

行政法篇

主筆人 | 焙台大

壹、前言

法研所考題的重要價值有二：其一，作為國考考題的重要參考指標，其二，法研所考題往往更加靈活，更能測驗考生對於某觀念或爭點的熟悉度。本文之目的即在於透過分析本年度的法研所考點，期許考生們於行政法的準備上可以更有方向。寫作架構上，本文擬先簡單整理本年度的考點分布，並分析行政法的考題趨勢，進而歸納近年來的考試常客，予以分析解說。

貳、法研所考點整理與國考考情分析

一、法研所考點整理

今年（111 年度）各大校法研所所涉及的考點整理如下表：

學校	題號	爭點
台大	第一題	行政機關；定性（行政處分 vs 法規命令）；一般原理原則；地方自治
	第二題	提審法；違法確認訴訟
	第三題	附款；不當聯結禁止
政大	第一題	定性（一般處分 vs 法規命令）；一般原理原則
	第二題	公法人
	第三題	程序再開；程序行為之救濟
	第四題	附隨法規審查（法院得否拒絕適用自治條例）；行政罰（責任能力、共同違法）
北大	第一題	主觀公權利；行政計畫
	第二題	行政處分違法效果；附款
	第三題	附款；信賴保護原則；行政處分廢棄
	第四題	主觀公權利；部落公法人；法律不溯及既往原則

若將上述考題以傳統的行政法單元分類，可以看出本年度法研所於各主題上的考題分布（以涉及爭點數目為計算，故同一題目若涉及複數爭點將重複計算）：

主題	爭點數目
一般原理原則	3
行政組織法 (包含地方自治)	5
行政程序法	1
行政作用法	7
行政罰	1
行政執行	0
行政救濟法	4

二、國考考情分析

透過以上法研所考題的統計整理，大致上可得出以下幾點觀察：

(一) 行政作用法搭配行政救濟法的題型已成常態

自上述的統計表可發現，行政作用法仍作為命題大宗，其中尤以行政行為之「定性」最為常見，例如 111 台大第 1 題、政大第 1 題皆以「一般處分及法規命令的區分」為命題，110 司律第 2 題則測驗特約醫院與健保署間之健保特約中相關行為之定性。而「定性」之所以重要，在於「定性」非常容易和其他考點連結出題，例如「合法性要件」、「救濟途徑」等，其中尤以「定性」搭配「救濟途徑」為近年考題趨勢，考生除須熟知各種行政行為類型的特徵外，亦須掌握各種訴訟類型的基本法理，始能完整作答。

(二) 疫情法學的興起

自 Covid-19 爆發以來，世界各國為因應防疫，皆祭出不同的防疫措施，然因疫情緊迫，難以期待政府於充分考量各面向後始作成決定，其中尤以法治面最容易遭到忽略，故防疫措施的相關爭議自然成為學者的關注對象，進而體現在法研所的考題中，例如 110 台大(憲法)即分別以「小明限制入境」、「電子圍籬」為命題、111 台大、政大亦以防疫措施為背景命題，由此可見，疫情法學無論在實務運作、學術討論，乃至於法研所、國考皆逐漸取得舉足輕重的地位，因此考生自應隨時注意相關防疫措施的爭議，並思考該爭議可能以何種形式成為考題，避免在考場上慌了手腳。

(三) 地方自治的重要性上升

地方自治之內容艱澀，是多數考生的軟肋，但過往以地方自治為命題者較為少見，故以準備考試的角度而言，或許投資報酬率確實不高；然而，近年來地方與中央間的爭議頻繁發生，近期尤以「萊劑殘留標準案」最為重要，除學者撰文討論外¹，憲法法院亦針對此

¹ 例見：吳信華(2021)〈美豬進口的自治條例爭議〉，《月旦法學教室》，第220期，頁35-45；李惠宗(2021)。

爭議作成 111 年憲判字第 6 號判決，復考量地方自治為行政法與憲法交錯之領域，極度適合作為新制的公法考題，相信在不遠的未來國考將以地方自治為命題。

參、重要爭點解析

一、地方自治

(一) 中央與地方間的權限劃分 (111 台大第 1 題第 4 小題)

中央與地方間的權限劃分，首先應視憲法或法律有無明文，若無明文時，應如何劃分，學說上有諸多不同看法，考場上不可能也不必要悉數寫出，故筆者僅介紹較為重要之見解²：

1. 均權理論

均權理論係以事務之性質為劃分之判準，憲法第 111 條即為均權理論之具體展現，本條規定：「……事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣……。」

