**憲 法 專 題 研 究 作 業 莊正和 學號:101110013**

**1:說明國庫行政的意義與類型?論述基本權利對國庫行政效力的德國學**

 **說?**

**答:**

**國庫行政的意義:**

 國家以私人地位所從事之私法行為，一般稱之為「國庫行為」或「國庫行政」。是指國家或國家以下公法人，以私法主體的地位，從事私法行為，或參與私法交易之活動，而依其活動行為之目的，可分為三種不同之行為類型。

**國庫行政的類型**

**一、行政輔助行為**

又稱為「需求滿足行為」，指行政機關為滿足日常行政事務所不可或缺之物質或人事上之需要，而與私人訂立私法契約之行為。

**二、行政營利行為**

指國家以增加國庫收入為主要目的或為同時推行特定經濟或社會政策，依據特別法而以企業家型態所從事營利性質之企業活動。

**三、以私法形式之給付行政**

即國家授予人民利益之行政行為，係呼應福利國家思想之要求，因此視為現代社會法治國重要特徵之一，此與傳統自由市民法治國特徵的「干預行政」形成明顯對比，以私法型態達成公行政的任務。即給付行政(行政私法、私法行政:是社會基本權指的是國家要給付的特別照顧的，或指需求滿足行為。)

**基本權利對國庫行政效力的德國學說**

 戰後的德國學者，有鑒於國家的私法行為有可能比私人之私法行為，更為對私人造成基本權之傷害，為使私人權利獲得較佳的保障，而創設出「基本權對國庫效力」的理論。

**肯定說 (行為主體說)**

 主張任何國庫行為均應一律受基本權之限制。

**否定說**

 不承認基本權對國庫行為具有約束效力。

**折衷說**

 主張由國庫行為類型的形式上與內容上觀察而判定。

 應該顧及不同行為之類別，來採取寬嚴不同之審查標準，基本權拘束力的有無與強弱更應當要有所差異。私法形式的給付行政，應該如同公法行為一般受基本權嚴格的限制，因為給付行政的行為目的是:履行國家對直接相對人之特別照顧義務，所以具有強烈、直接的公益色彩。相較之下，行政輔助行為與行政營利行為，所受基本權限制的程度，就不像私法形式的給付行政來的嚴厲，因為行政輔助行為與行政營利行為兩者的公益色彩，沒有私法形式的給付行政來的強烈、直接。

**2:立法者制定符合平等原則的法律，理應遵循哪些原則內容，方能通過合**

 **憲審查，請論證?**

**答:**

 其實；平等原則最根深的意義是在於「恣意的禁止」，德國威瑪時代的憲法學者就提出「恣意禁止」原則，他們認為立法者若是未經過「理智的公益考量」，對於相同事務卻給予差別待遇的立法時，就屬於「恣意」，這是憲法所不允許的。

 在平等原則下，國家所有機關的行為，除禁止恣意以外，更應符合正義原則。其運作的基本規則是:相同事件、相同處理；不同事件、依性質不同而做不同處理。也就是:「平等者平等待之，不平等者不平等待之，此乃真正平等也。」因此要求「相同的事情為相同的對待，不同的事情為不同的對待。」，不可以將與「事物本質」不相關的因素，納入作為差別待遇的基準。所以；如果應該區別對待而未作區別對待，這樣也屬於違反平等原則。

**應遵行的原則**

**1:理智的考量(公益考量):**

 立法者只要是理智(合理)的考量，即可為區別或相同之對待。當立法者的裁量權力，為符合公益需求而無實質理由而行使時，即屬權力濫用，若因而侵及平等權，就不容許可之。

**2:事物的本質因素:**

 立法目的何在，來做出差別待遇。(事理的當然、情事的應然)事物的本質是尋找存在於各種不同的事物中，合乎自然法的正義。是一種在實證法外的一種價值表現。可以輔助法官造法，作為排除法律漏洞的一種手段。接近於一般法理的意義。

**3:比例原則:**

 立法者在決定有關人民平等權利時，應該遵守比例原則之問題，其「目的」與「手段」之間，有無一個適當的比例或者合理的關聯性而言。

**4:恣意的禁止:**

 凡是違反理智原則、事物本質原則、及違反比例原則等，而對平等權有所侵害，皆視為「恣意」的行為。防止公權力實質不公平的侵犯人權，

禁止不當連結。

**5:憲法的全盤價值理念:**

 平等權是因「不平」的事實(感覺)而顯出權利所在。兩個個案經過比較，產生差別後，要認定有無違反平等權，就必須要有一個客觀的「第三者標準」，來作為判斷有無受損之依據，也是拘束立法者的價值標準。在憲法中有明確規定特別保護對象，例如在基本國策中所涵蓋的內容。(增修條文第10條第7、8、9項)

**6:體系正義:**

 立法權的自我拘束原則，以免造成法秩序的前後矛盾。憲法保障平等權利的重心，已經從法律適用的平等，轉到法律制定的平等。意味著立法者必須斟酌社會現實事物的本質，權衡憲法全盤的價值體系，使其立法規範同與不同的法律後果，有合憲性的正當性理由，才符合體系正義。

