

## 德國營業法上之危害防止措施及行政救濟

林昱梅\*

### 摘 要

本文以危害防止法為橫軸，行政救濟為縱軸，以營業法為例，介紹德國危害防止法之基本理論及有關危害防止之行政救濟，並佐以判決實例說明之。本文對於有關危害防止之暫時性權利保護，多加著墨，因為，一方面危害防止措施常講求效率，否則危害擴大，對公眾或個人可能產生無法回復之損害。另一方面，危害防止措施本身若違法，對人民基本權利將產生侵害，此時，人民對抗違法之危害防止措施，雖有權利救濟之途徑，但是，可能尚未等到法院判決確定，講求效率之危害防止措施早已實施，而人民權利可能已經受到無法回復之損害，即使事後經法院確認該危害防止措施違法，亦無濟於事。因此，對抗行政機關違法之危害防止措施，暫時性權利保護是必要之權利保全手段。

於台灣尚未建立完整之危害防止法體系之際，瞭解他國如何建立健全之危害防止法體系，及相關行政救濟制度之運作，對於台灣將來危害防止法上之發展或許有相當之激盪與助益。筆者希望能透過本文，對於我國危害防止法體系及相關行政救濟制度之建立提供參考。

**關鍵詞：**危害防止、行政救濟、營業法

---

\* 逢甲大學人文社會學院社會科學教學組專任助理教授，作者特此感謝兩位匿名論文審查教授所提供之寶貴意見，並謹以本論文紀念亦師亦友，今年因病辭世之中央警察大學教授許文義博士。

## 壹、前言

危害防止乃是民主法治國家中不可或缺之國家任務。保障人民之基本權利、維持法律秩序及公共安全、確保國家機關之功能免受外力妨礙，皆屬危害防止之範疇。除了稅捐行政外，危害防止在整個國家之干預行政中扮演最重要之角色，與人民之基本權利更是息息相關。國家之危害防止措施，有時雖為保障人民基本權利、防止對人民產生不利之危害所為，但其另一方面卻可能侵害人民之基本權利。不僅積極的干預措施涉及基本權利之侵害，危害防止之其他手段，例如，基於危害防止之理由，行政機關消極地不發給營業許可，亦可能侵犯人民之營業自由。

危害防止措施若違法或不當，而侵害人民之基本權利，法治國家皆應提供人民權利救濟之機會<sup>1</sup>。因行政機關之作為或不作為而權利遭受侵害之人民，得請求法院審查行政機關之作為或不作為是否合法，法院若認為行政機關之作為或不作為違法，得撤銷或阻止行政機關之行爲，或要求行政機關為合法之行爲，此即為法治國家對人民訴訟權之保障。

除了營業人或營業申請人與行政機關之兩面關係外，於營業法之範疇內，第三人亦可能涉及行政機關之危害防止任務。例如，因特定營業發出管制音量以外之噪音，而影響身體健康之鄰人，得請求行政機關對違法製造噪音之營業加以干預。若行政機關拒不介入，人民身體健康不受侵犯之基本權利即有遭受危害之虞，法治國家對之亦應提供權利救濟之機會，使法院得命行政機關為適當之危害防止措施，進而保障人民之基本權利<sup>2</sup>。

台灣之危害防止立法，散佈於各個相關法律中，但是並未建立一套完整之理論體系，以致於在面對新型危害，例如現代科技或網際網路所潛藏之危害時，必須從零開始，參考他國法制，方能訂定危害防止之相關法規。個別作業之結果，有可能同樣是危害防止之立法，但因參考不同國家之法制，植基不同之基礎理論，而導致原本性質相通之法領域，因立法模式及內容有所差異，使得法律體系紊亂，甚至可能導致新的立法與台灣現有法律體系扞格不入，而有窒礙難行之感。

若有一套危害防止法之基礎理論，針對危害之構成、危害防止措施之種類、法律性質及行政救濟，建立統一之基本架構，則危害之擴大或新型危害，將可以比照原有之基礎理論及架構，立法或修法以因應之，此亦有利於法律體系之一貫。危害防止法體系之建立在德國有其悠久歷史，且發展地相當完整，雖然他山

<sup>1</sup> 參照 Link, Staatszweck im Verfassungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 7 (31)。

<sup>2</sup> 早在一九六〇年，德國聯邦行政法院即承認人民有請求行政機關為防止其危害，對危害者加以干預之權，請參考 BVerwG, DVBl. 1961, 128 (130) mit Anmerkung Bachof; Frassen, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Auslegung der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel, in: Festgabe BVerwG, 1978, S. 201 (215)。

之石不見得可以攻錯，筆者認為德國完整之危害防止法體系及健全之權利救濟制度，頗具參考價值，故願以營業法上之危害防止為主題，介紹德國之危害防止法體系及行政救濟制度，以供本國參考。

## 貳、德國危害防止法體系概述

### 一、國家之危害防止任務

#### (一) 危害防止任務之由來

所謂危害防止，總括來說，乃是指公共安全與秩序之維持，包括人民基本權利之維護、法律秩序之維持、維護國家機構運轉功能等等。危害防止乃屬國家之主要任務，也是國家權力壟斷正當化的理由之一<sup>3</sup>。依照德國傳統，危害防止任務係由警察<sup>4</sup>擔任。警察具有危害防止之任務，有一段演變過程。十五世紀時，所謂警察，係指社會井然有序之狀態，警察之概念相當於國家目的，涵蓋了所有國家之行政、立法、司法等行為<sup>5</sup>。十七世紀以後，外交、財政及軍事等事項從警察的概念中獨立出來，司法也與警察的概念有所區隔<sup>6</sup>。十八世紀君主專制時代，君主得以促進人民福祉為理由，毫無限制地運用警察權力（*ius polittiae*），規範人民之經濟、社會生活，故此種君主專制國亦被稱為警察國家<sup>7</sup>。

啓蒙後之自由市民法治國，隨著國家目的之改變，警察任務從凡事干預，漸漸限縮至危害防止（公共安全及秩序之維持）。學者 Pütter 所提倡之「警察的任務是危害防止，而非促進人民福祉」，於一七九四年的普魯士國法通則（*Das Preußische Allgemeine Landrecht*）獲得實證法上之回應。普魯士國法通則第十章第二節第十七條規定，維持公共安寧、安全及秩序，以及防止公眾或個人面臨之立即危險所必要之機構為警察機關<sup>8</sup>。

在著名的 *Kreuzberg* 判決中，法院引用普魯士國法通則第十章第二節第十七

<sup>3</sup> 參照 Württenberger/Heckmann/Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 3. Aufl., 1997, Rn. 1。

<sup>4</sup> 此之警察並非限於組織意義上之執勤警察，而是指功能意義上之警察，見本文貳（二）。

<sup>5</sup> 參照 von Unruh, *Polizei, Polizeiwissenschaft und Kameralistik*, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh, *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. I, 1983, S. 388 (392); Anschütz, *Die Polizei, Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden*, Bd. II, 1910, S. 222。

<sup>6</sup> 參照 Knemeyer, *Polizeibegriffe*, AöR 1967, 165 f.; ders., *Polizei- und Ordnungsrecht*, § 1 Rn. 3; Wolff, *Verwaltungsrecht III*, 3. Aufl., 1973, S. 5; Anschütz, *Die Polizei*, S. 223。

<sup>7</sup> 參照 Anschütz, *Die Polizei*, S. 224。

<sup>8</sup> 一七九四年普魯士普通法 § 10 II 17 之翻譯亦請參考李震山，*警察任務法論*，1998 年 4 版，頁 143。

條作為判決基礎，認定警察的職權限於危害防止，而判定基於美學因素限制建築高度的警察命令無效<sup>9</sup>。從此警察之任務，乃逐漸限縮在「危害防止」，而不及於「人民福祉」之追求。一九三一年的普魯士警察行政法第十四條第一項亦沿用前述見解<sup>10</sup>。直至今日，德國各邦之警察法仍規定危害防止為警察任務之一<sup>11</sup>，德國聯邦及各邦統一警察法模範草案第一條第一句即規定「：警察之任務為防止對公共安全或秩序所造成之危害。」但此任務已經不包含名為增進人民福祉，實為干預之警察國家之行為<sup>12</sup>。

## （二）危害防止之主管機關

危害防止為警察之任務，本文所謂警察，並非僅止於組織意義上之警察<sup>13</sup>，而是指功能意義上之警察而言。凡是負責危害防止之警察機關或行政機關，皆為功能上之警察機關。二次大戰後，德國掀起一波「除警察化」(Entpolizeilichung)之風，危害防止之任務被重新分配，甚至多數被劃歸至一般行政機關，負責與危害防止有關之交通、建管、環保、衛生、營業等事項。此種擁有危害防止權限之行政機關，被統稱為安全或秩序機關<sup>14</sup>，而組織意義上之「執勤警察」(Vollzugspolizei)，其任務則僅限於緊急危害之防止。

## （三）危害防止法之適用

警察及危害防止任務之立法，傳統上屬於各邦之權限<sup>15</sup>。各邦亦各自訂有警察法或安全秩序法。各邦警察法或安全秩序法皆有概括條款，規定警察與安全秩序機關為保護個人或公眾，對於公共安全或秩序之危害有防止之任務。除了概括條款外，各邦警察法亦多規定有盤查、管束、扣留、扣留物之保管、變賣、銷毀

<sup>9</sup> Kreuzberg-Urteile vom 10. 6. 1880 (PrVBl. 1, 401) und vom 14. 6. 1882 (PrOVGE 9, 353 ff., Nachdruck in DVBl. 1985, 219 ff.)。關於 Kreuzberg 判決亦請參考 Rott, 100 Jahre „Kreuzberg-Urteil“ des PrOVG, NVwZ 1982, 363 (364); Ronellenfisch, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, S. 241。

<sup>10</sup> 普魯士警察行政法第十四條第一項規定：「警察機關應於現行法之範圍內，為防止公眾或個人遭受公共安全或秩序之危害，依照合義務之裁量，採取必要之措施。」

