

《行政法》

- 一、台北市政府環境保護局取締汽車排放廢氣，查獲某甲駕駛其車輛所排放之廢氣，超過法定標準，遂開出違規舉發通知書將甲舉發。通知書上載明應罰金額新台幣 1,500 元、繳納期限及繳納方法，但特別附加註明：「本通知書非行政處分，汽車所有人或駕駛人不得聲明不服。」試從觀念通知與行政處分之區別，說明上開通知書之性質。(12 分) 又如該市政府為舉辦國際花卉博覽會，乃公告該市區某路段於博覽會期間，不得停放任何車輛，違者將加強取締。試問：此一公告之法律性質為何？若有主張此一公告損害其個人權益者，有無法律救濟途徑？(13 分)

命題意旨	本題旨在考答題者對行政處分及相關行政作用之性質認定及辨別。
答題關鍵	答題者應充分掌握行政程序法第 92 條規定及大法官歷來解釋對行政處分及相關概念之認定基準(如釋字第 423 號解釋)。
高分閱讀	1.溫台大,《行政法講義 II》,頁 49-50、54-57。 2.溫台大,《行政法講義 III》,頁 61-63。

【擬答】

(一)「違規舉發通知書」之性質，屬行政處分

- 1.按行政程序法第 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。」行政處分與觀念通知最大之區別，在行政處分對外發生法律效果，而觀念通知則不具法效性；次按大法官釋字第 423 號解釋明示：「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。若行政機關以通知書名義製作，直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者，如以仍有後續處分行為，或載有不得提起訴願，而視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符...」。
- 2.本案中，台北市政府環境保護局對甲所為之「違規舉發通知書」係行政機關就具體事件（某甲駕駛車輛排放廢氣超過標準）單方所為，對甲發生規制效果，依前揭行政程序法第 92 條第 1 項之規定，屬行政處分之下命處分類型。復依大法官釋字第 423 號之意旨，不因其名稱為「通知書」或其有「本通知書非行政處分，汽車所有人或駕駛人不得聲明不服。」之文字，而使其屬性成為無對外法律效果之觀念通知。

(二)市府「禁止停放車輛」公告之性質，屬物之一般使用之一般處分，得為行政爭訟之救濟標的

- 1.按此一公告之性質，有下列兩種思考方向：
 - (1)法規命令說
採此說者認為，此公告係針對不特定多數人，就抽象事件（即反覆發生之違規停車事件）所為之規制，依行政程序法第 150 條規定，屬基於法律授權（如道路交通管理處罰條例），對外發生法律效果之法規命令。
 - (2)一般處分說
按行政程序法第 92 條第 2 項規定：「前項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，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」故本件禁止停放車輛之公告，性質上屬規制可得特定多數人之對人一般處分，或規制公物一般使用之對物一般處分。
 - (3)管見以為，基於人民權利之保障、使人民得針對該公告提起行政爭訟以謀救濟之立場，以採取一般處分說為宜。又該公告係規範某路段於特定期間（舉辦博覽會期間）車輛之停放，應屬物之一般使用之一般處分。
- 2.承上，該公告既屬物之一般使用之一般處分，則人民若有主張此一公告損害其個人權利者，自得依訴願法第 1 條規定提起撤銷訴願，對訴願決定不服者，得依行政訴訟法第 4 條規定提起撤銷訴訟，續謀救濟。若該公告已失效，則得按行政訴訟法第 6 條第 1 項之規定，提起確認該公告違法之訴。



二、主管機關依據環境影響評估法第 7 條、第 8 條作成之「審查結論」，是否為一行政處分？依環境影響評估（以下簡稱環評）程序，如果主管機關認為某科學園區開發案「對環境有重大影響之虞」，決定進行第二階段環境影響評估，且其環評結論為「有條件通過」，但當地居民認為該科學園區設置結果，將對居民健康產生危害以及對自然生態有重大影響，則該科學園區附近居民或環境保護團體可否針對該「有條件通過」之環評結論提起行政訴訟？（25 分）

條文附錄

環境影響評估法

第 7 條 開發單位申請許可開發行為時，應檢具環境影響說明書，向目的事業主管機關提出，並由目的事業主管機關轉送主管機關審查。

主管機關應於收到前項環境影響說明書後五十日內，作成審查結論公告之，並通知目的事業主管機關及開發單位。但情形特殊者，其審查期限之延長以五十日為限。

前項審查結論主管機關認不須進行第二階段環境影響評估並經許可者，開發單位應舉行公開之說明會。

第 8 條 前條審查結論認為對環境有重大影響之虞，應繼續進行第二階段環境影響評估者，開發單位應辦理下列事項：

一、將環境影響說明書分送有關機關。

二、將環境影響說明書於開發場所附近適當地點陳列或揭示，其期間不得少於三日。

三、於新聞紙刊載開發單位之名稱、開發場所、審查結論及環境影響說明書陳列或揭示地點。

開發單位應於前項陳列或揭示期滿後，舉行公開說明會。

命題意旨	本題以中科環評案之行政法院判決為藍本，討論環評結果之性質及對於環評結果提起行政訴訟之當事人適格問題。循著學說上對於行政訴訟之當事人適格認定為判斷，應無太大問題。
答題關鍵	首先須注意者係「審查結論」之性質是否為行政處分，應依行政程序法第 92 條及司法院釋字第 423 號解釋之意旨判斷之。其次，附近居民或環境保護團體是否得提起行政訴訟乃涉及當事人適格之問題。回答時必須先確定本件事實所涉之訴訟類型為主觀訴訟或客觀訴訟？人民是否具有主觀公權利？方得進一步判斷之。
高分閱讀	1.朱台大，行政法講義第 1 回，頁 114-116。 2.朱台大，行政法講義第 2 回，頁 6-7。 3.朱台大，行政法講義第 6 回，頁 74-75。 4.洪家殷，〈行政訴訟上利害關係人之判斷—最高行政法院 98 年判字第 318 號判決簡析〉，《台灣法學雜誌》，第 135 期，2009 年 9 月 1 日，頁 265-270。 5.李惠宗，〈訴訟上的利害關係人〉，《月旦法學教室》，第 82 期，2009 年 8 月 1 日，頁 22-23。 6.李建良，〈中科環評的蝴蝶效應〉，《台灣法學雜誌》，第 153 期，2010 年 6 月 1 日，頁 1-5。

【擬答】

(一)第一次環評「審查結論」之性質

1.行政處分之意義：

依行政程序法第 92 條規定，行政處分指：「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。」本件中主管機關於第一階段環評所為之「審查結論」是否屬之？本件中最大之問題在於，該「審查結論」是否直接對外發生法律效果（即是否對人民產生「規制效果」）？必須綜合其作成之程序及結果判斷之。

2.判斷之方式及內容：

(1)規制效果之意義

規制者，即指「以設定法律效果為目的，具有法律拘束力之意思表示」，其重點在於行政機關基於公權力而單方設定、變更、消滅人民之權利義務關係。判別之重要性在於，行政機關之行爲如欠缺規制效果且亦無法律效果者，即屬事實行爲中之觀念通知；倘若係欠缺規制效果但具有法律效果者，即屬行政機關立於與人民相對等之地位作成之公法上意思表示。



(2)判斷之角度

而又如何判斷行政機關之行為之性質？大法官於司法院釋字第 423 號解釋（下簡稱釋字第 423 號解釋）中指出，「**不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。**」故而，性質之判斷應採**客觀之角度**，自該處分之內容認定，實質審酌該處分之主旨與理由以判斷之。

(3)實質判斷之結果

本件中，就第一階段環評之「審查結果」結論觀之，如假設係主管機關認定不須進行第二階段環評之結論，應足認定係有規制效果之行政處分。惟本件中，主管機關之結論係認為開發「對環境有重大影響之虞」，實際上未對於該開發案之影響做評估，且僅以之作爲開啓第二階段環評之依據，表面上似係內部行為。然而，深入探究該「審查結果」之性質，可發現於環境影響評估法（下稱環評法）上，該「審查結果」不僅做爲初步判斷開發案對於環境影響之認定結果，更係開啓另一行政程序之依據。一經作成，主管機關即應繼續依環評法第 8 條進行第二階段環評，開發單位依該條並有配合之義務。由此觀之，該「審查結果」不僅係內部行為，而進一步對開發單位產生設定義務之效果，應具有規制性質。故而，應肯定該「審查結果」應屬行政處分之性質。

(二)居民及環境保護團體（下稱環保團體）得否提起訴訟

居民及環保團體得否對第二階段環評「有條件通過」之結論提起行政爭訟，分析如下：

1.訴訟類型：

本件中居民及環保團體之主張科學園區之設置結果將對居民健康、自然生態有重大影響，認為應排除之。而該「有條件通過」之結論，因作成後產生得以續行開發之效力，應屬行政處分。故如欲主張排除，應提起行政訴訟法（下稱行訴法）第 4 條第 1 項之撤銷訴訟。

2.本件當事人適格及訴訟權能之判斷：

(1)主觀訴訟中當事人適格及訴訟權能之要求

然而，行訴法第 4 條之撤銷訴訟爲**主觀訴訟**，必須以人民因行政處分違法而侵害其主觀公權利或法律上利益，方具有行政訴訟之當事人適格及訴訟權能。其目的在於，避免人民對於無關於己之事件任意提起訴訟，徒耗司法資源。

然而，例如本件之行政處分爲第三人效力處分，第三人欲提起救濟時，如何判斷是否具有原告當事人適格實屬困難。故學者提出以「訴訟權能」作爲於提起撤銷訴訟及課予義務訴訟中，輔助判斷原告是否具備當事人適格之方式：當事人必須**主張其權利或利益因違法行政處分而受有損害**，所提起之訴訟方爲合法，行政法院始得進一步爲實體審查。而又顧及對於人民訴訟權之保障及人民與行政機關間地位之不對等，如原告主張其權利受侵害客觀上有可能時，行政法院即應認定其具備之（即採取「可能說」）。而其判斷方式有二：**A.處分相對人**；**B.主觀公權利受侵害之利害關係人**。本件中居民及環保團體既非行政處分之相對人，則需進一步判斷其是否爲利害關係人而得提起撤銷訴訟。

(2)利害關係人之判斷

改制前行政法院 75 年判字第 362 號判例指出，行政救濟之利害關係人「乃指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係在內」。此法律上利害關係之判斷，實務及學說上多認須依釋字第 469 號解釋引述之「**保護規範理論**」判斷有主觀公權利或法律上利益受侵害者方屬之。引述保護規範理論之目的在於，因並非所有法律均明白賦予人民向法院請求救濟之權利，故依釋字第 469 號解釋之見解，如**就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，認為法律除有保障公益之目的外，尚有保障特定人之意旨時**，應足認人民具有主觀公權利而得請求法律救濟。

本件中，附近居民既居住於科學園區附近，則該科學園區之開發對其即有重大影響；環評法之立法目的，除保障公益外，自有保障開發基地附近居民之生存權、自由權、財產權及健康之意旨存在。故依保護規範理論，該「有條件通過」之環評結論，自可能侵害居民之主觀公權利（最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決參照）。因此，足認定該居民屬該行政處分之利害關係人，本件中具有訴訟權能而得提起撤銷訴訟主張撤銷環評之結果。

相對而言，環保團體依前述判斷標準，應無主觀公權利之侵害；而關於環評結果之撤銷，環評法又無對此特設公民訴訟之規定（環評法第 23 條第 8 項乃針對主管機關怠於執行職務行為而處理者），亦不得提起公益訴訟。故環保團體於本件中欠缺訴訟權能，不得提起撤銷訴訟。



三、某整型醫師甲於隆乳材料之「果凍矽膠」開放使用前二個月即為病患使用，經台北市政府衛生局以違反醫師法第 28 條之 4 第 2 款規定：「醫師有下列情事之一者，處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，得併處限制執業範圍、停業處分一個月以上一年以下……二、使用中央主管機關規定禁止使用之藥物。」依「台北市政府衛生局處理違反各項醫療衛生法規案件統一裁罰基準」第 2 項規定，違反使用禁止使用藥物，第 1 次處罰鍰 10 萬元，停業 1 個月，第 2 次處罰鍰 20 萬元，停業 3 個月，裁處甲「罰鍰 10 萬元，並命停業 3 個月。」甲就關於停業 3 個月部分之處分不服，試問甲得如何提起救濟？理由為何？（25 分）

命題意旨	本題在測驗答題者對行政處分不服之救濟途徑，及行政法上原理原則之應用。
答題關鍵	答題者應循序分析醫師甲得以擇定之救濟途徑，及台北市政府衛生局所為停業處分之實質合法性
高分閱讀	溫台大，《行政法講義 I》，頁 73-82。

【擬答】

(一)甲應對停業處分提起撤銷訴願、撤銷訴訟

- 1.按訴願法第 1 條第 1 項規定：「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。但法律另有規定者，從其規定。」；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，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」。
- 2.本案中，台北市政府衛生局對甲所為之「命停業 3 個月」處分，係屬行政罰法第 2 條之「其他種類行政罰」，核其性質，為行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分。某甲若對之有所不服，應循序提起撤銷訴願、撤銷訴訟，請求撤銷該停業處分，以回復其得以營業之狀態。

(二)甲請求撤銷該停業處分之理由

- 1.該停業處分有違比例原則：

按行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」；次按醫師法第 28 條之 4 規定：「醫師有下列情事之一者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，『得併處』限制執業範圍、停業處分一個月以上一年以下或廢止其執業執照；情節重大者，並『得』廢止其醫師證書」。

故依比例原則中之「必要性原則」，違反醫師法第 28 條之 4 第 2 款之處罰，於課處罰鍰外，如欲併處其他處罰，應依其情節輕重按「限制執業範圍」、「停業處分一個月至一年」，方為對人民權利最小之侵害。但臺北高等行政法院 99 年度訴字第 00092 號判決認為，本條於立法技術上以「得併處」、「並得」等用語，許可主管機關於法律構成要件實現時，決定是否採取措施（即決定裁量），並許可其於決定採取措施時，在多數措施中為選擇（即選擇裁量），亦即授權主管機關同時為決定裁量及選擇裁量即明。又審諸上開有關裁量授權規定，於選擇裁量部分並無先後排序或階段之限制，從而，本件原處分衡量醫師甲違章行為具體情節後，除對其科處罰鍰外，併處停業處分，並無違法。
- 2.該停業處分有違平等原則：

按行政程序法第 6 條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」故依事件之性質，如無作成不同處理之明顯根據，即不得為差別待遇。據此，台北市政府為處理違反各項醫療衛生法規案件裁罰之公平性，減少爭議及提升行政效率與公信力，訂定「臺北市衛生局處理違反各項醫療衛生法規案件統一裁罰基準」，並於該第 2 點規定：醫師違反事實第 28 條之 4 者，第一次處罰鍰十萬元，停業一個月。則台北市政府基於平等原則，對於事物本質上相同的事件如無作成不同處理之明顯根據，即應作相同的處理，亦即於行使裁量時，不得違反其合法行政先例（即所謂之行政自我拘束原則）。

本案中，若醫師甲得主張並舉證台北市政府衛生局對同樣違規使用果凍矽膠之其他個案，至多僅處分停止營業一個月，對醫師甲則命令停止營業三個月，則顯為差別待遇，違反平等原則，該停業處分即有得撤銷之違法瑕疵。
- 3.該停業處分有違裁量原則：

按行政程序法第 10 條：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」



故行政機關為行使法律所授與裁量權，並非不受任何拘束，其裁量權之行使，除應遵守一般法律原則（如誠實信用原則、平等原則、比例原則）外，亦應符合法規授權之目的，並不得逾越法定之裁量範圍。亦即在遵循法律授權目的及範圍之內，充分審酌應考量之因素，以實踐具體個案正義，並顧及法律適用的一致性，符合平等對待原則，以實踐具體個案之正義。

承上，若醫師甲得主張並舉證該停業處分有違比例原則及平等原則，則該處分亦將構成裁量濫用，而構成得撤銷之違法瑕疵。

- 四、甲因無故遭人毆打而致眼睛受傷嚴重減損視力，乃向乙犯罪被害人補償審議委員會請求發給補償金；惟乙認為甲至多為「嚴重減損」，尚難謂已達「毀敗」程度，且該加害行為亦經刑事確定判決認定為「普通傷害」，遂駁回該申請。甲對此決定不服，於提起覆議後仍遭駁回，乃提起行政訴訟。於行政訴訟繫屬中，適值刑法修正，將重傷害之認定標準放寬為「毀敗或嚴重減損視能」。試問：對本案之法律變更，行政法院應如何適用法律並作成如何判決？（25 分）

條文附錄

犯罪被害人保護法

第 3 條 第 3 款

犯罪被害補償金：指國家依本法補償因犯罪行為被害而死亡者之遺屬、受重傷者及性侵害犯罪行為被害人所受財產及精神上損失之金錢。

第 17 條 審議委員會對於補償申請之決定，應參酌司法機關調查所得資料，自收受申請書之日起三個月內，以書面為之。

第 18 條 申請人不服審議委員會之決定者，得於收受決定書後三十日內，以書面敘明理由向覆審委員會申請覆議。

審議委員會未於前條所定期間內為決定者，申請人得於期間屆滿後三十日內，以書面向覆審委員會申請逕為決定。

前條規定，於覆審委員會為覆議決定及逕為決定時準用之。

第 19 條 申請人不服覆審委員會之覆議決定或逕為決定，或覆審委員會未於第十七條所定期間內為決定者，得於收受決定書或期間屆滿後三十日內，逕行提起行政訴訟。

命題意旨	本題爭點並非經常成為考題，但在實務上有其重要性，只要把握不同訴訟種類之裁判基準時點，即可掌握。
答題關鍵	本題涉及當事人向行政機關申請作成行政處分但遭拒絕者，提起行政訴訟中法律有所變更之處理。原先當事人申請時，法律所規定之構成要件對於當事人並不利，然而行政訴訟繫屬中卻改為有利於當事人之定義；此法律之修改，將影響當事人所提起行政訴訟之勝訴或敗訴。此時即須從實務及學說見解下手，分析應採何時點作為法律狀態之裁判基準時。
高分閱讀	1.朱台大，行政法講義第 2 回，頁 36。 2.陳清秀，〈行政訴訟上事實及法律狀態之裁判基準時〉，《台灣法學雜誌》，第 125 期，2009 年 4 月 1 日，頁 38-63。 3.林三欽，〈論行政訴訟之判斷基準時—兼評最高行政法院 94 年度判字第 588 號判決〉，收錄於：湯德宗、劉淑範主編，《2005 行政管制與行政爭訟》，2006 年 12 月，頁 41-73。

【擬答】

本件中行政法院對於法律之修正變更應如何適用法律而判決，乃面對「裁判基準時」之認定問題。而應如何處理，分述如下：

(一)裁判基準時之問題

訴訟中，如行政法院面對當初人民遭行政機關駁回時之法律與審判中之法律不同時，行政法院究應依據當初駁回時之法律而為原告敗訴之判決，或依據審判中之法律而為原告勝訴之判決？隨著行政法院對於法律或事實認定時點之不同，將會對於人民之請求權有重大之影響。故而，關於法律認定之裁判基準時必須斟酌以下之原則判斷之：

1.權力分立原則：

行政訴訟涉及行政權與司法權間之權力分立，如允許行政法院以審判中之時點為認定，則將擴張司法權之



權限。

2. 訴訟經濟之考量：

尤其在課予義務訴訟與一般給付訴訟中，如不採取審判中之時點為認定，將使人民必須再度提起訴訟尋求救濟，不利於訴訟經濟。

3. 個別事件性質之認定：

如個別事件中，行政機關享有裁量空間或判斷餘地時，應多加尊重行政機關之權限，故應採行政處分作成之時點為裁判基準時。

4. 預測可能性原則：

基於法治國家對於法律明確之要求，法院之裁判必須有預測可能性。行政法院應有其原則，以利當事人判斷是否、如何提起行政訴訟。

(二) 本件裁判基準時之判斷

1. 本件之訴訟類型：

本件甲向乙申請發給補償金，然乙認為甲並不合於刑法中重傷害之情形拒絕發給之。該拒絕發給之決定，乃依據犯罪被害人保護法第 17 條為之，應屬行政處分之性質（行政程序法第 92 條參照）。故本件中甲不服該決定，循序提起覆議（實質上相當於訴願）而為獲救濟，向行政法院提起訴訟。其請求內容應係主張行政法院應判命乙應作成准許對甲發給補償金之行政處分，故甲應係提起行政訴訟法第 5 條第 2 項之拒為處分之課予義務訴訟。

2. 課予義務訴訟之裁判基準時判斷：

(1) 原則：「事實審言詞辯論終結時」

課予義務訴訟中，行政法院所需判斷之重點係「裁判時，當事人之請求權是否成立？主張是否有理由？」故而，行政法院理當以最新發生事實及法律之變動作為認定基礎，以求收訴訟經濟之效。故學者及實務見解（最高行政法院 94 年度判字第 588 號判決、最高行政法院 95 年度判字第 2203 號判決參照）均認為原則應以「**事實審言詞辯論終結時**」為裁判基準時；如未經言詞審理者，應以「**判決時**」作為裁判基準時。尤其在法律之變化有利於當事人時，更突顯訴訟經濟之要求。然相對者，如法律之變化不利於當事人時，則不應使行政機關當初違法拒絕當事人申請，或怠為作成行政處分所造成之不利益由人民承擔。故學者認，除新法明文表示溯及適用，否則應適用對當事人有利之舊法，使當事人之利益回復至未曾遭行政機關拒絕之狀態。故此時，行政法院應改採「原拒絕處分作成時」或「行政機關法定作為期間屆滿時」作為法律之裁判基準時。

(2) 例外：「行政處分作成時」或「行政機關法定作為期間屆滿時」

然倘若行政處分之作成，行政機關享有**裁量空間**或**判斷餘地**時，此時應尊重行政機關當初所為之決定，故應採「**行政處分作成時**」或「**行政機關法定作為期間屆滿時**」作為裁判基準時。除此之外，如涉及特定期間之給付事件（限時法）之情形，而新法之解釋上又未生影響前述給付事件之情形時，行政法院應僅得考量當事人於該期間內是否具有請求權。故此時亦非以事實審言詞辯論終結時或，判決時作為裁判基準時。

3. 本件小結：

本件中，行政法院究應如何裁判？首先，若甲因犯罪所受之傷害合於重傷害之要件時，乙即應作成准予補償之決定，故並不涉及乙之裁量權問題，應針對甲於行政訴訟審理中，是否具有請求權而判斷之。其次，新法之修正，乃將重傷害之認定標準自「視力毀敗」放寬至「毀敗或嚴重減損視能」，對於甲乃有利之修正。故此時應顧及訴訟經濟以及對於甲請求權之保障，應採「**事實審言詞辯論終結時**」作為裁判基準時，而判斷甲之請求是否成立。



《行政法》

- 一、最高行政法院 96 年判字第 1916 號判例要旨謂：「有管轄權之機關除依行政程序法第 18 條規定喪失管轄權外，不因其將權限之一部委任或委託其他機關辦理，而發生喪失管轄權之效果。縱其未將委任或委託之權限收回，仍得自行受理人民之申請案並為准駁之決定」。本判例顯與行政程序法第 15 條第 1 項及訴願法第 8 條所規定權限委任之法律效果相違，試舉例分析其是否妥適。(25 分)

命題意旨	測驗考生對於「管轄恆定」概念的理解及對例外概念之辯正，尤其是行政機關間委任和委託之關係，以及最高行政法院新選判例意旨之理解。
答題關鍵	行政程序法第十五條以及訴願法第七條、第八條。
高分閱讀	高點黃台大行政法講義，第四回（行政組織法），第 42 頁至第 43 頁。

