

行政法

Administrative Law

翁岳生 编

下册

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

行政法

翁岳生 编

下册

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法/翁岳生编. —北京: 中国法制出版社, 2009. 1
ISBN 978 - 7 - 5093 - 0950 - 6

I. 行… II. 翁… III. 行政法—台湾省 IV. D927. 580. 21

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 200883 号

行政法(上), 翁岳生等著, 2006 年 10 月, ISBN: 9789867279781
行政法(下), 翁岳生等著, 2006 年 10 月, ISBN: 9789867279866
簡體中文版由元照出版有限公司 (Taiwan) 授權中國法制出版社
出版發行

行政法 (上、下)

XING ZHENG FA

编者/翁岳生

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 4 月第 2 版

印张/59 字数/1515 千

2009 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0950 - 6

总定价: 180.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

目 录

(下 册)

第十五章	事实行为 (陈春生)	(883)
第一节	行政上的事实行为概说	(883)
	一、事实行为的概念与意义	(883)
	二、事实行为的类型	(888)
	三、事实行为的合法性	(892)
	四、事实行为与权利保护	(893)
	五、台湾地区相关规定上常见的有争议的 行政上的事实行为	(895)
第二节	行政指导	(899)
	一、行政指导的概念	(899)
	二、行政指导的必要	(902)
	三、行政指导的种类	(902)
	四、行政指导与依法行政的关系	(903)
	五、行政指导的方式	(904)
	六、行政指导与救济	(905)
	七、日本 1993 年行政手续法中有关行政 指导的规定	(908)
	八、对台湾地区“行政程序法”中有关 行政指导规定的评释	(909)
	九、结 论	(912)

第十六章	行政程序法（汤德宗）	（915）
第一节	行政程序概说	（916）
一、	行政程序的概念	（916）
二、	行政程序的特征	（918）
三、	行政程序的种类	（921）
四、	行政程序的功能	（926）
第二节	行政程序法要义	（948）
一、	立法架构	（948）
二、	行政程序主体	（971）
三、	调查事实及证据程序	（981）
四、	各种行政行为程序	（985）
第三节	正当行政程序	（1003）
一、	正当程序的理念	（1003）
二、	正当行政程序的意涵	（1015）
三、	违反正当行政程序的法律效果	（1034）
四、	资讯公开	（1058）
 第十七章	 行政执行法（蔡震荣）	 （1085）
第一节	概 说	（1085）
一、	前 言	（1085）
二、	行政执行之特质	（1086）
三、	行政执行法之制定	（1093）
四、	“行政执行法”修正前各国及 台湾地区之发展	（1096）
五、	修正后“行政执行法”之探讨	（1102）
六、	新修正“行政执行法”之内容	（1104）
七、	总则之一般规定	（1105）
第二节	公法上金钱给付义务之执行	（1151）
一、	公法上金钱给付义务执行之意义	（1151）

	二、公法上金钱给付义务执行之要件	(1153)
	三、公法上金钱给付义务之执行机关	(1159)
	四、公法上金钱给付义务执行之方法与程序	(1162)
	五、执行费用	(1186)
	六、“强制执行法”之准用	(1187)
第三节	行为或不行为义务之执行	(1187)
	一、执行基础	(1187)
	二、执行方法	(1190)
	三、执行费用	(1209)
第四节	即时强制	(1209)
	一、即时强制之意义及其性质	(1209)
	二、台湾地区法上所规定即时强制具体之措施	(1212)
	三、即时强制之救济	(1218)
第十八章	诉愿制度（蔡志方）	(1224)
第一节	诉愿之概念	(1224)
	一、诉愿之意义	(1224)
	二、诉愿制度之规范基础	(1226)
	三、诉愿与请愿及行政诉讼之关系	(1228)
	四、诉愿之功能	(1232)
第二节	诉愿之主体与诉权	(1233)
	一、诉愿人与诉权	(1233)
	二、诉愿相对人	(1243)
	三、参加人（=利害关系人）	(1244)
	四、代理人与辅佐人	(1251)
	五、证人与鉴定人	(1252)
	六、诉愿管辖机关	(1253)

