

104 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：各類科

科目：憲法與行政法

一、某一社會名人，對於核能發電政策持極端反對立場，曾公開宣示：「若政府持續擴大核能發電的計畫，將無限期以絕食抗議，政府若不表示將來放棄核能的使用，絕食抗議絕不停止。」鑑於國內經濟發展及發電的公益需求，政府一直未宣布將來有放棄使用核能發電的可能性。該社會名人遂依其公開宣布的內容，進行絕食。為表達對核能政策的抗議，該名人遂依法申請集會，並發表「絕食宣言」。此一事件引發媒體的持續關注，絕食活動進行至第五天，該名人出現虛脫的現象，眼見活動再持續下去，該名人可能會有生命危險。主管機關人員見此種情形，擬依行政執行法第 37 條有關「即時強制」的規定，以該名人有「意圖自殺，非管束不能救護其生命者」，擬對之進行「強制灌食」，但該名人當時仍有意識，表示拒絕。請問：

(一)以「絕食」作為「集會」的方式，是否屬於憲法所保障？是否構成「象徵性言論」？「象徵性言論」有何構成要件？在憲法上有何意義？(25 分)

(二)主管機關若以該名人有自殺之虞，進行強制灌食，是否屬於「人身自由」之拘束而須依照憲法第 8 條所規定的法定程序進行？若以行政執行法第 37 條作為依據，是否符合法律保留原則？此種措施對於該名人何種基本權利會造成限制？其權利主張之憲法依據為何？(25 分)

【破題關鍵】

本題屬於結合時事之基本權保護領域與所涉基本權判斷的綜合版，有不少大法官意見書的內容可援引為素材，筆者先示範比較簡單的寫法。

第一小題中關鍵在於對於基本權保護領域寬窄範圍界定的立場，建議採多數學者「大構成要件說」之立場。

第二小題在於界定「人身自由」與「身體自主權」概念之精準度，如果同學認為本題屬於人身自由之限制也非不可（表示對人身自由採取較廣義之概念），但必須有其他理由加以論述。

【擬答】：

(一)1. 「絕食」是否受集會自由之保障？

- (1)集會自由（憲法第 14 條，釋字第 445、718 號解釋參照）保障各種言論內容，透過集會之方式態樣傳達（集體式言論）。其意義為三人以上特定或不特定之人群，以共同特定目的為取向，集合於一處，以舉行會議或其他具有共同目的之行為。故絕食若屬於「象徵性言論」（詳後述），個案中並帶有一定之意念傳達，當然屬集會自由可以保障方式之一。
- (2)惟雖絕食屬於集會自由表現之方式之一，本案名人之絕食是否屬於集會尚需進一步討論。若個案中絕食僅為個人之表現與意念，並無他人參與或聲援於其中，或許尚非構成集會遊行要求之「集體」與「共同取向」之概念。例如，公開發言後在家中自行自主絕食，即非集會自由保障之範疇。
- (3)然而，若本案名人之絕食除公開宣示外，係透過對外之活動表現，於一定的處所，有多數人參與，並透過一定之形式傳佈於眾（例如開放媒體拍攝，工作人員自行紀錄等），持續透過類此方式表達集體與共同取向之言論於外，即有構成集會自由保障方式之可能性，本案依題議應傾向後者，屬集會自由保障之範疇。

2. 「絕食」是否為象徵性言論而受言論自由之保障？

(1) 意義與要件

①所謂「象徵性言論」係指人民並非以言詞、文字、圖畫、影像直接表達其意念，而是以「行為」、「動作」表現之，當表意人主觀上有藉由該行為傳達某種訊息的意圖，而一般大眾從其客觀上行之於外的行為，也可知會其所欲傳達之訊息，則此行為即非單純的肢體動作，應為表意與言論的一種。例如，以焚燒國旗來表達對於國家的不滿；以反戰為理由燒毀徵兵卡。

②象徵性言論的要件有二：

①表意人主觀上想藉由這樣的肢體動作，表達內心的意念；

②配合整體客觀環境，他人（觀眾）看到這樣的肢體動作，也知道表意人想表達某種意念；即屬於言論自由所保障的表意行為。

(2) 本題「絕食」屬象徵性言論

①題中名人之絕食並非單純之生活選擇或肢體動作，係透過公開宣示，以絕食之方式表達對於政府持續核能計畫之抗議，明顯有意透過絕食之行為，表達其內心強烈意志與理念之傳達，並有意藉此動作喚起大眾對此一議題之關注與重視，此種行為重視者為其「表意成分」，屬象徵性言論無疑，應為憲法上言論自由保障之範疇。

