

第一節 找爭點——以「行政行為形式」結合「四步驟思考流程」

壹、四步驟思考流程

自民國100年律師、司法官考制改變後，行政法第二試考科就不再有非案例的申論題型；而考生對於案例申論題型作答的困境常發生在：當看完了一長串案例事實後，卻找不出切入作答之爭點。其實，若把題目要考的爭點全都轉化為「非案例的申論題型」，相信多數歷經苦讀的考生，都能講（背）出個所以然。那問題就來了，明明是學過的概念，怎麼變成案例題型後，就答不出來了呢？這通常是因為多數考生在研讀行政法時，對於所學的內容多是囫圇吞棗地給嚥了進去，並沒有設想這些抽象概念或理論運用在具體案例上，會如何呈現。然而，要如何克服此一尋找爭點的困境呢？有沒有一套面對案例事實的思考流程，能夠助益爭點意識的形成？

既然行政法的核心概念乃依法行政原則，則命題模式自然會繞著「行政行為的合法性控制」打轉。因此常見在一個案例題型中設計一個或多個行政行為，問此些行政行為是否合法？

- 一、倘若行政行為違法侵害相對人或利害關係人權利時，題型可得延伸設計至此些人應如何進行權利救濟？例如第一次權利救濟之行政爭訟或第二次權利救濟之國家賠償。
- 二、倘若行政行為雖係合法，但人民仍可能受有損失，而有應否予以填補損失之考量，則題型可得延伸至人民能否及如何請求損失補償？

循上思考，考生在面對案例事實時，首應從如何合法做成行政行為出發，然後再思考行政行為經判斷合法或違法後的後續處理需求；具體而言，應有如下的爭點思考步驟需進行：

Step 1**「誰」可以合法做成行政行為**

判斷案例事實中的「組織」，是否屬行政程序法所稱之「行政機關」，而得合法做成各類型行政行為。

Step 2**行政機關如何合法做成行政行為（行政行為的合法性控制）****Step 2.1 行為定性與行為效力**

不同法律性質之行政行為，適用不同的合法性控管與權利救濟程序，因此，行政行為之定性乃案例解題的關鍵。

此外，由於行政處分是一種體現行政機關強大統治權力量，以執行人民所託付之國家任務的常用行政行為；而為了穩定國家公任務的實現（例如行政處分的形式存續力），並適度兼顧人民權益保護（例如行政處分的實質存續力），行政處分因此具備有其他行政行為所未有之多樣化效力類型。是以，近年亦常見以行政處分之效力作為爭點設計的案例題型。

Step 2.2 以行為類型對應之行政程序法的合法性控制

當界定案例事實中之行政行為的法律性質後，即應分別對應相應的行政程序法的合法性控制要求。

接續，再判斷行政機關做成行政行為，是否帶有下列目的，再分別連結其他法律之合法性控制要求：

Step 2.3 以裁罰為目的之行政處分→行政罰法的合法性控制

若行政行為之目的係為了裁罰行為人過去所為違反行政秩序之行為，則該帶有裁罰性質之行政處分，尚須再滿足行政罰法的合法性控制要求。

Step 2.4 以執行為目的之行政行為→行政執行法的合法性控制

若該行政行為之目的係為強制執行行為人所負擔的公法上金錢給付義務，或行為、不行為義務時，則該行政行為尚須再滿足行政執行法的合法性控制要求。

◎ 與下述步驟3連結之說明

當行政行為造成相對人或利害關係人權利之影響時，不論行政行為合法或違法，皆可能發生權利救濟或填補之需求。當然，大宗案例屬違法行政行為所生之權利救濟情形。因此，以有無違反上述行政行為做成之合法性控制要求，後續處理可再區分為：

