

# 101 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題

類科：律師

科目：憲法與行政法

揭揚 華安//解題

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。立法院於 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)意指?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」方屬何理，因此再為相關類似規定，是否允許?
- (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涉違法處罰。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(或如何為他做有利的主張)?

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)

【擬答】：

按本題涉及司法院大法官解釋之效力及法令配套措施不盡完備是否違憲等問題，茲依題示，分析說明如下：

(一)司法院大法官解釋之效力

1. 新修正社會秩序維護法第八十條規定是否符合釋字第 666 號解釋之意旨？

按釋字第 666 號解釋理由書：「……按性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而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。再者，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……為貫徹維護國民健康與善良風俗之立法目的，行政機關可依法對意圖得利而為性交易之人實施各種健康檢查或宣導安全性行為等管理或輔導措施；亦可採取職業訓練、輔導就業或其他教育方式，以提昇其工作能力及經濟狀況，使無須再以性交易為謀生手段；或採行其他有效管理措施。」準此，釋字第六六六號解釋僅宣告「罰娼不罰嫖」之規定違憲，惟對於立法政策須採取「娼嫖皆不罰」或「娼嫖皆罰」，並無表示任何意見。是立法院訂定除非在性交易專區內之合法性交易，否則「娼嫖皆罰」之規定應合於憲法及大法官解釋之意旨。

惟該號解釋之許宗力大法官不同意見書指出：「或許慮及社會對整體性交易管制政策尚未有清楚的方向，為避免過早封閉相關議題廣泛的討論空間，本件解釋乃稍嫌過份謹慎地在最窄的打擊範圍內，以最淺的，有若白開水的論理獲致違憲的結論，也算是煞費苦心。但無論釋憲者對相關問題有多少歧見，卻一致肯認那些因經濟困難而在街頭從事性交易的中高齡婦女，是受系爭規定影響最不利的群體，公權力的行使不僅沒有提供她們當有的安全與保護，反而加劇她們為生計掙扎的苦楚，而這樣的不正義，該是停止的時候了。就此而言，正是社會底層性工作者日日的艱難，統一了立場分歧的見解。本件解釋固以平等權的形式操作，為立法者保留了偌大的管制手段選擇空間，但無論政治部門將來選擇何種性交易管制政策，都必須謹記：本件解釋乃是為了她們在多重弱勢下交相逼迫的痛苦而作，在國家對此有所回應之前，廉價的「娼嫖皆罰」絕對不該是選項。」

2. 立法者不遵照大法官解釋之意旨，仍舊制定相關類似之規定是否合憲？

依照釋字第一八五號：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。行政法院六十二年判字第六一〇號判例，與此不合部分應不予援用。」

準此因大法官解釋具有拘束全國各機關之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。是以，立法者修法仍舊堅持「罰娼不罰嫖」之規定合理，因此再為相關類似規定，應不允許。

(二) 欠缺配套措施之新修法是否合憲？

社會秩序維護法修正案規定「娼嫖俱罰」，看似平等處罰，實質上不公，未設專區之前，娼、嫖、媒合者，都不應被處罰。蓋立法者急於銜接社會秩序維護法舊法失效的最後期限，於是在未制訂設立專區義務的法律效果前提下，就急著讓修正案上路，結果導致台灣各縣市都未設立性工作專區，這等同剝奪性工作、三七仔、嫖客的權利，也因立法的怠惰而造成違憲之虞。

自釋字第六六六號解釋觀之，大法官應係要保障性工作者權益，既然大法官認同性工作權，自然就未否認三七仔的工作權。新法給予地方政府設立性交易專區的裁量權，這讓娼、嫖都有期待，如今期待卻遙遙無期，沒有地方政府設專區，也沒有設立時限、義務，人民也沒有請求設立的權利。

準此，未設立性專區前，娼、嫖、媒合者都不應處罰，法規既已同意設專區，顯見立法者承認性工作權應屬職業自由保障，如今沒有專區就開罰，侵害了嫖客權利，等同全面排除人民選擇從事性工作的可能性。是在地方政府均未制定相關自治條例以設立性交易專區之情形下，嫖客甲男不應依照新修正之社會秩序維護法規定加以處罰。

