

憲法篇

主筆人 | 歐台大 (黃自強)

壹、前言

法研所考試就像是國考的風向球，藉由各校法研所考題的分析，可以看出哪些考點是教授們所喜愛的，並掌握憲法考科的最新爭議。本文之目的即在於透過分析今年法研所的考點，以及相關重要爭點的解析，期許能對同學們在憲法學習上有所助益，並充分掌握考情趨勢。在架構上，本文貳的部分會先整理、統計今年法研所所涉及的爭點，並分析憲法考科的考題趨勢，接著在本文參的部分會進一步針對一些比較新的爭議為說明，合先敘明。

貳、法研所考點整理與國考考情分析

一、法研所考點整理

今年 (110 年) 各大校法研所所涉及的考點整理如下表：

學校	題號	爭點
台大	第一題	修憲界限、選舉權
	第二題	家庭權
	第三題	隱私權
政大	第一題	言論自由 (假新聞)
	第二題	裁判憲法審查
	第三題	緊急命令、入境權、家庭權
台北大	第一題	財產權 (釋字第 788 號解釋)
	第二題	地方自治
	第三題	權力分立 (立法權)
	第四題	平等權 (實質平等、間接歧視)
東吳	第一題	權力分立 (司法與行政)
	第二題	裁判憲法審查
	第三題	訴訟權
中正	第一題	地方自治、公民投票
	第二題	言論自由 (出版自由事前限制)
	第三題	言論自由 (商業性言論)

又若我們將憲法這一考科分為「憲法總論與基本國策」、「基本權」、「權力分立」、「違憲審查制度」四大主題，可以看出今年法研所在各主題上的考題分布¹：

主題	題數
憲法總論與基本國策	二 ²
基本權	十 ³
權力分立	五 ⁴
違憲審查制度	二 ⁵

二、國考考情分析

透過以上法研所考題的統計整理，我們大致上可以得出以下幾點觀察：

(一) 憲法準備重心不能只放在基本權上

筆者於過去所撰寫的文章及參考書籍中，皆不厭其煩地強調，基本權固然為歷年來佔分最高、考試必考的章節，然而也因為基本權考過太多次了，因此老師們當然會開始從其他章節找考題。

從 100 年以來，違憲審查考題佔分有越來越高的趨勢，又同樣是每年必考且佔分最高的基本權，由於基本權體系龐雜且考法變化較多，在準備上可能較為困難，相較於此，**違憲審查區塊的考點較為固定、往往相同考點一考再考，較容易準備**。另外由於 108 年公布《憲法訴訟法》，該法對於我國違憲審查有重大變革，更是許多涉及長期以來學界與實務界高度關注的議題，很有可能會出成考題（**尤其該法明年將正式施行，勢必受到更多關注！**）。此外，過去被認為是憲法最冷門的區塊——權力分立，108 年國考也是破天荒幾乎考了快 100 分，而事實上權力分立在法研所是每年必考，可見這部分還是受到許多學者關注的。

(二) 持續關注最新釋字與時事

大法官解釋在憲法考科的重要性，應該無庸贅言，每年無論國考、法研所都會考出近年度的最新釋字；此外，最新的憲法爭議時事也要注意，例如今年法研所就考了新冠肺炎（台大二、台大三、政大三）、假新聞（政大一）、美豬爭議（中正一、北大二）裁判憲法審查（東吳二、政大二）等近年來非常熱門的議題，法研所考出來，國考當然也有可能考出。

(三) 勤練考古題之重要性（國考及法研所都要看！）

¹ 注意，本文所整理的五間法研所考試中，雖然總共僅有 16 題，然而下表統計共計 19 題，這是因為有些考題不只一個考點所以會在不同主題中重複計算，並非統計錯誤。

² 分別為：台大一、中正一。

³ 分別為：台大一、台大二、台大三、政大一、政大三、台北大一、台北大四、東吳三、中正二、中正三。

⁴ 分別為：政大三、台北大二、台北大三、東吳一、中正一。

⁵ 分別為：政大二、東吳二。

由今年法研所考題可看出，很多其實都是過去皆已出現的爭點。例如台大第一題考修憲界線，這個爭點之前台大及東吳都有考過。另外例如裁判憲法訴願此一新制度，過去東吳、政大、北大等皆已出過考題，而今年東吳及台大仍然再考一次，可見老師們對於此一議題的重視。而既然研究所針對相同考點一考再考，就表示這些考點深受老師們喜愛，那麼未來當然有可能出現在國考中。

