

國考偵測站

行政法篇

主筆人：寇講師

壹、概說

司法官與律師二試中，憲法與行政法一科，可謂與時事最為相關之考科。研究所考試中，也存有相同之現象，故而研究所考試中曾經出現過的爭點或時事，決不可輕忽。尤其國家考試之命題者，原則上多以各校之教授為主，故而研究所考試中所曾經出現過的考點，在國家考試中亦屢見不鮮。基此，本文乃針對今年法研所之行政法考題，就該等考題所涉及之爭點羅列如次。

貳、重要爭點

爭點一：行政程序法上之迴避

1. 相關考題

105 年台灣大學法律研究所行政法第一題；105 年台北大學法律研究所行政法第一題（公法組）

2. 爭點說明

(1) 迴避概念之概說

有關於行政程序法上之迴避，乃屬正當行政程序之一環，其乃係源自於英國之「自然正義法則」（rules of natural justice）與美國之「正當法律程序」（due process of law），而其規範方式則是參考德國聯邦行政程序法與我國民事訴訟法與刑事訴訟法之相關規定^{註1}。

依據我國行政程序法之規定，公務員之迴避可區分為「自行迴避」、「申請迴避」與「職權迴避」：「自行迴避」規定於行政程序法第 32 條，該條規定公務員在行政程序中，有該條各款所規定之情形之一，即第 1 款、第 2 款之「個人利益關係」或第 3 款、第 4 款之「先前參與」之情形時，該公務員即應自行迴避之。「申請迴避」之條件與程序則規範於第 33 條第 1 項至第 4 項，其規定公務員如有第 32 條之情形而未自行迴避時；或

^{註1} 參照湯德宗，〈論行政程序中的迴避義務—行政法院判決三則評釋〉，《行政程序法論》，元照，2 版，2003 年 10 月，頁 295。

者有具體事實，足認該公務員執行職務有偏頗之虞時，行政程序之當事人亦得申請該公務員迴避。倘若公務員有應自行迴避之情形而未迴避，且當事人亦未申請迴避時，此時該公務員之所屬機關即應命該公務員「職權迴避」。

(2) 適用迴避之行政程序的範圍

然而我國有關於迴避之規定乃係規範於行政程序法之總則一章中，就法體系來說，原則上應適用於行政程序法上之所有程序，惟行政程序法上之所稱之行政程序，依據該法第2條第1項之規定：「本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序。」其中不僅涵蓋發生具體法律效果之行政處分、行政契約，亦包含不發生法律效果之行政指導、陳情處理，更包含了抽象之法規命令、行政規則之訂定與行政計畫之確定程序在內，倘若一體適用，顯不可能。故而學說上即指出，迴避原則上僅適用於發生法律效果之具體行政行為（即行政處分、行政契約），例外始擴大至不具法律效果之「行政指導」與「陳情處理」，至於抽象法規之制定程序部分則不適用之^{註2}。

(3) 違反迴避規定而作成行政行為之效力

公務員違反行政程序法第32條及第33條關於迴避規定，其所作成之行政行為，行政程序法對於此類具有程序瑕疵之行政行為的效力，並未有明確規定。

如該等行政行為係為行政處分，則由於違反迴避規定並非行政程序法第111條所定當然無效之情形之一，亦非行政程序法第114條之依法得於訴願程序結束前補正之情形之一。此時該行政處分之效果為何，學說上指出此時應視該情形究為「半途始迴避」、「全程未迴避」兩種情形而定，前者之情形，倘若於該公務員半途迴避後有重新進行陳述意見或聽證程序者，則屬即時補正，故而瑕疵因而治癒；反之，若並未重新進行陳述意見或聽證程序者，則應與後者「全程未迴避」等同視之，即該行政處分即應「推定」^{註3}為違法之行政處分，法院得撤銷之^{註4}。我國行政法院實

