

## 國考偵測站 ①

## 行政法篇

主筆人：孫律師

## 壹、前言

法研所考題，往往能夠反映當年度重要爭點及趨勢，常被認為是當年國家考試的前哨戰，因此就準備國家考試上有其特別意義，考生必須特別注意。因此以下將就 2017 年台灣大學、政治大學、東吳大學、台北大學、中正大學、成功大學、高雄大學、輔仁大學等法研所考題，觀察本年度國家考試可能關注的法律議題、實務見解等。

縱觀各所法研所考題，考試重點仍在於行政行為的定性、行政人員的救濟途徑，以及行政法律救濟之管道之問題上。從行政行為的定性方面來看，行政處分著重於行政處分之陳述意見、都市計劃定期通盤檢討之變更的法律性質與爭訟途徑；行政契約則關心大學教師聘約爭議、行政契約之不當得利返還、雙階理論等問題；行政罰則聚焦在其他種類行政罰之意義之法律爭點上。行政人員的救濟途徑則鎖定在考績丙等之救濟與同職等之調職等。行政法律救濟方面，訴願法關心不利益變更禁止原則之適用、課與義務訴願之法律依據、暫時性權利保護制度等；行政訴訟法則關心課與義務訴訟與撤銷訴訟之關係，更重要地亦相當關注暫時性權利保護制度之使用，因此讀者於此須投入時間研讀。

最後，從法研所的考題可以看出：就考試主題上，近年度實務見解具有高度重要性，不論是最高行政法院庭長法官聯席會議或司法院大法官解釋都容易成為考題；考試形式上，不論是國家考試或研究所考試，憲法與行政法合流之考題越發重要，讀者須能融會貫通憲法與行政法交會之法律爭議；而完整的行政救濟體系也必須存在於考生答題架構中，答題時才不會掛一漏萬，例如：暫時性權利保護就常被考生所忽略。

## 貳、行政行為的定性與相關爭議

民法總則的問題固然較為抽象而難以在實例題中以單一爭點出現，但近年來爭點漸漸浮上檯面，或隱藏在複雜的案例中，或因無具體規定而須回歸民總適用，不宜輕忽。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 一、行政處分

### (一)行政處分之陳述意見(台大一、輔大二)

所謂陳述意見係聽審權下之概念，存在目的在於確保國家機關行使公權力時能顧及相對人之權利進而給予保障，並防止行政機關之專斷，因此在行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，須給予相對人陳述意見之機會。<sup>註1</sup>我國於行程法第102條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，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」。

而得不予以陳述意見之情況，除了依行程法103條所明文規定數種行政機關得不予以陳述意見之情況，依行程法102條之反面解釋，也排除掉行程法39條之已通知陳述意見者及行程法第107條應給予聽證之情形，且該行政處分須為「限制或剝奪人民自由或權利」之行政處分，否則無須給予陳述機會。然何謂「限制或剝奪人民自由或權利之行政處分」？倘若行政機關作成「消極拒絕作成授予利益之行政處分」，例如台大第一題、輔大第二題中請求給予核准申請卻遭行政機關否准拒絕，並非「干涉處分」，是否該當本要件即有爭議：

實務有見解<sup>註2</sup>認為，行程法第102條法文既規定「限制或剝奪」人民自由或權利之行政處分，而非「侵害」或「影響」人民自由或權利之行政處分，亦非「損害」人民自由或權利之行政處分，自係指積極地對人民的自由或既存的權利為限制或剝奪，並不包括消極地駁回人民的請求。此乃前者已改變處分相對人現狀，新增不利於處分相對人之法律效果，後者係維持現狀，僅未增加駁回處分相對人有利之法律效果，立法者衡量此兩種行政處分性質上之差異，就是否強制給予處分相對人陳述意見機會，取捨後所作之規定。

學者有認為依據繼受德國行政程序法之解釋，應解釋為干預當事人之處分，非積極干預者不應給予陳述機會；亦有認為因積極限制人民權利之行政處分，或是駁回相對人請求之處分，均係對相對人產生不利後果而屬不利措施，應給予陳述意見之機會<sup>註3</sup>。亦有認為，將行政程

