

賴恆盈 著

行政法律關係論之研究

— 行政法學方法論評析

學術論文集



元照出版

1997.582
L112

行政法律關係論之研究

- 行政法學方法論評析 -



賴恆盈 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

行政法律關係論之研究：行政法學方法論評析
／賴恆盈著. -- 初版-- 臺北市：元照，
2002 [民 91]
面：公分. - 參考書目：面

ISBN 986-7787-10-2 (精裝)

1. 行政法 - 研究方法

588.031

91019044

行政法律關係論之研究

—行政法學方法論評析—

1D80GA

2003 年 1 月 初版第 1 刷

作 者 賴恆盈
出 版 者 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 380 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 986-7787-10-2

自序——空中的天平

行政法學係一門處理行政法律關係之學問，此點與民法學以民事法律關係為其對象者相同。法律關係是一種權利義務關係，由於民法涉及私人秩序，於資本主義自由市場經濟下，係以範圍、內容經明確界定之權利（例如一物一權主義）為理論前提，因此，其所涉及之「權利」與「義務」二者，原則呈現出一種「一對一對映關係」。反之，行政法所涉及者為一種公共或集體行動秩序，原則是以前述範圍、內容經明確界定之秩序中各個參與者之行為義務為理論前提，因此，其所涉及之「權利」與「義務」二者，並未如同民法般呈現出一種嚴密的「一對一對映關係」。上述民法與行政法二種不同法律制度設計，基本上反映關於資源配置制度之二元互斥選擇，即於涉及私人權利初始設定與分配部分，由「市場」決定，涉及公共事務之設定與分配部分，則由「國家」決定。換言之，前者由Adam Smith所謂之「看不見的手」決定資源配置結果，後者則由Thomas Hobbes所謂之「利維坦（巨靈，leviathan）」擔起分配之責。關於此二種制度之關係，通常認為當存在市場失靈之處，應由政府介入，當存在政府失靈時，則改由市場接手，二者表現為非此即彼的零和互斥選擇。亦即，關於資源配置之公共選擇，當前主流學說理論通常提供單一方案選項，於市場與國家之外，不再存有其他備選方案。

無論是私人權利制度與公共事務分配機制，抑或是市場與國家，其本身都是一種公共制度，並不存於自然狀態之中，目的都在藉由此一制度，解決人類所欲、所能利用資源之分配問題。因此，民法制度或行政法制度二者，其能否存在、能以

何種面貌存在於人類社會中，主要取決於該資源本身之屬性（例如是否具有可分性、排他性等特質），以及其與人類社會之政治、經濟與文化結構間之關係而定（屬於一種必要條件，但是否為充分條件尚不清楚）。由於資源本身客觀屬性（例如一張桌子、流動的水、空氣、海洋中之魚群等）或外部各種條件（例如地籍測量、著作權登記等用以支配特定資源之科學技術發展或制度設計）之影響，致使對於某項資源之利用或處分，產生技術上無法明確界定其範圍與內容之困難；且在特定現實客觀條件下，關於某項資源之利用或處分，縱使技術上可以明確劃分其範圍與內容（如各種公共設施之利用），其利益分配亦非必然以該資源之範圍與內容已經明確劃分為前提（例如北美或臺灣原住民族關於土地之利用、臺灣最近之封溪護漁運動）。因此，欲對整體資源進行公平而有效（符合正義與效用最大化）之配置，是否應如近代民事法般創設「權利」此一概念處理（例如以先占規則處理環境問題），或如同行政法般以公權力方式介入，並無理論上之必然性與必要性，亦非歷史上之必然發展。事實上各地方實際存有之制度結構，不僅其彼此有所差異，種類亦頗為繁雜；且更重要者，其類型並非只有市場或國家，而是存有各式各樣既非市場亦非國家之制度設計，司法院釋字第五一八號解釋關於農田水利會水利小組成員間水利資源之利用與維護問題，即屬一例。

因此，前述以能夠明確界定其範圍、內容之權利為理論前提之民事法，以及以明確界定行為義務為理論前提之行政法，即如同完全競爭市場或柏拉圖理想國般，都屬於一種不存於世之理想模型。亦即，現實世界中，在純粹集權與分權間，或在純粹集體他律與個人自律間，實際上所存者，為各式各樣之利益衝突與解決該等衝突之制度或組織結構。如自功能論觀點，於特定環境下，如何決定權利或義務之範圍與內容（請注意寇

