

《行政法概要》

一、試分別舉出一例說明何謂行政營利行為、行政輔助行為與行政私法行為？又行政私法行為是否受平等原則之拘束？（25 分）

命題意旨	此部分屬於行政法之基本觀念題，考生只要對私經濟行政中的分類有基本概念，即可作答。
答題關鍵	應分別說明行政營利、行政輔助與行政私法之定義，再以司法院釋字第 457 號解釋說明行政私法行為應受平等原則拘束即可。
考點命中	《高點行政法講義第一回》，宣律師編撰，頁 15-17。

【擬答】

本件涉及私經濟行政之分類以及私經濟行政受憲法拘束之程度，說明如下：

(一)私經濟行政共可分為行政營利、行政輔助與行政私法，分別說明與舉例之：

- 1.行政營利行為：國家處於私人地位，以私法之組織或其他方式從事營利行為，除依照自由經濟市場之法則運作外，尚以營利為目標。如政府成立台鹽公司，除製作食用鹽供販賣外，尚製作化妝品與一般民間企業競爭。
- 2.行政輔助行為：指行政機關以私法之方式，推行行政事務需要之物資或勞務。例如：政府機關向民間租用辦公室、採購公務用品等。
- 3.行政私法行為：國家為提供大眾生活上服務獲協助人民解決困境，依據私法的規定而行為。例如：政府辦理融資、助學貸款、出租或出售國民住宅等。

(二)行政私法行為是否受到平等原則拘束之命題，可先討論該命題之前提：憲法基本權利對私經濟行政有無拘束力？就此可分析並回答命題如下：

- 1.早期學說認為，基本權利無法拘束私經濟行政，蓋若承認有拘束力，則將導致人民得引用憲法規範命國家與人民強制締約，將破壞市場競爭機制。
- 2.後有認為，憲法基本權利得全面拘束私經濟行政。因國家既為憲法所欲限制之對象，自不應與人民相同的得主張私法自治；再者，私法所能提供予人民之保障實不若公法，自有引用憲法基本權之必要。
- 3.惟目前多數見解採折衷說，但折衷之方法有所不同：

(1)行政私法理論

- A.行政營利行為：通常認為沒有基本權之適用。
- B.行政輔助行為：由於國家的經濟通常佔有優勢，因此認為基本權間接的拘束該行為，即以民法公序良俗、誠實信用原則介入之。
- C.行政私法行為：為避免國家或公法人「避難至私法」，藉機規避基本權之拘束，故有基本權的直接適用。

(2)個案區分理論：此說認為國家行為無法有如上述如此明確的區分，因此應視國家是否在该私經濟行為出現壟斷力，而決定是否有基本權之適用。

- 4.我國司法院釋字第 457 號解釋則明示：「中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應促進兩性地位之實質平等，憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定。行政院國軍退除役官兵輔導委員會發布之「本會各農場有眷場員就醫、就養或死亡開缺後房舍土地處理要點」，固係基於照顧榮民及其遺眷之生活而設，第配耕國有農場土地，為對榮民之特殊優惠措施，與一般國民所取得之權利或法律上利益有間。受配耕榮民與國家之間，係成立使用借貸之法律關係。…上開房舍土地處理要點第四點第三項：「死亡場員之遺眷如改嫁他人而無子女者或僅有女兒，其女兒出嫁後均應無條件收回土地及眷舍，如有兒子准由兒子繼承其權利」，其中規定限於榮民之子，不論結婚與否，均承認其所謂繼承之權利，與前述原則不符。」雖未明示採何理論，然已可確認行政私法行為受到憲法基本權利、平等原則拘束。

二、某家廢棄物處理公司租用農地挖坑，將有毒之煤渣偷倒在農地上掩埋，造成附近農田及灌溉用水之重金屬污染。依照廢棄物清理法第 40 條規定：「事業於貯存、清除或處理事業廢棄物，危害人體健康或農、漁業時，主管機關應立即命其改善，並採取緊急措施。必要時，得命其停工或停業」。

- (一) 路人甲經過該處農地，發現上述違法情形，依同法第 67 條規定：「對於違反本法之行為，民眾得敘明事實或檢具證據資料，向所在地執行機關或主管機關檢舉。…」，拍照寄送主管機關提出檢舉。主管機關函覆：「經查並無 台端所舉事實，檢舉不成立」，請問甲對於函覆內容能否提起行政救濟？（25 分）
- (二) 甲亦將資料寄送環保團體，環保團體乃依同法第 72 條規定：「公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令，而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。…」，提起訴訟。試問此時環保團體提起訴訟與受害人民提起訴訟的意義有何不同？（25 分）

