

名師啟試錄 ①

憲法學習方法與解題說明

編目：憲法

主筆人：歐台大

壹、前言

本文旨在透過分享一些憲法學習上以及考試上之相關技巧，以期能對讀者在憲法考科之準備上能有所助益。

在架構上，本文貳之部分會針對憲法考科學習上的要點為說明，接著本文參之部分會就答題上一些通案性之原則、應注意事項為簡略分析。至於本文肆部分則針對憲法考科出題大宗——基本權違憲審查之寫作架構為介紹。最後在本文伍之部分舉一實例作為示範，使同學更能掌握如何將所學應用於具體考題中。

貳、憲法準備要領

一、大法官解釋的重要性

憲法條文由於本身的高度抽象性，難以直接操作，需要通過大法官解釋來加以填充（甚至是取代）憲法條文的意涵。因此「**大法官解釋**」其實就相當於一般法律考科的「**條文**」，是憲法的必備工具，同學們在學習憲法時，無論是哪個章節、哪個爭點，遇到問題第一個反應一定是：對於這個問題大法官有沒有作過什麼相關解釋呢？

二、學說見解要看什麼？

就憲法考科而言，學者的期刊論文在考試上的重要性不高，不過必須注意的是，「**大法官意見書**」可能就相對重要許多！由於憲法考科幾乎是在考大法官解釋，因此如果需要對該號解釋有所批判，要從哪裡取得素材呢？最好的素材就是該號解釋中大法官所撰寫的意見書，若是重要的釋字，可以挑該號解釋的一份協同意見與一份不同意見來閱讀，如此便能充分理解該號解釋，並提出批判。

三、各章節之時間分配

我們把準備國考的漫漫長路分為「一試前」與「一試後」，這兩個階段在準備上的重點會有所不同：

1. 一試前：就憲法這一科而言，在這個階段值得同學們花最多時間學

習的絕對是「基本權」的部分，理由無他，因為基本權每年必考而且佔分最高！另外，基本權章節內容十分豐富，不太可能考前速成。

2.一試後：考前一定要再次複習「違憲審查制度」這一章節！理由在於，違憲審查制度有比較多需要背誦的程序規定，考前如果沒有再次看過很容易忘記，而且這一章節的題目幾乎有讀有分，比較容易速成，千萬要把握。

四、多關注時事

每年都會有新的憲法爭議，也幾乎每年考試都會把該爭議出成考題（例如：105年研究所考出多數黨組閣、大法官再任等國家組織憲政爭議，106年研究所更是出現轉型正義、同性婚姻等議題），因此同學們一定還是要稍微關心時事，當然也不用很深入鑽研各議題，因為其實通常也只是用時事來包裝考題而已，最後答題關鍵還是回歸各基本概念，只是說如果能對該議題有些初步的認識，在考場上遇到才比較不會有被突襲的感覺。

參、解題寫作建議

一、分點分項之重要性

由於改題老師花在每份考卷的時間不多^{註1}，因此在答題上一定要能適當的分點分項，讓老師能很快看出自己的思考邏輯以及答題架構，並減輕老師改題上的負擔，如此在分數上必然是能夠有所回饋的。

二、點出爭點

通常老師在出題時，都是「先想爭點，再設計題目」，因此老師最想在考卷上看到的，就是看考生們有沒有問題意識、知不知道本題的爭點所在。所以答題一定要緊扣爭點，千萬不要寫一堆無關的以為可以賺墨水分^{註2}。

三、「標題」之寫法

由於改題老師花在每份考卷的時間不多，不太可能細細品味考生寫的一字一句，因此標題必須要夠「吸睛」，以利老師能在短時間內迅

^{註1}根據一些老師們在上課時的經驗分享，每題大概最多只會看一分鐘左右。

^{註2}改題老師動輒一次要改上百份考卷，如果是你，你會想看考卷上出現一堆無關的文字嗎（何況老師們可能視力都不太好，加上許多學生字又很醜，老師一定是看到崩潰），所以千萬不要再有寫多可以賺墨水分的迷思！反而往往只會有扣分的效果而已。

