

營業管制判決之研究

陳櫻琴*

目次	
壹、前言	2 工廠營業
貳、營業管制之法規範	3 營造業
一、憲法法規範	4 攤販營業
二、行政法法規範	5 特種營業
三、個別營業管制法規範	6 信用合作社營業
四、小結	7 保險業
參、營業管制判決之研究	8 旅行業
一、概說	9 報關行營業
二、案例類型	10 運輸業
1 商業營業	肆、結語

壹、前言

營業管制為經濟管制之核心問題^{*}（註一），經濟管制之範圍廣泛，經濟活動類型龐雜眾多，研究「行政介入」對人民經濟活動之影響，可以「營業管制法」為檢證對象。例如行政主體對營業自由之限制，包括營利和非營利之營業；個人和組織營業；營業設立和營業活動等管理，均可掌握行政主體對私經濟之介入實態。本文以行政法院有關營業管制判決為主，研究營業管制之類型，並分析其政策目的和政策工具，在政府「公權」和人民「基本權」所生之「緊張關係」

* 中原大學財經法律學系暨研究所副教授

*（註一）參見陳櫻琴：台灣經濟管制立法之理論發展與實證研究，中興大學法律研究所博士論文（以下簡稱「博士論文」），一九九四年。第三章有關經濟管制之研究——以營業管制為中心，第九七至一四六頁，尤其是第一〇四至一〇八頁。

及其對營業管制之影響*（註二）。

探討行政公權力之營業管制問題，亦必深究背後所含的法價值。換言之，公權力實施營業管制的「法價值」，大於人民營業自由之「法價值」，則營業管制符合合法性、正當性原則，且為全民能同意、所接受。但社會變遷迅速，營業型態及法價值觀也在轉變中，多年前視管制為正當、合理者，可能目前看來如洪水猛獸般可懼；現今認為可放任自由之經濟活動，殊不知他日認為有強力干預之必要。因此營業管制的項目多、寡，管制法則寬、鬆等，均應與社會發展密切配合。*（註三）

其次，營業管制係針對營業自由而來，在民主法治國家貫徹「依法行政原則」，經濟交易行為是自由的，立法加以禁止時，經濟自由權才受到限制，俾符合「經濟法治國」原則*（註四）。從方法論言，營業管制可分司法層面與立法層面，司法層面係指法院對營業管制之案例形成，立法層面係針對不同營業管制領域，在立法上應如何規範其體系。

目前我國尚欠缺總則性「營業法」，在立法層面，是否參考德國「營業法」（Gewerberecht）之體系，有待進一步探討；惟從司法層面

*（註二）在經濟管制領域，公權力介入私經濟活動所產生的「緊張關係」，在營業管制的最基本工具，如「執照管制」、「價格管制」等，所產生的現象最明顯。以執照管制而言，應從整體行政過程以觀，即在決定執照管制的政策、時機、管制方式及申請要件等都應注意行政程序的公開及明確。

*（註三）例如政府對醫藥品、食品等營業的管理，均嚴格規定其設立及檢驗標準，係其影響人體安全極大，國家立法乃基於「防衛社會共同生活所必要」，故行政主體實施營業管制的法價值，優先於個人的營業自由法價值。又如經濟政策對營業管制法亦有舉足輕重影響，過去國貿局、工業局，對貿易商進出口管理、工廠設立管理，都扮演極重要角色，但在經濟自由化趨勢下，相關的營業管制即有逐漸解除制（De-regulation）之必要。

*（註四）依法行政原則是法治國基本原則，在營業管制領域自應遵守依法行政原則，俾符合「經濟法治國」之理念，有關經濟法治國之法律原則，包括經濟公平原則、經濟正義原則、經濟倫理原則、經濟競爭原則、行政介入原則等，相關問題之討論，參見陳櫻琴：台灣百年經濟法之光明面與黑暗面，台灣法學會主辦「台灣法制一百年」論文發表會（以下簡稱「百年經濟法」論文），一九九五年十一月四、五日，第三五至三六頁。

言，行政法院實務運作上已衍生若干營業管制案例，分析其案例類型，在研究上建立其體系，並形成營業管制之法律原則，從而架構營業管制之「合憲秩序」*（註 五），對建立通盤經濟管制法體系有助益。惟本文受限於篇幅，僅就行政法院判決有關營業管制案例先予分類研究，相關法律原則及理論體系之研究另文討論之。

貳、營業管制之法規範

有關營業自由與營業管制之意義，由於欠缺總則性營業管制法之制定施行，僅能由學理上予以分類探討之*（註 六）。「營業自由」（Gewerbefreiheit），指人民有選擇經營何種事業之自由，屬於經濟的基本權（ökonomische Grundrechts）或生存權的基本權，是保障人民營生的權利。*（註 七）

而所謂「營業管制」，即營業自由之限制，其法規範包括憲法、行政法及個別營業管制法，以下分述之：

一、憲法法規範

營業管制之憲法法規範，主要係指憲法上如何規定營業自由，有無管制之界限*（註 八）。我國憲法第二章規定人民之權利義務，雖然未明文使用「營業自由權」，但第十五條規定「人民之生存權、

*（註 五）經濟合憲秩序，指經濟秩序符合憲法規範，包括形式憲法條文及實質憲法原則，有稱前者為「經濟基本體制法」，後者為「經濟基本體制」，參見廖義男：經濟法之概念與內容體系，收錄於企業與經濟法，六九年，第三一至三四頁。

*（註 六）由於營業（Gewerbe）一詞並無立法定義，且各個法領域不同，有時亦用業務、工商業、企業等，有稱營業為以營利為目的而反覆為一定行為，參見李建良：營業許可基準之審查——兼論我國憲法上營業自由之限制（以下簡稱「營業許可」論文），載經社法制論叢，第五期，七九年一月，第二二八至二三〇頁。

*（註 七）參見我妻榮編集：新法律辭典，昭和二七年初版一刷，昭和五六年新版初版二二刷，有斐閣，第六十頁。

*（註 八）德國、日本憲法上定位營業自由，參見李建良：「營業許可」論文，第二三〇至第二三二頁。

工作權及財產權，應予保障」，亦肯定營業自由的地位。^{*}（註 九）

憲法上對營業自由的管制，主要根據有二：一是第二十三條「人民權利之限制」，一是第一百四十五條「限制私營事業」。惟其他有關生存權、工作權、財產權的限制規定，尤其是第十三章基本國策有關國民經濟之基本原則，亦可屬於營業管制的憲法根據。行政主體限制人民營業自由，亦僅得由立法機關以法律為之，不能由行政機關以命令為之。由反面意義而言，人民之營業自由並非絕對不能限制，惟在必要情形之下由法律予以管制。

總之，就憲法規範言，營業自由屬憲法基本權保障，限制營業自由必有法律之根據，亦即在自由經濟之下，公權力對營業自由之管制應為「原則自由，例外禁止」，惟過去迭因政策及執法之難以配合，有時往往流於「原則禁止，例外恩准」的經濟統制現象。^{*}（註 十）

二、行政法規範

營業管制之行政法規範，指行政主體進行營業管制應遵守依法行政原則，包括法律優越原則和法律保留原則。營業管制屬干預行政（Eingriffsverwaltung）者，更應符合法律保留原則。此外，營業管制亦應適用行政法一般法律原則，如行政介入之補充性原則、管制手段與目的間的合比例性原則、限制進入市場之公平原則等。^{*}（註一一）

從行政法觀點看營業管制，應從「行政組織法」、「行政作用法」及「行政救濟法」等方向思考，例如營業主管機關權責是否明確，執行取締公務員之素質及責任，公營造物或公物提供營業之管理等，牽涉行政組織法問題。行政機關利用何種管制手段介入營業管理，如行政處分、行政契約；對營業設立的管制，採事前或事後管制；對營業活動的管制，採申報制、登記制、許可制、特許制等類型，屬於行政作用法範圍。人民對行政主體之營業管理措施不服，如何循訴願、再訴

^{*}（註 九）有從生存權、財產權觀點導出營業自由權，有從工作權觀點導出營業自由權。前者參見林紀東：中華民國憲法釋論，四九年四月初版，六五年重訂二九版，大中國圖書經銷，第一四九頁。後者參見廖義男：憲法與競爭秩序之維護，收錄於公平交易法之理論與立法，八四年印行，第三頁。

