

《中華民國憲法》

一、何謂憲政主義 (constitutionalism)，主要精神為何？中華民國憲法的運作如何體現憲政主義的精神？為何有些國家，雖有成文憲法卻沒有被列入憲政民主 (constitutional democracy) 的國家？請討論之。(20 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題為憲法基本概念之題型，同時亦為典型的申論題。主要測驗考生對於憲法基本原理原則的理解，並且熟知相關憲法規定及運作方式。 |
| 答題關鍵 | 考生於作答時，僅須從有限政府、民主原則等作為出發點，並藉此帶出相關憲法原則，並輔以大法官解釋，便可得到一定分數。而對於最後一小題，則應從憲法的規範效力著手。 |
| 高分閱讀 | 1. 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法—權力分立（二版）》，2008 年，頁 8 以下。 2. 賀祥宏，《中華民國憲法（十版）》，高點出版，2008 年 11 月，頁 1-5。 3. 宣政大，憲法講義第一回，頁 9 以下。 |

【擬答】

本題涉及憲政主義之概念以及我國憲法之實踐，以下從憲政主義之內涵與我國憲法運作之規定討論之：

(一)所謂憲政主義，亦有人稱之為立憲主義，其精神如下：

1. 憲政主義思潮起源於 18 世紀末期的市民革命時代，其根基思想在於保障國民權利。意即，此意義的憲法其設立的價值預設於限制國家權力來保障人權。因此，憲政主義的本質就是「有限政府」(Limited Government)。例如法國 1789 年人權宣言第 16 條揭櫫：「任何社會中，未貫徹權利保障，亦無明確之權力分立者，即無憲法。」便是此一思想的具體表現。
2. 此外，憲政主義同時為法治主義與民意政治的集結：
 - (1) 在憲政主義下，政府的行為除受到憲法的約束外，尚必須依照憲法來治理國家，也就是法治主義、依法而治 (rule by law, not by men)。政府的活動不依靠主觀的個人之任意或專擅，而依靠一個具有永久性的客觀法律作為規範，同時可以限制政府的權力、保障人民的利益。
 - (2) 而依據憲政主義，一國的主權屬於國民全體，統治者的權力來自人民授權，故政府的組成須依照民主原則為之，而須符合多數統治、政府代表定期改選等規範。
3. 因此，憲法必須對「政府行動為有效、有規則性的抑制」。換言之，憲政主義之憲法，係以「保障人民基本權利，限制國家權力的恣意行使為目的」，而針對國民的地位，以及國家權力與憲政機關的運作為規範內容的根本大法。故憲法中的權力分立原則、依法行政、依法審判，以及違憲審查等原則，皆屬於憲政主義的落實。

(二)我國憲法所體現之憲政主義精神，可從以下條文及解釋所得出：

1. 我國憲法所創設之政府屬於有限政府：
 - (1) 如上所述，比較法上之有限政府，係指政府之權力分為行政、立法、司法三權，政府不得享有或自行創設三權以外之權力。
 - (2) 我國雖非三權分立，而為五權分立之國家，然對於有限政府之強調與一般民主國家並無二致。除我國政府五權之權力來源為憲法，而並不享有憲法以外之權力外，五權間尚有彼此監督制衡之功效，如行政立法之間的覆議、不信任案，監察院的彈劾、司法院的解釋。可知我國憲法亦令統治機關屬於有限政府。
2. 民主原則作為我國的基本憲政秩序：
 - (1) 大法官曾於釋字第 499 號解釋中表示，「按國民主權原則，民意代表之權限，應直接源自國民之授權，是以代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權須遵守與選民約定，任期屆滿，除有不能改選之正當理由外應即改選，乃約定之首要者，否則將失其代表性。」可知政府存續的正當性須得到人民授權，是為民主原則之展現。
 - (2) 此外，釋字第 520 號解釋之理由書亦指出，「民主政治為民意政治，總統或立法委員任期屆滿即應改選，乃實現民意政治之途徑。總統候選人於競選時提出政見，獲選民支持而當選，自得推行其競選時之承諾，



