

台灣行政法學會學術研討會論文集(1999)

行政救濟

行政處罰

地方立法

台灣行政法學會 主編



元照出版

臺灣行政法學會學術研討會論文集



(1999)行政救濟·行政處罰·地方立法

社團法人臺灣行政法學會主編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

臺灣行政法學會學術研討會論文集：(1999)行政救濟·

行政處罰·地方立法 / 社團法人臺灣行政法學會編。

-- 初版.--臺北市：元照，2000[民 89]

面；公分

ISBN 957-0332-73-5 (平裝)

1.行政法-論文,講詞等

588.07

89015105

臺灣行政法學會學術研討會論文集

—(1999)行政救濟·行政處罰·地方立法

2000年12月 初版第1刷 2001年3月 初版第2刷

編者 社團法人臺灣行政法學會

出版者 社團法人臺灣行政法學會

總經銷 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 560 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

海
外
用
書

Copyright©by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-0332-73-5

序 言

臺灣行政法學會於一九九八年成立，原名中華民國行政法學會，其後為參與國際學術活動，改名為現在名稱。本會以宏揚行政法學之研究、行政實務經驗之交流及依法行政理念為宗旨，自一九九九年以來，計畫除於每年五月份舉辦中型學術研討會議及年底舉辦年會暨大型學術研討會外，並與各大學法律系合辦小型學術研討會，探討當前行政法學各項問題。其中小型學術研討會至今研討主題包括：司法院大法官釋字第四六二號解釋（關於大學教師升等評審制度及救濟之解釋）之研討（與臺大法律系合辦），論傳統行政行為在行政法新興領域中所面臨之難題（與臺北大學法律系合辦），職權命令之過去、現在與未來（與政大法律系合辦）均分別刊載於臺灣本土法學雜誌。

今年本會活動主要討論行政法爭議問題，並於年底舉辦東亞行政法學術研討會（研討主題包括行政命令、行政處罰、訴願及行政訴訟）。

本書收錄一九九九年五月及十二月臺灣行政法學會所舉辦中型及大型學術研討會論文集計十二篇，內容主要包括新修正行政訴訟法各項基本問題之探討、行政處罰基本爭議問題、地方立法權及其界限等，並獲得下述研討成果：

一、澄清行政訴訟法上撤銷訴訟、給付訴訟與確認訴訟等訴訟種類彼此間的關係，尤其課予義務訴訟及一般給付訴訟應如何運用，訴訟程序應如何進行與舉證責任之分配，均有深入分析探討。

二、解明行政處罰法上各項基本問題，包括秩序罰種類、一事不二罰、處罰當事人之主體及處罰時效等問題，並獲得我國應儘速制定行政處罰法之統一法典共識。

三、解析地方立法權的權限來源，建構中央與地方立法權的合理分配模式，並劃定地方立法權的界限。

本書收錄文章內容精闢，頗具學術理論及實務參考價值。本會期盼本書的出版，有助於促進行政法學的研究發展，並對於我國行政法制的革新及實務上發展作出積極貢獻，以共同致力於實現我國成為現代法治國家的理想目標。

社團法人臺灣行政法學會

理事長：翁 岳 生 謹識

89年10月10日

目 錄

序 言

壹、行政救濟

1

- 一· 課予義務訴訟之制度功能及適用可能性—兼評新行政訴訟法及新訴願法之相關規定…………… 陳 敏／3
- 二· 一般給付之訴對於行政程序及行政救濟程序之影響…………… 陳清秀／49
- 三· 論行政訴訟法上各類訴訟之關係…… 蔡志方／73
- 四· 修正後訴願法與行政訴訟法之關係… 郭介恆／127
- 五· 修正後行政訴訟法與既有行政訴訟實務之關係…………… 黃綠星／151
- 六· 行政救濟法中職權調查原則與舉證責任之研究…………… 張文郁／227

貳、行政處罰 271

- 七·行政處罰之基本爭議問題…………… 廖義男/273
八·試讀一事不二罰…………… 法治斌/301

參、地方立法權 327

- 九·地方自治立法權的界限…………… 蔡茂寅/329
十·論地方之立法權及其界限—以直轄市
及縣市自治條例與自治規則之制定權
為研究對象…………… 陳慈陽/357

