

# 《行政法概要》

一、請就司法院大法官之相關解釋，說明我國特別權力關係理論之發展。(30 分)

命題意旨	本題為傳統題、考古題、出題委員之意旨在測試考生對「特別權力關係與其演變」此一行政法基本概念之認識程度，考生只要列出相關釋字並加以闡述，即有可觀之分數。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.特別權力關係傳統理論之定義、內涵與適用範圍；2.我國大法官解釋之突破與發展。
高分閱讀	1.《2006 律師司法官歷屆試題詳解－憲法、行政法》，頁 91-23～91-24：91 年檢察事務官（偵察實務組）第 3 題（相似度 90%）；頁 86-12～86-17：86 年律師第 1 題（相似度 95%）；頁 85-1～85-2：85 年司法官第 1 題（相似度 85%）；P.85-9～85-10：85 年司法官第 1 題（相似度 80%）；頁 81-3～81-5：85 年司法官第 2 題（相似度 85%）。 2.《法研所歷屆經點試題解析(民法、刑法)》，頁 2-2-28～2-2-30：91 年政治大學公法組第一題（相似度 70%）

## 【擬答】

### (一)特別權力關係之特徵

特別權力關係係德國十九世紀初實行法治國家原則時，為維持公務員對國家之忠誠關係所創設，後擴張至學生、監獄或其他公營造物利用關係。就其主要之特徵，可說明如下：

#### 1.不得主張基本權利

例如：國家免職公務員，被免職者不得主張侵犯其工作權；學校懲戒學生、監獄處罰犯人、公立圖書館限制使用者在館內之行動，亦同。

#### 2.不適用法律保留原則

在特別權力關係範圍內，行政機關得自行訂定相關之規則、規章，限制並管理所屬人員，而不須法律授權。例如：學校訂定之校規、軍隊訂定之懲戒規則，監獄訂定之各項管理規則，皆無須法律之特別授權。

#### 3.不受司法審查

在特別權力關係範圍內，人民不得請求司法救濟。因此公務員對於上級交付任務之指令、調職命令，皆不得請求法院審查其合法性。

### (二)我國釋憲實務的發展

我國行政法院判例向來繼受此一理論，且有更加嚴密使用的趨勢；然而，釋憲實務的發展，毋寧已逐漸跳脫特別權力關係的窠臼。司法院大法官釋字第一百八十七號解釋，揭示公務員請領退休金證明所生之爭議，涉及財產權之行使，應可提請行政救濟，一般認為係突破特別權力關係之先聲。其後之相關解釋，對於特別權力關係的突破與發展，可分述如下：

#### 1.公務員行政救濟權之承認：

(1)釋字第二百四十三號解釋指出，上級長官對公務員之免職處分，直接影響憲法所保障之服公職之權利，故得提請行政訴訟。

(2)釋字第二百九十八號解釋指出，關於足以改變公務員身分或對公務員有「重大影響」之懲戒處分，當事人得向司法機關聲明不服。

(3)釋字第三百二十三號解釋更明白指出，各機關擬任之公務人員，經人事主管機關審查，認為不合格或較擬任官等為低時，得提請行政救濟。

(4)釋字第三百三十八號解釋亦進一步說明，公務人員對於「級俸之審定結果」如有不服，亦可提起行政救濟。

#### 2.對其他人員之救濟權之保障：

(1)除公務員外，軍人及學生之權利受損時，亦得提請行政救濟，請求司法審查，如釋字第三百八十二號解釋認為學生受退學或其他相類似處分，在用盡校內申訴管道而仍無法獲得救濟時，得起提起訴訟。

(2)釋字第四百三十號解釋對於職業軍人退伍之決定，亦認為影響軍人身分之存續，損及憲法上所保障之服公職權利，故得提起訴願及行政訴訟。

#### 3.法律保留、法律明確性與正當法律程序：

(1)釋字第三百八十號解釋解釋宣告教育部在法律無授權情形下，逕行以命令規定各大學應有共同必修課程之規定違憲。

(2)釋字第四百九十一號解釋認為公務員之違法失職，仍得依法行使懲戒，然懲戒法規之構成要件應符合法律明確性原則，並且應踐行正當法律程序。

### (三)近來之實務見解

然近來之實務見解，對於特別權力關係之突破，似有倒退之跡象：

1.首先，釋字第五百六十三號解釋認為，基於大學自治之精神，大學依規定之程序訂定有關章則，使成績未符一定標準或品性有重大偏差之學生予以退學處分，亦屬大學自治範疇，不生憲法二十三條之適用問題。要之，對於學生之退學處分似得排除法律保留原則的適用。

