

憲法篇

主筆人：楊律師

壹、前言

法研所考題作為該年國家考試之前哨戰，往往能夠反映當年度考試方向及相關之重要爭點，值得考生特別注意，有空除了瀏覽相關題目外，不妨試著練習看看。本文綜觀今年(2017年)台灣大學、政治大學、台北大學、中正大學、成功大學法研所之憲法考題，可發現除了成功大學^{註1}外，基本上頗為與時事契合^{註2}，如：轉型正義與黨產條例(台灣大學第一題)、同性婚姻(台灣大學第二題、政治大學第二題)、執政協調會議(政治大學第一題、台北大學第二題)、司法改革國是會議(中正大學第三題)。另外與國家考試長年趨勢相關者^{註3}，為當年度或前一年度較新或最新釋字轉換而來之題目。如：司法院大法官(下省)釋字 733 號解釋(中正大學第二題)、釋字 744 號解釋(台北大學第一題)。

而憲法爭點不外乎基本權限制之違憲審查、司法違憲審查(如：聲請解釋之類型、要件；大法官解釋之效力、宣告類型等)、權力分立與運作之探討^{註4}、憲法

^{註1}該校考題除第(二)題係屬實例題外，基本上均偏向概念描述與理論架構之申論題型。雖然並非指該考題所蘊涵之法律概念全然不重要，然對於以實例取向型的國家考試之參考價值較為無關，故本文以下將排除成功大學法研所憲法考題之討論。

^{註2}國家考試新制後，自民國(下省)99年以來之律師、司法官二試考題經筆者瀏覽至103年基本上均無時事之考題，惟近年自民國104、105年以來，似有所轉變。如：104年律師第一至三大題均為時事，105年律師第一、四大題。故考生們也需要時常留意新聞時事，從中尋找值得研究、具有足夠問題意識之素材，考慮其是否具有足夠的考點支撐性，必能對準備考試有所裨益。

^{註3}經筆者瀏覽，如：101年律師第一、四大題、103年律師第四題、104年司法官第一題、105年司法官第一題等等，研讀當年度或前一年度較新或最新大法官解釋之重要性可說是不言而喻。

^{註4}權力分立(更精確的說是水平權力分立的問題，而垂直權力分立，如：地方自治則有見過)題型雖於國家考試新制後均未於律師抑或司法官考題中出現過，然而於司法官或律師之命題大綱中：「三、國家機關組織與權限(含中央與地方)(一)理論：權力分立相互制衡，國家權力之歸屬與分配(二)規範：1.水平：憲法第一章(總綱)、第四章(總統)、第五至九章(五院)等。2.垂直：憲法第十章(中央與地方之權限)、第十一章(地方制度)等。3.憲法第十三章基本國策中與國家機關(組織)權限有關者。4.憲法增修條文與國家機關組織權限有關者。(三)實踐：實際發生案例或司法院大法官相關解釋之評析。」實

原理原則之梳理，如此而已。考生除須掌握各該法律概念與理論內涵、更需瞭解釋憲實務上大法官有無或曾有何見解，而各該解釋之解釋標準、結論、重要意見書之看法為何，而考生自己之價值判斷呢。這也是憲法此科除了過於抽象外，亦有汗牛充棟之學說與大法官解釋需要閱讀與記憶。而前述考點於國家考試上雖均有可能出現，惟本篇受限於篇幅，不可能上窮碧落下黃泉的將所有試題均放置於此，否則亦將失去預測與精簡準備之用途，下僅將以基本權限制之違憲審查^{註5}、權力分立與運作之探討等分析各該法研所考題如下。

貳、基本權限制之違憲審查^{註6}

一、聲請解釋之要件：台灣大學第一題第一小題

本小題同時涉及人民(政黨)、立法委員、法官聲請解釋之要件：

1. 人民(國民黨)聲請解釋^{註7}

根據司法院大法官審理案件法(下同)第5條第1項第2款規定，人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。

