

102 年公務人員特種考試司法人員考試試題

等 別：四等考試

類 科：法警

科 目：行政法概要

一、試分別舉出一例說明何謂行政營利行為、行政輔助行為與行政私法行為？又行政私法行為是否受平等原則之拘束？

【擬答】：

(一)行政之種類，從不同之觀點可得出各式各樣的行政分類。例如從行政運作主體而言，行政可分為直接行政與間接行政；從作為之性質或任務而言，通常可分為干涉行政、給付行政；從行政所受法規羈束程度而言，又有羈束行政與裁量行政之差異；而從適用法規之性質而言，大別可分為公權力行政與私經濟行政。

(二)所謂公權力行政又稱為高權行政，指國家居於統治主體適用公法規定所為之各種行政行為；所謂私經濟行政又稱為國庫行政，指國家並非居於公權力主體地位行使統治權，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。其中私經濟行政又可分為四類：行政私法、行政營利、行政輔助、參與純粹之交易行為。

1.所謂「行政私法」行為，係指國家以私法之方法或手段直接完成行政目的或公共利益之行為。例如對清寒學生給予助學貸款、對於民眾提供住宅貸款或出售國民住宅、在景氣低迷時對廠商紓困貸款或提供補助，由隸屬於各級政府之自來水廠、醫院、療養院、鐵路局、公共汽車管理處等機構對大眾提供生活上之服務等均屬之。

2.所謂「行政營利」行為，係指國家如同私人企業般參與營利活動，意即國家以增加國庫收入與為推行特定經濟、社會政策為目的，而從事市場交易之行為，如中鋼、中船等國營企業等。

3.所謂「行政輔助」行為，係指行政機關為推行行政事務需要物資或勞務之支援，常以私法行為取得，例如營造或租用辦公廳舍、採購公務用品、訂購武器、消防器材以及雇用臨時性之工作人員等均屬此類輔助行為。

(三)行政私法行為應受基本權（平等原則）之直接拘束

1.私經濟行政是否受基本權之拘束，學說上尚有爭論：

(1)「間接適用說」：此說認為基本權利對國庫雖有拘束作用，但僅能透過私法概括條款的適用，間接發生拘束作用。

(2)「全面直接適用說」：此說認為國家實力龐大，必須加以拘束，不容國家藉由改變行為形式來規避基本權利之拘束。

(3)「部分適用說」：此說認為行政私法行為本質上仍屬行政，應受基本權利之限制，至於行政輔助與行政營利行為，則屬純私法領域，故不受基本權利拘束。

2.釋字第 457 號解釋指出：「國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定。」即認為行政私法行為，應受憲法基本權利之拘束。與前述部分適用說所採見解相同，本文同此見解。

二、某家廢棄物處理公司租用農地挖坑，將有毒之煤渣偷倒在農地上掩埋，造成附近農田及灌溉用水之重金屬污染。依照廢棄物清理法第 40 條規定：「事業於貯存、清除或處理事業廢棄物，危害人體健康或農、漁業時，主管機關應立即命其改善，並採取緊急措施。必要時，得命其停工或停業。」

(一)路人甲經過該處農地，發現上述違法情形，依同法第 67 條規定：「對於違反本法之行為，民眾得敘明事實或檢具證據資料，向所在地執行機關或主管機關檢舉。…」，拍照寄送主管機關提出檢舉。主管機關函覆：「經查並無 台端所舉事實，檢舉不成立」，請問甲對於函覆內容能否提起行政救濟？

(二)甲亦將資料寄送環保團體，環保團體乃依同法第 72 條規定：「公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令，而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具

體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。…」，提起訴訟。試問此時環保團體提起訴訟與受害人民提起訴訟的意義有何不同？

【擬答】：

(一)人民向主管機關檢舉他人行為違法，主管機關函覆不予受理或所檢舉事項經查證並不成立，原檢舉人可否聲明不服，應分別而論：

1. 專利法上之舉發：專利法規定任何人對專利皆得舉發，且不問舉發人或異議人有無利害關係，對舉發或異議之審定不服時，均得提起行政爭訟，學理上稱為民眾訴訟，故解釋上專利法既已賦予檢舉人請求國家機關為一定行政處分之權利，專利法上的檢舉函覆即可定位為行政處分。
2. 公平交易法或其他法令上之檢舉：
 - (1) 否定說：公平交易法或其他法令上之檢舉，其性質屬於國民基於公益發動公權力之行使，主管機關處理與否對檢舉人之權益不生影響，相關之函覆並非行政處分，檢舉人不得提起行政救濟。
 - (2) 肯定說：基於保護規範理論，認為法律對違法行為之處罰，兼有保護私人法益之作用，故主管機關認定檢舉不成立之函覆，對於被檢舉人之法律地位有所影響，應視為行政處分。
3. 最高行政法院 99 年度 6 月份庭長法官聯席會議決議略以：「『公平交易法第 26 條：公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。』乃明定任何人對於違反該法規定，危害公共利益之情事，均得向公平會檢舉，公平會則有依檢舉而為調查處理行為之義務。至於對檢舉人依法檢舉事件，主管機關依該檢舉進行調查後，所為不予處分之復函，僅在通知檢舉人，主管機關就其檢舉事項所為調查之結果，其結果因個案檢舉事項不同而有不同，法律並未規定發生如何之法律效果。縱使主管機關所為不予處分之復函，可能影響檢舉人其他權利之行使，乃事實作用，而非法律作用。系爭復函既未對外直接發生法律效果，自非行政處分。檢舉人如對該復函向行政法院提起撤銷訴訟，行政法院得以其並非行政處分，而以不合法裁定駁回其訴。」換言之，主管機關經依檢舉進行調查後，所為不予處分之函覆，僅在通知檢舉人調查之結果，僅事實作用，並非法律作用。
4. 題示情形，甲僅為路人，且係純粹為維護公益而提出檢舉，則該檢舉案件即與甲個人權益無關；且主管機關進行調查後，始函覆甲檢舉不成立，故該函覆應僅是觀念通知，甲欠缺對該函救濟之訴權，故不得對之提起救濟。

