

100 年公務人員特種司法官考試第二試考試試題

等 別：三等考試

類 科：司法官

科 目：憲法與行政法

李澤、華安 老師 解題

一、假設甲直轄市政府為節能減碳，減少髒亂，於中秋節前公告：中秋節及之前三天，將加強取締在該市公園內烤肉者，違者依該市公園綠地園道及行道樹管理自治條例第 22 條第 10 條及第 46 條規定(參下所附相關規定)，處新臺幣 1200 元以上 6000 元以下罰鍰。甲市市民 A 和家人共 10 人，於中秋節下午在家附近之社區小公園內烤肉，為執法人員查獲。因 A 一家人共使用三個大型烤肉架，加上桌椅等設備用品，約占了近半個公園。執法人員先勸導 A 離開，A 不服，質疑執法人員為何不同時取締公園內的另一家人以及隔街騎樓和路旁的烤肉者，雙方因此發生言語衝突。執法人員最後對 A 處以新臺幣 6000 元罰鍰，本在公園內烤肉的其他人見狀迅速收拾離開，未被處罰。

(一) A 提起訴願，並在訴願程序進行中，主張系爭條例及處罰違憲，請問訴願委員會得否停止審理，聲請司法院大法官解釋？理由為何？

(二) A 於用盡審級救濟後，向司法院大法官聲請解釋，雖不爭執系爭條例屬於地方自治權限，也不爭執其符合法律保留原則而具形式合憲性，但主張其限制內容違憲，因此聲請大法官宣告系爭條例規定及罰鍰處分違憲。假使大法官擬召開言詞辯論，並請甲直轄市政府以相對機關地位對本件聲請案表示意見。假使你是甲直轄市政府聘請之律師，受託撰寫意見書，請附理由說明你對本案聲請解釋事項的意見。

【相關規定】：

地方制度法第 18 條第 6 款第 5 目規定：「下列各款為直轄市自治事項：…六、關於都市計劃及營建事項如下：…(五)直轄市公園綠地之設立及管理。」

甲市公園綠地園道及行道樹管理自治條例第 22 條：「公園、綠地、園道內不得有下列行為：…十、擅自營火、野炊、夜宿、燃放鞭炮或搭設棚、帳。」第 46 條：「違反…第二十二條第一款至第十三款規定者，依中央法律裁處之；中央法律未規定者，處行為人新臺幣一千二百元以上六千元以下罰鍰。」

【破題解析】

(一)本題配分怪怪的(整份考卷都是)，有些簡單的配很多，可以寫很多的配一點點，但還是建議同學以配分決定篇幅比例。

(二)第一小題其實沒有什麼爭論，只是既然問了，自行製造爭點並結合憲法常見之學理肯否併陳，典型作文比賽題型。筆者拿當初介紹「補充解釋容許性之爭」的議題來借用發揮(因為同樣法無明文)，同學對這類考題要試著靈活運用。

(三)另外注意題意，不是問「訴願委員會能否聲請釋憲？」，而是問「訴願委員會能否用『與釋字 371 號一樣的方式』聲請釋憲」，所以與各級法院法官相同或不同之特性或情境，就可以拿來作為理由論述。

(四)第二小題考基本權審查流程與釋字 689 號解釋的運用，算是中規中矩的考題。上課時曾舉過「台中市禁止狗主人帶狗進公園」作違憲審查的例子，跟這個考題的想法如出一轍。另外這是個有預設立場的考題，合憲是它唯一的結論，切記不能跟題意矛盾。而此種有立場的題目，要設想對造的立場予以回應或駁斥。

(五)這一整題雖然是憲法考題，但題目的問法其實有用行政法的問題來混淆(例如執法的公平性)，所以處理憲法與行政法考題的不同層次感還是要精準掌握，最能直接反應的在於違憲審查客體跟主張合憲性之理由，切勿以題目中處分有何行政法上之瑕疵作為法規違憲之理由。

【命中特區】

(一)本班教材命中/憲法總複習講義/編號:W/頁 3 以下：釋憲聲請主體之探討/李澤編著。【命中率】80%

(二)本班教材命中/憲法總複習講義/編號:W1/頁 9 以下：基本權審查流程/ p40：一般行動自由之介

【擬答】：

(一) 訴願委員會得否於訴願審理過程中，以適用之法律有違憲疑義為由聲請大法官解釋？

1. 或有論者以下述理由支持肯定立場：

(1) 憲政秩序之維持屬於各部門之義務：

憲政國家中，每個憲法機關都負有解釋與適用憲法之權限與義務，大法官僅是解釋憲法的最終部門，且享有廢棄違憲法令的強烈權限，但並不意味著其他部門即無解釋或維護憲法之義務。是故各部門於個案適用法律時，如法律本身有違憲疑慮，為維護憲法價值秩序，該部門應有聲請釋憲之權限。細觀違憲審查制度，最終目的既在於維護客觀憲政秩序，有權聲請大法官解釋之部門，自不以法律有明文規定者為限。法律對聲請解釋之設計未盡周延，有礙於憲政機關行使憲法上之職權，足致維護人民基本權利及自由民主憲政秩序等憲法解釋之目的無法達成時，尚非不得創設必要之規範或類型彌補之。

