

行政法篇

主筆人：溫台大

一、前言

今年度法研所考試出題方向，大體而言可謂四平八穩。若能掌握行政法總論之正確而清晰的基本觀念，不但固守基本盤並非難事，攫取高分亦可預期。進步析論，以台、政、北三校為例，皆不外乎以傳統爭點為基礎的變化題型。舉其中較為重要者，例如：有關大法官解釋宣告法規違憲定期失效之妥適性、立法委員對於總統是否具有質詢權、大學自治與法律保留原則、斷水斷電及行政罰對象、一行為不二罰原則、行政執行之救濟、信賴保護原則之適用等相關議題，對於答題者而言，均不陌生，亦屬今年度國家考試絕佳之取材方向。

二、重要爭點

(一)立法委員得否向總統提出質詢

1. 爭點說明：

有關「憲政慣例」相關議題，不時會成為考題中的亮點。而有關立法委員得否向總統提出質詢之問題，為近期重新炒熱的議題，並出現於政大法研所考試中。

(1) 憲政慣例

按「憲政慣例在不成文憲法國家，恆居重要地位，其規範效力亦不容置疑。至於在成文憲法之下，雖亦有憲政慣例之概念，但僅具補充成文憲法之作用，尚不能與前者相提並論。所謂慣例係指反覆發生之慣行，其經歷長久時間仍受遵循，而被確信具有拘束行為之效力時，始屬不成文規範之一種。若雖有行為之先例，但因亦曾出現相反之先例或因有牴觸成文規範之嫌，拘束力備受質疑者，即不能認其為具備規範效力之慣例。本件副總統兼任行政院院長，以往雖有二例，然亦有因當選副總統而立即辭卸行政院院長之一例，況此種兼任是否牴觸憲法，既有爭論，依上開說明，自不能認已成為我國之憲政慣例而發生規範效力。」大法官釋字第 419 號解釋理由書可資參照。而憲政慣例屬於一種習慣法，惟一旦形成，即具有憲法位階之效力。(註 1)

(2) 立法委員對總統之質詢權



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)

「立法院於每年集會時，得聽取總統國情報告」，立法院是否藉此取得對總統某種程度的控制性權力？立法院得否就總統的國情報告，進行某種形式的質詢？學說上認為，總統與立法委員均為依據民主原則，分於不同的直接民選程序選出。立法委員充其量也僅享有聽取國情報告之權，而無質詢或「提供建言」之權(註 2)。而目前亦無「反覆發生之慣行，其經歷長久時間仍受遵循，而被確信具有拘束行為之效力」之立法院向總統為質詢之慣例發生。

2. 相關考題：101 年政大憲法①

3. 答題關鍵：

本題分為兩個層次，一為「憲政慣例」之一般性問題；二為立法委員得否於總統國情報告時，向其提出質詢：

(1) 憲政慣例之一般性問題

有關我國現行大法官解釋中層論及之憲政慣例，除前所述及副總統得否兼任行政院院長、內閣於總統或立法院改選後是否應總辭之相關問題（司法院大法官釋字第 387 號、第 419 號解釋）外，尚包含有關參謀總長等是否應赴立法院備詢之議題：「參謀總長雖非增修條文第三條第一項第一款所稱之行政院各部會首長，乃屬憲法第六十七條第二項規定之政府人員，要無疑義。參謀總長負責國防之重要職責，包括預算之擬編及執行，均與立法院之權限密切相關，立法院所設各種委員會就與參謀總長職務相關之事項，邀請其列席備詢，除有正當理由外，不得拒絕應邀到會備詢。惟詢問之內容涉及重要國防機密事項者，則免予答覆。至司法、考試、監察三院既得就其所掌有關事項，向立法院提出法律案；各該機關之預算案並應經立法院審查，則其所屬非獨立行使職權而負行政職務之人員，於其提出之法律案及有關預算案涉及之事項，亦有依上開憲法規定，應邀說明之必要。惟司法、考試、監察三院院長，固得依憲法第七十一條規定列席立法院會議陳述意見，若立法院所設各種委員會依憲法第六十七條第二項規定邀請政府人員到會備詢，本於五院間相互尊重之立場，並依循憲政慣例，得不受邀請列席備詢。三院所屬獨立行使職權，不受任何干涉之人員，例如法官、考試委員及監察委員亦同。」（司法院大法官釋字第 461 號解釋理由書參照）。

