

從 114 年法研所試題看國考趨勢——行政法篇

編目 | 行政法

主筆人 | 彭狸

壹、前言

隨著法研所考試的落幕，許多考生將重心轉往接下來八月、十月的司法特考和司律國考，然而，法研所題目在國考準備上仍然有其價值，故考生們不應該就此將法研所的題目丟到一旁、置之不理，因為一個議題能夠成為法研所題目，代表教授近期對於該議題有所關注或是有為文討論過，具有一定的學術價值，命題委員在出題時，自然也會注意到相關爭議，進而增加了以該爭議入題的可能性，故透過觀察法研所題目，我們可以得知最近的學說實務在討論什麼樣的議題，來把握最新的出題趨勢。以下筆者將整理各大法研所的考題，並羅列相關見解，以利同學對於近期重要的爭議都有基本的認知。

貳、行政作用法

一、警察職權行使之相關爭議--113 台大行政法第 1 題、114 台大行政法第 2 題

(一) 問題意識

按警察職權行使法第 6、7 條之規定，警察於特定情形下，得於公共場所或合法進入之場所，**查證人民身分，並得採取必要措施**（如詢問姓名或令出示身分證明文件等）；複按同法第 8 條，警察對於已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具，**得予以攔停，並得採取相關措施**（如檢查引擎、車身號碼或要求駕駛人接受酒測等）；又若人民對上開措施不滿時，得依照同法第 29 條之規定當場表示異議，警察認為無理由者，得繼續執行，經義務人或利害關係人請求時，**應將異議之理由製作紀錄交付之**。惟有疑問者係，上開臨檢盤查之措施與異議紀錄表之性質為何？人民就其應該如何救濟？學說實務一直都有所爭論，此爭議不僅連續兩年出現在台大法研所考試，最高行政法院亦於近期作出了判決，並納入裁判選輯，可見此爭議無論係在學界或是實務界，都有非常高的熱度。

(二) 實務見解

最高行政法院 111 年度上字第 675 號判決認為，警察依警職法第 6~8 條規定所採取之措施不以意思表示為要素，亦不以發生法律效果為目的，核其法律性質應屬於事實行為。又警職法第 29 條之異議記錄表除在保存受攔檢人民指摘攔檢行為違法之理由、證據（諸如：實施攔檢及被攔檢者姓名、時間、地點、方式）外，其目的及規制內容，係在對於「攔檢行為合法性之確認」，核屬「確認性質」之行政處分。因此，義務人或利害關係人得對該異議紀錄表提起訴願及撤銷訴訟，落實警職法第 29 條第 3 項之規範目的及有效權利救濟原

則。

簡而言之，本號判決認為，警察依警職法第 6~8 條規定所採取之措施為「事實行為」，異議紀錄表之性質則為「確認處分」，人民欲救濟時應對異議紀錄表提起撤銷訴願及撤銷訴訟。

(三) 學說見解¹

學說認為，實務見解最大的疑義在於，未依據行政程序法第 92 條第 1 項及警職法第 29 條第 3 項之明文規定，去定性「身分查證行為」之性質是否符合行政處分之要件。**警察人員查證身分之行為，無論係警職法第 6 條或第 8 條規定均符合行政處分之六大要件²**。且實務見解認為警察交付人民之異議記錄表才是行政處分亦不可採，蓋異議記錄表僅係紀錄警察身分查證之依據、時間、地點及認異議無理由之說明，**本身並非另外一個獨立之行政處分，而僅僅是確認前揭身分查證行為存在之確認性「證明文件」而已。**

救濟部分，學說認為警察之臨檢程序均有「即時發生，並及時完成」之特質，因此在大部分情形，人民針對警察臨檢不服所提起之行政爭訟，均不再是對於某種「現時」侵害所為之抗拒，而是最多**基於各種不同的理由，對於已「過去」之侵害事實的一種申訴，故應提起「確認處分違法訴訟」³**。

二、切結書之定性--114 北大行政法第 3 題

(一) 問題意識

按行政實務上常要求人民需簽具「切結書」作為行政機關是否作成行政處分之重要依據（如要求人民需註記「申請人原所有之土地如經發現地下掩埋廢棄物，願負清運責任」始得申請發給抵價地），惟有疑問者係，此種「切結書」之性質為何？學說實務有不同見解，此爭點雖然挺老的，但最近又開始有學者為文提及，且在近年國考中尚未有命題紀錄，同學們可以多加留意。

(二) 準負擔說

較多數實務見解認為，於我國行政實務上，授益處分有時可能著眼於相對人出具切結書，承諾履行一定作為或不作為義務而後始決定作成，因此，**授益處分的相對人對行政機關負有切結書所宣示之義務，可認係一種「負擔」**，而其存在，也的確構成行政機關當初