②另有質疑此種以傷害自身身體與健康之方式表達言論，如納進言論之保障範疇，是否有害於人民身體權之保護與公序良俗？管見認為大範圍地承認各種表意行為可作為言論之意義，應屬憲法上對於言論自由保障之真意。至於怎樣的言論是否如何管制，以及如何管制方為正當？應屬後續合憲性審查之問題。又參酌德國基本法的對於集會遊行之內在界線是「非武力」之集會遊行才受保障，同樣之想法用以檢視本案以「絕食」作為象徵性言論與集會方式之案例，是對於自我身體的處分表意形式，亦屬身體自決權與人格權之表徵之一，應從寬認定屬於言論保障之範疇無疑。

(3) 象徵性言論在憲法上之意義

①象徵性言論之肯認，表現言論自由在憲法保障範圍之擴大，體現基本權保障領域之「大構成要件說」，同時也屬於基本權在解釋方法上「最大效力原則」（有利於自由之推定原則）之表現。

②然而，人民之行為究竟是否帶有意念傳達而屬於象徵性言論，以及對於象徵性言論管制之密度與方式，仍需逐案觀察。學說上對於象徵性言論之管制，究竟屬於言論管制亦或其他基本權，言論管制之審查路徑究竟屬於內容限制或非內容限制，有認為可將象徵性言論的內涵再分為「表意成分」（expressive element）及「非表意成分」（non-expressive element）部分，而分別審查政府限制的合憲性。

③以我國刑法第 160 條的焚燒國旗罪，同時限制了人民抗議政府的言論與毀損物品之行為，但主要則是為了限制前者，可能會受到較為嚴格的標準檢驗；但若是限制人民不得刺殺元首，則同時限制人民抗議政府的言論與殺人行為，但主要則是為了限制後者，其合憲性便無太大疑義。

(二) 1. 主管機關若以該名人有自殺之虞，進行強制灌食，非屬「人身自由」之拘束，無需踐行憲法第 8 條所規定之法定程序

憲法第 8 條保障之人身自由，雖屬「身體自主權」之內涵之一，然其屬其中「消極行動自由」之部分。意涵為國家違反人民之意願，將其在一定時間內拘束於特定場所，方屬於人身自由之侵害（大法官釋字第 384、392、588、664、690、708 等參照）。本題主管機關

進行之強制灌食，並非於一定時間將該絕食者拘禁（或類似方法）於特定處所，並非對於人身自由之侵害，自無需踐行憲法第 8 條關於人身自由之法定程序。

2. 提中灌食如以行政執行法第 37 條作為依據，恐違反符合法律保留原則？

如前所述，管見認為強制灌食非屬對於人身自由之拘束，即不符合行政執行法第 37 條中「管束」之概念（管束應構成非刑事被告人身自由之限制，有憲法第 8 條之適用），主管機關以 37 條作為發動強制灌食之依據，過度擴張該條範圍之解釋，違反法律保留原則。

3. 強制灌食於本案中，應屬對於「身體自主權」與「健康權」之侵害

(1) 本題絕食者係透過絕食表達其意念與理念，屬於其對於自身身體自決之表現，此種「身體自決權」，本質上亦屬「一般行動自由」與「人格權」之表現內容（釋字第 603、689、699 參照）。

(2) 基於憲法第 22 條規定，人民在憲法上擁有一般性的自由權利，可以有權決定去「做」或「不做」任何事的自由，意即任何人得基於自由意志自主形成其行為，以自由發展人格。對於此一憲法上的不成文權利，即為「人格發展自由」或「一般行為自由」，亦有稱為「自主決定權」(autonomy)。本題涉及者即為絕食者於身體上之決定，學說稱為「身體自決權」。

(3) 另強制灌食亦造成被灌食者可能的身體傷害，故國家此等行為亦涉及「審體權」或「健康權」之侵害。雖絕食者之絕食亦在傷害自己的身體，為此屬於自決權之表現已如前述，個人對自身身體之傷害不代表即肯定國家亦可隨同傷害之。故國家之強制灌食行為無疑侵害人民之「身體健康權」（憲法第 22 條參照）。至於國家此種侵害是基於何種目的，手段是否必要，則屬合憲性檢驗之問題。

