。

如果只是為了限制在位期間過程，限制的方式可能被假設為是次要的，因此即使遇到不符合原先設定的限制條件（接續的就任）的情況也可以不加考慮，而僅要以被假設的規範目的來詮釋即可，就會導出一個看法，認為既然「連任是違憲的」，因此「再任是違憲的」。可以強化這個看法的另一個規範目的，可以描述為是為了維護司法獨立，讓任期中的大法官不會為了爭取未來的再度被提名，而討好總統，此處可以討論的是，將「禁止連任」解釋為包含「禁止再任」，是一個可以達成規範目的的手段嗎？即使不能連任，一個卸任的大法官，未來再獲提名的可能性繫諸於許多變數，因為不但總統的任期只有大法官任期的一半，而且現任總統未來是否會再度獲選為總統也在未定之數，即使現任總統因未來勝選而獲連任，他的兩任任期跟大法官的一任任期在時間上也只有剛好相等，諸如此類的考慮，將會在很大程度上弱化基於規範目的而來「禁止再任」的論點。

有一種看法認為，即使再任不等同於連任，但是禁止連任的規定，對於再任的資格仍有限制作用或仍具有限制的潛能，這種看法不再主張再任等於連任，而是將重點放在任期八年，認為被提名的人選卸任大法官才過五年，現在再被提名任命仍屬「連任」。這個看法乍看之下好像有些道理，但是卻是對於「連任」意義的改寫，當然，另外涉及一個附帶的問題係關於憲法增修條文第5條第2項前段的文字：「司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。」這是一個背景問題，何謂不分屆次？當一位大法官因故去職時，他留下來的任期由下一位大法官來續任，還是下一個大法官的任期是針對自己而言，也就是一任八年，不必考慮前一任留下來的任期？關於這個問題，我認為必須考慮前一任所剩的任期，如果考慮憲法增修條文第5條第3項的規定：「中華民國九十二年總統提名之大法官，其中八位大法

官，含院長、副院長，任期四年，其餘大法官任期為八年，不適用前項任期之規定。」雖然大法官不分屆次，也不得連任，但是修憲當時所設計的是輪替制，四年替換一批大法官，一次是七位大法官，另一次是八位大法官。這個原先設計的輪替制，在目前的實務上已經被破壞掉了，因為現在的大法官一旦提名與同意之後，其任期都是八年，除了同時擔任司法院院長與副院長者之外。在輪替制已經被破壞的情況下，要如何透過輪替制所規定的四年換血一次來論證四年是再任不屬於連任的範圍，亦有其困難。

四、解釋與漏洞填補區分的困難

德國式的法學方法論通常將法律解釋（*Interpretation des Gesetzes*）與法續造（*Rechtsfortbildung*）／漏洞補充（*Ausfüllung der Lücken*）兩者做清楚的劃分¹⁸，通常兩者的界線是透過所謂的文義來確定，在文義以內的屬於解釋，超出文義範圍的就是續造，然而問題的解決如果有這麼清楚就好了。可以大法官的再任是否違憲為例，就此憲法爭議問題分析一下，這個傳統法學方法論的劃分在憲法解釋上所遭遇的問題。

將法解釋與漏洞填補區分開來，在德國法學方法論的領域是很典型或很傳統的想法，也可以說是很教條的講法，因此可以說是德國法學方法論的教條（*Dogma der deutschen juristischen Methodenlehre*）。說這個概念區分是教條有兩個意思，一個意思是指許多傳統法學方法論都接受這樣的區分，另一個意思則是有點批判性的說，這樣的區分雖然被不少德國學者（當然也包含台灣學者）接受，但是這樣的區分建立在一些沒有被仔細檢驗的前

¹⁸ 舉例而言，在台灣暢銷並被認為具有代表性的法學方法論教科書，即將法律的解釋與法官從事法的續造的方法區分成兩章，分別討論，參前揭註，第五章與第六章。

提上，而這些前提不一定能成立，除非這些前提能夠被證明為有理由、有根據、正確的，否則這樣區分的知識地位僅僅是教條。

這個廣為民法解釋學與刑法解釋學所接受的教條，主要的問題在於這個區分可能是立基於循環論證，換言之，如果文義是解釋與漏洞填補的界線，文義沒有先確定，如何決定系爭問題屬於解釋還是漏洞填補？這個教條是否植基於循環論證呢？我認為有必要先釐清「循環論證」的意義，才能進一步決定是否存在著循環論證的問題。什麼是循環論證呢？簡單的說，如果有一組命題，具備下列形式，就屬於循環論證：「用A來證明B，用B來證明C，再用C來證明A」（簡化版：用A來證明B，再用B來證明A），其中命題鏈可以一直增加，可以從A一直增加到Z，但是最後是用Z來證明A¹⁹。

如果有人主張大法官再任的問題屬於憲法漏洞，他提出的理由是，相關憲法條文（憲法增修條文第5條第2項）的文義並沒有涵蓋這個問題，因此不屬於憲法解釋，而是憲法漏洞補充。他的命題形式就屬於上述的循環論證，因為目前的爭議就在於：「系爭條文的規定是否涵蓋大法官的再任？亦即憲法增修條文第5條第2項的文字『連任』是否包含再任？」他卻主張說，因為系爭文字的意義就是連任而不包含再任，所以再任已經超出連任的文義範圍，這不是解釋的問題，而是漏洞補充的問題，當他這樣做的時候，就是把結論當前提來使用，就是循環論證。或這樣表述：大法官的再任問題屬於憲法漏洞，因為再任問題已經超出系爭憲法規定的文義範圍，既然系爭憲法規定是連任不是再任，因此大法官再任的問題不屬於憲法解釋。這樣推論的問題十分清楚，因為

