

《行政法》

試題評析

考題就整體而言，並不困難，惟第一題考出較少被行政法學者關心之「條約」作為法源之問題，可能對於沒有地毯式學習的考生而言會有被「突襲」的感覺。但此題亦突顯出考生學習行政法時必須面面俱到，細心以對之基本要求。除了學說之見解外，司法院釋字第329號解釋之內容亦為討論之重點；第二題則為行政訴訟與主觀公權利之問題，為相當傳統之考點，如果平常穩紮穩打，本題拿高分並不困難。

甲、申論題：

一、請附理由回答以下問題：

- (一)條約是否得為行政法之法源？(7分) 其限制或條件為何？(5分)
- (二)我國與其他國家所締結之國際書面協定在行政法上之法源位階為何？(8分) 前者如與其他成文法源相互抵觸時，應以何者優先？(5分)

答：

(一)條約與法源

1.法源之意義與分類

法源，即「法之淵源」，即構成行政法之法規範所以成立及表現之形式；藉以界定行政法之法規範疇與表現形式，以瞭解行政法之構成內容。行政法上探討法源有其必要性，蓋行政執行事務必須遵守依法行政原則；司法審判時，依據憲法第80條必須依法審判；人民亦必須依據法律享受權利、負擔義務。故法律之內容得以界定以上之範圍。然而，行政法之法律體系內容發展較晚，諸多行政法律之制定與修正乃於西元2000年前後進行，且並無統一之法典體系。相較於民、刑法在我國發展早有數十年歷史，且有統一之法典而言，吾人於需要尋找並適用行政法律時，即有相當之困難。故而，適用行政法時必須進一步尋找「法源」，即找出法秩序中究竟有何抽象法規對行政機關、法院即人民有拘束力。

法源依其是否透過有意識之立法程序制定，可以分為成文法源與不成文法源。前者包括憲法、法律、法規命令；後者則包括習慣法、判例、大法官解釋以及行政法一般原理原則。

2.條約作為法源及依據

(1)條約之意義

條約者，司法院釋字第329號解釋認為係「中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。」依學者見解，乃指二以上之國家或國際法人所締結，發生國際法上效力之協定。

(2)條約作為法源之依據

條約是否得作為行政法之法源？學者間見解不一，有認為基於憲法第23條規定之法律保留原則，以及憲法第170條明示法律之意義乃在於立法院通過，總統公布之規定，認為條約原則上僅係間接之法源。惟多數見解仍肯定條約得作為行政法之法源，蓋憲法第141條規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」而憲法第63條中明示條約案之審查為立法院之職權，審查之程序與法律案相同。故此，條約作為行政法之法源應無問題。

3.條約成為行政法法源之條件

條約如何成為行政法之法源？因條約在國際法上雖有拘束締約國之效力，然因簽署之當事人乃國家，而非個人，故必須經「內國法化」，方得直接拘束人民。

學者認為，條約成為行政法法源之可能性有三：

- (1)直接作為法規適用，例如：兩國間避免雙重課稅之條約或協定、引渡條約。
- (2)需制定法規始能使用，例如：台美間智慧財產權保護之協議必須以法規施行，以及著作權公約簽訂後，必須依賴著作權法規定實施之。
- (3)國際法之原則經司法審判機關採用，並作為判決先例者。

而司法院釋字第329號解釋則認為，如係經立法院審議通過者之條約，則即得作為國內法之法源依據，

而無須另行重新立法將條約之內容重新改爲法律。

(二)條約之法律位階問題

1.條約之法律位階

條約既得作爲行政法之法源，則其位階爲何，即屬重要。惟此問題無法一概而論，必須區別條約之種類：如係兩個國家以「國家」之名義簽署而需經立法院批准者，乃國際法上典型之「條約」；而如係兩個國家之「政府」間或對等之代表機構所簽署，而僅需經行政院批准，無須送立法院批准者，乃屬「行政協定（executive agreement）」。

