

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 103 年各校法研所公法題目，以此剖析 103 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

※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？（30%）

※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準。行政院環境保護署（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？(25 分)
- (二) A 縣政府主張，其對於該縣境內車輛怠速之處罰，係依據地方制度法第 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？(25 分)
- 三、從上開命題中分析，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

一、服貿協議

概念解析：

就服貿爭議之爭議係發生於 3/18 太陽花學運，而此時研究所之命題不僅完畢，甚或已經考完試，惟筆者審議 103 年法研所相關考題，中正大學 103 年憲法有以兩公約之位階為命題，加以歷年來，條約之位階係屬行政法法源重要之問題，實務上之 ECFA、兩公約、美國牛肉輸台議定書，皆為學者注目之焦點，今年之服貿爭議來不及於研所中命題，惟中正大學 103 年憲法之考題，可嗅出學者對於條約位階之注重，又台灣大學 102 年亦與 ECFA 之位階有關，考生當必對此議題詳加閱讀。

【法律問題】服貿協議為法規命令或為法律位階

(一)服貿協議非為行政命令，而應為法律

- 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(註 1)。
- 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。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

4.兩岸服貿協議係屬中華民國(註2)與非中華民國之法律主體所簽之國際書面協定。又涉及兩岸人民之營業自由與職業自由，當屬釋字第329號之條約(註3)。

(二)服貿協議僅為行政命令

論者有以兩岸人民關係條例第五條為例，協議之內容需以法律定之或必須修改，則須送立法院審議。而認為 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(註4)。

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？

※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？

二、從檢察總長監聽案到開除國會議長黨籍

概念解析：

九月政爭可說是我國憲法行政(馬總統)與立法(王院長)權限劃分最新鮮之題材，其中又涉檢察總長(黃總長)，則與司法亦有相涉。本次法研所中，台灣大學、政治大學、中正大學借針對九月政爭有所命題，考生對本議題

當需掌握。

爭點整理：

筆者以期刊論文輔以研所考題，整理出本次九月政爭在國考上較為重要之議題，分析如下：

【爭點一】關說司法是否違憲(註 5)

依法審判原則，除消極用以防止司法獨裁、審判枉法擅斷，而要求法院審判時應受法律之拘束外，復強烈要求國家各機關與任何個人均應維護司法之獨立性。是以司法關說當係屬違憲法原理原則。

【爭點二】關說司法之管轄權限為何(註 6)

論者以為，總統應為「積極的」、「事前的」與「完全的」憲法維護者(註 7)，而大法官僅為「消極的」、「被動的」、「嗣後的」與「局部的」憲法維護者。故其認為檢察總長依法自無法將其所蒐集之證據(如通話監聽譯文)，並將研判確認之司法關說事實等聲請司法院大法官依據憲政體制處理，而達成完全維護憲法之任務。

【爭點三】撤銷黨籍以此使國會議長下台，是否合憲?

(一)合憲說(註 8)

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 9)

「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 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。

【爭點四】檢察總長拒絕備詢之合憲性

(一)立法院之質詢權

高點法律專班
版權所有，重製必究！

- 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)檢察官並無受立法院質詢或備詢之義務

- 1.就質詢：
檢察官並非上開憲法第 71 條所指之各院院長或各部會首長。
- 2.就備詢：
依釋字第 461 號解釋，其認為立法院各種委員會依憲法第 67 條第 2 項規定，邀請政府人員到會備詢時，行政院各部會首長及其所屬人員，除依法獨立行使職權，不受外部干涉之檢察官、公平交易委員會委員等人員外，於立法院各種委員會依憲法第 67 條第 2 項規定邀請到會備詢時，有應邀說明之義務。

風向考題：

※台灣大學 103 年法研所入學考試

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。

※中正大學 103 年法研所入學考試

由於檢察總長甲於處理立法委員乙之司法關說案件時，衍生出疑似特偵組檢察官違法監聽的疑慮，立法院司法及法制委員會即多次以開會名義邀請甲到會備詢，甲則認立法委員多係藉機詢問個案情狀而非審查相關法案及預算，因之均拒絕出席。其後立法院司法及法制委員會於審查中央政府的年度總預算時，即決議將甲之年終及考績獎金全數刪除。請以憲法角度評析上述案例。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