¹⁹ 有關於循環論證的定義與類型暨範例，中文維基百科寫得很好，簡明易懂，參閱：中文維基百科，循環論證，Wikipedia，<https://zh.wikipedia.org/wiki/循環論證>（2019/10/25，造訪）。

具有爭議性的正是「連任」的意義，所以不能先主張連任不包含再任，然後推論所以這個問題是憲法漏洞。是否為憲法漏洞，要先確定連任是否不包含再任。這個問題是我所說的德國法學方法論傳統教條——解釋與漏洞的區分——無法解決的問題，所以無法只訴諸這個區分公式，就結論說再任問題是漏洞而非解釋。

當我們採取德國法學方法論的教條——區分解釋與漏洞補充——為前提，想用來證成「大法官能否再任的問題不是解釋，而是法律漏洞補充的問題」的命題，可能因此就會遭遇到循環論證的問題，如果理由是「憲法無明文規定，找不到可適用的法條」，這意味著，無論是由於立法者的疏失或是立法時不能預見或其他原因，憲法增修條文對大法官的再任的問題應有規定，但是憲法增修條文卻沒有規定，換言之，再任問題已經超出文義範圍，所以是法律漏洞（憲法漏洞），因此需要進行憲法漏洞補充或憲法續造。然而問題是，迄今為止的討論大都集中在系爭條文的「連任禁止規範」是否涵蓋「再任禁止規範」？所以「連任禁止規範」並不涵蓋「再任禁止規範」，就不是一個可以直接作為前提的命題。

如果從方法論的角度來做結論，我想主張的是，憲法解釋與憲法續造的區分，雖然不是不可以使用，但是這個區分往往是論證與解釋的結果，需要很謹慎的論證，否則就容易陷入形式主義與循環論證的謬誤了。形式主義的意思是說，很武斷的決定，哪一種解釋還在憲法解釋範圍內，哪一種憲法解釋實際上屬於憲法續造。至於循環論證，則如前所說明，不再贅言。

五、回歸憲法解釋

如果上述的論述尚站得住腳，那麼就可以暫時得出，無論贊成或反對大法官的再任，都與「連任」之文義有關的結論。再任

的議題並非憲法增修條文第5條第2項所未規定，想要單純透過德國法學方法論對於解釋與漏洞補充的區分來解決這個問題，主張再任的性質是憲法漏洞，本身即會遭遇到循環論證的問題，因為該條項的文義本身即具有爭議性，不能將結論當作前提來使用，因此就不能直接根據該條項的文字主張再任違憲。所以爭議問題還是存在，而且主要的爭執點仍舊是，從「不得連任」的禁止規範，得否推論或證成「不得再任」的禁止規範！

當時參與制定憲法增修條文第5條的彭錦鵬教授，是當時三個提案人之一，曾經投書報紙指出，大法官不得連任的規定乃是為了排除大法官釋憲之際，為了尋求連任而迎合總統，並非不得再任，並主張只要二年就可再任，這是以二年為界線區分違憲與不違憲的再任²⁰。這是訴諸立法者原意的論證，雖不無參考，但是「主觀說」一向有很多缺點可被攻擊，比較法上，德國聯邦憲法法院大約在1970年代就不採取了，在美國長達四十多年憲法解釋理論論爭之中，主張應以制憲者（起草者、批准者）原始意圖的原意主義，在1980年代中被打得落花流水，在本世紀初興起的新原意主義，則早就將重點轉移到所謂的「原始公共意義」，目前採主觀說者雖非沒有，但是早成為少數中的少數。這部分在理論上引起的問題，容後討論。

²⁰ 彭錦鵬教授原本的說法是：「主要用意乃以憲政制度排除大法官釋憲之際、企圖連任所可能的迎合總統作為。大法官卸任之後，其優秀者再獲總統提名擔任大法官而再任，一方面確保任命之公正，另一方面再用卓越的司法精英，都是當初設計大法官任期結構的原意。從目前大法官任期個別計算並已充分交錯的實際情形而言，大法官受到任命干涉之制度風險已大幅降低。大法官再任之間隔期間衡量總統任期4年，並參考選制補選成例訂為至少2年，應屬適當。」參閱彭錦鵬，焦點評論：大法官提名的憲政考量，蘋果日報焦點評論，<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20160809/37340415/>（2016/08/09，最後更新日）。

也有論者，包含日前大法官被提名人，現在已經就任大法官兼司法院院長的許宗力教授，主張禁止連任並非禁止再任，但是以至少卸任四年為界線，這種「任期過半說」，重點仍在於禁止連任的字義與規範目的，是否可以支持以過半任期為禁止連任的界線，或是過半任期之後，再任已經脫逸連任的文義範圍，所以不違反禁止連任規範。

本文在前面的討論中，曾經將禁止大法官連任規定的規範目的，初步界定為「限制大法官在位期間過長」，但是我們還可以問：為何要限制大法官在位期間過程？以及，為何採取限制連任的方式，而非其他方式？這就涉及規範目的背後的理由思考，其中一個最常被提起的是為了保障大法官的司法獨立，因此，我們可以追問：在什麼意義上，限制連任可以保障大法官的司法獨立？以及，將限制連任解釋為限制再任，是達成此目的的必要手段嗎？對此，根據提案人之一彭錦鵬教授的說法，即是為了避免大法官釋憲之際為了尋求連任而迎合總統，這是從動機結構出發來保障司法獨立的一種方式。從這個例子可以發現，規範目的本身就是一個可能引發爭議的標的，因此又引發了一個後設的問題，亦即如何確定系爭憲法條文的規範目的。

