

Publikation des neuen Allgemeinen Landrechts  
für die Preussischen Staaten

Vom 5. Februar 1794

學術論文集

# 公法學的開拓線

— 理論、實務與體系之建構



vom 1. Juni 1794 an

林明昕 著



元照

# 公法學的開拓線

——理論、實務與體系之建構



林明昕 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構 /  
林明昕著. — 初版. — 臺北市：林明昕出  
版：元照總經銷，2006[民 95]  
面：公分

ISBN 978-957-41-3856-2（精裝）

1. 法律 — 論文, 講詞等 2. 行政法 — 論文,  
講詞等 3. 憲法 — 論文, 講詞等

580.7

95014598

# 公法學的開拓線

## —理論、實務與體系之建構

56WGD01801

2006 年 9 月 初版第 1 刷

作 者 林明昕  
出 版 者 林明昕  
總 經 銷 元照出版有限公司  
100 台北市館前路 18 號 5 樓  
網 址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)  
定 價 新台幣 580 元  
訂購專線 (02)2375-6688  
訂購傳真 (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：局版台業字第 1531 號

ISBN-10 957-41-3856-9

ISBN-13 978-957-41-3856-2

解  
鷹



# 自序

公元2000年10月1日，結束了近十年的德國留學生涯，我終於重返國門。先是在臺北市政府法規委員會服務，旋復於國立中正大學法律學系濫竽教席；而迄今，光陰荏苒，倏忽又將六載矣。在這六年的歲月中，我國公法學之研究，由於人民權利意識的普遍覺醒，以及相關公法法規的大量翻修，有著長足的進步。而本人躬逢盛時，外加工作上之必要，在不知不覺中，所累積的論文發表，長短不一，竟然也已經有了一定的數量。因此，幾經增刪選擇，我決定將個人近五年來針對若干公法法規所衍生之爭議問題的探討著作，集結成冊，於是有了這本論文集的誕生。在這部我個人第一本的論文集裡，共輯錄了十八篇論文；全書並按文章所討論之問題領域的不同，依序分為「憲法」、「行政法」及「行政爭訟法」等三大部分。其中，由於近年來我國公法法制上興革最明顯者，似非行政爭訟法莫屬，因此有關行政爭訟領域之研究，尤為本書重點的所在。至於這十八篇論文本身，雖曾分別刊載於國內的不同專書與期刊中，但我仍就之重新整理、勘正註釋，部分甚至予以改寫，期能對於讀者有所交代。

此外，就在本篇自序之前，我還另外附上一幅2000年初本人在德國的塗鴉之作。這頁簡單的鉛筆畫，當時是為了與業師 *Prof. Dr. Dr. h. c. Heinrich Scholler* 共同發表一場定名為 „Die Gerechtigkeitsymbole in Europa und China: Iustitia und Xie-zhi“ 的演

講，而作為投影片資料所繪製的。嗣後，由於Scholler教授又將當時的講稿，全面改寫成向司法院院長 翁大法官岳生教授祝壽之文，所以這幀插圖遂隨著該文之發表（見：翁岳生教授祝壽論文編輯委員會編輯，《當代公法新論（上）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，2002年，頁991以下），而公諸國內。在此，本人特將當初的畫作原稿尋出，重新付梓，以為紀念。至於圖中所繪似龍、又似麒麟的四不像，本名「解廌」，讀音如「謝至」；而其文字，文獻則又有作「解豸」、「獬豸」等記載者，不一而足。依據《史記集解》、《異物志》及《後漢書·輿服志 下》等許多古籍所云：解廌，「似鹿而一角，人君刑罰得中，則生於朝廷，主觸不直者……」、「東荒中有獸……，一角，性忠，觸不直者……」、「神羊，能別曲直……」，因此千古流傳為華人文化地區中「正義」與「法」的象徵。事實上，「法」的古字，本作「灋」，乃「平之如水」及「廌，所以觸不直者去之」的複合字（語出：東漢·許慎，《說文解字》），充分說明了這隻神獸與法的關係。法學研究，對於某些人而言，常有嚴肅、枯燥的錯覺；這則小故事，讀者姑妄信之，聊以為趣。

本論文集的完成，首先要感謝父母與家人的鼓勵與支持。而我在中正大學法律學系任職的整整五年內，學長 蕭主任文生教授，以及其他公法組前輩——李震山（現任教於政大）、江義雄、吳信華、李仁森、孫迺翊等教授所給予的協助也非常大。和他們共事的經驗，相當愉快；沒有各位同仁的間接幫忙，本著作問世，或恐遙遙無期。因而在此，本人一併致謝。此外，我要特別表達敬意者，是中正大學法律學系博士班

