

國立臺北商業大學  
行政程序法之理論與實務交錯  
林洲富法學博士  
智慧財產法院法官

目 次

壹、行政程序概念/4	
一、定 義/5	
二、適用範圍/5	
三、迴避條款/6	
四、行政程序之開始/6	
五、送 達/6	
六、例題解析/6	
七、相關實務見解/7	
貳、行政處分/8	
一、行政處分之概念/8	
二、行政處分之效力/19	
三、違法行政處分之處理/21	
四、合法行政處分之廢止/28	
參、政府資訊公開/32	
一、定 義/32	
二、政府資訊請求權/33	
三、陽光法案之建立/35	
四、政府資訊公開之法制/35	
五、例題解析/36	
六、相關實務見解/37	
肆、行政計畫/37	
一、定 義/37	
二、集中計畫裁決/37	
三、例題解析/37	
四、相關實務見解/37	
伍、行政調查/38	
一、定義與方法/38	
二、管轄權調查/40	
三、例題解析/41	
四、相關實務見解/42	
陸、行政指導/43	
一、定 義/43	
二、例題解析/43	

三、相關實務見解/43

柒、陳情/44

一、陳情方式/44

二、陳情處理/44

三、例題解析/44

四、相關實務見解/45

主要參考書籍：林洲富，行政法案例式，五南圖書出版股份有限公司，2017年8月，4版1刷。

主要實務見解：大法官解釋、最高行政法院

### 講座簡介

林洲富

現職

智慧財產法院法官

高等行政法官遴選合格

行政訴訟專業法官

民事智慧財產類型特殊專業法官

家事類型特殊專業法官

國立中正大學法律學系所兼任助理教授

國立中正大學財經法律研究所兼任助理教授

智慧財產培訓學院種籽師資

學歷

國立中正大學法律學研究所博士

國立中正大學法律學研究所碩士

國立臺灣師範大學工業教育學系機械組教育學士

經歷

臺灣高等法院法官

臺灣臺中地方法院法官、審判長

國家考試典試委員

專書

法律通識系列

生活與法律－案例式（3版，五南）

公民素養（合著，新文京）

當設計遇上法律－智慧財產權之對話（合著，2版，五南）

農地法律與政策（合著，元照）

營業秘密與競業禁止（合著，新學林）

民事程序法系列

實用非訟事件法（10版，五南）

實用強制執行法精義（11 版，五南）  
民事法案例研究－實體法與程序法之交錯運用（3 版，五南）  
民事訴訟法理論與案例（2 版，元照）  
民事實體法系列  
兩岸民事法學會通之道（合著，元照）  
繼承人以繼承所得為限之清償責任（司法院）  
家事事件之理論及實務研究（司法院）  
民法－案例式（7 版，五南）  
物權法－案例式（5 版，五南）  
商事法實例解析（9 版，五南）  
中國民法（合著，新學林）  
探討消費者保護法對醫療行為之適用（碩士論文）  
智慧財產法系列  
行政法－案例式（4 版，五南）  
商標侵權與損害賠償研究（司法院）  
智慧財產權之有效性與侵權判斷（司法院）  
法官辦理民事事件參考手冊 15 專利侵權行為損害賠償（司法院）  
法官辦理智慧財產刑事案件參考手冊（合著，司法院）  
智慧財產權法專題研究 1（翰蘆）  
專利侵害之民事救濟制度（博士論文）  
智慧財產法天龍八部  
智慧財產權法－案例式（9 版，五南）  
專利法－案例式（7 版，五南）  
商標法－案例式（3 版，五南）  
著作權法－案例式（4 版，五南）  
營業秘密與競業禁止－案例式（2 版，五南）  
公平交易法－案例式（2 版，五南）  
智慧財產行政程序與救濟－案例式（2 版，五南）  
智慧財產刑事法－案例式（五南）  
專論計 72 篇

## 行政程序法之理論與實務交錯

為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定行政程序法（行政程序法第 1 條）。行政程序法規範內容，如附表 1 所示。

行政程序	內 容	法律依據
行政處分	個別處分與一般處分。	訴願法第 3 條；行政程序法第 92 條。
政府資訊公開	為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與。	政府資訊公開法；行政程序法第 46 條至第 47 條。
行政計畫	行政機關為達成未來特定公共目的之事前設計與規劃。	行政程序法第 163 條至第 164 條。
行政調查	行政機關依職權調查事實與證據。	行政程序法第 36 條至第 43 條。
行政指導	行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。	行政程序法第 165 條。
陳 情	人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護，得向主管機關陳情。	行政程序法第 168 條。

附表 1

### 壹、行政程序概念

行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依行政程序法規定為之。所謂法律者，其包括經法律授權而其授權內容具體明確之法規命令之意見辦理。例如，道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則為道路交通管理處罰條例第 92 條第 2 項授權所訂定，該裁罰基準及處理細則第 11 條第 1 項第 1 款末段規定違規行為人拒絕收受時，而於告知其應到案時間及處所，並記明事由與告知事項，即視

為已收受，此應屬行政程序法以外之特別規定，即可認已將舉發通知單合法送達違規行為人<sup>1</sup>。

**【例題 1】**

臺灣電力公司雖要求用電戶應負擔維護電表之費用，然用電戶主張臺灣電力公司未踐行行政程序，其拒絕負擔之。試問用電戶主張本件應適用行政程序法，是否有理由？

**【例題 2】**

行政院勞動部職業訓練局所屬職業訓練中心與學員訂定，倘學員擅自退訓，應賠償相關之訓練費用，並自願接受強制執行行政契約。試問上開自願接受強制執行之行政契約，倘未經勞動部之認可，可否作為執行名義？

一、定 義

所謂行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序（行政程序法第 2 條第 1 項）。所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織（第 2 項）。受託行使公權力之個人或團體，其於委託範圍內，視為行政機關（第 3 項）。

二、適用範圍

（一）原則規定

行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，固應依行政程序法為之（行政程序法第 3 條第 1 項）。然各級民意機關、司法機關或監察機關之行政行為，不適用行政程序法之程序規定（第 2 項）。例如，檢察官為偵查機關，對於非病死或可疑為非病死者，應加以相驗，倘發現有犯罪嫌疑時，應繼續為必要之勘驗及調查，藉以發見犯人與蒐集犯罪證據，足見檢察官相驗屍體與偵查程序有不可分離之關係，應屬刑事司法行為。當事人或利害關係人有不服者，其救濟程序，應依刑事實體或程序法之相關規定辦理，其非一般公法事件，不准許該人民提起行政訴訟由行政法院審判<sup>2</sup>。

（二）例外規定

行政機關為行政行為時，應依行政程序法為之。例外情形，下列事項不適用行政程序法之程序規定：1.有關外交行為、軍事行為或國家安全保障事項之行為。2.外國人出、入境、難民認定及國籍變更之行為。3.刑事案件犯罪偵查程序。4.犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為。5.有關私權爭執之行政裁決程

<sup>1</sup> 103 年度高等行政法院及地方法院行政訴訟庭法律座談會提案 2。

<sup>2</sup> 最高行政法院 97 年度裁字第 4746 號行政裁定。

序。6.學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序。7.對公務員所為之人事行政行為。8.考試院有關考選命題及評分之行為（行政程序法第3條第3項）。

### 三、迴避條款

公務員在行政程序中，有下列各款情形之一者，應自行迴避：(一)本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時。(二)本人或其配偶、前配偶，就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者。(三)現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者。(四)曾於該事件，為證人、鑑定人者（行政程序法第32條）。再者，公務員有下列各款情形之一者，當事人得申請迴避：(一)有前條所定之情形而不自行迴避者。(二)有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞者（行政程序法第33條第1項）。

### 四、行政程序之開始

行政程序之開始，由行政機關依職權定之。但依本法或其他法規之規定有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限（行政程序法第34條）。當事人依法向行政機關提出申請者，除法規另有規定外，得以書面或言詞為之。以言詞為申請者，受理之行政機關應作成紀錄，經向申請人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後由其簽名或蓋章（行政程序法第35條）。而撤回屬於廣義之申請事項，提出撤回之申請者亦應踐行相同之程序，除以書面為之外，倘以言詞為撤回者，受理之行政機關應作成紀錄，經向申請人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後由其簽名或蓋章，始生撤回之效力。例如，人民以書面提出申請補助研究經費，並經行政機關立案後進行審查，則在行政程序進行中，除非人民另以書面正式撤回其申請，或由行政機關將其言詞撤回作成紀錄，向其本人或受其特別委任之代理人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後由其簽名或蓋章。否則僅憑第三人之口頭轉述，不符合撤回申請之法定程式，自無法消滅申請案之繫屬狀態<sup>3</sup>。

### 五、送達

所謂送達，係指行政機關將有關文件，交付予當事人或其關係人，而使行政行為生效之事實行為。本法送達適用職權送達主義，除法規另有規定外，由行政機關依職權為之（行政程序法第67條）。送達之規定，由行政程序法第67條至第91條有規範送達對象、證書、處所、方法、送達生效日及送達證書。

### 六、例題解析

#### （一）私經濟行為

<sup>3</sup> 最高行政法院 98 年度判字第 103 號行政判決。

臺灣電力公司雖屬國營事業，然其組織為私法人之公司，非公權力主體或行政機關，其所營之電業行為，係私經濟行為而非公權力行為，自不涉及公權力行使之權限移轉，即無行政程序法之適用。至於是否具行政訴訟之被告當事人能力，依司法院釋字第 269 號解釋意旨，應視其是否經政府機關就特定事項依法授與公權力，且以行使該公權力為行政處分之特定事件為限判斷<sup>4</sup>。

## （二）執行名義之約定

行政契約約定自願接受執行時，債務人不為給付時，債權人得以該契約為強制執行之執行名義（行政程序法第 148 條第 1 項）。前項約定，締約之一方為中央行政機關時，應經主管院、部或同等級機關之認可；締約之一方為地方自治團體之行政機關時，應經該地方自治團體行政首長之認可；契約內容涉及委辦事項者，並應經委辦機關之認可，始生效力（第 2 項）。其意在使行政契約不經取得法院裁判，即可取得與行政處分類似之執行力。締結自願接受執行之行政契約者，倘為行政機關者，其應經認可，而人民自願接受強制執行，無庸經認可。否則行政程序法第 148 條第 2 項無須強調締約之一方為行政機關時，應經主管機關或首長認可。申言之，行政程序法第 148 條第 2 項規範意旨，應係人民透過參與協商程序與行政機關締結行政契約，倘行政機關締結自願接受強制執行之契約，人民可不經法院裁判，逕以契約為執行名義聲請強制執行，行政機關因此成為強制執行之對象，進而遭受查封或拍賣，將對公共利益產生不良影響，故為求慎重，行政機關締結自願接受執行之約定時應經認可之程序。反之，僅人民一方自願接受執行者，自不生公共利益考量之問題，毋庸主管機關之認可。準此，行政院勞動部職業訓練局所屬職業訓練中心與學員訂定，倘學員擅自退訓，應賠償相關之訓練費用，並自願接受強制執行行政契約，不用經勞動部之認可，自可作為執行名義<sup>5</sup>。

## 七、相關實務見解—公立大學教授從事科學研究計畫之身分

刑法之公務員定義，將公立醫院、公立學校、公營事業機構人員，排除在身分公務員之外。非身分公務員之職能性公務員，如授權公務員、委託公務員。係指從事法定之公共事務、公務上之權力。易言之，所稱公共事務或公務權力，除所從事者為公權力行政或高權行政外，雖有包括部分之給付行政在內，惟應以攸關國計民生等民眾依賴者為限。職是，從事科學研究計畫之公立大學教授即主持教授，非總務或會計人員，採購物品，並非其法定職務權限，其

<sup>4</sup> 最高行政法院 97 年度判字第 153 號行政判決。

<sup>5</sup> 各級行政法院 91 年度行政訴訟法律座談會法律問題第 1 則。

任務主要係在於提出學術研究之成果，政府或公立研究機關、機構對於主持教授，並無上下從屬或監督之對內性關係，人民對於主持教授學術研究之成果，亦無直接、實質之依賴性及順從性，自無照料義務可言。故主持教授雖有辦理採購，不符合公務員有關公共事務、法定職務權限等要件，自非刑法上之公務員<sup>6</sup>。

## 貳、行政處分

行政處分為具體行政作用中最主要者，依據行政程序法第92條規定，分為個別處分與一般處分，如附表2所示。受處分之相對人或法律利害關係人不服該等不利處分，均得對之提起訴願。

行政處分	定 義	法律依據
個別處分	行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。	訴願法第3條第1項；行政程序法第92條第1項。
一般處分	行政機關之決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者。 公物之設定、變更、廢止或其一般使用者。	訴願法第3條第2項；行政程序法第92條第2項。

附表 2

## 一、行政處分概念

我國行政處分概念依據行政程序法第92條與訴願法第3條之規定，向來為我國行政作用與行政爭訟之焦點所在。職是，行政處分係行政法之重要概念及法律要件與效果。行政處分以書面為之者，應記載行政程序法第96條第1項第1款至第6款所示事項。

