

110年公務人員特種考試司法官考試第二試及 110年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：憲法與行政法

第一題

【總體說明】

本題為憲法考題，以違憲審查的程序、標的、暫時處分之要件、定期失效等為核心，測驗應考人是否理解違憲審查之相關大法官釋字意旨、學說理論、裁判實務與立法論走向，並能融會貫通後，以適當且有層次的說理方式答題。

本題區分為三個子題，各子題各有核心問題，但彼此之間也具有連結或推論關係，針對本題提問之安排方式，應考人除應依據各子題核心問題回答之外，遇有學說爭議者應能清楚列出爭點並提出自己的見解，以展現其掌握題旨的正確性、深度與廣度。

【評分要點】

第(一)子題

關於甲之釋憲聲請應否受理及其理由，以及大法官應如何決定。

- 一、本題涉及釋憲聲請審理標的範圍之爭議，亦即刑法第33條第1款與槍砲彈藥刀械管制條例（槍砲條例）第7條第3項之死刑部分，兩者之間是否具有客觀重要關聯之關係，而使得大法官「得」擴張審查標的，予以受理。此處應分析雖然確定終局裁判並未引用刑法第33條第1款，而是適用槍砲條例第7條3項之死刑規定將甲乙兩人判決死刑確定，但就死刑之量刑而言，是否與本案具有一定之關聯，因此有擴張解釋對象之必要。結論可開放，視論述情形定之。
- 二、關於大法官是否得作成暫時處分的子題中，應說明根據大法官歷來解釋的見解（主要為釋字第585號與第599號），要准予暫時處分必須符合哪些要件，並且將重點放在分析本案是否因爭議法令之適用、原因案件裁判之執行，而可能對人民基本權利造成不可回復或難以回復之重大損害。所以對於損害之防止，事實上具有急迫之必要性，並且別無其他手段可以防免此種重大損害產生，在經過利益權衡之後，並續如下述(三、四、五)分別闡明大法官是否應該作成暫時處分的看法。

- 三、大法官應受理甲本人個案裁判的暫時停止執行，並且應有作成暫時處分之必要：此處應分析甲所受之判決為死刑確定判決，其法律效果為剝奪甲之生命權，屬於不可回復之重大損害，在本案甲已受判決確定的狀況下，除了大法官作成暫時處分外，是否已無其他手段可資防免，而且符合權衡利益結果。
- 四、至於目前已確定但尚未執行之其他所有死刑判決，此處應分析就釋憲實務而言，是否上述判決是在審查範圍之內，亦即應分析甲之釋憲聲請效力是否及於他人同受憲法保障之權利，以及是否將涉及大法官依職權開啟暫時處分程序的問題。
- 五、就暫時停止槍砲條例第 7 條第 3 項及其他法律有關死刑部分規定之適用，即針對「爭議法令之適用」聲請暫時處分而言，應分析其是否符合上述暫時處分要件外，尚可分析大法官是否適合將此列為審查範圍內之權力分立制衡問題。
- 六、此處尚可附帶一提的是，就本案的時間點而言，是憲法訴訟法尚未正式施行之際，依 2022 年 1 月 4 日之後生效的憲法訴訟新制而言，或可援引憲法訴訟法第 61 條第 1 項之規定「本節案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之」，分析上述關於大法官審查範圍之爭議。

第(二)子題

關於大法官宣告系爭規定定期失效後，在定期失效期限屆滿前之司法救濟問題。

- 一、此處應分析大法官歷來相關解釋即釋字第 177 號、釋字第 185 號、釋字第 725 號和釋字第 741 號的意涵，探討甲得否以聲請再審或非常上訴的方式，在大法官宣告定期失效的兩年期屆滿之前，尋求司法救濟。
- 二、此處可以先論述定期失效制度宣告類型的基本意旨，並分析「法安定性」與「釋憲案件原因案件當事人權利保護」兩者間的權衡爭議，亦即「贏了釋憲，卻輸了官司」的譏諷原因。
- 三、大法官釋字第 725 號為本子題的核心所在，據之可分析因定期失效宣告制度所引發的體系不正義問題，亦即人民聲請解釋憲法，宣告確定終局判決裁判所適用之法令於一定期間後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，而法院則不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由，予以駁回。根據本號解釋，甲

