

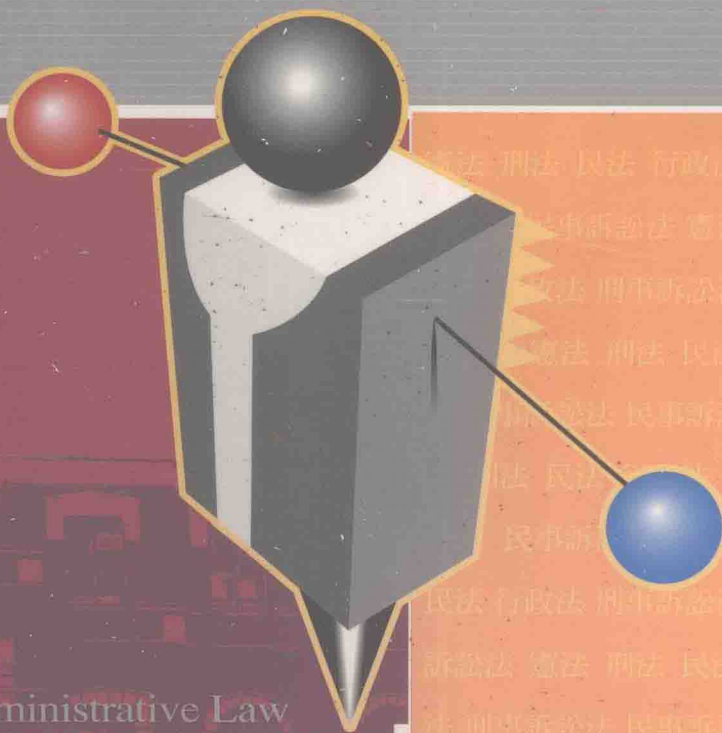


2007年最新版

律師・司法官・法研所必備用書

行政法 中 必備概念建構

植 憲 編著



Administrative Law

Classic



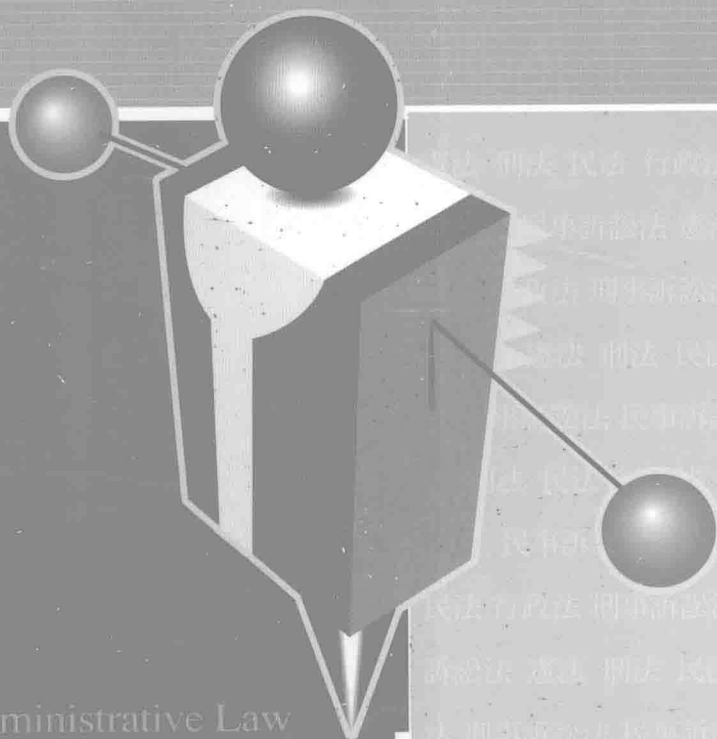


2007年最新版

律師・司法官・法研所必備用書

行政法 中 必備概念建構

植 憲 編著



Administrative Law

Classic



來勝 (License) 證照考試系列

行政法——必備概念建構（中）

編著者：植 憲

出版者：高點文化事業有限公司

郵 撥：15834067高點文化事業有限公司

電 話：(02)2381-5766

傳 真：(02)2388-0876

網 址：www.get.com.tw

E-mail：publish@mail.get.com.tw

2007 年 7 月初版

行政院新聞局出版事業登記證局版臺業字第4833號

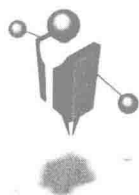
建議售價 450 元

著作權所有・翻印必究

51ML501101

ISBN978-957-814-790-0

高點律師、司法官系列用書 法學界的品質圖騰



時序進入二十一世紀，在過去幾年中，法學界蓬勃發展，更精緻化的法律規範與學說見解，亦馬不停蹄地推陳出新。身為二十一世紀的法律人，勢必要採取更有效率的學習方式，方能避免被資訊洪流所淹沒、為時代巨輪所淘汰。

高點出版事業本著服務讀者、精益求精的精神，無時無刻不站在讀者的立場，考量如何能為讀者提供更有效率的學習方式，如何能使理論與應用並濟，不再感到法律的天馬行空、漫無邊際，而能輕鬆上手。

為此，我們動員高點的優勢資源，集結一時之選，在一次次地自我鞭策與淬礪，推出這一套「經典題型系列叢書」，利用題型彙編之設計，貫穿理論與實務，完全掌握命題的趨勢與脈動，期望能以豐富的例題釐清相關概念、問題爭點，掌握重點。同時，佐以深入淺出的擬答、實務見解及問題爭點，使讀者在學習過程中，能點點清楚，面面俱到的理解，學習完美的解題技巧，完成實力訓練獲取高分。

「高點與高點」賽跑，是我們一貫的理念；堅持用心，為讀者提供更高品質的閱讀感受，是我們一貫的目標。歡迎您進入實例演習的世界，領略我們的專業與用心，享受效率學習的樂趣！

著作權／不容侵犯

下列文字爲著作權法之部分條文，仁人君子敬請自重，凡侵犯著作權者，必依法追究。

《著作權法》第六章 權利侵害之救濟

■第八十七條

有下列情形之一者，除本法另有規定外，視爲侵害著作權或製版權：