<sup>11</sup> 警察之另一主要任務為協助檢察官偵查犯罪之犯行追緝任務。

<sup>12</sup> 關於警察概念之沿革，請參考 Ronellenfisch, Selbstverantwortung und Deregulierung im Ordnungs- und Umweltrecht, S. 12 ff., Knemeyer, Polizei, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts, AöR (92), 1967, 153 ff.。

<sup>13</sup> 組織意義之警察係指在警察機關服務之警察，詳見李震山，德國警察制度之探討，中山社會科學季刊，第六卷第三期，80年9月，頁16(21)。

<sup>14</sup> 請參考李震山，德國警察制度之探討，(註13)，頁17。

<sup>15</sup> 參照德國基本法第七十條及 Württenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 40。

或變賣價金之返還、直接強制、資料之儲存、變更與修正、資料傳遞、資料之運用、資料之註銷與禁止使用等具體之警察職權。

除了各邦警察法或安全秩序法外，許多聯邦擁有立法權限之領域，亦牽涉危害防止之問題，與該領域相關之危害防止事項，聯邦得因領域相關（Sachzusammenhang）或相牽連（Annex），統籌以聯邦法制定有關危害防止之規定<sup>16</sup>。此種含有危害防止規定之聯邦法，例如外國人法（規範外國人入出境之管制、驅逐出境或強制出境）、集會遊行法（規範集會遊行安全）、交通安全法（規範交通安全）及營業法（規範營業安全）等，即為危害防止法之特別法。此外，各邦亦得於權限範圍內，制定危害防止之特別法，例如，邦建築法中含有建築安全之規定，即為邦所制定之危害防止法之特別法。

依特別法優於普通法之原則，危害防止之措施，特別是具有干預性質之措施，若可在特別法中找到授權依據，則不適用各邦的警察法或安全秩序法。各邦警察法或秩序安全法之概括條款具有輔助性質，僅在特別法或警察法中之特別規定不適用之情形下，方得適用。但若特別法對於危害防止之授權已經有完備規定（abschließend），則行政機關不得再引用概括條款為干預行為。概括條款之用意主要在補充特別規定之不足，以便因應立法者未能預見之危害，而非行政機關擴大干預權限之基礎。

#### （四）危害防止法體系存在之實益

雖然組織上已經劃分安全秩序行政機關與「執勤警察」，而某些危害防止之任務亦由聯邦統籌以特別法之方式規範之，危害防止立法似乎可以各自為政，然而，整個危害防止法體系有其存在之實益。危害防止法中概括條款之概念，諸如「危險」、「損害」發生之「可能性」、「責任人」等概念，仍然可以適用於各個危害防止特別法之領域，例如，公害法、營業法、建築法、交通法或其他科技安全法中有關危害防止之相關規定，而危害防止法上之重要原則，例如比例原則、便宜原則等，亦貫穿整個危害防止法體系。因此，德國至今仍未放棄以警察法或秩序安全法作為普通法，與其他特別法相輔相成之危害防止法體系。

<sup>16</sup> 參照 Württemberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 43; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 43; BVerfGE 8, 143 (149 f.); BVerwGE, 28, 310 (311)。

## 二、危害防止法之基本概念

### (一) 危害防止法所保護之法益

#### 1. 公共安全

依照德國各邦警察法概括條款之規定，危害防止法保護之法益，首先是公共安全。

所謂公共安全包括生命、身體健康、自由、尊嚴、名譽、財產等個人法益之保護，整個法秩序之維護，以及國家設施之存在及其功能之確保<sup>17</sup>。諸如保護人民身體免受空氣、水污染及噪音之危害、保護流浪漢之生命<sup>18</sup>、確保集會遊行安全、交通安全及營業安全等等，皆屬於公共安全之範疇。

應注意的是，雖人民財產權之保護，涉及警察介入私權之輔助性原則<sup>19</sup>，但是財產權之保障，仍應列入危害防止之法益中，因為建築法、營業法等有關危害防止之特別法領域，亦多涉及有關人民財產權保護之問題。

#### 2. 公共秩序

除公共安全外，多數德國各邦之警察法或安全秩序法，亦將公共秩序列入危害防止法所保護之法益。所謂公共秩序，係指各種於合憲秩序內，規範個人公共行為的不成文規範之總稱，而此種規範之遵守，依當時多數人的觀念，係井然有序之國民共同生活所不可或缺的<sup>20</sup>。

公共秩序以不成文之規範為要件，而在德國，許多危害防止事項，已經有明文法律作為授權基礎，而成文法律的維護，又屬於公共安全之範疇，因此，行政機關在成文法之範圍外，以公共秩序為理由作成危害防止措施之情形已不多見。法院雖曾支持行政機關以公共秩序為理由，限制公共場所裸體供大眾欣賞的藝術表現<sup>21</sup>，或限制以真人作為殺人遊戲「玩具」之營業<sup>22</sup>，但是這些行為同樣可以以人性尊嚴受侵害為理由限制之，而人性尊嚴係屬公共安全之範疇，因此，公共秩序作為危害防止之保護法益，似乎已經過時，而有淘汰之必要。

公共秩序作為危害防止之保護法益，也受到學者批評，一方面公共秩序之概

<sup>17</sup> 參照 Württenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 272。

<sup>18</sup> 為避免流浪漢受凍而危及生命，德國警察機關常引用警察法概括條款的規定，將流浪漢暫時安置，但長期的住屋問題，則不是警察機關，而是社會機構的任務。

<sup>19</sup> 警察介入私權的輔助性原則請參考李震山，警察任務法論，頁 107 以下。

<sup>20</sup> 參照 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 245。

<sup>21</sup> OVG NW, DÖV 1996, 1052.

<sup>22</sup> OVG Rh.-Pf., DÖV 1994, 965.

念不夠明確，作為行政機關干預人民之授權基礎，有違反法治國原則之虞。而在一個現代多元之社會中，某種統一的，共同生活不可或缺的道德觀已經難以形成，除非其透過民主程序立為法律，使得行政機關有法律之授權，否則，在一個尊重多元之民主國家中，實不容許多數人之道德觀壓制少數人之道德觀，逼迫少數人去遵從不能接受之規範，而警察或行政機關更不能被此種法律外的，多數人之道德觀當成工具，以公權力去維持多數人之道德觀。除此之外，若警察或行政機關在欠缺特別法律授權下，得以公共秩序為由，限制人民權利，又擁有公權力以執行之，此亦違背了權力分立原則及民主原則<sup>23</sup>。蓋決定何種社會規範必須有法的拘束力，應是民意機關立法者之任務，而不是行政機關。因此，德國的 Bremen, Saarland, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Niedersachsen 等邦已經將公共秩序之維持，從警察危害防止之任務中抽離出來，警察或行政機關只能以維護公共安全為理由，為危害防止之措施。

為避免警察或行政機關藉口多數人之道德價值觀，運用公權力強制人民遵守，而不當限制人民基本權利，遭到違反民主原則、權力分立原則之口實，應將公共秩序排除在危害防止保護法益之外。對抗社會的不道德，首先是立法者之任務。立法者一旦立法，則法秩序之維持，隨即成為公共安全之範疇，不必再動用到公共秩序之概念，因此，單純之「公共秩序」不應作為警察或行政機關干預行為之授權依據。關於此種趨勢，我國於參考時應多加斟酌，而不應完全仿效德國行之有年之公共秩序之概念。

## （二）危害之概念

危害（Gefahr）是危害防止法中非常重要之概念。依照普魯士高等行政法院之見解，所謂危害，是指一種狀態，若此狀態正常持續下去，沒有外力介入，即有足以造成公共安全或秩序受到損害之可能性，進而造成權利侵害或法益減損之情況<sup>24</sup>。

判斷危害之要素有二：「損害發生」（Schadenseintritt）之「可能性」（Wahrscheinlichkeit）。若行政機關認為損害之發生有足夠之可能性，就可以為必要之危害防止措施。所謂損害，是指由外力所導致之法益減損。損害發生之可能性係植基於行政機關之「預測」（Prognose）。危害之預測乃是依照一種「愈-愈」之公式（Je-desto-Formel）判定，所欲保護之法益愈重要，或可能發生之損

<sup>23</sup> 參照 Württenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 277; Hill, Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht? DVBl. 1985, 88 (91 f.); Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968, 25 ff.; ders., in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Kap. E, Rn. 25; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 127; Achterberg, „Öffentliche Ordnung im pluralistischen Staat, in: FS für Scupin, 1973, 9 ff.。

<sup>24</sup> PrOVGE 77, 333 (338); 87, 301 (310); 98, 81 (86).

害愈大，即使損害發生之可能性小，仍可認定危害存在，相反地，所欲保護之法益或可能發生之損害愈小，便須更高之發生可能性，才能認定危害存在<sup>25</sup>。

### 三、危害防止法之手段

#### 1. 負擔性質之行政處分

危害防止措施，最常見的為具有負擔性質之行政處分。建築法上之勒令停工、禁止使用；公害防治法的勒令歇業、停業；營業法上的停業處分、禁止營業，以及禁止集會遊行或結社，皆為危害防止法上之負擔處分。

#### 2. 報備、許可或特許<sup>26</sup>

依照危害程度之大小，許多具有危害潛在因子之行為須經過報備、許可或特許之程序。透過報備制輔以事後禁止之可能性，主管機關得隨時監督，以便有危害發生或發生之虞時，得及時為危害防止之措施。許可制則是事先禁止某項行為或設施，待行政機關確符合法定許可要件，方給予許可（*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*）之制度。危害防止法上之許可程序係為防止特定行為或設施所產生之危害所設，將原本得自由從事之活動，事先禁止之，而賦予行政機關事前審查之權，此之事先禁止只是危害防止之手段，若行為或設施合乎法定許可要件，行政機關並無裁量權，必須發給許可，人民對之亦有請求權<sup>27</sup>。公害防治法所規定之許可、建築許可、餐旅業許可皆為此類型之許可。

特許制下之行為，例如持有武器，原則是禁止的，特許乃是例外性地開放。因此，特許的要件就是將原本不允許之行為，於合乎例外法定要件時，所為之個案性之解禁。於危害防止之特許制下，人民即使符合特許之法定要件，對於行政機關也只有請求無裁量瑕疵決定之權利，並未像許可制一樣，人民有要求許可之請求權<sup>28</sup>。

