

## 以法研所考題看 112 年國考趨勢 — 行政法篇

編目 | 行政法

主筆人 | 璟宇

### 一、前言

觀察整年度考試時程，不難發現每年法研所之考試落在 2 月份，而司律考試則是於 10 月份舉行。基於法研考試均早於司律考試之特性，在對於當年度司律考試進行命題預測時，名校法律之法研入學考試就成為具有參考價值之考猜來源。一來我們可以從法研所考題獲知當年度學者所關注之議題為何，進而使自己對於學界關注熱門考點有所知悉。二來，學者在出題或撰寫文章時，也會關注具有價值之實務見解動態，而進一步發表自身看法，是以能幫助我們掌握實務中存在哪些新興爭議，而有機會被改編成考題。故本文將以今年法研考試命題為中心，整理相關考點。

又以行政法此考試科目來說，在司律考試，多半仍是以傳統典型爭議或基本觀念運用為測驗主軸，相較其他科目來說本科較少以獨門見解之方式出題。此一出題趨勢，也能從今年法研考題窺知一二，超過八成之考點均為一般概念測驗與法條操作，只是教授以不同案例事實包裝成新考點。建議同學在本科之準備上，將重心放置基本概念之融會貫通，在考場上方能臨危不亂，穩扎穩打地拿下分數。

### 二、行政法一般原理原則（臺大 2、政大 3、北大 4）：

行政法一般原理原則之規範，於行政程序法第 4-10 條有明文規範。在一般原理原則之學習上，同學切勿僅單就法條進行理解，由於行政法原理原則與憲法上位概念係屬共通，平常在準備上可以將行政程序法條文與重要之憲法解釋與判決連結記憶，而在考卷上呈現大前提時，正確且精準地以釋憲實務之見解進行個人考卷中法理之鋪陳。而在考試上，一般原理原則之題目多半不難，關鍵在於同學是否能夠從案例事實觀察出題目所要測驗之原理原則為何，而此能力之養成即在於同學對於各該解釋或憲法判決之熟悉度。

#### （一）行政法上平等原則之內涵

平等原則，於行政程序法第 6 條設有規定，即行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。又憲法實務多次對於平等權作出多號解釋或判決，如釋字 750 號解釋或 111 年憲判字第 4 號<sup>1</sup>。在行政法之平等權中，存在一號重要之實務見解，即最高行政法院 93 年判字第 1392 號：「憲法之平等原則要求行政機關對於事物本質上相同之事件作相同處理，乃形成行政自我拘束，惟憲法之平等原則係指合法之平等，不包含違法之平等。故行政先例需

<sup>1</sup> 原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案

屬合法者，乃行政自我拘束之前提要件，憲法之平等原則，並非賦予人民有要求行政機關重複錯誤之請求權。」此實務見解所闡釋之重要意旨為，平等權僅保障合法行政行為之平等，如要求機關對於相同事實之違規事件，給予相同裁罰額度之裁量結果。但若人民所請之作為，係要求國家違反法令或依法行政原則，則此請求不屬於平等原則之範疇，簡言之人民得對於機關主張違法平等<sup>2</sup>。

回到今年度台大行政法第 2 題中，處分相對人得否以其他鄰居也違法而未受罰，進而主張平等原則拒絕機關對自己開罰，即是測驗同學平等原則不含違法平等之概念，且同學作答上，需說明背後之法理，切勿單以法條回答。

## (二) 信賴保護與法不溯及既往

行政程序法第 8 條：「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。」是為行政程序法上信賴保護原則之明文規定。而法不溯及既往原則，雖然未見於行政程序法之規定，然其作為信賴保護原則之下位概念，業經多次憲解釋承認在案。

首先信賴保護原則，大法官認為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，法律自當給予保障，此乃信賴保護之法理，其作用非在僅在保障人民權益，更有實現公益之目的<sup>3</sup>。信賴保護在行政法領域之學習上，應留意行政程序法中具體條文之展現與信賴保護子要件概念，如行政程序法第 117 條與第 120 條。

另外係新訂之法規，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。而該原則適用上，應注意系爭事實是否「新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者」，倘若屬於不真正溯及之法律，原則上仍應新法規<sup>4</sup>。在晚近實務見解中，由於政府近年來落實轉型正義等政策，是以憲法解釋中對於真正溯及之法律，肯認追求憲法重大公共利益<sup>5</sup>（轉型正義或追溯黨國時期產生之不當利益）仍可使法律例外溯及而對已終結之法律事實發生作用。而學說也有介紹德國上之「溯及性法律」與「影響性法律」之區分方式<sup>6</sup>，可以作為同學答題深度之養分。

