

訴願新制專論系列之14

訴願 專論選輯

Department of Legal Affairs,
Taipei City Government



臺北市府法務局

Department of Legal Affairs, Taipei City Government

訴願新制專論系列之14

訴願 專論選輯

Department of Legal Affairs,
Taipei City Government



臺北市府法務局

Department of Legal Affairs, Taipei City Government

序 言

「訴願新制專論系列」叢書自88年6月初版發行問世以來，迄今已邁入第14輯，本府為促進學術與實務深度交流，解決訴願實務難題與爭議，除賡續針對訴願法及行政法重要議題舉辦或協辦相關學術研討會、座談會及演講會，以厚植本府訴願法制實力外，並就重大爭議訴願案件，委託專家學者或民間公正機構研究提出法律或其他專業領域鑑定意見書，以增進訴願審議品質及公信力，因此，本系列叢書將研討會中學者專家所提出之精闢見解及鑑定意見書彙集成冊，期能拋磚引玉，激發各界提出更多對於行政救濟法制之研究與精進。

訴願法及行政訴訟法近年來因應社會變遷及制度調整，已多次進行修正，為探求行政法規範之精髓，並期對行政法界略盡棉薄之力，本府早於88年初即成立「行政救濟新制因應小組」，積極舉辦與行政救濟法制有關之各項學術演講會、座談會及研討會，不僅促進實務界與學術界之交流，並對行政法制若干課題形成共識。自92年起，更以訴願新制施行後之實務經驗為基礎，舉辦一系列的訴願實務問題研討會，就本府所屬各級機關所涉及之行政救濟實務問題，分門別類作深入探討，並自95年度開始積極推動「臺北市政府所屬各機關辦理行政救濟案件效能訪問輔導計畫」，化被動為主動，分年度派員至本府所屬各級機關進行訪問輔導，以提升各機關辦理行政救濟案件品質及

增進行政效能，具體實現依法行政原則，並落實保障人權之目標。

本次所發行之專論，除蒐集本局所舉辦「101年度訴願實務研討會」中有關「個人資料保護法」之專題演講及「具不當得利性質之退稅請求權-稅捐稽徵法第28條與其相關聯規範關係之探討」、「論不利益變更禁止-以訴願實務為中心」2篇研討內容外，並蒐錄102年與新北市政府共同舉辦「102年雙北訴願實務研討會」之「房屋稅條例房屋評價標準之性質與行政爭訟」及「試論行政命令受行政爭訟審查之可能與現況」2篇研討內容。同時將本局102年度委託專家學者所作3篇法律鑑定意見書，分別為「以公寓大廈管理委員會為行政處分相對人之相關法律問題」、「淺論檢舉獎金之性質」及「授益行政處分之撤銷與信賴保護要件之判斷」，完整記載，以饗讀者。

「訴願新制專論系列」係訴願相關行政救濟業務年度的重要文獻，深獲各界歡迎，索閱者眾多，學者專家對於訴願議題精湛的法學見解及相關法律疑義檢討，躍然紙上，於訴願實務運作及學術研究上，均極具參考價值。此次本局仍秉持優良的傳統，精益求精，將相關研討會論文及法律鑑定意見書內容完整呈現，期以本書之陸續編印發行，發揮減少法律爭議問題之效果，俾使實務運作更為順遂，並利讀者能在短時間內有系統地了解訴願實務及理論的最新動向。在此，本人對學術界及實務界法學先進長期以來對本局訴願業務及研討會之指導與支持，表達由衷的

感佩，對本局同仁所作之諸多努力與辛勤付出，亦深表嘉許。

本書編輯工作雖力求周全，校勘力求精確，惟因時間倉卒，疏漏諒難避免，尚祈讀者諸賢不吝指正。

臺北市政府法務局

局長 蔡立文 謹識

中華民國102年12月

目 錄

序言

第壹編 研討會

101年度訴願實務研討會議程.....	15
壹、長官致詞：略	
貳、專題演講：個人資料保護法.....	17
講義.....	18
主題演說.....	31
參、研討議題1	
具不當得利性質之退稅請求權—稅捐稽徵法	
第28條與其相關聯規範關係之探討.....	54
一、前言：問題源起.....	55
二、不當得利退稅請求權之法律性質與行使要件.....	57
三、不當得利退稅請求權與其他程序法規範之	
競合.....	67

四、結論：雜亂無章的稽徵程序與治絲益棼的 修法.....	81
※與談實錄.....	87
※討論與回應.....	103
肆、研討議題2	
論不利益變更禁止—以訴願實務為中心.....	110
壹、前言.....	111
貳、行政救濟程序與不利益變更禁止.....	115
參、訴願實務案例適用不利益變更禁止之爭議與 分析.....	124
肆、結論.....	135
※與談實錄.....	137
※討論與回應.....	145

102年度雙北訴願實務研討會議程	150
壹、長官致詞：略	
貳、研討議題1	
房屋稅條例房屋評價標準之性質與行政爭訟	151
壹、問題之提出	152
貳、房屋評價標準之法律性質	153
參、結論	170
※與談實錄	171
※討論與回應	180
參、研討議題2	
試論行政命令受行政爭訟審查之可能與現況	187
一、前言	187
二、行政命令受行政爭訟審查之理論基礎	191
三、行政命令受行政爭訟審查之趨勢	203
四、結論：尚待努力的深度研究	219
※與談實錄	220
※討論與回應	227

第貳編 鑑定意見書

第一案 以公寓大廈管理委員會為行政處分相對人之相關法律問題	237
壹、鑑定案背景說明.....	237
貳、公寓大廈管理委會之法律地位.....	239
參、拆除公寓大廈中區分所有人共有部分違建之義務人應為全體區分所有權人.....	242
肆、行政機關得否基於程序便利性選擇公寓大廈管理委員會為行政處分之相對人？.....	243
伍、結論.....	247
陸、鑑定參考資料.....	249
第二案 淺論檢舉獎金之性質	251
壹、各行政法規規定對檢舉人發給檢舉獎金之法律性質.....	252
貳、行政法規對檢舉人發給檢舉獎金之規定與公法請求權.....	258
參、結論.....	273

第三案 授益行政處分之撤銷與信賴保護要件之判斷	274
壹、待鑑定之事實與法律問題	274
貳、行政程序法有關授益行政撤銷與信賴保護要件之解釋適用問題	278
參、社會給付行政之特殊性與信賴保護要件之解釋適用	285
肆、行政機關得否就溢領金額與當事人成立和解或另訂返還之金額比例	296
伍、建議與結論	297

第壹編

研討會



臺北市政府法務局

101 年度訴願實務研討會議程

時 間：101 年 10 月 12 日（星期五）9:50 至 17:00

地 點：臺北市立圖書館 10 樓國際會議廳
（臺北市大安區建國南路 2 段 125 號）

主辦機關：臺北市政府法務局

時 間	內 容
9:50-10:20	報 到
【第一場】主持人：臺北市政府法務局蔡局長立文	
10:20-11:50	主題演說：個人資料保護法
	演講人：范姜真媿 / 東海大學法律學系副教授
11:50-13:30	午 餐
【第二場】主持人：臺北市政府法務局蔡局長立文	
13:30-15:00	研討議題：具不當得利性質之退稅請求權— 稅捐稽徵法第 28 條與其相關聯規 範關係之探討
	報告人：柯格鐘 / 成功大學法律學系副教授
	與談人：詹鎮榮 / 政治大學法律學系副教授
	與談人：楊惠欽 / 最高行政法院法官
	討論與回應

15:00-15:30	茶 敘
【第三場】主持人：政治大學法律學系劉教授宗德	
15:30-17:00	研討議題：論不利益變更禁止－以訴願實務為中心
	報告人：王韻茹 / 中正大學法律學系副教授
	與談人：林三欽 / 東吳大學法律學系教授
	與談人：林文舟 / 最高行政法院法官
17:00-	賦 歸

壹、長官致詞：略

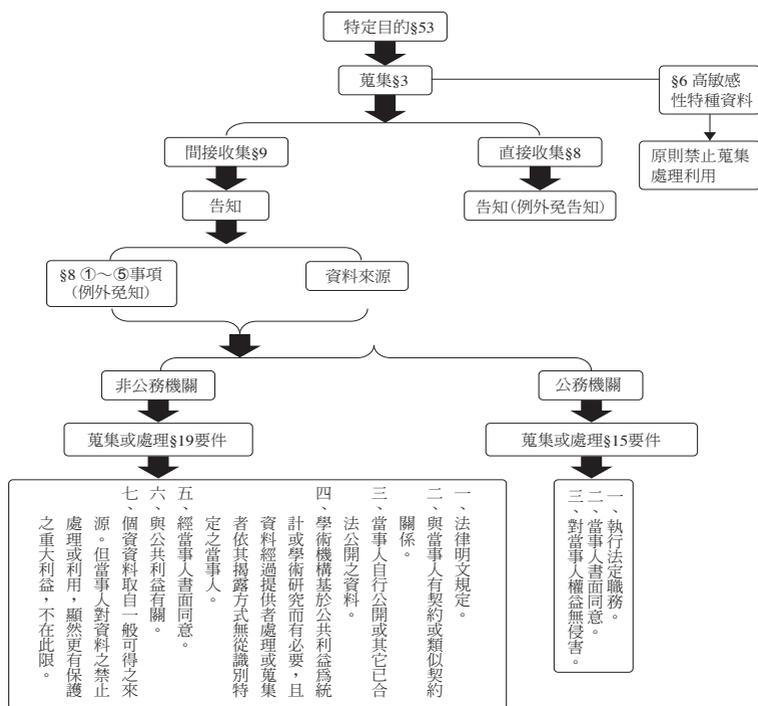
貳、專題演講

個人資料保護法

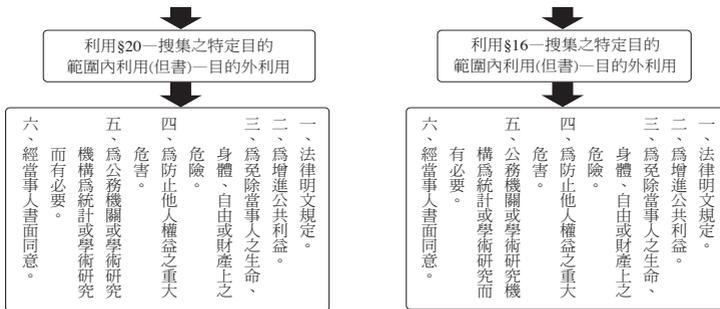
范姜真嫩*

第一：圖示

為方便理解本法特將個資(不含第6條高敏感度特種資料)蒐集、處理及利用流程以下圖示之：



* 東海大學法律學系副教授。



講義

第一章、概說

保護之客體---個人資料之有用性與個人權利之保障，雖亦保障個人之隱私權：但保護範圍應更廣，應為立於保障個人之「自我資訊控制權」觀點(大法官會議603號解釋)。本人受本法保障之權利不得預先拋棄或限制。

與其他法律之關係---本次修法已刪除，但理由中仍敘明為普通法，其他法如有有關個人資料之保護或提供閱覽之規定，應優先適用其他法律規定。如警察職權行使法§16。

第一：名詞定義 §2

一、個人資料：

1. 如姓名、住址、身分證字號、IP address、生年月日、銀行帳號等。

關於事實之資料、關於屬性判斷之資料、公開於刊

物、媒體之映像、聲音另外得「比對組合之資訊」亦應包含在內。

具特定個人識別性

2. 但自名片資料到DNA資料均屬之，但其各個「要保護性」與「公共性」差異性甚大，無法主張受一樣程度之保護；且每個人生活於社會，與其他人具有連帶性，不可能完全拒絕他人蒐集利用其個人資料。又因個人資料之利用，在公共領域有助於政府為行政管理、做正確之行政給付，提升行政效率；而在經濟方面可以有助於開發行銷產品、進行市場分析、提升經營效率；因此保護個人資料時，仍有個人資料有用性之考量。個人資料之保護與個人隱私權之保護有所不同，應是個人之自我資訊控制權之保護，讓本人對自己之資料如何被蒐集、處理、利用均能掌控，避免他人濫行蒐集、處理、利用個人資料，以監控個人行動或扭曲本人之形象，致其人格或財產受損害。
3. 「已死亡之人」之個人資料是否受保護？

二、「敏感性資料」 §6

1. 醫療、基因等採列舉式，是否完備？

但書：法律有明文規定 執行法定義務+安全維護措施 已公開資料基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，為統計或為學術研究+一定程序參考德國及日本癌

症登記制度---暗號化 登記與利用機關之區隔「醫療資訊」與「病歷」之問題 施行細則 § 4

2. E-mail address
3. 網路蒐尋引擎
4. 統計資料

三、不適用之個人資料 § 51

1. 單純個人或家庭活動之目的
2. 公開場所或公開活動所蒐集者

四、個人資料檔案

有安全管理義務

有體系儲存整理、容易檢索之個人資料檔案

§ 54二 之問題 Google 之街景攝影 各國尚有爭議

五、蒐集、處理及利用 ③

1. 蒐集---直接或間接
2. 處理--將個人資料為輸入、儲存、編輯、更正、檢索、刪除、輸出、連結、 內部傳送等。

「內部傳送」 施行細則 § 6 三

重點在於其目的：是為建立或利用個人資料檔案所為之處理，有體系整理，易於檢索、利用。

第二：受規範之主體

公務機關 非公務機關

適用除外 ---- § 51

1. 自然人為單純個人或家庭活動之目的
2. 公共場所或公開活動之影音資料 未結合其他個人資料人肉蒐尋之問題

第二章：總則

公務機關非公務機關均適用之原則

第一：特定利用目的 § 8 § 15

防止過度、不必要之蒐集、處理個人資料，界定合法利用範圍，亦為通知或公告之前提。

原則上應在蒐集、處理利用前即將利用目的特定。

第二：蒐集之原則

一、原則 § 5 不得以不正當或違法方法蒐集

對未成年人（兒童）收集之禁止

過剩收集之禁止 --- 於達成特定目的範圍內

二、蒐集時應表明利用目的 --- 告知方法 施行細則 § 13

公告或通知本人

如為訂立契約取得當事人資料，應特別標明註記。

三、例外事由 --- § 8 二 免為告知

1. 依法律規定
2. 履行法定義務
3. 將妨礙公務之執行
4. 有害於他人之重大利益
5. 當事人明知

四、間接蒐集之特則 § 9

1. 資料來源之告知
2. § 8—①→⑤事項之告知
3. 免為告知之例外---- ① § 8 二 ② 已公開資料 ③ 不能告知當事人或其法定代理人 「不能」？ ④ 基於公共利益為統計或學術研究之目的---必須無從識別特定當事人 ⑤ 大眾傳播媒體基於報導新聞之公益目的

「當事人自行公開」→施行細則 § 10

4. 間接蒐集之併同告知 第2項
口碑行銷之問題

※ 告知期限 § 54 一年

第三：利用之限制 § 5 § 16 § 20

一、完成職務執行之必要範圍內，與蒐集目的有正當合理之關聯性。

不得任意提供給第三人，或其他機關。

例如：提供前科紀錄、人事資料等給民間企業或團體；提供學生名冊給補習班、書商等。

例如：土地法登記規則 § 24 . 1 第二類登記謄本上登記名義人住址。

二、例外之目的外利用（一）（§ 16）公務機關

1. 法律有明文規定者

如：家庭暴力防治法 § 50 暴力嫌疑者之通報、稅捐稽徵法 § 34 重大欠稅及逃漏稅者、全民健康保險法 § 80、依刑事訴訟法提供檢警特定個人之資料。

2. 為維護國家安全者或增進公共利益

兵役單位提供歷年役男指紋供檢警比對調查恐怖活動分子之身分、入出國及移民署提供特定身分人之入出境資料、提供監視攝影器上犯罪嫌疑人之影像。

3. 為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之急迫危險提供急需救助之人之名單、災難失蹤人之名單。

案例：日本之市公所提供受災戶名單給NHK

4. 為防止他人權益之重大危害而有必要者

美國梅根法之違憲疑慮

5. 為學術研究而有必要且無害於當事人重大利益者

多為統計資料之提供，必須無個人識別性。

6. 有利於當事人之權益者 以一般人之感受為基準

例如：同屬內政部之戶政司與社會司，提供低收入戶或殘障人士之戶籍資料戶政局提供教育局學齡兒童資料。

7. 當事人書面同意者

(二) (§ 20) 非公務機關

1. 法律有明文規定
洗錢防制法
2. 與當事人有契約、或類似契約關係
保險契約 應徵
3. 當事人自行公開或其他已合法公開者
部落格自己公開 公司登記之董監事名單
4. 學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究
5. 經當事人書面同意
6. 與公共利益有關
7. 取自一般可得資料來源 但書：當事人有優先應保護之利益與「公共利益」之比較衡量 公益與本人值得保護之利益
例如：日本高級公務員之姓名、學歷、本籍、採用等級、生年月日之公開公務員申報財產之公開。

「書面同意」施行細則 § 12

與公益之比較衡量 ①私領域個資：公益之正當性與必要性→對個資之不公開本人有應受保護之利益存在→公益之保護優越於本人之利益 ②公領域：一般認為該當資料之公開為具有公益之領域，於本人說明有應保護之特別事由時，始不公開。

第四：保有個人資料檔案之公告 § 17

保有個人資料檔案之公告

為公開及透明化個人資料處理過程，亦為方便本人之請求閱覽、更正或刪除。

例外不公告者---修法後刪除 是否為立法之缺失？

原 § 11 共12項事由 ⑤經司法、警察、調查等單位限制出境、入境人員名單、事由；入境難民之資料。

⑦公務員之人事資料、勤務、薪給、衛生、福利等相關事項資料：原施行細則 § 20公務機關儲存管理之公務員個人基本資料及銓敘有關資料。公務員履歷表、總務單位之薪資俸給資料、員工之醫療保健記錄與資料、申請公教貸款、子女教育補助、婚喪補助。

第五：安全性之確保 § 18 § 27

防止個人資料被竊、洩漏、遺失或遭竄改，蒐集處理機關其軟體、硬體之措施均應具備安全性，應有專人負責。

處理、利用個人資料之過程中，最常發生之事故為資料之遺失、被竊或遭受入侵破壞，造成本人損失，因此課予安全管理義務，係為防止當事人權益受損所必要者；而所謂資訊安全 (Information security) 即為保護資料之機密性 (Confidentiality)，確立只有被授權者得以獲取 (access) 資料；安全性 (Integrity)，保護資料及其處理方法完全且

確實；可用性(Availability)，確保被許可利用之人，於必要時得獲取資料及其關連資產，此為一般稱之「CIA」概念。OECD於1992年亦依此概念，針對資訊安全通過資訊安全指導原則-1992 OECD Guidelines for the Security of Information systems。

第六：事故通知 § 12

有不法事故發生致使個人資料被竊、洩漏、遭竄改等時，應通知當事人。目的在防止損害之擴大，避免同樣事故反覆發生。僅通知當事人並不足夠，應通知主管機關，且應公諸於世。

第七：對受委託人之監督義務 § 4

施行細則 § 8

於分工細密之今日，機關為降低成本及提高效率等，往往將蒐集所得之個人資料以承攬契約委託給外部科技公司進行鍵入、編輯、製成資料庫、建立查詢系統等。而因承攬業務之承攬人故意或過失致使個人資料洩漏或毀損之事件亦時有所聞；故該當機關之安全管理措施亦應包含其對承攬人之監督在內，安全管理措施始能稱為完備。故機關將個人資料處理之全部或一部為外部委託時，對受託者應進行必要且適當之監督。

本條所稱「委託」係指機關將個人資料蒐集、處理等事務之全部或部分以契約方交付他人進行，契約種類

不限，可以為承攬、委任等；而所謂對受託者進行「必要且適切」之監督義務，一般而言自選任受委託人開始即應善盡注意義務，選擇適當之受託人或承攬人；其次，該當契約之內容必須具體載明應遵守之安全管理措施及責任分擔；可參考日本經濟產業省公布之個人資料保護GL II .2.(3)，其有關契約中應載明有下列事項之安全管理措施：(1)、防止個人資料之洩漏、禁止盜用；(2)、禁止為契約範圍外之加工、利用；(3)、禁止契約外之影印、複製；(4)、契約期間；(5)、契約終止後之個人資料之返還、消去、廢棄等事項。再實際上應採之措施，同GL則明定：關於個人資料處理狀況，受託人應向委託機關報告之內容及次數；確認遵守契約內容，如未遵守契約時之處置；發生安全管理事故時之報告、聯繫等事項，均為機關於委託時，應對受託人等進行之監督義務。