二、A 市政府為抑制房價，訂定「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」，其中第 15 點第 1 項規定：「房屋為鋼筋混凝土以上構造等級，經逐棟認定具有下列八項標準，為高級住宅，其房屋構造標準單價按該棟房屋座落地點之街路等級調整率加成核計：(一)獨棟建築(二)外觀豪華(三)地段絕佳(四)景觀甚好(五)每層戶少(六)戶戶車位(七)保全嚴密(八)管理週全」。某甲於 A 市有房屋數戶，經 A 市不動產評價委員會認定符合上述規定而為高級住宅，定其標準價格，並由稽徵機關核課較高之房屋稅。某甲不服，經依法定程序循序提起行政訴訟。問：

(一)A 市政府訂定「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」第 15 點第 1 項之規定，據以評定房屋標準價格，是否違反法律保留原則？我國實務上就此有何不同見解？請分析說明之。(30 分)

(二)在某甲所提起之行政訴訟中，行政法院對於 A 市不動產評價委員會依據「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」第 15 點第 1 項所定之標準價格加以審查時，其審查密度如何？應注意那些事項？請說明之。(20 分)

參考法條：

房屋稅條例

第 9 條

各直轄市、縣(市)(局)應選派有關主管人員及建築技術專門人員組織不動產評價委員會。不動產評價委員會應由當地民意機關及有關人民團體推派代表參加，人數不得少於總額五分之一。其組織規程由財政部定之。

第 10 條第 1 項

主管稽徵機關應依據不動產評價委員會評定之標準，核計房屋現值。

第 11 條第 1 項

房屋標準價格，由不動產評價委員會依據下列事項分別評定，並由直轄市、縣（市）政府公告之：

- 一、按各種建造材料所建房屋，區分種類及等級。
- 二、各類房屋之耐用年數及折舊標準。
- 三、按房屋所處街道村里之商業交通情形及房屋之供求概況，並比較各該不同地段之房屋買賣價格減除地價部分，訂定標準。

【破題關鍵】

第一小題考對於最高行政法院 104 年 4 月決議之理解，不知道或不熟悉決議的同學，仍然可以以法律保留與租稅法定之基本理論，從題目給的條文線索中找到答題素材。結論與決議不同也沒有關係，想看對立見解的還可參考決議討論中，吳東都法官所提出之研究意見。

第二小題屬於判斷餘地與密度理論於個案中的實際運用，除了抽象標準要背的出來外，同學要盡量試著「言之有物」，即能有不錯的分數。

【擬答】：

(一)系爭規定是否符合法律保留原則

1. 肯定說

- (1)租稅法律主義於近期大法官解釋中，並非採用嚴格之「國會保留」，毋寧是得以法律授權之法規命令定之的「相對法律保留」立場，甚至肯定可以「概括授權」之方式，以法律整體規範意旨「綜合判斷」之。
- (2)我國房屋稅的稅基係「房屋現值」(房屋稅條例第 5 條參照)，房屋現值則係依房屋標準價格的相關事項定期評定之(房屋稅條例第 11 條參照)，該相關事項，並非以房屋之單一因素(如面積大小)為準，而係由「不動產評價委員會」依據下列事項分別評定，並由直轄市、縣（市）政府公告之：一、依建造材料區分種類及等級。二、各類房屋耐用年數及折舊標準。三、房屋所處街道之商業交通情形及供求概況等
- (3)依上開規定之意旨，應含有評定客觀的房屋標準價格，以利「稽徵經濟」之效率；並在合理範圍，按房屋各種價格因素，各別評定房屋標準價格，以達「量能課稅」之目的。至於如何調配各種價格因素，評定其房屋標準價格，以符「量能課稅」之規範意旨，或是區分房屋之類型級別，依相關因素評定各別房屋標準價格，以達「稽徵經濟」之功能，依法律保留原則「層級化」之理論，核屬執行法律之細節性、技術性次要事項，得由主管機關發布命令為必要之規範。

2. 否定說

- (1)根據房屋稅條例第 9 條、第 10 條、第 11 條之相關規定，房屋稅依房屋現值按法定稅率課徵之，此房屋現值則由主管稽徵機關依據各直轄市、縣（市）(局)之不動產評價委員會評定之標準核計之。而各直轄市、縣（市）(局)之不動產評價委員會評定房屋稅條例第 11 條第 1 項所定事項，用以決定房屋標準價格。此乃對房屋稅之稅捐客體決定其稅基(稅捐客體量化後之金額或數量)之法定方式，行政命令不得與之牴觸。換言之，各直轄市、縣（市）(局)之不動產評價委員會，不得訂定以房屋稅條例第 11 條第 1 項所定以外之事項，用以決定房屋標準價格之行政命令，否則逾越房屋稅條例第 11 條第 1 項之授權範圍。
- (2)系爭作業要點第 15 點第 1 項規定以八種事項，作為對依房屋稅條例第 11 條第 1 項第 1 款「按各種建造材料所建房屋，區分種類及等級」評定出之「房屋構造標準單價」)加