### 【例題 3】

人民請求行政機關釋示法令疑義，行政機關基於人民所陳法令上之疑義，以通知表示其意見為解釋或解答。試問人民不服行政機關之意見，是否得據此提起訴願救濟？

### 【例題 4】

甲廠商參與丁政府機關採購案之投標，因丁政府機關發現甲廠商與其他投標廠商乙、丙之押標金，均由相同銀行匯入丁政府機關指定帳戶，且通匯序號連號，丁政府機關遂認本件有政府採購法第50條第1項第5款規定之不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯之情形。乃依投標須知規定，認甲、乙、丙等廠商有影響採

<sup>6</sup> 最高法院 103 年度第 13 次刑事庭會議(一)。



購作業公正之違反法令行為情形，而沒收其押標金各新臺幣 10 萬元，並取消其次低標之決標保留權，甲與乙、丙等廠商就沒收其押標金部分均不服，分別循序提出異議、申訴，遞遭駁回，遂提起行政訴訟。試問行政法院就取消其次低標之決標保留權與沒收其押標金爭議，有無審判權？

### 【例題 5】

甲所有土地經地政機關公告土地現值，甲認為地政機關公告土地現值有誤，影響其應繳之地價稅與土地增值稅。試問甲得否對土地現值之公告，提起行政救濟途徑表示不服？

#### （一）行政處分要件

##### 1. 法定要件

審究行政程序法與訴願法就行政處分之法定要件，行政處分之作要件如後：(1)行政機關所為之行為。(2)公法上之行政行為。(3)行使公權力之單方行為。例如，行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，倘當事人對之爭執，自應循民事訴訟程序解決<sup>7</sup>。(4)具體案件之行政行為。(5)對外直接發生法律效果。例如，土地登記之內容雖屬私權事項，然地政機關之登記行為或拒絕登記，則為行政行為，土地所有人請求更正土地分割登記即變更原土地登記之內容，地政機關通知予以拒絕，此項拒絕通知為行政處分，土地所有人對之不服，自得提起行政爭訟，受理訴願機關應就該項拒絕土地所有人請求之原處分，是否合法適當，予以審查決定<sup>8</sup>。

##### 2. 行使公權力之單方行政行為

行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，均屬行政處分，不因其用語、形式及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。倘行政機關以通知書名義製作，直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者，不因仍有後續處分行為或附記不得提起訴願，而視其為非行政處分<sup>9</sup>。

#### （二）行政處分定義

##### 1. 個別處分

所謂行政處分者，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為（訴願法

<sup>7</sup> 大法官釋字第 448 號解釋。

<sup>8</sup> 最高法院行政法院 56 年判字第 97 號行政判例。

<sup>9</sup> 最高行政法院 48 年判字第 96 號判例；司法院釋字第 423 號、第 710 號解釋。

第3條第1項；行政程序法第92條第1項）。其為行政機關最常作成之行政行為。

#### （1）主管機關核備

私立學校董事會應於當屆董事任期屆滿2個月前開會選舉下屆董事，並應於選舉後30日內，檢具全體董事當選人名冊，報請法人主管機關核定；董事應經法人主管機關核定後，始得行使職權（私立學校法第21條第1項）。職是，改選董事及推選董事長應報請主管機關核備後，始得行使職權，則主管機關核備與否，將影響該私立學校法定程序是否完成，故主管教育行政機關對改選董事核備與否之行為，性質為行政處分<sup>10</sup>。

#### （2）管理保險醫事服務機構

中央健保局單方面認定特約醫事服務機構有無該特定情事，單方面宣告停止特約之效果，係基於其管理保險醫事服務機構之公權力而發，應認為行政處分，而非合約一方履行合約內容之意思表示<sup>11</sup>。

#### （3）特別公課

所謂特別公課，係指國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途。特別公課與稅捐不同，稅捐係以支應國家普通或特別施政支出為目的，以一般國民為對象。特別公課之性質雖與稅捐有異，惟特別公課既係對義務人課予繳納金錢之負擔，故其徵收目的、對象、用途應由法律予以規定，其由法律授權命令訂定者，倘授權符合具體明確之標準，亦為憲法之所許。例如，工程受益費、空氣污染防制費、原住民族工作權保障法第12條第3項之代金<sup>12</sup>。人民對於特別公課之行政處分不服時，應循行政爭訟程序救濟。再者，公法上之請求權，請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因5年間不行使而消滅；而於請求權人為人民時，除法律另有規定外，因10年間不行使而消滅（行政程序法第131條第1項）。公法上請求權，因時效完成而當然消滅（第2項）。前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷（第3項）<sup>13</sup>。

#### （4）成立公寓大廈管理委員會之備查

人民向行政機關陳報之事項，倘僅供行政機關事後監督之用，不以之為該事項之效力要件者，稱為備查，並未對受監督事項之效力產生影響，其性質應非行政處分。查公寓大廈管理委員會之成立，係依公寓大廈管理條例第28條第1項、第26條第1項、第53條、第55

<sup>10</sup> 最高行政法院95年7月份庭長法官聯席會議(一)。

<sup>11</sup> 最高行政法院95年7月份庭長法官聯席會議(二)。

<sup>12</sup> 大法官釋字第426號解釋。

<sup>13</sup> 大法官釋字第474號解釋。

條第 1 項規定，經由召集區分所有權人會議，並依同 條例第 31 條所定人數及區分所有權比例之出席、同意而決議為之，屬於私權行為，其依公寓大廈管理條例施行細則第 8 條及公寓大廈管理組織申請報備處理原則第 3 點、第 4 點規定程序申請報備或報請備查，係為使主管機關知悉，俾便於必要時得採行其他監督方法之行政管理措施，核與管理委員會是否合法成立無涉。準此，申請案件文件齊全者，由受理報備機關發給同意報備證明，僅係對管理委員會檢送之成立資料作形式審查後，所為知悉區分所有權人會議決議事項之觀念通知，對該管理委員會之成立，未賦予任何法律效果，並非行政處分；同理，主管機關所為不予報備之通知，對於該管理委員會是否合法成立，亦不生任何影響，亦非行政處分<sup>14</sup>。

#### (5) 祭祀公業管理人之備查

祭祀公業管理人選任係屬團體自治事項，行政權原則上不介入。是管理人選任後，雖應向主管機關申請備查，然綜覽祭祀公業條例，尚無以備查之介入，始令其對外發生一定法律上效果之規定或意旨。準此，新任管理人申請備查當僅係供主管機關事後監督之用途，是否准予備查，因無法律效果，其非行政處分<sup>15</sup>。

#### (6) 人民團體選任職員簡歷冊之核備

人民團體中職員或理監事透過會員選舉產生（人民團體法第 17 條），屬於私權行為，並為團體自治之核心事項。有所異動時，依人民團體法第 54 條應將職員簡歷冊報請主管機關「核備」，徵諸其立法意旨，係為使主管機關確實掌握團體動態，並利主管機關建立資料，核與異動原因或選舉，是否因違法而無效或得撤銷無涉。職是，報請案件文件齊全者，經主管機關核備時，僅係對資料作形式審查後，所為知悉送件之人民團體選任職員簡歷事項之觀念通知，對該等職員之選任，未賦予任何法律效果，並非行政處分<sup>16</sup>。

### 2. 一般處分

行政機關決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同（訴願法第 3 條第 2 項；行政程序法第 92 條第 2 項）。就一般處分之救濟途徑有：(1)保全程序（訴願法第 93 條；行政訴訟第 116 條）。(2)提起訴願（訴願法第 1 條）。(3)提起行政訴訟請求撤銷原處分與原決定，並請求回復原狀（行政訴訟法第 4 條、第 196 條）。(4)請求國家賠償（國家賠償法第 2 條、第 3 條）。而一般處分可分為人與物等類型。前者對人之一般

<sup>14</sup> 最高行政法院 103 年 9 月份第 1 次庭長法官聯席會議。

<sup>15</sup> 最高行政法院 105 年 1 月份第 1 次庭長法官聯席會議。

<sup>16</sup> 最高行政法院 105 年 1 月份第 2 次庭長法官聯席會議。

處分，如命某些人於一定期間內，遷移在某山坡地上非法濫葬之墳墓；後者係對物之一般處分，如道路用地之設定或廢止<sup>17</sup>、營造物之利用規則。

#### （1）標線之劃設

禁制標線之劃設，雖非針對特定人，然係以該標線效力所及「行經該路段之用路人」為規範對象，可得確定特定路段之用路人，並係針對「該用路事實」所為之規範，其為對人之一般處分。準此，交通主管機關依道路交通標誌標線號誌設置規則，在各地點設置交通標誌、標線、號誌，非屬法規命令，係性質為行政處分<sup>18</sup>。

#### （2）禁止停車管制

臺北市政府為舉辦國際花卉博覽會，公告臺北市區某路段在博覽會期間，不得停放任何車輛，違者將加強取締，係針對非特定相對人，依一般性特徵可得確定其範圍者。職是，該公告之法律性質為一般處分。

#### （3）申請許可

A 市政府擬在該市興建科學園區，經行政院環境保護署依據環境影響評估法第 7 條、第 8 條作成第一階段之審查結果，倘為通過之情形，即對當地居民關於第二階段實質參與之程序，作成否准之一般處分。反之，結論不通過，則屬拒絕開發單位之申請許可地位遭受拒絕，其審查結果具有行政處分之性質。

#### （4）設置陸橋

行政機關於道路上設置陸橋，以提供不特定之公眾使用，因物之公法性質或公用關係，其就權利義務受影響之人而言，其為物之一般處分，得作為行政爭訟之客體<sup>19</sup>。

#### （三）陳述意見之機會

行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第 39 條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定（行政程序法第 102 條）<sup>20</sup>。行政程序法第 103 條第 1 款至第 8 款有規範行政機關得不給予陳述意見之事由：1.大量作成同種類之處分。2.情況急迫，倘予陳述意見之機會，顯然違背公益者。3.受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者。4.行政強制執行時所採取之各種處置。5.行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。6.限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之

<sup>17</sup> 李震山，行政法導論，三民書局股份有限公司，2002 年 10 月，修訂 4 版 2 刷，頁 287。

<sup>18</sup> 最高行政法院 98 年度裁字第 622 號行政裁定。

<sup>19</sup> 最高行政法院 96 年度裁字第 1587 號行政裁定。

<sup>20</sup> 大法官釋字第 491 號解釋。

必要者。7.相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者。8.為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。

#### （四）行政處分與事實行為之區別

行政處分與事實行為最大之區別，在於是否發生法律效果。所謂事實行為，係指不發生法律效果之行政行為。舉例說明如後：1.高速公路照相測速，尚未發生法律之效果，其僅為事實行為，依據照相測速之結果，主管機關作成處以罰鍰之決定，始為行政處分<sup>21</sup>。2.地政機關就人民間有關土地登記無效或撤銷之民事糾紛，函覆人民應向法院提起民事訴訟解決，俟獲有勝訴判決後再據以辦理登記等情，其屬觀念通知之事實行為，而非行政處分。

#### （五）行政處分類型

##### 1.多階段行政處分

所謂多階段行政處分，係指行政處分之作成，應經二個以上機關本於各自職權先後參與者。此具有行政處分性質者，原則上為最後階段之行政行為，即直接對外發生法律效果部分。倘人民對多階段行政處分有不服，固不妨對最後作成行政處分之機關提起訴訟，惟行政法院審查之範圍，則包含各個階段行政行為是否適法<sup>22</sup>。例如，因欠稅由財政部依稅捐稽徵法、關稅法等規定，函請內政部入出境管理局限制出境，對該限制出境處分不服者，應向行政院提起訴願（訴願法第4條第7款）<sup>23</sup>。而是否有限制出境之必要，係由財政部決定，內政部入出境管理局無從審查財稅機關決定之當否，是財政部函請該局限制出境同時將副本送達原告時，應認為已發生法律上之效果，即為行政處分，得對之請求行政救濟<sup>24</sup>。

##### 2.雙重效力行政處分

雙重效力行政處分有混合效力處分與第三人效力處分等類型。前者，係對同一相對人同時產生授益與負擔效果之行政處分。後者，可分有相對人負擔與第三人授益、相對人授益與第三人負擔。例如，建築法與環保法之鄰人訴訟、同業競爭訴訟<sup>25</sup>。

##### 3.同一事件之多次意思表示

行政機關對於同一事件，多次為內容相同之意思表示，是否均為新處分，學說有重覆處分與第二次裁決之區分。前者處分不生法

<sup>21</sup> 李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，2007年2月，3版1刷，頁317。

