

## 憲法篇

主筆人：宣政大

### 一、概說

時光荏苒，又是一年的過去，法研所的考試在 2012 年再度登場。與往年相同的是，無論法研所或國家考試，憲法的時事性及新穎性，仍是考試的重點。舉例而言，去年的律師第二試便考了甫作成的釋字第 686 號解釋(註 1)。因此，觀察法研所考題預測時事跟重點議題仍然是個好方法。以下便以台大、政大及台北大學的法研所憲法題目，作為今年律師司法官出題的可能方向。

### 二、考題概略掃瞄

#### (一)台大

難易度適中，有多做考古題及多看解釋文的考生獲得高分應非困難之事。其中第一小題與 100 年台大考試第二題幾乎完全相同，(註 2)至於第二題雖分為三小題，但皆有與題目類似或相關的大法官解釋，若考生對於這些相關的解釋有所研讀，亦可獲得不錯分數。

#### (二)政大

與去年相同，中規中矩的出題，對於認真考生而言也不會有突襲之感。第一題第一小題的憲政慣例事實上在 97 年政大考試便已出現過(註 3)；而第二小題則是最近的時事題：總統國情報告的制度設計。第二題則是準備政大必定要注意的平等權議題，若考生本有志於政大，理應不難作答。第三題係言論自由的時事題：旺旺集團併購中嘉網路的管制合憲性(註 4)，但議題延伸至近用權的概念與第三人效力，則與原先事實有一點不同。

#### (三)台北大學

今年題目較具難度，部分題目亦無相關的大法官解釋可供參考，令考生較難下筆。第一題屬於近年較少考在憲法的地方自治議題，由於直轄市憲法保障程度事實上低於縣(市)，故多有學者對於升格直轄市一事不感贊成。第二題則與台大相同，皆出現了定期失效的題型。第三題則為司法權、司法自主性之問題，考生若沒有念過老師的相關著作，或許要從釋字第 530、539 號解釋下手。第四題則討論戶籍在我國憲法上意涵，是較為特殊的考點。



### 三、重要爭點

#### (一)定期失效之問題

##### 1.爭點說明

大法官解釋之效力歷來便為學說與國家考試之重要爭點：所謂的違憲失效（憲法第 171、172 條）概念下，是否有允許違憲的法律繼續存在的空間？若有，其依據為何？而此種違憲宣告方式是否有可待商榷之處？

##### 2.相關考題

台大第一題、台北大第二題；91 年司法官第四題(註 5)、2011 年東吳第一題(註 6)、2011 年東吳第四題(註 7)

##### 3.答題關鍵

###### (1)定期失效制度的正當性

許玉秀大法官於釋字第 613 號解釋協同意見書指出：「定期失效的違憲宣告制度，是奧地利聯邦憲法法院所採行的制度。該制度的基本法理在於避免法律真空，藉由定緩失效期限將法秩序的變動延後，因為如果法律立即失效所造成的負面後果大於給予立法過渡期間，應該給立法者有制定新法取代舊法的時間。因此採取定失效期限的違憲宣告，所優先考慮的情形是，有必要在立法上採取修補舊法或立新法取代舊法，以及廢棄舊法可能造成非所樂見的法律真空，如果不會導致法律真空，通常沒有必要定失效期限。此外，另一個定失效期限的條件，是有可能制定出內容上和應廢棄的法律相當，而且符合憲法意旨的法律，如果並不可能制定出另一個符合立法目的以及憲法意旨的法律，自然沒有定緩失效期間的必要。」

###### (2)定期失效制度的合理性

定期失效制度誠如上述存在一定之功能，並無疑義，但問題在於大法官對於何種法規需要立即失效、何種法規方為向後失效，事實上並沒有完整的說明(註 8)。因此，比較釋字第 649 號解釋與 664 號解釋，兩者同為定期失效，該期間卻相差 2 年 11 個月，理由為何，實難令人理解。

###### (3)定期失效制度所製造的不合理結果

###### ①法官必須適用違憲而有效的法律

由於違憲而有效之故，導致行政機關、法院必須在這段期間繼續適用違憲之法令，造成極大的矛盾。李惠宗教授於分析所謂的定期失



效制度時，認為應將其效力做兩個部分的理解。被宣告定期失效之法律，其在形式上雖然還是合憲，但是實質的正確性則業已不復存在。因此，所謂的定期失效，是針對立法機關的要求，有一定期限可以進行改善；但違憲是針對適用法律機關的宣示，故包括「行政機關」以及「法院」的要求，不得繼續適用(註 9)。陳淑芳教授則認為，於定期失效之解釋，大法官僅表明違憲之法令至遲於某一時間內失其效力，此是說明違憲法令最長可以再適用的期間，而無禁止司法者自行決定是否適用此一違憲的法律；換言之，若法官提早不適用該違憲之法律，並不會違反大法官解釋之意旨(註 10)。

