

## 從 113 年法研所試題看國考趨勢—行政法篇

編目 | 行政法

主筆人 | 飛律師

### 壹、前言

相較於法研所憲法的考題與國考有較程度的相似性，反之，法研所行政法的考題與國考的相似性則較低。一來，是因為法研所中行政法的題型常常出現出題老師專精研究領域的題目；二來，是因為司律國考中的行政法考題常常會附落落長的【參考法條】，與法研所的題目有很大的不同。

因此，在下述的考題分析中，筆者會略過法研所特有的獨門暗器，並將今年在法研所考出來的概念與相類似的近似觀念一併介紹，盡量幫同學們做詳盡的複習。

### 貳、一般原理原則 ( 113 北大第 1 題 )

#### 一、概念介紹

行政法的一般原理原則大部分都已經成文法化在行政程序法第 4 條到第 10 條、第 94 條與第 137 條第 1 項第 3 款中了。而其中最重要的莫過於信賴保護原則與不當連結禁止原則，分述如下。

#### (一) 信賴保護原則

就信賴保護原則而言，其考題常常會出現在「行政機關廢棄對人民的授益處分時，會不會違反信賴保護原則」的題型。在作答上的層次大概會有四點，分述如下。

##### 1. 法理基礎

法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律自應予以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎（釋字第 525 號參照）。（此處若時間不夠，可省略不寫）

##### 2. 信賴三要件

一為信賴基礎，係指行政機關有無作成一授益行政處分，可供人民的信賴攀附。二為信賴表現，係指人民有無因該授益行政處分，進而為生活安排。三為信賴值得保護，係指人民無行政程序法第 119 條的情形（1.以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。2.對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。3.明知行政處分違法或因重大過失而不知者）。若符合信賴三要件，則繼續往下討論；反之，人民並無信賴可言，毋庸保護。（此處若無爭點，可簡略帶過）

### 3. 公私益衡量

須比較撤銷廢棄處分所能維護的公益，與廢棄受益處分所說害的私益孰輕孰重，若公益大於私益，方得廢棄，但仍須留意有無給予補償。（此處看似寫得很簡略，但其實才是考試上的重點，同學們必須詳加涵攝）

### 4. 須有補償措施

亦即，行政程序法第 120 條規定「授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。」、行政程序法第 126 條規定「原處分機關依第一百二十三條第四款、第五款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。」（此處很容易被同學忽略，請一定要留意）

## (二) 不當連結禁止原則

不當連結禁止原則也是近期法研所中很熱門的考題，分別在 110、112 台大法研所中都出現過，所以請同學一定要留意。

所謂「不當連結禁止原則」係基於比例原則、禁止權力濫用及禁止國家恣意而生，行政機關採取行政措施時必須和其所欲達成之行政目的具有正當合理關聯。亦即，禁止行政機關課予人民與行政行為無正當合理關聯之義務，而要求行政機關採取的行政行為與行政目的之間有實質的內在關聯關係。

在考試上，筆者習慣先寫出行政機關應欲達成的行政目的，然後再論述與行政機關採取的行政行為，有無實質的內在關聯關係。例如：台北市政府如果要求某建商捐給全部的行政單位一台冷氣，才核發建築許可，違反不當連結禁止原則，因為「是否核發建築許可」所欲達成的行政目的是確保建設安全，而非行政單位不用買冷氣的公帑節省，所以二者間不具有實質的內在關聯關係，違反不當連結禁止原則。

## 二、本題分析

這題中是國考比較少見的申論題型，要求同學說明「一般法律原則」中的兩項。同學可以分別舉信賴保護原則與不當連結禁止原則向老師說明之。

## 參、判斷餘地與裁量餘地（113 北大第 3 題）

### 一、概念介紹

#### (一) 不判斷餘地

判斷餘地理論適用在「構成要件的解釋」。又原則上法院毋庸尊重行政機關的判斷餘地，蓋法院依憲法第 81 條本得依法審判，而僅有在例外情形，法院使須尊重行政機關的判斷餘地。

亦即，法院僅有於特定事項之審查中，為符合權力分立原則之功能最適原則的要求，必須從寬審查。例如：對行政機關就具有高度屬人性之評定、高度科技性之判斷、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷（109 判字第 208 號參照）。