2. 立法委員^{註8}

根據第5條第1項第3款規定，依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。是三分之一以上立法委員行使其法律制定之權限時，如認經多數立法委員審查通過、總統公布生效之法律有違憲疑義；或三分之一以上立法委員行使其法律修正之權限時，認現行有效法律有違憲疑義而修法未果，聲請司法院大法官為法律是否違憲之解釋者，應認為符合前開司法院大法官審理案件法第5條第1項第3款規定

可見包含之，故本文除為求完整性外，並抱持杞人憂天的態度放置有關權力分立探討題，以利讀者參考之。

^{註5}如涉及聲請要件者，本文將一併處理之。

^{註6}挑選台灣大學法研所試題之原因在於同時含有聲請解釋之要件，及自由權、平等權審查模型之問題，可最大節省篇幅，其他之法研所關於自由權之試題，如：前述之釋字 733 號解釋之結社自由(中正大學第二題)、釋字 744 號解釋(台北大學第一題)，可自行參考。

^{註7}通常人民聲請解釋之要件，非為考試重點，頂多為一考試小點，但例外須注意該聲請人是否為基本權主體、其所主張者是否為基本權等等。另外如果考試重點「真的」在人民聲請解釋，所謂原則重要性如果考生欲引用就引用吧。

^{註8}可參吳信華，〈「行使職權」作為三分之一立法委員聲請釋憲的要件〉，《月旦法學教室》，第 71 期，2008 年 9 月。

之意旨。(釋字 603 號解釋理由書參照)

3.法官聲請解釋^{註9}

而依釋字 371、572 號解釋之意旨，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋。而所謂先決問題，係指審理原因案件之法院確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言。故若承案法官已有合理之確信，亦可以裁定停止訴訟，聲請大法官解釋。

二、法律不溯及既往、信賴保護原則：台灣大學第一題第二小題^{註10}

1.法律不溯及既往原則

(1)真正溯及、不真正溯及意義

關於法律溯及既往之概念，應指法律規定「向前」發生規範效力。而又區分為真正的溯及與不真正溯及，前者為法律對於過去「已終結之事實」嗣後予以變更或規範，又稱為「**追溯性效力**」；後者指法律對於發生於過去、但尚未終結而繼續存在之事實、法律關係予以規範，又稱「**回溯性的效力**」。

(2)溯及性法規、影響性法規意義

故在判斷是否有溯及既往的問題時，應以法律生效時點判別，若係向前生效，則因舊的法規如同被新法所取代，加諸過去之事實一當時不存在之規範，此為**溯及性法規**；若法律是向後生效，則舊法規係受新法規接續，縱使新法對已發生之事實、法律地位有所影響，仍是「向將來」發生效力，則為**影響性法規**。

溯及性法規若有利於人民，並非憲法所不許。反之，若對人民權利造成限制或干預，原則上為憲法所不許。除非具有堅強之公益理由，且不違反信賴保護原則，始容許之。

2.法律不溯及既往與信賴保護原則之關聯

而影響性法規並非溯及性地取代舊法，而是與舊法相互銜接，進而接續於舊法之後施行。因此，縱令其對於過去之事實有所牽動，亦不生牴觸溯及禁止原則之問題。惟法規之新訂或修改既已對過去之事實或法律關係有所影響，倘若人民對先前之法規之繼續施行已有信賴，法規制定者

^{註9}本題國民黨於訴訟過程中亦得促請法官聲請大法官解釋。

^{註10}比例原則部分本文省略之，詳後述。

自不能無視人民對舊法之信賴而任意更動、增廢法規，致受規範對象之信賴利益受到侵害，故影響性法規仍有牴觸信賴保護原則之問題。

影響性法規所衍生之問題，經常擺盪於「公益維護」與「信賴保護」之權衡抉擇之間，故「過渡條款」與「避免過苛」之緩衝規定乃是介於此二端之調和機制。

3. 信賴保護原則

(1) 法理基礎

法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律自應予以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎，亦為行政程序法第 119 條、第 120 條及第 126 條等相關規定之所由設。(釋字 525 號解釋理由書參照) 行政法規（包括：法規命令、解釋性或裁量性行政規則）之廢止或變更，於人民權利之影響，並不亞於前述行政程序法所規範行政處分之撤銷或廢止，故行政法規除預先定有施行期間或經有權機關認定係因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，制定或發布法規之機關固得依法定程序予以修改或廢止，惟應兼顧規範對象值得保護之信賴利益，而給予適當保障，方符憲法保障人民權利之意旨。