命題意旨	此題雖為二小題之題目，然配分各為 25 分，事實上相當於二大題，考生於篇幅分配應予注意。第一小題涉及檢舉函覆之定性，第二小題則涉及公益訴訟之特殊性，考生應分別引用實務見解與行政訴訟法之規定作答。
答題關鍵	第一小題：考生應引用最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議決議回答，若行有餘力則可評論該決議。第二小題：考生應說明行政訴訟法第 9 條公益訴訟之特殊性。
考點命中	《高點行政法講義第二回》，宣律師編撰，頁 64-65。 《高點行政法講義第六回》，宣律師編撰，頁 125-126。

【擬答】

- (一) 依照本件事實，係人民向行政機關進行檢舉，而遭行政機關以書面函覆回應檢舉不成立，若人民欲對函覆提起救濟，實應先定性本件檢舉函覆：
- 我國實務雖未對行政機關依照廢棄物清理法所做之函覆有清楚定性，然可參照情形類似之人民依照公平交易法檢舉之函覆定性。最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議之結論則認為，該檢舉函覆並非行政處分：
 - 檢舉人依法檢舉事件，主管機關依該檢舉進行調查後，所為不予處分之復函，僅在通知檢舉人，主管機關就其檢舉事項所為調查之結果，其結果因個案檢舉事項不同而有不同，法律並未規定發生如何之法律效果。縱使主管機關所為不予處分之復函，可能影響檢舉人其他權利之行使，乃事實作用，而非法律作用。系爭復函既未對外直接發生法律效果，自非行政處分。
 - 另查「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」，則該「可得特定之人」得向該管機關請求為特定行為（「保護規範理論」），司法院釋字第 469 號解釋足資參照。查「檢舉人」本非「可得特定之人」；而行為時公平交易法第 19 條、第 22 條及第 24 條規定，縱有保護人民生命、身體及財產等法益之目的，惟各該法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項，並未明確規定，難謂該管機關依此規定對人民負有特定作為義務而無不作為之裁量餘地。
 - 承上，我國實務見解顯然認為，公平交易委員會檢舉不成立之函覆，既未對函覆相對人直接發生法律效果，亦無法引用保護規範理論，該函覆自非行政處分。同理，人民收受行政機關依照廢棄物清理法所做之函覆與上述實務見解性質相近，自得比照解釋，而認為該函覆非行政處分，無法提起救濟。
 - 然事實上，上開最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議所引用「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」，顯然混淆「裁量收縮至零」與「保護規範理論」，蓋保護規範理論於該號解釋係，「如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、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，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」是以前述最高行政法院之決議，顯有商榷之必要。

(二)環保團體所提起之訴訟屬於行政訴訟法第 9 條之公益訴訟，與一般行政訴訟之要件並不相同：

- 1.按人民於提起撤銷、課予義務訴訟時，依照條文之構成要件應於人民之「權利或利益」受有損害時，方有提起訴訟之必要，屬於訴之利益一環。所謂權利或利益係包含主觀公權利與司法院釋字第 469 號解釋引用「保護規範理論」所創設之法律上利益。
- 2.然根據行政訴訟法第 9 條之規定：「人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限。」被稱之為「公益訴訟條款」，將前述人民提起訴訟應有「權利或利益」受侵害之要件除去。蓋現代社會中往往存在行政機關之行政行為侵害公益，卻未構成人民之權利或利益侵害，若吾人仍堅持傳統訴訟理論，將導致行政機關之違法行為僅得透過對個別公務員的責任追究為間接控制，造成權利保護之漏洞，進而有害法治及權力分立，是以有為特別立法之必要。然為避免人民濫用公益訴訟，故條文增加但書要求以法律有特別規定者為限。
- 3.前述特別規定，可例示如下：
 - (1)空氣污染防治法第 81 條：開發單位違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。
 - (2)海洋污染防治法第 59 條：公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對海洋污染防治有具體貢獻之原告。第一項之書面告知格式，由中央主管機關定之。
 - (3)水污染防治法第 72 條：事業、污水下水道系統違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。高等行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、監測鑑定費用或其他訴訟費用予對維護水體品質有具體貢獻之原告。第一項之書面告知格式，由中央主管機關會商有關機關定之。
 - (4)土壤及地下水污染整治法第 54 條：公私場所違反本法或依本法授權訂定之法規命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對土壤及地下水污染整治有具體貢獻之原告。第一項之書面告知格式，由中央主管機關定之。
 - (5)廢棄物清理法第 72 條：公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令，而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。高等行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對有效清除、處理廢棄物有具體貢獻之原告。第一項之書面告知格式，由中央主管機關會商有關機關定之。
 - (6)環境影響評估法第 23 條第八項以下：開發單位違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對預防及減輕開發行為對環境造成不良影響有具體貢獻之原告。第八項之書面告知格式，由中央主管機關定之。