¹ 參：林明鏘，具有雙重性質之警職法 - 近 20 年的重要司法裁判回顧與分析，警察法學與政策，第 5 期，95-101 頁，2023 年 11 月；林明鏘，警察臨檢與國家責任，台灣本土法學雜誌，第 48 期，109-117 頁，2003 年 07 月 01 日。

² 李建良師亦認為，警察令人民出示身分證明文件，核其旨趣，係行政機關（警察機關）就公法上具體事件（於特定時間地點對特定人查證身分）所為之單方決定（命人民出示身分證明文件），對外直接發生法律效果（人民負有出示身分證明文件之行為義務），性質上屬行政處分。參：李建良，行政法基本十講，14 版，2024 年 9 月，24-25 頁。

³ 林明昕，警察臨檢與行政救濟 - 重返司法院大法官釋字第五三五號解釋，台灣本土法學雜誌，第 85 期，81-88 頁，2006 年 08 月。

願意作成受益處分的關鍵考量因素。此於學說上，有稱之為「處分外負擔」或「準負擔」⁴，與法文中所謂之負擔雖不相同，但確實發揮與負擔相同的功能，**在相對人不履行該等準負擔時，行政機關應有權廢止原受益處分**（最高行政法院 104 年度判字第 523 號判決、最高行政法院 111 年度上字第 157 號判決參照）。

(三) 行政契約說

學說有認為，如申請人所切結之事項，並非核准之法定構成要件要素，申請人出具切結書承諾為一定之行為，即所以換取行政機關之許可，**二者間非無要約、承諾之對待關係**。此種情形與其謂為「準負擔條款」，毋寧更接近於「行政契約」⁵。

三、程序再開--114 政大行政法第 1 題第 2 小題

(一) 問題意識

程序再開於我國行政程序法第 128 條定有明文。有疑問者係，本條明文規定需「於法定救濟期間經過後」，惟行政處分上有可能因確定判決而產生形式存續力，此時人民是否仍可申請程序再開？學說實務有不同見解。此爭點應該同學都不陌生，但其在國考已經許久未見，此次出現在法研所考試就代表老師還是有在關注的呦，同學們不可以不熟！

(二) 實務見解：折衷說

實務見解認為，程序再開既屬「特別救濟途徑」，本諸**例外從嚴之原則**，該條所謂「法定救濟期間經過後」，自應認係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，加以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言。又行政處分提起行政救濟經行政法院實體判決確定者，**因已生判決之既判力，且行政訴訟法對行政法院確定判決復定有再審之救濟程序**，是經行政法院實體確定判決維持之行政處分，當事人再為之爭執，若屬得循行政訴訟再審程序請求救濟者，即非屬得依行政程序法第 128 條規定申請重開行政程序之範疇。惟如**無從依再審程序救濟者，解釋上，亦當容許其申請重新進行行政程序，以求周延**。

（最高行政法院 99 年度判字第 1016 號判決、最高行政法院 109 年度判字第 135 號判決參照）

(三) 學說見解：肯定說

學說認為，程序再開之目的係客觀上依法行政原則之貫徹，又縱使係法院駁回原告訴訟確定之情形，**已有形式存續力之行政處分，客觀上亦未必為合法**，故亦應有程序再開之適用，以貫徹依法行政原則⁶。

⁴ 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂 16 版，2020 年 11 月，342 頁。

⁵ 陳敏，行政法總論，10 版，2019 年 11 月，529 頁；另參：李建良，行政契約、行政法律關係與行政訴訟，月旦法學教室，第 261 期，49 頁，2024 年 07 月。

⁶ 林明昕，論訴願之再審與行政處分之廢棄－一道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題，行政法實務與理論（一），296-297 頁，2003 年 03 月。

又行政程序法第 128 條第 1 項但書規定：「但相對人或利害關係人因重大過失而未能
在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限」從但書中明白揭示「救濟程序中」可
知，立法者並未排除相對人或利害關係人提起訴願及行政訴訟後再申請程序再開之可能性；
且觀察各版本之行政程序法草案，立法者亦顯然無意將經法院確定判決之行政處分排除在
行政程序重新進程序標的之外，故應將「法定救濟期間經過」理解為是立法者針對「具
形式存續力之行政處分」的一種例示性表達方式而已⁷。

