

大學用書

二〇二二年
最新
版

憲法新論

法治斌·董保城 著





憲法新論

法治斌·董保城 著

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法新論 / 法治斌, 董保城著. -- 五版. --

臺北市 : 董保城出版 : 元照總經銷, 2012. 09
面 ; 公分

ISBN 978-957-41-9455-1 (平裝)

1. 中華民國憲法

581.21

101017047

憲法新論

5C015PE

2012 年 9 月 五版第 1 刷

作 者 法治斌、董保城
出 版 者 董保城
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 550 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-9455-1

五版序

本書2004年出版，繼2010年改版，到2012年再修訂，呈現各階段憲法時刻的重大變遷，更提出多元視角的論述與解析。這種對憲法生命與成長的持續關懷，正是摯友法治斌教授生前對我的感召與鼓勵。治斌教授於2003年因心肌梗塞而去逝，生前我們曾共同出版本書的前身「中華民國憲法」。治斌在世著書立說，參與時論，展現出對自由民主與法治憲政精神的捍衛。他的英年早逝，不僅對我個人失去一位摯友，對國內、兩岸公法學界更是重大損失。

為了延續治斌教授對憲法教研終生奉獻之精神，我在服務考選部公暇之時，利用晨昏、週末假日完成改版與修訂，修訂範圍包括原屬治斌教授所撰寫章節。最近之修訂，除了慎選大法官最新解釋與公法論著外，對於本書不符時宜之片段或章節亦大幅修改，讓本書內容更豐富更具時宜性。

在承受繁忙公務與修訂本書雙重負擔下，本書得以順利出版要特別感謝妻子王旻的悉心照顧日常生活，沒有她的支持，本書的改版再修訂恐遙遙無期。

本書之整理、打字與校對感謝世新大學助理教授謝碩駿與政治大學法律系碩士葉文苓鼎力協助。

董保城

政治大學法學院

2012.8.15

序

法治斌教授和我於七年前合著「中華民國憲法」，原由國立空中大學出版，作為國立空中大學憲法教科書，當時撰寫對象是以引導初學者認識憲法基本原理與架構運作為重心。二〇〇三年六月，我們作了大幅度修訂，提昇了理論與實務廣度與深度，並不再拘限於作為初學者之教材。書名並改為「憲法新論」。

法教授於本書付梓前因心肌梗塞去逝，然而法教授於是年五月初即已完成修訂。本書屬於其論述的部分，嗣後編印、補正、校對事宜則由法教授女兒法思齊完成。法思齊小姐畢業於政治大學法律系，幸能克紹箕裘，去年五月甫自美國維吉尼亞大學獲得法學碩士學位，刻正攻讀法學博士學位。法教授英年早逝，一生貢獻憲政、法治與人權，著書立說，作育英才，這本「憲法新論」是他臨走前延續憲法生命力的最後貢獻。

為了使本書更貼近憲政運作實際狀況，此次改版作了大幅度修訂，將近幾年憲政推進與人權釋憲案例撰植於本書，同時並將立法院甫通過憲法修正案一併列入。修訂論述工作由政治大學博士班學生宋健弘與謝碩駿碩士協助彙整，使本書得以順利出版，特此感謝。

董保城

謹序於台北
2004年9月

Constitution



第一篇 序論

第一章 基本概念

第二章 憲法之基本秩序

第三章 憲法之變遷及成長

第四章 我國憲法史

第一章 基本概念

壹、憲法之意義

憲法一詞來源於拉丁文（*Constituio*），本是組織或結構之意思。古羅馬帝國用它來表示皇帝的「詔令」、「諭旨」，以區別市民會議通過的法律文件。從形式意義來看，憲法是一個法典性的文書，在該文書內包含了最高位階的法律規範。形式意義的憲法係指以憲法法典的形式，由各種法律規範構成之位階中居最高位階之法規範者，且其制定及修改程序與其他法律規範不同。憲法是最高規範，是一切次級規範之來源。就形式意義來看，係指依照憲法立法的形式而制頒的最高位階法規範，而成為成文憲法文書的內容，例如中華民國憲法、德國基本法、日本憲法即是。