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？  
(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？

【破題解析】

本題是典型的國家賠償法結合主觀公權利之考題。

- (一)在第一小題國家賠償部份，依照題旨只要回答出國賠法中心意旨「國家代位責任」，就可拿到基本分數。接著就是受託行使公權力之私人，在國家賠償法上的地位，利用行政程序法上規定，於執行受託業務範圍內，視為公務員即可解決。  
(二)第二小題只要能善用保護規範理論，對於車位使用人是否為於「相關建築法規」為受到保護之「特定人」進行充分之涵攝。關鍵藏在題目裡面說「租用不合格停車設備之使用人受有損害」這個題目給予的因果關係假設。

【擬答】：

(一)應由指定之民間檢查機構所聘檢驗員負擔「最終」損害賠償責任：

1. 按「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關」、「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」、「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同」、「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。」分別為行政程序法第 2 條第 3 項、同法第 16 條第 1 項、國家賠償法第 2 條第 2 項及第 4 條所明定。
2. T 市主管機關依照建築法規委託民間機構代為檢查、發給使用許可等，屬於行政程序法第 16 條委託私人行使公權力：  
查本件依題示，T 市主管機關為依照相關建築法規規定，將原屬於其職權之竣工檢查、定期安全檢查以及核發使用許可證等業務，均委託由指定之民間檢查機構進行檢查，顯屬於依照相關建築法規之特別規定，將部份權限委託給予民間團體之行政委託行為。而該民間檢查機構執行相關受託業務時，依行政程序法規定視為行政機關。其中個案負責執行受託業務之人員，於國家賠償法上亦視為委託機關之公務員之身份。
3. H 承租不合法停車設備之使用人因「簽證不實」等因素所受損害，依法得向 T 直轄市請求國家賠償，併以該主管建築機關為賠償義務機關：  
承上，如今該檢查業務卻於執行受託業務時，因「簽證不實」等缺失，致使承租不合格停車設備使用人受有損害，自係屬於公務員於執行職務行使受託公權力時，因怠於注意或故意不作為，致使人民權利受有損害。該當於國家賠償法第 2 條第 2 項之國家賠償責任。受有損害之義務之人民，因該檢查員視為委託機關（即 T 直轄市建築主管機關）公務員，自得依法向公務員所屬之 T 直轄市請求國家賠償，並以該主管建築機關為賠償義務機關。
4. 然因本件係因受託民間機構所聘檢查員「簽證不實」之故意或重大過失所致，T 直轄市建築主管機關自得依法向檢查員請求損害賠償：
  - (1) 惟依照國家賠償法第 2 條第 3 項及第 4 條第 2 項規範意旨可知，我國國家賠償係屬於「國家代位」責任，亦即雖先由賠償義務機關進行賠償，然於實行執行公權力之公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關自得向該公務員請求損害賠償，以求實踐其「代位」賠償之本旨。
  - (2) 爰此，本件既然係因「簽證不實」等因素造成承租不合法停車設備之使用人損害，而檢查業務是否履行，也許會有故意或過失程度認定問題，然而依題示既然屬於「簽證不實」，顯見該檢查員對於此「不實」內容早有認識，並有意欲使其發生，顯屬於故意之行為態樣。職是之故，本件最終之行政上損害賠償責任，應歸由故意不法不作為之受託民間檢查機構檢查員負責。

