

憲法篇

主筆人 | 安台大

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。本文存在之目的，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。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並整理相關學說和實務見解。

貳、法研所考點整理與國考考情分析

一、法研所考點整理

111 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	健康權、基本權第三人效力
	第二題	裁判憲法訴願
	第三題	平等權、隱私權、不表意自由
政大	第一題	婚姻自由、性自主權、行政權之人事任命
	第二題	隱私權、正當法律程序、法庭之友
北大	第一題	授權明確性
	第二題	憲法訴訟、違憲審查
	第三題	平等權、工作權、言論自由
	第四題	黨內民主
東吳	第一題	防衛性民主、結社自由
	第二題	裁判憲法訴願
	第三題	言論自由
中正	第一題	學術自由、大學自治
	第二題	地方自治、最高行政首長
	第三題	法律明確性原則、比例原則

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：

主題	題數
憲法總論與基本國策	6 ¹
基本權	8 ²
權力分立	2 ³
違憲審查制度	4 ⁴

二、國考考情分析 透過上開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) 以基本權為考點仍為最多，但不宜偏廢

基本權利向來都是出題熱區，法研所年年必考，而且參酌上面表格，有可知悉基本權仍是教授們的最愛，國考基本上也都以基本權作為出題方向，其重要性不言而喻，因此熟讀基本權，只是上考場的基本功而已。

權力分立也是法研所每年必考的區塊，但國考改制後，僅 108 年考過，但絕對不代表權力分立不重要，相反的，如果國考以權力分立為命題，權力分立不好與其他爭點（如行政法）一起出題，所以一旦以權力分立命題，很可能整題都是權力分立的題目，像是 108 年就是這種情況，如果完全不會，那就只能明年再來了。所以，權力分立一定要準備，以避免國考時被突襲，而準備方向除了建立基礎外，宜將相關釋字熟讀。

另外，憲法訴訟也特別重要，今年 1 月 4 日憲法訴訟法開始施行，憲法訴訟法與大審法最大的區別是增訂裁判憲法訴願，因此相關爭點也應有所著墨，110 年司律亦全以違憲審查制度作為題目，更凸顯國考不是只會考基本權，更不是只要懂基本權就可以，而是各方面都要有所涉獵，不宜偏廢。

(二) 應熟讀憲法判決與關注時事

熟讀憲法判決和大法官解釋，是大家上考場必備的技能而已。國考和法研所時常以最新釋字作為題目，因此其重要性無需多言。而憲法這個科目非常注重時事，教授們為了考驗同學是否能靈活運用憲法，法研所考試常將時事改為題目，因此關注時事就變得十分重要。雖然國考較少以時事作為命題，但仍須關注，除了避免被突襲外，關注並運用自己所學憲法知識解決時事問題，有助於憲法思維的建立與進步。

¹ 分別為台大一、政大二、北大一、北大四、東吳一、中正三。

² 分別為台大一、台大三、政大一、政大二、北大三、東吳一、東吳三、中正一。

³ 分別為政大一、中正二。

⁴ 分別為台大二、政大二、北大二、東吳二。

(三) 多多練習考古題

許多爭點一而再，再而三的出現，例如裁判憲法訴願，已經連考好幾年了，今年法研所還是再考出來，可見練習考古題的重要性。以國考為導向的同學更應多練習題目，不論是法研所或國考的題目，國考考試時間較長，需要更為深入的論理，因此多加練習是能在考場上完整且有深度論述的不二法門，切莫認為單憑看過相關文獻或見解，就能流暢寫完。只有透過一遍又一遍的練習，才能加深爭點意識，也才能確保真的了解相關概念。

參、重要爭點解析

一、自治條例相關爭點分析

(一) 法官認為自治條例有違憲之虞，應拒絕適用還是聲請憲法訴訟？

1. 首先應先定性自治條例，蓋其性質會影響後續解決方式

(1) 應定性為法規命令：

依地方制度法的規定，自治條例不能為「法律」。原因在於：地方制度法第 30 條規定自治條例與法律或基於法律授權之法規牴觸者無效；設若自治條例為法律，則其應與中央立法機關所定之法律處於相同之位階，為何於牴觸中央法律或法規時即為無效？以上在法解釋上的矛盾，已說明將自治條例定位為「法律」的不合理之處。因此，在地方制度法的層次上，將自治條例解釋為「法律概括授權」之下，由地方議會所制定的「法規命令」，相較於定性為法律，亦較能配合地方制度法的整體設計⁵。