第三节	诉愿之原因及标的	(1255)
	一、诉愿之原因	(1255)
	二、诉愿之标的	(1257)
第四节	诉愿之种类	(1259)
	一、诉愿种类之意义与作用	(1259)
	二、台湾地区诉愿之种类与规范模式	(1260)
第五节	诉愿之管辖	(1261)
	一、诉愿管辖之概念、特色与作用	(1261)
	二、台湾地区诉愿管辖之认定基准与管辖 不明时之处理	(1262)
	三、台湾地区诉愿管辖之种类	(1265)
第六节	诉愿之期限	(1272)
	一、诉愿期限之意义与作用	(1272)
	二、“诉愿法”所定之期限	(1273)
	三、特别法规定之期限	(1274)
	四、在途期间之扣除	(1275)
	五、视同期限内诉愿及其要件	(1277)
	六、不可抗力迟误期限与回复原状	(1279)
第七节	诉愿程序之基本原则	(1280)
	一、当事人主义与职权主义	(1280)
	二、处分主义	(1282)
	三、辩论主义与陈述主义	(1283)
	四、先程序、后实体与程序从新、 实体从旧	(1284)
	五、书面审理与言词审理原则	(1286)
	六、一事不再理	(1286)
	七、更不利决定之禁止	(1287)
	八、公益优先原则	(1289)
	九、程序迅速性原则	(1290)

第八节	诉愿程序	(1290)
	一、诉愿之提起、受理与效力	(1291)
	二、诉愿之审理	(1305)
	三、诉愿程序之停止、承受与终结	(1317)
	四、诉愿之决定与效力	(1319)
	五、诉愿决定之执行	(1328)
第九节	对诉愿决定之救济方法	(1328)
	一、再 审	(1329)
	二、行政诉讼	(1331)
第十节	“诉愿法”之施行与过渡时期条款	(1332)
第十九章	行政诉讼制度（刘宗德·彭凤至）	(1335)
第一节	行政诉讼事件	(1335)
	一、行政诉讼之概念	(1335)
	二、行政诉讼之目的与行政诉讼法之 定位	(1340)
	三、行政诉讼事件	(1344)
	四、行政诉讼之类型	(1348)
第二节	行政诉讼之主体	(1358)
	一、“行政法院”	(1358)
	二、行政诉讼当事人	(1367)
	三、多数当事人——选定当事人与共同 诉讼（原告与被告之多数）	(1379)
	四、多数当事人——行政诉讼之参加	(1388)
第三节	行政诉讼第一审程序	(1399)
	一、行政诉讼程序之诸原则	(1399)
	二、诉讼程序之开始	(1405)
	三、行政诉讼之审理	(1419)
第四节	裁 判	(1468)

	一、概 说	(1468)
	二、行政诉讼之审理程序	(1492)
	三、行政诉讼事件之裁判	(1501)
第五节	和 解	(1523)
	一、前 言	(1523)
	二、概 说	(1525)
	三、诉讼上和解之成立	(1526)
	四、诉讼上和解之效力	(1528)
	五、当事人请求继续审判	(1529)
	六、第三人提起宣告和解无效或撤销 和解之诉	(1530)
第六节	简易程序	(1531)
	一、概 说	(1531)
	二、简易程序事件之范围	(1532)
	三、简易程序之特别规定	(1534)
	四、简易程序之裁判声请许可上诉或 抗告之程序	(1535)
第七节	审级救济——上诉审程序、抗告程序	(1539)
	一、上诉审程序	(1540)
	二、抗告程序	(1556)
第八节	非常法律救济——再审程序、重新审理、 暂时权利保护	(1561)
	一、再审程序	(1562)
	二、重新审理	(1570)
	三、暂时权利保护	(1578)
第九节	强制执行	(1599)
	一、前 言	(1599)
	二、“行政法院”裁判之强制执行	(1600)