^{*}（註 十）有關損害法律威信之批評，參見李建良：「營業許可」論文，第二三四頁。

^{*}（註一一）參見陳櫻琴：論經濟管制法之法律原則，收錄於城仲模主編：行政法一般法律原則，八三年初版，三民書局，第三六一頁以下。

願及行政行政訴訟途徑解決，為行政救濟法討論課題。總之，營業管制法屬經濟行政法領域，為行政法各論研究主題之一，自應受行政法總論之原理原則規範。

三、個別營業管制法規範

營業管制之範圍及項目，在欠缺總則立法前，個別之營業管制法規範，分散在各法令規章中。舊商業登記法第二條規定，商業包括農林業；畜牧業；漁業；礦業；水、電、煤氣業；製造業；加工業等三十二種營利事業。另據「商業團體分業標準」規定，包括米穀商業、雜糧商業等總共一百十五種商業，可見營業範圍之廣泛、項目之繁多。

*（註一二）

以工廠為例，無統一之立法規定，與安全有關之工廠設立標準，另行訂立行政命令，如「火柴工廠設置標準」、「實業用爆炸物製造及其原料加工廠場設置標準」*（註一三）等，在一般性規定「工廠設立登記規則」中，欠缺對工廠行業或種類之規定。其他個別營業管制還牽涉不同之主管機關，如包括財政部對金融業之管理；內政部對建築業之管理；交通部對運輸業、旅行業之管理等，分散各機關，牽涉個別法規更複雜，均使營業管制法之各論研究不易。

四、小結

綜上所述，營業管制之法規範，大致可分為憲法、行政法及個別營業法等三種，惟在過去欠缺「經濟法治國」之理念，實際運作之法規範更為複雜，至少包括下列類型：*（註一四）

*（註一二）現行商業登記法未規定商業之項目。至於「商業團體分業標準」係六十三年經濟部經（六三）商字第二二五四〇號公告；八十四年經濟部（八四）商字第八四二二五四四三號，內政部（八四）內社字第八四八二七三〇號令修正發布。且依本文之研究，行政法院營業判決項目繁多，包括撞球業、補習班、海水浴場、攤販等，有時甚難以單一標準予以歸類。

*（註一三）參見經濟部主編：經濟法規彙編，工業發展類，八三年印行，第一五〇、一五一頁。

*（註一四）管制工具包括法律、命令及處分等。其中利用行政命令進行營業管制，限制人民自由權利者，欠缺法源依據，迭有被宣告違憲之例，如大官釋字第三九〇號針對工廠設立登記規制之解釋，參見本文後述。

- 一、由法律明文管制營業之設立，或由行政命令為之，但法律根據明確者。如「建築法」及其授權訂立之行政命令「建築業管理規則」對建築業之管理；「發展觀光條例」及其授權訂立之行政命令「旅行業管理規則」對旅行業之管理。
- 二、僅由行政命令、公告規定管制營業行為恐有侵害人民營業基本權。如過去為數眾多的特種營業管理法令。^{*}（註一五）
- 三、法令未明文限制，但實際上人民不得經營設立該營業。如過去禁止設立銀行業、保險業、信用合作社等經濟管制政策。^{*}（註一六）

參、營業管制判決之研究

一、概說

我國對營業管制並無統一立法，惟在行政法院有關判決中，有多數牽涉各行各業營業事項，本文摘錄若干營業管制判決分析說明之。其中最大部分屬營業登記事件，受管制最多的行業以商業服務業最多，包括：服務業（如一般商業、信用合作社、保險業、證券商、旅行社、報關行、貿易商、建築師服務業、機車行、運輸業等）、製造業（如一般工廠、營造廠）、及休閒娛樂業（如廣播電視業、特種營業、撞球場、海水浴場）及其他營業（如攤販、接骨技術員、補習班）等。

以下摘錄十項重要營業管制事件，包括：1 商業營業；2 工廠營業；3 營造業；4 攤販營業；5 特種營業；6 信用合作社營業；7 保

^{*}（註一五）行政主體營業管制行政命令，人民如有不服，可否提起司法救濟，法院見解通說仍採否定。行政法院認為：以命令實施一種辦法，限制人民不得對之提起訴願（參見四七年判字第63號判例、六一年判字第八一九號判例）。

^{*}（註一六）有稱「經濟解嚴」，指在政策上放寬管制，開放民間經營若干原來禁止經營之營業，如在民國八十一年修正銀行法、保險法，開放民營銀行業、保險業；八十二年修正信用合作社法等，參見陳櫻琴：台灣經濟立法史年表，載「百年經濟法」論文，第五四頁。

險業；8 旅行業；9 報關行營業；10 運輸業。分為兩部分：A 行政法院判決*（註一八）；B 案例評析，說明之：

二、案例類型

1 商業營業：

A 行政法院判決

商業登記法所定罰鍰為行政罰，如行為人有違法事實，即應依法按其情節輕重予以處罰，不以故意或過失為要件。（八、五、二，八一年判字第六九六號，第一一輯，第三三六頁。）

商業登記法第八條所謂「不得經營登記範圍以外之業務」，乃係以登記為準，並非以申請為準，故原告縱已申請變更登記，於未經核准前，逕行從事他種業務，仍無解於違反前開法條之規定。（七八、一二、二九，七八年判字第二六八五號，第九輯，第一三七六頁。）

原告於被查獲時尚未經主管機關核准登記，並領得商業登記證，即開始營業，被告機關臺北縣政府據以處罰，自非無據。（八、二、二六，八一年判字第二六五號，第一一輯，第三三三頁。）

B 案例評析

本案例等係有關一般商業之營業管制，主要法源根據係「商業登記法」（二十六年國民政府公布，五十六年總統令修正公布），在目前主管機關最常援引商業登記法取締「違規營業」，其主要規定為第八條第三項條文「商業不得經營其登記範圍以外之業務」。惟商業登記法所定罰鍰為行政罰，行為人常主張欠缺「違法認識」，對違規部分無故意或過失。有關違反經濟行政法之處罰，是否以當事人故意或過失為要件，適用上即生疑義。

大法官會議第二七五號解釋：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件。但應受行政罰之行為，僅須違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危險為其要件者，推定為有過失，於行為人不能舉證證明自己無過失時，即應受處罰。」（八十、三、八）*（註一

*（註一八）本文所引行政法院判決，摘錄於司法周刊雜誌社印行：行政法院裁判要旨彙編，第一輯至第十三輯（收錄民國六十七年至八十二年之判決），案號標明於判決要旨之後，並註明輯數及頁數，以供查考。

*（註一九）大法官會議第三一三號解釋文並謂：行政法院六十二年度判字第三〇號判

九)

雖然該號大法官會議解釋係針對個案（海關緝私條例第三十七條偽報貨物品質價值）為對象，但已確立行政罰之處罰，將行之多年不問有無故意或過失一概處罰之原則，一舉加以變更。其理由不外基於憲法保障人民權利之意旨，因為「行政罰對人民之制裁，原則上行為人應有可歸責之原因」（釋字第三一三號解釋理由書）。*（註二十）

在該號解釋之後，商業登記法所規定之行政罰，原則上亦不以故意或過失為要件。前引八一年判字第六九六號（八一年五月二日）係於大法官會議第三一三號解釋（八十年三月八日）之後，卻仍維持舊說見解有被批評為「行政機關扭於積習，置法條文義解釋於不顧」*（註二一）

2 工廠營業：

A 行政法院判決

小型製造業，依工廠設立登記規則可免辦工廠登記，僅辦營業登記。原告係製造豆腐業，其鍋爐所使用之動力與核准用量不符，被告機關為確保公共安全及附近居民之安寧衛生，依據工廠設立登記規則予以停業處分。（六七、六、一五，六七年度判字第三七號，第一輯，第七七五頁。）

工廠設立登記規則對於違規設廠之處分，既授權主管機關「得」斟酌實際情形決定令停工或歇業與否，應屬其行政裁量範圍，尚非得任意指為違法而提起行政訴訟。（七八、六、九，七八年判字第一一三號，第九輯，第一三二八頁。）

原告公司資本額為六百萬元，為其公司執照與營利事業許可登記證所載明，顯與工廠設立登記規則第二條所定資本額在三萬元以下之

例謂：「行政罰不以故意或過失為責任條件」，及同年度判字第三五〇號判例謂：「行政犯之成立，不以故意為要件，其所以導致偽報貨物品質之等級原因為何，應可不問」，其與上開意旨不符部分，與憲法保障人民權利之本旨牴觸，應不再援用。

*（註二十）參見吳庚：行政法之理論與實用，八四年增訂二版，第三九三頁。

*（註二一）參見吳庚前揭書，第三九五頁，另有八十年判字第三三八號判決亦同（載第十一輯，第二六四頁），一仍舊慣以「不問故意過失」為理由作成維持原處分之裁判。

小型製造業不合，自非得僅辦營利事業登記即可從事工廠營業。（八、七、一二，八一年判字第一一六七號，第一輯，第一二九頁。）

原告以變造公文書之方法，擅自變更其主要機器設備，而違反工廠設立登記規則第十一條第一條第一款之規定，而由被告機關依同規則第十九條第一項，予以勒令歇業之處分，並非無據。（七一、五、四，七一年判字第四七九號，第三輯，第八一八頁。）*（註二二）