<sup>25</sup> 關於危害之要素請參考 Württenberger/Heckmann/Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, Rn. 278; Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, Rn. 140; Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, S. 220 (223 ff.); Breuer, *Anlagensicherheit und Störfälle — Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht*, NVwZ 1990, 211 (213); Hansen-Dix, *Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht*, 1982, S. 19 ff.; 81 ff.; Rid/Hamann, *Grenzen der Gefahrenabwehr im Umweltrecht*, UPR 1990, 281 (282); Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, 85 f.; Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1998, 286。

<sup>26</sup> 關於報備、許可、特許之制度詳見許宗力，行政處分，翁岳生編，《行政法》，二版，2000年，頁569至570；李惠宗，論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢5期，79年1月，頁227（237至240）。

<sup>27</sup> 參照 Württenberger/Heckmann/Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, Rn. 36。

<sup>28</sup> 參照 Württenberger/Heckmann/Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, Rn. 37。



### 3.行政命令

危害防止亦得以行政命令之手段為之。防止噪音危害健康而縮短營業時間、行乞之禁止、遏止動物傳染病、狂牛症之防止、防止惡犬傷人等，皆得由主管機關依照法律授權以行政命令定之<sup>29</sup>。

### 4.事實行為

危害防止之措施，亦得透過事實行為為之。事實行為諸如警告、提示、建議、觀察、提供資訊、諮詢、指導、扣留、銷毀、撲殺、清除及直接強制等，亦可達到危害防止之目的。

## 參、德國營業法上之危害防止措施

### 一、營業法為危害防止法之特別法

#### (一) 德國營業領域中之危害防止立法

營業活動對於個人或大眾而言可能是個危害源。缺乏專業知識之食品商、汽車機械師或製造噪音之營業，將對人民之生命或健康造成威脅。為防止營業活動可能導致之危害，德國早在一八六九年北德聯邦時代，曾沿襲普魯士王國一八一一年之營業警察法（Gewerbepolizeigesetz）及一八四五年之營業秩序法（Gewerbeordnung）<sup>30</sup>，頒布一部營業秩序法<sup>31</sup>，該法於德意志帝國時代並適用於整個帝國領域，為德國現行營業秩序法之前身，因此我們可以說德國之營業秩序法已經有超過一百三十年之歷史。

一百三十年來，營業秩序法為因應經濟社會之變動以及社會國之要求而屢有更迭，許多事項從營業秩序法中獨立出來，單獨立法，例如餐旅業法（Gaststättengesetz）、手工業法（Handwerkordnung）、商店關門時間法（Ladenschlußgesetz）等。原本德國一八六九年之營業秩序法含有兩種危害防止之手段，一為針對營業人，一為針對營業設施。一九七四年聯邦公害防治法

<sup>29</sup> 參照 Württenberger/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 32。

<sup>30</sup> 為了改革經濟及營業條件，普魯士王國於一八一〇年頒布營業稅令（Gewerbesteueredikt, PrGS 1810, S. 79），建立營業自由原則，使營業脫離階級團體之掌控，然而當時已經意識到不當之營業將對大眾導致危害，有必要對營業自由加以限制，因此，普魯士王國於一八一一年九月七日頒布營業警察法（Gewerbepolizeigesetz）。一八四五年一月十七日普魯士王國又頒布了營業秩序法（Gewerbeordnung, PrGS 1845, S. 245）。

<sup>31</sup> BGBl. 1869, S. 245.

(Bundesimmissionsschutzgesetz) 制定後，針對營業設施之部分歸由聯邦公害防治法作整體規範。因此，目前營業秩序法僅規範有關於營業人及其營業活動之危害防止機制<sup>32</sup>。

## (二) 德國營業秩序法之定位

德國現行營業秩序法是一九九九年修正公布全文之版本<sup>33</sup>。營業秩序法中有些規定係為防止營業行為所導致之危害所設。某些特定危害可能性較高之營業，採許可制，行政機關保留事前審查之權，可發揮事前預防之功能。其他危害可能性較低之營業採報備制。已獲許可之營業或不必要經過許可之營業進行中，有造成危害之虞，或已經造成危害，主管機關亦得撤銷、廢止營業許可或禁止營業，以達到危害防止之目的。因此在整個危害防止法之體系中，營業秩序法是危害防止法之特別法

在整個營業法之體系中，營業秩序法是整個規範營業秩序之普通法，而從營業秩序法中獨立出來的餐旅業法、手工業法及商店關門時間法等，乃是營業秩序法之特別法。因此在適用上，以餐旅業法等特別法優先適用，若營業秩序法之特別法未規定，得適用營業秩序法。與危害防止有關之事項，營業法之特別法及營業秩序法皆無規定，尚可回歸安全秩序法或警察法之概括條款適用之。但是，若特別法已經對某種特定事項為完整之封閉性 (abschließend) 規定者，則不能再引用普通法之規定予以補充適用。

從另一個面向來看，營業秩序法及其他特別法也是經濟行政法之一環。經濟行政法包含了國家以危害防止、引導 (Lenkung) 或扶助 (Förderung) 為目標，而對於經濟活動過程加以規制 (ordend)、形成 (gestaltend) 或給付 (leistend) 之所有法規<sup>34</sup>。營業秩序法中有關危害防止之手段係屬經濟行政法中經濟監督 (Wirtschaftsaufsicht) 之一環。基於公益或為了保護相關經濟活動之第三人，法律得對於特定之經濟活動或方式特別加以規範，並賦予行政機關監督之權限，以監督這些法律是否被從事經濟活動之人遵守。營業秩序法或其他特別法中有關危害防止之規定，即是經濟監督之一部分<sup>35</sup>。

<sup>32</sup> 關於營業秩序法之沿革請參考 Reiner Schmidt, Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsverwaltungsorganisation, Wirtschaftsförderung, in: Achterberg/Püttner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, 1990, Rn. 165 ff.; Hans-Wolfgang Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999, Kap. VII, Rn. 239; Peter Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999, Abschn. 3, Rn. 124。

<sup>33</sup> BGBl. I, S. 385.

<sup>34</sup> 參考 Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999, Abschn. 3, Rn. 2。

<sup>35</sup> 參考 Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999, Abschn. 3, Rn. 74 ff.。經濟監督之任務及權限雖然源於營業法中之危害防止規定，但是並不以此為限。屬於經濟監督之領域尚有保險、銀行業之監督，能源供應企

本文鎖定營業法上之危害防止措施為題，擬以營業秩序法為主，其他特別法規為輔，說明營業法上之危害防止措施及其救濟方式。

## 二、營業法上之危害防止措施

德國營業法上之營業指的是任何合法以營利為目的，持續性地獨立從事之行為，但是原料生產、自由業、單純私有財產之管理不屬於營業之範圍<sup>36</sup>。德國營業秩序法將營業區分為常設營業（stehendes Gewerbe， §§14-52 GewO）、旅遊業（Reisegewerbe， §§55 ff. GewO）及市場營業（Marktgewerbe， §§64 ff.）。不屬於旅遊業及市場營業者，皆為常設營業。視危害發生之可能性及危害程度之大小，德國營業秩序法將各種營業區分為須經許可之營業及不須經許可之營業。不須經許可之營業於營業開始時必須向主管機關報備，須經許可之營業，營業人必須在取得許可後，才能開始營業。

### （一）不須經許可之營業

#### 1. 報備

依照營業秩序法第十四條之規定，開始或結束獨立營業、分支機構之設立、營業之遷移，皆應向當地主管機關報備。通常而言，常設營業無須經過許可，僅須依照第十四條之規定報備即可，報備之用意一方面是要讓主管機關審查該營業是否須經許可，另一方面是方便行政機關進行監督。

依照營業秩序法第十五條第一項之規定，行政機關應於營業人報備三日內發給報備證。報備證只是一種證明，不屬於行政處分。違反報備義務並不影響該營業之合法進行，主管機關得請求營業人踐行報備手續，亦得對違反報備義務之人科處罰鍰，但是主管機關不得單純以違反報備義務為理由，為停止營業之處分。

#### 2. 禁止營業

依照營業秩序法第三十五條規定，如果有足夠之事實，足以認定營業人或受委託營業之人，對於該營業具有「不可信賴性」（Unzuverlässigkeit），行政機關得為保護公眾及該營業之工作人員之安全，於必要時禁止一部或全部之營業。

常設營業雖然原則上不須經過許可，但是若其營業有危害發生之可能，事後可能被行政機關禁止。禁止營業之要件為，營業人欠缺與營業有關之可信賴性。營業法上之可信賴性係由營業人之整體行為判斷之。若由營業人之行為整體觀

---

業之監督、郵政、電信之監督、防止不當競爭之監督等等，皆屬經濟監督。

<sup>36</sup>參照 Schmidt, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, § 7 Rn. 4 ff.。

之，使人無法信賴其將來能按照法規秩序營業，則其具有營業法上之不可信賴性<sup>37</sup>。積欠稅款、不繳納社會保險費、違法僱用外籍勞工或疏於檢查營業用車之安全性等，皆是構成營業人不可信賴性之原因。營業人之營業活動危害到公共安全，即得認定其將來不能按照規定營業。

不可信賴性之判斷係植基於危害防止法上之「預測」。行政機關必須依照營業人至今之行為，預測營業人將來是否會危害公共或個人安全<sup>38</sup>。不可信賴性乃是依據具體之危害程度判斷，不以營業人本身可歸責為限<sup>39</sup>。因為，依據危害防止法之性質，危害或不可信賴性之認定並不取決於營業人個人是否有可歸責事由，而是取決於損害發生之可能性<sup>40</sup>。

禁止營業之處分，以保護大眾及營業內之工作人員有必要時為限，亦得以部分禁止或一定時段之禁止為之<sup>41</sup>。最典型的禁止營業處分係因營業人犯刑法上之罪，而不能信任其將來能合法地繼續營業。行政機關必須依照刑事判決內之犯罪事實預測，是否營業人已經喪失其可信賴性<sup>42</sup>。一家郵購商店之營業人若犯德國刑法 130 條煽動種族歧視之罪，則可認定其具有高度危害公共安全之可能性，而得禁止其營業<sup>43</sup>。

