

## 國考偵測站

## 憲法篇

主筆人：歐台大

## 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（107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	解釋替代立法、釋字 725、釋字 741
	第二題	國會自律、聲請釋憲之暫時處分
政大	第一題	生命權、自主決定權、司法院長之免職
	第二題	身體權、基本權之第三人效力
	第三題	政府體制、修憲界限
台北大	第一題	裁判憲法訴願
	第二題	總統兼任黨主席
	第三題	政府體制、釋字 419、釋字 520
	第四題	釋字 747
東吳	第一題	政府體制
	第二題	審查標準之擇定
	第三題	正當行政程序、基本權之客觀效力
輔大	第一題	憲法訴訟法修正草案評析
	第二題	商業性言論、資訊隱私權
	第三題	結社自由
	第四題	檢察官得否聲請釋憲、法官聲請釋憲、法律明確性
中正	第一題	集會權

成大	第二題	學習權
	第三題	解釋替代立法、釋字 725、釋字 741
	第一題	文化基本權
	第二題	釋字 748
	第三題	三分之一以上立法委員聲請釋憲
	第四題	法官聲請釋憲、釋字 749

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<sup>註1</sup>：

主題	題數
憲法總論與基本國策	一 <sup>註2</sup>
基本權	十三 <sup>註3</sup>
權力分立	五 <sup>註4</sup>
違憲審查制度	八 <sup>註5</sup>

## 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)「違憲審查制度」在考試上的重要性已不亞於「基本權」

違憲審查制度此一區塊傳統上未受重視，學校老師可能囿於時間沒辦法深入解說，坊間參考書也不見得針對此部分有充分說明，然而此一區塊在近年來考試上可說是鹹魚大翻身！近年來無論法研所或國考，都有違憲審查制度的考題，而且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，同學們一定要理解此一區塊的相關考點，把握賺分機會。

### (二)持續關注最新釋字

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

<sup>註1</sup>注意，本文所整理的七間法研所考試中，雖然總共僅有 23 題，然而下表中統計共計 27 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。

<sup>註2</sup>政大三。

<sup>註3</sup>分別為：政大一、政大二、台北大四、東吳二、東吳三、輔大二、輔大三、輔大四、中正一、中正二、成大一、成大二、成大四。

<sup>註4</sup>分別為：台大二、政大一、政大三、台北大三、東吳一。

<sup>註5</sup>分別為：台大一、台高二、台北大一、輔大一、輔大四、中正三、成大三、成大四。

研所都會考出近年度的最新釋字，例如：106 年律師司法官考試都有考到釋字第 744 號解釋、今年法研所也考了釋字第 747、748 等較新的釋字，因此在考前務必要持續關注最新釋字以及重要的相關意見書。

### (三)法研所考題與國考考題之相互影響

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」，例如：台大第二題考到釋憲程序的暫時處分聲請、輔大第四題考檢察官得否聲請釋憲，這兩個爭點分別出現在 106 年的律師與司法官的考試中。可見除了準備國考的同學們必須注意法研所的最新考點外，有意報考法研所的同學們，也要對歷來國考非常熟悉才行。

## 參、重要爭點解析

### 一、解釋替代立法

自釋字第 737 號解釋以來，大法官很喜歡在宣告法律違憲定期失效的同時，一併諭知「相關機關應於 X 年內完成修法，逾期未完成修法，依本號解釋之意旨處理」，這樣的宣告模式在學理上即稱為「解釋替代立法」<sup>註6</sup>。然而這樣的宣告模式會不會有侵害立法權、破壞權力分立的問題呢？尤其是釋字第 748 號解釋因為涉及同性婚姻此一高度爭議性議題，更使得這種宣告模式之正當性備受討論，而今年法研所就立刻有兩間學校針對此一爭議出成題目<sup>註7</sup>，而且兩題之爭點完全相同！此一爭議之重要性以及可考性，於此可見一斑。以下將以釋字第 748 號解釋為例，說明「解釋替代立法」之兩大考點。

(一)考點一：「解釋替代立法」之諭知是否抵觸權力分立原則？<sup>註8</sup>

1.或有論者認為，從「機關功能最適理論」之觀點而言，立法機關之特色在於其具有多元之民意基礎，且決策程序公開、嚴謹，故較為適合決定涉及人民基本權利或重大公共利益等重要事項。相較之下，司法機關作為法律之解釋適用者，缺乏民主合法性泉源，基於權力分立原則，不適合自為造法。

<sup>註6</sup>目前採用這種宣告模式的有釋字第 737、742、747、748、762 號解釋等。

<sup>註7</sup>分別為台大第一題以及中正第三題。

<sup>註8</sup>以下係整理自：許宗力（2017），〈憲法法院作為積極立法者〉，發表於：《第 11 屆憲法解釋之理論與實務研討會》，中央研究院法律學研究所（主辦），台北；劉靜怡（2017），〈同性婚姻登記之法律意見書：為何法院不該再等？〉，《萬國法律》，第 213 期，頁 7-14。

