

100 年專門職業律師考試第二試考試試題

類別：律師

科目：憲法與行政法

- 一、對釋憲機關而言，「司法自治」(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)
- 承，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)
- 承，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)

【破題解析】

本題為單純的申論題，問一個很古老的考點「司法自制」。這是一題很好發揮的考題，實力好的考生可以好好把握，開大決盡可能的把司法自制的相關理論都帶到。包括抗多數決難題、機關忠誠、功能法等等都可以在論證的時候帶一下。

這題另外問了有關司法自制的實例，還有在釋憲實務的運用。這裡其實可以很廣泛的去把所有和司法權界線有關的東西都帶進去，層次會很漂亮。所以本題在解題上就運用了不確定法律概念、裁量、政治問題、議會自律、自治行政等等司法權不應過度介入的概念，均認為是司法自制的彰顯。

舉個例子這一招過去很少出現在律師的題目，不過既然他問了就回答他。因為配分不多，答題上應該著重在為什麼這個案例是/不是司法自制的具體落實，會比較省篇幅。

【命中特區】

本班教材命中/100 律師二試考點決勝班【憲法】/編號：W/頁 51~63/程樂編著。【命中率】70%

【擬答】：

本題涉及司法自制(judicial self-restraint)相關概念的分析與闡述，爰分述如下：

司法自制的概念與起源

在權力分立的體系之下，司法權擁有中立的裁決權限，以司法審查權作為利用的工具，使國家權力彼此發生衝突或扞格之時，得以透過司法審查權作為處理的機制，並以憲法作為指引的依歸，使反於憲法秩序的狀

態能被弭平。若有法規或命令牴觸憲法意旨，不當侵害人民權利時，亦得透過憲法解釋之方式宣告其違憲，並使期失效。憲法第 78 條規定，司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。同法第 173 條亦指出，憲法之解釋，應由司法院為之。憲法第 78 條與增修條文第 5 條第 4 項更指出，司法院大法官掌理法令解釋之權，均在在彰顯了司法院作為我國釋憲機關，必須依循憲法之要求，維繫憲政秩序，並作為我國憲法之守護者(Hüter der Verfassung)的重要地位。

然而，相較於其他憲法機關，司法機關之產生，並非透過人民民主意志之選出，也就是透過選舉制度加以產生，而係透過考選之方式所產生。即便係司法院大法官，亦僅僅透過間接的政治任命與同意制度(憲法增修條文第 5 條第 1 項參照)加以產生，並非由人民直接加以選出。因此，學理上即有所謂「司法抗多數決難題(counter-majority difficulty)」的問題。司法機關既然不具備高度的民主正當性，則釋憲機關要否決透過高度政治性折衝、協調所作成的產物—法律，則必須要審慎的考量。

因此，為解決司法抗多數決難題的困境，司法自制之概念應運而生。所謂司法自制原則，係指司法機關於從事司法審判或憲法解釋時，必須考量司法本身的消極被動的特質，以及司法權僅為定紛止爭的權力本質，不應越俎代庖取代政治機關作成決定，導致司法機關成為「說最後一句話」的機關。因此，司法機關於行使職權時，必須節制權力，一方面避免侵害其他機關之權限，另一方面則避免透過司法判決使重大爭議定於一尊，而仍應訴諸民主管道，由政治機關來加以決定。

司法自制概念的運用與情境

在何種情境下，司法機關應考量其本身之特質，而節制使用權力？管見以為，應區分下列諸種情形：

司法與行政的權力互動—不確定法律概念和行政裁量的審查密度調控

針對行政機關於具體個案中認事用法之過程，學理上通常將其區分為法律要件的解釋與法律效果的選擇兩個層面，前者可稱之為不確定法律概念的解釋，後者則稱為行政裁量之決定或選擇。在此過程中，司法機關若欲加以審查，則原則上必須尊重行政機關之決定，從寬審查。因此，學理上通常劃定不確定法律概念的某個範疇屬於「判斷餘地」之領域，司法機關於審查時，必須參酌相關因素，例如專業性、屬人性、預測性、風險性決定等，尊重行政機關於個案的優先判斷權限(釋字第 553 號、北高行 99 年判字第 30 號參照)。而行政裁量部分，除非有裁量上之瑕疵，例如裁量逾越、怠惰或濫用的情況，則司法機關審查之密度亦應調降，

