

行政法篇

主筆人：郭峻瑀律師

壹、前言

法研所的考題反映最近學者研究的課題，有很高可能性反映在最近的國家考試命題上。因此法研所考題有時候可能成為國家考試的前哨站，專注於國家考試的考生同時注意法研所的命題趨勢，應對考試有所幫助。本次國考偵測站係以台灣大學、政治大學、台北大學、中正大學、成功大學等大學的法研所行政法考題作一整理，關注接下來國家考試可能的命題方向。

觀察本年度的各大學法研所行政法考題，仍不免傳統的考題，例如：行政處分的廢棄、行政契約與私法契約的區分、與公法上權利連接在一起的訴權理論等。而實務最近向前發展許多的行政計畫法亦被納入考題中，例如：對都市計畫的救濟、救濟主體的範圍等。而受到各界熱切關心的台大校長遴選案也在法研所的考題中出現。由此可見，行政法的題目愈來愈具多樣性，所以考生除了傳統爭點的掌握外，對於實務較新發展的問題以及與時事有關的行政法問題應有一定程度的理解與掌握。

貳、行政法原理原則：行政裁量與行政處分（成大一）

完全性法條的規範結構得分為構成要件與法律效果，而在滿足構成要件下，若法律僅賦予行政機關得作成單一之法律效果，即為「羈束行政」；反之，若滿足構成要件下，行政機關得法律授權而得選擇是否作成或選擇多種效果之其中一種時，即為裁量行政^{註1}。雖然羈束行政與裁量行政係屬於行政法原理原則之範疇，但也與行政作用之行政處分息息相關。

依據行政程序法第 93 條第 1 項規定：「行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。無裁量權者，以法律有明文規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之。」行政處分何時得附加附款，須視行政處分之性質而定。**裁量處分原則上得附加附款，而羈束處分在法有明文或為確保法定要件之履行時，始得附加附款。**所謂「確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者」係指羈束處分之要件尚未全部滿足或不能證明具備

^{註1}陳敏（2016），《行政法總論》，9版，頁179，臺北：自刊。

要件之情形下，為確保法律所規定之要件具備之情形而言^{註2}。舉例而言，行政機關核定生活扶助金給人民，但在核定書中附加應回報生活狀況的負擔。而對於裁量處分之附加附款之限制，主要規定於行政程序法第 94 條：「前條之附款不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯。」此即不當連結禁止的明文規定^{註3}。因此，行政處分之附款必須具目的性，且不得有不正當之聯結。又因行政處分是否及如何為附款，係行政機關裁量權之行使，此項裁量權之行使，除不能出於錯誤或不完整的事實認定外，尚不得有逾越權限及濫用權力情形（行政訴訟法第 201 條參照），自應受一般法律原則（例如：明確性原則、比例原則及平等原則等）之拘束^{註4}。

參、行政組織法

一、私人組織作為行政主體（政大三）

所謂行政主體係指具有權利能力，受託付完成行政任務之組織及主體^{註5}。國家以私法方式完成行政之目的，本無不可，例如：對民眾提供自來水、中華電信公司提供電信服務。惟學說上認為私法組織雖得作為行政主體，但僅得從事私法行為^{註6}。

二、私人與行政機關間以及行政機關間之關係（中正一、成大二）

（一）行政助手與受託行使公權力之私人

行政機關透過私人完成行政任務的手段，大致有兩種型態：行政助手以及委託私人行使公權力。二者雖均是為行政機關完成行政任務之私人，惟最大的差異在於行政助手在協助完成行政任務時，並非以自己之名義完成，而通常係行政機關以自己之名義，指揮行政助手完成之，例如：違停車輛遭警察機關取締，警察機關指揮民間拖吊業者將違停車輛拖吊至拖吊場。至於受委託行使公權力之私人，依行政程序法第 16 條第 1 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。」此時受託行使公權力之私人係以自己之名義對外作成行政行為，例如：受環保局委託之機車行對人民進行機車排氣

^{註2}參見陳敏，前揭註 1，頁 525。

^{註3}行政程序法第 137 條第 1 項第 3 款對於行政雙務契約亦有類似規定：「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者，應符合下列各款之規定：三、人民之給付與行政機關之給付應相當，並具有正當合理之關聯。」

^{註4}參見最高行政法院 102 年判字第 256 號行政判決。

^{註5}陳敏，前揭註 1，頁 915。

^{註6}陳敏，前揭註 1，頁 920。

檢驗，並作成合格處分。此外，在救濟程序上行政助手所作成行為之效果歸屬於行政機關，故人民應以行政機關為相對人提起救濟程序；受託行使公權力之私人係以自己名義作成行政行為，故人民應以受託行使公權力之私人為相對人提起救濟程序^{註7}。

(二)行政機關之職務協助

行政機關基於預算、人力有限，並且各行政機關職司不同任務，故有行政機關間相互協助之必要性。因此行政程序法第 19 條第 1 項以及第 2 項即規定：「行政機關為發揮共同一體之行政機能，應於其權限範圍內互相協助。行政機關執行職務時，有下列情形之一者，得向無隸屬關係之其他機關請求協助：……。」但此時並未變更行政機關之管轄權。例如：國防部政治作戰局將國軍老舊眷村改建新建工程委由內政部營建署辦理。