三、違憲並不立即失效宣告模式與大法官解釋第 188 號之關係

概念解析：

大法官身為憲法的守護者，在違憲審查的操作下，卻允許定期失效宣告類型的存在，此種容許違憲規範存在之宣告類型，不僅對憲法價值有所斷傷，亦對聲請個案解釋當事人生「贏了解釋、輸了官司」之嘆，復陷普通法院小法官於適用「本質違憲法律」之窘態。在定期失效制度下，因該期限未屆至，故法律雖為違憲然仍屬有效，於實務上產生許多爭議。

此議題於大法官釋字第 666 號作成後，成為學說熱門之探討焦點，就定期失效制度，考試上重點有二，一為**本制度存在之必要性**；二為**該本質違憲法律應如何適用厥有爭議**。台灣大學 100 年與 101 年考題與重點一相關；台北大學 103 考題研究所則是與重點二相涉。

學說與實務：

【重點一】本制度存在之目的

(一)執行拖延與期限理性

行政往往對於現狀的改變有執行拖延的情形，而其理由可能是理念的不合或是執行技術的障礙，大法官為了現實上會有執行拖延的考量且一方面合理的期限可以達到促進執行，故而為附加期限之解釋(註 10)。

(二)法律秩序的管理

大法官為違憲宣告，是對既存的法律秩序為破壞，則法律安定性的破壞與人民權益的保障，是一種調和的工作，期限之附加可調和兩種利益之衝突(註 11)。此種避免法律空窗期對法律安定性的衝擊之利益，對比人民基本權侵害，後者毋寧為「更小」的違憲狀態，故定期失效制度所求為此(註 12)。

(三)違憲程度之兩極困境

釋憲機關為解釋時，須考量各種情況，並非在合憲與違憲之間作一絕對的選擇，蓋很多案情常是有點違憲，或不太合憲，絕對的選擇，非能有效地反應個案違憲性的程度問題，故期限的附加，在法規範違憲表現程度上得更加極致。

(四)司法積極與自制的調和

司法違憲審查隱含著抗多數的困境，然期限的附加可以有效地緩和，由時間的管理表現出司法對立法的尊重(註 13)。是以大法官定期失效

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

失效的宣告，亦係基於權力分立原則而生的「司法對立法制衡」，同時也是尊重立法形成自由的機制(註 14)。

【重點二】本質違憲法律應如何適用

就其適用對象可分為「原因關係案件」與「其他案件」異其區分：

一、原因關係案件

(一)實務見解

多數實務見解常以釋字第 185 號為據，認大法官解釋效力係向後失效，而例外於釋字第 177 號中，對聲請人解釋個案有溯及效力。然上述之溯及效力必也該法規範遭宣告違憲，如僅為定期失效宣告，因於宣告期內，該法律仍非違憲，故並不生上開個案救濟之可能。故多數見解認為就該原因關係案件不論是否已確定，該定期失效法律皆屬有效之法律，並無所謂法律遭違憲宣告之情況，當無上開釋字第 177 號和 188 號之適用。

(二)學界看法

學界看法大都援引舊大法官審理案件法草案第 33 條為說理，認為對於原因案件，應可認為特別救濟。就已確定之原因案件，此項見解於 2013 年 2 月新版大法官審理案件法草案第 64 條公布後，既與舊草案內容相符，僅條號之移動，尚可認學界應會援引新版草案而肯認對於已確定之原因案件可為例外救濟。然就未確定之原因案件，新版大法官審理案件法草案第 65 條第 2 項與舊版本不同，學者之見解是否仍為一致，有待觀察。