(2) 立法委員得否於總統國情報告時，向其提出質詢



現行實務上並無立法委員於總統國情報告時，向其提出質詢之慣例；而學理上對此，亦基於總統及立法委員均為依據民主原則，分於不同的直接民選程序選出，故傾向採取否定見解。若立法委員對於總統質詢之憲政首例一開，勢將直接觸動我國政府體制究屬總統制或所謂雙首長制之敏感神經。

(二)違憲定期失效

1.爭點說明：

延續去年法研所考試中對於違憲定期失效議題之著重，今年臺灣大學及臺北大學亦將此一重要議題列為考題呈現（臺大博士班筆試亦曾以此為題）。此一爭點之關鍵為：憲法第 171 條、第 172 條所謂之「違憲無效」，是否容有「定期失效」之空間？進一步而言，尤其是大法官透過釋字第 177、185、193、686 號等解釋將解釋效力擴及個案救濟功能之前提下（該等解釋均無限制人民不得於違憲定期宣告之情形下，於法規尚未失效之期間內提起個案救濟），對於法規違憲定期失效之宣告，其相關個案應如何審理？(註 3)

(1)理論基礎

對於得否為違憲定期失效之宣告，分為否定說及肯定說。否定說之理據，在於憲法第 171 條：「法律與憲法抵觸者無效。法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。」第 172 條：「命令與憲法或法律抵觸者無效。」所謂之「違憲無效」，基於對人民基本權利之充分保障，不應有定期宣告之空間。而肯定說則是基於對立法者之尊重，讓立法者得以有機會彌補被宣告違憲之法律。但採肯定說之論者，多認為原因案件仍得提起再審，溯及適用憲法解釋之意旨以為配套。

(2)法院得否適用已被宣告違憲定期失效之法律，作為裁判基礎？

採否定說者認為，此時聲請人根本不符合釋字第 177 號等相關解釋之情形，無從提起再審；而採肯定說者則主張，若為人民聲請之案件，本來就有溯及適用之效力，而大法官所為之違憲定期宣告，僅屬對於立法者之指示，法官有遵守憲法之義務，應允聲請人聲請再審、且不應適用已受違憲定期宣告之法規。換言之，依前揭釋字第 177 等號解釋，可區別為人民聲請或機關聲請者，若為人民聲請之案件，因聲請人有再審之聲請權，法官即不應再行適用已被宣告違憲之法令。

2.相關考題：



101 年臺大憲法①、101 年臺北大憲法②

3. 答題關鍵：

101 年臺大憲法①，係分別以釋字第 452、666、677 號解釋等，測驗答題者對於違憲定期失效解釋相關議題之理解。答題時應區分兩個層次：一為應否作成違憲定期宣告？此涉及答題者對於此一宣告方式容許性之理解及所採取之立場；二為若答題者否定違憲定期失效宣告，應採取何種宣告方式？此需慮及後果及可能衝擊處置之論理。若答題者採肯定見解，則需說明擇定之期限及理由（考量之因素如法安定性、社會調適成本等）。整體而言，答題者發揮之空間相當廣闊。

101 年臺北大憲法②則聚焦於司法院大法官審理案件法修正草案第 31 條但書及第 2 項：「但主文另有諭知溯及失效或定期失效者，依其諭知。憲法法庭之判決諭知法律或命令定期失效者，其所定期間，法律不得逾三年，命令不得逾一年」規定之妥適性。答題者於第 1 小題就違憲定期失效之理論基礎、其規範對象是否限於立法者等基本問題，予以析論。至於第 2 小題部分，則直接觸及「違憲定期失效」於憲法第 171 條、第 172 條規範下之容許性問題。為非常標準而基礎之違憲定期失效爭點概念題。

