

102 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等 別：三等考試

類 科：司法官

科 目：憲法與行政法

一、依據教育基本法第 8 條第 1 項規定，中小學教師享有專業自主權；依據憲法第 11 條規定，大學教師享有講學自由。又工會法第 4 條第 3 項規定：「教師得依本法組織及加入工會。」但是，勞資爭議處理法第 54 條第 2 項第 1 款仍舊排除教師的罷工權。足見工會法雖賦予教師團結權，但勞資爭議處理法卻未開放教師的「罷教權」。試問：

(一)中小學教師的專業自主權，是否為憲法上所保障的基本權利？與大學教師的講學自由，在憲法上的保障有何不同？

(二)勞資爭議處理法第 54 條第 2 項第 1 款一致性地禁止中小學與大學教師罷教，涉及中小學與大學教師何種憲法上所保障之權利？其規定是否合憲？

參考法條：

勞資爭議處理法第 54 條第 2 項：「下列勞工，不得罷工：一、教師。……」

【擬答】：

本題涉及教育基本法、教育行政與憲法學術自由之相關論述，爰分述如下：

(一)講學自由與教育基本法之規範意旨分析

- 1.學術自由(Wissenschaftsfreiheit)於德國基本法第 5 條第 3 項有明文規範，於我國憲法第 11 條所保障之基本權範疇。學術自由乃指涉各個不同層面之自由內涵，其中包括作為團體性基本權，並且作為制度性保障並兼具防禦權與客觀價值秩序之內涵。學術自由之防禦權面向，乃包括講學自由在內。講學自由係指，將學術成果透過講授的方式，將之是推廣傳達的過程。講學必須是獨立且自由的，每一個涉及學術研究者從事之陌生知識與專業領域傳授，足以推導出獨立判斷思考之工作，均屬講學自由壟罩的範圍。
- 2.誠如上述，若講學自由惟學術自由所保障之延伸，作為主觀防禦權之功能面向，則講學自由即僅限於學術研究工作者，亦即大學內之教授與講師。國中小學教師並非學術工作者，乃從事基礎教育之工作，與學術研究本旨有差異。教育基本法第 8 條第 1 項所稱之專業自主權，屬於「國民教育基本權保護法益」的「教學自由」，其與學術自由之保障程度不同。德國教育體制下，教學自由(Pädagogische Freiheit)乃學校法制度(Schulrecht)之一環，並非講學自由之範疇。故中小學教師所受之保障程度較低，乃基於教育體制不同，從事公任務不同，所呈現之憲法釋義學結果。
- 3.故管見以為，教學自由與講學自由不同。前者乃國民教育基本權保障法益，後者乃憲法學術自由之防禦面向，故應予以區分。中小學教師不能主張講學自由作為防禦權，較為合理。

(二)教師之罷工權與學生人格自由之關係

1.中小學教師部分

- (1)中小學之教師所扮演之角色，僅為學校與學生之橋梁，在此橋梁上保障教師的教學自由。教師的教學自由並非為了教師而存在，而是為了學生而存在。其主要乃以學生人格自由開展為目的，間接保障的法益。
- (2)既然如此，教師教學自由受到一定程度之限制，只要符合比例原則，大致上並無侵害教師權益之問題。為了學生人格開展與教師的教學自由之需求，教師一定要了解學生為中心的多元教育世界潮流。教師罷工，可能使學生之權益受到嚴重影響，甚至影響學生之價值觀感。因此，從比例原則之角度出發，限制教師之罷工權應屬適當，有助於達成學生教育之目的。若必要性角度出發，較於乃持續性的過程，該過程之諸多因素將影響學生之權益，因此禁止罷工乃恰恰符合學生權益之考量，並無過當，更欠缺較小侵害手段。若將學生權益與教師權益相較，更能確認學生之權益應優先保障，權衡結果，並無抵觸憲法第 23 條比例原則之可能。

2.大學教師部分

但大學教師乃受到憲法第 11 條學術自由之保障主體，與中小學教師不同。大學以學術自由為核心，開展出大學自治等制度性保障內涵，學術自由不僅包括內在的思想自由，更包括外在的研究行為。若大學教師基於研究上目的，認為國家侵害其學術自由，透過罷課之方式確保其學術自由，而抵禦國家之限制，乃合乎教育憲法下之基本思維。知識的發現過程，乃以學術的自我規律性(wissenschaftliche Eigengesetzlichkeit)作為基礎，包含過程、行為方式與決定。則限制大學教師罷課，即屬對於大學教師之不當限制，由比例原則之角度觀之，顯然過當。管見以為，該規定涵蓋過廣，應屬違憲之規定。