(三)行政機關間委任、委託

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，為管轄恆定原則之明文。惟行政程序法第 15 條第 1 項以及第 2 項規定：「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。」故有法規授權的情況下，行政機關得將其權限之一部委託或委託其他行政機關辦理，是管轄恆定之例外^{註8}。

三、公務員法（北大一）

公務員法雖然屬於行政法各論，但在我國均被納入行政法總論之課程講授，在法研所考題或國家考試亦不乏出現。

(一)公務員的概念

公務員的概念有廣狹之分^{註9}：最廣義的公務員概念，係指國家賠償法

^{註7} 訴願法第 10 條：「依法受中央或地方機關委託行使公權力之團體或個人，以其團體或個人名義所為之行政處分，其訴願之管轄，向原委託機關提起訴願。」行政訴訟法第 25 條：「人民與受委託行使公權力之團體或個人，因受託事件涉訟者，以受託之團體或個人為被告。」

^{註8} 救濟程序上亦須注意法律上的特別規定，訴願法第 7 條：「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願。」同法第 8 條：「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。」

^{註9} 參見林明鏘、蔡茂寅（2006），〈公務員法〉，翁岳生（編），《行政法（上）》，3 版，

第 2 條第 1 項「依法從事公務之人員」，例如：船舶航行中之船長。廣義的公務員概念，以是否適用公務員服務法為判斷標準^{註10}，通常係指有領取俸給之人，例如：文武職公務員、兼任行政職務之公立學校教師^{註11}。狹義的公務員概念，即為公務員懲戒法的公務員，係廣義公務員概念中扣除聘任人員後之文武職人員，包含政務官與事務官。最狹義之公務員概念，則係指依公務人員任用法任用之公務員^{註12}，為有官等與職等之公務員^{註13}。

(二)公務(人)員之救濟程序

依據公務人員保障法第 4 條規定，公務員之救濟程序分為「復審」以及「申訴、再申訴」兩種。二者間最主要差異在於機關對於公務員所作之行為是否為行政處分。若係行政處分，依據公務人員保障法第 25 條第 1 項規定^{註14}，公務員得向公務人員保障暨培訓委員會(即保訓會)提起復審；對於復審決定不服，得再向高等行政法院提起行政訴訟^{註15}。至於「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。」(公務人員保障法第 77 條第 1 項參照)；「申訴之提起，應於管理措施或有關工作條件之處置達到之次日起三十日內，向服務機關為之。不服服務機關函復者，得於復函送達之次日起三十日內，向保訓會提起再申訴。」(公務人員保障法第 78 條第 1 項參照)再申訴決定即為最終之

頁 300-301，臺北：元照。

^{註10}公務員服務法第 24 條：「本法於受有俸給之文武職公務員及其他公營事業機關服務人員，均適用之。」

^{註11}釋字 308 號解釋文：「公立學校聘任之教師不屬於公務員服務法第二十四條所稱之公務員。惟兼任學校行政職務之教師，就其兼任之行政職務，則有公務員服務法之適用。」

^{註12}公務人員任用法第 5 條：「公務人員依官等及職等任用之。」

^{註13}判斷公務員廣狹之概念，其實重點在於案例中所適用之法律。因此只要能釐清案例中公務員之法律係規範何種程度之公務員，即可迎刃而解。

^{註14}公務人員保障法第 25 條第 1 項：「公務人員對於服務機關或人事主管機關(以下均簡稱原處分機關)所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。非現職公務人員基於其原公務人員身分之請求權遭受侵害時，亦同。」

^{註15}公務人員保障法第 60 條：「復審人對保訓會於復審程序進行中所為之程序上處置不服者，應併同復審決定提起行政訴訟。」同法第 72 條第 1 項：「保訓會復審決定依法得聲明不服者，復審決定書應附記如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內，依法向該管司法機關請求救濟。」

決定，不服之公務員不得再向法院提起救濟^{註16}。實務上的重要問題即在於判斷對於公務員所為之行處置是否為行政處分^{註17}。

有疑問者為，公務員年終考績經服務機關評定，送經主管機關核定、銓敘部銓敘審定後，若公務員不服考績之評定，應以何機關為被告？最高行政法院 107 年 9 月份第 1 次庭長法官聯席會議認為，**考績評定係服務機關人事高權之核心事項**，銓敘部銓敘審定僅為法定生效要件。並且依**最適功能理論**，服務機關對於所屬公務人員之任職表現最為清楚，由其應訴最為適當，**故公務人員如單就年終考績評定不服，原則上應以服務機關為被告**；如對銓敘部基於掌理公務人員敘級、敘俸職權所為考績獎懲結果（晉級、獎金、留原俸級）之銓敘審定不服，則應以銓敘部為被告。

