

# 《憲法與行政法》

一、某一社會名人，對於核能發電政策持極端反對立場，曾公開宣示：「若政府持續擴大核能發電的計畫，將無限期以絕食抗議，政府若不表示將來放棄核能的使用，絕食抗議絕不停止。」鑑於國內經濟發展及發電的公益需求，政府一直未宣布將來有放棄使用核能發電的可能性。該社會名人遂依其公開宣布的內容，進行絕食。為表達對核能政策的抗議，讓名人遂依法申請集會，並發表「絕食宣言」。此一事件引發媒體的持續關注，絕食活動進行至第五天，該名人出現虛脫的現象，眼見活動再持續下去，該名人可能會有生命危險。主管機關人員見此種情形，擬依行政執行法第 37 條有關「即時強制」的規定，以該名人有「意圖自殺，非管束不能救護其生命者」，擬對之進行「強制灌食」，但該名人當時仍有意識，表示拒絕。請問：

(一)以「絕食」作為「集會」的方式，是否屬於憲法所保障？是否構成「象徵性言論」？「象徵性言論」有何構成要件？在憲法上有何意義？(25 分)

(二)主管機關若以該名人有自殺之虞，進行強制灌食，是否屬於「人身自由」之拘束而須依照憲法第 8 條所規定的法定程序進行？若以行政執行法第 37 條作為依據，是否符合法律保留原則？此種措施對於該名人何種基本權利會造成限制？其權利主張之憲法依據為何？(25 分)

命題意旨	本題係改編自去年重大時事，同時測驗考生相關之憲法議題。考生若不曾聞本則議題亦屬無妨，仍可從題目中判斷涉及之基本權與爭點。然仍應引用相關之解釋作為論述依據。
答題關鍵	第一小題：司法院釋字第 718 號解釋、象徵性言論之定義。 第二小題：司法院釋字第 689、690 號解釋、行政執行法第 37 條之內容
考點命中	1.《高點憲法講義》第二回，宣政大編著，2015 年版，頁 7~10，51~52，86~89。 2.《高點行政法講義》第四回，宣政大編著，2015 年版，頁 182。 3.《憲法精要》來勝出版，宣政大編著，2013 年，頁 2-16~2-19。

## 【擬答】

本題涉及集會與言論自由之內涵與人身自由之範圍，以下說明之：

(一)對於集會自由之內涵與象徵性言論之定義，說明如下：

1.絕食於我國應屬集會自由之一環

(1)依照我國憲法第 14 條，人民享有集會自由。然依照公民與政治權利公約（下稱公政公約）第 21 條，「和平集會之權利，應予確認...」德國基本法第 8 條亦稱，「德國人皆享有無需報備或許可而和平與不攜帶武器的集會自由。」是以，多數見解認為，憲法上對集會自由之保障，係限於以和平方式進行之集會。基此，司法院釋字第 718 號解釋理由書亦認為，「憲法第 14 條規定人民有集會之自由，旨在保障人民以集體行動之方式和平表達意見，與社會各界進行溝通對話，以形成或改變公共意見，並影響、監督政策或法律之制定，係本於主權在民理念，為實施民主政治以促進思辯、尊重差異，實現憲法兼容並蓄精神之重要基本人權。」而限縮原先憲法本文所無之限制。

(2)因此，本件關鍵在於，以絕食作為集會之進行方式，是否仍屬於上述的「和平」集會，而受到憲法之保障？就此，本文採肯定之見解：

①所謂「和平」之集會，係指不含有暴力意圖的組織者和參與者的集會。然在運作上，集會自由與言論自由密不可分，是以，縱然表達的言論內容令人不悅，尚不足以構成非和平之集會。此外，政府不能以有可能出現暴力反示威；或是有非組織者及懷有暴力意圖的極端主義者出現；或是遊行有真正風險，組織者無法控制，將發展至擾亂社會秩序為由，剝奪和平集會的權利。

