

《憲法與行政法》

一、司法院大法官於 98 年 11 月 6 日作成釋字第 666 號解釋，其主文為：「社會秩序維護法第八十條第一項第一款就意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰之規定，與憲法第七條之平等原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。」亦即宣告社會秩序維護法（以下簡稱社維法）「罰娼不罰嫖」之規定違憲。立法於 100 年 11 月 4 日修正同法相關條文（見以下附錄），規定除非在「性交易專區」內之合法性交易，否則「娼嫖皆罰」。

請附具理由，回答下列問題：

- （一）立法院此一修法是否合於憲法（及大法官釋憲）意旨？假設立法者於（解釋作成後欲）修法時仍認為還是「罰娼不罰嫖」方屬合理，因此再為相關類似規定，是否允許？（25 分）
- （二）新法實施後各直轄市、縣（市）政府均未制定相關自治條例以設立性交易專區，嫖客甲男因與他人性交易被依現行社維法處罰。甲男認為如依舊法規定其並無違法情事，爰認社維法相關新規定係屬違憲。如果你（妳）是甲的律師，會提供他何種法律意見（或如何為他作有利的主張）？（25 分）

附錄

社會秩序維護法

第 80 條

有下列各款行為之一者，處新臺幣三萬元以下罰鍰：

- 一、從事性交易。但符合第九十一條之一第一項至第三項之自治條例規定者，不適用之。
- 二、在公共場所或公眾得出入之場所，意圖與人性交易而拉客。

第 91-1 條

（第 1 項）直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理。

（第 2 項）前項自治條例，應包含下列各款規定：

- 一、該區域於都市計畫地區，限於商業區範圍內。
 - 二、該區域於非都市土地，限於以供遊憩為主之遊憩用地範圍內。但不包括兒童或青少年遊憩場。
 - 三、前二款之區域，應與學校、幼稚園、寺廟、教會（堂）等建築物保持適當之距離。
 - 四、性交易場所應辦理登記及申請執照，未領有執照，不得經營性交易。
- （……以下略）

命題意旨	<p>（一）第一小題屬於概念式題型，測驗考生對現行法之認知及關於「重複違憲立法禁止」之概念。</p> <p>（二）第二小題則屬於實際案例，考生應先分析甲之主張是否有理由，若無則需再替甲提出其他論點。</p>
答題關鍵	<p>本題之回答應側重在：</p> <p>（一）對於立法者採取授權地方判斷之見解是否合理，學說多有討論，考生得加以分析。另外，我國實務對於是否存在重複違憲立法禁止之概念雖未明文說明，但根據釋字第 662 號解釋應採肯定見解。然比較法、學說多有其他見解，考生可做一綜合介紹。</p> <p>（二）甲男之主張是否有理，考生應先行分析。若無理由，則需自其它角度切入之，如對工作權之保障等。</p>
考點命中	<p>《高點 2012 年憲法上課講義第一回》，宣政大編撰，頁 60-63、183-184。</p> <p>《高點 2012 年總複習講義》，宣政大編撰，頁 94。</p> <p>《高點憲法精要》，宣政大編著，2011 年。</p>

【擬答】

版權所有，重製必究

本題涉及釋字第 666 號解釋內容及修法後所延伸之相關問題，分述如下：

（一）立法院之修法尚不符大法官解釋之意旨，且不得再為類似之規定

1. 現行之修法尚不符釋字第 666 號解釋之意旨

(1)釋字第 666 號解釋內涵之探究：

- A.該號解釋理由書指出，「系爭規定明文禁止性交易行為，則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇，系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致。」似以性交易之兩造在法律上應得到一致評價作為主要之切入點。
- B.然事實上，該號解釋尚納入事實上平等之精神，作為宣告違憲之依據。依照該號解釋理由書，「系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。」可知大法官認為，若法律適用之結果導致女性因此有更不利之地位，此一規定當然違反憲法對性別平等之保障。亦即，大法官不再拘泥於「法律上平等」，也更注意「社會地位平等」，將社會權力差異與現實處境納入考量。自此，憲法上的「平等」不再只是「等等等之」的邏輯遊戲；更是濟弱扶傾，消弭社會壓迫與階級差異的重要武器。若就此角度而言，娼嫖皆罰之選項，在本號解釋做成後，亦不應是立法者應考慮的修法方向。

(2)承上，新修正社會秩序維護法（下稱新法）認為性交易必須在性交易專區內為之，否則娼嫖皆罰。此一規定基於以下理由，應不合憲法之意旨：

- A.如前所述，娼嫖皆罰既已實質的遭本號解釋宣告違憲，立法者即不得選擇娼嫖皆罰之立法例。然新法規定看似令人民得合法從事性交易，然合法之前提在於須有地方自治團體配合設立專區，一旦皆無專區，則實質上等同完全禁止人民性交易，而有違釋字第 666 號解釋之意旨。
- B.新法規定顯然的令女性依舊有受到處罰之風險，且此一法制依舊可能造成解釋理由書中所稱「尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利」之情形持續，是以新法之規定與大法官歷來所揭示之性別平等、實質平等之要求有違，而屬違憲。