不應過度干預行政於個案的判定權限。此即司法自制原則落實的具體情境之一。

自治行政的考量—地方自治的憲法要求與大學自治制度性保障的彰顯

憲法第十章、第十一章針對地方自治之相關制度，提供完整的規範，依釋字第 498 號之意旨，地方自治係我國憲法所保障之制度，即揭櫫地方自治為憲法上制度性保障的意義內涵。換言之，有關地方自治團體之內部事務，即應由地方自己決定與負責，以達成自治(autonomy)的目標。

釋字第 380 號、第 450 號則指出，大學應擁有自治之權限。所謂大學自治，係指大學在其學術自由的保障領域內，對於其大學之組織及其他建制各方面，擔保不受不當的干涉，使大學擁有組織經營的自治權能。釋字第 380 號指出，依憲法第 162 條規定，「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督」，大學法第 1 條第 2 項則規定，「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」。衡諸上開規定與釋憲實務之見解，有關大學內部之自治權限範圍，亦屬制度性保障的概念內涵，其他機關不應加以干預。

上開領域範圍，學理與釋憲實務均認為係屬制度性保障的概念內涵。制度性保障之本旨雖係對抗立法者不當的干預，但制度性保障繼做為憲法位階之要求，司法機關於從事審判時，亦應考量自治領域不應任意侵犯，而節制本身之權力行使。例如釋字第 571 號、第 626 號即針對大學對於學生退選與學位頒定、學生入學之條件限制，認為均屬大學得自行決定之領域，逕而予以寬鬆審查。此為司法自制原則落實的具體情境之二。

司法與立法的權力互動—基於功能法上要求而對於立法裁量的尊重

立法者於從事立法權限時，擁有一定程度的立法裁量自由。所謂立法裁量空間，係指民意代表就有關國民整體之事項，從立法政策的形成，到實定法內容落實的過程，整體而言，基於其立法者之特質，擁有一定程度的判斷權限。則立法者於制度形塑時，基於功能法上之要求，某些較適由立法機關決定之事項，則司法機關於審查時，必須尊重立法機關的形成空間(釋字第 204 號、第 428 號參照)。此為司法自制原則落實的具體情境之三。

議會自律原則

議會自律原則，乃指民意機關在意志形成的過程，係由自己決定，不受

司法或行政機關的干預。亦會在行使內部組織以及決定運作方式的權能時，必須有不受行政與司法機關監督及干預的自由，以確保憲法上之獨立地位(釋字第 342 號、第 381 號、第 499 號參照)。但議會自律亦有其界線，一旦有重大明顯牴觸自由民主憲政秩序之情事，釋憲機關仍得介入干預。此為司法自制原則落實的具體情境之四。

統治行為理論(或稱政治問題理論)

統治問題(Regiwerungsakt)係指某些國家行為，係為了進行統治、或為特定根本性國家決定，而具有高度政治性的行為。學理上亦稱為「政治問題理論(Political Question)」。從權力分立的法理，司法審判行為應維持其中立不干涉政治的本質，凡遇有屬於統治行為時，宜依循民主原則，由國民透過民意更迭的方式加以監督，而不應透過釋憲制度指摘其違憲(釋字第 328 號、第 387 號參照)。為司法自制原則落實的具體情境之五。

理論思想之探討

由思辨民主推行出的司法最小主義觀點

司法自制本身理論思維的出發點，就是基於抗多數決難題的基礎，認為司法自制原則得以解決司法抗多數決難題的困境。此外，亦有學說認為，司法自制之思維與美國法上之「司法最小主義」，或稱「決定上的最小主義(decision minimalism)」有本質上的相關。換言之，也就是基於思辨民主的角度，認為釋憲機關應該盡可能的「說的少」，僅將與憲法本旨不符的部分宣告違憲即可，並且「不說超出正當化結果所必要者」(saying no more than necessary than justify an outcome)及「盡可能將事項留而不決」(leaving as much as possible undecided)，讓多數的爭議留給政治機關來決定。

由功能法推行出的節制權力觀點

若由機關功能最適的角度出發，因為司法權程序、決定與組織上的特質，均要求司法機關必須遵循被動消極的憲政角色，因此即可能在具體個案中，推導出司法自制的要求。

由憲法機關忠誠義務推行出的權力相互尊重觀點

此外，基於憲法機關所應遵循的機關忠誠義務，司法機關也應該適當的尊重其他機關所作出的決定，並且在考量維繫憲法秩序與權力相互尊重的折衷點上行使權限。因此，司法自制原則即可能透過權力相互尊重的觀點獲得證立。

