

違法確認訴訟之體系分析

柯龍編著《行政法體系構建暨爭議回顧學霸筆記書》波斯納出版

◎違法確認訴訟（行訴法§6 I 後段）：

（一）制度功能：

1. 防禦功能：藉以除去行政機關不法行為所產生之事實效應或不法結果。防禦功能面向可銜接撤銷訴訟之不足，當行政處分已不存在，則不得提起撤銷訴訟，而須轉而提起確認行政處分違法訴訟（即所謂「續行確認訴訟」）（行訴法§196 II），並以之作爲請求國家賠償之依據。
2. 給付功能：藉由確認請求作成行政處分之權能存在，以便未來行使享有行使該請求權之可能性。給付功能面向則在於避免將來行使該請求權時繼續受到行政機關不法之干預，從而實現人民該憲法上或法律上之權利。

（二）程序標的：已消滅之行政處分。

依本條項文義，違法確認訴訟之程序標的爲「已執行而無回復原狀可能」及「已消滅（Erledigung）」之行政處分。行政處分之已執行，可能導致「無回復原狀可能」及「有回復原狀可能」之兩種結果，而僅前者成爲違法確認訴訟之程序標的。從而實際上，「已消滅」之行政處分方爲違法確認訴訟之程序標的，「已執行」之行政處分（且須無回復原狀可能）僅爲其中一種態樣（至於有回復原狀可能者，則屬撤銷訴訟之適用範疇，已見前述）。因此，判斷重心應在於行政處分是否「已消滅」，以下分述各種態樣類型：

1. 已執行而無回復原狀可能：係指行政處分之規制內涵及其所生之法律上不利益因執行完畢而消失。關於是否經執行而無回復原狀可能之判斷，可從行政處分之規制內容加以分類：
 - （1）金錢給付義務：此類行政處分所生之不利益（財產損害或財貨變動狀態）均得回復原狀，相對人須提起撤銷訴訟（訟）撤銷該下命處分，一併或嗣後提起給付訴訟請求返還該公法上不當得利。
 - （2）行為或不行為義務：此類行政處分是否因執行而消滅，將依觀察視角廣狹不同，獲致不同結論。由於相關討論脈絡較爲繁複，故擬深入討論如下：

R 級爭點回顧

行為或不行為義務已執行有無回復原狀可能之判斷？

（一）狹義觀點：

單獨著眼於行政處分之規制內涵本身，是否因執行而消失。從而除系爭處分具有持續效力，縱已執行而仍繼續存在外，其他情形均屬已消滅者。狹義觀點與廣義觀點主要之落差在

於：若系爭處分產生後續衍生性義務，則系爭處分是否屬已消滅之判斷。

(二)廣義觀點：

整體觀照行政處分規制效力之衍生效果是否不可回復，可為如下之分類討論¹：

1.一時（次）性義務：通常無回復原狀可能。

此等義務不具持續性，也不具後續執行費用負擔之衍生性義務，則具此性質之行政處分一經執行即屬消滅。例如臨檢處分、命相對人接受體溫測量、隔離處分等。

2.繼續性義務：

(1)行政處分具有持續效力：例如沒入處分之執行，行政機關作成沒入之下命處分後，沒入處分並不因此消滅，蓋沒入處分作為相對人應容忍行政機關解除並取得占有之義務的法律上基礎。再如罰鍰處分之執行，如相對人繳納或執行罰鍰完畢，罰鍰處分之規制效力仍然存在，而作為行政機關保有該罰鍰之法律上原因。較有爭議的，則是「公布姓名（名稱）」之處分，是否具有持續效力？

①實務見解：多採否定說（107判508號、107判459號判決），近來有少數見解則採肯定說，認為公布姓名（名稱）於網站後，會持續在網站上供民眾瀏覽、查詢，並非於公告後即下架或於法定期間經過後即下架，故公布姓名（名稱）處分具有持續性，經執行後其規制效力仍繼續存在，故應提起撤銷訴訟而非違法確認訴訟加以救濟（北高行109訴607號判決；高高行109簡抗22號裁定）。

