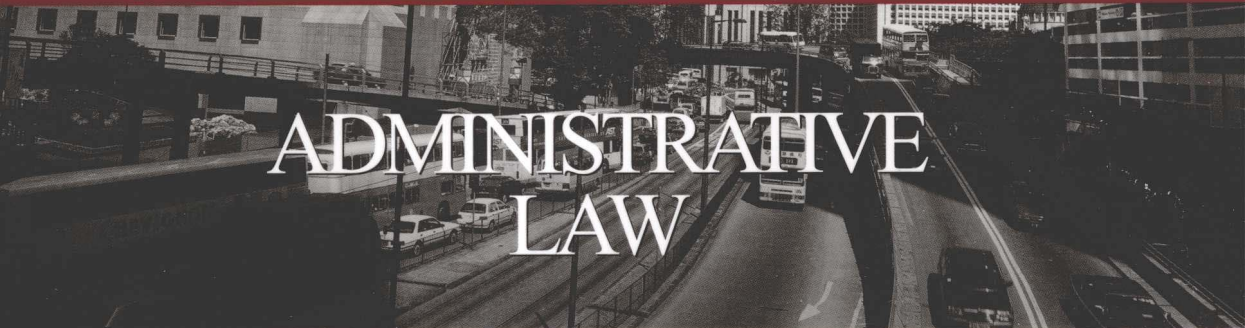


公法 教科書 系列

行政法

修訂五版

吳志光◎著



ADMINISTRATIVE
LAW

行政法

吳志光 著



新學林出版股份有限公司

行政法 / 吳志光著. -- 五版. --

臺北市：新學林，2012. 09

面；公分

ISBN 978-986-295-129-3(平裝)

1. 行政法

588

101017227

行政法

作 者：吳志光

出 版 者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市和平東路二段339號9樓

電 話：(02) 27001808

傳 真：(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw>

總 經 理：毛基正

副總編輯：林靜妙 責任編輯：張瑋琦

副 理：許承先 內文編排：陳怡君

出版日期：2010年9月 四版一刷

2012年9月 五版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：570 元

ISBN 978-986-295-129-3 (平裝)

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw>



親愛的讀者

為提昇您閱讀便捷性

新學林特別精心製作一系列台灣景物磁鐵書籤

將台灣的美與您共同收藏於扉頁

如欲索取請上新學林網站：

www.sharing.com.tw

致學如耕 涵泳歲稔

致學如辛勤耕耘，必歡盈沉浸於歲收穀物時。

修訂五版序言

由於行政法學理及實務之發展日新月異，兼以行政訴訟新制之施行，故有本書修訂五版之需求。本書之出版，有賴新學林出版公司林靜妙小姐與其工作團隊的細心校訂且提供修正建議，以及輔仁大學法研所申哲同學的辛勞付出，特在此致謝。惟本書謬誤或不足之處，亦有勞本書讀者及學界先進不吝指正。

吳志光 謹識

2012 年 8 月

自序

本書係以作者於輔仁大學法律學系教授行政法相關課程使用之講義為基礎，由於作者個人的學植與時間有限，故於講義改寫為教科書的過程中，基礎理論部分從簡，部分論述亦欠完整。然對於行政法學理及實務上之重要爭議問題，行政訴訟類型之介紹及行政訴訟之修法動向，則有較為詳盡之論述。

我國行政法之體系及理論深受德國法之影響，故一般行政法教科書援引德文文獻蔚為常態。本書則以援引國內文獻為主，一方面方便讀者查閱參考，另一方面德國理論國內學者引介者眾，本書援引國內論著，實際上亦係間接援引德文文獻。少數有必要者，自直接援引德文文獻。至於各級行政法院裁判近年來對我國行政法之發展深具意義，故成為本書於援引國內文獻外，最主要之參考資料。

本書之出版，有賴台灣本土法學雜誌總編輯田金益先生的敦促，新學林出版公司林靜妙小姐的協助，以及文化法研所曾彥碩同學、輔大法研所彭郁翔、鍾信一同學的辛勞付出，特在此致謝。惟本書首次出版，兼以作者個人之能力有限，繆誤或不足之處，尚請本書讀者及學界先進不吝指正。

吳志光 謹識

2006年9月

凡 例

本書之註釋方式採隨文註，原則上遵循一般學術引註格式，惟對於援引之中文行政法教科書，再次援引時以「行政法」或「行政爭訟法」等簡稱，取代「前揭書」或完整書名等引註方式，特在此予以說明。

再者，有興趣之讀者亦可至輔仁數位法律中心作者個人網頁下載行政法參考試題（<http://fju.lawbank.com.tw/room-source.asp?tid=127>）。