**3:何謂行政管束，行政管收?法官是否有必要介入行政管束?行政管收是否**

 **合憲?**

**答:**

**行政管束:**

係基於特定行政目的，在一定要件下，由行政機關所採取暫時拘

束人身自由的一種行政執行措施。從整體性質上而言，其具有行政性質，不得直接作為犯行追緝之手段，雖以拘束人身自由為手段，卻與具刑事性質之羈押有別。從目的而言，主要係以保護人民避免遭受即將面臨之危害，尤其是生命或身體之危害。其干預手段之行使，具有預防性、保護性與制止性。

**行政管收:**

公法上金錢給付義務逾期不履行者，由原處分機關或該管行政機關，移送法務部行政執行署所屬行政執行處執行之。依照行政執行法第19條第3款之規定，屬行政機關執行行政手段之一種。

 依釋字588號解釋:「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審聞，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」管束與管收本質上皆屬非刑事被告之人身自由之拘束，該解釋之要旨，自皆可適用於該兩項措施。

**法官是否有必要介入行政管束**

 管束措施，或已違反被管束人之意願，或未經其同意，暫時全面剝

奪其行動自由，該措施之動機雖係保護性、干預性、或制止性，但沒有改變其具有拘束剝奪人身自由之本質。此一行政目的所為人身自由之限制，依司法院大法官歷年來之多則解釋，並不排除憲法第八條之適用。(可參考釋字384，588，392解釋理由書)人身自由之剝奪，除有法律依據外，尚須合乎憲法第八條之規定，故我認為法官仍應有介入行政管束之必要，如此才符合憲法第八條之立法意涵與精神。

行政管束之執行，大多是情況急迫下，為避免人民遭受危害或身體危險，所採行的措施。唯參考德國基本法第一0四條第二項第一句規定，我國似可斟酌採行事後補送請法官裁定，如此的法律程序更能符合憲法之精神。

**行政管收是否合憲**

雖然行政管收是以公法上之金錢給付逾期不履行，為強迫性之執行手段，但我個人認為只要是符合行政執行法第3條(比例原則):行政執行，應依公平合理之原則，兼顧公共利益與人民權益之維護，以適當之方法為之，不得逾越達成執行目的之必要限度。

 行政機關並非不得依法限制人身自由，但須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序。經由正常之法律程序途徑，由法官裁定後執行，如此方能符合憲法第八條，對於人身自由之保障。這也是為什麼在行政執行法之拘提與管收，例外設有法官介入之規定。 行政管束與行政管收皆應合乎憲法第八條保障人身自由之本旨。

**4:我新聞記者主張新聞自由，應以憲法哪一條文為依據?比較言論自由與**

 **新聞自由?**

**答:**

 我個人認為新聞自由的主張，應該是以**憲法第11條:人民有言論、講學、著作及出版之自由。**這裡面的出版自由所衍生出來。新聞記者報導新聞事件，因屬公開傳遞訊息給社會大眾，且須經過事前的求證與採訪編輯，故與一般的私人言論不盡相同。新聞記者的論述，是透過報紙或電子媒體，將他整理過的東西，做有系統的資訊傳遞，所以我才認為應該是屬於”出版自由”的這個區塊。

**言論自由**

 應屬於表現意見的自由，凡是把個人心中所想的思想，用各種形式來表現於外，包含講學、著作、出版、通訊、集會、結社等等之自由。我認為都應該屬於言論自由之內涵。

  **憲法保障言論自由的目的為何?有下列三種理論**

**1:追求真理說 (言論自由市場說)**

 保障言論自由的價值或作用，可以幫助我們發現真理、增長知識，確立理論基礎，目的在追求真理。任何一個人都沒有能力去掌握真理、確認真理。真理必須經過質疑、挑戰、批評。確信追求真理經過錯誤的挑戰、辯證，才能有勇氣將真理付諸實踐。

**2:健全民主程序說(限定政治性言論)**

 主張言論自由的價值在於有助於健全民主政治程序的運作，保障言論自由可以提供社會大眾在參與政治決定時所需之資訊，資訊愈豐富、政治決定就愈正確，則民主政治之運作更健全。

**3:表現自由說(涵蓋:追求真理，健全民主程序)**

 主張言論自由的基本價值在於保障個人發展自我、實現自我、完成自我，也就是保障個人自主及自由的自我表現。前提是個人的存在絕不只是為他人完成某種目的的工具，個人本身就是目的。尊重個人獨立存在的尊嚴，以及自由活動的自主權。

**新聞自由**

 是一種「制度性基本權利」，是憲法為了保障新聞媒體作為現代社會一個重要的制度，而給新聞媒體一種基本權利的保障，使新聞媒體能發揮它應有的制度功能。其與言論自由之不同，在於「第四權理論」。憲法要保障新聞自由之目的:在於保障新聞媒體的獨立性及完整性，以維持新聞媒體的自主性，使其能提供未被政府控制或影響的資訊，促使人們對政府及公共事務的關心，引起公眾討論，而能善盡監督政府的功能。所以:新聞自由就是保障新聞媒體能充分發揮其監督政府功能的一種基本權利。

