

# 憲法篇

主筆人：宣政大

## 一、概說

自筆者執筆法研所憲法試題分析迄今已經是第三年，仍舊要老調重談的是，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，去年的司法官考試便以新聞自由、言論自由作為命題，而與釋字第 689 號解釋具有高度關連。(註 1)此外，自著名實務見解相關之事實所改編之題目，如去年司法官考出了民生別墅國家賠償案，似乎也成為了出題老師的最愛。(註 2)是以，自法研所考題預測時事跟重點議題仍能有不少收穫。

另外要注意的是，今年的法研所題目配分並非相當平均，以台大而言，就出現了兩題各 25 分、一題 50 分的情形；而台北大學部分則是 30、40、30，此一不平衡事實上有助於考生面對現行的律師司法官考試，畢竟現在的各科題目分數少則 20 分，多則 80 分。考生對此尤應注意作答時間的分配，才能有效掌握高分。筆者以下便以台大、政大及台北大學的法研所憲法題目，來探討今年律師司法官出題的可能方向。

## 二、考題概略掃描

### (一)台灣大學

難易度事實上略高於去年，甚至略高於去年的律師、司法官考試。三小題中，第一題與第二題分別有 25 分之配分。其中第一題屬於較為一般性之題目，直接請考生評論道路交通管理處罰條例的合憲性；至於第二題則是時事題，考了法務部函示表示警察於執法時得主張隱私權的合理性。而第三題則以篇幅略長之事實，考驗考生對於國際公約在我國執行時可能受到之批評，以及社維禁止當街乞討之合憲性。

### (二)政治大學

今年政大的題目相較之下對政府體制問題較為偏愛，不過就政府體制的部分事實上屬於較為簡易的申論題且在以前的考古題有類似的影子。(註 3)



但基本權利的題目則考出了頗為困難的問題，包括了集會、言論自由(註 4) 以及在三月頗為熱門的預防性羈押議題，(註 5)皆有一定深度。

### (三)台北大學

就台北大學的部分，也承襲著今年年初的時事，在第一題考了關於警察於執法時得主張隱私權之合理性以及集會自由的相關問題；而第二題則是政府體制的三小題問題，與政大的出題方向有些許的相呼應；至於第三題的部分，則可說是第一題的深入版，要求考生從個人資料保護法的角度說明我國人格權的保障範圍，屬於較為困難的問題。

## 三、重要爭點

### (一)隱私權與人格權

#### 1. 爭點說明

反蒐證之依據，係 101 年 9 月 13 日法務部法檢字第 10104149290 號函，其內容稱：「民眾向司法警察人員陳情、檢舉或接受行政事件調查時，得否自行錄音乙節，因涉及承辦人員或其他在場人員之個人隱私權益，除有當事人允諾或法律明文規定者外，其隱私權之保護與一般人並無二致，是民眾於向司法警察人員陳情、檢舉或接受行政事件調查之場合自行錄音錄影，除法律另有規定外，原則上應經在場人員之同意，始得為之。」對於此一函示，輿論則多半採取不支持之看法。

#### 2. 相關考題：台大第二題、台北大第一題、第三題

#### 3. 答題關鍵

(1)隱私權之憲法依據，以司法院大法官解釋觀之，係自憲法 22 條概括基本權下之人格權所衍生。就此，釋字第 603 號解釋已有概略說明：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照），其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」而釋字第 689 號解釋，則更是直指在公開場合亦得主張隱私權：「個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。」



尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。」關於隱私之合理期待判斷準則，美國聯邦最高法院 John Marshall Harlan 大法官於 1967 年 Katz v. United States 案之協同意見中認為必須具備：1.個人必須顯現其對所主張之隱私有真正之主觀期待；以及 2.該期待必須是社會認為屬客觀合理之期待(參司法院釋字第 689 號林子儀、徐璧湖大法官部分協同及部分不同意見書)需要注意的是，隱私權之特徵在於其不僅是得用以對抗國家，且可藉由國家之保護義務用以對抗私人。

- (2)至於個人資料保護法所稱之個人資料，多半應屬人格權之保障範圍，根據該法第 2 條第一款則包含：自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。
- (3)警察於執法時遭到人民以攝錄器材拍攝，該拍攝資訊應可認為屬於前述的個人資料，屬於隱私權、人格權的保護範圍。然而在此情形下，警察對人民主張隱私權，是否合理？學說多半持否定見解。如有認為，憲法的基本權條款，目的乃在藉由限制國家權力，以免使人民受侵害，所以可主張基本權保障者，當然只限於人民，而不包括國家。(註 6)也有認為，自警察職權行使法第 4 條觀之，警察的「身分」必須表明於外，並無所謂隱私可言，且警察執行職務之言語、行為等，也已經逾越個人資料保護法所稱個人的範圍，自始無隱私權的問題。(註 7)上述見解皆有見地，本文則認為，倘自國家保護理論觀之，警察於執行公權力時縱然得主張隱私權，然此一隱私權是否仍舊值得由憲法之力量保障，著實有其問題。況且，人民側錄警察之執法，可認為屬於言論自由的一部分，(註 8)就此而言，其重要性亦不下於警察之隱私。
- (4)高雄地院 101 年度雄秩字第 68 號裁定亦稱，「自基本權之保護對象觀



