

103 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

類別：司法官

科目：憲法與行政法

一、某國立大學（以下簡稱甲校）為培養原住民族學術人才，並期待畢業生能夠回饋原住民族之發展，故設立大學部之「原住民族法律學系」，於單獨招生簡章中明文規定報考資格「限原住民族學生」。非原住民之高中應屆畢業生某乙（以下簡稱乙生），擬報考該系，但甲校告知資格不符。

乙生認為自己僅因非原住民之身分，而無法報考甲校原住民族法律學系，主張甲校此等規定，限制其受教育之權利，且屬依據種族身分而分類之差別待遇，有違憲法第 7 條之平等原則。

(一)乙生應循何種救濟程序，請求何種司法機關審查甲校規定之合憲性？請將乙生依法得適用的司法救濟管道，分別列出並予說明。(15 分)

(二)您是甲校之法律顧問，請說明本件爭議之爭點，正反方面之實務見解，以及該規定是否合憲。(35 分)

參考法條：

原住民族教育法第 17 條第 1 項

為發展原住民之民族學術，培育原住民高等人才及培養原住民族教育師資，以促進原住民於政治、經濟、教育、文化、社會等各方面之發展，政府應鼓勵大學設相關院、系、所、中心。

【擬答】：

(一)乙生若對甲校之招生決定不服，則應針對甲校之行為，區分為「否准決定」、與「招生簡章」，分別提起行政救濟與憲法訴訟，相關爭議爰分述如下：

1. 甲校否准決定之救濟

(1) 否准決定之性質

① 國立大學於行政組織上之地位

甲校否准決定之性質，首要釐清之處，乃甲校之法律地位。於比較法上，國立大學得具備獨立之法人格，而作為擁有權利、負擔義務之公主體。惟我國之國立大學，係隸屬於教育部，職司高等教育之行政機關，並非具有法人格之組織。大學法第 1 條雖確保大學擁有自治之權限，但仍非承認大學之法人格外觀。職此，甲校僅能被認定屬於行程法第 2 條第 2 項、得對外為意思表示之行政機關。

② 招生法律關係應屬「外部法律關係」

依照學理與審判實務之普遍見解，大學與入學學生之「招生法律關係」，為典型的「外部法律關係」。故大學與入學學生間適用外部法律關係之法源，亦適用外部法律關係之基本原則。

③ 否准乙生申請入學之決定，應屬行政處分

綜上所述，拒絕乙生申請入學之決定，乃由甲校以外部之單方意思表示，進而使得乙生喪失入學之資格，限制乙生之入學之權利。據此，該決定對乙生而言，具有規制效力(Regelung)，應屬行政程序法(下稱行程法)上之行政處分，適用行程法上相關規定(行程法第 92 條、釋字第 423 號參照)。

(2)乙生得提起課與義務訴願與課與義務訴訟，並依行政訴訟法之規定提起定暫時狀態假處分

①乙生提起救濟之目的，乃希冀甲校允許其申請，使其擁有入學之資格。蓋入學資格之允許，係透過意思表示賦予乙生公法上權利，進而產生權利義務之變動，應屬行政處分。因此，乙生乃請求甲校作成行政處分，以滿足其權利，應依訴願法之規定，提起課與義務訴願。惟目前訴願法之規定，欠缺「拒為處分之課與義務訴願」，學理上乃認為應類推適用訴願法第2條之規定，以填補立法規範之缺漏。此外，甲校為依據大學法設立之國立大學，其直接上級機關為教育部，故乙生應類推適用訴願法第2條，向教育部提出拒為處分之課與義務訴願。

②進一步，若乙生提出之訴願未果，則依行政訴訟法之規定，乙生得以甲校為行政訴訟之被告，提起拒為處分之課與義務訴訟(行政訴訟法第5條第2項、行政訴訟法第24條參照)

③此外，為避免因提起行政爭訟時間延宕，導致乙生之權利受損，乙生得依據行政訴訟法第298條第2項，向行政法院聲請「定暫時狀態假處分」，以達成本案先取之權利保障狀態。

2. 招生簡章之救濟

(1)乙生得否針對甲校之招生簡章提出救濟，端視招生簡章之性質為何。對此，學理上迭有爭議，爰分述如下：

①行政規則說(92判字1426號判決)

有認為，無論行政機關抑或大學之招生、考試簡章，均屬一種行政規則，乃機關對於其內部人員之進用與招選所為之內部抽象性意思表示。此說認為報考或參與入學考試之人民，毋寧均以成為機關內部構成員為目標，故應屬一種內部組織性之行政規則。

②行政契約說

司法審判實務則有見解認為，所謂招生簡章毋寧為一種隸屬性的公法契約，針對招生之內容、條件與機關管理措施，行政機關均具有裁量權限，而參與考試之人員乃基於同意其內容而參與考試，固屬一種意思表示合致之結果(90年訴字6795號判決參照)。

③法規命令說

學理上則普遍認為，若由招生簡章之法律關係觀察，招生簡章本身並非單純給予內部招生委員會或招考人員參考，其亦具備對外發生一般性的法律效力，並且針對抽象性之事項予以規範。而招生簡章通常僅為締結契約之前置行為，也就是將契約內容對外昭告之性質，並非其本身便作為契約書。因此，大學招生簡章應較近似於法規命令，但與行政程序法第150條之法規命令仍屬有間，因大學招生簡章通常具有時效性，而較類似比較法上所稱之「限時法規命令」(Die befristete Rechtsordnung)