新聞自由與言論自由是不同的，新聞自由是為了保障新聞媒體能發揮其在民主社會中的重要制度功能，因此也給新聞媒體一些特別的保障，使新聞自由在權利內容上與言論自由有所不同。新聞自由是一種工具性的權利，因此更須受到更多的限制。享有新聞自由之權利主體是新聞媒體非一般大眾，是保障新聞媒體的自主性，非新聞媒體之自身利益，提供一些特別保障，給不論是新聞媒體的企業主，或是新聞媒體的從業人員。

**言論自由與新聞自由之比較**

**1:基礎理論之比較**

憲法保障言論自由的理由是:在保障個人的自我表現，促成個人完成自我、實現自我。憲法保障新聞自由的理由是:在保障新聞媒體發揮監督政府的功能。是此兩者在基礎理論之不同。

**2:權利性質及內容之比較**

根據第四權理論的新聞自由，是一種制度性的基本權利。言論自由是一種個人性的的基本權利。內容上新聞自由比言論自由較易接近取得資訊及保護資訊來源享有較多的權利。

**3:判斷是否合憲的標準之比較**

因為新聞自由與言論自由兩者都是保障意見的表達，因此，為了要判定新聞自由與言論自由之界線，所發展出來的判斷的標準與原則，我們以「真正惡意」原則作為界定新聞自由的界限。

**5:論述大學自治的內涵?公立大學是否應公法人化?**

**答:**

大學自治屬於憲法第11條講學自由之保障範圍，舉凡教學自由、研究自由、學習自由有關之重要事項，均屬大學自治之項目。所以國家對於大學之監督除了應該以法律明定外，其訂定亦應符合大學自治之原則，故大學於教學研究相關之範圍內，就其內部組織亦應該享有相當程度的自主組織權。就大學法第一條第二項之規定:「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」

 所以大學自治也是一種制度性的保障，研究跟教學是大學自治的最核心精神所在。除此之外，人事與組織自治、財政與財務自治、學生自治、教授治校..等，都可說是屬於大學自治的內涵統籌範圍。

**公立大學是否應公法人化**

 其實都同意是應該要公法人化，但是老師說卻因為究竟應該以哪一種類型來成立為公法人時，無法有一致性的答案而造成至今仍無法將公立大學公法人化。目前有三種類型:

1:公法社團(社團公法人):以社員、以人為主。

2:公法財團(財團公法人):以財產、金額為主

3:公法營造物(營造物公法人):以設備，物跟人跟使用者結合而成。

 成為公法人之後，公立大學與教育部就變成是一個對等的權利主體，而不再是上級對下級的一種關係。所以公立大學成為公法人後可以有以下的權利:

**1:權利救濟:**

**2:財政自主:**

**3:人事自主:**

**4:國家監督:**

**公法人 : →公法社團→國家，地方自治團體(統治團體)**

 **→公立大學→學術自由─ 基本權利主體**

 **→公共電視→新聞自由─ 基本權利主體**

**6:集會遊行法之許可制，是否因牴觸事先檢查禁止原則而違憲?緊急性、**

 **偶發性集會是否因許可制而違憲?何謂「雙軌理論」?**

**答:**

 集會遊行法之許可制，是否因牴觸事先檢查禁止原則而違憲**，**答案是肯定的。集會自由在權利性質上，雖非屬先於國家之原權，但至少是諸立憲國家憲法所保障之「基本權利」，既然是作為基本權利，那對於人權保障之功能若喪失，則國家存在之正當性即將遭到質疑。我個人的看法如後:

**何謂許可制:**

指未經許可就不能舉行，亦即在許可制下，將集會遊行之行為列屬為一般禁止之行為，若要舉辦集會遊行，須履行事先經同意或許可之義務，方得由主管機關為之解除禁止，此種事前同意之必要，屬於事先抑制的性質。所以我認為已經違反憲法賦予人民集會自由的基本權利，原則上自由的行使不應該受到事前的禁止，我國之集會遊行法中採用事先檢查禁止原則之許可制，其限制已經逾越保障人民基本權利之本質與必要之限度之虞，就憲法保障基本權利自由依精神而言，實在是戕害民主的發展與人民的權利甚鉅。

**緊急性、偶發性集會是否因許可制而違憲──是**

偶發性:因無代表人，若採許可制，則違反比例原則。

緊急性:因時效性須立即做反應與處理，無法符合人民權利之行使。

**雙軌理論與雙重基準**

1:針對遊行之目的或內容之事項，採許可制之事先審查，屬於違憲。

2:針對遊行之時間、地點及方式之事先審查，則屬於合憲。

 從釋字445號觀之，多數大法官認為，集會遊行之時間、地點、方式等，若不涉及集會遊行之目的或內容，縱須事前許可，亦屬立法形成自由，於表現自由之訴求不致有侵害。反之，若每一項考量與抉擇皆與集會遊行之目的與內容有密切關係，此時之許可審核，顯已構成事先抑制人民表現自由，故屬違憲之舉。

**我國目前針對集會遊行之申請規範如下:**

 **│─ 許可制─須經事前同意。(原則禁止、例外許可)**

 **─ 預防制├**

 **│ │ │─原則─僅有異議權或事後審查權**

 **│ │─ 報備制├ (原則許可、例外禁止)**

 **│ │─例外─准駁權與處分附負擔之權**

**集會自由├**

**之限制 │**

 **│ │─ 無須許可或事前報備**

 **─ 追懲制├**

 **│─ 事後核備**

**補充第六題:集會遊行法之許可制關於釋字718號說明**

**答:**

 **未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分，違反憲法第二十三條比例原則，不符憲法第十四條保障集會自由之意旨，均應自中華民國一０四年一月一日起失其效力。**

 **以法律限制人民之集會自由，須遵守憲法第二十三條之比例原則，方符合憲法保障集會自由之本旨。惟就事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會、遊行，實難期待俟取得許可後舉行；另就群眾因特殊原因未經召集自發聚集，事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行，自無法事先申請許可或報備。**