成之依據。系爭作業要點第 15 點第 1 項所定 8 項事項成為 A 市不動產評價委員會評定房屋標準價格之事項。然此 8 項事項並不在房屋稅條例第 11 條第 1 項 3 款所列之範圍內，系爭作業要點第 15 點第 1 項超出法律授權範圍，自屬違反法律保留原則及租稅法定主義（最高行政法院 104 年 4 月決議之乙說）。

3. 管見採肯定說

系爭作業要點第 15 點第 1 項，乃 A 市政府不動產評價委員會，在房屋稅條例第 11 條第 1 項評定房屋標準價格之房屋種類等級、耐用年數、折舊標準及地段增減率等法定價格因素的範圍之內，考量該市的實際情形，制定房屋類型級別之判別標準，按房屋質量是否明顯高於一般情形，區分高級住宅及一般住宅，並於法定事項及合理之範圍內，依相關價格因素分別評定其房屋標準價格，以符合量能課稅及稽徵經濟等規範意旨，未超出房屋稅條例第 11 條第 1 項規定授權之範圍。最高行政法院 104 年 4 月決議結論亦採此說。

(二) 行政法院對於 A 市不動產評價委員會之審查密度與注意事項：

1. 法院審查密度之決定因素

大法官在釋字 553 號解釋理由書中，針對中央對地方自治事項判斷餘地之監督，不採原則例外之關係說明，而改用個案衡量指標來判斷介入程度之高低。同理，司法對於行政之審查，亦可以密度理論來決定個案指摘或尊重的多寡。關於密度理論的判斷因素包括：

(1) 事件性質：

事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。

(2) 機關組成：

原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。

(3) 有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？

(4) 法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？

(5) 對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。

(6) 是否尚有其他重要事項漏未斟酌。

2. 本案中，A 市不動產評價委員會依據「A 市房屋標準價格及房屋現值評定作業要點」第 15 點第 1 項所定之標準價格，一來屬於法規授權之自治事項，二來為專業委員會之認定，三來涉及專業之判斷餘地，應構成法院降低審查密度之理由。

3. 然而，房屋價格標準與現值評定，影響房屋稅之認定與課徵。從土地房屋本質為國家稀有財和民生必需，並涉及高度社會分配正義與國民經濟，國家適當介入管制應有其正當性與必要性，此由憲法第 142 條：「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。」與第 143 條「中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。私有土地應照價納稅，政府並得照價收買。」之規定可探之此精神，各憲政部門基於社會福利原則，亦有適當調和與權衡之義務。況土地分配與居住正義，亦涉及人民憲法上財產權與居住自由，雖法院並非涉及資源分配之最適機關，然房屋稅率管制既已由立法者透過房屋稅條例具體形塑，法院即有介入予以審查之權限與必要性。就上述觀點以論，法院之審查密度不應過低。

4. 綜合上開因素，管見認本案法院應以中度審查標準檢視之，並考慮下列事項：

(1) 作業要點是否尚屬母法授權之範圍

- (2)標準認定是否有違母法與作業要點
- (3)相關規範是否符合法律明確性
- (4)決定機關組織組成是否合法
- (5)相關規定追求之目的是否合法合憲(打房?)
- (6)主管機關對於價格認定之標準是否專斷、恣意,考量與事項無關之因素
- (7)是否違反平等原則、比例原則、不當連結禁止原則或其他一般原理原則等

三、雲林縣林內垃圾焚化廠開發單位於民國(下同)90年3月6日檢具環境影響說明書,送請雲林縣政府審查,經審查會作成結論,不須進行第二階段環境影響評估,本案有條件通過環境影響評估審查。嗣於90年5月2日公告雲林縣林內垃圾焚化廠興建營運計畫影響說明書審查結論。某甲主張其住所距離垃圾焚化廠預定地二公里以內,如垃圾焚化廠開始營運,所造成之空氣及水源之污染,將影響其身體健康及農作物之生長,生存權及財產權均有受損害之虞,爰循序提起撤銷訴訟,請求撤銷雲林縣政府環境影響評估審查結論之行政處分。