二、甲汽車修理廠與乙公路監理機關簽訂汽車委託檢驗合約書，成為乙轄區內汽車定期檢驗之代檢單位，從事汽車檢驗工作。甲與乙之委託檢驗合約書第 11 條約定，甲應依公路證照及監理規費收費辦法規定之數額代收汽車檢驗費。甲所收之汽車檢驗費，於扣除委託費用後，應於收受當日或次日 12 時前全數解繳乙所指定之公庫，遲延繳納檢驗費者，應按工作日支付乙應付檢驗費百分之十之金額作為違約金。此外，合約書第 12 條約定，甲違反汽車委託檢驗實施辦法時，乙得依違規情節輕重，處以違規登記並減少每條檢驗線每日車輛檢驗數、暫時停止辦理檢驗工作或終止合約。乙對甲汽車修理廠作臨時檢查時發現，甲之車輛排氣分析儀器已逾有效期日，未依規定校正仍受理車輛檢驗，乙乃以甲違規為由，通知甲處以違規登記 1 次並依約減少每條檢驗線每日車輛檢驗數 12 輛，為期 3 個月。3 個月後，乙又發現甲有遲延繳納檢驗費情事，因而通知甲應繳納合計新臺幣 8 萬元之違約金。試問：

(一)此汽車委託檢驗合約書之法律性質為何？

(二)甲如不服違規登記及減少車輛檢驗數之通知，得否提起訴願？

(三)如甲拒不繳納 8 萬元之違約金，乙得否逕行將之移送行政執行？

參考法條：

公路法

第 63 條第 3 項：「汽車修理業、加油站具備完善之汽車安全檢驗設備，經公路主管機關查驗合格發給證照者，得受委託為汽車定期檢驗。」

第 63 條第 4 項：「公路主管機關依前項委託廠商辦理汽車定期檢驗，應支付委託費用，其費用由汽車檢驗費扣抵。」

汽車委託檢驗實施辦法

第 10 條第 1 項：「辦理汽車定期檢驗，由公路監理機關與受委託辦理檢驗單位簽訂合約辦理。受委託辦理單位辦理汽車定期檢驗所需費用按汽車檢驗費三分之二分配，並直接由汽車檢驗費中扣抵。……」

第 11 條第 1 項：「公路監理機關對於受委託辦理檢驗單位應作定期或臨時檢查。」

【破題解析】

一向重要的「行政契約履約貫徹請求權」之相關問題終於又考出來了！本題除了「契約屬性判斷」之傳統議題外，圍繞著契約章節最重要也最複雜的爭點：「行為形式併用禁止原則」，貫穿第二(如何爭訟)與第三小題(如何執行)設計爭點。我們一向把行政契約教的比較深入，配合著 95 年 7 月與 98 年 7 月這兩個非常重要的決議對立見解的分析，在這樣的考題設計中，看得出細緻處理的必要性。

【命中特區】

本班教材命中/行政法正規班講義書 B/編號:B2L30/頁數:61 以下。李澤/柯妮【命中率】100%

本班教材命中/行政法正規班總複習/。李澤【命中率】100%

【擬答】：

(一)汽車委託檢驗合約書應屬行政契約。

1. 契約屬性之判斷通說採契約標的兼採契約目的論(釋字 533 號解釋與吳庚大法官協同意見書參照)。觀察本件契約之標的：甲汽車修理廠與乙公路監理機關簽訂汽車委託檢驗合約書後，成為乙轄區內汽車定期檢驗之代檢單位，從事汽車檢驗工作。關於汽車檢驗是否合格屬於國家公路監理業務之一環，依公路法之授權，影響駕駛人得否使用該汽車上路

行駛之適格地位，屬於公權力之行使，乙機關將該事項交由甲修理廠處理，由民間參與公共任務(功能民營化)之角度觀察，屬於公權力委託(行政程序法第2條第3項參照)。以契約之態樣進行「公權力委託」之委託外包行為，因涉及公權力與管轄權之移轉，無疑屬於公法內容之契約標的。