二、其他案件

對於其他案件可否援用該本質違憲之法律予之審判，以下分述之：

(一)實務見解

雖多數實務見解，承襲前開最高行政法院 97 年判字第 615 號判例之見解，而認該定期失效法規範於期間內仍為一有效法律，故法院應予之適用。惟仍有少數見解認為適用該違憲法律，等同毀棄憲法價值，而認不應適用該定期失效法律為妥。如台灣宜蘭地方法院簡易庭裁定 98 年度宜秩字第 32 號、33 號、36 號：「本件被移送人涉犯設為秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款，既經司法官大法官認定違憲，雖該規定效力在解釋公布之日起 2 年屆滿時，使失其效力，但本院認為不宜再以該規定予以裁罰，爰依據同法第 29 條裁定免罰。」

(二)學界看法

1.吳信華教授(註 15)

氏認為單以期間屆至與否此一因素而導致裁判適用不一致，似有未當，因就此等於將不可歸責於當事人之諸多不確定因素由當事人承擔，故此際，原則上應先考量法院得否找出替代性法律以為本案裁判之基礎，若為否定，方能例外適用該被宣告違憲但未失效之法令。然其亦指出，我國關於定期宣告制度係承襲奧國法制，故適用上不能不注意比較法之體制。

則依吳教授之看法，適用該定期失效法律似非不可，僅法院應優先考量替代性法律，避免造成風險分擔不均之情況。而其所指出奧國法制之體制，應可推知其仍認為該定期失效法律應不可再為適用，惟其認應交立法者為之。

2.李惠宗教授(註 16)

氏認為法律是否可以適用應分為立法論與法本質論，前者只要法律仍屬有效，雖其違憲仍能可繼續援引適用。而就法本質論，法律的適用必須該法律有效且未被宣告違憲。就此可知大法官所作憲法解釋係在法本質上，從事憲法的發現，故定期宣告法律違憲，該法律既已違憲，雖未立即失效，也只是表示行政機關先前據以作成之行政處分或法院作成之判決，不因之而立即違法，但行政機關仍不得據以繼續執行，法院亦非能以該違憲法律作為裁判依據。

按李教授之看法，立法論是法律是否仍有效之問題，而法本質論係指該法律是否本質上違憲之問題，而判斷法律仍否適用，應探究法本質論，要非以立法論為之。

風向考題：

※台北大學 103 年法研所入學考試

敏俊為大陸地區人民，在與臺灣人民頌伊結婚後，以「依親居留」名義申請來臺團聚並獲准先行入境，之後內政部出入國及移民署專勤隊通知敏俊到隊進行「二度面談」，面談結束，專勤隊即以「敏俊與依親對象（頌伊）有關同居之說詞有重大瑕疵」為由，依大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱「面談管理辦法」）之規定撤銷其入境許可，並且依臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱「兩岸關係條例」）之規定，逕行作成「強制出境」處分。與此同時，專勤隊並根據大陸地

區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱「強制出境辦法」）中：「因故不能立即強制出境者，得暫予收容」之規定，將敏俊暫予收容達百日之久，使執行強制出境。

嗣後敏俊再次申請來台，入境後以前揭暫予收容違法拘禁其人身自由，並違法強制其出境致生損害為由，向行政法院提起確認處分違法並合併請求損害賠償之訴。請問：（節錄）

（三）若本案業經最高行政法院審理，判決原告敏俊敗訴，敏俊依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請釋憲。經大法官做成解釋，宣告前揭兩岸關係條例以及強制出境辦法的部份條文違憲，**應自解釋公布日起至遲於屆滿兩年時失其效力**。敏俊認為釋憲結果對其有利，遂執該號解釋提起再審。再審法官於審理時，認定再審之訴中應適用的最高行政法院 97 年判字第 615 號判例，侵害人民憲法所保障的訴訟權。按釋憲實務以及現行法之規定，就該再審案件，法官應為如何之處理？並請就此一處理方式的法理基礎何在，一併說明與檢討之。