第三章：當事人之權利 § 3

不能事先拋棄或以特約限制

第一：請求閱覽或製給複製本

§ 10 就蒐集之個人資料 應是檔案 如僅蒐集而未加以處理成為檔案並未保管或利用時，如何提供查詢或閱覽？

原則上應公開給當事人，但：

- 一、妨礙國家安全、外交及軍事機密、整體經濟利益或其他國家重大利益者
 - 二、妨害公務執行之虞者
 - 三、妨害該當蒐集機關或第三人重大利益之虞者
- 所謂「重大利益」--第三人之個人之生命、身體、自由或財產、資料由第三人取得，如准予閱覽將損及將來之協助、或信賴關係，如犯罪或逃漏稅之檢舉人。

第二：請求補充或更正 § 11

於利用目的範圍內為資料「正確性」與「最新性」之確保，以免當事人受損。當事人請求時，應由本人提出證據或證明，且只有事實能補充更正，不及於意見或評論。於機關與當事人間有爭執，註明爭議。

第三：請求停止處理、利用或刪除

施行細則 § 6 一、二

於資料正確性有爭議時、利用之特定目的消失或期限屆至，或違反本法時，應至不能回復原狀之程度，勞動基準法 § 7 一、二勞工名卡，保存至離職後五年。

第四：請求之處理 § 13

- 一、答覆查詢、提供閱覽---15日內為准駁之決定，必

要時得延長15日。

- 二、更正、補充、刪除停止處理、利用---30 日內為准駁之決定，必要時得延長30日。

第四章：損害賠償責任及罰則

第一：違法之賠償責任 § 28

- 一、不以故意、過失為要件之加重責任，包括非財產之損害賠償。

採定額賠償制 每人每一事件新台幣500元→20000元
同一原因事實造成多數人損害---合計2億元為上限
公務機關適用國家賠償法之規定
非公務機關適用民法侵權行為規定

- 二、訴訟之專屬管轄 --- § 33

- 三、時效 § 30 知有損害及賠償義務人→ 2 年
自損害發生時起→ 5 年

第二：罰則

§ 41 -- 違反 § 6、§ 15、§ 16 二年以下有期徒刑、
拘役或科或併科20萬元以下罰金

意圖營利—加重為5年以下有期徒刑，得併科100萬元
以下罰金

§ 42 -- 意圖為自己或第三人不法之利益或或損害他

人之利益，對個人資料檔案為非法之變更、刪除，或妨害資料之正確性——5年以下有期徒刑、拘役，或科或併科100萬元以下罰金。

公務員之加重其刑 § 3 5

第三：團體訴訟

一、當事人20人以上之書面委託 § 34

二、受委託之財團法人或公益社團法人 § 32

主題演說

主講人：東海大學法律系范姜真嫩教授

大家早安，剛才我特地看了一下議程，可以講授的時間是90分鐘，老實講這是不夠的。這個主題以2到3個小時時間比較合適。雖然如此，我想給各位1個清楚的概念，讓大家知道個人資料保護法是怎麼訂的，在碰到什麼狀況下，要適用什麼條文。我有提供1個表給大家看。這個表是我自己上課的資料。（以下標題為記錄者所加）

（個人資料保護法的立法目的）

個人資料的蒐集及運用在個人資料保護法的理念，是保障每個人對自己的資料有控制權、自主權，依司法院釋字第603號解釋，每個人對自己的資料有控制權的權利就是自主權，他可以決定自己資料在什麼時候、對什麼人、以什麼方式、公布到什麼地步。個人資料保護法是保護個人資料的控制權，所以當別人在蒐集、處理、運用你的個人資料開始時，應該在你的監督與控制之下。個人資料保護法，是讓別人在蒐集你的資料時，讓你知道，在每一個階段你都有可能去知道你的資料是用在什麼地方，用你的資料是不是用在合法的地方，這是個人資料保護法的立法目的。基於這樣的立法目的與方法，個人資料保護法自蒐集資料時起，在每一個階段有一個規範。這個表是我整理出來，個人資料保護法規定的並不好讀，希望這個表能幫

助你去了解個人資料保護法的架構。

（個人資料保護法的立法、修法過程及世界各國的趨勢）

個人資料保護法在101年10月1日實施，草案在93年時就送到立法院，因為沒有審議，就廢案退回行政院，然後重送，99年時就突然經立法院通過。在93年到99年之間因為網際網路及雲端(cloud)的發展，當時在修法的時候是不能想像的，所以有條文不合時宜，又因為本法的施行細則修正過程中間有很多疑慮與意見，在99年通過以後一直未能正式施行，甚至監察院向法務部表示，此有怠惰職務之嫌，一直延到101年10月1日才實施。本法很特別是尚未施行就要修法，據我的了解至少要修4個條文，法務部表示本法施行1年後要大修，本法變動還很大，不管它是怎麼修，因為基本原則係由OECD八大原則發展而來的，世界各國個資立法亦多由此實體法化。各國將來個人資料法的運用，尤其是雲端之後，跨國的實行是非常重要的，因此個資保護之核心精神與原則，各國會尋求較同一準則，所以個人資料保護方向原則是不會變的。

（個人資料保護法與電腦個人資料保護法的比較）

個人資料保護法原為電腦處理個人資料保護法，在84年制定，以前只管電腦處理之個人資料，現在則不限，另外在舊法是以公務機關及非公務機關規範對象，非公務機關指的是法定8大行業，例如：徵信業、醫院、學校、電信

業、金融業、證券業、保險業及大眾傳播業等，及其他經法務部指定之事業。並不是全面性的實施，所以大家的感覺壓力並不大，但是現在個資法不同，我們所有的人都有適用。公務機關仍受個人資料保護法規範，可是在非公務機關部分，在本法第2條第8款規定：非公務機關指前款以外之自然人、法人或其他團體。換句話說，在本法現在連個人都被規範，將來如果要作個人親友通訊錄、公寓大廈要選舉管理委員住戶的名單、合會會員的會單，全部受此法規範。

我曾向法務部表示這個法非公務機關部分能不能不要全面性實施，因為臺灣的文化背景、經濟規模、社會承受力，實施起來會造成太大的衝擊，與過高社會成本。現在至少要知道個人資料保護法，不止是公務機關有適用，你在生活裡面，拿1張名片就有個人資料的蒐集，就受個人資料保護法的適用，真的要很小心。

（個人資料與個人隱私）

法務部說先實施1年，累積一些案例，再請立法委員幫忙進行修法。這個法是要保障個人對於個人資料的控制權。法要保護的不是個人資料的隱私，不要誤會個人資料保護等於Privacy Act。個人資料裡面有隱私的部分，隱私有個人資料的部分，但個人資料保護不是保護個人隱私。

（個人資料保護的主體與客體）

對於個人資料的保護的基本概念，個人資料是什麼？個人資料是保護的客體。是實現憲法中個人對個人資料的自我控制權，基於人性尊嚴的保障。個人資料在本法第2條第1款規定：個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。

記住1個原則，個人資料保護法保護的個人資料是個人的人別特色、個人在社會上個人的屬性，或個人在社會上活動的訊息、活動的紀錄。也就是看到這個個人資料內容就知道是指誰。換句話說要保護的個人資料，是有個人特定識別性的資料，如果看了資料半天不知道是誰就不是要保護的個人資料。在實務上，例如e-mail address是不是要保護的特定識別性的資料？它看起來只是一群英文字母或符號，看不出來它與那一個人有關係，但是它可連結到IP的位置，所以e-mail address是受到保護的個人資料。再例如汽車引擎號碼，情形相同，也是受到保護的個人資料。所以個人資料的特色，在於個人的識別性。

(直接或間接識別之個人資料)

個人資料識別性的範圍，依本法第2條第1款規定是直接或間接有識別性之個人資料。如果僅憑手上資料並不知道所指何人，但是與你在生活周遭接觸到或在報紙或圖書

館得到之資料一經比對之後，可以知道所指何人，即是有間接識別性的個人資料。

（名片資料與公共性很高的個人資料）

個人資料從名片資料到DNA的資料都有。個人資料是個人活動的訊息、紀錄，我們人是社會的動物，與人共存，在社會有連帶生活的關係，有人脈關係。你必須把姓名、聯絡方法等個人資料給人家，因為你要建立人間信賴關係，你要交朋友，你要工作，不可能不讓人家知道你的基本資料，所以我稱為名片資料。

在德國、歐盟或日本，例如你的姓名、住所、工作地點、連絡方式、性別，是屬於公共性很高之資料，你不可能到哪裡去人家都不知道你的姓名，國家也不可能不知道你的姓名，國家需要在行政上，作有效的管理。這些公共性很高的個人資料，應該放寬其蒐集利用之條件，如果此類資料蒐集利用之法律成本高，社會會變得很冷漠，而且會影響弱勢族群之被發現及救助，所以這種資料如果當事人沒有法律上特別保護的必要時，這種資料的蒐集利用條件應放寬。

（高敏感性特殊資料）

本法第6條規定有關醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，不在此限。高敏感性特殊資料與名片資

料的不同，在於高敏感性特殊資料即使別人不知道，也不會影響你在社會上與人的群聚互動。這種資料是私密性很高，公共性很低，如果讓別人知道會使當事人精神上不安，可能影響到社會上人家對你的歧視或是偏見。所以這種資料要受到高度的保護，應該要另外去規範。所以我認為個人資料應該要區分為公共性很高的名片資料、基本性資料、一般生活上的個人資料及高敏感性特殊資料，要以這3個類型分層次區分其各別保護的要件，才不會造成共同生活上的困擾。

有關高敏感性特殊資料，目前只有在本法第6條有規定，再無其他法條規定，這一條將來會修法。本法第6條規定的高敏感性特殊資料只有5種：醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科，且規定原則不可以不得蒐集、處理或利用，但書則例外可以。

在本法第2條第1款個人資料的定義包括：病歷、醫療、基因，但在第6條高敏感性特殊資料規定，有關醫療、基因。這裏有個問題在於病歷資訊是醫療的一部分，病歷難道不是高敏感性特殊資料嗎？所以這一部分，將來會修法將病歷納到高敏感性特殊資料。在醫學解釋或日本規定，他們會認為醫療資訊是個大概念，中間包括病歷。

本法第6條規定的性生活，這個規定是由外國法直接翻譯來的，它的原意指的是性傾向。

本法第6條規定的犯罪前科，各位應注意性侵害犯罪防治法，這個法在100年12月修法。有關性侵害受刑人出獄後

應向警察機關登記住居資料，而此登記檔案之閱覽則由警政署訂法規命令規範。曾有臺北市某國小要聘僱看守學校保全公司，我擔任招標案審查委員，小學生沒有保護自己的能力，參與投標之廠商要怎樣保證他的保全沒有犯罪前科？結果是要其職員出良民證。另外性侵害犯罪的前科有登記簿，我一直在問警政署這個登記簿是可以閱覽，但是這誰可以去閱覽，這是很關心的事，但是警政署到現在並沒有給我答案。是不是性侵前科紀錄才須有如此制度？這個是值得討論的。另外有暴力傾向的精神病患的資料，雖然這些人是少數人，但其危害大多數人的安全。在人權的觀點，是要保護這些人，但這些人潛藏暴力高危險性，極有可能傷害周圍之人，其個人資料能否提供給生活在其周遭之人？

本法第6條第1項第1款法律明文規定可以蒐集、處理或利用高敏感性特殊資料之情形，這條規定直接影響到保險公司，尤其是人壽保險公司，所以由保險業之主管機關金管會在100年6月修正保險法第177條之1，於經本人書面同意，得蒐集、處理或利用病歷、醫療、健康檢查之個人資料。保險業者因為金管會很強勢，效率高，有保險法可以修，如果業者沒有強大的主管機關，沒有法律可以修，怎麼辦？所以第6條很麻煩，將來修法考慮增加經過當事人的書面同意可以蒐集、處理或利用之例外條款。

本法第6條第1項第2款規定，公務機關或非公務機關均可以依本規定蒐集、處理或利用高敏感性特殊資料。該

條款規定要件，公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務所必要，且有適當安全維護措施。教育部管很多小學、中學、大學，都要求學生入學時要作健康檢查。但是健康檢查是依照什麼法條規定得進行？須要有法律之規定。

本法第6條第1項第3款規定，當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。這個規定是爲了沒有當事人同意而解套之規定。但是公開怎麼解釋？公開一般解釋以不特定多數人共見共聞之狀態，但是法務部爲擴張高敏感性資料之蒐集、處理與使用，在本法施行細則第13條規定，所謂的公開是指當事人自行對不特定人或特定多數人揭露其個人資料。這個要特別注意。在其他已合法公開之個人資料部分，例如在判決書上、政府公報上已經公開。這個地方我想到前科，如果判決公開已有前科，新聞報導刊載其有犯罪前科，這有本條但書之適用嗎？

本法第6條第1項第4款規定，公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，爲統計或學術研究而有必要，且經一定程序所爲蒐集、處理或利用之個人資料。這些統計資料可能涉及個人資料，要做學術研究或統計時常因爲醫療或衛生等，這些統計資料提供出去之前，要去連結化匿名處理。去連結化的意思是，當你提供給別人時，應將他的個人資料如個人姓名、性別資料去除，用代號、符號、代碼遮掉，提供出去的資料已經是用符號取代的，而轉換之對照表、程式或檔案，還有原本，應分別

由3處保管，以防止其還原。

中央選舉委員會在查候選人資料的時候向法務部調資料查有無前科，法務部不能給，因為其法定職務中並無提供給中央選舉委員會一項，一旦提供即為目的外的利用，中央選舉委員會認為是其執行職務上且因為公共利益所需要，所以這1條也有問題。另1個問題是公共利益是什麼？高雄市的公共利益與臺北市的公共利益一樣嗎？加拿大、日本的個人資料保護法並沒有規定公共利益，加拿大規定，如果是因為國家安全、社會秩序、犯罪調查等，就可以用這些個人資料，它是以事項來畫定其範圍，但是會掛一漏萬，因為可能會有一些意想不到的狀況發生。日本則規定，因為提昇公共衛生或者兒童健全發展的目的，不是以公共利益一詞概括規定，所以不會濫用公共利益。法務部現在修法，至少要其具體化表明其利益，才不會被濫用，只有高敏感性資料才需要特別保護。

（排除部分名片資料）

當時有考慮排除一部分名片資料，在第51條規定之個資不是個人資料法保護的對象，因為是日常生活所需要，但是這個條文規定得過度模糊。第51條第1項第1款規定，自然人為單純個人或家庭活動之目的，而蒐集、處理或利用個人資料。但是什麼是單純個人之目的？我今天在這裏演講，拿了1張名片或者我給人1張名片，是不是單純個人之目的？不是。因為我拿1張名片有我個人或家人或業務上

要連繫上的需要，所以我拿1張名片不是個人單純目的，就有個人資料保護法的適用，除非我拿名片是因為我個人的嗜好是搜集名片。另1個是家庭活動之目的，講個例子，我去政府機關演講，有人問有位長官娶兒媳婦跟人事主管要同仁住址，這個是不是屬於家庭活動？顯然不是，寄帖子需拿人家的個人資料去寄。住址、姓名都是個人資料。

外國的立法例，德國或加拿大規定，要規範的個人資料是指是在利用交易過程中使用的個人資料。日本不規範個人，只規範業者供事業上利用而取得個人資料，且其DATA-BASE中所存個資在過去6個月內沒有1天是超過5,000筆可以識別的個人資料的業者亦不規範。澳洲是以年營業額在300萬元澳幣以下之業者，不規範。因為他們知道實施個人資料保護法以後，對於民間業者所增加的成本，所以排除中小企業之規範。電話號碼也是個人資料法保護客體，洗衣店一定會有客人的電話號碼，對於洗衣店顧客電話號碼檔案之管理，依個資法主管機關可以去查看他的電腦個人資料的管理是否安全，所以洗衣店因此增加許多營業成本。我們為什麼規定倒過來，如此規定，反而治絲益棼。如何解釋單純個人或家庭活動？這會讓人害怕會被人家告。所以我告訴同學要建立同學聯絡簿或家長要建立家長聯絡簿，最好事先跟人家講我要建立聯絡簿，你要不要給我建立。我住的大樓要選舉管理委員組成管理委員會，就把每個住戶名全名全部列上去，我就問為什麼把我的名字、電話全都記在上面，你有沒有經過我的同意依據

本法規定是違法的，造成人民許多生活之困擾，且不小心即有違法被罰之可能。

本法第51條第2種被排除不適用個人資料保護法的是第2款規定，於公開場所或公開活動中所蒐集、處理或利用之未與其他個人資料結合之影音資料。因為有許多手機、攝影機，有些活動去攝影，攝影到人家的肖像，肖像絕對是個人資料，有時是合照，有時一照過去就會照到一群人，按照個人資料保護法要去徵得他人同意是否入鏡，但是這也是不符生活情理，所以把它排除掉，但是有個條件是未與其他個人資料結合之影音資料。我一直顧慮2個問題，1個是行車紀錄器，所照到是不是個人資料的蒐集，另1個是facebook上面的人肉搜尋，還有google的street view。street view是由NCC管的，我曾建議法務部應有主管機關管google的street view，我覺得它侵害人民權利之危險性極高。

人肉搜尋，在國外的名稱爲ahchoring，定錨。我今天照一張相，把它放在網路上或由電視播報，其他的人(網民)就一直加資料，到最後把其個人資料全挖出來。我們現在未覺得行車紀錄器與人肉搜尋沒有和個人資料保護有關係，事情沒有這麼嚴重，是因為它們有發揮社會功能，把做壞事的人找出來，一陣撻伐，覺得出了一口氣，很高興。我問過律師，人肉搜尋與其他犯罪的人的關係，是共同正犯、教唆犯或幫助犯，這個是個很難的問題。法務部曾解釋說這是達到社會公共利益，但真的如此嗎？搜尋到

的違法或犯罪資料應該是提供給警察或主管政府機關，不是讓你提供給記者播放給全國看，讓大家罵一罵，至少這樣子侵害人家個資或隱私的手段是不是合乎比例原則，有沒有違法，能否以能達到社會公共利益就可以任意而為。我想這大家可以去思考。

（特定目的）

個人資料的保護，立法規定方法，是從蒐集、處理到利用的各個流程都有法定義務，當你開始蒐集個人資料時，應讓當事人知道，你的使用方法及目的等，讓當事人決定要不要把個人資料給你，讓當事人知道他可能遭受之風險，決定要不要把個人資料給你。所以在蒐集、處理、利用個人資料時，你必須要有特定的目的。因為你蒐集的個人資料越多，個人資料可能遺失或被竊取之風險即增加。所以在蒐集個人資料時，應有特定目的，目的特定有3個作用，第1個讓被蒐集之本人知道你要利用之目的，以決定他的個人資料要不要給你；第2個目的是可以框住蒐集資料的人，讓他個人資料之蒐集限於與利用目的有關者，而不可過度蒐集。在大學會讓大一新生填寫基本資料，我個人認為有些項目是不合法的。學校蒐集學生的個人資料，是學校為完成教育特定目的，例如他的高中念那裏，他的父母親資料，出了事情學校可以和誰聯絡，在達成教育目的下的蒐集，這是合法合理的，但是，為什麼要問學生你的家庭是貧窮、小康或富裕？甚至有的學校更過分還

要問你最要好的3個同學之姓名、念的是那一個學校，這就是屬於過度蒐集，因為與你學校的教育目的是無關的，學校不可以過度蒐集，換句話說，特定利用目的讓你蒐集資料的範圍不是無限制的。第3個目的是，將來在利用個人資料時，得回頭檢視看是不是用在特定目的之達成上。有關於特定目的，在第53條規定，本法所定特定目的及個人資料類別，由法務部會同中央目的事業主管機關指定之。有關公務機關使用個人資料的特定目的不會有問題，由各機關之上級機關訂定。在法務部開會的時候，我提出有關民間合會的會單，民間合會的目的事業主管機關是誰？法務部反問行天宮地下街算命的目的事業主管機關是誰？算命也會涉及個人資料。我認為個人資料蒐集固然應有特定目的，但是有關特定目的為什麼要由法務部及事業主管機關來指定呢？在民間的特定目的，通常是有契約或有類似契約的關係存在，這時應有私法自治之適用，所以應由當事人自己個人判斷他要不要去接受，以及要不要提供個人資料。如果說是事業團體它的特定目的，看它的章程，事業團體要蒐集個人資料依比對章程，看其經營之事業項目等，即可特定其利用個資之目的範圍，法務部無須管那麼多事，法務部也沒有人力管。

（正當合理之關聯）

本法第5條規定個人資料之蒐集、處理或利用，應尊重當事人之權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定