肆、行政處分之相關爭議

一、台大校長遴選爭議（北大二、成大三）

（一）校長遴選委員會之公告是否為行政處分？

高雄高等行政法院 105 年度訴字第 74 號判決^{註18}認為：「自 94 年 12 月 28 日修法（按：大學法）後，雖將遴選人數由 2 至 3 人改為 1 人，然聘任權限仍屬教育部。並參 94 年 12 月 28 日立法理由：『……』可知改採一階段組成遴選委員會，已將學校代表、校友代表及社會公正人士、教育部代表統合，藉由學校代表、校友代表及社會公正人士、教育部代表，三方組成合議委員會共同推薦人選，無再設置教育部組織遴選委員會，亦無再推薦多人之必要，且既**明定由教育部聘任**，則**教育部就遴選結果是否採認，自仍有決定權**，不因修法後改遴選 1 人，即認教育部非決定機關。申言之，**遴選委員會之處置係供教育部作成聘任處分之依據**，判斷是否聘任之權限仍在教育部，是遴選委員會參與之表示，並不具終局、完全之規制效力，自難認係行政處分，尚非得作為撤銷訴訟之程序標的。」故校長遴選委員會之公告並非行政處分。

^{註16}林明鏘、蔡茂寅，前揭註 9，頁 335-336。

^{註17}例如：對公務人員以原官等自主觀職務調任為非主管職務，最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議（一）認為非屬行政處分。最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議（二）則認為，對公務員年終考績評定為丙，公務員得向法院救濟（似承認為考績評定為丙為行政處分）。

^{註18}此案係關於成功大學校長遴選之案件。

學說上見解不一，有認為校長遴選委員會之公告為行政處分，蓋前揭高高行判決係將校長遴選委員會與教評會同視為大學之內部單位，但二者成員組成不同，前者有校外與校內人士共同參與，難與均由校內人士組成之後者相提並論。縱校長遴選委員會不具有行政機關之地位，其作成之決定，亦應類似教評會之決定，視為大學所為之行政處分^{註19}。但亦有學說認為，因為依大學法第9條第1項規定：「新任公立大學校長之產生，應於……內，由學校組成校長遴選委員會，經公開徵求程序遴選出校長後，由教育部或各該所屬地方政府聘任之。」故大學校長應由教育部聘任，該聘任係「多階段行政處分」，校長遴選委員會之決定僅是階段決定，而非行政處分。當事人若不服應依行政程序法第174條於教育部聘任處分作成後一併提起救濟^{註20}。另外，學說則有認為教育部之聘任僅是「形式聘任」，實質決定權仍屬於校長遴選委員會^{註21}，似亦認為教育部所為之聘任始為行政處分。

(二)校長遴選委員會之委員有無迴避義務？應迴避而未迴避之效果為何？學說有認為迴避義務之規範係以「法定關係」為原則（行政程序法第32條參照），「具體事實」為例外（行政程序法第33條第1項第2款參照）。若無「法定關係」，除非能舉出不利公正之具體事實，否則即無迴避義務。教育部僅以管中閔（獨立董事）與遴選委員會委員（董事）二者間有法律以及經濟之特殊重大利害關係，但並未說明如何達到特殊重大，難認舉出不利公正之事實。縱認委員有迴避之義務，未迴避亦非「明顯」而重大。況且扣除應迴避之委員，亦不影響結果，亦無庸將行政處分撤銷。更何況遴選委員會之決定並非在作成行政處分，即非行政程序法所規定之行政程序，自不適用因行政程序而發生之迴避義務^{註22}。學說亦另有持類似立場，認為教育部雖得為「合法性審查」，但僅限於違法情狀「明顯重大」之情況，始得介入^{註23}。學說另有認為，管中閔與委員間之間關係僅為緊密的同事關係，尚難直接認

^{註19}陳淳文（2018），〈公立大學校長遴選制度及其運作爭議分析〉，《台灣法學雜誌》，第344期，頁45-48。

^{註20}李惠宗（2018），〈從法學方法論談公立大學遴聘校長之爭議〉，《台灣法學雜誌》，第344期，頁31。

^{註21}廖元豪（2018），〈越俎代庖的教育部：台大校長遴選爭議之研析〉，《台灣法學雜誌》，第344期，頁57-58。

^{註22}陳淳文，前揭註19，頁49-51、53-54。

^{註23}廖元豪，前揭註21，頁58-60。

定係行政程序法第 32 條第 2 款之「共同權利人或共同義務人之關係」，並且在該款事由尚有「該事件」（遴選事件）之要件，更難以認定管中閔與委員有第 32 條自行應迴避之事由。惟管中閔與委員間有行政程序法第 33 條第 1 項第 2 款之事由，應無疑問，蓋該款規定之「足認」僅須達到對於原因事實「釋明」之程度即可。而就構成應迴避而未迴避之情形，乃具有程序瑕疵，至少應為「得撤銷」之違法狀態^{註24}。

(三)教育部「退回」遴選委員會之決定性質為何？

主張聘任台大校長係多階段處分之學說認為，僅教育部最後作成之聘任始具備外部性而為行政處分，故教育部要求「重啓」遴選程序，應屬內部監督行為，係屬「程序決定」，救濟方式應依行政程序法第 174 條規定為之^{註25}。