<sup>註1</sup>陳敏，《行政法總論》，頁803-806。

<sup>註2</sup>最高行政法院101年度判字第82號。

<sup>註3</sup>陳敏，《行政法總論》，頁805。

序法第 102 條規定僅限「積極地對人民的自由或既存的權利為限制或剝奪」，而不及於「消極地駁回人民的請求」，實係是一種「劃地自限」的解釋，因積極限制人民權利之行政處分，或是駁回相對人請求之處分，均係對相對人產生不利後果而屬不利措施，不應刻意衡量不利措施在性質上之差異。故應強調人民對不利措施作成前有陳述意見之權利，以彰顯行政程序基本權保障之意義，並回應歐洲法現今之發展<sup>註4</sup>。

## (二)主管機關變更都市計畫及都市計畫定期通盤檢討之變更的法律性質與爭訟途徑（北大三、政大一）

### 1.主管機關變更都市計畫

按司法院釋字第 156 號解釋意旨，就「主管機關變更都市計畫」，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而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，自應許其提起訴願或行政訴訟以資救濟。

惟其訴願管轄機關為何則有爭議，究竟是地方縣市政府，還是內政部？亦即變更都市計畫主要計畫案，於內政部核定後，經縣市政府發布實施，應以何機關為被告提起行政訴訟，被告始為適格？

論者有認為應以縣市政府為被告，(1)第 110 條第 1 項第 11 款、地方制度法第 19 條第 6 款第 1 目亦規定，都市計畫之擬定、審議及執行為縣（市）自治事項，故主管機關應係縣（市）政府。(2)且內政部雖有核定權，惟所謂「核定」，固具有形成與確認之性質，但其形成與確認非對特定人之特定事項，而係對官署為之，是以雖屬行政行為，但非行政處分，其效力僅發生於官署與官署間，而不直接及於人民，為上級官署對下級官署所為之一種行政監督方式。(3)依據訴願法第 13 條之顯名主義，公告都市計畫個案變更之縣（市）政府為處分機關，應以其為被告。

亦有認為(1)從都市計畫法之立法過程可知修正當時提案之設計，即將都市計畫之確定權歸屬於內政部；(2)觀察當時立法理由是為了「簡化細部計畫核定層級，縮短都市計畫制定流程」，並非僅在防止

<sup>註4</sup>吳志光，〈論否准人民依法申請事件之陳述意見權利〉，《輔仁法律》，第 47 期，2014.06，頁 49-93。

縣市政府都市計畫擬定時之不法，則立法時將上級機關對下級機關違法性監督之權責，授權受監督機關為之，即屬難以想像，故都市計畫並非全屬地方之專屬權限；(3)縣（市）政府即須受內政部所為核定之拘束，依都市計畫法之規定及設計意旨，都市計畫之個案變更內政部應有最後之決定權；(4)內政部對於縣（市）政府都市計畫之主要計畫變更有確定權，為都市計畫個案變更之處分機關，縣（市）政府於核定後所為公告，僅為執行行為。人民不服都市計畫主要計畫之個案變更，循序提起撤銷訴訟，應以內政部為被告。

最高行政法院 102 年 12 月份第 2 次庭長法官聯席會議認為，縣（市）政府雖有擬定、審議都市計畫主要計畫之權限，然須經內政部核定，始得發布實施。又主要計畫之變更應依照擬定主要計畫之程序辦理，即須經內政部核定始得實施。內政部得指示變更，必要時得逕為變更；縣（市）政府對於內政部之核定申請復議，經內政部復議仍維持原核定時，縣（市）政府應即發布實施。可知，內政部對於縣（市）政府主要計畫之個案變更得予以修正，有決定權，為主要計畫個案變更之處分機關，至於縣（市）政府予以公告實施僅為執行行為，人民不服主要計畫個案變更循序提起撤銷訴訟，應以內政部為被告。

## 2. 都市計畫定期通盤檢討之變更

又「通盤檢討變更之都市計畫」因並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，即並非對特定人所為之行政處分而屬法規命令性質，非人民得提起行政救濟之客體。但近期司法院釋字第 742 號解釋更進一步認為，過去一味將「通盤檢討變更之都市計畫」看法規命令而不給予救濟之作法過於粗糙，因定期通盤檢討所可能納入都市計畫內容之範圍並無明確限制，其個別項目之內容有無直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，不能一概而論。因此訴願機關及行政法院自應更細緻地就個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，而非謂都市計畫定期通盤檢討之變更即不得請求行政救濟，始符憲法第 16