(2) 應定性為地方性法律：

根據憲法第 110 條及憲法增修條文第 9 條第 1 項之規定，我國地方自治團體與中央分享立法權，其法規制定權乃具有立法權之性質，從而，其立法機關所制定之自治條例，定性上應屬由具直接民主正當性基礎之民意機關所通過之形式意義法規範⁶。

(3) 實務見解似乎訂性為命令：

合併觀察大法官第 1509 號決議及釋字第 738 號解釋，應可得出大法官將自治條例定性為命令。前者大法官以自治條例非法官得聲請之客體作成不受理決議，即自治條例並非法律。而後者之違憲審查標的為地方立法機關所制定之自治條例，且本號釋憲案，係人民根據司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定所提起之「人民聲請憲法解釋」類型，司法院大法官受理聲請人之聲請，並為解釋，顯

⁵ 陳愛娥 (2002)，〈行政程序法施行後現行台北市法規之衝擊與因應〉，頁 98-102，台北市政府法規會。

⁶ 詹鎮榮 (2019)，〈論自治條例與中央法律之關係—地方立法權行使之回顧與展望〉，《中國地方自治》，72 卷 3 期，頁 5。

係肯定地方自治條例屬於該款所稱之「確定終局裁判所適用之法律或命令」。於釋字第 738 號解釋文中，大法官並未揭露系爭自治條例究屬「法律」或「命令」，然合併觀察兩者，既然大法官認為治條例並非法律，則於後者大法官應認為地方自治條例屬於該款所稱之「確定終局裁判所適用之命令」，至於何種命令，尚無法得知。

2. 法官是否得以自治條例聲請憲法訴訟

(1) 大法官第 1509 號決議（否定說）：

「花蓮縣礦石開採特別稅自治條例並非本院解釋所釋示得為法官聲請解釋之客體，自不得向本院聲請解釋。是本件聲請，核與本院首開解釋所定聲請解釋要件不合，應不予受理。」

(2) 肯定說（吳信華教授）：

- ① 若參酌法官聲請釋憲背後法理，其蘊含「權力分立」及「法安定性」，前者係避免法官以個人意志對抗立法者，蓋法官屬法適用者，立法者為法制定者而有其民主正當性的基礎，二者各司其職而互相尊重，後者則避免就同一法律間，因各法官有認定不同之情形，致產生不同之判決結果者，蓋若對同一法律之解釋相異，將使法律秩序陷於不安定的狀態。是以，法官對立法者所制定之法律如認為違憲，不得逕行拒絕適用，而應將其合憲性交由大法官認定。
- ② 自治條例為地方性法律，且為「地方議會」此一「立法者」所制定，其民主正當性之本質當不因其僅屬地方而即認為位階較低。況且將法官對自治條例是否違憲僅由個案評價，對其適用必然產生歧義，對法安定性將生危害。綜上所述，參照釋字第 371 號解釋之意旨，法官不得拒絕適用自治條例，如認有違憲之虞，應提起憲法訴訟。

(3) 否定說（詹鎮榮教授）：

- ① 自治條例故為地方性法律。然而，依地方制度法第 30 條之規定，自治條例之法規範位階效力，低於中央行政機關所訂定之法規命令。因此，自法規範位階效力之觀點出發，行政法院對中央行政機關所訂定之法規命令是否牴觸法律，享有適法性審查權限，並且於認定有牴觸法律之情形下，得拒絕適用。其對於效力位階低於中央法規命令之自治條例，若反無適法性審查權限，且不得拒絕適用，將會造成法規司法審查體系之錯亂。
- ② 實務見解亦認為，依釋字第 371 號解釋意旨之反面推理並參酌釋字第 216 號解釋意旨，法官於具體個案審判時，就個案所適用位階低於法律之法規命令、自治條例等，當可附帶審查是否牴觸憲法及法律，並於確信法規命令、自治團體自治條例及自治規則牴觸法律或憲法時，表明適當見解，不受其拘束。

(4) 現行憲法訴訟法第 55 條

於適用司法院大法官審理案件法之年代，大法官於第 1509 號會議亦否定自治條例為法官聲請解釋之客體。現行憲法訴訟法第 55 條所稱之「法律位階法規範」，基於與同法第 49 條之體系解釋，只含中央法律，自治條例並未包含其中，因此法官亦無從依本條對自治條例提起憲法訴訟。是以，法官若認為自治條例有違憲之虞，既然無法提起憲法訴訟，且基於憲法最高性，法官於個案中逕行拒絕適用違憲之自治條例即可。