目的之必要範圍，並應與蒐集之目的具有正當合理之關聯。此規定是公務機關或非公務機關為基本原則，而且蒐集、處理、利用個人資料應有正當合理關連。而且蒐集個人資料的方法應誠實，不得以欺騙方法，例如要填問卷調查你對於餐廳的服務是否滿意，結果之後在信箱收到餐廳廣告DM，即違反本條。

（蒐集階段）

本法第8條規定公務機關或非公務機關依本法第15條或第19條規定向當事人蒐集個人資料時，應明確告知當事人下列事項，此規定是在蒐集的時候要告知特定目的，如果沒有特定目的不能蒐集。接下來是蒐集的定義，請看第2條規定，蒐集：指以任何方式取得個人資料。蒐集有2種可能，直接蒐集、間接蒐集。直接蒐集是我直接向當事人說明而取得，間接蒐集是我拿到別人給我的資料。因為拿到資料不同的方式，法律有不同的規定。第1個要說的是第8條的告知，告知應如何告知。如果是大量蒐集個人資料，不管對於蒐集資料是公務機關或非公務機關而言，要一一通知，會有問題。

日本法所謂告知，讓當事人處於隨時可得而知的狀態，他隨時可以知道就可以，例如用網頁揭載、e-mail通知、張貼公告，或提供說明書隨時可以取閱，日本法規定是很活潑的，日本在2005年實施時，也考慮到社會的成本。現在我國將告知方法規定在同法施行細則第16條規

定，可以採取適當的告知，例如言詞、書面、電話、簡訊、電子郵件、傳真、電子文件或其他足以使當事人知悉或可得知悉之方式為之。同時也是顧慮到公務機關，依本法第17條規定，公務機關應將下列事項公開於電腦網站，或以其他適當方式供公眾查閱；其有變更者，亦同：一、個人資料檔案名稱。二、保有機關名稱及聯絡方式。三、個人資料檔案保有之依據及特定目的。四、個人資料之類別。這樣的規定，稱為隱私政策(Privacy Policy)之揭示。

回過來看本法第8條規定，不論是公務機關或非公務機關要明確告知，不告知是違法，告知內容包括：一、公務機關或非公務機關名稱。二、蒐集之目的，有特定目的。三、個人資料之類別。例如報稅資料、通訊資料、財產資料、財務資料。四、個人資料利用之期間、地區、對象及方式。這個規定很有趣，例如我拿了1張名片，要告知我用到民國幾年，可能會拿給誰看，這不是很奇怪，我怎麼告訴他我什麼時候要用到、我要給誰看。實在是擾民之規定。五、當事人依第3條規定得行使之權利及方式。這要看第3條規定，該條是基於個人資料之自我控制權而來的，第3條規定：當事人就其個人資料依本法規定行使之下列權利，不得預先拋棄或以特約限制之：一、查詢或請求閱覽。二、請求製給複製本。第一款、第二款是對當事人公開。三、請求補充或更正。對於個人資料是不完全或錯誤，可以要求補充或更正，對於更正部分，施行細則第19條要求當事人釋明。當事人提出要更正，當事人應該負責

釋明責任，不是他一提出資料就要更正，如果當事人拿出來的資料有疑問時，這個個人資料應該要暫停使用這個資料。四、請求停止蒐集、處理或利用。使用目的結束後，或者你違法使用當事人要求停止。五、請求刪除。這個地方有個問題大家可能沒有注意到，個人資料有使用的期間與目的，例如有人離職，是不是個人資料使用的目的就結束，如果離職人要求刪除個人資料，那麼每一個人都不會有過去個人的資料。勞動基準法第5條規定勞工卡可以在員工離職後保存5年，5年後是不是要刪除呢。未修法前，則可由當事人同意，就可以多保存幾年，要不然會有人沒有過去。又第8條1項第6款規定之告知事項，當事人得自由選擇提供個人資料時，不提供將對其權益之影響。依環境教育法規定，公務員每年應環境教育講習4小時，參加人在電腦線上報名，方便各機關及環保署彙整並確認參加者，如公務員他不提供個人資料在線上報名，環保署在上網傳輸的資料查不到該個人資料時，將來環保署需要查核時，該個人應負提供資料證明確有參加講習之事之責任。即是蒐集個人資料時應予告知之權益之影響。

本法第8條第2項規定，有下列情形之一者，得免為前項之告知：一、依法律規定得免告知。二、個人資料之蒐集係公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務所必要，各位請查清楚自己法定職權中何者可蒐集人民資料。三、告知將妨害公務機關執行法定職務。例如查逃漏稅，一旦告知勢將無法查到。四、告知將妨害第三人重

大利益。例如家暴之事件或兒虐事件，機關在蒐集的資料加害人資料時，不能告知加害人。被害人會因此被報復；亦有可能家暴人把小孩藏匿，怕由於政府機關的介入帶走受虐兒。五、當事人明知應告知之內容。例如，到郵局領取掛號信拿身分證資料，用來核對是不是當事人本人。

間接蒐集，非由當事人提供之個人資料，而是第二手資料時，依本法第9條規定，應於處理或利用前，向當事人告知個人資料來源及第8條第1項規定事項。告知當事人資料的來源，這資料是從那裏來的，是誰拿給我的，防止變成該資料的善意第三人，另外，有可能當事人資料被偷，也防止當事人損害之擴大。在間接蒐集時，要告訴當事人在直接蒐集時應告知之事項，在利用前也要告知當事人。例如，我從你那裏拿到1張甲的名片，所以我要用時須做的事情是告知甲，另外拿甲名片給我的你又要打電話給甲說我拿名片給我，且取得甲之書面同意，個資利用成本變很高。這種在以口碑行銷方式賣保險的人會覺得難以進行。在第9條第2項規定，有下列情形之一者，得免為前項之告知：一、有前條第二項所列各款情形之一，與直接蒐集免於告知的事由是一樣。二、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。當事人自行公開例如，當事人在部落格、在facebook上公開。其他已合法公開之個人資料例如，google的搜尋引擎或是在學校網站看到公開之老師任課資料資料，在這種網站上間接蒐集時，可以用這1條規定，不用告知當事人。三、不能向當事人或其法定代理人

爲告知。例如當事人已經昏迷。四、基於公共利益爲統計或學術研究之目的而有必要，且該資料須經提供者處理後或蒐集者依其揭露方式，無從識別特定當事人者爲限。換句話說，這時已經拿到的資料是已經用代號，無個人識別性的資料時，並非個資亦無法告知。五、大眾傳播業者基於新聞報導之公益目的而蒐集個人資料。這個稱爲狗仔條款。當初立法時並沒有這個規定，是在二讀時，大眾傳播業者發現，這規定將使新聞來源有困難事業無法存活，所以這時才有這個規定。以上是講蒐集時應爲告知部分。

（處理階段）

告知後開始蒐集資料，法律如規定，我們先看公務機關部分，在第15條規定，公務機關對個人資料之蒐集或處理，除本法第6條第1項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者。所謂的處理，在第2條第1項第4款規定，指爲建立或利用個人資料檔案所爲資料之記錄、輸入、儲存、編輯、更正、複製、檢索、刪除、輸出、連結或內部傳送。換句話說是將蒐集之資料作成檔案(File)或Database之整理工作。其中內部傳送，舉例來說，警政署問我，內政部跟我要資料，我能否提供資料呢，因爲內政部與警政署間具有行政機關間有上下隸屬關係，有關資料傳送是屬於內部傳送，如果行政機關間沒有隸屬關係所爲的資料傳送，就不屬於內部傳送。例如如果是外交部向警政署要資料，就不屬於內部傳送。第15條規定蒐集者須有

特定目的、告知後，還要符合第15條規定的3種要件之1者，始得合法蒐集處理資料。3款規定是：一、執行法定職務必要範圍內。二、經當事人書面同意。我們很怕有很多需要蒐集當事人資料之同意條款，夾雜在其他很多契約條款裏面，結果當事人沒看見，複合契約尤其會這樣，所以個資法規定，當事人同意是不能夾雜在契約條款裏面。將來你們在適用時，應注意如果為當事人同意條款如夾雜在其他條款中，該同意條款一定要用紅線或粗框特別表示出來，而且要讓當事人在旁邊簽名。故在施行細則第15條第2項有規定，本法第7條第2項所定單獨所為之書面意思表示，如係與其他意思表示於同一書面為之者，蒐集者應於適當位置使當事人得以知悉其內容並確認同意。經當事人同意這部分，請大家要注意上述事項。三、對當事人權益無侵害。舉例來說，日本NHK國營電視臺因為沒有廣告，所以對於用戶要收收訊費。曾經有個地方是受災區，NHK對當地地方政府要求提供受災戶名單以免除受災戶之收訊費。當地地方政府能不能給他名單呢，在於我們可能想免除收費，對於當事人權益並無侵害，是可以給的。但應該不是這樣，這將來在法院是如何之見解有待觀察。對於研究社會福利法的人會認為對於當事人真正的尊重，應得當事人同意，因為這是當事人的權利，不要自己主觀以為是對當事人有益就可以蒐集他的個人資料，應該要去問當事人同不同意要免除他的收視費而把資料給NHK。

（利用階段）

在資料蒐集、處理後是利用，利用規定在本法第16條。第16條規定：公務機關對個人資料之利用，除第6條第1項所規定資料外，應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。但有下列情形之一者，得為特定目的外之利用。在第16條但書規定的範圍太過寬泛概括。其實在日本個人資料保護法規定得很嚴謹，否則這個條文的規定很可能被濫用。但書規定：一、法律明文規定。二、為維護國家安全或增進公共利益。公共利益為典型不確定法律概念被濫用之危險極高，所以立法院希望法務部訂施行細則的時候能對於公共利益做定義解釋，但這是不可能的。也顯見本法對於行政機關非常的友善，但將來法院如何看待解釋？三、為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之危險。例如當事人遇難急需救助並通知其家屬，需要用他的通訊資料，這個事實上沒辦法經當事人同意。四、為防止他人權益之重大危害。例如開放性結核病患跑到醫院外面去，為避免他在外會散播病菌，所以公佈該傳染病患之影像、公佈姓名，將其抓回醫院。五、公務機關或學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。六、有利於當事人權益。七、經當事人書面同意。

（專人管理）

另外我還要講的是個人資料的專人管理。本法第18條規定，公務機關保有個人資料檔案者，應指定專人辦理安全維護事項，防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏。專人指的是有專門知識，不要把個人資料保護或政府資訊公開隨便指定給資訊工程人員處理，因為他們不是念法律，至少要懂法的人與有電腦專業知識之人來負責這一塊。再來看本法第28條規定，公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但損害因天災、事變或其他不可抗力所致者，不在此限。這個規定幾近於無過失責任。只要個人資料被洩漏出去，就有責任，除非是因天災、事變或其他不可抗力所致。在本法有規定對於個人資料應建立安全維護系統。至少在防止病毒駭客入侵之軟體面應做好，將來訴訟上可以告訴法官，我已經有建立好安全維護系統，我有指定專人管理、我有作員工訓練，再有個人資料洩漏，實在是無法抵擋，看法官是否能認同免罰。再來看賠償方法，第2項規定，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額；其名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分。第3項規定，依前2項情形，如被害人不易或不能證明其實際損害額時，得請求法院依侵害情節，以每人每1事件新臺幣500元以上2萬元以下計算。例如，我的資料被洩漏出去，所造成的損害難以計算，可能是造成我的困擾，這時候的賠償是按件計賠，是定額賠款。發生

事故被竊取或洩漏之個資絕對是非常多件，賠償之金額很可觀。

（委外處理）

現在還有一點點時間，有關於委外處理請看到本法第4條規定：受公務機關或非公務機關委託蒐集、處理或利用個人資料者，於本法適用範圍內，視同委託機關。在委外個人資料的搜集、處理，因為民間有其技術與人力，現在把委外處理之業者也同樣以個人資料保護法規範，這樣行政機關就可以安心了嗎？現在處理資料能力最強的是印度，及大陸人工便宜。現在跨國的資訊處理太容易，委外交給國外公司處理(例如印度公司)，將該外國公司是視同我國的委託機關而適用個人資料法保護，可能嗎？事實上不可能。所以這顯然是當時立法沒有想到的。所以如果是境外委託要怎麼辦，中華民國的法律效力不可能及於外國人，外國人也不會理你。日本規定，在你訂立委託契約委外蒐集處理或利用個資時，責任應定清楚，委任人在訂約後仍有監督的責任，要查看受任人他的安全維護管理措施怎麼做樣，不能隨便委外。在施行細則第8條有規定委外時應監督之事項。

（事故通報）

另外與各位有關的是事故的通報，在第12條規定：公務機關或非公務機關違反本法規定，致個人資料被竊取、

洩漏、竄改或其他侵害者，應查明後以適當方式通知當事人。如果資料備洩漏出去，查明後才通知當事人，如果都無法查明呢？或者2、3年後都無法查明，是否不用通知？在美國的規定是發生這種情形，要通知當事人、通知主管機關、要公告，第1個是防止善意第三人，第2個讓當事人知悉，讓當事人去避險，第3個是讓其他機關避免資料外洩，重蹈覆轍。

（結語）

以上是告訴你們在個人資料保護上應該要遵守之義務，法規定怎麼適用，重要的條文規定在那裏，今天時間很短，只能講到這裏，謝謝各位。

參、研討議題 1

具不當得利性質之退稅請求權— 稅捐稽徵法第 28 條與其相關聯規範 關係之探討

柯格鐘*

目次

- 一、前言：問題緣起
- 二、不當得利退稅請求權之法律性質與行使要件
 - (一) 法律性質
 - (二) 行使要件
- 三、不當得利退稅請求權與其他程序法規範之競合
 - (一) 與行政救濟程序
 - (二) 與撤銷、廢止行政處分
 - (三) 與申請行政程序重開
 - (四) 與無效行政處分之確認
- 四、結論：雜亂無章的稽徵程序與治絲益棼的修法

* 國立成功大學法律學系副教授。

一、前言：問題緣起

具不當得利性質之退稅請求權(Steuererstattungsanspruch)，簡稱不當得利退稅請求權，係指納稅義務人向稅捐機關提起請求，返還因欠缺法律上原因(ohne rechtlichen Grund)而由稅捐機關徵收或多徵收稅額的請求權，在我國，主要係依據稅捐稽徵法第28條第1項與第2項規定，各別規定則如所得稅法第100條第2項。與此相對，實務上另存在納稅義務人係依據法律規定，具備法律上原因(mit rechtlichen Grund)向稅捐機關主張退稅請求權(Steuervergütungsanspruch)。在我國，例如營業人生產貨物或勞務供外銷，依營業稅法第7條規定外銷稅率為零，故營業人在計算應繳營業稅時，將銷項稅額與進項稅額相互扣減後，除作為留底稅額外，納稅義務人可依法向稅捐機關請求退還溢納之營業稅額，即屬具法律上原因的退稅請求權。

我國稅捐稽徵法第28條之規定，在2008年間因陳長文律師的自住房屋，遭臺北市稅捐稽徵處長期以營業用稅率不當課徵15年的房屋稅，依法卻僅能退還5年內之多徵稅額一事，引發受人矚目的新聞事件¹。2009年1月6日，立法院修法公布，將原稅捐稽徵法第28條之規定，稍作文字更動後移作第1項規定：「納稅義務人自行適用法令錯誤或計算

1 新聞事件報導，參<http://www.nownews.com/2008/06/18/10844-2291386.htm>(瀏覽日期：2012.10.2)。

錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還；屆期未申請者，不得再行申請」，同時增列第2項至第5項規定，其中第2項規定：「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二年內查明退還，其退還之稅款不以五年內溢繳者為限」。此兩項條文之現行規定，係將納稅義務人主張具不當得利性質之退稅請求權的要件，區分成「可歸責於納稅義務人」與「可歸責於稅捐機關」等兩種型態，並以納稅義務人主張後者之退稅請求權，在權利行使上並無失權期間規定的適用，具有相當特殊性而受矚目。根據立法理由之說明：「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，致溢繳之稅款者，如僅退還五年稅款，對納稅義務人權益保障恐未盡周全，爰參照行政程序法第一百十七條及第一百二十一條規定，增訂第二項，定明稅捐稽徵機關應自知有錯誤原因之日起二年內查明退還，其退還之稅款不以五年內溢繳者為限」²。

本條規定與稅捐稽徵法第35條復查及第38條訴願及行政訴訟程序之規定，在救濟納稅義務人權利的功能上是否相互重疊？尤其是當系爭稅捐之徵收，若曾經稅捐機關發出稅捐核課之行政處分，理論上，納稅義務人在提起本

2 立法院國會圖書館，參 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw/> (瀏覽日期：2012.10.2)。

條規定之退稅請求權前，本亦可對該等行政處分，提起復查、訴願與行政訴訟程序進行救濟，若未經提起救濟者，可否逕行主張本條規定之退稅請求權？若經提起但遭駁回確定者，納稅義務人是否仍保有權利，得對該管稅捐機關主張此處規定之退稅請求權？又本條既屬具不當得利性質之退稅請求權，屬實體要件之有無「法律上原因」的判斷，是否以系爭行政處分之存在或具備形式存續力為要件？若納稅義務人向該管稅捐機關申請退稅遭拒者，究竟是應要求納稅義務人應逕行向該管行政法院，提起一般給付之訴？或係以遭拒之行政處分為標的，另行提起行政爭訟程序進行救濟？再者，我國行政程序法已於2001年正式施行，稅捐稽徵法第28條規定與施行後之行政程序法中的各相關規定，例如第113條無效行政處分之確認、第117條撤銷違法行政處分、第128條行政程序重開等彼此間規範競合關係為何？均值進一步討論。

二、不當得利退稅請求權之法律性質與行使要件

(一) 法律性質

在依法課稅原則(Prinzip gesetzmäßiger Besteuerung)下，納稅義務人係依據稅捐立法者(人民代表)所制定的稅捐法規定而負擔稅捐債務，亦即納稅義務人係因滿足稅捐法構成要件之規定，而自始形成其與稅捐機關所代表之

國家或地方自治團體間的稅捐債權債務關係，從而，稅捐屬於依法所形成之公法上債權債務關係，乃法定之債。至於，稅捐機關依稅法規定嗣後作成之核課行政處分，僅為確認(festsetzen)依稅法已形成之稅捐債權債務關係，並確認納稅義務人之稅捐債務應給付期限，亦即稅捐債務之到期日(Fälligkeit)³。同一邏輯，倘若稅捐機關欠缺明文依據，即對納稅義務人發出課稅之行政處分，對納稅義務人而言，請求稅捐機關退還此等違法課徵或溢徵之稅捐，即為此處所稱，具不當得利性質之退稅請求權，由於稅捐為公法所形成之法律關係，故納稅義務人請求退稅之權利，應同屬具公法性質(öffentlich-rechtlicher Natur)之返還請求權(Erstattungsanspruch)⁴。

作為人民可得行使之公法上請求權，納稅義務人向該管稅捐機關請求為退稅時，稅捐機關自然要依據納稅義務人所提出之請求，作出准駁與否的行政處分。稅捐機關作成此一准駁行政處分，自然亦如同該機關在先前所作成之稅捐核課程序一般，係依照我國行政程序法的規定而作成，先予敘明。

(二)行使要件

1. 請求權人：受有稅捐損害者

3 Seer, in: Steuerrecht, Tipke/Lang (Hrsg.), Köln 2010, § 21 Rn. 280 ff.

4 Drüen, in: AO, Tipke/Kruse (Hrsg.), Köln Lfg. Okt. 2006, § 37 Rn. 18.; Brockmeyer/Ratschow, in: AO, Klein (Hrsg.), München 2009, § 37 Rn. 1.