	三、“行政法院”裁判强制执行规定之 商榷	(1602)
第二十章	国家赔偿法（叶百修）	(1608)
第一节	国家赔偿观念之演进	(1608)
	一、否定时期	(1608)
	二、相对肯定时期	(1609)
	三、全面肯定时期	(1610)
	四、发展时期	(1612)
第二节	国家赔偿责任之法律性质	(1616)
	一、在物之责任方面	(1616)
	二、在人之责任方面	(1617)
第三节	“国家赔偿法”之效力	(1621)
	一、时之效力	(1621)
	二、地之效力（略）	(1622)
	三、人之效力	(1622)
第四节	国家赔偿之构成要件	(1626)
	一、因公务员行为所生之国家赔偿责任	(1626)
	二、因公有公共设施之瑕疵所生之国家 赔偿责任	(1673)
第五节	国家赔偿请求之当事人	(1696)
	一、诉讼当事人	(1696)
	二、赔偿义务人	(1697)
第六节	诉讼程序	(1705)
	一、起诉前之程序	(1705)
	二、国家赔偿诉讼	(1705)
	三、求偿权	(1711)
	四、赔偿方法	(1716)
	五、时效规定	(1718)

第二十一章 损失补偿（李建良）	(1721)
第一节 损失补偿之概念及其基本体系	(1721)
一、概 说	(1721)
二、德国损失补偿制度之基本体系	(1722)
三、台湾地区损失补偿制度之体系建构	(1739)
第二节 公用征收与损失补偿	(1749)
一、概 说	(1749)
二、征收之标的	(1751)
三、征收之目的及要件	(1752)
四、征收之当事人	(1755)
五、征收方式	(1758)
六、征收程序	(1764)
七、征收补偿	(1774)
八、征收之撤销（废止）	(1791)
九、征收标的之收回	(1795)
第三节 财产权之限制、特别牺牲与损失补偿	(1806)
一、基础理论	(1806)
二、类型分析	(1809)
三、争议问题研究	(1817)
第四节 违法无责任之公权力行为与损失补偿	(1831)
一、德国学说与实务见解之发展	(1831)
二、台湾地区相关规定之适用与检讨	(1833)
第五节 公权力行为之附随效果与损失补偿	(1835)
一、基本概念	(1835)
二、案例类型	(1837)
三、相关法律之适用	(1839)
参考文献	(1844)

第十五章

事实行为

陈春生

第一节 行政上的事实行为概说

一、事实行为的概念与意义

(一)事实行为的概念

事实行为的概念,在台湾地区并无统一的定义,不过学者大抵上从事实行为的法律效果有无叙述之,例如林纪东先生认为,事实行为乃全不发生法律效果,或虽发生法律效果,然其效果之发生乃

系于外界之事实状态,并非由于行政权心理作用之行为。^① 国外学者对此见解亦不尽相同,如日本学者有认为事实行为并非行政机关的意思表示,而是直接实现行政目的之行为。^② 在德国则有不同之名称,如 Verwaltungsrealakte, Realakte, tatsächliche Verwaltungshandlungen, schlichtes Verwaltungshandeln 等,但其学界对事实行为概念,仍未有统

