

(2) 行政輔助行為：由於國家的經濟通常佔有優勢，因此認為基本權間接的拘束該行為，即以民法公序良俗、誠實信用原則介入之。

(3) 行政私法行為：為避免國家或公法人「避難至私法」，藉機規避基本權之拘束，故有基本權的直接適用。

2. 個案區分理論

此說認為國家行為無法有如上述如此明確的區分，因此應視國家是否在該私經濟行為出現壟斷力，而決定是否有基本權之適用。

3. 大法官之見解

依照釋字第 457 號解釋，大法官似乎採取肯定或是行政私法理論之見解，認為榮民之子女中僅有男子得繼承農場耕地之配耕使用借貸而女子則無，係違反男女平等，可知國庫行政行為亦有基本權拘束。

釋字第 457 號解釋：

中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應促進兩性地位之實質平等，憲法第七條暨憲法增修條文第十條第六項定有明文。國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定。行政院國軍退除役官兵輔導委員會發布之「本會各農場有眷場員就醫、就養或死亡開缺後房舍土地處理要點」，固係基於照顧榮民及其遺眷之生活而設，第配耕國有農場土地，為對榮民之特殊優惠措施，與一般國民所取得之權利或法律上利益有間。受配耕榮民與國家之間，係成立使用借貸之法律關係。配耕榮民死亡或借貸之目的使用完畢時，主管機關原應終止契約收回耕地，俾國家資源得合理運用。主管機關若出於照顧遺眷之特別目的，繼續使其使用、耕作原分配房舍暨土地，則應考量眷屬之範圍應否及於子女，並衡酌其謀生、耕作能力，是否確有繼續輔導之必要，依男女平等原則，妥為規劃。上開房舍土地處理要點第四點第三項：「死亡場員之遺眷如改嫁他人而無子女者或僅有女兒，其女兒出嫁後均應無條件收回土地及眷舍，如有兒子准由兒子繼承其權利」，其中規定限於榮民之子，不論結婚與否，均承認其所謂繼承之權利，與前述原則不符。主管機關應於本解釋公布之日起六個月內，基於上開解釋意旨，就相關規定檢討，妥為處理。

司法院釋字第 727 號解釋理由書（節錄）：

八十五年二月五日制定公布之眷改條例第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（九十六年一月三日修

正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項；下稱系爭規定）對於不同意改建之原眷戶得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，而不能如同意改建之原眷戶享有依眷改條例第五條第一項前段規定承購依同條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款等權益，形成與同意改建者間之差別待遇。

軍人之眷舍配住，為使用借貸性質之福利措施（本院釋字第四五七號解釋意旨參照），其終止原不以配住眷戶之同意為必要。系爭規定之立法目的，係考量老舊眷村之特殊環境，為避免眷戶持續觀望而影響眷村改建整體工作之執行進度，徒使改建成本不斷增高，乃藉同意門檻之設定暨對不同意改建之原眷戶註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益之差別待遇手段，促使原眷戶間相互說服，以加速凝聚共識，並據以要求按期搬遷，達成土地使用之最佳經濟效益，以維護公共利益。所有原眷戶均有相同機會同意改建而取得相關權益，並明知不同意改建即無法獲得相關權益。是系爭規定所為差別待遇之目的要屬正當，且所採差別待遇手段與前開立法目的之達成間具有合理關聯，與憲法第七條平等原則尚無抵觸。

惟同意改建之原眷戶除依眷改條例第五條第一項前段規定得承購住宅及輔助購宅款之權益外，尚得領取同條例施行細則第十三條第二項所定之搬遷補助費及同細則第十四條所定之拆遷補償費，而不同意改建之原眷戶不僅喪失前開承購住宅及輔助購宅款權益，並喪失前開搬遷補助費及拆遷補償費；況按期搬遷之違占建戶依眷改條例第二十三條規定，尚得領取拆遷補償費，不同意改建之原眷戶竟付之闕如；又對於因無力負擔自備款而拒絕改建之極少數原眷戶，應為如何之特別處理，亦未有規定。足徵眷改條例尚未充分考慮不同意改建所涉各種情事，有關法益之權衡並未臻於妥適，相關機關應儘速通盤檢討改進。

