

爭點3 近期時事所涉法律保留原則分析—— 以防疫期間限制高中以下師生出境為例⁶ ○

(本爭點關聯記憶：第一篇行政法基本原理原則、第二章依法行政原則、第二節法律保留原則)

(一) 案例事實：

中央流行疫情指揮中心（下稱「指揮中心」）下令全國高中以下學校師、生即日起禁止出國⁷，因指揮中心此舉欠缺明確法源，國內遂有聲浪質疑指揮中心違反法律保留原則、法律明確性原則以及比例原則等。

(二) 禁止出國之法令依據：

1. 嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例（下稱振興特別條例）§ 7：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。」
2. 傳染病防治法 § 7：「主管機關應實施各項調查及有效預防措施，以防止傳染病發生；傳染病已發生或流行時，應儘速控制，防止其蔓延。」
3. 災害防救法 § 31 I ⑩：「各級政府成立災害應變中心後，指揮官於災害應變範圍內，依其權責分別實施下列事項，並以各級政府名義為之：……十一、其他必要之應變處置。」

(三) 學理分析：

1. 指揮中心援引之法源應無違反法律保留原則及明確性原則：
(1) 防疫事務的高度不確定性及專業性降低了此二原則的要求：

6 以下內容參考自，林三欽，我國防疫措施法制之合憲性爭議——以限制高中以下師生出國禁令為例，月旦法學教室，212期，2020年6月，頁45-51。

7 林宜箴，高中以下師生禁出國，闡揆提二法源依據，新聞網址：<https://www.ner.gov.tw/news/5e7048f66a4edc000867c59d> 最後瀏覽日：2020年10月12日。

學說認為，不論係「法律保留原則」或「法律明確性原則」，其對於具體法規範的要求，均非一成不變，反而應隨著受規範標的之特性而調整。其中，在調整時應考量之參數包含：

- ① 是否有必要授權由專業人士在個案中形成具體決定。
 - ② 受規範標的風險耐受度。
 - ③ 受規範標的被人民所瞭解的程度。
- (2) 「例示+概括規定」模式有其合理性：學說認為，在觀察前揭3條規定是否違反相關法律原則時，應將該等規定與相關法規的其他具體防治措施合併觀察，例如傳染病防治法第4章「防疫措施」（§ 35～57），第5章「檢疫措施」（§ 58～60）。是以前揭3條規定至多僅是在具體規定無法即時應變時所上場之概括授權規定，絕非謂主管機關於防治疫情時，得動輒以概括條款濫權限制人權。
- (3) 振興特別條例本質上係針對突發事件之臨時法制：學理上指出，此條例係針對臨時突發重大事件之暫時性法制，鑒於此種規範欲因應的事件往往仍在發展中，較難鉅細靡遺掌握，故此為採用「概括」模式之另一項正當理由。

2. 指揮中心禁止師生出國之行為與比例原則之連動：

- (1) 學理上由比例原則出發，提出數項在調整出國禁令上得考慮之參數：
- ① 附記理由：學理分析，限制出國之行為，定性上較接近「對人一般處分」，雖行政程序法 § 97④ 免除「一般處分」附記理由之義務，惟學者認為，行政機關仍應儘可能於作成一般處分時，主動附上理由，似更可獲得民眾之諒解與支持，進而達到行政透明化。
 - ② 因應對象不同而類型化限制措施。
 - ③ 禁令有效期間的斟酌：出國禁令是否真須初次限制之時間

即長達數月，直到學期末？做法上或可先禁止較短的期間，其後分階段、視情形檢討是否展延。

- ④情事變遷的斟酌：主管機關應隨時依據疫情的變化，調整出國禁令。



前面的肺炎疫情時事分析，雖然爭點的標題是寫法律保留原則分析，但內文也稍微提到了明確性原則跟比例原則，多少有點廣告不實（？，還請讀者大大海涵，之所以還是提到其他原則主要是不想讓這部分的專題寫作上變得太零碎，所以才如此操作。不過筆者在這邊還是想提醒各位讀者，疫情相關時事真的蠻容易跟公法扯上關係的（就是很好出成考題的意思啦），尤其是此類防疫事項，本質上就是高度專業、重視行政效率、貴在迅速的事物。而我們都知道，行政如果要高效率，那勢必會犧牲到一些法治國原則下人權保障的部分，前揭時事就是一例，為了避免疫情擴大，所以幾乎全面禁止高中以下師生出國，進而衍生了措施所依據的法源是否有違反法律保留、明確性、比例原則之爭議。