(2) 憲法上救濟保護應及時有效之解讀：

訴願程序屬於行政救濟程序之一環，亦如法院審理個案般，在適用法律與維護憲法之間，有時存在法安定性與個案正義之衝突，如要求訴願機關必須強加適用其確信違憲之法律，除使訴願委員會之決定悖離憲法精神外，對於人民權利救濟之時效與實效亦無幫助，不符訴願制度所設係為行政部門自省與保護人民權利之宗旨。是應如釋字 371 號解釋精神思考訴願程序：訴願機關(法院)一方面有依法決定(審判)之憲法義務，二方面憲法高於法律，亦有優先遵守之義務，為權衡此種困境，訴願機關應得停止訴願程序，類推或參酌釋字第 371 號解釋之精神，聲請大法官解釋。

2. 然管見基於下述理由採取否定立場：

(1) 釋憲機關審理案件之事由原則上採屬「列舉原則」：

基於確保釋憲機關行使權限之民主正當性，並使其符合法治國原則中國家行為明確性與可預見性之要求，釋憲機關審理案件，原則上應採「列舉原則」，以法律明定受理權限及聲請要件，合乎規定者，始得審理。(釋字第 592 號解釋曾有田大法官部分不同意見參照)。綜觀司法院大法官審理案件法之規定，原僅讓最高法院得針對審理之個案裁停聲請釋憲，雖釋字 371 號解釋將第 5 條第 2 項之範圍，及於各級法院法官皆有裁停聲請釋憲之權限，然該權限仍不及於訴願委員會，不應僅以訴願程序亦帶有救濟功能，即貿然解釋訴願委員會屬於該條或該解釋得以適用之範圍。

(2) 權力分立之觀點：

吾人所強調的是，憲政秩序維持固然重要，維護人民權利或許偉大，但仍應以合憲合法之方式進行，在憲法或法律並無明文之情況下，不應任意透過解釋之方式增加特定部門之權限，更何況肯定說之立場已超過法學解釋方法之範圍，根本屬於權力之「創設」而非「解釋」，為避免各機關任意以維護秩序或人權為由任意擴權，造成憲政部門間之失衡與破壞，應以否定說為妥。

3. 小結：訴願委員會應遵循之方式

綜上所述，訴願委員會無法如各級法院法官般，於個案停止審理逕自聲請釋憲，訴願委員會得考慮處理的方式如下：

(1) 處罰之部分：欠缺聲請解釋之必要性

題示中「處罰」之部分，屬於具體個案之處分，一來非我國違憲審查制度大法官得以審理之範圍(非抽象法規範)，二來訴願機關得依權限認為原處分機關之處分違法(或違憲)，直接作出訴願法第 81 條有理由決定撤銷之，難謂有聲請解釋之必要性(參酌釋字第 687 號解釋法官不得針對判例聲請釋憲之精神)。

(2) 條例之部分：得考慮由所屬機關層轉於上級機關聲請釋憲

至於「條例」之部分，訴願委員會如於執行職務適用法律時確信法律違憲，可考慮以大法官審理案件法第 9 條之規定，交由其所屬機關(因訴願委員會僅為有判斷餘地之內部單位)層轉給上級機關(行政院)，再由行政院依大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1

款，以機關之身分聲請解釋，但絕不是由訴願委員會自己停止訴願程序來聲請解釋。如此之作法，一方面仍可維護憲政秩序，二方面又不過度曲解條文、恣意創設權力而破壞權力分立，應屬最為妥適之作法。

(二) 甲市公園綠地圍道及行道樹管理自治條例第 22 條與 46 條，應屬合憲

1. 程序部分：A 不得對於罰鍰處分聲請釋憲

我國違憲審查制度，除政黨違憲審查與總統副總統彈劾之審理外，以抽象審查為原則；又依照司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款，人民得以聲請之客體，已確定終局裁判所適用之「法令」為限，故 A 爭執處罰違憲之部分，不得聲請釋憲，大法官對此部分應為不受理決議。

2. 實體部分：

(1) 系爭條文並無侵害憲法上權利：

憲法保護之基本權不以列舉違憲，尚有第 22 條之非列舉權(概括基本權)，然並非無窮無盡，吾人不應把憲法上權利無限上綱，許多權利或許屬於法律賦予之權利，卻未必即屬於憲法上權利。系爭條例限制人民不能在公園等地點營火、野炊、夜宿、燃發鞭炮等行為，並非憲法上權利，因憲法上並無保障人民「在公園等地點營火、野炊、夜宿、燃發鞭炮」之權利，是以 A 主張系爭條例限制人民憲法上權利並無理由。

