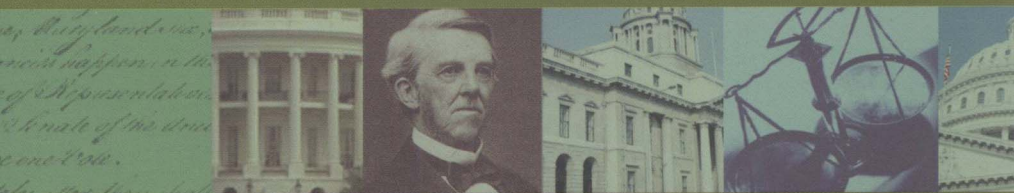


The People

輔仁大學法學叢書 專論類18

權利與救濟

—以行政訴訟爲中心—



張文郁 著



元照出版

輔仁大學法學叢書 專論類 18

權利與救濟

——以行政訴訟爲中心



張文郁 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

權利與救濟：以行政訴訟爲中心 / 張文郁 著.

-- 初版 -- 臺北市：元照, 2005[民 94]
面；公分

ISBN 986-7279-07-7 (平裝)

1. 行政救濟法 2. 行政訴訟

588.14

94004209

權利與救濟

——以行政訴訟爲中心

1D94PA

2005 年 9 月 初版第 1 刷

作 者 張文郁

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 420 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉客服中心 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

海
外
用
書

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7279-07-7

序

本書之主要內容係作者於輔仁大學法律系擔任教職初期所發表之專論集合而成，其中有六篇係以行政訴訟為內容，二篇雖然以憲法（訴訟權和法官獨立）為主，但仍與訴訟法直接相關，另外一篇則是博士指導教授彼得巴杜拉（P. Badura）在台之演講，由作者翻譯而成，鑒於該文章涉及德國統一後之法制問題，頗有參考價值，因此亦將之納入本書內容。

解嚴後，公法學蓬勃發展，使我國能迅速朝向法治國之目標邁進，作者原本跟隨楊老師建華和張老師特生學習民事訴訟，赴德深造前，因楊老師之建議，乃改學行政訴訟，承蒙翁老師岳生之推薦，得以跟隨慕尼黑大學之巴杜拉教授攻讀博士學位，從此跨進行政法之領域。返國後適逢行政程序法、訴願法和行政訴訟法修正，有幸能對於行政法學之研究略盡棉薄，惟筆者法學根基尚淺，謬舛之處恐難避免，在此拋磚引玉，尚期方家指導。

作者之研習法律，除前揭恩師外，尚受教於眾多老師、前輩，謹致萬分謝意，其中特別感謝吳老師庚和謝老師在全之鼓勵和照顧。此外，就本書之出版，並感謝元照出版公司之支持與協助。

張 文 郁

2005年9月

目 錄

序

行政救濟法中職權調查原則與舉證責任之研究

壹、前 言	3
貳、行政救濟程序中之職權調查	3
參、職權調查主義之例外	14
肆、客觀舉證責任之分配	21

對於行政訴訟法修正草案之淺見

壹、前 言	45
貳、職權調查主義（Untersuchungsmaxime）之導入	45
參、當事人之舉證責任分配	50
肆、言詞辯論主義之導入與證據調查程序	52
伍、對於行政訴訟法修正草案有關調查事實及證據程序之 淺見	56
陸、總 結	72

行政訴訟之言詞辯論

壹、言詞辯論之意義及種類	79
貳、言詞審理原則之採用	80
參、言詞辯論之開始與進行	92
肆、言詞辯論之筆錄	116

法官評鑑與法官獨立

壹、前 言	123
貳、憲法對法官獨立之保障	124
參、法官獨立與其職務監督	128
肆、法官評鑑與法官獨立	132
伍、結 語	140

社會弱勢者訴訟權之保障

壹、前 言	147
貳、現存各種提供社會弱勢者之法律扶助	148
參、外國關於法律扶助之現況	172
肆、我國法律扶助制度之檢討	180
伍、試擬「法律扶助法草案」	185
陸、結 語	200
附 錄	201

論民事訴訟法有關事實和證據調查程序規定於 行政訴訟之準用

壹、前 言	233
貳、準用之界限：所適用訴訟原則之本質上差異	234
參、在適用職權調查原則之訴訟程序	236
肆、在適用當事人提出原則之訴訟程序	258
伍、結 語	261

