

102 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

李澤/華安 /程樂 老師 解題

一、甲女為大陸地區人民，與臺灣地區人民乙男合法結婚並獲准依親居留於臺灣地區。某日，甲女參與主題為「我要身分證：大陸配偶 4 年定居」之合法集會遊行，並於遊行進行中，持麥克風慷慨激昂陳詞，批評政府忽略大陸配偶權益。嗣後，內政部入出國及移民署以甲女參與「政治活動」為由，認定其構成「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第 18 條第 1 項第 3 款「從事與許可目的不符之活動或工作」，並在未給予甲女任何答辯之機會情形下，逕行作成強制出境之處分。甲女或丈夫子女家庭生活一向幸福美滿，不願與家人分隔兩地，故拒絕自行出境。內政部入出國及移民署即作成暫時收容處分，將甲女置於收容所。

請援引相關憲法條文、大法官解釋，就以下問題，陳述正反可能之不同見解，並附理由提出你的見解：

(一)甲女主張憲法上權利之資格，是否因其為大陸地區人民而受影響？

(二)上述的法令與內政部入出國及移民署之行為，限制了甲女的那些憲法上權利？是否違憲？

參考法條

臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 號：「(第 1 項)進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。……三、從事與許可目的不符之活動或工作。(第 2 項)進入臺灣地區之大陸地區人民已取得居留許可臺灣地區與大陸地區人民關係條例而有前項第三款至第五款情形之一者，內政部入出國及移民署於強制其出境前，得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。(第 3 項)第一項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。……(第 7 項)第一項之強制出境處理辦法及第三項收容處所之設置及管理辦法，由內政部擬訂，報請行政院核定之。……」

大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第 6 號：「執行大陸地區人民、香港或澳門居民強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：…三、其他因故不能立即強制出境。」

【破題解析】

基本權主體結合大陸地區人民與新進解釋之考題又出現了，同時觀察司法官與去年的考目，人身自由這幾年實在非常的熱門！這題的考點與觀念不難，但因為可以討論的點很多，所以時間跟篇幅的管理會是這種題型的最大挑戰。

出題者強調「正反意見」之陳述，所以各種可能的立場還是要扼要的陳述，但請注意肯否兩說並列不是唯一(或最好)的寫法(因為會寫不完)，同學可以參考筆者此種「把不想採的帶進論述中提及，然後用轉折語氣往下寫支持的想法」的寫作方式。

另外就是基本權太多，每個都要詳細開完整的審查結構寫是不可能的，所以我們不要死板跑審查流程，而是要活用審查模型。可以考慮以「基本權作為討論單位」或是以「系爭規定作為討論單位」開標題討論(擬答採前者方式)，夾敘夾議的把該寫到的爭點與想法寫完。這種大型的實例檢驗，切記標題與階層不要開得太細(所以什麼形式事由實質事由筆者都略過了，只剩下段落數字)，理論不要太深入，反覆援引相關之實務見解，才能避免檢驗時寫到開花！關鍵就在於：寫到重點就收手！不要停留的往下寫！

最後兩個基本權示範寫不完的時候怎麼簡單討論基本權，同學們可以揣摩一下。

【命中特區】

本班教材命中/憲法正規班講義/基本權主體/頁 p48 以下/李澤編著/命中 100%

本班教材命中/憲法正規班講義/人身自由/頁 p19 以下/李澤編著/命中 100%

本班教材命中/憲法總複習講義/編號: w1/頁 p3 以下, p52 以下/李澤編著/命中 100%

【擬答】：

(一)本題涉及憲法上基本權主體之範圍，亦即大陸地區人民是否得主張我國憲法上基本權？

1. 三分法之觀點：

傳統見解有主張，憲法基本權主體應視基本權之內容與性質而定，採取「三分法」之觀

點，認為屬於普世人權之部分(如人身自由)，不分國籍皆可享有；而涉及資源分配(如工作權)之國民權，以及涉及主權行使之公民權(如參政權)，則必須為我國國民甚至具備一定公民資格之國民方得主張。

2. 個案認定之觀點：

(1) 有學者質疑上述觀點，認為「經濟資源」、「政治權力」與「人性尊嚴」其實密不可分。穩定的經濟資源乃是現代資本社會中人性尊嚴的基礎；而政治決策者最關心的乃是選票與連任，沒有投票權用以影響選舉結果的個人或群體，又如何透過政治程序來捍衛自身的權利？

(2) 故不應侷限以三分之觀點來判斷基本權主體，而應採取更接近個案且較為廣泛之態度來處理。一切泛稱人民基本權之規定，解釋上以包括外國人為宜，至於主張何種權利以及保護的程度為何，則視該綜合外國人與本國聯繫之緊密度而定：得以外國人入境本國之目的(觀光、求學、短期或長期工作或長期居住事實等)，以及地或人的「聯繫因素」(前者如外國人在本國是否有置產或工作，後者如外國人有依親等情事)作為判斷方式，個案認定其所能主張之基本權與保護之程度。

3. 小結：

(1) 基於憲法第 141 條所揭示的國際敦睦友好精神，以及國內施行兩公約之立法目的，管見以為上述個案認定之觀點為當。大法官解釋釋字 708 號解釋即指出：「又人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。」；又釋字第 560 號解釋亦曾討論就業法就外國受僱人領喪葬津貼之限制規定違憲？皆可表現釋憲實務肯定外國人主張本國基本權之立場。

