

# 《行政法》

一、現代法治國家皆講究「依法行政」，但社會現象變化無窮，立法者未必皆能預見其發展進而納入法律中加以規範。請問：在現行法律無明文規定時，如何依法行政？試分別就不生法律效果之行政及發生法律效果之行政，分別舉一至二例說明之。(25 分)

命題意旨	本題主要測試同學對於依法行政原則之基本觀念是否熟悉，同學只要能看出「無法律如何亦得行政」即等同「何種事項屬於法律保留範圍」的問題意識，即可輕鬆掌握本題。
答題關鍵	就依法行政原則之議題，釋憲實務上有眾多解釋，要如何層次分明且有條理地予以鋪陳，是本題獲取高分的一大關鍵。此外，在「不生法律效果之行政」及「發生法律效果之行政」的舉例說明上，也宜儘量以大法官解釋為例，更能增添其說理上的說服力。
高分閱讀	1.艾台大，行政法講義第二回，P.2-28、31-43、88-102。 2.艾台大，行政法總複習講義，P.10、66-68。 3.艾台大，行政法總複習講義（考前重點提示擬答），P.3-5。

## 【擬答】

- (一)按一般認為，依法行政原則包括「法律優位原則」及「法律保留原則」。法律優位原則，係指國會決定之國家意志優於行政所表達之國家意志，而法律（含憲法）是國會決定之國家意志，故行政應予執行，不得違反，由於僅消極的要求行政不得違反法律（含憲法），故法律優位原則又稱為消極的依法行政原則；法律保留原則，則係指行政機關僅在法律授權下，始得行為，其更積極地要求作成行政行為之法律依據，因此又稱為積極的依法行政。至於何種事項屬於法律保留之範圍，此在憲法上是國會與行政之權限劃分問題，並無嚴格界限，而是相對且易變的。
- (二)早期的法治思想，認為法律是基於統治者與被統治者間之協議所產生，是以，統治者與被統治者間之契約，均應切實遵行；另一方面，又受到權力分立原則及立法權優越之思想的影響，遂產生「無法律則無行政」的觀念，然此無異係對君主專制極端反應後的結果。此種觀念，在當時盛行的干涉行政下，尚且通行無阻；惟隨著工商發達與社會變遷，人民對國家之依賴程度日益升高，面對立法過程的遲緩而感到無奈，遂轉向要求行政應適時有所作為，以適應社會逐日而來的迫切需求，乃打破「無法律則無行政」的觀念，取而代之的是「無法律亦得行政」的觀念。
- (三)循此，迄今學界區分行政之種類，依其受法律拘束之程度，可分為「有法律規定之行政」與「無法律規定之行政」。其中，「有法律規定之行政」又可區分為「羈束行政」與「裁量行政」；而「無法律規定之行政」，亦可別稱為「自由行政」。然而，所謂的「自由行政」，絕非指涉其得漫無邊際地恣意行政，毋寧仍應受憲法及行政法一般原則等拘束；此外，雖然無法律亦得行政，但就某些事項，仍應保留給立法者決定，此時倘無法律規定，仍無行政可言，申言之，此即係何種事項應歸屬法律保留範圍之問題。
- (四)一般以為，我國釋憲實務，係按事項重要性之不同（即「重要性理論」），建立按下列順序減少規範密度之「層級化之保留體系」（釋字第 443、559 號），亦即，對基本權利之干涉或影響越長久，對公眾之效果越大，在社會中爭議越多者，越須立法者詳為規範；反之，則容許由行政機關自為決定：
- 1.受憲法直接規範，不許法律限制之「憲法保留」事項，諸如：涉及人民身體自由之限制；
  - 2.須以法律直接規範之「國會保留」事項，諸如：公法上請求權之時效制度（釋字第 474 號）；
  - 3.須以法律或基於法律授權之法規命令規範之「一般法律保留」，諸如：裁罰性處分之事項（釋字第 313、390、394 號）；
  - 4.又倘屬執行法律之細節性、技術性等次要事項，抑或是非裁罰性處分（釋字第 510 號）或專業事項之管制（釋字第 394 號），則得以主管機關之命令規範，不適用法律保留。
- (五)至於給付行政措施，如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第 23 條規定之限制人民基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令（釋字第 443、524、614 號）。
- (六)此外，上開重要性理論之適用，亦不因系爭行政究屬「不生法律效果之行政」，抑或係「發生法律效果之行政」，而有差異，茲分述如下：