(2) 要件^{註11}

A. 信賴基礎

法規範、行政處分、或其他之行政上之意思表示。【惟除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外。(參釋字 525 號解釋理由書)】

^{註11} 本文分析釋憲實務，整理如下。另可參釋字 717 號解釋理由書：「信賴保護原則涉及法秩序安定與國家行為可預期性，屬法治國原理重要內涵，其作用非僅在保障人民權益，更寓有藉以實現公益之目的。人民對依法規而取得之有利法律地位或可合理預期取得之利益，於客觀上有表現其信賴之事實，而非純為願望或期待，並具有值得保護之價值者（本院釋字第五二五號解釋參照），其信賴之利益即應加以保護。法規變動（制定、修正或廢止）時，在無涉禁止法律溯及既往原則之情形，對於人民既存之有利法律地位（本院釋字第五二九號解釋參照）或可得預期之利益（本院釋字第六〇五號解釋參照），國家除因有憲政制度之特殊考量外（本院釋字第五八九號解釋參照），原則上固有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間，惟仍應注意人民對於舊法有無值得保護之信賴及是否符合比例原則。」

B.信賴表現

純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行爲，始足當之。

C.需有信賴利益存在^{註12}

人民因信賴於法規廢止或修改前依強制規定而取得之實體法上地位有受不利之影響時，自亦應同受保護。(釋字 529 號解釋理由書參照)

惟人民依舊法規預期可以取得之利益並非一律可以主張信賴保護，仍須視該預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尙未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能等因素決定之。(釋字 605 號解釋理由書參照)

^{註12}另可參【釋字 574 號解釋許宗力大法官協同意見書節錄】

本席同意，人民「依舊法已取得之權益」（既得權）因法律修正受到不利影響時，有信賴保護原則之適用。惟信賴保護原則的適用範圍絕非僅止於此，因「依舊法已取得之權益」受新法影響的情形，與法律的真正溯及既往幾無二致，實務出現的情形極少，較常見者反是「依舊法預期可以取得之權益」受新法影響的情形。如果信賴保護原則只保護「依舊法已取得之權益」，而不及「依舊法預期可以取得之權益」，勢必大幅失去其存在意義。然是否只要是「依舊法預期可以取得之權益」，就一律有信賴保護原則之適用？則又不盡然。究應如何認定有信賴保護原則適用之「依舊法預期可以取得之權益」之存在，固須綜合考量各種相關因素，難以一概而論，惟該預期可以取得之權益，依舊法規定所必須具備之要件之實現程度如何，應是一個共通的、基本的檢驗判準。準此，則重要的要件是否已經具備？尙未具備之要件是否在客觀上可以合理期待其實現？或是經過當事人繼續施以主觀努力後，該要件有實現可能性？等等，都是吾人個案判斷上所不能忽視之考量因素。

總之，法律賦予人民某種權益，向以一定要件事實具備為前提。該要件事實如果是具有持續性，需要當事人分階段逐步去完成、履行的事實關係，且該權益是憑當事人主觀努力可能實現的，只要當事人以取得該權益為目標，而根據當時有效法律進行生活規劃，階段性朝目標前進，則於過程中法律發生變更，或提高門檻，加深達成目標之困難度，或使目標貶值，或廢止規定，使目標之達成根本客觀不能，都會有信賴保護的問題。本件因當事人能否取得上訴第三審之權益，本非其行為所預設目標，且取得該利益重要要件之實現，主要繫於第二審判決此一客觀上非當事人主觀努力所能掌握之因素，所以其對上訴第三審之預期，還不是法律上利益，而只是一種主觀期待，尙不能要求信賴保護原則的適用。綜上，本件多數意見關於系爭法律、判例與民事庭會議決議並不違憲之結論，應值得支持。

D.信賴利益值得保護

無下述情形：

- 一、經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；
- 二、相關法規（如：各種解釋性、裁量性之函釋）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者。