2. 又合約書內容載明「甲所收之汽車檢驗費，於扣除委託費用後，應於收受當日或次日12時前全數解繳乙所指定之公庫，遲延繳納檢驗費者，應按工作日支付乙應付檢驗費百分之十之金額作為違約金。」足見甲所收費用乃代行政機關收取公法上作業規費；另乙機關得在甲違反契約內容時處以違規登記，減少檢驗線數量甚至暫停或終止合約，已使乙機關於契約關係中得到片面之優勢地位，在在彰顯其行政契約之性格甚明。

(二)甲對通知不服，不得提起訴願，應直接提起行政訴訟解決契約糾紛。

本題對於該通知應如何救濟，涉及「行為形式併用禁止原則」之討論，關於行政契約關係是否有該原則之適用，實務與學說有著相異之立場。

1. 實務立場：不採「行為形式併用禁止原則」，契約關係中行政機關一方得併用行政處分以貫徹契約請求權。

- (1) 行政實務常在與人民締結之行政契約關係中，人民一方存有債務不履行之情事時，對其片面作成行政處分要求履行或解除契約，此等作法並受到司法實務之肯定：最高法院於95年7月決議中，承認健保局得在其與特約醫院之行政契約關係中，片面作成處分性質之停止特約；98年7月決議亦認為，公立學校可以在其與教師之行政契約關係中，作成處分性質之解聘處分(並經教育主管機關之核准而生效)，可見實務普遍肯認行政契約關係得併用行政處分貫徹或解決履約障礙之立場。
- (2) 若採此一立場，則乙機關以甲違規為由所為之通知，第一次通知對甲有違規登記與減少檢驗數量之效果，第二次的通知有違約金之產生，此等法律效果足以支持該等通知屬於行政機關公法上針對個別事件單方為之產生法效之行政處分。則甲對此一處分不服，自應提起撤銷訴願，不獲救濟方得提起撤銷訴訟。

2. 學說立場：採取「行為形式併用禁止原則」，契約關係中原則禁止併用會消滅基礎契約關係之行政處分。

多數學說基於下述理由採取「行為形式併用禁止原則」，認為除法律有明文規定外，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。

- (1) 行政契約關係，係以當事人間之平等地位出發，透過協議、磋商、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。
- (2) 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。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。

3. 本文支持學說立場：肯定「行為形式併用禁止原則」。

- (1) 管見認為前開最高法院的兩個決議應屬錯誤見解，若容許行政機關在契約關係中得任意做成處分已消滅契約關係，恐違反契約關係之對等性，容許身為契約一造當事人之行政機關對於同屬契約另一方當事人之人民做成處分，確實造成對於人民之突襲，雙方在貫徹履約請求權之武器選擇上亦明顯地不對等。
- (2) 是故本題中乙機關所為之通知，應屬契約關係中所行使之意思表示，是故如對其不服，不能提起訴願以茲救濟，甲應提起行政訴訟，透過「一般給付之訴」或「確認訴訟」，以解決兩造發生之契約爭執。

(三)乙應先進行行政訴訟求得執行名義，不得逕送行政執行。

此一問題之答案端視前一小題之立場：

公職王歷屆試題 (102 司法官二試)

1. 若站在實務不採取「行為形式併用禁止原則」之立場，認乙機關所為之違約金繳納通知屬於行政處分，則乙機關對於甲發動行政處分設定公法上金錢給付義務，於甲不履行其金錢義務之際，自得直接將此一處分移送行政執行分署，進行公法上金錢給付義務之行政執行（行政執行法第 11 條以下參照）。
2. 惟管見支持學說採取「行為形式併用禁止原則」之立場，則違約金之繳納通知並非行政處分，屬於契約行使之意思表示，亦屬契約請求權之一環，故乙機關依契約得致之「違約金請求權」，除非有預先簽訂自願執行約款，否則乙機關仍應提起行政訴訟法第 8 條一般給付之訴，於求得勝訴判決作為執行名義後，方得依行政訴訟法第 305 條，向地方法院行政訴訟庭聲請行政訴訟強制執行，以實現其對甲之「行政契約違約金請求權」。

三、甲因經濟情況不良，繳不起房租，被迫流浪街頭成為遊民。其經常遊蕩於某公園，與該地區其他遊民聚集成群，亦常在公園附近商店與住家之騎樓或公園內之椅子休息與睡覺，造成髒亂與噪音等問題。某市政府所屬公園管理處乙，為維護秩序，並解決上述問題，雖在寒冬的環境下，仍持續多日以冷水噴灑遊民予以驅趕。又該地區之商店與附近住家因長期受到遊民問題之困擾，乃向管轄警察局陳情，請其採取措施處置遊民。請附具理由回答下列問題：