被告公告變更屏東都市計劃內容既有變更原告所有土地之使用，及限制遷廠情事，足見該公告實施之處分，與原告所有土地之權益有直接之關係，原告以其權益受損為由，循序提起行政救濟，揆諸大法官釋字第一五六號解釋意旨，自為法之所許。（八二、十、二八，八二年判字第二四一三號，第十三輯，第九三〇頁）*（註二三）

B 案例評析

本案例等係有關工廠營業事件，其主要根據係「工廠設立登記規則」，屬經濟部發布之行政命令，欠缺母法授權規定，限制人民權利義務，違反法律保留原則。依原來實務之執行，包括鍋爐所使用之動力與核准用量不符；登記資本額不符；擅自變更主要機器設備等，均

*（註二二）另有關「保稅工廠」之管理，屬財政部主管，並未列入工廠設立登記規則管理之範圍，本文未列入討論。相關判決參照：

「原告之保稅工廠，既已不符合財政部訂頒之海關管理保稅工廠之設立要件，且擅將保稅品提運出廠，海關即得不准其工廠續為保稅工廠之登記。」（七五、八、一五，七五年判字第一五一五號，第六輯，第九九八頁。）

*（註二三）本案為再審案件，原審判決為屏東都市計畫之爭議事件，參照行政法院八二年判字第一九〇號判決要旨：

主管機關固得依都市計畫法第二十六條但書規定，對於擬定之計劃作通盤檢討，並為必要之變更，在未經公告實施前，因屬機關內部之作業程序，不得為行政爭訟之標的，但一經公告實施，既有直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加負擔，即難謂非公法上單方行為之行政處分。（八二、一、三十，八二年判字第一九〇號，第十三輯，第九一四頁。）

該判決指出：變更屏東都市計畫，顯已對該計劃實施範圍內人民之權益有所限制，況被告答辯意旨亦不否認該計劃內容有變更原告所有土地之使用，及限期遷廠之情事，具見該一公告實施之處分，與原告所有土地之權益有直接之關係，原告以其權益受損為由，循行政救濟程序提起訴願、再訴願，自為法之所許。

依違反工廠設立登記管理規則，主管機關予以停工或勒令歇業之處分。

行政法院（七十八年判決）指出，工廠停工或歇業屬行政裁量範圍，不得提起行政訴訟，似簡化行政裁量之理論。一般法律條文的規定，可分為「法律要件」和「法律效果」，傳統理論區分不確定法律概念和行政裁量，原則上不確定法律概念適用於「構成要件」部分，行政裁量適用於「法律效果」部分，行政裁量僅存在於法律效果的部分*（註二四）。本案主管機關處分停工或勒令歇業之法律效果，行政主體有裁量權，惟停工或勒令歇業之行政處分，係屬限制人民權利義務，應由法律規定之，工廠設立登記規則欠缺法律授權依據，實為違憲。

八十四年大法官會議第三九〇號解釋：工廠設立登記規則第十九條第一項予以停工或歇業之處分，欠缺法律授權依據，至遲屆滿一年失效。對本類型案例的處理可謂具有指標性意義。*（註二五）

有關變更都市計畫導致遷廠事件，本文所援引係再審判決。行政

*（註二四）新近發展趨勢中，法律要件和法律效果都不確定時，賦予行政裁量權的空間更大。其間新舊理論演變及其原因，參見陳櫻琴：不確定法律概念與專門技術性，收錄於城仲模主編：行政法裁判百選，第三五〇至三五八頁，月旦出版，一九九六年三月初版。

*（註二五）大法官會議第三九〇號解釋全文：

「對於人民設立工廠而有違反行政法上之義務之行為，予以停工或勒令歇業之處分，涉及人民權利之限制，依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條第二款規定，應以法律定之；若法律授權以命令為補充規定者，授權之目的、內容及範圍，應具體明確，始得據以發布命令。工廠設立登記規則第十九條第一項規定：「工廠不依照本規則之規定申請設立登記，或不依照核定登記事項經營，或違反其他工廠法令者，得由省（市）建設廳（局）予以局部或全部停工或勒令歇業之處分」，涉及人民權利之限制，欠缺法律授權之依據，與前述意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」（八四、十一、十）

解釋理由書謂：經濟部為管理國內工廠之設立，於八十年七月三十一日修正發布工廠設立登記規則，其規定涉及限制憲法所保障之人民權利事項，仍應有法律或法律授權之依據始得為之。工廠設立登記規則第十九條第一項規定，其中關於人民違反該規則之行為，得予局部或全部停工或勒令歇業之處分部份，已涉及人民工作權及財產權之限制，既無法律上之明文，復欠缺法律授權之依據，與首開意旨不符。

法院原審判決係「撤銷原處分及原決定，由原處分機關重為決定」；惟原處分機關重為決定時，仍以變更都市計畫非行政處分之性質，主張當事人不得提起訴願，並從程序駁回再訴願。故由人民提起再審之訴，由行政法院進行再審判決，再度予以糾正，惟再審判決仍謂「自應由本院判決予以撤銷，由再訴願機關詳予審酌後，從實質上重為決定，以臻適法。」*（註二六）似乎在訴願機關和行政法院間有互相推諉之現象。

此等案例在行政救濟中數量相當多，依訴願法第十八條規定：「訴願因被認為不應受理，致被駁回，經再訴願管轄機關認為應受理時，而撤銷原決定時，應逕為實體上之審查決定。但必要時，得發回原決定機關重為決定。」目前實務上再訴願機關多適用第十八條但書，撤銷原決定，發回原決定機關重為決定。*（註二七）

同樣的情形，在行政訴訟實體裁判時，原告之訴為有理由，行政法院判決之內容，可能出現下列四種：1 撤銷原處分及原決定；2 撤銷原決定；3 撤銷原處分及原決定，並命行政機關另為適法之處分；4 自為決定。實務上有爭議者，原處分機關重為處分時，可否維持與已撤銷之原處分相同之處分？行政法院曾持肯定見解（參照六十年判字第三十五號判例）；但大法官會議第三六八號解釋*（註二八），基

*（註二六）參見再審判決理由，行政法院裁判要旨彙編，第十三輯，第九三〇頁。

*（註二七）參見蔡志方，行政救濟法論，月出版，一九九五年十月修訂出版，第八十二頁至第八十四頁，其謂主要理由是鼓勵行政機關「過則勿憚改」，但實務上受理訴願機關殊少依第十五條「依職權調查事實逕為決定」。

*（註二八）大法官會議第三六八號解釋文：行政訴訟法第四條「行政法院之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力」，乃本於憲法保障人民得依法定程序，對其爭議之權利義務關係，請求法院予以終局解決之規定。故行政法院為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證另為處分時，該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證，倘依重為調查結果認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，雖得維持已撤銷之前處分之見解，若行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束。行政法院六十年判字第三十五號判例謂：「本院所為撤銷原決定及原處分之裁判，如於理由內指明由被告官署另為復查者，該官署自得本於職權調查事證，重為復查之決定，其重為復查之結果，縱與已撤銷之前決定持相同之

於貫徹行政法院判決之拘束力，發揮審級救濟功能，以保障人民訴訟權，確立一新處理原則：原處分機關重為處分時，不得維持與已撤銷原處分相同之見解。^{*}（註二九）

其次，變更都市計畫之行政處分，如何在公益與私益間取得衡量，行政法院八二年判字第二四一三號判決有精彩論述，值得參考：

「二、綜上都市計畫之擬定至審議過程可知被告公告原告所有之糖廠、紙漿廠應於五年內完成搬遷，實由於都市計畫發展趨勢在於提昇都市居民之生活品質，已不容含污染性之工廠危害地區公共安全、妨礙都市之繁榮與發展，而在五年內限期搬遷工廠、變更為其他使用分區之處分，即在兼顧原告權益，使原告得另覓適當地點從容搬遷，又搬遷後上開土地經都市計畫變更為其他使用分區，更能提高原告土地之使用價值及利用程度，其受益或較搬遷所受之損害為大，從而被告為公共福祉及屏東地區都市計畫未來發展所為五年內完成搬遷工廠之處分，揆諸首揭說明，並無違誤。」

3 營造業：

A 行政法院判決

營造業有申請登記不實者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後，註銷其登記證書，為營造業管理規則第三十條第一項第一款所明定，所謂「申請登記不實」，不限於原始設立登記，其嗣後變更登記亦包括在內。原告所經營之營造廠原始登記之不動產文件非偽造或變造，但經申請變更後之不動產文件查覺有偽造或變造者，應視為登記不實，被告機關所為註銷營業登記證之處分，並無不合。（七二、五、三一，七二年判字第六四四號，第四輯，第一一四八頁。）