試問:

- (一)按行政訴訟法第4條第1項規定,人民因行政機關之違法行政處分,認為損害其權利或法律上之利益者,得提起撤銷訴訟。故原告提起撤銷訴訟,必須有可能受損害之公法上權利存在,始為適格之當事人。甲提起撤銷訴訟,主張其公法上之權利係基於環境影響評估法,因環境影響評估法之目的,除保護公共利益之外,亦保護個人之主觀權利,故其為適格之原告。甲之主張是否可採?其法理依據何在?(30分)
- (二)甲可否直接依憲法第15條保障生存權及財產權之規定,主張其權利受損害而為適格之當事人?(20分)

參考法條: 環境影響評估法

第1條

為預防及減輕開發行為對環境造成不良影響,藉以達成環境保護之目的,特制定本法。本法未規定者,適用其他有關法令之規定。

第5條

下列開發行為對環境有不良影響之虞者,應實施環境影響評估:

- 一、工廠之設立及工業區之開發。
- 二、道路、鐵路、大眾捷運系統、港灣及機場之開發。
- 三、土石採取及探礦、採礦。
- 四、蓄水、供水、防洪排水工程之開發。
- 五、農、林、漁、牧地之開發利用。
- 六、遊樂、風景區、高爾夫球場及運動場地之開發。
- 七、文教、醫療建設之開發。
- 八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。
- 九、環境保護工程之興建。
- 十、核能及其他能源之開發及放射性核廢料儲存或處理場所之興建。
- 十一、其他經中央主管機關公告者。

前項開發行為應實施環境影響評估者,其認定標準、細目及環境影響評估作業準則,由中央主管機關會商有關機關於本法公布施行後一年內定之,送立法院備查。

第 8 條

前條審查結論認為對環境有重大影響之虞，應繼續進行第二階段環境影響評估者，開發單位應辦理下列事項：

- 一、將環境影響說明書分送有關機關。
- 二、將環境影響說明書於開發場所附近適當地點陳列或揭示，其期間不得少於三十日。
- 三、於新聞紙刊載開發單位之名稱、開發場所、審查結論及環境影響說明書陳列或揭示地點。開發單位應於前項陳列或揭示期滿後，舉行公開說明會。

第 9 條

前條有關機關或當地居民對於開發單位之說明有意見者，應於公開說明會後十五日內以書面向開發單位提出，並副知主管機關及目的事業主管機關。

【破題關鍵】

本題的核心考點為保護規範理論的應用，需要對保護規範理論有較為深刻的理解。保護規範理論為釋字第 469 號所應用，並且廣泛地運用於公權利之判斷、公務員違法不作為國家賠償責任之建立，以及行政救濟上訴訟權能(Befugnis)的判定。本題為訴訟權能判斷之題型，並搭配保護規範理論中「合乎憲法意旨解釋」的運用，甚為深刻。考生若僅學習單純的保護規範理論，而未進一步閱讀老師們對於保護規範理論的討論，答題上就會有一點辛苦。此外，本題涉及環評制度，故考生也必須對環評制度有一定程度的了解。目前國內文獻對於環境影響評估法制的討論甚多，也請讀者一併參酌。

【延伸閱讀】

李建良，保護規範理論之思維與應用—以行政法院裁判若干問題舉隅，2010 行政管制與行政爭訟，中央研究院法律學研究所出版，2011 年 11 月。

詹鎮榮，論經濟行政法上之競爭者訴訟，政大法學評論第 132 期，2012 年 4 月。

李惠宗，環境影響評估程序中的訴訟權能，台灣法學雜誌第 215 期，2013 年 1 月 1 日。

【擬答】：

(一)環評法第 8 條與第 9 條應得作為證立鄰近居民訴權之保護規範，分述如下：

1. 保護規範作為訴權判斷之依據

- (1)針對行政處分，人民何時得合法提起訴訟，而具備特定訴訟之當事人適格，端視其與行政處分之關聯。若為處分之相對人，蓋基於公權力之作用與行政處分之效力，直接推定其具備訴訟權能。若為處分外第三人，且與行政處分之相對人利害相反，則應透過保護規範理論(釋字第 469 號參照)，確認其訴訟權能有無。
- (2)本案中，環評結論乃針對開發單位作成，並且確認環評法上目的事業主管機關得進一步作成「開發許可」，性質上屬行政處分，殆無疑義。而鄰近居民甲並非該意思表示之相對人，但可能為處分外之第三人，故應透過保護規範理論確認其是否有提起撤銷訴訟之訴權。