二、切結書之法律性質（中正二）

實務上常見人民以切結書換取行政機關作成授益處分，則此時切結書之法律性質為何？學說上有認為係準負擔之附款^{註26}，亦有認為係處分外負擔^{註27}，亦有認為係行政契約^{註28}。實則，學說分析^{註29}：若切結書僅為單純證明某項事實，則至多屬於觀念通知；若人民書具切結書意在負擔義務或拋棄權利，並無與機關達成合意之情形，應認為係處分外之負擔；若切結書之內容構成行政機關作成行為之內容一部分，則有人民與行政機關合意之意思，故應是為行政契約之一部。

三、行政處分之構成要件效力（北大三）

行政處分構成要件效力係指，有效之行政處分應為國家機關尊重，並以之為既存之構成要件事實，作為其本身決定之判斷基礎^{註30}。其原理在於：行政處分對他機關之拘束力，係基於行政機關內部之職務分工，管轄權分配而來。至行政處分對行政法院之拘束力，凡依憲法或法律之規定，法院對於行政處分有審查權限者，此種作為審查對象之行政處分自無所謂拘束效

^{註24} 李惠宗，前揭註 20，頁 32-34。

^{註25} 李惠宗，前揭註 20，頁 36。

^{註26} 吳庚、盛子龍（2017），《行政法之理論與實用》，15 版，頁 335，臺北：三民。

^{註27} 許宗力（2006），〈行政處分〉，翁岳生（編），《行政法（上）》，3 版，頁 555，臺北：元照。

^{註28} 陳敏，前揭註 1，頁 523。

^{註29} 參見蔡茂寅（2002），〈切結書之法律性質〉，《月旦法學雜誌》，第 87 期，頁 25。

^{註30} 陳敏，前揭註 1，頁 449。

果可言。反之，法院並無審查行政處分合法性之權限者，或在繫屬之案件中並非審查對象之行政處分，則隨處分之存續力而產生構成要件效力及確認效力，對法院亦有拘束效果（臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1448 號判決參照）。

四、行政處分之瑕疵（台大一、政大一）

關於行政處分之無效，行政處分若有行政程序法第 111 條^{註31}各款無效之事由，則行政處分無效，其中第 7 款規定即所謂「重大」且「明顯」之瑕疵。惟行政程序法第 112 條規定：「行政處分一部分無效者，其他部分仍為有效。但除去該無效部分，行政處分不能成立者，全部無效。」因此若行政處分一部因有行政程序法第 111 條事由而無效，但因同一處分內容可分、行政機關有作成餘存部分之權限以及意思時，則同一處分除去無效部分仍屬有效^{註32}。

關於得補正之行政處分，行政程序法第 114 條第 1 項第 1 款規定：「違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，因下列情形而補正：一、須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者。」例如：主管機關未經低收入戶之申請而作成核准生活扶助之行政處分，此時得由低收入戶向主管機關申請以補正核准處分之程序瑕疵。

五、因政策變更而不續辦促參案件（政大四）

促進民間參與公共建設法（簡稱為促參法）對於促進民間參與公共建設之案件（簡稱為促參案件）之進行階段大致得分為兩階段^{註33}：第一階段為**選商階段**，即主辦機關依甄審標準，作成甄審處分評定出最優申請人。此甄審處分之決定即為行政處分。第二階段為**興建營運階段**，最優申請人須與主辦機關就促參契約進行「議約」，於議約完成後「簽訂促參契約」（締約），後續即進入履行契約之階段（履約）。

惟若主辦機關表示因政策變更而不續辦促參，最優申請人應如何救濟^{註34}？

^{註31}行政程序法第 111 條：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：一、不能由書面處分中得知處分機關者。二、應以證書方式作成而未給予證書者。三、內容對任何人均屬不能實現者。四、所要求或許可之行為構成犯罪者。五、內容違背公共秩序、善良風俗者。六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。七、其他具有重大明顯之瑕疵者。」

^{註32}參閱陳敏，前揭註 1，頁 441-443。

^{註33}詹鎮榮（2018），〈論促參案件之退場機制：以主辦機關因政策變更不簽約為中心〉，《財稅研究》，47 卷 3 期，頁 6-8。

^{註34}詹鎮榮，前揭註 33，頁 24-34。

實務見解認為主辦機關享有猶豫期間，得不與最優申請人締結促參契約。其理由主要在於：行政程序法第 146 條賦予行政機關在行政契約成立後單方調整或終止契約之權利，故主辦機關更得於簽訂促參契約前，決定不與最優申請人簽約；**簽約前雙方所訂定之草約並無預約之效果**，故主辦機關自無締結本約之義務；依促參法第 45 條第 1 項^{註35}，主辦機關並不因甄審處分作成而負有締約之義務。但因甄審處分仍存在，故因政策變更而不續辦促參案件，係依行政程序法第 123 條第 4 款「行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者」廢止甄審處分，並應依同法第 126 條給予人民損失補償。