營造業以登記證書借予他人使用，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後，註銷其登記證書，為營造業管理規則第三十條第一項第三款所規定。本件原告公司涉嫌出借營造業登記證書，經臺灣省營造業審議委員會決議註銷其營造業登記證書，並報請內政部核准，由被告機關公告註銷其營造業登記證書，揆諸首揭法條規定，並無不

見解，於法亦非有違」，其中與上述意旨不符之處，有違憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，應不予適用。（八三、十二、九）

^{*}（註二九）參見吳庚，前揭書，第四九七頁至四九八頁。

合。(七一、四、七,七一年判字第三六一號,第三輯,第八一七頁。)

* (註三十)

內政部修正營造業申請登記須知,營造業應具備之不動產不得少於資本額百分之十,並未與營造業管理規則第十三條有所牴觸。(七五、八、二六,七五年判字第一五七九號,第六輯,第一一頁。)

特殊事業之設立,我國採嚴格的準則主義,准駁之權在於政府而不在於人民之如何申請,以及其所提出之資料為何。營造業管理規則依建築法第十五條第二項訂立,而建築法第一條明定本法未規定者適用其他法律之規定,則申請人為公司組織,公司法第三百八十八條之規定,自有其適用。(七五、八、二九,七五年判字第一六六號,第六輯,第一三頁。)

按「營造業之負責人不得為其他營造業之負責人、合夥人、董事、監察人、經理、技師。」「營造業有左列情事之一者,由省(市)主管機關報請中央主管機關核准後,撤銷其登記證書,並刊登公報。

一、十、違反第十七條或者,」,因為營造業管理規則第十七條、第三十一條第一項第十款所規定,* (註三一)惟此項規定之立法意旨,旨在防止同一人設立數家營造廠以圍標工程,是營造業對於上開消極的禁止規定,因積極行為之違反而應受處罰,如主管機關為處罰之行政處分時,該違反禁止規定之積極行為已不存在,則其處罰之行政目的已達,即乏行政處分之目的要件,自無對之科罰之必要。(八二、六、一七,八二年判字第一三〇號,第十三輯,第一八頁)

B 案例評析

本案例等係有關營造業管制事件,管制法令包括建築法、營造業管理規則、營造業申請登記須知等,其法源位階為:依建築法而授權

* (註三十) 同旨尚有關於營造業管理規則第三十條第一項第九款之判決(七一、六、一五,七一年判字第六六五號,第三輯,第八二一頁。)

* (註三一) 營造業管理規則修正部分條文,於八十四年十二月七日內政部發布,載法務部公報第一八七期,八五年一月,第八頁。

由於公共工程弊案及圍標等事件頻傳,該管理規則修正幅度相當大,修正條文共包括:第三條、第六條、第六條之一、第七條、第八條、第九條、第十二條、第十四條、第十八條、第二十六條、第二十九條、第三十一條、第三十三條、第四十條、第四十二條、第四十二條之一、第四十三條、第四十四條之一、第四十五條之二、第四十五條之三。

訂定營造業管理規則，依營造業管理規定訂定營造業申請登記須知等行政命令。依行政命令規定，營造業有登記文件偽造或變造、出借營造業登記證書等情事，予以註銷營造業登記證。

惟行政法院判決指出，「特殊事業之設立，我國採嚴格的準則主義，准駁之權在於政府而不在於人民之如何申請，以及其所提出之資料為何。」在論理上似有牽強之處。營造業管理規則為建築法授權訂定之行政命令，但是否屬判決所指稱「特殊事業」，在實務上欠缺立法可查，是否採取「嚴格準則主義」，亦無一定標準可循。

行政法院八二年判字第一三〇號判決所引營造業管理規則第十七條禁止兼業之規定，在現行法規中繼續維持，惟是否果真如立法意旨所謂「防止同一人設立數家營造廠以圍標工程」，似乎有待從立法規範目的予以再檢討。其次第三十三條有關違規經營之處罰，除由主管機關報請內政部核准後，撤銷其登記，並刊登公報外，還包括「通知公司或商業登記主管機關撤銷其公司或商業登記」，且為防止違規營業者再次介入營造業，第二項規定：「前項經撤銷登記之營造業，其負責人於五年內不得重行申請營造業登記。」惟法令從嚴修改後，是否能有效解決公共工程圍標等弊端，尚須從執行層面加以觀察。

4 攤販營業：

A 行政法院判決

依法公告道路全段禁止設攤，係基於行政權之作用，為管理交通秩序等公益上之目的，所為之行政措施，人民自應受其拘束。至其公告禁止設攤是否適當，乃屬行政機關之裁量權範圍，非於行政訴訟程序內所得審究。人民生存權、工作權及財產權應予保障，固為憲法第十五條所明定。惟其保障者乃人民合法之權益。而行政機關且得基於公益之目的依法對之加以限制。（七六、一一、六，七六年判字第一八八八號，第七輯（下），第一六三頁。）*（註三二）

*（註三二）本判決認為，公告設攤是否適當，屬行政裁量權範圍，不適用行政救濟程序，其可能牽涉之法律爭點包括：1、為公告禁止設攤適當與否之判斷時，與所謂管理交通秩序上公共利益上目的有無關聯；2 其他法治國家一般法律原則有無適用；3 如屬行政裁量權範圍，行政法院即不得加以審究是否妥當；4 如可審究又應如何為之。有關討論，參見陳志揚：行政裁量的制

本件係就原告設攤位置予以變更，對原告請求不予變動為否准之處分，不能謂對原告權益無損害，訴願決定謂未侵害原告設攤權益，自程序上駁回原告之訴願，固有所未當，惟再訴願決定既已就原告請求自實體上予以審查，則訴願決定之瑕疵業已治癒，不生訴願決定違法之問題。（八二、九、一六，八二判字第二一三一號，第十三輯，第九一二頁。）

B 案例評析

本案例等係攤販營業之爭議，包括行政管理及競爭法問題*（註三三），就行政管理目的言，禁止設攤係為管理交通秩序等公益上之目的，行政主體基於公益原則考量而限制私人營業自由權，屬公益優先於私益之考量原則。惟就競爭法而言，攤販營業者對合法的商店經營者亦產生競業之問題，主管機關禁止設攤固然有公益理由，若許可設攤對合法商店營業者產生營業損害的問題，亦應一併衡量之。

行政法院近年來對設攤事件之判斷有較精緻之分析，如八二判字第二一三一號判決指出公告或禁止設攤之法源：「按登記並發照有案之攤販，策畫優先納入市場攤販舖位營業，在未安置前得設置集中區集中營業，羅東鎮整頓攤販暨營業管理執行辦法第三條第一項定有明文，該辦法係據台灣省攤販管理規則所制定，經羅東鎮鎮民代表會第十四屆第六次臨時會修正通過，宜蘭縣政府八十、十二、七，八十府建工字第一〇八二一四號函核備，並經被告八十年十二月十八日八十鎮建字第二一〇七三號公告在案，與公平原則無違背，且有事實上需要，自得予以適用。」

由此分析，其法源依次為：省法規「台灣省攤販管理規則」、鎮自治規章「羅東鎮整頓攤販暨營業管理執行辦法」（鎮民大會通過、宜蘭縣政府核備、羅東鎮公所公告）。

5 特種營業：（包括妓女戶營業、咖啡廳、舞廳、戲院、歌廳、旅館違規營業等）

度概念 行政裁量與司法審查，收錄於城仲模主編：行政法裁判百選，第四五三至四五八頁。

*（註三三）有關攤販營業對正常商店營業之競爭法上問題之討論，參見陳櫻琴：博士論文，第一〇八頁。

A 行政法院判決

主管機關禁止特定營業遷址營業，係基於社會公益所採之措施，與一般人之居住及遷徙自由無影響，自不得指為違憲。台北市成都路「小美玲咖啡廳」因遭火災焚毀，申請遷址營業，台北市政府不准。其根據：內政部六四年五月十五日台內警字第六四 四號函示「為厲行勤儉節約，阻遏奢靡風氣政策，對於舞廳、酒家、酒吧、特種咖啡茶室等特定營業，應由省市政府公告禁止其遷址營業。」台北市政府乃據以府警行字第二二五三八號公告禁止特種營業遷址營業。（七四、八、一三，七四年判字第一 九六號第五輯，第一二六六頁。）

特定營業之許可，屬於特別權力關係，行政機關為許可之處分時，自得本於其職權課對方以一定之行為，例如：徵收許可年費等。（七五、二、六，七五年判字第二 八號，第六輯，第一二二五頁。）

