

《憲法》

- 一、司法院大法官在釋字第 649 號解釋中，認為 2001 年 11 月 21 日修正公布之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」之規定違憲。請依據這號解釋意旨（注意：不要依據學說），分析公益彩券發行條例第 8 條規定：「公益彩券經銷商之遴選，應以具有工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭為優先；經銷商僱用五人以上者，應至少進用具有工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭一人。」是否違憲？理由為何？（25 分）

命題意旨	本題屬於典型的申論題，依照題旨只需引用大法官解釋回答即可，考生若熟讀釋字第 649 號解釋，便可輕鬆應付此題。
答題關鍵	釋字第 649 號解釋所提及之基本權有平等及工作權，因此考生應分別就平等權及工作權回答之；而問題之關鍵在於：本案最終究竟有無基本權之「侵害」，考生應特別判斷之。此外應注意的是，雇主所主張者為營業自由，屬於職業自由的特別型態，仍可引用職業自由之三階段論回答之。
高分閱讀	1. 宣政大《憲法精要》，來勝出版，2010 年，頁 1-20 以下、1-43 以下、3-7~3-11。 2. 法觀人司法三等考場特刊，頁 6-1。 3. 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，收錄於憲法理論與實踐（一），學林出版，1999 年，頁 32 至 34。 4. 賀祥宏《中華民國憲法》10 版，高點出版，2008 年 11 月，頁 2-76。

【擬答】

本案涉及營業自由之限制基準，說明如下：

（一）公益彩券發行條例第 8 條（下稱系爭條文）前段之合憲性：

1. 系爭條文前段並不涉及平等權之侵害

系爭條文前段將經銷商遴選之資格，區分為一般人以及具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭，並以後者作為優先遴選之對象，似有形成差別待遇而造成平等權之侵害。然依系爭條文前段之規範意旨，係要求主管機關於給予經銷商資格時，應優先考量具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭，並非僅有上述資格之人方得成為公益彩券之經銷商。亦即，系爭條文前段為訓示性之規定，而非強制規定，故無侵害平等權之問題。

2. 系爭條文前段亦不涉及職業自由之侵害

如前所述，系爭條文前段僅要求主管機關於給予經銷商資格時，應優先考量具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭，而非謂僅有上述資格之人方得成為公益彩券之經銷商，故亦非為對經銷商之資格限制，而屬於宣示性規範，故無侵害職業自由之問題。

3. 綜上所述，系爭規範並無限制人民之基本權，而無違憲之虞。

（二）系爭條文後段之合憲性：

1. 系爭條文後段可能涉及營業自由、平等權及職業自由之侵害

（1）依照釋字第 514 號解釋之理由書，「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」可知營業自由乃工作權（職業自由）之特別型態，屬於雇主所得主張之權利。自經銷商角度觀之，系爭條文後段係要求經銷商於僱用員工時，員工在五人以上必須進用特定資格之人，而使得經銷商用人受到限制，可認為造成營業方式之限制，而有營業自由之侵害。

（2）就受僱人角度觀之，由於系爭條文後段要求在五人以上之情形，必須進用具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭者一人，因此形成優惠性差別待遇，而可能有平等權之侵害；此外，由於系爭條文後段要求具有特定資格者得為保障名額，故形成選擇職業自由之限制，而可能有職業自由之侵害。然此種規定並非直接對人民造成憲法上基本權之侵害，一般人仍得成為公益彩券經銷商之雇員，僅有在少



數的個案中可能產生排擠效應，而形成間接之侵害，而間接侵害是否能夠視為憲法基本權之侵害，仍有爭議。因此本文認為，此一規定雖對人民造成不便，但因其為間接之侵害，而該侵害又僅為枝微末節（Bagatellen）之事項，故應認為本案中受僱人之平等權及職業自由並未受到侵害，而無須檢討之。

(3)綜上所述，本案中僅有營業自由之侵害，故以下以營業自由為主軸檢討之。

2. 本案中系爭條文後段係由立法院三讀通過之法律所限制，故本案中營業自由之侵害係因國家行為為之，並且符合形式法律保留原則。

3. 至於實質法律保留之部分，由於營業自由屬於職業自由之特別型態，故可引用職業自由之限制方式討論之。以下以釋字第 649 號解釋之分析方式，檢討系爭條文後段是否符合實質法律保留：

(1)根據該號解釋，應先行將職業自由之限制方式類型化。因此該解釋先指出：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」而將職業自由之限制分為執行職業自由、主觀條件與客觀條件之限制，並且給予不同之審查標準，而如前述，此一限制方式分類及審查標準，於營業自由亦應有所適用。

(2) 本案中系爭條文後段要求經銷商於僱用員工時，員工在五人以上必須進用特定資格之人，亦即經銷商仍得營業，僅是營業時必須注意特定規範，因此應認為系爭條文後段屬於執行營業自由之限制，故系爭後段之立法目的需具備一般公共利益，其為達到目的之手段則需具備適當性。

(3) 系爭條文後段之目的係為保障弱勢者之就業機會，依照釋字第 649 號解釋之意旨，徵諸憲法第一百五十五條後段及增修條文第十條第七項之意旨，自屬特別重要之公共利益，依照舉重以明輕之法理，則當然符合一般公共利益，因此目的洵屬正當。

(4) 就手段而言，由於僅需具備適當性即可，其條件便相當寬鬆。而所謂適當性，依照行政程序法第 7 條為「採取之方法應有助於目的之達成」。系爭條文後段係以特定資格之任用為手段，便可保障就業時一定比例之人為上述特定資格之人，故當然有助於目的之達成，而符合適當性原則。

綜上所述，系爭條文之規定應屬合憲。

二、某甲涉嫌竊盜，於檢察官偵訊後在筆錄上簽名。嗣經提起公訴，辯護人主張偵查筆錄記載某甲之答問有誤，所記載者為被告未為之陳述，被告否認偵訊筆錄之記載，乃請求勘驗錄音帶藉之更正筆錄錯誤。一審法院則以某甲業已署名其上而認無勘驗筆錄正確性之必要，不予勘驗錄音帶。嗣並不問辯護人爭執筆錄記載是否錯誤，逕依筆錄之記載而為某甲有罪的判決。某甲乃提起上訴，其上訴主張包括以下之理由：

1. 刑事訴訟法第 41 條第 4 項規定：「筆錄應命受訊問人緊接其記載之末行簽名、蓋章或按指印。」加課受訊問之被告驗證筆錄正確性之義務，業已違反憲法保障刑事訴訟被告享有緘默權之意旨。依司法院大法官釋字第 9 號解釋：「裁判如有違憲情形，在訴訟程序進行中，當事人自得於理由內指摘之。」按刑事訴訟法第 41 條第 4 項既為違憲，據之而為之裁判亦屬違憲。故以之為上訴理由，請求上訴法院依據司法院大法官釋字第 371 號解釋（附一）意旨，停止訴訟程序，聲請解釋刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定為違憲。

2. 依最高法院 93 年台非字 70 號判決（附二），刑事訴訟法第 41 條第 4 項規定並非課受訊人簽署筆錄之義務。法院乃應就該條為合憲性解釋：檢方並未於被告簽署筆錄之前告知被告簽署筆錄是其權利，被告並無簽名之義務；亦因已違反正當程序，法院乃不得以被告已於筆錄上簽名為由而以勘驗偵訊錄音帶為不必要，而應命勘驗錄音帶。

檢方則基於以下理由置辯：

1. 憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派之外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，並未規定法



官應適用憲法審判。由於憲法之規定過於抽象，故法官不得拒絕適用法律，直接適用憲法裁判。釋字第 9 號解釋只謂當事人得以裁判違憲為由提起上訴，非指上訴法院即得逕行適用憲法裁判。刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定意思明確，並無聲請釋憲之價值。

2. 法院既不得逕行適用憲法裁判，自亦無依憲法為合憲性解釋之理由。又本案中被告既已於偵訊筆錄上簽名，上訴人所引之最高法院判決即與本案無關，依法檢方並無告知受訴人是項裁判之義務。本案無另行勘驗錄音帶之必要。

如果您是本案高等法院合議庭法官，請說明針對下列爭點將持何種見解據之而為裁判：

(一) 依據憲法及憲法解釋，法院於審判中應否適用憲法裁判？(10 分)

(二) 何謂合憲性解釋？本案中刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定，法院有無為合憲性解釋之餘地？(10 分)

命題意旨	本題為典型的實例題，但考生之角色為普通法院法官而非大法官，故應從此一角度出發回答相關問題：「普通法院法官與憲法之關聯為何？」此為最重要的答題核心。
答題關鍵	本題資訊甚多，考生於閱讀時應找出兩大解題重點：我國之違憲審查類型與合憲性解釋之內涵。此外，尚須注意出題者要求法院應採何人之爭點作為裁判基礎，故應回歸甲與檢方之理由，做一簡單評論，方符合出題者之要求。
高分閱讀	1. 宣政大，《憲法精要》，高點出版，2010 年，頁 1-6。 2. 賀祥宏，《中華民國憲法》，10 版，高點出版，2008 年 11 月，頁 1-63。 3. 宣政大，上課講義第一回，頁 17。

【擬答】

本案涉及違憲審查界限之問題，說明如下：

(一) 依照憲法及相關解釋，法院應不得適用憲法裁判

1. 憲法第 80 條明定法官依法審判，此處之法通說認為係指狹義之法律，亦即憲法第 170 條所稱立法院三讀、總統公布之法律。換言之，**法官並不依命令審判，而原則上亦不應引用憲法作為裁判之依據，否則便等於忽視立法者而直接訴求於憲法，有違權力分立之虞。**此外，從第三人效力之角度論之，通說亦採間接適用說而非直接適用說，亦即法官不得以憲法基本權之規定宣告契約無效，理由便是因為直接適用說跳過普通法律，違背權力分立而有所不妥，故不採之，亦可認為屬於支持前述見解之理由。

2. 就大法官解釋而言，亦不認為法官得適用憲法為裁判之依據

(1) 釋字第 371 號解釋明確指出，「解釋法律牴觸憲法而宣告其為無效，乃專屬司法院大法官之職掌。各級法院法官依憲法第八十條之規定，應依據法律獨立審判，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。」可知**普通法院法官不得逕自適用憲法宣告法律無效後，再以此為基礎審判之。**質言之，法官於裁判時之依據為法律，而非憲法。

(2) 有疑義者係，釋字第 9 號解釋所稱之「裁判如有違憲情形，在訴訟程序進行中，當事人自得於理由內指摘之」應如何解釋？本文認為，於該號解釋中所謂的裁判違憲情形，並非指裁判所適用的法律有違憲情形，而是在個案中裁判之過程或結論有違憲之情形。例如刑事訴訟過程中法官之訴訟指揮不符正當法律程序，或是該裁判之結論（如人身保險適用複保險、單身條款不違法）對於當事人之基本權有所侵害，或是違反比例原則等，而**要求法官於個案中調整其裁判內容，使個案之裁判不會違憲，而屬於普通法院法官的違憲審查義務。**

3. 綜上所述，其真正之癥結在於，我國之違憲審查制度係屬於集中制，抑或分散制？就目前之實際運作而言，我國於法律違憲解釋屬於抽象、集中的違憲審查制度，因此普通法院之法官不得逕自依憲法宣告法律違憲。故某甲以釋字第 9 號解釋為上訴理由，並不合理，法院就此不應採之。

(二) 合憲性解釋之定義與適用

1. 合憲性解釋之定義

所謂合憲性解釋，係指**某項法律有遭受違憲宣告之疑慮時，若該法律之解釋有多種可能，則應採取避免宣告違憲之解釋方式。**例如釋字第 617 號解釋中對於刑法第 235 條公然猥褻罪之合憲性，大法官以軟蕊、硬蕊之區分將軟蕊部分解釋為不罰，而宣告此一條文合憲，便是一例。因此，合憲性解釋是出於司法者對有直接與多元民主正當性基礎之立法者的尊重，有其合理性。但須注意者為，合憲性解釋並非憲法解釋，而

是法律解釋，故並非大法官得為合憲性解釋，所有國家權力於運作時，為了人民權利保障，皆可能為合憲性解釋。

2. 然而，適用合憲性解釋必須注意以下問題：

(1) 不得扭曲法律之文義

釋字第 585 號解釋許宗力大法官部分不同意見書曾指出，「適用合憲解釋原則也有其界限，例如不得逾越文字可能合理理解的範圍、不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心。尤其逾越立法的基本價值決定與規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，再宣告其合憲，這種解釋方式，與其說是出於對立法者意志儘可能最大的尊重，倒不如說是司法者僭越立法者地位立法，與對立法者的善意強暴無異，依本席之見，在此情形，反而是直接宣告其違憲，讓立法者有機會重新思索，或選擇作進一步修正，繼續追求其原始的立法目的，或選擇改弦更張，以嶄新思維另立新法，或乾脆放棄立法，才是對立法者的真正尊重。」若為扭曲文義的合憲性解釋，則已經超越原本的文義、目的等解釋方法，而成為立法層次之問題，故不可採。

(2) 應與適用上違憲作區別

學者認為，大法官現今所為的合憲性解釋，事實上並不妥當，而可考慮以適用上違憲取代之。所謂適用上違憲，係指條文之文義符合憲法要求，但適用於特定情形時，則可能抵觸憲法。此時大法官得宣告條文於特定領域之適用係屬違憲，以確保人民權利，釋字第 242 號解釋，便是民法之重婚規定不違憲，但適用於兩岸分離之情形時違憲，便是最佳例證。

3. 本案應採合憲性解釋

(1) 系爭刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定要求受訊問人於筆錄後簽名蓋章，依照 93 年台非字 70 號判決認為其立法目的在於確保筆錄之真實性。但該判決隨後又指出簽名不得強迫，是否有違條文之規範？就此尚應考慮受訊問人之訴訟權保障。憲法第 16 條之訴訟權係以公平審判為核心所導出，故可認為刑事訴訟法所保障的緘默權亦包含在內，若強迫當事人簽名便有違反訴訟權之可能。

(2) 本文認為，就條文之文義解釋，法院筆錄「應」要求受訊問人簽名，看似為依強制規定，但若以保障當事人為目的來解釋，則可將該條文解釋為：法院於「受訊問人不行使其緘默權時」「應」要求受訊問人簽名。故此時文義解釋及目的解釋產生分歧，而若為文義解釋則可能與憲法訴訟權之規定不符，故依照合憲性解釋之運作方式，應選擇目的解釋，方得保障當事人之訴訟權。

(3) 綜上所述，某甲之上訴理由應屬合理，法院基於正當法律程序，若當事人主張其緘默權未受保護時，應重新勘驗偵訊錄音帶。而檢方之抗辯理由中認為法院因不得宣告法律違憲，故亦不得依照憲法為合憲性解釋，與前述合憲性解釋為法律解釋而非憲法解釋之意旨不符，上訴人所引用之判決自因此有其意義存在，與被告是否已經簽名無關；因此，法院應認為檢方之抗辯並不足採。

三、根據報導顯示，國民中小學學生中，新近移民子女占全體學生將近 1 成的比例，但不少新近移民家長卻因擔心社會上對其仍有偏見、甚至擔心小孩在同儕間被歧視，因而不讓小孩承認其來自新移民家庭，甚至有些新近移民家長完全不到學校，以免小孩身分曝光。但是，依憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化……」台灣應屬一多元文化國家。請問：憲法增修條文有關多元文化國規定的憲法規範性質為何？在我國的規範效力範圍為何？（25 分）

答題關鍵	本題看似實例題，實為申論題。考生須從基本國策之角度思考其在憲法之定位與法效力，如此便可獲得一定分數。
高分閱讀	就多數考生而言，本題屬於較為個別老師長期所主張之學說。因此若對該老師之學說有所涉獵，便不難作答。然若從無研究亦無所謂，只要謹記基本國策之相關考點：「是否有拘束力」，就可獲得一定分數。惟此一單純以學說為主的出題方式是否合理，或許有些檢討改進的空間。
命題意旨	1. 宣政大，《憲法精要》，來勝出版，2010 年，頁 4-3。 2. 法觀人司法三等考場特刊，高點出版，頁 6-10。 3. 許育典，《憲法》2 版，2008 年，元照出版，頁 83 以下。 4. 許育典，《文化憲法與文化國》，2006 年，元照出版，頁 427。



【擬答】

本題涉及憲法基本國策之規範性質與效力，說明如下：

(一)多元文化國之憲法規範性質：

1.多元文化國之定義

學者認為，在立憲主義的發展下，以人民自我實現為本質的憲法上基本權保障體系，應針對不同的文化差異性、文化多樣性加以保障，便是憲法上多元文化國（pluralistische Kulturstaat）的保障。我國憲法增修條文第 10 條第 11 項對於國家肯定多元文化之規定，便是我國多元文化國之保障依據。而多元文化國的內涵則有以下兩大部分：

(1)國家中立原則

該原則要求國家的決策必須有多樣性、平等性及開放性，而尊重不同社群的不同意見，保護每個人的自我實現。國家的中立表現在兩個形式上：第一，國家不能對人民的認同加以侵害，故國家不能只認同特定的族群、文化或是價值，換言之，國家必須對於各種價值保持中立，是所謂的「**距離中立**」；第二，國家必須保護人民得以尋求自己所欲追求的價值，避免主流價值對非主流的侵害，而被稱為「**擴展中立**」。

(2)國家寬容原則

寬容一詞被認為具有兩個面向：一是抑制自己對不喜歡、或是不贊成之想法的不悅，也就是**忍耐**；二是對於前述的不同意見、想法願意**理解、包容**。前者可說是消極的寬容，後者則是積極意義的寬容。由於國家成立的正當性係來自於人民，而國家權力的行使亦仰賴人民的多數決。而所謂的自由民主，理應建立在一個尊重不同意見的決定之上。因此，國家寬容原則所要求的，就是國家有義務容忍不同意見的存在，例如國家必須保障主流的宗教侵害少數的宗教，也同時呼應了憲法中的多元文化。

釋字第 573 號解釋之理由書曾經指出，「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，或對人民特定信仰界予優待或不利益」可說是在憲法解釋中，上述兩大原則之憲法依據。

2.多元文化國之憲法規範性質

(1)國家目標

所謂的國家目標（Staatszielbestimmung），是具有法拘束效果的憲法規範，其規定國家的活動在於持續尊重與滿足此一實質上已付諸明文的國家任務；因此，國家目標成為國家行為與法令解釋的指標或方針。但國家目標的實踐，必須仰賴立法者之積極規範，亦即法律的具體規定，方得完成。學者指出，多元文化條款的規定，屬於國家目標條款，因此其屬於有拘束力之規範，但仍須仰賴立法者之積極立法，才能實現。

(2)客觀法作用

學者進一步指出，即便多元文化國並沒有憲法的明文依據，亦可由文化基本權之客觀法功能保障所導出。而文化基本權則是以人的自我實現為核心，包含言論、良心、宗教與世界觀的個人自我決定。至於客觀法功能之保障，可導出憲法賦予國家在文化事務上的義務：一方面必須要求國家與文化保持距離；另一方面又要國家創造一個自由、多元而開放的客觀文化環境，方得落實多元文化國。

(二)多元文化國之憲法規範效力

- 1.如前所述，國家必須堅守多元文化國下的國家中立性與寬容原則，因此憲法增修條文第 10 條第 11 項所規定的國家目標之追求目的，就是在於透過憲法的規範，建構多元文化國的憲法保障基礎，賦予國家保護不同或多樣文化差異的義務。
- 2.而從憲法的最高性思考之，當憲法為我國的最高法規範時，其所創設的五權及相關憲政機關，在制定政策或法律時，皆應受到憲法增修條文第 10 條第 11 項多元文化國之拘束。因此，多元文化國除了中立與寬容之要求外，對所有國家權力之運作應具備法律上的拘束力，而使得國家權力有積極促進與維護多元文化的義務。



《中華民國憲法》

一、何謂憲政主義 (constitutionalism)，主要精神為何？中華民國憲法的運作如何體現憲政主義的精神？為何有些國家，雖有成文憲法卻沒有被列入憲政民主 (constitutional democracy) 的國家？請討論之。(20 分)

命題意旨	本題為憲法基本概念之題型，同時亦為典型的申論題。主要測驗考生對於憲法基本原理原則的理解，並且熟知相關憲法規定及運作方式。
答題關鍵	考生於作答時，僅須從有限政府、民主原則等作為出發點，並藉此帶出相關憲法原則，並輔以大法官解釋，便可得到一定分數。而對於最後一小題，則應從憲法的規範效力著手。
高分閱讀	1. 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法—權力分立（二版）》，2008 年，頁 8 以下。 2. 賀祥宏，《中華民國憲法（十版）》，高點出版，2008 年 11 月，頁 1-5。 3. 宣政大，憲法講義第一回，頁 9 以下。

【擬答】

本題涉及憲政主義之概念以及我國憲法之實踐，以下從憲政主義之內涵與我國憲法運作之規定討論之：

(一)所謂憲政主義，亦有人稱之為立憲主義，其精神如下：

1. 憲政主義思潮起源於 18 世紀末期的市民革命時代，其根基思想在於保障國民權利。意即，此意義的憲法其設立的價值預設於限制國家權力來保障人權。因此，憲政主義的本質就是「有限政府」(Limited Government)。例如法國 1789 年人權宣言第 16 條揭櫫：「任何社會中，未貫徹權利保障，亦無明確之權力分立者，即無憲法。」便是此一思想的具體表現。
2. 此外，憲政主義同時為法治主義與民意政治的集結：
 - (1) 在憲政主義下，政府的行為除受到憲法的約束外，尚必須依照憲法來治理國家，也就是法治主義、依法而治 (rule by law, not by men)。政府的活動不依靠主觀的個人之任意或專擅，而依靠一個具有永久性的客觀法律作為規範，同時可以限制政府的權力、保障人民的利益。
 - (2) 而依據憲政主義，一國的主權屬於國民全體，統治者的權力來自人民授權，故政府的組成須依照民主原則為之，而須符合多數統治、政府代表定期改選等規範。
3. 因此，憲法必須對「政府行動為有效、有規則性的抑制」。換言之，憲政主義之憲法，係以「保障人民基本權利，限制國家權力的恣意行使為目的」，而針對國民的地位，以及國家權力與憲政機關的運作為規範內容的根本大法。故憲法中的權力分立原則、依法行政、依法審判，以及違憲審查等原則，皆屬於憲政主義的落實。

(二)我國憲法所體現之憲政主義精神，可從以下條文及解釋所得出：

1. 我國憲法所創設之政府屬於有限政府：
 - (1) 如上所述，比較法上之有限政府，係指政府之權力分為行政、立法、司法三權，政府不得享有或自行創設三權以外之權力。
 - (2) 我國雖非三權分立，而為五權分立之國家，然對於有限政府之強調與一般民主國家並無二致。除我國政府五權之權力來源為憲法，而並不享有憲法以外之權力外，五權間尚有彼此監督制衡之功效，如行政立法之間的覆議、不信任案，監察院的彈劾、司法院的解釋。可知我國憲法亦令統治機關屬於有限政府。
2. 民主原則作為我國的基本憲政秩序：
 - (1) 大法官曾於釋字第 499 號解釋中表示，「按國民主權原則，民意代表之權限，應直接源自國民之授權，是以代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權須遵守與選民約定，任期屆滿，除有不能改選之正當理由外應即改選，乃約定之首要者，否則將失其代表性。」可知政府存續的正當性須得到人民授權，是為民主原則之展現。
 - (2) 此外，釋字第 520 號解釋之理由書亦指出，「民主政治為民意政治，總統或立法委員任期屆滿即應改選，乃實現民意政治之途徑。總統候選人於競選時提出政見，獲選民支持而當選，自得推行其競選時之承諾，



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

從而總統經由其任命之行政院院長，變更先前存在，與其政見未洽之施政方針或政策，毋迺政黨政治之常態。」亦可推知政府推行多數民意所支持之政策或法令，同樣屬於民主原則之內涵。

3. 強調權力分立與審判獨立：

(1) 釋字第 499 號解釋曾論及，「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」其中所提及之權力分立與制衡，屬於構成有限政府之重要成份，而為憲政主義之基石。我國大法官尚依據此一原則，做出甚多解釋：