而其位階爲何？觀諸司法院釋字第329號解釋可知：「總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第38條、第58條第2項、第63條分別定有明文。依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。」故「條約」之位階，應等同與法律。然如係「行政協定」者，因其未經立法院批准，故其位階應較條約爲低，而僅有法規命令之位階。

2.條約與其他成文法源牴觸時之優先問題

如條約與其他成文法源牴觸，又如何處理？此應分別觀之：

(1)條約與憲法牴觸

憲法乃內國法之最高法秩序，作爲保障人民基本權利之依據。故此，於內國法秩序中，不得存在任何違背憲法之法秩序。如前所述，條約之效力位階乃等同於法律，行政協定之效力位階乃等同於法規命令，則依憲法第171條第1項：「法律與憲法牴觸者無效。」、第172條：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」，故而如條約或行政協定與憲法相牴觸者，應屬無效，而以憲法擁有優先之地位。

(2)條約與法律牴觸

條約之地位與法律相同，則如相互之間牴觸又如何處理？學說上認爲，雖然二者同屬法律位階，但基於我國憲法第141條所明示之「尊重條約」之要求，二者牴觸時應以條約優先。實務上，最高法院23年上字第1074號判例亦曾同此見解。（雖本號判例已經最高法院99年度第1次刑事庭會議決議不再援用，惟理由並非認爲該有關條約效力部分有疑，僅係因時代久遠而被認爲不合時宜，故不影響其法律見解，仍值得參考。）而若係行政協定與法律牴觸者，因其未經立法院批准，故不可能取得優先於法律之地位。此時，依憲法第172條、行政程序法第158條第1項第1款規定應屬無效。

【參考書目】

- 1.朱律師，《高普考行政法講義第一回》，頁44-45。
- 2.陳敏，《行政法總論》，第6版，2009年，頁75-76。
- 3.陳清秀著，翁岳生主編，《行政法（上）》，2006年，頁116-117。
- 4.吳庚，《行政法之理論與適用》，第9版，2005年，頁43-45。

二、某甲爲高雄縣民，擬於位在高雄市內所有土地上建造一棟五層樓透天厝，乃檢具相關文件向高雄市政府工務局申請核發建築執照。但工務局在審查某甲提出之工程圖樣及說明書時，承辦本案之公務員卻因疏忽而未注意某甲並未依建築法之相關規定預留防火隔間逕行發給建築執照。該土地隔鄰之土地所有人某乙在建築工程進行中發現以上情事後遂以建築執照部分爲違法，向高等行政法院提起行政訴訟。試問：（25分）

（一）針對建築執照部分，某乙是否有提起行政訴訟之權利？（12分）

（二）某甲之建築執照若被撤銷，是否得以公務員有過失爲由，請求國家賠償？（13分）

答：

（一）乙是否得提起行政訴訟？

1.乙之主張內容及所提起之訴訟類型

本件中欲判斷乙是否得提起行政訴訟，必須先判斷其應提起之訴訟類型，再藉以判斷其訴訟要件。本件中，乙所不服者，乃高雄市政府工務局發給甲之建築執照，核其性質乃行政程序法第92條第1項之行政處分。故乙實際上所欲主張之訴之聲明，當爲請求行政法院判決排除該行政處分之效力，以免甲獲得建築執照後得以興建有問題之透天厝。故乙應依訴願法第1條提起撤銷訴願，未獲救濟時再依據行政訴訟法第4條提起撤銷訴訟，請求撤銷建築執照之行政處分。

2.乙得否提起行政訴訟：訴訟要件之審查（訴之合法性審查）

假設乙已經訴願程序而未獲救濟，本件中乙是否得續行提起行政訴訟，乃形式層面對於乙所提起訴訟是否合法之問題，故必須針對訴訟要件是否具備而觀察。觀諸本件最可能有疑問之部分，應屬「訴訟權能」及「訴訟當事人適格」之問題。分析如下：

