

**Knowledge**  
**Knowledge**

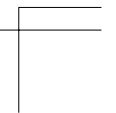
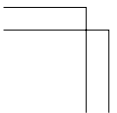


第一篇

# 憲法總論

**Knowledge**  
**Knowledge**

**Knowledge**



# 第一章

## 憲法的基本概念

### 壹 立憲主義的思潮

立憲主義（constitutionalism）的發展比成文憲法的產生來得早，古代的政治文明即曾發展出憲政體制，但他們並不感到有將行使政治權力之限制明確地予以規範之必要，直到西元 1787 年美國憲法的產生。以下是憲政發展的簡要歷史<sup>1</sup>：

1. 希伯來人的神權政治：就憲政的實質意義而言，最先實施憲政的民族是希伯來人所實行的「神權政治」（theocracy），主張統治者與被統治者均受神權的統治，世俗的權力祇是受神的委託或代理，而非賦予絕對的權力。希伯來人最先強調以道德規範來限制世俗權力，聖經上許多話多是用以叮嚀統治者注意公正，不要忘記他們對人民應負的道義責任，否則，代表公共道義代言人的先知們，可起而反抗那些背離法律正軌的統治者。

2. 古希臘人的直接民主：古希臘的城邦式民主政治，建立了立憲政府最進步的模式：憲政民主。在這個制度下，統治者與被統治者，平等地分配及享有政治權力。但過度民主的結果，導致無法抵抗強敵的侵犯。

3. 羅馬的共和體制：維持七個世紀的羅馬共和，創造一個複雜制衡方法的政治制度，機構內部與機構間皆有不同的制衡機制，至奧古斯都（Augustus）稱帝後，共和政體逐漸解體，西方此後實施了一千年之久的君主專制。

4. 英國憲政觀念：專制君主時代，政府的權力理論上是不受任何限制

---

1 Karl Loewenstein, *Political Power & the Governmental process* (Chicago : The University of Chicago Press, 1965), pp.128-135.



的，直至 1215 年英王約翰（John）與貴族簽訂有名的「大憲章」（Magna Carta, 1215），規定政府向人民徵收租稅須得人民代表之同意：即「無代表不納稅」，首創被統治者以立憲制度約束統治者權力使用之先例，後經由 1628 年的「權利請願書」、1688 年的「權利法典」等不斷的演變，雖然至今英國仍無一部「成文憲法」，但仍有「憲政母國」的稱號。

5. 成文憲法的起源：「根本法」（fundamental law）的觀念於十六世紀後在法國萌芽、生根，其後傳至其他國家，美國脫離英國殖民統治後，用憲法一詞指稱決定政府組織的成文根本法律，並於 1787 年制定了世界第一部成文憲法，其後歐亞各國紛紛起而效尤。

當今世界各國大都有一部成文憲法，但並不是所有的憲法都能保障憲政的實施。有憲法但卻不能限制政府的權力來保障民權，就不是實施憲政的國家。因此法國大革命的「人權宣言」第十六條即指出：「一個社會裡權利沒受到保障，權力的區分也沒有確定，則這個社會絲毫沒有憲法政體。」

## 貳 形式意義和實質意義的憲法

近代憲法之思想基礎，始於「社會契約說」。蓋有社會契約說，而後民主法治之觀念始獲得根據；而有民主法治之觀念，始有近代憲法之產生。憲法一詞具有多義性，從不同面向觀察，即有其不同的意含<sup>2</sup>。一般對憲法可從兩個層次觀察：一是形式意義的憲法，一是實質意義的憲法<sup>3</sup>。

形式意義的憲法：是指憲法依照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，如「中華民國憲法」、德國「基本法」

2 李惠宗教授將立憲主義的憲法意義分為：歷史意義的憲法、形式意義的憲法、實質意義的憲法、實證意義的憲法、規範邏輯意義的憲法、法社會學意義下之憲法以及民主意義下之憲法，參見李惠宗，《憲法要義》，元照出版社，2004 年，頁 17-18。