又釋字第 553 號亦認，審查密度應參酌：「（一）事件之性質影響是否專業、是否涉及人民基本權之限制（二）原判斷之決策過程，是否由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？（四）法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？（五）對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。（六）是否尚有其他重要事項漏未斟酌。」定之。

其中，題目中最常考的是「（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？」，因為這點很容易被同學忽略 XD，題目常常以「逕」包裝，例如：98 政大行政法第 1 題第 1 小題中就有「評會斟酌校友投書意見，『逕』行決議依教師法第 14 條第 1 項第 6 款規定予以解聘，校方乃將校評會決定報請教育部核准，甲對此結果甚為錯愕。」，就是要考判斷餘地的例外情形。

## （二）裁量餘地

裁量餘地理論則適用在「法律效果的選擇」，如果立法者在法律中有賦予行政機關選擇法律效果的規定（例如：……，處罰鍰 3000 元到 60000 元），則行政機關有裁量權限，法院僅有在裁量瑕疵中，才能認為行政行為違法。

又行政機關享有裁量餘地時，應作出合乎義務之裁量，若逾越授權範圍、消極不行使裁量權，或違反一般原理原則，即有罹於裁量瑕疵之虞。又裁量瑕疵可分為裁量逾越、裁量怠惰及裁量濫用。

## 二、本題分析

在本題中，環評法第 5 條第 1 項第 9 款「對環境有不良影響之虞」在行政法上的意義屬於一不確定法律概念，又其具有專業性與技術性，所以行政機關應享有判斷餘地。

### 肆、行政處分與否之區辨（113 台大第 1 題）

#### 一、概念介紹

現今，一個行政行為是不是行政處分，已經不會影響到「人民得否救濟」了，但是仍然會使人民須依不同的訴訟類型提起訴訟，所以行政行為的定型還是非常重要的。

而在定性上，要特別提醒同學的作答技巧是，很多同學可能會先覺得「這個行政行為是行政處分（或是其他行政行為）」，就把行政程序法第 92 條（或其他行政程序法的規定）寫出來後接著涵攝，這樣雖然沒有錯，但就缺少了向老師好好說明本題中「此行政行為最容易跟哪種行政行為混淆」的機會，也就是，沒有清楚地說明爭點，分數自然也就不會高。

就行政處分與其他行政行為的比較上，常混淆的有「行政處分與行政契約」、「一般處分與行政命令」與「行政處分與行政事實行為」，分述如下。

- (一) 行政處分與行政契約的不同之處在於，行政處分乃行政機關單方作成對人民發生法律效力，其行為之高權性質較強；反之，行政契約則是行政機關與人民意思表示合致後，所成立的行政行為，其行為之高權性質較弱（這也是為什麼會在行政契約法律關係中，會有「雙行為併用禁止原則」的原因，亦即，避免人民於較為平等的行政契約法律關係中，被行政機關用高權性質較強的行政處分突襲）。
- (二) 一般處分與行政命令的不同之處在於，一般處分之規範對象得藉由一般性特徵（例如：對象、時間、目的）加以特定；而行政命令之規範對象難以藉由一般性特徵加以特定。
- (三) 行政處分與行政事實行為的不同之處在於，是否具備法效性，亦即，行政機關主觀上是否有透過該法律行為改變人民公法上權利義務關係的意思，若有，則該行為為具法律規制力，而屬行政處分；反之，則屬行政事實行為。

## 二、本題分析

在本題中，警察 B、C 要求 D 配合臨檢調查，雖通說認其乃警察為維護公益，對人民進行安全性之檢查，並未改變人民公法上之權利義務關係，而為行政事實行為；惟本文以為，該臨檢盤查實乃課予人民接受檢查之公法上義務，具法效性，故屬行政處分（行程法第 92 條參照）（李建良老師的見解）。

又就 B、C 命 D 回派出所而言，乃課予 D 至派出所並接受身份查驗之公法上義務，具法效性，故亦屬行政處分（行程法第 92 條參照）。

## 伍、行政處分之程序保障（113 台大第 1 題）

### 一、概念介紹

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。』其立法目的在於，保障人民之正當法律程序，以實現其實體權利；亦在使行政機關能在充分資訊下，盡可能做成正確的決策。