(2) 如外國人亦得主張本國之基本權，則舉重以明輕，非屬「標準外國人」之大陸地區人民，更有主張本國基本權之地位。另憲法增修條文第 11 條規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」可見憲法肯定大陸地區人民之「權利」，僅其內容委由立法者做特別規定，立法者雖得以法律做各種限制，然仍須受到憲法違憲審查之檢驗(但釋憲實務之態度多半從寬以尊重憲法委託給立法者之形成空間)。釋字第 618、710 號與 712 號解釋即明確採取此一立場。

(3) 基上，甲女主張憲法上權利之資格，並不因其為大陸地區人民而受影響。

(二) 本案所涉基本權與合憲性討論

1. 言論自由與集會自由：

(1) 臺灣地區與大陸地區人民關係條例(下稱兩岸條例)第 18 條第 1 項第 3 款限制大陸地區人民不得從事「從事與許可日的不符之活動或工作」，主管機關並認定甲女之集會遊行與發言已然抵觸系爭規定，進而作成強制出境之處分，已涉及憲法第 11 條與 14 條保障之言論自由與集會遊行自由。

(2) 言論與集會遊行自由乃屬憲法上之基礎性權利，亦為現代民主國家中人民追求自身權利保障最重要的手段之一，透過言論與集會遊行表現發聲，使得國家與社會聽取並重視其憲法地位之提升。今甲於台灣有婚姻有家庭有工作，有各種在我國境內社會生活文化脈絡之連結，即有透過言論表現爭取其權益之必要空間。系爭規定以概括之「從事與許可日的不符之活動或工作」規定，寬泛地限制人民之日常生活之各種活動(包括遊行與發言)，非但違反「明確性原則」，以「強制出境」作為手段之強烈效果，亦違反必要性而抵觸比例原則，應屬違憲。

2. 人身自由：

(1) 依大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第 6 條，強制出境前主管機關可對其暫予收容，已限制甲之人身自由。

(2) 然此一收容之限制除事由規定不明而違反「明確性原則」外，暫予收容乃剝奪人身自由之處分，其事由應以法律或法律具體明確授權之命令定之，授權條款之明確程度應與對人民權利之影響相稱(釋字第 522 號解釋參照)。惟兩岸條例(母法)僅授權內政部訂定強制出境辦法及收容處所之設置及管理辦法，並未明確授權主管機關以前揭強制出境辦法規定得暫予收容之事由。故此一辦法逾越母法授權之範圍，抵觸法律保留原則而違憲(釋字第 710 號解釋參照)。

- (3)另系爭辦法並無依強制出境之事由，以及斟酌個案是否有收容之事由設計不同之處理方式，一律施以收容，恐形成過度侵害而違反比例原則（釋字第 710 號解釋參照）。以本案為例，甲本身並無遭遇急迫危險，或有侵害他人或公共利益之危險性，考慮其婚姻與家庭之保障，法律得設計由主管機關施以交保、責付或限制住居等方式代替收容，則能同時達到對甲之管制目的，亦不至於過度侵害其各種憲法上權利。系爭規定與行政措施捨此不為，手段違反必要性之結果甚明。
- (4)又涉及人民自由應有憲法第 8 條正當法律程序之適用，惟大法官近來之立場認為，此種非涉刑事之人身自由拘束，於初次之暫予收容可豁免法官保留之要求，然仍應賦予人民及時有效司法救濟之空間（釋字第 690、708、710 號解釋參照）。
- (5)管見認為人身自由之限制關鍵應在於限制之效果而非限制之目的或事由，同屬人身自由之侵害，非刑事被告仍應有憲法第 8 條嚴格之正當程序包括「法官保留原則」之遵守，故本案收容規定因違反「法官保留原則」而違憲（釋字第 708 號解釋李震山大法官部分不同意見書參照）。惟縱採取前述釋憲實務之立場，系爭規定亦因無賦予相關之救濟程序而違憲。

3. 居住遷徙自由：

- (1)兩岸條例第 18 條之強制出境，涉及甲之居住遷徙自由。釋字第 710 號解釋明確指出：「惟大陸地區人民形式上經主管機關許可，且已合法入境臺灣地區者，其遷徙之自由原則上即應受憲法保障。除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分者外，強制經許可合法入境之大陸地區人民出境，應踐行相應之正當程序。」
- (2)惟系爭規定僅對於部分事由賦予陳述意見之機會，有違憲法上正當法律程序原則（釋字第 710 號解釋參照）。個案中行政機關亦未依該法賦予陳述意見之機會（本案該當之事由屬於第 3 款，法律明定應踐行陳述意見之正當程序），亦屬違法違憲。

4. 婚姻與家庭權：

本案中居留與強制出境之部分，另同時涉及甲之婚姻與家庭權。國家欲管理大陸地區人民在台之各種活動以維持秩序或有其目的之正當性，然手段仍須與目的有足夠之關聯性。前開規定之事由因為過於寬鬆而使在台之大陸地區人民動輒該當收容與強制出境之規定，除侵害前述人身自由與居住遷徙自由至深，並使其付出婚姻家庭共同生活之人倫價值作為代價（甚至作為一種變相制裁！），此間法益權衡明顯失當，手段與目的顯無實質之關聯性，已侵害其婚姻與家庭權（憲法第 22 條），以及憲法上強調婚姻家庭之制度性保障（釋字第 242、362、552、554、696 號解釋參照）。

