

## 98 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、請說明法律保留原則的意涵、法律保留的範圍應如何界定。

【擬答】：

依法行政原則，係指一切行政行為，均應受到法律之規範與支配，乃屬支配國家立法權與行政權關係之基本原則，對此，即程序法第 4 條所稱：「行政行為應受法律及一般原理原則之拘束」。依法行政原則之內涵，向來區分為「法律優位原則」與「法律保留原則」，前者又稱為「消極之依法行政」；後者又稱為「積極之依法行政」，茲就此法律保留加以說明如下。

(一)法律保留原則之定義

憲法將特定事項保留給立法者，需由立法者以法律加以決定，行政機關對該事項需有法律之依據始得為之。換言之，在法律保留原則底下，不能單純未抵觸法律即為已足，尚須要法律之明文依據。

(二)法理依據

透過民主原則與法治國原則建構法律保留之法理依據，為國內學者之通說。

(三)法律保留原則範圍決定之主要學說

1. 干預保留說

認為凡涉及干預社會秩序之自由與財產之行政事項，即關於權力作用之「干預行政」事項，均應有法律明文方得為之，又稱侵害保留說，針對給付行政的部分，干預保留說的學者認為只需要有預算做為依據即可。

然而，後期學者批評預算做為給付行政之依據會造成保護人民之漏洞，例如，蓋預算仍屬內部規定，人民無法依據預算做為向國家請求之基礎，是以，干預保留說無法成為通說。

2. 全面保留說

根據民主原則，任何國家事務，均應由議會立法規範之，沒有法律授權，行政機關便不得為任何行政行為。

然而，全面保留說之缺點，在於因立法資源有限，現實上無法達成。

3. 重要性理論

凡是屬於國家重要性之事項，皆應由立法者以法律規定，至於不重要之事項，則無須法律規定，換言之，國家行政事項是否須適用法律保留原則，則應以該行政行為是否具有「原則上重要性」為斷。而重要性該如何判斷，必須綜合「人民的法律地位，所涉及之生活範疇及受規律之對象的性質」加以衡量。

重要性理論雖為各國所承認，然仍有其本質之問題無法解決，有學者認為重要性理論之提出，何謂重要難以判斷，且重要行之事項交給立法者做決定似有片面強調立法者之優越。

準此，鑑於重要性理論欠缺具體性，而發展出所謂的「符合功能之機關結構」作為一個輔助標準，茲分述如下：

(1)此說認為：「不同國家機關各有不同組成結構與決定作成之程序，而國家事務之所以分配到各該機關，其目的無非在於要求國家的決定能夠因此而達到『盡可能正確』的地步。從而為求達到該『盡可能正確』的境地，在決定國家機關的權限分配時，應考量國家設立該機關之目的，各種國家事物儘可能分配由在組成結構與決定程序等各方面均具備最佳條件者，也就是功能最適的機關來作成。」

(2)此說應用於法律保留原則上，即可得下列結果：

「國家事務（內容）到底應由立法或行政以法律或命令之規範方式決定，應視其在組織、程序與規範結構上具備決定該事務之最佳條件而定，因此欲界定法律保留之範

圍，應從法律與命令在功能與結構上之差異著手。」

(3)運用「機關功能說」後，如何判斷「重要性」

當發現該行政事務須經過徵詢多元的民意、考慮細膩繁瑣的程序，這時候就必須交給立法機關為之；相反的，若僅是芝麻綠豆小事，但涉及專業性較高，僅需以簡便、封閉為之，斯時交由行政機關訂立命令為之即可。

(四)我國現行體制對於法律保留之規定

1. 實定法之依據

(1)憲法第 8、19、20、23

(2)中央法規標準法第 5、6

2. 大法官解釋

大法官解釋第 443 號解釋理由書第一段：「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。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，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，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：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。」

(五)何種國家事務應受到何種程度的法律保留？對此我國實務，即上開大法官解釋第 443 號，發展出所謂的「層級化法律保留制度」，結構如下：

1. 憲法保留

指該類型之國家事務必須由憲法加以明訂後，行政機關始得為之。目前屬於憲法保留的事項為憲法第 8 條對於人身自由（尤其是 24 小時之規定）之保障。此外，又國內學者認為公民投票亦屬憲法保留之範圍，

