

憲法篇

主筆人：韓台大

壹、鑑往知來

- 一、歷年來，司律國考生常以各校法研所考試為司律考試之前哨站，探究其因有二，其一為兩種考試之應考人重疊性高，可推出自身於司律考生中之程度優劣；其次則係因出題教授群相同，可嗅出當年司律考題之命題方向。本文即以前開概念為基礎，分析 104 年各校法研所公法題目，以此剖析 104 年司律考試中公法憲法此科之命題趨勢。
- 二、在進入本文重心之前，且回顧在 100 年改制後，上開風向球是否因改制而有所失準，或仍係有所相當準確性。

舉例

※103 年成功大學法研所公法組

試述憲法上基本權利規定的本質為何？請嘗試從此基本權利本質的類型推論出基本權利的功能建構，並藉此論述基本權的保障內涵。(30%)

※103 年司法官憲法第四題(節錄)

都市更新條例中有關主管機關核准都市更新事業概要之規定，因未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，經司法院大法官釋字第 709 號解釋宣告違憲。有關申請核准都市更新事業概要之規定，其同意比率太低，亦經該解釋宣告違憲。請回答以下問題：基本權利之功能，向有主觀公權利與客觀法秩序之區別，請說明其內容。又上述大法官解釋涉及那些基本權利之客觀法秩序功能？(25 分)

參考法條：

都市更新條例第 10 條 (九十七年一月十六日修正公布)

經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣(市)主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施之。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；其同意比例已達第二十二條規定者，得免擬具都市更新事業概要，並依第十五條及第十九條規定，逕行擬具都市更新事業計畫辦理。

地方制度法第 18 條

下列各款為直轄市自治事項：

六、關於都市計畫及營建事項如下：

- (一) 直轄市都市計畫之擬定、審議及執行。
- (二) 直轄市建築管理。
- (三) 直轄市住宅業務。
- (四) 直轄市下水道建設及管理。
- (五) 直轄市公園綠地之設立及管理。
- (六) 直轄市營建廢棄土之處理。

★東吳 102 年法研所入學考試

某直轄市政府辦理自治事項，該管中央主管機關認其違背中央法規，報行政院予以撤銷，並命其停止執行。該直轄市政府主張，所涉中央法規違背憲法保障地方自治之意旨，應屬無效之法規，即不生其辦理自治事項牴觸中央法規之問題。就前揭爭議，該直轄市政府擬聲請司法院解釋；試問其應遵循之聲請程序如何？就此問題，司法院大法官釋憲實務之見解如何？

★司法官 102 年考試

某 A 縣設有污水處理廠，並有編列預算執行污水處理的工作，但由於財政困窘，無法更新其設備，致其污水未經妥善處理即行排出而違反放流水標 1 項予以處罰，並斟酌其未設置水污染防治設備，節省新臺幣 3000 萬元之準。政院環境保護署（以下簡稱環保署）認應依水污染防治法第 40 條第 1 項成本，乃裁罰 A 縣政府 3000 萬元之罰鍰。

又該 A 縣縣議會決議通過「A 縣機動車輛停車怠速管理自治條例」，對其縣境內之車輛怠速超過 2 分鐘者，即予處罰（環保署所定「機動車輛停車怠速管理辦法」規定逾 3 分鐘才予以處罰）。A 縣政府依地方制度法第 26 條之規定，送請中央主管機關環保署核定時，環保署認為該罰鍰規定牴觸逾 3 分鐘才處罰之標準，遂依地方制度法第 30 條第 4 項函告無效。試問：

- (一) 環保署對 A 縣政府科以超過水污染防治法第 40 條第 1 項之法定罰鍰最高額之處罰，是否於法有據？

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(二) A 縣政府主張，其對於該縣境內車輛怠速之處罰，係依據地方制度法 19 條第 9 款「縣(市)環境保護」之規定，應屬地方自治事項，為維護該縣之空氣品質，自得訂定更嚴格的標準。則 A 縣政府若針對該函告不服，應如何進行司法救濟？又其主張是否有理？

