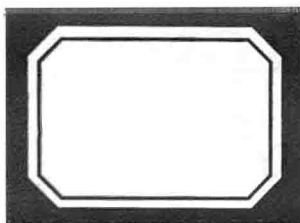


台灣行政法學會研討會論文集【2010】

公法上暫時處分與權利救濟 公平交易與環境保護之新思維



台灣行政法學會 主編



公法上暫時處分與權利救濟 公平交易與環境保護之新思維

台灣行政法學會 主編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

公法上暫時處分與權利救濟／公平交易與環境保護之新思維
董保城等作；台灣行政法學會主編．-- 初版．-- 臺北市：
台灣行政法學會，2012.08
面；公分

ISBN 978-986-85427-6-1（平裝）

1.公法 2.行政法 3.論述分析 4.文集

580.18707

101014581

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

公法上暫時處分與權利救濟 公平交易與環境保護之新思維 5D234PA

2012 年 8 月 初版第 1 刷

主 編	社團法人台灣行政法學會
作 者	董保城、程明修、洪文玲、陳愛娥 葛克昌、阿部泰隆、劉宗德、顏廷棟 詹鎮榮、陳慈陽、張英磊
出 版 者	社團法人台灣行政法學會
總 經 銷	元照出版有限公司 100 台北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新台幣 450 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2370-3286
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-85427-6-1

序 言

台灣行政法學會於2010年9月17日舉辦「公法上暫時處置及其權利救濟、公法上之暫時權利救濟」學術研討會，針對公法上之暫時處分以及暫時權利救濟制度進行探討。嗣復於2011年1月22日舉辦「21世紀環境保護與公平交易之新思維」學術研討會，探討有關環境保護與公平交易等法制議題，並邀請日本學者阿部泰隆教授蒞會專題演講。以上各研討會之報告人皆為我國行政法學界之翹楚，論文不但質量俱佳，且對相關問題探討深入。阿部教授之演講，更深具實務學術之參考價值。有鑑於此，本會乃循往例，將各該論文彙編成冊出版，定名為「公法上暫時處分與權利救濟／公平交易與環境保護之新思維」，以饗讀者，並供實務及學界參考。

本書之出版，首應感謝各研討會之論文發表人以及阿部教授熱心參與，慷慨應允其論文由本會出版。其次，感謝元照出版公司大力協助出版相關事宜。期待本書之出版能促進行政法學之發展與革新，提升行政效能，加強行政現代化，以符法治國原則。

社團法人台灣行政法學會

理事長 **劉宗德** 謹識

2012年8月15日

目 錄

序 言

- 暫准報考國家考試假處分之探討
——兼評台北高等行政法院99年度全字第4號及
99年度全字第5號裁定.....董保城／ 1
- 人事行政上之暫時處置及其救濟
——以公務人員之停職處分為例.....程明修／ 41
- 警察暫時處分之類型與救濟.....洪文玲／ 69
- 政府採購爭議之暫時權利保障.....陳愛娥／ 111
- 暫時權利保護與稅法.....葛克昌／ 135
- 日本行政法の最近の「發展（実は滞留？）」と
「大改革」の必要性について.....阿部泰隆／ 155
- 關於日本行政法最近之「發展（實為停滯？）」
及「大改革」之必要性.....阿部泰隆著、劉宗德譯／ 181
- 寬恕政策與行政裁罰法制面臨之挑戰
——從公平交易法之視角切入.....顏廷棟／ 205

- 行政處分附款法制之傳統與革新
——以公平交易法上之結合管制出發 詹鎮榮 / 245
- 環境國原則下應建構之環境保護法制 陳慈陽 / 313
- 環境行政中公共參與程序瑕疵之司法審查
——一個著眼於權力互動關係的比較法視角..... 張英磊 / 373

暫准報考國家考試 假處分之探討

——兼評台北高等行政法院99年度全字第4號及99年度全字第5號裁定*

董保城**

目 次

- | | |
|---------------------------|--------------------------|
| 壹、前 言 | 伍、判命暫時發給考試許可違反假處分內容之界限？ |
| 貳、研究主題之界定 | 一、禁止本案事先裁判作為假處分內容之界限？ |
| 參、台北高等行政法院兩則裁定所涉之事實與法律見解 | 二、判命暫時發給考試許可與法官之假處分內容形成權 |
| 一、台北高等行政法院99年度全字第4號裁定 | 陸、假處分聲請有無理由之審查 |
| 二、台北高等行政法院99年度全字第5號裁定 | 一、處分請求與處分原因作為假處分聲請有理由之要件 |
| 肆、對否准應考之決定應提起何種類型之暫時權利保護？ | 二、聲請判命暫時發給考試許可之審查 |
| 一、暫時權利保護之類型 | 柒、假處分裁定之效力 |
| 二、暫時權利保護類型之選擇 | 捌、結 語 |