除了法研所考試是國考的風向球外，法研所考試有時候會反過來變成國考的「複習考」，以這次 110 年法研所為例，中正第二題考教科書審定制度之合憲性，此一爭點與 106 年律師第一題完全相同！簡單來說，國考考過的可能出現在法研所考題，反之亦然，因此勤練考古題真的非常重要！

參、重要爭點解析

一、地方自治條例是否牴觸中央法之判斷⁶

(一) 問題緣起⁷

1. 地方制度法第 30 條第 1 項至第 3 項規定：「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牴觸者，無效。(第一項)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牴觸者，無效。(第二項)委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。(第三項)」
2. 由此可知，地方制度法第 30 條係採取「中央法優於地方法 (中央法破地方法)」之思維邏輯，亦即中央法規 (憲法、法律、中央法規命令) 在法規位階上，效力高於地方法規，因此地方法規若牴觸中央法規即屬無效。
3. 又地方法規是否與中央法規牴觸，可從「形式面」與「實質面」兩方面加以觀察之。
 - (1) 形式合憲性：地方立法是否一律均需要中央之授權？在欠缺中央授權下之地方立法是否即得被判定為牴觸中央法規？
 - (2) 實質合憲性：在中央法規與地方法規產生「規範內容積極衝突」之情形，是否只要地方法規之構成要件或法律效果與中央法規不同，即當然構成牴觸中央法規之情形？例如中央規定電子遊戲場業者之營業場所應距離學校 50 公尺，則地方法規得否規定其營業場所應距離學校 200 公尺以上？

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

(二) 形式合憲性之認定

1. 自治事項

⁶ 台北大第二題、中正第一題

⁷ 詹鎮榮 (2006)·〈論地方法規之位階效力：地方制度法第三十條「中央法破地方法」之辨正〉·《成大法學》，12 期，頁 1-59。

- (1) 地方自治團體本於其自主權之擁有，其內涵應包括一般抽象性之「自治法規制定高權」，使地方自治團體獲得自我規劃與自我呈現之可能。
- (2) 也就是說，地方自治團體就自治事項為規範時，其法規制定權乃源自於地方自治權本身，屬於固有權源，無待中央法規之個別授權。
- (3) 不過要注意的是，地方自治團體之「自治事項來源」與「自主法規權源」係屬於不同的概念。地方自治團體之「自治事項來源」必須由憲法或法律加以授權（例如憲法第 110 條或地方制度法第 18-20 條），然一旦確定某一事務為自治事項，則地方自治團體必然即享有自主法規制定權。亦即自治事項僅能決定地方自主法規制定權之範圍，而非其根本上的法規制定權源。
- (4) 綜上所述，當地方自治團體未有上位規範之明文授權即就自治事項立法規範時，在形式上並不牴觸法律保留原則，亦不生違反地方制度法第 30 條的問題。

2. 委辦事項

在委辦事項方面，地方自治團體必須受中央政府透過法令委託辦理始取得事項之執行權限。從而其是否得進一步制定法令，即必須取決於委辦團體之意志，故須有法律之明文授權方得為之。

(三) 實質合憲性之認定

當地方法規與中央法規之規範內容有所不一致時（規範內容積極衝突），地方法規是否即當然牴觸中央法規？學者指出，在「地方自治之憲法保障」以及「國家統一全國法秩序需求性」兩者間妥適調和之觀點下，應依循以下步驟檢驗地方法規是否牴觸中央法規：

1. 先決步驟：規範事項之定性

當中央與地方法規發生規範內容積極衝突之情形時，首先應判斷規範客體之性質究竟係屬於「自治事項（地方事務）」或「委辦事項（中央事務）」，至於判斷之方法，請參照前述「剩餘權歸屬說之地方優先，上升分配說」之理論操作。

2. 自治事項：首先檢驗上位規範是否為「框架規範」

若經定性後判定規範客體屬於自治事項，則基於地方自治受憲法制度性保障之意旨，中央法規應僅能為「框架規範」，以免地方自治遭到架空。故應先檢驗中央法規是否為框架規範，若否，則中央規範將因規範密度過高侵害地方自治權，而有違憲之虞。

3. 自治事項：再判定上位法規之規範意旨為「上限框架」、「下限框架」或「上下限框架」，決定地方法規是否與之牴觸

(1) 中央法規為「上限框架」

若上位規範之之意旨在於保障規範對象之基本權、統一界定其公權力行為侵害之全國一致性上限，以免地方自治團體過度干預者，即屬於「上限框架」，此時地方自治團體若因

地制宜而採取更為寬鬆之管制，即不構成地方制度法第 30 條抵觸上位規範無效之情形。

(2) 中央法規為「下限框架」

反之，若上位規範之主要目的旨在抑制規範對象之行為，以確保公益得受全國一致性之最低照料者，即應視為「下限框架」，在此範圍內，地方自治團體為使公益獲得較佳之維繫，得採取更為嚴格之管制，不構成地方制度法第 30 條抵觸上位規範無效之情形。