參、最高行政法院七十年裁字第二〇八號裁定、八十年判 字第一四九〇號判決以及八十二年裁字第二〇四號裁 定評釋〔行政機關（公立學校）與人民（專任教師） 訂立聘雇契約之法律性質〕	327
肆、結 語	340

論普通法院與行政法院審判權之劃分

——以司法院大法官之解釋為中心

壹、前 言	345
貳、公法爭議之概念	346
參、審判權認定之衝突	372
肆、審判權之補充規定	374
伍、結 語	376

行政救濟法中職權調查原則 與舉證責任之研究

壹、前 言

貳、行政救濟程序中之職權調查

- 一、新訴願法有關職權調查之規定
- 二、新行政訴訟法之職權調查主義
 - (一)職權調查事實及證據
 - (二)審判長之闡明義務

參、職權調查主義之例外

肆、客觀舉證責任之分配

- 一、有利規範說（Normbegünstigungsprinzip）
- 二、原則例外說
- 三、攻擊者原則
- 四、支配領域說（Sphärentheorie）
- 五、公正要求（Fairneßgebot）及當事人之武器平等（Waffengleichheit der Beteiligten）
- 六、管 見

壹、前言

最近立法院已經三讀通過訴願法及行政訴訟法之修正案，而總統也已依法將之公布¹，人民公法上之權利將獲得更周延之保障，使我國之行政救濟制度邁進全新的境界，此乃貫徹法治國原則及依法行政原則之一大進步，誠屬可喜可賀。在行政救濟程序中，影響裁判結果最重要者乃是事實之認定及如何本於已認定之事實適用法規。在各種救濟程序中，關於為裁判基礎之事實及證據由誰負責搜集並提出於法院，有兩種立法主義，其一為職權調查主義（Untersuchungsgrundsatz），其二為當事人提出主義（Beibringungsgrundsatz，又稱辯論主義Verhandlungsgrundsatz）。採取前者之訴訟程序，例如我國之刑事訴訟法，採後者之訴訟程序例，如我國民事訴訟法²及舊行政訴訟法。我國新通過之訴願法與行政訴訟法則皆採職權調查主義，值此即將適用新法之際，擬就職權調查主義及當事人之舉證責任分配於下述簡單介紹。

貳、行政救濟程序中之職權調查

一、新訴願法有關職權調查之規定

訴願程序雖被歸為行政救濟程序，但其乃由上級行政機關就下級行政機關所為之決定，本於其行政監督權加以審查，本質上仍屬行政程序之一環³，與司法審查之行政訴訟不同。在一般行

¹ 八十七年十月二日立法院三讀通過，八十七年十月二十八日總統公布。

² 但人事訴訟程序亦有兼採職權調查主義者，例如民事訴訟法第五七五條第一項、第五八八條及第六〇一條等。

³ 吳庚著，行政法之理論與實用，民國八十七年七月增訂四版，第五一六頁；陳敏著，行政法總論，民國八十七年五月初版，第一〇三七、一〇三八頁；李建良等著，行政法入門，民國八十七年版，第三六八頁。

政程序，雖我國往昔並無成文之行政程序法，但實務上對於作成行政處分所須之事實，皆本於職權調查主義，由行政機關依職權自行調查搜集。如今行政程序法已經立法院三讀通過，對於行政機關為各種行政行為所應遵循之程序皆有明文規範。依行政程序法第三十六條之規定，行政機關應依職權調查證據（事實）。為貫徹依法行政原則及行政程序法第三十六條之意旨，故新訴願法亦採取職權調查主義，規定受理訴願之機關負有職權調查之義務。

新修正之訴願法第六十七條第一項規定：「受理訴願機關應依職權或囑託有關機關或人員，實施調查、檢驗或勘驗，不受訴願人主張之拘束」。本項規定與德國之行政法院法第八十六條第一項之規定相類似⁴。依據本項之規定，受理訴願機關原則上負有依職權調查為訴願決定所須事實之義務，而訴願人就此等事實，原則上並不負提出之責，換言之，訴願人並無主張責任及主觀之舉證責任。學理上稱之為職權調查主義，乃與適用於民事訴訟之當事人提出主義相對。對於調查之方式，例如自行調查，抑或囑託他機關或人員調查，以及調查之方法，例如檢驗、勘驗證物、調查書證、訊問證人或命鑑定人鑑定，皆由受理訴願機關自行依具體情形決定，訴願人雖可提出聲請，但受理訴願機關不受該聲請之拘束，受理訴願機關於此範圍內，有其裁量權限。此項立法之目的乃在於發現真實⁵，並確保訴願決定之客觀正確性。蓋行政機關理論上應本於實質之真實做為其決定之基礎，如此始