二、甲、乙、丙、丁於嘉義縣共同共有二層樓房一棟，於其父母過世後，僅由甲居住使用。民國（下同）101 年甲、乙、丙、丁以書面協議房屋稅由丁繳納，兵將該房屋稅繳納協議之書面通知嘉義縣政府稅捐稽徵處。孰料嘉義縣政府稅捐稽徵處於 102 年 6 月 1 日仍將房屋稅繳款書送達予甲，命其代繳，並繕發核定稅額通知書載明繳款書已送達予甲及繳納期間為同年 7 月 1 日至 7 月 31 日，送達共同共有人甲、乙、丙、丁。請問：

- (一)甲、乙、丙、丁以書面協議房屋稅由丁繳納，並將該房屋稅繳納協議書通知嘉義縣政府稅捐稽徵處之行為，其法律性質為何？(15 分)
- (二)嘉義縣政府稅捐稽徵處於 102 年 6 月 1 日仍將房屋稅繳款書送達予甲，命其代繳，並繕發核定稅額通知書載明繳款書已送達予甲及繳納期間為同年 7 月 1 日至 7 月 31 日，送達共同共有人甲、乙、丙、丁。此一通知行為之法律性質為何？有無瑕疵？
- (三)如甲認為其與乙、丙、丁既已以書面協議房屋稅由丁繳納，並將該房屋稅繳納協議之書面通知嘉義縣政府稅捐稽徵處，則納稅義務人已經是丁，而未於通知期限內繳納房屋稅，則嘉義縣政府稅捐稽徵處能否對甲課處滯納金，並限期命其補繳房屋稅？如逾期仍未繳納，能否以甲為義務人將其移送法務部行政執行署嘉義分署強制執行

參考法條

房屋稅條例第 4 條：「(第一項)房屋稅向房屋所有人徵收之。其設有典權者，向典權人徵收之。共有房屋向共有人徵收之，由共有人推定一人繳納，其不為推定者，由現住人或使用人代繳。(第 2

項)前項代繳之房屋稅，在其應負擔部分以外之稅款，對於其他共有人有求償權。……」
稅捐稽法第 19 條 (第 3 項)：「納稅義務人為全體共同共有人者，繳款書得僅向其中一人送達；稅捐稽徵機關應另繕發核定稅額通知書並載明繳款書受送達者及繳納期間，於開始繳納稅捐日期前送達全體共同共有人。但共同共有人有無不明者，得以公告代之，並自黏貼公告欄之翌日起發生效力。」

【破題解析】

這一題沒人性啊！榮登公法類科史上難度前三名！雖然很有鑑別度，但在有限的時間篇幅，以及不足的線索與條文規定，考生們又不能翻閱資料的情況下，考個大家都陌生的税法領域，我覺得一點意義都沒有！考試應該考的是基本用法的能力與結構層次的掌握，而不是比誰念的比較深，或比較好運看過一樣的文章或判決。這樣的實務問題，將來工作時查法條就可以操作了，有什麼好拿來刁難的同時唸十幾科數千條的考生？話雖如此，我們還是要好好地將題目解完。

雖然難度頗高，但靜下心來還是可以處理的，大部分也是我們都講過或得以用法理推敲的爭點。第一小題之前高考就出現過了，上課都有強調。第二小題就定性跟合法性的檢驗，可以從題目給的條文慢慢操作，要得出適當的答案也不難。麻煩的是第三小題，不過連帶的概念也不是第一次考出來，我們以前用過 97 年律師的題目教過同學們怎麼運用民法解連帶，總複習也特別花時間強調公法對於民法的準用或類推範圍，的確受到學者們的關注，這裡多找了個黃茂榮大法官的意見書給大家參考。要能非常完整的解答還需要其他的税法規定（例如稅捐稽徵法第 50 條的準用），但題目沒有附考場中也寫不出來，所以我只用既有線索能推敲出來的方式呈現答案。

這題的結論跟我解的不一樣也沒有關係，我問了五個教公法的同事，每個人的答案都不一樣啊！這樣的題目本來就沒有標準答案，有自己的論述跟結構即可，相信自己吧！

【擬答】：

(一)本題涉及「私人間得否締結行政契約」之爭執，討論如下：

1. 否定立場

行政程序法僅適用於行政機關與人民之間，並無私人締結行政契約之相關規範，自不得為之。釋字第 533 號解釋吳庚大法官協同意見書即稱，行政契約之締結須一造為行政機關，即屬此一立場。

2. 肯定立場

(1)行政契約係以設定、變更或廢棄公法上之法律關係為目的，如法律授與私人得決定公法上權利義務歸屬之「處分權」者，在此範圍內，私人即有締結行政契約之可能性。德國法上存在邦水利法，規定人民預防洪水之義務，可基於協議並經主管水利機關認可，其協議具有公法上效果者，得由他人代為負擔，即屬私人間締結行政契約設定公法上義務主體之實例。

(2)肯定說並主張我國亦存在類似規定，如土地稅法第 3 條第 2 項田賦共有之規定便稱，「…田賦以共有人所推舉之代表人為納稅義務人，未推舉代表人者，以共有人各按其應有部分為納稅義務人」足資參照。

3. 小結

管見認為肯定說可採，在法律有明確賦予私人間約定公法上權利義務時，私人間應可締結行政契約，惟締約之內容與範圍以法律賦予之「處分權」為限。本案房屋稅條例第 4 條與土地稅法之規定相似，應屬立法者肯定得由人民以共推之方式決定共同共有之房屋稅案件之代繳人。甲乙丙丁協議由丁繳納，以丁為代繳人，屬於公法上義務之行政契約¹。

