

# 《行政法》

## 試題評析

第一題：此案改編自行政法院之判決，涉及雙階理論之判斷與應運，尤其於ETC案後行政法院提出修正式雙階理論，使在所謂「公私協力」的合作模式下，行政機關與人民增加了更多種合作可能。故在定性上，應先確認行政機關對人民做成行政處分後，產生與人民締結「行政契約」之義務，並依此進行回答，便可獲得一定分數。

第二題：本案係典型的行政法考題，測驗考生自行政行為之定性至救濟之思考。其中第一小題部分考生尚需注意停止執行之要求，而第二小題部分則是2010年行政訴訟法第196條第二項增訂之運用。整體而言於第一小題並未要求考生寫出訴願管轄機關為何，自非難題，考生平時若對基礎觀念熟悉，應可迎刃而解。

### 甲、申論題部分：（50分）

一、A公司參與B縣政府依「促進民間參與公共建設法」公告辦理的污水下水道系統建設計畫招商程序，並依規定繳交申請保證金，經甄審委員會評定為最優申請人。嗣B縣政府與A公司進行議約完成後，B縣政府卻遲不簽約。請問：

- (一)A公司如何提起救濟，請求B縣政府簽約？（15分）  
 (二)A公司能否請求返還保證金？（10分）

### 答：

(一) A公司應向高等行政法院提起行政訴訟法第8條之一般給付訴訟，請求B縣政府與其締結行政契約：

1. B縣政府決定A公司為最優申請人之行為屬行政程序法第92條第一項之行政處分：

(1) 依照行政程序法第92條第一項之規定，「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。」可知行政處分之要件有六：行政機關、公權力行為、個別性、單方性、外部性及法效性。

(2) 本案中，B縣政府為行政機關並無疑義，其決定A公司為本件最優申請人，係使A公司獲得與B縣政府簽訂投資契約之權限（參見促進民間參與公共建設法，下稱促參法之第45條），形成一定法律上效力，該決定亦僅對A公司為之，A公司對此無任何協議空間，而具有個別、外部、單方性。是以本案B縣政府決定A公司為最優申請人之行為屬行政處分，應無疑義。

2. B縣政府與A公司訂定BOT投資契約之行為屬行政程序法第135條之行政契約，是以若B縣政府遲未與A公司締約，A公司應向高等行政法院提起行政訴訟法第8條之一般給付訴訟，請求判令B縣政府與A公司簽訂合約。

(1) 如前促參法第45條所述，當A公司取得最優申請人之行政處分後，便得與B縣政府簽訂投資契約。一般而言，此種行政機關先對人民做成行政處分，再與人民締結契約之行為（如：政府採購行為），學理及實務上稱之為「雙階理論」，而認為後者雙方係締結一私法契約。如：93年2月最高行政法院庭長聯席會議決議便認為於政府採購行為中，其後所締結之採購契約屬於民法契約。

(2) 然於本件中，B縣政府與A公司所訂定之BOT投資契約，是否屬於私法契約便生疑義：

有認為，依照促參法第12條，「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。」可知促參法中之投資契約應屬私法契約。

A. 然通說認為，促參法中之投資契約應屬行政契約，如台北高等行政法院94年停字第122號裁定指出「促參法第52條及第53條更規定：民間機構於興建營運期間如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生時，主辦機關得命定期改善，中止其興建營運之全部或一部，情況緊急時，中央目的事業主管機關亦得令民間機構停止興建或營運之一部或全部，並採取適當措施維持該公共建設之營運，必要時並得強制接管興建或營運中之公共建設等等，上開制度與行政契約之契約調整之機制（行政程序法第146、147條）相當，若促參BOT案件屬私法契約，殊難想像此一單方變更契約內容之機制。...又由招商文件所列建置營運契約條款亦明顯可見公權力之介入，是本件高速公路電子收費系統建置及營運契約，應係行政契約。」是以，促參法中

之投資契約應屬行政契約。學者將此種先行政處分、後行政契約之行為稱為「修正式雙階理論」。

(3)綜上，若B縣政府遲未與A公司訂定行政契約，則A公司應依照行政訴訟法第8條所稱「因公法上契約發生之給付，亦同。」之意旨，向高等行政法院請求B縣政府實現與其締結契約之權利。

