

九十六年度教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：你也可以學好憲法：一本給非法律系學生的憲法教材

## 結案報告（成果報告書）

執行單位：東海大學行政管理暨政策學系（所）

計畫主持人：呂炳寬副教授

中華民國 九十七 年 七 月 三十一 日

# 目 錄

壹、計畫目標	3
貳、計畫內容大綱	4
參、計畫核定	6
肆、計畫執行過程	7
一、聘請研究助理	
二、收集有關資料	
三、召開撰寫會議（附會議記錄）	
四、會議照片	
伍、期中報告	17
一、會議地點	
二、議程	
三、報告內容	
四、期中報告記錄	
五、期中報告照片	
陸、期末成果發表（研討會）	25
一、議程	
二、研討會照片	
三、內容	
主題一：憲政體制案例	
主題二：地方自治與制度案例	
主題三：基本國策案例	
主題四：憲政理論	
主題五：基本人權案例	
柒、專家諮詢意見	153
一、第一次諮詢意見	
二、第二次諮詢意見	
三、第三次諮詢意見	
四、第四次諮詢意見	
捌、印製專書	157
玖、經費支出結算表	158



## 壹、計畫目標

學校課程與學生需求與實際憲政發展激發，使得坊間憲法有關的教科書可謂汗牛充棟，琳瑯滿目。大致上我們可以依撰寫者學術專長之不同，將現有憲法教科書大致區分為兩大類：一是法律系學者所撰寫，此類教科書大都從憲法解釋的角度著手，對憲法文本進行分析與詮釋，由於涉及許多法學專有名詞，且基本人權為其主要關注的焦點，其適合閱讀對象自以法律系學生為主，欠缺法律基礎者，往往忘之卻步；二是政治學者所撰寫，此類教科書大都從政治運作的觀點切入，重視權力競逐的基本規範，國家憲政機關間的權力互動為其撰寫重點，故以政治類科學生為其主要對象，無政治學基礎者，亦無法掌握其間的精要。

現有教科書內容不但皆各有所偏，且能夠找到一本針對非法律系學生而設計的憲法教材則少之又少。本計畫之目的乃在撰寫一本適合非法律系學生研讀的憲法教材，內容介紹憲法完整的體系，提供正確的憲法觀念，並輔以我國實際的憲政案例，且搭配各式圖、表，方便讓讀者能徹底釐清相關概念與爭議，以提供學習者一個清晰的架構，進而開啟一個進入憲法領域的窗口。

綜上所述，本計畫之目標有如下幾點：

- 增進非法律系學生學習憲法之動機：一般非法律系學生（尤其是理工科系）學習憲法之動機不如法政科系學生，因此，本計畫教材之撰寫，除有案例配合之外，擬進一步搭配各式圖表或圖畫，以淺顯易懂方式陳述每一個憲政觀念，增強學生的學習意願。
- 培養非法律系學生正確的憲政觀念：憲法為多元社會的共同價值，學習憲法絕非是法律系學生的專利，每位現代公民皆應理解憲法的意涵與價值，如此方能確保自身權益並且進一步監督政府。因此，如何給予非法律系學生正確的憲政觀念，便成為憲法教育成敗的關鍵，本計畫不僅介紹我國憲法的內涵，並且透過深入淺出的憲政觀念（如立憲主義、憲法變遷、機關忠誠、權力分立、人權保障等）介紹，讓非法律系學生得以學習重要的憲法觀念。
- 提供非法律系學生完整的憲法體系：本計畫擬將我國憲法的各部份（包括憲法總綱、人權篇、組織篇、中央與地方之關係、基本國策等）以清楚的架構、分明的條理、並搭配相關說明圖表與實際問題案例，將我國憲法做有系統的介紹，以利初學者之學習以及獨立思考。

## 貳、計畫內容大綱

本計畫欲撰寫之教材包括以下表一所示之各章節（共計六編十九章）：

篇	章	內容簡介	撰寫者
第一篇 憲法基本概念	第一章 立憲主義	介紹西方立憲主義之緣起與內涵（權力分立、人權保障等），並且說明與成文憲法的關係。	柯義龍
	第二章 憲法變遷	簡介憲法變遷的有關理論與內容，並進一步分析我國憲法變遷的實況。	柯義龍
	第三章 我國立憲史	簡介我國制憲與修憲的過程，以及憲政發展歷程。	柯義龍
第二篇 憲法總綱	第四章 憲法前言與總綱	主要介紹我國憲法（含增修條文）前言與總綱，並論及我國憲法基本秩序。	柯義龍
第三篇 基本人權	第五章 基本人權理論	包括人權之發展、基本權違憲審查基準、基本權之作用、國家賠償等。本章為認識基本權的重要基礎，但因較理論性質，故本章盡量以淺顯易懂的文字敘述與清晰之圖表呈現。	呂炳寬
	第六章 自由權	包括：人身自由、居住遷徙自由、表現自由、大學自治、宗教自由、言論自由、集會結社自由等	呂炳寬
	第七章 受益權	包括財產權、生存權、工作權、請願權、訴願權、訴訟權、教育權等。	楊東連
	第八章 參政權	包括選舉、罷免、創制與複決權；應考試與服公職之權	呂炳寬
	第九章 概括人權	即憲法第 22 條之概括人權，包括：人格權、隱私權、婚姻自由權、性行為自由、契約自由等權	呂炳寬
第四篇 國家組織	第十章 中央政府總論	本章介紹民主國家之憲政體制，包括內閣制、總統制與半總統制（雙行政首長制），並論及我國行政權與立法權之互動關係。	徐正戎
	第十一章 總統	本章介紹總統之選舉方式、職權、與行政院長及立法院之關係等	徐正戎
	第十二章 行政	本章介紹行政院之職權、行政院長之產生方式與任期、行政院與立法院之	徐正戎

		關係、行政院之組織與政府再造法制等。	
	第十三章 立法	本章介紹立法機關之制度、立法院之組織、立法委員產生之方式、立法委員之言論免責權、立法院之職權等。	徐正戎
	第十四章 司法	本章介紹司法院之組織、職權、司法審查制度與司法改革等議題。	徐正戎
	第十五章 考試	本章介紹考試權之運作，包括公務人員之保障問題。	趙達瑜
	第十六章 監察	本章介紹監察權之運作，包括其制度演變以及監察權之現況。	趙達瑜
第五編 中央與 地方之 關係	第十七章 地方制度總 論	本章介紹世界各國的地方制度以及發展（將討論歐盟的最新發展），包括聯邦制、單一制，藉以比較分析我國憲法的規範。	楊東連
	第十八章 地方自治與 制度	本章介紹我國地方自治與制度的問題，主要介紹中央與地方間權限之劃分以及地方制度之設計。除以憲法為主要說明依據外，尚包括地方制度法。	楊東連
第六編 基本國 策	第十九章 基本國策	本章介紹基本國策之意義（含源起）、與基本權之關係，並說明我國社會福利制度的現況與問題等。	趙達瑜

資料來源：作者自繪

## 肆、計畫執行過程

### 一、聘請研究助理

本計畫兼任研究助理共計三位：劉俐吟、吳炯倫以及馮美君，皆係本系研究生，分別協助行政帳務處理、計畫資料收集與輸入、文書往來作業、各項聯絡事宜、各項會議事務準備等工作。

### 二、收集有關資料

本計畫撰寫內容主要包括兩大主軸：憲政理論與本土案例，因此，資料亦以這兩大部份為主。其中案例的收集集主要以行政法院的有關判決為主，檢索的資料庫為司法院法學資料檢索系統，並以台中高等行政法院之判決為主要案例來源，並輔以其他法院及最高行政法院之有關判決與大法官會議解釋之解釋例，挑選出具代表性的案例，依此設計本書的案例。進行步驟如下：

1. 以關鍵字搜尋：首先以關鍵字搜尋各法院自民國 86 年 9 月 1 日至 96 年 11 月 1 日止之有關判決。以基本人權篇各章為例，共計有 16,916 個案例參見下表二)，基本權以外之各章，如憲政理論、中央政府以及地方制度等，原則上將以大法官解釋為主要參考案例。
2. 初步案例挑選：先以台中高等法院的案例優先考慮，並瀏覽其他法院之判決，由各章的撰寫人就其專業判斷各挑選 20 個案例，便先簡略對這些案例進行歸納整理。
3. 決定案例撰寫：由各章撰寫人就 20 個案例中，挑選 1 至 3 個案例，與其他撰寫人討論後決定撰寫之案例。其他未被挑選的案例，則提供撰寫時之佐證或參考。

表二：基本人權篇各章案例搜尋結果

	台中高等 行政法院	台北高等 行政法院	高雄高等行 政法院	最高行政法 院	小計
人身自由	10	264	63	120	457
居住遷徙 自由	3	27	8	16	54
表現自由	0	39	1	43	83
大學自治	9	30	32	47	118
宗教自由	0	7	5	10	22
言論自由	4	168	8	138	318

集會結社 自由	0	4	3	9	16
財產權	680	3331	1091	3382	8484
生存權	64	459	161	389	1073
工作權	148	1029	297	689	2163
請願權	0	23	0	6	29
訴願權	16	92	23	81	212
訴訟權	105	737	222	627	1691
教育權	7	42	23	22	94
選舉權	8	78	8	24	118
罷免權	1	46	1	0	48
創制權	0	34	0	3	37
複決權	0	47	0	5	52
應考試與 服公職權	4	85	4	44	137
人格權	19	80	19	80	198
隱私權	4	89	19	33	145
婚姻自由 權	1	0	0	3	4
性行為自 由	0	0	0	0	0
契約自由 權	86	428	317	268	1099
總計	1079	6634	1985	5731	16916

附註一：搜尋期間：民國 86 年 9 月 1 日至民國 96 年 11 月 1 日。

附註二：搜尋網址：司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，  
搜尋時間：2007/11/22。

### 三、召開撰寫會議

本計畫於 96 年 10 月 19 日先召開第一次本書撰寫會議，會中討論經費使用之分配、寫作格式以及寫作之進度等，其後並陸續召開共計八次的撰寫會議，歷經八次的會議讓各章撰寫人，皆能瞭解本次計畫的寫作重點。計畫主持人並參加

## 第二次大綱撰寫會議之會議記錄

時間：2007年11月29日 早上 10:30

地點：東海大學社會科學院 SS 527 教室

出席人員：呂炳寬老師 趙達瑜老師 楊東連老師 柯義龍老師 徐正戎老師

會議內容：

### 一、寫作格式部分

有關於案例事實是否要給予最後解答？結論：僅給予建議或者提供相關文獻方向，不用給予解答。

1. 楊東連老師認為避免在寫作時太過艱深，避免過多法律用語，讓非法律系學生能夠閱讀。並且，如：解釋理由書中「尚無…得」等詞彙，有時學生會很困擾，因此應該須循序漸進。
2. 柯義龍老師表示盡量用平常一點的話來說，讀者為非法律系學生，寫作時專有名詞應要有註解，以免一般非法律系的學生害怕，應寫得淺顯易懂。而且非法律系學生若看到直接引用判例，非法律系的學生可能會有排斥感，因此希望能更淺顯化。
3. 趙達瑜老師認為非法律學生看久了就懂了。
4. 呂炳寬老師認為在課本最前面必須要有章節介紹。
5. 結論：文字盡量淺顯，但重要觀念必須介紹給學生。

### 二、寫作進度

1. 原則上各位老師須在二月底將已完成的文章繳交出來，希望能各位老師都能夠在二月底完成寫作，因為之後將召開一場研討會，針對寫作各個老師的寫作內容進行討論，如果老師們能提早完成寫作，即可針對研討會的校外學者所給予的建議進行改進。
2. 至於研討會的時間，再看各位老師們的寫作狀況以及時間安排，由之後的會議再做討論。
3. 若是各位老師在寫作方面，遇到問題或是有更好的寫作建議，可以在下一次的會議進行討論。

紀錄：劉俐吟、馮美君

## 第三次大綱撰寫會議之會議記錄

時間：2007年12月12日 早上 10:30

地點：東海大學社會科學院 SS 527 教室

出席人員：呂炳寬老師 趙達瑜老師 楊東連老師 柯義龍老師 徐正戎老師

會議內容：

### 一、寫作格式

1. 每個章節除了盡量採案例式撰寫之外，在每一章的開始，先將本章的重點先扼要說明，並指出本章的學習目標，然後在每個案例之後設計討論題綱，供教學與課程討論，並讓學生可以進一步思考。

## 2. 寫作大綱：

- 1) 重點提示：先簡要介紹所涉及的理論與憲法規範的說明。
- 2) 學習目標：主要說明本章所要讓學生所欲達到的學習目標。
- 3) 內文安排：包括案例事實、本案爭點、系爭法規、相關解釋與理論、本案討論題綱以及建議的教學方式等。
- 4) 關鍵詞彙：在本章後面附上文章所提及的關鍵詞。
- 5) 參考書目：最後附上本章的參考書目以及相關網路資料，並提供進一步閱讀的建議書單，讓想要了解此議題的同學，可以收集有關資料進一步學習或是撰寫學期報告。

## 二、寫作進度

這次會議先討論有關於憲法基本概念的部份，這個部份是由柯義龍老師撰寫，希望各位老師能夠在寫作方面給柯老師一些建議。

1. 趙達瑜老師表示所使用的文字可以盡量淺顯易懂，但重要觀念必須介紹給學生。
2. 楊東連老師表示可以精簡案例的陳述，每一章節後給予學生更多思考的空間。
3. 柯義龍老師表示在這個章節主要從立憲主義、憲法變遷、我國的立憲史，以及憲法總綱四個方向撰寫，為了增進非法律系的學生學習憲法的動機，可以不用逐條介紹憲法條文，並且選擇性地選出自己認為重要並且能夠整體性地了解我國憲法的理論概念，精簡案例的陳述，指出案例的重點。

## 三、結論

由於本章節為讀者閱讀教材的第一個部份，為了增進讀者的學習意願，柯老師在寫作的時候，可以使用淺顯易懂的方式陳述憲法概念，盡量避免篇幅過長的案例陳述。

紀錄：劉俐吟、馮美君

## 第四次大綱撰寫會議之會議記錄

時間：2007年12月22日 早上 10:30

地點：東海大學社會科學院 SS 527 教室

出席人員：呂炳寬老師 趙達瑜老師 楊東連老師 柯義龍老師 徐正戎老師

會議內容：

### 一、寫作進度

1. 計畫主持人呂炳寬老師表示已經到建國科技大學做期中報告，期中報告資料中第二頁有進度表。原則上在四月份之前須完稿，三月份繳稿時，將詢問學者專家預評，希望這本書將過類似外審制度的程序。
2. 研討會時間半天，時間再與大家協調，再找評論老師。並且提出文章中較為重要的章節，以東海大學行管系的名義召開研討會，並請校外學者幫忙檢視，並請中部地區教憲法的老師出席，並詢問其意見。若需要的話，其

他學校也可掛名，但必須召集該校學生出席。

3. 在四月份老師們應該大致完成寫作的工作，所以在時間方面會比較有空些，大約暫定四月開研討會。

## 二、寫作內容

1. 這次會議主要是討論憲法基本人權的部份，希望各位老師能夠提供一些寫作內容方面的建議。
2. 柯義龍老師表示可以先由基本人權理論撰寫，但是基本人權理論比較屬於理論性質，所以建議這部份盡量以淺顯易懂的文字敘述與以圖表的方式呈現。
3. 趙達瑜老師同意柯老師的看法，在這個章節裡包含了自由權、受益權、參政權等等，並且各個主要的基本權利各自又包含了許多自由權利，像自由權就包括：人身自由、居住自由、表現自由等等，以圖表呈現會比較清楚。
4. 楊東連老師表示使用圖表可以使非法律系的學生對基本人權有一個清楚的架構。另外，基本人權概念對於一些非法律系的學生來說，可能還是屬於比較抽象難懂的概念，可以配合實務的案例或是大法官解釋文，可以讓讀者比較具體了解這些抽象的概念。

## 三、結論

在撰寫基本人權部分，除了使用淺顯易懂的文字表達基本人權的概念，還可以配合圖表呈現出清楚、有條理的概念架構，並且搭配與基本人權相關的實際案例，將憲法的基本人權做有系統的介紹。

紀錄：劉俐吟、馮美君

## 第五次大綱撰寫會議之會議記錄

時間：2008年1月18日 早上 10:30

地點：東海大學社會科學院 SS 527 教室

出席人員：呂炳寬老師 趙達瑜老師 楊東連老師 柯義龍老師 徐正戎老師

會議內容：

### 一、寫作內容

寫作時，仍然是以案例為主，若寫作時有困難，再討論。並且，年份、釋字以阿拉伯數字表示。引用的地方「」不要改。

### 二、寫作進度

本次會議主要是討論有關於中央與地方關係的寫作內容。

1. 呂炳寬老師表示在設計教材內容架構時，主要將中央與地方的關係分為地方制度總論與地方自治與制度兩個面向來作介紹。
2. 楊東連老師對於地方制度總論寫作的看法，主要是先介紹世界各國地方制度與發展，在制度方面，包括聯邦制、單一制；在發展方面，會將歐盟最新發

展情況納入文中討論，最後再比較分析我國憲法的規範。在地方自治與制度方面，主要介紹中央與地方間權限的劃分與地分制度的設計，最後再介紹我國地方自治與制度的問題。

3. 柯義龍老師建議除了以憲法為主要說明依據外，還須以地方制度法輔以說明。
4. 趙達瑜老師表示除了憲法與地方制度法，還可以釋字第 467、498、553 等等解釋文，或是配合有關中央與地方問題的具體案例，使讀者能夠從日常生活中學習地方自治與制度的概念，增加讀者對這部份的觀念。

### 三、寫作格式

1. 各位老師除了盡量採案例式撰寫外，在每一章的開始，先將本章的重點先扼要說明，並指出本章的學習目標，然後在每個案例之後設計一些討論問題，以提供老師教學與課程討論，並讓學生可以進一步思考。
2. 對於上述寫作格式的要求，主要原因是如果有適當案例，除討論題綱的問題提示外，還可以請學生進行案例辯論，讓學生主動找尋出案例的真正答案，而不是傳統填鴨的教學方式以收到良好的學習效果。

紀錄：劉俐吟、馮美君

## 第六次大綱撰寫會議之會議記錄

時間：2008 年 4 月 3 日 早上 10:30

地點：東海大學社會科學院 SS 527 教室

出席人員：呂炳寬老師 趙達瑜老師 楊東連老師 柯義龍老師 徐正戎老師

會議內容：

### 一、研討會議程

1. 本次會議主題為討論教材成果發表學術研討會的議程，原則上將在 4/11 星期五下午 2 點進行，分為兩個場次進行，第一場的主持人將邀請王業立老師擔任，主題是：憲政體制案例、地方自治與制度艷麗與基本國策案例。本次研討會第二場預定由 15:30-14:20 開始，中間有 20 分中的休息時間，第二場的主持人為袁鶴齡老師，主題是憲政理論與基本人權。
2. 第一場會議：  
憲政體制案例：發表人為徐正戎老師，這部份將由王業立老師與袁鶴齡老師擔任評論人。  
地方自治與制度：發表人為楊東連老師，這部份是由紀俊老師與劉兆隆老師擔任評論人。  
基本國策：發表人為趙達瑜老師，由魯俊孟老師與黃啟禎老師擔任這個部份的評論人。
3. 第二場會議  
憲政理論：發表人為柯義龍老師，這部份是由劉兆隆老師與魯俊孟老師擔任評論人。

3.基本人權：發表人為呂炳寬老師，而評論人是洪啟禎老師與紀俊臣老師。以上是這次成果發表學術研討會所設定的議程，原則上當天會議這個議程進行。

## 二、討論

原則上依上述規劃進行

紀錄：劉俐吟、馮美君

## 第七次大綱撰寫會議之會議記錄

時間：2008年4月7日 早上 10:30

地點：東海大學社會科學院 SS 527 教室

出席人員：呂炳寬老師 趙達瑜老師 楊東連老師 柯義龍老師 徐正戎老師

會議內容：

### 一、研討會後檢討

4/11 研討會後，本次會議將針對評論人及與會者的意見進行會後檢討。

1. 在徐正戎老師的部份：希望能夠讓大學生出校園之後對於中央對於政治能夠有一些自己的判斷。在後面案例進一步思索，把最近幾年來可能會涉及到一些問題的把它放上去，可以引起學生辯論的一些可能性？可不可以把一些相關的東西放上去？不願意給單一答案的東西，但讓學生可以思索。
2. 楊東連老師的部份：文中提到地方自治法的規定，可能還要在加上一些基本的了解，再加上案例的分析，最好前面還是要有一些較理論性的介紹。把憲政的核心價值在文章裡面或是講述過程中掌握好，讓學生的學習心得提高。在編教材的時候，找一些非法律系的人，先說完故事，覺得這個是有趣的故事，並詢問他們你覺得問題可能是哪裡，可能在編撰上較能跳脫法律人的專業框架，也許會有一些更有趣的東西會呈現出來。
3. 趙達瑜老師的部份：在第 43 頁，第一節的標題，比較像普通教科書的寫法，建議是”什麼是基本國策”，讓它更白話一點。在下面的二，基本國策的教義，就是基本國策上的這些規定有沒有像憲法的一般條文，這是大家去關心的問題，可以去凸顯它跟一般條文的區別。而且，基本國策是憲法條文中和政治科學最有關係的一塊，例如國民經濟，包含政治科學很多的理論。就是說，在這個部分可以用我們很熟悉的理論來談？可以講淺一點，讓它與法律對話。
4. 柯義龍老師的部份：讀者為一些非法律系的學生，所以用自遣詞應潛顯易懂，專有名詞建議可以多寫一些故事，一方面會讓學生覺得更有趣；另一方面可以更清楚說明這些觀念的來源。最後在文中的可在加上結論的部份。
5. 呂炳寬老師的部份：文中所指的概念應具體明確的說明，例如：在 100 頁第三部份本分析第三行中，“若無法從列舉人權中導出”，可以更明確的指出是憲法第二章第幾條到第幾條的列舉人權，可能會使非法律系學生更加清楚。並且可以再加上人民聲請釋憲的程序圖的部份；最後，可以加以說明圖中概念之間的關係，表達其中的關係與連慣性；並且標示圖的標題。

#### 6. 與會者給教材的整體建議

- 1) 專有的名詞應統一
- 2) 對象是非法律系的學生，頁數似乎太多了，內容有些龐雜。
- 3) 建議修改教材的標題。

#### 二、討論

各章撰寫人參酌評論人之意見進行撰寫，預計於六月完成，利用暑假進行印製，並於下學期上課時採用。

紀錄：劉俐吟、馮美君

### 第八次大綱撰寫會議之會議記錄

時間：2008年4月25日 早上 10:30

地點：東海大學社會科學院 SS 527 教室

出席人員：呂炳寬老師 趙達瑜老師 楊東連老師 柯義龍老師 徐正戎老師

會議內容：

#### 一、教材出版事宜

最後本次會議是教學計畫的最後一次會議，關於教材出版方面，目前出版商有新學林跟五南兩個廠商在接洽，兩間廠商的條件都差不多，五南給予15%稿費，新學林除15%的稿費外，如用書再給予3%的稿費。

#### 二、決議

決定由新學林公司出版

紀錄：劉俐吟、馮美君

### 四、會議照片





會議討論情形



計畫主持人說明計畫執行情形



楊東連老師發言

## 伍、期中報告

### 一、會議地點

計畫辦公室於 96 年 12 月 15 日（星期六）上午 10：00 - 12：00 於建國科技大學圖文大樓七樓（彰化市介壽北路一號）舉行「教育部補助大專院校推動憲法及法律與生活教學發展計畫「期中報告」會議」，

### 二、議程

#### 教育部補助大專院校推動憲法及法律與生活教學發展計畫「期中報告」會議

時間	會議內容
9:30-10:00	報到
10:00-12:00	主持人：王業立 教授(東海大學政治學系) 報告人：呂炳寬 教授(東海大學行政管理暨政策學系) 計畫名稱：你也可以學好憲法：一本給非法律系學生的憲法教材 吳威志 教授(雲林科技大學科技法律研究所) 計畫名稱：「憲法」教學案例研究 回應人：朱耀祥教授(吳鳳技術學院通識教育中心) 蕭揚基教授(大葉大學通識教育中心)
12:00-13:30	午餐
13:30-16:30	主持人：李惠宗教授(中興大學財經法律學系主任) 報告人：李銘義 教授(義守大學通識教育中心) 計畫名稱：憲法體制與人權教學本土教案分析 吳大平教授(實踐大學高雄校區博雅學部) 計畫名稱：九十六學年度推動憲法教學發展計畫 徐振雄 教授(萬能科技大學通識教育中心) 計畫名稱：以憲法案例式教學培養大學校院學生的憲法意識 回應人：陳世岳教授(中山大學通識教育中心) 郭俊麟教授(南台科技大學通識教育中心)

報告內容說明：

1. 計畫主持人簡介執行概況與內部會議紀錄，並針對一個案例說明初步成果，內容儘可能包括：如何定義本土案例、如何蒐集與整理本土案例、如何分析本土案例、如何將案例與憲法概念相結合、如何透過課程設計活動與作業將法學知識傳遞出去。(20-30 分鐘)
2. 二位回應人對於報告內容回應與討論(各 10-20 分)
3. 開放現場討論(20 分鐘)
4. 各計畫主持人，請將期中報告內容與會議討論內容，作為未來成果報告書內容之一。

### 三、報告內容

本次期中報告主要提出本計畫之進度以及撰寫之案例，如下：

1. 預計工作進度表：本計畫目前已經完成助理之聘用、案例資料之收集與彙整、撰寫章節以及格式之確定等，目前各章撰寫人已著手進行各章之撰寫，預計於寒假結束後能完成初步稿件。以下為預計之工作進度：

月次	9月	10月	11月	12月	01月	02月	03月	04月	說明
工作準備	■								執行計畫準備工作
雇用助理	■								依計畫聘用三位助理
資料收集	■	■							請各撰寫人與助理收集
資料整理		■	■						整理資料提供各撰寫人
第一次撰寫會議		■	■						協調各撰寫人之格式與寫作內容
確立教材大綱完成			■						各撰寫人完成各章節之安排
期中報告				■					提交期中報告
第二次撰寫會議				■					就期中報告之修改意見與各撰寫人討論
各章撰寫				■	■	■	■		以寒假時間為主，各撰寫人進行撰寫。
第三次撰寫會議						■			協調各撰寫人之進度
第四次撰寫會議							■		確定各撰寫人進度
學者專家預評							■		請校內、外學者預審
修改並召開研討會								■	完稿並召開研討會
最後定稿								■	各章節最後定稿
期末報告								■	參加期末報告
書本印製								■	印製書本並發行
預定進度累積百分比	10	30	50	60	70	80	90	100	

#### 2. 案例收集與整理

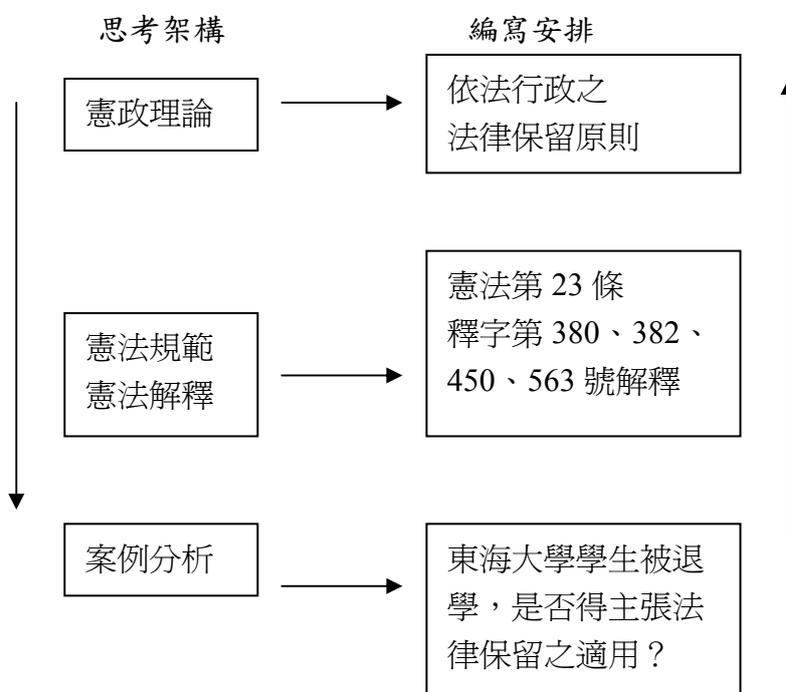
1) 案例蒐集與整理：就章節安排，本計畫分五大部份進行，一是憲政基本理

念：這部份主要在介紹憲政基礎理論，原則上以淺顯易懂的方式介紹憲政理論，並佐以國內適當的案例。二是基本人權：這部份將以行政法院的判決為主要資料來源，且盡量採用台中地區的案例。三是政府組織：這部份由於涉及中央政府之權力互動，將以大法官解釋為主要案例。四是地方制度：此部份儘量舉與台中有關的案例，並輔以大法官解釋。五是基本國策：這部份亦以台中的案例為主，輔以大法官解釋。

- 2) 本書案例的蒐集主要有：行政法院判決與判例、大法官會議解釋、時事新聞事件等，前兩者主要由司法院網站之法學資料檢索系統法學資料檢索系統與大法官網佔有關於大法官會議解釋資料庫中所提供的資料獲得，時事新聞則參酌國內重要報章媒體的報導。
- 3) 收集到的案例本計畫將先予以整理，包括以下四點：案例事實、當事人主張、系爭法規、法院判決與理由。案例撰寫前先簡略討論本案例所涉及的理論，接著簡略介紹並分析本案例，進行檢討與討論，最後設計題目供學生思考並提供進一步的閱讀參考資料。

### 3. 範例：東海大學學生退學案

內文撰寫的思考邏輯，每一章節均以憲政理論為思考基礎，藉以說明我國憲法規範體系與詮釋並結合有關行政法院判決與大法官解釋之案例，本教材編寫之基本架構（圖一）為：



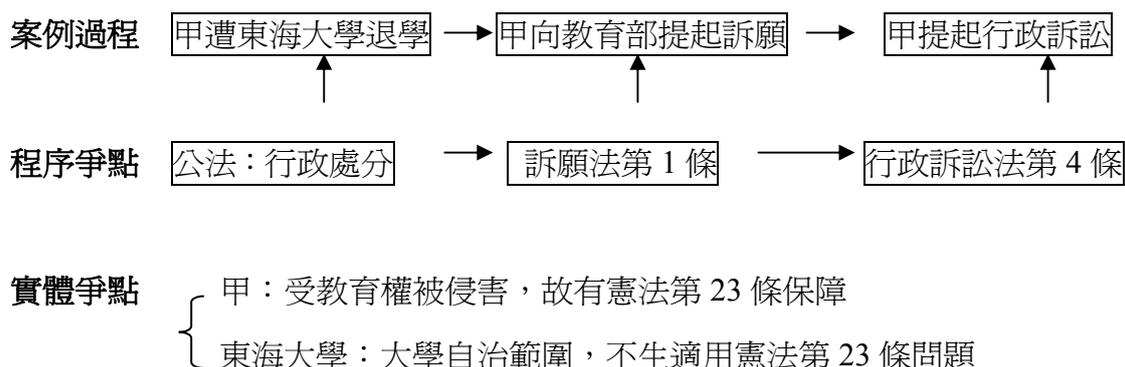
圖一：教材大綱撰寫架構

資料來源：作者自繪

就圖一之案例，在教材編寫時，首先略述某東海大學學生被退學的過程，該

生認為學校的學則規定有兩個學期二分之一學分不及格者予以退學，有違反法律保留原則（爭點），學生退學涉及憲法所保障之受教育權侵害（釋字第 382 號解釋），是否有法律保留原則之適用，則仍須考慮大學自治的問題（釋字第 380 與 450 號解釋），本案行政法院判決應有法律保留之適用，但大法官釋字第 563 號解釋則認為毋須有法律保留原則之適用。故該生不得主張法律保留原則。茲以本案為例，試擬教材寫作之範例如下（本案係依據台中高等行政法院 91 年訴字 136 號改編，該案原告係東海大學經濟系學生）：

本案簡圖



## 壹、案例事實

甲（原告）係私立東海大學（被告）學生，於八十七學年度第二學期所修學分達二分之一不及格，東海大學依其所頒布之學則第 31 條規定：「學生學期學業成績不及格科目於之學分數，達該學期修習學分總數二分之一者，應令退學。」予以退學處分，並於八十八年七月十四日通知甲，甲不服向東海大學申訴，經於九十年八月三十一日作成評議書，評議結論為：申訴不成立。原告仍不服，提起訴願，仍遭教育部於九十一年一月十一日為駁回訴願之決定，甲不服，再向台中高等行政法院提起行政訴訟。

## 貳、當事人主張

### 一、甲（原告）之主張

法律與憲法牴觸者，法律應屬無效，行政命令予法律牴觸者，行政命令應屬無效。被告東海大學學則第 31 條屬於行政命令之範圍，與大學法第 1 條第 2 項、大學法施行細則第 21 條牴觸，顯然無效。

### 二、東海大學（被告主張）

大學法雖未有明文規定以學分成績為退學之審查標的，惟在大學法第一條第項明定：「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」同時參照司法院大法官釋字第三八〇號解釋意旨下，大學學術自由乃法律保障事項，其以學期不及格學分數佔學期實際修習學分總數之比例

所訂定之退學標準乃是維持學術品質之重要自治事項，應受尊重。

### 參、系爭法規

#### 1.程序法

行政訴訟法第 4、6、111、115、196 條

#### 2.實體法

大學法第 25、23、31 條；大學法施行細則第 29 條；學位授予法第 3 條；教育基本法第 8 條；憲法第 11、21、23 條

#### 3.大法官會議解釋

釋字第 380、382、450、563 號解釋

### 肆、法院判決與理由

#### 一、法院判決

原告之訴駁回

#### 二、法院判決理由

**1.主要論點：**法律就退學標準既未另設規定，則大學本於憲法保障之學術自由自訂學則，對於學生成績未達一定標準者，規定應令退學，自無違背法律保留原則可言。

#### **2.論證理由：**

1) 釋字第 380 號解釋：憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，就大學教育而言，應包含研究自由、教學自由及學習自由等事項。大學法第一條第二項規定：「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。其自治權之範圍，應包含直接涉及研究與教學之學術重要事項」。準此可知，大學自治之事項，即屬學術自由之事項，包含研究自由、教學自由及學習自由等事項，除法律別有明文規定者外，應任諸大學自由決定，在此自由決定之自治範圍內，並無法律保留原則之適用。申言之，**大學自治為憲法保障學術自由所應建制之範圍，大學因而有自治權，無待於法律之授予。**

2) 最高行政法院九十一年度判字第四六七號判決：大學自治之事項，其影響於學生權益者，所在多有，惟屬教學自由本質上之需求所生之當然結果，基於保障教學自由之本旨，仍應任由大學自治，**不能反以學生有受教育權或學習權之存在，認在此範圍內有法律保留原則之適用，致失憲法對於大學自治設為制度性保障之規範價值。**大學學生入學就讀，應維持如何之成績標準，應有如何之學習成果，涉及大學對學生學習能力之評價，及學術水準之維護，與大學之研究及教學有直接關係，影響大學

之學術發展與經營特性，屬大學自治之範圍。

## 伍、本案檢討

### 一、相關解釋

釋字第 380、382、450、563 號解釋

### 二、基本權利的理論分析

#### 1. 基本權利的保障範圍

1) 學生部分：受教育權（憲法第二十二條）：人民受憲法保障之受教育權利，不僅包括憲法第二十一條列舉受國民教育之權利，尚包括憲法第二十二條例示保護之受中等教育、受高等教育、受大學教育及受特殊教育等受教育之權利（釋字第 382 號解釋理由書）

2) 學校部分：大學自治（憲法第十一條）：大學自治屬於憲法第十一條講學自由之保障範圍，舉凡教學、學習自由有關之重要事項，均屬大學自治之項目，又國家對大學之監督除應以法律明定外，其訂定亦應符合大學自治之原則。（釋字第 380、450 號解釋）

#### 2. 基本權利的違憲審查

受教育權與大學自治：可於憲法第二十三條之要件下以法律限制之。  
學生受教育權與大學自治之間產生基本權衝突問題。

## 陸、本案討論

1. 受教育權與大學自治是否發生基本權衝突問題？如何抉擇此兩難問題？
2. 退學處分與專業判斷是否可以二分？
3. 大學自治是否得對抗學生的受教育權？
4. 大學法施行細則第二十九條再授權各大學得自訂學則，是否違憲？大學自治該有低密度或高密度的法律保留？
5. 大學應遵守的正當程序為何？

#### 四、期中報告紀錄（與本計畫有關的部分）

1. 主持人王業立教授：今天很榮幸擔任主持人，今天早上有二位報告人，先就研究主題報告，二位回應人回應，再開放現場討論。現在先請呂教授報告。
2. 報告人：呂炳寬副教授報告：
  - 1) 感謝教部有機會讓我利用機會整理這幾年教學心得。個人教學都是法律系學生，學生學習法律都很擔心，這也是這個研究計畫的初衷。先簡介研究團隊徐正戎、趙達瑜、柯義隆、楊東連，分工情形請參考書面資料。工作進度 10/19 招開工作團隊撰寫會議，確定撰寫格式、統一注釋，確定撰寫進度；希望；寒假初稿可以完成，12 月底會第開第二次會議。收集資料方面以大法官會議為主，案例收集以台中高等行政法院為主，預計每一章約挑 2 至 3 個案例撰寫。初稿完成後會先請專家評估，再辦一場教學觀摩會，提出結案報告，最後出書。
  - 2) 案例報告請大家參考書面資料。案例之前會先做理論介紹。以東海大學學生退學案報告，牽涉大學自治與學生受教權二個基本權力衝突。案例介紹以圖示表示，提出實體爭點、當事人主張、相關法規、法院判決與法院論證理由，再對本案作檢討，並提出疑問。並放上相關案例讓同學思考。
3. 回應人朱耀祥：很惶恐以後學者身分提出幾點意見。個人也曾經想過出一本書，提出申請案，舊個人感受到的提出看法。首先就呂教授報告、書名很平易近人、結構也很完整，收集資料相當多、從收集分析到完成都是很龐大的工作。以案例式教學比起傳統條列式教學更能讓學生理解吸收。唯一一點建議是否可將民主基本原則精神再憲法書前頭說明。
4. 回應人蕭揚基：先以案例式教學提出個人教學經驗的一點意見。二位教學在教學與研究上都讓人佩服。憲法教學讓學生置於教學情境上在實踐上會很強，不論在教學培養學生批判性的思考，有幾點必須思考，設計教學時必須思考學生的主體性、教學目標、學生在教學時的地位及教學背後的價值觀為何。課程或教材的組成必須考量與實際生活如何結合、及學生的求知精神與學習方式相配合、學生未來應用的層面為何。就呂老師的報告，非法律系學生範圍很廣，可能對管理學院、工學院或設計學院的學生需要不同的方式。第二點所謂達到淺顯易懂的教學有無客觀的標準，就呂教授書面資料有一些名詞可能非法律系學生會無法進入，如果我今天我是一個非法律系學生可能會覺得很難。第三點撰寫格式以學報方式對學生而言可能會太學術性，且篇幅章節太多，不曉得如何配合實際學校行事曆。最後案例教學的評鑑，再做教學改革時需要考量。
5. 綜合討論
  - 1) 主持人王業立：請各位提出問題，每人三分鐘。
  - 2) 陳世岳教授：呂老師的報告篇幅很大，有結案時間壓力不曉得如何解

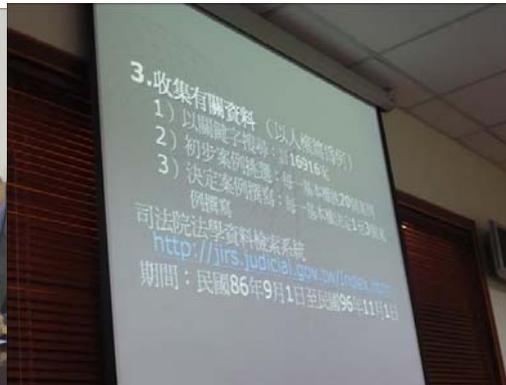
決？

- 3) 黃勝興教授：就法律系學生而言編製一本適合的教材是非常困難，工程相當浩大，老師需要很大的耐心。對呂教授的教材提出依些看法，案例式教學若真的在法學教育落實，一些法學的專業語言對非法律系學生的學習真的很困難，學生無法理解，若對一些關鍵字給予簡單的解釋，同學會更容易懂，更了解案例。
- 4) 陳惠馨教授：說明其中報告的目的。先就呂教授提出意見，如同蕭教授的回應，要知道學生在教學時的地位，案例式教學其實是要學生一起加入思考，學生一旦被啟發，也許就可以自己去收集資料。
- 5) 黃宗元教授：建議呂教授普通法院也需要收集。
- 6) 陳惠馨教授：計畫案有配置助理，如何收集分析資料可以讓計劃助理處理，訓練學生如何研究。
6. 回應：呂炳寬副教授：謝謝大家的批評。我的想法是先期工作要廣，再從中挑選。蕭老師提出很多教學經驗，我是希望非法律系學生也能培養憲政理念，至於專業名詞黃老師的建議很好，會進行關鍵字解釋。至於教材是否適合全部的學生，會進行挑選適合一般學生使用。感謝各位老師提供意見。

## 五、期中報告照片



計畫主持人進行期中報告情形



期中報告之投影片



主持人王業立教授



期中報告會議學者參與情形

## 伍、期末成果發表

### 一、議程

#### 教育部補助大專院校推動憲法及法律與生活教學發展計畫

「你也可以學好憲法：一本給非法律系學生的憲法教材」成果發表學術研討會

主辦單位：東海大學 行政管理暨政策學系

日期：2008年4月11日(星期五)