## （二）須經許可之營業

### 1. 營業許可

營業許可是德國營業法上最典型之危害防止手段。對於危險性較高之營業，透過事前禁止、審查通過後始准營業之機制，可以有效地預防可能發生之危害<sup>44</sup>。

營業許可通常以書面為之，有時給予證明，例如旅遊業許可證或貨運營業許可證。有一種許可係以登記之形式為之，例如將手工業之營業人登記至手工業名冊。

<sup>37</sup> 參照 BVerwGE 65, 1 ff.; BVerwGE, B. v. 19. 1. 1994 (Buchholz 451.20 § 35 Nr. 57); B. v 5. 3. 1997, GewArch. 1997, 244。

<sup>38</sup> 參照 BVerwGE, DÖV 1985, 834; Badura, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1999, 3. Abschnitt Rn. 138。

<sup>39</sup> 參照 VGH BW, NVwZ 1992, 193; Krämer, Vorläufiger Rechtsschutz im VwGO-Verfahren, 1998, Teil II, Kap. 5, Rn. 28。

<sup>40</sup> 參照 VGH BW, GewArch 1993, 416; Hans Wolfgang Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner, Besonders Verwaltungsrecht, 1999, Kap. VII, Rn. 262。

<sup>41</sup> 參考 Hans Wolfgang Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner, Besonders Verwaltungsrecht, 1999, Kap. VII, Rn. 264; 267。

<sup>42</sup> 參照 VGH BW, GewArch 1990, 253。

<sup>43</sup> 參照 VG Arnsberg, GewArch 1999, 247。

<sup>44</sup> 關於營業許可之目的請參考李惠宗，(註 26)，頁 227 (240)。

## 2. 停業處分

須經許可之營業，若營業人未取得營業便開始進行營業，行政機關得依照營業秩序法第十五條第二項第一句之規定，為停業處分。旅遊業則適用營業秩序法第六十條 d 之規定。

須經許可而未經許可之營業，因其形式上已經違反事前禁止之許可機制，行政機關無法事先審查其是否有危害發生之可能性，因此不論該營業實際上是否有危害存在或有存在之虞，行政機關皆得以其形式上未經許可為由，為停業之處分。只是，對於是否發布營業秩序法第十五條第二項第一句之停業處分，行政機關有裁量權<sup>45</sup>，因此，依照比例原則之要求，行政機關得衡量營業是否已經申請許可或許可要件是否存在等因素，作為是否為停業處分之參考。

若行政機關因為營業人缺乏可信賴性而拒發或廢止營業許可，因危害可能性曾經被確認過，則營業人再次未經許可，重新開始營業，其危害之可能性仍未降低，行政機關得立即為停業處分<sup>46</sup>。某營業人因其營業場所變成吸毒中心而被廢止營業許可，若未經行政機關再次審查許可，即重新開始營業，則可預見其營業場所再次成為吸毒中心，行政機關得迅速採取停業之行動<sup>47</sup>。

## 3. 撤銷或廢止營業許可

撤銷或廢止營業許可是營業法上相當重要之危害防止手段。大多數的例子是行政機關合法發給營業許可後，發現營業人嗣後失去營業法上之可信賴性，使得當初許可之原因喪失，而廢止該營業許可。現舉營業法上三個重要之例說明之：

### (1) 餐旅業許可之撤銷或廢止

依照餐旅業法第四條第一項第一款之規定，若有事實足以認定營業許可申請人對於營業未具備可信賴性，特別是酗酒；或有利用他人無經驗、輕率、意志薄弱之嫌；或慫恿助長酗酒、法令禁止之賭博、包庇犯罪、或不正當之行為；或違反健康法、食品法、勞動法或青少年法者，行政機關不應發給營業許可。若行政機關發現營業人於取得許可時有上述情事，得依照餐旅業法第十五條第一項之規定，撤銷餐旅業之營業許可。營業人於發給營業許可後具有上述不可信賴之情事者，行政機關依餐旅業法第十五條第二項之規定，廢止餐旅業之營業許可。

常見的撤銷或廢止餐旅業營業許可之原因，是營業場所有毒品犯罪之情事

<sup>45</sup> 參照 Schmidt, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, § 7 Rn. 58。

<sup>46</sup> 參照 VG Göttingen, GewArch 1996, 291; VG Düsseldorf, GewArch 1984, 19; OVG NW, GewArch 1984, 332; VGH München, GewArch 1992, 228; VGH BW, GewArch 1993, 335; HessVGH, GewArch 1996, 291。

<sup>47</sup> 參照 VGH BW, GewArch 1993, 335; HambOVG, GewArch 1994, 294。

<sup>48</sup>。若營業人並未盡到監督責任，而使得其餐旅業成為毒販及吸毒者聚集之場所，則即使營業人本身並未加入毒品犯罪，其營業許可仍可能遭到廢止之命運。

若營業人常常違反法律規定，由其行為之整體觀之，已經到達不可信任其能繼續合法營業之程度，例如，營業人屢次違反營業時間法、噪音管制法之規定，又無法遏止餐旅店裡出現毆傷事件，則行政機關得廢止其營業許可<sup>49</sup>。

### (2) 電動玩具店營業許可之撤銷與廢止

特別為保護青少年，德國從 1960 年開始，修改營業法，將電動玩具店之經營納入須經營業許可之範圍<sup>50</sup>。雖然營業秩序法對於電動玩具店營業許可之撤銷或廢止並無特別規定，但是行政機關得依照行政程序法第四十八、四十九條撤銷或廢止電動玩具店之營業許可。例如，若電動玩具店成為毒品犯罪中心，行政機關得採取廢止電動玩具店營業許可之手段，遏止毒品犯罪<sup>51</sup>。

### (3) 旅遊業營業許可之撤銷與廢止

依照德國營業秩序法第五十五條第二項之規定，旅遊業之經營須取得許可證 (Reisegewerbekarte)。若營業人喪失可信賴性，行政機關得依照行政程序法第四十八、四十九條撤銷或廢止旅遊業許可證。例如，提供空中彈跳運動之旅遊業者屢次違反行政機關基於安全理由對於營業許可所加之負擔 (Auflagen)，又不遵守其他安全規定，極可能對顧客之身體及生命有重大危害，行政機關得廢止其旅遊業許可<sup>52</sup>。

## 4. 縮短營業時間

在餐旅業中，縮短營業時間也是營業法上危害防止之手段之一，透過對餐旅業營業時間之控制，行政機關可以達到維護公共安全，特別是噪音管制及防止酗酒之目的<sup>53</sup>。依照餐旅業法第十八條第一項規定，各邦政府得以行政命令訂定餐旅業及其他公開娛樂場所之營業時間。以巴登符騰堡邦為例，依照該邦所訂之餐旅業行政命令<sup>54</sup>第九條之規定，餐旅業及其他公開娛樂場所營業時間可以從清晨六時至凌晨一時為止。而依照該餐旅業行政命令第十二條之規定，行政機關得依照當地特殊情形縮短、附期限或附廢止權之保留延長營業時間。而所謂依照當地

<sup>48</sup> 參照 VGH Kassel, NVwZ 1992, 193。

<sup>49</sup> 參照 VGH BW, NVwZ 1990, 186。

<sup>50</sup> BT-Drs. III/318, S. 16.

<sup>51</sup> 參照 VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, 139。

<sup>52</sup> 參照 VGH BW, GewArch 1993, 416 f。

<sup>53</sup> 參照 Michel/Kienzle, Das Gaststättengesetz, § 18 Rn. 7。

<sup>54</sup> Verordnung der Landesregierung zur Ausführung des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 18. 2. 1991 (GBl. 1992, S. 195)。

特殊情形縮短營業時間，常常係以危害防止為目的。例如，餐旅業之音樂、顧客停車、吵雜所發出之噪音超出管制標準，危害鄰居安寧，致使維持通常之營業時間，已經危害到公共安全，行政機關為了夜間安寧，得命縮短營業時間<sup>55</sup>。

縮短營業時間，行政機關得針對個別營業以行政處分之方式為之，亦得以行政命令以一般抽象之規定訂之。

## 肆、營業法上之行政救濟

依照德國基本法第十九條第四項之規定，人民權利受到公權力侵害時，皆應有法律救濟途徑。如果行政機關之作為或不作為違法侵害人民之基本權利，德國基本法第十九條第四項保障人民有向法院請求有效之權利救濟之機會<sup>56</sup>。而上述有關營業法上之危害防止措施，皆屬行政救濟之範疇，所有之訴訟類型及權利保護方式皆依照行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung，簡稱 VwGO）之規定為之。

### 一、營業人之行政救濟

#### （一）基本法上營業自由之保障

德國基本法對於營業自由雖無明文規定，但由基本法第十二條之職業自由可以導出營業自由<sup>57</sup>。而營業秩序法第一條第一項亦明文揭示，除了本法訂有例外或本法准許之限制外，任何人有營業自由。惟營業秩序法及其他營業法之特別法含有許多限制營業自由之規定，特別是為了保障經濟流通安全及防止特定營業所引發之危害所為之限制。以危害防止為理由限制人民之營業自由，必須注意是否有合法之授權基礎、干預或不作為是否合法、是否符合比例原則等等。若行政機關之作為或不作為不符合上述原則，基於人民基本權利及訴訟權之保障，人民得提起訴願、行政訴訟以圖救濟。

<sup>55</sup> 參照 VGH München, BayVBl. 1984, 113; BVerwGE 31, 13 (19 f.)。

<sup>56</sup> 參照 Lisken, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Kap. K, Rn. 2。

<sup>57</sup> 參照聯邦憲法法院判決 BVerfGE 7, 377; Kahl, in: Landmann/Rohmer, GewO Bd. I, § 1, Rn. 8。另請參考李惠宗（註 26），頁 230、231。

## (二) 行政救濟之方式

### 1. 不須經許可之營業

#### (1) 行政機關不發給報備證之行政救濟

不須經許可之營業，營業人報備後，主管機關若不給報備證，因報備證僅是證明文件，非具有許可性質之行政處分，因此，營業人得向行政法院提起一般給付之訴，請求行政機關發給報備證<sup>58</sup>。