(3) 中央法規為「上下限框架」

中央為使全國法秩序不致因地方自治團體立法權之行使而相差過鉅，理論上亦不排除中央法規整合上述兩者方式，同時設定自治立法之上、下界限，形成所謂的「上下框架」模式。此時，只要地方自治團體所定之法規在此上下框架之內，即不構成地方制度法第 30 條抵觸上位規範無效之情形。

4. 委辦事項：逾越授權範圍即屬於抵觸

由於地方自治團體就中央委辦之事項並無自主決定之權，因此在判斷地方之委辦規則是否抵觸中央法規時，其思考模式即類似於同一行政主體下各層級法規位階效力之判斷模式，亦即委辦規則若逾越上位法規授權範圍，或與上位法規之意旨相違背者，即可認定與之抵觸，而構成無效之結果。

二、裁判憲法訴願⁸

關於我國是否要引進裁判憲法訴願，其實已經算是個滿老的爭議了，不過由於 106 年的全國司法改革國是會議有針對此一議題進行討論，加上 108 年通過憲法訴訟法更是明文引進此一制度，使得此一爭議又再度熱絡起來，自 107 年以來便為法研所考試之常客，以下就此一爭議做簡略說明⁹：

(一) 引進裁判憲法訴願之「必要性」

1. 依德國基本法規定，人民於其憲法上所保障之基本權受公權力侵害時，得向聯邦憲法法院提起憲法訴願，而憲法訴願受理之標的包括所有行政、立法、司法等所有公權力行為，又其中佔對大宗者，即屬人民針對確定終局裁判本身聲請釋憲，此即學理上所謂「裁判憲法訴願」。
2. 反觀我國法制，歷來釋憲實務針對人民聲請釋憲客體所作的相關解釋如下表所示：

憲法 (✓)	釋 721
--------	-------

⁸ 政大第二題、東吳第二題

⁹ 以下係整理自：程明修 (2017)·〈台灣引入「裁判憲法訴願」制度之相關問題〉·《台灣法學雜誌》·319 期·頁 8-16；蘇永欽 (2017)·〈用憲法審查裁判，但不是大法官〉·《月旦裁判時報》·60 號·頁 5-16。

法律命令 (✓)	大法官法第 5 條 1 項 2 款 ¹⁰
判例 (✓)	釋 374
決議 (✓)	釋 374
法院座談會 (×)	釋 569
確定終局裁判本身 (×)	釋 579

由此可知，大法官雖藉由解釋擴張大法官法第 5 條第 1 項第 2 款「法律或命令」之意涵，惟仍無法包括確定終局裁判本身，造成保護漏洞，可見我國有引進裁判憲法訴願之必要性。

(二) 引進裁判憲法訴願之「妥適性」

在確認我國現行法制下大法官確實無法針對個案裁判進行審查後，接著必須進一步討論，引進此一制度可能會造成什麼負面效過？我國是否具備引進裁判憲法之條件？

1. 若引進裁判憲法制度，又是否會成為法院判決確定以後的「第四審」，使大法官凌駕於一班法院之上？是否會造成大法官與一般法院衝突加劇？

- 「裁判違憲」與「裁判違法」屬不同層次，一般法院針對「違法裁判」仍有完整之審判權限。
- 觀察各國憲法法院與一般法院之互動，兩者間之衝突程度與是否設有裁判憲法訴願並無必然關連，反而引進裁判憲法訴願以後，有助於提升兩者之裁判品質：蓋一般法院為避免人民提起憲法訴願，會願意在解釋法律時考慮憲法內涵；而憲法法院為確保自身正當性，亦會強化其論證過程，故而提升解釋之品質。

2. 如開放裁判憲法審查，大法官是否可以面對劇增的案件量？

- 可透過相關配套措施加以舒緩，諸如人員配置之擴充（增加大法官之助理名額）、採嚴格之受理要件以及提升解釋作成之效率（降低決議門檻、主筆顯名制）等。

(三) 綜上所述，引進裁判憲法訴願有其必要性與妥適性。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

¹⁰ 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：二、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。」

三、「實質平等」之意涵¹¹

(一) 釋憲實務：法律上平等

● 釋字第 485 號解釋

憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。

● 釋字第 696 號解釋

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。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。