地點：東海大學省政大樓 409 教室

聯絡人：劉俐吟 電話：0912629761

2008年4月11日	
時間	議程
13:30-14:00	計畫總主持人：陳惠馨教授 致詞（暫定） （國立政治大學法律系教授兼法學院院長）
14:00-15:10	主持人：王業立教授(東海大學政治系教授) 發表主題：憲政體制案例 發表人：徐正戎教授(國立台北科技大學人文與科學學院教授兼院長) 引言人：王業立教授(東海大學政治系教授) 引言人：袁鶴齡教授（國立中興大學國家政策與公共事務研究所教授兼所長） 發表主題：地方自治與制度案例 發表人：楊東連講師(僑光技術學院財經法律學系講師) 引言人：紀俊臣教授(東海大學政治系教授) 引言人：劉兆隆助理教授(國立彰化師範大學政治學研究所助理教授) 發表主題：基本國策案例 發表人：趙達瑜副教授(國立暨南國際大學公共行政暨政策學系副教授) 引言人：魯俊孟副教授(東海大學行政管理暨政策系副教授) 引言人：黃啟禎副教授(東海大學法律系副教授)
15:10-15:30	Coffee break
15:30-14:20	主持人：袁鶴齡教授（國立中興大學國家政策與公共事務研究所教授兼所長） 發表主題：憲政理論 發表人：柯義龍講師（東海大學行政管理暨政策系講師） 引言人：劉兆隆助理教授(國立彰化師範大學政治學研究所助理教授) 引言人：魯俊孟副教授(東海大學行政管理暨政策系副教授) 發表主題：基本人權案例 發表人：呂炳寬副教授(東海大學行政管理暨政策學系副教授) 引言人：黃啟禎副教授(東海大學法律系副教授) 引言人：紀俊臣教授(東海大學政治系教授)

## 二、研討會照片



趙達瑜老師報告



主持人：袁鶴齡老師



研討會討論情形



呂炳寬老師報告



研討會討論情形



研討會討論情形

### 三、內容

## 【主題一】

### 憲政體制案例

發表人：徐正戎

國立台北科技大學人文與科學學院教授兼院長

引言人：王業立教授(東海大學政治系教授)

引言人：袁鶴齡教授

(國立中興大學國家政策與公共事務研究所教授兼所長)

本篇中之考試院及監察院之撰寫人為 趙達瑜副教授

# 中央政府總論

徐正戎

## 壹、前言

憲法為人民權利的保障書，也為國家的根本大法。前者顯現出憲法以保障人民基本權利為職志，以「人民篇」稱之；後者則說明了除了有關人權的規範以外，舉凡國家內重要的機關與組織，其組成、權限與彼此間互動的關係，也是憲法的重要內容之一，學者多稱以「國家篇」。

一個國家中央政府的設計，依國別自有不同。目前普遍為大家所熟知的有總統制、內閣制及半總統制（或稱雙首長制），<sup>1</sup>三者均有不少的國家採行。各種中央政府體制區分的標準，一般而言，有以行政權的歸屬定之，也有以行政立法兩權間的關係作為判別的指標（林子儀等，2003：126）。

如從行政權的歸屬來看，一個國家中最高的行政首長若是總統，則吾人可稱之為「總統制」，反之，若是內閣總理（或稱首相）為最高的行政首長，則是「內閣制」；此一判斷標準簡單明瞭，作為區分內閣制與總統制實是再清楚不過，但唯一的缺點則是無法判別「半總統制」的國家，原因是此類中央政府體制的運作，其最高的行政首長，時而總統、時而總理，沒有一定，故在不同的時點檢驗，可能有不同的答案與體制歸類，故以行政權的歸屬來檢驗中央政府體制，其最大的盲點是在於，無法精確地對屬於「半總統制」的國家予以判定，而易滋生錯誤。

至於從行政與立法兩權間的關係作為判定的基準，則為目前學術界與實務界的通說。此說認為，在一元民主的國家，人民經由一次的全國性大選，選出國會議員，並間接地產生由多數黨組成的內閣總理與政府，因此政黨贏得國會選舉、取得立法權的同時，也一併地享有行政權，因為後者由前者而來，故行政權必須向立法權負責，兩權實彼此依附；反之，若國會多數黨不再支持政府，而通過不信任案，或內閣總理逕行解散國會，則兩權也可能共趨毀滅，故行政立法關係是相互依存，共存共亡，這就是以英國為代表的內閣制最大特色；相反地，在二元民主的國家，人民一次大選選出國會議員及多數黨，由其主導立法，而另一次大選選出總統，則由其掌控行政，國會和總統分由人民選出，兩權間並無直接隸屬關係，祇有分立與制衡（Checks and Balances），這就是以美國為首的總統制。至於第三類國家，則是對於兩種體制各採部份施行：一方面，維持總統制中總統和

---

<sup>1</sup> 另外還有「委員制」，但因採行的國家祇有瑞士，故從而不略。

國會分由人民選出的制度，但另一方面，卻保留了內閣制中政府向國會負責的機制，這就是在第二次大戰後，尤其是第三波民主後，眾多的亞、非及歐洲的民主新興國家所採的，以法國第五共和為典範的半總統制。

對於憲法中國家組織及權限的瞭解，首先就必須從中央政府體制的定位開始，否則試想，若對國家的憲政體制沒有共識，則若發生機關間權限爭議時，該如何進行憲法解釋？對於這一在別的国家是理所當然的憲政共識，在我國竟然也是求之而不可得！我國近年來出現的諸多憲政爭議，多是在朝野政黨對我國中央政府體制的定位無法取得共識下而絕然產生，遠的如行政院院長應否在立法院改選後總辭（釋字第 387 號）、立法院對行政院所提預算的審核範圍（釋字第 391 號）、副總統得否兼任閣揆（釋字第 419 號）等問題不論，在 2000 年政黨輪替後有關行政院得否逕行暫停核四廠的興建（釋字第 520 號）、立法院得否成立「真相調查委員會」以調查總統「兩顆子彈」事件（釋字第 585 號）及總統在國務機要費中行政特權的範圍何在（釋字第 627 號）等朝野爭論議題，無一不是與我國的中央政府體制有關。以下僅舉釋字第 387 號及第 419 號兩號解釋，綜合剖析我國中央政府體制定位的疑義。

## 貳、 案例事實

我國因長期實施戒嚴及宣告動員勘亂時期，因此立法院遲至 1992 年 12 月 19 日才進行全面直接民選。在全面改選前，行政院院長祇有在新任總統選出後就職前，才有率同內閣總辭的憲政慣例，至於在立法院改選，新任立法委員就職前應否總辭，則成憲政疑義。新宣誓就職的立法委員陳水扁等 72 人，則提出行政院院長應率內閣總辭，俾使立法院得對總統新提的行政院院長人選行使同意權，以符合國民主權原則的憲法解釋疑義。（釋字第 387 號）

又 1996 年 3 月，李登輝先生與連戰先生經全民直選，當選中華民國第九任總統及副總統。連戰先生時任行政院院長，在同年 5 月 20 日就任副總統後隨即請辭行政院院長一職，惟李登輝總統以「著毋庸議」慰留，連副總統即續任行政院院長，而形成副總統兼任閣揆的情形。多組立法委員即分別提出總統對行政院院長的總辭可否慰留、副總統可否兼任閣揆及立法院「咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意」的決議文效力等憲政爭議提請解釋。（釋字第 419 號）

## 參、 案例爭點

此兩釋憲案牽涉憲政議題甚多，但本文祇限定在中央政府體制定位的探討

上。換言之，不論從行政院院長應否在新科立法委員就職前總辭，或是總統在面對閣揆總辭得否慰留而形成副總統兼任閣揆等行政立法兩者間的權限爭議，此處祇就是否涉及我國中央政府體制定位的面向進行討論，餘皆不論。

#### 肆、 中央政府體制定位與內閣總辭

內閣是否隨國會改選而總辭，端視中央政府體制的不同而有差別。在內閣制國家似為天經地義，但除少數國家的憲法中有明文規定外（日本現行憲法第七十條及德國基本法第六十九條），餘皆留諸憲政原理推演而得；在總統制下，內閣唯總統之命是從，無隨國會改選總辭之理；至於半總統制的國家，因為仍保留內閣須向國會負責的精神，因此內閣隨國會改選而更迭，亦屬當然之理，法國第五共和即是著例（吳庚，1995：293）。可見內閣在國會改選後應否總辭，因為涉及行政立法的核心權限，而此兩權關係又與中央政府體制的定位習習相關，所以如能先行確定我國中央政府體制的歸屬，那麼對於內閣總辭議題的釋疑，當有撥雲見日之效；至於總統面對行政院院長總辭時得以採行之態度與立場，也可一併加以釐清。

又內閣總辭的時機也可能肇因於新舊總統的更迭。若行政院院長在新總統就職後提出總辭，總統的裁量空間何在？是否在實質上不得剝奪立法委員行使同意的權力？此與中央政府體制的定位有無關聯？

#### 伍、 實務見解

就內閣是否應隨國會改選而總辭的爭議，大法官在釋字第 387 號解釋中表示，行政院院長既須經總統提名、立法院同意任命之（憲法本文第五十五條），而且行政院應對立法院負責（憲法本文第五十七條），基於民意政治與責任政治的原理，立法委員任期屆滿改選後第一次集會前，行政院院長自應向總統提出辭職。

而就行政院院長的總辭，總統是否有裁量的空間問題，大法官也在釋字第 419 號解釋中表示，「行政院院長於新任總統就職時提出總辭，係基於尊重國家元首所為之禮貌性辭職，並非其憲法上之義務。對於行政院院長非憲法上義務之辭職應如何處理，乃總統之裁量權限，為學理上所稱統治行為之一種，非本院應作合憲性審查之事項。」

換言之，大法官認為，一則，基於民意政治與責任政治的原理，任期屆滿改選後第一次集會前，行政院院長自應在新科立法委員就職前提出辭職；反之，對於新任總統之總辭，雖屬必要，但必非其憲法上的義務，祇係禮貌性辭職，而總

統應如何因應，悉聽尊便。

## 陸、 本案檢討

大法官上述立場並非無見，然仍有可議之處，試簡述如下：

首先，大法官在面對先後兩個不同的憲政爭議時，在解釋方法上，如能先行確定我國中央政府體制的定位，系爭疑義當可迎刃而解；但不僅自始大法官就未對此一問題定調，即使在歷經多次修憲，行政立法機關的權限與互動關係多所變動，甚而對憲政體制亦有所影響之餘，大法官仍未明確地表達對於我國中央政府體制定位的立場，導致後續行政立法機關兩者間的權限爭議不斷，而此於 2000 年後，行政權與立法權分別被執政黨與在野黨把持，兩黨間相持對抗而不讓的情景下反而愈形惡化；就此，在某種程度上而言，大法官未能在憲法解釋中，對於我國中央政府體制定位的問題有一明確指示，不僅自己本身蒙受其害，必須常常涉入到因行政立法對抗而提出的憲政爭議解釋中，最嚴重的是，對於國內朝野政黨在此議題上持續對抗而形成社會動盪及增加社會成本的付出，實在難辭其咎！

其次，基於民意政治與責任政治的原理，行政院確也向立法院負責的義務，但「負責」是否就一定包括「內閣於國會改選後總辭」的義務？揆諸憲法中並未明文規定，而第五十七條祇言：「行政院依下列規定，對立法院負責...」，再看本條規定，祇有包括「施政報告」、「質詢」及「覆議」等事項，而閣揆的任命同意權並未在內。若條文未載，大法官可否在未界定我國中央政府體制的前提下，祇依憲法上的民意政治與責任政治的原理，即推論出內閣應於國會改選後總辭的義務？

最後，如果在「行政院院長由總統提名，經立法院同意任命之」的條文規範下，大法官認為內閣於立法院改選後的總辭為憲法義務，而在總統更迭時的總辭為禮貌性辭職，那麼對於後者既非憲法上的義務，祇係行政院對總統的尊敬表示，何得允許總統有「裁量空間」，而為「慰留」或「退回」以外的舉措，例如「核准辭職」、而另提名他人？換言之，如果在民意政治與責任政治的原則下，行政院向立法院負責為「實」，行政院向總統負責為「虛」，那麼對於總統得藉行政院總辭之際，以「虛」踰「實」，又該如何自圓其說？（董翔飛，1996：321）

## 柒、 相關問題進一步的探索

一、自 1992 年至今，我國不僅經歷了政黨輪替，憲法也經多次修正，其中

與總統、行政院及立法院有關的條文也不在少數，這對於我國中央政府體制的定位是否會有影響？司法院大法官就此是否有作出解釋？

二、現行憲法增修條文第三條已修正為：行政院院長由總統任命之。在這樣的憲法規範下，行政院院長的總辭舉措，不論是在總統大選後，或是在立法院改選後，是否已改變其意涵？而大法官在釋字第 387 號解釋與第 419 號解釋中的見解是否已因情勢變更而無所附麗？

三、日前（2008 年 1 月 12 日）才舉行完我國第七屆立法委員的改選。選後行政院張俊雄院長循例向總統提出總辭，陳水扁總統批示慰留，部份立法委員認為總統此舉侵犯立法院的職權，故向大法官申請解釋。你認為大法官就此會採何種立場？立法院改選的結果，如果是執政黨勝選或敗選，對於閣揆的總辭是否有不同的影響？

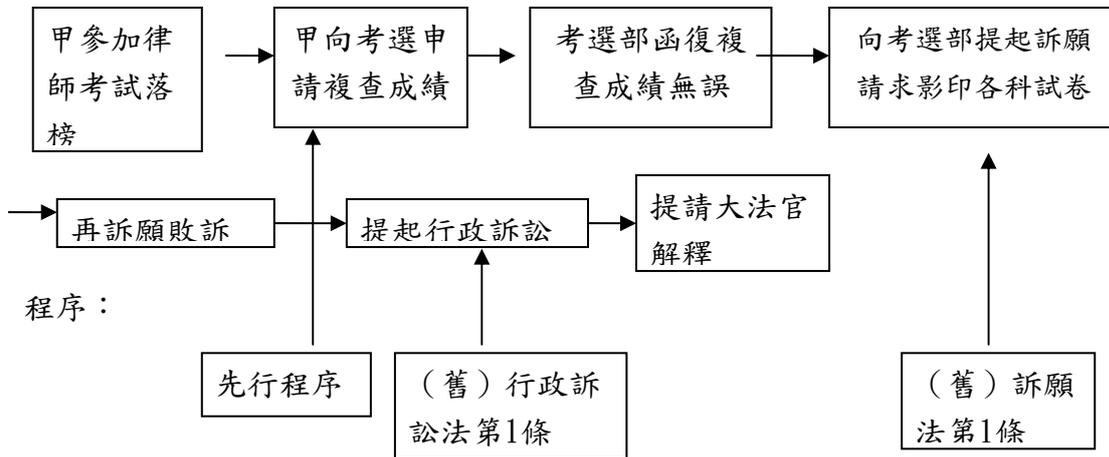
# 考試院（憲法§83-89）（增修 6）

趙達瑜

## 壹、 案例事實

某甲參加民國 78 年專門職業及技術人員高等考試律師考試，於收受考選部寄發之成績單後，以其考試成績未達錄取標準，向考選部申請複查成績，經考選部函復原評成績與所發成績單相符，並附列各科目分題成績表。原告不服，向被告機關提起訴願，請求影印各科試卷，經決定駁回，提起再訴願、行政訴訟後，均遭決定駁回，遂提請大法官解釋。（本案例係依據釋字 319 號解釋撰寫）

案例過程：



程序：

實體爭點：考選部訂定之「申請複查考試成績處理辦法之限制規定」有無違憲？

## 貳、 考試權之理論與實務

由上述案例之導引，吾人可以學習到以下相關之理論知識，我國考試制度之演進與對外影響為何？國父所主張之考試制度為何？與現行制度有無落差？依據現行憲法之規定，目前辦理國家考試之考選部在我國政治體制中，係屬於那一院？該院之地位、組織與職掌分別為何？此項制度仍存在那些缺失？以下即分別詳細介紹。

### 一、 考試制度之演進與對外影響

#### (一) 考試制度之演進

我國傳統相當重視考試用人，因此有所謂「十年寒窗無人問，一舉成名天下知」之說法，此項制度吸引無數知識份子投注畢生心力。

我國考試制度與各國制度比較，有兩項特點：第一、歷史最久，第二、考試權由行政機關之外的獨立機關考試院行使之，這與外國的考試機關隸屬於行政機關者，顯然不同。（劉慶瑞，民 72 年，頁 219）考試制度為我國首先採用，（薩孟武，民 82 年，頁 285）始於西漢，<sup>2</sup>迄今已有二千多年歷史，歷代相沿無替，其實行考試制度之歷史，實較他國為久。國父孫中山先生，以此種良好制度，實有發揚光大之價值，故以考試權為五權之一。（林紀東，民 83 年，頁 276）

憲法第八章以「考試」二字為標題，「考試」一詞有廣義與狹義之別。稱狹義者，謂為：「考試制度」，即指憲法第 86 條公務人員任用資格與專門職業及技術人員執業資格詮定之考試；有廣義者，以第 83 條規定為例：「考試院為國家最高考試機關，掌理考試、任用、銓敘、考績、級俸、陞遷、保障、褒獎、撫卹、退休、養老等事項」，此種廣義之考試權，實亦為「人事行政權」。（李惠宗，2006 年，頁 567-568）

## （二）考試制度之對外影響

### 1. 英國

英國首先派專人來華學習我國的考試制度，並於 1870 年採取公開競爭考試制度。（劉慶瑞，民 72 年，頁 219）東印度公司亦採此制用人。<sup>3</sup>

### 2. 日本

日本亦直接模仿唐代文物制度，例如：唐朝將公務員分為四級：制授、敕授、旨授、判補；日本亦將其公務員分為四級：親任、敕任、奏任、判任。

### 3. 世界各國

世界各國採用的考試制度，均係直接或間接參考我國考試制度。

## 二、國父主張的考試制度

考試權獨立為我國憲法特點之一，淵源於中山先生倡議之五權憲法遺教。其主要的主張有二：

### （一）創新考試制度

國父在「三民主義與中國民族之前途」曾說：「考試本是中國創始的，

<sup>2</sup> 史稱漢文帝詔舉賢良而親策之，依其所對，以次授職，這是我國考試制度的濫觴。（劉慶瑞，民 72 年，頁 219）

<sup>3</sup> 在 18 世紀，中國對鴉片的需求十分之高，而在 1773 年，東印度公司在孟加拉取得了鴉片貿易的獨佔權。但由於東印度公司的船隻被禁止運送鴉片到中國，所以在孟加拉生產的鴉片要先在加爾各答出售，再在那裡運到中國。儘管中國政府一直禁止鴉片入口，又在 1799 年重申禁煙，但公司仍從孟加拉透過貿易商和仲介走私鴉片到中國廣州等地，平均每年更高達 900 噸。鴉片源源不絕的輸入中國，使中英貿易形成了龐大的逆差，儘管中國輸出茶葉和絲綢，仍未能阻止白銀大量流出的問題。在 1838 年，當時鴉片輸入中國的數量高達 1400 噸，中國不得不對走私者處以死刑，並派出欽差大臣林則徐監督禁煙。禁煙與日後的銷煙引發了 1840 年鴉片戰爭，最終使中國割讓香港予英國。資料來源：維基百科，網址 <http://zh.wikipedia.org/wiki>，瀏覽時間：97.3.10。

可惜那制度不好」，理由有二：

1. 時代不同

過去專制時代：不用考試(由君主決定)

現在共和時代：必須考試

2. 沿用既久，流弊滋生

(1) 考試內容

過去考試之科目限於經義，文字筆試，明清兩代科舉淪為「八股取士」的陳腐制度（陳新民，民 94 年，頁 330），講究排偶對稱，如變相之律詩，致考試內容與行政實務需要愈離愈遠。

(2) 買官

兩漢已有「人貲為郎」，清以後「捐班」更為流行。

(二) 考試權獨立

英美考試權屬於行政權的一部分，中山先生認為中國必須設獨立機關專掌考選權，其主要之主張有二：

1. 大小官吏必須考試

2. 無論官吏是選舉的或委任的，必須是合格之人

建國大綱第 15 條規定：凡候選及任命官員，無論中央及地方，皆須經中央考試銓定資格方可，才能消除盲從濫選及任用私人的流弊，做到考試公平無私。

中山先生謂中國固有之考試制度，原指狹義之考試制度，並不包括廣義之人事任用與考評制度。事實上，中山先生領導之臨時政府並無考試之設，又其後各界所擬之憲法草案，即使有考試之設，但其職權皆僅限於狹義之「考試制度」而已，即連政治協商會議的修憲 12 原則，亦將考試權限於狹義之考試制度。考試院職權擴張至現行憲法之規模者，應是在政治協商後的「政協憲草版本」。(李惠宗，2006 年，頁 568)

### 三、我國現行考銓制度

(一) 考試院之性質

1. 為國家最高考試機關(憲 83，修 6)

憲法第 83 條規定：考試院為國家最高考試機關，掌理考試、任用、銓敘、考績、級俸、陞遷、保障、褒獎、撫卹、退休、養老等事項。憲法增修條文第 6 條規定：考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第 83 條之規定：

一、考試。

二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。

三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。

由上述規定可知，考試院為我國最高考試機關與行政、立法、司法、監察四院立於同等地位，獨立行使考試權。(謝瑞智，民 84 年，頁 187)

2. 為全國最高人事行政機關

依據憲法第 83 條及增修條文第 6 條之規定可知，考試院不僅為國家最高考試機關，還是人事行政機關。考試院除掌理考試外，還掌理一切人事行政。(薩孟武，民 82 年，頁 285)

### 3. 為治權機關

考試權在中山先生的設計上，係屬五種治權之一。

## (二) 考試院之特性

### 1. 部外制

我國憲法係基於中山先生之遺教設計，其五權憲法理論，強調考試權與行政權分離，為特有之制度，故我國在行政院之外，還設有考試院(呂炳寬等著，2007 年，頁 331)，此種組織制度之設計，在學理上稱為「部外制」。我國既設有獨立地位的考試院，復於行政院設人事行政局，但考試院仍為最高考試機關，故我國之人事行政體制實係兼採部內制與部外制。

### 2. 一條鞭式的人事行政管理體制

考試院為我國最高考試機關，亦掌有最高人事行政權，依「人事管理條例」之規定，中央及地方機關之人事管理，除法律另有規定，由考試院、銓敘部依本條例行之，並包括各機關人事管理機構之設置、辦事規則之擬定、人事人員之任免、指揮及監督等事項。

行政院人事行政局，則掌理行政機關的人事行政之工作。依民國 56 年公布之「行政院人事行政局組織規程」第 1 條之規定，該局負責統籌行政院所屬各級行政機關及公營事業機構之人事行政，並儲備各項人才。第 2 條繼而明定：「人事行政局有關人事考銓業務，並受考試院之指揮監督。」即使至 83 年 12 月制定公布「行政院人事行政局組織條例」，除將原設各處改組外，仍於第 1 條規定：「行政院為統籌所屬各機關之人事行政，設人事行政局。本局有關考銓業務，並受考試院之監督。」實屬一條鞭式的人事管理體制。(陳志華，2004 年，頁 287-289)

## (三) 考試院之組織

憲法第 89 條規定：考試院之組織，以法律定之。依據此項規定國民政府於民國 36 年制定「考試院組織法」，有關考試院主要成員之規定及組織圖(詳圖一)，分述如下：

### 1. 院長、副院長及考試委員

#### (1) 院長及副院長

- 1) 產生：由總統提名，經立法院同意後任命之。(修 6)
- 2) 任期：六年。(考試院組織法 5)
- 3) 院長之職權：
  - 參與總統召集之院際爭執調解會議。(憲 44)

- 列席立法院陳述意見權。(憲 71)
- 為考試院會議之主席。(考試院組織法 7)
- 綜理院務，並監督所屬機關。(考試院組織法 8)
- 參加由司法院院長召集之五院院長組織之委員會，會商解決省自治法施行中窒礙難行之事項。(憲 115) (修憲後已被凍結)

#### 4)副院長之職權:

- 出席考試院會議。
- 代理院長之職務。
- 襄助院長綜理院務。

### (2) 考試委員

1)產生：總統提名，經立法院同意後任命之。(修 6)

2)人數：若干人(修 6)；19 人(考試院組織法 3)。

3)任期：六年(考試院組織法 5)。

4)職權：出席考試院會議，以決定憲法增修條文第 6 條第 1 項所定職掌之政策、法制及其有關重大事項(考試院組織法 7)。

5)地位：須超出黨派以外，依法律獨立行使職權。(憲 88)憲法的旨意十分明確，乃希望考試委員能公正地行使職權，無政黨之偏私，以樹立考試權的公正性。(陳新民，民 94 年，頁 335)

6)資格：考試院組織法第 4 條規定：考試委員應具有下列各款資格之一：

- 曾任考試委員聲譽卓著者。
- 曾任典試委員長而富有貢獻者。
- 曾任大學教授十年以上，聲譽卓著，有專門著作者。
- 高等考試及格二十年以上，曾任簡任職滿十年，並達最高級，成績卓著，而有專門著作者。
- 學識豐富，有特殊著作或發明，或富有政治經驗，聲譽卓著者。

### 2.考試院會議

以考試院院長、副院長、考試委員及考選、銓敘兩部部長及保訓會主任委員組織之。以決定憲法所定職掌之政策及其有關重大事項。(考試院組織法 7)另依「考試院會議規則」第 29 條之規定，議案討論終結，有表決之制度，可知考試院會議係採「合議制」。

### 3.考選部

掌理全國考選行政業務，設部長一人，<sup>4</sup>綜理部務，並監督所屬職員。(考

<sup>4</sup> 考選部與銓敘部皆採獨任首長制，部長皆為特任，綜理部務，指揮監督所屬職員。然而不論考試院組織法或二部之組織法皆未規定部長的產生方式。行政院所屬部會首長的產生程序，已於憲法第 56 條明定，故在各部會組織法內即無加以規範之必要。相形之下，考選、銓敘兩位部長的人選咸以「慣例」，即由考試院長與總統或行政院長商議後，由總統任命之。有關此項慣例，國內學者陳新民曾表示不妥的見解，認為考選部長既然負責全國公務員的考選事宜，銓敘部長既系負責全國公務員的銓敘事宜，其產生程序不得任諸以「慣例」來填補漏洞。因此，應該由考試院

選部組織法 1)

#### 4.銓敘部

掌理全國公務員之銓敘及各機關人事機構之管理事項，設部長一人，綜理部務，並監督所屬職員。(銓敘部組織法 1)

#### 5.典試委員會

屬非常設機構，於考試公告後成立，係主持考試命題、閱卷及決定錄取標準之臨時組織，於考試完畢後即行撤銷。(典試法 27)

#### 6.秘書處

掌理考試院內部一般行政業務，包括會議紀錄、文書出納等事宜)。(考試院組織法 9 及 10)

#### 7.考銓處

考試院得於各省設考銓處，其組織以法律定之。(考試院組織 16)。各省設考銓處的法律依據，雖已制定「考銓處組織條例」(35.02.14)，但以台灣幅員之小，實無另行在台灣省設置考銓處之必要，本條例即未曾適用。(陳新民，民 94 年，頁 336) 實際上目前並無考銓處之設置。

#### 8.公務員保障暨培訓委員會

於民國 85 年成立，掌理公務人員權利保障與各項訓練事項。

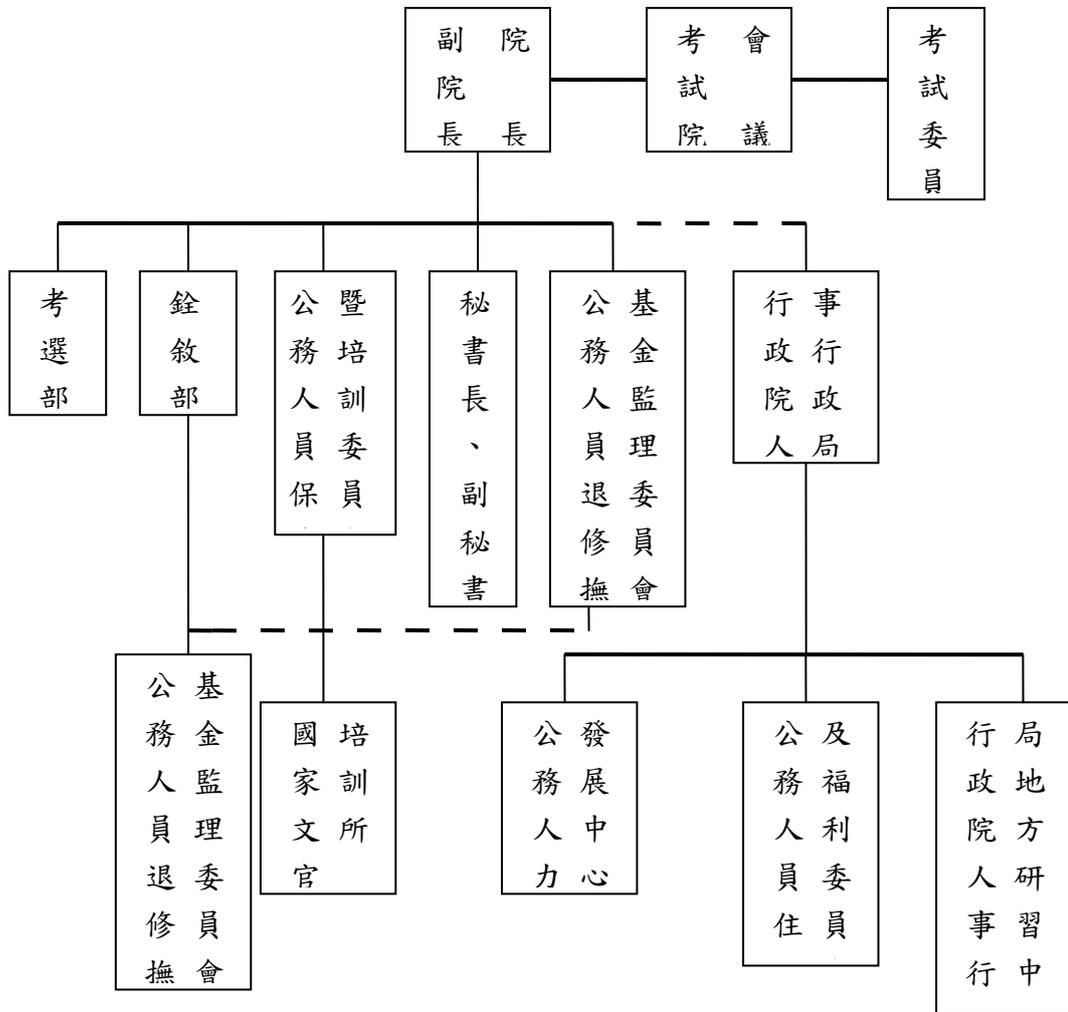
#### 9.公務人員退休撫卹基金監理委員會

負責公務人員退休撫卹基金之審議、監督及考核事項。

---

組織法加以規定，以填補此漏洞。(陳新民，民 94 年，頁 336)

行政體系線 —————  
 業務監督線 - - - - -



圖一：考試院組織圖

資料來源：考試院網站，網址：[http://www.exam.gov.tw/html/profile\\_1.asp](http://www.exam.gov.tw/html/profile_1.asp)  
 (瀏覽日期：民 97 年 2 月 10 日)

#### (四) 考試院之職權

主要有以下 4 項，茲分述之：

##### 1. 考試權

考試院作為「院」的層級，是國父五權憲法中很重要的一環，此乃傳承中華民族長久以來對考試的重視。大法官在相關解釋中，也一再強調考

試的重要。<sup>5</sup>（呂炳寬等著，2007年，頁331-332）

考試權包括以下二項內容：

（1）應實行公開競爭之考試制度

1)對象：僅指文職人員，不包括武職人員。

2)應經考選銓定之資格：公務人員任用資格（包括高考、普考、特考及升等考試）、專門職業及技術人員執業資格<sup>6</sup>（包括律師、會計師、醫師等執業資格考試）。（憲86）

（2）應按省區分別規定名額，分區舉行考試。（憲85）。

本規定已被增修條文第6條第3項之凍結而停止適用。主因有二：第一、違背公平競爭原則，不合理。第二、考試所選拔者為事務官，為執行政策之人，不必強調代表性。

有關憲法第85條之按省區分別規定名額，分區舉行考試之規定，國內學者陳新民曾表示以下看法：後者以中國版圖之大，如果公務員考試需類似清朝的「會試」，故分區考試之制較無疑義。惟所謂的「按省區分別規定名額」，則屢被抨擊不公。按中國幅員廣大，各省文風不一，若全憑公開考試，則偏遠地區之士子顯難與來自沿海富庶、昌盛文風之地區者一較長短。因此，早在乾隆52年全國性的會試即有各區定額錄取的規定。目的即在保障偏遠省分的應考士子，也寓有鼓舞的作用。我國於制定憲法時明顯地即採納此種立意甚佳的制度，然而由於躋身公務員之門的高、普考試，每年競爭十分激烈，且在台灣一省舉辦此種考試即無依省區決定名額之需要，且亦被認為有「圖利」偏遠地區省籍考生之虞。因此，要求改變此項制度的呼聲一直不斷，第2屆國民大會遂於民國81年5月刪除「按省區分別規定名額與分區舉行」之規定。（陳新民，民94年，頁338-339）

## 2. 銓敘權

「銓敘權」之涵義有二種，一為狹義之「銓敘權」，二為廣義之「銓敘權」。狹義的銓敘權是指對公務員所擔任職務之官等、職等的資格所為之審查。簡言之，即「銓其資格，敘其官等」。廣義之銓敘權則包括公務人員之銓敘、任免、考績、級俸、陞遷、褒獎、保障、撫卹、退休等。

經憲法增修條文修正後，將公務人員有關之人事行政業務分割為二，由考試院負責主導公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休法制<sup>7</sup>、政策及執行事項，及公務人員之任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項(修6 I)，另由行政院人事行政局負責公務人員之任免、考績、級俸、陞遷、褒

<sup>5</sup> 針對此點，國內學者呂炳寬即曾表示：在釋字453號解釋中，原本不需要考試的記帳職業，居然被大法官宣告違憲，而認為應該有考試才可以。另外，大法官對於涉及考試的相關規定，幾乎都沒有宣告其違憲過，包括釋字第404、352、547號解釋等，都宣告考試相關的限制合憲。（呂炳寬等著，2007年，頁331-332）

<sup>6</sup> 所謂專門職業技術人員，並不是公務員，而只是一般民間行業中掌有較高技術者。而根據憲法第86條規定，這類人員也必需經過國家考試，才能在民間執業。不過，到底那種人屬於專業？隨著時代演變，現在各行各業都是專業，而考試院也不斷擴張專門職業技術人員執照，幾乎使得各行各業都需要考試。（呂炳寬等著，2007年，頁338）

<sup>7</sup> 所謂「法制事項」即這部分的法律和命令的制定與修改乃由考試院職掌。

獎之實際執行事項。(修 6 I)

另憲法增修條文第 6 條刪除憲法第 83 條公務員「養老」事項，將公務員之養老併入一般人民福利部分，統由社會福利部門規劃，不另行由考試院負責。(呂炳寬等著，2007 年，頁 337)

### 3. 法律提案權

考試院關於所掌事項，得向立法院提出法律案。(憲 87)

### 4. 檢覈公職候選人資格之權

國父認為應有「公職候選人」考試，有學問的人才能做官，當我們的公僕。惟現行公職候選人資格之取得無須經過考試，僅須經檢覈即可，「檢覈」是以一定的資歷或學歷經過審查過後給予類似考試及格資格的制度。現行之公職候選人檢覈範圍為：省（市）長、縣（市）長、鄉（鎮、市）長。<sup>8</sup>

## 四、考試院與行政院人事行政局的關係

行憲後，實際的政治運作便發現考試權獨立出來所顯現出來的扞格，因此自民國 55 年 3 月 23 日公布實施的臨時條款第 3 次修正條文第 5 項中，已授權總統為適應動員戡亂需要，得調整中央政府之行政機構與人事機構。總統遂於民國 56 年頒布「行政院人事行政局組織規程」(56.07.27)，設立人事行政局。

人事行政局雖隸屬於行政院，但有關人事考銓業務並受考試院之指揮監督，然而該局已掌管行政院及其所屬機關之人事事項，包括人員的統籌分發、人事法規的研擬、退休、撫卹事項的擬議或審核。因此，儘管考試院仍保留對人事人員、派免、遷調的審核權，以及有關人事法規的決議權，但是實質上已將行政院所屬人員的管理權限由考試院移往人事行政局。(陳新民，民 94 年，頁 344-345)

## 五、考試權的危機

前銓敘部部長徐有守曾將其反覆尋思多年所發現之考試權危機之根源，歸納成五項，略述如下(徐有守，1997 年，頁 2-16)：

<sup>8</sup> 公職候選人檢覈 (Qualification Screening for Candidates of Electoral Posts for Public Office) 係指臺灣省實施地方自治後，考試院基於事實需要，於民國 42 年 9 月 3 日頒布「臺灣省縣市長候選人資格檢覈規則」，由考選部組設臺灣省縣市長候選人資格檢覈委員會，於同年 11 月開始辦理是項檢覈。44 年 7 月 17 日考試院復頒布「臺灣省鄉鎮區長縣轄市長候選人資格檢覈規則」，仍由上項檢覈委員會兼辦該項業務。民國 56 年考試院為配合實施地方自治實際需要，爰於同年 9 月 9 日發布「臺灣省暨臺北市公職候選人資格檢覈規則」，將省市以下各級民意代表列入應經檢覈範圍。至 69 年，為適應當前情勢需要，制定「動員戡亂時期公職人員選舉罷免法」，於同年 5 月 14 日由總統明令公布施行，考選部爰於同年 6 月 12 日訂定發布「動員戡亂時期公職候選人檢覈規則」。本規則所涵蓋之公職人員較舊規則為廣，將原由內政部選舉事務所辦理之中央級民意代表資格審查亦納入新規則中，亦即凡中央及地方兩級公職人員資格之認定，均由同一機關辦理。

民國 83 年 6 月 19 日總統公布修正公職人員選舉罷免法第 32 條，刪除各級民意代表及村里長候選人檢覈；同年 7 月 23 日復修正該法，增列省市長候選人應經檢覈之規定，公職候選人檢覈規則於同年 9 月 5 日亦配合修正，除增列省市長候選人檢覈條文外，並刪除各級民意代表及村里長候選人檢覈相關條文；修正後之公職候選人檢覈範圍為：省（市）長、縣（市）長、鄉（鎮、市）長。

## 一、憲法設計不平衡

我國憲法對五權的權力分配，就考試權而言，可說十分不平，使考試權在五權中成爲最弱的一權。依據憲法及有關法律之規定，考試權處處受制於人，無論考試院會成員之產生、用錢或辦事，無一不受其他四院權力影響，而考試院本身得牽制其他四院之權力，實微乎其微，僅有一項。如此軒輊不平之權力分配，實無期望考試權能挺身與其他四權比肩併立，發揮其權力分立的制衡功能。

## 二、憲法規定的彈性

### (一) 公務人員範圍不明確

憲法中政府公職人員稱謂用詞，有九種之多，例如：公務員、官吏、文武官員等，其所指涉與考試院的權力範圍以及權力行使對象有關，實有澄清之必要。

### (二) 憲法增修條文的偏頗

近年憲法增修條文第 6 條出現，對憲法原第 83 條條文有重要修正，其與考試院權力有關者如下：(1) 將原列舉之 11 項職權，刪去「養老」一項，成爲 10 項。(2) 所餘 10 項列舉的權力中，除「考試」一項未加冠語外，餘 9 項均加冠「公務人員」一詞。(3) 將所餘 10 項列舉之人事權力中最重要之任免、考績、級俸、陞遷、褒獎 5 項職掌，限制爲僅有法制方面之權。(4) 將憲法第 83 條中「等事項」三字刪除。此 4 項修正，主要係限縮考試院之權力。

徐有守認爲上述修正條文的本質，不僅違背了分立五權權力各自完整及權力集中原則，破壞了五權分立的基本性質，而且更製造了新的糾紛。因爲：(1) 所稱法制事項，究竟如何解釋？何者爲法制事項？何者爲法制事項以外之事項？(2) 如因此而將考試院貶爲中央政府考銓制度之法制局，則其後果相當嚴重。因僅有法制權的考試院，喪失了執行、監督與查核權，則整個政府在考銓與人事管理上，將無一統籌與劃一標準的機關。其紛歧錯亂不平情形，必將十分可怕。實非一法治國家應有現象。而最重要者爲：原屬考試院之此一部分職權，並非行政院或行政院人事行政局所得取代理。因爲行政院不能毫無法律依據而超出範圍管理其他四院有關人事方面事項，如欲制定此種法律，則爲違憲。且如此政府即失去一考銓與人事行政方面之全國性主管機關。