斯定理否認此一觀點，本文則持保留態度）、有無明確劃分必要等問題，均取決於是否有助於現實制度設計發揮其資源配置功能而定。理論上，在未能明確現實資源內在或外在屬性以及其與外部各種條件之關係前，即判定權利範圍與內容及其歸屬主體，無疑有流於恣意之危險，此點於法政策論、或於法律文義或立法者意思不明而須經由解釋解決問題時，尤其重要。蓋「只有知道自己站在什麼地方以及要往什麼方向去，才能決定應該要怎麼走」。然就當前法學發展言，似乎一直都在從事「決定應該要怎麼走」之解釋作業，對於「應該往什麼方向去」問題，則以立法裁量（或部分行政裁量）留待立法者決定，且多屬一種審判實務工作者或學者之主觀認知，至於「自己站在什麼地方」問題，則從未認真思考，甚或根本未曾意識到。其結果，法學所強調之衡平正義，法學象徵之天平，就一直任其漂浮於空中。

本書並非政治市場或利益團體尋租理論、新制度經濟學(NIE)理論、公共選擇理論、新公共行政(NPM)或政策分析理論、賽局（博奕）理論、組織理論、人類（文化）社會學等新研究取向之專論，但卻係在其研究成果上，嘗試提出一個能與前述理論交流對話之行政法理論基本架構——行政法律關係論，並試圖就可能對上述跨學科整合嘗試構成阻礙之法哲學或釋義學上傳統命題與方法論，提出若干解決建議。例如，如果認為公益是一種衝突私益間之和諧狀態（即資源之公平而有效配置），則當前通說用以判斷公權存否之主流理論（保護規範理論），本身即為一種重複定義（循環論證）；至於違憲審查之解釋作業中，逕以「公益」概念為判準，而不指明互相衝突之私益類型與性質者，亦同。又如果權利不存於自然狀態，而係存於現實制度之中，則分析各種衝突利益之類型與性質，以及其與相關組織制度之關聯性，將成為權利論證之關鍵。畢