②學說見解：採否定說，蓋一經公布姓名（名稱）後，公告之內容即可被閱覽、下載，無論公告時間久暫、見聞人數多寡，對名譽事實上之影響，並非移除公告或除去或更正網頁名單，即可回復。從而，公告姓名（名稱）處分一經執行即消滅而無回復原狀之可能性，實無持續效力。故姓名（名稱）經公告後，原告即應提起或轉換為違法確認訴訟以資救濟，並得合併提起一般給付訴訟，請求除去或更正公告²。

(2)行政處分可能產生後續執行費用等衍生性義務：例如拆除違建處分之執行，將因執行方式之不同，而對於是否有回復原狀可能之判斷產生影響：

①如係「自為履行」，則該行政處分（拆除處分）無回復可能性，縱事後確認系爭處分違法，而行政機關賠償損害後重行興建，惟仍非回復原狀，蓋重建之房屋並非原系爭房屋，故系爭拆除處分之效力於執行完畢（自動履行）而消滅。

②惟若係第三人「代為履行（代履行）」，執行機關得依法請求義務人繳納代履行費用（行執法§29 II），因此系爭拆除處分並未因執行而消滅，其規制效力仍然存續，義務人不服應提起撤銷訴訟為之。

A.學者批評，若從狹義觀點認定，不考量後續衍生之代履行費用問題，系爭拆除處分因已執行而消滅，則義務人僅得提起確認基礎處分違法訴訟，惟基於違法但有效之系爭基礎處分所開啟的執行行為，除有其他違法事由外，原則上仍屬

1 主參：李建良，行政訴訟十講，頁257-261。

2 江嘉琪，遭公布名稱廠商之權利救濟與訴訟類型，月旦法學教室，第223期，2021年5月，頁10-11。

合法有效，導致行政執行行為無法透過義務人提起違法確認訴訟獲得救濟，對於人民訴訟權保障並不周到³，且無疑變向鼓勵執行機關儘速執行，以免其執行行為受單獨之司法審查。

B.因此，應認為系爭拆除處分雖已執行但未消滅，從而得成為撤銷訴訟之程序標的，以消滅系爭拆除處分之規制效力，而使後續之執行行為失所附麗，具有違法得撤銷之原因，而同樣成為撤銷訴訟之程序標的，一併加以審查。

2. 因期間經過而消滅：例如行政處分附期限，因屆至而消滅；但若因期間之經過，人民仍有回復原狀之利益，則應許其提起或續行撤銷訴訟。例如：A不服撤銷專利之行政處分，提起撤銷訴訟，於訴訟程序進行中專利期間屆滿，該撤銷處分之效力亦隨之消滅，惟A仍享有「撤銷該撤銷處分而回復撤銷期間之專利權」之法律上利益，此時仍應許A續行撤銷訴訟，以回復自撤銷處分生效時起至專利期間屆滿之專利權。
3. 因規制標的消滅或不存在而消滅：例如下命人民拆除違章建築之處分，因系爭違章建築倒塌滅失，該下命處分失所附麗因而消滅。惟若系爭處分不以規制標的物之存在為必要，或該物非行政處分之主要規制對象，則不因標的物之滅失而消滅。例如發給徵收補償費之行政處分，本就以剝奪徵收標的物所有權為目的，縱徵收標的物滅失，發給徵收補償費處分亦不消滅。
4. 因處分相對人死亡而消滅：適用於「高度屬人性」之行政處分，例如免職、規劃或永久居留許可處分。有爭議者係，罰鍰處分因受處罰對象死亡而消滅？按釋憲實務見解，應區分罰鍰處分作成（成立生效）時相對人是否已經死亡而定（釋621號解釋）；反之，學說上則有認為應以公法上金錢給付義務發生之原因或以有無一身專屬性加以判斷，相關討論，詳參前述⁴。
5. 因規制目的已實現或無法實現而消滅：例如原告申請作成特定處分，於課予義務判決作成前，被告機關已完全作成該處分⁵，或原告之請求權已消滅，或請求作成該