2. 環評法之解釋

- (1)保護規範理論乃據以解釋法規範是否賦予人民主觀權利之依據，至於如何判斷該法規有無保障人民，依釋憲實務之見解，應綜合考察法律之整體結構、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。
- (2)環評法第 8 條明確規範，若審查結論認為對環境有重大影響之虞，則應進入第二階段環評，而依同法第 9 條，第二階段環評則給予利害關係人參與公聽會，並提出意見做為修改環說書之依據。就整體法規解釋而言，此顯現出環評法上人民參與機制之圖像，並且

提供人民一個進入環評程序的機會。若未進入第二階段，則人民之程序上參與權必然受到限制，而無法落實環境上的共同參與理念。此外，依據憲法增修條文第 10 條第 2 項規定：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」之要求，顯見該基本國策之要求，亦有賴環評機制而落實。據此，環評法應有保障鄰近區民之意圖，屬於保護規範無疑。

- (3) 然而，究竟鄰近居民應距離開發案件多近，才能具備訴訟權能？對此學理上認為，若在焚化廠下風處十公里內之居民，均得援引上述規範作為起訴之訴權。本案中，甲位於焚化廠兩公里之內，故應屬本案適格之原告。綜上，甲得依據行政訴訟法第 4 條，對該環評結論提起撤銷訴訟。

(二) 本爭議涉及基本權可否直接作為保護規範之問題，分析如下：

1. 保護規範理論之適用疑義

保護規範理論必須依據具體的法規範，無論是法律、命令或自治法規，均以立法者具體形塑之成果作為人民主觀公權利之依據。有疑義者，未經立法機關具體化而仍具備抽象性之憲法規定，可否作為保護規範，對此，學理上之爭議極大，分述如下：

(1) 憲法規範無法作為保護規範

- ① 保護規範理論起源於德國彼邦，而新保護規範理論更是在基本法秩序下形成，其強調國家應為何種建置和給付，端視立法者之形成。法院不可僭越立法者之權限，透過解釋恣意賦予人民主觀權利，尤其涉及水平法律關係與給付性事項時，更有賴立法者為有限資源之分配。
- ② 然而，基本權利可否作為主觀權利之來源，需視涉及事項而定。在秩序和干預行政的領域，基本權利應可作為人民公法上權利之來源，原因在於基本權利的防禦面向。例如公法上結果除去請求權就是直接肇因於防禦權之請求權。此外，在營業許可和建照的情況，也是建立在國家禁止人民為特定行為，例外予以許可(附許可保留之禁止)的情形。
- ③ 在私人間利益衝突時，使須透過保護規範理論，謹慎地詮釋相關法規之保護意旨，作成適乎雙方或多方利益之裁判。從基本權利體系來看，就是基本權利保護義務的問題。國家保護義務必須透過法律為媒介，檢視水平行政法律關係之規範構造，是否要求行政機關在相關利害關係人之間斟酌損益並予以利害調和。

(2) 憲法規範得作為保護規範

學理上有援引德國法之見解，認為主觀公權利具有雙重依賴性。一方面依賴立法者之具體形成，另一方面也對基本權利產生依賴性。此一面向特別針對立法不作為之情形具有意義，立法者固然有形成空間，但當立法者不作為時，毋寧是架空基本權的直接規範效力，此時，應承認涉及重要基本權或水平利益權衡的情境下，人民得直接援引基本權作為保護規範。此外，德國憲法法院向來承認國家行為已造成財產權重大且難以承受之侵害(schwer und unerträglich)，人民得直接援引財產權作為權利來源。

2. 基本權可否作為鄰近居民對環評結論之訴權依據

- (1) 綜上所述，鄰近居民可否援引生存權及財產權作為保護規範，端視環評程序是否涉及居民之重大基本權或水平利益權衡，抑或是涉及財產權重大難以承受之侵害。
- (2) 管見以為，鄰近居民應可援引生存權作為權利來源，原因在於人民之生存，並非消極的抵抗，更包括積極地確保其最低生存標準之誠命。環境影響評估倘若通過，將使得鄰近居民之生存蒙受巨大威脅。此外，環評制度上本來就欠缺人民充分參與之機會。若不允