【擬答】

(一)管轄恆定及其例外

機關之管轄權，乃管轄恆定原則適用之主要範圍。所謂管轄恆定或機關權限之不可變更原則，指行政機關之法定職權不受其他機關之侵越干涉，且行政機關亦不得擅自變更其權限及管轄範圍，將之移轉與其他機關。行政程序法第 11 條第 5 項規定：「管轄權非依法規，不得設定或變更。」即為此意。然此乃原則性之規定，例外仍有容許變更之可能性。其中機關權限之委任，為有隸屬關係之上下級機關之間，由上級機關在職權範圍內之事項，委由下級行政機關代為行使，而使權限發生移轉之情形。此為例外之情形下，使機關之管轄權發生移轉之情形，故行政程序法第十五條乃規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委任所屬下級機關執行之。行政機關因業務上之需要，得依法規將其權限之一部分，委託不相隸屬之行政機關執行之。前二項情形，應將委任或委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙。」合先述明。

(二)權限移轉之法律效果

按權限之委任既係管轄恆定原則之例外，理論上權限已移轉、管轄之主體已發生變動（行政院法規委員會 93 年第 8 次諮詢會議紀錄）。是故訴願法第八條乃規定：「有隸屬關係之下級機關依法辦理上級機關委任事件所為之行政處分，為受委任機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向受委任機關或其直接上級機關提起訴願。」即本此旨。是故在學理上，權限之委任須為部分性之委任。倘委任機關將其法定職權完全委任於他機關，本身即未執行任何職權，即為法所不許。上級機關就委任之權限，僅保留監督權。是故，最高行政法院 96 年度判字第 1916 號判例所謂：「有管轄權之機關除依行政程序法第 18 條規定喪失管轄權外，不因其將權限之一部委任或委託其他機關辦理，而發生喪失管轄權之效果。縱其未將委任或委託之權限收回，仍得自行受理人民之申請案並為准駁之決定。」此恐與多數見解所稱權限委任之性質有所出入。

(三)最高行政法院前述見解可能引發之問題

按權限一旦委任與下級機關，委任機關僅保留監督之權，否則即可能發生上下級機關間權限衝突之情事。一方面，倘若權限未曾移轉，於同一行政主體內，上級機關本即得以授權由下級機關代辦或執行其行政業務；此顯然與前述行政程序法第 15 條之意旨有所出入。另一方面，人民向受委任機關提出請求遭拒絕之際，倘依前述最高行政法院九十六年度判字第 1916 號判例意旨，將得以另向上級機關提出行政請求。如此不免混淆監督之功能。是故，前述最高行政法院 96 年度判字第 1916 號判例見解，實容有進一步討論之空間。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

二、A 老人養護中心因辦理興建院舍計畫向內政部申請補助獲准，雙方簽訂補助款給付行政契約。嗣後因 A 老人養護中心積欠廠商工程款，致其所興建院舍遭法院查封拍賣，無法如期開始營運。內政部乃去函通知 A 老人養護中心，解除系爭補助款給付行政契約，並請求返還已交付之補助款及給付違約金。請問在嗣後的行政爭訟程序中，A 老人養護中心提出以下之抗辯有無理由？

(一)內政部解除系爭補助款給付行政契約前，應給予其陳述意見之機會，且前揭通知函中亦未告知法律救濟途徑，契約解除應屬無效。(12 分)

(二)依行政程序法有關行政契約之規定，內政部亦應選擇終止而非解除系爭補助款給付行政契約。(13 分)

命題意旨	測驗考生有關行政處分與行政契約之關係，以及行政契約之終止。
答題關鍵	行政程序法第一四六條。
高分閱讀	高點黃台大行政法講義，第二回（行政作用法）第 96 頁至第 97 頁。

【擬答】

(一)內政部解除契約之法律屬性

(1)行政契約之基本分類：對等關係與隸屬關係契約

按行政機關針對公法上權利義務相關事項締結行政契約，大體上包括「對等關係契約」與「隸屬關係契約」兩大類。前者乃以地位相對等之二行政主體間（如地方自治團體或國家）所締結之行政契約、後者乃以國家或公共團體與私人所締結之契約。其中隸屬關係之契約，經常又被認為係行政處分之代替行為，合先述明。

(2)兩行為併用禁止之原則

在隸屬關係契約之中，特定之權利義務關係已為行政契約所加以規範者，原則上即不得再以行政處分加以規制，此在行政法上被稱作行政處分與行政契約「兩行為併用禁止」之原則。

(3)內政部解除契約之法律屬性

在前述兩行為併用禁止之原則下，行政主體與人民間之權利義務關係一旦為行政契約所決定者，原則上就同一行為內容之權利義務關係，即不存在另行作成行政處分之可能性。而本件 A 中心之抗辯均係基於行政機關作成行政處分程序時所應遵守之程序，是故，其抗辯並無理由。

(二)關於終止契約與解除契約之抗辯

(1)行政機關之優位調整權

行政機關在公法上由於被認定為所謂之公益代表人，故在公益必要之範圍內，並非如私法契約單純受平等原則之拘束，而享有優位之契約調整或終止權限。行政程序法第 146 條規定：「行政契約當事人之一方為人民者，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得於必要範圍內調整契約內容或終止契約。前項之調整或終止，非補償相對人因此所受之財產上損失，不得為之。第一項之調整或終止及第二項補償之決定，應以書面敘明理由為之。相對人對第一項之調整難為履行者，得以書面敘明理由終止契約。相對人對第二項補償金額不同意時，得向行政法院提起給付訴訟。」，其中僅賦予機關「調整契約或終止契約」之權力，而不及於契約之解除，合先述明。

(2)調整之限制

按於我國行政契約法制中，機關所享有之優位調整或解除權力存有一前提，乃行政程序法第一四六條二項所規定之補償義務。就此，行政程序法第 146 條第 2 項應解釋為強行規定，機關縱有該條第一項事由，亦不得規避補償義務之存在。是故，A 中心之抗辯就此一部分而言，應屬有理由。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

三、甲未經許可在濁水溪橫跨彰化、雲林兩縣境內之河川地上，搭蓋違建飼養豬隻五百餘頭及比特犬三十餘頭。後以比特犬生養日多，除販售外並以之聚眾從事鬥狗賭博，每月五、六場，獲利數百萬元。乙、丙為其鄰居，不堪豬隻排泄物所生惡臭及引發之水源污染，乙乃向彰化縣環境保護局及建設處，而丙則向雲林縣水利處檢舉甲之上述行為。另一鄰居丁害怕比特犬衍生疫病及受不了聚眾鬥狗之血腥場面與慘叫聲，向彰化縣動物防疫所檢舉甲之惡行。試僅依一般性行政法律規定解答下列問題：

(一)各行政機關接獲檢舉後，應如何處理？(13 分)

(二)甲如對各行政機關所採行政行為置之不理，各行政機關依法又應如何處理？(12 分)

命題意旨	測驗考生對於行政制裁以及行政執行制度之基本理解。
答題關鍵	應熟悉行政執行之基本體系以及行政執行與行政處罰之區別。
高分閱讀	高點黃台大行政法講義，第二回（行政作用法）第 183 頁至第 188 頁。

【擬答】

(一)行政檢舉之處置

(1)行政檢舉之法律屬性

按行政法上，人民檢舉他人違法行為之法律屬性，並未有明確之法律規定。考其性質，乃與行政程序法 168 條以下所稱之陳情接近。行政程序法第 168 條規定：「人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護，得向主管機關陳情。」足見其並非屬正規之法律行為，而係以促請、期望、要求行政機關作為或不作為為其目的。

(2)檢舉或陳情之處理

陳情雖非正式之法律行為，並非意味機關完全無作為義務可言。蓋行政程序法第 170 條規定：「行政機關對人民之陳情，應訂定作業規定，指派人員迅速、確實處理之。人民之陳情有保密必要者，受理機關處理時，應不予公開。」以及行政程序法第 171 條：「受理機關認為人民之陳情有理由者，應採取適當之措施；認為無理由者，應通知陳情人，並說明其意旨。受理機關認為陳情之重要內容不明確或有疑義者，得通知陳情人補陳之。」均明示機關負有一定程度作為義務。是故機關得於本件情形中派員實地調查，於確認甲之違法行為後作成裁罰性行政處分，並依據建築法等命其拆遷違建、並改善排污設備。

(二)甲對於機關要求置之不理，其處理方式：

(1)公法上行為義務之區分

按對於公法上行為或不行為義務之強制執行，行政執行法訂有各種執行措施。其中針對行為義務不得由他人代為者，機關得依據行政執行法第三十條，對義務人處以新台幣五千元以上三十萬元以下之怠金。其目的在使其心理發生強制作用，間接促其自動履行之強制執行手段。又在間接強制措施不能達到目的之際，機關得以採取直接強制措施，亦即根據行政執行法 28 條 2 項規定，採取下列措施：1.扣留、收取交付、解除占有、處置、使用或限制使用動產、不動產。2.進入、封閉、拆除住宅、建築物或其他處所。3.收繳、註銷證照。4.斷絕營業所必須之自來水、電力或其他能源。5.其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法，合先述明。

(2)本件當事人之義務

又按本件當事人某甲所違反之義務，包括改善環境以及水源污染，主要均係無法由他人代為之義務。故機關得以根據前引行政執行法之規定課以怠金；倘若仍無作為意願時，則得採取直接之強制措施。



四、桃園市之甲環保清除業者，受新竹市之乙廠商委託處理事業廢棄物，不但未依相關法規處理，反而利用夜間，將整卡車之有害事業廢棄物傾倒於苗栗縣與台中縣交界處之河川地上，而為該二縣之主管機關共同查獲與處分，除處以高額之罰鍰外，並限期命其回復原狀。請述明法律依據與理由，回答下列問題：

(一)如甲欲提起訴願，依法應以何機關為訴願管轄機關？（10 分）

(二)如本件訴願之管轄機關經審議後，認為甲之訴願無理由，而駁回甲之訴願，而甲擬進一步提起行政訴訟時，依法應以何高等行政法院為管轄法院？（15 分）

命題意旨	測驗考生對於共同處分概念之熟悉程度以及其救濟關係之相關問題。
答題關鍵	訴願法中關於訴願管轄之規定以及行政訴訟法中關於撤銷訴訟之管轄規定。
高分閱讀	高點黃台大行政法講義，第三回（行政救濟法）第 72 頁至第 80 頁。

【擬答】

(一)共同處分之訴願管轄

(1)本件情形，係共同行政處分

按行政處分由二以上機關共同具名作成者，稱共同作成之行政處分。亦即二以上機關根據其職權與他機關共同具名於行政處分之情事。本件係由苗栗縣與台中縣共同查獲及處分，亦屬共同作成之行政處分，合先述明。

(2)訴願法有關共同處分之管轄規定

又按共同處分之訴願案件，其管轄權有無之認定向屬不易。為避免爭議，訴願法第六條特別規定：「對於二以上不同隸屬或不同層級之機關共為之行政處分，應向其共同之上級機關提起訴願。」又本件依據廢棄物清理法第四條之規定，共同主管之上級為中央政府之環保署，故應以環保署作為訴願管轄機關。

(二)共同行政處分之被告機關及管轄法院

(1)共同行政處分之法律關係

按二以上機關依法作成之共同處分，乃與當事人間之法律關係合一確定，應由二機關一同應訴擔任訴訟之被告。此參諸行政訴訟法第 37 條第 1 項第 1 款所規定：「二人以上於左列各款情形，得為共同訴訟人，一同起訴或一同被訴：一、為訴訟標的之行政處分係二以上機關共同為之者。」即明。

(2)共同處分訴訟案件之管轄法院

又按共同處分訴訟案件之管轄法院，行政訴訟法未設明文。然根據行政訴訟法第 13 條第 1 項揭示之以原就被原則：「對於公法人之訴訟，由其公務所在地之行政法院管轄。其以公法人之機關為被告時，由該機關所在地之行政法院管轄。」本件應由台中高等行政法院作為有權管轄之法院。



《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。

《行政法》

一、為實現住者有其屋政策，減輕房貸壓力，中央銀行推出 1 千億元優惠購屋專案貸款，以較一般金融機構更優惠之條件貸給需求者款項。為順利進行此項專案，中央銀行制定相關作業準則，包括承貸銀行資格、中央銀行對承貸銀行之補貼、申請者所應具備之條件、貸款額度、利息補貼及審核注意要點等，作為承貸銀行承作貸款業務之依據。青年甲知道有此專案後，高興地前往承貸之 A 銀行申貸 300 萬元，做為結婚後購買新居之用。A 銀行審查後認為甲不符合貸款申請資格，因此駁回甲之申請。試問：(25 分)

(一)中央銀行與 A 銀行間之法律關係為何？

(二)中央銀行自訂之作業準則是否足以作為將貸款與否之決定權限移轉給 A 之依據？

(三)甲若認為 A 銀行之決定有誤時，應針對何者、提出何種救濟？

命題意旨	本題針對傳統雙階理論、公權力委託及公私法區分理論作命題方向，同學只要對學說理論了解，擅作假設，應可得到不錯分數。
答題關鍵	
高分閱讀	1.秦台大行政法總複習講義 P.1~5 頁、P.44、P.119 以下。 2.秦台大行政法講義第一回 P.8~15。 3.秦台大行政法講義第三回 P.1~4、P.46 以下。 4.秦台大行政法講義第五回 P.7 以下。 5.經典試題系列-行政法必備概念建構(上)(植憲) P.3-23~3-25：給付行政 VS 法律保留(相似度 70%)，P.8-1~8-14：行政命令 VS 行政規則(相似度 70%)。 6.律師·司法官歷解題庫研習系列-憲法、行政法 P.92-16~92-19：92 年律師行政法第 2 題(相似度 70%)，P.91-12~91-15：91 年律師行政法第 2 題(相似度 60%)，P.89-26~89-29：89 年律師行政法第 2 題(相似度 60%)。

【擬答】

依題意所示，中央銀行為實現政府政策目的，制定相關作業準則，以作為人民申請及承貸業務之依據，此涉及行政補助之概念，其係指國家所從事之行政行為中，以提供給人民補助或救濟性質之給付為其內容之行政行為。例如國家為達到扶助農業之目的，對於合乎特定要件之農民給予其補助款，或為達助濟清寒學生之目的，所給予之助學貸款等皆是。而本題涉及中央銀行權限之移轉依據，及中央銀行與人民間之公私法關係。以下討論之：

(一)中央銀行與 A 銀行間之法律關係為何？

- 1.首先中央銀行對人民行政補助行為所使用之形式，有可能為行政處分，亦有可能為私法契約，甚或兼具二者之性質為同時具有行政處分及私法契約二性質之行為一其法律性質，就決定補助與否時屬行政處分，而決定補助之後之金錢給付，為私法契約（雙階理論）。而現今行政法體系中雙階理論，僅是行政採取複數法律行為的觀察方法，而非界定行政行為屬性為公法性質或私法性質的標準。亦可說雙階理論是公法與私法交錯下之產物。據此，本題中中央銀行為實現政府政策目的，制定相關作業準則，以作為人民申請及承貸業務之依據，從題示來看，雖無法得知有具體法規範，但因本案中，主體一方為國家機關，客體面觀察內容有賦予國家單方決定權限，目的亦具有公益因素，故應為公法關係。
- 2.承上推論，中央銀行對人民所行使者為公法形式手段，兩者所發生者為公法關係。故中央銀行將本案人民申請及承貸業務之權限一部分，委由 A 銀行來行使，則涉及權限之移轉，依照行政程序法第 16 條之規定，應有法律依據，假設在有法律依據前提下，行政機關（中央銀行）可以締結行政契約方式，來達到授權之目的。故中央銀行與 A 銀行間之法律關係為公法關係。

(二)中央銀行制定相關作業準則是否可作為授權依據？

依照行政程序法第 16 條第一項之規定，行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。並依釋字第 524 號解釋，除非法律有明文規定外，否則禁止再轉授權。而中央銀行制定相關作業準則是否有相關法律為明確性授權？及是否有明確性規定中央銀行有轉授權之權限？本題中題目意旨皆未交代，故假設符合上述兩項要求，則中央銀行制定相關作業準則可作為授權 A 銀行之依據，反之則否。

(三)甲應如何救濟？

- 1.承上述，依照行政程序法第 16 條之規定，應有法律依據，假設在有法律依據前提下，行政機關（中央銀行）可以締結行政契約方式，來達到授權之目的。故中央銀行與 A 銀行間之法律關係為公法關係。故 A 銀行依照行政程序法第二條第三項之規定，屬於實質意義之行政機關。
- 2.故甲若認為 A 銀行決定有誤時，則應針對 A 銀行決定之內容，依照法規範、事務本質（主體、客體之內容與目的）判斷其為公法或私法關係，為不同救濟，本題中，A 銀行審查後認為甲不服貸款申請資格，因此駁回甲之申請，從主體一方為實質意義行政機關，客體面觀察內容有賦予行政機關單方決定權限，目的亦具有公益因素，故應為公法關係。據此，依題示則 A 銀行決定為具體個案之行政處分，則甲可對此決定依訴願法第 10 條、第 58 條之規定經由 A 銀行轉呈向中央銀行提起訴願，如對訴願結果仍有不服，則依照行政訴訟法第 5、24、25 條之規定，對 A 銀行提起行政上訴與義務

訴訟。

二、何謂重覆(複)處分？何謂第二次裁決？二者應如何區分？其區分有何實益？(25 分)

命題意旨	本題為理論分析題，只要將所學以條列式分點出來，應可獲得不錯分數。
答題關鍵	
高分閱讀	1.秦台大行政法總複習講義 P.55~58。 2.秦台大行政法講義第三回 P.6。 3.實例演習系列-行政法實例演習(I)（秦律師）P.3-17~3-19：重複處分 VS 第二次裁決（相似度 100%）。 4.經典試題系列-行政法必備概念建構(中)（植憲）P.1-30~1-34：重複處分 VS 第二次裁決（相似度 100%）。

【擬答】

- (一)處分之概念：指人民不服行政機關所為之行政決定者，應於法定之救濟期間內提起救濟程序。人民未依期限提起行政爭訟，或雖依期限提起行政爭訟而無結果，仍就同一事件向原行政機關請求作成對其有利之行政決定者，倘若行政機關就該相同之原因事實直接引述已作成之行政處分而加以拒絕者，稱作重複處置。因其在實體法上並未重新設定法律效果，故非行政處分。例如，營業人某 A 申請營業許可被行政機關駁回，於訴願期間過後，在前提事實未變更之前提之下，重新向行政機關申請營業執照。主管機關回復以「該案件業已終結，且其主張之理由亦不可採」，即屬重複處置。
- (二)第二次裁決：所謂「第二次裁決」，指行政機關就人民同一事件之申請，為重新之處理，並且於實體法上作成新決定者，則雖前提事實未發生變化，但此一行政處分已非單純之重複告知，而係獨立之行政處分。係指第一次裁決後，事實與法律之狀態並未變更之條件下，對於重複提出之聲請重新作實體上審查所為之新裁決，為另一行政處分。
- (三)重複處置與第二次裁決之區別，重複處置與第二次裁決之區別，在於行政機關對於當事人之反對意思有無為實體之處置。倘未為實體之處置而僅表示其理由不可採，則為重複處置。
- (四)第二次裁決與重複處置之區分是有無重新作實體上審查為判斷標準，區分實益在於救濟期間起算點不同。
- (五)然而近年來第二次裁決與重複處置之性質區分有以下之變更
- 1.針對「重複處置」，傳統學說認為此一不具外部法效性的重複處置純屬觀念通知的性質，故人民不得對其提起訴願與行政訴訟。惟晚近的有力見解認為，行政機關拒絕重新進行行政程序，在實體法上故可定位為「重複處置」，但在程序法上，既然法律明文承認人民有申請程序重新進行的權利，倘行政機關拒絕人民之申請，此一拒絕即已影響到相對人程序上權利，從而得定性為「程序性的行政處分」，人民得依行政訴訟法第五條，提起課與義務訴訟，請求法院判令行政機關重新進行行政程序。
 - 2.第二次裁決

人民申請合法有理由時，行政機關重新為實體上審查，此時無論行政機關重新審查結果如何，均屬具有處分性的「第二次裁決」，對於積極第二次裁決，相對人的請求權既已獲得滿足，自無請求救濟之必要，對於消極第二次裁決，相對人應如何救濟？分析如下：

 - (1)申請廢棄變更侵益處分遭否准
 - a.若行政機關是以重為相同內容侵益處分作為第二次裁決之方式，此時相對人自當針對第二次裁決提起撤銷訴訟。
 - b.若行政機關是以單純拒絕廢棄變更的方式為第二次裁決時，此時相對人應提起課與義務訴訟，請求行政法院命行政機關為廢棄變更之決定。
 - (2)申請作承受益處分遭否准

此時相對人自得提起行政訴訟法第五條第二項「拒為處分之訴」以資救濟。

三、設有某縣水利局在辦理河川疏濬計畫時，依政府採購法之規定，經公開招標後，與某公司簽訂疏濬契約。於契約履行過程中，水利局發現該公司有超挖土石販賣之情形，已造成河道變形嚴重影響水流，乃要求該公司應停止工程並限期回復原有之河道。惟該公司仍置之不理，水利局乃依合約規定解除契約，並依政府採購法第 101 條第 1 項第 12 款之規定將該公司刊登政府採購公報，依同法第 103 條第 1 項第 2 款規定予以停權一年。請說明理由回答下列問題：(25 分)

(一)上述疏濬契約為公法契約或私法契約？

(二)由於本案同時構成竊盜砂石罪，則於法院審理期間，該停權處分，是否仍為有效？倘法院最後判決無罪，則該停權處分是否有影響？

(三)由於颱風季節將屆，對被破壞之河道，水利局依法得採取何種手段，要求該公司予以回復？

參考法條：

政府採購法第 101 條第 1 項第 12 款：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府公報：……一二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。」

政府採購法第 103 條第 1 項第 2 款：「依前條第三項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商。……二、有第一百零一條第七款至第十四款情形……者，自刊登之次日起一年。但經判決撤銷原處分或無罪確定者，應註銷之。」

命題意旨	本題針對契約公私法屬性區分作為考點，並輔以行政罰法及裁量權限等作為答題重心，應可得到不錯之分數。
答題關鍵	
高分閱讀	1.秦台大行政法總複習講義第 P.1-5；P.36 頁；P.63-65；P.82。 2.秦台大行政法講義第一回 P.8-14；P.145-P.146。 3.秦台大行政法講義第三回 P.31-P.37。 4.秦台大行政法講義第四回 P.2、P.3、P.40、P.41。 5.經典試題系列-行政法必備概念建構(上)(植憲) P.2-44~2-53：公法契約與私法契約之判斷(相似度 90%)。 6.經典試題系列-行政法必備概念建構(中)(植憲) P.2-4：公法契約與私法契約之判斷(相似度 70%)，P.6-9~6-10：行政罰 VS 刑罰(相似度 60%)，P.6-94：行政罰 VS 刑罰(相似度 60%)，P.7-55~7-88：行政執行之執行方法(相似度 70%)

【擬答】

(一)本題中疏濬契約之性質為何？依照釋字第 533 號解釋之標準，即：1.契約標的一以公法上之法律關係為契約標的，而發生、變更或消滅公法上權利義務之合意，即為行政契約；2.契約目的—若契約締結之目的，與公益或公共服務有密切關係者，即為行政契約。然而行政契約與私法契約之區分，其實就如同公法與私法之區分模式，但國內多數說在行政契約與私法契約之區分判斷理論上，思考邏輯有所跳躍。據此，本題中疏濬契約之性質並無法律明文規定，故從個案來看，主體一方為國家機關〈某縣水利局〉，客體中契約標的，亦涉及到公物之特許使用，為公法上法律關係；契約目的中又有維持河道順暢等公益目的，故應屬行政契約。

(二)