規範目的如何確定的問題向來有所謂的主觀說與客觀說，主觀說（主觀目的論解釋）常常在字面上跟歷史解釋相混淆，根據Friedrich Müller的見解，歷史解釋應該區分成兩種不同的概念，真正的歷史解釋是在法律文字相似或相同的條件下，比較過去的歷史中，學說與實務如何解釋這些文本，另一種則應該稱為發生史解釋，是研究法律文本從起草到制定之間的各種相關資料，來協助確定文本的意義²¹。

²¹ 參閱Müller/Christensen, Juristische Methodik, 10. Aufl., 2009, S. 364.

本文認為，客觀目的論與文義解釋的差別沒有想像中的大，因為透過對於文本意義的理解，才有辦法去探詢文本所表徵出來的或可能蘊含的目的，換言之，客觀目的論解釋與文義解釋，要不相互結合，要不又形成一種循環論證。試問，不從「不得連任」的文本出發，如何探討其規範目的？但是任何的**法律或憲法規定**，作為人類的集體決定，都有其規範目的，係屬當然。因此，從規範目的來發掘法律文本的意義，亦有其道理所在。

主觀目的論解釋，如果是屬於Friedrich Müller所說的後一種，則似乎跟發生史解釋相類似，透過各種立法過程的資料來確定立法者的意旨，本文的討論至此，似乎就可以銜接上美國近四十幾年來，憲法解釋理論上環繞原意主義（originalism）的辯論。

參、憲法解釋與憲法建構

一、出發點的質疑

可能會有人質疑，本文忽然從德國式法學方法論的討論，轉進到美國憲法解釋理論的爭論，如此處理會不會「竹竿裝菜刀」，雞同鴨講造成理論的混同。這個質疑並非沒有道理，但是套一句目前台灣法學界很流行的話來說，「台灣真是公法學寶庫」，原本台灣就是一個繼受西洋法制的國家及法律體系，甚至台灣的法學歷經好幾代，還被批評很難擺脫比較法的階段——如果不要更難聽的說——法律學說移植的階段，所以早在幾年前學界就有呼聲，說要趕快進入「後繼受時代」。

如果注意到本文的討論脈絡，應該可以稍稍放下這個質疑，因為本文是在主觀目的論解釋的解釋脈絡中，銜接上美國原意主義的討論。理由在於，德國的法學方法論大概在1970年代以後，

幾乎沒有人認真對待主觀目的論解釋²²，但是美國剛好在當時進入主觀目的論解釋／原意主義解釋的討論，幾番征戰，論爭迄今尚未結束，因此要發掘主觀目的論解釋的問題，就有必要參考美國四十幾年來非常豐富的討論。

二、原意主義發展的簡短描述

美國憲法學界有關於憲法解釋理論與方法的討論²³，四十多年來環繞在原意主義的論辯，無論是舊原意主義還是新原意主義（new originalism）²⁴。另外一邊的陣營，除了各種反對原意主義的理論之外，最大宗的是所謂的活憲政主義（living constitutionalism），除此之外，強調規範性論證或憲法文本之道德解讀的德沃金學派，也是原意主義的強勁對手²⁵。1980年代中期以前，以原始意圖為解釋標準的原意主義，在各家批評之下潰不成軍，一個轉捩點是1986年Antonin Scalia開始擔任聯邦最高法

²² 近年來的一個例外是：Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz - Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1. Aufl., 1999, S. 351-358.

²³ 對原意主義發展比較詳細的描述，中文文獻參閱張嘉尹，再訪憲法解釋理論——兼論憲法解釋上的「原意主義」爭論，憲政法理學研討會，台灣法理學會、世新大學法學院暨台灣大學人權與法理學研究中心主辦（2016）。

²⁴ 對於舊原意主義與新原意主義的精要討論，參閱Keith E. Whittington, *The New Originalism*, 2 GEO. J. L. & PUB. POL'Y 599, 599-613 (2004).

²⁵ See generally, RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986); RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (1996); 以及跟隨其論點，並運用在憲法解釋討論上的「哲學取向」（philosophical approach）學派：SOTIRIOS A. BARBER & JAMES E. FLEMING, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THE BASIC QUESTIONS (2007); JAMES E. FLEMING, FIDELITY TO OUR IMPERFECT CONSTITUTION: FOR MORAL READINGS AND AGAINST ORIGINALISMS (2015).

院法官，由於他對於文本主義與原意主義的堅持²⁶，影響了其後最高法院的判決發展，加上有一些重量級學者在1990年之後陸續加入新原意主義的陣營，例如Keith E. Whittington、Randy E. Barnett與Lawrence B. Solum，他們對於新原意主義的辯護與持續建構，讓原意主義的論戰持續至今。

原意主義的主要論點是一個方法論上的主張，認為解釋憲法應該回歸到制憲者或是批准者的原意（the original intent of framers）²⁷。想要訴諸原始意圖在理論上帶來許多難解的問題，例如何謂「意圖」？「意圖」是指制憲者的期待、希望、計畫或是擔心嗎？制憲者作為一個集體，有所謂的「集體意圖」存在嗎²⁸？即使退一步承認，制憲者制定特定憲法條文時存在著一個集體意圖，仍然會遭遇到意圖抽象層次的難題，因為規制特定事務的意圖可以是非常具體的針對特定事態，也可以是一般性的處理原則之事，這裡會遭遇的問題可表述為確定意圖抽象層次的難題。既然對於意圖可以有不同抽象程度的界定，就會影響個別憲法條文在具體案件中的解釋與適用。作為一個方法論的主張，如果原意主義者無法解決抽象層次問題，在具體個案中就無法作為一個有效的解釋限制標準。最後，如果經過歷史考察，發現制憲者的意圖就是不要後世解釋者採取原意主義，那麼原意主義就會面臨自我擊敗的困境²⁹。上述這些問題都是原意主義的內在問題，如果無法妥善的解決，在尚未跟其他解釋理論比較優缺點

²⁶ See generally, ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* (1997).