②於本件情形，該社會名人以絕食作為集會之方式，縱然絕食之社會觀感呈現兩極化，但終究係對自身健康造成危害，而並無干預他人，是以仍屬和平集會之範圍，應無疑義。

③再者，集會需和平之概念，容有模糊地帶且與集會自由之本質衝突。學者曾指出，如果完全剝奪「喧擾」與「威脅」，那集會遊行權就變成了基層異議者謙卑祈求的儀式而已。因此，立法者與警方，都不能刻意將集會遊行限縮在「溫文有禮」的範圍。李震山前大法官亦於司法院釋字第 718 號解釋之部分不同意見書亦指出，「集會遊行之舉行，時間若選在二月二十八日具哀悼意義的國定紀念日，地點擇於具高度政治與空間象徵意涵的總統府前凱達格蘭大道，方式採取介於和平與強制灰色地帶的「靜坐封鎖」或更激烈的「絕食靜坐」、「臥軌抗爭」，並穿著特定制服或攜帶特別旗幟標語等，在在都與

集會遊行訴求之目的與內容產生合理正當且緊密的關聯。」顯見若過度強調和平，反而失去集會自由之本意

④末以，本件絕食是否真涉及集會自由？蓋依照本件事實，該名人自己宣布絕食後申請集會，但其他與會者並無一同絕食，因此，一人的絕食是否會影響所有人的憲法上集會自由，頗值商榷。

## 2. 關於象徵性言論，說明如下：

- (1) 所謂的「象徵性言論 (symbolic speech)」，也就是以行動來表達意見，例如，以焚燒國旗來表達對於國家的不滿。一般認為，象徵性言論的要件有二：1. 表意人主觀上想藉由這樣的肢體動作，表達內心的意念；2. 配合整體客觀環境，他人（觀眾）看到這樣的肢體動作，也知道表意人想表達某種意念；即屬於言論自由所保障的表意行為。
- (2) 象徵性言論之意義，在於將原先政府機關之「非內容限制」轉變為「內容限制」。就此，可將象徵性言論的內涵再分為「表意成分」(expressive element) 及「非表意成分」(non-expressive element) 兩部分，而分別審查政府限制的合憲性。換言之，政府限制該行為，究竟是限制人民表達意見，或是限制人民做出該種行為？因此以我國刑法第 160 條的焚燒國旗罪，很明顯的是限制人民抗議政府的言論與毀損物品之行為（但主要則是為了限制前者）；但若是限制人民不得刺殺元首，則同時限制人民抗議政府的言論與殺人行為（但主要則是為了限制後者），其合憲性便無太大疑義。
- (3) 本件應構成象徵性言論，蓋就主觀而言，該社會名人係欲以絕食方式表達對政府核能政策之不滿，而具有意見表達之性質；另就客觀而言，旁人聽聞該社會名人絕食，亦可得知其目的在於抗議政府核能政策，亦寓有意見之傳遞。是以，本件認定絕食屬於象徵性言論，應屬可採。

## (二) 對於絕食之人給予強制灌食，所涉及之憲法議題

### 1. 強制灌食非屬對人身自由之限制

- (1) 憲法第 8 條第 1 項稱，人民之身體自由應予保障，係為所謂人身自由。一般認為，人身自由之意旨在於避免政府機關對人民為違法之逮捕拘禁，進而限制人民身體。
- (2) 依照本件事實，主管機關意圖對絕食之人給予強制灌食，然強制灌食本身雖已違反本人之自由意志，然終究非屬上述將行為人逮捕拘禁限制於某一特定處所，而無達到身體自由之限制，是以尚無憲法第 8 條之適用。
- (3) 退步言之，縱本件為憲法第 8 條之人身自由限制，是否需符合憲法第 8 條法定程序，亦值得注意。司法院釋字第 690 號解釋理由書便指出，「人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。」並認為依照傳染病防治法所為的強制封院，雖屬對人民人身自由之限制，然尚無需受法官保留原則之拘束，可資參考。

### 2. 行政執行法第 37 條得作為強制灌食之依據

- (1) 行政執行法第 37 條係屬對於人之管束之方法，而屬於行政執行法中即時強制之一環。稱即時強制者，依照行政執行法第 36 條，係指行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為之行為。
- (2) 一般認為，即時強制之規定屬於行政作用法，而可推知行政執行法之即時強制權限，乃劃歸各個目的事業主管機關，是以行政執行法第 37 條本身即可作為行政機關對於人之管束之方法之依據。然問題在於，行政執行法第 37 條並無明文規定機關得以強制灌食作為管束方式，此一管束行為是否符合法律保留？對此本文採肯定見解，蓋行政執行法第 37 條第一項第四款稱，即時強制之方法尚有「其他認為必須救護或有害公共安全之虞，非管束不能救護或不能預防危害者」，顯見即時強制之方法於該條係採例示之規定而非列舉。是以縱然強制灌食並未明文規定於行政執行法第 37 條，主管機關之所為，仍應屬該款範圍，而可認為符合法律保留原則。但此一強制灌食是否符合其他法治國原則，則尚待檢驗。

