

《行政法》

一、國家機關為達成公行政目的，以私法形式所為之行為，如榮民配耕國有農場土地，所成立之使用借貸關係，究竟係行政契約、私法契約或行政處分？該關係是否受基本權直接拘束？(二十五分)

命題意旨	測驗考生對行政行為形式的概念要素，以及基本權利拘束力等公法基本概念的掌握程度。
答題關鍵	對公私法事件的區別、單方行為與雙方行為、基本權利對國庫行為拘束效力做有條理的敘述。
參考資料	1.黃律師，行政法，頁 2-243~2-245、2-262，高點出版。 2.高點任台大行政法補充講義第一回，頁 10~23。 3.高點行政法講義第一回，頁 33~38。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第五題，命中！

【擬答】

(一)該使用借貸關係，應屬私法契約：

系爭使用借貸關係，究屬行政契約、私法契約或行政處分，首先必須判斷此等事件之性質為公權力行政抑或私經濟行政？其次，必須探究此一使用借貸關係係屬單方行為抑或雙方行為。

- 此一使用借貸關係應屬私法事件：關於公私法事件之區分，依通說見解，該事件若有法律依據，則可藉由綜合公私法區別學說(利益說、主體說、權力說與特別法規說)解釋該法律之公私法屬性而得知事件之公私法歸屬；若無法律依據，再藉由事物本質的觀察以為判斷。國家將國有農場土地配耕予榮民，此一土地的使用借貸，係雙方立於平等地位所成立，並無若何權力服從關係；且土地的使用借貸任何人皆可為之，並非國家的特別職務，從而應將其規屬私法事件。
- 此一使用借貸關係應屬雙方行為：按榮民配耕國有農場土地，須有雙方意思表示合致方能完成，故應屬雙方行為。
- 小結：綜上所述，此一使用借貸關係既然係私法上的雙方行為，應屬私法契約。除此之外，亦可從國家從事經濟補助的「雙階理論」(釋字第 540 號解釋參照)做進一步的檢證。所謂雙階理論，係將國家經濟補助行政的過程區分為兩個階段，前一階段決定是否核准經濟補助時屬行政處分，之後為實際履行補助與人民締結之契約，則為私法契約之性質，故依此理論，本案之使用借貸關係當屬私法上的使用借貸契約無疑。

(二)國家為達成公行政目的以私法形式所為之行為，應受基本權直接拘束：

此一問題牽涉到基本權利對國庫行為拘束力之問題。對此，學說上有無拘束力說、間接適用說、全面直接適用說以及部分直接適用說(又可分為行政私法理論、個案區分理論)的對立。國內多數說採部分直接適用說的行政私法理論，蓋行政私法性質的國庫行為，實係履踐憲法規定的方式來滿足人民的受益權，採私法形式不過是行政的「市場化」，而與依行政需要投入既有市場的其他國庫行為有其本質的不同。在釋憲實務上，大法官於釋字第 457 號解釋宣示：「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。」似亦採取與學界相同之立場。

二、禁止重複處罰何以係現代民主法治國家之基本原則？納稅義務人之行為如同時符合行為罰與漏稅罰之處罰要件，是否有該原則之適用？(二十五分)

命題意旨	測驗考生對於一事不二罰，是否不但知其然，亦知其所以然；以及對釋字第 503 號解釋的熟悉度。
答題關鍵	一事不二罰的法理基礎係甚為抽象的法理原則，必須有條理的論述；又題目雖未明文提及，但關於行政秩序罰領域是否有一事不二罰原則之適用，更須加以著墨。
參考資料	1.黃律師，行政法，頁 4-33~4-38，高點出版。 2.高點任台大行政法補充講義第四回，頁 32-35。 3.高點行政法講義第一回，頁 408-410。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第八題，命中！

【擬答】

(一)禁止重複處罰之法理基礎

禁止重複處罰又稱一事不二罰原則，原本為刑法、刑事訴訟法之概念，指任何人不能因一次行為受二次以上之處罰。今在學理上已被提昇為法治國家之基本原則，成為憲法之理念，其理由主要有下列諸項：

- 人性尊嚴：若讓人民一行為受到數次的處罰，將使人民淪為國家支配的客體，有違人性尊嚴。
- 法安定性：人民違法之行為遭受一次處罰，應有類似一事不再理法理之適用。蓋個人錯誤的行為既已受到國家的處罰，等於已就其過錯贖罪，因此國家不應再施行其制裁權，以維持法秩序之和平。
- 比例原則：就目的之達成而言，當人民之行為既已受到國家之處罰，則就該違法行為應已達到處罰及贖罪之目的，若再加施以新的處罰，將超過達到處罰目的的必要程度。就少斷語目的間之比例而言，單一行為受到雙重處罰，在行為與處罰間亦不成比例。