(二) 地方制度法聲請憲法訴訟之限制

值得注意的是，111 年憲判字第 6 號認為，按憲訴法第 1 條第 2 項規定之文義及立法意旨係指，縱使其他法律（如地制法第 30 條第 5 項、第 43 條第 5 項及第 75 條第 8 項、公民投票法第 30 條第 3 項等規定）另有得聲請司法院解釋之規定，然於憲訴法施行後，除本庭就憲訴法無明文規定之訴訟類型或程序（如不涉及變更先前解釋或判決之聲請補充等），仍得本於程序自主權而受理外，其他法律所定得聲請司法院解釋者，仍須符合憲訴法所定之各該訴訟類型及其要件，始得受理。

二、疫苗相關公法爭議

(一) 傳染病防治法是否賦予人民請求主管機關購買疫苗及疫苗預防接種的公法上權利？

傳染病防治法整體結構、適用對象、所欲產生的規範效果及社會發展因素等綜合判斷，主要應係為實現公共利益或一般國民福祉所為之規定，並未有保障特定人之意旨，未賦予人民請求主管機關購買疫苗及疫苗預防接種的公法上權利。人民並無向主管機關請求購買疫苗及疫苗預防接種的主觀公權利，主管機關未購買疫苗或未購買足夠疫苗，以至於無法及時為人民預防接種，從傳染病防治法之觀點並未侵害人民主觀公權利，而僅是人民之反射利益受有影響⁷。

(二) 是否可訂定法律將施打疫苗規定位一種基本義務？

如果從「科學」的角度及歐盟國家疫苗覆蓋率超過 65% 以上就可解除人員接觸管制的經驗來看，如果透過特別法規定，將施打疫苗規定位一種基本義務，一定期間內仍不施打對抗 Covid-19 疫苗，將予以行政處罰，也未必不可行，此稱為「施打疫苗義務論」。因為就公共衛生的層次來看，基於社會連帶關係，個人之避免被 Covid-19 感染，也是對其他人的義務⁸。

⁷ 蕭文生（2021），〈接種疫苗——主觀公權利、國家保護義務〉，《月旦法學教室》，229 期，頁 7。

⁸ 李惠宗（2021），〈疫苗施打權利乎？義務乎？〉，《月旦法學教室》，227 期，頁 8。

(三) 購買疫苗及疫苗預防接種與健康權保護義務功能之關聯性？

1. 憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理及心理機能之完整性，不受任意侵害，且國家對人民身心健康亦負一定照顧義務。國家於涉及健康權之法律制度形成上，負有最低限度之保護義務，於形成相關法律制度時，應符合對相關人民健康權最低限度之保護要求。凡屬涉及健康權之事項，其相關法制設計不符健康權最低限度之保護要求者，即為憲法所不許。(釋字第 785 號解釋)
2. 由於國家對於人民健康權負有最低限度之保護義務，於形成相關法律制度時，應符合對人民健康權最低限度之保護要求。傳染病防治法是否賦予人民向主管機關請求購買疫苗及疫苗預防接種的主觀公權利，不得僅以傳染病防治法之規定來看，而是必須同時考量憲法有關健康權之保障，亦即如果疫苗預防接種屬於對抗新冠肺炎之最低限度保護要求，則國家機關應履行此項最低限度之保護義務，否則即與憲法健康權保障意旨有違。
3. 一般而言，違反保護義務而侵害健康權，僅在下列情形肯認之：完全未為任何預防措施，或所採取之規範與措施明顯地不適當或顯然不足，來達成必要之保護目標，或所採取之規範與措施遠遠落後於保護目標之要求。
4. 國家對於人民健康權最低限度之保護義務內容必須滾動式調整，若國家所採取之規範與措施明顯的不適當或顯然不足，來達成必要之保護目標，或所採取之規範與措施遠遠落後於保護目標之要求，則將被認定違反保護人民之健康權之義務。
5. 人民健康權面臨新冠肺炎侵害之危險迫切程度相當高，國家對於新冠肺炎可能造成之損害係屬可得預見，此類損害之防止目前僅能仰賴公權力之行使始可達成目的而無法藉由個人努力加以避免，因此，國家對人民健康權之保護義務，必須提升至最高程度，且必須採取即時有效之政策與措施，方能無違國家對於人民健康權負有最低限度保護義務之要求⁹。

(四) 強制接種疫苗合憲性

1. 法國憲法委員會曾於 2015 年 3 月，針對聲請人主張，法國公共衛生法典與刑法當中規定，無法定豁免理由之情況下，兒童之父母或法定監護人，有使兒童按期接受法定預防接種之義務，且未履行義務將受徒刑或罰金懲罰；此等規定侵害兒童之健康權，作出合憲性優先問題之決定。在該號憲法委員會決定中，憲法委員會認為，兒童強制接受預防接種之法定義務，係因為該等疾病具有極度嚴重、感染性或不難以根治之特性，且衛生主管機關之決定係基於合議制國家最高公共衛生委員會之專業建議；且立

