第一章　憲法原理與總綱

- 國家有什麼用？憲法又能做什麼？如果政府無能，又無感，人民能做什麼？
- 人民與國家有什麼關係？是國家應為人民而存在，還是人民應為國家而存在？人民有拋棄國籍的自由嗎？「空中飛人」、「臺獨分子」（獨自留在臺灣賺錢的人）、「內在美」（內人在美國）果真是人民不得不然的選擇嗎？「大陸同胞」是我國的國民嗎？人民真應該「不要問國家為我做什麼」，但問「我為國家做什麼」嗎？
- 如果政府迫於外交壓力而開放安全有疑慮的美國牛肉進口，人民除了拒吃，法律上還有什麼方法對抗？
- 人民對於國家不合理的措施，具有抵抗權嗎？
- 2011年春節期間，菲律賓政府不顧我國政府之反對，將具有中華民國國籍的犯罪嫌犯，遣送至中華人民共和國，是否構成對我國主權的侵害？

第一節　國家之意義

憲法是國家與人民間法律上關係的總規範，其基本內容包括兩大部分，一為「國家組織」；一為國民之「基本權利」。故欲了解憲法內容，須從國家及國民之概念入手。

「國家」之概念自希臘城邦時代即已有之。但近代國家基本上有「政治學上之國家」與「國際公法上的國家」之別。

政治學上認為，近代國家乃是一群人類的團體，永久占有一定之領土，獨立而不受外國之管轄，有一個有組織的政府，其人民

對該政府表示應有的服從。故其要素，第一，「主權」，國家須有主權及行使主權之獨立而不受外國管轄之「政府」；第二，「人民」，有一群人民，不以共同種族爲必要；第三，「領土」，占有一定地域而爲人民之住所。

而「國際公法上之國家」係指，「政治學意義上的國家」加上「國際承認」，亦即，被國際社會普遍承認，而加入國際政治團體中爲會員國，與別國處於平等關係，能盡國際公法上之義務與享有國際公法之權利之團體。一個團體如果有政治學所界定的性質，但沒有加入國際團體，則在國際公法上仍不能視爲國家。

一般人認爲「臺灣」已經是一個「獨立國家」了，是屬政治學理論上的理解。但事實上，臺灣在國際法上並不是普遍被承認爲一獨立之國家。以往，我國政府當局亦不認爲自己是一獨立國家，屢屢宣稱臺灣是中國（中華民國）的一部分，造成國際現實上被認爲，臺灣亦屬中華人民共和國的一部分，同時給中共理所當然的視臺灣爲其一部分的有力依據，對臺灣地區之人民並非最有利。

第二節　國家之要素

第一項　主　權

一、主權之意義

主權一語源於拉丁文Superanus，本義爲「較高」之意思，但後來轉爲「最高」之意。主權具有二個特性，對內具有最高性，對外具有獨立性，但國家可將部分主權讓渡出來，例如歐洲許多國家將部分主權交出，共同組織歐洲聯盟。

二、主權之歸屬——主權之發展史

有關主權之歸屬，在歷史上曾經有過四個重要之學說：

㈠君主主權說

此說意義下之主權係指國家之權力，此時國家之權力等於國家意志決定權。此說係十六世紀法人布丹（Jean Bodin, 1530-1596）所主張。布丹是主權理論的始祖，氏認爲君主不論對內對外都享有至高無上之權力，並具有永久性與絕對性。此說對近代民族國家之建立頗有助益。但此時盛行「朕即國家」觀念，故其本質上與下述之國家主權說同質。

㈡國家主權說

此說爲德國黑格爾（George Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831）所主張。氏認爲國家是個法人，主權屬於國家法人本身。

㈢議會主權說

此說爲英國奧斯丁（John Austin, 1790-1859）於十九世紀所倡之「法律主權論」。其認爲，議會是由人民所選舉出來之代表所組成，其所制定之法律有拘束國王及全民之效力。議會之制定法律，不受外國之干涉，對國內在各種事項上擁有最高最後的決定權，故主權非屬君主，而屬議會，此說係以主權之特性解釋主權之歸屬。