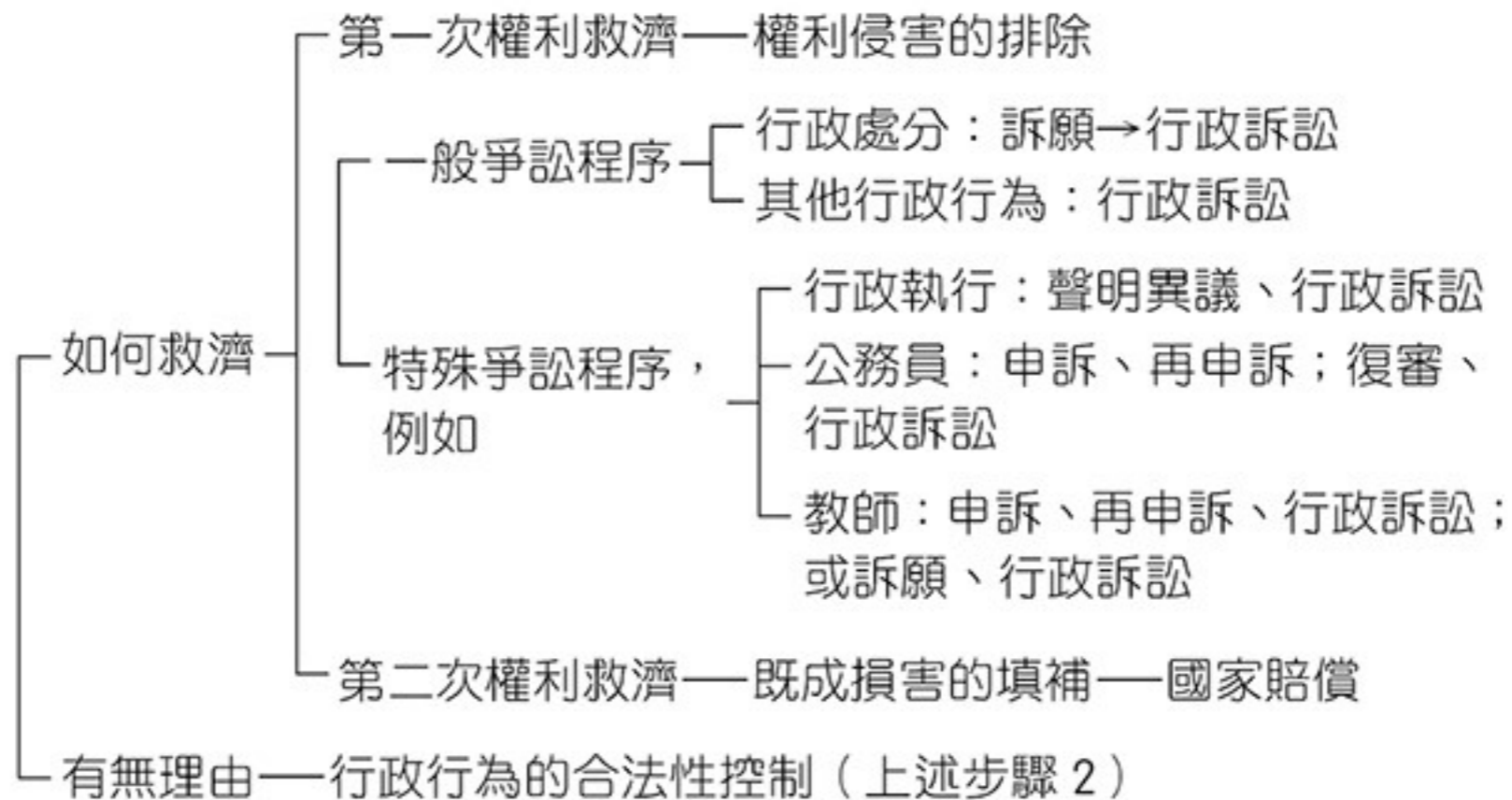
- └ 有瑕疵行政行為之後續處理——考題重點
- └ 無瑕疵行政行為之後續處理——主要為損失補償法制之爭點