有關遵循司法自制原則的釋憲實例，擬以釋字第 342 號為例，說明如下：

釋字第 342 號涉及第一次修憲時新增之憲法增修條文第 9 條，其規定總統

為決定國家安全有關大政方針，得設國家安全會議及所屬國家安全局；行政院得設人事行政局。行政院嗣後提出上開「國安三法」之組織法草案，導致朝野高度緊張，並於議事程序中發生肢體衝突，不料立法院院長仍宣示法案合法表決通過。嗣後國會少數黨主張該議事程序有瑕疵，並針對該議事程序有瑕疵聲請大法官解釋。

大法官受理該案後，於釋字第 342 號中揭示議會自律原則，認為立法院審議法律案，須在不牴觸憲法之範圍內，依其自行訂定之議事規範為之。法律案經立法院移送總統公布者，曾否踐行其議事應遵循之程序，除明顯牴觸憲法者外，乃其內部事項，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象。惟法律案之立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法，亦即有違反法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，則釋憲機關仍得宣告其為無效。惟其瑕疵是否已達足以影響法律成立之重大程度，如尚有爭議，並有待調查者，即非明顯，依現行體制，釋憲機關對於此種事實之調查受有限制，仍應依議會自律原則，謀求解決。因此，大法官於釋字第 342 號中為合憲之結論，並使國安三法立法通過。

然而，針對本案對於議會自律原則的運用，學理上普遍批評，認為在本案即屬大法官所指之「不待調查即可認定牴觸憲法」的情形，而大法官僅為逃避敏感之政治議題，而棄守憲法維護之職責，故非屬合理的權限行使。

有關未遵循司法自制原則的運用實例，擬以釋字第 576 號為例，說明如下：

釋字第 576 號係涉及保險法上有關人身保險可否複保險之規定，因保險法上並未明文排除，因此產生解釋上之疑竇。聲請人乃依大法官審理案件法第 7 條聲請統一解釋，請求大法官為法令之統一解釋。不料大法官在統一解釋之部分不予受理，卻針對本案所涉及之判例納入憲法解釋的對象，並宣告違憲。

大法官於釋字第 576 號中即認為，憲法解釋所審查之對象，非僅以聲請書明指者為限，且包含該確定終局裁判援引為裁判基礎之法令，並與聲請人聲請釋憲之法令具有重要關聯者在內。最高法院七十六年台上字第一一六六號判例，經同院八十九年度台上字第二四九〇號判決適用保險法第三十六條、第三十七條時一併援引為裁判基礎，其是否符合保險法上開規定之意旨，而發生牴觸憲法之疑義，亦應一併審理。而大法官於該號釋字中即認定，人身保險並非以填補被保險人財產上之具體損害為目的，被保險人之生命、身體完整性既無法以金錢估計價值，自無從認定保險給付是否超額，僅得於締約時，事先約定一定金額作為事故發生時給付之保險金額。故人

身保險契約與填補財產上具體損害之財產保險契約有所不同，無不當得利之問題。是以保險法第三十六條、第三十七條之規定並不適用於人身保險契約。自此，有關人身保險不適用複保險之限制，於學理與實務上均趨於確定。

二、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(25 分)

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)

甲發布之法規命令是否合法？若乙對甲之不受理決定不服，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？

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？

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？

【破題解析】

這題出得很有鑑別度，主要是考有關公私協力制度中的專家參與與公權力受託人的問題。專家參與的被告適格問題，可以從專家參與的「國賠責任」來反推專家可不可以當行政訴訟上的被告，腦筋要轉一下，其實就不會很難。

後面考了法規命令的考點，算是有一些冷。主要考了公權力受託人的法規命令發布權(通說說不行)、再轉授權禁止和法規命令之事項以行政規則做成的問題。露兩個問題其實釋字第 524 號都有寫，點出來就沒啥稀奇的了。

【命中特區】

本班教材命中/100 司法官、律師題庫班/編號：E/頁 168/程樂編著。【命中率】100%

【擬答】：

本題涉及高等教育評鑑中心基金會與教育部間之法律關係，係屬何種法律關係，則將進一步影響本案之行政訴訟被告與國賠責任歸屬之問題：

教育部委託高等教育評鑑中心基金會(下稱乙基金會)之法律性質應屬學理

上所稱之「專家參與」：

教育部透過委託乙基金會之方式，使乙基金會為其為大學校務、教學與發展之評鑑，乙基金會所為之評鑑報告，將做為教育部未來針對特定學校經費撥給、綜合規劃的依據。因此，乙基金會並非係受託為教育部行使公權力，而僅係為了提供其專業的評鑑服務，對特定大學做出評鑑報告，具以公教育部作為未來發展與決策上的參考，因此乙基金會雖屬私主體，但與行政程序法第 16 條所稱之公權力受託人並不相當。

