

《行政法》

甲、申論題部分：(50分)

一、依建築法之規定，未經許可發照而擅自建造者，建管機關必要時得強制拆除其建築物。甲直轄市政府為處理該市存在多年之既存違建，於民國(下略)84年訂定「甲市違章建築處理要點」；依該要點，53年1月1日以後至83年12月31日以前存在之違建為「既存違建」，「既存違建」除有危害公共安全、水土保持、公共交通或公共衛生之情形而應優先執行查報拆除外，予以拍照列管，列入分類分期計畫處理。

請問：「甲市違章建築處理要點」之法律性質為何？建管機關就不存在本題所述危害公共安全等除外情事之「既存違建」仍予優先查報拆除，是否違法？因此被拆除房屋之屋主，得否請求國家賠償？(25分)

試題評析	第一小題：關於地方法規之定性。 第二小題：行政法一般原理原則之運用。 第三小題：國家賠償法要件之分析。
考點命中	1.《高點·高上行政法講義》第5回，宣律師編撰，2015年下半年，頁96。 2.《高點·高上行政法講義》第2回，宣律師編撰，2015年下半年，頁32-33。 3.《高點·高上行政法講義》第6回，宣律師編撰，2015年下半年，頁232。

答：

(一)甲市違章建築處理要點應屬委辦規則

- 1.按，「直轄市政府、縣(市)政府、鄉(鎮、市)公所為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂定委辦規則。」地方制度法第29條第1項定有明文，是為所謂委辦規則。
- 2.次按，「主管建築機關，在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府。」建築法第2條第1項定有明文。
- 3.查，依照本件事實，甲市違章建築處理要點係為有效執行中央法規即建築法有關違章建築(以下簡稱違建)之處理規定而立，並且依照建築法，甲市政府依照立法者之委任而屬於主管機關，故甲市違章建築處理要點即屬於辦理上級機關委辦事項並經由法律之授權所定之抽象法規範，屬於委辦規則。

(二)建管機關就不存在公共安全等除外情事之「既存違建」仍予優先查報拆除，有違行政自我拘束原則及平等原則。

- 1.按，「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇」，行政程序法第6條定有明文。依該原則，尚可衍生出所謂「行政自我拘束原則」，即行政機關作成行政處分時，對於相同或具同一性之事件，為保障人民之正當信賴，並維持法秩序之安定，應受合法行政先例或行政慣例之拘束，如無實質正當理由，即應為相同之處理之意。
- 2.查，依照甲市違章建築處理要點，若是既存違建無危害公共安全、水土保持、公共交通或公共衛生之情形，建管機關僅須拍照列管即可，無須優先查報拆除，而應受該要點及前例等之拘束。然於本件事實，建管機關卻就不存在公共安全等除外情事之既存違建仍予優先查報拆除，顯然有違該要點及前例，自屬違反行政自我拘束原則及平等原則，該拆除行為當屬違法。
- 3.另以，最高行政法院102年判字第314號判決亦闡釋，「準此，臺北市內之違章建築，如係53年1月1日至83年12月31日已存在之既存違建，除非有上述處理要點第24點第1項但書所列應由上訴人訂定計畫優先執行查報拆除外，原則上應由上訴人拍照列管，列入分類分期計畫處理；其中所謂「妨礙公共交通」而有必要優先查報拆除者，且係以既存違建占用道路、人行道、騎樓或經交通、警察、消防、養護工程等目的事業主管機關認定有影響公共交通者，始屬之。尚臺北市之既存違建不具該要點但書規定情事，卻逕經上訴人優先執行查報拆除，即有悖行政之自我拘束，而有違反平等原則之違法情事。」可資參照

(三)屋主得請求國家賠償

- 1.按「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。」國家賠償法第2條第2項前段定有明文。

2.查，本件建管機關係執行職務行使公權力，並無疑義；且依照前述，建管機關卻就不存在公共安全等除外情事之既存違建仍予優先查報拆除，有違反行政自我拘束原則及平等原則之違法，而有不法之事實，並應認為有過失；且屋主因房屋被拆除而有財產受損，屬於權利損害，而與建管機關之行為具因果關係。是以，建管機關優先查報拆除不存在公共安全等除外情事之既存違建，合致國家賠償法第2條第2項前段，屋主當得請求國家賠償。