* 本論文資料蒐集彙整由謝碩駿博士整理。

** 考選部部長，政治大學法學院專任教授，德國波昂大學法學博士。

2 公法上暫時處分與權利救濟／公平交易與環境保護之新思維

關鍵詞：准予暫准報名、有效權利保護、暫時權利保護、假處分、處分請求、處分原因、本案事先裁判原則之禁止、本案事先裁判原則之例外許可、概括性之審查

壹、前言

憲法第86條規定，公務人員任用或專門職業及技術人員執業資格均應經考試院依法考選銓定之。無論是公務人員考試或專技人員考試應考人應具備之應考資格，相關考試法規均授權考選部本於專業擬定考試規則送考試院訂之。然而對於醫師專技考試之應考資格是由行政院衛生署（以下簡稱衛生署）所主管之醫師法第2、3、4、4之1、4之2條及醫師法施行細則第11、12條所明定。考選部雖訂有專門職業及技術人員高等考試醫師、牙醫師分試考試規則，惟其中應考資格之條款完全抄錄醫師法相關規定。醫師應考資格由法規命令位階提升到國會保留層次，主要原因是醫師從事醫療行為，不僅涉及病患個人權益，更影響國民健康之公共利益（釋字第547號）。除了應考資格由醫師法明定專門之醫學知識與技術外，早在民國（下同）87年台灣地區醫學系招生名額依行政院經濟建設發展委員會及衛生署之建議，每年1,300名，透過招生總量管制來管控國內醫學教育，相對於此，持國外醫學系學位之我國國民進入醫師職場卻沒有設限，難以管控。然而，就我國每位醫師服務人口為588人和其他醫療先進國家相較（詳附表），我國醫師人力需求尚有進步空間才是。是以，有不少年輕學子負笈異國攻讀醫學，往往因各國醫學學制與實習標準不同，返國報考國內醫師考試時，發生應考資格之爭議，在遭考選部否准其報考時，紛紛向台北高等行政法院依行政訴訟法第298條第2項聲請假處分，請求法院作成暫准考試之裁定。以近2年案例來看，有7位應考人向台北高等行政法院聲請假處分，台北高等行政法院判准了6件，只有1件被駁回¹。這7件中其中有同一聲請人前

¹ 准予暫准考試案例有：台北高等行政法院98年全字第69號、98年全字第70號、98年全字第71號、99年全字第3號、99年全字第4號、99年全字第51號裁定；駁回假處分者只有台北高等行政法院99年全字第5號裁定。

後不同裁定結果，亦有同一事實卻有不同裁定結果。按醫師專技考試涉及個人工作權之外，同時亦關乎人民生命、身體健康之重大法益，行政法院在作成假處分准駁時之審酌觀點何在？為何前後會有不同之裁定結果，立論基礎何在？在考試權爭議事件中，對於應考人是否具某項考試應考資格而提起行政爭訟，而迫使應考人於長期訴訟期間因無法應考而無所適從，從有效權利保護之觀點來看，應考人考試權透過暫時權利保護的制度就顯得特別有意義。

貳、研究主題之界定

依行政訴訟法第2條之規定，一切公法上之爭議，除法律別有規定者外，均得向行政法院提起行政訴訟以尋求解決與救濟²。雖然此一規定已提供行政法上爭議無漏洞之保障，然行政訴訟之本案訴訟程序往往曠日廢時，對於某些具有急迫性質之個案而言，若待冗長之本案訴訟程序終結，即便當事人最後獲得勝訴判決，但其權利恐已因為漫長時間的經過而發生不可回復之損害。尤其依我國訴願法第93條第1項及行政訴訟法第116條第1項之規定，行政處分並不因提起行政爭訟而停止其執行，因此若在本案訴訟程序終結前，對處分相對人造成不利益之行政處分已執行完畢，則縱然行政法院最終透過本案裁判撤銷該行政處分，實際上恐已於事無補。為了避免上述因冗長訴訟程序而引起之弊病，承認當事人在本案訴訟程序之外，得向行政法院聲請暫時權利保護（vorläufiger Rechtsschutz），使當事人之權利在本案裁判作成前亦能受到有效之保障，此乃植基於憲法對訴訟權保障之要求（有