㈣國民主權說

國民主權說起源於基本人權萌芽的十七、八世紀，認爲主權並非屬君主一人，亦非屬一小群之國會議員，而應屬廣大之國民全體。此說爲現代民主國家提供了理論上之基礎，美國與法國大革命後之建國均是受到此種理論之啓發。

在國民主權說之下，民主國家存立之基礎不是武力，而是被統治人民的同意，亦即各民主國家皆採「國民主權說」。但國民主權說只是對靜態的主權歸屬提供理論上的解決，對主權動態的行使，則未完全予以解決。

三、主權之行使

在國民主權說之下，主權之行使乃是透過國民憲法制定權，制定出憲法，以組織國家，並經由選舉制度，使國民有定期表達同意的機會。故憲法使國家統治有合理化之基礎；而定期選舉使國家統治持續獲得支持。沒有定期實施合乎民主原理的選舉，則人民即無法掌有主權，民主國家即徒託空言。經由選舉，可以落實國民總體意志由下而上的形成過程。換言之，主權固由國民全體所有，但其行使則係透過制憲權及委託「政府」行使之。故政治學上往往將「政府」視爲國家要素之一，其故在此。

此之主權「委託政府行使」者，乃使國家最高機關可以據以對外國主張我國就某些事項擁有管轄權，例如對某些涉外犯罪案件擁有司法審判權，即是主權的表示。除符合國際慣例相互承認的「治外法權」外（例如外交豁免權、國家元首的正式訪問、停靠在本國港口或機場之外國公共船隻及飛機），若一個國家容許他國在該國有治外法權，即表示該國主權受到極大的挑戰，例如大清帝國末年，允許外國人有「治外法權」，使外國取得「領事裁判權」（例如1842年清英南京條約），即屬對當時大清帝國主權的侵害。

在臺灣2011年2月初春節期間，「菲律賓政府將具有我國國籍之詐欺組織犯罪十四名嫌犯」，遣送至中華人民共和國（刑法§7加上組織犯罪防制條例§2的規定，臺灣對該些臺籍嫌犯具有審判權），實屬對於臺灣司法主權的侵犯。此種狀況違反一般國際法上「國籍管轄原則」。政府應該基於主權者的立場，對菲律賓當局表示嚴正的抗議，並要求中國政府遣返該些嫌犯。

第二項　國　民

一、國籍之取得

國民是國家之第二要素。國民以具有該國國籍爲要素。國籍之取得，立法例上有由憲法直接規定；有以民法典規定；亦有另定國籍法者。我國屬另定國籍法之法例。依我國國籍法之規定，國籍之取得可分「原始取得」與「傳來取得」兩種：

㈠原始取得

國籍之原始取得係指人因出生所取得之國籍，此種國籍又稱爲固有國籍。國籍的原始取得，法例上有屬人主義、屬地主義與折衷主義三種：

1. 屬人主義

又稱爲血統主義，國籍之取得，如以父母親之血統爲準者，稱爲血統主義，父母親不同者，基本上以父親之血統爲準，因世界上之國家，大部分係父系社會。

2. 屬地主義

又稱出生地主義，國籍之取得以出生地爲準。

3. 折衷主義

係指以血統主義爲原則，輔以出生地主義；或相反的，以出生地主義爲原則，輔以血統主義。此種折衷制旨在防止無國籍及雙重國籍人的產生。世界各國法例基本上均採折衷主義。原則上，較具有傳統的國家，易採血統主義爲原則，輔以出生地主義之折衷制，例如大部分之歐洲國家是；相反的，新興國家或接受移民之國家，較傾向以出生地主義爲原則，輔以血統主義的折衷主義，如美國是。

㈡傳來取得

國籍之傳來取得，指因出生以外的原因而取得一定之國籍而言。此些原因，包括婚姻、認領、收養與歸化。

歸化，依其原因，可分爲一般歸化與特別歸化（國籍法§3～§6）。

二、國民與國家之關係

有關國民與國家之關係，以往專制國家時代，曾將之擬制爲「倫理關係」，將國家與國民之關係視同父母對子女的關係。我國古代將代表國家之「皇帝」與天地及父母並列，而稱之爲「天地、君、親、師」；又稱皇帝所選任之縣長爲「父母官」。此種「倫理關係」的觀點，在民主運動以後即被否認，但國民與國家之關係如非倫理關係，又屬何種關係？歷來亦有不少學說加以闡釋，就中以德國法學家耶林涅克（Jellinek）對國民與國家之關係有較圓滿之解釋，較爲通說所接受。氏將國民與國家之關係分爲四種：

