

行政法申論題精解

黃毅 老師

一、試述行政、立法與司法相互間之關係。並就實務相關見解說明之？

- (一) 行政與立法：「行政」將欲執行之法案送請「立法」審查；又「行政」具體執行「立法」所通過或制定的法律；再者，「立法」（事前）審查「行政」所列之預算，（事後）並要求「行政」為其施政報告並對其質詢之。
- (二) 行政與司法：「司法」（事後）依據法律消極被動的審查「行政」執行的事務（具體事務及抽象法律）是否合法、合憲。
- (三) 立法與司法：「司法」（事後）依據法律並因聲請消極被動的審查「立法」所通過或制定的法律是否合憲。
- (四) 我國所採的權力分立原則係由孫中山的學說所構成，孫氏以為國家監察權應自立法權剝離，而考試權應自行政權獨立，故稱為「五權分立論」。

二、試述法治國家的內容及其修正。

從絕對依法行政修正為相對依法行政。

（一）自由法治國家

自由法治國家時期，以自由主義作為國家政治生活的指導原則，強調法律保留，國家以放任人民、消極的不干涉人民為主要政策。

（二）社會法治國家（社會福利法治國家、福利國家）

1. 自由法治國家的放任主義下，社會貧富差距的擴大，使得社會上失衡的現象日趨嚴重，於是警察國家時期「國家積極為人民謀福利」及自由法治國家的「合法性」合而為一，遂衍生成為社會法治國家。
2. 社會法治國家追求實質而非形式的正義，故對人民的權利干涉也隨之加大，但應以謀求人民的福利，並為維持人性尊嚴為最高原則。故國家成為積極主動的有為政府，不再只是消極的維持治安，而應更積極的扶持人民、教養人民。

三、試說明行政之意義為何？主要學說有何？

（一）行政之意義

1. 字義上，「行政」德文 *Verwaltung*、英文 *Administration* 均有經營、管理、執行的涵義。
2. 行政之概念要如何描述，可以從我們日常生活中窺知，如果說國家對其人民應該要負起照顧的責任，「從搖籃到墳墓」那麼，在生命的每一個階段幾乎都脫離不了行政，舉例來說，政府對我們的幼兒福利政策，實施國民教育，

並提供了國民住宅，全民健保的醫療服務，開辦失業津貼及勞工職業訓練，以及退休金及敬老福利津貼的發放等，均屬於行政的一環。此外，政府為實施福利國家政策，可能必須有稅捐的徵收，為達國家防衛的目的有兵役之召集，為維持社會治安有警察勤務的執行.....等亦為行政。總之，「行政」總縈繞在我們的生活中。

3. 行政法所探討的行政為「公行政」並不包括「私行政」。所謂公行政，係指國家或政府的行為或為公益所為的行為。

(二) 行政之意義學說

1. 組織意義（制度意義）的行政：

(1) 行政乃行政主體、其下屬各級行政機關及其他各類機構的總稱。

(2) 缺點：此說僅呈現行政組織的態樣，至於行政作用層面則未觸及，對於行政概念的掌握自有不足¹。

2. 形式意義：此意義純粹就形式上所表現而言，即行政院及其所屬機構及地方行政機構的法定行為。

3. 實質意義：就所有國家行為中，含有行政性質者，皆謂之行政行為。

(1) 反面意義：行政係立於法律之下，除司法及監察以外之國家作用（考試亦為行政事務，故考試院承辦事務為行政事務）。此說以消極的方式，排除實際（質）上非屬承辦行政事務之國家作用，其他事務即為行政。

■ 缺點：

A. 惟屬於憲法上實質政治權力之運作，非全然為行政行為之概念²。例如：總統權行為及統治權行為，指政府中屬於實際政策決定之過程及政黨政治的運作，外交關係的推行。

B. 此外，依此說也無法令人明瞭行政之內涵究為何者，僅以三權分立之概念排除行政以外之權力，也無法說明我國五權分立內之「行政」的涵意。

(2) 正面意義：自憲法言：行政乃受指令所拘束之國家機關的活動範圍。自目的界定言，有以下說法：

A. 行政包括一切法律及事實上行為，此等行為在於對公益之持續維護，而公益則源自國家存立目的及文化任務。

¹參李建良，行政的概念與特徵，2002年月旦法學教室試刊號，p42。

²參陳新民，行政法學總論，修訂7版，p4。

- B. 維護適當之社會秩序乃國家最急迫而須全力以赴之任務，行政則為達成此一任務優先之手段，故行政非單純之管制，而負有形成功能，所謂形成不僅在個別事件中求其合理及適當，尤須實現法律規範作為分配正義及交換正義之要求。
- C. 自行主動來實現國家任務的國家行為。
- D. 遵循已有的政策決定，所為合計劃的、合目的的執行行為。
- E. 為了積極的實現國家之現實、具體的目的，而依法之規定或受法之拘束，所進行整體性的、一致性的、連續的及形成性的國家活動。

(3) 行政具體，立法抽象；行政積極主動，司法消極被動。

(4) 公共行政之實質意義，係指具有多樣性、附有條件或單純之目的選定（取向，政策決定），均來自他律（外規，法令限制），但仍許行政處分作成部分之規劃及自我參與，以保障公共事務之實施與形成；行政人員則屬於經指派之公共事務的管理人員。

(5) 本說不以單一定義為限，仍從三方面描述行政³：

A. 就結構言：

- 縱面上：分為中央機關之行政行為及地方機關之行政行為。
- 橫面上：行政係指民意機關、司法、考試、監察機關以外之國家結構或組織的總稱。

B. 就實質言：以各國家機關實質上所職司之權力言

- 立法機關乃制定法律，代表民意，也非國家事務之執行單位。
- 司法機關，乃職司審判及解釋憲法及統一解釋法令。（但除此以外之事務稱為司法行政）
- 監察機關，經修憲後為準司法機關。

除上以外之國家作用皆屬行政範疇（包括考試之人事行政）。

C. 就功能言，凡能達成國家任務，發揮其作為手段之功能者，皆有行政機關之形態。

4. 通說（描述性說法）：

- (1) 實然，「行政」的本質是多樣性、多義性、複雜性的，故「行政」並無通說上共同承認之定義。
- (2) 就法治國權力分立原則，立法行為制定法律，而司法和行政則基於法律的規範，司法行為實現爭訟的法律，「行政」則是在法律的規範內實現公共利益。又法律指示司法作合法之判決，但卻賦予「行政」裁量的空間，以達行政的目的。站在「行政」的立場看來，法律是「行政」行為

³參吳庚，行政法之理論與實用，增訂11版，頁7以下。

的圍籬，而行政在此圍籬內活動所應遵守的準則是國家及公眾利益的考量。

(3) 另外，亦有學者從行政的要素，配合我國現行法制，從三方面加以描述⁴。

A. 行政係實質公行政主體之行為：

- 所謂公行政主體不限於國家層級之組織，尚包括具有公法人地位之地方自治團體所為之自治行政與受委託行使公權力之個人或團體所進行之委託行政。
- 實質意義之行政不以公法組織者為限，其以私法組織而遂行公共行政者，亦屬實質之行政。

B. 行政係以實現公益為目的之行為：

- 從國家權力的實質正當性來看，國家係為人民而存在，非人民為國家而存在。從而亦可導出「行政機關應為人民而存在」的意旨。
- 行政並非無因地執行法律，應是有意識地取向於公益，建立客觀的公法法律秩序的作為。

C. 行政係受法之支配並受監督之公行政主體行為：

依法行政之原則係針對曩昔「專制行政」而來之反省，故現代法治國家強調「國家(政府)應守法」之觀念。此一觀念特別是強調行政權應受「法」及「法律」之拘束。因在法治國下，法律係由代表民意之議員所制定，具有直接民主合法性，故行政應受法律之支配，但此不意味著，行政只受成文法的限制。

四、行政有何特徵？試舉例說明之。

學者對行政之特徵有以下之描述⁵：

- (一) 行政是廣泛的、多樣的、複雜且不斷形成社會生活的國家作用一形成性與整體性。
- (二) 行政是追求利益的國家作用（公益取向性）。
- (三) 行政是積極主動的國家作用；相對於司法是消極被動的。

⁴參李惠宗教授，行政法要義，2010年9月5版，頁4。

⁵參翁岳生，行政法（上），2006版，頁10以下。

五、何謂公權力行政？何謂私經濟行政？

（一）公權力行政

指國家居於統治主體地位，適用公法法規規定所為之各種行政作為，在人民與國家或人民與地方自治團體間之權利義務關係事項，皆屬之，於行政作用中站最主要之地位。為國家不可或缺的行政作用，藉公權力行政的行使，行政機關得迅速有效的達成干預或給付的行政任務。

（二）私經濟行政

指國家並非居於公權力主體地位，與統治之行使無關，而是處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下所為之各種行為。

六、私經濟行政之態樣有何？試說明之。

私經濟行政之方式有以下幾種：

（一）行政私法行為：行政主體以私法行為方式直接達到提供人民生活上服務或協助之行政任務。

（二）行政營利行為：係指公行政如同其他之經營主體，在市場上提供或分配物品或勞動之行政作用。為發達國家資本，保障國家主權，執行國家政策，避免私人壟斷，國家以私法組織或特設機構方式，依市場交易法則，參與社會上之經濟活動。

（三）行政輔助行為：行政機關為推行行政事務而以私法方式獲致日常行政活動所需的物質或人力。行政輔助行為之所欲，並非直接達成行政目的，而係以間接的方式，輔助行政目的的完成。

（四）參與純粹之交易行為：國家為達成某些行政上的目的，行政機關或其所屬之公營事業參與市場交易，如維持匯率而參與外匯買賣、為穩定物價而進行進口物資採購或國內作物收購、為汰舊換新而出售公用物品等均屬於私法上行為。

七、何謂干涉行政？何謂給付行政？有無區別標準？試舉例說明之。

（一）干涉行政：指行政機關為達成下命、禁止或確認之效果所採取之抽象或具體措施，以及必要時所使用之強制手段。干涉人民之權利，對人民課加義務及負擔，限制其自由權或財產權。干涉行政，係以命令或禁止之形式出之，並以強制之方法予以貫徹。此種行政為公權力行政中常見之行為方式。

換言之，國家為達其目的所採取行政方式，而對人民之基本權施以限制或侵害，稱之為干涉行政。為符合依法行政的體制，以免國家權利作用濫用，應符合法律保留的適用。然而法律保留的密度，意即何者應由法律保留原則之限制？除中央

法規標準法第五條明文規定法律保留的具體範圍⁶，我國實務上對法律保留密度的見解，漸次形成層級化保留的「重要性理論」⁷。

而行政管制涉及人民權利之限制，自應有法律保留之適用。然而該保留的程度為何？至少應符合法律「授權明確性」的要求。

(二) 給付行政：翁岳生教授認為，給付行政係提供人民給付、服務或給與其他利益的行政作用。城仲模教授則將給付行政定義為，以積極的態度，具體達成憲法所宣示人民各種社會權之授益性的行政活動。換言之給付行政，得對個人或公眾為之。對個人之給付行政，係對特定個人給予扶助。對公眾之給付行政，則係提供公共設施，以確保及改善人民之生活條件。其內容如下：

1. 提供國民日常生活所不可或缺之工業技術性服務之行政。例如：水電、瓦斯、交通、醫療、公共設施、文化建設等等。
2. 提供國民社會生活最低限度之直接保障行政。例如：社會保險、社會救助、公共衛生、全民健保。
3. 指經由特殊目的所制定之社會、經濟或文化政策，而予個人生計改善措施之行政。例如：公資借貸、科藝推進、青少年保護育成。

八、干涉行政與給付行政區別標準？試舉例說明之。

此為二種不同面向之行政，茲就其給付行政與干涉行政區別，說明如下⁸：

- (一) 行政作用對人民所生效果的不同，干涉行政因係直接干預人民的權利，故應受法律較為嚴格的羈束，除不得與法律相但觸外，並須有明確的法律授權依據，始得為之。給付行政因係給與人民一定利益，故受法律保留原則拘束的程度較為寬鬆。
- (二) 在給付主體的組織型態上，以及在給付或利用關係的法律方式上，行政亦享有較大的選擇自由。

⁶中央法規標準法第 5 條：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」

⁷大法官釋字第 443 號：「規範密度…應視規範對象、內容或法例本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自有者，必須遵守罪刑法定主義，以制訂法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法不許。」

⁸參翁岳生教授，行政法2000，頁22。

九、公法與私法兩者區別實益為何？

（一）爭訟程序（相對人間有爭執時）

縱有論者以為公法與私法無須區別，然我國訴訟制度採行二元主義，設有普通法院及行政法院，其所掌審理事務，即以私法事件與公法事件為分野：

1. 若為公權力行政，則應依行政救濟程序。
2. 若為私經濟行政，則應尋求民事救濟程序。

（二）國家賠償

公務員代表國家執行國家行為時，若為公權力行為，依國家賠償法第 2 條第 2 項之規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。」，始可能涉及國家賠償；若為私經濟行為，則無國家賠償法之適用。

十、公法與私法兩者區別標準為何？

- （一）此說乃以法律所保護之法益為公益或私益為判斷。公法乃屬於公共利益之法，公共利益由國家或其他公共團體為代表；私法則屬於關係個人利益之法。
- （二）此說認為規範上下隸屬關係之法為公法；規範平等關係為私法。例如行政法院 22 年度判字第 17 號判決：「國家在公法上對於人民為權力服從關係於一定限度內因可用其強力而在私法上則與人民處於對等地位苟或對於人民歷久為事實上管領之不動產而與之發生所有權之爭執者即屬私法關係應由該管法院受理審判要不可遂以行政處分或命令強行處理(為標賣地產事件)。
- （三）此說認為法律關係主體之一方為行政主體或國家機關者為公法；若法律關係之主體全屬私人者為私法。
- （四）公法係公權力主體或其機關所執行之職務法規，其賦予權利或課予義務之對象僅限於前述特定的主體或其機關，而非任何人；但對任何人皆適用，均有發生權利義務之可能者為私法。此說為現行德、日之通說，但仍非完美可用以判斷各種事件⁹。
- （五）此說係修正特別法規說而來，立法者基於公共利益之維護，將特定之範圍或某項規定從一般法律規範即私法中分離，而成為特別法規，即為公法。

⁹參李憲宗教授，行政法要義，2010年9月5版，頁4。

(六) 輔助區別標準

1. 此說以為某類事件究屬公法抑或私法性質，除法律有新規定或出現變更往例之司法判解外，皆遵循約定俗成之規範。
2. 指某一事件中一部分事實關係明顯屬於公法關係者，事件整體均視為公法關係；其餘為私法關係¹⁰。

十一、何謂成文法法源？有哪些規範可以成為行政法之成文法法源？

十二、國際法可作為行政法之法源之方式有那幾種？我國政府與中國大陸於2010年簽署之「兩岸經濟合作架構協議」具有何種規範效力？

十三、有關行政規則對於行政機關、人民以及法院有無拘束力？

行政法之成文法法源

(一) 憲法

憲法是國家的基本法，具有最高的法規範位階，故憲法具有基本性及最高性；憲法抽象且原則性的規範「國家基本組織」、「國家基本政策」、「人民基本權利義務」，而行政法又是對憲法的指示作具體並落實的規範，故憲法當然得作為行政法的法源，毋庸置疑。

(二) 法律

1. 法律之意義：

- (1) 又稱廣義法律，指人類行為之抽象及一般性的規範，但非此處所指的法律。
- (2) 又稱狹義法律，指實質意義法律經依法定程序制定成為條文，並公布施行者。形式及實質兼具之法律得作為行政法之法源。

(3) 實例：

- A. 憲法第 170 條「憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」
- B. 中央法規標準法第 4 條「法律應經立法院通過，總統公布。」

2. 法律之名稱：

- (1) 形式及實質兼具之法律，有法定之名稱。
- (2) 依中央法規標準法第 2 條「法律得定名為法、律、條例或通則」。

¹⁰參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁29。

(3) 惟「海關進口稅則」亦為形式及實質兼具之法律，乃唯一例外¹¹。

3. 法律與行政措施的區別，在於前者係抽象及一般性之規範，後者多為具體及個別之處置，如立法機關得制定處置性或個別性法律，則破壞權力分立原則。我國立法上處置性法律（措施性法律）之例有「立法院通過之年度預算案（釋 391）」、「戰士授田憑據處理條例」個別性法律之例有「卸任總統禮遇條例」¹²。

（三）國際法

指由國家與國家間所共同制定，或因其法律關係所產生之權利義務規範者為國際間之事項者。在國際法與國內法並行的法律體系，國際法具有與法律相同之拘束力而可作為行政法之法源，並無疑義¹³。

1. 依通說認為，國際法成為行政法法源之方式有三：

- (1) 直接適用：例如：條約、協定、公約。
- (2) 須制定法律始能適用：例如北美事務協調會與美國在台協會著作權保護協定，依該協議之精神而修訂之著作權法。
- (3) 經司法審判機關引為判決先例者，可間接適用。