二、甲向主管機關A申請生活扶助，A依法核給甲每月新臺幣3,000元之生活津貼，該有正確教示之處分於105年1月15日送達於甲，並自同年2月1日起生效。惟於同年6月13日時，A發現甲申請時所提出之資格證明文件係甲所偽造，甲並不符合申請資格。試問：

(一)A得否撤銷該處分？(15分)

(二)A得否向甲追繳其之前所受領之給付？得否以行政處分追繳之？(10分)

試題評析	第一小題：行政程序法第117條與第119條。 第二小題：行政程序法第127條。
考點命中	1.《高點·高上行政法講義》第2回，宣律師編撰，2015年下半年，頁197。 2.《高點·高上行政法補充講義》宣律師編撰。

答：

本件涉及信賴保護原則之適用及公法上不當得利之請求方式，分析如下：

(一)A得撤銷該處分，且甲不得主張信賴保護

- 1.按，「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：...二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」行政程序法第117條本文及但書第二款定有明文。而所謂信賴保護原則係指人民因相信既存之法秩序，已獲取權利或法律上之利益，不得因嗣後法秩序發生變動，使其遭致不能預見之損害而言。
- 2.次按，「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。」行政程序法119條亦定有明文。
- 3.查，依本件之事實，甲係提供偽造資料方取得A之核准，即為前述行政程序法119條所列舉信賴不值得保護之情形，故甲不得主張信賴保護原則。A便得依照同法第117條撤銷原受益處分，並依照第118條，令原處分溯及失效。

(二)依現今實務見解，該管機關應作成行政處分請求返還

- 1.依照行政程序法第127條第一項之規定，「授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。」是為所謂公法上不當得利。如前所述，原核准處分既溯及失其效力，則甲已受領之給付便失去法律上原因，自構成公法上不當得利，而應依照前述條文返還該給付予A。

2.然A應如何取回該給付，則有爭議：

(1)有認為依照比較法之「反面理論」，行政機關既以行政處分核准並提供給付，則亦得以行政處分要求返還給付，故A得以行政處分要求甲繳回給付，若甲未返還則得行政執行。

(2)然此一見解顯忽略我國法先前未明文規定反面理論，若無法令依據，行政機關自不得做成侵益之行政處分，故該管機關應提起行政訴訟法第8條之一般給付訴訟請求返還。此觀按行政程序法第127條第1項規定，目的在使行政機關所為授益行政處分因違法經撤銷等原因而溯及失其效力，受益人應返還因該處分所受領之給付，其條文立法原係繼受德國聯邦行政程序法第48條，但並未有如該法第49條之1第1項後段之規定「應返還之給付，以書面之行政處分核定之」而賦予行政機關得以行政處分命人民為給付之法律基礎。本件原告雖有將申購之優惠漁船油用於從事非漁業行為，而該當漁業動力用油優惠油價標準第13條第1項第7款之規定，惟該標準內並未另賦與主管機關得以行政處分命人民為給付之依據，該規定僅係重申漁業人應返還公法上不當得利之意旨，並不得解為主管機關有單方以行政處分裁量命漁業人返還不當得利之核定權。…本件被告機關以函文通知漁業人繳回優惠油價補貼款，並未對外直接發生下命原告繳回優惠油價補貼款或確認給付種類、金額之法律效果，核屬觀念通知，而非

行政處分。」

- (3)然立法院於104年12月30日增訂行政程序法第127條第3、4項，「行政機關依前二項規定請求返還時，應以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之。前項行政處分未確定前，不得移送行政執行。」使現行法制改採行政處分說。故A得以行政處分追繳甲已受領之給付。

