

INSTITUTIONAL ADMINISTRATIVE LAW

制度设计型 行政法学

刘宗德 (Liu Zongde) 著

行政法律制度须契合时代脉动及社会环境，不断开发、创新、改革各种行政组织、行政活动、行政手段等国家制度，方能达成行政任务之现代使命。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

013047376

D912.101
57

INSTITUTIONAL ADMINISTRATION

制度设计型 行政法学

刘宗德 (Liu Zongde) 著

照
法
学
文
库



北航

C1652993

D912.101

57



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2012-9154

图书在版编目(CIP)数据

制度设计型行政法学/刘宗德著. —北京:北京大学出版社, 2013. 5
(元照法学文库)

ISBN 978-7-301-21952-2

I. ①制… II. ①刘… III. ①行政法学-研究 IV. ①D912.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 007418 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权北京大学出版社出版发行
《制度设计型行政法学》,刘宗德著
2009年5月初版 ISBN 978-986-6540-57-8(精装)

书 名: 制度设计型行政法学

著作责任者: 刘宗德 著

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978-7-301-21952-2/D·3254

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16开本 30.25印张 486千字

2013年5月第1版 2013年5月第1次印刷

定 价: 59.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

自序

行政法学系以民法学为典范,并试图脱离其法理束缚而自立;如一方面模仿民法理论中之“法律行为论”而自成“行政行为论”,另一方面为求摆脱民法之对等性而另赋予国家活动之公权力性。其结果,虽成功地将国家权力导入法律形式予以规范,但亦不免须对公权力活动予以特别处理。甚至,伴随着给付行政领域之扩展,采取私法形式或非形态化之行政活动不断增加,单以公权力性之要素,欲掌握行政活动之全貌,诚非易事。

于本质上,行政法学之考察对象虽与民法学有部分共通之处,然考察之着眼点与重视之价值面,两者仍维持其固有性而存相当差异。如民法学重视之价值为意思自律性与当事人衡平性;而行政法学则为制度化之划一处理性与多数当事人间之利益衡量性。但意思自律性仍须以公法制度为前提要件,而当事人衡平性实植基于公法指针之公平原则。亦即,公法与私法有其交错领域,两者实立于密不可分之协力关系。

作者于1998年出版之《行政法基本原理》一书中,曾对传统行政法理论体系之破绽与缺陷提出批判,特别是基于“行政过程论”而针对“行政行为形式”与“行政一般制度”分别加以检讨。本书亦系基于对传统行政法学之批判意识,针对行政法学之制度设计,希冀建立作者自身之行政法学方法论。例如:

第一章行政法学方法论,旨在阐扬行政法律关系、行政行为形式及行政法律制度此种三段分析法之便益性,迅速掌握行政实体关系之内涵。

第二章公法与私法之区别,通过此一古老行政法学方法论争之剖析,期待架构行政法与邻近法领域之对话桥梁,并有助于行政法学对象范围之扩展。

第三章行政私法,确立行政私法于行政法学体系之意义及定位,并说明其界限及应受公法之拘束,俾利新双阶理论今后之健全发展。

第四章日本公务员保障制度概述,兼论中国台湾地区与日本公务人员保障法制之比较,尤其发现彼邦兼采“不利益处分之声明不服”及“改善勤务条件之要求”,竟与台湾地区之“复审”及“申诉”双轨制,有异曲同工之处。

2 制度设计型行政法学

第五章日本公益法人、特殊法人及独立行政法人制度之分析,借由观察日本因行政组织变革所孕育之新形态行政主体之发展,思考台湾地区今后应如何建构软化行政组织与行政作用之活动模式。

第六章世纪转变期之日本社会福祉法制,检讨日本因进行社会福祉之基础构造改革,提供给付之行政手段已从公权力措施递移为契约行为,反思台湾地区如何引进先进之“照护保险制度”及“支持费支給制度”。