三、從上開命中分析，筆者歸納出兩點結論。其一、100 年改制後，以各校法研所考題為司律國考風向球仍具準確性；其二、各校法研所考題為司律國考風向球，並非限於該年度，約三年內之考題皆有參考價值。

貳、風向預測

其一、馬王政爭落幕-國考命題之序幕

概念解析：

馬王政爭雖已於今年落幕^{註1}，惟其所引起之議題，於憲法學界仍未平息，如 2015 年 4 月 25 日之台灣憲法學會研討會中，詹鎮榮教授即為文針對政黨可否對開除黨籍使國會議長下台提出見解，以及政黨是否有民主原則之適用，凡此皆與馬王政爭相關。又於 2015 年政大法研所亦針對政黨是否有民主原則之適用為出題，是故本文試圖將馬王政爭之相關爭點彙整如下，以之為國考風向球。

主題一、政黨是否有民主原則之適用

主題二、政黨可否開除黨籍使國會議長下台

主題三、檢察總長於我國憲法學上之爭議

主題一、政黨是否有民主原則之適用

爭點一、政黨是否適用民主原則

一、政黨有民主原則之適用

(一)實務見解

政黨須對其黨員制裁處分時，人團法第 49 條前段已有規定：「政治團體應依據民主原則組織與運作」部分，參諸人團法第 44 條明白規定「政治團體係以共同民主理念，協助形成國民政治意志，促進國民政治參與為目的，由中華民國國民組成之團體」之意旨，堪認「民主原則」確為政黨組成及運作

^{註1}可見，自由時報，〈最高法院裁定承受黨籍案 國民黨：王案已經落幕〉
<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1248418>

之最高指導原則，俾經由政黨內部之民主，確保政黨能切實的以「共同民主政治理念」為根基，而達成「形成國民政治意志，促進國民政治參與」之外部（即國家、社會）民主。

(二)詹鎮榮^{註2}

雖政黨為私人，故應有所謂政黨自由，然政黨有其特殊地位，蓋政黨為現代民主憲法國家中，整合國民政治意義及實現國民民主參與不可或缺之機制，故其應有民主國原則之適用，政黨自治即須退讓。

二、國民黨考紀會之處分是否符合民主國原則

※高等法院之判決

「民主原則」已係現代民主國家所追求之理想願景，並為當今思潮所推崇之普世價值。上訴人所屬專責單位即中央考紀會對被上訴人作出系爭處分，亦不得違背人團法第 49 條所揭示之「民主原則」。惟查上訴人之中央考紀會委員係依考紀會委員遴派辦法第 2 條、第 3 條組成，顯非經由會員或會員代表提名、選舉、同意而產生，僅係經由祕書長簽報主席核定聘派，即行決定之人選，已不符合人團法第 49 條所稱之「民主原則」，且所作成系爭處分之多數共識決過程，復有違大法官解釋文及解釋理由所闡述之須符合「民意政治」理念為根基之「多數決原則」，是被上訴人主張中央考紀會作成系爭處分之程序，不符合人團法第 49 條所稱之「民主原則」，系爭處分為無效等語，尚非無據。

爭點二、政黨自治構成司法界限

一、學理上

※陳新民大法官

黨員與政黨之關係為私法關係，故國家的法院當然有管轄權，然政黨內常有審查機制(如考紀會等)，此時法院可否在為介入，比較法上認為為了尊重政黨的自治權以及為保障黨員的權利，法院對有關政黨內部的爭紛事件，以採形式審查為主，即有無依照程序，而實體上，對於政黨內部的決定亦必須遵守法律的指導原則，如誠信原則、公序良俗及權利不可濫用等，或