(二)行政機關所為行為之定性與瑕疵

1. 定性部分

¹ 這當然不是唯一可能的答案，站在否定立場自然不承認私人締結行政契約的存在，然即便是肯定立場，也不代表就絕對支持土地稅法或房屋稅法的相關規定即為私人間締結行政契約之「處分權」的賦予。另一個可能的想法是：全體共有人依法可以推定(舉)繳納人，但並非以行政契約之方式進行，而僅屬於法律權限之賦予。對於這個問題採取不同結論，也自然影響後續小題的作答。

- (1) 本案中稅捐機關先對甲為「繳款書」送達，再對全體共有人甲乙丙丁為「通知書」送達，此等程序之進行來自於稅捐稽徵法第 19 條之設計。依此條規定可知，稅捐機關的第一道程序得僅對全體共有人中一人(通常是繳款人，亦稱代繳人)作成，發生形成或確認代繳人為誰之效果，是為行政處分。第二道程序稅捐機關則必須繕發核定稅額通知書(並載明繳款書受送達者及繳納期間)，送達全體共同共有人。本題之關鍵在於第二道程序所為之「稅額通知書」，是否有新的法效性存在？
- (2) 關於稅捐稽徵法第 19 條要求第二道程序之設計，乃由於依房屋稅條例第 4 條第 2 項：「前項代繳之房屋稅，在其應負擔部分以外之稅款，對於其他共有人有求償權。」，全體共有人對於納稅義務負連帶責任(稅捐稽徵法第 12 條亦同意旨)，也就是全體共有人雖可推定代繳人，然全體連帶所負之納稅義務仍然存在。故稅捐機關必須告知全體共有人其所認定之代繳人為誰(代繳人不繳行政機關可以對任一義務人執行，代繳人繳完可以對其他義務人進行內部求償)，以利各共有人權利義務與攻防之進行。且法律通知送達每一個共同共有人，以符合行政行為明確性之要求(行政程序法第 5 條參照)，以及釋字 663 號解釋關於人民訴訟權保障之意旨。
- (3) 是故，第二道程序對全體之通知，除發生明確告知全體義務人代繳人為誰與繳納期間之效果外，亦確認其全體義務人連帶範圍，甚至是追償之先後順序(是否先針對代繳人，再針對其他共有人)，此等法效皆足以立證此一通知構成行政處分之性質(行政程序法第 92 條，釋字第 423 號解釋，最高行政法院 101 年 7 月份決議參照)。故本案先後兩個行為(繳款書與稅額通知書)皆為行政處分。

2. 本案處分瑕疵

惟關於代繳人之認定，房屋稅條例第 4 條既已明文規定可由全體共有人推定一人繳代，本案全體共有人已以協議推定有丁繳納，雖未免除全體之納稅義務，然法律上則應認定丁為代繳人，稅捐機關應優先對於丁發給繳款書，並通知全體共有人本案以丁為繳納之對象。然本案中稅捐機關卻誤認甲為代繳人，故前後兩個處分皆有代繳人認定錯誤的實質瑕疵。

(三) 以下分別討論

1. 滯納金之部分：應以全體共有人作為滯納金課徵之義務對象

- (1) 關於滯納金課徵之對象，亦應由全體共有人負連帶債務責任，此乃因為在一筆真正連帶的稅捐債務中，不但其稅捐債務本身，其加徵之滯納金亦屬真正連帶債務(釋字第 663 號解釋黃茂榮大法官協同意見書)²。
- (2) 故本案無論是協議由丁為代繳人，亦或行政機關錯誤認定甲為代繳人，稅捐機關於無法收取稅額時依法核課之滯納金，仍應以全體共有人為納稅義務人，不應僅對甲核科並限期補繳，也不應僅針對丁。也就是說全體共有人皆屬滯納金之納稅義務人，應對全體核科。至於滯納金繳款單之部分，如無針對代繳滯納金之人作特別協議，仍應以主債務之代繳人丁為優先寄送之對象。

2. 行政執行之部分：得僅對代繳人執行，惟本案執行對象應以代繳人丁為優先。

由於本案之納稅義務屬於全體共有人所負，於連帶債務之情形，債權人本得對於其中一人要求清償，故稅捐機關可在本案中對全體共有人其中一人，發動行政執行。惟本案既有約定代繳人，行政機關本於誠信原則(行政程序法第 8 條參照)與比例原則(行政程序法第 7 條參照)，個案中應優先針對約定之代繳人丁(且本案全體共有人之協議已通知行政機關)，無法達成行政目的時方擴及其他連帶債務人，而非一開始即針對甲發動執行，以避免對人民造成過度之突襲。

附錄：參考資料

大法官解釋第 663 號解釋黃茂榮大法官協同意見書：「……就因共同共有而發生之稅捐債務，共同共有人所負之義務，極其量為就該債務負連帶繳納義務。此為一種連帶債務。關於公法上之連帶債務，現行行政法固無相關明文規定，然鑑於連帶債務不論其規範依據係公法或私法，皆有相同之存在特徵，所以，民法中關於連帶債務之規定應可類推適用至公