4.信賴保護：人民就其行為受到國家之制裁後，因相信國家不會再就同一行為予以追究或處罰，而得以形成自身之生活，對於此種投諸國家之信賴應予保護。

(二)納稅義務人之行為如同時符合行為罰與漏稅罰之處罰要件，亦應有禁止重複處罰之適用

1.關於禁止重複處罰可否適用在行政法領域，意即秩序罰與秩序罰間得否併科之問題，行政法院實務見解頗為分歧，採「併罰說」者認為，一行為同時觸犯兩以上行政法規，係侵害數行政法益，故可以分別依法處罰，不得準用刑法視為一罪處斷之原則。但採「吸收說」者則認為行政罰雖未有類似刑總之統一規定來拘束其適用，但仍應遵守法治國家原則，從一重處斷即可，故除法律明文排除，或明定可對一違法行為同時採數次處罰者外，不可因人民違反行政義務之一行為而遭數次處罰。

2.有鑑於此，學者曾提出下列處理方式：

(1)對數行為違反數法條之實質競合，應予併罰。

(2)單純一違法行為，因各相關機關為行政上之目的而訂定多種處罰性條款，致發生法規競合或想像競合之情形時，則應依吸收關係或從重處斷之法理解決，尤其競合之法規處罰方法相同時，更無不從一重處斷之理。

(3)競合之法規中處罰方法不同者，宜准予併罰；又競合法規中另有附隨之處罰方法(從罰)，例如甲法規之罰鍰較重，乙法規之罰鍰較輕但尚有沒入之從罰，為達行政上目的，不妨依甲法規科處罰鍰外，併依乙法規沒入。

大法官釋字第 503 號解釋亦持此一立場，解釋文除揭櫫處理一事可否二罰必須視「行為之態樣、處罰之種類及處罰之目的不同而有異」，並針對實務上常見的漏稅罰與行為罰之競合，明確表示「納稅義務人對於同一違反租稅義務之行為，同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件者，除二者處罰之性質與種類不同，例如一為罰鍰、一為沒入，或一為罰鍰、一為停止營業處分等情形，必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。從而，違反作為義務之行為，如同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，則從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。」

三、某公立學校學生，參加學期期末考試後月餘，學校以其連續作弊為由，予以退學處分，學生依法提起訴願及行政訴訟，行政救濟之管轄機關主張：「學校對於學生所為之處分係屬特別權力關係且釋字二四三號解釋並不及於學生與學校之關係」，對於學生所提行政救濟均予駁回。此等見解與近來大法官相關解釋態度是否相符。(二十五分)

命題意旨	以學生的在學關係為例，考出特別權力關係這個行政法上的老問題。
答題關鍵	引出釋字第 382 號解釋，即成功一半！
參考資料	1.黃律師，行政法，頁 5-103~5-104、6-87~6-88，高點出版。 2.高點任台大行政法補充講義第五回，頁 42~48。 3.高點行政法講義第一回，頁 88~93。

【擬答】

(一)特別權力關係理論大要

題示行政救濟管轄機關所主張的「特別權力關係」，又稱「特別服從關係」，係指國家並非依據一般之統治權，而係依據特別之法律原因，使得行政主體對於相對人得享有概括之支配權，相對人因之負有服從之義務，使得其法律上之地位更加附屬之公法上關係。其種類並可分為「公法上勤務關係」、「公法上之營造物利用關係」與「公法上之特別監督關係」。其發生原因有因法律之規定者，亦有因當事人之自願者。本題之學生與校方之關係，早期便是被視為「營造物利用關係」的一種，且係基於學生入學之自願而成立。

在特別權力關係中，相對人與國家之關係，處於高度之不對等狀態。且相對人在公法上所負之義務無論在量或者質上均不確定，亦無法律保留原則之適用，國家對之並有特別之制裁(紀律罰)的權限，相對人對於國家基於特別權力關係所為之決定，不得提起救濟。

(二)特別權力關係之突破

特別權力關係在今日備受質疑，主要原因在於一旦國家機關與人民存在特別權力關係，即排除法律保留原則在公法之適用，人民並且失去向法院尋求救濟的途徑，對人權戕害甚鉅。故今日否定見解已成通說，惟特別權力關係所涉及之事項仍屬存在。故學者亦多認為，欲完全以一般權利義務關係取代之，仍有困難。因而主張在拋棄「權力關係」之用語的同時，仍應代之以「特別法律關係」，此項關係內容詳言之：

