

第一章 行政之概念與區分

說在前頭

除了在最一開始介紹「行政」的意義與分類外，最重要的就是第二節的「公私法區分」。在了解定義後，建議詳讀「實務見解」之內容並以此出發討論公私法區分的問題。

第一節 行政之意義

爭點1 何謂行政。

- 形式意義的行政：依組織界定，只有行政院及其所屬機構才屬行政行為。
- 實質意義的行政：從事務及行為內容界定，不考慮組織上由何機關所為。
 - 積極說：正面定義行政。行政具有多樣性、受目的限定，在一定範圍內受到他律、具部分計畫性、自行決定執行進而履行公共任務、執行法律。
 - 消極說：行政乃國家權力扣除立法行為（議決法律案、預算案、條約案、質詢監督）與司法行為（民、刑、行政審判、公務員懲戒、釋憲）之外，所有國家及其

他公權力主體之行為。→亦即組織形式上屬立法機關或司法機關，仍有可能出現行政行為（如內部職員之免職、核發證件）。

!! 小提醒

國家行為中尚有所謂「統治行為」，指國家之領導及決策行為，而具有高度政治性，如總統職權行使、國會行為、政黨政治、外交行為、政策決定行為。司法通常不會過度介入。如釋342之「立法院審議法律案或國會自律」、釋328之「固有疆域範圍之界定」。學者現多將此類行為排除於「行政」之外（畢竟司法審查密度極低）。



建議讀者從「消極說」的角度觀察「行政」的概念（也是目前通說），也就是從「行為」本身來判斷是否屬於行政。雖然此說仍有缺點，存在許多難以定義的地方，但是從「行為」與事務內容來判斷應該是目前比較妥適的做法。

爭點2 行政之分類

- 直接行政：經由國家之行政機關（中央行政機關）所從事之國家行政事務。
- 間接行政：國家之行政任務不由國家自有之行政機關執行，而移轉或交由其他法律上獨立性之組織執行，如地方自治團體。
- 秩序行政：國家為防止危害或維護公共秩序，單方以命令、禁止或其他措施，限制人民權利或額外課予義務。
- 給付行政：國家提供人民各項資源、福利、服務或照顧之行政行為。

1-1 行政之概念與區分

- 內部行政：針對行政機關內部事務及人員之行政，通常無直接外部效力，特殊情況下會產生「間接」之對外效力。
- 外部行政：國家或行政機關對於外部人民或其他權利主體、公法人所為之行政行為。
- 公權力行政：國家居於統治主體高權之地位，以公法為基礎並加以適用所為之各式行政行為，並受依法行政原則拘束。人民若受其侵害，救濟途徑為「行政救濟程序」與「國家賠償」。
- 私經濟行政：國家非居於統治主體之地位，反居於與私人相類似之地位，並適用民法或其他私法所為之各式行政行為，以私法自治原則為依循。如人民欲請求救濟，則向「普通法院」以民事訴訟為之（如涉及政府採購法之決標階段，提起行政救濟程序，後續之履約階段則由普通法院依民事訴訟程序審理）。

以上分類的各自區別實益如下：

直接行政 間接行政	區分實益	直接行政	間接行政
	執行行政任務之機關	中央行政機關	各級地方行政機關
	負擔法律上權利義務之主體 (人民受侵害時之救濟對象)	國家 (原始之行政主體)	各級地方自治團體
	適用法規	適用國家法規 (法律+行政命令)	需另外適用地制法
秩序行政 給付行政	區分實益	秩序行政	給付行政
	受法律原則拘束之程度	較高	較低
	依據	較嚴格要求法規授權，故須有法規明文規定。	通常只需以國會通過之預算為依據。

內部行政 外部行政	區分實益	內部行政	外部行政
	適用之法律	內部法（規範國家及行政主體內部之法規，如組織法、公務員法規）	外部法（涉及介於行政主體與人民、其他主體間之行政法）
	權利救濟	內部常有特別之救濟或申訴程序，並區別權利侵害之內容而決定是否得提起外部行政救濟。	原則上僅需權利受侵害，即得提起行政救濟。
公權力行政 私經濟行政	區分實益	公權力行政	私經濟行政
	適用法理	依法行政原則	私法自治原則
	適用法律	公法（如行政程序法）	私法（如民法）
	救濟途徑	行政法院	普通法院
	執行程序	行政機關進行行政執行，或行政法院於審理後辦理強制執行。	民事上之強制執行（強制執行法）
	國家責任	國賠法上之國賠責任	民法上之侵權責任
	受公法之拘束	受公法（組織法+作用法）之拘束較強。	雖仍受受組織法之羈束，但較為彈性（惟特定情形仍特別法限制，如政府採購法）。