第七章直辖市负担全民健康保险暨劳工保险补助款之计算基准及其相关法律问题,参考日本社会福利保险制度之中央与地方分担方式及其司法解决纷争途径,提出台湾地区公共团体对于社会福利事务经费之合理分担建议,以及建构自治法人之司法审查基准,俾维护地方自治之精神。

第八章“国家赔偿”及损失补偿,以“国家责任”之基础理论、案例分析及修正草案三部分为骨干,试图说明实施近三十年、濒临老化现象之“国家赔偿”制度,其完整理论体系、诉讼实务及修法方向三者之关联性。

第九章宪法解释与诉讼权之保障,大量引介“司法院”大法官解释,除阐明“诉讼权”之具体概念外,并呼吁应认真对待“作为诉讼权具体化之行政诉讼制度”。

第十章“行政诉讼法”第十二条、第一百七十七条解说,为说明民刑诉讼与行政争讼程序之关系,以及裁判以他诉法律关系为据时应如何处理,尝试逐条释义系争条文,并建议解决行政纷争之诉讼手段应为有机结合。

第十一章行政诉讼制度,针对行政诉讼事件、行政诉讼主体、第一审诉讼程序此三个重要理论课题,详为论证分析,俾有助于人民诉讼权之有效行使。

作者近年来醉心于“制度”考察,于心得上认为制度本身并非目的,任何制度均为“将一定政策更有效果的实现之手段或构造”。故人为成立之制度并非恒久不变,一旦发生需求,将遭逢变革之命运,即制度仅为“令已形成之政策容易运作之轨道”而已。而“行政法律制度”尤然,须契合时代脉动及社会环境,不断开发、创新、改革各种行政组织、行政活动、行政手段等制度,方能达成行政任务之现代使命。为图建立行政法学之制度设计考察方法,而本书各篇论文亦系基此宗旨而作,爰仿约翰·康芒斯(Commons, J. R.)《制度经济学》(*Institutional Economics*),将书名题为《制度设计型行政法学》(*Institutional Administrative Law*)。

刘宗德 谨志于
政治大学法律学系
2009年3月15日

目 录

第一章 行政法学方法论

——兼论行政程序法之行为与制度 1

第一节 立法缘起 1

第二节 行政程序法之行为与制度 1

第二章 公法与私法之区别 35

第一节 争议问题 35

第二节 提要 35

第三节 讨论解说 36

第三章 行政私法 54

第一节 争议问题 54

第二节 提要 54

第三节 讨论解说 55

第四章 日本公务员保障制度概述

——兼论中日公务人员保障法制之比较 66

第一节 前言 66

第二节 不利益处分之声明不服 68

第三节 改善勤务条件之要求 71

第四节 结论 74

2 制度设计型行政法学

第五章 日本公益法人、特殊法人及独立行政法人制度之分析 76

- 第一节 日本公益法人及特殊法人制度之分析 76
- 第二节 日本独立行政法人制度之现况及发展 94
- 第三节 日本文化教育机构推动独立行政法人化之事例 99
- 第四节 小结 103

第六章 世纪转变期之日本社会福祉法制 104

- 第一节 绪论 104
- 第二节 以行政为核心之给付体系——措施制度之基本构造 106
- 第三节 以受给者及事业者为核心之给付体系——照护保险制度
及支持费支給制度 116
- 第四节 结论——20 世纪末 20 年之日本社会福祉及其今后展望 129

第七章 直辖市负担全民健康保险暨劳工保险补助款之计算基准 及其相关法律问题 132

- 第一节 前言 132
- 第二节 地方公共团体对于社会福利事务经费之分担 134
- 第三节 日本公医疗保险制度之公费负担 145
- 第四节 台湾地区直辖市负担全民健康保险暨劳工保险补助款
之计算基准 162