① 见氏著,《行政法》,第290页(1990);吴庚氏认为,事实行为指行政主体直接发生事实上效果之行为,其与行政处分或其他基于意思表示之行为不同者,在于后者以对外发生法律效力为要素,见氏著,《行政法之理论与实务》(增订三版),第393页(1996);管欧氏认为,事实行为系特指,其行为并非以直接发生法律效力为目的者,氏著《中国行政法总论》,第424页(1987);翁岳生氏,则以行政机关之行为是否为行政处分,不问其为精神行为或事实行为,皆视其发生法律效力与否而定,氏著,《行政法与现代法治国家》,第15页;陈新民氏认为,法律效果是表示法律上之权利与义务,故一个行政措施不涉及人民的权利或义务,即不可为行政处分,如行政官署之扑杀野犬、拆除公有桥梁、公路等行为,应为事实行为,而非行政处分。见氏著,《行政法学总论》,三民书局,第218页以下;张焯安氏认为,系指一切不以达成法律效果,而以事实上结果为指向之行政措施,见所著,“行政行为中之事实行为”,辅仁法学第九期,第91页(1990);林明锵氏则认为,事实行为系指除意思表示外之任何行政行为,亦即该行为不以发生特定之法律效果为最终目标,而仅附带直接产生一种事实上之后果者,见氏著,“论型式化之行政行为与未型式化之行政行为”,收于当代公法理论,《翁岳生教授祝寿论文集》,月旦出版社,第338页以下(1993);李震山氏对事实行为采另外之分类方式,以非权力行为涵盖不发生法律效力之行为,其中分为精神行为与物理行为,后者主要容纳产生事实上结果之行为。另以权力行为涵盖产生法律效果之行为,其中亦有精神行为与物理行为,后者则容纳难以产生事实上结果为取向却发生法律效力之行为。而在非权力行为与权力行为中皆有以实际行动为方式,主要是以发生事实上之结果为目的,但并非即不发生法律效力之行为的物理行为。其说可供参考见氏著,“论行政作用中之物理行为”,《“中央警察大学”法学论集》,第二期,第23页以下(1997)。同氏著《行政法导论》,三民书局,第213页以下(1997);蔡志方氏,则以事实行为与法律行为不同之处,在于它不一定直接引起法律效果,但这并不代表它绝对不受法律规范,而不会发生法律所规范的效果,也不代表它就全然没有救济途径,充其量只是救济的种类与途径不同而已。见氏著,《行政法三十六讲》(全新增订再版),第236页(1997);林锡尧氏认为,事实行为系指行政处分或契约以外的任何行政行为,其并非透过法律上之认可始生作用,而是因其造成之事实结果而改变现实环境状态,故并不受一定法律要件拘束。其他对此之专论有梁学政,“论事实行为之行政救济——以公共设施为中心”,中兴大学法研所硕士论文,1992年6月;陈坤佐,“论警察事实行为”,“中央警察大学”警政研究所硕士论文,1997年6月。

② 参考杉村敏正/兼子仁,《行政手続行政争讼法昭和五十九年》,第268页。

一之见解,即以德国具代表性由 Wolff 等所著之教科书为例,其先后见解亦不完全相同。^①

实际上行政主体的事实行为,简言之,系指行政主体所为不以产生特定法效果,而是以事实效果为目的之行政行为形式。学者有认为,事实行为系行政主体无拘束力又无规范内容的行为,它只直接产生事实上效果,但在一定条件下亦可产生法律效果,特别于准备的与执行的行政法上法律行为时可能产生。^② 由以上学者对事实行为之叙述,亦显示出欲对事实行为有一致理解的困难之一般。中外行政法学界,对事实行为很难有一致之概念界定,可能有不同原因,但症结之一可能在于:(1)各个学者对事实行为之认知不同,有意无意以自己诠释之目的架构事实行为概念。^③ (2)多数学者从事实行为是否产生法律效果与事实效果作为区分基准,但何谓事实效果? 则未必清楚,尤其事实效果与法律效果区分之基准何在,亦不明了。(3)事实行为概念之范围究竟将其限于只产生事实效果? 或是兼承认于例外或一定条件下,亦产生法律效果? 还是本来事实行为就包括产生法律效果之行为? 无论采取何说,对同样须面对处理之前提的何谓“例外”及产生法律效果之“条件”或“基准”何在,仍

① 例如 Hans J. Wolff 及 Hans J. Wolff und Otto Bachof 之行政法教科书,其第六版(1965 年)将事实行为定义为“非知的及意思表示,而是直接向外产生事实效果,在一定条件下产生法效果。”见 Wolff, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., § 36 II. b) 1., S. 197; 第七版(1968 年)及第八版(1971 年)则视事实行为系“直接只产生事实效果,在一定条件下亦可能产生法效果。”参考 Wolff, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., § 36 II. b) 1., S. 221; Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., § 36 II. b) 1., S. 240; 第九版(1974 年)则认为事实行为尚包含“事实行为所不欲产生,但可能产生之法效果。”见 Wolff, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., § 36 II. b) 1., S. 256.