所以考試上的話有可能會出現，主管機關為了防疫需求所以又作了某些事來限制人民（好比說在更早之前出現了同樣是指揮中心為避免疫情擴大所以禁止醫事人員出國的措施），那這樣的情境其實換湯不換藥，讀者們就先去想，主管機關作的這個行為定性上是甚麼，一般處分嗎還是行政命令還是其他？再去想主管機關作的措施背後所依據的法源是否有理（也就是法律保留原則的討論，主管機關所為之行為有無超出母法授權等等），最後，如果讀者想指摘機關行為違法，那就去想主管機關的手段是否未作細緻化區分或是未侵害最小，也就是比例原則的討論（好比說禁止醫事人員一律不得出國，是否未考量到人員如有正當理由或急迫情事時仍有出國之必要。或是未考量到某些國家是低度風險，因此就算去到那邊也

可能不會對本國疫情帶來太大危害，因此一律禁止可能並非手段侵害最小）。

以上小心得，跟各位讀者分享並希望大家遇到類似考題會舉一反三囉～～（題外話：因為疫情關係，害筆者前陣子超久都不敢去健身房，肌肉哭泣中QQ）

爭點4 近期大法官解釋所涉明確性原則重要案例

（本爭點關聯記憶：第一篇行政法基本原理原則、第三章行政法之一般原理原則、第一節明確性原則）

（一）釋字第768號解釋（兼具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師案）：

❖釋字第768號解釋理由書摘錄

二、系爭規定一（編按：指醫事人員人事條例§1）尚未違反法律明確性原則。

法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言。如法律規定之意義，自法條文義、立法目的與法體系整體關聯性觀之，非難以理解，個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並得經由司法審查加以確認，即無違反法律明確性原則（本院釋字第594號、第617號、第690號及第767號解釋參照）。系爭規定一明定：「醫事人員人事事項，依本條例之規定；本條例未規定者，適用其他有關法律之規定。」兼具外國國籍醫師之人事事項，自應受本條之規範，並無疑義。本條所稱其他法律，自應包括系爭規定二及三（編按：分別指公務人員任用法§28 I ②本文、同條第2項及國籍法§20 I）有關不得任用為公務人員及已任用者應予免職之規定。是系爭規定一之法條文義甚為明確。由於具公務人員身分之醫師亦受前述有關公務人員國籍之規範，故在個案上，具中華民國國籍之醫師如兼具外國國籍，依

系爭規定一適用系爭規定二之結果，將產生不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師，已任用者應予免職之法律效果。此應為受規範者所得預見，且得以經由司法審查加以確認。是系爭規定一與法律明確性原則尚屬無違。

(二)釋字第777號解釋（駕駛人無過失及情節輕微之肇事逃逸案）：

本件解釋涉及刑法§185-4中的肇事用語是否符合法律明確性原則之爭議，特別值得注意的是，多數意見於本號解釋指出，因本件涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，因此在檢驗上必須採取較嚴格之審查標準，僅得以法條文義及刑法整體關聯性為參考對象，不得再參考其他法律。

❖釋字第777號解釋理由書摘錄

【刑法§185-4之構成要件「肇事」用語，違反法律明確性原則】

依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義、立法目的及法體系整體關聯性，須為受規範者可得理解，且為其所得預見，並可經由司法審查加以確認，始與法律明確性原則無違（本院釋字第432號、第521號、第594號、第617號、第623號、第636號及第690號解釋參照）。惟涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，其構成要件是否符合法律明確性原則，應受較為嚴格之審查（本院釋字第636號解釋參照）。

88年系爭規定（編按：指刑法§185-4）明定：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處6年以上5年以下有期徒刑。」102年系爭規定提高刑度修正為：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處1年以上7年以下有期徒刑。」核上開二規定為涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，是其構成要件是否明確，自應受較為嚴格之審查，其判斷爰應僅以該規定文義及刑法體系整體關聯性為準，不應再參考其他相關法律。

查88年暨102年系爭規定之構成要件有四：「駕駛動力交通工具」、「肇事」、「致人死傷」及「逃逸」。其中有關「肇事」部分，可能語意所及之範圍，包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故，依其文義及刑法體系整體關聯性判斷，為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。