3 參見張嘉尹，〈憲法與國家法〉，《月旦法學》，第 89 期，2002 年 10 月，頁 264。

(Grundgesetz, G.G)，就其規範內容而言主要包括三大部分：人權篇、國家組織篇與基本國策<sup>4</sup>。因此，為國家根本大法之憲法，由其內容可知憲法係在規範國家與社會的關係，亦即憲法大體要形塑並且規制國家最高權力、對社會生活作原則性的形成與規整、以及根本性地決定國家與社會間的關係，簡言之，「**憲法要對國家、社會及其彼此的根本關係採取立場**」<sup>5</sup>。

實質意義的憲法：此概念較形式意義的憲法為廣，不問其形式為成文或不成文，雖未具憲法法典文書之形式，然其規定之內容，涉及國家的最高機關組織、人權以及作用，而具有根本法之性質者，主要有國家重要法律，如國籍法、司法院大法官審理案件法、地方制度法、國防法、選罷法等；有司法審查之解釋例，如釋字第 520 號等重要解釋；有憲政慣例，如美國憲法關於總統可否連任並沒有明文規定，但自華盛頓和傑弗遜拒絕第二次連任以後，總統祇許連任一次就成為憲法上的習慣，直至二次大戰後始通過憲法增修條文第二十二條，明文確定僅能連任一次。

### 參 憲法的地位

#### 一、最高法與根本法

憲法是作為一切法律的基礎，是國內各法律主要的來源及依據，也是社會價值的基本決定者。此處涉及凱爾森（Hans Kelsen）憲法位階理論。凱爾森基於自然法的觀念，將法規範建構出一個有體系的理論，透過該理

4 例如孫中山先生認為「憲法者，國家之構成法，亦即人民權利之保障書也。」參見孫文，〈吳宗慈著中華民國憲法史前篇序〉，收錄於中國國民黨中央委員會黨史委員會編，《國父全集第四冊》，黨史委員會，1988年，頁1429。陳新民教授定義憲法為「憲法是國家根本大法，規範國家政府組織，人民基本權利之保障及國家發展之方向」。陳新民，《中華民國憲法釋論》，三民，2001年，頁1。類似的定義有林紀東：「憲法者：規定國家之基本組織，人民之權利義務，及基本國策之根本法也。」參見林紀東，《中華民國憲法釋論》，三民書局，1994年，頁1。

5 陳愛娥，〈憲法基本原則：第一講導論——憲法、國家、社會與憲法學〉，《月旦法學教室》，第9期，2003年6月，頁47。



論的解釋，法規範成為一個如階梯般的上下秩序，彼此各具有特定的位階與特定的內容，而不相衝突：

1. 法規範之間的關係：如同金字塔，下多上少形成位階，最上層是憲法，中層是法律，最下層是命令。

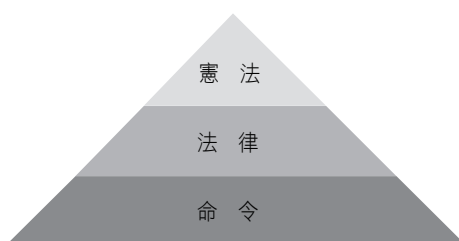


圖 1-1 法位階

2. 法規範之間的效力：下位規範不得牴觸上位規範，下位規範牴觸上位規範者，下位規範無效。我國憲法即有類似的規定：

「法律與憲法牴觸者無效。」（憲法第一七一條）

「命令與憲法或法律牴觸者無效。」（憲法第一七二條）

## 二、國內公法

憲法以一國為其行使範圍，故為國內法。又憲法為規範國家與人民相互間公權關係，所以憲法亦為公法。此外，憲法規範國家與人民間之權利義務關係，並非規定相關的程序，故為實體法。憲法為國家最高規範，所有人民均須遵守，適用上不能有所選擇，故亦為強行法。

## 三、政治性

憲法具有高度的妥協性，憲法因具有強烈政治性格，故有「政治法」之稱。憲法與政治關係密切，可分為以下層面說明<sup>6</sup>：

<sup>6</sup> 許宗力，〈憲法與政治〉，收錄於氏著，《憲法與法治國行政》，元照出版社，1999年，頁3-52。

1. **憲法的規範對象**：憲法是以國家政治生活為規範對象，從政治權力的競逐、運作方式、程序，到運作的界限，即整個國家政治意志形成與開展的過程，均受憲法之規範。因此，憲法乃成為政治關注的焦點。