² 法律別有規定之例外情形可參見吳庚，行政爭訟法論，2008年，4版，頁39-43；陳敏，行政法總論，2009年，6版，頁1269-1270。

效權利保護)³。目前行政訴訟法對於暫時權利保護，即分別設有停止執行（行政訴訟法第116條）以及保全程序（行政訴訟法第293至303條）之制度。

人民參加國家考試（公務人員以及專技人員考試），受憲法第18條之保障⁴。另一方面，憲法第86條亦規定，公務人員任用資格及專技人員之執業資格，由考試院依法考選銓定之。考試院考選部為辦理國家考試，於人民報名參加國家考試後，須依據各該法規之規定，對報名者是否符合報考資格予以認定，並作成是否准許參加國家考試之決定。倘考選部認定報名者不具應考資格，並拒絕報名者應考，則報名者對此自得提起行政爭訟以資救濟。然從考選部作成拒絕應考之決定後，通常再過短暫之時日考試即將舉行，若待本案訴訟程序終結，則當次考試早已結束，即便獲得勝訴判決，對當事人而言也已無實益。由此亦不難看出，暫時權利保護制度對於考試行政之爭議而言，具有特別重要之意義，因為當事人實際上唯有在本案訴訟程序之外，另行聲請暫時權利保護，始可能確保自己參加當次舉行之國家考試，而避免發生難以回復之權利損害。

台北高等行政法院日前針對考選部否准人民參加國家考試之爭議，因報考人聲請暫時權利保護，而分別作成99年度全字第4號及99年度全字第5號裁定。此兩號裁定涉及之事實幾乎完全雷同，

³ Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht*, 2000, § 27 Rn. 2; Friedrich Schoch, in: Dirk Ehlers/Friedrich Schoch (Hrsg.), *Rechtsschutz im öffentlichen Recht*, 2009, § 30 Rn. 2; Thomas Würtenberger, *Verwaltungsprozessrecht*, 1998, Rn. 480.

⁴ 就此詳可見法治斌、董保城，*憲法新論*，2010年，4版，頁271-276；蕭文生、謝文明，*應考試權之價值與保障*，*國家菁英季刊*，第4卷第1期，2008年3月，頁43以下；董保城，*從大法官釋字第655號解釋論憲法第86條專門職業資格證照之建構*，*月旦法學雜誌*，第172期，2009年9月，頁46。

甚至兩個不同結果之判決均時序先後相近且出自同一法院第六庭⁵，但法院之決定卻截然不同（一為准許當事人之請求，一為駁回當事人之聲請），何以如此，容有深入研究之必要。本文以下擬以此兩則裁定作為研究之藍本，先概述其涉及之事實與法院裁定之見解，並藉其探討暫時權利保護制度運用在考試行政領域之相關法律問題，同時對此兩號裁定提出個人之評析。

參、台北高等行政法院兩則裁定所涉之事實與法律見解

一、台北高等行政法院99年度全字第4號裁定

（一）事實

本案聲請人於76年4月自多明尼加世界大學醫學院畢業，並於78年起依醫事人員檢覈辦法之規定，向考選部申請參加資格檢覈考試，均獲准應試。

惟醫事人員檢覈辦法於95年10月23日廢止，而專門職業及技術人員考試法於88年12月29日修正公布（90年1月1日施行）後，亦於第16條第3項規定：「中華民國八十九年十二月三十一日前，申請檢覈經核定准予筆試或面試者，得就原核定科目於五年內參加筆試或面試」。據此，醫事人員檢覈考試至94年底即已不再

⁵ 暫准考試處分為99年度全字第4號裁定，於99年1月8日由第六庭審判長關銘富、法官帥嘉寶、法官許瑞助作成；駁回考試處分為99年度全字第5號裁定，於99年1月18日由第六庭審判長關銘富、法官許瑞助、法官林育如作成。作成此兩號裁定之組成員，為相同審判長，不同法官。更值得一提的是，聲請假處分而遭99年度全字第5號裁定駁回之聲請人，曾於98年以同一學歷資格報考參加98年第二次醫師考試遭拒，其就此亦曾向台北高等行政法院聲請假處分，而獲同意暫准報考（98年度全字第70號裁定），亦即同一聲請人前後亦得到不同之裁定結果。

舉行。

由於自92年起，考選部為簡化報名表件，改採應考人得檢附前次考試入場證，作為該部審查之依據。因此本案聲請人乃在檢覈筆試停辦後，持以往檢覈筆試入場證報名醫師高考，因考選部審查人員疏未詳察而准予報考，本案聲請人再以該部核准之醫師高考入場證，陸續參加多次醫師專技高考。嗣經考選部發覺此項疏失，遂於99年第一次醫師高考分試應考須知第5頁載明：「相同等級、類科之前次考試入場證正本或成績及結果通知書正本，不可作為應考資格證明文件。本部為落實實際審查需要，應考人每次報名均須繳驗應考資格證明文件」。

