

國家法講義（一）

憲法基礎理論與
國家組織

Staatsrecht I

程明修 著



新學林

國家法講義（一）

—憲法基礎理論與國家組織—

程明修 著

新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

國家法講義．一，憲法基礎理論與國家組織 /
程明修著．-- 一版．-- 臺北市：新學林，
2006[民 95]
面；公分

ISBN 978-986-7160-54-6(平裝)

1. 憲法 - 中華民國

581.2

95018144

國家法講義（一）一憲法基礎理論與國家組織

作 者：程明修

出 版 者：新學林出版股份有限公司

地 址：10658 台北市信義路三段 106 號 6 樓之 4

電 話：(02) 2700-1808 傳 真：(02) 2705-9080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總 經 理：毛基正

總 編 輯：田金益

主 編：林靜妙

版 權 部：林靜妙

製程管理：許承先

出版日期：2006 年 10 月 一版

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

購書未滿 1000 元加收郵資 50 元，滿 1000 可刷卡

定 價：400 元

ISBN 978-986-7160-54-6

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：10658 台北市信義路三段 106 號 6 樓之 4

團購專線：(02) 2700-1808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

序

這本講義的底本是筆者自德國返台第二年起（9.2002），開始於母校東吳大學法律系講授憲法課程時，寫給修習本科同學上課用之資料。講義內容本為憲法學之基礎理論與台灣之國家組織。因台灣 2004 年總統選舉結果引發之國家憲政危機以及第七次憲法增修條文驚濤駭浪的複決通過，實質憲法的內容已經有根本性的變動。特別是蘇維埃式的國民大會正式從台灣的憲政舞台上謝幕退場，猶如上世紀初德儒奧圖·麥耶在德意志帝制與威瑪共和交替之際所言「憲法消逝」，島國持續二十年的憲法革命，雖未終底定，但也算是一個新憲政秩序的開展。當法律的工作稍有所成，張君邁先生所稱國家確立所依存一政治人物、立法者與人民一的政治道德卻在最近的憲政危機中搖搖欲墜。對照歐陸，2005 年 7 月德國聯邦總統科勒被迫解散聯邦議會提前國會大選，總理施若德巧用基本法第 68 條的形式規定，藉由國會執政聯盟多數議員的棄權，故意使其「信任諮詢（Vertrauensfrage）」不獲通過乃是主因。這種政治人物操弄憲法條文的舉動，亦引發違憲與否之憲政危機。聯邦憲法法院因為在 1972 年以新的國政慣例形成為由，容許與施若德同屬社民黨之總理布蘭德採取類似之舉（BVerfGE 62, 1, 49），如今再面對這個憲政爭議，一改公親而成事主。於是識

II 國家法講義（一）—憲法基礎理論與國家組織

者不斷質問，畢竟憲法具有優先性（Die Verfassung geht vor!），而究竟政治人物與憲法法官是不是優先尊重憲法的規定？同樣的提問，在歐亞板塊的兩端應無等差。

本講義的完成要感謝啟蒙我憲法的 90 年代及其動盪的憲法秩序。希望這本授課講義能幫助同學入門學習憲法。

程明修 9.2006

目次

第一篇 憲法與國家	1
第一章 「憲法」語詞的使用	1
第二章 憲法的概念	2
第三章 國 家	3
第四章 憲法的意義	8
第五章 憲法的特質	18
第二篇 制定憲法的權力	25
第一章 制憲力的意義	25
第二章 制憲力的思想發展	26
第三章 制憲力的本質	36
第三篇 憲法秩序的變動	43
第一章 憲法作為一部「活的憲法」	43
第二章 憲法變遷	44
第三章 憲政慣例	53
第四章 憲法解釋	61
第五章 憲法的修改	82
第四篇 憲法前言	91
第一章 憲法前言的概念	91
第二章 憲法前言的效力	93
第三章 憲法前言的變動	98

