

一般認為法院應全面審查不確定法律概念的解釋與適用，僅在少數例外情形，才適用判斷餘地理論。然而，為何要承認判斷餘地？是否存有判斷餘地，該如何認定？有關核能發電廠之設置與運轉等許可行政行為，應否承認行政機關享有判斷餘地，理由何在？試申述之。

【114 高考—一般行政（三級）】

請參閱前述說明，依題旨涉及「核能發電廠之設置與運轉等許可行政行為」應就核能發電廠之設置與運轉是否屬於「具有預測性或風險性的決定」及「具有高度政策性的決定」予以論述。核能電廠涉及自然科學領域以及國家能源政策之決定，法院理應尊重行政機關之判斷。

某甲參加司法考試，其中行政法一科有四考題總分一百分。某甲該科只得十五分，而該科成績如果達二十分，總平均成績即可及格，達錄取標準。某甲深信該四題考題，其作答均以國內主流之教科書及實務見解為基礎。換言之，均是以通說之見解為解答根據，該科沒有六十分至少也有五十分之成績，因此要求重新閱卷。請問某甲之主張是否有理？就考試成績之評定，從行政裁量及判斷餘地理論角度，我國學界與實務界之見解如何？試申論之。（25分）

【98 北大】

(一) 判斷餘地之概念	批註欄
因法律構成要件係以文字表達，在涵義上有某種程度之不確定性，故稱為不確定法律概念。惟基於憲法之功能分配，行政法院僅能審查行政機關之決定是否合法，而非以其之見解取代行政機關之判斷，故有所謂「判斷餘地」之理論。	
(二) 釋字第 319 號、第 382 號、第 462 號、第 553 號解釋所揭示之審查基準	
釋字第 319 號、第 382 號、第 462 號、第 553 號解釋已指明有關成績評定、對學生品行之考核、學業評量、大學教師升等資格具有高度屬人性與不可替代性，對於此部分應有判斷餘地之存在，除就形式上觀察有顯然錯誤外，應尊重委員所為之成績評定，而採低密	

度之審查基準。
(三) 德國學說上判斷餘地之理論構造
1. Bachof 之「判斷餘地理論」，於不確定法律概念時，行政機關享有不受法院審查之評價與決定。
2. Ule 之「接受可能性理論」，在邊界案件中，有數種答案皆可被法院接受時，行政機關在此範圍內應不受法院審查。
3. Wolff 之「估測特權理論」，在未來之發展為估測時，並非法院所能完成，故應不受審查。
(四) 司法審查之界線
學說上認為於適用不確定法律概念時，僅能就下列情形予以審查：
1. 法律之解釋是否正確？
2. 事實之認定有無錯誤？
3. 由委員會為決定時，其組織是否合法？
4. 是否遵守有關之程序規定？
5. 是否根據與事件無關之考量觀點？
6. 是否遵守一般之評價標準？
(五) 本案是否構成「根據與事件無關之考量」
法院實務認為，依法組織典試委員會辦理典試事宜，有關應考人考試成績之評定，係由典試委員或閱卷委員基於法律之授權，根據其個人學識素養與經驗所為專門學術上獨立公正之智識判斷，具有高度之專業性及屬人性，如程序無違背法令之處，自不應任意爭執，因此「獨門暗器」係涉及專業性判斷，應非與事件無關之考量。故就甲之主張而言，其所作答之內容是否屬於通說或是獨門暗器，涉及考試評分之專業性判斷，若無程序違背法令之處，其主張似難成立。

一 法律依據的探求與確認

考 試 提 醒

傳統爭點在於行政執行法第 11 條規定所謂「依法令」，是否可作為發動行政執行之依據？

探求題目所提供的行政法各論的法條或是行政執行的規定，是否授權行政機關得強制執行。原則上，在判斷行政機關有無行政執行權限時，必須先回歸到實體法上，確認行政機關有無作成基礎處分的權限。若行政機關有作成基礎處分的權限時，行政機關才有依據該基礎處分為行政強制執行的權限。

舉例來說，臺灣自來水公司，對於欠繳水費的自來水用戶，是否可以行政強制執行手段收取水費？

在臺灣，自來水之供給並非公法上的規費，僅係私法上的價金。所以，人民在欠繳水費時，自來水公司僅能透過民事法院的確定判決，以確定判決為執行名義，經由民事之強制執行程序為之。

值得注意的是，考試上的重點在於行政執行法第11條：「義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，有下列情形之一，逾期不履行，經主管機關移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之：……。」及同法第29條第1項規定：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。」所謂「依法令」，是否可作為發動行政執行之依據？以下以一個考題為例，予以說明。