此外，此條最大的爭點就是——行政機關單純消極駁回人民之授益處分之請求，是否須給予人民陳述意見？就此，實務見解採否定說，認為依文義解釋，該法僅規定「限制」或「剝奪」人民自由或權利時，始須給予人民陳述意見之機會，而單純消極駁回人民之請求，並毋庸給予人民陳述意見之權利。反之，學說見解採肯定說，認駁回人民之請求，無異等同否認人民之權利，亦屬對人民權利之「限制」，而須給予人民陳述意見之權利。

而在考試上，建議同學的本文見解採取學說見解，亦即，可以用以下理由贊同學說：陳述意見之立法目的，除在於保障人民權利之外，亦在使行政機關能在充分資訊下，盡可能做正確之決策，不因「是否為人民之申請」而有不同，故不應狹義解釋；且行政程序法第 103 條已設有許多例外規定，不致對行政機關產生過度之負擔。

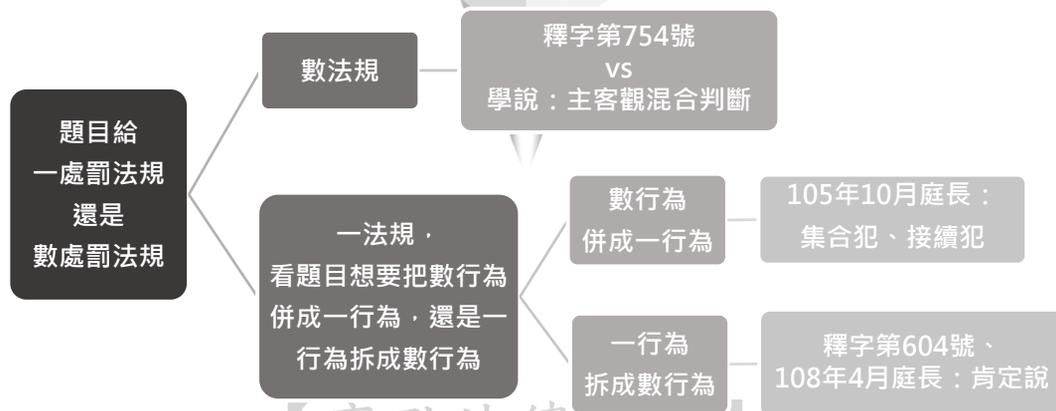
## 二、本題分析

在本題中，比較簡單一些，警察 B、C 在作成臨檢盤查處分前，應先給予 D 陳述意見之機會，惟 B、C 於無行政程序法第 103 條之例外事由時，未給予 D 陳述意見之機會，故該臨檢程序違法。

## 陸、行政罰之競合 ( 113 政大第 3 題 )

### 一、概念介紹

基於一行為不二罰原則，國家僅能對人民做的一行為處罰一次——首先，是刑罰與行政罰的競合，此時應該以刑事法律處罰之（行罰§26）；接著，是行政罰彼此競合的問題，相關的釋字、實務見解、學說見解五花八門，同學常常不知道在什麼時候要寫什麼，筆者在此提供專門解決行政罰競合的答題技巧<sup>1</sup>，圖示如下後，並說明之。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

### (一) 一行為觸犯數法規

在一行為觸犯數法規的情況下，釋字第 754 號解釋認，行為數之認定，須綜合考量法規之構成要件、保護法益及處罰目的。若法規之間構成要件及處罰目的迥異，自可認定

<sup>1</sup> 此非學理上的研究，僅供解題專用。

為數行為而依各法規處罰。

然而，學說見解認應參酌行為人主觀意思，綜合判斷。蓋自第 7 條要求行為人之主觀可歸責性（故意過失責任）可知，行政罰法與刑法同樣重視主觀要件，因此於認定行為數時應如同刑法般，綜合參酌行為人之主觀意思及客觀行為，以刑法上自然意義之一行為及法律上一行為評價行為數。

本文見解則可以基於：立法者所制定之各部法規本有其欲保護之公共利益存在，若僅因其保護法益不同，即可分別處罰，將架空具憲法位階之一行為不二罰原則。

## （二）數行為併成一行為

接續行為指行為人主觀上具有單一的意思決定，客觀上實施數個同種類的行為，且個別舉動間具有緊密的時間與空間關係，自第三人角度觀察亦可辨別出行為間的相關性。例如：營業行為、廣告行為。