^{註2}參照湯德宗，〈論行政程序中的迴避義務—行政法院判決三則評釋〉，《行政程序法論》，元照，2版，2003年10月，頁302。

^{註3}除非行政機關能舉證證明即便該公務員未迴避亦不影響該處分之結果。

^{註4}參照湯德宗，〈論違反行政程序的法律效果〉，《行政程序法論》，元照，2版，2003年10月，頁105-106。

務亦採取相同見解^{註5}。惟另有學者指出：「如該行政處分無未予迴避之程序瑕疵，仍應作成相同內容之處分時，不得僅因該項程序瑕疵即予以撤銷。^{註6}」

必須注意的是，倘若作成行政處分者為合議制機關時，倘若委員中之一人有應迴避而未迴避之情形，可否當然以扣除該委員之表決決定仍不影響表決之結果為由，直接認定該處分為未迴避亦不影響該處分之結果？學說與實務見解大相逕庭，學說指出，蓋只要有應迴避而未迴避之委員出席，實際上即有可能導致結果不同，該委員之任何舉動皆有可能影響其他委員之評斷^{註7}。是以，只要有應迴避而未迴避者出席時，即應認定該處分有所瑕疵，不得僅以剔除該委員之表決亦不影響為由，而認為該處分係為合法。

3.參考資料

- (1)湯德宗，〈論違反行政程序的法律效果〉，《行政程序法論》，元照，2版，2003年10月，頁85-125。
- (2)湯德宗，〈論行政程序中的迴避義務—行政法院判決三則評釋〉，《行政程序法論》，元照，2版，2003年10月，頁277-329。
- (3)陳清秀，〈淺談迴避制度之本質及其相關問題〉，《台灣法學雜誌》，第190期，2011年12月，頁44-47。

爭點二：公法上不當得利與反面理論

1.相關考題

105年台灣大學法律研究所行政法第一題；105年東吳大學法律學系研究所行政法第一題（財稅法）；105年中正大學法律研究所行政法第二題（公法組）

2.爭點說明

(1)公法上不當得利之爭議概說

隨著今年行政程序法第127條第3項規定之增訂，公法上不當得利之返還程序，無疑是研究所考試中最熱門的考點。其最主要之爭議來自於行

^{註5}行政法院75年判字第2469號判例。

^{註6}參照陳清秀，〈淺談迴避制度之本質及其相關問題〉，《台灣法學雜誌》，第190期，2011年12月，頁45。

^{註7}參照湯德宗，〈論行政程序中的迴避義務—行政法院判決三則評釋〉，《行政程序法論》，元照，2版，2003年10月，頁323-324。

政程序法第 127 條第 1 項之規定：「授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同。」此為因行政處分而取得公法上不當得利者應負返還義務之明文。惟其請求之途徑為何，在行政程序法第 127 條第 3 項增訂前，學說上爭議不斷，其中爭議較大者，乃行政主體對於人民之公法上不當得利請求，是否逕以行政處分為之，而無庸起訴請求之。

(2)第 127 條第 3 項增訂前公法上不當得利之學說爭議

就此問題，學者林錫堯認為應區分該財產變動是否係基於行政處分而生，倘若係基於行政處分，則基於「反面理論」應肯認行政主體得逕自作成行政處分命人民返還之，惟若該財產變動並非基於行政處分時，則無反面理論之適用，此時行政主體應循一般給付訴訟請求返還^{註8}。學者蕭文生、詹鎮榮、劉建宏、林明昕亦採取相同見解^{註9}。

惟學者吳庚則指出：「公法上之請求權多屬人民向國家或其他行政主體提出之權利主張，唯獨不當得利返還請求權通常係國家或行政主體向人民為請求，例如：退休公務員溢領退休金，又如退休人員再任公職，依昔日之法規應返還已領取之退休給付，而均拒不返還之情形，既屬公法上之金錢給付，該管機關自應基於公法上不當得利之法理，提起一般給付訴訟。」並未區分其財產變動之原因是否源自於行政處分，只要係公法上不當得利，即認為應提起一般給付訴訟。

(3)第 127 條第 3 項之增訂—反面理論之明文化

上開爭議，於行政程序法新增訂第 127 條第 3 項之規定後：「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。」自此，就因行政處分之撤銷、廢止或條件成就而產生之公法上不當得利事件，行政機關得以書面行政處分確認返還範圍，直接

^{註8}參照林錫堯，〈公法上不當得利法理試探〉，收錄於《當代公法新論（下）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照，2002年7月，頁282-283。

^{註9}參照蕭文生，〈公法上不當得利返還請求權之實現—評最高行政法院92年度判字第620號判決〉，《月旦法學雜誌》，第119期，2005年4月，頁198；詹鎮榮，〈行政機關之公法上不當得利返還請求權〉，《法學講座》，第23期，2003年11月，頁61-63；劉建宏，〈行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑〉，《公務人員月刊》，第119期，2006年5月，頁28-33；林明昕，〈行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利—以因授益處分所造成之給付型不當得利為中心〉，《律師雜誌》，第313期，2005年10月，頁115-118。