(三)特別權力關係：大學自治與法律保留面向

1. 爭點說明：

特別權力關係向為依附於法律保留原則下之重要基本觀念。其重要性雖因時代演進而消褪，近年仍因大法官釋字第 653、684 號解釋等，重新提醒世人其仍居於法律保留原則系列問題之關鍵地位。特別權力關係之基本結構，為特定人於特定之權力架構下「無基本權利」；而既無基本權利，自無「法律保留」原則之適用；從而亦無「司法救濟」之可能。而特別權力關係之外顯特徵，即在於其並無「司法救濟」之可能。而自釋字第 187 號解釋以降，特別權力關係即遭逐步破除，而其中最受注目者，無疑是大學中之特別權力關係。由釋字第 382、563 號至第 684 號解釋之路徑，可看出大法官逐步放寬了大學生爭訟的大門。

惟按釋字第 563 號解釋理由書：「八十三年一月五日修正公布之大學法關於大學學生之退學事項未設明文，惟為實現大學教育之宗旨，有關學生之學業成績及品行表現，大學有考核之權責，其依規定程序訂定章則，使成績未符一定標準或品行有重大偏差之學生予以退學處分，屬大學自治之範疇；立法機關對有關全國性之大學教育事項，固得制定法律予以



適度之規範，惟大學於合理範圍內仍享有自主權。」可知於特別權力關係的關鍵節點，也就是法律保留部分，基於大學自治之考量，容許大學得在大學法之框架立法下，以其校內規定作為法律基礎，故形成學生雖得提起救濟，但卻因法律適用上之劣勢，而難以獲得實體救濟之結果。

2. 相關考題：

101 年政大行政法④

3. 答題關鍵：

本題所涉者，為系爭「校園交通管理要點」之規定，是否足以作為破壞車鎖、移置車輛行為之法律依據。就甲如何提起救濟部分，依大法官釋字第 684 號解釋，應有提起行政爭訟之空間；而甲主張是否有理由，關鍵在於「校園交通管理要點」是否得作為「法律保留」原則之「法」。而本題看似為特別權力關係之延伸性問題，其真正之爭點所在，實係特別權力關係架構下，法律保留原則之適用問題。

(四) 建築法第 91 條第 1 項之適用問題：裁罰對象及斷水斷電

1. 爭點說明：

(1) 斷水斷電

停止供水供電（斷水斷電）措施之相關問題，亦為傳統爭點，其所牽涉之法律保留、秩序罰與秩序行政之區分、行政執行法與個別行政法之適用、比例原則等相關問題，仍然歷久彌新。因行政執行法第 28 條第 2 項第 4 款增訂斷水斷電之明文規定，加以個別行政法（如建築法第 91 條第 1 項）亦有相關規範，故法律保留部分之問題已無疑義。惟水電之供給，屬於給付行政之一環，且為日常生活所不可或缺，水電供給之拒絕，對於人民權利之影響至為重大，故性質上應屬對人民之「不利益處分」，得為行政爭訟之客體。而在行政作用上，斷水斷電措施並非獨立之「處罰」，應屬勒令停工、勒令歇業等處分之執行方法。故學理上認為，其僅能以「營業所」為對象，並應作為「最後手段」，方符合比例原則之要求。另有關於行政執行法第 28 條第 2 項第 4 款與其他各論行政法中斷水斷電規定之適用關係，學理上主張應優先依行政執行法第 28 條第 2 項第 4 款規定，並輔以行政法各論中較為詳盡之程序規定(註 4)。