2. 絕對法律保留（國會保留）

針對生命權及剝奪人身自由的限制，必須由立法者自行制訂法律規範之，例如，罪刑法定主義（釋字第 443 號解釋理由書）、國家賠償之要件（憲法第 24 條）。此外，透過國內之大法官解釋認為，臨檢之要件（釋字第 535 號）、時效制度（#474）、憲法委託事項。

3. 相對法律保留

涉及人民其他自由權利之限制及其他重大公益有關的給付行政，亦應以法律加以規定，但如以法律授權主管機關以行政命令之方式，只要符合授權明確性原則亦可，例如：裁罰性處分之構成要件與法律效果應以法律規定，或由法律具體明確授權為之。此外，大法官透過解釋（402 及 510 之比較），可以得知若為裁罰性處分，其法律授權明確性較為嚴格，而非屬裁罰性處分，則授權明確性較為寬鬆。

4. 非屬法律保留範圍：於干預行政下僅屬與執行法之細節性、技術性次要事項或不具重大公益之給付行政得以職權命令為之亦非法所不許。此外，大法官釋字第 563 號認為大學自治非屬法律保留之範圍。

二、應如何判斷特定行政機關的行為是否為行政處分？

【擬答】：

(一)按「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。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、廢止成其一般使用者，亦同。」行政程序法第 92 條定有明文。

(二)此種行政行為之構成要件要素可析述為：行政處分係(1)公權力之行為(2)行政機關之行為(3)具法律效果之行為(4)外部行為(5)個別性行政行為(6)單方性行政行為。以下分述之。

1. 公權力之行為

行政處分素有「法律行為性質之國家行為」之稱，所謂「法律行為」原係指以意思表視為要素之民法上法律行為而言。否則即為事實行為或觀念通知。換言之，行政處分原意即係國家在「公法上的意思表示」

所謂「公權力」，主要是在強調構成行政處分之意思表示不同於行政機關居於私人地位所為之表意行為。典型的公權力行使乃源於統治行為，表現為命令與服從關係，此部分必須透過公法事件與私法事件之區分理論，即實質主體說加以判斷。

2. 行政機關之行為

此所謂行政機關並非指行政院及其所屬機關，而指凡實質上能代表國家行使行政權之組織體，如：司法、立法機關中之行政部門、考試院等，與組織法上行政機關之意義不同。行政程序法§2 II 規定：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織」即係本此意指。

3. 具法律效果之行為

行政處分係行政機關就具體事件所為之公法上單方行為，主要特徵在於具有「規範（規制）作用」。所謂「規範（規制）」意指行政機關以設定法律效果為目的，具有法律拘束力的意思表示。「規制措施」則係指設定、變更或廢棄權利及義務，或對權利義務為有拘束力之確認。

至於法律效果發生與否之判斷，應就行政機關表示於外部之客觀意思認定，而行政機關所採取之方式為何，並非所問。舉凡文書、標誌、符號、口頭、手勢或默示等方式，凡具有規制作用者，均可視為行政處分，不因其用語、形式或記載不得聲明不服之文字而異其效果。行政處分的法效性要素主要係為了與公法上的事實行為相區別。

4. 外部行為

發生法律上效果固屬行政處分重要特徵之一，惟此種效力尚須「直接對外發生」，始為適當。亦即，行政處分係以直接對外發生法律效果為目的，特定規制措施必須超出行政內部，對外部之人民及其他組織體設定權利或義務，始為行政處分。

例如，行政機關以其名義製作「通知書」，載明應繳納違規罰款之數額、方式及於其處罰之金額，通知違章行為人；或徵兵機關就役男應否服役及應服何種兵役，作成之「兵役體位判定」等，均為對外直接發生法律效果之行政處分。

5. 個別性行政行為

行政處分以規範「具體事項」與「特定相對人」為原則，此項特徵係用以區別規範「抽象事件」與「一般相對人」之法規命令。其區別標準乃在於：以行政行為「發布時」為判斷之基準時點，受規範之人及受規範之生活事實之範圍而定。於斯可知，就事件而言，行政處分乃是對具體案件之規制；法規命令係對抽象案件為規範。對相對人而言，行政處分之相對人須為特定或可得特定之人；而法規命令之相對人為不特定之多數人。行政處分概念原本僅及於一次具體之事實或法律關係，但對於某些事實具體，但可能有不特定，然而在一定時間能確定其數目之人參與在內之情形。德國學界遂認此並非行政法規而係行政處分，並稱其為「一般處分」。即行政程序法第 92 條第 2 項之規定。