4 德國行政法院法第八十六條第一項規定：「法院依職權調查事實；於此（調查事實）時，法院應通知當事人到場。法院不受當事人陳述及調查證據之聲請拘束(Das Gericht erforscht den Sachverhalt von amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden)。」

5 參見該條謝啟大提案之立法說明一。

能合乎行政之目的，且可避免人民或公眾之權益（公益）因事實認定有誤致受損害。因此，於訴願程序，採用職權調查主義最主要之目的乃在於實質真實之發現，以確保行政行為之合法性。訴願人之主張或就有關事實之自認，對受理訴願機關並無拘束力，該機關如認為仍有調查必要者，可依職權繼續調查⁶。訴願機關應就做成訴願決定所有之必要事實，窮盡一切可能性，以可期待且適當之方法，查明事實之真相，縱使訴願人就此事實並未主張，或未指出其證明方法，亦同。否則，受理訴願機關即違反其職權調查之義務。

訴願人雖如上述，不負主張責任及主觀的舉證責任，然做為訴願決定基礎所須之事實，其真相是否能查明，攸關訴願者，甚至第三人之權益至大，理應許其有督促並協助受理訴願機關發現事實真相之權利⁷，是以新訴願法於第六十七條第二項規定：「受理訴願機關應依訴願人或參加人之聲請，調查證據。但就其聲請調查之證據中認為不必要者，不在此限」。此項規定即賦予訴願人（參加人）就事實真相之調查有協力之權利。因而，只要訴願人（參加人）聲請調查之證據，除非受理訴願機關認為不必要，否則即應調查。受理訴願機關並非因此規定另負新義務，訴願人之聲請只不過是促使該機關發動其原有之調查義務而已。惟，若受理訴願機關認為該聲請為不必要時，則應於訴願決定書內說明理由，否則即屬違法，而可依新訴願法第七十六條之規定請求救濟。因此，若受理訴願機關對調查證據之聲請預設立場而不加調查，即難認為合法。此處所謂不必要之證據調查聲請⁸，例如該

⁶ 行政訴訟法第一三四條參照。

⁷ 於某些特定情形，應認為訴願人並有協力之負擔。例如證據資料為受理訴願機關不知，而僅訴願人知悉或為其所持有者。

⁸ 關於不必要之證據調查聲請，請參照德國刑事訴訟法第二四四條第三、

聲請係多餘、待證事實之真相已經調查明確、待證事實與訴願決定無關、聲請調查之證據方法全然不適當或無法取得、或以拖延訴願程序之終結為目的之聲請、或待證事實被推定為真實等情形。此調查證據之聲請雖是訴願人（參加人）之權利而非義務，然受理訴願機關之職權調查義務通常須訴願人之協助始能順利完成，是以，新訴願法第六十八條規定，訴願人或參加人得提出證據書類或證物。但受理訴願機關限定於一定期間內提出者，應於該期間內提出。惟此期間必須相當且訴願人（參加人）就該等物件之提出必須可能且可期待。此即屬訴願人（參加人）之協力負擔。若訴願人或參加人無正當理由，不於期間內提出該證據資料，除了訴願程序之終結不致因此延誤或受理訴願機關不須耗費太多時間、金錢亦可自行查明事實真相之外，受理訴願機關即可捨棄該項證據之調查，而不違背其職權調查義務。惟，為免爭議，受理訴願機關應將違反提出期間之後果，於命提出證物或書證之通知書內事先載明⁹。

若事實之認定需要特別專門之知識經驗者，依新訴願法第六十九條第一項規定，受理訴願機關得依職權或依訴願人、參加人之申請，囑託有關機關、學校、團體或有專門知識經驗者為鑑定。要求送鑑定之聲請，縱使受理訴願機關就應鑑定之事物具備鑑定所須之專門知識，因其非第三裁判者（例如法院），為免除訴願人或參加人之疑慮，故原則上仍以送他鑑定人鑑定為適當，不宜自行認定而駁回訴願人之聲請¹⁰。訴願人聲請就曾經鑑定之事物再送鑑定，除非受理訴願機關認為原有之鑑定報告公正且鑑

