

98 年公務人員特種考試法務部調查人員考試試題

等 別：三等考試

類 科：法律實務組

科 目：行政法

解題：李澤老師

一、行政裁量應遵守之義務為何？裁量瑕疵類型有哪些？試從學理及相關法律規定分析說明之。

【破題解析】	本題是很傳統的行政法考題，用清楚的文字慢慢鋪陳即可。
【命中特區】	本班命中/行政法講義書(A)/編號：B9L02/頁 221 以下/李澤編著。【命中率】100%

【擬答】：

「行政裁量」係指行政機關在法律規定的構成要件實現時，由法律授權，本於行政目的選擇不同的行為方式，其至少有兩種甚或數種可能性而被賦予某種程度的行為自由。裁量又被稱為「立法者的賦予」，意思即在於立法者要求行政機關依法行政之餘，賦予行政得在個案中有其一定的形成與決定空間，以落實個案正義。

(一)行政裁量應遵守之義務：

1. 法律授權行政為裁量時，法律之拘束雖較為寬鬆，但並非放任行政機關自由決定。行政機關行使裁量權時，仍應遵守法律授權之目的，及相關之法律界限。行政程序法第 10 條規定：「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。」；行政訴訟法第 201 條亦規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。」準此，裁量並非完全自由，而是個案中追求「合義務(合目的性)之裁量」或「法律拘束之裁量」。
2. 「合義務性裁量」即要求裁量不得「逾越」及「濫用」，也就是說，行政機關為裁量決定時必須考量其行政目的與各種法治國原則的精神，以探求個案中最適切的裁量結果。

(二)裁量的司法審查與裁量瑕疵的態樣

1. 司法對於行政裁量之審查：原則予以尊重

行政機關若基於法律授權，其決定往往享有一定程度之形成自由，至多僅為不當之行政決定，而非違法之行政決定，故原則上法院應予以尊重。

2. 例外：裁量瑕疵時得介入

惟裁量倘若違背法律授權之目的或超越授權之範圍時，即構成違法，法院即得介入審查。關於裁量瑕疵，學說上有幾種類型：

- (1) 裁量逾越：

裁量決定之內容逾越法律所設定之界限時，構成「裁量逾越」之瑕疵，該裁量處分違法。此種裁量界限可稱為「客觀之裁量界限」或「外部界限」。

- (2) 裁量濫用(誤用)：

行政機關裁量權之行使，雖未違背法定界限，但卻違反法律授權的目的、漏未審究應加斟酌的觀點、摻雜與事件無關的因素或動機、或違反一般法律原則如不當連結等，皆屬之。此種瑕疵屬於行政機關作成裁量處分之內部過程有缺陷，構成內部裁量權誤用之裁量瑕疵，該裁量處分亦為違法。

- (3) 裁量怠惰：

行政機關依法享有裁量權限，但因故意或過失而消極的不行使裁量權限；或未認清裁量之基礎事實；或漏未審酌應斟酌之觀點；或對應加斟酌的要素，未做合乎授權意旨的適切考量。

(三)司法審查的密度理論：

晚近對於裁量與不確定法律概念之概念，並不認為其為本質上的差異，皆屬一種立法者預先設定同時賦予行政機關詮釋或決定空間的自由表現，然此一自由卻又受到法律與行政目的的拘束，故釋字 553 號解釋理由書中提出對於不確定法律概念審查的密度理論，應也可

公職王歷屆試題 (98 調查局特考)

用於法院對於行政裁量是否合法或合義務時的標準，讓法院在行政裁量瑕疵或不合義務時，予以指謫廢棄。

二、公務人員退休法第 4 條第 1 項規定：「公務人員有左列情形之一者，應准其自願退休：一、任職五年以上年滿六十歲者。二、任職滿二十五年者。」據此規定，試問：

(一)符合退休要件之公務人員被所屬機關以財政困難為由拒絕其退休之申請，該拒絕是否合法？理由何在？

(二)行政訴訟法所提供之救濟途徑為何？

【破題解析】	本題與 95 年律師第 3 題的第 1 小題幾乎一樣，即便沒有研究過，仍是個以觀察條文結構與善用行政法上原理原則即能有不錯發揮的考題。坊間有些解答以地方制度法與財政收支劃分法中的預算觀點來支持可以財政困難作為拒絕退休申請的理由，一來考生很難在考試中寫出這樣的答案，二來筆者認為亦不合理，故採取對立見解，考生可自由發揮。
【命中特區】	本班命中/行政法講義/編號：24/頁 39 以下/李澤編著。【命中率】90%