應可在兩年期限屆滿前尋求司法救濟。換言之，甲得請求檢察總長提起非常上訴，此處尚可進一步分析，為避免產生甲依然無從救濟的窘境，檢察總長應該提起非常上訴的問題。

- 四、關於原因案件之審理法院應該如何處理，此處應分析的是，雖然法院應受理上述救濟請求，但是，因為大法官宣告系爭規定死刑部分違憲，因此系爭規定之效果只剩下無期徒刑之單一刑罰，此時原審法院是否應以裁定停止訴訟，等待立法機關修法之後，再依照新法裁判，比較妥適。
- 五、此處可以附帶討論的是憲法訴訟法第 64 條第 1 項規定「判決宣告法規定期失效者，於期限屆至前，審理原因案件之法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束。但判決主文另有諭知者，依其諭知。」所以，原因案件之審理法院，在憲法訴訟法施行之後，應依大法官作成判決宣告法規範違憲之意旨為裁判。

第(三)子題

關於乙在兩年期限屆滿前尋求司法救濟的可能性，以及甲之他案確定判決能否援引上述大法官解釋請求任何救濟的問題。兩者分別涉及大法官解釋效力之人與時的範圍。

- 一、就乙而言，此處應先予以分析的爭議核心，在於大法官解釋效力之人的範圍，究竟有無調整彈性。此處分析重點，應該援引釋字第 193 號，指出未提出聲請之同案被告乙，即使是根據同一法律而遭判決死刑確定，仍非死刑違憲解釋之效力所及，因而無法請求檢察總長提起非常上訴。不過，在刑事訴訟法上，乙之確定判決所適用之法律，既然已經大法官宣告為違憲，則檢察總長是否得認為此乃原確定判決違背法令，因而主動提起非常上訴，則是分析之處。同時，刑法規定若遭宣告違憲，是否應對同類案件之被告（以尚未執行完畢者為限）均發生溯及效力？乙得否聲請變更解釋或補充解釋，並為急速處分，亦是針對乙之救濟可能性可以進一步分析之處。
- 二、就甲而言，此處應該分析的是，根據同一法律而在第二案當中獲判死刑確定，由於第二案判決確定時點為死刑違憲解釋公布日之前，所以乃屬於「未聲請」之案件，依現行規定，甲針對其第二案，是否無法援引原因案件獲得之死刑違憲解釋，而獲得非常上訴之救濟。
- 三、惟甲已在第二案的訴訟程序中，主張系爭規定違憲，由於不為審理法院所接受，所以無從及時聲請釋憲，在此種情況下，在制度上是否應該提供給

甲救濟管道？此處可討論者，一為是否容許甲在第二案未確定之前，即得提前聲請大法官解釋，不必遵守用盡通常救濟程序方得聲請釋憲之程序要件？二為刑法規定若遭宣告違憲，則是否應該對所有同類案件產生一般性之溯及效力，而非僅限於個案之溯及效力？

- 四、上述同案被告乙和第二案中的甲無從獲得救濟的狀況，凸顯出「大審法」與大法官解釋所創設之定期失效制度缺失所在，此處可以探討在立法論上和司法裁判實務上，應該朝先裁定停止訴訟程序，俟新法修正後再續行審理的方向努力。
- 五、此處可以附帶討論的是憲法訴訟法第 54 條「判決宣告法律位階法規定期失效者，除主文另有諭知外，於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。但各法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行審理」，以及第 64 條第 2 項「判決宣告法規定期失效之情形，故法院於審理其他案件時，準用第 54 條之規定」的影響。

【閱卷委員的話】

本題整體而言具有一定難度，應考人對於相關大法官解釋之內容與意旨必須有相當程度之熟悉程度，方能充分掌握本題的分析與作答方向。

第(一)子題

- 一、在子題(一)中，部分應考人僅分析甲之釋憲聲請是否符合大審法之規定，未能進一步分析擴張審查標的此一真正爭點。同時，在討論確定終局裁判「所適用」之法令時，除了「重要關聯性」的分析之外，亦有部分應考人以「實質援用」理論為論述基礎。
- 二、關於子題(一)之暫時處分要件，大部分應考人均能指出相關大法官釋字所揭示之依據和要件。不過，針對大法官應否受理已確定但尚未執行之其他所有死刑判決之停止執行聲請，以及是否應該暫時停止槍砲條例第 7 條 3 項及其他法律有關死刑部分規定之適用，雖然大部分應考人能指出死刑執行之不可回復特性，但是在關於是否應該擴張暫時處分的「人」之範圍和「法令停止適用」範圍，在論述深度和理由構成上，則尚有強化空間。