(2) 建築法罰則規定之裁罰對象

建築法第 91 條第 1 項規定之裁罰對象包括「建築物所有權人、使用人、



機械遊樂設施之經營者等，按最高行政法院 95 年 1 月份庭長法官聯席會議決議，建築主管機關究應對建築物所有權人或使用人處罰，應就其查獲建築物違規使用之實際情況，於符合建築法之立法目的為必要裁量，並非容許建築主管機關恣意選擇處罰之對象擇一處罰，或兩者皆予處罰。又行政罰係處罰行為人為原則，處罰行為人以外之人則屬例外。

(3)按次連續處罰之性質

依現行實務及多數學說之見解，「按日連續處罰」屬於執行罰（怠金）之性質，至於「按次連續處罰」之性質為何，則尚有疑義。有採執行罰說者、有採秩序罰說者、亦有認為第一次裁處屬秩序罰性質、命改善後未改善之裁處則為執行罰者。現行多數實務見解係將連續處罰之性質，仍定位為秩序罰(註 5)(註 6)。

2.相關考題：

101 年臺北大行政法①

3.答題關鍵：

第 1 小題所涉者，為建築法罰則規定中，受處罰對象應如何擇定之問題。此一類型之問題曾多次於國家考試中出現，其重要性仍歷久不衰。至於第 2 小題則涉及斷水斷電之相關問題，應針對斷水斷電措施之最後手段性、斷水斷電屬於對當事人不利益之執行處分、各論行政法中斷水斷電規定與行政執行法第 28 條第 2 項第 4 款之適用問題等分別予以析述。

三、結語

面對變化多端的行政法實例型試題，惟有就行政法基本爭點有充分理解，方得揮灑運用於彈指之間，進而攫取高分。綜觀今年度各校法研所考試公法類科所涉及之爭議問題，若答題者基本功扎實，必能應付自如。而前舉之相關爭點，均屬今年度國家考試可能之命題方向，可供預計於今年度應考的讀者，作為參考憑據之一。本人一再強調，學習行政法若一味求快而不求甚解，或忽視基本能力的培養，一意追逐看似炫目的新興議題，所呈現的答案將只是華麗而空洞的文字堆砌，期與讀者共勉之！



【注釋】

- 註 1：延伸閱讀：陳新民，〈檢討憲政慣例的地位與效力—由總統的閣揆人事決定權談起—兼論德國聯邦憲法法院最近的「國會解散案」判決〉，《月旦法學雜誌》，第 136 期，2006 年 9 月，頁 128-151。
- 註 2：延伸閱讀：蔡宗珍，〈當前立法院憲政地位之評析〉，《憲法與國家(一)》，2004 年 4 月，頁 67-98。
- 註 3：延伸閱讀：李惠宗，〈論違憲而定期失效法律的效力—兼評釋字第 619 號解釋及最高行政法院判決 97 年度判字第 615 號判決〉，《法令月刊》，第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，頁 4-16；吳信華，〈大法官「違憲定期失效宣告」後法院案件審理的問題〉，《台灣法學雜誌》，第 155 期，2010 年 7 月 1 日，頁 91-97；吳信華，〈大法官解釋「違憲定期失效」的效力〉，《月旦法學教室》，第 43 期，2006 年 5 月，頁 6-7；「贏了解釋、輸了官司？大法官定期宣告失效與個案救濟」座談會會議記錄，《月旦法學雜誌》，第 193 期，2010 年 6 月。
- 註 4：延伸閱讀：李建良，〈論行政強制之執行方法〉，《政大法學評論》，第 63 期，頁 185 以下。
- 註 5：參見法務部 99 年 4 月 12 日法律字第 0999002036 號：...關於「連續處罰」、「按次處罰」之性質，迭經本部多次函釋認如係違反按次賦予之新義務所為之處罰者，則屬行政罰之性質，惟針對個案之認事用法，本部尊重司法機關之見解，併予指明...
- 註 6：延伸閱讀：李建良，〈行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題—「制裁性不利處分」概念之提出〉，《月旦法學雜誌》，第 181 期，頁 133 以下。