反之，乙基金會與教育部間之關係，僅係為教育部提供決策上的資訊，在評鑑業務部分，乙基金會不受主管機關指揮監督，就所執行的評鑑業務有完整獨立的評斷空間，但並不能作成最終的准駁決定。學理上稱此種公私協力之模式為「專家參與」，或稱「獨立的行政助手(selbständige Verwaltungshilfe)」。

丙大學應以乙基金會為行政訴訟上之被告機關：

若丙大學認為，乙基金會之評鑑侵害其權益，而欲提起行政訴訟，則因乙基金會與教育部間係屬「專家參與」的公私協力型態，則應以何者為行政訴訟上之被告，尚有疑義。

有論者認為，專家參與本身並非公權力行為之運作，反之，專家(或獨立的行政助手)於執行職務時，根本性的僅在履行契約義務，而並非以公權力主體地位為特定行為。因此，若認為專家的執行職務行為侵害其權益，毋寧應透過民事上侵權行為之規定向其求償，而不應透過行政訴訟與國家賠償之管道請求賠償。據此，本案之丙大學若欲透過「行政上損害賠償」的管道尋求賠償，則僅能以教育部嗣後最終的決定侵害丙大學之權益為由，以教育部為行政訴訟之被告，依行政訴訟法第 7 條提起行政訴訟時合併請求損害賠償。

然而，亦有學說認為，專家參與的公私協力型態中，若公權力行使的重要部分已交由該私人來擔任，則此時與公權力受託人並無二致，得依公權力受託人之相關規定予以處理。在此情況，依行政訴訟法第 25 條與相關釋憲實務之意旨(釋字第 269 號、第 382 號、第 462 號參照)，即得以乙基金會為行政訴訟之被告，依行政訴訟法第 7 條提起行政訴訟時合併請求損害賠償。

此外，學理上亦有提出「工具理論」的觀察角度，認為應該由參與行政任務之私人與國家之間的相互關係，決定應如何處理。工具理論認為，需視行政機關的指示支配影響程度是否已經使私人喪失相當的自主性，

若已喪失自主性，則此時該私人應較類似行政助手之地位，反之，則應以公權力受託人的方式處理。故本說應近似於折衷見解。

管見以為，全面性的排除專家參與的行政訴訟被告適格與國賠責任，僅能使教育部為行政訴訟之被告，因為僅能針對教育部的最終決定為爭訟，將可能無法針對專家執行職務的行為為妥適的監督，更有使公法遁入私法的可能。有關公權力的重要部分是否移轉的認定，以及工具理論的操作，回歸原點均在探討私人在公私協力的架構下有無自主能力，並援用行政助手與公權力委託的法理加以運用，管見以為，應屬較為可行的方法。因此，本案中之乙基金會在從事大學評鑑時，因係獨立的針對校務安排、課程規劃與整體發展進行考核，並不受到教育部的指揮監督，因此應屬公權力的重要部分已經移轉，並且並未喪失自主性的情況。故在此種情況下，應可援用公權力受託人的相關制度，依行政訴訟法第 25 條之規定，以乙基金會為行政訴訟之被告。

行政訴訟法第 7 條得阻卻國家賠償法協議先行之要求，丙之起訴應屬合法：

行政訴訟法第 7 條規定，提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付，故多數學說認為，該條規定使國家賠償案件之損害賠償計算，於行政訴訟中一併提起。惟國家賠償法第 10 條規定，提起國家賠償訴訟前，應踐行協議程序，則適用行政訴訟法第 7 條時可否免除該程序，尚有疑義。

有論者認為，國家賠償法第 10 條之協議先行程序為使行政機關有機會自我省查，檢驗是否有侵害人民權利之情事，避免浪費訴訟資源，為必要踐行之程序，適用行政訴訟法第 7 條之規定亦不得免除。但實務見解(最高行 97 裁字第 3956 號)與多數學說均認為，人民若選擇依國家賠償法請求損害賠償時，應依國家賠償法規定程序為之。若選擇依行政訴訟法第 7 條規定請求損害賠償時，自僅依行政訴訟法規定程序辦理即可。行政訴訟法既未規定依該法第 7 條規定合併請求損害賠償時，應準用國家賠償法規定，自無須踐行國家賠償法第 10 條規定以書面向賠償義務機關請求賠償及協議之程序。管見以為應屬後說可採，因此丙大學之起訴應屬合法。