研究生馬鴻驊、碩士班畢業生陳信安（現留學德國）與碩士班研究生王子榮、張堯鈞、程士傑、詹凱傑、朱志昇、李彥勳、施依伶、張伯書、張志豪、宋國鼎等同學（依年級與姓氏筆畫順）；由於這些幕後功臣的蒐集資料、惠賜意見與校對文稿，這本論文集始能大功告成。最後，臺北大學博士班研究生高仁川先生為本論文集想出一個別出心裁的書名，而東吳大學法律學系畢業生方嘉震先生就電腦作業提供技術協助，以及元照出版有限公司全力促成本書的出版，我也同樣銘感五內。

總之，這本著作的完成，得之於人者多，而成之於己者少；不過，其中任何子虛烏有之言，或魯魚亥豕之失，顯然只是我個人的責任。至於一切可能的榮耀，則歸於所有幫助過我的人。

A handwritten signature in black ink, appearing to be '方嘉震' (Fang Jiazheng), written in a cursive style.

2006年8月1日  
謹誌於臺北

# 目 錄

---

## 自 序

## 憲法篇

### 原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？

|                        |    |
|------------------------|----|
| 壹、問題之提起                | 5  |
| 貳、原住民地位之保障作為「基本國策」     | 7  |
| 參、「原住民族條款」之法規範效力       | 16 |
| 肆、「原住民族條款」與憲法第七條平等權之關係 |    |
| 一代結語                   | 27 |

### 健康權——以「國家之保護義務」為中心

|                      |    |
|----------------------|----|
| 壹、前 言                | 35 |
| 貳、「健康」與「健康權」         | 35 |
| 參、「國家保護義務」作為健康權的主要內涵 | 39 |
| 肆、國家保護義務的界限——一代結論    | 46 |

### 中央與地方之聯繫線——國家對地方之監督

|                 |    |
|-----------------|----|
| 壹、前 言           | 51 |
| 貳、國家監督在憲法上之實質意義 | 53 |



|                         |    |
|-------------------------|----|
| 參、現行法中國家對地方監督制度之檢討..... | 64 |
| 肆、回顧與展望.....            | 72 |

## 憲政改革基本原則的幾點思考

|                      |     |
|----------------------|-----|
| 壹、前 言.....           | 75  |
| 貳、憲政改革之動力.....       | 80  |
| 參、憲政改革之阻力.....       | 97  |
| 肆、憲政改革之實現 — 代結論..... | 105 |

## 行政法篇

### 行政程序法的適用範圍 — 解讀行政程序法第三條

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 壹、前 言.....                           | 113 |
| 貳、行政程序法第三條的條文內容及其問題點.....            | 114 |
| 參、在具體案例中如何確定行政程序法之適用與否<br>— 代結語..... | 128 |

### 行政處分之「撤銷」 — 一個法制繼受譯語上的問題

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 壹、前言 — 法制繼受國的法學課題.....                  | 133 |
| 貳、「行政處分」之撤銷 — 「行政處分」<br>或「行政行為」.....    | 135 |
| 參、行政處分之「撤銷」 — 「廢棄」、「撤銷」或「聲<br>明不服」..... | 140 |
| 肆、結語 — 法制繼受與概念翻譯.....                   | 152 |

## 行政契約法上實務問題之回顧

### — 兼論公、私法契約之區別

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 壹、前 言 .....             | 155 |
| 貳、行政契約法上實務問題之總整理 .....  | 158 |
| 參、公、私法契約之區別作為中心問題 ..... | 172 |
| 肆、結 語 .....             | 186 |

## 論國家賠償法第二條第二項之「故意或過失」

### — 兼論所謂「組織體過咎」

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 壹、問題之提起 .....            | 191 |
| 貳、德、日國家賠償法學之「過失」概念 ..... | 196 |
| 參、我國學說與本文見解 .....        | 211 |
| 肆、結語 — 「組織體過咎」？ .....    | 226 |

## 「公法上不當得利」之體系性思考

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 壹、前 言 .....                          | 233 |
| 貳、公法上不當得利之法律基礎 .....                 | 234 |
| 參、公法上不當得利與民法上不當得利之關係 .....           | 239 |
| 肆、公法上不當得利之類型 .....                   | 243 |
| 伍、公法上不當得利作為請求權基礎之審查步驟<br>— 代結語 ..... | 250 |