## 三、西方三權思想作祟

有眾多學者以及從政人士，認為考試權之存在及成爲五個獨立權力之一，均無必要。眾蚊成雷，考試院遂處於孤掌難鳴之境。

#### 四、其他權力的排拒

我國中央有五個權力平行，除了考試權之外，其他各權任何一權，只要感覺考試權是其權力運作的障礙時，就可能排拒考試權。

#### 五、考試院有時立場似欠堅定

應堅持而未堅持立場，聽任不公平的制度成爲法律。

### 參、本案檢討

關於本案多數大法官之見解爲：「考試機關依法舉行之考試，其閱卷委員係於試卷彌封時評定成績，在彌封開拆後，除依形式觀察，即可發見該項成績有顯然錯誤者外，不應循應考人之要求任意再行評閱，以維持考試之客觀與公平。考試院於中華民國 75 年 11 月 12 日修正發布之「應考人申請複查考試成績處理辦法」，其第 8 條規定「申請複查考試成績，不得要求重新評閱、提供參考答案、閱覽或複印試卷。亦不得要求告知閱卷委員之姓名或其他有關資料」，係爲貫徹首開意旨所必要，亦與典試法第 23 條關於「辦理考試人員應嚴守秘密」之規定相符，與憲法尚無牴觸。惟考試成績之複查，既爲兼顧應考人之權益，有關複查事項仍宜以法律定之。」

另關於本案之檢討，筆者非常贊同釋字 319 號解釋中不同意見書之看法，茲摘錄其重點供參考：

- 一、國家考試之評分專屬於典試委員之職權，其評分應受尊重，其他機關甚至法院亦不得以其自己之判斷，代替典試委員評定之分數。惟公權力之行使，均應依法爲之。典試委員之評分雖應予尊重，但如其評分有違法情事時，並不排除其接受司法審查之可能性。法院固不得自行評分以代替典試委員之評分，惟得審查考試程序是否違背法令（如典試委員有無符合法定格要件），事實認定有無錯誤（如部分漏未評閱或計分錯誤），有無逾越權限（如一題 30 分而給逾 30 分）或濫用權力（專斷、將與事件無關之因素考慮在內）等。若有上述違法情事，行政法院得撤銷該評分，使其失去效力，而由考試機關重新評閱。
- 二、我國重視考試制度，對國家考試之舉辦視爲國家之盛典，隆重而謹慎，考試機關內部自行審查之設計周密，極盡其注意之能事，以避免錯誤之發生。按國家考試及格與否之決定乃屬行政處分，惟國家考試應考人日益增多，此種大量製作之行政處分，間或有疏失，因而考試院乃頒布「應人申請複查考試成績處理辦法」，以行政措施給予應考人申請改正明顯錯誤之機會。其第 8 條規定：「申請複查考試考績，不得要求重新評閱、提供參考答案、閱覽或複印試卷。亦不得要求告知閱卷委員之姓名或其他有關資料」，並未剝奪申請人依法提起訴願或訴訟之權，故上述規定不牴觸憲法。

- 三、本件多數通過之解釋文，似亦不否認此項見解，故認為試卷彌封開拆後，不應「任意」再行評閱。惟本件解釋該項規定是否違憲之關鍵，乃在於考試評分有明顯不法情事時，是否仍得經由一定法定程序給予重新評閱之機會，以資救濟。多數意見對此未予明確釋示，反而將試卷彌封是否開拆作為問題之要點，認為開拆後，不得要求重新評閱，否則不足以維持考試之客觀與公平。其實，彌封開拆後再行評閱，仍得予以彌封，有效保持秘密，並不影響其客觀與公平，在此情形重新評閱以糾正錯誤或偏失，反而為追求其評分客觀公平所必要。
- 四、綜上所述，翁岳生與吳庚二位前大法官認為本件應作成如下之解釋文，始屬適當：「考試機關依法舉行之考試，其閱卷委員評定成績後，除發現有顯然錯誤或違法情事，經依法定程序處理者外，不應任意再行評閱，以尊重閱卷委員之判斷，始符國家典試制度之意旨。考試院於中華民國 75 年 11 月 12 日修正發布之『應考人申請複查考試成績處理辦法』第 8 條規定『申複查考試成績，不得要求重新評閱、提供參考答案、閱覽或複印試卷。亦不得要求告知閱卷委員之姓名或其他有關資料』，並不限制應考人憲法所保障之法定救濟權利，與憲法尚無牴觸。惟考試成績之複查，既為兼顧應考人之權益，有關複查事項仍應以法律定之」。

#### 肆、進一步閱讀資料建議

- 李惠宗（2006 年）。憲法要義。台北市：元照出版。
- 林騰鵠（2004 年）。中華民國憲法。台北市：三民。
- 張世燮（民 89 年）。中華民國憲法與憲政（三版）。台北市：五南。
- 張治安（2006 年）。中國憲法及政府。台北市：五南。
- 陳志華（2004 年）。中華民國憲法。台北市：三民。
- 陳新民（民 94 年）。憲法學導論。台北：新學林。
- 葉俊榮等（2006 年）。憲改方向盤，台北市：五南。
- 董翔飛（民 84 年）。中國憲法與政府。台北：作者自印。

## 伍、參考文獻

呂炳寬、項程華、揚智傑（2007年）。中華民國憲法精義（二版）。台北市：五南圖書。

李惠宗（2006年）。憲法要義。台北：元照。

林紀東（民83年）。中華民國憲法釋論。台北市：大中國圖書公司。

徐有守著（1999年7月），考試權的危機—考銓制度的腐蝕與改進。台北市：台灣商務印書館發行。

陳志華（2004年）。中華民國憲法。台北市：三民書局。

陳新民（民94年）。憲法學導論。台北：新學林。

劉慶瑞（民72年）。中華民國憲法要義。台北市：三民。

謝瑞智（民84年6月）。中華民國憲法。台北市：華泰書局，。

薩孟武（民82年）。中國憲法新論。台北市：三民。

中華民國憲法

中華民國憲法增修條文

考試院組織法

考選部組織法

銓敘部組織法

典試法

## 陸、附錄

### -----歷次修憲《考試院》之演變-----

日期	修憲條文內容	說明
80/05/01 第一次修憲	第九條 總統為決定國家安全有關大政方針，得設國家安全會議及所屬國家安全局。 行政院得設人事行政局。 前二項機關之組織均以法律定之，在未完成立法程序前，其原有組織法規得繼續適用至中華民國八十二年十二月三十一日止。	賦予依據 <a href="#">動員戡亂時期臨時條款</a> 授權成立的行政院人事行政局憲法依據，並導致考試院部分職權轉移。
81/05/28 第二次修憲	第十四條 考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定： 一、考試。 二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。 三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。 考試院設院長、副院長各一人，考試委員若干人，由	1.除繼續掌管考試及公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休外，有關公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎則改為只負

	<p>總統提名，經國民大會同意任命之，不適用憲法第八十四條之規定。</p> <p>憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行考試之規定，停止適用。</p>	<p>責法制事項，實際業務則由行政院人事行政局掌管。</p> <p>2. 考試院人員改由總統提名，經國民大會同意任命。</p> <p>3. 取消分省定額制度，以因應兩岸分治事實。</p>
83/08/01 第三次修憲	<p>第五條</p> <p>考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定：</p> <p>一、考試。</p> <p>二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。</p> <p>三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。</p> <p>考試院設院長、副院長各一人，考試委員若干人，由總統提名，經國民大會同意任命之，不適用憲法第八十四條之規定。</p> <p>憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行考試之規定，停止適用。</p>	<p>僅更動條文數，內容並無更動。</p>
86/07/21 第四次修憲	<p>第六條</p> <p>考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定：</p> <p>一、考試。</p> <p>二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。</p> <p>三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。</p> <p>考試院設院長、副院長各一人，考試委員若干人，由總統提名，經國民大會同意任命之，不適用憲法第八十四條之規定。</p> <p>憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行考試之規定，停止適用。</p>	<p>僅更動條文數，內容並無更動。</p>

88/09/15 第五次修 憲(被大法 官釋憲宣 告無效)	<p>第六條 考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用 憲法第八十三條之規定：</p> <p>一、考試。</p> <p>二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。</p> <p>三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制 事項。</p> <p>考試院設院長、副院長各一人，考試委員若干人，由 總統提名，經國民大會同意任命之，不適用憲法第八 十四條之規定。</p> <p>憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行 考試之規定，停止適用。</p>	無更動。
89/04/25 第六次修 憲	<p>第六條 考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用 憲法第八十三條之規定：</p> <p>一、考試。</p> <p>二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。</p> <p>三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制 事項。</p> <p>考試院設院長、副院長各一人，考試委員若干人，由 總統提名，經立法院同意任命之，不適用憲法第八十 四條之規定。</p> <p>憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行 考試之規定，停止適用。</p>	考試院人員改 由總統提名，經 立法院同意任 命。
94/06/10 第七次修 憲	<p>第六條 考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用 憲法第八十三條之規定：</p> <p>一、考試。</p> <p>二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。</p> <p>三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制 事項。</p> <p>考試院設院長、副院長各一人，考試委員若干人，由 總統提名，經立法院同意任命之，不適用憲法第八十 四條之規定。</p> <p>憲法第八十五條有關按省區分別規定名額，分區舉行 考試之規定，停止適用。</p>	無更動

資料來源：改寫自 [陳怡如](http://jyfd0916.googlepages.com/c016.htm) 整理編製之表格。網址：  
<http://jyfd0916.googlepages.com/c016.htm>

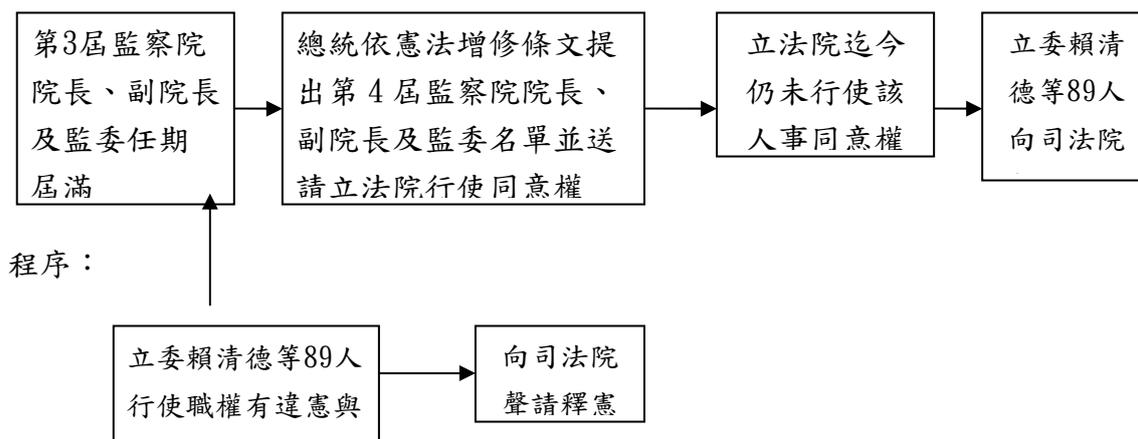
# 監察院（憲法§90-106）（增修7）

趙達瑜

## 壹、案例事實

緣第3屆監察院院長、副院長及監察委員之任期於民94年1月31日屆滿，總統依民89年4月25日公布之中華民國憲法增修條文第7條第2項規定，於民93年12月20日以咨文，向立法院提名張建邦等29人為第4屆監察委員。立法院迄今仍未行使該人事同意權，立法委員賴清德等89人認立法院程序委員會濫用議事程序，不當阻撓監察委員人事同意權進入院會表決，導致癱瘓國家監察權運作，牽涉立法院與監察院彼此間憲法上職權行使爭議，並有動搖憲法之權力分立制度及危害民主憲政秩序之虞，乃向司法院聲請釋憲。（本案例係依據釋字632號解釋撰寫）

案例過程：



實體爭點：立法院遲未行使監察院院長、副院長及監察委員之人事同意權是否違憲？

## 貳、監察院之理論與實務

由上述案例可引導吾人思索並回答下列問題：我國監察制度之起源、演變及現況、現制之缺失為何？若監察院長、副院長與監委遲未產生會有何種影響？其人選難產所產生之責任應由誰肩負？上述問題，分別回答如下：

### 一、監察制度之起源與演變

中國監察制度起源甚早，始於秦、漢時代，迄今已有二千餘年之歷史。當時由御史府(台)掌管監察工作，漢武帝時增置丞相司直及司隸校尉，同司糾察之任，並設十三部刺史分察地方。東漢光武帝因襲前制，惟以司隸校尉及十二

部刺史分察地方。魏、晉以後，略有變革。隋、唐以來，分置「台」「諫」兩職，御史台主監察文武官吏，諫官主諫正國家帝王，並仿漢代刺史之制，分全國十五道派使巡察地方。宋初仍因唐制，惟中葉以來，台臣與諫官之職掌逐漸不分，肇元代以後「台」、「諫」合一之端。至明、清兩代，以都察院掌風憲，對地方監察益趨周密，從十三道監察御史增為十五道，清末復按省分道增為二十道，明奏密劾，揚善除奸，充分發揮整飭綱紀之效。

**表 16-1：我國監察制度起源與演變摘要表**

朝代	監察制度內容
秦(西元前 246~206年)、漢(西元前 206~220年)時代	中國監察制度始於此時；由御史府(台)掌管監察工作
漢武帝	增置丞相司直及司隸校尉，同司糾察之任，並設十三部刺史分察地方
東漢光武帝(西元 22~57年)	因襲前制，惟以司隸校尉及十二部刺史分察地方
魏(220~265年)、晉(265~420年)以後	略有變革
隋(561~618年)、唐(618~904年)	分置「台」「諫」兩職，御史台主監察文武官吏，諫官主諫正國家帝王，並仿漢代刺史之制，分全國十五道派使巡察地方
宋(960~1279年)	初仍因唐制，惟中葉以來，台臣與諫官之職掌逐漸不分
元(1279~1368年)	「台」、「諫」合一
明(1368~1664年)、清(1664~1911年)	以都察院掌風憲，對地方監察益趨周密，從十三道監察御史增為十五道，清末復按省分道增為二十道

資料來源：整理自呂炳寬、項程華、楊志傑(2007年)。中華民國憲法精義，台北市：五南及中華民國監察院網站，網址：<http://www.cy.gov.tw>，瀏覽日期：2008年3月10日。

## 二、監察權之現況

我國之監察權跳脫立法權之外，由獨立的監察院行使，為我國憲法的主要特色之一。

### (一) 監察之意義

監察有廣狹二義，分述如下：(謝瑞智，2001年，頁367)

#### 1. 廣義的監察權

係指糾彈權外，凡監察院所職掌之彈劾、糾舉及審計權(憲修7)、糾正及監試權，以及法律提案權等均屬之。

#### 2. 狹義的監察權

係指糾舉、糾正、彈劾而言，即我國古代之御史臺諫所職司之糾劾規諫，及今日各國議會所職掌之彈劾權等均屬之。

### (二) 監察院之性質

### 1. 為國家最高監察機關

憲法第 90 條規定：監察院為國家最高監察機關，行使同意、彈劾、糾舉及審計權。憲法增修條文第 7 條第 1 項規定：監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第 90 條及第 94 條有關同意權之規定。

### 2. 為治權機關之一

監察權在 中山先生的設計上，係屬五種治權之一，監察院與其他四院平等相維，無分軒輊。

### 3. 準司法機關

第 3 次修憲後（民 83 年），將監察院對司法院、考試院人員之人事同意權移轉至國民大會，後經第 6 次修憲又移至立法院，且規定監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權，使監察院之性質，變為一「準司法機關」。

監察權之「準司法權」，係指對公務員行使彈劾權或糾舉權，此種權限之行使，可與司法權之公務員懲戒作用併存；亦即，縱使司法權對個別公務員刑事判決或作成不予懲戒之決定，當公務員失職或不當時，監察權仍有懲戒之餘地，此種職權係屬直屬行政長官外之「具體的外律監督」。(李惠宗，2006 年，頁 581)

### 4. 準行政機關

糾正權屬監察院對行政機關「抽象的外律監督」，與上述的「具體的外律監督」兩種監督，具有實質行政權的作用，此準行政監督，屬於防弊性與懲罰性監督，是為「準行政權」。(李惠宗，2006 年，頁 581)

### 5. 準立法機關

監察權之「準立法權」是指行使審計權，我國憲法將立法權對國家預算之權力分為事前與事後之監督，事前之預算審議由立法院行之，事後之決算審查則歸監察院審計。(李惠宗，2006 年，頁 581)

## 三、監察院之組織

### (一) 監察院院長、副院長

1. 產生:監察院設院長、副院長各 1 人，由總統提名，經立法院同意任命之。(修 7)

2. 任期:6 年。

#### 3. 院長職權

(1) 參與總統之調和權。(憲 44)

(2) 列席立法院陳述意見權。(憲 71)

(3) 為監察院會議之主席。(監察院組織法 7)

(4) 綜理院務，並監督所屬機關。(監察院組織法 6)

4. 副院長職權:出席監察院會議並得代理院長之職務。

### (二) 監察委員

1. 產生: 由總統提名，經立法院同意任命之 (修 7)

2. 人數:29 人。(修 7)

3. 任期: 6 年。(修 7)

4. 保障權:監委之身分保障權 (憲法 101 及 102 條) 包括言論自

由與身體自由之保障<sup>9</sup>停止適用(修 7)。因修憲後監察委員已非民意代表，當然不得享有民意代表之特權。<sup>10</sup>

5.兼職之限制:不得兼任其他公職或執行業務。(憲 103)此項規範之目的為監察委員具有對公務員監督力，為避免利益衝突，故有此種禁止之必要。<sup>11</sup>

監察委員不得兼任之其他職務，依據相關之大法官會議解釋，詳如下述：

- (1)國民大會代表。(釋字第 15 號解釋)
- (2)國立編譯館編纂。(釋字第 17 號解釋)
- (3)醫務人員及公立醫院院長、醫生(釋字第 20 號解釋)；  
另省黨部之主任委員因省黨部係民間團體，故得兼任。
- (4)公營事業之董事、監察人及總經理與受有俸給之文武職公務人員。  
(釋字第 24 號解釋)
- (5)省銀行之董事及監察人。(釋字第 25 號解釋)
- (6)民營公司之董事、監察人及經理人所執行之業務。(釋字第 81 號解釋)
- (7)新聞紙雜誌發行人執行之業務。(釋字第 120 號解釋)
- (三)各種委員會:監察院得按行政院及各部會之工作，分設若干委員會，調查一切設施，注意其是否違法或失職。(憲 96)
- (四)監察院會議：由院長、副院長及監察委員組織之，以院長為主席，每月召開會議。
- (五)審計部:監察院設審計部，置審計長，由總統提名，經立法院同意任命之。(憲 104)審計長之任期為 6 年(釋字 357 號解釋、審計部組織法 3)，另自治機關之財務及決算，亦應由審計機關行使審計權(參照釋字 235 號解釋)。  
審計部之職權如下：
  - 1.監督預算之執行。
  - 2.核定收支命令。
  - 3.審核財務收支，審定決算。
  - 4.稽察財務及財政上之不法或不忠於職務之行爲。
- (六)監察委員行署：監察院視事實之需要，得將全國分區設監察院監察委員行署，其組織另以法律定之。(監察院組織法 8)行憲之初，監察院在各地區原分設有各區監察委員行署，大陸撤退後，均已暫行裁撤。(監察院網站資料)
- (七)秘書處:掌理院內一般行政業務。

<sup>9</sup> 修憲前監察委員之身分保障權有以下 2 項：第一，言論自由之保障：在院內所為之言論及表決，對院外不負責任(憲 101)；第二，身體自由之保障：除現行犯，非經監察院許可，不得逮捕或拘禁。(憲 102)

<sup>10</sup> 憲法第 91 條規定監察委員由民意機關(省市議會、蒙古西藏地方議會等)選出，釋字第 76 號解釋認為，監察院與立法院及國民大會共同相當西方民主國家之國會而屬民意機關。惟修憲後，將監察院之同意權刪除。釋字第 325 號解釋認為：於第 2 次憲法增修條文第 15 條規定施行後，監察院已非中央民意機構。(李惠宗，2006 年，頁 581)

<sup>11</sup> 民意代表可否兼任他職，需視憲法或憲法不相抵觸之法規有無禁止規定，或該職務之性質與民意代表之職權是否相容而定。民意代表(包括省及院轄市議會議員、議長)即不得兼任私立學校校長(釋字 207 號解釋)。

#### 四、監察院之職權

監察院之職權，依據憲法第 90 條規定，職掌同意、彈劾、糾舉及審計權，分述如下：

##### (一) 彈劾權

彈劾係監察院對公務員進行的監督方式之一，(李惠宗，2006 年，頁 584) 對中央及地方公務人員之彈劾(包括司法院、考試院、監察院人員)，須經監察委員 2 人以上之提議，9 人以上審查及決定，始得提出，不受憲法第 98 條之限制。(修 7)

##### 1. 彈劾原因

憲法第 97 條第 2 項規定：監察院對於中央及地方公務人員，認為**失職或違法情事**，得提出糾舉案或彈劾案，如涉及刑事，應移送法院辦理。

##### 2. 彈劾對象

1) 總統、副總統之彈劾：第 3 次修憲以前是由監察院對總統、副總統提出彈劾案，須經全體監察委員過半數之提議，全體監察委員三分之二以上之決議，方得提出。第 4 次修憲(86 年)後改由立法院提出總統、副總統之彈劾案，由憲法庭審理。

(修 5)

2) 一般公務人員：憲法增修條文第 7 條第 3 項：監察院對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員 2 人以上提議，9 人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第 98 條之限制。<sup>12</sup>

3) 監察院人員：憲法增修條文第 7 條第 4 項：監察院對於監察人員失職或違法之彈劾，適用憲法第 95 條、第 97 條第 2 項及前項之規定。<sup>13</sup>

4) 軍人：依據釋字第 262 號解釋：監察院對軍人提出彈劾案時，亦應移送至公務員懲戒委員會審議，至軍人之過犯，除上述彈劾案外，其懲罰則仍依陸海空軍懲罰法行之。

##### (二) 糾舉權

監察委員對於公務人員認為有違法或失職之行爲，應予停職或爲其他急速處分時，得以書面提出糾舉。(監察法 19)

##### (三) 糾正權

1. 對象：針對行政院及其所屬各機關工作或設施失當之事提出。(憲 97)

2. 原因：促使有關機關注意改善措施失當者。

3. 結果：行政院及有關部會，應即爲適當之改善與處置。

<sup>12</sup> 憲法第 98 條規定：監察院對於中央及地方公務人員之彈劾案，須經監察委員 1 人以上之提議，9 人以上之審查及決定，始得提出。

<sup>13</sup> 因監察委員於修憲後已非爲民意代表，所以監察委員可以彈劾監察委員，行憲後第一位因此而被彈劾的監委是第二屆的蔡慶祝委員。係因蔡慶祝委員於調查欣凱公司及南方公司陳述案時，接受陳述人之餽贈及招待；暨調查陳振華陳述案時，濫用調查權，洩漏調查所得資料予陳述人，違反公務員服務法第 1 條、第 4 條第 1 項、第 5 條、第 6 條、第 16 條第 2 項、第 18 條暨監察法第 26 條第 3 項之規定，爰被彈劾。之後公務員懲戒委員會議決蔡慶祝撤職並停止任用五年(監察院編印，民 86 年，頁 106 及頁 119)。

#### (四) 調查權

得向行政院及其各部會調閱所發布之命令及各種有關文件，並調查一切措施，注意其是否違法或失職。(憲 95、96)(參照釋字 325 號解釋)

#### (五) 監試權

考試院或考選機關，舉行考試時，除檢覈外，分請監察院派監察委員監試。(監試法 1)

#### (六) 審計權

由審計部掌理，審計長應於行政院提出決算後 3 個月內，依法完成其審核，並提出審核報告於立法院。(憲 105)

#### (七) 法律提案權

監察院對於有關監察事項，得向立法院提出法律案。(釋 3)

#### (八) 收受人民書狀權

監察院及監察委員得收受人民書狀，其辦法由監察院定之(監察法 4)

#### (九) 受理公職人員財產申報之權

公職人員財產申報法於民 82 年 9 月 1 日施行，由公職人員財產申報處負責受理。依公職人員財產申報法第 2 條之規定，受理下列人員財產之申報：

1. 總統、副總統。
2. 五院院長、副院長。
3. 政務人員。
4. 有給職之總統府資政、國策顧問及戰略顧問。
5. 各級政府機關之首長、副首長及職務列簡任第十職等以上之幕僚長、主管；公營事業總、分支機構之首長、副首長及相當簡任第十職等以上之主管；代表政府或公股出任私法人之董事及監察十人。
6. 各級公立學校之校長、副校長；其設有附屬機構者，該機構之首長、首長。
7. 軍事單位上校編階以上之各級主官、副主官及主管。
8. 依公職人員選舉罷免法選舉產生之鄉(鎮、市)級以上政府機關首長。
9. 各級民意機關民意代表。
10. 法官、檢察官、行政執行官、軍法官。
11. 政風及軍事監察主管人員。
12. 司法警察、稅務、關務、地政、會計、審計、建築管理、工商登記、都市計畫、金融監督暨管理、公產管理、金融授信、商品檢驗、商標、專利、公路監理、環保稽查、採購業務等之主管人員；其範圍由法務部會商各該中央主管機關定之；其屬國防及軍事單位之人員，由國防部定之。

13.其他職務性質特殊，經主管府、院核定有申報財產必要之人員。前項各款公職人員，其職務係代理者，亦應申報財產。但代理未滿三個月者，毋庸申報。

總統、副總統及縣（市）級以上公職之候選人應準用本法之規定，於申請候選人登記時申報財產。

前三項以外之公職人員，經調查有證據顯示其生活與消費顯超過其薪資收入者，該公職人員所屬機關或其上級機關之政風單位，得經中央政風主管機關（構）之核可後，指定其申報財產。

表一：彈劾案、糾舉案及糾正案之區別表

	彈劾案	糾舉案	糾正案
主導者	監察委員	監察委員	監察院各委員會
對象	人（中央或地方公務人員）	人（中央或地方公務人員）	事（行政院及行政院所屬各機關）
範圍	一般公務員	一般公務員	行政院及有關部會
行使原因	公務人員有違法或失職行爲	公務人員有違法或失職行爲，有先行停職或有其他急速處分之必要時	行政院及行政院所屬各機關的工作及設施有違法或失職情事
提出之對象	公務員懲戒委員會	被糾舉人之長官或上級長官	行政院及有關部會
目的	懲戒處分（有六種）	先予停職或爲其他急速處分	促行政機關注意改善
通過	2 人提議 9 人決定後	經提案委員以外之其他委員 3 人以上審查及決定後成立	經有關之委員會審查決定
刑事部分	公務人員違法行爲涉及刑事或軍法者，應同時送司法或軍法機關處理	公務人員違法行爲涉及到刑事或軍法者，應同時送司法或軍法機關處理	無

資料來源：呂炳寬，中華民國憲法，台北縣：建宏出版社，民 90 年 8 月，初版，頁 468 及呂炳寬等著，中華民國憲法精義，台北市：五南，2007 年，2 版，頁 349。

## 五、現行監察院制度之缺失

國內學者陳淳文認爲我國之監察院，自民國 20 年 2 月正式成立迄今，進行檢討，可發現存在制度面與實際運作成效面的缺失，制度面之主要缺失有四項：第一，監察院使權力關係複雜化（五權與三權架構相較），除增加權力部門間因憲法無法詳細規範的「灰色地帶」，成爲製造政爭的根源，還增加溝通成本。第二，監察院既已非民意機關，卻仍享有調查、彈劾、糾正及審計等西方國會可能

享有之權限，致使我國立法院因其權限殘缺，無法完整有效地監督行政權，惟過去認為立法院因缺乏調查權而無法有效監督行政權的情形，將因釋字 585 號解釋而改變，<sup>14</sup>使監察院變成疊床架屋的多餘組織；第三，監察院破壞國家機關之組織理性，依據憲法規定，監察院之監察對象同時及於中央與地方自治團體之人與事，因此，地方審計機關似應與地方議會充分合作配合，而不宜隸屬於中央之監察院，現行之制度設計破壞互動機關應地位對等的組織邏輯，另監察院所管的人與事皆過多，在有限的人力配置下，實難有好的成效；第四，監察院缺乏有效的制裁力量：現行監察院之職權內容中，除了依公職人員財產申報法及公職人員利益衝突迴避法享有處罰權外，憲法明定之彈劾、糾舉與審計等職權，皆無有效的制裁權；在實際運作成效方面，常見的批評如下：（一）無法真正釐清弊案，彈劾權貴、（二）運作時間太久，常失時效性、（三）運作時機不當，獨立性遭致質疑。（葉俊榮等著，2006年，頁139-144）

### 參、本案檢討

有關監察院正、副院長及監委人選遲未產生之影響及此項責任應由誰負責的問題，茲分述如下：

#### 一、有關監察院正、副院長及監委人選遲未產生之影響

曾任第 3 屆監察委員亦是第 4 屆監察委員被提名人李伸一曾為文闡述，監察權運作的停擺，產生之影響包括：

（一）無監察委員值日、接見、受理民眾親自到院陳情之案件及核批收受之人民書狀

由 94 年 2 月 1 日至今所收受人民書狀已超過 8700 件，因無委員接見、核

---

<sup>14</sup> 釋字 585 號解釋：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。立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力，基於權力分立與制衡原則，立法院調查權所得調查之對象或事項，並非毫無限制。除所欲調查之事項必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者外，凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍。又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權。立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重。如於具體案件，就所調查事項是否屬於國家機關獨立行使職權或行政特權之範疇，或就屬於行政特權之資訊應否接受調查或公開而有爭執時，立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。

立法院調查權行使之方式，並不以要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料或向有關機關調閱文件原本之文件調閱權為限，必要時並得經院會決議，要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見，並得對違反協助調查義務者，於科處罰鍰之範圍內，施以合理之強制手段，本院釋字第三二五號解釋應予補充。惟其程序，如調查權之發動及行使調查權之組織、個案調查事項之範圍、各項調查方法所應遵守之程序與司法救濟程序等，應以法律為適當之規範。於特殊例外情形，就特定事項之調查有委任非立法委員之人士協助調查之必要時，則須制定特別法，就委任之目的、委任調查之範圍、受委任人之資格、選任、任期等人事組織事項、特別調查權限、方法與程序等妥為詳細之規定，並藉以為監督之基礎。各該法律規定之組織及議事程序，必須符合民主原則。其個案調查事項之範圍，不能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，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙。如就各項調查方法所規定之程序，有涉及限制人民權利者，必須符合憲法上比例原則、法律明確性原則及正當法律程序之要求。

批、使人民陳情的權益受損，為此已有陳情人咆哮監院。

(二) 重大行政違失案件無法調查

由 2 月開始迄今發生政府機關及人員重大違失之案件，應予調查的已超過 300 件。

(三) 無法進行財務不忠不法案件之調查

審計部函報監院調查有關行政機關涉有財務上不忠不法案件，至今業有數十餘件，無法進行相關調查，後果堪慮。

(四) 無法處罰財產申報不實之公職人員

公職人員財產申報，因故意申報不實者之處罰無法決議；利益衝突迴避案的審議、政治獻金的處理都停擺，造成陽光法案的法律假期，影響公信力甚鉅。

(五) 彈劾與糾正案之後續工作無法處理

彈劾案移送公務人員懲戒委員會、糾正案移送行政機關，後續工作無法處理。

(六) 無法參加國際監察組織

國際監察組織之會議因無委員，而喪失參與促進國際交流之機會，降低中華民國於國際視聽的交流互動，平白喪失爭取國際支持及奧援。

(七) 無法參與國家考試之監試

94 年元月起，監委監試之國家考試案件共有十餘種，監試法相關規定因無監察委員而無法監試，雖考試院修訂相關監試條例，但喪失監察功能，公平及公正相關問題亦將影響無數考生之權益。

以上這些憲法規定監察委員原本可行使之職責，立法院依法應行使的同意權，皆因朝野對立而延宕。如今相關變數仍不確定，人民陳情、積怨無法處理、人權被侵害無法維護以伸張正義、機關行政違失無法調查、司法檢調之偵審無法監督，影響至巨。(李伸一，2005.08.25，中國時報)

## 二、監察院人員難產應由誰負責

關於此問題，大法官在釋字 632 號解釋中，曾做出明確表示：「監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經立法院同意任命之，為憲法增修條文第七條第一項、第二項所明定。是監察院係憲法所設置並賦予特定職權之國家憲法機關，為維繫國家整體憲政體制正常運行不可或缺之一環，其院長、副院長與監察委員皆係憲法保留之法定職位，故確保監察院實質存續與正常運行，應屬所有憲法機關無可旁貸之職責。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。總統如消極不為提名，或立法院消極不行使同意權，致監察院無從行使職權、發揮功能，國家憲政制度之完整因而遭受破壞，自為憲法所不許。」據此，總統與立法院應儘速依上開解釋意旨為適當之處理。

## 肆、進一步閱讀資料建議

林騰鶴（2004年）。中華民國憲法。台北市：三民。  
張治安（2006年）。中國憲法及政府。台北市：五南。  
陳志華（2004年）。中華民國憲法。台北市：三民。  
陳新民（民94年）。憲法學導論。台北：新學林。  
陳新民（民88年）。中華民國憲法釋論。台北，三民。  
葉俊榮等（2006年）。憲改方向盤。台北市：五南。  
董翔飛（民84年）。中國憲法與政府。台北：作者自印。

## 伍、參考文獻

呂炳寬（民90年8月）。中華民國憲法（初版）。台北縣：建宏出版社。  
呂炳寬等著（2007年）。中華民國憲法精義（2版）。台北市：五南。  
李伸一（2005.08.25）。「沒有監委真好」？中國時報。  
李惠宗（2006年）。憲法要義。台北市：元照出版。  
葉俊榮等著（2006年）。憲改方向盤。台北市：行政院研考會編印。  
監察院編印（86年）。監察院彈劾案彙編。台北市：監察院。  
謝瑞智（2001年）。憲法概要。台北市：作者自印。  
監察院組織法  
監察法  
監試法  
公職人員財產申報法

## 陸、附錄

### -----歷次修憲《監察院》之演變-----

日期	修憲條文內容	說明
80/05/01 第一次 修憲	第三條 監察院監察委員由省、市議會依左列規定選出之，不受憲法第九十一條之限制： 一、自由地區臺灣省二十五人。 二、自由地區每直轄市各十人。 三、僑居國外國民二人。 四、全國不分區五人。 前項第一款臺灣省、第二款每直轄市選出之名額及第四款各政黨當選之名額，在五人以上十人以下者，應有婦女當選名額一人，超過十人者，每滿十人應增婦女當選名額一人。 省議員當選為監察委員者，以二人為限；市議員當選為監察委員者，各以一人為限。 第四條	1.選舉監委之方式改變，以因應兩岸分治事實。 2.首次採政黨比例代表制選出僑居國外國民及全國不分區名額。 3.明確規定第二

	<p>國民大會代表、立法院立法委員、監察院監察委員之選舉罷免，依公職人員選舉罷免法之規定辦理之。僑居國外國民及全國不分區名額，採政黨比例方式選出之。</p> <p>第五條 國民大會第二屆國民大會代表應於中華民國八十年十二月三十一日前選出，其任期自中華民國八十一年一月一日起至中華民國八十五年國民大會第三屆於第八任總統任滿前依憲法第二十九條規定集會之日止，不受憲法第二十八條第一項之限制。 依動員戡亂時期臨時條款增加名額選出之國民大會代表，於中華民國八十二年一月三十一日前，與國民大會第二屆國民大會代表共同行使職權。 立法院第二屆立法委員及監察院第二屆監察委員應於中華民國八十二年一月三十一日選出，均自中華民國八十二年二月一日開始行使職權。</p>	<p>屆監委任期。</p>
<p>81/05/28 第二次 修憲</p>	<p>第三條 監察院監察委員由省、市議會依左列規定選出之，不受憲法第九十一條之限制： 一、自由地區臺灣省二十五人。 二、自由地區每直轄市各十人。 三、僑居國外國民二人。 四、全國不分區五人。 前項第一款臺灣省、第二款每直轄市選出之名額及第四款各政黨當選之名額，在五人以上十人以下者，應有婦女當選名額一人，超過十人者，每滿十人應增婦女當選名額一人。 省議員當選為監察委員者，以二人為限；市議員當選為監察委員者，各以一人為限。</p> <p>第四條 國民大會代表、立法院立法委員、監察院監察委員之選舉罷免，依公職人員選舉罷免法之規定辦理之。僑居國外國民及全國不分區名額，採政黨比例方式選出之。</p> <p>第五條 國民大會第二屆國民大會代表應於中華民國八十年十二月三十一日前選出，其任期自中華民國八十一年一月一日起至中華民國八十五年國民大會第三屆於第八任總統任滿前依憲法第二十九條規定集會之日止，不受憲法第二十八條第一項之限制。 依動員戡亂時期臨時條款增加名額選出之國民大會代表，於中華民國八十二年一月三十一日前，與國民大</p>	<p>1. 監察院改為「準司法機關」，故相關規定乃因應調整，例如依法獨立行使職權的增設，以及言論免責權及身體自由保障的取消。</p> <p>2. 監委改由總統提名，經國民大會同意任命（按：原係由省市議會選舉產生，亦即採間接選舉的方式）。</p> <p>3. 取消人事同意權（按：蓋其已非民意機關）。</p> <p>4. 監察權行使程</p>

	<p>會第二屆國民大會代表共同行使職權。</p> <p>立法院第二屆立法委員及監察院第二屆監察委員應於中華民國八十二年一月三十一日選出，均自中華民國八十二年二月一日開始行使職權。</p> <p>第十五條 監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第九十條及第九十四條有關同意權之規定。</p> <p>監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經國民大會同意任命之。憲法第九十一條至第九十三條、增修條文第三條，及第四條、第五條第三項有關監察委員之規定，停止適用。</p> <p>監察院對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第九十八條之限制。</p> <p>監察院對於監察院人員失職或違法之彈劾，適用憲法第九十五條、第九十七條第二項及前項之規定。</p> <p>監察院對於總統、副總統之彈劾案，須經全體監察委員過半數之提議，全體監察委員三分之二以上之決議，向國民大會提出，不受憲法第一百條之限制。</p> <p>監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權。憲法第一百零一條及第一百零二條之規定，停止適用。</p> <p>第十六條 增修條文第十五條第二項之規定，自提名第二屆監察委員時施行。</p> <p>第二屆監察委員於中華民國八十二年二月一日就職，增修條文第十五條第一項及第三項至第七項之規定，亦自同日施行。</p> <p>增修條文第十三條第一項及第十四條第二項有關司法院、考試院人員任命之規定，自中華民國八十二年二月一日施行。中華民國八十二年一月三十一日前之提名，仍由監察院同意任命，但現任人員任期未滿前，無須重新提名任命。</p>	<p>序改為更嚴格。對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出（按：原一人提議即可）；對於總統、副總統之彈劾案，須經全體監察委員過半數之提議，全體監察委員三分之二以上之決議，向國民大會提出（按：原係全體四分之一提議，全體過半審查及決議）。</p> <p>5.明訂新制施行日期及過渡時期程序適用事宜。</p>
83/08/01 第三次 修憲	<p>第六條 監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第九十條及第九十四條有關同意權之規定。</p> <p>監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經國民大會同意任命之。憲法第九十一條至第九十三條之規定停</p>	<p>僅更動條文數，內容並無更動。</p>

	<p>止適用。</p> <p>監察院對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第九十八條之限制。</p> <p>監察院對於監察院人員失職或違法之彈劾，適用憲法第九十五條、第九十七條第二項及前項之規定。</p> <p>監察院對於總統、副總統之彈劾案，須經全體監察委員過半數之提議，全體監察委員三分之二以上之決議，向國民大會提出，不受憲法第一百條之限制。</p> <p>監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權。</p> <p>憲法第一百零一條及第一百零二條之規定，停止適用。</p>	
86/07/21 第四次 修憲	<p>第七條</p> <p>監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第九十條及第九十四條有關同意權之規定。</p> <p>監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經國民大會同意任命之。憲法第九十一條至第九十三條之規定停止適用。</p> <p>監察院對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第九十八條之限制。</p> <p>監察院對於監察院人員失職或違法之彈劾，適用憲法第九十五條、第九十七條第二項及前項之規定。</p> <p>監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權。</p> <p>憲法第一百零一條及第一百零二條之規定，停止適用。</p>	<p>1.更動條文數。</p> <p>2.刪除對正副總統之彈劾提案權，改由立法院行使。</p>
88/09/15 第五次 修憲（被 大法官 釋憲宣 告無效）	<p>第七條</p> <p>監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第九十條及第九十四條有關同意權之規定。</p> <p>監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經國民大會同意任命之。憲法第九十一條至第九十三條之規定停止適用。</p> <p>監察院對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第九十八條之限制。</p> <p>監察院對於監察院人員失職或違法之彈劾，適用憲法第九十五條、第九十七條第二項及前項之規定。</p> <p>監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權。</p> <p>憲法第一百零一條及第一百零二條之規定，停止適用。</p>	無更動。

<p>89/04/25 第六次 修憲</p>	<p>第七條 監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第九十條及第九十四條有關同意權之規定。 監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經立法院同意任命之。憲法第九十一條至第九十三條之規定停止適用。 監察院對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第九十八條之限制。 監察院對於監察院人員失職或違法之彈劾，適用憲法第九十五條、第九十七條第二項及前項之規定。 監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權。 憲法第一百零一條及第一百零二條之規定，停止適用。</p>	<p>監察委員之產生方式仍由總統提名，改經立法院同意後任命。</p>
<p>94/06/10 第七次 修憲</p>	<p>第七條 監察院為國家最高監察機關，行使彈劾、糾舉及審計權，不適用憲法第九十條及第九十四條有關同意權之規定。 監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長，任期六年，由總統提名，經立法院同意任命之。憲法第九十一條至第九十三條之規定停止適用。 監察院對於中央、地方公務人員及司法院、考試院人員之彈劾案，須經監察委員二人以上之提議，九人以上之審查及決定，始得提出，不受憲法第九十八條之限制。 監察院對於監察院人員失職或違法之彈劾，適用憲法第九十五條、第九十七條第二項及前項之規定。 監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權。 憲法第一百零一條及第一百零二條之規定，停止適用。</p>	<p>無更動</p>