## 1. 不生法律效果之行政

不生法律效果之行政，一般係指行政事實行為，按現行法律對行政機關所為之行政事實行為，大多未予明文規範，縱有規定者，其規範密度亦較為寬鬆。惟事實上，行政事實行為亦如同其他行政行為，倘有干涉或影響人民基本權利之重大事項，自亦有法律保留原則之適用。例如：就警察機關之臨檢行為，雖多屬行政事實行為，惟釋字第 535 號解釋仍指出：「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有法律之明確規範，方符憲法保障人民自由權利之意旨。」

## 2. 發生法律效果之行政

在發生法律效果之行政中，不論是干涉行政，抑或是給付行政，依循前開重要性理論，仍有法律保留原則之適用，要無疑義。惟在某些情形下，基於其他法律上之理由，則可不適用法律保留原則或降低法律保留原則之要求，例如：

### (1) 行政處分之附款、撤銷、廢止

行政處分之附款、撤銷、廢止均不免干涉人民之權利、自由或使人民負擔義務，但行政程序法既已就其合法要件有所規定，故如符合各該規定，即不再要求其他法律依據。

### (2) 行政契約

有認為行政契約原則上不適用法律保留原則，但仍應受行政程序法上相關規定之拘束，不須另有使人民負擔義務之法律依據（釋字第 348 號）。

### (3) 大學自治事項

基於維護憲法上之學術自由與大學自治之制度性保障，在不違背自治權範圍內，大學之自治規章原則上不生違反法律保留原則之問題（釋字第 380、450、563、626 號）。

### (4) 特別權力關係

特別權力關係仍應適用法律保留原則，目前已成通說（釋字第 462、491 號），惟其要求標準較為寬鬆，適用範圍亦僅限於基本權之限制事項，並降低法律明確性之要求，釋字第 432 及 433 號解釋認專門職業人員及公務員紀律之職業規範中，就懲戒處分僅設概括規定，與憲法並無牴觸，即同此意旨。

二、現代社會中，私人參與執行公共任務之情形愈來愈普遍，請附理由回答下列問題：（25 分）

- (一) 為認定 A 公司所排放之空氣是否符合空氣污染防治法第 20 條第 1 項規定之排放標準，以便決定是否依同法第 56 條規定加以處罰，主管機關甲委託私立 X 大學提出檢測報告，作為認定之依據。試問 X 大學在本案之法律地位為何？當事人 A 公司對 X 大學提出之檢測報告，如有不服，應如何救濟？
- (二) B 在乙電子公司上班，乙依所得稅法第 88 條等相關規定，對 B 薪資所得事先就源扣繳。試問乙在本案之法律地位為何？B 對乙之扣繳行為，如有不服，應如何救濟？
- (三) C 將車子違規停放於禁止停車之紅線上，丙警察開完罰單後，打電話通知受警察局委託實施拖吊之民間業者丁，將該車吊離開現場。試問丁在本案之法律地位為何？丁拖離車輛時，不慎損害 C 之轎車，C 應如何救濟？

命題意旨	測驗同學是否熟悉人民參與行政任務的法律上地位，以及行政爭訟途徑的競合（訴願法、行政訴訟法、稅務法規、行政執行法與國家賠償法）
答題關鍵	1. 專業參與的法律地位如何？其參與行為之法律上效力如何？如何救濟？ 2. 法律直接授與公權力之人，其法律地位如何？與負義務之私人及行政助手應如何區別？其行為之態樣為何？如何定性？得否作為爭訟之標的？其救濟途徑是否與其為稅務事件而須採取特別之救濟途徑？ 3. 行政助手之法律地位如何？行政執行行為如何定性？救濟途徑之選擇與該定性以及該行為是否已解消之關聯。行政執行法於行政執行過程中之救濟途徑。國家賠償法之求償機關與請求權基礎。
高分閱讀	1. 陳敏，《行政法總論》，2006 年 10 月，P.215,1082-84,1091 以下。 2. 林錫堯，「建構完整的國家賠償責任體系」，行政法學會 2006 年 11 月東亞行政法學術研討會。 3. 樂台大，行政法講義第一版第二回，P.57-58。 4. 樂台大，行政法講義第一版第三回第六章 民間參與公共治理之分路進擊，P.53-60。

