

# 公法篇

主筆人：宣政大

## 一、前言

以法研所或國家考試而言，公法類科（即憲法、行政法）具有高度的時事性及新穎性，亦即新通過的**法案**（如去年行政執行官測驗行政執行法第 17 條之一的禁奢條款）、**解釋**（去年司法官所命題的釋字第 649 號解釋）、**判決**（中科環評案），或是社會較為矚目的**新聞**（去年律師考試以莫拉克颱風之後續問題作為延伸、法官倫理問題），都相當容易成為考試之內容。相同的出題趨勢也很容易出現在法研所考試，而法研所考試正好就是該年國家考試的風向球，藉以觀測今年可能的出題方向。因此，以下便以台大、政大及北大之公法類科考試，作為本年度的時事議題分析。

## 二、考題概略掃瞄

### （一）台大部分

- 1.憲法：難易度適中，用功的考生獲得高分應非困難之事。其中第一小題為 97 年司法官考試第一題的翻版，(註 1)但多加了一個程序問題：憲法增修條文的聲請釋憲依據為何，整體來說問題相當清楚。相較之下，第二題則是考生較難掌握的部分，理由在於其題目並未明確指出問題是「定期失效本身」或是「定期失效之理由不甚詳盡」，但題目已經要求考生從特定角度切入，應該還是有一定程度的可回答性；此外，該議題曾經是今年一月於台大所舉辦之研討會「贏了解釋、輸了官司」所探討之重心，若考生勤加注意時事，應該不難作答。
- 2.行政法：不例外的與往年類似，台大行政法考試經常與時事結合，成為往年未見的新興考點，導致題目難度多半高於國家考試。就第一題，主要關鍵是在於行政契約效力之部分，同時與地方制度法結合，考驗考生是否瞭解「核准」與「備查」之區分；此外亦測驗行政契約無效後，是否會對其他行政行為造成影響。第二題則是去年年底的重要時事：年代綜合台撤照案之改編，其中最具爭議的部分，就是 NCC 所設計的附款是



否合理，當事人應如何救濟？

## (二)政大部分

- 1.憲法：算是中規中矩的出題，對於認真考生而言也不會有突襲之感。第一題部分算是政大考試的必備基本技能：對於平等權的理解與操作；考生對於大法官近四年所做出有關平等權的解釋如 618、626、649、666 號解釋應該要熟讀，並找出其說理不足之處，再予以補充之。第二題則是以釋字第 382、684 號解釋的不足作為出發點，對於老師的行為作一評論。第三題則是結合了隱私權與言論自由作為出題方向，在細節上應注意者為，出題老師的配分並非平均為之，考生應該考慮比例後斟酌撰寫。
- 2.行政法：基本上來說行政法仍然扣著時事出題。第一題係考了關於考選三丙法制的問題，屬於公務員法—特別權力關係破除的討論；第二題則與台大第二題類似，主要在考驗考生對於附款性質之判斷；至於第三題則是典型行政行為定性與救濟之問題；第四題則是以今年火紅的釋字第 684 號解釋作為主要的判斷點。

## (三)北大部分

- 1.憲法：一直以來台北大學的憲法都與老師的主要研究領域有極深厚的關聯。以第一題為例，幾乎每年都會與大家打招呼的第三代人權與環境權之概念，早已是準備台北大學陳慈陽老師學說不可或缺的良伴；而第二題則算是比較刁鑽的考法，請考生比較各國違憲審查制度對政治問題的尺度，就此可參考吳庚大法官於釋字第 387 號所提之不同意見書；第三題也算是較為罕見的題目，主要是有關審判獨立之問題，可參照釋字第 539、665 號解釋；第四題則是一個老爭議：總統的覆議核可權究竟為儀式性或實權？考生應從我國政府體制出發論證。總結而言，今年的題目平均較為艱澀，但若考生基本觀念清楚，應能拿到不錯成績。
- 2.行政法：算是相當具有水準的問題，不僅切合時事且多半有進一步的應用。第一、二題主要為民營化法制的部分，若考生對於陳愛娥老師在《月旦法學教室》行政組織法之連載有詳細閱讀的話，應該不是難事；第三題同樣的也考了關於行政處分附款之問題與民營化之應用，考生應對於兩者所涉及的救濟方式有所掌握；而第四題則是最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議結論的延伸，考生應比較該決議與學說之差距，再進一步分析有關訴訟參加之問題。