(2) 退萬步言，縱有憲法權利之侵害，系爭條文實質內容亦屬合憲：

綜果如聲請者所述，在公園烤肉之行為，屬於人民「一般行動自由」，也就是釋字第 689 號解釋所稱之：「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」，系爭條例所追求之目的，及其與手段間之關聯性，亦屬合憲。

① 審查基準：合理審查

系爭條例如限制人民一般行動自由而不及於其他憲法上基本權，依釋字第 689 號解釋，大法官應採取最為寬鬆的「合理審查標準」為審查。合理審查標準要求系爭規定僅須有一「合法」之政府利益(正當目的)，手段與目的之間僅需具「合理關聯」，即屬合憲。

② 目的檢驗：

系爭規定係地方制度法授權予地方自治團體，對於親近地方住民事項之公園綠地有管理權限，旨在維護公園綠地之整潔與秩序，避免公園綠地因為違法恣意之使用而造成環境髒亂，市容不堪，影響周邊居民甚至全市民生活居住之品質與環境生態；而其中管制營火、野炊、燃放鞭炮等行為，更帶有節能減碳之環保意識、避免火災蔓延或物品恣意焚燒形成之汙染等意旨，皆屬合法之憲法正當目的。

③ 手段與目的間關聯性之檢驗：

① 適合性：系爭條例以裁罰手段達成上開之目的，顯屬適合。

② 必要性與均衡性：

(A) 立法者設計系爭條例時，有考量到行政機關在執法時之個案正義，賦予主管機關裁量空間，同時裁罰機關執法時本可以勸導或驅離之方式來作為處罰之緩衝，皆可避免個案過度粗率或苛刻之處罰。

(B) 又系爭規定並未限制人民所有之休閒地點與所有之休閒活動，其限制範圍皆以條文明白載明，非但無違明確性原則(釋字 432 號解釋參照)，亦有利於執法機關個案取締範圍之明確，避免打擊過廣。可見系爭規定係以管制「社會通念下在公園裡危險性或污染性相對高之私人活動」為主要範圍，而非所有私領域之活動，諸如在公園裡溜狗、撲蝶、面交、快閃、玩飛盤、阿魯巴等行為，仍屬人民一般行動自由之私領域活動，系爭條例並無造成過度之限制。

(C) 至於行政機關執法時之公正性，姑不論人民並無主張不法平等之權利，個案執法之瑕疵亦非屬法規本身受違憲審查之理由，不影響系爭規定之合憲性

③ 故系爭規定通得過比例原則之檢驗，該手段與目的間有合理之關聯性。

(3) 結論：系爭規定應屬合憲。

公職王歷屆試題 (100 司法官二試)

二、A 市為轉型為工商業之都市，B 為政商關係良好之養豬企業，C 為轄區內活躍之環保團體，經常成功扮演官民合作，共同維護居住環境品質之角色。B 向 A 市申請設立廢棄物清理法第 41 條所稱之公民營廢棄物清除處理機構，業經 A 市政府許可在案，B 機構所提污染防治計畫書與廢棄物處理設備清冊顯然不實，以致營運後排放之廢污水過量，遂向 A 市政府檢舉，市政府承辦人起初堅持原許可無誤，經 C 檢具資料向檢察官告發，檢察官偵結提起公訴後，A 市政府迅速依據廢棄物清理法第 42 條授權訂定之公民營廢棄物清除處理機構許可管理辦法第 24 條規定，撤銷 B 之申請許可、命立即停工，並依據水污染防治法第 43 條規定：「事業或汙水下水道系統違反依第九條第二項所定之總量管制方式者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰，並通知限期改善，屆期仍未完成改善者，按日連續處罰；情節重大者，得命其停工或停業；必要時，並得廢止其排放許可證、簡易排放許可文件或勒令歇業。」科處 B 最高額罰鍰三十萬元。B 則以該廢污水並非其獨立所造成，鄰近養豬戶亦為共同污染者為由，拒絕停工且拒繳罰鍰。試問：

- (一) A 市政府可否以案經 C 檢舉或檢察官提起公訴為由，即撤銷 B 之許可並據以處罰？
- (二) 倘若 B 所稱污染非其獨立所造成，A 市政府之處罰過當為屬實，則 A 市政府之處分瑕疵，主要是違反行政程序法上規定之哪些原理原則？
- (三) A 市政府對於 B 機構拒絕停工，如何適用行政執行法之規定迫使其真正停工，以維環境品質？

【破題解析】

- (一) 整題題目寫得好像很複雜，問的考點卻是很傳統，也很簡單。第一小題抓爭點時思考上要細膩些，比較能窮盡作答。所以第一小題部分筆者作了一些繁複的檢驗，例如信賴保護、一行為不二罰等。
- (二) 第二小題只有問“行政程序法”的原則，但不在該法內的還是可以稍稍寫過去。
- (三) 第二跟第三小題算送分題吧！
- (四) 這一題配分更怪。