第五篇 共和	101
第一章 國體與政體	101
第二章 共和國體與民主政體	102
第六篇 權力分立	105
第一章 權力分立之意義	105
第二章 權力分立之內涵—垂直分權與水平分權	108
第三章 權力的制衡與尊重	109
第七篇 民主原則與國民主權原則	121
第一章 憲法中之民主國原則	121
第二章 聯繫民主國原則之國民主權原則	123
第三章 民主作為一種國家或統治型態	130
第四章 民主制度的選擇	136
第五章 公民投票式之民主制度	147
第六章 民主之多數決制度	153
第七章 民主與基本權利之保障	160
第八章 自由民主之憲政秩序	162
第九章 民主的選舉原則	172
第十章 行政的民主正當性	177
第十一章 司法的民主正當性	179
第八篇 法治國原則	183
第一章 法治國原則的內涵	183
第二章 法律保留與法律優位原則	183
第三章 權力制衡原則	187

第四章	基本權利保障·····	188
第五章	明確性原則·····	188
第六章	法安定性原則、信賴保護原則與禁止溯及既往 原則·····	189
第七章	比例原則·····	192
第八章	全面與完善之權利救濟·····	194
第九篇	民生福利國家原則·····	197
第一章	從自由法治國家至民生福利國家·····	197
第二章	民生福利國家原則之規範性·····	198
第十篇	領土·····	201
第一章	憲法對於領土的規範方式·····	201
第二章	固有疆域·····	202
第三章	領土的變更·····	205
第十一篇	國家象徵—國旗·····	209
第一章	國家象徵·····	209
第二章	國旗·····	210
第十二篇	中央政府體制總說·····	213
第一章	總統制·····	213
第二章	內閣制·····	216
第三章	半總統制·····	219
第十三篇	總統·····	223
第一章	憲法中總統制度的設計·····	223
第二章	總統的選舉·····	226

第三章	總統的罷免與彈劾	230
第四章	總統缺位時的繼任與總統職權的代行	233
第五章	總統的職權	237
第十四篇	行政	249
第一章	行政院之地位	249
第二章	行政院之組織	251
第三章	行政院與立法院之關係	260
第十五篇	立法	269
第一章	立法院為「國家最高立法機關」	269
第二章	立法委員之產生	270
第三章	立法院之組織	271
第四章	立法院之職權	276
第五章	立法院職權行使原則	290
第六章	立法委員之特權	295
第七章	立法委員兼職之限制	299
第十六篇	司法	301
第一章	司法權之意義	301
第二章	司法院之定位	304
第三章	司法院之組織	316
第四章	司法獨立	322
第五章	違憲審查制度	332

第一篇 憲法與國家

第一章 「憲法」語詞的使用

「憲法」一詞係譯自拉丁文 *constitutio*，法文、英文 *Constitution* 或德文 *Verfassung* 而來。「憲」或「憲法」之漢語使用雖早見之於古籍，但是並非指射近代立憲主義下之憲法概念。據日本學者穗積陳重考證，首將西文 *Constitution* 譯作漢語「憲法」者¹，係曾任日本司法次長與貴族院議員之箕作麟祥於其出版的「法蘭西六法（1873 年，明治 6 年）」中首開先河²。其後則並於清末變法革新前後加以引進清國³。

¹ 在此之前，略有譯作「律例」（福澤諭吉之「西洋情事」）、「國憲」（加藤弘之之「立憲政體略」、「國法泛論」）、「根本律法」或「國制」（津田真道之「泰西國法論」）等，參照，樋口洋一，講座憲法学 1—憲法と憲法学，日本評論社，1995 年，頁 83。

² 日本明治時期（明治 10 年前後），泰西法政著作翻譯者眾，其中戮力最深者，略有津田真道（1829-1903，曾留學荷蘭萊登大學）之「泰西國法論（1868）」、西周（1829-1897，曾留學荷蘭）之「萬國公法（1868）」、加藤弘之（1836-1916）之「立憲政體略（1868）」、「真政大意（1870）」、「國體新論（1875）」以及箕作麟祥（1846-1897，曾留學法國）之「法蘭西六法（1873）」。

參照，樋口洋一，講座憲法学 1—憲法と憲法学，頁 83。

³ 至於清國最早使用近代意義下「憲法」一語的時間，並不明確。不過可知的是，1846 年梁廷柅所著「海國四說」，以及 1848 年徐繼畲編輯出版的「瀛寰志略」已有介紹英國大憲章，以及美國的憲政制度的記載。參，張晉藩，中國法律的傳統與近代轉型，法律出版社，1997 年，頁 364。