速掌握你答題的核心，而好的標題在撰寫上可能有兩種方式：

(一)直接開宗名義給出本題的明確答案

例如：「系爭法令合憲／違憲」、「甲之主張有／無理由」。這種下標方式適合用在有明確答案（或至少你很有把握）的情形上，這樣的好處在於老師可以在一開始就知道你的心證，如果你的答案是對的，那老師只要在答案中抓一些關鍵字就很快就能給出分數了，你幫老師省下時間，老師當然也會用分數回報你的。

(二)點出本題之爭點

例如：「本家中甲之主張是否有理由，涉及 XXX 之爭議」，「系爭法規是否合憲，涉及非刑事被告之人身自由拘束是否有『法官保留』原則之適用」。這樣的寫法雖然無法讓結論一目瞭然，但能讓老師知道你有找出問題意識的能力，只要老師認為你有掌握問題意識而不是在瞎寫，老師就會願意繼續看下去。

四、「學說爭議」之鋪陳

當一個爭點有學說／實務見解分歧的情形時，答題上應該如何鋪陳？以下說明兩種答題模板，並提出一些想法心得：

(一)先全部寫出來，再選自己要的

這種寫法是傳統上法律人討論爭議的方式，也就是先臚列各家學說，最後再採一說：

- | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 甲說 2. 乙說 3. 丙說 4. 本文（學生）採 X 說 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

這種模板的好處是十分安全，畢竟這是長久以來普遍的寫法；壞處在於這樣的寫法有過度制式化之嫌，欠缺批判性。理由在於，一開始在介紹甲乙丙說的時候，其實多少就已經會提到各說採或不採的理由，因此最後在提到本文要採哪一說得時候，往往已經沒有什麼特別的理由可以寫，看起來就像是用擲骰子的方式選出結論，欠缺說服力。

(二)先寫不要的，再寫要的

這個寫作方式是我在大學課堂上聽過幾位老師提過喜歡這種寫法。舉例而言，某個問題有學說與實務的爭議，那如果我不要採實務見解而是採學說見解，就會這樣寫：

【高點法律師事務所】

版權所有，重製必究！

1. 實務上有認為…（介紹自己所反對的見解）
2. 惟本文基於以下理由，認為…（寫出學說見解）

相較於第一種寫法，這種寫法明顯比較有辯論的感覺，並且在論述上更為豐富，而不是單純陳述各家學說再採一說。此外值得注意的是，106年題型改變以來，許多考題中都會特別註記「請就本案附具個人意見」，因此採用第二種寫法可以把自己想採的學說／實務見解直接變成「個人見解」，乍看之下好像自己很有想法、很有學問似的^{註3}！

肆、基本權違憲審查架構流程

基本權考題中，最常出的考題就是給一個法令要考生分析其合憲性，原則上針對此類法令違憲審查之架構流程如下所示^{註4}：

- 一、所涉基本權
 - (一) 基本權主體
 - (二) 基本權保護領域
- 二、基本權之侵害
 - (一) 何謂「侵害」？
 - (二) 侵害源之判斷
- 三、侵害之合憲性審查
 - (一) 形式合憲性
 1. 法律保留原則（授權明確性原則）
 2. 法律明確性原則
 - (二) 實質合憲性
 1. 目的
 2. 目的與手段間關聯性
- 四、結論：系爭規定合\違憲

- 一、說明
 - (一) 所涉基本權

^{註3}不過當然，兩種寫法都沒有對錯可言，自己寫的順最重要。

^{註4}本部分主要係參考：李建良（1999），〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，氏著，《憲法理論與實踐（一）》，頁 57-101；許宗力（2003），〈基本權利：第六講 基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，第 11 期，頁 64-75；許宗力（2003），〈基本權利：第六講 基本權的保障與限制（下）〉，《月旦法學教室》，第 14 期，頁 50-60。