(二) A公司應向高等行政法院請求依照公法上不當得利之相關規定返還保證金。

1.該保證金係為A公司取得該行政處分之前行為，然該保證金將因最優申請人資格之取得而成為契約違約金計算內容。

(1)依照促參法施行細則第40條之規定，「主辦機關依本法第42條第1項規定辦理公告徵求民間參與時，得視公共建設計畫之性質，備具民間投資資訊，供民間投資人索閱，或辦理說明會，並參酌民間投資人建議事項，訂定公告及招商文件內容。(第一項)前項公告內容，除依第25條及第34條規定辦理外，應依各該公共建設之性質，載明下列事項：…五、公告日、申請文件遞送截止日、申請程序及保證金」亦即，本案行政處分屬於「需相對人申請之行政處分」

(2)由上可知，A公司於申請時便已經繳交保證金，嗣後再取得行政處分，故該保證金並後階段行政契約之一部，亦非行政處分之附款。是以，A公司不得主張因該行政契約遲未訂定或僅對保證金之收取提起撤銷訴訟。

(3)然該保證金之目的除保證甄審過程皆合法行之外，一般於實務運作中，申請人於取得最優申請人地位後，該保證金便具有履行契約保證之效力。是故，A公司於成為最優申請人後，該保證金係成為契約內容。

2.本案應依照公法上不當得利規定處理之：

(1)本案中，B縣政府明顯不欲實施該工程，依照行政程序法第139條規定：「行政契約之締結，應以書面為之。」是為行政契約之要式性。故若未訂定行政契約，則不生任何拘束效力。是以，B縣政府持有A公司之保證金，係無公法上原因而受有利益，致A公司受損害，成立公法上不當得利。是以，A公司自得依行政訴訟法第8條之規定提起一般給付訴訟，再依照行政程序法第149條「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」準用民法第179條規定之不當得利請求返還之。

(2)我國實務上台北高等行政法院95年判字第2710號判決指出，「被告雖抗辯95年8月28日答辯狀所檢附之95年6月22日北府水管字第0950430881號函即為其請求原告順延申請文件及申請保證金之要求函云云；但查上開函係針對原告委請環球普蓋茨法律事務所代原告請求被告返還申請保證金及備標損失補償之覆函，而非請求原告順延申請文件及申請保證金之函文，有該函附卷可稽（見本院卷第213頁），原告此項抗辯要屬空言無憑。準此，被告既未在申請文件及申請保證金有效期限屆滿前要求申請人展延有效期限，且拒不與原告簽訂本計畫投資契約，則申請文件及申請保證金已均於95年7月23日以後自動喪失其效力，則本計畫已無申請人之申請存在，即無從成立投資契約。…本件被告持有系爭申請保證金，因申請須知第3.7.3所規定之「申請保證金之有效期限」及3.4.6所規定之「申請文件之有效期限」業於95年7月23日屆滿，而失其再持有之法律上原因，原告主張依民法第179條規定，請求返還系爭申請保證金及自起訴狀（繕本）送達被告翌日即95年8月23日起算之法定利息，要屬於法有據，應予准許。」亦支持此一見解。

#### 【高分閱讀】

1. 宣政大，《行政法2011年第二版，第一回》，頁29-31。
2. 宣政大，《行政法2011年第二版，第二回》，頁52-59。
3. 宣政大，《行政法2011年第二版，第三回》，頁65。

二、甲經人檢舉於其所有之建築物騎樓柱上未經許可擅自設置招牌廣告，案經主管機關查認後，函知甲限期自行拆除。請問：

(一)甲如有不服，應如何提起行政救濟？(10分)

(二)於行政救濟程序中，該招牌廣告遭強制拆除者，甲如何繼續爭訟？(15分)

**答：**

(一)甲應對該函示提起撤銷訴願、訴訟，並同時聲請停止執行：

1.主管機關函知甲自行拆除之行為屬行政處分：

(1)依照行政程序法第92條第1項之規定，「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。」可知行政處分之要件有六：行政機關、公權力行為、個別性、單方性、外部性及法效性。