### 3. 強制灌食應屬對人民一般行為自由之侵害；於本件事實尚為對言論自由之侵害

- (1) 司法院釋字第 689 號解釋理由書曾指出，「為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。」而另有所謂一般行為自由的概括基本權。
- (2) 依照本件事實，主管機關係違反當事人之意願予以強制灌食，係對行為人之自由意志，即其希望透過絕食而表達意見之手段為限制，故屬於憲法第 22 條之一般行為自由之侵害。
- (3) 此外，如前所述，絕食屬於象徵性言論，因此主管機關透過強制灌食終止絕食，在本件亦屬對言論自由

之侵害，併為說明。

二、A 市政府為抑制房價，訂定「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」，其中第 15 點第 1 項規定：「房屋為鋼筋混凝土以上構造等級，經逐棟認定具有下列八項標準，為高級住宅，其房屋構造標準單價按該棟房屋座落地點之街路等級調整率加成核計：(一)獨棟建築(二)外觀豪華(三)地段絕佳(四)景觀甚好(五)每層戶少(六)戶戶車位(七)保全嚴密(八)管理週全」。某甲於 A 市有房屋數戶，經 A 市不動產評價委員會認定符合上述規定而為高級住宅，定其標準價格，並由稽徵機關核課較高之房屋稅。某甲不服，經依法定程序循序提起行政訴訟。問：

(一)A 市政府訂定「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」第 15 點第 1 項之規定，據以評定房屋標準價格，是否違反法律保留原則？我國實務上就此有何不同見解？請分析說明之。

(30 分)

(二)在某甲所提起之行政訴訟中，行政法院對於 A 市不動產評價委員會依據「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」第 15 點第 1 項所定之標準價格加以審查時，其審查密度如何？應注意那些事項？請說明之。(20 分)

參考法條：

房屋稅條例

第 9 條

各直轄市、縣（市）（局）應選派有關主管人員及建築技術專門人員組織不動產評價委員會。不動產評價委員會應由當地民意機關及有關人民團體推派代表參加，人數不得少於總額五分之一。其組織規程由財政部定之。

第 10 條第 1 項

主管稽徵機關應依據不動產評價委員會評定之標準，核計房屋現值。

第 11 條第 1 項

房屋標準價格，由不動產評價委員會依據下列事項分別評定，並由直轄市、縣（市）政府公告之：

一、按各種建造材料所建房屋，區分種類及等級。

二、各類房屋之耐用年數及折舊標準。

三、按房屋所處街道村里之商業交通情形及房屋之供求概況，並比較各該不同地段之房屋買賣價格減除地價部分，訂定標準。

命題意旨	本題之命題意旨，在於測驗答題者對於稅捐法定主義之操作及判斷餘地理論之理解。
答題關鍵	最高行政法院 104 年度 4 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議
考點命中	1.《高點行政法講義》第一回，溫台大編撰，頁 69 以下，頁 174 以下。 2.《高點行政法總複習講義》全一回，溫台大編撰，法律保留部分。

【擬答】

(一)有關「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」是否違反法律保留原則而無效，實務及學理上有不同見解。1.否定說：

(1)在我國之租稅法律主義，並非採用較嚴格之「國會保留」，而是承認得以法律授權之法規命令定之，採取「法律保留」的立場。又關於法律授權之方式，則承認以「概括授權」訂定法規命令，至於其有無超越法律授權，則認為應依法律整體規範意旨「綜合判斷」之。我國房屋稅的稅基係「房屋現值」（房屋稅條例第 5 條參照），房屋現值之計算，則係依房屋標準價格的相關事項定期評定之（房屋稅條例第 11 條參照）。至於評定房屋標準價格的相關事項，並非以房屋的單一情形（如面積大小）為準，依房屋稅條例第 11 條第 1 項規定，房屋標準價格係「由不動產評價委員會依據下列事項分別評定，並由直轄市、縣（市）政府公告之」以觀，除了明定房屋標準價格的相關事項，並授權不動產評價委員會評定及由直轄市、縣（市）政府公告，以符合「租稅法律主義」的要求之外，依其法律規定之意旨，應含有評定客觀的房屋標準價格，以利「稽徵經濟」之效率，以及在合理範圍，按房屋各種價格因素，各別評定

