

# 107 年公務人員特種考試司法人員、法務部調查局調查人員、國家安全局國家安全情報人員、海岸巡防人員及移民行政人員考試試題

考試別：司法人員

等 別：三等考試

類科組：法院書記官

科 目：行政法與法院組織法

一、某國立大學研究生甲向 A 縣立乙國民中學，依政府資訊公開法（下稱政資法）請求提供民國 106 年度，在校學生霸凌事件統計、分析表，乙國民中學以未作成或保有甲所請求之統計、分析表資訊為由，否准甲之請求。甲不服提起訴願，於訴願受理機關審議中，乙校改以該統計表等為學校今後採取防止霸凌事件發生之參考資料，屬行政機關意思決定作成前之準備作業為由，依政資法第 18 條第 1 項第 3 款主張應駁回甲之申請。問：

(一)本件之訴願管轄機關為何？（5 分）

(二)乙國民中學得否變更其駁回提供資訊申請之理由？（20 分）

## 【破題關鍵】

(一)第一題涉及訴願管轄權的劃分標準，套用訴願法第 4 條規定之列舉管轄即可解答。

(二)第二題涉及訴願程序中的理由追補容許性，搭配訴願程序性質的爭議理解，更可完整作答。

## 【擬答】：

(一)本件訴願管轄機關為 A 縣政府

依訴願法第 4 條第 2 款規定，不服縣(市)政府所屬各級機關之行政處分者，向縣(市)政府提起訴願。今乙國民中學拒絕提供甲相關統計分析之行為，即單方對外發生否准其資訊公開請求權之效果，屬行政處分，故甲若不服，即得依前開規定，以 A 縣政府為訴願管轄機關。

(二)乙國民中學得否於訴願程序中變更理由，即理由追補，視對訴願程序性質觀點而定

訴願法第 79 條第 2 項規定：「原行政處分所憑理由雖屬不當，但依其他理由認為正當者，應以訴願為無理由」復依行政程序法第 114 條規定之意旨，未記明之理由尚得於訴願程序終結記明之，是訴願機關自得允許原處分機關，追加、補充或更替足以支持行政處分合法性之事實資料及法律主張，即所謂理由追補，以支持行政處分實質合法性。然是否需限於未改變「處分同一性」之情形？端視對訴願程序性質而定。

### 1. 行政程序說

按訴願程序係行政體系內部之自我審查程序，且原則由上級機關管轄，對系爭個案作成有拘束力之決定，故有學者認訴願制度屬「行政程序」之延長。

### 2. 事後救濟說

訴願機關雖亦為行政機關，惟制度重點在於，提供人民在行政處分作成，權利侵害發生之救濟管道，是亦有認訴願程序與行政程序本質不同。

### 3. 小結

折衷人權保障與程序經濟之顧慮，原處分機關於作出行政決定前，本應經合理程序，周詳考確決定內容正確性，是宜採事後救濟說，令原處分機關謹慎行事，縱得認理由追補，亦應考量是否突破處分同一性，是否無礙當事人之攻擊防禦。

查處分同一性，得就構成要件之事實認定是否同一定之，乙校既於訴願受理機關審議中，將否准處分之理由，從「未作成或保有甲所請求之統計」，改為「屬行政機關意思決定作成前之準備作業」，已改變原處分之本質與結果，增加甲訴願抗辯之糾結，影響其程序保障，應非妥適。

二、設有甲向某直轄市政府申請開發遊樂區，結果該直轄市政府於超過法定期間，遲遲未作出准駁之決定，甲於是依訴願法第 2 條第 1 項提起訴願，而於訴願受理機關審議中未作出決定前，該直轄市政府對甲之申請作出減少開發面積，而准予開發之決定，問：

(一)此時訴願受理機關依法應為如何之決定？(10 分)

(二)如甲對上開直轄市政府之處分仍主張不服時，該訴願受理機關應如何處理？(15 分)