- 1.依題示，本案該公司超挖土石販賣行為可能涉及竊盜砂石罪，依照政府採購法第 101 條第一項第 12 款及第 103 條第一項第二款，本案應屬可歸責於該公司之事由，故某縣水利局可將事實及理由通知該公司後，經由法定程序刊登政府採購公報並為停權之處置。
- 2.而本題為行政罰之特別規定，對刑罰及行政罰兩者的性質，究竟有無本質上的不同，可分為「質差理論」及「量差理論」兩種見解；若採質差理論，則認為行政罰和刑罰兩者具有本質上的不同，因為刑罰使具有倫理上的可非難性，而行政罰只是行政義務違反的處罰，本身不具倫理非難的意義在；若採量差理論，則認為兩者並沒有本質上的差別，只是行政罰代表的倫理上可非難性較低而已，兩者只有量的差別。順著這種理論區分下來，外國的立法例中，對於這兩者就有所為「競合主義」及「併罰主義」兩種見解；採取量差理論者，通常會認為不可以併罰，因為兩者沒有本質上的差別，若併罰會違反法治國家「一事不二罰」原則，應採取「競合主義」；採取質差理論者，則因為將兩者視為不同的處罰，固其併罰是可被容許的。目前的學說通說傾向量的區別說，在這種理論下，刑罰與行政罰將不得併罰。行政罰法第二六條亦傾向此一見解，其認為：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。前項行為如經不起訴處分或為無罪、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。」
- 3.因此，於法院審理期間，該停權處分仍為有效，因為審判權現行政與刑事是分開進行，並且對於法院最後判決無罪時，依照行政罰法第二六條規定，行政機關仍得依違反行政法上義務規定裁處之，故依照政府採購法第103條第一項第二款，行政機關應註銷停權之處分。

(三)依照水利法第71條及行政程序法第144、146條之規定，為疏濬契約履約過程中為必要指導、調整契約，以維護公益，水利局可命其於一定期限內回復原狀，但如因颱風將屆至，則依照被害法益的種類、具體危險的急迫性、危險發生之預見可能性、損害結果迴避可能性及規制權限發動之期待可能性為判斷標準來看，水利局裁量權限收縮至零，即行政機關有作為義務，則水利局應逕行為回復原狀適當處置行為，而所增加費用，亦契約約定或行政程序法之規定向該公司索取。

【參考資料】

1.月旦法學教室：第55期：P.40~50：淺談行為與不行為義務之行政執行（簡祥紋），第52期：P.56~59：行政契約的概念（江嘉琪）

四、某衛星廣播電視事業於屆期換照時，經當時主管機關之行政院新聞局所設審查委員會審查結果，以其負債比例過高、財務結構不健全為由而遭否准。此一否准處分經行政院訴願決定撤銷，並指摘事件之事實尚未明瞭，應由原處分機關調查事證另為處分。其後因組織改制，系爭事件改由國家通訊傳播委員會（NCC）管轄，於重新申請換照時，NCC 通過「撤換分流」之換照。受處分人旋即認為第一次否准換照處分為違法，經向 NCC 申請國家賠償被拒絕後，改向台北地院提起國家賠償訴訟。試問：行政爭訟之「違法」與國家賠償訴訟之「不法」，其性質有何不同？又國家賠償法之「不法」與「過失」二項要件，於本案如何認定？（25 分）

命題意旨	本題涉及獨立機關之權限及第一次權利保護與第二次權利保護間之公權力違法性之認定。
答題關鍵	
高分閱讀	1.秦台大行政法總複習講義 P.41；P.44；P.45。 2.秦台大行政法講義第二回 P.11 以下。

【擬答】

- (一)所謂行政救濟，泛指一切人民因公法上之權利受到國家機關之侵害，所為之救濟程序。在救濟之程序中，尚可區分為「第一次之權利救濟」與「第二次之權利救濟」。所謂第一次救濟，指救濟之目的在於對於不法之侵害狀態之排除，例如人民對於行政機關違法之行政處分，經訴願及行政訴訟將其撤銷是。所謂第二次救濟，指不法之侵害狀態無法依第一次救濟之救濟方法加以排除時，人民對於此一不法行為請求之損害賠償是。例如，人民對於國家機關請求國家賠償，即屬於第二次之救濟。
- (二)於立法目的上之需要，行政爭訟之「違法」與國家賠償訴訟上之「不法」其性質內涵並不同。於行政爭訟中，訴願與行政訴訟之區分，前者為行政內部之救濟，後者為外部司法救濟，故訴願充滿著行政自我自我審查之色彩，以行政處分違法或不當為審查重點，行政訴訟則基於權力分立之要求，對於行政行為僅能為合法性之審查「違法性」，不能為目的性之審查。然而行政行為無論是違法「違反合法性」或不當「違反合目的性」，皆是廣義違法行為，而國家賠償之目的，在於擴大人民求償之可能性，以填補人民之損害。故國家賠償所指之「不法」應包含行政行為違法「違反合法性」及不當「違反合目的性」之審查。
- (三)承上述，依中央行政機關組織基準法第三條第二款規定，獨立機關係指依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關。以獨立機關之首長、副首長及其合議制成員之人事任命的特別程序，來確保獨立機關之超然中立地位，以發揮準司法、準立法之獨立、專業功能。然而行政一體與責任政治為憲法重要原則，但依釋字 613 號解釋認為獨立機關本身並不違憲，釋字 613 號認為「承認獨立機關之存在，其主要目的僅在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案決定之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間。」故在此一目的下，法律可以削弱行政層級的控制，創設獨立機關。據此，對於本案 NCC 獨立機關之「撤換分流」之換照制度，認為事業執照之屆期換發，應與平時之行為管制分流，故推翻之前行政院新聞局之決定，許可其換照。上述過程為 NCC 之專業評估結果所採取之認定方式，並不受行政院前行為認定方式之影響，司法機關僅能為合法性之審查，而不能為合目的性之審查，並且在合法性審查部分，亦須尊重獨立機關之裁量空間及判斷餘地。故本案中，對於人民之國家賠償請求上，NCC 只要仍是其專業權限領域，並不構成違法，自不具備國家賠償法之「不法」與「過失」兩個要件。

【參考資料】

月旦法學教室：第53期：P.39～43：國家賠償請求權基礎之一（林三欽）

《行政法》

- 一、甲機關作成 A 行政處分後，相對人乙不服提起訴願，訴願繫屬中，甲再作成 B 處分，變更 A 處分原定之金額，受理訴願機關乃以 A 處分已不存在（實質上已被 B 處分取代）為理由，程序駁回訴願，乙不服提起行政訴訟，高等行政法院則以 B 處分乃 A 處分轉換而來，仍具同一性之理由撤銷訴願決定。試評論受理訴願機關與高等行政法院之見解何者為是？(25 分)

命題意旨	近年來難得一見的難題！主要考得是訴願程序中移審效力以及權利保護之必要性對法院或訴願審議機關審查行政案件的拘束效果。
答題關鍵	必須特別留意的是本案的實務見解正在高度爭議之中，近幾年應該會由最高行政法院出面作統一的解決。
高分閱讀	重點整理系列－《行政法 I》，黃律師著。頁 2-141～2-143：行政處分之轉換（相似度 70%）

【擬答】

(一)救濟之提起與權利保護必要之欠缺

當事人提起救濟，乃以權利保護之必要或救濟利益之存在為其前提。救濟機關於審理具體之案件時，需先確定當事人確實受有權利之侵害，且此一侵害確實得依救濟機關裁判或決定之手段加以排除時，方得容許救濟之提起。是故，訴願法第 77 條第六款規定：「訴願事件有左列各款情形之一者，應為不受理之決定：六、行政處分已不存在者。」，其立法意旨即在明示權利保護之必要性於訴願程序中有所適用。

(二)訴願繫屬中，原處分機關是否享有變更原處分之權限？

又按當事人不服機關行政處分提起訴願，案件進入訴願審議機關之審查範圍，於我國法制中尚須討論者乃原處分機關是否享有變更原處分之權限？亦即訴願之繫屬是否產生移審之效力？就此實務見解向採否定看法，認為即令案件進入訴願審議機關之審查範圍，原處分機關仍享有撤銷或變更原處分之權限，此參見訴願法第 58 條二項及第 80 條之規定即明。故本題情形，訴願繫屬中，甲機關再作成 B 處分，變更 A 處分原定之金額，確為實務上所可能發生之現象。

(三)訴願繫屬中，原處分機關變更原處分，訴願審議機關應如何決定？

然在訴願及行政訴訟實務上構成問題者，訴願繫屬中，原處分機關變更原處分，訴願審議機關應如何決定？尤其在原處分機關變更處分、然新處分未能滿足訴願人之救濟需求時為最。蓋倘若新處分足以使當事人權利主張得到滿足，則當事人並無救濟之必要。針對原處分機關變更處分、然新處分未能滿足訴願人之救濟需求時，訴願機關應如何審理，實務及學說容有不同見解：

1.甲說：原處分消滅、應以新處分作為救濟標的

此一見解，向為我國行政院所採行。例如行政法院 61 年裁字第 92 號判例即明文指出：「人民對官署所為更正之新處分，如有不服，祇能於法定期限內，另行提起訴願，不得對於已不存在之前行政處分，請求行政救濟。」。是故，依此說見解訴願審議機關應以 A 處分已不存在為理由，作成不予受理之決定。

2.乙說：原處分與變更後處分為同一行政處分

依此說見解，訴願繫屬中，原處分機關雖有權變更原處分，然變更前與變更後之處分係基於同一原因事實而來，故應類推適用行政訴訟法第 111 條第三項第二款之規定，以「請求雖有變更，但其請求之基礎不變者」為由，依訴願標的變更追加之例解決。

上述二不同見解，於我國行政救濟實務上向以前說為尚，並經選為判例。然考量行政救濟之實效性以及訴願程序對當事人所提供之保護功能，應以後說為是。尤其當事人事實上已經歷訴願程序，對於變更後而未能滿足其權利保障需求之新處分要求其另行提起訴願，程序上不免累贅。是故，本提高等行政法院之見解應屬可採。

- 二、縣（市）政府之下所設之「衛生局」與「教育局」，名稱雖然同樣為「局」，但兩者在行政組織法上之地位有別，一為行政機關，一為單位，理由何在？(12 分)又行政機關與單位兩者在行政組織法、行政作用法及行政救濟法上之地位，有何不同？試說明之？(13 分)

命題意旨	今年司法官考試四題之中出得最簡單的一題，但還是有點偏，主要是考行政組織法中比較瑣碎的實務問題。
答題關鍵	考生一定要弄清楚「機關」和「內部單位」的區分標準，否則容易張冠李戴弄錯對象。另外要小心，直轄市不是這樣的，直轄市的教育局和衛生局都是行政機關。
高分閱讀	1.重點整理系列－《行政法 I》，黃律師著。頁 2-69～2-73：行政機關（相似度 80%） 2.《法研所歷屆經典試題解析（憲法、行政法）》，頁 2-1-12～2-1-13：93 年台大第一題（相似度 60%）

【擬答】

(一)行政機關與內部單位之意義

行政機關乃國家或地方自治團體所設置之獨立之組織體，依行政權範圍內之管轄分工，有行使公權力並代表國家或地方

自治團體為各種行為之權限，其效果則歸屬於國家或該一自治團體。中央行政機關組織基準法第3條第一款規定：「機關：就法定事務，有決定並表示國家意思於外部，而依組織法律或命令（以下簡稱組織法規）設立，行使公權力之組織。」。而內部單位，為基於分工之原則，於行政機關之內部通常依其職權劃分為若干小規模之分支機構，稱作內部單位。中央行政機關組織基準法第3條第四款規定：「單位：基於組織之業務分工，於機關內部設立之組織」。行政機關為獨立之組織體，得以本身之名義作成決定表現於外，而發生一定之法律效果；但內部單位則非獨立之組織體，僅於一定之範圍之內分擔一部份之行政機關之執掌，其對外為行政行為，仍應以機關之名義為之。

(二)行政機關與內部單位之區分標準

一般而言，具備以下三項要件之組織為行政機關，否則即為內部單位：

1.獨立之法規

所謂組織法規包括組織法、組織條例、組織通則、組織規程。惟實務上尚存有例外以「組織編制表」代替組織法規者。

2.獨立之預算及編制

有獨立之預算或編制之行政機關，通常有人事或會計（主計）單位。

3.印信

即依據印信條例所製發之大印或關防。

（本題所涉及之縣（市）政府（請注意，不包括直轄市）「衛生局」與「教育局」，名稱雖然同樣為「局」，但兩者在行政組織法上地位有別，一為行政機關，一為單位，原因即在於前者有獨立之組織法（例如：台中縣政府衛生局組織規程），而後者無之。）

(三)行政機關與內部單位地位之不同

1.就行政組織法而言：

如前所述，「行政機關」有獨立之組織法令，「內部單位」無之。

2.就行政作用法而言：

「行政機關」得以自己之名義獨立對外作成行政行為或行文，「內部單位」則無此權限。

3.就行政救濟法而言：

「行政機關」具有行政救濟案件之當事人能力、得作為行政訴訟之原告或被告，「內部單位」則無此地位。

【參考資料】

《月旦法學教室》第40期：頁96～98：行政機關之判定（實務見解選輯）。

三、甲國稅局以乙欠稅為由，於90年8月5日移送行政執行處強制執行。乙已於91年11月14日繳納該稅捐，惟甲國稅局因稅務人員異動緣故，未於乙納稅後馬上撤回執行，致行政執行處於92年10月30日以乙欠稅（含滯納金、利息及執行必要費用）為由，對其任職之丙公司及乙核發扣薪命令，扣押乙於丙公司之薪資，經乙查詢確認未曾欠繳稅款，甲國稅局隨即於92年10月31日具文向行政執行處撤回執行，該處亦於同日立即撤銷執行命令。乙認為其「名譽」受損，擬向甲國稅局主張國家賠償，是否有理由？（25分）

命題意旨	此題的出題方式很詭異，應該是出題老師本來想設陷阱卻沒有佈置完全。題目中要你判斷當事人有沒有名譽受損？個人覺得這是題目的一大敗筆，因為有無受損，要依事實狀況來認定，各位考生都沒有看到卷宗，怎麼判斷呢？
答題關鍵	首先應該討論「名譽」能否成為公法上侵權行為的客體？這在實務上已經有統一的看法出現，問題不大。至於請求程序，牽涉到第一次權利救濟優先的問題，算是老題目了，只要不要被題目欺騙，應該都答得出來。
高分閱讀	《法研所歷屆經典試題解析（憲法、行政法）》，頁2-11-15～2-11-17：92年高雄大學（相似度60%）

【擬答】

(一)成立國家賠償之要件

按國家賠償責任，包括「公務員責任」與「公有公用設施責任」兩方面。其中就公務員之責任言，「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。」乃國家賠償法第2條第2項所明文規定。又按國家賠償之屬性，乃公法上侵權行為之損害賠償，故其內容與要件與民法規定息息相關，此參見同法第5條規定：「國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。」即明。

(二)「名譽」是否為國家賠償法所保障之法益？

就本件情形言，乙認為其「名譽」受損，擬向甲國稅局主張國家賠償，應先討論「名譽」是否為國家賠償法所保障之法益，再就具體事實認定某乙有無名譽受損。按民法第195條第一項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」，已將名譽規定為侵權行為所欲保護之法益，故在國家賠償領域亦應認為如此。故國家機關因故意過失不法侵害人民之名譽者，推論上亦有構成國家責任之可能性。

(三)本件情形，是否足以對乙之「名譽」造成損害？

就題示情形而言，行政執行處於92年10月30日以乙欠稅為由扣押其薪資、復於92年10月31日撤銷執行命令。該一執

行命令雖屬有瑕疵，然亦足以在客觀上對某乙之社會評價造成一定程度之影響，故就實體之權利義務關係而言，本件某乙主張國家賠償，應非完全無理由。

(四)國家賠償之請求程序與「第一次權利救濟優先原則」

於本件事實所涉相關法律問題中，著有問題者並非在於實體之權利義務關係是否成立，而在於當事人選擇之救濟程序及救濟標的。蓋國稅局怠於通知行政執行處某乙已納稅捐之事實，導致行政執行處誤對某乙發動執行程序。其中「未通知執行處」係機關之內部行為，而行政執行處之扣薪命令則為具有外部效力之行政處分，且因其原因事實錯誤而構成違法之行政處分。某乙主張因受此等違法行政處分侵害，其國家賠償程序應依行政訴訟法第 12 條第 1 項規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。」進行，不得逕行進入國家賠償之協商程序。故本件雖在實體上可能受有違法侵害，然在程序上某乙應先爭執行政處分之合法性，而不得逕行以甲國稅局為對象主張國家賠償。

四、甲媒介越南籍外國人乙一名，至丙之宅內非法從事看護丙母工作，經某縣政府警察局警察分局當場查獲，函移主管機關核處。嗣經主管機關審查屬實，乃以甲違反就業服務法第 45 條規定：「任何人不得媒介外國人非法為他人工作。」依同法第 64 條第 1 項前段規定：「違反第四十五條規定者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。」科處甲新臺幣 10 萬元罰鍰。甲不服提起訴願，經訴願決定駁回，提起行政訴訟。訴訟中主管機關發函通知甲限期繳納罰鍰，逾期如不繳納，即依法移送強制執行。

(一)甲接獲限期繳納通知後，具狀向管轄行政法院主張本案訴訟確定前如原處分(科處罰鍰處分)即予執行，將使其受有金錢損害，並致其名譽受損，符合行政訴訟法第 116 條第 2 項前段規定之停止執行要件，情事急迫，且原處分之停止執行，僅涉政府之財政來源，對公益亦不致有重大影響，為兼顧聲請人之利益，聲請依行政訴訟法第 116 條第 2 項規定，裁定停止原處分之全部執行。問甲之聲請停止執行，有無理由？(13 分)

(二)設若甲提起行政訴訟前，並未向主管機關或訴願機關申請停止罰鍰處分之執行，而於訴願程序中，依訴願法第 93 條第 1 項規定：「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」主張其符合同條第 1 項：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，……。」之要件，向管轄行政法院聲請原處分之停止執行。對此聲請，管轄行政法院應否實體審理其聲請有無理由？(12 分)

命題意旨	此題型已連續好幾年都考出，尤其以暫時性權利保護措施的問題，本題雖然棘手，但不至於太意外。
答題關鍵	務必掌握清楚最高行政法院暨臺北、臺中、高雄三所高等行政法院八十九年法律座談會內容，這題如果答不出座談會內容來，分數恐怕就不會太好看。
高分閱讀	《法研所歷屆經典試題解析（憲法、行政法）》，頁 2-2-21～2-2-23：92 年政治大學第 2 題（相似度 80%）

【擬答】

(一)甲之聲請停止執行，有無理由？

1.停止執行之意義

按國家機關對人民作成行政處分，倘有所瑕疵，人民得針對此一違法之行政處分進行行政救濟。於救濟之程序中，雖原處分之執行力不因救濟程序而停止，然為避免當事人之救濟淪於無實益，於行政救濟法制中特別訂有停止執行之規定。如行政訴訟法第 116 條第 2 項前段規定：「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。」

2.甲聲請依行政訴訟法第 116 條第 2 項規定停止執行，要件是否合致？

按行政訴訟法第 116 條第 2 項所規定之停止執行，其要件分別如下：

(1)行政訴訟繫屬中：

亦即起訴後判決前。本件某甲係在訴訟中接獲前述「限期繳納通知」，係在訴訟繫屬中，並無疑義。

(2)依職權或依聲請裁定停止執行：

當事人已聲請法院裁定，故此項要件亦屬合致。

(3)原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害：

所謂難以回復之損害，係指此等行為所造成之損害，日後甚難或者無法以他法加以填補是。例如房屋一旦拆除難以恢復原狀是。而金錢負擔一般認為係較易於回復損害發生前之狀態者。故除非另有其他事實，否則本件情形，某甲根據行政訴訟法第 116 條第 2 項之請求，要件並不合致。

(二)在訴願程序中向行政法院請求停止執行，法院之審查範圍？

1.起訴前亦得向行政法院請求停止執行

按停止執行係屬救濟法上暫時性權利保護措施，乃以使當事人獲得有效之救濟為其制度目的。故在制度設計上，乃以便利當事人之主張為原則，起訴前亦得向行政法院請求停止執行。故訴願法第 93 條乃規定：「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」

2.停止執行與權利保護必要

又按當事人雖得於起訴前向行政法院請求停止執行，然在制度上為避免法院之職權與訴願審議機關、原處分機關之救濟功能相互衝突，故此等起訴前向行政法院請求停止執行之案件，我國實務上向認為應由法院嚴格審查其救濟之必要性，以避免救濟制度之濫用。最高行政法院暨臺北、臺中、高雄三所高等行政法院法律座談會（89/12/18）就此乃指出：「訴願法第九十三條第三項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要，且行政法院係審查行政處分違法性之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。必須其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要而駁回其聲請，庶不致浪費司法資源。（請參閱相關法條：訴願法第九十三條第二項、訴願法第九十三條第三項、行政訴訟法第一百十六條第三項、行政訴訟法第一百十六條第四項）。」。是故，行政法院受理此等請求，不得僅為形式審查，應審查其是否達到「情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟」之地步。

《行政法》

一、行政法條文中有「不確定法律概念」與「裁量」之規定，行政法院於具體個案審查範圍之原則及其例外為何？試分別說明之。(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗不確定法律概念及裁量之基本考題。
答題關鍵	題意清晰，不至於有離題情形，考生只要把兩者之間概念釐清而可掌握本題。
高分閱讀	1. 高點重點整理系列－行政法 I (黃律師) (L244) 2. P1-136~1-155：不確定法律概念與行政裁量 (相似度 80%)

【擬答】

一、行政法條文中不確定法律概念

- (一)不確定法律概念之定義：不確定法律概念中係指在行政法條文中多係指法律構成要件事實之一部分，常使用不明確之概念，因此在涵攝事實關係時，可能發生多種不同意義，但其中只有一種符合立法本意，係屬正確。而不確定法律概念又可分為經濟性或描述性概念及規範性或有待價值認定之概念，前者係指商標法上之「近似」、「混淆誤認」，後者例如專利法上之「可供產業上利用」等等。
- (二)行政法院就不確定法律概念審理之原則與例外：由於行政機關在涵攝事實關係時，雖有多種解釋或判斷之可能，但只有一種係屬正確，故原則上行政法院以審查為原則，例如商標法之「近似」，向來由行政法院全面審查；然而，若行政機關在抽象之不確定概念經由解釋而具體化的適用於特定事實關係，特別是「不可代替之決定」、「由獨立專家及委員會所做成的決定」、「高度專業性及政策性之決定」，則行政機關享有相當的「判斷餘地」，法院應予尊重，例如考試或課業之評分、公務人員考績等等，釋字三百八十二號解釋中關於學生品行考核及課業評量之決定，大法官即謂應尊重教師級學校本於專業及對事實真相之熟知所為之決定，僅於其判斷顯然不當時，得予撤銷變更。

二、行政法條文中的裁量

- (一)行政法條文中裁量之定義：行政法條文中之裁量係指行政機關決策與否或多數法律效果之選擇，並非構成要件事實之裁量。行政機關決策與否，即是否做成行政處分，稱為「行為裁量」或「決策裁量」；而就各個不同之法律效果擇一行使，則稱為「選擇裁量」。在行政機關的裁量中，各種選擇皆屬合法，僅生適當與否之問題。
- (二)行政法院就裁量審理之原則或例外：由於裁量之各種選擇皆屬合法，是故法院原則上尊重行政機關之裁量空間，但裁量並非完全放任，行政機關在於行政行為時仍需遵守相關原則之規定，若出現「裁量瑕疵」則以應受審查之例外情形。裁量瑕疵的種類主要分為三大類：
1. 裁量逾越：指行政機關裁量之結果，超出法律之授權範圍。
 2. 裁量濫用：指行政機關做成裁量與法律授權之目的不符，或出於不相關之動機，或違背一般法律原理原則。
 3. 裁量怠惰：指行政機關因故意或過失而消極的不行使裁量權。

除此以外，尚有一種法院得介入審查之情形，稱為「裁量收縮」或是「裁量收縮到零」。係指行政機關做成行政決定本有不同的選擇，但是特殊的事實關係，使得行政機關除了採取特定措施外，並無其他選擇，例如在釋字 469 號解釋中大法官認為「法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第二條第二項後段，向國家請求損害賠償。」此種情形即為裁量收縮之情形，若對於此種情形之認知有誤，亦構成裁量瑕疵。

【參考資料】

1. 吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版，釋字 382、469 號解釋
2. 吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版，頁 111-133