下列何者不屬於公權力行為，因而無法成立國家賠償責任？

- (A) 清潔隊員駕駛垃圾車收集垃圾之行為
- (B) 公立醫院醫師之一般診療行為
- (C) 衛生局發布食品檢查結果新聞稿之行為
- (D) 觀光局舉辦晚會施放煙火之行為

【2011年律師一試】

解答：B

下列關於行政私法行為的描述，何者錯誤？

- (A) 行政私法行為是指行政機關採取私法手段直接達成行政任務的行為
- (B) 大法官釋字第 540 號解釋指出：為了達成行政任務，國家可以選擇公法上行為或私法上行為，作為實施手段
- (C) 行政機關可以在利用與給付關係上選擇私法形態，但不得選擇私法組織形態
- (D) 行政私法行為仍應受行政法一般原則之拘束

【2012年高考法制】

解答：C

國軍退除役官兵輔導委員會（退輔會）將國有農場土地配耕給榮民或其遺眷，不收租金，供其耕種維生，以照顧其生活。下列敘述何者正確？

- (A) 退輔會配耕國有農場之行為屬於公法行為，須受法治國原則之拘束
- (B) 退輔會與受配耕榮民之間成立私法無償借貸契約，與公行政任務無關
- (C) 退輔會配耕國有農場之行為屬於私法行為，惟其締約自由應受平等原則之拘束
- (D) 退輔會之配耕行為，係為履行照顧榮民之公行政任務，不得以私法契約為之

【2015年普考】

解答：C

下列事件，何者不屬於公權力行政？

- (A) 行政機關核准某人承購國民住宅
- (B) 交通部補貼偏遠地區客運業者
- (C) 中央健康保險機關與某醫院締結全民健康保險特約醫事服務機構之契約
- (D) 財政部國有財產署標租國有土地

【2015年司律一試】

解答：D

（二） 區分實益與方式⁵

1. 原則：行政機關之行為形式選擇自由，但方式之不同將影響其受法律拘束之程度、種類與人民救濟方式。
2. 區分方式
 - (1) 客觀說：強調上下關係：公權力行政；平行關係：私經濟行政
 - (2) 主觀說：以行政機關之內容與外觀推斷之，確定行政機關主觀上想法。
 - (3) 難以判斷時：推定為公權力，理由如下：
 - ① 公權力行政方為正規行為方式
 - ② 法律拘束程度高，相對人保障多

二、 以行政目的區分

若以行政目的區分，可將行政分類為干預行政、給付行政、計畫行政，分別說明如下：

⁵ 吳庚，前註書，頁 14 至 15。

(一) 干預行政

1. 定義：

又稱為干涉行政、侵害行政等等，其係指國家機關所為的行政行為會干涉人民的自由權利、課予人民義務或負擔，例如徵兵、課稅等。此一行為屬於典型的公權力行政，並且容易造成人民權利的損害。

2. 特徵：法律保留之密度較為嚴格，且易生信賴保護之相關問題

警察以人民集會違法為由將其強制驅離，請問驅離行為屬於何種行政類型？

- (A) 給付行政
- (B) 計畫行政
- (C) 干預行政
- (D) 私經濟行政

【2015年高考】

解答：C

(二) 給付行政（翻譯的不好，事實上有服務和福利性質）

1. 定義：照顧人民生活需求，賦予人民行政法上請求權。

2. 問題：給付行政有無法律保留之適用？

- (1) 傳統理論認為法律保留是針對侵害人民行為而設，給付行政為人民福利而設，所以無法律保留之適用。
- (2) 多數見解認為，給付行政仍須法律保留，但程度不若干涉行政嚴格，而至少需有預算案之限制。⁶
- (3) 特殊見解（許宗力大法官）：所有給付行政皆應有法律依據，因為給付和侵害事實上劃分困難。如前例，若只補助 B 廠商，代表在市場上對 AC 造成侵害。因此給付行政事實上是一個雙面刃，會對他人產生侵害效果。

