

國立台灣大學法律學院研究中心叢書
公法研究中心(1)

行政法實務與理論 (一)

洪家殷、葉俊榮、張文貞、許宗力、李建良、蔡宗珍
黃錦堂、陳英鈐、林明昕、黃俊杰、葛克昌、黃茂榮
郭明政、蔡茂寅、汪宗仁、陳春生、林明鏘 合著

葛克昌、林明鏘 主編



法學論叢公法特刊(一)

行政法實務與理論

葛克昌、林明鏘 主編

洪家殷、葉俊榮、張文貞、許宗力、李建良
蔡宗珍、黃錦堂、陳英鈴、林明昕、黃俊杰
葛克昌、黃茂榮、郭明政、蔡茂寅、汪宗仁
陳春生、林明鏘

合 著

台大法學論叢編輯委員會 編輯

國家圖書館出版品預行編目資料

行政法實務與理論 / 洪家殷等作. -- 初版. --
[臺北市]：臺大法學論叢編委會，2003[民 92
]面：公分. -- (臺大法學論叢公法特刊
；1)

ISBN 957-01-1757-5 (平裝)

1. 行政法 -- 論文, 講詞等

588.07

91015076

國立台灣大學法律學院研究中心叢書
公法研究中心(1)

行政法實務與理論

5D11PA

2003 年 3 月 初版第 1 刷

主 編	葛克昌、林明鏘
作 者	洪家殷、葉俊榮、張文貞、許宗力、李建良 蔡宗珍、黃錦堂、陳英鈴、林明昕、黃俊杰 葛克昌、黃茂榮、郭明政、蔡茂寅、汪宗仁 陳春生、林明鏘
出 版 者	國立台灣大學法律學院
總 經 銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 550 元
訂閱專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂閱傳真	(02)2331-8496
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 957-01-1757-5

本屆學術研討會蒙
台灣行政法學會暨台北高等行政法院
贊助經費，共同舉辦，謹此誌謝

序 言

台大法律學院公法研究中心，在台北高等行政法院以及台灣行政法學會的協力贊助之下，於去年（民國九十年）十一月十、十一日兩天，在台大法律學院的國際會議中心，舉辦第一屆行政法實務與理論學術研討會。會議由司法院院長翁岳生致詞，台大法律學院院長廖義男發表主題演講，論文發表六個場次的主持人則分別由司法院大法官吳庚、大法官曾華松、高等行政法院院長鍾曜堂、台大法律學院教授許宗力、葛克昌以及政大法律系教授法治斌擔任。此次研討會共有十六篇論文發表，所處理的議題，涵蓋了行政法研究的主要面向，從行政法總論、行政組織、行政救濟、行政法原理原則的適用、到行政法各論如社會保險，可以說相當完整。

在行政法總論方面，許宗力以行政法對民、刑法的規範效應為題，試圖從理論上去勾劃行政、民事與刑事法院間各自的功能領域；葉俊榮與張文貞則以量化研究方式，對行政法院判決進行統計分析，具體指出行政法院改制之後，對於違法行政命令的審查，已經有改採司法積極主義的趨勢。洪家殷、汪宗仁則分別從秩序違反行為的學理與公法上之職務關係，檢討相關的行政法院裁判。在行政組織方面，李建良以農田水利會的法律定位與法律關係為討論對象，對於公法人制度的本土化建構，有相當著力；黃錦堂則援引德國法，嘗試對目前實務上略顯混亂的行政機關、委託、委任、委辦、受委託執行公權力等重要之行政法概念，作一釐清。

在行政救濟與補償方面，陳英鈴、林三欽及林明昕都是援引德國行政法的相關理論與實務，分別針對我國行政法院處理聲請停止執行的相關案例、一般給付訴訟以及新訴願法「訴願之再

審」與行政程序法「程序之再開」之制度競合，進行評析；蔡宗珍則是針對本土的既成道路徵收補償爭議，以釋字第四〇〇、四四〇號解釋的理念原則，評論台北高等行政法院的相關判決。在行政法原理原則的適用問題上，相關論文作者陳春生、黃茂榮、葛克昌、林明鏘與黃俊杰，不約而同地以個別判決評釋方法，探討法律保留、法律溯及效力、權利濫用與信賴保護等行政法基本原則於個別案件中的適用。在行政法各論方面，針對社會保險法制的探討有兩篇論文，郭明政本於社會國理念，將社會保險關係定位為公法上債之關係；而蔡茂寅則是從全民健康保險的實務著眼，檢討分析行政法院裁判的相關爭議。