四、教師聘約相關爭議--114 政大行政法第 3 題

(一) 問題意識

按公立學校與教師間締結之聘約，通說見解皆認為由於其契約標之內容係為實現國家
教育高權之任務，故應屬於行政契約（最高法院 91 年度判字第 2282 號判決參照），
惟較有爭議者係，若學校依照教師法之規定，予以解聘、停聘、不續聘時，其性質為何？
又若學校依照教師法第 15 條之規定，議決「一年至四年不得聘任為教師」並報教育部核准，
則該議決之性質為何？對此，實務見解於 111 憲判字第 11 號作成後，有表示過許多意見，
是每年猜題時必猜的題目，但近期尚未於國考出現過，所以同學一定要多加注意！

(二) 解聘、停聘、不續聘之性質

舊實務見解（最高法院 98 年 7 月份第 1 次決議）曾認為，解聘、停聘或不續聘係
公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，
所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。

惟此見解於 111 憲判字第 11 號做成後已經改變，該號憲判字認為，各大學依據此等規
範內容之聘約約定，「不續聘」教師，其法效僅係使教師在原受聘學校不予聘任，性質核
係單純基於聘任契約所為之意思表示。後續實務見解則進一步認為，除不續聘外，解聘、
停聘亦均屬基於聘任契約法律關係存否之爭執，故亦為契約上意思表示，且公立大學以外
之學校亦應本於契約法理為相同解釋。在此見解之下，於救濟時應提起「確認聘任法律關
係存在訴訟」

（最高法院 110 年度上字第 19 號判決、最高法院 110 年度上字第 660 號判決、
最高法院 110 年度上字第 429 號判決參照）。

(三) 議決「一年至四年不得聘任為教師」之性質

針對此爭議，最高法院已經透過大法庭意見徵詢達成一致見解，並作成於 110 年度上
字第 19 號判決，其認為，教師法 15 條所為不得聘任為教師之行為，具有剝奪教師受聘於
全國其他各級學校之職業選擇自由而影響其工作權之效力，已非教師與原聘任學校間之聘

⁷ 詹鎮榮，行政程序重新進行之程序標的－以我國及德國行政法院相關裁判為中心，東吳公法論叢，第 4 期，
211-261 頁，2011 年 07 月。

任契約法律關係範圍內事項，核為單方具有規制效力之行政處分。

又針對此議決應如何救濟，最高行政法院認為，教師法第 15 條規定之所以規定主管教育行政機關需對公立大學教評會議決教師於一定期間不得聘任為教師之核准，始對該教師產生於一定期間內不得聘任為教師之規制效果，其係因該議決限制教師工作權之重大事項，故賦予主管教育行政機關統籌對學校之議決為實質審查以作成最終決定之權責，故應以核准之主管教育行政機關教育部為被告。

此判決由於可以與前面的「解聘、停聘、不續聘之性質」一起出題，同學們如果沒有讀到的話在考場上會十分吃虧，故考前一定要再拿出來看一次！

五、健保法律關係--114 台大行政法第 4 題

(一) 問題意識

按全民健康保險法第 66 條之規定，醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，又依照全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法之規定，保險醫事服務機構於特約期間，有特定情事者，保險人應予停止特約一定期間。於前者，通說認為該特約係為達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故具有行政契約之性質(釋字第 533 號參照)，惟於後者，學說實務即有不同見解。本爭點曾於 110 年司律有出題紀錄，筆者認為再考一次的機率相對較低，但考量今年法研所有出題，故仍然幫同學一併回顧此爭點。

(二) 實務見解

最高行政法院 95 年 7 月份決議認為，此係保險人單方面認定保險醫事服務機構有無該特定情事，單方面宣告停止特約之效果，並無合約當事人間容許磋商之意味，乃基於其管理保險醫事服務機構之公權力而發，應認為行政處分，而非合約一方履行合約內容之意思表示。是以保險醫事服務機構如有不服，應循序提起撤銷訴訟以為救濟。

(三) 學說見解

學說有主張「雙行為併用禁止」者認為，於行政契約法律關係中，雙方之期待係以「夥伴」之形式形成雙方之權利義務，如行政機關再透過「上對下」性質之行政處分發生、變更或消滅當事人間之法律關係時，將造成當事人信賴之突襲；且以專一之行為形式從事法律關係之架構，更能使法律關係單純化，有助於事後之紛爭解決⁸。若採此見解，似應認為停止特約僅為行政契約上意思表示，而非行政處分。

參、行政救濟法

⁸ 林明鏞，行政契約與行政處分，行政契約法研究，新學林，2020 年 11 月，166-167 頁；吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，增訂 16 版，2020 年 10 月，421 頁。