2. **憲法產生的根由**：憲法是純粹政治力的產物，其內含的任何規範及原則無不是特定政治思想、意識型態，乃至政治妥協的表現。每一個憲法制度也都是人類「在歷史洪流中嘗試解決特定政治問題的嘗試」。

3. **憲法與政治的相互影響關係**：兩者呈現矛盾關係，憲法規範係屬於靜態的法秩序，規範限制政治活動，為政治活動設定準則，繩政治於一定的軌道上，甚至設計違憲審查以防其越軌；而政治則是不受限制的自由空間（自由、機動與合目的性的考量）。但有憲法沒有政治，就像有導航員卻沒有海；有政治而沒有憲法，則與有航海而無羅盤無異。如何調和兩者關係？

(1)就憲法這方面言：憲法雖在規範政治生活，但也須預留政治運作與發展的彈性空間，方能適應人類生活關係的複雜性及不斷變遷之社會生活關係的需求。為此，憲法必須使用較多開放性與抽象性的概念，使釋憲者有足夠寬廣的游移空間，做出合乎時代需求的解釋。

(2)就政治這方面觀察：政治力固決定憲法的內容，但決定後即須遵循憲法的軌道運作，不能視憲法為裝飾品。且在修憲時，對修憲界限的尊重，以及配合時代要求釋憲時，不能逾越憲法解釋的界限，未遂行政治目的而顛倒是非、指鹿為馬，恣意扭曲憲法之真意。

4. **憲法之法律化與意識型態化**：唯有可長可久的基本性、原則性、結構性與重要性事項方才適合入憲。枝節性與次要性事項則不適宜入憲，特別是須作彈性反應與受限時客觀條件限制的事項更是不適宜入憲。但是，因各方政治與社會勢力著眼於憲法的最高性與固定性，冀望透過憲法層次



上的鎖定，以確保其利益從此豁免於立法者政治之干預。憲法鎖定越多的政策，憲法即越趨肥大，將導致國家政治生活的靈活度趨於弱化，或導致對憲法之不遵循。格林（D. Grimm）所言之「**政治的過度憲法化，同時就已埋下人們規避憲法或漠視憲法之因**」。另一後遺症是國家權力中樞的位移，因為鎖定過多政策於憲法上，即無異將專業與政策決定問題轉化成法律問題，此種轉化，邏輯上必然是國家的決策中樞由政府與議會移轉到法院。

另外制憲或修憲者將其所信奉之意識型態或宗教信仰做憲法層次的鎖定，其目的在確保該意識型態的「永矢咸尊」，如憲法第一條的「三民主義」（我國第一波除意識型態化的最大努力，制憲時改為：中華民國基於三民主義為民有、民治、民享之民主共和國。第二波除意識型態化：增修條文之違憲政黨禁止制度，將違憲政黨限縮為「危害自由民主之憲政秩序」的政黨）。

#### 四、固定性

憲法位階最高，為「永世不磨的大典」，以示其為國家根本大法。所謂「牽一髮而動全身」，憲法若修改過於頻繁，必危及法之安定性，讓國家社會處於不確定的狀態。因此，成文憲法的國家都提高修憲的門檻，表示憲法之修改不易，維護法之安定。

#### 五、適應性

「人事萬變，法律有限」<sup>7</sup>，「民主憲政是長成功的，而不是造成成功的」<sup>8</sup>，如何以不變的條文適應環境的變遷，是制憲者在設計憲法時須考慮的重要變數，也是行憲者在遵行憲法時必須具備的觀念。一般而言，憲法