而回到政大行政法第 3 題與北大第 4 題之考題，題目之共通點均存在新舊法之變更適用之問題，在測驗上同學對於前兩大原理原則必須有所了解外，更應對於題目中之案例事實進行清楚之頗析與說明。版權所有，重製必究！

<sup>2</sup> 李建良 (2010)，〈行政法：第十一講——行政裁量與判斷餘地〉，《月旦法學教室》，98 卷，頁 44。

<sup>3</sup> 參照釋字 525、589、605 號解釋理由書

<sup>4</sup> 參照釋字 620 號、717 號解釋理由書

<sup>5</sup> 參照釋字 793 號解釋理由書

<sup>6</sup> 李建良 (2001)，〈法律的溯及既往與信賴保護原則〉，《台灣本土法學雜誌》，24 期，頁 79-88。

### 三、行政程序法 (臺大 2、北大 1、北大 2)

#### (一) 保護規範理論之運用

行政法領域中保護規範理論之運用<sup>7</sup>，除可以判斷行政訴訟之原告有無存在訴訟權能之用途外（是否為法律上利益或僅係違反射利益），或是判斷國家賠償案件中之受害者，因為公務員故意過失而怠為執行法規所應盡之職務，而當系爭規範存在保障相對人意旨時，便存在成立國賠責任之可能性。而保護規範理論之判斷要素，即釋字 469 號解釋理由書所提及之：「如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就**法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷**，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」而回到臺大行政法第 2 題第 3 小題，林明昕老師在此小題係測驗同學有關國家賠償責任中怠為行使職務態樣之保護規範理論之要件，而考驗同學在涵攝上之功力。

#### (二) 閱覽卷宗與政府資訊公開

行政程序法第 46 條對於閱覽卷宗設有明文規範，而閱覽卷宗之條文本身並不困難，同學只需注意人民若對於機關否准當事人對於閱覽卷宗所為之請求不服者，其救濟受限於同法第 174 條規定，故僅能於實體決定做成後而一併附帶提出。

而考試上，較容易出現之測驗型態為，閱覽卷宗與行政資訊公開之比較，參照最高法院 102 年判字第 807 號判決，「政府資訊公開法施行後，保障人民「知的權利」，承認人民有向政府機關請求提供政府資訊的一般性資訊請求權，凡無須主動公開之政府資訊，於受請求時應被動公開。惟人民申請提供政府資訊之情形，倘係發生於行政事件進行中，當事人或利害關係人向該管行政機關申請閱覽卷宗者，應優先適用行政程序法第 46 條規定，此際，上開規定屬政府資訊公開法之特別規定。」是故，閱覽卷宗屬於程序上權利，而政府資訊公開法則屬於實體法上權利，而當人民依照資公法請求政府資訊遭拒時，應評價為行政處分，而提起課予義務訴願與訴訟以資救濟。

#### (三) 委託私人與公私協力

### 【高點法律專班】

行政程序法上委託私人（或稱公權力委託）之規定，明定於該法第 16 條。在考試上，委託私人之測驗態樣區分為以下幾種類型。

首先，單純針對委託私人之定義與其委託所應踐行之程序規範進行測驗，正如本次台

<sup>7</sup> 陳信安 (2022)·〈保護規範理論於認定行政訴訟訴訟權能之再思考〉·《月旦法學雜誌》，329 卷，頁 45-56。

大第一題由林明鏘老師所命題般。同學應了解委託私人涉及到行政權限之變更，又在委託程序上應合於法律保留原則，需有法規容許管轄權變更。而委託私人之救濟，也是重要概念，考生應留意訴願法第 10 條、行政訴訟法第 25 條、國家賠償法第 4 條與第 9 條規定。

再者，委託私人將與行政程序法中涉及管轄權變更之類型進行比較，如行政程序法第 15 條之「委託」、「委任」、與地方制度法之「委辦」，其共通點均涉及到管轄權變更，是故應一併複習行政程序法第 11 條以下之規定。

最後，委託私人屬於廣義公私協力之一種，而考試上容易一同納入測驗之類型則有「專家參與」、「私法羅致私人」、「行政助手」等，在概念上，後三種公私協力之態樣中私人均無涉公權力之取得，多半係給予機關勞務性之協助。至於在行政救濟之被告對象之選擇上，後三種形態通說亦認為應以做成行政行為之名義機關作為應訴對象。此也是本次台大行政法第一題中第三小題之破題關鍵，究竟在個案中將 B 廠商認定為專家參與或是受委託之私人，將對於答案有關鍵性之影響。