(1)訴訟當事人適格及訴訟權能之意義

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。」其中有「損害其權利或法律上之利益」之判斷，即行政訴訟法制上對於「當事人適格」及「訴訟權能」之要求。

所謂當事人適格者，乃指當事人在具體訴訟中，具有訴訟實施權者。當事人於特定訴訟中，就其主張而為爭議之權利，具備得以自己名義進行訴訟之資格，稱之為訴訟實施權。本件乙作為原告，必須具有「積極之訴訟實施權」而具備「積極之當事人適格」。

而訴訟權能者，則指在個別訴訟中就訴訟標的主張自己權益者。在撤銷訴訟或課予義務訴訟中，原告必須主張「權利或法律上利益因違法之行政處分或行政不作為而受有損害」，其訴訟之提起方為合法。

而又為何需規定此二概念？當事人適格者，目的在於避免人民自居公益管理人或他人法律利益管理人，任意提起民眾訴訟（公益訴訟）；而訴訟權能者，原告上須具備個人權益遭受公權力主體作為或不作為之侵害之法律上處境，同時具備「對抗侵害」及「涉及本身」之要素。然而，二者並非不同之概念，訴訟權能概念之建立，乃為輔助吾人判斷原告是否具備積極當事人適格之工具。而認定原告是否具備訴訟權能及積極當事人適格時，學者認為行政法院應採寬鬆之態度，即採「可能說」，只要人民主張其權利或法律上利益之情事「有可能成立」時，行政法院即得認為原告之訴為合法。理由在於，因行政訴訟存在「民告官」之地位不平等情形，行政法院如過度限制人民提起行政救濟，將使人民難以對抗行政機關，反而是更不平等之作法。

(2)當事人適格及訴訟權能是否具備之判斷：主觀公權利及保護規範理論

①當事人適格及訴訟權能成立之認定

而進一步言，何種情況下方足以認定原告具備積極當事人適格及訴訟權能而得提起訴訟？最主要者，乃原告得以主張其「自己之權利」受到侵害，即得提起之。蓋撤銷訴訟之類型，並非客觀訴訟（公益訴訟，不涉及原告之權利，僅涉及公益者），而係主觀訴訟，故當事人必須說明其受到侵害之權利內容。然而，當事人是否有權利受到侵害，無法一概而論。而且行政法之法律規定又多與公益有關，個案中是否有當事人權利侵害，未有「一望即知」之可能。故此，必須仰賴進一步之標準判斷。

②主觀公權利與保護規範理論

承上所言，行政法之法律關係與民法之法律關係有所不同，人民並非在行政法之所有領域均普遍享有請求權。故當事人是否得提起訴訟主張保障，必須先判斷此時人民受到侵害者，是否為主觀公權利或法律上利益。反之，如果僅係反射利益受到侵害者，不得起訴主張之。

學說上認為，主觀公權利之成立要件有三：

A.具有使公行政負有作成特定行為義務之法規範

必然存在抽象法規範，而使行政機關負有一定之義務。

B.該法規範需在於達成個別人民之利益

法律如僅規定保障公益，不足以作為人民主張權利之依據。故法律中除了保障公益之目的外，至少亦需有保障個別人民利益之目的存在，方得作為人民請求保障之規定。

C.授與當事人貫徹其利益之法律力量

法律中明訂有人民得向行政機關請求作為、不作為或得起訴請求之依據。

而其中「授與當事人貫徹其利益之法律力量」之要件，並非所有寓有保障人民權利目的之法律均有規定。故學者普遍認為，僅需具備「具有使公行政負有作成特定行為義務之法規範」及「該法規範需在於達成個別人民之利益」此二要件，即可認定人民有請求法院保障其權利之可能性。故判斷之重點，即落在第二要件「該法規範需在於達成個別人民之利益」之成立。而其成立與否，應依據司法院釋字第469號解釋引述德國行政法學上之「保護規範理論」判斷，其內容為：「法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條