① 釋字第 585 號給予立法院國會調查權：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。」

② 釋字第 613 號解釋，則允許立法者對於行政權的人事決定權給予限制：「基於權力分立原則，行使立法權之立法院對行政院有關通傳會委員之人事決定權固非不能施以一定限制，以為制衡」。

③ 釋字第 627 號解釋賦予總統國家機密特權：「惟依權力分立與制衡原則，行政首長依其固有之權能，就有關國家安全、國防及外交之國家機密事項，有決定不予公開之權力」。

④ 釋字第 662 號解釋所提及之重複違憲立法禁止，亦屬於權力分立之內涵：「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋」。

(2) 再者，審判獨立原則依照釋字第 530 號解釋之意旨，「憲法第八十條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則。」屬於權力分立原則之延伸，亦為維護憲政主義之重要原則。

(三) 有些國家雖有成文憲法，但並不被認為屬於憲政民主國家，其理由如下：

1. 所謂憲政民主，與憲政主義並非完全的同義詞。由於因憲政主義而生的違憲審查制度，可將多數民意所贊成之法律宣告違憲，造成司法審查的抗多數決困境，而有解決的必要。就此，學者間有從憲政主義角度切入而認為憲法高於民意者；亦有從程序論、公民共和主義，認為憲法事實上是作為促進民主思辨者，而解決此一問題。

2. 上述問題雖無定論，但可確認的是，憲政民主之實踐所仰賴的必須為一個具有拘束力之憲法。就此而言，一個成文憲法亦會因其有無拘束力，而可分為三類：

(1) 字義性憲法：憲法全然不能發揮限制國家權力、保障人民權力之作用，被學者稱為只是「面具」的憲法。

(2) 名義性憲法：憲法因為社會與經濟因素，不能適應現實政治之需要，使得憲法成為名義上的憲法，學者稱其為「不合身的衣服」。

(3) 規範性憲法：憲法能夠妥善的規範國家權力，並將該權力置於憲法之下，可說是「合身且適用的衣服」。

3. 上述的字義性憲法、名義性憲法皆無實質的拘束力，而無法落實憲法的價值。因此即便一個國家具有成文憲法，若該憲法屬於前述兩種憲法，亦不能被稱為是憲政民主國家。

二、(一) 憲法第 8 條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」上述規定的保障對象通常是指刑事被告，試問行政法上人身自由之剝奪是否也應遵循此項規定？（10 分）

(二) 再者，入出國及移民法第 38 條有「行政收容」之規定，是否符合憲法第 8 條所稱「法定程序」，試抒己見。（15 分）



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

《參考法條》

入出國及移民法第 38 條規定：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容，並得令其從事勞務：

- 一、受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續。
- 二、非法入國或逾期停留、居留。
- 三、受外國政府通緝。
- 四、其他在事實上認有暫予收容之必要。

前項收容以六十日為限；必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止。

受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姐妹，得於七日內向入出國及移民署提出收容異議。

受收容之外國人無法遣送時，入出國及移民署得限定其住居所或附加其他條件後，廢止收容處分。

外國人涉嫌犯罪，經法院判決有罪確定者，其收容於第三十九條收容處所之日數，以一日折抵有期徒刑或拘役一日或刑法第四十二條第三項、第六項裁判所定之罰金額數。

前項規定，於本法修正施行前尚未執行完畢之外國人，亦適用之。」

命題意旨	本題為憲法基本權利之題型，主要測驗考生對於憲法第八條人身自由概念的熟悉度，以及相關學理與大法官解釋。題目之兩小題層次分明，考生若依序作答，便有不錯的成績。
答題關鍵	考生於作答時，須注意相關大法官解釋如 384、392、588 號，以及學說對於法定程序概念的見解。此外，第二小題指定考生須從「法定程序」回答，故其他原則(如：平等原則等)，便無須介紹及解釋。
高分閱讀	1.法治斌、董保城，《憲法新論（三版）》，元照出版，2005 年，頁 211。 2.許育典，《憲法（二版）》，元照出版，2008 年，頁 182 以下。 3.賀祥宏，《中華民國憲法（十版）》，高點出版，2008 年 11 月，頁 2-125。 4.宣政大，憲法講義第二回，頁 2、5。

【擬答】

本題所著重之爭議為憲法第 8 條之內涵及其適用範圍，以下從我國憲法之規定、學說見解與相關大法官解釋說明之：

(一)行政法上之人身自由剝奪是否屬於憲法第 8 條所保障之範圍，討論如下：

- 1.憲法第 8 條所規範者，通說認為係人身自由之概念。人身自由之歷史可上溯自西元 1215 年英國大憲章第 39 條規定「人身自由不得任意侵犯」，而落實於 1679 年英國議會所通過的「人身保護令」，強調刑事程序上非依法律不得逮捕、拘禁人民。我國憲法第 8 條及其中的提審制度，皆導因於此。因此，第 8 條所保障者就此而言，為刑事被告應無疑義。
- 2.然本文認為，就時空之發展下，第 8 條所保障者，應可從刑事被告擴張至行政法上之人身自由侵害情形：
 - (1)憲法之解釋方法眾多，上述之解釋屬於憲法解釋中的歷史解釋，固有其意義。然大法官於釋字第 392 號解釋理由書中指出，「憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。」故第 8 條內涵尚有填補之可能。
 - (2)於釋字第 588 號解釋，大法官便明確指出行政法上之人身自由剝奪亦須受到憲法第 8 條的檢視：「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第八條第一項規定所稱「法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。」然其亦同時認為，「刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。」

(二)入出國移民法第 38 條（下稱系爭條文）是否符合第 8 條所謂的「法定程序」，討論如下：

- 1.本案所涉及之基本權利為憲法第 8 條之人身自由。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

系爭條文所限制者，為外國人於我國自由行動並予以收容之行爲，使其失去身體活動自由之權利。且學說認為，人身自由既然屬於一切自由之基礎，則應屬人權，不論本國人或外國人皆享有之。因此，本案中有基本權受到侵害，應無疑義。

2. 本案所涉及人身自由之限制，係屬國家權力之限制，並有法律明文規定，而符合形式法律保留原則，應無疑義。

3. 系爭條文不符合憲法第 8 條之「法定程序」，應屬違憲：

(1) 第 8 條所謂的法定程序，依照釋字第 384 號解釋之理由書，係為「實質正當法律程序」：「兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。」釋字第 392 號解釋亦強調同條第二項之審問應由司法權的法院為之，而釋字第 631 號解釋更指出，「為制衡偵查機關之強制處分措施，以避免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求。」強調由中立的法院作成最後決定，藉以保障人身自由。換言之，第 8 條第一項所謂法定程序之重要內涵為「法院審問」、「法官保留」。

(2) 惟釋字第 384、631 號解釋所處理者皆為刑事程序，上開概念是否適用於行政程序？對此大法官於釋字第 588 號解釋表達了肯定之見解：「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之「拘禁」，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序，即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」

(3) 本案中，系爭條文之收容，係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，依照上開釋字第 588 號解釋，亦屬憲法第 8 條第一項所規定之「拘禁」，故是否收容的審問，應由法院為之。今系爭條文規定決定是否收容之機關為入出國及移民署，而非法院，有違「法院審問」、「法官保留」之意旨，自與上開解釋之意旨不合，亦即不符憲法第 8 條第一項之「法定程序」，而屬違憲。

三、行政權、立法權的分立與制衡，原屬憲政的重要原理，特別在總統體制的國家，強調政府權力之間的相互牽制與平衡，以防止權力的過於集中，避免行政獨裁的危險，而保障人民的自由權利。惟立法與行政，本為政府職能一事之兩端，如車之兩輪、鳥之雙翼，唯互相合作才能表現政府職能。請問在我國憲法本文與增修條文中，最有可能造成行政與立法之間的僵局而妨礙政府職能者為何？最有可能用來解除行政與立法之間僵局而發揮政府職能者為何？請分別指明具體依據條文，並論述其理由。(25 分)

命題意旨	本題為憲法關於政府體制之題型，主要測驗有關於行政及立法兩者間之互動，以及相關學理與大法官解釋。題目設計原則上為兩小題，考生須依序作答，方能有思維及作答之層次。
答題關鍵	考生於作答時，須注意題目要求，必須引用憲法本文與增修條文，惟現今業已附法條，考生無須死背，但亦不應花費過度時間找尋法條，否則時間有限，以免得不償失。
高分閱讀	1. 賀祥宏，《中華民國憲法（十版）》，高點出版，2008 年 11 月，頁 3-35 以下。 2. 宣政大，憲法講義第三回，頁 43 至 49、57 至 77。 3. 宣政大，2009 年憲法總複習講義，頁 22。 4. 2009 高點司法三等考場特刊-憲法篇，歷屆重要爭點 4。

【擬答】

本題之關鍵為行政與立法之互動。如題旨所述，行政立法之分立旨在於權力間的相互牽制與平衡，反過來說，行政與立法亦有合作或是相互妨害而造成僵局之可能。而於討論時，依照釋字第 627 號解釋理由書之意旨，總統於憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，為最高行政首長，而令我國邁向雙首長制。故所謂行政，係



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

包括總統與行政院，先予說明。以下便論述之：

(一)最有可能造成行政與立法僵局，而妨礙政府職能者，則是行政權限分割不明，造成立法者無法監督之規定，說明如下：

1. 憲法第 36 條、38 條之軍事、外交職權與增修條文第 2 條第四項之國家安全大政方針決定權：

- (1)如前所述，我國雖採雙首長制，然對於總統與行政院院長之權力分割並無明文之規定。而軍事、外交之權限依憲法雖屬總統，但行政院下亦設有外交部與國防部，而國家安全會議組織法又規定增修條文中之國家安全係為國防、外交與兩岸事務，導致兩者權限不清。
- (2)上述問題將會導致立法權的監督失其目的，而難有合作之可能。理由在於，憲法中立法院所能監督或合作者，僅有行政院而不包含總統。換言之，若某一行政職權劃歸於總統，便有立法院無法監督及合作之問題。雖釋字第 461 號解釋開啓了軍政軍令一元化之契機，但此僅解決了行政內部的問題，而無解決行政立法互動之問題。

2. 憲法增修條文第 3 條第一項之行政院院長任命權：

- (1)原先行政院院長之任命，依照憲法本文第 55 條第 1 項係由總統提名，經立法院同意後為之。然修憲後，立法院之同意權被刪除，此一設計被學者認為係傾向雙首長制之修正。
- (2)然此一修正於我國的憲政實踐引發了少數政府之爭議，亦即行政權之組成，其民意可能並未超過百分之五十，而由國會未過半的政黨所把持。有學者認為少數政府之存在有違責任政治、多數統治原則，應屬違憲。然退步言之，少數政府即便未達違憲程度，但就實際憲政運作而言，尚可能導致行政與立法因非屬同一政黨，而產生溝通上之困難。故總統單方的任命權實有造成行政立法僵局之可能。

3. 憲法增修條文第 2 條第五項之被動解散國會權

- (1)第四次修憲後，我國引進不信任案機制，並賦予總統解散國會之權力，屬於內閣制之特徵。
- (2)然第四次修憲之目標為法國雙首長制，於該制度下，總統所享有者為主動解散國會之權力，可解決若立法與行政對立，但並未提起不信任案重新尋求民意之情形。我國與彼邦同有行政權分裂及行政立法各有民意正當性之情形，故若僅享有被動解散權，則無法有效解決行政立法間之爭議，而亦可能造成僵局。

(二)最有可能解決行政與立法僵局，而促進政府職能者，應是同時須由行政、立法同意後所得行使，並命卻規範之權限，分述如下：

1. 憲法第 39 條、增修條文第 2 條第三項之戒嚴、緊急命令發佈權

- (1)系爭權限中之戒嚴權，係由戒嚴法所明定；緊急命令則於增修條文中有明文規範，並且依照釋字第 543 號解釋有替代法律之效力。
- (2)上述權限之共同點在於，其決策須同時由總統、行政院、立法院同意後，方得為之。換言之，此一權限之執行需要各機關之合作，方有運作之可能。而由於系爭規定甚為詳細，故造成僵局之機會甚小，且在行政立法同步同意的情形下，政府職能便有發揮之空間。

2. 憲法第 63 條之重大政策決定權

- (1)行政院為國家最高行政機關，負責作成決策，然依照憲法第 63 條，立法院亦享有議決國家其他重要事項之權。
- (2)而釋字第 520 號解釋，便將此種重大決策定性為須行政立法皆同意方得執行或不執行之權限：「至於因施政方針或重要政策變更涉及法定預算之停止執行時，則應本行政院對立法院負責之憲法意旨暨尊重立法院對國家重要事項之參與決策權，依照憲法增修條文第三條及立法院職權行使法第十七條規定，由行政院院長或有關部會首長適時向立法院提出報告並備質詢。」避免單方之決定造成行政立法之不合而生僵局，亦為解決問題之機制。

3. 憲法增修條文之人事同意權

- (1)依憲法及憲法增修條文之規定，總統得提名司法院大法官、考試院正副院長及委員、監察委員、審計長，並經立法院同意後任命。
- (2)此一規定亦須行政、立法之相互合作，其他憲法機關之成員方能夠順利產生。就此，大法官於釋字第 632 號解釋理由書中尚課予總統及立法院適時提名與適時同意之義務：「憲法增修條文第七條第二項之規定，監察院院長、副院長及監察委員係由總統提名，經立法院同意任命。此乃制憲者基於權力分立與



制衡之考量所為之設計，使總統享有監察院人事之主動形成權，再由立法院就總統提名人選予以審查，以為制衡。為使監察院之職權得以不間斷行使，總統於當屆監察院院長、副院長及監察委員任期屆滿前，應適時提名繼任人選咨請立法院同意，立法院亦應適時行使同意權，以維繫監察院之正常運行。」方能夠發揮有效合作之精神，提昇政府職能。

4. 憲法增修條文之國情報告權

- (1) 憲法增修條文第 4 條第三項規定，立法院於每年集會時，得聽取總統國情報告。是為立法院聽取總統國情報告之權力。
- (2) 此一權力可視為解除立法與行政僵局之重要條文。理由在於，如前所述，立法院並無任何監督總統之權力，故此一條文之存在，可將其視為監督總統並與其互動的重要憲法依據。若立法院因此而有監督總統之可能，則前述（一）所存在之問題，便可有效得到解決。



《中華民國憲法與英文》

一、公職人員選舉罷免法第 67 條第 2 項規定，全國不分區、僑居國外國民選舉當選名額之分配，依下列規定，其中第 5 款明定，各該政黨之得票比率未達百分之五以上者，不予分配當選名額；其得票數不列入第 1 款（即政黨得票數及政黨得票比率）計算。請問此一規定的法理根據為何？是否違反平等原則？試舉司法院大法官相關解釋論述之。（25 分）

命題意旨	本題主要測試同學對於「國會改革議題」此一重要時事的敏銳度，又「百分之五門檻條款」之修憲成效究竟如何。同學在準備上可能容易忽略的是：相關的大法官解釋。藉此更可看出，平時在準備憲法一科時，應隨時就各種憲法上之議題，環顧其相關之大法官解釋。
答題關鍵	本題從出題者所問「是否違反平等原則」，便可知出題者無意測試同學對於（美式）「平等權」審查之操作流程（即「差別待遇」、「區別標準」、「審查標準」等探討）；是討論的重心，毋寧應置於：（1）何以同樣實施「百分之五門檻條款」的德國，聯邦憲法法院會肯認其合憲性？其政治環境與相關配套措施，與我國有何差異？（2）「憲法增修條文」之「百分之五門檻條款」，有無「違憲」之疑慮？
高分閱讀	艾台大，憲法講義第三回，頁 116-118。 艾台大，憲法講義第四回，頁 112-114。 艾台大，憲法總複習講義第二回，頁 1，【中正 97 法研】解析。 陳春生「單一選區兩票制實施後立法院之運行與改革」，《台灣本土法學》第 104 期，頁 129-132。

【擬答】

（一）「百分之五門檻」之法理根據

- 1.按我國在引進「政黨比例代表制」的同時，亦採取「百分之五門檻條款」（即系爭公職人員選舉罷免法第 67 條第 2 項第 5 款之規定）。依此門檻條款，各政黨之得票比例未達百分之五以上者，其得票數不列入政黨比例代表制名額之計算。一般以為，此一繼受德國聯邦選舉法之規定，其法理根據在於防止泡沫政黨可能擾亂憲政秩序，以促使國會能夠發揮統合力量，進而增加國會議事效率，達成政治安定、責任明確之要求。因為不安定的多黨政治會使得政府的穩定性下降，政黨的聯合將成為不可避免之途。
- 2.相同的思維基礎，亦可見諸釋字第 340 號解釋。於該號解釋中，大法官對於「政黨候選人所須繳納之選舉保證金減半」之規定，亦以「其反足使小黨林立，無助政黨政治之健全發展，係對人民參政權所為不必要之限制，形成不合理之差別待遇，與憲法第 7 條規定之意旨」為由，宣告違憲。這是否意味著，我國憲法對於政黨政治所擘劃之藍圖，較偏好「兩黨政治」？而不樂見「多黨政治」的形成？值得深思。

（二）「百分之五門檻」之規定似未違反「選舉平等原則」

- 1.按憲法第 129 條規定：「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之。」據此，選舉平等原則，應屬制憲者對於我國人民行使選舉權所預設的價值立場。所謂「選舉平等原則」，對於主動選舉權人之選民而言，係指「選票數平等」（即「一人一票原則」）與「選票價值平等」（即「每票等值原則」）；對於被動選舉權人（即候選人）而言，則為「機會平等權」。
- 2.上開選罷法之規定，明顯有意排除該次選舉得票比例未達百分之五的小黨，是否有違憲法第 129 條（及憲法第 7 條）之「選舉平等原則」，非無探究餘地。蓋此將使得投票給「得票比例未達百分之五的小黨」的選民的選票，變得沒有價值；且使得票比例未達百分之五的小黨，完全喪失不分區席次的分配，亦將形成投票結果的不平等。
- 3.在德國，「百分之五門檻條款」曾經過聯邦憲法法院審查，並基於上開法理根據而確認其合憲性；該國學界通說亦同此見解。惟應注意的是，在德國，「百分之五門檻條款」尚且未產生「兩黨政治」，而是維持適當的「多黨政治」；但在我國，歷經此屆立委選舉，「百分之五門檻條款」的效應，竟形成「一黨獨大」的結果，顯示「百分之五門檻條款」，在我國應屬一過高之門檻。
- 4.準此可知，同樣實施「百分之五門檻條款」的德國，其政治上的歷史背景，顯然與我國不同。不同處在於：
 - （1）首先，德國的「百分之五門檻條款」，是搭配許多對小黨支持的制度設計，例如：公費選舉、政黨補貼或相關配套措施（例如：只要某一政黨在區域選舉獲得三席以上，即便其未達百分之五門檻，亦可獲

得不分區的席次分配)。

(2)其次，在「兩票制」的制度抉擇上，德國係採取相對重視「政黨票」的「聯立制」(即由投給政黨的第二張票來決定政黨總得票席次)，而非如同我國採取的「並立制」(即可能形成政黨得票率與政黨總得票席次不成比例的扭曲民意現象)。

5.不過，雖然「百分之五門檻條款」恐影響選民之「選票價值平等」及政黨之「機會平等權」，惟因第七次修憲後，上開「百分之五門檻條款」，非僅規範於上開公職人員選舉罷免法第 67 條第 2 項第 5 款中，更是憲法增修條文第 4 條之明文規定，準此，將形成憲法增修條文之規定是否「違憲」之憲政難題。依釋字第 499 號解釋對於「國大延任案」中所闡釋之意旨，除非是修憲機關之修憲程序存有「重大明顯瑕疵」，抑或其修憲內容已動搖「憲法中具有本質重要性而為規範秩序存立之基礎」，始謂憲法整體規範秩序已形同破毀者外，否則最高釋憲機關仍不得輕言推翻修憲機關的修憲結果。

6.職此，有鑑於第七次修憲之過程，尚未出現任何「重大明顯之瑕疵」；且「門檻條款」之設置，亦有得有效維持憲政秩序之法理根據；此外，關於「門檻條款」之數字究應如何決定，不僅牽涉每個國家的政治文化的背景，也涉及在憲法政策上，究竟要使一國的政治制度走向兩黨制或是多黨制的憲政難題，凡此，若未跨領域地進行實證研究，實無法獲致正確的結論。

7.是故，雖然「百分之五門檻條款」在我國實屬一過高之門檻，又修憲者對於修憲事實之預測及相關配套措施之規劃，亦均有未洽，惟鑑於此一門檻條款實屬憲法增修條文之規定內容，又憲法本身揭示的價值秩序乃違憲審查上應予考量之因素，是吾人尙難逕依釋字第 499 號解釋之意旨，遽謂系爭規定有違「自由民主憲政秩序」或「選舉平等原則」，而指摘其違憲。

二、何謂獨立機關？試就相關法規申明其義(5分)。國家通訊傳播委員會以及全國性公投審議委員會兩者在「政府組織」上(5分)以及「委員產生之方式」有何異同(15分)？試就司法院大法官釋字第 613 號解釋以及第 645 號解釋說明之，並闡述立法權與行政權對於委員人事決定權行使之界限。

命題意旨	本題就獨立機關及通傳會之部分，多出自同學理應熟悉的重要解釋(釋字第 613 號)；至於公投會之部分，由於涉及考前甫作成的新解釋(釋字第 645 號)，對於未及時更新的同學，可能會有錯愕。但其實只要能細心觀察兩案之背景事實，再從釋字第 613 號解釋所闡釋之意旨(亦即行政人事決定權固可受立法權制衡，但不能為實質剝奪)，並配合「舉輕明重」之法理，亦可獲得與正確答案相同的結論。
答題關鍵	應注意題目所要求回答的「異同處」。亦即，只要能確實掌握兩件實務見解的「相同點」與「相異點」，便可獲到高分。至於紛雜的學說見解或是不同意見書，就國家考試而言，其重要性相對較低。
高分閱讀	艾台大，憲法講義第四回，頁 79-98。 艾台大，憲法總複習講義，頁 115-118。

【擬答】

(一)獨立機關之意涵

1.獨立機關，係指為使若干行政組織得獨立、公正的行使職權，以確保決策上需要高度專業、去政治化或亟需顧及政治與社會之多元價值的公共事務，能夠合理有效地推動與執行，所設立之機關(釋字第 613 號解釋)。在我國現存的行政組織中，包括國家通訊傳播委員會、公平交易委員會、金融監督管理委員會、中央銀行及中央選舉委員會等機關，社會各界皆期盼他們能獨立、公正地行使職權，均可謂為獨立機關之適例。

2.又上開機關之所以被界稱為「獨立」機關，乃是因為相對於講求受行政科層管制的一般行政機關而言，它們必須超越個人或黨派利益的考量，依據專業及法律「獨立」行使職權。準此，中央行政機關組織基準法(以下稱「中組法」)第 3 條第 2 款始稱「獨立機關」，係「依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關」。

(二)系爭委員會在「政府組織」上之異同

1.國家通訊傳播委員會(以下稱「通傳會」)

按釋字第 613 號解釋稱：「行政院為國家最高行政機關，憲法第 53 條定有明文，基於行政一體，須為包括國家通訊傳播委員會在內之所有行政院所屬機關之整體施政表現負責。」基此，通傳會在中央政府組織上

之定位，應係「行政院所屬之行政機關」，且根據其編制組織，其層級相當於部會等二級機關。是其所謂「獨立」，應係指「作用法上的獨立」（即獨立於「最高行政機關」之外，惟「獨立」仍非謂其得免於受到「制衡」，釋字第 613 號解釋可參），而非「組織法上的獨立」，故其屬行政機關的本質並未改變。

2. 全國性公投審議委員會（以下稱「公投會」）

按釋字第 645 號解釋稱：「全國性公民投票審議委員會之組織係置於行政院內，並非獨立之行政機關，而是在行政程序上執行特定職務之組織，屬行政程序法第 114 條第 1 項第 4 款所稱『參與行政處分作成之委員會』。」據此，公投會雖與通傳會同樣隸屬於行政院，惟因公投會就全國性公民投票提案成立與否之決定，對外係以「行政院名義」作成行政處分，是公投會在中央政府組織上之定位，應係行政院內「參與行政處分作成之委員會」，屬機關內部之單位，與通傳會之「獨立機關」地位有異。