(二) 學者見解：事實上平等¹²

學者指出，依美國法上之「形式平等」及「實質平等」有如下之內涵：

1. 形式平等 (formal equality)

所謂形式平等，又被稱為「理性平等」，主張平等所關切的並非法令目的本身，而是手段與目的間是否具有一定程度之理性關聯，不合目的之差別待遇，則會被認定為「恣意」（欠缺合理差別待遇）而構成「不平等」。依此，形式平等具有以下重要特徵：

- (1) 著重「法律上」的平等而非「事實上」的平等。亦即必須先觀察法律規範是否存有差別待遇，再進一步審查其手段是否合理（合乎預設目的）。若沒有法律上的差別待遇，而只是事實上的不平等，例如單純的貧富不均、族群貶抑等現象，則根本無法啟動平等權審查。
- (2) 將平等權視為一種個人權利 (individual rights) 而非集體權利 (group rights)，亦即平等權應由個人主張，平等權之保護法益為「個人免於恣意分類對待」之利益，與個人所屬身分團體之地位無關。
- (3) 以系爭差別待遇所依據的「分類標準」作為平等與否之判準，而不考量是哪個「群體」因此受到不利或有利之差別待遇。

2. 實質平等 (substantive equality)

美派觀點下的實質平等關切的是社會正義與群體壓迫的問題，本說認為法律並非單純的理性工具，而是必須以平等權作為武器，去對抗社會上主流群體對於少數群體的歧視、

¹¹ 台北大第四題。

¹² 黃昭元 (2017)，〈從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法適用上的難題〉，載於：《憲法解釋之理論與實務第九輯》，頁 271-312，台北：中央研究院法律研究所。

壓迫與宰制¹³。依此，實質平等具有以下重要特徵：

- (1) 關切法律這種社會工具，是否成為鞏固多數壓迫、宰制少數的幫凶？若是法律規範「效果」上可能會有這種宰制效果，就會被認定為違反平等權。至於法律「外觀上」是否有差別待遇，至多是作為判斷「權力宰制」或「歧視」的一個指標、或是分析起點。
- (2) 將平等權視為一種集體性權力而非個人權利，關注不同群體間權力地位不對等的問題。
- (3) 美派觀點下的實質平等所在意的是：「誰」是系爭法律措施的受害人或受益人？而非僅以「分類標準」為判斷基準。申言之，縱使是以族群作為分類標準，若規範效果上受益人是結構上的弱勢族群，那麼此種措施既然沒有造成任何集體壓迫的效果，也就不會被認為是違反平等權。

3. 對於德派實質平等之批評與反思

- (1) 承如前述，我國大法官對於實質平等的定義，主要就是套用「等者等之，不等者不等之」公式，斟酌事務性質以及立法目的為合理差別待遇。然而對照美派的見解可知，我國對於實質平等的認識僅限於「法律上平等」，其實是相當於美派的形式平等而已。
- (2) 學者指出，從憲法的文義以及體系解釋可以得知，「實質平等」不應被單純解讀為「合理差別待遇」，尤其憲法增修條文第 10 條第 6 項的「實質平等」，以及基本國策許多扶持弱勢團體之規定，都是為了促進弱勢族群社會地位之事實上平等，在在顯示出我國憲法上之「實質平等」應該是作為一種「反壓抑、反宰制、反歧視」的工具，絕非單純的「等者等之，不等者不等之」公式可加以涵蓋。
- (3) 林子儀大法官在釋字第 571 號協同意見書中，即對於釋憲實務通說以「等者等之」公式作為實質平等之內涵，提出深刻的批評與反思：

● 釋字第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書

大法官習稱之「實質平等」，其與「等者等之，不等者不等之」平等公式思考如出一轍。然而單憑「等者等之，不等者不等之」公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，「等者等之」公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂「實質平等」之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種「形式平等」。

實質平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念。又，我國憲法增修條文第 10 條第 6 項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除

¹³ 反之，形式平等由於不過問法律之「目的」是否合憲，因此當法律之目的係用以鞏固主流的宰制地位時，形式平等反而會成為維護多數價值、保護弱勢族群利益之工具。

性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」是我國憲法明文使用「實質平等」一詞之憲法規定，而該條所規定之「實質平等」，絕非僅追求「法律上合理差別待遇」，而是關切兩性「社會地位」的「平等」，故而亦不宜再援用「實質平等」一詞，來描述「等者等之，不等者不等之」之合理差別待遇之概念。

