

第一章 基本概念

壹、憲法之意義

憲法一詞來源于拉丁文（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，而成爲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爲內容。實質意義的憲法注重憲法的實質內容，所以不問其形式爲成文或不成文，亦不論有無經過修憲機關或立憲機關之制定等。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、人權以及重要運作，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爲廣，但何者爲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。在甲國所認爲根本重要的事項，必須在憲法本文中規定，在乙國則僅規定於法律中。例如有關國籍資格之認定標準，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，即使憲法已經訂定，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。

我國憲法係於民國三十五年由制憲國民大會所制定，於同年十二月二十五日三讀通過，經國民政府於次年一月一日公布，定於民國三十六年十二月二十五日施行。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

6 憲法新論

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

憲法是全國民眾共識之基礎。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，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