

《憲法與行政法》

- 一、(一)對釋憲機關而言，「司法自制」(Judicial self-restraint)的概念意涵為何？在那些情境下，釋憲機關應運用此概念？且釋憲機關面對這些不同情境而運用此概念時，其背後的思想基礎為何？(30 分)
- (二)承(一)，我國司法院大法官是否曾在其解釋中採取與此概念相近的態度？請舉一個我國釋憲案例，概述其事實背景、解釋內容與解釋後的情形。(10 分)
- (三)承(一)，我國司法院大法官是否曾在其解釋中採取與此概念相反的態度？請舉一個我國釋憲案例，概述其事實背景、解釋內容與解釋後的情形。(10 分)

命題意旨	本題測驗重點在於：司法自制，又可稱之為司法最小主義，強調司法權不應介入未經爭執之事項，而將重點放置於民主程序的討論。此一理論最具代表性者，以美國著名憲法學教授 Cass R. Sunstein 為首。我國大法官解釋因具有抽象性而非針對具體個案，故在審查時多半及於非經聲請之事項，然自去年起則開始有所轉折。
答題關鍵	除對於該理論應有所認識外，考生亦應對解釋之來龍去脈有所理解，方能完整取得分數。
高分閱讀	1.宣政大，憲法講義第一回，頁 151-152。 2.宣政大，憲法講義第三回，頁 122。 3.黃昭元(2002)，〈司法極簡美德的積極實踐—評 Sunstein 教授的「司法最小主義」理論〉，《當代公法新論(上)》，頁 875-917，元照。

【擬答】

(一)所謂司法自制(judicial self-restraint)之意義、形成背景與運用方式，說明如下：

- 司法自制(judicial self-restraint)之概念係自美國所產生，其理由在於司法權相較於行政權、立法權雖是最不具殺傷力的權力(the weakest, the least dangerous)，而使得其可以享有強大的違憲審查權限；然而司法權卻同時也是三權中最不具民主正當性之權力，蓋美國總統及國會議員皆由民選，聯邦最高法院法官卻是由總統提名經國會同意後任命，聯邦最高法院於審理案件時亦無行政之停止程序或是國會的公開辯論，是以，若司法權過度介入政策決定，不僅與違反法院「不告不理」之原則外，同時也因為與代表民意的行政、司法(即所謂政治部門)意見相左，而產生「抗多數決困境」(counter-majoritarian difficulty)，故有自制之必要。
- 舉例言之，美國在 1920 年代的新政時期所推動之積極政策如最低基本工資制度，被聯邦最高法院於 *Lochner v. New York* 認定違憲，導致司法與政治部門產生緊張關係，方開始有限縮司法審查之想法，此可從兩個不同角度分析。
 - (1)美國著名學者 John Hart Ely 曾從違憲審查基準出發，說明法院審查應有的尺度，與司法自制之概念不謀而合，說明如下：
 - 憲法主要致力於確保個人爭端解決程序的公平與確保人民得以廣泛參與政治的程序與分配。憲法關注的在於「程序與結構」，至於實體價值則應由政治程序為之。
 - 故違憲審查應是一種「參與導向、代議補強」的機制(a participation-orientes, representation-reinforcing approach to judicial review)，法院的適切功能在於確保民主政府這部機器運轉如常，維持政治參與及溝通管道的暢通；違憲審查的目的在於確保政治過程的公平與開放，不應涉入實體價值的選擇。
 - 代議補強式的違憲審查符合代議民主的基礎前提，且最適合由法院擔任。
 - 法院僅在代議失靈(malfunction)時，也就是代議決策之「程序」不值得信賴時，始介入補強、導正之。至於所謂的「代議失靈」，可能有：
 - 政治性權利受限制：例如參政權、言論自由
 - 可疑分類：孤立而隔絕的少數(discrete and insular minority)
 在以上的情形，法院應採取嚴格的審查標準，其餘則否，而由政治部門決定之。
 - (2)美國著名憲法學教授 Cass R. Sunstein 教授則以其最有名的學說司法最小主義(judicial minimalism)闡示了司法自制的概念：



A. 審查程序部分：要求寧窄勿寬，亦即，只要解決眼前個案，無須確立寬廣的原則，也無須同時決定其他案件。以及寧淺勿深，無須說明太大的道理，只要將本案的決定及理由作成說明即可。

B. 實體審查部分：其認為在美國憲法有十項核心價值，法院唯有在這十項價值受到侵害時方需作成實體決定，其他則無須介入。此十項價值為免於無權監禁的保障、政治異議的保障、投票權、宗教自由、財產權、警察濫權禁止、法治、禁止刑求、不受奴役及人身自由。

3. 由上可知，司法自制背後最大的目的在於以民主為優先，此多少與德國憲法所強調的法治國原則有所不同。然美國民主之發展歷程一向以民主、多數決作為其核心價值，不具民意代表性之司法權自不合適於卻權限取而代之，且法院的目的在於促進政治部門民主思辯，使得民眾的意見更容易被政府所吸收。是以有此一理論產生。