從實質意義的憲法來看，它是指國家之狀態，憲法乃是規定國家最高機關組織及職權、政治程序、國家權力之行使與人民基本權利以及和地方自治團體間之關係，並且解決彼此產生衝突之方法為內容。實質意義的憲法注重憲法的實質內容，所以不問其形式為成文或不成文，亦不論有無經過修憲機關或立憲機關之審查等。雖然未具有憲法法典文書之形式，然其規定的內容，涉及到國家的最高機關組織、人權以及作用，而有其根本法的性質。

實質意義的憲法之概念較形式意義的憲法為廣，但何者為一國根本重要事項與一國之根本大法，則又隨各國之習俗與其人民之認識而有不同。在甲國所認為根本重要的事項，必須在憲法本文中規定，在乙國則僅規定於法律中。例如有關國民資格之認定標準，在德國係規範在基本法中，在我國則於國籍法中訂之。就我國而言，中華民國憲法及增修條文兼具形式意義及實質意義的憲法，除此之外，立法院組織法、立法院職權行使法、地方制度法、司法院大法官審理案件法及財政收支劃分法、國家安全法等，具有實質意義憲法的性質。

4 憲法新論

除了形式意義或實質意義憲法的分類外，對於憲法其所形成的規範秩序反應國家現實的政治、社會與經濟情勢，亦即憲法所欲規範者於憲政現實中是否達成，又可區分為規範性憲法、名目性憲法與字義性憲法¹。規範性憲法（*normative constitution*）係指憲法規範與憲政現實完全契合，亦即國家政治權力之運作均依據憲法，服從憲法作為最高位階的法規範，現代西歐、北美等法治先進國家憲法均屬規範性憲法。名目性憲法（名義性憲法；*nominal constitution*）之憲法規範亦屬完整，僅係因為憲法規範不符該國政治、社會或經濟現實，或憲法制定後國家情勢有重大變遷，致憲法規範之全部或一部不能真正被遵行，使憲法規範與憲政現實產生不一致的情形，我國憲法制定後不久，國家領土及主權即不及於大陸，即使訂有臨時條款，憲法仍有相當部分無法施行，即屬名目性憲法。字義性憲法（巧語性憲法、詭譎憲法；*semantic constitution*）之憲法規範與憲政現實是完全背離的，憲法規範並不具有實質上的拘束力，「憲法」只具有字面上的意義，即使憲法已然訂定，國家權力亦無欲受其拘束，其目的在於將既有的政治權力定型化，展現其為所謂的「立憲國家」之表象而已，一黨專政的共產國家、軍事獨裁的戰亂國家以及由殖民地獨立之亞非新興國家，其憲法多屬字義性憲法。

貳、憲法制定者

法國學者西耶士（*Joseph Sieyès*）區分國家權力為制定憲法權與憲法所賦與的權力，前者之權屬於全體人民，後者就是指行政、立法、司法各權，可由國民委託議會及其他機關代為行使。制定憲法權是基於政治力量而來，是政治行為，決定國家根本組織，不受任何拘束。反之，憲法所賦與的權力是法律行為，修憲權在法律上是屬於被限定的權，故有其界限（詳第三章敘述）。

¹

另可參考許志雄等合著，現代憲法論，2002年10月3版，頁27-28；吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月初版，頁4-7；陳新民，中華民國憲法釋論，1997年9月2版，頁21-24。

憲法和一般性法律制定者不同。一般性法律之制定者為一般立法者，如我國立法院、美國或德國聯邦眾議院與參議院。憲法代表國家的意思，制定是依照特別方式制定而成，在國民主權的思潮下，僅有全體國民的意志方代表國家的意志，從而制憲者原則上為全體國民。換言之，制憲權在於全體國民，例如我國憲法前言謂：「中華民國國民大會，受全體國民之付託……，制定本憲法。」即表明中華民國制憲之權力，源自於全體國民，而國民大會係受全體國民之付託制定憲法。

由於國家人口眾多，憲法不可能由全體國民親自制定，在民主原則之要求下，制憲者必須透過全體國民選舉產生，亦即選出國民代表來制定憲法。制憲之方式大略有下面兩種類型：

一、制憲諮商會議型

由制憲諮商會議研擬憲法草案，交由全體國民作最後的表決。制憲諮商會議僅有提出憲法草案之權限，憲法草案仍須經由全體國民直接表決通過後，始生效力。

二、制憲委員會型

由國民代表組成制憲委員會，具有制定憲法的權限，換言之，制憲委員會不但研擬憲法草案，並經議決通過使該憲法生效，全體國民並不直接對憲法作通過與否之表決。然而，日後間接藉參與國會選舉之投票，表達對憲法的意見，確定了憲法合法性。