某企業丙於國際航空城規劃區內興建60層之多功能辦公大樓，並委由知名建築團隊設計營建。此案經地方政府列為開發重點項目，其後建管單位C亦依建築法審核發給建築執照。不料於建築主體完成後、欲核發使用執照時，始由交通部民用航空局告知，依據民用航空法之規定，該建築超過該區航空限高約4層。故由C發函通知丙須自行拆除超出部分，否則不發給使用執照。丙主張主管機關於發給建照時並未檢核航高限制，後續處置有違信賴保護原則。請依所學評析機關應如何為合法之處理？

【115司特一書記官（四等）】

本題討論的重點在於「信賴基礎之認定」，亦即跨機關管轄是否會影響信賴基礎，本案航高限制主管機關為民航局，而發給建照者為建管單位C，兩者主體不同，是否影響信賴基礎之成立？若依行政一體原則，行政機關間之權限分工與橫向聯繫，應屬於機關內部事務。建管單位C依建築法核發之建築執照，客觀上已形成具備公信力之國家行為外觀。因此，本案跨機關之聯繫疏失應屬內部瑕疵，不影響丙以「建管單位C核發之建築執照」作為合法信賴基礎。

依行政程序法第117條，違法處分原則上得由機關依職權撤銷，但須衡量私益與公益。國際航空城之飛航安全、不特定多數乘客之生命財產安全屬重大公益。因此，飛航安全之公益顯然大於丙維持60層樓之商業利益，故機關必須撤銷原建築執照中超過限高約4層樓之部分，不得放任違法狀態存續。再依行政程序法第120條，由國家補償丙因信賴該建照所受之損失（如4層樓之造價、拆除費），且補償額度不超過該處分存續可得之利益。

貳、違法負擔處分之撤銷

一般認為，違法負擔之處分僅須考量「依法行政原則」及「法律安定性原則」。若基於「依法行政原則」，則應撤銷違法之行政處分；若基於「法律安定性原則」，則應該維持已不可爭訟之行政處分。因負擔處分係施加人民法律上之義務，原則上無須考量相對人之信賴保護。

值得注意的是，在考試上有兩個重點：

一、負擔處分可否作為信賴基礎？

（一）否定說

通說以「授益之行政處分」為限，尤其是違法授益處分之撤銷恆

甲師為服務於乙國立高中（下稱乙校）之專任教師，因教學不力，乙校經法定程序後，依教師法第 16 條第 1 項規定予以解聘，並以 A 函通知甲師。另報請主管機關核准，主管機關以 B 函回復乙校並副知甲師核准解聘生效。惟依教師法第 16 條第 1 項規定解聘者，並無不得再任教師之法律效果。請問：

- (一) 甲師針對 A 函提起行政救濟後，認有暫時性權利保護之必要，其應聲請何種類型的暫時性權利保護為當？
- (二) 甲師針對 B 函可否提起行政救濟？

【115 高考—一般行政（三級）】

本案涉及國立學校教師解聘之法律性質、救濟程序及行政訴訟法上暫時性權利保護之選擇，以及憲法法庭 111 年憲判字第 11 號判決之見解。依憲法法庭 111 年憲判字第 11 號判決意旨，公立學校與教師間之聘任關係屬行政契約關係，故該解聘本質上僅屬學校基於聘任契約所為之「終止契約意思表示」，並非行政處分。因 A 函非行政處分，甲師對學校之解聘不服，應提起行政訴訟法第 6 條第 1 項後段之「確認聘任法律關係存在之訴」。甲師遭解聘後，面臨教師身分被剝奪、維持生活所需之薪資中斷等急迫危險。甲師應向行政法院依行政訴訟法第 298 條第 2 項聲請「定暫時狀態之假處分」，請求法院裁定命乙校在「本案確認訴訟確定前，仍應維持其專任教師身分，並暫時准予授課及按月給付薪資」。本題已明示教師法第 16 條第 1 項「無不得再任教師之法律效果」，故主管機關的 B 函僅是內部通知，不對外產生規制效力，甲師不得針對 B 函單獨提起行政救濟。

Q A 長照機構與 B 直轄市政府衛生局（下稱 B 衛生局）簽有「B 直轄市特約長期照顧家庭照顧者喘息服務行政契約書」（下稱行政契約），提供相關喘息服務，行政契約中有 A 長照機構依行政程序法第 148 條自願接受執行之約定。B 衛生局發現 A 長照機構有虛報費用之情事，依行政契約之約定可處虛報費用金額 10 倍之違約金，合計新臺幣 50 萬元。B 衛生局遂限期通知甲繳納，催繳函並有「若逾期不履行，本局依法移送行政執行分署強制執行」之記載。假設 A 長照機構甲逾期仍未繳還公費，B 衛生局得否以催繳函為執行名義移送該管行政執行分署強制執行？