許鄰近居民對於環評結論之救濟，後續恐無其他更具實益的救濟標的。據此，應承認憲法第 15 條作為權利來源，而具備訴訟權能。

- (3)此外，焚化廠的設置本來就對鄰近居民造成較大的權益受損，而近乎於財產權之重大侵害。此時，應提供財產權保障主體較強之防禦權，而依據憲法第 15 條之規定，起訴排除國家之侵害。據此，本案中鄰近居民應得援引憲法第 15 條作為權利之來源，主張其為適格之當事人。

四、建築法第 15 條第 2 項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之。」假設內政部因此於營造業管理規則第 31 條第 1 項中規定：「營造業如有未經請准建築許可，擅自施工建造違章建築之行為者，由直轄市或縣（市）主管機關報請中央主管機關核准後，廢止其營造業登記。」，今有臺北市某甲營造公司在民國（下同）98 年 7 月 1 日涉嫌有擅自施工建造違章建築之行為，臺北市政府於 100 年 6 月 3 日發現後，乃報請中央主管機關內政部核准後，臺北市政府在 100 年 7 月 5 日廢止某甲之營造業登記。某甲認為本件廢止之行為，欠缺法律依據，且該項擅自施工行為，是其公司員工個人行為，負責人並不知情，請問：

- (一)本件廢止某甲營造業登記之行為，有無行政罰法之適用？理由何在？（10 分）
- (二)某甲對於臺北市政府廢止其營造業登記，如有不服，應如何提出權利救濟？在實體上應可如何主張？（20 分）
- (三)行政法院對於營造業管理規則第 31 條第 1 項規定，可否進行違法審查？理由何在？（10 分）
- (四)假設某甲經最高行政法院判決敗訴確定，如有不服，可否聲請司法院大法官解釋？理由為何？（10 分）

【破題關鍵】

本題為典型的行政罰延伸題型，並且針對行政罰中重要但基礎的概念，考驗考生們是否真正熟悉行政罰相關法規之應用。第一小題為經典的其他種類行政罰之判定；第二小題為第 7 條第 2 項推定過失之應用；第三小題為行政法院對法規命令之審查；第四小題為法人聲請憲法解釋，均賴較細膩的思考，但難度均不高，有認真閱讀教科書的考生們應該都可以輕鬆掌握。

【延伸閱讀】

李建良，行政罰法中「裁罰性不利處分」的概念意涵及其法適用上之若干基本問題，月旦法學雜誌第 181 期，2010 年 6 月。

詹鎮榮，裁罰性不利處分概念及其範圍界定—兼論菸害防制法第二三條「戒菸教育」之性質，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月。

詹鎮榮，論委任人與受任人間行政罰責任之分擔，2009 年行政管制與行政爭訟，中央研究院法律學研究所主編，2010 年 11 月。

洪家殷，行政罰法論，增訂二版，五南出版社，2006 年 11 月。

陳敏，行政法總論，第八版，自版，2013 年 9 月，頁 357。

吳志光，行政法，修訂五版，新學林出版社，2012 年 9 月。

【擬答】：

- (一)廢止營造業登記證之性質探討

1. 行政罰法多種類行政罰立法例所衍生之困擾

依行政罰法第 1 條，違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰，適用行政罰法。則依該條之規定，我國對於違章行為之處罰，並非僅限於罰鍰一種處罰類型。行政罰法第

2 條更例示四種其他種類行政罰，作為判斷上之參考。

2. 裁罰性之判斷

行政罰法第 2 條立法理由中明確指出，其他種類行政罰屬於「裁罰性不利處分」，必須具有裁罰性，方有行政罰法之適用。該條立法理由更指出，若僅為「行政處分之廢棄」，原則上並非行政罰，但仍則需由個別法規之立法目的判定，無法一概而論。故若特定規範有意透過撤銷或廢止行政處分以達成非難違章行為之目的，仍不啻為行政罰之範疇。

3. 營造業管理規則第 31 條第 1 項之解釋

(1) 依營造業管理規則第 31 條第 1 項之規定，若未經取得建築許可而施工建造違章建築，經中央主管機關核准後，得「廢止」其營造業登記。則該條規定是否僅為行政處分之廢止，不無疑義。依照行政程序法第 123 條，授益行政處分之廢止，目的在於透過新的行政處分取代原有之處分，其可能基於原處分目的不達，或作為許可法律關係後端之調控機制，原因不一，但無論如何，廢止本身並不具備非難處分相對人之主觀意圖，亦欠缺針對過去違章行為的非難目的。