2. 兩岸法：

兩岸法指台灣海峽兩岸政府或其委託之非政府組織（財團法人海峽交流基金會與海峽交流協會）所簽訂具有法規效力之書面協議而言。不包括兩岸政府依各自法律所發布之規定（例如我國政府依台灣地區與大陸地區人民關係條例所訂定之規章，仍屬國內之行政命令層次）。

兩岸法位階有二¹⁴：

- (1) 經立法院三讀會程序通過具法律效力者，若與現行法律相抵觸時，則適用後法優於前法之原則解決，例如 2010 年 6 月 27 日簽訂之海峽兩岸經濟合作架構協議（Economic Cooperation Framework Agreement, ECFA）便是如此¹⁵。

¹¹參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，p42。

¹²參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁42。

¹³參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，p45。

¹⁴參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁45。

¹⁵此之協議乃屬「行政協定」的層級，經立法院決議通過者，即發生行政協定之效力。參李惠宗教授，行政法要義，2010年9月5版，頁80

- (2) 若兩岸協議經行政院核准實施而未經立法院以讀會程序通過（僅送立法院備查者亦同），其位階與命令相當，又僅由海基會、海協會負責人簽署而向主管機關（行政院陸委會）報備者（未經行政院陸委會發布實施），只能視為君子協定。

（四）命令

1. 緊急命令：總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會之決議發布緊急命令，為必要之處置，但須於發布命令後 10 日內，提交立法院追認。如立院不同意時，該緊急命令立即失效（憲增修 32），緊急命令屬憲法層次，具可代替或變更法律之效力，但仍不得抵觸憲法。
2. 行政命令（委任命令、委任立法）：

（1）行政命令之意義：

行政命令係指行政機關為未來對一般不特定事項所發布之抽象性規定。由於制定法律之程序較為繁瑣，故命令成為法律之外最重要之法源。

（2）行政命令之名稱：

- A. 依中央法規標準法第 3 條規定 1 各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。
- B. 現行法制下，行政命令分為法規命令及行政規則，法規命令之名稱沿用中央法規標準法之七種名稱，而為了以名稱區分法規命令及行政規則，實務上，行政規則之命名除依中央法規標準法規定之七種名稱，亦多有以「基準」、「要點」、「守則」、「注意事項」或「參考表」等命名。故如名稱在中央法規標準法七種以外者，並非表示其不屬行政命令之一種。

（3）現行法制下之行政命令：

法規命令及行政規則是否得為法源而具有拘束力，應分別視之。

A. 法規命令係為授權命令

行政程序法第 150 條第 1 項：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」

B. 行政規則係屬職權命令

行政程序法第 159 條第 1 項：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

行政規則指規律行政體系內部事項之命令，不直接對外發生效力，通常與人民之權利義務無直接關聯。行政規則之法源效果，可分而言之，涉及行政內部之範圍，則有法源作用；但於一般人民及法院，

則不得承認其有拘束力¹⁶。例如行政程序法第 161 條規定：「有效下達之行政規則，具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力。」

3. 特別命令（特別規則）：

所謂特別命令係國家或自治團體，基於「特別法律關係」對於相對人，在一定的範圍內，運用概括的支配權或強制命令權，而課其相對人以一定義務所頒布之命令，此種命令既非法律，又未必屬法律授權之法規命令，亦非單純只有內部效力的行政規則，例如具有自治權限之大學為執行考試所定之「考試規則」或「學分抵免規則」、「選課規則」、「研究所考試簡章」等，是否真法源之地位，「得否」及「如何」作為行政處分之依據，值得探討¹⁷。

（五）自治規章

地方制度法第 25 條規定：「直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行故機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」由此規定可知，自治法規分為二類：自治條例與自治規則，前者係經立法機關通過；後者僅由地方行政機關訂定。唯二者皆為地方自治體就其自治事項，或依法律及上級法規之授權所制定者。自治規章為地方自治規章之簡稱，係指地方自治團體所訂定，且具有抽象及一般性拘束力之規章。

十四、何謂行政法時之效力的一般生效、特別生效？

法規生效與失效

（一）生效：依中央法規標準法之規定，法規的生效可分為兩種：

1. 中央法規標準法第 13 條：「法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力。」又大法官會議解釋釋字第 161 號：「中央法規標準法第十三條所定法規生效日期之起算，應將法規公布或發布之當日算入。」
2. 依中央法規標準法第 14 條：「法規特定有施行日期，或以命令特定施行日期者，自該特定日起發生效力。」

依此條規定，又分為：

- (1) 例如：行政程序法第 175 條：「本法自中華民國九十年一月一日施行。」
行政罰法第 46 條：「本法自公布後一年施行。」

¹⁶參陳新民，行政法學總論，修訂7版，頁101。

¹⁷參李惠宗教授，行政法要義，2010年9月5版，頁84。

- (2) 例如：行政訴訟法第 308 條：「本法自公布日施行。本法修正條文施行日期，由司法院以命令定之。」。訴願法第 101 條：「本法自公布日施行。本法修正條文之施行日期，由行政院以命令定之。」

3. 解釋性行政規則，應視為自該被解釋之法規生效日即已生效。（參釋 287）

- (二) 失效：依中央法規標準法第 22 條第 3 項：「依前二項程序廢止之法規，得僅公布或發布其名稱及施行日期；並自公布或發布之日起算，至第三日起失效。」

十五、何謂法規不溯及既往？種類有何？並說明何種情況可溯及、何種不可溯及？

(一) 法規不溯及既往（原則）

1. 行政法規不適用於該法規生效前之事實。乃因法規效力之溯及就法治國家法律安定及信賴保護之觀點而言，有憲法上之疑慮。法規如就過去已完結之事件，設定或加重人民之負擔，即不符法治國家之要求¹⁸。當在行使某個行為時，該行為在當時無法律規定限制而不被處罰。雖然之後立法者規定這種行為應該要被處罰，並立下新法規來限制，但因過去該法規還未訂立，在當時所「犯」下的行為是 能去追討的。這就是「不得溯及既往原則」。
- (1) 按大法官釋字 574 號解釋中說明，於憲法原則下的法治國原則，最重要的就是信賴保護（Vertrauensschutz）原則。簡單來說，無論是刑事法律或民事法律，都要使人民可得先預知，讓人民可以知道於實定法上之法律效果，就算不懂法律，也可以知道了解。故其理由書中提及：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，固有其自由形成空間。惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則。」
- (2) 許玉秀大法官亦在其部份協同意見書中表示：「在權力分立及運作的層面，法定原則的意義是法律優位與法律保留；在保障人民權益的層面，法定原則的意義是法律安定與法律明確。因為國家權力的運作必須具有可預測性，所以法律必須安定。法律明確，則有助於落實法律的安定。」

¹⁸參陳敏，行政法學總論，第4版，頁112。

法安定涉及法的時間效力，法明確涉及法的空間效力，時間移動代表空間更換，空間的變化累積成時間的進行，因此法明確可以累積法安定，為求法安定而衍生法明確。」

2. 法律不溯及既往原則，得見於我國刑法第 1 條與有明文：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。」或民法總則施行細則、民法債總施行細則等皆有不得具有溯及效力之規定。然而，於憲法上並未有所規定，其法源究竟為何？

(1) 法律不溯及既往原則，係來自法治國原則（rule of law）的本質意涵，乃指人民按行為時法律所創設之秩序規範決定其舉措，因為在法治國家，不能期待人民於現在行為時遵守未來制訂之法令，此為法治國家基本原則之一。依此原則，法律僅能於制訂後向未來生效，不得溯及既往對已完結之事實發生規範效力，原則上亦不容許國家經由立法對於既已完結之事實，重新給予法律評價。人民行為時所信賴之法秩序，如事後因立法者之政策考量予以調整，原則上不得追溯變動先前法秩序下所保障之權益，否則即與「信賴保護原則」—法治國之另一原則相抵觸。

(2) 故法律不溯及既往原則乃法治國原則底下，基於法律安定性及信賴保護之要求，而為憲法上拘束立法、行政及司法機關之基本原則，毋待憲法明文¹⁹。釋字第 525 號解釋理由書：「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、法秩序之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，法律自應與以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎。」亦有相同闡釋。

3. 此原則規範之效力僅針對用法機關，意即此原則為用法原則非立法原則，故立法機關出於法治國民主之決議所制定的法規，不受此原則之拘束，可自為溯及既往的立法。

（二）法規不溯及既往種類

法律溯及既往之法理，近來，學者多有討論²⁰。為辨明溯及既往的意義，首應區別「真正溯及既往」及「不真正溯及既往」²¹，透過二者的區別而瞭解其真正的界限。

1. 真正溯及既往：法律的效力向前生效，射程達到生效時點前所發生的事實，即為「真正溯及既往」。
2. 不真正溯及既往：又稱為構成要件事實之溯及連結，該規範向將來生效，然而對象卻包括過去已發生，而現在尚未結束之事實或法律關係。

¹⁹大法官解釋 605 號曾有田不同意見書，李建良，法律的溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學第 24 期，2001 年 07 月，頁 79/84。

²⁰參陳新民，法治國家理念的靈魂—論法律溯及既往的概念、界線與過渡條款的問題，李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，2000 年 8 月，頁 26 以下。

²¹德國學者 H Maurer 所提出之分類（ders., Staatsrecht, 1999, §17 Rn. 108）將此概念分為（Rückwirkendes Gesetz）以及（einwirkendes Gesetz）。

3. 立法者並非如同真正溯及既往一般，有意將新法律的效力擴及過去既存事實，而乃立法者新設、修改或廢止法律對事實所造成的影響。事實如同流動性的河流，並不停歇，立法者所做的立法行為雖然依照公共利益而為價值判斷，在時間點上，看似突兀，然而自此，各項法律的效果因此項決定而改變。如立法者制訂新行政法規，而予以溯及之效力，為法理所許²²。蓋因人民不能期待法規永遠不修正而維持不變²³，原則上並無違憲侵害人民權利的問題。然而必須基於公益的考量，符合比例原則。是以公益的考量為何？是否符合比例原則？都應列入審查。
4. 大法官釋字第 577 號解釋係為涉及新法是否改變既有法律秩序？有無溯及既往？有無違憲之爭議？五七七號解釋主文謂「上開規定之煙品標示義務及責任，其時間適用之範圍，以該法公布施行後之煙品標示事件為限，並無法律溯及適用情形。」解釋理由中又謂「對於法規生效前「已發生事件」，原則上不得適用，是為法律適用上之不溯及既往原則，所謂「事件」，指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂「發生」指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言。」亦足供參考。

（三）法規不溯及既往之例外

原則上後法廢止新法，亦即後法之制訂公布施行時，對於同一事項，前法應即失效。然而新舊二法之間，仍有例外舊法仍然有效之情形。

1. 對於權利義務之規定，處罰義務等應依據舊法規定，行政救濟程序，依程序進行時規定²⁴。此項規則主要是基於程序法及實體法本質上之差異，於實體法部分，對人民權利義務影響較鉅，程序部分以新立法者為優先。
2. 中央法規標準法第 18 條規定，「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時法規外，在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但就法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規。」
法規變遷之後，除以新法規為原則外，尚考慮新舊法規之比較，而採有利於當事人之法規為原則。
3. 同一事項如有兩種法律同時規定，而其規定的法律效果又不相同時，應優先適用特別法，如果特別法無規定時，始得適用普通法，稱為特別法優於普通

²²參林紀東，行政法，1994 年 11 月，再修訂再版，頁 89。李建良，法律的溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學雜誌第 24 期，2001 年 7 月，頁 84。

²³張文郁，限時法和法律之溯及既往，台灣本土法學雜誌第 46 期，2003 年 5 月，頁 157。

²⁴蔡志方，行政法規之溯及既往效力、先發效力與後續力，萬國法律第 104 期，1999 年 4 月，頁 87。

法原則。中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用之。」。

十六、說明「信賴保護原則」之法理、要件及其法律效果各為何？請舉司法 院大法官相關解釋意旨論述之。

信賴（利益）保護原則

（一）意義

1. 人民基於既存安定之法秩序所產生之信賴，原則上應予保護。依此原則，國家若罔顧人民對國家的信賴，此時除非為公益或人民有忍受之義務，否則不得為之。
2. 行政行為，應保護人民正當合理之信賴，蓋行政機關與人民事務往返之間，往往使人民對行政行為的合法性與持續性產生依賴。當無明顯的事由足以證明此一信賴與公共利益相違背時，應對其予以適當保護。
3. 若行政行為不顧人民值得之信賴，而使其遭受不可預計之負擔或喪失利益，且非基於保護或增進公共利益之必要或因人民有忍受義務者，此種行為，不得為之。信賴保護原則源自法律不溯既往原則及誠信原則。

（二）信賴保護原則之法源位階

1. 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。」
 - (1) 基於法治國原則，人民對法安定性的要求、信賴，同時也在人性尊嚴基本原則指導下，保障人民對國家行為的信賴，故為憲法位階。
 - (2) 信賴保護原則不僅拘束行政部門，對立法及司法部門亦有拘束力²⁵。制定法規或適用法規，原則上均不得溯及既往發生效力，使人民更為不利。
2. 行政法院 83 年度判字第 151 號判例：「行政機關於審酌是否撤銷授于利益之違法行政處分時...依行政法上信賴保護原則，為撤銷之行政機關固應顧及該受益人之信賴利益。但為撤銷之行政機關行使裁量權之結果，倘認為撤銷該授于利益之違法行政處分所欲維護之公益顯然大於受益人之信賴利益者，該機關仍非不得依職權為全部或一部之撤銷。」

（三）信賴保護原則之要件

1. 信賴基礎

²⁵參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁66。

- (1) 必須有一個足以令人民產生信賴之國家行為存在，而且，此一國家行為必須以有客觀對外表現使人民得見能解之授益的形式存在，並且行政機關欲去除信賴基礎。
- (2) 信賴保護原則係源於授益性行政處分之撤銷（或廢止），惟法規之廢止或變更對人民權利之影響較行政處分所涉及者有過之而無不及²⁶。蓋因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、法秩序之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，法律自應予以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎，亦為行政程序法第 119 條、第 120 條及第 126 條等相關規定之所由設。
- (3) 大法官會議解釋，釋字第 525 號解釋文：「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止（行政程序法第 119 條、第 120 條及第 126 條參照），即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨。至經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護；又純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍。」

2. 信賴表現

指人民因信賴而展開具體的信賴行為，包括運用財產和其他處理行為，且信賴表現行為產生法律關係上之變動，與信賴基礎間須有因果關係。又該信賴行為必須是正常之善用行為。

3. 信賴值得保護

(1) 積極面：人民之誠實、正當、並斟酌公益²⁷。

(2) 消極面：

A. 行政程序法第 119 條：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：

一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。

²⁶參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁67。

²⁷參陳清秀，行政法的法源，行政法2000，頁131。

二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。

三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。」

B. 另如訴願法第 80 條第 2 項。

訴願法第 80 條

提起訴願因逾法定期間而為不受理決定時，原行政處分顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職權撤銷或變更之。但有左列情形之一者，不得為之：

一、其撤銷或變更對公益有重大危害者。

二、行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者。

行政處分受益人有左列情形之一者，其信賴不值得保護：

一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使原行政處分機關作成行政處分者。

二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使原行政處分機關依該資料或陳述而作成行政處分者。

三、明知原行政處分違法或因重大過失而不知者。

行政處分之受益人值得保護之信賴利益，因原行政處分機關或其上級機關依第一項規定撤銷或變更原行政處分而受有損失者，應予補償。但其補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益。

C. 參行政法院 83 年度判字第 1520 號判決：「惟在（一）受益人係以詐欺或其他不正當方法獲得行政處分，（二）行政處分之違法性係受益人明知或可得而知，（三）因可歸責於受益人之事由，致發生違法（如受益人提供不正確之資料所致，至於受益人有無故意過失，則非所問）等情形下，自無予以保護之必要。」

（四）行政規則的變動是否有信賴保護原則的適用

1. 純從理論觀點，行政規則既是對行政體系內部生效之規範，又無須公告週知，則一般人民甚難主張以某一行政規則作為信賴基礎，故原則上應認為行政規則欠缺作為信賴保護之基礎。但某些行政規則既早已對外生效，亦為行政機關所遵循（諸如規範具體化之行政規則）或公務員服務規章而有影響公務員個人權益者，宜例外的承認其有信賴保護基礎之功效²⁸。
2. 大法官會議解釋釋字 525 號進一步認為，信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政

²⁸參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁70。

處分之撤銷或廢止（行政程序法第 119 條、第 120 條及第 126 條參照），即行政法規之廢止或變更亦有其適用。依相關解釋意旨，可歸納為五點²⁹：

- (1) 專對行政法規之廢止或變更而為規範，故民事法規之廢止或變更不包括在內。
 - (2) 僅適用於實體法之廢止或變更，程序法仍遵循「實體從舊，程序從新」之原則，但應注意現行法規中專就程序上利益之信賴保護所為之規定。
 - (3) 保護範圍除實體法上之利益外，兼及法律地位之不利影響³⁰。
 - (4) 該管機關基於公益之考量，對法規是否廢止或變更有裁量之權限，所謂保護信賴利益無非訂定過渡期間之條款或採取其他補救措施。
 - (5) 下列情形無信賴保護原則之適用：
 - A. 經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者。
 - B. 相關法規（通常容易發生於因利害關係者申請作成，諸如各種解釋性、裁量性之函釋）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者。
 - C. 純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行為，始足當之。
 - D. 授益之規範存續期間已過。受規範對象如已在因法規施行而產生信賴基礎之存續期間內，對構成信賴要件之事實才值得保護³¹。
3. 大法官會議解釋，釋字第 525 號解釋文：「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止（行政程序法第 119 條、第 120 條及第 126 條參照），即行政法規之廢止或變更亦有其適用。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，