房屋標準價格，以達「量能課稅」之目的。至於在法定事項範圍之內，如何調配各種價格因素，評定其房屋標準價格，以符「量能課稅」之規範意旨，或是區分房屋之類型級別，依相關價格因素評定各別房屋標準價格，以便於「稽徵經濟」及「量能課稅」之達成，依法律保留原則「層級化」之理論，核屬執行法律之細節性、技術性次要事項，得由主管機關發布命令為必要之規範，系爭作業要點未超出屋稅條例第 11 條第 1 項規定授權之範圍。

## 2. 肯定說

各直轄市、縣（市）（局）之不動產評價委員會評定房屋稅條例第 11 條第 1 項所定事項，用以決定房屋標準價格。此乃對房屋稅之稅捐客體決定其稅基（稅捐客體量化後之金額或數量）之法定方式，行政命令不得與之牴觸。換言之，各直轄市、縣（市）（局）之不動產評價委員會，不得訂定以房屋稅條例第 11 條第 1 項所定以外之事項，以決定房屋標準價格之行政命令，否則逾越房屋稅條例第 11 條第 1 項之授權範圍。

而現行最高行政法院 104 年度 4 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議則認為，房屋標準價格及房屋現值評定作業要點，無非依據房屋建材及其他影響房屋交易之價格因素，區分及限制高級住宅之適用範圍，並定其標準價格，係在上開 3 款基準範圍內，核計房屋現值，如不逾市場交易價格，即符合前揭房屋稅條例之規定旨意，無違法律保留原則及租稅法定主義。

(二) 行政法院對於上開作業要點規定之標準價格認定，應降低審查密度，並注意是否有判斷餘地之瑕疵：

由於上開作業要點規定之標準價格認定，係基於主管機關專業，針對不確定法律概念所為之判斷，主管機關對之享有判斷餘地，法院對該判斷餘地，基於權力分立原則，應予尊重而降低審查密度，惟須注意「1. 行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。2. 法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。3. 對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。4. 行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。5. 行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。6. 行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。7. 作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。8. 行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等（司法院釋字第 382 號、第 462 號、第 553 號解釋理由參照）」，亦即須注意是否於判斷上有瑕疵。又主管機關必須就其判斷過程，盡相當之說明義務，就其認定之事實為必要舉證，方能取得法院尊重其判斷餘地之基礎，併予敘明。

三、雲林縣林內垃圾焚化廠開發單位於民國（下同）90 年 3 月 6 日檢具環境影響說明書，送請雲林縣政府審查，經審查會作成結論，不須進行第二階段環境影響評估，本案有條件通過環境影響評估審查。嗣於 90 年 5 月 2 日公告雲林縣林內垃圾焚化廠興建營運計畫影響說明書審查結論。某甲主張其住所距離垃圾焚化廠預定地二公里以內，如垃圾焚化廠開始營運，所造成之空氣及水源之污染，將影響其身體健康及農作物之生長，生存權及財產權均有受損害之虞，爰循序提起撤銷訴訟，請求撤銷雲林縣政府環境影響評估審查結論之行政處分。

試問：

(一) 按行政訴訟法第 4 條第 1 項規定，人民因行政機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益者，得提起撤銷訴訟。故原告提起撤銷訴訟，必須有可能受損害之公法上權利存在，始為適格之當事人。甲提起撤銷訴訟，主張其公法上之權利係基於環境影響評估法，因環境影響評估法之目的，除保護公共利益之外，亦保護個人之主觀權利，故其為適格之原告。甲之主張是否可採？其法理依據何在？（30 分）

(二) 甲可否直接依憲法第 15 條保障生存權及財產權之規定，主張其權利受損害而為適格之當事人？（20 分）

版權所有，重製必究！

參考法條：

環境影響評估法

第 1 條

為預防及減輕開發行為對環境造成不良影響，藉以達成環境保護之目的，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法令之規定。