命受益人返還之，而無庸提起一般給付訴訟。至於其他公法上不當得利事件，則應回歸前開學說上之見解，循一般給付訴訟請求返還之。

(4)最高行政法院 104 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議（不同見解）

值得注意的是，在行政程序法新增訂第 127 條第 3 項前，最高行政法院曾作成庭長法官聯席會議決議，認為因行政處分之解除條件成就而產生之公法上不當得利，應提起一般給付訴訟請求返還之。惟行政程序法修正後，本聯席會議決議應無適用之餘地，切勿直接援引之。

3.參考資料

- (1)林錫堯，〈公法上不當得利法理試探〉，收錄於《當代公法新論（下）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照，2002 年 7 月，頁 267-286。
- (2)蕭文生，〈公法上不當得利返還請求權之實現——評最高行政法院 92 年度判字第 620 號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 119 期，2005 年 4 月，頁 191-201。
- (3)詹鎮榮，〈行政機關之公法上不當得利返還請求權〉，《法學講座》，第 23 期，2003 年 11 月，頁 54-63。
- (4)劉建宏，〈行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑〉，《公務人員月刊》，第 119 期，2006 年 5 月，頁 23-34。
- (5)林明昕，〈行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利——以因授益處分所造成之給付型不當得利為中心〉，《律師雜誌》，第 313 期，2005 年 10 月，頁 107-121。

爭點三：行政任務民營化與擔保國家

1.相關考題

105 年東吳大學法律學研究所行政法第二題（公法組）；105 年成功大學法律學研究所行政法第二題（公法組）

2.爭點說明

近年研究所的行政法考題，除了實例題以外，尚會出現民營化、擔保國家等上位概念型的考題，並要求考生依據這些概念加以評釋某些行政事件的現狀。然而此種非傳統的考法，對於未深刻理解這些上位概念的考生來說，非常的吃力，因此本文在此即針對民營化、擔保國家之概念進行概述，希望能夠讓考生在答題時能有所本，而不至於驚慌失措。

(1)行政任務之意義與民營化

「行政任務」乃是「國家任務」的下位類型，而「國家任務」又係「公共任務」的下位概念，其係指在合憲秩序下，立法者透過實定法而賦予

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

國家執行權限的公共任務^{註10}，其中由行政權依據法規範所承擔之「國家任務」者，即為行政任務。行政任務原則上具有公益性質，其可能藉由行政主體或行政機關等行政部分自力履行之，亦可能藉由與私部門之合作（例如：促進民間參與公共建設或者政府採購）來完成，抑或是釋出權限給私部門來履行（委託行使公權力）。當公部門與私部門共同履行行政任務時，即可能涉及「民營化」之概念。

而「民營化」常常與「公私協力」此一概念相互混淆。所謂的「民營化」，其泛指了行政任務之執行主體由國家變更到私人的轉移歷程，此概念所描述者乃係一種「過程」^{註11}。而所謂的「公私協力」則係在「合作的行政國家（Der Kooperative Verwaltungsstaat）」的概念發展下，公部門與私部門基於經濟性之考量而採取合作夥伴關係，以更有效率地完成公共任務，此種公、私部門的合作形態即以「公私協力」稱之，其乃係在描述一種「狀態」^{註12}。兩者概念間並不完全相互涵蓋，民營化的過程中，可能透過公私協力之方式達成行政任務執行主體的變更，然而並非所有的民營化皆與公私協力有關，公私協力毋寧應係其中的一種民營化的手段，而此種方式確保了國家對於該國家任務仍享有一定的影響能力，一方面能將私人力量納入，更有效率地完成國家任務，並減輕國家財政之負擔，另一方面也避免了國家對於國家任務的全面棄守。

(2)擔保國家之概念

而時常與前開兩組概念一併討論者，即為所謂「擔保國家」之概念。擔保國家概念之提出，乃係隨著政府的角色圖像改變，國家從承擔所有為人民謀福利的生存照顧責任的「福利國家（Wohlfahrtsaat）」，逐漸轉變成為確保公共任務「完成」的「擔保國家（Gewährleistungsstaat）」，意即國家不再親力親為，可借助私人的力量來完成或執行公共任務，但相對的國家必須擔保該公共任務能夠適正且平等地繼續提供。擔保國家的形成與公共任務（特別是生存照顧領域）之民營化（或稱私人化、私部門化）