- 一 以侵害著作人名譽之方法利用其著作。
- 二 明知爲侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。
- 三 輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。
- 四 未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。
- 五 以侵害電腦程式著作財產權之重製物作爲營業之使用者。
- 六 明知爲侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知爲侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。
- 七 未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。

前項第七款之行爲人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，爲具備該款之意圖。

《著作權法》第七章 罰 則

■第九十一條

擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。

以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。

著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。

■第九十二條

擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公开展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

自序

一、寫作動機

常遇著有人問：針對國考，行政法該怎麼準備？大哉問！

行政法之多且雜，以及相較於憲法雖具體些但仍顯艱澀之理論，向來是多數考生揮之不卻的夢魘；縱然抱著本教科書，念它個千百回，卻仍然摸不著頭緒。最後，只好安慰自己說：沒關係！那就靠其他科拉分嘍！我想在競爭激烈的律師、司法官，甚或研究所考試，這樣的想法毋寧為鴛鴦心態，須知那怕是〇·一分，也是兵家必爭之地，上榜與否，往往就在此些微差距上顯現。職此，正面迎戰行政法，方為上榜之正途。但要如何攻服呢？

筆者以為，重新建構一個「白話式」的行政法學習架構，讓考生們能較平易的親近行政法，應是該克服的首要任務。這是本書的第一個嘗試（詳後述「行政法的學習思考——一個角色扮演的冥想」）。