<sup>22</sup> 最高行政法院91年判字第2319號行政判例；最高行政法院97年6月份庭長法官聯席會議。

<sup>23</sup> 行政院秘書處1987年10月30日臺76訴字第24810號函頒「限制入出境事件訴願管轄原則」。

<sup>24</sup> 最高行政法院83年3月份庭長法官聯席會議。

<sup>25</sup> 王保鍵，圖解行政法，五南圖書出版股份有限公司，2011年8月，頁123。

效力；後者為新處分，得為行政爭訟之客體。

### （1）重覆處分

所謂重覆處分，係指行政機關在事實與法律等狀態，均未改變之情形，重覆作成內容相同之行政處分，該處分不生法效力。申言之，係指已有行政處分存在，行政機關於原要件未改變之情事，而任意以作成內容相同之處分，該重覆處分自不生任何法律效果<sup>26</sup>。準此，行政機關作成處分後，在答覆申請人時，再重申先前所為之確定處分，而未重為實質決定，性質僅屬觀念通知，而非行政處分，不得為行政爭訟之客體。

### （2）第二次裁決

所謂第二次裁決，係指行政機關重新為實體上審查，並有所處置，而未變更先前處分即所謂第一次裁決之事實及法律狀況而言。質言之，行政程序重新進行，係指行政機關基於行政處分之相對人或利害關係人之申請，就已確定之行政處分所規律之事項，重為實質審查，以達成適當之新決定之謂，且重新進行行政程序之目的，在於撤銷、廢止或變更原行政處分（行政程序法第128條）。其事由有：1. 具持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者（第1項第1款）。2. 發生新事實或發現新證據者，倘經斟酌可受較有利益之處分者為限（第2款）。3. 其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者（第3款）。故行政機關決定重新進程序後，第二次程序隨即開始進行，行政機關應就原處分所規律之事項重新審查，並作成新處分，此為第二次裁決<sup>27</sup>。職是，第二次裁決之結果雖與第一次裁決相同，惟因發生公法上效果，故仍為新處分，自得為行政爭訟之客體。重複處分與第二次裁決之最大區別，係就同一原因事實有無重新審查，並作成新的價值判斷，第二次裁決有為新的價值判斷，得為行政爭訟之客體<sup>28</sup>。

### （六）行政處分附款

#### 1. 定義

行政機關作成行政處分有裁量權時，其得為附款，對行政處分之內容加以補充或限制。無裁量權者，以法律有明文規定，或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之（行政程序法第93條第1項）。

#### 2. 類型

##### （1）期限

所謂期限者，係指以將來確定發生之事實為內容，以限制行政

<sup>26</sup> 法務部 2004 年 12 月 1 日法律字第 0930044675 號函。

<sup>27</sup> 法務部 2006 年 6 月 27 日法律字第 0950018233 號函。

<sup>28</sup> 李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，2007 年 2 月，3 版 1 刷，頁 326。

處分之效力發生或消滅（行政程序法第 93 條第 2 項第 1 款）。以決定行政處分是否發生效力或效力消滅者區分，可分始期及終期。始期係限制行政處分發生效力之期限，即於期限屆至時，發生效力。而終期係行政處分已成立生效，因期限屆滿，而使行政處分喪失效力，即於期限屆滿時，失其效力。

## （2）條 件

所謂條件者，係指行政處分內部效力之發生或消滅，繫於將來不確定發生之事實（行政程序法第 93 條第 2 項第 2 款）。其分為停止條件與解除條件等態樣。行政處分之內部效力因條件之成就而發生者，稱為停止條件；行政處分之內部效力因條件之成就而消滅者，稱為解除條件<sup>29</sup>。例如，公立學校教師因具有教師法第 14 條第 1 項各款事由之一，經學校教評會依法定組織（教師法第 29 條第 2 項）及法定程序決議通過予以解聘、停聘或不續聘，並由公立學校依法定程序通知當事人者，應係該公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。而公立學校依法作成解聘、停聘或不續聘之行政處分，其應報請主管教育行政機關核准者，在主管機關核准前，係法定生效要件尚未成就之不利行政處分，倘當事人以之作為訴訟對象提起撤銷訴訟，因欠缺法定程序要件，其訴訟不合法<sup>30</sup>。

## （3）負 擔（96 律師）

所謂負擔者，係指附加在授益行政處分之特定行為、不作為或容忍，相對人負有作為、不作為或容忍之義務（行政程序法第 93 條第 2 項第 3 款）。例如，遺產稅應以現金繳納，納稅義務人以現金繳納確有困難時，得申請以實物抵繳，稅捐稽徵機關核定准許抵繳之行政處分，即發生延長繳納期限之效果，其屬授予利益且附有負擔之行政處分（遺產及贈與稅法第 30 條）。倘納稅義務人未於稅捐稽徵機關所定期限辦理實物抵繳完畢，稅捐稽徵機關得依行政程序法第 123 條第 3 款規定<sup>31</sup>，以職權為全部或一部之廢止，並溯及既往失其效力（行政程序法第 125 條）<sup>32</sup>。

## （4）準負擔

所謂負擔，原則上係指行政機關作成授益處分同時，另片面課予相對人一定作為或不作為義務。惟我國行政實務上，授益處分有

<sup>29</sup> 法務部 2007 年 8 月 9 日法律字第 0960027763 號函。

<sup>30</sup> 最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議。

<sup>31</sup> 行政程序法第 123 條第 3 款規定：授予利益之合法行政處分，其附負擔之行政處分，而受益人未履行該負擔者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止。

<sup>32</sup> 最高行政法院 97 年度判字第 1081 號行政判決。

時可能著眼於相對人出具切結書，承諾履行一定作為或不作為義務而後始決定作成。準此，授益處分的相對人對行政機關負有切結書所宣示之義務，可認係一種負擔，而其存在，亦構成行政機關當初願意作成授益處分的關鍵考量因素。學說稱之為準負擔或處分外負擔，其與法條所稱之負擔雖不相同，然確實發揮與負擔相同之功能，且無信賴保護之顧慮<sup>33</sup>。

#### （5）附保留

行政處分附保留者，可分保留行政處分之廢止權與保留負擔之事後附加或變更：保留行政處分之廢止權，係指行政處分保留特殊之解除條件，使行政處分效力之消滅，繫於行政機關未來是否行使所保留之廢止權（行政程序法第 93 條第 2 項第 4 款）。保留負擔之事後附加或變更，係指行政機關於行政處分中保留以後設定負擔，或補充、變更已設定負擔（行政程序法第 93 條第 2 項第 5 款）<sup>34</sup>。

#### 3.不當聯結禁止原則

附款不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯（行政程序法第 94 條）。同理，人民之給付與行政機關之給付應相當，並具有正當合理之關聯（行政程序法第 137 條第 1 項第 3 款）。申言之，行政行為對人民課以一定之義務或負擔，或造成人民其他之不利益時，其所採取之手段與行政機關所追求之目的間，應有合理之聯結關係存在，倘欠缺此聯結關係，此項行政行為即非適法。例如，汽車行車執照須在一定期限內換發，主要目的在於掌握汽車狀況，以確保汽車行駛品質進而維護人民生命、身體及財產法益。而罰鍰不繳納涉及者為行政秩序罰之執行問題，故換發汽車行車執照與汽車所有人違規罰鍰未清繳，欠缺實質上之關聯，兩者不得相互聯結，故有關罰鍰繳清後，始得發給行車執照之規定，實有違不當聯結禁止原則<sup>35</sup>。

#### （七）例題解析

##### 1.觀念通知

所謂觀念通知者，係指未對外直接發生法律效果之行政上事實行為，其可分證明行為、確認行為、通知行為及受理行為。例如，主管機關依商業登記法第 25 條提供查閱或抄錄登記簿，僅屬資訊公開之證明行為，並未對外發生法律效果，應不屬行政處分<sup>36</sup>。而依法

<sup>33</sup> 最高法院 104 年 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議；最高行政法院 104 年度判字第 523 號行政判決。

<sup>34</sup> 法務部 2011 年 5 月 17 日法律字第 1000012331 號函。

<sup>35</sup> 最高行政法院 90 年度判字第 1704 號行政判決。

<sup>36</sup> 商業登記法第 25 條規定：商業負責人或利害關係人，得請求商業所在地主管機關就已登記事項發給證明書。



核准商號設立登記、變更登記或註銷登記，則應屬行政處分。準此，人民請求行政機關釋示法令疑義，行政機關基於人民所陳法令上之疑義，以通知表示其意見為解釋或解答，其性質為觀念通知，自不發生具體之法律上效果，非屬行政處分，人民不服行政機關之意見，即不得提起訴願<sup>37</sup>。

## 2 政府採購法之爭議

### (1) 政府採購法

有不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者，經機關於開標前發現者，其所投之標應不予開標；嗣於開標後發現者，應不決標予該廠商（政府採購法第 50 條第 1 項第 5 款）。機關對於廠商所繳納之押標金，應於決標後無息發還未得標之廠商。廢標時，亦同（政府採購法第 31 條第 1 項）。機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：以偽造、變造之文件投標。投標廠商另行借用他人名義或證件投標。冒用他人名義或證件投標。在報價有效期間內撤回其報價。開標後應得標者不接受決標或拒不簽約。得標後未於規定期限內，繳足保證金或提供擔保。押標金轉換為保證金。其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者（第 2 項）。廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴（政府採購法第 74 條）。採購申訴審議委員會對申訴所作之審議判斷，視同訴願決定（政府採購法第 83 條）。

### (2) 雙階理論

政府採購法其就採購爭議之性質，適用雙階理論。即將政府採購契約締結前採購決定程序之相關爭議定位為公法性質。而政府採購契約之履約、驗收或保固爭議，則定位為私法上之爭議，應循民事爭訟途徑解決<sup>38</sup>。準此，立法者已就政府採購法中廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，規定屬於公法上爭議，其訴訟事件自應由行政法院審判。機關依政府採購法第 50 條第 1 項第 5 款取消廠商之次低標決標保留權，同時依據投標須知，以不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯情形，認廠商有同法第 31 條第 2 項第 8 款所定有影響採購公正之違反法令行為情形，不予發還其押標金。倘廠商對不予發還押標金行為有爭議，即為關於決標之爭議，屬公法上爭議。廠商雖僅對機關不予發還押標金行為不服，而未對取消其次低標之決標保留權行為不服，惟此乃廠商對機關所作數不利於

<sup>37</sup> 最高行政法院 51 年判字第 106 號、59 年判字第 211 號行政判例。

<sup>38</sup> 江嘉琪，政府採購法與爭訟實務，100 年培訓高等行政法院暨地方法院行政訴訟庭法官理論課程，司法院司法人員研習所，2011 年 3 月 14 日，頁 41。最高行政法院 95 年度判字第 1996 號行政判決。

己之行為一部不服，並不影響該不予發還押標金行為之爭議，為關於決標之爭議之判斷。因此，廠商不服機關不予發還押標金行為，經異議及申訴程序後，提起行政訴訟，行政法院自有審判權<sup>39</sup>。至於有關採購契約履約問題而不予發還押標金所生之爭議，屬私權爭執，非公法上爭議，行政法院自無審判權，而本件係廠商與機關間關於決標之爭議，屬公法上爭議<sup>40</sup>。故政府機關依政府採購法所為招標、審標、決標行為，為執行公權力之行為，有國家賠償法之適用<sup>41</sup>。

### 3.一般處分

土地現值經公告後，即成為課稅與核定徵收補償地價之依據，將直接影響人民財產利益之負擔及損失之填補，可認為其屬於發生具體法律效果之行政行為。就此行政行為作用之對象而言，雖非針對人民擁有之個別土地現值有所決定，而係就各該地價區段之土地現值決定之，然各該地價區段內個別地號土地歸屬何人所有，均可透過登記簿冊查得，是以其發生效力之範圍，係由一般性特徵可得確定其範圍者，依行政程序法第 92 條第 2 項前段規定，土地現值公告之法律性質應為行政處分中之一般處分。職是，地政機關公告土地現值時，權利受影響之人民得於公告時起或知悉時起，在法定期間內循行政救濟途徑表示不服<sup>42</sup>。

#### （八）相關實務見解

##### 1.附負擔之授益處分

經濟部工業局於 2000 年 1 月 11 日在核定興辦工業人所提報擴展計畫書，並發給工業用地證明書之核准函說明欄明載：毗連用地應確實依所提報擴展計畫書規劃及配置使用，不得移作他用，否則應予註銷並恢復其原來變更用地前之土地編定等內容。其中前段「應確實依所提報擴展計畫書規劃及配置使用，不得移作他用」，雖是重申 1999 年 12 月 31 日修正公布之促進產業升級條例第 53 條第 1 項、第 6 項、第 59 條第 1 項前段、第 61 條第 1 項及 1996 年 5 月 23 日修正發布之非都市土地使用管制規則第 32 條，有關毗連用地應按照核定計畫完成使用，不得違反使用或不依核定計畫使用之規定。然後段「否則應予註銷並恢復其原來變更用地前之土地編定」，並非法令規定違反前段所舉法定義務之效果，是經濟部工業局作成上開發給工業用地證明書核准函之授益處分，同時結合處分相對人「應按照核定計畫完成使用，不得違反使用或不依核定計畫使用」之作為及不作為義務，以