2.立法院不得就罰娼不罰嫖再為類似規定，理由如下：

- (1)對於立法者能否重行制定司法者宣告違憲之法律，學說稱之為「重複違憲立法禁止」。對此一理論，我國實務雖未有正式見解，但傾向肯定論。如釋字第 662 號解釋理由書指出，「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，憲法第七十八條定有明文。法律與憲法牴觸者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，憲法第一百七十一條規定甚明。是司法院大法官就憲法所為之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決適用憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力，業經本院釋字第一八五號解釋在案。立法院基於民主正當性之立法責任，為符合變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍及其固有權限。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。」而認為立法院新修正之刑法第 41 條第 2 項之立法有違釋字第 366 號解已宣告違憲之內容，故亦屬違憲。
- (2)然學者引用比較法，認為重複違憲立法禁止之概念顯然的剝奪了立法者之權限，而有違權力分立之原則。如陳新民大法官於釋字第 662 號解釋之不同意見書中指出，「然而，時代究竟會繼續前進，任何立法都必須反應新時代的需要與新民意的價值，到底過去的釋憲解釋能夠拘束多久的立法權？法律，不論公法或私法，大都承認『情事變遷原則』，難道在規範立法權與釋憲權之間便無此原則存在的餘地乎？這是否也和民意政治所彰顯的『主權在民』之原則有違？也因此，德國聯邦憲法法院第一庭在一九九七年所作出的判決（BVerfGE 77,84/103）便改弦更張認為：只要立法者認為有『特別理由』存在時，即可以重新為相同或相類似之立法。這當然也是以『延伸論』作為立論基礎，但是只要立法者主觀認為一有不同的立法理由存在時，即可更易之。倘欠缺此立法理由時，則必須遵守延伸論。故給予一個寬鬆的立法理由，也可稱為是『修正、附條件之否定論』。」
- (3)然細究否定論之內容，可發現縱然尊重立法者固有之立法權，立法者得重新設立已被宣告為違憲之法律之正當性基礎在於「情事變更」。亦即，立法者若要重新訂定違憲之法律，應先說明為何當時違憲之理

由已不存在或是顯有疑義，方得制定該法律。而就本件而言，大法官甫於 2009 年做成違憲宣告迄今未久，難以看出有何情事已遭變更；再者，立法者亦未說明為何需要重立法律，而不備理由。是以，立法者再為相關類似規定，並不允許。

(二)甲男之主張雖無理由，然新法之規定依舊侵害人民之基本權並有違比例原則而違憲

1.雖主張若其依照舊法規定無需受罰，而依照新法反遭處罰，而認為新規定違憲。觀其內容，甲似主張新法之規定有違信賴保護原則。然：

(1)人民對抽象法規範之變更是否可主張信賴保護？司法院釋字第 525 號解釋理由書便已明確指出，「制定或發布法規之機關基於公益之考量，即社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益時，自得依法定程序停止法規適用或修改其內容，若因此使人民出於信賴先前法規繼續施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者，倘現有的法規中無相關補救規定可資援用時（如稅捐稽徵法第四十八條之三等），基於信賴之保護，制定或發布法規之機關應採取合理之補救措施或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害。至有下列情形之一時，則無信賴保護原則之適用：一、經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；二、相關法規（如各種解釋性、裁量性之函釋）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者；三、純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行爲，始足當之。至若並非基於公益考量，僅為行政上一時權宜之計，或出於對部分規範對象不合理之差別對待，或其他非屬正當之動機而恣意廢止或限制法規適用者，受規範對象之信賴利益應受憲法之保障，乃屬當然。」可知法規之變更乃屬常態，否則起不代表法制一經設立，不管對錯，以後都不能修正。故僅有於受規範者客觀上有行為時，方得主張信賴保護；再者，縱能夠主張信賴保護，立法者只要能夠以其他方式保障當事人之信賴利益即可，並不代表法律不得修改。

(2)本件甲既無任何信賴之表現，自不得主張信賴保護而認該法律違憲。退步言之，縱然甲得主張信賴保護，亦不代表系爭法律全然違憲，只要有設立過渡條款即可。是以，甲之主張無法成為聲請釋憲之理由。

2.就本案而言，甲尚有其他角度得聲請新法之規定違憲：

(1)自平等權角度觀之，得為以下主張：

A.如前所述，娼嫖皆罰既已實質的遭本號解釋宣告違憲，立法者即不得選擇娼嫖皆罰之立法例。然新法規定看似令人民得合法從事性交易，然合法之前提在於須有地方自治團體配合設立專區，一旦皆無專區，則實質上等同完全禁止人民性交易，而有違釋字第 666 號解釋之意旨。