第二章 憲法的概念

「憲法」概念的產生與近代主權國家體系的形成有密不可分的關係。特別是歐洲在十七世紀因宗教衝突、莊園地主與領地統治者衝突、諸侯對抗神聖羅馬帝國權力等等原因所觸發的混亂的三十年戰爭（Thirty Years War, 1618-1648）結束之後，中古封建制度解體，神聖羅馬帝國皇帝的勢力以及羅馬教皇的權威對於各諸侯國的影響也日漸式微。經 30 年的混戰之後，各征戰國在德國敏斯特（Münster）與歐斯納布魯克（Osnabrück）兩個城市舉行和會⁴，簽署「威斯特法倫和平條約」（Westfälischer Frieden, Peace of Westphalia，亦有譯作「西伐利亞和平條約」），確立了各主權國家的領土範圍，可謂近代國家體系的濫觴⁵。同時直到神聖羅馬帝國崩解之前，此一合約也一直是帝國的一部根本大法。主權國家體系形成之後，各國便進一步希望建構一個理性、自信自主、富有規畫以及涉及原則性的秩序：憲法。

不過，在此不宜誤解認為古代國家就沒有憲法。只是他們的「憲法」僅僅是在現存的政治權力運作下，歷史上自然形成

⁴ 合約簽署地點原本選在科隆（Köln）與漢堡（Hamburg），但是因不如敏斯特與歐斯納布魯克兩城距離得近而放棄。至於選擇兩個城市簽訂合約的原因主要是為了避免長期以來敵視的國家眼見生恨，而由帝國皇帝代表分別與不同的國家進行協議。

⁵ 透過此條約的簽署，也是首度透過戰時國際法、平時國際法及其他的國際習慣來互相抑制國家以避免走向極端的國際關係慣例，至 20 世紀的世界大戰爆發為止，為歐洲各國普遍遵守。

的單純「體制上 („institutio“)」的權力區分秩序。因此在這層意義上，每一個「國家」都應該會有「憲法」。一個無憲法的國家將無異於一個無政府的混亂秩序狀態（Anarchie）。不過這樣理解下的「憲法」並非現代意義的憲法概念。

「憲法（Constitution, Verfassung）」一詞，本即含有「構造」或「體制」之意。現代意義下的憲法規定主要用來在法律上確定國家本體（Staatswesen）的基本秩序。這個基本秩序並且提供一定的地域內，未來長期的政治發展之用。她建構了國家，並決定了國家型態，同時也確立了國家的組織架構以及國民的基礎法律地位，甚至更確定了國家形成社會、經濟生活的若干指導原則。換言之，她一方面為國家組織（權限秩序與職務秩序）定序，另一方面也規範了國家目標（即「國家的意識型態（Staatsideologie）」）。而國家的終極目標，或者說是國家的正當化事由則是源自於人權的保障。因此我們可以簡潔一點說，憲法就是規定保障人民基本權利、規定國家權力和組織以及兩者之間關係，甚至國家發展方向的根本大法。

第三章 國 家

第一節 國家的概念

憲法概念的衍生與發展與近代國家的形成息息相關。國家一語（Staat）早見於 15、16 世紀義大利政治學文獻中（特別是馬基維里，Machiavelli）。其源自拉丁語 „status“（狀態）。國家代表著特定人居住在一特定國家領域內的一種狀態。所以國家學者安休滋（Anschütz）定義國家是在一種特殊的權力支

配下，特定領域內人民的組合。而根據韋伯（Max Weber）的定義，國家則是在一定領域內對一定之住民，透過武力（或實力，Gewalt）的獨佔而主張其正統性的組織（這也是近代歐洲國家的型態）。在這樣的定義下，國家的古典要素包括：國家領域、國民以及國家權力（Staatsgewalt）⁶。這是國際法上國家概念的主要內容。許多國家的憲法也會分別針對國家的要素加以規範。例如我國憲法第 2 條規定國家權力⁷的來源、第 3 條規定國民，而第 4 條則為有關國家領域之規定。

這種國家三元素論（Drei-Elementen-Lehre）雖然可以用來描述國家的外觀，但是卻無法回答是什麼因素使得一個特定的領域成為國家領域；如何使得一群人成為國民以及如何使得一定的權力變成國家主權。以一個鄉鎮為例，它也是在一定的土地範圍內，擁有一定的住民同時行使特定的高權。但是我們卻不說它是一個「國家」⁸。再者，三元素論也無法回答國家的這三個元素如何「統一（Einheit）」在一起成為一個國家。