④自治規章說

釋字第626號指出大學就入學資格條件事項，訂定系爭具大學自治規章性質之考試招生簡章，未逾越自治範圍，即難指摘與法律保留原則有違。因此該招生簡章自屬大學自治規章而非法規命令，而並非適用行政程序法上之法規命令規定。

(2)招生簡章不得透過行政爭訟審查其合憲性

綜上所述，招生簡章應屬大學所為具有一般性、抽象性之行政行為。比較法上雖有針對自治規章與法規命令之行政爭訟機制，但依照我國目前行政爭訟之相關規範，並無對於抽象性行政行為之審查機制。因此，對於招生簡章，乙生無法透過行政爭訟之方式，由行政法院審查其合憲性。

(3)乙生得聲請大法官解釋，以審查招生簡章之合憲性

然而，依據大審法第 5 條第 1 項第 2 款，人民、法人、政黨若認終局裁判所適用之法律或命令侵害其憲法保障之權利，得依該條規定聲請司法院大法官解釋。否准決定所適用之法源，即為甲校頒佈之招生簡章，故乙生若針對否准決定提起行政爭訟，並受終局敗訴判決時，則並不排除透過聲請大法官解釋之方式，使憲法法庭審查該招生簡章之合憲性。

(二)招生簡章之合憲性問題

1. 以招生簡章限制入學資格，並不牴觸法律保留原則

- (1) 依本案情形，乙生之入學資格，係受到招生簡章之限制。而招生簡章並非透過國會三讀通過、總統公布施行之法源依據，因而衍生了招生簡章可能牴觸法律保留原則之疑慮。
- (2) 蓋法律保留(Rechtsvorbehalt)，係指行政機關之行為須經法律之授權，始能為之。質言之，某些事物必須保留給立法機關以法律定之，若欠缺法律之規定，行政機關之行為即牴觸法律保留原則。此乃法治國原則的基本思維。惟釋字第 443 號解釋則認為，何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。職此之故，應視所涉領域決定規範之密度，並非所有國家事務都非由法律規範不可。
- (3) 釋憲實務認為，有關大學與學生之法律關係，大致上受到「大學自治」之制度性保障(institutionelle Garantie)所籠罩(釋字第 380 號、第 450 號、第 563 號、第 626 號、第 684 號參照)。所謂大學自治，係指大學對於大學之研究、組織與管理擁有自治權限，不受到國家之干預。大學自治之範疇中，大學得透過抽象或具體之措施，決定大學自己之事務，其中，透過自治規章規範其自治事項，即屬一種自治權之展現。故大學對於自治事項以自治規章規範之，並不牴觸法律保留之要求。換言之，大學自治屬於「毋庸法律保留」之事務，不受國家法律之任意介入。
- (4) 有關招生入學，亦屬大學自治保障之範疇(釋字第 626 號參照)。因此，大學得依據其發展之目標、未來之規劃，擬定其招生事項，且不受國家之任意干預。因此，甲校以建立原住民籍法律系為發展目標，排除非原住民籍之學生，亦屬甲校之自治空間，即便欠缺法律之授權或認可，也不牴觸法律保留原則。

2. 招生簡章並不牴觸平等原則

(1) 本案涉及平等保障的問題

憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」憲法第 7 條所揭示之平等原則非指絕對、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」，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。(釋字第 618 號、第 649 號、第 666 號參照)。依系爭簡章之說明，甲校擬透過排除非原住民裔之學生，建構一個專屬原住民學生的法律系。則該招生簡章毋寧是以「是否具備原住民身分」之分類標準，而導致「可否入學就讀」的差別待遇，使得不同族群受有不同的待遇。故該招生簡章必須通過平等原則之檢驗，否則即有違憲之虞。

(2) 系爭簡章應寬鬆審查

① 平等權司法審查應考量的因素

審查平等權應考量的因素，學理上認為，應包括分類目的、分類標準、分類效果、事務領域和有無憲法之特別規定，綜合決定應採取較嚴格或較寬鬆的審查態度。質言之，平等權審查應考量所採取之分類標準是否足夠精確、分類目的是否足夠正當、差

別待遇是否過於強烈以及事務領域和憲法特別規定是否賦予立法機關較大的形成空間。

②大學自治排拒嚴格的司法審查

首先，在事務領域部分，因涉及大學自治，故司法審查上應較為謹慎保守。蓋大學自治並非僅排除法律保留之適用，更進一步，大學自治提供了大學實體上的自我形成空間，並且不受到其他主體之干涉。因此，招生簡章本身就是一個無法嚴格審查的規範，應採取較寬鬆的態度。

③憲法增修條文創造的規範形成空間

①憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」原住民族教育法第 17 條第 1 項規定：「為發展原住民之民族學術，培育原住民高等人才及培養原住民族教育師資，以促進原住民於政治、經濟、教育、文化、社會等各方面之發展，政府應鼓勵大學設相關院、系、所、中心。」均賦予大學對於原住民族保障較大的政策與制度形成空間。此外，釋字第 719 號也指出，基於原住民族工作權保障法第一條、聯合國原住民族權利宣言第二十一條第二項前段：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」