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 · 02-23115586 (代表號)

從而總統經由其任命之行政院院長，變更先前存在，與其政見未洽之施政方針或政策，毋迺政黨政治之常態。」亦可推知政府推行多數民意所支持之政策或法令，同樣屬於民主原則之內涵。

3. 強調權力分立與審判獨立：

(1) 釋字第 499 號解釋曾論及，「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」其中所提及之權力分立與制衡，屬於構成有限政府之重要成份，而為憲政主義之基石。我國大法官尚依據此一原則，做出甚多解釋：

① 釋字第 585 號給予立法院國會調查權：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。」

② 釋字第 613 號解釋，則允許立法者對於行政權的人事決定權給予限制：「基於權力分立原則，行使立法權之立法院對行政院有關通傳會委員之人事決定權固非不能施以一定限制，以為制衡」。

③ 釋字第 627 號解釋賦予總統國家機密特權：「惟依權力分立與制衡原則，行政首長依其固有之權能，就有關國家安全、國防及外交之國家機密事項，有決定不予公開之權力」。

④ 釋字第 662 號解釋所提及之重複違憲立法禁止，亦屬於權力分立之內涵：「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋」。

(2) 再者，審判獨立原則依照釋字第 530 號解釋之意旨，「憲法第八十條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則。」屬於權力分立原則之延伸，亦為維護憲政主義之重要原則。

(三) 有些國家雖有成文憲法，但並不被認為屬於憲政民主國家，其理由如下：

1. 所謂憲政民主，與憲政主義並非完全的同義詞。由於因憲政主義而生的違憲審查制度，可將多數民意所贊成之法律宣告違憲，造成司法審查的抗多數決困境，而有解決的必要。就此，學者間有從憲政主義角度切入而認為憲法高於民意者；亦有從程序論、公民共和主義，認為憲法事實上是作為促進民主思辨者，而解決此一問題。

2. 上述問題雖無定論，但可確認的是，憲政民主之實踐所仰賴的必須為一個具有拘束力之憲法。就此而言，一個成文憲法亦會因其有無拘束力，而可分為三類：

(1) 字義性憲法：憲法全然不能發揮限制國家權力、保障人民權力之作用，被學者稱為只是「面具」的憲法。

(2) 名義性憲法：憲法因為社會與經濟因素，不能適應現實政治之需要，使得憲法成為名義上的憲法，學者稱其為「不合身的衣服」。

(3) 規範性憲法：憲法能夠妥善的規範國家權力，並將該權力置於憲法之下，可說是「合身且適用的衣服」。

3. 上述的字義性憲法、名義性憲法皆無實質的拘束力，而無法落實憲法的價值。因此即便一個國家具有成文憲法，若該憲法屬於前述兩種憲法，亦不能被稱為是憲政民主國家。

二、(一) 憲法第 8 條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」上述規定的保障對象通常是指刑事被告，試問行政法上人身自由之剝奪是否也應遵循此項規定？(10 分)

(二) 再者，入出國及移民法第 38 條有「行政收容」之規定，是否符合憲法第 8 條所稱「法定程序」，試抒己見。(15 分)



《參考法條》

入出國及移民法第 38 條規定：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容，並得令其從事勞務：

- 一、受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續。
- 二、非法入國或逾期停留、居留。
- 三、受外國政府通緝。
- 四、其他在事實上認有暫予收容之必要。

