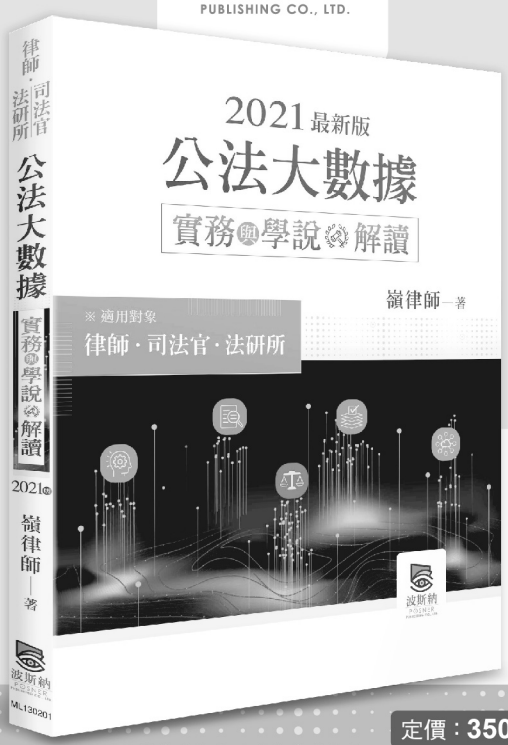
波斯納
POSNER
PUBLISHING CO., LTD.

2021 最新版
公法大數據
實務與學說解讀



首創

以大數據分析實務上
跨憲、行之案例，
搭配學說考試為核心，
掌握司律命題趨勢！

作者簡介

嶺律師

- 台大法研所公法組
- 律師高考及格
- 高點講師
（憲法、行政法、法院組織法）

適用對象

律師
司法官
法研

定價：350元

2021年 公法大數據 實務與學說・解讀

釋字第807號解釋★

考前複習

釋字第807號解釋針對勞動基準法第49條第1項規定：「雇主不得使女工於午後10時至翌晨6時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」是否違反憲法第7條保障性別平等，做出解釋，以下說明其要點，並指出其指標意義，以利整合學習。

(一) 釋字第807號解釋要點：

1.「性別」平等之審查基準為中度審查基準：

中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，憲法第7條及憲法增修條文第10條第6項，分別定有明文。**憲法保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。惟法規範如採取性別之分類而形成差別待遇，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準，本院即應採中度標準從嚴審查（本院釋字第365號解釋參照）**。其立法目的須為追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間具實質關聯，始與憲法平等權保障之意旨無違。

(二)指標意義：

1.黃昭元大法官：修正釋字第365號解釋，並表示針對性別平等，採取中度審查基準。

本案是釋字第728號解釋之後，涉及性別平等的一號重要解釋，尤其是針對性別平等案件之審查標準正面表示立場，並**實質修正了釋字第365號解釋所採之審查標準，亦即將釋字第365號解釋所稱因男女生理差異所生之「社會生活功能角色上之不同」予以排除**，不

2021年 公法大數據 實務與學說・解讀

(四) 林明昕老師：以行為人之意思決定的個數為基礎來計算應予處罰的行為單、複數。

行政罰法之所以對行為人之行為的處罰，在於就該行為所基之行為人的「知」、「欲」或「不注意」等意思決定的負面評價（行政罰法第7條參照）；因此以行為人之意思決定的個數為基礎來計算應予處罰的行為單、複數，完全符合行政罰法的制度設立目的。

既然刑法中「一行為」的認定標準，無論是「自然意義之一行為」、「構成要件之行為單數」，乃至「自然之行為單數」，均以行為人的「單一意思」為依據，則同以非難行為人之意思決定為宗旨的行政罰法制度，不必放棄同一標準，故行政罰法中應採取與刑法學上相同的行為單、複數認定方式。

真的有考過！【102年臺灣大學研究所入學】

中華民國第13屆總統選舉時，A總統候選人之競選廣告，在屏東縣受其競選團隊張貼於不合法處所，中選會經檢舉查證屬實後，依選罷法規定，於民國101年6月處罰A新臺幣450萬罰鍰，請附理由回答下列問題：若A在屏東縣有五處違法張貼競選廣告，中選會得否對A處罰五次？