學說見解則認為應從促參案件進行之階段而定：在甄審決定作成後，得從促參法第 44 條第 1 項^{註36}規定導出主辦機關有與最優申請人議約之義務。**甄審處分之效力在使最優評定人取得與主辦機關「議約」（非締約）之請求權**。故主辦機關因政策變更而不議約，係依行政程序法第 123 條第 4 款廢止甄審處分，並得依據同法第 126 條請求損失補償。**若在「議約中」，主辦機關不續辦促參案件係締約上過失，視促參契約為行政契約或私法契約之性質，準用^{註37}或適用民法第 245-1 條**，最優申請人得請求損害賠償。在「締約後」，因為契約已經存在，所以適用契約履行或不履行的規定。至於最優申請人得請求損失補償或損害賠償之範圍，實務與學說見解大致相同，以甄審處分生效時點作為起算起點至不續辦促參案件之通知為終點之間的損失或損害，得請求補償或賠償。是以，最優評定人事前參加甄審所挹注之費用、主辦機關不續辦通知後，最優申請人自行準備後續興建之支出等，均不在填補之範圍內^{註38}。

六、行政程序的程序重開（台大二）

行政程序法第 128 條程序重開之規定，得否作為突破行政法院確定判決之確定力？實務採取否定說，理由在於：「**行政處分提起行政救濟經行政法院實體判決確定者，因已生判決之既判力，且行政訴訟法對行政法院確定**

^{註35} 促參法第 45 條第 1 項：「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。」

^{註36} 促參法第 44 條第 1 項：「主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。」

^{註37} 行政程序法第 149 條：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」

^{註38} 詹鎮榮，前揭註 33，頁 33-34。

判決復定有再審之救濟程序，是經行政法院實體確定判決維持之行政處分，當事人再為之爭執若屬得循行政訴訟再審程序請求救濟者，即非屬得依行政程序法第 128 條規定申請重開行政程序之範疇^{註39}。」學說則採取肯定說，理由在於^{註40}：**基於體系解釋**，行政程序法第 128 條第 1 項但書得導出相對人或利害關係人已於法定救濟期間內提起行政救濟，但有重開之事由，仍得請求程序重開，除非在行政程序或救濟程序中有重大過失而未提出；**基於比較法解釋**，本條係繼受德國法而來，彼國實務與學說針對此一問題，均採肯定說；**基於目的解釋**，行政處分程序重開較行政法院判決之再審，更能給予當事人更直接、迅速、經濟之權利保障。

行政程序法第 129 條規定：「行政機關認前條之申請為有理由者，應撤銷、廢止或變更原處分；認申請為無理由或雖有重新開始程序之原因，如認為原處分為正當者，應駁回之。」因此若行政機關認為申請程序重開有理由時，並非如同行政程序法第 117 條之職權撤銷，享有裁量權限^{註41}。

伍、行政契約：台電購電契約（政大三）

台電與民營電廠就購售電契約之價格調漲一事，曾發生行政罰上與公平法的相關問題^{註42}。惟台電公司與民間電廠間購售電契約之性質為何，亦有爭議。

按行政契約與私法契約之區別標準，有**契約標的說**、**契約目的說**、**契約主體推定說**等。實務以釋字 533 號為代表採取**契約主體、契約標的、契約目的之綜合判斷標準**，而我國通說則為**契約標的說**^{註43}。惟無論採取何說，學理上認為**私人間之行政契約，須以有法律授權之處分公法上權利義務，始得締結**^{註44}。因此私人間締結之契約原則上應屬於私法契約。故判斷上，台電公司係依公司法設立之私法組織，其與民間電廠所締結之契約，因為二者在契約主體上均為私人，又契約標的僅係單純買賣，並且並無特別之法律授權台電公司與私人得締結行政契約，故購售電契約應屬於私法契約^{註45}。

^{註39}最高行政法院 102 年判字第 29 號判決參照。

^{註40}吳庚、盛子龍，前揭註 26，頁 394-395。

^{註41}吳庚、盛子龍，前揭註 26，頁 392。

^{註42}學理討論，參見李惠宗（2015），〈追繳不法利得作為主要行政罰的法理基礎：以公平會處罰民間電廠業者為例〉，《法令月刊》，66 卷 7 期，頁 1-31。

^{註43}吳庚、盛子龍，前揭註 26，頁 404。

^{註44}陳敏，前揭註 1，頁 576-577。

^{註45}王文宇（2013），〈正本清源：評台電與民營電廠紛爭涉及的多重法律議題〉，《月旦法學雜誌》，217 期，頁 64，即認為購售電契約屬於私法契約，但並未明確以行政契約

實務上亦認為購售電契約為私法契約，理由在於：「原告（按：台電公司）雖為經濟部所屬國營事業，惟其乃依公司法規定設立之股份有限公司，且係獨占我國電力市場之唯一綜合電業，其從事電業之事業活動，純係供給電能之資本經營行為，尚非公權力行為。縱原告目前以公營組織方式，其仍屬營利之公司，並非具公權力之行政機關，亦無依法受委託行使公權力之情形，是原告係屬私法人，而被告亦為私法人，雙方並無訂立行政契約之餘地^{註46}。」亦係以契約主體以及契約標的作為判斷依據，並表明私人間無法締結行政契約^{註47}。