7 王澤鑑，《民法實例研習：民法總則》，作者自印，1996年，頁21。

8 引自荊知仁，〈安定、秩序、妥協、成長〉，收錄於氏著，《憲政論衡》，台灣商務印書館，1980年，頁36。



適應之方法有：一、修改；二、解釋；三、慣例。

## 六、歷史性

憲法制定及其內容，多涉及國家過去的政治制度、文化、風俗習慣在內。例如，我國憲法中的考試權與監察權即是源自歷代的考試制度與御史制度。

### 肆 憲法的種類

#### 一、成文憲法與不成文憲法

依憲法存在的「形式」分類，可分為「成文憲法」與「不成文憲法」。凡是法律以具體條文法典的方式所制定出來的，即稱為成文法，相反的，若是法律規範，並沒有具體的條文法典，而是以慣例、法院判決所形成的，即稱為不成文法。英國為不成文憲法，但是並非沒有憲法，英國憲法即包括於大憲章、國會法、法院判例、憲政習慣、政治傳統等全部之集合體。而美國雖是不成文法國家，憲法卻為成文憲法，所指即是為憲法本文及增修條文，也是世界上第一部成文憲法。

由於不成文憲法為數甚少，故其區別實益不大，且現在的成文憲法國家都包含大量的不成文部分（即前述之實質意義的憲法），如美國總統選舉憲法規定是間接選舉（由選舉人團選出），但因總統選舉人由普選產生，且政黨提名總統候選人之初選制度，使總統有直接的民意基礎<sup>9</sup>；英國雖是不成文憲法國家，但是也有許多成文法典（如大憲章）構成其「憲法」的一部分。美國政治學者海伍（Andrew Heywood）即謂：「沒有一部憲法是完全成文的；沒有一部憲法是完全不成文的。」<sup>10</sup> 所以僅從「形式」區

9 參見荊知仁，《美國憲法與憲政》，三民書局，1984年，頁443-6。其他的重要慣例有：總統不三任、總統的內閣、閣員不列席國會院會等。

10 Andrew Heywood 原著 *Politics* (St. Martin's Press, 1997)，林文斌、劉兆隆譯，《政治學》下冊，韋伯文化，1998年，頁446。



別憲法，對實際憲政運作的認知，並無實質的意義<sup>11</sup>。

## 二、剛性憲法

依憲法「修改難易」分類，可分為「剛性憲法」與「柔性憲法」。此分類由英國憲法學者戴雪（A.V. Dicey）於 1885 年出版之《英憲精義》一書之分類，後英學者普萊士（J. Bryce）將之發揚<sup>12</sup>。剛性憲法指憲法之修改不依普通之立法程序，如我國憲法。柔性憲法指憲法之修改程序與機關與普通法相同，如英國及義大利 1848 年憲法。

由於不成文憲法國家已不多見，所以此種分類實益不大；其次，在剛性憲法中修改難易程度有別；再者，剛性憲法不必然是固定難以修改<sup>13</sup>，如我國亦屬於剛性憲法國家，但自 1991 年 5 月 1 日起至 2005 年卻修憲七次，且每次修憲皆有大幅度的變化，而不是漸進式的修憲<sup>14</sup>。事實上，成文憲法自身的調適以適應社會環境的變遷，除了形式上的修憲外，亦包括憲政習慣與憲法的解釋等方式，在民主憲政成熟的國家中，修憲往往是憲法變遷的最後手段，因此，以修憲程度之難易為區分憲法的方式，已失去其重要性。

## 三、欽定憲法、協定憲法及民定憲法

依「制憲主體」分類，可分為「欽定憲法」、「協定憲法」、「民定憲法」。欽定憲法是由君主以獨斷之權力所制定施行之憲法。如二次大戰以前的日本憲法（明治維新憲法），清末所頒布之憲法大綱均屬之。協定憲法是由君主與人民共同協議商洽所制定之憲法。如 1215 年大憲章、法國

11 參見涂懷瑩，〈憲法的起源、發展與趨勢（上）〉，《軍法專刊》，第 45 卷第 8 期，頁 3。

12 陳新民，前揭書，頁 16。

13 參閱許志雄，《憲法之基礎理論》，稻禾出版社，1992 年，頁 25。

14 我國當代憲法學與政治學的大師胡佛教授甚至將我國的憲法稱為「浮動的憲法」。參閱胡佛，〈談當代的台灣政治及其未來發展〉，《中國時報》，1999 年 4 月 25 日，第 23 版。