#### ②聲請人無法以再審進行救濟

目前實務上僅承認立即失效可提起再審、非常上訴，定期失效則因法規尚屬有效，故不得於失效前聲請再審。例如：最高行政法院 97 年判字第 615 號判例：「司法院釋字第 185 號解釋：「……確定終局裁判所適用之法律或命令，……，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。……」僅係重申司法院釋字第 177 號解釋「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」之意旨，須解釋文未另定違憲法令 失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終 局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力。」但此一見解造成相當大的體系不正義，應有檢討之餘地。吳信華教授指出，人民聲請釋憲制度之設立目的在於保障人民基本權利受損之救濟途徑，現聲請人所聲請的系爭法令確屬違憲，僅因大法官為違憲定期失效之宣告方式，在該期間內即無法救濟，衡量上似有未當(註 11)。

## (二)言論自由題型探討

### 1. 爭點說明

言論自由問題在我國國家考試一直以來都是國考最關注之處。相關的解釋、學理的推論考生都應有清楚掌握，方有獲得高分之可能。

### 2. 相關題型：

台大第二題第一小題、政大第三題第一小題

### 3. 答題關鍵



(1)台大第二題第二小題涉及言論自由的內容限制，考生應參酌釋字第 445、644 號解釋處理高價值言論的限制問題；同時亦應小心法明確性的適用。如釋字第 445 號解釋便提及，「集會遊行法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對「主張共產主義或分裂國土」之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違；同條第二款規定：「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」，第三款規定：「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。」

(2)至於近用權的部分，於釋字第 364 號解釋理由書便指出，「廣播電視之電波頻率為有限性之公共資源，為免被壟斷與獨佔，國家應制定法律，使主管機關對於開放電波頻率之規劃與分配，能依公平合理之原則審慎決定，藉此謀求廣播電視之均衡發展，民眾亦得有更多利用媒體之機會。

至學理上所謂「接近使用傳播媒體」之權利(therightofaccesstothemedia)，乃指一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公正。例如：媒體之報導或評論有錯誤而侵害他人之權利者，受害人即可要求媒體允許其更正或答辯，以資補救。又如廣播電視舉辦公職候選人之政見辯論，於民主政治品質之提升，有所裨益。…)

可知大法官對於人民於憲法上享有接近使用廣電媒體一事採肯定見解。但問題在於，為何平面媒體（即報章雜誌）不在人民主張近用權的範圍？此要從釋字第 364 號解釋強調「廣播電視電波資源有限」出發，一般而言，平面媒體並沒有資源有限的問題，故沒有近用權的適用。美國法 *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*(註 12)與 *Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo*(註 13)案皆為事例，叢上訴二則判決可知，人民雖得對廣播電台主張近用權，但不得對平面媒體主張近用權。然而在現在數位匯流的情形下，電波是否真的有限？其他的科技（如有線電視、網路）是否已



經可以替代電波？若可，人民是否還得主張近用權？釋字第 678 號解釋談到電波管制合憲性時，其正當性已變為「避免電波相互干擾」，可見一斑(註 14)。

### (三)平等權及相關解釋

#### 1.爭點說明

平等權之關鍵有二：相關解釋文與學說特別見解，若考生能夠掌握此些思考點，應能對題目迎刃而解。

#### 2.相關題型

台大第二題第二小題、政大第二題

#### 3.答題關鍵

(1)台大第二題第二小題除平等權外，尚還有法律保留之問題，此可參照釋字第 682 號解釋理由書，「上開規定除規定專門職業人員考試得採「科別及格」、「總成績滿六十分及格」及「錄取該類科全程到考人數一定比例為及格」三種及格方式外，就各類專門職業人員考試應採之及格方式、各種特種考試之考試規則（包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目）、總成績計算規則等，明文授權考試機關本其職權及專業判斷訂定發布補充規定。考其立法意旨，即在賦予考試機關依其專業針對各該專門職業人員考試之需要，決定適合之及格方式暨及格標準，以達鑑別應考人是否已具專門職業人員執業所需之知識及能力之目的。」

(2)至於政大第二題部分，若考生對學校老師的見解有一定充分了解，作答應非難事；若無，則應注意本件雖皆是對於外國人的差別待遇，但若是以外國人的國籍作為區分，則仍有種族差別待遇的問題。更遑論此題之差別待遇已經涉及歧視，而有違我國追求事實上平等之意圖。

### 四、代結語—展望 2012 國家考試

2012 年即將舉行第二次新制的律師司法官考試。在已經有去年的考試之下，作為去年屬於偏易的公法類科，考生在準備上仍不能掉以輕忽。而雖然去年新舊任大法官交接後，解釋文多集中於稅法且數量亦下降，但時事題出現的機會（如政大旺中案）仍舊高居不下；此外，一些前年至去年做出的解釋如勞保遲延給付卻無遲延利息的合憲性（釋字第 683 號解釋）、狗仔跟追的合憲性（釋字第 689 號解釋）、照顧行人身自由限制的合憲性等（釋字第 690 號解釋），還是要請考生不得輕忽。筆者於