(三) 系爭委員會在「委員產生方式」上之異同及「委員人事決定權行使之界限」

1. 通傳會

(1) 通傳會之委員產生方式

按通傳會既係相當部會等二級機關，其成員之任命，依中組法第 21 條規定，即應由「一級機關首長提名」，並「經立法院同意後任命之」，以賦予其民主合法性。惟修法前之通傳會組織法，並未依循上開規範，而另行：A. 由黨團推薦人員組成之審查委員會；B. 並由審查委員會接受各方推薦若干名人選；C. 再由立法院以公開聽證方式進行同意程序。依此規定之程序及實質運作之結果，行政院所擁有者事實上僅剩名義上之提名與任命權，以及在整體選任程序中實質意義極其有限（即六分之一）之通傳會委員候選人之推薦權，其人事決定權實質上可謂業已幾近完全遭到剝奪。

(2) 委員人事決定權行使之界限

行政院基於國家最高行政機關，並須對行政總體施政表現向立法院負責之地位，若未能擁有對公務員之人事高權，即難以對立法院負責。又行政掌法律之執行，執行則賴人事，若未能擁有對公務員之人事高權，國家行政亦難以發揮功能。基此，釋字第 613 號解釋因而認為，行政院既對通傳會之整體施政表現負責，並因通傳會施政之良窳，與通傳會委員之人選有密切關係，而擁有對通傳會委員之具體人事決定權。惟通傳會既屬獨立機關性質，依法獨立行使職權，其委員之任期亦有法律規定，毋須與行政院院長同進退，為強調專業性，委員並有資格限制，凡此均與層級指揮監督體系下之行政院所屬一般部會難以相提並論，故與憲法第 56 條有關「行政院各部會首長由行政院院長提請總統任命」之規定有間，亦即憲法第 56 條之規範範圍並不及於獨立機關；且基於權力分立原則，行使立法權之立法院對行政院有關通傳會委員之人事決定權仍非不能施以一定限制，以為制衡。惟無論如何，權力分立制衡仍有其界限，除不能抵觸憲法明文規定外，亦不能將人事決定權予以實質剝奪或逕行取而代之。系爭規定將行政院對通傳會委員之人事選任權剝奪殆盡，抽掉責任政治人與事兩大支柱之一，並使行政、立法兩權關係明顯失衡，實難謂合乎憲法所規定之責任政治與權力分立原則，故宣告其違憲且定期失效。又為回應大法官之上開解釋，修法後之通傳會組織法，業已刪除「依政黨席次比例主導之任命方式」，整體而言，係回歸中組法第 21 條之制衡模式，似可謂一允當之立法。

2. 公投會

(1) 公投會之委員產生方式

按現行公民投票法之規定，公投會之委員係由各政黨依立法院各黨團席次比例推荐，並送交主管機關提請總統任命之。亦即，不同於上開通傳會委員之產生方式，關於公投會委員之產生方式，實係由各政黨依立法院各黨團席次之比例，獨占人事任命之決定權，使行政院院長對於委員之人選完全無從置喙，僅能被动接受提名與送交總統任命，實質上完全剝奪行政院應享有之人事任命決定權。

(2) 委員人事決定權行使之界限

釋字第 645 號解釋因而認為，公投會之職務，係就個別全國性公民投票案，審議是否符合規定而屬得交由人民創制或複決之事項，具有協助人民正當行使創制複決權之功能，性質上屬行政權。因行政掌法律之執行，執行則有賴人事，是行政權依法就所屬行政機關之具體人事，不分一般事務官或政治任命之政務人員，應享有決定權，為民主法治國家行政權發揮功能所不可或缺之前提要件。公投會既設於行政院內，並參與行政院作成行政處分之程序，故對該委員會委員之產生，行政院自應享有人事任命決定權。又同樣有鑑於公投會之功能與一般行政機關須為政策之決定及執行者不同，故與通傳會委員相同的是，公投會委員之產生亦非憲法第 56 條之規範範圍，立法院固非不得參與或以其他方式予以適當之制衡，但其制衡應有界限。而公投法就委員產生方式之規定，既已完全剝奪行政院應享有之人事任命決定權，顯已逾越憲法上權力相互制衡之界限，自屬抵觸權力分立原則，故與釋字第 613 號解釋相同，宣告相關

規定違憲並定期失效。

三、司法院大法官釋字第 405 號解釋理由書明示：「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。」此項明示對違憲審查有何影響？婚姻與家庭應受憲法保障，憲法本無明文，司法院憲法解釋由何推論至婚姻家庭應受憲法制度性保障，並適用於何具體公法案件？（20 分）

命題意旨	本題係承接去年（96 年）律師「立法院是否可以重新制定曾被大法官宣告違憲之內容相同的法律」的另一種變化題型，同學在回答上「理」應遊刃有餘才是。 本題主要涉及婚姻與家庭之憲法保障，在歷屆考題中，亦不乏出現「眾多」就「制度性保障」與「憲法未明文列舉之基本權」的相關題型。於此在在顯示，同學只要能勤練考古題型，並適時注意新近之大法官解釋，想要在憲法一科一舉擒獲高分，應非難事。
答題關鍵	本題之答案由於仁智互見，故不一定要遽下結論，但應廣泛地就正、反兩面，思考「大法官解釋對立法者的拘束力」之議題。 本題應循序且有條理地就相關大法官解釋進行整理，最後並補充德國法制上對於基本權利之「主觀權利/客觀性規範」的二分法體系，業已經上述解釋注入我國憲法的「婚姻」圖像當中。
高分閱讀	艾台大，憲法講義第一回，頁 47-48。 艾台大，憲法講義第三回，頁 162-166。 艾台大，憲法總複習講義，頁 23-25、95-96。 吳信華「大法官解釋的一般拘束力」，《月旦法學教室》第 47 期，頁 8-9。

【擬答】

(一)大法官解釋對立法者的拘束力

- 關於大法官解釋之效力，現行司法院大法官審理案件法並無明文，而係透過釋憲實務予以闡釋（釋字第 177、185、188 號）。其中，釋字第 185 號解釋曾謂：「本院之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。」然在違憲審查所引發的問題卻是，大法官的解釋是否確實得完全拘束立法者？（例如：立法院迄今仍拒絕採納釋字第 530 號解釋「將司法院改制最高審判機關」之見解）；又，立法者是否可以重新制定曾被大法官宣告違憲之內容相同的法律？（例如：釋字第 278 號解釋就教育人員任用條例之相關條文宣告違憲後，立法院又為相同內容之修法，爾後為釋字第 405 號解釋再次宣告違憲。）
- 倘依大法官職司釋憲，負有維護憲法最高性並架構客觀合憲秩序的憲法任務之角度觀之，大法官解釋中對於憲法所為的闡釋，理論上而言，即為憲法內涵與價值的呈現，立法者身為國家機關之一，自當有遵循憲法的義務，是故亦應受大法官解釋之拘束。新修正之憲法訴訟法草案第 32 條：「憲法法庭判決有拘束法院、各機關、地方自治團體、人民、法人及政黨之效力，法院、各機關、地方自治團體處理有關事項，應依判決意旨為之，並負有採取必要措施以實現判決內容之義務。」可謂斯同此旨。
- 惟仍應注意的是，立法者自身亦有具體化憲法的任務，在合憲意旨下，基於立法者具有基於民主正當性之特殊責任，且法秩序必須適應社會需求而有所變遷，是其於形成自由的範圍內應可自行決定；且立法者受「釋憲機關決定」之拘束，無論如何，不能與受「憲法」之拘束等量齊觀；更何況，立法者本即應遵守「憲法機關忠誠」之義務（釋字第 632 號解釋可參），要無得予恣意立法之合憲空間。然而，一般仍以爲，縱使肯認立法者得重新制定曾被大法官宣告違憲之內容相同的法律，或制定與釋憲意旨不同的法律，其理當具有明確之合憲理由，並遵循「憲法機關忠誠原則」，更不能忽略先前釋憲機關所闡釋之違憲（或合憲）論點，均不待言。
- 由是觀之，釋字第 405 號解釋理由書中雖明示：「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。」其基於權力分立原則及立法權受憲法拘束之原理，推導出立法者須受大法官解釋內容拘束之結論，固有所本，然若更精緻言之，立法者所遵循者，應係大法官解釋所為之「合憲意旨」，而非「解釋文句」本身，不可不慎。

(二)婚姻家庭之制度性保障

- 婚姻關係與家庭生活的保障，在我國憲法中並未明文規範，惟由大法官歷來之釋憲實務觀察，已有多號解釋承認人民之婚姻自由與婚姻生活秩序，應受憲法保障，例如：

- (1)釋字第 242 號解釋，保障人民有長期實際共同生活事實之合法婚姻關係，不因國家遭逢重大變故，反遭一般重婚禁止規定所影響；
 - (2)釋字第 362 號解釋，承認人民有婚姻自由，並避免重婚禁止規定妨礙人民善意行使選擇配偶之權利；
 - (3)釋字第 552 號解釋，雖進一步限制釋字第 362 號解釋僅適用於雙方善意且無過失之情形，但認為婚姻自由係受憲法第 22 條所保障之人民自由權利之基本觀點，並無不同，其具體內容至少包含婚姻擇偶之自由及穩定共同生活秩序之保障；
 - (4)釋字第 554 號解釋，則認為婚姻制度係受憲法制度性保障，其核心係在使「一夫一妻」「營永久共同生活」並使「雙方人格得以實現與發展」，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。
- 2.綜上所述，在大法官解釋中，似乎特別重視「一夫一妻」的婚姻制度所維繫的社會秩序，並認為在婚姻關係中，男女雙方應以永久生活為目的，並互負同居之義務。是有論者以為，我國憲法雖無直接明文規定國家保障婚姻制度，但從第 22 條基本人權之保障及第 156 條母性保護之規定，在解釋上應與德國基本法第 6 條（該條規定「婚姻與家庭應受國家之特別保護」）之意旨相同。
- 3.又締結婚姻關係，亦屬人格發展自由之一環，大法官稱之為「結婚之自由」（釋字第 362 號解釋），但因其並非純粹之個人自由，尚涉及個人身分的確定、家庭制度、子女身分之保障，乃至於夫妻間財產等經濟行為，故國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自有義務建立一合乎事理之婚姻制度。正如釋字第 554 號解釋所云：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。」
- 4.準此，大法官不僅明文承認「婚姻生活與家庭關係」應立足於憲法的層次加以保護，更將德國法制上對於基本權利區分成「主觀權利/客觀性規範」的二分法體系，注入我國憲法的「婚姻」圖像當中。換言之，憲法不僅應該保障「婚姻自由」作為「主觀性權利」，更應積極維護一套「婚姻制度」作為「客觀性的規範」。

《中華民國憲法》

甲、中華民國憲法部分：(70 分)

一、為防止過量的汽、機車於市區行駛造成重大空氣污染，環保署遂於空氣污染防治法中增訂一條規定「人口超過五十萬之直轄市、市及鄉鎮(市)得於市區內劃定空氣污染防制專區。汽、機車非經繳交特許費，不得駛入該專區。前項空氣污染防制專區之劃定由環保主管機關公告之。特許費之費率應依汽、機車之排放量、排放污染物之種類及濃度由環保署公告之。」此規定並經立法院一讀通過。某甲為貨車司機，進出市區頻繁，認為該規定造成其生計困難，侵害其權利，試問：

(一)您如為甲之律師，應於何時依據何種要件與程序向司法院大法官聲請釋憲？又有權聲請釋憲之主體為何？並述明理由。(15 分)

(二)您如為司法院大法官就該法案規定之實質內容為審查時，其是否具合憲性？並述明理由。(10 分)

命題意旨	1.程序上，應清楚地掌握人民聲請釋憲之要件與程序，特別是「窮盡救濟程序」的要求； 2.實體上，關鍵在於(形式及實質之)審查標準的擇定，應考量的可能因素為何？以及特許費之收取與其管制目的間是否具一定程度之關聯性？(同學若採比例原則進行審查，亦可)。上述二者之論證詳實與否，將左右本題之得分高低。至於特許費之法律性質，由於是憲法考題，故即便判斷為特別公課者，應不致影響得分。
答題關鍵	本題應稍加注意的是兩小題之配分比重不同，較為簡單的程序有高達 15 分，同學即應完全掌握；反而是較為棘手的實體僅分配 10 分，故即便寫得稍不順手，亦不致影響總體分數。
高分閱讀	1..艾台大，憲法第一回 第一章：單元參－我國司法違憲審查制度的類型與審查程序 第三章：單元肆－基本權利案例的思維流程 2.經典題型系列-憲法解題概念操作（下）（植憲） P.5-178～5-230：司法違憲審查制度，釋憲主體（相似度 90%） 3.經典題型系列-憲法解題概念操作（上）（植憲） P.3-83～3-125：基本權之限制、審查密度、標準（相似度 80%） P.4-259～4-289：生存權、工作權（相似度 75%） 4.第 115 期法觀人：P.55～57：違憲審查制度（相似度 70%）

【擬答】

本題主要涉及人民聲請釋憲應具備之要件，以及研議中之空氣污染防治法(以下簡稱「空污法」)對於進入空氣污染防治專區之人課徵特許費之合憲性審查，茲就上述提問說明如下：

(一)人民聲請釋憲之要件、程序與主體

1.人民聲請釋憲之要件、程序

關於人民向大法官提出聲請法令違憲解釋之要件與程序，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」，原則上應符合下列各項要件：

(1)聲請人與聲請能力

「聲請人」必須為人民、法人或政黨；「聲請能力」係指能獨立以自己之名義行使或主張基本權利之能力，若聲請人可有效認知並主張基本權利者，即應肯認之。

(2)聲請對象

「聲請對象」僅限於「確定終局裁判」所適用之「法律」或命令。法律，乃指形式意義之法律，即憲法第 170 條規定「經立法院通過，總統公布」已生效，並定名為「法、律、條例或通則」之法規範。

(3)聲請權能

「聲請權能」乃指聲請人應明確指陳其憲法上何種權利遭受侵害。所謂「侵害」，解釋上必須是「自己」、「直接」且「現時」之受侵害。

(4)窮盡救濟途徑

文義所謂「確定」終局裁判，係指不能以任何方式聲明不服。依此解釋，則任何審級之法院裁判在確定後，均屬「確定終局裁判」(例如：當事人於一審敗訴後放棄上訴致裁判確定)。惟我國實務上，或基於貫徹普通法院的審級救濟，或基於促使大法官能集中爭點於憲法問題的思考，以避免就本案涉及相關法令為過多之一般性陳述，故將前述文義僅限縮於「終審法院」之確定終局裁判(即人民聲請釋憲之「補充性原則」)。對此，學說上有認為，倘若依一般的審級救濟，確已無法給予人民有效之救濟可能性(例如：聲請案件在憲法上具有原則之重要性，或窮盡救濟途徑將造成當事人重大且不可回復之損害，或依向來之實務見解，本案顯無勝訴之可能性時)，似應考慮就此一要件例外放寬。綜上所述，可知系爭空污法之課徵規定，或可認為其在憲法上具有原則之重要性，但依人民聲請釋憲之補充性及本案事

實所陳，倘責令甲先依一般法律程序提起救濟，應不致遭受重大且無法避免之損害，且空污法之修正條文尚未完成立法程序，對未來不定時之潛在性侵害，甲若欲直接聲請釋憲，按現行實務運作，大法官不受理之可能性極高。故甲之律師僅得建議甲應待法律通過後「以身試法」，於窮盡審級救濟程序後，再主張空污法之系爭規定有過度侵害人民財產權之虞，且規範內容尚未臻明確，請求大法官宣告該法律違憲。

2. 聲請釋憲之主體

現行人民聲請法規違憲審查，其聲請主體有法定資格限制，不僅應限於具「聲請能力」之「人民、法人或政黨」，且亦不承認所謂民眾訴訟，即並非任何人對於無關於己之法規，認有違憲疑義時均可聲請釋憲。

(1)就前者而言，依上述題意，甲為一力謀生計之貨車司機，應可有效認知並主張其財產權保障，故具備釋憲之「聲請能力」，毋庸賴其法定代理人代為聲請；又即便甲為一外國人，其是否得享有我國憲法上之基本權利，學說上素有爭論。然由於系爭法規可能侵害者，乃甲之財產權，對此種權利之保障，學說上則無異議，不但本國人得享有，即便是外國人，亦應享有之。

(2)就後者而言，既然系爭法規將來可能侵害之實體法上權利，乃甲之財產權，是甲之律師自不符合「憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」之要件，故本案有權聲請釋憲之主體，仍為甲本人，而非其律師。

(二)空污法規定之合憲性審查

1. 「特許費」之法律性質

空污法上開規定對於特定人民課予繳納租稅以外之金錢義務，首先值得探究者，係該金錢給付義務之法律性質？或有認為，對進入空氣污染防治區之特定汽、機車所課徵之特許費，應屬釋字第 426 號解釋所承認之「特別公課」。惟鑑於特別公課係國家對人民以公權力課徵，並納入封閉之財政循環系統(特種基金專戶)，用以挹注國家特別支出之金錢給付義務。然本案所涉之特許費，其收入面似仍為「統籌統支」列入預算，不同於特別公課之「專款專用」，再就特許費具「經濟誘因」之性質而論，吾人以為，特許費之法律性質，毋寧更接近所謂「管制特許規費」。按管制特許規費者，係授與特許權利或使用許可之對價，其係以規費作為行為引導工具，可對有限之環境資源，建立起管制之人為市場秩序。

2. 系爭規定涉及人民財產權之限制

又國家基於一定之公益目的，對特定人民課予繳納租稅以外之金錢給付義務，涉及人民憲法第 15 條之財產權保障，向為釋憲實務所採(釋字第 593 號、第 472 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書)，亦有穩健之學理支持。

3. 形式上審查

(1) 審查標準的決定

承上，管制特許規費，既以管制誘導人民行為為主要目的，故不受「成本填補原則」之拘束。而也因其不反映成本，是一般認為須受較嚴格之「法律保留原則」拘束。因之，釋憲實務對於主管機關課徵「空氣污染防治費」(釋字第 426 號解)，及「汽車燃料使用費」(釋字第 593 號解)兩案所採取之「寬鬆審查標準」，亦即容許「按授權法律整體規定之關聯意義，綜合判斷立法機關之授權是否符合授權明確性原則」，雖具參考價值，惟不當然適用於本案。

(2) 審查結果

就題意來看，空污法雖已就特許費之徵收「目的」(即「為防止過量的汽、機車於市區行駛造成重大空氣污染」)及「對象」(即「進入特定空氣污染防治區之汽、機車」)明文規範，然為避免行政機關假特許費之名，而達增加財政收入之實，並參酌釋字第 593 號及第 426 號解釋之意旨，吾人以為，其他關於特許費徵收之費率、上限及期限等事項，仍應以法律明文規定，以防止財政憲法遭受破壞與架空。

4. 實質上審查

又人民之自由及權利之限制，即便形式上符合法律保留原則，其實質內容，亦須符合憲法第 23 條之其他規定，方屬合憲。

(1) 審查標準的決定

以憲法第 23 條審查系爭特許費之收取是否合憲，首須決定應採取何種審查標準以決定審查的密度。而司法審查標準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立制衡之理論上及實際上需求、民主制度之反省、自身專業能力、與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型之案件時，對於政治部門已作之決定要介入到多少程度之判斷。就本案而言，由於涉及財產權之限制，故或有認為，從司法釋憲者自身的功能與角色而言，不僅缺乏決定政策所需之資訊，亦不具進行社會資源重分配所需的專業能力與民主代表性，更不對所做決定負政治責任，是政治部門的決定倘非全然恣意，或明顯與國計民生的均足目標背道而馳，釋憲者實不宜從嚴審查。惟倘若考量憲法「課國家以維護生活環境及自然生態之義務」的基本價值決定(憲法增修條文第 10 條第 2 項)，且從「環境資源之利用常涉及世代正義」之立場而論，採一律放手之寬鬆審查則未必適宜，是吾人以為，本件至少應根據中度審查的標準，檢討政治部門所作的評價其規範目的是否為追求實質重要的政府利益，且其手段是否與目的之達成間具有實質重要之關聯性。

(2) 在立法目的方面

開徵特許費之規定，顯而易見的立法目的，係為防止過量的汽、機車於市區行駛，造成重大空氣污染。在憲法增修條文課予國家維護自然環境之義務要求下，防治空氣污染當為上述義務中重要項目之一，鑑於上開憲法委託最能反映修憲者對於生態環境價值的強調與重視，是國家為處理此種社會問題所課予人民之金錢給付義務，帶有濃厚的社會義務性，乃重要的政府利益，應無疑義。

(3) 在手段方面

一般以為，為突破環保政策執行困難及保護有限的環境資源，依據「污染者付費原則」所設計之特許費制度，實兼具「行政管制」與「經濟誘因」之功能。再就「其藉由提高汽、機車進入市區之使用成本，而非提高牌照稅等持有成本」，以及「目前微波、紅外線或照相辨識等科技亦趨成熟，使得課徵技術難度降低許多」而論，該手段與其規範

目的間之契合程度似尚具合理關聯性，因而此制相繼獲得倫敦、新加坡等國青睞。惟國外成功之經驗得否原版移植國內，更應審慎明辨各國情勢與在地特殊因素之差異，未可逕自比擬。衡諸特許費之收取，係採以價制量的市場機制來排除部分使用者，政府在追求管制效率的同時，更應考量的是：目前有大眾便捷的大眾運輸系統得適時搭配？在大眾運輸使用率確實偏低的今日(即便最高的台北市也僅有 40%)，逕予開徵特許費，不僅對於相形弱勢之機車族群或往返奔波於市區之勞工階層而言，猶如沉重之負荷，且恐有加劇市區外居民的相對剝奪感，甚至引發市區房價飆漲等後續效應，而這些疑問，均應由政府部門積極舉證並提出說明。事實上，政府若心繫其維護環境保護的責任感，猶有其他得當機立斷的措施可為(例如：加速汰換老舊汽、機車；對於違規排放廢氣之柴油卡車、客車進行管制)。吾人以爲，我們雖然已經沒有太多的資源可任意揮霍，但在相關配套措施尚未建制完成前，貿然採課徵特許費之管制手段，確實無法緊密契合其所欲追求之管制目的。

5. 結論

準此，空污法之上開規定對於特定人之財產權有所限制，惟形式上，該規定似有違法律保留原則與授權明確性原則；又退步言之，即便吾人肯認其形式審查合憲，就其實質內容來看，課徵特許費之管制手段與合憲之目的達成間，亦不具實質關聯性，故大法官應宣告其違憲。

【參考資料】

1. 吳信華，我國憲法訴訟制度之繼受德國，月旦法學雜誌，第 116 期，頁 23-38。
2. 葛克昌，論公法上金錢給付義務之法律性質，行政法爭議問題研究，頁 1035-1084。
3. 潘翰聲，塞車費之外的選擇，中國時報 A23 時論廣場，2007/7/13。
4. 月旦法學教室第 52 期：P.6~7：「憲法疑義」的憲法訴訟類型（吳信華）

二、有關我國行政院院長的任命，憲法第 55 條原規定：「行政院院長，由總統提名，經立法院同意任命之。」而中華民國憲法增修條文第 3 條：「行政院院長由總統任命之。…」刪除了經立法院同意之規定。請比較兩者在制度上的特色(10 分)及其對行政院、立法院間憲政關係運作之影響？(15 分)

命題意旨	本題為權力分立與政府組織之常見考題，在制度之特色上，主要應回答兩種不同政府體制之差異何在；在運作之影響上，應從「行政權之歸屬」以及「行政與立法間之關係」兩點思考起，並提出相關問題意識，才能圓滿地回答出題老師希望看到的答案。
答題關鍵	答題上，基於政治正確的考量，盡可能持平地提出兩方的見解，而不拘泥於一家之見，才容易穩紮穩打地獲取分數。
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> 1. 重點整理系列-中華民國憲法（賀祥宏） P.3-83~3-86：行政院長之任命（相似度 95%） 2. 經典題型系列-憲法解題概念操作（下）（植憲） P.6-72~6-75：行政院長與立法院職權互動（相似度 85%） 3. 實例演習系列-憲法實例演習（劉律師） P.4-117~4-137：行政、立法相互制衡、負責之憲法互動（相似度 80%） 4. 林子儀、黃昭元、張文貞、葉俊榮四人合著，「憲法－權力分立」，頁 126-166。 5. 艾台大，憲法第四回(第五章：單元壹－國家組織法總論)。