三、某家夜夜人聲鼎沸的夜店設於封閉式建築內，對外窗均以廣告帆布封住，僅設有單一出口，而無其他逃生出口，亦無符合消防法子法「消防安全設備設置標準」之消防安全設備。多年來市政府依照消防法規定對業者實施檢查與複查，針對上述違規事項均命其限期改善並處以罰鍰，而未命其不得再使用該建物營業，直到某次發生大火，多人命喪火窟。請問市政府對罹難者家屬是否負有國家賠償責任？（25 分）

參考法條：

消防法第 1 條：「為預防火災、搶救災害及緊急救護，以維護公共安全，確定人民生命財產，特制訂本法。」

消防法第 6 條：「本法所定各類場所之管理權人對其實際支配管理之場所，應設置並維護其消防安全設備…。消防機關得依前項所訂各類場所之危險程度，分類列管檢查及複查。…」

消防法第 37 條：「違反第六條第一項消防安全設備…經通知限期改善，逾期不改善或複查不合規定者，處其管理權人…罰鍰；經處罰鍰後仍不改善者，得連續處罰，並得予以…停業或停止其使用之處分。…」

命題意旨	此題屬於典型國家賠償法之題型，應係改編自台中阿拉夜店大火事件，亦為時事題。考生除對於國家賠償之公務員責任要件有認識外，尚應注意公務員消極不作為之責任問題，即可獲得高分。
答題關鍵	於討論國家賠償法第 2 條第 2 項後段公務員消極不作為違法責任之構成要件時，必然與司法院釋字第 469 號解釋有所關聯，請考生務必引用。
考點命中	《高點行政法講義第六回》，宣律師編撰，頁 205 以下。

【擬答】

本件涉及國家賠償法中關於公務員責任要件之分析，說明如下：

(一)國家賠償法關於公務員責任之要件分析：

- 1.按「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。」第 2 條第 2 項訂有明文，是為所謂公務員國家賠償責任。依照條文之要件，尚可區分為公務員積極作為之國家賠償責任與消極不作為之國家賠償責任。一般認為，人民欲依照該條文請求國家賠償，應符合以下要件：公務員、執行職務、行使公權力、行為不法、公務員故意過失、人民自由權利損害及因果關係等要件。惟就消極不作為應如何適用，早期多有爭議。
- 2.司法院釋字第 469 號解釋對此則表示，「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。」係以保護規範理論與裁量收縮至零等概念修正第 2 條第 2 項後段之要件，使人民更能主張國家賠償法所規定之權利。
- 3.2009 年提出之國家賠償法草案第 3 條對此亦有修正：「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，國家或地方自治團體應負損害賠償責任。公務員因故意或過失怠於執行職務，致人民自由或權利受損害者，亦同。（第一項）本法所稱公務員，指依法令從事於公務之人員。（第二項）第一項所稱怠於執行職務，指公務員就保護特定或可得確定人民權利之法規所定職務，依該法規已明確規定應執行且無不作為之裁量餘地而不執行。（第三項）公務員不法執行職務行使公權力或怠於執行職務者，推定為有過失。（第四項）」可供參考。
- 4.此外，有學者認為，依照第 2 條第 2 項前段與後段之體系解釋，公務員積極作為之國家賠償責任係屬於過失主義，但消極不作為之國家賠償責任因法無明文，故宜解為無過失責任。然因與現行實務見解並未相符，本文尚不採之。

(二)本件罹難者家屬得依照國家賠償法（下同）第 2 條第 2 項後段請求國家賠償：

- 1.依照本件事實，市政府雖依照消防法規對業者實施檢查與複查，並命該夜店限期改善且處以罰鍰，但未積極命不得使用該建物營業，顯有疏失，後真發生大火造成人民死傷。本件顯然符合條文所構成要件之「公務員」、「過失」、「權利受損害」及「因果關係」之要件。

- 2.有爭議者在於，本件事實是否符合條文所規範之「怠於行使職務」以及司法院釋字第 469 號解釋之「保護規範理論」及「裁量收縮至零」：
- (1)依題示，消防法之立法目的在於維護公共安全、確保人民生命財產，可知消防法除保護公共利益外，同時保護特定人民進出場所之人身安全，符合釋字第 469 號解釋理由書所稱，「如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、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，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」而符合保護規範理論之要求。
 - (2)其次，本件是否需要停止該夜店營業，依照消防法第 37 條屬於主管機關之裁量。然依照題示，市政府既然多次處罰及限期改善已無法使該夜店之消防設施合法，市政府自應以更強烈之手段即停業予以制裁，否則人民之安全實無法維護。換言之，此處之裁量應已收縮至零，而使市政府無不作為之裁量餘地然卻仍未為之，自有怠為行使職權之違法。
- 3.綜上所述，市政府之不作為已符合第 2 條第 2 項後段及司法院釋字第 469 號解釋之要件，罹難者家屬自得請求國家賠償。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！