法上之連帶債務。依民法第二百七十三條第一項，「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。」此即連帶債務之外部連帶的效力。基於該外部連帶效力，債權人得自由決定，向連帶債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付，各連帶債務人之消滅時效期間分別進行。從而也就有一部分連帶債務人因未受請求給付，致其消滅時效期間先於受請求者完成的情形。因消滅時效期間已完成之連帶債務人對於債權人已有時效抗辯權，致連帶債務人中因受全部給付之請求而為清償者，對於消滅時效期間已完成之連帶債務人的求償權（民法第二百八十一條第一項參照）對應的受到限縮。是故，民法第二百七十六條第二項準用同條第一項規定，就消滅時效已完成之應分擔部分，該消滅時效已完成之連帶債務人免其責任。由此可見，各公同共有人分別有直接受送達之時效利益。該時效利益在稅捐連帶債務上之表現為：依稅捐稽徵法第二十一條，未受課稅處分送達者所享有之核課期間經過的利益。」、「……在一筆真正連帶的稅捐債務，不但其稅捐債務本身，而且其加徵之滯納金皆屬真正連帶債務，從而有其外部連帶及內部連帶效力。就其外部連帶效力而論，如有逾越繳納期限滯納稅款的情事，依相關稅法的規定應加徵滯納金時，在因受課稅處分之送達而屆清償期的稅捐，其滯納金之加徵首先固然按各連帶債務人之受送達時點及滯納期間之長度，分別計算其應加徵之滯納金數額。然因一筆稅捐債務應只能發生一份滯納金，所以稅捐稽徵機關最後得對公同共有人（連帶稅捐債務人）全體加徵之滯納金總額，除稅法另有規定外，仍應受稅捐稽徵法第二十條所定，每逾二日按該連帶稅捐債務滯納數額加徵百分之一，最高至百分之十五為止的限制。因為依該規定得加徵之滯納金總額有上述法定限額，所以滯納金因連帶稅捐債務人中之一人為繳納而消滅者，他連帶稅捐債務人亦同免其責任（民法第二百七十四條參照），不致於因規定應對於各公同共有人分別送達，並分別計算其應加徵之滯納金數額，而發生應加徵之滯納金之計算的困難。至於連帶稅捐債務人間基於內部連帶效力，而生之內部分擔關係，應按滯納金債務受清償時，就各債務人分別計算之應受加徵之滯納金數額占連帶債務人全體應受加徵之滯納金數額的比例分擔之，併予敘明。」

三、專攻行政救濟法之甲原為乙公立大學教師，乙以甲教師未經申報許可，即擔任某機關訴願審議委員會委員，認甲有教師法第 14 條第 1 項第 13 款後段「違反聘約情節重大」之情事，於民國(下同)102 年 7 月 18 日召開教師評審委員會審議，認定甲確有該條款情形，遂決議自 102 年 8 月 1 日起解聘甲，乙於報經教育部核准後，函知甲自 102 年 8 月 1 日起解聘生效。甲不服，主張其兼職純屬一時疏忽漏未申報，其憲法上權利，經提起申訴、再申訴，均被駁回。

試問：

- (一)乙大學解聘甲教師知法律性質為何？
- (二)甲教師對於系爭解聘案，應如何向法院提起訴訟尋求救濟？
- (三)甲教師可主張其憲法上何種權利受到侵害？其主張是否有理由？

參考法條

教師法第 14 條

教師聘任後除有下列各款之一者外，不得解聘、停聘或不續聘：

- 一、受有期徒刑一年以上判決確定，未獲宣告緩刑。
- 二、曾服公務，因貪污瀆職經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。
- 三、曾犯性侵害犯罪防治法第二條第一項所定之罪，經有罪判決確定。
- 四、依法停止任用，或受休職處分尚未期滿，或因案停止職務，其原因尚未消滅。
- 五、褫奪公權尚未復權。
- 六、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。
- 七、經合格醫師證明有精神病尚未痊癒。
- 八、經學校性別平等教育委員會或依法組成之相關委員會調查確認有性侵害行為屬實。
- 九、經學校性別平等教育委員會或依法組成之相關委員會調查確認有性騷擾或性

公職王歷屆試題 (102 律師二試)

霸凌行為，且情節重大。

十、知悉服務學校發生疑似校園性侵害事件，未依性別平等教育法規定通報，致再度發生校園性侵害事件；或偽造、變造、湮滅或隱匿他人所犯校園性侵害事件之證據，經有關機關查證屬實。

十一、體罰或霸凌學生，造成其身心嚴重侵害。

十二、行為違反相關法令，經有關機關查證屬實。

十三、教學不力或不能勝任工作有具體事實；或違反聘約情節重大。

教師有前項第十一款至第十三款規定情事之一者，應經教師評審委員會委員三分之二以上出席及出席委員三分之二以上之審議通過；其有第十二款規定之情事，經教師評審委員會議決解聘或不續聘者，除情節重大者外，應併審酌案件情節，議決一年至四年不得聘任為教師，並報主管教育行政機關核准。

有第一項第一款至第十一款或前項後段情事之一者，不得聘任為教師；已聘任者，除依下列規定辦理外，應報主管教育行政機關核准後，予以解聘、停聘或不續聘：

一、有第七款情形者，依規定辦理退休或資遣。

二、有第八款、第九款情形者，依第四項規定辦理。

三、有第三款或第十款情形者，應報主管教育行政機關核准後，予以解聘。

教師涉有第一項第八款或第九款情形者，服務學校應於知悉之日起一個月內經教師評審委員會審議通過後予以停聘，並靜候調查。經調查屬實者，由服務學校報主管教育行政機關核准後，予以解聘。

為避免聘任之教師有第一項第一款至第十一款及第二項後段規定之情事，各主管教育行政機關及各級學校應依規定辦理通報、資訊之蒐集及查詢；其通報、資訊之蒐集、查詢及其他應遵行事項之辦法，由教育部定之。