陸、行政計畫之爭議

一、都市計畫的法律性質（北大四）

都市計畫的法律性質，釋字 156 號認為都市計畫之個別變更為行政處分之性質，而都市計畫之定期通盤檢討則非屬行政處分。釋字 742 號針對都市計畫定期通盤檢討變更，延續釋字 156 號之觀點，認為定期通盤檢討變更屬於法規性質，但「具體項目」有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟。釋字 742 號理由書進一步說明：「由於定期通盤檢討所可能納入都市計畫內容之範圍並無明確限制，其個別項目之內容有無直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，不能一概而論。訴願機關及行政法院自應就個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權及訴訟權之意旨。」因此定期通盤檢討變更可能同時具備法規以及行政處分之兩種性質^{註48}。

與私法契約之判斷標準一一檢視。

^{註46}臺北高等行政法院 104 年訴字第 1283 號裁定參照。

^{註47}至於高仁川（2013），〈再生能源購售電契約，究係民事契約抑或是行政契約？：台北地院 101 重訴 235 判決〉，《台灣法學雜誌》，第 228 期，頁 206-212，雖然認為「再生能源購售電契約」可能劃歸為行政契約，但文中指明此與一般「購售電契約」有所不同，故不得逕以本篇文章論點套用到一般購售電契約中。

^{註48}學說上即認為本號解釋認定都市計畫具有雙重性質，破壞了法律行為之穩定性功能。參見林明鏘（2018），〈都市計畫通盤檢討變更：評釋字第 742 號解釋〉，《月旦裁判時

然而學說在都市計畫之法律性質上之爭議，眾說紛紜^{註49}：有認為都市計畫係屬法規性質，惟細部計畫之變更則屬於行政處分；另有認為計畫本質為一般性、抽象性規範之行爲，故不應認為細部計畫或計畫變更為行政處分；另有認為都市計畫之通盤檢討變更若影響人民權益時，如具有一般處分之性質，則為行政處分；另有從都市計畫之分類與層級區分，認為僅鄉街與特定區細部計畫之擬訂或變更為行政處分，其餘主要計畫或市（鎮）細部計畫均非行政處分。

二、對都市計畫之救濟（北大四）

釋字 156 號認為都市計畫之個案變更屬於行政處分，故救濟程序自得依循撤銷爭訟途徑為之。釋字第 742 號對於定期通盤檢討變更之定性為法規性質，但本於有權利有救濟之觀點，如認為有個別項目限制人民權利時，個別項目之限制即具有行政處分之性質，故人民自得循撤銷爭訟途徑救濟。惟學說有認為，都市計畫的規制效力並非一次性而是反覆發生，故都市計畫具有法規性質。然我國目前並無對法規命令得單獨提起行政救濟之程序，學說即認為人民得針對具體個案所形成之法律關係提起與行政機關之法律關係不存在之訴（行政訴訟法第 6 條第 1 項前段），進而由行政法院在訴訟中進行附帶規範審查^{註50}。

三、都市計畫範圍外之人民得否提起救濟？（北大四）

依釋字 156 號，都市計畫如限制「一定區域內人民」之權利，其得請求救濟。釋字第 774 號認為「一定區域內人民」^{註51}固係指都市計畫個別變更範圍內之人民而言，惟都市計畫個別變更範圍外之人民，如因都市計畫個別變更致其權利或法律上利益受侵害，基於有權利即有救濟之憲法原則，仍應許其提起行政訴訟以資救濟，始符憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。據此，無論都市計畫範圍內或範圍外之人民，凡權利受都市計畫所影響者，均得提起救濟。

報》，第 68 期，頁 62-64。

^{註49}王珍玲（2018），〈都市計畫之法律性質〉，《月旦裁判時報》，第 72 期，頁 65。

^{註50}傅玲靜（2016），〈對於抽象法規範之行政爭訟：以都市計畫之擬定或變更為例〉，《月旦法學教室》，第 167 期，頁 10-11。

^{註51}釋字 156 所稱「一定區域內人民」之意涵計有三說：1.以都市計畫變更範圍內人民為限；2.除都市計畫變更範圍內人民外，亦包括都市計畫變更範圍外人民；3.係指都市計畫變更範圍內人民，至於都市計畫變更範圍外人民，則不在解釋範圍內。參見釋字第 774 號解釋，許志雄大法官所提出之協同意見書。

四、都市計畫變更時之正當程序（政大二）

都市計畫法第 19 條第 1 項^{註52}以及第 28 條^{註53}規定，都市計畫之變更送都市計畫委員會審議前，應先經過公開展覽以及說明會之程序，再報請內政部核定。