1.基本權主體

個案中之主體可否受基本權保障？例如：外國人、大陸地區人民、法人等得否主張基本權之問題^{註5}。

2.基本權保護領域

是否所有行為都受到憲法基本權所保障？還是說基本權本身就具有一定的「內在界限」，因此有些行為自始不受憲法基本權所保障^{註6}？

(二)侵害源之判斷

1.何謂「侵害」？

現今通說則認為凡國家行為而致人民之基本權利無法完善行使者，均可能構成對基本權之侵害。

2.侵害源之判斷

侵害源係來自於國家或私人？若為國家，則進入下一步審查，若為私人，則要討論「基本權對第三人效力」之問題^{註7}。

(三)侵害之合憲性審查

1.形式合憲性

強調國家限制基本權時應符合一定之形式要件，包括「法律保留原則」與「法律明確性原則」之審查。

2.實質合憲性

實質合憲性審查係著眼於限制之實質內容，筆者建議讀者們採用美派之三重審查標準（standard of review）^{註8}：

	合理審查 (寬鬆審查)	中度審查	嚴格審查
--	----------------	------	------

^{註5}詳見：許宗力（2002），〈基本權利：第三講 基本權主體〉，《月旦法學教室》，第4期，頁80-88；廖元豪（2008），〈移民—基本人權的化外之民—檢視批判「移民無人權」的憲法論述與實務〉，《月旦法學雜誌》，第161期，頁83-104。

^{註6}詳見：李建良（1999），〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，氏著，《憲法理論與實踐（一）》，頁57-101。

^{註7}當然，如果國家是以私人地位從事私法行為，就要進一步討論基本權國庫效力之問題，詳見：許宗力（2003），〈基本權利：第五講 基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，第9期，頁64-73。

^{註8}關於美國「standard of review」之用語，在翻譯上有學者稱之為「審查基準」（例如：廖元豪教授），亦有稱之為「審查標準」（例如：黃昭元老師）者，無論為「審查基準」或「審查標準」，兩者內涵相同，並無區分實益與必要而可交互使用。而「審查密度」則多為留德學者之用語。

目的	正當利益	實質重要利益	重大迫切利益
目的與手段關聯性	合理關聯	實質關聯	必要關聯 (貼身剪裁)
特色	1.推定合憲 2.行政成本可作為	個案權衡	1.推定違憲 2.行政成本不可作為重大迫切利益 3.政府部門負有證明法律合憲之舉證責任

二、解題寫作注意事項

(一)審查流程圖只是為了建立思考體系，不必全數呈現在考卷上

基本權的審查流程只是讓同學們建立思考體系，以免在思考上忽略掉任何一個爭點，然而同學們在作答時重點仍在於**緊扣爭點作答**，與爭點無關的只要一句話簡略帶過即可（甚至若配分篇幅較少，可忽略不寫）。

(二)並非所有基本權考題都適用此一審查流程圖

此一審查流程圖主要是針對國家行為而設，尤其是形式審查下的法律保留、法律明確性原則，以及實質審查下的比例原則，更是明顯可看出是針對國家行為而設。因此在「侵害源」的判斷上，若為來自私人的侵害，就不會進入上述之形式與實質審查，而是要使用「**基本權第三人效力理論**」，進行利益衡量。

(三)實質合憲性之審查不以「目的與手段關聯性」為限

原則上在實質合憲性的審查上確實只要操作美國的三重審查標準即可，然而必須注意的是，有些基本權可能會有自己的特殊實質合憲性要件，例如：憲法第8條關於限制人身自由之「**正當法律程序**」；此外，若是涉及「**平等權**」也會有不同的審查模式。

伍、實例說明

【106年律師第一題(節錄)】

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

依現行高級中等教育法及相關辦法之規定，教育部公告科目之高中教科用書應先經審定後，各高中始得選用。假設有A出版社依教育部公告之課程綱要，編輯有高中歷史教科用書一套。A出版社自認其教科用書不僅符合規定，而且內容精彩，無須審定，於是直接提供給多所高中選用。然各該高中都以其教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單。A出版社認為教科用書審定制度違憲，無意進行相關爭訟；又鑑於各校選用教科用書期限迫近，A出版社未經任何訴訟，即逕行向司法院大法官聲請解釋，主張高中教科用書審定制度違憲，同時聲請司法院大法官作成下列暫時處分：(1)高級中等教育法第48條第2項及高級中等學校教科用書審定辦法第16條規定中，有關高中教科用書應先經審定後始得選用之規定，應暫時停止適用；(2)教育部應通令各高中不得以教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單；(3)各高中不得以A出版社之系爭歷史教科用書未經審定為由，拒絕納入選用名單。請問：