## 行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利

### 一 以因授益處分所造成之給付型不當得利為中心

|                    |     |
|--------------------|-----|
| 壹、問題之提起 .....      | 255 |
| 貳、行政爭訟實務上之爭議 ..... | 261 |
| 參、本文見解 .....       | 272 |
| 肆、結 語 .....        | 284 |

## 行政爭訟法篇

### 論訴願之再審與行政處分之廢棄

#### 一 一道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 壹、問題之提起 .....                                                                 | 291 |
| 貳 比較法上之觀察 — 以德國法為中心 .....                                                     | 293 |
| 參、「案件掌控權（Sachherrschaft）」作為問題之關鍵<br>— 論我國訴願法第九十七條與行政程序法第一百二十<br>十八條間之關係 ..... | 305 |
| 肆、結 論 .....                                                                   | 316 |

### 淺論行政訴訟法上之實體裁判要件

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 壹、前 言 .....                | 321 |
| 貳、「實體裁判要件」在行政訴訟法上之功能 ..... | 322 |
| 參、「實體裁判要件」之概念名稱與內涵 .....   | 326 |
| 肆、結語 — 尚待解決之其他問題 .....     | 335 |

## 論行政訴訟法上之訴訟類型 — 從日、德比較法制觀察

|                |     |
|----------------|-----|
| 壹、問題之提起        | 341 |
| 貳、比較法之觀察       | 344 |
| 參、我國法之分析       | 362 |
| 肆、立法上之展望 — 代結論 | 375 |

## 警察臨檢與行政救濟

### — 重返司法院大法官釋字第五三五號解釋

|                  |     |
|------------------|-----|
| 壹、問題之提起          | 381 |
| 貳、臨檢程序之法律性質      | 386 |
| 參、不服臨檢程序時之正確訴訟類型 | 396 |
| 肆、結語             | 411 |

## 一般形成訴訟 — 德國行政訴訟法上之爭議問題

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 壹、問題之提起 — 以職務命令為例         | 415 |
| 貳、「一般形成訴訟」之概念與功能          | 418 |
| 參、「一般形成訴訟」存在之正當性與必要性      | 423 |
| 肆、一般形成訴訟在我國法上之適用可能性 — 代結論 | 432 |

## 論地方自治機關間行政爭訟之可能性及其進程序

### — 以德國法制之比較為中心

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 壹、問題之提起                   | 439 |
| 貳、德國法制之觀察                 | 443 |
| 參、「地方自治機關爭議」在我國法上之爭訟可能性   | 451 |
| 肆、「地方自治機關爭議」仍未解決之問題 — 代結論 | 460 |

## 論行政訴訟法上之「執行（不）停止原則」

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 壹、前 言 .....                    | 469 |
| 貳、德國法上停止執行制度與我國法上同一制度之比較 ..... | 472 |
| 參、單純作為立法政策決定的「執行（不）停止原則」 ..... | 480 |
| 肆、結 論 .....                    | 491 |

## 假處分之本案事先裁判

### 一 兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| 壹、問題之提起 .....                               | 497 |
| 貳、比較法上之觀察 — 德國實務與學說 .....                   | 506 |
| 參、我國法之觀察 — 兼論行政訴訟法第二百九十八條<br>第三項之規範意義 ..... | 521 |
| 肆、結 語 .....                                 | 530 |

# 憲法篇

---

原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？

健康權——以「國家之保護義務」為中心

中央與地方之聯繫線——國家對地方之監督

憲政改革基本原則的幾點思考



## 原住民地位之保障作為「基本權利」 或「基本國策」？

### 壹、問題之提起

#### 貳、原住民地位之保障作為「基本國策」

一、憲法增修條文中「原住民族條款」之規範性質

二、德國法制之比較

(一)「少數族群保障條款」入憲嘗試之失敗

(二)「少數族群保障條款」作為一種「國家目標規定」

#### 參、「原住民族條款」之法規範效力

一、「原住民族條款」之客觀法效力

(一)「方針條款」與「國家目標規定」

(二)「國家目標規定」與「立法委託」

二、「原住民族條款」之主觀法效力

(一)欠缺權利性質之「原住民族條款」

(二)「原住民族條款」與司法審查問題

#### 肆、「原住民族條款」與憲法第七條平等權之關係

一代結語

一、「基本國策」對「基本權利」之限制

二、「基本國策」對「基本權利」之補充