件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」

(3)本件之審查

依據上述標準之提出，本件中乙究竟得否提起撤銷訴訟？建築法之規定，固無明示保障鄰人之說法；然依據保護規範理論，建築法中有關防火隔間設置之規定，應可以判斷而認為除了保障不特定多數人之安全外，應亦具有保障鄰人之生命、健康、財產不受到建築物可能產生之火災情形而受損之目的。故而，本件中高雄市政府工務局將違法之建築執照行政處分發給甲，即有可能造成鄰人乙之損害。故而乙本件中乃是主觀公權利可能受損之情形，其對於前述執照處分不服而提起撤銷訴訟，自然具備訴訟權能及原告當事人適格，起訴應屬合法。

3.小結

故本件中，乙應得合法提起撤銷訴訟，請求撤銷高雄市政府工務局對甲作成之違法建築執照處分。

(二)甲是否得請求國家賠償？

1.國家賠償之意義

所謂國家賠償者，乃國家或公務員違法有責之行為，造成人民之損害，由國家或公務員所屬機關對人民為賠償而填補損害之制度。本件中甲得否主張國家賠償，必須視其是否合乎國家賠償法之規定。

2.甲之請求權基礎

本件中，甲應依國家賠償法之何規定請求？因本件中，乃涉及高雄市政府工務局公務員之疏忽造成甲之損害之情形，故甲應依國家賠償法第2條主張之。

3.國家賠償法第2條「公務員責任」之要件

國家賠償法第2條第1項及第2項規定：「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。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。」故由此，判斷是否成立該條之國家賠償，必須審查以下之要件：

(1)公務員之行為

所謂公務員，乃依本條第1項規定判斷，為：「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」

(2)須為執行職務行使公權力之行為

所要求者，必須公務員以公法形式而為行為，並且外觀上乃執行與人民權利相關之職務及屬之。

(3)須為不法行為

如公務員之行為，違反外部法（憲法、法律、法規命令、行政法一般原理原則）及內部法（行政規則）者，均屬於「不法行為」。

(4)須為有責之行為：故意過失

公務員之行為如非出於故意過失，則無須負責。

(5)因不法行為造成人民之損害

人民實際上受有權利之損害，此「權利」之認定乃採取廣義之界定，包括憲法及法律所保障人民之權利。除此之外，此損害與前述不法行為間應具有因果關係。

4.本件之審查

本件中，乃屬公務員之行為可能造成甲之損害，乃無疑義。除此之外，該公務員之行為，係因其疏忽而未注意及甲之建築圖樣之違法情形，至少具備過失之要件。而最後，甲因為該建造執照之處分遭行政院撤銷，而無法繼續興建，甚至需要拆除其已開始興建之透天厝，受有財產上之損害；而此損害亦基於前述公務員之過失不法行為造成，其間具有因果關係。故本件中，甲應得主張其權利受到侵害，而請求國家賠償。