條保障人民訴願權及訴訟權之意旨。

但通盤檢討變更之都市計畫為法規命令，依現行法制，人民縱認其違法且損害其權利或法律上利益，仍須俟後續行政處分作成後，始得依行政訴訟法提起撤銷訴訟；且都市計畫核定發布後，都市計畫範圍內土地之使用將受限制，影響憲法第15條保障之財產權甚鉅；又其內容與行政處分往往難以明確區隔；表示都市計劃有其特殊性，司法院釋字742號解釋指示立法機關應於該號解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自該號解釋公布之日起二年後發布之都市計畫之救濟，應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。

## 二、行政契約

### (一)私立大學教師聘約爭議（政大三）

近期對於大學教師解聘之爭議也常成為考題，重點多放在教師與公立大學、私立大學間之法律關係，不續聘之救濟方式如何，公立大學之處理實務已有最高行政法院98年7月庭長法官聯席會議表示意見，認為教師與學校間為行政契約，教育主管機關之核准為行政處份之生效要件，公立學校之解聘通知為尚未生效之行政處分，故教師的救濟方為：申訴、再申訴、對學校提出撤銷之訴，或對於學校提出撤銷訴願與訴訟。然私立大學應如何處理，仍有待討論。

#### 1.私立大學與教師間之法律關係為私法僱傭契約或行政契約

大學教師與私立學校之間，通說認為私立學校與公立學校不同，其與教員之關係，為聘任契約，屬私法上契約關係。惟教師職務涉及公益，國家為確保教育品質，自應在法令上予以適當規範，並以之作為聘約內容之一部，而國家之介入僅屬必要之輔助。但亦有論者<sup>註5</sup>以為私立大學教師負有培育學生、提升教育水準、研究等公益目的，且私立學校之教師聘任應先經過學校教評會審議，該教師聘任審議行為，係適用大學法、教師法等相關公法規定，其教育行為為受託行使公權力，綜上述，契約所依據之法律係公法，契約目的與內容亦涉及公益，應為行政契約。又有謂私立學校雖依司法院釋字

<sup>註5</sup>吳秦雯，〈公私立大學教師遭學校予以解聘、停聘或不續聘之申訴途徑〉，《月旦法學雜誌》，第182期，2010年7月。

第382號解釋理由書、司法院釋字第462號解釋中，在實施教育之範圍內，有錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業或學位證書等權限，係屬由法律在特定範圍內授與行使公權力之教育機構，於處理上述事項時亦具有與機關相當之地位，故其簽訂之契約為行政契約。

## 2. 學校通知教師解聘、停聘或不續聘之法律性質

就私立大學而言，學校通知教師解聘、停聘或不續聘之法律性質，有認為是終止私法契約意思表示說，其認為私立學校教師之聘任契約為私法契約，則私立學校對教師所為之解聘、停聘或不續聘係屬私法上契約上之終止勞動契約之意思表示，故若對其不服，應以私立大學為被告，向普通法院提起民事訴訟，對私立大學提出確認民事契約存在之訴，但不得提出行政爭訟。但行政契約說者，認為私立大學所為之不續聘行為僅是「依據行政契約所為之終止契約之預告」，教師若有不服應向行政法院提起行政訴訟法第6條第1項之確認之訴，確認行政契約存在，以保障其契約之權益。

## 3. 主管教育行政機關之核准性質為何

有論者認為主管機關教育部之核准，有使學校得對教師為解聘、停聘或不續聘行為發生效力之效果，為形成私法效果的行政處分，受解聘、停聘或不續聘之教師自可對該核准處分提起行政爭訟。惟另有認為主管機關之核准係規範學校與國家間之關係，約束並監督學校之行為而設，對象並非教師而是學校，故教師與主管機關間不存在任何法律關係，故學校教師不得針對主管教育行政機關之核准行為提起救濟<sup>註6</sup>。學者有認為該終止契約預告行為後，該主管機關所為之核准，具備確認教師與學校間契約終止之效力<sup>註7</sup>。

## 4. 救濟途徑與方式

綜上所述，採私法契約說者，應以私立大學為被告，以解聘通知為爭訟標的，向普通法院提起民事訴訟，提出確認民事契約存在之訴，亦可對於主管機關教育部之核准提起申訴、再申訴，或撤銷訴願及訴訟；採行政契約說者，教師若有不服應向行政法院提起行政訴訟