2.再者，關於監獄與受刑人之特別權力關係，日前之司法實務（最高行政法院九十三年二月份庭長法官聯席會議決議）

認為，假釋出獄後遭法務部撤銷假釋，不得提請訴願及行政訴訟。

### 【參考資料】

- 1.吳庚，《行政法之理論與實用》，頁 217 以下(九四年八月增訂九版)。
- 2.翁岳生，「論特別權力關係之新趨勢」，收於氏著《行政法與現代法治國家》，頁 131 以下(七九年第十一版)。
- 3.楊日然，我國特別權力關係理論之檢討，台大法學論叢，第十三卷第二期。
- 4.蔡震榮，從德日兩國特別權力關係理論，探討我國當前特別權力關係應發展方向，警政學報，第十四期。
- 5.許宗力，「論法律保留原則」，收於氏著《法與國家權力》，頁 158 以下(八二年增訂二版)。

二、違反行政義務之行為人是否須具備責任能力？行政罰法對此有無規定？違反行政上義務應否處罰未遂行為？請申論之。(30 分)

命題意旨	本題測驗考生是否瞭解行政罰法中關於責任能力及未遂處罰之規定，最好從行政犯與刑事法兩者之差別出發較為完整。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.行政罰法關於責任能力之規定；2.對於未遂處罰之相關闡釋。
高分閱讀	1.吳庚，「行政法之理論與實用」，頁 486 以下(九四年八月增訂九版) 2.書記官考場特刊，行政法概要第二題：行政罰法上的責任能力（相似度 50%）。 2.《行政罰法之理論與案例》，李惠宗著。頁 58～60：行政罰法上的責任能力（相似度 85%）；頁 81～82：行政犯之未遂（相似度 85%） 3.《行政罰法》，林錫堯著。頁 83～85：行政罰法上的責任能力（相似度 85%）。

### 【擬答】

(一)違反行政義務之行為人應具備責任能力

行政罰係對違反行政法上義務之行為者，追究其「責任」，期使行為人能避免再次違反義務。因此，倘行為人欠缺「認識其行為之意義及為該行為決定」之能力（即「責任能力」），則對其課處行政罰，非僅不能達到維持行政秩序的目的，亦違反行政罰之法理及憲法之比例原則。

(二)行政罰法對於違反行政義務之行為人亦要求具備責任能力

行政罰法參酌民法及刑法有關責任能力之分類，將行政罰之責任能力區分三級：完全責任能力、限制責任能力、無責任能力。對於「無責任能力者」，不予處罰；對於「限制行為能力者」，得減輕處罰。至於認定責任能力之標準，不外為行為人之「年齡」及「實際之精神狀況」：

1.依年齡而分別（行政罰法第九條第一、二項）

(1)未滿十四歲人之行為，不予處罰。

(2)十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕處罰。

2.依實際之精神狀況而分別（行政罰法第九條第三、四項）

(1)行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不予處罰。

(2)行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕處罰。

3.原因自由行為（行政罰法第九條第五項）

倘行為人因自己之故意或過失，自陷於無辨識能力或辨識能力顯著降低之精神或心智，其行為仍具可非難性。故行政罰法明文規定，此種情形不適用不予處罰或減輕處罰之規定，以避免發生制裁上之漏洞。

(三)違反行政上義務不應處罰未遂行為

1.未遂行為之概念

未遂行為係指，於違反義務之行為完成後，未發生具體危險或損害之結果者。

2.過去實務上對於既、未遂行為未予嚴格區分

行政法院之判例，除認為預備行為不予處罰外，向來對已著手之行為，或主張行政犯無既、未遂之分，皆予以處罰；或主張實施至重要階段即可處罰；或主張已作成整體不法行為之一部分即可處罰，此皆非妥適。

3.違反行政上義務不應處罰未遂行為

實則，就違反行政上義務，不應處罰未遂行為。蓋於採取量差理論的前提下，行政不法與刑事不法雖已無本質上之不同，但違反行政上義務之行為的非難性，遠較違反刑事上義務之行為為低，故僅處罰既遂為已足。是故，當初起草行政罰法時，之所以對於未遂行為之處罰未設明文，係為避免導致行政罰之不必要擴張，影響人民權益；更何況，行政義務違反之態樣繁多，無法一概規定皆應處罰未遂行為，宜由各該法律斟酌其立法目的、違規態樣、預防可能性和侵害公益之程度，分別為不同之規定。要之，除各該法律另有處罰未遂之規定外，原則上不應處罰未遂行為。

### 【參考資料】

《月旦法學教室》第 31 期：頁 54～64：處罰形成與審酌，黃俊杰著。

## 三、請說明下列名詞之區別：

- (一)政務官與事務官(10 分)
- (二)行政處分與行政契約(10 分)
- (三)公權利與反射利益(10 分)
- (四)行政懲處與司法懲戒(10 分)