竟，單憑法律本身並不會產生一滴水或一粒米。

生命是多樣化的，權利與制度組合不可能如此單調，在資源配置發生困難之際，生命自己會尋找出路。

賴恆盈

2002.10.25

作者簡介

賴恆盈

學歷

政治大學法學博士

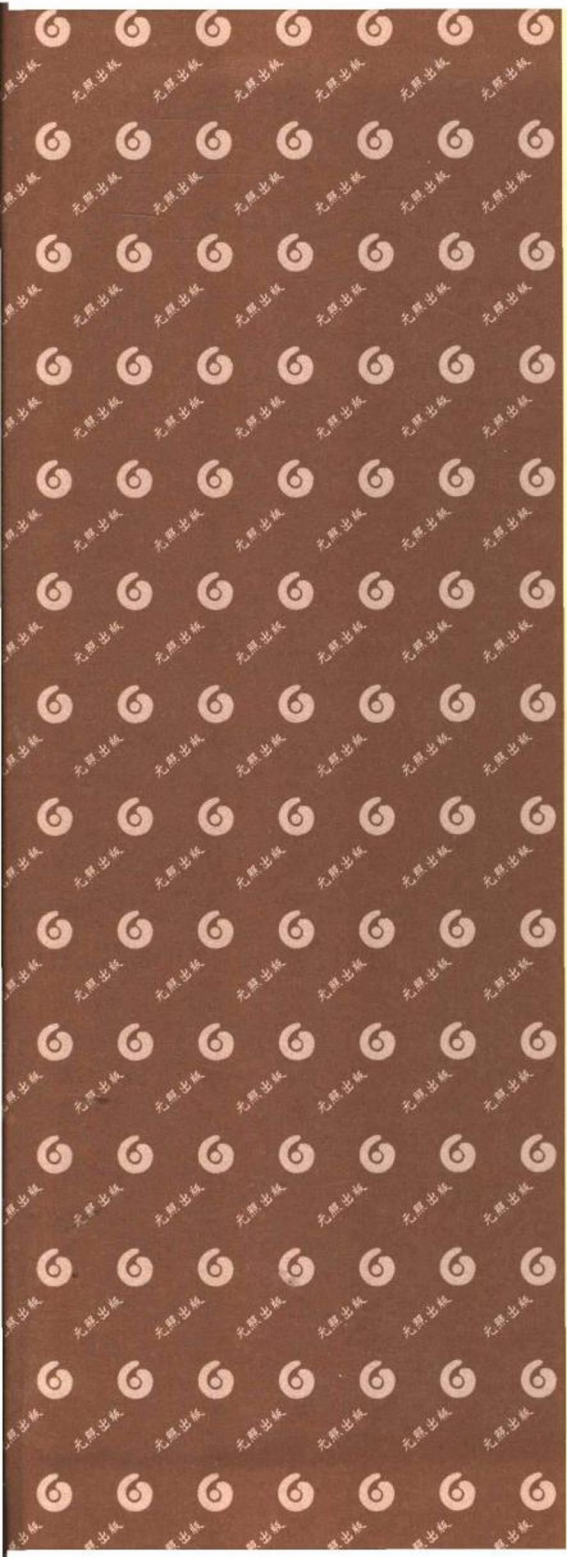
經歷

司法院大法官助理

東海大學、銘傳大學、東吳大學兼任

助理教授

警察大學兼任講師



走入新世紀的私法自治

作者：蘇永欽

定價：480元



私法自治作為民法的最高指導原則，在國家與社會關係起了巨大變化的二十世紀，並沒有任何動搖，剛好相反，人類在走入新世紀時，對於這樣一個大原則似乎有了全新的領悟，導航政府、管制革新、夥伴關係、第三條路，只是從不同角度描繪同一個願景：讓個人有更大的決定權，也承擔更大的責任。

走入新世紀的憲政主義

作者：蘇永欽

定價：520元



破繭而出的臺灣民主政治，以令人倒盡胃口的誇張方式展現它的五顏六色，幸虧我們還有一部憲法，和一群護持憲法的大法官，從催生多數決的民主體制，到防堵多數決的濫用，都可以看到他們的身影。進入新世紀的第四四九號解釋，堪稱臺灣式憲政主義的登峰造極之作。

綱目

自序—空中的天平

第一章 序論

- 第一節 研究源起..... 3
- 第二節 問題意識說明與研究範圍界定..... 5
- 第三節 論文研究方法..... 13
- 第四節 論文架構說明..... 13

第二章 傳統行政法學理論之特質與課題—— 公私法二元論與行政行為形式論

- 第一節 傳統行政法學理論特徵概說..... 20
- 第二節 公法與私法二元論——法體系之思想基礎..... 27
- 第三節 行政行為形式理論——法體系之核心概念..... 49
- 第四節 傳統行政法學方法論之變化..... 75

第三章 現代行政法學方法論之檢討——行政 過程論及行政法律關係論

- 第一節 行政過程論（法過程論）..... 81
- 第二節 行政法律關係論（法關係論）..... 92
- 第三節 行政行為形式論之反擊..... 148

第四節	現代行政法學方法論之課題·····	156
第四章	行政法律關係論之體系化嘗試	
第一節	概 說·····	161
第二節	利益與歸屬——法主體論·····	163
第三節	利益之調整與保護—— 權利論（狹義法關係論）·····	183
第四節	小結——行政法律關係論與行政訴訟之關聯性·····	237
第五章	結論與展望	
第一節	結 論·····	247
第二節	展望——未完之研究·····	254
參考文獻	·····	261

細目

第一章 序論

第一節 研究源起	3
第二節 問題意識說明與研究範圍界定	5
第一項 問題意識說明	6
一、以權利作為法律關係基本屬性之問題	6
二、以公權作為聯結行政實體法與訴訟法概念之問題	7
三、行政法規範之客觀屬性轉換為主觀法律關係之問題	9
四、行政活動之合法性與人民權利保護間之聯繫問題	11
第二項 研究範圍界定	12
第三節 論文研究方法	13
第四節 論文架構說明	13