第四及第五項之規定。

9 參照德國行政法院法第八十七條之二第三項 (§ 87 b Abs. 3 VwGO) 之規定。

10 不同見解見行政法院八十年判字第一三五四號判決。

定意見之理由充分可採，否則不得遽以該聲請為多餘而置之不理。若受理訴願機關認無鑑定之必要，而訴願人或參加人願自行負擔鑑定費用時，得向受理訴願機關請求准予交付鑑定。受理訴願機關非有正當理由不得拒絕（新訴願法第六十九條第二項）。於此情形，若受理訴願機關或行政法院嗣後據此鑑定結果為有利訴願人或參加人之決定或裁判時，訴願人或參加人得於訴願或行政訴訟確定後三十日內，請求受理訴願機關償還必要之鑑定費用（新訴願法第七十二條第二項）。此兩項規定乃在督促受理訴願機關確實履行其調查義務，以免其無故拒絕訴願人或參加人鑑定之聲請，不但阻礙事實真相之發現，並極可能因此損害訴願人及參加人之權益。

為使機關得順利完成其調查事實之義務，新訴願法第七十三條規定：「受理訴願機關得依職權或依訴願人、參加人之申請，命文書或其他物件之持有人提出該物件，並得留置之。公務員或機關掌管之文書或其他物件，受理訴願機關得調取之。前項情形，除有妨害國家機密者外，不得拒絕」。在本條規定中，受理訴願機關命提出文書或其他物件之對象有二：其一為第三人，其二為公務員或機關。就第三人而言，本規定並非創設其須負提出義務，故第三人不遵命提出者，縱使訴願人或參加人有請求第三人交出該文書物品之權利，亦只能由其訴請法院為之，受理訴願機關不得強制該第三人提出¹¹，若訴願人或參加人就第三人應提出之文書、證物有請求權者，受理訴願機關僅能依新訴願法第六十八條之規定，定期命其提出。公務員及機關則反是，依本規定，其應負提出之義務，除有妨害國家機密者外，不得拒絕提出。但該管公務員或機關若拒絕提出，受理訴願機關應循行政監

¹¹ 新行政訴訟法第一六八條、第一六三條及第一六九條之規定於此應不能準用。

督體系，請求該公務員之上級長官或該機關之直接上級機關協助取得。至於該管公務員或機關以妨害國家機密為由拒絕提出者，本法並未如德國行政法院法第九十九條第二項定有救濟規定，此時，訴願人或參加人應可以該拒絕提出之決定為客體，依一般行政救濟程序請求審查該拒絕提出之決定是否合法。又，訴願既屬行政機關內部自我審查程序，為使受理訴願機關能貫徹其審查之功能，新訴願法第七十五條第一項規定，原行政處分機關應將據以處分之證據資料提出於受理訴願機關。雖說訴願程序乃採職權調查主義，受理訴願機關應依職權調查事實，然原行政處分機關依行政程序法第三十六條之規定，於作成決定前，本有依職權調查證據（事實）之義務，為使受理訴願機關能明瞭原處分機關作成處分之依據，及其是否已盡職權調查之義務，故原處分機關即應將據以處分之證據資料提出於受理訴願機關，此乃原處分機關之義務。其若違反之，並經受理訴願機關催促仍不提出，致卷宗內無充分資料支持其決定時，雖受理訴願機關亦屬行政機關，似仍應將原決定撤銷，而毋庸自行調查。此時，不應認為受理訴願機關違反其職權調查之義務，否則，恐將造成原處分機關不盡其調查義務，而由受理訴願機關代為履行之弊病，致破壞行政機關分層負責之制度¹²。由此可知，受理訴願機關之職權調查義務仍應以訴願人和原處分機關已盡其協力負擔及義務為條件¹³。

¹² 雖新訴願法第七十九條第二項規定，原行政處分所憑理由雖屬不當，但依其他理由認為正當者，應以訴願為無理由。然此規定應以原處分機關已依第七十五條第一項之規定，盡其提出義務為前提。

¹³ 依德國聯邦行政法院歷來之見解，法院職權調查之義務以當事人已盡其協力負擔（義務）為前提。此項見解應可類推適用於訴願程序。S. BVerwG, DÖV 1993, 440; BVerwGE 16, 241/245; 26, 30/31; BVerwG, Buchholz, 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 127; NVwZ 1987, 405. Vgl. auch Redeker, Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkung der Beteiligten im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1981, 84 ff.