3 舉例來說，基於拆除處分（＝基礎處分）所開啟的拆除行為（＝執行行為），由於拆除行為係基於當時違法但有效的拆除處分所開啟，故拆除行為原則上應屬合法有效。因此，若認為拆除處分因拆除行為完成而消滅，縱義務人確認拆除處分違法，然拆除行為係屬合法的狀態下，後續所衍生的代履行費用負擔義務亦屬合法，從而造成要求義務人承擔違法拆除處分所衍生的代履行費用負擔義務，又因拆除行為係屬合法，義務人亦不得請求國家賠償的不當結果。

4 詳參：本書「第五章／第二節／壹／一／（一）」之「E級爭點回顧」。

5 至於原告提起急為處分訴訟後，被告機關始作成否准原告申請之行政處分，此時被告機關所作成之處分並未完全滿足原告之申請，行政法院仍應續為審理急為處分訴訟，而非闡明原告轉換為違法確認訴訟，或裁定駁回原告之訴。實務上的相同見解：「按原告提起課予義務訴訟，請求判令行政機關為特定行政處分，倘已依法經訴願程序，訴訟中附帶聲明撤銷行政機關於原告提起課予義務訴願後，始作出否准或非全部有利之處分，依上說明，既尚未滿足原告之請求，且該處分作出後，原告仍持續進行訴願程序，並進而循序提起行政訴訟，自應解為原告有不服該處分之意思，得由該受理課予義務訴願之訴願機關就行政機關事後作出之該處分，併予處理；基於課予義務訴訟案件單一性，自應認原告就該處分業經合法之訴願前置程序；此際，若行政法院認為原告之訴有理由，因該處分既仍屬得撤銷之未確定狀態，則應判令被告機關應依原

處分已無實益。

(三) 程序要件：

1. 訴訟權能：視所取代或接續的訴訟類型為撤銷訴訟或課予義務訴訟而採取與之相同的判準。例如：原告原提起撤銷訴訟，於訴訟進行中，系爭處分已消滅且無回復原狀可能，原告有無轉提違法確認訴訟之訴訟權能，其判斷與撤銷訴訟相同而當然具備之；同理，如原告提起撤銷訴訟前，系爭處分已消滅而無回復原狀可能，在法定救濟期間內，欲提起違法確認訴訟，其訴訟權能之有無，與有無提起撤銷訴訟之訴訟權能之判斷相同。

2. 訴訟利益：

(1) 確認利益：係指原告有請求確認之正當理由，從而違法確認訴訟之確認利益的認定，應著眼於透過法院判決違法確認行政處分違法，得以使原告獲得何種法律上的保護，而非僅止於所謂「不明確法律狀態必須現實存在或立即到來」⁶。違法確認訴訟之確認利益類型，可為如下之分類：

① 主要類型：防止違法之重複發生、作為請求賠償或補償之依據及除去違法處分造成之負面效應。

E 級爭點回顧

人民有無單獨提起違法確認訴訟以作為將來向普通法院訴請國家賠償之訴訟利益？

(一) 否定說：

由於民法法院審理國家賠償訴訟時，本得審查行政處分之合法性，自無先提起違法確認訴訟由行政法院判斷行政處分之合法性之必要，而應逕依國家賠償法之規定提起國賠訴訟⁷。然而，若行政處分係於撤銷訴訟審理過程中消滅，基於程序經濟與權利救濟之必要性考量，自應允許原告轉換撤銷訴訟為違法確認訴訟並續行之（行訴法§ 196 II），原告當然具有續行違法確認訴訟之訴訟利益。準此，以請求國家賠償為目的所提起之違法確認訴訟，僅存在