※台灣大學 101 年法研所入學考試

憲法第 171 條第 1 項規定：「法律與憲法牴觸者無效。」同法第 172 條亦規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」不過，不管是憲法、抑或司法院大法官審理案件法，對於司法院大法官作成違憲宣告的方式，都沒有明文規定。有時，我國司法院大法官在作成法令違憲宣告時，會不直接使系爭違憲法令立即失效，而是讓其繼續適用一段期間，逾期才失效。

請你以下面三個解釋為例，分別從釋憲聲請人的權利保障、法安定性的考量、司法者與立法者的權力界限、以及憲法解釋的效力及受尊重的程度等面向，具體說明你是否同意這三個解釋的宣告方式。如果你同意，請你特別說明定下這些期限（一年、二年及二個星期）的理由。如果你不同意，請你特別說明你會以何種方式來作成違憲宣告。

1. 釋字第 452 號解釋（民國 87 年 4 月 10 日公布）：「民法第一千零零二條規定，妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。……按人民有居住之自由，乃指人民有選擇其住所之自主權。……依民法第一千零零二條前段規定，他方配偶即須以其一方設定之住所為住所，未能兼顧他方選擇住所之權利及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比

例原則尚有未符，施自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」(15分)

2.釋字第 666 號解釋(民國 98 年 11 月 6 日公布):「社會秩序維護法第八十條第一項第一款就意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰之規定，與憲法第七條之平等原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。」(15分)

3.釋字第 677 號解釋(民國 99 年 5 月 14 日公布):「監獄行刑法第八十三條第一項關於執行期滿者，應於其刑期終了之次日午前釋放之規定部分，使受刑人於刑期執行期滿後，未經法定程序仍受拘禁，侵害其人身自由，有違正當法律程序，且所採取限制受刑人身體自由之手段亦非必要，牴觸憲法第八條及第二十三條之規定，與本解釋意旨不符部分，應自中華民國九十九年六月一日起失其效力。有關機關應儘速依本解釋意旨，就受刑人釋放事宜予以妥善規範。相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放。」(20分)

※台灣大學 100 年法研所入學考試

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。」

四、集會遊行權

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

概念解析：

在學運推波助瀾下，集會遊行權近來備受矚目，加以大法官於今年三月份做成第 718 號對集會遊行有所闡釋，司律考生務必給予集會遊行權關愛眼神，而學習之重點上，當必須掌握釋字第 718 號對於釋字第 445 號之突破與其認事前許可制合憲之評析。103 年台灣大學與政治大學在憲法偕出現與集會遊行權相關之考題。

大法官釋字第 718 號：

一、其意旨

爭點：

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。

二、學者(註 17)解析

(一)選擇性解釋

本件釋憲聲請人之解釋集遊法條文繁多，然本號解釋僅挑選集遊法第 8 條第 1 項、第 9 條第 1 項但書與第 12 條第 2 項規定作為釋憲標的，格局過小，難成大器。

(二)釋字 718 號將集會遊行權與表現自由去連結？！

本號解釋在敘述集會遊行權之時，對比釋字第 445 號，顯然較為詳實，其中「以集體行動之方式和平表達意見」、「主權在民理念」、「兼容並蓄之精神」，皆為釋字第 718 號解釋所無。不過，本號解釋獨漏「表見自由」一詞，並且與憲法第 11 條保障言論、講學、著作及出版面一去連結。本號解釋似自我設限。再者倘集會遊行權與表現自由脫鉤，則必然在事前許可制，即為合憲，氏認為此似為大法官為後續肯認事前許可制之合憲性，欲埋伏筆。

(三)未將事前許可制一併為違憲宣告，似有不足

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！



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」之必要；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。

(四)區分室內與室外之集會憲法意義

1.條文觀照-僅是否事前許可之差別

體系以觀，集遊法第 8 條第 2 項規定：「室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。」由此可知，單就集會遊行法的規定來看，室內與室外此一規範上之差異僅是建立在是否集會須經申請許可的前提下。且從條文，室內集會在特定要件下亦屬可為許可制規範之對象。