2.惟本文認為，基於以下理由，「解釋替代立法」之諭知並無抵觸權力分立原則

(1)從人權保障之觀點而言，傳統上固然強調基本權之消極防禦功能，實則，有些基本權需藉由國家積極建構相關組織、程序才能充分落實，例如：釋字第 748 號解釋涉及婚姻自由之實踐。故此時立法者若消極不作為，致使人民權利無法獲得充分滿足，釋憲者作為國家運作合憲性之控管者，自不得放任違憲秩序繼續延續，此時其行使補充性之造法權，具有維繫憲政秩序與保障人民基本權利等重要目的，因而取得正當性基礎。

(2)基於憲法之最高性，大法官有義務以適當之諭知以確保其解釋內容得以實現。以釋字第 748 號為例，立法者對於如何建構合憲秩序雖享有相當之裁量空間，惟僅限於「如何」實踐同性戀者之婚姻自由，對於「是否」保障同性戀者之婚姻自由則無選擇餘地。故立法者若遲未作為，大法官即有介入之必要性，以確保其解釋之效力得以確實實踐，並彰顯憲法之最高性。

(3)綜上所述，在「解釋替代立法」之情形，一方面藉由「期限」之賦予，確保立法部門之政策形成優先權，因此不致於侵害其核心，他方面則透過「備位性立法」以達到人權保障之目的，並彰顯憲法之最高性，故釋字第 748 號解釋具有正當性。

(二)考點二：釋字第 748 號給立法者兩年修法期限，則在期限屆至前，聲請人是否有救濟管道？

1.依釋字第 725、741 號解釋之意旨，定期失效解釋之聲請人得於期限屆滿前向法院提起再審之訴，法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。又釋字第 725 號解釋進一步指出，若解釋中有諭知原因案件具體之救濟方法者，則法院應依其諭知裁判；如未諭知，則俟新法令公布生效後依新法令裁判。

2.問題在於，在釋字第 748 號解釋之情形係諭知「未於期限內完成修法之處理」，亦即解釋文中之諭知係於該號解釋作成兩年後始發生效力，則在期限屆至前，聲請人得否請求法院依據解釋文之諭知為裁判依據？本文認為，在上開解釋中，大法官之所以給予兩年之過渡期間，僅係展現對立法者之尊重，而給予立法者之修法期限，非謂於此期間內法院與行政機關不得依解釋意旨為審理裁判或執行法令。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 二、裁判憲法訴願

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，不過由於去年（106年）的全國司法改革國是會議有針對此一議題進行討論，使得此一爭議又再度熱絡起來，馬上就出現在今年的法研所考題<sup>註9</sup>，以下就此一爭議做簡略說明<sup>註10</sup>：

### (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
法律命令（✓）	大法官法第 5 條 1 項 2 款 <sup>註11</sup>
判例（✓）	釋 374
決議（✓）	釋 374
法院座談會（×）	釋 569
<b>確定終局裁判本身（×）</b>	<b>釋 579</b>

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？

<sup>註9</sup>其實不只裁判憲法訴願有被出成考題，106年司法官考試中考到檢察官得否聲請釋憲，也是去年司改國是會議有討論的議題，所以關注時事真的很重要。

<sup>註10</sup>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》，第 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》，第 60 期，頁 5-16。

<sup>註11</sup>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。」

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。

### 三、「總額三分之一以上之立法委員」聲請釋憲程序

關於三分之一以上立法委員的聲請釋憲程序雖然屬於傳統爭點，然而近年來卻以極高的頻率出現在研究所及國家考試中<sup>註12</sup>，今年研究所亦不例外<sup>註13</sup>。此外，今年由於「**大法官不受理前瞻計畫聲請案**」此一重要時事，使得此一主題更容易被考出來！關於三分之一以上立法委員之聲請釋憲程序，最重要的即為以下兩個爭點：

(一)「三分之一」立委如何界定？是否應限於曾表達「反對意見」（於制定法案時投下反對票的立委）之立委？<sup>註14</sup>

#### 1.肯定說<sup>註15</sup>

(1)規定立法委員聲請釋憲之司法院大法官審理案件法第5條第1項第3款，係由立法委員主動提案所制定，**參照提案委員當初所舉立法理由，知其立法意旨，乃係基於少數保護之精神**，使確信多數立法委員表決通過之法律案有違憲疑義之少數立法委員，於法

<sup>註12</sup>法研所考試例如：106年台大第一題、106年東吳第一題、105年東吳第二題等，國家考試例如：105年律師第三題。

<sup>註13</sup>成大第三題。

<sup>註14</sup>這個爭點也是大法官駁回前瞻釋憲案最主要的理由，同學們請務必要有所瞭解。

<sup>註15</sup>釋字第603號解釋許宗力、曾有田大法官協同意見書參照。

律案通過並經總統公布生效後，得向大法官提出解釋憲法之聲請，以達維護憲政秩序之目的。此與德國立法意旨不在少數保護，單純在於維護客觀憲政秩序有明顯差別。

- (2)從而聲請人原則上仍應以系爭法律案表決時投反對票，或至少未投贊成票之立法委員為限。當初投贊成票之多數立法委員如欲聲請釋憲，並非不許，但須進一步符合下述要件，亦即改變其見解，另行提出法律修正案，於修法未果時始得為之，蓋唯有如此，方符合以少數地位提出釋憲聲請之制度意旨。