<sup>註6</sup>吳秦雯，〈公私立大學校教師遭學校予以解聘、停聘或不續聘之申訴途徑〉，《月旦法學雜誌》，第182期，2010年7月。

<sup>註7</sup>吳秦雯，〈公私立大學校教師遭學校予以解聘、停聘或不續聘之申訴途徑〉，《月旦法學雜誌》，第182期，2010年7月。

法第6條第1項之確認之訴，確認行政契約存在。

### (二)行政契約之不當得利返還（中正二、輔大四）

此爭點主要爭議在在於行政機關在法未明文授權下，應以何種方式向人民請求返還不當得利，過去實務見解與學說見解爭議不斷。

採反面理論者認為：1.既然當初是透過行政處分予以特定給付，若嗣後行政處分無效或廢止，行政機關均得以行政處分直接請求人民返還。2.且行政機關基於行政效率及自我實現行政目的之考量，得選擇最有效能之行政作為手段。3.亦可避免對於同一爭議人民與行政機關均提起訴訟，浪費私法資源，故若不返還則因行政處分本具有執行力，得逕予行政執行<sup>註8</sup>。

採一般給付之訴者為，於公法上不當得利之法律關係中，1.國家與人民無上下隸屬之關係。2.且以行政處分請求返還應符合法律保留原則，須具有法律明確之授權，行政機關並無單方裁量核定之權限，否則國家會有濫權之可能，故應提起行政訴訟法第8條一般給付之訴<sup>註9</sup>。我國最高行政法院於最高行政法院104年度6月份第1次庭長法官聯席會議中統一見解，採取一般給付之訴之見解，行政機關應以一版給付之訴請求返還。惟於104年12月31日公布並實施之行政程序法第127條修正，其於同條第3項規定得以書面行政處分確認返還範圍並限期命受益人返還之，立法者肯認反面理論，故對於公法上不當得利之請求返還方式，行政機關得以作成下命處分命其返還。惟應注意者是，所謂反面理論係於法律未明文授權而應如何請求不當得利之問題，現在既然我國行政程序法已允許以行政處分請求，則不得謂依「反面理論」請求，而是因為立法者之授權所致，否則有自相矛盾之情形。

### (三)促參契約與雙階理論（成大三）

依據促進民間參與公共建設法（簡稱促參法）成立之BOT契約，其過程歷經申請、審核等，是否將整個過程當成單一階段或數階段，涉及是否採取雙階理論之爭議。惟在肯定雙階理論之情形下，後階段之締結契約有爭議者，係該契約之法律屬性究屬公法契約還是私法契約，均影響法院管轄權、審判權，與適用之法理。

公法契約說者及實務見解認為，雖促參法第12條第1項規定適用民

<sup>註8</sup>100年度高等行政法院法律座談會提案及研討結果第8號。

<sup>註9</sup>最高行政法院93年判字第604號判決、最高行政法院102年判字第600號判決。

事法規定，但考其立法背景，之所以如此規定乃行政契約法制不全，行政程序法尚未施行無法準用，故為不得不然之結果，且應為「準用」而非「適用」；又認為雖由促參法第 12 條第 1 項之立法理由明示為私法契約，但該解釋方法並非唯一解釋途徑，仍應考量契約標的及目的綜合判斷，促參契約依其內容有強烈之公權力性質，不得以立法理由速斷；再者，衡量促參法第 52 條與第 53 條，規命停止興建與營運強制接管，均證明契約標的及目的，不分階段均充滿公權力介入與監督，確保公益目的之保障。詳言之，契約標的包含公法上權利義務之變動，例如土地徵收、營運範圍等，契約目的也在於代替國家提供公共建設服務，且有強制接管與命其改善等措施，故並非公法契約<sup>註10</sup>。也有學者認為此為公權力之特許，即國家經營權之特許所訂立之契約，並賦予其獨佔權，性質上屬於行政契約<sup>註11</sup>。

私法契約說者則認為，促參法第 12 條已明文規定適用民事程序，應為私法契約；且 BOT 興建模式係注重民間之經營效率，若政府過度介入則有違當初想要引進資金與技術之立法目的；且特許權利之簽訂不意味著公法義務之移轉<sup>註12</sup>；又 BOT 模式著重在兩者具有公平地位，倘若政府保留行使公權力之許可權，則將使廠商立於不平等地位且促參法第 12 條第 2 項亦有維護公共利益與公平合理為原則，並應依誠實信用方法為之，顯示行政機關與廠商之平等合作伙伴關係<sup>註13</sup>，應為私法契約。