Step 3

違法行政行為之後續處理

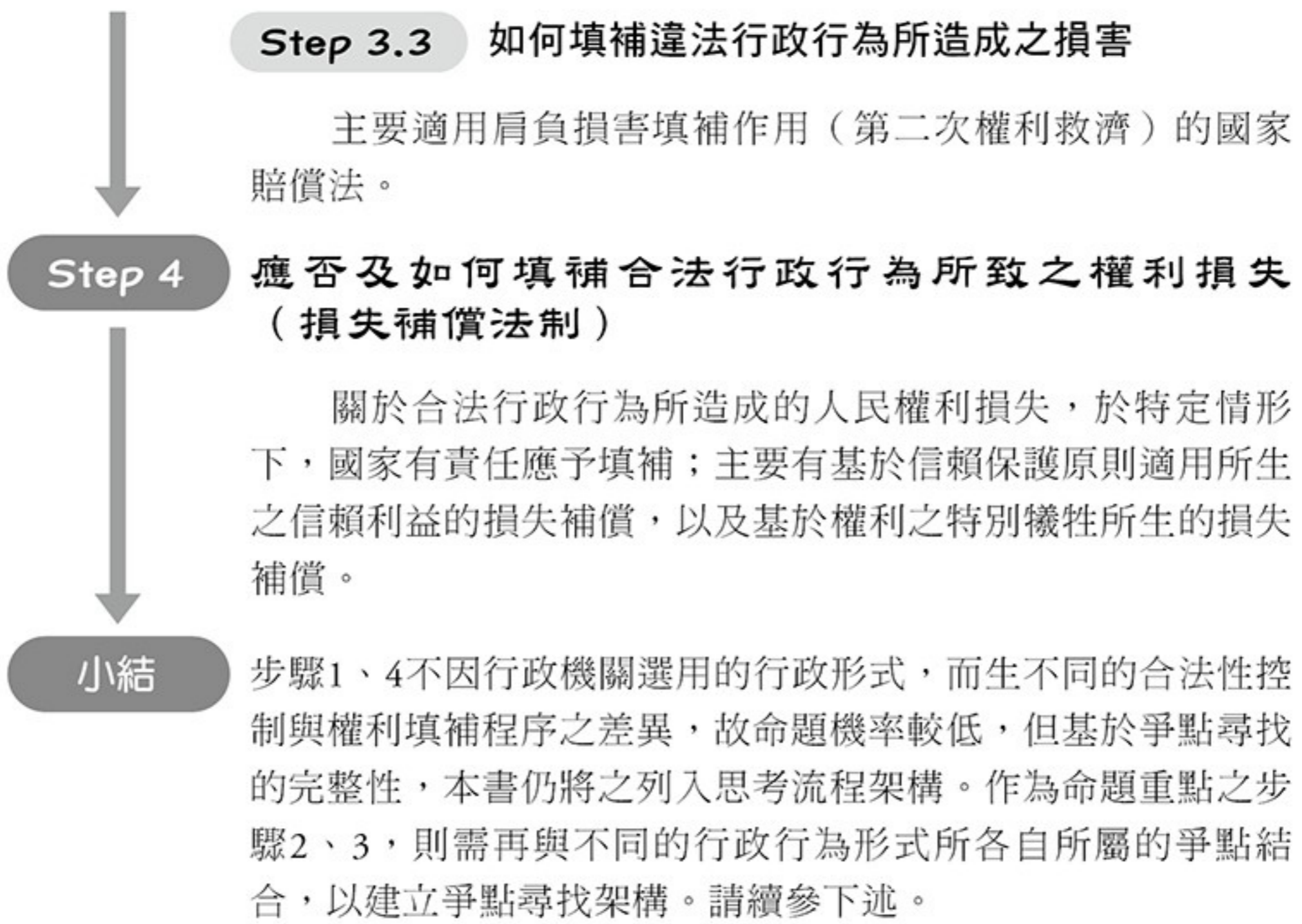
Step 3.1 行政行為瑕疵效力理論

當行政行為違反上述之合法性控制要求時，會如何地影響各該行政行為之效力，行政程序法就不同的行政行為，分設有不同的瑕疵效力規範；一旦行政行為之瑕疵導致行為產生違法之法律效果時，應連結下述步驟思考：



Step 3.2 如何排除違法行政行為所形成之侵害

主要適用肩負侵害排除作用（第一次權利救濟）的訴願法與行政訴訟法。



貳、以「行政行為形式」結合「四步驟思考流程」

不同的行政行為在上述的步驟2、3思考流程中，分別有屬於自己的合法性控制要求與相應的權利救濟制度，以及常見之案例事實設計方式。因此，本書擬以「行政行為形式」結合「四步驟思考流程」作為案例爭點的尋找方法，也可稱之為「一路到底學習法」：舉例而言，當學習行政處分時，就一路到底地把所有關於行政處分的爭點尋找一次性地學習完畢。此種學習法乃特別因應案例爭點尋找所設想，蓋案例事實設計皆從行政機關選用行政行為處理國家任務出發，然後開展一系列提問：例如該行為有無違法？若有人民權利受該行為侵害，得否或如何尋求救濟？因此，符合案例設計思維的一路到底學習法，應能有效裨益案例爭點之尋找。請續行參閱後續第二～五章之說明。