第 5 條 下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：

- 一、工廠之設立及工業區之開發。
  - 二、道路、鐵路、大眾捷運系統、港灣及機場之開發。
  - 三、土石採取及探礦、採礦。
  - 四、蓄水、供水、防洪排水工程之開發。
  - 五、農、林、漁、牧地之開發利用。
  - 六、遊樂、風景區、高爾夫球場及運動場地之開發。
  - 七、文教、醫療建設之開發。
  - 八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。
  - 九、環境保護工程之興建。
  - 十、核能及其他能源之開發及放射性核廢料儲存或處理場所之興建。
  - 十一、其他經中央主管機關公告者。
- 前項開發行為應實施環境影響評估者，其認定標準、細目及環境影響評估作業準則，由中央主管機關會商有關機關於本法公布施行後一年內定之，送立法院備查。

第 8 條 前條審查結論認為對環境有重大影響之虞，應繼續進行第二階段環境影響評估者，開發單位應辦理下列事項：

- 一、將環境影響說明書分送有關機關。
- 二、將環境影響說明書於開發場所附近適當地點陳列或揭示，其期間不得少於三十日。
- 三、於新聞紙刊載開發單位之名稱、開發場所、審查結論及環境影響說明書陳列或揭示地點。

開發單位應於前項陳列或揭示期滿後，舉行公開說明會。

第 9 條 前條有關機關或當地區民對於開發單位之說明有意見者，應於公開說明會後十五日內以書面向開發單位提出，並副知主管機關及目的事業主管機關。

命題意旨	本題旨在測驗考生對於保護規範理論之理解。
答題關鍵	須主張保護規範理論之判斷要件，尤須注意主張者是否為保護規範效力所及之判斷。
考點命中	1.《高點行政法講義》第一回，溫台大編撰，頁 142 以下 2.《高點行政法講義》第二回，韓台大編撰，主觀公權利部分

#### 【擬答】

(一)甲之主張，應屬可採：

- 1.按公法上之規範，原則上係為保障「公益」而設，人民原則上不得以公法規範作為其請求權基礎，要求國家為一定之作為或不作為，因此行政訴訟法第 9 條規定，原則上禁止「公益訴訟」。惟若特定之公法規範除保障公益外，尚兼有保障私益之性質，則該規範即被評價為「保護規範」(Schutznormen)，得為人民可據以主張「主觀公權利」之依據。至於如何判斷特定公法規範，是否兼有保障私益之性質，大法官釋字第 469 號解釋明白揭示：「法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」，換言之，除立法者於某法規明確規定特定人得享有權利外，即使無明文規定，但若就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，其亦屬特定人得據以主張之「保護規範」，而該判斷標準即為「保護規範理論」(Schutznormentheorie)。
- 2.而即使特定之公法規範屬「保護規範」，亦非人人皆得據以主張主觀公權利，主張者尚須為該「保護規範效力所及」之人，例如主張者若具備「沿住戶關係」或「競爭者關係」，則可被認定為受保護規範效力所及者，而得主張該保護規範。
- 3.本件中，環境影響評估法第 5 條、第 8 條等規範，除維護環境之公益外，依該法第 1 條明文規定，其立法

目的為「預防及減輕開發行為對環境造成不良影響，藉以達成環境保護」，由此可知，該等條文規定，尚兼具有保障因開發行為而可能受影響之私人，其憲法所保障之生命權、身體權、財產權等，屬特定人得據以主張之「保護規範」，且某甲住所係距離雲林縣林內垃圾焚化廠二公里以內，亦為保護規範效力所及之人，故其主張，應屬有理由。

(二)甲不得直接依憲法第 15 條保障之生存權及財產權規定，主張其權利受損而成為適格之當事人

1. 憲法賦予人民各項基本權利，惟該等基本權利，仍須透過立法者制定法律及行政機關訂定命令予以具體化，人民方得基於各該規定，主張其公法上之權利，尚非得直接主張憲法有關基本權之規定，作為公法上請求權基礎。而學說上有認為，若有因立法怠惰，致受有特別犧牲之人民無從請求損失補償者，得例外許其依憲法第 15 條規定主張權利。
2. 本題中，承(一)所述，環境影響評估法第 5 條、第 8 條等規範，依保護規範理論，均屬主觀公權利，而得為公法上之請求權，某甲自得據之主張其公法上權利，而取得當事人適格地位。因此，某甲若直接依憲法第 15 條規定，主張其權利受損，應屬無理由。