6. 單方性行政行為

所謂「單方行為」，係指行政處分之作成非以相對人之請求或同意為必要，行政機關得本於法定職權，以行政處分發生片面的拘束效力。強調行政處分以行政機關「單方」之規制意思為必要，旨在藉以與行政機關與另一法律主體基於「雙方協議」（雙方性）所作成之行政契約相區別。此外，強調行政處分須為「單方行為」，亦在凸顯行政處分之高權性，即行政機關作成行政處分時，不受相對人意思之拘束，得依職權自行決定。

(三)綜上所述，行政機關之行為是否係行政程序法第 92 條行政處分之範疇，必須透過上開行政

處分之六項構成要素足以判斷，始足當之。

三、依行政執行法的界定，行政執行的種類有幾種？各該種類的意涵為何？

【擬答】：

行政執行係指，行政機關對於不履行行政義務之義務人，以強制手段，使其履行義務或產生與履行義務相同之狀態。而行政強制執行在於以強制手段強制人民履行義務，且行政執行原則上由行政機關自行實施，對於行政機關或行政執行署為行政執行必須遵守法律保留原則、比例原則、便宜原則及正當法律原則。我國行政執行法就行政執行之種類係以「公法上金錢給付義務」抑或「行為、不行為義務之強制執行」、及「即時強制」為區分，茲分述如下：

(一)公法上金錢給付義務

1. 公法上之金錢給付義務之強制執行，學理上有稱為「行政上之強制徵收」者，係指人民對國家或地方自治團體負有公法上之金錢給付義務，而逾期不履行時，行政機關得以此為執行名義，依強制手段使其產生與履行義務相同狀態之強制方法。

2. 公法上金錢給付義務因涉及「公益」之程度較高，為確保該義務能確實實現，德日通說與我國學理咸認應由「行政機關」，依法自主以強制手段徵收之。準此，現行行政執行法第 4 條第 1 項規定：「公法上之金錢給付義務之執行，以法務部行政執行署所屬之行政執行處，為執行機關。」依此，公法上金錢給付義務，係由「法務部行政執行署」所屬「行政執行處」執行之

3. 執行要件

(1) 須人民有公法上金錢給付義務：公法上金錢給付義務，種類甚多。依行政執行法施行細則第 2 條規定：「本法第二條所稱公法上金錢給付義務如下：一、稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金及短估金。二、罰鍰及怠金。三、代履行費用。四、其他公法上應給付金錢之義務。」

(2) 須該金錢給付義務已屆履行期間（已逾清償期）尚未履行：行政執行法第 11 條第 1 項規定：「義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，有下列情形之一，逾期不履行。……」

(3) 須由原處分機關移送至行政執行處：本法第 11 條第 1 項規定：「義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務…，經主管機關移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之……。」

4. 執行的程序與方法

(1) 通知義務人到場、自動繳清或報告財產狀況(行政執行法第 14 條)

(2) 對遺產之強制執行(行政執行法第 15 條及釋字第 621 號)

(3) 對動產或不動產之執行方式：強制徵收(查封、變價)

(4) 提供擔保限期履行及限制住居(行政執行法第 17 條)

(5) 拘提管收：公法上金錢給付義務之執行，應以對義務人之「財產」執行為原則，僅於例外情形，始得以「拘提」或「管收」限制義務人之人身自由，促使義務人履行其給付義務。然而拘提管收侵害人民權利過大，必須遵守行政執行法第 17 條第 2 項之要件與第 5 項之程序要件。

(二)行為、不行為義務之強制執行

1. 係指行政機關依「法令」或「行政處分」為執行名義，對於不履行行政義務之義務人，以強制之手段，使其履行義務或產生與履行義務相同之狀態而言。依現行行政執行法第 27 條第 1 項定有明文。

2. 依本法第 4 條第 1 項規定，行政執行，由「原處分機關」或該管行政機關為之。因此，人民所負之行為或不行為之義務，其強制執行應由「原處分機關」為之。

3. 執行要件

(1) 執行名義

(2) 義務人須負有行為或不行為之義務且逾期仍未履行

(3) 先經須書面「告戒」：行政程序法第 27 條第 1 項規定，行為或不行為之執行，須以處

分書或另以書面限定相當期間履行(限期履行書)，並載明逾期不履行者，得為強制執行。

#### 4. 執行方法與程序

(1) 間接強制之代履行：義務人未履行某一行政法上之行為義務，而依該義務之性質，其履行由「義務人自己」或「他人」為之實際效果並無不同時，執行機關得委託第三人或指定特定人代替義務人作成該行為，而向義務人收取費用，已達成行政上之目的。本法第 29 條規定：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者」

