

國考偵測站 ①

行政法篇

主筆人：寇台大

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。而本年度研究所考題，在爭點部分較為分散，而以出題頻率以觀，僅有三個爭點不約而同的出現在不同題目中，基此，本文乃針對此三爭點羅列實務見解，以及學說爭論如次：

貳、重要爭點

一、爭點一：行政契約與私法契約之區辨

(一)相關考題

- 107 年台灣大學法律研究所行政法第一題
- 107 年政治大學法律研究所行政法第三題
- 107 年台北大學法律研究所行政法第二題、第三題

(二)爭點說明

1. 行政契約概念之概說

德國公法契約的發展遠較行政處分之發展為緩，甚至其被提出之時，乃係作為被否定的存在，Otto Mayer 即曾謂「國家不訂契約 (Der Staat paktiert nicht)」，否認公法上契約的容許性^{註1}，直至 1930 年之符騰堡邦行政法典才肯認行政契約具有原則上之容許性^{註2}。然而反觀法國，行政契約的發展則可溯源至 18 世紀末，當時即有法定公共工程契約之存在^{註3}，而在 1804 年拿破崙法典制定後，許多行政活動皆係以契約來達成，而基於對於司法權的不信任，立法者遂將公共工程

^{註1} 參照吳庚，《行政法之理論與實用》，三民，第 12 版，2012 年 9 月，頁 404。

^{註2} 參照黃錦堂，〈行政契約法主要適用問題之研究〉，收錄於《行政契約與新行政法》，社團法人臺灣行政法學會，第 1 版，2002 年 6 月，頁 8。

^{註3} 參照陳淳文，〈公法契約與私法契約之劃分——法國法制概述〉，收錄於《行政契約與新行政法》，社團法人臺灣行政法學會，第 1 版，2002 年 6 月，頁 136-137。

及政府採購相關訴訟，劃歸由中央行政法院（conseil d'etat）管轄，進而發展出與民事契約不同的行政契約法理，也正因此，行政契約在法國法上乃係作為與行政處分同等重要之行政行為類型看待^{註4}。

回到我國觀之，隨著合作國家的理念發展下，行政契約之重要性與日俱增，國家不再是僅能藉由「公權力」對人民行使規制力，來達成行政任務，其需要更多的彈性與空間，使得國家與人民間之合作關係可以締結、持續下去，因此契約即作為行政任務履行的另一種選擇。而學說上也肯認行政機關基於行政任務之達成，就行政手段的選擇上享有相當程度之裁量空間，得選取適當的行政行為，此即所謂「行政行為選擇自由」理論^{註5}。

而基於此等行政行為選擇自由理論，國家亦得採取與私人締結「私法契約」之方式，作為履行行政任務之手段。倘若採取私法契約，則其所應適用之規範即為私法規範，其中若有爭執，亦應循私法救濟途徑為之。因此，如何判斷國家與人民所締結之契約究為「行政契約」或為「私法契約」即成為學說上爭論不休的難題。

2. 行政契約與私法契約區辨之爭論

(1) 實務見解

行政契約與私法契約之區辨，實務上多以大法官釋字第 533 號吳庚大法官協同意見書之見解為依歸：「辨別此類行政契約，首須契約之一造為代表行政主體之機關，其次，凡行政主體與私人締約，其約定內容亦即所謂契約標的，有下列四者之一時，即認定其為行政契約：（一）作為實施公法法規之手段者，質言之，因執行公法法規，行政機關本應作成行政處分，而以契約代替，（二）約定之內容係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務者，（三）約定內容涉及人民公法上權益或義務者，（四）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。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為斷，例如行政機關所負之給付義務，目的在執行其法定職權，或人民之提供給付目的在於促

^{註4} 參照張惠東，〈法國行政契約之履行——比較法國行政契約法〉，「行政程序法之體系變遷」研討會，2012年5月，頁2-3。

^{註5} 參照程明修，〈行政行為形式選擇自由——以公私協力行為為例〉，收錄於氏著《行政法之行為與法律關係理論》，新學林，第2版，2006年9月，頁290-291。