四、建築法第 15 條第 2 項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之。」假設內政部因此於營造業管理規則第 31 條第 1 項中規定：「營造業如有未經請准建築許可，擅自施工建造違章建築之行為者，由直轄市或縣（市）主管機關報請中央主管機關核准後，廢止其營造業登記。」今有臺北市某甲營造公司在民國（下同）98 年 7 月 1 日涉嫌有擅自施工建造違章建築之行為，臺北市政府於 100 年 6 月 3 日發現後，乃報請中央主管機關內政部核准後，臺北市政府在 100 年 7 月 5 日廢止某甲之營造業登記。某甲認為本件廢止之行為，欠缺法律依據，且該項擅自施工行為，是其公司員工個人行為，負責人並不知情，請問：

- (一)本件廢止某甲營造業登記之行為，有無行政罰法之適用？理由何在？（10 分）
- (二)某甲對於臺北市政府廢止其營造業登記，如有不服，應如何提出權利救濟？在實體上應可如何主張？（20 分）
- (三)行政法院對於營造業管理規則第 31 條第 1 項規定，可否進行違法審查？理由何在？（10 分）
- (四)假設某甲經最高行政法院判決敗訴確定，如有不服，可否聲請司法院大法官解釋？理由為何？（10 分）

命題意旨	本題係憲法與行政法之混合出題，同時測驗考生對於行政罰之判斷方式與相關救濟規範，可說是經過精心設計之題目。基本上四小題難易度皆不高，考生只要掌握正確之實務見解，便可獲得高分。
答題關鍵	第一小題：行政罰法第 2 條及立法理由 第二小題：司法院釋字第 394 號解釋、行政罰法第 7 條第 2 項 第三小題：司法院釋字第 137、216 號解釋 第四小題：司法院釋字第 183 號解釋、司法院大法官審理案件法第 5 條第一項第二款
考點命中	1.《高點憲法講義》第一回，宣政大編著，2015 年版，頁 34。 2.《高點行政法講義》第一回，宣政大編著，2015 年版，頁 115~116。 3.《高點行政法講義》第二回，宣政大編著，2015 年版，頁 26~27。 4.《高點行政法講義》第四回，宣政大編著，2015 年版，頁 22，69~71。 5.《憲法精要》來勝出版，宣政大編著，2013 年，頁 1-4。

#### 【擬答】

本題涉及裁罰性不利處分之認定與相關之救濟程序與主張，說明如下：

(一)臺北市政府廢止某甲營造業登記應有行政罰法之適用：

1. 依照行政程序法第 92 條第 1 項之規定，行政機關於具體個案中對外行使公權力而生歸制效果之行為屬於行政處分。本案中，臺北市政府廢止某甲營造業登記，令甲失去施工建造建築之權利，自屬具有個案規制性之行政行為，該行政行為係行政處分，並無疑義。
2. 再者，行政罰法創設所謂「裁罰性不利處分」之概念，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」，而有行政罰法之適用。然所謂行政罰或裁罰性不利處分計有罰鍰、沒入與其他種類行政罰。而其他種類行政罰與單純不利處分相當近似，需如何分辨便生疑義：



- (1)一般認為，行政罰係對違法行為予以法律上的譴責及非難，並以特定之不利利益作為違法過犯之「代價」，因此，在功能上，處罰對被處罰者而言，乃是對其過去違法行為的一種「償罪」或「贖咎」（受罰以贖前過），係針對「過去」的違法（違反行政上之義務）行為之制裁，即以制裁過去之義務違反為主要目的。
- (2)行政罰法第 2 條之立法理由便稱，「本法所稱『其他種類行政罰』，僅限於本條各款所定『裁罰性之不利處分』，並以『違反行政法上之義務』而應受『裁罰性』之『不利處分』為要件...行政機關對違法授益行政處分之撤銷及合法授益行政處分之廢止，是否屬本法所規範之『裁罰性之不利處分』，而有本法規定之適用，應視其撤銷或廢止之原因及適用之法規而定，未可一概而論。例如證券交易法第 59 條第 1 項規定：『證券商自受領證券業務特許證照，或其分支機構經許可並登記後，於三個月內未開始營業，或雖已開業而自行停止營業連續三個月以上時，主管機關得撤銷其特許或許可。』之『撤銷』，即不屬本法所規範的裁罰性之不利處分。」可資參考。
- (3)依照本件事實，主管機關廢止原先甲之營造業登記，而屬於不利處分並無疑義。但此一廢止係因本件甲違反相關法令而為違章建築，後受處分，自屬於為行政機關對人民過去義務違反之制裁，依照前述，便屬於行政罰。