我國憲法係於民國35年由制憲國民大會所制定，於同年12月25日三讀通過，經國民政府於次年1月1日公布，定於民國36年12月25日施行。制憲國民大會於憲法制定完成後解散，憲法施行後旋即依據憲法選舉行憲後首屆國民大會。從而，我國憲法之制定係由制憲國民大會擬定，並經議決使其生效，未經由公民投票確認程序，應屬制憲委員會類型。

制憲權原則是獨立自由。學者一致認為制憲不得以強制程序進行，亦不受舊憲法限制，此即所謂「憲法制定自主權」。然而，制憲權非任意為之，制憲應確保每個法律中所蘊含的超實證法之基本原則，以達到自由民主最低

標準之保障，以及制憲時應審酌國民意志中基本價值和社會的、政治的基本認識。

參、憲法之作用

一、維護秩序作用

憲法和法律具有防止國家陷入混亂和無政府狀態之目的。法律和憲法即是要實現一合理的秩序，其方法包括基本權利之保障、依法行政、權利救濟途徑之保障等。由於憲法對政府機關與人民之行爲皆具有拘束性，以及在發生爭議時以憲法爲解決標準，而使社會和國家維繫一體。因而在有爭端時應以憲法來統治（government by constitution），而非以人來統治（government by men）爲標準。國家權力必須根據憲法始爲合法。憲法是所有法律秩序之基礎，任何法律秩序不得與其牴觸。各種法律亦須於憲法所定目標下，不可支離破碎，甚至彼此衝突，各自形成一個體系。

二、維持穩定作用

憲法維繫一國持續性基本秩序，也是國家生活安定之堅固要素。憲法是國民意志之基本表現。對於國家原則性重要事項，應規定於憲法之中。憲法有憲章與憲律兩種內容，憲章規定憲法的根本原則與精神，如國體、政體、國民主權、權力分立與基本權保障等，屬於憲法中不得更動的部分；憲律則以憲章爲前提，依憲章的根本原則，規定各種制度，得由修憲機關予以修改。憲律根據憲章，而憲章所根據者乃是政治之力。這種力稱之爲憲法制定權，它是決定憲章的根源。基於全體國民共識，確認憲法根本原則與精神，而形成憲法賴以存續且穩定發展之基礎。

三、促進統合性之作用

憲法是全國人民共識之基礎。此處所稱之統合性，不僅指國家統一，也應包括人民意見之協調，由於在社會中有不同組織及不同政治意見，憲法是團結融合各種不同政治團體意見之共識基礎，因而具有促進和平容讓性質。

四、權力限制與監督之作用

爲了達到此一目的必須遵從權力分立與監督、制衡原則，促使國家遵循法治原則。我國憲法雖採中山先生五權分治、平等相維之體制，權力間仍分立，相互制衡，故立法院雖獨享有最高立法權，司法權對法律有違憲審查權，行政院雖享有政策決定權，仍應受立法之監督。

五、確保個人基本權利作用

人民享有基本權利是爲立憲主義基本潮流。公民及政治性基本權利如言論、思想、集會與結社權和經濟社會文化的基本權利如工作權、生存權等私法自治權，都應受憲法保障，憲法是人民權利保障書是也。

肆、憲法「規範性」與「優位性」

從憲法發展歷史觀察，憲法原是民權及自由理念產物。這些理念強調平權主權、主權在民、個人主義、多元主義分權或制衡等。此一歷史背景首先將形式規範性憲法與以民權及自由主義等理念爲內涵的憲法主義（Constitutionalism）合而爲一。憲法主義或立憲主義是以具體的憲法規範，規範政府的組成及權力，建構一個有限的政府，以保障人民基本權利，在憲政主義之下，政府權力必須受到憲法約束，而且必須依據憲法來治理國家，政府權力是有限的，簡言之，以憲法建構一個有限政府以保障人民基本權利的憲政理念。