【擬答】：

(一)所屬機關以財政困難為由拒絕符合要件之公務人員退休，應為違法：

1. 退休與退休金的請領皆為公務員服公職的權利：

所謂公務員之退休，係指公務人員任職滿一定年數，並年滿一定歲數後；或有不堪勝任職務之情事，而自願或強制脫離所任職務，終止公務人員關係，由國家給付金錢以照顧其日後生活者；因退休而受領之金錢給付，即為退休金。退休金之目的，除在酬謝退休人員國家的貢獻外，更在由國家照顧退休人員之生活，公務人員對於國家，享有領取此項退休金之權利，即為退休金給付請求權(憲法第 18 條、釋字第 455、614、658 號解釋參照)。

2. 本法之規定並無以財政作為考量的裁量空間：

(1) 條文意旨的違反：

依公務人員退休法之規定，退休分為「自願退休」及「命令退休」兩種方式，凡符合法定退休條件的公務人員，經核定退休後，均可享有退休金給付請求權。而細觀公務人員退休法第 4 條第 1 項之規定，立法意旨在於合乎條文的要件下，「應」准其自願退休，可見條文之規定並無讓行政機關在條文要件以外有自由決定是否給予退休，或准予退休卻不發放退休金之權限，如行政機關以財政困難作為理由拒絕公務員退休之申請，顯已逾越法律之意旨，不符合本條之規範目的；

(2) 原理原則的違反：

以財政困難作為拒絕退休之理由亦有不當連結與比例原則(同法第 7 條)之疑慮；不同年度與不同機關之公務員在同樣符合條文要件的情形下申請退休，卻也可能因此有不同結果，顯已違反平等原則(同法第 6 條)；公務員在擔任公務員之初信賴國家法規，預設其須服公職之時間並進以規劃工作與退休之生活，所屬機關以條文外之理由拒絕退休，亦與誠信原則不符(行政程序法第 8 條)。

(3) 憲法上權利的違反：

再者，憲法上服公職權帶有工作權的性格在內，其防禦面向除了包含國家不能任意剝奪具有該資格之公務員之外，同樣地，也不能強迫其人民必定要服公職不可。今所屬機關拒絕符合資格的公務員退休，形同要求其繼續服職，公務員如果消極抵抗(不去上班)，可能受到後續不利益之制裁(如領不到退休金)，此種效果導致退休未獲准之公務員勢必只能繼續工作，形同消極工作權的侵害，已然嚴重違反人性尊嚴，疏難想像其有任何合法之空間存在。

(二)公務員在經過復審後仍不符得提起課予義務訴訟：

1. 若公務員提出退休申請，所屬機關予以拒絕，此種否准行為已涉及公務員身分的存續與退休金(財產權)的取得，實屬重大不利影響，為一具外部法效性的行政處分。

公職王歷屆試題 (98 調查局特考)

2. 公務員如對此拒絕處分不服，經向保訓會提起復審仍未獲救濟，得進一步已所屬機關為被告，提起行政訴訟法第 5 條第 2 項之課與義務訴訟，以資救濟。

三、以農業及養殖為主之雲林縣有許多農民開鑿水井取用地下水灌溉農作物及養殖魚類，造成地層下陷影響高速鐵路通車營運，行政院(簡稱 E)乃要求將在高速鐵路行經雲林縣路段兩側各 1.5 公里範圍內的一萬二千多口水井封閉。甲、乙、丙等九成以上農民認 E 之要求既無書面，也未送達、記明理由及聽取陳述意見，且嚴重影響其灌溉、養殖，威脅其生計，可否提起行政爭訟？可否獲得救濟？試分析之。

【破題解析】	本題雖然不長，但卻是很結構很完整的行政法實例題，發揮空間很大，考生必須掌握以定性作為源頭，有層次地慢慢處理「先程序後實體」、「先形式後實質」的問題(都有問到)，其中考到了一般處分在行政法上的幾個重要爭點，是個不錯的考題。
【命中特區】	本班命中/行政法講義書(A)/編號：B9L02/頁 320 以下/李澤編著。【命中率】100%

