

## 行政、民政、社會、人事、法制、政風、教育

# 《行政法》

### 試題評析

今年行政法考題同時測試考生對司法與立法實務之嫻熟度，相當符合公務人員考試之目的。第一題與第二題為行政法總論之基礎原理，至於第三題則以行政救濟為主。第一題考的是行政法法源位階，比較像是法學緒論的考題，在行政法考試中較少出現，考生只要能清楚掌握法源位階理論之意義、法律優位之意義，即可取得高分，程度佳之考生約可得18至20分左右，一般程度的考生，也可得到12至18分。第二題測驗公法區別學說中雙階行為理論在我國法制上之適用，繼民國90年律師高考出現公教人員款核准之法律關係後，此類考型一直在行政法領域中出現，並不使人意外。本題關鍵主要在於了解新法制之設計及釋字第540號解釋之內容，清楚區別雙階論中公、私法行為之階段，程度佳之考生約可得15至18分，一般考生則約可得10至15分上下。

今年行政法考題雖然均屬基本概念，然若欲正確而完整地答題，必須對大法官解釋與立法實務均有一定程度之認識，否則第二題與第三題根本無法作答。考生在考前若對重要之解釋與立法有一訂認識，在解題與舉例上都可輕鬆應對，但對於僅能背誦抽象原理者，答題時就會遇上困難。

### 一、試述行政法上成文法源之位階與法源之適用順序？(30分)

答：

- (一)法源之概念：所謂法源，乃法律規範之淵源，或構成法律規範之資料。而所謂成文法源，乃指法源中以法條形式存在之法源，主要為憲法、法律、行政命令、地方自治法規及條約等法規範。
- (二)法源位階理論：奧地利學者Hans Kelsen氏曾認為，一國國內之法秩序，得將之區分為基本規範(憲法)、主要規範(法律)及次要規範(命令)三個層次。其並指出，此三個層次之法規範在效力上依次為憲法效力優於法律、法律效力優於命令。但是在適用順序上，則為先適用命令，再適用法律及憲法。在法源位階理論之下，下位階之法律規範倘若違反上位階之法律規範，其法律效果將為下位階之規範因之無效。
- (三)成文法源之效力順序(即法源之位階)：在行政法上，法源位階所被特別強調者，乃法律優位之原則。所謂「法律優位」，是指國家所做成之各項行為之中，以法律最具有優越之地位。行政機關所制定之行政命令，屬下位規範，不得抵觸上位規範之法律。法律優位之原則，憲法第171條第1項、第172條有如此規定：「法律與憲法抵觸者無效。」、「命令與憲法或法律抵觸者無效。」。法律優位之實際作用，在於確保法律相對於命令之優勢規範地位不被違反，為消極之作用，故又被稱作「消極之依法行政」。
- (四)成文法源之適用順序：依Hans Kelsen氏之見解，成文法源之適用順序與效力順序相反，在具體案件之適用上，通常係先適用命令，再適用法律及憲法。例如人民收受有行政處分，其作成之格式及公文書記載之內容經常僅有命令之依據；而實體之權利義務關係則經由法律之規定決之。最後，倘若行政行為之合憲性有所爭議，方動用憲法規範加以審查。此乃在各種規範中，憲法最為抽象、法律次之，而行政命令相對而言較屬細節技術性之具體事項故爾。

參考資料：簡方《高上行政法講義》第一回第44頁。

### 二、何謂行政法之「雙階理論」？我國行政程序法承不承認此原則？在大法官解釋及我國立法實務中，有無採行此理論之情形？請分析之。(30分)

答：

- (一)雙階理論之概念：雙階行為理論為德國學者Ipsen氏於1970年代發展出用以解釋國家之經濟上補助行為之法律性質之理論。其主要之內容認為，在經濟補助(例如國家補助勞工購置房屋、補助貧困學生獎助學金)之案件中，國家決定要否補助之部分，屬公法關係，決定補助之後之金錢給付或者借貸，則屬私法關係。此等學說，所用以解決者乃國家行為同兼具有公法及私法性質者，例如補貼、公辦民營、國民住宅等法律關係。
- (二)行政程序法與雙階理論：按行政程序法有無雙階理論之適用，端視此類公私混合性質之行為在行政程序法中之地位。按行政程序法第3條第一項雖謂：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」，推理上不排除私經濟行為亦解為「行政行為」之可能性。惟多數學說，傾向認為行政程序法所規範之「行政行為」乃公法關係之國家行為，並未明確指出雙階理論在程序法上適用之可能性。為就雙階論中之前階段行為(補助決定，性質上為行政處分)，仍有行政程序法之適用，並無疑義。
- (三)我國立法實務與雙階行為理論：近期我國行政法制之立法變革，涉及國家從事公私行為階段劃分者，主要為民國88年公布實施之「政府採購法」。按政府採購之行為可區分為「公開招標」之行為與招標後之「履約」階段，前者之法律性質為公法性質，因之發生紛爭循公法管道解決，提出異議申訴、乃至行政訴訟。反之，後階段之履約紛爭，則屬私法紛爭，依私權爭執管道解決。
- (四)大法官解釋及雙階理論：近期大法官解釋涉及雙階行為理論者，為釋字第540號解釋，針對國民住宅租售之法律關係，