② H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 57, Rdn. 1.

③ 参考高木光,“事实行为”,收于《现代行政法大系》,第二卷,昭和五十九年,第 169 页。

不清楚。^① (4) 台湾地区学界对公法行为、高权行为与公权力行使三者与事实行为间的关系, 仍不清楚。^② (5) 对事实行为中之物理作用之阐释仍不足, 例如行政强制执行中之直接强制与即时强制是否包括在内? 未必清楚。又“警察法”上常见之事实行为如何类型化或探讨其法效果与确保权利救济等问题, 都是值得学界进一步探讨之课题。^③

以上诸问题未必容易有明确解答, 但似可尝试将事实行为只限于发生事实效果, 而一旦事实行为发生法律效力效果, 则非为事实行为(为行政处分或其他法律行为), 如扑杀患有传染病之狗或强制治疗等行为, 因发生一定法律效果,^④ 则将其排除于事实行为之外, 在学理上亦能前后一贯。至于何种情况已发生法律效力而不只是事实效果, 则须依相关法令或不同法领域、不同行为样式加以类型化, 并依实际情况判断。但即使是事实行为, 若因执行行为, 造成人民之权利侵害或负担, 而产生除去义务或损害赔偿义务时, 则不应只视

① 台湾地区学者亦有在行政行为中采取所谓准法律行为之行政行为说法者, 此种行为例如确认、公证、赏罚、通知及受理之行为。准法律行为之行政行为系不以效果意思为其构成要素, 而由于观念表示及其他精神作用之表现而成立之行政行为, 因其不以效果意思为其构成要素, 故与法律行为的行政行为相区别。又准法律行为的行政行为系表示某事之行为, 就其需要表示而言, 因与普通行政行为相同, 然其所表示者, 仅为判断、认识或感情, 而无发生法律效力之意思, 故纵因而发生形成的效果, 然其形成并非基于行为人之意思, 而专基于法律之力(参考林纪东, 《行政法》第 351 页以下)。此似可解释成准法律之行政行为系在一定条件下或例外情况下, 产生法律效果之事实行为, 但林纪东式自始即将事实行为排除于行政作用之外, 亦即排除于准法律之行政行为之外, 故以上见解亦不成立。

② 类似之问题意识参考蔡志方, 前揭《行政法三十六讲》, 第 326 页。

③ 当然台湾地区学界对此亦有些探讨, 如李震山, “论行政作用中之物理行为”, 《中央警察大学》法学论集, 第二期, 第 23 页; 同氏著《行政法导论》, 三民书局, 第 213 页以下; 蔡志方, 前揭《行政法三十六讲》, 第 328 页; 法治斌主持, “行政检查之研究”, “行政院研考会”, 1996 年 6 月。洪文玲, “论行政调查法制”, 1993 年; 林子仪主持, “行政检查业务委托民间办理法制之研究”, “行政院研考会”, 1997 年 6 月; 梁学政, “论事实行为之行政救济——以公共设施为中心”, 中兴大学法研所硕士论文, 1992 年 6 月; 陈坤佐, “论警察事实行为”, “中央警察大学”警政研究所硕士论文, 1997 年 6 月。

④ 参考翁岳生, 《行政法与现代法治国家》, 第 13 页以下。

为事实行为,而应允许相对人提起救济,例如行政机关无拘束力的提供资讯,造成人民损害,或主管机关为行政指导,但相对人之人民已失其自由意思而须遵循,并因而受有损害时,已不能视为无法律效果之事实行为,而应视为“诉愿法”上之行政处分,^①或依情况构成国家赔偿。而当事实行为产生法律效果时,其究竟适用私法或行政法,则取决于准备的或执行的法律行为,有疑义时则依事实情况判断。

