

第一章



緒 論

## 第一節 行政之意義

- 一、**積極說**：此說嘗試從正面對行政加以定義，惟難以掌握行政之全貌，故未能居行政法學之主流。
- 二、**消極說**：基於權力分立之觀點，認為行政乃除了立法及司法之外，國家或其他公權力主體之行為。我國學者傳統上亦採取此一見解，將考試權視為行政權的一種，而認為行政為除立法、司法及監察以外之國家行為，其中亦包含立法、司法及監察權中實質意義之行政（另參見行政程序法第3條第2項）。
- 三、**特徵描述說**：德國行政法學者 Ernst Forsthoff 曾形容：「行政之概念，無法定義，只能描述。」受到這句名言的影響，晚近德國及我國行政法學者大多採消極說而以特徵描述為補充，不再對行政加以積極定義。亦即改從不同層面對行政加以描述以取代定義，甚或放棄對行政作任何界定。另外，就行政法的觀點，應注意的是，行政並非僅是單純的執行法律，更應包含政策擬定與決定的成分<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 參見翁岳生（編），翁岳生主筆，行政法（上），2020年四版，第10頁至第22頁；吳庚/盛子龍，行政法之理論與實用，2020年增訂十六版，第5頁至第8頁。

## 第二節 行政之種類

### 一、公權力行政及私經濟行政

1. **公權力行政（亦稱為高權行政）**：係指國家或自治團體居於統治權主體之地位，以公法規定為基礎所從事之行政行為。公權力行政之範圍甚廣，在人民與國家或人民與自治團體間之權利義務關係事項，均屬公權力行政之對象，所使用之行政作用方式為行政命令、行政處分、行政契約（公法契約）、行政計畫或地方自治規章，於行政作用中占最主要之地位。由於公權力行政對人民權利造成直接的影響，故須受嚴格之依法行政原則所支配。而關於公權力之行使，最高法院 80 年度台上字第 525 號判決曾有以下之定義：「所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言。並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行為。」
2. **私經濟行政（亦稱國庫行政）**：係指國家非居於公權力主體地位行使其統治權，而係立於與私人相當之法律地位，適用私法規定所為之行為，私經濟行政之態樣如下：
  - (1) 行政輔助行為：係指行政機關以私法方式獲致日常行政活動所需的物質或人力，諸如公共工程營造、租用辦公廳舍或採購公務用品等，政府採購行為即為適例（參見政府採購法第 2、7 條）。
  - (2) 行政營利行為：係指國家以私法（主要係依據公司法）組織形態（例如中油公司）或特設機構方式（例如改制公司前的臺灣省菸酒公賣局）所從事增加國庫收入之營利行為，有時並兼負執行國家政策之任務（參見國營事業管理法第 3、4 條，另參見地方制度法第 73 條——公共造產）。
  - (3) 行政私法行為：係指以私法形態之行為，而達成行政上之任務，例如各種公用事業之經營（水、電及大眾運輸等）、對學生給予助學貸款及對人民進行經濟輔助（補貼）等行為，並無任何之權力服從

關係。至於所謂「私法形態」，大致有以下二者：一是行政機關與人民直接締結私法契約，以提供給付，例如出租或出售國宅；二是由行政機關選擇私法之組織形態，先成立具有私法人性質之公司，再以之提供行政給付，例如成立臺灣省自來水公司，再由其與人民成立自來水供應契約<sup>1</sup>。

3. **兩者區別之實益：**其實兩者區別難有絕對之標準，但因兩者仍有下列區別之實益，故有予以區別之必要。

(1) 爭訟途徑及是否適用行政程序法之差異：

	公權力行政	私經濟行政
爭訟途徑：審判權	公法事件：行政法院，但法律有規定時，從其規定，例如依國家賠償法請求之國家賠償事件即由普通法院審判之。	私法事件：普通法院
適用行政程序法與否	適用，行政程序法第 2、3 條參照。但須注意行政程序法第 3 條第 3 項各款排除適用之規定。	不適用 <sup>2</sup> 。但視情形有準用或類推適用之空間。雙方如就該法律關係有爭議，應適用相關民事法規，由一般法院以民事訴訟程序審理之，行政機關尚不得以行政處分就爭議事項為決定，命相對人服從 <sup>3</sup> 。
致相對人受損害時之救濟	採雙軌制，得視損害發生之原因及救濟途徑，於提起行政訴訟時合併請求損害賠償（參見行政訴訟法第 7 條），或直接提起國家賠償訴訟（由普通法院審理）。	民法