稅捐稽徵法第28條規定之不當得利退稅請求權，理論上，請求權人應為先前繳納或溢繳稅款之納稅義務人。例外情形，例如土地稅法第4條第1項、房屋稅條例第4條第1項之代繳義務人，則應認定代繳義務人享有不當得利退稅請求權，蓋因代繳義務人雖非稅捐債務人、納稅義務人，但為實際上繳納稅捐之行為人，也就是實際上受有稅捐違法課徵或溢徵損害之人，故應令其取得請求退還稅款之權利。

2. 被請求權人：受有稅捐利益者

理論上，被請求權人應為先前徵收稅捐之稽徵機關所代表的國家或地方自治團體，蓋只有後者才是稅捐債權人（Steuergläubiger）。惟實務上，由於納稅義務人係向該管稅捐機關繳納稅捐，並以該管稅捐機關為相對人申請退稅，由後者機關作成准駁與否之行政處分，故被請求權人應為各該受納稅義務人退稅請求之稅捐機關。

3. 可歸責於納稅義務人或稅捐機關之事由？

如本文前言所述，稅捐稽徵法第28條第1項與第2項規定，係依據「可歸責於納稅義務人」與「可歸責於稅捐機關」分別所導致之錯誤等兩種型態，區分納稅義務人得請求不當得利退稅請求權之行使要件，並決定兩者在行使法律效果上的歧異，前者有五年時效，後者卻無此等權利行使期間之法律上限制。

上述要件區分之法理基礎，並不完全契合行政程序法規定，蓋我國行政程序法第9條、第36條規定，行政機關

係依據職權調查證據，不受當事人主張之拘束，並應對當事人有利不利事項一律注意。換言之，無論是在原先之稅捐核課程序或嗣後的退稅請求程序，依據行政程序法的規定，均係由稅捐機關依職權(von Amts wegen)調查證據、認定事實、同時解釋並適用法律，故縱使是對納稅義務人有利之證據資料，例如系爭核課處分應屬違法、得適用職權撤銷，在職權調查證據之前提下，亦應由稅捐機關主動調查，若然，法條又如何進一步分成前述所謂「可歸責於納稅義務人」或「可歸責於稅捐機關」事由？就算是首先可歸責於納稅義務人之事由，亦即因納稅義務人首先適用法令錯誤或因計算錯誤而申報，難道稅捐機關在作成稅捐核課處分時，就不能自行依法作正確的法令解釋、作正確的稅捐核課計算？吾人幾可確定，如果現實上真有首先可歸責於納稅義務人之適用法令或計算錯誤，只要嗣後稅捐機關確實依行政程序法規定，依職權調查證據、認定事實、解釋適用法律，實務上仍有很大機會或可能，發現納稅義務人先前因發生錯誤，從而，真有因法令或計算錯誤而發生應退稅情事者，其原因必然是徵納雙方均發生錯誤或者有懈怠查核責任等情事，才導致現實上納稅義務人溢繳稅款客觀結果的發生。

再者，稅捐稽徵法第28條第1項與第2項規定之區分，也誤解不當得利請求權的性質，蓋不當得利請求權在性質上，為中性地調整請求權人(受有損害者)與被請求權人(受有利益者)彼此間，因無法律上原因所發生的給付(給付型

態之不當得利)，或將利益歸屬於本應歸屬者(非給付型態之不當得利)，如此而已。換言之，不當得利並不具有非難、譴責行為人應盡未盡行為或注意義務之意，故亦無在構成要件上區分，何人有無可否歸責事由存在的必要性。在私法上，民法第179條規定不當得利之適用，即是如此，所謂有無可歸責於一方當事人事由的給付，原則上並不影響請求權人對於被請求權人，關於不當得利返還請求權利之行使⁵。從而，只要是具不當得利性質之退稅請求權，無論是解釋或適用時應關注的事實重點，僅在於受有損害者與受有利益者間，是否具備法律上的原因，與是否具備因果關係等要件判斷為定，與可否歸責於納稅義務人或稅捐機關的錯誤所導致者無關。

其實，2009年立法院因前年發生之陳長文律師事件而作的稅捐稽徵法修法，應該是個錯誤。立法者似乎不太清楚，我國稅捐稽徵法第28條第1項規定，亦即原稅捐稽徵法第28條規定，係為了配合同法第35條的救濟程序規定而設。換言之，由於我國各稅法之稅捐稽徵程序規定分歧雜亂，實務上，有些重要稅捐的徵收，例如個人綜合所得稅，係由納稅義務人自行依稅法規定作結算申報並即時繳納稅捐，亦即屬於自行適用法令並作稅額計算的情形。倘若稅捐機關對納稅義務人所作綜所稅之申報繳納並無任何

5 例外在民法第180條第4款規定：「因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限」係以可否歸責於受領人之不法，而決定請求權人可否主張不當得利給付之返還請求。

意見，認定納稅義務人並無應繳或應退稅款或者應補應退符合免徵或免退要件者，稅捐機關在現實上並不會發出任何核課或補退稅之處分書，僅係依所得稅法第81條第3項之規定，以公告方式載明。對於此類稅捐之徵收，因現實上未出現任何行政處分，納稅義務人縱然嗣後發現自己當初在申報繳納時適用法令有所錯誤或計算錯誤，導致溢繳稅款之客觀結果發生，因現實上無任何行政處分可為行政救濟程序之爭訟標的，也無從計算提起行政救濟之期間，從而，原稅捐稽徵法第28條乃規定：「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還；逾期未申請者，不得再行申請」，是以退稅請求權之行使代替行政救濟程序的功能。反之，我國部分稅捐之核課，雖由納稅義務人先行報繳，但稅捐機關嗣後仍會依法發出核課處分或類此之行政處分書，例如我國營所稅的課徵，依所得稅法第81條第1項之規定：「該管稽徵機關應依其查核結果填具核定稅額通知書，連同各計算項目之核定數額送達納稅義務人」，法條雖名為「核定稅額通知書」，實際上並非觀念通知，而是具意思表示的行政處分，即可適用此處稅捐稽徵法第35條第1項本文之規定：「經稅捐稽徵機關核定之案件，除依稅法規定，不得提出異議者外，納稅義務人如有不服，應依規定格式，敘明理由，連同證明文件，依左列規定，申請復查」。換言之，原稅捐稽徵法第28條規定之「適用法令錯誤或計算錯誤」，是因現實上無行政處分可供爭訟，故

僅能以納稅義務人請求不當得利退稅的方式，代替原本應存在之行政救濟程序，並非2009年修法後刻意區分成所謂之「可歸責於納稅義務人」或「可歸責於稅捐機關」而導致錯誤的意思。

再者，原稅捐稽徵法第28條規定與稅捐稽徵法第35條之救濟程序規定係屬併行，兩者在規範適用上，完全基於原稅捐之徵收，是否在現實上存在行政處分而予以區分，並非有意讓納稅義務人在既有之行政救濟程序以外，額外給予納稅義務人再以退稅請求權為由，針對同一稅捐爭議事件，一再反覆爭執的意思。改制前之行政法院61年度判字第173號判例認為：「納稅義務人不服核定之遺產稅額與申請退還溢繳或誤繳之遺產稅款，係屬兩事。而退稅之申請，自不受遺產稅法第二十二條所定期限之限制」。亦即，依據實務此一見解，納稅義務人可完全無視原稽徵程序中，核課行政處分已經行政救濟程序終結，已經產生形式存續力(不可撤廢性)的客觀事實，只要納稅義務人在主觀上認定，稅捐機關係違法徵收或溢徵稅捐，即可向該管稅捐機關請求為退稅的行政處分，如被後者機關接受，納稅義務人自無異議，但若被駁回者，納稅義務人仍可繼續進行新一波的行政救濟程序。此種一再反覆提起的爭訟，不僅現實上對保護納稅義務人權利毫無助益，反覆爭執也只是讓部分納稅義務人(或其繼承人)，一再以權利救濟為名，行戕害法律平和性、法律安定性之實，並浪費有限的司法或訴訟資源而已。新修正之第28條第2項規定，則更成

為部分納稅義務人或其繼承人在事隔多年後，爭執當初全因稅捐機關違法課徵或溢徵稅款，一再反覆提起爭訟的理由。足見制度設計的不良，引來人性更多的貪婪。

4. 無法律上原因

在此，學說上有許多爭議，討論所謂無「法律上原因」，究竟是以稅捐實體法之規定為據？或者是以稅捐機關之行政處分為據？前者稱為實質法律原因說 (*materielle Rechtsgrundtheorie*)，後者稱為形式法律原因說 (*formelle Rechtsgrundtheorie*)⁶。

基於依法課稅原則，前述以稅捐實體法律規定作為準據，判斷納稅義務人之退稅請求權，是否具備法律上原因的實質法律原因說，應屬較為可採⁷。再者，我國稅捐稽徵實務中，因部分稅捐之核課，如前所述，現實上並未出現行政處分，從而採取實質法律原因說，亦較能反映我國實際的看法⁸。惟此說之問題在於，稅捐機關作成的核課處分，

6 Drüen, in: AO, Tipke/Kruse (Hrsg.), Köln Lfg. Okt. 2006, § 37 Rn. 35, 35a.; Boeker, in: AO FGO, Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Köln Lfg. Jun. 2000, § 37 Rn. 28, 29; Brockmeyer/Ratschow, in: AO, Klein (Hrsg.), München 2009, § 37 Rn. 4.

7 相同意見, Drüen, in: AO, Tipke/Kruse (Hrsg.), Köln Lfg. Okt. 2006, § 37 Rn. 35.; 相反見解, Brockmeyer/Ratschow, in: AO, Klein (Hrsg.), München 2009, § 37 Rn. 3; Boeker, in: AO FGO, Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), § 37 Rn. 28.

8 在德國學界，似乎以相反見解為多數說，可參 Lang, in: Steuerrecht, Tipke/

如果在不當得利退稅請求權採實質法律原因說底下，所扮演角色為何。亦即，稅捐機關違法作成課稅處分，請求退稅之納稅義務人是否需要，先針對違法核課稅捐之行政處分，提起行政救濟程序，亦即先將原違法行政處分，請求予以撤銷或變更？如果納稅義務人曾經提起，經受理爭訟之訴願或行政法院駁回確定者，在原核課處分已具備形式存續力的前提下，是否仍容許納稅義務人，享有主張此處規定之退稅請求權的餘地？

上述問題的答案，必須視核課稅捐之原行政處分的瑕疵，究竟到何種程度而決定。換言之，無效之行政處分，依我國行政程序法第110條第4項規定，係當然、確定並自始的不生任何效力，故而，稅捐機關核課稅捐之原行政處分，若屬法律規定應為無效之情形（行政程序法第110條規定），對於曾經徵收稅捐並仍保有稅捐之稅捐機關而言，並無繼續保有該等稅捐的任何法律上原因，其既欠缺稅捐實體法規定，又欠缺系爭行政處分作為法律基礎。從而，實務上並無理由要求，納稅義務人應先對於前述核課稅捐之原行政處分，提起行政救濟程序，亦無必要要求納稅義務人，應先依行政程序法第113條第2項規定，提請確認原行

Lang (Hrsg.), Köln 2010, § 7 Rn. 73. 關於德國實務界所採取之看法，學界的看法相當分歧，並未具有一致性，蓋有學者認為德國實務見解不一，參 Drüen, in: AO, Tipke/Kruse (Hrsg.), Köln Lfg. Okt. 2006, § 37 Rn. 35a，但亦有學者認為德國實務見解傾向拒絕形式法律原因說，採實質法律原因說，參 Brockmeyer/Ratschow, in: AO, Klein (Hrsg.), München 2009, § 37 Rn. 4.

政處分無效之訴訟。反之，瑕疵非屬無效，僅屬違法得撤銷之行政處分，由於該等違法核課稅捐之原行政處分，依據行政程序法第110條第3項之規定，行政處分未經撤銷或廢止者，效力依然繼續存在，從而，納稅義務人若未經過對於核課稅捐之原行政處分提起行政救濟程序，或曾經提起行政救濟程序而經駁回確定者，將使原屬違法核課稅捐之原行政處分，繼續保有其形式上效力，成為稅捐機關繼續保有原屬違法核課稅捐之形式上法律上原因。換言之，依據稅捐實體法規定，稅捐機關固然欠缺實體法律上原因，以繼續保有該等稅捐，惟因系爭稅捐之徵收曾經過稅捐核課之行政處分，該等行政處分卻因具備形式存續力，故而可認定為存在繼續保留該等稅捐之形式上原因。實際上，法律在先前核課行政處分生效時，已給予納稅義務人依行政救濟程序提起爭訟，以保護或救濟其權利受損的機會與可能性，此時基於法律平和性、法律安定性之考量，吾人不能不同時考慮，原行政處分已具備形式存續力的因素。從而，納稅義務人並不能於嗣後再對稅捐機關主張不當得利退稅請求權。此處所言之不得主張，係指納稅義務人之退稅請求權，應從程序上即予駁回，並非進入實體審理後，再判斷核課稅捐之原行政處分是否違法⁹，蓋是否違

9 就此點而言，Drüen 的看法似乎較傾向於採取實質審理後予以駁回的意見，參 Drüen, in: AO, Tipke/Kruse (Hrsg.), Köln Lfg. Okt. 2006, § 37 Rn. 37. 若然，則氏之意見，在結果上即與前述我國改制前行政法院 61 年度判字第 173 號判例的見解較為一致。

法之因素，已在先前以原行政處分為爭訟標的之行政救濟程序中加以判斷，或是未經納稅義務人據以爭執而早已具備形式存續力，故不宜再次作為嗣後提起之退稅請求權，就屬於一體兩面問題之有無「法律上原因」，成為再次爭執的要素。就此部分而言，本文所採取之實質法律原因說，與前述之形式法律原因說，兩者在最終結果上，並無太大歧異¹⁰。

5. 受損與受益間具備因果關係 (Kausalität)

由於退稅請求權人通常係向原進行申報繳納之稅捐機關，或向作成核課稅捐之原行政處分的稅捐機關為請求，故稅捐給付之受益與受損間，必然具備因果關係。此種不當得利退稅請求權的型態，相當於民事法上所稱「給付型態之不當得利」(Leistungskondiktion)類型，亦即不當得利給付之退還，只要循著原先稅捐給付之路徑退回(通常還會加計利息)即可。

三、不當得利退稅請求權與其他程序法規範之競合

(一) 與行政救濟程序(稅捐稽徵法第35條、第38條)

如本文前述，原稅捐稽徵法第28條規定係與同法第35條所規定之行政救濟程序相互併列，前者適用於我國稅捐

10 Lang, in: Steuerrecht, Tipke/Lang (Hrsg.), Köln 2010, § 7 Rn. 73 Fn. 62.

稽徵實務上，現實上欠缺稅捐機關作成行政處分之稅捐，例如綜合所得稅的徵收；反之，後者適用於現實上存在稅捐機關發出的行政處分，亦即要求納稅義務人應先對於該等行政處分，進行復查程序，之後再依據同法第38條規定進行訴願及行政訴訟程序，以確定核課稅捐之原行政處分是否有違法或不當之處。

問題在於，現行稅捐稽徵法第28條之規定，已經於2009年修改成如今日的法律條文，將退稅請求權之行使，區分成「可歸責於納稅義務人」（第1項）與「可歸責於稅捐機關」（第2項）兩種類型，如果吾人在現實上無法立即廢止前開修法之法律條文，在現行法基礎下，將如何協調其與稅捐稽徵法第35條所規定之復查程序及稅捐稽徵法第38條規定之訴願及行政訴訟救濟程序間的關係？

本文依然認為，在體系解釋及目的解釋下，稅捐稽徵法第28條規定之適用，並不能凌駕或排斥同法第35條及第38條所規定之行政救濟程序。換言之，只要在原稅捐之稽徵程序中，曾經出現稅捐機關作成之核課稅捐之行政處分者，只要按時提起復查、訴願及行政訴訟程序，已足以保護並提供納稅義務人，進行權利救濟之機會與可能性，並無再讓其於嗣後得適用稅捐稽徵法第28條之規定，不論是第1項或第2項規定，主張不當得利退稅請求權的法理基礎可言，蓋前述之行政處分未經撤銷，已經具備形式存續力，吾人不能不尊重此一行政處分所具備形式上的法律效力。

由於我國稅捐稽徵實務的分歧雜亂，實務上，除了由納稅義務人自行申報繳納之綜合所得稅，由稅捐機關於納稅義務人報繳後發出核課稅捐處分之營利事業所得稅以外，尚有由納稅義務人申報後，先由稅捐機關發出核課處分書，再由納稅義務人繳納之土地增值稅(土地稅法第49條、第50條)，以及依據公告開徵，納稅義務人再依據稅捐機關寄發之稅單通知書而繳納的地價稅(土地稅法第42、43與第44條)、房屋稅(房屋稅條例第12條)與使用牌照稅(使用牌照稅條例第10條第2項)等不同類型。另外一個重要稅目，亦即營業稅之課徵，依據營業稅法第42條之1第1項與第3項規定，較接近上述營利事業所得稅徵收之型態，亦即無異議者係由稅捐機關以公告方式載明，有異議者則對納稅義務人寄出補稅通知書(實則屬於課稅處分書)，在此併予敘明。

從而，若「非得」將部分稅捐徵收之類型，納入前述稅捐稽徵法第28條第2項規定中所稱「納稅義務人因稅捐機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳稅款者」的適用範圍不可，本文之見，或許以上述公告開徵，由稅捐機關主動開出稅單通知書，令納稅義務人繳納稅捐之地價稅、房屋稅與使用牌照稅，可為「惟三」屬於本項規定可能適用的範圍。雖然，公告開徵在解釋上，仍可認為稅捐機關係以一般處分之方式，進行上開稅捐的徵收，既然是一般處分，納稅義務人仍有依法進行訴願及行政訴訟等行政救濟程序之機會與可能性，再

者稅捐機關在現實上仍會在公告後，對納稅義務人發出課稅通知單，提醒後者應按時繳納相關稅捐，故對納稅義務人而言，此一通知單亦可認定等同於具備意思表示之行政處分，故理論上，吾人亦可以稅單通知書之到達，作為行政處分書的送達，以之作為行政救濟程序之爭訟標的。只是，一般而言，普通不具稅務知識之納稅義務人，通常對於地價稅與房屋稅公告開徵的時間，並未給予相當充分之注意，又上開稅單通知書在實務上，均非以正式行政文書的方式送達，納稅義務人方往往因為工作或私務繁忙而加以忽略，無法及時對通知單上所載事項給予充分注意及反應。即以本文前述陳長文律師之溢徵房屋稅事件為例，氏應屬無法即時對於該等開徵公告，或對上述稅單通知書及時作成反應，因此而錯過提出行政救濟之時間與程序。從而，在此種前提下，依據公告開徵之地價稅與房屋稅，本文認為，當屬可列入修法後稅捐稽徵法第28條第2項規定之適用範圍。

此外，由於我國實務上承認，稽徵程序中之納稅義務人，縱使在先前稅捐稽徵程序過程中，未曾對於核課稅捐的原行政處分表示異議，或不服後經行政爭訟程序已經駁回確定，仍可依此處稅捐稽徵法第28條(無論是依據第1項或第2項)之規定，主張不當得利之退稅請求，受理之稅捐機關仍須實質審理，故實務上須處理之問題，乃請求權人向原稽徵機關請求為退稅時，若遭後者之拒絕，此一拒絕仍屬具備意思表示之行政處分，故在我國將依照我國行政

爭訟程序規定，以該等拒絕作為獨立之行政處分，成為行政救濟程序之爭訟標的，依訴願法第1條第1項規定提起訴願，依行政訴訟法第4條第1項規定提起行政訴訟。惟理論上，人民向行政機關請求具公法性質之請求遭拒絕時，應逕行向該管之行政法院提起一般給付之訴（行政訴訟法第5條參照），如為國賠給付請求，則向普通法院起訴請求，並非以遭拒絕之行政處分作為行政爭訟標的，先提起訴願，再有不服則提起撤銷訴訟（行政訴訟法第4條規定參照），併予敘明。

（二）與撤銷、廢止行政處分（行政程序法第117條、第122條）

撤銷或廢止行政處分，係指行政機關對前曾有效作成的行政處分，依行政程序法第117條規定，撤銷違法之行政處分，或依同法第122條規定，廢止合法之行政處分，因兩者均以行政機關前曾作成行政處分為前提要件，故此處並非討論上開規範，與稅捐稽徵法第28條不當得利退稅請求權間的規範競合關係，應該是討論其與稅捐稽徵法第35條規定之間的競合關係，蓋稅捐稽徵法第35條之規定，如前所述，亦以前曾存在稅捐機關之核課稅捐的行政處分為適用前提。

依據行政程序法第117條本文之規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷，其上級機關，亦得為之」。依法條規定之文義，吾人即可得知，本條撤銷違法之行政處分（核課稅捐之

行政處分)，主要適用於「法定救濟期間經過後」。就此點而言，已經與稅捐稽徵法第35條乃至於該法第38條之規定有別，蓋稅捐稽徵法之上述兩個條文規定，均適用納稅義務人於「法定救濟期間內」提起復查、訴願或行政訴訟等行政救濟程序。問題在於，納稅義務人有無申請行政機關發動本條規定職權的公法上權利？若肯定者，此種公法上權利，有無在「法定救濟期間內」，即可發動或行使的可能性？若予肯定者，納稅義務人即可無庸等待法定救濟期間經過，可立即申請或由稅捐機關本身發動職權，撤銷違法之行政處分。當然，此處仍應注意，行政程序法第117條但書規定，行政機關基於撤銷於公益有重大危害，或基於信賴利益保護原則，即有縱屬違法但仍不得撤銷違法行政處分之情形，併予敘明。

或認為，如果行政處分確實違法，則肯認人民有申請行政機關依行政程序法第117條規定職權撤銷違法行政處分的公法上權利，較能保護人民。此說雖非無據，但如此一來，本條規定將與相對人民依後述行政程序法第128之規定，向行政機關申請程序重開以撤銷、廢止或變更原行政處分者，即無任何區別實益可言。法律適用者透過解釋，將兩個本可各自獨立發揮功能的條文相互結合，導致其中一個條文原先規定之功能喪失者，並非正確的解釋方法。無寧，應探求法條規範之意旨，讓兩個條文均能各自發揮救濟違法行政處分的功能者，將是更為合宜的解釋結果。

考察我國行政程序法第117條之規定，與德國行政程

序法第48條的規定，兩者係屬相當。在該國，行政程序法第48條撤銷違法行政處分(Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes)之規定，第49條廢止合法行政處分(Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes)之規定，均與第51條相對人申請行政程序重開(Wideraufgreifen des Verfahrens)規定之功能，互不重疊，此觀該法第51條第5項之規定，即可得知。依據德國學界多數見解，相對人依據前述第48條規定，申請撤銷違法行政處分者，係只有當行政機關所為違法之行政處分，基於裁量權限縮減至零(Ermessensreduzierung auf Null)，若當事人無法利用行政程序重開之規定加以撤銷時，例如已經逾越法定之救濟期限，即承認相對人可向行政機關申請，使行政機關發動職權撤銷前述違法之行政處分¹¹。換言之，只有在例外之情形下，容許相對人具有申請依據德國行政程序法第48條規定，撤銷系爭違法行政處分之公法上權利。前述所稱之裁量權限縮減至零的情形，例如基於行政自我拘束原則(Selbstbindung der Verwaltung)，行政機關對於與相對人相同之其他情形中，均將原先作成之違法行政處分予以撤銷，或給予與之相當的一般性指示，故若此時不依職權予以撤銷者，將有違反基本法(Grundgesetz)第3條規定之平等原則之虞，即屬此類情形¹²。

11 Ramsauer, in: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kopp/Ramsauer (Hrsg.), München 2010, § 48 Rn. 34, 79-81.