**【破題關鍵】**

(一)第一題涉及訴願決定的作成，只套用訴願法第 82 條第 2 項規定的文義解釋是不夠的，因為這樣忽略人民的程序利益，尚須搭配對此表示意見之決議，方屬完整。

(二)第二題延續前題訴願決定的作成，可從訴願程序已轉換為拒為處分訴願切入，假設訴願人有理由時，應如何下訴願決定為結論（此類程序決定並無明文依據，尚須類推適用相近法規）。

**【擬答】：**

(一)開發決定非屬有利甲之內容，訴願機關應續行審理，不得以無理由駁回之

訴願法第 82 條第 2 項雖規定，受理訴願機關未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，受理訴願機關應認訴願為無理由，以決定駁回之。然依據最高行政法院 101 年度 2 月份庭長法官聯席會議，自程序之保障及訴訟經濟之觀點，前開規定所謂「應作為之機關已為行政處分」，係指有利於訴願人之處分而言，至全部或部分拒絕當事人申請之處分，應不包括在內。

故於訴願決定作成前，該直轄市政府對甲之申請作出減少開發面積，而准予開發之決定，非全部有利於訴願人時，無須要求訴願人甲對於該處分重為訴願，訴願機關應續行訴願程序，對嗣後所為之行政處分併為實體審查，如逕依訴願法第 82 條第 2 項規定駁回，並非適法。

(二)若認有理由，訴願機關得類推適用訴願法第 81 條規定，撤銷原處分，並發回另行為之承前，因甲對上開直轄市政府之處分仍主張不服，形同將程序轉為拒為處分訴願，是若認有理由，訴願機關得類推適用訴願法第 81 條規定：「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。」將減少開發面積之決定撤銷。

然此際訴願機關應逕為變更決定，抑或發回原處分機關另為處分？按訴願管轄機關可就相關事實自行調查，並非事實不足而無法逕為決定；惟為尊重地方自治，該開發事件尚宜由該直轄市政府自行決定，是於此等情形下，訴願機關應不自為決定，將本事件發回原處分機關另為決定。

三、智慧財產法院技術審查官之迴避，準用相關訴訟法法官迴避規定，是否違反法律保留原則及法律明確性原則？曾參與智慧財產民、刑事訴訟之智慧財產法院法官，就相牽涉之智慧財產行政訴訟，無須自行迴避之規定，是否違反憲法保障訴訟權之意旨？(25 分)

**【破題關鍵】**

本題係涉及大法官釋字第 761 號解釋之二個爭點：1.智慧財產法院技術審查官之迴避，準用相關訴訟法法官迴避規定，是否違反法律保留原則及法律明確性原則？2.曾參與智慧財產民、刑事訴訟之智慧財產法院法官，就相牽涉之智慧財產行政訴訟無須自行迴避之規定，是否違反憲法保障訴訟權之意旨？

**【擬答】：**

依據大法官釋字第 761 號解釋說明如下：

(一)智慧財產法院技術審查官之迴避，準用相關訴訟法法官迴避規定，與法律保留原則及法律明確性原則尚無抵觸：

憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。除人民身體之自由屬憲法保留之事項外，其餘各種自由及權利，則於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，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（本院釋字第 443 號解釋參照）。鑑於法官迴避制度旨在維護司法公正性，與人民訴訟權之保障具有重要關聯，其制度重要

內涵應由法律加以規定。技術審查官之迴避亦同。

1. 法律保留原則部分：

智慧財產案件審理法第 5 條(下稱系爭規定一)規定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」雖未就技術審查官之迴避原因及應遵循之程序逐一自為規定，而是採用於該法中規定準用其參與審判各該程序之法官迴避規定之立法體例，並非沒有規定，是至少就此而言，已符合法律保留原則之要求；又既然法官迴避事項，民事訴訟法、刑事訴訟法及行政訴訟法已分別有詳細規定，且技術審查官之迴避事項與法官迴避兩者之性質也確實有一定程度相類似之處，則系爭規定一基於立法經濟之考量，採準用之立法技術，就技術審查官應否迴避問題，要求依個案事實，就被準用之民事訴訟法、刑事訴訟法及行政訴訟法有關法官迴避之規定，加以適度修正、調整地適用，進行判斷，整體而言，可謂已有具體之指示，是系爭規定一難謂與法律保留原則有違。