<sup>39</sup> 最高行政法院 97 年 5 月份第 1 次庭長法官聯席會議(二)決議。

<sup>40</sup> 最高行政法院 2004 年 2 月份庭長法官聯席會議決。

<sup>41</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會彙編，2007 年 1 月，頁 57 至 73。

<sup>42</sup> 最高行政法院 96 年度判字第 1926 號行政判決。

之作為決定「核准增加使用毗連用地設置污染防治設施」之前提要件，在處分相對人違反此作為及不作為義務時，處分機關得廢止該授益處分。職是，此授益處分應認為附負擔之行政處分<sup>43</sup>。

## 2. 教育行政機關就私立學校報請對教師不續聘之核准處分

教師有教師法第14條第1項第8款規定情事而不續聘者，應經教師評審委員會審議通過，並由學校報請主管教育行政機關核准，始得為之。教師與學校間係聘任契約關係，該學校如為公立學校，該契約關係為公法關係；如為私立學校者，契約關係則為私法關係。主管教育行政機關就私立學校報請對教師不續聘之核准，具有使該不續聘行為發生法律效力之作用，性質上為形成私法效果之行政處分，雖係以私立學校為相對人，然既使原獲聘任教師之工作權利受有損害，受不續聘之教師除得對私立學校所為不續聘之措施，提起申訴、再申訴外，自亦可對主管教育行政機關所為核准不續聘之行政處分提起申訴、再申訴、行政撤銷訴訟，或訴願及行政撤銷訴訟；倘不願申訴，亦得逕提起訴願、行政撤銷訴訟，以求救濟。此乃教師法特別規定之救濟途徑及賦予教師就不同救濟方法之自由選擇權<sup>44</sup>。

## 二、行政處分之效力

行政處分之效力可分存續力、拘束力及執行力，是行政處分未經撤銷、廢止或失效者，有拘束國家機關、相對人及利害關係人之效力，負有作為或不作為義務之相對人，其不履行義務時，得強制相對人履行。

### 【例題6】

當事人依行政訴訟法第116條第3項規定，向行政法院聲請停止執行之案件。試問行政法院得否以「原行政處分之合法性顯有疑義」為由，裁定停止執行？

### （一）存續力

書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力（行政程序法第110條第1項）。一般處分自公告日或刊登政府公報、新聞紙最後登載日起發生效力。而處分另訂不同日期者，從其規定（第2項）。行政處分未經撤銷、廢止或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。無效之行政處分自始不生效力（第3項）。例如，有效之行政處分，因其本身即屬財產變動之法律上原因，且行政處分除非達於無效程度而自始無效外，縱屬違法，該行政處分經撤銷、廢止或因其他事由失效前，行政處分之效力

<sup>43</sup> 最高行政法院 103 年 2 月份第 2 次庭長法官聯席會議。

<sup>44</sup> 最高行政法院 105 年度判字第 150 號行政判決。

仍繼續存在，故以該行政處分為依據之財產變動，並非無法律上原因，自不構成公法上不當得利<sup>45</sup>。

## （二）拘束力

行政處分之效力在存續中，對國家機關、相對人及利害關係人有拘束力。其中之國家機關，不包含法院。因依據憲法或法律規定，法院對行政處分有司法審查權。職是，行政處分對法院並無拘束力。

## （三）執行力

行政處分有效成立後，即具有執行力，在行政爭訟開始後，以不停止執行為原則，停止執行為例外，訴願法與行政訴訟法均有明文規定。

### 1. 訴 願

原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止（訴願法第 93 條第 1 項）。原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行（第 2 項）。例如，建築物建造在排水設施上方，不僅影響社區之排水設施而危及居民生命、身體與財產安全，且影響處分核准建造物之基礎結構而不利於公共利益，衡酌處分立即執行及公共利益之影響，處分之停止執行，反有利於公共利益<sup>46</sup>。

### 2. 行政訴訟

#### （1）停止要件

原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止（行政訴訟法第 116 條第 1 項）。行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之（第 2 項）。行政訴訟起訴前，倘原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限（第 3 項）。

#### （2）難於回復之損害

所謂難於回復之損害者，係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，倘為執行可認達回復困難之程度而言。職是，損害得以金錢填補，則非所謂難於回復之損害<sup>47</sup>。例如，原處分或決定之執行所受損害，在性質上雖有以金錢為填補之可能，

<sup>45</sup> 最高行政法院 105 年度判字第 344 號行政判決。

<sup>46</sup> 最高行政法院 103 年度裁字第 1043 號行政裁定。

<sup>47</sup> 最高行政法院 99 年度裁字第 1404 號行政裁定。

然原處分或決定之法律效果不明確，而有致損害難以計算，或甚為複雜之情形；或受處分人之營運資金之調度，將因而陷入困難，造成無法彌補之重大損失時，依一般通念即可認達到回復困難之程度。

#### （四）例題解析—停止執行之要件

採不停止執行之立法例，對公益有無重大影響而有質疑時，原則上應推定對公益有重大影響而不停止執行，偏向公益之保護<sup>48</sup>。而當事人依據行政訴訟法第116條第3項起訴前聲請停止執行之要件，並未有「原行政處分合法性顯有疑義」之規定，故行政法院僅須就原處分或決定之執行，是否將發生難以回復之損害，且有急迫情事者，而於公益無重大影響等要件，予以審查即可，故未符合上開要件者，即應予駁回。

#### （五）相關實務見解—暫時權利保護制度

##### 1.保全急迫性與本案請求勝訴蓋然率

暫時權利保護制度包括停止執行、假扣押或假處分，其審理程序之共同特徵，均為要求法院在有時間壓力之情況，進行較為簡略之調查程序，依當事人提出之有限證據資料，以權宜性與暫時性決定，判斷是否先賦予當事人適當之法律保護，避免未來之保護緩不濟急。準此，行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行，但於公益有重大影響或抗告人之訴在法律上顯無理由者，不得為之（行政訴訟法第116條第2項）。其構成要件之詮釋，得將「保全急迫性」與「本案請求勝訴蓋然率」，作為是否允許停止執行之衡量因素，並具有互補功能，當本案請求勝訴機率較大時，保全急迫性之標準即減低；反之保全急迫性之情況較明顯，本案請求勝訴機率值可降低。

##### 2.難以回復損害之範圍

難以回復之損害固應考慮未來可否以金錢賠償，然不應僅以「能否用金錢賠償損失」當成惟一之判準。損失之填補雖可以金錢為之，然其金額過鉅，或計算有困難時，為避免未來國家負擔過重之金錢支出或延伸耗費社會資源之不必要爭訟，自應考慮此等後果，是否有必要列為「難以回復損害」範圍<sup>49</sup>。

#### 三、違法行政處分之處理

行政處分之瑕疵，依其情節、公益及私益等因素，有瑕疵之補正、行政處分之轉換、撤銷行政處分及自始不生效力等類型，該等行政處分之處理與效力，有所差異。

<sup>48</sup> 胡方新，行政訴訟暫時權利保護與與爭訟實務，100年培訓高等行政法院暨地方法院行政訴訟庭法官理論課程，司法院司法人員研習所，2011年5月9日，頁11。

<sup>49</sup> 最高行政法院95年度裁字第2380號、97年度裁字第4594號行政裁定。

### 【例題 7】

甲通過公務人員考試，經分發至某行政機關實習，實習期間 6 個月，甲於該行政機關之公務人員試用期滿前辭職，行政機關於次年對甲辦理另予考績，因公務人員續任職已達 6 個月而未滿 1 年者，始得另予考績。試問該行政機關是否應依職權，撤銷對甲另予考績之處分？

### 【例題 8】

法務部行政執行署臺中分署以執行命令扣押義務人甲對於第三人 A 公司之薪資債權。詎第三人 A 公司具狀陳稱：其營業地址設於臺北市大安區，有營利事業登記證可稽等情，而主張行政執行署臺中分署，依行政執行法第 9 條第 1 項之規定聲明異議，並申請行政執行署臺中分署處撤銷該執行命令。試問：（一）A 公司是否有理由？（二）行政執行署臺中分署應如何處理？

#### （一）行政處分之補正

##### 1. 定義

所謂行政處分之補正，係指行政處分之瑕疵，僅屬輕微者，行政機關得以行政程序法第 114 條之補正方式，使之成為合法有效之行政處分，無須撤銷或變更原處分，以維持原處分之效力。

##### 2. 瑕疵之補正

違反程序或方式規定之行政處分，除依第 111 條規定而無效者外，因下列情形而補正：(1)須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者。(2)必須記明之理由已於事後記明者。(3)應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者。(4)應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者。(5)應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者（行政程序法第 114 條第 1 項）。前開(2)至(5)之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之（第 2 項）。

#### （二）行政處分之轉換

##### 1. 定義

所謂行政處分之轉換，係指行政機關得將違法行政處分轉換為與原處分具有相同實質及程序要件之其他行政處分。職是，對於違法之行政處分，行政機關固有義務，本於職權而撤銷有瑕疵之處分，惟對公益有害或受益人之信賴值得保護時，則不得撤銷，行政機關仍可將違法之行政處分轉換為合法之行政處分。

##### 2. 轉換之限制

行政機關於轉換前應給予當事人陳述意見之機會，除非有第

103 條之得不予陳述意見等事由者<sup>50</sup>，可不賦予當事人陳述意見之機會（行政程序法第 116 條第 3 項）。而行政處分有下列情形之一者，不得轉換：(1)違法行政處分，倘轉換結果對公益有重大危害者，或受益人無第 119 條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者，則不得轉換（行政程序法第 116 條第 1 項第 1 款、第 117 條但書）。(2)轉換不符作成原行政處分之目的者（行政程序法第 116 條第 1 項第 2 款）。(3)轉換法律效果對當事人更為不利者（行政程序法第 116 條第 1 項第 3 款）。(4)羈束處分不得轉換為裁量處分（行政程序法第 116 條第 2 項）。

### （三）行政處分之撤銷

#### 1. 定義

所謂違法行政處分之撤銷，係指有瑕疵之行政處分，行政機關依聲請或職權撤銷之，使其效力溯及既往失其效力。違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關或其上級機關得依職權為全部或一部之撤銷（行政程序法第 117 條本文）。所謂法定救濟期間經過後，係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，予以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言<sup>51</sup>。

#### 2. 撤銷之限制

##### （1）事由

違法之行政處分，有下列情形之一者，不得撤銷：撤銷對公益有重大危害者。受益人無第 119 條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者（行政程序法第 117 條但書）。再者，信賴不值得保護之事由有：以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。明知行政處分違法或因重大過失而不知者（行政程序法第 119 條）。例如，在大陸地區通謀虛偽結婚，以不實之結婚證明辦理相關戶籍登記、入境等手續，憑以進入臺灣地區，其所持之入境許可文件，雖係入出境主管機關所核發，形式上為合法，惟既係以詐欺方法而取得，其信賴有不值得保

<sup>50</sup> 行政程序法第 103 條規定：有下列情形之一者行政機關得不給予陳述意見之機會：1. 大量作成同種類之處分。2. 情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者。3. 受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者。4. 行政強制執行時所採取之各種處置。5. 行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。6. 限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者。7. 相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者。8. 為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。

<sup>51</sup> 最高行政法院 95 年度判字第 1750 號行政判決。

護之事由，自不具實質上之合法性，其屬非法進入臺灣地區，出境主管機關得撤銷入境許可之行政處分<sup>52</sup>。

## （2）行使之期間

行政機關行使第 117 條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起 2 年內為之（行政程序法第 121 條第 1 項）。行政機關依行政程序法第 117 條規定自為違法行政處分之撤銷，其所行使者為撤銷權，其與同法第 131 條所規範之公法上請求權無涉，自無 5 年時效期間規定之適用，其亦與行政罰法關於裁罰權時效期間之規定無涉<sup>53</sup>。

## 3. 撤銷之效力

### （1）溯及失效

違法行政處分經撤銷後，原則上溯及既往失其效力（行政程序法第 118 條本文）。例外情形，係為維護公益或為避免受益人財產上之損失，為撤銷之機關得另定失其效力之日期（但書）。例如，違法行政處分之撤銷效果是否溯及既往，應視其對於社會秩序及當事人利益之影響而定，以兼顧既成之法律秩序與當事人權益之衡平。是違法行政處分係提供連續之金錢或給付得分割之物，倘受益人已信任該行政處分之存續，縱經斟酌對公益之影響，固得將之撤銷，惟受益人已使用所提供之給付而不存在者，亦無須返還，以避免受益人之財產損失<sup>54</sup>。

### （2）信賴保護之補償

授予利益之違法行政處分經撤銷後，倘受益人無第 119 條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償（行政程序法第 120 條第 1 項）。受補償額度不得逾受益人因該處分存續可得之利益（第 2 項）。關於補償之爭議及補償之金額，相對人有不服者，得向行政法院提起給付訴訟（第 3 項）。行政機關係因行政處分之相對人未履行核准函所附加之負擔，而依行政程序法第 123 條第 3 款規定廢止授予利益之合法行政處分，而非撤銷授予利益之違法行政處分，為撤銷之機關不需給予合理補償<sup>55</sup>。再者，而受益人之信賴利益補償請求權，自行政機關告知其事由時起，因 2 年間不行使而消滅；自處分撤銷時起逾 5 年者，亦消滅之（行政程序法第 121 條第 2 項）。