本法中華民國一百零二年六月二十七日修正之條文施行前，因行為不檢有損師道，經有關機關查證屬實而解聘或不續聘之教師，除屬性侵害行為；性騷擾、性霸凌行為、行為違反相關法令且情節重大；體罰或霸凌學生造成其身心嚴重侵害者外，於解聘或不續聘生效日起算逾四年者，得聘任為教師。

教師法第 14 條之 1

學校教師評審委員會依第十四條規定作成教師解聘、停聘或不續聘之決議後，學校應自決議作成之日起十日內報請主管教育行政機關核准，並同時以書面附理由通知當事人。

教師解聘、停聘或不續聘案於主管教育行政機關核准前，其聘約期限屆滿者，學校應予暫時繼續聘任。

教師法第 33 條

教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。

【擬答】：

【破題解析】

本題為熱門實務見解考題，同時涉及最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議及釋字第 702 號解釋，有認真上課準備的同學作答上應該沒有太大問題。學說上批評部份也很清楚，但要注意作答時間，不要見獵心喜而打亂自己的答題節奏！

【命中特區】

本班教材命中/正規班行政法講義/編號:4/頁 52~59/華安編著。【命中率】100%

【擬答】

(一)乙公立大學解聘甲之法律性質為行政處分：

1. 按「公立學校教師於聘任後，如予解聘、停聘或不續聘者，不僅影響教師個人權益，同時亦影響學術自由之發展與學生受教育之基本權利，乃涉及重大公益事項。是教師法第 14 條第 1 項規定，教師聘任後，除有該項各款法定事由之一者外，不得解聘、停聘或不續聘，乃為維護公益，而對公立學校是否終止、停止聘任教師之行政契約，以及是否繼續簽訂聘任教師之行政契約之自由與權利，所為公法上限制。除該項教師解聘、停聘

或不續聘法定事由之限制外，該法另定有教師解聘、停聘或不續聘之法定程序限制（教師法第 14 條第 2、3 項、同法施行細則第 16 條各款參照）。是公立學校教師因具有教師法第 14 條第 1 項各款事由之一，經該校教評會依法定組織（教師法第 29 條第 2 項參照）及法定程序決議通過予以解聘、停聘或不續聘，並由該公立學校依法定程序通知當事人者，應係該公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。」為最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議意旨所明示。是以，解聘行為之法律性質，依照最高行政法院之決議見解，應為行政處分。

2. 惟按「公立學校聘任教師係以達成教育學生公法上之目的，是以公立學校與教師間之聘任關係，應屬行政契約之關係。」為最高行政法院九十七年度判字第 121 號判決意旨所明示，亦為上述最高行政法院決議所肯認。爰此，基於「行政契約與行政處分手段併用禁止原則」，另有論者以為，公立大學自不得立於契約相對人之身份，而逕以單方行為作成行政處分以解銷契約關係。故解聘教師之法律性質，應為公立大學「終止聘約」之意思表示。
 3. 又另有論者以為，根據教師法第 14 條之法律授權及法律效果，解聘行為之法律性質為行政處分應無疑義，惟基於上述手段併用禁止原則，應以教育主管機關為作成行政處分之主體，方屬適法。故公立大學決議解聘甲之行為，並非行政處分，僅為多階段行政處分之前階段行為，而報經教育主管行政機關後，由教育主管行政機關所為核准，方為發生單方法律效果之行政處分。
 4. 然而，由於最高行政法院之實務見解具有事實上之拘束力，並得為違憲審查之客體。故管見以為，應採最高行政法院決議之見解為妥。是以，本件乙為「公立大學」而甲為依法聘任之教師，故甲乙間依上開實務及學說見解，該聘任關係為「行政契約」應無疑義。
 5. 然而，因乙認定甲涉有「違反教師法第 14 條第 1 項第 13 款後段」之事由，而經教師評審委員會審議予以解聘，並報經教育主管機關核准後，如依上開最高行政法院見解，應為公立大學基於公權力主體之地位，就聘任事項對甲作成之單方發生法律效果之行政處分。然而，依題旨本件乙公立大學卻未於教師評議委員會決議後即函知甲，故該決定應不生外部效力，尚非生效之行政處分。況且，教育主管機關之核准，依照最高行政法院決議，認為係解聘處分之特別生效要件，故乙公立大學於報經教育主管機關核准後，函知甲之行為，業已發生解聘之法律效果，而為行政處分。
- (二)甲經提起申訴再申訴後，得逕向高等行政法院提起撤銷訴訟
1. 按「公立學校依法作成解聘、停聘或不續聘之行政處分，其須報請主管教育行政機關核准者，在主管機關核准前，乃法定生效要件尚未成就之不利益行政處分，當事人以之作為訴訟對象提起撤銷訴訟，其訴訟固因欠缺法定程序要件而不合法。惟鑑於上開解聘、停聘或不續聘之行政處分影響教師身分、地位及名譽甚鉅，如俟主管教育行政機關核准解聘、停聘或不續聘之行政處分後始得救濟，恐失救濟實益，而可能影響學術自由之發展與學生受教育之基本權利，故法律如另定其特別救濟程序，亦屬有據。」為最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議意旨所明示。爰此，申訴、再申訴為教師法為達成及時救濟之目的，所設之特別救濟程序。
 2. 「至當事人不服公立學校解聘、停聘或不續聘之行政處分，但未利用法定特別程序救濟（或遲誤法定特別救濟程序相關期限），而俟主管教育行政機關核准該行政處分後，始依教師法第 29 條第 1 項、第 31 條第 2 項前段及第 33 條規定提起申訴、再申訴（視為訴願）或依法逕提訴願後，再以學校為被告依法提起撤銷訴訟者，亦無不合，於此情形，當事人如以教育行政主管機關為被告者，法院應妥為行使闡明權，使當事人改以學校為被告，以資保障當事人權益，均併予指明」亦為最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議意旨所明示。
 3. 職是之故，本件甲於收受乙公立大學報經教育主管機關核准後之通知，提起申訴及再申訴，係針對已生效之行政處分，依教師法之特別救濟程序提起之救濟，於法自無不合。而依上開實務見解可知，如甲不服再申訴決定，因再申訴決定視為訴願決定，自得依法