使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為者，均屬之。至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據，因為行政機關在不違反依法行政之前提下，雖有選擇行為方式之自由，然一旦選定之後，行為究屬單方或雙方，適用公法或私法，則屬客觀判斷之問題，由此而衍生之審判權之歸屬事項，尤非當事人之合意所能變更。」亦即先確立締約之主體須有一方為行政主體，其次則依據「契約標的說」，辨別系爭契約之標的是否涉及公權力行使或者公法上之權利義務，倘若給付內容屬於「中性」，始佐以「契約目的說」，判斷契約與給付之目的是否在於執行其法定職權，抑或是促使他造之行政機關承諾依法作成特定之職務上行為，並應斟酌契約締結之目的，是否與公益或公共服務有密切關係而定，若屬肯定時，則該契約即應歸屬於行政契約而非私權利義務關係^{註6}。

(2) 學說見解

A. 實質主體說

此說見解指出，契約的公、私法屬性界定，仍應循其他行政行為之法律歸屬之方式為之。如此可確保行政法領域內，對於公、私法判斷之一致性。故而倘若契約係為執行特定法律規定所為者，則應客觀界定該被執行之法律之屬性而定契約之屬性。倘若欠缺上述之法律規定時，由於在給付行政領域，行政機關享有「法律形式的選擇自由」，但如具體事件屬於「需求、經營或財產行政」者，則屬於私法範疇，並無自由可言，是以涉及此類事件，則應認為其屬私法契約。至於其餘享有「法律形式的選擇自由」之給付行政領域，則應依一般法律解釋意思表示之方法進行掌握^{註7}。

B. 揚棄繁複的定性，採取「主體說」或「主觀說」

此說見解指出，公、私法契約定性之爭辯，多屬邊界案件，而契約乃係當事人合意而締結，則當事人之主觀意思又為何不得作為參考依據？因此主張，除非在極端的涉及公權力行使之類型，不存在以私法契約締結之容許外，應參酌締約當事人雙方

^{註6}參照最高行政法院 95 年度判字第 1137 號判決。

^{註7}參照陳愛娥，〈二、行政上所運用契約之法律歸屬—實務對理論的挑戰〉，收錄於《行政契約與新行政法》，台灣行政法學會，2004 年 1 月，頁 127-130。

之主觀意思，以釐清契約屬性。除此之外，此說論者，更進一步指出，採取純粹的主體說亦無不可，僅需締約之當事人有一方為行政主體者，即為公法關係，這樣雖然會完全抹煞行政主體作成私法契約之空間，但行政主體即便締結私法契約，亦非完全不受公法規制，故而此說學者主張，只要公、私法區分理論皆採取主體說，則以主體作為區辦公、私法契約之屬性，亦無不可^{註8}。

二、爭點二：期待可能性理論

(一)相關考題

107 年政治大學法律研究所行政法第一題

107 年東吳大學法律研究所行政法第一題

(二)爭點說明

1.行政法上之期待可能性理論

對於「法不強人所難」、「不可能者無義務」等期待可能性思考態樣，已在 19 世紀中葉的德國刑法學界被初步地發想，自 1897 年德國帝國法院著名的「關馬案」(Leinenfangerfall) 後，始受到實務與學界上的注目。而其基本思考為：一個規範欲對於其規範之客體進行限制，原則上，必須是受規範者具有能力承受或忍受規範所加諸之負擔，若依據受規範者的心理狀態或個別事實，規範之負擔對其係過於強烈或無法忍受者，則受規範者將無須承受之，因為對於受規範者遵守規範，係無法被期待的。

而期待可能性原則在行政法領域之運用時，學說上通常將其作為比例原則之判斷準據之一^{註9}。更精確來說，期待可能性原則係與比例原則中之「狹義比例性」或稱「均衡性原則」等同視之^{註10}。亦即行政程序法第 7 條第 3 款所謂「採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」其中亦包含著，行政所欲規制之對象，必須對於規制之內容具有承受或忍受負擔之能力，始符合期待可能性之

^{註8} 參照李建良，〈行政契約與私法契約區分的新思維—從「青年公園設施委託經營管理維護契約」定性問題談起〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，2008 年 5 月，頁 321-324。