1 注意「締約上強制」在此處的適用，例如依自來水法第 61 條第 1 項規定：「自來水事業在其供水區域內，對於申請供水者，非有正當理由，不得拒絕。」

2 例如最高行政法院 109 年度上字第 835 號判決即稱：人民依私法規定，申請行政機關作成前開私經濟行政行為者，該申請程序則非屬行政程序法第 2 條第 1 項所稱之「行政程序」。申請本身亦非行政程序法第 51 條第 1 項規定所指「人民依法規之申請」（此係因該條文所稱之法規，限於形成公法上請求權之公法法規，必須如此解釋，方符合「行政程序法以公法行為或公法請求為規範對象」之規範意旨）。

3 參見最高行政法院 97 年度裁字第 1563 號裁定。

(2)是否受依法行政原則及尊重人民基本權利之拘束：在公權力行政固毋庸論。在私經濟行政，基本上雖受民法上私法自治原則之支配，但政府採購法之施行已於相當範圍內限縮了私經濟行政私法自治暨契約自由之空間，畢竟政府採購法第 6 條第 1 項即明定：「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇」。而憲法上關於人民基本權利之規定，尤其平等原則是否亦適用於私經濟行政，學理上素有爭論。一般認為行政私法行為既係以私法行為之形態作為達成行政任務之手段，自應受基本權利（尤其是平等原則）之拘束，司法院釋字第 457 號解釋即稱：「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。」至於行政輔助行為及行政營利行為係直接受基本權利之拘束<sup>4</sup>，或以基本權利對第三人之效力理論解決，並無定論<sup>5</sup>。

再者，一般以為，行政機關對於行政行為方式之選擇，並非完全自由，而須於法律無明文禁止規定，且在公法上無適當方式可供採行時，始得以私經濟行政行為，遂行行政任務，以避免公法遁入私法之情形。此一現象原係指行政機關有選擇行為方式之自由，將應以公法形態之作為，改採私法形態為之。若以遁入私法方式逃避依法行政原則之拘束，則非法治國家應有之現象<sup>6</sup>。惟行政機關重要之私經濟行政（例如政府採購行為）透過各種法律之規制，亦相當程度受到依法行政原則及人民基本權利之拘束，故難謂行政機關此類私經濟行政與公權力行為相較，對人民權益之保障當然形成明顯之不利益。但若享有契約自由之私經濟行政，行政機關自與私人無異<sup>7</sup>。

---

4 參見吳庚/盛子龍，行政法之理論與實用，2020 年增訂十六版，第 14 頁。

5 另參見翁岳生（編），翁岳生主筆，行政法（上），2020 年四版，第 27 頁註 84；許宗力，基本權利對國庫行為之限制，載於氏著「法與國家權力（一）」，2006 年，第 1 頁至第 71 頁。

6 參見吳庚/盛子龍，行政法，第 29 頁。

7 例如臺灣高等法院 99 年度上字第 893 號判決即稱，國有財產法第 42 條第 1 項第 2 款固規定，非公

4. **雙階理論（亦稱為二階段理論）**：公權力行政與私經濟行政在理論上亦有可能結合運用，例如將行政機關受理人民申請貸款（如助學貸款）及補貼之行為，分成受理申請及決定實行兩個階段。受理申請之准否，屬於公權力行政性質的行政處分行為（實務上亦可能授權私人（例如銀行）行使公權力，參見行政程序法第 2 條第 3 項），而一旦申請獲准並接受貸款或其他給付時，所產生之權利義務，則依民事法律關係處理，屬於私經濟行政之性質。由於雙階理論可能導致不同階段之爭議，人民須因此適用不同的法律救濟途徑，甚或兩個階段的瑕疵是否交互影響，均可能有所爭議<sup>8</sup>。為避免徒增困擾，故有學者主張有必要將結合運用之公權力行政與私經濟行政兩者，視為一個整體的行政行為；在理論上有視為行政處分、行政契約及行政私法行為等三種可能性<sup>9</sup>。惟實務及法制上基於實際需求，則不乏明文承認雙階理論之例，除了「政府採購行為」基於立法政策之考量外（另參見本書第三章第四節二、1），雙階理論之適用範圍可進一步說明如下：

(1) 司法院釋字第 540 號解釋對於國民住宅出租或配售所生之爭議，即顯然受到雙階理論的影響，其理由書謂：「主管機關直接興建及分配之住宅，先由有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。此等契約係為推行社會福利並照顧收入較低國民生活之行政目的，所採之私經濟措施，並無若

---

用財產類不動產之出租，得以標租方式辦理，但民國 82 年 7 月 21 日前已實際使用，並願繳清歷年使用補償金者，得逕予出租。上開規定既未強制令國有財產之管理機關必須與符合標準之人訂立租賃契約，基於契約自由原則，國有財產之管理機關自有斟酌是否與他人成立租賃契約之權，如斟酌結果係拒絕與他造訂約，仍屬合法行使權利，不適用民法第 148 條第 1 項規定。