作者簡評

有關行為數之認定，也為實務與學說長期論爭之處，目前實務較普遍之看法，似乎係採取「綜合認定說」，而學界則以行為人之意思決定的個數為基礎來計算應予處罰的行為單、複數，發展可待日後觀察。

波斯納書系　歡迎洽詢最新資訊　02-23756688

特別權力關係

嶺律師編著《2021年公法大數據實務與學說解讀》波斯納出版

學生打破特別權力關係

考前複習

(一)升旗未到被記警告，可以提起行政訴訟：

1.花蓮地方法院108年度簡字第54號行政判決：

原告原在被告學校就讀，於民國108年6月畢業，因前於108年1月8日、2月19日及4月2日分別因重要集會（升旗或防災演練）無故未到，經勸導仍未改善，被告遂依國立花○高級中學學生獎懲要點，分別於108年1月18日、108年2月27日、108年4月18日對原告各記警告1次（下稱原處分）。原告不服於同年6月4日提出申訴，經被告於108年6月26日以花中申字第108001號學生申訴評議決定書駁回原告之申訴，維持原懲處。原告不服，提起訴願，經決定不受理後，遂提起本件行政訴訟。

本件原告受被告所為記警告之懲處時，原為中學生，被告對其以原處分所為之懲處，及以系爭決定書駁回原告之申訴，因對於中學生所為之記警告、小過、大過等懲處，縱未改變學生身分或損害其受教育之機會，仍可能影響其德育成績而損及其受教育權，亦可能侵害原告之名譽權、人格權，逵諸前揭司法院釋字第784號解釋之意旨，仍應容許原告提起行政爭訟，以求救濟。且按本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為；本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，行政程序法第92條第1項、訴願法第3條第1項均有明文。

而本件中，被告對原告所為原處分及系爭決定書，均屬行政機關就具體事件所為之單方行政行為，且因**涉及對原告受教育權、名譽權及人格權之限制，自有對外直接發生法律效果，依前揭規定應均屬行政處分**，是依前揭司法院釋字第784號解釋意旨，原告自得對原處分及系爭決定書提起訴願。而系爭訴願決定係於108年10月30日作成，然當時司法院釋字第784號解釋業經司法院於108年10月25日院台大二字第0000000000號院令公布，且參諸系爭訴願決定書之理由並未提及司法院釋字第784號解釋之意旨，僅參酌司法院釋字第684號解釋之意旨，逕認被告所為原處分及系爭決定書均非訴願法上行政處分，而以訴願為不合法為訴願不受理決定，於法實有違誤。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

2.李仁淼教授見解[1]：

李仁淼教授指出，於高中升大學階段，即便選擇「繁星推薦」或「個人申請」入學管道升學者，亦幾未見，僅因在高中階段受記過、警告而影響其升大學之權利。且於國中、高中階段，學校若對記過或記警告設有「銷過」制度，則未涉學生身分地位改變之記過或記警告，對學生之名譽權、人格權亦不會有任何法律上的侵害，學校之此種教育措施，毋寧是不具對外直接法律效果之正當管教措施。基此，對於上開花○高中案、高雄市立陽○國中案，校方對學生所作之記警告，故認為學校之教育管理措施非行政處分，性質上屬事實行為。

此外，李仁淼教授主張：學校對學生所作，無涉學生身分地位改變之記過、記警告等教育措施，學生如對其不服，應許其依行政訴訟法第229條第2項第4款之規定提起簡易訴訟。

(二)成績評定：

1.釋字第784號解釋做成後的實務態度，指出若無錄取某學校或科系、能否取得專門職業技術人員證照、或是否留級而無法畢業等規範性效果之考試成績評定，認為「非行政處分」，但仍可「提起一般給付訴訟」：

臺北高等行政法院108年度訴字第591號：「大學生的學習自由或學習權為憲法上的基本權利，國家應予保障。據此，大學生的學習自由至少應含括選擇學校、科系及課程的自由；參與課程活動、免受不當學術或學業評量的評價，以及在校接受教育的身分不受恣意限制或剝奪等內涵。就本件而言，原告選修課程1及課程2，並於課程結束後經授課教師評定學期成績為不及格，此係否定原告就該等課程的學習成果及效益，也是對原告參與課程活動、研究等能力為負面評價，應已涉及原告基於學習自由享有免受不當學術或學業評量之評價的侵害，原告自有提起行政訴訟的訴訟權能。