^{註9} 參照林明鏘，〈比例原則之功能與危機〉，《月旦法學雜誌》，第 231 期，2014 年 8 月，頁 69。

^{註10} 參照李建良，〈行政法思維方法與案例研究—基礎篇(二)：基礎案例解析〉，《台灣本土法學雜誌》，第 104 期，2008 年 3 月，頁 70。

要求。

2.司法實務對於期待可能性之運用

(1)釋字第 575 號

中華民國六十二年七月十七日修正公布之戶籍法第七條第二項規定：「動員戡亂時期，戶政事務所得經行政院核准，隸屬直轄市、縣警察機關；其辦法由行政院定之。」為因應動員戡亂時期之終止，八十一年六月二十九日修正公布之戶籍法第七條將上開規定刪除，並修正同條第一項及該法施行細則第三條，回復戶警分立制度，乃配合國家憲政秩序回歸正常體制所為機關組織之調整。戶政單位回歸民政系統後，戶政人員之任用，自應依公務人員任用法、各戶政單位員額編制表及相關人事法令規定為之。原辦理戶政業務之警察人員，其不具一般公務人員資格者，即不得留任，顯已對該等人員服公職權利產生重大不利影響。為謀緩和，內政部於八十一年六月十日以台（八一）內戶字第八一〇三五三六號函發布、同年七月一日實施之「戶警分立實施方案」，使原辦理戶政業務之警政人員或可於五年內留任原職或回任警職；或可不受考試資格限制而換敘轉任為一般公務人員，已充分考量當事人之意願、權益及重新調整其工作環境所必要之期限，應認國家已選擇對相關公務員之權利限制最少、亦不至於耗費過度行政成本之方式以實現戶警分立。當事人就職缺之期待，縱不能盡如其意，相對於回復戶警分立制度之重要性與必要性，其所受之不利影響，或屬輕微，或為尊重當事人個人意願之結果，並未逾越期待可能性之範圍，與法治國家比例原則之要求，尚屬相符。

本號解釋針對戶警分立實施方案，給與五年之猶豫期間，大法官認為並未逾越期待可能性之範疇，亦即對於辦理戶政業務之警政人員而言，並非課與難以忍受之限制，因而認定符合比例原則。

(2)釋字第 718 號

室外集會、遊行需要利用場所、道路等諸多社會資源，本質上即易對社會原有運作秩序產生影響，且不排除會引起相異立場者之反制舉措而激發衝突，主管機關為兼顧集會自由保障與社會秩序維持（集會遊行法第 1 條參照），應預為綢繆，故須由集會、遊行舉行者本於信賴、合作與溝通之立場適時提供主管機關必要資訊，俾供瞭解事件性質，盱衡社會整體狀況，就集會、遊行利用

公共場所或路面之時間、地點與進行方式為妥善之規劃，並就執法相關人力物力妥為配置，以協助集會、遊行得順利舉行，並使社會秩序受到影響降到最低程度。在此範圍內，立法者有形成自由，得採行事前許可或報備程序，使主管機關能取得執法必要資訊，並妥為因應。此所以集會遊行法第 8 條第 1 項規定，室外之集會、遊行，原則上應向主管機關申請許可，為本院釋字第 445 號解釋所肯認。惟就事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會、遊行，實難期待俟取得許可後舉行；另就群眾因特殊原因未經召集自發聚集，事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行，自無法事先申請許可或報備。雖同法第 9 條第 1 項但書規定：「但因不可預見之重大緊急事故，且非即刻舉行，無法達到目的者，不受六日前申請之限制。」同法第 12 條第 2 項又規定：「依第九條第一項但書之規定提出申請者，主管機關應於收受申請書之時起二十四小時內，以書面通知負責人。」針對緊急性集會、遊行，固已放寬申請許可期間，但仍須事先申請並等待主管機關至長二十四小時之決定許可與否期間；另就偶發性集會、遊行，亦仍須事先申請許可，均係以法律課予人民事實上難以遵守之義務，致人民不克申請而舉行集會、遊行時，立即附隨得由主管機關強制制止、命令解散之法律效果（集會遊行法第 25 條第 1 款規定參照），與本院釋字第 445 號解釋：「憲法第十四條規定保障人民之集會自由，並未排除偶發性集會、遊行」，「許可制於偶發性集會、遊行殊無適用之餘地」之意旨有違。

本號解釋認為針對緊急性集會、遊行，因為事起倉卒非即刻舉行無法達到目的，故實難期待俟取得許可後舉行；又針對無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行，自無法事先申請許可或報備，故認為集會遊行法中要求此類集會仍應事先申請許可，以課予人民事實上難以遵守之義務，此亦為期待可能性原則之具體適用。