^{註2} 〈黨內民主之憲法要求〉，《月旦法學教室》，第 36 期。

有謂有限度審查說。

※高等法院判決

判決政黨與黨員間因制裁處分所衍生黨員權益是否受損之訴訟，民事法院既僅得就制裁處分踐行之程序是否妥適，**程序是否有違法等涉及程序之公正與否事項，始得介入審查**，惟有關政黨內部因其自律權對黨員所踐行之處分內容，如涉及該制裁處分是否有理，**或該處分是否相當、妥適等涉及實體上事項，原則上即應委由政黨內部機制判斷之**。準此，上訴人作成系爭處分是否有違民法第 72 條規定之公序良俗？或同法第 148 條之權利濫用？因已涉及系爭處分作成時之實體上價值判斷範疇，揆諸前開說明，民事法院自不宜介入審查。

◎風向考題

※104 年政治大學法研所

台北地方法院 102 年度訴字第 3782 號判決引用民法及人民團體法之規定，認為政黨章程有關黨員除名之程序，必須符合民主原則，不能依憑非社團民意基礎組成的內部機關決議。請問政黨內部民主原則除有上開法律之依據外，有無憲法上之倫理依據？

主題二、政黨可否開除黨籍使國會議長下台

(一)合憲說^{註3}

在 1993 年，大法官明確地表示，不分區立委或國代既係由所屬政黨依其得票比例分配名額而當選，如喪失其所由選出之政黨黨員資格時，即失其當選之基礎，自應喪失其中央民意代表之資格，方符憲法增設此一制度之本旨。而廖教授以為政黨開除黨籍正是大法官在不分區代表無法被罷免的情況下，所建立之另一種相當罷免之機制。

(二)違憲說^{註4}

「我國不分區代表的設立旨在使中央民意機關…能體察全國民意」，此為大法官釋字第 331 號之意旨。而不分區立委不是代表政黨，因此宣示條例第 6 條明定，立法委員及立法院長就職前必須宣示「恪遵憲法，效忠國家，代表人民依法行使職權」。釋字第 331

^{註3} 廖元豪(2013)，〈開除國會議長是合憲〉，《台灣法學雜誌》，第 233 期，頁 9。

^{註4} 陳英伶(2013)，〈假處分定馬王憲政地位〉，《台灣法學雜誌》，第 233 期，頁 3。

號，誤將比例代表的投票理解為選民對政黨的空白授權，使得政黨取代國民全體，更將憲政黨解散後，其比例代表喪失資格之規定，作為喪失黨籍即喪失

立委資格的立論基礎，完全顛覆自由委任的核心意義。則釋字第331號應屬不合潮流之解釋，當非能據此以認撤銷黨籍使國會議長下台為合憲。

主題三、檢察總長於我國憲法學之爭議

爭點一、檢察總長是否應受立法院質詢或備詢

(一)立法院之質詢與備詢權

- 1.依憲法第71條及憲法增修條文第3條第2項第1款等規定，向各院院長及各部會首長「質詢」。
- 2.依憲法第67條規定，邀請政府人員及社會上有關係人員到會「備詢」。

(二)檢察總長至立法院備詢-法院組織法之特別規定

法院組織法第66條第10項，最高法院檢察署檢察總長除年度預算案及法律案外，無須至立法院列席備詢。

爭點二、檢察總長與總統之關係

概念一、我國之政府體制

通說目前為雙首長制，主要理由憲法增修條文與大法官解釋

(一)憲法增修條文規定

如總統任命行政院長無須經立法院同意

(二)大法官解釋

1.大法官釋字第 461 號認為我國並非一般的內閣制

…於有關機關提供參考資料以後，倘對其內容發生疑義，須待進一步詢問，以期澄清者，其邀請到會之政府人員，尤不得置之不理。又因我國憲法上中央政制，與一般內閣制有別…。

2.大法官釋字第 520 號認為行政院長負責之模式類似雙首長制

…於不能協商達成解決方案時，各有關機關應循憲法現有機制為適當之處理，諸如：行政院院長以重要政策或施政方針未獲立法院支持，其施政欠缺民主正當性又無從實現總統之

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

付託，自行辭職以示負責；立法院依憲法增修條文第三條第二項第三款對行政院院長提出不信任案，使其去職（不信任案一旦通過，立法院可能遭受解散，則朝野黨派正可藉此改選機會，直接訴諸民意，此亦為代議民主制度下解決重大政治衝突習見之途徑）…。