²⁹參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁67以下。

³⁰參大法官會議解釋，釋字第529號解釋理由書節錄：「行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。其因公益之必要廢止法規或修改內容，致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨，業經本院釋字第五二五號解釋在案。人民因信賴於法規廢止或修改前依強制規定而取得之實體法上地位有受不利之影響時，自亦應同受保護。」

³¹參大法官會議解釋，釋字第589號解釋。

其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨。至經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護；又純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍。」

（五）信賴保護原則之保護方式

1. 存續保障

(1) 即因行政行為而產生的行政法律關係主體之間的法律關係，不論其是否合法，一律要穩定行政相對人所信賴的法律狀態。

(2) 例如行政程序法第 117 條：

「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：

一、撤銷對公益有重大危害者。

二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」

其中第 2 款之「有信賴利益不得撤銷」即為存續保障。另第 118 條但書亦有「另定失效日期」之撤銷，亦為存續保障之一種效果。

行政程序法第 119 條：

受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：

一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。

二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。

三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。

2. 損失補償

(1) 即在必要時打破原有法律狀態，而對行政相對人因信賴行政行為而遭受的損失予以財產上的保護。

(2) 例如行政程序法第 120 條第 1 項：

「授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。」

行政程序法第 119 條：

受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：

一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。

二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。

三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。

(六) 信賴保護原則之運用

1. 法規不溯及既往原則。
2. 對於行政處分之職權撤銷廢止的限制。若法律對於行政處分之職權撤銷或廢止有特別規定者，該規定亦須符合信賴保護原則。例子：
 - (1) 行政法院 82 年 9 月份庭長、評事聯席會議：農業用地移轉，經核定免徵土地增值稅後，始發現承受人為非名實相符之農民時，應否課徵以及如何課徵土地增值稅？
 - (2) 決議：按法律行為無效，或嗣後歸於無效，而當事人仍使其經濟效果發生，並維持其存在者，並不影響租稅之課徵。良以稅法所欲掌握者，乃表現納稅能力之經濟事實，而非該經濟事實之法律外觀。土地增值稅係依據漲價歸公之原則，對土地所有權人因土地自然漲價所得利益所課徵之稅款。因之，只要有自然漲價所得以及土地所有權移轉之事實，依土地稅法第二十八條之規定，除有不課徵之法定理由外，均應課徵土地增值稅，並不因土地所有權之移轉本身有無效之原因而有不同。至於有無信賴保護原則之適用，應依具體個案認定之。
3. 瑕疵之行政處分之撤銷須受信賴保護原則之限制，此一原則係在保護善意之相對人或「第三人」因信賴行政處分之公定力而取得法律上值得保護之利益。質言之，信賴保護原則乃一利益衡量之原則，其具體之適用即在衡量善意相對人或「第三人」之信賴利益與撤銷瑕疵處分所生之利益何者為重，而非僅在衡量相對人與撤銷處分所生之利益何者為重，而各該利益無論係屬「私益」或「公益」，均應在衡量之範圍內。蓋公益與私益並非對立之命題，保障私益亦屬維護公益之一環³²。

行政法院 86 年度判字第 3314 號：「本案如將系爭之執照予以撤銷而使該區之道路等公用設施成為無照建物，則其上眾多之合法住戶就該等設施均不能合法使用，其結果並非原告所稱僅影響起造人一人之利益，而係對多數生活利益之嚴重侵害，此等利益洵屬法律上值得保護之利益。其既未基於惡意詐欺，脅迫或其他不正方法取其行政處分而獲得，且又顯然大於原告因撤銷系爭執照所能取得之財產利益，衡諸信賴保護原則，被告否准原告之請求，並無不合。」

³²參吳庚，行政法理論與實用，2010年9月增訂11版，頁70。

十七、行政機關就該管行政程序中，對當事人「有利情形」或「不利情形」，應否加以注意？請附理由說明。

利益均衡原則

（一）意義

1. 行政機關在處理行政事務時，對於有利或不利於當事人之情形應一律注意。刑事訴訟法第 2 條第 1 項：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利不利之情形，一律注意。」亦有規定，此固為公務員應注意之事項。
2. 惟為更進一步明確要求處理行政程序之公務員亦應有此體認，故我國行政程序法第 9 條規定：「行政機關就該管行政程序，應於當事人有利及不利之情形，一律注意。」
3. 行政程序法第 36 條亦規定，第 36 條：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意。」

（二）有利不利應予注意原則之要件

1. 行政機關應就其所管轄範圍內之事項（該管）善盡注意義務。
2. 不以認定事實為限，凡有關行政程序資料及其他一切情形，均應以同等之注意。實施行政程序之公務員，因職業習慣或職業上之偏見，對於當事人不利情形，往往有較高之注意；對於當事人有利情形，則往往予以較低之注意³³。

十八、請依法治國家的觀念予以解析，並舉司法院大法官解釋說明之：何謂「授權明確性原則」？

（一）意義

1. 法律、法規命令之規定及行政行為之內容應明確。換言之，在一個法治國家，要求行政行為應具體並具有可預見性、可瞭解性、可審查性，以維護法律秩序的安定性。行政程序法第 5 條規定：「行政行為之內容應明確。」民主國家形成後，人民要求政府亦必須遵守法律、國家行為必須有可預測性，特別是在影響私人活動時更應嚴格要求。
2. 為使法之適用能夠安定，法規範所使用之文字及解釋均須明確，受規範效力所及之人方能預測法規範將如何適用，不致因法律地位或既得權利的突然變動而措手不及，遭致重大損失。

³³參林山田，刑事程序法，頁50。

3. 行政行為必須使人民能預見行政機關將為何種作為或不作為稱為「可預見性」；且行政行為之相對人能預先評估行政機關所為之行政內容為何稱為「可測量性」，方符明確性原則。
 - (1) 大法官會議解釋，釋字第 491 號解釋文節錄：「又懲處處分之構成要件，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則。」
 - (2) 參大法官會議解釋，釋字第 524 號解釋文節錄：「全民健康保險為強制性之社會保險，攸關全體國民之福祉至鉅，故對於因保險所生之權利義務應有明確之規範，並有法律保留原則之適用。若法律就保險關係之內容授權以命令為補充規定者，其授權應具體明確，且須為被保險人所能預見。」

(二) 明確性原則之三要求：

1. 人民對於法規內容清楚易懂。
2. 人民可預見法規將產生之效果及所影響之範圍。
3. 法規本身於權力分立原則下，得受司法權之審查；或人民對於法規之效果若有不服，得有救濟之途徑。

(三) 明確性原則之法源位階：係由憲法上之法治國原則導出，為依法行政之主要成分，故為憲法位階。

(四) 明確性原則之內涵：行政程序法第 5 條之規定：「行政行為之內容應明確。」而行政行為均以法律為根據，故法律規定本身也應明確。故明確性原則的內涵主要有二個層次：

1. 規範明確性

(1) 法律明確性：

法律明確性原則在保障人民對其行為是否受法律規範有預見之可能性，則法律規定是否明確，即應以受規範之一般人民是否能理解法律規定之意義，亦即是否能理解該法律規定所要規範之行為態樣，並因此對其行為是否受該法律所規範有預見可能性，作為判斷之標準。基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則²⁴，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。

(2) 授權命令明確性：

立法者於非國會保留事項，雖可以法律授權行政機關以命令補充法律規定，但授權條文本身必須具有明確性。換言之，授權母法對於授權之內容、目的及範圍均須具體規定至能夠明確說明其授權意旨，並拘束行政機關只能在該授權意旨內補充法律，制定命令。

行政程序法第 150 條第 2 項：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」

2. 行政行為明確性

行政行為之構成要件、法律效果及行政行為之方式，內容亦需符合前述明確性之要求。例如行政程序法第 96 條，書面處分應記載、應表明事項及教示制度。

十九、下列情形是否違反行政法一般原則？若有違反，係違反何一原則？試說明理由。

(1) 中央警察大學 91 年度研究所碩士班招生簡章規定以「有無色盲決定能否取得入學資格」。

(2) 某機關首長下令對違反某條法令規定之行為一律處以最高額之罰鍰。

(3) 行政處分書受文者記載為「陳小龍等 5 人」。

(一) 平等原則

1. 意義：

- (1) 原則係為一切人民基本權之基礎原則之一，指人民的立足點一律公平且無差別，國家對人民行使公權力時，無論行政、立法、司法、考試，均應平等。
- (2) 憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」係為保障人民在法律上地位之實質平等，現代國家之憲法均以平等為其原理原則，並予以明文化。
- (3) 大法官會議釋字第 412 號解釋即認為，憲法第 7 條所定之平等原則，係保障人民在法律地位上之實質平等，亦即法律得依事務之性質，就事實狀況之差異及立法目的，而為不同之規範，法律就其所定事實上之差異，得授權行政機關，發布施行細則而為合理必要之規定。
- (4) 平等原則又稱為禁止差別待遇原則。行政法院 83 年判字第 56 號判決：「於同一行政處分，若有意作不公平之差別待遇，致損失特定當事人之權益，即有權力濫用之違法，得以行政訴訟請求救濟。...」
- (5) 平等之內涵會因社會、國家與時代背景而有所不同，依現行主流通說，界定為：以個人之性別、能力、年齡、財產、職業.....等各種事實的差異存在為前提，就法律所給予之權利或所課予之義務，均應予平等對待。

2. 平等原則之法源位階：

- (1) 人民基本權的核心原則，故為憲法位階。
- (2) 憲法第 5 條：「中華民國各民族一律平等。」

- (3) 憲法第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」大法官會議解釋，釋字第 211 號解釋文：「憲法第 7 條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實土之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」
- (4) 行政程序法第 6 條：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」
3. 平等原則之判斷程序³⁴：
- (1) 制度目的須就該有所差別待遇的制度檢討之。
- (2) 在確定制度上的合憲目的後，則須進一步探討何些事物本質要素可作為差別對待，甚或應作為差別對待之基準。此一步驟旨在檢證差別待遇是否具有「正當理由」。
- (3) 平等原則第三道的審查程序是合理差別的形。亦即縱使認為該要素可作為差別對待基準，但仍須採用「合理差別」之方式。然者何謂「合理方式」亦非無探討之餘地。
所謂「合理之差別對待」，須不得過度之差別，且差別對待之結果不得破壞原來該制度之目的。換言之，合理之差別對待仍須符合「比例原則」。
- (4) 行政機關若怠於行使權限，致使人民因個案違法狀態未排除而獲得利益時，該利益並非法律所應保護之利益，因此其他人民不能要求行政機關比照該違法案例授予利益，亦即人民不得主張「不法之平等」³⁵。
4. 大法官會議解釋「正當理由」：
- (1) 大法官會議解釋，釋字第 211 號解釋文：「憲法第 7 條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實土之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」
- (2) 大法官會議解釋，釋字第 481 號解釋理由書節錄，...憲法上之平等原則，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不禁止法律依事物之性質，就事實狀況之差異而為合理之不同規範。
- (3) 大法官會議解釋，釋字第 626 號解釋文節錄：中央警察大學 91 學年度研究所碩士班入學考試招生簡章...以有無色盲決定能否取得入學資格之規定，係為培養理論與實務兼備之警察專門人才，並求教育資源之有效運用，藉以提升警政之素質，促進法治國家之發展，其欲達成之目的洵屬重要公共利益；因警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當

³⁴參李惠宗教授，行政法要義，2010年9月5版，頁101。

³⁵最高行政法院92年度判字第275號判決。

理由，是上開招生簡章之規定與其目的間尚非無實質關聯，與憲法第 7 條及第 159 條規定並無抵觸。

(二) 比例原則

1. 意義：

比例原則起源於德國的警察事件中（不可用加農砲 cannon 打小鳥），要求警察行使的行政行為之手段與目的必須合乎一定比例。比例原則，為大陸法系國家所採用的違憲審查模型。比例原則乃行政行為之手段與目的之間必須合乎一定比例，比例原則屬憲法層次之效力，拘束行政、立法、私法，故行政行為自亦不得違反比例原則。當我們認為某項法律或行政措施可能有違反憲法的疑慮時，就可以用比例原則來檢驗其是否違憲。若其可通過比例原則的檢驗，即為合憲；反之，即為違憲。

(1) 憲法層次的比例原則：

- A. 由憲法第 23 條觀之，對人民權利之限制，惟有在公共利益「所必要」的範圍內，方得以法律限制之。因此，限制人權的法律規定是否有必要來侵犯人權，即涉及是否違憲之問題。換言之，法律對於人民自由之處罰或剝奪其生存權，除應有助於達成立法目的，尚須考量有無其他效果相同且侵害人民較少之手段，處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係，方符合憲法之比例原則³⁶。
- B. 中華民國憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

(2) 行政法層次的比例原則：

- A. 指羈束行政權力在侵犯人民權利時，雖然已有法律的依據，但是仍必須選擇侵害人民權利最小的範圍內行使之。即注重在實施公權力行為的「手段」與「行政目的」間，應該存有一定的「比例」關係也。
- B. 行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：
 - 一、採取之方法應有助設目的之達成。
 - 二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。
 - 三、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。」

³⁶詳參大法官會議解釋，釋字第551號解釋理由書，另參釋字第476號、釋字第544號。

2. 比例原則之內涵³⁷：

廣義的內涵有三點

- (1) 適當性：行為應適合於目的之達成；（行政程序法第 7 條第 1 款）。換言之，指行政行為的行使，實際上可否達到法定之目的而言。
- (2) 必要性：

- A. 行為不超越實現目的之必要程度，亦即達成目的須採影響最輕微之手段；（行政程序法第 7 條第 2 款）。行政權力的行使，在僅達到行政目的必要的範圍內即足，不可過度侵及人民權利位。
- B. 通常法條中有「必要」之用語時，多為比例原則之要件。
- C. 不問對受保安處分之人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律規定強制工作 3 年，也違反比例原則。

例如：大法官會議解釋，釋字第 471 號解釋文節錄，...保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。槍砲彈藥刀械管制條例...規定...不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。犯上開條例第十九條所定之罪，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年之部分，與本解釋意皆不符，應自本解釋公布之日起不予適用。

- (3) 衡量性：

指手段應按目的加以衡判，質言之，任何干涉措施所造成之損害應輕於達成目的所獲致之利益，始具合法性。（行政程序法第 7 條第 3 款）。

3. 期待可能性³⁸：

「期待可能」原則，指國家行為（包括立法及行政行為）對人民有所規制，都有一項前提，即有期待可能。故法規課予人民義務者，依客觀情勢並參酌義務人之特殊處境，不能期待人民遵守時，此種義務便應消除或不予強制實施，學者遂主張期待可能性乃是人民對公眾事務負擔義務的界限。

³⁷參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁61。

³⁸參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁64。

4. 比例原則之實務：

(1) 法制

- A. 憲法第 23 條。
- B. 行政程序法第 7 條。
- C. 行政執行法第 3 條：「行政執行，應依公平合理之原則，兼顧公共利益與人民權益之維護，以適當之方法為之，不得逾達成執行目的之必要限度。」
- D. 集會遊行法第 26 條：「集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當之方法為之，不得逾越所欲達成目的之必要限度。」
- E. 社會秩序維護法第 19 條第 2 項：「勒令歇業或停止營業之裁處，應符合比例原則。」
- F. 警械使用條例第 6 條：「警察人員應基於急迫需要，合理使用槍械，不得逾越必要程度。」
- G. 警察職權行使法第 3 條第 1 項：「警察行使職權，不得逾越所欲達成執行目的之必要限度，且應以對人民權益侵害最少之適當方法為之。」

(2) 判解－相關行政法院裁判與大法官會議解釋字號

A. 行政法院

- 行政法院 83 年判字第 2291 號要旨：「原告之違規行為既係因油管漏油，適逢颱風來襲帶來大雨沖刷所致，而原告於事故發生後，復迅速清理污染水體，以避免損害擴大，顯見上該違規行為，情節尚非重大。乃被告機關對原告之上該違規行為於行使裁量權決定作成應為何種程度之裁罰處分時，竟疏於審酌實際情況，率為法定最高額度之裁罰，是否得謂無逾越必要範圍，而悉符行政法上之比例原則，非無研究之餘地。」全文節錄：「...就中所稱比例原則，係淵源於憲法上法治國家思想之一般法律原則之一種，具憲法層次之效力，故該原則拘束行政、立法及司法等行為。因而，行政機關於選擇達成行政目的之手段時，其所作成之行政處分必須符合比例原則，換言之，除該行政處分須最適合於行政目的之要求，並不得逾越必要之範圍外，尚須與所欲達成之行政目的間保持一定之比例，始足當之。否則，即屬濫用權力之違法。」
- 行政法院 85 年判字第 1301 號：「考試院辦理各項考試，為因應用人機關實際需要，依據有關法律及經驗法則，以客觀標準，審慎訂定各類科之應考資格，詳列相當系科，以為審核應考人報考資格之