第(二)子題

子題(二)相對而言比較單純，大部分應考人均能說明定期失效之意旨，然而能夠正確援引大法官相關各號釋字內容，據以說明甲可以尋求司法救濟之管道者，並非多數。同時，僅有部分應考人正確指出甲得利用非常上訴制度尋求救濟。

第(三)子題

子題(三)之作答，必須仰賴對大法官關於定期失效之解釋具有相當的熟稔程度，並且必須充分理解大審法漏未規定之處，對於人民基本權利的周全保障造成哪些負面影響。大部分應考人在本題中僅能回答甲之第二案和同案被告乙是否能夠尋求司法救濟，但是在理由構成方面則過於簡要甚或有所闕漏。此外，僅有部分應考人能夠周詳地針對立法和司法途徑應該如何改進，才能符合憲法意旨，提出深入且合理的論述。

少數應考人在本題（包括全部三個子題或其中特定子題）的作答中，能夠提出憲法訴訟法的相關規定，凸顯既有制度的闕漏之處，有助於強化其論述內容。同時，少數應考人透過對憲法訴訟法相關規定的分析，也能進一步說明在新制下，本案甲乙兩名被告還有哪些可能或可行的救濟途徑可資運用。

第二題

【總體說明】

- 一、本題係屬行政法的問題，以健保契約關係作為核心，探討行政契約關係中，行政機關可否使用行政處分的手段，以及特定「違約記點」與「停約一個月」是否為行政處分的問題，並測驗應考人處理行政關係中各種權利義務及其救濟體制問題的能力。
- 二、本題分為三個子題，各子題中又有小子題，每一個小子題都有主軸問題，旨在測驗應考人對問題熟知的深度與廣度。應考人應依據主軸問題回答各小子題，遇有學說爭議的問題，須分別列出爭點，並提出應考人自己的見解。

【評分要點】

第(一)子題

本題在測驗應考人對於醫院與健保署的關係，是否為「健保契約」的理解

及依據（釋字第 533 號解釋）等前提問題，若未引據釋字第 533 號解釋，至少必須針對此種關係，是否符合行政程序法第 135 條：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」加以論述。接下來，才處理具體的問題：

一、「違約記點」與「停約一個月」是否為行政處分？及針對此措施如何正確提起救濟。

（一）本問題涉及到「行政契約關係中，是否有禁止併用行政處分的原則？此在學理上與實務上略有不同見解。學理上多有學者主張有此原則，但實務上最高行政法院認為法無明文，故不認為此一原則的存在。但無論如何，本題仍可依行政程序法第 92 條規定將「違約記點」與「停約一個月」的實質內容認為係屬行政處分。

（二）其次，針對行政處分所提起的救濟方法，通常固然是提起行政訴訟法第 4 條的撤銷訴訟，但本題的題意已經表明該停約一個月的期限已過，已無回復原狀的實益，提起撤銷訴訟將無實益，故應改提「確認訴訟」，且係確認「停約一個月」乃屬違法之訴訟，此時必須論及確認訴訟的備位性及引據行政訴訟法第 6 條之規定。

二、最後，針對醫院未提起訴願的「違約記點」，是否會發生「構成要件效力」，從而拘束行政法院的問題。一般而言，行政處分縱有違法之處，但依行政程序法第 110 條第 3 項規定，行政處分未受撤銷、未被廢止或未因其他事由失其效力，其效力繼續存在，對此種具有「存續力」的行政處分，行政法院「得不」審查其效力，除非有行政程序法第 117 條的情事。本題所提示的案情中，並無此種情形。

第(二)子題

有關「不予特約」的法律性質，基本上有二種見解，本題須提出學理上有此二種模式的選項：

一、主張「不予特約」係屬行政處分說：此一脈絡，必須依據行政程序法第 92 條予以論述，採此說，必須進一步提出，應針對「不予特約」應提起行政訴訟法第 5 條之「課予義務訴訟」，始有實益，不是僅提起撤銷訴訟（須說明「課予義務訴訟」之內涵）。（有最高行政法院見解為據）