概念二、檢察總長不對總統或是行政院長負責^{註5}

(一)檢察一體不及於法務部長

1.何謂檢察一體

所謂檢察一體原則，係指全體檢察官在檢察總長、檢察長指揮監督行使其檢察職權，形成以檢察總長為頂點，具有上命下從階層關係之金字塔指揮監督體系，並可藉檢察總長、檢察長之事務承繼權、事務移轉權，由檢察總長、檢察長親自處理個別檢察官事務或移由他檢察官處理。換言之，檢察一體係指全體檢察官基於有機體之組織，為一體之活動，於檢察機關上下間，階級攸分、命令服從，且上下縱橫、脈絡連貫，息息相關，故職務實施雖屬一人，然增員協辦、代替移轉，程序簡便；其行使職權，不論在縱的方面或橫的方面，係成一個總體，學術上稱此為檢察一體原則。

2.法官法之明文

法官法第 94 條第 2 項，前項行政監督權人為行使監督權，得就一般檢察行政事務頒布行政規則，督促全體檢察官注意辦理。但法務部部長不得就個別檢察案件對檢察總長、檢察長、主任檢察官、檢察官為具體之指揮、命令。

(二)檢察一體更不及於總統或是行政院長

從上述可知，現行法制上，檢察一體不及於法務部長，更何況是行政院長或是總統。行政院長雖在組織法上係屬於法務部之上級機關，從政治上雙首長制的角度來看，行政院長及總統的確對於檢察總長有高度的影響力，且在司法行政上對於法務部有監督權，然此種監督也僅於政策決定及監督，對於具體犯罪之個案的偵查，法律上並無指揮監督，換言之，檢察總長在法律上應該抵抗行政院長與總統為是。

^{註5}李惠宗(2013)，〈從我國憲政體制看九月政爭〉，《月旦法學教室》，第 233，頁 3。

爭點三、檢察總長之退場機制

(一)退場機制

1.檢察總長受任期保障制：

依法院組織法第 66 條，檢察總長受四年任期保障制。而於法院組織法中，並無檢察總長退場之機制。

2.學理上之探討：

就此學理上提出下列看法可資參照

(1)依監察院彈劾為標準

此說認為以監察院彈劾為檢察總長下台之機制。

(2)依公務員法懲戒法

有認為依公務員懲戒法第 4 條第 2 項，主管長官對於所屬公務員，依第 19 條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議而認為情節重大者，亦得依職權先行停止其職務。

(3)依立法院罷免

此說認為，依法院組織法第 66 條，既檢察總長須經立法同意，則應認立法院有罷免權。

(4)依總統為之

此說認為，依法院組織法第 66 條，既檢察總長須經總統提名，故應由總統命其下台。

◎風向考題

※104 年台灣大學法研所公法組

1997 年國民大會修憲，拿掉了總統任命行政院長必須經過國會同意的程序要求。這一個憲政發展上的變化，對後來台灣的憲政運作與秩序究竟產生何等的影響，是研究台灣憲政發展的重要課題。請從以下三面方面分析論述：

- 1.從憲政變遷的觀點，分析政府體制的定位。
- 2.配合司法院解釋與政治實踐，分析行政院長及各部會首長提出總辭的時機。
- 3.以「王金平涉關說開除黨籍案」與「太陽花運動」為背景，說明總統與行政院長的職權互動。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

※104 年中正大學法研所公法組

X 為某政黨高層人士，於二〇一三年某日遭某檢察機關首長 Y 透法案件向管轄之檢察署長官進行關說。之後，Y1 在無法院核發之通訊監察書(下稱「監聽票」)之下，持續進行監聽。Y 於立法院接受質詢期間，更爆發在無監聽票之下，監聽立法院總機事件，引起輿論譁然。