### 三、重要爭點

#### (一)定期失效之問題

##### 1.爭點說明

大法官解釋之效力歷來便為學說與國家考試之重要爭點。一如前述，要討論的問題爭點，在於所謂的違憲失效（憲法第 171、172 條）概念下，是否有允許違憲的法律繼續存在的空間？若有，其依據為何？而此種違憲宣告方式是否有可待商榷之處？

##### 2.相關考題：

台大憲法第一題

##### 3.答題關鍵

###### (1)定期失效制度的正當性

一般認為，憲法第 171 條所說的法律命令與憲法抵觸者無效，所謂的無效並非僅限於自始、絕對之無效，同時亦應考慮法之安定性與人民之信賴保護，因此，大法官宣告法規無效時，該解釋係以「向後生效」為原則。但若在解釋公告後，系爭法規便立即失效，則容易造成法制真空，對於人民權利保護反而造成危害，故大法官有時在宣告法規違憲後，同時表示該法規至遲應於一定時間後失效，在該時間之前，系爭法規處於「違憲而有效」之狀態。

###### (2)定期失效制度的合理性

定期失效制度誠如上述存在一定之功能，並無疑義，但問題在於大法官對於何種法規需要立即失效、何種法規方為向後失效，事實上並沒有完整的說明。(註 2)因此，比較釋字第 649 號解釋與 664 號解釋，兩者同為定期失效，該期間卻相差 2 年 11 個月，理由為何，實難令人理解。此外同時導致行政機關、法院必須在這段期間繼續適用違憲之法令，造成極大的矛盾。故李惠宗教授於分析所謂的定期失效制度時，認為應將其效力做兩個部分的理解。被宣告定期失效之法律，其在形式上雖然還是合憲，但是實質的正確性則業已不復存在。因此，所謂的定期失效，是針對立法機關的要求，有一定期限可以進行改善；但違憲是針對適用法律機關的宣示，故包括「行政機關」以及「法院」的要求，不得繼續適用。(註 3)

###### (3)定期失效制度所製造的不合理結果

目前實務上僅承認立即失效可提起再審、非常上訴，定期失效則因法



規尚屬有效，故不得於失效前聲請再審。例如：最高行政法院 97 年判字第 615 號判例：「司法院釋字第 185 號解釋：『……確定終局裁判所適用之法律或命令，……，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。……』僅係重申司法院釋字第 177 號解釋『本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力』之意旨，須解釋文末另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力。」但此一見解造成相當大的體系不正義，應有檢討之餘地。

## (二)行政處分附款之問題

### 1.爭點說明

對於行政處分之附款之考點眾多，而三所學校雖不約而同都考出關於附款之問題，但其著重之處並不相同，故本文並不直接深入對各個題目詳解，而是簡單介紹各題的重心爭點：行政處分附款的合法性、對行政處分附款不符之救濟方式。

### 2.相關考題

台大行政法第二題、政大行政法第二題、台北大學行政法第三題第一小題

### 3.答題關鍵

#### (1)台大行政法第二題(註 4)

事實上，若將此一實例題抽象為申論題，該問題的核心為：行政機關在選擇將**特定之法定義務**轉換為附款之內容時，得否以**立法者業已明白形塑特定法律效果**之人民作為或不作為義務規範作為附款之標的？亦即，此種附款之約定，將使得原本立法者所賦予該義務違反之法律效果，從原本法律所規定的罰鍰、停播，在附款的創設之下增加了「撤照」之可能。學者便認為，此一作法乃是創設性的添附、甚至是取代立法者原所形塑義務違反時之法律效果的設計。此時，立法者原所形塑之行為管制模式及違反管制義務時之法律效果，將遭到行政權之漠視、甚至是架空。換言之，由於執照的自始無效，則原先的罰鍰處分亦將因此而使得該罰鍰失其附麗亦無法裁處，導致法律效果單一化為