前項收容以六十日為限；必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止。

受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姊妹，得於七日內向入出國及移民署提出收容異議。

受收容之外國人無法遣送時，入出國及移民署得限定其住居所或附加其他條件後，廢止收容處分。

外國人涉嫌犯罪，經法院判決有罪確定者，其收容於第三十九條收容處所之日數，以一日折抵有期徒刑或拘役一日或刑法第四十二條第三項、第六項裁判所定之罰金額數。

前項規定，於本法修正施行前尚未執行完畢之外國人，亦適用之。」

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題為憲法基本權利之題型，主要測驗考生對於憲法第八條人身自由概念的熟悉度，以及相關學理與大法官解釋。題目之兩小題層次分明，考生若依序作答，便有不錯的成績。 |
| 答題關鍵 | 考生於作答時，須注意相關大法官解釋如 384、392、588 號，以及學說對於法定程序概念的見解。此外，第二小題指定考生須從「法定程序」回答，故其他原則(如：平等原則等)，便無須介紹及解釋。 |
| 高分閱讀 | 1. 法治斌、董保城，《憲法新論（三版）》，元照出版，2005 年，頁 211。 2. 許育典，《憲法（二版）》，元照出版，2008 年，頁 182 以下。 3. 賀祥宏，《中華民國憲法（十版）》，高點出版，2008 年 11 月，頁 2-125。 4. 宣政大，憲法講義第二回，頁 2、5。 |

【擬答】

本題所著重之爭議為憲法第 8 條之內涵及其適用範圍，以下從我國憲法之規定、學說見解與相關大法官解釋說明之：

(一)行政法上之人身自由剝奪是否屬於憲法第 8 條所保障之範圍，討論如下：

1. 憲法第 8 條所規範者，通說認為係人身自由之概念。人身自由之歷史可上溯自西元 1215 年英國大憲章第 39 條規定「人身自由不得任意侵犯」，而落實於 1679 年英國議會所通過的「人身保護令」，強調刑事程序上非依法律不得逮捕、拘禁人民。我國憲法第 8 條及其中的提審制度，皆導因於此。因此，第 8 條所保障者就此而言，為刑事被告應無疑義。
2. 然本文認為，就時空之發展下，第 8 條所保障者，應可從刑事被告擴張至行政法上之人身自由侵害情形：
 - (1) 憲法之解釋方法眾多，上述之解釋屬於憲法解釋中的歷史解釋，固有其意義。然大法官於釋字第 392 號解釋理由書中指出，「憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。」故第 8 條內涵尚有填補之可能。
 - (2) 於釋字第 588 號解釋，大法官便明確指出行政法上之人身自由剝奪亦須受到憲法第 8 條的檢視：「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第八條第一項規定所稱「法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。」然其亦同時認為，「刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。」

(二)入出國移民法第 38 條（下稱系爭條文）是否符合第 8 條所謂的「法定程序」，討論如下：

1. 本案所涉及之基本權利為憲法第 8 條之人身自由。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

系爭條文所限制者，為外國人於我國自由行動並予以收容之行爲，使其失去身體活動自由之權利。且學說認為，人身自由既然屬於一切自由之基礎，則應屬人權，不論本國人或外國人皆享有之。因此，本案中有基本權受到侵害，應無疑義。

2. 本案所涉及人身自由之限制，係屬國家權力之限制，並有法律明文規定，而符合形式法律保留原則，應無疑義。
3. 系爭條文不符合憲法第 8 條之「法定程序」，應屬違憲：
 - (1) 第 8 條所謂的法定程序，依照釋字第 384 號解釋之理由書，係為「實質正當法律程序」：「兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行爲不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開爲原則及對裁判不服提供審級救濟等爲其要者。」釋字第 392 號解釋亦強調同條第二項之審問應由司法權的法院爲之，而釋字第 631 號解釋更指出，「爲制衡偵查機關之強制處分措施，以避免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之前審查，乃爲保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關爲犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求。」強調由中立的法院作成最後決定，藉以保障人身自由。換言之，第 8 條第一項所謂法定程序之重要內涵爲「法院審問」、「法官保留」。
 - (2) 惟釋字第 384、631 號解釋所處理者皆爲刑事程序，上開概念是否適用於行政程序？對此大法官於釋字第 588 號解釋表達了肯定之見解：「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之「拘禁」，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序，即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場爲程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」
 - (3) 本案中，系爭條文之收容，係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，依照上開釋字第 588 號解釋，亦屬憲法第 8 條第一項所規定之「拘禁」，故是否收容的審問，應由法院爲之。今系爭條文規定決定是否收容之機關爲入出國及移民署，而非法院，有違「法院審問」、「法官保留」之意旨，自與上開解釋之意旨不合，亦即不符憲法第 8 條第一項之「法定程序」，而屬違憲。