目 錄

修訂五版序言	I
自序	III
第一章 緒論	001
第一節 行政之意義	002
第二節 行政之種類	003
第三節 行政法與私法	009
第四節 外國（德國）行政法之發生與演進	014
第五節 我國行政法之繼受與發展	016
第六節 行政法之法源	017
第七節 憲法與行政法之關係——以依法行政原則為中心	037
第八節 行政法之解釋與適用——兼論行政裁量與不確定 法律概念	052
第九節 行政法之法律關係	067
第二章 行政組織法	087
第一節 行政組織法之基本構造	088
第二節 以公法人為主之行政主體——兼論我國法制上的 公法人問題	089
第三節 公權力受託人與行政任務的民營化	096
第四節 行政主體之內部組織——行政機關	107
第五節 公物法	127

第六節 公務員法	133
第三章 行政作用法	163
第一節 行政處分	164
第二節 法規命令與行政規則	231
第三節 行政程序	245
第四節 行政契約	266
第五節 行政計畫	289
第六節 行政指導	297
第七節 事實行為	301
第八節 行政罰	306
第九節 行政執行	343
第四章 行政爭訟法	363
第一節 訴願制度	364
第二節 行政訴訟制度	391
第五章 國家責任法	481
第一節 國家賠償法	482
第二節 行政上之損失補償	499

第一章



緒 論

第一節 行政之意義

- 一、**積極說**：此說嘗試從正面對行政加以定義，惟難以掌握行政之全貌，故未能居行政法學之主流。
- 二、**消極說**：基於權力分立之觀點，認為行政乃除了立法及司法之外，國家或其他公權力主體之行為。我國學者傳統上亦採取此一見解，將考試權視為行政權的一種，而認為行政為除立法、司法及監察以外之國家行為，其中亦包含立法、司法及監察權中實質意義之行政（另參見行政程序法第3條第2項）。
- 三、**特徵描述說**：德國行政法學者 Ernst Forsthoff 曾形容「行政之概念，無法定義，只能描述」，受到這句名言的影響，晚近德國及我國行政法學者大多採消極說而以特徵描述為補充，不再對行政加以積極定義。亦即改從不同層面對行政加以描述以取代定義，甚或放棄對行政作任何界定。另外，就行政法的觀點，應注意的是，行政並非僅是單純的執行法律，更應包含政策擬定與決定的成分¹。

¹ 參見翁岳生（編），翁岳生主筆，行政法（上），2006年三版，第10頁至第17頁；吳庚，行政法之理論與實用，2010年增訂十一版，第6頁至第9頁。

第二節 行政之種類

一、公權力行政及私經濟行政

1. **公權力行政（亦稱為高權行政）**：係指國家或自治團體居於統治權主體之地位，以公法規定為基礎所從事之行政行為。公權力行政之範圍甚廣，在人民與國家或人民與自治團體間之權利義務關係事項，均屬公權力行政之對象，所使用之行政作用方式為行政命令、行政處分、行政契約（公法契約）、行政計畫或地方自治規章，於行政作用中占最主要之地位。由於公權力行政對人民權利造成直接的影響，故須受嚴格之依法行政原則所支配。而關於公權力之行使，最高法院 80 年台上字第 525 號判決曾有以下教科書式之定義：「所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言。並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行為。」
2. **私經濟行政（亦稱國庫行政）**：係指國家非居於公權力主體地位行使其統治權，而係立於與私人相當之法律地位，適用私法規定所為之行為，私經濟行政之態樣如下：
 - (1) 行政輔助行為：係指行政機關以私法方式獲致日常行政活動所需的物質或人力，例如公共工程營造、租用辦公廳舍或採購公務用品等（參見政府採購法第 2、7 條）。
 - (2) 行政營利行為：係指國家以私法（主要係依據公司法）組織形態（例如中油公司）或特設機構方式（例如改制公司前的台灣省菸酒公賣局）所從事增加國庫收入之營利行為，有時並兼負執行國家政策之任務（參見國營事業管理法第 3、4 條、憲法第 142 條，另參見地方制度法第 73 條——公共造產）。
 - (3) 行政私法行為：係指以私法形態之行為，而達成行政上之任務，例如各種公用事業之經營（水、電及大眾運輸等）、對學生給予

助學貸款及對人民進行經濟補助（補貼）等行為，並無任何之權力服從關係。至於所謂「私法形態」，大致有以下二者：一是行政機關與人民直接締結私法契約，以提供給付，例如出租或出售國宅；二是由行政機關選擇私法之組織形態，先成立具有私法人性質之公司，再以之提供行政給付，例如成立台灣省自來水公司，再由其與人民成立自來水供應契約¹。