- (一)在程序上，A出版社如要說服司法院大法官受理其釋憲及暫時處分之聲請，可主張那些理由？(20分)
- (二)就高中教科用書應先經事前審定後始得選用的實體爭點，請從A出版社的觀點，說明A出版社得主張的違憲理由。(30分)

參考法條

高級中等教育法第1條：「高級中等教育，應接續九年國民教育，以陶冶青年身心，發展學生潛能，奠定學術研究或專業技術知能之基礎，培養五育均衡發展之優質公民為宗旨。」

第2條第1項：「九年國民教育及高級中等教育，合為十二年國民基本教育。」

第43條：「中央主管機關應訂定高級中等學校課程綱要及其實施之有關規定，作為學校規劃及實施課程之依據；…」

第48條第1項：「高級中等學校教科用書，以由民間編輯為原則，必要時，得由中央主管機關編定之。」第2項：「高級中等學校教科用書，由國家教育研究院審定；申請教科用書審定者之資格、申請程序、審查範圍、審查程序、費額、審定執照之發給與廢止、印製規格、成書修訂、稀有類科教材之編訂與獎助及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。」

第49條：「高級中等學校教科用書應由各學校公開選用；其選用規定，由學校訂定，經校務會議通過後實施；其相關採購方式，由各該主管機關定之。」

高級中等學校教科用書審定辦法第1條：「本辦法依高級中等教育法第四十八條第二項規定訂定之。」

高級中等學校教科用書審定辦法第1條：「本辦法依高級中等教育法第四十八條第二項規定訂定之。」

第2條第1項：「本辦法所稱教科用書，指依高級中等學校課程綱要（以下簡稱課程綱要）規定編輯之學生課本。」

第2項：「依本辦法規定審定之教科用書，其審定科目由教育部（以下簡稱本部）公告之。」

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

第3條第1項：「本辦法所稱審定機關，指國家教育研究院。」
 第4條第1項：「申請人就同一科目教科用書，得依冊序分別或同時申請審定。」
 第3項：「教科用書依第一項規定申請審定，或配合課程綱要修正應重新審定者，依本部公告之審定期間及實施方式辦理。」
 第13條第2項：「教科用書經審定者，由審定機關發給審定執照；...」
 第16條：「申請人不得以未經審定之書稿，提供學校作為選用教科用書之用。」

【題型解析】

106年考題改制後，憲法一題就是100分，在這樣的題型設計上，更容易出現這種「先程序後實體」的考題，也就是先問程序上應如何聲請釋憲，接著問實體上系爭法令是否違憲，因此再強調一次，**憲法在準備上一定要將火力集中於「基本權」與「違憲審查制度」這兩個章節上！**

【擬答】

(一)A 出版社得主張其聲請符合「無庸『窮盡救濟途徑』」之例外情形

1.按司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定，人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者得聲請釋憲。又所謂「確定終局裁判」，解釋上係指「窮盡救濟途徑」而言，蓋基於違憲審查制度之「補充性原則」，人民若尚能從其它管道獲得救濟，即不許其逕行聲請釋憲，故而A出版社似不得未經任何訴訟程序即逕行聲請釋憲。

2.惟無論實務或學說見解，均肯認例外時人民得直接聲請釋憲，無庸滿足「窮盡救濟途徑」此一要件，詳言之：

(1)實務上大法官第1125次會議決議中指出，若聲請案件在憲法上具有原則之重要性，且事實已屬明確而無爭議時，此時當事人即可例外逕行聲請釋憲，而無庸窮盡救濟途徑。

(2)學說上則進一步說明，若人民有正當理由確信其無法於一般訴訟途徑中獲得救濟，或若歷經窮盡救濟的途徑將使當事人遭受到重大且無法回復之不利益，或該案件具有憲法上之重要意義上等，此時基於訴訟經濟、人民權利保障等理由，應許人民不待「窮盡救濟途徑」即可聲請釋憲。