#### (四) 公私契約定性與切結書爭議

行政契約之定性爭議與判準，一直是學理與實務上不斷討論之議題。學理上有論者<sup>8</sup>主張主觀說，認為契約之定性應取決於締約雙方之主觀意思，此看法係從行政機關存在選擇行為形式之自由所推導。亦有論者<sup>9</sup>認為應該從契約締結之主體已進行推定。晚近通說則以多採行政契約標的兼採目的理論說，認為倘契約標的存在公法性質，則認定為行政契約，而倘若標的中性，則應斟酌整體契約目的而定<sup>10</sup>，且此判準於釋字 533 號解釋與釋字 753 號解釋均被大法官運用而將全民健康保險契約之定性認定為行政契約。

另外，就機關於人民有所請求時而要求人民所簽訂之「切結書」，其在行政法上應作如何定性，不無疑問。有論者採取準負擔說<sup>11</sup>，而另有論者採取處分外負擔說<sup>12</sup>，亦有論者採取行政契約說<sup>13</sup>，而至於實務上<sup>14</sup>曾有採取準負擔說之看法。本文以為，同學在應對此傳統爭議上，應將題目中系爭當事人所切結之事項進行深入分析，倘若人民就切結之事項與機關存在彼此合致之意且切結事項成為機關行政作為之內容者似乎可評價為行政契約。反之倘若切結內容僅在於單方面承受義務者，則應認定為處分外負擔說方為恰當<sup>15</sup>。

<sup>8</sup> 李建良 (2008)，〈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，157 期，頁 304-324。

<sup>9</sup> 林明昕 (2005)，〈行政契約法上實務問題之回顧 - 兼論公、私法契約之區別〉，國立中正大學法學集刊，18 期，頁 253-296。

<sup>10</sup> 吳庚大法官釋字 533 號解釋意見書。

<sup>11</sup> 吳庚、盛子龍 (2017)，〈行政法之理論與實用〉，15 版，頁 335，臺北：三民。

<sup>12</sup> 許宗力 (2006)，〈行政處分〉，翁岳生 (編)，〈行政法 (上)〉，3 版，頁 555，臺北：元照。

<sup>13</sup> 陳敏 (2016)，〈行政法總論〉，9 版，頁 523，臺北：自刊

<sup>14</sup> 最高行政法院 100 年度判字第 227 號判決

<sup>15</sup> 蔡茂寅 (2002)，〈切結書之法律性質〉，月旦法學雜誌，第 87 期，頁 25。



#### 四、行政罰法（政大1）

在政大行政法第1題之考題中，分別測驗了行政罰法中常用之兩個概念與條文，首先在於當違反行政法上義務之主體為法人時，應如何就虛擬之法人建構其故意過失之要件。另外，我國行政罰法中有關不法利得之剝奪，係採取何種立法模式，又是否恰當之問題。

##### （一）行政罰法第7條法人故意過失之推定

首先，就行政罰法上主觀要件規範之流變，早期行政罰法未規範時，行政罰之責任不以行為人存在故意或過失為限，後大法官做出釋字275號解釋而改採推定過失之主觀要件，並謂應受行政罰之行為，僅須違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危險為其要件者，推定為有過失，於行為人不能舉證證明自己無過失時，即應受處罰。最後，經過修法後，現行行政罰法第7條立法理由明白彰顯，行政罰責任之主觀要件需由行政機關加以舉證，如此方為進步之立法。

至於法人之故意過失，按照現行行政罰法第7條第2項之規範：「法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。」對於本條就法人之主觀要件採取推定過失之立法模式，學理上有論者認為釋字第275號解釋以明白否定以推定過失存在之合憲性，對於法人顯屬過苛。而本文亦採取相同看法，而至於過失得採行客觀化之認定模式，如檢討法人是否違反相關內稽內控等規範亦或是對於職員未善盡監督義務等。

而在本文欲幫同學複習一個經典實務見解，即最高行政法院100年度8月份第2次庭長法官聯席會議，該決議旨在處理民法第224條於行政罰領域可否類推於公法上之故意或過失之認定。而該決議之結論為，於行政罰法第7條第2項施行後，基於人民以第三人為使用人或委任其為代理人參與行政程序，與此等組織實際行為之職員、受僱人或從業人員，為法人等組織參與行政程序，係以法人等組織之使用人或代理人之地位有類似性，是以應類推適用行政罰法第7條第2項規定，即人民就該使用人或代理人之故意、過失負推定故意、過失責任。

##### （二）行政罰法第18條與不法利得之剝奪

行政罰帶有懲罰制裁與預防再犯之目的，為了使行政法上義務違反者得心生警惕，於行政罰法第18條第2項，立法者使機關在裁罰時，得考量受罰者不法利得之數額，進而剝奪之，即條文所稱之，前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制。本條規定之適用上，學說有論者<sup>16</sup>認為裁罰機關應作