3. **兩者區別之實益：**其實兩者區別難有絕對之標準，但因兩者仍有下列區別之實益，故有予以區別之必要。

(1) **爭訟途徑及是否適用行政程序法之差異：**

	公權力行政	私經濟行政
爭訟途徑	公法—行政法院（但法律有規定時，從其規定，例如國家賠償事件）	私法—普通法院
行政程序法適用與否	適用（行政程序法第2、3條，但須注意第3條第3項各款排除程序規定之適用）	不適用，但視情形有準用或類推適用之空間
致相對人受損害時之救濟	採雙軌制，得視損害發生之原因及救濟途徑，於提起行政訴訟時合併請求損害賠償（參見行政訴訟法第7條），或直接提起國家賠償訴訟（由普通法院審理）。	民法

- (2) **是否受依法行政原則及尊重人民基本權利之拘束：**在公權力行政固毋庸論。在私經濟行政，基本上雖受民法上私法自治原則之支配，但政府採購法之施行已於相當範圍內限縮了私經濟行政私法自治之空間。而憲法上關於人民基本權利之規定，尤其平等原則是否亦適用於私經濟行政，學理上素有爭論。一般認為行政私法行為既係以

¹ 注意「締約上強制」在此處的適用，例如依自來水法第61條第1項規定，自來水事業在其供水區域內，對於請求供水者，非有正當理由，不得拒絕。

私法行為之形態作為達成行政任務之手段，自應受基本權利（尤其是平等原則）之拘束，司法院釋字第 457 號解釋即稱：「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。國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定」。至於行政輔助行為及行政營利行為係直接受基本權利之拘束²，或以基本權利對第三人之效力理論解決，並無定論³。

再者，一般以為，行政機關對於行政行為方式之選擇，並非完全自由，而須於法律無明文禁止規定，且在公法上無適當方式可供採行時，始得以私經濟行政行為，遂行行政任務，以避免公法遁入私法之情形。此一現象原係指行政機關有選擇行為方式之自由，將應以公法形態之作為，改採私法形態為之。若以遁入私法方式逃避依法行政原則之拘束，使行政機關原本不得作為者，變相產生，則非法治國家應有之現象⁴。惟行政機關重要之私經濟行政（例如政府採購行為）透過各種法律之規制，亦相當程度受到依法行政原則及尊重人民基本權利之拘束，故難謂行政機關此類私經濟行政與公權力行為相較，對人民權益之保障當然形成明顯之不利益。但若享有契約自由之私經濟行政，行政機關自與私人無異⁵。

4. **雙階理論（亦稱為二階段理論）**：公權力行政與私經濟行政在理論上亦有可能結合運用，例如將行政機關受理人民申請貸款（如助學貸款）及補貼之行為，分成受理申請及決定實行兩個階段。受理申請之准否，屬於公權力行政性質的行政處分行為（實務上亦可能授權私人（例如銀行）行使公權力，參見行政程序法第 2 條第 3 項），而一旦申請獲准並接受貸款或其他給付時，所產生之權利義務，則依民事法

² 參見吳庚，行政法之理論與實用，2010 年增訂十一版，第 16 頁、第 17 頁。

³ 參見政府採購法第 6 條第 1 項，另參見翁岳生（編），翁岳生主筆，行政法（上），第 22 頁註 81。

⁴ 參見吳庚，行政法，第 33 頁、第 34 頁。

⁵ 例如台灣高等法院 99 年上字第 893 號判決即稱：「國有財產法第 42 條第 1 項第 2 款固規定，非公用財產類不動產之出租，得以標租方式辦理，但民國 82 年 7 月 21 日前已實際使用，並願繳清歷年使用補償金者，得逕予出租。上開規定既未強制令國有財產之管理機關必須與符合標準之人訂立租賃契約，基於契約自由原則，國有財產之管理機關自有斟酌是否與他人成立租賃契約之權，如斟酌結果係拒絕與他造訂約，仍屬合法行使權利，不適用民法第 148 條第 1 項規定」。

律關係處理，屬於私經濟行政之性質。由於雙階理論可能導致不同階段之爭議，人民須因此適用不同的法律救濟途徑，為避免徒增困擾，故有學者主張有必要將結合運用之公權力行政與私經濟行政兩者，視為一個整體的行政行為；在理論上有視為行政處分、行政契約及行政私法行為等三種可能性⁶。惟實務及法制上基於實際需求，則不乏明文承認雙階理論之例，除了「政府採購行為」基於立法政策之考量（另參見本書第三章第四節二、1）外，雙階理論之適用範圍可進一步說明如下：