**這就是我寫的:偶發性:因無代表人，若採許可制，則違反比例原則。**

 **第九條第一項但書規定：「但因不可預見之重大緊急事故，且非即刻舉行，無法達到目的者，不受六日前申請之限制。」至為維持社會秩序之目的，立法機關並非不能視事件性質，以法律明確規範緊急性及偶發性集會、遊行，改採許可制以外相同能達成目的之其他侵害較小手段，故集會遊行法第八條第一項未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分；同法第九條第一項但書與第十二條第二項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定，已屬對人民集會自由之不必要限制。**

**這就是我寫的:緊急性:因時效性須立即做反應與處理，無法符合人民權利之行使。**

**另外補充:許可制是否因牴觸事先檢查禁止原則而違憲?**

**答:**

 **雖然釋字445號解釋理由書寫得很冗長，但是我在看完釋字718號解釋裡面，李震山大法官的部分不同意見書後。感想就是，真的是說到我心中所想要說的。尤其還有另外三位大法官:葉百修、陳春生、陳碧玉他們三位也持相同的見解，真是使人深覺大法官也有跟隨時代潮流的腳步與因應實際法律需求。應報備之事，未遭禁止，則為合法。應許可之事，未經許可，則屬非法。**

 **就集會遊行採許可制是否合憲問題，本件解釋顯係採取鋸箭法，僅鋸除本質上無從事前許可的集會遊行事件，其他部分，則仍基於本院釋字第四四五號解釋認屬「立法自由形成」範圍，並未違憲。結果是將「許可制」的箭頭，仍留存在被前揭解釋稱為「實施民主政治最重要基本人權」的體內，或只能規避一時而根本病竈未除。對此種避重就輕、治標不治本的違憲審查態度，不表贊同，並認為在價值多元的社會，系爭規定並無解釋為合憲的空間，且堅信以我國的民主發展程度，應有資格與條件光明**

**磊落地改採同樣能達成集遊法目的，而又較許可制侵害更小的報備制，既可與國際人權體系接軌，提升我國集會自由水準，又有助法律秩序和平發展。**

 **舊有之大法官解釋並非不能變更，當國家政治經濟社會環境不斷變遷，大法官先前所作解釋之觀點已不符整體國家社會之所需，如現今大法官仍墨守成規，而不能隨社會之需要調整先前解釋之觀點，勢將造成釋憲制度之僵化，阻礙國家社會及大法官釋憲之進步，並有負大法官釋憲責任之使**

**命。**

 **其一，許可制係「原則禁止，例外同意」 ，也就是附許可保留之禁止，表示集會自由須經政府的同意，並非人民本就應享有的「基本」權利。反之，報備制係「原則同意，例外禁止」，或附禁止保留的許可，表示集會自由本屬於人民，報備只是便於主管機關踐行保護義務。依「例外之解釋應從嚴」之法理，將展現出雲泥有別的迥異風貌。**

 **其次，在許可制支配下的集遊法規範或執行，主管機關與人民間是上下從屬關係，須上命下從，易將人民視為客體、工具，甚至予以敵視或歧視，不會重視集體人格型塑問題。報備制下，主管機關與人民間處於對等溝通合作關係，將人民視為目的，重視人民自治自決及其尊嚴，人民自得展現作為國家主人應有的格局，民主意義下的主僕定位，天差地別。**

 **盱衡國內憲政狀況並參酌國際人權規範及民主先進國家相關，本件就集會自由保障之違憲審查，實無須將許可制藏身於釋字第四四五號解釋的瑕疵罅隙中苟存，而可光明磊落地朝報備制邁進 。**

 **民國87年的445號解釋到民國103年的718號解釋，這中間已經經過16年的時代變遷，與人民民主的意識抬頭，昨是今非之對比已歷歷皆是，若仍抱持舊觀以斷今日之事，實非民主憲政之福。**

 **所以，我才會在作業上一開頭就寫出:「集會遊行法之許可制，是否因牴觸事先檢查禁止原則而違憲，答案是肯定的。」這句話。**

 **我這樣的己見論述，不知老師是否能認同。**

**7:評述公務員懲戒制度----司法懲戒與行政懲處? 學生: 莊正和**

**答:**

 我國特別權力關係理論是繼受德國與日本之理論而來，而目前最受詬病的就是:特別權力關係下的個體權利，因特別權力關係無法受到保障，行政官署或學校、監獄等營造物不僅可以行政規則限制其屬員的基本人權，不必有法律的依據外，而且這些行為因純屬行政的範圍，排除了行政爭訟的適用，這種不合法治要求，恣意剝奪屬員的權利，在今日法治要求高漲的情況下，有必要對這種權力關係重新評估。