三、行政權、立法權的分立與制衡，原屬憲政的重要原理，特別在總統體制的國家，強調政府權力之間的相互牽制與平衡，以防止權力的過於集中，避免行政獨裁的危險，而保障人民的自由權利。惟立法與行政，本為政府職能一事之兩端，如車之兩輪、鳥之雙翼，唯互相合作才能表現政府職能。請問在我國憲法本文與增修條文中，最有可能造成行政與立法之間的僵局而妨礙政府職能者為何？最有可能用來解除行政與立法之間僵局而發揮政府職能者為何？請分別指明具體依據條文，並論述其理由。(25 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題爲憲法關於政府體制之題型，主要測驗有關於行政及立法兩者間之互動，以及相關學理與大法官解釋。題目設計原則上爲兩小題，考生須依序作答，方能有思維及作答之層次。 |
| 答題關鍵 | 考生於作答時，須注意題目要求，必須引用憲法本文與增修條文，惟現今業已附法條，考生無須死背，但亦不應花費過度時間找尋法條，否則時間有限，以免得不償失。 |
| 高分閱讀 | 1. 賀祥宏，《中華民國憲法（十版）》，高點出版，2008 年 11 月，頁 3-35 以下。 2. 宣政大，憲法講義第三回，頁 43 至 49、57 至 77。 3. 宣政大，2009 年憲法總複習講義，頁 22。 4. 2009 高點司法三等考場特刊-憲法篇，歷屆重要爭點 4。 |

【擬答】

本題之關鍵爲行政與立法之互動。如題旨所述，行政立法之分立旨在於權力間的相互牽制與平衡，反過來說，行政與立法亦有合作或是相互妨害而造成僵局之可能。而於討論時，依照釋字第 627 號解釋理由書之意旨，總統於憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，爲最高行政首長，而令我國邁向雙首長制。故所謂行政，係



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

包括總統與行政院，先予說明。以下便論述之：

(一)最有可能造成行政與立法僵局，而妨礙政府職能者，則是行政權限分割不明，造成立法者無法監督之規定，說明如下：

1. 憲法第 36 條、38 條之軍事、外交職權與增修條文第 2 條第四項之國家安全大政方針決定權：

(1)如前所述，我國雖採雙首長制，然對於總統與行政院院長之權力分割並無明文之規定。而軍事、外交之權限依憲法雖屬總統，但行政院下亦設有外交部與國防部，而國家安全會議組織法又規定增修條文中之國家安全係為國防、外交與兩岸事務，導致兩者權限不清。

(2)上述問題將會導致立法權的監督失其目的，而難有合作之可能。理由在於，憲法中立法院所能監督或合作者，僅有行政院而不包含總統。換言之，若某一行政職權劃歸於總統，便有立法院無法監督及合作之問題。雖釋字第 461 號解釋開啓了軍政軍令一元化之契機，但此僅解決了行政內部的問題，而無解決行政立法互動之問題。

2. 憲法增修條文第 3 條第一項之行政院院長任命權：

(1)原先行政院院長之任命，依照憲法本文第 55 條第 1 項係由總統提名，經立法院同意後為之。然修憲後，立法院之同意權被刪除，此一設計被學者認為係傾向雙首長制之修正。