### （四）無效之行政處分

#### 1. 定義

<sup>52</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1716 號刑事判決。

<sup>53</sup> 最高行政法院 96 年度判字第 1402 號行政判決。

<sup>54</sup> 最高行政法院 89 年度判字第 1103 號、103 年度判字第 491 號行政判決。

<sup>55</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 166 號行政判決。



無效之行政處分應屬自始、當然、確定無效，既屬無效之行政處分，相對人自無從循撤銷訴訟之行政爭訟途徑求予撤銷，亦無起訴請求撤銷之必要。倘相對人認於起訴時原處分之效力仍屬存續，而違法侵害其權利，依據行政訴訟法第6條第1項前段規定，可向管轄行政法院提起確認行政處分無效之訴<sup>56</sup>。

## 2.類 型

行政處分有下列情形之一者，無效：(1)不能由書面處分中得知處分機關者。(2)應以證書方式作成而未給予證書者。(3)內容對任何人均屬不能實現者。(4)所要求或許可之行為構成犯罪者。(5)內容違背公共秩序、善良風俗者。(6)未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。(七)其他具有重大明顯之瑕疵者（行政程序法第111條）。例如，觀光旅館業執照之發給為交通部之職權，故該項執照之撤銷亦應屬交通部之職權，而非該部所屬觀光局之職權。至交通部與該部所屬觀光局間雖就觀光旅館業之處罰事務定有授權由觀光局核定之項目，惟此核定僅係內部之事務分工，對外仍應以交通部名義作成處分，難認交通部觀光局憑此即得以自己之名義為撤銷觀光旅館業執照之處分。倘交通部觀光局以自己名義為撤銷觀光旅館業執照之處分，自屬缺乏事務權限之行政處分<sup>57</sup>。

## 3.重大明顯之瑕疵

行政程序法第111條關於行政處分無效判斷標準規定，其中第7款所稱「其他具有重大明顯之瑕疵」，係指行政處分之瑕疵達於重大，且依一般人合理之判斷甚為明顯，而一目瞭然者而言。如同寫在額頭上，任何人一望即知者<sup>58</sup>。

### (1) 明顯瑕疵說與重大瑕疵說

基於維護法律安定性、國家本身所具有之公益性及國家權威，行政處分是否無效，除法律定有明文之情形外，應從嚴認定，兼採「明顯瑕疵說」與「重大瑕疵說」作為認定標準之理論基礎。是以，依行政程序法第111條規定，行政處分無效之原因，除該條第1款至第6款之例示規定外，尚有該條第7款「其他具有重大明顯之瑕疵者」概括規定，用以補充前6款所未及涵蓋之無效情形。而行政處分是否具有重大明顯之瑕疵罹於無效，並非依當事人之主觀見解，亦非依受法律專業訓練者之認識能力判斷，係依一般具有合理判斷能力者之認識能力決定之，其簡易之標準即係普通社會一般人一望即知其瑕疵為判斷標準。換言之，該瑕疵須「在某程度上猶如刻在額頭上般」明顯之瑕疵，倘行政處分之瑕疵尚未達到重大、明顯之程度，一般人對其違

<sup>56</sup> 高雄高等行政法院89年度訴字第282號行政判決。

<sup>57</sup> 最高行政法院92年度判字第323號行政判決。

<sup>58</sup> 最高行政法院95年度裁字第1444號行政裁定。

法性之存在與否猶存懷疑，基於維持法安定性之必要，不應令該處分無效，其在被正式廢棄前，依然有效，僅係得撤銷之行政處分<sup>59</sup>。

## （2）喪失法人人格

行政機關對於因變更登記而已喪失法人人格之公司，作為行政處分之客體，顯然欠缺處分之客體要件，在外觀上具有嚴重而顯著之瑕疵，應屬無效。反之，非屬任何人一望即知之重大明顯之瑕疵，縱行政處分有瑕疵，充其量僅為違法，不外為撤銷之原因而非當然無效，自不得以確認之訴之訴訟型態，訴請確認行政處分無效。

## （3）誤寫或誤算

行政處分之文字僅有表示錯誤或漏未表示等誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，並不構成行政處分之無效，相對人不得對此等顯然錯誤主張不生合法送達之效力<sup>60</sup>。職是，行政機關得就誤寫或誤算部分，依職權更正之。

## （4）行政處分合法

行政訴訟法之撤銷訴訟與確認行政處分無效訴訟，行政法院審查之對象雖均為行政處分，然撤銷之行政處分與無效之行政處分，兩者所具違法程度不同，倘撤銷訴訟判決先認行政處分為合法在案確定，則在後確認行政處分無效之訴訟，受訴法院應受前訴確認效力之拘束<sup>61</sup>。

## 4.無效之效力

行政處分一部分無效者，其他部分仍為有效。但除去該無效部分，行政處分不能成立者，全部無效（行政程序法第 112 條）。行政處分之無效，行政機關得依職權確認之（行政程序法第 113 條第 1 項）。行政處分之相對人或利害關係人有正當理由請求確認行政處分無效時，處分機關應確認其為有效或無效（第 2 項）。

## （五）違法性判斷之基準時

基於權力分立原則，判斷行政處分之是否違法，應以處分時之法規範為準據，倘處分所依據之法規範事後縱有變更，除新法另有特別規定者外，依法規不溯及既往原則，仍應以處分時之法規範資為判斷行政處分是否違法之依據<sup>62</sup>。例如，核准土地徵收處分之是否違法，其判別之基準時，應以核准機關於核准時所依據之法律以為斷，縱核准當時所依據之法律事後變更，除法律有特別規定外，不

<sup>59</sup> 最高行政法院 104 年度裁字第 646 號行政裁定。

<sup>60</sup> 最高行政法院 95 年度裁字第 1444 號行政裁定。

<sup>61</sup> 臺中高等行政法院 98 年度訴字第 334 號行政判決。

<sup>62</sup> 行政法院 84 年度判字第 443 號行政判決。

因該項變更而受影響<sup>63</sup>。

#### （六）例題解析

##### 1. 撤銷違法之行政處分

各官等人員於同一考績年度內，任職連續任職已達6個月者而不滿1年者，辦理另予考績（公務人員考績法第3條第2款）。違法行政處分於法定救濟期間經過後，受益人縱無信賴不值得保護之情形，倘受益人信賴利益顯然小於撤銷行政處分所欲維護之公益者，原處分機關仍得依職權撤銷違法之行政處分（行政程序法第117條）。甲通過公務人員考試，經分發至某行政機關實習，實習期間6個月，甲於試用期滿前辭職，自始不具參加另案考績之資格，該行政機關不得對甲另予考績，倘該違法之另予考績，不予撤銷，未來類此公務人員加以援引辦理，勢必無法維護公務人員制度之公平、合理與正確，而嚴重破壞國家公務人員銓審制度及現有法律秩序。準此，為建立全體公務人員銓審制度所欲維護之公益，顯然大於甲因違法另予考績所獲得獎金之些微私益為大，故該行政機關應依職權撤銷原處分<sup>64</sup>。

##### 2. 違反土地管轄之效力

行政處分違反土地管轄之規定者，除依第111條第6款規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷（行政程序法第115條）。而無管轄權之行政執行處所核發之執行命令，並非當然無效，僅當事人或利害關係人得聲明異議，請求撤銷。職是，第三人以其登記營業地址，非位於行政執行處轄區為由，主張行政執行處核發薪資債權之扣押命令，逾越管轄範圍，聲明異議請求撤銷上開扣押命令，其聲明異議為無理由，第三人仍應依據行政執行處之執行命令配合扣款<sup>65</sup>。

#### （七）相關實務見解—撤銷權除斥期間之起算點

第117條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起2年內為之（行政程序法第121條第1項）。法文明示「知」為撤銷權除斥期間之起算點，在授益行政處分之撤銷，且其撤銷純係因法律適用之瑕疵時，非僅以原處分機關或其上級機關可得知悉違法原因時，為除斥期間之起算時點，仍應自有權撤銷之機關確實知曉原作成之授益行政處分有撤銷原因時，起算2年之除斥期間。而否確實知曉有撤銷原因者，係事實問題，自應具體審認<sup>66</sup>。

<sup>63</sup> 行政法院79年度判字第1590號行政判決。

<sup>64</sup> 最高行政法院95年度判字第1750號行政判決。

<sup>65</sup> 法務部行政執行署，行政執行業務相關令函彙編，2007年7月，2版，頁442至446。

<sup>66</sup> 最高行政法院102年度2月份第2次庭長法官聯席會議。

#### 四、合法行政處分之廢止

行政處分之撤銷與廢止在性質與效力上不同，前者使違法行政處分之效力溯及失效；後者以合法行政處分為對象，而將之廢止，其效力向未來發生。

##### 【例題 9】

因遺產稅納稅義務人以現金繳納遺產稅有困難，故向稅捐稽徵機關申請以實物抵繳，稅捐稽徵機關依遺產及贈與稅法第 30 條之規定核定准許其申請以實物抵繳。試問納稅義務人未於稅捐稽徵機關所定期限辦理實物抵繳完畢，稅捐稽徵機關應如何處理？

##### 【例題 10】

國防部依國軍老舊眷村改建條例第 21 條規定，給付原眷戶輔助購宅款後，嗣後發現原眷戶有溢領款項，乃逐級下達指令，向原眷戶催繳。試問原眷戶是否應依據該指令，返還溢領部分之給付？

#### （一）廢止之要件

##### 1. 非授予利益處分

非授予利益之合法行政處分，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止。但廢止後仍應為同一內容之處分或依法不得廢止者，則不得依職權廢止（行政程序法第 122 條）。準此，非授予利益處分之廢止，並無期限之限制。

##### 2. 授予利益處分

授予利益之合法行政處分，有下列情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：(1)法規准許廢止者。(2)原處分機關保留行政處分之廢止權者。(3)附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。(4)行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。(5)其他為防止或除去對公益之重大危害者（行政程序法第 123 條）。舉例說明如後：（1）主管機關認有下列情形之一者，得變更或撤銷其漁業權之核准，或停止其漁業權之行使：.國防之需要。 土地之經濟利用。 水產資源之保育。 環境保護之需要。 船舶之航行、碇泊。 水底管線之鋪設。 礦產之探採。 其他公共利益之需要（漁業法第 29 條第 1 項）。（2）聯合行為經許可後，倘因許可事由消滅、經濟情況變更或事業逾越許可之範圍行為者，中央主管機關得廢止許可、變更許可內容、命令停止、改正其行為或採取必要更正措施（公平交易法第 17 條）。

##### 3. 廢止期間之計算

廢止授予利益之合法行政處分，應自廢止原因發生後 2 年內為之，有期限之限制（行政程序法第 124 條）。例如，我國行政實務上，授益處分有時可能著眼於相對人出具切結書，承諾履行一定作為或

不作為義務而後始決定作成，故授益處分的相對人對行政機關負有切結書所宣示之義務，可認為負擔性質。因其存在之價值，構成行政機關願意作成授益處分之關鍵考量因素。準此，學說上有稱準負擔或處分外負擔，其確實發揮與負擔相同之功能，且無信賴保護之顧慮。是相對人不履行準負擔時，行政機關應有權廢止原授益處分。而廢止期限為期法律安定，必須於廢止原因發生後 2 年內為之，倘原因持續者，當然以原因終了時為據<sup>67</sup>。

## （二）廢止之效力

合法行政處分經廢止後，自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力。但受益人未履行負擔致行政處分受廢止者，得溯及既往失其效力（行政程序法第 125 條）。倘行政處分法律效果對處分相對人同時有授予利益及負擔性質而不可分者，應一體適用關於授益行政處分之規定<sup>68</sup>。

## （三）信賴保護原則

### 1. 廢止之補償

原處分機關依第 123 條第 4 款、第 5 款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償（行政程序法第 126 條第 1 項）<sup>69</sup>。第 120 條第 2 項、第 3 項及第 121 條第 2 項之規定，於前開補償準用之（第 2 項）。申言之，因行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者或其他為防止或除去對公益之重大危害者，致原處分機關廢止授予利益處分，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。而補償額度不得逾受益人因該處分存續可得之利益，倘受益人有不服補償爭議及補償金額，得向行政法院提起給付訴訟。受益人行使信賴利益補償請求權，自行政機關告知其事由時起，因 2 年間不行使而消滅；自處分撤銷時起逾 5 年者，亦消滅之。例如，主管機關變更或撤銷其漁業權之核准，或停止漁業權之行使，其處分致受損害者，應由目的事業主管機關或由請求變更、撤銷、停止者，協調予以相當之補償；協調不成時，由中央主管機關決定（漁業法第 29 條第 3 項）。倘漁業權人不服中央主管機關決定之補償金額，得向行政法院提起給付訴訟。