【命中特區】

- (一) 本班教材命中/行政法總複習講義/編號:W/頁 71 以下：一行為不二罰專題/P89 以下：VA 廢棄體系/P92 以下：執行體系/李澤編著。【命中率】100%

【擬答】：

(一) A 市政府得在符合法定事由之情形下，職權撤銷 B 機構之許可並處罰：

1. B 機構無法對於 A 市政府所為之營業許可主張信賴保護：

B 所提汙染防治計畫書與廢棄物處理設備清冊顯然不實，足見其以不正確之資料促使 A 作成該違法許可，故 B 構成行政程序法第 119 條，信賴不值得保護之情形，無法對於該許可主張信賴保護要求不得撤銷。

2. A 市政府所為之撤照與處罰屬於職權範圍之裁量行使：

B 除上開申請處分即已違法外，營運後排放之廢汙水亦屬過量，顯已違反水汙染防治法第 43 條之規定，故 A 市政府得因他人舉發發動職權調查，如 B 之違規行為屬實，自可在法律賦予之裁量範圍內予以裁罰。

3. A 市政府仍應踐行職權調查與法定事由之檢驗：

附帶一提，A 當然可在經 C 團體檢舉或檢察官提起公訴之時，依照上開規定與權限撤照與裁罰，然仍須職權調查 B 是否確屬違法，並於處分書中載明違法事實與裁罰理由。也就是說，C 團體之檢舉與檢察官之公訴，並不因此免除 A 之調查義務；A 所為之撤照與裁罰，仍須具體指明 B 行為構成法律之何等處罰要件，並非僅以檢舉或檢察官之公訴，作為撤照與裁罰之事由，併此指明。

4. A 市政府所為之手段並無違反一行為不二罰：

本題有疑問的在於，針對 B 之違法行為，A 同時為撤照與裁罰，以及檢察官提起公訴後涉及刑事之部分，會否有一行為不二罰之違反？

(1) 行政罰與行政罰部分(撤照 VS 裁罰)：

① 行為數之觀察：

A 市政府撤掉 B 機構之許可，係針對 B 當初申請許可時，即已提供不正確資料之行為；至於裁罰，則針對營業後排放廢水之違法行為，兩者係屬對於不同行為之制裁，依 25 條，數行為本可分別處罰。

②處罰性質與種類之觀察：

①更何況，本案中許可之撤銷是否為處罰手段尚存疑義，依行政罰法第 2 條立法理由，撤銷廢止處分之行為是否具裁罰性質，不可一概而論，本件法規允許之撤銷許可，旨在於針對錯誤發放營業許可之情況，由原處分機關予以撤銷，藉以回復法律秩序公益維持之狀態，屬於單純不利處分而不具裁罰性，與罰鍰屬不同之性質，自無兩罰之問題。

②退萬步言，縱使認為個案中針對的是 B 機構的同一違法行為，且該撤銷許可亦帶有非難色彩而屬裁罰性處分，許可之撤銷與罰鍰也因種類不同，依行政罰法第 24 條第 2 項本文，行政機關得併為處罰。

(2)行政罰與刑法部分(裁罰 VS 檢察官公訴後可能的刑事制裁)：

①行政裁罰應等待刑事判決之立場：

或有論者主張，刑事不法與行政不法既屬量的區別說(釋字第 517 號參照)，為避免人民之行為受到雙重處罰評價而違反行政罰法第 26 條之規定，行政機關對人民之違規行為同時涉及刑事處罰時，行政裁罰之發動應等到刑事法院無罪判決確定後，方得為之。若然，本件對於檢察官以提起公訴之違規行為，行政機關不得先行科處行政裁罰。

②行政裁罰無須等待刑事判決之立場：

①然管見認為，A 對於 B 之違規行為先行裁罰，並不違反一行為不二罰之原則與行政罰法的 26 條之規定。蓋 A 在裁罰後，如 B 涉及刑事部分最後由刑事法院判決有罪確定，A 機關仍得職權撤銷(或廢止)已然作出之行政裁罰而使人民免於雙重評價。

②這樣的解讀一方面不會使得行政機關裁罰之發動過度繫於刑事案件進程序之速度而曠日廢時，造成縱使刑事判決無罪確定，行政部分也因時間經過而使證據滅失等情況而難以裁罰；二來亦避免行政處罰之裁處權失效計算上之複雜。