依醫師法第4條之1規定，「以外國學歷參加考試者，其為美國、日本、歐洲、加拿大、南非、澳洲、紐西蘭、新加坡及香港等地區或國家以外之外國學歷，應先經教育部學歷甄試通過，始得參加考試」。另依醫師法施行細則第12條之規定，「本法中華民國九十一年一月十八日修正生效前，已自本法第四條之一所定之地區或國家以外之外國醫學系、牙醫學系畢業或已入學學生於本法修正生效後畢業，並依本法修正生效前教育部所定『國外學歷查證認定作業要點』第十點規定，於本法修正生效前或後，通過美國醫學系畢業生教育委員會（Educational Commission for Foreign Medical Graduates）辦理之美國醫師執照考試（United States Medical Licensing Examination）（USMLE）及外國醫學系畢業生醫學科學考試（Foreign Medical Graduate Examination in the Medical Sciences）（FMGEMS）之第一階段基礎醫學及第二階段臨床醫學考試，或通過美國牙醫學會（The American Dental Association）之國家牙醫師考試聯合委員會（Joint Commission on National Dental Examination）辦理之第一階段及第二階段考試者，得免經本法第四條之一規定之教育部學歷甄試」。因此，九大區域或國家以外之外國醫學系畢業者，均必須先取得上開醫學

考試之及格成績或先通過教育部之學歷甄試，始具有醫師專技高考之應考資格。

本案聲請人繳驗多明尼加世界大學醫學院醫學系學位證書、成績單、實習證明影本，報考99年第一次醫師專技高考分試第一試，然於報名時卻未繳驗上開醫學考試及格成績單或教育部之學歷甄試合格證明文件，遂遭考選部認定與應考資格不符，而以98年12月10日選專字第09833024701號函予以退件。本案聲請人對於考選部拒絕報考之決定表示不服，向考試院提起訴願，請求撤銷原處分，並確認其具有醫師專技高考之應考資格；同時，依行政訴訟法第298條第2項及第3項之規定，向台北高等行政法院聲請假處分，請求法院判准其得暫時參加99年第一次醫師專技高考分試第一試。

（二）法院裁定見解

台北高等行政法院於本號裁定中，首先認定本案聲請人與考選部之間所爭執者，乃考選部得否適用相關規定否准本案聲請人應考之申請，其性質為公法上法律關係之爭執，故得依行政訴訟法第298條第2項之規定聲請定暫時狀態之假處分。其次，本案聲請人於98年12月中旬始接獲考選部否准應考之處分，而「系爭考試將於九十九年一月二十三、二十四日舉行，聲請人已無法於考試舉行前，循行政或爭訟程序處理，可能造成之危險已屬急迫」。於此考量下，台北高等行政法院就「聲請人因未准定暫時狀態處分若本案行政爭訟勝訴所生損害，與相對人（考選部）因定暫時狀態處分所造成公益損害，予以衡量比較，認應暫時准予聲請人參加系爭考試」。

另外，台北高等行政法院於本號裁定中亦同時指出，「相對人（考選部）暫准聲請人參加系爭考試，縱聲請人考試成績達到及格標準，仍應由相對人（考選部）以原處分行政爭訟確定後，

依專門職業及技術人員考試法等相關規定，為錄取與否之處分，俾符本件僅係定暫時狀態假處分之本旨」。

台北高等行政法院作成本號裁定後，考選部提起抗告，後經最高行政法院作成99年度裁字第834號裁定，以「原審法院以相對人系爭考試即將於九十九年一月二十三、二十四日舉行，為免抗告人（考選部）認定有誤，致對其參加系爭考試之考試權等權益發生重大損害，裁定抗告人（考選部）應暫時准予相對人參加系爭考試，經核並無不合」為由，駁回考選部之抗告。

二、台北高等行政法院99年度全字第5號裁定

（一）事實

本案聲請人於75年10月間自菲律賓巴智瑪醫學大學畢業，並自76年起，依醫事人員檢覈辦法之規定，向考選部申請參加資格檢覈考試，均獲准應試。惟如前所述，專門職業及技術人員考試法修正及醫事人員檢覈辦法廢止後，醫事人員檢覈考試至94年底即已不再舉行。