執照失效，而違反了法律優位原則。

(2)政大行政法第二題、台北大學行政法第三題第一小題

關鍵在於，究竟本案之註記屬於「附款」、「內容限制」或是「法定義務註記」？所謂內容限制，係指對於當事人所申請之行政處分給予部分或修正內容之許可(註 5)，例如：申請 2011 年 5 月 30 日早上 10 點至晚上 10 點之集會遊行，主管機關給予早上 9 點至晚上 9 年之許可。而法定義務註記則是提醒當事人應遵守現行存在之法律義務規定(註 6)，例如：給予當事人集會遊行許可後，要求當事人必須保持場地清潔，此為集會遊行法本就有之規定。

因此在政大行政法第二題，甲之註記可能為內容限制，而乙、丙則為附款，其救濟方式依照實務運作，若為附款為負擔、附負擔之保留則為撤銷訴訟，為條件、期限則為課予義務訴訟；依部分學說之見解，若原處分為羈束處分，則應對附款提起撤銷訴訟，若原處分為裁量處分，則應對原處分提起課予義務訴訟。而台北大學行政法第三題第一小題亦得比照處理之。

(三)特別權力關係、釋字第 684 號解釋

1.爭點說明

應付此二小題，重點在於對釋字第 684 號解釋之理解，故該號解釋之推論及相關之大法官意見書必須熟讀，才能抓到出題老師的問題所在。

2.相關考題

政大憲法第二題、政大行政法第四題

3.答題關鍵

(1)根據釋字第 684 號解釋理由書：「本院釋字第三八二號解釋就人民因學生身分受學校之處分得否提起行政爭訟之問題，認為應就其處分內容分別論斷，凡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時，因已對人民憲法上受教育之權利有重大影響，即應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，而得提起行政爭訟。至於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），則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。惟大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更。」

(2)由上可知該號解釋之適用對象為大學生，故政大憲法第二題之部分事實上不適用本號解釋，而是直接就相關的法治國原則檢驗之。但李震山、許宗力大法官皆指出，本號解釋對中小學生亦應有適用，方屬合理。故小結部分應可繼續適用釋字第 684 號解釋之法理，分析系爭行為是否為行政處分再確定可否提起訴願。

(3)至於政大行政法第四題，則是以往年最流行的共筆為題作答，而直接以釋字第 684 號解釋之要件作為分析。關鍵在於共筆製作之禁止是否屬於「侵害學生受教育權或其他基本權利」之處分，才可確定是否得繼續為行政爭訟。至於第二小題則是考了行政程序法第 174 條的程序行為理論，對考生來說應該不算難題。

#### (四)民營化之法制問題

##### 1.爭點說明

所謂的公私協力，係指國家不再以高權單獨處理業務，而係與業者間在公共服務的提供、財政的取得與執行上建立夥伴關係。

##### 2.相關考題

台北大學行政法第一題、台北大學行政法第二題

##### 3.答題關鍵

(1)北大行政法第一題

一般而言，公私協力之方式有四：[\(註 7\)](#)

###### ①行政委託

國家在保留行政任務權限以及責任之前提下，僅將實際履行部分以借用私人力量之方式予以達成之情形。學說將行政委託又進一步區分為「公權力委託」與「業務委託」，其前者通常涉及公權力的行使，而後者通常為單純高權行政。

###### ②公、私合資事業之經營

係指政府與人民共同參與一事業並經營特定之業務，其中公營事業移轉民營條例之規定，便屬於此種情形。



### ③公共建設之參與

事實上為業務委託的一種類型，我國促進民間參與公共建設法便可令政府與民間機構就公共建設之規劃、興建、營運到移轉等各階段得為各種不同合作模式的可能性，例如：OT、BOT、BTO 等情形。