告之申請作成特定行政處分，而否准處分，原則上應併予附帶撤銷（101判492號判決）。」

- 6 至於民事訴訟法之「確認利益」，即原告有去除影響其法律上地位之利益，較接近「一般確認訴訟」之確認利益，而與違法確認訴訟之確認利益並不相同。
- 7 李建良，行政訴訟上「權利保護必要」的觀念與系譜（中）——兼論行政訴訟法上之「欠缺權利保護必要」，月旦法學教室，第242期，2022年12月，頁43。不過，學者李建良對於是否存在「第一次權利保護優先原則」採取折衷見解（對此，詳參：本書「第七章／第一節／參／三／（二）／2.」），亦即原則上仍肯認第一次權利保護優先原則之適用，然而在請求國家賠償之情形中，認為毋庸踐行第一次權利保護（＝違法確認訴訟）而得逕提起第二次權利保護的國賠訴訟，是否前後矛盾？對此，本書認為若認為肯認第一次權利保護優先原則，係建立在「須」且「能」提起第一次權利保護之前提上，則由於單獨提起違法確認訴訟以作為確認行政處分違法並據以請求國家賠償之基礎，欠缺訴訟利益，人民自「不能」踐行第一次權利保護，而「當然」只能提起第二次權利保護的國賠訴訟。準此理解，則應無論述邏輯前後扞格之處，併予敘明。

「續行確認訴訟」之態樣⁸。

(二)肯定說：本書則持相反見解，理由有五⁹：

- 1.依行訴法第12條第1項之文義，國賠訴訟既以行政處分之違法為據，自應依行政訴訟程序確定之，此即容許人民單獨提起違法確認訴訟之法律依據。
- 2.國賠訴訟本質上仍是行政法上爭議，原應以行政救濟程序為之，僅是基於立法當時一定的政策考量所為之例外設計，但行政處分之適法性審查既為行政法院之職權所在，相較於普通法院應更為熟稔，人民自得選擇究竟由何者判斷系爭處分之適法性才是。
- 3.從訴訟利益之本質出發，應是判斷原告有無訴請確認系爭處分違法之必要，與「訴訟經濟」應無關聯，從而以「得由普通法院確認即不得由行政法院另為確認」此等隱含前者較為經濟的觀點作為否定後者訴訟利益之說理，應不足採。
- 4.請求國家賠償之方法係採「雙元制」，依否定說見解，將使違法確認訴訟在同樣以請求國家賠償為目的的二種損害賠償訴訟中，對於訴訟利益有無之認定將有所不同：若係向普通法院訴請國家賠償，則不得單獨提起違法確認訴訟，僅在續行確認訴訟之情形中，始有訴訟利益；但若係在行政訴訟程序中合併提起損害賠償訴訟，則由於行政法院具有審查行政處分合法性之功能，立基於程序經濟的邏輯思維，應可肯認人民單獨提起違法確認訴訟並合併提起損害賠償訴訟。準此，違法確認訴訟之訴訟利益，同樣是為訴請國家賠償，竟因人民選擇向普通法院或行政法院訴請國家賠償而有所不同，實屬怪異。
- 5.最後，單獨提起違法確認訴訟並以系爭處分之違法性作為主要攻擊防禦之對象，相較於在民事法院審理國賠訴訟，僅以之為一實體爭點，原告更能集中攻防，對原告之訴訟權保障更為充分，應屬合憲解釋下之妥適結論。

②次要類型：

- A.除去違法處分之構成要件效力：例如刑法規範未直接以行政處分為要件，但構成要件要素之解釋適用涉及行政處分時（刑法 § 140 I 以「公務員依法執行職務」為構成要件，包括公務員依法作成行政處分），處分相對人於系爭處分消滅後，得提起違法確認訴訟，確認該處分違法，從而阻卻構成要件之該當。
- B.落實正當行政程序之法治要求：關於罹有得補正（行程法 § 114）或得忽略

⁸ 黃錦堂，第6條（確認訴訟之要件），載：行政訴訟法逐條釋義，頁98-99；陳敏，行政法總論，頁1438；劉宗德、賴恆盈，行政訴訟制度：各種訴訟類型之特別訴訟要件，載：行政法（下），頁460。

⁹ 相同結論，另參：程明修，行政法上侵權損害賠償訴訟的多元結構及體系矛盾——台北高等行政法院八十九年度訴字第一〇三號裁定與最高行政法院九〇年度裁字第七〇五號裁定評釋，台灣本土法學雜誌，第36期，2002年7月，頁37。實務上的相同看法：「依行政訴訟法第7條……之規定，顯見人民於提起確認行政處分違法訴訟後，本得於同一程序中合併請求損害賠償或其他財產給付，則現行法制既賦予人民因違法行政處分所受損害，得自由選擇循民事訴訟或行政訴訟途徑請求救濟，自不能因人民未循民事訴訟救濟途徑，而提起確認原處分違法之行政訴訟，即謂其欠缺即受確認判決之利益（110抗37號裁定）。」