結論：丙大學應以乙基金會為被告，其省略國賠法協議先行程序應屬合法。

本案之相關問題分述如下：

經濟部標準檢驗局委託甲財團法人針對檢驗業務辦理驗證，係屬將特定公

權力行使之部分交由私人來履行，此時假法人具有獨立對外做成檢驗業務之權限，應屬行政程序法第 16 條之公權力受託人，適用相關之規範與制度，合先述明。

甲法人暨屬公權力受託人之法律地位，則公權力受託人可否依行政程序法第 150 條發布法規命令，容有疑義：

肯定說：

本說認為，依行政程序法第 2 條第 3 項，公權力受託人毋寧為行政機關之一環，則既屬行政機關之一環，且針對特定業務亦有實體上之權限，並不排除公權力受託人為法規命令之發布。

否定說：

然而，多數學說卻認為，法規命令涉及法規之補充，必須由具有民主正當性且得受監督之行政機關使能為之。公權力受託人依行政程序法第 2 條第 3 項雖屬行政機關之一環，但其所發布之法規命令並無法受到國會之監督，將使公權力受託人之地位高於一般行政機關，並不合理。因此並無法規命令之發布權限。

管見以為，應以否定說為可採，避免使公權力受託人成為無法拘束之地帶。因此甲法人不得發布法規命令。

乙廠商今欲申請驗證，甲法人若對其申請予以拒絕，則亦屬行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分，單方變更乙廠商之公法上權利義務。因此，乙廠商若對該拒絕決定不服，則應透過訴願法第 10 條以甲法人為被告。本案因屬拒絕處分之情形，與訴願法第 2 條並不相當，但乙廠商仍得準用訴願法第 2 條提起課與義務訴願，請求甲法人作成驗證合格處分。

行政法院於審理時，若發現該法規命令有違法之情事，則得不受該法規命令之拘束。若有行政程序法第 115 條無效之情形，則得認定該屬無效之法規命令而拒絕適用。惟該法規命令並不因法院拒絕適用而無效，仍須透過有權機關或國會以宣告之方式使其無效。

若經濟部有權訂定授權私人之相關法規命令，卻委任其所屬檢驗局訂定，此涉及法規命令訂定的「再轉授權容許性」。依多數學說之見解，法規命令之制定與發布，不得「再轉授權」，僅例外在母法允許並且明定授權之範圍時使得為之。此避免再授權時發生監督上的困難，也避免行政機關不停再轉授權，違背法律授權特定行政機關發布命令的意旨。釋字第 524 號亦指出，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。因此，若母法無明確規定，經濟部不得授權其所屬商檢局為命令

之發布。

此外，經濟部亦不得將原本應由法規命令作成之事項，轉由透過行政規則之方式作成。此乃避免主管機關在法律授權後，轉由「非直接對外」發生法律效果之行政規則，將使得人民從事相關事項時，因對於相關規定之認識不足，而導致權益受到損害。釋字第 524 號亦指出，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。

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

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)

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，並自解釋公佈之日起失其效力。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)

【破題解析】

第一小題涉及行政程序法第 128 條程序重開之要件，其中不可訟爭性部份是否包括經行政法院確定判決而產生實質確定力及「新證據」之認定。而題目中稅捐稽徵法第 28 條規定，雖有學說認為係程序重開之特別規定或公法上不當得利返還等性質，惟仍無礙於行政程序法第 128 條程序重開之進行。只要釐清以上兩點，抽絲剝繭之後會發現仍然係針對程序重開之傳統考點所為測驗。

第二小題則涉及大法官解釋效力問題，釋字第 193 號、第 686 號解釋已有明白闡釋，略述其要旨即可。

【命中特區】

本班教材命中/行政法正規班講義第三回/編號:3/頁 15~16/華安編著。【命中率】100%

【擬答】:

A 公司得否申請程序重開，應視其所謂「判決時已存在而未引用之證據」，是否該當於行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款之要件：

按「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：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。」為行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款所以明定。爰此，行政處分之相對人或利害關係人於處分產生「不得訟爭」之確定力後，如有行政程序法第 128 條之事由，自得依法申請重開行政程序，以貫徹依法行政之法治國原則。

然依本題所示，系爭課稅處分經 A 公司依稅捐稽徵法第 28 條申請退稅而遭行政法院以無理由為實體判決確定，且 A 公司主張之「新證據」係原審判決時已存在而未引用者，是否該當於行政程序法第 128 條程序重開之要件，則存有疑義，茲詳述如下：