(二)我國大法官於釋字第 684 號解釋採取了與司法自制類似之概念，其事實、解釋內容與解釋後之情形如下：

1. 該號解釋係為解決釋字第 382 號解釋僅允許學生被退學或類此情形，方得於窮盡校內救濟途徑後提起訴願、行政訴訟之困境。聲請人分別為某大學研究所碩一學生、研究所碩四學生及某私立技術學院進修部觀光餐旅學群觀光事業科二年級學生，而就釋字第 382 號解釋為聲請標的請求補充並變更解釋。

2. 該解釋則略以：「惟大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更。」而修正了釋字第 382 號解釋原本之見解。

3. 然該解釋僅開放大學生得提起行政爭訟一事，而不及於中小學生，便係因聲請人皆為大學生之故。對此一自我限縮，大法官之間見解便產生不同：

(1) 蘇永欽大法官以「如此看來，不論改採公法上特別連結的論述（中小學），或者大學自治（大學），法院在學生為校園事務與學校對簿公堂時，仍須作審慎的處理，論證上的負擔因此加重許多，可想而知，這固然是基本權保障體系建立過程，無可避免的發展，但如果教育法規就此能作更多的指引，對不確定性的降低應該會有不小的幫助，此所以德國從特別權力關係的論述轉向公法上的特別連結時，更強調立法的規範。從這個角度來看，本解釋不一次即作全面的處理，而僅以實際發生爭議，且屬某種歷史錯誤的大學部分加以變更，期待行政、立法部門也開始正視學生的行政救濟問題，應該算是合理的自我節制。」支持該號解釋之結論。

(2) 然李震山大法官卻否認此一見解，其認為「就訴願權與訴訟權之主體而言。受憲法第十六條保障之訴願權與行政訴訟權，是「每個人」的權利，不論自然人或法人、本國人或外國人、成年人或未成年人、大專學生或其他學生皆可享有。教育基本法第二條第一項亦規定：「人民為教育權之主體」，除涵蓋各種身分之受教育者，並無區分就讀於大專院校或中小學外，尚確立學生於教育關係中之主體地位。至無訴願或訴訟行為能力之中小學生，另設有法定代理人代為訴願或行政訴訟行為之制度，況大學生依一般情形，半數以上亦尚未成年，如對學校公權力措施不服，仍須由法定代理人代為提起訴願或行政訴訟，多數意見於本件解釋中，以大學及中小學之界限切割行政爭訟權之保障，先放行前者，並無法自圓其說。」主張不應受到聲請人身分之限制，而應將標的擴及於中小學生。

(三)我國大法官於釋字第 530 號解釋採取了與司法自制相反之概念，其事實、解釋內容與解釋後之情形如下：

1. 該號解釋之聲請人為監察院，其主張司法院、法務部所訂定之諸多司法行政命令並無法律依據，而有違法律保留原則，爰聲請解釋。

2. 而該解釋除了宣告數百個命令皆屬合憲外，理由書並以「憲法第七十七條規定：「司法院為最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」惟依現行司法院組織法規定，司法院設置大法官十七人，審理解釋憲法及統一解釋法令案件，並組成憲法法庭，審理政黨違憲之解散事項；於司法院之下，設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會。是司法院除審理上開事項之大法官外，其本身僅具最高司法行政機關之地位，致使最高司法審判機關與最高司法行政機關分離。為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨，司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制。」處理了聲請人並未詢問有關司法院定位之問題，而將司法院從最高司法行政機關改變為最高司法審判機關。

3. 此一解釋並要求立法院須於二年內修正司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，然該解釋作成於 2001 年，迄今仍未見立法者依照該意旨修法，學者間亦有不同見解。由上可知，若過度介入政策決定而無先在政治部門有充分討論，則可能適得其反。



二、(一)教育部(甲)為辦理大學及專科學校評鑑，委託「財團法人高等教育評鑑中心基金會」(乙)負責辦理 100 年度大學校務評鑑、系所評鑑、醫學系評鑑及護理系評鑑工作，並公告其評鑑結果，作為教育部經費補助及學校調整發展規模之參考。今有某私立大學(丙)認為乙基金會所公告之評鑑結果中，所列關於該校之缺失部分有誤，為違法評鑑，影響該校校譽及招生。試問：於本件情形，丙私立大學如欲依行政訴訟法第 7 條規定，提起行政訴訟合併請求損害賠償時，應列何者為被告？又於此一情形，丙私立大學如未經國家賠償法之協議程序，即逕依行政訴訟法第 7 條規定方式，於提起行政訴訟時合併請求國家賠償，則其合併提起之國家賠償請求部分是否合法？(25 分)