請基於以上事實，依主要學說、司法實務見解及相關法規分析 Y 及 Y1 所做之監聽是否合乎憲法第十二條所保障之秘密通訊？

※103 年台大法研所公法組

最高檢察署特偵組為調查某地院法官某甲疑涉貪汙案件，經法官核發通訊監察書，開始對某甲進行監聽。監聽一段時間後，雖終究未能發現某甲貪汙事證，卻於監聽過程意外獲知某甲有召妓行為。檢察總長某乙知悉，憤怒異常，認司法人員該為民表率，怎能有如此敗壞道德風氣之行為，乃備齊某甲涉及召妓之監聽譯文，除召開記者會公布，透過媒體討伐，並移送監察院處理。監察院審查後，以某甲違反法官倫理規範，情節重大為由，對某甲提出彈劾，移送司法院職務法庭審理。某甲雖未明白否認召妓一事，但爭執證據取得的適法性，職務法庭最後仍判決撤職並停止任用一年之處分。試附理由從憲法觀點，評價檢察總長某乙對本案之處置，以及職務法庭的判決。

其二、太陽花運動-開出命題的花朵

概念解析

太陽花運動於我國除了為民主運動留下扉頁外，更進一步為憲法學提供相關之素材，又台大法研所與政大法研所於 2015 年分別於國家考試命題中，出現太陽花運動為背景之題型，足見其於命題老師心中之分量。就其涉及之國考方向，分述如下：

主題一、國會議長警察權與國會自律原則

主題二、集會遊行法之違憲-論大法官釋字第 718 號解釋

主題三、服貿協議-條約之判斷-論大法官釋字第 329 號

主題四、抵抗權與公民不服從之概念

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

主題一、國會議長警察權與國會自律原則

(一)何謂國會自律原則

議會自律行爲，乃指民意代表機關，有關其整體意志形成過程的自主行爲總稱。民意代表機關在對抗行政權的過程中，發展出議會自主原則。舉凡內部組織之形成、議事規則規定、內部成員之懲戒及議會內部之議事干擾行爲等，皆不得由行政或司法機關干涉。此之議會包括立法院及各級議會與鄉鎮市民代表會。此可見大法官釋字第 342 號與 499 號。所謂「一切與國會內部議事有關之事項」，所指範疇應包括：其一、與議事過程有關、涉及議事進程序序和秩序之事項(例如法案的提案方式)；其二、國會內部組織事項(例如應設置多少或何種常設委員會)；第三、爲維持國會內部議事秩序，就國會紀律事項爲必要的規定。其中，涉及其他國家機關的憲法權利、涉及立委本身的憲法權利或違反民主原則等問題，國會議事規則並不得加以規範，它從而亦構成國會自律原則之界限。

(二)國會議長警察權

※否定論者^{註6}

我國立法院欠缺議長行使警察權的明文規定，《立法院組織法》第 3 條第 2 項只是規定「立法院長應本中立公平原則，維持立法院秩序，處理議事。」並無議長警察權條款。

議事規則對議長警察權也沒有規定，僅立法院警衛勤務規則第 5 條：「爲維護會場秩序、防止危害及保護委員安全，警衛人員得應院會或委員會主席之召喚，進入會場，執行警衛勤務。」但其位階太低，且並非以立法院長爲明確授權對象，也不適宜做爲議長警察權之依據。

其次，動用隸屬行政權之警察有混淆行政權與立法權之虞，因立法院警衛與一般警察並無二致，屬於行政權的一環，若賦予國會議長指揮監督警察之權，或令屬於行政權的一般警察介入立法院的立法過程，在體系上會有所混淆。

^{註6}劉孔中(2012)，〈建立國會議長警察權之建議〉，可參：
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120625/34323235/>

※肯定論者^{註7}

陳新民教授認為國會自律權指國會享有自律自治的權利，可以拘束國會內部的程序及議會的紀律，廣義的國會自律權包括國會秩序權（國會範圍內的秩序，以及會議進行時之秩序，均由議長或其授權之人指揮之）及警察權（議長可以行使強制實力，排除妨害國會運作之狀態），狹義的國會自律權則僅指國會內部的秩序權。

◎風向考題

※中正大學 104 年法研所

何謂國會自律(國會自治)? 國會自律之範圍為何? 國會議長警察權之行使是否屬於國會自律之範圍?