準據，並未逾越該院職權之範圍，亦無超越必要程度，對人民應考試之權亦無侵害，自無牴觸憲法及司法院釋字第三六七號解釋，亦無違反行政法上比例原則及平等原則之可言，應考人自應受其拘束。」

B. 大法官會議解釋例舉：

- 大法官會議解釋，釋字第 575 號解釋文節錄，...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，其所受之不刺影響，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。
- 大法官會議解釋，釋字第 603 號解釋文節錄，...對於未依規定捺指紋者，拒絕發給國民身分證，形同強制捺指紋並錄存指紋，以作為核發國民身分證之要件，其目的為何，戶籍法未設明文規定，於憲法保障人民資訊隱私權之意旨有未合。縱用以達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、辨識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的而言，亦屬損益失衡、手段過當，不符比例原則之要求。...
- 大法官會議解釋，釋字第 637 號解釋文節錄，...公務員服務法第 14 條之 1 規定：「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。」旨在維護公務員公正廉明之重要公益，而對離職公務員選擇職業自由予以限制，其目的洵屬正當；其所採取之限制手段與目的達成間具實質關聯性，乃為保護重要公益所必要，並未牴觸憲法第 23 條之規定，與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背。
- 大法官會議解釋，釋字第 646 號，電子遊戲場業管理條例第 22 條規定科處刑罰，目的洵屬正當，所採取之手段對目的之達成亦屬必要，符合比例原則之意旨，與憲法規定尚無牴觸。
- 大法官會議解釋，釋字第 664 號解釋文：少年事件處理法第 3 條第 2 款第 3 目規定，經常逃學或逃家之少年，依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞者，由少年法院依該法處理之，係為維護虞犯少年健全自我成長所設之保護制度，尚難逕認其為違憲；惟該規定仍有涵蓋過廣與不明確之嫌，應儘速檢討改進。又少年事件處理法

第 26 條第 2 款及第 42 條第 1 項第 4 款規定，就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分，不符憲法第 23 條之比例原則，亦與憲法第 22 條保障少年人格權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 個月時，失其效力。

二十、何謂「依法行政」之「法律優位原則」以及「法律保留原則」？請依法治國家的觀念予以解析，並舉司法院大法官解釋說明之：何謂「層級化法律保留」？

（一）法律優位原則（消極依法行政）

1. 法律優位（越）原則之意義：

法律優位原則源自主權在民，行政權之行使，應基於國民之意思，並為國民之利益為之，故代表人民之立法機關所制定之法律，自應優越於行政機關所頒布之行政命令³⁹。法律優位即任何行政行為不得牴觸現行有效之法令，依凱爾生（H. Kelsen）之「法位階理論」，下位階法規範不可抵觸上位階法規範。故行政作用不得抵觸憲法、法律、條約、命令、習慣法、解釋例、判例及行政法一般法律原則。

2. 我國法制：

(1) 憲法第 171 條第 1 項規定：「法律與憲法抵觸者無效。」

(2) 憲法第 172 條規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效。」

(3) 中央法規標準法第 11 條規定：「法律不得抵觸憲法，命令不得抵觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得抵觸上級機關之命令。」

(4) 地方制度法第 30 條第 1-3 項：

「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例抵觸者，無效。」

自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例抵觸者，無效。

委辦規則與憲法、法律、中央法令抵觸者，無效。」

3. 具體內容：

(1) 行政應受憲法的直接拘束。

(2) 行政應受一般法律原則的拘束。

³⁹參陳清秀，依法行政與行政法之適用，刊於翁岳生編(行政法2000 上冊)，頁146；並參林錫堯，行政法要義，頁15，民國87年9月增修版。

(3) 行政應受法律的拘束⁴⁰。

(二) 法律保留原則（積極依法行政）

1. 意義：

指行政機關須在法律之授權始能作成行政行為，若無法律授權即不能合法為之。保留一詞的涵意可以理解為「依據、授權」。

2. 法律保留的範圍理論：

(1) 侵害保留說

僅限於干預行政之範圍，於行政權侵害國民之權利自由或對於國民課予義務負擔等不利益之情形，須有法律根據。

(2) 全部保留說

不僅限於干預行政，基於福利國家原則，國家負有積極主動增進人民福祉的任務，憲法所保障「自由權」之內容，不僅在防範國家之恣意侵犯，更應防範國家拒絕給付予人民。故不論干預行政或給付行政，應全面由法律保留之。

(3) 重要事項說

基於法治國及民主原則，不僅限於干預行政，於給付行政中，涉及人民之基本權利之實現與行使，以及涉及公共利益尤其是影響共同生活之「重要基本決定」，應由其民意基礎的法律規定之，不許委諸行政權。

(4) 機關功能說

依照機關之組織、編制、功能與程序方式觀察，由具備最優良條件的機關做國家決定。亦即有關權力的區分與不同功能配置不同機關，其主要目的無非在於要求國家決定能夠達到「儘可能正確」之境地。再者，立法程序相較於命令訂定程序，明顯較為正式、嚴謹，且具民意基礎，立法程序擁有較高的民主正當性。故重要的、原則性的應保留給立法者；反之，較具個別專業、技術領域方面的知識，則交由行政系統的專家處理⁴¹。

(5) 層級化法律保留

A. 層級化法律保留體系之建立，係為前述法律保留理論之再說明，基本的架構上認為⁴²：

- 憲法第 8 條有關限制人身自由之事項。

⁴⁰參陳清秀，依法行政與行政法之適用，刊於翁岳生編（行政法2000 上冊），頁147以下。

⁴¹參陳清秀，依法行政與行政法之適用，刊於翁岳生編（行政法2000 上冊），頁153以下。

⁴²參吳庚，憲法的解釋與適用，初版，頁59。

- 諸如剝奪人民生命身體自由之可罰條件、各種時效制度等，必須以法律規定，不得委自行政命令補充，故又稱國會保留。
 - 有關其他人民自由權利限制之重要事項，得以法律或具體之法律授權條款，委由命令規定。其對象包括侵害(干涉)行政及給付行政。
 - 執行法律之技術性、細節性及對人民影響輕微之事項。
- B. 何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異⁴³：
- 諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。
 - 涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則。
 - 若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。
 - 又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。

二十一、請說明不確定法律概念之意義，法院對其之審查權限與密度為何？何謂判斷餘地？判斷餘地可否受司法審查？請舉例說明之。

(一) 不確定法律概念

1. 不確定法律概念富有彈性及抽象性，其適用可能隨著時間、地點、相對值等等不同而有不同之解釋。例如：公序良俗、誠實信用、公共利益、情節重大。
2. 不確定法律概念依其內容可分為兩類⁴⁴：
 - (1) 經驗性概念：以具有可一般人經歷或感官加以判斷之客體（狀況或事件）。
 - (2) 規範性概念：缺乏與真實客體或狀態之關聯，或須經由科技專門知能加以評價，始能認識其意義。

⁴³參大法官會議解釋，釋字第443號解釋，另參559號解釋。

⁴⁴參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁116。

3. 受審查性：

不確定法律概念之解釋與應用，亦為法律適用之問題，適用法律有無違誤，法院當然可以加以審查，只有在例外之情形，方承認行政機關有部分之「判斷餘地」、而不受審查。

4. 不確定法律概念與明確性原則之調合：

法律就抽象事務無從鉅細靡遺悉加規定，因以不確定法律概念予以規範，惟其涵義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合，於憲法保障人民權利之意旨亦無抵觸⁴⁵。

(二) 判斷餘地

1. 意義：

指行政機關行使不確定法律概念之裁量權時，基於其專業之認知及能力，若非有明顯立即之違法，行政法院不得就行政機關的判斷審查之。此種行政保留所形成的空間，稱為判斷餘地。

2. 判斷餘地之 6 種類型：

(1) 不可代替之決定：此類人員之考評，譬如考績等級、陞遷評量、操行評分等，或是基於長期接觸所得結果，或者依事件性質時光無法倒流，使其判斷之情境重複出現⁴⁶。

(2) 專家所為之判斷：

A. 國家考試之評分專屬於典試委員之職權，此項評分之法律性質有認為行政機關裁量權之行使者，亦有認為屬於行政機關適用不確定法律概念之「判斷餘地」者。無論從裁量之理論或不確定法律概念之見解，典試委員之評分應受尊重，其他機關甚至法院亦不得以其自己之判斷，代替典試委員評定之分數。因依典試法規定，國家考試之評分權賦予典試委員而不及於他人⁴⁷。又如某甲參加國家考試，自

⁴⁵參大法官會議釋字 545 號解釋。

⁴⁶參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁128。

⁴⁷97參大法官會議解釋釋字319號不同意見書。另參於學界有所批論的最高行政法院90年度判字第1433號判決書節錄：「按申請復查考試成績，不得要求重新評閱、提供參考答案、閱覽或被印試卷，應考人申請復查成績辦法第八條前段定有明文。又應考人對筆試試題提出疑義，不得要求告知典試委員、命題委員、試題審查委員或閱卷委員之姓名或有關資料，亦不得對申論式或其他非測驗式試題要求提供參考答案，公務人員考試試題疑義處理辦法第八條亦定有明文。…惟查該項規定係為尊重閱卷委員之學術評價所為必要措施，雖分別規範於申請復查成績辦法及試題疑義處理辦法中，惟於試務工作各階段程序中，無論應考人是否申

認申論題係依教科書標準答案作答，但成績卻不理想，乃依法申請複查。按典試法第 24 條第 3 項規定：「考試成績評定開拆彌封後，除有違法情事或依形式觀察有顯然錯誤，經依法定程序處理者外，不得再行評閱⁴⁸。」

B. 行政院農委會（農業部）就市立動物園申請輸入大貓熊是否予以核准，享有判斷餘地⁴⁹。

C. 如國家二級古蹟，是否為應受法律保護的古蹟，必須由專家來決定⁵⁰。

(3) 預測性或評估性決定：常出現在經質、金融管理、環保、生態、風險評估等事項，其性質顯然不宜由法院作最終之決定。

A. 環境影響評估：行政機關對於不確定法律概念之解釋與適用，若涉及預設性或評估性決定與判斷者，特別是關於自然科學、環境生態、科技或經濟領域之決定，因其多少涉及「風險評估」，屬行政保留之範疇，宜由行政機關作終局之決定，從而行政法院審查之範圍，應有所自制。

B. 申請室外遊行之許可⁵¹。

(4) 由獨立專家委員會作成之評價決定：這種合議制的委員會，既由專門學識人員或代表社會多元意見者所組成，其判斷又不受其他機關之影響自有正當性，應受受理行政爭訟之機關或法院之尊重，其中其成員之任命且經國會（立法院）參與者，如國家通訊傳播委員會、公民投票審議委員會，除專業及反映不同的世界觀之外，尚具有某程度之民主正當性，對其決定應認為具有高度判斷餘地。

(5) 高度屬人性的判斷：依靠個人印象與專業經驗所為之判斷，亦應受到尊重，行政法院自不宜任意推翻，例如藝術成品、書畫、雕刻、電影、音

請復查成績或對試題提出疑義，均應有其適用。原告於收受考選部寄發之成績單後，要求寄發或公布本次考試申論式試題參考答案，其縱未申請複查成績，亦未對試題提出疑義，仍非無該規定之適用。次按前開不得要求提供參考答案等規定，係為貫徹考試之客觀與公平意當所必要，亦與典試法第二十三條關於「辦理考試人員應嚴守秘密」之規定相符，與憲法尚無抵觸，業經司法院釋字第三一九號解釋在案，原告仍謂被告應寄發或公布參考答案，自非可取。又按公務人員之考試，固應以公開競爭之方式行之，為憲法第八十五條及公務人員考試法第二條第一項前段所明定，惟所稱公開競爭，係指對於政府機關之職缺，所有符合應考資格之國民，均得公平參加競爭，尚非指典試委員、試題及參考答案均應公開，原告之訴為無理由，應予駁回。」

⁴⁸ 參考試院訴願決定書，99考台訴決字第064號

⁴⁹ 參台北高等行政法院96年度訴字第00718號。

⁵⁰ 參最高行政法院97年度判字第540號判決。

⁵¹ 參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁128。

樂等製品，公立博物館或政府機關常因收藏或給予獎賞或補助而有所決定，此時為入選或未獲獎助者無從經由司法審查而獲得救濟⁵²。

(6) 高度專業技術性、政策性計畫性之決定⁵³。

3. 逾越判斷的餘地：

(1) 行政機關於判斷餘地中為違法之判斷，此時其判斷則尚非不得由司法加以審查，其可資考量之情形包括：

- A. 行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊。
- B. 行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。
- C. 行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。
- D. 作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。
- E. 行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。
- F. 行政機關之判斷，是否違反平等原則，仍應由法院審查。

(2) 行政法院 85 年度判字第 1987 號判決書節錄：「行政法院五十五年判字第二七五號若有判例，故對於考試評分之內容，屬於考選委員「判斷餘地」之界限內，不能為法院審查之標的乙節。按行政法院對於考試評分引起之爭訟，依上開判例固具有審理之權限，但對於評分之結果，不得加以審查。然考試所涉及之問題，除成績之評分外，尚包括考試機關所為考試程序有無瑕疵，對事實之認定有無違誤，有否違背一般有效之評價原則，決定及格與否之際，有無考量與考試內容無關之事項，此項考量有無逾越裁量權，應考量事項有無漏未考量，及有無違背憲法上之平等原則等事項。倘考試機關所為考試及格與否之決定，有上開各項之瑕疵致應考人生不利益之情形，已逾單純評分屬判斷餘地之範圍，非不得由法院予以審查。」（另參 89 判字 1976 號）

二十二、何謂裁量餘地？行政法院對於行政機關所為之裁量處分得否進行審查？請附理由說明之。

(一) 行政裁量

1. 行政裁量：係法律許可行政機關行使職權時，得為之自由判斷，但裁量並非完全之放任，行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。

⁵² 參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁128。

⁵³ 行政法院85年度判字第976號：「採礦是否有害公益及有無經營價值，均屬判斷問題，本件主管機關所享有判斷餘地，既有事實之根據作為判斷之基礎，所為否准其申請之考量，即無不合...」

2. 行政裁量：行政基於法律之授權，於法律之構成要件合致時，得決定是否使法律效果發生或選擇發生何種法律效果，此種決定所為稱之。
 - (1) 決定是否使法律效果發生者，稱之。
 - (2) 擇發生何種法律效果者，則稱之。
3. 除上述分類外，學者另從裁量行使的觀點而言，尚有各種分類⁵⁴：
 - (1) 主管機關就具體案件，依據法律之裁量授權衡酌個案之情況，作成適當之決定，稱之。
 - (2) 至於上級機關對下級機關如何行使裁量權所作之一般性指示，俾各個下級機關不致分歧而具有一致性，稱之，實務上，常見諸裁量性行政規則。
 - (3) 法律有關裁量授權，任憑主管機關自由判斷，不設例外之限制規定，亦不受當事人陳述之影響，其情形有如民法上連帶之債，債權人向任一債務人以及如何內容之清償完全自行決定。
 - (4) 正屬相反，表面上是裁量授權，實際上是羈束規定，換言之，將「得條款」轉換為「應條款」，既然如此，有學者不稱之為裁量，而名之為有意安排之決定、或直譯為經預設之裁量。
4. 受審查性：原則上，基於權力分立間的相互尊重，行政裁量在合於法定範圍內之決定不受司法所審查；但例外的在「裁量瑕疵」的情況下，得受司法審查。
 - (1) 行政法院 79 年度判字第 1024 號：「主管機關基於維護國民之生存環境，乃依職權否准系爭環境衛生用藥輸入許可之申請，事屬行政處分適當與否，為行政裁量範圍，不得循行政訴訟程序謀求救濟。」
 - (2) 行政法院 85 年度判字第 2856 號：「被告處罰鍰是最高額罰鍰為被告之行政裁量權限，既未違背法定罰鍰之上限，原處分自無濫用權力之違法，應非本院審酌行政處分是否違法之職掌範圍。」
 - (3) 行政法院 80 年度判字第 432 號：「行政裁量事項，若無逾越權限或濫用權力情事，應非行政法院所得審究之範圍。」

（二）裁量瑕疵

1. 意義：宅行政機關行使裁量權時，悖於法律授權之目的時，稱之。
 - (1) 行政法院 86 年度判字第 280 號：「系爭違章房屋，係於施工中及施工建造完成後即時被查報之違章建築，與一般既有之舊違建不同，被告以有景觀專案拆除既不違反違章建築不得緩拆或免拆之規定，亦不違背新違建即報拆之原則，應認係被告之行政裁量權之範圍，並無行政訴訟法（舊）第一條第二項逾越權限或濫用權力之違法情事。」