## 5.樂台大，「行政執行法高階版救濟途徑」，第四回第八章第七節，P.61-67

## 【擬答】

- (一)1.本件 X 大學於本案之法律地位應為專業參與。所謂專業參與係指行政機關於作成行政決定時，將作為決定基礎的專業或技術問題委由民間專業機構表示意見，而行政機關原則上雖尊重其意見，卻仍享有裁量權限作成最後決定。而本件，A 公司所排放之空氣是否該當法規之排放標準，涉及檢測的科學技術，是故由 X 大學此學術機構提供其專業意見。是故，應屬專業參加。
- 2.然而，當事人 A 公司對 X 大學所提出之檢測報告的救濟方式應視該檢測報告是否為行政機關作成之對外發生法律效果之最終決定而為行政處分。此處，若主管機關依據該檢測報告適用空氣污染防治法第五十六條作成裁罰處分。則該裁罰處分則可歸為多階段行政處分。然而，多階段行政處分的作成程序中之檢測報告行為，由於其僅供行政機關於程序進行中內部行使裁量權時參考。是故，應認僅為行政內部行為，不得據以為爭訟標的。然而，仍得於該裁罰處分爭訟時，主張該裁罰處分作成所依據的檢測報告內容，其所運用之科學檢測方法或抽取樣本有所錯誤，進而影響裁罰性處分所認定事實之真實性，致使該裁罰處分係屬違法以救濟。
- (二)本件，乙為公權力受託人，然而其權限之來源係直接由法律而來，無須藉由稅捐機關藉由行政法法律行為所賦予。是故，並非行政程序法第十六條所適用之對象。該私人於法律構成要件該當時，即逕依法律規定，行使公權力以執行行政任務之義務。於此處應予區別者為「負義務之私人」與「行政助手」。負義務之私人與受法律直接授予公權力之區別在於後者具有公權力。亦即，後者得享有依公法強制相對人服從之威權。然而，受授權之私人，無須具有強制力，所作成之行為亦不以具有行政處分之法律地位為限。而行政助手與公權力之受託人之區別即在於後者係以獨立自己之名義作成其行為，並且不受行政機關之指示。而法律直接授予公權力之人而無待行政機關之指示。
- 本件，乙將 B 之財產所得，基於稅法上之義務而單方性予以扣繳。然而，由於該扣繳行為並未形成 B 於所得稅法上所應負有所得稅法具體義務，蓋所得稅之課徵係屬申請制，人民須將自己受課之稅額告知稅務機關，進而由稅務機關進行核課。而乙公司於扣繳其所得稅款後發給 B 之扣繳憑單即是作為 B 申報之依據，固然 B 享有依公法強制乙服從之威權，但是該扣繳行為並未為最後之行政決定。綜上論結，乙之扣繳行為欠缺行政處分的法效性與終局性。是故，乙所為之扣繳行為亦屬行政決定的內部行為。若人民對該扣繳有所不服時，應向稅務機關陳述其意見，於國稅局核課處分作成後，針對該稅務機關之核課內容提起復查，不服復查結果則提起行政訴訟，而非逕向 B 之扣繳行為提起救濟。
- (三)本件，丁應為警察丙之行政助手。所謂行政助手係指於行政機關執行職務時，於行政機關指揮監督下，提供職務上協助之人。本件，拖吊業者丁受警察丙之指示，於丙之指揮監督下，提供職務上協助。是故，應屬行政助手。而針對丁之拖吊行為損害 C 之轎車應如何救濟，則須先定性拖吊行為之性質。該拖吊行為若於駕駛人面前進行，則該拖吊行為形同構成對當事人具有法律上地位之心理制約，而具有法律效力。應認屬於行政處分。但是，若該拖吊行為並未於駕駛人面前進行，則該拖吊行為僅為行政事實行為，蓋其並未對駕駛人產生心理上之制約。此定性涉及後續的救濟途徑。針對拖吊行為之救濟，需視該拖吊之執行行為是否已終結，若未終結則按行政執行法第 9 條第 2 項「義務人或利害關係人對執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於執行程序終結前，向執行機關聲明異議。」向執行機關即警察機關聲明異議。於聲明異議決定不服後，若為行政處分則應依行政訴訟法第四條提起撤銷該容忍義務課予處分之訴訟；若為事實行為則提起同法第八條第一項之一般給付之訴。然而，若該執行程序已終結，亦即該違規車輛已拖離現場。則該拖吊處分已解消，於處分之情形則應依同法第六條提起確認該拖吊處分違法之訴。而事實行為之情形，由於並無法律效力，是故僅能類推同法第六條提起確認該拖吊行為違法之訴。而針對因該拖吊行為所致使之損害救濟，則須以該拖吊行為之違法性以及有責性為判斷。由於該拖吊行為違反比例原則，而應屬違法而有責地侵害人民財產權。然而，拖吊業者於此時並非國賠法第四條所稱之受委託行使公權力之私人，而係警察機關手足延伸之行政助手。是故，該拖吊業者之主觀歸責與客觀不法皆應歸屬至警察機關。於是，應以警察丙所屬之機關為被告提起國家賠償法第二條第二項之訴訟。