公職王歷屆試題 (102 律師二試)

以乙公立大學(原處分機關)為被告,提起撤銷訴訟,以為救濟。而本件解聘關係並非屬於行政訴訟法所稱適用簡易程序之案件,故甲應向高等行政法院提起撤銷訴訟方為妥適。

(三)甲可主張其憲法上職業自由遭受限制,其主張應有理由:

- 1.按「憲法第十五條規定,人民之工作權應予保障,其內涵包括人民之職業自由。法律若課予人民一定職業上應遵守之義務,即屬對該自由之限制,有關該限制之規定應符合明確性原則。…另對職業自由之限制,因內容之差異,在憲法上有寬嚴不同之容許標準,若所限制者為從事一定職業所應具備之主觀條件,則需所欲實現者為重要之公共利益,且其手段屬必要時,方得為適當之限制,始符合憲法第二十三條比例原則之要求,迭經本院解釋在案(本院釋字第五八四號、第六四九號解釋參照)。」為司法院大法官第702號解釋意旨所明示。
- 2.查本件甲遭公立大學乙作成解聘處分,並經報請主管機關核准後,函知甲而發生效力已如上述。而該行政處分發生「解聘」之法律效果,使甲不得「繼續擔任」該公立大學之教師,甲自得主張該解聘處分限制伊擔任該公立大學教師之職業自由,而侵害憲法第15條所保障之工作權。然甲如欲於行政訴訟中主張乙公立大學違法侵害其權利,自應就該解聘處分之合法性指摘其違法之處,併予說明。
- 3.該解聘處分作成之理由係以甲未經申報許可,即擔任某機關之訴願審議委員,而認有違反聘用契約情節重大之事實。然「未經申請許可」及「擔任某機關之訴願審議委員」之事實,究竟何者為「違反聘用」契約之行為,且是否該當於「情節重大」,即直接影響甲之主張有無理由。由題旨觀之,甲主張其「兼職」僅因疏忽而未為申報,顯見「兼職擔任訴願委員」並非當然之違反聘用契約行為,而「未經申請許可」方為違約之行為。
- 4.爰此,在對於教師兼職僅為「限制」而非「禁止」之規範體系下,單純「未經申請許可」之違約行為,是否足該當「情節重大」之要件,即屬可議。況且,甲之兼職係擔任「某機關之訴願審議委員」而非一般私人公司職務或與職務相衝突之職務,縱使未事先申請許可,是否已構成「違反聘用契約情節重大」更有疑問。尤有甚者,根據甲之抗辯主張,該申請許可係屬於「可補正」之事項,自與「情節重大」之要件有天地之別。
- 5.綜上所述,本件解聘處分顯然不符合教師法第14條第1項第13款之要件,而違法侵害甲受憲法第15條保障之工作權,甲之主張應有理由,該解聘處分應予撤銷無疑。

四、甲在臺北市有一筆土地,多年來供公眾通行使用,已成為具有公用地役關係之既成道路,惟臺北市府礙於經費,迄未為徵收,試問:

- (一)甲有無請求臺北市府徵收該筆土地之權利?請就憲法保障財產之規定,從理論及司法實務之觀點加以分析。
- (二)若甲不請求徵收,而直接請求臺北市府補償其損失,有無理由?請從損失補償之原理及司法院大法官解釋之觀點加以分析。
若臺北市府對甲之土地依職權辦理徵收,並報經內政部核准,及為徵收補償之公告並通知,惟甲認為地價補償金額過低,對於臺北市府所作成之徵收補償處分不服,試問:
- (三)甲得否不經訴願先行程序(土地徵收條例第22條第1項、第2項、第3項規定),逕行提起訴願?如甲逕行提起訴願,受理訴願機關應如何處理?
- (四)甲如不服訴願決定,應提起何種類型之行政訴訟?

參考法條

土地徵收條例第18條

直轄市或縣(市)主管機關於接到中央主管機關通知核准徵收案時,應即公告,並以書面通知土地或土地改良物所有權人及他項權利人。

前項公告之期間為三十日。

土地徵收條例第22條第1項至第3項

權利關係人對於第十八條第一項之公告事項有異議者,得於公告期間內向該管直轄市或縣(市)主管機關以書面提出。該管直轄市或縣(市)主管機關接受異議後應即查明處理,並將查處情形

公職王歷屆試題 (102 律師二試)

以書面通知權利關係人。

權利關係人對於徵收補償價額有異議者，得於公告期間屆滿之次日起三十日內以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關提出異議，該管直轄市或縣（市）主管機關於接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知權利關係人。

權利關係人對於前項查處不服者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟。

土地徵收條例施行細則第 23 條

權利關係人對於徵收補償價額，不服直轄市或縣（市）主管機關依本條例第二十二條第二項規定所為查處者，應於查處通知送達之日起三十日內，以書面敘明不服查處之事實及理由，送直轄市或縣（市）主管機關。