這是台大公法中心自成立以來所舉辦的第一次大型學術研討會，中心的同仁們對未來學術活動擬定了憲法與行政法兩個主題，希望能輪流成為中心的年度學術活動。然而，同仁們也體會到，國內法學若只作學理的抽象討論往往流於比較法或學理的抽象論述，為了強化公法與台灣發展的本土脈絡相連結，行政法的研討會將以行政法院的判決為分析的重點，而且要能持續進行，這也是為何本研討會以「第一屆」定名的原因。我們希望以後能持續舉辦下去。另外，公法中心的同仁們也體會到公法研究要能多強調學術社群的參與，尤其是進來許多法學新進同仁在各大學嶄露頭角，應該有機會踴躍參與台大公法中心的學術活動，因此我們採取公開徵求論文構想的方式。

任何構想都要接受現實的檢證。雖然這次研討會有許多制度面的堅持，也獲致許多寶貴的成果。但距離理想仍有一些距離，應該提出來做為未來共同努力的方向。整體而言，在本次研討會中所發表的十六篇論文，多能嘗試將行政法理論與實務加以結合，針對行政法院判決與相關實務爭議作具體評析，就行政法發展的本土化實踐而言，算是一個好的開始。不過，很可惜的是，

多數論文的理論面向仍多於實務關懷，判決評釋與實務爭議並非多數論文的重心，理論引導實務的痕跡，還是隨處可見。除了「理論多於實務」之外，本次研討會論文的一項特色是「比較重於本土」。雖然已經有幾篇論文是嘗試從本土化議題來建構我國的行政法，但絕大多數的論文還是無法擺脫外國（尤其是德國）行政法的援引與介紹，直接以外國的行政法理念，來評析我國的行政法學說或是行政法院的判決，「法律殖民主義」的陰影，似乎一時之間，仍無法隨著我國行政法建制的愈趨成熟化，而迅速消散。

最後，值得指出的是，在所有評析行政法院判決的論文中，絕大多數都採取傳統的指標判決評釋方法(leading case approach)，而鮮少以統計量化研究的方式，對於法院判決進行整體研究。傳統的指標判決評釋方法，雖然可以對於個別法院判決進行高密度分析，但此種隨機的判決評示，往往有見樹不見林的缺失，所呈現出的實務風貌，也容易有結構性的扭曲。隨著數位化與資訊化時代的來臨，在司法院的主導與努力之下所建立的司法資訊系統，量化判決的研究可行性愈來愈高，我們希望將來有愈來愈多的研究者，能嘗試量化的科技整合方式，對於行政法院判決作整體的趨勢研究，與傳統判決評釋方法相互發揮互補作用，讓本土行政法理論與實務的研究，既能見樹、又能見林。

第一屆行政法理論與學術研討會，在各方幫忙與支持之下，順利舉行，會中所發表論文，現已集結出書。我們要感謝台北高等行政法院以及台灣行政法學會的贊助，廖義男院長從中促成，是順利舉辦此一研討會的重要基礎條件。台大公法研究中心同仁們的投入，尤其是葛克昌與林明鏘兩位老師的籌辦，加上中心助理楊志文、郭躍民同學的付出，都必須在此加以感謝。我們也衷心的希望，下一屆的行政法實務與理論研討會的發表論文，能朝向理論與實務並重、本土關懷高於比較研究、判決評釋與量化研

究並行的方向，而我們也相信，這是我國行政法發展邁向成熟的本土建構一個必須也可行的方向。爰以為序。

葉 俊 榮 謹誌

台大法律學院

目 錄

序 言／葉俊榮

第一編 行政法總論

- 行政法院裁判中有關違反秩序行為態樣之檢討 …洪家殷／ 3
- 司法積極主義——論行政法院改制之後對於
違法行政命令審查的積極趨勢 ……………葉俊榮・張文貞／ 39
- 行政法對民、刑法的規範效應 ……………許宗力／ 77