乙、測驗題部分：（50分）

- (D) 1 在現行法制中，下列何種命令之授權依據直接來自於憲法？
 (A)法規命令 (B)特別命令 (C)職權命令 (D)緊急命令
- (B) 2 交通主管機關為下列何種行政行為時，不需要有法規範之依據？
 (A)對汽車駕駛人攔停，施以酒測 (B)對於路口停等紅燈之機車駕駛人宣導行人優先路權之觀念
 (C)對於紅線違停車輛進行拖吊 (D)於易肇事路段進行違規攔停舉發
- (A) 3 關於人民公法上權利行使之敘述，下列何者正確？
 (A)應本於誠實信用為之
 (B)除法律另有規定外，因5年間不行使而消滅
 (C)無權利失效原則之適用
 (D)義務人不自願履行時，權利人得函請行政執行分署行政執行，實現權利
- (C) 4 下列有關行政救濟之敘述，何者正確？
 (A)國中教師騎機車未戴安全帽，與員警發生爭執遭記過，得依公務人員保障法提起申訴、再申訴
 (B)高雄市公共車船管理處職工管理規則所僱用之技工遭資遣，得依公務人員保障法提起復審
 (C)法院書記官報名中醫師考試，經考選部認定應考資格不符，應予退件，得依訴願法向考試院提起訴願
 (D)臺中市政府公務員之土地因地政人員登記錯誤請求國家賠償遭拒，得依訴願法向臺中市政府提起訴願
- (C) 5 行政程序法所稱行政程序之當事人，不包括下列何人？
 (A)申請人或行政行為之相對人 (B)依行政程序法參加行政程序之利害關係人
 (C)行政程序之證人 (D)對行政機關陳情之人
- (A) 6 某甲為服務於內政部之薦任六職等公務員，下列關於其從事職務行為之敘述，何者錯誤？
 (A)有絕對服從長官命令之義務
 (B)享有對待給付性質之俸給請求權
 (C)因行使公權力違法造成人民損害，服務機關負有國家賠償責任
 (D)執行職務行為之良莠，應受服務機關之考績評定
- (C) 7 有關公務人員得否提起行政爭訟，下列敘述何者錯誤？
 (A)受免職之懲處者，對公務員有重大之影響，可提起復審及行政訴訟
 (B)年終考績列丁等者，對公務員有重大之影響，可提起復審及行政訴訟
 (C)將高職等公務員調任低職等時，僅得申訴，不得提起行政訴訟
 (D)年終考績列乙等僅為內部管理措施，不得提起行政訴訟
- (D) 8 關於對公務員為一次記二大過懲處處分之敘述，下列何者錯誤？
 (A)公務員一次記二大過者，免職 (B)懲處之事由，應由法律明定之
 (C)性質上屬於實質之懲戒處分 (D)應由行政法院以判決方式處罰之
- (D) 9 具有間接對外效力之行政規則主要透過下列何種原則作為依據？
 (A)法律保留原則 (B)比例原則 (C)不當聯結禁止原則 (D)平等原則
- (D) 10 關於行政程序法上和解契約合法要件之敘述，下列何者錯誤？
 (A)必須存在事實或法律關係不確定情形 (B)必須不確定情形無法經由職權調查予以排除
 (C)和解契約目的在於更有效達成行政目的 (D)和解契約應經上級主管機關同意後始得締結
- (B) 11 行政契約約定自願接受執行時，其嗣後之強制執行，依行政程序法係準用下列何種規定？
 (A)強制執行法之相關規定 (B)行政訴訟法有關強制執行之規定
 (C)行政執行法之相關規定 (D)民事訴訟法之強制執行規定
- (C) 12 下列何者並非事實行為？
 (A)清潔隊員打掃街道行為 (B)氣象局發布之颱風警報
 (C)主管機關對於特定土石流危險地區要求居民撤離 (D)衛生局公告可能有害健康之食品添加物