然而，均權理論過於抽象且難以操作，事實上並未提供具體之劃分判準。

2. 功能最適理論

功能最適理論認為應考量中央及地方所具備之條件後，再配合不同性質事務的不同需求，得出系爭事務應由中央或地方掌理方能達到「盡可能正確」之結論。

然而，由於各地方自治團體條件有別，將可能造成同級地方自治團體所享有之權限不一，進而造成法制化之困難。

3. 剩餘權歸屬說 - 地方優先、上升分配

基於憲法保障地方自治之意旨，應以「地方優先、上升分配」為原則，亦即原則上推定系爭事務為自治事項，僅例外於地方不能或不宜辦理時（例如統一度量衡、司法權之行使），始劃歸中央辦理。

(二) 中央對地方之監督與地方之救濟

地方制度法中有數種不同對於地方之監督方法，其中較具考試上重要性者為：第 30 條第 4 項之「函告無效」及第 75 條之「撤銷、廢止……」，以下分別進行說明：

1. 針對「函告無效」之救濟

實務認為函告並非行政處分，蓋監督之標的乃抽象之自治法規，故監督機關依第 30 條第 4 項行使法規審查權限，並非就具體個案事實所為，故此際不得提起行政訴訟，而應依第 30 條第 5 項聲請釋憲³。

〈萊豬問題攻防戰〉，《月旦法學教室》，第 225 期，頁 6-9。

² 其他見解，參見：蔡茂寅（2003），〈論中央與地方權限劃分問題〉，《月旦法學雜誌》，第 93 期，頁 29-37。

³ 最高行政法院 110 年度抗字第 321 號裁定：系爭自治條例係抗告人本於其地方自治團體之立法權所制定公布

學說上雖就地方自治團體得否依第 30 條第 5 項聲請釋憲存有不同見解⁴，惟多數學說皆肯認函告為行政處分⁵，蓋行政處分的「具體個案性」所關注的對象為監督行為本身，而非監督的對象，故即便監督的對象乃抽象的法規，亦不使監督行為具備抽象性質，故得提起撤銷訴訟。

2. 針對「撤銷」之救濟

依釋字第 527、553 號解釋可知，第 75 條之「撤銷」為行政處分，然具體應如何救濟，須視地方自治團體爭執之內容：

(1) 自治法規違反上位法規範：第 75 條第 8 項

限於上級主管機關之處分行為已涉及辦理自治事項所依據之自治法規因違反上位規範而生之效力問題，且該自治法規未經上級主管機關函告無效，無從依第 30 條第 5 項聲請解釋之情形（釋字第 527、553 號解釋）⁶。

(2) 不服行政處分：提起撤銷訴訟

衡諸憲法設立釋憲制度之本旨，主要係授予釋憲機關從事規範審查權限，且基於釋憲機關之最後性，尚不及於具體處分違憲或違法之審理，故地方自治團體若不服行政處分，應提起撤銷訴訟，惟窮盡救濟途徑後，若認法院於認事用法以判斷該監督行為之合法性時，未注意憲法所保障之自治權，地方自治團體得依憲法訴訟法第 83 條聲請裁判憲法審查。

二、行政作用法

(一) 一般處分 vs 法規命令 (111 台大第 1 題、111 政大第 1 題)

一般處分與法規命令間的區別關鍵在於「具體特定事件」，一般處分應符合二要素：

1. 相對人範圍依一般性特徵可得確定

多數學說認為行政處分之相對人無須以「處分『作成時』即可得確定」為必要，例如警察機關針對預定在三日後某地舉行之抗議活動發布禁止參加令，雖然於發布時無從確定抗議

之抽象法規，並非就具體事件所為對外發生法效之行為，系爭函告宣告系爭規定無效，係依地方制度法第 30 條第 4 項規定行使其自治監督之法規審查權限，並非就具體個案事實而為；……地方自治團體對函告自治條例無效，若仍持不同意見時，得由其立法機關逕行向司法院大法官聲請解釋，無須先循行政訴訟途徑為救濟。相同見解：詹鎮榮（2006），〈論地方法規之位階效力 - 地方制度法第三十條「中央法破地方法」之辨正〉，《成大法學》，第 12 期，頁 49-51。

⁴ 認為該條規定於體系上係就自治監督之事項為規範，而強調「監督關係」，故地方自治團體並非聲請人，吳信華（2020），〈依「地方制度法」之聲請釋憲 - 釋字 527 號解釋評析〉，《月旦裁判時報》，第 100 期，頁 42-43。