之，當公法人履行公法任務，屬行使公權力，為公權力主體，而基本權之價值係在體現自然人之自由及尊嚴之上，公法人履行公任務並無法表彰此等自然人之人性尊嚴與自由發展，且容許公法人主張基本權可能造成權利人及義務人「同一性」之混淆與破壞「行政一體性」，故原則上公法人不能主張基本權，而僅在公法人履行公任務可被認為「受特定基本權利保護之生活領域」或立於「準私人地位」時，得例外主張基本權，是公務員對人民執行公務時，自身即為基本權拘束對象，自不得對人民主張基本權。再者，縱公務員基於私人地位在公共場域中，所得受隱私之保障，亦以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。」亦可資參照。

## (二)預防性羈押的合憲性問題

### 1. 爭點說明

所謂預防性羈押，係指以羈押之手段達成嚇阻甚至處罰之目的。(註 9)是以，此一規範制度是否符合羈押之本質，是否過度侵害人民之人身自由及正當法律程序，容有討論空間。

### 2. 相關題型：政大第四題

### 3. 答題關鍵

(1)自羈押制度目的觀之：依司法院釋字 665 號解釋理由書：「刑事訴訟法第 101 條第 1 項規定：『被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之：一、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。二、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。三、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。』該項規定羈押之目的應以保全刑事追訴、審判或執行程序為限。」換言之，羈押制度本身的正當目的僅限於「保全刑事追訴、審判或執行程序為限」，當不及於「預防犯罪」之目的，預防性羈押若僅以「預防再犯」作為立法目的，則當然有可議之處。

(2)預防性羈押係對人民人身自由之限制，並無疑義。然是否能夠通過比例原則之檢驗？查現行制度仍有其他即時限制人身自由之制度，然無須動用對於人民限制程度較嚴重之「羈押制度」，例如：行政執行法第 36、37 條規定「即時強制」，行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免



急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制。即行強制之方法，包括了對於人之管束。況且，預防性羈押是否確實有效降低行為人再犯酒駕行為之機率？或其效果是否遠勝於《行政執行法》第 36、37 條規定「即時強制制度」或《警察職權行使法》第 19 條規定「拘留一日」之效果？仍值疑慮，因此，如無明顯實證數據，則預防性羈押之法律效果不符必要性原則之要求。

(3)至於正當程序部分，預防性羈押實有違無罪推定原則：

A.依釋字 665 號解釋理由書：「無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施，倘以重大犯罪之嫌疑作為羈押之唯一要件，作為刑罰之預先執行，亦可能違背無罪推定原則。是刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款如僅以「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪」，作為許可羈押之唯一要件，而不論是否犯罪嫌疑重大，亦不考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要，或有無不得羈押之情形，則該款規定即有牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權而違反比例原則之虞。」換言之，釋字 665 號解釋理由書明確確立「無罪推定原則」屬於憲法位階之法律原則，該原則主要之目的在限制政府權力，如未經嚴謹之刑事程序訴訟，即判定被告犯罪，有違「無罪推定原則」之要求。

B.釋字 665 號解釋理由書尚稱：「惟查依刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款及第一百零一條之二之規定，法官決定羈押被告之要件有四：犯罪嫌疑重大，有法定之羈押事由，有羈押之必要（即非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行），無同法第一百十四條不得羈押被告之情形。是被告縱符合同法第一百零一條第一項第三款之羈押事由，法官仍須就犯罪嫌疑是否重大、有無羈押必要、有無不得羈押之情形予以審酌，非謂一符合該款規定之羈押事由，即得予以羈押。」換言之，有關於羈押制度目的本限定於「保全刑事追訴、審判或執行程序」，縱使立法者制定預防性羈押制度，法院於裁定是否羈押時，仍須考量羈押之四要件：「犯罪嫌疑重大，有法定之羈押事由，有羈押之必要（即非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行），無同法第 114 條不得羈押被告之情形」，不得僅以酒測值超過標準值，即裁定羈押。然而預防性羈押僅以「行為人酒測值超過標準值」為構成