(二)事实行为在行政法上意义

事实行为之历史发展,可溯源于德国学者 Walter Jellinek 对高权行为与准高权行为之见解^②,他首将行政分为公行政(öffentliche Verwaltung)与国库行政(fiskalische Verwaltung),公行政再区分为官方高权行政(oberrigkeitliche Verwaltung)与单纯高权行政(schlichte Hoheitsverwaltung),依 Jellinek 之见解单纯高权行政例如,建设街道、铺设绿地、垃圾焚化炉的兴建或交通事故之排除等,^③其中之单纯高权行政即此之所谓事实行为。

近来由于行政事务的持续扩张与行政实务的发展,使事实行为于行政法学上越来越扮演重要角色。其原因来自于目前社会、国家

① 依现行“行政诉讼法”修正草案,已将行政诉讼裁判权之范围扩充为“公法上之争议”,对人民权利保护将更完备。

② 虽然事实行为之现象在十九世纪后半已产生,又之前(1895至1896)Otto Mayer对行政处分概念之细腻地建构,间接对事实行为概念之形成亦有帮助,或 Georg Jellinek在1914年即已区分高权事务与社会事务(obrigkeitliche und soziale Tätigkeiten),但一般仍以 Walter Jellinek 为事实行为概念之发现者(Entdecker)。Vgl. Robbers, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, S. 272.

③ W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 22.

向给付行政与资讯社会发展,行政不只是直接执行法律与计划^①便足够。行政的事实行为使国民的生存照顾与未来照料具体化而不改变持续的法律关系,尤其于所谓私经济国家与环境国家中的事实行为,更显示出其多样化功能。其原因,一方面在于事实行为有助于发挥行政的有效性与弹性,他方面来自于行政固有的执行实效不足。

事实行为很多系建立于现代行政与私人间的关系基础上,亦即着眼于两者间的合作、协议、接受与冲突解决上。它能实现行政的透明性,确保人民基本权保护的实现与行政行为合比例地行使,但另一方面,事实行为亦显示出法上的欠缺,诸如与依法行政关系、第三人之权利保护、公开参与、权利保护与救济管道不足等。学术界虽努力于事实行为此种法形式的探讨,但不少认为其性质是“立于法的灰色地带 (rechtliche Grauzone)”、“学理上被忽略者 (ein Stiefkind der Dogmatik)”、“属未被理解的领域 (terra incognita)”等,^②因此将事实行为类型化及探讨其法的性质与法的容许性是必要的。

二、事实行为的类型

由于行政的事实行为在技术、社会、生态与经济领域迅速地发

① 事实行为与行政计划之区别在于,行政计划乃行政机关为达成未来特定之公共目的,于事前所为之设计与规划。就计划整体而言,包括所设定之目标及达成该目标之手段,故已非单一行政作用形式,故非行政处分。而就计划之拟定,属行政机关内部事宜,在此阶段大抵属事实行为,但就行政计划之确定行为言,对外部具有直接法律效果,又具有行政处分性质,换言之行政计划之法性质未能一概而论,须依具体情况决定。关于行政计划,参考廖义男,“论行政计划之确定程序”,翁岳生教授主持《行政程序法之研究》,第365页以下;黄锦堂,“德国计划裁决程序引进台湾地区之研究”,收于《当代公法理论》,第429页以下;林明锵,“行政计划法论”,《台大法学论丛》,第二十五卷第三期,第27页以下(1996);李震山,《行政法导论》,第343页以下。

② 同前注, H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, § 57, Rdn. 3; 日本之高木光氏则认为事实行为在行政法学上之地位犹如“收养过程有疑问之养子”,见前揭氏著,《事实行为》,第169页。