B.新法規定顯然的令女性依舊有受到處罰之風險，且此一法制依舊可能造成解釋理由書中所稱「尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利」之情形持續，是以新法之規定與大法官歷來所揭示之性別平等、實質平等之要求有違，而屬違憲。

C.許宗力大法官於該號解釋之協同意見書尚指出，「最重要的是，國家單獨非難女性性工作者，對男性顧客略而不論的規定，乃在對性工作者表達直接道德譴責之餘，進一步反映了對兩性的雙重道德標準。南非憲法院 O'Regan 與 Sachs 大法官於 *Jordan and Others v. the State* 一案中相當傳神地指出：同樣是參與性交易，女性性工作者遭到社會放逐，男性客戶則蒙社會寬許：「娼」是一種身分，是社會的邊緣人，帶著永難洗刷的污名；但「嫖」卻只是一種男人常做、無傷大雅的行為，在片刻的邂逅之後，旋即回復為受人尊敬的社會成員。此種傾斜的性別權力關係，在各簡易法庭依系爭規定裁罰的裁判書中更是凸顯，其幾乎千篇一律地以性工作者的自白及交易相對人的警詢筆錄作為入罪的證據，尋芳客本是性交易不可或缺的參與者，惟在「罰娼不罰嫖」的政策前，乃搖身一變成為國家取締性交易不可或缺的「幫手」。一言以蔽之，系爭規定不斷強化對女性有害的刻板印象，而以國家以公權力複製此種刻板印象本身就構成一種性別歧視，不僅違反憲法保障性別平等之意旨，也違反消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）之精神」。此一論述即便在新法下，因娼本身持續的在實質上受到處罰，是以仍有被引用之餘地。

(2)另自職業自由角度觀之，新法之規定導致人民以性交易為職業原則上遭到禁止，而有違憲法第 15、23 條之意旨：

版權所有，重製必究

A.司法院釋字第 666 號解釋雖未以職業自由作為論證基礎，然多位大法官表達本件實有職業自由之疑義，如許宗力大法官指出，「就有關系爭規定禁止性交易，究竟限制人民何種憲法上權利，主要有二種見解：其一主張涉及性自主權，其二主張涉及工作權。這兩說未必衝突，但本席較傾向後說立場，

其中最重要的理由是，提供性服務以收取對價應認為是一種職業，應納入憲法職業自由之討論。蓋憲法第十五條職業自由所稱之職業，原則上只要是人民用以謀生的經濟活動即足當之，毋庸沾染太多道德或價值判斷的色彩，至於該職業應否管制或如何管制始為正當，則是後續的問題」。

B. 本件若以職業自由角度觀之，則便可引用司法院大法官歷來所建立之判準審查。即執行職業自由：合理（低度）審查、選擇工作及職業之主觀許可要件：較嚴格（中度）審查、選擇工作及職業之客觀許可要件：嚴格（高度）審查。本件新法既原則性的全面禁止人民為性交易，則應屬於客觀要件限制，採取嚴格審查，即應以保護特別重要之公共利益始得為之；且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違：

(A) 本件之立法目的仍為善良風俗，根據多數意見及意見書明確指出，善良風俗不屬於特別重要之公共利益，故目的不合憲。

(B) 退步言之，縱令目的合憲，在手段部分，立法者雖令地方自治團體得自行開放，然開放與否實繫於個地方政府，若部分開放、部分不開放，反形成法制完全不一之情形，對人民而言實非最小侵害手段，故手段亦非合憲。

二、T 直轄市主管建築機關依建築法規定，委託經中央主管建築機關指定之民間檢查機構，代辦建築物附設機械停車設備之竣工檢查、每年定期安全檢查，以及核發使用許可證等事項。今因前揭民間檢查機構所聘檢查員之簽證不實等缺失，導致承租該不合格停車設備之使用人受有損害，試問：

(一) 依行政程序法及國家賠償法等規定，何者應負最終之行政上損害賠償責任？（25 分）

(二) 事故發生前，承租該停車設備之使用人，如預先發現該停車設備確有不合格之情事者，其得否及如何請求主管機關命該停車設備之法定管理人應停止使用？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於委託行使公權力下，有關國家賠償責任劃分之理解；及保護規範理論之適用，均為行政法上基本而重要之問題。
答題關鍵	應確實掌握行政程序法第 2 條第 3 項、第 16 條、國家賠償法第 4 條規定。另外，對於司法院大法官釋字第 469 號解釋之運用，更是第二小題之答題關鍵。
考點命中	《高點行政法講義第八回》，溫台大編撰，頁 200。 《高點行政法爭點精要》，溫台大編著，頁 1-5。