 公務員之懲戒乃基於特別權力關係而來，在特別權力關係理論下，公務員有別於一般人民而負特別之義務，對於其義務之違反，長官擁有懲戒之權。移付懲戒的原因有二:違法，違背或廢弛職務。懲戒處分之種類有:撤職、休職、降級、減俸、記過、申誡等，按其處罰之輕重，分由不同之機關予以懲戒，例如較輕之記過、申誡處分。九職等或相當於九職等以下公務員之記過或申誡可由其長官逕予行之，而較重之懲處則仍須由公務員懲戒委員會來應付懲戒。

 因公務員懲戒法給予行政主官之懲戒權過小，不足以發揮領導統御之效，故有人建議在考績法上擴大行政監督權而不修正公務員懲戒法，此舉使得從此，行政機關雖不用懲戒規定，仍得以考績法辦理來淘汰公務員，更加形成行政懲處與司法懲戒之混淆不清的局面。且原懲戒處分採一審議決，並無覆審之救濟途徑，對於同時觸犯刑法與懲戒法時，採刑先懲後原則，往往造成懲戒程序必須等到刑事判決確定之後才得以進行，造成懲戒案延宕多時，不能發揮即時效力。後於民國72年廢除刑先懲後原則而改採刑懲並列之原則。

 公務員懲戒法的修正案，因各院意見不同又牽扯四院間之關係茲事體大，加上行政院及考試院反對，所以現行的公務員懲戒法仍未解決因考績權所衍生的行政懲處與司法懲戒之分野。

 參閱蔡震榮著作關於:解決行政懲處與懲戒之問題後。非常認同其所謂:提高行政長官在懲戒法的功能，輕微的懲戒處分由其全權處理，將移付懲戒與否，給予行政長官得依便宜原則而有裁量之餘地。但保留監察院對其提糾舉之權。廢除考績法之專案考績，若有重大過失時則可移送懲戒。如此;主管長官享有懲戒法上的自主權，可行政懲處之事件若無必要則無需移付懲戒，如此應可減少懲戒與懲處糾纏不清之情況。

 另參考釋字298號解釋文及理由書，公務員之懲戒雖屬司法院掌理事項，但非指國家對於公務員懲戒權之行使，一律均應由司法院直接掌理。凡關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。許受免職處分之公務員提起行政訴訟，係指受處分人於有關公務員懲戒及考績之法律修正前，得請求司法救濟而言。

 綜上所述，公務員與國家間的特別權力關係，雖因目前立法上之不夠周延，而致產生互相混淆影響權益，唯在大法官解釋上，已給予能司法行政救濟之方法途徑，似乎與憲法保障私人的法律權益相去不遠，應屬尚能接受之結果。不知此見解是否合宜，請老師指正。

**8:有學者認為我憲法規定之政府體制，乃「修正式內閣制」，修憲後朝向**

 **「雙首長制」發展，試申己見?**

**答:**

內閣制的演變是由國家元首(君主)逐步將其行政權釋出於內閣，內閣領袖(總理或首相)遂成為行政首長;但國家元首的職位依然被保留而存在。所以內閣制國家就出現同時存在國家元首與行政首長二元化的現象，它就是一種「雙首長制」。

 由於存在雙元首長，所以副署制度就成為一個最重要且不可或缺的制度。副署制度就是權力的傳輸帶，它表示行政權是由國家元首移轉到行政首長手中。副署就是簽名，簽名就表示負責。內閣首長與閣員的副署，就表示:權力是由他們所行使，決策是由他們所做成，責任當然應由它們所承擔。國家元首固然要代表國家簽屬內閣所呈之各類官方文件，但此簽屬行為純屬儀典性行為，不負擔任何決策責任。所以內閣制的國家元首通常被認為是虛位元首。

 觀之我國之國家元首，總統現在是由全體國民透過公民投票所選舉產生之具有民意基礎之國家代表人。既有民意基礎兼有行政實權，惟因我國之政府體制雖為五權分立，實為三權相互制衡。立法院之代議政治亦為擁有實際民意基礎之民意代表，負有監督政府施政之民意實權。國家元首雖有政治實權，但因對外代表國家即便有政策上之決定，亦須經由行政內閣之行政運作，才能貫徹施行。又立法院肩負人民所託，站於監督之責任，對於行政院之政策推行負有監督審核之實質影響。因此;若今日之行政部門與立法部門分屬不同之政黨主政時，就容易產生施政牽絆、阻礙難行之施政窘況。且此次修憲後，竟又將元首之權力轉移須經立法院副署之條款廢除，等於是將"行政權力移轉"之政治負責歸屬給抹煞掉，一個未經具有民意基礎的代議機關簽名認可的行政首長，其所帶領的行政團隊所做的所有行政政策施行或推動，到底究竟能否符合民意抑或只是淪為總統的行政傀儡呢??

 且自修憲廢除副署條款後，國家每每遇到政策無法推動或不符人民實際需求時，礙於社會氛圍影響之下，往往都是改換一個內閣來應付了事，一個不具民意同意基礎的行政單位如此便宜行事，"只要做不好就下台換掉"的行政模式，豈是全體國人之福。這幾年來我們換了多少次內閣了，政治有更好嗎??---沒有。國家施政有更順遂嗎??---沒有。社會整體有更進步嗎??---不予置評。這樣的國家行政體制是符合我們的國情與人民的寄託嗎??究竟現今的「雙首長制」之下，我們的行政院長既無行政實權卻又處處受限，出事了只要下台即可，無須負擔任何實際責任，雖美其名為負政治責任而下台，但實際上我個人認為卻是完全不負責任的政治政體所為。這是我們需要的「雙首長制」制度嗎?? 真的值得我們省思、省思….