(2) 營造業管理規則第 31 條第 1 項的廢止登記，係基於違法建造違章建築所為之制裁，若無該違章行為在先，則無廢止營造業登記之可能。此外，廢止營造業登記對於違章行為之阻止亦無立即之功效，據此，該廢止行為並非行政程序法第 123 條之單純廢止，而應屬具有裁罰性之行政罰，應適用行政罰法之規定。

(二) 甲對於廢止營造業登記之救濟分析

1. 程序層面

(1) 廢止營造業登記屬行政機關單方面所為、具有法效性之意思表示，且使得原授益處分失其效力。若透過行政救濟撤銷該廢止處分，則原授益處分即恢復效力。故甲得依訴願法第 1 條，提起撤銷訴願。若依訴願法提起訴願未果，則得依行政訴訟法第 4 條第 1 項，向行政法院提起撤銷訴訟，請求判決撤銷該廢止處分，以維護其權益。

(2) 惟有疑義者，台北市政府乃依據上級監督機關之核准，始作成廢止營造業登記之決定，則該決定之顯名機關，仍為下級機關(訴願法第 13 條前段、最高行 99 年判字第 675 號判決參照)。故即便經上級機關核准，仍不改變廢止登記之原處分機關為台北市政府。故依上述程序提起訴願時，仍以台北市政府為原處分機關。

2. 實體層面

(1) 行政罰法第 7 條第 1 項規定，人民違反行政法上義務，非出於故意或過失，不予處罰；第 2 項另規定，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違反行政法上義務，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員，受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織的故意、過失。故該條第 2 項仍採取釋字第 275 號推定過失之立法例。若法人或非法人團體等能提出反證證明其欠缺故意或過失，則得免除行政罰之責任。

(2) 本題情況，甲營造公司若能舉證證明該行為為個別員工之行為，與甲公司無涉，則得免除其行政罰之責任。台北市政府亦不得任意廢止其營造業登記。

(三) 行政法院得審查營造業管理規則之合法性

1. 行政程序法第 150 條第 1 項規定，法規命令乃依據法律之授權，對不特定人產生效力之一般、抽象行為。蓋法規命令由行政機關所為之行政立法產物，並且補充法未明定之細部事項，具有補充法規範內涵之功能。依建築法第 15 條第 2 項之規定，營造業管理規則為內政部依授權制定之抽象性規範，應屬行政程序法第 150 條第 1 項之法規命令。

2. 行政命令雖屬補充之行政立法，但並非僅有司法院大法官得審查其合法性。釋憲實務認為，依憲法第 80 條，法官依法審判，所謂依法，係指形式意義之法律而言，並不包括行政命令。故法院亦得審查命令合憲與否，若有抵觸憲法或上位階法源時，得於系爭個案中拒絕適用(釋字第 137 號、第 216 號參照)。故行政法院自得於審判過程中附帶審查營造業管理規則之合憲性。

(四) 甲公司應得聲請大法官解釋

1. 依司法院大法官審理案件法(下稱大審法)第 5 條第 1 項第 2 款之規定，人民、法人、政黨對於中局確定裁判所適用之法規，認為侵害其憲法保障之權利，得聲請大法官解釋。甲公司可否適用本條，應區分為兩層面討論。
2. 依據上述大審法之規定，法人聲請釋憲之前提，乃法人所主張者為憲法所保障之基本權。惟有鑑於法人之本質乃法規範所擬制之人，並非所有基本權均得主張。據此，甲公司僅能於憲法所保障之基本權範圍內，方得取得聲請釋憲之權能。
3. 營造業管理規則中廢止營造業登記之規定，顯然限制法人之營業自由。蓋營業自由受憲法第 15 條保障，乃結合職業自由與財產權之保障內涵(釋字第 719 號、第 716 號、第 714 號、第 538 號、第 514 號參照)。一旦廢止營造業登記，則必然使得營造業之營業受到限制，無法承攬工程、續行營業，故其限制層面為職業自由之保障範疇。法人乃營業自由保障之典型基本權利主體(釋字第 719 號參照)，營造業管理規則之規定若屬上述終局確定裁判所適用之法規，因而限制法人之營業自由，甲公司亦得聲請大法官解釋。
4. 第二層次應審酌者，乃營造業管理規則為法規命令，其是否為人民聲請釋憲之標的？我國大法官解釋歷來均擴張解釋大審法第 5 條第 1 項第 2 款之標的，將命令之層級亦納入聲請之標的。據此，甲公司應得針對營造業管理規則聲請解釋。