二、假設有某甲公司因營業情況欠佳，董事長乙為減少稅款支出以增加公司盈餘，乃與受甲公司委任處理稅務之丙會計師商量，由丙向虛設行號之丁公司購買不實之發票，以逃漏稅款，並約定將所逃漏稅款之三分之一，給付給丙作為報酬。經丙就甲公司該年度之營利事業所得稅簽證申報後，被稽徵機關查獲，除要求甲公司補繳所漏稅款 200 萬元外，並依所得稅法第 110 條第 1 項之規定，處以一倍之罰鍰 200 萬元。請附理由依行政罰法之規定回答下列問題：

- (一)對甲公司之處罰，其責任條件之成立為何？又由誰負舉證責任？(8 分)
- (二)董事長乙應否被處罰？若應受處罰，則處罰為何？(8 分)



(三)可否依所得稅法第 110 條第 1 項之規定處罰丙會計師及丁公司？若應受處罰，則各應處罰多少？(9 分)
 參考法條：所得稅法第 110 條第 1 項：「納稅義務人已依本法規定辦理結算申報，但對依本法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報情事者，處以所漏稅額兩倍以下之罰鍰。」

命題意旨	本題涉及諸多行政罰法之基本原理，其中「責任條件」、「舉證責任」，以及「裁處漏洞之補充」，一直是學界與實務界相當關心的重點，故本題的出現並不意外。 本題可說是今年行政法衝高分的一大瓶頸，特別是處罰額度的討論，更有讓人摸不著頭緒之概。但別擔心，這部新法尚未施行，有許多的觀念仍猶待實務加以運作後，才有清楚的輪廓出現，故與其深究答案本身，不如討論問題爭點來得更具重要。
答題關鍵	1. 答題上，首先應交待「本法適用之施行期間」以及「本法與其他法規之競合關係」，這是題意中未要求的，但卻是法律適用上最基本的步驟，不可不慎。 2. 其次，本題涉及的爭點頗多，要能在短時間清楚回答並不容易，故應先挑選熟記的法條回答，以掌握基本分數。 3. 本題在處理上，包括逃漏稅行為人的認定、處罰額度的決定，容有爭論的空間。因此，同學在回答上，僅被要求能掌握基本概念為已足，不必為了深入討論其額度（僅增加一兩分），而失了後面一大片美好的森林（相較於本題，後兩題其實較容易上手）。
高分閱讀	1. 高點重點整理系列－行政法 I（黃律師）（L244） P. 4-21～4-28：行政罰責任條件之成立（相似度 70%） 2. 法觀人 第 93 期：P. 26～29：行政罰法爭議問題討論（秦台大） 3. 艾台大，行政法補充講義，第五回（頁 69—125）、總複習第一回（頁 22—39）。

【擬答】

按行政罰法於二〇〇五年二月五日通過後，將於二〇〇六年二月五日起施行（該法第四十六條）。故本題若發生在二〇〇六年二月五日以後，始有行政罰法之適用，以補充其他法規就行政處罰所無之規定，合先敘明。另按行政罰法第一條規定，立法者基於各種行政態樣複雜，其各自之行政目的未盡相同，故僅將本法定位為一「普通法」位階（然學說上對此仍有不同意見。蓋若非定位為一「基本法」位階，恐無以統合現行行政處罰實務，常見之見解分歧亂象，這反無助於立法目的之達成）。換言之，於「其他法律別規定者，從其規定。」本題中，主要涉及之爭點，均未於所得稅法中有特別之規定，故按行政罰法第一條之規定，仍得依據本法加以詮釋。

(一)私法人之「責任條件」與「舉證責任」

1. 行政罰之「責任原則」

行政罰法上之行為人，範圍頗廣，按該法第三條規定，包括「實施違反行政法上義務之自然人、法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織。」然由於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，行為人如不具備「責任能力」（欠缺規範認識能力），且無「故意」或「過失」的「責任條件」（欠缺可歸責的條件），即不應課以責任，此即「責任原則」之要求。

2. 私法人之「責任原則」

其中，對於私法人之「責任能力」，按國內多數論者所採之「法人實在說」底下，代表私法人之自然人所為之行為，其效果直接歸屬於私法人，故私法人對其代表機關之自然人的行為，應負起責任接受處罰，並不致違反「責任原則」。又法制上必然由有行為能力者擔任代表人或管理人，故法人並無「年齡」及「規範認知能力」的問題。剩下來的，只是如何認定其故意或過失的「責任條件」問題。

3. 私法人之「責任條件」認定

按行政罰法第七條規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。法人、設有代表人或管理人之法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。」換言之，本法以「代表權人」或「實際行為之從業人員」之「責任條件」，「推定」為「私法人」之「責任條件」。有疑義者在於，從「法人實在說」角度來看，代表人係居於法人的地位而行為。故「代表權人」之行為，理應「視同法人之行為」，故該「私法人」並不得舉反證推翻。蓋如果只是發生推定的效果，到頭來仍可由該「代表權人」舉證證明其本身並無故意或過失。惟既然已經認定「代表權人」有故意或過失，怎可能再由其本身舉反證其無故意或過失？故此一規定恐屬矛盾之立法例。

4. 甲公司之「責任條件」應屬成立

然本題由於董事長乙為減少稅款支出以增加公司盈餘，乃與甲公司委任處理稅務之丙會計師商量，向虛設行號業者購買不實發票，以逃漏稅款。換言之，本案中之「代表權人」（乙董事長）及「實際行為之從業人員」（丙會計師）均



有為甲公司逃漏稅款的「故意」。因此，甲公司不論依「代表權人」（乙董事長）或「實際行為之從業人員」（丙會計師）之「責任條件」（故意），按上述規定，皆應「推定」具有逃漏所得稅之「責任條件」（故意）。

5. 甲公司之處罰應由稽徵機關負起舉證責任

就行政罰主觀要件之舉證責任，本法並未納入釋字第二七五號解釋之「推定過失」。蓋國內論者對於該號解釋內容，究屬「舉證責任倒置」之「過失推定」（即「法律上推定」），抑或僅屬「採證過程之證據法則之運用」（即「事實上推定」），尚有爭議。然就目前現行規定，國內多數論者以為，其不僅明示違反行政法義務之行為人，須具備故意或過失之責任條件，始予以處罰，並且排除釋字第二七五號解釋所揭示之「推定過失」。因此，行政機關不得再以「推定過失」之方式，將無過失之舉證責任交由行為人負擔，從舉證責任分配法則之觀點（即「規範說」）來看，要求違反行政法上義務之行為人，舉證證明自己無過失，這並非妥適，故須由行政機關自身負起證明行為人有故意或過失之舉證責任。也因此，本法施行後，對行政機關之舉證責任負擔，勢必較以往沉重。

(二) 代表權人之處罰

1. 制裁漏洞之補充

現代經濟秩序係以資本主義為基礎結構，各種經濟行為往往以私法人形式存在，故行政罰寧以私法人為主要處罰對象。然「法人實在說」畢竟僅為「擬制實在」，處罰對象若僅侷限在私法人本身，勢必形諸多制裁之漏洞，誠有必要就居於領導或指揮監督地位之人，增設共通性之併罰規定。行政罰法第十五條即分別針對「代表權人」本身之「自己責任」及「代位責任」分別規定。

2. 「代表權人」之「自己責任」

按行政罰法第十五條第一項規定：「私法人之董事或其他有代表權之人，因執行其職務或為私法人之利益為行為，致使私法人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人如有故意或重大過失時，除法律或自治條例另有規定外，應並受同一規定罰鍰之處罰。」本條之違規行為人係「代表權人」，在私法人應受處罰之前提下，仍對於該「代表權人」加以處罰。其規定之目的在於，為避免不肖之董事或有代表權人利用其職務之便，謀取私利，卻僅因各該法規並未設有處罰代表權人之規定，而使代表人本人逍遙法外，顯失公平，故參考民法第二十八條「法人與其代表權人連帶負侵權行為損害賠償責任」之規定及外國立法例增設之。此時該居於領導或指揮監督地位之人，係因自己行為而與法人並受同一規定之處罰，故稱之為「自己責任」。

3. 「代表權人」之「代位責任」

另按行政罰法第十五條第二項規定：「私法人之職員、受僱人或從業人員，因執行其職務或為私法人之利益為行為，致使私法人違反行政法上義務應受處罰者，私法人之董事或其他有代表權之人，如對該行政法上義務之違反，因故意或重大過失，未盡其防止義務時，除法律或自治條例另有規定外，應並受同一規定罰鍰之處罰。」本條規定之違規行為人係「職員、受僱員或從業人員」，其在私法人應受處罰之前提下，而另對「代表權人」加以處罰。又此時處罰「代表權人」，係因其違反對所屬人員之「監督義務」，然違規行為人究非「代表權人」本人，故稱之為「代位責任」。

4. 董事長乙應受處罰

本題中，丙會計師不僅收購不實發票，並就甲公司之營所稅簽證申報。其為甲公司之利益（逃漏稅額兩百萬元）為行為，致使甲公司該當所得稅法第一百一十條第一象之處罰規定，而遭稽徵機關處以兩百萬元之漏稅罰。而董事長乙故意未盡其防止義務，且所得稅法第一百一十條第一項僅針對「納稅義務人」加以規範，並未及於違反監督義務之「代表權人」，故董事長乙應並受上述漏稅罰鍰之處罰。

至於董事長乙是否另該當行政罰法第十五條第一項之「自己責任」，則涉及逃漏稅之行為認定，仍有疑義，然其並不影響同條第二項應受處罰結果之該當。

5. 董事長乙之裁罰額度

縱上所述，董事長乙應並受前述稽徵機關對於甲公司兩百萬元漏稅罰之裁罰。有疑義者在於，董事長乙因甲公司逃漏稅款兩百萬元，是否即有獲利其中的三分之二？則仍有疑義。然鑒於行政罰法第十五條第三項規定：「依前二項並受同一規定處罰之罰鍰，不得逾新臺幣一百萬元。但其所獲之利益逾新臺幣一百萬元者，得於其所得利益之範圍內裁處之。」其理由在於，考量行為人雖因其本身之故意或重大過失，或未盡其監督防止義務致依第一項或第二項規定並受罰鍰之處罰時，然其個人資力有限，故規定處罰之金額原則上不得逾新臺幣一百萬元。惟如行為人因其本身之故意或重大過失，或未盡其監督防止義務而因此受有財產上利益，且其所得利益逾新臺幣一百萬元時，因上開限制規定反失公平，故另設但書規定，以免形成法律漏洞。

(三) 實際從業人員之處罰及共同違法之分別處罰

1. 丙會計師部分

(1) 按行政罰法第十五條之立法理由說明：「該私法人之職員、受僱人或從業人員，除個別法律有處罰規定外，並非當然依第二項規定處罰，俾免株連過廣。」是故，在所得稅法第一百一十條一項僅規定「納稅義務人」之前提下，而未另針對實際從業之會計師有處罰規定，因此，稽徵機關不得依所得稅法第一百一十條第一項規定處罰丙會計師。



(2)但依行政罰法第二十條規定：「為他人利益而實施行為，致使他人違反行政法上義務應受處罰者，該行為人因其行為受有財產上利益而未受處罰時，得於其所受財產上利益價值範圍內，酌予追繳。」此係「行為人不當得利之追繳規定」，此係為填補上述制裁之漏洞，並防止脫法行為。因此，就丙會計師獲得逃漏稅款三分之一的利益部分，主管機關仍得以行政處分加以追繳（同條第三項規定），然此不當得利之追繳，僅係賦予主管機關裁量權，仍得視個案情形裁處之，以實現公平正義，性質上並非裁罰。

2. 丁公司部分

按行政罰法第十四條規定：「故意共同實施違反行政法上義務之行為者，依其行為情節之輕重，分別處罰之。」本條明文規定不採行政共犯的法例，亦即不論是共同正犯、教唆犯、幫助犯，在行政罰法上皆不存在。是以，行政罰法全部採「獨立正犯化」的理論。故除非法律或自治條例有明文規定，否則不得單獨就教唆或幫助行為之人，另外處罰。因此，題意中之丁公司，縱有提供不實發票給甲公司逃漏稅，基於所得稅法該條並未有特別處罰之明文，故稽徵機關不得對其處以漏稅罰。

【參考資料】

1. 行政罰法之理論（李惠宗著），P.66~72：法人責任條件之認定，P.73~76：私法人代表人之責任。
2. 行政罰法（林錫堯著），P.89~90：組織之故意或過失，P.97~110：私法人代表人之責任。
3. 林錫堯，行政罰法。
4. 李惠宗，行政罰之理論與案例。

三、人民甲向獨立機關乙（委員會）檢舉事業丙（股份有限公司）違法，檢舉函內載明：「請求貴會查明丙之違法事實，依法處理」等文字。全案由乙所屬人員先進行調查證據程序，並將調查結果擬具處理意見經督導調查業務之委員丁簽註後，轉呈委員會議決議不對丙作成任何處置，並通知甲。

甲不服，以程序不符乙所發布之「案件處理原則」中關於「違法事實是否成立，依下列程序認定：1. 由本會委員會議認定。2. 有相當爭議致難以判斷，得舉行公聽會或座談會，供本會認定之參考。3. 影響重大且有相當爭議致難以判斷，得委託公正客觀之團體、學術機構進行鑑定」之規定為由，認為乙之不處分乃屬違法而提起訴願遭駁回，旋提起行政訴訟。

請附理由回答以下問題：

（一）甲如提起課予義務之訴，是否合法？（12分）

（二）甲主張乙之程序違法，有無理由？（13分）

參考法條：中央行政機關組織基準法第3條第2款：「獨立機關：指依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關」。

命題意旨	本題主要測試同學對於「課與義務之訴」的訴訟提起是否熟稔。以及對於獨立機關決定之司法監督界限何在。本題區分「訴訟是否合法、實體有無理由」的模式，已漸成司法官考試的常態，同學在準備上就務必先熟記各種訴訟種類的實體判決要件，才能輕鬆應戰。
答題關鍵	要能在本題獲得較高的分數 (一)關於第一小題： 1. 應將課予義務之訴的實體判決要件作清楚有層次的檢討。 2. 對於多數論者將「請求對他人作處分」亦納入「課予義務之訴」的範疇，其理由何在，也應先有所討論，而不應只是一味地「多數採所以我也採」。 3. 訴權審查上，由於並未清楚的附上法條，也未告知是哪一個獨立機關的決定，故在「保護規範理論」的操作上或有些窒礙難行。但至少也應將你的標準交待清楚，才能獲得一定的高分。 (二)關於第二小題： 1. 討論本題，應先從獨立機關的建置背景及其合憲性（即責任政治的貫徹難題）談起，以突顯間後述司法監督上的必要性。 2. 而在司法監督上，應從釋字第553號解釋的「審查密度」出發，從中找尋本題有無任何「判斷瑕疵」的可能性，就像瞎子過河一般，一步一步來，別著急！
高分閱讀	1. 高點重點整理系列-行政法 I（黃律師）（L244） P.2-83~2-91：檢舉函覆之法律性質（相似度 70%） 2. 高點重點整理系列-行政法 II（黃律師）（L245） P.7-142~7-143：課予義務之訴（相似度 80%）



	P.7-175~7-187：課予義務之訴（相似度 80%） 3.艾台大，行政法補充講義，第二回（頁 63—71）第六回（頁 86—90）、第七回（頁 14—18）、總複習第一回（頁 2、7—14、17—18、77—79）。
--	--

【擬答】

※本題之主要爭點在於：

- 1.於訴訟種類選擇上，行政訴訟法第五條之「課予義務之訴」所請求給付之內容，是否包含「要求作成對第三人造成不利利益的負擔處分」在內？
- 2.獨立機關對當事人所為之決定，是否仍應踐行最低限度之正當程序保障？司法機關對其之審查密度又應如何？

茲將上述二爭點分述如下：

(一)甲就檢舉駁回之決定得提起「課予義務之訴」，其程序上合法

- 1.行政訴訟法第五條第二項之訴訟種類，學說上又稱之為「拒絕申請之訴」，屬「課予義務之訴」的類型之一，其在訴訟上的「實體判決要件」為：
 - (1) 原告所請求者為行政處分或為特定內容之行政處分
 - (2) 而原告須已向主管機關提出申請
 - (3) 然行政機關駁回其請求
 - (4) 且原告已先經訴願程序而未獲救濟
 - (5) 原告並須主張權利因行政機關駁回處分受損害

- 2.本題中，就甲起訴是否合法，特別值得吾人加以探討的有兩部分：

首先，「原告所請求者為行政處分」有無「處分對象之限制」（即第一點）？其次，「原告是否有權利遭受駁回處分之侵害」（即第五點）？

(1)「原告所請求為行政處分」之處分對象並無限制的必要性

- A.通常原告透過課予義務訴訟所希冀者，乃授益處分，例如：建築許可執照。惟「要求作成對第三人造成不利利益的負擔處分」是否包括在內？學說上則仍有歧見。
- B.有論者以為，本條所包括者，僅限於「請求行政機關對自己作成行政處分」，而不包括其他類型。倘「要求行政機關對他人作成處分」，則應屬於行政訴訟法第八條「一般給付訴訟」的範疇。然循此種見解，對於「課予義務之訴」採限縮解釋，則當事人得不經訴願程序，逕行提起行政訴訟，固有其訴訟上「權利保護即時性」的優點存在。
- C.但我們認為，純就文義解釋，未必能清楚地得出此種界分（即「對自己」與「對他人」）的結論。更何況，這種對第三人造成不利利益的負擔處分，對原告而言，仍屬對其有利的授益處分，這自也符合「課予義務之訴」所欲承擔的功能。再者，訴訟上應否踐行「訴願前置主義」，本應回歸「訴願程序有其自我審查」之功能來思考。主管機關是否應接受請求，對第三人作成不利利益之負擔處分，當然也有行政自我審查之必要性。倘原告於訴願程序即已獲得救濟，就「程序經濟」以觀，反而更能迅速地獲得權利保障。國內多數論者亦傾向此說。

(2)原告甲於本案中有「訴訟權能」

- A.在僅承認「撤銷訴訟」的舊法時代，人民向獨立機關檢舉他人之違法行為有侵害其權利未果時，究應應如救濟，爭執點在於檢舉事項不成立的函覆，其性質是否為行政處分上頭。然在承認「課予義務訴訟」的新法時代，爭執點已不再是「檢舉函覆之法律性質」，而是「檢舉人根據檢舉所依據之法規，是否擁有請求取締被檢舉人之法律上權利」。
- B.因此，原告必須主張自己的權利或法律上利益，因行政機關的駁回處分而受到侵害。惟只要主張即為已足，至於是否真的有自己的權利或法律上利益受到侵害，已是「有無理由」的問題。不過，縱令「主張」權利受到侵害為已足，至少受侵害的「可能性」仍須存在。換言之，我們認為，在「訴訟權能」審查上，採取「可能性理論」，相較於採「主張說」，更能發揮「避免濫訴」之弊端。
- C.本題中，甲有無提起訴訟之權能，仍應回歸該檢舉事項所依據之法規來加以詮釋。然縱令原告所主張之權利，無法律明文之規定，亦不得因此逕認原告欠缺法律上請求權，蓋根據「保護規範理論」（可參照釋字第四六九號解釋說明），仍有法律默示原告請求權之可能。例如：公平交易法中雖未明示檢舉人有就同業之不公平競爭行為請求取締之權利，但仍非不能根據公平法相關不公平競爭之條文的立法意旨推論出來。
- D.因此，我們認為，在訴訟救濟之入口，「避免濫訴」之公益考量，亦應適度與原告權益之保障相互調和。何況，本案之原告甲，為駁回處分之相對人，其訴權之審查本即較為寬鬆。是故，本案甲應有「訴訟權能」。甲提起之課予義務之訴，應屬合法。

(二)甲主張乙之程序違法，應屬有理



1.獨立機關的建置理念

在當代的憲政民主國家中，行政權所轄的官僚層級組織，基本上是由具有直接或間接民主正當性基礎的行政首長或政務人員來負責領導與指揮，並十分重視行政決策的「政治責任」。但是有一些「管制性」或「調查性」之公共事務的決策與執行，卻特別需要「專業化」、「去政治化」或在決策時充分考慮到「政治與社會的多元價值」，才能夠確保公共利益的實現並獲得人民的信賴，負責處理這些事務的行政機關，因此必須比一般行政機關更為客觀、中立、具專業能力，並且與政治保持一定的安全距離，這些機關即稱之為「獨立機關」（中央行政機關組織基準法第三條第二款）。

2.獨立機關的監督及其合憲性

(1)獨立機關之合憲性

此種獨立於層級制行政系統之外的行政機關，對外可以自己名義自為決定，且其決定（理論上）不受（客觀上層級較高之）行政機關之「適當性」及「適法性」干預（然現行實務上，當事人對於獨立機關之決定不服時，仍應踐行「訴願前置」程序，此得提起行政訴訟）。因此，其實際上已構成對層級制行政系統的突破。最高行政首長是否因該獨立機關的決定對國會負責（憲法增修條文第三條第二項：「行政院…對立法院負責…」），亦有疑義。

(2)獨立機關仍應受「立法」及「司法」監督

A.立法監督

雖然獨立機關已逸脫於層級制系統外，而有合憲性審查上的疑義。然獨立機關的設置是否違憲，仍應取決於個案中，其他控制手段是否亦付之闕如，始能論斷。論諸實際，目前立法機關除得藉由立法規範控制獨立機關之權限、程序（中央行政機關組織基準法第七條第十款：「獨立機關之組織法規，應包括合議之『議事程序』及『決議方法』。」）與組成型態（中央行政機關組織基準法第二十一條：「獨立機關之首長、副首長及其合議制之成員，均應明定其任職期限及任命程序，相當於二級機關者，由一級機關首長提名經立法院同意後任命之…」）外，亦得透過預算審查對獨立機關為間接之監督。

B.司法監督

當事人對獨立機關所為之決定不服者，另得提起行政訴訟。法院自得就繫屬案件中獨立機關所為決策為「適法性」之監督。縱司法實務上已承認獨立機關適用不確定法律概念時，享有一定程度之「判斷餘地」，但其判斷有恣意濫用或其他違法情事者，司法機關尚非不得撤銷或變更之。換言之，司法機關仍得審查獨立機關之決定，是否已發生「判斷瑕疵」，以維護人民之權利。此時司法機關之「審查密度」，揆諸學理，有下列各點可資參酌（釋字第五五三號解釋理由書）：

- (A)事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。
- (B)原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。
- (C)有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？
- (D)法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？
- (E)對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存之上位規範。
- (F)是否尚有其他重要事項漏未斟酌。

3.本案司法機關之審查密度

- (1)本案中，衡酌前述（A）、（B）兩項判斷標準，可知在此司法機關對乙獨立機關（委員會）之決定（倘若涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗等專業判斷時）似應加以尊重。但若考量其他判斷標準，則司法機關之審查，即未必有全面棄守之必要性。
- (2)題意中，獨立機關乙所發布之「案件處理原則」，似屬「事實認定準則性之行政規則」（行政程序法第一五九條第二項第二款，另可參照釋字第五四八號解釋案例中之「解釋性行政規則」）。雖然實務上依法官專業能力，難以推翻此類行政規則，否則對訴訟資源之維護將有所影響。然就該事實認定標準是否恣意？其認定標準及程序有無違反比例原則？就其自行訂頒之認定程序有無遵守？其裁量上有無瑕疵？法官原則上並不受其拘束，得斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，判斷事實之真偽（釋字第二一七號『事實認定之解釋函』、第一三七號、第二一六號、第四〇七號、第五八六號解釋等）。
- (3)本題中，全案由乙所屬人員先進行調查證據程序，並將調查結果擬具處理意見經督導調查業務之委員丁簽註後，轉呈委員會議決議，而未按該處理原則，認定本案屬「有相當爭議難以判斷，必須舉行公聽會或座談會」或「影響重大且有相當爭議難以判斷，而委託客觀公正之團體、學術機構進行鑑定」。鑑於該等行政規則雖不具直接外部效力（非法規範），但仍具有間接外部效力，此種效力，透過行政自我拘束，可能構成平等原則之違反，倘獨立機關乙無正當理由（或甚至根本不具理由）而未遵循該處理原則時，即構成平等原則之違反，而為違法之決定。亦即，縱該處理原則就更周延之程序是否踐行，僅為「裁量性規範」，然司法機關仍得審查該裁量決定是否有發生「裁量瑕疵」之情形。況且，就上述解釋意旨，對於人民基本權之限制事項（本件未踐行相關程序，實已涉及人民之「程