給付行政之重大事項，應受下列何者限制：

- (A) 憲法保留
- (B) 法官保留
- (C) 法律保留
- (D) 行政保留

⁶ 吳庚，前註書，頁 19。

解答：C

[92 年政大第三題]

有謂：「給付行政對法律保留原則之適用不若干涉行政之嚴格」。試舉學理及司法實務說明此一命題之妥當性。

☞ 說明：請參照上述說明作答。

(三) 計畫行政

1. 定義：以計畫方式達成行政目的。**吳庚**：為了達成行政上的目標，...，做成行政的作用。
2. 形式
 - (1) 內容區分：預算計畫及財政計畫、專業計畫、實施計畫
 - (2) 拘束力不同：影響性計畫、強制性計畫（如都市計畫）、資訊計畫
 - (3) 方式區分：計畫可能是任何形式的行政行為，可能有五種：措施性法律方式、命令規章方式（多為地方政府所為，如宜蘭縣的環保大憲章，嚴格於中央政府）、行政處分方式（意味可能以行政爭訟解決）、行政契約方式、內部行為方式：是政治人物的口號（例如亞太營運中心）。
3. 問題：
 - (1) 德國法中的「個案性法律」與「措施性法律」之區別：
 - ① 個案性法律：原則禁止，是基本法之明文規定。不能針對特定人事時地為立法，因為德國歷史上受納粹影響太大，Nazi 經常使用個案立法，例如領袖法（只有 Hitler 才能用）。事實上該規定深受質疑，該法在 10 年後出現難題，便開始考慮制訂特別法，但就受到質疑。而有人認為立法機關管通案，因此反對；憲法法院則認為不立特別法不行，因此是一個例外，所以被區分為「個案性法律」與「措施性法律」。
 - ② 措施性法律：是個案性法律之例外，目的是解決不得已的問題。

(2) 措施性法律之拘束力？措施性法律是否足以直接創設行政上的權利義務？

具體案例：行政院文建會 93、94 年年度預算中，為了推廣歌仔戲，就編了 2000 萬來推廣歌仔戲聘請明華園。若通過了，但是因為沒空沒花這筆錢。市民甲等到 11 月還沒開始演，可否提行政訴訟，要求文建會於年底前演完 10 場公演？

答：預算的人事時地都相當特定，所以被認為是措施性法律，是一個歷史的偶然。我國制度下，預算形式其實沒有跟法律相當，是德國才跟法律相當。事實上預算的明確性是有限的，會不合乎法明確性之要求，所以請求辦 2000 萬到底要怎麼辦，其實根本就不確定，在訴訟程序中亦無法審查，蓋無主觀公權利存在。

釋字第 520 號解釋（節錄）

預算案經立法院通過及公布手續為法定預算，其形式上與法律相當，因其內容、規範對象及審議方式與一般法律案不同，本院釋字第三九一號解釋曾引學術名詞稱之為措施性法律。

有關法律案與預算案區別之敘述，以下何者錯誤？

- (A) 預算案有其特殊性與法律案不同，法律案無論關係院或立法委員皆有提案權
- (B) 預算案須在一定期間內完成立法程序，故提案及審議皆有其時限
- (C) 法律案與預算案之內容、拘束之對象及持續性均不相同，故預算案實質上非行政行為
- (D) 預算案須由立法機關審議通過而具有法律之形式，故有稱之為措施性法律者

【2013年司法官一試】

解答：C

(3) 計畫行政與行政計畫：都市計畫變更的法律屬性？（於行政計畫一章中會詳述）

最高行政法院 93 年裁字 784 號裁定（節錄）

主管機關變更都市計畫，如係通盤檢討所作必要之變更，並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，非屬於對於特定人所為之行政處分，人民不得對之提起行政訴訟；但倘為個案變更，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致使特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟。