主題二、集會遊行法之違憲 論大法官釋字第 718 號解釋

- 大法官釋字第 718 號-集會遊行法申請許可規定未排除緊急性及偶發性集會遊行之部分，違憲

解釋文：

集會遊行法第八條第一項規定，室外集會、遊行應向主管機關申請許可，未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分，及同法第九條第一項但書與第十二條第二項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定，違反憲法第二十三條比例原則，不符憲法第十四條保障集會自由之意旨，均應自中華民國一〇四年一月一日起失其效力。本院釋字第四四五號解釋應予補充。

- 李震山大法官意見書-集會遊行法採事前許可制違憲

本院釋字第四四五號解釋認我國集遊法採所謂「準則主義之許可制」，被心儀「事前抑制」者不當比擬為「形同報備制」，混淆嚴肅憲法課題。混淆嚴肅憲法課題。再者，集會遊行之許可制與報備制在憲法的民主意涵上有顯著的差別，不容含混。至於緊急性與偶發性集會不能事先許可或報備，乃事理之必然，若屬和平集會應受確保，更是核心理念與價值。一、「準則許可制」幾已成為捍衛許可制的「反動修辭」(rhetoric of reaction)

^{註7}吳東野(2006)，〈國會自律問題之研析〉，可參：
<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/094/CL-C-094-098.htm>

• 李建良教授評析-集會遊行法採事前許可制違憲^{註8}

如果沒有事前的許可制度，也就沒有「未經許可」的集會、遊行；沒有未經許可的集會、遊行，也就沒有「未經許可、應立即解散」的問題；沒有應即解散的集會、遊行，也就沒有命令解散的必要；沒有命令解散，也就沒有制定「命令解散、不解散應受處罰規定」的必要；沒有應受處罰之規定，也就沒有「移送法辦」的動作；沒有移送法辦之必要，即無判罪下獄之必要。李教授語重心長道出前段話。即釋字第718號解釋乍看之下，似為人民解開遊行枷鎖，然其如真想讓人民「在毫無畏懼的情況下行使集會自由，就要解開「事前許的枷鎖，恢復屬於人類本性的集會、遊行自由，打開真正的言論市場。當務之急，在於宣告事前許可制違憲方屬正本清源之計。

◎風向考題

※台灣大學 104 年法研所公法組

台北 101 大樓前的公共廣場，常有一些法輪功學員席地靜坐，擺放各式標語，在宣傳理念的同時，也對法輪功學員在中國大陸所遭受的迫害，表達嚴正抗議。路過的民眾，多直接避開法輪功學員靜坐之處，偶爾則有人停下腳步，看看他們的標語，嘗試瞭解他們的訴求。不過，愛國同心會的成員，並不贊同法輪功的理念，對他們長期佔據公共廣場表達訴求的方式，也極為不滿。為了表達他們不同的意見，愛國同心會的成員也跟著佔據 101 大樓前的公共廣場，宣傳共產黨思想，並對法輪功學員噓聲，有時使用高分貝喇叭，甚至有對法輪功學員辱罵或毆打情事的出現。不管是法輪功學員的靜坐、愛國同心會的噓聲、甚至是雙方偶有的零星衝突，都讓路過民眾、附近商家及居民不堪其擾。請從憲法觀點，分析以下問題：

- 1.對於在 101 大樓前靜坐的法輪功學員，轄區警察局是否可以依法驅離？可以或不可能的理由何在？
- 2.對於在 101 大樓前向法輪功學員噓聲的愛國同心會成員，轄區警察局是否可以依法驅離？可以或不可能的理由何在？