二、主張「不予特約」係屬行政契約中之不訂約之事實行為：主張此說者，認為「不予特約」乃不予繼續訂約的意思表示，其本身並不發生「規制性」

法律效果，屬「事實行為」，故必須提起行政訴訟法第 8 條之「一般給付訴訟」。(有最高行政法院見解為據)(須說明「一般給付訴訟」的內涵)

此二種理論同時存在，答案無分軒輊，但應考人必須先鋪陳此二種理論，再選擇其中一種理論，作為答案的主軸，處理行政訴訟種類的問題。

第(三)子題

- 一、 本子題涉及，特約及管理辦法中「不予特約」之規範性質，及是否有一行為不二罰原則的適用。
- 二、 此一問題的回答，須先處理「一行為不二罰」係屬法治國家的基本原則，從比例原則導出而本屬刑事罰的原則，也擴張至行政罰法，行政罰法第 24 條亦有明文規定。
- 三、 惟「一行為不二罰」原則，乃禁止國家針對「一行為」，不得有「二個目的相同，手段相同的處罰」。故如果某種措施並非「行政罰」，就不會產生違反「一行為不二罰」原則的問題；再者，如果並非針對「一行為」，或所施以的「處罰」，係屬「目的不相同或手段不相同」，也不會有違反「一行為不二罰」原則。
- 四、 本題的「不予特約」，通說認為係屬「管制性不利處分」，不具有「裁罰性」，不符合行政罰法第 2 條所定義的「裁罰性不利益處分」性質，不會有違反「一行為不二罰」原則。如果認為，「不予特約」係屬拒絕訂立契約的意思表示，係屬事實行為，也不會違反「一行為不二罰」原則。

【閱卷委員的話】

- 一、 答題的要領，須有「層次化」及「關鍵字」的呈現
 - (一) 所謂「層次化」必須按照題目給予的子題及各子題內的小問題，標明層次化的序號逐題回答，例如須(一)、1.、(1)、a. ……等層次，逐一回答問題內容。通常子題內有幾個「問號」，須列明幾個小子題。
 - (二) 所謂「關鍵字」的呈現，須敘明重要的關鍵字，包括三種：
 1. 「專有名詞」，例如「管制性不利處分」、「行政契約與行政處分禁止併用」、「行政處分存續力」、「構成要件效力」等。
 2. 法條依據，例如行政程序法第 92 條……；行政罰法第 2 條……
 3. 司法院釋字第 000 號解釋內容(「宜」有正確的釋字)或最高行政法院見解(未必要列出精確的字號或某年月的決議或大法庭的字號)。

二、 各別答題要領及整體情形

第(一)子題

幾乎所有應考人都會回答醫院與健保署的關係乃屬「健保契約」，但只有部分應考人有寫到其依據係釋字第 533 號解釋（內容），就評分而言，此一依據係屬重要。但子題中，另有二個「問號」，即須另以(一)(二)的方式回答：

- (一) 「違約記點」與「停約一個月」措施的性質：理論上認定「違約記點」與「停約一個月」應屬行政處分較容易著手，但針對「違約記點」與「停約一個月」，必須精確地寫到「確認停約一個月處分違法」之訴，此為重要考點，但多數應考人未回答到此一問題；另有少數應考人雖回答「確認處分」，但卻回答「確認行政契約仍屬有效」訴訟，應非良好的答案；但如果認為有「行政契約與行政處分禁止併用」原則，則必須主張此種救濟應提起「一般給付訴訟」，作此回答者，也有相應的分數。
- (二) 本小題應引據行政程序法第 110 條的「行政處分的存續力」，而以「記點三次」已具有「構成要件效力」作為論述「行政法院得不審查」，不是「不得審查」的依據。

第(二)子題

此一問題在測驗應考人對「不予特約」法律性質的認識，大部分應考人並沒有將二種可能的模式列出，而係採取其中一種模式為作答依據，其固非錯誤，但缺乏整體性，總體評價不會太好。亦即，本題答案的模式宜為：就本問題，學理上有二說：

1. 行政處分說：……
2. 行政契約說：……
3. 本文主張「……說」，理由為……

第(三)子題

本題大部分的應考人都能正確回答「結論」：「不違反一行為不二罰原則」的結論，但理由不同。部分認為，該醫院有數行為；有部分認為，該不予特約，係屬「種類與目的」不相同的處罰，均非良好的答案。以不予特約係屬「管制性不利處分」或屬「不締結行政契約的意思表示」答案較為正確。