⁵⁴參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁123。

- (2) 行政法院 90 年度判字第 1783 號：「凡法律規定，行政機關對於是否為行政行為，以及如何為行政行為，有裁量空間者，則行政機關有行政行為之裁量權，行政法院自應尊重行政機關之裁量空間，除有逾越裁量權限、不為裁量或裁量錯誤等裁量瑕疵之情形，而應認為係逾越權限或濫用權力之行為，以違法論外，不得就行政行為之合目的性，進行審查。所謂裁量錯誤，乃指行政機關雖已行使其裁量權，然而方式錯誤，譬如與裁量決定相關的重要觀點，在行政機關形成決定的過程中，未予斟酌（裁量不足）。」

2. 分類：

- (1) 裁量逾越：行政機關行使裁量權時，在內容上超越法律或憲法所設定之界限時，構成裁量之逾越。

例如：道路交通管理處罰條例第 53 條第 1 項規定：「汽車駕駛人，行經有燈光號誌管制之交岔路口闖紅燈者，處新臺幣 1800 元以上 5400 元以下罰鍰」，但主管機關卻處罰 1000 元或 7000 元。

- (2) 裁量濫用：指行政機關作成裁量與法律授權之目的不符，或係出於不相關之動機之謂。舉例如下：

A. 法律既明定罰鍰之額度，授權行政機關依違規之事實情節為專業上判斷，就各案分別為適當之裁罰，此乃法律授權主管機關裁量權之行使，如主管機關未依各案分別為適當之裁罰，一律依罰鍰之上限裁罰，縱令其罰鍰之上限未逾越法律明定得裁罰之額度，仍有違比例原則，與法律授權主管機關行政裁量之目的不合，係行政裁量權之濫用。

B. 參最高行政法院 91 年度判字第 2053 號； 92 年度判字第 57 號。另參最高行政法院 89 年度判字第 3415 號：「主管機關於行為人未完成改善前，怠於盡其督促行為人改善之權責，迨行為人已申報完成改善後，主管機開始行使其職權，開單就限令改善期滿後，申報完成改善前之期間內，按日連續處罰，顯已失其督促將來改善之意義，不能不謂為權力之濫用，依行政訴訟法第四條第二項規定，自屬違法。」

C. 主管機關應為行政指導而竟不為之，並遽對人民加以處罰時，即屬裁量濫用之違法⁵⁵。

D. 外國人申請歸化為我國國民，國籍法對於裁量之條件均有明文規定，假設主管機關於裁量時，以該外國人之本國與中華民國無外交關係或非友好國家而拒絕其歸化，亦同⁵⁶。

⁵⁵ 參台北高等行政法院 94 年度訴字第 3649 號判決。

⁵⁶ 參吳庚，行政法之理論與實用，2010 年 9 月增訂 11 版，頁 124。

3. 裁量怠惰：

(1) 意義：指行政機關依法有裁量之權限，但因故意或過失而消極的不行使裁量權（應裁量而未裁量）。

(2) 分類：

A. 行政機關應作為而不作為的「怠於執行職務」。

B. 「應作成最佳決定而未作成」的決定⁵⁷。

例如：對於有事實認為有妨害國家安全之重大嫌疑者，入出境主管機關有權不予許可其出入境，假設主管機關對申請人出境之個別事件，應斟酌此項因素而不予斟酌⁵⁸。

(三) 裁量萎縮

裁量原係指行政機關享有各種不同的行為方式予以選擇，然而在具體情形，此種選擇可能因事實或法律之規定而限縮到只有一種。依法規舉例如下：

1. 決定裁量之裁量縮至零：

例如，建築法第 82 條：「因地震、水災、火災或其他重大事變，致建築物發生危險不及通知其所有人或占有人予以拆除時，得由該主管建築機關逕予強制拆除。」

2. 選擇裁量之裁量縮至零：

例如，道路交通管理處罰條例第 16 條：

「汽車有下列情形之一者，處汽車所有人新臺幣九百元以上一千八百元以下罰鍰：

一、各項異動，不依規定申報登記。

二、除頭燈外之燈光、雨刮、喇叭、照後鏡、排氣管、消音器設備不全或損壞不予修復，或擅自增、減、變更原有規格致影響行車安全。

三、未依規定於車身標明指定標識。

四、計程車，未依規定裝置自動計費器、車頂燈、執業登記證插座或在前、後兩邊玻璃門上，黏貼不透明反光紙。

五、裝置高音量喇叭或其他產生噪音器物。

前項第一款至第四款並應責令改正、反光紙並應撤除；第五款除應依最高額處罰外，該高音量喇叭或噪音器物並應沒入。」

⁵⁷參李憲宗，行政法要義，2010年9月5版，頁137。

⁵⁸參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁124。

二十三、於行政法上，有關「權利」、「法律上利益」與「反射利益」如何區別？三者之區別實益何在？

(一) 基本權利（指依據憲法規定之權利）

相對於行政主體，人民與行政主體之間的法律關係內容，如就行政法律之具體規定而言，有時權利通常指涉「權益」而非單僅指所謂的權利而已。詳言之，所謂的「權益」包括主觀公權利（也就是公法上之權利）、反射利益，以及介於其中的法律上之利益。

(二) 主觀公權利

公法上權利，如從國民的觀點而言，係指根據公法規定，賦予個別的人民，為實現自己的利益得請求國家為特定行為的法律上之力。

首先，所謂主觀公權利，又稱為公法上之權利，至於，法律上之利益，則可以簡化為「已經法律化之反射利益」加以理解。質言之，該權利就是指人民或特定人民得依據憲法或行政法律之規定，直接主張的權能；而且，當此種權能受到行政主體之侵害，一定可以提起行政爭訟或其他替代性的事訟。此種公法上權利，不僅存在於人民對於國家之關係上，也存在於國家對於人民之關係上，以及兩個公法人彼此間之法律關係。例如國家或地方公共團體對於人民的租稅債權，即屬之。例如，行政訴訟法第9條即規定：「人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限。」

(三) 反射利益

反射利益係指個人因公法法規而獲得之事實上間接的利益，該個人不能單獨對於行政機關有所請求。亦即客觀的法規基於公益的目的，係指不特定人民，依據行政主體作為或不作為之結果，而間接享有之權益；惟此種權益受損，卻仍可依法提起行政爭訟。就該單純的反射效果，個人事實上所享受的利益，因法律未賦予該個人得為裁判上主張自己利益的請求權，而只是一種事實上的期待與機會而已，故與公權利不同。

二十四、請說明「特別權力關係理論」於我國之突破與發展？

由於特別權力關係脫離法律支配形成「法外空間」，與現代法治國家之基本理念不合，因此，不僅不被我國大法官解釋所支持，而且也在今日之德國、日本、英國、瑞士受到揚棄，認為公務員與國家或行政主體彼此間之法律關係仍應受到法律規範而屬於「法律關係」。不過此種法律關係與一般人民稍有不同，故稱之為「特別法律關係」。在特別法律關係之下有下述之特徵：

1. 特別權力關係範圍縮小，公務員之權利義務應有法律特別規定，而非服「不定量義務」或根本否定公務員之權利。
2. 為維持公務員制度有效運作，各行政主體得制定合法及合目的之特別規則以茲規範。
3. 涉及基本權利限制者，亦應有法律之依據，對於違法失職之公務員得為懲戒，但須依法懲戒外，並應遵守正當法律程序。
4. 公務員其他權益受侵害時，仍得對行政主體提起行政爭訟或依循特殊管道之法定程序（如：公務人員保障法所定申訴及復審程序）尋求救濟，且法律不得明文排除公務員尋求法院救濟之途徑。

二十五、試就司法院大法官近年之解釋及最高行政法院之判決，分析公務人員受有那些不利行政處分時，得提起行政爭訟？

近年來大法官會議或實務上之見解，針對傳統特別權力關係之「解放」有以下所列之例，意即從過去在特別權力關係受到權利侵害而無從提起救濟，放寬為特定重大權利影響而得救濟。

■ 公法上職務關係

■ 公務員關係

關於公法上金錢給付

1. 請領退休金：釋字 187 號，釋字 201 號

「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。……」

2. 考績獎金：釋字 266 號

「……公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第一八七號及第二 0 一號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟。……」

二十六、何謂公務員？試依我國現行法說明公務員之定義。

（一）依我國行政法學通說認為：公務員有最廣義、廣義、狹義與最狹義四種不同定義，茲分述如下：

1. 最廣義公務員

國家賠償法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」

2. 廣義的公務員

- (1) 依公務員服務法第 24 條規定：「本法於受有俸給之文武職公務員及其他公營事業機關服務人員均適用之。」
- (2) 刑法第 10 條第 2 項：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

3. 狹義之公務員

係指官等為特任、簡任、薦任或委任之文武職人員，不僅事務官，且包含政務官在內（即所有具官等之公務員皆屬其規範）。

4. 最狹義之公務員

依公務人員任用法第 5 條之規定：

- (1) 「公務人員依官等及職等任用之。」
- (2) 官等分委任、薦任、簡任。
- (3) 職等分第一至第十四職等，以第十四職等為最高職等。
- (4) 委任為第一至第五職等；薦任為第六至第九職等；簡任為第十至第十四職等。」。此項條文所稱之公務人員僅以文職人員中經銓敘任用之簡任、薦任、委任各級事務官為限。

（二）公務員的規範並非絕對為上述四種範圍，其他另有因性質特殊而非傳統範圍分類的立法例。

1. 換言之，即原則上以某種範圍為原則（如，最狹義的公務人員），例外再以列舉的方式將亦應規範的人員以適用或準用的方式併入規範，例如：

(1) 公務人員行政中立法第 17 條：

下列人員準用本法之規定：

- 一、公立學校校長及公立學校兼任行政職務之教師。
- 二、教育人員任用條例公布施行前已進用未納入銓敘之公立學校職員及私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用職員。
- 三、公立社會教育機構專業人員及公立學術研究機構研究人員。
- 四、各級行政機關具軍職身分之人員及各級教育行政主管機關軍訓單位或各級學校之軍訓教官。
- 五、各機關及公立學校依法聘用、僱用人員。
- 六、公營事業機構人員。
- 七、經正式任用為公務人員前，實施學習或訓練人員。
- 八、行政法人有給專任人員。
- 九、代表政府或公股出任私法人之董事及監察人。

(2) 公務人員行政中立法第 18 條：

憲法或法律規定須超出黨派以外，依法獨立行使職權之政務人員，準用本法之規定。

2. 或以列舉的方式排除不須規範的人員：

(1) 公務人員協會法第 2 條第 1 項：

本法所稱公務人員，指於各級政府機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）擔任組織法規所定編制內職務文領俸（薪）給之人員。

(2) 公務人員協會法第 2 條第 2 項：

前項規定不包括下列人員：

一、政務人員。

二、各級政府機關、公立學校首長及副首長。

三、公立學校教師。

四、各級政府所經營之各類事業機構中，對經營政策負有主要決策責任以外之人員。

五、軍戰人員。

（三）公職人員，依據司法院大法官釋字第 42 號解釋：「憲法第十八條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之。」

二十七、依我國現行法，說明公務員任用的積極要件及消極要件。

公務員之任用條件分為積極要件與消極要件二種，前者須具備後者不應具備，茲說明如下⁵⁹：

（一）積極要件

1. 公務員須（僅能）具備中華民國國籍

(1) 國籍法第 20 條第 1 項本文規定：「中華民國國民取得外國國籍者，不得擔任中華民國公職，其已擔任者，除立法委員由立法院；直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）民選公職人員，分別由行政院、內政部、縣政府；村（里）長由鄉（鎮、市、區）公所解除其公職外，由各該機關免除其公職。」

(2) 公務人員任用法第 28 條第 1、2 款規定未具或喪失中華民國國籍者，或其中華民國國籍兼具外國國籍者，除其他法律另有規定外，不得任用為公務人員。

⁵⁹參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁234以下。

(3) 參公務人員基準法草案第 45 條：「公務人員應具有中華民國國籍及各該任用法規所定任用資格，並年滿十八歲以上者，始得任用。」

2. 須年滿 18 歲

現行法律中甚少對各種職位有年齡之規定，故就法規而言、一般公務員並無初任年齡限制，擔任公務員者應以是否有處理公務之識別能力為斷。現行公務人員考試法第 12 條規定：「中華民國國民，年滿十八歲，具有本法所定應考資格者，得應本法之考試。」，我國國民須年滿 18 歲，始得應考試，而取得公務人員任用資格，故可將上述規定視為擔任公務員之基本行為能力條件。

3. 須具備法定任用資格

(1) 公務人員任用法第 9 條第 1 項：「公務人員之任用，應具有左列資格之一：一、依法考試及格。二、依法銓敘合格。三、依法升等合格」此項資格之取得可由依法考試及格、銓敘合格或升等合格，例如高等考試及格或三等特種考試及格者，取得薦任 6 職等之資格。

(2) 公務人員任用法施行細則第 8 條：

「本法第九條第一項第一款所稱依法考試及格，指依公務人員考試法規及本法施行前考試法規所舉辦之各類公務人員考試及格。

本法第九條第一項第二款所稱依法銓敘合格，包括在本法施行前依下列法規經銓敘機關審查合格，或准予登記人員具有合法任用資格者：

一、依公務人員或分類職位公務人員各種任用法規及各該機關組織法所定任用資格審查合格者。

二、依聘用派用人員管理條例實施辦法第二條甲、乙兩款第一目及第三條甲、乙、丙三款第一目審定准予登記者。

三、依其他法規審查合格認為與銓敘合格有同等效力領有銓敘部證書者。

本法第九條第一項第三款所稱依法升等合格，包括依下列法規取得升等任用資格或存記，得分別具有各該官等、職等職務之任用資格者：

一、本法施行前依公務人員考績法或分類職位公務人員考績法取得升等任用資格或存記，具有簡任或薦任相當職等職務之任用資格者。

二、中華民國八十六年六月四日公務人員考績法修正施行前依規定取得簡任存記或本法修正施行前依本法第十七條第二項規定取得簡任任用資格，具有簡任第十職等職務之任用資格者。」

(二) 消極要件

指須無公務人員任用法第 28 條之情形：

公務人員任用法第 28 條

「有下列情事之一者，不得任用為公務人員：

一、未具或喪失中華民國國籍。

- 二、具中華民國國籍兼具外國國籍。但其他法律另有規定者，不在此限。
 - 三、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。
 - 四、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。
 - 五、犯前二款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。
 - 六、依法停止任用。
 - 七、褫奪公權尚未復權。
 - 八、經原住民族特種考試及格，而未具或喪失原住民身分。
 - 九、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。
- 公務人員於任用後，有前項第一款至第八款情事之一者，應予免職；有第九款情事者，應依規定辦理退休或資遣。任用後發現其於任用時有前項各款情事之一者，應撤銷任用。
- 前項撤銷任用人員，其任職期間之職務行為，不失其效力；業已依規定支付之俸給及其他給付，不予追還。但經依第一項第二款情事撤銷任用者，應予追還。」

（三）任用之內容

公務人員任用法第 3 條第 1~5 款：

「本法所用名詞意義如下：

- 一、官等：係任命層次及所需基本資格條件範圍之區分。
- 二、職等：係職責程度及所需資格條件之區分。
- 三、職務：係分配同一職稱人員所擔任之工作及責任。
- 四、職系：係包括工作性質及所需學識相似之職務。
- 五、職組：係包括工作性質相近之職系。」

公務人員的官等分為 3 官等，由高等至初等，分別是簡任、薦任與委任。而職等分為 14 職等，由高等至初等，分別是 14 職等至 1 職等。

二十八、公務員對長官監督範圍內所發之命令有無服從義務？如認係屬違法，應如何處置？其效果為何？試依現行法規定說明之。

公務員於上級長官監督指揮下，自有服從上級命令之義務，惟應採如何程度的服從，學說及實務上向來有不同的見解⁶⁰：

(一) 絕對服從說：凡長官在其監督範圍內發布之命令，無論是否合法，屬官皆有服從義務。（此說優點雖可提高行政效能，但卻無法保障執行違法命令之公務員）

(二) 相對服從說：屬官服從者僅限於長官合法之命令，如命令違法，屬官自得拒絕服從。

(三) 依公務員服務法規定似採陳述意見說：

1. 公務員服務法第 2 條：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」

2. 公務員服務法第 3 條：「公務員對於兩級長官同時所發命令，以上級長官之命令為準，主管長官與兼管長官同時所發命令，以主管長官之命令為準。」

(四) 公務人員保障法：

1. 公務人員服從義務，因公務員服務法第 2 條：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」與刑法第 21 條第 2 項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」內涵並不一致，使判斷責任歸屬時發生疑義，為明責任，並保障公務人員權益及兼顧公務人員服從義務與所負責任之衡平，明定對違法工作指派，公務人員負報告之義務，並得要求該管長官給予書面下達，以明責任⁶¹。

2. 公務人員保障法第 17 條：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務（第 1 項）。前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令（第 2 項）。」

⁶⁰ 參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁245以下。

⁶¹ 參立法院公報，92 卷，15期，委員會紀錄。

二十九、說明公務且不為一定行為義務的內容。

公務人員擁有政府職位及公權力，應避免其利用職權，發生違法舞弊情事；或從事有悖於公務人員關係特性的活動，故公務員服務法及其他有關法令規定公務人員於在職期間，不得為違反該法有關之規定。