②比較法上，2013 年美國聯邦最高法院在 *Fisher v. University of Texas* 一案當中，也清楚的指出了，多元文化可以作為大學入學時考量的因素，因而轉向支持優惠性差別待遇在大學招生的適用。職此，多元文化應該可以作為優惠性差別待遇的正當化理由。

③因此，雖然系爭簡章係以「種族」此種天生不可改變的條件作為分類標準，而屬於典型的「嫌疑分類」，原則上應採取較嚴格的審查密度，但因憲法增修條文與原住民族教育法給予之空間，使得該簡章應受到合憲之推定，而採取合理審查標準 (reasonable standard)。

④優惠性差別待遇應給予正面評價

①有關優惠性差別待遇 (Affirmative action)，係指針對弱勢群體予以優惠差別待遇的措施。優惠性差別待遇之目的，乃透過挹注特定弱勢，使其取得較其他族群優惠之法律地位，以扭轉社會階級間之宰制關係，並達成培力之目的，進而落實「事實上的平等」。

②優惠性差別待遇是否合憲，學理上爭議甚大。支持見解認為，優惠性差別待遇可以促進實質平等、落實多元文化，更能落實平等原則。反對見解則認為，優惠性差別待遇容易造成標籤，導致資源分配不均，甚至造成反向歧視，反而對平等保障不利。

③在我國釋憲實務上，對於優惠性差別待遇曾有合憲與違憲之評價。釋字第 649 號曾認為，殘障福利法中視障人士之職業保留措施，抵觸憲法第 23 條之比例原則；釋字第 719 號則認為，政府採購法中要求得標廠商需進用一定比例之原住民員工，並未抵觸比例原則。惟其合憲與違憲的關鍵差異，僅在於採取之手段是否符合必要性，至於優惠性差別待遇此一制度是否合憲，釋憲實務原則上是採取正面態度。事實上，優惠性差別待遇確實在一個階級穩定複製的社會當中，或多或少可以產生一些作用。雖然並無法單純地透過法律規範來改變社會，但無論如何，優惠性差別待遇可以提供弱勢族群一個契機，使法律進入社會層面，真正的幫助需要被法律協助的人。因此，就算招生簡章完全排除非原住民籍的學生，從鞏固原住民社經地位的

角度出發，也應該肯定優惠性差別待遇，而在手段目的關聯性中採取寬鬆的審查標準。

(3)系爭招生簡章並未抵觸平等原則

①綜上所述，系爭簡章以促進原住民族社會及經濟地位，並且企圖創造一個以原住民法為關懷重心的學術科系。其終極目的也是為了促進事實上平等，使得社會關係能夠符合法律上之地位(釋字第 666 號許宗力大法官意見書參照)，其目的洵屬正當。

②手段方面，排除非原住民之學生入學，以達成培育原住民高等法律人才，進一步促進原住民於政治、經濟、教育、文化、社會等各方面之發展，則該招生簡章之手段對於目的之達成，具有合理的關聯性。雖然可以想像透過其他方式，也能達成相同的結果，例如對於原住民學生採取大幅度加分，或是優先錄取原住民籍學生，都能夠提升原住民族之實際地位，但因採取較寬鬆審查之標準，基本上只要該手段不至於偏離目的之設定，司法審查均應尊重。故系爭簡章應無抵觸平等原則，非屬違憲之規範。

二、依公務人員俸給法第 18 條授權訂定之公務人員加給給與辦法第 9 條第 1 項規定，「各機關組織法規規定並實際負領導責任之主管人員，或組織法規以外之其他法律規定應置專責承辦業務人員並授權訂定組織規程，其擔任組織規程內所列主管職務，並實際負領導責任者，得支領主管職務加給」。某甲自民國（下略）90 年 1 月起於乙機關擔任前揭組織規程內所列主管職務，但並未實際負領導責任；乙機關因未確實掌握核發主管加給之要件，仍按月核發某甲主管加給。嗣經相關機關於 101 年 1 月查核要求改正，乙機關經查證後，於 101 年 6 月發函要求某甲繳還其自 90 年 1 月起至 101 年 5 月止受領之主管加給。請詳附理由依序說明：

(一)依司法院大法官相關解釋意旨，某甲不服乙機關要求繳還主管加給之通知，得否向法院請求救濟？(20 分)

(二)乙機關所為，要求某甲繳還主管加給之通知，其法律性質為何？(15 分)

(三)乙機關至 101 年 6 月始發函要求某甲繳還其自 90 年 1 月起至 101 年 5 月止受領之主管加給，是否符合行政程序法相關期間之規定？(15 分)

【擬答】：

(一)甲對於乙機關要求繳還主管加給之行為，可否透過外部救濟排除之，關鍵在於「主管加給」是否屬於憲法保障公務員之權利，而屬於公務員與國家間之「基礎關係」。相關爭議爰分述如下：