由申請人向國宅主管機關提出申請，許可後再訂立私法上買賣、租賃契約。「凡經主管機關核准出售、出租或貸款自建，並已由該機關代表國家或地方自治團體與承購人、承租人或貸款人分別訂立買賣、租賃或借貸契約者，此等契約即非行使公權力而生之公法上法律關係。」(解釋文)；而前階段之申請許可，則為公法關係：「至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果(參照國民住宅出售、出租及商業服務設施暨其他建築物標售標租辦法第四條)不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟，係另一問題。」，當可謂係我國司法實務上承認雙階理論之實例。

參考資料：1.簡方《高上行政法講義》第一回第13頁、第四回62頁90律師解答。

2.吳庚《行政法之理論與實用》，第8版，第151頁。

三、依訴願法與行政訴訟法規定，人民得提起訴願與行政訴訟。試分別回達下列問題：

(一) 人民於提起訴願前於何種案例應先向原處分機關聲明異議或為其他類似不服之表示？理由為何？(10分)

(二) 何種案例屬於取代訴願之程序？(10分)

(三) 何種案例之行政救濟程序，可以免除訴願及其先行程序？(10分)

(四) 對於行政機關怠為處分，人民如何救濟？(10分)

(一) 於我國現行法中，人民提起訴願「前」應先向原處分機關聲明異議或為其他類似不服之表示者，如：

學生退學事件，依大法官釋字第三八二號解釋，必須先「用盡校內申訴途徑，未獲救濟」後，方得提起訴願及行政訴訟。

稅法案件，納稅義務人若對核定稅捐之處分不服，依據稅捐稽徵法第三十五條第一項與第三十八條第一項，應先向稅捐稽徵機關申請復查。若對稅捐稽徵機關之復查決定不服，方得提起訴願與行政訴訟。

集會遊行申請許可遭拒，依據集會遊行法第十六條第一項，應先向警察機關「申復」。

除此，如專利法上之「再審查」(專利法第四十六條)亦屬此類訴願之前置程序。

此類案件之所以需先向原處分機關表示不服，而不直接進入訴願程序，原因有：

第一，通常係因此類案件具備高度專業性與技術性，宜由原處分機關先做第一次之審查，更可救濟人民權利並確保處分正確性。

其次，由於「申訴」或「復查」之類的程序較訴願等正式爭訟程序簡便，先由原處分機關自行審查，若能實現救濟人民權利更可促進效率與節省成本。在集會遊行申請許可案件中，為節省時間，此屬較為有效之保障救濟方式。

第三，在學生退學事件中，更涉及判斷餘地—尊重大學自治或學校專業認定，因此特別要求先經過校內申訴程序。由學校先做第一次之審查。

(二) 「取代訴願」之程序，在我國如：

公務人員對服務機關或人事主管機關之不利行政處分，依公務人員保障法第三章之規定，得先提起「復審」，由公務人員保障暨培訓委員會審查原處分。不服復審決定者，依公務人員保障法第七十二條之規定，應向該管「司法機關」聲明不服，而非提起訴願，可知其屬「替代訴願」之決定。

會計師懲戒委員會因財政部交付懲戒而對會計師所為懲戒決議，係行政處分，被懲戒之會計師有所不服，對之聲請復審，大法官釋字第二九五號解釋認為，「實質上與訴願相當」。因此「財政部會計師懲戒覆審委員會對會計師所為懲戒處分之覆審決議，實質上相當於最終之訴願決定，不得再對之提起訴願、再訴願。被懲戒人如因該項決議違法，認為損害其權利者，應許其逕行提起行政訴訟，以符憲法保障人民訴訟權之意旨。」

(三) 可免除訴願及其先行程序之行政救濟程序，如：

經聽證之行政處分，依行政程序法第一〇九條之規定，人民若有不服，「其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序」。

其他如某些依法由特殊之行政爭訟管道處理之案件，如交通違規案件，依據道路交通管理處罰條例第八十七條，對主管機關課處裁罰不服，應「管轄地方法院聲明異議」，無須先行訴願；違反社會秩序維護法之案件，依該法第五十五條規定，被處罰人不服者，應經原處分之警察機關向該管簡易庭聲明異議等。

(四) 對於行政機關應處分而怠為處分，訴願法與行政訴訟法提供了「課與義務訴訟」(或稱「請求應為行政處分」或「請求應為特種內容之行政處分」之訴訟)。人民若符合下列條件，則可提起此種爭訟：

第一：依法向該管機關提出申請，請求做成行政處分。

第二：該管行政機關於法定期間(若其他法令未規定期間，則訴願法第二條規定「自機關受理申請之日起為二個月」)應作為而不作為。

第三：申請人認為此一不作為損害其權利或法律上利益，得依訴願法第二條提起訴願。若訴願決定未獲救濟，則可依行政訴訟法第五條第一項，向高等行政法院提起課與義務訴訟。

若申請人(即原告或訴願人)之主張有理由，則訴願決定機關或行政法院應命該管行政機關依判決意旨做成行政處分。

若事證明確且行政機關無裁量權，更可命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。