三、某甲不滿友人某乙作為，乃出拳毆打之，經警察機關調查坦承不諱，警察機關乃依社會秩序維護法規定移送法院。乙雖有醫院驗傷報告，但未決定是否提出刑事告訴。在乙未提出刑事告訴前，法院已依社會秩序維護法裁處甲罰鍰確定，並執行完畢。試問：(25 分)

(一)法院所為罰鍰裁處是否合法？

(二)若乙於甲受法院裁處罰鍰確定後，旋即提出刑事告訴，而檢察官作成緩起訴處分，命甲為公益捐獻，是否有違一行為不二罰原則？

參考法條：社會秩序維護法第 31 條：「違反本法行為，逾二個月者，警察機關不得訊問、處罰，並不得移送法院。」第 38 條：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律或少年事件處理法者，應移送檢察官或少年法庭依刑事法律或少年事件處理法規定辦理。但其行為應處停止營業、勒令歇業、罰鍰或沒入之部分，仍依本法規定處罰。」第 87 條：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣一萬八千元以下罰鍰：一、加暴行於人者。(餘略)」

命題意旨	本題主要測試同學對於行政秩序罰與刑罰競合時之法規適用問題，第一題之關鍵在於分析出社會秩序維護法第 38 條與行政罰法第 26 條第 1 項之差異，並判斷行政罰法與其他法規競合時之適用順序；第二題之關鍵則在於評析行政罰法第 26 條第 2 項未列有「緩起訴處分」之規定，究屬立法者有意省略，抑或係無心疏漏？此種「檢視法規差異及闕漏並評析之」的出題模式，可說是「附法條的考題」的典型模式，同學未來在準備上應多加留意。
答題關鍵	第一題在回答上，首應提出核心的問題意識，亦即在社維法之案件，是否仍應依循「刑罰較行政秩序罰優先適用」之原則，進而探討行政罰法之定位。 第二題在回答上，應同時並陳正反兩說，並提出其各自之論理依據，至於結論採何說，應非關鍵。
高分閱讀	1.艾台大，行政法第五回，P.80-81、130-136。 2.艾台大，行政法總複習講義，P.77-79。