第八章 “国家赔偿”及损失补偿 165

- 第一节 基本理论 165
- 第二节 问题与回答 190

第九章 宪法解释与诉讼权之保障 ——以行政诉讼为中心 247

- 第一节 前言 247
- 第二节 诉讼权之概念及其问题 249

第三节 作为诉讼权具体化之行政诉讼制度 259

第四节 结论 293

第十章 “行政诉讼法”第十二条、第一百七十七条解说 297

第一节 第十二条(民刑事诉讼与行政争讼程序之关系) 297

第二节 第一百七十七条[裁定停止(一)——裁判以他诉法律关系
为据] 316

第十一章 行政诉讼制度 322

第一节 行政诉讼事件 322

第二节 行政诉讼之主体 343

第三节 第一审诉讼程序 391

初出一览表 467

第一章 行政法学方法论

——兼论行政程序法之行为与制度

第一节 立法缘起

“程序的违法会导致整个行为效果构成违法”，所以在处理一个行为的时候，以往仅注重行为实体，但是今天反过来要注意其程序。政府一词，英文为 government，将 government 改为 governance（治理），政府如何治理？行政程序之意涵即为希望政府能够自我治理，以成为一个法治国家。美国于 1946 年制定 A. P. A（Administrative Procedure Act）之《行政程序法》、德国于 1976 年制定《联邦行政程序法》、日本于 1994 年施行《行政手续法》（当时共 38 条，后于 2005 年增订《法令订定程序》，现增为 46 条）。台湾地区则经过两个阶段，第一阶段于 1981 年 7 月 1 日“国家赔偿法”正式施行，称为第一次“法治元年”，而关于行政救济共有三法：诉愿、行政诉讼、“国家赔偿”，此类法制完成后，台湾地区行政救济制度大致齐备；第二次“法治元年”则为 2001 年 1 月 1 日施行“行政程序法”，共 175 条，至此，台湾地区正式宣告进行法治。

第二节 行政程序法之行为与制度

行政程序是什么行为，或是什么制度？行为与制度对于行政法、法理有何影响？行政程序不是单一行为，行政程序是整套法律制度，也就是笔者近年在推行的“行政法学方法论”。其内容说明如下：

一、行政法律关系之厘清

（一）组织法关系与作用法关系

首先，对于行政行为，应先分析其为内部组织法关系或为外部作用法关系。组织法关系为主体与主体之间的关系，例如，基隆市（公法人主体）与台北市（公法人主体）协议合建垃圾焚化场，试问，两地方政府之协议性质为何？后来

2 制度设计型行政法学

基隆市政府将该协议送至基隆市议会,议会不同意该合建垃圾焚化场协议案,基隆市政府因而毁约,试问,此一“毁约”之法律效果为何?

组织法内的主体可享受权利与负担义务,地方公共团体即是一个主体,是统治主体的公法人,而公法人另存在以下两种形态:“农田水利会”在释字第518号解释中被认为是公法人;另一则为“中正文化中心”,在2004年3月1日改制为“行政法人”,此为公法人的另一种称呼,“中正文化中心”下辖“国家音乐厅”及“国家戏剧院”,惟中正纪念堂管理处仍为行政机关。早先认为,机关与机关间为“权限”关系,主体与主体为“权利义务”关系;但现今组织法内机关与机关之间已经发生重大变化,这种变化在行政程序法条文中将介绍说明,在此则先介绍相关的重要法理原则,即“管辖恒定原则”。

根据“中央法规标准法”第5条第3款:关于各机关之组织者,应以法律定之。机关组织以法律规定,机关组织必有权限职掌、任务分配;政府行政权限、事务属何机关管辖,原属恒定不变,此法理称为“管辖恒定原则”。例如“事物管辖”,“教育部”事务不能请“内政部警政署”去处理;“地域管辖”,每个行政机关都有区域管辖权,此统称为“管辖恒定原则”,即自己的事务、区域要自己管辖。惟非常特殊的,“行政程序法”为了配合行政实务上需要,采取五种“管辖恒定原则”例外:

1. “行政程序法”第15条第1项(权限委任):“行政机关得依法规将其权限之一部分,委任所属下级机关执行之。”“诉愿法”第8条:“有隶属关系之下级机关依法办理上级机关委任事件所为之行政处分,为受委任机关之行政处分,其诉愿之管辖,比照第四条之规定,向受委任机关或其直接上级机关提起诉愿。”

[案例] 教科书的审定事宜,属于“教育部”之权限,“教育部”因人力不足,故将教科书审定业务委任其所属下级机关之“编译馆”执行。因之,根据“诉愿法”第8条的规定,该审定函应该属于编译馆的行政处分,而应盖其大印始为正确。实际上,“教育部”却称此非为“权限委任”而系“民事承揽”,因此,审定函上所盖者仍为“教育部”的大印,这样的做法是值得非议的。

2. “行政程序法”第15条第2项(权限委托):“行政机关因业务上之需要,得依法规将其权限之一部分,委托不相隶属之行政机关执行之。”《诉愿法》第7条:“无隶属关系之机关办理受托事件所为之行政处分,视为委托机关之行政处分,其诉愿之管辖,比照第四条之规定,向原委托机关或其直接上级机关提

起诉愿。”

〔案例〕“交通部”欲将“船只检查业务”委托“海岸巡防署”执行,但依据“行政程序法”第15条第3项“前两项情形,应将委任或委托事项及法规依据公告之,并刊登政府公报或新闻纸”的规定,“海巡署”因未有法规授权依据,故对于“交通部”船只检查业务只能“职务协助”,不能依“权限委托”受托执行检查业务(注:2001年以前的法规大多未规定委任、委托之相关条文)。

3. “地方制度法”第2条第3款(权限委办):“委办事项:指地方自治团体依法律、上级法规或规章规定,在上级政府指挥监督下,执行上级政府交付办理之非属该团体事务,而负其行政执行责任之事项。”“诉愿法”第9条规定:“直辖市政府、县(市)政府或其所属机关及乡(镇、市)公所依法办理上级政府或其所属机关委办事件所为之行政处分,为受委办机关之行政处分,其诉愿之管辖,比照第四条之规定,向受委办机关之直接上级机关提起诉愿。”

〔案例〕台北县汐止镇廖××镇长开征“镇长税”(法院第一审判刑18年、第二审判无罪),依据“建筑法”规定,使用执照的请领,其权责在县市政府,即由台北县政府核发使用执照,但是使用执照在请领之前,建筑业者必须经由乡镇市公所核发“公共设施无损害证明书”,该证明书系由台北县政府委办汐止镇公所核发,而汐止镇公所经该镇民代表大会同意课征每张“公共设施无损害证明书”新台币1万元之“文化回馈金”。亦即,“委办”可由“中央”委办地方,或由上级地方委办下级地方,视为受委办机关之行政处分(注:行政程序法仅规范行政机关之行为,而委办主要为地方自治团体之行为,故行政程序法中未予规定)。

4. “行政程序法”第16条第1项(权限委外)规定:“行政机关得依法规将其权限之一部分,委托民间团体或个人办理。”“诉愿法”第10条规定:“依法受‘中央’或地方机关委托行使公权力之团体或个人,以其团体或个人名义所为之行政处分,其诉愿之管辖,向原委托机关提起诉愿。”“行政程序法”第2条第3项规定:“受托行使公权力之个人或团体,于委托范围内,视为行政机关。”“国家赔偿法”第4条第1项规定:“受委托行使公权力之团体,其执行职务之人于行使公权力时,视同委托机关之公务员。受委托行使公权力之个人,于执行职务行使公权力时亦同”(注:德国法称“权限委外”为“行政委托”)。