序基本權」保障。縱就最低限度之正當法律程序精神以觀，至少亦應給予甲陳述申辯之機會），司法機關仍應責無旁貸採較高之審查密度。

(4)縱上所述，甲主張乙之程序違法，應屬有理由。

【參考資料】

1. 行政訴訟法逐條釋義，翁岳生主編，頁 88—100（許宗力教授執筆部分）。
2. 行政法入門，李建良等六人合著，頁 220—225（陳愛娥教授執筆部分）。
3. 行政規則之法律性質，陳淑芳，月旦法學教室第 31 期，P30~31。

四、汽車駕駛人甲違反道路交通安全規則有關汽車停車規定，停放所駕駛之車輛後離去。因該車輛嚴重妨礙道路交通，執行交通勤務之警察乙爰依道路交通管理處罰條例第 56 條規定，將該違規停放車輛移置適當處所。

試附理由回答以下問題：

(一)本案是否屬於行政執行法規定之依法令負有義務，而為得發動行政強制執行措施之事項？（12 分）

(二)乙所採行之移置措施：性質屬於以「相對人原有義務存在而不履行或違反」為發動前提之行政強制執行方法，抑係行政上之即時強制方法？（13 分）

參考法條：道路交通管理處罰條例第 56 條：汽車駕駛人停車時，有下列情形之一者，處新臺幣六百元以上一千二百元以下罰鍰：一、在禁止臨時停車處所停車。二、在彎道、陡坡、狹路、槽化線、交通島或道路修理地段停車。三、在機場、車站、碼頭、學校、娛樂、展覽、競技、市場、或其他公共場所出、入口或消防栓之前停車。四、在設有禁止停車標誌、標線之處所停車。五、在顯有妨礙其他人、車通行處所停車。六、不依順行方向，或不緊靠道路右側，或併排停車，或單行道不緊靠路邊停車。七、於路邊劃有停放車輛線之處所停車營業。八、自用汽車在營業汽車招呼站停車。九、停車時間、位置、方式、車種不依規定。十、於身心障礙專用停車位違規停車（第 1 項）。汽車駕駛人在道路收費停車處所停車，未依規定繳費，主管機關應書面通知駕駛人於七日內補繳，並收取必要之工本費用，逾期再不繳納，處新臺幣三百元罰鍰（第 2 項）。第一項情形，交通勤務警察、依法令執行交通稽查任務人員或交通助理人員，應責令汽車駕駛人將車移置適當處所；如汽車駕駛人不予移置或不在車內時，得由該交通勤務警察，依法令執行交通稽查任務人員或交通助理人員為之（第 3 項）。第一項第十款應以最高額處罰之，第二項之欠費追繳之（第 4 項）。在圓環、岔路口十公尺內，公路主管機關、市區道路主管機關或警察機關得在不妨害行人通行或行車安全無虞之原則，設置必要之標誌或標線另行規定汽車之停車處所（第 5 項）。

命題意旨	本題主要測試同學對於行政執行法上單純「依法令」即課予人民義務之商榷處，此一爭點在學理上較有共識，作為出題對象，仍屬妥適。此外，拖吊車輛之法律性質在定性上也有學理的探討價值，同學應將兩說各自會遭遇到的難題點出，至於結論採那一說，則非重點。 回顧這三年來，行政執行法一直是出題者青睞的重點，今年也不例外。較為意外的是，今年熱門的「拘提、管收」、「限制出境」並未出線，這也容易讓準備上有些輕重失衡的同學較為失望。但這故事告訴我們，穩扎穩打的準備行政法，才是正確的選擇。
答題關鍵	本題屬於行政執行法上較為四平八穩的考題，同學答題上容易出錯的機率較小，但仍要注意任何事（指考題）都要兩面兼顧，各自替不同說法尋找其存立基礎並激辯之，這總是行政法要衝高分的不二法門，戒之慎之！
高分閱讀	1. 第 97 期法觀人考場特刊 題目 4：即時強制（相似度 60%） 2. 高點重點整理系列-行政法 II（黃律師）（L245） P5-12~5-15：一般行政執行與即時強制之區別（相似度 80%） 3. 艾台大，行政法補充講義，第五回（頁 135、155—162）、總複習第一回（頁 1—6、36—41）。

【擬答】

(一)依法令負有義務而得發動執行規定之商榷

1. 本題之主要爭點在於：

在現實上，有無可能存在「人民行政法上義務逕依法令規定成立，並有具體內容供人民遵循及行政機關強制執行」之情形？

2. 題意中之甲違規停放駕駛車輛後離去，對此屬於當事人之行政法上義務違反，按道路交通管理處罰條例第五十六條之規定，主管機關不僅得對當事人處以罰鍰（即「行政罰」），於義務人不依命令移置車輛或當事不在現場時，則另有移置之執行行為（即「行政執行」）。



- 3.另按行政執行法第二十七條第一項規定，「依法令」或「本於法令之行政處分」，均屬行政機關得發動行政執行之事由（又稱之為「執行名義」）。在一般情形，係由行政機關依據法規之授權，以行政處分設定之。然本條卻規定，單純依「抽象法規範」，亦有賦予行政機關執行之可能性。但其並非以「情況急迫」為其前提要件，故顯非「即時強制」（行政執行法第三十六條第一項：「行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制。」）之規定。是以，依該項規定，即使無急迫之情事，行政機關仍得直接依據法令，逕而發動行政強制權，實施強制手段，這對人民權益之保障，顯然有所不周。
- 4.縱於該法第二十七條第一項，有以書面限定期間履行之規定，但此毋寧是行政機關在執行措施發動前所採取之「告戒」程序。義務人雖得對「告戒」之事項（例如：執行機關限定履行期間是否過短、選擇之執行方法是否明確或過當等情形）為爭議，但在法理上並不得就義務之內容或範圍等，原應表彰在執行名義之實體事項有所主張。
- 5.也因此，多數論者以為，人民之行政法上義務要逕依法令規定而成立，並有具體內容可供人民遵循及行政機關強制執行者，其實甚難想像。該執行內容不僅欠缺明確性，亦缺乏可預見性。本條規定可能係立法上直接參考舊法原本即存在之錯誤立法，實應修法刪除之。按法令而直接得以強制執行，應僅限於即時強制之情形。故行政執行原則上應以行政處分為其執行名義，方為妥適。
- 6.故本案應非行政執行法規定之依法令負有義務而得發動行政執行措施之事項。

(二)移置措施之法律性質

對於「責令移置」之命令處分，如不履行時，按道路交通安全管理處罰條例第五十六條第三項之規定，「如汽車駕駛人不予移置或不在車內時，得由該交通勤務警察、依法令執行該交通稽查任務人員或交通助理人員為之。」依此，主管機關得移置車輛至保管場，對於移置措施之法律性質為何，學界見解並非一致。多數論者傾向於係「執行行為」，然究屬何種執行行為，仍有爭議，茲分述如下：

1.駕駛人在現場

倘駕駛人在現場，「命移置車輛」係命為行為之負擔處分，負有行為義務之義務人不履行其義務時，處分機關即為執行機關（行政執行法第四條），得依行政執行法第三章關於行為或不行為義務之執行規定加以執行。因此，該「責令移置之處分」得以送達，並同時為「告戒」（行政執行法第二十七條第二項：「前項文書，應載明不依限履行時將予強制執行之意旨。」），如當事人仍不履行時，由於「責令移置之處分」得由他人代為履行，故按同法第二十九條第一項之規定，「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。」此時得委由民間拖吊業者加以執行移置工作。

2.駕駛人不在現場

然倘若當事人不在現場時（即如同本例），駕駛人由於仍屬負有行為義務而仍不履行其行為，故似乎仍得按前述代履行之規定執行移置工作。然此會發生的難題是，駕駛人如不在現場，則產生「命移置車輛處分」及後續的「告戒」措施有無法送達之問題。故如以現行行政執行法之規定以觀，實難將此類當事人不在現場之移置行為解釋為代履行。對此，學說上即有不同之見解：

(1)仍採代履行說

依行政程序法第二十七條第一項規定，行為或不行為義務之執行，程序上應先以處分書或另以書面限定相當期間履行，義務人逾期仍不履行時，方得發動之。為解決此一困難，學說上有參考德國實務及該國部分學者之見解，其以透過解釋的方式，似得認為因駕駛人進入可見交通標誌之區域時，即領受通知而發生拘束力，而該處分除「禁止違規停車」外，同時亦「課予違規停車者立即將車輛駛離之義務」，該駛離義務之不履行，則立即被執行拖吊。換言之，此時的「基礎處分」及「告戒」似同時為之。

(2)應屬即時強制之措施

亦有論者以為，上述國內多數論者以「有無人民之義務違反」為基準，區分「一般執行」與「即時強制」，即有遭遇上述難題之疑慮。是故，區分「一般行政執行」與「即時強制」，最大的差別應在於「行政執行權的發動條件與實施程序」有所不同。換言之，即時強制毋須以行政處分為強制權發動之前提，且無須踐行告戒之程序，不同於一般行政執行，其屬一般行政強制執行之例外情形，特別是義務人不明，以致無法即時為必要之處分，尤有實施即時強制之必要。也因此，即時強制之發動，雖多出於情況急迫及公益上之事由，被執行之人多屬無辜的犧牲者，例如：天災造成危樓而有即時拆除的必要。然即時強制權的實施，亦有人民違反公法上義務而造成危害者，行政機關於不及通知當事人而逕予執行的情形（如同本例）。此二種情形，對於即時強制措施之當事人均負有容忍之義務來看，並無不同。換言之，即時強制的重點在於「執行程序之簡化」，其與一般行政執行間，僅是「原則—例外」關係，而非兩種獨立、互不相關的制度。

- (3)吾人以為，上述說法之差異，僅在於對即時強制之定義有所不同，因而會有不同之結論。但無論如何，強化對於當事人在執行過程中之程序保障，則仍是兩說共同有之最大交集（另可參照釋字第588號解釋對於執行程序仍應遵守正當程序保障之意旨）。然鑒於較第一種說法較能符合現行法之文義，及立法者對於即時強制之規定意旨，似較為可採。



【參考資料】

- 1.李建良，違規車輛拖吊與保管之法律問題，政大法學評論，第 53 期，139—141。
- 2.林素鳳，交通標誌即違規車輛拖吊等法律問題，月旦法學雜誌，第 104 期，232 以下。



《行政法》

一、法規之廢止或變更，若對該法規之施行已有表現其生信賴之事實，因而受有不利之影響者，是否即有信賴保護原則之適用？請附具理由，從(一)法規變動之原因(二)法規溯及適用，分別回答之。(二十五分)

命題意旨	本題主要在測試同學對於「信賴保護原則」及「法律不溯及既往原則」概念之認識。又是一個萬年考古題的「舊瓶新裝」。
答題關鍵	同學在答題上，應環繞在大法官對於信賴保護原則上之相關解釋為主軸（尤其應補充新近解釋）。
參考資料	1.李建良，法律的溯及適用與信賴保護原則，本土第二十四期，頁 80 以下。 2.李建良等，行政法入門，元照，頁 87、90~100。
高分閱讀	1.司法四等考場寶典，P2-5~6：題目 6：信賴保護原則（相似度 50%） 2.高點重點整理系列《行政法 I》，黃律師（L244），P.2-182~186：信賴保護原則（相似度 80%） 3.高點法研所歷屆試題詳解（M500），P7-54~56：89 年台大行政法（相似度 70%） 4.高點法研所歷屆試題詳解（M503），P.5-3-12~14：東華 91 年行政法（相似度 90%） 5.高點律師司法官歷屆試題詳解（L306），P.84-11~12：84 年律師第 1 題（相似度 50%） 6.艾台大，行政法總複習第一回，P.5、7、69、73、90、148。 7.艾台大，行政法補充講義第一回，P.86~91、104~106。

【擬答】

(一)信賴保護原則之意涵

信賴保護原則，係指受國家權力支配之人民，如信賴公權力措施之存續而有所規劃或舉措者，其信賴利益應受保護。我國行政法院傳統實務上，僅強調依法行政，對「信賴保護原則」較為忽略，惟近十餘年來受到學說鼓吹之影響，開始重視信賴保護原則，甚至在行政程序法第八條中亦明文加以規定（同時亦為行政程序法第一百十九條、第一百二十條及第一百二十六條規定之旨趣所在，亦可參照釋字第五八〇號及五七四號解釋見解）。其運用應考量下述要件：

1.信賴基礎

行政機關需有表現於外之行為或措施，構成人民信賴之基礎。例如：發布行政命令或作成行政處分。

2.信賴表現

人民需因信賴行政行為而有客觀上具體表現信賴之行為。例如：安排其生活或處置其財產。若純屬人民主觀上之願望或期待而未有表現以生信賴之事實者，尚不足當之。

3.信賴值得保護

人民之信賴若有瑕疵而不值得保護時，即無信賴保護原則之適用。例如：無行政程序法第一百十九條所規定之情形。

(二)法規之廢止或變更是否有信賴保護原則之適用

而釋字第五二五號解釋（另可參照釋字第五二九號解釋）中，則更明確指出，信賴保護原則絕非僅限於授益行政處分之撤銷或廢止，即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規（包括法律、法規命令、解釋性或裁量性行政規則）公布（或發布）施行後，制定或發布法規之機關依法定程序與以修改或廢止時應兼顧規範對象信賴利益之保護。

1.法規變動之原因

又大法官在釋字第五二五號解釋中亦指出，不同之法規變更原因，當事人主張之信賴保護程度亦不相同：

(1)法規預先定有施行期間或因情事變更而停止適用

若法規預先定有施行期間，或因情事變更而停止適用，縱當事人對該法規之施行已有表現其生信賴之事實，因而受到不利影響者，亦不生信賴保護問題。

(2)因公益之必要廢止或變更法規



制定或發布法規之機關若基於公益之考量，即社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益時，自得依法定程序停止法規適用或修改其內容，若因此使人民出於信賴先前法規繼續施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者，倘現有的法規中無相關補救規定可資援用時（如稅捐稽徵法第四十八條之三等），基於信賴之保護，制定或發布法規之機關應採取合理之補救措施或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害。

(3) 非因公益之考量廢止或變更法規

若並非基於公益考量，僅為行政上一時權宜之計，或出於對部分規範對象不合理之差別對待，或其他非屬正當之動機而恣意廢止或限制法規適用者，受規範對象之信賴利益即應受憲法之保障。

2. 法規之溯及適用

法規之生效，原則上是向後發生效力（例如：法規明定自公布日或發布日施行）。惟實務上亦常見法規之效力溯及於公布日或發布日之前發生，或是對過去之事實或行為有所影響，一般稱之為「法規之溯及既往」。釋字第577號解釋即認為：「新訂生效之法規，對於法規生效前「已發生事件」，原則上不得適用，是謂法律適用上之不溯既往原則。所謂「事件」，指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂「發生」，指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言。其中，法規適用於在過去發生以及完結之事件者，為「真正之溯及」；反之，法規適用於過去開始，而尚未完結之事件者，則為「不真正之溯及」。此二種情形下，當事人對於法規之施行已有表現其生信賴之事實，因而受有不利之影響者，能否主張信賴保護原則，亦不相同。

(1) 真正之溯及

在法規「真正之溯及」下，若有利於人民，通常雖非憲法所禁止。惟若對人民之權益有所影響，則為憲法所不許，除非具有堅強之公益理由，且不違反信賴保護原則時，使例外容任其存在。

(2) 不真正之溯及

而在「不真正之溯及」下，新法並非溯及地取代舊法，而是與舊法相互銜接，進而接續於舊法之後施行，縱令其對過去之事實有所影響，但此種法規的變動過程，通常為受規範者所得預見，可以預作準備與因應，以減少損害。因此，原則上仍非憲法所禁止。但倘若人民對先前法規之繼續施行已有信賴，法規制定者即不能無視於人民對舊法規之信賴而任意更動法律，而應適當地訂定過渡期間條款，或採取其他的補救措施，以承受或緩和損害的發生，保障當事人之信賴利益。

二、某地方政府將某路段劃上禁止停車之紅線，沿線有某甲所經營超商「真便宜」，因許多平常開車上門顧客停車不便而不再上門之緣故，導致生意掉了三成。某甲認為地方政府決定劃紅線以前，並未讓沿線居民有表示意見機會，乃以所劃紅線違法侵害其財產權為由，提起訴願，請求塗銷紅線。試問某甲之訴願是否適法？其主張是否有理由？（二十五分）

命題意旨	本題主要在測試同學「交通標線的法律性質」、「公物之一般使用」以及「陳述意見」之規定。可說是九十年司法官第三題的姊妹題。
答題關鍵	時間有限下，要如何把實例題的相關考點回答完整，除了基本法律爭點外，對於案件事實的假設與分析，也相當重要。
參考資料	1. 翁岳生，行政法 2000，〈公物法〉（李惠宗執筆），頁 412 以下。 2. 陳敏，交通標誌之法律問題，當代公法新論（中），頁 181 以下。
高分閱讀	1. 高點重點整理系列《行政法 I》，黃律師（L244）（相似度 70%） P.2-175~179：交通標誌的法律問題 P.2-128~129：聽證權相關規定 2. 高點律師司法官歷屆試題詳解（L306），P.92-32~34：92 年檢事官第 4 題（相似度 70%） 3. 艾台大，行政法總複習第一回，P.96、98、126 4. 艾台大，行政法補充講義第三回 5. 艾台大，行政法補充講義第七回，P.80

【擬答】

(一) 茲就第一小題分析甲之訴願是否適法：

1. 本題中，由於甲主觀上認為，地方政府所劃紅線的行為，侵害其財產權，因此欲提起訴願，請求除去該劃



紅線行為所產生的規制力。對甲而言，正確的訴願種類，應是訴願法第一條的「撤銷訴願」，合先敘明。

- 2.又依訴願法（第一條、第七十七條）之規定，提起訴願應合乎一定之程序要件，訴願機關始得為實體上之審查及決定，一般稱為「實體決定之先決要件」或「程序合法要件」，就「撤銷訴願」而言，其要件為：
- ①訴願主體需為人民（即「當事人能力」）。
 - ②須有行政處分存在。
 - ③需主張行政處分違法或不當。
 - ④需主張權利或利益受侵害（即「訴願權能」）。
 - ⑤須具備權利保護之必要（即「訴願利益」）
 - ⑥需合乎訴願法定程式、遵守訴願法定期間，並向有管轄權之訴願管轄機關提起。
 - ⑦需其他法律無特別規定者。而本題中，甲之訴願是否適法，在程序合法要件的審查上，值得注意者有以下幾點：

(1)地方政府劃紅線的行為是否屬於「行政處分」？

- A.按行政程序法第九十二條第一項對於「行政處分」之定義（其要件為：a. 行政機關的行為 b. 公法行為 c. 直接發生法律效果的行為 d. 單方行為 e. 外部行為 f. 特定具體行為）中，值得本案檢討的要件為「具體事件」此一要件。
- B.首先，地方政府於該路段劃上禁止停車的紅線當時，其所規範的對象為「任何可能使用該路段之人」，是故，「相對人」於劃上該紅線時並未特定，因此並不屬於行政程序法第九十二條第一項之行政處分。
- C.其次，受該紅線規範的相對人，為「任何可能使用該路段之人」，亦無法透過「一般性特徵」來確定其範圍，因此亦不屬於行政程序法第九十二條第二項前段之「對人的一般處分」。
- D.由其規範的「相對人不特定」、「事件亦反覆發生規範效力」來看，似較接近行政程序法第一百五十條之「法規命令」。
- E.惟我國行政程序法第九十二條第二項後段完成立法後，對於「公物之一般使用」，國內學說多援引德國行政程序法（「對物一般處分」之概念）及學界通說，均認為應該包括交通標線在內。
- F.本題中，地方政府在某路段劃紅線的行為，按行政程序法第九十二條第二項之規定，應屬「對物之一般處分」。

(2)地方政府劃紅線的行為是否違法或不當？

- A.所謂行政處分之違法或不當，僅當事人在主觀上有其認定即可，不以客觀上確有違法或不當之情事為必要，蓋此係受理訴願機關為實體審查之事項。
- B.因此，縱使甲僅主觀上認為劃紅線之前，未予沿線居民表示意見機會，即逕予劃上紅線，乃屬違法之行政處分，訴願機關仍不應就此駁回當事人。

(3)甲之訴願權能是否受侵害？

- A.關於權利受有損害之主張，訴願機關原則上應就訴願人所陳述之事實關係予以觀察，若其權利因行政處分之存在而「可能」（即所謂「可能說」、「可能性理論」。又學說上另有「僅單純作此主張即可」之「主張說」見解）受有損害者，即為已足，至於訴願人之權益是否確實受有損害，則非所問。蓋於此僅涉及訴願程序要件之判斷，而未及有無理由之實體審查（最高行政法院六十九年度判字第三四號判例）。
- B.因此，地方政府劃紅線的行為是否確實侵害到甲之財產權，甲之主張並非顯無可能，訴願機關亦不應以當事人欠缺「訴願權能」駁回之。

(二)茲就第二小題分析甲之主張是否有理由：

- 1.地方政府劃紅線的行為，影響甲之營運，是否侵害甲之財產權？

在此應探討者是，對於公物的一般使用，究屬人民的公權利或僅是反射利益？又是否屬於憲法上所保障之基本權利（財產權）？

(1)對於公物的一般使用人而言，傳統見解認為僅是公物設置的「反射利益」，利用人只是在不相妨害的情況下得平等地自由使用公物以增進其生活便利而已，並非人民的「公權利」。若依此說，本案中地方政府劃紅線的行為，即未侵害到甲之任何權利。

(2)惟近年來，學說上對於公物使用之利益，逐漸傾向承認其可能具有「公權利」之性質。但理由則有所不同：

- A.有學者從基本權保障的觀點，認為地方住民有平等使用公物之權利（平等權構成論），或從憲法對人民行動自由之保障（自由權構成論），而承認公物的一般使用亦具有公權利之性質。
- B.亦有學者參考地方制度法第十六條第一項第三款規定，認為法律已承認人民對地方公共設施有使用之權（地方住民權論）。



C.另有學者認為公物的一般使用並非可一概而論地視為公權利，而應視利用者事實上對於公物的依賴程度不同而定（依賴利用論）。

(3)我們認為，公物的一般使用不宜一律認定為權利或反射利益，而應視具體情況而定，參酌「法律之整體結構、適用對象、所欲產生的規範效果，以及社會發展因素等綜合判斷」（可參照釋字第四六九號解釋理由書中所提出的「新保護規範理論」），視系爭當事人之利益是否有應予保護之必要。而本案中，甲所經營之超商位於該劃設紅線處，對於該道路的使用及依賴（不論是通行或是營業收入的減少），必大於其他偶而自由使用的居民，其對於該公物之利用存有極大的依賴，甚至是生活上的支柱。因此，該道路的利用，就甲而言，似應屬於「公權利」之性質。

(4)但此種公權利是否屬於憲法上所保障的財產權，即有疑義。蓋憲法上所保障的財產權，基本上是保護一種已經屬於權利主體的法律地位，而不包括未來的獲利機會或商機。該設置紅線的行為縱使影響甲的營業量，惟尚未侵及憲法上所保障財產權的程度。

2.地方政府劃紅線前未予沿線居民（即包括甲）陳述意見，是否屬違法的行政處分？

按行政程序法第一百零二條規定，行政機關作成限制或剝奪人民任何自由或權利之行政處分前，原則上應給予當事人陳述意見之機會。其所謂「權利」並非侷限於憲法上之基本權利，因此，縱使該設置紅線行為並未侵及甲（及沿線居民）之財產權，但對於其一般使用公物之權利，仍屬侵害。又劃設紅線的行為，對於甲之權益的影響（已如前述）並非「顯屬輕微」（行政程序法第一百零三條第六款，況且在陳述意見之方式，可依書面為之，對於行政效率的影響，實屬有限。又基於陳述意見對人民正當程序保障之重要性，此款規定在解釋上更有必要加以限縮其適用範圍）。因此，地方政府未予甲陳述意見即劃設紅線，乃違法之行政處分。