### 三、行政罰之其他種類行政罰之意義（北大一）

行政罰係指一般行政法律關係內，對過去違反行政法上義務之人民，為維持行政上之秩序，依法律或自治條例之規定，由行政機關所科處之處罰，包含罰鍰、沒入與其他種類行政罰。惟行政罰法第 2 條規定之其他種類之行政罰，態樣雖已列舉於條文之後，然其概念仍屬模糊，究竟何謂裁

<sup>註10</sup>林明鏘，〈促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析〉，《台灣本土法學》，第 82 期，頁 218-225，2006 年 5 月。

<sup>註11</sup>陳清秀，〈特許合約與公權力行使〉，《月旦法學雜誌》，第 34 期，頁 53，1998 年 3 月。

<sup>註12</sup>陳清秀，〈特許合約與公權力行使〉，《月旦法學雜誌》，第 34 期，頁 53，1998 年 3 月。

<sup>註13</sup>謝哲勝，〈信託運用於 BOT 契約的法律關係〉，《月旦法學雜誌》，第 142 期，頁 38-39，2007 年 3 月。



罰性不利處分、應如何判斷，學說間也多有爭論。

有從行政罰法第2條立法理由觀察，認為命除去違法狀態或停止違法行為者不具裁罰性，非屬裁罰性不利處分；且撤銷或廢止行政處分是否具裁罰性因廢止或撤銷原因及適用法規不同有異，不一定具有裁罰性；又保全措施也不具裁罰性，只是欲將來執行順利而已。

有論者<sup>註14</sup>提出三層次思考，其第一層次為「判斷是否有行政法上義務之違反」；第二層次為「是否具裁罰性之認定」；第三層次則為「懲戒罰或秩序罰之界分」。有論者<sup>註15</sup>亦提出三項判斷基準：首先，受處分之行為須「違反行政法上之義務」；再來，該義務行為與不利處分間應有「義務違反之因果關係」；最後，義務行為與不利處分關聯性在「時間上有緊密性」，過早會有「保全」或「預防」之功能，過晚則有「執行」之屬性。

亦有論者<sup>註16</sup>認為，應先探詢法規範客觀之立法意旨，有無裁罰之意義存在；再來判斷是否具有非難性，不具裁罰性之不利處分，其目的為「積極」且「直接」排除或預防法秩序所面臨之侵擾，行政罰則為對其過去行為之「非難」，以制裁之方式所為的一種「消極」且「間接」的警惕手段，二者明顯不同；最後除非基於歷史或文義解釋可明確判斷具有制裁、非難行為之目的，始為裁罰性不利處分，否則應優先推定為非裁罰性不利處分，以符合國家憲法上之國家保護義務，積極確保人民不受第三人之不法侵害之意旨，積極維護法秩序之完整性。

### 參、行政人員的救濟途徑的轉變（中正一）

公務員的救濟途徑因為特別權利關係之故，往往難以請求救濟，或者是限制救濟途徑。依據公務人員保障法之規定，服務機關有具體為行政處分時，得以復審（第25條、第26條）、行政訴訟（第72條）；不具行政處分性質之工作條件與管理措施，僅能向原服務機關申訴後，再向保訓會再申訴（第77條、第78條）。

#### 一、不服考績丙等是否能提起行政訴訟

考績丙等是否能提起行政爭訟，涉及長期以來實務界與學術界之爭議。過

<sup>註14</sup>詹鎮榮，〈裁罰性與非裁罰性不利處分之區分必要與標準〉，《行政訴訟論文彙編》，第6輯，頁335-343。

<sup>註15</sup>李震山，〈行政罰法之適用範圍〉，收錄於廖義男主編：《行政罰法》，頁30。

<sup>註16</sup>林明昕，〈裁罰性不利處分 vs. 非裁罰性不利處分—兼評台北高等行政法院九十九年度訴字第一五二九號判決〉，《興大法學》，第17期，2015年5月，頁16。

去實務見解認為，公務員之考績，本質上為人事行政管理事項，並未改變公務員身份關係，屬於機關內部之管理措施，況一般年度考績會對於公務員薪俸產生直接影響，但其影響也非重大，且僅能就基於「已確定」之考績結果，依法令規定所為之財產上請求遭拒，方得提起，不因考績與因考績所生之財產請求權有關，即認該考績亦得提起行政訴訟。故並非公務人員之權利事項，該管理行政措施須具明顯違法或不當始得撤銷。