要件，而未經上開嚴謹之刑事程序訴訟，即對行爲人裁定羈押作爲實質之懲罰效果，實有違「無罪推定原則」之要求。

#### 四、代結語—展望 2013 國家考試

今年 4 月 26 日，司法院大法官做成司法院釋字第 709 號解釋，宣告都市更新條例第十條第一項有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，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，與憲法要求之正當行政程序不符。同條第二項有關申請核准都市更新事業概要時應具備之同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序。第十九條第三項前段規定，並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別爲送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞爲意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。都市更新條例第二十二條第一項、第二十二條之一則分別爲合憲及合憲性解釋。大法官業已開始勇於面對高度社會爭議及時事，考生確實應該詳加注意。希望讀者在今年的努力下，能夠一舉上榜，邁向更多未知的挑戰。



## 【注釋】

註 1：題目如下：A 報社總編輯為提高其報紙的閱報率，指示該報社文字記者甲報導一則假新聞，影射某藝人乙有吸毒行為。報紙出刊後，引發其他傳媒爭相報導，並對乙交相指責。乙不甘名譽受損，乃依民法第 184 條第 1 項後段規定，以 A 報社及記者甲為被告，向普通法院提出侵權行為損害賠償訴訟。於訴訟審理中，A 報社及記者甲主張渠等享有憲法上保障之新聞自由與言論自由，以為抗辯，請問：

(一)新聞自由與言論自由之保障範圍有何不同？A 報社及記者甲得否同時主張新聞自由與言論自由？(25 分)

(二)普通法院得否審酌 A 報社及記者甲主張渠等享有新聞自由與言論自由之抗辯？A 報社及記者甲之主張有無理由？(25 分)

參考法條：民法第 184 條第 1 項：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」

註 2：假設於民國 80 年初，甲欲開設牙科診所需安裝 X 光機，廠商安裝時察覺該診所內之輻射背景值異常，於是通報行政院原子能委員會(下稱「原能會」)。原能會派員至現場檢查時發現該診所內有超過「游離輻射防護安全標準」之游離輻射反應，並初步判定輻射源應係建築用鋼筋；原能會認為，該會依據原能會組織條例雖為游離輻射事務之主管機關，但並無採取命令或管制措施之法律依據，因而並未採取相關措施，亦未告知甲及社區居民。民國 97 年 10 月間，媒體報導揭露上述情節，甲及社區居民才知情，並認為原能會當初應主動告知房屋受輻射污染一事，並採取必要的補救措施；由於原能會未採取必要的處置，使他們 17 年來在不知情的情況下居住於遭輻射污染之房屋，罹患癌症的機率遠較一般人高，身體健康受損害。甲及社區居民隨即於民國 98 年 1 月向原能會請求國家賠償。請問：

(一)甲及該社區居民得主張何項基本權利受損害？(15 分)

(二)若當時相關法令確實未有原能會針對游離輻射得採取命令或管制措施之規定，則原能會在本案中究竟有無採取相關措施之職務義務，因而得作為甲及該社區居民請求國家賠償之依據？(20 分)

(三)若原能會確實具有採取必要措施之職務義務，但原能會又主張其對於是否採取因應措施擁有行政裁量權，試問其抗辯是否成立？(15 分)

註 3：【93 年政大第三題】我國憲法本文和增修條文都有就特定機關成員的產生，由總統提名，而由另一機關同意後任命的設計。請簡述在這些規定間有無不盡相同的制度意義，從而行使同意權的程序也應有所區別？並簡單說明在現制下還有哪些機關是經此一方式產生(誰提名誰，誰來同意)？(25%)

註 4：【98 年台大轉學考第一題】

註 5：馬英九總統認為，警察利用跟檢察官共享憲法規定的 24 個小時，至少有最多 24 個小時，可以讓酒駕者失去自由，「現在就可以做」。引自網路新聞，<http://www.cna.com.tw/News/aIPL/201301250358-1.aspx> 最後瀏覽日：2013 年 2 月 18 日

註 6：吳景欽，〈隱私空間 執法者無主張權〉，蘋果日報論壇，2013 年 1 月 23 日。

註 7：李建良，〈隱私與公務〉，《台灣法學雜誌》，第 218 期--總編隨筆，2013 年 2 月 15 日。



註 8：參見周宇修，〈保障警方執法 法務部矯枉過正〉，蘋果日報論壇，2013 年 1 月 22 日。

註 9：謝國樑表示，若大幅降低酒測標準，且可對酒測超標者實施預防性羈押一到三天，應可大幅降低酒駕肇事比例。全文網址：酒測超標擬訂預防性羈押 最高 3 日  
<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT3/7687201.shtml>

