

| 行政法 | 論集(4)

# 憲法及行政法制

Constitutional Law and  
the Legal System of Administrative Law

廖義男 著



元照

行政法論集(4)

# 憲法及行政法制

---

廖義男 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法及行政法制／廖義男著．-- 初版．--

臺北市：元照，2015.02

面；公分

ISBN 978-986-255-570-5（精裝）

1.憲法 2.行政法 3.論述分析

581.27

103028024

# 憲法及行政法制

5D338HA

2015 年 2 月 初版第 1 刷

作 者 廖義男

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](http://www.angle.com.tw)

定 價 新臺幣 750 元

專 線 (02) 2375-6688

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：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-570-5

# 序 言

憲法以維護人民基本自由權利為核心，依民主、法治原則、權力分立及責任政治之原理，規範國家與人民之關係，並決定國家組織及劃分國家機關之權限及其監督、制衡關係以保障人權及謀求人民福祉之基本法。而行政法則是國家機關行使公權力而與人民形成法律關係時，規範其間權利義務關係之法。亦即行政法係基於法治原則，為確保及落實憲法保障人民基本自由權利之意旨，對於國家機關行使公權力之行為，樹立其應遵行之一般原理原則，例如，依法行政原則、平等原則、比例原則、裁量濫用之禁止原則、信賴保護原則及應符合正當法律程序等，並就其各種形態之公權力行為，包括訂定法規命令及行政規則、作成行政處分、締結行政契約、實施行政計畫、行政指導、行政處罰、行政執行、公物之設置與管理，以及人民因公權力行為受害之救濟方法包括訴願、行政訴訟、國家賠償及損失補償等予以規範而形成各種行政法制度，並因而構成行政法之體系及重要內容。故行政法乃在實踐憲法保障人民基本自由權利意旨之具體法規範，其規範公權力行為之各種行政法制度，實為憲法保障人權理念所揭示基本原則之具體表現。

本書整理近十年來有關憲法及行政法論述之文章共31篇，依其內容分為兩大部分：一為憲法及釋憲實務，二為行政法之制度及發展。第一部分主要在論析司法院大法官之釋憲制度及其功能，並就其實務運作及所作成之司法院解釋，尤其有關法

律保留原則、平等原則、比例原則、正當法律程序、財產權之保障、人民服公職之權、處罰、租稅及人身自由保障等議題之相關解釋予以評述，並就現行釋憲制度應可改進之處提出建言。此外，並就選舉制度、地方自治與中央之關係、憲法之修改、以及憲法解釋對行政法制發展之影響加以論述；第二部分除論述近四十年來行政法之發展及現代行政法制度之建立及變革外，並針對各種行政法制度之規範包括行政程序尤其行政機關之管轄權、行政調查、行政罰、訴願、行政訴訟尤其課予義務訴訟、公務人員之人事爭訟及國家賠償等議題予以深入探討，並對訴願法及國家賠償法提出應修法之方向及具體改革之建議。論述之內容除具體法規範之解說及其變革與蘊涵之法理予以闡明外，並著重相關司法院解釋及實務裁判見解之歸納、分析及評論。本書特別重視憲法人權保障理論之發展對行政法制之形成及變革所生之影響，強調憲法及行政法之連結及衍生關係，因而將憲法及行政法兩個法領域相關議題之論述整合一起出版，期使讀者於認識及掌握憲法原理原則及相關司法院解釋之同時，並能注意及觀察其對行政法制度成長及演變之形塑作用，以及共同建立現代法治秩序之功能。

本書之編輯、統一體例格式、校對及事項索引之排列，多勞元照出版公司出版團隊費心及大力協助，十分感激，對於元照出版公司之協助出版，謹在此也表示衷心感謝。

廖義男

2015年1月5日

# 作者簡歷

## 廖義男

### 現 職

臺灣大學法律學院兼任教授

### 學經歷

臺灣大學法律學系畢業

德國杜賓根（Tübingen）大學法學博士

臺灣大學法律學院教授、院長

輔仁大學法學院兼任教授

行政院公平交易委員會副主任委員

東吳大學法學院兼任教授

司法院大法官

世新大學法學院客座教授

### 著 作

企業與經濟法（1980年4月）

國家賠償法（增定二版二刷）（1998年9月）

公共建設與行政法理（二刷）（1994年8月）

公平交易法之理論與立法（1995年10月）

公平交易法之釋論與實務（第一冊）（二刷）（1996年8月）

行政法之基本建制（2003年6月）

土地法制度論集（2015年1月）

# 目 錄

---

## 序 言

## 第一篇 憲法及釋憲實務

### 第一章 釋憲制度與實務

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| 第一講 立法委員聲請釋憲之規定與實務                        | 5  |
| 壹、前 言                                     | 5  |
| 貳、立法沿革及理由                                 | 7  |
| 參、與外國法制之比較                                | 7  |
| 肆、立法委員聲請釋憲規定適用上之爭議                        | 12 |
| 伍、多項聲請釋憲案之競合及併案審理                         | 21 |
| 陸、修正草案有關立法委員聲請釋憲規定之商榷                     | 24 |
| 柒、結 語                                     | 26 |
| 第二講 從釋憲經驗談釋憲理論與程序                         | 53 |
| 壹、前 言                                     | 53 |
| 貳、大法官自2003年10月起至2007年9月止四年間<br>作成解釋之結果統計表 | 53 |
| 參、對釋憲程序所作之解釋                              | 55 |
| 肆、釋憲中所表示法理之評價                             | 57 |
| 伍、結語——釋憲程序改進之建議                           | 93 |
| 第三講 司法院解釋理由書與解釋文不一致時之<br>評價及引用            | 99 |
| 壹、前 言                                     | 99 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 貳、解釋理由書與解釋文不一致之現象            | 101 |
| 參、解釋理由書與解釋文不一致之成因            | 104 |
| 肆、解釋理由書與解釋文不一致時之評價           | 105 |
| 伍、法院採用解釋理由書爲其裁判理由時應有之<br>態度  | 105 |
| 陸、結語                         | 107 |
| <b>第四講 司法院大法官審理案件法修正草案評述</b> | 109 |
| 壹、前言                         | 109 |
| 貳、大法官釋憲及審理案件職權相關法規範之<br>整合   | 109 |
| 參、釋憲實務運作之法庭化、補充及修正           | 110 |
| 肆、釋憲制度之創新規範                  | 114 |
| 伍、尚有討論空間之議題                  | 116 |
| 陸、結語                         | 119 |

## 第二章 憲法規範目的之實踐——民主、法治 及人權保障

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| <b>第一講 選舉制度與平等、民主原則</b>                 | 123 |
| 壹、前言                                    | 123 |
| 貳、聲請人適格之問題                              | 123 |
| 參、單一選區與平等原則                             | 124 |
| 肆、政黨分配席次與得票數之比例及民主原則                    | 126 |
| 伍、立法委員聲請釋憲須達一定人數所具有之<br>意義              | 127 |
| 陸、結語                                    | 128 |
| <b>第二講 近三年大法官解釋之啟示與檢討<br/>——處罰相關之解釋</b> | 129 |
| 壹、前言                                    | 129 |

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 貳、處罰法定原則及授權之界限（釋字第680號與第638號解釋）           | 129 |
| 參、處罰手段及額度規定與比例原則（釋字第678號、第673號與第641號解釋）   | 132 |
| 肆、結語                                      | 136 |
| 第三講 大法官對租稅法之解釋與法官之命令                      |     |
| 審查權                                       | 139 |
| 壹、前言                                      | 139 |
| 貳、租稅法解釋比例頗高，顯示聲請大法官解釋為重要救濟之一環             | 140 |
| 參、租稅法規違憲審查之標準                             | 141 |
| 肆、法規自解釋公布之日起停止適用或定期失效之法規適用及救濟             | 146 |
| 伍、命令被宣告違憲比例高，法官應強化其命令審查權                  | 148 |
| 陸、結語                                      | 150 |
| 第四講 非刑事被告人身自由保障之趨勢——從其應踐行正當法律程序之相關司法院解釋觀察 | 151 |
| 壹、前言                                      | 151 |
| 貳、「管收」應經法官即時之審問程序及決定                      | 152 |
| 參、「強制隔離」不須法官保留決定但應有「得及時請求法院救濟」之機制         | 153 |
| 肆、「外國人之暫時收容」不須法官保留但應使受收容人得即時請求法官審查救濟      | 155 |
| 伍、非刑事被告之「管收」、「強制隔離」、「暫時收容」之正當法律程序比較       | 156 |
| 陸、非刑事被告人身自由保障之正當法律程序之強化                   | 157 |

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| 柒、「即時之司法救濟」與應主動移送之<br>「提審」並非相同              | 158 |
| 捌、結語                                        | 160 |
| 第五講 憲法解釋與行政法制之發展                            | 161 |
| 壹、前言                                        | 161 |
| 貳、維護人權新觀念之引進而催生新法制之建置<br>及舊法制之修正            | 162 |
| 參、法規違憲審查之宣告模式對法制變更之影響                       | 181 |
| 肆、大法官釋憲權之功能與「警告性解釋」宣告<br>模式之檢討              | 186 |
| 伍、結語                                        | 187 |
| 第六講 監聽資料之證據力與不分區立法委員<br>資格喪失之時點             | 189 |
| 壹、前言                                        | 189 |
| 貳、監聽資料之證據力                                  | 190 |
| 參、不分區立法委員資格喪失之時點                            | 193 |
| 肆、目的正當也要符合程序正義及法治原則                         | 194 |
| 伍、結語                                        | 197 |
| 第七講 活化憲法及修憲之規定如何適用                          | 199 |
| 壹、前言                                        | 199 |
| 貳、活化憲法之可能途徑                                 | 200 |
| 參、大法官釋憲態度為活化憲法之關鍵                           | 201 |
| 肆、憲法規範上之不合理或產生責任政治扭曲之<br>設計，未必能經由大法官之釋憲方式除去 | 204 |
| 伍、修憲規定適用之可能解釋                               | 206 |
| 陸、結語                                        | 210 |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 第八講 地方自治之規範及保障                | 211 |
| 壹、前言                          | 211 |
| 貳、憲法增修條文並未變更憲法本文就地方自治應具備之必要條件 | 212 |
| 參、憲法有關中央與地方權限劃分之規定仍有疑義        | 213 |
| 肆、地方與中央權限爭議之解決機制              | 222 |
| 伍、委辦事項之監督、爭議與救濟               | 225 |
| 陸、結語                          | 226 |

## 第二篇 行政法之制度及發展

### 第一章 當代行政法之發展

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 第一講 行政法之回顧與展望                | 233 |
| 壹、前言                         | 233 |
| 貳、行政法近九年之發展                  | 234 |
| 參、行政法待決之議題及未來展望              | 250 |
| 肆、結語                         | 261 |
| 第二講 台灣當代公法學理論之發展及行政法制度之建立與變革 | 263 |
| 壹、前言                         | 263 |
| 貳、行政處分之概念                    | 264 |
| 參、不確定法律概念與裁量                 | 266 |
| 肆、特別權力關係理論之修正及廢棄             | 269 |
| 伍、國家賠償制度                     | 275 |
| 陸、行政訴訟法之修正                   | 277 |
| 柒、行政程序法之建制                   | 285 |
| 捌、結語                         | 288 |

## 第二章 行政程序與行政調查

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| 第一講 行政機關之管轄權 .....                 | 293 |
| 壹、管轄權概說 .....                      | 293 |
| 貳、土地管轄 .....                       | 301 |
| 參、管轄權之競合與爭議 .....                  | 305 |
| 第二講 從行政法制之發展論行政調查立法規範<br>之原則 ..... | 313 |
| 壹、前 言 .....                        | 313 |
| 貳、學界對行政調查之探討及大法官相關之解釋 .....        | 314 |
| 參、近來相關法制之發展 .....                  | 317 |
| 肆、行政調查立法之規範範圍及規範原則 .....           | 323 |
| 伍、結 語 .....                        | 328 |

## 第三章 行政罰

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 第一講 行政罰法之制定與影響 .....   | 331 |
| 壹、行政罰法制定之緣起 .....      | 331 |
| 貳、行政罰法制定之經過 .....      | 334 |
| 參、行政罰法之規範內容及建制原則 ..... | 335 |
| 肆、行政罰法之施行及其影響 .....    | 349 |
| 伍、結 語 .....            | 352 |

## 第四章 行政救濟

|                    |     |
|--------------------|-----|
| 第一講 我國訴願制度沿革 ..... | 357 |
| 壹、前 言 .....        | 357 |
| 貳、訴願制度之沿革 .....    | 357 |
| 參、訴願制度之意義與功能 ..... | 392 |
| 肆、結 語 .....        | 394 |

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 第二講 行政訴訟法對訴願審理之影響                      | 397 |
| 壹、前 言                                  | 397 |
| 貳、訴訟種類之增加對訴願審理之影響                      | 397 |
| 參、行政訴訟法之修法方向及其對訴願審理可能之衝擊               | 402 |
| 肆、訴願審理制度之檢討——代結論                       | 407 |
| 第三講 訴願法修正方向之探討——兼論行政訴訟法修正對訴願機關之影響及因應之道 | 411 |
| 壹、前 言                                  | 411 |
| 貳、訴願制度之作用與功能                           | 412 |
| 參、訴願審理組織應否機關化或法庭化                      | 413 |
| 肆、對獨立行政機關作成之處分不服應如何救濟                  | 414 |
| 伍、現行委辦地方政府機關作成處分之訴願管轄機關是否妥適            | 415 |
| 陸、訴願參加人之規定是否合理                         | 415 |
| 柒、申請言詞辯論應否設條件限制                        | 417 |
| 捌、提起訴願應否停止執行                           | 417 |
| 玖、情況裁決制度應否廢止                           | 419 |
| 拾、訴願再審制度應否廢止                           | 421 |
| 拾壹、行政訴訟法新修正內容對訴願制度改革方向之啓示              | 421 |
| 拾貳、結 語                                 | 423 |
| 第四講 訴願法之未來發展                           | 425 |
| 壹、前 言                                  | 425 |
| 貳、加強訴願人、參加人程序上權利之保障對訴願以書面審理為原則之衝擊      | 425 |

|                                      |            |
|--------------------------------------|------------|
| 參、訴願決定之公信力是否應有機關以外社會<br>公正人士參與決定為必要  | 426        |
| 肆、擴大訴願救濟之功能                          | 428        |
| 伍、結語                                 | 429        |
| <b>第五講 地方政府執行國家法律之權責及組織<br/>問題</b>   | <b>431</b> |
| 壹、前言——中正紀念堂改名為台灣民主紀念館<br>引發之法律問題     | 431        |
| 貳、訴願人適格問題                            | 432        |
| 參、文建會得否為訴願管轄機關                       | 433        |
| 肆、地方政府能否及依何種方式將其權責<br>「委任」其所屬機關執行其職務 | 433        |
| 伍、地方政府能否提起行政救濟或聲請司法院<br>解釋           | 435        |
| 陸、結語                                 | 436        |
| <b>第六講 獨立行政機關之監督與權力分立</b>            | <b>437</b> |
| 壹、前言                                 | 437        |
| 貳、獨立行政機關之法律地位                        | 438        |
| 參、對獨立行政機關裁決不服之行政救濟                   | 439        |
| 肆、立法院之監督權限                           | 442        |
| 伍、結語                                 | 442        |
| <b>第七講 課予義務之訴訟</b>                   | <b>445</b> |
| 壹、課予義務訴訟之意義及分類                       | 445        |
| 貳、課予義務之訴訟與現行行政爭訟制度之比較                | 446        |
| 參、課予義務之訴訟與其他行政訴訟種類之區分<br>及相互關係       | 448        |
| 肆、課予義務訴訟之判決與法院之權限                    | 451        |
| 伍、課予義務訴訟之保全措施及判決之執行                  | 452        |

|                                                             |                                                          |     |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|-----|
| 第八講                                                         | 課予義務訴訟中所謂「依法申請」之內涵——以行政法院裁判為中心並兼評最高行政法院99年度6月份庭長法官聯席會議決議 | 455 |
| 壹、前 言                                                       |                                                          | 455 |
| 貳、行政法院對「依法申請」及「課予義務訴訟」要件所為之解釋                               |                                                          | 456 |
| 參、「權利或法律上利益受損害」並不同於「須有公法上請求權」                               |                                                          | 460 |
| 肆、基於保護規範理論亦不以有公法上請求權為必要                                     |                                                          | 462 |
| 伍、以拒絕申請並非行政處分為理由駁回課予義務訴訟，乃偏離問題焦點                            |                                                          | 463 |
| 陸、向行政機關檢舉他人違法而請求取締                                          |                                                          | 465 |
| 柒、「依法申請」有無包括依「行政契約」請求行政機關作成行政處分                             |                                                          | 481 |
| 捌、結 語                                                       |                                                          | 483 |
| 第九講                                                         | 公法與私法之區分——最高行政法院庭長法官聯席會議決議簡評(二)                          | 485 |
| 壹、前 言                                                       |                                                          | 485 |
| 貳、要求在道路下埋設管線之公司應支付使用費（2002.7.22七月份會議）                       |                                                          | 486 |
| 參、遷出眷屬宿舍所發給之補助費（2010.12.14十二月份第一次會議）                        |                                                          | 488 |
| 肆、依政府採購法之沒收押標金、列為不良廠商及招標、審標、決標（2004.2.7二月份會議及2008.5.1五月份會議） |                                                          | 490 |
| 伍、結 語                                                       |                                                          | 494 |

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| 第十講 三級二審之新行政訴訟法 .....                 | 495 |
| 壹、前 言 .....                           | 495 |
| 貳、簡易程序事件審理之修正重點 .....                 | 496 |
| 參、交通裁決事件程序之特色 .....                   | 497 |
| 肆、結語——新制施行後之展望 .....                  | 500 |
| 第十一講 人事爭訟之爭議問題——保障、<br>考績、調職、解聘 ..... | 501 |
| 壹、概 說 .....                           | 501 |
| 貳、內 容 .....                           | 502 |
| <b>第五章 國家賠償</b>                       |     |
| 第一講 國家賠償責任構成要件規定之修正與<br>檢討 .....      | 521 |
| 壹、前 言 .....                           | 521 |
| 貳、行使公權力而構成之國家賠償責任 .....               | 522 |
| 參、因公共設施而構成之國家賠償責任 .....               | 537 |
| 肆、結 語 .....                           | 542 |
| 第二講 行政法制之變革對國家賠償法適用之<br>影響 .....      | 545 |
| 壹、前 言 .....                           | 545 |
| 貳、普通法院關於公權力違法之審查 .....                | 547 |
| 參、行政法院對審理國家賠償訴訟之見解 .....              | 557 |
| 肆、從法院實務之見解省思國家賠償訴訟之未來<br>發展方向 .....   | 569 |
| 伍、結語——國家賠償法之展望 .....                  | 575 |

## | 第一篇 |

# 憲法及釋憲實務