【擬答】

本題主要涉及第四次修憲前後之中央政府體制比較、組閣權歸屬以及行政權與立法權間之互動關係，就本題所示，分別分析說明如下：

(一)第四次修憲前後之制度特色比較

1. 憲法本文(以下簡稱「本文」)之制度特色

一般以爲，在本文(未受動員戡亂時期臨時條款與前三次憲法增修條文修正前)的架構下，我國的中央政府體制與典型的內閣制設計雖非全然相同，但仍屬內閣制：

(1)內閣制之特色在於：

A. 按憲法本文第 53 條規定，行政院爲國家最高行政機關；且

B. 行政院必須依下列方式對立法院負責(本文第 55、57 條)：

(A) 行政院院長之任命須經立法院之同意；

(B) 行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責，立法院有向行政院長及各部會首長質詢之權；

(C) 立法院得決議移請行政院變更重要政策。

C. 此外，總統依法公布法律、發布命令，須經行政院院長之「副署」(本文第 37 條)；總統「依法」宣布戒嚴，須經行政院會議之議決(本文第 39 條)；總統於國家遭遇重大變故時，必須經行政院會議之決議，「依緊急命令法」始得發布緊急命令(本文第 43 條)。

綜上所述，可知本文架構下之總統，只是「修正內閣制」下的元首，逕稱其爲虛位元首，固非的論，但其並非一負有實際政治責任之行政首長，則爲不爭之事實。

(2)其修正之處在於：

- A.典型內閣制之各部會首長須同時為國會議員(本文第 75 條)；
- B.又本文放棄內閣制常見之倒閣與解散國會制度；
- C.此外，本文也緩和了行政與立法關係間的尖銳性，蓋覆議案未通過，行政院院長仍可「接受」，而不必「辭職」。

(3)在「修正內閣制」之前提下，基於「民意政治」與「責任政治」之原理，大法官因而認為：

- A.在新任立委選出後就職前，行政院院長應率內閣提出總辭(釋字第 387 號)；
- B.此外，在新任總統選出後就職前，行政院院長毋庸率內閣提出總辭(釋字第 419 號)。

2.第四次修憲之制度特色

1997 年的第四次修憲，一般咸認對於中央政府體制有相當重大的變革，蓋其係以法國第五共和的雙首長制(半總統制)為師法的對象。在具體之設計上，行政院雖仍向立法院負責，但行政院院長直接由總統任命，不再需要經過立法院的同意(增修條文第 3 條第 1 項)，而改為以「事後的不信任投票」方式，向立法院負責(增修條文第 3 條第 2 項第 3 款)。不過，就實際修憲之結果來看，此次修憲，仍與法國的第五共和憲法有所落差。重點在於：法國第五共和憲法的實際運作，「換軌制度」是一項重要的機制。然而，在第四次修憲的條文中，卻未將換軌制度明文規範，也未將法國第五共和憲法關於「雙首長制」的相關規定全盤移植。因此，現行體制是否即為法國第五共和版的雙首長制，仍非無討論餘地。

(二)第四次修憲對行政院、立法院間憲政關係運作之影響

1.組閣權之歸屬

關於內閣的形成，就任命閣員部分，在第四次修憲前後並無差異，蓋均由「行政院長提請總統任命」。惟就行政院長之任命權，在修憲前，因本文第 55 條之同意權規定，立法院因此取得事前介入組閣之明文依據；惟修憲後，立法院同意權之規定既已刪除，其是否當然影響行政院院長之任命權歸屬？進一步言，在分裂政府時，總統有無義務任命立法院多數所支持的行政院院長？舉凡此等提問，迄今學說與實務均尚存歧見：

- (1)有學者參酌修憲理由說明(修憲理由中指出：「現行行政院院長由總統提名，經立法院同意的設計，一旦立法院無任何一政黨控制過半席次時，恐不利於政治之穩定。本項調整旨在賦予總統根據民意逕行任命行政院院長的權力。惟該項權力之行使仍必須考量立法院之政治情勢，任命多數黨可接受之人選」)，並依據「行政院對立法院負責」的憲法規定，故認為當總統之黨籍與立法院多數黨不同時，總統有「義務」任命立法院多數黨(可接受)的人選，以切換至立法院多數黨這一軌。
- (2)惟亦有學者認為，「換軌制度」畢竟未形諸條文，修憲理由並非條文本身，無法發生實證憲法的規範效力。況且憲法明文規定的是行政院僅「有限度地」對立法院負責，若僅循此一負責之規定，即推演出「行政權應完全從屬於立法院」的結論，委實稍嫌速斷。是除非將來形成有拘束力的憲政慣例，否則總統並無任命立法院多數黨(可接受)人選的「法律上義務」，至多只是列為政治上應充分考量之因素而已。

2.行政院院長之免職權歸屬

我國憲法(本文及前三次增修條文)未就行政院長的任期或何時去職明文規定，算是一項憲法漏洞；第四次修憲後，增修條文第 3 條第 1 項已經明文規定總統有權單獨任命行政院院長，無須立法院的事前同意。是一般認為，既然總統有「單獨」、「完整」的任命權，也應該擁有「獨立」的免職權。如此解釋，始符合人事權的基本法理，亦即「任免一致(或合一)」，有任命權就應當有免職權。至於立法院的不信任投票權，應認為僅是與總統的免職權平行、並存，而非成為事後決定行政院院長去留的唯一、排他性權力。

3.釋字第 387 號及第 419 號解釋之適用

由於第四次修憲後，立法院同意權之規定業已刪除，則大法官於修憲前所作成之釋字第 387 號及第 419 號解釋，是否仍繼續有效，學說上有不同之意見：

(1)立法院改選後，行政院有無總辭的憲法上義務？

A.肯定說

有學者認為，即便釋字第 387 號解釋在第四次修憲前作成，然於第四次修憲後，因「行政院長應向立法院負責」之規定並未改變，故釋字第 387 號解釋仍有適用餘地。況且，行政院長的總辭，並不影響總統的提名權，總統若認為有必要，仍得提名原任者出任閣揆。因此，在新任立委選出後，行政院長仍應率同內閣提出總辭。

B.否定說

但也有學者認為，第四次修憲後，釋字第 387 號解釋不當得繼續適用，其理由在於中央政府體制已截然不同。進一步言，增修條文第 3 條雖仍規定「行政院長應向立法院負責」，但條文中的「負責」是一個需要解釋的抽象概念。要之，行政院雖然還是要向立法院負責，但是負責方式已經有重大改變。行政院對立法院負責的方式已經從「事前同意權」改為「事後的不信任投票」，這是修憲者有意的改變。改變的目的就是要使立法院「在憲法上」不能再「事前」決定行政院長的人選。立法院的多數如果反對原來的行政院長繼續留任，大可發動不信任投票，以此決定行政院長的去留。因而，現在行政院長可以說是向「既有的立法院多數」負責，而不再是向「新的立法院」負責，這是修憲者透過修憲條文明確表明的修憲意旨，在沒有發生重大情勢變更前，吾人應該尊重此項決定。

(2)總統改選後，行政院長有無總辭的憲法上義務？

A.肯定說

有學者以釋字第 419 號解釋為理由，而認為在新任總統就職時，行政院長不必率內閣總辭。其主張釋字第 419 號解釋的效力，在第四次修憲後依然有效，蓋依憲法規定，行政院長仍對立法院負責，立法院未改選，行政院長即無率同內閣總辭的憲法義務。

B.否定說

但也有學者認為，第四次修憲後，我國政府體制已改為雙首長制，行政院長應於新任總統就職時率內閣總辭，乃雙首長制的一項重要制度；退步言之，即便拋開現行政府體制的定位問題，單從增修條文的權力互動規範來看，亦可認為有關行政院長的去留，儼然已形成新的規範基礎，也就是：總統有權單獨決定內閣的去留，而立法院只能以不信任投票權事後倒閣。因此，釋字第 419 號解釋於 97 修憲後，即不當於完全適用。

【參考資料】

- 1.黃昭元，總統改選後行政院長應否辭職？月旦法學教室－公法學篇，頁 88-89。
- 2.黃昭元，立法院改選後行政院長應否辭職？，月旦法學教室－公法學篇，頁 94-95。
- 3.黃昭元，當雙首長制遇上分裂政府－組閣權歸屬的爭議，月旦法學教室－公法學篇，頁 92-93。

三、憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」此一條文可稱為「概括基本權」規定。請問依司法院大法官解釋，不屬於憲法第 7 條至第 18 條及第 21 條，但可列入第 22 條所保障者，有那些基本權利？(12 分)大法官的論述共通理由為何？(3 分)依您所見，除大法官所列者外，其他可能列為基本權利者，尚有那些？其法理依據為何？(5 分)

命題意旨	本題為國家考試常見之考古題，答題之關鍵在於清楚突顯釋憲實務已承認類型之共同特徵，即人格發展的自由。至於尚未承認之權利類型，或因每位學者之認知尚有差異，故答案應非固定，只要能簡明地提出幾種可能之情形即可。
答題關鍵	本題由於是考古題的重新翻版，因此答題上應將新近解釋予以補充，才能獲得完整的分數。
高分閱讀	1.三等考場特刊：第 1 題：憲法 22 條之概括基本權（相似度 60%） 2.重點整理系列-中華民國憲法（賀祥宏）P.2-290～2-307：非明文列舉之憲法權利（相似度 90%） 3.經典題型系列-憲法解題概念操作（上）（植憲）P.4-373～4-417：非列舉基本權種類（相似度 90%） 4.實例演習系列-憲法實例演習（劉律師）P.3-321～3-367：非列舉權之大法官解釋（相似度 90%） 5.憲法必備釋字精研（植憲）P.3-200～3-228：剩餘基本權大法官釋字（相似度 95%） 6.艾台大，憲法第三回(第四章：單元拾伍－憲法上未明文列舉的基本權)。

【擬答】

本題主要涉及目前釋憲實務「已觸及」，與「尚未觸及」但應予列入憲法第 22 條之概括基本權類型，茲分述如下：

(一)釋憲實務承認之例

憲法上未明文列舉之權利，是否均應予以「憲法化」，並給予和明文列舉權利同等程度之保障，素有爭論。參考釋憲實務，就憲法上未明文列舉權利的解釋方法，除「採取以列舉權利保護範圍涵蓋」外(此種解釋方法常見者，例如：釋字第 364 號解釋，就憲法第 11 條「言論自由」推演出「傳播自由」與「接近使用媒體權」；釋字第 380、450 號解釋，就憲法第 11 條「講學自由」推演出「學術自由」、「研究自由」、「教學自由」及「學習自由」；以及釋字第 476 號解釋，認為死刑應不抵觸生存權之反面解釋，似可從憲法第 15 條「生存權」，推演出「生命權」之保障)，一般而言，其大抵循憲法第 22 條之「概括基本權」規定，作為相關權利保障之規範依據，例如：

1.姓名權

釋字第 399 號解釋認為「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第 22 條保障」。

2.知悉身世的自由

釋字第 587 號解釋認為「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國…兒童權利公約…所揭櫫；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第 22 條所保障」。

3.隱私權

釋字第 603 號解釋認為「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障，其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」(另請參照釋字第 509、535、585、586 號解釋)。

4.婚姻自由

釋字第 362 號解釋認為「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第 22 條規定，應受保障。」另釋字第 554 號解釋亦認為「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能」(另請參照釋字第 242、552 號解釋)。

5.性行為自由

釋字第 554 號解釋認為「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第 22 條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約」。

6.契約自由

釋字第 576 號解釋認為「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其具體

內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第 15 條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第 14 條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制」(另請參照釋字第 578 號解釋)。

(二)大法官論述的共通理由

揆諸上開解釋之說明，並將大法官所承認之實例予以最大抽象化程度的結果，可以發現大法官論述的共通理由，均不外乎對於「人格發展自由」的保障。所謂「人格發展自由」，係指人民基於自由意志可自主形成行為的自由，亦有稱「一般行為自由」，為我國繼受德國憲法的概念。按德國基本法第 2 條之「人格發展自由」，學說上稱為「剩餘基本權」，故可知其承載之功能，應相當於我國憲法第 22 條之「補遺功能」。此乃何以大法官所承認之概括基本權類型，均涉及人格發展之自由，如此結果應不令人意外。

(三)其他應予承認之例及其法理依據

截止目前為止，大法官藉由憲法第 22 條的補遺權規定所發揮之影響，功能尚稱有限。是學說上有認為，在下述情形，因該項權利已具有普遍性與不可侵犯性，而值得以憲法保障，故應予以承認屬憲法第 22 條之保障範圍：

1.環境權

環境權係因應時代及自然生態變遷所產生之概念，非屬古典之基本權。而是因工業化以後所帶來的公害問題，使環境權之概念日益高漲。依大法官釋字第 426 號解釋，就有關空氣污染防治費之徵收，提及「主管機關徵收費用之後，應妥為管理運用，俾符合立法所欲實現之環境保護政策目標，不得悖離徵收之目的，乃屬當然。」該項政策目標之依據，在解釋理由書中則援引憲法增修條文第 10 條第 2 項「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」，「係課國家以維護生活環境及自然生態之義務，防制空氣污染為上述義務中重要項目之一」。得否依此推演出所謂環境權之保障，值得探討。一般之理解，「環境權」係指對自然之生態及生活周遭環境可以享有之利益狀態。但環境權可否直接視為主觀權利，並透過訴訟獲得救濟，亦或僅是國家之指導綱領，人民就環境之享受至多僅是反射利益，尚有斟酌之餘地。有論者以為，由於環境權性質上屬複合權，除涉及憲法第 15 條之生存權及財產權之保障外，尚與團體之福祉有關，故若能以憲法第 22 條為媒介，將列舉之生存權、財產權與基本國策性質之增修條文第 10 條第 2 項結合起來，似非不能成為環境權之立論基礎。

2.健康權

此外，學說上尚有認為，依憲法增修條文第 10 條第 5、7、8、9、12 諸項，似不難推演出憲法上關於「健康權」之保障。司法院大法官亦於相關解釋中提及國家應「維護國民健康」並「增進民族健康」(釋字第 414、472、476、577 號等解釋)。上述解釋雖未直接援引基本國策規定為解釋依據，但基於國家有保障人民身體健康之義務，故似可藉由憲法第 22 條之媒介功能，將基本國策保障健康權之功能充分發揮。

3.知的權利

知的權利係指有知悉某些公共事務之權利，人民對公共事務之知悉是民主政治健全發展的重要前提。人民若缺乏知悉公共事務的可能性，則經由選舉之政治意志形成過程必然會被操縱，從而違反自由的民主秩序。是該項權利倘不妨礙社會秩序、公共利益，因其權利主體幾乎是每個人，即具有人權或基本權利之品質，其雖未為憲法明文規定，但學說上有認為，似可由憲法第 1 條及第 22 條之規定，導出知的權利應受憲法直接保障。

惟應特別注意的是，大法官藉由釋憲的方式，將各種憲法未明文列舉之基本權，納入憲法第 22 條之列，固有因應時勢變遷，並兼顧個案正義之優點，惟以概括條款進行解釋，畢竟與允許司法造法，容許司法者創設新興的基本權利無異，其是否有過度侵犯制憲者或修憲者之權限，進而違反權力分立原則之疑慮，誠值注意。

【參考資料】

- 1.李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障－司法院大法官相關解釋之評析，收於「憲法解釋之理論與實務(第三輯)」，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 356-394。
- 2.李惠宗，憲法要義，元照，頁 339-359。

乙、英文部分：(30 分)

【擬答】略

《中華民國憲法》

一、某甲因反對核四興建，得知近日將復工，所以某甲聚集反核人士駕駛漁船數十艘，於廠區外之海域阻擋相關工作人員與設施由海上裝設，另一方面某乙號召反核人士於海灘裸體抗議，請回答以下問題：(25分)

(一) 某甲等人主張此乃憲法所保障之集會遊行自由，所以無須申請，在進行海上抗議時，因內政部警政署以八五警署保字第84396號函認定海上聚眾活動不適用集會遊行法，所以海巡隊以海岸巡防法第五條第一項第五款認定有危害海域秩序行為或影響安全之虞，直接扣押某甲船隻，試問某甲何種基本權受到限制？又該限制是否具合憲性？試從憲法理論及實務之觀點述明之。

(二) 如某乙於海灘上雖有申請集會遊行，但集會中因全身裸體，警察先以違反集會遊行法第二十五條第一項第四款有其他違反法令之行為，命其解散，再以社會秩序維護法第八十三條第二款規定，以其於公共場所或公眾得出入之場所，任意裸體，而有妨害善良風俗，不聽勸告，處以六千元罰鍰，試問某乙等人士之何種基本權受到限制？是否具合憲性，試述明理由。

(三) 某甲及某乙等人士主張核四興建侵害到人民之環境權，試從憲法學理論證此所謂「環境權」之本質。

<參考法條>

海岸巡防法

民國八十九年一月二十六日總統令制定公布全文一十五條

第四條 巡防機關掌理下列事項：

一、海岸管制區之管制及安全維護事項。

二、入出港船舶或其他水上運輸工具之安全檢查事項。

三、海域、海岸、河口與非通商口岸之查緝走私、防止非法入出國、執行通商口岸人員之安全檢查及其他犯罪調查事項。

四、海域及海岸巡防涉外事務之協調、調查及處理事項。

五、走私情報之蒐集，滲透及安全情報之調查處理事項。

六、海洋事務研究發展事項。

七、執行事項：

(一)海上交通秩序之管制及維護事項。

(二)海上救難、海洋災害救護及海上糾紛之處理事項。

(三)漁業巡護及漁業資源之維護事項。

(四)海洋環境保護及保育事項。

八、其他有關海岸巡防之事項。

前項第五款有關海域及海岸巡防國家安全情報部分，應受國家安全局之指導、協調及支援。

第五條 巡防機關人員執行前條事項，得行使下列職權：

五、對航行海域內之船舶或其他水上運輸工具，如有損害中華民國海域之利益及危害海域秩序行為或影響安全之虞者，得進行緊迫、登臨、檢查、驅離；必要時，得予逮捕、扣押或留置。

命題意旨	本題主要在測驗同學對於集會自由權、言論自由及財產權之闡述及相關釋字是否瞭解。
答題關鍵	法律保留、授權明確性、言論自由審查標準、第三人權之概念(環境權)，其中環境權之部分議題較為新穎，不易作答
高分閱讀	釋字 445、414、509 號解釋。

【擬答】

(一)某甲的基本權利可能因內政部之函釋而使其集會遊行自由受侵害，此外，某甲之船隻依海岸巡防法而遭到扣押，亦可能使其財產權遭到侵害，以下分述之。

1.內政部警署保字第 84396 號函可能侵害某甲的集會遊行自由而違憲(憲法第十四條)

(1)憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條之言論、講學、著作及出版自由同為表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權，國家為保障人民之集會自由，應提供實施民主政治最重要的基本人權，國家為保障人民的集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。內政部之該號函釋認定海上聚眾活動不適用集會遊行法，按其意旨應係指在海上不得為集會遊行活動，係國家行為侵害人民的集會遊行自由權之行為。

(2)該函釋規定可能違反形式上法律保留而違憲

國家若欲限制人民之基本權，必須符合法律保留之規定，法律保留依據司法院大法官第 443 號解釋之層級化法律保留，本案所涉及之基本權並非涉及人民之生命權及身體自由，故無須絕對國會保留，而對於人民集會遊行自由權之限制又非執行法律之細節性技術性事項，無須法律保留；故本案的法律保留層次應為相對法律保留，得由法律規定或以法律明確授權由行政機關來規定。本案中，海岸巡防法第四條雖有規定巡防機關掌理海岸管制區之管制及安全維護事項，但是否符合授權明確性之要求不無疑問。從大法官第三六七等多號解釋中，可以得出若法律內容不能鉅細靡遺時，立法機關得授權行政機關發佈命令為補充規定，若法律之授權涉及人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確之條件時，亦為憲法之所許，嗣後大法官放寬標準，認為在非裁罰性規定時，授權條款雖未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關依行政專業的考量訂定規範之概括授權，尚非不許。然而在本案中，海巡法第四條之規定，僅為巡防機關之職權所掌內容之規定，並不足於作為立法者之授權規定，故該函釋違反法律保留。

(3)該函釋規定實質上亦違憲

該函釋將海岸地區排除集會遊行法之適用，實質上是否違反憲法第二十三條之規定而違憲。美國法上對於言論自由審查標準的公式，先區分是否為針對言論自由內容之審查而有其不同之判斷標準，此為雙軌理論，確定為針對內容之審查時，再區別該言論價值之高低而亦其審查標準，此所謂雙階理論；若屬非針對言論自由內容之限制，而僅係就言論時間方式地點之限制時，則分別以觀。由於集會結社自由與言論自由同屬表現自由之範疇，故依照釋字 445 號解釋，似乎有引用美國言論自由審查標準，以是否為針對集會遊行目的或內容事項而異其標準，依該號解釋，有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，大法官多認為屬於立法自由形成範圍而肯認其合憲性，而若為針對內容之審查，標準較為嚴格。本案中，在海岸地區不得主張集會結社自由之規定，依次級效果理論判斷，係針對言論表達之地點所為之限制；換言之，屬「非針對言論內容之限制」。針對此種非針對言論內容之限制，大法官釋字第 445 認為，只要係為公共利益所必要者，應屬立法者之形成自由而屬合憲，即採取寬鬆之審查標準。依此標準，本案在目的上有維護海域安全、秩序等公共利益存在，在寬鬆之比例原則審查下，其手段亦難謂為不必要，故似可得到實質上不違憲之結論。

然而，學說就非針對言論內容之現制，則援用美國法之標準認為是項限制應非僅需受法院之寬鬆審查為足，實仍應依中度審查標準進行檢討方為妥適。是如依美國法上之中度審查標準，海域利益、秩序及安全等，固屬實質之政府利益，惟其所採用之手段，是否屬於與目的追求具有實質關聯性且侵害較小之合憲手段，則非無疑。尤其，採取全面禁止集會、遊行之系爭手段，是否使人民除此之外別無其他之表達意見之管道可茲援用，亦有可疑。準此，系爭手段在中度審查標準下，勢必有違憲之疑慮。

2.海岸巡防法第 5 條 1 項 5 款規定可能侵害某甲的財產權而違憲（憲法第十五條）

(1)憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受到公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。今某甲船隻依海岸巡防法遭受到扣押，可能侵害財產權而違憲。

(2)海巡法符合法律保留，在實質審查上，我國向來對於財產權之審查採取較為寬鬆之審查標準，今海巡法之規定係為了維護海域秩序及安全，符合公益目的，而其手段亦合乎比例性，故為合憲。

(二)社會秩序維護法第 83 條第 2 款規定可能侵害人民的言論自由而違憲（憲法第十一條）

1.釋字 509 號解釋，言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。社會秩序維護法之相關規定處罰任意裸體，而有妨害善良風俗，處以六千元罰鍰之規定，其中「任意裸體」在本案當中，可能被認定為象徵性言論而受言論自由之保障。所謂象徵性言論，係指行為人之意思，並非以言詞等直接方式表達，而係藉由行為、動作等間接方式來表達，本案中，某乙等人係以裸體表達對於興建核四之不滿，故應屬於象徵性言論，而受言論自由之保障。

2.本法屬於國家之立法行為，符合法律保留，然而何謂「善良風俗」，其明確性似有疑慮。所謂法律明確性之要求，釋字 432 號解釋為必須其意義非難以理解、受規範者得預見以及得受司法審查，今何謂「善良風俗」，取覺得個人主觀之價值判斷，意義並不清楚，並且受規範者亦無容易預期其行為是否違反善良風俗，固有違反法律明確性之疑慮。

