

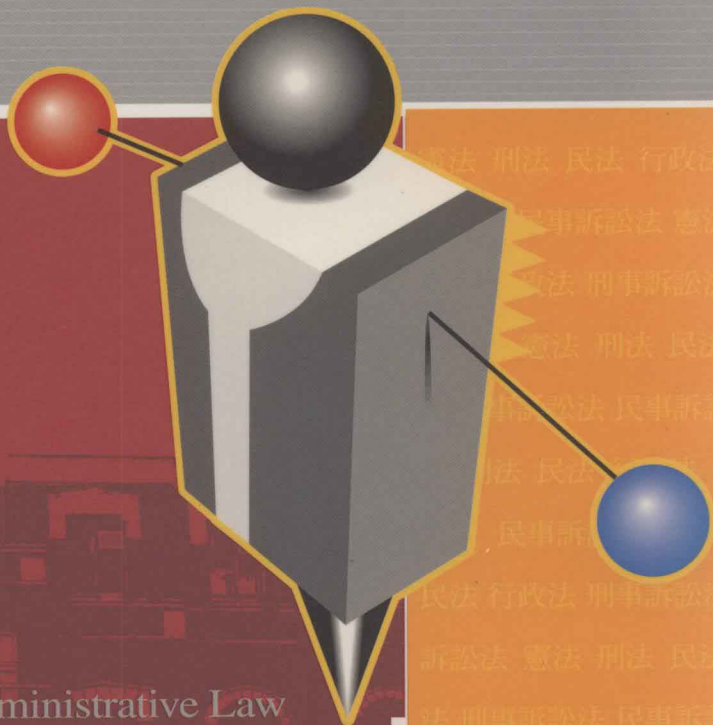


2007年最新版

律師・司法官・法研所必備用書

行政法 上 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（上）

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

2006年8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480元

著作權所有・翻印必究

51ML501001

ISBN 978-957-814-738-6

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！

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○·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

2006.8

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）！

著作權／不容侵犯

下列文字為著作權法之部分條文，仁人君子敬請自重，凡侵犯著作權者，必依法究辦。

《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，視為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 明知為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為營業之使用者。
- 六 明知為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，或明知為侵害著作財產權之物意圖散布而公開陳列或持有者。