E.信賴之保護方式^{註13}

- a.過渡條款
- b.合理之補償

三、同性婚合憲性：台灣大學第二題第一小題^{註14}

1.婚姻、家庭自由、平等權之保障範圍

(1)我國憲法雖無明文保障，但由釋字 242、554、696 號解釋可見，婚姻、家庭自由已屬憲法第 22 條所保障之概括基本權利，且為憲法上之制度性保障，雖立法者享有形成制度之裁量空間，然而並非毫無限制，仍應符合憲法上原則及人民基本權利之保障。而民法第 972 條之規定限於一男一女此一形式，排除同性戀者藉由結成婚姻而組成家庭，係對人民婚姻、家庭自由之限制。

(2)憲法第 7 條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇（釋字第 547 號、第 584 號、第 596 號、第 605 號、第 614 號、第 647 號、第 648 號、第 666 號解釋參照）。法規範是否符合平等權保障之要求，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，是否存有一定程度之關聯性而定（釋字第 682 號解釋參

^{註13}參釋字 589 號解釋理由書：「至於如何保障其信賴利益，究係採取減輕或避免其損害，或避免影響其依法所取得法律上地位等方法，則須衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益因素及信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值等為合理之規定。如信賴利益所依據之基礎法規，其作用不僅在保障私人利益之法律地位而已，更具有藉該法律地位之保障以實現公益之目的者，則因該基礎法規之變動所涉及信賴利益之保護，即應強化以避免其受損害，俾使該基礎法規所欲實現之公益目的，亦得確保。」

^{註14}第二小題涉及基本權衝突，可參考相關文獻及釋字 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書。另政治大學第二題亦以同性婚為議題，然其內容為反性傾向歧視、平權措施、大學自治、宗教行為自由等利益平衡考量，亦可參考及練習之。

照)。(釋字 694 號解釋理由書參照)。而民法第 972 條針對一男一女此一分類排除其他可能性(如：同性婚)，亦係對人民之平等權有所限制。

2. 婚姻、家庭自由部分

(1) 形式合憲性(形式阻卻違憲事由)^{註15}

民法第 972 條係以法律限制人民權利，符合法律保留原則之要求，且無明確性原則之違反。^{註16}

(2) 違憲審查標準之採取^{註17}

憲法所保障之婚姻、家庭自由，在於使一個人透過與另外一個人所組成的永久結合，共同實現兩個人在表意、親密及精神上的所有根本性的自由權利，即與個人人格發展及自主實現、於社會中之自我形成密不可分。故本文認為應採中度之審查標準。

(3) 實質合憲性(實質阻卻違憲事由)

A. 公益目的之審查

民法第 972 條所規定之「男女」，目的可能為維持人類繁衍、傳統之倫理道德及社會安定，乃至於民間的宗教信仰等等。

B. 比例原則之審查

本文認為，縱肯認上述三者為重要之公益，然而單純以一男一女作為限制婚姻自由的手段，都不能認為與這些公益目的有實質關連，因為異性婚姻亦並非「一定」生育下一代。且同性婚姻並未對他人造成傷害，承認同性婚姻對傳統亦有「改變」的作用，並進一步帶來照護、人格實現、社會安定等作用。故民法第 972 條以男女作為婚姻自由之限制，違反憲法對婚姻自由之保障。

^{註15} 此部分包含法律保留原則、法律優位原則、明確性原則(法律明確性原則、授權明確性原則)等審查，通常不會是考試重點，可以一筆帶過之。但如果題目已相當程度暗示，如有：層級化法律保留【題目有權利位階的考量(如：人身自由、集體權等等)或刑罰(涉及罪刑法定原則)、不確定法律概念、授權條款、概括授權等(涉及明確性原則)，則此時論述篇幅不可省！考生需要用心用力在違憲審查標準之採取(尤其是為何採取，此部分在不同基本權上且有固定標準，如：言論自由之雙軌雙階、職業自由之三階等等)、實質合憲性(公益目的之思考、比例原則、平等原則之審查)】。