^{註8} 李建良(2014)，〈集會自由與群眾運動的憲法保障-釋字第 718 號〉，《台灣法學雜誌》，第 246 期，頁 13。

主題三、服貿協議-條約之判斷-論大法官釋字第 329 號

• 大法官釋字第 329 號意旨

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。

• 服貿協議爲條約？

(一)服貿協議非爲行政命令，而應爲法律

- 1.形式意義而言，服貿協議即非行政命令。此從中央法規標準法第 3 條關於命令之名稱即可以清楚地發現。
- 2.釋字第 614 號解釋明文採重要性理論，而服貿協議，所涉及的不同行業，以及百萬人的從業人口來做說明，倘若交由行政機關自行去規範顯然不適。
- 3.就權限分配而言，從服貿協議內容可知，該協議涉及兩岸人民營業與職業自由之內容，依據憲法增修條文，國會因此必須自我決定形成具有法律效力之內容，即使考量憲法賦予總統決定國家安全大政方針之權限，並無法推導出總統於兩岸事務即獨占決定權限。

(二)服貿協議僅爲行政命令

論者有以兩岸人民關係條例第五條爲例，協議之內容需以法律定之或必須修改，則須送立法院審議。而認爲 ECFA 之內容涉及各種法律之修正，如商標法、專利法等等，當需送立法院審議。然服貿協議則無涉法律修改故僅需依行政命令審查方式，即不須立法院審議程序。

◎風向考題

※中正大學 103 年研究所入學考試

公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（簡稱「兩公約」）施行法（簡稱「兩公約施行法」）第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」第 8 條規定：「各級政府機關應依兩公約規定之

版權所有，重製必究！

內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」請問前述規定內容是否影響憲法規範「命令—法律—憲法」之法位階關係？是否影響法令之違法及違憲審查權？

※台灣大學 102 年法研所入學考試

某蘇姓大學生畢業後離家在台北求職，因景氣不佳，失業多年。後因繳不起房租，流落並露宿街頭，以天為被以地為床，成為街友。從此自稱蘇乞兒，並結識不少共患難街友。蘇乞兒在大學時曾有學運經驗，為求自助，於是串連有工作能力及意願之街友數十人，仿效丐幫，組成 22K 幫，於街頭行乞互助。因有成衣廠商 Zapa 援助衣物，蘇乞兒與 22K 幫成員均身穿同款補丁背心，前寫「無業無家，不偷不搶」，後書「一口飯，一世恩」，長期於火車站大廳內四處乞討。因車站站務人員及民眾抱怨、檢舉，警察開始勸阻。22K 幫眾人不聽，繼續乞討。民眾改向市議員 A 陳情，A 於議會質詢時，大罵市長及警局局長，認為乞丐都是好吃懶做者，影響社會秩序，破壞龍城天威，要求警方強力掃 22K 幫及一切乞丐。市長並宣示：「要讓乞丐在 3 個月內消失！」隔日，警方以蘇乞兒等人違反社會秩序維護法第 82 條第 1 項第 1 款規定：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣一萬二千元以下罰鍰：一、於公共場所或公眾得出入之場所，乞討叫化不聽勸阻者。〔下略〕」，先對帶頭之蘇乞兒處 600 元罰鍰，但蘇乞兒等人仍繼續乞討，並拒繳罰鍰。蘇乞兒尋得支持，改穿「討飯違法？」背心，和 22K 幫成員 2、3 人，每天下午 5 點正，準時至總統府前舉牌「向皇上討口飯吃」，每天十分鐘。復有熱心的律師 A 有意協助蘇乞兒等人尋求法律救濟。地方法院審理蘇乞兒罰鍰案時，律師 A 主張系爭社會秩序維護法第 82 條第 1 項第 1 款規定（下稱「系爭規定」）侵害街友權利，不符經濟社會文化權利國際公約（下稱「經社文公約」）第 11 條第 1 項：「一、本公約締約各國承認人人有權為他自己和家庭獲得相當的生活水準，包括足夠的食物、衣著和住房，並能不斷改進生活條件。各締約國將採取適當的步驟保證實現這一權利，並承認為此而實行基於自願同意的國際合作的重要性。」意旨，要求審理法院停止訴訟，聲