²⁷ SOLUM & BENNETT, *supra* note 3, at 7-8.

²⁸ Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204, 204 (1980).

²⁹ H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885, 885 (1985).

前，原意主義就已經喪失其理論的說服力。

禁止大法官連任規範的修憲者意圖，根據彭錦鵬教授的講法，在於防止大法官為了尋求連任而討好總統，但是我們可以提問，起草者之一的彭教授，他對於制定該條項憲法增修條文意圖的說明，足以代表修憲者原意嗎？因為憲法增修條文的表決與制定，畢竟是一個集體行為，每個參與的國大代表，尤其是投贊成票的國大代表，他們內心的想法真的跟彭教授一樣嗎？在制定該條文時，真的存在一個可資辨認並具有同一性的集體意圖嗎？而且表決通過的標的是憲法增修條文，而不是起草者的意圖。此外，即使彭教授的表述可視為修憲者意圖，它所處的是一個比較具體的層面，在此具體層面，大法官可能的討好對象或許還有總統以外的其他機關，例如具有同意權的立法院，難道這不是另一種可能嗎？此外，難道不能綜合這些具體考量，而將修憲者意圖的抽象層次提高，界定成為了維護大法官的司法獨立嗎？諸如此類，都是想將原意主義適用於連任再任爭議時，可能遭遇到的困難。

三、新原意主義的教條：解釋與建構的區分

原意主義遭遇到的種種批評，間接促成新原意主義的出現。新原意主義主張，不再是原始意圖，而是原始公共意義（original public meaning），才是判斷憲法解釋是否正確的標準，亦即憲法文本的意義在制定的時期就固定下來，這就是所謂的意義固定命題。我認為，除了意義固定命題³⁰之外，解釋（interpretation）與建構（construction）的區分是新原意主義的另一個重要教條，限於篇幅以及本文所欲探討的問題，以下只討論新原意主義立基於原始公共意義所建立的這個區分。

³⁰ 這個命題的內容是：憲法文本的意義在制定時就確定下來了。

Keith E. Whittington作為新原意主義理論的重要代表人物，他首先使用「新原意主義」的概念³¹，並首度提出解釋與建構的區分，他認為這兩者是截然不同的兩種憲法解釋方式，而且不但是解釋方法或原則的區分，還相應於權力分立中的不同權力機關，前者主要是指法官對於憲法的解釋，是相當常見的一種發現憲法文本意義的過程，或是把憲法文本轉譯為一個特別有用的公式，讓案件得以適用於其上；後者則是司法之外，行政權與立法權對於憲法的建構性解釋，已經超越單純地去發現先前存在於憲法文件的意義，因此必須使用到政治的想像力。前者追尋的是憲法文件中既存的隱藏意義，後者則是創造性地建構憲法的意義³²。

另一個代表人物Randy E. Barnett將新原意主義界定為「語義學原意主義」(the semantic originalism)，同樣主張，他在方法論上將憲法解釋區分為解釋與建構兩個階段，但是他對於解釋與建構的界定與Keith E. Whittington有些差異。他認為憲法解釋就是文義解釋或語義解釋(semantic interpretation)，就是要去發現憲法文本中文字的語義，亦即在特定脈絡中去辨識出語言使用的語義(semantic meaning)。至於憲法建構則是一種適用性的解釋(應用性的解釋)，將所辨識出的文本語言意義運用在特定的案件或爭議上，使其產生效果，所以對Randy E. Barnett而言，建構就意味著將所發現的文本語言意義運用在特定的事實情狀上³³。近年來撰寫諸多著作為新原意主義辯護的Lawrence B. Solum，他

³¹ Whittington, *supra* note 24, at 599.

³² KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION: DIVIDED POWERS AND CONSTITUTIONAL MEANING 1-19 (1999).

³³ Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611, 611 (1999); RANDY E. BARNETT, RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY 89-130 (2004).

的看法與Randy E. Barnett相近，同樣區分解釋與建構³⁴，並主張憲法解釋就是認出憲法文本的語言意義（linguistic meaning）³⁵，憲法建構則是讓憲法文本的語言涵義產生法的效果，既可以是指將憲法文本的語言意義轉譯為憲法學理（doctrine），換句話說，就是基於憲法文本發展出可以適用於個案審查的判準，將憲法文本的意義具體化為判準或學理，或是指將憲法文本適用於個案上³⁶。換言之，解釋就是去辨識出憲法的語義，而且是制憲當時公眾所理解的文本意義。建構則是當原始公共意義是模糊（vague）或不夠確定（underdetermined）時，由憲法文本出發去辨析出更具體的規則以運用於個案。