第二編 行政主體

- 農田水利會相關問題探析——公法人制度
在我國的實務與理論 ……………李建良／107
- 既成道路之徵收補償問題——以釋字
第四〇〇、四四〇號解釋及台北高等行政法院
新近判決為中心 ……………蔡宗珍／163
- 「行政機關」、「委託」、「委任」、
「委辦」、「受委託執行公權力」之意義…………黃錦堂／187

第三編 行政救濟

- 論撤銷訴訟之暫時權利保護——從雙贏的風險
分配評析實務見解 ……………陳英鈴／233

- 論訴願之再審與行政處分之廢棄——一道介乎
行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題……………林明昕／277

第四編 租稅行政

- 信賴保護與稅捐規劃——行政法院八八年判字
第四三五四號判決評釋……………黃俊杰／305
- 法定空地所有權拋棄與權利濫用——台北高等
行政法院八九訴字第三三八〇號判決評釋……………葛克昌／387
- 夫妻剩餘財產差額分配請求權之規定的溯及
效力……………黃茂榮／407

第五編 社會行政

- 社會保險法律關係爭議問題之探討……………郭明政／469
- 全民健康保險之法律關係……………蔡茂寅／483

第六編 人事行政

- 公法上職務關係之實務與理論——評行政法院
判決對公法上職務關係之怠為與應為……………汪宗仁／509
- 「抄襲」、「降等」與法律保留——評最高行
政法院八九年度判字第三六二七號判決……………陳春生／555
- 行政規則變動與信賴保護原則——兼評最高行
政法院八九年判字第一八四二號判決與大法官
釋字第五二五號解釋……………林明鏞／577

第一編 行政法總論

- 行政法院裁判中有關違反秩序行為態樣之檢討
- 司法積極主義——論行政法院改制之後對於違法行政命令審查的積極趨勢
- 行政法對民、刑法的規範效應

行政法院裁判中有關 違反秩序行爲態樣之檢討

洪家殷

目 次

壹、前 言

貳、違反秩序行爲之概念

一、違反秩序行爲之意義及要件

二、行爲之個數及處罰

參、連續違反秩序之行爲

一、連續違反秩序行爲之概念

二、行政法院之裁判

肆、繼續違反秩序之行爲

伍、違反秩序之狀態行爲

陸、違反秩序之牽連行爲

柒、違反秩序行爲之階段

一、未遂行爲

二、預備行爲

三、中止行爲

捌、結 論

壹、前言

有關違反秩序行為之態樣，為行政秩序罰領域中十分重要之部分，其涉及違反秩序行為之基本概念，以及對於各種違反秩序行為之判斷，並連帶地影響到相關各種處罰之適用。由於我國在此方面理論之探討，向來即嚴重不足，難以發展出一套完整之違反秩序行為之理論體系，且對外國法例之引介及吸收，亦顯力不從心，故一直無法提供給實務界或立法者深厚之理論背景。因此，既然缺乏一部完整的行政罰法法典，只得由立法者在個別之法規中各自規範，以致經常出現理論上無法一貫之互相衝突現象。而行政實務在處理具體之個案時，往往尋無適當之理論根據，且在法規不明確之情形下，甚難期盼能有合法正確之決定出現。

惟在此種不利違反秩序行為概念及體系發展之過程中，行政法院之裁判扮演了重要之角色。尤其是在某些具代表性之案例中，行政法院經常表明其態度，而發揮了引導行政實務之作用，若再被收為判例，則其所生之影響效果即更為明顯。因此，在有關違反秩序行為之態樣方面，在法令規定不夠完善及理論基礎十分貧乏之情形下，行政法院向來所持之立場為何，即具有相當重要之意義。特別是在個別裁判背後所代表之基本觀念，尤其值得重視。

本文即以違反秩序行為之各種態樣為對象，先探討違反秩序行為之概念，以釐清其意義及行為個數之問題，其次則分就各種不同之類型，如連續違反秩序及繼續違反秩序之行為、違反秩序之狀態及牽連行為、違反秩序之各種行為階段等，先說明其理論基礎，再個別檢討相關之行政法院裁判，以明瞭行政法院之立場及缺失之所在。最後則歸納所涉裁判之整體態度，指出主要之關鍵點，並提供行政法院日後改進方向之建議。由於行政法院之裁判數量甚為龐大，雖已盡力蒐集，然遺漏之處在所難免，尚祈不吝指正。