■ 旋轉門條款

1. 公務員於其離職後 3 年內，不得擔任與其離職前 5 年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問（公務員服務法§14-1）。離職公務員違反者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。犯前項之罪者，所得之利益沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。（公務員服務法§22-1）
2. 大法官釋字 637 號，認為本法規定並不違憲，但攸關離職公務員權益甚鉅，宜由立法機關依上開法律規定之實際執行情形，審酌維護公務員公正廉明之重要公益與人民選擇職業自由之均衡，妥善設計，檢討修正。節錄解釋文如次：
「旨在維護公務員公正廉明之重要公益，而對離職公務員選擇職業自由予以限制，其目的洵屬正當，其所採取之限制手段與目的達成間具實質關聯性，乃為保護重要公益所必要，並未牴觸憲法第二十三條之規定，與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背。」

三十、試依現行法說明公務員受懲戒的種類及程序？

三十一、公務員行政責任中有懲戒與懲處兩種，試說明其原因、種類及區別。

【行政責任】

公務員因違反行政法上其身分應遵守之義務時，即應受行政制裁，此種行政制裁，亦稱為懲戒罰，即對於公務員因違法、廢弛職務、或其他失職行為之懲戒及懲處處分。我國目前關於公務員行政責任之懲戒罰係採司法懲戒與行政懲處之雙軌併行制（雙軌制），說明如下：

（一）司法懲戒

1. 由公務員懲戒機關（原則上為司法院隸屬下的公務員懲戒委員會），對違反行政義務之公務員，依公務員懲戒法所為之制裁，為「懲戒」。
2. 公務員懲戒委員會依法獨立審議案件，不受任何干涉（公務員懲戒委員會之委員會為司法官）。審議前應限期命被付懲戒人提出申辯書，必要時並得通知其到場申辯。審議時由委員長擔任主席，並應以委員依法任用總額過半數

之出席，及出席委員過半數之同意議決之。審議會之議事不公開，並應嚴守秘密。懲戒案件之議決應作成議決書，並由出席委員全體簽名⁶²。

3. 懲戒原因：依公務員懲戒法第 2 條規定：「公務員有左列各款情事之一者，應受懲戒：一、違法。二、廢弛職務或其他失職行為⁶³。」
4. 懲戒種類：依公務員懲戒法規定，公務員之懲戒種類如下：
 - (1) 撤職：撤其現職，並於一定期間停止任用，其期間至少為 1 年。
 - (2) 休職：休其現職，停發薪給，並不得在其他機關任職，其期間為 6 個月以上。休職期滿，許其復職。自復職之日起，2 年內不得晉敘、升職或調任主管職務。
 - (3) 降級：依其現職之俸給降 1 級或 2 級改敘，自改敘之日起，2 年內不得晉敘、升職或調任主管職務。受降級處分而無級可降者，按每級差額，減其月俸，其期間為 2 年。
 - (4) 減俸：依其現職之月俸減百分之十或百分之二十支給，其期間為 6 個月以上、1 年以下。自減俸之日起，1 年內不得晉敘、升職或調任主管職務。
 - (5) 記過：自記過之日起 1 年內不得晉敘、升職或調任主管職務。1 年內記過 3 次者，依其現職之俸級降一級改敘，無級可降者，準用公務員懲戒法第 13 條第 2 項之規定。
 - (6) 申誡：以書面為之的訓誡性處分。
 - (7) 惟以上懲戒處分係適用於事務官，而政務官之懲戒，依公務員懲戒法第 9 條第 2 項，僅有撤職及申誡兩種可適用⁶⁴。
5. 懲戒機關及其程序：

公務員懲戒之程序，依其提起、移送機關、職等之不同，有以下四種途徑：

- (1) 司法性質之懲戒

由公務員懲戒委員會行使之，其程序又分為：

- A. 由監察院彈劾之懲戒：

- 依公務員懲戒法第 18 條之規定：「監察院認為公務員有第二條所定情事，應付懲戒者，應將彈劾案連同證據，移送公務員懲戒委員會審議。」另外釋字 262 號解釋文：「監察院對軍人提出彈劾案時，

⁶² 摘自公務員懲戒委員會網站，公務員懲戒委員會之職權。

⁶³ 公務員懲戒法 正草案第 5 條，修改懲戒原因為：「一、執行職務違反命令、怠於執行職務或其他失職行為。二、違背公務員法定義務之行為者。」並依草案第 6 條規定，須具有歸責性：公務員之行為非出於故意或過失者，不受懲戒。

⁶⁴ 公務員懲戒法修正草案第 29 條，增列「罰款」一項懲戒種類，並適用政務人員、法官、及退職、退休或其他原因離職人員。

應移送公務員懲戒委員會審議。至軍人之過犯，除上述彈劫案外，其懲罰仍依陸海空軍懲罰法行之。」

- 依公務員懲戒法第 19 條本文之規定：「各院、部、會長官，地方最高行政長官或其他相當之主管長官，認為所屬公務員有第二條所定情事者，應備文聲敘事由，連同證據送請監察院審查。」

B. 由主管長官逕送之彈劫

- 依公務員懲戒法第 19 條但書之規定：「但對於所屬九職等或相當於九職等以下之公務員，得逕送公務員懲戒委員會審議。」

(2) 行政性質之懲戒由行政主管長官自行為之

依公務員懲戒法第 9 條第 3 項之規定：「九職等或相當於九職等以下公務員之記過與申誡，得逕由主管長官行之。」

6. 懲戒之救濟—再審議：

懲戒案件之議決，有各種法定情事者，原移送機關或受懲戒處分人，得移請或聲請再審議。

公務員懲戒法第 33 條：

「懲戒案件之議決，有左列各款情形之一者，原移送機關或受懲戒處分人，得移請或聲請再審議：

- 一、適用法規顯有錯誤者。
- 二、原議決所憑之證言、鑑定、通譯或證物經確定判決，證明其為虛偽或偽造、變造者。
- 三、原議決所憑之刑事裁判，已經確定裁判變更者。
- 四、原議決後，真相關之刑事確定裁判所認定之事實，與原議決相異者。
- 五、發現確實之新證據，足認應變更原議決者。
- 六、就是以影響原議決之重要證據，漏未斟酌者。

前項移請或聲請，於原處分執行完畢後，亦得為之。」

(二) 行政懲處

由一般行政機關，對於其所屬違反行政義務之公務人員（9 職等以下），基於人事監督權，依公務人員考績法及其他相關法規所為之制裁，稱之。

1. 懲處原因：

懲處的原因，法雖無明文規定，但應與懲戒原因相同，有違法、廢弛職務或其他失職行為，惟其行為違反的行政義務可能較為輕微，而依各機關辦理公務人員平時考核及專案考績定之。

2. 懲處種類：

依公務人員考績法第 12 條之規定，各機關辦理公務人員平時考核及專案考績分別為：

「各機關辦理公務人員平時考核及專案考績，分別依左列規定：

一、平時考核：獎勵分嘉獎、記功、記大功；懲處分申誡、記過、記大過。於年終考績時，併計成績增減總分。平時考核獎懲得互相抵銷，無獎懲抵銷而累積達二大過者，年終考績應列丁等。

二、專案考績，於有重大功過時行之；其獎懲依左列規定：

(一) 一次記二大功者，晉本俸一級，並給與一個月俸給總額之獎金；已達所敘職等本俸最高俸級或已敘年功俸級者，晉年功俸一級，並給與一個月俸給總額之獎金；已敘至年功俸最高俸級者，給與二個月俸給總額之獎金。但在同一年度內再因一次記二大功辦理專案考績者，不再晉敘俸級，改給二個月俸給總額之一次獎金。

(二) 一次記二大過者，免職。

前項第二款一次記二大功之標準，應於施行細則中明定之。專案考績不得與平時考核功過相抵銷。」

3. 懲處機關：

(1) 各級機關長官有懲處權，各該上級機關有監督權；依公務人員考績法第 14 條、第 15 條之規定，各機關對於公務人員之考績，應由主管人員就考績表項目評擬，遞送考績委員會初核，機關長官覆核，經由主管機關核定，送銓敘部銓敘審定。各機關應設考績委員會，辦理考績。

(2) 公務人員考績法第 14 條：

「各機關對於公務人員之考績，應由主管人員就考績表項目評擬，遞送考績委員會初核，機關長官覆核，經由主管機關或授權之所屬機關核定，送銓敘部銓敘審定。但非於年終辦理之另予考績或長官僅有一級，或因特殊情形報經上級機關核准不設置考績委員會時，除考績免職人員應送經上級機關考績委員會考核外，得逕由其長官考核。

考績委員會對於考績案件，認為有疑義時，得調閱有關考核紀錄及案卷，並得向有關人員查詢。

考績委員會對於擬予考績列丁等及一次記二大過人員，處分前應給予當事人陳述及申辯之機會。

第一項所稱主管機關為總統府、國家安全會議、五院、各部（會、處、局、署與同層級之機關）、省政府、省諮議會、直轄市政府、直轄市議會、縣（市）政府及縣（市）議會。」

(3) 公務人員考績法第 15 條：「各機關應設考績委員會，其組織規程，由考試院定之。」

(三) 懲戒與懲處之區別

關於我國公務員行政法上之責任係採雙軌制，亦即司法懲戒與行政懲處雙軌並行之體制，唯細察兩者雖均係為維持官及端正公務員之行為而採取之措施，然仍有諸多不同之處，茲列舉說明如下：

1. 機關不同：
 - (1) 懲戒：司法機關（公懲會）
 - (2) 懲處：行政機關（主官、管）
2. 功過相抵：
 - (1) 懲戒：功過不得相抵
 - (2) 懲處：功過得相抵
3. 原因不同：
 - (1) 懲戒：對於違反行政法上義務之公務人員，基於司法權，所為之處分
 - (2) 懲處：特別權力關係下，對於違反行政義務之公務人員，基於人事監督權，所為之處分
4. 法之依據：
 - (1) 懲戒：公務員懲戒法
 - (2) 懲處：公務人員考績法或其他人事獎懲法規
5. 救濟：
 - (1) 懲戒：審議、再審議
 - (2) 懲處：復審、行政訴訟
6. 種類：
 - (1) 懲戒：具體，有撤職、休職、降級、減俸、記過、申誡
 - (2) 懲處：抽象，有申誡、記過、記大過、免職、扣薪、降薪等等
7. 事由相同：

二者均以違法、廢弛職務或其他失職行為為由。

三十二、何謂「行政事實行為」，有無救濟途徑？

廣義的事實行為包羅甚廣，舉凡行政機關之內部行為，對公眾所作之報導、勸告、建議等所謂行政指導行為、興建公共設施、實施教育及訓練等均屬其範圍。以物理上之強制力為手段的執行行為及與行政處分不易分辨之觀念通知，亦應歸之於事實行為。狹義的事實行為指不涉及表意行為者。

（一）事實行為之概念

所謂行政上之事實行為係相對於法律行為（法效行為）而言，指不以發生法律效果為目的而僅以發生實際效果為目的之行政行為。換言之，事實行為並非以意思表示為要素之行為。

（二）事實行為之態樣

狹義的事實行為指不涉及表意行為者，茲作如下之說明：

1. 如實施教育、舉辦職業訓練，但不排除取得入學或受訓資格者與行政機關發生某種行政法律關係（可能基於行政處分或行政契約），興建公共設施亦屬這類，而見其為事實行為是著重於「實施」、「舉辦」、「興建」之舉動，除此之外，軍隊遂行戰鬥之行為，當然也是行使高權之事實行為。
2. 指實施行政處分或行政計畫之行為。例如因行政處分而負有行為或不行為義務時，執行機關所實施的間接強制（代履行、怠金），即為實施行政處分的行為；又如依都市計畫法第 23 條規定，細部計畫核定實施後，應豎立樁誌、座標、辦理測量等工作，再如道路建設計畫確定後，整地及施工等。
3. 指行政機關（尤其警察機關）運用物理之強制力，以實現行政處分之內容，或逕行執行法令之行為。例如行政執程序中之直接強制、即時強制為最典型之強制措施。又如依集會遊行法對不服從解散命令者之強制驅離、拆除違建⁶⁵、拖吊違規停放車輛等。

（三）事實行為之救濟

因事實行為並無法律效果，故無從就其法律效果為不服及審查，換言之，對事實行為不服，無提起訴願之可能，僅能就事實行為造成之實際損害分別提起國家賠償或提起行政訴訟之一般給付訴訟（結果除去請求權）等。

三十三、何謂行政處分？請依現行法律條文規定說明之。

一、行政處分之法定定義

- （一）「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」（行政程序法第 92 條第 1 項）

⁶⁵70 年度判字第 1028 號：「… 至被告機關拆除該土地上之房屋乃事實行為，並非行政處分，尤難為行政訴訟之標的…」

- (二) 「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」（行政程序法第 92 條第 2 項）

二、行政處分之定義比較

(一) 行政程序法第 92 條第 1 項：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

(二) 訴願法第 3 條第 1 項：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

(三) 兩者定義之比較

1. 相同：訴願法及行政程序法於此，均係對行政處分而作之立法定義。
2. 不同：針對作成處分之機關，訴願法第 3 條第 1 項規定「中央或地方機關」，而行政程序法第 92 條第 1 項卻規定：「行政機關」。

三十四、我國行政程序法第 92 條「公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施」，試說明「公權力措施」之涵義為何？

行政程序法第 92 條第 2 項：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」一般處分係指事實關係具體，但相對人為一般、不特定人之行政處分。

對人之一般處分，行政程序法第 92 條第 2 項前段規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。」

三十五、行政處分得於作成後或生效後追加附款之條件為何？

(一) 行政處分附款之意義：

附款係來自民法之概念，其作用在於補充或限制行政處分之效力。

由於行政行為所涉及之事項日益複雜，故附款在實務之運用上日漸重要。通說認為，除負擔以外均成為行政處分不可分離之部分，故亦有學者認為，真正之附款只有負擔一種，但立法顯然未採此見解。

(二) 行政程序法第 93 條條文規定：

行政程序法第 93 條（行政處分附款之容許性及種類）

行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。無裁量權者，以法律有明文規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之。

前項所稱之附款如下：

1. 期限。
2. 條件。
3. 負擔。
4. 保留行政處分之廢止權。
5. 保留負擔之事後附加或變更。

三十六、我國行政程序法第 93 條第 2 項規定之行政處分附款種類，包括：保留負擔之事後附加或變更（該項第 5 款）在內。請舉行政處分得於處分作成後或生效後追加附款之實例。

我國行政程序法第 93 條第 2 項對於附款之種類，設有規定，分別說明如下：

（一）期限

指規定給予利益或課予負擔；從一定之時日開始（始期）、終止（終期）或在一定期間內有效而言。

（二）條件

指規定給予利益或課予負擔之發生或消滅，繫於將來不確定之事實而言。

（三）負擔

指在授予利益之行政處分中所附加於相對人須為一定義務之附款而言。負擔必須至相對人主張、使用該授益處分內容時，始生效力，並非行政機關作成授益處分時，相對人即無選擇餘地的接受該處分及負擔⁶⁶。

例如：

1. 行政機關發給開業許可或發給建築執照，但附加必須設置足量之停車場供公眾使用。
2. 准許美國人在台居住、外國學生簽證或外國人來台觀光簽證，但附加不得就業、工作之限制。

⁶⁶所謂「附負擔」係指附加於授益處分之特定作為、不作為或忍受的義務而言。如本係受益人之法定義務，僅於行政處分時提示，則並非「附負擔」。至於行政處分有無附款？乃至其附款是否為「負擔」？此等問題必須就具體個案之行政處分內容認定之。（參法務部 90 年度法律字第 16027 號）

3. 行政院環境保護署通過坪林交流道環境影響評估，規定每日上下坪林交流道之車輛數，不得逾 5000 輛。
4. 甲申請設立大型收費停車場，主管機關予以核准，但又以附款規定，甲應提供鄰近居民免費使用之機會。
5. 核發餐飲業之許可，附有「應擴充原有洗手間設備」之附款。
6. 甲機關去函表示，核准當事人變更地目之申請，惟當事人應於 3 個月內捐贈公共設施及用地給政府，若未完成，甲機關將依行政執行法強制當事人完成此義務。
7. 環評審查機關對於重大開發案件所為「有條件的通過」，觀其所謂「條件」之內容則是列舉各項開發單位須於開發域周邊植樹、須把綠帶加寬或加長污水放流管的長度等要求。

(四) 保留行政處分廢止權

指行政機關對授予相對人利益之行政處分，於該行政處分所規定附有在特定前提下或在原處分機關所選定之任何時間，得全部或一部予以廢止，使其效力終止而言。保留廢止權對當事人信賴行政處分之效力影響匪淺，故行政機關以之作為附款，應嚴守行使裁量權限之義務。例如，核准某種新裝置為試用目的而開工，或 A 有線電視臺因許可執照即將到期，遂向主管機關申請換照，由於 A 有線電視臺違規紀錄甚多，主管機關於換照許可中作成以下附記：「本許可有效期間 A 有線電視臺累積有 3 次以上違規紀錄者，A 有線電視臺之執照將予以廢止」，此即為保留廢止權之附款。