**9:倘若我未來修憲工程仍主張仿效法國之雙首長制，憲法增修條文應如何**

 **調整?試申己見?**

**答:**

 既然要走「雙首長制」的政治制度，基本須將權力與責任的負擔要有清楚的界線與規定。國家元首雖然具有民意基礎與政治實權，但推行實際政策施行之行政部門首長，亦須經由具有民意之代議機關來副署同意之後，站在全體國民、國家利益的整體考量之下，來推行元首及人民需求的政策法案。因為行政權必須向立法權負責，所以國家政策、施政計畫與相關法案都是形成於內閣(行政院)，再由內閣(行政院)移送國會(立法院)審議。唯有獲得國會(立法院)的支持，經過國會(立法院)審議通過成為法律之後，行政權才可將相關計畫或政策付諸實行。

 以法國而言，第三及第四共和都是內閣制，第五共和時才變成「半總統制」，雖然有一個具獨立地位的民選總統，但其與內閣制之雙元首長不同之處，在於元首權限的多寡不同。也因為是雙元首長體制，所以必然會存在副署制度，而半總統制的國家元首就必須比內閣制的國家元首享有更多的權限。

 我個人認為:1:元首應可分享部分行政權，不須對立法院負責。但在行政院長提名的權力上，必須經過立法院的副署後，才算具有間接民意之基礎，而爾後的行政院長在施政上則必須負起完全成敗之責。

2:內閣(行政院)掌握主要行政權並對國會(立法院)負責。應該要在這兩塊做出明確的權力與責任的界線劃分，然後各自各行其職。

這樣的雙首長制，總統除代表國家是國家的代表人之外，仍擁有部分政治上的實權;行政院長則具有民意的背書後，須負起全民所託付的政策政治責任。並且向立法院負責，而非向總統負責，使行政院之政策盡量貼近民意，如此才不致淪為總統之傀儡。

 舉法國第五共和為例:法國總統席哈克在1997年解散國會之舉，造成長達五年的左右共治，就跟我國在2003年時的政黨輪替亦出現左右共治的情況，幾乎是完全相同，可是我國總統卻無實際主動解散國會的權力。

以半總統制之總統職權而言，總統具有「憲政維護者」與「憲政仲裁者」的角色。所以;如果憲法規定總統可以有主動解散國會之權，不知是否能使得國家得以擺脫因國會政黨鬥爭而導致的無效率，抑或是可以藉此來化解內閣(行政院)與國會(立法院)的衝突。這點不知是否值得列入憲法增修條文的考量中。

**10:評述我立委選制---單一選區兩票並立制?改採兩票聯立制如何?**

**答:**

 單一選區兩票制的內涵:所謂「單一選區兩票制」是指國會議員選舉部分名額由單一應選名額的小選區產生，其他部分名額由政黨比例方式產生。單一選區兩票制因此是折衷「多數選舉制」與「比例選舉制」間的一種體制。此制度使每一選民可投兩張選票，一張投給單一選區(小選區)的候選人，一票是直接投給政黨。而此種制度又分為聯立制(德國制)與並立制(日本制)(又稱分立制，我國採取此制度)，細述如下:

一.日制的分立制

 是以「單一選區」及「比例代表制」所產生之代表各自分別獨立計算，兩者不發生影響，故不會有超額議席的現象。而我國113名之立法委員中有34名是以政黨比例代表制來產生。為提升政黨當選的可能性，在政黨名單的提出又分裂出兩種體制;一為”固定名單”、一為”非固定名單”。

二.德制的聯立制

 是指單一選區兩票制中的兩張票投票的結果會互相影響，先以政黨比例選舉制確定出各政黨應當選名額，但依單一選區所選出之代表，可以聯集成立，不互相排斥，其結果是承認超額議席，故議員的法定總額會因選舉結果而增加。在德國，透過單一選區兩票制的選舉，同時決定了立法權與行政權歸屬何政黨。

 選舉制度之設計攸關政黨競爭是否公平以及選票價值是否平等，所以若選舉制度的設計不能符合政黨機會平等原則與選票價值平等原則，就會有違憲之虞。基本上可分為:多數選舉制、比例選舉制、以及混合制三種。

多數選舉制:又可分為相對多數制與絕對多數制。

比例選舉制:又可分為政黨名單比例代表制與單記可讓渡投票制。

混合制: 結合上面兩種制度，具有各式各樣的結合方式。

 我國目前是採取單一選區相對多數單記不可讓渡式投票制，故若改採兩票聯立制時，其所產生之影響如下:

一.分裂投票:會造成選舉人一票投給候選人，一票可以投給不同之政黨，可造成較多元之選舉選擇。

二.增加小黨當選名額:原先之並立制，因無超額之情形發生，容易形成大黨壟斷政治資源，小黨若無法突破最低門檻，就無法取得政黨比例制的當選名額，若改為聯立制時，則可增加小黨當選名額之現象。