(2)然此一修正於我國的憲政實踐引發了少數政府之爭議，亦即行政權之組成，其民意可能並未超過百分之五十，而由國會未過半的政黨所把持。有學者認為少數政府之存在有違責任政治、多數統治原則，應屬違憲。然退步言之，少數政府即便未達違憲程度，但就實際憲政運作而言，尚可能導致行政與立法因非屬同一政黨，而產生溝通上之困難。故總統單方的任命權實有造成行政立法僵局之可能。

3. 憲法增修條文第 2 條第五項之被動解散國會權

(1)第四次修憲後，我國引進不信任案機制，並賦予總統解散國會之權力，屬於內閣制之特徵。

(2)然第四次修憲之目標為法國雙首長制，於該制度下，總統所享有者為主動解散國會之權力，可解決若立法與行政對立，但並未提起不信任案重新尋求民意之情形。我國與彼邦同有行政權分裂及行政立法各有民意正當性之情形，故若僅享有被動解散權，則無法有效解決行政立法間之爭議，而亦可能造成僵局。

(二)最有可能解決行政與立法僵局，而促進政府職能者，應是同時須由行政、立法同意後所得行使，並命卻規範之權限，分述如下：

1. 憲法第 39 條、增修條文第 2 條第三項之戒嚴、緊急命令發佈權

(1)系爭權限中之戒嚴權，係由戒嚴法所明定；緊急命令則於增修條文中有明文規範，並且依照釋字第 543 號解釋有替代法律之效力。

(2)上述權限之共同點在於，其決策須同時由總統、行政院、立法院同意後，方得為之。換言之，此一權限之執行需要各機關之合作，方有運作之可能。而由於系爭規定甚為詳細，故造成僵局之機會甚小，且在行政立法同步同意的情形下，政府職能便有發揮之空間。

2. 憲法第 63 條之重大政策決定權

(1)行政院為國家最高行政機關，負責作成決策，然依照憲法第 63 條，立法院亦享有議決國家其他重要事項之權。

(2)而釋字第 520 號解釋，便將此種重大決策定性為須行政立法皆同意方得執行或不執行之權限：「至於因施政方針或重要政策變更涉及法定預算之停止執行時，則應本行政院對立法院負責之憲法意旨暨尊重立法院對國家重要事項之參與決策權，依照憲法增修條文第三條及立法院職權行使法第十七條規定，由行政院院長或有關部會首長適時向立法院提出報告並備質詢。」避免單方之決定造成行政立法之不合而生僵局，亦為解決問題之機制。

3. 憲法增修條文之人事同意權

(1)依憲法及憲法增修條文之規定，總統得提名司法院大法官、考試院正副院長及委員、監察委員、審計長，並經立法院同意後任命。

(2)此一規定亦須行政、立法之相互合作，其他憲法機關之成員方能夠順利產生。就此，大法官於釋字第 632 號解釋理由書中尚課予總統及立法院適時提名與適時同意之義務：「憲法增修條文第七條第二項之規定，監察院院長、副院長及監察委員係由總統提名，經立法院同意任命。此乃制憲者基於權力分立與



制衡之考量所為之設計，使總統享有監察院人事之主動形成權，再由立法院就總統提名人選予以審查，以為制衡。為使監察院之職權得以不間斷行使，總統於當屆監察院院長、副院長及監察委員任期屆滿前，應適時提名繼任人選咨請立法院同意，立法院亦應適時行使同意權，以維繫監察院之正常運行。」方能夠發揮有效合作之精神，提昇政府職能。

4. 憲法增修條文之國情報告權

- (1) 憲法增修條文第 4 條第三項規定，立法院於每年集會時，得聽取總統國情報告。是為立法院聽取總統國情報告之權力。
- (2) 此一權力可視為解除立法與行政僵局之重要條文。理由在於，如前所述，立法院並無任何監督總統之權力，故此一條文之存在，可將其視為監督總統並與其互動的重要憲法依據。若立法院因此而有監督總統之可能，則前述（一）所存在之問題，便可有效得到解決。