原處分因原告等欠繳舞廳業許可年費而撤銷其許可，究係依何法律規定，未見其說明，自不得謂無瑕疵。（七九、三、一六，七九年判字第三九六號，第十輯，第五五九頁。）

經營戲院業者，在該戲院公然表演猥褻之裸體舞蹈，除應撤銷其特定營業許可外，並應撤銷其商業登記。（七四、六、一九，七四年判字第七九 號，第五輯，一一二五頁。）*（註三四）

歌廳表演脫衣舞情節重大者，課由該管縣市警察局報請該管縣市政府吊銷該歌廳之登記證。（七四、六、二九，七四年判字第八七六號第五輯，第九七八頁。）

被告機關未詳予查證並函調有關警訊筆錄審就以前，遽行認定原告有映演未領有准演執照之色情影片及違章行為，殊嫌速斷。（七五、二、四，七五年判字第二 五號，第六輯，第一二 頁。）

依執行搜索所得之照片證明電影上有猥褻鏡頭，縱扣押之影片無剪接猥褻鏡頭之影帶，亦不能據以認定其無插映猥褻影片之行為。（七五、九、二六，七五年判字第一八一四號，第六輯，第一二 四頁。）

台灣省特定營業管理規則第十四條第三款及第四十六條規定，經營旅館業者，不得任人在旅館內作妨害風化風俗之行為，違反本規則

*（註三四）類似判決數量相當多，參照：六七、九、一五，六七年判字第六三五號，第一輯，第七七七頁；六八、二、八，六八年判字第四一號，第一輯，七七八頁。

之規定者，分別依法處罰。其情節重大，足以影響治安，妨害公序良俗者，得由該管縣市警察局報請該管縣市政府吊銷其登記。「特定營業」，其性質與「特許營業」無異，本件原告經營旅館業，容留良家婦女與人姦宿，抽頭圖利，雖然其後私將旅社轉讓他人，申請變更其旅社之主體人，被告機關仍以舊負責人為處分對象，撤銷其旅社營利事業登記證。（七二、五、一九，七二判字第五八四號，第四輯，第一一四七頁。）*（註三五）

原告經營旅館業，未經觀光主管機關核准，遽將變更用途之部分客房出租經營餐廳，已逾其經營觀光旅館業之範圍，被告機關依法科罰，自無違誤。（七五、七、八，七五年判字第一二三三號，第六輯，第一 三二頁。）

B 案例評析

本案例等係有關所謂「特種營業」管制事件，包括妓女戶營業、咖啡廳、舞廳、戲院、歌廳、旅館違規營業。在過去講究「防止社會風氣奢靡」，利用「寓禁於徵政策」，禁止特定營業設立、遷移、轉讓等，援引行政命令加以限制，其管制欠缺法律根據。惟行政法院採認之，其理由謂「其係政府為厲行勤儉節約，阻遏社會奢靡風氣，基於公益，所採措施。縱對部分人之營業行為有所限制，對於一般人之居住及遷徙自由無影響，難指為違憲。」此一政策之執行，是否能有效管理特種營業，有待檢討。

有關戲院營業管制事件，有違反法令播映色情影片或歌廳有脫衣舞表演者，被處以吊銷戲院或歌廳之商業登記證。其主要法源根據係「商業登記法」第二十九條第一項第二款，營業行為有違反法令、公共秩序或善良風俗，受勒令歇業之處分者，主管機關得依職權或據利害關係人申請，撤銷其登記或部分登記事項。第五條並規定，「商業業務，依法律或基於法律授權所定之命令，須經該業主管機關許可者，

*（註三五）類似案件，「台北市管理娼妓辦法」之效力，卻有違法之批評，行政法院七七年判字第一六七四號判決與本判決見解不同，判決要旨謂：「台北市管理娼妓辦法雖係台北市議會依據憲法第一百零八條第二項規定訂定之地方單行法規，核與中央法規標準法所稱之法律並不相符。」（七七、九、二二）參見劉嘉發：地方自治法規的訂定與效力 地方自治法規可否限制人民權利，收錄於城仲模主編：行政法裁判百選，第二二〇頁。

於領得許可證件後，方得申請商業登記。前項業務許可，經目的事業主管機關撤銷後，各該目的事業主管機關應通知主管機關撤銷其商業登記之全部或部份登記事項。」目前實務上亦由商業主管機關及各該目的事業主管機關會同處理。

惟商業登記法規定條文「營業行為有違反法令、公共秩序或善良風俗」，屬不確定法律概念，在戲劇表演中常有「色情與藝術」之爭議，電影或歌廳所提供影片或表演有妨害善良風俗者，其認定標準如何，亦迭有爭議。在社會風氣不佳下，妨害風俗之色情表演固應加以取締，惟在特種營業立法管制未健全之前，依據商業登記法之管制是否得當，亦有商榷之必要。

其次有關旅社違規營業，行政法院判決類型，包括旅社原負責人任人在旅館內作妨害風化風俗之行為；及觀光旅館業變更為餐廳用途之行為。

吊銷妓女戶許可證係屬人民之權利義務事項，依中央法規標準法規定，自應有法律根據為必要，不得以行政命令定之，亦排除「地方自治法規」之適用。台灣省特定事業管理規則性質上屬「省法規」（憲法第一百十六條之用語），為地方政府行政規章，其限制、剝奪人民營業權之規定，欠缺母法授權；且在現今中央政府尚無對特種營業統一立法，省法規似有違憲、違法之嫌。^{*}（註三六）

目前經濟部為管理特種營業，訂有行政命令「理髮視聽歌唱及浴室業管理規則」為管理上根據，^{*}（註三七）由於此類行業在各地都屬違規營業者居多，亦常因為消防安全設施不佳，而產生公共危險，確有加強管制之必要。分析該行政命令，其主管機關為：經濟部、省市政府、縣市政府（第二條）。適用管理對象包括：理髮業、視聽歌唱業、浴室（第三條）。管制行為指營業人所不得從事之營業消極行為，包括：一、未經登記擅自營業；二、經營登記範圍以外之業務；三、

^{*}（註三六）相關的法律爭點包括：1 地方自治法規可否限制人民權利義務之事項；2 中央未立法規定之事項，地方自治法規可否加以規範等。詳細討論，參見劉嘉發，前揭文，第二二〇至二二五頁。

^{*}（註三七）「理髮視聽歌唱及浴室業管理規則」，條文共十五條，係七十九年經濟部訂定發布、八一年修正（第九條、十四條），載經濟法規彙編，第五冊，第一六八至一七一頁。

為人媒合為妨害風化或猥褻之行為；四、於營業場所有妨害風化或猥褻之行為；五、於營業場所播放妨害風化之錄音、錄影；六、陳列、販賣違禁書刊、物品；七、擅自擴大營業場所；八、其他違反法令之行為。（第九條）

違反行為之處理，依第十四條規定，違法情節重大者，該主管機關得依各有關法規辦理，包括建築法、電業法、自來水法之有關規定，通知電業、自來水事業停止供電、供水。且其相關主管機關援引法規，包括公司法、商業登記法、營業稅法、都市計畫法、區域計畫法、建築法、消防法、社會秩序維護法、刑法、食品衛生管理法、環境保護法令、兒童福利法、少年福利法等。但此一行政命令在執行及取締效果上均有待再加強。^{*}（註三八）

6 信用合作社營業：

A 行政法院判決

合作社之設立係採許可主義，主管機關應本於職權審酌經濟發展需要，而為准否設立之決定，其審查範圍不以申請設立登記所要件有無瑕疵為限。查憲法第一四十五條第二項規定：「合作事業應受國家之獎勵與扶助」，第一百五十條規定：「國家應普設平民金融事業機構，以救濟失業」，為基本國策之所在。國家制定政策，訂立法律，固應本此基本國策而為，惟如何始能獎勵與扶助個人合作事業，何種平民金融機構應予普設，始能達救濟之目的，即應審視整體國家與人民之利益，度量當前客觀情勢與經濟發展需要而制定，並非可以無計劃，無目的而為之，否則，濫予獎勵扶助、濫加設立金融機構，不唯無補於國計民生，且將阻礙國家之發展。（七三、十一、八，七三年判字第一三九六號，第五輯，第一二一四頁。）

B 案例評析

台灣設立金融機構的管制，有長久的歷史，民國八十一年開放民間經營新銀行設立前，有關銀行的設立管制，完全禁止，在這段時期銀行法及相關金融管制法令，諸多值得檢討之處。本判決係有關信用合作社之申請設立的案例，值得由「金融自由化」的觀點加以檢討。