### ④公私合作管制

此一類型又被稱為社會自我管制，係指個人或團體本於基本權主體之地位，在行使自由權、追求私益之同時，亦志願性地兼負起實現公共目的之責任。典型的例子為職業公會之內部懲戒。

## (2)北大行政法第二題

此題亦為定義問題，說明如下：

### ①受託行使公權力（Beleihung）

以公權力之委託行使為委託標的，我國行政程序法第十六條第一項之規定，私人因此取得行政機關之地位，學者通稱之行政委託通常便指此種情形；舉例而言，例如：機車行受環保署之託進行排放廢氣檢測，便為適例。

### ②專家參與（selbständdiger Verwaltungshelfer）

此亦有學者稱為獨立之行政助手，指國家將某特定事務全權委託民間專家獨立執行，之後再根據該民間專家之決定，以國家名義作成最後之決定(註 8)。在此情形中，民間專家所作成之決定並不受指揮監督而有獨立性，但是行政機關之決策亦不受專家之拘束，該專家與人民亦不發生關係。

### ③行政助手（Verwaltungshelfer）

行政助手是最典型的程序民營化模型，又有學者稱之為履行輔助人。乃是私人在行政機關的指揮監督下，從事技術性、支援性之工作，藉以協助遂行行政任務，達成行政目的(註 9)。而行政助手乃是行政機關手足之延伸，並沒有獨立的法律地位，也沒有權限移轉的問題。



#### 四、結語

2011 年的律師司法官考試為第一次的二階段考試，對於多數考生來說都是首次的歷練。因此，作為前哨戰的法研所考試當然不得不多注意。就公法考試部分，出題者除了自己的研究領域外，同時仍注重重要的爭議時事，新的大法官解釋、法院決議與判決，後者亦與第一試的重點—基本觀念累積與實務見解之重視—不謀而合。艱辛的國考路上，考生越是堅持，越有機會抵達終點奪標，希望在國考的這條路上，大家還能夠繼續保持信心走到最後，並迎接錄取之後更多更困難的挑戰。





【注釋】

- 註 1：題目如下：公職人員選舉罷免法第 67 條第 2 項規定，全國不分區、僑居國外國民選舉當選名額之分配，依下列規定，其中第 5 款明定，各該政黨之得票比率未達百分之五以上者，不予分配當選名額；其得票數不列入第 1 款（即政黨得票數及政黨得票比率）計算。請問此一規定的法理根據為何？是否違反平等原則？試舉司法院大法官相關解釋論述之。
- 註 2：唯於 95 年 7 月 21 日作成之釋字第 613 號解釋曾指出：「...惟鑑於修法尚須經歷一定時程，且該規定倘即時失效，勢必導致通傳會職權之行使陷於停頓，未必有利於憲法保障人民通訊傳播自由之行使，自須予以相當之期間俾資肆應。系爭通傳會組織法第四條第二、三、四、六項規定有關通傳會委員選任之部分，至遲應於九十七年十二月三十一日失其效力。」說明為何給予兩年半之期限。
- 註 3：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 16；吳信華教授亦支持此一結論。參見吳信華，〈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 95。
- 註 4：以下說明參見詹鎮榮，行政處分附款機制之現況及發展—以公平交易法上之結合管制為例，發表於社團法人台灣行政法學會主辦，行政院公平交易委員會、環境保護署、台北市訴願審議委員會、政治大學公企中心協辦，「公平交易與環境保護之新思維」學術研討會，2011 年 1 月 22 日，頁 99 以下。
- 註 5：以下說明參見許宗力，〈行政處分〉，收錄於翁岳生主編：《行政法 2006（上）》，元照，2006 年，頁 554 以下。
- 註 6：詹鎮榮，前註文，頁 75。
- 註 7：詹鎮榮，〈論民營化類型中之公私協力〉，《民營化法與管制革新》，元照，2005 年，頁 10 以下。
- 註 8：許宗力，〈論行政任務的民營化〉，《當代公法新論（中）》，元照，2002 年，頁 588。
- 註 9：蔡茂寅，〈行政委託相關問題之研究〉，《當代公法新論（中）》，元照，2002 年，頁 622。

