



大學
用書

憲法新論

2021年增修八版

董保城、法治斌 著



 元照

購書請上：<http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14034>



元照出版

搶先試閱版

憲法新論

董保城・法治斌 著

八版序

憲法的內涵如同生物體般，隨時因外在環境變化，而成為「活的憲法」。憲法新論於2004年問世，繼2010、2012、2014、2020年改版，至2021年再修訂，本書呈現各階段憲法時刻重大變遷，展露出憲法旺盛的活力，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熱愛。他的英年早逝，不僅對我個人失去一位摯友，對我國憲政理論之發展、兩岸公法學之交流更是重大損失。惟令人感到欣慰的是，法教授女兒法思齊已於美國維吉尼亞大學榮獲法學博士學位，負笈返國繼往開來，任教於東吳大學法學院副教授，教研豐碩，受同學愛戴。

為了延續治斌教授對憲法教研終生奉獻之精神，我在擔任東吳大學副校長行政工作之餘，利用晨昏、週末假日完成修訂與改版，修訂範圍包括原屬治斌教授生前所撰寫章節。最近之修訂，除了整理大法官最新解釋與參酌國內外公法論著外，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。本第八版距第七版前後一年半旋即修訂再版，實乃因一年半以來國內司法制度大幅度修改與司法院大法官做出眾多具爭議性、突創性之憲法解釋，極具研究價值，故而再次改版，以呈現憲法學說與實務之最新發展。

購書請上：<http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14034>

在承受繁忙校務行政與修訂本書雙重負擔下，本書得以順利改版要特別感謝妻子王旻的悉心照顧日常生活，以及兒子晉一、晉東的協助，沒有他們的支持，本次改版恐遙遙無期。

本書再版相關文獻之彙整、打字與校對要特別感謝政治大學法律學系林冠廷碩士鼎力參與及協助。

董保城 謹誌

於東吳大學外雙溪校區寵惠堂

2021.7.10



元照出版

搶先試閱版

目 錄

八版序

序

第一篇 序 論

第一章 基本概念

壹、憲法之意義.....	3
貳、憲法制定者.....	5
一、制憲諮商會議型.....	5
二、制憲委員會型.....	5
參、憲法之作用.....	6
一、維護秩序作用.....	6
二、維持穩定作用.....	6
三、促進統合性之作用.....	7
四、權力限制與監督之作用.....	7
五、確保個人基本權利作用.....	7
肆、憲法「規範性」與「優位性」.....	7

第二章 憲法之基本秩序

壹、共和國原則.....	9
一、共和之意義.....	9
二、共和之特徵.....	10
貳、民主國原則.....	11
一、民主之意義.....	11

二、民主之特徵.....	21
三、選舉權行使基本原則.....	28
四、公民投票.....	34
五、政 黨.....	42
參、法治國原則.....	62
一、法治國原則之意義.....	62
二、法治國原則之要素.....	65
三、附論：形式意義與實質意義法治國之區別與辨正 ——兼評司法院釋字第793號解釋.....	124
肆、社會福利國原則.....	130
一、理論基礎.....	130
二、社會福利國原則之具體內涵.....	133
三、社會福利國原則之功能.....	138
四、社會福利國原則對自由權之影響.....	142
五、社會福利國原則與法治國原則的關係.....	143
伍、多元文化國原則.....	144

第三章 憲法之變遷及成長

壹、憲政慣例.....	146
貳、憲法解釋（司法審查）.....	147
一、解釋之必要性.....	147
二、解釋的方法.....	148
三、憲法解釋之特性與界限.....	149
四、解釋之機關.....	151
參、憲法修改.....	152
一、修改之機關.....	152
二、修改之程序.....	152
三、修改之方式.....	153

四、修改之界限.....	154
五、修憲門檻	156
肆、附論：制憲與修憲	158

第四章 我國憲法史

壹、清末之立憲運動	161
貳、民國初年各次憲草之演變	163
參、國民政府時期之制憲經過	167
肆、憲法之實施及修正	170

第二篇 基本權利與義務

第五章 基本權利之保障

壹、基本權利之歷史發展及其作用.....	180
一、基本權利之歷史發展	180
二、基本權利之作用	186
貳、基本權利拘束與保障之對象	199
一、基本權利拘束之對象	199
二、基本權利保障的對象（基本權利之主體）	202
參、基本權利在私法關係中之效力	216
一、基本權利對第三人（私人間）之效力	216
二、基本權利對國庫行為之效力	220
肆、基本權利之事前保障與事後保障.....	222
一、憲法第23條（事前保障）	222
二、憲法第24條國家賠償責任（事後保障）	223
伍、基本權利之干預（限制）	228
一、「基本權利干預」之概念	228
二、基本權利之保障範圍	230

三、基本權利干預之阻卻違憲事由	231
四、平等權侵害之違憲審查標準	237
五、特別權力關係與基本權利限制	245
六、基本權違憲審查標準（基準）	251
陸、基本權利拋棄	260
一、憲法上允許之基本權利拋棄	260
二、基本權利拋棄之法律效果	262
柒、基本權利間之關係	263
一、基本權利之競合關係	263
二、基本權利之衝突關係	264