參、109司律一(二)(三)²

甲不滿立法院刻正審議的社會改革法案，利用A市政府舉辦國際運動會開幕之際，試圖持抗議布條闖入開幕典禮會場，以引起國際媒體的關注，結果遭到A市政府警察局所屬員警阻擋，並強制驅離。甲未達目的，氣憤難消，於是在個人臉書上發文：「A市政府警察局阻擋抗議的員警都是腦殘分子，躲在後面的市長乙是標準的龜孫子，其領導的市政府是烏龜集團」。甲發文一出，立即獲得網友交相按讚呼應。市長乙獲悉後震怒，隨即指示警察機關蒐證，以甲涉有公然侮辱公務員及公署罪嫌，移請檢察官偵辦。經該管檢察官偵查後，依刑法第140條第1項及第2項提起公訴。市長乙乃透過市政府官方網站發布新聞稿（下稱系爭新聞稿），對甲進行反擊，痛斥：「甲不顧國家顏面，恣意妄為，簡直就是王八蛋」。請問：

- (二) 甲認系爭新聞稿對其構成公然侮辱，欲請求自市政府網站移除，應提起何種訴訟？其請求權基礎為何？（20分）
- (三) 甲認為系爭新聞稿對其名譽及人格構成嚴重侵害，欲請求市長乙在市政府官方網站上公開道歉，應提起何種訴訟？其請求權基礎為何？（40分）

參考法條

刑法

第140條第1項

於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。

第140條第2項

對於公署公然侮辱者，亦同。

2 第(一)小題為憲法題目：(一)甲認為刑法第140條第1項及第2項侵害其言論自由，違反憲法第11條保障意旨，欲請求法院裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。假設你是甲的辯護律師，如何為甲提出請求，說服法院聲請釋憲？（40分）

找 爭 點

(一) 第(二)小題之「請求移除新聞稿」

以「四步驟思考法」，定位爭點之座落處：

題目問：「甲得基於何種公法上請求權，提起何種訴訟類型」請求移除新聞稿



Step 3：違法行政行為的後續處理

1. 甲應提何種訴訟以移除新聞稿：

- (1) 須先定性甲所主張違法行政行為（新聞稿）之法律性質，始得確認權利救濟途徑→新聞稿乃針對「不特定人」提供資訊之行為，故性質屬未直接侵害甲之權利的行政事實行為。
- (2) 請求移除新聞稿的訴訟類型→乃請求市府做成「行政事實行為」，故訴訟類型為行訴 § 8 I 一般給付訴訟。

2. 甲之請求權基礎→連結憲 § 22 名譽權保障所衍生之公法上結果除去請求權。

(二) 第(三)小題之「請求公開道歉」

以「四步驟思考法」，定位爭點之座落處：

題目問：「甲得基於何種公法上請求權，提起何種訴訟類型」請求公開道歉



Step 3：違法行政行為的後續處理

1. 請求市長乙在市政府官方網站上公開道歉：回復名譽之損害填補→第二次權利救濟之國家賠償→連結「國家賠償法」爭點：

- (1) 屬公務員執行職務型國賠（國賠 § 2 II 前段）；
- (2) 題目已預設系爭新聞稿對甲名譽及人格構成嚴重侵害，要問甲如何請求回復名譽以填補損害，故關於國賠請求權構成部份無爭點；

2. 國賠請求權之行使：

- (1) 依國賠法 § 12 適用民事訴訟法，向普通法院提國賠訴訟；或
- (2) 藉由行訴 § 8 一般給付訴訟的提起，依行訴 § 7 合併提起損害賠償訴訟。

下標題

利用題目所用文字，緊扣提問作答：

題目**第(二)小題**

甲欲請求自市政府網站移除系爭新聞稿，應提起何種訴訟[Ⓐ]？其請求權基礎[Ⓑ]為何？

第(三)小題

甲認為系爭新聞稿對其名譽及人格構成嚴重侵害，欲請求市長乙在市政府官方網站上公開道歉，應提起何種訴訟[Ⓒ]？其請求權基礎[Ⓓ]為何？

標題這樣寫

(二) 甲應以憲法第22條名譽權保障所生之公法上結果除去請求權作為請求權基礎[Ⓑ]，提起行政訴訟法第8條第1項之一般給付訴訟[Ⓐ]

(三) 甲得依國家賠償法相關規定，適用民法第184條、第195條作為請求權基礎[Ⓓ]，利用請求移除新聞稿之訴訟，依據行政訴訟法第7條規定合併請求公開道歉方式之損害賠償[Ⓒ]