2. 法律明確性原則部分：

系爭規定一僅就技術審查官迴避事項為規定，而聲請人所指摘者，係屬法官迴避之問題，爰應適用行政訴訟法第 19 條及第 20 條準用民事訴訟法關於法官迴避之規定。據此，指定技術審查官之法官，就聲請技術審查官迴避事件之審理，既非屬行政訴訟法第 19 條所定法官迴避事由，無須自行迴避。至有無民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款所定之聲請迴避事由，屬個案之認事用法問題，尚非本院所得審查之範圍。綜上，系爭規定一與法律明確性原則尚無抵觸。

(二)曾參與智慧財產民、刑事訴訟之智慧財產法院法官，就相牽涉之智慧財產行政訴訟，無須自行迴避之規定，無違反憲法保障訴訟權之意旨：

1. 智慧財產案件審理法第 34 條第 2 項(下稱系爭規定二)規定：「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定。」考其立法目的，係鑑於智慧財產法院管轄案件之特殊性，包括智慧財產民、刑事及行政訴訟事件，而關於同一智慧財產權所生之各種訴訟，由相同之法官辦理，有助於避免裁判之歧異，以維繫法院裁判見解之一致性，提升人民對於法院裁判之信賴，有其憲法法治國法安定性原則之依據。

2. 法官迴避制度旨在避免法官利益衝突或同一案件救濟程序因預斷失其意義，以維繫司法公正性。立法者為貫徹民事與行政訴訟分由普通法院與行政法院審理之二元訴訟制度，固非不得規定審理相牽涉民事與行政訴訟事件之法官間，亦有迴避制度之適用。惟此種迴避規定係適用於相牽涉之不同審判制度之案件，不涉及人民就同一案件之審級救濟利益受法官預斷影響之風險，此種迴避要求即與公平審判無關，毋寧為政策之考量。是立法者基於智慧財產法院管轄案件之高度專業及特殊性，為避免智慧財產案件裁判歧異，維繫法院裁判見解之一致性，以提升法安定性，而規定辦理智慧財產民事或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，無須迴避，尚不至於違反憲法公平審判之要求，本院應予以適度尊重。是系爭規定二尚與憲法保障訴訟權之意旨無違。舉重明輕，就相牽涉智慧財產民、刑事及行政訴訟事件，參與程序之技術審查官無庸迴避，應亦與憲法保障訴訟權之意旨無違。

四、土地所有權人以某市政府未經其同意，即在其所有之土地鋪設柏油路面供民眾通行為由，以該市政府為被告，依民法第 767 條第 1 項規定，向地方法院民事庭起訴，主張依司法院釋字第 400 號解釋，上開土地尚不符公用地役權之成立要件，請求市政府剷除柏油路面並返還土地事件，其攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議者，本件訴訟審判權之歸屬如何？(25 分)

**【破題關鍵】**

本題係涉及大法官釋字第 758 號解釋之爭點：土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求返還土地事件，攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議者，其審判權之歸屬？

**【擬答】：**

(一)我國係採公私法二元訴訟制度：

1. 大法官釋字第 448 號：

司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法第七十七條定有明文，可知民事與行政訴訟之審判有別。又依憲法第十六條人民固有訴訟之權，惟訴訟應由如何之法院受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第二九七號解釋在案。我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。

2. 大法官釋字第 466 號：

憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。

(二)依據大法官釋字第 758 號解釋，土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由「普通法院」審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響：

1. 我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由「普通法院」審判；因公法關係所生之爭議，由「行政法院」審判。土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。

2. 土地所有權人係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求市政府剷除柏油路面並返還土地，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由「普通法院」即該市政府所在地之「地方法院」審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。