接續該作的事乃：精準的整理考試需求之文獻資料。然而，要怎麼「精準」呢？歷屆命題模式以及近幾年熱門議題的觀察，應是一個可依循之指南。是以，本書在內容的編排上，延續著「憲法解題概念操作」的寫作思考，依舊採用大量搭配考題、實例模擬演練之體例，藉此鋪陳重要之學說、實務見解。此外，這麼做還有一個重要的功能思考：一般考生對於行政法的困擾，往往導因於「背」了一大堆理論，卻不知如何運用它？會有這種窘境，實乃因你只是「背」了，而不是「懂」了。為了確定你真的懂了，在學完一個理論後，馬上運用、操作它，就是一個最佳的測試方法；且同時也可藉由例題的演練，更加深刻對於理論的學習。當然，還是有可能會發生理論太過抽象、困難，縱使經過了實例演練，仍然有不甚理解之處；察此，本書並於學說、實務晦澀處，輔以筆者之微微學習心得，謹供酌參，祈能發揮臨門一腳的功能。

總言之，編著本書的動機，乃希冀藉由「知其然、更要知其所以然」的理解式學習，誘發讀者對於行政法閱讀的興趣，從而提升準備的效率，完成快樂的行政法領略之旅。

二、寫作體例

本書是一本針對律師、司法官、研究所的考試用書。而筆者採用了與一般行政法考試用書較為不同的寫作體例。鑑於考試的投資報酬率考量，本書企圖藉由「問題與實例」的不斷提出，來堆砌章節的內容，希冀藉此不斷衝擊讀者的大腦思考，以深刻閱讀印象。惟此種寫作體例勢必將省略掉一些不具國考問題意識的敘述性章節，但這僅是意味此些部分之內容對考試而言較不具重要性，然而，對於行政法的學習而言，此些概念敘述性的部分往往是行政法學習的礎石，有志於行政法之途者，仍須自行閱讀相關行政法書籍補強之。

另須說明的是：在考題（尤其是「申論題型」）的引用與擬答上，若筆者思忖內文之論述已可詳細指引讀者之作答，則為擷節篇幅，即不為贅複擬答，而將考題轉列置於「註腳」處，以資卓參。

三、引註方式

由於本書為考試用書，並非學術性著作，故請容許筆者使用較不嚴謹的引註方式。原則上，若整個章節部分係整理自某學者的專題論文，則本書會於章節起始處，直接註明「整理自○學者的○篇論文」，而於內文部分，即不再為細部引註，以節篇幅，望祈見諒。

此外，對於相同文章的再次引註，本書亦不擬採「前揭註」的引註方式，而是直接再為完整作者、篇名的引註，以方便讀者閱讀，不需再來回地翻閱尋註。

四、參考文獻

關於參考文獻的引用，由於資料龐大，且因本書已直接附註於各篇章節內容中，茲不另為贅附。

植憲

2007.7

行政法的學習思考一 一個角色扮演的冥想

試想你現在正在深山叢林中拜師學藝（行政法無敵破招心法），期待日後步入江湖行俠仗義、懲奸除惡。你的師傅—神鵬大俠，為了避免你日後像他一樣，莫名其妙地被人斬斷一臂，所以在你開始正式習武之前，必須要先告訴你江湖人心的險惡。故事就從這裡開始，讓我們將「行政」當作統管江湖的武林盟主（底下有龐大的組織系統）。

第一式—窺心術

所以你的入門第一課就是要學習何謂「行政」？正所謂「知己知彼、百戰百勝」，要能有效抵禦對手（行政）的侵害，當然要從瞭解對手開始做起。

第二式—總體防禦心法

在講授完江湖險惡後，就要開始進入正式習武過程了。首先，當然要先從「紮根」開始做起，也就是「內功」的學習。就好像要學習「乾坤大挪移」此等精妙之借力使力的招式，必先具有深厚的內功基礎一樣。申言之，總體防禦心法就像是教導開發自己的潛能，提升自我防禦能力，不論對手施展任何招式，都能有效抵禦（就算中招也不會受傷太重）。