(二)使用人得依法請求主管機關命該停車設備之法定管理人應停止使用不合法之停車設備：

## 公職王歷屆試題 (101 律師二試)

1. 按「惟法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事者，自無成立國家賠償之餘地。倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開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。」為釋字第 469 號解釋理由書所明確指摘。爰此，本件使用人是否得依法請求主管機關命停車設備法定管理人停止使用，應視相關建築法規是否有保障「特定使用人」之意旨而定。
2. 綜觀相關建築法規規定及題目所示，使用人既然會因為檢查員之簽證不實而造成損害之結果，顯見主管機關是否合法踐行檢驗業務，並依法核發使用許可，將直接造成停車設備使用人權利之影響。而停車設備使用人亦僅能依賴國家的檢驗職務，並信賴國家核發之使用許可，方能確保停車設備的安全性。總此，系爭法規對於停車設備進行檢驗並核發許可等行為，顯有保護個別停車設備使用人之意旨。是以，應認為停車設備使用人有權向主管機關請求排除不合法停車設備繼續使用之權利。
3. 然而，本件 T 直轄市建築主管機關業已將相關檢驗及許可業務委外交由民間機構辦理。是以，停車設備使用人是否得以直接向主管機關請求排除此種不合法停車設備使用，仍有疑問。
  - (1) 有論者以為，本件使用人應針對停車設備取得之合法使用許可執照，提起訴願以求救濟，不得逕行向主管機關請求命其停止營業。蓋雖然使用許可係因檢驗員簽證不實所作成，然而行政處分既經作成，在未經撤銷之前，行政處分仍為有效，故如欲命停車設備停止使用，必先撤銷其使用許可後，方得為之。
  - (2) 然另有論者以為，委託機關身為受託行使公權力私人之上級指揮監督機關，自得依行政程序法第 117 條規定職權撤銷其合法使用停車設備之許可。是以，使用人亦得直接向主管機關請求命其停止執行。惟此基於職權所為撤銷，並非主觀公權利所及範圍，如遭否准，仍不得提起行政救濟。
4. 綜上所述，本件停車設備使用人應為受到相關建築法規保護之特定人，是以其有權請求主管機關排除不合法停車設備持續使用。然因命其停止使用涉及原已核發之許可使用執照。是以，管見以為自應許其針對其許可執照提起撤銷訴願及撤銷訴訟，並同時向法院聲請假處分，命其法定管理人暫時停止使用該停車設備。

三、男子 A 原就讀某軍官學校，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？

(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

(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？

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。

【擬答】：

按本題涉及行政契約之執行方法、義務人針對執行命令不服時之救濟途徑以及公立學校是否得因不服判決之結果而聲請釋憲等問題，茲依題示，分析說明如下：

(一)行政契約之執行方法

1. 公費之性質

依釋字第三四八號：「行政院中華民國六十七年元月二十七日臺（六七）教字第八二三號函核准，由教育部發布之「國立陽明醫學院醫學系公費學生待遇及畢業後分發服務實施要點」，係主管機關為解決公立衛生醫療機構醫師補充之困難而訂定，並作為與自願接受公費醫學教育學生，訂立行政契約之準據。依該要點之規定，此類學生得享受公費醫學及醫師養成教育之各種利益，其第十三點及第十四點因而定有公費學生應負擔於畢業後接受分發公立衛生醫療機構服務之義務，及受服務未期滿前，其專業證書先由分發機關代為保管等相關限制，乃為達成行政目的所必要，亦未逾越合理之範圍，且已成為學校與公費學生間所訂契約之內容。公費學生之權益受有限制，乃因受契約拘束之結果，並非該要點本身規定之所致。前開要點之規定，與憲法尚無牴觸。」

是以，軍官學校與學生間之公費性質應屬行政契約。

2. 處分與契約不得併用原則

凡行政機關締結行政契約後，即不得再以行政處分併用行政契約兩種處於互斥及取代之行政行為方式，去形成、變更或消滅同一事件之法律關係。理由在於：行政契約關係，係以當事人間之平等地位出發，透過協議、窩商、談判過程達成合意，其後如給付請求權發生爭議，行政機關自應與人民力於平等地位，請求法院裁判。即使是在「隸屬契約」的情形，行政機關一旦選擇以契約方式規範彼此之法律關係，便是將潛在的從屬關係轉化為具體實際之對等關係，而對等關係的選擇，同時便意味在契約請求權之貫徹上，放棄行政處分此等高權行為方式之運用。

且代替行政處分的隸屬契約，與行政處分處於競爭與取代的關係，一旦選擇其一，便須貫徹該行為方式之後果，一旦締結契約以代替處分，則應以夥伴式之契約形成雙方權利義務關係，若容許行政機關仍回復其以高權、下命的地位做成處分干預當事人間之法律關係，會對人民造成突襲，有害法安定性，且違背行政契約與行政處分擇一關係的本質。