1. 公務員因與國家之關係緊密，實務上普遍認為，公務員與國家係屬特別權力關係之範疇。所謂特別權力關係(Besonderes Gewaltverhältnis)，係指在特定的行政領域內，為達成行政目的，由人民及國家所建立，並加強人民對國家的從屬關係。在特別權力關係中，人民被吸收進入行政內部，不再適用在一般情形所具有的基本權利、法律保留及權利保護等，形成「無法之空間」(rechtsfreier Raum)，構成「法治國家之漏洞」。而特別權力關係更具備國家人民地位不對等、義務不確定、設有特別規範、適用特別罰則與不能救濟等特徵，故與法治國家理念相距甚大，為人所詬病。
2. 因此，特別權力關係在戰後受到強烈質疑，學理上乃試圖將部分法律關係移出特別權力關係的範疇。德國學者烏勒氏(C. H. Ule)提出二分法的觀點，將特別權力關係切分為基礎關係和經營關係。前者係指涉及特別權力關係主體身分的得、喪、變更，此時將使得內部關係外部化，國家對特別權力關係主體之決定定性為行政處分，若不服該決定，得對外救濟。反之，後者仍屬傳統之內部關係，其決定非屬行政處分，僅能內部救濟。
3. 我國釋憲實務針對公務員之特別權力關係，亦有檢討的聲浪。釋憲實務認為，凡涉及公務

員公法上金錢請求權，以及對公務員權利有重大影響之決定，因均涉及憲法保障公務員之權利，而屬於基礎關係，故上述決定均能定性為行政處分，並對外提起行政救濟，並不限於身分之得喪變更(釋字第 187 號、第 201 號、第 298 號參照)。

4. 因此，本題之關鍵在於依照公務人員加給給與辦法所給予之主管加給，可否被認定屬於公務員受憲法保障之權利？誠如學理與釋憲實務所言，憲法對於公務員之保障應屬一種公法制度之制度性保障(institutionelle Garantie)，其中，有關公務員之俸給，係為確保職業公務員制度，維持與照顧公務員生活最低必要限度，而由國家所提供必要、適當之資金，所提供之公法上財產給付。學理上稱為「贍養原則」。受憲法保障之公務員俸給，依照公務人員俸給法第 3 條之規定，包含本俸、年功俸和加給，但所謂加給，僅包含因職務上危險性所為之職務加給、因技術與專業性所給予之專業加給，以及因服勤地域偏遠所給予的地域加給，並不包含主管加給。此外，主管加給本質上也無法被認定為提供公務員生活所需，維繫公務員生活限度的金錢給付。因此，管見以為，主管加給並非受憲法保障之制度核心，甲對於乙機關之繳還命令，不得提出行政救濟。

(二)乙機關之繳還命令性質為何，涉及公法上不當得利的爭議問題，分述如下：

1. 所謂公法上不當得利，係指國家與人民之間，因缺乏法律關係而導致利益的不當流動。而該不當得利必須是在公法領域內發生，則得成立不當得利之法律關係。行政程序法第 127 條第 1 項規定，授與利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付，即屬行政程序法明文規定的公法上不當得利類型。
2. 惟有疑義者，公法上不當得利應當如何請求返還？法律並無明文規定。學理和實務上對此有不同見解：

(1)反面理論

所謂的「反面理論」，意指返還請求權的行使，法律並無規定時，如係行政機關對人民請求返還其基於行政處分所為之給付，亦得以行政處分（給付裁決）為返還之核定(100 年高等行政法院法律座談會提案及研究結果第 8 號參照)。若主張反面理論，則乙機關之繳還命令即屬行政處分，若甲拒絕返還，可以依照行政執行法開起執行程序。

(2)一般給付之訴

然而，針對反面理論，學說上普遍有所批評。蓋行政主體命人民返還不當得利具有侵益之性質，而依據法律保留原則，行政主體對人民作成侵益處分時，恆須有法律之明文授權，若欠缺此等實證法之授權基礎時，行政主體向相對人請求返還公法上不當得利，即不得逕以行政處分為之，而應提起一般給付之訴。故若主張應以一般給付之訴返還，則乙機關之返還命令即屬無法效性的觀念通知。

- (3)管見以為，應以前說為可採。蓋立法者得透過法律之規定，例外地容許行政機關透過行政處分請求返還公法上財產給付。行政程序法第 127 條已足夠作為給付請求權的法律依據，也足以作為行政處分作成之法律依據。故在本案，應屬特殊不當得利之情形，應該容許乙機關以處分請求返還。

3. 結論：返還命令為行政處分。

(三)本題涉及不當得利財產請求權之時效起算點問題，分述如下：

1. 公法上不當得利應適用行程法第 131 條之規定

(1)基於法治國原則，法律安定性作為法律關係開閉的重要要素，凡請求權均應有時效之規範與適用(釋字第 474 號參照)。有關公法上請求權，行政程序法第 131 條第 1 項規定：

「公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅；於請求權人為人民時，除法律另有規定外，因十年間不行使而消滅。」惟第 131 條之請求權內容為何，是否適用於所有公法上請求權，學理上迭有爭議：

①限於公法上財產請求權(林錫堯老師)

多數見解認為，第 131 條僅適用於公法上財產請求權¹，蓋其他請求權，例如行政機關要求人民依法停業、依法清除環境汙染或其他風險排除行為，均涉及公權力之行使。若使公權力之行使存有時間限制，則毋寧使一已存在之風險於一定時期後即不能再排除。甚至導致人民消極等待時效經過，即能大肆違法。此一行為，均與國家存立之目的牴觸。