行政程序法第92條第1項規定：『本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。』所謂直接發生法律效果，是指直接產生法律上規制性的效果。就學業評量或考試評分而言，課堂上的小考或作業的評比僅是衡量學生學習程度的方式之一，分數高低或及格與否沒有直接產生何種法律上的效力，頂多只是由此衍生情感或經濟等事實上的影響，該評分即非行政處分；反之，升學考試、畢業考試或專門職業技術人員資格考試等，成績評定的結果將直接產生能否錄取某學校或科系、能否取得專門職業技術人員證照、或是否留級而無法畢業等規範性效果，即應定性為行政處分。

本件原告選修課程1及課程2的學期成績雖經授課教師評定為不及格，但此僅為單一、個別科目的成績評量，並沒有直接因此產生被退學或留級等規制性的效果，即便可能衍生須額外繳交學分費，花費時間、精力重新選修課程，以湊齊畢業學分，或無法申

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

1 李仁淼（2021），記過警告與學生權利救濟——花蓮地方法院108年度簡字第54號行政判決評析，裁判時報，第107期，頁5-18；李仁淼（2020），學生權利救濟範圍的擴大——大法官釋字784號解釋評析，月旦法學教室，第213期，頁68-79。

領獎助學金的結果，但這都是間接的事實上效果，並非該不及格的成績評量所直接產生的法律上規制性效力。況事實上，原告至106學年度第2學期，即便沒有取得課程1及課程2學分，也已累積修畢取得31學分（含課程3及課程4），有其修課明細及學生歷年成績單可以證明。依開南大學學則第84條規定：『碩士班研究生至少須修滿24學分。』第91條規定：『研究生合於下列規定者，准予畢業：一、在規定年限內修滿規定科目與學分。二、通過本校博士暨碩士學位考試規則規定之各項考試。三、操行成績各學期均及格。』及開南大學研究所博士暨碩士學位考試規則第2條規定：『研究生符合下列規定者：得申請碩士或博士學位考試：……二、碩士班至少修畢24學分……。』原告已修畢畢業學分，不因課程1及課程2的成績不及格而有影響。因此，課程1及課程2的成績評分應非行政處分。原告不服課程1及課程2成績評分的結果，提起本件訴訟，其適宜的訴訟種類不是行政訴訟法第4條的撤銷訴訟或第5條的課予義務訴訟，而是第8條的一般給付訴訟，直接訴請被告教師就原告參與課程1及課程2的學期成績為及格的評分。原告經本院闡明後，提起一般給付訴訟，自屬合法。」

2.李仁淼教授見解：依照「及格以上以下分數」區分。

李仁淼教授指出，「及格以上的分數」，並無透過法院訴訟的必要，此一部分「欠缺權利保護必要」，屬於釋字第784號解釋理由書所指之「顯然輕微之干預」。至於因「及格以下的分數」提起訴訟時，則構成判斷餘地，不過許育典教授[2]指出，不是學校所有的行為都一定屬於判斷餘地所涵蓋的對象，如果與學校教學、成績評量、品格教育的核心內容關係較小，司法機關仍然有較大的審查空間。

公務員打破特別權力關係

考前複習

(一) 釋字第785號解釋公布前情況[3]：

釋字第785號解釋公布前，認係屬行政處分適用復審程序並得提起行政訴訟之客體：二大過、免職、停職、資遣、辭職、任用、俸給、退休、考績評定（丙等、丁等）、考績審定、公法上財產權（加班費、休假補助費、涉訟輔助費、公保養老給付、優惠存款、撫卹金、慰問金等）、不同陞遷序列之調任、不同職組之調任（主管調非主管、調低官等、調低職等、陞任較高官等職等、調不同任用制度）、性騷擾成立與否之決定等。

釋字第785號解釋公布前，認應屬管理措施或有關工作條件之處置，應適用申訴、再申訴程序且不得提起行政訴訟之客體：考績評定（乙等）、敘獎（記大功、記功、嘉獎）、差假、懲處（一大過、記過、申誡）、曠職、工作指派（職務調整、職務分派）、職務監督、主管職務調任同官等、官階（職等）及同一陞遷序列之非主管職務等。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