資料來源：改寫自 [陳怡如](#) 整理編製之表格。網址：  
<http://jyfd0916.googlepages.com/c017.htm>



## 【主題二】

### 地方自治與制度案例

發表人：楊東連

(僑光技術學院財經法律學系講師)

引言人：紀俊臣教授(東海大學政治系教授)

引言人：劉兆隆助理教授(國立彰化師範大學政治學研究所助理教授)

# 地方自治與制度案例

楊東連

## 壹、案例事實

甲（原告）以「開心科技有限公司」在台中市辦理營利事業設立登記，並領有該府核發之營利事業登記證，核准登記之營業項目為「資訊軟體零售業、資訊軟體服務業等。」嗣被，甲向台中市政府（被告）申請營利事業變更登記，增加「電子遊戲場業」之營業項目。案經被告審查，認定甲申請營業地點距離國民中、小學等未達 1000 公尺以上，不符被告政府公告之規定，駁回甲之申請。甲不服，循序提起訴願與行政訴訟。請問甲如何主張權利？（本案依最高行政法院 96 年度判字第 01740 號判決改編）

案例過程：甲不服駁回處分 → 經濟部訴願 → 高等行法院訴訟 → 最高行政法院上訴

程序爭點：甲訴訟程序審查 → 訴願駁回 → 高等行法院撤銷 → 最高行政法院維持

實體爭點：甲訴訟實體決定 → 自治規則違反自治條例保留與法律保留原則

## 貳、地方自治法規的授權與效力

### 一、地方自治法規的概念

地方自治法規，指地方自治團體在國家法律秩序範圍內，為執行地方事務，所具有自主訂立法規的權力，即「享有就自治事項制定規章並執行之權限」（釋字第467號解釋理由書）。地方自治法規由地方立法機關制定，屬於地方立法權，也是地方自治制度的核心權限。由於「地方自治為憲法所保障之制度」（釋字第498號解釋文），是地方立法權是憲法賦予地方自治的核心領域。例如，憲法第108條明訂「中央立法並執行或交由省縣執行之事項」，即地方自治立法權不是法律所授權，而是與中央立法權相當，具有抽象規範的制定權。換言之，地方立法機關本於憲法保障，賦予一般性、抽象性的立法權限。

地方自治團體有權制定地方自治法規，即「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規」（地方制度法第25條）。地方自治法規因為地方自治機關不同，區分為自治條例與自治規則。

即「團體自治法規經地方立法機關通過並由各該行政機關發布者稱自治條例。自治法規由地方行政機關訂定並發布或下達者稱自治規則」(地方制度法第 25 條)。

## 二、地方自治立法權的界限

地方自治為憲法的制度性保障，是地方立法權源自憲法保障的地方自治制度，則地方立法權與中央立法權同時受到憲法對於立法權的限制。而憲法對於中央與地方權限的分配採取均權制度，即「除第一百零七條（中央立法並執行事項）、第一百零八條（中央立法事項）、第一百零九條（省立法事項）及第一百十條（縣立法並執行事項）列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣，遇有爭議時，由立法院解決之」。換言之，如中央專屬權限，則無由地方立法權限。如屬地方自治立法權限，則中央立法不得介入，然介與二者間，如何處理？分別說明如下：

（一）憲法明定屬於中央擁有專屬立法權的領域(憲法第 107 條)，地方原則上沒有自治立法權。例如「地方員工給與事項，應依公務人員俸給法及相關中央法令辦理」（地方制度法第 85 條）。

（二）中央與地方立法權競合的領域(憲法第 108、110 條)：

首先，「中央立法權有優先立法權」範圍，如「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例抵觸者，無效。自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例抵觸者，無效」（地方制度法第 30 條）。即地方自治立法與中央立法在立法目的與規範對象相同的情況下，地方自治立法應屬無效，此即「法律先占理論」。

其次，「中央框架立法權」範圍，如中央立法屬於空白，則過渡限制地方立法，容易侵害地方自主性，即當中央對某些事項僅作大綱性或原則性的立法時，容許地方自治團體作某種程度的詳細立法。換言之，讓地方自治立法權對於原則立法保有最低程度的立法權，視中央立法為最低基準的界限，容許地方自治立法作更高程度的規範。如地方稅之範圍及課徵，依地方稅法通則之規定。（地方制度法第 67 條）

（三）地方有專屬立法權之領域(憲 110)，指地方自治事項領域，地方享有專屬立法權，不必中央法律授權，地方得自主立法。中央法律原則不得侵害。

## 三、地方自治立法權對於基本權的限制

國家侵害人民基本權必須有法律根據，是法治國家的基本要求。如憲法第 23 條規定：「…自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」關於以法律限制人民基本權利的法律是否包括地方自治法規？還是僅限於「立法院通過，總統公布之法律」（憲法第 170 條）。即是否得以自治法規限制人民基本權？我國採取嚴格法律保留原則，認為「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得

限制人民之自由權利」(釋字第 38 號解釋文)。但本於地方立法權屬於憲法制度性保障，而且刑事法歸屬於中央專屬事項(憲法第 107 條)，則賦予地方立法權擁有刑罰以外的罰則，應該合於法理。現行地方制度法合乎此種立法精神。

地方自治法關於人民基本權的限制，規範應合以「自治條例保留原則」，即要求「下列事項以自治條例定之：一、法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者。二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。三、關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。四、其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者」(地方制度法第 28 條)。至於罰則部分則採取「罰則自治條例保留」規定「二、直轄市法規、縣(市)規章就違反地方自治事項之行政義務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。其為罰鍰之處罰，逾期不繳納者，得依相關法律移送強制執行。三、前項罰鍰之處罰，最高以新台幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利益處分」(地方制度法第 28 條)。

## 參、本案解析

### 一、程序部分

本件當事人(甲)因為不服台中市政府以其事業變更登記有「電子遊戲場業」營業項目，違反台中市政府關於「電子遊戲場營業地點距離國民中、小學等未達 1000 公尺以上」之規定，駁回其變更登記申請。(甲)根據訴願法規定向台中市政府的上級管轄機關經濟部提起訴願，遭經濟部駁回其訴願，於是向高等行政法院提起行政訴訟。由於高等行政法院撤銷訴願決定，台中市政府乃向最高行政法院提起行政訴訟。

(一)台中市政府駁回甲變更登記申請，屬於行政處分決定，甲不服其處分，自得以「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依法提起訴願」(訴願法第 1 條)。

(二)經濟部對甲之訴願作成駁回決定，甲不服其決定得以「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」(行政訴訟第 4 條)。

(三)台中市政府不服高等行政法院關於訴願撤銷的判決，得「對於高等行政法院之終局判決，上訴於最高行政法院。」(行政訴訟第 238 條)。

### 二、實體部分

高等行政法院與最高行政法院認為對於地方立法權可以採取比中央法規範嚴格的標準，但認為地方法規如涉及創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務時，應該合於「自治條例保留原則」。

縣(市)工商輔導及管理屬於「經濟服務事項」為縣(市)自治事項(地方制度法第 19 條第 7 款第 3 目),依地方制度法第 25 條的規定「直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)得就其自治事項或依法律及上級法規之授權,制定自治法規」。換言之,縣(市)經濟服務事項屬於中央與地方立法權競合的領域,地方得就其自治事項,在不牴觸中央法律之前提下,自行制定符合地域需要的自治法規,是屬於「中央框架立法權」範圍,台中市政府依地方環境的需要,以自治法規另定限制標準「距離國民中、小學、高中、職校、醫院 1 千公尺以上」,而比「電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項」的規定「距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上」較高應屬合法。

因為,電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項的立法目的,在於電子遊藝場對於社會安寧會造成一定之影響,明定其營業場所應距離對於環境安寧有著極高要求之學校、醫院 50 公尺以上。因其限制對於營業人營業自由的影響屬於輕微,則中央法規所定 50 公尺的限制,應解釋為是對電子遊戲營業場所設置之最低限制。地方團體基於地方環境安寧的維護與學校教育的保護,自得承認地方立法權更嚴格的規範制定權。

然關於創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務,應以自治條例定之(地方制度法第 28 條)。換言之,限制地方人民自由權利,應合於「自治條例保留原則」。台中市政府依都市計畫法臺灣省施行細則第 17 條第 9 款之規定逕以公告限制申請設立電子遊戲場業者,須距離國民中、小學、高中、職校、醫院 1 千公尺以上,屬於對於人民營業權之限制,卻其未以自治條例為之,不合地方制度法第 28 條的規定,則其公告自屬違法。此外,以自治條例規定電子遊戲場業營業場所須距離國民中、小學、高中、職校、醫院若干公尺以上之限制,關係居民之營業權,也應該合於比例原則(最高行政法院 94 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議)。

#### 肆、本案檢討

- 一、地方立法權在何種情況下得制定比中央法規更嚴格的規範?除認定其為「中央框架立法權」的範圍外,有無更精確的判斷標準?
- 二、「中央框架立法權」範圍的學理探討,擴大地方自治權的立法範圍,是否導地方立法權膨脹?
- 三、司法審判權如何建立審查地方自治法規限制人民權利的標準,避免中央與地方法規雙重限制人民基本權?

#### 伍、進一步閱讀資料建議

- 一、蔡茂寅,地方立法權之研究--地方制度法下之說明,國立臺灣大學法學論叢第 31 卷第 6 期,第 1 頁-71 頁。
- 二、蔡宗珍,地方法規之形成與效力之研究,月旦法學第 133 期,第 147 頁-177 頁。

- 三、呂炳寬，地方可否制訂比中央更嚴格的規範？通觀洞識學報第 7 期，第 17 頁-27 頁。
- 四、林文清，地方自治法規得否為行政罰依據之探討，弘光人文社會學報第 6 期，第 111 頁-142 頁。
- 五、詹鎮榮，論地方法規之位階效力--地方制度法第三十條「中央法破也方法」之辨正，成大法學第 12 期，第 1 頁-59 頁。
- 六、許春鎮，論自治行政之概念及其類型，臺北大學法學論叢第 59 期，第 1 頁-57 頁。
- 七、李惠宗，地方自治事項之定性與法規監督--從「臺中市行動電話基地臺設置管理自治條例」被宣告違法談起，臺灣本土法學雜誌，第 100 期，第 102 頁-121 頁。
- 八、黃俊杰、賴昱志，地方自治權之研究，全國律師第 11 卷第 3 期，第 109 頁-120 頁。

## 【主題三】

### 基本國策案例

發表人：趙達瑜

(國立暨南國際大學公共行政暨政策學系副教授)

引言人：魯俊孟副教授(東海大學行政管理暨政策系副教授)

引言人：黃啟禎副教授(東海大學法律系副教授 )

# 基本國策(憲法§137-§169)(增修§10)

趙達瑜

## 第一節 基本國策之意義與性質

### 壹、基本國策之意義

有關憲法中訂定「基本國策」之意義，國內學者黃異曾給過一個簡潔的定義：憲法對於國防外交、國民經濟、社會安全、教育文化、邊疆地方，設置了許多基本原則，謂之基本國策。(黃異，2004年，頁110)

基本國策大部分係屬於受益權的規定。主要係落實中山先生的民族主義(第1、2節國防外交問題、第6節國內族群問題)與民生主義(第3節國民經濟、第4節社會安全及第5節教育文化)之主張。(呂炳寬等著，2007，頁190及頁187)

### 貳、基本國策之性質

有關憲法中基本國策的規定，學者稱為「國家發展的指針」，是憲法中除人民基本權利與國家機關外之「第三種結構」，其效力如何？其與「人民基本權利」之區別為何？均是值得探討的問題。

#### 一、「基本國策」與「人民的基本權利」之區別

依據國內學者鍾秉正之見解，二者主要之區別有二：

- (一) 基本權利乃以保障個人主觀權利為目的，在權利位階上屬於第一層；而基本國策則為客觀的政策指示，在權利位階上則居於第二層。
- (二) 人民得直接援引基本權利條款以達到自我實現的目的；而基本國策則必須再經過一道「具體化」的過程，才有可能落實其內涵。

惟前述概略的區分方式，並無法仔細描述不同基本國策條文間的差異性。因此，吾人必須進一步釐清個別條文的效力。再者，現行憲法增修條文第10條中也有類似基本國策的規定，但是其所採用之用語卻與憲法本文略有出入。

<sup>15</sup> (鍾秉正，2005年，頁27)

#### 二、基本國策之效力

有關我國基本國策之效力，陳新民教授將之分為4類：

##### (一) 視為方針條款

指具有宣示性質、期待性質之條款，係立憲者當時的理想，仍然必須以立法者的立法行為為基準，並不具有實質的規範效力。「方針條款」之特徵有二：不具強制性及未要求立法者應當如何落實。(鍾秉正，2005年，頁32)

<sup>15</sup> 例如，憲法第155條原本即有關於「社會保險」與「社會救助」的規定，但為了因應全民健保的實施，增修條文第10條第5項又規定：「國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。」同條其他規定也提及國家對於「身心障礙者之保險與就醫」應予保障，以及應當重視「社會保險」等社會福利工作。憲法增修條文既然如此「另訂」有關健康保險的規定，其效力以及與憲法本文的關係如何，即有加以澄清的必要。(鍾秉正，2005年，頁27-28)

如憲法第 141 條的外交方向、第 157 條的公醫制度。(鍾秉正，2005 年，頁 30 及 32) 其作用只是指出國家機關日後發展與努力的方向，因此，若立法院不制定相關法律，也不會有責任。(呂炳寬等著，2007，頁 187)

## (二) 視為憲法委託

期待以立法方式完成者，如憲法第 153 條、第 153 條、第 155 條、第 159 條、第 160 條、第 168 條等。若立法院不制定相關法律，則是違反了該義務，構成「立法怠惰」。(呂炳寬等著，2007，頁 187)

## (三) 視為制度性保障

指制度的建立係憲法明文規定或憲法理念所衍生者，立法者必須形成一套具體的法律制度，並且不得以其他法律侵犯該項制度，否則司法機關即可宣告其為違憲。(呂炳寬等著，2007，頁 187) 如扶植自耕農的制度(憲法第 142 條)、各級政府獎學金的制度(憲法第 161 條)及教育預算制度等。

## (四) 視為公法權利

指人民依該項憲法條文之規定得享受該權利，該權利受侵犯時，可請求國家保障。惟有些條款須經立法程序之保障後，方得主張之，如第 152 條失業者之工作請求、<sup>16</sup>第 165 條之待遇保障請求。有些條款憲法本身即賦予人民得直接行使，不待立法保障，如受國民教育的兒童免納學費(第 161 條第 1 項)。

大法官曾做出許多與基本國策有關的解釋，國內學者呂炳寬曾整理與基本國策相關的大法官會議解釋，歸納出三種模式，非常具有參考價值，(呂炳寬等著，2007 年，頁 188-189) 簡述如下：

### 1. 模式一(司法積極落實基本國策)

是指大法官會援引基本國策，宣告相關法律違憲。

### 2. 模式二(司法不積極落實基本國策)

認為大部分基本國策的條文只是方針條款，在釋憲上，祇能作為釋憲的參考，沒有實際的內涵或拘束力。而大法官在大多數時候都只會援引作為說明佐證，不會積極落實。例如：釋字第 472 號解釋(詳本章第四節)。

### 3. 模式三(司法用基本權抵制基本國策)

大法官不重視基本國策，反而只重視防禦權的保障，甚至用防禦權來宣告基本國策違憲。例如：釋字第 580 號解釋(詳本章第三節)。

---

<sup>16</sup> 憲法第 152 條的規定，是否能解釋為「工作請求權」的主觀公法權利?還應視為「憲法委託」?目前學界間之意見並不一致，陳新民教授認為要將之視為人民之「主觀公權利」，持保留的態度。國內學者鍾秉正則認為，若是將此一規定與憲法第 15 條「工作權」的保障範圍合併理解，至少可以作為督促立法者應制定「就業輔導」與「就業安全」相關法律的一種「憲法委託」。(鍾秉正，2005 年，頁 29)

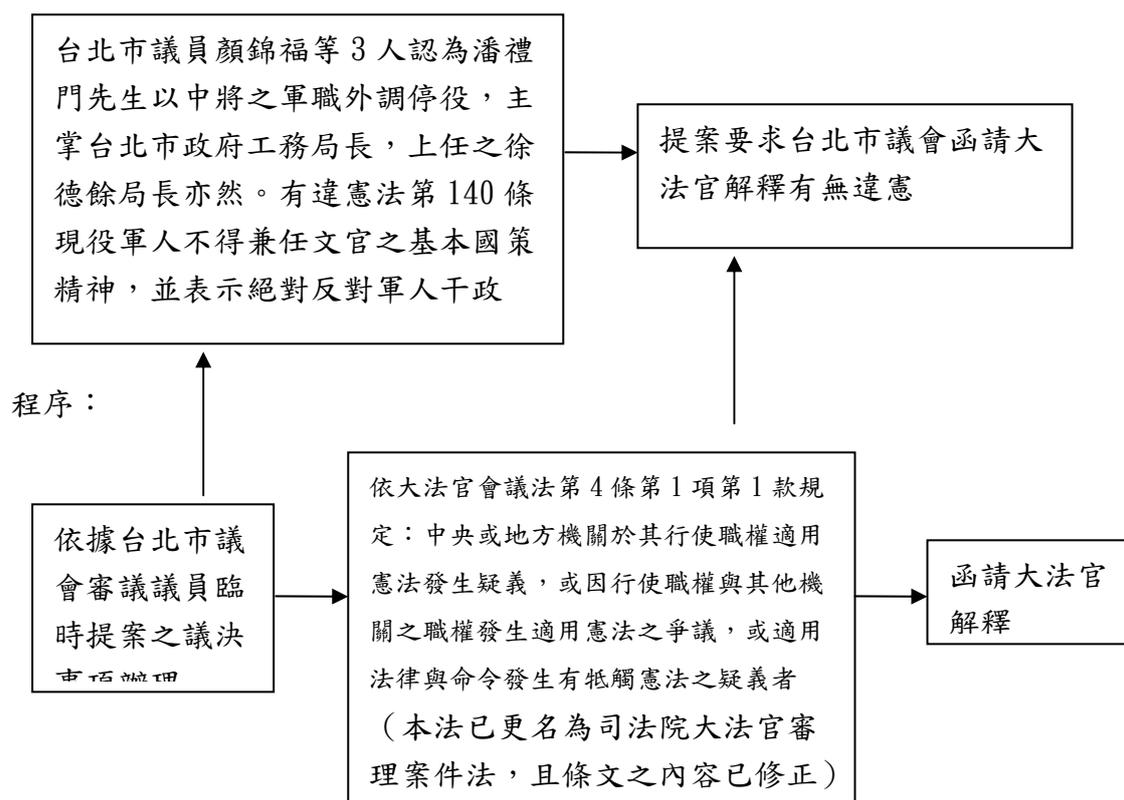
## 第二節 國防與外交

### 第一項 國防

#### 壹、案例事實

憲法第 140 條規定：「現役軍人，不得兼任文官」，其主要目的在於禁止軍人干政，厲行文武分治。台北市歷任工務局長（例如徐德餘及潘禮門局長），均由現役軍人以「外職停役」方式擔任之。然所謂「外職停役」與除役、退役範圍是否相同，其所涵蓋意義如何，有無牴觸憲法第 140 條之規定，滋生疑義，台北市議會顏錦福等議員爰函提案請司法院解釋。（本案例係依據釋字 250 號解釋撰寫）

案例過程：



實體爭點：軍人外職停役轉任文官是否違憲？

#### 貳、相關理論與憲法規定

由上述案例可引導吾人省思下列問題：憲法中有關我國國防的目的、組織、軍隊之性質歸屬、原則與退伍軍人保障之規定為何？茲分別介紹如下：

### 一、國防之目的

憲法第 137 條第 1 項：中華民國之國防，以保衛國家安全，維護世界和平為目的。

### 二、國防組織法制化

國防之組織，以法律定之。（憲 137 條第 2 項）例如：國防部組織法、國防部參謀本部組織法等。

### 三、軍隊國家化

（一）憲法第 138 條：全國陸海空軍，須超出個人、地域及黨派關係以外，效忠國家，愛護人民。<sup>17</sup>

（二）憲法第 139 條：任何黨派及個人不得以武裝力量為政爭之工具。

上述二條憲法之規定旨在求軍隊國家化，有鑑於民國初年軍閥割據，擁兵自重，遺害民國，憲法乃作此詳細規定。期確保軍人效忠國家，愛護人民，不受黨派影響，不介入政治紛爭（陳志華，2004 年，頁 412）

另軍隊國家化的要義有以下四項：

- （1）軍隊對政黨中立：軍人超出黨派以外，認同憲法及法律，執行政府所訂國防及軍事政策。
- （2）平民軍隊：軍人來自社會各階層，軍人亦有維護國家及社會的公民概念，軍人為人民重要的職業之一。
- （3）國會控制：有關國防之預算、法案須經立法院審議及監督。
- （4）行政控制：總統是軍隊統帥，軍隊要接受行政首長指揮調度。（陳志華，2004 年，頁 412）

### 四、文武分治

憲法第 140 條：現役軍人不得兼任文官。<sup>18</sup>係指正在服役之現役軍人不得同時兼任文官職務，主要目的為防止軍人干政，厲行文武分治，而維民主憲政之正常運作。辦理外職停役轉任與其專長相當之文官，未違憲（參照釋字 250 號解釋）

### 五、退伍軍人之保障

國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。（憲法增修條文第 10 條第 9 項）

### 參、本案檢討

釋字 250 號解釋：憲法第 140 條規定：「現役軍人，不得兼任文官」，係指正在服役之現役軍人不得同時兼任文官職務，以防止軍人干政，而維民主憲政之

<sup>17</sup> 所謂陸海空軍須超出黨派關係以外，非謂軍人不得參加政黨保有黨籍，而是不受黨派影響，保持中立地位，效忠國家之意。（陳志華，2004 年，頁 412）

<sup>18</sup> 文官又稱為「文職公務員」，係指不負有戰鬥行為或類此軍事任務之公務員（高點法學研究室主編，學習式六法，2007 年，頁壹-51-1）。

正常運作。現役軍人因故停役者，轉服預備役，列入後備管理，為後備軍人，如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官，既與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難謂與憲法牴觸。惟軍人於如何必要情形下始得外職停役轉任文官，及其回役之程序，均涉及文武官員之人事制度，現行措施宜予通盤檢討，由法律直接規定，併此指明。

關於本案大法官劉鐵錚曾提出不同意見書，認為常備軍官於服畢法定役期退伍後，如具有文官任用資格，願意擔任文職者，為促進文武交流、人盡其才，不僅為法律所不禁，且更受憲法之保障。惟若常備軍官捨法律所規定出任文官之正當途徑而不為，假藉不榮譽之「停役」制度，<sup>19</sup>以外職停役方式，規避現役軍人不得兼任文官之憲法禁令，則非實行憲法、貫徹法治之正道。

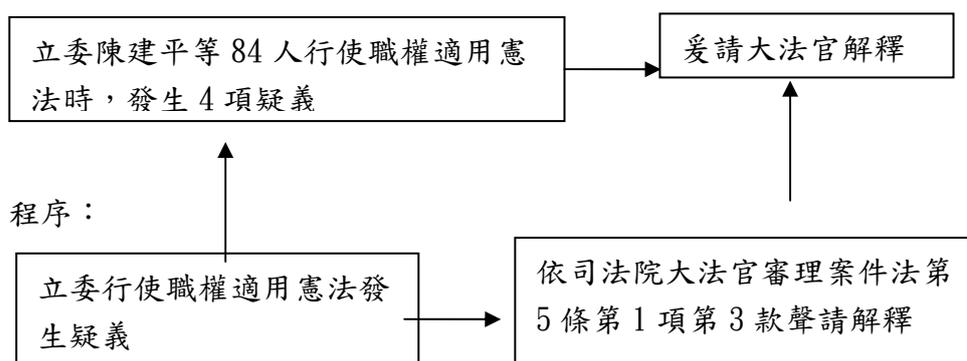
## 第二項 外交

### 壹、案例事實

立委陳建平等 84 人行使職權適用憲法發生以下 4 項疑義，聲請解釋憲法：一、憲法第 38 條、第 58 條第 2 項、第 63 條及第 141 條有關「條約」一詞之內容及範圍為何？二、條約以外之國際書面協定，何者應送立法院審議，何者僅須送立法院備查？三、前項協定送審查或備查之分類標準如何？其有權認定之機關應為立法院或行政院？四、外交部訂定發布之「條約及協定處理準則」第 7 條及 9 條是否違憲與違法，而應屬無效。爰聲請大法官解釋。（本案例係依據釋字 329 號解釋撰寫）

<sup>19</sup> 陸海空軍軍官服役條例施行細則第 9 條第 1 項第 8 款規定：常備軍官在現役期間，為應國家需要，於軍事無妨礙，且專長有盈餘時，經核准任軍職以外之公職者，自核准之日起停役，此即所謂「外職停役」。外職停役之制定根據為陸海空軍軍官服役條例第 12 條第 1 項第 6 款：「常備軍官在現役期間有左列情形之一者，予以停役：一、失蹤逾三個月者。二、被俘者。三、撤職者。四、因案在羈押中逾三個月者。五、判處徒刑在執行中者。六、因其他事故。必須予以停役者。」前 5 款為停役原因之具體規定，第 6 款則為概括規定。由前述 5 款規定可知，停役係對現役軍人之有違法或不當行為，所採之停職之權宜措施，暫列入後備軍人管理。換言之，停役之原因，係以現役軍人有違法或不當之行為為前提，其直接效果則為剝奪其現職，暫列入後備軍人管理。

案例過程：



實體爭點:憲法上「條約」之意涵？何者應送立法院審議？

## 貳、相關理論與憲法規定

由上述案例，可引導吾人了解我國外交之精神、原則、方針與目的分別為何？

憲法第 141 條：中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。

本條之主要內容分述如下：

- 一、外交精神：獨立自主
- 二、外交原則：平等互惠
- 三、外交方針(手段)：敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章。
- 四、外交目的(目標)：保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。

## 參、本案檢討

釋字 329 號解釋：憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締約之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱爲條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。

本件立法委員聲請解釋，係因辜汪會談，我方與中共海協會所簽訂之協議應否送立法院審議而起，本案有一位大法官提出一部不同意見書，有三位大法官分別提出不同意見書，主要的看法是認爲司法院大法官依本件聲請意旨，就憲法上「條約」一詞之含義，加以釐清，固屬責無旁貸，惟解釋內容，尙須再加斟酌。至於聲請意旨所提其他三問題，則因涉及外交實務及國家特殊處境等政治性問

題，本院不宜予以解釋，亦無解釋之必要。此例一開，攸關憲政爭議之政治問題，紛至沓來，致五權有上下大小，扭曲五院，破壞我國五院獨立行使職權，互相平等之憲法制度，而國危矣！<sup>20</sup>

### 第三節 國民經濟

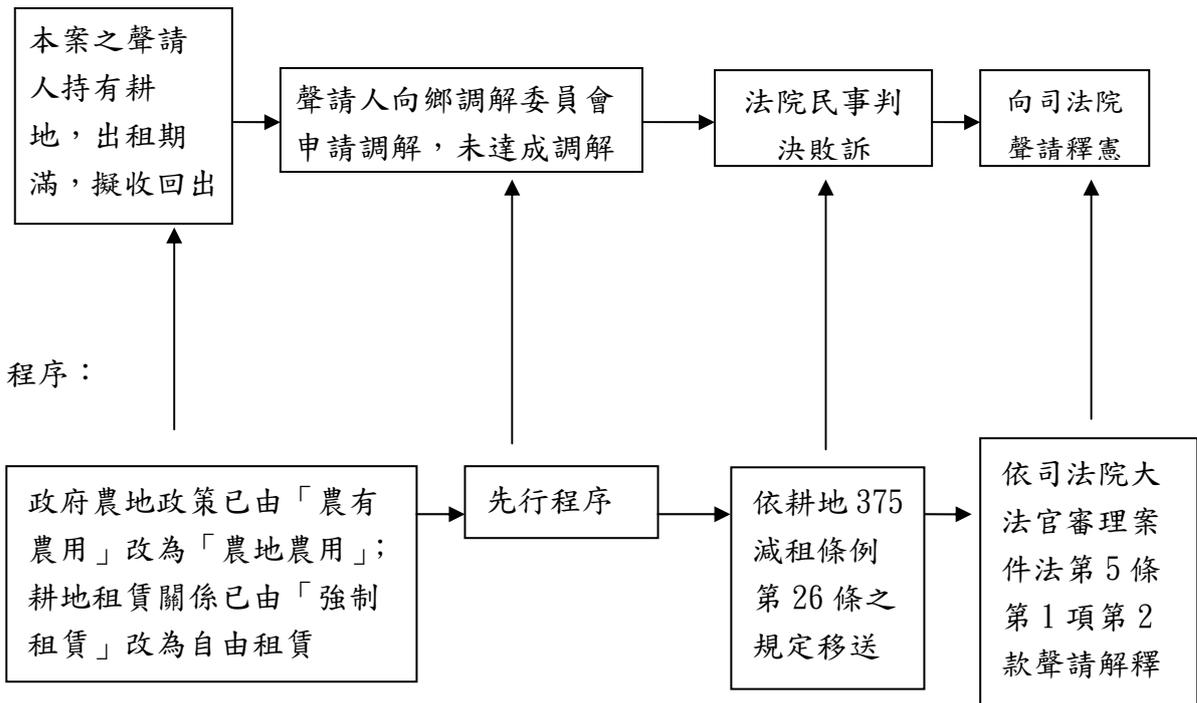
本節「國民經濟」共有十個條文，規定甚為詳細，足證憲法對國民經濟的重視。學者稱這種現象為：「憲法之經濟化」，是二十世紀憲法的主要趨勢之一。憲法經濟化的主要內容，就是對於私有財產及交易自由的限制，以避免財富的過分集中，及貧富懸殊的現象發生。換言之，我國憲法有關國民經濟的規定，是在調和不同的經濟利益，以消除衝突矛盾與獨占壟斷的弊病，以謀和諧的發展。（林榮耀，民 74，頁 1015）

#### 壹、案例事實

林○○、黃○○等先生認為最高行政法院之判決適用之「耕地三七五減租條例」部分條文規定，長期持續剝奪耕地出租人收回租賃耕地自由管理收益其財產之權，牴觸憲法，聲請司法院解釋，應即不援用。（本案例係依據釋字 580 號解釋撰寫）

<sup>20</sup> 大法官在釋字 580 號解釋之部分協同及部分不同意見書中，亦曾表達大法官面對「政治問題」之釋憲應自我限縮，其主要之理由為：從司法釋憲者本身的功能與角色而言，我們（指大法官）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具備的專業能力與民主代表性，更不對所作決定負政治責任，從而政治部門的決策倘非全然恣意，或明顯與國計民生均足的目標背道而馳，我們不宜冒然宣告政治部門有關社會資源分配之政策決定違憲，不宜以自己的判斷替代政治部門政策決定。

案例過程：



實體爭點：耕地三七五減租條例約滿收回須補償承租人等規定是否違憲？

## 貳、相關理論與憲法規定

由上述案例導引，可促使吾人思考，我國憲法對國民經濟採取的基本原則、實施方法及目標分別為何？

### 一、基本原則

憲法第 142 條：國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。

依憲法第 142 條之規定，國計民生之均足乃國家之任務。是均富既為憲法所設定的國家發展目標，政治部門在分配社會資源及建立與實施財產權制度時，即不能完全悖離該目標的達成。（釋字 580 號解釋部分協同及部分不同意見書）

### 二、實施方法

#### （一）平均地權

憲法第 143 條：中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。私有土地應照價納稅，政府並得照價收買。附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。土地價值非因施以勞力資本而增加者，應由國家徵收土地增值稅，歸人民共享之。國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營之

面積。

本條之主要內容分述如下：

#### 1. 土地公有原則

(1) 中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。

(2) 附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。

#### 2. 徵稅或收買

私有土地應照價納稅，政府並得照價收買。

#### 3. 漲價歸公

土地價值非因施以勞力資本而增加者，應由國家徵收土地增值稅，歸人民共享之。

#### 4. 耕者有其田

國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營之面積。

### (二) 有關「資本」之規定

#### 1. 發達國家資本

憲法第 144 條：公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。

#### 2. 節制私人資本

憲法第 145 條：國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之。合作事業應受國家之獎勵與扶助。國民生產事業及對外貿易，應受國家之獎勵，指導及保護。

### 三、國民經濟之目標

#### (一) 促進農業之工業化

憲法第 146 條：國家應運用科學技術，以興修水利，增進地力，改善農業環境，規劃土地利用，開發農業資源，促成農業之工業化。

#### (二) 平衡全國之經濟發展

憲法第 147 條：中央為謀省與省間之經濟平衡發展，對有貧瘠之省，應酌予補助。省為謀與縣間之經濟平衡發展，對有貧瘠之縣，應酌予補助。

#### (三) 貨暢其流

憲法第 148 條：中華民國領域內，一切貨物應許自由流通。

#### (四) 健全金融機構

憲法第 149 條：金融機構，應依法受國家之管理。

憲法第 150 條：國家應普設平民金融機構，以救濟失業。憲法增修條文第 10 條第 4 項：國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定。

### （五）發展僑民經濟事業

憲法第 151 條：國家對於僑居國外之國民，應扶助並保護其經濟事業之發展。

### （六）獎勵投資，促進產業升級

增修條文第 10 條第 1 項：國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。

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。

增修條文第 10 條第 3 項：國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展。

### （七）中小企業之保障

國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展。  
（增修條文第 10 條第 3 項）

## 參、本案檢討

本號解釋涉及耕地三七五減租條例對出租人耕地利用之若干限制，包括最低租賃期限、收回耕地之法定條件、農地收回自耕之補償等措施，是否侵害出租人受憲法保護之財產權及契約自由之爭議。本號釋憲之結論為部分合憲兼含合憲非難，以及部分違憲的解釋。多數意見基本上肯定減租條例的立法目的及施行成效，認為減租條例對耕地出租人契約自由及財產所有權的諸種限制，皆係為保障耕地承租人的基本生活所必要。惟 55 年前的減租政策，原本即是一場幾近革命的財富重新分配。減租政策本身，固然使富人財富縮水，但未成為赤貧；佃農雖然藉以翻身，但未立即成為暴發新富；地主與佃農的經濟條件，獲得某種程度的調整，但並未造成完全相反的改變。對於穩定農村產業關係，減租條例自有一定程度的貢獻。然而，經過數十年的特殊保護，佃農的經濟情況獲得顯著改善之後，當財產的重新分配獲得具體成效之後，完全剝奪耕地出租人一方契約自由的手段，理應有所調整。

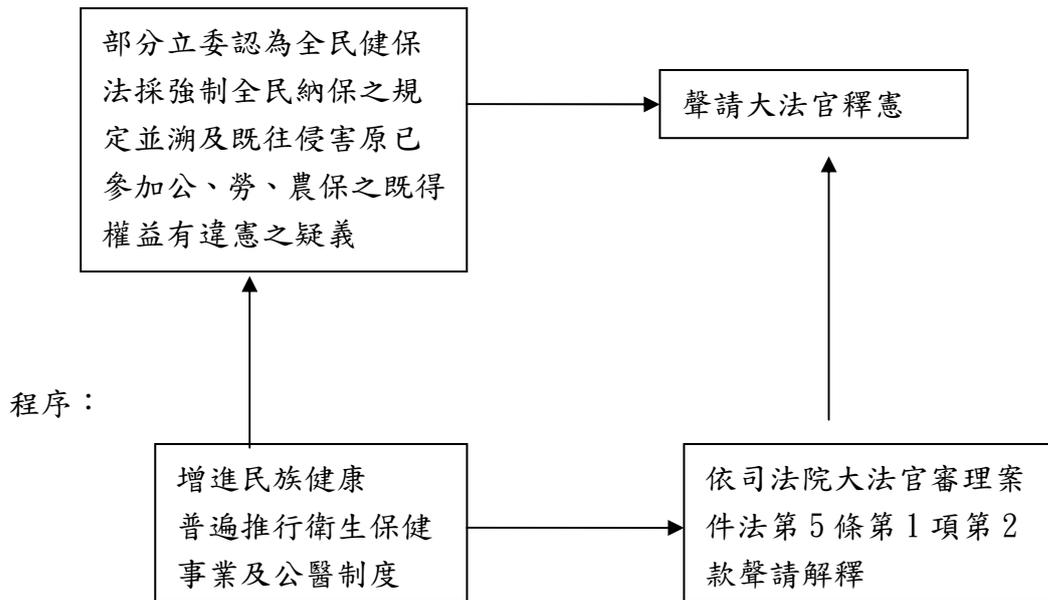
基本上，筆者贊同大法官許玉秀在一部協同暨一部不同意見書中提出之看法：減租條例所引起的租佃衝突，近幾年來漸為社會所注目。本院大法官其實可以情事變遷為由，模糊地籲請有關機關迅速處理，但本號解釋多數意見並未一方面概括地肯定過去，一方面模糊地籲請有關機關檢討修法。而是在尊重立法當時特殊時空條件之下，肯定減租條例符合扶植自耕農及改善農民生活的憲法意旨，承認限制耕地所有權的必要性，同時依據憲法第 146 條及憲法增修條文第 10 條第 1 項規定重新解釋若干條文，審慎地針對關鍵條文減租條例第 19 條第 1 項第 1 款、第 17 條第 2 項第 3 款及第 19 條第 3 項準用第 17 條第 2 項第 3 款部分，作成放寬限制出租人財產權的解釋。多數意見此項解釋結論，可視為對立法者未及時反應時代需求的立法怠惰不予認同，並對立法機關在第一個檢討減租條例的時機裡，非但沒有創造有利租佃和諧的機制，反而製造新的衝突條件，提出譴責。

對於期待擺脫減租條例禁錮的耕地所有權人而言，本號解釋之多數意見對減租條例的諸種限制予以合憲解釋，或者難以接受；對於自民國 72 年以來，已期待獲得補償的承租人而言，多數意見限縮解釋減租條例第 17 條第 2 項第 3 款，並且宣告同條例第 19 條第 3 項準用第 27 條第 2 項第 3 款部分違憲，恐怕亦無法接受。但是多數意見實已考量憲法基本精神、時代的變遷因素、農業的發展環境，以及雙方的長遠利益，租佃雙方如能交換立場，互相體諒，則社會大幸！

#### 第四節 社會安全

##### 壹、 案例事實

立委周伯倫等 52 人聲請大法官解釋：全民健康保險法強制全體國民納保及繳費之規定有否違憲。行政院於 84 年 3 月 1 日所實施之全民健康保險法，係以「強制納保」的方式，將原為契約自由精神的健康保險關係，轉化成全體人民應盡之義務。根據現行憲法規定，國家與人民間之義務關係有三：納稅、服兵役、受國民教育等。現行憲法並未明文規定「人民有依法律參加全民健康保險之義務」。因此，全民健康保險法逾越憲法規定，強制要求全體國民「投保繳費」的作法，顯有牴觸憲法及適用憲法上之爭議。另「健保法」追溯既往適用於原已參加公、勞、農保人員，已對上開人員造成重大損失，嚴重侵害其「既得權利」及其對法律之「信賴利益」，是否違背憲法第 15 條及第 22 條有關保障人民財產權及其他權利之規定？事涉法律牴觸憲法疑義並攸關全民重大權益，特聲請釋憲解疑。（本案例改寫自釋字 472 號解釋）



實體爭點：全民健保法中強制納保、繳費及滯納金之規定是否違憲？

## 貳、相關理論與憲法規定

由上述案例之導引，可使吾人了解憲法中有關「社會安全」之規定。

### 一、給予就業機會，發揮工作能力

憲法第 152 條：人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會。

### 二、保障勞動者生活，協調勞資合作

憲法第 153 條：國家為改良勞工及農民之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策。婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及其身體狀態，予以特別之保護。

民 73 年 7 月 30 日公布施行之「勞動基準法」即係國家為實現此一基本國策所制定之法律。（參見釋字 578 號解釋）

憲法第 154 條：勞資雙方應本協調合作原則，發展生產事業。勞資糾紛之調解與仲裁，以法律定之。

### 三、實施社會保險，加強國家救助

憲法第 155 條：國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。

制憲者於本條中揭示社會保險、社會扶助與社會救濟三大社會福利措施，兼採並行，於平等之基礎上造福全體人民。（參照釋字 472 號解釋大法官施文森所提部分不同意見書）

#### 四、增進婦孺福利，推行保健事業

憲法第 156 條：國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女兒童福利政策。憲法第 157 條：國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。

#### 五、憲法增修條文第 10 條之規定

##### (一) 推行全民健保，促進醫藥發展

國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。(全民健康保險已於 84 年 3 月 1 日實施)

##### (二) 維護婦女權益，促進兩性平等

國家應維護婦女人格之尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。

##### (三) 維護身心障礙者權益扶助其自力發展

國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。

##### (四) 社福支出優先編列

國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。

#### 參、本案檢討

釋字 472 號解釋：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度；國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，憲法第 155 條及第 157 條分別定有明文。又國家應推行全民健康保險，復為憲法增修條文第 10 條第 5 項所明定。民國 83 年 8 月 9 日公布、84 年 3 月 1 日施行之全民健康保險法即為實現上開憲法規定而制定。該法第 11 條之 1、第 89 條之 1 及第 87 條有關強制納保、繳納保費，係基於社會互助、危險分攤及公共利益之考量，符合憲法推行全民健康保險之意旨；同法第 30 條有關加徵滯納金之規定，則係促使投保單位或被保險人履行其繳納保費義務之必要手段。全民健康保險法上開條文與憲法第 23 條亦無牴觸。惟對於無力繳納保費者，國家應給予適當之救助，不得逕行拒絕給付，以符憲法推行全民健康保險，保障老弱殘廢、無力生活人民之旨趣。已依法參加公、勞、農保之人員亦須強制其加入全民健康保險，係增進公共利益所必要，難謂有違信賴保護原則。惟有關機關仍應本於全民健康保險法施行時，該法第 85 條限期提出改制方案之考量，依本解釋意旨，並就保險之營運（包括承保機構之多元化）、保險對象之類別、投保金額、保險費率、醫療給付、摺節開支及暫行拒絕保險給付之當否等，適時通盤檢討改進，併此指明。」