(二)若經濟部標準檢驗局委託甲財團法人檢驗中心辦理某項商品驗證業務，甲於辦理相關驗證業務時，發布法規命令，要求廠商於申請驗證時，須提出該商品之全部詳細成分以及原料來源，否則不予受理。乙廠商向甲申請驗證其 A 產品時，主張該商品之詳細成分涉及業務秘密而拒絕提出，甲因而不受理乙關於 A 產品之驗證申請。問：(25 分)

- (1)甲發布之法規命令是否合法？若乙對甲之不予受理決定不服，應如何救濟？若此案件進入行政訴訟程序，行政法院認為此法規命令之合法性有疑義時，應如何處理？
- (2)若有權訂定法規命令之經濟部，並未自行訂定對受託之法人或團體之資格要件、審查、監督考核及其他應遵行事項之法規命令，而是委任其所屬之經濟部標準檢驗局訂定，問：經濟部之委任是否合法？
- (3)若有權訂定法規命令之經濟部，並未訂定法規命令，而是訂定行政規則替代該法規命令，問：此項作法是否合法？

命題意旨	本題測驗重點在於：1.評鑑中心之法律地位；2.行政訴訟法第 7 條與國家賠償法之關係；3.法規命令合法性之相關問題。
答題關鍵	本題之爭點，多為晚近學說及實務上之重要爭點，考生若能列舉相關正反論述，並抒己見，當可掌握。
高分閱讀	溫台大，行政法上課講義，第二回，P.26 以下，P.46 以下、第七回，P.69 以下

【擬答】

(一)1.丙私立大學如欲依行政訴訟法第 7 條規定，提起行政訴訟合併請求損害賠償，依現行實務見解，應以教育部為被告，惟實應以「財團法人高等教育評鑑中心基金會」(下稱評鑑中心)為被告：

(1)教育部委託評鑑中心辦理 100 年度大學教務、系所等評鑑事宜，是否屬行政程序法第 16 條第 1 項所規定之「行政委託」？其所為之評鑑是否為行政處分，實務及學說上有正反二說：

A.否定說(實務見解)：

按行政程序法第 16 條第 1 項規定：「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。」則受委託行使公權力之私人或團體，經過主管機關之授與公權力，而與行政機關有相同之地位(司法院釋字第 269 號參照)。即受委託私人雖為私法上之主體，但其有以自己名義作成處分或決定的「名義上」獨立性，以及不受到指揮監督獨立執行委託業務的「執行上」獨立性，於委託範圍內，「視為行政機關」，則受託人執行行政任務可為各種行政行為，並非以行政處分為唯一類型，亦有可能為行政指導或者其他行政行為，故受託者之行為性質應視其內容定之。是故，評鑑中心係由教育部與全國大專校院共同捐助成立之財團法人，主要業務係辦理大學校院系所之評鑑，依其設立目的及業務範圍，其性質應是學說上所稱具有公法上任務之公法財團法人。其經教育部受託辦理大學評鑑，並獨立對外發佈評鑑結果，惟評鑑結果僅供教育主管機關「得以評鑑結果作為核定調整大學發展規模、學雜費及經費獎勵、補助之參據。」即教育部於核定增設及調整院、系、所、學位學程、組、班，調整招生名額、入學方式及名額分配暨學雜費及經費獎勵等事項得以大學評鑑結果作為參考，核與行政委託之私人或團體可以獨立對外為行政處分之類型有所不同，尚難僅以評鑑中心受教育部委託辦理評鑑即認為評鑑結果為行政處分(臺北高等行政法院 98 年度訴字第 52 號裁定參照)。

B.肯定說(多數學說見解)：

教育部依大學法第 5 條第 2 項規定，接受定期大學評鑑即成為各大學之法定義務權利，大學評鑑既具備法定強制性，則其性質上屬於公權力之行使，自無疑問。據此大學法之授權，教育部乃訂定「大學

評鑑辦法」委託評鑑中心辦理大學評鑑業務。而教育部之「委託」，屬於行政程序法第 16 條第 1 項之「行政委託」，且大學評鑑既具備公權力行使之強制性，一經公告送達，即重大影響受評大學與系所諸多公法上之權利義務，例如：對受評鑑學校及系所之「名譽權」、「社會評價」之破壞，事實上已侵害大學之基本權利，且亦可能導致其後主管機關教育部所為之後續監督管理及補助獎勵措施產生不利之審查及行政作為，故系爭評鑑之認可結果性質上當然屬於具對外發生法效性之行政處分。