（行程法 § 115）瑕疵之行政處分，於未補正前，該行政處分仍持續有效，相對人卻無法提起撤銷訴訟予以救濟，避免行政機關將來作成相同瑕疵之行政處分，從而似可使相對人提起違法確認訴訟予以矯正。然而，現行行政訴訟法之確認處分違法訴訟以系爭處分已消滅為前提，故如欲提起違法確認訴訟，應「類推適用」行訴法第6條第1項後段規定，建立「行政處分程序違法確認訴訟」之特殊類型，以資運用¹⁰。

(2) 補充性原則（行訴法 § 6Ⅲ）。

3. 先行程序：

E 級爭點回顧

未先提起撤銷訴訟或課予義務訴訟而逕提違法確認訴訟，是否合法？

【問題意識】

若原告逾越起訴期間或未踐行合法訴願程序，致系爭處分發生形式存續力，而不得提起撤銷訴訟或課予義務訴訟時，原告是否仍得提起違法確認訴訟？容有爭議：

(一) 否定說：

1. 實務上有基於「補充性原則」（行訴法 § 6Ⅲ），認為在此情形，不得以提起違法確認訴訟之方式，規避撤銷訴訟或課予義務訴訟之法定要件（109上395號判決；111抗135號裁定）。
2. 學說上亦認為，若能如此，則將破壞行政處分之效力（此指「形式存續力／不可爭力」）制度，有害行政法秩序之安定性，在此範圍內，撤銷訴願應構成違法確認訴訟的先行程序¹¹。
 ⇨ 應予辨清的是，此一結論係從行政處分發生形式存續力而不得救濟而來，與補充性原則並無關係。蓋補充性原則係基於「權利保護必要」之考量而來，而訴願先行及法定期間則為專屬於撤銷訴訟或課予義務訴訟的另一規範目的，並非補充性原則的絕對要素，此從一般給付訴訟並無訴願先行及法定期間之要件限制，但仍有補充性原則之適用，即可得知¹²。

(二) 肯定說：

認為上開解釋增加法律所無之限制，且若無法提起違法確認訴訟，基於第一次權利保護優先原則，原告即不得請求國家賠償，無異將使國家賠償請求權時效形同具文¹³。

¹⁰ 李建良，行政訴訟十講，頁272。

¹¹ 李建良，行政訴訟十講，頁272-273；陳敏，行政法總論，頁1432；蕭文生，行政法，頁781；劉宗德、賴恆盈，前揭註8，頁460-461。

¹² 李建良，居家檢疫與違法確認訴訟——臺北高等行政法院110年度訴字第1153號判決，台灣法律人，第21期，2023年3月，頁112-113。

¹³ 陳清秀，行政訴訟法，頁229-230。

(三)折衷說：

如當事人因可歸責於自己之事由而遲誤提起訴願或撤銷訴訟之期限後，該行政處分始因執行完畢或其他事由而解消，即無容許當事人另提起確認該行政處分為違法訴訟之餘地。蓋當事人因可歸責於自己之事由而遲誤提起訴願或撤銷訴訟之期限者，該行政處分形式上即歸於確定，無論事後該行政處分是否發生解消原因，均不得再行爭訟，否則對於行政處分未發生解消原因，遲誤提起訴願或撤銷訴訟之期限者，本不得再行爭訟，如事後發生解消原因者，反得提起確認該行政處分為違法之訴訟，無異另闢蹊徑，顯非事理之平，且使提起訴願或撤銷訴訟之不變期間制度，形同虛設，亦違立法之本意（98裁1030號裁定）。據此反論，若非因可歸責於己之事由而未先行訴願程序，則得提起違法確認訴訟。

(四)違法判斷基準時：

- 原則：作成處分時。
- 例外：續行確認訴訟
 - 由撤銷訴訟轉換：處分消滅時。
 - 由課予義務訴訟轉換：請求權消滅時。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！