本號解釋係針對以下兩項爭議問題所為的法律違憲審查：全民健康保險法採取強制納保制度以及其就既有保險制度醫療給付部分所為的整合是否影響人民

信賴利益。附隨本號解釋有二份協同意見書、一份部分不同意見書，其中部分論點值得吾人參考：

- 一、按憲法第 20 條至第 21 條所規定之 3 種義務，在性質上屬於人民之基本義務，係制憲者參酌各國憲政常軌及制憲當時之社會環境所作之例示性規定，上述 3 個條文對人民之義務並無列舉窮盡之意，法律對人民所課予之義務，合憲與否不在於義務本身是否出自憲法規定，而係該項法律是否依憲法所定之程序產生？義務內容是否合理？與憲法之意旨是否相符？本件聲請意旨對義務之認知（僅有 3 項），顯有誤會。
- 二、如所周知，我國憲法乃不同政治理念妥協之產物，在保障人民權利方面，原則上以源自個人主義及自由主義理念之權利清單為其內容；另一方面在基本國策之章節中，則明顯以帶有強烈社會主義色彩之綱領性規定，作為內涵，若以對私有財產及個人經濟自主的影響，從嚴重到輕微作為區分，其手段有：部分生產工具公有化（憲法第 144 條）、平均地權及節制資本（憲法第 142 條），實施社會保險制度（憲法第 155 條）、社會扶助及救濟（同上條）等。憲法經過民國 81 年以後之逐次增修，憲法本文之相關規定雖未凍結，但「社會化」之措施已從急進的限制私產、改變社會財產結構轉向經濟發展與環境保護兼籌並顧、保障弱勢族群等溫和手段（增修條文第 10 條第 2 項、第 9 項、第 10 項等）唯一仍具有所得重分配功能者，厥為「國家應推行全民健康保險」（增修條文第 10 條第 5 項）。
- 三、實施全民健保使數百萬原本不在社會保險體系內之國民同霑利益，獲得平等的醫療照顧，大法官認為與制憲者在基本國策中所欲實現之分配正義理念正相符合。
- 四、立法機關制定勞工保險條例及農民健康保險條例，分別規定政府補助保險費之比例，符合憲法有關保護勞工及農民之意旨。惟自全民健康保險實施後，此項補助與公務人員保險法第 9 條規定公務人員之保險費由政府補助百分之六十五，兩相比較，是否相當，涉及有無違背平等原則之問題，均待隨時檢討。
- 五、強制投保，限制個人自由權的措施所追求的公益目的，無非為促進社會互助、危險分攤，使中低收入所得者亦能同獲保障。倘若特別優厚部分人群之保險給付，以致全體被保險人負擔之保險費增加，適與實施社會保險之意旨背道而馳。另強制納保規定將會對人民的人格發展自由（自我決定權）以及財產權構成限制，其就此必須合於憲法第 23 條及其所蘊含之比例原則的規範要求。
- 六、誠如本號之解釋文所言，對於無力繳納保費者，國家應給予適當之救助，不得逕行拒絕給付。這是因為由全民健康保險所整合與提供的醫療給付，有部分已屬維持人民基本生活條件所必要；國家若以人民未繳納保費為由而拒絕提供此種基本給付，將違反憲法保障生存權所含「禁止不足給付原則」的要求。
- 七、全民健保之施行，事實上已損及公保被保險人原應享有之權益：（一）保險費負擔增加（二）自負額提高（三）給付範圍縮減（四）不保事故增加。健保法對於其實施前業已有效存在之各種社會保險中有關醫療給付部分，究應如何為適當之銜接與調和，多有設想欠周之處，其制度設計之粗糙，已屬顯

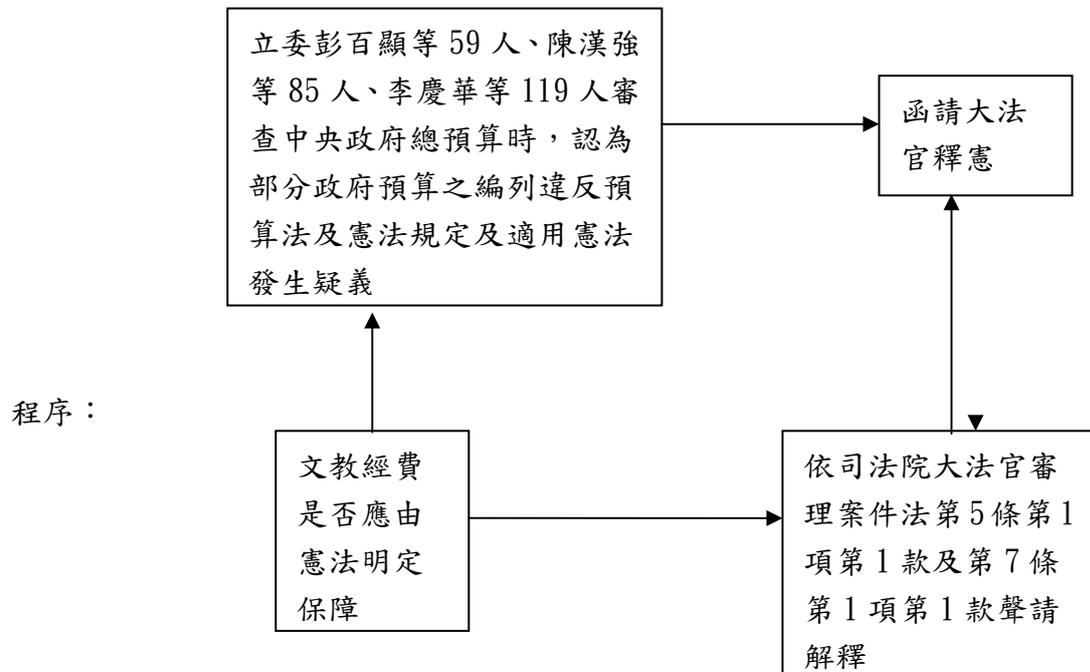
而易見。健保關及全國人民權益，健保法規定之當否確需自平等原則、比例原則、信賴保護原則及憲法保障財產權意旨等層面及角度從嚴加以檢驗，惜多數意見就健保強制納保所牽涉之問題，尤其對於公、勞、農保之被保險人，應否按健保施行日之前或之後為區隔，未詳為釐清，僅以「已依法參加公、勞、農保之人員亦須強制其加入全民健康保險，係增進公共利益所必要，難謂有違信賴保護原則」，籠統地作出合憲之宣告，非大法官施文森所樂見，爰提出上述不同意見。

## 第五節 教育文化

### 壹、 案例事實

部分立委在審查預算時，發現下列問題，提請大法官解釋：一、認為行政院及省市府 81 年度至 83 年度所編列之特別預算案，與預算法第 75 條所定提出特別預算之情事不合，且有規避憲法第 164 條明確規範中央及地方之教育科學文化之預算，須達預算總額之一定比例，以確保國家及各地方自治團體對於人民之教育、科學與文化生活得有穩定而必要的公共支出之嫌；二、關於行政機關編製之 85 年度總預算涉及下列疑問：1.關於中央政府總預算歲出政事別科目中「教育、科學、文化支出」歸屬範圍問題。2.關於鄉鎮預算不宜併入縣市總預算中計列教科支支出問題。三、憲法第 164 條中所稱「預算總額」，是否包含「平衡省市預算基金」？（本案例改寫自釋字 463 號解釋）

案例過程：



實體爭點：以特別預算編列重大建設經費是否違憲？

## 貳、相關理論與憲法規定

由上述案例可導引吾人思考下列問題：我國憲法所定之教育文化宗旨、具體作法、教育與文化之獎勵與監督之具體作法分別為何？

### 一、教育文化之宗旨

憲法第 158 條：教育文化，應發展國民之民族精神、自治精神、國民道德、健全體格、科學及生活智能。

### 二、教育機會與基本教育

- (一) 教育機會平等：憲法第 159 條：國民受教育之機會一律平等。
- (二) 基本教育：憲法第 160 條：6 歲至 12 歲之學齡兒童，一律受基本教育，免納學費。其貧苦者，由政府供給書籍。
- (三) 補習教育：憲法第 160 條第 2 項：已逾學齡未受基本教育之國民，一律受補習教育，免納學費，其書籍亦由政府供給。

### 三、教育文化之獎勵與監督

#### (一) 教育文化獎勵

憲法第 161 條：各級政府應廣設置獎學金名額，以扶助學行俱優無力升學之學生。

憲法第 165 條：國家保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。

憲法第 166 條：國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史文化藝術之古蹟古物。

憲法第 167 條：國家對於左列事業或個人，予以獎勵或補助：

- 一、國內私人經營之教育事業成績優良者。
- 二、僑居國外國民之教育事業成績優良者。
- 三、於學術或技術有發明者。
- 四、從事教育久於其職而成績優良者。

#### (二) 教育文化監督

憲法第 162 條：全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。

### 四、充實文教經費，提高文教水準

#### (一) 充實文教經費

1. 憲法第 164 條：教育、科學、文化之經費，在中央不得少於其預算總額百分之十五，在省不得少於其預算總額百分之二十五，在縣市不得少於其預算總額百分之三十五。其依法設置之教育文化基金及產業，應予以保障。(本條已被憲法增修條文凍結)
2. 直轄市在憲法上之地位，與省相當；其教育、科學、文化之經費所佔預算總額之比例數，應比照關於省之規定。(釋字第 258 號解釋)
3. 「預算總額」係指政府編製年度總預算時，所列之歲出預算總額而言，

不包括因有緊急或重大情事而提出之特別預算在內(釋字第 231 號解釋)。

憲法增修條文第 10 條第 8 項：教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第 164 規定之限制。此項規定，是撤除教科文預算的下限，雖然旨在有助於提供中央政府彈性編列預算的空間、避免因經費的保障而出現無效能的教育計畫，致教育計畫之擬定與執行成效低落。此舉在修憲二讀會後，仍引發社會「棄守教育預算」、「放棄教育」的疑慮(中央研究院李遠哲院長語)。行政院為此承諾，往後教科文預算「只會增加不會減少」。(陳志華，2004 年，頁 430)

## (二) 提高文教水準

憲法第 163 條：國家應注重各地區教育之均衡發展，並推行社會教育，以提高一般國民之文化水準，邊遠及貧瘠地區之教育文化經費，由國庫補助之。其重要之教育文化事業，得由中央辦理或補助之。

## (三) 僑民之保障

國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。

## 參、本案檢討

釋字第 463 號解釋文：「憲法第 164 條明確規範中央及地方之教育科學文化之預算，須達預算總額之一定比例，以確保國家及各地方自治團體對於人民之教育、科學與文化生活得有穩定而必要的公共支出，此係憲法重視教育科學文化發展所設之規定。本條所謂「預算總額」，並不包括追加預算及特別預算在內，業經本院釋字第 77 及第 231 號解釋在案。政府就未來一年間之計畫所預期之收入及支出編列預算，以使國家機關正常運作，並規範國家之財政，原則上應制定單一之預算。惟為因應特殊緊急情況，有預算法第 75 條各款規定之情形時，行政院得於年度總預算外另提出特別預算，其審議依預算法第 76 條為之。」

關於本號解釋，國內學者羅承宗曾提出下述見解，值得吾人參考：「預算單一性原則」不僅是財政學上預算之基本原則，更寓含財政民主統制之精神。大法官雖提出此原則，但卻未對其背後之憲法意義進行闡述。預算單一性原則在憲法上之意義，有進一步釐清之必要。另本號解釋對於作為預算單一性原則之例外的特別預算制度，其所應具備之「特殊緊急情形」該如何具體化之議題，似仍缺乏進一步之闡明。

釋字第 463 號解釋文：「憲法第 164 條所稱教育科學文化經費之具體內容如何、平衡省市預算基金等項目，是否應計入預算總額發生之爭論，中華民國 86 年 7 月 21 日修正公布之憲法增修條文第十條第八項既規定：「教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第 164 條規定之限制。」有關該等預算之數額、所佔比例、編列方式、歸屬範圍等問題，自應由立法者本其政治責任而為決定。是以與憲法第 164 條之所謂「預算總額」及教育、科學、文化等經費所佔中央、地方預算之比例等相關問題，已無再行解釋之必要。」

大法官以立法裁量問題處理 1997 年修憲後教科文預算比例之問題，亦值贊同。惟特別預算是否符合法定要件不只是立法裁量問題，更應該是法律問題。本號解釋將特別預算是否合法之問題丟回國會自行判斷，當行政部門與國會多數、

甚至與國會吭澀一氣時，不啻等於讓政治拳頭的大小決定法律正義的歸屬。

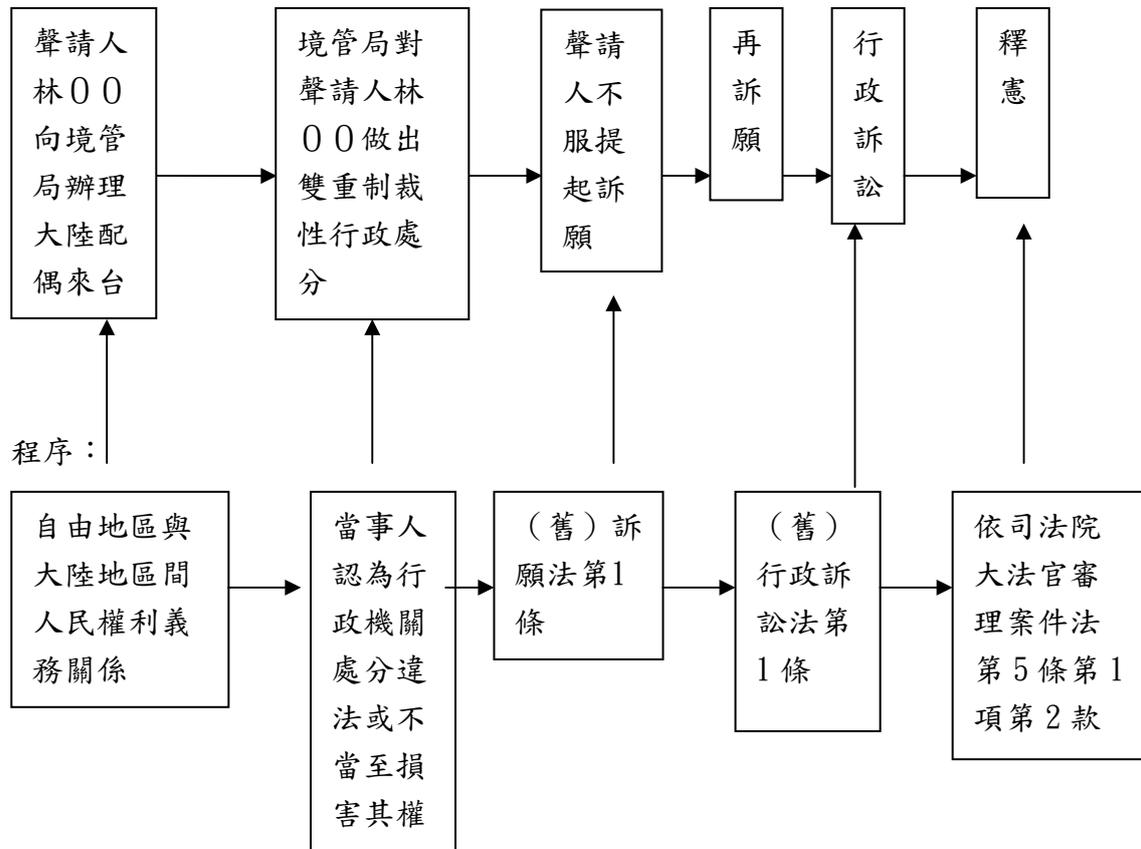
由於大法官在本號解釋中未能藉機釐清「特別預算」的適用範圍，將之視為立法裁量問題而由國會自行決定，至今預算法第 83 條無以落實其統制機能，使得迄今有關於指摘特別預算違法違憲之爭議仍不斷出現而難以平息，實令人甚感遺憾。(羅承宗，2006 年，頁 20-25)

## 第六節 邊疆地區

### 壹、案例事實

聲請人於民 83 年 12 月 2 日代大陸配偶范偉貞女士檢具居留申請書等相關資料文件，向境管理局辦理來臺居留。嗣因大陸配偶於民 84 年 7 月 17 日來臺探親，因旅行社遲誤，於 84 年 10 月 17 日始離境，致遭內政部境管局做出「85 年不予許可入境」及「原居留申請案不予許可」之雙重制裁性行政處分，嚴重影響人民之基本權利。聲請人不服，乃依序提起訴願、再訴願、行政訴訟，惟均被依上揭行政命令之規定予以駁回。為行政法院 85 年度判字第 2677 號判決所適用內政部訂頒之「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」第 17 條、第 18 條，及「大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法」第 13 條規定，違反中央法規標準法第 5 條、第 6 條之法律保留原則、平等原則、法律優越原則、比例原則、一事不二罰等公法原則，發生牴觸憲法第 7 條、第 10 條、第 15 條、第 23 條之疑義。謹依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，聲請解釋。(本案例改寫自釋字 497 號解釋)

案例過程：



實體爭點：大陸人民入境辦法就資格、程序及期限之規定是否違憲？

## 貳、相關理論與憲法規定

由上述案例，可導引吾人思考應如何保障邊疆少數民族、原住民及大陸同胞之權益？我國憲法中之相關規定如下：

### 一、保障邊疆民族之地位，扶助其自治事業

憲法第 168 條：國家對於邊疆地區各民族之地位，應予以合法之保障，並於其地方自治事業，特別予以扶植。

### 二、積極推進邊疆各種事業，發展並保障其土地利用

憲法第 169 條：國家對於邊疆地區各民族之教育、文化、交通、水利、衛生，及其他經濟、社會事業，應積極舉辦，並扶助其發展。對於土地使用，應依其氣候、土壤性質，及人民生活習慣之所宜，予以保障及發展。

### 三、(一) 維護及發展原住民文化

國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。(憲法增修條文第 10 條)

## (二) 原住民及金馬人民地位之保障

國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與；並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。

## 四、兩岸關係

增修條文第 11 條：自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。

## 參、本案檢討

釋字第 497 號解釋：中華民國 81 年 7 月 31 日公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例係依據 80 年 5 月 1 日公布之憲法增修條文第 10 條（現行增修條文改列為第 11 條）「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定」所制定，為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務之特別立法。內政部依該條例第 10 條及第 17 條之授權分別訂定「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」及「大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法」，明文規定大陸地區人民進入臺灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，係在確保臺灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第 23 條之規定亦無抵觸。

本號解釋並無不同意見書或協同意見書之提出，惟國內學者蘇永欽曾針對本號解釋表示過相關見解，值得注意：我國憲法總綱所規定的國家，在行憲後不久即起了實質的變化，政府統治權「事實上」自民國 38 年 10 月以後即不再及於中國大陸，但對外仍維持相當長時間的唯一中國代表權，對內則經由「動員戡亂時期臨時條款」及大法官的幾號解釋，維持「法律上」對全中國的統治權，一直到民國 80 年總統依臨時條款的授權終止動員戡亂時期，同時由第一屆國民大會廢止臨時條款，才把法律上的統治權也限縮於台灣地區，台灣的中華民國政府只能在台灣經由選舉建立其統治權的民主正當性，大陸的中華人民共和國政府也邏輯的不再是法律上的「叛亂團體」，而只是事實存在於大陸地區的政權。憲法中總綱的規定並沒有調整，但替代臨時條款的憲法增修條文除了在引言中提到「國家統一前」，明示現階段國家處於非統一的「分裂」狀態外，另在第 11 條規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定」，對於這個分裂狀態有進一步的定性。學者間對此一新的國家狀態雖有兩區和兩國的不同解釋，不過立法和行政解釋都非常一致的從「一國兩區」的解釋出發，從國民黨執政到現在民進黨執政，完全沒有改變，最近才修正的相關立法，如 90 年 6 月 20 日修正的國籍法第 2 條，91 年 6 月 26 日修正的懲治走私條例第 12 條，92 年 2 月 6 日修正的入出國及移民法第 3 條，一直到 92 年 10 月 29 日修正的臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條、香港澳門關係條例第 3 條等，都顯示民進黨政府實際上對於一國兩區的立場，從來沒有任何鬆動，相關的行政解釋，也從未超出法律對國家狀態的界定。簡言之就是，大陸地區仍是中華民國領

土，大陸人民仍屬中華民國國民，但中華民國政府的統治權已經不及於大陸地區和人民。

有權解釋又以大法官的憲法解釋為最終而有最高的規範效力，大法官對於中華民國的國家定位，和未來走向，雖沒有像早期西德憲法法院那樣正面的做成憲法解釋，在民國 82 年的第 328 號解釋，甚至以其屬於「重大政治問題」而迴避了解釋。但這樣的先決問題終究不可能閃躲一輩子，就在一個月後的第 329 號解釋，大法官已經從反面說出：「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議，非本解釋所稱之國際書面協定」，不是國際，當然就是國內了。更清楚的是民國 88 年作的第 481 號解釋，對於金馬地區人民不能像台灣省民一樣選省長，有沒有違反憲法保障的平等原則，大法官從「實質平等」的角度檢驗，說法律限制「轄區不完整」的省實施省自治，並不構成平等權的違反。意思就是中華民國政府統治權所不及的福建省大部分地區，人民無法參與自治，所以憲法容許立法者在這種情況排除省的自治。整個推論，都是以中華民國主權涵蓋福建全部為前提。另外如釋字第 454 號及第 497 號解釋，對於兩岸法制一律以人民的「戶籍」作為憲法上的區籍，管制兩岸及港澳或僑居外國人民的進出，也當成先決問題加以肯定，間接也肯定了大陸地區人民的中華民國國籍。足見對於一國兩區，從立法、行政到司法，有權解釋有高度的一致性，並未因政權轉移而改變。（蘇永欽，民 94 年，頁 2）

### 進一步閱讀資料建議

- 李惠宗（2006 年）。憲法要義。台北市：元照。
- 林騰鶴（2004 年）。中華民國憲法。台北市：三民。
- 張治安（2006 年）。中國憲法及政府。台北市：五南。
- 許慶雄（2001 年）。憲法入門。台北市：元照。
- 陳志華（2004 年）。中華民國憲法。台北市：三民。
- 陳新民（民 88 年）。中華民國憲法釋論，台北，三民。
- 陳新民（民 94 年）。憲法學導論。台北：新學林。
- 葉俊榮等（2006 年）。憲改方向盤，台北市：五南。
- 葉俊榮等（2006 年）。憲改方向盤，台北市：五南。
- 董翔飛（民 84 年）。中國憲法與政府。台北：作者自印。
- 蘇永欽等合著（2005 年）。部門憲法。台北市：元照。
- 蘇俊雄（2005 年）。憲法意見。台北市：元照。

### 參考文獻

- 呂炳寬等著（2007 年）。中華民國憲法精義（2 版）。台北市：五南。
- 林榮耀（民 74）。「從憲法保障國民經濟之規定，談公平交易法之制定」。載於中華民國憲法學會林榮耀編，憲法論文選輯（頁 1009-1030）。台北市：法學叢刊雜誌社。
- 高點法學研究室主編（2007 年）。學習式六法。台北市：元照。

陳志華（2004年）。中華民國憲法。台北市：三民。  
 黃異（2004年）。從門外漢到法律人。台北市：五南。  
 鍾秉正（2005年）。社會保險法論。台北市：三民書局。  
 羅承宗（2006年）。特別預算之研究—兼評大法官釋字二三一、四六三號解釋。  
 中原財經法學，第16期，頁1-40。  
 蘇永欽（民94年6月）。「從法律的角度看兩岸政黨交流」。發表於國內政黨推動  
 兩岸交流的角色與功能，台大社科院與陸委會共同主辦，台北。

## 附錄

### -----歷次修憲《基本國策》之演變-----

日期	修憲條文內容	說明
80/05/01 第一次修 憲	第十條 自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之 處理，得以法律為特別之規定。	確認兩岸分裂分 治之事實，區隔 台澎金馬自由地 區與大陸地區； 並為重視兩案關 係之發展，明訂 自由地區與大陸 地區間人民權利 義務關係及其他 事務之處理，政 府得制定法律為 特別之規定，賦 予「兩岸人民關 係條例」之法源 依據。
81/05/28 第二次修 憲	第十條 自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之 處理，得以法律為特別之規定。  第十八條 國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農 漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。 經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。 國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究 發展。 國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除 性別歧視，促進兩性地位之實質平等。 國家對於殘障者之保險與就醫、教育訓練與就業輔導、生 活維護與救濟，應予保障，並扶助其自立與發展。 國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障；對 其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發 展。對於金門、馬祖地區人民亦同。	1.針對行憲四十 餘載國家經濟 發展與社會變 遷之需要，增 訂若干有關國 民經濟、社會 安全等基本國 策（按：此透 過體系解釋亦 可謂為人民的 「社會基本 權」）。  2.因應兩岸分治 事實，乃加強 對自由地區山 胞與金門、馬

	國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。	祖地區人民之政治參與、教育文化、社會福利、經濟事業之保障，以及對僑居國外國民政治參與之保障。
83/08/01 第三次修 憲	<p><b>第九條</b></p> <p>國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定。</p> <p>國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。</p> <p>國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。</p> <p>國家對於殘障者之保險與就醫、教育訓練與就業輔導、生活維護與救濟，應予保障，並扶助其自立與發展。</p> <p>國家對於自由地區原住民之地位及政治參與，應予保障；對其教育文化、社會福利及經濟事業，應予扶助並促其發展。對於金門、馬祖地區人民亦同。</p> <p>國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。</p>	<p>1.放寬對公營金融機構之管理，其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定。</p> <p>2.將「山胞」正名為「原住民」。</p>
86/07/21 第四次修 憲	<p><b>第十條</b></p> <p>國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展。</p> <p>國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定。</p> <p>國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。</p> <p>國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。</p> <p>國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。</p> <p>教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第一百六十四條規定之限制。</p> <p>國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文</p>	<p>1.增加國家扶助中小企業發展並保障其生存的規定。</p> <p>2.增設對於身心障礙者無障礙環境之建構。</p> <p>3.取消教科文預算下限之規定。</p> <p>4.促進多元文化發展。增列國家應「依民族意願」保障原住民權益，並積極維護原住民語之規定。</p>

	<p>化。</p> <p>國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。</p> <p>對於金門、馬祖地區人民亦同。</p> <p>國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。</p>	
88/09/15 第五次修 憲（被大 法官釋憲 宣告無 效）	<p><b>第十條</b></p> <p>國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。</p> <p>國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展。</p> <p>國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定。</p> <p>國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。</p> <p>國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。</p> <p>國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。</p> <p>國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作；對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。</p> <p>國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第一百六十四條規定之限制。</p> <p>國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。</p> <p>國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。</p> <p>對於澎湖、金門、馬祖地區人民亦同。</p> <p>國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。</p>	<p>1.增設對退伍軍人的保障。</p> <p>2.重申國家對社會福利此等社會基本權之重視，並增設社會救濟支出預算優先編列權。</p> <p>3.惟本條修正程序因違背公開透明原則及當時適用之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，其瑕疵已達明顯重大之程度，違反修憲條文發生效力之基本規範，故遭司法院大法官於釋字第499號宣告違憲，並且諭知應繼續適用原第四次修憲條文。</p>
89/04/25 第六次修 憲	<p><b>第十條</b></p> <p>國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。</p> <p>國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展。</p> <p>國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規</p>	維持原第五次修憲條文內容。

	<p>定。</p> <p>國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。</p> <p>國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。</p> <p>國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。</p> <p>國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。</p> <p>國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。</p> <p>教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第一百六十四條規定之限制。</p> <p>國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。</p> <p>國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。</p> <p>國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。</p>	
<p>94/06/10 第七次修 憲</p>	<p>國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。</p> <p>國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展。</p> <p>國家對於公營金融機構之管理，應本企業化經營之原則；其管理、人事、預算、決算及審計，得以法律為特別之規定。</p> <p>國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。</p> <p>國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。</p> <p>國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。</p> <p>國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。</p> <p>國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就</p>	<p>無更動。</p>

<p>業、就醫、就養予以保障。</p> <p>教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第一百六十四條規定之限制。</p> <p>國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。</p> <p>國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。</p> <p>對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。</p> <p>國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。</p>	
--	--

資料來源：改寫自 [陳怡如](#) 整理編製之表格。網址：  
<http://jyfd0916.googlepages.com/c019.htm>



## 【主題四】

### 憲政理論

發表人：柯義龍

(東海大學行政管理暨政策系講師)

引言人：劉兆隆助理教授(國立彰化師範大學政治學研究所助理教授)

引言人：魯俊孟副教授(東海大學行政管理暨政策系副教授)

我國立憲史的部份撰寫人為 呂炳寬副教授

# 憲政理論

柯義龍

## 壹、憲法的基本理論

### 一、憲政主義 ( Constitutionalism ) 的意義

憲政主義，指的是「以非任何個別政府所能夠改變的根本大法或一套規則限制政府權力」；憲政主義也是一種限制政府權力以保障人民權利的意識形態 ( ideology )，所以說：「憲政主義包括了一組觀念、原則、以及規則，其乃在於處理如何發展一種盡可能排除武斷統治的政治體系」。質言之，從十七、十八世紀以來，西方近代的憲政觀念，其主要的精義在於限制政府的權力，以保障人民的權利。一七八九年法國「人權宣言」( Declaration of the Rights of Man and of the Citizen ) 第十六條即主張：「一個不能確保遵守法律，也沒有落實權力分立的社會，根本就沒有憲法」。

追溯憲政主義的發展，源於十三、四世紀的歐洲。當時因為「民族國家」( nation-state ) 形成，帶來了「絕對王權」( absolute monarch )；相對於統治者的絕對權力，人民沒有自由權利可言。但是後來的政治、經濟、以及社會的發展，加上十七、八世紀的啓蒙運動，「解放」( Emancipation ) 成爲整體社會的氛圍。特別是中產階級的出現，形成一股勢力，一方面要求節制政府的權力，另一方面則要求自由權利的保障。此時，無論是思想家或行動家，無不致力於追求、提倡人民自由權利的保障。如十七世紀英國思想家洛克 ( John Locke ) 即主張：「人生而有生命、自由、以及財產權」，一七七六的美國獨宣言中，也表明：「我們認爲此等真理乃自明之理：人生而平等；所有人都由造物主賦予某些不可剝奪的權利，即生命、自由與追求幸福」。依一般通說，憲政主義有兩個基本原則：人民主權 ( popular sovereignty ; sovereignty of the people )；法律主治 ( rule of law )。

#### (一) 人民主權

就一般的看法，人民主權在於堅信國家是由人民的意志或同意所建立，亦即人民是所有政治權力的源頭；在法律與政治哲學中，主權意指對於特定領域內的特定一群人，所擁有的最高權威。從歷史的角度而言，主權歸屬歷經了君主主權( monarchial sovereignty )、議會主權( parliamentary sovereignty )，以至於今日所盛行的人民主權觀念。憲政國家的這一個權威是歸屬於全民所有，在“Routledge Encyclopedia of Philosophy”中，即很精簡陳述了主權及憲政國家人

民主權的意義<sup>21</sup>：

在法律與政治哲學裡頭，主權是一種屬性或象徵，一人或一個機構在其管轄範圍內，藉由主權而對他人或機構展現權威。在近代民主國家，則是「將主權置於人民手中，而比較民主的機構之政府官員須對人民負責」

## (二) 法律主治

法律主治最基本的型態，指的是沒有人可以超越法律或在法律之上的原則 ( the principle that no one is above the law )；而最簡單的意義，指的是國家統治權的行使，需依據一套客觀的法律規範，而非有賴於個人的任意或專擅。因“rule of law”是憲政的礎石，所以底下我們引用學者 Allan ( T.R.S.Allan,1998 )對於這一個概念的詮釋，或許有助於我們更為深刻體認「法律主治」在憲政中的地位：

「法律主治」極為簡要的表達了每一個人是隸屬於法律，因此，也必須遵守法律的觀念。特別是政府要遵守法律—在法律之下或符合法律的治理。因此，法律主治要求憲政的政府，以阻絕專制或武斷的統治；政治統治者及其代理人（如警察等）必須在法律的限縮之下，尊重眾所接受的憲法拘束而運用權力。在比較寬廣的意義上，法律主治表示出影響法律統治的形式與主導法律應用方式的程序性公平或正當程序等等價值。此等價值，不但是強化了法律規範的效用，同時確認人性尊嚴與自主的基本觀念。進一步來說，法律主治指涉構成特定法律體系之法律的規則與原則之忠實的執行。<sup>22</sup>

與法律主治原則相關的概念有：①法律不得溯及既往；②「無罪推定」原則；③「雙重危險」( Double Jeopardy )之禁止；④人身保護；⑤法律平等。

至於民主政治與憲政主義的關係，我們可以從民主政治的意義加以說明。民主政治即是「人民當家做主」，也就是以「人民主權」( popular sovereignty )為基礎的政治生活。在一個特定領域內的一群人有權決定與大家有關的公共事務，亦即：“people to rule or to govern”。但是人民要決定自己的事務，就必需有一個前提：思想與行動的自由。所以我們可以說憲政的目的在於實現民主

<sup>21</sup>引自 FORD, J.D. (1998). Sovereignty. In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge. Retrieved August 31, 2007 一文， from <http://www.rep.routledge.com/article/T024>，連結日期：2007/8/31。

<sup>22</sup>本段落出自 Allan, T.R.S. (1998). Rule of law (Rechtsstaat) . In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge. Retrieved August 31, 2007 一文，引述自：<http://www.rep.routledge.com/article/T022?ssid=966546063&n=1#>，連結日期：2007/8/31。

政治；而民主政治則是憲政的落實。兩者間存在著互為因果的關係。

## 二、憲法 ( constitution )

一般將憲法界定為關於國家機關間的關係及人民的權利義務的基本規範。就本質而言，憲法是用來限制政府的權力，以保障人民權利的文書。其基本特性如下：

### (一) 憲法的特性

#### 1. 規範性：

在古希臘時期，憲法的主要目的在於規範共同的生活。亦即為了群體生活的可能，就必需有一套能約束所有人的行為的規範。古希臘哲學家亞里士多德 ( Aristotle, 384-322 B.C. ) 就說到：「憲法是由組成國家的人們所制定」 ( constitution is made by those who formed the state )；十八世紀德國思想家康德 ( Immanuel Kant, 1724-1804 ) 也說：「憲法的建制與國家的形成是同時發生」 ( invention of constitution is coeval with the formation of the state )。所以在古希臘時期，憲法具有「建制」 ( to establish ) 的意義，也就是將個別的人建構、組成團體。亞里士多德嘗言：「人是政治的動物」 ( Man is, by nature, a political animal )；又言：「一個離群索居的人—即無法在政治社群中分享益處，或者已然自給自足而無須分享的人—不是城邦的一份子，他必然是神或野獸」。因此，一者為營共同生活，所以必須有一種共同規範；同時為了共同目標的達成，也必須有一個共同的理想依據。而此一規範、依據，就是古希臘之所以有憲法的主要原因。

但是當時序推演至十七、八世紀，亦即西方所謂的「啓蒙年代」 ( Age of Enlightenment ) 時，從古希臘以來的憲法意義逐漸有了轉折。此時憲法作為一種規範、限制、或拘束，其對象是統治者以及政府，所以說：「制訂一部憲法的根本原因，乃在於確保每一個人在法律之下的公平保護，亦即對政府官員加以某些限制」。這也是近代意義憲法的萌芽，迄今日二十一世紀，憲法仍然被一般人認為主要是用來約束政府權力的工具。在此一功能下，我們可以將憲法界定為「一組政府所據以處理事務的法定或非法定的規則或習慣」。

#### 2. 根本性：

憲法乃國家根本大法，是一個國家所有法令的基礎，而且所有法令也不能夠違反憲法。美國憲法第六條第二項規定：「美利堅合眾國憲法……將是美國領域內的最高法律」。中華民國憲法第一百七十一條第一項規定：「法律與憲法牴觸者無效」；一百七十二條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。政治學者蘭尼 ( Austin Ranney ) 就將憲法界定為：「一組政

府藉以運作的成文或不成文的根本規範」<sup>23</sup>。因此，實施成文憲法（written constitution）的國家，其法令具有位階性。即憲法的效力最高，法律的效力其次，命令的效力則是最低。

### 3.政治／社會性：

政治是一種權力衝突的過程，而權力則是將自己的意志加諸於他人身上的一種力量。因而政治是離不開控制與操縱，自然也與利益的爭奪有著密切的關係。所以憲法一方面提供權力衝突的基本遊戲規則（rules of game）；另一方面則反映政治社群（political community）的權力關係。所以說憲法是「權力關係的傳記」（A constitution is the autobiography of a power relationship），也是「權力的均衡點」。所以我們可以說，憲法是一種具有「政治特性」的法律。底下我們可以簡略比較政治與法律的內涵：

	性質	目標	過程
政治	1、 value-judgment 價值判斷的問題； 2、 like or dislike 好惡； 3、 subjective 主觀的。	1、 權力的爭奪，隱含利益的衝突； 2、 控制、操縱； 3、 爭奪決策權。	political process（政治過程） conflict process struggle process （以 pluralism 為基礎）
法律	1、 事實的問題； 2、 對或錯（right or wrong）； 3、 客觀的(objective)。	1、 追求正義（justice）—為所應為（To do what should be done.）； 2、 平等（equality）的保障—讓每一個人有公平的機會； 3、 衡平（equity）。	judicial process（司法過程） （以 legalism 為基礎）

人類社會須要某種「凝聚」（cohesion）才能夠延續、發展，而此一凝聚，除了「規範」（norms）的拘束外，共同理想的追求也具有凝聚一群人的效果。如中華民國憲法、美國憲法、以及前蘇聯憲法，都在憲法前言（Preamble）中標明國家的目標。

## （二）憲法的功能

自西方近代以來，憲法在一個國家中起碼扮演了三種功能。包括：1.禁制功能（proscribing）；2.指示功能（prescriptive）；3.正當性功能

<sup>23</sup> Ranney, Austin. Government : An Introduction to Political Science, 2001, 329.