肆、其 他 411

- 十一·災害救助與給付行政…………… 蔡秀卿/413
十二·依法行政：行政法學的終極挑戰—
以廣播電視行政管制研究為例…………… 石世豪/429

附錄、中華民國行政法學會一九九九年年會
——學術研討會 461

壹

行政救濟

一・課予義務訴訟之制度功能及 適用可能性

兼評新行政訴訟法及新訴願法之相關規定

陳 敏*

目 次

- | | |
|--------------------|-----------------------|
| 壹、緒 論 | 一、拒為處分之訴願與怠為處分之訴願 |
| 一、人民申請行政機關為行政處分之需要 | 二、訴願管轄機關之審查範圍及限制 |
| 二、行政機關拒為或怠為行政處分之救濟 | 三、訴願管轄機關之訴願決定 |
| 三、課予義務訴訟之本質及種類 | 伍、課予義務訴訟與撤銷訴訟適用範圍之界限 |
| 貳、課予義務訴訟要件之審查及裁判 | 一、第三人之訴訟(Drittklagen) |
| 一、一般之本案決定要件 | 二、撤銷期間經過後及狀況變更時之權利保護 |
| 二、特別之本案決定要件 | 三、獨立之撤銷訴訟 |
| 參、課予義務訴訟有無理由之審查及裁判 | 四、對附款之權利保護 |
| 一、概說——可裁判程度 | 陸、暫時之權利保護及判決之強制執行 |
| 二、法院之審查範圍及時間基準 | 一、暫時之權利保護 |
| 三、行政法院之本案決定 | 二、判決之強制執行 |
| 肆、先程序：課予義務訴願 | 柒、結 論 |

*德國海德堡大學法學博士
現任國立政治大學法律系專任教授

壹、緒論

一·人民申請行政機關為行政處分之需要

行政機關須作成各種法律行為及事實行為，以執行行政任務，其中最為常見及最為重要者，自屬「行政處分」此一單方之法律行為¹。行政機關之為行政處分，有基於職權主動為之者，亦有依人民之申請而為之者。

人民所以申請行政機關作成行政處分之原因多端，略有：(1)人民欲為特定行為，依法須經主管機關許可。例如，欲建造建築物之人，依建築法第二十五條第一項，申請建築主管機關核發建造執照；(2)人民為獲得主管機關之給付，申請以行政處分為決定。例如，低收入戶依社會救助法第十條第一項，申請生活扶助，依同條第二項經主管機關核定後為之；(3)人民請求行政機關以行政處分設定特定之公法法律關係。例如，向公立學校申請註冊入學；(4)請求確認具有法律意義之人或物之性質。例如，業經立案，完成財團法人登記之私立學校，依房屋稅條例第十五條第一項第一款，申請主管機關證明其辦理具有成績，以憑辦理校舍免徵房屋稅。依農業發展條例第二十九條第一項，由農業主管機關發給自耕能力證明，以憑購買農地；(5)請求行政機關對他人為加負擔之處分，或對他人之授益行政處分追加附款，以保障本身之權益。

¹ 行政程序法第九二條及新訴願法第三條皆有行政處分之定義規定，其文字稍有出入，但實質內容並無差異。

二·行政機關拒為或怠為行政處分之救濟

人民申請行政機關為行政處分，而遭行政機關拒絕，或遭擱置不為准駁之決定，致其權益受損害者，自有法律救濟之途徑。依民國八十七年修正前訴願法（以下稱舊訴願法）第一條規定，人民不服違法或不當之行政處分者，得提起訴願、再訴願。對違法行政處分提起再訴願，而不服其決定，或未於一定期間內為再訴願決定，依民國八十七年修正前行政訴訟法（以下稱舊行政訴訟法）第一條，得向行政法院提起行政訴訟。其訴訟有理由者，依同法第二十六條應撤銷或變更原處分或原決定。舊訴願法雖未規定訴願有理由者應為如何之決定，在法理上自不外為撤銷或變更原處分。惟人民申請行政機關為行政處分而遭拒絕者，該拒絕決定雖為行政處分，得以訴願及行政訴訟請求撤銷，但拒絕之撤銷不等於許可之作成，並不能給與申請人有效之救濟。再者，行政機關未為行政處分時，雖然舊訴願法第二條第二項規定：「中央或地方機關對於人民依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，致損害人民之權利或利益者，視同行政處分。」在此所擬制之行政處分，當係拒絕申請之行政處分。在訴願決定或行政訴訟判決中，單純撤銷此一擬制之駁回決定，亦如同前述情形，不能有效救濟。況且法律上明定行政機關應作為之期間者，極為少見，適用上備感困擾。此種訴願或行政訴訟為合法及有理由者，實務上則在訴願決定或行政訴訟判決中，撤銷原處分（擬制之駁回申請決定）或原決定（維持該擬制駁回決定之訴願決定），並命行政機關另為處分（所申請之行政處分）²。

² 配合舊訴願法之運作，行政院訂定發布「行政院暨所屬各級行政機關訴願審議委員會審議規則」，其第一五條第一項僅規定：「訴願事件查無本規則第一三條情形，經實體上審查結果，認為訴願為有理由者，訴願會會議應於訴

惟當事人以撤銷原決定之請求，取得原所未有之利益，在爭訟法法理上已屬未恰。況且原無拒絕之決定，先擬制其存在，再予以撤銷，更是曲折造作。因此，新訴願法及新行政訴訟法，在原有撤銷行政處分之訴願及行政訴訟外，增設請求為行政處分之訴願及行政訴訟類型。

新訴願法第二條規定：「I.人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。II.前項期間，法令未有規定者，自機關受理申請之日起為二個月。」對於此一訴願，依同法第八十二條第一項：「受理訴願機關認為訴願有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」申請人如未獲得訴願救濟，則可續行行政訴訟。新行政訴訟法第五條規定：「I.人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。II.人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。³」另依同法第二百零條：「行政法院對於人民依第五條規定請

(續前頁)

願人聲明不服之範圍內，為撤銷原處分或（及）原決定之決議，並視事件之情節自為決定或發回另為處分或決定。」並未排除對訴願法第二條第二項視同行政處分之訴願。對訴願法第二條第二項視同行政處分之訴願，應如何為訴願決定，該審議規則亦別無其他規定。

³ 本條規定之內容，在司法院立法草案中原為：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向地區行政法院提起請求該機關應為行

求為行政處分或應為特定內容行政處分之訴訟，應為左列方式之裁判：一、原告之訴不合法者，應以裁定駁回之。二、原告之訴無理由者，應以判決駁回之。三、原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判令行政機關作成原告所申請內容之行政處分。四、原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對原告作成決定。」是為學理上所謂之「課予義務訴願」(Verpflichtungsbeschwerde)及「課予義務訴訟」(Verpflichtungsklage)。

依新訴願法及新行政訴訟法，人民在申請行政機關為行政處分而遭拒絕或擱置時，已有配合事件性質之正確法律救濟途徑可循。惟由於新制度引進伊始，許多法理尚非明白。加以法律之新規定，無論在規定內容及在文字上，甚多有待商榷之處，因此本文即就有關問題，由整體之觀點為初步之探討，並提出若干他日修法之建議。

三·課予義務訴訟之本質及種類

(一)課予義務訴訟之本質

依行政訴訟法第五條規定，得提起訴訟之事項，係「人民…依法申請之案件」遭主管機關之「駁回」或「於法令所定期間內應作為而不作為」。表面上似凡有所申請，皆有依該條請求救濟之可能。惟同法第二百零二條，又明示其為「請求為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。足見行政訴訟法第五條所謂之申請事項，係行

(續前頁)

政處分；其經再訴願程序者，得向中央行政法院提之。」在立法院審議中，配合廢除再訴願及所謂之「雙軌制」，刪改部分文字後列為第一項，並另增列第二項，規定有關申請為行政處分而遭駁回之訴訟。

政處分之作成。行政訴訟法第五條之用語，顯然受舊訴願法第二條影響。惟既然訴願及行政訴訟制度全面改弦更張，而仍拘泥於舊法原非妥當之文字用語，使法律規定晦澀不明，實為失策之舉⁴。

課予義務訴訟之提起，在於請求行政法院，以判決命行政機關作成原告所申請之行政處分。行政機關作成原告所請求之行政處分，對原告而言，亦為一種「給付」之給與，僅其給付之內容為行政處分之作成。因此，課予義務訴訟之本質即為一種「特殊之給付訴訟」⁵。相對而言，請求行政機關為行政處分以外給付之訴訟，則為「一般之給付訴訟」(allgemeine Leistungsklage)⁶。人民並不得提起「一般之給付訴訟」，請求法院判決行政機關作成所申請之行政處分⁷。行政訴訟法第三條有關行政訴訟種類之規定，所以

⁴ 德國行政法院法第四二條第一項規定：「得以訴訟請求行政處分之廢棄（撤銷訴訟）以及判決命為被拒絕或怠於作成之行政處分（課予義務訴訟）。」觀念清楚，故而文字簡單，立法繁瑣容易，簡潔難。

⁵ Vgl. Basch/Schmidt, *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren*, 6. Aufl., Stuttgart u.a. 1996, S. 108; Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozeßrecht*, 5. Aufl., Heidelberg 1997, § 6 Rdnr. 263.

⁶ 行政訴訟法第八條第一項明文規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」人民為原告時，固不得以一般給付訴訟，請求法院判決命行政機關為行政處分。另一方面，機關雖亦得為給付訴訟之原告，但並無請求人民為行政處分之可能。因此，不得以一般給付訴訟請求命為行政處分，於理甚明。

⁷ 對行政處分之作成，人民固然不得依行政訴訟法第八條提起給付訴訟。惟請求行政機關不作成特定之行政處分，並非請求作成行政處分，在具備法定要件時，則非不得提起給付訴訟。此種給付訴訟，學理上稱之為「預防之不作為訴訟」(vorbeugende Unterlassungsklage)。Vgl. Kopp/Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 11. Aufl., München 1998, Vor § 40 Rdnr. 34; Basch/Schmidt, *Praktische Einführung...*, § 31 III, S. 187 f.; Schenke, *Verwa-*

僅列舉撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟三者，而未及於課予義務訴訟，其原因在於課予義務訴訟之本質即為給付訴訟也。

無效之行政處分自始無效，無從亦無須撤銷。惟依行政程序法第一百十三條，對無效之行政處分，行政機關得依職權確認之，人民亦得請求行政機關為此確認。行政機關所為之確認，本質上為確認之行政處分⁸。行政機關拒絕確認無效，或未為確認，本亦屬課予義務訴訟之事項，惟行政訴訟法第六條第一項已明文規定應提起確認訴訟⁹。

行政機關對現存之行政處分，得溯及撤銷或廢止之。該撤銷或廢止之本質亦為行政處分，但課予義務訴訟係取向於未來，故不得提起課予義務訴訟，請求命行政機關為溯及之撤銷或廢止¹⁰。

(二)課予義務訴訟之種類

人民依行政訴訟法第五條，向行政法院提起請求被告機關「應為行政處分或應為特定內容之行政處分」之訴訟。此一「課予義務

(續前頁)

llungsprozeßrecht, § 8 Rdnr. 355; Peter Weides, *Verwaltungsverfahren und Widerspruchs-verfahren*, 3. Aufl., München 1993, S. 247. 國內論著，請參照：李建良，論課予義務訴訟，月旦法學雜誌，民國 88 年，四七期，24 頁；陳清秀，公法上給付訴訟之研討，全國律師，民國 88 年 2 月號，34 頁；陳清秀，新行政訴訟種類之分析與展望，月旦法學雜誌，民國 88 年，四七期，36 頁。

⁸ Vgl. Ferdinand O. Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Aufl., München 1996, § 44 Rdnr. 66.

⁹ 雖非無效，但已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分，已無從為撤銷，依行政訴訟法第六條第一項，亦可提起確認訴訟，請求法院判確認其為違法。

¹⁰ Vgl. Pietzner/Ronellenfisch, *Das Assessoreramen im öffentlichen Recht*, 8. Aufl., Düsseldorf 1993, § 10 Rdnr. 6.