#### 【擬答】

(一)本件法院所為之罰鍰處分應屬違法

- 1.按行政秩序罰係為達成行政目的而對違反行政義務者之制裁，因此本質上係行使行政權之事項，自應由主管行政機關為處罰之決定；惟例外亦有由法院管轄者，此主要係規定在社會秩序維護法（以下簡稱「社維法」）中之拘留、勒令歇業、停止營業及重大罰鍰之行為。其由法院作為行政秩序罰之發動主體，乃是為因應司法院大法官對其前身違警罰法之違憲解釋所為之變更，但並不因此改變系爭裁罰行為仍屬行政秩序罰之本質，合先敘明。
- 2.是本件乙對甲之出拳毆打行為，倘該當社維法第 87 條第 1 款之「加暴行為於人者」，則法院依系爭規定所為之罰鍰處分，自屬針對乙之違反行政法上義務所為之行政秩序罰。準此，按行政罰法第 1 條之規定，違反行政法上義務之行為而受罰鍰之處罰時，除其他法律有特別規定者外，原則應適用行政罰法之相關規定。然本件之爭點即在於，乙對甲之出拳毆打行為，除已該當社維法第 87 條第 1 款之規定外，可能亦同時滿足刑法傷害罪嫌等相關要件，則本件究應循社維法第 38 條但書之規定，即得由法院依社維法第 87 條第 1 款之規定逕行處罰？抑或按行政罰法第 26 條及第 32 條之規定，即針對此種「同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定」之單一行為，優先將涉及刑事部份移送該管司法機關，依刑事法律處罰之？委實非無探究餘地。
- 3.查現行實務上，針對違反社維法之行為涉嫌違反告訴乃論之罪者，鑑於社維法之追訴時效僅二個月，是故法院倘依社維法第 38 條之本文，即待檢察官依刑事法律辦理後，再決定是否依社維法之規定處罰，將可能使得檢察官之刑事程序終結後，社維法之二個月追訴時效早已經過，則此時依社維法第 31 條之規定，將產生警察機關不得再為訊問、處罰，並不得移送法院之情形，是故法院即可能不待檢察官之刑事程序，且逕自以社維法係行政罰法之特別法為由，即依社維法第 38 條但書之規定裁處之。
- 4.惟查，行政秩序罰與刑罰之性質，應僅具量之差異，而非屬質的區分，亦即本質上僅屬非難程度不同之處罰，所以當行為人所違反之數個構成要件中，一為秩序罰，一為刑事罰，應以較重之刑事處罰已足；且刑事處罰乃經法院依嚴格法定程序為之，較行政處罰更具正當之法律程序，故應優先適用之。
- 5.另按行政罰法之立法目的，既係為解決行政罰裁處時因種類繁多、名稱各異，處罰形式不一所造成之實務與理論見解分歧所設，倘未定位為一基本法地位，恐失其解決現行問題之初衷；又退步言，縱認依行政罰

法第 1 條之文義，仍應將該法定位為一普通法地位，惟一般仍以爲，該法中之具有原則重要性，屬於法治國位階之一般法律適用原則（例如：處罰法定原則、一行爲不二罰原則等），仍應優先適用，不宜以其他特別法律爲由，將之排除在外。

6. 循此而論，本件乙之行爲既已同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務之規定，依行政罰法第 26 條、第 32 條及社維法第 38 條本文之規定，即應優先將涉及刑事部份移送該管司法機關，依刑事法律論斷之。換言之，基於前開一行爲不二罰之意旨，社維法第 38 條但書關於罰鍰之部分，允宜規避不予適用，是本件法院所爲之罰鍰處分應屬違法。