從上述簡單描述可以發現，雖然Keith E. Whittington才是區分解釋與建構的創始者，但是無論是Randy E. Barnett或是Lawrence B. Solum對於兩者的界定都跟他有所不同。Keith E. Whittington對於憲法解釋與憲法建構的區分，相當類似於前述所討論的憲法解釋與憲法續造的區分，只是他認為如果是屬於憲法建構的活動，原則上不再是司法的權限，憲法建構的主體是行政權與立法權。Keith E. Whittington的區分同樣預設了一個有待討論的觀點，亦即他認為如果是屬於解釋，則已經蘊含了原意主義的主張，所以如果要做憲法解釋而非憲法建構，那麼就必須同意原意主義的主張，然而這個蘊含關係存在與否，不應該具有結論的地位，反而是必須事先加以辯護的前提，否則就是一個循環論證。既然他所說的憲法建構就是超越憲法文本既存文義或原始意義的創造性解釋，因此他的區分將遭遇到本文前述質疑解釋與續造區分時所提出的問題，如果憲法文本的文義有待發現與確定，

³⁴ SOLUM & BENNETT, *supra* note 3, at 22-24.

³⁵ SOLUM & BENNETT, *supra* note 3, at 10, 23.

³⁶ SOLUM & BENNETT, *supra* note 3, at 25-26.

憲法文本的文義又要如何作為區分憲法解釋與憲法建構的標準？所以即使同意目前所進行的是憲法解釋的活動，也沒有道理一定要接受原意主義。

真正的問題還是要回歸到憲法文本的文義究竟是什麼的問題上，但是這個問題沒有辦法只是透過查字典，或是對於原始公共意義的歷史考察而得出，只有在憲法案件上，我們才得以辨識與確認憲法文本的文義，就如同在禁止大法官連任的規範是否蘊含禁止其再任的問題上所發生的，憲法需要解釋並不是因為規定不夠清楚，而是因為在爭議的個案中產生了疑義，正如同基於不得連任文字而主張不得再任的看法，是因為對於不得連任的規範目的具有特定的看法，才會把乍看之下沒有疑義的概念延伸到另一個概念，認為兩者之間具有蘊含關係。

上述對於Keith E. Whittington的質疑，同樣適用於Randy E. Barnett與Lawrence B. Solum對此區分稍微不同的定義，因為他們都認為可以在概念上區分憲法文本的一般語言意義與法的意義，先找出憲法文本的語言意義，再把它直接或間接的適用於個案爭議中，殊不知，毋寧是在個案中才能發現與確定憲法文本的語言意義，如果憲法解釋與憲法解釋結果的適用，於個案無法真正分離，他們對於解釋與建構的區分在理論上即如同空中樓閣，站不住腳。他們的看法至少還會遭遇到另外兩個層面的問題，其一是描述性的問題，解釋與建構的區分並非一個真實的區分，而僅僅是一個分析性的區分，憲法解釋從來就不是這種兩階段的活動，這個不符合現實解釋活動的描述，跟誤以為憲法解釋是三段論式的推論一樣，只是對於憲法解釋過程的虛擬重建。其二，同時是一個十分嚴重的問題，即使暫時接受解釋與建構的區分，當要將這樣的概念運用於憲法解釋的實踐時，將會遭遇到實用性不大的問題。無論基於何種原因或理由，屬於憲法解釋的範圍將非常狹

窄，因為即使所謂的原始公共意義真的找得到，它可能是含混的（vague）或歧義的（ambiguous），以致於解釋與建構的邊界並不清楚。此外，由於具有上述的特質，這類原始公共意義根本無法直接適用於案件上，而必須加上其他的論證步驟才得以適用，要解決含混的問題就必須將文本的意義具體化，建立一個或一套可資適用的法規則（legal rules），要解決歧義的問題則必須透過對於文本適用脈絡的特定化，但是要將脈絡特定化又需要更進一步的論證來支持，因此解釋與建構的區分就沒有多大的用處，要解決憲法解釋的爭議問題，真正的關鍵就無法不落於憲法建構的階段。然而，憲法建構能否正當化正是爭議的焦點，即使是新原意主義的陣營中，不同的學者對於什麼才是正當的憲法建構，也沒有一致的見解，因為它跟憲法解釋範圍的界定息息相關，跟憲法文本文義範圍的確定也息息相關，結果，憲法建構的爭議與憲法解釋的爭議就成為一體的兩面，或是根本就是同一個問題。到最後，新原意主義就透過自己堅持的教條——解釋與建構的區分——否定了自己的理論立場，因為這個區分跟限制憲者原意的公式一樣，乍看之下似乎有理，實際上卻無法達成限制（司法）解釋者恣意的作用，更沒辦法理直氣壯的說，只要堅持這個區分，就是對憲法的忠誠，只有堅持這個區分，才是真正在進行憲法解釋。

附帶一言，新原意主義固然在美國憲法學界與憲法實務獲得諸多支持，然而其在美國的理論對手亦不可小覷，在各式各樣的批評聲浪之中，深植於美國普通法傳統的憲法解釋理論「活憲政主義」，更是一個可與之相互競爭的理論觀點。活憲政主義主張的「普通法方法」（the common law method），一直在美國聯邦最高法院的司法審判實務中扮演重要角色，似乎就成為一個重要的選項。雖然對於何謂「普通法方法」，應該沒有什麼異議，而

可以說就是判例法方法，可是如果判例法方法那麼有說服力，就不會興起原意主義的主張了，所以判例法方法應當只是活憲政主義的重要主張之一，它應該還有其他重要內涵，方足以與原意主義一決高下。