3.退步言之，縱使通過形式上審查，本法亦無法通過實質上之審查，蓋本法之規定係針對言論自由內容之規範，而某乙等人所欲表達之言論，亦非屬商業性言論或猥褻性言論等價值較低之言論，故應採取較嚴格之審查標準，若以美國法上之三重審查標準作為審查，應採行嚴格審查標準：國家必須有極重大之政府利益，而手段上必須沒有其他最小侵害手段。本法規定並未具有維護社會秩序善良風俗之急迫重大政府利益，況且亦非較小侵害手段，故無法通過嚴格審查標準而違憲。

(三)環境權

1.從第三代人權講起：

所謂「三代人權」說法係由法國人權學者Karel Vasak於1977年所提出，其以法國大革命的口號「自由、平等、博愛」為基礎，將人權的內涵及發展作三階段的劃分：

(1)西方價值為取向的「消極人權」，其本質在於爭取個人自由，不希望國家加以干預，此乃相當於「公民政治權」，是為「第一代人權」。

(2)需要國家積極有所作為或給付，力求社會平等的「積極人權」，相當於「經濟、社會及文化權」，是為「第二代人權」；

(3)建立在「社群」、集體的「連帶關係」與「同胞愛」的基礎上，並透過國際社會的共同努力始能落實的「和平權」、「環境權」，以及所謂民族的「自決權」，則屬「第三代人權」。

2.環境權之本質

環境權之概念為一集體性的權利，亦有學者認為其性質上屬複合或集合性質，其內含有生存權、財產權、健康權、醫療權。此類權利若受侵害，除由個別權利受侵害者主張或藉團體救濟方式行之（如共同訴願、共同訴訟、消費者集體訴訟等），此時主張權利之多數人，應是在具體個案中「可得確定多數人」。此種具濃厚團體聯結之權利，亦具有濃厚集體權性質。

3.我國憲法是否承認環境權

我國憲法並未明文承認環境權，依司法院大法官釋字第四二六號解釋，就有關空氣污染防治費之徵收，提及「主管機關徵收費之用途，應妥為管理運用，俾符合立法所欲實現之環境保護政策目標，不得悖離徵收之目的，乃屬當然。」該項政策目標之依據，在解釋理由書中則援引憲法增修條文第十條第二項「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」、「係課國家以維護生活環境及自然生態之義務，防制空氣污染為上述義務中重要項目之一」。基此，是否可推出所謂「環境權」之保障，值得探討。又，針對野生動物保育法有關非法買賣野生動物之刑罰規定，司法院大法官作成釋字第四六五號解釋，謂該處罰「乃為保育瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物之必要，以達維護環境生態之目標，……與憲法並無牴觸。」由於環境權性質上屬「複合權」，除涉及憲法第十五條之生存權與財產權之保障，尚與公共之福祉有關，若能以憲法第二十二條為媒介，將列舉之生存權、財產權與基本國策性質之增修條文第十條第二項後句結合起來，成為環境權之立論基礎。

【參考資料】

- 1.李震山，「論憲政改革與基本權利保障」，《中正法學集刊》，第十八卷
- 2.李建良，「憲法變遷中的原住民族權利—原住民族自治權的法理論述」，《憲政時代》，三十一卷一期

二、假設某隸屬於行政權的國立研究機構，為了執行某個由衛生署核撥經費之為期三十年的生物醫學研究，規劃建立「台灣人基因資料庫」，預定在未來三十年期間內，串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料，並根據衛生署發佈之「研究用人體檢體採集與使用注意事項」，選定數個特定地區與族群，採集個人血液樣本，並持續追蹤個人生活與健康狀況，以便於上述基因資料庫之建置與營運，以及相關生物醫學研究之進行。試問上述假設案例可能涉及之憲法爭議為何？請具理由說明分析之。（20分）

命題意旨	本題主要是在考「資訊隱私權」的問題，只要熟讀釋字六〇三號解釋和林子儀大法官、許宗力大法官的協同意見書，應該不難作答。而資訊隱私權在美國法和德國法上有不同之定位，可以順便提到。
答題關鍵	本題答題的順序上，要依「基本權的審查結構」，先將受侵害的基本權找出，再從「形式」（法律保留、明確性原則）和「實質」（以比例原則或三重審查標準去操作審查密度）分別去審查。要注意的是，本題中的個人資訊會因為「敏感度不同」，而影響其審查過程和結果。本題並無任何陷阱，可以說是平易近人，在答題時，切記要綱舉目張、邏輯分明，相信拿高分不成問題！
高分閱讀	《高點司法官考場寶典》第七題命中！（相似度 70%） 高點，賀祥宏，《中華民國憲法》，隱私權部分。 高點，植憲，《憲法解題概念操作》，隱私權部分。

【擬答】

本題涉及隱私權，尤其是個人「資訊隱私權」的問題，在審查基本權受侵害時，筆者先說明資訊隱私權在比較法和我國實務上的定位，再探討本題是否為國家侵害人民之資訊隱私權，接者再探討「法律保留」的問題，最後再依不同的「資訊敏感度」，決定不同的審查標準（三重審查基準），進行目的、手段的審查。

(一)資訊隱私權在比較法和我國實務上的定位

- 1.美國法上：美國法將隱私權作類型化的掌握，區分為「資訊隱私權」（包含個人資料和資訊不被揭露的權利）、「個人空間隱私權」（包含個人的物理空間和心理空間不受侵擾的權利）及「個人自主性隱私權」（即個人私生活的自我決定權，包含生育、家庭和個人切身事務等三方面之自主權）等下位類型的發展趨勢。前三者大抵上涉及政府對人民所為的資料蒐集行為（相當於美國聯邦憲法增補條文第四條所規範者）；而後者涉及個人重要事務的自主決定權，與「資訊、資料」較無直接關聯性。
- 2.德國法上：由於我國關於隱私權之用語，係承繼美國法上之 The Right to Privacy 而來，而在德國法上並沒有「資訊隱私權」的概念。惟雖如此，就此一相類似範疇的保障而言，實相當程度地與其個人資料自決權的保障範圍重疊。所謂「資訊自決權」，係指每個人基本上有權自行決定，是否將個人資料交付與供利用。而以德國基本法第一條第一項之「人性尊嚴」與第二條第一項之「一般人格權」來共同架設其憲法依據。
- 3.我國大法官見解：釋字 603 主文：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。

(二)本題中，該國立研究機構，對人民基本權利的侵害，乃串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料，並採集特定地區與族群之個人血液樣本，因為所採取的手段及侵害的標的並不相同，其基本權的審查應分別為之。

1.串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料

(1)資訊隱私權遭侵害

本題中該國立研究機構為了執行由衛生署核撥經費之為期三十年的生物醫學研究，規劃建立「台灣人基因資料庫」，預定在未來三十年期間內，串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料，依釋字六〇三號「其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」故該資料庫的建立，乃是對人民「資訊隱私權」的侵害。

(2)遭國家侵害

就侵害的來源而言，該國立研究機構乃隸屬於行政權，且其執行經費乃衛生署核撥經費之為期三十年的生物醫學研究，故侵害來源是國家。

(3)形式審查

確定侵害來源是國家後，國家對於人民基本權的侵害必須符合「法律保留原則」和「明確性原則」，而本題中，規劃建立「台灣人基因資料庫」，預定在未來三十年期間內，串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料，對人民資訊隱私權的影響不可謂不大，但依題意並無法律的規定，亦無法律的授權，依大法官釋字四四三號解釋理由書的「層級化法律保留」的概念，此資料庫的建立不符合法律保留原則，形式上違憲。

(4)實質審查

若假設形式上符合法律保留原則及明確性原則，該研究機構之行爲仍通不過實質審查，分析如下：

A.中度審查標準：就審查標準的決定上，該資料的串連使用涉及「個人病歷資料」，對個人健康隱私資訊的影響巨大，醫護人員依法對於病患的病歷資料原來就有保密的義務，若國家立法可以任意取得人民的病歷資料，人民的健康隱私資訊將處於一種危險狀態，故筆者主張「中度審查標準」。

B.目的審查：依中度審查標準，若國家以法律或法律授權限制基本權，要符合國家之「重要利益」，而本題若符合法律保留原則，其立法目的應是爲了「促進生物醫學研究、追求人類健康之提升」，應符合國家之「重要利益」。

C.手段審查：若通過目的審查，在手段的採擇上，其手段和目的間須具有「實質的關連」，但本案中，串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料之措施，依現行醫學之技術和管理，並無法證實該措施的採用會有助於立法目的的達成，之中亦無實質的關連，故串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料之措施通不過手段審查，該措施違憲。

2.採集特定地區與族群之個人血液樣本

(1)資訊隱私權遭侵害

該國立研究機構根據衛生署發佈之「研究用人體檢體採集與使用注意事項」，選定數個特定地區與族群，採集個人血液樣本，並持續追蹤個人生活與健康狀況，該「採集個人血液樣本」之措施和「捺指紋並錄存」之措施相當，且更具有私密性，係個人身體之生物特徵，因其具有人各不同、終身不變之特質，故一旦與個人身分連結，即屬具備高度人別辨識功能之一種個人資訊。故屬於對個人「資訊隱私權」之侵害。而本題亦涉及「人身自由」之侵害（強制採集個人血液樣本），但在審查上筆者於此一部份一併討論之。

(2)遭國家侵害

就侵害的來源而言，該國立研究機構乃隸屬於行政權，根據衛生署發佈之「研究用人體檢體採集與使用注意事項」，選定數個特定地區與族群，採集個人血液樣本，故侵害來源是國家。

(3)形式審查

確定侵害來源是國家後，國家對於人民基本權的侵害必須符合「法律保留原則」和「明確性原則」，而本題中，該國立研究機構選定數個特定地區與族群，採集個人血液樣本，對人民之「資訊隱私權」之侵害嚴重，且涉及「人身自由」之侵害，在法律保留的「密度」上，應採高密度的法律保留，但本題中「研究用人體檢體採集與使用注意事項」乃是「職權命令」之性質，毫無法律授權而侵害人民資訊隱私權，不符合法律保留原則，形式審查不通過，違憲。

(4)實質審查

若假設形式上符合法律保留原則及明確性原則，該研究機構之行爲仍通不過實質審查，分析如下：

A.嚴格審查標準：釋字六〇三號理由書「至該法律是否符合憲法第二十三條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。」血液的採集其「私密敏感度」更勝於「捺指紋」、「病歷資料的收集」，故筆者採嚴格審查標準。

B.目的審查：依嚴格審查標準，若國家以法律或法律授權限制基本權，要符合「重大迫切之政府利益」，而本題若符合法律保留原則，其立法目的應是爲了「促進生物醫學研究、提升人類健康品質」，應符合國家之「重大迫切利益」。

C.手段審查：若通過目的審查，在手段的採擇上，其手段和目的間須具有「實質密切的關連」，但本案中，「採集個人血液樣本」之措施，雖然僅限於部分地區和族群，並非全面收集個人血液樣本，很難證明這樣的措施會有助於醫療研究之提升，蓋樣本的採集本身就充滿了很多不確定性，而樣本的數量和品質亦會殘缺不全，加上採集個人血液樣本並不需被採集者之「同意」，故在手段上和目的本身，可說是不具有「實質密切的關連」，故手段違憲。

(三)結論

該隸屬於行政權之國立研究機構，串連使用戶籍資料、個人病歷資料與全民健康保險資料庫之資料，並採集特定地區與

族群之個人血液樣本，對人民「資訊隱私權」造成嚴重侵害，不僅通不過「形式審查」，也通不過「實質審查」（手段審查），該資料庫之收集措施違憲！

【參考資料】

- 1.林建中，《隱私權概念之再思考—關於定義、概念範圍與權利形成方法》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1999 年 1 月。
- 2.詹文凱，《隱私權之研究》，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1998 年 7 月。
- 3.黃昭元，「無指紋則無身分證？」，《民主、人權、正義》，元照出版，2005 年 9 月。
- 4.林子儀，基因資訊與基因隱私權，《「當代公法新論〈中〉」》，頁 705 以下，元照出版，2002 年 7 月。
- 5.陳仲嶙，隱私權概念的理解與充填，《台灣憲法之縱剖橫切》，頁 646 以下，元照出版，2002 年 12 月。

三、監察院正副院長暨所有監察委員任期屆滿後，立法院遲遲未就總統所提名之監察委員行使同意權，以致於新任監察委員未能及時產生。請分析討論以下因應措施之合憲性。

- (一)立法院修正監察院組織法，明文規定新任監察委員因故未能產生時，應由任期已屆滿之監察委員繼續行使職權至新任委員產生時。(8 分)
- (二)立法院修正監察院組織法，明文規定原監察委員任期屆滿後，新任監察委員依憲法規定產生前，監察院之彈劾權與糾舉權應由立法院代為行使。(8 分)
- (三)原任監察委員於其任期屆滿前於院會中決議，為避免監察院職權之行使陷於停頓，於新任監察委員產生前，凡法律規定應由監察院受理或主管之事項(如公職人員財產申報法、利益衝突迴避法與政治獻金法等)，仍應由監察院下各相關處室以監察院名義為之。原任監察委員任期屆滿後，新任委員產生前，監察院各相關處室於有對外行文之必要時，即逕以監察院名義，且無監察院長署名之公函為之。(9 分)

命題意旨	本題主要在考監察院與立法院之間權限分配問題
答題關鍵	本題必須對於權力分立之理論有一定程度之理解方能作答，相關大法官解釋亦需掌握之
高分閱讀	植憲，《憲法解題概念操作下》，P.5-9～5-56：權力分立 P.6-236～6-254：監察院之組織與職權 第 107 期《法觀人考場特刊》：第 10 題：權力分立之限制

【擬答】

- (一)1.釋字 499 號解釋曾謂：「按國民主權原則，民意代表之權限，應直接源自國家之授權，是以代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權需遵守與選民之約定，任期屆滿，除有不能改選之正當理由外，應即改選，乃約定之首要，否則即失其代表性」。我國採行五權分立體制，而司法院大法官釋字第 325 號解釋謂監察院已非中央民意機關，非民主國家之國會，不能援引釋字 499 號解釋。然而在國民主權原則底下，國家之最高統治權掌握在人民手中，是故國家各機關之人員皆須直接或間接取得人民之同意方得行使其職權，依目前我國憲法增修條文第七條規定，監察院之任期為六年，由總統提名，立法院同意任命之，今任期屆滿，若仍得繼續行使其職權，則有違國民主權原則。然而，今立法院不對總統所提出之監察委員行使同意權，造成監委任期屆滿未有新任監委之情形，這種情形應如何處理憲法本文並無明文規定，今監委任命權來源之立法院「以法律」規定新任監委上任前，由原監委繼續行使其職權以處理此段監委空窗期，具有一定程度之正當性；除此以外，接受選民之託付之立法院有其代表性存在，讓原監委續行職務之規定亦可認為具有選民託付之民主正當性，故似無違憲之疑慮。
- 2.本小題與上一題不同之處在於，本題之情形將原監委所行使之彈劾權及糾舉權由立法院代為行使，並非由原監委行使。我國採取五權分立，已將監察權從立法權分出，是故本題重點在於立法院是否有權行使原屬監察院之職務而不違反權力分立。關於權限分配案件所採取的解釋方法，有所謂形式論取向及功能論取向，形式論取向強調各個權限的界限應該清楚，除非憲法有明文規定，否則不允許權力的混合，我國憲法已規定彈劾權及糾舉權屬於監察院之職權，大法官解釋第 325 號解釋為縱使監察院已非中央民意機關，為憲法五院體制並未改變，監察院職權中的彈劾、糾舉、糾正權仍存在，並且憲法條文中亦未有明文規定權力得混合，故從形式論的觀點而言，立法院此修法內容有違權力分立；而功能論取向強調權力間制衡，只要不危及各權力的「核心」功能，以及不影響各權力間之制衡關係，應允許權力加以混合，釋字 585 號解釋曾認為立法院權力之行爲不得違反權力分立與制衡原則，亦不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍，或對於其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙，監察權之彈劾權及糾舉權，當初即爲了避免立法兼掌監察所易滋生國會獨裁之流弊，是故彈劾及糾舉權為監察權之核心領域，立法如此修法已造成對於監察權核心領域之侵害，並且妨礙監察權之行使，故從功能論的觀點，亦有違權力分立與制衡原則；除此以外，若允許立法院如此修法以取得監察權之權力，則日後只要立法院對於總統所提名之監察委員不行使同意權，則可實質上取得監察權之權限，嚴重違反我國憲法將立法權與監察權加以區別之意旨。

- 3.監察院所作為決議是否具有一定之拘束力，不能一概而論，一般認為必須在其職權範圍底下所作成之決議方有一定之拘束力，否則不應承認其拘束力，如同釋字 419 號解釋中關於副總統能否兼任行政院院長，立法院作成決議茲請總統提名新行政院院長，即被大法官認為總統並不對立法院負責，並無決議要求總統為一定行為或不行為之權限。在本題中，關於監察委員之組成其受理或主管事項之權力來源為立法院，監察委員並無權限，故此決議不具有拘束力及正當性；再者，若承認監委此等決議其正當性，則無異架空憲法條文中由立法院對於監察委員之任命權，有違權力分立與制衡原則，並不合憲。

《中華民國憲法》

一、高雄捷運發生泰國勞工受到非人生活待遇，導致暴動抗爭事件後，以 A 為首之泰國勞工五百人與以 B 為首之印尼勞工四百人及以 C 為首之菲律賓勞工三百人，分別向主管機關申請成立泰勞工會、印尼勞工協會及菲律賓勞工聯盟。此外，A、B、C 等所帶領之各國勞工並申請聯合舉辦聲援泰國勞工爭取權益之罷工與集會活動。請問：

(一)主管機關可否不准 A、B、C 等之結社請求？(6 分)

(二)主管機關可否以管理方便為由，要求 A、B、C 等工人共同成立並參加名為「台灣外勞協會」之組織？(6 分)

(三)主管機關可否以高雄捷運泰勞抗爭事件，只涉及泰勞權益，而不准 B 與 C 所帶領之印尼、菲律賓勞工參與 A、B、C 等聯合申請舉辦之罷工與集會活動？(6 分)

(四)主管機關如對 A、B、C 等之上述申請均拒絕時，A、B、C 等有無法律救濟途徑？(7 分)

以上問題，試依中華民國憲法及適用於我國之國際人權公約如「世界人權宣言」、「公民及政治權利國際盟約」、「經濟、社會、文化權利國際盟約」及大法官相關解釋分析解答之。

命題意旨	本題主要在測驗同學集會結社及訴訟權是否為人權之普世價值，外國人與本國人是否享有同等的權利等等。所涉及之國際公約部分屬於較冷僻之部分，但是考生只要把握基本觀念，仍可獲得不錯之成績。
答題關鍵	主要闡釋對於集會結社自由、訴訟權之看法及相關大法官解釋。
高分閱讀	1.經典題型系列－《憲法解題概念操作》(L506)，植憲著。P.3-39～43：外國人可否主張基本權（相似度 40%）P.4-199～202：結社自由（相似度 50%）P.4-312～314：訴訟基本權之主體及於外國人（相似度 30%） 2.重點整理系列－《中華民國憲法》(L220)，賀祥宏著。P.2-97～98：外國人是否適用憲法第七條平等權的保障（相似度 40%） 3.《憲法必備釋字精研》(L610)，植憲著，P.3-127～130：結社自由（相似度 50%） 4.釋字 445 號解釋 5.葉台大，補充講義二，P6-7、P25

【擬答】

一、憲法第十四條規定人民有集會及結社之自由，然而此種基本權利是否及於外國人則須視該內容權利是否直接涉及「人類」之屬性，抑或與國家主權或與該國特定政治及經濟條件有所關連加以決定。關於集會結社自由，應非與國家主權或是特定政經條件有所關連，而屬於涉及人類屬性之「普世性」權利，外國人亦得享有之；除此以外，世界人權宣言第 20 條規定「人人有權享有和平集會和結社之自由」第 23 條規定「人人有維護其利益而組織和參加工會之權利」、公民及政治權利國際盟約第 21、22 條分別規定「和平集會之權利，應予確認。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共衛生或風化、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使。」、「人人有自由結社之權利，包括為保障其本身利益而組織及加入工會之權利。」、經濟社會文化權利國際盟約第八條規定：「一、本盟約締約國承允確保：(一)人人有權為促進及保障其經濟及社會利益而組織工會及加入其自身選擇之工會，僅受關係組織規章之限制。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共秩序、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此項權利之行使；(二)工會有權成立全國聯合會或同盟，後者有權組織或參加國際工會組織；(三)工會有權自由行使職權，除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共秩序、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使；二、本條並不禁止對軍警或國家行政機關人員行使此種權利，加以合法限制。三、關於結社自由及保障組織權利之國際勞工組織一九四八年公約締約國，不得依據本條採取立法措施或應用法律，妨礙該公約所規定之保證。」綜上所述，我國亦承認外國人得享有集會結社自由權，在本案中，基於憲法第二十三條規定，除了基於社會公益目的之考量並且有必要時，不得擅自拒絕 A、B、C 結社之申請。

二、關於組成工會之問題，應受憲法上第十四條結社自由之保障，蓋屬無疑，而經濟社會文化權利國際盟約第八條亦認為組成工會為一重要的基本權利，不得任意剝奪。是故，今日主管機關得否僅以「管理方便」為由要求 A、B、C 組成工會，是否符合憲法第二十三條之四個公益目的，容有疑義。然而，若考量外國人與本國人所得享有之基本權利，得依情況為合理之差別待遇，我國對於外籍勞工所需之管理必要性遠大於本國籍勞工，則以「管理方便為由」應為一合法之公益目的，而要求共同組成「台灣外勞協會」亦符合必要性之要求之手段。



三、依據釋字第四百四十五號解釋，集會結社自由為憲法上表現自由的範疇，為實施民主政治最重要的基本人權，國家應予相當程度之保障之。今日主管機關以高雄捷運泰勞抗爭事件只涉及泰勞權益，而不准其他外勞聯合申請舉辦之罷工及集會活動，必須考量是否符合憲法第二十三條之要求。首先，在目的上，泰勞抗爭事件所反映的為國內目前對於外籍勞工待遇不良之普遍性問題，並非僅存在於泰勞，其次，由於外籍勞工之訴求相同，皆為請求較合理平等之待遇，如果讓其他外籍勞工一起舉辦之罷工或是集會活動，並不會產生釋字四四五號解釋所言，在同條路線已有人申請，為了確保集會遊行活動和平進行，避免影響民眾安寧，得拒絕其申請之情形，故主管機關所採理由並不符合公益目的；縱使符合公益目的，所採取之手段亦非最小侵害手段，蓋准許 B、C 之申請，但認為應改與泰勞活動不同之路線，即為一較小侵害手段。

四、主管機關若對於上述申請均拒絕時，其法律救濟途徑之探討，首先亦必須討論，外國人得否主張憲法第十六條所保障之訴訟權，基於「有救濟方有權利之觀點」，若要使得基本權利得以完全之實現，一定要賦予人民救濟之權利，故訴訟權亦涉及「人類」之屬性，不論本國人或是外國人均得以享有之。此外，世界人權宣言第八條規定「人人於其憲法或法律所賦予之基本權利被侵害時，有權享受國家管轄法庭之有效救濟。」、公民及政治權利國際盟約第 14 條規定：「人人之在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」均認為人民於權利遭受侵害時，得請求公正之法院為審判，故今日主管機關拒絕 A、B、C 之請求時，其得請求救濟。

【參考資料】

1. 植憲，《憲法解題概念操作》（上）P3-5 以下、4-171 以下。

2. 賀祥宏，《中華民國憲法》，2-28。

二、以下法律規定，是否合憲，試具理由析論之：

（一）公務人員撫卹法第 8 條第 1 項第 1 款規範公務人員遺族領受撫卹金之第一順位為：「父母、配偶、子女及寡媳。但配偶及寡媳以未再婚者為限。」（12 分）

（二）所得稅法第 4 條之 1：「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所停止課徵所得稅。」（13 分）

命題意旨	本題主要在測驗同學關於憲法上平等權之操作。
答題關鍵	本題為基本題型，並無其特殊實務或學說見解，同學應以基本概念鋪陳之。
高分閱讀	1. 法觀人考場特刊題目 6：男女平等（相似度 30%） 2. 經典題型系列－《憲法解題概念操作》上（L 506），植憲著，P4-56~65：性別平等（相似度 30%） 3. 重點整理系列－《中華民國憲法精論》（L 362），徐英智。P3-26：平等權釋字精選－釋字 457（相似度 50%） 4. 釋字 242、362、552、457、565 號解釋。