5.小結

本件中甲得依國家賠償法第2條第2項，向公務員所屬之行政機關高雄市政府工務局（國家賠償法第9條）請求國家賠償。

【參考書目】

1. 朱律師，《高普考行政法講義第一回》，頁116-118。
2. 朱律師，《高普考行政法講義第六回》，頁50-57，頁77-79，頁110-114。

乙、測驗題：

- C** 1 依據國民年金法第 31 條第 1 項規定：「本法施行時年滿六十五歲國民，在國內設有戶籍，且於最近三年內每年居住超過一百八十三日……請領老年基本保證年金，每人每月新臺幣三千元至死亡為止……」請問國民據此請領新臺幣三千元的權利是屬於何種領域？
 (A)憲法保留 (B)行政保留 (C)法律保留 (D)非法律保留
- D** 2 有關政府資訊公開之敘述，下列何者錯誤？
 (A)以主動公開為原則 (B)支付或接受補助之政府資訊，應主動公開
 (C)政府提供資訊時，原則須向申請人收取費用 (D)申請人對駁回申請提供政府資訊，不得提起行政訴訟
- B** 3 下列何者不屬於公權力行政之範疇？
 (A)國防部與軍校生簽訂行政契約 (B)公立醫院提供民眾醫療服務
 (C)行政機關提供民眾行政指導 (D)行政機關接受民眾之陳情
- C** 4 有關行政法律關係之成立，下列何項描述為錯誤？
 (A)可依法律規定而直接成立法律關係 (B)通常須有行政處分或行政契約之具體決定
 (C)事實行為無法成立行政法律關係 (D)私法之法律行為亦可作為行政法律關係之構成要件事實
- B** 5 依行政程序法之規定，數行政機關於管轄權有爭議，如無共同上級機關時，應如何處理？
 (A)由行政法院決定之 (B)由各該上級機關協議定之 (C)由立法院決定之 (D)由人事行政局協議定之
- C** 6 下列各法令用語概念，何者為正確？
 (A)行政機關依法規將其一部分權限，委由下級機關執行者，稱之「委辦」
 (B)行政機關依法規將其一部分權限，委由民間團體或個人辦理者，稱之「委辦」
 (C)行政機關依法規將其一部分權限，委由另一不互相隸屬之行政機關執行者，稱之「委託」
 (D)地方自治團體依法令規定，以自己名義執行上級政府交辦非屬其自治團體之事物者，稱之「委任」
- B** 7 下列何者為公法人？
 (A)高雄市政府 (B)農田水利會 (C)行政院 (D)臺北市訴願委員會
- C** 8 下列有關獨立機關之敘述何者錯誤？
 (A)獨立機關必定是合議制機關
 (B)相較於一般行政機關，獨立機關之設立有助於摒除上級機關或政黨之政治干預
 (C)行政院應為獨立機關之施政負政治責任，因而內閣總辭時，獨立機關合議制成員仍應參加
 (D)依據中央行政機關組織基準法之規定，相當於二級機關之獨立機關合議制成員之任命應經立法院之同意
- B** 9 行政程序法規定，受託行使公權力之個人，於委託範圍內，視為以下何者？
 (A)公務人員 (B)行政機關 (C)法人團體 (D)營造物