是以題目所示之通知書僅為行政契約之公法上意思表示而非行政處分。

3. 軍校不得以 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

依行政執行法第十一條第一項：「義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，有下列情形之一，逾期不履行，經主管機關移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之：一、其處分文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者。二、其處分文書或裁定書未定履行期間，經以書面限期催告履行者。三、依法令負有義務，經以書面通知限期履行者。」

次依行政訴訟法第八條第一項：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」

準此，因通知書並非行政處分，且軍校與學生之間之公費為行政契約，故軍校不得逕行將上述通知書移送行政執行分署強制執行，若軍校需要追繳公費，應以行政訴訟法第八條第一項之規定，向行政法院提起一般給付之訴。準此，行政契約所發生之義務：應循行政訴訟程序辦理。又依行政程序法第一四八條第一項規定，行政契約約定自願接受執行者，債務人不為執行時，債權人得以該契約為執行名義；其执行程序，依同條第三項準用行政訴訟法有關強制執行之規定。而行政訴訟法第三零六條第一項規定：「执行程序，除本法別有規定外，應視執行機關為法院或行政機關而分別準用強制執行法或行政

執行法之規定。」

(二)學生針對執行命令不服之救濟途徑

依行政執行法第九條第一項規定：「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」，即係對行政執行之程序行為不服之救濟方法。」則針對執行命令不服時，應聲明異議，核先說明。依前述之分析，通知書並非行政處分，則軍校不得逕行將上述通知書移送行政執行分署依前揭行政執行法第十一條第一項規定強制執行。此時，執行名義應不成立，B男應對執行名義提出聲明異議。

依最高法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議結論：「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 10 日內加具意見，送直接上級主管機關於 30 日內決定之。行政執行，除法律另有規定外，不因聲明異議而停止執行。但執行機關因必要情形，得依職權或申請停止之。」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。」準此，B 若對執行命令不服時，仍應先聲明異議，並視執行行為之性質決定是否提起訴願，最後仍得提起行政訴訟。

(三)軍校對於判決不服時，得否聲請釋憲？

釋字第五六九號解釋理由書：「另本件聲請人指摘：刑法、刑事訴訟法及民法未規定提起自訴及刑事附帶民事訴訟後，刑事追訴權時效及民事請求權時效期間中斷，亦未規定自訴不受理確定後，應依聲請移送該案於管轄之檢察署；刑事訴訟法第二十九條、第三十一條第一項、第三十七條第一項及第二項、第四百零四條不得抗告之範圍過廣；司法院院解字第三八八九號解釋、刑事訴訟法第四十七條及第四百二十九條，自訴人不得檢閱卷宗及證物之規定；及法院以內規剝奪聲請人主動調查權，且有利於聲請人之證據均故意不調查等，有牴觸憲法之疑義。查聲請人上開主張及其相關規定均非確定終局裁判所適用之法令，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款不合，依同條第三項規定，應不受理。此外，聲請人認臺灣高等法院九十二年度上易字第四一五號刑事判決及同院九十二年度重附民上字第六號刑事附帶民事訴訟判決，適用最高法院七十九年台非字第一四七號刑事判決，對自訴為不受理判決；與臺灣高等法院九十一年度上易字第三三八一號刑事判決及同院九十一年度重附民上字第七一號刑事附帶民事訴訟判決，適用臺灣高等法院七十四年座談會結論，駁回其移轉管轄之聲請，有違憲疑義。查最高法院判決與臺灣高等法院座談會結論並非司法院大法官審理案件法所稱之法令，與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款不合，依同條第三項規定，亦應不受理，併此敘明。」

準此，因座談會結論並非大法官審查之標的，故軍校不得對九十七年高等行政法院法律座談會之研討結論聲請釋憲。

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，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」？

(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？

(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？

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 2 項)得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，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)前項及第十二條第三項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。
- (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。