【擬答】

一、公務人員撫卹法規定再婚之配偶及寡媳不得請領遺族撫卹金可能為違反憲法第七條之平等權

（一）憲法第七條規定，中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等。而歷號司法院解釋均承認，平等原則，並非指絕對機械之形式平等，而係保障人民在法律地位上之「實質平等」。立法機關基於憲法之價值體系及規範目的，自得斟酌規範事務性質之差異，而為合理之區別對待。本題中，公務人員撫卹法但書規定再婚之配偶及寡媳不得請領遺族撫卹金係以配偶與寡媳「再婚與否」作為得以請領撫卹金的附加要件，而其他順位之受撫卹人無此要件規定，存有差別待遇。

（二）形式審查：公務人員撫卹法之制定係為國家的立法行為，故此平等權的侵害係來自國家，並且符合法律保留原則。

（三）實質審查：本法涉及對於公務人員遺族之照顧，依釋字 457 號解釋，應考量眷屬之範圍、衡酌其謀生能力必要性，並依平等原則妥為規劃。本法規定就上述兩種身份以有無再婚作為差別待遇，而涉及的權利為此種身份之婚姻自由權，婚姻自由權經釋字 242、362、552 解釋承認為憲法上之基本權利，而此項由於其與個人自我認同、人格的存續發展及維持私密生活具有重要關聯，為憲法二十二條所承認之權利；然而遺族撫卹金又涉及國家基於照顧公務人員遺族之給付事項，應尊重政治部門之決定，基於上述兩種考量，故採行美國三重審查基準下的中度審查標準。

（四）在中度審查標準之下，政府所追求的必須是實質重要的政府利益，而目的與手段間必須有實質關連性。本法之所以採行這樣的區分方式可能是考量配偶及寡媳若再婚者，依照民法親屬篇相關規定，夫妻互負扶養義務，是故若此二種身份再婚者，已有其配偶給予相關之照料，不需由國家照料之。此種衡酌其需照顧之必要性及財政之有限性之觀點，應為實質重要之政府利益。而手段與目的之間，所採取之手段有助於目的之達成，並且具有實質關連性，該法規定合憲。



二、所得稅法 4 之一條規定，證券交易所所得免課徵所得稅違反憲法第七條之平等權

- (一)憲法第七條規定，中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等。平等原則，並非指絕對機械之形式平等，而係保障人民在法律地位上之「實質平等」，立法機關基於憲法之價值體系及規範目的，自得斟酌規範事務性質之差異，而為合理之區別對待。本題中，證券交易所所得免課徵所得稅而其他交易卻仍要課徵所得稅，以是否為「證券交易」作為差別待遇之基礎，有差別待遇。
- (二)形式審查：所得稅法之制定係為國家的立法行為，故此平等權的侵害係來自國家，並且符合法律保留原則。
- (三)實質審查：憲法第十九條規定：「人民有依法律納稅之義務。」而依釋字第 565 號解釋國家對人民稅捐之課徵或減免，係依據法律所定要件或經法律具體明確授權行政機關發布之命令，且有正當理由而為合理之差別規定者，與租稅法定主義、平等原則即無違背。本法涉及對於人民租稅之課徵，屬於社會經濟事項，應由政治部門決定之，司法不宜干涉太多，故採行美國三重審查基準下的合理審查標準。
- (四)在合理審查標準之下，政府所追求的必須是合法規範目的，而目的與手段間必須有合理關連性。本法目的係為了刺激股市蓬勃發展之經濟發展需要，為合法之規範目的，此一手段之採取亦有助於目的之達成，並且非恣意，具有合理關連性，該法規合憲；此外，釋字 565 號解釋亦採同樣見解，認為此項規定係基於經濟發展之需要與資本市場實際狀況，本於專業之判斷所為合理之差別規定，與憲法第七條平等原則亦無違背。

【參考資料】

- 1.釋字 242、362、552、457、565 號解釋
- 2.植憲，《憲法解題概念操作》上，頁 4-24 以下

三、依照我國憲政體制，立法院有那些職權可促使行政院對立法院負責？有那些職權可以對總統發揮監督作用？那些職權尚應健全法制、加強運作？那些職權難有實效，不宜行使？試分析說明之。(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗同學對於立法院職權之理解。
答題關鍵	本題為基本題型，但要寫得完整並不容易，建議同學分段分點回答。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊題目 3（相似度 40%） 2.經典題型系列－《憲法解題概念操作》下（L 507），植憲著。P.6-172～173：行政權與立法權關係（相似度 60%） 3.重點整理系列－《中華民國憲法精論》（L 362），徐英智著。P.1-28～30：立法院與總統及行政院之關係（相似度 60%）

【擬答】

一、立法院職權中促使行政院對立法院負責

- (一)依憲法增修條文第三條第二項規定，「行政院向立法院負責」而行政院應向立法院提出施政方針及施政報告之責，而立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權，此質詢之權依釋字第 461 號解釋謂為憲法基於民意政治及責任原理所為制度性設計。除此以外，依憲法第六十七條規定，各委員會亦得邀請政府人員及社會上有關人士到會備詢。
- (二)依憲法增修條文第三條第二項第三「立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院；不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。」若立法院對於行政院的施政方針不滿意時，依現行增修條文規定，立法院得向行政院長提出不信任案。

二、立法院職權中對於總統發揮監督作用之職權

- (一)憲法增修條文第二條第三項對總統發佈緊急命令之追認
憲法增修條文第二條第三項規定，總統經行政院會議決議發佈緊急命令時，應由 10 日內提交立法院追認。而此程序上的設計乃藉由代表民意的監督機關來制衡總統濫權之可能。
- (二)憲法增修條文第二條第九項對總統提出罷免案
憲法增修條文第二條第九項規定「總統、副總統之罷免案，須經全體立法委員四分之一之提議，全體立法委員三分之二之同意後提出，並經中華民國自由地區選舉人總額過半數之投票，有效票過半數同意罷免時，即為通過。」此罷免權自第六次修憲國民大會虛級化後，立法院即取得發動權。
- (三)憲法增修條文第四條第七項對總統、副總統提出彈劾案
憲法增修條文第四條第七項規定「立法院對於總統、副總統之彈劾案，須經全體立法委員二分之一以上之提議，全體立法委員三分之二以上之決議，聲請司法院大法官審理……」自民國八十六年之後，將總統、副總統彈劾案之提



出，由監察院移交立法院所提出，削弱監察院的強度。而本次修憲更明訂關於彈劾案的審理由司法院大法官組成憲法法庭審理。

三、尚應健全法治加強運作之職權

(一)關於立法院之質詢權之改革

雖然立法院職權行使法對於相關之規定頗多，但實際運作與政策辯論精神相去甚遠，例如某些委員獨斷式的精神訓話，或是備質詢人員不准答覆，只准回覆是或不是；更甚者，立法院之質詢有時淪為立法委員作秀之場合，是故，關於立法院的質詢有健全法治加強運作之必要，例如，質詢立委花了多少時間批評政策，就應該給於備詢官員對等的時間做回應，此為立法行政平等之前提。除此以外，為提升立法院會議之效率，應全程由媒體轉播，以降低立委搶鏡頭之誘因，並提高人民對於國家政務的知的能力。

(二)委員會設置之改革

依憲法第六十七條規定，立法院得設置各委員會，依現行運作而言，委員會有黨團協商黑箱作業、法定出席人數太低、立法計畫虛晃一招及聽證權功能不彰等專業化障礙之批評，是故應健全相關法制加強運作

(三)倒閣權之行使

雖然目前立法院對於行政院得提出不信任案，然而此種職權卻為兩敗俱傷的強制機制，導致立法院亦不敢輕易發動倒閣權，加上總統亦無主動解散國會之權力，如此一來，立法及行政僵局無法解決，未來亦應加強行政立法之互動機制。

(四)除此以外，釋字 325 及 585 號解釋均認為我國有所謂之國會調查權，而此種權力通說認為係加強職權運作之輔助性權力，然而關於國會調查權之內容、程序及方式，亦宜立法規定加強運作之。

四、不宜行使之職權

憲法增修條文雖規定立法院有提出總統副總統罷免之權，然而一般總統直選之國家多半不採「罷免制」而透過「任期制」來政治責任，除此以外，我國總統副總統選舉採「相對多數決」，此處卻採用「絕對多數制」的罷免制度，在價值判斷上有邏輯無法一貫之情形，而立法院亦未承擔政治後果，立委可肆無忌憚發動罷免造成國家不安定，應減少行使之。

【參考資料】

- 1.陳英鈴，「建構深思熟慮的國會議事秩序」，收錄於民主、人權、正義--蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集
2. 月旦法學第 109 期企畫，行政立法權之折衝與新塑下。
3. 植憲，《憲法解題概念操作》下，P6-127~6-138

四、在今(94)年的修憲過程中，依據 89 年 4 月 25 日總統公布之憲法增修條文第 1 條之規定，採比例代表制選出「任務型」國民大會代表三百人，對立法院提出之憲法修正案，進行複決投票。但是甲方政黨代表主張對憲法修正案進行辯論並逐條表決，而乙方政黨代表則主張代表之投票須接受選民之訓令(instruction)，並無辯論及逐條表決之必要，而堅持通案一次表決。請問：甲乙二方之主張，孰是孰非？如果甲方訴請司法院大法官會議解釋本次修憲為無效？而你是大法官，將作何解釋？請從議會的性質(代表之性質)或代議政治之理論解析之。(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗同學對於任務型國大表決方式的相關爭議以及大法官對於修憲案審理之要件及看法。
答題關鍵	只要分兩大點說明，一為對任務型國大表決方式的看法，另一為相關大法官對修憲案之見解。
高分閱讀	1.經典題型系列—《憲法解題概念操作》下(L 507)，植憲著。P.6-176~179：任務行國民大會職權(相似度 70%) 2.高點家教網鍾雲-2005 年第七次修憲重點之研究 3.釋字 499 號解釋 4.葉台大，補充講義一，P25、P32

【擬答】

一、「任務型國大」對於立法院提出修憲案之表決方式應採「通案表決」

(一)第六次修憲，國大代表虛級化，並且由於憲法第一百七十四條第一項凍結，立法院成為修憲的唯一提案機關，國民大會僅為複決機關。從修憲者意旨得以觀之，修憲者有意將提案權限於立法權來行使，國民大會無主動的修憲提案及增刪修改權，僅得就修憲案本身為複決，是故，若謂任務型國大得就修憲案逐案表決的話，則不符修憲意旨，使得憲法第一百七十四條第一項有復活之趨勢，故宜採「通案表決說」。

(二)從代議政治的觀點而論，我國憲法採「代議民主」，由人民選出代表，代表人民從事政治上的運作，處理公共事務。第六次修憲之後，國民大會變成「非常設化」，立法院幾乎取得了相當於先進憲政國家所具有之完整權限，是故就立法院所提出之修憲案，可解釋為此修憲案之提出具有選民的付託，並且在國會制度設計中已經過充分之辯論及討論，



若承認非常設性，不能該當民主國家國會之任務型國大得逐條增修，則會使得立法院實質的修憲權利被架空，亦違反代議政治之基本想法。

- (三)依照任務型國大之設計來看，任務型國大之選任是採取政黨比例代表制，也就是在選任務型國大之前，各政黨必須先就修憲案表達贊成或是反對之立場，由選民就政黨之立場投票給各該政黨，再依得票比例選出之。政黨所表明之立場，一定是對修憲案「全案」贊成或是反對，不可能逐條或分案列出。基於所選出之任務型國大「委任代表」之精神，應該亦是就修憲案「全案」為表決。

二、大法官就修憲案之審理

- (一)關於修憲案之審理，依據釋字 499 號解釋採取修憲有界限說之立場，認為修憲有程序上及實質上之界限，程序上界限為憲法第一百七十四條規定及公開透明原則，而實質上界限則為「憲法有本質上重要性，而為規範存立基礎」諸如，民主共和國原則、國民主權原則、保障人民基本權利及權力分立及制衡原則即為構成自由民主憲政秩序之重要基礎。而關於修改憲法之效力，釋字 499 號解釋提出「重大明顯瑕疵」之判斷標準，所謂明顯，係指事實不待調查即可發現，重大，係指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，為修憲條文成立或效力的基本規範。

- (二)本案例中甲方訴請大法官會議解釋通案一次表決為無效，應為逐案表決，係主張此種表決方式違反了修憲案程序性之要求，若從釋字 499 號解釋修憲程序上的界限而言，這種表決方式並未牴觸憲法第一百七十四條之規定，亦未違反公開透明原則之要求，則本次修憲案關於修憲案程序之採擇，與憲法所揭示之價值並未牴觸；此外，考量經政黨、聯盟推薦之任務型國代之產生方式，其對於修憲之議題贊成與否，自然須依該政黨或聯盟對於修憲案「贊成」「反對」與否而為表決，修憲案本身在立法院已經充分討論，而任務型國大則僅需對修憲案全案依據政黨或聯盟見解表達其意見並無逐案表決之必要。綜上所述，本次修憲案並未牴觸自由民主憲政秩序，並未違憲。

【參考資料】

- 1.權力分立，林子儀等四人合著，P227 以下，P244、P485。
- 2.植憲，《憲法解題概念操作》上，P1-39 以下。



《中華民國憲法》

一、依據我國現行憲法及憲法增修條文之規定，兩者所規定之「覆議制度」有何異同？行政院、立法院對於覆議案之內容可否變更？試分別詳述之。(二十五分)

命題意旨	本題第一小題為傳統考題，比較憲法本文及增修條文覆議制度之異同，第二小題則有新意，應是在測驗考生行政院得否一部覆議，而立法院得否就此一部覆議議決之問題。
答題關鍵	覆議制度之比較。得否一部覆議之論述，著重在覆議制度之本質及權利分立與制衡。
參考資料	1.李念祖，公投法覆議案已顛覆憲政架構，全國律師，93 年 11 月 2.羅傳賢，法律制定案覆議之憲政法理分析--以公民投票法乙案為例，法令月刊，第 55 卷第 2 期 3.蘇永欽，聯合報，民國 92 年 12 月 20 號，第 A15 版，民意論壇。
高分閱讀	1.司法三等考場寶典 P.5-13：題目 15：覆議制度（相似度 30%） P.5-12~13：題目 14：覆議制度（相似度 30%） 2.高點重點整理系列《中華民國憲法》，賀祥宏（L220），P.3-82~88：覆議制度（相似度 100%） 3.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA500）， P.90-11~14：90 年司法官第 4 題（相似度 70%） P.89-8~10：89 年司法官第 3 題（相似度 60%）

【擬答】

(一)覆議制度之比較

覆議制度是指行政機關對於立法機關，依職權所為之議決案，認為有窒礙難行之狀況，得退回立法機關重行審議之制度，其主要目的在於防止立法機關濫權，以維持行政、立法權之平衡，我國覆議制度，憲法本文及增修條文規定有若干不同之處。

1.憲法本文之規定

憲法第 57 條第二款規定：「立法院對於行政院之重要政策不贊同時，得以決議移請行政院變更之。行政院對於立法院之決議，得經總統之核可，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原決議，行政院院長應即接受該決議或辭職。」；第三款規定：「行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。」由以上得知，憲法本文所指之覆議制度，包括「重要政策變更覆議」及「議案覆議」，並且當出席立委「三分之二維持原決議」時，行政院長即必須接受或辭職。

2.憲法增修條文之規定

憲法增修條文第 3 條第二項第二款規定：「行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。立法院對於行政院移請覆議案，應於送達十五日內作成決議。如為休會期間，立法院應於七日內自行集會，並於開議十五日內作成決議。覆議案逾期未議決者，原決議失效。覆議時，如經全體立法委員二分之一以上決議維持原案，行政院院長應即接受該決議。」憲法增修條文仍然保留覆議制度，但刪除對「重要政策變更」之覆議之規定，同時增列立法院對於覆議的決議期限，更重要的是將覆議人數減為二分之一，且刪除行政院長應「辭職」之規定，使得覆議制度的不信任色彩減少。

3.從憲法 57 條之規定到憲法增修條文第 3 條之規定的相同點在於，繼續確立行政院與立法院之負責、信任關係。蓋本文「三分之二」門檻，使得行政院長僅須得到三分之一的立委支持，即可安坐其位，而增修條文第 3 條第一項雖凍結立法院對於行政院長人選之同意權，卻增加「不信任案」及「解散立法院」制度，繼續維持行政院長應得立法院信任之憲法原則。

(二)行政院、立法院對於覆議案之內容可否變更，似指行政院得否提一部覆議，而立法院得否一部議決？立法院



職權行使法第 32 條規定「行政院得就立法院決議之法律案、預算案、條約案之全部或一部，經總統核可後，移請立法院覆議。」由此觀之，似認為行政院得提起一部覆議，立法院亦得就該部分覆議議決。關於條約案，通說認為立法院只能全案通過或否決，行政院亦只能全案覆議；預算案，依總預算審查之實務而言，預算案中各單位預算，或單位預算之各分支計畫均可切割進行覆議不致影響預算之完整性，有一部覆議之餘地，而法律案，基於以下理由，行政院應不得提起一部覆議，立法院亦不得就一部覆議議決。

1. 覆議之制度本質

行政權的本質即在於執行立法之權，當行政權不願執行新通過之法律時，就要靠覆議制度決定是否應強迫行政權加以執行。覆議制度不適用來修正法律的，而係用來決定行政權可否拒絕執行法律，行政院只能針對立法院所通過的全部法案進行覆議，立法院亦僅得全部決議。

2. 憲法第 62 條規定

憲法第 62 條規定，「立法院為國家最高立法機關」。所謂最高，指其所為之立法事項，除非憲法有特別規定外，及意思決定為最高且最終。覆議權之行使，不能影響立法者基於最高立法機關地位所享有之立法意思決定。如行政權得不問立法者之原立法意旨及立法之整體考量，任意一部覆議，對法案內容逕行裁切，而立法權處理覆議案，由於僅能就是否維持原決議加以決議，不能再對行政部門剪裁後之法案修正，不啻形同行政部分成為法案內容之實質最終決定者。

3. 權力分立之考量

行政權如不顧法案之完整性，提出一部覆議，形同對法案任意切割，將造成行政權成為實質立法者，不服權力分立與制衡之基本原則。

4. 法律之民意正當性

立法，係一種將人民總體意思予以成文化之政治決定，是以其形成過程與形成內容，必須委由人民代表之立法者決定，如允許非屬人民政治意思形成之行政機關，以妨害立法意思完整及原意之方式為一部覆議，則覆議結果之法律，無法反映完整民意與目的性考量之立法，欠缺民主正當性，自不待言。

二、立法委員甲向交通部提出之書面質詢中，質疑廠商 A 以不合法之手段（極可能是賄賂）取得交通部某公共工程的承包權，為突顯書面質詢之效果，甲同時將詢稿交給某媒體，並於當天晚報中刊出質詢內容。A 知悉後十分憤怒，要求與甲公開辯論及甲道歉，甲認為其提出者為事實，並無辯論及道歉之必要。甲並於公開記者會中強調，願意放棄言論免責權，希望 A 到法院提出訴訟，讓法院來釐清事實真相。A 忍無可忍，因此到法院控告甲誹謗並要求一億元之損害賠償。試問法院應如何處理？（二十五分）

命題意旨	本題為對於言論免責權之考題，測驗考生是否對於釋字 435 號解釋有充分之瞭解，並且兼及對於言論自由與名譽權價值衝突之部分。
答題關鍵	應掌握之點為：1. 言論免責權範圍之界定。 2. 言論免責權不得拋棄 3. 一般法院對於言論自由與名譽權衝突時之判斷。
參考資料	1. 月旦法學教室 第 2 期，P12~13：言論免責權與毀謗（相似度 70%） 第 10 期，P.24~25：言論免責權與毀謗（相似度 70%） 2. 李建良，國會議員言論免責權之理論與實務，收於憲法理論與實踐（二） 3. 陳愛娥，言論免責權、不受逮捕特權及議會自律原則—兼評司法院大法官釋字第 435 號解釋，月旦第 31 期
高分閱讀	1. 高點重點整理系列《中華民國憲法》，賀祥宏（L220）（相似度 80%） P2-153~166：言論自由 P.3-111~112：言論免責權 2. 高點法研所歷屆試題詳解（M502），P.2-6-6~8：輔大 91 年考題：言論自由（相似度 40%） 3. 高點法研所歷屆試題詳解（M503） P.3-6-5~7：東海 92 年考題：言論自由（相似度 40%） P.5-2-6~8：言論免責權（相似度 40%）



4.高點律師司法官歷屆試題詳解 (L306)

P.91-27~30: 91 年律師: 言論自由與毀謗罪 (相似度 60%)

P.89-33~38: 89 年司法官: 言論自由與毀謗罪 (相似度 60%)

【擬答】

A 到法院控告甲毀謗並要求一億元之賠償。法院該如何處理,可從兩個角度觀察,一為甲將書面質詢稿交給媒體是否屬於言論免責權的保障範疇,另一為法院在審理時所應斟酌事項。。

(一)甲將書面質詢稿交給媒體是否屬於言論免責權之範疇

- 1.憲法第七十三條規定立法委員在院內所為之言論及表決,對院外不負責任,旨在保障立法委員受人民付託之職務地位,並避免國家最高立法機關之功能遭致其他國家機關之干擾而受影響。立法委員得藉此保障,於無所瞻顧之情形下暢所欲言,充分表達民意,反映社會多元意見,以符合代議民主制度之要求。
- 2.釋字 435 號解釋認為,具體個案中,立法委員的行為是否已逾越保障的範圍,於維持議事運作順利之限度內,故應尊重議會自律之原則,惟司法機關為維護社會秩序及被害人權益,於必要時亦非不得依法行使偵審之權限。而所謂「必要時」,釋字 435 號解釋理由書認為係「情節重大而明顯」、「被害人提起自訴或告訴時」。本案經 A 向法院控告甲毀謗,則法院得行使偵審權限判斷甲的行為是否屬於言論免責權所保障之範疇。值得注意的是,言論免責權不得為立法委員事前或事後拋棄,縱使甲曾召開記者會表示願意拋棄言論免責權,皆不影響法院之判斷。
- 3.甲將書面質詢稿交給媒體是否屬於言論免責權之範疇。釋字 435 號解釋曾謂:「為確保立法委員行使職權無所瞻顧,此項言論免責權之保障範圍,應作最大程度之界定,舉凡在院會或委員會之發言、質詢、提案、表決以及與此直接相關之附隨行為,如院內黨團協商、公聽會之發言等均屬應予保障之事項。越此範圍與行使職權無關之行為,諸如蓄意之肢體動作等,顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益者,自不在憲法上開條文保障之列。」此以上判斷標準,本案或有兩種解釋方式。
 - (1)否定說:甲對於交通部之書面質詢稿固屬言論免責權之範疇,然而甲另將質詢稿交付媒體,已非行使職權及與其直接相關之附隨行為,徒為立法委員作秀之政治行為,與行使職權無關,不應為言論免責權之保障範疇。
 - (2)肯定說:釋字 435 號解釋謂:「言論免責權之範圍應做最大程度的界定」,甲交由交通部之書面質詢稿為言論免責權之範疇,則甲之言論免責權自不因經媒體披露而產生影響;除此之外,基於例外解釋從嚴原則,甲不受言論免責權保障之範疇必須是與「行使職權無關」,「顯然不符合意見表達之適當情節」,「致侵害他人法益」三個要件皆具備方得排除之。

(二)法院之處理方式

若法院認為某甲涉及毀謗 A 之情事受言論免責權之保障,依憲法第 73 條規定,表示制憲者在 A 名譽權與立委執行職務之公益兩者利益衡量之下,已犧牲了對於名譽權之保護,甲的行為不受民意、刑事及行政懲戒責任。若法院認為某甲涉及毀謗 A 之情事不在言論免責權之保障範圍,則回歸到一般言論自由與名譽權基本權發生衝突之情形,立法者在刑法 310 條設毀謗罪之相關規定,表示立法者選擇以刑法規範機制—此種干預強度較大的方式,來保護人民的人格名譽權益,而非僅透過民事賠償制度解決其間之紛爭,然為兼顧言論自由之保障,立法者又對 310 條之處罰要件作限縮規定。依據釋字 509 號解釋,若甲「有相當理由確信其為真實,即不能以誹謗罪之刑責相繩,亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中,依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任,或法院發現其為真實之義務。」;故此時法院應採用「真實惡意原則」,判斷甲是否雖不能證明言論內容為真實,但依其所提證據資料,認為甲有相當理由確信其為真實,即不得以毀謗罪相繩,民事責任上,若證明甲有侵害 A 名譽權之行為且主觀上有故意或過失時,甲自應負民事賠償問題。