### 2. 公法之不當得利

#### （1）金錢給付

授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物

<sup>67</sup> 最高行政法院 104 年度判字第 523 號行政判決。

<sup>68</sup> 臺灣行政法學會編著，董保成，行政處分之撤銷及廢止，行政法爭議問題之研究（上），五南圖書出版股份有限公司，2001 年 8 月，初版 2 刷，頁 489 至 490。

<sup>69</sup> 最高行政法院 83 年判字第 1223 號行政判例。

之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同（行政程序法第 127 條第 1 項）。返還公法上之不當得利範圍，準用民法有關不當得利之規定（第 2 項）。行政機關依前 2 項規定請求返還時，應以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之（第 3 項）。前項行政處分未確定前，不得移送行政執行（第 4 項）。舉例說明如後：人民有無溢領補助之不當得利，應視主管機關是否已撤銷或廢止各該原授益處分而定，原授益處分在未依法撤銷或廢止前，申請人受領補助仍有法律上原因，即不構成不當得利<sup>70</sup>。行政機關徵收登記規費及裁處罰鍰之決定，其性質為行政處分，縱有違反法律規定之情事，其違法尚非重大而明顯，並非無效者，相對人未對於該行政處分提起行政爭訟，並依該行政處分內容繳納登記規費及罰鍰。是行政機關受領款項，有該行政處分為據，並非無法律上之原因而受利益，不成立不當得利<sup>71</sup>。

## （2）公法上金錢給付義務

### 行政執行法第 11 條第 1 項第 1 款

義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，而其處分書文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者，逾期不履行，主管機關得移送行政執行處執行（行政執行法第 11 條第 1 項第 1 款）。所稱之公法上金錢給付義務，依同法施行細則第 2 條所定，係指稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金及短估金、罰鍰及怠金、代履行費用或其他公法上應給付金錢之義務。依該規定所舉之稅款、滯納金、滯報費等，均屬可由行政機關依法單方裁量核定之金錢給付。可知其他公法上應給付金錢之義務，係指可由行政機關依法單方裁量核定之金錢給付。

### 行政處分定有履行期間

授予金錢給付之行政處分，經主管機關撤銷變更，致受領人有溢領金額時，因其原法律上之原因不存在，即發生公法上不當得利之關係。故行政機關請求返還溢領補償費，係基於公法上之不當得利請求權，行政機關應以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之，性質上屬行政執行法第 11 條之公法上金錢給付義務。準此，行政機關本於公法上不當得利法律關係請求，係準用民法有關不當得利之規定，其請求權之行使、返還之範圍，均應依民法第 180 條至第 183 條等規定，行政機關有單方裁量之決定權，是行政機關催告限期返還溢領補償金部分，係通知人民履行債務，係行政機

<sup>70</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 491 號行政判決。

<sup>71</sup> 最高行政法院 93 年度判字第 1400 號行政判決。

關本於法令所為之形成或下命之行政處分，即與行政執行法第 11 條第 1 項所定之要件相合。

### （3）租稅法之退稅請求權

納稅義務人自行適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起 5 年內提出具體證明，申請退還；屆期未申請者，不得再行申請（稅捐稽徵法第 28 條第 1 項）。納稅義務人因稅捐稽徵機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳稅款者，稅捐稽徵機關應自知有錯誤原因之日起 2 年內查明退還，其退還之稅款不以 5 年內溢繳者為限（第 2 項）。職是，租稅法之退稅請求權，具有公法上返還不當得利請求權性質<sup>72</sup>。

### （四）例題解析

#### 1. 附有負擔之授予利益處分

遺產稅應以現金繳納，必須現金繳納確有困難時，始得申請以實物抵繳（遺產及贈與稅法第 30 條）。故稅捐稽徵機關核定准許抵繳之處分，即發生延長繳納期限之效果，自屬授予利益且附有負擔之行政處分。倘納稅義務人未於稅捐稽徵機關所定期限辦理實物抵繳完畢，是稅捐稽徵機關得依行政程序法第 123 條第 3 款及第 125 條規定，依職權為全部或一部之廢止，並溯及既往失其效力<sup>73</sup>。

#### 2. 公法之不當得利

原眷戶放棄承購改建之住宅，自願領取第 20 條之輔助購宅款後搬遷者，從其意願（國軍老舊眷村改建條例第 21 條）。在公法領域發生財產變動，一方無法律上原因受有利益，致他方受有損害，即構成公法上不當得利，本於依法行政原則，不合法之財產變動應予回復，受有損害之他方對受有利益之一方，即有不當得利返還請求權。職是，國防部依國軍老舊眷村改建條例第 21 條規定，給付原眷戶補助購宅款，其屬授益之行政處分。國防部嗣後發現原眷戶有溢領款項，乃逐級下達指令，向原眷戶催繳，應有撤銷該溢領部分行政處分之效力，溢領部分之行政處分遭撤銷，故原眷戶就溢領部分，則成為受領無法律上原因。倘原眷戶拒絕返還溢領款項，國防部本於不當得利法律關係請求返還時，應以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之（行政程序法第 127 條第 3 項）。嗣行政處分確定後，得移送行政執行（第 4 項）。

### （五）相關實務見解—確認不當得利之行政處分

行政程序法第 127 條第 1 項規定，目的在使行政機關所為授益行政處分因違法經撤銷等原因而溯及失其效力，受益人應返還因該處分

<sup>72</sup> 吳振裕，租稅法上退稅請求權，國立中正大學法律學系研究所碩士論文，2014 年 11 月，頁 20。

<sup>73</sup> 最高行政法院 97 年度判字第 1081 號行政判決。

所受領之給付。查原告雖有將申購之優惠漁船油用於從事非漁業行為，而該當漁業動力用油優惠油價標準第 13 第 1 項第 7 款之規定，惟該標準未賦與主管機關得以行政處分命人民為給付之依據，該規定僅係重申漁業人應返還公法上不當得利之意旨。職是，行政機關應依行政程序法第 127 條第 3 項規定，以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之。經行政機關以行政處分通知漁業人繳回優惠油價補貼款，倘受益人未返還，嗣行政處分確定後，得持該處分執行受益人之責任財產<sup>74</sup>。

### 參、政府資訊公開

為便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，應建立政府資訊公開制度（政府資訊公開法第 1 條）。職是，資訊公開有監督政府、增進政治參與及公平利用資訊等功能<sup>75</sup>。尤其具有公眾人物性質之政治人物或公職人員，渠等為日常生活中廣為人知之社會成員，其行為與操守有公益或公共色彩，對人民具有影響力或象徵性作用，故其生活不受干擾或隱私權之保護，應較一般人民有所限縮<sup>76</sup>。

#### 【例題 11】

人民對於政府機關就其申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定不服者。試問：（一）申請人應如何救濟？（二）政府機關應如何處理？

#### 【例題 12】

學校各項會議紀錄，如校務會議、行政會議、導師會議、主管會議等紀錄，倘教師要求公開。試問該會議記錄，有無政府資訊公開法之適用？

### 一、定 義

所謂政府資訊，係指政府機關於職權範圍內作成或取得而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息（政府資訊公開法第 3 條）。政府資訊公開法所定義之政府資訊，其涵蓋範圍較檔案法所定義之檔案為廣，即檔案仍屬政府資訊之

<sup>74</sup> 最高行政法院 104 年度 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議（一）。

<sup>75</sup> 范姜真嫻，政府資訊公開與爭訟實務，100 年培訓高等行政法院暨地方法院行政訴訟庭法官理論課程，司法院司法人員研習所，2011 年 2 月 21 日，頁 1。

<sup>76</sup> 顏幸如，新聞自由與公眾人物隱私權之衝突與平衡，國立中正大學法律學系研究所，2015 年 6 月，頁 58。



一部。準此，人民申請閱覽或複製政府資訊，倘業經歸檔管理之檔案，則屬檔案法規範之範疇，應優先適用檔案法規定處理<sup>77</sup>。

## 二、政府資訊請求權

### （一）政府機關之範圍

所謂政府機關，係指中央、地方各級機關及其設立之實（試）驗、研究、文教、醫療及特種基金管理等機構。受政府機關委託行使公權力之個人、法人或團體，於本法適用範圍內，就其受託事務視同政府機關（政府資訊公開法第4條）。

### （二）主動公開或申請

#### 1. 人民知的權利

政府資訊應依政府資訊公開法主動公開或應人民申請提供之（政府資訊公開法第5條）。故與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，以主動公開為原則，並應適時為之（第6條）。政府資訊公開之對象為一般人民，除有政府資訊公開法第18條第1項各款應限制公開或不予提供之情形者，自應主動公開或應人民申請提供之<sup>78</sup>。申言之，政府資訊公開法關於檔案及行政資訊提供之規範，係在滿足人民知的權利，使人民在法規規定之要件，享有請求行政機關提供檔案或行政資訊之權利。

#### 2. 行政處分

依據政府資訊公開法請求行政機關為檔案或行政資訊之提供，行政機關均須依據相關規定為審查，而為准否提供之決定，並通知申請人。人民依據政府資訊公開法向行政機關請求檔案或行政資訊之提供，性質上係請求行政機關作成一准予提供之行政處分，而非僅請求行政機關作成一單純提供之事實行為。職是，行政機關否准申請人關於提供檔案或行政資訊之請求時，申請人應循提起訴願及行政訴訟法第5條課予義務訴訟之途徑為救濟<sup>79</sup>。

#### 3. 限制或不公開之政府資訊

資訊公開與限制公開之範圍互為消長，不公開範圍過於擴大，雖有失政府資訊公開法制定之目的；然公開之範圍亦不應影響國家整體利益、公務之執行及個人之隱私。職是，政府資訊公開法第18條第1項第1款至第9款列舉政府資訊限制公開或提供之範圍，以資明確。

### （1）事由

政府資訊限制事由如後： 經依法核定為國家機密或其他法

<sup>77</sup> 臺中高等行政法院 100 年度訴字第 320 號、102 年度訴字第 112 號行政判決。

<sup>78</sup> 臺中高等行政法院 95 年度訴字第 504 號行政判決；高雄高等行政法院 99 年度訴字第 128 號行政判決。

<sup>79</sup> 最高行政法院 98 年度判字第 430 號行政判決。

律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者。公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。政府機關為實施監督、管理、檢查、調查、取締等業務，而取得或製作監督、管理、檢查、調查、取締對象之相關資料，其公開或提供將對實施目的造成困難或妨害者。有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等有關資料，其公開或提供將影響其公正效率之執行者。公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者，不應公開或不予提供。例外情形，係對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者。個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者，不應公開或不予提供。例外情形，對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。為保存文化資產必須特別管理，而公開或提供有滅失或減損其價值之虞者。公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營之正當利益者，不應公開或不予提供。例外情形，對公益有必要者，得公開或提供之(政府資訊公開法第 18 條第 1 項)。

## (2)分離原則

政府資訊含有限制公開或不予提供之部分，並非該資訊之全部內容者，政府機關應將限制公開或不予提供之部分除去後，僅公開或提供其餘部分，此稱分離原則(政府資訊公開法第 18 條第 2 項)。

### 教師年終成績考核事件

政府資訊公開法屬一般性之資訊公開，依該法申請行政機關提供資訊之權利，係屬實體權利，凡與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，除具有同法第 18 條所定應限制公開或不予提供之情形外，政府均應主動公開或應人民申請而提供。如申請提供之政府資訊中含有第 18 條第 1 項各款規定限制公開或不予提供之事項者，依第 18 條第 2 項之資訊分離原則，受理申請之政府機關應就可公開部分提供之。故以公立學校教師年終成績考核資訊而言，倘審酌之資料，係屬關於考核教師年終成績考核之基礎事實，且可與辦理該成績考核而屬應保密之內部單位擬稿、相關會議紀錄或其他準備作業等文件分開或遮蔽者，因該基礎事實或資訊文件並非或等同函稿、或簽呈意見本身，無涉洩漏決策過程之內部意見溝通或思辯資訊，依據資訊分離原則仍應公開之<sup>80</sup>。

<sup>80</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 645 號行政判決。

### 申請閱覽卷宗事件

府應斟酌公開技術之可行性，選擇適當之方式適時主動公開政府資訊；或應人民申請時按政府資訊所在媒介物之型態給予申請人重製或複製品、或提供申請人閱覽、抄錄或攝影。倘人民依法申請政府機關提供其持有或保管之政府資訊，該受理申請之政府機關應於期間內為準駁之決定；倘申請提供之政府資訊中含有限制公開或不予提供之事項者，因關於政府資訊之限制公開或不予提供係採分離原則，受理申請之政府機關應就可公開部分提供之<sup>81</sup>。