(2) 結論：

比較上述肯定說與否定說，評鑑中心對受評學校各系所所為之「待觀察」、「未通過」之評鑑結果，不僅對受評學校之權利或法律上利益造成損害（例如：名譽權受損），且後續為教育部進一步作成對受評學校減招、調降學雜費收費基準、否准改名大學等處分之基礎，直接對受評學校辦學品質或專業表現產生確認效力之法律上效果，應屬行政處分之性質，應以肯定說為可採。故本題丙應以評鑑中心（乙）為被告，提起行政訴訟合併請求損害賠償。

2. 丙得依行政訴訟法第 7 條規定，於提起行政訴訟時合併請求國家賠償，不須踐行國家賠償法上之協議程序：

(1) 行政訴訟法第 7 條規定所謂如包括請求國家賠償，是否應先踐行國家賠償法第 10 條之協議程序，有正反見解：

A. 肯定說：

行政訴訟法第 7 條為國家賠償法之特別規定，因此合併請求國家賠償時，無庸先踐行「協議程序」。

B. 否定說：

行政訴訟法第 7 條之合併請求損害賠償雖包括國家賠償在內，但於行政訴訟中仍應踐行國家賠償法第 10 條之協議程序，以符國家賠償法規定之特別程序。

(2) 結論：

按國家賠償法關於請求程序係採雙軌制，當事人得循民事訴訟或行政訴訟途徑請求，其依民事訴訟法請求者，固應先以書面向賠償義務機關請求，協議不成始得提起民事訴訟；惟如依行政訴訟法第 7 條規定，於行政訴訟之同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付者，因該規定屬國家賠償法之特別規定，而在行政訴訟法上並無協議先行之規定，自亦無協議先行原則之適用（最高行政法院 93 年裁字第 675 號裁定參照），故本題丙合併請求國家賠償之訴訟部分，應為合法。

(二) 1. 本題經濟部委託甲財團法人辦理驗證業務，係將公權力（驗證）委由私人行使，屬行政程序法第 16 條所規定之委託私人行使公權力。相關問題析述如下：

(1) 受託行使公權力之團體甲財團法人得否居於行政機關之地位發布命令？應區分情形而定：

A. 公權力之行使係由法律直接授予之情形：

若授權法律有委任發布命令之規定者，該受委託之團體得發布法規命令或執行命令。

B. 公權力之行使係由行政機關基於法律規定或本職職權委託之情形：

此時，受委託之團體並無發布或執行命令之權限。因私法人團體似不適用中央法規標準法第 7 條規定，若允許其發布命令，將有規避立法監督之疑慮。

(2) 應循序提起課予義務訴願、課予義務訴訟，請求甲財團法人作成受理並驗證之處分：

(3) 按訴願法第 1 條第 1 項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」同法第 2 條第 1 項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。」行政訴訟法第 5 條第 1 項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」故乙若對甲之不予受理決定不服，得依前揭條文規定，循序提起課予義務訴願、課予義務訴訟。

(4) 行政法院若認為法規命令之合法性有疑義，對該命令有實質審查權，得於個案中認為違法而拒絕適用。但不得撤銷或宣告其無效。

2. 經濟部之委任，應非適法：

(1) 按司法院大法官釋字第 524 號解釋明白揭示：倘法律並無轉委任之授權，該機關即不得委由其所屬機關逕行發布相關規章，此即所謂「再授權」之禁止。

(2) 本案例中，有權訂定法規命令之經濟部，如未自行訂定對受託人之資格要件、審查、監督考核及其他應遵行事項之法規命令，而委任其所屬經濟部標準檢驗局訂定。若法律並無經濟部得再授權之明文規定，則



依前揭司法院大法官解釋之意旨，經濟部之委任並不適法。

3.經濟部若訂定行政規則，代替該法規命令，並非適法：

- (1)司法院大法官釋字第 524 號解釋意旨：法律授權主管機關依一定程序訂定法規命令以補充法律規定不足者，該機關即應予以遵守，不得捨法規命令不用，而發布規範行政體系內部事項之行政規則為之替代。
- (2)本件中，有權訂定法規命令之經濟部，若未訂定法規命令，而代之以低位階之行政規則，以規避法定程序及監督機智，則明顯違反前揭大法官解釋之意旨，應非適法。

三、A 公司依稅捐稽徵法第 28 條規定向國稅局申請退稅，經原處分機關否准，提起訴願未獲救濟，向行政法院提起行政訴訟，請求判令被告機關應作成同意退還已繳納稅款之行政處分。問：