(二)檢察官之緩起訴處分恐有違反一行爲不二罰原則之疑慮

1. 按行政罰法第 26 條第 2 項規定：「前項行爲如經不起訴、無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」該條規定並未列有「緩起訴處分」，遂引發行爲人之一行爲同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，經檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 1 爲緩起訴處分後，行政機關（或法院）得否就該違反行政法上義務再處以行政罰之爭議？此外，如同本件之情形，亦即先由法院就該違反行政法上義務處以罰鍰後，再由檢察官另爲緩起訴處分，並命被告遵守或履行一定事項，鑑於其仍可能影響被告財產上權利或身體自由，故同樣引發是否違反一行爲不二罰原則之疑慮。換言之，究竟吾人應將緩起訴處分視同不起訴處分？抑或是將緩起訴處分視同實質處罰？誠有深入探究之必要。
2. 對此，多數見解認爲，緩起訴處分與不起訴處分之本質相同，皆爲對刑事被告的起訴裁量，故緩起訴處分可說是一種便宜的不起訴處分，雖然檢察官爲緩起訴處分時，依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定，可能會對被告進行指示及課予不利之負擔，但該指示或負擔僅係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。因此，刑事案件之被告，縱經檢察官爲緩起訴處分，仍得依行政罰法第 26 條第 2 項規定，按其違反行政法上義務之規定裁處之；反之，行政機關（或法院）就行爲人違反之行政法上義務處以罰鍰後，仍得由檢察官另爲緩起訴處分。
3. 惟亦有論者以爲，對於受緩起訴處分之行爲人，似不宜再行通知行政機關對之處以罰鍰；反之，倘行爲人已因其違反行政法上義務之規定而受罰鍰之裁處時，若未就系爭罰鍰處分先行撤銷，亦不得逕行對之爲緩起訴處分。蓋檢察官爲緩起訴處分時，依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定，其對被告所爲之指示及課予之負擔，雖非刑罰，但對於被告多少都有財產減少及自由受限之影響，性質上可說是實質的制裁；且緩起訴制度雖以特別預防爲優先考量，但在具體個案決定上，其實亦達到一般預防的作用及報應理念，基於一行爲不二罰原則，被告既已就其行爲受到實質之制裁，自不應因同一行爲再受到國家的處罰。
4. 吾人以爲，多數見解之看法固有所本，惟基於「處罰法定原則」之要求，因現行行政罰法第 26 條第 2 項中並未明列「緩起訴處分」；此外，由立法過程之时序觀之，刑事訴訟法之緩起訴處分早於民國 91 年即增訂，而民國 94 年始制定的行政罰法，卻僅臚列「不起訴、無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者」，並未將「緩起訴處分」納入，應係立法者有意排除，而非法律漏洞。故檢察官爲緩起訴處分時如已對被告課予指示及負擔，宜視爲已依刑事法律受到處罰，不得再處以行政罰鍰；同樣的，倘行爲人已因其違反行政法上義務之規定而受罰鍰之裁處時，若未就系爭罰鍰處分先行撤銷，即逕行爲緩起訴處分，恐有違反一行爲不二罰原則之疑慮。

- 四、有關公務員與國家的關係，司法院大法官解釋已摒棄「特別權力關係」的理論。請問：司法院大法官改以何種關係來說明現行制度下公務員與國家的關係？在此關係下，本來可以支領「主管職務加給」的公務員，如果受停職處分，停職期間是否可以繼續支領主管職務加給？又停職期間，該公務員之父親死亡，可否請求支領喪葬補助費，請依司法院大法官解釋，從法理上予以說明？上開「請求繼續支領主管職務加給」及「請求支領喪葬補助費」，如未獲許可，如何提起救濟？（25 分）

命題意旨	測驗同學是否熟悉行政法律關係的概念以及於特別法律關係的運用。此外，亦涉及作成公法上財產之給付的行政行爲與其行政爭訟之關聯。
答題關鍵	停職的法律效果如何以及主管職務加給與喪葬補助費於公務員法律關係上之地位為何？
高分閱讀	1. 陳敏，《行政法總論》，2006 年 10 月，P.215、1082-84、1091 以下。 2. 樂台大，行政法講義第一版第一回，P.84-85。 3. 樂台大，行政法講義第一版第二回，P.7-9，P.18-19。 4. 樂台大，行政法講義第一版第六回，P.61。