在此，神鵬大俠要傳授的是「離火玄冰功」，此乃一種陰陽並濟的玄妙神功。在「離火」的部分，學習的是「行政法一般原則」，是屬於「剛強」型之內力，作用乃不論對手（行政）如何發招（不論是行政處分掌、行政契約腳，或行政命令吼），都能為硬碰硬之反擊，有效化解。另於「玄冰」部分，學習的是「正當法律程序」，走的是「陰柔」路之內力，作用乃在對手發招的過程（程序）中，輕柔的截斷對手之招式。簡言之，就是讓對手無法使完一個完整的招式，自然就瓦解此招之殺傷力於無形。比如，行政內的白虎堂堂主來找你討論和平條約（實則

「納降」)一事，如果習得「玄冰功」，此時，你就知道要使出內力（公正作為義務）防禦說：你白虎堂管的是「打鬥」，和談事宜明明是「青鳳堂」管的，與你簽了也是白簽；去找你們青鳳堂堂主來說吧！此不就不費吹灰之力地把行政所施的納降手段給化解了。

第三式一個別防禦心法

當然，光僅靠內力是不足的。單純內力的防禦，遇到一些殺傷力不強的招式，還可以抵擋、化解的了，但如果遇到威力強大的招式，倘單靠內力抵禦，恐還是免不了「吐血」之傷。故而，尚須進一步學習精妙的「招式」以應對。

在此，神鵬大俠要傳授的是「獨孤九劍」，其訣竅在於「破招」。申言之，所謂「獨孤九劍」，本身是沒有固定招式的，其端視對手發出何種招式，而後精準發現對手招式的弱點，趁隙予以反擊。但既是「無招」，又何謂「九」劍？此乃取「九」為窮極之數，象徵招式之無窮。總言之，獨孤九劍的要訣就在於掌握對手施展的招式，以破解對手攻擊。比如說，行政打出了一招「行政處分掌」，你可以先從它有無能力施展此招來破解，就好像張無忌不能打出降龍十八掌的道理一樣。所以，如果一看，發現是「內部單位」所打出，那麼你將不費吹灰之力就可將之化解，因為不過就是虛晃一招而已，沒有任何威力。若施展的主體沒有問題，緊接者就要從招式施展方式的正確性著手（形式、程序合法性）。比如，此招該從腰側四十五度角打出，卻從五十五度角出招，那麼威力自然大減。這就像，行政處分的內容限制了大雄的權利，卻未讓大雄有陳述意見的機會一樣。你就從此點反擊，這招「行政處分」自然就會瓦解（撤銷）。最後，若招式施展的方式，也都完美無缺的話，此際，就只得正面迎戰、硬碰硬了（實質合法性）。比如，在裁量行政下，行政機關於特殊狀況可能產生裁量收縮至零的情形，以致於唯有採取特定手段，方能合法。就好似，在某狀況下，最適宜打出「神龍擺尾」，威力最強，而對手卻打出「飛龍在天」，使得威力大減，自然你打贏的機會就會大增，不過，會不會贏，還是得看你回擊的招式是否妥適（主張是否有理由）。

歸整言之，「個別防禦心法」的學習，就是在進一步學習掌握對手擁有的所有招式，詳盡的瞭解，各招式施展的主體、打出的姿勢（形式、程序合法性）、打出的威力（實質合法性），方能更為有效的破招。

第四式—特殊防禦心法

行政為了要展現、樹立其武林盟主之威勢，所以必須想辦法貫徹其所為之決定，而由於是為了貫徹執行所為，故因此所施展出來的招式，通常特別猛烈（行政罰與行政執行）；也因此，要應付這些招式，必須要使出防禦力更強的特別防禦心法以避其鋒，而之所以稱為「特別」，乃因這種猛烈的招式，行政也不是常常施展（不是所有行政決定都定須使用行政罰與行政執行）。