8 例如最高法院 109 年度台上字第 1181 號判決即指出：「按行政機關為安定所屬人員生活，提供房舍或土地供其居住或建屋居住，乃行政機關與其所屬人員間所為之私法上借貸契約，基於借貸係要物契約，於當事人合意外，更須交付借用物始能成立，行政機關核准提供房舍或土地之相關行政文書，僅使所屬人員具備借用人之締約資格，不論該文書在公法關係上是否具行政處分之性質，關於私法契約關係之存續、終止或消滅，應悉依民法使用借貸之規定，不以核准文書為斷，至該核准文書經撤銷、廢止，或因其他事由而失效，雖可解為私法關係之借貸目的已使用完畢，或發生約定終止權，或其事由該當於法定終止原因，仍不得謂核准文書應先經撤銷、廢止或註銷，始可依民法第 472 條規定終止借貸契約。」

9 參見陳新民，行政法學總論，2020 年新十版，第 33 頁以下；陳敏，行政法總論，2019 年十版，第 691 頁以下。

何之權力服從關係<sup>10</sup>。性質上相當於各級政府之主管機關代表國家或地方自治團體與人民發生私法上各該法律關係，尚難逕謂政府機關直接興建國民住宅並參與分配及管理，即為公權力之行使。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果……不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟，係另一問題。」其顯然認為主管機關就國宅配售之核准與否係公法上之行為（行政處分），但與人民就國民住宅配售所締結之契約則屬私法契約<sup>11</sup>。另應予注意者是，國民住宅條例已於 2015 年 1 月 7 日廢止，另制定「住宅法」，以社會住宅取代國民住宅。故如監督機關本於住宅法第 2 條第 2 項第 1 款第 7 目興辦社會住宅之權責，設立國家住宅及都市更新中心（依國家住宅及都市更新中心設置條例於 2018 年 8 月 1 日成立之行政法人）所辦理之社會住宅業務，由其依據監督機關興辦社會住宅出租辦法等相關法規，對於租約當事人申請換約即承受租約或申請續租之資格為審認，認定租約當事人不符合換約之資格，為與租約當事人訂立社會住宅租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為所為之行政處分<sup>12</sup>。

(2)按雙階理論之前階段核准與否之行為之所以應視為行政處分<sup>13</sup>，尤

10 類似的例子尚有國軍老舊眷村住戶欲享有國軍老舊眷村改建條例所稱之原眷戶權益，應提出所領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證、公文書等以為證明，至於所謂權責機關，係指如各軍種司令部等國防部所屬機關且有分配眷戶之權責者。原眷戶資格之取得，實由於主管機關配住而來，此配住關係為行政機關基於管理財物之私經濟行政而發生，係私法關係，非公權力之作用。參見最高行政法院 105 年度判字第 327 號判決。

11 類似的例子尚有最高行政法院 94 年度判字第 1303 號判決，政府提供人民低利貸款之契約本身係私法契約，但：「國家或其他行政主體，為達成特定之公共目的，對私人所為有財產價值之給與，包括由行政機關或透過特定金融機構以較一般金融機構為優惠之條件貸給款項，其中行政機關對當事人之貸款申請所應具備條件之審核決定，自屬公法上之行政處分，當事人對於是否給與貸款之審核決定如有不服，自得提起行政爭訟，請求權利保護。」

12 參見臺北高等行政法院 111 年度訴字第 610 號判決。

13 除核准與否之行為外，其他諸如在未訂買賣契約之前，以配售國宅代替核發重劃區內建物所有人之拆除補償費，係國家以高權地位對遭受公權力侵害之人民所為補償方式之一，用行政裁量決定何人取得國宅之承購權，則承購權之核配及撤銷均係因公權力措施直接對外發生法律效果之單方行政行為，如有違法或不當，致損害人民之權利或利益者，民眾自得對此提起訴願。參見最高行政法院 105 年度判字第 273 號判決。

具有透過行政程序法之適用，保障人民程序上之權益<sup>14</sup>，並同時賦予人民公權利，以方便人民救濟，否則核准與否之行為若最終仍係締結私法契約而被視為私法上之意思表示，除非有「締約上強制」的適用，否則在契約自由的前提下，相對人自難以救濟。故在視為一個整體的行政行為有適用上困難的前提下，雙階理論自具有其功能性之意義<sup>15</sup>。

- (3)按雙階理論既有其特定之功能性意義，最高行政法院曾有見解認為對於雙階理論的運用範疇應予以限縮，應僅針對給付行政中之補貼行為<sup>16</sup>。惟值得注意的是，司法院釋字第 695 號解釋針對行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處對於人民依據國有林地濫墾地補辦清理作業要點申請訂立租地契約未為准許之決定，認為具公法性質，申請人如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。其等於是間接援引雙階理論作為解釋依據，亦修正了司法院釋字第 448 號解釋所持：「行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為」之見解。然司法院釋字第 540 號解釋系爭案件國宅配售行為，事涉給付行政中之補貼行為，