( legitimation ) 。

### 1. 禁制功能 ( proscribing )

指的就是限制政府權力。十七、八世紀近代憲法萌芽之際，由於反抗中世紀以來的絕對王權，所以在制定憲法時的主要考慮乃在於如何限制政府的權力。因此，美國在一七八七年制定憲法時，固然沒有關於限制政府權力的條文，但是在憲法實施 ( 1789 ) 兩年之後的一七九一年增修條文時，一口氣增加了十條 ( 第一條至第十條 ) 被稱為美國憲法的「人權條款」 ( The Bills of Rights ) 的憲法增修條文。其主要內容即在於保障人民某些「消極自由」 ( negative freedom )，即政府所不能剝奪、限制、干預的人民自由權利。其本質在於要求政府在某些事項上的不作為 ( inaction )。例如美國憲法增修條文第一條規定：

「國會不得制定關於下列事項的法律：確立國教或禁止信教自由；剝奪言論自由或出版自由；或剝奪人民和平集會和向政府請願伸冤的權利」。

### 2. 指示功能 ( prescriptive )

指的是要求政府採取某些作為、措施，積極協助、提昇人民自由權利的蓬勃發展。當要求政府「不作為」以保障人民消極自由之際，其在經濟活動上乃盛行所謂的「自由放任」 ( laissez-faire )，這固然有助於人民自由的保障，對於資本主義 ( capitalism ) 的發展也有一定貢獻。但是不可否認的是資本主義所致力推動的市場經濟，在十九世紀已然產生問題。其中最主要的問題莫過於財富分配的不均，所謂「富者愈富，貧者愈貧」 ( the rich get richer, the poor get poorer ) 的情況在十九世紀是極為普遍的現象。這不但喪失了社會正義，也連帶引發社會的不穩定。馬克思 ( Karl Marx, 1818-1883 ) 在一八四八年發表「共產主義宣言」 ( [Communist Manifesto](#) )，就表示：「迄今人類所存在的社會的歷史是一部階級鬥爭史」，他認為資本主義終將被激進的社會主義 ( radical socialism ) 所取代，而社會主義也將發展為一個沒有階級的社會 ( a classless society )。

我們暫且不談馬克思所說的是否為歷史事實，但是毫無疑問的是他反映了市場經濟所帶來的不平等。之後歐洲社會逐次發展出社會主義思想，要求平等的聲浪震天嘎響。在這一股風潮下，政府也就不能夠再採取自由放任政策，反而須致力於「介入」經濟、社會資源的分配，以追求社會公平。十九世紀至二十世紀所發展出來的「福利國家」 ( welfare-state ) 制度，就是在此一背景下形成的。此時人民的自由，已由之前的「消極自由」轉變成為「積極的自由」 ( positive freedom )，即政府應積極協助經濟、社會的弱勢者過有尊嚴的生活，弱勢者也有權要求政府「作為」 ( action )，確保自己能夠營起碼的尊嚴生活。

### 3.正當性功能 ( legitimation )

即人民認為政府的存在及其統治的合理性，並且心悅誠服的接受政府的治理。依照德國社會學家韋伯 ( Max Weber, 1864-1920 ) 的說法，正當性的基礎有三種：(1) 傳統( tradition )；(2) 魅力 ( charisma )；(3) 合法—理性 ( legal-rational )。就近代憲法的產生而言，新國家的建立 ( 美國 )、革命後 ( 法國 )、以及重大政治、經濟與社會的變動 ( 日本明治維新以及第二次大戰後 ) 等，都會有新憲法的制定。其目的無非是要取得統治的正當性。如美國憲法前言即謂：「我們美利堅合眾國人民爲了.....制定本憲法」；中華民國憲法前言則謂：「中華民國國民大會受全體國民之付託.....制定本憲法.....」，凡此都在於表明政府的正當性。

其次，現代憲法率皆有規定機關、職位所伴隨的「權威」( authority )，以實現國家治理與展現統治作用。如美國憲法第二條第一項第一款規定：「行政權賦予美國總統」；第二項第一款則規定總統爲「三軍統帥」( Commander in Chief )。我國憲法第三十五條規定：「總統爲國家元首，對外代表中華民國」；第五十三條規定：「行政院爲國家最高行政機關」；第六十二條規定：「立法院爲國家最高立法機關.....代表人民行使立法權」。

### (三) 憲法的發展

制定憲法時固然受到當時各種「社會勢力」( social forces ) 的影響，但是在憲法實施的過程中，政治、經濟、社會不斷變動與發展，爲確保憲法的拘束效果與約束力，憲法勢須配合整體社會力的變動持續性的演進。我們在研究憲法時需重視「憲法法」( constitutional law )，其主因即著眼於憲法與政經社會變遷的「調適過程」。這就與憲法的成長有關。

#### 1.憲法成長的意義：

一般而言，憲法成長有下列四個內涵：(1) 實際政治運作對憲法條文產生的詮釋；(2) 民意機關制定法律對憲法條文涵意的解釋；(3) 司法機關在適用法律時對憲法的解釋；(4) 透過憲法條文的增修使憲法內容產生異動。

#### 2.憲法成長的方式

一國憲法制定後，在實施的過程中爲適應環境的變遷、保有憲法做爲根本大法的「規範」效力，勢需「與時俱進」即所謂「法隨勢轉」。一般而言，其方式有下列五種：

##### (1) 憲政慣例的補充

憲政慣例 ( convention ) 指的是某種政治行為模式的重複發生，以至於對憲政運作產生約束、規範效果。這在不成文憲法 ( un-written constitution ) 國家 ( 如英國 ) 尤其重要。英國因為實施的是不成文憲法，所以憲政運作大部分是基於政治慣例，如由多數黨 ( majority party ) 組織內閣 ( cabinet )、內閣重大政策未得到國會的支持時，內閣必須下台，同時由首相呈請英國國王或女王解散國會重新選舉等等，都是英國重要的憲政慣例。美國雖然實施的是成文法憲法 ( written constitution )，但在其憲法實施的過程中也建立了不少的憲政慣例。例如根據一七八七制定的憲法第一條第一項的規定，總統一任的任期為四年 ( during the term of four years )，卻未規定或限制每位總統得連選連任的次數，但美國第一任總統華盛頓 ( George Washington ) 拒絕競選第三任總統後，即形成一種規範 ( norm )，其後歷任美國總統即受到此一規範的約束而沒有尋求競選第三任者。直至二次大戰期間的總統羅斯福 ( Franklin D. Roosevelt, 1882-1945 ) 才打破此一慣例，而連選連任四任總統 ( 1933-1945 )。

## (2) 文字的自然適應

一般法律適用於具體案件時，首需關注的是法律條文本身的意義，此即關乎法律的解釋問題。其在憲法的適用上亦復如此。通常憲法的解釋有兩層意義，即補充解釋與違憲解釋。就補充解釋而言，因為憲法係一般性的抽象規定，所以當適用於個別的具體事件時，必須闡明憲法條文的意義，這對憲法就具有補充的作用；其次，就違憲解釋而言，在成文憲法國家中，國法之間有一種位階性，即命令不得牴觸法律，法律不得牴觸憲法。因此，當法令有無牴觸憲法發生疑義時，必須對憲法的意義作一解釋。這種解釋一方面有補充憲法的作用，同時亦有維護憲法而含有承認或否認法令的作用。憲法的解釋方法固然有文理解釋 ( grammatic interpretation )、論理解釋 ( logic interpretation )、以及類推 ( analogy ) 等三種，但是文理解釋最為重要。蓋若蔑視條文的字句而任意加以變更，則憲法將喪失公證力。惟憲法字句的解釋亦非一成不變，而須考慮到條文字句在特定時空的意義，即所謂的「環境係絡」因素。舉例來說，美國憲法修正案第五條規定：「沒有經過正當法律程序，任何人不會被剝奪生命、自由與財產」 ( No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law )，當中所謂的「正當法律程序」 ( due process of law ) 就隨時空環境的改變而有著不同的內涵。

## (3) 機關解釋

即由憲法適用機關經一定程序，對憲法意義加以解釋。可以分為

行政解釋、立法解釋、以及司法解釋。

#### a.行政解釋

指的是經由行政作為而對憲法條文意義的解釋。如民國三十九年蔣介石總統即以「手諭」解釋憲法第三十六條「總統統率全國陸海空軍」的意義，而將「國防」事務區分為軍政與軍令兩個系統，總統即經由參謀總長統率全國陸海空軍。

#### b.立法解釋

所謂的立法解釋即由民意機關以制定法律的方式來解釋憲法條文的意義，如我國立法院就制定「所得稅法」與「兵役法」等來解釋憲法第十九條與第二十條當中「人民」的意義。因此，目前如現役軍人、中小學教師仍然免課所得稅，女子則免服兵役。

#### c.司法解釋

乃由司法機關解釋憲法，大體而言，又分為兩種制度—即「單軌制」與「雙軌制」。美國屬於單軌制，即由普通法院解釋憲法，也就是說法院在審理訴訟案件時，得附帶審查訴訟案件所適用之法律是否「違憲」(unconstitutional)，這就是一般所稱的「司法審查制度」(judicial review)。特別是美國最高法院在審查國會所制定的法律是否違憲時，需先解釋憲法條文的意義，才決定法律是否符合憲法意旨。雙軌制的主要代表國家就是德國與中華民國<sup>24</sup>。德國「連邦憲法法庭」(The Federal Constitutional Court)的功能也是司法審查，但並非如美國最高法院的普通法院系統，而是專注於憲法議題 (constitutional issues)，亦即致力於維護憲法基本原則的一致性 (the integrity of the Grundgesetz—basic law)。根據我國憲法第七十八條的規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」，七十九條則規定，司法院設大法官若干人掌理七十八條所規定之事項。

#### (4) 政黨政治的影響

現代政黨乃經由選舉取得政權並將黨的政綱、政策轉換為國家政策的政治團體。所以在選舉及執政的過程中，會對憲政運作產生「定位」或「詮釋」的效果。例如法國的中央政府制度固然號稱為「雙首長制」(bi-cephalic executive)或「半總統制」(semi-presidential

<sup>24</sup> 法國憲法會議 (Constitutional Council) 在國會通過法律之後，總統簽署公布前，得審查該法律是否違憲(unconstitutional)；依法國憲法的規定，憲法會議得審查國會法律是否符合憲法的原則，或是否符合 1789 年的「人權宣言」及法國所簽署之條約（如歐洲人權憲章）的憲政價值。一旦法案被宣告違憲，就不得公佈或執行。所以法國的憲法解釋，亦屬雙軌制。參法憲第六十一、六十二條。

system )，但就過去法國憲政運作的經驗而言，當形成「左右共治」( cohabitation )，即總統所屬的政黨與國會多數黨不相同時，其中央政府制度就會產生所謂的「換軌」( alteration )。也就是說在目前制度底下，法國總統與總理權力的大小端視國會的多數黨是否與總統同屬一個政黨。當國會多數黨與總統所屬政黨相同時，即偏向總統制色彩；反之則偏向內閣制的色彩。另外如美國總統的選舉方式，依美國憲法的規定乃屬於一種間接選舉，即由美國各州依其在國會中的議員人數選出同等數額的總統選舉人 ( electors )，再由全國被選出的選舉人組成「總統選舉人團」( electoral college ) 選出總統。但因為政黨政治的運作，事實上各州的選舉人候選人都由政黨提名，所以當選民在選舉「選舉人」時，已知道選舉人一旦當選後必然會投票支持所屬政黨的總統候選人。因此，政黨政治在實際上已將美國總統的選舉方式，從形式上的間接選舉轉變為直接選舉。

#### (5) 修改憲法

前面所論述的四種憲法的發展方式，基本上是在不更動憲法的條文與字句的前提之下，使憲法能夠適應環境的變遷，持續保有作為憲政運作基本規範的地位。但是當國家的政治、經濟、以及社會關係有了劇烈變動的情況時，以不更動憲法條文、字句的方式使憲法適應環境變遷，事實上也非情勢所允許。美國自一七八七年制定憲法，並於一七九一年第一次修改憲法(增修條文第一條至第十條)，迄今共計修改憲法十七次，合計有增修條文二十七條。我國憲法於民國三十六年實施，隔年即民國三十七年，國民大會即依據修憲程序制定「動員戡亂臨時條款」，至民國八十年由國民大會決議廢止該條款。惟國民大會隨即於八十年制定「中華民國憲法增修條文」，迄民國九十四年止，總計憲法增修了七次，目前增修條文共計十二條。此處必須特別提出的問題是，憲法的修改與憲法的制定的不同。這當中具有相當的爭議，亦即修改憲法時在內容上與幅度上是否有限制。就一般的見解，基本上，修改憲法與制定憲法有本質的差異；制定憲法大體上與國家的獨立或革命後新政府的建立時機有極為密切的相關性。也就是說為了建立國家統治的正當性，制定新憲法即具有實質與象徵的意義。憲法的修改基本上是為了順應社會環境的變遷而對原有憲法加以部分的修改，自與國家統治的正當性沒有必然的關係。基於此種觀點，憲法的修改是需要某些限制。進一步來說，修憲既然有限制，則應如何限制變成為重要的爭點 ( moot point )。一般通說，與一部憲法的根本精神有關的條文，即所謂的「憲章」，是不得修改的；除此之外，所有「憲律」的部分則屬可以修改的範圍。但是，何者為憲法的根本精神依舊是有爭議的。

### 三、民主政治 ( democracy )

民主政治如前面所說的，在於確保、落實「憲政」，因而憲政的實現必須以民主政治為前提。democracy 這一個概念則是從古希臘文的“demo” ( people ) 與“kratia” ( government ) 演變而來。因此，民主政治最初的意義指的是「人民的政府」，或者是一種人民管理自己的制度，白話一點的說，即是「人民當家作主」的政治制度。如果從古希臘實施民主政治算起來，民主政治的發展迄今已有兩千五百年的歷史。由於長期的時空演變，民主政治無論在概念、內涵、以及實際的制度運作上，都有了改變。但不可諱言的是，在今日世界，有人把民主奉為偶像而大肆歌功頌德一番；也有人詛咒它；當然也有人採取較為溫和的看法，如十九世紀的愛爾蘭文學家王爾德 ( Oscar Wilde ) 就說：「民主政治只不過是人民為了自己所從事的鞭策」 ( Democracy means simply the bludgeoning of the people by the people for the people )，今日我們也常說：「民主政治是一種人民自作自受的政治生活方式」；二次大戰期間的英國首相邱吉爾 ( Winston Churchill ) 於 1947 年 11 月在英國下議院的演說中也說到：「沒有人會認為民主政治是完美或全能的。事實上，長久以來一直被提及的是，除了其它一再被試驗的政府形式之外，民主政治是最壞的政府形式」。無論如何，在可預見的未來，民主政治仍將會繼續發展，也會是人們比較能接受的一種制度，儘管其實質內涵及制度設計仍存在相當多的爭論。

底下我們從兩方面說明、解釋當今民主政治的可能意義與制度設計。

#### (一) 自由民主 ( Liberal democracy ) 社會的特徵

當今稱之為自由民主的社會，其整體的社會運作呈現下列三個特徵：

##### 1. 以代議的政府形式為基礎

此即一般所謂的「間接民主」 ( indirect democracy ) 或「代議民主」 ( representative democracy )，是由人民選出代議士或行政首長代表人民制定政策與執行政策，這可以說是當代民主政治的主流形式，因為如同古希臘所實施的「直接民主」 ( direct democracy ) 須有「小國寡民」的條件，這在當今世界各國而言是有事實上的困難。因為在一個地廣人多的地方，要聚集所有的人一起開會討論公共事務，就不免令人興起「房間裝不下所有的人」 ( The room will not hold all ) 之嘆！

##### 2. 以競爭性的政黨制度為基礎

亦即只要是自由民主的社會，必須有兩個以上政黨同時存在，且彼此間具有競爭性，這就是一般所稱的「政黨政治」 ( party politics )。政治學者 Michael G. Roskin 就說到，在一個民主社會「權力掌控必需經常換手，

而以一種和平、正當的方式使執政黨變成在野黨。沒有政黨或個人可以鎖死權力」<sup>25</sup>。我們可以說競爭性的政黨制度是確保「權力輪替」(alteration in power)的前提要件，也唯有如此，人民在選舉時所做的選擇才具有意義。

### 3.民主國家中，「國家」與「公民社會」(civil society)間有清楚的區分

這裡所談的「區分」(distinction)並非指兩者間各佔一半的「範圍」之意，而是指國家權力不應籠罩整個社會。除非是國家力量控制社會及人民的所有生活面向的極權國家體制(authoritarianism)，否則人民享有一定的自由活動範圍是自由民主社會的充分且必要的條件。至於兩者間各自範圍的大小，則與每個國家的歷史背景、政經條件有關。在有社會主義(socialism)傳統的歐洲社會，國家的範圍比公民社會來得廣；在美國，資本主義(capitalism)一直是主流的思潮與生活方式，所以公民社會的範圍就比國家來得大。

## (二) 民主政治的面向

我們可以從兩個角度或面向(dimensions)說明民主政治的意義：

### 1.民主政治是一種制度的安排(an arrangement of institutions)

質言之，爲了確實落實人民當家作主的政治活動，在政治制定的設計上須要有兩個層面的考量。一是使政府機關或部門間權力相互制衡(checks and balances)，使政府不致於因權力過大而侵害人民的自由，這是法國思想家孟德斯鳩(Baron de Montesquieu, 1689-1755)的思想要點，更是美國憲法制定時的主要理論基礎。美國開國元勳之一，也是美國第四任總統的麥迪遜(James Madison, 1751-1836)即談到政府權力的集中就是專制(tyranny)，他說：「立法、行政、以及司法權無論是集中在同一個人或少數人或多數人的手中，都意味著專制」<sup>26</sup>。

其次，民主的制度需保障人民參與政策制定過程，亦即需有一套人民參與政治的「機制」(mechanism)(包括理念與制度)。這一套機制至包括下列四種元素：

#### (1) 人民主權(popular sovereignty)

即我們通常所說的「人民主權」，意指一個社會中政策制定的最終、最高的權力是全民(all the people)所有。現代的主權國家「具有完整且排他的法制權力，爲在其領域及其管轄權範圍內的人民制定與

<sup>25</sup> Roskin, Michael G. Political Science: An Introduction. 2006. 75.

<sup>26</sup> The Federalist Papers 47.

執行法律」。民主國家此種權力是歸全民所有，而非一人或少數人所有。

#### (2) 政治平等 (political equality)

就邏輯上來說主權歸全民所有，所以當在政策制定時某一個人或少數人擁有比他人更多的「分量」( weight )，顯與 “all the people” 相衝突。所以人民主權含有政治平等的內在意涵，亦即「每一個成年公民與其他成年公民一樣，具有同等參與政治決策過程的機會」。此一種政治平等的原則清楚表示了「一人一票；每票等值」( one person, one vote; one vote, one value ) 的人民政治權力平等基礎。

#### (3) 多數統治 (majority rule)

在代議民主的社會裡，政府決策在理論上必須反映全民的意志方能符合人民主權的原則。但是在實際上，「全民意志一致」的可能性很難出現，特別是民主社會對多元意見的尊重是起碼的要求。因此，在制度的運作上，「當人民在某個議題上有歧見時，政府須依多數而非少數的期望而行」乃成爲必要的「利便」( expediency ) 原則。至於在「少數服從多數」之外，在道德上多數「應該」尊重少數，不但是我們相信「真理」不見得是由人數多寡來決定，同時我們也相信少數意見的存在，對多數意見而言是一種「鞭策」、「對照」，使多數意見更臻合理。

#### (4) 大眾諮商 (popular consultation)

在代議政治底下，爲確保政府決策者的決策不會與民意脫鉤，所以政府在制度政策之前須徵詢人民的意見與期望，以做爲制定政策的參考依據。此即一般所謂的民意政治( consent by the governed )。爲落實此一原則須要滿足兩個要求 ( requirements )：其一，必須有某些機制以探究民意之所在，例如選舉、罷免、創制、複決……等等制度；其二，一旦得知民意之所向，即使執政者並不認同也必須將人民的期待付諸實施。

### 2. 民主政治是一種生活方式 ( a way of life )

十九、二十世紀極爲強調教育在民主政治中所扮演的角色的美國教育哲學家杜威 ( John Dewey, 1859-1952 ) 於 1916 年所出版的著作「民主與教育」( Democracy and Education ) 一書中提到說：「民主政治不僅止於是一種政府形式；它基本上是一種共同生活、相互溝通經驗的模式」。十八世紀哲學家盧梭 ( Jean Jacque Rousseau, 1712-1778 ) 曾言：「民主政治不是刻在石碑上，而是刻在每個人的心坎裡」；又說：「一個國家沒自由無法延續，而沒有道德也不會有自由」。凡此無不在於強調民主政治之首要在於透過「日常生活」( daily-life ) 中人與人之間的互動學習，培養出自主

意識與公民意識；特別是個人做為民主社會的一分子所應該有的「態度」與「修養」。就我們的理解，民主生活起碼隱含下列幾個元素：

### (1) 自主性 ( autonomy )

盧梭有感於人類社會在本質上一直是由多數來統治少數，所以每一個人全然「獨立自主」的民主社會誠屬不可能。他說：

就嚴謹的意義而言，民主政治未曾存在過，也將永遠不會存在。因其乃違反了多數應該從事於治理而少數應該被統治的自然秩序。

即使如此，民主社會的公民是不能夠缺少自主性的。在十九世紀中期的英國思想家

彌勒 ( John Stuart Mill, 1806-1873 ) 即最為強調這一點，他說：

自由之所以名為自由，乃在於只要在不剝奪他人之自由或阻礙他人得到自自由的前提下，以自己的方式追求我們自己的好處。每一個人都是己身的身體、心理、以及精神之健康的守護者。人類允許彼此過著對各自似乎有益的生活，比強迫每一個人過著對其他人似乎有益的生活，來得有益。

因此，肯定、尊重每一個人的自主性，非但是對個人有益，整體社會也將因獲益。在某種意義上，此一觀點或許就如同古希臘哲學家普洛達哥拉斯 ( Protagoras ) 所說：「人是萬物的尺度」 ( Man is the measure of all things )<sup>27</sup>，只有當各人有自己的「主張」與「想法」時，才能夠當自己的主人。

### (2) 寬容 ( toleration )

政治生活基本上就是一種團體的、社群的 ( communitarian ) 生活，尤其民主政治本身即帶有「公共」 ( public ) 的意義，而具有人與人的關係的意涵。以每一個公民除了有「自主意識」外，更且須尊重他人價值與意見主張。首先就民主政治的西方文化重要根基之一的基督教來說，其重要的「原罪」 ( original sin ) 理論中，基本上即認定人的「不完美性」，即史學家所說的基督教中的「幽暗意識」。所以人在本質上就會犯錯，而我們也應該寬恕、寬容別人的錯誤，如西方的諺語就有「人犯錯，神寬恕」 ( To err is human, to forgive divine ) 的說法。

---

<sup>27</sup> 普氏所言的全文為：“Man is the measure of all things, of what is that it is and of what is not that is not.”；另一種譯文為：“Of all things the measure is Man, of the things that are, that they are, and of the things that are not, that they are not”

聖經中有一句話說：「不要論斷別人，你也不會被論斷」(Judge not, and you shall not be judged)，即有寬恕他人的一層意義。其次，從西方探討知識的性質（即知識從何而來的問題）的「知識論」(epistemology)來說，如十七世紀英國思想家洛克(John Locke, 1632-1704)就認為人出生時宛如一張白紙，並沒有是非善惡的觀念，而知識是從後天經驗學習而來。這就是知識論中的「經驗主義」(Empiricism)。從此一觀念出發，我們可以說每一個人的生活背景不同，或者說「社會化」過程不相同，所以對於是非善惡的判斷標準就難於一致。因此，包容各種不同的價值、主張，即成為個人的「自主性」與尊重他人的價值之間的一個座標原點。十八世紀法國思想家伏爾泰(Francois M. A. de Voltaire, 1694-1778)嘗言：「熱愛真理，寬恕錯誤」(Love the truth, but pardon the error)，或許即有感於「真理」難以有絕對的標準，唯有在尊重每一個人的判斷為前提，經由不斷的嘗試與錯誤(trial and error)的過程，才能夠得到大體上大家可以接受的「真理」。

### (3) 參與公共事務 (participation in public affairs)

自由民主的社會固然強調個人自主的「個人主義」(individualism)，也堅持非國家公權力所及的「私領域」(private sphere)對個人才華、潛能的發揮與社會繁榮、進步的積極意義。但是就民主政治的本質而言，在理論上每一個人都是主權者，所以由全民來制定政策乃是民主政治的內在邏輯。因此，每一個人對公共事務的關心與參與是做為民主社會一分子的责任。從西元前五世紀的古希臘雅典以來，參與公共事務即被視為人民的公共責任。例如雅典的統治者柏力克里斯(Pericles, [495 BC - 429 BC](#))在其著名的「國殤演說詞」(Funeral Oration)中讚揚平等與開放即是雅典民主的特徵，他說：雅典

關照的是多數而非少數，這也是雅典被稱之為民主國家的原因。如果我們嚴守法律，法律就能夠給予所有的人在個別差異上的公平對待……如果某人有能力為國家服務的時候，就不會因其出身寒微而受到阻礙。

他更且認為平等與開放的雅典民主價值不但不會阻礙雅典的偉大，反而能夠強化它的偉大，因為

在公共生活中嶄露頭角，緣於個人的才幹，階級的考量不會被允許對功績的干擾……雖然一般的公民戮力於私人事業的追求，卻依然全都是公共事務的公平裁判者。

其次，任何一項政策，其影響及於全民，亦即具有普遍性 ( universal )；所以當有一些人不參與公共政策的制定，其政策內容即由參與者所決定，這顯然與全民政治相違背。因此，參與公共事務即成爲延續民主政治的必要條件。總之，民主政治除了政治法律的制度條件外更需要有經濟社會條件的配合就如同盧梭在談論民主政治時認爲民主政體必須行之於小國家、人民容易集合起來且彼此認識、人民之間的財富地位趨於平等。當然這些條件不容易達到滿足，因此盧梭感嘆說：「此種國度只應天上有，人間難得幾回見」( If there were a nation of gods it would be governed democratically. So perfect a government is unsuited to men )。

# 我國立憲簡史

呂炳寬

## 壹、清末立憲

### 1. 憲法大綱

光緒三十四年，日俄戰爭後，仿照日本憲法，採取君主立憲方式，皇帝擁有三權藉以保障君主地位。全文共十四條。

### 2. 十九信條

宣統三年，武昌起義之後，清廷召開資政會，採取虛君共和，實施責任內閣，為我國第一部成文憲法。

國父革命與清廷憲改對照

年代	孫中山革命	清廷憲改
1894年	興中會成立	甲午戰爭
1904年		日俄戰爭
1905年	同盟會成立	派五大臣出國考察
1906年	發表「三民主義與中國民族之前途」	設政治考察館，後改名憲政編查館
1908年		公布憲法大綱
1911年	辛亥革命，通過臨時政府組織大綱。	公布憲法十九信條，採內閣制。

## 貳、民初立憲

### 1. 臨時政府組織大綱

民國元年，辛亥革命成功後，由各省都督府代表集會制訂，共二十一條，採總統制。

### 2. 臨時約法

民國元年三月，袁世凱野心暴露，中山先生辭去臨時大總統，革命黨人提出臨時約法，採取內閣制，對議員有言論免責權，法官獨立審判。

### 3. 天壇憲法

民國二年十月，袁世凱繼任總統，由參眾議會成立憲法委員會起草，採內閣制。

#### 4.袁氏約法

民國三年五月，二次革命失敗，袁氏解散國會，由親袁派人士另組約法會議，採總統制，連選得連任，大權獨攬，民國四年稱帝。

#### 5.曹錕憲法

民國十二年十月，曹錕當選總統，三讀通過新憲，採內閣制，地方分省縣二級，省得制訂省憲，具聯邦制精神。

#### 6.民國十四年憲草

民國十四年十二月，段祺瑞推翻曹錕，另組國憲起草委員會，採責任內閣，規定罷免、創制、複決權。但國民代表會議未及召開，臨時政府即瓦解。

	名稱	公布時間	特徵
清 未	憲法大綱	1908年	仿日本，為欽定憲法
	憲法十九信條	1911年	實施內閣制，清廷權力落入袁世凱。
民 初	臨時政府組織大綱	1911年	仿美國，採總統制。
	臨時約法	民1年	採內閣制，三權分立
	天壇憲草	民2年	第一部以「中華民國憲法」為名稱之憲法草案
北 洋 軍 閥 時 期	中華民國約法	民3年	又稱袁氏約法、新約法
	六年憲草	民6年	
	八年憲草	民8年	
	省憲運動	民9年	主張聯邦制
	國是會議憲草	民11年	上海召開、主張聯邦制
	十二年憲法	民12年	又稱雙十憲法、曹錕憲法、賄選憲法。為第一部以「中華民國憲法」為名稱之憲法。
	十四年憲草	民14年	

### 參、國民政府立憲

#### 1.訓政時期約法

民國十七年北伐完成定都南京，國民黨召開國民會議，民國二十年六月一日，議定訓政時期約法，共十九條，規定以黨治國，國民政府採合議制，設主席一人，中央與地方均權，承認男女平等。

## 2.五五憲草

民國二十五年五月五日公布，由民國二十二年立法院成立憲法起草委員會，負責起草，共一百四十七條，取消以黨治國，採取孫文權能區分理論，以五權政府為架構，總統由國大選舉，行政院院長及各部會首長由總統任命，向總統負責。司法、考試兩院正副院長，由總統任命，國大罷免。立法、監察兩院正副院長及委員，由國大選舉罷免。採取類似總統制的五權憲法制。第一條規定中華民國為三民主義共和國。設立國家賠償制度。但民國二十六年七月七日遭到日本發動全面侵華戰爭而未實施。

## 3.中華民國憲法

二次世界大戰結束後，民國三十五年十二月二十五日經國民大會決議通過，民國三十六年一月一日公布，民國三十六年十二月二十五日正式實施，使我國正式邁向憲政之治。

## 4.臨時條款

民國三十七年五月十日公布動員戡亂時期臨時條款，擴大總統權限，規定中央民意機關的充實方式。民國八十年五月一日廢止動員戡亂時期臨時條款。

	名稱	公布時間	特徵
國 民 政 府	訓政時期約法	民 20 年	民權主義法典化、以黨治國
	五五憲草	民 25 年	總統制，總統對國民大會負責。現行憲法之前身。
	政治協商會議	民 35 年	重慶召開對五五憲草修改
	政協憲草	民 35 年	國民黨議決草擬送制憲國民大會，為制憲之藍本。
	現行憲法之制定	民 35 年	12.25 通過 1.1 公布 36.12.25 實施
戡 亂	動員戡亂時期臨時條款	民 37 年	共四次修正，80.5.1 宣布廢止。

## 肆、現行憲法修憲

### 1 第一次憲法增修條文

民國八十年五月一日公布增修條文十條，從緊急狀態恢復到民主秩序，開始第一屆之老國代「一機關，兩階段」修憲。

## 2. 第二次憲法增修條文

民國八十一年五月二十八日公布增修條文八條，修改監察院體制、總統選舉方式。此後，老國代退職，由台灣地區選出新國代。

## 3. 第三次憲法增修條文

民國八十三年八月一日將原條文一至十八條修訂為十條，確定總統直接民選。

## 4. 第四次憲法增修條文

民國八十六年七月十八日國大通過新增修十一條條文，中央政府體制改為「雙首長制」，總統此後有常態性實權。

民國八十六年國民黨與民進黨協商出的中央政府體制「雙首長制」，是我國政府體制未來的運作模式，尤其是第一屆總統直接民選之後，總統憲法上的地位將隨之提升，成為具有實權的總統，行政院長的地位成為與總統的共享行政權的首長，並也兼具負責執行總統之決策。因此不能僅以傳統的「總統制」或「內閣制」來理解。特別應注意的是立法院的職權，閣揆同意權被取消之後，取而代之的是不信任投票與被解散的設計，是過去憲法本文所沒有的制度。

此外國發會的第二個重大發展是有關地方制度，對於台灣省政府「精簡」或「凍結」之後的「法人」或「派出機關」的地位與性質亦應值得特別注意。為因應第四次修憲之後台灣省政府的地位已經「去自治化」，因此，立法院已經將省縣自治法中省的自治權限加以去除，將縣與直轄市自治合併成為「地方制度法」。

## 5. 第五次憲法增修條文

民國八十八年九月為使國民大會虛級化，國民大會連夜通過修憲條文以延長任期的方式達到與立法委員同步改選，用立委得票比例間接產生政黨比例代表，組成下屆國大。但經過大法官釋字四九九號解釋，「國大延任」的修憲違反基本精神，超越憲法修改界限，屬於無效。

## 6. 第六次憲法增修條文

民國八十九年四月國大進行第六次修憲，將國大改成完全以比例代表的方式產生，並且將國大主動的權限加以廢除，移轉至立法院：司法考試監察三院人事同意權、領土變更提案權、罷免總統副總統提案權、聽取總統國情報告、補選副總統。使國民大會成為虛級、被動、功能性的憲政機構。

## 7. 第七次修憲增修條文

我國立法委員選舉，長期以來採用「複數選舉」，每一選區選出二位以上立委，造成議題偏激，只為爭取部分選票而罔顧多數利益。民國九十三年立法院提案修憲，將立委選制改成每一選區選出一位立委的「單一選區」制，並配合「兩票制」，選民可以一票「選人」，另一票「選黨」，使民意政治更為合理。此外，我國國會趨向一元化，國大徹底廢除。本次修憲提案，民國九十四六月由國大複決已生效力。

第一至第七次修憲內容表

	國民大會屆次	時間	內容	備註
第一次修憲	第一屆	80年5月1日	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.國大立委由自由地區選舉</li> <li>2.限制總統緊急應變權</li> <li>3.動員戡亂時期法律延長適用</li> <li>4.國家安全會議、人事行政局延長期限</li> <li>5.兩岸關係條例</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.事前召開「國是會議」凝聚修憲共識</li> <li>2.廢除臨時條款</li> <li>3.資深民代於80年12月31日全部退職（釋字二六一號解釋）</li> <li>4.程序修憲</li> <li>5.賦予第二屆中央民代產生之法源</li> </ol>
第二次修憲	第二屆(含增額國大)	81年5月28日	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.監察院改制</li> <li>2.規定國大對司法院、考試院、監察院之人事同意權</li> <li>3.增設憲法法庭</li> <li>4.省市地方自治程序</li> <li>5.總統直選原則</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.實質修憲</li> <li>2.地方自治法治化(83年省長民選)</li> <li>3.83年7月29日公佈省縣自治法及直轄市自治法（88年廢止）</li> </ol>
第三次修憲	第二屆	83年8月1日	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.國大設置議長</li> <li>2.確立總統公民直選</li> <li>3.縮小閣揆副署權</li> <li>4.國大立委支給條例</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.將山胞正名為原住民</li> <li>2.85年5月20日第一任(行憲以來第九任)民選總統就職</li> </ol>
第四次修憲	第三屆	86年7月21日	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.立法院的閣揆同意權取消</li> <li>2.立法院擁有倒閣權，但是一年之內對於同一行政院長只能提一次</li> <li>3.總統可解散立法院</li> <li>4.立法院可彈劾總統副總統</li> <li>5.立法院對於行政院所提覆議案未於十五日內作成決議，原決議失效</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.事前召開「國發會議」凝聚修憲共識。</li> <li>2.凍省(省長恢復官派):88年制定地方制度法</li> <li>3.採半總統制(雙首長制)。</li> </ol>

			<p>6.立法委員不逮捕特權範圍縮小，僅限任期中</p> <p>7.立法委員人數增加（161-225）</p> <p>8.司法院大法官預算獨立、任期縮短</p> <p>9.省去自治化</p> <p>10.教科文預算不受最低規定的保障</p>	
第五次修憲	第三屆	88年9月15日	<p>1.國大人數遞減、採取比例代表制</p> <p>2.立委任期延長至四年</p> <p>3.第三屆國大與第四屆國大同時改選(民國九十一年六月三十日)</p> <p>4.台灣省政府以特別立法組成</p> <p>5.社會福利支出應予保障</p> <p>6.原住民與金門馬祖澎湖居民之保障</p> <p>7.退伍軍人福利</p>	本次修憲被釋字四九九號宣告無效
第六次修憲	第三屆	89年4月25日	<p>國大人數三百人、由立法院以法律採取比例代表制、集會期間為一個月、任期與集會時間相同、集會時之待遇以法律定之、職權為議決立法院提出之總統副總統彈劾案、複決立法院所提憲法修正案及領土變更案。</p> <p>立法院所增加職權為司法考試監察三院人事同意權、對總統副總統彈劾案不限內亂外患罪、領土變更提案權、罷免總統副總統提案權、聽取總統國情報告、補選副總統。</p> <p>3.司法院大法官終身職待遇規定停止適用。</p> <p>4.台灣省政府以特別立法組成。</p> <p>5.社會福利支出應予保障。</p> <p>6.原住民與金門馬祖澎湖居民之保障。</p>	

			7.退伍軍人福利。	
第七次修憲	任務型國大	94年6月10日	<ul style="list-style-type: none"> <li>1.廢除國民大會。</li> <li>2.立法院對總統副總統彈劾案，移送司法院大法官「憲法法庭」審理。</li> <li>3.立法委員任期四年，席次減半113席。</li> <li>4.立法委員選舉改為單一選區兩票制。</li> <li>5.領土變更、修憲案，改由自由地區人民複決。</li> </ul>	



## 【主題五】

### 基本人權案例

發表人：呂炳寬

(東海大學行政管理暨政策學系副教授)

引言人：黃啟禎副教授(東海大學法律系副教授)

引言人：紀俊臣教授(東海大學政治系教授 )

訴訟基本權的部份撰寫人為楊東連講師

# 基本權利總論

呂炳寬

基本權利簡單講就是在憲法上所保障的人權<sup>28</sup>，如果不仔細區別，這個概念常常與人權 (human rights) 互用 (許志雄等，1999：69；法治斌、董保城，2004：123)。從人權發展的歷史來看，人權是指人之所以爲人所得當然享有的權利，也就是基於天賦人權的理念，沒有性別、人種或國界的藩籬，無須經國家立法承認而先於國家存在的一種權利 (陳新民，2001：124)，至今，民主法治國家皆以制定成文憲法的方式來保障人權。

## 第一節 人權的清單

某甲的機車行車執照到期，某日便以郵政劃撥方式，向台中監理站辦理通信換發行車執照。不料，台中監理站以「因該機車尚有違規案件罰鍰未予結清」、「須結清該車所有違規案件罰鍰後，方始辦理換發行車執照事宜」爲理由，將甲換發行車執照所繳費用退件，拒絕發給新的行車執照 (參見台中高等行政法院 90 年度訴字第 1386 號判決)。甲認爲台中監理站不發給機車行照，是侵害憲法保障的「騎乘機車之權利」。

### 案例過程

甲機車行照到期 → 甲向台中監理站申請換發 → 甲因未繳清罰款遭拒發

### 本案爭點

1. 憲法保障人民哪些基本權利？
2. 憲法有保障人民有騎乘機車之權利嗎？
3. 台中監理站的作法對嗎？

## 壹、世界人權發展

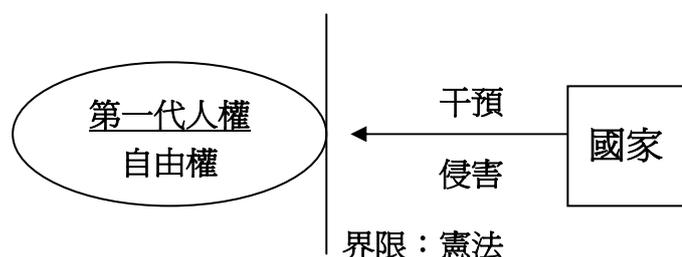
我們可以用一個清單，把人民該享有的各種權利一一列舉出來，這個清單可稱之爲「人權清單」，因此，人權清單就是指人權該包括哪些內容？人權清單往往受到人權思想、世界潮流與國家承認的影響而有不同的內涵。我們討論世界人權發展最常被用到的模式是 Karel Vasak 所提出「三代人權」 (three generations of human rights) 的概念 (Vasak, 1997: 29-32)，他用「代」來表示人權的演化與動

<sup>28</sup> 如陳新民教授即指出基本人權是指「憲法所承認與保障的人民擁有最起碼的人權」 (陳新民，2001：124)。

態的特質，使人權不被拘泥在某種時空範圍內，從而建構與社會變遷相呼應的人權保障。第一代人權為免於被國家侵害的自由權，亦即「消極人權」，是「公民的、政治的權利」(civil and political rights)；第二代人權，是請求國家作為的權利，強調國家的積極作為以救助社會、經濟上的弱勢團體，以求社會之平等，認為權利保障奠基在基本的經濟與社會的平等條件上，是一種「積極人權」，為「社會、經濟、文化的權利」(social, economic and cultural rights)；第三代人權是建立在社群、集體聯帶關係(solidarity)和同胞愛(fraternity)的基礎上，透過大家努力方能實現之和平權、環境權、發展權等集體權(collective rights)，亦即「連帶的權利」(solidarity rights)。

### 一、第一代人權

第一代人權約發生在十八、十九世紀，與英國、美國及法國的革命相呼應(Frost, 2001: 77)，其產生背景為歐洲文藝復興時期出現了以人為中心的人文主義思潮，表明「人」、「個體」在國家的重要性與地位，逐漸產生了人權觀念<sup>29</sup>。十八世紀初期「市民社會」逐漸成形與「國家事務」相分離(李建良, 2000: 9)，十九世紀立憲主義的概念興起，認為國家的權力應受到限制，並透過憲法中的人權條款，以確保社會的自由。於是，憲法的角色在保障社會的自然發展，抵抗國家不當的侵入(防禦權)。所以，傳統的憲法理論將國家與社會嚴格區分，亦即國家不得侵害社會的自由，成為所謂的「國家社會二元論」<sup>30</sup>。



圖一：第一代人權：人民擁有自由權且國家不得任意侵害(freedom from)

第一代人權的內涵包括身體、居住、遷徙、言論、良知、信仰、表意、出版、通訊及集會遊行等自由權，另亦包括具有自由權意義的財產權、救濟權(即訴訟權)與參政權<sup>31</sup>，是一種免於政府侵害的自由(freedom from)，也就是「世界人

<sup>29</sup> 貫穿文藝復興運動的核心則是以個人主義為基礎的人文精神，它強調人的理性能力，擺脫教會對人們思想的束縛，反對神權對人權的壓抑；並且要正視人的現實需要，包括人的自由、尊嚴、價值、平等、幸福等源自於人性內在的需要。因此，個人自由、個人權利與個性解放即成為人文精神與人道主義發展的主軸，而為現代人權之啟蒙(張國聖, 2003: 5)。

<sup>30</sup> 「國家社會二元論」是對公共領域與私領域之區別，即國家與社會的區別，其目的在對國家權力的限制，以保障私領域之自由，憲法保障個人擁有自由領域的空間，這是憲法固有價值所在(Vincent, 1987: 112-114; 葛克昌, 1996: 9-42; 李建良, 2000: 1-57)。

<sup>31</sup> 例如，司法院大法官釋字第 400 號解釋：「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，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」明白指出財產權的自由權性質。

權宣言」(Universal Declaration of Human Rights)<sup>32</sup>的第二至第二十一條所揭櫫的「公民、政治權利」<sup>33</sup>以及 1966 年聯合國大會通過的「公民暨政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights)<sup>34</sup>。

## 二、第二代人權

第二代人權發生在十八世紀末至二十世紀初，其背景為工業革命之後，資本主義與個人主義盛行，社會快速變遷，社會結構發生鉅大改變。隨著時代的發展，資本主義一方面造成許多社會問題，實質的社會與經濟正義成為重要的議題，尤有甚者，現代社會受高科技的影響，反而使現代的人更不自由，科學與形式理性主義使人暴露於恐怖主義的威脅、生態的破壞、個人隱私的侵害等（洪鎌德，2001：49）。國家不能僅以消極的保障人民自由，尚須積極的給付、介入，方足以確保人民的權利不因社會發展而形成實質的侵害與不平等，甚至損及人性的尊嚴；另一方面社會分工愈趨精細，社會日益多元，公共領域不斷擴大<sup>35</sup>。於是，國家不斷的被要求介入：呼籲國家介入私領域，國家角色由消極變為積極，國家成為服務者。傳統「國家社會二元論」受到挑戰，憲法之內涵因此必須做相對的調整<sup>36</sup>，1919 年威瑪憲法導入社會權後，憲法便由防禦權走入社會權（林信和譯，1986：58-59）。因為資本主義下的自由經濟制度，造成貧富懸殊及人民生計的問題，繼而為解決此一弊病，各國政府乃建立社會福利及社會安全制度，冀以保障人民生存的基本條件，形成了「社會權」的積極權利。