(二)甲之救濟方式與實體主張如下

1.甲若欲撤銷該行政處分，應提起撤銷訴願、訴訟

- (1)依照訴願法第 1 條第 1 項本文，「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。」是為所謂撤銷訴願。本件甲既因系爭處分而受到權利損害即失去營造業資格，為回復原先之權利，自應撤銷原先之廢止決定。是以，甲自得依照該條之規定，依照同法第 4 條向訴願審議機關（於本件依照訴願法第 4 條第五款為內政部）提起撤銷訴願，以回復權利。
- (2)若撤銷訴願經訴願審議機關即內政部駁回，則甲尚得依照訴願法第 90 條，「訴願決定書應附記，如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內向高等行政法院提起行政訴訟。」依行政訴訟法第 4 條第 1 項「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」提起撤銷訴訟。

2.甲之實體主張如下：

(1)臺北市府之處罰有違法律保留

司法院釋字第 394 號解釋稱，「建築法第十五條第二項規定：『營造業之管理規則，由內政部定之』...對營造業者所為裁罰性之行政處分，固與上開事項有關，但究涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件與法律效果，應由法律定之；法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須為具體明確之規定，始符憲法第二十三條法律保留原則之意旨。營造業管理規則第三十一條第一項第九款，關於『連續三年內違反本規則或建築法規規定達三次以上者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後撤銷其登記證書，並刊登公報』之規定部分，及內政部中華民國七十四年十二月十七日（七四）臺內營字第三五七四二九號關於『營造業依營造業管理規則所置之主（專）任技師，因出國或其他原因不能執行職務，超過一個月，其狀況已消失者，應予警告處分』之函釋，未經法律具體明確授權，而逕行訂定對營造業者裁罰性行政處分之構成要件及法律效果，與憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布之日起，應停止適用。」顯見建築法第十五條第二項所授權訂定之法規命令，不得作為主管機關做成裁罰性不利處分之依據。今營造業管理規則第 31 條第 1 項尚規定主管機關得處以行政罰，顯然違背前揭解釋之意旨，依照行政程序法第 158 條，該營造業管理規則第 31 條第 1 項應屬無效，其依據該營造業管理規則第 31 條第 1 項所做成之處分，自當屬違法。

(2)甲得主張依照行政罰法第 7 條第 2 項之規定不得處罰

依照行政罰法第 7 條第 2 項，「法人，設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。」可知於行政罰案件中，法人故意過失認定，係以內部人員之故意過失推定之。最高行政法院 101 年度判字第 628 號判決則稱，「...本案中上訴人從業人員漏未為常態化之例行性營業稅申報作為，明顯違反從事商業活動之企業所負擔基本之公法義務，自有應注意並能注意而不注意之過失存在，依上開規定，已推定上訴人對本案漏稅結果有過失。...而上訴人如欲推翻前開法律上之過失推定，即應舉出本證，積極證明自己對有過失之組織成員已盡監督之能事...」可知若代表人對受僱人之故意過失已盡監督能事，自得推翻此一推定。本件甲公司之負責人對員工之個人行為並不知情，而公司業務繁多，事實上負責人之注意能力亦有限，故應可認本件甲已盡監督能事而得推翻推定，主張本件並無故意過失，自不得對甲處以行政罰。

(三)行政法院有權對營造業管理規則第 31 條第 1 項進行審查

- 1.依照司法院釋字第 216 號解釋，「法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關

法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，...司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。」合先敘明。

- 2.由上可知，可知法官依照憲法第 80 條之精神，係依法律審判而非依照命令審判。此外，司法院釋字第 371 號解釋所強調之法律，係指形式意義的法律，而不包含法規命令。故普通法院法官若遇法規命令有違憲疑慮時，仍應對其進行違法審查，並在個案中不予適用。

(四)甲得向司法院大法官聲請解釋營造業管理規則第 31 條第 1 項之合憲性

- 1.根據司法院釋字第 183 號解釋、司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 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。

上述三項要件具備，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為必要。

- 2.依照本件事實，甲之案件已經過最高行政法院判決確定，且其於本案中被廢止營造業登記，導致甲之營業自由受到侵害，法院於審判時亦有引用營造業管理規則第 31 條第 1 項，故符合前開人民聲請釋憲之要件。因此，甲得向司法院大法官聲請解釋營造業管理規則第 31 條第 1 項之合憲性。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！