- C 10 下列關於行政法一般法律原則之敘述，何者正確？
 (A)誠信原則為民法之法律原則，不適用於行政法
 (B)期待可能性原則為刑法之法律原則，不適用於行政法
 (C)信賴保護原則在我國早於行政程序法施行前即已開始適用
 (D)公益原則乃是行政法之重要法律原則，據此原則，公益恆優先於私益
- B 11 法規命令依法應經上級機關核定者，若未經核定即發布，則該法規命令之效力為：
 (A)效力未定 (B)無效 (C)得撤銷 (D)得廢止
- A 12 下列何者不屬於行政契約？
 (A)需地機關買受土地所有人之土地 (B)行政執行處與義務人達成分期給付金錢之約定
 (C)委託行使公權力之協議 (D)國家賠償之協議
- B 13 行政院環境保護署依土壤及地下水污染防治法將桃園原 RCA 工廠用地公告劃定為污染場址，此項公告屬下列何項行政行為？
 (A)觀念通知 (B)行政處分 (C)法規命令 (D)行政規則
- A 14 行政機關與人民締結雙務契約，應符合之要件為何？
 (A)須行政機關與人民互負給付之義務 (B)契約中應約定行政機關給付之特定用途
 (C)契約中應明載行政機關之給付僅供特定用途使用之意旨 (D)人民之給付與行政機關之給付間應相當，但無須任何關聯
- D 15 農業主管機關進行農漁業調查，請漁業權人填具相關漁獲資料，屬下列何項行政行為？
 (A)法規命令 (B)行政處分 (C)行政契約 (D)行政檢查
- A 16 未滿 18 歲之甲女意圖賣淫而拉客，經依社會秩序維護法第 80 條規定科處拘留後，則依行政罰法第 24 條第 3 項規定對甲女應如何處置？
 (A)不再科處罰鍰 (B)科處三萬元罰鍰 (C)科處一萬五千元罰鍰 (D)科處一萬元罰鍰
- D 17 下列關於行政執行之敘述，何者正確？
 (A)公法上金錢給付義務逾期不履行者，得由原處分機關自行執行之
 (B)行政執行，自處分、裁定確定之日或其他依法令負有義務經通知限期履行之文書所定期間屆滿之日起，三年內未經執行者，不再執行
 (C)執行期間屆滿前已開始執行者，於執行期間屆滿後即應停止執行
 (D)義務之履行經證明為不可能者，執行機關應依職權或因義務人、利害關係人之申請終止執行
- C 18 下列關於訴願程序與訴願決定之敘述，何者正確？
 (A)訴願書不合法定程式不能補正或經通知補正逾期不補正者，應裁定駁回
 (B)訴願程序進行中，請求撤銷之行政處分已不存在者，應為訴願無理由之決定
 (C)訴願人向原處分機關表示不服原行政處分，而未於三十日期間內補送訴願書者，訴願管轄機關應為不受理之決定
 (D)對於依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者，訴願管轄機關應將案件移送至管轄機關
- D 19 我國行政機關實務上，將文書交由郵務機關送達，其未能交付者，由郵務人員製通知書置於應受送達處所，並請應受送達人至郵務機關具領。此項送達方式，為行政程序法所定之下列何種送達方式？
 (A)直接送達 (B)公示送達 (C)留置送達 (D)寄存送達
- A 20 下列關於共同訴願之敘述何者正確？
 (A)二人以上對於同一原因事實之行政處分，以同一機關管轄者為限，得共同提起訴願
 (B)共同提起訴願，得選定其中一人至五人為代表人
 (C)共同提起訴願，未選定代表人者，受理訴願機關得依職權指定之
 (D)代表人經選定或指定後，由其代表全體訴願人為訴願行為。但撤回訴願，非經全體代表人書面同意，不得為之
- B 21 下列關於訴願程序中鑑定之敘述，何者正確？
 (A)鑑定人由受理訴願機關指定之，但應得訴願人之同意
 (B)鑑定人有數人者，應共同出具鑑定意見書
 (C)鑑定人因行鑑定得請求受理訴願機關或原處分機關調查證據
 (D)受理訴願機關認無鑑定之必要，而訴願人或參加人願自行負擔鑑定費用時，得向受理訴願機關請求准予交付鑑定。受理訴願機關非有正當理由不得拒絕
- C 22 確認公法上法律關係存否之訴，下列那一項不屬於其要件？
 (A)確認對象為公法上法律關係之成立或不成立 (B)須有即受確認判決之法律上利益
 (C)須先經機關確認之程序 (D)須已不得提起撤銷之訴
- D 23 下列有關國家賠償事件之分析，何者錯誤？
 (A)國家賠償以金錢賠償為原則，以回復原狀為例外
 (B)公權力受託人違法行為所引起之國家賠償事件，以委託機關為賠償義務機關
 (C)若被害人未即時採取權利防衛措施、提起行政爭訟，其後請求國家賠償時，可能基於「與有過失」原則減免賠償金額
 (D)軍人若因部隊違法之管理措施而受損害，由於並非以一般人民身分而受侵害，不得請求國家賠償
- B 24 公務人員因服務機關所提供之安全及衛生防護措施有瑕疵，致其健康受損時，得依下列何法請求賠償？
 (A)民法 (B)國家賠償法 (C)訴願法 (D)公務人員保障法
- D 25 道路交通管理處罰條例規定之吊扣駕駛執照，屬於行政罰法規定之何種裁罰性之不利處分？
 (A)警告性處分 (B)影響名譽之處分
 (C)剝奪或消滅資格、權利之處分 (D)限制或禁止行為之處分