版權所有，重製必究！

請司法院大法官解釋。

請依上述假設事實回答以下問題：

- 1.如果妳是本案處分機關所聘請的律師，針對律師 A 提出的「系爭規定違反經社文公約，應停止訴訟，聲請大法官解釋」之要求及理由，要撰寫一份反對意見，請問反對理由為何？
- 2.如果本案訴訟確定後，終於向司法院大法官聲請解釋，而大法官也決定受理。請附理由分析本案系爭規定的實質內容是否違憲？

※中正大學 99 年法研所入學考試

憲法為一國之內享有最效力之法規範，惟隨著全球化與國際化風潮，國際條約與國際公約逐漸影響一國之內法秩序之運作，國際條約與國際公約於一國之內生效後，其在內國法上之效力，究竟為何，一向有爭議。請說明其效力何如？

主題四、抵抗權與公民不服從之概念

(一)抵抗權與公民不服從^{註9}

1.定義

學說意見有不嚴格區分公民不服從與抵抗權，而認為公民不服從並非一個嚴格之法律概念，它與民主概念相關，即基於社會契約論的精神，統治者的正當性來自人民的同意與授權，當人民對國家政策、法律或作為不滿意的時候，意義上可以收回其授權，行動上可能是不合作或是抵抗。德國基本法中的抵抗權則是公民不服從概念的延伸，針對作為國家憲政基礎的民主法治原則受到破壞時，人民有權抵抗。

2.法律效果

公民不服從非可阻卻違法
抵抗權可以阻卻違法

(二)抵抗權之要件

- 1.抵抗權之行使主體與客體
- 2.保護之對象-憲政秩序
- 3.排除憲政秩序之行爲

^{註9}以下整理台灣法學雜誌，【學術研討會】後太陽花運動的憲法議題，與會人，陳志輝、陳清秀、胡博彥、王乃彥、廖元豪、項程華。2014年9月。

4.最後手段性

(1)廖元豪教授

不具備最後手段性，蓋其認為可透過大法官釋憲為之，糾正服貿協議之違憲。

(2)許宗力教授

大法官釋憲已不具備期待可能性，蓋大法官於實務運作上，觸及國會議事程序，常因國會自律而為予之實質審查，或採寬鬆之審查，其並以大法官釋字第 342 號為例：依民主憲政國家之通例，國家之立法權屬於國會，國會行使立法權之程序，於不牴觸憲法範圍內，得依其自行訂定之議事規範為之，議事規範如何踐行係國會內部事項。依權力分立之原則，行政、司法或其他國家機關均應予以尊重，學理上稱之為國會自律或國會自治。又各國國會之議事規範，除成文規則外，尚包括各種不成文例規，於適用之際，且得依其決議予以變通，而由作此主張之議員或其所屬政黨自行負擔政治上之責任。故國會議事規範之適用，與一般機關應依法規嚴格執行，並受監督及審查之情形，有所不同。

◎風向考題

※政治大學 104 年公法組法研所

霍布斯(Thomas Hobbes,1588-1679)在《利維坦》(Leviathan)中說道：《如果某人因為恐懼，害怕船會沉沒，擔心落入幽暗的大海，因而以充分的意志，決定放棄自己想做的事，那麼，這當然是自由...如果我跟敵人講好，我付他保護費，幫他做牛做馬，只要他答應不傷害我，那麼必須說，這樣的約定當然有遵守的義務...vollenti non fit iniuria-個人同意之事，無不正義而言》。班傑明(Walter Benjamin,1892-1940)在《對暴力的批判》(Zur Kritik der Gewalt)中曾言：《暴力，作為達成正義目的之手段，在道德上是否可接受？對於暴力之批判，其任務毋寧在於：描繪暴力與法及正義之間的關係》，並據以區分「形成法」與「鞏固法」的不同力量。請從這兩段話出發，以 2014 年台灣 318 學運為觀察對象，由憲法角度分析國家統治秩序、公民不服從與憲法規範效力之問題。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！