最後，受理訴願機關依新訴願法第七十四條第一項之規定，得依職權或依訴願人、參加人之申請，就必要之物件或處所實施勘驗，以利事實之認定。要求勘驗之聲請，除非顯無必要，否則即應為之，俾符職權調查之精神。

二、新行政訴訟法之職權調查主義

(一)職權調查事實及證據¹⁴

我國舊行政訴訟法原採當事人提出主義，因此，當事人就為裁判基礎之必要事實，不但負有主張責任，須自行負責搜集並提出於法院，如他方當事人就所提出之事實真相有爭執時，並負有主觀之舉證責任，亦即其亦應負責提出證據供法院調查，以證明此項有爭執事實之真相¹⁵。若當事人未盡其主觀之舉證責任，法院即不能將此項有爭執之事實採為判決基礎，因而常導致該當事人敗訴之結果¹⁶。新修正之行政訴訟法為達到保障人民權益、維

¹⁴ 關於行政法院調查義務之範圍及其行使方式可參照前述訴願之部分及本書「對於行政訴訟法修正草案之淺見」。

¹⁵ 舊行政訴訟法第十三條第二項第四款規定，當事人應於起訴狀內載明起訴之事實、理由及證據。同法第三十三條並規定：「本法未規定者，準用民事訴訟法。」而依舊民事訴訟法第一九三條第一項規定：「當事人應就訴訟關係為法律上及事實上之陳述。」同法第二七七條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責。」

¹⁶ 例如行政法院六二判五九七號判例：「原告主張其設置煤礦有年，耗用坑木數量因坑道深度而增加，耗用時亦有材料明細表可稽，應按事實認定，不能依通常水準而予核減云云。查坑木之耗用，故因坑道進度，新舊設備及土質鬆硬之不同而有差異，惟未設置有關成本之帳證及耗用詳細記錄，其用料數量自屬無從勾稽。」五一判四四一號判例：「船員登岸時隨身穿著之衣物，如不能證明其為外國製造之應稅物品，要難以其未穿帶原衣物返船，遽認係私運貨物進口或經營私運貨物而依海關緝私條例第二十一條第一項之規定處罰。原告隨輪自國外返抵台灣基隆港，身著舊毛衣一件上岸，當時雖經檢查人員予以登記，但據主辦檢查事務人員到案具結證稱：船員上岸穿著衣物，因難於分別是否台灣或外國製

護公益以及貫徹行政行為合法性之審查，乃改採職權調查主義，於第一二五條及第一三三條導入行政法院應依職權調查事實及證據之規定。第一二五條第一項規定：「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束」。依本項規定，查明為判決基礎所必要之事實乃是行政法院之義務，當事人不但不負主張之責，原則上亦無證明之義務¹⁷，縱使其有所陳述、主張或聲請調查證據，行政法院亦不受拘束，以免法院之真實發現受制於當事人之行為，其立法理由乃是為維護公益之故。此外，第一三三條規定，行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據；於其他訴訟，為維護公益者，亦同。本規定之主要論據乃是著眼於當事人武器平等原則及公益之維護¹⁸。適用職權調查主義之結果，既不受當事人主張之拘束，則當事人之自認亦無拘束法院之效力，即使當事人自認，法院認為必要時，仍得調查其他必要之證據（§134）。應注意者乃是，依新修正之規定，行政法院於所有之行政訴訟案件皆應依職權調查事實，然職權調查證據則僅限於撤銷訴訟及其他與公益之維護有關之訴訟始能為之。最後，行政法院基於其職權調查義務，應自行搜集一切為裁判基礎所須之訴訟資料、認定必要之事實並為實體判決（於訴訟要件已具備時），

品，故一律均須登記，是殊不能因該項舊毛衣曾經登記，即認係外國製造之應稅物品，縱令原告當時未穿著原物返船，亦不能認係私運貨物進口，尤不能憑空斷係經營私運貨物。」同院八十年判字四六四號判決：「水產研究專業機構尚且無法明確鑑定系爭魚貨之種類，被告機關以非專業單位，自行參據圖鑑資料比對，逕予認定並沒入貨物及科罰，似嫌草率。」同院八十一年判字一二一號判決：「原告主張系爭廣告物並非其所張貼，而係他人張貼，對此有利於己之事實，應由原告負舉證責任。」其他相類之例甚多，不勝枚舉。

¹⁷ 然我新行政訴訟法之規定卻與此有異。對該等規定之批評，參照本書「對於行政訴訟法修正草案之淺見」。

¹⁸ 參照司法院修正草案第一三四條之說明二。