民國八十二年十二月三日修正公布信用合作社法，賦予合作社跨

^{*}（註三八）有關之評論意見，參見陳櫻琴：博士論文，第一一八頁。

區經營、新申請設立，但至今主管尚未訂定行政命令。^{*}（註三九）本判決係在信用合作社法修正之前，當時財政部一律禁止信用合作社新設立，過去的實例見解一向認為：「行政機關斟酌實際需要所為之經濟管制措施並不違憲」。^{*}（註四十）

政府的經濟政策「禁止信用合作社新設立」，所引起爭議有如下問題：1 禁止設立是否違憲的爭議；2 合作社之設立是採取登記主義或許可主義；3 限制新設立之法令根據何在。^{*}（註四一）

台灣信用合作社及農漁會信用部等地區性金融機構，過去一向是地方派系糾結所在，管理不彰、公器私用的情形比比皆是，甚至往往成為地方人士的「金庫」，糾結著複雜難纏的政商利益瓜葛。信用合作社法修正通過後，准許新信用合作社申請設立，在立法過程中引起諸多爭議。雖然有意見主張，應將各種體制紊亂的金融機構，如公營銀行、信託投資公司、地區性中小企銀、郵政儲金匯業局及信用合作社等不同歷史產物的金融機構大力整頓，化繁為簡，轉變為一般體制的銀行。然而在新法修正後，依法可申請設立信用合作社，如果行政機關再以其他事實的管制手段予以限制設立，就法治國原則而言，似有違反依法行政原則。因此財政部應儘速根據信用合作社法第三條的授權規定，訂定「信用合作社設立標準」，使欲設立信用合作社者有法令可資依循。

^{*}（註三九）信用合作社法在八十二年十一月九日立法院二、三讀通過，全文共五十一條，主要宣示政府開放信用合作社設立的政策。然有關信用合作社設立標準，作業遲緩，亦引起批評。

^{*}（註四十）在本判決之後，大法官會議第二一四解釋號重申基於金融政策考量，相關合作社法令並無違憲。參照第二一四號解釋文：信用合作社經營部分銀行業務，屬金融事業，應依法受國家之管理。行政院五十三年七月二十四日台五十三財字第五一四八號關於「信用合作社在鄉鎮不得再設立」之命令及財政部五十九年六月五日台財錢字第一三九五七號令訂定之「金融主管機關受託統一管理信用合作社暫行辦法」，乃係依其法定職權及授權，斟酌社會經濟與金融之實際需要，為管理金融機構所採之措施，參酌銀行法第二十六條、第二十九條、合作社法第五條、第十條各規定意旨，與憲法第十四條及第一百四十五條第二項並無抵觸。（七十六、四、十七）

^{*}（註四一）相關討論參見陳櫻琴：行政命令與行政處分是否合憲、適法問題，收錄於城仲模主編：行政法院裁判百選，第三〇三至三一〇頁。

7 保險業：

A 行政法院判決

按行為時保險法第一百三十八條第二項所稱之核准，固屬主管機關裁量權之行使，惟此項裁量權之行使，仍須斟酌當時保險發展之情況以為決定，始屬相當，否則即與法律規定有違。（八二、二、二七，八二年判字第三五三號，第十三輯，九二二頁）

B 案例評析

本案係在政府開放保險公司新設立前所發生之案例，當事人向財政部提出設立幸福責任保險股份有限公司之申請，惟財政部以經濟政策未開放保險公司新設為理由，認為不符合當時保險事業發展情況，未予許可，行政法院判決撤銷原處分，由被告機關重行查明，另為適法之處分。雖則本案例對法院對「經濟政策」是否審查未有進一步論斷，惟其認為主管機關未就「經濟發展情況」提出資料，不宜率然駁回人民之申請，實具有突破性意義。

該判決謂：「按行為時保險法第一百三十八條第二項規定：責任保險及傷害保險，視保險事業發展情況，經主管機關核准，得獨立經營，而法條所稱之核准，屬主管機關裁量權之行使，原告於七十九年 向被告申請設立幸福責任保險股份有限公司，被告以七十九年九月二十日台財融字第七九〇三一七七四二號函否准所請。惟查被告上述台財融字第七九〇三一七七四二號復函係謂：保險法修正案已由行政院函請立法院審議。修正案中已列授權中央主管機關訂定保險公司新設標準，俟保險法修正案完成立法程序後，本部當即研訂保險公司設立標準，於報奉行政院核定後，再依規定提出申請。被告以該函否准所請，並未敘述原告之申請，如何不符當時保險事業發展情況。其於處分時有無審酌當時保險事業發展情況，既未見敘明，亦無相同審酌資料附卷可資佐證，所辯尚難令人信服，原處分不無可議。一再訴願決定遞予維持，難免速斷，原告執以指摘，非全無理由。」

本文認為，有關經濟政策之司法審查，*（註四二）在台灣尤有

*（註四二）有關經濟政策之司法審查，國內文獻殊少討論，相關日文文獻參照：

遠藤博也：行政法（各論），昭和五二年初版一刷，昭和五六年初版三刷，青林書院，有關日本經濟政策的司法判決資料，第一九一至一九三頁，

從法治面檢討之必要。過去公權力主導經濟發展方向，經濟政策的制定及施行若干不符合法治國原則，人民欲經營若干營業，往往政策上採「禁止主義」不得其門而入，而其禁止或限制欠缺法律根據者，故有違法違憲之嫌；亦有係以行政措施，如擱置申請案，行政指導改變投資策略等方向處理，對人民營業自由基本權影響甚大。惟透過司法救濟途徑解決者，案例並不多見，現階段有關經濟政策之司法審查以採更積極的態度為宜。

8 旅行業：

A 行政法院判決

利用旅客名義套匯圖利，違反發展觀光條例第二十四條及旅行業管理規則第四十二條，予以撤銷旅行業執照。（六七、六、一六，六七年判字第三七三號，第一輯，第七八一頁；六七、八、一，六七年判字第五號，第一輯，第七八二頁。）

旅行業違規營業，出租大客車行駛定期班車或沿途招攬旅客，曾受書面警告、停業處分，仍不依規定辦理者，交通部撤銷其旅行業執照。（七二、三、三，七二年判字第三三四號，第四輯，第一一四四頁。）

登山、健行為旅遊型態之一，無需分類及區劃，任何人均得在觀光地區舉辦是項活動，惟如招攬不特定旅客，收取價金，以辦理旅遊活動之營業行為，則屬旅行業業務之範疇。根據發展觀光條例第二一條；經營旅行業，應先向中央主管機關申請核准，並依法辦法公司登記後，發給旅行業執照，始得經營。原告以廣告方式刊登旅遊活動，屬於招攬不特定旅客，收取價金，屬於旅行業業務之範疇。旅行業係特許事業。至救國團、民眾服務社等，是否辦理相同之旅遊業務，係另案應否取締之問題，不得據以主張本案亦不應予以取締之依據。（七六、七、一七，七六年判字第一一九三號，第七輯（下），第一三五七頁；同旨判決，七六、八、二八，七六年判字第一四六五號，第七輯（下），第一三五八頁。）

值得參考。

藤井俊夫：國 經濟關係 司法審查，公法研究第四四號，一九八二年，第二二二頁以下。

旅行業設立分公司應備具有關文件，既為旅行業管理規則所明定，原告違反此項規定，被告機關乃依法所為之處分，自與公司法內所定公司之登記及認許範圍有間，不可混為一談。主管機關依法處以罰鍰銀元五萬元（折合新台幣十五萬元），被告機關已經屬於斟酌違規情節。（七六、一、八，七六年判字第一七三七號，第七輯（下），第一三五九頁。）

原告不加警惕，妥善保管印章，不嚴加監督所屬而任令關係人輕易盜印公司及負責人之印章，縱關係人自白係其個人行為，仍難推認該等違法行為，非其執行業務範圍內之行為。且破壞政府對入出境之管理，損害國家利益，而情節重大，依發展觀光條例第三十八條、第三十九條之規定，撤銷原告之營業執照，於法應無違誤。（七五、四、四，七五年判字第五六號，第六輯，第一二五頁。）

一般人民團體，未經申請核准經營旅行業，招攬非會員之不特定旅客並收取費用，應先申請核准，始得經營。（七五、五、一六，七五年判字第八六七號，第六輯，第一三頁。）

行政處分係以認定事實為適用法律之基礎，如所認定之事實與法律規定不相適合或有所扞格，則其所為之處分，即非難謂無違誤。本件被告以原告包庇非旅行業者謝徵辰經營旅行業務，違反規定，情節重大，乃依發展觀光條例第三十八條、第三十九條第一項之規定，撤銷原告旅行業執照之處分，原告不服，循序提起訴願、再訴願，及行政訴訟，經本院八十年度判字第一九〇二號判決以被告所為之處分，似以謝某之違規事實為處分對象，嗣因又查出曾茂林亦係靠行於原告，而併為處分，致其為之處分主旨與說明事實，並不一致，及無從認定原告包庇曾某經營旅行業務之瑕疵，訴願、再訴願決定，對於本件究應依單一事實或雙重事實適用法律依據之違規事實，未依職權詳予查明補正，遞予維持，於法難謂無違誤，遂將再訴願決定及訴願決定均撤銷，由訴願決定機關重為適法之決定。嗣經訴願機關重為決定，以被告以原告向非旅行社業者謝徵辰抽取佣金，包庇其靠行於原告違法經營旅行業務，因違規事證明確，乃據以作為處分依據。