行政程序法第 128 條所稱「不可訟爭性」應包括經行政法院為實體判決確定，不得經通常救濟程序提起救濟者：

查雖有論者以為，行政程序法第 128 條係針對「法定救濟期間經過」之行政處分為重開之規定，亦即僅針對未經爭訟而具有「形式確定力之處分」始得為之。

惟我國實務及多數學說仍認為，行政法院之確定判決，並未限制行政機關廢棄侵益處分或作成授益處分。因此，原行政處分因行政法院判決而確定者，亦不妨礙行政機關重為實體之決定。再者，依行政程序法第 128 條第 1 項但書之反面解釋亦可知，該但書規定既排除相對人或利害關係人於救濟程序中因重大過失而為能主張之事由，顯見行政程序法第 128 條對於「經救濟後」之行政處分，亦得申請之。

爰此，本件 A 公司依稅捐稽徵法第 28 條申請退稅遭駁回確定，其退稅申請遭駁回之內容雖涉及系爭處分是否存在及合法之爭議，然縱經行政法院為實體判決確定，亦非不得依行政程序法第 128 條申請程序重開。

行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款所稱「新證據」是否包括「判決時已存在」之證據：

查所謂「新證據」之認定，依行政處分違法判斷基準時之觀點可知，行政處分違法之判斷，既原則上應以「行政處分作成時」為判斷基準，故為貫徹依法行政之程序重開申請要件中所謂「新證據」，亦應以「行政處分作成後始成立」或「行政處分作成時已存在，但當時所不知或未引用者」為限。簡言之，亦即行政處分作成時，非因可歸責於相對人或利害關係人重大過失所致，而未經斟酌之證據，始得作為程序重

開之事由。而行政處分作成時「不存在」之事由，因與行政處分作成時之合法性判斷無涉，自亦不得作為申請程序重開之事由。

爰此，本件 A 公司主張「發現判決時已存在而未引用之證據」欲申請程序重開，應具體衡酌該證據是否為「行政處分作成時」已存在，或於「行政處分作成時雖未成立」但嗣後針對該處分作成時所作成之新證據（如新的鑑定報告或公文書）。如 A 公司主張之「新證據」雖於裁判時存在，但於行政處分作成時並不存在，亦非針對該處分作成時所為評價證據，自無從為重新檢驗該處分合法性之基礎。反之，若係行政處分作成時「已存在」，或嗣後行政處份作成時所成立之新證據，自符合「新證據」之要件。

然 A 公司所主張之「新證據」如為行政處分作成時已存在，仍應探究其是否於行政處分作成時或判決時均未提出、審酌，且該「未提出、審酌」須非因相對人或利害關係人之故意或重大過失所致，始足當之。爰此，如 A 公司曾於該課稅處分作成程序或行政法院審理程序中提出該證據，僅未經行政機關或行政院所「引用」者，自不得作為程序重開中之「新證據」。

綜上所述，如 A 公司主張「判決時已存在而未引用之證據」，係系爭課稅處分作成時已存在，而未經引用、提出於行政機關或行政法院，且此未提出或未引用並非因 A 公司之重大過失所致，自得依法申請程序重開。至於該證據是否有利於 A 公司之救濟結果，則應於「重開後」為實質認定，無礙於 A 公司是否申請重開乙事。而稅捐稽徵法第 28 條雖有論者以為係特別之程序重開規定，或特殊公法上不當得利返還請求權，惟該條規定既以行政機關或人民適用法令錯誤致有溢繳稅捐為要件，自與原課稅處分之合法性認定有關，但因稅捐稽徵法第 28 條要件與效力既與行政程序法第 128 條要件不同，自不得以之為特別法、普通法關係，而排除行政程序法第 128 條適用，併予說明之。

A 公司經大法官解釋宣告確定終局判決所引用之法令違憲，並自解釋公佈之日起失其效力，A 公司基於同一法令生違憲之數個案件及 B 公司基於同一法令違憲之案件，是否得適用該大法官解釋，應視其是否曾提起聲請而定：

按「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。」為釋字第 177 號解釋所明示。爰此，司法院大法官解釋依憲法有解釋憲法並有統一解釋法律或命令之權利，其作成解釋有拘束全國各機關及人民之效力。然司法院大法官雖於解釋文中明文闡釋「系爭違憲規定自解釋公佈