貳、違反秩序行為之概念

一、違反秩序行為之意義及要件

行政秩序罰係以行為人之違反秩序行為作為處罰之標的，因此作為處罰對象之「行為」(Handlung)，其概念為何，即有先予釐清之必要¹。儘管此概念在行政秩序罰中具有重要之地位，然相較於刑法，對此概念之探討，則仍存有不少模糊之空間。基本上，行政秩序罰上之行為概念，與刑法上之行為概念，並無明顯之差異²。因此，刑法上對於如何判斷一個或多數行為所發展出之原理，原則上亦可適用於行政秩序罰³。

違反秩序之「行為」(Handlung)⁴，可說主要由下列三個要件所構成：

¹ 在德國違反秩序罰法(OWiG)第一條第一項規定：「違反秩序，係指符合法律規定之構成要件，且為違法及可非難的，而得被處以罰鍰之行為。」因此，應受行政秩序罰處罰之違反秩序行為，係指合乎構成要件(Tatbestandsmäßigkeit)、違法(Rechtswidrigkeit)及可受非難(Vorwerfbarkeit)之行為。由於本條規定之內容係著重於對「違反秩序」行為之定義，而非針對「行為」本身，故仍無法藉此明瞭其意義。

² 在德國違反秩序罰法中所採用之「行為」用語為(Handlung)，而刑法中則採用(Tat)一詞，依立法者之意思，係為突顯介於違反秩序行為與應受刑罰行為間不同之評價；vgl. EEGStGB Begr. K. Rebmann/W. Roth/S. Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Lose-blattkommentar, 2. Aufl., 1996, OWiG, 2. Aufl., Vor 1 Rn.17; E. Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 1998, Aufl. 12, Vor § 1 Rn.12.; 惟一般認為此種區別並無多大意義，刑罰上所存在有關行為概念之爭議，在行政秩序罰中依然存在；K. Rogell in: K. Boujong(Heraus.), Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz (zit.KKOWiG-Rogell), 2000, 2 Aufl., Vor § 1 Rn.4.

³ Vgl. E. Dreher/H. Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., 1995, Vor § 1 Rn.3ff.; Rebmann/Roth/Herrmann (見註2), Vor § 19 Rn.1.

⁴ 刑法上有關行為概念之基本說明，請參閱林山田，《刑法通論（上）》，民國86年6版，頁101以下；蘇俊雄，《刑法總論 II》，民國86年初版，頁38以下。

(一)內在之意志決定

行為雖可說是人類對於環境的一種具體表現，但是並非所有的行為皆為行政秩序罰所重視，只有受人類意志所引導之行為表現，始為行政秩序罰中之行為。若只是純粹身體反射之心理事件或反射動作(Reflexbewegung)，並無人類精神力的共同參與，且因此不為意志所支配或控制之行為，將排除在此種意義之行為之外，如癲癇之情形即屬之⁵。但若該行為係基於半意識或縱使為無意識之行為狀態，因為長期的習慣或練習，且由於受到外在刺激而或多或少自動引發者，如因有突然的交通狀況而引起的緊急煞車等，則可為違反秩序之行為⁶。

此種行政秩序罰上行為之概念，不僅是從「自然科學上」觀察，而且在於「社會上」及「規範上」之內容。因此，在行為人之主觀意識上，如其以積極作為或消極不作為方式，有意地發生違反秩序之結果，則屬於「故意行為」的基本形態⁷。此外，相對人亦有可能在一個積極的作為中，無意地涉及特定的構成要件，或是消極作為中亦可能在完全無意中產生違反秩序之結果，此種情形即可歸屬於「過失行為」的形態⁸。有關違反秩序行為應以故意或過失為要件，在大法官釋字第二七五號解釋後，在我國應已確立，惟其仍較刑法所要求者為寬鬆⁹。

⁵ Vgl. Göhler (見註2), Vor § 1 Rn.11; KKOWiG-Rogell (見註2), Vor § 1 Rn.4.

⁶ Vgl. Göhler (見註2), Vor § 1 Rn.11.

⁷ Vgl. Dreher/Tröndle (見註3), Vor § 13 Rn.3ff.

⁸ Vgl. Göhler (見註2), Vor § 1 Rn.12.

⁹ 有關行政秩序罰上之主觀責任條件方面，行政法院亦有不少相關之裁判，惟與本文無直接關係，故不擬納入討論。