③小結：

故 B 之行為雖已經檢察官提起公訴，仍不影響 A 所為之行政裁罰。惟 B 是刑事責任如經判決有罪確定，A 之行政裁罰應有廢棄之必要。

(二)倘若如 B 所稱污染非其獨力所造成，A 市政府之處罰過當為屬實，該處罰可能違反下列原則：

1. 比例原則：

裁罰機關將所有並非皆屬 B 所為之污染行為，對於 B 發動處罰，使得部分不屬於(或不只屬於)B 所造成之污染結果，全部由 B 承受制裁之不利結果，顯逾越制裁追求之目的，不符合必要性與均衡性，違反比例原則(行政程序法第 7 條，釋字第 436、476、584、604 號解釋等)

2. 責罰相當原則：

又個案之污染並非皆屬 B 所為，卻受到如此嚴重之處罰，A 之裁罰恐違反責罰相當原則(釋字第 641 號解釋參照)。雖責罰相當原則並無明示於行政程序法中，然不成文原理原則本即不以成文化為必要，且責罰相當原則屬於比例原則在處罰領域之具體化，在本案當有適用，並無疑問。

3. 平等原則：

如 A 明知有其他違規行為人之存在，在沒有正當理由之情形下，卻僅獨對 B 為裁罰，似有違平等原則(行政程序法第 6 條)。

4. 有利不利一律注意原則：

A 因為知悉 B 之違規行為，同時知悉污染之存在，即驟然認定之間之因果關係，而不問該污染情況是否全部由 B 所為，顯然違反行政程序法第 9 條：「行政機關就該管行政程

公職王歷屆試題 (100 司法官二試)

序，應於當事人有利及不利之情形，一律注意。」之誠命。

- (三) A 市政府得以行政執行法上強制執行手段如拆除設備、斷水斷電等行為迫使 B 機構停工：
1. A 對於命 B 停工之公法上行為與不行為義務，如經限期履行(告戒，行政執行法第 27 條)未果，可先以怠金(第 28 條第 1 項)與連續科處怠金(第 31 條)之間接執行手段促其履行。
 2. 如 B 仍不履行義務，A 得發動直接強制手段(第 28 條第 2 項)，以物理強制力直接實現履行之狀態，例如封閉處所、拆除設備，甚或斷水斷電等，以真正迫使 B 達到停工之狀態。

三、由於近年來國人生育率日益降低，影響社會人口結構與未來國家生產力，內政部兒童局為積極鼓勵生育，設若訂定「婦女生育津貼補助要點」，規定申請婦女生育津貼者，必須符合下列要件：1. 具合法婚姻關係者；未婚婦女，則僅能領取最高百分之五十之生育津貼；2. 家庭總收入按全家人口平均分配，每人每月未超過政府當年公布最低生活費用一點五倍(排富條款)；3. 不具備依其他法令不得領取津貼補助之事由。未婚甲女因遭性侵害產下一子，知悉兒童局有此項補助，即依要點之規定向兒童局申請補助，卻遭駁回，其理由為，因性侵產子違反善良風俗，不符合要點補助之精神，因此不予補助。

- (一)甲女認為，兒童局作出拒絕其申請之決定前，並未給其陳述意見之機會，違反法律正當程序，該項決定違法應予撤銷。此外，甲女認為僅以兒童局自訂之補助要點規範婦女生育津貼事項，並不符合法律保留原則之要求，此類事項應以法律規定。試評論甲女之看法。
- (二)若甲女合乎申請補助之資格，但由於其未婚生子，因此兒童局僅同意補助百分之五十之生育津貼。甲女認為對於已婚婦女與未婚婦女生育津貼之不同規定，違背鼓勵生育之目的，且此項差別待遇並無正當理由，違背平等原則之要求。試評論甲女之看法。
- (三)訂定排富條款限制生育津貼之請領，是否違反平等原則？

【破題解析】

此題兼及行政法上法律保留、正當法律程序等基礎概念，以及平等原則之具體涵攝適用，重在考生「基礎觀念」之釐清及「涵攝論述」能力之測驗，作答時除鋪陳基礎觀念外，「具體涵攝」即為分數高低之關鍵。同時，同學要注意「考題配分」，以分配作答篇幅及時間。

【擬答】：

- (一)甲女主張均符行政法上相關規制，茲分別詳述如下：
1. 兒童局作成之拒絕補助決定，係對於甲女之侵益行政處分，作成處分前如未給予甲女陳述意見機會，亦未於訴願程序終結前予以補正者，該處分應予以撤銷：
 - (1)按「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」「有下列各款情形之一者，行政機關得不給予陳述意見之機會」「違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，因下列情形而補正：三、應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者。」「前項第二款至第五款之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之。」分別為行政程序法第 102 條、第 103 條、第 114 條第 1 項第 3 款及同條第 2 項所明定。
 - (2)查本件內政部兒童局為了鼓勵生育等公益目的而創設「婦女生育津貼」供人民申請，其對於人民申請津貼補助准否之決定，自對於人民是否得取得津貼補助之權利有所影響，故此一准否決定即為行政機關就公法上事件單方所為對外發生法律效果之行政處分。而本件兒童局拒絕甲女之申請，自屬限制人民權利之行政處分無疑。
 - (3)承此，依行政程序法第 102 條之規定，除經聽證或其他方式給予陳述意見機會，或依行政程序法第 103 條免予陳述意見者外，於作成限制人民權利之行政處分前，自應給予人民陳述意見之機會，以保障其程序上權利。而本件申請生育補助並非大量作成處分，對於人民權利侵害亦非屬輕微，更無其他情況急迫之情事。而就其申請要件該當與否，處分係以「違反善良風俗，不符補助精神」云云予以拒絕，然此一事實認定涉