神鵬大俠於此要傳授的是保命二式，即「化功大法」（行政罰法）與「神行百變」（行政執行法）。當行政要「罰」你的時候，就使出化功大法，把它給化掉。好比如，行政要處罰歐陽鋒在捷運嚼口香糖，此時歐陽鋒就可以使出化功大法主張其「心神喪失」（欠缺責任能力）將此招化去。而倘若行政使出強制「執行」招式，要奪取你身上物件甚或是囚禁你本人，此刻你就應使出神行百變，像泥鰍般地滑行躲去。就好比行政於月黑風高的夜晚欲奪去你身上的天蠶寶甲，你就應施展驚妙身法，晃身趁黑遁去（原則上行政不得於「夜間」執行）。

第五式—療傷心法

在江湖闖蕩，都免不了有受傷的時候，比如被行政暗算。這時，當然也得要學習如何療傷。於此，神鵬大俠要傳授的是「易筋經」（國家賠償法）與「洗髓經」（損失補償原則），分別應付行政「暗」（違法）著來所造成傷害之療傷，與「明」（合法）著來之傷害的治癒。而相信你也能發現「易筋經」之威力相較於「洗髓經」而言，會來得更為強大，蓋畢竟是針對「耍陰」的行為而來的，行政更應受到譴責，自應使用較強的療傷心法，多從行政處要得賠償。

第六式—補遺心法（行政組織篇）

本來對手的組織如何，那是他家的事，無須操煩。不過，因為招式施展出來的威力，跟是誰施展的有其關聯性，而且如果對手組織健全，分工精密，對我們來說，安全性也會強一點。比如說，就不會發生所屬的「小分舵」，無緣無故對我們發動攻擊。又比如，組織分工精密的話，施展的攻擊也會精準些，不會造成過重的傷亡，或殃及無辜，例如，幫主指示對阿福略施小懲，結果派出執行的人不對，不慎下手過重，造成阿福吐了三碗公的血。

凡此，對我們當然也會有一定程度的影響。所以嘍！幫對手研究一下組織應如何設計比較好，對自己也是有好處的。

後話

學完這六式，大概也就可以功成下山了，剩下的就是要仰賴自己的實戰訓練，以精益求精。最後，在下山之際，神鵬大俠千叮萬囑的說：「行政」是掌控江湖秩序的武林盟主，要讓江湖安定，就要輔其依正道行事；讓大家同心協力為江湖盡一己之力（合作行政；夥伴關係）！

第三篇 總體防禦心法



第二章 行政處分

第一節 行政處分之概念

- 壹、行政機關之行為
- 貳、直接發生法律效果之行為
- 參、公法行為（公權力行為）
- 肆、單方行為
- 伍、外部行為
- 陸、針對具體事件之行為

第二節 行政處分之種類

- 壹、下命處分、形成處分、確認處分
- 貳、授益處分、負擔處分、具雙重效力之處分
- 參、片面處分與須當事人參與之處分
- 肆、要式處分與不要式處分
- 伍、裁量處分與羈束處分
- 陸、暫時性處分與終局性處分
- 柒、單階處分與多階段處分