(五) 保留負擔之事後附加或變更

指行政機關於作成行政處分時，保留事後附加、變更或補充負擔之權限而言。例如核准設立工廠，但對是否產生足以影響鄰人之噪音尚不確定，因此保留日後附加應裝置防止噪音裝置之負擔。其實負擔之保留純粹為一項獨立行政處分，同時負擔保留通常發生於授益處分，負擔處分又保留負擔，難以想像⁶⁷。

三十七、以書面作成之行政處分必須記明理由，又在何種情形下得例外不記明理由？試說明之。

書面之行政處分有下列各款情形之一者，得不記明理由：

- 一、未限制人民之權益者。
- 二、處分相對人或利害關係人無待處分機關之說明已知悉或可知悉作成處分之理由者。

⁶⁷參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁357以下。

三、大量作成之同種類行政處分或以自動機器作成之行政處分依其狀況無須說明理由者。

■ 例如：

銓敘部為簡化行政作業程序，充分運用電腦科技，以提升銓審效率，並加強服務公務人員，是設計資訊程式於各機關辦理年終考績審定後，就符合考績升等條件者，主動以電腦程式篩選，並製發考績升等銓敘審定函，同案函復報送機關，並且請其人事單位詳加審核。（參台北高等行政法院 94 年度訴字第 2141 號判決）

四、一般處分經公告或刊登政府公報或新聞紙者。

五、有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等程序⁶⁸。

六、依法律規定無須記明理由者。

三十八、行政處分從內容上可分為下命處分、形成處分與確認處分，試分別說明比較之。

（一）授益處分與負擔處分

1. 授益處分：所謂授益處分乃設定確認權利或重大法律上利益之行政處分。
2. 負擔處分：所謂負擔處分乃課予相對人義務或產生法律上不利益之行政處分。又稱侵益處分。

（二）授益與負擔處分之區分實益

1. 撤銷或廢止原處分時：
 - (1) 若原處分係負擔處分，所受限制較少。
 - (2) 授益處分則受信賴保護原則之拘束，限制較多。
2. 救濟之訴：

⁶⁸行政程序法施行後，新聞局依「廣播電視法」及「廣播電視法施行細則」受理電臺籌設申請之審議准駁，是否有行政程序法第 97 條第 5 款不記明理由規定之適用？「按行政處分之種類多樣，其所處理之事項亦有繁簡之差異，為免影響行政效率，行政程序法第九十七條特設有六款待不記明理由之例外規定，其中第五款規定有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等資格取得之程序，係基於性質特殊且具有現實之困難，並為尊重此類評分之判斷餘地，事實上不能逐件詳記其不錄取之理由，故有本款之設（吳庚著『行政法之理論與實用』，第五三八頁至五三九頁參照）。準此，本案依來函所述，係申請電臺籌設許可准駁之行政處分書，與上述考試、檢定及鑑定等資格取得程序之行政處分不同，應無上揭條款之適用。至理由之記載，如何妥通運用來函所附『廣播電台申請案審議駁回理由紀錄表』，並輔以必要之法律上或事實上說明，以求完備。」（參法務部 90 年度法字第 016230 號）

- (1) 不服負擔處分，自得提起撤銷之訴。
- (2) 理論上若請求授益處分遭行政機關拒絕，則可提課予義務之訴。

(三) 以行政處分內容區分

行政處分依其內容可分下命、形成、確認處分，說明如下⁶⁹：

1. 下命處分

- (1) 意義：所謂下命處分乃課予相對人作為、不作為或容忍義務之行政處分。下命處分課予相對人義務，相對人如不履行，處分機關可逕為強制執行。
- (2) 種類：
 - A. 命令處分：（命令）
行政處分的內容，課予或要求相對人為特定之作為（積極行為），相對人於此負有作為義務。
 - B. 禁止處分：（禁令）
行政處分的內容，課予或要求相對人不為特定作為（消極行為）或容忍，如禁止集會、禁止飼養飛鴿、禁止於特定地區遊行。

2. 形成處分

- (1) 意義：
所謂形成處分乃行政處分內容係設定、變更或消滅具體之法律關係、權利、資格或法律地位等之處分。其與下命處分內容上不同，不適合也不必強制執行，處分作成以後立即形成公法上之法律效果。如公務員之任用⁷⁰、免職、停職⁷¹、核發駕照、吊銷駕照、核准歸化、准許專利、公物之開始供公用或廢止⁷²、授與採礦權、高速公路局特許人民參與經營。
- (2) 形成私法關係之行政處分：
形成之法律關係為私法上權利義務關係者稱之，例如縣政府對漁會聘用總幹事不予核准之處分；主管機關對人民團體呈報核救備之決議認定無效之處分；鄉鎮公所或縣市政府對租佃爭議所為之調處等。

⁶⁹參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁334。

⁷⁰參最高行政法院90年度判字第1535號：「公務人員之任用固屬須經相對人同意之行政處分，惟同意係對是否接受任用而言，至於任用之審查，官等停級之銓敘審定，悉依法令規定為之，難認應由同意所決定。」

⁷¹參最高行政法院97年度裁字第5232號裁定：「...所為系爭停職處分，屬形成處分，一經作成發布、送達，法律效果便發生，使抗告人權利義務發生變動...。」

⁷²參85年度判字第2159號：「被告所屬服務台人員既請原告重新申請核發地籍謄本後，再據以申請核發都市計畫土地使用分區說明，此項口頭說明，實質上即屬駁回原告之申請，應屬消極的行政處分，原告認其有損權利，一再提起訴願，並逕行提起行政訴訟，應非法所不許。」

3. 確認處分

- (1) 確認處分包括對法律關係存否之確認，以及對人之地位或物之性質在法律上具有重要意義事項的認定。例如役男體位之判定、個人身分確定、國籍之確定、兵役年次之確定、土地及耕地租約之認定、自耕能力證明之發給、公務員退休金或保險金數額之核定、土地登記、戶籍登記、土地登記、商標專用權範圍之評定、地價或改良物補償之估定。
- (2) 確認處分所確認的事實並非自該處分作成時始發生效力，而是其效力早已存在或發生，只是因經由確認行政處分，而可以獲得簡便之證明而已。

三十九、何謂第三人效力之行政處分？又此項分類概念上有何實益存在？

- (一) 行政處分，除相對人外，並且對第三人產生法律效果者，即所謂之「有第三人效力處分」。不僅對相對人授主及對第三人加負擔之行政處分，為有第三人效力處分（例如核發建築許可）；其對相對人加負擔及對第三人授主之行政處分，亦為有第三人效力處分。
- (二) 對相對人授主而對第三人加負擔之行政處分，既然干涉第三人之權利，自應保障該第三人。依我國訴願法及行政訴訟法之規定，凡權利或利益受行政處分所侵害之人民，皆得提起行政爭訟，並不以行政處分之相對人為限⁷³。

四十、何謂羈束處分？何謂自由裁量處分？兩者有何區別？

(一) 羈束處分與裁量處分

1. 羈束處分：所謂羈束處分乃行政機關須嚴格受法規之拘束，毫無自由選擇可能之情形下所為之行政處分，此項規定，通常為「應為規定」。
2. 裁量處分：所謂裁量處分乃法規授權行政機關於一定範圍內，得為合目的性之抉擇，此項規定得以「得為規定」為例。
 - (1) 行政機關行政裁量權時，並無絕對之自由，除應遵守一般法律原則外，應符合授權之目的，即不得濫用權限，更不得逾越法定之裁量範圍，我國行政程序法第 10 條即明示此意。
 - (2) 行政程序法第 10 條（行政裁量之界限）：行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。

(二) 羈束處分與裁量處分之區分

1. 能否提起行政訴訟

⁷³另參李建良，行政處分的構成要件效力與行政爭訟，月旦法學，86 期，頁 24~25。

各國通例，提起行政訴訟之理由，以行政處分違法為限，如行政處分僅係不當，則不能提起行政訴訟。早期學者認為行政處分之發生違法問題者，僅羈束處分及自由裁量處分中之法規裁量處分而已，自由裁量處分中之公益裁量處分，並不發生違法問題，故亦不能為提起行政訴訟之對象，然目前對於裁量處分違反公益，亦屬違法，故亦得提起行政訴訟。

2. 能否自由撤銷

羈束處分及自由裁量處分中之法規裁量處分，則因係依法執行之故，不得自由撤銷。

(1) 羈束處分：不得自由撤銷。

(2) 裁量處分：自由裁量處分之便宜裁量處分，故得由有權限之行政機關自由撤銷。

3. 能否附附款

(1) 羈束處分：為依法執行之行為，無自由伸縮之餘地，故除法規定有附款外，不容妄加附款。

(2) 裁量處分：為法規授權之行為，如行政機關認為必要，自得另加附款。

4. 裁量範圍廣窄

(1) 羈束處分：必須依照法令規定亦步亦趨，不可踰越，裁量範圍至為窄小。

(2) 裁量處分：自由裁量的範圍則較大。

四十一、何謂多階段處分？最近之司法實務如何解決其爭訟問題？

(一) 多階段行政處分

1. 意義：指一行政處分之作成，須有他機關之協力，即行政機關發布行政處分之前，必須事先經過其他行政機關或行政主體之同意始得作成之行政處分。
2. 實例說明：某營利事業欠稅 100 萬元，依「限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施辦法」，由財政部或所屬國稅局通知內政部入出境管理局限制出境，境管局之限制出境處分係以通知行為為依據，故原則上，行政處分應為入出境管理局限制出境之公文書。惟此原則難以發揮救濟功能，因限制出境係財政部國稅局所決定，若逕向內政部訴願，內政部無審查財稅機關決定之當否⁷⁴。

(二) 公文書倘具備下述條件者，應許當事人對前階段之行為提起訴願，以資變通：

⁷⁴參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁346以下。

1. 作成處分之機關（最後階段行為之機關），依法應尊重前階段行為機關之決定且不可能有所變更者。
2. 前階段行為具備行政處分之其他要素。
3. 前階段行為已直接送達或以他法使當事人知悉者（例如財政部以公函之副本送交當事人）。

四十二、何謂「行政政處分之廢止」？

（一）意義：

合法之行政處分因所依據之事實或法律狀態有變更，或因該處分之繼續存在已缺乏利益，或由於政策的變更或公益的需要，基於法律、政策或事實上之原因而予以一部或全部廢棄，使其向將來失去效力，學說上稱為廢止。

（二）廢止應考慮之因素：

1. 信賴利益之保護（較撤銷更為重要），惟負擔處分則無此問題。
2. 社會公益之維護。
3. 法安定性。

四十三、違法行政處分轉換之要件為何？

行政程序法第 116 條又分為積極要件與消極要件，茲分述如下：

（一）積極要件

- (1) 須由行政機關為之⁷⁵。
- (2) 須為違法行政處分。
- (3) 須具備作成其他處分所須之方式、程序及實體要件。
- (4) 應給予當事人陳述意見之機會，但有第 103 條之事由不在此限。（轉換本身就是一個行政處分⁷⁶）

⁷⁵參最高行政法院 98 年度判字第 514 號判決：「…違法行政處分之轉換，係治癒違法行政處分所存在之瑕疵，使其轉換成合法行政處分，該轉換而來之行政處分因無瑕疵，而得以維持。其法律性質，基於法律安定及法律明確之要求，應認轉換為一種形成處分。亦即具有瑕疵之行政處分不因具備轉換之要件，而當然轉換，必須行政機關以行政處分之方式作成決定，現行行政程序法第 116 條第 3 項前段規定：「行政機關於轉換前應給予當事人陳述意見之機會」，足認一般行政處分所應遵守之原理原則，於行政處分之轉換也當有其適用，行政機關自須作成轉換行為，始發生轉換之結果。…」另參最高行政法院 98 年度判字第 700 號判決。

⁷⁶參李惠宗教授，行政法要義，2010 年 9 月 5 版，頁 359。

(5) 與其他處分具有相同之目的。

(二) 消極要件

有下列各款情形之一者，不得轉換：

- (1) 違法行政處分，依第 117 條但書規定⁷⁷，不得撤銷者。
- (2) 轉換不符作成原行政處分之目的者。
- (3) 轉換法律效果對當事人更為不利者。
- (4) 羈束處分不得轉換為裁量處分。

(三) 程序要件

原則上，轉換前應給予當事人陳述意見之機會；例外有第 103 條之事由者⁷⁸，不在此限。

⁷⁷ 第一百一十七條（行政處分之撤銷及其限制）

違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。

但有下列各款情形之一者，不得撤銷：

- 一、撤銷對公益有重大危害者。
- 二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。

⁷⁸ 第一百零三條

有下列各款情形之一者，行政機關得不給予陳述意見之機會：

- 一、大量作成同種類之處分。
- 二、情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者。
- 三、受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者。
- 四、行政強制執行時所採取之各種處置。
- 五、行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。
- 六、限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者。

四十四、行政機關於何種情形得締約代替行政處分之行政契約？請依行政程序法之規定說明之。

(一) 第一百三十五條（行政契約的容許性）

公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。

(二) 第一百三十六條（締結和解契約之特別要件）

行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。

四十五、依行政程序法之規定，行政機關在何種要件下，得調整行政契約內容或終止行政契約？試分別說明之。

(一) 第一百四十六條（行政機關單方調整或終止契約之權利）

行政契約當事人之一方為人民者，行政機關為防止或除去對公益之重大危害，得於必要範圍內調整契約內容或終止契約。

前項之調整或終止，非補償相對人因此所受之財產上損失，不得為之。

第一項之調整或終止及第二項補償之決定，應以書面敘明理由為之。

相對人對第一項之調整難為履行者，得以書面敘明理由終止契約。

相對人對第二項補償金額不同意時，得向行政法院提起給付訴訟。

(二) 第一百四十七條（情事變更後契約之調整或終止）

行政契約締結後，因有情事重大變更，非當時所得預料，而依原約定顯失公平者，當事人之一方得請求他方適當調整契約內容。如不能調整，得終止契約。

前項情形，行政契約當事人之一方為人民時，行政機關為維護公益，得於補償相對人之損失後，命其繼續履行原約定之義務。

第一項之請求調整或終止與第二項補償之決定，應以書面敘明理由為之。

相對人對第二項補償金額不同意時，得向行政法院提起給付訴訟。

七、相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者。

八、為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。

四十六、就我國法制，說明法規命令之合法要件為何？

（一）授權基礎

1. 須有法律之授權：

法規命令是由立法機關在其所訂定的法律中揭示授權，而通常係於相關法律中設置授權條款。授權法律若為無效法律之授權，而仍對外發布，則命令無效，即使日後再制定法律予以授權，仍為無效。如：國家賠償法第 16 條：「本法施行細則由行政院定之。」

2. 授權明確性原則：

法律授權時，不得為概括之授權，必須將範圍、內容、目的在授權法內具體明確規定，亦即授權明確性原則。因國會移轉法規制定權予行政機關有違反權力分立原則之虞，故立法者不得為空白授權⁷⁹。

行政程序法第 150 條第 2 項：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權範圍與立法精神。」

（二）形式合法性

1. 由行政機關制定：亦即應標示訂定機關之名稱

因為法規命令是立法機關授權行政機關而訂定之規範，所以立法機關僅能以行政機關做為授權對象，而不能以其他機關作為授權對象。

2. 載明授權之法律。如：國家賠償法施行細則第 1 條：「本細則依國家賠償法第十六條之規定訂定之。」

3. 揭示訂定之目的，於名稱上顯示主要內容。

4. 須公布載明發布日期，並登載於主管機關的政府公報。

5. 須送上級機關備查，並依中央法規標準法第 7 條即送立法院。

（三）實質合法性

1. 須對外發生法律效果：

所稱須具備「行政機關基於法律授權訂定」及「對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」二項要件，如僅符合上開二項要件之一者，則不屬之。是若，各大學校院依大學法第 8 條授權訂定之組織規程及依同法第 11 條第 3 項規定訂定之辦法，雖係基於大學法之授權所定，惟因

⁷⁹參司法院大法官會議釋字 313 號等解釋。

該等法規並未對外發生法律效果，不符上開說明後者之要件，故應非行政程序法第 150 條第 1 項所稱之「法規命令」⁸⁰。

2. 不得違反法律優越原則（不得抵觸憲法、法律及上級機關之命令）。
3. 不得違反法律保留原則（依重要性理論之意旨，重要事項應保留國會制定者，不得以授權命令定之）。對於人民權利的限制之制裁種類，應由法律規定；而制裁則可授權行政機關訂定。
4. 不得逾越法律授權之範圍。
5. 不得違背母法之立法精神：
法規命令的訂定應在授權範疇內為之，法規命令係補充法律，與法律共成一體，因此法規命令必須配合法律的整體而為訂定，不得與法律中之規定有所抵觸，更不能排除法律中某些規定的適用或者導致法律中某些規定適用的障礙。
6. 若母法以特別法之地位排斥其他法律之規定，授權命令自得排斥其他法律之規定，否則不得與其他法律相抵觸。