一、不利益變更禁止原則--114 北大行政法第 2 題

(一) 問題意識

按訴願法第 81 條之規定：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」本條但書乃不利益變更禁止原則之明文，惟有疑問者係，本條係規範訴願機關所做成之「訴願決定」，惟於「發回原處分機關另為處分」時，原處分機關是否亦應受不利益變更禁止原則之拘束，即構成疑問。此爭點堪稱訴願法中最重要的爭點，沒有之一，故同學一定要熟記。

(二) 實務見解

最高行政法院 105 年 8 月份第 1 次決議認為，但書明文規定「於訴願人表示不服之範圍內」，顯係限制依本文所作成之訴願決定，不得為更不利益之變更或處分，自是以受理訴願機關為規範對象，不及於原處分機關。在法無明文時，尚不得以立法理由所載文字，限制原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，於正確認事用法後，作成較原行政處分不利於處分相對人之行政處分，否則不符依法行政原則。惟原行政處分非因裁量濫用或逾越裁量權限而為有利於處分相對人之裁量者，原行政處分機關重為處分時，不得為較原行政處分不利於處分相對人之裁量，否則有違行政行為禁止恣意原則。

(三) 學說見解⁹

學說見解認為，自但書之規範目的而言，其是鑑於行政救濟程序為權利保護程序，若因人民提起救濟，反而對其作成更不利益之決定，將有悖於行政救濟為權利保護之本質。且為鼓勵人民毫無忌憚地提起救濟，不用害怕因提起救濟反而受到更不利益之處分，而怯於提起救濟。若原處分機關重為處分時，得為更不利益之變更，同樣有違背行政救濟本質與使人民怯於提起救濟之問題。又若受理訴願機關審理訴願案件，於原處分違法，合法處分較不利益於人民之情況，其可能：一是自己調查事實、適用法規，認合法處分較不利益於人民而維持原處分，駁回訴願；一是將原處分撤銷，發回原處分機關於事實調查清楚，法規適用釐清後，另為處分。若前者受該原則之拘束，後者不受該原則之拘束，將造成不公平之現象，或淪為機關之恣意。

⁹ 陳淑芳，訴願法上不利變更禁止原則之適用，月旦法學教室，第 193 期，6-8 頁，2018 年 8 月 11 日。

二、請求制定法規命令之訴--114 台大憲法第 4 題（有提及但非該題爭點）

（一）問題意識

按於立法者授權時，行政機關得制定法規命令，惟有疑問者係，於行政機關怠惰不為制定時，人民得否起訴請求法院命行政機關制定法規命令？此爭議除於今年的台大法研所憲法考科有所提及外，近期亦有公民團體起訴經濟部，請求制定再生能源發電設備管理辦法之案例，許多學者對此有為文表示見解，可以說是國家考試的熱門人選，同學們務必要有所關注。

（二）否定說

實務見解認為，按行政程序法第 152 條第 1 項規定：「法規命令之訂定，除由行政機關自行草擬者外，並得由人民或團體提議為之。」第 153 條第 3 款規定：「受理前條提議之行政機關，應依下列情形分別處理：三、無須訂定法規命令之事項，附述理由通知原提議者。」可知，**人民或團體對法規命令之訂定，僅有提議權，並無請求行政機關訂定法規命令之公法上請求權**。故人民如依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關修訂法規命令者，**因欠缺公法上請求權，應認其訴為無理由，予以判決駁回**（最高行政法院 112 年度抗字第 385 號裁定參照）。

又德國舊實務見解亦認為，**行政機關享有「規範制定的裁量」**，故其就「是否」、「如何」制定法規命令以及法規命令之內容如何形成，享有相當的形成自由。基於權力分立原則，若允許人民可向法院起訴請求行政機關制定法規命令，**勢將使得行政機關的規範制定裁量權移轉至法院手上，顯然逾越司法權之分際**。

（三）肯定說

學說見解認為，行政程序法第 152、153 條末賦予人民對法規命令制定的公法上請求權，**並不能夠全盤否定原告得以其他法規（含憲法）作為請求權基礎**¹⁰。又司法機關職司保障人民權利之責，只要實體法上個人有請求制定法規命令的公權利，則**司法機關就無以權力分立為由拒絕提供人民權利救濟之理**，且司法審查之介入並不當然就是侵害行政機關的規範制定裁量權而有違權力分立，**只要司法權未侵害到行政權之核心領域，即無所謂違反權力分立原則可言**¹¹。

¹⁰ 李建良，台灣氣候訴訟初體驗：「用電大戶」知多少？－評台北高等行政法院 110 年度訴字第 134 號裁定，台灣法律人，第 31 期，140 頁，2024 年 01 月。

¹¹ 盛子龍，行政訴訟法上「請求法規命令制定之訴」初探，當代公法新論（下）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年 07 月。