<sup>16</sup> 李建良(2014)·〈論不法利得的追繳與加重裁處罰鍰之關係 - 評析《和平電廠超額使用生煤案》之相關判決與法制〉·《月旦法學雜誌》·235期·頁93-121。

兩階段之考量，應先考量加重裁罰是否合法且需就加重之必要性進行詳盡之說明，其後再決定裁罰額度是否合法。另外論者<sup>17</sup>認為，我國行政罰法第 18 條第 2 項規定，設計上使機關裁罰之上限擴張至行為人不法利得之全部，顯見立法者存在剝奪不法利得之意圖，是以解釋上本條所容許裁罰之上限為法規原定之上限再加上不法利得總額。然而前開學者之解釋，與現行法第 18 條第 2 項之文義不同，但本題之裁罰法條即水污染防治法第 66-2 條第 1 項違反義務而有所得利益者，除應裁處一定金額之罰鍰外，並得於所得利益之範圍內，予以追繳。似即以外加型罰鍰為額度上限之計算，使違反水污法之行為人受罰鍰裁處外，仍應追繳不法利得。考量行政罰法第 1 條但書規定，當其他法律有特別規定者，從其規定。是以於額度上限之計算上，自應優先適用水污法之規範。

### 五、最高法院 110 年度大字第 1 號裁定

政大行政法第 2 題，直接將行政院大法庭裁定之見解改編成考題，在作答上倘若同學對於本見解之爭議有所初步了解恐會在考場上一時間找到作答之方向。本文認為本實務見解之所以重要，原因有二，首先系爭規定之爭議涉及到時效規定之解釋，其次本爭議除經大法庭裁定表示意見後，後又有憲法法庭（112 年憲判字第 3 號）作成判決肯認系爭規範之合憲性，如此有考向之實務見解，希望同學都能親自翻出裁定來有稍微之認識。

本裁定所涉及之爭議為，公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例 5 條第 1 項（下稱系爭條例）：「依前條規定重行核計退離給與後，有溢領退離給與者，應由核發機關自本條例施行後 1 年內，依下列規定以書面處分令領受人或其經採認之社團專職年資所屬社團返還之」，其「1 年」期間其性質屬於特別時效規定或是訓示規定？大法庭裁定採取訓示規定說。

採取訓示規定說之論點<sup>18</sup>認為，制定系爭條例，處理溢領之退離給與，處理方式包含「重行核計」與「追繳溢領」，系爭規定係明定於重行核計處分做成後，方得得受領人或社團請求追繳溢領，其目的係確立公法上不當得利法律關係之發生，而與時效規定無關。再者，從文義解釋可知，系爭規定文字未明白表示逾期辦理追繳之「法律效果」，立法理由亦未載明逾期追繳之法律效果，依該條文義解釋，自難認係消滅時效之規定。

採取特別時效之規定論點<sup>19</sup>認為，從憲法上法治國原則與法安定性原則出發，時效制度具有維護法律確定與安定之功能，系爭規定是否解為消滅時效不能囿於法律用語是否明確論知法律效果而為定論。另外系爭條例第 7 條規定，本條例第 5 條所定返還規定，除本條例另有規定外，不適用現行法律有關權利行使期間，是應將系爭規定解為特別規定之公法上請求權時效，始符合憲法所要求之法治國誠命。

<sup>17</sup> 林明昕（2016），〈論不法利得之剝奪：以行政罰法為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷 3 期，頁 755-825。

<sup>18</sup> 整理自最高法院 110 年度大字第 1 號裁定理由

<sup>19</sup> 最高法院 110 年度大字第 1 號裁定書法官瑞卿提出不同意見書

而本文認為，應以訓示規定說可採，本文以為當以訓示規定說可採，首先，前開論者稱，法安定性與既往法律關係當以尊重，惟法安定性於立法者追求憲法上重大公共利益亦需退讓，查系爭規定為追求轉型正義而設，倘解為消滅時效則將與系爭規定為追求返還不當取得財產之重大社會公益之立法意旨有違。再者，前開論者以系爭條例第 7 條為理論依據，惟按社團年資處理條例第 7 條係在排除現行法律有關權利行使期間之規定，與該條例第 4 條、第 5 條之定性無關。進而本文認為，應採取訓示規定說，除能顧及機關實務作業時程需求，亦能期待機關於期限規定內行使公法上請求權。故回到本題，倘若採取訓示規定之結論，機關所得據以請求之公法上不當得利請求權消滅時效規定，將回歸行政程序法第 131 條之 5 年時效規定計算。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！