#### (2) 行政機關禁止營業時之行政救濟

行政機關基於營業秩序法第三十五條所為之禁止營業處分，其性質為行政處分，營業人得對之提起訴願、撤銷訴訟。法院最主要必須審查營業秩序法第三十五條之構成要件「不可信賴性」是否存在。營業法上之不可信賴性雖然是不確定法律概念，但是行政機關並無判斷餘地，法院可以完全審查<sup>59</sup>。

### 2. 須經許可之營業

#### (1) 行政機關不發給營業許可時之行政救濟

營業許可係羈束處分之一種，符合申請要件，行政機關應該發給許可，並無裁量空間，營業人依照基本法第十二條及營業秩序法第一條所保障之營業自由，有請求發給許可之公法上請求權<sup>60</sup>。因此，行政機關對於營業人之申請置之不理或拒發許可時，營業人得提起課予義務之訴，請求法院判令行政機關發給營業許可。

#### (2) 針對停業處分之救濟

行政機關針對未經許可而違法經營之營業發布停業處分，營業人若不服該處分，例如，營業人認為其所從事之營業不須經許可，則其得提起訴願或撤銷訴訟，請求法院撤銷該停業處分。

---

<sup>58</sup>請參照 Schmidt, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, § 7 Rn. 21。

<sup>59</sup>參照 BVerwGE, 28, 202 (209 f.); Tettinger/Wank, GewO, § 35 Rn. 6; Marks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Bd. I, § 35 Rn. 29。

<sup>60</sup>參照 Schmidt, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, § 7 Rn. 46; Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Abmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Abschn. IV, Rn. 132。



### (3) 行政機關撤銷或廢止營業許可之行政救濟

營業許可發給時或發給後，營業人具有不可信賴性，行政機關得為危害防止之目的撤銷或廢止營業許可。撤銷或廢止營業許可為負擔處分，營業人對之得提起訴願、撤銷訴訟，以求救濟。

### (4) 行政機關縮短營業時間之權利救濟

行政機關依據餐旅業營業時間行政命令，參酌特殊當地情形，針對某一營業所為之縮短營業時間之處分，為具有負擔性質之行政處分，人民對之不服，得提起訴願、撤銷訴訟尋求救濟。若行政機關依照餐旅業管理法之授權，以行政命令之方式縮短營業時間，營業人得以其權利受侵害為由，依照行政法院法第四十七條之規定，聲請法規審查<sup>61</sup>。

## 二、第三人之行政救濟

所謂第三人，乃指行政機關與營業人以外之人而言。第三人，尤其是其權利受到特定營業危害之人，也是行政機關危害防止措施所欲保護之人。但是，若行政機關忽略危害，或放任危害發生，人民是否能請求行政機關介入，即有疑問。依照舊理論，行政機關只依公益為危害防止行為，是否介入，依便宜原則行使裁量權決定之，人民無具體請求行政機關介入之請求權。如今，學說及實務皆承認，基於基本權所衍生之國家保護義務，警察或安全秩序法之概括條款及特別法之危害防止規定除了公益外，兼具有保護個人基本權之性質，因此，人民得請求警察或行政機關介入。只是，依照危害防止法上之便宜原則，人民通常只有要求行政機關為無裁量瑕疵決定之請求權（*Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung*），只有在行政機關之裁量萎縮至零之情況，人民才真正有具體的請求行政機關介入之請求權<sup>62</sup>。

第三人針對危害之防止，既然有請求行政機關介入之請求權，若行政機關相應不理，則該受危害之人應有權利救濟之機會。不論行政機關有裁量權，或人民有具體請求行政機關介入之請求權，人民皆得針對行政機關之不作為提起課予義務之訴，只是，法院若認為人民有請求權，得依照人民之請求權判令行政機關應介入，發布干預處分。若法院認為行政機關之裁量權尚未萎縮至零，則法院僅能

<sup>61</sup> 依照行政法院法第四十七條之規定，人民因為行政機關依邦法所制定之行政命令或其施行，認為有權利受侵害或受侵害之虞者，得聲請各邦高等行政法院為法規審查。高等行政法院若認該聲請有理由，得宣告該行政命令失效。台灣並無此種行政法院對於行政命令為法規審查之制度。

<sup>62</sup> 參照 Württenberger/Heckmann/Riggert, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, Rn. 324 f.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, S. 402 ff.; BVerwGE, 11, 95 (97); 37, 112 (113); OVG Münster, DÖV 1992, 675; 李惠宗，憲法要義，1997年二版，頁75，陳清秀，行政與法律的適用，翁岳生編，《行政法》，2000年，頁145（216）。

要求行政機關尊重法院見解，行使裁量權<sup>63</sup>。

營業法上最重要之第三人訴訟乃是有關餐旅業之噪音問題。餐旅業管理條例第十八條第一項及各邦關於餐旅業營業時間之行政命令乃是保護鄰人安寧之法律<sup>64</sup>，若鄰人受到相鄰餐旅業噪音干擾睡眠，其程度已經影響身體健康，該鄰人有請求權，請求行政機關發布縮短營業時間之處分，若行政機關拒絕，鄰人得向法院提起課予義務之訴。

如上所述，行政機關是否因鄰人請求而命業者縮短營業時間，屬行政機關之裁量範圍。即使是噪音超過管制標準，行政機關亦保有決定是否干預、如何干預之裁量權<sup>65</sup>。只有在餐旅業之噪音對於鄰人之夜間安寧，造成不可期待（*unzumutbar*）之危害，而行政機關為其他決定皆有裁量瑕疵時，行政機關之裁量才算是萎縮至零<sup>66</sup>。因此，如果營業監督機關測量之結果，某餐旅業之噪音已經造成嚴重侵害，行政機關不作出干預行為即屬裁量瑕疵時，鄰人方才有具體請求干預之權利，否則僅有無裁量瑕疵決定請求權，是否干預則視行政機關決定。

### 三、暫時性權利保護

#### （一）暫時性權利保護概說

暫時性權利保護實際上乃是權利救濟之重心，有時比本案訴訟還重要。德國基本法第十九條第四項不僅保障人民有向法院請求權利救濟之機會，同時並保障權利救濟之有效性。而依據基本權之程序保障功能，國家亦應提供人民一套有效之權利保護制度<sup>67</sup>。人民提起訴訟之後，至法院終結訴訟程序或為本案判決之間，常常有一段為期不短的時間，在這段期間內，人民之權利有可能已經因國家公權力之行使，而遭致無法回復之損害。此時必須有一套暫時性權利保護制度，及時防止此種訴訟終結前之損害<sup>68</sup>。蓋所謂有效之權利救濟，乃是以及時之權利救濟為前提<sup>69</sup>，否則，遲來的救濟不再是救濟，權利保護制度之目的功能盡失。因此，行政救濟制度上之暫時性權利保護，乃植基於基本法第十九條第四項以及

<sup>63</sup> 判決主文如何記載請參考陳清秀，行政訴訟法，1999，頁 446。

<sup>64</sup> 參照 Steinberg, Rechtsprobleme der gaststättenrechtlichen Sperrzeit, GewArch 1991, 167 (170)。

<sup>65</sup> 參照 Michel/Kienzle, GastG, § 18 Rn. 23; BayVGH, GewArch 199, 225。

<sup>66</sup> 參照 OVG NW, GewArch 1994, 494; VG Würzburg, GewArch 1996, 490 (491)。

<sup>67</sup> 關於基本權之程序保障功能請參考許宗力，基本權的功能與司法審查，收錄於氏著，憲法與法治國行政，1999，頁 155（168 以下）；李惠宗，憲法要義，頁 74。

<sup>68</sup> 參見 BVerfGE 37, 150 (153); 65, 1 (70); BVerfGE, NJW 1994, 717 (718)。

<sup>69</sup> 參照 Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 10. Aufl., 2000, § 51 Rn. 1; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb. § 80 Rn. 19。

基本權利程序保障功能之要求。

## 1. 停止執行制度與即時執行

### (1) 執行停止原則

依照德國行政法院法第八十條第一項規定，訴願及撤銷訴訟有停止執行之效力，形成處分，確認處分，及第三人效力處分亦同。依照此規定，德國係採執行停止原則。依照一九九六年新增之德國行政法院法第八十條 b 規定，停止執行的效力於行政處分不能被撤銷時，或撤銷訴訟被第一審法院駁回，法定聲明上訴理由期間屆至三個月後終止。但是主管機關得命停止執行，高等法院（上訴審法院）亦得依聲請延續停止執行的效力。

### (2) 行政機關命即時執行

執行停止原則有其例外規定。依照行政法院法第八十條第二項之規定，稅捐或費用處分、執勤警察所為之不能延緩之處分以及依照邦法所為之行政執行處分，不因訴願或撤銷訴訟而停止執行。此外，立法者亦可立法排除執行停止原則之適用。德國行政法院法第八十條第二項第一句第四款更賦予行政機關就個案命即時執行之權限。此種權限尤其在危害防止法之領域占有重要地位，因為危害防止之措施，通常具有時效性，而危害防止之效率常取決於行政處分是否能即時執行<sup>70</sup>。

依照行政法院法第八十條第二項第一句第四款之規定，原處分機關或訴願機關得因公益，或較重要之利害關係人之利益，命原處分即時執行。依照聯邦憲法法院的見解，基於憲法訴訟權之保障，以及比例原則之要求，行政機關決定是否命即時執行時，應踐行利益衡量<sup>71</sup>。利益衡量時，應考量即時執行之急迫性，執行利益、停止利益之重要性，執行後是否有回復原狀之可能性及其後果等因素。唯有在即時執行之公益或私益大於停止執行之利益時，行政機關才能命即時執行。此外，行政機關不能單以合法的原處分所代表之公益或私益為即時執行之理由，而是要有更進一步之執行利益<sup>72</sup>，重要的是，必須具有行政處分之執行不能等到訴訟程序終結之急迫性。