日起失效」，但為保障人民救濟之權利，則例外對於據以「聲請人」之「據以聲請案件」亦生效力。

又按「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牴觸憲法疑義而已聲請解釋之各案件，亦可適用。」「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，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。」分別為釋字第 193 號及第 686 號解釋所明示。爰此，前揭釋字第 177 號解釋內容由後續釋字加以補充後，對於「聲請人」以「同一法令有牴觸憲法疑義」而「聲請解釋」之「各案件」均有適用；並對於「非聲請人」就「同一法令有牴觸憲法疑義」而「聲請解釋」之案件亦有適用。

綜上所述，本件 A 公司係該宣告違憲大法官解釋之聲請人，如 A 公司之就經宣告違憲之同一法令有其他數案件，並曾合併或分別聲請大法官解釋者，依釋字第 193 號解釋意旨，自得為大法官解釋效力所及，得以之為理由提起再審；反之，如 A 公司僅以單一案件聲請大法官解釋，則無特別保障其救濟權利之必要，而生溯及效力之例外情形。而 B 公司就同一法令之違憲疑義，如已聲請大法官解釋，僅因未併案審理者，亦得例外以該大法官解釋為據，提起再審；反之，如 B 公司就該案件未聲請大法官解釋，則無特別保障其救濟權利之必要，而生溯及效力之例外情形。

四、甲滯欠綜合所得稅新臺幣 50 萬元，經移送法務院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

A 函之法律性質為何種行政行為?(5 分)

甲如仍對駁回聲明異議之決定不服，是否續提起行政救濟?如為肯定，其各階段之管轄機關或法院為何?(15 分)

承，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)

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)

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。

【破題解析】

第一小題涉及多階段行政處分中，處分機關之認定。

第二小題則涉及行政執行之救濟問題，亦即最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議結論，及其相關繫屬機關問題。

第三小題則涉及行政訴訟職權進行主義之本旨，對於未具備起訴形式要件應先命當事人補正，且關於公法上舉證責任分配問題，應參酌職權進行主義，而有不同於民事訴訟規範說之分配方式，予以調整。

第四小題則係關於憲法第 16 條訴訟權保障之範疇，是否包涵「審級制度」。

【命中特區】

本班教材命中/行政法正規班講義第二回/編號:2/頁 49~50/華安編著。【命中率】100%

本班教材命中/行政法正規班講義第八回/編號:10/頁 37~38/華安編著。【命中率】80%

本班教材命中/行政法正規班講義第九回/編號:11/頁 32/華安編著。【命中率】60%

【擬答】:

系爭 A 函應為行政處分：

按「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。」為行政程序法第 92 條第 1 項所明定。

查本題甲欠繳綜合所得稅遭高雄行政執行處認定有限制出境之必要，而以 A 函通知內政部入出國及移民署限制甲出境，限制甲出境之基本權利，自有發生法律上效果，屬行政處分，又因該處分係由高雄行政執行處函知內政部入出國及移民署為之，自屬於學理上所稱「多階段行政處分」。

而本件「限制出境處分」係由高雄行政執行處函知內政部入出國及移民署作成，其原處分機關認定，因多階段行政處分考量到行政處分須有外部法律效果之要件要求，並有利於人民權利救濟之考量下，原則上應以最後階段之作成機關為原處分機關。於此情形下，A 函應僅為機關間內部之觀念通知行為而已。

惟查，本件甲遭限制出境係依本題所附之入出國及移民法第 6 條第 1 項第 10 款「其他法律限制或禁止出國」（亦即依行政執行法為之），而同條第 5 項後段規定：「依第 10 款限制或禁止出國者，由各權責機關通知當事人。」爰此，依照前揭規定，本題中高雄行政執行處為行政執行法適用之權責機關，其依法定職權作成限制出境之決定時，除函知內政部入出國及移民署外，更有「依法通知當事人」之法定義務。故本題高雄行政執行署既為行政執行法適用之權責機關，且 A 函亦係依法對甲所為限制出境通知，自於 A 函送達甲後，即生限制出境之法律效果，A 函自為行政處分無疑。

甲對聲明異議決定不服，依我國最高行政法院決議見解，具有行政處分性質者，自得提起訴願及行政訴訟救濟之：

按「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。」為行政執行法第 9 條所明定。

然早期實務以為，前揭規定基於執行程序貴在迅速終結之本旨，顯係排除

義務人得對執行政序之違法進行後續救濟行為，故一概認為不得對聲明異議之決定聲明不服。惟依最高行政法院 97 年度 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議見解，前揭規定「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。」