進一步言，由於社會的多元<sup>37</sup>、問題的複雜，導致所有社會問題皆須政治解決，政治成為社會新的中心點，規範政治活動的憲法因此深入到各社會領域中<sup>38</sup>，憲法在二十世紀的功能便被要求介入社會各領域中（林紀東，1979：9-29），

---

<sup>32</sup> 世界人權宣言於 1948 年 12 月 10 日聯合國大會通過，被譽為「全人類的大憲章」，此宣言為各國政府定下一個對待其人民的普遍性道德標準（劉文彬，2005：210）。宣言的內容參見（中國人權協會編，2001：176-9）。

<sup>33</sup> 包括免於種族以及其他形式的歧視；生命自由、人身安全的權利；免於奴役或其他強制性的勞役；免於酷刑或施以殘忍不人道或侮辱性之待遇或懲罰；免於無理逮捕、拘禁或放逐的權利；享有公平、公開審判的權利；個人之私生活、家庭、住所或通訊，不容無理侵犯；其榮譽及信用亦不容侵害；自由遷徙及擇居之權；財產權不容無理剝奪；思想良心與宗教自由主張，發表自由、集會結社的權利、選舉代表以及參加政府的權利。

<sup>34</sup> 該公約的中譯請參見（中國人權協會編，2001：80-94）。對該公約的逐條釋義可參見（夏勇等譯：2003 年）。該公約亦有第三代人權的內涵，如第一條的自決權即是。

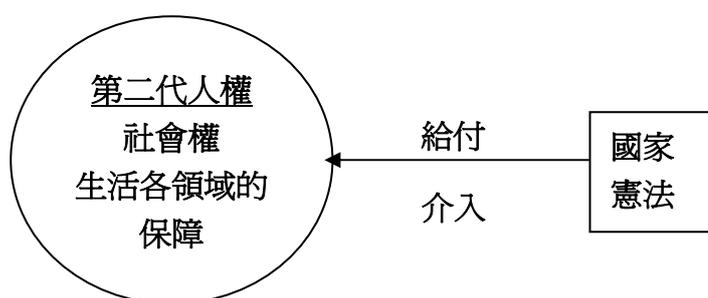
<sup>35</sup> 如早期的銀行問題、童工問題，到今日的環保問題與健康問題。

<sup>36</sup> 國家社會二元論的現代意義，李建良教授認為是一種功能上的界分，亦即兩者互為條件，在交互作用下，方能有成就，國家權力的重點在於統治及政治上公共福祉的決定，故國家有其拘束性，社會是個人及團體的自我發展、自我負責與自我決定的領域，屬多元、多樣的範疇，其間充斥著個人不同的好惡、意見、價值觀及世界觀（李建良，2000：20-21）。

<sup>37</sup> 在民主政治理論中興起多元主義，強調社會中各種不同團體，應相容並存，且共享政治活動的權利，並且受到憲法保障，Loewenstein（1957：316-317）即指出多元團體可以對國家權力產生垂直監督（vertical controls）。

<sup>38</sup> 因此會有經濟憲法、國防憲法等等「部門憲法」的概念（蘇永欽，2002：739-772）。

國家的義務與憲法的指導社會功能便增加。亦即從社會的角度觀察，憲法是生命共同體的法律基本規範，而非傳統的防禦權之角度，憲法是國家權力之界限，在今日憲法將會包含所有的生活上的議題，憲法介入到社會中的每一個領域。美國在三〇年代的許多案例中，即開始推翻Lochner v. New York案的見解，大法官Hughes在「新政」(New Deal)的關鍵個案West Coast Hotel V. Parrish<sup>300U.S.379, 1937</sup>贊同國家所規定的最低工資，主要係因為工人階級在薪資談判上處於不平等之地位，從而對於雇主拒絕支付其賴以生活的薪資，缺乏相對應的防衛能力，工人最起碼的生活費用必須得到滿足（劉海平等譯，2003：241-245；張千帆等譯，2002：1348）。美國顯然在經濟大恐慌後開始從自由權朝向社會權發展。



圖二：第二代人權：國家積極介入人民生活的各領域（rights to）

第二代人權主要在保障人類的福祉(human well-being)，諸如健康權、工作權、休息權、受教育權、社會保險權利、宣揚及傳播文化的權利、語言權(Paulston, 1997: 77)、以及婦女兒童之保障、經濟社會弱勢團體之實質平等保障，人權的內涵從自由權的消極防禦國家侵害擴充到積極的國家保障。第二代人權理念反映在一些重要國際文書中，1945年聯合國成立時的「聯合國憲章」，其中第十三條，第五十五條都有直接涉及經濟、社會、文化權利的內容，「世界人權宣言」的第二十二條至第二十七條<sup>39</sup>，以及1966年的「經濟、社會、文化權利國際公約」(International Covenant on Economic, Social and Culture Rights)，第二代人權性質上國家給付之請求權利(rights to)。

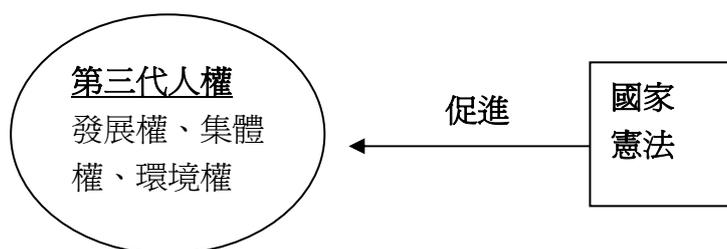
### 三、第三代人權

第三代人權是從第二次世界大戰之後迄今，仍持續發展的人權理念，以「集體人權」為核心，其背景是1950年第三世界國家在印尼召集「萬隆會議」，表達共同合作以及擺脫美蘇兩強之壓力，以「不結盟」態度增加其對國際事務的影響力以及表達其文化傳統與價值理念。1968年在德黑蘭舉行「國際人權會議」，

<sup>39</sup> 包括人有權享受個人尊嚴及人格自由所必須的經濟、社會及文化權利的實現；有權工作、自由選擇職業；享受公平優渥；強調同工同酬；休息及閒暇的權利的工作條件，及失業保障；醫療照顧以及受教育權等等。

發表「德黑蘭宣言」開始重視第三世界的人權與生態問題。其後聯合國陸續將環境權、和平權、發展權等直接放入各項宣言（陳秀容：1997，120-1）中。例如1979年11月的「關於發展權的決議」，強調發展權利是一項人權，平等的發展機會既是各個國家的特權，也是各國國內的個人的特權。1986年第四十一屆聯大通過的「發展權利宣言」進一步強調，確認發展權利是一項不可剝奪的人權，發展機會均等是國家和組成國家的個人一項特有權利（張人傑，2004：612-613）。

加上地球污染環境問題層出不窮、核子戰爭的威脅、自然資源的耗盡以及人口爆炸等直接威脅人類生存與發展的根本問題，乃有和平權、環境權等新的權利被提出（陳俊宏，2000：116）。1972年，聯合國召開的人類環境會議發表了「人類環境宣言」指出：「人類有權在一種能夠過尊嚴和福利的生活環境中，享有自由、平等和充足的生活條件的基本利權，並且負有保護和改善這一代和未來世世代代的環境的莊嚴責任。」（中國人權協會編，2001：362）在1977年聯合國人權委員會第一次正式提出了「和平權利」的概念，1985年聯合國在慶祝成立40週年時，宣布1986年為「國際和平年」，並發表了「國際和平年宣言」，號召全世界各國一致努力，防止戰爭、消除對和平的各種威脅、遵守不使用武力原則、裁軍、和平解決爭端，以及消除種族歧視、種族隔離等措施，以共同維護世界和平及人類前途（孫哲，1995：474）。



圖三：第三代人權：國家促進民族與文化發展、環境保護

第三代人權的內涵包括環境權、和平權、民族自決權、自然財富暨資源權等，1948年「世界人權宣言」，尚無集體人權的概念，但在其第二十八條中對此有所預示：「人人有權要求一種社會的和國際的秩序，在這種秩序中，本宣言所載的權利和自由能獲得充分實現」。在其後的一系列國際文書中，集體人權逐漸成為國際人權的基本概念之一，迄今為止，聯合國已經通過了許多相關的決議和國際公約來促進這些集體人權的實現。在聯合國的決議方面，例如1952年的「關於人民與民族自決權的決議」、1960年的「給予殖民地國家和人民獨立宣言」、1968年的「發展權利宣言」、1972年的「人類環境宣言」、1973年的「對自然資源永久主權決議」、1978年的「為各社會共享和平生活做好準備的宣言」、1984年的「人民享有和平權利宣言」、1985年的「保護臭氧層維也納公約」、1992年的「聯合國氣候變化框架公約」等（張國聖，2003：4-5）。

第三代人權特別強調：一、不同的文化傳統中，人權的內涵可能有所差異，

例如，八〇年代李光耀、馬哈迪等人主張的「亞洲價值」（Asia Value）即是非西方的人權觀（Dallmayr, 2002: 173-89.）；二、不同的社會經濟條件下，人權概念的重點亦不同，例如第三世界會強調經濟發展優於環境保護；三、人權不僅屬於個人，也屬於群體（張國聖，2003：4）。

#### 四、小結

綜上，我們可以將三代人權整理成如下表：

表一：三代人權的性質、內涵

	第一代人權	第二代人權	第三代人權
性質	公民與政治權利	經濟、社會與文化權利	集體權利
	防禦權	受益權	連帶權
背景	17、18 世紀自由主義	19、20 世紀社會主義	20 世紀末反帝國主義與環境保護
主要內容	追求個人自由免於國家之侵害：包括參政權、表現自由、集會結社自由、言論自由、人身自由、宗教自由、居住遷徙自由、秘密通訊自由以及形式平等。	社會經濟文化福利之提供：包括工作權、休閒權、醫療權、健康權、兒童權、婦女老年權、社會保險權以及實質平等。	對抗國際強權以及人類共同合作：發展權、民族自決權、環境權、人類共同遺產權、和平權以及文化、種族上的實質平等。

資料來源：作者自繪

三代人權形成人權發展的鏈條，每一代人權是鏈條上的一個環節。從第一代人權到第二代人權，從第二代人權到第三代人權，不是一個取消另一個，而是保留了已有的積極成果走向發展的更高的階段。其中值得較特殊的是平等權，由於平等權需依附在各項人權中方具有意義，因此在三代人權中均有平等權的概念，但在第一代人權平等權著重於「形式平等」，主張相同事物須相同之處理；第二代人權則強調社會安全制度之「實質平等」，亦即國家可以對弱勢團體提供不同的補助或救助，促進其機會的平等；第三代人權是對抗種族、語言、文化大一統政策，是文化、種族上的實質平等。

## 貳、我國憲法之人權清單

一、列舉人權（有名人權）：憲法第 7 至 18 條及 21 條。

1..平等權：憲法第 7 條：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。

2.自由權(憲法第 8 至 14 條)：包括人身自由、居住及遷徙自由、意見自由、秘密通訊自由、信仰宗教自由、集會結社自由。

3.受益權(憲法第 15、16、21 條)：包括有 1)行政上受益權：請願、訴願；2)司法上受益權：民刑事訴訟及行政訴訟；3)教育上受益權：基本教育；4)經濟上受益權：生存權、工作權、財產權

4.參政權(憲法第 17、18 條)：包括：1) 公民權：四權——選舉、罷免、創制、複決；2) 應考試服公職

## 二、概括式權利：憲法第 22 條

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。大法官目前從憲法二十二條發展出來的人權，種類很多，如下所列：

### 1.姓名權以及獲知血統來源之權利（人格權）

釋字第 399 號解釋：「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，應為憲法第二十二條保障…」。釋字第 587 號解釋理由書：「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第七條第一項所揭櫫；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」

### 2.婚姻自由權

釋字第 242 號解釋：釋字第 362 號解釋理由書：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障。」；另釋字第 552 號解釋理由書：「…婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。…」

### 3.契約自由

釋字第 576 號解釋：「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，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二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。」釋字第 580 號解釋：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。」

### 4.性行為自由

釋字第 554 號解釋：「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，惟依憲法第二十二條規定，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。」

### 5.隱私權（資料之自主控制：資訊自決權）

釋字第 603 號解釋：「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」

#### 6. 人身安全

釋字第 630 號解釋：「刑法第三百二十九條之規定旨在以刑罰之手段，保障人民之身體自由、人身安全及財產權，免受他人非法之侵害，以實現憲法第八條、第二十二條及第十五條規定之意旨」。

### 三、一個憲法解釋學的問題：何時用到憲法第 22 條？

原則上，國家根本大法——憲法，將所有可能的人權皆予以保障，並無所謂的「憲外人權」，也就是所有人權皆可在憲法基本權條款中找到保護的依據。因此憲法人權條款的立法例，以列舉與概括並採的方式，使所有人權納入憲法的保障範圍。憲法對於基本權利之保護有一定之範圍，但各種不同類型的基本權，有憲法所欲保護之不同生活領域，例如憲法所保障言論自由之範圍即與其他自由大不相同。所以，了解憲法基本權利首要對基本權利保障範圍的確定，基於憲法基本權條款的高度抽象性，具有相當程度的向未來開放，此範圍之確定則須透過解釋方法，將今日之各種社會現象解釋「進入」基本權條款中，一方面能確定憲法所保障之基本權內容，另一方面使得憲法能適應各種新興的人權，從而造成憲法的變遷。例如，釋字第 380、450 號解釋即從憲法第 11 條講學自由中解釋出「大學自治」；釋字第 558 號解釋認為憲法第 10 條的居住遷徙自由應包括人民有「入出國境之權利」（即所謂的返鄉權）等。

因此，人權（如本案所指的「騎乘機車的自由」）若於憲法中未明文規定，應先解釋列舉人權的現今意義，若無法解釋出其意義時，再使用憲法第 22 條的概括條款涵蓋。但引用憲法第 22 條的概括條款仍須有以下限制（李震山，2005：40-53）：

1. 該自由與權利在實質上以具有基本權利之品質；
2. 該自由與權利之行使不妨害社會秩序與公共利益。

### 參、本案分析

本案甲主張其「騎乘機車之權利」遭受侵害，是否為憲法所保障之基本權？首先，須檢視人民騎乘機車的自由是否被其他權利所含蓋，若有，應以該權利為訴求；若無，則再尋求是否為列舉人權中所能導出；若無法從列舉人權中導出，再看是否符合憲法第 22 條所欲保障人權的要件。本案人民得自由「騎乘機車」，其目的是在實現人民的「行動自由」（參見釋字第 535 號解釋），而這項權利是來自憲法第 8 條（另一說來自憲法第 10 條的遷徙自由），因為，現今的科技文明中，唯有透過電動車輛方能具體實現人民的行動自由。因此，甲應主張其「行動自由」

受侵害方屬正確。本案最後經法院判決監理機關的處分有違反「不當連結禁止原則」（行政程序法第 94 條參照）而遭撤銷。

## 第二節 基本權利之違憲審查

### 壹、案例事實

案例一：甲煙草公司因未於煙盒上標示「吸煙有礙健康」之警語，遭台北市政府衛生局科處新台幣三十萬元罰鍰，甲可主張何種基本權利受侵害？台北市政府衛生局之罰鍰是否合憲？甲可否主張因其他商品皆未強制標示而違反平等原則？

案例二：被保險人甲為 A 公司員工，並加入勞工保險，在職其間除因經濟不景氣，公司暫因資金調度不及，而有短暫積欠保費之情形，保險人（勞工保險局）竟引用勞工保險條例施行細則第十八條第二項規定逕予以書面通知退保。勞保局之退保處分，是否合憲？被保險人有何權利受侵害？

案例三：政大民族研究所學生乙，因學科考試不及格遭退學處分，乙主張該校所依據之有關章則，欠缺法律之依據，違反法律保留原則。

案例四：台大為求行政便利，將選課紀錄委託班代轉交給同學確認。進修部歷史系班代因一直找不到該系學生甲，將甲之加退選紀錄送回教務組，教務組也未再妥適通知。期末甲因二分之一學分不及格被退學，甲主張該科他未選。

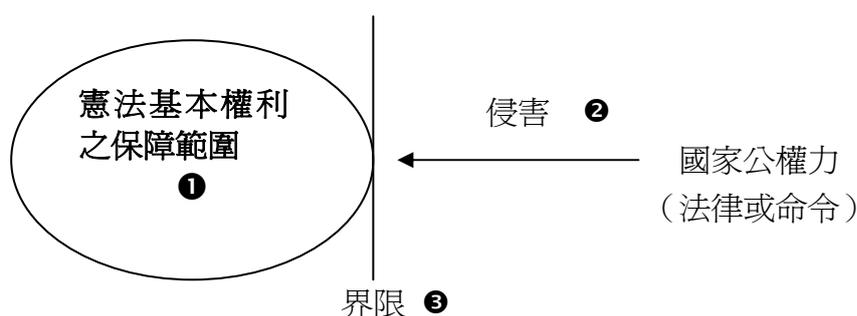
案例五：某甲因為心臟病發，入院開刀，心想健保有給付，可以很開心地去「開心」，沒想到出院時，醫院以部分之醫療用品為高科技項目，健保不給付，要他支付四萬元之醫藥費，甲認為健保法規範不明確。

### 貳、基本權違憲審查模式

為使基本權利在個案運用上能條理分明，並在論述上有一系統化的思考層次，德奧等國在基本權利理論上早有所謂「保護範圍（Schutzbereich）－侵害（Eingriff）或限制（Schranke）－阻卻違憲」的三段思考體系之建立，並被德國憲法法院，甚至歐洲人權法院廣泛運用（姚立明，2002）。我國大法官在進行基本權利之違憲審查時，亦多少用前揭三段論證方式思考<sup>40</sup>，因此我們在學習憲法基本權（甚至行政法）時，若能以此體系去檢驗基本權的問題，將有助於我們對問題的思考與對個案的理解。

<sup>40</sup> 雖然這種思考仍不完整，而有許多問題，例如，錯誤的保護範圍之理解。但基本上，我們仍可用這個架構去分析具體基本權利侵害之合憲性。

原則上，國家根本大法——憲法，將所有可能的人權皆予以保障，並無所謂的「憲外人權」，也就是所有人權皆可在憲法基本權條款中找到保護的依據。因此憲法人權條款的立法例，以列舉與概括並採的方式，使所有人權納入憲法的保障範圍。國家公權力基於公益，往往以法律或命令等方式對憲法所保障之基本權利造成侵害<sup>41</sup>，此種侵害若在憲法所定的界限內為之，則其侵害便「阻卻違憲」，反之，該侵害便構具違憲性。例如，檢察官搜索某報社，此事件涉及新聞自由的問題，而新聞自由是屬於憲法第 11 條言論自由的保障範圍（參見釋字第 364 號解釋），其次，確定檢察官的搜索行為是對人民新聞自由的侵害，最後，此種侵害必須具有阻卻違憲事由方具合憲性，否則為違憲。此種三段論證模式，我們可用下圖表示：



### 參、基本權利之保障範圍

基本權利之保障範圍（Schutzbereich des Grundrechts）<sup>42</sup>，即憲法對於基本權利之保護有一定之範圍，但各種不同類型的基本權，有憲法所欲保護之不同生活領域，例如憲法所保障言論自由之範圍即與其他自由大不相同。所以，了解憲法基本權利首要對基本權利保障範圍的確定，基於憲法基本權條款的高度抽象性，具有相當程度的向未來開放，此範圍之確定則須透過解釋方法，將今日之各種社會現象解釋「進入」基本權條款中，一方面能確定憲法所保障之基本權內容，另一方面使得憲法能適應各種新興的人權，從而造成憲法的變遷。

確定基本權保障範圍之實益在於（李建良，1999：78）：

1.讓我們了解憲法保障各項基本權利之範圍，藉由內涵之分析與塑造，建立案例類型，逐步出充實基本人權之內涵，以便適用。

2.有助了解國家干預行為與人民基本權利之關係，即確立基本權之「外延」乃是判斷其是否受侵害的前提要件。

3.對於憲法設有特別保護規定之基本權利，別具意義。如憲法第八條「人身自由」保護範圍之詮釋，對於法官是否適用第法條關於二十四小時之限制，有極大

<sup>41</sup> 亦有非來自國家的侵害，此種侵害國家有保護之義務，並可用「第三人效力理論」適用於私法上。

<sup>42</sup> 亦有稱之為基本權之構成要件（Grundrechtstatbestand）或基本權利之規範領域（Normbereich des Grundrechts）（李建良，1999：77），

意義，如對受虐兒童施以強制「保護安置」，是否有第 8 條之適用？

實際案例所生之基本權保障範圍如：大學自治屬於憲法第 11 條講學自由之保障範圍（釋字第 380 號與 450 號解釋）、新聞自由屬於憲法第 11 條言論自由之保障範圍（釋字第 364 號與 509 號解釋）、營業自由屬於憲法第 15 條工作權與財產權之保障範圍（釋字第 514 號解釋）、商品標示具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第 11 條言論自由保障之範圍（釋字第 577 號解釋，**案例一**）、勞工依法參加勞工保險及因此所生之公法上權利，應受憲法保障。（釋字第 568 號解釋，**案例二**）、學生受教育：各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響（釋字第 382 號解釋，**案例三、四**）、入出國境之權利：憲法第 10 條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。（釋字第 558 號解釋）。

大法官有時在列舉人權中無法找到依據，就將之歸類於概括條款：憲法第 22 條。例如婚姻自由權（第 242、362、552 號解釋）、姓名權（第 399 號解釋）、資訊自決權（第 603 號解釋）、契約自由（第 576、580 號解釋）、性行為自由（第 554 號解釋）等。

由上可發現，大法官往往並未明示憲法依據：如釋字第 382 號解釋關於學生之受教育權；釋字第 535 號解釋關於隱私權、行動自由；釋字第 525 號解釋之信賴保護原則；釋字第 524 號解釋因健保所生之權利義務（**案例五**）。

## 肆、基本權利之侵害

所謂的侵害，通常來自公權力主體的行為，而該行為與基本權利主體所受不利益之間，至少有一定的關連性。傳統上，包含以下的特徵（李建良，1999：31）：

- 1.目的性：必須具有一定的「意欲」，並非只是國家單純行為的結果。
- 2.直接性：必須是國家措施所欲達到目的之直接結果，而非只是間接結果或附帶效果。
- 3.法效性或規制性：必須具有「法律行為」性質的國家措施，而非只是事實行為。
- 4.下命性或強制性：必須具有下命性，必要時得以強制力貫徹。

晚近，對於侵害的認定以逐漸放寬，如事實行為若對基本權之保障範圍產生一定之影響或妨害基本權利之行使者，亦可視為一種侵害，如軍事演習誤擊民宅等，但過度擴張侵害的概念，亦會導致國家施政受到干擾，無法順利推展，法院負擔也會過重（李建良，1999：34）。

例如案例一之強制要求標示，對違反者科處罰鍰、案例二之對被保險人予以退保之處分、案例三與四之對學生予以退學處分、案例五之核定健保不給付皆屬國家對基本權之侵害。

## 伍、基本權利侵害之界限：阻卻違憲事由

關於人民自由權利之保障，我國憲法原則上採取直接保障主義，除非有憲法第二十三條所規定之要件，不得對於基本權利加以限制，此即為憲法對於基本權利所提供之事前保障。依據憲法第 23 條之規定，欲限制基本權利，必須符合下列之要件：

1.實質正當（公益原則）：憲法第 23 條規定，欲限制人民之基本權利，必須符合下列情狀：為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益，此被稱為四大公益條款。限制基本權利之目的必須符合上述之四大公益條款，方具有正當性與合憲性。如「國家限制集會遊行的時間、地點、方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要」（釋字第 445 號解釋）；如商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，「惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制」（釋字第 577 號解釋、案例一）。

2.比例原則：即憲法第 23 條條文中所述之「必要時」。以前述四大公益條款為目的之限制人民基本權利，其手段與目的間必須符合比例原則，亦即手段必須能達成目的（適宜性），選擇損害最小之手段（必要性）以及手段與目的必須相稱（狹義比例性）。

3.法律保留原則：依據法治國原則，法律保留原則為確保依法行政所必須遵守者。所謂法律保留原則，指的是國家行為必須有法律之依據，也就是說當國家欲限制基本權利時，必須以法律為之。

審查基本權利侵害之合憲性，可以用前揭三種原則作為合憲性判斷之基準，法律保留原則係單從形式上觀察對於人權之侵害是否有法律之規範或法律之授權，命令若缺乏法律之依據而涉及人民基本權利之限制，即係違憲，例如釋字第五一四號解釋，即認為教育部依職權訂定發布之「遊藝場業輔導管理規則」涉及人民權利之限制，因欠缺法律之授權而宣告違憲。以法律保留原則審查合憲性，因尚未進入系爭法規或案件之實質審查，因此可稱之為「形式審查」。

比例原則涉及「手段」與「目的」之關係，即國家為達特定目的，常會使用各種方法以限制人民之權利，因此檢視國家行為之合憲性，尚須一方面考量「目的」之合理性，即是否符合實質正當原則所揭示的四大內涵：「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益」，另一方面須審查手段與目的之關聯，即是否有「為達目的不擇手段」等不合比例原則之情況。此種審查必須進一步對系爭法規或個案進行實質審查，因此，我們可以稱之為「實質審查」。

憲法 23 條雖授權法律得以在一定要件下對人民權利加以限制，但是，此種限制亦應有其界限，即使符合前述要件，但仍不得因此而侵害人民基本權利的核心，否則憲法對各種不同基本權利之保障，僅徒有其名，其內涵早已淘空殆盡，此即對「基本權利限制的的限制」。例如集會遊行為憲法保障，若集會遊行法基於

維持公共秩序之理由，規定任何集會必須在郊區且於夜間始能進行，按集會權應包括自由選擇集會地點、時間之權，法律基於維持公共秩序之理由固可限制，但其限制必須遠離市中心及深夜舉行，無異已非限制，實質上已剝奪其集會權之核心，人民雖仍可在深夜遠離市中心集會，然其「最起碼留存」部分，對人民已不具任何實質意義了。因此基本權利固可限制，但限制之規定至少須保留最起碼的內容，即核心內容之禁止侵犯，此部分之審查亦屬於「實質審查」。

綜上所述，基本權利之違憲審查基準包括兩個部分：一是「形式審查」的法律保留原則，另一是「實質審查」的比例原則（包括實質正當）與基本權利限制的限制。

### 一、形式審查（形式阻卻違憲事由）：法律保留原則

依法行政原則是法治國理念的主要內涵，也是基本人權保障的重要法則。依通說，依法行政原則包括法律優越及法律保留二項次原則。前者是指行政機關之作爲不得與法律牴觸，亦即憲法第 172 條所規定之「命令與法律牴觸者無效」，法律優越原則並不要求一切行政活動必須有法律之明文依據；祇須消極的不違背法律之規定即可，故稱之爲消極的依法行政。後者一般是指凡限制人權，在憲法第 23 條所定之條件下，必須有法律之依據方得爲之，在法律保留原則之下，行政行爲不能以消極的不牴觸法律爲已足，尙須有法律之明文依據，故又稱積極的依法行政。

法律保留原則已發展爲層級化之法律保留，亦即憲法保留、絕對法律保留、相對法律保留以及非法律保留等層級。根據釋字第 443 號解釋理由書：「對於人權的保障，並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障，有屬於憲法保留的事項（如憲法第 8 條的人身自由），縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制；而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異；諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式爲之（即絕對的法律保留或國會保留）；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令爲補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（即相對的法律保留）」。

在法律保留的要求下，法律之構成要件與法律效果應明確，即必須合乎明確性原則。法律明確性原則在我國憲法並未明文規定，但在國民主權理念下，權力分立相互制衡、民意政治、法治政治、責任政治等爲維持憲政基本秩序之必要制度。法治政治之精義，在於立法者依合憲秩序制定法律、司法者依法律獨立審判、行政者依法行政（李震山，2000）。所謂「明確性」包括「明白」與「正確」之意，「明白」是指以一般人能了解者爲限，「正確」是指使用之詞與恰能表現法律

(或行政行為)之意指,不至於含混,亦即法律之構成要件與效果,須清晰確定,使人民能夠判斷(羅傳賢,2000:61)。大法官認為「法律明確性之要求,非僅指法律文義具體詳盡之體例而言,立法者於立法定制時,仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性,從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關受規範者(專門職業人員)之行為準則及處罰之立法使用抽象概念者,苟其意義非難以理解,且為受規範者所得預見,並可經由司法審查加以確認,即不得謂與前揭原則相違.....」(參見釋字 432 號解釋<sup>43</sup>)。因此,基於明確性原則,要求國家行為應具明確性,使人民知悉在何種情況下,何者當為、何者不當為,並預知行為之法律效果等,亦即使人民有預知之可能性(林錫堯,1999:44)。因此,法律明確性原則之目的在使人民對該干預性法律有可預見性、可度量性及可信賴性,並使執法者有法律適用之一致性,而形成法的安定性。法的明確性乃法安定性原則之重要內涵,現代法治國家為達法安定性要求,國家權力之行使及所公布之法規,即應明確,且藉著法明確性之要求,使人民得以知悉法規之規定,才能有所遵循,亦得避免國家權力之濫用,更使得該法規所作成之國家行為,有從事司法審查之可能。

由上可知,法律明確性原則應具備之要素有:

1.可瞭解性:法律之構成要件及法律效果,授權命令之目的、內容、範圍及行政行為之方式內容,必須使人民獲行政機關能了解其意義,如此人民才能知悉國家行為之內涵,行政機關才能理解其得為與不得為之措施。

2.可預見性:法律之構成要件及法律效果,授權命令之目的、內容、範圍及行政行為之方式,內容如果具體明確,則行政機關會採取何種措施,人民即得以預見,且得以預見其行為之後果,而對自己之行為負責。

3.可審查性:具體明確之要求,必須有從事司法審查之可能,如此才能對人民權益加以保障。

法律明確性原則源自憲法第 23 條,因此違法法律明確性原則,即可因違法法律保留原則而宣告違憲,例如「海關緝私條例第三十七條第一項除於前三款處罰虛報所運貨物之名稱、數量及其他有關事項外,並於第四款以概括方式規定「其他違法行為」亦在處罰之列,此一概括規定,係指報運貨物進口違反法律規定而有類似同條項前三款虛報之情事而言。就中關於虛報進口貨物原產地之處罰,攸關海關緝私、貿易管制有關規定之執行,觀諸海關緝私條例第一條、第三條、第四條、貿易法第五條、第十一條及台灣地區與大陸地區人民關係條例第三十五條之規定自明,要屬執行海關緝私及貿易管制法規所必須,符合海關緝私條例之立法意旨,在上述範圍內,與憲法第二十三條並無抵觸。」(釋字第 521 號解釋),又如「公務人員考績法第十二條第一項第二款規定各機關辦理公務人員之專案考績,一次記二大過者免職,同條第二項復規定一次記二大過之標準由銓敘部定之。此項免職處分係對人民服公職權利之重大限制,自應以法律定之。上

<sup>43</sup> 另亦參見釋字第 491 號解釋:「.....懲處處分之構成要件,法律以抽象概念表示者,其意義須非難以理解,且為一般受規範者所得預見,並可經由司法審查加以確認,方符法律明確性原則」。

開法律未就構成公務人員免職之標準，為具體明確之規定，與前述解釋意旨有違」。(釋字第 491 號解釋理由書)。

若屬於國會保留之事項，不許以法律授權命令定之<sup>44</sup>。若屬於一般之基本人權之限制，則允許法律具體明確授權命令為詳細之規範<sup>45</sup>。德國基本法第 80 條：「聯邦政府、聯邦閣員或邦政府，得根據法律，發布法規命令。此項授權之內容、目的及範圍應以法律定之。所發布之法規命令應引證法律依據。如法律規定授權再移轉，則授權之移轉，應以法規命令為之」，乃授權命令明確性之憲法上依據。「故法律授權訂定命令者，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件；若法律僅為概括授權時，固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字」(釋字第 394 號解釋理由書)。若違反授權明確性原則即屬違背憲法第 23 條之法律保留原則，若授權命令逾越授權之範圍，亦違反上述原則。

- 案例一：菸害防制法第八條第一項乃行為要件之規定，其行為主體及違反效果則規定於同法第二十一條，二者合併觀之，足以確定規範對象為菸品製造者、輸入者及販賣者，其負有於菸品容器上以中文標示所含尼古丁及焦油含量之作爲義務，如有違反，主管機關得依法裁量，對製造者、輸入者或販賣者擇一處新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰，.....舉凡規範對象、所規範之行為及法律效果皆屬明確，並未違背法治國家法律明確性原則。(釋 577)
- 案例二：勞工保險條例施行細則第十八條關於投保單位有....積欠保險費及滯納金經依法強制執行無效果者，保險人得以書面通知退保；.....增加勞工保險條例所未規定保險效力終止之事由，逾越該條例授權訂定施行細則之範圍。(釋字第 568 號解釋)
- 案例五：全民健康保險法第三十九條係就不在全民健康保險給付範圍之項目加以規定，其立法用意即在明確規範給付範圍，....主管機關自應參酌同條其他各款相類似之立法意旨，對於不給付之診療服務及藥品，事先加以公告。..全民健康保險醫療辦法.....第三十一條第二項，逕將高科技診療

<sup>44</sup> 如「公務人員保險法第十四條規定，公務人員參加公務人員保險，在保險有效期間，發生殘廢、養老、死亡、眷屬喪葬四項保險事故時，予以現金給付。惟同法對保險金請求權未設消滅時效期間，主管機關遂於施行細則中加以規定。時效制度不僅與人民權利義務有重大關係，且其目的在於尊重既存之事實狀態，及維持法律秩序之安定，與公益有關，須逕由法律明定，自不得授權行政機關衡情以命令訂定或由行政機關依職權以命令訂之。四十七年八月八日考試院訂定發布之公務人員保險法施行細則第七十條前段：「本保險之現金給付請領權利，自得為請領之日起，經過二年不行使而消滅」，規定被保險人請求權時效為二年（現行施行細則第四十七條則改為五年），與上開意旨不符，應不予適用。」(釋字第 474 號解釋)。

<sup>45</sup> 如「對於人民設立工廠而有違反行政法上義務之行為，予以停工或勒令歇業之處分，涉及人民權利之限制，依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條第二款規定，應以法律定之；若法律授權以命令為補充規定者，授權之目的、內容及範圍，應具體明確，始得據以發布命令。工廠設立登記規則第十九條第一項規定：「工廠不依照本規則之規定申請設立登記，或不依照核定登記事項經營，或違反其他工廠法令者，得由省（市）建設廳（局）予以局部或全部停工或勒令歇業之處分」，涉及人民權利之限制，欠缺法律授權之依據」(釋字第 390 號解釋)。

項目及審查程序，委由保險人定之，均已逾母法授權之範圍。(釋字第 524 號)

以上案例皆為法律保留原則適用之案例，但案例三、四中關於學生被退學卻不須有法律保留之適用，釋字第五六三號解釋認為「大學為確保學位之授予具備一定之水準，自得於合理及必要之範圍內，訂定有關取得學位之資格條件（即大學自治）。.....該校民族學系並訂定該系碩士候選人資格考試要點，辦理碩士候選人學科考試，此項資格考試之訂定，未逾越大學自治之範疇，不生憲法第二十三條之適用問題。」大法官之所以如此結論，顯然認為學生之受教育權屬於大學自治的保障範疇，故學生之退學標準可由大學自訂，如此結論本文認為有待商榷。

## 二、實質審查（實質阻卻違憲事由）

### 1. 實質正當與比例原則

實質正當係考量比例原則中所欲達成之目的是否符合公益條款，憲法第 23 條所規定的公益條款，大都為不確定法律概念，留有很大解釋彈性空間給大法官。比例原則則是為達成目的，國家所採取的方法或手段。比例原則包括：

- 1). 採取之方法應有助於目的之達成（適當性原則）。
- 2). 有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者（必要性原則）。
- 3). 採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡（衡量性原則或狹義比例原則）。

例如案例一（煙盒之標示義務）之比例原則審查

1). 手段有助於目的之達成：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。

2). 選擇侵害最小之手段：對違反者得不經限期改正而直接處以相當金額之罰鍰，如與直接採取停止製造或輸入之手段相較，尚屬督促菸品業者履行標示義務之有效與和緩手段。

3). 與欲達成目的未顯失均衡：相關菸品業者中，明定由製造、輸入或販賣者，負擔菸品標示義務，就菸害防制目的之達成而言，亦屬合理必要之適當手段。

案例二關於公司未繳交保費勞工遭退保處分，未考慮被保險人應繳部分之保險費已否扣繳或繳納於投保單位，即使被保險人必須承擔可歸責於投保單位行為之不利結果，喪失被保險人資格，已屬不當；而且亦不問被保險人是否仍具有勞工身分，即使其喪失憲法所保障參加勞工保險之權利，亦屬過份，有違比例原則。

### 2. 基本權利限制的限制：核心領域之禁止侵害

基本權利限制的限制是指基本權利之限制不得觸及憲法保障基本權利之核心、本質內涵或主要部分（李建良，1999：40-41）。基本權利的核心是什麼？其

內涵為何？並無通論，但是大法官可由審查各基本權利受侵害的個案中，界定基本權利的實質內涵，以了解各個基本權利核心不可侵犯的部分。

由上所述，我們可以建立以憲法二十三條為中心的審查基準，提供一個可操作化的審查模式，審查國家公權力之行使，是否牴觸憲法之規範，這套基準之審查過程如下：

首先對各項基本權利之範圍應加以確定，然後：

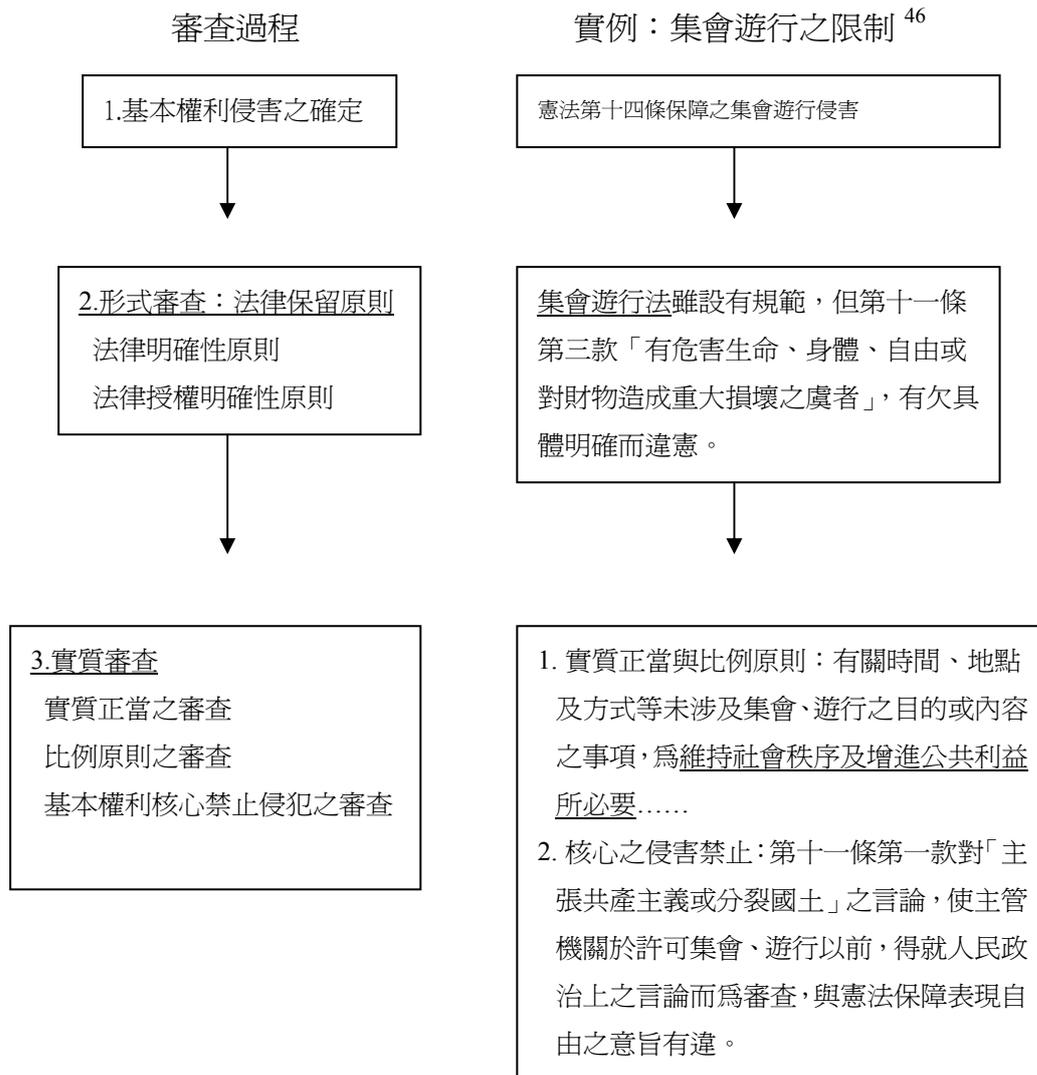
1. 確定何種基本權利受侵害。

2. 在我們肯定是屬於基本權利受侵害後，即進入違憲審查階段，首先我們先進行形式審查，即審查國家行為是否有法律之根據或有法律之授權，此階段首先審查法律是否明確（即是否違反「可了解、可預見、可審查」之問題），接著審查法律授權明確性原則，即觀察是否有法律授權，若有則審查法律之目的、內容與範圍是否授權明確，違反法律保留原則係屬於違背憲法第 23 條。