【擬答】

(一) 依行政程序法及國家賠償法等規定，何者應負最終之損害賠償責任？

1. 本題中之民間檢查機構，為受委託行使公權力之私人，屬「擬制之行政機關」

(1) 按「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」行政程序法第 16 條第 1 項定有明文。委託方式究應以行政契約或行政處分為之，由行政機關斟酌委託事項及相關法規規定而定，法務部 90 年 9 月 4 日法 90 律字第 029825 號函釋可資參照。此受委託行政公權力之個人或團體，係屬「擬制行政機關」（行政程序法第 2 條第 3 項參照），在受委託權限範圍內，取得與行政機關相同的權限與地位，此觀訴願法第 10 條「依法受中央或地方機關委託行使公權力之團體或個人，以其團體或個人名義所為之行政處分，其訴願之管轄，向原委託機關提起訴願。」及行政訴訟法第 25 條「人民與受委託行使公權力之團體或個人，因受委託事件涉訟者，以受託之團體或個人為被告。」之規定至明。

(2) 第按，建築法第 2 條第 1 項：「主管建築機關，在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；…」第 77 條之 4 第 1 項：「建築物昇降設備及機械停車設備，非經竣工檢查合格取得使用許可證，不得使用。」第 2 項：「前項設備之管理人，…並定期向直轄市、縣（市）主管建築機關或由直轄市、縣（市）主管建築機關委託經中央主管建築機關指定之檢查機構或團體申請安全檢查。…」第 3 項：「前項安全檢查，由檢查機構或團體受理者，應指派領有中央主管建築機關核發檢查員證之檢查員辦理檢查；…直轄市、縣（市）主管建築機關並得委託受理安全檢查機構或團體核發使用許可證。」（若時間不足，本段可略過）。

(3) 本案中，T 直轄市主管建築機關依建築法規定，委託經中央主管建築機關指定之民間檢查機構，代辦建築物附設機械停車設備之竣工檢查、每年定期安全檢查，以及核發使用許可證等事項。是故，關於 T 直轄市建築物附設機械停車設備之竣工檢查及每年定期安全檢查及核發使用許可證之權限業已委託民間檢查機構辦理，核諸前揭法文，該上開 3 家機構係屬「擬制行政機關」，在受委託權限範圍內，取得

與 T 直轄市主管建築機關相同的權限與地位，以其名義所為之行政處分。

2. 損害賠償責任之歸屬

(1) 按國家賠償法第 4 條規定：「受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時亦同。前項執行職務之人有故意或重大過失時，賠償義務機關對受委託之團體或個人有求償權。」

(2) 本題中，民間檢查機構為受委託行使公權力之「擬制行政機關」，已如前述。因該機構所聘檢查員之簽證不實等缺失，導致承租該不合格停車設備之使用人受有損害，依國家賠償法第 4 條規定，視同委託機關（T 直轄市主管建築機關）之公務員所造成之損害，故 T 直轄市主管建築機關應依國家賠償法第 2 條第 2 項規定，負損害賠償責任。惟若該檢查員有故意或重大過失時，T 直轄市主管建築機關對民間檢查機構或其所聘檢查員有求償權。

3. 結論：原則上由 T 直轄市主管建築機關負賠償責任，惟若該檢查員有故意或重大過失時，T 直轄市主管建築機關對民間檢查機構或其所聘檢查員有求償權。

(二) 使用人得否及如何請求主管機關命該停車設備之法定管理人應停止使用？

1. 使用人是否得請求主管機關命該停車設備之法定管理人應停止使用

(1) 按建築法第 77 條規定：「建築物所有權人、使用人應維護建築物合法使用與其構造及設備安全。」；同法第 91 條規定，主管機關對於違反條文規定者第 77 條規定者，得處建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續，屆期仍未改善或補辦手續而繼續使用者，得連續處罰，並限期停止其使用。必要時，並停止供水供電、封閉或命其於期限內自行拆除，恢復原狀或強制拆除，該等規定除維護公共安全之公益目的外，尚有保護個別使用人生命、身體財產之意旨，應屬「保護規範」（司法院大法官釋字第 469 號解釋參照）。

(2) 本題中，承租本件停車設備之使用人，自為前揭保護規範效力所及之人，其得據之為公法上之請求權基礎，請求主管機關為一定之作為或不作為（包括命該停車設備之法定管理人停止使用）。

2. 承上所述，承租該停車設備之使用人，應以前述建築法條文為公法上請求權基礎，請求主管機關命該停車設備之法定管理人停止使用。若主管機關為拒絕處分或怠為處分，得循序提起課予義務訴訟（訴願法第 1、2 條參照）及課予義務訴訟（行政訴訟法第 5 條參照），請求法院判令主管機關作成命停止使用之行政處分。

三、男子 A 原先就讀某軍官學校，87 年間因故遭退學，100 年 3 月 1 日其父 B 突接獲該校書面通知，以其為當時之保證人為由，限期命其賠償 A 男在學期間之公費新臺幣 20 萬元，若逾期不履行，將依法移送行政執行分署強制執行。試問：