〔案例〕海基会受“行政院大陆委员会”之托,办理“遣送大陆偷渡客”或“大陆文书验证”事宜。就海基会的处分,受处分人不服时得向陆委会提起诉

4 制度设计型行政法学

愿,若再不服陆委会的诉愿决定时,则得以海基会为被告,提起撤销诉讼(“行政诉讼法”第25条:“人民与受委托行使公权力之团体或个人,因受托事件涉讼者,以受托之团体或个人为被告。”)。此外,尚须注意“行政程序法”第16条第2项之规定,应将委托事项及法规依据公告之,并刊登政府公报或新闻纸。

5. “行政程序法”第19条第1项(职务协助)规定:“行政机关为发挥共同一体之行政机能,应于其权限范围内互相协助。”“行政执行法”第6条规定:“执行机关遇有下列情形之一者,得于必要时请求其他机关协助之:(一)须在管辖区域外执行者。(二)无适当之执行人员者。(三)执行时有遭遇抗拒之虞者。(四)执行目的有难于实现之虞者。(五)执行事项涉及其他机关者。被请求协助机关非有正当理由,不得拒绝;其不能协助者,应附理由实时通知请求机关。被请求协助机关因协助执行所支出之费用,由请求机关负担之。”

首先,“职务协助”须以机关之间“不相隶属”为前提,如为上级机关,则不称为职务协助。因为上级机关对下级机关得为命令、指挥、监督,不须要求其职务协助。又被请求职务协助之行政机关,最常见者为警察机关。再者,须评估“请求机关的必要性”及“被请求机关的可能性”两方面,始得为之。

[案例] 台北市政府新闻处取缔“非常光盘”事件,其执行系属新闻处职掌事项,惟因新闻处取缔人员恐于取缔过程招致抗拒,遂请求警察机关给予职务协助。

以上所介绍者,即为组织法关系中重大的五个变化(例外情形)。

其次,就作用法关系而言,有谓行政法律关系中如有一造为人民时,即是作用法关系;若在行政法律关系中没有人民参与者,即是组织法关系。但是,依行政程序法规定,人民也可受行政机关之托而行使公权力,而进入组织法关系。另外,作用法关系也可于两机关之间发生,如“行政处罚法”第17条规定,“国家机关”或其他公法组织违反行政法上义务者,得依各该法律规定处罚之。亦即,该规定不仅只有人民得作为被处罚人,机关、公法人也可作为被处罚人,这个观念相当特别。另外,“诉愿法”第18条规定:“自然人、法人、非法人之团体或其他受行政处分之相对人及利害关系人得提起诉愿。”草案中原有第2项(现被删除):“国家机关”如与人民处相同地位,受行政处分亦同。即“国家机关”亦可以行使诉愿之权利。因此,问题的重点在于能否处罚机关?处罚之后,机关能否当做诉愿人?虽然实务及学理上仍有若干争议存在,但是,借着“诉愿法”第18条来突破,亦即只要是受处分之人,都具有诉愿人之适格,得成

为诉愿主体。

〔案例〕高雄县政府新建大楼未请领使用执照即迁入办公,根据“建筑法”规定必须受到处罚,因为主管机关为直辖市、县(市)政府,所以由高雄县长余政宪(法人代表)作出处分书,受处分人为使用人余政宪(自然人)。至于此笔罚金应该如何缴纳?受罚机关代表人(余政宪)的“罚金”原则上并不能编列公务预算。

同样的盲点,发生在“身心障碍者保护法”第56条:“各项新建公共建筑物、活动场所及公共交通工具,应规划设置便于各类身心障碍者行动与使用之设施及设备。未符合规定者,不得核发建筑执照或对外开放使用。……第一项已领建筑执照或对外开放使用之公共建筑物、活动场所及公共交通工具,其无障碍设备与设施不符合前项规定或前项规定修正后不符合修正后之规定者,各级目的事业主管机关应令其所有权人或管理机关负责人改善。”及第71条:“违反第五十六条第三项规定未改善或未提具替代改善计划或未依核定改善计划之期限改善完成者,除应勒令停止其使用外,处其所有权人或管理机关负责人新台币六万元以上三十万元以下罚金,并限期改善;逾期未改善者,得按次连续处罚至其改善完成为止。必要时得停止供水、供电或封闭、强制拆除。”依上述规定,各公共建筑物必须设置无障碍设施,未设置者,第一次警告、第二次罚金,第三次拆除。当时内政部营建署署长指出,如果依据上述规定科处罚金时,应由公务机关编列预算支应,不应该由受处罚机关之首长出钱。因此,如果欲对“机关”加以处罚时,到底该由谁作为受处分的名义人?该如何编列公务预算?还是有争议存在。