【擬答】：

本題周邊農民得否提起救濟、提起何種訴訟與是否有理，關鍵在於行政院要求封閉水井之行為性質為何？以下依序討論之：

(一)行政院要求封閉水井之行為應為一般處分：

1. 行政院要求封閉水井為一公法上具有法效性之單方行政行為，為其是否具有行政處分個別性之要求不無疑問。按處分之個別性須符合「事件具體」與「對象特定」之特徵，本案行政院之要求將高鐵行經雲林縣路段兩側範圍內之水井封閉，屬規範效力一次完結之具體事件，然其相對人並非特定。行政行為在事件具體，相對人雖非特定，但依一般性特徵可得特定時，屬對人之一般處分，適用行政處分之要件與效果。故該行為之關鍵即在於相對人是否「可得特定」？
2. 系爭要求水井封閉之行為相對人雖非特定，然在行政院下令封閉之時，即可依照原本各該水井合行政程序法第 92 條第 2 項前段之特徵，行政院此一要求封閉水井之行為應屬對人的一般處分。

(二)周邊農民得提起撤銷訴願(訟)：

周邊原本得使用水井用以灌溉作物之農民，因受到行政院此一處分之規制而無法繼續使用，基於處分相對人理論，周邊被特定之農民應有權利被侵害而具備訴(願)訟權能，其若欲提起救濟，應先依訴願法第 1 條向行政院提起撤銷訴願，不獲救濟時，再以行政院被告，提起行政訴訟法第 4 條第 1 項之撤銷訴訟。

(三)周邊農民之實體主張是否有理：

1. 形式合法事由部分：農民主張該處分並無書面送達、也無記名理由與陳述意見並無理由。

(1)書面與送達部分：

按行政處分在法無特別規定時，不以作成書面為必要(行政程序法第 95 條參照)，非書面之處分自無須送達相對人；又一般處分之生效方式以公告為足，無須一一送達(同法第 100 條第 2 項、110 條第 2 項參照)。

(2)記明理由部分：

按書面之處分方有記明理由之標準記載要求(同法第 96 條第 1 項第 2 款)，系爭處分並非以書面作成；且一般處分依照行政程序法第 97 條第 4 款，本為無須記載理由之例外。

(3)陳述意見部分：

限制人民權利之行政處分，除非符合行政程序法第 102、103 條規定之例外，皆應給予人民陳述意見之機會，系爭處分似乎不符合條文規範之例外。然學者參酌前開第 97 條之規定，認為一般處分無須附記理由，主要在於效率考量，而給予陳述意見對於效率

公職王歷屆試題 (98 調查局特考)

的破壞更是顯而易見，故參考德國學理，擴張解釋或類推適用第 103 條第 1 款之「大量處分」之效果，認為一般處分也無須給予陳述意見。依此見解，則系爭處分亦無須給予陳述意見。

(4)小結：綜上所述，周邊居民關於正當程序之主張皆無理由。

2. 實質合法事由之部分：

(1)本案並無提供相關法規以供判斷，法令是否與如何允許周邊農民開鑿水井？以及國家是否有得限制其使用之依據？故無從以具體法規討論其實質內容是否合法。然就行政法上之原則而言，若主管機關有其他同樣能達成避免地層下陷以供高鐵營運之手段；或無須封閉如此大範圍之水井也能達成同樣目的；或有其它可資運用之配套方式卻不予一併規劃，即大規模地限制全縣所有高鐵經過路段 1.5 公里內的全部水井，則已違反比例原則而違法(行政程序法第 7 條、釋字 437、476、584、604 號解釋等參照)。

(2)退萬步言，縱使認為該處分之限制並無違反法規或比例原則，然此一公權力行為之附隨效果若已生特別犧牲，學說稱為徵收作用之侵害(具徵收附隨效果之侵害)，則應予以補償。本案雖非對於周邊農民財產權的直接徵收或侵害，然限制其使用周邊水資源而影響其作物與養殖，破壞其生計，實已達特別犧牲之程度，則應有補償，否則此一行為則為違法。

(3)小結：以上之說明若能成立，則周邊農民之主張為有理由，法院應下撤銷判決，使其得到救濟。

四、行政處分以執行完畢，當事人可否提起或續行撤銷訴訟？抑應改換確認訴訟？試評論之。

【破題解析】	這個問題雖然不算非常常考，但是是學行政訴訟法上很重要的一個問題，關係到對於確認違法之訴功能的理解，學行政法自然不能不會，考試亦然。
【命中特區】	本班命中/行政法講義/編號：21/頁 36 以下/李澤編著。【命中率】100%