本案聲請人於醫事人員檢覈考試停辦後，因前述考選部審查人員之疏忽，而持以往檢覈筆試入場證報名醫師專技高考，並因前述考選部審查人員之疏忽，又再以前次之醫師專技高考入場證，陸續報名獲准參加多次醫師專技高考。

然依前揭醫師法及醫師法施行細則之規定，九大區域或國家以外之外國醫學系畢業者，均必須先取得上開醫學考試之及格成績或先通過教育部之學歷甄試，始具有醫師專技高考之應考資格。本案聲請人報名參加99年第一次醫師專技高考，僅繳交菲律賓巴智瑪醫學院醫學系學位證書、成績單、實習證明影本，而未繳驗醫師法及其施行細則要求之醫學考試及格成績單或教育部之學歷甄試合格證明文件。考選部遂認定本案聲請人不符應考資格，而以98年12月10日選專字第09833024702號函予以退件。本案

聲請人對考選部此一決定不服，向考試院提起訴願，請求撤銷原處分，並確認其具有醫師專技高考之應考資格，同時向台北高等行政法院聲請假處分，請求法院判准其得暫時參加99年第一次醫師專技高考分試第一試。

(二)法院裁定見解

台北高等行政法院於本號裁定中首先確認，考選部98年12月10日選專字第09833024702號函其法律性質係行政處分，「對於拒絕人民申請之行政處分（即消極之否准處分），縱予以停止執行，仍不能與暫時取得有利行政處分受到同等保護，故為達到暫時權利保護之目的，應准予就消極之否准處分為定暫時狀態之假處分之聲請」。本案聲請人對於考選部之拒絕應考決定，得「提起撤銷訴訟併行課予義務訴訟以資救濟」，故其「為定暫時狀態之假處分之聲請，與『暫時權利保護』之目的尚無不合」。

雖然本案聲請人之聲請合法，但對於聲請有無理由之審查，台北高等行政法院則認為，「聲請人自九十四年底之後，即因不具醫師法第四條之一規定之應考資格，而不得參加醫師考試，殆無疑義」。況且，「醫事人員檢覈辦法業於九十五年十月二十三日廢止，聲請人亦喪失應考資格，自更無准許應考之餘地」。「從而，針對本件聲請人本案權利存在之蓋然性而論，本件並無聲請人所謂『公法上之權利』存在，殊無權利行使之問題，自無庸論及是否有『不能實現或甚難實現之虞者』之可能性」。「聲請人在實體法上已然根本無該『需受法院暫時保護之權利』存在，故本件自無『保護必要性』可言；亦即，本件殊無為防止『發生重大之損害或避免急迫之危險』，而有應暫准聲請人報考九十九年第一次醫師專技高考之必要，至為顯然」。因此，「本件並無『受保護權利存在之蓋然性』存在，亦無『保全之必要性』」，本案聲請人之請求，「礙難准許，應予駁回」。

台北高等行政法院作成本號裁定後，本案聲請人提起抗告，後經最高行政法院作成99年度裁字第840號裁定，認為「本件因有法規適用妥適與否之爭議，抗告人之實體訴訟亦難認顯無勝訴可能，故在抗告人透過行政救濟程序，系爭處分之本案訴訟未及釐清之際，於其憲法上保障之考試權恐有急迫之影響。……如准抗告人參加本次考試且考試及格，惟日後經本案訴訟確認抗告人不具備應考資格，仍得撤銷抗告人之錄取資格。故准許暫時參加上述考試，對公益之影響，尚非無補救之途徑，從而否准抗告人聲請暫時參加考試所生之考試權之侵害，與准許抗告人暫時參加該次考試所生公益之損害，二者權衡結果，因對公益之影響已有補救之規定，自應以抗告人考試權之保護為優先，原裁定對本件實體訴訟有無理由加以實體認定，已逾保全處分審查以程序審查為原則之範圍，且未考量准許抗告人參加此次考試，事後實體判決縱為抗告人不利判決，亦有補救途徑而不致對公益產生重大危害」，而對台北高等行政法院99年度全字第5號裁定予以駁斥。然因本案聲請人欲參加之考試已舉行完畢，「已無從依抗告程序撤銷原裁定而得到救濟之目的」，故最高行政法院仍駁回本案聲請人之抗告。

肆、對否准應考之決定應提起何種類型之暫時權利保護？

人民報名參加國家考試，經考選部審查其資格後，否准其應考，該否准之決定，使特定之報名者無法參加該次之考試，甚至無法取得從事某項職業之資格，而具有對外之法律效果，故其性質為行政處分，應無疑義⁶。人民對於此一行政處分不服，若因考

⁶ 此亦為前揭兩號台北高等行政法院之裁定所肯認。