2 許育典（2020），從特別權力關係中解放的學生，月旦法學教室，第216期，頁6-9。

3 對此詳盡分析，參楊子慧（2020），復審後可救濟、再申訴不行？——釋字第785號解釋與公務人員訴訟權保障。

(二) 釋字第785號解釋公布後情況：

臺中高等行政法院109年度訴字第178號行政判決：「司法院釋字第785號解釋理由書略以：『一、系爭規定一與憲法保障訴訟權之意旨尚無違背：……92年保障法第77條第1項規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。」第78條規定：「（Ⅰ）提起申訴，應向服務機關為之。不服服務機關函復者，得於復函送達之次日起30日內，向保訓會提起再申訴。（Ⅱ）前項之服務機關，以管理措施或有關工作條件之處置之權責處理機關為準。」（本條於106年6月14日修正公布，僅調整文字，規範意旨相同）及第84條規定：「申訴、再申訴除本章另有規定外，準用第3章第26條至第42條、第43條第3項、第44條第4項、第46條至第59條、第61條至第68條、第69條第1項、第70條、第71條第2項、第73條至第76條之復審程序規定。」（下併稱系爭規定一）係公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得提起申訴、再申訴以為救濟之規定。依同法第79條規定，應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。是同法第77條第1項所稱認為不當之管理措施或有關工作條件之處置，不包括得依復審程序救濟之事項，且不具行政處分性質之措施或處置是否不當，不涉及違法性判斷，自無於申訴、再申訴決定後，續向法院提起行政訴訟之問題。況上開規定並不排除公務人員認其權利受違法侵害或有主張其權利之必要時，原即得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟。是系爭規定一，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。又各種行政訴訟均有其起訴合法性要件與權利保護要件，公務人員欲循行政訴訟法請求救濟，自應符合相關行政訴訟類型之法定要件。至是否違法侵害公務人員之權利，則仍須根據行政訴訟法或其他相關法律之規定，依個案具體判斷，尤應整體考量行政機關所採取措施之目的、性質以及干預之程度，如屬顯然輕微之干預，即難謂構成權利之侵害。且行政法院就行政機關本於專業及對業務之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第784號解釋參照）。』」

(三) 申誡：

1.實務見解：申誡得提起行政訴訟。

最高行政法院109年6月24日109年度判字第350號判決謂：「於司法院釋字第785號解釋公布後，行政法院即應依該解釋意旨為司法審查，而不受先前解釋之拘束。」、「行政機關依上開規定對所屬公務人員懲處申誡，對公務人員之考績、考績獎金、名譽或升遷調動等權利或法律上利益產生不利之影響，係屬侵害公務人員權益且具行政處分性質之措施……。因此，申誡雖為行政機關之管理措施，惟其性質為行政處分，自得循序提起行政訴訟。」

2.陳淑芳老師見解[4]：支持實務見解。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

陳淑芬老師認為，申誡之懲處為行政程序法第92條第1項所定義之行政處分，且已侵害甲之人格權，故甲對此不服，應先依保障法第25條第1項規定，向保訓會提起復審；對

4 陳淑芳（2020），公務人員對於懲處處置不服之救濟，月旦法學教室，第218期，頁10-12。

於復審決定仍不服時，應依行政訴訟法第4條第1項規定，向行政法院提起撤銷訴訟救濟。

其之所以認為申誡屬於行政處分，則因行政罰法第2條第3款及第4款既認為影響名譽及警告性處分為行政罰之一種，與此效果相同之該等懲處亦應認其為對外發生法律效果之行政處分。

(四) 考績：

臺北高等行政法院108年度訴字第1524號行政判決：「按考績等次足以影響公務人員晉敘陞遷等服公職之權利，已如前述（除前述丙等考績外，於考績乙等之情形，亦影響公務人員官等晉升等權利【參見考績法第7條第1項、第11條，公務人員任用法第17條】），機關就受考人所為不利之考績等次，已非顯然輕微之干預，參諸司法院釋字第785號解釋意旨，受考人自得自得循行政爭訟程序予以救濟（109年度高等行政法院法律座談會提案第7號研討結論，亦同此見解）。」

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！