活憲政主義作為一個憲法解釋理論，它的優點似乎在於能夠以長時間為尺度來描述美國憲法實務的發展，尤其是描繪一個憲法學理（憲法教條）建立之後，如何在相對漫長的時間上，因為所適用個案的內容差異以及現實需求，而漸漸地轉變其內容，甚至到達一個轉捩點時，該憲法學理（憲法教條）被推翻，而建立一個新的學理（教條）³⁷。但是對於當初基於何種方法或理論來建立憲法教條，以及為何在一個轉捩點，可以合理地推翻既有的教條而建立新教條，這類聚焦於一個特定個案的憲法解釋，活憲政主義似乎就沒有辦法提出更仔細的說明了。

如同「原意主義」作為一個集合名詞，在「活憲政主義」之名下，也有許多不同的看法存在，雖然同樣是強調憲法的生命力，尤其是在時間軸上憲法的變遷能力，亦即憲法適應各個不同時代政社經條件的能力，但是針對憲法文本是否具有意義同一性的問題——原意主義的（文義）固定命題，活憲政主義之間有差異甚大的看法，因此其與原意主義的關係，不必然對立，而可劃分為相容論與不相容論³⁸，這同時導致了活憲政主義陣營的分裂，而創造了第三代理論的契機，在調和兩者看法的努力中，出現了以 Jack M. Balkin 為代表的「活原意主義」（living originalism）。

³⁷ 例如 DAVID A. STRAUSS, *THE LIVING CONSTITUTION* 51-97 (2010). 以言論自由與平等保障的教條發展為例，說明美國憲法實務的發展，是根據普通法方法而非原意主義。

³⁸ SOLUM & BENNETT, *supra* note 3, at 64-69.

四、憲法解釋即是憲法建構

Jack M. Balkin試圖在原意主義與活憲政主義之間，找到一個可以相容的理論立場，他主張如果採取他對於憲法解釋理論的觀點，則原意主義與活憲政主義是相容而非對立的觀點，兩者所要求的，一方面將憲法視為活的文件，可以適應變遷的環境，另一方面則要根據其原始意義來解釋，毋寧是憲法解釋活動的一體兩面³⁹。為了克服兩者的缺點所帶來的難題，Jack M. Balkin將他的憲法解釋理論與憲法理論相結合，他把自己的理論稱為「框架原意主義」（framework originalism）。以「忠於憲法」作為理論的出發點與目標，表面上他贊同新原意主義者對於解釋與建構的區分，Jack M. Balkin認為所謂的「憲法解釋」涉及了至少兩種活動，其一為憲法文本的意義探知，其二為憲法建構，就是使用所有的解釋模式來實現與運用憲法，包含歷史、結構、倫理、後果考量與判決先例等論證模式，前者可以稱為「解釋作為意義探知」，後者則稱為「解釋作為建構」，他認為大多數人論及憲法解釋時，實際上所言者屬於後者，亦即憲法建構⁴⁰。不只政治部門在履行其權限時，透過憲法建構建立了憲法慣例，法官在判決時，建立判決先例的體系來落實憲法的目的時所進行的也是憲法建構，然而憲法建構並不僅止於發展條理（doctrines）與先例來落實憲法，當政府的三個部門（行政、立法與司法）建立制度與法律以及條理，以實現憲法目的與功能，或重新劃定聯邦政府部門之間、與各州之間或與民間社會之間的關係時，都是進行憲法建構，都是在進行「打造國家的憲法建構」（state-building constructions）⁴¹。

³⁹ JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM 3, 21 (2011).

⁴⁰ *Id.* at 4.

⁴¹ BALKIN, *supra* note 39, at 5.

Jack M. Balkin認為「原意」可能指涉至少五種不同類型的意義，首先是語意內容，其次分別是實際的運用、目的或功能、具體的意圖、聯想⁴²。在憲法解釋時忠於原意，對Jack M. Balkin而言，僅僅涉及第一種類型的意義，亦即條文文字的語意內容，所以忠於原始語意內容的原意（original meaning as original semantic content）並不要求，要以憲法批准時人們期待的適用方式來適用憲法文本，也不要求要以制憲者所認定的方式來解釋憲法文本的目的或功能，亦不要求要以符合制憲者意圖的方式來解釋憲法，更不要求憲法文本對於我們只能有如同對於制憲世代的意義⁴³。因此，Jack M. Balkin認為具有拘束力的是憲法文本，而非其「原始期待的適用」⁴⁴，憲法而非對於憲法的解釋才是國家的最高法⁴⁵。到此為止Jack M. Balkin的主張具有一定的說服力，然而關鍵問題在於，當主張憲法文本具有拘束力時，是什麼具有拘束力？換個角度說，當主張憲法解釋必須忠於憲法文本的原始語意內容時，這意味著什麼？

那種被新原意主義者稱為能夠發掘出「原意」（original meaning）的憲法解釋，被Jack M. Balkin拆穿為僅只是「原始期待的適用」（original expected application）⁴⁶而非原始意義的探知。新原意主義者對於原始公共意義所提出的主張，事實上並非是對於憲法文本的語意解釋，而已然是憲法建構。換言之，新原意主義者所主張的「憲法解釋」即探究憲法文本的原始公共意義，其實所得到的僅只是「原始期待的適用」，因此與其所批評的憲法建構處在同一個層面，而非兩個可以相互區分與相互對立

⁴² BALKIN, *supra* note 39, at 12.

⁴³ BALKIN, *supra* note 39, at 13.

⁴⁴ BALKIN, *supra* note 39, at 14.

⁴⁵ BALKIN, *supra* note 39, at 15.