### 偵查筆錄及錄音光碟事件

不起訴處分案件卷宗檔案之證據資料，係在偵查不公開下取得，因未達起訴階段，不能提出於公開法庭進行審判程序以供詰問澄清。而庭訊筆錄及錄音光碟內容涉及該案件當事人個人隱私，法庭錄音含有參與法庭活動之人之聲紋及情感活動等內容，因此交付法庭錄音光碟或數位錄音涉及其人格權等基本權之保障。是法庭錄音光碟之內容係屬個人資料保護法第 2 條第 1 款所稱個人資料，且於技術上尚無法將當事人與其他在場人員之錄音資料分離，故其提供拷貝燒錄亦屬公務機關對於保有個人資料之利用，應依同法第 16 條規定，而於執行法定職務必要範圍內為之，並與蒐集之特定目的相符；倘為特定目的外之利用，應符合該條但書各款情形之一，始得為之。無論係特定目的範圍內或特定目的外之利用，均應遵循同法第 5 條不得逾越特定目的之必要範圍規定<sup>82</sup>。

### 三、陽光法案之建立

我國前於 1993 年 7 月 2 日制定公布公職人員財產申報法迄今，期間迭經修正，其為我國陽光法案之重要一環，其立法宗旨在於端正政風，確立公職人員清廉之作為（公職人員財產申報法第 1 條）。除使人民對清廉政治有高度之期許外，並可加強課予公職人員之責任。因公職人員財產申報法有公開與透明機制，其性質亦屬政府資訊公開之一部<sup>83</sup>。

### 四、政府資訊公開之法制

政府資訊公開法係規範政府機關一般性資訊之公開；檔案法係就已歸檔之政府機關一般性資訊公開之規定；而行政程序法第 46 條屬特定行政程序進行中，當事人或利害關係人申請閱覽該行政程序相關資料或卷宗之程序規定。相較於政府資訊公開法係規範一般性政府資訊公開而言，行政程序法第 46 條個案性資訊之公開規定屬狹義法，

<sup>81</sup> 最高行政法院 102 年度判字第 746 號行政判決。

<sup>82</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 53 號行政判決。

<sup>83</sup> 陳祈安，我國公職人員財產申報問題之研析－以公營事業台糖公司為中心，國立高雄大學政治法律系碩士論文，2015 年 6 月，頁 2、47。

應優先適用，其限於當事人或利害關係人所欲閱覽之資料或卷宗。此規定規範特定之行政程序中，當事人或利害關係人為主張或維護其法律上利益之必要，向行政機關申請閱覽卷宗之程序規定，自應於行政程序進行中及行政程序終結後法定救濟期間經過前為之。倘非行政程序進行中之申請閱覽卷宗，即無上開規定之適用，而應視所申請之政府資訊是否為檔案，適用檔案法或政府資訊公開法之規定。準此，人民向行政機關申請閱覽或複製有關資料或卷宗，應視其要求提供之資訊是否為行政程序進行中之案卷而適用不同之規定，並由行政機關視具體個案情況，分別依行政程序法、檔案法及政府資訊公開法等相關規定，決定是否提供<sup>84</sup>。

## 五、例題解析

### （一）申請提供政府資訊之權利

政府資訊公開法賦予人民申請提供政府資訊之權利，性質上為實體上權利。準此，政府機關就人民申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定，係機關就公法上具體事件所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為，其屬就實體事項所為之行政處分。申請人因不服政府機關就其申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定或行政處分，依法得提起訴願或行政訴訟等行政救濟（政府資訊公開法第 20 條）<sup>85</sup>。

### （二）會議紀錄之公開

合議制機關之會議紀錄，除依本法第 18 條規定限制公開或不予提供者外，應主動公開（政府資訊公開法第 7 條第 1 項第 10 款）。所謂合議制機關之會議紀錄，指係由依法獨立行使職權之成員組成之決策性機關，其所審議議案之案由、議程、決議內容及出席會議成員名單（第 3 項）。所稱合議制機關，指該機關決策階層由權限平等，並依法獨立行使職權之成員組成者。例如，公平交易委員會、考試院公務人員保障暨培訓委員會及國家通訊傳播委員會等合議制機關，委員均可獨立行使職權，並有固定任期之保障<sup>86</sup>。準此，中央或地方各級機關所設立之學校，其內部所召開之各項會議，非屬合議制機關範疇，故學校之會議紀錄，固無須主動公開之。然如無政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 1 款至第 9 款應限制公開或不予提供

<sup>84</sup> 最高行政法院 104 年度裁字第 935 號行政裁定；法務部 2013 年 11 月 1 日法律字第 10203511730 號函。

<sup>85</sup> 最高行政法院 105 年度判字第 532 號行政判決：政府機關對人民申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定，具行政處分性質，申請人不服得提起課予義務訴訟請求救濟。

<sup>86</sup> 湯德宗，行政程序法總則與爭訟實務，100 年培訓高等行政法院暨地方法院行政訴訟庭法官理論課程，司法院司法人員研習所，2011 年 1 月 17 日，頁 17。

之事由者，仍得主動或應人民申請提供之<sup>87</sup>。

#### 六、相關實務見解—政府內部之擬稿與準備作業

除對公益有必要者外，政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業，應限制公開或不予提供，政府資訊公開法第18條第1項第3款定有明文。其立法意旨係因政府內部單位之擬稿、準備作業，在未正式作成意思決定前，均非屬確定事項，故不宜公開或提供以免引起外界誤解、衍生爭議與困擾。所謂意思決定前內部單位之擬稿或其他準備作業之文件，係指函稿、簽呈或會辦意見等行政機關內部作業等文件，倘僅屬機關內部單位為擬稿或其他準備作業所蒐集、參考之相關資訊文件，因非函稿或簽呈意見本身，自不得引據上開規定限制公開或不予提供<sup>88</sup>。

#### 肆、行政計畫

行政機關為達成未來特定之公共目的，在事前所為設計與規劃，可概稱行政計畫<sup>89</sup>。行政機關在政策規劃或執行方案形成過程，為廣納意見以提高政府決策過程參與度及透明度，得主動提供利害關係人表示意見機會<sup>90</sup>。

#### 【例題 13】

主管機關變更都市計畫，倘直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，致特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者。試問權益遭受不當或違法之損害者，應如何救濟？

#### 一、定 義

所謂行政計畫，係指行政機關為將來一定期限內達成特定之目的或實現一定之構想，事前就達成該目的或實現該構想有關之方法、步驟或措施等所為之設計與規劃（行政程序法第163條）。

#### 二、集中計畫裁決

行政計畫有關一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置，涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限者，確定其計畫之裁決，應經公開及聽證程序，以達集中事權之效果（行政程序法第164條第1項）。前項行政計畫之擬訂、確定、修訂及廢棄之程序，由行政院另定之（第2項）。

#### 三、例題解析—變更都市計畫

主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，倘直接限制

<sup>87</sup> 法務部 2006 年 7 月 12 日法律決字第 0950026112 號函。

<sup>88</sup> 最高行政法院 100 年度判字第 2222 號行政判決；智慧財產法院 102 年度行著訴字第 9 號、第 10 號行政判決。

<sup>89</sup> 李震山，行政法導論，三民書局股份有限公司，2002 年 10 月，修訂 4 版 2 刷，頁 408。

<sup>90</sup> 法務部 2014 年 2 月 11 日法律字第 10303500300 號函。

一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，其具有行政處分之性質，因而致使特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，依照訴願法第 1 條、第 2 條第 1 項及行政訴訟法第 1 條規定，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟。反之，都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定 5 年定期通盤檢討所作必要之變更（都市計畫法第 26 條）。並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，並非行政處分<sup>91</sup>。職是，都市計畫之對象實質上雖亦為可得確定，然非屬具體事件之行政處分，而許人民就具法規性質之都市計畫尋求行政救濟<sup>92</sup>。

#### 四、相關實務見解—工業區編定事件

關於工業區編定之性質，係關於一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置，涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限之行政計畫，且核准之權限乃專屬於經濟部，是僅經濟部有作成編定工業區確定計畫裁決之權限。經濟部得依擬定計畫主體申請書內容，並斟酌相關行政機關所提出之意見與資料後，最終作出是否核准確定計畫裁決之行政處分。職是，縣市政府並無准否之權責，亦無從基於人民之請求作成行政處分。多階段行政處分之前階段行為可視為獨立之行政處分者，係因該前階段之行政行為已對外發生法律上之規制作用，而使人民公法上權利義務關係發生變動。而前階段之行政行為欠缺法效性之要件，縱其直接以公函送達於當事人，不得將之視為行政處分，而提起撤銷之訴<sup>93</sup>。

#### 伍、行政調查

行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意，並應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實（行政程序法第 36 條）。

##### 【例題 14】

記帳業者甲盜開營業人乙之發票，另營業人丙持之作為進項憑證，扣抵銷項稅額，稽徵機關認為乙與丙間無真實交易，不准其以該發票作為進項憑證。試問應由何人證明係乙或甲開立發票？

##### 【例題 15】

捐稽徵機關就當事人贈與稅之課稅要件事實，提出客觀上財產移轉之證據，並依職權調查結果，認定當事人間無對價移轉之原因事實。試問稽徵機關就贈與稅之核課，是否已盡舉證之責任？

#### 一、定義與方法

<sup>91</sup> 司法院釋字第 148 號、第 156 號、第 469 號解釋。

<sup>92</sup> 最高行政法院 104 年度判字第 680 號行政判決。

<sup>93</sup> 高雄高等行政法院 90 年度訴字第 1566 號行政判決。

### （一）定 義

所謂行政調查者，係指行政機關為達成特定行政目的，因調查資料或證據之必要，依法所採取之蒐集資料或檢查措施<sup>94</sup>。當事人於行政程序中，除得自行提出證據外，亦得向行政機關申請調查事實及證據。但行政機關認為無調查之必要者，得不為調查，並於第 43 條之理由中敘明之（行政程序法第 37 條）。例如，關稅法施行細則第 19 條第 1 項規定之實際交易價格，係指買賣雙方在通常交易狀態下所可能約定之交易價格，即俗稱之市場行情價格，海關依據所查得之資料，以合理方法核定完稅價格時，應儘可能貼近買賣雙方實際交易價格為依歸。而海關依各方法取得之價格資料互有不同時，應自接近或貼近實際交易價格之方法，選擇價格較低者，從低核估，始不違反關稅法施行細則第 19 條第 1 項及第 2 項第 2 款規定意旨，依此核估完稅價格，為同法第 35 條規定所稱之合理方法<sup>95</sup>。

### （二）方 法

行政機關調查事實與證據之必要時，有通知相關人到場陳述、要求提供文書、鑑定及勘驗等方法。茲說明如後：1.行政機關基於調查事實及證據之必要，得以書面通知相關之人陳述意見。通知書中應記載詢問目的、時間、地點、得否委託他人到場及不到場所生之效果（行政程序法第 39 條）。故行政機關行使公權力時，透過公正、公開之程序及人民參與過程，強化政府與人民之溝通，以確保政府依法行政，作成正確之行政決定，進而達到保障人民權益，促進行政效能之目的<sup>96</sup>。2.行政機關基於調查事實及證據之必要，得要求當事人或第三人提供必要之文書、資料或物品（行政程序法第 40 條）。例如，企業併購取得之商譽，係因收購成本超過收購取得可辨認淨資產之公平價值而生。商譽價值為所得計算基礎之減項，應由納稅義務人負客觀舉證責任。納稅義務人應舉證證明其主張之收購成本真實、必要、合理，並依財務會計準則公報第 25 號第 18 段衡量可辨認淨資產之公平價值，或提出足以還原公平價值之鑑價報告或證據<sup>97</sup>。3.行政機關得選定適當之人為鑑定。以書面為鑑定者，必要時，得通知鑑定人到場說明（行政程序法第 41 條）。4.行政機關為瞭解事實真相，得實施勘驗。勘驗時應通知當事人到場。但不能通知者，不在此限（行政程序法第 42 條）。行政雖得對待事實有關人、地、物實施勘驗，以瞭解事實真相，然未課予當事人配合調查之協力義務，當事人未配合調查時，行

<sup>94</sup> 李震山，行政法導論，三民書局股份有限公司，2002 年 10 月，修訂 4 版 2 刷，頁 415。

<sup>95</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 520 號行政判決。

<sup>96</sup> 最高行政法院 99 年度判字第 1161 號行政判決。

<sup>97</sup> 最高行政法院 100 年度 12 月份第 1 次庭長法官聯席會議。

政機關不得實施強制檢查，須有其他法律依據，始得為之<sup>98</sup>。

### （三）課稅構成要件之認定及舉證之責任

#### 1. 實質課稅及公平課稅之原則

涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之（稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項）。稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據（第 2 項）。職是，租稅法所重視者，係應為足以表徵納稅能力之經濟事實，非僅以形式外觀之法律行為或關係為依據。故在解釋適用稅法時，所應根據者為經濟事實，除形式上公平外，亦應就實質經濟利益之享受者予以課稅，始符實質課稅及公平課稅之原則。