- (一)行政法院如認為 A 公司之訴為無理由，作成實體駁回判決確定。嗣後 A 公司得否以發現判決時已存在而未引用之證據為由，依行政程序法第 128 條規定，向國稅局申請重新進行行政程序？（20 分）
- (二)A 公司認為行政法院確定終局判決所適用之法令有牴觸憲法之疑義，聲請大法官解釋，經大法官宣告該法令違憲，並自解釋公布之日起失其效力。如 A 公司有數案發生同一法令牴觸憲法疑義，是否亦有該件大法官解釋之適用？（15 分）不同聲請人 B 公司以同一法令牴觸憲法疑義聲請解釋，是否亦有該件大法官解釋之適用？（15 分）

命題意旨	本題之爭點有二：一為行政法上之爭議，即行政程序再開是否得在行政救濟確定後向原機關提出，考生憑法感應可猜測肯定及否定說之理由，然需注意實務見解係採取折衷見解。至於憲法爭議部分，則是大法官解釋宣告違憲而得聲請再審之範圍，考生應熟讀釋字第 193、686 號解釋。
答題關鍵	行政法之部分可能為考生較為忽略之處，但若仔細觀察法條應可略猜中一二；憲法部分則因題意較為不清，故需要以假設之方式作答，方屬上策。
高分閱讀	1.宣政大，行政法講義第二回，頁 118-120。 2.宣政大，憲法講義第一回，頁 151-152 3.宣政大，總複習講義，頁 168。 4.宣政大，《憲法精要》，頁 3-68。

【擬答】

(一)A 公司得否依照行政程序法第 128 條之規定聲請程序再開，說明如下：

1.行政程序重新進行之意義與要件

(1)行政程序重新進行規定於行政程序法第 128 條：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限。一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。」又被稱為程序再開，相當於訴訟法上的再審，相對人得對一個依法已不得提請救濟的行政處分，請求行政機關重新審查行政處分的適法性，並進而予以撤銷、變更或廢止之。此一制度之目的在於保護相對人或利害關係人之權利及確保行政之合法性，於其有一定事由時准許撤銷、廢止或變更原處分，以符法治國家精神，調和法之安定性與合法性間之衝突。

(2)綜合學說之見解，聲請程序重開之要件如下：

A.行政處分因法定救濟期間經過而具不可爭性。

B.須有條文所規定重新進行政程序之三款事由之一。學者指出，三款事由應作以下解讀：

(A)第一款專門規範合法行政處分之廢止情形，而所謂的事實應包含「法規」之變更。

(B)第二款則針對違法行政處分所規範之，需注意者為該款之發生應解釋為「發現」，否則將與第一款重疊。

(C)第三款就立法上為比照行政訴訟之非常救濟方式。

C.當事人或利害關係人非因重大過失，未在先前程序主張所據以申請程序重新進行之事由。

D.於條文所定之期限內（三個月、五年）申請。



2.於本案中，A 公司得否請求程序再開，應從以下角度觀之：

- (1)本案應以行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款作為申請程序再開之事由。
- (2)按「發生新事實或發現新證據者」得申請程序再開，行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款定有明文。由題意可知，A 公司發現判決時已經存在之新證據，而符合該款之要件。然該款尚強調需有「經斟酌可受較有利益之處分者為限」，此一要件難自題意所觀察出，應就該證據之具體內容再為進一步之決定。
- (3)然行政程序法第 128 條係要求需為「法定救濟期間經過後」方得提起訴訟，亦即人民並無提起救濟並經過不變期間後才有該條適用。而於本案中，A 公司已提起訴願及行政訴訟而遭駁回確定，是否仍可申請程序再開，便生爭議：
 - A.有認為程序重開僅限於法定救濟期間經過的情形，理由有三：
 - (A)條文之文義解釋。
 - (B)自制度分工而言，訴願、行政訴訟皆有再審之規定，故若進入行政訴訟程序，便應以行政訴訟之再審作為救濟。
 - (C)自條文修訂之歷史可知，原先的行政程序法草案係模仿德國聯邦行政程序法，允許在行政救濟敗訴確定後申請程序再開，然該草案伺候被修正為現今之「法定救濟期間經過後」，可知為立法者之有意省略。
 - B.另有認為，法定救濟期間經過僅應視為例示規定，並認為該制度亦得適用在法院駁回原告訴訟確定等其他行政處分不得再依通常救濟途徑請求撤銷之情形。蓋法院駁回原告訴訟確定之情形而形成有形式存續力之行政處分亦未必全為合法，若讓同屬違法而具有形式存續力的行政處分，人民皆得申請程序重新進行，便更符合憲法平等原則之要求。
 - C.惟我國實務採取折衷之見解，認為若得以行政訴訟之再審事由救濟，便不得申請程序再開，若係如行政程序法第 128 條第 1 項第 1 款之非行政訴訟得再審之事由，即得申請程序再開。**如最高法院 99 年判字第 1016 號判決**之見解，「行政程序法第 128 條...所稱「法定救濟期間經過後」，係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，予以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言。非經實體判決確定之行政處分，符合上開規定者，自得依上開規定申請重新進行行政程序，若經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，相對人或利害關係人得依再審程序謀求救濟，故不在重新進行行政程序之列。惟如無從依再審程序救濟者，解釋上，亦當容許其申請重新進行行政程序，以求周延。」本文從之。
- (4)由上可知，若以折衷說作為判斷，則依照行政訴訟法第 273 條第 1 項第 13 款，「當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物」得作為再審事由，則本案 A 公司便得以行政訴訟再審請求救濟時，便不得再行請求程序再開。