⁴⁶ BALKIN, *supra* note 39, at 7.

的解釋活動階段。既然新原意主義所主張的第一階段只是偽裝的第二階段，他們所說的憲法解釋就是憲法建構，因此他們並沒有真正堅守所主張的教條，他們對於解釋與建構的區分只是一個障眼法。

為了說明為何框架原意主義的主張符合忠於憲法的目標，Jack M. Balkin提出了一套方法論與憲法理論為理由。他將自己的方法論稱為「文本—原則」方法（method of text and principle）⁴⁷，主張解釋成文憲法的出發點，應該對於憲法制定者對於憲法文本的語言使用具有區分能力，而制憲者使用了四種方式來形成憲法法條：規則（rule）、標準（standard）、原則（principle）與保持緘默（silence）⁴⁸。針對四種不同語言模式的選定，就會有不同的相應解釋態度。Jack M. Balkin主張，要真正忠於憲法，尊重制憲者當時制定憲法的「原意」，就要尊重制憲者對於憲法語言的使用，因為語言的使用才能彰顯制憲者透過各該文本所要做的事情，到底是強調文本的拘束性，還是要授權給後世來完成的政治計畫，兩者的差別非常大⁴⁹。忠於成文憲法，就要求我們將憲法文本視為政治行為的計畫，為了進行憲法解釋，我們將此計畫視為我們自身的計畫，並想辦法去促進這個計畫。於此同時，我們必須盡可能地尊重憲法文本對於未來進行憲法建構時，所能享有的自由與所受限制之間的配置方式，為了理解憲法對此的配置，就要去探知在制憲之時，憲法用語通常的與公共的使用方式，並使用法律人傳統的論證模式，來確認這個計畫，並排除憲法用語的含混、矛盾或荒謬之處⁵⁰。

⁴⁷ BALKIN, *supra* note 39, at 3.

⁴⁸ BALKIN, *supra* note 39, at 14, 39-41.

⁴⁹ BALKIN, *supra* note 39, at 36.

⁵⁰ BALKIN, *supra* note 39, at 46.

不同於新原意主義，Jack M. Balkin雖然也主張忠於憲法的原始意義，但是Jack M. Balkin的框架原意主義認為，忠於原意能夠促進憲法的核心目的，此即設定一個政府的基本結構，使得政治能夠運作，並為未來的憲法建構創造一個框架⁵¹。框架原意主義將憲法視為一個起始的治理框架，這個框架不但讓政治得以運作起來，而且在歷史進程中必須透過憲法建構來填充其內容，當然，未來世代在建立並落實憲法時，必須忠於這個基礎框架⁵²。憲法解釋與憲法建構的區分，看似被維持下來，但是是以一個嶄新的方式重新界定，憲法解釋所能確定的是一個基礎框架，在忠於此基礎框架的條件下，每個世代都在進行憲法建構，所以實際上，對於每個世代而言，憲法解釋即是憲法建構。

肆、結 論

透過原意主義與新原意主義的發展，以及圍繞這個理論家族的辯論，尤其是揭露出它們的兩個教條所具有的缺點，透過美國憲法理論在這方面的長期發展與細緻論理，讓我們得以更清楚憲法解釋與憲法續造的區分難題以及其背後的理論脈絡，這也是本文在討論德國法學方法論之後，取徑於美國原意主義辯論並加以分析批判的理由。理未易明，尤其在憲法的領域，有太多可能的爭議案件，表面上看起來，似乎沒有可資適用的憲法條文，但是乍看之下就認為能夠決定這是屬於憲法解釋的範圍，或是歸屬於憲法漏洞因而需要憲法續造或漏洞填補，是一個太常出現但是卻很有問題的看法，這同時是憲法解釋學困難與吸引人之處，也是憲法解釋學不同於刑法解釋學與民法解釋學之處。如上所述，憲法解釋與憲法建構是一體兩面，而非如新原意主義者所主張，這

⁵¹ BALKIN, *supra* note 39, at 21.

⁵² BALKIN, *supra* note 39, at 22.

個區分是限制司法解釋權力以及忠誠解釋憲法的必要基礎，憲法解釋的問題實際上就是憲法建構的問題，轉譯為德國法學方法論的術語，似乎可以說，憲法解釋與憲法續造是一體兩面，憲法續造不是一般意義之下的法律漏洞填補，而具有其獨特性，憲法續造的「本質」即是憲法解釋！

補充一言，憲法解釋學與民刑法解釋學的差異，除了高度法典化是一個重要的原因之外，憲法具有十分獨特的規範領域，尤其是政治系統作為一個自我再製的社會次系統，與屬於法律系統的憲法之間具有結構耦合的關係，更將憲法當作結構耦合的形式與建立政績的工具，這種法規範與其規範領域的複雜關係，正是憲法解釋學具有獨特性的另一個具關鍵性的原因。