所以,台湾行政法学会曾于1999年度研讨会中建议:“同一法人系统内之各机关间不要互相裁罚。”

〔案例〕某次台风过后,台北市政府工务局的公园路灯工程处延迟一些时间始进行打扫枯枝败叶的工作,结果被环保局开了6张罚单。同样,隶属台北市政府公法人组织的两个机关,却由环保局开罚单给工务局,情何以堪!此种情况违反机关间相互通报、相互协助之精神,实在没有必要。

因此,台湾行政法学会遂有上述建议。但“行政处罚法”第17条已规定,任何公法人或“国家机关”得作为被处罚人。今后,所有“中央”、地方机关、公法人都可为受罚对象,即意味着作用法关系原以人民一方作为处分相对人,但是今后行政机关、公法人亦可作为处分相对人而发生作用法关系。

第一组关系说明如上,往后若有行政案例产生,先要分析第一个层次,何谓行政法律关系,其究系属组织法关系,抑或属作用法关系;倘若属后者(作用法关系),再进一步进入第二组关系,分析其属于公权力的法律关系,抑或非公权力的法律关系。

(二) 公权力关系与非公权力关系

何谓“公权力”?这是学习行政法之人所难以精准界定的概念。公权力有广义与狭义之分,广义公权力系指,行政机关以片面的决定造成相对人权利义务之变动,此一公权力的外观,有可能系法律行为之决定,如许可、执照等,亦可能为事实行为之公权力措施,如强制驱离等;不管属于法律行为或事实行为,基本上,广义公权力系一单方之决定而造成人民权利义务之变动。至于狭义公权力,则系特别针对“不利益”的部分,行政机关用命令、强制的手段,造成人民自由、权利受到限制,或被课加义务、负担。公权力可以包括授益的公权力、负担的公权力(侵害的公权力)、法律行为的公权力、事实行为的公权力,只要人民因行政机关片面决定而受到影响者,即称为公权力。

至于非公权力的部分,简而言之,即行政机关不能片面决定,且对于人民的影响应该都属于获得利益的情形,称此“利益”,为一提供给付的结果。以建议、奖励、兴建设施等方式,统称为给付行政的手段,若能让人民出于自愿选择接受者,即称其为非公权力的法律关系,例如图书馆、美术馆等公共设施之利用关系即为适例。

此处所介绍的系第二组法律关系,所面对的行政案例究竟属于公权力的法律关系,抑或属于非公权力的法律关系,必须能明确区别。因为倘若属于公权力的法律关系,必须注意三大法理:

第一阶段:公权力“事前”须具备法律依据或授权。

第二阶段:公权力“事中”须履行正当法律程序。

第三阶段:公权力“事后”应有特定法律救济。

简言之,面对公权力时,须检视之步骤系法律根据→法律程序→法律救济。而对于公权力之救济,不外乎合法公权力下的损失补偿(例如:土地征收行为)、违法公权力下的“国家赔偿”(例如:公务员侵权行为)、提起诉愿、行政诉讼。

台北市政府“国家赔偿委员会”曾经受理一件请求“国家赔偿”的案件,是有关警察人员行使公权力的个案,有一位保安队警察在少女的胸前烙印上“夜

猫”两个字,结果理赔金额为新台币一百多万元。另外一个实际个案则为某吴姓知名企业家长女,于士林的自家别墅,遭4名不良少年侵入并性侵害,嗣后士林分局三组警察抓到疑似为4名少年其中之一,该名少年被甩两个耳光后被强迫自白,但在案件拟移送地检署之前,真正的4名犯罪行为人却在同时间被抓到,此事该如何处理?该名无辜少年以及少年的母亲(警察侵害隐私权而进行家宅搜索的被害人),这五个人共同请求新台币20多万元的“国家赔偿”。