②限於公法上金錢與實物之給付請求權

另有學說更限縮適用之範圍，認為除了金錢和實物給付之外，均不適用第 131 條之規定²。此一見解更強調國家介入排除危害之權限，使國家儘可能排除於第 131 條之適用範圍。

③不限於公法上財產請求權

①另有學說認為，第 131 條不應僅適用於財產上請求權，應廣泛包含所有人民對國家、國家對人民之公法上請求。蓋學理上認為僅限於財產請求權之原因，在於強調國家之危險防禦(Gefahrenabwehr)功能，但國家即便適用第 131 條，並非表示國家不能透過其他手段排除危害。例如行政執行法上之即時強制³。

②此外，認為第 131 條僅能適用財產請求權，毋寧係參酌民法上消滅時效之制度。然而，民法上之消滅時效是否限於財產權，本身即有爭議。故不應直接援引民法制度作為類比。

③學理上亦有援引德國法儒 Fritz Ossenbühl 之見解，認為第 131 條並不只限於財產上請求權。且涉及財產與不涉及財產之區分，本即相當困難。故事實上無須作如此之限縮

④管見以為，應以第三說為可採，蓋請求權均應廣泛的適用時效規定，才能確保法安定性。行政機關若放棄以其他公權力方式排除危險，則應自行負擔時效消滅之後果。第三說之見解，能充分落實法治國原則和基本權保障之憲法意旨。

(2)公法上不當得利既然為公法上財產給付，則無論採取上述哪一說，都會適用行程法第 131 條。故公法上不當得利之時效，亦屬五年。

2. 公法上不當得利的時效計算時點

(1)公法上不當得利之時效計算時點，實務上見解不同。有以撤銷處分送達時為起算時點、有以溢發不當得利時為起算時點，亦有依合理期待權利人行使權利時起算。高等行政法院法律座談會見解採第三說，認為不當得利也是一種財產給付之權利，基此，行政法上請求權可行使時之認定，應解為係可合理期待權利人為請求時，自此起算消滅時效方屬合理，至可合理期待權利人為請求之判斷，則應就具體個案認定(102 高等行政法院法律座談會提案(五)參照)。

(2)管見亦認為，不當得利因不同個案情形，可能時間延續甚長，因此無法以單一時點作為認定時點。故應兼顧個案之權利保障與法安定性之折衝，妥善認定。故應贊同高等行政

¹ 林錫堯，公法上請求權之消滅時效，收錄於《跨世紀法學新思維》，2006 年 1 月，頁 170。

² 陳敏，行政法總論，2011 年第七版，頁 285。

³ 李建良，行政法上消滅時效之基礎理論初探—概念、客體、法效，東吳公法論壇第 2 卷，2008 年 11 月，頁 408-411。

法院之見解，以權利人合理行使權利時起計算。

3. 結論：乙機關係相關機關於 101 年 1 月查核要求改正時，才知悉有溢發情事。而乙機關至同年 6 月發函請求返還，並未逾越行程法第 131 條之五年期間。乙機關請求返還應屬合法。

三、甲於坐落 A 市內某大樓一樓開設夜店。為炒熱氣氛，營業時間內全程以喇叭放送高分貝音樂，至凌晨 3 點打烊為止；惟該樂聲卻侵擾到同大樓二樓住戶乙。乙忍受數週後，終因不堪生活環境安寧嚴重受妨害，遂向 A 市政府檢舉。A 市政府派員至現場測定，確認甲所發出之音樂聲超出該區噪音管制標準，遂以違反噪音管制法第 9 條第 1 項規定，根據同法第 24 條命甲限期改善。嗣因期限屆至甲仍未改善，A 市政府遂再依同條規定，對其施以按日連續處罰。縱然如此，甲依舊透過喇叭超標放送音樂。案經數月仍未解決，乙因噪音干擾致長期徹夜失眠，生活作息大亂，精神持續不濟，再次請求 A 市政府應對甲祭出鐵腕，令其不得再使用擴音設施放送音樂，始能治本地解決噪音問題。試問：

(一) 乙可否根據噪音管制法之規定，請求 A 市政府禁止甲繼續使用擴音設施？(25 分)

(二) 乙可否直接以基本權為據，請求 A 市政府禁止甲繼續使用擴音設施？(25 分)

參考法條：

噪音管制法

第 1 條：「為維護國民健康及環境安寧，提高國民生活品質，特制定本法。」

第 9 條：「噪音管制區內之下列場所、工程及設施，所發出之聲音不得超出噪音管制標準：

一、工廠（場）。

二、娛樂場所。

三、營業場所。

四、營建工程。

五、擴音設施。

六、其他經主管機關公告之場所、工程及設施。

前項各款噪音管制之音量及測定之標準，由中央主管機關定之。」

第 24 條：「違反第九條第一項規定，經限期改善仍未符合噪音管制標準者，得依下列規定按次或按日連續處罰，或令其停工、停業或停止使用，至符合噪音管制標準時為止；其為第十條第一項取得許可證之設施，必要時並得廢止其許可證：