三.造成小黨林立:政黨門檻規定部分，雖可能使政黨所得選票與獲得分配席次之百分比有一定差距，而有選票不等值之現象。惟其目的在避免小黨林立，政黨體系零碎化，影響國會議事運作之效率，妨礙行政立法互動關係之順暢。

 我國採政黨比例代表制之目的，既然是有意淡化單一選區因採相對多數選舉制而形成「贏者全拿」，敗選者之選票所代表的民意不能被反應的缺失，就更應正視「席次分配」與多元民意的關聯性。對於兩黨政治的我國體制而言，不諦是給大黨警惕、小黨出頭的另一種可行的選舉方式。

**11:舉例說明我大法官違憲審查的對象與效力類型?**

**答:**

依照憲法第78條第2項與第78條之規定，大法官負有解釋憲法與統一解釋法律命令之權。就審理案件法第四條規定:大法官解釋憲法之事項如左:

**(一)、關於適用憲法發生疑義之事項**

**(二)、關於法律或命令，有無牴觸憲法之事項**

**(三)、關於省自治法、縣自治法、省法規與縣規章有無牴觸憲法之事項**

前項解釋之事項，以憲法條文有規定者為限。這也就是補充解釋再加上違憲解釋。

**法律解釋的作用有三**

1:闡釋法文疑義的作用

2:補充法律不備之作用

3:推陳出新的作用

**憲法必須解釋的原因有四點**

1:由於憲法所使用的文字意義欠缺明確性質。

2:由於憲法的條文規定有遺漏而須加以解釋時。

3:由於社會情況變遷的原因時

4:由於憲法對各種事項通常只做原則性、開放性與簡潔性的規定，至於應

 當如何具體實現，則尚有待於普通法律的補充規定。

**所以，大法官違憲審查的對象有下列幾項**

**一、憲法疑義、爭議及法令牴觸憲法之聲請釋憲案件**

(一)、有聲請權者為中央或地方機關、立法委員現有總額三分之一以上

(二)、須適用憲法發生疑義，或與其他機關發生適用憲法之爭議或適用法

 律與命令發生有牴觸憲法之疑義。

1:憲法疑義解釋

2:憲法爭議解釋指對憲法涵義機關之間有爭執聲請解釋而言

3:法令牴觸憲法疑義的案件，而由機關提起之案件

(三)、須為行使職權，適用憲法之事項

1:立法委員行使職權之認定

2:監察委員行使職權之認定

3:其他機關行使職權之認定

(四)、聲請機關有上級機關者，其聲請應經由上級機關層轉

**二、法官認為法令牴觸憲法之聲請釋憲案件**

**三、人民聲請釋憲之案件**

(一)、聲請主體為自然人、法人、政黨及非法人團體

(二)、聲請人須以其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害為權利保護要件

(三)、須指謫確定終局裁判所適用之法律或命令有牴觸憲法之疑義

(四)、須用盡審級救濟程序

**四、統一解釋**

(一)、機關聲請統一解釋之案件

1:有權聲請者為中央或機關

2:須聲請機關就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法

 律或命令實所已表示之見解有異

3:聲請機關須非依法應受本機關或他機關見解之拘束或得變更其見解者

4:聲請解釋機關有上級機管者，其聲請應經由上級機關層轉

(二)、人民聲請統一解釋之案件

1:聲請人為人民、法人、政黨或非法人團體

2:聲請人須主張其權利經確定終局裁判而遭受不法之侵害

3:須有不同之審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令所持見解有異之情事

4:須於裁判確定三個月內提出聲請

**五、補充解釋**

補充解釋不是大法官審理案件法中的分類，而是因為現實運作而產生，由於補充解釋所發展出來的要件，與審理案件法所規定的憲法解釋與統一解釋均不盡相同，因此有加以分別的必要。

**六、暫時處分**

是一種暫時權利保護，我國法律雖無此規定，也未授與大法官此種職權。但是大法官們仍利用解釋之便創設新的制度，最早在釋字585號解釋文最後一段宣稱可看出端倪。另在釋字599號則將暫時處分之聲請要件及實際上之必要性，再次寫明並同時宣示。

**七、政黨違憲案件之審判**

由大法官組成憲法法庭，審理政黨違憲之解散案件。所謂違憲指「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序」