四月底完成此文時，距離二試仍有一段時間。無論如何，機會是給準備好的人，希望大家能夠順利的考上，讓人生更進一步！

#### 【注釋】

註 1：題目如下：A 公司依稅捐稽徵法第 28 條規定向國稅局申請退稅，經原處分機關否准，提起訴願未獲救濟，向行政法院提起行政訴訟，請求判令被告機關應作成同意退還已繳納稅款之行政處分。問：

(二) A 公司認為行政法院確定終局判決所適用之法令有牴觸憲法之疑義，聲請大法官解釋，經大法官宣告該法令違憲，並自解釋公布之日起失其效力。如 A 公司有數案發生同一法令牴觸憲法疑義，是否亦有該件大法官解釋之適用？(15 分) 不同聲請人 B 公司以同一法令牴觸憲法疑義聲請解釋，是否亦有該件大法官解釋之適用？(15 分)

註 2：題目如下：我國司法院大法官有時在宣告法令違憲的同時，並未使違憲法令立即失效，而是明示系爭違憲法令可以繼續適用到一定的期限，逾期才失效，學理上稱為「定期失效」的違憲宣告。而定期失效的期間，有長達三年，也有短至一個月，並不一定。請你從我國憲法條文、相關憲法學理、人民基本權利保障、司法權與其他權力與制衡、法治原則與法安定性、大法官釋憲的機能等相關角度，來評析下列大法官解釋的宣告方式：

1. 釋字第 649 號解釋文：「…身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：『非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。』…與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。」

2. 釋字第 664 號解釋文：「少年事件處理法第二十六條第二款及第四十二條第一項第四款規定，就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分，不符憲法第二十三條之比例原則，亦與憲法第二十三條保障少年人格權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一個月時，失其效力。」

註 3：題目如下：「憲政慣例」為何？我國有哪些憲政慣例？

註 4：就此可參照黃銘輝，〈法治行政、正當程序與媒體所有權管制--借鏡美國管制經驗析論 NCC 對「旺旺入主三中」案處分之合法性與正當性〉，《法學新論》，第 17 期，2009 年 12 月，頁 105 至 150；劉靜怡，〈媒體所有權、觀點多元化與言論自由保障：美國法制的觀察〉，《台灣大學法學論叢》，第 40 卷第 3 期，2011 年 9 月，頁 1089 至 1173。

註 5：大法官於第四一九號解釋關於副總統能否兼任行政院院長之解釋案件之解釋理由書中指出：「設置憲法法院掌理違憲審查之國家(如德國、奧地利等)，其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法



為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。」其中『與憲法不符但未宣告無效』與『尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範』，兩者之裁判方式其法理依據為何？又大法官第四一九號與第五二〇號(關於核四預算停止執行)兩號解釋之結果究屬違憲？合憲？或前述其他三種裁判(宣示)方式之那一種？試說明之。

註 6：大法官於 2011 年 1 月 1 日作成解釋，宣告 A 法律違憲，應於該解釋公布後至遲二年內失效。B 於同年 2 月 1 日遭主管機關依 A 法律裁罰，並合法送達。B 極為不憤，認為該法律既已遭宣告為違憲，自無更依該法律裁罰之理，遂欲提起訴願與行政救濟。B 為此前來請教於你。請依大法官解釋之意旨，為 B 提供法律意見。

註 7：釋憲聲請人所指摘侵害其基本權利之法律，業經司法院大法官於解釋中宣告「應自本解釋公布之日起至遲一年屆滿時，失其效力」，聲請人據此於該法律失效前向法院提起救濟，成效可能如何？請從訴訟基本權保障觀點析論之。

註 8：唯於 95 年 7 月 21 日作成之釋字第 613 號解釋曾指出：「…惟鑑於修法尚須經歷一定時程，且該規定倘即時失效，勢必導致通傳會職權之行使陷於停頓，未必有利於憲法保障人民通訊傳播自由之行使，自須予以相當之期間俾資肆應。系爭通傳會組織法第四條第二、三、四、六項規定有關通傳會委員選任之部分，至遲應於九十七年十二月三十一日失其效力。」說明為何給予兩年半之期限。

註 9：李惠宗，〈論違憲而定期失效法律的效力—兼評釋字第 619 號解釋及最高行政法院判決 97 年度判字第 615 號判決〉，《法令月刊》，第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，頁 16；吳信華教授亦支持此一結論。參見吳信華，〈大法官「違憲定期失效宣告」後法院案件審理的問題〉，《台灣法學雜誌》，第 155 期，2010 年 7 月 1 日，頁 95。

註 10：行政訴訟法第 15 次研討會會議記錄，《台灣法學雜誌公法特刊》，2010 年 8 月，頁 147。

註 11：吳信華，〈大法官解釋「違憲定期失效」的效力〉，《月旦法學教室》，第 43 期，2006 年 5 月，頁 7。

註 12：395U.S.367 (1969).

註 13：418U.S.241 (1974).

註 14：深度的討論，可參見〈周宇修，論公共廣電集團制度之建構—以平等使用媒體為核心〉，《政治大學法律研究所碩士論文》，2009 年，頁 70 至 89。