#### 2. 稅捐稽徵機關之舉證責任

納稅義務人基於獲得租稅利益，違背稅法之立法目的，濫用法律形式，規避租稅構成要件之該當，以達成與交易常規相當之經濟效果，為租稅規避（稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 3 項）。實質課稅原則是稅捐稽徵機關課稅之利器，納稅義務人常質疑稅捐稽徵機關有濫用實質課稅原則，造成課稅爭訟事件日增，為紓減訟源。本條文規範稅捐稽徵機關應就實質上經濟利益之歸屬與享有的要件事實，負舉證責任，始符租稅法律主義之要義。準此，認定第 3 項之租稅規避及第 2 項之課徵租稅構成要件事實，稅捐稽徵機關就其事實有舉證之責任（第 4 項）。

#### 3. 納稅義務人之協力義務

納稅義務人依本法及稅法規定所負之協力義務，不因第 4 項規定稅捐機關之舉證認而免除（稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 5 項）。稅捐稽徵機關查明納稅義務人及交易之相對人或關係人有第 2 項或第 3 項之情事者，為正確計算應納稅額，得按交易常規或依查得資料依各稅法規定予以調整（第 6 項）。納稅義務人從事特定之租稅規劃，往往須耗費相當的時間、金錢的成本，如動輒因稅捐稽徵機關之認知不同，而被認定為稅捐規避行為，將欠缺預測可能性而影響其交易活動，故提供納稅義務人在從事特定交易行為之前，提供相關證明文件，向稅捐稽徵機關提出諮詢之機，捐稽徵機關應於 6 個月回答覆（第 7 項）<sup>99</sup>。

### 二、管轄權調查

行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人（行政程序法第 17 條

<sup>98</sup> 法務部 2014 年 8 月 18 日法律字第 10303509440 號函。

<sup>99</sup> 夏錦秀，稅務訴訟舉證責任之研究—以稅捐稽徵法第 12 條之 1 為中心，國立中正法律系研究所，2015 年 1 月，頁 131。



第 1 項)。人民於法定期間內提出申請，依前項規定移送有管轄權之機關者，視同已在法定期間內向有管轄權之機關提出申請（第 2 項）。而有管轄權之機關除依行政程序法第 18 條規定喪失管轄權外，不因其將權限之一部委任或委託其他機關辦理，而發生喪失管轄權之效果。縱使其未將委任或委託之權限收回，仍得自行受理人民之申請案，作成准駁之決定<sup>100</sup>。

### 三、例題解析

#### （一）調查證據認定事實

行政機關就其行使之行政程序，應依職權調查證據，對當事人有利及不利事項應一律注意，並應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實，並將其決定與理由告知當事人（行政程序法第 36 條、第 43 條）。記帳業者甲盜開營業人乙之發票，另營業人丙持之作為進項憑證，扣抵銷項稅額，稽徵機關不難查明該發票究係乙開立或甲盜開，且基於實質課稅之原則，稽徵機關亦應主動調查，查明持該發票作為進項憑證，扣抵銷項稅額之丙，其與乙間有無真實交易，倘無真實交易，即不得准其以該發票作為進項憑證，扣抵銷項稅額<sup>101</sup>。

#### （二）核課贈與稅之舉證責任

##### 1. 非親屬間之財產移轉

##### （1）實質課稅原則

依行政程序法第 9 條、第 36 條規定及基於實質課稅原則，稅捐稽徵機關在調查課稅事實時，自應依職權調查證據，並就有利與不利納稅義務人之事證，一律注意，不得僅採不利事證而捨有利事證於不顧。而行政法院於撤銷訴訟，固應依職權調查證據，以期發現真實，然職權調查證據有其限度，倘不免有要件事實不明之情形，而必須決定其不利益結果責任之歸屬，故當事人仍有客觀之舉證責任（行政訴訟法第 133 條前段）。當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，撤銷訴訟準用之（行政訴訟法第 136 條；民事訴訟法第 277 條本文）。準此，稅捐之稽徵係科人民以義務，課稅事實之存在自應依證據認定之，無證據自不得以擬制推測之方法，推定課稅事實之存在。故當事人否認課稅事實所持之辯解，縱使不能成立，亦不能據此反推必有課稅事實，故無證據不得遽為課稅事實之認定。因課稅要件事實，基於依法行政原則，應由稽徵機關負舉證責任，其所提證據必須使法院之心證達確信之程度，始可謂其已盡舉證之責，倘僅使事實關係陷於真偽不明之狀態，法院仍應認定

<sup>100</sup> 最高行政法院 96 年判字第 1916 號行政判例。

<sup>101</sup> 臺中高等行政法院 94 年度訴字第 484 號行政判決。

該課稅要件事實為不存在，而將其不利益歸於稽徵機關。至於人民因否認本證之證明力所提出之反證，因其目的在於推翻或削弱本證之證明力，防止法院對於本證達到確信之程度，故僅使本證之待證事項陷於真偽不明之狀態，即可達到其舉證之目的，是其不利益應由稽徵機關承擔。

## （2）課稅要件之舉證責任

贈與稅之課徵，其以財產之給予與收受雙方有贈與的合意為要件，稽徵機關對課稅要件事實，應負有舉證責任（遺產及贈與稅法第3條第1項、第4條第2項）。因財產所有人將其財產移轉予他人之原因多端，未必係贈與行為，尤其非親屬間以贈與為原因之財產移轉，乃特殊事實即非常規事實，稽徵機關應須提出相當之積極證據加以證明，不能徒憑財產移轉之事實，逕行推定有贈與行為<sup>102</sup>。

### 2.親屬間之財產移轉

因稅捐稽徵機關應處理之案件繁雜，有關課稅要件事實，均發生於納稅義務人所得支配之範圍，稅捐稽徵機關未直接參與當事人間之私經濟活動，無法直接掌握契約訂立之資料。有鑑於有關財富資源移動之原因關係與證據資料，主要掌握在贈與人及受贈人內部間，參諸稅務案件之事物本質，稽徵機關欲完全調查與取得相關資料，容有困難，為貫徹課稅公平原則，自應認屬納稅義務人所得支配或掌握之課稅要件事實與原因關係證據資料，納稅義務人應負有真實陳述之協力義務。倘稽徵機關已提出相當事證，客觀上可證明當事人財產移轉之事實存在，且在納稅義務人未能舉證證明其非無償移轉之情形，稽徵機關即得課徵贈與稅。換言之，契約當事人之主觀意思得由客觀上所存之各種資料加以推知，是稅捐稽徵機關就當事人課稅要件事實為舉證，倘自客觀上為各種調查。例如，銀行存款憑條、匯款單、存摺、往來明細、當事人稅捐申報資料等，足推知贈與之成立者，即可認定稅捐稽徵機關已盡舉證責任<sup>103</sup>。

### 四、相關實務見解—娛樂稅事件

行政訴訟之第一審屬事實審，而行政訴訟通常事件之第一審為高等行政法院，故關於通常行政訴訟事件之事實認定及證據調查事項，應由高等行政法院依職權為之。縱使原處分機關之事實認定及證據調查有不足或違法情事，除個案具有由原處分機關再為調查，係更有利於事實之釐清、較有利於人民或另涉及原處分機關之裁量權等例外情事外，原則上應由事實審之高等行政法院為該個案之事實及證據調查，並憑以適用法令<sup>104</sup>。

<sup>102</sup> 最高行政法院 101 年度判字第 641 號行政判決。

<sup>103</sup> 最高行政法院 101 年度判字第 919 號、100 年度判字第 1208 號行政判決。

<sup>104</sup> 最高行政法院 103 年度判字第 403 號行政判決。

陸、行政指導

行政指導為行政之事實行為，故屬國家賠償法所稱之行使公權力，而具體個案之行政指導行為是否構成國家賠償，應視該個案有無符合國家賠償法第 2 條所定之要件而定<sup>105</sup>。

**【例題 16】**

甲食品製造工廠非屬水污染防治法管制主體，其以管線排放污水於廠外水溝，再流至附近池塘之行為，倘無水污染防治法適用條件。試問水污染防治法之主管機關如何處理？

**一、定 義**

所謂行政指導，係指行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為（行政程序法第 165 條）。例如，有關依家庭暴力防治法、性侵害犯罪防治法等法設立之中途之家、緊急庇護中心及短期收容中心等，所為之緊急救援、緊急安置、協助驗傷等保護措施，係行政機關在其職權或所掌理事務範圍內，以輔導、協助、建議或其他不具法律上強制力之方法，為被害人提供之服務，核其性質屬行政指導<sup>106</sup>。而行政機關為行政指導時，應注意有關法規規定之目的，不得濫用。相對人明確拒絕指導時，行政機關應即停止，並不得據此對相對人為不利之處置（行政程序法第 166 條）。

**二、例題解析—不具法律上強制力之方法**

水污染防治法本法所稱主管機關，在中央為行政院環境保護署；在直轄市為直轄市政府；在縣、市為縣、市政府（水污染防治法第 3 條）。甲食品製造工廠非屬水污染防治法管制主體，以管線排放污水於廠外水溝，再流至附近池塘之行為，倘無水污染防治法適用條件，水污染防治法之主管機關可在職權或所掌事務範圍內，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促使其妥善處理污水或要求不得任意排放等一定作為或不作為之行為。

**三、相關實務見解—行政指導之性質（89 司法官）**

行政指導行為雖有國家賠償法之適用，然國家賠償法第 2 條第 2 項所定之國家賠償責任，係以公務員於執行職務行使公權力時，有故意或過失不法侵害人民自由或權利之行為，且與損害之發生，有相當因果關係為要件。查本件興建案乃為協助九二一受災戶及勞工等人購買住宅，買賣契約係存在於買受人及出賣人間，行政機關僅為協辦單位，人民締約與否，應回歸私法契約自治原則，由人民自

<sup>105</sup> 法務部 2008 年 8 月 7 日法律決字第 0970027507 號函。

<sup>106</sup> 內政部臺 90 內家字第 9002127 號函。

行斟酌建商資力、產權、價格等因素後，決定是否與出賣人締結買賣契約，行政機關助成性之行政指導行為，僅係提供有本件興建安之資訊，使符合資格者可參與購屋之機會，人民仍享有締約與否之自主性。準此；難謂行政機關有行政行為，人民即可無庸判斷訂約之風險，而全諉由行政機關負責<sup>107</sup>。

### 柒、陳 情

人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護，得向主管機關陳情（行政程序法第168條）。

#### 【例題17】

人民就土地塗銷登記登記事宜向市政府陳情，經市政府函復謂：倘臺端認該項土地登記有無效或得撤銷之原因，得向法院起訴請求塗銷登記，俟取得勝訴民事判決，繼而據以辦理等語。試問人民得否對市政府函，主張其侵害權利？

#### 一、陳情方式

陳情得以書面或言詞為之；其以言詞為之者，受理機關應作成紀錄，並向陳情人朗讀或使閱覽後命其簽名或蓋章（行政程序法第169條第1項）。陳情人對紀錄有異議者，應更正之（第2項）。

#### 二、陳請處理

##### （一）原 則

行政機關對人民之陳情，應訂定作業規定，指派人員迅速、確實處理之。人民之陳情有保密必要者，受理機關處理時，應不予公開（行政程序法第170條）。受理機關認為人民之陳情有理由者，應採取適當之措施；認為無理由者，應通知陳情人，並說明其意旨（行政程序法第171條第1項）。受理機關認為陳情之重要內容不明確或有疑義者，得通知陳情人補陳之（第2項）。而人民之陳情應向其他機關為之者，受理機關應告知陳情人。但受理機關認為適當時，應即移送其他機關處理，並通知陳情人（行政程序法第172條第1項）。陳情之事項，依法得提起訴願、訴訟或請求國家賠償者，受理機關應告知陳情人（第2項）。

##### （二）例 外

人民陳情案有下列情形之一者，得不予處理：1.無具體之內容或未具真實姓名或住址者（行政程序法第173條第1款）。2.同一事由，經予適當處理，並已明確答覆後，而仍一再陳情者（第2款）。3.非主管陳情內容之機關，接獲陳情人以同一事由分向各機關陳情者（第3款）。

#### 三、例題解析—事實行為

<sup>107</sup> 臺灣高等法院臺中分院 93 年度重上國字第 5 號民事判決。

行政機關就人民對於行政法令之查詢所為函覆，其性質為對人民陳情之答覆，其為事實形為，並非就具體個案所為之行政處分，不發生法律上之效果，人民不會因該函覆，導致其請求塗銷土地登記之私權事項，受有權利之損害。

#### 四、相關實務見解—迅速確實處理陳情事件

道路交通違規事件之行為人，對於遭舉發違規之事實不服時，得依道路交通處罰條例第 9 條第 1 項規定，向處罰機關陳述意見。倘行為人對於遭舉發違規之事實並無不服，僅對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護有所意見時，自得依據行政程序法第 168 條規定，向主管機關陳情。準此，人民對於道路交通違規事件遭舉發之事實雖不爭執，然因認處罰機關有行政違失之舉發或對於其己身行政上權益有所維護，依法提出陳情時，行政機關應依據行政程序法第 171 條及第 170 條規定，迅速確實處理之<sup>108</sup>。

---

<sup>108</sup> 臺灣高等法院 95 年度交抗字第 29 號刑事裁定。