(4) 釋憲實務上，大法官雖然主要還是採用「等者等之」公式，然而近年來有幾號解釋開始關注事實上平等、社會平等的問題，可謂釋憲實務有逐漸轉向美派實質平等之趨勢：

- A. **釋字第 649 號解釋**：本號解釋指出視障非屬人力所得控制之生理狀態，關注系爭積極平權措施是否真能提升視障者之社會經濟地位，以「社會地位」是否提升作為判斷系爭規定是否違反平等權，可知大法官將平等權之內涵從法律上的平等擴張至事實上（社會經濟地位）之平等。
- B. **釋字第 666 號解釋**：本號解釋中大法官罕見地著墨於當事人（從事性工作之女性）之經濟社會弱勢，並將此一社會現實納入平等權之考量，可見大法官已經開始關切社會權力地位，並對於弱勢族群給予更多考量。
- C. **釋字第 748 號解釋**：本號解釋中大法官亦強調同志族群於台灣社會中所遭遇之事實上不平等，花費相當的篇幅說明同志族群在台灣社會中如何受到歧視與壓抑，並首度使用「孤立隔絕之少數」一詞形容同性戀者之處境，更彰顯了大法官對於社會正義的關切。

(三)「間接」歧視之認定

● **釋字第 666 號解釋許宗力大法官協同意見書**

規範上非以性別作為差別待遇基準的法律，如果實際施行的結果，在男女間產生非常懸殊的效應，尤其是對女性構成特別不利的影響，即可能涉及間接(indirect)或事實上(de facto)的性別差別待遇，須進一步檢討有無違反性別平等的問題，這在我國有憲法增修條文第十條第六項明文規定，賦予國家消除性別歧視積極任務，而應提高違憲審查密度的脈絡下，尤具意義。

有關間接性別差別待遇如何認定，在比較憲法上有許多案例及法則得供參考。例如美國聯邦最高法院指出，如果立法者基於歧視的意圖，以非關性別差別待遇的法令，對特定性別造成不利的影響，該法令仍屬事實上之性別差別待遇。不過由於美國聯邦最高法院將歧視的意圖解為，立法者單是對差別效應有所預見還不夠，必須有部分的動機是為了(“because of”, not merely “in spite of”)對女性(或男性)不利，由於歧視性的立法意圖往往難以證明，這使事實上歧視的案件幾難成立，也因此飽受批評。相較之下，南非憲法法院對間接歧視的態度則顯得較為開放，其在種族案件中承認只要法令事實上在黑白種族間產生極為懸殊的規範效果，即為間接之差別待遇，從而該國憲法法院之大法官亦有主張性別案件應援用相同的標準予以認定。德國聯邦憲法法院則是採取比較折衷的立場，認為表面上性

別中立的規範，如果適用結果壓倒性地(überwiegend)針對女性，且這種現象可以歸結到男女的自然生理或社會差異的因素，即構成間接的性別差別待遇(indirekte Ungleichbehandlung)，而應接受性別平等的檢驗。上開標準中肯而具有操作可能性，特別值得我國借鏡。

● 釋字第 791 號解釋許宗力大法官協同意見書

由於間接差別待遇之判斷，係挑戰立法者在法律文義字面規範外之適用結果，對於釋憲者而言，確實應更為謹慎；但無可否認，如一味地堅持「立法者歧視意圖」或「極為懸殊之規範效果」等嚴格標準，諸多隱藏在性別中立規範下的不堪的性別歧視現實，勢難等到有被提出來檢視的機會。所幸我們也看到一些歐洲國家在歐盟法院影響下發展出另一種較為寬鬆的判準，足供參考：例如英國改制前最高法院 (House of Lords)與荷蘭平等保障委員會(Commissie Gelijke Behandeling, Dutch Equal Treatment Commission)及國家人權委員會(College voor de Rechten van de Mens, Netherlands Institute for Human Rights)⁵等，即參考歐盟法實務見解，認為相關性別中立之工作條件限制，對於男性與女性勞工而言，即便適用結果的性別差異程度，未達懸殊程度，但此種差異程度如已達到統計上的顯著性(statistical significance)，或者此種差異比例雖然明顯較小 (considerably smaller percentage)，但呈現長期相對穩定狀態(persistent and relatively constant disparity over a long period)而非單純意外結果(purely accidental)，也構成間接差別待遇。若根據上開標準，系爭規定一及二確實在適用上呈現女性受起訴、判處有罪之比例多於男性約 10%，未達懸殊程度，但此種差距之存在長期以來呈現穩定狀態，因此應可以認定係以性別為分類標準而形成間接差別待遇，須以平等權加以審查。可惜多數意見並未勇敢踏出這一步。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！