12 Ramsauer, in: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kopp/Ramsauer (Hrsg.), München

從而，參考德國學界之上述意見，我國行政程序法第117條的規定，在解釋上似乎亦應僅限於例外情形，始能容許納稅義務人可據以申請稅捐機關撤銷核課稅捐之原行政處分，亦即稅捐機關在以往的行政慣例中，均主動將與此類似之違法行政處分依據職權予以撤銷時，納稅義務人例外於此等情形下，有申請稅捐機關依法發動職權，撤銷違法核課稅捐之原行政處分的公法上權利。在此前提下，納稅義務人似乎即無必要等待，提起復查、訴願與行政訴訟等一般行政救濟程序的法定期限經過，應可即時申請，請求稅捐機關發動職權，撤銷違法之行政處分，此亦為德國學界多數之意見¹³。

關於我國行政程序法第122條規定之廢止合法行政處分，解釋上，並不以合法行政處分為限，亦即違法之行政處分，原則上雖應予以撤銷，但亦可適用本條規定由原處分機關予以廢止，蓋究竟採取撤銷或廢止之行政處分，除裁量權限縮減至零的情形以外，可由原處分機關依個案中相對人之信賴保護的適用情形，個案裁量決定之。在德國，亦採取相同見解¹⁴。

依據同樣前述關於撤銷行政處分之說明，我國行政

2010, § 48 Rn. 79.

13 Ramsauer, in: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kopp/Ramsauer (Hrsg.), München 2010, § 48 Rn. 80. 惟德國實務界採取相反見解, vgl. ders. § 48 Rn. 35.

14 Ramsauer, in: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kopp/Ramsauer (Hrsg.), München 2010, § 49 Rn. 5.

程序法第122條廢止行政處分，與第128條申請行政程序重開，係屬兩個均能發揮各自功能的獨立條文規定，故原則上，前條規定應屬行政機關依據職權而廢止行政處分之情形，相對人除於裁量權限縮減至零之情形以外，並無申請行政機關依據第122條規定依據職權廢止行政處分之公法上權利。

(三) 與申請行政程序重開(行政程序法第128條)

依據行政程序法第128條第1項規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：一、具有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。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、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」。依據草案之立法理由指出，本條規定係「為加強對人民權利之保護，並確保行政之合法性，本法特於一定要件下，賦與行政處分之相對人或利害關係人得申請管轄機關撤銷、廢止或變更原處分，同時明定行政機關對上開申請之處置，以期本法程序保障更合乎法治國家之精神」¹⁵，此即為學說上所稱

15 立法院公報第 88 卷，第 6 期，第 596 頁。網路資料，參立法院國會圖書館，

之行政程序重開(Wiederaufgreifen des Verfahrens)。

關於本條規定之行政程序重開，由於適用上必須以前曾存在行政處分為前提，從而，依照本文前述，對於稅捐稽徵法第28條與第35條、第38條規定之間各自適用範圍的區分而論，與其說此處係討論上開條文與不當得利退稅請求權彼此間的規範競合關係，不如說是，本條規定與稅捐稽徵法第35條、第38條因提起行政救濟程序後，在行政救濟程序中亦存在與此處行政程序重開相當的程序，例如訴願法第97條所定訴願再審程序、行政訴訟法第273條所定行政訴訟再審程序(Wiederaufnahme des Verfahrens)，甚至是行政訴訟法第284條之重新審理程序，上述各程序彼此之間，究竟有何種關連性？是否存在排斥關係？或是併存數種救濟程序之可能性？

我國實務對於以上所述之數程序彼此間，規範競合關係的看法，既未曾有完整討論，也未有一致性的見解。例如，最高行政法院95年度判字第1809號判決認為：「行政程序法第128條第1項規定所稱『於法定救濟期間經過後』，係指行政處分之相對人或利害關係人於法定救濟期間內，未依法定之救濟程序請求撤銷、廢止或變更，致該行政處分發生形式之確定力而言。基於法之安定性原則，相對人或利害關係人即應尊重其效力，不得再有所爭執。惟為保護相對人或利害關係人之權利及確保行政處分之合

法性，法律乃明定於具有一定事由時，准許相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更，以符法治國家精神。因此，倘相對人或利害關係人已依法提起訴願或行政訴訟，即發生阻斷原行政處分確定之效果，自應循該救濟程序救濟，並無適用上開規定申請撤銷、廢止或變更原行政處分之餘地」，換言之，依據此處最高行政法院所表示之意見，倘若系爭行政處分曾經提起訴願或行政訴訟程序進行救濟者，行政處分之相對人即應循該等程序進行救濟，不能再適用行政程序法之規定申請程序重開撤銷廢止或變更原行政處分，隱約採取行政訴訟之再審程序，與行政程序重開程序不得併存的看法。反之，臺北高等行政法院92年度訴字第5535號判決認為：「程序重開之申請係在廢止或撤銷行政處分之存續力，所以經判決維持之行政處分亦可提起程度重開之申請，另行政訴訟再審制度係在廢棄原確定判決，並繼續進行原行政訴訟程序，是以經再審判決確定之事件，仍得依行政程序法第128條之規定提起程序重開之申請，二者可併行」，此處判決所表示之意見，顯然認為行政訴訟的再審程序與行政程序重開程序係屬併存程序，兩者並不互斥。

實際上，無論是行政程序法之行政程序重開、訴願法或行政訴訟法之再審，或訴訟法之重新審理程序，均屬非常態性的救濟程序(außerordentlicher Rechtsbehelf)，均須依當事人或利害關係人之申請或提起才能發動，不能由受理管轄之行政或司法機關自行發動，從而，上述法條規

範之目的，顯然主要目的均在保護人民之公法上權利，不受違法行政處分或違法裁判的侵犯。另一方面，非屬常態之救濟程序，其得申請的救濟事由，均以法條所列規定事由為限，屬於閉鎖式條件之規定，蓋如果法律上過於放寬非常態提起救濟之事由，勢必將破壞在一般常態性救濟程序下，所能發揮之法律平和性與法律安定性的功能，導致系爭爭議事件長期懸而未決，此種不定狀態無論對於行政機關、相對人或甚至是利害關係人而言，均屬不利。

行政訴訟法第284條所規定之重新審理程序，係由原判決當事人以外之訴外第三人所提起的非常態性救濟程序，蓋因其現實上未能參加原判決之訴訟程序，且其未能參加並未存在可歸責之事由為前提。就此而言，吾人即可區分上述之重新審理程序，與行政訴訟法第273條所規定之再審程序間的歧異，蓋再審之訴依據行政訴訟法第277條第1項第1款之規定，係由當事人所提起之非常態救濟程序。至於，訴願法第97條所規定之訴願再審程序，與行政程序法第128條所規定之行政程序重開申請，除申請權人包括當事人(含參加人在內)及利害關係人以外，一樣與上述行政訴訟法第273條所規定之再審程序，有著相同的二階段判斷程序的結構：第一階段，先判斷是否具備再審程序或再開程序之事由，第二階段才判斷系爭原處分是否具備應與撤銷、廢止或變更事由，若然則應如何為新之行政處分¹⁶。

16 二階段程序判斷理論，我國實務見解可參，最高行政法院97年度裁字第

以上兩個階段之行政處分，概念上雖均為各自一個新的決定或行政處分，但基於再審與程序再開之性質，為避免嗣後之救濟程序過於紛雜，宜解為僅為一個新的決定或行政處分¹⁷。亦即，若當事人或利害關係人申請訴願再審或程序再開獲准者，新的決定或行政處分，即包含肯定原處分存在法定之再審或再開事由，原行政處分存在應予撤銷、廢止或變更的事由，以及新的行政處分之內容為何等三方面。

從而，吾人雖肯定行政程序法第128條所規定之行政程序重開，應與行政訴訟法第274條規定之再審程序，有部分內容上確實有相互重疊之處，亦即原行政處分存在應予撤銷、廢止或變更的事由，以及新的行政處分之內容為何等兩方面，但是，對於第一個內容，亦即程序再開與再審事由的存在，兩個程序所針對的對象顯然並不相同：行政程序重開所針對之對象，為行政處分本身是否存在著法定事由，而行政訴訟之再審程序所針對對象，卻是以判決本身是否存在法定再審事由。兩者即有功能上的區分以及歧異，亦為兩者程序理論上應可併存，供行政處分之相對人或利害關係人選擇行使的重要依據。蓋尤其是非屬行政處分相對人之利害關係人，通常並無機會知悉行政處分之

5406 號。德國學界見解可參，Ramsauer, in: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kopp/Ramsauer (Hrsg.), München 2010, § 51 Rn. 12a.

17 我國實務似乎採取相反見解，參前註所引最高行政法院 97 年度裁字第 5406 號裁定。

內容，而能及時參與針對原行政處分所提起的行政救濟程序，而行政訴訟法第284條所規定之重新審理程序，關於提起聲請之權利行使時間與條件限制頗為嚴格，尤其第2項但書規定：「但自判決確定之日起已逾一年者，不得聲請」，對於未及提起訴訟之利害關係人頗為不利，依據行政程序法第128條規定之申請行政程序重開，遂成為最後一道救濟其權利受損的途徑，從而，前述我國實務見解的歧異，應以臺北高等行政法院92年度訴字第5535號判決之見解可採。這也是我國行政程序法第128條第1項規定中提及「但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限」之用意，蓋若本條之申請再開程序與行政訴訟再審程序係屬相互排斥的救濟程序，即無在此設此但書規定之必要。至於，訴願法第97條規定之訴願再審程序，本文認為，立法論上宜刪除，蓋訴願在整個行政救濟程序中，並非最終審級的救濟程序，並無訂立再審程序之必要，且其救濟功能完全可由當事人或利害關係人向行政法院提起行政訴訟之程序加以代替，故而設此訴願再審規定，只是畫蛇添足而已，此觀德國法制上，並無訴願再審之救濟制度，亦可得知。

(四) 與無效行政處分之確認(行政程序法第113條)

如本文前述，無效之行政處分，依行政程序法第110條第4項規定，係屬自始不生效力，故而，除了法條所定可補正之瑕疵(行政程序法第114條第1項規定參照)情形以外，

此類核課稅捐之原行政處分，若經認定屬於瑕疵重大因而無效之行政處分者，納稅義務人並無必要先提起確認無效之行政訴訟(行政訴訟法第6條規定參照)，亦無必要等待行政機關先依職權確認其無效(行政程序法第113條第1項規定參照)，即可逕行依據稅捐稽徵法第28條規定，主張不當得利退稅請求權。至於，係依據該條之第1項或第2項規定？由於行政機關作成核課處分均依據職權調查證據，故而，本文看法認為應可認為，稅捐機關應負擔依據職權調查證據之事實認定的最後責任，故較為恰當的適用規範依據，應為該條第2項之規定。只是，該項規定在適用上，如前所述，並無五年請求權時效的適用，違反行政程序法第131條規定，立法論上仍應予以修正，以茲符合一般所理解之長期在權利上睡覺之人不能主張權利之權利失效的法理。

四、結論：雜亂無章的稽徵程序與治絲益棼的修法

修正前稅捐稽徵法第28條之規定，原係為了稅捐實務上，納稅義務人依據部分稅法之規定，例如綜所稅或印花稅等，須自行申報繳納稅捐，因在現實上未出現任何稅捐機關所給予之行政處分，無法讓納稅義務人依據一般稅捐程序該有的爭訟程序，依照稅捐稽徵法第35、38條之規定提起復查、訴願及行政訴訟，故而給予納稅義務人在其自動報繳稅捐後的救濟管道，並非有意在前開爭訟程序以

外，額外給予救濟管道，蓋只要經過稅捐機關依法發出稅捐之行政處分，納稅義務人均有機會與權利，對於上述行政處分提起稅捐爭訟程序，法條所謂「適用法令錯誤或計算錯誤」，只是表明本條請求權，性質上屬於公法上「無法律原因」之不當得利請求權的例示。如果實務上，稅捐之核課係以稅捐機關發出的行政處分為前提者，例如營所稅、營業稅、土增稅或遺產稅等，納稅義務人若有不服，本應即時依法對於系爭行政處分提出行政爭訟程序以為救濟，未經提起或曾經提起爭訟程序而因程序或實體理由，遭受駁回而確定者，稅捐核課行政處分即產生形式存續力，除非是法律上自始當然無效的行政處分，在系爭行政處分未經撤銷或廢止以前，納稅義務人或稅捐機關不得亦不應任意否定系爭行政處分形式存續力的存在。此一行政處分也因此構成實務上，稅捐機關得繼續保有系爭稅捐債權的「法律上原因」。

然而，2009年稅捐稽徵法第28條之修法，將原條文移作第1項，同時增添第2項的規定，據此將錯誤發生之原因區分成「納稅義務人自行適用法令錯誤或計算錯誤溢」（第1項）與「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」（第2項）兩種，並分別決定此處「具不當得利性質」之退稅請求權的適用要件與請求權時效。此種要件適用上之區分，忽略稅捐稽徵程序屬行政程序之一環，本即應由稅捐機關依據職權調查證據，對納稅義務人有利不利之事實均應一併注意的基本原則，也同樣

忽略前述若稅捐機關曾經對系爭稅捐作成行政處分，則納稅義務人本應先對於系爭行政處分進行爭訟程序，未經爭訟或經爭訟程序後已經確定者，即應認定系爭行政處分已具備形式存續力的客觀事實。由於本條規定之修法，導致稅捐實務上，不少納稅義務人執數年前、甚至十數年前早經確定的稅捐核課處分，一再向原處分機關爭執系爭行政處分之有效性，並據以主張請求此處稅捐稽徵法第28條第2項規定之退稅請求權，不僅現實上徒增司法訟源，增加訴訟資源無意義之浪費，亦無助於納稅人權利的保護，蓋此種訴訟結果多因系爭行政處分仍繼續有效存在而遭駁回，也同樣忽視法律安定性、法律平和性的要求。從而，這種修法不僅未解決問題，還製造更多新的爭議問題。

面對上述修法（稅捐稽徵法第28條第1項與第2項分列）的客觀事實，吾人乃必須為系爭稅捐稽徵法第28條第2項規定，找尋實務上可供適用權利救濟的途徑。稅捐稽徵法第28條第1項若係針對現實上無行政處分之稅捐徵收，例如綜所稅或印花稅，反之稅捐稽徵法第35、38條則係針對現實上出現稅捐機關作成的行政處分，例如營所稅、營業稅、遺產稅等，提供稅捐救濟程序的可能性，則唯一提供稅捐稽徵法第28條第2項規定「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」而有適用機會者，將只剩實務上以公告方式開徵之稅捐，例如地價稅、房屋稅或使用牌照稅等，以其公告作為一般處分，而有適用此處規定，並提供納稅義務人權利救濟途

徑的可能，蓋以一般處分亦即公告開徵方式，隨後由稅捐機關對於納稅義務人所寄出的課稅通知單，性質上僅可認定屬觀念通知，並非核課稅捐之行政處分，故而，無法對上開通知單，依稅捐稽徵法第35、38條規定提起一般稅捐核課所適用之復查、訴願及行政訴訟程序進行救濟，而僅能行使主張此處的退稅請求權，以達實質上救濟納稅義務人權受損害之目的。應附帶說明者，在稅捐稽徵法第28條修法以前，上述所稱以公告方式開徵之地價稅、房屋稅或牌照稅，理論上均可以嗣後寄發之課稅通知單，作為核課稅捐之行政處分，而對其提起稅捐稽徵法第35條所規定之復查，與第38條所稱之訴願及行政訴訟程序，以為救濟。此處理論之說明與變化，純粹只是為了讓稅捐稽徵法第28條第2項規定，現實上有適用可能，讓納稅義務人主張權利救濟途徑的可能性而已。

稽徵程序中，若現實上出現稅捐機關所發出的稅捐核課處分，如前所述，納稅義務人本應依據稅捐稽徵法第35條、第38條規定，對於核課稅捐處分提起行政救濟程序，若納稅義務人未曾提起或提起之後經過判決確定者，該等核課稅捐之行政處分即具備形式存續力，徵納雙方均不得任意爭執或變更該等存續力所表彰的權利義務關係內容。行政程序法於2001年施行後，上述救濟程序與該法第113條關於法律行為無效、第117條違法行政處分的撤銷與第128條當事人申請行政程序重開之數規範，彼此間的競合關係，應受注目。依據本文意見，若稅捐核課處分因具有重

大瑕疵，而有行政程序法第110條所規定情形者，因為無效之行政處分自始當然確定不發生任何效力，故納稅義務人無庸先行提起確認行政處分或法律關係無效之訴，而可逕行依據稅捐稽徵法之規定請求為退稅。反之，若非屬於重大瑕疵而是其他違反程序法或實體法之違法行政處分者，由於系爭行政處分在未經行政程序法第117條撤銷或同法第123條廢止前，仍具備行政處分之形式存續力，從而，納稅義務人並無繞道直接主張依據稅捐稽徵法之規定而請求稅捐機關進行退稅的權利，若納稅義務人依然起訴，主張上述之退稅請求權者，本文以為，應以程序上理由逕予駁回，無庸進入實體審理階段。上述行政程序法第117條，有關行政機關依職權撤銷違法行政處分之規定，依據德國學界多數意見之看法，僅在裁量權限縮減至零的情形中，例外承認相對人民亦即納稅義務人具備公法上之請求權，換言之，如果無上述例外情形，稅捐機關可依據便宜原則，享有決定是否依據職權，主動撤銷本屬違法行政處分的裁量權限。若屬於行政程序法第128條之申請程序重開，即屬納稅義務人享有之公法上請求權，若稅捐機關拒絕程序重開，性質上應屬行政處分，理應給予當事人另提起行政救濟程序的機會，惟目前實務上係以觀念通知視之。申請行政程序重開之性質，相當於行政訴訟法第273條規定以下之再審程序，換言之，行政機關若同意相對人再行開啓行政程序，猶如行政法院同意當事人開始再審程序一般，應直接進入本件系爭之行政處分應如何為之的決定程序中。兩

者在整個救濟程序中，均屬非通常程序之救濟方法，兩者之間功能，並不互相排斥，而可相互併存。

與談實錄

政治大學法律系詹教授鎮榮：

主持人王副局長、報告人柯教授、共同與談人楊法官以及在座各位先進，大家午安。很榮幸主辦單位給我這個機會來針對柯教授這篇大作發表個人的心得。我個人的研究領域雖然不是在稅法方面，不過針對稅捐稽徵法第28條修正以後的規範結構，以及其衍生出種種的法律問題，在此利用今天這個機會，就個人心得就教於各位。以下我的與談內容大概可以分為2個部分，其實針對稅捐稽徵法第28條的討論，目前在學界以及實務相關的文獻已經是汗牛充棟。縱然如此，大概我們可以從2個面向來談稅捐稽徵法第28條的現行規範，第1個面向是從現有已經修法實施以後的現行規範釋義學的角度來談，第2個面向是跳脫實定法的規範，從立法論及立法政策的角度來探討其修法的妥適性以及提出再修法的意見。這2個觀點其實在柯教授的大作中都隱藏伏筆，不過大概比較聚焦的是在實定法的面向如何去解決的問題，所以我想依循這樣脈絡先來談談實定法的問題，如果有剩餘的時間，再來跟大家談談立法論的一些心得。柯教授的文章事實上可以分為2個層次，第1個層次是針對稅捐稽徵法第28條的法律定性去作剖析；第2個層次是針對在行使稅捐稽徵法第28條退稅請求權的時候，請求權的行使及周邊的規範，例如同法第35條、第38條以及行政程序法第117條、第128條之間的關聯性。簡而