及價值判斷，亦非有事實明白足認之可能。故依法自應給予陳述意見之機會。況且，兒童局此一拒絕理由並未於該補助要點訂有明文，甲女根本無從預見，更應給予甲女先行陳述抗辯之機會，以符正當法律程序、保障人民權利之要求。

(4) 綜上所述，兒童局拒絕甲女申請所作成限制甲女權利之行政處分，未於作成前給予甲女陳述意見機會之瑕疵，如未於訴願程序終結前補正，即屬於違法行政處分，依法自應予以撤銷，故甲女主張有理由。

2. 以「婦女生育津貼補助要點」限制取得補助資格部份，違反法律保留原則：

(1) 按「關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」為釋字第 443 號所明示。

(2) 查本件內政部兒童局制定「婦女生育津貼補助要點」（下稱系爭要點）之目的，係為積極鼓勵生育，以改善我國低生育率造成人口結構及社會競爭力之重大社會問題，屬於國家之給付行政；又對於生育小孩之父母是否給予補助或補助之金額多寡，均涉及國家整體財政支出及資源分配等重大事項。爰此，依前揭司法院大法官解釋意旨，自應屬於法律保留事項，法律或法律明確授權之法規命令為依據，方屬適法。

(3) 承此，依題意所示，內政部兒童局為了鼓勵生育而制定系爭要點，內容規範「是否取得補助」及「取得補助之比例」等關於「生育津貼補助」之重要事項，卻未有經立法院通過之法律作為其依據。且雖內政部兒童局依其法定職權管有相關事項，然此一組織法權限之概括授權，自非符合授權明確性之授權依據。

(4) 總此，生育津貼補助事項暨係關係公共利益之重大事項，自應有法律保留原則之適用，然現無法律規定，而系爭要點亦無法律授權依據，自不足以作為法律保留之依據。故內政部兒童局制定系爭要點作為生育津貼補助是否發給之依據，顯與法律保留原則相悖。

(二) 對於已婚婦女與未婚婦女予以不同之補助規定，與平等原則有違：

1. 按「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」為釋字第 485 號解釋所明定。

2. 本件內政部兒童局創設「生育津貼補助」之目的，係為「鼓勵生育」以提升生育率，避免未來人口結構及國民競爭力等重大社會問題。而藉由「津貼補助」之方式為之，顯係為了降低父母生育小孩後所增加之經濟壓力，例如：生活支出、拖嬰費用等等，並以之作為生育小孩之法律上誘因。爰此，核其立法目的其生育津貼補助發給與否，應就其是否足以達成其立法目的作為區分，如對於特定申請人發給生育津貼補助無法達到其獎勵生育之目的時，自得予以拒絕或酌減發給。

3. 查本件內政部兒童局制定之系爭要點第一點以「是否有合法婚姻」作為區別發給生育津貼補助之金額多寡之依據，然依前述之立法目的可知，以「津貼補助」之手段以達成「獎勵生育」之目的，係著眼於降低父母生育小孩所直接造成之經濟上壓力，並非以發給生育小孩的「父」或「母」之「獎勵」。是以，生育小孩之父母，縱使無合法婚姻，抑或是單親家庭，均無礙於其因生育小孩所生之經濟壓力增加。尤有甚者，無合法婚姻或單親家庭若生育小孩時，其所生之經濟壓力可能較「有合法婚姻者」更鉅。職是之故，系爭要點以「是否有合法婚姻」作為區別發給生育津貼補助之金額多寡之依據，認為無合法婚姻者僅得領取至多百分之五十之補助，顯與平等原則相悖，使無合法婚姻者於生育子女上立於較不利之法律地位。

(三) 排富條款與平等原則並非當然違背：

1. 按平等原則重在相同者給予相同待遇，不同者給予不同待遇，以使得人民於法律上具有實質平等之地位，已詳述如前揭釋字第 485 號解釋。

2. 而生育津貼補助之立法目的既係以「津貼」（即金錢）之形式，降低生育子女所直接造成之經濟壓力，以達到「促進生育」之立法目的。爰此，如生育小孩之父母如屬於經濟情況優渥者，此一津貼補助規定即不足以作為其決定「是否生育」子女之誘因，故生育

公職王歷屆試題 (100 司法官二試)