依據釋字第 709 號提出正當行政程序之觀點，都市計畫影響民眾之基本權（尤以財產權與居住自由）甚深，因此為使人民得參與程序並表達意見，無論都市計畫之擬訂或變更前，應予民眾參與之機會。另外，民眾參與行政程序有兩者重大意義：其一因國家主權仍屬於國民所有（主權在民），民眾在參與行政程序時，得使行政機關之高權行政獲得民主正當性的深化；其二則是民眾參與行政程序時，得作為監督行政高權之手段，以確保行政行為符合民主正當性^{註54}。據此，都市計畫之擬定或變更未依都市計畫法第 19 條以及第 28 條踐行民眾參與（公開展覽以及說明會）時，即便都市計畫已經專家委員會審議，仍有瑕疵。

柒、行政罰：裁罰性不利處分與單純不利處分之區分（北大三）

行政罰法第 1 條以及第 2 條規定：「違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」^{註55}「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分：……。」因此除了罰鍰沒入以外，行政罰上包含所謂的裁罰性不利處分。

相對於裁罰性不利處分之概念即為「單純不利處分」。二者區別之標準大致為^{註55}：首先，應以不利處分所依據之法規精神判斷，不得以所依據法規形式上規範於「罰則」即認為係裁罰性不利處分。其次，若當事人之行為無須具備違法且有責之要件，行政機關即得介入排除已發生之危害或防止其繼續擴大，則行政機關所為之行政處分為「單純不利處分」；反之，若須以當事人具備違法且

^{註52}都市計畫法第 19 條第 1 項：「主要計畫擬定後，送該管政府都市計畫委員會審議前，應於各該直轄市、縣（市）（局）政府及鄉、鎮、縣轄市公所公開展覽三十天及舉行說明會，並應將公開展覽及說明會之日期及地點登報周知；任何公民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向該管政府提出意見，由該管政府都市計畫委員會予以參考審議，連同審議結果及主要計畫一併報請內政部核定之。」

^{註53}都市計畫法第 28 條：「主要計畫及細部計畫之變更，其有關審議、公開展覽、層報核定及發布實施等事項，應分別依照第十九條至第二十一條及第二十三條之規定辦理。」

^{註54}傅玲靜（2014），〈都市更新正當程序之解構與再建構〉，《月旦法學雜誌》，第 228 期，頁 192-193。

^{註55}陳敏，前街註 1，頁 710。

有責之要件，則屬「裁罰性不利處分」。

捌、行政程序法

一、限制行為能力人得否作為行政程序代理人（台大一）

行政程序法第 24 條第 1 項本文規定：「當事人得委任代理人。」惟代理人之資格是否限制於具備程序能力之成年人，同法第 24 條以下並未規定，即生爭議。學說有認為代理人僅限於具備程序能力之自然人，無程序能力之自然人不得為代理人^{註56}；亦有認為法理上並不排除限制行為能力人為程序代理人^{註57}。觀民法第 104 條規定：「代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響。」容許限制行為能力人為代理人，兼以代理人所為行為之效果歸屬於本人，對代理人並不發生權利義務之得喪變更，故就此爭議，似得採肯定說。

二、行政程序之職權主義（台大一）

行政程序法第 34 條規定：「行政程序之開始，由行政機關依職權定之。但依本法或其他法規之規定有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限。」故行政程序之開始原則上採職權主義。又依同法第 36 條：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意。」採取職權調查主義，由行政機關主動依職權調查證據，並必須對整體行政事件為一體注意之義務。

玖、對行政執行之救濟程序（台大三）

行政執行法第 9 條第 1 項規定：「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，得於執行程序終結前，向執行機關聲明異議。」因此引發對於異議決定不服時，人民得否續行救濟？

最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議（三）認為本條規定應未禁止人民後續向法院請求救濟，故人民自得對異議決定向法院提起救濟。惟救濟程序須視執行行為之性質而定，若執行行為係行政處分之性質，則仍須踐行訴願程序，始得再向法院聲明救濟。

惟針對具有行政處分性質之執行行為之救濟程序，最高行政法院 107 年 4 月份第 1 次庭長法官聯席會議認為，聲明異議程序已經行政內部自我審查，故具有替代訴願程序之功能，不服異議決定之人民自無庸再踐行訴願程序，而得在不

^{註56}陳敏，前揭註 1，頁 827-828。

^{註57}吳庚、盛子龍，前揭註 26，頁 557。

服異議決定後，直接向法院提起撤銷訴訟。

拾、行政救濟

一、訴權之判斷：公法上權利（台大二、北大二、中正三、成大三）

按提起行政救濟，原則上須具備自己之權利或法律上利益受到國家之干預之要件，始得提起。此即訴訟（願）權能（簡稱為訴權）。至於如何判斷人民有無訴權，釋字第 469 號理由書提出（新）保護規範理論為判斷標準：「至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，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。」

據此，判斷人民是否有訴權，首應判斷某法規是否是專為保護特定人之利益而設，同時該人民是否為受保護之特定人，若均肯定，該人民即有訴權。若某法規係為公益而非為保護特定人之利益而設，但得自法律之整體結構、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，推知某法規兼有保護特定人之意旨，且該人民亦為某法規兼有保護意旨之特定人，則該人民亦有訴權^{註58}。