3.甲之主張在實體上是否有理由？

縱上所述，地方政府劃設紅線的行為，侵害甲之權利（但並非財產權）。又未於處分前給予當事人陳述意見（但若於訴願程序終結前已補正者，則即可治癒該處分之瑕疵，可參照行政程序法第一百四十四條），應屬違法之行政處分。但最後甲在訴願上是否有理由，仍需視主管機關設置紅線行為所欲追求的公益大小而定（例如：設置紅線禁止停車是基於消防安全的重大公益時，則另當別論）。

三、假設某縣政府於徵收公園預定地以興建公園時，誤將緊鄰預定地旁之非屬公園預定地之土地一併徵收，經一年時間興建完畢後，土地所有人始發現其土地誤被徵收，則其得循何種法律途徑以求救濟？又受理訴願之機關或行政法院若以該土地之發回，將造成公益之重大影響時，得如何作成訴願決定或裁判？（二十五分）

命題意旨	本題主要測試同學有關「結果除去請求權」及「情況判決（決定）」之相關概念。
答題關鍵	答題上應儘可能假設各種情況來擴張對於行政法題目的思維。
參考資料	1.李建良，無效行政處分與公法上結果除去請求權，月旦法學第 70 期，P.22、23。 2.翁岳生，行政訴訟法逐條釋義，P.560 以下（蔡茂寅執筆）。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《行政法 I》，黃律師（L244） P.2-149~158：行政處分之廢棄論（相似度 70%） P.7-25~50：訴願之提起（相似度 50%） P.7-77~89：訴願決定（相似度 60%） P.7-140~206：訴訟類型論（相似度 60%） 2.艾台大，行政法總複習第一回，P.81、119、169。 3.艾台大，行政法補充講義第六回，P.44、70、71、89。

【擬答】

(一)茲就第一小題分析當事人之法律救濟途徑：

本題中，首先應探討的是，縣政府究竟對當事人作出何種行政行為（包括行為數的認定，及各行為之定性）？又當事人對各該行政行為應如何救濟？由題意觀之，當事人權利受有侵害之情形有二：1. 主管機關誤將當事人之土地徵收。2. 主管機關於當事人之土地上興建公園。當事人之法律救濟途徑可分述如下：

1.主管機關誤將當事人之土地徵收



(1)行為之定性：

縣政府徵收當事人之土地，該徵收行為本身均具備行政處分之下述要件（A. 行政機關的行為。B. 直接發生法律效果的行為。C. 公法行為。D. 單方行為。E. 外部行為。F. 特定具體事件的行為），為行政程序法第九十二條第一項所規定之行政處分。

(2)行為之合法性：

A. 由於徵收處分之適法性涉及當事人得否及如何提起法律救濟途徑，因此有先予探討之必要。析言之，徵收處分若僅屬違法，但未至無效之程度，則人民應提起「撤銷訴願」（訴願法第一條）（及行政訴訟法第四條之「撤銷訴訟」），以除去該徵收處分之效力；反之，係爭徵收處分之瑕疵若已達無效之程度，則因該徵收處分自始不生效力，無從撤銷，故應提起「確認處分無效之訴」（行政訴訟法第六條第一項）。

B. 本題中，由縣政府「誤」將當事人之土地徵收觀之，可知其並未踐行土地徵收條例所規定之相關土地徵收程序（例如：同條例第十條之「舉行公聽會並聽取當事人之意見」、第十一條之「先行協議價購」等程序）。更重要的是，按釋字第五一三號解釋的見解，「…中央或地方興建公共設施，須徵收都市計畫範圍內原非公共設施用地之私有土地時，除法律另有規定（例如土地徵收條例第四條第二項）外，應先踐行變更都市計畫之程序，再予徵收，未經變更都市計畫即遽行徵收非公共設施用地之私有土地者，與上開規定有違，此一徵收行為性質上屬於有瑕疵之行政處分。…」就本題而言，縣政府未先將當事人所有之「非屬公園預定地」變更為「公園預定地」，即率予徵收，明顯屬於違法的行政處分，當事人得提起法律途徑，以資救濟。

C. 至於該違法處分之效力為何？參酌釋字第五一三號解釋的見解，由於「土地徵收若未依法公告或不遵守法定期間，即不生徵收之效力。」而縣政府「不遵守法定要件（未事先踐行變更都市計畫）」之徵收處分，其違法情節相較「未依法公告」的行為，顯然較為嚴重。是故，學說上有認為，基於「舉輕明重」的法理，主管機關違反都市計畫法（可參照該法第五十二條規定）規定所為之徵收處分，應屬具有「重大明顯瑕疵」之「無效行政處分」（行政程序法第一百十一條第七款）。

(3)當事人之法律救濟途徑：

A. 當事人應提起確認處分無效之訴以確認該徵收處分之違法性

縱上所述，對於縣政府上述無效之徵收處分，當事人於向縣政府請求確認其無效未被允許，或經請求後三十日不為確答者（行政程序法第一百十三條、行政訴訟法第六條第二項），得直接向高等行政法院（行政訴訟法第六條第三項）提起確認處分無效之訴（行政訴訟法第六條第一項前段）。由於確認處分無效之訴無須踐行「訴願前置主義」，亦無訴訟期間之限制，因此，縱使土地所有權人於徵收處分作成一年後始發現，亦得提起法律救濟途徑。退步言之，縱使前述該處分之瑕疵並未達重大明顯程度，當事人對於該違法得撤銷之行政處分，亦可於徵收處分作成一年後之「知悉時」起算三十日提起「撤銷訴願」，並於訴願決定書送達後兩個月內提起「撤銷訴訟」，請求救濟。

B. 當事人得提起課予義務訴願及課予義務訴訟請求回復土地移轉登記

此外，若縣政府已將當事人之土地移轉登記予國家，對於上述無效徵收處分所造成的違法結果（土地遭移轉登記），當事人若欲回復其土地被徵收前之合法狀態，在實體法上，稱之為「公法上之結果除去請求權」。而在因違法行政處分所生之結果除去請求權，學說上又稱之為「執行結果除去請求權」。在訴訟法上，當事人在確認該處分無效後，若欲請求行政機關除去該執行結果（土地遭移轉登記），而此等排除行為，由於尚需行政機關另為移轉登記行為（行政處分），因此，當事人應提起課予義務訴願（依訴願法第一條第一項提起「駁回處分訴願」或第二條提起「怠為處分訴願」）及課予義務訴訟（行政訴訟法第五條第一項之「怠為處分訴訟」及第二項之「駁回處分訴訟」），以資救濟。

2. 縣政府於當事人之土地上興建公園

至於縣政府於當事人之土地上興建公園的行為，屬於違法的「行政事實行為」。當事人若欲透過「結果除去請求權」以回復原狀（清除土地上之工作物）時，由於此時的排除行為僅需靠行政事實行為（單純的清理工作物），而無需涉及行政處分，當事人可透過「一般給付訴訟」（行政訴訟法第八條，且無訴訟期間之限制），以為主張。又基於訴訟經濟的考量，學說上有認為，行政訴訟法第一百九十六條（即「於判決中命行政機關為回復原狀之必要處置」）雖僅於「撤銷訴訟」中規定，基於保障人權之意旨，應可類推適用於「確認處分無效之訴」中適用。



3. 結論

縣政府誤將當事人之非屬公園預定地土地徵收，並在其上興建公園的行為。對於前者，屬於無效的行政處分，當事人得提起確認處分無效訴訟。若同時有移轉登記之行為，當事人另得提起課予義務訴願及課予義務訴訟，請求回復登記。至於後者，當事人得於前述確認處分無效訴訟中類推適用行政訴訟法第一百九十六條以回復原狀，或是另案提起一般給付訴訟，請求縣政府除去該地上之工作物。

(二)茲就第二小題分析受理訴願機關之決定及行政法院之裁判：

受理訴願機關或行政法院若以該土地之發回，將造成公益之重大影響之訴願決定及裁判方式：

1. 訴願機關

(1)若前述處分已達無效程度，自無需踐行訴願前置主義。

(2)但若前述處分尚未達無效程度，而僅得撤銷時，在訴願階段，按訴願法第八十三條「情況決定」之規定，「受理訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或不當。」又按訴願第八十四條之規定「受理訴願機關為前條決定時，得斟酌訴願人因違法或不當處分所受損害，於決定理由中載明由原行政處分機關與訴願人進行協議。前項協議，與國家賠償法之協議有同一效力。」

2. 行政法院

(1)若前述處分尚未達無效程度，而僅得撤銷時，在行政訴訟階段，按行政訴訟法第一百九十八條「情況判決」之規定，「行政法院受理撤銷訴訟，發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。前項情形，應於判決主文中論知原處分或決定違法。」又依同法第一百九十九條之規定，「行政法院為前條判決時，應依原告之聲明，將其因違法處分或決定所受之損害，於判決內命被告機關賠償。原告未為前項聲明者，得於前條判決確定後一年內，向高等行政法院訴請賠償。」

(2)但若前述處分已達無效程度，當事人提起確認處分無效之訴時，由於行政訴訟法並未明文設有準用規定，法院能否對之作出情況判決，即有疑義。鑒於情況判決（或情況決定）為法治主義即為特殊之例外（此種僅以訴訟上之規定而片面變更實體法上法律關係之制度，結果上幾近「就地合法」，即令合於公益目的，但顯然過分輕忽法治主義之要求），法院應儘可能自我抑制（但我國實務上顯然背道而馳，更有上訴法院指摘原審法院未引用情況判決，構成判決違背法令之例，可參照最高行政法院九十二年判字第1348號判決），避免濫用此一制度，在法無明文的情況下，自應認為無情況判決之餘地。

四、台北市捷運局因捷運工程施工，在台北縣捷運路線某路段周圍造成居民某甲等多戶房屋傾斜、地基下陷等損害。則某甲等能否，以及向誰，請求賠償或補償？試說明其法理依據。（二十五分）

命題意旨	本題為近期熱門的時事考題，主要測試同學對於國家責任內涵的掌握是否熟稔。
答題關鍵	答題上，一定要小題大作，從有限的題目去假設無數可能的現實情況，這就是行政法（無所不在啊）。
參考資料	1.董保城，國家責任法，P.20 以下、76 以下、160 以下。 2.陳敏，行政法總論，P.1072、1082、1158。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《行政法 I》，黃律師（L244），P.8-29~61：國家賠償之構成要件與行使（相似度 80%） 2.艾台大，行政法總複習第一回，P.119、120、184。 3.艾台大，行政法補充講義第六回，P.106、111、116、119、128。

【擬答】

(一)國家責任的意涵

國家行使公權力，無論合法或違法，皆可能使個別人民之自由權利受有不利益。在法治國家中，因公權力違法行使，致個別人民受有不利益，而由國家以財產給付所為之彌補措施，稱為「行政損害賠償」。反之，因公權力合法行使，使個別人民受有特別之不利益，而由國家以財產給付所為之彌補措施，稱為「行政上損失補償」（另可參照釋字第五七九號）。二者皆為「國家責任」的一環，合先敘明。而甲等能否，以及向誰請求賠償或補償，則應從具體個案事實，探討捷運局因施工所造成之損害，究屬公權力之合法或違法行使，不可一概而論。



(二)甲等居民可資主張之行政上損失補償請求權類型

1. 「徵收性質侵害」之意涵及法理依據：

若個人之財產權所遭受侵害，是來自公權力之「合法行為」，而該損害非該合法行為所意欲與預見，而是「附隨產生」造成財產權人之「特別犧牲」，若不予填補，即有違公平及保障人民財產權之要求。德國聯邦法院因而在法理上創立「徵收性質侵害」（亦有稱為「徵收作用之干涉」）之制度，對於此種行政行為合法，但「結果不法」的情形，使人民財產權因此所遭受之特別犧牲，亦給予補償。例如：市府依照法定程序擬定捷運工程計畫，興建捷運勢必造成沿線道路通行受阻，至沿線商家營運嚴重損害，甚至沿路民房龜裂受損等情形。

2. 甲等居民之救濟途徑：

本題中，應探討者是，若捷運局在施工過程當中，依照法定程序擬定工程計畫，亦善盡對於包商的監督管理措施，卻仍造成沿路居民甲等多戶房屋傾斜、地基下陷等損害，縱使該行為屬於基於「公共福祉」所為之合法公權力措施，但卻產生不可預見之附帶效果（若捷運局當初施工時仍可預見有違法後果的產生，則不屬之），且損害當事人之「財產權」（例如：本案之房屋傾斜、地基下陷致財務受損，或使原本業績正常的營業無法維持），且該違法結果對甲等居民造成不可期待之特別負擔（即「特別犧牲」）時，台北市政府捷運局仍應基於上述法理，給予當事人補償（由於「徵收性質侵害」，在於補償當事人為公共福祉而受之特別犧牲，法律如無特別規定，原則上應對當事人「所受損害」，給予全額補償）。由於此一補償性質為公法事件，法律無特別規定時（行政訴訟法第二條），應由行政法院管轄。是故，當事人之請求若遭補償機關拒絕，受損害人民得向行政法院提起「一般給付訴訟」（行政訴訟法第八條），以資救濟。

(三)甲等居民可資主張之行政上損害賠償

1. 若捷運局因施工所造成的損害是「違法」行使公權力所致，當事人可依據國家賠償法相關規定，請求國家賠償（但仍需踐行國賠法第十、十一條之「書面協議先行主義」，始得向普通法院提起損害賠償之訴）。至於該當「公務員行為之賠償責任」（國家賠償法第二條），或「公有公共設施之賠償責任」（國家賠償法第三條），由於二者的該當要件與賠償範圍並不相同，實有探討的必要。

2. 公有公共設施之賠償責任：

按國賠法第三條規定，必須是「公有」之「公共設施」，「設置」或「管理」有欠缺，至人民之「生命、身體、財產」受有損害，且具「相當因果關係」時，受害者始得請求國家賠償。有疑義者為，興建中並未完工之捷運工程，是否該當「公共設施」？從文義解釋來看，「公共設施」係指已經「設置完成」並有「供公眾使用意思及行為」之設施，就此學說及實務上並無異見。因此，本案中，台北市捷運局對於施工中之捷運工程，既未設置完成，又未有提供公用的意思及行為，縱使有施工或監工不當，亦不該當「公共設施」之要件。是故，甲等居民無法依據國賠法第三條主張公有公共設施之賠償責任。

3. 公務員行為之賠償責任：

按國賠法第二條（其要件為：①公務員之行為 ②執行職務行使公權力之行為 ③需為不法行為 ④需為有責行為 ⑤需因不法行為至人民受有損害）之規定，其中之「不法行為」，有可能透過公務員積極的違背職務侵害甲等居民之權益，亦可能透過公務員消極的怠於執行職務侵害甲等居民之權益，試分述如下：

(1)公務員積極的違背職務

若捷運局施工人員有違背對第三人應執行職務之行為，此時因施工不慎導致之損害，甲等居民可向捷運局（國家賠償法第九條第一項）請求國家賠償。但若是因包商的行為導致損害時，此時甲等居民是否可請求國家賠償，則有疑問。蓋此時捷運局將單純行政技術事務（承攬工程）委託私人業者，該私人業者在受委任契約範圍內，不是在行政機關逐步指示下進行施作，而是獨立施工，因而非行政助手；又因為係履行私法契約之義務，而非公權力之行使，故亦非行政受託人。學說上有參考德國實務見解認為，該業者若在施作過程中，受到委託機關支配指導程度愈強者，此時該民間業者實質上已具備國家賠償法執行公權力性質。因此，本文中，若參考前述見解，捷運局即不能因與包商簽訂私法契約而迴避國家賠償責任。

(2)公務員怠於執行職務

由於捷運局對包商依雙方締結契約，負有監督管理之責任，若捷運局怠於行使監督職責，導致包商施工不慎，致侵害甲等居民之權益時，甲等居民亦可向捷運局（國家賠償法第九條第一項）請求「公務員怠於執行職務」之國家賠償責任（另可參照釋字第四六九號解釋之見解）。



《行政法》

一、行政程序法施行前之「工程受益費」請求權是否有時效規定之適用？實務上見解如何？其是否妥當？請抒己見以對。(25分)

答題關鍵	熟悉行政程序法與其他程序法律之適用關係。
試題評析	本題於近年的考試中算是難題，應留意處處陷阱。
高分閱讀	1. 黃台大《高點行政法講義》，第1及第4回 2. 黃律師《高點重點總整理系列—行政法I》，P.2-204

【擬答】

(一)工程受益費之法律屬性

按國家依法對人民徵收之公法上債權，大體可區別為「稅」及「非稅公課」二類。所謂「稅」或「租稅」，乃無特定對待給付為其特徵；其餘公課，就作為國家提供公法上特定給付之對價者，尚可區分為「規費」及「受益費」。工程受益費乃屬受益費之性質，故工程受益費徵收條例第2條第1項規定謂：「各級政府於該管區域內，因推行都市建設，提高土地使用，便利交通或防止天然災害，而建築或改善道路、橋樑、溝渠、港口、碼頭、水庫、堤防、疏濬水道及其他水陸等工程，應就直接受益之公私有土地及其改良物，徵收工程受益費；其無直接受益之土地者，就使用該項工程設施之車輛、船舶徵收之。」即本此旨。故工程受益費乃公法上債權，由國家機關依法徵收，合先述明。

(二)工程受益費徵收條例與行政程序法之適用關係

按「工程受益費」請求權是否有時效規定之適用，所涉及者乃工程受益費徵收條例與行政程序法之適用關係。易言之，特殊之程序規定於行政程序法施行後有無適用之問題。蓋行政程序法第131條第一條，針對特殊性質之程序性法律設有排除規定。則其所稱「法律有特別規定」應如何適用？學理上容有不同見解：

1.完整除外規定說

本說以為，相對於其他程序性法律，行政程序法之規定為完整之排除規定。故涉及其他程序性事項之法律，例如稅捐稽徵法、都市計畫法、工程受益費徵收條例等，均為排除適用之範疇。

2.程序保障說

本說認為，行政程序之立法目的乃在保護人民之程序性基本權利。故倘有特別規定故以適用特別規定為原則。倘未有特別規定者，則適用於最有利於人民權利保障之法律，乃以有利於人民者為準。此說為目前學說通說。

本件所涉情形，乃未有法律明文規定之事項於行政程序法施行後之適用問題。於行政程序法施行後，工程受益費之徵收固應以適用行政程序法為原則；行政程序法施行前之事項，則應以對人民有力並提供較為完備之程序保障者為適用法律。就此以觀，行政程序法第131條1項所定之5年時效，與民法第125條所定之15年時效，當以前者為適用之原則。

(三)實務見解：最高行政法院92判字第507號裁判

然實務見解與學理有所出入者，乃最高行政法院92判字第507號裁判，認為行政程序法施行前之「工程受益費」請求權並無行政程序法第131條時效規定之適用，而應適用民法第125條之實效：「至行政程序法施行前已發生之工程受益費請求權之消滅時效期間，不適用行政程序法第一百三十一條第一項規定，應依行政程序法施行前有關法規之規定，無相關法規規定，應引用本院五十二年判字第三四五號判例意旨，類推適用民法第一百二十五條消滅時效之規定，因十五年不行使而消滅。」此一見解，至少有下列問題無從解決：

1.適用民法125條之結果，與前述程序保障說之意旨不符，亦未合乎行政程序法之立法目的。

2.「從新從有利」原則之適用：我國行政案件針對新舊法律規範之變動，出於信賴保護之考量，向以「從新從有利」原則作為其適用準則(參見中央法規標準法第18條)。本件最高行政法院裁判，即另不採行「程序保障說」之見解，亦應有「從新從有利」原則之適用。

二、某地方政府將早經公告確定之陸橋設置地點，不經正當法律程序擅自移至某甲開設之商店門前，試問陸橋之規劃、建造行為及將建造完成之陸橋提供公用之行為性質為何？於本案中某甲如何救濟？(25分)

答題關鍵	對物之一般處分之概念以及事實行為之救濟。
試題評析	本題於今年司法官特考的題目中，算是相對簡單的考題，也是一再出現的考古題型，對考生應較無威脅力。
高分閱讀	1. 高點黃律師《高點重點總整理系列—行政法I》，P.2-91 2-94；P.2-161 2-164 2. 高點《法觀人月刊》，第74期，P.54 56 3. 《高點專用講義(厚本)》--行政法第一回，P.356 366 4. 高點黃台大《行政法講義》，第5回。

【擬答】

(一)陸橋之規劃、建造行為及將建造完成之陸橋提供公用之行為性質如何？

1. 行政行為之內部行為與外部行為

按國家作成各種行政行為，俾以履行其公法上任務，然行政行為於體系上態樣多端。一般而言，吾人得就國家行為之作成是否足以直接發生法律效果，區分為法律行為與事實行為二類。所謂法律行為，乃指行為之結果足以發生法律效果之行為。例如行政處分、行政契約等。而所謂事實行為，則指由國家所作成不直接發生特定法律效果之行為。其中事實行為亦包括「內部行為」，係指行政行為中存在於行政機關內部，並不與人民直接發生一定關聯之行為。例如公務機關關於文書檔案之管理行為、機關內部之事務分配、乃至於行政決定作成以前之各種準備決定(包括內部會議、公文擬稿、計劃行政行為之決定等)，均屬內部行為。

2. 陸橋之規劃及建造，其法律屬性為何？

按國家機關設置陸橋等公共設施，係於公有之道路用地出於公物管理之權限所為之行為，性質上屬機關之內部行為。此等行為之作成，存在於行政機關內部，並不與人民直接發生一定關聯之行為。

3. 陸橋之開放利用，其法律性質如何？

與前述之規劃建造不同，其係屬行政程序法第92條2項後段所稱之「一般處分」。易言之：

提供公用之行政處分，係指形成公物關係之法律行為，係以行政處分為之者而言。如橋樑竣工剪綵、高速公路完工通車之公告、圖書館之開幕等，均屬所謂之提供公用之行政處分。提供公用之行政處分，性質上為「對物之一般處分」，析言之：

(1) 提供公用之行為，為「一般處分」

所謂「一般處分」，依行政程序法第92條第2項規定：「前項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，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」

(2) 提供公用之行為，為「對物處分」

所謂「對物處分」，係指行政處分之相對一方，並非一般之人民，而係特定之物之使用。惟邏輯上是否存在著「對物處分」之概念，並非無疑。故有學者指出，所謂對物處分，本質上其實亦屬對人之處分。

(二) 於本案中某甲如何救濟？

1. 對陸橋之規劃及建造有所不服之法律救濟

前已言及，陸橋之規劃及建造係行政機關之內部行為，原則上此等行為於我國行政救濟法中並無法律救濟方式。雖有學者主張，此等行為應可基於行政訴訟法第2條所規定之概括訴訟類型推導出我國法制上承認對其提起預防性不作為之訴或預防性確認之訴之可能，然此在我國訴訟救濟實務上尚未有具體前例可循，法院之態度亦尚不明朗。

2. 對陸橋之開放利用不服之法律救濟

前已言及，陸橋之開放利用行為係行政程序法第92條第2項後段所稱之公物設定行為，為一般處分。既係一般處分，亦為行政處分之一種，則當事人對開放通行利用之行為不服，當得根據行政訴訟法第4條第一項之規定，於訴願程序後提起撤銷之訴，訴請行政法院判決撤銷此一行為。

三、A國立大學法律系副教授某甲於民國九十年五月申請升等為教授。案經該系依據該校「教師升等作業辦法」(以下簡稱「辦法」)之規定，送請校外同學門專家學者三人審查，分別獲得兩位「極力推薦」與一位「推薦」之審查結論。該系教師評審委員會(以下簡稱「教評會」)旋評議通過某甲升等，報該院教評會。嗣該院教評會評議後，以投票方式作成不予升等之決定。某甲不服，經向該校教師申訴評議委員會申訴未果，爰向教育部提起訴願。