學者則批評管理措施與行政處分間並非二元對立，有些管理措施同時也具有行政處分之性質，考績丙等為行政處分，且為重大影響之懲戒處分，可能傷害其名譽權、影響日後之薪資結構，影響財產權、使其薪資與職等發生停滯結果，且公務員考績法也無明文規定年終考績為管理措施，故應給予行政訴訟之機會<sup>註17</sup>。亦有學者認為於司法院釋字 684 號解釋後，已揚棄「重大影響」標準，而採納「權益侵害」之標準，故應給予行政訴訟機會，承繼該號解釋意旨，以達有權利即有救濟之憲法要求<sup>註18</sup>。

惟實務見解近期轉向，於最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議（一）中，認為「憲法第 18 條所保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法律晉敘陞遷之權，為司法院釋字第 611 號解釋所揭示。而公務員年終考績考列丙等之法律效果，除最近 1 年不得辦理陞任外（公務人員陞遷法第 12 條第 1 項第 5 款參照），未來 3 年亦不得參加委任升薦任或薦任升簡任之升官等訓練（公務人員任用法第 17 條參照），於晉敘陞遷等服公職之權利影響重大。基於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，應無不許對之提起司法救濟之理。」其結論給予公務人員服公職權利更完善之保障，應予以肯定。

## 二、不服同職等調職是否能提起行政訴訟

同職等間調職是否給予其行政訴訟之救濟機會，亦為實務與學說經常爭論之爭點。否定說認為，由主管人員調任為非主管人員，雖使其因此喪失主管加給之支給，惟主管加給，係因主管人員所擔任主管「職務」之性質，依法給予之加給，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給，故應認該職務調任，未損及甲之身分、官等及俸給等權益，是其僅屬乙之內部管理事

<sup>註17</sup>李惠宗，〈嘻，異哉，所謂「丙等考績」非行政處分！—保訓會九十九年度公申決字第〇二六一號再申訴決定書及臺北高等行政法院九十九年度訴字第二二二六號判決釋〉，《月旦裁判時報》，頁 5-18。

<sup>註18</sup>蕭文生，〈年終考績丙等之救濟—評最高行政法院 2015 年度 8 月份庭長法官聯席會議決議（一）〉，《月旦裁判時報》，第 47 期，頁 5-11。

項，並非行政處分，故而甲雖得循保障法關於申訴及再申訴之程序以為救濟，但並不得提起行政訴訟請求救濟。

肯定說則認為，從保障法第 13 條、第 14 條、第 15 條觀察，足見保障法已擴大對公務員權利之保護範圍，故雖非身分改變，只要與基本權利有重大關係如財產權，則加以保障。主管調任非主管職務業已影響該公務員之地位及俸給與將來退休之基數計算，應非屬單純之管理措施或工作條件調動，自得依保障法第 25 條之規定，提起行政訴訟。由主管職務調任非主管職務，已影響其地位及俸給，自應依公務人員保障法所定復審程序救濟，對復審結果不服得提起行政訴訟救濟。

但最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議（二）認為，由主管人員調任為同一機關非主管人員，但仍以原官等官階任用並敘原俸級及同一陞遷序列，雖使其因此喪失主管加給之支給，惟基於對機關首長統御管理及人事調度運用權之尊重，且依公務人員俸給法第 2 條第 5 款規定，主管加給係指本俸、年功俸以外，因所任「職務」性質，而另加之給與，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給，故應認該職務調任，未損及既有之公務員身分、官等、職等及俸給等權益，不得提起行政訴訟請求救濟。

#### 肆、行政法律救濟之適用與選擇

##### 一、不利益變更禁止原則於訴願法之適用（中正三、高大四、輔大三）

依據訴願法第 81 條第 1 項規定：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」但其適用上仍有諸多爭議，以下試舉數個爭點討論之。

##### （一）受理訴願機關得否將原處分撤銷後逕為更不利益之變更

肯定說認為行政機關對於訴願事件審理係採「職權進行主義」，不受當事人之主張、理由所拘束，強調訴願程序對行政處分的控制功能，故得為更不利益之變更。否定說則認為訴願為行政救濟方法之一，基於訴願程序的權利救濟功能，若為更不利益之變更則與行政救濟之本旨不合，應以其他處置代替，而非於訴願決定中直接給予更不利益之處置。折衷說則認為受理訴願機關是否得為更不利益之變更，須視其是否有一般監督權，倘若有監督權則可審查原處分，依其職權為不利之變更，因此若受理訴願機關為原處分機關或有事物監督權之上級機