【擬答】：

【破題解析】

本題為混合憲法及行政法之考題，考點廣泛但是基本，但是要在短時間內完整表達難度仍然不低，要注意時間分配喔！

- (一)第一小題涉及行為定性問題，其中除基礎的行政處分定性外，更涉及有裁罰性不利處分之定義問題，算是基本考點。
- (二)第二小題涉及法官對於原告「主張」違憲的「法律」及「函釋」應有如何處理問題。涉及尸釋字第 371、572、590 及 687 號解釋，對於法官聲請釋憲之方式。然而，應併予說明行政訴訟中「原告」之主張，因為職權進行主義，並無拘束法院之效果。至於人民如何嗣後救濟，涉及人民聲請大法官解釋之方式與要件問題。
- (三)第三小題涉及比例原則之檢驗，必須「鉅細靡遺」的進行涵攝方能獲得高分。

【擬答】：

(一)本題 A 函應為行政處分，而代金係屬於行政罰法上之裁罰性不利益處分，而有行政罰法之適用：

1. 本題 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。爰此，本題 A 函既係主管機關行政院原住民族委員會作成，並送達廠商甲，並發生確認廠商甲行為違法，並發生「繳納代金」之義務，自屬行政處份無疑。

2. 本題代金之課予應為裁罰性不利益行政處分

(1)依題示之原住民工作權保護法規定，廠商甲員工有 800 人，自應保障原住民任用人數

最低不得低於 8 人，此係以法律加諸之行政法上義務。然而，廠商甲僅有 1 名原住民員工，顯已違反前揭法律課予之行政法上義務。

- (2) 而依照同法相關規定，代金係用以替代「未依法聘用」原住民員工，並以人數及基本工資作為計算依據。是以，顯然係對於廠商甲「過去」違反行政法上義務行為之非難。並且，因為過去並未聘用原住民員工，縱使未來聘僱，仍無法補正先前之違章行為，是以此代金亦非單純違法狀態之排除，自應屬於對於過去不法行為之責難，而具有裁罰性。

(二) 本件法院應如何作為及人民得如何救濟，茲分述如下：

1. 本件原告主張相關法令違憲，而據以作成之處分亦因此違憲，行政訴訟終法官對於原告攻擊防禦方法雖不受其拘束，然而亦應本於其憲法第 80 條依法獨立審判之職權，對於處分作成依據之法律表達其法律見解，如認為法律有違憲疑義，則將應裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋：

(1) 按「又法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。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。」為司法院大法官解釋第 371 號解釋所明示。嗣後對於聲請解釋之方法、範圍等，又有釋字第 572、590 及 687 號解釋分別明確闡述。

(2) 爰此，法官本於依法獨立審判之義務，自得對於具體個案之行處處分合法性，表達自己的法律意見。然而，如其法律意見與法律規定之意旨顯不相符，並認為法律規定顯有違憲疑義時，自應依前揭司法實務見解，裁定停止訴訟程序後，敘明具體違憲之事由聲請大法官解釋。

(3) 然而，原告雖有此主張，惟此主張應為原告所提出之原處分違法之攻擊防禦方法之一，自無拘束法院之效力，併予說明。

2. 如果相關法律經法院據以援用，並使廠商甲受到終局確定判決，自得依照司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請大法官解釋，如獲解釋宣告法律立即違憲，自得作為提起廠商甲再審之理由，使甲獲得終局救濟。

(三) 原住民族工作權保障法相關規定是否符合比例原則：

1. 查原住民族工作權保障法之目的既係「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」而設，自為合法之政府公益。

2. 而為了達到保障工作權之目的，設定依政府採購法得標廠商之「最低」任用人數保障，並對於違反規定者，課予處罰之規定，自有助於促進原住民就業之目的達成。

3. 況且，其手段僅限於針對「依政府採購法得標廠商」，並且設定「最低」限額「百分之一」之限制，顯已對於其手段做出合理限縮，並為達成目的之最小侵害手段。然而，其課予代金之處罰，利用未聘任員工人數及最低基本薪資作為計算基礎，是否與目的之達成為最小侵害手段，則有疑義。蓋如此以單一未聘僱員工人數作為評價可非難性之高低，難免有個案責罰不相當之情況產生。

4. 而利用限制財產權之代金方式，作為促進原住民就業之手段，於法益上尚屬均衡。

5. 綜上所述，對於依政府採購法得標廠商設定最低限額之聘用人數，手段上符合比例原則，但課予代金方式為裁罰手段，則有違反比例原則。