㈠消極關係

消極關係乃指國民「自由於國家之外」的關係，準此，人民有了自由基本權，國家若欲對人民之自由有所干預，須有法律之依據。基於此種「自由於國家之外的身分」，人民乃可要求，國家應儘量減少不必要的干預，此亦即古典的自由法治國家所強調的「管理最少之政府係最好之政府」的理論基礎。國家任務因此只要消極防止公共危害之發生即爲已足。

㈡積極關係

國民與國家之積極關係指國民對國家有一定之請求權。國民在此種關係下，具有積極的身分，又稱爲請求權關係。蓋現代民主國家的觀點，「國家應爲人民而存在，而非人民爲國家而存在」，故國民在某些特定的事項上，有請求國家特定作爲之權，相對的，國家即有作爲義務。此種積極請求權包括程序保障請求權、經濟上社會福利的受益權、教育的受益權，亦包括基於合理信賴所應予保護之「信賴保護」請求權（釋525、釋529、釋589）等不一而足。此些積極請求權，包括存續保護請求權（行政程序法§117）、信賴利益補償請求權（行政程序法§120）及訂定過渡條款請求權（釋525、釋589），係透過憲法、法律規定及司法實務漸次形成。一般而言，國民的積極請求權範圍愈大，國家的作爲義務亦愈高，從而

國民之地位亦愈高，國家乃屬愈進步之國家。

㈢主動關係

國民與國家之主動關係乃指國民可以變成國家機關之人員，參與國家統治權的行使。蓋國家是個擬制的概念，自己不能表示意思，必須由自然人代表國家爲意思表示。國民在此種關係下，有了積極的身分，可以參加國家意思的決定。由此產生，國民有選舉與被選舉權，可被選舉爲民意代表，或透過國家考試制度，成爲國家之公務員。此種關係，在基本權實踐上，乃涉及參政基本權與應考試服公職之權。

㈣被動關係

被動關係則指國民被要求對國家有服從義務。其義務主要是「對國家爲給付」。憲法明文規定之義務包括依法納稅、依法服兵役、依法接受基本教育。憲法未明文規定，而仍屬國民之基本義務者，爲法規範服從義務，但此一義務係指「對合憲法律規範的服從」。

除了法規範所規定的義務外，行政機關基於法律的規定，針對特定具體事件所爲之行政處分，亦會形成人民義務之內容，例如2003年4、5月間，臺灣在SARS（嚴重急性呼吸道症候群，Severe Acute Respiratory Syndrome）傳染病流行期間，衛生署對於「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者」（傳染病防制條例§37）所採取之「強制隔離」措施，亦屬該特定人民之義務。

國民違反此些義務，須承擔一定責任，如刑事責任（徒刑或罰金等）、行政責任（罰鍰或接受直接強制措施等）。

三、國民之權利與反射利益

以上在「消極關係」、「積極關係」與「主動關係」中，國民在憲法與法律的規定下，對「國家」而言，具有請求爲特定積極作爲或消極不作爲的「法律上地位」，此些法律上地位，通常在法

律的明文規定或透過法律的解釋，可以在規範上找到依據。用另外一個角度來看，某些規範如果具有以保護人民特定法益爲目的，該規範即具有「保護規範」之性質，基於保護規範所產生的法律地位，就是「權利」。釋字第469號解釋即稱：「法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第二條第二項後段，向國家請求損害賠償。」