《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。

第一篇 窺心術



第一章 瞭解行政

第一節 行政的概念與特徵

壹、行政之概念界定

貳、行政之特徵描述

第二節 行政之分類

壹、從行政組織觀點之分類

貳、從行政作用角度之分類

第二章 瞭解「控制」行政的「法」

第一節 行政和行政法之歷史發展

壹、行政之歷史發展（國家理念的歷史發展）

貳、行政法之發展

第二節 行政法之概念與分類

壹、行政法之概念

貳、行政法之分類

第三節 作為公法組成部分的行政法與私法的界限 （公法與私法的界分）

壹、公、私法的區分必要（區分意義）

貳、公、私法於我國之區分實益

參、公法與私法區別標準（公法與私法之界限理論）的問題思考

肆、法規屬性界定之區別標準

伍、具體事件屬性界定之區別標準

陸、實例演練

第四節 行政法之法體系定位（行政法與其他法律之關係）

壹、行政法與憲法之關係

貳、行政法對民法的規範效應

參、行政法對刑法的規範效應

第五節 行政法之法源

壹、行政法之法源論

貳、行政法之法源體系

參、行政法法源衍生規範之分類

肆、法源秩序位階理論

伍、私法作為行政法之法源（私法規定在行政法上適用）

陸、法源之效力

第六節 行政「法」之解釋適用

壹、解釋方法論概述

貳、行政法之適用

第三章 瞭解「法」如何「控制」行政

第一節 憲法支配下之行政法

第二節 依法行政原則

壹、法律優越原則（消極依法行政）

貳、法律保留原則（積極依法行政）

第三節 行政裁量與不確定法律觀念

壹、行政裁量

貳、不確定法律概念

參、裁量與不確定法律概念之區別問題

第四節 不受立法控制之「行政保留」概念（受憲法控制之行政保留）

第四章 進一步掌握被法控制的行政行為

第一節 傳統行政法學理論之特質－行政行為形式理論

壹、行政行為形式理論概說

貳、行政行為形式理論之功能

參、行政行為形式理論之問題

第二節 現代行政法學方法論之檢討—行政法律關係理論

壹、行政法律關係理論之發展背景

貳、行政法律關係之內容

參、行政法律關係理論之定位

肆、行政行為形式理論對行政法律關係理論之回應

第三節 以「行政行為形式理論」為基礎的行政法學習

壹、行政行為形式概論

貳、型式化行政行為之類型化

第五章 公法上權利和行政法律關係

第一節 公法上權利（主觀公權利）

壹、公法上權利的意義

貳、公法上權利的認定標準—公權理論

參、公權理論之檢討與修正

第二節 行政法律關係

壹、行政法律關係概說

貳、「法規範」作為行政法律關係的核心要素

參、「法主體」作為行政法律關係的核心要素

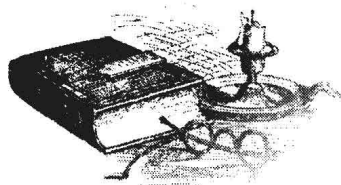
第三節 所謂的「特別權力關係」

壹、概念與種類

貳、「特別權力關係」理論之演變與調整（以德國家為觀察）

參、我國之突破與發展

肆、特別權力關係之存廢問題



冥想

第一篇 窺心術—知己知彼、攻無不克

唯有瞭解「行政」，才能掌握「何種」法，能「如何」控制行政；如此，方能與行政保持良好之互動關係，攫取雙贏局面。

行政

國家對於與人民有關「公共任務」的管理。何謂行政「公共任務」？藉由行政之「特徵」描述，建構行政概念的開放性框架，以廣納因應與時俱遷的行政任務需求。

行政法

關於（控制）行政的法。

- 公、私法界分理論：此乃法制上採取公、私法區分之我國，於討論行政「法」之概念時，所無法迴避之難題。
- 行政法的法體系定位：最重要的莫過於其與民、刑法之關係。
- 法源論：釐清「什麼」法才有資格「控制」行政。
- 行政法的解釋適用：知道何種法可以控制行政，也要知道如何正確的解釋適用，方不致產生控制偏差。

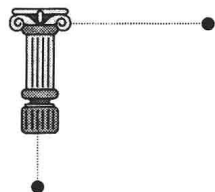
法「如何」控制行政

在社會法治國的思潮下，課予國家積極為人民謀福利的義務。於此思維下，法是無法、也不應全然住行政，使其無法動彈的。因此，行政的運作，就在法治國與社會國理念的相互調整下，一方面受到了「依法行政原則」的拘束（拘束性）；另方面又可在此大纛下，覓得一絲喘息空間，例如「不確定法律概念與行政裁量」（權宜性）。

公權利與行政法律關係

經由上述步驟的順序思考，可掌握行政該如何在法（人民）的控制下，履行義務地執行行政任務。然而，當行政不履行義務時，接續就該思考：「何種」行政任務，個別人民有「權」（公權利理論）要求行政為之。

而不論是行政的「義務」，抑或人民的「公權利」，都有可能促使行政相互間或行政與人民間，形成「行政法律關係」，而其中就考試而言，最重要的莫過於「特別法律關係（特別權力關係）」之概念。



目錄

自序

行政法的學習思考——一個角色扮演的冥想

第一篇 窺心術

- 第一章 瞭解行政.....1-1
- 第二章 瞭解「控制」行政的「法」.....2-1
- 第三章 瞭解「法」如何「控制」行政.....3-1
- 第四章 進一步掌握被法控制的行政行為.....4-1
- 第五章 公法上權利和行政法律關係.....5-1

第二篇 總體防禦心法

- 第一章 實體部分—行政法一般原則.....6-1
- 第二章 程序部分—正當法律程序.....7-1

第三篇 個別防禦心法

- 第一章 行政命令.....8-1

附錄一

- 行政法實例解題思考流程.....A-1

附錄二

- 精選試題索引.....B-1

第一章 瞭解行政

第一節 行政的概念與特徵

現代國家以權力分立做為國家組織結構的根本原則。所謂權力分立（或稱分權原則），乃指將國家權力區分成行政、立法和司法三大部分，並且經由各種權力之間的相互監督控制，來達到限制國家權力、保障人民基本權利的功能；而行政法，就是關於規範國家行政權力行使的法律。故而，在探討行政法之前，當然應該先掌握關於「行政」的意義。意即，行政乃行政法學之入門概念。

壹、行政之概念界定

「行政」一詞，含有經營、管理及執行之意，其不僅存於國家事務，亦見於私人生活領域，例如企業管理（行政），稱作「企管」、家庭管理（行政），稱作「家政（管）」。而行政法學所探討之「行政」，則專指「公共行政（國家行政）」而言，簡言之，就是國家對於與人民有關之公共事務的管理¹。

筆者的話

或許舉一個人「一日」（縱軸）與「一輩子」（橫軸）的生活為例，可以幫助你更親近行政的概念：

1 傳統行政法學的建構，仍立基於「劃定公共行政領域與私人領域之合理範圍」的理解上，因此存在著如下想法：1. 存在相互排斥之公行政領域與私人領域。2. 存在代表各該領域之互不滲透的兩個人格主體－國家與私人（國家不滲透理論）；並由之衍生出兩種不同法律體系－公法體系與私法體系。此一國家社會二元論的想法，於近代行政法學受到批判性的檢討，詳細討論，請參後述「第一篇、第二章、第三節」。