(一) 有關乙之行為，其法律性質為何？若遊民甲不服乙之行為，應如何提起法律上救濟？又乙之行為干預甲憲法上何項基本人權之保障？

(二) 若該管轄警察局對遊民採取管束措施，該措施是否符合管束之法律要件？又採取該措施，應否遵守憲法第 8 條之程序？

參考法條：

社會救助法

第 17 條：「（第 1 項）警察機關發現無家可歸之遊民，除其他法律另有規定外，應通知社政機關（單位）共同處理，並查明其身分及協助護送前往社會救助機構或社會福利機構安置輔導；其身分經查明者，立即通知其家屬。不願接受安置者，予以列冊並提供社會福利相關資訊。（第 2 項）有關遊民之安置及輔導規定，由直轄市、縣（市）主管機關定之。（第 3 項）為強化遊民之安置及輔導功能，應以直轄市、縣（市）為單位，並結合警政、衛政、社政、民政、法務及勞政機關（單位），建立遊民安置輔導體系，並定期召開遊民輔導聯繫會報。」

某市遊民輔導收容自治條例

第 2 條：「本自治條例所稱遊民係指流浪（落）街頭、孤苦無依或於公共場所行乞必須收容輔導者。」

第 4 條：「遊民之處理，依下列分工之權責辦理：一、遊民之身分調查、違法查辦及協助護送等由本府警察局辦理。二、遊民之安置、諮商、輔導、救助、送醫、返家及其他協調事項，由本府社會局辦理。三、遊民罹患疾病之診斷、鑑定及醫療，由本府衛生局所屬公立醫院及私立區域以上醫院辦理。」

【破題解析】

本題屬於適當結合行政法時事與大法官解釋的綜合式考題。其中第一小題涉及「結果除去請求權」之理解，以及釋字 699、709 號解釋提及之憲法上權利（有些是意見書才討論的比較詳細）；第二小題則檢驗「即時強制」之要件，以及最近非常熱門的「非刑事被告人身自由之拘束」與憲法第 8 條正當程序之關係，總複習一再強調今年人身自由很重要，要考就一定考「非刑事被告」之部分，果不其然的又出現了，新近的 690、708 與 710 號解釋與意見書中相關的對立見解能適時的併陳，即有不錯的分數，算是個出的還不錯的考題。

【命中特區】

本班教材命中/憲法正規班講義/編號:6/人身自由一章。李澤/柯妮【命中率】100%

本班教材命中/行政法正規班講義書 B/編號:B2L30/頁數:138 以下;439 以下/事實行為一章與行政執行一章。李澤/柯妮【命中率】100%

本班教材命中/憲法總複習講義/編號 2/人身自由專章與 709 號解釋專題。李澤/柯妮【命中率】100%

【擬答】：

(一)有關噴灑冷水驅趕之部分

1. 乙機關之行為定性：

乙機關並未作成處分命遊民離去，而是直接以噴灑冷水之物理力措施驅趕遊民，屬於行政上之事實行為。

2. 遊民甲對於事實行為之侵害，甲得行使「結果除去請求權」與「國家賠償請求權」。

(1)學說上參考德國法，以憲法上基本權之防禦功能，加上類推民法 767 條物上請求權，認為人民針對來自於國家事實行為之侵害，得請求除去其侵害之結果以回復原狀，此稱為「一般結果除去請求權」，反應在訴訟類型的選擇上，得以行政訴訟法第 8 條「一般給付之訴」實現之(此已經最高行政法院 99 年 3 月決議肯認之)。

(2)惟若個案中乙機關所為之事實行為稍縱即逝，甲不及行使結果除去請求權排除侵害，仍可對乙違法事實行為造成之損害，依國家賠償法第 2 條第 2 項前段提起國賠訴訟，以填補其所遭致之損害。

(3)另學說上亦有主張「結果除去請求權」之內涵涵蓋了第一次與第二次權利保護，蓋結果除去請求權乃以回復基本權侵害(Eingriff)前之法律地位為主要之功能，凡法律地位受到高權侵害、具有違法之持續狀態、除去仍有可能，則得透過法律救濟排除之(最高行 98 判字第 334 號參照)。而結果除去之古典意義，乃回復到合憲狀態與基本權完整性(Integrität)之實體請求權，其中當然也包括第二次權利保護的價值替代(Wertsurrogation)請求權。因此，結果除去之範圍若承認橫跨至第二次權利保護，則亦包括部分國家賠償之實體請求，亦屬其範圍。惟並不影響其請求之方式，得透過國家賠償之雙軌訴訟方式，排除侵害，併此指明。