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

關，則得為不利之變更。<sup>註19</sup>

(二)受理訴願機關未逕行變更，而將原處分撤銷發回，原處分機關得否為更不利之處分

否定說認為，我國訴願法及行政訴訟法均無類似刑事訴訟法第370條但書對於「適用法條不當而撤銷」之規定，縱使適用法規錯誤仍適用禁止不利益變更原則之規定。換言之，原行政處分係適用法規不當而予變更時，並無得排除適用「禁止不利益變更原則」之規定。故如原處分經救濟機關撤銷後，如原處分機關在同一事實基礎上重為處分時，不得為較原來處分更不利之處分，但如原處分被撤銷後，原處分機關基於不同之事實基礎重為處分時，因事實基礎已不同，則不受「禁止不利益變更原則」之限制。又最高行政法院62年判字第298號判例：「依行政救濟之法理，除原處分適用法律錯誤外，申請復查之結果，不得為更不利於行政救濟人之決定。」然該判例意旨與最高行政法院31年判字第12號及35年判字第26號判例意旨已有不符，且增加現行有效之訴願法第81條第1項後段規定所無之要件，自難謂合於現行法制。

肯定說認為，原處分機關作成之行政處分，並非訴願機關作成變更原處分機關之行政處分，與訴願法第81條第1項規定無涉。又依最高行政法院62年判字第298號判例，原處分如有適用法律錯誤情形，原處分機關仍得更為適法之處分。原處分機關所為之原處分既有事實認定錯誤，致適用法律錯誤之違法，原處分機關自行撤銷使之溯及既往失其效力，並另依正確事實作成系爭原處分，核其適用法律並無錯誤，無違不利益變更禁止原則。

最高行政法院105年8月份第1次庭長法官聯席會議認為，首先從以文義解釋觀察，訴願法第81條第1項本文規定係規範「受理訴願機關關於訴願有理由時，應為如何之決定」，其但書則規定顯係「限制依本文所作成之訴願決定，不得為更不利益之變更或處分」，自是「以受理訴願機關為規範對象」，不及於原處分機關；又從立法理由觀察，其雖載有「受理訴願機關逕為變更之決定或原行政處分機關重為處分時，均不得於訴願人表示不服之範圍內，為更不利益之變更或處分」之文字，然其提及參考之「行政院暨所屬各級行政機關訴願審議委員會審

<sup>註19</sup>陳敏，《行政法總論》，頁1356-1357。

議規則」第 15 條，僅規定受理訴願機關認訴願為有理由時之處理方法，並未規定原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，不得為更不利於處分相對人之處分，在法無明文時，尚不得以立法理由所載文字，限制原行政處分機關於行政處分經撤銷發回後重為處分時，於正確認事用法後，作成較原行政處分不利於處分相對人之行政處分，否則不符依法行政原則。因此，原行政處分經訴願決定撤銷，原行政處分機關重為更不利處分，並不違反訴願法第 81 條第 1 項但書之規定。惟原行政處分非因裁量濫用或逾越裁量權限而為有利於處分相對人之裁量者，原行政處分機關重為處分時，不得為較原行政處分不利於處分相對人之裁量，否則有違行政行為禁止恣意原則。

## 二、課與義務訴願與訴訟（成大二）

### （一）拒為處分之課與義務訴願之法律依據

若行政機關未依照當事人之請求給予行政處分，則屬於拒為行政處分之情事，但我國並未明定拒絕處分之訴願類型，各拒為處分之課與義務訴願應依何種法律提出訴願，則有疑義。亦即訴願法第 2 條雖增設「怠為處分課以義務訴願」，但無如行政訴訟法第 5 條第 2 項課以義務訴願之規定，故若發生則人民應提起何種訴願？

有論者認為應適用訴願法第 1 條第 1 項，因考量法律之體系及規範目的，訴願法之解釋須與行政訴訟法之規定做整體綜合觀察權釋，始為完整周到，且訴願法第 1 條第 1 項之法文內之「行政處分」即包含了「拒絕處分」，若訴願第 1 條可包含拒為處分之課以義務訴願，則無必要認為訴願法第 2 條有法律漏洞而增定拒為處分之課以義務訴願<sup>註20</sup>；實務見解多適用訴願法第 1 條撤銷訴願，並依訴願法第 81 條第 1 項，於訴願有理由時，由受理訴願機關以決定撤銷駁回處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分<sup>註21</sup>。