(1) 司法院釋字第 540 號解釋對於國宅配售所生之爭議，即顯然受到雙階理論的影響，其稱「主管機關直接興建及分配之住宅，先由有承購、承租或貸款需求者，向主管機關提出申請，經主管機關認定其申請合於法定要件，再由主管機關與申請人訂立私法上之買賣、租賃或借貸契約。此等契約係為推行社會福利並照顧收入較低國民生活之行政目的，所採之私經濟措施，並無若何之權力服從關係。性質上相當於各級政府之主管機關代表國家或地方自治團體與人民發生私法上各該法律關係，尚難逕謂政府機關直接興建國民住宅並參與分配及管理，即為公權力之行使。至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟，係另一問題。」其顯然認為主管機關就國宅配售之核准與否係公法上之行為（行政處分），但與人民就國宅配售所締結之契約則屬私法契約⁷。

(2) 按雙階理論之前階段核准與否之行為之所以應視為行政處分，尤其有透過行政程序法之適用，保障人民程序上之權益⁸，並同時賦予

⁶ 參見陳新民，行政法學總論，2005 年修訂八版，第 44 頁以下；陳敏，行政法總論，2011 年七版，第 668 頁以下。

⁷ 類似的例子尚有最高行政法院 94 年判字第 1303 號判決，政府提供人民低利貸款之契約本身係私法契約，但「國家或其他行政主體，為達成特定之公共目的，對私人所為有財產價值之給與，包括由行政機關或透過特定金融機構以較一般金融機構優惠之條件貸給款項，其中行政機關對當事人之貸款申請所應具備條件之審核決定，自屬公法上之行政處分，當事人對於是否給與貸款之審核決定如有不服，自得提起行政爭訟，請求權利保護。」

⁸ 例如最高行政法院 95 年裁字第 850 號裁定即指出：「政府採購法以決標前後作為應依行政或民事救濟

人民公權利，以方便人民救濟，否則核准與否之行為若最終仍係締結私法契約而被視為私法上之意思表示，除非有「締約上強制」的適用，否則在契約自由的前提下，相對人自難以救濟。故在視為一個整體的行政行為有適用上困難的前提下，雙階理論自具有其功能性之意義⁹。

- (3)惟雙階理論既有其特定之功能性意義，實務上則認為對於雙階理論的運用範疇應予以限縮，即僅針對給付行政中之補貼行為。例如最高行政法院 95 年裁字第 372 號裁定曾特別指出：「兩階段理論係德國學者因應行政機關基於公權力，為公共利益而執行給付行政（補貼貸款）所面臨之法律困境，亦即當行政機關可否補貼貸款時，一方面依當時之法律見解，補貼貸款屬國家之私法行為，人民不得對之提起行政訴訟，另一方面，基於契約自由原則，人民亦不得對之提起民事訴訟，以致無法律救濟途徑，乃在貸款給付之前，分析出具行政處分性質之准否補貼貸款決定，形成前公法後私法之兩階段法律關係，將其准否補貼貸款之決定歸入公法約束，尤其是平等原則之遵守，並受司法審查，所建構之理論。本件承租系爭公有土地事件，係行政機關在不妨礙公有土地依法管理使用原則下，基於私法契約自由，出租予特定人使用收益，其乃純屬私法關係，因其並非行政機關基於公權力，為公共利益所執行之給付行政，自無從分析出公法關係，以形成前公法後私法之兩階段法律關係。」
- (4)惟值得注意的是，司法院釋字第 695 號解釋針對行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處對於人民依據國有林地濫墾地補辦清理作業要點申請訂立租地契約未為准許之決定，認為具公法性質，申請人如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院

之分界點，乃係基於該法第 74 條所明定，而國民住宅之爭議亦以政府機關與人民訂立契約前後作為行政與民事救濟之分界點，亦係經司法院釋字第 540 號解釋在案，經核政府採購及國民住宅之爭議均涉及政府採購之公平性影響及政府機關合法行使職權及所有廠商權益，而政府與建國民住宅其功能對符合資格者，能否申購對其權利有重大影響，均與公益息息相關，為慎重其事，故有必要適用雙階理論。」

⁹ 然在此功能性意義的反面，亦有學者指出將前階段行為視為行政處分，其權利救濟亦有遵守起訴期間限制等不利益產生，不見得當然有利於當事人，參見劉宗德，行政私法，載於氏著「制度設計型行政法學」，2009 年，第 77 頁至第 94 頁（第 91 頁）。