3. 若形式審查並未檢驗出違憲的現象，則進入實質審查，首先是否有公益條款之需要，其次以比例原則的三個次原則檢驗國家行為之合憲性，違反比例原則亦係屬於違背憲法第 23 條。。

4. 若比例原則等皆符合規定，則檢討基本權利之核心是否被剝奪，以避免基本權利被法律架空。若以憲法價值體系導出各基本權利界限的意函，則憲法的基本權利若遭受侵害，則可以要求國家賠償或補償。

憲法第 23 條所建構之為憲審查基準，可以以下圖表示：



### 陸、平等原則

基本權之審查，除了以憲法第 23 條所建構的法律保留原則與比例原則之審查方式外，憲法第七條的平等原則亦屬於審查的標準。等（equality）長期以來皆為多數學者所探討，最早甚至可溯及至古希臘時代（陳志全，1995：19），在 1776 年美國「獨立宣言」中明白指出「所有人生而平等」（all men are created equal），其後 1789 年法國大革命的「人權宣言」中指出「在權利方面，人生本是而且始終是平等的」、「法律之前，人人平等」，二次戰後的「世界人權宣言」（1948 年 12 月 10 日）更指出「所有人的權利與尊嚴生而平等」（all are equal in their rights and dignity）。

在保障人權的浪潮之下，民主國家的憲法均將人民的平等權入憲，其中規定最早且最為完整者為 1919 年的德國威瑪憲法，威瑪憲法除了對平等原則的宣示外，尚進一步對弱勢團體給與特別保護（許焜耀，1992：3031）。其後各國憲法紛紛仿效，我國憲法第 7 條有平等的一般性規定，第 5 條有民族平等之規定，第

<sup>46</sup> 以釋字第四四五號解釋為例。

159 條的教育機會平等之規定。

依釋字第 211 號解釋：「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上之實質平等，並不限制法律授權之主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法目的，而為合理之不同處置。」故憲法所追求者，為實質平等，故憲法上所保障平等之規定，並非絕對不許可有差別待遇；若法律因為情勢狀況之不同，而為合理之差別，亦非違反平等。蓋憲法第七條所謂法律上平等，非謂數學的、機械的絕對平等，而應斟酌事實上之差異，而為合理的差別。

平等問題之形成在於出現差別對待，於是應審查該差別對待是合理可被接受的。但在審查之前先需注意該差別是可以比較的，否則即無平等權之問題，如釋字第 577 號解釋（案例一）：「各類食品、菸品、酒類等商品對於人體健康之影響層面有異，難有比較基礎，立法者對於不同事物之處理，有先後優先順序之選擇權限，相關法律或有不同規定，與平等原則尚無違背。」在有比較基礎下，平等原則之判斷程序為（李惠宗，2004：123）：

1. 制訂目的之確定（禁止恣意<sup>47</sup>）：先檢驗該差別待遇之目的何在，並探討各該制度目的所使用之方法，除從個別法規所形成的立法目的及意旨外，有時需從歷史經驗、政治學理或其他社會經驗探索之，且該目的本身須合憲。例如**案例二**：「……以雇主有無積欠保費作為差別待遇之基準，已與勞工保險保護勞工之立法意旨欠缺正當、合理之關連。」（釋字第 568 號解釋）

2. 事物本質要素之探討：進一步探討何些事物本質要素可作為差別對待，甚或為差別對待之基準。所謂「事物本質要素」需與制度目的有邏輯上正當合理之關聯性，以防止不當聯結。法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度的關聯性，以及該關聯性應及於何種程度而定。（釋字第 593 號解釋）

3. 合理差別之形成：即縱認為某些情形須有差別對待，亦須採用「合理」之方式。所謂「合理之差別對待」，須不得過渡之差別，且差別對待的結果不得破壞原來該制度之目的。亦即，合理差別對待須符合「比例原則」與「本質目的」。許宗力釋字第 568 號解釋協同意見書：按勞工之所以被納入勞工保險，乃因有保護需要之緣故。今同樣有保護需要之勞工，有的有幸因雇主未積欠保費，即持續享有勞工保險之保護，有的不幸因雇主積欠保費，即被剝奪勞工保險之保護，其以雇主有無積欠保費作為差別待遇之基準，已與勞工保險保護勞工之立法意旨欠缺正當、合理之關連。即便吾人肯認以雇主有無積欠保費作為差別待遇之基準，目的在確保保險財務之健全，與勞工保險之永續經營，惟即令採最寬鬆的事實認定標準，承認系爭規定確可以達成健全保險財務之目的，然將被保險人予以退保也不是達成健全保險財務目的之最小侵害手段，蓋縮減保險給付範圍，或增加不保事故等等，與退保相較，都是同樣能有效達成目的，卻對被保險人較小侵害之手段。就此而言，系爭規定仍難以在平等原則面前站得住腳。

<sup>47</sup> 即立法者欲對於相同事務予以差別規定時，至少必須找到一個說的通貨普遍被接受的理由。

## 柒、結論

### 一、優點

- 1.提供一個審查基準，讓行政、立法與司法機關，皆得以具體操作，並成爲國家行爲之界限。
- 2.人民權利若受侵害，由此基準亦可以自行審查國家行爲之合憲性。
3. 深化人權保障，使人權保障得以在個案上獲得落實。

### 二、問題

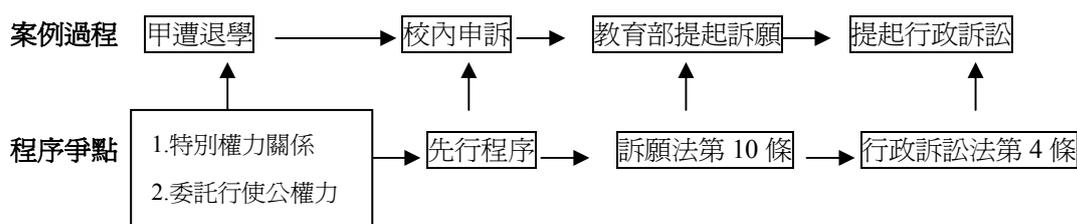
- 1.大法官未明確區別絕對與相對法律保留的界限，今日許多問題均大量授權行政機關決定，造成權力分立的界限鈍化。行政程序的遵守便相對重要。如案例四，最高行政法院便認爲台大未遵守正當法律程序，而認定學生未選修未經其確認之科目。
- 2.大法官經常漠視基本權的衝突問題，如學生受教育權與大學自治衝突時，犧牲前者，此時造成學生權利的侵害（釋字第 563 號解釋認爲基於大學自治，無須有憲法第 23 條之適用，如案例三）。如：若學生於大四被退學（甚至開除學籍），是否過重？（此時應以比例原則檢驗）
- 3.大法官於檢驗完法律保留原則（形式審查），若認爲系爭法規違反該原則，即結束審查，不再進入實質審查。這會讓行政機關誤以爲只要有法律依據，即可合憲。例如釋字第 382 號解釋宣告大學法施行細則有關教育部訂定共同必修科違反法律保留原則，是否該規定訂在大學法就無違憲問題？仍有待進一步檢驗比例原則等問題。
- 4.基本權若受第三人之侵害，本模式並不適用，目前國內常採用德國的「第三人效力理論」。
- 5 大法官在論證各項基本權利時應建立基本權之保護範圍，以利日後個案之正確涵攝，亦可獲知基本權利的核心何在。

# 受教育權

呂炳寬

## 壹、案例事實

甲（原告）係私立東海大學（被告）學生，於八十七學年度第二學期所修學分達二分之一不及格，東海大學依其所頒布之學則第 31 條規定：「學生學期學業成績不及格科目於之學分數，達該學期修習學分總數二分之一者，應令退學。」予以退學處分，並於八十八年七月十四日通知甲，甲不服向東海大學申訴，經於九十年八月三十一日作成評議書，評議結論為：申訴不成立。原告仍不服，提起訴願，仍遭教育部於九十一年一月十一日為駁回訴願之決定，甲不服，再向台中高等行政法院提起行政訴訟。（本案係依據台中高等行政法院 91 年訴字 136 號改編，該案原告係東海大學經濟系學生）



**實體爭點** { 甲：受教育權被侵害，故有憲法第 23 條保障  
東海大學：大學自治範圍，不生適用憲法第 23 條問題

## 貳、特別權力關係理論的發展

特別權力關係理論源自德國，十九世紀後正式成為涵蓋公務員關係、軍人關係、學生與學校、人犯與監獄及其他營造物利用關係之總括概念。其後日本繼受並擴大範圍，我國則直接繼受至日本。在權力分立下，傳統特別權力關係被視為機關內部事務，為法律保留原則之例外。亦即在特別權力關係中，人民被吸收進入行政內部，不再適用在一般情形所具有之基本權利、法律保留以及權利保護等，形成「無法之空間」，構成「法治國家之漏洞」（陳敏，2004：219）。簡言之，在特別權力關係下，當事人權若遭國家侵害，不得請求司法救濟不須適用法律保留原則。

此理論於二次大戰後遭到質疑，德國的 Ule 為代表。Ule 將特別的權力關係領域，分為二（吳庚，2006：216-238）：

1.基礎關係（身分關係）：即行政行為足以發生、變更或消滅特別權力關係之效果，牽涉相對人個人之身分地位者，例如公務員之任免、學生之入學許可、退學、開除等。此時特別權力人所為之決定屬於可提起司法救濟之行政處分；且為該處分亦必須有法律之明文授權方可。

2.經營關係（管理關係）：即國家為達成特別權力關係之目的所採取管理與經營之行為，例如有關事物之分配、職務之指示等，而不涉及身分地位者。如軍人、公務員及學生之服裝、儀容規定、工作坐息時間規定、考試考核之評定及課餘時間之生活等，應視為行政內部之指示，屬於行政規則，而非行政處分。故不可提起司法救濟，亦毋需遵循嚴格之法律保留原則。

## 參、我國實務之發展

### 一、學生被退學可以提起訴訟

早期行政法院 41 年判字第 6 號判例：「學校與官署不同，學生與學校之關係，亦與人民與官署之關係有別，學校師長對於違反校規之學生予以轉學處分，如有不當情形，亦祇能向該管監督機關請求糾正，不能按照訴願程序，提起訴願。」，81 年度裁字第 923 號判決亦認為「按提起訴願、再訴願，限於人民因中央或地方機關之違法或不當處分，始得為之，此觀諸訴願法第一條規定甚明，至國立學校對於學生所為之處分，係屬特別權力關係，非中央或地方機關對人民之處分可比，學生自不得據以對國立學校提起訴願、再訴願。」顯見我國早期皆採特別權力關係理論的見解，對於學生遭退學否定其提起司法救濟。

後經司法院大法官會議解釋釋字第 382 號解釋認為：「各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途徑，未獲救濟者，自得依法提起訴願及行政訴訟。行政法院四十一年判字第六號判例，與上開意旨不符部分，應不予援用，以符憲法保障人民受教育之權利及訴訟權之意旨。」終打破學生與學校間的特別權力關係，准許學生得提起行政爭訟。但該號解釋的理由書亦同時指出：「如學生所受處分係為維持學校秩序、實現教育目的所必要，且未侵害其受教育之權利者（例如記過、申誡等處分），除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地。」可見大法官亦接受前述 Ule 折衷說的見解。

### 二、學生被退學不能主張法律保留原則之適用

法院之判決係「原告之訴駁回」，亦即學生敗訴，法院主要論點為：法律就退學標準既未另設規定，則大學本於憲法保障之學術自由自訂學則，對於學生

成績未達一定標準者，規定應令退學，自無違背法律保留原則可言。其論證理由可分以下兩點：

1.根據釋字第 380 號解釋：「憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，就大學教育而言，應包含研究自由、教學自由及學習自由等事項。大學法第一條第二項規定：『大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。其自治權之範圍，應包含直接涉及研究與教學之學術重要事項』」。準此可知，大學自治之事項，即屬學術自由之事項，包含研究自由、教學自由及學習自由等事項，除法律別有明文規定者外，應任諸大學自由決定，在此自由決定之自治範圍內，並無法律保留原則之適用。申言之，**大學自治為憲法保障學術自由所應建制之範圍，大學因而有自治權，無待於法律之授予。**

2.大學自治之事項，其影響於學生權益者，所在多有，惟屬教學自由本質上之需求所生之當然結果，基於保障教學自由之本旨，仍應任由大學自治，**不能反以學生有受教育權或學習權之存在，認在此範圍內有法律保留原則之適用，致失憲法對於大學自治設為制度性保障之規範價值。**大學學生入學就讀，應維持如何之成績標準，應有如何之學習成果，涉及大學對學生學習能力之評價，及學術水準之維護，與大學之研究及教學有直接關係，影響大學之學術發展與經營特性，屬大學自治之範圍。釋字第 563 號解釋亦指出：「大學自治既受憲法制度性保障，則大學為確保學位之授予具備一定之水準，自得於合理及必要之範圍內，訂定有關取得學位之資格條件。國立政治大學於八十五年六月十四日訂定之國立政治大學研究生學位考試要點規定，各系所得自訂碩士班研究生於提出論文前先行通過資格考核（第二點第一項），該校民族學系並訂定該系碩士候選人資格考試要點，辦理碩士候選人學科考試，此項資格考試之訂定，未逾越大學自治之範疇，不生憲法第二十三條之適用問題。」

## 肆、本案檢討

- 1.大學自治是否得對抗學生的受教育權？
- 2.受教育權與大學自治是否發生基本權衝突問題？如何抉擇此兩難問題？
- 3.退學處分與專業判斷是否可以二分？
- 4.大學法施行細則第二十九條再授權各大學得自訂學則，是否違憲？大學自治該有低密度或高密度的法律保留？
- 5.釋字第 563 號解釋提及：「大學依其章則對學生施以退學處分者，有關退學事由及相關內容之規定自應合理妥適，其訂定及執行並應踐履正當程序。」大學應遵守的正當程序為何？
- 6.教育基本法第八條第二項：「學生之學習權及受教育權，國家應予保障。」如何區別學習權與受教育權？
- 7.特別權力關係理論中的折衷說有無檢討之空間？

## 伍、進一步閱讀資料建議

- 中國人權協會編（2001），《人權法典》，遠流出版。
- 吳 庚（2004），《憲法的解釋與適用》，作者自印。
- 呂炳寬、徐正戎（2005），《半總統制的理論與實際》，鼎茂圖書。
- 李建良（1999），《憲法理論與實踐（一）》，台北：學林。
- 李建良（2000），《憲法理論與實踐（二）》，台北：學林。
- 李建良（2003），〈基本權的理念變遷與功能體系－從耶林內克「身份理論」談起（下）〉，《憲政時代》，第 29 卷第 2 期。
- 李惠宗（2004），《憲法要義》，元照出版。
- 李震山（2002），〈行政法意義下之法律明確性原則〉，《月旦法學》，第 57 期（2000 年 2 月），頁 14。
- 李震山（2005），《多元、寬容與人權保障》，台北：元照出版。
- 林明昕（2004）：），請見〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」〉，《憲政時代》，第二十九卷第三期，頁 340-42。
- 林信和譯（F. Ermacora 原著）（1986），《一般國家理論要義》，國民大會憲政研討委員會出版。
- 林紀東（1979），〈二十世紀之憲法〉，收錄於氏著，《憲法論集》，東大圖書，頁 9-29。
- 林錫堯（1999），《行政法要義》，台北：三民。
- 法治斌、董保城（2004），《憲法新論》，元照出版。
- 姚立明（2002），〈從人權條款的保障範圍論人權條款的解釋－兼論基本權的領域概念〉，發表於第一屆公法研討會，國立中山大學中山所主辦。
- 洪鎌德（2001），《法律社會學》，揚智。
- 夏勇等譯（2003），《民權公約評注》上下冊，北京：三聯書店。
- 孫 哲（1995），《人權新論》，五南。
- 張人傑（2004），〈集體人權與發展權：理論與反思〉，收錄於國史館編，《人權理論與歷史論文集》，國史館，頁 610-637。
- 張千帆等譯（2002），《憲法決策的過程：案例與材料》上下冊，北京：中國政法大學。
- 張國聖（2003），〈現代人權的發展源流與意涵〉，《通識研究集刊》，第四期，頁 1-18。
- 許焜耀（1992），〈從平等權與受益權之釋憲案論司法院大法官之釋憲功能〉，政治大學政治研究所碩士論文。
- 陳志全（1995）〈「平等原則之合理差別基準：兼論釋字二一一號解釋與釋字二二四號解釋〉，《法律評論》，第六十一卷第九、十期合刊。

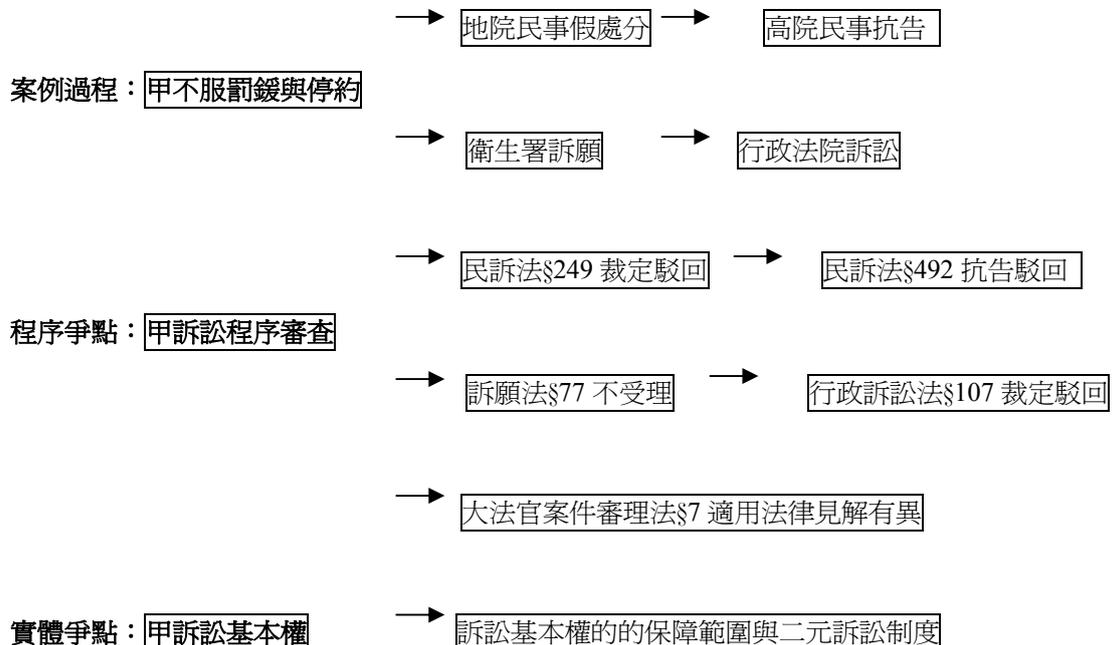
- 陳秀容 (1997), <近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析>,《人文及社會科學集刊》, 第九卷第二期, 頁 101-132。
- 陳俊宏 (2000), <人權與民主 (I): 共生或互斥? >,《東吳政治學報》, 第十一期, 頁 107-142。
- 楊智傑 (2005), <國家人權機構作為違憲審查的替代方案? >,《淡江法政學報》第十九期。
- 葛克昌 (1996),《國家學與國家法：社會國、租稅國與法治國理念》, 月旦。
- 鄒文海 (1969),《政治學》, 三民。
- 廖福特 (2005),《國際人權法—議題分析與國內實踐》, 元照。
- 監察院人權保障委員會編印 (2005),《第三屆監察院人權保障工作彙總報告》, 監察院出版。
- 劉文彬 (2005),《西洋人權史：從英國大憲章到聯合國科索沃決議案》, 五南圖書。
- 劉海平等譯 (2003),《美國聯邦最高法院 200 年經典判例選讀：憲法的精神》, 北京, 中國方正出版社。
- 羅傳賢 (1999),《行政程序法論》, 台北：五南書局。
- 蘇永欽 (2002), <部門憲法>, 收錄於《翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集, 當代公法新論 (上)》, 元照, 頁 739-772。
- Brysk, Alison (2003) "Globalization and Human Rights: It's a Small World after All", *Phi Kappa Phi Forum*; Fall 2003; Vol.83 Iss. 4, pp.21-24
- Dallmayr, Fred (2002) "Asian values and global human rights", *Philosophy East and West*, Apr. 2002, Vol.52 Iss.2, pp.173-189.
- Frost, Winston L (2001) "Human Rights and Justice: A Historical and Philosophical Perspective", *Fides et Historia*; Winter 2001; Vol.33 Iss.1; p.73-87.
- Howard-Hassmann, Rhoda (2005) E. 'The Second Great Transformation: Human Rights Leapfrogging in the Era of Globalization', *Human Rights Quarterly*; Feb 2005; Vol.27 Iss.1, pp.1-40.
- Loewenstein, Karl (1957) *Political Power and Governmental Process*, Illinois: The University of the Chicago Press.
- Oloka-Onyango, J (2005) 'Who's Watching "Big Brother"? Globalization and the Protection of Cultural Right in Present Day Africa', *Human Rights Quarterly*; Nov 2005; 27;4 pp.1245-1273.
- Paulston, Christina Bratt (1997) "Language Policies and Language Rights", *Annual Review of Anthropology*; Vol26, p.72-85.
- Vasak, Karel (1977) "A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", *Unesco Courier*, November 1977, pp. 29-32.
- Vincent, Andrew (1987) *Theories of the State*(Oxford: Basil Blackwell Inc.

# 訴訟基本權

楊東連

## 壹、案例事實

甲（原告）外科診所醫生，民國 83 年 3 月與中央健康保險局簽立「全民健康保險特約醫事服務機構合約」，承辦全民健康保險業務。民國 85 年 2 月健保局認定甲以健保不給付為由向病患收取醫療費用，卻又以相關手術項目，向健保局申報醫療費用。健保局依法科處罰鍰，並停止其醫療特約二個月。甲不服，依民事訴訟法向台中地方法院聲請假處分，台中地方法院及高等法院均以本件為公法上行政行為，非私權上爭議，裁定駁回。於是甲轉依行政救濟程序提起訴願與行政訴訟尋求救濟，但行政法院以健保局根據合約規定對違約者予停止特約的行為，屬於民事契約糾紛，裁定駁回。請問甲面臨不同法院，卻同時以欠缺審判權為理由駁回訴訟時，應該如何處理？（本案依臺灣高等法院臺中分院 85 年度抗字第 30 號民事裁定、行政法院 86 年度裁字第 985 號裁定及大法官會議釋字 533 號解釋改編）



## 貳、訴訟基本權的保障

訴訟基本權者，「在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。」<sup>48</sup>即是依據「有權利即有救濟之法理」的程序性保障權利，其核心內容在賦予人民訴請法院救濟之權利<sup>49</sup>。

### 一、有權利即有救濟

權利者，在法律上可以作為主張其利益的力量。即權利主體根據法律，主張權利的內容行使或實現。換言之，權利是指法律為使人享受特定利益，而賦予法律上的力量，是採法力說<sup>50</sup>。

依法力說，權利的特徵有二：一為權利源自法律，二為權利具有可訴訟性。

（一）權利源自法律：權利是法律上的力，是法律賦予權利。如憲法第十六條規定：「人民有…、訴願及訴訟之權。」即人民的訴訟基本權為憲法明文賦予的權利，人民因此享有向法院提起訴訟的權利。

（二）權利具有可訴訟性：權利受侵害，人民可以提出訴訟，尋求法律的保護。如憲法第二十四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」受國家侵害的人民可以透過法律對公務員國家提起訴訟請求賠償。

既然權利作為人民法律上的力，而且必須透過訴訟過程加以實現，基於憲法乃是人民與國家的法律規範，則國家仍成為人民請求權利救濟制度的主體，有義務實現並滿足人民救濟的請求。並且訴訟裁判權專屬於國家的情形下，國家必須建構能有效提供人民救濟的訴訟制度與公正公平的訴訟程序。此即民主立憲國家基於分權原則與法治原則，於憲法規範國家應設置獨立司法機關執掌訴訟爭執的處理，並賦於人民有權請求解決權利救濟的訴訟權。

### 二、訴訟基本權的保障範圍

憲法第十六條僅規定：「人民有…訴訟之權。」本於憲法屬於框架性的法規範，釋憲者必須透過填充性解釋，將抽象法規範具體化後，以清晰規範構成要件，才能具體適用個案。根據大法官的解釋，訴訟基本權的保障範圍包括：

#### （一）請求裁判的權利

訴訟基本權本於權利保護請求權，憲法賦予人民遇有任何權利受侵害時，具有權請求司法機關裁判，如有任何法令規定阻止人民請求裁判，禁止提起訴訟均屬於侵害訴訟權。如釋字第 312 號解釋理由書指出「公務人員之財產權，不論其係基於公法關係或私法關係而發生，國家均應予以保障，如其遭受損害，自應有法律救濟途徑，以安定公務人員之生活，使其能專心於公務，方符憲法第八十三

<sup>48</sup> 釋字第 591 號解釋。

<sup>49</sup> 釋字第 396 號解釋理由書。

<sup>50</sup> 楊東連，法學入門，一品文化出版社，2007，p232。

條保障公務人員之意旨。」或如釋字第 396 號解釋理由書指出「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。」

## （二）公正的法院組織體制

國家設置的法院組織應該合乎公正原則，以確保法院裁判的公平與正確。公正的法院組織體制的內容至少應該包括，「組織獨性原則」：不受其他權力干涉的獨立法院。「法官獨立原則」：不受任何干涉且依法獨立審判的法官。「法定法官原則」：具備法定資格，並且由國家任命的法官。「利益迴避原則」：法官應該避免審理自己的案件等。如釋字第 216 號解釋文指出：「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。」又如釋字第 256 號解釋文指出：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。」

## （三）公平正當的法律程序

憲法訴訟權屬於程序權，其內涵應該合於程序正義，以確保人民行使權利救濟請求時，得到公平正當的程序保障。公平正當法律程序制的內容至少應該包括，「公開聽審原則」：為確保程序正義的實現，訴訟程序中任何受判決的當事人，都有接受公開審問的權利，而且其辯護內容也應該被公平地聽取。「武器對等原則」：確保當事人之間得到公平的對待，應該賦予兩造平等使用訴訟程序的機會。「程序法定原則」：為貫徹法治原則，法官及當事人在訴訟進行上，均應嚴格遵守法定之程序。如釋字第 482 號解釋文指出：「憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。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。」又如釋字第 396 號解釋文指出：「公務員懲戒委員會…其機關應採法院之體制，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。」

## 三、司法一元訴訟制度與二元訴訟制度

（一）司法一元訴訟制度：國家司法機關僅有一種法院來承審各種不同性質的訴訟案件。因為所有訴訟案件都能審判，不會有因為案件性質的差異而造成審

判漏洞。

(二) 司法二元訴訟制度：國家司法機關因為案件性質不同而分設不同法院來審理不同的訴訟案件。因為根據訴訟案件性質作區分法院審判權的歸屬，可能造成審判漏洞。

「我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。<sup>51</sup>」司法救濟之方式，有不論民事、刑事或行政訴訟之裁判，均由普通法院審理；有於普通法院外，另設行政法院審理行政爭訟事件，我國即從後者。然無論採何種方式，人民於其權利因違法行政處分而遭受侵害時，得向法院請求救濟，則無不同。至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。<sup>52</sup>」

### 參、本案解析

#### 一、程序部分

本件訴訟當事人（甲）因為全民健康保險事件向臺灣高等法院臺中分院提起民事抗告，經裁定其法律關係為行政處分而予不予受理。相同全民健康保險事件向行政法院提出，也經裁定為法律關係非屬於行政處分而予不受理。此種情況使得當事人（甲）訴訟基本權利顯然遭受到國家不法侵害，基於「有權利必有救濟法理」，甲應該依據大法官審理案件法第七條第一項第二款，聲請統一解釋，因為普通法院之確定終局裁判適用法律或命令所表示的見解，與行政法院的確定終局裁判，適用同一法律或命令表示的見解有異<sup>53</sup>。

本案當事人本於憲法訴訟基本權的保障，其訴訟裁判請求應該獲得法院的審理，並無疑問。即只要人民於其權利因受到違法行為的侵害時，均得向法院請求救濟。但如因為二元訴訟制度的制度性因素，導致人民因為審判權的歸屬，而兩頭落空，則與憲法訴訟基本權的保障有違。因此除透過大法官會議進行統一解釋以為補救外，周延行政法院與普通法院審判權限的缺漏，也就是訴訟基本權的最大保障。

---

<sup>51</sup> 釋字第 448 號解釋。

<sup>52</sup> 釋字第 418 號解釋。

<sup>53</sup> 大法官審理案件法第七條第一項第二款規定：有左列情形之一者，得聲請統一解釋：二、人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但得依法定程序聲明不服，或後裁判已變更前裁判之見解者，不在此限。

## 二、實體部分

「我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。<sup>54</sup>」因此，司法二元訴訟制度的關鍵在於公法與私法關係的區分與認定，即「公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，由普通法院審判。」但如何區分公法與私法，也就是問題所在，如能對於公私法作有效區分，則或許能有效解決司法二元訴訟制度。

本案的爭論所在為：私人醫院與中央健康保險局簽立的「全民健康保險特約醫事服務機構合約」性質究竟是屬於私法契約還是公法契約。如屬於私法契約，則普通法院理當受理審判，否則以欠缺審判權為理由裁定駁回，則無疑問。但如屬於公法契約，則行政法院理當受理審判，否則以欠缺審判權為理由裁定駁回，也無疑問。問題所在相同，如何判斷公法契約或私法契約。

本案大法官最後認定「中央健康保險局依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，約定由特約醫事服務機構提供被保險人醫療保健服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故此項合約具有行政契約之性質。締約雙方如對契約內容發生爭議，屬於公法上爭訟事件。<sup>55</sup>」暫時解決司法二元訴訟制度的問題，但只要公私法的區分問題存在，則此類問題還是可能存在。吳庚大法官在釋字第 533 號協同意見書，即指出「民事事件與行政事件之劃分，在普通法院之外，另設行政法院之國家恆為困難之問題。」並且「歸納目前通說，辨別此類行政契約，首須契約之一造為代表行政主體之機關，其次，凡行政主體與私人締約，其約定內容亦即所謂契約標的，有下列四者之一時，即認定其為行政契約：（一）作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替，（二）約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者，（三）約定內容涉及人民公法上權益或義務者，（四）約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者。若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，均屬之。至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據，因為行政機關在不違反依法行政之前提下，雖有選擇行為方式之自由，然一旦選定之後，行為究屬單方或雙方，適用公法或私法，則屬客觀判斷之問題，由此而衍生之審判權之歸屬事項，尤非當事人之合意所能變更。」提出以主體說與契約標的說作為公法契約與私法契約的判斷標準，即是在提出解決司法二元訴訟制度的下審判權如何決定的方法。

<sup>54</sup> 同註 4。

<sup>55</sup> 釋字第 533 號解釋。

#### 肆、本案檢討

- 一、民事事件與行政事件如何嚴格區分以確認由何種法院審判？
- 二、私法關係與公法關係如何有效區分以確認由何種法院審判？
- 三、二元司法訴訟制度下，如何使法院不會消極不審判，確保人民訴訟權不受侵害？

#### 伍、進一步閱讀資料建議

- 一、李震山，程序基本權，月旦法學教室第 19 期，32 頁-36 頁。
- 二、李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟平等權，東海大學法學研究第 9 期，121 頁-149 頁。
- 三、程明修，基本權各論基礎講座：訴訟權(上) (下)，法學講座第 31、32 期，1 頁-11 頁、1 頁-18 頁。
- 四、張麗卿，憲法解釋與訴訟權之保障--以釋字五六九號為中心，東海大學法學研究，第 24 期，1 頁-48 頁。
- 五、沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟--以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，國立臺灣大學法學論叢，第 34 卷第:5 期，203 頁-273 頁。
- 六、吳啓賓，解釋權與審判權之司法分工(上) (下)，臺灣本土法學雜誌，第 65、66 期，頁 3-15、頁 5-14。
- 七、沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作(上) (下)--專業審判與權利有效救濟間之選擇，臺灣本土法學雜誌，第 45、46 期，頁 19-44、頁 25-40。
- 八、李建良，公法與私法的區別(上) (下)，月旦法學教室第 5、6 期，頁 38-49、47 頁-55 頁。
- 九、林明昕，行政契約法上實務問題之回顧--兼論公、私法契約之區別，國立中正大學法學集刊，第 18 期，253 頁-296 頁。
- 十、台灣行政法學會編，行政契約與新行政法，台灣行政法學會。

## 柒、專家諮詢意見

### 一、第一次諮詢意見

1. 時間：96. 3. 20 上午八時至十二時
2. 地點：SS527
3. 專家講座：王業立教授（東海大學政治系教授）
4. 意見諮詢內容
  - 1) 很榮幸有機會參加這個非常有意義的意見諮詢。在當前的大專院校通識教育中，如何寫出一部好的憲法教科書，以作為非法律系學生的憲法教材，的確是一件非常重要的工作。這項研究計畫的用心值得肯定，研究成果也令人期待。
  - 2) 針對【憲政體制案例】，徐正戎教授所撰寫的《中央政府總論》，個人認為整體的章節架構，教材的內容安排，均非常合適。徐教授首先介紹了中央政府體制的重要類型、行政與立法兩權的互動模式，接著便以幾個著名的大法官會議解釋文，有關我國憲政運作上，行政與立法兩權互動實際所發生的憲政爭議，進行事實陳述、案例爭點、實務見解及案例檢討等多方面的討論，以提供非法律系的學生，深入淺出的了解我國憲政運作的理論與實際。如此的撰寫方式，的確有助於提升非法律系學生的學習興趣，並且很容易應用於觀察真實的政治世界，相信對於這些學生學習效果的提升，也會有所幫助。
  - 3) 以下僅提出幾點淺見，以提供徐教授及研究團隊未來修改教材時之參考：
    - A. 用字遣詞可以再生活化一些。在文章中少部分文字仍然難以避免出現法律專業性用語，可能會讓許多非法律系的學生閱讀起來感到困難。另外大法官釋憲文在教學上可能仍有賴授課教師做進一步的解釋。
    - B. 除了以大法官會議解釋文作為案例分析外，事實上還是可以提出若干我國憲政發展上爭議性的話題（不一定要提供安全的標準答案，如大法官解釋文），讓學生思考、辯論，以提升學生的學習興趣。例如：民進黨執政時期，在立法院佔多數的國民黨為何不倒閣？總統赴立院進行國情報告是否適宜？行政院長真的是我國最高的行政首長嗎？
    - C. 教材中可考慮多用圖、表，多引用一些與時事貼近的案例。

### 二、第二次諮詢意見

1. 時間：96. 4. 3 上午八時至十二時
2. 地點：SS527
3. 專家講座：袁鶴齡教授（國立中興大學國家政策與公共事務研究所教授）
4. 意見諮詢內容

要寫一本給非法律系學生使用的教材實非易事，這不但是因為牽涉到對象異質化的程度相當的高，且更是因為憲法的內容與學生的日常生活之間並沒有直接的聯繫，因此要寫一本淺顯易懂的教科書，對作者而言乃是一種高難度的挑戰，其企圖心值得敬佩。對本篇文章及整本書的建議如下：

1. 要先設定讀者群：即使是非法律科系的學生，社會科學院的學生與理工科的學生對於憲法可能理解的程度就會有所不同，而一般大學與四技二專的程度更是差距甚多，因此，即使是給非法律系學生的教材，學生對象的選擇亦要先行確認。
2. 由於憲法是一門非常生硬的課程，因此，為了要引起學生的興趣，不妨以「說故事」(story telling)的方式來進行，或許可以提升學生的興趣。
3. 架構及體例應力求一致：這本教科書是由眾人合力完成，雖然這樣可以減輕作者的負擔，但是在另一方面，為求整體性，每章的架構與體例應先建立，並且各章之間亦要力求一致。
4. 內容應力求淺顯：今日所發表的各篇文章皆具學術水準，此點絕對不容置疑，但是如果對象是不具相關學術背景的一般大專生，則就顯得太過艱深，在這方面作者是否能夠跳脫作者的身份而從讀者的角度來思考，怎樣才是淺顯易懂。
5. 文中的引註或註解乃學術之必要，但就一本教科書而言，建議如有必要使用引註或註解，則宜置於文末，以免增加學生在閱讀時的壓力。
6. 可以考慮使用教師手冊，將較艱深及須論述的部份置於手冊中，而可使憲法教科書保持簡單易懂的本質。

### 三、第三次諮詢意見

1. 時間：96.4.10 上午八時至十二時
2. 地點：SS527
3. 專家講座：傅恆德教授（東海大學政治系教授兼系主任）
4. 意見諮詢內容

為推動憲法及法律與生活教學，本專案計畫具有重要性及必要性，且研究成果發表學術研討會的論文集以及出版教科書可以作為憲法教學的重要參考資料。本計畫以推動憲法教學為主軸，主題包括憲法的主要部份，如憲政體制、地方自治、基本國策、憲政理論和基本權利等。本計畫的撰寫內容有以下優點：

- 1) 學者專家針對相關主題，從主要憲政觀點、案例事實介紹、重要見解及案例討論，最後並加以檢討，內容相當完整。在重要的主題上也能多方列舉案例以涵蓋重要內容，如在中央政府體制的討論包括了行政、考試和監察；在基本國策上也包括了國防、外交、國民經濟、社會安全、教育文化、邊疆地區及兩岸關係等，內容相當充實。

- 2)各個主題的選定與撰寫，均由各該領域中有代表性的學者專家負責，不但具有代表性，也突顯研究結果的重要政策意含。相關主題的見解精闢，論述也都能深入淺出，適合大專院校學生閱讀、參考和作進一步的研究。
- 3)每個主題均有案例介紹、爭論要點、實務見解和案例檢討，有別於一般教科書中的照本宣科，填鴨式的灌輸知識。這樣的作法可以提供基本知識、誘發興趣、刺激思考、引發討論，是啟發性教育不可或缺的一環。
- 4)多數章節除了列出參考書目外，也列有進一步閱讀的書目，對於非法律系學生幫助很大。尤其是對特定議題有興趣的一般學生，可以指引閱讀的方向並取得補充的資訊。

由於本研討會的論文集是從五個主要的研究議題切入，並由多位學者專家提供許多不同的研究成果和寶貴見解組成，在結構和格式上可以作些微調整，以下是個人淺見，提供作為參考：

- 1)建議依憲法的結構調整章節安排，將憲法理論移到前面作為緒論，再依序為基本權利、中央政府體制、地方政府及基本國策等。
- 2)由於本研究結果是由許多作者合著彙編，因此有少數格式不一致。建議除憲政理論外，在格式上建議從前言、案例介紹、案例爭論要點與實務見解、以及案例檢討等依序排列，最後加上參考書目和進一步閱讀的書目，以利閱讀。
- 3)有少數章節沒有前言，建議加上一些背景的介绍，以便讓入門的初學者有基本的知識。也有少數章節沒有列舉進一步閱讀的參考資料，建議增列有代表性的書籍以作為讀者進階閱讀和研究的參考。
- 4)建議在附錄中，增列現行憲法及相關重要文獻以方便讀者參考。

整體而言，這是一本具有知識性、啟發性的研究成果，以「你也可以學好憲法為題」，參考價值極高。除了可以作為推動憲法教學的優良教材，也是重要的學術研究成果。

#### 四、第四次諮詢意見

1. 時間：96.4.17 上午八時至十二時
2. 地點：SS527
3. 專家講座：魯俊孟副教授（東海大學行政管理暨政策學系副教授）
4. 意見諮詢內容：建議修正意見
  - 1)本書之撰寫目的——一本給非法律系學生的憲法教材——是市面上憲法教科書從未採取的研究方向，而且是正確的方向。我國憲法教育，在大學層級過程，如非法政科系之學生，經常將學習了解憲法之相關課程視為不必要之學習干擾、或是必經之痛苦過程，往往導致非法政科系學生將憲法課程視為洪水猛獸，避之惟恐不及。所以以非法律系學生之角度

出發，撰寫適合的憲法教材，撰寫團隊所面臨的挑戰，可謂巨大。

- 2) 如果以非法律系學生的觀點來審閱本書之章節專題安排程序，以及憲政理論部分之章節內容安排，撰寫團隊所擬定之構想，基本上符合本書書名所建議之期望方向。
- 3) 在憲政理論內容部分，撰寫團隊所提出之章節內容，如果以非法律系學生為主要教授對象，可能有以下觀點須多加注意：
  - A. 遣詞用句應儘量少用專業名詞，或是針對專業名詞以頁邊註（或是圖表）等，加以說明之。以豐富編排內容，並增加可讀性與趣味性
  - B. 若干觀念如人民主權等牽涉到憲政理論之歷史進程，建議大量使用「說故事」(story-telling) 方式撰寫，將相關理念之歷史沿革，以說故事的方式，告知讀者，來增加本書之吸引力，避免法政教科書被人視為用詞艱澀、乏味無趣之批評。
  - C. 若干撰寫團隊之抒發意見，如有牽涉其他相關觀念時，也建議多使用註釋說明，以幫助讀者了解撰寫團隊為何在此處引用此相關觀念之理由，並針對引述之相關觀念加以說明，來降低閱讀時之門檻，增加讀者之學習情緒。
- 4) 持平而言，本書以非法律系學生作為撰寫目標，是一項正確且具有時代意義之創舉。如果主要閱讀者設定為非法律系學生，則應該多加注意法律名詞之使用，並且以說故事之方式，對於相關複雜理念提供解釋，將會使本書成為幫助非法律系學生理解並欣賞憲法之重要著作。

## 捌、印製專書

目前已經洽請新學林出版公司出版，現正作最後文字修正，預計九月開學前可印製完成，本書的封面如下：