(2)本案中，主管機關之函使甲產生拆除騎樓招牌之義務，形成一定法律上效力，該決定亦僅對甲為之，而具有個別、外部、單方性。是以，本案主管機關之函屬行政處分，應無疑義。

2.甲若欲撤銷該行政處分，提起撤銷訴願、訴訟：

(1)依照訴願法第1條第1項本文，「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。」故甲得依照該條之規定，依照同法第4條向訴願審議機關提起撤銷訴願。

(2)若撤銷訴願經訴願審議機關駁回，則甲尚得依照訴願法第90條，「訴願決定書應附記，如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內向高等行政法院提起行政訴訟。」依行政訴訟法第4條第1項「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。」提起撤銷訴訟。

3.此外，甲若希望得到無缺漏之救濟，尚可依照訴願法第93條第3項、行政訴訟法第116條第2項聲請管轄機關、法院暫時停止執行該行政處分。

(二)甲繼續爭訟之方式，應視其在訴願或行政訴訟中有所不同：

1.若於訴願中，該招牌已被拆除，則訴願標的行政處分業已消滅，甲自不具訴願之一般合法性要件，該訴願自不受理。是以，甲僅得改向高等行政法院依照行政訴訟法第6條，「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。」之規定，提起撤銷訴願。

2.若於行政訴訟中，該招牌已被拆除，則訴願標的行政處分業已消滅，甲應如何續行訴訟，便生疑義：

(1)早期因行政訴訟僅有撤銷訴訟一種，故實務多認應續為撤銷訴訟，方得確保人民權益。如司法院釋字第213號解釋理由書便稱，「行政法院二十七年判字第二十八號及二十年判字第十六號判例所謂：「行政訴訟原以官署之處分為標的，倘事實上原處分已不存在，則原告之訴因訴訟標的之消滅，即應予以駁回」及「當事人請求標的消滅，其訴訟關係即應視為終結」各等語，係因以撤銷行政處分為目的之訴訟，乃以行政處分之存在為前提，如在起訴時或訴訟進行中，該處分事實上已不存在時，自無提起或續行訴訟之必要，首開判例，於此範圍內，與憲法第16條保障人民訴訟權之規定，自無抵觸。惟行政處分因期間之經過或其他事由而失效，其失效前所形成之法律效果，如非隨原處分之失效而當然消滅者，當事人因該處分之撤銷而有可回復之法律上利益時，仍應許其提起或續行訴訟。」

(2)然我國於1999年修正行政訴訟制度後增設一般給付訴訟及確認訴訟。其中現行法制下，確認訴訟係得確認：公法上法律關係成立不成立、行政處分無效、已消滅或執行完畢無法回復之行政處分違法。故如本案之情形，該行政處分業已消滅，甲本係得變更訴之聲明為確認訴訟。

(3)且為達到訴訟權所強調之「無缺漏權利保護」，2010年行政訴訟法修正新增第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。」明文規定當事人可變更訴之聲明。是以，本案甲於此時應依照行政訴訟法第196條第2項，聲請將於原先之撤銷訴訟變更為確認訴訟，以確保其權利不受損害。

#### 【高分閱讀】

1. 宣政大，《行政法2011年第二版，第二回》，頁52-59。
2. 宣政大，《行政法2011年，第六回》，頁32、101、131-134。

## 乙、測驗題部分：(50分)

- (C) 1 甲之土地遭鄰人乙占用，乙並於其上搭建違章建築。甲去函要求違建主管機關拆除乙之違建，但主管機關於接獲此函後卻持續無任何回應。請問對於主管機關之消極不回應，甲可否尋求救濟？
- (1)因無處分即無救濟，故甲不得提出救濟
  - (2)甲可於主管機關接獲其請求函後滿3個月起，方得提出訴願
  - (3)甲對主管機關的消極不回應，可提出訴願
  - (4)甲應於主管機關接獲其請求函後3個月內，方得提出訴願
- (B) 2 有關公務員服務年資之認定的行政處分，其性質上為：
- (1)下命處分 (2)確認處分 (3)形成處分 (4)裁量處分
- (C) 3 下列何者非屬行政契約？
- (1)行政院大陸委員會與財團法人海峽交流基金會簽訂「文書認證委託契約」
  - (2)中央健康保險局與各醫事服務機構締結之「全民健康保險特約醫事服務機構合約」
  - (3)公立學校與教師間之「職務宿舍使用契約」
  - (4)市政府與動物醫院約定「為犬貓絕育之合約」