三、爭點三：訴訟上之攻防方法與審判權之歸屬

(一)相關考題

107 年台北大學法律研究所行政法第二題、第四題

(二)爭點說明

1.大法官釋字第 758 號

大法官釋字第 758 號之爭點為：「土地所有權人依民法第 767 條第 1

項請求返還土地事件，攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議者，其審判權之歸屬？」抽象來說，即當事人於訴訟中之攻擊防禦方法之公、私法屬性，是否影響案件之審判權歸屬問題。而依據大法官釋字第 758 號解釋理由書之說明：「我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（本院釋字第 448 號、第 466 號及第 695 號解釋參照）。土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。查原告係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府刨除柏油路面並返還土地，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院臺灣桃園地方法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。」大法官明白表示，審判權之歸屬，應依當事人之請求權屬性歸屬定其審判權，如為民法上之請求權，即應向普通法院提起訴訟，至於攻擊防禦方法即便涉及公法上爭議，仍不影響本案之審判權歸屬。

2. 不同見解

(1) 大法官釋字第 758 號許宗力大法官不同意見書

許宗力大法官即指出，訴訟標的是訴訟上之請求，必須經由訴訟理由，進一步予以確認。法律爭議是何種法律性質，除了應依其訴訟上請求是否有理由之實體法上法規（請求權基礎）之法律性質判定，也應一併根據所有於請求權基礎範圍內應考慮到的法規範，作整體評價而判斷。特別在對抗國家高權行為的撤銷訴訟或其他防禦訴訟場合，其訴訟標的除了做為人民直接請求權基礎之法律關係外，還包括其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，雖然兩者要做整體之評價，但往往後者的份量遠高於前者，以致於在訴訟目的要求被告機關為一公法性質之高權行為（亦包括事實的高權行為）時，縱令其請求權基礎本身觀之是具私法性質，其訴訟上請求顯示出者，依然是公法性質。

據此，一般給付訴訟，其訴訟對象係涉及應歸屬於公法性質之行政事實行為者，應循行政訴訟途徑提起救濟。而公用地役關係乃

私有土地但具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（司法院釋字第400號解釋參照）。該道路（私有土地）長期供公眾通行，因時效完成而存在公用地役關係，成為他有公物。行政主體亦因公用地役關係之存在而取得該道路之管理權，而本於此管理權，得為該道路鋪設柏油及整建，俾免於因管理有所欠缺，造成人民之損害，需負國家賠償責任。上開鋪設柏油及整建等行為，屬事實行為，且因出於高權行使，屬性上屬公法性質之行政事實行為。故而依據許宗力大法官之見解，特定事件之審判權判斷，不得僅考量請求權所依據之規範，仍應考量其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，故而在釋字第758號之原因案件，許宗力大法官即認為應屬公法事件，而應由行政法院管轄之。

(2) 大法官釋字第758號羅昌發大法官不同意見書

羅昌發大法官表示，在認定公法爭議或私法爭議時，有關應以當事人所主張之法律依據為準，抑或以事件之本質為準之問題，多數意見顯然係認為應以當事人主張者為準。故本號解釋認為，本件原告既然係依民法第767條第1項提起訴訟，自屬私法關係，而應由普通法院審判。惟羅昌發大法官認為，當事人之主張，固應為決定某一爭議之公法或私法屬性之參考因素，然決定審判權之劃分時，仍應就爭議或事件之本質，作為最核心之判斷基礎。否則將使我國法制下二元訴訟制度的設計，甚難預測且不確定；甚至造成諸多完全相同類型之爭議，有些由普通法院審判，有些則由行政法院審判的歧異結果。

而羅昌發大法官更進一步從四個面向，來討論系爭個案為何應由行政法院管轄，抽象來說，其判斷準據為：(A)本件人民所挑戰之對象為地方機關之公權力行使；(B)本件關鍵及核心爭點為公權力之行使有無正當性；(C)本件最終之救濟內容為除去公權力侵害；(D)處理私法關係之普通法院較不合適擔負命行政機關除去公權力侵害之職責。由此可知，羅昌發大法官與前揭許宗力大法官之意見有其相似性，均在考量人民所欲對抗者，是否為國家公權力，如為肯定，即認為應由行政法院審理為妥，此與釋字第758號解釋所揭示之判斷方式，截然不同。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！