一、工廠（場）：處新臺幣六千元以上六萬元以下罰鍰。

二、娛樂或營業場所：處新臺幣三千元以上三萬元以下罰鍰。

三、營建工程：處新臺幣一萬八千元以上十八萬元以下罰鍰。

四、擴音設施：處新臺幣三千元以上三萬元以下罰鍰。

五、其他經公告之場所、工程及設施：處新臺幣三千元以上三萬元以下罰鍰。

前項限期改善之期限規定如下：

一、工廠（場）不得超過九十日。

二、娛樂或營業場所不得超過三十日。

三、營建工程不得超過四日。

四、擴音設施不得超過十分鐘。

五、依本法第九條第一項第六款公告之場所、工程及設施，其改善期限由主管機關於公告時定之，最長不得超過九十日。

法人或非法人之場所、工程或設施有第一項各款情事之一者，除處罰其實際從事行為之自然人外，並對該法人或非法人之負責人處以各該款之罰鍰。」

第 35 條：「未於依本法所為通知補正或改善之期限屆滿前，檢具補正資料、符合噪音管制標準或其他符合本法規定之證明文件，向主管機關報請查驗者，視為未完成補正或改善。未於本法規定期限屆滿前完成補正或改善者，其按日連續處罰之起算日、暫停日、停止日、改善完成認定查驗方式、法規執行方式及其他應遵行事項之準則，由中央主管機關定之。」

噪音管制標準

第 1 條：「本標準依噪音管制法第九條第二項規定訂定之。」

第 3 條：「噪音音量測量應符合下列規定：……六、測量地點：……(四)測量擴音設施時，以擴音設施音源水平投影距離三公尺以上，主管機關指定之位置測量之。若移動性擴音設施前進時，測量地點以與移動音源最近距離不少於三公尺之主管機關指定位置測量之。……」

【擬答】：

(一)本題關鍵在於保護規範理論之操作

1. 乙得否依噪音防治法請求須視其依法是否存有公法上權利

(1) 乙依噪音防治法是否存有請求權，應操作噪音防治法之規定，是否屬「保護規範」。所謂「保護規範理論」，係指基於保障其個人利益為目的之強行性法規範，人民得援引該法規範向國家有所請求之法律上之力。人民要法律上享受之主觀公權利，必須有不僅以保護公益為目的，更同時兼以保護私益為目的之法規範存在(釋字第 469 號解釋參照)。

(2) 保護規範之判斷

規範目的的解釋上，應從解釋方法上的「客觀說」立論，亦即透過客觀法律意旨的探求，以尋繹出法律上客觀的意旨。依此說人民是否享有主觀公權利，必須顧及整體法規範以及有效保護與立法目的，並以通常解釋的法學方法及法律漏洞得填補方法為之。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，則亦屬賦予特定人請求權之保護規範(釋字第 469 號解釋參照)。

2. 噪音防治法之相關規定是否為保護規範？

保護規範理論應取決於法規範中特定條文之操作，此處應以噪音防治法第 9 條(要件條款)、第 24 條(效果條款)為判斷

(1) 要件一：

系爭規範賦予行政機關有關噪音污染之防治與取締的職務義務。

(2) 此要件二：

系爭法規並非僅以實現公益為目的，從噪音防治法之立法目的與整體結構，加以憲法上人民環境權與精神安寧權之保護(詳後述)，以及第 9 條規範之場所設施，可知法規兼及有保障週邊居民之精神安寧法益所在，故系爭規定屬於同時兼及保護可得特定人之目的所在。。

(3) 要件三：

本案乙為同大樓二樓住戶，關於甲違反噪音防治法所製造之噪音，直接衝擊影響乙之環境與精神安寧，故本案乙受系爭規範所及保護

3. 基上，噪音防治法第 9 條與第 24 條屬於保護規範，賦予乙公法上請求權，乙得以此為據請求 A 市政府禁止甲繼續使用擴音設施。

(二)基本權直接保障主義之精神

1. 基本權條款屬於人民得據以主張之主觀公權利

人民是否得以憲法上基本權條款主張權利，涉及對於基本權條款與效力之解釋。晚近

之憲法理論，為了矯正二戰前「形式法治」、「惡法亦法」之弊病，與納粹教訓之反省，認為憲法基本權條款不應僅屬於訓示規定或方針條款，不僅僅只是放射作用之客觀秩序，而是人民得直接據以主張之主觀公權利，此代表著憲法從過去採「基本權間接保障主義」進步至「基本權直接保障主義」，搭配違憲審查等制度，落實「實質法治」之精神。

2. 本案涉及之憲法上基本權條款

本案乙之處境，可主張之憲法權利可能有：

- (1) 安全、和平與尊嚴之適足居住環境權（經濟社會文化權利國際公約第 11 條第 1 項規定參照、釋字第 709 號解釋參照）：

李震山大法官於 709 號解釋之意見書中即認為，經濟社會文化權利國際公約第 11 條第 1 項規定：「本公約各締約國承認，人人有權為他自己及其家人獲得適當的生活水準，包括適當的糧食、衣著、及住屋，並能持續改善其生活條件。各締約國將採取適當步驟以保障此權利之實現，並承認為此而實施基於自願同意的國際合作之重要性。」，其中涉及「適當住屋水準及持續改善」之所謂「適當住屋權」(right to adequate housing)，並不排除以下之可能性：其一，引據憲法第 22 條概括保障之規定，將「適當住屋權」結合其他相關基本權利，經詳細論證後提升至憲法位階，從而使其與傳統居住自由併列於人權保障之清單中。其次，直接將之納屬憲法居住自由之保護範圍，至少使之具備基本權利客觀功能。