(一) 該軍校得否以 B 逾期未清償為由，逕行將上述通知書移送行政執行分署強制執行？（20 分）

(二) 倘行政執行分署對 B 發出執行命令，B 如有不服，得否逕行提起訴願？（10 分）

(三) 倘 B 認為該請求權已罹行政程序法第 131 條規定之五年時效而消滅，拒絕清償。該軍校認為本案是行政程序法施行前之案件，不適用該條之規定，應類推適用民法第 125 條，乃提起行政訴訟。行政法院援引 97 年高等行政法院法律座談會之研討結論，判決該軍校敗訴確定。

該軍校如仍不服，得否向司法院大法官聲請釋憲？（20 分）

附錄

民法第 125 條

請求權，因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。

命題意旨	本題旨在測驗考生對於契約關係下行政處分之應用、行政執行之救濟、與大法官解釋之釋憲標的等相關概念之理解。
答題關鍵	答題時應注意公費生契約之定性、及於該等契約關係下以行政處分作為行使契約上權利之手段之禁止、行政執行之救濟、司法院大法官釋字第 684 號解釋對於判例作為釋憲標的之見解等。
考點命中	《高點行政法講義第一回》，溫台大編撰，頁 54-55 究 《高點行政法講義第四回》，溫台大編撰，頁 26 以下 《高點行政法爭點精要》，溫台大編著，頁 6-14。

【擬答】

(一)軍校得否以 B 逾期未清償為由，逕將通知書移送行政執行分署強制執行？

1.A、B 與某軍官學校間之公費生及保證人關係，為「行政契約關係」

公費生與公立學校間之關係，為雙方就公費生就讀公立學校之權利及義務關係所為之合意，為契約關係。又該契約之標的為公行政任務，並具有公益目的，為「行政契約」之性質（司法院大法官釋字第 348 號、第 533 號解釋參照），現行最高行政法院實務見解亦同此說。因此，本題中 A 公費就讀軍事學校、B 為 A 為公費償還保證人等，均為行政契約關係。

2.軍校不得以 B 逾期未清償為由，逕將通知書移送行政執行分署強制執行

(1)按行政機關為達成其行政目的，原則上享有選擇其行為形式之自由，此即學說上所稱之「行政行為選擇自由理論」。惟在行政行為中，行政契約與行政處分係處於競爭關係，亦即行政機關如選擇與相對人締結行政契約，則在行政契約關係中，除非法律另有規定或當事人另有約定，行政機關即無再以行政處分作為行使契約上權利之手段之餘地，此乃對行政機關行政行為選擇自由之限制。

(2)本件中，某軍官學校與 A 入學成為公費生間之關係，係行政契約關係，則對於 A 在學時因案遭退學，某軍事學校向其與保證人 B 行使其契約上權利，即請求渠等賠償在學期間費用，便不容許以行政處分令被上訴人賠償。是以即使某軍官學校以書面向被上訴人求償，該書面亦非行政處分，其在學費用償還請求權之時效不因而中斷（行政程序法第 131 條第 3 項），該書面不得成為行政執行之執行名義。

(二)B 得否逕行提起訴願

1.按行政執行法第 9 條第 1、2 項規定：「行政執行法第 9 條規定「義務人或利害關係人對執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於執行程序終結前，向執行機關聲明異議。」

前項聲明異議，執行機關認其有理由者，應即停止執行，並撤銷或更正已為之執行行為；認其無理由者，應於十日內加具意見，送直接上級主管機關於三十日內決定之。」又「義務人或利害關係人如不服該直接上級主管機關所為異議決定者，仍得依法提起行政訴訟，至何種執行行為可以提起行政訴訟或提起何種類型之行政訴訟，應依執行行為之性質及行政訴訟法相關規定，個案認定。其具行政處分之性質者，應依法踐行訴願程序」（最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議參照）。

2.本案中，B 若不服行政執行屬於執行階段所發之執行命令不服，仍應依行政執行法第 9 條之規定提起異議，對於異議決定不服，再循序提起訴願、行政訴訟，而非得逕行提起訴願。

(三)軍校得否以高等行政法院座談會之研討結論，作為釋憲標的

而高等行政法院之座談會決議，是否得為釋憲標的？似應採否定見解，理由如下：

1.座談會決議並非統一各級法院法律見解之抽象規範

高等行政法院座談會決議，是否生對高等行政法院之實質拘束力，容有疑義。況查，高等行政法院之座談會決議，根本無法拘束最高行政法院，是否為具有抽象效力之規範，而得為釋憲標的，容有討論空間。

2.司法院大法官釋字第 684 號解釋之脈絡分析

按司法院大法官釋字第 374 號理由書指明：「最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋，合先說明。」認為得以最高法院決議作為釋憲標的。惟於司法院大法官釋字第 684 號解釋理由書中，大法官指出「判例乃該院為統一法令上之見解，所表示之法律見解，與法律尚有不同，非屬法官得聲請解釋之客體。」否定法院為統一法律見解所為之判例，得作為釋憲標的。由釋字第 684 號解釋觀察，大法官似乎就法院所為，具有統一法令見解之法院見解，採取否定得作為釋憲標的之立場，而變更釋字第 374 號解釋之見解。因此，實質效力遠不及判例及最高法院決議之高等行政法院決議，似不得作為釋憲標的。