第二章 傳統行政法學理論之特質與課題—— 公私法二元論與行政行為形式論

第一節 傳統行政法學理論特徵概說	20
第二節 公法與私法二元論——法體系之思想基礎	27
第一項 法學之體系性思想	27
一、學問體系之建立	27

二、公私法區別之歷史條件	29
第二項 公私法區別實益	32
一、實體法之適用與公私法區別實益	33
(一)法有明文規定者	33
(二)法有明文且使用「公法」此一用語	33
(三)法無明文規定者	41
(四)法之適用與法原則（含憲法基本權規定）或技術性 規定	42
二、程序法之適用與公私法區別實益	44
三、行政法學體系與公私法區別實益	45
第三項 抽象概念與類型	46
第三節 行政行為形式理論——法體系之核心概念	49
第一項 行政行為形式理論概說	53
第二項 行政行為形式理論之功能	55
一、教義上之功能	55
(一)制度化功能	55
(二)銜接性功能	55
(三)儲藏性功能	56
二、實踐上之功能	56
(一)個別化、具體化功能	56
(二)完結、簡化行政程序	56
(三)賦予執行名義	57
(四)確定重要訴訟形式功能	57

第三項 行政行為形式理論之問題	58
一、理論本身所生之界限	59
二、型式化與法治國家原則	65
(一)片面、形式的合法性控制	65
(二)行政行為形式之實際歸類困難	66
(三)未給予私人之行政法上行爲應有關注	68
三、行政風格之變化	68
四、契約與行政處分功能之接近	72
第四節 傳統行政法學方法論之變化	75

第三章 現代行政法學方法論之檢討——行政過程論及行政法律關係論

第一節 行政過程論（法過程論）	81
第一項 行政過程論之概念	81
第二項 行政過程論之內容	83
一、行政過程之結構	85
二、行政過程與行政法上基本原理原則	86
(一)法律根據問題	86
(二)權限之結合問題	86
(三)信賴保護之問題	87
(四)行政之公共性問題	87
三、行政過程與行為形式	88
(一)行為形式之定位問題	88
(二)行為形式之選擇問題	90

四、行政過程與法律構造	90
五、行政過程與私人	91
第二節 行政法律關係論（法關係論）	92
第一項 法與權利——回歸H.Kelsen	94
第二項 對公權理論之衝擊	99
第三項 行政法律關係論	101
一、傳統公權理論之動搖	101
二、德國新公權理論	106
(一)Hans Heinrich Rupp	107
(二)Wilhelm Henke	109
(三)Rupert Scholz	111
(四)Manfred Zuleeg	112
(五)Hartmut Bauer	113
(六)Schmidt-Aßmann	116
三、行政法律關係理論之發展	122
(一)法律關係論之發展背景	122
(二)行政法律關係之內容——Norbert Achterberg	126
1. 法律關係之本質要素	127
2. 行政法律關係之類型	128
(三)行政法律關係理論之定位	130
四、日本行政法律關係論之體系化嘗試	131
(一)理論特徵	131
(二)行政法律關係之意義	132

(三)行政法律關係之結構與類型·····	133
1.第一層結構——行爲之自由·····	133
2.第二層結構——實體法關係·····	135
3.第三層結構——程序法關係·····	142
4.第四層結構——組織法關係·····	143
(四)日本行政法律關係論之意義·····	144
1.法解釋方法上之意義·····	145
2.法解釋學上教義(Dogmatik)之意義·····	145
3.法認識論上發現的意義·····	146
第三節 行政行爲形式論之反擊 ·····	148
一、彈性化要求與行政行爲形式·····	150
二、不確定性與依法行政要求·····	153
(一)不確定性與事實經驗·····	153
(二)不確定性與法之具體化·····	154
第四節 現代行政法學方法論之課題 ·····	156

第四章 行政法律關係論之體系化嘗試

第一節 概 說 ·····	161
第二節 利益與歸屬——法主體論 ·····	163
第一項 行政法主體 ·····	163
一、行政法主體之概念·····	163
二、法主體之正當化條件·····	165
三、利益之集合·····	167
四、法主體之距離與差異·····	167

第二項 法主體之組織與規範結構——組織理論	169
一、組織編成與法律控制	169
(一)民主主義	170
(二)法治主義	174
1. 權力分立	174
2. 基本權之規範效力	177
二、組織類型與利益結構	178
(一)國家	178
(二)地方自治團體	179
(三)其他中間型態團體	180
(四)小 結	181
第三節 利益之調整與保護——權利論（狹義法關係論）	183
第一項 利益衝突與規整	184
一、水平衝突與垂直衝突	186
二、事前衝突與事後衝突	191
(一)事前衝突	191
(二)事後衝突	193
三、反對衝突與互換衝突	194
(一)反對衝突	194
1. 利益結構之可分性	196
2. 利益歸屬主體之特定	198
(二)互換衝突	200