(二)依照相關大法官解釋，A 公司及 B 公司皆得請求再審，以資救濟：

1.A 公司部分

- (1)依照釋字第 193 號解釋之意旨，『至本院釋字第一七七號解釋所稱：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，於聲請人以同一法令抵觸憲法疑義而已聲請解釋之各案件，亦可適用。』可知釋字第 177 號解釋所創設之解釋文溯及聲請人之效力，除聲請之本案外，尚擴及其他聲請人所聲請之案件中。
- (2)於本案中，A 公司有數案因同一法令抵觸憲法，雖已符合釋字第 193 號解釋之要件之一，然自題意尚無法判斷該數案件是否皆已經聲請解釋。若業已聲請解釋，則皆可聲請再審；反之若無則否。

2.B 公司部分

- (1)依照釋字第 686 號解釋理由書之意旨，『為貫徹上述釋字第一七七號及第一九三號解釋使聲請人得依法定程序請求救濟之意旨，且基於平等原則，對均於解釋公布前提出聲請且符合法定要件之各聲請人，不應予以差別待遇，故本院就人民聲請解釋之案件作成解釋公布前，原聲請人以外之人以同一法令抵觸憲法疑義聲請解釋，雖未合併辦理，但其聲請經本院大法官決議認定符合法定要件者，其據以聲請之案件，亦可適用本院釋字第一七七號解釋所稱「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」。本院釋字第一九三號解釋應予補充。...另行政訴訟法第二百七十三條第二項之規定，係依本院釋字第一七七號、第一八五號解釋意旨所為之具體規定，同一聲請人以同一法令抵觸憲法疑義而聲請解釋之各案件，固得依本院釋字第一九三號解釋意旨加以適用。即不同聲請人以同一法令抵觸憲法疑義而於解釋公布前聲請解釋，且符合聲請法定要件之各案件，自亦有本號解釋之適用而得提起再審之訴請求



救濟。」

本案係行政訴訟之再審，故依照上述解釋之意旨應係以行政訴訟法 273 條第 2 項，「確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者，其聲請人亦得提起再審之訴」作為再審依據，然該項亦應隨同釋字第 686 號作同一解釋，即得再審之人擴張於「原聲請人以外之人以同一法令牴觸憲法疑義聲請解釋，雖未合併辦理，但其聲請經本院大法官決議認定符合法定要件者」。而依照題旨，B 公司係以同一法令違憲聲請解釋，但大法官是否業已受理則不明顯。是以，倘若該聲請於 A 公司所聲請之案件做出前，大法官即受理時，便是所謂「經本院大法官決議認定符合法定要件」，而亦得聲請再審。

- 四、甲滯欠綜合所得稅新臺幣 50 萬元，經移送法務部行政執行署所屬高雄行政執行處（下簡稱高雄行政執行處）強制執行。茲高雄行政執行處認甲有行政執行法第 17 條第 1 項第 3 款「就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事」，乃作成 A 函，請內政部入出國及移民署限制甲出境，並通知甲。甲不服，依行政執行法第 9 條聲明異議，經法務部行政執行署作成決定駁回聲明異議。問：
- (一) A 函之法律性質為何種行政行為？（5 分）
 - (二) 甲如仍對駁回聲明異議之決定不服，得否續提起行政救濟？如為肯定，其各階段之管轄機關或法院為何？（15 分）
 - (三) 承(二)，若甲合法提起行政訴訟，惟甲於訴訟中僅聲明請求撤銷 A 函，其餘未寫隻字，法院可否逕為甲敗訴之判決？又設甲雖主張高雄行政執行處認定其有「就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事」顯屬無稽，惟未進一步提出任何事證以實其說，而高雄行政執行處亦未提出充足事證，法院應如何分配舉證責任？（15 分）
 - (四) 假設現行行政執行法第 9 條增訂「執行機關之直接上級機關作成駁回聲明異議之決定後，義務人不得再聲明不服」之規定，是否違憲？（15 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.多階段處分之性質認定；2.對於行政執行異議決定不服之救濟；3.行政訴訟舉證責任分配原則；4.立法明文規定行政行為不受司法審查之合憲性問題。
答題關鍵	本題所涉爭點，於實務及學說上均有主流之見解，若以實務見解為基礎，輔以學說論述，當可為完整之鋪陳。
高分閱讀	溫台大，行政上課講義，第三回，P.43 以下、第四回，P.24 以下。