应注意者,在公权力的行使上,尤其是事实上的公权力行使有别于法律上的公权力行使,必须具有很慎重的法定程序,如果事实上公权力行为违反正当法律程序,先前又欠缺法律授权时,就必须受到第三阶段“特定法律救济”的检视。因此,公权力行使必须特别注意遵守上述三大法理,而其检视步骤:法律根据→法律程序→法律救济是为不二法门。

(三) 一般权力关系与特别权力关系

如果依据前述第二组的法律关系依序判断下来,确定属于前者的公权力法律关系。就以第三组关系继续分析其究竟属于一般的公权力法律关系?抑或属于特别的公权力法律关系?在此,先把“公”字拿掉,简称为“一般权力关系”及“特别权力关系”。曾经相当重要的“特别权力关系”法理,如今已经逐渐式微,此一法理大约系一百多年前由德国衍生而来,当时德国已经有君主立宪政体,军人、官吏对德皇要宣誓“负无定量忠诚义务”,必须永远效忠皇帝,但却也换得身份的保障。

第一种特别权力关系类型系“公法上勤务关系”:当时军人、官吏须负无定量的忠诚义务,并且不能有任何特别救济途径,至于人民的救济途径相较之下则稍微松绑。日本政府至今对于军人仍然实行特别权力关系,如日本自卫队队员必须随时出任务,所以须居住在距离自卫队基地一定范围内(自卫队法明文规定),这种做法属于特别权力关系的遗风。又如,据闻“教育部”要求司长级以上的官员,深夜11点之前不得将手机关机,必须比一般人负较多的忠诚义务。

第二种特别权力关系类型系“营造物利用关系”:如医院、感化院、监狱、学校等营造物之利用关系。

上述两类的特别权力关系(公法上勤务关系或营造物利用关系),在实务上逐渐经大法官修正而打破其传统运作的界限,例如,就公务员(官吏)来说,释字第187、201、243、266、298、312、323、338号解释等,构成公务人员保障法之

核心部分。而所谓的保障,当然先从容许当事人的主张救济开始;并且,上述解释多围绕在三大领域,第一,公法上金钱请求权之保障:包括退休金、考绩奖金、福利金等公法上金钱请求权不得剥夺,必须给予保障。第二,身份关系被改变时之保障:身份关系改变时,尤其是“免职”处分,必须让相对人有行政诉讼之救济途径(如释字第 243、491 号等解释)。第三,对身份关系产生重大影响时之保障:指尚未到达改变公务人员身份的程度,而系对于公务人员的身份关系造成重大影响的情形,必须给予救济,如任用资格、官等、职等、俸给、高阶低任等(如十一职等之公务员给予九职等之科长职务)情形皆属之。

因此,大法官解释早已破除“文职公务人员在特别权力关系中不能救济”之弊端缺陷,现今公务人员之权益受损,大致上都可以得到救济,此为一“事后”之救济。至于,在“事中”亦针对公务人员权益给予正当程序之确保,如释字第 491 号解释,对于公务人员欲作成一免职处分,必须履行下列程序:第一,必须组成合议组织之考绩委员会,由机关首长指定者及票选产生者共同组成,其人数比例应求相当;第二,于处分作成前,必须给予当事人陈述意见或申辩的机会;第三,处分必须附记理由;第四,必须告知(教示)当事人可采取的救济途径(如救济方法、救济期间、受理救济之机关等),并设立相关制度为妥善之保障。是故,从大法官解释历年来的立场演变观察,刚开始系采取肯认“事后”救济的看法,嗣后从释字第 491 号解释的作成得知,逐渐亦肯认“事中”救济(事中程序亦应确保)的看法。