相對於此，德國國家法學者史曼德（Rudolf Smend）認為，「統一」的國家概念具有「心靈層次的性質（„geistiger“ Natur）」。國家之要素之所以「統一」成國家的主要原因在於一國之內之人民都希望與其他之人共同生活，並且致力於使自

⁶ 至於是否要有其他國家之承認則非國家成立之要素。因為國家成立後才有其他國家承認與否的問題。

⁷ 國家權力與主權之關係，見第七篇第一章說明。

⁸ 這種提問，也可供我們反省台灣史上的鄭氏王朝、1721 年朱一貴之中興王朝以及 1895 年之台灣共和國的國家形成。參考，黃昭堂，台灣民主國之研究，1993 年，頁 213 以下。

己的行為配合這種共同生活。所以國家是一種個人共同意願與經驗的整合。學說稱為「整合理論（Integrationslehre）」下的國家概念。這種心靈層次的統合或者統一當然不是在一朝一夕下出現，毋寧是在一個通常長達百年的整合過程中形成，並且是在一個不斷地更新共同生活經驗的過程中形成。這就好像是在執行一個幾乎每天持續重複的公民投票（Plebiszit）一般。由此可見，史曼德關照的其實是由各種社會力建構的國家動態。至於國家與其他團體的最大差異在於國家自己獨立地保障自己的存在，至於其他的團體則需要依賴國家的法律保護。

此外，學者黑勒（Hermann Ignatz Heller）⁹則認為國家的

⁹ 黑勒於 1891 年生於奧匈帝國，父親為一執業律師。早年學習法學與國家學於維也納、茵斯布魯克（Innsbruck）、葛拉茲（Graz）與基爾（Kiel）。1920 年於基爾提出關於法哲學、國家學與國家法的教授論文「黑格爾與德國的權力國家思想」。在論文提出的前一天，他在基爾加入 SPD，但是對於政黨的國際化以及歷史唯物主義則是明白地持保留態度。此後七年的時間內，他加入當時好友古史塔夫·賴特布魯（Gustav Radbruch）的陣營中積極對抗國防軍所發動之反威瑪共和的卡普暴動（Kapp-Putsch）。他們兩人在彈盡糧絕之後，為了避免無意義的流血犧牲，而投降被捕。當時他雖被判處死刑，但是卻因為暴動被弭平而未執行。雖然他自二十幾歲時即極以其學術作品聞名，但是卻直到 1925 年才於柏林升任副教授。在 1928 年他在義大利做短期停留，從事義大利法西斯主義的研究，從而並奠定他日後對法西斯主義批判的基礎。黑勒可能因為他既是社會民主黨人又具猶太血統的緣故，直到 1932 年才在法蘭克福升任公法正教授。他以七年的時間擔任普魯士社會民主邦議會黨團訴訟代理人，在所謂的「普魯士政變訴訟（sog. „Preußenschlagverfahren“）」中，立於帝國最高法院（Staatsgerichtshof，憲法法院前身）最後一次親自為威瑪共和對抗國家社會主義黨的奪權辯護。1933 年 1 月 30 日他在英國的演講旅行途中得知納粹黨人奪得政權的消息。得知消息後，他並沒有馬上趕回德國，最後他流亡到西班牙馬德里繼續完成其國家學的最

實態存在於每一個個人為了共同的目的，事實上去分工協調發揮自己的功能。因此個人無法獨力形成國家，必須等到被整合的社會可以發揮事實上共同作用的基礎形成後，才可稱之為國家（國家作為作用的統一體，*Staat als Wirkungseinheit*）。這種事實上共同作用的協調分工則必須透過憲法規定具有特定權限之機關以及具有拘束力之法規範體系（特別是規範的強制力）與程序始後得獲得確保。

第二節 國家與社會

國家與社會分離之思想隨著 18 世紀開始於歐洲的社會解放運動之醞釀，而存在於自由主義之政治思想圈中。在所謂的警察國家時期，國家以「國家之目的＝公益」之名干涉個人之自由，國權之過度擴張，莫此為甚。人民亟思擺脫極權統治之苦，自由主義之思想遂應運而生，基本上即要求國家活動應僅限於危害之防止。尤其繼之以工業革命，資本主義發達，國家之干預竟成經濟發展之桎梏，於是要求國家應自外於社會（經濟遠離國家化），僅負維持秩序之責任，並認為人民之生活安