⁹ 蕭文生 (2021)·〈接種疫苗——主觀公權利、國家保護義務〉·《月旦法學教室》·229 期·頁 7-9。

法者賦予衛生主管機關考量流行情況、醫學科學認知之情況，免除一部或全部人民預防接種之可能。為了保護個人與整體之健康，立法者被容許制定疫苗政策，也容許立法者考量到科學、醫學與傳染病學知識發展而變動法令。憲法委員會在本質上一方面並未被賦予相同於議會之一般性裁量與決定權；另一方面，從當代科學知識之狀況，也無從質疑立法者尚得採取其他方式，以實踐被賦予的健康保護義務。因而無法宣告立法者所採取之預防接種措施，對於目的之達成，明顯不合乎比例。

2. 由以上之法國憲法決定可知，法國與我國之釋憲實務皆認為，國家負有保障健康之立法義務，只是健康權的內涵並不完全相同。在疫苗預防接種方面，法國釋憲決定指出，此一政策不單僅保護個人健康，也同時具有保護整體健康之目的，並肯認立法者因為功能本質之設定，在健康保護上享有裁量自由。
3. 施行預防接種，雖得以憲法第 22 條為據，主張為維護自身身心健康權拒絕被施打，但若無法提出具體之醫學、科學專業理由，國家仍得以保護人民免於傳染病感染之個人健康，與降低全民感染傳染病之集體健康公共利益為由，強制接種疫苗，且釋憲者可能尊重立法裁量自由，採取寬鬆審查標準而認定此等強制施打疫苗措施合憲¹⁰。

(五) 因接種疫苗死亡補償之憲法上依據

預防接種除可提高個人對抗特定疾病之免疫力，當民眾均響應接種政策時，因此獲得之族群免疫效果，更具有增進社會整體防治傳染病之莫大效益。預防接種既兼具利己以外，更能利他之公益價值，當發生極少數人因預防接種副作用受害時，此種「集體預防接種上不可避免的代價」，相較於藥物傷害或醫療事故傷害等個人層次之損害填補，自需建立一個更符合社會價值期待之受害救濟制度德國於 1961 年即創造「特別犧牲補償請求權」之概念，立法由政府擔負對受害民眾救濟之責。

1. 釋字 670 號解釋

(1) 非財產權之特別犧牲

- (2) 人民之生命權、身體自由權等，如因公益而受有超越一般應容忍程度之特別犧牲者，尤其應有依法向國家請求特別犧牲補償之憲法上權利。本號解釋即跨越財產權，基於憲法保障人民人身自由權之意旨，於人民之身體自由權，因實現國家刑罰權之公共利益，而受有超越一般應容忍程度之特別犧牲時，肯定人民得依法向國家請求補償，在國家責任理論上有承先啟後、繼往開來之重大意義¹¹。

¹⁰ 吳秦雯 (2021)，〈強制預防接種之健康權保障〉，《月旦法學教室》，222 期，頁 12-13。

¹¹ 釋字第 670 號解釋陳敏、林錫堯大法官協同意見書。

- (3) 為國家為達成公益，而對特定人民之憲法上權利，加諸超越社會一般容忍程度的侵害，這些侵害之於所有人均應忍受之義務，係屬特別之犧牲，基於平等原則即應對權利受到特別犧牲者提供補償。換言之，特別犧牲之補償係以憲法上各基本權搭配平等原則作為依據，而具有憲法位階。

2. 危險責任

- (1) 所謂危險責任，簡言之，指人民因國家所創之特別、典型危險狀態而受有損失者，不問公務員有無故意過失，國家均應負補償責任。
- (2) 危險責任理論較諸特別犧牲，更切合說明對行為時合法，事後發展證實為不正當之羈押給予補償的理論依據。固然，憲法對國家所應負的危險責任並無明文規定，然從憲法保障人民生命（第十五條）、身體（第八條）、財產（第十五條）不受侵害，應可推導而出蓋刑事追訴的發動使社會全體受益，若發生錯誤所致之損害卻偶然地由極少數人承擔，則其所承受之負擔較諸其他人即明顯過度沈重而不符平等，從而認為憲法第七條亦為危險負擔的憲法依據之一。
- (3) 如國家強制全面注射疫苗，以現今醫學技術水準不能排除極少數不幸民眾將抽中惡魔之籤，反應不良致健康、生命受損，國家對此所負的無過失擔保責任，即使具典型危險責任色彩¹²。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

¹² 釋字第 670 號解釋許宗力大法官協同意見書。