此外,对于“事前”的法律依据则应该如何看待?释字第 491 号解释也对之加以说明,有关公务人员考绩法第 12 条第 1 项第 2 款第 2 目原先规定,各机关办理公务人员之项目考绩,一次记两大过者免职;同条第二项复规定,一次记两大过之标准由“铨叙部”定之。此项免职处分系对人民服公职权利之重大限制,自应以法律定之。亦即,大法官认为不得再以施行细则定之而造成宽滥授权,亦不能再授权行政机关订定施行细则,因为施行细则系一般的概括授权,并不符合授权明确性原则之要求。故于第 12 条第 3 项明文规定 8 款之免职事由,所以其位阶亦提高至“国会”保留层次。

综上,“事前的法律保留”、“事中的正当程序”以及“事后的法律救济”三大要求,在现行公务人员免职处分的作成,已经完全地展现。

另外一种特别权力关系之修正,在军人方面也已部分实现,在实务上逐渐被大法官修正而打破其传统运作的界限,如释字第 430 号解释“军人退伍”,军

人既属广义之公务员,属公法上勤务关系,倘非关军事指挥权与赏罚权之正当行使,军人依法应享有之权益,自不应与其他公务员有所差异。现役军人依有关规定申请续服现役未受允准,并核定其退伍,如对之有所争执,既系影响军人身份之存续,损及“宪法”所保障服公职之权利,自得循诉愿及行政诉讼程序寻求救济。又如释字第443号解释“役男出境”,“宪法”第20条规定,人民有依法律服兵役之义务,系指有关人民服兵役之重要事项均应以法律或法律明确授权之命令予以规定;查“兵役法”及“兵役法施行法”并无任何限制役男出境之条款,且“兵役法施行法”第45条仅授权“行政院”订定征兵规则,对性质上属于限制人民迁徙自由之役男出境限制事项,并未设置有任何具体明确授权行政机关订定之明文,更无“行政院”得委由“内政部”订定办法之规定,是上述“征兵规则”第18条授权“内政部”所定之“役男出境处理办法”第8条限制役男出境之规定,虽基于防范役男借故出境,逃避其应尽之服兵役义务,惟已构成对人民自由权利之重大限制,与前述“宪法”意旨不符。又如释字第459号解释“役男体位判定”,役男体位判定,系征兵机关就役男应否服兵役及应服何种兵役所为之决定而对外直接发生法律效力之单方行政行为,此种判定役男为何种体位之决定行为,不问其所用名称为何,对役男在“宪法”上之权益有重大影响,应为“诉愿法”及“行政诉讼法”上之行政处分;从而,受判定之役男,如认其判定有违法或不当情事,自得依法提起诉愿及行政诉讼。

至于,营造物的利用关系,最初系释字第382号解释“大学生退学”,各级公私立学校依有关学籍规则或惩处规定,对学生所为退学或类此之处分行为,足以改变其学生身份及损害其受教育之机会,此种处分行为应为“诉愿法”及“行政诉讼法”上之行政处分,并已对人民“宪法”上受教育之权利有重大影响;人民因学生身份受学校之处分,得否提起行政争讼,应就其处分内容分别论断,如学生所受者为退学或类此之处分,则其受教育之权利既已受侵害,自应许其于用尽校内申诉途径后,依法提起诉愿及行政诉讼。

目前还无法突破的禁地系“监狱”之营造物利用关系,“最高行政法院”最近的见解很遗憾地转趋保守,“法务部”认为,“假释”制度系一种特别权力的表现,不应容许申请,是否给予受刑人假释是监狱管理当局跟“法务部保护司”两者的共同决定,而此一决定并非具有“行政处分”性质,不问决定结果如何,都不涉及救济问题。相反,“法务部”却承认“撤销假释”系一行政处分,可以让处分相对人提起救济,其理由为,该相对人已经自由活动于监狱之外,不再是单纯