言之，大概可以分爲2個問題的層面來檢討，就是稅捐稽徵法第28條本身到底是怎樣的規範內容。根據柯教授的見解，認爲這是具有不當得利性質的公法上退稅請求權，對於這樣的見解，個人敬表同意，這大概也是目前學界及實務見解比較多數的看法。縱然如此，我覺得這樣的層次的鋪陳是非常重要的，因爲第1階段如果沒有正確地去定性，在實定法的面向上面，要去解決第2個層次它跟周邊法律之間的關聯性，幾乎是不可能。也就是說，當我們拋出第2階段這些法規範的競合或者是有無關聯性的時候，會隨著第1個層次，到底稅捐稽徵法第28條的法律性質爲何，而有不同的思考脈絡。在書面的報告裡面柯教授可能沒有表明的很清楚，但如果我的理解沒有錯的話，柯教授可能是要點出1個問題，就是報告人在報告中援引了許多關聯性的問題，事實上這些問題都跟第28條無關，它是1個假命題，也是1個假的預設的前提，也就是說，可能是行政程序法第117條跟稅捐稽徵法第35條的問題，也可能是稅捐稽徵法第35條、第38條跟行政程序法第128條或是跟行政訴訟法的問題，而不是跟稅捐稽徵法第28條的問題。所以就回歸到稅捐稽徵法第28條，除了我們把它認知爲它是具不當得利性質的退稅請求權之外，我們還可以從那一些觀點把它的定性加以深化。我個人的初步理解，如果從釋義學的角度來看稅捐稽徵法第28條規範的文義以及整個修法的沿革，以下我所指涉的大概都是聚焦在稅捐稽徵法第28條第2項，第1項的部分存在已久，且剛剛柯教授也花了相

當多時間在談論其規範的旨趣，我就不再補述。如果我們看稅捐稽徵法第28條，把它定性為具不當得利性質的公法上請求權的時候，而且又是足資讓納稅義務人據此而產生主觀公權利的規範的話，那就引發出1個問題，稅捐稽徵法第28條它是不是在我們行政法學裡面所講的，足以賦予人民主觀公法上權利的保護規範，這個部分縱使有部分的學者持否定的見解，譬如說如果我們從稅捐稽徵法第28條第2項立法理由來思考的話，參照行政程序法第117條、第121條其實是職權撤銷的問題，而稅捐稽徵法第28條第2項是人民可以發動讓行政機關職權去審查，還是說有積極的請求權。這個部分柯教授認為其實第2項也是有主觀公權利的規範。這個部分從整個規範的架構及內涵，我個人也是敬表同意。如果是這樣的話，我個人認為，其實稅捐稽徵法第28條本身我會把它解讀為是退稅請求權賦予的實體法上規範，也就是說它是稅捐實體法的權利賦予的規範。為什麼這樣的定性我認為是重要的呢？因為目前實務上對於這個法規適用的糾葛，或者是部分學說通說所謂的假議題來探討它跟周邊法律之間的關係，尤其是跟行政程序法第128條之間的關係、跟稅捐稽徵法第35條之間的關係，如果我們能夠承認這樣子的命題，也就是說稅捐稽徵法第28條其實它是退稅請求權的實體的稅法上的規範依據的話，這個問題大概就能夠解決一半。因為在公法的體系架構裡面，我們知道1個是實體請求權，另外1個是這個權利如何去實踐的方式、途徑以及手段。所以如果依照柯教授大作

的脈絡來分的話，其實第1個層次是在講實體請求權之有無的問題，第2個層次是這個請求權當它要行使的時候怎麼辦的問題。在這個前提之下，事實上不管是以稅捐稽徵法的脈絡也好，或者是行政程序法的脈絡也好，稅捐稽徵法第28條第2項如果是建構在1個核課處分存在的前提之下，所賦予納稅義務人的退稅請求權，當然從法理上或是從本質上，不見得一定會有這樣的請求權，不見得非得因計算錯誤或者是法規適用錯誤而有請求權，但依法行政與請求權實際上它是有2個層次上的差別，既然立法者透過稅捐稽徵法第28條的修法，明定第2項，而如果我們又把稅捐稽徵法第28條第2項解讀為是立法者有意賦予給納稅義務人因稅捐稽徵機關的錯誤而產生的實體法上退稅請求權的話，那這個權利如何行使，如果我們回歸到一般行政法的體制，既然它是以核課處分為前提，基本上誠如各位所知，1個核課處分違法，我們要如何把這個核課處分給排除掉，其實它的方式有非常多元。所以第28條第2項，如果接受前面所談的結構的話，可以分成幾個層面來思考，也就是這個錯誤原因的發現可以是多元的。第1個，稅捐稽徵機關自己本於職權發現，依行政程序法的脈絡，當然可以本於職權把它撤銷，就不會有稅捐稽徵法第28條請求權的問題，但是稅捐稽徵法第28條的規範還是有用，因為它在2年之內必須查明然後退還。除此之外，如果稅捐稽徵機關不主動依職權發現，當然不排除這個錯誤的原因是基於被動的告知，這個被動的告知有可能最大部分的情況有可能是應納

稅義務人的提起，也有可能是因其它的管道而知悉，譬如說其它周邊主管機關的移轉等等。總之，在實體請求權的實踐上，我認為錯誤原因的產生其實是非常多元的，在這樣的前提之下，這個錯誤原因的發生，在時間點上也有可能是核課處分產生形式存續力之前而發生，也有可能是產生形式存續力之後而請求的，以上我所講的都是從實定法的層面來思考的。所以如果這樣的前提可以承認的話，從規範的內容來看，其實它就不排除當人民發現這個錯誤的事實，要行使稅捐稽徵法第28條的退稅請求權，它的路徑就有可能是：第1個，單純的告知稅捐稽徵機關，請稅捐稽徵機關本於職權撤銷；第2個，也可以利用稅捐稽徵法第35條的復查程序，就是程序上是稅捐稽徵法第35條，但是主張的請求權基礎是稅捐稽徵法第28條，當然接下來如果這個都沒有或者沒有發現，進入的就是稅捐稽徵法第38條訴願及行政訴訟，來實現稅捐稽徵法第28條的退稅請求權。所以如果我們可以把稅捐稽徵法28條的法律定性為請求權的基礎，而且是實體法上請求權的基礎，它其實不是2個程序規定，就是退稅請求權不是跟復查、訴願、行政訴訟等救濟途徑的類型來看待的話，問題或許會比較單純，也不用再去探討稅捐稽徵法第38條跟第28條有什麼關係、稅捐稽徵法第35條跟第28條有什麼關係。因為1個是實體請求權的基礎，1個是請求權行使的方式，不知道這樣子的理解是不是可以支撐，但是如果我們回歸到目前實務上部分的見解，表面上肯認稅捐稽徵法第35條復查以後，回過頭

來還是可以主張稅捐稽徵法第28條，雖然我不知道原因何在，但是如果按照我剛剛的脈絡，其實是相符的，因為它不是程序適用優先順序的問題，而是實體請求權的問題，是怎麼樣透過權利救濟路徑去主張稅捐稽徵法第28條請求權的問題。如果這樣的前提可以被接受的話，柯教授大作裡面第2個層次的部分，其見解大部分的看法是一樣的，雖然論理基礎略有不同。所以我們在探討行政程序法第117條、第128條這些問題，我就會覺得其實實體請求權沒有影響，至於如何行使、能不能行使，則要回歸到行政程序法去看第117條的要件符不符合、第121條的要件符不符合、第128條的要件符不符合。因為今天不是在處理第128條的問題，它的問題複雜度會比較高，所以我今天只是略微帶過而已。這是我個人在思考稅捐稽徵法第28條問題的時候所拋出的比較另類的想法，來向各位就教。其次，在立法論的部分，稅捐稽徵法第28條第2項到底妥不妥適？剛剛柯教授也一直提到這個問題，就是說在立法上其實不是只是在關心納稅義務人的權利，應該也要考量到法律衡平以及法安定性，這部分我也都敬表同意。以目前已經通過的這個法案來看，如果我的解讀沒有錯，其實稅捐稽徵法第28條第2項立法者很明確刻意的意圖要去遵守嚴格的依法行政原則，也就是說依法行政原則跟權益的保護，原則上是可以衡量的，沒有說誰一定優先，這在行政程序法有很多的機制是一個鬆動，另外一個退讓、另外一個優先，這是可以的，這也是立法形塑的自由。但是在稅捐稽徵法第28條

2項，尤其是背景案例來看的話，把它請求權時效拿掉，又把它能夠追訴的退稅請求權的年度給拿掉，很顯然的，恐怕立法者的立場是要遵守嚴格的依法行政跟嚴格的人權保障，假設真的如此，在實定法釋義學的解釋上面，恐怕這就是必須考慮的點。不過在立法政策上，當然我們可以去批判這樣嚴格遵守依法行政，而不去探討法安定性、不去探討法律衡平，這樣的法益選擇是否妥適，同樣是憲法位階的法益，為什麼要做這樣的處理，這在立法論上容有思考的空間。最後我們來談談行政程序法第117條立法理由2年的問題，雖然在柯教授的大作裡面好像沒有看到，但是在其他的文獻有看到有些作者有提到，我就利用這個機會來說說我個人的想法。它的立法說明明白把行政程序法第117條、第121條搬出來，事實上應該是立法說明上誤解行政程序法第117條及第121條。行政程序法第117條及第121條雖然沒有把2年除斥期間明文規定是限於哪種類型的違法行政處分，但事實上我們從行政程序法第117條來看，其實是以人權保障，避免受到依法行政而產生法不安定性這樣的思維出發，所以這個除斥期間，其實是為了避免讓人民所拿到的違法授益行政處分，長期處於懸而未決之狀態。所以它2年的除斥期間是要求行政機關如果認為違法，就要趕快在2年的期間內解決掉。如果我們支持這樣的立法旨趣，在法的解釋論上面，應該是只限於違法授益的行政處分才有行政程序法第121條除斥期間的適用。回到稅捐稽徵法第28條第2項，核課處分導致人民溢繳稅款，理論上它應該是違法的非授益行政處分。也就是因為這樣，我們要

不要比照行政程序法第121條的解讀方式，去把稅捐稽徵法第28條第2項所謂2年內的查明退還解釋為是除斥期間，我認為在適用上就有待商榷。有人建議這是訓示規定，我也不太認同，它其實應該是課予稅捐稽徵機關在2年內透過上揭我所說明的任何管道，都應該在2年內積極解決的行政上的作為義務。剩下的問題就比較模糊，萬一這2年期限沒有遵守應該怎麼辦，是不是進而又回歸過來產生人民一個主觀公法上的另類請求權？這個部分可能還要再討論。我只是拋出從立法說明裡面把行政程序法第117條、第121條搬出來，然後在文義上呈現所謂的2年應該不是那樣的解讀。以上，謝謝各位。

最高行政法院楊法官惠欽

主持人王副局長、報告人柯教授、共同與談人詹教授以及在座的各位先進，大家好。我今天與談的題目即有關稅捐稽徵法第28條之規定，我個人有很痛又很親切的感覺，因為在我們實務案件當中，其實稅捐稽徵法28條不論在98年修法前後，我個人覺得是個夢魘，因為很多問題不知道如何去解決；為什麼說很親切，因為我參與過包括司法院內部關於稅捐稽徵法第28條一些問題的處理，覺得這條的問題為什麼老是跟著我。所以今天嘗試從我實務工作一些心得上面做一些說明。在理論部分，報告人及另1位與談人都已經說明的非常清楚，也不是我專業的部分，我就從實務的部分來做探討。稅捐稽徵法第28條本質上是退稅的請求，對於稅的部分，大部分行政救濟案件的發生是在

核課稅捐的處分，所以我們在談到稅捐稽徵法第28條的時候，大概都會想到稅捐稽徵法第35條、第38條針對有核課處分存在所提起的行政救濟，所以28條到底要如何適用就出現問題。我想不管是在98年修法前或是修法後，它都是一直存在的問題，就實務界的運作來講就要話說從前。稅捐稽徵法第28條這個條文歷史非常悠久，在實務上也運作了很久，可是在行政訴訟法89年改制之後，很多問題大家就更重視。就稅捐稽徵法第28條如何適用的部分，我以前在高雄高等行政法院任職時，曾在94年各級行政法院法律座談會時我有提出1個問題，就是對於稅捐稽徵法第28條及第35條核課稅捐處分之間到底關係為何，當時我個人意見提了甲、乙、丙三說。第1個之甲說的見解，跟柯教授在報告裡所提到的第28條本質上應該是針對無核課稅捐處分所為救濟的程序，有核課稅捐處分的話則應該是循第35條一般的救濟程序來救濟之見解類似，可是我們也理解到從以前行政法院的見解，到大法官釋字第287號解釋理由書中隱約提到課稅處分可以用28條來救濟，從這個文字我們實在不太敢去挑戰說有核課稅捐的處分，是不是當然就不可以走稅捐稽徵法第28條的行政救濟。所以在當時提這個法律問題的時候，我除了在丙說列了有核課稅捐處分也可以提起之外，另外提了修正的乙說意見，就確定的事實來爭法律適用才可以依稅捐稽徵法第28條來救濟，這個部分我就不多作說明，因為在以前許多研討會都有討論過。這個座談會最後的決議是要送最高行政法院做成聯席會議決議，

所以就產生了最高行政法院95年2月的聯席會議決議。這個決議因為我們的法律問題是針對已經經過最高行政法院判決確定，也就是已經發生實體既判力的個案所提出來的法律問題。所以在最高行政法院做決議的時候，那時候我已經在最高行政法院，我們後來是引用最高行政法院的判例，認為說如果已經最高行政法院實體判決的案件的的話，就不可以循稅捐稽徵法第28條再來救濟。其實從最高行政法院95年2月的決議大家可以看得出來，它解決到的是有經過最高行政法院實體判決的案子不可以循稅捐稽徵法第28條再來請求退稅，但是如果沒有的該怎麼辦？在實務上其實還是各自表述，各種見解都有。但是據我所理解的，我個人理論上，同柯教授之報告，係比較贊成須無核課稅捐處分的案件才可以走第28條退稅的這種見解，但在裁判上並沒有出現此種意見，包括我自己也不敢寫，因為我知道寫了大概也不會被維持，所以我也要現實一點，尊重實務多數的見解，我還是會實體去審查，所以我才會在座談會之問題中提出乙說的見解。我們就回到今天討論的主題，而98年1月修正後的稅捐稽徵法第28條與修正前之規定，其實它最重要的差別，是把它分成第1項納稅義務人自行適用法令錯誤，第2項則是指稅捐稽徵機關適用法令錯誤之情形。從這樣的分項其實可以了解到，立法者已經很清楚是不採我們剛剛所談甲說的見解，因為所謂稅捐稽徵機關適用法令錯誤，當然是指有核課處分的存在，所以有核課稅捐處分的存在，它明白的規定就是可以依稅捐稽徵法第28

條的規定來請求救濟，所以它已經不採我們剛剛所謂的甲說。所以我們先撇開剛剛2位教授所談到立法上妥不妥當的問題，回到所謂法律適用的問題，就是我之前講的夢魘，因為我現在其實不確定修正後之稅捐稽徵法第28條第1項與第2項間應怎麼用。我私下有問過財政部的見解，他們也講不出來，當時在稅捐稽徵法第28條修法時，司法院似曾建議稅捐稽徵法第28條第2項最起碼不要完全沒有時效，但這個條文還是這樣子出來。那現在問題是哪些是要用第1項，哪些是要用第2項？我想是我們目前最困擾的問題。另外尚有1個問題是有極少數高等行政法院之見解認為，從稅捐稽徵法第28條修正條文裡面用到所謂的2年退稅時間及立法理由引用到行政程序法第121條，而認稅捐稽徵法第28條第2項並沒有賦予人民請求權，這部分我們在最高行政法院似乎並未採取，因這跟它修法目的是不符合的。至於稅捐稽徵法第28條第1項跟第2項如何去區別？我個人的想法是它有2種可能的解法，第1種解法其實在柯教授的文章中也有提到，就是以有無核課稅捐處分來區分，如果有做成核課稅捐處分的話，所以稽徵機關就要有職權調查的程序在裡面，所以這種有核課稅捐處分的，一定屬於第2項，如果沒有做核課處分的，就是屬於第1項。另外1種是以個案是否為當事人應自報自繳的類型，因為要申報，就會發生自己有沒有適用法令的問題，所以如果是屬於這種要申報的稅捐的話，就是屬於第1項自行適用法令錯誤，不需要申報的，才是屬於第2項，就算有些是屬於當事人自行報繳，

但是在報繳完之後稅捐稽徵機關還是要做核課處分，這種類型我們還是把它歸類到第1項的自行適用法令錯誤，就會有這2種可能的解法。那這2種解法到底要採哪1個？柯教授報告中並不是很明確的看得出來，我個人的感覺是比較傾向第1種講法，因為如果以柯教授在報告裡的區分，是認為這種自行報繳的，以土地增值稅為例，土地增值稅是在申報移轉現值的時候自行申報，然後稅捐機關再做核定，那如果是採第1種見解是要核定的話，那它其實就是核課處分，就應該是屬於稅捐稽徵法第28條第2項的適用事項。另外在柯教授報告裡提到土地增值稅因為是要自行申報，所以有錯誤應該是屬於自行適用法令錯誤，這樣的解法我個人是有疑問，就是如果把自行報繳的都放在所謂的自行適用法令錯誤，就會產生例如土地增值稅有很多個案是法院拍賣的案件，這類案件其實當事人並沒有申報，是法院通知稽徵機關這個土地已經拍賣，實際上並沒有申報，這種情形要算是自行適用法令錯誤，還是第2項稅捐稽徵機關適用法令錯誤？或者是以所得稅法來講的話，納稅人是要自報自繳沒有錯，可是納稅人不自報自繳的話，稽徵機關還是要核定，那這些案件要如何救濟？可不可以循稅捐稽徵法第28條來請求退稅？就會發生疑問。目前我們實務似乎應該多數是從有沒有核課稅捐處分來判斷到底是屬於稅捐稽徵法第28條第1項還是第2項，但是我必須強調沒有定論。其實從剛剛詹教授所提到的，如果把稅捐稽徵法28條第2項當作是實體請求權的話，那我個人認為它應該是比較

傾向是屬於以有無核課稅捐處分的觀念去解它，就會比較符合它是實體請求權的觀念。也就是說，若依法你應該申報、或依法你應該申請，而你沒有來申請、沒有來申報，到時候在實體審查時，因在稅捐的舉證責任上，雖不作主觀舉證責任的分配，但還是會發生客觀舉證責任的分配，那我們最後再透過客觀舉證的分配，就是在實體有無理由的認定上面，將客觀舉證責任分配給納稅義務人，而不是在前面為究屬第1項的退稅還是第2項的退稅作分別，這是我個人對於稅捐稽徵法第28條目前適用上的一些看法。另外我另前所提最高法院95年2月份決議是講說經過行政法院實體判決的案件，就不可以再來走稅捐稽徵法第28條的退稅，那這個部分我記得有下級審法官有跟我討論過這個問題，即稅捐稽徵法第28條修正後這個決議到底還可不可以適用，尤其財政部在98年2月10日頒了1個解釋函，認為修正後稅捐稽徵法第28條第2項的適用，縱然是有經過行政救濟的案件，還是可以用，所以這個地方就發生這個決議到底還可不可以繼續適用的問題。我個人的看法是認為還是可以適用，那就會牽涉到跟財政部的解釋函之間如何適用的問題，我個人認為財政部98年2月10日的函釋應該是限於：第1個，它應該是沒有經過行政法院實體判決的情形；第2個，行政法院的判決應該是實體認定的判決。因為我們在決議上面是認為你不可以跟原來的判決作相反的認定，它雖然講的似是判決之既判力，其實是有爭點效的意思，也就是說前面判決既然已經就這個爭點為認定，事後