3.本案中，由於案件事實已屬明確，僅就系爭規定之合憲性有所疑義，且系爭規定涉及「言論自由之事前審查」，屬於對言論自由侵害最嚴重之情形，其合憲性之爭議顯然具有憲法上之原則重要性；又由於各校選用教

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

科用書之期限迫近，若仍需窮盡救濟途徑後方能聲請釋憲，顯然緩不濟急，與釋字第 744 號解釋指出涉及事前審查時應予「及時司法救濟」之意旨不合。綜上所述，A 出版社得主張其符合無庸窮盡救濟途徑之例外情形，故大法官應予受理。

(二)甲得主張教科書審定制違憲之理由說明如下^{註9}：

1. 所涉基本權

教科書審定制限制高中教師選用未經審定教科書之教學自由、高中生閱讀未經審定教科書之學習自由，並限制出版社受憲法第 11 條所保障之出版自由，且構成對於出版自由之事前審查。

2. 形式合憲性

依釋字第 443 號解釋之意旨，對於剝奪人民生命或限制人身自由之其他權利，應以法律訂之，若以法律授權主管機關為補充規定，應符合授權明確性原則。高級中等學校教科用書審定制第 16 條限制人民之出版自由，欠缺法律授權，違反法律保留原則；反之，若認為上開規定係由高級中等教育法第 48 條第 1 項授權，則高級中等教育法第 48 條第 1 項所授權之目的、內容、範圍並不明確，違反授權明確性原則。

3. 實質合憲性

(1) 審查基準之擇定

言論自由之事前審查，自始禁止言論之出現，使人民無從知悉、檢驗或反駁相關主張，屬於對言論自由對嚴重之侵害，應採嚴格審查標準。又依釋字第 744 號解釋之意旨，在涉及言論自由事前限制之嚴格審查標準下，法令之目的必須為「避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的」，目的與手段間必須具有「直接及絕對必要關聯」，且必須賦予人民「立即司法救濟」之機會作為配套。

(2) 目的

教科書審定制之目的，在於維護社會基本價值、保護青少年，並確保教科書內容符合課綱要求，以提升教育品質。惟在多元社會中，基於

^{註9}許育典（2007），〈教科書審定制的合憲性探討〉，《東吳法律學報》，19 卷 1 期，頁 1-50。

價值相對論，應無社會基本價值而言，更不會有對青少年產生危害之可能，難認上開目的具正當性，且上開目的更非屬避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即且難以回復之損害之特別重要公共利益，應屬違憲。

(3)退步言之，縱使認為教科書審定制之目的具有合憲性，其手段與目的間顯然欠缺直接及絕對必要關聯：

①縱使認為社會上各種價值有優劣之分，並有保護青少年之必要，在方法上應以更多之言論加以治癒，而非事前阻斷教師及學生吸收多元資訊之可能；尤其高中生處於人格養成之前期，教育內容若能提供多元資訊，能讓學生從中得到探索自我、實現自我之機會，並使學生能於人格形成之前期，便有機會習慣社會多元之面貌，更是有助於建立兼容並蓄之社會。

②或謂，教科書審定制可避免教科書內容錯誤之問題，惟教科書錯誤可藉由教師之專業能力予以解決，又在當代資訊取得便利之時代，失去壟斷地位之教科書，其正確性是否如同往昔一般重要，恐有疑問。反之，縱使採審定制，亦不當然能避免教科書之錯誤，充其量僅係使教科書之內容符合國家利益而已。

(4)此外，在現行採行事前審定制下，未賦予出版社有及時司法救濟之機會，亦有違釋字第744號解釋之意旨。

4.綜上所述，教科書審定制應為違憲。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！