第二節 公私法區分

爭點1 公私法區分

我國係大陸法系，因此採取「公私法區分」之法律體系。界定兩者之意義在於，公法強調人權保障與依法行政（並在兩端加以衡平），私法則強調私法自治。兩者之區分實益：

	公 法	私 法
法律救濟途徑	行政救濟程序 向訴願機關或行政法院	民事訴訟程序 向普通法院
程序進行	應遵守正當程序 如閱覽卷宗、陳述意見	當事人雙方合意即可
強制執行程序	行政機關本身即可適用 行政執行法以公權力執行	依強制執行法為之
損害賠償	依國家賠償法請求	依民法侵權行為處理

!! 小提醒

節錄釋448：「我國關於行政訴訟與民事訴訟之裁判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，行政訴訟與民事訴訟分由不同性質之行政法院與普通法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。」可見我國採取公私二元制。

至於應如何區分個別案件或事物歸屬係公法或私法，有以下學說：

利益說	法規所規範為公益者，為公法；為私益者，為私法。
隸屬說	法規使一方具有控制他方服從之權力者，為公法；使當事人屬於平等地位者，為私法。
主體說	若法律關係之一方當事人為國家或行政主體時，為公法。

新主體說	法規以國家或公權力主體為規範對象者，為公法；以私人為規範對象者，為私法。
綜合判斷	個別事件應個別認定之。依事件之時、地、政策需求予以事後界定，而非依法規先驗區分。至於特定事件或行為則結合法律關係內容以及目的所在再加以推斷。

實務見解：

公法	<p>①人民申請讓售國有非公用財產類之不動產經否准所生爭議（釋722）。</p> <p>②人民依國有林地濫墾地補辦清理作業要點申請租地契約未為准許（釋695）。</p> <p>③受刑人不服否準假釋決定（釋691）。</p> <p>④農田水利會向人民收取餘水使用費（釋628）。</p> <p>⑤中央健保局與保險醫事服務機構所生之履約爭議（釋533）。</p> <p>⑥全民健康保險之案件爭議（釋524）。</p> <p>⑦公務人員保險爭議（釋466）。</p> <p>⑧實施耕者有其田下耕地徵收與放領之爭執（釋115）。</p>
私法	<p>①未辦理繼承登記土地或建築改良物之合法使用人依土地法行使優先購買權所生爭議（釋773）。</p> <p>②臺灣省自來水公司（公營事業）人員之撫恤金案件（釋759）。</p> <p>③土地所有權人民法物上返還請求權之主張涉及公用地役關係之認定（釋758）。</p> <p>④軍人之眷舍配住（釋727）。</p> <p>⑤舊勞保局墊償雇主積欠工資後代為求償之案件（釋595）。</p> <p>⑥農田水利會所屬水利小組成員間之掌水費及小給水路、小排水路之養護歲修費，其分擔、管理與使用（釋518）。</p> <p>⑦公務人員保險爭議之給付部分（釋466）。</p> <p>⑧國家分配土地予榮民之榮民受國家配耕事件（釋457）。</p> <p>⑨行政機關代表國庫出售、出租公有財產（釋448）。</p> <p>⑩公有耕地放領爭議（釋89）。</p> <p>⑪長期居住之土地經登記國有後，回復私權（最高行104年6月）。</p> <p>⑫眷村戶享有承購住宅及輔助款之權益（最高行102年10月）。</p>