四、民間廠商甲依政府採購法以新臺幣（下同）45 萬元標得某採購案，履約期間自 98 年 1 月 1 日至 99 年 12 月 31 日。嗣行政院原住民族委員會以甲於履約期間僱用員工總數逾 800 人，惟僅進用原住民 1 人，乃依原住民族工作權保障法之規定，作成 A 函，以甲進用原住民未達法定標準，命甲繳納依差額人數乘以每月基本工資 17,280 元計算之代金。甲則以其標案金額甚微，所獲利益甚少，且已盡招募之能事，惟仍無法順利依法定標準進用原住民，不願繳納。

請試論：

- (一)A 函是否屬行政處分？又上開代金之法律性質為何？是否屬行政罰法上所稱之「行政罰」？(20 分)
- (二)於行政訴訟程序中，甲如主張原住民族工作權保障法第 12 條第 1、3 項及第 24 條第 2 項規定違憲，從而行政院原住民族委員會據以作成之 A 函自屬違法等語，高等行政法院法官面對此一主張，應如何處理？如甲上開主張不為法院所採，於受敗訴判決確定後，尚有何救濟途徑？(15 分)
- (三)甲主張上開原住民族工作權保障法相關規定違反比例原則，是否有理由？(15 分)
- 附錄
原住民族工作權保障法
第 1 條
為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。
- 第 12 條
(第 1 項)依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。
- (第 3 項)得標廠商進用原住民人數未達第 1 項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。
- 第 23 條
(第 1 項)中央主管機關應於原住民族綜合發展基金項下設置就業基金，作為辦理促進原住民就業權益相關事項；其收支、保管及運用辦法，由行政院定之。
- (第 2 項)前項就業基金之來源如下：
一、政府循預算程序之撥款。
二、依本法規定所繳納之代金。
三、本基金之孳息收入。
四、其他有關收入。
- (第 3 項)中央主管機關辦理原住民就業服務及職業訓練事宜所需經費，得提工作計畫及經費需求，送就業安定基金管理委員會審議通過後支應之。
- 第 24 條
(第 2 項)前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基金工資計算。
- (第 3 項)依本法應繳納之代金，經通知限期繳納而仍不繳納者，依法移送強制執行。

命題意旨	(一)第一小題屬行政法考題，測驗考生對於行政處分、裁罰性不利處分定義之掌握。 (二)第二小題則為憲法考題，考生應對於我國釋憲程序要件有所瞭解，並掌握司法院大法官審理案件法之內涵。 (三)第三小題亦屬憲法考題，考生需先指出本件基本權所在後，才能加以分析。
答題關鍵	本題之回答應側重在： (一)首應先定性 A 函之法律性質，並分析代金本身之屬性，再就其性質分析是否屬行政罰。 (二)其次，若原告主張法律違憲時，行政法院法官得否對該法律有違憲審查權？此回歸司法院釋字第 371 號解釋；而若甲以自身名義聲請釋憲，則應以司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 3 款作為依據，故需闡明其聲請之要件。 (三)屬考古題，對於此種強制進用比例合憲性之問題，2010 司法官考試曾以公益彩券發行條例作為題目核心。因此，考生應以釋字第 649 號解釋主軸進行回答，再輔以學說論證之。
考點命中	《高點 2012 年行政法上課講義第二回》，宣政大編撰，頁 50 以下 《高點 2012 年行政法上課講義第四回》，宣政大編撰，頁 3 以下 《高點 2012 年行政法總複習講義》，宣政大編撰，頁 36 以下、61 以下 《高點 2012 年憲法上課講義第一回》，宣政大編撰，頁 33-35、40-43。 《高點 2012 年憲法上課講義第二回》，宣政大編撰，頁 131-133 《高點 2012 年憲法總複習講義》，宣政大編撰，頁 2-8、32。 《高點 2011 年憲法精要》，宣政大編著，頁 1-2、1-9、1-47。 《高點 2012 年第二試全真模擬試題》，宣政大編著，第一回第一題。