惟有論者認為訴願法第 1 條僅規定單純之撤銷訴願，拒為處分與撤銷處分兩者本質互異，屬不同之訴願類型，故拒為處分之課與義務訴願屬於立法漏洞，訴願法第 2 條應該仿照行政訴訟法第 5 條明定駁回處分訴願，故應類推適用訴願法第 2 條之規定，但修正訴願法第 2 條始

<sup>註20</sup>張文郁，〈拒為處分之課以義務訴願〉，《月旦法學教室》，2010.06.15，頁 10-11。

<sup>註21</sup>陳敏，《行政法總論》，頁 1265。

為根本解決之道<sup>註22</sup>。

## (二)得否不提課與義務訴訟而單獨對於駁回處分提起撤銷訴訟？

若行政機關未依照當事人之請求給予行政處分，則屬於拒為行政處分之情形，該拒絕之行政處分應如何救濟？當事人能否單獨對於該駁回之行政處分為對象，起訴請求撤銷駁回處分，而不提起課予義務之訴，亦即所謂分離之撤銷訴訟（又稱隔離之撤銷訴訟、獨立之撤銷訴訟）？分離之撤銷訴訟是否為法之所許，不無爭議<sup>註23</sup>。

肯定說認為，單獨對於駁回處分提起撤銷之訴即可獲得滿足當事人之請求時，即應為法之所許，因已足以達成權利保護之目的。否定說及實務見解<sup>註24</sup>則認為課予義務之訴，是一種「特殊的」訴訟種類，當符合課以義務訴訟之要件時，撤銷之訴即不能使用；且原告於起訴時應選擇最簡易而且有效的訴訟種類途徑達成其訴訟目標，而課以義務訴訟比「分離的撤銷訴訟」，更足以有效達成原告之訴訟目的，因此僅就駁回處分提起「分離的撤銷訴訟」，不具權利保護必要性，乃為法所不許。但論者有認為，為免人民因不諳法律致其訴訟被程序駁回，法院應行使闡明權<sup>註25</sup>。

## 三、暫時性權利保護制度（台大三、東吳三、北大二）

行政訴訟進行往往曠日廢時，在判決確定給予當事人救濟前常使損害由危險轉為實害，已發生實害也可能擴大或加重，甚至判決作成時已無救濟實益，故為了符合憲法第16條保障訴訟權之意旨，應給予當事人採取一定措施保障權利之制度，即「暫時性權利保護制度」。其分為訴願法93條與行政訴訟法第116條之停止執行，以及行政訴訟法293條之假扣押與同法第298條與第303條之假處分。

其重點在於積極要件必須要「將發生難以回復之損害」、且「情事急迫」。實務多認為難以回復之損害即難以以金錢回復者，或縱得以金錢回復易致金錢狀況困難者，倘若能以金錢回復者則非難以回復。學者多批評應以基本權之觀點考量，縱使該損害得以金錢補償，但若該損害將導致相對人發

<sup>註22</sup>張文郁，〈拒為處分之課以義務訴願〉，《月旦法學教室》，2010.06.15，頁10-11。

<sup>註23</sup>程明修，〈針對行政處分附款提起隔離(孤立)撤銷訴訟之容許性／北高行100訴更一12決裁判簡評〉，《臺灣法學雜誌》，第190期，2011年12月，頁231-232。

<sup>註24</sup>最高行政法院94年度判字第588號判決。

<sup>註25</sup>翁岳生，《行政訴訟法逐條釋義》，五南，2006年7月，頁91-92。陳清秀，《行政訴訟法》。

生生存上之困難，威脅其生存權時，亦應屬難以回復之損害。不需具備之消極要件則有「對公益不致有重大影響」、「非顯無理由」。

惟訴願法第93條第3項規定受理訴願機關或原行政處分機關得就原行政處分停止執行，行政訴訟法第116條第3項又規定，於行政訴訟起訴前，行政法院亦得依聲請，裁定停止原處分或決定之執行，兩者關係若何？肯定說認為訴願法第93條第3項及行政訴訟法第116條第3項，均無排他之規定，因此受處分人得自由選擇甚至於同時依上開兩種程序聲請停止執行；反對說及實務見解則認為得依訴願法第93條第3項獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要，且行政法院係審查行政處分違法性之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序。必須其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要而駁回其聲請。<sup>註26</sup>

<sup>註26</sup>高等行政法院89年度第1次法律座談會提案第7號。