就不可以再作相同的爭執，這是我個人就最高行政法院的決議以及財政部98年2月10日的解釋函之間在適用上問題的看法。另外我剛剛有講到座談會的乙說，所謂的乙說是把適用法令錯誤作限縮解釋，認為必須是就確定的事實而針對法律適用的部分來爭議，不能就事實來爭執，這其實是我在座談會時所設的理論。當時為什麼會這樣，因為時間過了很久，再去針對事實做調查其實是有困難的，而乙說我自己在裁判上也不太敢採用，因為我知道這見解受到許多的批判，但當時是認為稅捐稽徵法第28條這樣子用其實不太合適，而乙說見解在高等行政法院的裁判上有出現，但其實也不多。倒是最近稅捐稽徵法第28條修正之後我看到很多高等行政法院的判決，包括稅捐稽徵機關的答辯都用了這樣的理由，甚至也看到臺北市政府訴願審議委員會所編印的訴願決定書彙編所摘的訴願決定也用了這樣的見解，所以我今天才特別提出來說這個見解到底要不要用，可能各位要再思考一下，因為在最高行政法院的裁判裡面是不太敢採這個見解的，也利用今天這個機會提出來。另外，我這邊也順帶講一下，剛剛2位教授有提到所謂立法的部分，其實我剛剛講說稅捐稽徵法第28條第2項它的立法，我個人也贊成詹教授所提的它其實就是依法行政下的產物，這個產物好不好，我在用這個條文的時候我都會想到我曾看過有關陽宅的書，書裡面說到，我們的陽宅如果後門開得比前門還要大，那這個房子叫主漏財。我們知道常態的稅捐救濟程序一般是指稅捐稽徵法第35條、第38條，

所以稅捐稽徵法第28條是比較例外的救濟程序，嚴格來講它應該是屬於我剛剛開頭所講甲說所謂屬於無核課稅捐的處分的理論，那目前我們現行的制度之下，剛剛柯教授提到綜合所得稅在100年修法之前，如果是自報自繳沒有問題的話也就結束了，不會收到任何的稅單。但在100年修法之後，包括綜合所得稅，包括營業稅，稽徵機關如認為申報沒問題，之後它會做公告的程序，條文也都明白的規定，這在報告裡面也都有提到。至於這個公告的程序，我特別去了解一下，在公告上特別註明這個公告代替核課稅捐的處分，如果不服的話，是要依稅捐稽徵法第35條的規定提起救濟，等於是稅捐稽徵機關認為這個公告本質上就是核課稅捐的處分，在這樣的情況之下，以我們稅制來講，不管是地價稅、房屋稅、土地增值稅的申報，還有一些自報自繳的情況，即成都有核課稅捐的處分，沒有核課稅捐的處分就非常的少，例如印花稅。在這樣的情況之下，我們在立法論上是不是還要繼續維持稅捐稽徵法第28條第2項這樣子的立法，尤其是完全沒有時效的立法，是可以再去思考的問題。另外在柯教授的報告裡特別提到稅捐稽徵法第28條及行政程序法第128條的關係，這個部分比較複雜，但是我贊成柯教授的見解，認為它是各自的請求權，目前實務的發展應該也是這樣子，因為它的要件其實是有一些不同的，在要件不同的情況下，我們目前是認為它是賦予人民選擇權，甚至是可以併為主張。我剛剛有提到說我曾經參與我們司法院跟財政部內部的會談，當時是在稅捐稽

徵法第28條修法之前，當時我們給的建議是希望稽徵機關在人民退稅的時候，不只是用稅捐稽徵法28條來處理，還可以闡明當事人依照行政程序法第128條來主張，其實就是要把退稅導到正軌上面去，可是後來在很短的時間內就修正了稅捐稽徵法第28條，所以大家就更不喜歡去用行政程序法第128條，因為它的時效跟程序上的限制就更多了。因為時間的關係，我就不多講，我只就柯教授報告裏面有一點稍微特別提出來，就是在報告第9頁中間講到根據稅捐稽徵法來退稅的話，這邊提到行政訴訟法第4條，又引到了第5條，但是又講一般給付訴訟，我不太了解柯教授的真意，但是我講一下我們目前實務的操作，是認為退稅本質上是要依行政訴訟法第5條提起課予義務訴訟，所以聲明的方式是訴願決定及原處分均撤銷，被告應依其申請內容作成行政處分，就是一個典型行政訴訟法第5條課予義務訴訟的聲明，這是我對於柯教授這篇報告的回應。另外在報告當中第14頁的結論，跟第8頁就是我剛剛講到稅捐稽徵法第28條第1項的自行適用法令錯誤跟第2項的部分，不曉的是柯教授改變意見還是有其他的想法，似乎前後講的不太一樣，請柯教授能為我們解惑。謝謝！

討論與回應

嘉義縣政府呂怡坪：

我們目前在處理一些訴願案件是跟稅捐稽徵法第28條有關的案件，在此提出來跟大家一起分享。我們碰到1個訴願案件是80幾年法院拍賣的案件，請求權人是抵押權的債權人，他依稅捐稽徵法第28條第2項及第4項，並由稅捐機關請求法院代扣土地增值稅，這是屬於土地稅法第39條之2第4項墊高地價的問題，那這部分主要是89年1月28日土地稅法修正生效的時候是屬於農地農用的話，它就可以用89年1月28日的公告地價來計算土地增值稅，當初稅捐機關是以一般地價來計算，而抵押權人認為這是可歸責稅捐機關的適用法令錯誤，本案是否可以依現行稅捐稽徵法得規定來作認定？又什麼情況是屬於可歸責納稅義務人的錯誤？什麼情況是屬於可歸責於政府機關的錯誤？如果本案不是屬於當事人自行申報，而是透過法院來拍賣並且直接代繳的，則應適用稅捐稽徵法第28條第1項還是第2項？或是因為本案已事隔多年，而得依司法院大法官會議釋字第537號解釋，認當事人有協力義務來做解決？另外，請教楊法官的是，在實務上適用稅捐稽徵法第28條第2項的案子到底多不多？

臺北市府法務局王副局長曼萍：

這個問題我記得臺北市府訴願會也有處理過類似

的案件，但是這個案件我們是認為他並不是屬於納稅義務人，所以當時的訴願案是訴願駁回。

最高行政法院楊法官惠欽：

不好意思，因您的問題很長，前面有關個案的部分我們私下再討論。就稅捐稽徵法第28條第2項的部分當然是有適用，我們現在法院幾乎看到的是有核課稅捐處分的案件，因為它是機關依職權作成的，所以在有核課稅捐處分的情況下，幾乎都會用到稅捐稽徵法第28條第2項規定，但是它並沒有時效的限制，我個人認為非常不妥當，剛剛因為時間的關係我沒有多講，這種不妥當如果透過法律解釋當然可以，但是目前我認為不管是從文義解釋或者是歷史解釋，在立法者的原意上面我們要去把它作很大的限縮，其實是有困難的。另外在個案上，妳剛剛講的應該不當然是協力義務的問題，我覺得應該是從個案事實來判斷，有些如是人民請求的，那當然是另外一回事，如果是應進入實體審查的個案，最後可能我們應該考慮的應是關於客觀舉證責任的分配，譬如說當事人應提出主張，這個時候舉證責任的分配是不是應該屬於納稅義務人，當然如果事實可以調查清楚的話，就應該要調查清楚。如果單純回到稅捐稽徵法第28條第2項之適用上，我是認為土地增值稅核課的案件，目前我所看到的裁判幾乎都是准許的，因為新法有特別規定溯及適用，甚至財政部98年2月10日的解釋函也提到曾經過行政救濟的都可以，所以可能無法在程序上說

因以前沒有救濟就不能主張，而且我個人認為，人民怠於行使權利，不能認為當然構成稅捐稽徵法28條第1項所謂自行適用法令錯誤的情形。

成功大學法律系柯教授格鐘：

剛剛聽2位與談人的內容，我發現有很重要的部分我在口頭說明時沒有說的很清楚，但是在論文裡面是有寫的，就是稅捐稽徵法第28條跟第30條之間怎麼去作區分，尤其是在現行法律已經修改之後。我剛剛仔細聆聽詹教授及楊法官在討論這些實務上發生的情況，我個人的觀點，並且在此作一個總結，就是稅捐稽徵法第28條第1項我個人還是認為它是在沒有任何核課處分的情況下適用。雖然目前所得稅法第81條第3項已經有所謂的公告，因為在100年以前是沒有這個條文的，在100年修正之後，行政機關其實也不太清楚為什麼要做這件事情。我個人很反對行政機關以一般公告的方式，告訴納稅義務人先前所繳稅款並無疑義，因為現實上很少民衆會去看公告或知道主管機關何時要公告，我覺得這是便宜行事的作法，但這也是立法院透過修法規定給它的可能性。回到主題，就是稅捐稽徵法第28條第1項仍然是沒有任何核課處分之情形下適用，相反地，稅捐稽徵法第35條、第38條則一定要有核課處分為前提，不管它是經由納稅義務人自行申報，或者是因為法院之查封拍賣，依職權請稅捐機關作土地增值稅的核定，都一樣有行政處分，而應適用前述稅捐稽徵法第35條與第38

條規定。最重要的就是，現實上有沒有出現行政處分書，如果有處分書，那這個時候在行政程序上，它是依職權調查證據原則，原則上就是進入稅捐稽徵法第35條、第38條行政救濟程序上進行該有的救濟程序，如果沒有救濟，那就會有行政處分已經發生形式確定力的問題。現在因為有稅捐稽徵法第28條第2項的增訂，那在什麼情況可以適用該條項的規定呢？我個人認為，就應該適用於一般處分，亦即以公告方式對納稅義務人進行核課的稅目類型。「惟三」適用的就是地價稅、房屋稅與使用牌照稅。我剛剛在口頭報告時提到，如果沒有稅捐稽徵法第28條第2項之增訂，前述以公告方式課徵稅捐的稅目，理論上仍可以將公告作為一般處分，依據通常的行政救濟程序提起救濟。我的意思是說，稅捐稽徵法第28條第2項規定其實可以不用修訂增加，因為以公告等一般處分方式課徵的稅目，它其實是可以被涵蓋到稅捐稽徵法第35條、第38條中適用，但在增訂稅捐稽徵法第28條第2項以後，沒辦法只好面對立法現實，把稅捐稽徵法第28條第2項的適用範圍給訂定出來，因為「一般處分」從文義上來看，剛好跟稅捐稽徵法第35條所稱的「核課處分」有些微不同，可以稍作一些區隔。雖然我個人認為，財政部或者是立法院，當初在修法之時，根本沒有這樣子想，因為稅捐稽徵法第35條的用字是所謂的「核課處分」，基於體系解釋，為與第28條第2項之規定相互配合，就要照非常文義性的解釋，認定所指專講的是核課稅捐之「行政處分」，不及於一般處分。然後稅捐稽

徵法第28條第2項的法律條文，則可以適用到一般處分，顯然是因稅捐稽徵機關自行適用錯誤，進行錯誤之一般公告，再由稅捐稽徵機關發觀念通知書，通知人民來繳稅，所以這種情況，剛好正是可以適用稅捐稽徵法第28條第2項的情形。因為如果它不是在這種情況下去適用的話，就欠缺任何立法的意義，換言之，其實它本來可以不需要這個條文的，可以就像剛剛楊法官所提到的，直接納入稅捐稽徵法第35條、第38條規定中，用一般處分需在一年內去提起行政救濟之方式聲明不服，但現在在立法實務上，生米已煮成熟飯，實在沒辦法。我是基於這個看法，跟剛剛詹教授表示的看法可能會不太一樣。剛剛詹教授談到國內學者大多提到，就是為了讓稅捐稽徵法第28條第2項有適用餘地，其實我自己是這樣認為，如果非得要讓它去用，就是適用在主管機關以公告等一般處分的方式來對納稅人課徵的稅捐。話說回頭，我個人反對立法者以所謂公告等一般處分之方式，用來核課納稅義務人的稅捐，因為在主管機關公告之後，稅捐機關只會以觀念通知的通知單方式告知納稅義務人，實務上，他會以為跟水電單、瓦斯單是沒兩樣的通知的這種情況，作為納稅義務人我可能就把它忽略掉，所以我從立法論來看，反對以一般公告方式課徵稅捐，但目前為了讓稅捐稽徵法第28條第2項有適用可能性，真的是不得已中的辦法。也因為這個前提，所以我文章在這個地方，不會去討論它跟行政程序法第121條之間2年撤銷的關係，反而我倒是認為它會跟行政程序法第134條5年

請求權時效的問題有相互競合的可能。換言之，稅捐稽徵法28條第2項看似沒有請求權時效適用的文義用法，會讓作為一般法之行政程序法134條的5年請求權時效，不容易在稅捐事件中得到適用。最後，因為時間的緣故，我文章第9頁提到剛剛楊法官所提的，那個是一般財產的給付，我法條寫錯了，應該是行政訴訟法第8條之規定。另外剛剛這位同仁所提到的問題，我認為這個地方必須要區分情況，就是申請優惠稅率的適用，它本身不在協力義務的概念內，如果真要講義務，它其實也是不真正的行為義務，也就是說你今天沒有在優惠的時限內去請求，並沒有因為違反義務而遭受制裁的問題，它只有一件事情，也就是你今年已經來不及適用稅捐優惠了。真正的行為或協力義務，在一般稅捐申報情形裡面，是說如果你沒有做，為盡協力義務，那麼它就會稅法跟行政處罰法上的效力。首先，未盡義務例如未申報稅捐，它會先有行為罰的問題；其次，如果未盡義務，稅法不會讓你納稅義務人因不盡義務而獲利，即應補稅，但這不是處罰之概念，處罰是在行為罰那個地方。因此在這個地方，稅捐跟處罰應該分開來觀察。因時間關係，我就回應到這邊，謝謝。

最高行政法院楊法官惠欽：

剛剛柯教授講到他認為地價稅、房屋稅以及使用牌照稅都是所謂的公告開徵，屬於一般處分，但這可能跟我們目前實務見解不同，因如條文除規定公告開徵日期之外，

還規定要送達繳款書，則實務上似會認為送達之繳款書是處分，而不是柯教授所講的僅是觀念通知，我在此補充這樣的看法。

臺北市政府法務局王副局長曼萍：

今天非常謝謝柯教授的報告，因為柯教授在稅法方面著力很深，尤其我們財政收支劃分法有關中央地方權限劃分的部分，有很精闢的研究，以後我們地方政府如果有財稅方面的問題，都可以請教柯教授。也謝謝詹教授跟楊法官的與談及評析，以及各位的參與，我們這一場會議結束，謝謝。

肆、研討議題 2

論不利益變更禁止— 以訴願實務為中心*

王韻茹**

目次

壹、前言

貳、行政救濟程序與不利益變更禁止

一、行政救濟程序之特徵與功能

二、行政救濟程序中之不利益變更禁止

(一) 不利益變更禁止之理論基礎

(二) 不利益變更禁止之適用範圍

(三) 訴願程序中不利益變更禁止之立法妥當性

(四) 不利益變更禁止之適用與限制

參、訴願實務案例適用不利益變更禁止之爭議與分析

一、概說

二、案例類型

(一) 構成要件事實的涵攝錯誤

(二) 法律效果的適用爭議

肆、結論

* 本文初稿曾發表於臺北市政府法務局 101 年度訴願實務研討會。作者感謝當天劉宗德教授、林三欽教授以及林文舟法官對於本文提出許多批判與建議修改之意見。會後作者參酌相關意見，修改本文，惟文章恐仍有疏漏與錯誤之處，一切文責，當由作者自負。

** 國立中正大學法律學系副教授。

壹、前言

憲法第十六條規定，人民有請願、訴願與訴訟之權利。關於憲法訴訟權之內涵，依據大法官解釋，認為訴訟權之核心為「人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟」¹，其具體內容為「國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能」。學者闡釋大法官對於訴訟權之解釋，多認為前者所謂的核心內涵為人民的主觀權利面向，立法者不得立法干預；至於後者，則為制度性保障面向，立法者得為合理限制與擁有形成自由²。也因此，訴訟權有其特殊性，一方面憲法保障訴訟權，不受國家權力不當侵害，另一方面，訴訟權實現又取決於國家立法制度之形成。加上，憲法第七十七條審判權分化的規定，對於訴訟救濟途徑，立法者「得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭

1 司法院大法官釋字 396 號解釋與釋字 574 號解釋。

2 劉宗德，憲法解釋與訴訟權之保障—以行政訴訟為中心，收於：司法院大法官九十三年度學術研討會，2004，頁 240 以下；蔡宗珍，憲法解釋與訴訟權之保障—以行政訴訟為中心，收於：司法院大法官九十三年度學術研討會，2004，頁 284 以下。

程序另為適當之救濟」³。因而探究訴訟法的具體規定有無遵循憲法訴訟權保障之要求，必須從上述特殊性而為考量，換言之，對於人民訴訟權之保障必須從這兩個面向而為觀察，而非僅側重於一方。

本文以下欲探究之行政爭訟制度中關於「不利益變更禁止」(reformation in peius, Verschlechterungsverbot)的適用爭議，主要因作者有機會接觸訴願實務，因而將以此為探討中心。我國行政訴訟法第195條第2項明定，「撤銷訴訟之判決，如係變更原處分或決定者，不得為較原處分或決定不利於原告之判決」；以及與行政訴訟法有密切關係之訴願法，亦於該法第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」。首先，對於不利益變更禁止是否屬於訴訟法之共通原則，學理上有不同見解，主要與訴訟法是否明文以及明文規定內容均有不同。本文在此也避免使用不利益變更禁止「原則」，而僅稱「不利益變更禁止」。其次，對於其適用是否有所限制，也因明文規定不明有所爭議。又同屬行政爭訟法，行政訴訟法與訴願法對於不利益變更禁止的明文規定並不相同，究應如何理解與適用，有進一步探究之必要。

3 司法院大法官釋字 540 號解釋。

從立法論而言，在目前分化的訴訟制度中，對於「不利益變更禁止」有明文規定者，除上述行政爭訟法之外，還有刑事訴訟法第370條規定，「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」。但須注意是此處的法條文字，與行政爭訟法亦不盡相同，這也是疑義產生的原因之一。又，民事訴訟法並無明文規定「不利益變更禁止」，但民事訴訟法實務與學界多以「當事人處分權」與「禁止訴外裁判」，肯定民事訴訟領域應有不利益變更禁止之適用⁴。此外，我國行政訴訟法與訴願法對於不利益變更禁止之規定，原先並不存在於舊法之中，而是起源於司法判例（最高行政法院31年判字第12號判例），而後於修法時納入⁵。從上述立法之發展，可看出不利益變更禁止的實證法化毋寧是立法論上的選擇；加上從外國立法例的比較觀察，更可加以佐證⁶。

從行政救濟實務與學說對於「不利益變更禁止」的

4 參照，最高法院 53 年台上字第 3173 號判例；王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，1993 年 2 版，頁 542；陳計男，民事訴訟法論（下），1995 年，頁 227。

5 參照，行政訴訟法第195條司法院修正條文說明；訴願法第81條行政院修正條文說明。對此立法的發展，可參見，郭介恆，不利益變更禁止原則—以稅務爭訟為例，收於：曾華松大法官古稀祝壽論文集，2006，頁637-641。

6 例如，影響我國行政法制最深的德國，行政爭訟制度中對於不利益變更禁止亦有不同之安排，中文文獻；可參照，陳愛娥，行政救濟程序中之不利益變更禁止，行政院訴願會委託研究計畫，2008，頁61以下之說明。

說明，均不逸脫於以下文字敘述：「對於在行政救濟中之案件，禁止對人民為更不利益之變更處分」，換言之，在行政救濟程序中，不應對於提起法律救濟之人更為不利之變更處分。這項說明點出了「不利益變更禁止」之特徵與功能：「救濟程序」與「更不利變更禁止」。從上述特徵，更可以說明，應將「不利益變更禁止」理解為是在具有「權利救濟」性質的爭訟程序中，所衍生出對於權利救濟者法律地位之保障，且非屬於絕對保障之概念。這種衍生性的訴訟法上之保障，可能與訴訟法上其他原則或實體法上法律原則間產生適用上的衝突與矛盾，不可能不加衡酌，而是必須從中取得衡平。

以下本文僅針對行政爭訟中的「不利益變更禁止」，說明此一訴訟法規定之適用與限制的爭議，並以訴願實務案例為探討。首先，本文將先說明行政爭訟程序之特徵與功能，釐清行政爭訟程序中的「不利益變更禁止」的意義與適用範圍，以及其適用是否受有限制。其次，本文透過幾個涉及「不利益變更禁止」之行政爭訟案例，主要聚焦於訴願實務案例，探討個案適用「不利益變更禁止」所產生的法律爭議，進而提出本文看法。對此，本文並非專以行政特定領域作為研究對象，毋寧從本文作者曾經接觸過的訴願案例為出發，並同時考察近五年最高行政法院的數判決，作為分析之基礎。選擇的案例應有過於簡化或樣本數太少之爭議，但本文的企圖是透過這些案例凸顯實務上適用不利益變更禁止的重要爭議問題。

貳、行政救濟程序與不利益變更禁止

一、行政救濟程序之特徵與功能

行政救濟程序中，法院所審查的標的為國家行政權作用的合法性，行政訴訟制度向來被認為是法治國家的重要進展與內涵⁷，一方面由於行政與司法的權力分立結構，確立了依法行政與依法審判之關係，他方面是人民的權利得藉由行政訴訟，對抗行政權而獲得實現。回顧德國行政訴訟制度之發展歷史，該訴訟制度的重心在於確保依法行政原則之實現或者人民權利，在早期的行政法學建立之初，有不同的見解⁸。甚至，在德國建立統一的行政法院之前，曾經透過於行政機關內配置法官與踐行類似的訴訟程序，而對於行政權作用之合法性加以控制，例如特定的社會保險爭議⁹。因而，無論是否透過制度化的行政審判權，只要是對於行政權作用的合法性加以控制，均屬於行政救濟程序。依據這個廣義的意義，不難理解我國法院實務為何多認為行政救濟程序包含了行政訴訟、訴願與訴願先行程序。

7 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, 1992, S.240.