四十七、何謂行政規則？行政規則訂定的範圍（種類）為何？效力為何？

（一）行政規則之概念

行政程序法第 159 條第 1 項規定：

「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

換言之，行政規則之主要特徵包括：

1. 其非為法規範，故不能直接拘束一般人民，只能拘束機關內部人員。
2. 既非為法規，故其訂定無須有法律之授權（惟若經授權，亦非不許）⁸¹。
3. 其與具體之行政指令不同，乃為規範機關內部秩序及運作，可反覆實施之一般、抽象規定。

⁸⁰參法務部 90 年度法律字第 047211 號。

⁸¹查內政部為地政主管機關，其為辦理修正前民法第 1017 條關於夫妻聯合財產登記之問題，依職權發布「夫妻聯合財產更名登記審查要點」，以該要點作為其所屬地政機關辦理此類登記事件之內部準則，其性質應屬於行政規則，是以該要點未明列其法律授權之依據，尚難達認其為無效之規則。（最高行政法院 95 年度判字第 1014 號）

（二）行政規則之範圍（種類）

關於行政規則之範圍，茲就學者分類與行政程序法說明如下：

1. 學者分類⁸²：

（1）組織性規章：

例如事務分配準則（各科室應處理何種任務，職權如何分配）、組織規程（某一單位應設置幾個科、室、組）等等。

（2）行為性（作業性、作用性）規章：

例如行政機關處理人民陳情案件要點（該如何處理人民陳情）、工作簡化實施要點（執行公務之細節該如何做）。

（3）解釋性規章：

為對法規之行政釋示，如主管機關就工廠法「工人」之定義及勞動基準法「勞工」之定義所作之解釋。

（4）裁量性規章：

上級行政機關為簡化機關的個案行政裁量，對大量易於發生之違反行政義務之行為，而頒布之行政規則。例如商標近似審查基準、違反道路交通安全管理事件統一裁罰標準、裁罰倍數參考表、內政部營建署制訂之「違反國家公園法案件裁處罰緩數額表」。

（5）規範具體化行政規則：

指在特別技術性的領域上，由行政機關自行訂定功能性、技術規則或標準以供行政機關遵守的行政規則。例如台灣地區與大陸地區人民關係條例第 69 條規定，大陸人民在台灣地區取得不動產物權應經主管機關之許可，假定主管機關對許可之條件做成補充規定，使屬於不確定法律概念或含義空泛之用語「具體化」以便適用。

（6）替代法律之行政規則：

在一定範疇內須有法律規制之必要，而實際上法律卻未規定，或法律條文過於簡略，有待命令加以補充，例如有關公務員薪律之「全國軍公教人員待遇支給要點」。又如公營事業人員任用及退休均應以法律定之，在法律未制定前，主管機關經濟部訂定辦法，以為辦理依據，司法院大法官亦認為不生違憲問題（釋 270）。另外，亦有戶政業務上的「印鑑登記辦法」。

2. 行政程序法之規定：

行政程序法第 159 條第 2 項規定：

「行政規則包括下列各款之規定：

⁸²參吳庚，行政法之理論與實冊，2010 年 9 月增訂 11 版，頁 48。參李惠宗，行政法要義，2010 年 9 月 5 版，頁 406。

- 一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。
- 二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」

四十八、行政罰之種類有何？試列舉之。

對於違反行政法上義務者，依法處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。由於政府行政事務繁雜，為達行政目的，採用不同之處罰方法或手段，致行政法規所定之行政罰種類繁多，名稱互異，處罰形式不一，且裁罰時於實務上法律適用與理論見解分歧，常生困擾，不但影響行政效能，且關係人民權益至鉅。依行政罰法第 1 條之規定：「違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」故行政罰有罰鍰、沒入或其他種類行政罰三種類。

(一) 罰鍰

處罰鍰的限制如下（第 18 條第 1~3 項）：

1. 裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。
2. 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。
3. 依本法規定減輕處罰時，裁處之罰鍰不得逾法定罰鍰最高額之二分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之二分之一；同時有免除處罰之規定者，不得逾法定罰鍰最高額之三分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之三分之一。

(二) 沒入

處沒入的限制如下：

1. 沒入之物，除本法或其他法律另有規定者外，以屬於受處罰者所有為限。
（§21）
2. 不屬於受處罰者所有之物，因所有人之故意或重大過失，致使該物成為違反行政法上義務行為之工具者，仍得裁處沒入。物之所有人明知該物得沒入，為規避沒入之裁處而取得所有權者，亦同。（§22）
3. 得沒入之物，受處罰者或前條物之所有人於受裁處沒入前，予以處分、使用或以他法致不能裁處沒入者，得裁處沒入其物之價額；其致物之價值減損者，得裁處沒入其物及減損之差額。得沒入之物，受處罰者或前條物之所有人於受裁處沒入後，予以處分、使用或以他法致不能執行沒入者，得追徵其物之

價額；其致物之價值減損者，得另追做其減損之差額。前項追徵，由為裁處之主管機關以行政處分為之。（§23）

（三）其他種類

所稱「其他種類行政罰」指限制或禁止行為、剝奪或消滅資格、權利或影響名譽或警告性等具有裁罰性之不利處分。為因應我國目前實務需要，使各種法律有效達成行政目的，並基於維護公益之考量，行政罰法之規範範圍，除因違反行政法上義務應受罰鍰或沒入之裁處外，亦將行政機關所為之不利處分中具有裁罰性者視為行政罰，因其名稱種類繁多，第 2 條將其概稱為「其他種類行政罰」，予以例示及概括⁸³。

行政罰法第 2 條：

「本法所稱其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分：

- 一、限制或禁止行為之處分：限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁止為一定行為之處分。
- 二、剝奪或消滅資格、權利之處分：命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利之處分。
- 三、影響名譽之處分：公布姓名或名稱、公布照片或其他相類似之處分⁸⁴。
- 四、警告性處分：警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育或其他相類似之處分。」

四十九、行政罰法對管轄機關有何規定？

（一）土地管轄

行政罰法第 29 條：

「違反行政法上義務之行為，由行為地、結果地、行為人之住所、居所或營業所、事務所或公務所所在地之主管機關管轄。

在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內違反行政法上義務者，得由船艦本籍地、航空器出發地或行為後在中華民國領域內最初停泊地或降落地之主管機關管轄。

⁸³參行政罰法宣導文. 94 5. 30。

⁸⁴現行法規中，有「公布其姓名、名稱或照片」等處罰規定者，有動物保護法第 25、27、28 條，社會工作師法第 43 條，道路交通管理處罰條例第 43 條，食品衛生管理法第 29 條等等。

在中華民國領域外之外國船艦或航空器於依法得由中華民國行使管轄權之區國內違反行政法上義務者，得由行為後其船艦或航空器在中華民國領域內最初停泊地或降落地之主管機關管轄。

在中華民國領域外依法得由中華民國行使管轄權之區域內違反行政法上義務者，不能依前三項規定定其管轄機關時，得由行為人所在地之主管機關管轄。」

(二) 共同管轄

行政罰法第 30 條：

「故意共同實施違反行政法上義務之行為，其行為地、行為人之住所、居所或營業所、事務所或公務所所在地不在同一管轄區內者，各該行為地、住所、居所或所在地之主管機關均有管轄權。」

(三) 管轄權競合之處理

行政罰法第 31 條第 1~3 項：

「一行為違反同一行政法上義務，數機關均有管轄權者，由處理在先之機關管轄。不能分別處理之先後者，由各該機關協議定之；不能協議或有統一管轄之必要者，由其共同上級機關指定之。

一行為違反數個行政法上義務而應處罰鍰，數機關均有管轄權者，由法定罰鍰額最高之主管機關管轄。法定罰鍰額相同者，依前項規定定其管轄。

一行為違反數個行政法上義務，應受沒入或其他種類行政罰者，由各該主管機關分別裁處。但其處罰種類相同者，如從一重處罰已足以達成行政目的者，不得重複裁處。」

五十、行政罰法規定之陳述意見和聽證應與行政程序法如何適用？

陳述意見⁸⁵與聽證⁸⁶及例外

⁸⁵本條雖係仿行政程序法第102條及第103條規定而研擬，惟並未採納該法第103條第4款、第6款至第8款之規定，對於人民權益之保障更為周延，係屬較進步之立法方式，故本條係行政程序法之特別法，應優先適用。

⁸⁶行政罰法第43條與行政程序法之規定並不完全相同，因行政程序法並未要求行政機關「應」依受處分者之申請，舉行聽證，且現行法規明文規定應舉行聽證始得作成行政處分者，寥寥可數，故擬藉由行政程序法有關聽證之規定，以保障人民權益之美意，恐將落空。且行政罰屬裁罰性之不利處分，對於人民權益影響至鉅，故行政機關為裁處前，本應廣聽各界意見，避免恣意專斷，以保障人民之權益，故本法實有賦予人民申請聽證權利之必要，且行政機關應依受處罰者之申請，舉行聽證，此乃民主法治國家應有之行政作為；惟為兼顧行政效能，本法第43條亦設有例外之規定。

(一) 行政罰因屬制裁行為涉及人民權利，裁處前應給予對方有辯明之權，在此，而應有「陳述意見」或「聽證」之規定。

1. 行政罰法第 42 條：

「行政機關於裁處前，應給予受處罰者陳述意見之機會。但有下列情形之一者，不在此限：

- 一、已依行政程序法第三十九條規定，通知受處罰者陳述意見。
- 二、已依職權或依第四十三條規定，舉行聽證。
- 三、大量作成同種類之裁處。
- 四、情況急迫，如給予陳述意見之機會，顯然違背公益。
- 五、受法定期間之限制，如給予陳述意見之機會，顯然不能遵行。
- 六、裁處所根據之事實，客觀上明白足以確認。
- 七、法律有特別規定。」

2. 行政罰法第 43 條：

「行政機關為第二條第一款及第二款之裁處前，應依受處罰者之申請，舉行聽證。但有下列情形之一者，不在此限：

- 一、有前條但書各款情形之一。
- 二、影響自由或權利之內容及程度顯屬輕微。
- 三、經依行政程序法第一百零四條規定，通知受處罰者陳述意見，而未於期限內陳述意見。」

(二) 「陳述意見」或「聽證」之目的，在於擔保當事人法律上之聽證權，給予當事人有為自己辯明之機會，並為有利於己事實辯護。此外，行政機關可經藉由聽證，瞭解當事人之經濟狀況，亦有利於事後裁罰之裁量。對於行政機關而言，聽證亦為其調查手段之一，當事人之說明及聽證之手段運用有助於事實真象的釐清。於調查程序或裁處前皆可進行「陳述意見」或「聽證」。上述於調查程序中，若已通知當事人進行訊問，則通常在訊問過程中當事人就該事件已充分表示意見，符合所謂「陳述意見」或「聽證」之目的，則無須再進行該項程序⁸⁷。

⁸⁷ 蔡震榮，行政罰法草案首巡禮—行政罰法草案評析，月旦法學雜誌111期，頁20。

五十一、按行政執行法第 26 條明定，關於公法上金錢給付義務之執行，除行政執行法另有規定外，準用強制執行法之規定。試論義務人或利害關係人得否於執行程序中，主張行政執行機關之所有作為，係屬行政處分，除得依行政執行法第 9 條規定聲明異議外，尚得就該聲明異議之結果，提起訴願及行政訴訟之救濟程序？

(一) 按行政執行法第 26 條明定，關於公法上金錢給付義務之執行，除行政執行法另有規定外，準用強制執行法之規定。試論義務人或利害關係人得否於執行程序中，主張行政執行機關之所有作為，係屬行政處分，除得依行政執行法第 9 條規定聲明異議外，尚得就該聲明異議之結果，提起訴願及行政訴訟之救濟程序？有下列三說：

1. 執行措施性質上多屬事實行為，且若強調執行程序之迅速快捷，關於屬事實行為之部分，當然以聲明異議為針對執行程序最後之救濟⁸⁸。
2. 行政執行法第 9 條，旨在明定義務人或利害關係人對於執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，如何向執行機關聲明異議，以及執行機關如何處理異議案件之程序，並無禁止義務人或利害關係人於聲明異議而未獲救濟後向法院聲明不服之明文規定，自不得以該條規定作為限制義務人或利害關係人訴訟權之法律依據，是在法律明定行政執行行為之特別司法救濟程序之前，義務人或利害關係人如不服該直接上級主管機關所為異議決定者，仍得依法提起行政訴訟，至何種執行行為可以提起行政訴訟或提起何種類型之行政訴訟，應依執行行為之性質及行政訴訟法相關規定，個案認定。其具行政處分之性質者，應依法踐行訴願程序，自不待言⁸⁹。
3. 執行措施上，除事實行為外，是否仍有行政處分性質之行為，以行政程序法第 103 條第 4 款規定，「行政強制執行時所採取之各種處置。」此種限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，無須給與相對人陳述意見之機會，顯見行政強制執行時，仍有行政處分性質之行為存在。故從保護義務人或利害關係之權利觀之，既然執行程序中仍有多數行為屬行政處分性質，在其聲明異議後似應容許其有行政爭訟之權，以行政訴訟法第 307 條規定有「債務人異議之訴」，故若債務人有此情形，應可提起行政訴訟⁹⁰。

⁸⁸ 參吳庚，行政法之理論與實用，2010年9月增訂11版，頁524。

⁸⁹ 參最高行政法院97年12月份第3次庭長法官聯席會議(三)。

⁹⁰ 參蔡震榮，行政執行法，翁岳生編行政法，2006版，頁206。

(二) 至於若對行政執行中之處置不服，程序上應如何救濟，論者有謂應分別論之⁹¹：

1. 對行政處分性質之執行措施聲明異議者，因異議決定相當於訴願決定，如有不服，即可提起「撤銷訴訟」，無須再為訴願；
2. 對非屬行政處分性質之執行措施「聲明異議」，而不服其異議決定者，應仍可提起「給付訴訟」或「確認訴訟」。

五十二、納稅義務人欠繳稅款時，何時及如何對其實施拘提管收？

拘提、管收之要件

(一) 原因

行政執行法第 17 條第 1 項：

「義務人有下列情形之一者，行政執行處得命其提供相當擔保，限期履行，並得限制其住居：

- 一、顯有履行義務之可能，故不履行。
- 二、顯有逃匿之虞。
- 三、就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事。
- 四、於調查執行標的物時，對於執行人員拒絕陳述。
- 五、經命其報告財產狀況，不為報告或為虛偽之報告。
- 六、經合法通知，無正當理由而不到場。」

■ 行政執行法施行細則第 28 條

行政執行處依本法第十七條第一項規定限制義務人之住居者，應通知義務人及有關機關。

(二) 限制住居之要件

行政執行法第 17 條第 2 項：

「前項義務人有下列情形之一者，不得限制住居：

- 一、滯欠金額合計未達新臺幣十萬元。但義務人已出境達二次者，不在此限。
- 二、已按其法定應繼分繳納遺產稅款、罰鍰及加徵之滯納金、利息。但其繼承所得遺產超過法定應繼分，而未按所得遺產比例繳納者，不在此限。」

(三) 拘提之要件

行政執行法第 17 條第 3 ~ 5 項：

⁹¹參陳敏，行政法總論，第5版，頁896。

「義務人經行政執行處依第一項規定命其提供相當擔保，限期履行，屆期不履行亦未提供相當擔保，有下列情形之一，而有強制其到場之必要者，行政執行處得聲請法院裁定拘提之：

- 一、顯有逃匿之虞。
- 二、經合法通知，無正當理由而不到場。

法院對於前項聲請，應於五日內裁定，其情況急迫者，應即時裁定。

義務人經拘提到場，行政執行官應即訊問其人有無錯誤，並應命義務人據實報告其財產狀況或為其他必要調查。」

■ 行政執行法施行細則第 29 條

行政執行處依本法第十七條第三項、第六項規定向法院聲請拘提、管收，應具聲請書及聲請拘提、管收所必要之相關證明文件影本，並釋明之。

行政執行處向法院聲請管收時，應將被聲請管收人一併送交法院。

(四) 管收要件

行政執行法第 17 條第 6~8 項：

「行政執行官訊問義務人後，認有下列各款情形之一，而有管收必要者，行政執行處應自拘提時起二十四小時內，聲請法院裁定管收之：

- 一、顯有履行義務之可能，故不履行。
- 二、顯有逃匿之虞。
- 三、就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事。
- 四、已發見之義務人財產不足清償其所負義務，於審酌義務人整體收入、財產狀況及工作能力，認有履行義務之可能，別無其他執行方法，而拒絕報告其財產狀況或為虛偽之報告。

■ 行政執行法施行細則第 29 條

行政執行處依本法第十七條第三項、第六項規定向法院聲請拘提、管收，應具聲請書及聲請拘提、管收所必要之相關證明文件影本，並釋明之。

行政執行處向法院聲請管收時，應將被聲請管收人一併送交法院。

義務人經通知或自行到場，經行政執行官訊問後，認有前項各款情形之一，而有聲請管收必要者，行政執行處得將義務人暫予留置；其訊問及暫予留置時間合計不得逾二十四小時。

拘提、管收之聲請，應向行政執行處所在地之地方法院為之。」