## （三）一行為拆成數行為

釋字第 604 號意旨，立法者對於違規事實一直存在之行為，如考量該違規事實之存在對公益確有影響，除使主管機關得以強制執行之方法及時除去該違規事實外，並得藉舉發其違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數，以達成行政管制之目的。

不過要注意的是，行政機關就一繼續性行為之數裁罰，應分別為之。如此除方符釋字第 604 號「藉舉發其違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數」之意旨外，亦得督促處分相對人依期改善，以按日連續處罰之立法目的。

## 二、本題分析

本題中，公職人員選舉罷免法第 110 條第 6 項為立法者以「經制止不聽」作為行為數切割之依據。而依題意所示，中選會第一次裁罰和第二次裁罰之間間隔約 20 分鐘，其中除口頭勸阻外還接續開立各種書面，以給予足夠之停止行為時間和停止之指示，但 A 黨仍勸阻不聽，其行為已遭切割，中選會之第二次裁罰無違一行為不二罰原則。

## 柒、行政契約與私法契約的區辨（113 台大第 2 題）

### 一、概念介紹

雖然就行政契約與私法契約的區辨上，學說有提出好多不同的見解（例如：契約主體推定說、綜合運用說），但在考試的時候，我們只須要用通說與實務見解所採的「契約標的兼採契約目的理論」，並且好好涵攝。

而所謂契約標的理論，係指以契約標的判斷是否為行政契約，亦即，判斷行政契約是否為：1. 作為實施公法法規之手段者（如果題目有附法條，一定要記得把所附法條涵攝到

這邊！)；2.約定之內容係行政機關負有作成行政處分之義務；3.約定內容涉及人民公法上權義；4.約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位者（釋字第 533 號吳庚意見書參照）。

又所謂契約目的理論係指，若因給付內容屬於「中性」，無從據此判斷契約之屬性時，則應就契約整體目的及給付之目的否係為公益為斷。

## 二、本題分析

在本題中，第一個問題涉及行政契約與私法契約的區辨，依照釋字第 533 號吳庚大法官意見書所提出的「契約標的兼契約目的理論」，該契約係為實現土地徵收條例此一公法法規的手段，且該徵收目的係為促進興辦某公共工程之公益，所以該契約係行政契約，甲應向行政法院起訴。

### 捌、不服土地徵收之救濟（113 台大第 2 題）

#### 一、概念介紹

土地徵收大概是近期挺熱門的考點，再加上它可以結合憲法有關「供用地役關係所有人得否本於憲法第 15 條直接請求徵收補償」一同結合出題，所以請同學一定要特別留意！

人民不服土地被徵收的情形大體上有三：1.不欲被徵收；2.逾期末發放補償費；3.認為徵收處分補償費過低。就這三種情形，要如何救濟，分述如下。

第一種情形中，人民不欲其土地被徵收，所以僅須針對該徵收處分提起訴願法第 1 條與行政訴訟法第 4 條的撤銷爭訟即可。第二種情形中，如果行政機關逾期末發放徵收補償費，人民則是依行政訴訟法第 6 條第 1 項前段提起確認徵收法律關係不存在之訴（最高行政法院 100 年度 1 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議參照），蓋土地徵收條例第 20 條第 2 項已經明文規定，若逾期發給補償費，就該部分失其效力，因此得直接確認法律關係不存在。在第三種情形中，人民若欲主管機關作成數額更高的徵收處分，那就要依訴願法第 1 條、行政訴訟法第 5 條提起課予義務爭訟，請求作成一個特定數額的徵收處分（109 年台大字第 1 號裁定參照）。

#### 二、本題分析

在本題中，第二個問題則是比較難一點點的陷阱題。或許有同學會看到「甲主張政府應該給他更多錢」，就想到 109 年台大字第 1 號裁定，認為甲應該提起課予義務訴訟。

但但但……這是錯的喔！因為 109 年台大字第 1 號裁定的結論是用在「政府與人民並未簽訂協議價購契約，政府作成一徵收處分後，人民不服徵收價額」的情形，然而因為本件 A 與甲已經簽訂協議價購契約，所以 A 就不用也不能再作成徵收處分（土地徵收條例第 11 條參照）；相對的，甲要請求更多錢，應該直接依該行政契約法律關係處理即可，因此