**【擬答】**

- (一)「特別權力關係」相較於「一般權力關係」，人民與國家建立起強化的從屬關係，意即人民被吸收進入行政內部，不再適用於基本權利與法律保留的保護。然而，我國司法院大法官歷經多號解釋，肯認公務員受基本權利之保護以及於釋字第四百九十一號解釋藉由「免職處分係對人民服公職權利之重大限制，自應以法律定之」肯認法律保留的適用後，公務員與國家間的關係即轉變成爲特別法律關係中之公法勤務關係。
- (二)於認定公務員是否得請求繼續支領主管職務加給及請求請喪葬補助費前，應先認定公務員主管機關是否有給付義務，而此即涉及公務員與國家間係以身分做爲標的之法律關係。亦即，必須以公務員之身分之存續始得爲請求之基礎。於是，應認定停職之法律性質。然而，停職僅屬公務員關係之變更而非公務員關係之消滅，蓋其僅停止公務員執行職務，但仍有公務員身分，於停職原因消滅後得再復職。是故，應認公務員之身分仍然存續。
- (三)再著，即須判斷公務員是否有法律上之權利據以請求支領主管職務加給以及喪葬補助費。於此，應判斷主管職務加給與喪葬補助費之法律性質。分述如下：
- 1.主管職務加給：所謂加給，係指公務人員除本俸以及年功俸外，對主管人員或職責繁重工作具有危險性之加給，往被認定爲屬公務人員之俸給權。而公務人員之俸給，非僅國家對其勞務之報酬，且係基於瞻養原則用以維持公務人員之身分。
  - 2.喪葬補助費：其性質係屬公教人員之保險權，公務人員得參加該保險，並由政府補助保險，於發生保險事故時，受領保險給付。
- 然而，上述僅就法律秩序的抽象分配上就上述之請求予以歸類。進而，若從具體的特別法律關係的角度觀照，俸給權雖基於瞻養原則而爲公務員之潛在公法上抽象權利。但是，當該法律關係發生變動而公務員停止其職務之執行，蓋職務加給之政策目的在於慰勞主管人員的辛勞，而職務之停止執行。使得該職務加給所欲酬謝的勞務不復存焉。是故，應認爲本公務員於此停止職務狀態中與國家所形成的具體行政法律關係，致使其並不得請求職務加給。
- 至於，喪葬補助費既屬公教人員之保險權。凡公教人員之身分存在，即可支領該保險給付。而與公務員與國家間具體的職務執行無關。
- 綜上論結，該公務員不得請求繼續支領主管職務加給，卻可維持公務人員之身分。
- (四)救濟途徑之選擇，與實體上有無理由並不相關。是故，不論上述之主管職務加給亦或是喪葬補助費的補助請求，皆得提起救濟。然而，其救濟之途徑卻有所不同，分述如下：
- 1.主管職務加給：  
按釋字第一百八十七號、二百零一號解釋以及釋字第二百六十六號解釋與釋字第三百一十二號解釋，公務員對於公法上財產權之請求，如係依「法令之規定」而爲財產之請求時，得依法提起訴願與行政訴訟。然而，公務員之身分既仍然存續，是故應依循公務員之救濟程序，應先向公務人員保障暨培訓委員會針對該駁回提起復審，而對於復審結果有所不服時，應依行政訴訟法第五條課予義務訴訟。
  - 2.喪葬補助費：  
而按大法官釋字第四百六十六號解釋「國家爲提供公務人員生活保障，制定公務人員保險法，由考試院銓敘部委託行政院財政部所屬之中央信託局辦理公務人員保險，並於保險事故發生時予以現金給付。**按公務人員保險爲社會保險之一種，具公法性質，關於公務人員保險給付之爭議，自應循行政爭訟程序解決。**惟現行法制下，行政訴訟除附帶損害賠償之訴外，並無其他給付類型訴訟，致公務人員保險給付爭議縱經行政救濟確定，該當事人亦非必然即可獲得保險給付。有關機關應儘速完成行政訴訟制度之全盤修正，於相關法制尚未完備以前，爲提供人民確實有效之司法救濟途徑，有關給付之部分，經行政救濟程序之結果不能獲得實現時，應許向普通法院提起訴訟謀求救濟，以符首開憲法規定之意旨。」
- 是故，針對喪葬補助費之請求，鑑於其請求權基礎「係基公法上之保險契約」，按行政訴訟法第八條「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」是故應逕予提起行政訴訟法第八條後段之一般給付之訴。