爰此，本題甲若不服聲明異議之決定，因限制出境涉及限制其入出境之基本權利，具有行政處分之性質。依前揭司法實務見解可知，行政執行法第 9 條並未限制甲對行政處分不服後續之救濟權利，自仍得依法提起訴願及行政訴訟。

而若甲對法務部行政執行署聲明異議決定不服，應否再踐行訴願程序，於學說及實務上仍有爭議，蓋依前揭最高行政法院決議見解，如屬於行政處分性質者，仍應踐行訴願程序；惟有論者以為，聲明異議既由直接上級機關審理，故已達「行政機關自我審查」之需求，故聲明異議自得取代訴願程序，而使義務人得逕提起行政爭訟。然於現行法無明文之前提下，管見以為仍非可逕將聲明異議取代訴願程序，而應將聲明異議作為訴願前置程序之行政處分為是。

故本題甲若對法務部行政執行署聲明異議決定不服依訴願法第 4 條規定，對作成聲明異議決定機關之直接上級機關（即法務部）提起訴願。如經法務部作成駁回之訴願決定，得依行政訴訟法第 24 條規定，以法務部行政執行署為被告，向台北高等行政法院提起行政訴訟救濟；如法務部作成撤銷部份行政處分之訴願決定，則得以法務部為被告，向台北高等行政法院提起行政訴訟。

按行政訴訟採職權進行主義，故行政法院不得以甲之起訴未具備形式訴訟要件而逕為甲敗訴之判決；而就高雄行政執行處認定有限制出境必要之行政處分，應命高雄行政執行處負客觀舉證責任，並於事實不清時，踐行職權調查程序：

按行政訴訟係為確定人民公法上權利義務關係或公法上事件之合法性，本於法治國依法行政之要求，與民事訴訟程序不同，原則上應採取職權進行主義。

又按「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：十、起訴不合程式或不備其他要件者。」為行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款所明定，此為行政訴訟職權進行主義之具體實現。爰此，本件甲提起行政訴訟時，雖僅聲明撤銷 A 函，其餘隻字未提，顯與行政訴訟法第 57 條起訴書中應記載事項不符，更未能因甲之聲明而特定欲審理之公法事件範圍，然本於職權進行主義及行政訴訟法第 107 條之規範意旨，自不得逕對甲之為敗訴之判決，而應命甲先行補正相關事實及理由，以求確認甲特定之行政處分範圍及是否主張該處分侵害其權利之意旨。

再按「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據；於其他訴訟，為維護公益者，亦同。」「除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定於本節準用之。」分別為行政訴訟法第 133 條及第 136 條所明定。爰此，行政訴訟程序中雖準用民事訴訟法第 277 條之舉證責任分配，惟於事實不明時，仍應踐行職權調查，不得逕以主觀舉證責任之分配，而將事實不明之不利歸於兩造當事人之一方。

職是之故，就甲主張高雄行政執行處認定「就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事」顯屬無稽，應由何方舉證之問，雖行政處分作成後，即推定為有效，但並未推定為合法。故衡酌客觀上「就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事」事實之有無，屬合法作成限制出境處分要件，自應由行政機關依法負擔客觀舉證責任。然於行政機關舉證後仍有事實不明時，行政法院亦不得逕行將不利益之結果歸於行政機關，應本於有利不利一律注意之行政法上原則，依法踐行職權調查程序。

如行政執行法修訂限制義務人不得對異議決定聲明不服之規定，依我國司法院大法官解釋見解，因屬於立法者裁量空間，未侵害憲法第 16 條保障之訴訟權核心範圍，自無違憲：

按「憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第 243 號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指

明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。」為司法院大法官解釋第 396 號解釋所明示。

爰此，憲法第 16 條雖規定保障人民之訴訟權，然其所謂「有權利即有救濟」之意義，依前揭司法院大法官解釋意旨可知，應訂定救濟程序，然其如何救濟應屬「由立法者裁量範圍」。是以，「審級制度」並非憲法第 16 條訴訟權保障之核心範圍，僅為立法裁量之範疇。

本件如因立法者衡量行政執行性質與救濟有效性等因素，修正行政執行法規定，義務人不得就聲明異議之結果聲明不服，自無憲法第 16 條訴訟權之侵害。惟另有論者以為，聲明異議既由直接上級機關審理，充其量僅為行政內部之自我審查，僅屬於「訴願權」之範圍，如不允人民向司法權提起救濟，仍屬剝奪人民「訴訟權」之立法，即與憲法保障「訴訟權」之意旨相違背，併與說明之。