【擬答】：

(一)本題涉及公用地役關係之概念與財產權之相互關係，爰分述如下：

1. 憲法第 15 條保障人民之財產權，核其意義，乃保障人民得主張其財產上利益不受國家任意侵害，並將侵害加以排拒的法律上之力(rechtmacht)。故財產權乃典型具備主觀防禦權之基本權型態，並作為抵抗國家稅收、徵收之古典基本權。惟國家針對需用土地，得透過徵收、準徵收等等手段取得需要之國家土地，則對於人民之財產權造成莫大之限制與侵害，乃至難以忍受之特別犧牲程度，則人民得享有徵收補償請求權，請求透過金錢補償，平復該財產權侵害。
2. 至於所謂公用地役關係，乃指私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概為必要(釋字第 400 號參照)。則若成立公用地役關係，土地所有權人對於該土地之完全支配掌領權限及受到限制，而基於損失補償法制之原理，則必須透過補償之方式填補其損害。
3. 職是，既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。
4. 然而，可否直接由財產權之保障範圍推衍出人民對於土地之徵收請求權？蓋財產權之古典意義乃基於防禦權之觀點出發，是否具備主觀之請求權，尚有疑義。若依照一般情況，在欠缺公用地役關係之情況下，則人民並無法導出直接請求徵收之權利，否則毋寧係透過憲法基本權之效力，使法院成為實質上分配國家財產之機關，有違權力分立之虞。但若具備公用地役關係，則因人民使用該土地之權限已受到高度限制，則不能排除透過財產權充分保障之精神，肯定人民之徵收請求權。

(二)甲得否直接援引憲法上財產權條款作為請求徵收之基礎，涉及財產權之內涵與本質，爰分述如下：

1. 財產權所保障之範圍，乃以個人財產所得所及之範疇，凡以合法方式取得之財產，均屬財產權涵括之部分。惟是否受保障之範疇人民均享有主觀請求權，得請求國家為特定之給付？乃涉及財產權作為主觀請求權之功能問題。
2. 國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。此項補償乃因財產之徵收，對被徵收財產之所有人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。惟針對徵收補償之請求權，立法機關容有立法形成空間(釋字第 579 號參照)，針對何種情況下得為請求權、請求權所及之範圍、請求之方式與相關之救濟，均應以法律為之。故在欠缺法律明文規定之情況下，不應容許人民直接援引憲法條款作為徵收補償之請求權基礎。
3. 然而，前述情況僅存在於法律明確規範請求權基礎之情形。若客觀上存在著立法怠惰，則該立法怠惰進而無法服膺於基本權客觀法秩序之要求之下，管見以為，並不排除承認直接以憲法基本權條款作為主觀請求權。

4. 本案中，甲因已成立公用地役關係，則其對於土地之支配權限即受到限制。誠如本文前述，甲得直接放棄對於該地之所有權，請求國家為土地徵收，亦得選擇請求補償費用之給予，填補其所有權不完滿之缺憾。因此，應承認甲得請求損失補償，不請求土地徵收。

(三) 本題涉及徵收處分之救濟問題，分述如下：

1. 依土地徵收條例第 18 條第 1 項所為之土地徵收公告，核其性質，雖其形式為公告，事實上乃針對需用土地之狀態形成。質言之，乃針對需用土地之土地所有權人之所有權剝奪行為，進而使國家取得對於該土地之所有權，故屬於對於可特定之多數人所為之法律地位變更，屬行政程序法第 92 條第 2 項之一般處分。
2. 惟依照土地徵收條例第 22 條之規定，對於補償價額核定不服，依法應提起異議、復議與行政救濟，則異議、復議與行政救濟之關聯為何，勘值斟酌。依最高行政法院 98 年 6 月份第一次庭長法官聯席會議之結論，若將異議與復議以及訴願解釋為併行或擇一之關係，則必然造成救濟程序之紊亂。因此，應認為異議與復議為行政救濟程序前之必要先行程序，方為妥適。
3. 因此，提起訴願前，應先依照土地徵收條例第 22 條之規定，土地權利關係人對徵收補償價額不服而已依法提起訴願者，應視為依法提出異議，由受理異議機關查處之。至被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額依法以書面敘明不服查處之事實及理由，送直轄市或縣（市）主管機關者，即係依法申請該管直轄市或縣（市）主管機關裁量決定提請地價評議委員會復議或移送訴願。該管直轄市或縣（市）主管機關如認為無必要提請地價評議委員會復議者，應即將土地權利關係人不服查處之事實及理由，移請訴願管轄機關為訴願決定；該管直轄市或縣（市）主管機關如未依行政程序法第 51 條規定之期間依法裁量決定移送訴願或提請地價評議委員會復議者，土地權利關係人即可直接以查處處分為不服之對象，提起訴願及行政訴訟，並以依法向直轄市或縣（市）主管機關表示不服查處處分時，為提起訴願時。

(四) 救濟種類擇定之問題，分述如下：

甲對該徵收補償金額不服，應提起何種訴訟，涉及訴訟種類之意義與選定。蓋訴訟種類乃對應到不同之基本權侵害，透過排除不同之基本權侵害，滿足不同之需求。因此，行政訴訟法第 4 條至第 8 條，分別訂有撤銷、課與義務、確認訴訟與一般給付之訴，對應不同之權利侵害。甲乃希冀補償機關給予更多之補償費用，並非排除該行政處分之侵害，故核其需求，應依照行政訴訟法第 5 條提起課與義務訴訟，請求補償機關重為補償處分。