- (B) 13 依行政罰法第11 條規定，依所屬上級公務員職務命令之行為，不予處罰。但明知該職務命令違法，應如何處理，始得免責？
 (A)逕向最高行政機關長官報告 (B)依法定程序向該上級公務員陳述意見
 (C)依法定程序向監察院報請備查 (D)自行評估其合法性後，再為執行
- (A) 14 有關行政罰法上處罰競合之敘述，下列何者錯誤？
 (A)一行為同時觸犯刑法及違反行政法上義務者，由於兩者性質不同得併予處罰
 (B)一行為違反數個行政法上義務而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處
 (C)一行為違反數個行政法上義務而應處罰鍰及其他種類之處罰者，得併予裁處
 (D)數行為違反數個行政法上規定者，應分別處罰之
- (A) 15 在現行法制中，公法上金錢給付義務之執行機關係隸屬於何機關之下？
 (A)法務部 (B)行政院 (C)高等行政法院 (D)地方法院行政訴訟庭
- (A) 16 警察對於非法集會遊行而不遵循解散命令之群眾，採取噴水強制驅離之措施，其法律性質為何？
 (A)直接強制 (B)即時強制 (C)代履行 (D)行政處分
- (C) 17 依行政程序法第19 條之規定，行政機關應於其權限範圍內互相協助。下列敘述何者錯誤？
 (A)被請求機關認有正當理由不能協助者，得拒絕之
 (B)被請求機關有拒絕之事由時，應將其理由通知請求協助機關
 (C)被請求機關不得向請求協助機關要求負擔行政協助所需費用
 (D)協助請求，除緊急情形外，應以書面為之
- (A) 18 若A直轄市欲將其商業登記之法定業務移請該市之商業同業公會辦理，下列何種方式為適法之手段？
 (A)委託行使公權力 (B)權限委託 (C)權限委任 (D)委辦
- (D) 19 關於一般任用公務人員之敘述，下列何者錯誤？
 (A)為具官等及職等之公職人員 (B)與國家間立於公法上之職務關係
 (C)為文官制度之核心 (D)受終身職之保障，一旦任用，不得撤職或免職
- (C) 20 訴願事件涉及地方自治團體之地方自治事務，受理訴願機關應如何審議？
 (A)須就原行政處分之妥當性進行審查 (B)尊重地方自治事務權，僅就程序審查
 (C)僅就原行政處分之合法性進行審查決定 (D)僅就原行政處分之合目的性進行審查決定
- (C) 21 有關交通裁決事件，下列敘述何者正確？
 (A)不服交通裁決，應先提起訴願
 (B)交通裁決事件之行政訴訟程序應經言詞辯論
 (C)交通裁決事件得由原告住所地地方法院行政訴訟庭管轄
 (D)交通裁決事件之訴訟類型為撤銷訴訟及課予義務訴訟
- (D) 22 不服經聽證程序後作成之行政處分，應如何救濟？
 (A)向最高法院提出救濟 (B)向高等法院提出救濟
 (C)向地方法院普通庭提出救濟 (D)逕行提起行政訴訟
- (B) 23 下列何種情形，行政法院得定暫時狀態之處分？
 (A)為保全公法上金錢給付之強制執行
 (B)於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大損害或避免急迫危險而有必要
 (C)原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事
 (D)囑託普通法院或其他機關、學校、團體調查證據時
- (C) 24 公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負損害賠償責任，其係採下列何種原則？
 (A)推定過失責任 (B)故意過失責任 (C)無過失責任 (D)國家無責任理論
- (D) 25 下列有關區別國家賠償與損失補償之敘述，何者正確？
 (A)國家賠償以公務員之行為對人民造成特別犧牲為前提，損失補償以公務員不法侵害人民為前提
 (B)國家賠償以公務員怠於執行職務為前提，損失補償以公有公共設施因設置或管理有欠缺為前提
 (C)國家賠償以公務員之不法侵害為要件，如因公營事業人員之不法行為致人民遭受損害，則屬於損失補償問題
 (D)國家賠償以人民受有不法之侵害為要件，如因公務員之適法行為而遭受損害，則屬於損失補償問題