三、自來水法第十一條第一項規定,「自來水業對其水源之保護……得視事實需要,申請主管機關會商有關機關,劃定公布水質水量保護區,依本法或相關法律規定,禁止或限制左列貽害水質與水量之行為:……十一、其他足以貽害水質、水量,經中央主管機關會商目的事業主管機關公告之行為。」主管機關依此授權訂定公告之「水庫集水區遷村作業實施計畫」規定,「有關安遷救濟金領取對象,依據當地鄉公所造送之安遷戶名冊為準,其條件為水庫完工前一年以前設籍於當



地，經當地戶政機關查證有居住事實及合法房屋並經全部拆除完畢之所有權人。」

某甲事實上居住於該遷村措施實施範圍之內，在該地擁有合法房屋，並業經拆除完畢，僅因未設籍該處，其安遷救濟金之申請遂遭駁回，遞經提起訴願、行政訴訟亦經駁回確定。某甲主張終局裁判所適用之前開「水庫集水區遷村作業實施計畫」規定有牴觸憲法第十五條與第七條保障人民財產權與平等權之疑義，聲請大法官解釋。試問某甲之聲請是否合法？有無理由？（二十五分）

命題意旨	本題係以 542 號解釋之事實，測驗考生對於涉及給付性行政措施平等權實質審查之操作，以及財產權之定義，並且涉及 571 號解釋之內容。
答題關鍵	應掌握之重點為：1.行政機關計畫得否作為違憲審查之標的？ 2.平等權之操作 3.涉及給付性行政措施平等權審查標準之採擇
參考資料	1.釋字 542、571 2.釋字 571 林子儀大法官協同意見書
高分閱讀	1.高點經典題型系列《憲法解題概念操作(上)》，植憲（L506） P.4-24~59：平等權（相似度 60%） P.4-192~200：（相似度 20%） 2.高點法研所歷屆試題詳解（M500），92 年台大第 2 題（相似度 40%） 3.高點法研所歷屆試題詳解（M502），P.1-6-1：93 年台北大學（相似度 40%） 4.賀祥宏，《中華民國憲法》，P.2-87、P.2-93

【擬答】

- (一)大法官審理案件法第 5 條第一項第二款規定人民得聲請解釋憲法之要件為其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，得聲請解釋憲法。本題中，某甲認為主管機關依授權所訂定之「水庫集水區遷村作業實施計畫」相關規定牴觸憲法所保障之財產權及平等權，並且經終局裁判確定。關於行政機關之內部作業計畫，釋字 542 號解釋謂：「其經公告或發佈實施，性質上為法規之一種；其未經公告或發佈，但具有規制不特定人權利義務關係之效用，並已為具體行政措施之依據者，則屬對外生效之規範，與法規命令或行政規則相當，亦得為本院審查之對象」，本計畫已公告，應屬行政命令，故符合第二款之規定，某甲聲請合法，大法官應受理之。
- (二)「水庫集水區遷村作業實施計畫」（以下簡稱該計畫）中安遷救濟金之相關規定是否牴觸憲法所保障之財產權？（憲法第十五條）憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（釋字第四〇〇號解釋）。本案之「安遷救濟金」，其性質應係屬憲法第一百五十五條規定中要求國家事先設置一般性、經常性之社會安全制度，以免個別人民因經常發生之疾病、年老、貧困、意外災害等風險而致生活陷入困頓不安。其目的並非在補償房屋拆除之損失，而係為政府照顧自行遷移安置之安遷戶之生活而發給之社會福利措施，對於不符合慰助條件者，不予給付，本質上並未涉及人民財產權之限制。是故該計畫對於安遷救濟金之發放，並未侵害人民之財產權。
- (三)「水庫集水區遷村作業實施計畫」安遷救濟金之相關規定是否牴觸憲法所保障之平等權（憲法第七條）。
- 1.釋字 485 號解釋謂：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之差別待遇。」而釋字 542 號解釋謂：「行政機關所訂定之行政命令，其屬給付性之行政措施具授與人民利益效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。」本案中，該計畫以「設籍與否」、「合法房屋」、「是否拆除完畢」做為核發安遷救濟金標準，有差別待遇之存在，可能侵害到人民之平等權而違憲。
 - 2.形式審查上，該計畫係經立法機關之明確授權，符合授權明確性原則，並且符合法律明確性原則。實質審查上，該計畫發放安遷救助金之差別待遇係以「設籍與否」、「合法房屋」、「是否拆除完畢」做為標準，而其差別待遇所涉及的安遷救助金為針對社會、經濟上事項之給付性的行政措施。在審查標準的選擇上，審酌司法釋憲者基於權利分立制衡之需求、民主制度之反省、自身專業能力與特定議題之社會共識之後。本案安遷救濟金之發放，係一次性、特殊性之受益措施，並且涉及國家資源應如何有效分配與運用之判斷，應採取較寬鬆之合理審查標準；而釋字 571 號解釋亦謂：「關於救助之給付對象、條件及範圍，國家機關



於符合平等原則之範圍內，得斟酌國家財力、資源之有效運用及其他實際狀況，採取合理之必要手段，為妥適之規定。」在合理審查標準之下，只要係爭政府措施所採取差別待遇之目的為正當之目的，其手段非恣意，且該手段與目的之達成有合理之關連性，該政府措施即屬合憲。本案系爭計畫發放安遷救助金之目的，係為補助居民遷離集水區，停止區域內之居住、作息等生活活動，以維持集水區內水源、水質、水量之潔淨與安全，有其目的之正當性；而以上述三要件作為發放救濟金之標準，有助於對居住事實之證明，其目的與手段具有合理之關連性，不違反平等權。

而與本案事實相同之釋字 542 號解釋認為「前開計畫竟以設籍與否作為認定是否居住於該水源區之唯一判斷標準，將使部分原事實上居住於集水區內之遷移戶，僅因未設籍而不符發放安遷救濟金之規定，其雖不能謂有違於平等原則，但未顧及其他居住事實之證明方法，有欠周延。按戶籍僅係基於特定目的所為之行政管制措施，如行政機關基於行政上之便利將戶籍為超出該特定目的範圍之使用，而以設籍與否為管制之要件，固非法所不許，但仍應遵循憲法第七條之平等原則。凡能以其他方式舉證證明其於上揭公告所示日期（中華民國六十九年一月一日）以前有於集水區內長期居住之事實者，縱未設籍，行政機關仍應為安遷救濟金之發給。系爭作業實施計畫中關於認定有無居住事實之規定，應依本解釋意旨儘速檢討改進。」大法官似認為應檢討關於居住事實認定之相關規定。

四、行政院衛生署於民國八十八年三月二十二日公告「瘦身美容業廣告規範」，同年六月一日起實施。該廣告規範第二點規定：「純屬個案性質之真人實證廣告，易引起誤解，應於廣告時註明『此為個案並非每個人均可達到』等類似詞句。平面廣告應以適當大小字體刊登於明顯處，電視廣告應刊登適當大小字幕於廣告內容明顯處，使消費者易於閱讀完該註明之字幕；廣播廣告亦需播出類似詞句。」按我國司法院大法官曾就菸害防制法第八條第一項「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器。」及其相關規定，做出釋字第五七七號解釋。請參照釋字第五七七號解釋之意旨，分析討論上述廣告規範「實質內容」之合憲性。（二十五分）

命題意旨	本題係針對考生是否瞭解商業性言論自由的相關釋字（414 號解釋、577 號解釋），並且重點在於釋字 577 號解釋是否瞭解知悉。
答題關鍵	應掌握的重點為：1.言論自由的保障包括表意及不表意之自由。 2.對於商業性的言論可能侵害到業者之言論自由及財產權。 3.577 號解釋內容之闡述。
參考資料	1.賀祥宏，中華民國憲法，2-139。 2.93 高點律師考場寶典題目(八)。
高分閱讀	1.高點經典題型系列《憲法解題概念操作(上)》，植憲（L506） P.4-68~89：表現自由（相似度 70%） P.4-89~91：表現自由（相似度 80%） 2.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005） P.91-3~7：91 年司法官（相似度 50%） 3.高點法研所歷屆試題詳解（M501） P.6-10~11：言論自由（相似度 80%） P.6-52~54：政大 90 年憲法考題：言論自由（相似度 50%） 4.高點法研所歷屆試題詳解（M502），P.2-6-6~8：91 輔大年憲法考題（相似度 60%）

【擬答】

(一)行政院衛生署所公告之「瘦身美容業廣告規範」第二點可能侵害人民之言論自由而違憲。（憲法第十一條）

1.釋字 509 號解釋為：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。」瘦身美容業廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十一條言論自由之保障。（釋字 414 號解釋）而言論自由，係保障人民有積極表意之自由及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述（釋字 577 號解釋），是故瘦身美容業廣告規範第二條規定，要求業者加註「此為個案並非每個人均可達到」之類似字句



可能侵害業者之言論自由而違憲。

- 2.實質審查上，釋字 577 號解釋針對菸害防治法第八條第一項要求業者標示煙品所含之尼古丁及焦油含量，大法官認為此係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益，並未逾越必要之程度，與憲法第十一條保障人民言論自由及第二十三條比例原則之規定均無違背。蓋此項標示義務，有助於消費者對菸品正確了解。且告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成；相較課予菸品業者標示義務，責由各機關學校辦理菸害防制教育，固屬較小侵害手段，但於目的之達成，尚非屬相同有效手段，故課予標示義務並未違反必要原則；又衡諸提供消費者必要商品資訊與維護國民健康之重大公共利益，課予菸品業者標示義務，並非強制菸品業者提供個人資料或表達支持特定思想之主張，亦非要求其提供營業秘密，而僅係要求其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當。本案中，行政院衛生署之廣告規範，其目的應為避免消費者誤以為每個人都能達成同樣之瘦身效果，故課以業者此說明告知義務以保障消費者能獲得真實且完整之資訊，做成合理的經濟抉擇，應符合憲法第 23 條所稱之公益目的，在手段上，課予業者在瘦身廣告加註該字樣，其手段有助於目的之達成，並且在相同有效之手段中，符合必要性原則，釋字 577 號解釋雖針對商品之標示，然而與本案之瘦身廣告規範，同屬商業性言論，同時對於瘦身美容廣告規範之要求，與釋字 577 號解釋有類似之處，故可加以援用解釋。

除此以外，釋字 414 號解釋理由書中亦謂，「其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」瘦身廣告此種商業性言論自得對其是否侵害言論自由採取較寬鬆之審查標準，是故該廣告規範亦不會侵害人民之言論自由。

(二)行政院衛生署所公告之「瘦身美容業廣告規範」第二點可能侵害人民之財產權而違憲。(憲法第十五條)

- 1.釋字 414 號解釋謂：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。」此廣告規範要求業者加註特定內容可能侵害瘦身業者之財產權而違憲。
- 2.實質審查上，釋字 577 號解釋認為：「又於菸品容器上應為上述之一定標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。」本文中，要求瘦身業者加註該字樣，係要求業者提供商品或服務必要訊息，符合商業性誠實信用與透明性原則，符合公益目的，手段上，要求業者加註該字樣，對於其限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，並未違憲。



《中華民國憲法》

一、我國憲法第六十七條第二項規定立法院各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢，請問：(25分)

(一)一般人民有無出席備詢之義務？

(二)司法院、考試院及監察院人員有無出席備詢之義務？那些人可以免此義務？

(三)司法院大法官有無做出相關的解釋？

答題關鍵	記住釋字第四六一號解釋有關憲法第六十七條第二項之內涵即可。
試題評析	此題為基本題、考古題。有關立法院委員會之質詢權以及釋字第四六一號解釋，在國家考試已經考過兩次。因此只要是基本觀念正確的考生，對此題應可駕輕就熟。
參考資料	1.釋字第四六一號解釋。 2.87年律師考題第三題。 3.88年司法官考題第三題。
高分閱讀	1.賀祥宏《中華民國憲法》，來勝律師司法官考試用書，P.3-101~3-105(2003五版)。 2.《92高點律師考場寶典》，P.20，第2題。 3.賀祥宏《高點重點總整理系列—中華民國憲法》P.3-101 3-105。

【擬答】

(一)依憲法第六十七條規定，立法院各委員會得邀請備詢之對象，包括「政府人員」及「社會上有關係人員」。但通說認為，對於非政府官員之一般人民，立法院僅有「邀請」之權限，而不能課與出席之義務。

除了文義僅規定「邀請」外，通說以為，立法院委員會之質詢權，主要在實現立法院對行政院之監督權，以及行使立法權必要範圍(如審查預算)範圍內，所具有之重要輔助性權力。然而一般人民並不似行政院般需向立法院負責，立法院亦不能審查其預算，因此並無強制人民出席備詢之權力。

但亦有少數學說以為，如果在立法院行使職權之必要範圍內，立法院應該擁有一定之調查權。而調查之對象在必要時可及於一般人民。此時即可要求其出席備詢。但目前實務並未接受，且立法院對於拒絕出席之一般人民，並無制裁機制，因此也無法課與強制出席之義務。

(二)司法、考試、監察三院人員，雖並未如行政院般有向立法院負責之義務，然而其所提出之相關法律案以及編列之預算，仍須立法院審議。因此立法院各委員會為行使審議預算與法案之權限，即具有對此三院人員之質詢權。

然而此三院人員中，具有獨立行使職權性質者，並無備詢義務，以維持其獨立性。因此，司法院大法官、考試委員，以及監察委員，即無出席委員會備詢之義務。

此外，司法、考試、監察三院之院長基於五院相互尊重以及憲政慣例，亦得不受邀列席備詢。

(三)有關立法院委員會質詢權之行使，最重要者乃是大法官釋字第四六一號解釋。於該號解釋中，首先指出：鑑於行政院向立法院負責之意旨，行政院所屬人員，除依法獨立行使職權，不受外部干涉之人員(如公平交易委員會之委員)外，於立法院各委員會依憲法第六十七條第二項規定邀請備詢時，均有應邀說明之義務。此外，如因執行有關國家安全業務而有正當理由之情形，則雖不得拒絕到會備詢，但就相關機密事項得免予答覆。

至於司法、考試與監察三院之人員，於其提出法律案與預算案相關事項，亦應應邀出席備詢。但三院院長以及依法獨立行使職權之人員，不在此限。

二、總統提名大法官，日前業經立法院同意，試分別回答下列問題：

(一)為何曰大法官非第四審？(8分)

(二)大法官是不是法官？理由安在？(8分)

(三)新任大法官是否均享有終身職待遇？憲法增修條文如何規定？此規定之背景如何？(9分)

答題關鍵	司法院大法官之職權、地位及其身分保障之相關問題。本題旨在測驗考生對於職司我國釋憲權的大法官之地位、職權及身份有無充分瞭解，並引出相當之憲法條文(增修條文)及大法官解釋作為依據。
試題評析	本題考題較為冷僻，考生要能記得並寫出這題完整的答案，實屬不易。 第一小題部分，考生只要能掌握大法官行使釋憲權的標的(抽象審查)，應該還不至於會考得離譜。第二小題爭議由來已久，釐清大法官到底是不是(憲法所稱的)「法官」，蓋大法官職權本與一般法官單純從事於「個案審判」不同，況且大法官的「任期」與「終身職」問題，憲法已有明文決定。第三小題考生要寫出增修條文第五條第一項後段的規定！

參考資料	1.憲法第七十八條 第八十一條；憲法增修條文第五條第一項及第二項、司法院大法官解釋第十三號及第一六二號。 2.黃昭元，〈二〇〇〇年憲法增修條文簡介〉，頁200-201，2000年6月。 3.林紀東《中華民國憲法逐條釋義》(三)，頁101-112，三民(1985年10月修訂再版) 4.陳新民《中華民國憲法釋論》，頁617-618，作者自刊(1999年10月修訂再版) 5.許志雄等合著《現代憲法論》，頁322-325，元照出版(2000年3月初版第二刷) 6.法治斌、董保城著《中華民國憲法》，頁356-361。 7.李惠宗《憲法要義》，頁565，元照出版(2002年10月初版第三刷)
高分閱讀	1.賀祥宏《高點重點總整理系列—中華民國憲法》，P.3-135 3-136。 2.賀祥宏編著《中華民國憲法》，頁3-131以下，高點文化(2002年7月四版)

【擬答】

一、依憲法第七十八條(司法院解釋憲法並有統一解釋法律及命令之權)及第七十九條第二項(司法院設大法官若干人掌理本憲法第七十八條規定事項 ...)之規定，大法官專司解釋憲法即統一解釋法律及命令，而與訴訟實務脫勾。又由於我國之法令違憲審查制度，若以審查標的區分，係採取「抽象審查」之體制；即大法官並非以個案具體之裁判為解釋之標的，而係以裁判所依據之憲法、法律、命令、行政函示、地方法規、判例及決議等「抽象法規」作為審查標的(司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款參照)。因此，大法官解釋之效力當不及於聲請解釋當事人所涉及之個案裁判(因為個案裁判不在審查標的之內)，而僅及於其所審查之各該抽象法規，則大法官解釋自然不具有變動終審法院所為裁判之效力。綜上所述，大法官自非針對具體個案(或裁判)再為另一次救濟之「第四審」，其理自明。

二、於討論大法官是否為「法官」之前，首應針對憲法所稱之「法官」二字加以定義。按依通說定義，憲法所稱之法官係指「依據法律獨立行使審判任務之官吏」；根據此一界定，釋字第十三號及第一六二號分別表示「檢察官並非(憲法第八十條及第八十一條所稱之)法官」及「行政法院『評事』及公務員懲戒委員會『委員』為憲法上所稱之法官」。

至於大法官是否為「(憲法所稱之)法官」？學說上素有爭議：

林紀東老師認為：由文理言之，大法官為憲法上之職稱，法官亦為憲法上之職稱，殊難謂憲法上之大法官，非憲法上之法官。惟若自憲法第七十九條第二項觀察，大法官既非以審判為任務之官吏，似又非本條(編按：憲法第八十條)所指之法官。吾人以為此應視憲法解釋上，司法院是否即最高法院，大法官是否即最高法院之法官以為斷？如為肯定，則大法官自為本條之法官；反之，則否。若依林紀東老師之見解，則現制下之大法官似非法官。

惟亦有學者認為，憲法第八十一條所稱「法官為終身職」，亦非謂法官須永在其位，而不得「有任期」或退休之制度。所謂「終身職」應解為具有「終身保障」之謂，但如何使法官具有終身保障，使其能勇於發揮司法保障人權之功能，則為立法裁量之事項。故縱大法官「有任期」之限制，亦不可認其非法官，而無須符合獨立審判之要求。故憲法第八十條要求「法官須超出黨派以外，依據法律，獨立審判，不受任何干涉」，具有廣義司法獨立之意義，非僅對民、刑事訴訟法官而言，而應包括「司法院大法官」。(本說即認為，終身任期並非法官之必要條件；大法官既亦應受憲法第八十條之拘束而「獨立」審判，自應為憲法第八十條所稱之「法官」。)

三、按國民大會於2000年第六次修憲時，於憲法增修條文第五條第一項後段明定：「司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定。」依此規定，則新任大法官，僅限於由法官轉任者得享有終身職待遇；其餘大法官在卸任後不得享有「有關法官」之終身職待遇，至多僅能依政務官退職條例領取退職金。

按在本規定增列以前，所有之大法官依下述規定均享有終身職待遇。1992年立法院增列司法院組織法第五條第四項，規定「大法官任期屆滿而未連任者，視同停止辦理案件之司法官，適用司法人員人事條例第四十條第三項之規定」；而司法人員人事條例第四十條第三項規定：「停止辦理案件司法官，仍為現職司法官，並得依公務人員退休法及公務人員撫卹法辦理退休及撫卹。但不計入該機關所定員額之內。」

而國民大會增列本項規定之動機，顯然係在於反應第六屆大法官以釋字第四九九號解釋，宣告第五次修憲條文違憲無效。修憲期間國民大會還曾提出釋字第三九六號解釋，以該號解釋一併說明大法官終身職等問題。

三、民國八十一年修正之國家安全法第三條第一項規定：「人民入出境，應向內政部警政署入出境管理局申請許可。未經許可者，不得入出境。」第六條：「違反第三條第一項規定未經許可入出境者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣九萬元以下罰金。」請依憲法規定及相關大法官解釋，分析上述規定的合憲性及其效力。(25分)

答題關鍵	本題測試考生對較新大法官解釋—釋字第五五八號解釋是否瞭解。
試題評析	本題難度不高，只要讀過釋字第五五八號解釋，理解該解釋之「遷徙自由之層級化保障」即可。
參考資料	釋字第五五八號解釋。
高分閱讀	1.高點賀祥宏《中華民國憲法》，來勝律師司法官考試用書，P.2-125, 2-127~2-128(2003五版)。 2.《高點司法三等特考考場寶典》第十三題。 3.高點李台大老師《憲法總複習講義》。 4.《92司法三等特考考場寶典》，P.5-11，第13題(相似度30%)。 5.高點賀祥宏《高點重點總整理系列—中華民國憲法》，P.2-122 2-128。

【擬答】

人民之入境與出境，乃是憲法第十條所保障之遷徙自由之一部份。而國家安全法第三條規定人民入出境應得許可，自屬對於遷徙自由之限制，必須符合憲法第二十三條之要件。

此外，國民乃是國家構成要素之一，因此國家不得將國民排斥於國家疆域之外。亦即，對於中華民國國民之入出境自由，原則上不應設限。然而大法官釋字第五五八號解釋一方面揭示「國民入境自由不得限制」之原則，同時卻又認定需具有國民身份，另加上「於台灣地區設有住所而有戶籍」為要件，方可享有絕對之入境自由。除此之外，人民之入出境自由限制，若符合憲法第二十三條之比例原則與法律保留原則，則可認定為合憲。

亦即，大法官將入出國境之遷徙自由分為二層次：

(一)若為台灣地區設有戶籍之國民，則得隨時返回本國，無待許可。就此享有近乎絕對之入境自由保障。

(二)其他之人民入出境之自由，則國家得以符合憲法第二十三條要件之法律加以限制之。

依此，國家安全法第三條未區分國民是否於台灣地區設有住所而有戶籍，一律非經許可不得入境，並對未經許可入境者，予以刑罰制裁。應被認定違憲侵犯人民之遷徙自由而失效。

系爭國家安全法之規定，已為「入出國及移民法」所取代。後者即規定「設有住所與戶籍之國民」，其入境無須許可。完全符合大法官第五五八號解釋之規定(事實上，是大法官完全依照該法所設定之基準作成解釋)。

然而釋字第五五八號解釋與入出國及移民法，均以「戶籍」之行政措施，做為國民享有絕對入境自由之條件。而使無戶籍之國民與外國人受到相似之待遇，實與「國民為國家構成要素」之原理不符，而又未能說明任何理由，實屬瑕疵。

四、何謂外國人？外國人之基本權利保護是否應與本國人民相同？試舉例，並依中華民國憲法及增修條文規定說明之。(25分)

答題關鍵	基本權力之主體、人權享有之程度、我國憲法上人權與國民權之區辨。 本題旨在測驗考生： 1.外國人之定義； 2.人權及國民權之區辨； 3.人權享有之程度上，可否對國民及外國人為不同之待遇； 4.我國憲法上基本權利之規定，孰為人權？孰為國民權？
試題評析	相當基本又簡單的問題，亦是每物次講述基本權時都會加以介紹的地方。只怕考生認為這部分的問題太基本而疏忽，或是因為大意而發生寫作上的問題。人權與國民權概念範疇之的解清，在國際化、全球化的現在，自有其重要之意義。我國自認為保障人權之現代民主國家，對外國人人權保障應有相當程度之關懷，本題考題既不偏頗，又富有時代意義。
參考資料	1.陳新民《中華民國憲法釋論》，頁128-141，作者自刊(1999年10月修訂再版) 2.許志雄等合著《現代憲法論》，頁71-72、頁84-89，元照出版(2000年3月初版第二刷) 3.李惠宗《憲法要義》，頁87-89，元照出版(2002年10月初版第三刷)
高分閱讀	1.賀祥宏編著《中華民國憲法》，頁2-34 40以下，高點文化(2002年7月四版) 2.郭台大《憲法補充講義》，頁3、11 12，高點律師司法官班上課教材(2003年) 3.賀祥宏《高點重點總整理系列—中華民國憲法》，P.2-34 2-36。