【113 高考—一般行政（三級）】

本題涉及行政程序法第 148 條規定之解釋，論述上應先說明行政契約中關於 A 長照機構依行政程序法第 148 條自願接受執行之約定是否合法，接著說明 B 衛生局應以行政契約作為本件執行名義，並依行政程序法第 148 條第 3 項規定，準用行政訴訟法有關強制執行之規定，向行政法院聲請強制執行。至於題旨所問「B 衛生局得否以催繳函為執行名義移送該管行政執行分署強制執行」則須說明該催繳函之性質並非行政處分，故不可以該函文為執行名義移送該管行政執行分署強制執行。

貳、行政契約之爭訟

一般而言，關於行政契約之爭訟，當事人之一方（不論為人民或行政機關）應提起行政訴訟法第 8 條之一般給付之訴。而其他基於行政契約關係所生之給付，例如：行政程序法第 145 條、第 146 條及第 147 條之補償請求權，亦應適用行政訴訟法第 8 條第 1 項規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」

然而，其爭議在於若行政機關依行政契約約定，應作成行政處分而未作成時，人民應提起何種行政訴訟類型，在德國有不同學說見解¹⁶：

一、提起課予義務訴訟

行政機關所給付之內容為行政處分，故應提起課予義務之訴。

16 陳敏，行政法總論，2019 年 11 月十版，頁 623-624。

壹、共同訴訟

考 試 提 醒

此部分在幫助讀者釐清相關觀念，理解共同訴訟之類型及法條規定即可。

一、共同訴訟之規定

當事人之一方為複數時，即屬共同訴訟。而訴訟法上「共同訴訟」之規定，係在處理當事人間之內部關係。例如，甲、乙、丙為原告，共同繼承其父親之遺產，遭國稅局課徵遺產稅。而「共同訴訟」的規定，即係在規範甲、乙、丙間之訴訟行為，若有不一致的情況，應如何處理。

行政訴訟法第37條規定：「二人以上於下列各款情形，得為共同訴訟人，一同起訴或一同被訴：一、為訴訟標的之行政處分係二以上機關共同為之者。二、為訴訟標的之權利、義務或法律上利益，為其所共同者。三、為訴訟標的之權利、義務或法律上利益，於事實上或法律上有同一或同種類之原因者（第1項）。依前項第三款同種類之事實上或法律上原因行共同訴訟者，以被告之住居所、公務所、機關、主事務所或主營業所所在地在同一行政法院管轄區域內者為限（第2項）。」

(一)為訴訟標的之行政處分係二以上機關共同為之者

例如，依文化資產保存法第42條規定，依法劃設之古蹟保存用地或保存區、其他使用用地或分區及特定專用區內，關於建築物與其他工作物之新建、增建、改建、修繕、遷移、拆除或其他外形及色彩之變更，應由「目的事業主管機關」會同「主管機關」辦理。

(二)為訴訟標的之權利、義務或法律上利益，為其所共同者

例如，共同繼承人，因不服國稅局核課之遺產稅而提起撤銷訴訟。

(三)為訴訟標的之權利、義務或法律上利益，於事實上或法律上有同一或同種類之原因者

例如，數人合資購地並合建分售之營利所得，因事實同一被國稅

局予以補稅處罰，一同提起撤銷訴訟（參臺北高等行政法院100訴284決）。

二、共同訴訟之類型

依訴訟標的對各共同訴訟人是否須「合一確定」，亦即是否須對所有訴訟當事人為相同之判決，可區分為「必要共同」及「普通共同」訴訟：

(一)普通共同訴訟

基於訴訟經濟之考量，就原得分別起訴之案件，在一個訴訟程序中予以統一審理，避免審理重複之爭點。依行政訴訟法第38條規定：「共同訴訟中，一人之行爲或他造對於共同訴訟人中一人之行爲及關於其所生之事項，除別有規定外，其利害不及於他共同訴訟人。」各共同訴訟人，均得依己意而獨立行爲。

(二)必要共同訴訟

1. 類似必要共同訴訟

訴訟標的須合一確定，但不要求一同起被訴，始為當事人適格。例如，土地之共同繼承人，對徵收該土地之行政處分提起撤銷訴訟。

2. 固有必要共同訴訟

訴訟標的須合一確定，且須一同起被訴，始為當事人適格。例如，專利法第12條第1項規定：「專利申請權為共有者，應由全體共有人提出申請。」若遭否准，則應共同提起課予義務訴訟。

3. 效力

行政訴訟法第39條規定：「訴訟標的對於共同訴訟之各人，必須合一確定者，適用下列各款之規定：一、共同訴訟人中一人之行爲有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。二、他造對於共同訴訟人中一人之行爲，其效力及於全體。三、共同訴訟人中之一人，生有訴訟當然停止或裁定停止之原因者，其當然停止或裁定停止之效力及於全體。」