⁵ 吳信華，前揭註 4，頁 45；程明修（2009），〈論地方自治法規被函告無效之法律救濟爭議〉，《憲政時代》，第 34 卷第 4 期，頁 393；蔡宗珍（2006），〈地方自治監督與自治法規監督〉，《月旦法學雜誌》，第 134 期，頁 167。

⁶ 反對見解：吳信華，前揭註 4，頁 44-45。

人數、範圍，但仍有透過「類別」描述予以確定之可能（三日後某地抗議活動之參加者）⁷。

惟亦有認為應限於處分作成時即可得確定，否則即混淆法規範及行政處分，並且產生如何起算此種一般處分之生效及法律救濟時間之問題⁸。

2. 針對具體事件所為規制

事實關係是否具體，原則上得以規範效力具一次性或反覆性作為判斷標準⁹，然而，如果針對可得確定之相對人作成具有「持續性效力」之下命或禁止，則究屬一般處分或法規命令即有疑義。實則，規範效力的一次性或反覆性只是判斷標準之一，學說上仍有其他輔助判斷標準，例如，有認為只要促使行政機關作成具有持續性效力之下命或禁止之「原因事件」屬於一個具體生活事實即屬之¹⁰，有認為可透過具體空間關聯，乃至於具體時間關聯，以判斷事件是否具體¹¹。

自前述不同見解可知一般處分與法規命令之區分，無論於實務或考題中往往難以判斷，筆者認為多數情形下定性為一般處分或法規命令皆有空間，故以考試技巧而言，只要掌握二者的要件並充分涵攝，結論為何皆無不可。

(二) 附款

附款之考點固定，多以「附款類型的判斷」、「附款之合法性」（尤應注意不當聯結禁止）、「附款之救濟」為命題，屬相對容易掌握之觀念，考生務必掌握。

附款類型的判斷通常不至於太過困難，需要注意者為「法定義務的重申並非附款」（111 北大第 3 題第 1 小題）、「負擔與停止條件的區分在於前者不影響處分生效，後者成就後處分始生效」（111 北大第 2 題）；依行政程序法第 94 條，附款之作成應與處分之目的具有正當合理之關聯，是為「不當聯結禁止」，乃附款之實質合法要件，務必於作答時有所警覺（111 台大第 3 題、110 台大第 3 題）；最後，附款之救濟是三個考點中最為熱門者：能否「單獨」針對附款救濟，又其訴訟類型為何？學說上略有四種見解，然考試時並無必要全數列出，以下僅介紹較為常見之二種見解¹²：

【高點法律專班】

⁷ 吳庚、盛子龍（2020），《行政法之理論與實用》，修訂十六版，三民，頁 301-302；許宗力（2020），〈第十一章：行政處分〉，《行政法（上）》，翁岳生主編，增訂四版，元照，頁 629-630。

⁸ 陳敏（2016），《行政法總論》，九版，新學林，頁 336。

⁹ 許宗力，前揭註 7，頁 628。

¹⁰ 例如因應禽流感爆發，而為防止此具體危險而禁止傳統市場業者宰殺活禽，吳庚、盛子龍，前揭註 7，頁 302-303。

¹¹ 例如命某一冷凍庫經營者甲，凡冷凍庫蒸氣外洩造成周遭結冰，即有清除義務，雖清除義務具反覆性，但其空間關聯具體（冷凍庫周遭），尚不喪失具體的特徵，許宗力，前揭註 7，頁 633。

¹² 以下參考：莊國榮（2020），《行政法》，修訂六版，元照，頁 164-165；陳敏（2016），《行政法總論》，九版，新學林，頁 530-532。另外二種見解分別為：無論種類皆提起撤銷訴訟、無論種類皆提起課予義務訴訟。

1. 類型決定說（傳統通說）

本說以附款的「可分與否」作為區分（即是否影響處分效力），「負擔」及「負擔保留」具有獨立規制內容而係可分，故得單獨對附款提起撤銷訴訟；反之，因「期限」、「條件」及「廢止保留」本身並無獨立的規制意義，故為主處分之一部，無法與主處分分離，不具獨立性而不得單獨請求撤銷，應提起課予義務訴訟，請求作成無附款之行政處分。