(一) 某甲主張：該系系主任某乙對其素懷成見，某乙既曾參與該案系教評會之評議，復又參與該案院教評會之評議，評議程序顯有瑕疵。試問某甲之主張有無理由？(10分)

(二) 某甲並主張：該院教評會以表決方式，作成不予升等之決定，顯屬違法。按該校「辦法」規定，教授升等評審應就申請人之「研究」(占60%)、「教學」(占20%)與「服務」(占20%)分別予以評分，何能以概括表決作成不予升等之決定？該校(院)答辯略謂：教師是否符合升等標準，涉及學術專業判斷，屬大學自治之範疇。前開「辦法」之規定僅供各級教評會參考，概括表決並無違法。試問訴願會應為如何之決定？(15分)

答題關鍵	本題的考點有二，第一小題在考程序法上作成決定之「正當程序」，第二題在考訴願會決定之種類。
試題評析	猶記得於考前提示班中，尚提醒考生注意救濟決定對機關裁量權限之尊重等問題，今年即出現於司法官考場之中。尤其應注意第二小題的陷阱：表面上看來在考升等決定的合法性、判斷餘地，實際上得分的關鍵問題是：本件訴願審議機關，應該發回另行處分？抑或自為訴願決定？要小心訴願法第81條1項之適用。
參考資料	《月旦法學教室》，第4期，P.26 27
高分閱讀	黃律師《高點重點總整理系列—行政法I》，P.1-157 1-161

【擬答】

(一) 該案院教評會之評議程序是否顯有瑕疵？

1. 本件情形作成決定程序，有無行政程序法之適用？

本件所涉之問題，乃行政程序法第32條「自行迴避」之適用範疇。惟在探討本件有無行政程序法第32條之適用之前，

尚應討論者，乃本件有無行政程序法之適用？按行政程序法第3條第3項第6款規定：「下列事項，不適用本法之程序規定：六、學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序。七、對公務員所為之人事行政行為。」其中第六款，依國內多數學說見解，係指為達成教育目的對傳統特別權力關係中之當事人所作之決定，大學教師並不與焉。又此是否為可能為該條項第七款所謂之「人事行政行為」？按公立大學教師固有可能為公務員服務法上所稱之公務員，然並非公務人員考績法上之公務員。況依大法官釋字第491號意旨，當事人所受之程序保護應從寬認定，故本件當有行政程序法之適用，合先述明。

2. 本件系主任某乙參與該案院教評會之評議，是否應迴避而未迴避？

(1) 行政訴訟法上之自行迴避

復按本件爭執問題之一，乃在於該系系主任某乙既曾參與該案系教評會之評議，復又參與該案院教評會之評議，有無違法。此涉及者乃我國法上行使國家權力作成決定之人員，其迴避制度之不同。作成決定之人員，倘若於決定前已經於其他程序參與原案之審議，構成行政訴訟法第19條第2款之自行迴避事由：「法官有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：二、曾在中央或地方機關參與該訴訟事件之行政處分或訴願決定者。」。

(2) 行政程序法上之自行迴避

然於行政程序法所規定之自行迴避事由，並不包括作成決定之人員於決定前已經於其他程序參與原案之審議之情形。蓋行政程序法第32條規定：「公務員在行政程序中，有下列各款情形之一者，應自行迴避：一、本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時。二、本人或其配偶、前配偶，就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者。三、現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者。四、於該事件，曾為證人、鑑定人者。」，並不包括此一情形。然學者亦指出，行政訴訟法第19條第2款之自行迴避事由，目的在於避免有作成決定權力之公務員因其曾於程序外參與前案之處理導致後案之救濟喪失其救濟之程序利益，此種情形於行政程序中亦可能發生。是故，行政程序中應可類推適用行政訴訟法第19條第2款之自行迴避事由，使作成決定之公務員負有自行迴避之義務。

3. 小結：本件情形，雖非行政程序法第32條所稱之「自行迴避」，依題示情形當事人亦未主張同法第33條1項2款「申請迴避」之適用。然為確保當事人之程序利益，宜類推適用行政訴訟法第19條第2款之事由，認本件系主任某乙於參與「系教評會」決議後復參與該案「院教評會」之評議，並非適法。

(二) 訴願會應為如何之決定？

1. 當事人之主張有無理由？

按本件當事人所主張理由之二，乃在於該校「教師升等作業辦法」本就教師升等決定，要求就升等決定區分「研究」、「教學」與「服務」等項目分別予以評分，此等規範，乃要求行政機關所為之行政行為說明其理由，與行政程序法第96條第2款之規範相符。是故該院教評會以表決方式，未說明理由而作成不予升等之決定，應屬於法有違，而構成恣意之行政行為。

2. 訴願審議委員會之決定：能否「逕為變更」？

然發生問題者，並非僅在於評議決定之違法，而在於訴願審議機關應如何決議。此應區分二不同層次思考：

(1) 訴願審議委員會有無權力作成決定？

按於行政領域之中，機關作成決定而不受他機關(尤其司法機關)審查者，包括「裁量」及「判斷餘地」等領域。本件機關主張謂教師是否符合升等標準，涉及學術專業判斷，屬大學自治之範疇，即屬此意。然判斷餘地之存在並非意謂著機關率意決定亦屬合法。大法官會議釋字第462號解釋理由書第二段即指出：「……教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷。受理此類事件之行政救濟機關及行政法院自得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量有無違法或顯然不當之情事……」。除承認此等事項為判斷餘地外，亦指明在顯有違法不當之情形下，不排除受行政救濟機關之審查可能性。故本件訴願審議委員會乃有權力審查並作成決定，當屬無疑。

(2) 訴願審議委員會應「如何」決定？

於訴願程序中當事人訴願有理由時，訴願審議機關所作之決定主要為撤銷原處分之全部或一部，並「逕為變更之決定」或「發回原行政處分機關另為處分」(訴願法第81條第1項)。其中就「逕為變更之決定」或「發回原行政處分機關另為處分」之選擇，原則上係依訴願審議機關之裁量權限，視事件性質而為決定。然於下級機關享有判斷餘地情況中，訴願審議機關雖可審查並撤銷原處分，但僅能發回原機關另為處分，並不得自為變更決定，俾尊重下級機關所具有之判斷空間(參酌大法官會議釋字第319號解釋一部不同意見書)。

3. 小結：本件倘認訴願人之訴有理由，訴願審議機關應依據訴願法第81條第1項之規定，撤銷原處分並發回原機關另行決定，不得逕為變更之決定。

四、(一)依行政執行法第九條第一項之規定，義務人對執行命令，得於執行程序終結前，向執行機關聲明異議。

試問：義務人得否不聲明異議，而提起訴願？(10分)

(二)承上題，義務人對聲明異議之決定如有不服，能否提起行政訴訟，以資救濟？(15分)

答題關鍵	區分行政執行之救濟手段與訴願之不同。
試題評析	本題於近年的考試中算是難題，應留意處處爭議。
高分閱讀	1.黃律師《高點重點總整理系列—行政法II》，P.5-28 5-31

2.《高點專用講義(厚本)--行政法》第一回，P.412 413
3.黃台大《高點行政法講義》，第4回

【擬答】

(一)義務人能否不聲明異議，而提起訴願？

1.聲明異議之概念

所謂聲明異議，乃行政上強制執执行程序之中義務人或利害關係人保全權利之制度。故針對執行機關之執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事如違法或不當時，當事人得依行政執行法第九條之規定：「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，得於執执行程序終結前，向執行機關聲明異議。」提出異議之聲明。提出異議之標的，包括「執行命令」，亦即行政執行機關於執执行程序中所發之各種命令，例如命義務人報告財產狀況(行政執行法第14條)、或命義務人提出相當擔保或限制其住居(行政執行法第17條)。

2.義務人能否不聲明異議，而提起訴願？

執行命令之屬性，亦為國家機關於公法上就單方權利義務關係為之決定或措施，故其亦屬行政處分，並無疑義。惟發生問題者，乃在於其得否運用行政執行法第9條聲明異議以外之救濟途徑？學理上容有爭執：

1.甲說：容許提起訴願

基於保障人民權利之理由，且執行命令尚有涉及第三人權利義務之可能。故以許其提起一般性之爭訟為宜。

2.乙說：僅得提起異議之聲明

考慮及於行政執行之程序貴在迅速，則行政執行措施無論是否為行政處分，均僅許其提起特別救濟。

目前多數見解係採行後說。故原則上，當事人當不得就執行命令不聲明異議，而提起訴願。

3.小結：當事人當不得就執行命令不聲明異議，而提起訴願。

(二)義務人對聲明異議之決定如有不服，能否提起行政訴訟，以資救濟？

1.聲明異議之決定如有不服之救濟

受行政執行之當事人依據行政執行法第9條之規定聲明異議，遭機關作成不利決定，能否提起行政訴訟，以資救濟？學理上亦有不同見解：

(1)甲說：得容許提起行政訴訟

此說以為，異議決定亦為行政處分，且為代替訴願程序之決定。故當事人倘有不服，亦得提起行政訴訟。德國行政法院法第42條一項，亦採此說。

(2)乙說：類推適用「程序行為」

此說以為，異議決定雖亦為行政機關單方面所作成之處分，然於此一決定之外，通常當事人存有本案不服之決定，故應適用或類推適用行政程序法第174條之規定，原則不許單獨救濟。例外於執行命令得作為行政程序法第174條但書之「得強制執行」之執行名義時，得單獨救濟。

愚意以為後說可採，應依行政程序法第174條決定該等命令得否提起行政訴訟。

2.小結：義務人對聲明異議之決定如有不服，原則上不許單獨救濟。例外於執行命令得作為行政程序法第174條但書之「得強制執行」之執行名義時，得單獨救濟

《行政法》

一、某縣警察局為增加交通違規行為取締的「業績」，在寬敞筆直向來時六十公里的外環道路上，突然設立一個臨時的五十公里速限標誌，該速限標誌雖然明顯，但係屬突然改變，與一路走過來的速限不同，多數用路人均反應不及，而被設立在該標誌後方不遠處的「雷達測速照相器」所拍攝存證。請問(四十分)

(一)警察局設置「速限標誌」是否為行政處分？

(二)本題所示突然降低速限之決定，是否違法？如何判斷其違法性？

命題意旨	交通標誌的問題很多年沒出了！本題主要命題意旨，主要測驗考生就行政法上各項制度能否靈活運用、行政處分與行政命令之區別能否掌握，尤其題目中隱有陷阱，蓋規範是否明確與明不明顯沒有關係，而係以「預見可能性」作為判斷基礎。
答題關鍵	能將關鍵大法官解釋標出，及指明規範明確性之內涵。
參考資料	1.黃律師，行政法，頁 2-89~2-92、2-164~2-172，高點出版。 2.高點黃台大行政法講義第 2 回，頁 36。

【擬答】

(一)警察局所設置之「速限標誌」是否為行政處分？

1.行政處分之概念：所謂行政處分，係指行政機關就公法上具體案件所做之決定或其他公權力措施，發生個案之權利義務關係者(參見行政程序法第 92 條第 1 項)。又，行政處分與行政命令之區別，主要乃在於前者係「個別性、具體性」之個案決定；而後者乃係「一般性、抽象性」之通案決定。於行政處分與行政命令之間，尚存在一中間類型，即所謂「一般處分」，亦即行政處分中，相對人雖非特定，然依其一般性特徵可得確定之情形，乃行政程序法第 92 條第 2 項：「前項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，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」，合先述明。

2.交通標誌標線是否為行政處分？

就交通標誌之法律屬性言，紅綠燈、鐵路平交道等會隨個別環境加以變動之決定，乃屬行政處分之性質並無疑義。惟固定不動之交通標誌或速限規定(例如：單行道、禁止左轉、速限六十公里等)，其法律屬性為何，德國行政法學說上素有爭執。詳言之：

(1)甲說：法規命令說(德通說)

因交通標誌性質抽象且相對人不確定，不似紅綠燈等自動設備可於一定期間內自動確定其相對人。故係一般性、抽象性之規範。

(2)乙說：對人之一般處分說(德實務)

設置管制交通器材之目的，在於對其面前所存在之人為命令之行為，故應屬相對人可得特定之行政處分。

就我國行政程序法之規定以言，雖行政程序法第 92 條第 2 項後段明訂公物之管理行為亦屬一般處分，惟本件並非由公物主管機關所作成之決定，而係由一般警察機關所作成之禁止限制行為，應認並非一般處分之性質，而係法規命令亦即行政命令之一種。故警察機關依照相結果開單處罰，方屬行政處分，速限標誌本身並非行政處分。

3.結論：本題「速限標誌」並非行政處分。

(二)本題所示突然降低速限之決定，是否違法？如何判斷其違法性？

1.法治國家規範行為之要求：規範明確性之原則法治國家，於法律規範制定之行為中受有一般性之拘束，亦即所謂「明確性」或「規範明確性」之原則。所謂明確，係指國家之行為應具有「預見可能性」及「審查可能性」等要求，乃大法官釋字第 432 號所明示。

2.國家行為之正當性：誠實信用國家機關行使其職權，應使用誠實信用之方法，不得故入人罪，以減損國民對國家權利之信賴。是以行政程序法第 8 條前段規定：「行政行為，應以誠實信用之方法為之。」，即為此意。

3.突然降低速限，是否違法之判斷？

就本件情形，其所應討論者，乃有無違反規範明確性之要求。雖警察機關設置之降低速限標誌至為清楚明顯，惟倘係無法預期之突然改變，導致反應不及，應認係無「預見可能性」，而有違反規範明確之原則。其次，以人民不及反應作為裁罰基礎，亦屬違反誠實信用之原則。

4.結論：本件行政機關之行為，因違反規範明確性原則及誠信原則，係屬違法。

二、設有某證券公司之經理於辦理某基金之業務時，涉嫌為自己之利益，以不正當之行為造成基金受益人之權益嚴重受損。主管機關財政部證券暨期貨管理委員會(以下簡稱證期會)經調查後，以其違反證券交易法上之規定，乃依該法第六十六條第二款之規定「證券商違反本法者，除依本法處罰外，主管機關並得視情節之輕重，為左列處分：二、命令該證券商解除其董事、監察人或經理人職務。」去函要求該證券公司解除其總經理之職務。請回答下列問題：(三十分)



- (一) 本案中之證券公司及總經理，若以該函有違法之處，是否皆得提起訴願，請求救濟？
- (二) 若該證券公司遲遲不解除其總經理之職務時，證期會得依行政執行法上之規定，採取何種手段督促其履行？
- (三) 若證期會於作成函之處分前，並未通知該總經理陳述意見，則該處分是否違法？

命題意旨	非常標準的實例題考法！應掌握關於行政處分之概念、行政處分之效力、行政執行以及行政程序法之條文。
答題關鍵	能將關鍵爭點(行政處分、相對人)，及指明具體之結果。
參考資料	1. 黃律師，行政法，頁 2-95~2-98、3-62~3-65、4-98~4-114、6-35~6-40，高點出版。 2. 高點黃台大行政法講義第 2 回，頁 126 以下。

【擬答】

(一) 本案中之證券公司及總經理能否提起訴願？

1. 要求解除總經理職務之公函，其法律屬性本件主管機關依證券交易法所作之命證券商為一定行為不行為之決定，係屬行政機關單方面所作成之行為，並無疑義。惟發生疑問者，其所產生之權利義務關係係命人民(券商)為一定之行為，乃發生間接之法律效果而非直接之法律效果，能否該當於行政程序法第 92 條一項所稱之行政處分？學說係採肯定見解，認為直接發生法律效果，包括對第三人或相對人生效之情形。故本件公函屬行政處分，並無疑義。
2. 證券公司及總經理能否提出訴願？
本件情形，該證券公司係屬行政處分之相對人，並因此負擔有公法上一定之作為義務得提起訴願並無疑義。惟構成問題者，乃該總經理並非處分相對人，得否訴願不免有疑。惟目前通說傾向認為行政處分之第三人倘確有值得保護之利益受國家機關侵害，亦有一訴願法第一條第一項提起訴願之可能。
3. 結論：本案中之證券公司及總經理均得提起訴願。

(二) 若該證券公司遲遲不解除其總經理之職務時，證期會得依行政執行法上之規定，採取何種手段督促其履行？

1. 行政執行之手段選擇：針對人民公法上負有作為或不作為義務而未加履行之情形，行政執行法分別設有「間接強制」及「直接強制」之措施，促其履行。所謂「直接強制」，乃以國家機關以物理上手段使權利義務達於已履行之同一狀態(參見行政執行法第 28 條第 2 項)。間接強制者，指同法第 28 條第 1 項所定之代履行及怠金。二者之間，尚應優先適用間接強制，為同法第 32 條所明訂。
2. 命解除經理人職位之執行：按公司之經理人與公司間所發生者，乃私法上之委任關係，基於私法契約債之相對性，僅能由該公司為解任行為，並非得由他人代行之行為，故行政機關就此所能採行之手段，僅有行政執行法第 30 條第 1 項所定之「怠金」：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為不能由他人代為履行者，依其情節輕重處新台幣五千元以上三十萬元以下怠金」。
3. 結論：本件情形，證期會得依行政執行法第 30 條第 1 項課該公司怠金。

(三) 若證期會於作成該函之處分前，並未通知該總經理陳述意見，則該處分是否違法？

1. 陳述意見之概念：行政程序法第 102 條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」故知，於我國行政程序法上，機關作成不利利益之行政處分，均應予以人民陳述意見之機會。
2. 陳述意見權之例外排除：又行政程序法第 103 條，針對例外之情形，規定有排除陳述意見之項目。與本件有關者，闕為該條第 4 款所定之「行政強制執行時所採取之各種處置」。惟本題所示情形係針對命解職之行政處分，並非課怠金之處分，故應無本條之適用，而應予相對人陳述意見之機會。
3. 行政程序法第 102 條所稱之「相對人」：於本件情形發生問題之二者，乃在於該經理人並非處分之直接相對人，而係第三人之情事，則其是否該當於行政程序法第 102 條所稱之「行政處分相對人」？就此學說上固有爭議，惟考量及於行政法上對第三人地位之普遍承認，應認本條所稱之相對人，包含第三人之情事。
4. 結論：本件係屬行政程序法第 102 條所規定之情形，尚未給予該經理人陳述意見機會，自屬於法有違。

三、A 市市政府擬將市立萬全醫院委託財團法人 B 私立醫院經營。依委託契約所載，B 醫院接受委託經營期間，萬全醫院對外行文仍為 A 市市立萬全醫院，但 B 醫院就萬全醫院之人事、財務、經營及管理有自主決策權。請問(三十分)

- (一) A 市市政府將市立萬全醫院委託財團法人 B 醫院經營的行為，是否需要個別法律之授權？
- (二) B 醫院經營萬全醫院期間，因醫院內部設施管理的欠缺，致病患家屬 C 受傷。C 可否就其所受損害請求國家賠償？如果 B 醫院是以自己名義經營萬全醫院，答案是否不同？

命題意旨	關於國賠法的運用問題，為實務上所爭執之項目。尤其 BOT、BOO 等公有民營之關係有無國賠法之適用，近有重要文獻出版，應加留意。
答題關鍵	能將關鍵爭點指出，尤其「公有民營」之法律關係應特別留意。
參考文獻	董保城，國家責任法，頁 172。
參考資料	1. 黃律師，行政法，頁 5-19~5-22、5-41~5-42、7-51~7-54，高點出版。



2.高點黃台大行政法講義第三回，頁 83 以下。

【擬答】

(一)A 市立醫院委託經營之行為，要否法律依據？

1.委託經營之法律關係：受託行使公權力？私法契約？

按本件情形，A 市立醫院委託 B 市立醫院經營之行為有可能為「受託行使公權力」之關係；亦有可能為私法上之委託行為。倘係前者，則依據行政程序法第 16 條之規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」，應有法規之依據。惟查，所謂受委託行使公權力之行為，乃以公權力行使為其要素；倘若並未使人民取得相當於國家機關之地位，亦即未有公權力之行使，則屬私法契約之屬性，當可由機關依職權為之，毋須個別法律之授權(參見法務部 89.08.02 法 89 律字 021106 函，關於公有古蹟委託私人管理之函釋)。醫院從事醫療行為，性質上屬行政私法行為之一種，乃以私法手段作為其主要之行使職權方式，應不涉及公權力行為。故本件係屬私法行為之屬性，並無疑義。

2.結論：A 市立醫院委託經營之行為，不需另有法律依據。

(二)B 醫院經營管理期間所導致之管理欠缺及賠償

1.B 醫院以 A 醫院之名義從事醫療行為

本件 B 醫院以 A 醫院之名義從事醫療行為，有無國家責任之適用，關鍵乃在於市立醫院此等事業機構是否為國家賠償法第 3 條第 1 項所稱之公有公用設施？按「公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負損害賠償責任。」；乃國家賠償法第 3 條第 1 項所明訂。又此項賠償責任，係屬無過失責任。本件市立醫院是否為國家賠償法第 3 條第 1 項所稱之公有公用設施？學者多採肯定見解，尤其公營事業機構受行政法規拘束(包括財務會計、人事)，性質上接近公法組織。是以名義人為 A 醫院，作成侵害行為有國家賠償法之適用，並無疑義。

2.B 醫院以自己之名義，有無國賠法之適用？

倘若 A 醫院委託 B 醫院經營，以 B 醫院名義作成行為，有無國賠法之適用？學者固有指出類似 BOT、BOO 等公有民營之設施既以營利為目的，而應適用民法規定者，惟愚意以為此等管理、規劃及營運行為實均受政府高度管制，以達公共服務之目的，仍應有國家賠償法之適用。

3.結論：本件情形，無論 A 醫院或 B 醫院為名義人，均應有國家賠償法之適用。



《行政法》

一、何謂比例原則？試依行政程序法第七條之規定說明之（十三分）。又行政機關修正法規命令時之程序與應遵行之原則為何，試分述之（十二分）。

命題意旨	1.比例原則之概念。 2.法規命令「修正」之程序與原則。
答題關鍵	1.基本概念與法條記誦題。 2.由於是基本概念型的考題，大多數同學都會回答，因此同學答題時應儘量在有限時間內力求深入周延。 3.注意題目所問的是法規命令「修正」之程序與原則，關於行政行為應遵守之程序，本班教師於考前已一再呼籲同學應多加注意。至於法規命令修正應遵守信賴保護原則（釋字第 525 號解釋），這也是考前再三說明的要點。
擬答鑑示	1.參考：蔡震榮，論比例原則與基本人權之保障，收於《行政法理論與基本人權之保障》，頁 103 以下。 2.參考：蔡宗珍，公法上之比例原則初論 - 以德國法為中心，政大法學評論第 62 期，頁 75 以下。 3.參考：高點律師司法官行政法專用講義（第一回），頁 44-45、275-277。 4.參考：高點律師司法官行政法總複習講義，汪老師編，頁 15、18-20、68。 5.參考：高點司法特考考場錦囊，重要釋字重點提示，命中！

【擬答】

(一)所謂「比例原則」，在我國原非實定法上用語，不過學說上多認為根據憲法第 23 條的「必要」之概念，以及根據土地法第 208 條、土地法施行法第 49 條、警械使用條例第 5 條與第 8 條、集會遊行法第 26 條、行政執行法第 3 條法律中關於「必要性」要件的抽象化及一般化，可以導出「比例原則」作為公法（憲法與行政法）上的一般原則。為比例原則之內涵為何，除了「必要性」的概念外，是否還包括其他次原則，則未必明確。近來行政程序法第 7 條則不僅確認了「比例原則」作為行政法上的一般原則，得拘束「行政行為」（至於比例原則對立法行為之拘束，大法官解釋也多次加以肯認，並以憲法第 23 條為依據，例如較近的釋字 523 號、528 號等解釋）。更重要的是行政程序法第 7 條首次將比例原則的內涵以實定法加以確認，包含「適合性（適當性）原則」、「必要性原則」（或稱「最小侵害原則」）與「均衡性（相當性）原則」（或稱「狹義比例原則」）三個子原則，茲說明如下：