第六章 基本權利之種類及內涵

壹、基本權利之核心：人性尊嚴	267
貳、自由權	270
一、人身自由	270
二、居住自由	292
三、遷徙自由	294
四、表現自由	296
五、講學自由	322
六、著作與出版之自由	335
七、新聞自由	336
八、秘密通訊自由	340
九、資訊公開與資訊隱私權	344
十、宗教自由	346
十一、集會自由	349
十二、結社自由	357
參、平等權／平等原則	361
一、一般平等原則	361

二、平等原則之本質	362
三、實質平等之要求	365
四、平等權／原則之拘束	366
五、平等權之違憲審查及案例類型	369
六、男女平等（性別平等）	379
七、政黨平等	381
八、宗教平等	382
肆、經濟憲法上之基本權利	383
一、工作權	383
二、財產權	389
三、應考試服公職之權	400
伍、權利救濟請求權	406
一、司法上受益權	406
二、行政上受益權	416
陸、未列舉權、概括基本權	420
一、未列舉權概論	420
二、未列舉權之分類	421
三、得否透過基本國策條款作為基本權依據？	422
四、未列舉權之釋義方式	423
五、我國釋憲實務已承認之未列舉權	427

第七章 人民之義務

壹、納稅義務	451
貳、服兵役義務	456
參、國民義務教育之義務	457

第三篇 國家重要組織

第八章 國民大會——歷史的遞變

壹、國民大會之性質與地位	461
一、理論基礎	461
二、從有形、無形到走入歷史	463
貳、國民大會之組織	465
一、國大代表	465
二、內部行政組織	473
參、國民大會之職權	474

第九章 總 統

壹、總統之體制定位	477
貳、總統之產生與身分	481
一、資格與產生方式	481
二、任期與去職	483
三、繼任、補選與代行	485
四、保障與特權	487
參、總統之職權	489
一、外交權	489
二、軍事權	490
三、公布法令權	494
四、緊急命令權	498
五、任免官員權	501
六、授與榮典權	504
七、赦免權	504
八、院際調節權	506

九、國家安全大政方針決定權	507
十、被動解散立法院權	509

第十章 行政院

壹、行政院之地位與職權	511
貳、行政院之組織	512
一、行政院院長	512
二、行政院各部會首長及政務委員	513
三、行政院會議	514
參、行政院之責任	515

第十一章 立法院

壹、立法院之地位	520
貳、立法院之組織	523
一、立法委員	523
二、立法院院長及副院長	529
三、委員會	531
參、立法院之職權	532
一、立法權	532
二、預算權	533
三、議決國家其他重要事項之權	535
四、監督權	535
五、人事同意權	539
六、不信任投票權	539
七、彈劾總統、副總統之權	540
八、提出修憲案、領土變更案及正副總統罷免案	540
肆、立法院行使職權之程序	540

第十二章 司法院

壹、司法院之地位與職權.....	544
一、第一階段：一元多軌制	548
二、第二階段：修正一元多軌制	548
三、第三階段：一元單軌制	548
貳、司法院之組織	550
一、司法院院長及副院長	550
二、大法官	551
三、違憲審查制度類型	556
四、我國釋憲制度	561
五、不同意見書	592
六、法 官	594
七、人民參與審判	598
參、司法獨立	602

第十三章 考試院

壹、考試院之地位與職權.....	607
貳、考試院之組織	610
一、考試院正副院長與考試院會議	610
二、考試委員	612
參、考試院考選之範圍與方式	614
肆、考試院變革之爭議	618
伍、極端瘦身後的考試院能否確實履行憲定職權之疑慮	620

第十四章 監察院

壹、監察院之性質與地位.....	626
貳、監察院之組織	631
一、監察委員	631

二、監察院正副院長與監察院會議	633
參、監察院之職權	634
一、彈劾權	634
二、糾舉權	638
三、糾正案	640
四、調查權	642
五、審計權	646
六、其他依法行使之職權	648
肆、監察院運作評價與改革方向	649

第十五章 地方自治

壹、地方自治概念之沿革	652
貳、我國實施地方自治之法制化過程	654
參、地方自治之本質	656
一、固有權說	656
二、承認說	657
三、制度性保障說	657
四、人民主權說	657
五、新中央集權主義	658
肆、憲法對地方自治之制度性保障	658
一、法律主體保障	659
二、法律制度性保障	660
三、主觀法律地位保障	662
伍、地方自治團體之任務	662
一、自治事項	663
二、委辦事項	665
三、協力義務事項	667

陸、地方自治團體之配備（地方高權）	669
一、組織權	669
二、人事權	670
三、稅收與財政自主權	671
四、規劃權	672
五、自治規章制定權	672
柒、地方法規之定位與性質	673
一、地方自治團體法規制定權之性質	673
二、地方法規之體系	674
三、自治條例限制人民自由權利與法律保留原則	678
捌、國家對地方自治之監督	679
一、國家對自治事項之監督	681
二、國家對委辦事項之監督	693
玖、地方自治之司法保障	695
一、行政爭訟（訴願、行政訴訟）	695
二、聲請司法院大法官解釋	696