2. 裁量或羈束決定說

既然承認處分得一部廢棄，則附款皆應認可分，故無論附款類型為何，原則上皆得提起撤銷訴訟，惟若為裁量處分，則為避免剝奪行政機關之裁量權，應提起課予義務訴訟。

三、行政救濟法

（一）主觀公權利（公法上權利）的判斷（111 北大第 1 題、第 4 題）

公法上權利係指人民基於公法的規定，享有一定法律上之力，得以向國家請求一定作為、不作為或容忍，以實現個人的利益¹³。由於行政的任務在於追求公益，故用以規範行政行為之行政法，復以保護「公益」（所有人）為主要考量，也因此特定人民不當然享有公法上權利，至於如何判斷法律是否保護特定人民享有特定利益，目前通說係採「保護規範理論」，其意旨略以：公法權利的確認，應從探求相關法律的規範意旨著手，倘若該法規的規範目的，除保護公益外，同時兼及保護個人的利益，則受保護的個人即因該法規而享有公法上權利¹⁴。然而，並非所有情形皆須求諸保護規範理論，憲法之基本權亦可能作為公法上權利，蓋基於基本權防禦功能，人民之基本權若因國家行為受到侵害，原本即享有排除侵害之公法上權利（公法上之防禦權），而無須再透過法律的引介淬煉出公法上權利，至於基本權給付功能，原則上應取決於立法決定，僅於一定範圍內始存有公法上權利¹⁵。

權利的實現仍須制度的配合，特別是司法制度，故公法上權利與行政爭訟的關係密不可分，基於「有權利斯有救濟」，自應以人民之公法上權利遭受侵害為提起訴訟之前提，是為「訴訟權能」，故可知「公法上權利」與「訴訟權能」雖關係密切，然為不同概念。

（二）附隨法規審查 - 自治條例？（111 政大第 4 題）

法規審查依「法規是否直接作為司法審查對象」可分為「本案法規審查」及「附隨法規審查」二類型，前者係直接以法規作為程序標的，審查法規的合法性，如行政訴訟法第 237-18 條以下之都市計畫審查程序，後者則係以該法規效力所形成的法律關係作為程序標的，而將法規的合法性作為先決問題¹⁶，於命令之情形得拒絕適用，於法律之情形則僅得裁

¹³ 李建良（2021），《行政法基本十講》，十一版，元照，頁 339。

¹⁴ 李建良，前揭註 13，頁 344。

¹⁵ 李建良，前揭註 13，頁 366-368。

¹⁶ 林明昕（2021），〈論行政訴訟法上之都市計畫審查〉，《月旦法學雜誌》，第 308 期，頁 48。

定停止訴訟程序，向大法官聲請釋憲，然而，此處有爭議者在於：附隨審查自治條例後，得否拒絕適用？抑或應聲請釋憲？實務學說有不同見解：

1. 法院不能拒絕適用自治條例

實務有認為自治條例屬於法律位階，法院不得拒絕適用¹⁷；學說有認為「法官聲請釋憲」之本質目的蘊含「權力分立」的法理，蓋法官為「法適用者」，立法者則為「法定者」而具有民主正當性的基礎，故法官如認為立法者所制定之「法律」違憲，不能逕為拒絕適用，既然自治條例乃由「地方議會」之「立法者」所制定，其民主正當性本質當不因其僅屬地方而否定其具有「法律」之性格¹⁸。

2. 法院得拒絕適用自治條例

晚近實務多認為，自釋字第 371 號解釋反面推理，法官於具體個案審判時，就個案所適用位階低於法律之法規命令、自治團體自治條例及自治規則等，當可附帶審查是否牴觸憲法及法律，並於確信法規命令、自治條例及自治規則牴觸法律或憲法時，表明適當見解，不受其拘束¹⁹。

學說有認為，自法規位階效力之觀點出發，行政法院對中央行政機關所訂定之法規命令是否牴觸法律，尚享有適法性審查權限，進而得拒絕適用，則其對於效力位階低於法規命令之自治條例，若反無適法性審查權限，且不得拒絕適用，將會造成法規司法審查體系之錯亂，故縱然自治條例具有地方居民之直接民主正當性基礎，然因其民主正當性僅具區域性，且法規位階效力甚低，故法院對自治條例應有消極之規範審查權限，於確認其有牴觸上位法規之情形時，得拒絕適用之²⁰。

四、時事 - 居家檢疫與提審法之適用 (111 台大第 2 題)

居家檢疫限制人身自由應無疑問，故傳統上有關人身自由的憲法爭議自須注意（例如「是否適用事前法官保留」、「二十四小時誡命」），筆者僅就有關提審法之部分進行說明：

(一) 居家檢疫是否為「拘禁」？

居家檢疫之受處分人得否依提審法聲請提審，其前提在於：居家檢疫須構成憲法第 8 條所稱之「拘禁」，就此實務上有不同見解：

【高點法律專班】

¹⁷ 臺北高等行政法院 105 年度簡上字第 26 號判決；學說亦有將自治條例定性為「地方的法律」，其認為自治條例與立法院通過的法律的不同之處僅在於法律適用於「國家事務」而自治條例適用於「地方自治事務」，謝碩駿（2002），〈地方法規定位與監督之研究〉，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 104-107。