【擬答】

一、按憲法第三條規定「具有中華民國國籍者為中華民國之國民」，依此規定之反面解釋，所謂「外國人」係指「非中華民國之國民」，亦即「不具有中華民國國籍者」。

二、有關外國人之基本權利保護是否與本國人相同，茲分為下列幾點並佐以我國憲法之規定為例加以說明：

(一)在基本權利的「是否享有」上：

按基本權利就其享有之主體加以區分，可分為「(普遍性)人權」與「國民權」。前者係指不分本國人或外國人，人人均得享有的基本權利；而後者則僅限於具有國民身分(有國籍者)始得享有。

形成此種分類的原因，除與人權由國民權發展到人權得具體進展脈絡有關之外，亦可以從各種基本權的內涵中得到解釋：蓋每一項基本權，均有其特定欲保護之法益。

「(普遍性)人權」所欲保障之法益，係為「直接涉及自然人之屬性者」；則所有人不論國籍，均享有此種屬人性之權利保障。例如我國憲法第七條之平等權(通說)、第八條及第九條之人身自由、第十一條第之表意自由、第十三條之宗教自由、第十五條之生命權及財產權等均屬之。

至於國民權所欲保障之法益則並非直接涉及人性，而是於國家的政治、經濟環境中所形成的利益；且此等利益的存在往往需具備一定的制度前提方能形成。因此，既然此種非涉及自然屬人性的法益係由於特定經濟、政治條件所形成，而該等特定之政治、經濟條件本身即已意味了國家與其所屬國民間之特定權利義務關連性，故該等法益(基本權利)也必須有具有國民身分者始得主張。我國憲法上第十七條之參政權、第十八條應考試服公職權及第二十一條之受國民教育權利等，均屬於此種國民權。

(二)在基本權利的「享有程度」上：

惟人權雖不分國籍而為本國人及外國人所享有，然並非代表本國人及外國人所享有權利之程度均為相同；換言之，國家基於正當理由，自得對於本國人與外國人為不同程度之基本權利限制，此為合理之差別待遇，並未違反憲法第七條之平等原則。

舉例言之，在平等權(憲法第七條)之保障上，無論是美國聯邦最高法院或我國，均廣泛承認可以對外國人與本國人間，為合理之區別對待；例如對於外國人入境的條件限制普遍比本國人來得嚴格，關於此類管制的規定，通常均被認為合憲，但外國人仍受平等權保障則無庸置疑。具體言之，我國依外國人護照及簽證條例第十二條第三款，患有足以妨害公共衛生或社會安寧之傳染病、精神病或其他疾病者，外交部及駐外使館得拒絕發給簽證而駁回外國人入境我國之請求；然而若是我國國民並在台灣具有戶籍者，則無待許可，均得隨時入境我國(釋字第五五八號解釋參照)。如是之規定，似難認為有違反憲法第七條。

(三)有關法人的基本權利保護：

我國大法官釋字第四八六號以明文承認法人亦得為基本權利之主體，故有關外國法人基本權利之保護(「是否」及「如何」享有基本權利)，亦可參照上述(二)、(三)之說明。惟限於「性質上」適合由法人享有的權利，始有可能成為法人所具有的基本權，此點併予指明。

《中華民國憲法》

- 一、某甲因案提起國家賠償訴訟，獲判不予賠償確定後，以國家賠償法對審判管轄之規定及所採訴訟程序，顯已侵害其訴訟權為由，擬聲請大法官解釋。請以司法院大法官所作相關解釋為例，闡明「訴訟基本權」之內涵與功能，並據以評析某甲聲請釋憲之理由。(二十五分)

命題意旨	以憲法上的訴訟權為例，測驗同學對基本權利保障範圍的詮釋能力；以及對訴訟制度建構的認識。
答題關鍵	國家考試憲法申論題的老戲碼——「對大法官釋字的熟悉度」可說是幾乎決定了這題可拿多少分數。對釋字記憶量不足的同儕而言，至少也要能寫出「有權利即有救濟」「立法者對於訴訟制度有形成自由」「訴訟制度須符合正當程序的要求」這樣的思考層次，題示案例方能由正確的方向解答。
參考資料	賀祥宏，中華民國憲法，頁 2-227~2-230，高點出版。

【擬答】

(一) 訴訟基本權之內涵與功能

訴訟基本權，係指在憲法上保障人民請求司法救濟之權利。凡人民的權利受到不法侵害時，國家應設司法機關，以強制方式保障其生命、自由、財產。根據相關大法官解釋，訴訟基本權之具體內涵可歸結如下：

1. 實體上權利受害者，法律必須給予司法救濟之機會。釋字第 418 號解釋明白指出：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利」
2. 對於人民行使訴訟權，不得課予不必要之限制。此點可從自釋字第 224 號解釋以來，凡在提起行政救濟前應先行繳交擔保的規定幾乎皆被大法官判定違憲看出。
3. 就行政事件，得於符合正當程序的原則下，以法律劃歸普通法院管轄。例如釋字第 418 號解釋肯認道路交通管理處罰條例有關之處分可由普通法院受理異議。
4. 是否具有上訴審級制度，或審級多寡，基本上屬於立法形成自由的空間。大法官於釋字第 396 號解釋指明「公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第十六條有所違背。」可知審級制度並非訴訟權保障當然之內涵。
5. 訴訟程序應以法律定之。此點可由釋字第 289 號解釋，針對財務案件處理辦法規定法院裁定罰鍰之處理程序，遭大法官以違反法律保留宣告違憲得證。
6. 最基本的正當程序要件應具備。訴訟基本權的實踐應合乎正當程序之要求，大法官於釋字第 482 號解釋理由書有非常明白的宣示：「所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」至於訴訟制度之建構應遵循之正當程序為何？釋字第 396 號解釋有如下具體的指示：「懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」

(二) 案例分析

某甲因案提起國家賠償訴訟，獲判不予賠償確定後，以國家賠償法對審判管轄之規定及所採訴訟程序，顯已侵害其訴訟權為由，聲請大法官解釋。然而，我國固然採取司法二元體制，公法爭議原則上應歸行政法院審理(行政訴訟法第二條參照)，然承上所述，訴訟權保障之內涵，並不包括人民向特定法院請求救濟的權利。因此，國家賠償案件雖屬公法性質，但並不代表立法者不可因案件特性而在訴訟制度的建構上將其劃歸普通法院審判。此點可見諸釋字第 466 號解釋，大法官明確指出：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。」故本案中，人民向普通法院提起國賠訴訟，既仍享有符合訴訟基本權要求的正當程序保障，自難謂其訴訟基本權受有侵害。

- 二、以醫學最新發現為基礎所研製的健康食品 A 尚未在我國上市，A 的台灣代理商甲即製作大幅廣告極力鼓吹該項醫學發現，預告 A 即將正式輸入台灣「限量販售，預訂從速，以免向隅」，並洽購國內各大報全頁彩色版面準備刊登。結果，部分報社以廣告違反健康食品管理法為由拒絕刊登，另一部分報社刊登後以遭主管機關處罰為由，要求甲於原定廣告價格之外另行支付其因此所受損失；少數刊登而遭處罰的報社，則與甲分別控訴主管機關違法侵害營業自由及言論自由。案經訴願、行政訴訟，均遭駁回。甲擬與遭處罰報社共同委任律師聲請大法官解釋，促其宣告健康食品管理法有關廣告限制規定(詳如參考法條)違憲。

請問：遭處罰報社部分，聲請解釋事由及其理由應敘明那些重點？甲的部分，聲請解釋事由及其理由，除與報社部分相同者外，又應另行補敘那些重點？(與本件聲請案無關者，縱屬論理有據亦不予計分)(二十五分)

參考法條：



健康食品管理法

第七條：「製造、輸入健康食品，應...申請中央主管機關查驗登記，發給許可證後，始得製造或輸入。」(第一項)

第十五條：「傳播業者不得為未依第七條規定取得許可證之食品刊播為健康食品之廣告。」(第一項)

第二十四條：「傳播業者刊播違反第十五條第一項規定之廣告...者...應處新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰。」(第四項)

大法官釋字第414號解釋：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請...衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。」

命題意旨	本題涉及問題面向頗為廣泛，除了基本的基本權利限制合憲性審查的操作外，對於商業性言論(commercial speech)是否受言論自由保障、保障程度為何，以及對政府管制措施的司法審查基準之寬嚴等，皆係命題焦點之所在。
答題關鍵	此題相當靈活，作答上亦有相當可供考生發揮的空間，但以下的關鍵點則屬答題時必須處理者：1.人民申請釋憲的要件；2.商業性言論與言論自由保障之關係；3.應如何決定對商業性言論管制措施的司法審查基準。
參考文獻	林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於氏著：言論自由與新聞自由，頁133~196。
參考資料	賀祥宏，中華民國憲法，頁2-132~2-144、2-186~2-187，高點出版。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典，第五、十二題，命中！

【擬答】

(一)按大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」由是觀之，人民聲請釋憲必須符合下列要件：

- 1.須人民於憲法上所保障之權利，遭受不法侵害。
- 2.須經依法定程序提起訴訟。
- 3.對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。

由上述要件觀之，我國人民聲請釋憲與德國的「憲法訴願」相較，只有「法規的憲法訴願」，而無「裁判的憲法訴願」，故本案甲與受罰的報社欲申請釋憲，必須將釋憲標的侷限在確定終局裁判所適用法令上，而不及於個案事實，合先敘明。

(二)1.報社聲請事由

承上所述，遭處罰的報社，聲請的事由必須說明「就憲法第十五條之營業自由(工作權、財產權)遭主管機關不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟，對行政法院之確定終局判決所適用『健康食品管理法第十五條第一項、第二十四條第四項』之規定有牴觸憲法之疑義，為落實憲法第十五條保障人民表現自由之意旨，爰提出本聲請案」。

2.報社聲請理由

按釋字第514號解釋稱：「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」可見人民營業方式自由應受憲法之保障，而營業方式自由包含選擇營業對象的自由，報社提供版面供工商業廣告之用，自為其營業自由之一部，而國家對於人民營業方式自由固可立法加以限制，然須追求一定的公益目的，且手段必須合乎比例原則。本案中，國家所設之處罰規定，固然有保障人民健康之公益目的，然所採用之手段，難謂符合比例原則的要求。蓋報紙刊登尚未經衛生署許可之健康食品之廣告，然未經衛生署許可並不代表此一食品必然對人民健康有所危害，特別是考量到今日商業競爭之分秒必爭，以及資訊流通之發達，廠商提前為未上市商品刊登廣告本即在所多有，因此本案中，立法者可要求報紙於刊登時必須註明此一商品尚未送檢獲得許可，此等對報社侵害較小的手段來達成維護大眾健康之目的，從而系爭規定違反比例原則，應屬違憲。

(三)1.甲聲請事由

甲聲請事由，大致上與報社部分相同，惟其主張的基本權，則可另行主張憲法第十一條的言論自由，且其聲請釋憲的標的，則係健康食品管理辦法第七條與第十五條第一項之規定。

2.甲聲請理由：就與報社不同之部分，析述如下：

(1)商業廣告亦應受憲法言論自由之保障

大法官釋字第414號解釋雖謂：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請...衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。」然本號解釋並非否定商業性言論應受憲法保障，僅其保障程度較低，承認立法者擁有較大的規制權限。釋字第414號解釋雖承認藥物廣告事前檢查之限制係屬合憲，但非可當然套用到本案，蓋釋字第414號解釋係針對「藥物」，而本案則係健康「食品」，特先敘明。故



健康食品管理辦法對於健康食品廣告限制之合憲性，自有重予檢討之必要。

(2)管制手段與管制目的的衡量

按對於政府管制商業性言論之違憲審查，美國法上以強度相當於「中度審查基準」之審查基準而為審查，當可參酌。若按此一基準，政府管制措施必須追求實質的政府利益，手段與目的間亦必須具備實質的關連。其中實質的關連部分，主要係以利益衡量的方式判定。本案固然有保障國民健康此一實質之利益，然政府禁絕尚未獲得許可的健康食品刊登廣告，是否合乎利益衡量，頗有疑義，蓋健康食品畢竟並非藥品，而係食品，對人體健康可能產生之危害當不能與藥品等量齊觀，而透過媒體資訊的傳布流通，反而可讓視聽大眾對其功效有較多的認識，如有不實之處，亦可盡快提出質疑，避免更多不知情的消費者受騙上當，故健康食品管理辦法第七條與第十五條之規定，實難通過中度審查基準之審查。

(3)健康食品管理辦法第十五條「涵蓋過廣」，對人民自由權利過度限制

退萬步而言，縱認系爭規定手段目的間合乎實質的關連。然而，健康食品管理辦法第七條僅規定健康食品的製造、輸入必須獲得許可，但同法第十五條第一項之規定卻使得所有尚未獲得許可的健康食品廣告均加以禁止，將使得如同本案，甲公司尚未正式進口商品，僅係為將來促銷之便而「預為」廣告的行為連帶受限，故此一規定違反管制言論自由法律須遵守「禁止涵蓋過廣」(overbreadth)原則之要求，不但妨礙甲公司之廣告自由、亦妨礙一般大眾接收消費資訊之自由，故應屬違憲。

三、立法委員某甲接受民眾某乙陳情，指控副總統某丙曾於日前與友人之聚會中，對某乙有所謂「性騷擾」之舉動，遂於立法院內召開記者會公布此一檢舉，並於院會中要求行政院院長調查，如涉及刑責，並應追究之。為避免發生官官相護，某甲又提案主張於立法院內成立跨黨派之調查委員會，並依其決定，作為日後是否彈劾副總統某丙之依據。請分析本案可能涉及之憲法問題。(二十五分)

命題意旨	言論自由與名譽權保障、立法委員之言論免責權、立法院之文件調閱權
答題關鍵	大法官釋字第五九號解釋、大法官釋字第四一號解釋、第四三五號解釋；大法官釋字第三二五號解釋。
參考文獻	1.林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展—評 Milkovich v. Lorain Journal Co.案，載於氏著「言論自由與新聞自由」，頁 365 以下，元照出版。 2.黃昭元，司法院釋字第四三五號解釋之檢討，律師雜誌第二二五期，頁 62 以下。
參考資料	賀祥宏，中華民國憲法，頁 2-168~2-170、3-95~3-104，高點出版。

【擬答】

關於本題所示事實，可能牽涉到的憲法爭議為：

- (一)關於甲立委公開指摘丙副總統性騷擾並要求行政院院長調查，可能構成對丙名譽權的傷害，而依現行法應負毀謗責任(民事和刑事)，此牽涉到某甲的言論自由和某丙名譽權基本權衝突的情形。
- (二)若某甲應負民事或刑事之毀謗責任，然由於某甲具有立法委員的民意代表身份，憲法第七十三條保障其言論免責權，則免責權之界限及範圍為何？
- (三)某甲主張組成跨黨派調查委員會，將牽涉到我國國會(立法院)是否具有(類似)調查權的權限，及其範圍為何？以下分述之：
 - 1.某甲公開在記者會及立法院院會中，指摘丙副總統有對他人性騷擾的行為，若其所言並非真實，則某甲可能需負起刑法第三一條第一項毀謗罪之刑事責任；及民法第一八四條之侵害他人名譽權之民事責任。在刑事責任部份：若某甲今天所言為真實，由於通常關於政府官員之品行行為，涉及該官員是否適任的問題，並且足以影響人民對其之政治信任，並非單純私德事項，而與公益有關。則此時某甲可依刑法第三一條第三項本文，主張免責。唯若某甲所指摘者並非真實，依刑法第三一條文義，某甲似應負毀謗刑責。然大法官釋字第五九號解釋，透過合憲性解釋的方式，認為刑法第三一條第三項本文的適用不限於行為人所指摘之事客觀上必須為真實，若行為人有主觀上有相當理由確信其為真實，雖不能證明其為真實，亦得免罰，以求對言論自由作最大程度的維護，並調和基本權衝突的情形。以此觀之，若某甲雖不能證明其為真實，然其有相當理由確信其為真實時，亦無須負刑法第三一條之毀謗責任；然而若無相當理由時，則「理論」上應負毀謗刑責。(唯還有言論免責權的問題)在民事責任上，若今證明某甲有侵害某丙名譽權的行為，且主觀上有故意或過失時，某甲自應負民事上之損害賠償責任。(唯還有言論免責權的問題)
 - 2.關於言論免責權：憲法第七十三條規定：立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任，此係我國立法委員「言論免責權」之規定。而根據司法院大法官釋字第四一號解釋，所謂「不負責任」(也就是言論免責權的效力)，係指「不受刑事追訴」、「不負民事賠償責任」及「除因違反其內部所定自律之規則而受懲戒之外，不負行政責任」。(唯仍應負起被罷免的「政治責任，併此指明」)故若今某甲得主張其言論免責權時，則上述或可成立刑事或民事的毀謗責任，亦有可能因此而免除。按憲法之所以保障民意代表之言論免責權，不外乎維護代議民主、議事自主及權力分立。唯憲法上言論免責權之保障並非全然、絕對而不受任何約束，仍有其一定的界限存在。大法官釋字第四三五號解釋即認為，議員言論免責權的保障範圍在於「舉凡在『院會』或『委員會』之發言、質詢、提案、表決以及與此直接相關之附隨行為，如『院內』黨團協商、公聽會之發言等均屬之。」本案某甲在立法院內召開記者會指摘丙性騷擾，屬於本解釋中以「地點」(即「(立法院)院內」)所界定的保障範圍；而在院會中要求行政院院長調查，則屬於本號解釋中所稱之「在院會的質詢事項」，均為言論免責權保障範圍所及。以此觀之，縱某甲可能成立刑事



或民事的毀謗責任，亦應憲法現論免責權的保障，而可以不受刑事追訴或不負民事賠償責任。

- 3.關於立法院是否具有(類似)調查權，及其範圍：由於我國憲法採取五權體制，憲法第九十六條乃一般屬於民主國家國會的「調查權」，歸由已非國會體制之監察院行使。遂引起國會(即立法院)是否亦具有調查權的爭議。

按司法院大法官釋字第三二五解釋認為，既然憲法第九十六條已有明文，則調查權仍「專」屬於監察院行使。唯立法院享有「文件調閱權」(類似調查權，唯範圍、效力較小)，以行使憲法所賦與立法院之職權(如質詢權、立法權、預算審議權等)。而所謂文件調閱權，係指經委員會決議，得調閱文件影本；經院會決議，得調閱文件影本或正本，唯若憲法保障國家機關獨立行使職權時，則受有一定限制。

今某甲若欲組成跨黨派調查小組，則依大法官釋字第三二五解釋，為行使憲法增修條文第二條第十項賦予立法院副總統之提案罷免權，享有類似調查權的文件調閱權限。得經委員會或院會決議後，要求有關機關提供關於丙副總統性騷擾一案相關資料之影本或正本，唯若請求之機關係獨立行使職權而受憲法保障時，則構成該委員會文件調閱權之限制。

- 四、大法官於第四一九號解釋關於副總統能否兼任行政院院長之解釋案件之解釋理由書中指出：「設置憲法法院掌理違憲審查之國家(如德國、奧地利等)，其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。」其中『與憲法不符但未宣告無效』與『尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範』，兩者之裁判方式其法理依據為何？又大法官第四一九號與第五二二號(關於核四預算停止執行)兩號解釋之結果究屬違憲？合憲？或前述其他三種裁判(宣示)方式之那一種？試說明之。(二十五分)

命題意旨	大法官解釋之單純違憲宣告、警告性解釋。
答題關鍵	大法官解釋審查結果的類型及其效力、釋字第四一九號解釋及釋字第五二二號解釋。
參考資料	賀祥宏，中華民國憲法，頁3-121~3-122，高點出版。

【擬答】

- (一)關於釋字第四一九號解釋理由書中所稱之『與憲法不符但未宣告無效』與『尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範』，兩者裁判方式之法理依據，可從下列幾方面來加以理解：

- 1.法律安定性(法秩序)的和平：由於直接宣告違憲法律即時失效，常常會造成法律真空的狀態，造成社會秩序上的混亂，進而衝擊法律秩序。所以有時站在法安定性的考量上，某些法律雖然與憲法意旨不符，然而大法官僅單純表示該法律違憲，但卻未一併宣告解釋效果(即時失效、定期失效)，無非在於以較小的違憲(未宣告違憲法律無效)避免較大的違憲(因宣告法律失效而造成社會法秩序的動盪不安)。並且，透過單純宣告，亦有指示或敦促立法者注意系爭法律違憲的情形，而進一步採取修訂或廢止法律以回復憲法要求的忠誠義務。
- 2.對其他政治部門的尊重：本於司法自制及司法者反民主、反多數決的困境，司法者也時候會在裁判中展現對於其他政治部門權力的尊重。因此，本於尊重立法者直接民意基礎正當性的立場，並恪守司法自制的本分與角色，有時在裁判中只會單純表示司法者認為系爭法律違憲的見解，卻不會採取激進、劇烈的直接宣告法律違憲的「單純違憲解釋」；此外，若法律只是「有發生違憲的可能」，則委婉地向政治部門提醒，並敦促其儘速採取修補措施，避免違憲情況發生的「警告性解釋」，以共同維護憲法秩序的最高性。
- 3.當法律在現在的時空背景及狀況下並未違憲，然而在可以預見的將來將出現違憲的情形時，大法官作為憲法最後捍衛者的角色，自有向立法者或行政機關提醒注意，並敦促其改善以避免法律最後發生違憲的情形。此時即會出現「尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範」的解釋結果出現。

- (二)關於釋字第四一九號解釋的解釋結果：

- 1.對於副總統兼任行政院院長的問題，大法官認為：「兩者職務雖非顯不相容，唯此項兼任如遇總統缺位或不能視事時，將影響憲法所規定繼任或代行職權之設計，與憲法設置副總統及行政院院長職位由不同之人擔任之本質未盡相符。引發本件解釋之事實，應依上開解釋意旨為適當之處理。」此部份應屬於上述『尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範』之解釋方式。蓋大法官認為當總統能正常行使職權時，副總統及行政院院長由同一人兼任並未違憲，因為兩者職務並非顯不相容；然而當總統缺位或不能視事時，副總統由行政院院長兼任，將影響憲法設計「雙重保險機制」的意旨，而發生違憲的情況。故大法官要求為避免將來違憲情況的發生，引起解釋事實之相關機關應儘速檢討改正。
- 2.關於行政院院長於新任總統就職有無辭職義務，屬「政治問題」，非大法官所能作合憲性審查的事項；立法院除憲法所規定事項外，對總統所提出之決議，僅具建議性質。此兩部份解釋與題示三種解釋方式均無關係，並此敘明。

- (三)關於釋字第五二二號解釋，關於核四預算停止執行部份之解釋結果：

本號解釋應屬於「與憲法不符但未宣告無效」的解釋方式。蓋在涉及施政方針或重要政策變更而涉及法定預算之停止執行，基於行政院對立法院負責的憲法意旨及尊重立法院對國家重要事項之參與決策權，行政院院長有向立法院「適時」(理由書：原則上應為「事前」)報告並被質詢之義務。

在系爭案例事實中，由於行政院並未踐行上述報告的程序義務，即片面停止核四預算之執行，故大法官進一步要求行政院必須「補行上開程序」。即，大法官認為行政院停止核四預算執行決定之程序「有瑕疵」，與上述行政院對立法院負責



及尊重立法院對國家重要事項之參與決策權的「憲法意旨不服」，然而卻未宣告行政院之決定無效。（然亦有學者認為本號解釋的裁判結果是「合憲」，但「程序有瑕疵」，而有「補正義務」）