後著作。就在他接近完成其為擁護存續僅十四年的威瑪共和而奮戰的理論作品：「國家學」時，在同年十一月五日卻因心臟病發作猝逝，得年僅四十二歲。他活躍於威瑪共和之興，緊接凋零於威瑪共和崩解之後，如一顆閃爍驟逝的慧星劃過威瑪短暫的暗夜。終其一生，為擁護威瑪共和而奮鬥。雖然因為他英年早逝使得他的作品只能以未完成的作品出版，但是至今他仍然與漢斯·凱爾森（Hans Kelsen）、卡爾·施密特（Karl Schmitt）與魯道夫·史曼德（Rudolf Smend）同列為威瑪共和時期最重要的國家法學者。參考，程明修，「威瑪共和暗夜的慧星——簡介政治、公法的理論家與實踐家黑勒」，視野—德國敏斯特大學台灣學人季刊第九期（德國出版），2001 年 8 月。

定，本質上由社會之力確保即可達成（私法自治、契約自主至高無上！）。

但由於社會領域中法律與救濟管道不足，與制衡力量之欠缺，因而逐漸提出法治之要求，在這個時期人民選出代表制定之「法律（Gesetz）」成為人民「總意（Allgemeinwillen）」的正當體現，而被奉為最高之主臬。「法治國家（Rechtsstaat）」之雛型於焉產生。這其實是社會領域夾其經濟力量對於國家的政治影響。因此，國家與社會的距離被拉近，人民的政治權利（選舉權）行使可說是一大原因。迨至所謂的「給付國家」時代興起，原屬社會任務之經濟行為如水、瓦斯、電力、交通等，國家常以獨占方式將此社會任務納入國家新興功能，並給予人民生活重要資源，作為人類生存與自我決定能力之基本條件，以維持人性尊嚴，並免受「社會強權（gesellschaftliche Macht）」之侵害。國家任務與社會任務的重合並不令人意外，同時國家與社會之對立關係事實上已經日趨緩和，也因此不能再將兩者視為彼此隔離的體系。國家也可視為社會的一個功能單位。不過在此仍須注意的是，即使國家與社會有此交融關係，我們仍然不能全面放棄存在於國家與社會之間的「距離（Distanz）」，特別是在基本權的保障上，不能忽略區分兩者的意義。

第三節 國家壟斷實力之行使

現代國家的最重要表徵在於主權（Souveränität）。簡潔地說，主權是對外以及對內形成和平與保衛和平的權力。主權的兩個元素在於：國家制定法規範的權限（Rechtssetzungs-

befugnis）以及國家壟斷實力之行使（staatliches Gewalt-monopol）。前者是指國家單方制定法律的權限，它也是確保由國家加以保障之國家內部自由秩序的工具。但是這不代表國家壟斷規範的制定（Rechtssetzungsmonopol），而是強調國家制定規範的優位性（Rechtssetzungsprärogative）。因為國家也會在必要時承認自治團體的自治規章、習慣法甚至自然法的效力。國家壟斷實力之行使則是前述單方制定法律之執行權力，必要時，甚至包括物理上強制的手段。這包括消極以及積極兩種面向。消極的面向是指，在一個國家之中，私人合法行使的暴（武）力（legale Gewalt Privater）原則上是被排除的，除非是在緊急避難或者正當防衛的情況下，私人始被法秩序例外容許使用暴力。積極面向則是指，法秩序中將暴力的行使權限僅僅賦予國家獨力行使（至於目的則是為了維持法律秩序的和平！）。因此事實上也僅有國家（立法、司法與行政權）可以對人下達命令（國家也期待命令的對象服從）。基於國家具有確保法秩序平和與安全之功能，而為確保此一功能實現，使得國家壟斷暴力之行使。因此國家即負有義務，積極地保護國民之權利，使國民間處於和諧之關係。相反地，如果國家不履行此一保護義務，人民就只能自力救濟，自謀保護，將使國家本應確保和平之功能喪失殆盡。

第四章 憲法的意義

第一節 形式意義的憲法與實質意義的憲法

在近代市民革命之後，歐洲各國將國家各相關的基本規定