2.將室內集會與憲法第 14 條脫鉤，避免憲法 23 條之限制

承上可知室內集會與室外集會偕有可能有事前許可制之適用。故集會「室內」與「室外」之分，若要具有憲法上之意義，唯在於將「室內」集會移出憲法第 14 條的範圍，從而立法者不得透過憲法第 23 條法律保留條款的連結，對於「室內集會」進行任何的限制，此可以德國基本法第 8 條第 2 項(註 18)為參照。

風向考題：

※台灣大學 103 年法研所入學考試

龐克搖滾樂團「暴動懶貓」不滿總統施政，某日聞知總統即將到北港朝天宮上香，以求國泰民安。樂團成員乃於前一天潛入香客雲集的朝天宮正殿，震天價響，又跳又唱其自編，內含「我的媽祖啊，快快把總統趕下台」字句的歌曲，驚動香客。雖經廟方勸阻，仍忘情繼續叫唱，終於一分鐘後被廟方攆出去。警察並以其行為違反社會秩序維護法第 73 條第 1 款「於...公共場所喧嘩滋事，不聽禁止者」之規定，對「暴動懶貓」

三名團員各科處新台幣 3000 元罰鍰。隔日總統親臨朝天宮上香時，「暴動懶貓」再度潛入圍觀，在隔離線外安靜地舉起書寫「無能 9 趴總統下台」的白布條，在場維安的警察發現，隨即趨前沒收白布條，並再度根據社會秩序維護法第 73 條第 1 款科處新台幣 3000 元罰鍰。試附理由從憲法觀點，評價警察兩次的罰鍰處分暨沒收白布條之行為。

【注釋】

- 註 1：胡博硯(2014)，〈建立憲政思考下的法律體系-面對我們的憲法危機〉，《台灣本土法學雜誌》，第 245 期，頁 35 以下。
- 註 2：雖其簽署者為財團法人海峽交流基金會，其係受委託行使公權力，因而中華民國仍為簽署主體。
- 註 3：王韻茹(2014)，〈國會的民主義務-從兩岸服貿協議審查談起〉，《台灣本土法學雜誌》，第 245 期，頁 45 以下。
- 註 4：曾志超，〈國會的民主義務-從兩岸服貿協議審查談起〉，最後瀏覽日:2014/5/5
<http://www.npf.org.tw/post/3/13010>
- 註 5：蔡志方(2014)，〈論王金平院長等之司法關說與衍生之法律問題〉，刊於財團法人國家政策研究基金會，國改研究報告。
- 註 6：同註 5。
- 註 7：其依據為憲法第 35 條、36 條、37 條、38 條、39 條、40 條、41 條、42 條、第 44 條。與中華民國增修條文第 2 條第 2 項、第 5 項、第 3 項、第 3 條第 2 項第 2 款與第 3 款。
- 註 8：廖元豪(2013)，〈開除國會議長是合憲〉，《台灣法學雜誌》，第 233 期，頁 9，2013 年。
- 註 9：陳英伶(2013)，〈假處分定馬王憲政地位〉，《台灣法學雜誌》，第 233 期，頁 3，2013 年。
- 註 10：葉俊榮，(2003)，《民主轉型與憲法變遷》，元照出版，頁 352。
- 註 11：葉俊榮，註 9，頁 355。
- 註 12：李惠宗，(2009)，〈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 97 年度判字第 615 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 10 期，頁 8。
- 註 13：葉俊榮，註 9，頁 358。
- 註 14：李惠宗，(2009)，〈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 97 年度判字第 615 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 10 期，頁 9。

- 註 15：吳信華(2006)，〈大法官解釋「違憲定期失效」的效力〉，《月旦法學教室》，第 43 期，頁 7。
- 註 16：李惠宗(2009)，〈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 97 年度判字第 615 號判決號判決〉，《法令月刊》。
- 註 17：李建良(2014)，〈集會自由與群眾運動的憲法保障-釋字第 718 號〉，《台灣大學雜誌》，第 246 期，頁 13。
- 註 18：該條規定：「室內之集會得以法律或基於法律限制之。」由此反推，室內之集會不得為任何限制，可供參照。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！