¹⁸ 吳信華（2021），〈法官聲請地方「自治條例」違憲〉，《月旦法學教室》，第 228 期，頁 7-8。

¹⁹ 例見：臺北高等行政法院 110 年度訴字第 26 號判決、臺北高等行政法院 109 年度訴字第 774 號判決、臺北高等行政法院 109 年度訴字第 546 號判決。

²⁰ 詹鎮榮（2019），〈論自治條例與中央法律之關係—地方立法權行使之回顧與展望〉，《中國地方自治》，第 72 卷第 3 期，頁 28-29。

1. 否定說 (臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 2 號裁定)

「防疫相關主管機關所實施之居家檢疫措施，乃限制聲請人可活動地點為檢疫旅館而非公權力之處所，雖違反該規定會被處以罰鍰（為財產權之剝奪），然並未令聲請人遭受實質強制力之拘束，其程度自較人身自由之剝奪有別，是其並無受逮捕、拘禁或自由受拘束之情形。」

2. 肯定說 (臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定)

「提審法上所謂「法院以外任何機關的拘禁」，只要法院以外其他機關經由公權力措施，違反人民之意願，使其人身在非短暫的時間內，受拘束於一定侷限的空間，無從依其意願離開受拘束的空間，致其人身向各方移動的自由均受限制，達於人身自由遭剝奪的程度，均屬之。至於該侷限空間是否為國家興建或管理的公共設施，抑或私營甚至人民自己適於住居之處所；又違反其意願使其人身自由受剝奪的強制措施，究竟是施以有形物理性的拘束，抑或經由處罰制裁之心理強制，使其受迫放棄人身自由之行使，均在所不論，皆構成剝奪人身自由的拘禁。」

居家檢疫是否構成憲法第 8 條之拘禁，筆者認為採取臺北高等行政法院之見解較為妥當，蓋依釋字第 588 號解釋，凡於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，即屬「拘禁」，應無關處所之性質及違反效果。

(二) 法院審理的範圍是否包含基礎處分之合法性？

肯定受處分人得聲請提審後，進一步的疑問為：法院之審查範圍為何？此亦為 111 台大第 2 題所測驗之內容。

1. 實務見解

過往多數實務多以提審法第 8 條第 1 項規定：「法院審查逮捕、拘禁之合法性，應就逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序為之」為依據，同時援引該條規定之立法理由：「法院審查逮捕、拘禁之合法性，僅在審查其逮捕、拘禁程序之合法性，非在認定被逮捕、拘禁人有無被逮捕、拘禁之本案實體原因及有無被逮捕、拘禁之必要性……」，強調提審程序非撤銷訴訟，故原則上不審查下命隔離之行政處分本身的合法性，僅審查實際執行隔離的過程是否合法。

然晚近實務 (臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定) 認為：「提審法賦予任何人得為人民之人身自由遭剝奪情事得以聲請提審的權利，既在使人身自由遭法院以外其他機關不法剝奪者，能獲即時之司法救濟……其功能的發揮，有賴提審法院對逮捕、拘禁等剝奪人身自由措施的合法性審查，即不能僅侷限於表面形式上，逮捕、拘禁的執行行為，有無法律上的依據或類如執行名義的行政處分，作為其依據或原因。提審法院應在審理程序中，針對行政機關決定及實際執行剝奪人身自由措施之法律依據、原因與程序是否符合

相關法規要求等問題，進行全面性審查，包括逮捕、拘禁執行行為前有基礎處分者，例如下命隔離拘禁，也應就該基礎處分的合法性一併審查。」

2. 林明昕老師²¹

提審法第 9 條第 1 項前段規定：「法院審查後，認為不應逮捕、拘禁者，應即裁定釋放」，顯然將審判重點置於「已遭逮捕或拘禁的人民是否釋放」，亦即行政機關原逮捕或拘禁之處分是否「向後」失效的問題，蓋提審程序之目的在於交由法院決定人身自由之剝奪「是否繼續進行」(向將來性)，從而行政機關最初下命剝奪的原處分是否違法，並非法院審查之範圍。

另外，針對原處分之爭執，因剝奪人身自由的處分或其他措施，一旦付諸執行，即無回復之可能，而歸於消滅，故正確之訴訟類型並非撤銷訴訟，而係「違法確認訴訟」。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

²¹ 林明昕 (2017)·〈論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心〉·《國立臺灣大學法學論叢》·第 46 卷第 1 期·頁 68-70。