實務上發生之訴權問題：最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議認為，外國配偶申請居留簽證遭到否准，因法律並未賦予本國配偶有何權利得申請外國配偶之居留簽證，因此不具備課予義務訴訟之訴權。惟學說認為此種情形雖不構成行政訴訟法第 5 條所稱「依法申請之案件」，而不得提起課予義務訴訟，但基於配偶間之同居（義務）係婚姻之核心價值，此時即應賦予在本國之配偶有撤銷訴訟之訴權，以撤銷否准處分^{註59}。

二、訴願不利益變更禁止原則是否拘束原處分機關？（成大三）

訴願法第 81 條第 1 項：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變

^{註58}保護規範理論的詳細說明以及相關問題，請參見李建良（2016），《行政法基本十講》，6 版，頁 298-313，臺北：元照。

^{註59}劉建宏（2015），〈課予義務訴訟之訴權要件〉，《月旦法學教室》，第 155 期，頁 10-11。

更或處分。」此即為訴願法上不利益變更禁止原則之明文規定。惟有疑問者是，若訴願機關撤銷原處分，命原處分機關重為處分，則原處分機關是否得作成相對於元處分更不利於當事人之行政處分？

最高行政法院 105 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議認為，訴願法第 81 條第 1 項僅限制訴願機關而不及於原處分機關。又在法無明文時，尚不得以立法理由所載文字，限制原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，於正確認事用法後，作成較原行政處分不利於處分相對人之行政處分，否則不符依法行政原則。據此，原處分機關得在訴願機關撤銷發回並命重為處分時，作成對於人民更不利之行政處分。

三、確認訴訟之備位性（台大三）

行政訴訟法第 6 條第 3 項規定：「確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。但確認行政處分無效之訴訟，不在此限。」此即學說上所謂確認訴訟之備位性（或補充性）。該規定之目的在於使原告提起更直接、更有效之訴訟種類，以保護其權利，並避免原告規避撤銷訴訟或課與義務訴訟之特別規定（尤其是訴願前置或起訴期間之限制）以及造成法院不必要之負擔^{註60}。

四、管轄法院的選擇：地方法院行政訴訟庭（台大三）

行政訴訟法第 229 條第 1 項以及第 2 項規定：「適用簡易訴訟程序之事件，以地方法院行政訴訟庭為第一審管轄法院。下列各款行政訴訟事件，除本法別有規定外，適用本章所定之簡易程序：一、關於稅捐課徵事件涉訟，所核課之稅額在新臺幣四十萬元以下者。二、因不服行政機關所為新臺幣四十萬元以下罰鍰處分而涉訟者。三、其他關於公法上財產關係之訴訟，其標的之金額或價額在新臺幣四十萬元以下者。四、因不服行政機關所為告誡、警告、記點、記次、講習、輔導教育或其他相類之輕微處分而涉訟者。五、關於內政部入出國及移民署（以下簡稱入出國及移民署）之行政收容事件涉訟，或合併請求損害賠償或其他財產上給付者。六、依法律之規定應適用簡易訴訟程序者。」

一般行政法事件原應依行政訴訟法第 104-1 條：「適用通常訴訟程序之事件，以高等行政法院為第一審管轄法院。」然而如有第 229 條第 2 項規定之事由，則行政訴訟法之第一審管轄法院即改為地方法院行政訴訟庭。

^{註60}徐瑞晃（2015），《行政訴訟法》，頁 120-121，臺北：元照。

拾壹、公法上不當得利之返還與救濟

行政程序法第 127 條於 104 年新增第 3 項規定：「行政機關依前二項規定請求返還時，應以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之。」明文解決學說以及實務上對於行政處分因溯及失效或無效之情形所導致之公法上不當得利，行政機關究竟得否直接行政處分命人民返還之爭議。就此範圍，行政機關即無庸再依最高行政法院 104 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議（一），以一般給付之訴請求人民返還公法上不當得利。

惟學說指出行政程序法第 127 條第 3 項僅在行政處分溯及失效或無效等情形始有適用，其他公法上不當得利之情形，行政機關仍應依照最高行政法院前揭決議提起一般給付之訴，請求人民返還。例如：主管機關核定甲低收入戶之補助，每月一萬五千元。惟嗣後發現當初係甲提供不正確之資料，使主關機關作成該核定處分，此時主管機關依職權撤銷核定處分，即適用行政程序法第 127 條第 1 項以及第 3 項，得依書面處分命甲返還所受領之低收入戶補助。但倘甲並無提供不正確資料，而主管機關在發放每月補助時，誤撥為十五萬元。此時甲就超過每月一萬五千元之部分固然構成公法上不當得利，然而並非行政程序法第 127 條所涵蓋之範圍，故主管機關只得依最高行政法院前揭決議之見解，提起一般給付之訴，請求甲返還公法上不當得利^{註61}。

^{註61} 吳庚、盛子龍，前揭註 26，頁 703-704。