^{註10} 參照詹鎮榮，〈國家任務〉，《民營化與管制革新》，元照，2005年9月，頁268-270。

^{註11} 參照詹鎮榮，〈論民營化類型中之「公私協力」〉，《民營化與管制革新》，元照，2005年9月，頁7。

^{註12} 參照詹鎮榮，〈論民營化類型中之「公私協力」〉，《民營化與管制革新》，元照，2005年9月，頁5；程明修，〈公私協力契約與行政合作法—以德國聯邦行政程序法之改革構想為中心〉，《興大法學》，第7期，2010年6月，頁74。

息息相關，甚可謂民營化乃係擔保國家存在的前提要件^{註13}。

在此必須釐清的是，前開所指國家應擔保任務完成的「公共任務」應係指私人化的國家任務之謂，蓋「公共任務」與「國家任務」的概念區分有時並非如此清晰，在此本文採用前開學者詹鎮榮之見解，「國家任務」係「公共任務」的下位概念，其係指在合憲秩序下，立法者透過實定法而賦予國家執行權限的公共任務，換言之，制憲者與立法者享有決定何種公共任務為「國家任務」的形成空間。基於立法者對於國家任務範圍的形成權限，立法者原則上亦可將某些「絕對之國家任務」以外之「相對之國家任務」予以「私人化」，使其不再由國家完全承擔該任務，而可透過民間力量來完成，此時國家僅需「擔保」該任務的結果能被實現^{註14}。是以，所謂擔保國家之概念，重點乃係在於國家對於行政任務之履行是否應承擔最後之「擔保責任」。

(3)行政任務民營化所應遵守之規範要求

A.公用事業公營原則與法律保留原則

憲法第 144 條規定：「公用事業及其他有獨佔性之企業，以公營為原則，其經法律許可者，得由國民經營之。」本條揭示了公用事業及其他獨佔性之事業，原則上應以公營為之，惟該條後段仍肯認在法律許可下，得由國民經營之，是以制憲者，並不禁止公用事業或其他獨佔性企業之「民營化」，其僅係揭示了在涉及公益重大的企業，應以公營為原則，私營為例外之「原則－例外」關係，並強調私營應有「法律」之特許，亦即嚴格的法律保留要求。

B.民營化與擔保國家

擔保國家之概念，其發展自「私人履行行政任務」，其乃係因國家自人民的生存照顧領域中逐步撤退，進而衍伸出的問題，當私人參與執行公共任務時，如該私人無法完成或完成有極度困難時，國家是否有義務確保該結果之完全履行。換言之，當人民無法完成其任務時，國家

^{註13}參照林明鏘，〈擔保國家與擔保行政法—從 2008 年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色〉，《政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，元照，初版，2010 年 1 月，頁 580。

^{註14}若以國家任務得否「私人化」作區分，則可細分為「絕對之國家任務」與「相對之國家任務」，前者係指國家安全、租稅高權、司法處遇等從國家發展歷史以觀，具有強烈「國家保留」性質者，立法者不得將之予以私人化，後者則非以國家保留為其必要，立法者存有將其私人化之可能。參照詹鎮榮，〈國家任務〉，《民營化與管制革新》，元照，2005 年 9 月，頁 269-270。

究應將該任務「回歸國家化」或者再尋找其他更有競爭力之私人？學說上見解分歧^{註15}，惟若肯認國家具有擔保責任時，則前者見解應較可採，蓋倘若市場機制已無法完成任務，回歸國家則為不可迴避之選項。

3.參考資料

- (1)詹鎮榮，〈國家任務〉，《民營化與管制革新》，元照，2005年9月，頁265-272。
- (2)詹鎮榮，〈論民營化類型中之「公私協力」〉，《民營化與管制革新》，元照，2005年9月，頁1-40。
- (3)程明修，〈公私協力契約與行政合作法—以德國聯邦行政程序法之改革構想為中心〉，《興大法學》，第7期，2010年6月，頁69-143。
- (4)林明鏘，〈擔保國家與擔保行政法—從2008年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色〉，《政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，元照，初版，2010年1月，頁577-598。

^{註15}林明鏘，〈擔保國家與擔保行政法—從2008年金融風暴與毒奶粉事件談國家的角色〉，《政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》，元照，初版，2010年1月，頁583-588。