津貼補助對於經濟無壓力者，既無法達成「促進生育」之立法目的，則對於一定經濟情況優渥之人，予以排除補助之規定，顯係屬於對於「不同情況者，給予不同待遇」之措施，自未與平等原則相違背。

3. 然「排富條款」之要件擇定，仍應就實際情況詳加調查統計或分析後，綜合考量整體社會及經濟狀況予以決定，方能符合前述「不同者」區別之前提要件，併與說明之。

四、教育部擬在不修改現行法規之前提下，試辦「大學自主治理方案」，計畫將原教育部依法對大學監督之部分事項(如新增系所之核准、年度預算之核可等8項)，以行政契約方式與甲、乙二國立大學簽訂附條件及負擔之「大學自主治理試辦契約」，轉由該二國立大學以內部控管機制自行嚴格控制，教育部僅進行嗣後之形式上備查程序。該附條件及負擔分別為：1. 條件：如立法院另行修法或立法，致無法繼續辦理或大學之行為違法無效或經撤銷，則試辦結果溯及既往失效，一切措施回復原狀；2. 負擔：大學必須設自主治理委員會，成員應包括外部成員，並達一定比例、定期接受教育部評鑑試辦之成效，以決定是否提前解約或續約。

請問：

- (一) 在我國行政法制上是否容許教育部與國立大學簽訂此種行政契約？其原因何在？
- (二) 如教育部與甲、乙二國立大學簽訂「大學自主治理試辦契約」，將教育部原依法對大學監督之部分事項，轉由該二國立大學以內部控管機制自行嚴格控制，教育部僅進行嗣後之形式上備查程序。教育部此舉是否有違反憲法第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。」之疑慮？請從憲法該條之規定意旨分析闡釋之。
- (三) 當前國立大學欲增設新系(所)或學院，除必須經校內程序審議通過外，尚必須經教育部核准。請問：教育部此一核准與否之控管程序，是否與憲法保障大學學術自由及大學自主之精神相符？

【破題解析】

本題為今年熱門的大學自主治理問題，此一制度設計係作為「大學法人化」之前哨準備，亦為真實發生之事件（即教育部與成功大學及金門大學締約實施自主管理），足見時事於新制律師、司法官考試命題中之有其重要性。然本題雖係新近時事爭議，然其題意所問卻仍不脫為傳統重要爭點。第一小題行政契約容許性問題，應區別行政契約「容許性」與行政契約「合法性」之不同，切勿將之混為一談。第二小題及第三小題則為國家對教育監督與大學自治分野之傳統爭點，同學只要不被題幹之事實嚇到，回歸行政契約相關規定及大學自治等大法官解釋，以基本觀念應答即可。

【擬答】：

- (一) 教育部應得以行政契約之方式授權該二大學為自主監督管理，然因涉及權限移轉問題，自應修正相關法規，以茲配合方屬適法：
1. 按「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」為行政程序法第135條所明定。是以，我國行政程序法明文採取較為寬鬆之「除外說」規定，使公法上法律關係除性質上（如：考試評定事項）或法規明文規定不容由行政契約設定、變更或消滅者外，均得訂定行政契約，俾利增加行政彈性、促進行政效率及保障人民權利之立法目的達成。然雖得以「行政契約」就公法上法律關係為設定、變更或消滅，然其設定、變更或消滅之法律行為，仍須符合相關實體法、程序法或行政法上原理原則之規定，此為「行政契約內容合法性」之問，與「行政契約容許性」不同，應予分別處理。
 2. 爰此，欲判斷本題「大學自主治理試辦契約」（下稱系爭試辦契約）之容許性，應先就其契約內容約定事項是否涉及公法上法律關係之設定、變更或消滅，及此一設定、變更或消滅之行為，是否有「性質上」或「法律上」不容以行政契約為之進行詳細審酌。
 3. 依題意所示，系爭試辦契約內容係將教育部原依法對大學監督之部份事項，以契約轉由國立大學內部控管機制處理，教育部僅進行嗣後之形式上備查程序。簡言之，即教育部將部份之法定監督權限移轉予該二國立大學執行之。是以，系爭試辦契約既涉及「法定監督權限移轉」問題，自屬於公法上法律關係之變動，而為行政契約無疑。