【擬答】

本題涉及政府採購法關於強制比例進用原住民規範之運用，以及系爭規定合憲性與聲請釋憲之程序，分別說明如下：

(一)A 函應屬行政處分，而代金之性質則屬，並非行政罰。

1. A 函法律性質之分析

- (1)依行政程序法第 92 條規定，「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」可知行政處分之要件有：行政機關之行為、公權力行為、具體行為、單方行為、對外性、規制性（法律效果）。是以，本件中行政院原住民委員會（下稱原民會）依照原住民族工作保障法第 12 條（下稱系爭規定）要求廠商甲繳交代金之 A 函是否屬行政處分，端視 A 函是否符合上述要件而決定之。
- (2)承上，A 函是否屬行政處分，關鍵在於 A 函是否對甲發生法律效果，亦即所謂規制性存在。所謂規制，即指「以設定法律效果為目的，具有法律拘束力之意思表示」，其重點在於行政機關基於公權力而單方設定、變更、消滅人民之權利義務關係。判別之重要性在於，行政機關之行為如欠缺規制效果且亦無法律效果者，即屬事實行為中之觀念通知；倘若係欠缺規制效果但具有法律效果者，即屬行政機關立於與人民相對等之地位作成之公法上意思表示。本件甲收受 A 函後，即生有繳納新台幣（下同）17,280 元乘上近 800 人之金額之義務，顯然 A 函對甲個別的產生法律效果，故 A 函屬於行政處分，並無疑義。

2. 系爭規定所規範之代金屬於特別公課，而非行政罰

- (1)所謂特別公課，係指國家為政策目的之需要，對特定民眾課徵公法上之金錢負擔，並將該課徵之金錢用以特定項目為是。此觀司法院釋字第 426 號解釋理由書，「此項防制費既係國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，在學理上稱為特別公課，乃現代工業先進國家常用之工具。特別公課與稅捐不同，稅捐係以支應國家普通或特別施政支出為目的，以一般國民為對象，課稅構成要件須由法律明確規定，凡合乎要件者，一律由稅捐稽徵機關徵收，並以之歸入公庫，其支出則按通常預算程序辦理；特別公課之性質雖與稅捐有異，惟特別公課既係對義務人課予繳納金錢之負擔，故其徵收目的、對象、用途應由法律予以規定，其由法律授權命令訂定者，如授權符合具體明確之標準，亦為憲法之所許。」自明。由前定義亦可知，特別公課尚屬於行政處分之一種。
- (2)至所謂行政罰（或稱裁罰性不利處分），即人民若受之不利行政處分若具有懲罰性質，即對過去法律義務違反給予處罰，則便是「行政罰」，便生行政罰法之適用。質言之，行政罰雖亦屬行政處分之一種，然由於其係直接對相對人發生不利益之法律效果，故屬於一種「不利處分」或「負擔處分」。且其作用目的在於對於違反義務者所施加之不利益，藉由此種不利益以非難行政義務之違反者，並發揮嚇阻之作用，故具有制裁之性質。
- (3)本件代金之課徵，其目的係當廠商違反系爭規定時，為能夠有效保障原住民之權益，主管機關原民會便要求廠商以金錢給付彌補未足額進用原住民所帶來之困境。亦即，代金之課徵雖對廠商甲屬不利處分，然就其內涵並不具制裁性。再者，依照同法第 23 條，代金既僅對訂定政府採購契約之廠商為之，且該筆金錢又用於原住民就業基金，而具有特殊目的，符合特別公課之定義，足證代金屬於特別公課，應無疑義。
- (4)台北高等行政法院 96 年度訴字第 2934 號判決亦指出，「依原住民族工作權保障法第 12 條、政府採購法第 98 條等規定，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，係國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，性質上屬於特別公課與行政罰有別，無涉可責性或歸責性，故僅需得標廠商符合法律所規定之構成要件，即負有繳納代金之義務，不問是否具違章行為之故意過失。」此一見解並經最高行政法院 99 年度判字第 451 號判決維持確定，足證代金應屬特別公課。

(二)本案聲請釋憲之合法途徑，分析如下：

1. 高等行政法院無法逕認系爭規定違憲並撤銷 A 函，但可依照司法院釋字第 371 號解釋裁定停止訴訟後聲請大法官宣告系爭規範違憲

- (1)按「惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋」，釋字第 371 號解釋聲請解釋著有明文。

(2) 本案中，甲要求承審之高等行政法院法官認定系爭規定違憲後，再依此認定 A 函違法並撤銷 A 函，此一見解並非適法。蓋依照前述解釋之意旨，我國違憲審查制度之設計係由司法院大法官獨占法律違憲之解釋權。亦即，高等行政法院法官無法於個案中認定系爭規定違憲而拒絕適用，並執此撤銷 A 函。此觀最高行政法院 99 年度判字第 451 號判決認為，「上訴意旨猶執原詞謂：原審判決引為判決基礎之政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條等規定，顯有違反憲法平等原則與不當聯結禁止原則，自不應再予適用；且原審判決並未審酌上訴人所提之釋憲聲請書即逕自判決，顯有判決不備理由或理由矛盾之當然違背法令乙節，亦無足取。」可資參照。

(3) 然該號解釋尚指出，為解決承審法官因此所遇到進退兩難之狀態，可依照該號解釋及司法院釋字第 572、590 號解釋裁定停止訴訟，將系爭規定聲請司法院大法官解釋之，並待解釋文宣告後視系爭規定合憲與否進行審判，方屬適法之程序。