^{註16} 一筆帶過的範例寫法，考生可以發展適合自己的寫法。

^{註17} 此部分涉及美派或德派審查模型之選擇，考生以習慣或易上手之方式作答即可。

3.平等權部分

(1)形式合憲性(形式阻卻違憲事由)^{註18}

(2)違憲審查標準之採取

民法第 972 條以男女作為分類，是以性傾向作為差別待遇的分類，而我國釋字雖然並無關於「性傾向」審查密度的明文，但由於同性戀傾向之族群在我國是獨立且分散之少數，為政治上、歷史上之弱勢，又長期受結構性之歧視。故本文認為針對性傾向所為之差別待遇，應提高審查基準，採較嚴格之審查基準。

(3)實質合憲性(實質阻卻違憲事由)

A.公益目的之審查^{註19}

B.平等原則之審查

民法第 972 條之立法目的，已同上述，本文認為，縱認其皆為重要之立法目的，而進入分類與目的之關聯階段，以性傾向為分類之民法，亦無法通過審查。因其係將少數族群排斥於平等公民之外，即以多數指導少數如何生活、何者為良善之文化、而其僅為次等、不受制度接受之「少數」。而法律之正當性，應建立在對人民有平等之尊重、保障、肯認其能實現自我、追求自身之目標，婚姻制度帶有龐大的社會意義與個人意義，我們沒辦法創造出另一個同樣具備這麼強烈的承諾模式，正如我們無法創造出詩歌、愛的代替品一樣，若將同性戀族群排斥於此制度之外，似乎便等於強加某特定之「既有、多數」之文化觀點於少數人身上，即有恣意對待少數、將其視為公權力客體、成為社會上次等之公民之嫌。綜上所述，此一分類手段有涵蓋過窄之情形，並非與立法目的有實質關聯之手段，故應為違憲。

參、權力分立與運作之探討

一、憲政體制與權力分立：台北大學第二題^{註20}

1.我國之憲政體制

第四次修憲後，我國中央政府體制採法國之雙首長制：雖依據憲法第 53 條得知行政院乃最高行政機關，且憲法增修條文第 3 條第 2 項規定行政

^{註18}同前述，故省略。

^{註19}同前述，故省略。

^{註20}類似題目，如：政治大學第一題第一小題、中正大學第三題。

須對立法負責，有內閣制之色彩，惟依據同法第 2 條第 2 項、第 3 條第 1 項規定，總統對行政院長有任免全權，行政院院長之民主正當性來自總統，故同法第 3 條第 2 項行政院院長對立法院係有限度之負責，非從屬性。次依同法第 2 條第 4 項規定總統有國家安全大政方針權，以及同法第 3 條第 2 項第 3 款規定總統有被動解散國會權，亦賦予總統行政實權，形成雙元行政權力結構，由此可知，我國政府體制採取法國之雙首長制。

2. 總統、行政院長之權限爭議

按憲法第 36 條、第 38 條規定總統負責國防、外交、兩岸事項，行政院院長則係依據同法第 53 條規定負責其他內政事項，行政權分屬總統與行政院院長。雖在總統與行政院院長屬同一多數黨之多數政權型態下，行政院院長實質上為總統之幕僚長，惟我國並無類似法國雙首長制下，總統得主持部長會議之規定，又同法第 44 條雖有規定總統有院際爭議調解權，惟參照釋字第 419 號解釋意旨，此僅為總統之虛權規定，亦即憲法未有明文賦予總統實質指揮之權限。

3. 解決此憲政衝突之方法

於維持雙首長制下，應修憲明文賦予我國總統如同法國總統主持此種會議之權限，然如此，行政院長儼然成為總統之執行機關，卻仍要向立法院負責，恐無法避免總統權責不符之弊。

若欲解決雙首長制下權責不符之問題，亦得修憲更改我國中央政府體制變更為總統制，使總統完全掌有行政權，作為最終決策者，而直接對人民負擔施政責任，更符合民意政治暨責任政治之要求。茲有附言，蓋我國政黨乃剛性政黨，為免總統透過兼任黨主席，導致行政權獨大情形，本文以為我國應採柔性政黨，以貫徹憲法上行政與立法之制衡機制。

惟我國修憲門檻偌高，在尚未修憲前，基於機關相互尊重之法理，總統不得召開此種會議，過度擴權，而阻礙同為憲法機關之行政院行使行政權。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！