## 2. 否定說<sup>註16</sup>

立法委員釋憲聲請權之對象，並不以甫通過之法案為限，凡對現存在之法律，認有違憲之疑義者，即可聲請釋憲，而該存在之法律，未必是現在聲請釋憲之現任立法委員所曾討論通過者。且賦予立法委員有釋憲聲請權，須其人數達總額三分之一以上者，乃認為該相當數額立法委員之共同連署聲請釋憲，係對維護憲法秩序之能力及準備表明共同負責而足可信賴，並非隨便在浪費及利用司法資源，因此，重點應在其人數須達立法委員總額三分之一以上，才可信賴其確為維護憲法秩序而聲請釋憲之適格聲請人。

## (二)釋憲實務於法條文義外所額外創設之要件：「修法未果」(釋 603)<sup>註17</sup>

1. 立法委員如認現行有效法律有違憲疑義，尚不得逕行糾集三分之一以上立法委員聲請釋憲。由於立法委員本身掌立法職權，如發現現行法有違憲疑義，只要自行提出法律修正案，或即使未自行提案，但支持行政部門提出之法律修正案，若進一步獲多數支持，即可輕易使法律回復合憲狀態。從而立法委員如未有先行修法之嘗試，即逕行聲請解釋，猶如有更經濟、便捷、有效之救濟途徑存在可供使用，卻捨棄不用而選擇起訴，應以濫用聲請解釋權利，欠缺聲請解釋之必要為由，不予受理其聲請，以避免浪費有限司法資源。
2. 現行司法院大法官審理案件法固無以「欠缺聲請解釋之必要」作為不受理事由之明文，惟權利濫用不受保護乃法學黃金定律，已蔚為一般法理，故即使法律未設明文，仍可從一般法理導出「聲請解釋必要」作為一項獨立的受理要件，其情形與「權利保護必要」作為

<sup>註16</sup>釋字第 603 號解釋廖義男大法官協同意見書。

<sup>註17</sup>釋字第 603 號解釋許宗力、曾有田大法官協同意見書參照。

一般訴訟不成文之受理要件並無二致。

#### 四、徵收請求權（釋 747）

(一)依釋字第 400、652 號解釋之意旨，人民因公益而受有特別犧牲，國家應予補償，以填補其財產權被剝奪或限制所受之損失，其補償不僅需相當，更應儘速發給。亦即當人民受有特別犧牲時，必有損失補償，從而徵收之規定應附有補償之規定，是為「有徵收必有補償原則」（唇齒條款）<sup>註18</sup>。

(二)問題在於，我國釋憲實務雖提出「有特別犧牲（徵收）必有補償原則」，然而若法律並無明文規定，當人民於受有特別犧牲時，得否直接本於憲法或大法官解釋作為請求權基礎，向國家請求徵收補償？

##### 1. 傳統爭論

<p>否定說 (補償法定原則)</p>	<p>1. 損失補償涉及人民基本權利，應有法律保留原則之適用。 2. 損失補償涉及國家資源分配，基於機關功能最適理論，應由立法者以法律訂之。 3. 釋字第 400 號解釋亦強調國家應「依法律」辦理補償徵收。</p>
<p>肯定說</p>	<p>1. 特別犧牲理論係基於憲法上對於財產權與平等權之保障，應具有主觀公權利之性質。 2. 釋字第 400 號解釋在性質上係屬於「憲法委託」，若立法者怠於立法，則法官即負有在個案中實現憲法意旨之義務，從而應類推適用其他規定或逕以憲法作為補償之依據。</p>

##### 2. 釋字第 747 號解釋作成後

(1)本號解釋指出，基於憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，國家基於公益而穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲時，而未主動辦理徵收，土地所有權人得請求徵收地上權。

→ 本號解釋最大貢獻在於「將歷來釋憲實務所揭示之客觀原則（人民財產權因公共利益而遭受特別犧牲者，國家應予合理補償），進一步昇化為主觀權利」，肯認未來若立法者怠於立法，人民得

<sup>註18</sup> 要注意的是，並非僅有「財產權」才有特別犧牲之問題，任何基本權只要受有特別犧牲皆應享有補償請求權，例如：釋字第 670 號解釋則是針對「人身自由」之特別犧牲作成解釋。

直接本於本號解釋意旨請求徵收，無待法律明文。

(2)本號解釋之適用範圍？

→本號解釋固然僅針對國家僅「穿越私有土地之上空或地下」之情形作成解釋，惟基於「舉輕明重」之法理，在國家僅「**穿越私有土地之上空或地下**」之情形，人民即有徵收請求權，則對於國家實際「**使用私人土地地面**」此等侵害較高之特別犧牲，人民當然亦享有請求徵收之權利，從而本案中甲得請求台北市政府徵收該筆土地（釋字第 747 號解釋羅昌發大法官意見書參照）。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！