2. 甲於收受敗訴判決確定後，得自行聲請司法院大法官解釋之：

(1) 根據釋字第 183 號解釋、司審法第 5 條第一項第二款規範人民聲請釋憲之要件如下：

① 須人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害。

② 須依法定程序提起訴訟。

③ 須對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有牴觸憲法之疑義。

上訴三項要件具備，始得為之，故人民聲請解釋憲法係以曾受法院之確定終局裁判（即窮盡救濟途徑）為必要。

(2) 依照本案事實，甲得主張其營業自由遭受侵害，並進行訴訟程序且有敗訴判決確定。惟本件程序並未明確指出該敗訴確定判決係高等行政法院之判決抑或最高行政法院之確定判決，倘該敗訴確定判決係高等行政法院之判決，則甲尚未窮盡救濟途徑，自不得聲請釋憲。相對的，若該敗訴確定判決係最高行政法院之確定判決，則甲即可合法向司法院大法官聲請解釋系爭規定之合憲性。

(三) 系爭規定並未違反比例原則，應屬合憲，理由如下：

1. 系爭條文後段可能涉及營業自由、平等權及職業自由之侵害

(1) 依照釋字第 514 號解釋之理由書，「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」可知營業自由乃工作權（職業自由）之特別型態，屬於雇主所得主張之權利。**自廠商角度觀之**，系爭條文第一項係要求廠商於僱用員工時，員工在 100 人以上時必須進用 100 分之 1 之原住民，而使得廠商用人受到限制，可認為造成營業方式之限制，而有營業自由之侵害。

(2) **就受雇人角度觀之**，由於系爭條文第一項要求員工在 100 人以上必須進用 100 分之 1 之原住民，因此形成優惠性差別待遇，而可能有平等權之侵害；此外，由於系爭條文後段要求具有特定資格者得為保障名額，故形成選擇職業自由之限制，而可能有職業自由之侵害。然此種規定並非直接對人民造成憲法上基本權之侵害，一般人仍得成為廠商之受雇者，僅有在少數的個案中可能產生排擠效應，而形成間接之侵害，而間接侵害是否能夠視為憲法基本權之侵害，仍有爭議。因此本文認為，此一規定雖對人民造成不便，但因其為間接之侵害，而該侵害又僅為枝微末節（Bagatellen）之事項，故應認為本案中受僱人之平等權及職業自由並未受到侵害，而無須檢討之。

(3) 綜上所述，本案中僅有營業自由之侵害，故以下以營業自由為主軸檢討之。

2. 本案中系爭條文後段係由立法院三讀通過之法律所限制，故本案中營業自由之侵害係因國家行為為之，並且符合形式法律保留原則。

3. 至於實質法律保留之部分，由於營業自由屬於職業自由之特別型態，故可引用職業自由之限制方式討論之。以下以釋字第 649 號解釋之分析方式，檢討系爭條文後段是否符合實質法律保留：

(1) 根據該號解釋，應先行將職業自由之限制方式類型化。因此該解釋先指出：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保

護特別重要之公共利益始得爲之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」而將職業自由之限制分爲執行職業自由、主觀條件與客觀條件之限制，並且給予不同之審查標準，而如前述，此一限制方式分類及審查標準，於營業自由亦應有所適用。

- (2) 本案中系爭規定第一項要求要求廠商於僱用員工時，員工在 100 人以上必須進用 100 分之 1 之原住民，亦即廠商仍得營業，僅是營業時必須注意特定規範，因此應認爲系爭條文後段屬於執行營業自由之限制，故系爭規定第一項之立法目的需具備一般公共利益，其爲達到目的之手段則需具備適當性。
- (3) 系爭條文第一項之目的係爲保障弱勢者之就業機會，依照釋字第 649 號解釋之意旨，徵諸憲法第一百五十五條後段及增修條文第十條第七項之「國家目標」意旨，並平衡原住民及非原住民之就業率，自屬特別重要之公共利益，依照舉重以明輕之法理，則當然符合一般公共利益，因此目的均屬正當。
- (4) 就手段而言，由於僅需具備適當性即可，其條件便相當寬鬆。而所謂適當性，依照行政程序法第 7 條爲「採取之方法應有助於目的之達成」。系爭條文後段係以特定資格之任用爲手段，便可保障就業時一定比例之人爲上述特定資格之人，故當然有助於目的之達成，而符合適當性原則。附帶一提，由於違反系爭規定之法律效果爲繳交代金而非行政罰，令雇主在聘用上仍保有一定彈性，其限制亦非過當，而具備必要性。

綜上所述，系爭條文之規定應屬合憲。

《參考資料：王韻茹，身心障礙者定額進用條款之合憲性探討—以身心障礙者權益保障法爲中心，中正大學法學期刊第 33 期，2011 年 4 月，頁 156 以下。》