(2) 間接強制之怠金：怠金」亦稱為強制金，乃是義務人不履行其行政法上之行為義務或違反義務時，由行政機關對其核定特定金額，現其行，如義務人仍不依限期履行者，則對其強制收取該金額，使義務人感受金錢負擔之心理壓力，間接促使其履行義務之強制方法。本法第 30 條規定：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為不能由他人代為履行者」

(3) 直接強制：義務人不履行其行為或不行為之義務時，由執行機關對其或其物，使用人身實力、輔助器具或武器，以實現履行義務之同一狀態之執行方式者。換言之，直接強制係指，執行機關對於不履行行政義務之義務人，直接就其身體或財產，加諸「物理上之實力」，使其產生與履行相同之狀態。

直接強制嚴重干涉義務人之身體、自由或財產，應屬為「最後之手段」。故本法第 32 條規定：「經間接強制不能達成執行目的，或因情況急迫，如不及時執行，顯難達成執行目的時，執行機關得依直接強制方法執行之。」即揭示「間接強制優先原則」。而直接強制之方法，根據行政執行法第 28 條第 2 項之規定，有扣留、收取交付、拆除住宅、斷水斷電及其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法

#### (三) 即時強制

1. 係指前提上，並無一應強制履行之行政法義務之存在，而是為防止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而且有即時處分之必要時，此時行政機關於法定權限範圍內，所採取之強制措施。

#### 2. 要件：

- (1) 為防止犯罪、危害之發生或避免急迫危險。
- (2) 有即時處置之必要者。
- (3) 須於法定權限範圍為之。
- (4) 應遵守比例原則。

#### 3. 執行方法

##### (1) 對人管束

本法第 37 條規定：「對於人之管束，以合於下列情形之一者為限：一、瘋狂或酗酒泥醉，非管束不能救護其生命、身體之危險，及預防他人生命、身體之危險者。二、意圖自殺，非管束不能救護其生命者。三、暴行或鬥毆，非管束不能預防其傷害者。四、其他認為必須救護或有害公共安全之虞，非管束不能救護或不能預防危害者(第 1 項)。前項管束，不得逾二十四小時(第 2 項)。」

##### (2) 對物之扣留、使用、處置或限制其使用

本法第 38 條規定：「軍器、凶器及其他危險物，為預防危害之必要，得扣留之(第 1 項)。扣留之物，除依法應沒收、沒入、毀棄或應變價發還者外，其扣留期間不得逾三十日。但扣留之原因未消失時，得延長之，延長期間不得逾兩個月(第 2 項)。扣留之物無繼續扣留必要者，應即發還；於一年內無人領取或無法發還者，其所有權歸屬國庫；其應變價發還者，亦同(第 3 項)。」

##### (3) 對住宅、建築物或其他處所之進入

本法第 39 條規定：「遇有天災、事變或交通上、衛生上或公共安全上有危害情形，非使用或處置其土地、住宅、建築物、物品或限制其使用，不能達防護之目的時，得使用、處置或限制其使用。」第 40 條規定：「對於住宅、建築物或其他處所之進入，以

人民之生命、身體、財產有迫切之危害，非進入不能救護者為限。」

(4)其他依法定職權所為之必要處置

4.對即時強制之救濟

即時強制係行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，不得已採取之必要處置，且有保障公益與私益之目的。然官署實施即時強制措施對於無辜之第三人難免造成其損失，對於無辜之第三人難免造成其損失，基於公平原則與保障人民財產權，自當予以適當之補償。爰於同法§41 I 規定「人民因執行機關依法實施即時強制，致其生命，身體或財產遭受特別損失時，得請求補償。但因可歸責於該人民之事由者不在此限」。

四、人民對行政處分本身不服，應採取如何的救濟管道？人民對違法行政處分發生的損害，應採取何種救濟管道？

【擬答】：

(一)內部救濟管道

行政機關之上級機關或法律特別規定之機關得先於自行審查行政處分之合法與妥當性，得分為訴願與異議或其他訴願先行政程序。

1. 訴願程序:對於行政處分為法或不當，致侵害權利或利益時，得向原處分機關或其上級機關提起訴願表示不服。訴願法第 1 條定有明文。
2. 異議或其他訴願先行政程序:訴願先行政程序係指，人民依法定程序對行政機關之決定，向原處分機關表示不服並請求為一定之表示。先行政程序於國內之用語雖有所差異，然而本質相同，例如稅捐稽徵法之「復查」、集會遊行法之「申復」皆屬之。