【擬答】

(一) A 函之法律性質，屬行政程序法第 92 條第 1 項所規定之行政處分：

1. 按行政程序法第 92 條第 1 項規定：「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。」可知行政處分以行政機關作成、單方性、針對具體事件、病對外發生法律效果等為要件。與本件最為相關者，係 A 函是否「對外發生法律效果」？若為肯定，則屬行政處分性質，若為否定，則僅可能為「內部行政行為」或「觀念通知」。
2. 本件中，高雄行政執行處認甲構成行政執行法第 17 條第 1 項第 3 款之要件，乃作成 A 函通知入出國及移民署（下稱移民署）限制甲出境，此為典型之「多階段行政處分」（mehrstufiger Verwaltungsakt），理論上，移民署對甲作成限制出境之決定屬行政處分之性質，殆無疑義。至於 A 函則似屬多階段處分之前階段行為，並不具有對外之法效性。
3. 惟實務及學說上認為，為確保行政處分相對人或利害關係人得即時提起救濟，以充分保障其爭訟權益，故認為於下列情形時，意外對前階段之行為提起救濟：「1. 作成處分之機關（即最後階段行為之機關），依法應予尊重，且不可能有所變更者；2. 先前階段之行為具備行政處分之要素；3. 已直接送達或以他法使當事人知悉者（例如以公函之副本送交當事人）」換言之，即例外承認前階段之行為具有對外效力，屬行政處分之性質。
4. 於本案中，高雄行政執行處作成 A 函時，「並通知甲」，符合前述「已直接送達或以他法使當事人知悉者（例如以公函之副本送交當事人）」之情形，故例外承認 A 函對甲發生法律效果，具有行政處分之性質，甲並得對 A 函提起行政爭訟。

(二) 甲對行政執行署作成駁回聲明異議之決定，續謀行政救濟。並應向法務法務部提起訴願，對該不訴願決定仍有不服者，則應向高雄高等行政法院，提起行政訴訟：



1. 按行政執行法第 9 條第 1、2 項規定：「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。」次按最高行政法院民國 97 年 12 月 26 日 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議（三）決議：「行政執行法第 9 條規定...（略）...旨在明定義務人或利害關係人對於執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，如何向執行機關聲明異議，以及執行機關如何處理異議案件之程序，並無禁止義務人或利害關係人於聲明異議而未獲救濟後向法院聲明不服之明文規定，自不得以該條規定作為限制義務人或利害關係人訴訟權之法律依據，是在法律明定行政執行行為之特別司法救濟程序之前，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，自不待言。」依前揭規定及決議之意旨，可知甲若不服行政執行署作成駁回聲明異議之決定，仍得續行提起行政救濟。

2. 按訴願法第 4 條第 6 款規定：「不服中央各部、會、行、處、局、署所屬機關之行政處分者，向各部、會、行、處、局、署提起訴願。」同法第 13 條前段規定：「原行政處分機關之認定，以實施行政處分時之名義為準。」次按行政訴訟法第 24 條規定：「經訴願程序之行政訴訟，其被告為下列機關：一、駁回訴願時之原處分機關。二、撤銷或變更原處分時，為撤銷或變更之機關。」同法第 13 條規定：「對於公法人之訴訟，由其公務所所在地之行政法院管轄。其以公法人之機關為被告時，由該機關所在地之行政法院管轄」。

3. 本件作成異議決定之機關，為法務部行政執行署，依訴願法第 13 條、第 4 條第 6 款規定，應向法務部提起訴願。若法務部仍駁回假之訴願，則依行政訴訟法第 24 條規定，須以原處分機關為被告。而本件之原處分機關，依現行實務認定，應為作成 A 之高雄行政執行處，而非為異議決定之行政執行署。故甲應以高雄行政執行處為被告，而其所在地之管轄法院，應為高雄高等行政法院。

(三) 甲若於訴訟中僅聲明請求撤銷 A 函，其餘未寫隻字，法院亦不得逕為甲敗訴之判決。又本件就甲是否有隱匿或處分財產之情事，應由高雄行政執行處負舉證責任：

1. 按行政訴訟法第 125 條第 1 至 3 項規定：「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」此為行政法院職權調查義務及闡明義務之規定。而訴訟標的及其原因事實為起訴必備之程式（行政訴訟法第 105 條第 1 項第 3 款），原告提起訴訟其所據以請求之法律關係究為公法上何法律、法規命令、自治規章即為訴訟標的，其所主張該當據以請求法律關係之事實即為原因事實，若原告聲明或陳述有不明瞭或不完足者，行政法院應有義務闡明，令其敘明或補充之。若當事人無法明確指出據以請求之法律依據，行政法院應依上訴人所提出之事實，判斷何者為原因事實，並以此為適用法律之基礎，依職權適用法律，並於判決書中說明所認定事實及涵攝法律得心證之理由，否則即有判決不適用法規或適用不當之違背法令（最高行政法院 95 年度判字第 1037 號判決參照）。