近代立憲主義與民主憲政制度得以落實，必須先承認「憲法的規範性（Normativität der Verfassung）」及「憲法的優位性（Vorrang der

Verfassung)」。前者係指憲法具有拘束性的法規範，所有國家權力，無論是行政、立法與司法均應遵守憲法規定。憲法的優位性乃是憲法為國家最高規範。憲法在國家所有法規範而言，居最高地位、效力最高，遵循憲法規定產生之法律與命令均不得與其相牴觸，牴觸者無效。我國憲法第171條：「法律與憲法牴觸者無效」及第172條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」即屬對於憲法最高性之明文規定。憲法之所以成為最高法規範，乃是因為憲法內容主要在於規範保障人民的自由權利不受國家公權力之侵犯。憲法第79條明文規定賦予司法院大法官維護「憲法的規範性」與「憲法優位性」的重大職責。

第二章 憲法之基本秩序

憲法第1條規定：「中華民國基於三民主義，為民有、民治、民享之民主共和國。」本條明文揭櫫憲法對於「國家形式（Staatsform）」之基本決定，申言之，經由憲法第1條之宣示，可以確定國家形式為共和國、民主國。再者，憲法明文保障人民之基本權利，且在國家組織的部分實施權力分立，凡此均為構成「法治國」的特徵；另外，憲法「基本國策」一章以及增修條文第10條均帶有濃厚的社會主義色彩¹，由此可知，「法治國」、「社會國」亦為國家形式之一。綜上所述，憲法對於國家形式的基本決定為：共和國、民主國、法治國、社會國，因此國家一切法制均須朝此方向建構，而共和原則、民主原則、法治原則、社會福利原則也就成了憲法之基本秩序，並為國家整體法秩序所應共同遵守之原則。上述各項原則對於憲法而言具有本質重要性，而為規範國家秩序存立之基礎。司法院大法官釋字第499號解釋對此明白揭示：憲法第1條所樹立之民主共和國原則、第2條國民主權原則、第2章保障人民基本權利，以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，而為憲法整體基本原則之所在，其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。

壹、共和原則

一、共和之意義

「共和」拉丁文為 *res publica*，其意義是指公共事務。今日所稱共和，即為非君主專制（Monarchie）、非獨裁（Dikatur）。君主專制和獨裁兩者的共同點，在於國家元首並非透過選舉而產生（君主專制大多是靠著世襲，

¹ 陳新民，中華民國憲法釋論，2001年1月修訂4版，頁63。

而獨裁大多係藉著軍事政變），且元首終生佔有其位²。共和原則排除任何壟斷性、持續性、獨占性之權力統治。

二、共和之特徵

「共和」之特徵，在於國家元首是透過選舉產生，而且有一定任期³。國家元首經由人民直接或間接定期選舉而產生合法性。在今日區分共和、專制似乎沒有太多的政治意義，因為有些國家一方面有專制之外形，但實質上卻非一人統治，而具有民主之特質（如英國、日本）。

憲法第1條明定中華民國為共和國，而我國家元首為總統⁴，其產生方式，國父在建國大綱設計由國民大會選舉中央政府官員⁵，其中當然包括總統及副總統；政治協商會議時雖廢除國民大會之有形建制，改由人民直接行使選舉總統之權利⁶，其後經國民黨力爭，現行憲法終保留國民大會之有形組織，並以選舉總統、副總統為其主要之功能。直至民國83年8月1日憲法增修條文公布，明定自中華民國85年選舉第九任正副總統起，改由中華民國自由地區全體人民及在國外返國者直接選舉之，以完全落實主權在民，直接民權之基本精神。憲法增修條文經過七次增修，第2條第1項規定：「總統、副總統由中華民國自由地區全體人民直接選舉之」同條第6項規定：「總統、副總統之任期為四年，連選得連任一次」，由此可知，我國國家元首經由人民直接選舉產生，且有一定之任期，因此從憲法相關規定來看，我國是共和國之體制。

² Ingo von Münch, Staatsrecht, Bd. 1, 2000, 6. Aufl., Rn. 109.

³ Ingo von Münch, Staatsrecht, Bd. 1, 2000, 6. Aufl., Rn. 109.