3. 遊民甲涉及之憲法上權利：

(1)「一般行動自由」：

釋字 699 號解釋指出：「人民有隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，受憲法第二十二條所保障(本院釋字第五三五號、第六八九號解釋參照)。」遊民甲群聚休息與睡覺之處屬於公共場所，應有前往與停留之權利，屬憲法 22 條所保障之「一般行動自由」。

(2)「生存權」與「適足居住環境權」：

①另從憲法第 15 條生存權之角度，結合基本權之客觀價值秩序與憲法社會國原則，國家應對人民之生存有符合人性尊嚴最低限度之生活保障，憲法增修條文 10 條 8 項亦明示國家應重視社會救助。

②又兩公約在國內施行後，根據經濟社會與文化權利國際公約第 11 條第 1 項所規定適足生活條件之權(the right to adequate standard of living)中，包括適足居住權(the right to adequate standard of housing)：「本公約締約各國承認人人有權為其自己與家庭獲得相當的生活水準，包括足夠的食物、衣著與住房，並能不斷改進生活條件。各締約國將採取適當之步驟保證實現此一權利，並承認為此而實行基於自願同意的國際合作的重要性。」而憲法第 15 條生存權之概念自應包括維持生存之適當生活條件；亦即前揭國際公約所稱適足生活條件之權(the right to an adequate standard of living)(釋字第 709 號解釋羅昌發大法官部分協同部分不同意見書參照)。

③今國家對無家可歸之遊民非但不予積極有效之社會救濟，反以違法之事實行為加以驅離，明顯抵觸憲法與社會救助法之精神，已違反憲法要求國家對於人民生存權與適足居住環境權之保護義務。

(二)有關管束之部分

1. 警察局對遊民採取管束措施，並不符合管束之法律要件：

(1)對人管束屬於行政執行中「即時強制」之手段，其法律要件規定於行政執行法第 36、37 條中：「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，得為即時強制。即時強制方法如下：一、對於人之管束。…」；「對於人之管束，以合於下列情形之一者為限：一、瘋狂或酗酒泥醉，非管束不能救護其生命、身

體之危險，及預防他人生命、身體之危險者。二、意圖自殺，非管束不能救護其生命者。三、暴行或鬥毆，非管束不能預防其傷害者。四、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。」

(2)依上開條文，行政機關對人管束之要件包含：A. 為阻止犯罪、危害發生或急迫危險；B. 有及時處置之必要；C. 有下列事由之一：瘋狂、酗酒泥醉、意圖自殺、暴行、鬥毆、其他認為必須救護或有害公共安全之虞之情事。

(3)惟個案中遊民多屬經濟上弱勢，導致無家可歸或居無定所，因生活上之困頓而無安身立命或避雨遮風之處，方不得已選擇方寸之地稍事歇息，其並無存在上述管束事由，亦無有害公共安全之情事。或有謂遊民之群聚造成環境髒亂、噪音甚至有害都市市容等屬於公共安全而可對其管束，除過度解讀公共安全之含意外，豈非重視都市景觀市容之「公益」，大過於遊民之「一般行動自由」、「生存權」、「環境適足權」等涉及人性尊嚴之憲法上權利？此等見解是否合理，法益權衡是否失衡？自不待言。

2. 管束措施屬於對人之拘禁，應遵守憲法第 8 條之程序。

(1)憲法第 8 條人身自由之保障應包含「刑事被告」與「非刑事被告」人身自由之拘束：憲法第 8 條人身自由之保障，就對象而言：不以犯罪嫌疑人或刑事被告為限，尚及於非刑事案件之關係人，例如違警人、流氓、被管收之人、虞犯少年等（釋字第 166 號、第 384 號、第 523 號、第 588 號、第 636 號、第 664 號、第 690 號、第 708 號與第 710 號解釋參照）；就措施而言：剝奪人身自由之措施不以憲法第 8 條所稱的逮捕、拘禁為限，只要是構成人身自由受剝奪者皆屬之，例如拘提、羈押、拘留、收容、留置、管收等，因而未可以辭害義（本院釋字第 392 號解釋參照）。

(2)非刑事被告人身自由拘束之保障程度：

①大法官解釋立場：正當程序可較刑事被告寬鬆，豁免「法官保留原則」之適用。

①釋字第 690 號解釋指出，對於人身自由之限制達到剝奪之情形，則應按其實際剝奪之方式、目的與造成之影響，在審查上定相當之標準。以 690 號解釋涉及之背景「SARS 期間和平醫院封院之強制隔離措施」，大法官認為自人身自由所受侵害角度觀之，強制隔離雖使受隔離者人身自由受剝奪，但除可維護其生命與身體健康外，並無如拘禁處分對受拘禁者人格權之重大影響。又強制隔離既以保障人民生命與身體健康為目的，而與刑事處罰之本質不同，故其所須踐行之正當法律程序，自毋須與刑事處罰之限制被告人身自由所須踐行之程序相類。釋字第 708 號解釋亦復強調同樣之見解：「刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、方式與程度上畢竟有其差異，是其踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。」

②釋字第 690 號解釋更進一步認為，強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，此與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。而後大法官於 708、710 號解釋中對於外國人驅逐出境前與大陸地區人民強制出境前之初次收容，皆同樣採取「非刑事被告人身自由之拘束」，可豁免事前「法官保留原則」之適用之相同立場。

②學說立場：非刑事被告人身自由之拘束仍有「法官保留原則」之適用。

①法官保留並不是要求以法官的非專業認知取代主管機關的專業決定，其主要功能在於使事件透明化，使行政機關對剝奪人身自由的理由，不得不必須作詳盡說理，公開接受反方的質疑與檢驗，再由未預設立場，居於客觀、公正第三者立場的法官作成決定，法官即使不具專業知識，也非不能藉助其他專家的第二專業意見，審查剝奪人身自由之必要性。而無論法制上允許法官採何種審查密度，比起不採法官保留，而完全任諸行政機關的專業決斷，總較能防杜行政濫權剝奪人身自由的弊端發生（釋字第 690 號解釋許宗力大法官部分不同意見書參照）。

②憲法第 8 條一共三次提及「二十四小時」，三度提及「不得拒絕」，一處提

及「不得遲延」，明白凸顯「法官保留」中法官介入時點的急迫性特質。且釋字第 392 號解釋亦指出：「而此二十四小時究竟合乎現實之需要與否？應否如同其他部分之國家然，規定為四十八小時、甚或七十二小時，此則屬於修憲之問題。」因此，若未經修憲，應無由立法或司法機關造法變更「二十四小時」文義的空間(釋字第 708 號解釋李震山大法官部分協同部分不同意見書參照)。

③小結：

本文支持學說見解之立場，拘束人身自由的動機、目的或手段並不能改變身體自由被侵害的結果，具體而言，刑事被告與非刑事被告所被剝奪人身自由的本身，本質上並不可能有所不同，自難以刑事被告與非刑事被告的分類，作為合理差別待遇的正當性基礎。故即便是非刑事被告人身自由之拘束，仍應嚴格遵守憲法第 8 條，包含「法官保留原則」之適用，俾使人民關於人身自由之權利，得到最大程度之保障。

四、某 A 縣設有污水處理廠，並有編列預算執行污水處理的工作，但由於財政困窘，無法更新其設備，致其污水未經妥善處理即行排出而違反放流水標準。行政院環境保護署（以下簡稱環保署）認應依水污染防治法第 40 條第 1 項予以處罰，並斟酌其未設置水污染防治設備，節省新臺幣 3000 萬元之成本，乃裁罰 A 縣政府 3000 萬元之罰鍰。又該 A 縣縣議會決議通過「A 縣機動車輛停車怠速管理自治條例」，對其縣境內之車輛怠速超過 2 分鐘者，即予處罰（環保署所定「機動車輛停車怠速管理辦法」規定逾 3 分鐘才予以處罰）。A 縣政府依地方制度法第 26 條之規定，送請中央主管機關環保署核定時，環保署認為該罰鍰規定牴觸逾 3 分鐘才處罰之標準，遂依地方制度法第 30 條第 4 項函告無效。試問：

(一)環保署對 A 縣政府科以超過水污染防治法第 40 條第 1 項之法定罰鍰最高額之處罰，是否於法有據？

(二)A 縣政府主張，其對於該縣境內車輛怠速之處罰，係依據地方制度法第 19 條第 9 款「縣（市）環境保護」之規定，應屬地方自治事項，為維護該縣之空氣品質，自得訂定更嚴格的標準。則 A 縣政府若針對該函告不服，應如何進行司法救濟？又其主張是否有理？

參考法條：

水污染防治法

第 7 條第 1 項：「事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施，排放廢（污）水於地面水體者，應符合放流水標準。」

第 40 條第 1 項：「事業或污水下水道系統排放廢（污）水，違反第七條第一項或第八條規定者，處新臺幣六萬元以上六十萬元以下罰鍰，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。」

機動車輛停車怠速管理辦法

第 1 條：「本辦法依空氣污染防制法第三十四條之一第二項規定訂定之。」

第 2 條：「本辦法所稱機動車輛，指在道路上不依軌道或電力架設，而以原動機行駛之車輛。但不包含電動車輛。」

第 3 條：「機動車輛於下列場所，停車怠速等候逾三分鐘者，應關閉引擎：一、公私立停車場。二、道路（不包含高速公路、快速公路及快速道路）。三、其他供機動車輛停放、接駁、轉運之場所。」

地方制度法

第 19 條：「下列各款為縣（市）自治事項；一、……。九、關於衛生及環境保護事項如下：1 縣（市）衛生管理。2 縣（市）環境保護。……」

第 26 條第 4 項：「自治條例經各該地方立法機關議決後，如規定有罰則時，應分別報經行政院、中央各該主管機關核定後發布；……。」

【擬答】：

本題涉及地方自治團體作為行政罰主體與罰鍰上限之相關問題，爰分述如下：

(一)系爭罰鍰乃針對違反行政法上行為人所為之非難，應適用行政罰法相關規定：

1. A 縣因違反水污染防治法之規定，排放廢汙水，則該違反行政法上義務之行為，得受處罰或受行政執行。惟主管機關環保署針對該違法行為，依照水污染防治法第 40 條第 1 項裁處罰鍰，則屬於對於違反行政法上義務人所為之非難，乃消弭該違法行為所生結果之制裁，並對 A 縣造成一定程度的權利義務變動，應屬裁罰性不利處分，應適用行政罰法之相關規定。
2. 惟，地方自治團體可否作為行政罰上之行為人，乃行為人判定上之爭議。地方自治團體作為國家組織之一環，則其主要任務乃履行公任務，可否作為處罰之對象，有探討之必要。
 - (1)過去曾有見解認為，地方自治團體之行為合法性，可透過地方監督(kommunalaufsicht)來完成，無須透過處罰之方式。此外，地方自治團體是否擁有基本權，在國內與比較法上均有爭議。職是，以監督之模式取代處罰，較合乎公法學之體系認識。
 - (2)惟行政罰法第 3 條規定，本法所稱行為人，係指實施違反行政法上義務行為之自然人、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。故地方自治團體之機關，應得作為處罰之對象。查其立法理由，乃以平等原則為主要之出發點，認為法規體系之正義應予審酌，否有州官放火之譏。
 - (3)管見以為，行政罰法第 3 條既已具體明文規定，則地方自治團體自能作為處罰之對象。此時，地方自治團體乃利於準私人之地位，其得針對國家之處罰，透過救濟之模式排除侵害。
3. 進一步，有關本案之裁罰金額，即以地方自治團體所省簡之成本作為處罰之金額，則其是否合法？涉及罰鍰金額之裁量問題：
 - (1)首先，依照行政程序法第 10 條，行政機關需為合義務裁量，行政罰法第 18 條第 1 項規定，罰鍰金額之裁處，須審酌違法之應受責難程度、所生影響、所得利益與受處罰者之資力等綜合判斷。同條第 2 項則以受處罰者之不法所得，若高於法定罰鍰最高額，則得以不法所得作為處罰之金額，以達成罰鍰的壓制功能(Repression)。此乃裁量瑕疵——裁量逾越的例外，應予注意。
 - (2)水污染防治法之罰鍰上限為新台幣 60 萬元，但針對 A 縣裁罰至新台幣 3000 萬元，係以該縣省簡之成本，做為不法利益所得。為省簡之成本可否逕認定為不法利益之所得？誠有疑義。蓋不法利益之所得，乃所得之利益，即積極取得之財產價值，方能該當第 18 條第 2 項之規定要件。則節省成本並非積極的獲得何種利益，且地方自治團體財政困窘，乃地方之常態，國家不積極基於任務——財政連結原則，積極協助地方自治團體處理自治事務，反以行政罰抑制地方之行為，雖由法治國原則觀之尚屬合理，但毋寧為抑止地方自治之發展。職是，管見認為，該處罰應屬違法，地方自治團體得依照訴願法第 1 條與行政訴訟法第 4 條第 1 項之規定，排除該違法侵害。

(二)本題涉及地方立法權(Satzungrecht der Kommune)與地方聲請釋憲途徑之釐清，爰分述如下：

1. 地方自治團體之自治條例受國家函告無效，此乃基於地方制度法第 30 條「中央法破地方法」之意旨所為之行為。則地方自治團體若認為該函告無效侵害其自治權核心，應如何救濟，乃地方制度法第 30 條第 5 項之解釋問題。
 - (1)地方自治團體對於函告無效之行為應當如何聲請憲法解釋，學理上誠有爭執。大法官雖曾於釋字第 527 號指出，地方自治團體對函告無效之內容持不同意見時，應視受函告無效者為自治條例抑自治規則，分別由該地方自治團體之立法機關或行政機關，就事件之性質聲請本院解釋憲法或統一解釋法令。職是，地方自治團體受函告無效後，自應透過第 30 條第 5 項，逕向大法官聲請憲法解釋。
 - (2)然而，學理上普遍認為，地方自治團體所受之函告，乃針對特定之公法上是件所為之決定與公權力措施，而屬單方之法律行為，影響地方之自治權限。因此，應屬行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分，需先透過訴願與行政訴訟之方式，窮盡一般救濟途徑後，方能聲請大法官解釋。
 - (3)更有學說認為，地方自治團體之權限受到侵害，則得適用司法院大法官審理案件法第

5 條第 1 項第 2 款法人聲請解釋之途徑，排除該違憲侵害。則此時地方自治團體乃立於基本權類推之地位，得聲請大法官解釋

- (4) 管見以為，地方自治團體並非基本權主體，此乃基於歷史解釋上我國地方自治團體向為國家領域之組織，故無適用大審法第 5 條第 1 項第 2 款之空間。惟函告無效乃對於特定事實之函告，其侵害乃具體之侵害，並非一般性之抽象侵害。故通說之見解應為可採，應以該函告做為行政處分，窮盡救濟後聲請大法官解釋。但若該函告無效侵害地方之權限，涉及權限劃分問題，不排除直接透過大審法第 5 條第 1 項第 1 款中段之「機關爭訟」作為聲請之途徑。

2. 針對 A 縣之怠速處罰標準，A 縣可否設置較中央為嚴格之自治條例，涉及地方法與中央法之競合問題：

- (1) 中央法破地方法之辨證

地方制度法第 30 條規定，自治條例牴觸中央法規，則得函告無效，乃係基於法律位階理論中，中央法優於地方法之理解，推演而出之立法設置。惟該規定乃以德意志之地方自治團體(Gemeinde)，為行政機關之延伸，其立法權乃配置性的機關，並非其固有之權限。且其民主正當性顯然遠低於國家之國民主權水準，乃以地方之立法遠遜於國家，而將自治條例之地位置於國家之下。然而，我國地方自治團體之設置乃典型行政立法兩權分立，而立法權乃原初之設置，地方得透過地方選舉取得自己之民主正當性，故地方議會之地位較德國法之地方自治團體立法權為高，地方制度法第 30 條之規定解釋上應有所微調，此乃本土化之結論。

- (2) 國家法與地方法之競合關係

惟地方自治團體可否設置較國家法為嚴格之立法？在此涉及國家法與地方法競合問題。

- ① 先佔理論

學理上有認為，國家法與地方法之競合，應視孰人針對該領域先為法律規定。則依照先佔理論，先佔該領域之立法即取得正當性，地方得在該領域惟更高標準之規範。

- ② 國家法理論

惟基於地方自治之憲法誠命，學理上普遍認為，國家法律之規定僅為法律標準的「最下限」，而地方得針對該領域為更嚴格之規定。此乃保障地方因地制宜之特殊性，承認其立法權之廣泛，並藉以落實地方自治作為制度係保障之意旨(釋字第 498 號參照)。

- (3) 管見以為，應以國家法理論為可採。則地方制定較國家為嚴格之規範，乃盱衡其地方之特殊性，該領域有特別之需求，其立法權限應受尊重(最高行政法院 94 年 11 月庭長法官聯席會議參照)。故若 A 縣欲針對怠速之規定為更嚴格之處罰，應予以尊重。

3. 結論

A 縣得窮盡救濟後，依照地方制度法第 30 條之規定聲請大法官解釋。國家對於地方之立法權應予以尊重，中央法破地方法之理解應有所修正。地方擁有制度性保障之核心立法權，得以國家法為下限，制定更嚴格之規定。