1.承認在特別法律關係的範圍內，個人權利應受目的合理之限制，但涉及基本權利時，仍須有法律之依據，國會不應放棄制定法律之任務，而聽任行政機關裁量。

2.對於違法失職之公務員得依法為懲戒，但應謹守正當法律程序。

3.公務員其他權益受侵害時，仍得對行政主體提起行政爭訟或依循特殊管道之法定程序尋求救濟，法律不得明文排除公務員尋求法院救濟途徑之機會。

(三)釋憲實務立場

大法官於釋字第 382 號解釋嘗謂：「人民有受教育之權利，為憲法所保障。而憲法上權利遭受不法侵害者，自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權，於最後請求司法機關救濟，不因其身分而受影響，各級公私立學校依有關學籍規則或



懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分及損害其受教育之機會，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，並已對人民憲法上受教育之權利有重大影響。人民因學生身分受學校之處分，得否提起行政爭訟，應就其處分內容分別論斷。如學生所受處分係為維持學校秩序、實現教育目的所必要，且未侵害其受教育之權利者(例如記過、申誡等處分)，除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地。反之，如學生所受者為退學或類此之處分，則其受教育之權利既已受侵害，自應許其於用盡校內申訴途徑後，依法提起訴願及行政訴訟。以符憲法保障人民受教育之權利及訴訟權之意旨。」是以傳統將學生與學校之關係視為特別權力關係，一概不許爭訟之藩籬已被破除，故題示行政救濟機關拘泥於釋字 243 號解釋之見解，顯與大法官解釋之態度不符。

四、甲泥醉卻駕駛汽車蛇行，經警察乙攔截予以酒測(達到無法駕駛汽車之危險標準)，乙予以開罰單並取下車牌之處分，甲則駕駛汽車離去，卻撞死路人丙。請依行政執行法之規定評論乙行為是否合法？(二十五分)

命題意旨	測驗考生對行政執行法上關於即時強制制度之相關規定的記憶與理解。
答題關鍵	若能清楚掌握即時強制的制度目的，答案即可呼之欲出。
參考資料	1.黃律師，行政法，頁 4-118~4-121，高點出版。 2.高點任台大行政法補充講義第四回，頁 15~16。 3.高點行政法講義第一回，頁 389。

【擬答】

實務上警察攔檢，依行政執行法之規定，應屬「即時強制」之行為。所謂即時強制，傳統學說多以其係指行政機關為維護公共利益之必要(如為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要)，對未違反行政法上義務者，所為之強制措施。惟實則即時強制之制度目的，乃係為了排除目前急迫之危害，時間上不及作成處分，則毋須經過預為告誡或其他程序，得逕以實力直接加諸人民之身體或財產，以實現行政上必要狀態之作用。故對於違反行政法上義務之人，自仍得予以即時強制。

依行政執行法第三十六之規定，即時強制之方法，包括對人的管束、物的扣留、場所的進入以及其他依法定職權所為之必要處置。其中，就人之管束部分，行政執行法三十七第一款特將「瘋狂或酗酒泥醉，非管束不能救護其生命、身體之危險，及預防他人生命、身體之危險者。」列為得實施即時強制的情形之一；第三十八條第一款並規定軍器、凶器及其他危險物，為預防危害之必要，得扣留之。第三十九條亦規定：「遇有天災、事變或交通上、衛生上或公共安全上有危害情形，非使用或處置其土地、住宅、建築物、物品或限制其使用，不能達防護之目的時，得使用、處置或限制其使用。」故本題案例所設之情形，甲泥醉卻駕駛汽車蛇行，經警察乙攔截，此一臨檢之實施，當符合釋字第 535 號解釋就臨檢所設要件——「須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限」之要求，然警察乙予以酒測之後，發現甲達到無法駕駛汽車之危險標準，竟僅予以開罰單並取下車牌之處分，並任甲駕駛汽車離去，以致造成撞死路人丙之不幸後果，則有檢討之必要。

按前述行政執行法之相關規定，就執行手段的選擇，雖賦予執行機關裁量權，然執行機關於行使裁量權之時，必須注意不得有裁量瑕疵之違法情事。管見以為，本例乙於決定採取何種即時強制措施時，在甲仍泥醉未醒之際，竟放任甲駕車離去，而未依上述條文進行人的管束或對車的必要處置(例如扣車)，顯然不察即時強制之制度目的——「危害防止」，而有裁量濫用的情事，構成裁量瑕疵，故警察乙之行為應屬違法。