- (2) 身心安寧權（憲法第 22 條、釋字第 689 號解釋與許宗力大法官意見書參照）或稱身體與精神健康（經濟社會文化權利國際公約第 12 條規定參照）：

上開兩種權利皆屬健康權之一環，大法官雖未直接肯認健康權之存在，然基於基本國策重視國民健康（憲法第 157 條），以及大法官歷來多號解釋皆肯認國民健康屬於重要之合憲公益目的（釋字第 414 號、第 524 號、第 533 號、第 577 號、第 690 號、第 711 號、第 714 號等），加以上開解釋與經濟社會文化權利公約之規定，可肯定憲法第 22 條應有健康權之存在。

3. 綜上所述，理論上乙應可直接以基本權為據，請求 A 市政府禁止甲繼續使用擴音設施。然實定法層次，有相對具體之下位階規範在行政程序與訴訟上仍應優先適用，本案既存噪音防治法之規範，於個案中仍應優先適用主張之。

附錄：經濟社會文化權利國際公約第 12 條

一、本公約締約國確認人人有權享受可能達到之最高標準之身體與精神健康。

二、本公約締約國為求充分實現此種權利所採取之步驟，應包括為達成下列目的所必要之措施：

- (一) 設法減低死產率及嬰兒死亡率，並促進兒童之健康發育；
- (二) 改良環境及工業衛生之所有方面；
- (三) 預防、療治及撲滅各種傳染病、風土病、職業病及其他疾病；
- (四) 創造環境，確保人人患病時均能享受醫藥服務與醫藥護理。

四、(一) 某甲所有坐落於臺北市○區○段○地號土地一筆及其上建築物，經臺北市政府公告劃定為更新地區，並核准都市更新事業機構 A 公司所擬具之都市更新事業概要。嗣 A 公司舉辦都市更新事業計畫及權利變換計畫公聽會，聽取民眾意見後，將全案提請臺北市都市更新及爭議處理審議會決議通過，由臺北市政府核定准予實施在案。甲不服該核定處分，向內政部提起訴願，經內政部以訴願有理由而撤銷原核定處分。試問：臺北市政府不服該訴願決定，得否提起行政訴訟？請詳細論述法條依據及相關爭點。(25 分)

(二) 嗣後，都市更新條例中有關主管機關核准都市更新事業概要之規定，因未設置適當組織以審

議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，經司法院大法官釋字第 709 號解釋宣告違憲。有關申請核准都市更新事業概要之規定，其同意比率太低，亦經該解釋宣告違憲。請回答以下問題：基本權利之功能，向有主觀公權利與客觀法秩序之區別，請說明其內容。又上述大法官解釋涉及那些基本權利之客觀法秩序功能？(25 分)

參考法條：

都市更新條例第 10 條（九十七年一月十六日修正公布）

經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施之。

前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；其同意比例已達第二十二條規定者，得免擬具都市更新事業概要，並依第十五條及第十九條規定，逕行擬具都市更新事業計畫辦理。

地方制度法第 18 條

下列各款為直轄市自治事項：

六、關於都市計畫及營建事項如下：

(一)直轄市都市計畫之擬定、審議及執行。

(二)直轄市建築管理。

(三)直轄市住宅業務。

(四)直轄市下水道建設及管理。

(五)直轄市公園綠地之設立及管理。

(六)直轄市營建廢棄土之處理。

【擬答】：

(一)臺北市府不服訴願決定，得否進而提起行政訴訟，學說上容有爭執：

1. 否定說

(1)行政訴訟之制度目的：權利保護說

行政訴訟之主要目的在於保障人民權利，故因原處分與訴願決定遭受不法侵害之人民，方具備提起行政訴訟之訴訟權能與權利保護必要。

(2)地方自治監督與訴願監督（機關上下監督）之不同

雖訴願法第 1 條第 2 項容許地方自治團體對於上級監督機關之處分提起訴願，然此專指地方自治團體對於監督機關所為地方自治監督之情況而言，與人民提起訴願，訴願機關透過訴願制度作合法性控制之訴願監督性質有別，故對於有利於人民之訴願決定，原處分機關無法如地方自治監督的情形般，續而提起行政訴訟。

(3)條文依據

觀行政訴訟法第 4 條第 1 項之規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」可見不服訴願決定可以進而提起行政訴訟者，條文僅限於「人民」而不及於地方自治團體。又比較訴願法第 1 條之結構，該條設有第 2 項，特別提及地方自治團體提起訴願之權限，而行政訴訟法第 4 條並無如此之結構，更可得知地方自治團體在人民提起訴願之

場合（非地方自治監督之情形），不得以不服訴願決定為由提起行政訴訟。

2. 肯定說

(1) 行政訴訟之附帶目的：法規維持說

行政訴訟之主要目的雖在權利保護，但仍附帶法規維持之功能，故地方自治團體不服訴願決定，站在適法性維持之觀點，應有提起行政訴訟，透過司法以維法律秩序之可能性。況以地方自治之觀點，自治團體遭監督機關以訴願決定撤銷自治範圍之處分，對地方團體而言，難謂無權利侵害。