第四篇 基本國策

第十六章 基本國策

壹、國 防	702
貳、外 交	703
參、國民經濟與社會安全	704
一、提升現代化與國際經濟合作	706
二、經濟發展與環境生態保護兼籌並顧	707
三、扶植中小企業之發展	708
四、公營事業之健全化	708
五、醫療人權之建立	708

六、婦女人權之保障	709
七、身心障礙者等弱勢團體之保障	710
八、社會福利、保險與醫療之重視	710
九、對軍人職業之尊重與保障	710
十、國民教育經費優先編列	711
十一、原住民基本權益之保障，肯定多元文化	712
十二、華僑權益之保障	714



元照出版

搶先試閱版

購書請上：<http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14034>



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



元照出版

搶先試閱版

第一章 基本概念

壹、憲法之意義

「憲法」一詞，源於拉丁文（Constitutio），本指組織或結構之意。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、美國憲法即是。

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、憲法訴訟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。

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，亦即憲法所規範者於憲政現實

4 憲法新論

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*）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，現代歐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*）之憲法規範雖然完整，僅因該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，我國憲法於民國35年12月制定後不久，實際統治之國家領土及主權即不及於大陸，且因動員戡亂時期臨時條款之頒布，使憲法本文相當部分無法施行，特別是中央民意代表未能全面改選，因此在動員戡亂時期，我國憲法應屬「名目性憲法」。惟民國79年6月21日釋字第261號解釋，要求國會必須全面改選，解除動員戡亂時期下中央民意代表未能全面改選之情況。之後在不修改憲法本文之方式下，透過「憲法增修條文」方式調整政府組織以及弱勢權益保護，目前政府組織與職權運作，與憲政事實相等，可見現行憲法本文及增修條文為「規範性憲法」，透過司法院大法官解釋憲法，使憲政現實（*Verfassungswirklichkeit*）運作的實然（*sein*）與憲法本身規範（*Verfassungsrecht*）之應然（*sollen*）盡可能符合。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。

¹ 另參許志雄等合著，現代憲法論，4版，2008年10月，頁27-28（周志宏執筆）；吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，6版，2019年9月，頁5-6；陳新民，憲法學釋論，9版，2018年7月，頁16-17；李惠宗，憲法要義，8版，2019年9月，頁27。

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）。

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，在國民主權下，僅有全體國民的意志方代表國家的意志，從而制憲者為全體國民，制憲權亦屬於全體國民，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

6 憲法新論

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、審判獨立、權利救濟途徑之保障等。由於憲法對政府機關與人民之行為皆具有拘束性，以及在發生爭議時最終以憲法為解決標準，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）為標準。國家權力必須根據憲法始為合法。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；憲律則以憲章為前提，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。這種力稱之為憲法制定權，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

為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，司法權對法規範有違憲審查權，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

人民享有基本權利為立憲主義基本潮流。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，均受憲法保障，憲法是人民權利保障書也。

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為內涵的憲法主義（Constitutionalism）合而為一。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（limited government）」防止政府濫權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）」。前者指憲法具有拘束性的法效力，所有國家權力，無論是行政、立法、司法、考試與監察均應遵守憲法規定；後者是指憲法為國家

8 憲法新論

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，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」、第172條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」即屬憲法最高性之明文規定。憲法之所以成為最高法規範，是因為憲法內容主要在規範保障人民的自由權利不受國家公權力之侵犯。憲法第78條明文賦予司法院大法官解釋憲法之維護「憲法規範性」與「憲法優位性」的重大職責。



元照出版

搶先試閱版

購書請上：<http://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14034>

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法新論／董保城、法治斌著．-- 八版．--

臺北市：元照，2021. 09

面；公分

ISBN 978-957-511-596-8（平裝）

1. 中華民國憲法

581.21

110013727

憲法新論

元照出版 搶先試閱版

5C015PH

作 者	董保城、法治斌
編印總經銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 750 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司
出版年月	2014 年 9 月 六版第 1 刷 2021 年 9 月 八版第 1 刷

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-596-8



本書簡介

本書自2004年出版到本第八次改版，伴隨著台灣民主轉型過程中的修憲與釋憲，其中彙整了國內外精湛多元的憲法論述，以及整理、解析豐沛的司法院大法官解釋相關重要意旨。本書以憲法本質重要性的「共和」、「民主」、「法治」與「社會」國原則之憲法基本秩序為主軸，強化理論，並輔以實例，貫穿本書。

本次改版全面檢視大法官解釋與不同（協同）意見書整理分析引用論證，尤其就「正當法律程序」、「人權保障與人民義務」與「權力分立原則」等憲法概念提供了完整圖像。

此次修訂引用司法院釋字第806號解釋為止外，特別針對法治國原則、多元文化國原則、基本權利之保障，以及2022年1月施行之憲法訴訟法全貌做了清楚的介述，盼使本書呈現最新、最佳之內容。



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw