

制度設計型行政法學

劉宗德 著



元照

制度設計型行政法學

劉宗德 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

制度設計型行政法學／劉宗德著．-- 初版．--

臺北市：元照，2009. 04

面；公分

ISBN 978-986-6540-57-8（精裝）

1. 行政學 2. 行政訴訟 3. 文集

588.07

98001399

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

制度設計型行政法學

5D146HA

2009 年 5 月 初版第 1 刷

作 者 劉宗德

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 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 978-986-6540-57-8

自序

行政法學係以民事法學為典範，並試圖脫離其法理束縛而自立；如一方面模仿民法理論中之「法律行為論」而自成「行政行為論」，他方面為求擺脫民法之對等性而另賦與國家活動之公權力性。其結果，雖成功地將國家權力導入法律形式予以規範，但亦不免須對公權力活動予以特別處理。甚且，伴隨給付行政領域之擴展，採取私法形式或非型化之行政活動不斷增加，單以公權力性之要素，欲掌握行政活動之全貌，誠非易事。

於本質上，行政法學之考察對象雖與民事法學有部分共通之處，然考察之著眼點與重視之價值面，兩者仍維持其固有性而存相當差異。如民事法學重視之價值為意思自律性與當事人衡平性；而行政法學則為制度化之劃一處理性與多數當事人間之利益衡量性。惟意思自律性仍須以公法制度為前提要件，而當事人衡平性實植基於公法指針之公平原則。亦即，公法與私法有其交錯領域，兩者實立於密不可分之協力關係。

作者於1998年出版之『行政法基本原理』一書中，曾對傳統行政法理論體系之破綻與缺陷提出批判，特別是基於「行政過程論」而針對「行政行為形式」與「行政一般制度」分別加以檢討。本書亦係基於對傳統行政法學之批判意識，針對行政法學之制度設計，希冀建立作者自身之行政法學方法論。例如：

第一篇「行政法學方法論」，旨在闡揚「行政法律關係」、「行政行為形式」及「行政法律制度」此種三段分析法之便益性，迅速掌握行政實體關係之內涵。

第二篇「公法與私法之區別」，透過此一古老行政法學方法

論爭之剖析，期待架構行政法與鄰近法領域之對話橋樑，並有助於行政法學對象範圍之擴展。

第三篇「行政私法」，確立行政私法於行政法學體系之意義及定位，並說明其界限及應受公法之拘束，俾利「新雙階理論」今後之健全發展。

第四篇「日本公務員保障制度概述」，兼論我國與日本公務人員保障法制之比較，尤其發現彼邦兼採「不利益處分之聲明不服」及「改善勤務條件之要求」，竟與我國之「復審」及「申訴」雙軌制，有異曲同工之處。

第五篇「日本公益法人、特殊法人及獨立行政法人制度之分析」，藉由觀察日本因行政組織變革所孕育之新型態行政主體之發展，思考我國今後應如何建構柔軟化行政組織與行政作用之國家活動模式。

第六篇「世紀轉變期之日本社會福祉法制」，檢討日本因進行社會福祉之基礎構造改革，提供給付之行政手段已從公權力措施遞移為契約行為，反思我國如何引進先進之「照護保險制度」及「支援費支給制度」。

第七篇「直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準及其相關法律問題」，參考日本社會福利保險制度之中央與地方分擔方式及其司法解決紛爭途徑，提出我國地方公共團體對於社會福利事務經費之合理分擔建議，以及建構自治法人之司法審查基準，俾維護地方自治之精神。

第八篇「國家賠償及損失補償」，以國家責任之基礎理論、案例分析及修正草案三部分為骨幹，試圖說明實施近三十年、瀕臨老化現象之國賠法制，其完整理論體系、訴訟實務及修法方向三者之關聯性。

第九篇「憲法解釋與訴訟權之保障」，大量引介司法院大法官解釋，除闡明「訴訟權」之具體概念外，並呼籲應認真對待「作為訴訟權具體化之行政訴訟制度」。

第十篇「行政訴訟法第12條、第177條解說」，為說明民刑訴訟與行政爭訟程序之關係，以及裁判以他訴法律關係為據時應如何處理，嘗試逐條釋義系爭條文，並建議解決行政紛爭之訴訟手段應為有機結合。

第十一篇「行政訴訟制度」，針對行政訴訟事件、行政訴訟主體、第一審訴訟程序此三個重要理論課題，詳為論證分析，俾有助於人民訴訟權之有效行使。

作者近年來醉心於「制度」之考察，於心得上認為制度本身並非目的，任何制度均為「將一定政策更有效果地實現之手段或構造」。故人為成立之制度並非恆久不變，一旦發生需求，將遭逢變革之命運，即制度僅為「令已形成之政策容易運作之軌道」而已。而「行政法律制度」尤然，須契合時代脈動及社會環境，不斷開發、創新、改革各種行政組織、行政活動、行政手段等國家制度，方能達成行政任務之現代使命。為圖建立行政法學之制度設計考察方法，而本書各篇論文亦係基此宗旨而作，爰仿約翰·康芒斯（Commons, J. R.）『制度經濟學』（Institutional Economics），將書名題為『制度設計型行政法學』（Institutional Administrative Law）。

劉宗德 謹誌於

政治大學法律學系

2009年3月15日

作者簡介

劉宗德

1954年02月09日

生於台灣基隆市

學歷：日本國立名古屋大學法學博士（1986）

國立政治大學法學碩士（1979）

輔仁大學法學士（1975）

現職：國立政治大學法律學系特聘教授

國立政治大學公法學研究中心主任

社團法人台灣行政法學會秘書長

行政院法規委員會委員

經歷：國家通訊傳播委員會副主任委員（2006.02.22～2008.07.31）

國立政治大學法學院碩士在職專班執行長（2004.08.01～
2005.12.31）

國立政治大學教務長（1997.08.01～2000.10.31）

國立政治大學法學院院長兼法律學系系主任（1996.08.01～
1997.07.31）

日本朝日大學客座教授（1991.08.01～1994.07.31）

日本國立名古屋大學、亞細亞大學講座教授

目 錄

自 序

作者簡介

第一篇 行政法學方法論——兼論行政程序法之行爲與制度

壹 立法緣起	2
貳 行政程序法之行爲與制度	2
一、行政法律關係之釐清	2
二、行政行爲形式之分析	15
三、行政法律制度之配套	34

第二篇 公法與私法之區別

壹 爭議問題	50
貳 提 要	50
參 討論解說	52
一、公法與私法之區別	52
二、公法與私法之區別實益	56
三、公私法區別論之適用	58
四、公私法區別論之實務運作	63
五、公私法區別論之檢討	72
六、今後之課題——代結語	74

第三篇 行政私法

壹 爭議問題	78
貳 提 要	78
參 討論解說	79
一、行政私法之概念	79
二、行政私法於行政法學體系之意義	83
三、行政私法之界限及其所受公法之拘束	85
四、今後之課題——代結語	91

第四篇 日本公務員保障制度概述——兼論中日公務人員保障法制之比較

壹 前 言	97
貳 不利益處分之聲明不服	99
一、制度概要	99
二、請求審查之要件	100
三、審理之機關及方式	102
四、判 定	103
參 改善勤務條件之要求	104
一、制度概要	104
二、要求改善勤務條件之要件	104
三、審查程序	106
四、判定及建議	106
肆 結 論	107

第五篇 日本公益法人、特殊法人及獨立行政法人制度之分析

壹 日本公益法人及特殊法人制度之分析	113
一、日本公益法人制度及其執行現況	113
二、日本特殊法人制度之形成、現況及其改革	120
貳 日本獨立行政法人制度之現況及發展	136
一、制度目的	136
二、制度說明	137
三、執行現況及問題點	139
四、與特殊法人之關係	142
參 日本文化教育機構推動獨立行政法人化之事例	143
一、文化研究機構	143
二、國立大學法人	144
肆 小 結	147

第六篇 世紀轉變期之日本社會福祉法制

壹 序 論	151
貳 以行政為核心之給付體系——措施制度之基本構造	154
一、措施制度之意義	154
二、措施制度之法律關係	158
三、措施制度之法理論	163
參 以受給者及事業者為核心之給付體系——照護保險制度及支援費支給制度	168
一、社會福祉改革之論理構造	168
二、照護保險制度及支援費支給制度之法律關係	175
三、社會福祉基礎構造改革之問題點	180
肆 結論——世紀末二十年之日本社會福祉及其今後展望	187

第七篇 直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準及其相關法律問題

壹 前 言	193
貳 地方公共團體對於社會福利事務經費之分擔	195
一、地方自治之公共性	195
二、地方財政自主權	199
三、垂直分權下行政事務之適當劃分及其財政收支之合理分配	201
四、司法院大法官釋字第550號解釋	204
參 日本公醫療保險制度之公費負擔	212
一、日本公醫療保險制度及其經費分擔	212
二、日本國民健康保險制度之公費負擔及其計算基準	221
三、補助金適正化法之適用及其紛爭之解決	225
四、地方公共團體過度負擔問題——以攝津訴訟事件等為例	231
肆 我國直轄市負擔全民健康保險暨勞工保險補助款之計算基準	235

第八篇 國家賠償及損失補償

壹 基本理論	240
一、國家賠償	240
二、損失補償	265
貳 問題與回答	275
附錄 國家賠償法修正草案條文對照表（初稿）	314

第九篇 憲法解釋與訴訟權之保障——以行政訴訟為中心

壹 前 言	369
貳 訴訟權之概念及其問題	372
一、訴訟權根據論問題	374
二、訴訟權性質論問題	375
三、訴訟權對象論問題	376
四、訴訟權範圍論問題	381
參 作為訴訟權具體化之行政訴訟制度	386
一、立法者之訴訟制度形成自由	387
二、受獨立法院審判之權利（獨立的法院救濟保障）	409
三、接近法院之權利（完整的權利救濟保障）	418
四、受公正有效審判之權利（有效的權利救濟保障）	424
肆 結 論	434

第十篇 行政訴訟法第12條、第177條解說

壹 第十二條（民刑訴訟與行政爭訟程序之關係）	440
一、立法沿革	440
二、外國立法例	442
三、立法目的	447
四、內容解析	456
貳 第一百七十七條（裁定停止(一)——裁判以他訴法律關係為據）	467
一、立法沿革	467
二、外國立法例	467
三、立法目的	468
四、內容解析	470

第十一篇 行政訴訟制度

壹 行政訴訟事件.....	478
一、行政訴訟之概念	478
二、行政訴訟之目的與行政訴訟法之定位.....	484
三、行政訴訟事件	490
四、行政訴訟之類型	495
貳 行政訴訟之主體.....	508
一、行政法院	508
二、行政訴訟當事人	519
三、多數當事人——選定當事人與共同訴訟（原告與 被告之多數）	534
四、多數當事人——行政訴訟之參加.....	553
參 第一審訴訟程序.....	575
一、訴訟程序諸原則	575
二、訴訟程序之開始	582
三、行政訴訟之審理	604

初出一覽表

第一篇

行政法學方法論

——兼論行政程序法之行為與制度

目 次

壹 立法緣起

貳 行政程序法之行為與制度

一、行政法律關係之釐清

(一)組織法關係與作用法關係

(二)公權力關係與非公權力關係

(三)一般權力關係與特別權力關係

(四)公法關係與私法關係

二、行政行為形式之分析

(一)行政處分

(二)行政契約

(三)法規命令及行政規則

(四)行政計畫

(五)行政指導

三、行政法律制度之配套

(一)行政義務履行確保制度

(二)行政調查制度

(三)行政程序制度

(四)行政爭訟制度

(五)國家補償制度

壹 立法緣起

「程序的違法會導致整個行為效果構成違法」，所以在處理一個行為的時候，以往僅注重行為實體，但是今天反過來要注意其程序。政府一詞，英文為 **government**，將 **government** 改為 **governance**（治理），政府如何治理？行政程序之意涵即為希望政府能夠自我來治理，以成為一個法治國家。美國於1946年制定 **A.P.A（Administrative Procedure Act）** 之行政程序法、德國於1976年制定聯邦行政程序法、日本於1994年施行行政手續法（當時共三十八條，後於2005年增訂「法令訂定程序」，現增為四十六條）。我國則經過兩個階段，第一階段於1981年7月1日「國家賠償法」正式施行，稱為第一次「法治元年」，而關於行政救濟共有三法：訴願、行政訴訟、國家賠償，此類法制完成後，我國行政救濟制度大致齊備；第二次「法治元年」則為2001年1月1日施行「行政程序法」共一百七十五條，至此，我國正式宣告進入法治國家之列。

貳 行政程序法之行為與制度

行政程序是什麼行為？或是什麼制度？行為與制度對於行政法、法理有何影響？行政程序不是單一行為，行政程序是整套法律制度，也就是個人近年在推行的「行政法學方法論」。其內容茲說明如下：

一、行政法律關係之釐清

（一）組織法關係與作用法關係

對於行政行為，應先分析其為內部組織法關係或為外部作用法關係。組織法關係為主體與主體之間的關係，例如，基隆市

（公法人主體）與台北市（公法人主體）協議合蓋垃圾焚化場，試問，兩地方政府之協議性質為何？後來基隆市政府將該協議送至基隆市議會，議會不同意該合蓋垃圾焚化場協議案，基隆市政府因而毀約，試問，此一「毀約」之法律效果為何？

組織法內的主體可享受權利與負擔義務，地方公共團體即是一個主體，是統治主體的公法人，而公法人另存在以下兩種形態：「農田水利會」在釋字第518號解釋中被認為是公法人；另一則為「國立中正文化中心」，在2004年3月1日改制為「行政法人」，此為公法人的另一種稱呼，「國立中正文化中心」下轄國家音樂廳及國家戲劇院，惟中正紀念堂管理處仍為行政機關。早先認為機關與機關間為「權限」關係，主體與主體為「權利義務」關係；但現今組織法內機關與機關之間已經發生重大變化，這種變化在行政程序法條文中將介紹說明，在此則先介紹相關的重要法理原則，即「管轄恆定原則」。

根據「中央法規標準法」第5條第3款：「關於國家各機關之組織者，應以法律定之」。國家機關組織以法律規定，機關組織必有權限職掌、任務分配；政府行政權限、事務屬何機關管轄，原屬恆定不變，此法理稱為「管轄恆定原則」。例如「事物管轄」，教育部事務不能請內政部警政署去處理；「地域管轄」，每個行政機關都有區域管轄權，此統稱為「管轄恆定原則」，即自己的事務、區域要自己管轄。惟非常特殊的，「行政程序法」為了配合行政實務上需要，採取五種「管轄恆定原則」之例外：

1. 行政程序法第15條第1項（權限委任）：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委任所屬下級機關執行之」。訴願法第8條：「有隸屬關係之下級機關依法辦理上級機關委任事件所為之行政處分，為受委任機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向受委任機關或其直接上級機關提起訴願」。〈案例〉教科書的審定事宜，係屬於教育部之權限，惟教育部因人力

不足，故將教科書審定業務委任其所屬下級機關之「國立編譯館」執行之。因之，根據訴願法第8條規定，該審定函應該屬於國立編譯館的行政處分，而應蓋其大印始為正確。惟實際上教育部卻稱此非為「權限委任」而係「民事承攬」，因此，審定函上所蓋者仍為教育部的大印，這樣的作法是值得非議的。

2. 行政程序法第15條第2項（權限委託）：「行政機關因業務上之需要，得依法規將其權限之一部分，委託不相隸屬之行政機關執行之」。訴願法第7條：「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願」。
〈案例〉交通部欲將「船隻檢查業務」委託海岸巡防署執行，惟依據行政程序法第15條第3項：「前二項情形，應將委任或委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙」。海巡署因未有法規授權依據，故對於交通部船隻檢查業務只能「職務協助」，不能依「權限委託」受託執行檢查業務（註：2001年以前的中央法規大多未規定委任、委託之相關條文）。

3. 地方制度法第2條第3款（權限委辦）：「委辦事項：指地方自治團體依法律、上級法規或規章規定，在上級政府指揮監督下，執行上級政府交付辦理之非屬該團體事務，而負其行政執行責任之事項」。訴願法第9條：「直轄市政府、縣（市）政府或其所屬機關及鄉（鎮、市）公所依法辦理上級政府或其所屬機關委辦事件所為之行政處分，為受委辦機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向受委辦機關之直接上級機關提起訴願」。
〈案例〉台北縣汐止鎮廖○○鎮長開徵「鎮長稅」（法院第一審判刑十八年、第二審判無罪），依據建築法規定，使用執照的請領，其權責在縣市政府，即由台北縣政府核發使用執照，但是使用執照在請領之前，建築業者必須經由鄉鎮市公所核發「公共設施無損害證明書」，該證明書係由台北縣政府委辦汐止