- (二) 1. 依行政訴訟法第 9 條規定：「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」，係以法律特別規定為條件，承認民眾訴訟制度，在現行法律之中，已有新近通過之空氣污染防治法第 74 條、水污染防治法第 72 條、環境評估法第 23 條等設有所謂公民訴訟條款。
2. 環境影響評估法第 23 條規定：「開發單位（通常指廠商）違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關（通常為環保機關）疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。」目前民眾依此規定提起訴訟者，日漸增多，最為人知者為中部科學工業園區開發案。
3. 廢棄物清理法第 72 條規定，其法文所載意旨，幾乎與環境影響評估法第 23 條規定相同，亦屬所謂民眾訴訟制度。故若行政機關疏於執行對於公私場所違反該法或依該法授權訂定相關命令之調查義務或課予裁罰義務，已構成執法上的怠惰，從而違反依法行政原則，自屬行政機關之違法不作為，故就廢棄物清理法第 72 條所針對之行政機關行為而論，實與行政訴訟法第 9 條所稱之「行政機關之違法行為」相當。
4. 總上所述，廢棄物清理法第 72 條具有雙重意義，就其有關受害人民之原告適格及其他規定

而言，該條規定在此範圍內，性質上屬於行政訴訟法第 5 條之特別規定；至於就公益團體之原告適格及其他規定，該條規定在此範圍內，性質上即屬行政訴訟法第 9 條所稱「法律有特別規定」之情形。

- 三、某家夜夜人聲鼎沸的夜店設於封閉式建築內，對外窗均以廣告帆布封住，僅設有單一出口，而無其他逃生出口，亦無符合消防法子法「消防安全設備設置標準」之消防安全設備。多年來市政府依照消防法規定對業者實施檢查與複查，針對上述違規事項均命其限期改善並處以罰鍰，而未命其不得再使用該建物營業，直到某次發生大火，多人命喪火窟。請問市政府對罹難者家屬是否負有國家賠償責任？

參考法條：

消防法第 1 條：「為預防火災、搶救災害及緊急救護，以維護公共安全，確保人民生命財產，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律規定。」

消防法第 6 條：「本法所定各類場所之管理權人對其實際支配管理之場所，應設置並維護其消防安全設備…。消防機關得依前項所定各類場所之危險程度，分類列管檢查及複查。…」

消防法第 37 條：「違反第六條第一項消防安全設備…經通知限期改善，逾期不改善或複查不合規定者，處其管理權人…罰鍰；經處罰鍰後仍不改善者，得連續處罰，並得予以…停業或停止其使用之處分。…」

【擬答】：

- (一)依國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定：「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。」所謂「行使公權力」，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言，並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行為（最高法院 80 台上 525 判決要旨）。而其要件為：需為公務員之行為、需為執行職務之行為、需為行使公權力之行為、需行為不法、行為人應具備故意或過失、需人民之自由或權利受到侵害以及不法行為與損害發生間具有相當因果關係。惟公務員因故意或過失怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害，國家應負損害賠償責任，此乃國家賠償法第 2 條第 2 項後段所規定之公務員怠於執行職務之國家賠償責任，因客觀上行政機關並無行為之事實，故在違法性的判斷上需與積極行為之判斷不同。
- (二)所謂「公務員怠於執行職務」，係指公務員依其職務對第三人負有作為義務，竟仍不作為，即屬怠於執行職務。此種作為義務，需以保護或增進特定或可得特定人民之利益為目的而存在，若僅單純獲有反射利益，則不得主張。釋字第 469 號解釋理由書略以：「法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事者，自無成立國家賠償之餘地。倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。」
- (三)題示情形，消防法第 37 條規定：「違反第六條第一項消防安全設備…經通知限期改善，逾期不改善或複查不合規定者，處其管理權人…罰鍰；經處罰鍰後仍不改善者，得連續處罰，並得予以…停業或停止其使用之處分。…」則當市政府發現該夜店對外窗均以廣告帆布封住，僅設有單一出口，而無其他逃生出口，且無符合消防法子法「消防安全設備設置標準」之消防安全設備時，即應依法命該夜店停業或停止其使用，然市政府卻未能切實執行安檢任務，導致重大傷亡，足以作為認定與該次傷亡之嚴重結果間具有相當之因果關係，故本案應可成立國家賠償。