危害防止之措施通常具有公益性質，而且危害防止之行政處分，常具有即時

<sup>70</sup> 參照 Ronellenfitsch, Vorläufiger Rechtsschutz, in: Blümel/Bernet (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht*, 1990, 121 (122)。

<sup>71</sup> 參照 BVerfGE, 35, 382 (402); 38, 52 (58); Pietzner/Ronellenfitsch, *Das Assessorexamen im öffentlichen Recht*, § 55 Rn. 13; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *VwGO*, § 80 Rn. 142; Kopp/Schenke, *VwGO*, § 80 Rn. 90; Eyermann/Schmidt, *VwGO*, § 80 Rn. 34; Finkelnburg/Jank, *Vorläufiger Rechtsschutz*, Rn. 734 f.。

<sup>72</sup> 參照 BVerfGE, 35, 382 (402); 38, 52 (58); 69, 220 (228); 69, 223 (245); BVerfG NVwZ 1996, 58 (59)。

執行之急迫性，因此，行政機關往往在作成危害防止處分時，同時命即時執行。除非因急迫危險，特別是因生命、身體、健康、財產之危險所為之緊急措施，否則行政機關命即時執行時，應附具書面理由，說明特別之即時執行利益(第八十條第三項)。此種理由說明義務之用意，係為確保行政機關於命即時執行前，能注意第八十條第一項的原則停止、例外執行之規定，並踐行利益衡量，且注意到，唯有在即時執行的利益大於當事人的停止利益時，始得命即時執行。另一方面，行政機關對於及時執行所說明之理由，也可當作法院日後審查之基礎<sup>73</sup>。

### (3) 行政機關命即時執行之救濟

依照德國行政法院法第八十條第四項之規定，雖行政機關已命行政處分即時執行，原處分機關或訴願機關仍得命停止執行。

依照德國行政法院法第八十條第五項規定，法院得依聲請，將行政機關命即時執行之案件恢復停止執行之效力。行政法院法第八十條第五項並未規定法院審查之標準，依照憲法原則及體系解釋，「本案勝訴希望」及「利益衡量」是兩個必須考量的因素。學說及實務就此也發展出階段性之審查步驟<sup>74</sup>：

第一步驟：因時間有限，法院只能作總括性之審查(summarische Prüfung)，法院可初步評估本案訴訟之勝訴希望，若勝訴希望大於敗訴希望，則法院通常應恢復停止執行之效力。反之，若本案訴訟顯無勝訴希望或勝訴希望小於敗訴希望，則法院應維持行政機關即時執行之決定。

第二步驟：若本案勝訴希望與敗訴希望相當，或需進一步調查證據，或須等鑑定，才能判斷本案訴訟之勝訴希望，則法院可以用利益衡量的方式，衡量即時執行之利益與停止執行之利益，作出對當事人最公平的判斷。

先審查本案訴訟勝訴希望，再行利益衡量的分階段審查，可以減少誤判之機會，避免造成無法回復之損害<sup>75</sup>。如果僅作利益衡量，不考慮本案勝訴希望，可能導致誤判，而發生本案勝訴或敗訴後，無法回復之損害。暫時性權利保護是為暫時保全本案請求，若本案勝訴希望大，則法院不得依照單純之利益衡量，判定即時執行比停止執行的利益大，導致當事人即使得到勝訴之終局判決，也無法實現本案請求之情形，反之亦然，若本案勝訴希望小，則行政處分之即時執行利益通常大於停止利益，若法院基於單純之利益衡量，認定行政處分應停止執行，

<sup>73</sup> 參照 Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rn. 176; Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, Rn. 595; NKVwGO/Puttler, § 80 Rn. 98; Terwieschse, Der Verstoß gegen die Begründungspflicht in § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO und seine Rechtsfolgen, NWVBl. 1996, 461。

<sup>74</sup> 參照 Eyermann/Schmidt, VwGO, § 80 Rn. 73 ff.; Krämer, Vorläufiger Rechtsschutz, Teil I, § 80 Rn. 131; Kuhla/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozeß, 1998, J, Rn. 128 ff.; Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, § 58 Rn. 20 ff.; BVerwG, NJW 1993, 3213; OVG Bremen, NVwZ 1991, 1194; VGH Kassel, NVwZ 1993, 293。

<sup>75</sup> 參照 Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, § 58 Rn. 20。

則可能喪失危害防止之時機，造成更大之損害。

## 2. 暫時命令制度

### (1) 德國行政法院法第一百二十三條之暫時命令

本案訴訟為撤銷訴訟以外之訴訟，例如課予義務之訴，一般給付之訴，確認之訴，因無具有負擔性質之行政處分存在，故停止執行並非恰當的暫時性權利保護方式。德國行政法院法第一百二十三條第一項特規定暫時命令，以保全其他訴訟種類之本案請求。

行政法院法第一百二十三條所規定之暫時命令有兩種，一為保全命令（*Sicherungsanordnung*），二為規制命令（*Regelungsanordnung*）。保全命令係為防止公法上之權利因現狀變更，而有不能實現或甚難實現之虞，為保全公法權利所發布之暫時命令。規制命令係指於爭執之法律關係，特別是持續性之法律關係，為防止重大損害，或避免暴力威脅，或基於其他理由有必要時所作的暫時命令。

理論上，保全命令係以保全原來狀態為目的，規制命令係以變更原來狀態為目的，二者區分容易，但是實際上，保全命令與規制命令甚難區分。保全命令所欲保全之權利，通常也涉及一爭執的法律關係，若所欲保全的是將來的權利，則兩種命令更難區分。實務界通常將行政法院法第一百二十三條第一項當成統一性條文，不區分保全命令或規制命令<sup>76</sup>。惟保全命令與規制命令的要件不同，最好還是分別引用，免得混淆，此亦顯示德國立法之缺失。

依照德國行政法院法第一百二十三條第三項準用民事訴訟法第九百二十條第二項之規定，暫時命令之聲請人必須釋明暫時命令的「請求」及「原因」。關於暫時命令的「請求」，法院應審查所欲保全或規制的本案請求權是否成立或存在。本案勝訴希望應在這個階段作預測<sup>77</sup>。通常法院的審查步驟與本案訴訟的審查相同，皆先審查本案請求是否符合實體法之要件<sup>78</sup>。而暫時命令請求「原因」，是指暫時命令之急迫性，就保全命令，應審查公法上權利有無因現狀變更而有不能實現或甚難實現之虞，就規制命令，則應審查爭執之法律關係是否有重大損害，或受暴力威脅，或基於其他理由而有必要發給暫時命令。通常而言，若當事人請求暫時命令之內容為發給暫時之建築許可、駕照或營業許可時，當事人通常可等待行政機關之許可，才開始建造、開車或營業，因此缺乏發給暫時命令之急

<sup>76</sup> 詳見 Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 198; Kopp/Schenke, VwGO, § 123 Rn. 6; Postier, in: Hoppenberg (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, K, Rn. 505; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rn. 50.

<sup>77</sup> BVerwG, NVwZ 1988, 828.

<sup>78</sup> 參照 Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz, Rn. 175; Brühl, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, JuS 1995, 916; Franzke, Grundstrukturen des Anordnungsverfahrens,

迫性理由，法院常駁回其聲請。

## (2) 法規審查之暫時命令

依照德國行政法院法第四十七條第六項規定，為防止法規命令或其施行造成重大損害，或有其他具有急迫性的重要理由者，當事人得聲請法院發布暫時命令。暫時命令的目的是暫時停止法規之施行。例如，行政機關所頒布縮短營業時間之命令，或防止惡犬侵犯之命令，人民若認為其施行侵害其權利，或有侵害之虞，可以依照第四十七條第一項請求高等行政法院審查該法規之合法性，並依第四十七條第六項之規定，請求法院訂暫時命令，以阻止法規之施行。

依照通說，第四十七條第六項之審查標準，與聯邦憲法法院法第三十二條的暫時命令制度一樣，著重結果性的利益衡量（*Folgenabwägung*），亦即，法院應衡量阻止法規施行的後果，以及法規正常施行對當事人所造成的不利，來決定是否訂暫時命令<sup>79</sup>。此種結果性利益衡量的缺點在於沒有考慮本案勝訴希望，似有加以檢討之必要。

## (二) 營業法上之暫時性權利保護

營業法上之暫時性權利保護，同時須兼顧營業人之營業自由及公共安全秩序之維護，因此法院必須審慎斟酌，以下延續上述營業法上之行政救濟方法，敘述有關暫行性權利保護之問題。

### 1. 不須經許可之營業

#### (1) 請求發給報備證之暫時性權利保護

行政機關不發給報備證，營業人得提起一般給付之訴，暫時性權利保護則以暫時命令為之。但因發給報備證並無許可效力，不影響營業之進行，此類案例並不多見。

#### (2) 針對禁止營業處分之暫時性權利保護

針對行政機關對於禁止營業處分所為之即時執行之命令，營業人得請求行政機關或法院命停止執行。基於危害防止之急迫性，禁止營業之行政處分，若經法院概括性審查，認為顯然合法，或合法的機率高，則該處分往往被法院維持即時執行。惟禁止營業處分合法，並不表示即時執行合法。法院必須審查是否有特別

---

NWVBl. 1993, 321 (323)。

<sup>79</sup>參照 BayVGh, BayVBl. 1995, 20; VGh BW, GewArch 1994, 207; NVwZ-RR 1998, 421; VBIBW 1999, 147; OVG Frankfurt (Oder), LKV 1997, 258。

之即時執行之公益。若營業人違反法令秩序之行爲，極有可能持續到本案終局判決之時，而對大眾及個人發生嚴重危害或有危害之虞，行政機關對於禁止營業之行政處分命即時執行即爲合法<sup>80</sup>。

若營業人之本案訴訟顯有勝訴希望或勝訴希望大，例如，依照法院判斷，營業人仍保有其營業法上之可信賴性，則法院應命停止執行。若欠缺具體事証可以證明營業人之不可信賴性，法院不能判斷本案訴訟是否有勝訴希望時，法院必須爲利益衡量。例如，營業人只販賣如何種植大麻的書，或販賣水煙筒、吸食用之紙張或器具，刑法尚未有處罰規定，法院又無法於短期內判斷行政機關之禁止營業處分是否合法，此時，法院只能就具體之情況爲利益衡量。若觀察之結果，營業人除販賣上述物品外，尚無其他違法情事，則禁止其營業且命即時執行並無其必要性。若有事實足以認定營業人觸犯刑法，或營業人拒絕與警察合作查緝毒品犯罪，方才有必要立即禁止其營業<sup>81</sup>。