(2) 訴願制度亦帶有地方自治監督之色彩

雖本案屬於人民提起之訴願案件，然原處分機關與訴願機關分屬不同公法人，此時內政部對於臺北市政府透過訴願制度之監督，亦帶有自治監督之色彩，故仍屬於對於地方自治權限之侵害，參酌釋字第 553 號解釋之精神，應有行政訴訟救濟之機會。

(3) 法條依據

① 觀訴願法第 1 條第 2 項：「各級地方自治團體或其他公法人對上級監督機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，亦同。」，可見自治團體受到來自監督機關之處分，即有提起救濟之權限，而訴願監督在此時帶有自治監督之功能，故可同理解釋地方自治團體提起訴訟之機會。

② 觀訴願法第 79 條第 3 項：「訴願事件涉及地方自治團體之地方自治事務者，其受理訴願之上級機關僅就原行政處分之合法性進行審查決定。」可見訴願制度之設計，在原處分機關與訴願機關分屬不同公法人時，帶有自治監督之色彩，方有監督範圍之限制。

3. 小結：管見認為在地方自治團體自治權限受侵害之範圍，應可提起行政訴訟，此時容許地方團體可續而提起行政訴訟，除確保自治權限之彰顯外，亦可同時達到法規維持之功能，故應以肯定說為妥。

(二) 1. 主觀公權利與客觀法秩序之區別

(1) 主觀公權利是為權利：

基本權中之「主觀公權利」功能，係指基本權皆具有排除國家侵害之功能（防禦權），人民得本於此種防禦性質之基本權利（主要是自由權）得請求國家為一定之行為（例如除去侵害或給予給付），亦即，基本權條款使人民得到主觀公權利，在面對國家所為之權利侵害時，可據以請求、主張甚至加以訴訟。

(2) 客觀法秩序則非可據以主張的權利：

基本權利中之「客觀法秩序」功能，主要指的是從基本權利中抽繹出客觀的價值決定，並將其「擴散」至所有法領域中，進而成為立法者、行政機關及司法機關行使職權時的重要準繩。亦即，客觀法秩序重視基本權對於各憲政部門設下之「義務」，各憲政部門不論立法、行政、司法，皆有本於憲法基本權客觀功能，必須積極具體型塑憲法基本權利價值與精神所在之各種制度與秩序。然人民無法僅本於客觀法秩序性加以請求主張，必須等待憲政部門作各種資源之限定性分配。

2. 釋字第 709 號解釋（下稱都更案）與客觀法秩序功能

(1) 國家保護義務、基本權衝突與第三人效力理論

① 都更案中，不想都更之居民與想都更之居民間，形成了「財產權、居住自由、營私人生活不受干預之自由 vs 安全、和平與尊嚴之適足居住環境權」之基本權衝突，關於此權利衝突之權衡，大法官除要求立法者有義務建制更嚴謹適當之程序外（詳下述），並且針對都更概要之同意比例門檻過低而做出違憲宣告。

②大法官認為，申請核准都市更新事業概要之同意比率，不論土地或合法建築物所有權人，或其所有土地總面積或合法建築物總樓地板面積，僅均超過十分之一即得提出合法申請，其規定之同意比率太低，形成同一更新單元內少數人申請之情形，引發居民參與意願及代表性不足之質疑，且因提出申請前溝通協調之不足，易使居民顧慮其權利可能被侵害，而陷於價值對立與權利衝突，尤其於多數人不願參與都市更新之情形，僅因少數人之申請即應進行行政程序，將使多數人被迫參與都市更新程序，而面臨財產權與居住自由被侵害之危險。則此等同意比率太低之規定，尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。此處彰顯大法官對於都更案件，國家保護義務之地位與基本權衝突色彩之說明。

(2)組織暨程序保障功能

大法官在都更案中，首重正當法律程序之建制，其認為，都市更新之實施，不僅攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，並因其利害關係複雜，容易產生紛爭。為使主管機關於核准都市更新事業概要、核定都市更新事業計畫時，能確實符合重要公益、比例原則及相關法律規定之要求，並促使人民積極參與，建立共識，以提高其接受度，故應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議，並踐行正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見之機會。而都市更新事業計畫之核定，限制人民財產權及居住自由尤其直接、嚴重，應規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，方符合正當法律程序之要求。此部分彰顯大法官對於組織暨程序保障功能之重視。

(3)財產權之制度性保障

又財產權本屬大法官所承認之「制度性保障」(釋第 386 號解釋參照)，大法官於 709 號解釋理由書中強調立法上之檢討改進，即彰顯對於財產權制度性保障之精神：「立法者於斟酌實際實施情形、公益受影響之程度、社會情狀之需要及其他因素，而為上述同意比率之規定，核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自未違反憲法上比例原則，亦無違於憲法要求之正當行政程序。惟有關機關仍應考量實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。又都市更新處理方式分為重建、整建、維護三種，其對土地及合法建築物所有權人權益影響之程度亦有重輕之別，則法律就相關申請之同意比率，允宜有不同之規定。另為使同意比率之計算基礎臻於確實，在同意都市更新事業計畫之徵詢時，是否應將權利變換內容納入同意之項目，以及在徵詢同意後，實施者就經同意之都市更新事業計畫之內容有變更者，是否應重新徵詢同意，亦應予檢討改進。」