命題意旨	本題為傳統題、考古題、出題委員之意旨在測試考生對於行政法的基礎名詞概念是否清楚
答題關鍵	應掌握之基本重點為各名詞之定義及兩者間的差別點。
高分閱讀	1.《行政法 I、II》，黃律師著，高點出版。 2.任台大行政法講義。 3.第 107 期法觀人考場特刊，行政法概要第 15 題：行政懲處與司法懲戒之區別比較（相似度 80%） 4.書記官考場特刊，行政法概要第 17 題：行政懲處與司法懲戒之區別比較（相似度 80%） 5.重點整理系列－《行政法 I(黃律師)》，頁 1-113～1-124：公權利與反射利益之區別比較（相似度 95%）；頁 2-62～2-92：行政處分之定義與要件（相似度 80%）；頁 2-213～2-222：行政契約之定義與要件，行政契約與行政處分之區別比較（相似度 95%）。 6.《2006 律師司法官歷屆試題詳解－憲法、行政法》，頁 93-3～93-7：93 年司法官第 2 題（相似度 80%）；頁 88-1～88-2：88 年司法官第 1 題（相似度 80%）；頁 85-9～85-10：85 年司法官第 1 題（相似度 80%） 7.《法研所歷屆經點試題解析(民法、刑法)》，頁 2-4-9～2-4-19：93 年輔仁大學甲組題目（相似度 60%）。

## 【擬答】

## (一)政務官與事務官

- 1.政務官  
係指參與國家政策或施政方針之決定，並隨執政黨更迭或政策變更而進退之人員；
- 2.事務官  
係指以執行既定政策或施政方針而執行行政任務之公務人員。
- 3.二者主要之區別在於
  - (1)任用資格不同：政務官不適用公務人員任用法，亦無須銓敘；事務官則適用之。
  - (2)身分保障不同：政務官隨政黨同進退得隨時任免，身分不受法律保障；事務官則享有身分保障權，非因屆齡退休或受撤職之懲戒，不得剝奪其公務人員身分。
  - (3)退休制度不同：政務官不適用公務人員退休法，惟可依「政務人員退職酬勞金給與條例」領取退職酬勞金；事務官則適用退休制度。
  - (4)懲戒種類不同：政務官不適用公務人員考績法，且依據公務員懲戒法僅有撤職和申誡之懲戒。
  - (5)職等高低不同：政務官的官等多為特任、特派或「比照」簡任第十四職等、第十三職等；事務官則無特任、特派或比照之官等。

## (二)行政處分與行政契約

- 1.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(行政程序法九十二條第一項)。又該條第二項另外承認「一般處分」之概念：
  - (1)對人之一般處分：即就該決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者。
  - (2)對物之一般處分：有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者。
- 2.行政契約  
係指二以上之法律主體，以設定、變更或消滅行政法律關係為目的，互為意思表示而合致成立之法律行為。
- 3.二者主要之區別在於  
行政處分係行政機關所為「單方性」的行政行為，人民對於行政處分具體內容無影響空間；而行政契約為「雙方性」的行政行為，契約內容由雙方共同形塑。

## (三)公權利與反射利益

- 1.公權利  
由公法授與個人，使其得為本身之利益，而向國家請求作成特定行為之法律上力量，即為人民之「公權利」。之所以要探討「公權利」之概念，最重要的意義是在彰顯人民在國家中享有「權利主體」之法律地位，並確立人民與國家間存有對等之法律關係。又必須公法法規中所設定之行政義務，除了維護公共利益之外，同時也在達成個別人民之利益時，人民此時才有主動向國家有所請求之「公權利」。
- 2.反射利益  
係指並非人民當然據以主張之權利，僅因法律規定或政府行政行為可能發生之作用，從而享有其利益。因此，並非當然可以作為主張權利之依據，人民所受之利益，僅可謂由於法律規定所發生的反射效果。
- 3.二者主要之區別在於  
對於公權利與反射利益最主要的區別實益，是在行政訴訟法上有關「訴之利益」的判斷上（訴願法第一條、行政訴訟法

第四條)。亦即，必須主張「公權利」受到侵害之當事人，始能符合「當事人適格」。

(四)行政懲處與司法懲戒

1.行政懲處

係指由一般行政機關，對其所屬違反行政義務之公務人員，基於人事監督權，依公務人員考績法或其他相關法規所為之制裁。

2.司法懲戒

係指由公務員懲戒機關，對違反行政義務之公務員，依公務員懲戒法所為之制裁。

3.二者主要之區別在於

公務人員考績法上懲處權之行使，本質上係對公務員於特定期間服勤表現之考評，而由其長官主動行使以維護行政效率及紀律者，與懲戒係由司法機關公務員懲戒委員會須待監察院提出彈劾或主管長官移送，始被動為審議者，無論在「主體」、「性質」與「程序」上，均非相同；且考績除每年辦理外，尤重平時之考評，須及時為之，與司法機關之審理懲戒係被動為之，故須設較長之等待移送期間（即關於「行使期間之長短」），亦大相逕庭。

【參考資料】

《月旦法學教室》第 38 期：頁 46～56：行政處分之概念與意義（洪家殷）；第 37 期：頁 47～55：行政行為導論（江嘉琪）  
第 41 期：頁 42～52：行政處分之成立及效力（洪家殷）；第 35 期：頁 30～31：無效的行政契約與履約處分（江嘉琪）