**大法官對審查法令結果宣告的方式其解釋之效力**

(一)、合憲宣告:審查對象之程序無重大瑕疵，內容與規範並無牴觸者，應認定其

 合憲

(二)、合憲非難:對受審查之法規，一面認為尚不違憲，同時又指謫其不當，並要

 求制定法規的機關檢討改進。

(三)、違憲但不失效:作為審查對象的法規，經認定違憲或與憲法意旨不符，但未

 使其立即失效或定期失效，指要求檢討改進，遂形成違憲法

 規仍長期有效之情形。

(四)、違憲並立即失效:法規違反上位規範，有三種法則:拒絕適用主義、

 撤銷主義、無效主義。

(五)、違憲定期失效:大法官解釋在明定失效期間之外，還有指明特定日期。在未

 經立法院通過的審理案件法修正案明定，命令違憲一律一年

 ，法律違憲兩年。

(六)、代替立法者彌補漏洞的宣告:指法律內容因立法者明顯的不作為有重大瑕

 疵，由大法官在解釋文逕行宣示準用其他條文予以彌補漏洞。

(七)、全部無效與一部無效:所謂全部無效指憲法法院或釋憲機關審查結果，認

 為整部法律(或法規)均無效，若只有法律中的特定條文無效稱

 為一部無效。

**大法官所為之解釋，並非都需要付諸強制執行，疑義解釋、統一解釋通常不生執行問題。而解釋之執行是以適當的方法實現解釋意旨所要求的法律狀態。**

**12:為何認定我地方自治團體之本質，乃「制度性保障說」，請論證?比較**

 **自治事項，委辦事項?**

**答:**

 地方自治的本質係國家權力分立制度的垂直化，但就其本質是國家賦予或是地方自治本體所固有，抑或是由國家授權，與國家間的關係究竟為何??有關地方自治的本質在傳統的學說上有:1:固有權說。2:承認說。3:制度保障說。而在二次大戰後，另外產生人民主權說與新中央集權主義說兩種學說。

**一、固有權說**

指的是地方自治團體之事權，是本屬地方自治團體所有，不待國家之賦予。此說源自於十八世紀末期，法國大革命時期的天賦人權說。

**二、承認說**

又稱授權說，認為地方自治之事權，並非各個自治團體所固有，所有國家境內之事務及權力作用，皆屬國家所有，緣因地制宜之便，國家權宜地將自治的事權交給地方自治團體。故地方自治團體之有自治權係來自國家之承認或授權。此學說源自於十九世紀的「國家主權說」，由拉班德與耶林內克建構出完整理論。

**三、制度性保障說**

是在德國威瑪時代由憲法學大師C.arl Schmitt所提倡發展出來的學說，制度性保障說係屬基本權功能之一，意謂國家為確實保障基本權的實現，有義務形成一套完整的制度，使得基本權真正落實。此說用之於地方自治是指:國家不但不得以立法或其他方式侵越地方自治權，立法者更有義務立法積極地形成有利於地方自治發展之制度空間。此說主要在矯正承認說的弊端，同時也在固有權說與承認說兩者之間，取得平衡點。

**四、人民主權說**

又稱:住民主權說。因二次大戰後，居民受到日益嚴重的都市問題、公害問題、社會問題等的影響，認為為了保障人權，實現人民的主體性，地方自治是不可或缺的制度。凡屬人權保障上必須之事項，地方自治團體皆得自行處理。

**五、新中央集權說**

此說認為:為因應經濟高度成長的要求，行政應要求均質化、劃一化、計劃化與技術化。為維持並確保一定之行政水準，國家應保有更多的事權，在國家主導性與由國家負責任的情況下，來施行地方行政。

 從地域管轄的角度來看，國家將其統治權分給不同的地域單元來行使，而此地域單元所分享的是國家的統治權，不只是單純的行政業務執行而已。所以，它們成為國家內部的「次級統治團體」，也可稱之為國家內部之「地方自治團體」。其與一般行政機關不同之處在於；地方自治團體可以自主的形成政策，訂定規範，並予以執行。相反的，一般行政機關是以執行為主，並無自行形成特定政策的權限。

 地方自治的內涵包括自治之實質內容，以及有關地方自治的監督模式等兩大區塊。前者包括地方自治組織之各項權能，後者則涉及監督方式與對抗監督的救濟程序。地方自治團體欲實現自治之實質，就必須擁有相應的自治權限。所以自治權限主要是在行政及立法兩個面向。

 在單一國體制下，憲法本身通常會對地方組織模式有初步的規範。以我國憲法本文為例，國家內的次級統治組織包括「省」及「縣」兩個層級。我國現行法上之鄉、鎮與縣轄市自治，並非是依據憲法規定而來，而是由立法者透過法律所創設之自治組織。為維護法規範體系內的位階秩序，立法者自不得以法律取代憲法的規範內容。所以，對於憲法所規定之省與縣自治，立法者不得以法律變更之;更不能以行政命令取代憲法。故我地方自治團體之本質，乃屬制度性保障之種類，是酌毋庸議。

**自治事項**

 所謂自治事項，是指地方自治團體得以自行管理並決定之事項，就是地方自治團體得以自行立法並執行之事項。但是它還有一個「其他依國家法律賦予之事項」的概括條款，地方制度法第二條第二款將自治事項定義為:「指地方自治團體依憲法或本法之規定，得自為立法並執行，或法律規定應由該團體辦理之事務，而負其政策規劃及行政執行責任之事項。」換言之，自治事項包括憲法規定之自治事項與法律所賦予的自治事項等兩種類型。

**委辦事項**

 憲法上的用語是:「或交由省(或縣)執行之」。意旨本屬中央或上級自治團體之權限範圍，但交由他人執行之事項。地方制度法第二條第三款將其定義為:「指地方自治團體依法律、上級法規、或規章規定，在上級政府指揮監督下，執行上級政府交付辦理之非屬該團體事務，而負其行政執行之責任之事項。」

 由於委辦事項乃由中央或上級自治團體交付之任務，所以委辦事項愈多，地方自治的空間愈小。為避免地方自治有名無實，地方制度法將原本憲法規定為委辦事項的領域，大幅變為地方自治事項。