甲要提起的是行政訴訟法第 8 條的一般給付之訴，依該契約向 A 市政府請求給付政府補助收入及租賃收入。<sup>2</sup>

## 玖、抽象訴訟的容許性與訴訟要件 (113 政大第 2 題)

### 一、概念介紹

所謂抽象法規審查，係以法規命令之法效力為審查對象，不涉及具體事件中法規範之適用結果。至於行政法院是否具有抽象法規審查權限，學說、實務容有爭議，分述如下：

實務見解採否定說。蓋基於大法官與行政法院審判權分工之觀點，認為大法官專責抽象審查，而行政法院專責具體審查，故不應認行政法院具有抽象法規審查權限。

學說見解採肯定說。蓋其認釋字第 742 號已明示具有法規命令性質之都市計畫變更得為行政訴訟之標的，故可知釋憲實務亦承認行政法院具有抽象法規審查權限。

本文見解則同學說見解。蓋衡酌憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，以及第 2 條規定，行政法院對於公法上爭議具有概括審判權限，故應認行政法院具有抽象法規審查權限；且否定見解誤認大法官與行政法院之分工，二者之分工應以「大法官依憲法裁判；行政法院依法律裁判」，方屬正確。又附帶一言，雖肯認行政法院具有抽象法規審查權限，惟人民若欲提起之，仍須具備訴訟權能，自不待言。

### 二、本題分析

本題一樣涉及的是「抽象法規範訴訟的容許性」，但這題更難的一點是，我們除了要討論該爭點外，也要進一步去討論個案中抽象法規範訴訟的「行政機關是否負有制定法規範之義務」、「原告是否具訴訟權能」與「原告是否具實體原告適格」的爭點。亦即，縱使依照學說見解承認抽象法規範訴訟，然而並不當然表示人民就可以提出抽象法規範訴訟，李建良老師即特別指出，於個案中人民仍須具備相關訴訟要件，方得起訴。因此，從上述說明可知，本件中的兩個判決都混淆「能不能提起抽象法規範訴訟」跟「有沒有請求權（公法上權利）」係屬二事，而有所不當。台北高等行政法院的說理應如下。

就「能不能提起抽象法規範訴訟」而言，實務採取否定說，惟學說依行政訴訟法第 2 條概括訴訟允許之，本文亦基於憲法第 16 條保障人民訴訟權的意旨採之。然而，於個案中，人民要提起抽象法規範訴訟的前提在於，其是否為「行政訴訟法第 2 條公法上爭議」——亦即，法律是否授權行政機關作為，蓋行政機關須經法律授權，方具公法上義務，而於其不作為時，人民才得以之作為「公法上爭議」提起行政訴訟。本件中，氣候變遷因應有《氣候變遷因應法》與《再生能源發展條例》第 6 條第 1 項的法律授權行政機關作為，所以是

<sup>2</sup> 最高行政法院 110 年度上字第 610 號判決亦同此旨。

行政訴訟法第 2 條公法上爭議<sup>3</sup>。

接著，進到「有沒有請求權（公法上權利）」的層次。本件，氣候變遷因應訴訟的原告可以主張憲法基本權<sup>4</sup>防禦功能的結果除去請求權作為訴訟權能。

最後，則是「原告是否具實體原告適格」的層次。本件，就先位聲明而言，因為原告請求經濟部制定法規命令，所以是給付訴訟，須具備「實體原告適格」此一要件，惟《氣候變遷因應法》與《再生能源發展條例》均未規定請求之主體，故本案中之原告不具備實體原告適格，台北高等行政法院應依行政訴訟法第 107 條第 3 項將其先位訴訟判決駁回。

就備位聲明而言，因其非給付訴訟，故原告無庸具備「實體原告適格」此一要件，台北高等行政法院應確認經濟部是否有修訂系爭管理辦法的義務，若有，則應為原告勝訴判決。

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>3</sup> 反之，退輔會未經法律授權，所以無法律上義務，故其不作為非屬行政訴訟法第 2 條公法上爭議。

<sup>4</sup> 可能涉及的權利包含但不限於生命權、身體權、健康權、環境權等基本權，學說稱之「泛自由權」。可參李建良 (2021)〈氣候變遷、基本人權與憲法訴訟：2021 年德國氣候訴訟裁判釋論〉，《台灣法律人》，2 期。