慕尼黑高等行政法院曾經對於一家三溫暖俱樂部之營業加以禁止並命停止執行。行政機關以防止傳染愛滋病、違反公共秩序爲由，禁止該三溫暖俱樂部之營業，並命即時執行。雖然該俱樂部提供色情錄影帶、讓顧客交換性伴侶，但法院認爲，該俱樂部之顧客並不屬於高危險群之人，而且顧客通常會使用保險套，傳染愛滋病之危險不高，且該俱樂部並未有大型廣告，俱樂部內並無應召行爲，參加之顧客皆爲自願，尚難遽認其違反公共秩序，因此營業人之營業自由居於較重要地位，於本案判決確定前，應允許其繼續營業<sup>82</sup>。

## 2. 須經許可之營業

### (1) 請求發給營業許可之暫時性權利保護

許可制之特色爲營業申請人於符合許可要件時，有請求行政機關發給許可之公法上請求權。事前禁止只是基於危害防止上之預防功能。如前所述，對於行政機關怠於或拒絕發給營業許可，營業許可申請人得向法院提起課予義務之訴，暫時性權利保護則是透過暫時命令爲之。一般而言，於許可制之情形下，營業申請人通常應等待營業許可後，方得開始營業，因此於行政機關尚未發給營業許可時，營業人通常無法釋明法院發布暫時命令要求行政機關發給暫時營業許可之急迫性。

如果營業許可之申請人能釋明其請求營業許可之權利及請求暫時命令之急迫性皆存在，法院應爲保護其權利發布暫時命令。例如，若營業人之許可要件具

<sup>80</sup> 參照 VGH BW, GewArch 1993, 291。

<sup>81</sup> 參照 VGH München, NVwZ-RR 1998, 233; Friauf, GewO, § 35, Rn. 79; Landmann/Rohmer, GewO, § 35 Rn. 61。

<sup>82</sup> 參照 VGH München, GewArch 1996, 474。

備，只是建築計劃法上之問題有爭執，但是經法院審查之結果，認該營業設於該地區符合計劃法之規定，則法院得發布暫時命令，命行政機關發給暫時的營業許可<sup>83</sup>。

如果依照已經取得之暫時營業許可合法營業，而該營業已經成為營業人經濟上之存在基礎，而此生存基礎因為暫時營業許可到期，行政機關又拒發營業許可時，法院得為保護營業人之生存基礎，發布暫時命令，命行政機關發給暫時許可<sup>84</sup>。如果法院認為行政機關拒發電動玩具店之營業執照，明顯有疏失，而營業人之設備因拒發許可，長期受到影響，縱使事後勝訴亦無法彌補經濟損失，法院亦得以暫時命令命行政機關發給暫時許可<sup>85</sup>。

### (2) 針對停業處分之暫時性權利保護

如果營業人違反申請許可之義務，沒有拿到許可，即自行營業，則主管機關所為之禁止營業處分，基於許可制事前禁止之特色，無論該營業實質上是否合法，即時執行之公益通常大於停止執行之私益。營業人未經許可而開始營業，應自行承擔被停業之風險，而不得主張停業導致其經濟利益受損。

若營業人針對停業處分請求法院命停止執行，法院通常不得以其未經許可之營業無危險性而命停止執行，因為法院一旦命停止執行，表示法院容許未獲許可之營業人繼續非法經營，其效果如同發給營業許可，營業人至少可以在本案判決確定前繼續營業。如此一來，其他營業人將會如法炮製，許可制事前審查之功能將喪失殆盡。另一方面，依照權力分立原則，法院本即不得越俎代庖，代替行政機關為營業許可。只有在可預期行政機關於短期內可發給營業許可，而該營業實質上合法之具體狀況下，法院才能例外地裁定停止停業處分之執行<sup>86</sup>。若營業人曾經獲得暫時之營業許可，而於暫時營業許可逾期後繼續營業，法院亦得於例外情形，在營業人請求發給許可之本案訴訟勝訴機會高，且營業人本身之可信賴性並未明顯欠缺之情形下，裁定停止停業處分之執行<sup>87</sup>。

### (3) 撤銷或廢止營業許可之暫時性權利保護

針對營業許可之撤銷或廢止，營業人得向法院或行政機關聲請停止執行。本案請求是否有勝訴希望是法院決定之關鍵，而決定點常在於營業人是否有可信賴性。若餐旅業之營業人於其營業場所容許非法賭博，且經刑事判決確定，則廢止

<sup>83</sup> 參照 OVG Ph.-Rf., GewArch 1978, 230。

<sup>84</sup> 參照 VGH Kassel, NVwZ-RR 1996, 325。

<sup>85</sup> 參照 Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123, Rn. 86; BremOVG, NVwZ, 1990, 780。

<sup>86</sup> 參照 Friauf/Heß, GewO, § 15 Rn. 28; VGH München, GewArch 1989, 240; HessVGH, GewArch 1997, 76。

<sup>87</sup> 參照 VG Göttingen, GewArch 1996, 289; Friauf/Heß, GewO, § 15 Rn. 28。



營業許可即時執行之公共利益即大於營業人繼續營業之經濟利益<sup>88</sup>。

若電動玩具店經營人放任電動玩具店成爲毒品吸食及販賣中心，甚至其工作人員替顧客找尋毒品源並交付毒品，則有必要即時執行廢止電動玩具店營業許可之處分，因爲防範毒品犯罪之公共利益大於電動玩具店營業人之經濟利益<sup>89</sup>。反之，若行政機關廢止一項旅遊業許可，只是基於夫妻失和所導致之家庭暴力，則該廢止處分之執行利益無法大於營業人之經濟利益，因爲，光由家庭暴力尙不能預測出營業人於營業時有無營業法上之不可信賴性<sup>90</sup>。

#### (4) 營業時間被縮短之暫行性權利保護

餐旅業之經營所發出之噪音，例如音樂聲、顧客停車、開關門聲、談笑聲等，若超過當地噪音管制標準，行政機關爲維護鄰居安寧，防止鄰居身體健康受到損害，得發布縮短營業時間之行政處分，並命即時執行。如果噪音之影響持續嚴重，鄰人身體健康所支持之執行利益便大於營業人之經濟利益。

如果行政機關以行政命令之方式縮短營業時間，暫時性權利保護係以暫時命令爲之。若行政機關爲維護青少年之人格發展，以行政命令將電動玩具店之營業時間縮短，行政命令暫時不生效之經濟利益常常無法優於保護青少年之公益<sup>91</sup>，營業人只好等待法院終局判決。

#### (5) 第三人請求行政機關縮短營業時間之暫時性權利保護

第三人得因噪音危害請求行政機關縮短相鄰餐旅業之營業時間，若行政機關拒絕，鄰人得提起課予義務之訴，並請求法院發給暫時命令。

依照實務見解，法院以暫時命令之方式命行政機關縮短營業時間，幾乎等於預先作出本案判決（*Vorwegnahme der Hauptsache*），必須要在本案判決勝訴希望相當大，而且無法期待鄰人繼續受危害之嚴格要件下方才許可<sup>92</sup>。因此，若鄰人無法釋明其失眠與噪音有關，則法院無法依其請求，發給命行政機關縮短營業時間之暫時命令<sup>93</sup>。

若第三人能釋明其有請求行政機關縮短營業時間之請求權，則其請求暫時命令之急迫性通常也會被肯認，因爲，等到法院爲確定判決時才爲權利保護措施，有時已經喪失時效性，而造成不可回復之損害<sup>94</sup>。若行政機關之裁量萎縮至零，

<sup>88</sup> 參照 VGH BW, NVwZ 1990, 187 (188)。

<sup>89</sup> 參照 VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, 139。

<sup>90</sup> 參照 VGH BW, GewArch 1989, 94。

<sup>91</sup> 參照 VGH BW, GewArch 1994, 207 (208)。

<sup>92</sup> 參照 Metzner, GastG § 18 Rn. 36; Michel/Kienzel, GastG § 18 Rn. 32; BayVGH, GewArch 1990, 255。

<sup>93</sup> 參照 BayVBl. GewArch 1990, 255。

<sup>94</sup> 參照 OVG NW, NWVBl. 1991, 196 (198)。

則法院得發布暫時命令，課予行政機關為特定危害防止措施之義務<sup>95</sup>。若行政機關仍保有其裁量權，法院仍得發布暫時命令請求行政機關為無裁量瑕疵之決定。

附表：德國營業法上危害防止措施之行政救濟

行政救濟之當事人	營業之類型	危害防止措施	行政救濟之方式	暫時性權利保護
營業人	不須經許可之營業	行政機關不發給報備證	一般給付之訴	暫時命令 (§123 VwGO)
		禁止營業	訴願、撤銷之訴	依照 §80 I VwGO 訴願及撤銷訴訟有停止執行之效力 若行政機關命即時執行，得向行政機關或法院請求命停止執行 (§80 II, IV, V)
	須經許可之營業	行政機關不發給營業許可	訴願、課予義務之訴	暫時命令 (§123 VwGO)
		行政機關針對未經許可之營業發布停業處分	訴願、撤銷之訴	依照 §80 I VwGO 訴願及撤銷訴訟有停止執行之效力 若行政機關命即時執行，得向行政機關或法院請求命停止執行 (§80 II, IV, V)
		行政機關撤銷或廢止營業許可	訴願、撤銷訴訟	同上
		行政機關以行政處分縮短營業時間	訴願、撤銷訴訟	同上
		行政機關以行政命令縮短營業時間	法規審查	暫時命令 (§47 VI VwGO)
第三人		請求行政機關介入，為危害防止之處分	課予義務之訴	暫時命令 (§123 VwGO)

## 伍、結語與評析

德國營業法依危害程度不同，規定不同之危害防止措施。危害可能性較小

<sup>95</sup>參照 Metzner, GastG § 18 Rn. 36; OVG NW, GewArch 1994, 494 (縮短營業時間至 21 時 30 分)；