依發展觀光條例第三十八條規定，觀光事業經營者，有玷辱國家榮譽、損害國家利益、妨害善良風俗或詐騙旅客行為者，處五千元以上、五萬元以下罰鍰；情節重大者，得立即勒令其停業或撤銷其營業執照。撤銷營業執照，除有玷辱國家榮譽、損害國家利益，妨害

善良風俗或詐騙旅客行為外，尚須情節重大，為其構成要件。本件原處分以原告包庇非旅行業者謝徵辰經營旅行業務，違反規定，情節重大，應予撤銷旅行業執照之處分，對於是否有玷辱國家榮譽、損害國家利益、妨害善良風俗或詐騙旅客行為，並未予以認定。嗣訴願機關重為決定，雖認定原告包庇非旅行業者謝徵辰違規經營旅行業務，致其偽造、變更有關證件、印章戳記等，申領外國簽證圖利，嚴重玷辱國家榮譽、損害國家利益，惟謝某之偽造文書申請外國簽證行為，如何視為原告之行為，又其行為是否情節重大，均未見原決定認定說明，即遽予撤銷其營業，自難令人折服。(八二、三、三一、八二年判字第五六二號，第十三輯，第六五三頁。)

B 案例評析

本案例等係有關旅行業管制事件，違反發展觀光條例及旅行業管理規則之規定，有重大違反法令情事，如套匯圖利、違規營業、非旅行業而經營旅遊活動等，依規定撤銷其旅行業執照。

依行政法院判決，「旅行業係特許事業」，其所謂特許事業之本質如何，係該行業與民眾消費者關係密切，未受特許而經營者，影響民眾安全，惟非旅行業而辦理旅遊業務，如救國團、民眾服務社等，有時並未受取締，確形成執法不公。

由於實際上「借牌經營」「靠行經營」的情況很多，主管機關管理違規營業者，係根據發展觀光條例第三十九條第二項「未經申請核准而經營觀光旅館業，旅行業者，處一萬元以上十萬元以下罰鍰，並勒令停業。另，旅行業管理規則第三十一條規定，旅行業不得以分公司以外之名義設立分支機構，亦不得包庇他人頂名經營旅行業務或包庇非旅行業經營旅行業務。」

對違規者訂有處罰標準「旅行業管理事件統一量罰標準表」載明，包庇非旅行業經營旅行業務者，第一次停業三個月，第二次撤銷營業執照，主要目的是取締時能符合公平原則及比例原則。但主管機關在個案中有時未必按照量罰標準，行政法院八二年判字第五六二號即指摘其不當之處，值得參考：「發展觀光條例第三十九條第一項係規定……，併此敘明。」觀光旅館業、旅行業、違反本條例及依據本條例所發布之命令者，予以警告；情節重大者，處五千元以上、五萬元以下罰鍰，或定期停止其營業之一部或全部，或撤銷其營業執照。雖賦予主管機關行政裁量。惟被告既訂定違反旅行業管理事件統

一量罰標準表，載明違反旅行業管理規則第三十一條之規定，包庇非旅行業經營旅行業務者，第一次停業三個月，第二次撤銷營業執照，自應一體遵守。本件被告既認定原告向非旅行業者謝徵辰收取佣金、包庇以靠行方式經營旅行業務，處分書中雖有涉及曾茂林之敘述，僅係為佐證，則原告包庇非旅行業者經營旅行業務僅有一次，被告援引發展觀光條例第三十九條第一項予以撤銷營業執照處分，與上開量罰標準表之規定是否相符，有無違反平等原則，亦有待商榷，一再訴願決定，遞予維持，亦有未合，原告起訴，據以指摘，非無理由，應由本院將再訴願決定、訴願決定及原處分，均予撤銷，由被告另為適法之處分。至被告另為適法處分之時，對於原告包庇非旅行業者曾茂林經營旅行業務部分，是否構成違規行為可一併審酌，事實部分不受本件拘束，併此敘明。」（八二、三、三一，八二年判字第五六二號，第十三輯，第六五三頁。）

9 報關行營業：

A 行政法院判決

執照私自轉讓或租借他人使用，為財政部依關稅法第六條第二項訂定之報關行設置管理辦法第三十一條及四十九條規定。被告機關撤銷原告之營業執照。（六八、一一、六，六八年判字第六九二號，第一輯，第七八三頁。）

原告之職員向關員送禮，核定原告停止報關營業二個月。依報關行設置管理辦法第二十四條第四項規定及第四十五條規定，得視情節輕重，予以警告或停止其六個月以下期間之營業或撤銷其營業執照。（六八、一二、七，六八年判字第七八七號，第一輯，第七八五頁。）

原告經營報關行業務，僱用其弟為公司董事，辦理報關行業務，與原告關係甚為密切，乃竟以偽造文書印章之方法，冒領副報單，申請沖退稅捐，事發之後，復行賄以求開脫，被告機關依報關行設置管理辦法第二十四條、第四十五條之規定，撤銷其報關營業執照之處分，於法均無違誤。（七一、四、三，七一年判字第四六八號，第三輯，第八一七頁。）

B 案例評析

本案例等係有關報關行營業管理事件，關稅法授權由主管機關訂立行政命令「報關行設置管理辦法」予以管理，違反者撤銷其營業執

照。惟另依海關緝私條例科處罰鍰，產生法條競合問題。依行政法院庭長會議決議，採「不得雙罰說」，即同時違反緝私條例和報關行設置管理辦法，前者的處罰種類及額度兼涵蓋後者，若重覆處罰，顯違法律安定之原則，不容雙罰。（七六、三、十一，行政法院庭長決議）

*（註四三）

10 運輸業：（包括客運業、航運業、違規遊覽車及空運業等）

A 行政法院判決

汽車運輸業管理規則第十一條第一款但書「但同一路線應由一家公司或行號經營為原則」，此一規定係對長途汽車客運業而言，原告屬市區公共汽車客運業，難謂有此規定，且此為原則，必要時，仍得由其他公司或行號之客運行駛。台南市政府有斟酌其市區交通而具有對其市區內營運汽車行經路線之同意權。本件興南客運公司為長途汽車客運業，則其變更部分市區內行駛路線，已徵得台南市政府之同意，被告機關乃據以核准其行駛，於法自無違誤。（六七、九、二九，六七年判字第六七五號，第一輯，七八九頁。）

民營公用事業監督條例第十七條，同一市區公共汽車之經營，如非原經營者確已不能再行擴充設備至足供公用之需要時，應認其性質不適於並營，即不得有同種第二公共汽車之經營。原告申請經營台南市公共汽車公車路線十四條，因該市已有同種公共汽車之經營，經原處分機關層奉交通部函釋，不予核准其申請之處分。（六七、一二、五，六七年判字第八一七號，第一輯，第七九四頁。）

違反公路法第七十七條第二款之處罰為五千元以上，五萬元以

*（註四三）該爭議之法律問題為：

報關行職員向海關報關有不實記載之違法行為，已依海關緝私條例科處罰鍰，能否再依報關行設置管理辦法第四十條規定，予以停止其六個月以下期間之營業或撤銷其營業執照之處分？有下列兩說：

雙罰說：行政罰無法條競合之運用。

不得雙罰說：同時違反緝私條例和報關行管理辦法，前者的處罰種類及額度兼涵蓋後者，若重覆處罰，顯違法律安定之原則，不容雙罰。

七十六年三月十一日行政法院庭長決議採不得雙罰說。

參見司法院第三廳編：行政法院法律問題決議全文彙編，八〇年，司法院秘書處發行，第八二頁。

下，行政機關在此範圍內所為之科罰行為，均屬其職權之行使，亦在裁量權行使之範圍，並無逾越權限或濫用權力情事。（八十一年判字第二〇四九號，第十二輯，第五二七頁。）

走私黃金，情節自屬重大，根據「商船船東及船員走私處分辦法」第七條第一項第一款，處分停航三十天。（六七、三、一六，六七年判字第一四六號，第一輯，第七八六頁。）

走私貨物，情節重大，根據「商船船東及船員走私處分辦法」第七條第一項第一款、第八款，停航三十天之處分。（六七、八、一七，六七年判字第五五五號，第一輯，第七八七頁。）