(二)外部救濟管道

我國審判體系採二元體制，對於私法事件係普通法院管轄，而公法事件則由行政法院管轄，我國行政訴訟近年之修正，增添訴訟種類，從以往撤銷訴訟外，增加課予義務訴訟、一般給付訴訟及確認訴訟，以因應現在多元之公法事件，更能保障人民權利。

1. 針對行政處分本身不服，應採取何種救濟管道，須視人民對於該行政處分之請求而定，倘若該行政處分係屬違法，請求之目的希撤銷該行政處分，則須提起撤銷訴訟；再者，人民希望國家給與一個行政處分，則提起課予義務訴訟；末者，行政處分已經執行完畢且效力終結時，則須提起確認訴訟加以救濟。茲分述如下；

(1)撤銷訴訟

①「撤銷訴訟」係指，由行政法院以撤銷違法行政處分的方法，原則上溯及既往地消滅該行政處分的效力，使原告因該違法處分被侵害的權利得以回復之行政訴訟。其性質上屬於形成訴訟之一種。行政訴訟法第 4 條第 1 項規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」

②要件

- (A)須有行政處分存在
- (B)原告須主張行政處分違法並損害其權利或法律上利益
- (C)須經訴願程序而未獲救濟
- (D)須於法定期間內提起

(2)課予義務訴訟

①「課予義務之訴」又稱「義務之訴」、「請求應為行政處分之訴」、「應為行政處分之訴訟」，係指請求行政法院令行政機關應作成行政處分，或應作成特定內容之行政處分之訴訟。性質上屬於一種給付訴訟。又可分為

②怠為處分之訴

係指行政機關對人民請求作成特定行政處分之申請，於法令所定期間內應作為而不作為，人民認為其權利或法律上利益受損害者，得請求高等行政法院判令行政機關應為行政處分或應為特定內容的行政處分的訴訟。行政訴訟法第 5 條第 1 項規定，

## 公職王歷屆試題 (98 司法特考)

其要件包括原告所申請者須為行政處分或特定內容之行政處分、須該管機關於法定期間內應作為而不作為、原告須主張損害其權利或法律上利益、須先經訴願程序而無結果。

### ③拒為處分之訴（駁回處分之訴）

係指人民申請作成特定內容之行政處分，而遭行政機關予以駁回，認為其權利或法律上利益受侵害者，得請求行政法院判令原處分機關作成遭拒絕之行政處分，或特定內容之行政處分之訴訟。行政訴訟法第 5 條第 2 項規定，其要件為須原告已依法規申請該管機關作成特定之行政處分而遭拒絕、原告權利或法律上利益受侵害及須先經訴願程序而無結果、須未逾越起訴期間。

### (3)確認訴訟

#### ①所謂「確認訴訟」係指，由行政法院確認行政處分無效、已執行完畢或已消滅的行政處分違法，以及公法上的法律關係成立或不成立之訴訟。

行政訴訟法第 6 條第 1 項規定：「確認行政處分無效即確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」

#### ②確認行政處分無效

行政訴訟法第 6 條第 1 項前段，確認行政處分無效，係指對客觀尚屬於行政處分，而依原告主官上認知其屬於無效而提起訴訟。

要件為須以行政處分無效為訴訟客體、須先依行政程序法之規定請求確認無效、須有即受確認判決之法律上利益

#### ③確認已執行完畢或已消滅的行政處分違法

行政訴訟法第 6 條第 1 項後段，確認已執行完畢或因為其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟。

要件為須以因已執行完畢或其他事由而消滅之行政處分為違法為訴訟客體、須有即受確認判決之法律上利益及須原告不得提起撤銷訴訟。

### 2. 人民對違法行政處分發生的損害，應採取國家賠償加以救濟，茲分述如下；

(1) 人民因公務員執行職務行使公權力之違法行為致其權益受到損害，由受害人向國家請求賠償，從而使國家對其負擔損害賠償責任。

#### (2) 公務員責任

國賠法第 2 條第 2、3 項：「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。前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」分析要件如下

① 行為人須為公務員

② 須為執行職務行使公權力之行為

③ 須行為不法

④ 須行為人有故意過失

⑤ 須人民之自由或權利受到侵害

⑥ 不法行為與損害之發生須有相當因果關係