【擬答】：

人民對於違法處分欲排除侵害，應提起撤銷訴願與撤銷訴訟，惟當撤銷訴訟進行中，行政處分已執行完畢，當事人該如何進行後續訴訟？答案不可一概而論，以下討論之：

(一)確認處分違法訴訟之條文文義：

行政訴訟法第 6 條第 1 項規定：「確認行政處分無效及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。」究其文義，該項後段將「執行完畢」與「其他事由而消滅」並列，似乎意謂著，執行完畢之處分即得提起確認處分違法訴訟。

(二)學者對於「執行完畢」一詞的解釋：

1. 然而，學者們則認為本條規範之「執行完畢」應解釋為「執行完畢到處分效果已消滅之情形」，方得提起確認處分違法之訴。蓋執行完畢泛指一切可使處分之規範效果在客觀上完全實現之措施，惟效果實現並不代表該處分之規制效果即不存在，若處分規制效果雖實現卻持續存在，則仍有撤銷實益，則應續行撤銷訴訟；反之，若處分執行完畢到效果已消滅之情形，則無從撤銷，此時即可改換確認訴訟，此種處分也就是學者所稱之「已消滅(或失其效力)之處分」，而此種訴訟則同德國法上之「繼續確認訴訟」之法例。

2. 由此可知，條文中的「執行完畢」，不應與「其他事由而消滅」並列作為得提起確認處分違法之訴的態樣之一，而應將「執行完畢」視為處分消滅的一種例示。故對於已經執行完畢之行政處分提起確認違法之訴，必須該處分已經消滅方得為之。

(三)行政處分執行完畢時應為何種訴訟之關鍵在於處分效力是否消滅：

由上可知，行政處分執行完畢後應續行撤銷訴訟或改換確認訴訟，非有絕對答案，關鍵毋寧在行政處分是否消滅？也就是是否仍有撤銷實益？以下試分兩種情形舉例說明：

1. 行政處分已執行完畢，然其效力仍繼續存在：應續行撤銷訴訟

例如，行政機關對學生作一退學處分，該處分在註銷學籍後即執行完畢，惟此一執行完畢之退學處分規制效果仍繼續存在，此時該處分之執行所直接造成之不利益狀態仍然存在且有除去之可能，受退學之學生即有續行撤銷訴訟之實益。學者更指出，此種情形續行撤銷訴訟，並得依行政訴訟法第 196 條聲明回復原狀(釋字 213 之意旨亦同)。

2. 行政處分已執行完畢，且其效力已然消滅：改提確認處分違法訴訟

例如：行政機關下一拆除違建之行政處分，相對人雖在經訴願後提起撤銷訴訟，然訴訟進行過程中，因提起訴訟原則不停止執行，相對人之建物遭行政機關拆除完畢，此時行政處分因執行完畢完成其欲規制之效果，即已無從透過撤銷訴訟排除其效力，亦無法回復原狀，此時人民在尚有提起確認判決之法律上利益時(如為了附帶或後續的國賠訴訟，關於訴之利益，釋字 546 號解釋參照)，則得轉換提起確認處分違法之訴，此方為行政訴訟法第 6 條第 1 項後段之規範意旨所在。

(四) 行政訴訟法修正草案採取上述之見解：

綜合上述，可知現行行政訴訟法第 6 條之規定，或有不明之處，近日提出之行政訴訟法修正草案之內容，為符合上開意旨，對於部分文字有所修正與增訂，可資參考：

1. 草案第 6 條第 1 項規定：「確認行政處分無效及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。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。」

2. 又草案第 196 條第 2 項規定：「撤銷訴訟進行中，原處分已執行而無回復原狀可能或已消滅者，於原告有即受確認判決之法律上利益時，行政法院得依聲請，確認該行政處分為違法。」該條立法理由為：「行政處分已執行與行政處分消滅不同，如有回復原狀之可能，依第一項意旨，應可提起撤銷訴訟。而如於合法提起之撤銷訴訟進行中，原處分經撤銷或因其他事由消滅，或已執行且無法回復原狀者，即無從撤銷。惟如原告對於原行政處分為違法復有即受確認判決之法律上利益時，自應許其得有救濟之機會，爰增訂第二項。」上開兩條修正草案皆可看出，執行完畢之處分，應視其效果是否消滅(或有無回復原狀之可能)，來決定其後續之訴訟方式。

公職王