2. 因此，甲若於提起訴訟時，僅聲明請求「撤銷 A 函」，其餘未寫隻字，法院應令其敘明或補充，而非逕為其敗訴之判決。

3. 又行政處分作成生效後，依行政程序法第 110 條第 3 項規定，應即推定為「有效」，當事人主張行政處分係屬違法者，自應由該主張者於提起行政爭訟時，指明行政處分如何係屬違法，再依舉證責任法則分配舉證責任，由負舉證責任者為舉證，而後由訴願決定機關或行政法院就違法事實之有無為調查，並據以認定行政處分是否違法，非謂主張行政處分違法者，僅泛言行政處分為違法，訴願決定機關或行政法院即應主動全面審查行政處分之合法性（最高行政法院 96 年度判字第 1046 號判決參照）。惟依行政訴訟法第 136 條準用民事訴訟法第 277 條規定，即當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，惟此一規定並不能解決客觀舉證責任之分配，鑑於行政訴訟案件類型繁多，尚不能有一共通之舉證責任分配原則可資適用，為期具體個案之公平判斷，應由法官就各該個案所應適用法律精神、訴訟及事件之性質、舉證之難易度，依利益均衡原則作合理之分配，不能逕引民事訴訟舉證責任分配之原則（最高行政法院 99 年度判字第 808 號判決參照）。而本件要求人民甲證明其並無「就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事」之消極事實，洵屬困難，故分配舉證責任時，應參照事件之性質，考量舉證之難易及對立當事人間之均衡，作為舉證責任之轉換，而命由高雄行政執行處負舉證責任。



(四)行政執行法第 9 條若增訂「執行機關之直接上級機關作成駁回聲明異議之決定後，義務人不得在聲明不符」之規定，將有違憲之疑慮：

- 1.按憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願、及訴訟之權」。又行政救濟程序可分為法院外救濟程序（即行政體系內部救濟程序）與法院內救濟程序（即行政訴訟程序），二者功能有別，無從互相代替。行政執行法第 9 條之聲明異議程序係屬法院外救濟程序，未經法院審查，不足以保障人民之訴訟權。
- 2.又按司法院釋字第 384 號解釋認民國 8 年 7 月 29 日修正公布之檢肅流氓條例第 5 條關於警察機關認定為流氓並予告誡之處分，人民除向內政部警政署聲明異議外，不得提起訴願及行政訴訟，與憲法第 16 條規定意旨相違。該條例法有明文經聲明異議後不得提起訴願及行政訴訟，亦且為大法官認為違憲，由此可知，若行政執行法第 9 條為如此之增訂，亦同有違憲之疑慮。

附錄法條

入出國及移民法第六條

國民有下列情形之一者，入出國及移民署應禁止其出國：

- 一、經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。
- 二、通緝中。
- 三、因案經司法或軍法機關限制出國。
- 四、有事實足認有妨害國家安全或社會安定之重大嫌疑。
- 五、涉及內亂罪、外患罪重大嫌疑。
- 六、涉及重大經濟犯罪或重大刑事案件嫌疑。
- 七、役男或尚未完成兵役義務者。但依法令得准其出國者，不在此限。
- 八、護照、航員證、船員服務手冊或入國許可證件係不法取得、偽造、變造或冒用。
- 九、護照、航員證、船員服務手冊或入國許可證件未依第四條規定查驗。
- 十、依其他法律限制或禁止出國。

受保護管束人經指揮執行之少年法院法官或檢察署檢察官核准出國者，入出國及移民署得同意其出國。

依第一項第二款規定禁止出國者，入出國及移民署於查驗發現時應通知管轄司法警察機關處理，入國時查獲亦同；依第一項第八款規定禁止出國者，入出國及移民署於查驗發現時應立即逮捕，移送司法機關。

第一項第一款至第三款應禁止出國之情形，由司法、軍法機關通知入出國及移民署；第四款至第六款及第十款情形，由各權責機關通知入出國及移民署。

除依第一項第二款或第八款規定禁止出國者，無須通知當事人外，依第一款、第三款至第六款規定禁止出國者，入出國及移民署經各權責機關通知後，應以書面敘明理由通知當事人；依第十款規定限制或禁止出國者，由各權責機關通知當事人；依第七款、第九款、第十款規定禁止出國者，入出國及移民署於查驗時，當場以書面敘明理由交付當事人，並禁止其出國。