第三節 行政處分之附款

- 壹、附款之意義
- 貳、附款之種類
- 參、附款之容許性與限制
- 肆、對附款之爭訟手段

第四節 行政處分的生效與拘束效力

- 壹、行政處分的生效
- 貳、行政處分的拘束效力

第五節 行政處分之合法要件

- 壹、形式合法要件

貳、程序合法要件

參、實質合法要件

第六節 瑕疵行政處分及瑕疵效力與除去

壹、概念澄清

貳、合法行政處分之廢止

參、具可治療瑕疵之違法行政處分→得「補正」
或「轉換」

肆、具不可治療、非明顯重大瑕疵之違法行政處分→撤銷

伍、具重大明顯瑕疵之行政處分→無效

陸、處分失效之返還義務

第七節 行政程序重新進行

壹、概說

貳、人民申請程序重新進行之要件

參、申請之審查及決定

肆、對於程序重開決定之救濟

第八節 公法上請求權之時效

壹、公法上請求權之涵義

貳、公法上消滅時效之特徵

參、相關問題之探討

第三章 行政契約

第一節 概念與意義

壹、概念

貳、意義

第二節 行政契約之類型

壹、隸屬契約與對等契約

貳、和解契約與雙務契約

參、小結

第三節 行政契約與行政處分

- 壹、行政契約與行政處分之競合適用關係
- 貳、行政契約與行政處分併用之適法性問題
- 參、行政契約「單方」變更或申請調整契約內容
與行政處分之差異

第四節 行政契約之一般合法性要件

- 壹、形式合法要件
- 貳、程序合法要件
- 參、實質合法要件

第五節 行政契約之瑕疵效力

- 壹、概說
- 貳、行政契約之瑕疵效力——「有效」、「無效」之二分效力
- 參、行政契約之瑕疵事由
- 肆、一部無效之效力

第六節 行政契約關係之開展

- 壹、行政契約履行之指導與協助
- 貳、人民不可預期損失之補償
- 參、行政契約之調整與終止
- 肆、行政契約請求權之貫徹

第七節 行政契約準用民法規定之思考

第四章 行政事實行為

第一節 行政事實行為之概念及相關法律問題

- 壹、概念
- 貳、行政事實行為之公、私法性質
- 參、行政事實行為之合法性要件
- 肆、行政事實行為之違法後果
- 伍、對行政事實行為之救濟途徑

第二節 行政指導——附論「非正式化行政行為」

- 壹、概念——附論「非正式化行政行為」

貳、機能、特徵與類型

參、行政指導之合法性要件

肆、行政指導之救濟問題

第三節 附論：行政調查（行政檢查）

壹、概念

貳、行政調查之規範密度

參、調查方法與法律問題

肆、行政調查之監督與救濟

第五章 行政計畫

第一節 概說

第二節 行政計畫之種類及其法律性質

壹、種類

貳、法律性質

第三節 行政程序法所規定之行政計畫

第四節 計畫確定程序規範之探討

壹、行政計畫與計畫確定程序間關係之闡明

貳、計畫確定程序規範之立法沿革

參、計畫確定程序規範之內容與特色

肆、計畫確定程序規範與行政程序法中其他程序
規範原則之比較

伍、結語

第六章 私法形式之行政行為

第一節 國庫理論與行政之私法活動

壹、國庫理論

貳、行政之私法活動（私法形式之行政行為、私
經濟行政行為）

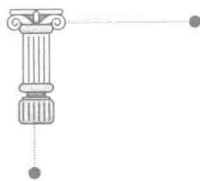
第二節 私法形式之行政行為的法律拘束

壹、行政行為形式之選擇自由

貳、私法形式之行政行為是否受公法之拘束

參、私法形式之行政行為與行政程序法之關係

第三節 對私法形式行政行為的司法救濟



目錄

自序

行政法的學習思考——一個角色扮演的冥想

第三篇 總體防禦心法

第二章 行政處分

第一節 行政處分之概念	1-1
第二節 行政處分之種類	1-67
第三節 行政處分之附款	1-79
第四節 行政處分的生效與拘束效力	1-100
第五節 行政處分之合法要件	1-114
第六節 瑕疵行政處分及瑕疵效力與除去	1-134
第七節 行政程序重新進行	1-171
第八節 公法上請求權之時效	1-178

第三章 行政契約

第一節 概念與意義	2-1
第二節 行政契約之類型	2-9
第三節 行政契約與行政處分	2-19
第四節 行政契約之一般合法性要件	2-31
第五節 行政契約之瑕疵效力	2-49
第六節 行政契約關係之開展	2-56
第七節 行政契約準用民法規定之思考	2-70

第四章 行政事實行為

第一節 行政事實行為之概念及相關法律問題	3-1
第二節 行政指導——附論「非正式化行政行為」	3-11
第三節 附論：行政調查（行政檢查）	3-32