船東擅立陋規向船員收取抵押品，保證金或存款，以及命令船員為集金會向船員借款等，與船員的待遇顯不相當，足以促成走私者，第一次停航一個月，第二次停航三個月，第三次撤銷有關船舶現行航線，或撤銷其輪船登記。收取保證金，經司法行政部查報屬實，予以停航一個月。（六七、一、二四，六七年判字第七二八號，第一輯，第七八七頁。）

定期航線船舶，非領有定期船舶航線證書或臨時航線證書，不得在一定航線上經營定期性客貨運送業務，而行駛國內航線之不定期船舶，僅於國內指定航線內，臨時有大宗客貨運待運時，船舶運送業始得申請核准在一定期間內臨時增加許可卸載或攬載之港口，亦不得在一定航線上經營定期性之貨運業務。被告機關為維持該航線船舶配置之供需適當，於報請交通部核可後，否准原告所有該順航輪參與該定期航線內定期貨運之申請，參照航業法第十九條及該管理規則第十九條之規定，於法無違背，更不發生違反憲法第一百四十八條（貨暢其流）之問題。（七六、一、八，七六年判字第一七三一號，第七輯（下），第一五九五頁。）

按公路法第七十七條第一項規定，「公路經營業汽車或電車運輸業，違反本法及依本法所發布之命令者，除本法另有規定外，處三千元以上三萬元以下罰鍰，公路主管機關並得按其情節，報請交通部撤銷其汽車運輸業營業執照及吊銷全部營業車輛牌照」，而依本法第五十五條所訂定之汽車運輸業管理規則第二十四條第一項第一款（現行法為第八十四條）則規定經營大客車出租業者，其車輛應停置車庫場內待客包租，不得外駛個別攬載旅客，或開駛固定班車。本件包車人未在車上，並無法提供合法包車之具體證據，而認其原告公司為違

規收費營業，經核其事實之認定，客觀具體堪以採信。（七五、一一、一四，七五年判字第二 八二號，第六輯，第一 二一頁。）

民用航空運輸業管理規則第二十九條第一項規定，依同規則第四十六條適用民用航空法第八十七條第七款規定處罰部分，須自司法院釋字第三一三號解釋公布之日即中華民國八十二年二月十二日起屆滿一年時，始失其效力，在此之前仍屬有效。自不得據該號解釋為再審之事由。（八二、六、一七，八二年判字第一三一號，第十三輯，第八五四頁。）

B 案例評析

本案例等係有關運輸業之管理，又分客運業、航運業、違規遊覽車及空運業等營業。

違規經營客運業，依據公路法、汽車運輸業管理規則處罰。有關航運業之管理係根據航業法、航業管理規則及商船船東及船員走私處分辦法取締。空運業之管理依民用航空法及民用航空運輸業管理規則處罰。

其中值得注意者為民營公用事業監督條例第十七條有關「限制並營」之規定，屬競爭法上問題，宜由經濟發展規模詳細評估，對申請經營之程序應符合透明化原則，及平等原則。至於民用航空法與大法官會議第三一三號解釋之關係，八二年判字第一三一號對其適用之效力有明確宣示，顯示行政法院判決受釋憲機關意見影響，對建立行政法學的理論和體系自具有相當重大價值。綜合分析行政法院違規遊覽車之判決，取締根據包括公路法及行政命令，現行法令規定不可謂不嚴格，例如公路法第七十七條第一項規定：公路經營業、汽車或電車運輸業違反本法及依本法所發布之命令者，處三千元以上三萬元以下罰鍰，並得按其情節，吊扣其營業車輛牌照一個月至三個月，或定期報請交通部撤銷其汽車運輸業執照及吊銷全部營業車輛執照。第二項規定，未依本法申請核准，而經營公路營業，汽車及電車運輸業，處五千元以上五萬元以下罰鍰；公路主管機關並應勒令其停業，吊扣其非法營業之車輛牌照一個月至三個月，或吊銷其車輛牌照。

又，汽車運輸業管理規則（八十四年修正發布）第八十四條規定：遊覽車客運業應遵守左列規定：一、車輛應停置車庫場內待客包租，不得外駛個別攬載旅客，或開駛固定班車。二、車輛出租時，應依規定填載包票，隨車攜帶。三、承辦機關、學校或其他交通車，應於事

前檢具合約書副本報請公路主管機關備查。四、車輛出租業與旅行業辦理國民旅遊或接待旅客時，應向旅行業索取旅客名單隨車攜帶。

業者違規受處罰情形有如下列：

- 1 大客車違規攬客；
- 2 開固定班車；
- 3 遊覽車違規攬客，未備旅客名單；
- 4 預先揀好包車票，外駛個別攬客；
- 5 持用案外人包車票。

違規遊覽車取締法令不可謂不嚴格，但違規事項及案件不斷，仍有所謂「野雞車」違規營業問題，顯示所謂「地下經濟」逸脫於營業管理法令之外，情況相當嚴重。

肆、結語

綜上行政法院營業判決之類型，主管機關對各種營業之管理介入既深且遠，其項目既多且雜，當不僅本文所舉之十種營業項目。有關管制類型，包括：營業設立管理（如信用合作社、保險業）；違規營業管理（如商業營業、工廠營業）；營業資格管理（如營造業資本額及不得兼業）；營業內容管理（如特種營業之經營內容）等。由於營業登記證制度普遍施行，故「借牌營業者」，發生在營造業、旅行業、報關行及運輸業等甚多，增加管理取締上困難。

營業自由權既為憲法保障之基本權，在行政主體未設個別行業的管理規範之前，人民的營業自由權不受任何限制，也不必事先申請核准。惟行政主體基於公益，對某種營業設立管理規定，屬於限制人民營業自由權，本文歸納為「營業管制」，過去經濟行政的運作未符合法治國原則，營業管制相當獨特。類似我國有如此複雜的營業管制型態，包括登記、許可及其他行政措施上的障礙等，有稱為是在「特殊國情下」政府對「企業統制」的問題*（註四四）。且為配合某些特定

*（註四四）參見王仁宏、劉興善：特殊國情下的企業統制或管理問題，參見行政院經濟革新委員會報告書，第六冊，經濟行政組研究報告，七四年，第三六一頁以下。

營業之管理，利用行政命令限制人民之權利，有「違憲、違法」之嫌。

本文針對營業管制判決之研究，提出下列幾點觀察，以供參考：

一、在欠缺營業管制總則立法之下，「商業登記法」第八條第三項「商業不得經營其登記範圍以外之業務」，竟成為取締違規營業的主要根據。其所謂登記範圍之限制，是否賦予營業人有登記義務？未登記或超出登記範圍的營業即屬違法或違規，是否破壞前述所謂「原則自由，例外禁止」的法理，均有待從理論根據上再加探討。

二、限制人民營業自由權，依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條第二款規定，應以法律定之，但過去營業管制的根據基於行政命令者，僅有少數（如工廠設立登記規則）被大法官會議宣告為違憲，其他如特種營業管理命令、地方自治法規限制人民營業自由權，亦有違法、違憲之嫌，有待主管機關從善如流進行法制化工作，或釋憲機關予以糾正，始符合法治國家本旨。

三、行政法院對經濟政策積極介入審查，在保險業申請設立營業的案例已有重大突破（參見八二年判字第三五三號判決）；但此類型案件畢竟屬鳳毛麟爪，過去經濟政策的重大爭議，迭透過政治手段解決，鮮少進行司法審查，本文認為經濟法治國原則的貫徹，在當前台灣社會尤其重要，包括行政法院及大法官會議對經濟政策的司法審查，在現階段毋寧有更積極介入的必要。

四、主管機關對若干違規營業的處罰，有逐漸符合比例原則的要求，例如對旅行業設有管理事件統一量罰標準表；對客運業有違規營業處罰作業標準等，規定不同的違規情節，有不同的處罰標準，朝行政裁量法制化、統一化、標準化之發展趨勢，對貫徹平等原則亦具有實質意義，值得肯贊。

總之，在經濟自由化、國際化潮流之下，過去動輒管制、禁止營業之管制已逐漸淘汰，於立法上考慮是否制定營業管制總則性法律，使營業管制符合法制化原則，仍有考慮斟酌之必要。其次，司法層面言，針對實務上所發生之營業管制個案，主管機關及行政法院處理營業管制事件時，除依現行個別營業管理規定處理外，亦有必要引進營業管制之一般法律原則，如針對特種營業採取「寓禁於徵原則」；或對各種開放市場，因為競爭可帶來更大經濟效率之營業，如運輸業、金融業等，採用「市場競爭原則」等加以考量；或將「比例原則」、「平等原則」、「裁量原則」等一般法律原則，運用各相關營業管制

項目，有助於建立營業管制之法律架構體系。