三、 其他的行政分類

(一) 內部行政 v. 外部行政

1. 內部行政：通常只有國家公務員知道或是受拘束，強調統治服從遵守關係。
2. 外部行政：人民有受拘束之可能。

(二) 國家行政、地方行政、委辦行政

1. 國家行政
2. 地方行政
3. 委辦行政：

本來是中央的工作，但是交給地方辦。例如兵役行政、公司登記、教育等等。因此在判斷地方自治的問題時，需要先思考是自治事項或是委辦事項，區別實益：適當性監督和適法性監督。

(三) 直接行政、間接行政

1. 直接行政：國家之行政事務由國家所設置之機關負責執行，而不交由他人代為處理。
2. 間接行政：國家之行政事務委由他人代為處理。可能之情形有二：
 - (1) 中央委託地方代為執行之委辦事項。
 - (2) 委託私人處理之受託行使公權力。

(四) 誘導行政：

政府利用誘因引誘人民從事某項事件，原則上並不違反平等原則，但應遵守比例原則。

第二節 行政法之概念

一、行政法之意義

行政法屬於關於行政的法律，亦即有關行政的組織、職權、任務、程序及國家、行政主體與人民權利義務關係之法律。此外，在特殊情形下，行政法亦可能規範私人間的權利義務關係。

二、行政法之性質

(一) 國內法，惟近年開始主張國際行政法者多所有之，詳如後述。

(二) 公法

1. 法律一元論：無公私法之區分
2. 法律二元論：有公私法之區分，其區分方式參照下述。
3. 法律三元論：將法律區分為公法、私法、社會法

三、公私法之區辨與分析

(一) 公法和私法之區分方式⁷

1. 主體說☆☆☆（蔡茂寅、許宗力）

(1) 定義：

以法律行為主體加以區別，只要一方是公權力主體，就是公法關係；若兩邊皆為私人時，才有純粹的私法關係。

例如國防部命令張三服兵役→公法；

張三之父命張三趕快去當兵→私法。

(2) 缺點：例外過多，導致定義出現矛盾（林紀東師），可分為以下兩種情形：

- ① 準於私人地位的國家：國庫行政。像是國防部買便當。
- ② 準於國家地位的私人：受託行使公權力。例如私立學校代為頒發學位或教師升等、代為刊登政府公報等等，依照行政程序法

⁷ 吳庚，前註書，頁 29；陳敏，前註書，頁 33 至 35。

第 2 條第三項視為行政機關，其實就是行政程序法第 16 條所規定的受託行使公權力。

(3) 反駁（許宗力）：任何一個學說必有例外。

2. 利益說

以是公益或私益區別為公法或私法，但在法哲學上有問題：因以前法益採質之分類方式，二次大戰後開始採「量之區別」說，換言之，許多的公益其實具有私益的性質，所以公益私益已無大差距。

3. 從屬說***（又稱權力說，1976 年前為德國通說，廖義男師、陳敏因為 1976 年前仍在德國，因此受此說影響甚大）

(1) 定義：

該說將法律關係區分為「垂直關係」和「水平關係」。前者具有上命下從之性質，故為公法關係，至於後者則是平等協商之性質，而為私法關係。

(2) 問題：

公法關係亦有可能是水平關係，例如行政契約。1976 年德國通過聯邦行政程序法，使得行政契約被明文承認，故從屬說破功。（因此行政契約和行政處分之區分開始明朗化）。而私法上，父子女間也有上下關係，所以私法上的區分也有瑕疵存在。

① **行政契約**：指兩個以上法律主體所訂定之公法上契約關係，法規中的「得」字就是以契約調整雙方的權利義務關係，例如學位的授與；公路法第 12 條：各縣市間成立行政契約；新店安坑焚化爐案、新莊河濱公園；公費生；國家賠償協議及認包稅捐等等。

24 年院字第 1377 號

商人向官署認包捐稅，係屬官署與人民之契約行為，不能視為公務員（參照院字第一一三九號解釋），亦與訴願法第一條所定之人民權利或利益不同，倘因官署處分致受損害，除依其性質得認為違約行為，可提起通常民事訴訟外，不得提起訴願。