---

14 例如最高行政法院 95 年度裁字第 850 號裁定即指出：「政府採購法以決標前後作為應依行政或民事救濟之分界點，乃係基於該法第 74 條所明定，而國民住宅之爭議亦以政府機關與人民訂立契約前後作為行政與民事救濟之分界點，亦係經司法院釋字第 540 號解釋在案，經核政府採購及國民住宅之爭議均涉及政府採購之公平性影響及政府機關合法行使職權及所有廠商權益，而政府興建國民住宅其功能對符合資格者，能否申購對其權利有重大影響，均與公益息息相關，為慎重其事，故有必要，適用如抗告意旨所稱之雙階理論。」

15 然在此功能性意義的反面，亦有學者指出，將前階段行為視為行政處分，其權利救濟亦有遵守起訴期間限制等不利益產生，不見得當然有利於當事人，參見劉宗德，行政私法，載於氏著「制度設計型行政法學」，2009 年，第 77 頁至第 94 頁（第 91 頁）。

16 例如最高行政法院 95 年度裁字第 372 號裁定曾特別指出：「兩階段理論係德國學者因應行政機關基於公權力，為公共利益而執行給付行政（補貼貸款）所面臨之法律困境，亦即當行政機關否准補貼貸款時，一方面依當時之法律見解，補貼貸款屬國家之私法行為，人民不得對之提起行政訴訟，另一方面，基於契約自由原則，人民亦不得對之提起民事訴訟，以致無法律救濟途徑，乃在貸款給付之前，分析出具有行政處分性質之准否補貼貸款決定，形成前公法後私法之兩階段法律關係，將其准否補貼貸款之決定歸入公法約束，尤其是平等原則之遵守，並受司法審查，所建構之理論。本件申租系爭公有土地事件，係行政機關在不妨礙公有土地依法管理使用原則下，基於私法契約自由，出租予特定人使用收益，其乃純屬私法關係，因其並非行政機關基於公權力，為公共利益所執行之給付行政，自無從分析出公法關係，以形成前公法後私法之兩階段法律關係。」

運用雙階理論俾令相對人得以就拒絕給付之行為（即行政處分）予以救濟。此處國有林地濫墾地補辦清理作業要點如何與司法院釋字第 540 號解釋之情形「相提並論」，司法院釋字第 695 號解釋之「以重大公益為標準」恐過於空泛<sup>17</sup>，使得實務上亦多少含糊其詞<sup>18</sup>。

- (4)而實務上則亦有判決試圖限縮司法院釋字第 695 號解釋之適用範圍，例如最高行政法院 104 年度裁字第 1993 號裁定即指出司法院釋字第 695 號解釋是對於人民依據國有林地濫墾地補辦清理作業要點申請訂立租地契約被行政主管機關（林區管理處）拒絕（否准），人民對該「拒絕訂定租地契約」不服，究屬公法爭議或私法爭議所為之解釋，其解釋文已指明：「行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處對於人民依據國有林地濫墾地補辦清理作業要點『申請訂立租地契約未為准許』之決定，具公法性質，申請人如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。」其解釋理由書第 3 段並闡釋：「按補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，涉及國土保安長遠利益（森林法第 5 條規定參照）。故林區管理處於審查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點及有關規定相符，如其訂約有違林地永續經營或國土保安等重大公益時，仍得不予出租。『是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質』，如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判」等語甚明。故依國有財產法規定出租國

17 另參見林錫堯及陳新民大法官於本號解釋所提之不同意見書。而實務上比照司法院釋字第 695 號解釋精神的代表性案例如下（儘管理由未備）：原住民保留地租約於期滿後，經承租人提出續租申請，並非當然得為續租，尚須經主管機關審核是否具備續租條件，始作成是否續租之決定，是主管機關所為同意續約之決定，其性質係授予申請人利益之行政處分。參見最高行政法院 108 年度判字第 440 號判決。

18 例如最高行政法院 101 年度裁字第 1663 號裁定即認為人民與主管機關訂立「國有林地暫准使用租賃契約書」，並於租賃期限屆滿前請求續租，經主管機關以其違反租賃契約之條款而拒絕續約，核屬主管機關就其管理之公有財產與人民因租賃關係所發生之爭執；而司法院釋字第 695 號解釋係針對各林管處對於人民依據「國有林地濫墾地補辦清理作業要點」申請訂立租地契約之否准決定所生之爭訟而為之解釋，兩租賃契約發生爭議不同。