⁴ 憲法第35條規定：「總統為國家元首，對外代表中華民國。」

⁵ 建國大綱第24項。

⁶ 羅志淵，中國憲法史，1967年4月，頁292。董翔飛，中華民國憲法與政府，1994年3月27版，頁213。

貳、民主原則

一、民主之意義

(一) 定義

「民主」這個概念作為政治上的用語，可說被使用得相當廣泛，今日無論共產或非共產國家皆自稱為民主國家（即民國），像使用標語、口號一般普通，且「民主」此一名詞之使用，甚至還延伸到黨內民主與校園民主等。然而究竟何謂「民主」？這恐怕不是一個容易回答的問題。

所謂「民主」，指涉的是「國家權力擁有者是誰」的問題，而不像前面提到的「共和」，指的是「國家元首是誰」的問題。只要國家權力的擁有者是人民，那麼不管這個國家的國家元首是總統還是君主，都可將之視為民主國⁷。憲法第2條規定：「中華民國之主權屬於國民全體」，顯見國家權力之擁有者為國民全體，則吾為民主國應無疑義。

憲法第1條所稱之民主係指「自由民主（freiheitliche Demokratie）」而言，依此運作之憲法秩序即為「自由民主憲政秩序」。然而，何謂「自由民主憲政秩序」？德國聯邦憲法法院對此曾有極精要的定義：自由民主憲政秩序，乃是「一種法治國家的統治秩序，其排除任何的暴力或獨裁專制，而植基於自由、平等以及依據多數意志而作成之人民自我決定上」⁸。目前世界上還有若干國家雖然也號稱「民主」，但其所實施的卻是「人民民主（Volksdemokratie）」⁹，而與我國實施的「自由民主」不同，二者在制度的比較上應加以區別。就這些實施「人民民主」的國家而言，其共同的特徵是¹⁰：國內欠缺政黨機會平等、不可能有反對黨的存在、採取「黨國合一」制度、沒有落實真正的多黨原則、欠缺真正獨立的司法機關、人權保障（特別是實施民主所不可或缺的言論自由、集會自由和新聞出版自由）僅為具

⁷ Hartmut Maurer, Staatsrecht, 1999, 1. Aufl., § 7, Rn. 11.

⁸ BVerfGE 2, 1.

⁹ 例如古巴、北韓、中華人民共和國。

¹⁰ Ingo von Münch, Staatsrecht, Bd. 1, 2000, 6. Aufl., Rn. 135.

文。因此，「人民民主」也常常被稱為「假民主」，相對於此，我們所實施之「自由民主」則被稱為「真民主」¹¹。

(二)民主的實踐方式

就民主的實踐方式來說，可大別為「直接民主」和「間接民主」兩大類型：

1. 直接民主

古代國家領土狹小而人口稀少，人民全體親自以多數決之方式直接審判犯罪以及親自作成所有行政決定，此種直接民主之方式，或許在不超過一千人的團體可以適用，所以沒有選出代表的必要。但今日國家人口眾多，事務專業且複雜，人民才智水準不一，全國人民難以共聚一堂直接立法，真正的直接民主在形式上應不存在¹²，現代民主國家毋寧是以實施間接民主為原則，直接民主為例外¹³。

2. 間接民主

現代的國家多係大國，人口眾多，全國人民無法聚會一堂討論大事，因而就產生了代議制，設置代議機關，由全國公民選舉議員組織之。國家權力非直接由人民行使，而係間接由立法機關、司法機關、行政機關來行使，故有代表人民之意思機關（國會）與執行機關（政府）行使統治權¹⁴，並由法官依法律行使司法審判權。

(三)人民與代議士間之關係

人民以投票選舉方式產生具有民主正當性之代表，藉著選舉國會議員，而參與國家政治意見之形成。而由人民以普通、直接、自由、平等、秘密選舉出的國會議員，則代表全體國民行使人民的權力。有疑問的是，人民既然

¹¹ Hartmut Maurer, Staatsrecht, 1999, 1. Aufl., § 7, Rn. 13.

¹² 由於現代社會中不可能由人民直接處理公共事務，因此，吳庚教授將直接民主定義為：除選舉外，凡公民有直接參與立法權行使的政體。參見吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月初版，頁42。

¹³ 許志雄等合著，現代憲法論，2002年10月3版，頁60（許志雄執筆）。

¹⁴ Alfred Katz, Staatsrecht, 1999, 14. Aufl., Rn. 142.