- 1.行政程序法第 7 條第 1 款規定：「採取之方法應有助於目的之達成。」學理上稱之為「適合性原則」或「適當性原則」。此一原則為「目的取向」的要求，行政所採取的方法或手段必須能夠達成目的。不過，方法或手段是否真的能夠達成目的，往往涉及對於手段與結果間因果關係的預測，依德國法院實務見解，法院不能要求行政機關的預測絕對正確，換言之，不能僅以後來實施後結果未能達成，就認為行政機關違反「適合性原則」。只要行政所採取的方法或手段不是完全無助於目的之達成，仍屬在預測的合理範圍內，即可通過此一原則之檢驗。
- 2.行政程序法第 7 條第 2 款規定：「有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。」學理上稱之為「必要性原則」或「最小侵害原則」。此一原則涉及在達成相同目的下，是否存在多種手段的預測（此與前述「適合性原則」有關），以及手段與手段之間的價值衡量。哪一種方法對於人民權益侵害較少，有時有比較客觀的評價依據，可提供法院作為審查基礎，有時則涉及主觀價值選擇，例如為興建一座新學校，應該拆除舊寺廟，還是舊市場，此時法院對於「必要性原則」的審查十分困難，除非憲法或法律已提供法益衡量的評價標準，否則法院多半會尊重行政機關的價值選擇。
- 3.行政程序法第 7 條第 3 款規定：「採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」學理上稱之為「均衡性原則」或「狹義比例原則」。此一原則涉及手段與目的間之價值衡量，與前述「必要性原則」的情形類似，有時有較客觀的評價依據（例如透過社會科學的「成本效益分析」），有時則涉及主觀價值選擇而不易判斷（例如在前述例子中，是否應該為興建新學校而拆除寺廟）。
- 4.由以上說明可知，行政程序法第 7 條雖然確立了比例原則的三項子原則，但在適用上仍有模糊與困難之處，仍待實務與學說發展出更精細的審查標準，以充實其內涵。

(二)關於行政機關修正法規命令時之程序與原則，茲說明如下：

- 1.行政機關修正法規命令時應遵守之程序：根據行政程序法第 151 條第 2 項規定，準用法規命令訂定之程序。因此法規命令之修正，除由行政機關自行草擬者外，並得由人民或團體提議為之（準用同法第 152 條）。受理前條提議之行政機關，應準用同法第 153 條規定分別處理：非主管之事項，依第十七條之規定予以移送。無須修正法規命令之事項，附述理由通知原提議者。有修正法規命令之必要者，則著手研擬草案。行政機關經人民提議或自行草擬修正草案後，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，應踐行同法第 154 條所定之「公告與評論」程序，亦即根據該條所定之公告內容，將修正草案全文或其主要內容，刊登政府公報或新聞紙，公告後任何人得於公告所定期間內向指定機關陳述意見。如法律規定

應經聽證者，則必須舉行聽證。修正法規命令倘若依法應經上級機關核定者，應於核定後始得發布；否則制定機關得於公告所定期間屆滿後，經斟酌人民所提供的意見後，將原案內容或修改後的內容發布，使法規命令修正內容生效。此一發布程序，亦須刊登政府公報或新聞紙。至於行政機關若未採取人民陳述之意見，是否須說明理由，法無明文，有學者認為根據同法第 43 條的意旨，行政機關亦應將理由一同刊登政府公報或新聞紙，併此說明。

- 2.行政機關修正法規命令時應遵行之原則：對於法規命令之內容，行政機關固有自由形成之空間，學理上稱為「訂定命令之裁量」。惟裁量時行政機關仍須符合法律授權意旨，不得逾越授權母法之內容，同時必須遵守一般法律原則。修正法規命令時，特別須注意信賴保護原則之適用，最近大法官公布釋字第 525 號解釋，闡明行政法規之廢止或修正，亦適用信賴保護原則，誠值重視。茲將該號解釋與法規命令修正有關部分說明如下：(1) 因公益之必要，行政機關固得修改法規命令之內容，但若因此人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害。(2) 大法官強調「實體法上利益」，似認為所修正之內容若屬程序規範，尚無信賴保護原則之適用。(3) 若須修正之法規命令有重大明顯違反上位規範情形，或係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護。(4) 純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍。除了信賴保護原則之外，行政機關修正法規命令時仍應遵循其他一般法律原則，例如：比例原則、平等原則之拘束，自不待言。

二、中央某部會於辦理財物採購時，政務次長甲命主驗公務員乙於驗收時減價收受，以完成採購程序，乙以驗收物品與規定不符而拒絕接受甲之指令。嗣後甲以乙延誤採購時機為由，將乙調職並評定其年度考績為乙等。試問：

(一)乙不服從甲之指令是否合法？(十二分)

(二)乙不服調職處分及年度考績時，得提起何種行政救濟？(十三分)

附：政府採購法第七十二條第二項：「驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用，經機關檢討不必拆換或拆換確有困難者，得於必要時減價收受。其在查核金額以上之採購，應先報經上級機關核准；未達核查金額之採購，應經機關首長或其授權人員核准。」

命題意旨	1.公務員之服從義務。 2.調職與考績乙等之法律性質。 3.申訴與復審程序之適用。
答題關鍵	1.本題所涉及的觀念並不困難，因此答題時宜兼顧學說與實務見解，力求周延。 2.注意在說明完相關法條與學說爭議後，一定要再對於實例內容進行分析，以符合解答實例題之要求。 3.保訓會決定的文號雖可不必引出，但同學應該說明實務上的見解，以求完整。
擬答鑑示	1.參考：吳庚，行政法理論與實用，增訂七版，頁 242-244。 2.參考：林明鏞，公務員法研究（一），頁 157-165、183。 3.參考：高點律師司法官行政法專用講義（第一回），頁 217、228。

【擬答】

(一)茲就第一小題分析如下：

- 公務員對於上級長官的指令是否得拒絕服從？對於此一問題應兼顧行政監督權的法理與依法行政原則加以思考。若上級長官的指令並未違法，所屬公務員自應服從，不得僅以「不合目的」、「不當」、「不符公益」等理由而拒絕遵守，蓋依民主原則與行政監督法理，所屬公務員應受上級長官之指揮監督，監督範圍包括合法性監督與合目的性監督，而由負政策責任的政務官就其決定向人民與民意機關負責。若上級長官的指令違法，所屬公務員是否可以拒絕服從？由行政一體與行政監督權的角度，似應採取「應服從說」（或稱「絕對服從說」），若由依法行政的角度，則似應採取「不服從說」（或稱「相對服從說」）。亦有嘗試折衷兩者，認為在明顯違法（例如所要求行為構成犯罪或違反人性尊嚴）時，得拒絕服從，而違法尚未達明顯程度時，所屬公務員則應服從（或稱「明顯違法說」）。比較法上另有在兼顧行政監督權的法理與依法行政原則下，建立指令內部審查機制（或稱「命令異議制度」），課與所屬公務員對於違法指令負有「陳訴義務」或「報告義務」，請求上級長官或再上級長官再行審查該指令，如上級長官或再上級長官認為指令合法，則除該指令明顯違法外，公務員應該服從，此一制度值得參考。惟我國目前公務員服務法第二條規定，「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」所屬公務員對於上級長官之指令，不論是否違法，似乎偏向「應服從說」，僅得向上級長官陳述意見而已。
- 於本題中，部會辦理財物採購應屬該部會政務次長甲之監督範圍，政務次長甲自得對於主驗公務員乙發布指令，指示如何辦理。就指令內容而言，驗收結果與規定不符時，採取減價收受並非當然違法，惟須符合政府採購法第七十二條第二項規定之要件。本件採購是否符合「不妨礙安全及使用需求」、「無減少通常效用或契約預定效用」、「必要時」等要件，應依事實認定，惟若主驗公務員乙與政務次長甲對於這些要件意見不一致時，依行政監督法理，應以甲之判斷為準，乙應服從甲之指令。但是政府採購法第七十二條第二項另規定「經機關檢討不必拆換或拆換確有困難」之要件，依題意甲所發指令似乎未經「機關檢討」之程序，則甲之指令應有違法，但此一違法尚未至明顯重大程度。不論根據公務員服務法第二條規定的「絕對服從說」，或是學理上折衷見解的「明顯違法說」，乙應遵守甲之指令。惟吾人認為未來宜建立前述「指令內部審查機制」，以兼顧行政監督與依法行政原則。
- 小結：依公務員服務法第二條規定，乙只能向甲陳述意見，乙不服從甲之指令為違法。

(二)茲就第二小題分析如下：

- 1.根據公務人員保障法（以下簡稱「保障法」）第十八條、第二十一條與第二十三條規定，公務員對於服務機關所為之「行政處分」，得依該法提起復審、再復審，並得提起行政訴訟。若不屬行政處分性質的「工作條件與管理措施」，則僅能依該法提起申訴、再申訴，不能提起行政訴訟。本題中乙不服調職處分及年度考績乙等時，應循何種程序進行救濟，端視「調職處分」與「年度考績乙等」是否為行政處分而定，合先敘明。
- 2.先就「調職處分」而言，大法官並未對此直接表示意見，惟依釋字第 298 號解釋，「足以改變公務員身分」或「對於公務員有重大影響」者，可認為對外直接發生法律效力，為行政處分。調職處分並未改變公務員身分，至於是否對公務員有重大影響，須視具體情形認定。倘若將公務員調派指同機關的另一職務，對其職等與俸給皆未受影響，可認為並未涉及公務員之個人地位，對於公務員並無重大影響，並非行政處分。倘若將公務員調派至另一機關（有學者稱此為「調任」、「調動」），或是雖未調至另一機關，但職務調動已影響到公務員個人權益，則仍可能認定為行政處分。德國實務上對於不影響職等與俸給的職務調動，多認為不具行政處分性質。我國考試院公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱「保訓會」）亦認為調職處分不是行政處分（參見 86 公審決字第 0029 號決定書）。本題中，乙仍在原機關任職，且其職等俸給等個人權益似未因調職而受影響，此一調職應不屬行政處分，乙有所不服僅能依保障法第二十三條規定，向服務機關提出申訴，不服函復者，得於函復送達之次日起三十日內，向保訓會提起再申訴。
- 3.再就「年度考績乙等」而言，根據公務人員考績法第七條規定，考績結果將影響到公務員的俸級與考績獎金，換言之，已影響到公務員個人之法律地位，惟是否構成行政處分，實務上多以釋字 243 號解釋為依據，認為除了考績丁等免職為行政處分外，考績乙等或丙等均不具行政處分性質，僅能依法提起申訴、再申訴（參見 86 公申決字第 0007 號；第 0012 號決定書）。惟吾人認為我國的考績制度直接與公務員個人權益相連結（影響俸級與考績獎金），認為屬於行政處分似較妥當，使公務員有向行政法院提起行政訴訟之機會。本題中，乙受評定年終考績乙等，在目前實務見解下，僅能依保障法第二十三條規定，向服務機關提出申訴，不服函復者，得於函復送達之次日起三十日內，向保訓會提起再申訴。

三、在甲市市政府公報及其他新聞紙刊登一則有關甲市市立圖書館開放時間之公告，其內容為：自民國九十一年一月一日起，每週星期一下午停止開放，暫停所有服務。甲市市民乙是市立圖書館的經常使用者，其認為此項公告並未附有任何理由，且並未舉行聽證程序或未給予人民陳述意見之機會，因此並不合法。

(一) 此項公告之法律性質為何？（十分）

(二) 試評論乙之看法。（十五分）

命題意旨	1.一般處分之概念。 2.公物一般使用之性質。 3.行政處分應遵守之行政程序。
答題關鍵	1.分析繫爭公告為抽象規制或具體規制時，宜分別其對人、對事的效力逐步加以分析討論，再援引行政程序法第 92 條第 2 項規定加以說明。 2.關於行政處分應遵守之程序，此為本班教師於考前一再呼籲同學應注意之焦點。同學宜援引法條分析之。 3.公物一般使用為反射利益或公權利，學說見解未必一致，回答時宜扣合本題事實，提出你自己的分析。
擬答鑑示	1.參考：陳敏，行政法總論，頁 279、850。 2.參考：高點律師司法官行政法專用講義（第一回），頁 204-206。 3.參考：汪老師編，高點行政法總複習講義，頁 61、97、98。

【擬答】

(一)茲就第一小題分析如下：

- 1.本題中，繫爭公告所規範的對象為甲市市立圖書館的使用人，其相對人於公告時並未特定，並非針對「具體事件」所為之規制，因此並不屬於行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分。其次，受該公告規範的相對人，為自民國九十一年一月一日起每週一下午欲使用圖書館之人，無法「依一般性特徵確定其範圍」，亦不屬於行政程序法第 92 條第 2 項前段「對人之一般處分」。該項公告相對人並非特定，且無法確定其範圍，並自民國九十一年一月一日起每週一下午反覆發生規範效力，較接近行政程序法第 150 條法規命令「多數不特定人」、「一般事項」之特徵。
- 2.惟我國行政程序法第 92 條第 2 項後段繼受德國行政程序法「對物之一般處分」之概念，其中關於公物之一般使用，亦屬行政處分。吾人認為本條所謂關於公物之一般使用，係指對於「特定公物」的一般使用加以規範而言，若屬對於「多數不特定公物」的一般使用（例如市有道路的行車速限），宜認為仍屬法規命令。本題中，繫爭公告僅規範該市立圖書館（特定公物）的一般使用，根據行政程序法第 92 條第 2 項後段規定，應屬「對物之一般處分」。

(二)茲就第二小題分析如下：

- 1.關於一般處分應遵守之行政程序，除了行政程序法第 97 條、第 100 條、第 110 條對於「記明理由」、「送達」、「生效」方式設有特別規定外，其餘應適用行政處分之一般規定。本題中之公告雖屬於該法第 96 條規定之書面行政處分，惟依同法第 97 條第 1 項第 4 款規定，一般處分經公告或刊登政府公報或新聞紙者，得不記明理由，因此，乙認為該項公告未附有任何理由而違法，與行政程序法第 97 條第 1 項第 4 款規定不合。
- 2.本題中之公告（一般處分）是否須給予人民陳述意見機會或舉行聽證程序，依行政程序法第 102 條規定，關鍵在於是否屬於該條所謂「限制或剝奪人民自由或權利之行政處分」。對於公物的一般使用（如本題中使用圖書館之利益），早期見解多認為公物係為不特定多數人的公益而設，個別使用人之利益僅屬「反射利益」，不具有「公權利」的性質，倘若依此見解，則繫爭公告並未限制或剝奪人民任何「自由」或「權利」，不必給予人民陳述意見機會或舉行聽證程序。但近年來學說則逐漸認為對於公物使用之利益，亦可能具有「公權利」之性質，有學者由憲法對於一般行為自由的保障或社

會權的保障出發，認為公物之一般使用具有權利性。亦有學者援引地方制度法第 16 條第 1 項第 3 款規定，認為法律已承認人民對於地方公共設施有使用之權。另有學者認為人民對於公物之利用是否具有權利性質，應依具體情形考量視該項公物利用對於特定人是否不可或缺而定（有稱為「依賴利用」），倘若該項公物利用對於某特定人為不可或缺，則此種使用利益具有公權利之性質。吾人認為公物的一般使用不宜一律視為公權利或反射利益，而應依具體情況認定，考量「法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷」（釋字第 469 號解釋理由書參照），視特定人的利益是否有應予保護之必要。就本題而論，乙雖屬該圖書館的經常使用者，但似乎尚未至於「不可或缺」或「依賴利用」之關係，且該圖書館僅停止每週一下午之開放，對於人民利用圖書館的利益影響似乎仍屬輕微，因此，經由前述利益衡量，吾人認為就本題情形似可認為該項處分並未限制人民之自由或權利，或者認為屬於行政程序法第 103 條第 1 項第 6 款限制「顯屬輕微」之情形，而不必給予人民陳述意見之機會。

四、何謂判斷餘地與判斷瑕疵（十分）？何種事件一般通說認為行政機關之判斷應受尊重？試舉例說明之（十五分）。

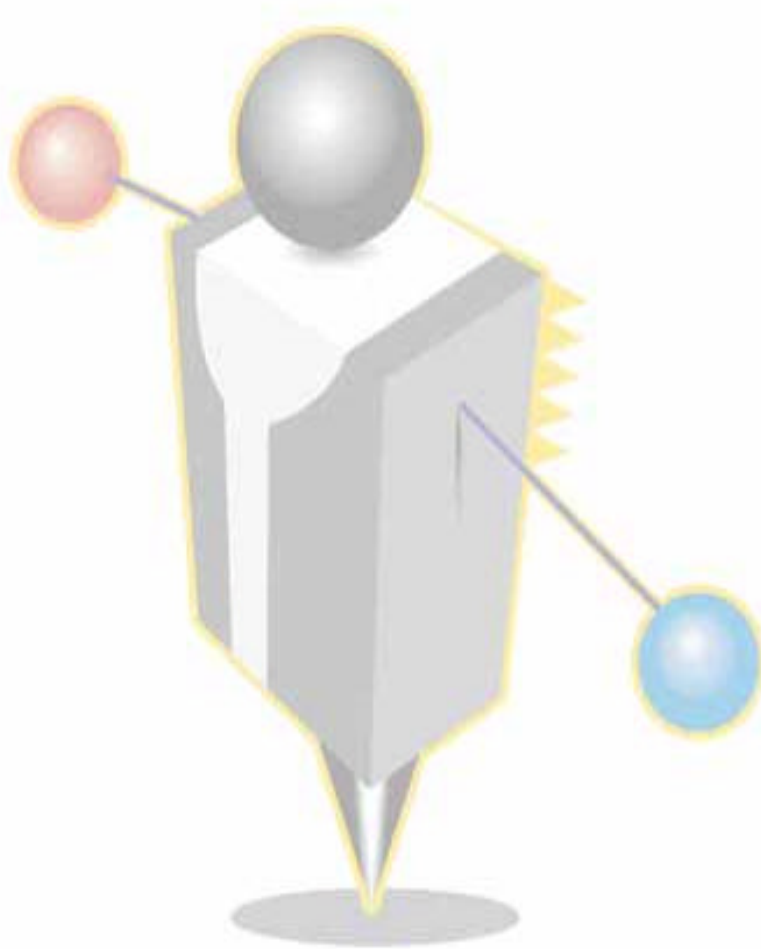
命題意旨	1.判斷餘地與判斷瑕疵的基本概念。 2.承認判斷餘地之類型。
答題關鍵	1.本題亦屬基本概念考題，同學應能輕鬆作答。關於判斷瑕疵之審查，最好能援引釋字 319 號三位大法官的不同意見書加以說明。 2.何種事件承認判斷餘地，注意題意要求「舉例」說明。
擬答鑑示	1.參考：翁岳生，論不確定法律概念與行政裁量之關係，《行政法與現代法治國家》，頁 37 以下。 2.參考：翁岳生，行政法院對考試機關考試評分之審查權，《法治國家之行政法與司法》，頁 67 以下。 3.參考：高點律師司法官行政法專用講義（第一回），頁 97-99。 4.參考：高點司法官行政法總複習講義，汪老師編，頁 29-32。

【擬答】

- (一)古典的裁量理論並未將不確定法律概念的適用與裁量加以區分，而將前者稱為「構成要件裁量」或「判斷裁量」。後來學說對於裁量之性質討論日漸深入，認為所謂裁量僅屬「行為裁量」，係指當法律要件該當時，行政機關就法律允許的多種可能行為中，選擇自己認為正確之行為，以達成行政目的，性質上屬於「意志作用」。此與不確定法律概念之適用，係基於概念解釋、事實認定、涵攝等過程之「認識作用」，有所不同。但在區分不確定法律概念的適用與裁量後，對於行政機關適用不確定法律概念之過程，特別是透過涵攝過程所達成構成要件是否該當的判斷，法院得否進行審查，亦成為爭議的焦點。多數學說認為對於不確定法律概念的適用過程，法院原則上都可加以審查，但在若干情形行政機關亦可能享有某種自由空間，法院對於行政機關之判斷僅能進行較低密度之審查，不得以自己的判斷取代行政機關的判斷，此稱之為行政機關的「判斷餘地」（Beurteilungsspielraum）。但是對於承認判斷餘地的理論依據為何，以及哪些事件類型應尊重行政機關的判斷餘地，仍有許多爭議。我國實務上於釋字第 319 號解釋吳庚、楊日然、翁岳生大法官之不同意見書中，首次引用「判斷餘地」之概念，但是對於該號解釋所涉及考試評分之性質，並未明確界定屬於裁量或判斷餘地。
- (二)在承認「判斷餘地」的情形下，法院固不得以自己的判斷取代行政機關的判斷，但是並不表示法院完全不能審查。例如前述釋字第 319 號解釋三位大法官的不同意見書，即認為「法院固不得自行評分以代替典試委員之評分，惟得審查考試程序是否違背法令(如典試委員有無符合法定格要件)，事實認定有無錯誤(如部分漏未評閱或計分錯誤)，有無逾越權限(如一題三十分而給逾三十分)或濫用權力(專斷、將與事件無關之因素考慮在內)等。若有上述違法情事，行政法院得撤銷該評分，使其失去效力，而由考試機關重新評定。」換言之，法院對於行政機關的判斷仍得審查其有無「判斷瑕疵」。學說上一般承認的「判斷瑕疵」有：
- 1.判斷基於錯誤的事實認定而作成。
 - 2.判斷基於與事件無關的考量。
 - 3.判斷違反一般有效的評價原則。
 - 4.判斷有無違反平等原則。
 - 5.違反法定程序。
 - 6.組織不合法。
- (三)如前所述，何種事件應尊重行政機關的判斷餘地，仍有爭議，不過下列幾種事件一般通說認為應尊重行政機關之判斷：
- 1.涉及高度屬人性或人格條件的判斷（不可代替性之判斷）。此種判斷有些需要長期的觀察互動，有些無法重複進行，有一些則涉及專業判斷，通說認為應尊重行政機關之判斷。例如：考試評分（釋字第 319 號不同意見書）學生的品行考核與學業評量（釋字第 382 號解釋）大學教師升等（釋字第 462 號解釋）公務員平時考核等。此一類型為我國目前實務上承認較廣之類型。
 - 2.由專家或社會代表組成之委員會所為之判斷。此種事件或者具有高度專業性、或者注重代表性、或者強調其公正性，依法規定設立委員會來作成判斷，此時依規範意旨可認定立法者有意授權由行政機關享有判斷餘地。例如，依有線廣播電視法組成有線廣播電視審議委員會來審議有線電視營運許可等事項，根據該法第 8 條規定，審議委員會之組成顯然考慮到專業性與代表性，可認為法律有意授權行政機關享有判斷餘地。倘若繫爭委員會為「獨立行政委員會」，例如公平交易委員會對於獨占事業之認定，也應尊重其判斷餘地。
 - 3.預測決定與風險決定。由於此類事件由於知識、資訊、經驗有限，所作判斷具有高度的蓋然性與不確定性，法院的判斷亦無法更為準確，此時應由行政機關負起風險評價之責任。例如對於基因食品管制、核能管制、環境影響評估等風險決

定與預測決定。

- 4.精神文化藝術價值之決定。由於此類決定具有評價因素，往往具有主觀性，適合由該領域的專業人士加以評定，亦應承認行政機關之判斷餘地。例如根據文化資產保存法所為之古蹟指定，根據電影法所給予之獎勵等。
- 5.計畫決定。依行政程序法第 163 條規定，行政計畫係指行政機關為將來一定期限內達成特定之目的或實現一定之構想，事前就達成該目的或實現該構想有關之方法、步驟或措施等所為之設計與規劃。由於計畫具有事前預測之性質與政策評量的因素，因此法院應尊重行政機關在計畫領域的判斷餘地。例如依都市計畫法所為之主要計畫與細部計畫。
- 6.高度專業性的決定。此一類型是否應承認判斷餘地，較有爭議：有學者認為法院對於高度專業性事項欠缺審查能力，所以應尊重行政機關之判斷。亦有認為法院可藉由鑑定制度補強專業能力，因此不必承認行政機關之判斷餘地。惟我國實務上對於專利審查案件，有關「高度創作」、「可供產業上利用」等要件，行政法院多尊重行政機關之判斷。



高點