者，營業不須經過許可，僅須報備，若有危害發生，行政機關得事後禁止。危害可能性較大之營業，營業開始前須經主管機關許可，許可之用意在於，行政機關得於透過預防性之審查，防止可能發生之危害。對於未經許可非法經營之營業，行政機關得命其停業。取得許可之營業，若取得許可當時或事後有危害發生或發生之虞，行政機關得撤銷或廢止營業許可。行政機關亦得為保護第三人作出危害防止措施，例如為鄰人夜間安寧所發布之縮短餐旅業營業時間之行政處分或行政命令。

對於危害防止之干預措施，如禁止營業、停業、撤銷或廢止、縮短營業時間之處分，營業人得提起訴願及撤銷訴訟，請求撤銷行政處分。原則上，依照德國行政法院法第八十條第一項之規定，提起訴願、行政訴訟有停止執行之效力。惟行政機關通常會在發布禁止、停業、撤銷或廢止處分之同時，命即時執行。雖然即時停止之要件不以行政處分合法為足，必須要支持即時執行之公共利益大於營業人之營業自由及經濟利益，方才合法，然而，基於危害防止之急迫性，即時執行之所代表之公益常能使即時執行獲得正當性。若行政機關基於公共利益命即時執行，營業人得向行政機關或本案管轄法院請求停止執行。

若行政機關不發給報備證，營業人得提起一般給付之訴。暫時性權利保護係透過暫時命令。行政機關不發給營業許可，營業人認為其具備申請許可要件時，得提起課予義務之訴，請求法院判令行政機關發給營業許可，暫時性權利保護亦透過暫時命令。若行政機關依照餐旅業管理法令之授權發布行政命令，統一規定縮短營業時間，營業人得於其權利受損之情形下，向行政法院聲請法規審查，並請求法院發布暫時命令，確保訴訟期間之權益。

第三人得依照餐旅業管理法及各邦餐旅業行政命令等保護第三人法律，請求行政機關發布縮短營業時間之處分，若行政機關不依其請求介入，第三人得提起課予義務之訴，並請求法院發布暫時命令。法院僅能於行政機關之裁量萎縮至零時，具體課予行政機關介入之義務，若行政機關之裁量尚未萎縮至零，則法院只能請求行政機關作出無裁量瑕疵之決定。

德國營業法上之危害防止措施，係環繞著一個中心概念：營業法上之不可信賴性。若營業人缺乏營業法上之可信賴性，則行政機關得拒發營業許可、撤銷或廢止營業許可，於不須經許可之營業得禁止其營業。除了事前之監督外，行政機關於發給許可後，營業人是否合法營業，是否喪失營業法上之可信賴性，行政機關仍得隨時監督。若營業人之不可信賴性被確認，危害防止之措施即為合法，其即時執行亦可能取得正當性。不可信賴性為不確定法律概念，但是行政機關無判斷餘地，法院得審查行政機關之判斷是否合法。而不可信賴性並不單純以可歸責於營業人之事由判斷，而是依照危害發生之可能性以及危害之大小作預測。如果有危害發生之可能性，行政機關得隨時介入。只是，行政機關介入時，應顧及營

---

NWVBl. 1991, 196 (縮短營業時間至 22 時)。

業人之基本權利，並遵守比例原則。

營業法乃是德國危害防止法之特別法。將危害防止措施運用到營業法上；以危害防止法預測危害之方法，套用到預測營業人之不可信賴性上；以實體法之國家保護義務、人民之請求權、行政機關裁量權之理論，配合行政救濟制度；暫時性保護制度審酌營業人之營業自由及經濟利益、公益或第三人之利益等等，皆顯示德國法體系理論之統一與環環相扣，以及行政救濟制度之健全性，此點值得我國學習。筆者認為我國應建立一套適合國情之危害防止法體系及行政救濟制度，且不一定要完全仿效外國法，但德國法之模式，或可指點迷津，仍值得提出，以供有識之士參考。

## 參考文獻

### 中文資料

- [1] 李惠宗，論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢 5 期，1980 年 1 月，頁 227 以下。
- [2] 李惠宗，憲法要義，敦煌書局，1997 年二版。
- [3] 李震山，德國警察制度之探討，中山社會科學季刊，第六卷第三期，1991 年 9 月，頁 16 以下
- [4] 李震山，警察任務法論，登文書局，1998 年四版。
- [5] 許宗力，憲法與法治國行政，元照出版，1999 年。
- [6] 陳清秀，行政訴訟法，植根法律事務所叢書，1999 年。
- [7] 翁岳生編，行政法，2000 年二版。

### 德文資料

- Achterberg, Norbert, „Öffentliche Ordnung im pluralistischen Staat, in: FS für Scupin, 1973, 9 ff.
- Achterberg, Norbert/Püttner, Günter (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, Heidelberg 1990.
- Anschütz, Gerhard, Die Polizei, Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Bd. II, 1910, S. 222 ff.
- Breuer, Anlagensicherheit und Störfälle — Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht, NVwZ 1990, 211 ff.
- Denninger, Erhard, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968.
- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1986.
- Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig (Hrsg.), VwGO, 10. Aufl., München 1998.
- Finkelnburg, Klaus/Jank, Klaus Peter, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl., München 1998.
- Frassen, Everhardt, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Auslegung der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel, in: Festgabe BVerwG, 1978, S. 201 ff.
- Friauf, Karl Heinrich (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung, Stand August 1999, Neuwied.
- Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., Göttingen, 1995.
- Hansen-Dix, Frauke, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1982.
- Hill, Hermann, Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht? DVBl. 1985, 88 ff.
- Hoppenberg, Michael (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, München, Stand: Juli 1997.
- Jeserich, Kurt G. A./Pohl, Hans/v. Unruh, Georg-Christoph, Deutsche

- Verwaltungsgeschichte, Stuttgart 1983.
- Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizeibegriffe, AöR 92 (1967), 153 ff.
- ders., Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., München 1998.
- Kopp, Ferdinand, O./Schenke, Wolf-Rüdiger, VwGO, 11. Aufl., München 1998.
- Krämer, Clemens, Vorläufiger Rechtsschutz im VwGO-Verfahren, Freiburg, Berlin, München, 1998.
- Kuhla, Wolfgang/Hüttenbrink, Jost, Der Verwaltungsprozeß, 2. Aufl., München 1998.
- Landmann, Robert/Rohmer, Gustav, GewO Bd. I, Stand Juli 1999, München.
- Link, Christoph, Staatszweck im Verfassungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 7 ff.
- Lisken, Hans/Denninger, Erhard (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl., München 1996.
- Metzner, Richard, Gaststättengesetz, 5. Aufl., 1995 München.
- Michel, Elmar/Kienzle, Werner, Das Gaststättengesetz, 13. Aufl., Köln u.a. 1999.
- Murswiek, Dietrich, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985.
- Pietzner, Rainer/Ronellenfitsch, Michael, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 10. Aufl., Düsseldorf 2000.
- Rid, Urban/Hamann, Wolf, Grenzen der Gefahrenabwehr im Umweltrecht, UPR 1990, 281 ff.
- Ronellenfitsch, Michael, Vorläufiger Rechtsschutz, in: Blümel/Bernet (Hrsg.),  
Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht, 1990, 121 ff.
- ders., Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, Berlin, 1983.
- Rott, Joachim, 100 Jahre „Kreuzberg-Urteil“ des PrOVG, NVwZ 1982, 363 ff.
- Schmidt, Reiner, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, Berlin u.a. 1998.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin; New York 1999.
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.), Nomos-Kommentar zur  
Verwaltungsgerichtsordnung, Baden-Baden, 1996 ff.
- Steinberg, Rudolf, Rechtsprobleme der gaststättenrechtlichen Sperrzeit, GewArch 1991, 167 ff.
- Steiner, Udo (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1999.
- Stober, Rolf, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1998.
- Terwieschke, Michael, Der Verstoß gegen die Begründungspflicht in § 80 Abs. 3 S. 1  
VwGO und seine Rechtsfolgen, NWVBl. 1996, 461 ff.
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf, Gewerbeordnung, 6. Aufl., 1999 München.
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht III, 3. Aufl., Heidelberg 1973.
- Württemberg, Thomas/Heckmann, Dirk/Riggert, Rainer, Polizeirecht in  
Baden-Württemberg, 4. Aufl., Heidelberg 1999.

Feng Chia Journal of Humanities and Social Sciences  
pp. 293-324, No. 1, Nov. 2000  
College of Humanities and Social Sciences  
Feng Chia University

# Administrative Measure on Danger Prevention and its Remedy Procedure in German Business Law

*Yuh-May Lin\**

## **Abstract**

This Article is confined to issues concerning government's measure on danger prevention and its administrative remedy procedure. Specifically, the discussion of this Article is based upon the preventive danger regulations on German business law. At the same time, some of the topics will be explored with reference to German case law.

To enforce its police and regulatory powers to promote and protect public safety, government has the right to take effective measures to supervise and regulate the practice of the business community. In light of the rapid development of trade activities and the risk inherent in modern society, the main trend in administrative business law is to adopt restrictive measures to prevent imminent and potential dangers resulting from improper business activities. Consequently, this Article will first review the administrative measures on danger prevention in the context of business practice.

Although restrictive administrative measures have been traditionally justified on the basis that their purpose is to protect the safety of the state's citizens, the court should provide people with adequate remedy procedure to question the legality of the administrative action. Especially, in some circumstances, enforcement of administrative measures will run the risk of letting people suffer immediate irreparable harm. Thus, there is the need to create a temporary right protection

---

\* Assistant Professor, Section for Social Sciences Teaching, Feng Chia University.

mechanism. For example, the court should grant an injunction to suspend the enforcement of administrative measures. Administrative remedy proceeding in general and temporary right protection mechanism in particular are the main focuses of this Article.

Eventually, this Article aims at providing doctrinal background for establishing a unified system of Taiwan government's measures on danger prevention and its administrative remedy proceeding.

**Keywords:** danger prevention, administrative remedy, business law