爭點5 近期大法官解釋所涉特別權力關係突破重要案例

（本爭點關聯記憶：第一篇行政法基本原理原則、第五章行政法律關係與公權利、第二節特別權力關係）

（一）釋字第755號解釋（受刑人司法救濟案）：

1. 本號解釋涉及之爭點：

就監獄行刑法 § 6 及同法施行細則 § 5 I ⑦ 之規定合併觀察，其不許受刑人向法院請求救濟，是否與憲法 § 16 保障人民訴訟權之意旨有違？

2. 本號解釋分析⁸：

(1) 解釋多數意見認為，監獄行刑法 § 6 及同法施行細則 § 5 I ⑦ 不允許受刑人就監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要範圍內，而不法侵害基本權利且非顯屬輕微

8 特別值得一提的是，筆者以為，本號解釋中許宗力大法官提出之協同意見書，相當值得一讀。該份意見書裡，許大法官以淺白的文字清楚說明了，為何司法體系要致力於維護受刑人的人權，甚至突破監獄與受刑人間之特別權力關係，讀者們如行有餘力，花點時間瀏覽一下，肯定會有收穫的～

第二章

最新考題詳解

Q 範題一

(一) 行政機關與人民締結行政契約後，原則上不得以行政處分方式要求作為契約對造之人民履行該契約之義務。此一法理，為何得由行政程序法第148條有關行政契約約定自願接受執行之規定中推導而出？

(二) 又，行政機關若仍逕為如此之違法處分時，作為契約對造之人民如何尋求救濟？

【109高考法制第2題】

K 爭點分析

本題第一小題所涉爭點依然是一考再考的傳統考點，亦即處分契約併用禁止原則之內涵。讀者們只要能掌握此原則之內涵，本題分數可說是手到擒來，是一道簡單又基本的考題喔～～。第二小題則是涉及當機關違反此原則時，相對人如何爭訟之爭議，學理上有認為應該要針對此違法處分提起撤銷訴願訟（江嘉琪，行政契約關係與行政處分之容許性，律師雜誌，第303期，2004年12月）。

A 擬 答

【本題共879字】

(一)處分契約併用禁止原則之法理，旨在避免行政程序法（下稱行程法）

第148條規定成為具文：

1. 處分契約併用禁止原則之意義：

學理上有認為，於眾多行政行為中，行政處分與行政契約係處於競爭關係，行政機關如選擇以行政契約作為履行任務之手段，便帶有將潛在之從屬關係轉化為具體實際之對等關係，而所謂對等關係，其意義係指在契約請求權之貫徹上，放棄行政處分此高權方式之運用。是以，在行政契約關係中，非有例外情形，原則上不得再以行政處分作為行使其契約權利之手段，否則即有法律關係不安定，突襲人民之嫌。

2. 如肯認處分契約得於同一法律關係中併用，則行程法第148條恐有成為具文之嫌：

行政契約中不經訴訟程序而取得執行名義之唯一途徑即為行程法第148條當事人聲明自願接受執行之規定，如認行政機關得就契約請求權之內容，逕行作成行政處分，再予以執行，恐將使自願接受執行條款之規定成為具文。

(二)行政機關如違反契約處分併用原則，仍逕行作成行政處分，人民應對該處分提起撤銷訴願，如訴願未果則復提起撤銷訴訟：

1. 違反處分契約併用原則之行政處分雖違法性仍有效：

(1) 按違法行政處分其瑕疵程度未達重大明顯致無效程度者，於撤銷、補正或轉換前，仍受有效推定，故此處分外觀形式上係違法但有效，係屬得撤銷之行政處分。

(2) 查本件行政處分之瑕疵態樣係違反處分契約併用原則，其瑕疵程度尚未達行程法第111條各款事由，故僅屬違法得撤銷之行政處分。

2. 人民如不服此違法處分，應循序就該處分提起訴願法第1條撤銷訴願及行政訴訟法第4條撤銷訴訟，請求撤銷：

(1) 按訴願法第1條第1項本文：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。」再按行政訴訟法第4條第1項規定：「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。」

(2) 揆諸前揭規定，人民如認行政機關所為之行政處分違反處分契約併用原則而有違法之虞，此時應對該違法處分先提起撤銷訴願，訴願未果復提起撤銷訴訟，以資救濟。

範題二

甲市某民眾向該市政府提報由乙公司所有之某日式宿舍群（以下簡稱系爭宿舍群）具文化價值，甲市政府於依文化資產保存法（以下簡稱文資法）相關規定進行現場勘查後，決議列冊追蹤。之後即辦理實地會勘，並經該市文化景觀審議會（以下簡稱審議會）具備歷史、景觀及文化等各領域專家學者及機關代表之委員召開會議討論後，決議：「建議登錄系爭宿舍群為文化景觀，保存面積為該宿舍群全部建物」，理由略為：「系爭宿舍群