情況：國籍法第3條第1項第3款規定：「品性端正，無犯罪紀錄」者，得申請歸化。甲向主管機關請求歸化為中華民國國民，但主管機關以甲品性不端正為由，否准甲之歸化申請。依此回答下列第4題至第8題。

- (B) 4 請問「品性端正」的用語，在法律上可稱之為：
- (1)選擇裁量 (2)不確定法律概念 (3)裁量授權 (4)確定法律概念
- (A) 5 若甲欲針對此否准處分提起訴願，請問下列敘述何者正確？
- (1)甲雖非中華民國國民，但仍可提出訴願
  - (2)甲非中華民國國民，故不可提出訴願
  - (3)甲雖非中華民國國民，但經主管機關同意者，仍可提出訴願
  - (4)甲雖非中華民國國民，但若國籍法有特別規定，允許外國人或無國籍人得訴願者，則甲方能提出訴願
- (D) 6 對於品性是否端正之判斷，請問下列何者正確？
- (1)此屬一般裁量 (2)此屬裁量逾越
  - (3)此屬裁量濫用 (4)此屬有判斷餘地之不確定法律概念
- (C) 7 若甲於民國100年3月1日接到否准處分後，隨即再一次提出歸化申請，結果在民國100年3月25日再一次收到內容相同的另一個否准處分；僅後處分並未依行政程序法第96條規定，為完整之記載。請問後處分學理上稱之為：
- (1)第二次裁決 (2)一般處分 (3)重覆處分 (4)更新裁決
- (B) 8 若甲欲提出救濟，其訴願期間的起算日應為：
- (1)3月1日 (2)3月2日 (3)3月25日 (4)3月26日

情況：甲天天在臺北101大樓旁的人行道上演奏小提琴，以街頭藝人的方式賺取生活費，但屢遭101大樓的警衛驅趕。依此回答下列第9題至第11題。

- (A) 9 請問101大樓旁的人行道之法律性質為：
- (1)公共用物 (2)特別用物 (3)行政用物 (4)營造物用物
- (B) 10 甲認為其本有使用人行道作為表演場所的權利，針對此見解，下列論述何者為當？
- (1)人行道的確是供公眾自由使用，故甲有權於人行道上固定地作音樂表演
  - (2)人行道的確是供公眾自由使用，但甲卻無權於人行道上固定地作音樂表演，因其超出人