「權利」在國家制度上，具有兩項特質：「於法有據」及「可訴訟性」。如果某種利益狀態，可有可無，國民獲之則幸，無之則命，此種利益狀態乃屬反射利益，而非權利。一般政治上的宣示，例如人民有「免於恐懼的自由」、「免於匱乏的自由」，或良好的治安與投資環境，基本上僅屬反射利益，而非權利，蓋此種利益狀態欠缺法律依據及可訴訟性。故反射利益與權利最大的區別在於，「權利」有請求之相對人，可以請求國家特定機關之特定的運作而獲得實現；未能獲得實現，則有國家賠償的問題，而反射利益則無法請求國家予以實現。故如果政府無能，又無感，人民失業或收入減少，係屬政治上的反射不利益，人民對於政府只能要求政治責任，使特定的政治人物下臺，或依法定程序對政治人物提出罷免案，或僅能於下次選舉時表示不支持。在法律上，人民對於無能的政府或貪污的政治人物，並沒有法律上的權利可以主張。

又例如使用道路爲公物利用「權利」，但在道路上無塞車之使用狀態則爲反射利益。對於塞車狀態之排除，人民並無請求權，蓋此爲反射不利益，人民在法律上只有忍受。又例如人民有免於恐懼的自由的政治宣示，只是一種反射利益；但當人民面臨其生命、身體或財產之重大威脅時（特別是刑事案件），即有請求警察機關

或其他主管機關爲一定防阻措施之「權利」，但此一權利並不使國家負有義務擔保任何刑事案件不會發生。

第三項　領　土

國家的第三要素是領土。

中華民國主權及於領海、領海之上空、海床及其底土（中華民國領海及鄰接區法§2）。

領陸係指國境內之所有土地，並及於地面及地下。領海係指距離一國海岸線一定範圍內之水域，昔日以三海浬爲領土範圍。中華民國領海及鄰接區法第3條規定：「中華民國領海爲自基線起至其外側十二浬間之海域。」領空則指領陸與領海之上空。此外，具有一國國籍之航空器與船舶，在國際法上亦屬該國之領土，此稱之爲浮動領土。

第三節　憲法之意義

第一項　形式意義的憲法

形式意義的憲法係就憲法的制定程序及外部形態而言，憲法乃國民透過國民制憲權，以法典的形式，透過特殊的制憲程序所制頒。除英國以外，民主國家皆有一部成文憲法，此種成文憲法即爲形式意義的憲法。在形式意義的憲法下，憲法是以特別的方式制定的國家最高規範。

形式意義的憲法，因此更可衍生出兩個概念：

一、憲法效力優於法律

憲法在國家的法秩序體系中，係國家最高的規範，一國之內的法律秩序皆不得違反此一規範，此爲形式意義的憲法所衍生出之

規範邏輯。我國憲法第171及172條即分別規定，法律與命令皆不得牴觸憲法，否則爲無效。

二、憲法修改有其界限

對憲法的修改，只能基於制憲者的同意，此種同意通常在憲法中有明定其一定的程序，且修憲有其一定的界限，不能超越原憲法的基本原理（詳下述「憲法變遷」一節）。

第二項　實質意義的憲法

實質意義的憲法係就憲法的內容而言，在此意義下，憲法乃是國家基本組織、任務及人民與國家間關係具有拘束力的根本規範。故憲法學是「國家權力」之學，也是「人民權利」之學。

曩昔專制國家君主之統治，無視於人民同意或不同意，故專制統治也往往是個人統治、暴力統治。近代民主國家之成立乃是基於立憲主義運動而生，主要在使國家統治權的行使，不再基於武力的事實，而是基於「人民之同意」。故近代立憲主義首在強調，憲法對國家權力作用具有拘束力，換言之，國家任何權力作用皆必須臣服於憲法之下。此以1789年法國人權宣言爲濫觴。該人權宣言第16條即宣示：「一個沒有權利保障，沒有權力分立的社會，就不是一個有憲法的社會。」

憲法之新制定，源自國民對時代需要的感知。其情況有兩種：其一是，新國家的新制定憲法；其二是，既存國家制定新憲法。源於國民主權的國民制憲權，基本上是一種國民意志的總體表現，具有「意志力」的原創性。故在理論上，「制憲」除受立憲主義基本原理，如國民主權、權力分立、基本權保障等的拘束外，不受既存憲法的拘束，故不論是新國家或既存國家的新憲法，只要國民總體意志大多數一致，即可不受原憲法之拘束。故目前臺灣情況，只要全體國民具有共識，即可重行制定一部新憲法。