中原財經法學

參考文獻

書 籍

- Karl Larenz著（陳愛娥譯），法學方法論，五南圖書出版股份有限公司（1999）。
- AARNIO, AULIS, THE RATIONAL AS REASONABLE: A TREATISE ON LEGAL JUSTIFICATION (Springer, Berlin, 1987).
- BALKIN, JACK M., LIVING ORIGINALISM (Belknap Press, Cambridge, Mass., 2011).
- BARBER, SOTIRIOS A. & JAMES E. FLEMING, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THE BASIC QUESTIONS (Oxford University Press, N.Y., 2007).
- BARNETT, RANDY E., RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY (Princeton University Press, N. J., 2004).
- DWORKIN, RONALD, LAW'S EMPIRE (Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986).
- DWORKIN, RONALD, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (Harvard University Press, N.Y., 1996).
- FLEMING, JAMES E., FIDELITY TO OUR IMPERFECT CONSTITUTION: FOR MORAL READINGS AND AGAINST ORIGINALISMS (Oxford University Press, N. Y., 2015).
- SCALIA, ANTONIN, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Princeton University Press, N. J., 1997).
- SOLUM, LAWRENCE B. & ROBERT W. BENNETT, CONSTITUTIONAL ORIGINALISM: A DEBATE (Cornell University Press, N. Y., 2011).
- STRAUSS, DAVID A., THE LIVING CONSTITUTION (Oxford University Press, N. Y., 2010).
- WHITTINGTON, KEITH E., CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION: DIVIDED

POWERS AND CONSTITUTIONAL MEANING (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999).

- Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl., 1991.
- Benda, Ernst / Klein, Eckart: Verfassungsprozeßrecht - Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., 2001.
- Engisch, Karl: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl., 1960.
- Gadamer, Hans-Georg: Wahrheit und Methode, 1. Aufl., 1960.
- Jestaedt, Matthias: Grundrechtsentfaltung im Gesetz - Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1. Aufl., 1999.
- Koch, Hans-Joachim / Rüßmann, Helmut: Juristische Begründungslehre - Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., 1982.
- Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung - entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., 1976.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991.
- Luhmann, Niklas: Das Recht der Gesellschaft, 1. Aufl., 1993.
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph: Juristische Methodik, 10. Aufl., 2009.
- Neumann, Ulfrid: Juristische Argumentationslehre, 1. Aufl., 1986.
- von Savigny, Friedrich Carl / Mazzacane, Aldo: Vorlesungen über Juristische Methodologie 1802-1842, 1. Aufl., 1993.
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996.

期刊論文

- Barnett, Randy E., *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611-654 (1999).

- Brest, Paul, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204-238 (1980).
- Powell, H. Jefferson, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885-948 (1985).
- Whittington, Keith E., *The New Originalism*, 2 GEO. J. L. & PUB. POL'Y 599-613 (2004).

專書論文

- 張嘉尹，法學方法與法律推理——類比推理作為法律推理的核心，收錄於憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，頁231-254，五南圖書出版股份有限公司（2012）。
- 張嘉尹，台灣憲政秩序的規範效力——一個立基於系統理論的初步考察，收錄於憲法學的新視野（二）：憲法科際整合研究的理論與實踐，頁161-214，五南圖書出版股份有限公司（2015）。
- 黃舒芃，比較法作為法學方法——以憲法領域之法比較為例，收錄於變遷社會中的法學方法，頁245-280，元照出版有限公司（2009）。
- 顏厥安，法、理性與論證——Robert Alexy的法論證理論，收錄於法與實踐理性，頁95-212，允晨文化實業股份有限公司（1998）。
- Dreier, Ralf: Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: Dreier, Ralf / Schwegmann, Friedrich (Hrsg.): Probleme der Verfassungsinterpretation, 1. Aufl., 1976.
- Forsthoff, Ernst: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Dreier, Ralf / Schwegmann, Friedrich (Hrsg.): Probleme der Verfassungsinterpretation, 1. Aufl., 1976.

摘 要

本文在第貳部分以司法院大法官禁止連任的問題為例，探討憲法解釋方法與理論的問題，檢討傳統（德國）法學方法論在憲法領域所面臨的困境，一方面指出憲法解釋的獨特性，另一方面指出傳統解釋方法論的迷思，檢討文義解釋與目的論解釋的侷限性，並解構區分憲法解釋／憲法漏洞補充（續造）的教條。在第參部分將憲法解釋的問題銜接上美國憲法解釋理論的討論，首先描述與分析在美國憲法解釋理論的重要觀點「原意主義」，其次將焦點置於「新原意主義」重要主張：憲法解釋／憲法建構的區分，並分析其重要對手「活憲政主義」的批判，最後探討試圖調解兩者的「活原意主義」，指出其表面上維持解釋／建構的區分，實則主張憲法解釋即是憲法建構，與本文所主張的憲法解釋作為憲法續造，相互呼應。

中原財經法學

Constitutional Interpretation as Constitutional Gap-Filling: A Methodological Reflection

Chia-Yin Chang

Abstract

In the first part of this article, I use the prohibition of consecutive terms of Grand Justices in Taiwan's constitution to demonstrate challenges in constitutional interpretation and theory, particularly the problem that traditional (German) legal methodology might face. I explain why constitutional interpretation is distinctive from typical legal interpretation and review the limitations of literal and teleological interpretation on constitutional cases. I also challenge the dogma of the distinction between "constitutional interpretation" and "constitutional gap-filling". In the second part, I address theories of constitutional interpretation in the United States. First, I discuss the theory of "originalism". Then I focus on the "new originalism" with the emphasis on the distinction between "constitutional interpretation" and "constitutional construction". I explain why the critiques of the "living constitutionalism", the opponent of "new originalism", are valid. Lastly, I argue that the "living originalism" advocated by Balkin, who reconciles originalism with living constitutionalism, substantially treats constitutional interpretation as constitutional construction, although he superficially insists on this distinction. Balkin's arguments are consistent with my main argument in the first part.

Keywords: legal methodology, constitutional interpretation, constitutional gap-filling (Verfassungsrechtsfortbildung), constitutional construction, originalism, living constitutionalism, living originalism

中原財經法學