4. 又「權限移轉」雖受「管轄法定原則」之拘束，然並非涉及管轄移轉，即為法制上所不許，僅因各行政機關之法定權限係基於各組織法或作用法所賦予，欲予以變動時，自應有相應之法律規範為據，方屬適法，此參諸行政程序法第 15 條、第 16 條可知。爰此，衡諸「權限移轉」之事務本質上並非性質上或法律上「不得」由行政機關處分之事項；而權限既得移轉，其移轉方式無論係由行政機關依法單方作成行政處分方式，或以雙方合意之「行政契約」進行權限移轉，本質上均無不可，亦無相關法規予以限制。總此，本於行政程序法第 135 條立法就行政契約之容許性以較為寬鬆之「除外說」為規範之制度背景，系爭試辦契約以「行政契約」形式將「部份法定監督權限」移予該二大學自主執行，自非屬我國行政法制上所不許。
 5. 惟本件題示敘明「教育部擬在不修正現行法規之前提下」締結該行政契約，是以該行政契約欲於「法律無明文規定」之情況下，移轉法定管轄權限，將導致該權限移轉之行為，因違反法律保留及行政程序法之相關規定，而發生違法之瑕疵。然此係屬於行政契約內容合法性之問，並不因此影響以行政契約作為權限移轉方式之容許性，併予以說明之。
- (二) 系爭試辦契約內容與憲法第 162 條規定並無違背：
1. 按「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。」為憲法第 162 條所明定，惟該條規定係屬於憲法本文第十三章基本國策之範圍，其本質上僅作為國家大政方針之指導，或授權立法者作為及進行立法裁量之義務，並未具體就國家如何監督為具體且具有規範性之拘束性規定，先予說明之。
 2. 又按「大學自治為憲法第十一條講學自由之保障範圍，大學對於教學、研究與學習之學術事項，諸如內部組織、課程設計、研究內容、學力評鑑、考試規則及畢業條件等，均享有自治權。國家依憲法第一百六十二條對大學所為之監督，應以法律為之，並應符合大學自治之原則，俾大學得免受不當之干預，進而發展特色，實現創發知識、作育英才之大學宗旨。是立法機關不得任意以法律強制大學設置特定之單位，致侵害大學之內部組織自主權，行政機關亦不得以命令干預大學教學之內容及課程之訂定，而妨礙教學、研究之自由，立法及行政措施之規範密度，於大學自治範圍內，均應受適度之限制，教育主管機關對大學之運作亦僅屬於適法性監督之地位」為 563 號解釋所明示。是以，憲法第 162 條雖規定國家對於教育文化機關應予監督，惟其如何監督、監督密度等，仍應綜合衡酌大學自治等憲法制度性保障事項，具體判斷之。
 3. 爰此，系爭試辦契約雖將部份法定監督權限移轉予大學自主管理執行，惟其於契約中除保留移轉權限之事後「備查」權外，仍有附加條件「大學之行為違法無效或經撤銷，則試辦結果溯及既往失效，一切措施回復原狀」，更課予大學設置「自主治理委員會」之義務，並就該委員會之組成加以限制。顯見，教育部縱使於締結系爭試辦契約後，對於大學亦並非毫無監督權限，教育部仍得就大學行為是否有違法無效或得撤銷進行監督，並課予相應之法律效果，亦得就大學自主治理之程序事項進行規制，更得就所有自主治理事項之透過備查制度予以監督。故教育部衡酌大學自治及大學法人化等憲法上制度性保障事項或未來教育政策走向，於保有部份監督權限或事後低密度監督權限之情況下，締結系爭試辦契約，並未與憲法第 162 條意旨相違。
- (三) 教育部就大學增設新系所或學院之核准權，應限於未侵害大學自治之適法性審查，於此範圍內與憲法保障大學學術自由與大學自治本旨並無違背：
1. 按「大學自治屬於憲法第十一條講學自由之保障範圍，舉凡教學、學習自由有關之重要事項，均屬大學自治之項目，又國家對大學之監督除應以法律明定外，其訂定亦應符合大學自治之原則，業經本院釋字第三八〇號解釋釋示在案。大學於上開教學研究相關之範圍內，就其內部組織亦應享有相當程度之自主組織權。各大學如依其自主之決策有提供學生修習軍訓或護理課程之必要者，自得設置與課程相關之單位，並依法聘任適當之教學人員。」為釋字第 450 號解釋所明示。
 2. 又大學教育事務雖受大學自治之制度性保障，惟因教育行政仍屬國家行政權之一環，涉及國家整體教育行政推廣、資源分配等重要事項，並依憲法第 162 條規定，國家應予以

公職王歷屆試題 (100 司法官二試)

監督，以保障人民權益。是以，國家仍應對於教育事務予以監督，但應綜合考量大學學術自由及大學自治之制度性保障，限制國家之監督權，並對於大學之運作採取低密度之適法性監督，此為釋字第 563 號解釋所肯認。

- 爰此，大學如因其學術研究上需要欲增設新系所、學院或新聘任教師等等，暨係涉及學術研究目的達成之重要事項，自應屬於釋字第 450 號解釋所稱大學自主組織權，並為憲法上大學自治制度性保障及憲法上第十一條講學自由、學術自由保障之核心範圍。然增設新系所必然涉及國家教育行政資源之分配等等行政事項。是以，國家對此一大學自治保障之範疇，仍非無審查之可能，然此一審查權自應限縮於「合法性」審查，而不及於設立新系所學院是否妥當之「合目的性」審查，方符憲法保障大學學術自由及大學自治之意旨。

公 職 王