行道之使用目的

(3)人行道的確是供公眾自由使用，但甲卻無權於人行道上固定地作音樂表演，因其未獲得101大樓之同意

(4)人行道只是推定為供公眾自由使用，但若主管機關要求人民須事先申請時，則此推定即不存在

- (A) 11 若您為主管機關，101大樓請您介入驅趕甲，下列何者不是您作決策時所需要考量之事項？  
 (1)甲之表演是否獲有觀眾好評 (2)甲是否天天固定地在此處表演  
 (3)甲之表演是否會妨害其他行人 (4)甲之表演是否影響臺北101之遊客進出與其整體景觀形象
- (C) 12 下列何者在我國屬行政法之法源？  
 (1)財團法人國家政策研究基金會捐助章程 (2)臺灣銀行與中國工商銀行簽署之業務合作備忘錄  
 (3)臺灣地區與大陸地區人民關係條例 (4)促進民間參與公共建設投資契約
- (A) 13 依行政院之實務見解，下列何種不確定法律概念之認定，行政機關並無判斷餘地？  
 (1)二商標之「近似」與否 (2)地方制度法規定「特殊事故」得延期辦理改選或補選  
 (3)閱卷委員對國家考試申論題之評分 (4)學生品行考核
- (B) 14 下列何者屬公權力行政？  
 (1)依高級中等以上學校學生就學貸款作業要點對於清寒學生「給予助學貸款」  
 (2)依國軍老舊眷村改建條例對於原眷戶「給與輔助購宅款之權益」  
 (3)臺北市公共運輸處「提供花卉博覽會接駁專車」  
 (4)依臺灣電力股份有限公司再生能源電能收購作業要點「收購再生能源」
- (B) 15 有關行政裁量之司法審查，下列敘述何者正確？  
 (1)法律規定行政機關有裁量權者，行政法院一概無審查權  
 (2)除有裁量瑕疵，已影響裁量處分之合法性外，行政法院不審查裁量之適當性  
 (3)行政法院得對行政裁量之適當性予以審查  
 (4)行政機關有應作為而不作為之情形，行政法院始得審查其裁量是否不當
- (D) 16 下列有關比例原則之敘述，何者正確？  
 (1)人民因公共利益受損失者，應予補償，公共利益愈大，補償愈多  
 (2)有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇執行成本最低者  
 (3)採取之方法所造成之損害應與欲達成目的之利益成正比  
 (4)採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡
- (A) 17 下列有關信賴保護原則之敘述，何者正確？  
 (1)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，其信賴不值得保護  
 (2)基於依法行政原則，行政機關知悉授益處分違法，應依職權撤銷，但應對當事人之所受損害及期待利益加以補償  
 (3)基於信賴保護原則及法安定性原則，所有法律及法規命令均應向後生效，不得溯及既往或另訂生效日  
 (4)於法律變更之情形，對規範相對人一律給予補償
- (B) 18 依行政程序法之規定，行政機關得依下列何種方式，將其權限之一部分，由所屬下級機關執行之？  
 (1)委託 (2)委任 (3)委辦 (4)承辦
- (C) 19 依據司法院釋字第618號解釋，公務人員經國家任用後，即與國家發生何種關係？  
 (1)特別權力關係 (2)特別組織關係 (3)公法上職務關係 (4)公法上勞雇契約關係

- (A) 20 下列關於行政罰與執行罰之敘述，何者正確？  
 (1)執行罰得按日連續處罰，至義務人履行義務為止 (2)基於比例原則，法律不得規定「按日連續處罰」  
 (3)執行罰亦有一行為不二罰之適用 (4)執行罰與行政罰皆應適用行政罰法之時效規定
- (A) 21 公務人員對服務機關所為之管理措施或工作條件之處置認為不當，致影響其權益，得提起何種救濟？  
 (1)申訴、再申訴 (2)復審、再復審 (3)異議、抗告 (4)覆議、再審議
- (B) 22 下列有關法規命令之敘述，何者正確？  
 (1)法律授權行政機關訂定法規命令時，應盡量概括授權，以尊重行政機關之專業  
 (2)倘法律並無轉委任之授權，行政機關不得委由其所屬機關逕行發布相關命令  
 (3)行政機關依法律授權所訂定之法規命令，若母法有明確授權，即無須再送立法院接受立法監督  
 (4)無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利之法規命令，得由行政法院廢止之
- (B) 23 地方稅法通則的法律位階是：  
 (1)憲法 (2)法律 (3)命令 (4)自治規章
- (B) 24 行政處分之效力何時發生？  
 (1)行政法院判決確定時  
 (2)行政處分送達或公告時  
 (3)行政處分法定救濟期間屆滿而相對人或利害關係人未提起救濟時  
 (4)訴願決定送達時
- (A) 25 大學所為非屬退學或類此之處分，主張權利受侵害之學生得否提起行政爭訟？  
 (1)如侵害學生受教育權或其他基本權利，應許權利受侵害之學生提起行政爭訟  
 (2)若學生所受處分是記過或申誡，則一律不得提起行政爭訟  
 (3)依學校或其他教育機構為達成教育目的所為之處分，即使導致基本權利受侵害，學生亦不得提起行政爭訟  
 (4)因學校宿舍不足而無法分配到宿舍之學生，得主張住宿權受侵害而提起行政爭訟以求救濟