釋773	<p>……依土地法第73條之1第1項至第3項前段及第4項規定，土地或建築改良物，自繼承開始之日起逾1年未辦理繼承登記者，經該管直轄市或縣市地政機關查明後，應即公告繼承人於3個月內聲請登記；逾期仍未聲請者，得由地政機關予以列冊管理。列冊管理期間為15年，逾期仍未聲請登記者，由地政機關將該土地或建築改良物清冊移請國有財產署公開標售。標售土地或建築改良物前應公告30日，「合法使用人……就其使用範圍……有優先購買權。」（即系爭規定）……。</p> <p>就系爭規定所規範之優先購買權之要件而言，判斷主張其為合法使用人者，是否確為合法使用人而有優先購買權，須審究其在法律上有無使用之正當權源，諸如有無物權法上之合法占有權源或債權法上之租賃或借貸等關係。此等爭議所涉者，乃私法法律關係之存否，所生之效果亦僅在確認主張有優先購買權之人得否替代得標人而為買賣契約之買受人。故由系爭規定所規範之優先購買權之要件及所生效果觀之，均涉及私法法律關係而應依民法有關規定判斷，與公權力之行使無涉，足見主張有優先購買權之人所提起之確認優先購買權存在之訴訟，性質上屬私法關係所生之爭議。</p>
釋772	<p>……究其立法旨意，係鑑於政府辦理土地總登記時，因當時資訊不發達，人民未必熟悉法律，以致甚多人民世代居住之土地被登記為國有，而形成占用國有土地之情形，為解決該等人民之問題，才增訂上開規定，讓人民得以申請讓售其已長期居住使用而經登記為國有之土地……。國家實施土地總登記，將上開土地登記為國有，為國家統治權之行使。系爭規定許人民向國家申請讓售已登記為國有之土地，具有強烈之政策色彩，國有財產署審查確認是否合於系爭規定，以決定是否准駁，為公權力之行使。再佐以申請讓售國有土地事件之雙方當事人，必然係國家與一般人民之關係，一般人民間不可能成為該法律關係之權利義務主體；另一方面，申請人暨所申請讓售之不動產若均符合規定，主管機關即應准許其申請，並以法律規定之計估方法決定讓售價格，並不適用私法上契約自由原則。足徵國有財產署依系爭規定為准駁與否之決定，核係對外直接發生法律效果之單方行政行為，為行政處分，而非國庫行為，具有公法性質。</p>



由於要判斷事件本身到底屬於公法或私法本來就不是容易的事，學說到現在也尚未有穩定通說，因此「**實務見解**」就很重要（通常是大法官進行統一解釋），所以不妨研讀實務見解。如果考題中的事件沒有遇過，也可以從類似的實務見解來推導。

爭點2 行政行為之公私型態

在公私法區分的背景下，行政行為也會區分公法或私法型態，而有「**公權力行政**」與「**私經濟行政**」之分。此外，國家為達成行政任務，得在二者間自由選擇手段，謂「**行政行為形式選擇自由**」。

【行政行為形式選擇自由】	
釋540：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。」	
公權力行政	<p>國家居於統治主體地位，適用公法所為之行政行為：</p> <ul style="list-style-type: none"> — 高權行政：國家運用強制、命令或禁止等方式為行政行為，常見於秩序行政。如警察行政。 — 單純高權行政：國家不採用強制性手段，而是採取類似分配、規劃、指導或給付等手段，常見於給付行政。如事實行為、補助。
私經濟行政	<p>國家居於與私人相類似之平等地位，適用民法或其他私法所為之行政行為：</p> <ul style="list-style-type: none"> — 行政私法行為：國家以私法行為直接達成公共（給付性）行政任務。如設置自來水公司提供民生用水。 — 行政營利行為：國家以私法組織或特設機構從事獲利之行為。如標售國有土地、車牌、行動網路訊號頻譜。 — 行為輔助行為：國家以私經濟地位獲取或購置所需之人力及物資。如購買辦公用品、租用辦公大樓。

!! 小提醒

釋457指出「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。國家機關訂定規則，以私法行為作為達成公行政目的之方法，亦應遵循上開憲法之規定。」（參釋727）因此在「行政私法行為」的範疇仍受到憲法原則之拘束，畢竟國家是用私經濟行為的型態來對人民給付並完成行政任務，公益性較高。反之，公益性較低的行政營利與行政輔助行為則除有法律規定者外，似乎仍依循私法自治之精神。

筆者的話

公權力行政和私經濟行政的區分，建議觀察國家與人民等當事人間之法律地位是否平等。若當事人間具有服從或上下秩序關係，則可能是公權力行政；若趨於對等，則可能是私經濟行政。在難以判斷時，由於公權力行政受法律拘束程度較高，為保障人民權利，應推定為公權力行政。

爭點3 雙階理論

國家為達成行政任務，常須經歷不同的行為階段，公權力行政與私經濟行政很有可能會出現在同一行政程序中（兩個法律行為）。如在給付行政，常會出現前階段以行政處分（公權力行政）決定受給付人選或資格，後階段以私法契約（私經濟行政）進行履約與給付。此種前後階段出現不同流程的情形，學說上提出「雙階理論」解釋之。