8 Wolfgang Kohl, *Das Reichsverwaltungsgericht: ein Beitrag zur Entstehung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, 1991, S. 16ff.

9 Michael Stolleis, *Entstehung und Entwicklung des Bundessozialgerichts*, in: ders., *Recht im Unrecht*, Frankfurt am Main 1994, S. 275ff.

即使廣義的行政救濟程序包含了行政訴訟、訴訟與訴願先行政程序，但行政訴訟與訴願(含訴願先行政程序)仍分別屬於兩種不同的權力作用與程序。國內學者多將訴願程序定位為行政程序¹⁰，儘管訴願與行政訴訟程序有緊密之關聯性，例如，訴願事件具有特殊的性質—爭訟性¹¹。儘管因訴願程序之特殊性欲稱之為「準司法機關」，訴願機關之組成、運作與權限，仍難與獨立的法院相比擬¹²。

行政訴訟的功能正如同行政訴訟法第1條所指，在於保障人民權益，確保國家行政權之合法行使。訴願的功能與目的，訴願法並無明文，依據學理上的見解，主要有三：行政自我審查、減輕行政法院負擔以及人民權利保護。而訴願先行政程序的功能在於強調行政的自我省察，可迅速發揮救濟功能，並可減輕訴願機關之負擔¹³。從不同的行政爭訟程序的功能可看出，行政合法性之審查的功能與人民權利保護的功能至少同等重要。但是，行政救濟程

10 洪家殷，行政程序法與行政救濟之關係，月旦法學雜誌第50期，1999，頁74。

11 吳庚，行政爭訟法論，4版，2008，頁355；湯德宗，論訴願的正當程序，月旦法學雜誌，第61期，2000，頁128；蕭文生，訴願法修正評析，軍法專刊，第45卷第11期，1999，頁29。

12 柯格鐘，德國與台灣訴願制度之比較—兼論對我國訴願法修正的幾點建議，收於：臺北市政府訴願審議委員會編，訴願專論選輯-訴願新制專論系列之十一，2010，頁174。

13 洪家殷，訴願與不利益變更之禁止，收錄於：臺北市政府訴願審議委員會編，訴願專論選輯-訴願新制專論系列之八，2007，頁67。

序的分化設計，以訴願程序作為特定行政訴訟類型之合法要件，是否符合憲法訴訟權對於「實效」的權利保護的要求，學理上或受有質疑¹⁴。從大法官論證審級制度屬於立法者形成自由，非屬於訴訟權之核心，將訴願程序作為行政訴訟之前置程序，同樣應可推知亦非屬於訴訟權之核心。重點仍可能是回歸到訴願制度與程序的安排如何更能符合有實效之權利保護。亦即，行政自我審查功能與權利救濟功能間如何平衡的問題。因此，本文認為討論訴願與訴願先行程序制度之相關問題研究，不能忽略與行政訴訟程序之差異，亦即必須正視訴願程序具有行政自我審查之面向。

二、行政救濟程序中之不利益變更禁止

(一) 不利益變更禁止之理論基礎

向來支持不利益變更禁止的理論基礎，不外乎以下幾點：符合法律救濟之目的、處分權主義、憲法第16條訴訟權保障以及信賴保護原則等。但這些論據是否充分，已有學者提出質疑：行政救濟之目的不僅在於人民權利保護，還有行政合法性審查，兩者目的並無優先順序；訴願並非完全採處分權主義，仍有職權主義色彩；訴訟權之保障在於正當程序之設計與公平獲得救濟之機會，並非保障訴訟

14 蔡宗珍，同註2，頁301，註25。

結果；同樣地，提起訴願，即表示對表明不服之原處分的存續無信賴，加上訴願決定尙未能成爲信賴之基礎，反對以信賴保護作爲理論基礎¹⁵。本文認爲上述關於支持與反對不利益變更禁止的討論，正是重新檢視與凸顯我國明文規定的重要觀點。其主要的爭執在於，訴願程序的功能究竟應否偏重權利救濟還是行政合法性審查。本文認爲應從訴願程序與訴願先行政程序的功能爲基礎，必須同等考量確保行政決定之合法性與人民權利救濟，而非僅強調單一向，遇有衝突時，是否應優先考量其一又或者如何取其衡平之思考，均值得加以探討。因此，對於解釋或爲解決訴願程序與訴願先行政程序適用不利益變更禁止的爭議，本文立場認爲須衡酌上述兩項功能與取得衡平，而非認爲不利益變更禁止屬於普遍有效且絕對的法律原則，而應優先適用。

(二) 不利益變更禁止之適用範圍

行政訴訟法與訴願法已有明文規範不利益變更禁止，對於其適用應回歸法律條文，應無疑義。但對於訴願先行政程序是否有所適用，則有爭論。亦即，對於行政救濟程序中之不利益變更禁止，是否適用於所有行政救濟程序，國內文獻已有廣泛討論¹⁶，在此不再贅敘，僅說明重點。實

15 陳愛娥，同註 6，頁 39-40。

16 洪家殷，同註 13，頁 66-67。

務上向來以權利救濟觀點認為訴願先行程序仍有不利益變更禁止之適用(行政法院62年判字298號判例)，學理上有不同見解¹⁷。本文認為訴願先行程序多為原處分機關所為的自我審查，且訴願先行程序亦屬行政程序，原處分機關依據行政程序法得依職權撤銷違法行政處分，此時適用相關規定即已足，如認為受有非明文之不利益變更禁止拘束，與行政程序法之明文規定顯有矛盾或不符之處，將徒增適用爭議。

(三) 訴願程序中不利益變更禁止之立法妥當性

前述提及不利益變更禁止之理論基礎的爭議，尤其是涉及適用範圍爭議時，與救濟程序之功能與地位的側重具有緊密關聯性。本文贊同學者見解，認為「不利益變更禁止」應為「禁止訴外裁判原理的具體化」¹⁸，因此當原告之訴提起有理由時，不可能受比原處分「更不利益」之處分或決定。我國目前訴願法與行政訴訟法的明文規定是否有實益，在立法論上仍有討論空間。關於訴願法中不利益變更禁止之規定，本文認為並不妥當，理由是造成適用上之困難與爭議不斷。

17 肯定見解，蕭文生，禁止不利益變更原則，法學教室第87期，頁8-9；保留態度，洪家殷，同註13，頁79。

18 蔡志方，論行政訴訟法第195條「變更性判決」之意義與「禁止更不利益變更原則」，收於：行政救濟與行政法學，修訂一版，2004，頁201-204、213-214。

訴願法中規範不利益變更禁止的立法不當，主要理由有二。首先，訴願法中認為不利益變更禁止適用於訴願「有理由」之情形，亦即，原行政處分違法。訴願機關所為之訴願決定亦為行政處分，此時訴願機關可撤銷或變更原(違法)處分，此時與行政程序法中撤銷違法行政處分並無本質差異。加上，我國的訴願機關並非作成原處分之機關，亦即通常無做成原處分之物事管轄權限，因此實務上多以撤銷原處分，發回原處分機關，另為適法處理。從整體過程中觀察，訴願決定撤銷與原處分機關依職權撤銷，均由原處分機關重為「合法」行政處分，應無本質差異，但經過訴願程序對違法行政處分的撤銷受到訴願法不利益變更禁止之拘束，而行政機關自行依職權撤銷違法之行政處分卻未受到其拘束，難道該法條之立法目的在於鼓勵人民興訟或至少其適用結果將可能導致興訟，此即立法不當之處。其次，訴願實務上，引用不利益變更禁止，得出「訴願駁回」結論，將導致訴願有理由，但卻不撤銷違法行政處分之結論，兩者相互矛盾。訴願機關認為原處分違法卻未撤銷，僅在理由中指責，贊同者認為不利益變更禁止的判斷從結果與理由整體判斷，但本文認為這似乎也將導致「不利益變更禁止」作為處分「阻卻違法」之事由，如此是否妥適，也值得斟酌。加上，依據訴願法第58條規定，原處分機關應先行自我審查，倘原處分機關在此階段認為原處分違法，自為撤銷並重為一個「更不利」的合法處分，此時並無不利益變更禁止之適用。因而，倘若行政

機關早日自我發現或承認原處分違法而撤銷時，就不適用不利益變更禁止；但行政機關未能早日發現違法，後來由訴願機關撤銷發回，反而適用不利益變更禁止，此種結果是否也是會導致或甚至鼓勵人民興訟，值得省思。

(四) 不利益變更禁止之適用與限制

即使本文質疑訴願法的不利益變更禁止規定的妥當性，但在未修法之前，仍無法否定其規範效力。基於上述立法妥當性之討論，必須重新思考不利益變更禁止之規定在個案適用時，是否以及如何受有限制，至少與其他行政法實體規範或一般原理原則間的關聯性，應一併考量。學理上認為不利益變更禁止原先與上訴之範圍有關，而涉及於公益之行政爭訟，是否應無條件採行不利益變更禁止，應更有檢討空間¹⁹。

依據訴願法第81條規定，「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」。從立法體例上可知，本條適用的情形應限於「訴願有理由者」，換言之，訴願機關認為原處分係屬違法或不當之情形，而撤銷原處分時，不得使訴願人處於更不利益之地位。但書的限制毋寧重申不利益變更禁止之原

19 郭介恆，同註5，頁653-654。

理。然而，何謂「更不利益」之判斷，究應對於整體結果或者就個別爭點而論。司法實務上有認為從整體結果為比較，「有無發生『不利益變更』之結果，是以行政作為所導致之最終結果為整體評價，而非以行政作為各個爭點逐一判定，只要發生在後之最終行政處遇結果沒有對受規制者造成比前次結果更不利之影響，即不謂違反「不利益變更禁止原則」（最高行政法院95判字1769）。訴願實務上也多以主文與理由整體判斷是否為「更不利益」，由於訴願機關甚少變更原處分，而是撤銷違法或不當之原處分，發回原處分機關重為處分。由於原處分機關亦受不利益變更禁止之拘束，訴願機關多在理由欄中敘明，本應處罰較重，原處分誤為較輕之處分，基於不利益變更禁止，故維持原處分。然而，此種作法是否符合訴願法第81條，甚至有違依法行政之原理，不無疑慮。

行政救濟程序中，如原處分適用法律錯誤時，是否仍有不利益變更禁止之適用，產生這個爭議的原因在於，訴願法與行政訴訟法並無類似刑事訴訟法第370條但書的規定，亦即，於法律適用錯誤時，排除不利益變更禁止之適用。何謂「法律適用錯誤」，亦值得探究。行政法院實務中，認為行政機關對於事實的認定錯誤並無不利益變更禁止之適用，「上開有關『不利益變更禁止原則』，……其僅適用於最終之決定或處分而言，尚與事實之認定無涉，事實之認定並無所謂不利益之可言」。（最高行政法院99判字28號）。然而，進一步以錯誤的事實為基礎而適用法律，

屬「構成要件事實涵攝的錯誤」，得出錯誤的法律效果，所作成之處分或決定應屬違法。

實務上，對於適用法律之錯誤是否得排除不利益變更禁止，行政法院實務有不同見解，有認為得排除，「……本件原處分適用之法律係屬錯誤，經被上訴人重新作成處分時始適用正確之法律，揆諸上開判例(最高行政法院62判字298)，本件自無不利益變更禁止原則之適用」²⁰。但也有實務見解，認為法律適用錯誤的情形亦不得排除不利益變更禁止，「……無類似刑事訴訟法第370條但書對於『適用法條不當而撤銷』，則無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」²¹。

最高行政法院實務見解有其不明朗之處，其所引用該院62年判字298判例要旨，「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」。在訴願法修法時，並未將排除規定納入，因此是否為立法疏漏，從立法理由中亦難加以判斷。進一步是否得類推刑事訴訟法第370條但書規定，實務上似乎持否定見解。但學理上有持肯定見解²²，主要理由在於

20 最高行政法院 100 年判字 196。

21 最高行政法院 96 判字 1236。

22 李震山，行政法導論，修訂 7 版 2 刷，2008，頁 554；陳愛娥，同註 6，頁 45。

「法律之遵守應更重於訴願人及被告救濟之請求」²³，因違法不當處分獲有不正利益之人，基於不利益變更禁止，反得透過提起訴願確保其不正利益，有違法治國原則之原理。本文贊同此項見解，訴願程序中適用不利益變更禁止的爭議，應同時考量確保行政決定之合法性與權利保障之間的衡平關係。

參、訴願實務案例適用不利益變更禁止之爭議與分析

一、概說

訴願程序中之不利益變更禁止的明文規定，係為使權利救濟者的法律地位，不因訴願之提起，於訴願有理由時，當無遭受「更不利益」之對待，亦即，在同一事實條件關係下，不因訴願提起而受到更不利益之「法律效果」。本文認為，訴願法第81條之適用前提應在於「事件同一性」，亦即適用之法條與構成要件事實同一之情形下，經過法律救濟程序後，於法定的不同法律效果間，不得重為選擇對人民更不利之法律效果。因而在原處分機關於事實錯誤或適用法律錯誤的情形下，將可能使原處分機關與訴願機關所處理的案件並非同一的情形下，而無不利

23 張文郁，訴願決定之不利變更禁止，月旦法學教室，第6期，2003，頁2。

益變更禁止之適用。以下將針對實務上的案例為例，探討不利益變更禁止適用的爭議與其限制。

二、案例類型

(一) 構成要件事實的涵攝錯誤

如前述，本文認為適用不利益變更禁止適用之前提在於事件同一，必須原處分機關與訴願機關對於同一案件事實以及應適用同一法條的認定相同時，才有適用。當行政機關如以錯誤的事實為基礎，致無法正確適用法律，獲致合法的行政處分，應無不利益變更禁止之適用。此處所指錯誤的事實，應是處分機關對於事實的認定錯誤，致未能選擇正確法條加以適用。

但訴願實務上，出現的情形多是對於構成要件事實的認定錯誤情形，但此種情形是否排除不利益變更禁止，訴願實務多肯認。雖得適用不利益變更禁止，於理由中敘明，維持原處分機關的事實錯誤認定。例如，房屋稅案件中，原處分機關重新勘查增建面積大於原先認定的增建面積，訴願機關仍維持原先錯誤的事實認定，如臺北市政府訴字第09670240600號訴願決定書，「……經原處分機關北投分處於 96年10月8日再派員至現場勘查實地測量結果，增建面積共計為35.6平方公尺，此有該分處現場測量平面圖在卷可憑，**惟依訴願法第 81條第1項但書行政救濟不利益變更禁止之規定，仍維持原核定增建面積為12**

平方公尺，此部分之核定對於訴願人並無不利，應無違誤」。同樣，對於受益處分的構成要件事實涵攝錯誤，同樣認為有不利益變更禁止之適用，例如，社會扶助法案件中，對於每月收入所得之認定，如原處分機關原先認定的工作收入錯誤，但相較於正確適用法條認定工作收入為低者，仍維持原先的錯誤認定，例如臺北市府府訴字第10009159600號訴願決定書，「依首揭臺北市府社會局身心障礙致不能工作範圍及工作收入認定表規定辦理，經查其並無該認定表所定身心障礙致不能工作之情形，其仍有工作能力而未就業，依上開認定表規定，應以基本工資之55%核算其每月工作收入為9,834元，**惟查原處分機關以其無工作能力，又查無薪資所得，其平均每月工作所得以0元列計，雖有違誤，然基於不利益變更禁止原則，故仍以0元列計其平均每月收入**」。換言之，實務上認為，原處分機關因涵攝構成要件之事實錯誤而為的行政處分，訴願機關多依據不利益變更禁止，而維持「違法」行政處分，並得出不撤銷的結論。本文認為，訴願機關如考量本身無作成實質決定之權限，不願意重新為事實認定，應以事實認定錯誤或不明，導致行政處分違法為由，撤銷原處分，要求原處分機關重為處分始為允當，而非認為有不利益變更禁止之適用。

此外，如屬不同法條之構成要件事實的涵攝問題，本文主張訴願機關與不應適用不利益變更禁止，而維持原處分，應以涵攝錯誤為由而認為屬違法處分，且由原處分

機關重新認定構成要件事實為宜。但實務上，行政機關同樣認為此時仍有不利益變更禁止之適用。例如，在食品衛生管理法事件，由於該法第19條於第1項與第2項分別規範兩種行為，第1項是不得為不實、誇張或易生誤解的食品廣告，第2項是不得為醫療效用之廣告，立法者對於這兩種廣告行為的處罰也不相同，對於後者處罰較重。然於個案中，處分機關對於廣告內容本身的認定為不實廣告，而訴願機關認為廣告內容為醫療廣告時，適用不利益變更禁止之原則後，仍維持原處分。例如，臺北市政府府訴字第100090401600號訴願決定書，「本件原應適用食品衛生管理法第19條第2項，而依該法第32條第1項規定，處20萬元以上100萬元以下罰鍰。原處分機關認本件應適用法條為食品衛生管理法第19條第1項，而依同法第32條第1項規定，處4萬元罰鍰，雖與其答辯意旨所述案件事實不符，惟基於不利益變更禁止原則，原處分仍應予維持」。

綜上，本文認為對於構成要件事實的涵攝錯誤，與事實認定錯誤的情形相同，訴願機關應將原處分撤銷，由原處分機關重新為合法的處分，因涉及事實不明，而不應逕以不利益變更禁止原則，而維持違法行政處分。

（二）法律效果的適用爭議

對於符合構成要件的事實，行政機關多因立法者的授權，有不同的法律效果選擇與決定之自由，以往學界多將此稱為「裁量」，並認為法院對此部份的審查，受有限

制，亦即僅能針對裁量違法之部份為審查。但在訴願實務上，由於訴願機關得對於行政機關之決定為合目的性之審查，對於裁量部份得為全面審查。本文認為由於訴願法第81條但書規定，將使得這項全面的審查權限受到一定的限制。

對於法律效果適用的違法或不當，實務上多以不利益變更禁止，維持違法行政處分。以下舉若干例子為說明。首先，關於選擇裁量之違法或不當，亦即不同法律效果間的選擇爭議。例如在建築法事件中，對於擅自建造建築物之行為人，依據建築法第86條規定，應處罰鍰「並」勒令停工補辦手續；必要時得拆除。如處分機關未處以罰鍰，卻命補辦手續或自行拆除，對於這項法律效果的「恣意」選擇，非遵守立法者所定裁罰效果與順序，訴願機關以不利益變更禁止原則，維持原處分。例如，臺北市政府府訴字第10109026900號訴願決定書，「原處分機關**依前揭規定本應處訴願人罰鍰並限期改善或補辦手續**，然原處分機關卻**2次僅命訴願人於文到 10日內改善至符合規格尺寸並補辦手續或自行拆除**，雖與前揭規定不符，惟基於不利益變更禁止原則，原處分均仍應予維持」。類似的案例，又如，臺北市政府府訴字第10009102900號訴願決定書，「本件原處分機關依建築法第 86條第1款規定，**本應對於違反同法第25條規定擅自建造建築物者，處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停工等**，然原處分機關卻僅查認系爭構造物已違反建築法規定，依法應予拆除，雖與前

揭規定不符，惟基於不利益變更禁止原則，原處分仍應予維持」。然而，比較兩案後可知，在前案的情形中，行政機關享有法律效果的選擇僅在於限期改善或補辦手續，對於罰鍰處罰與否，應無裁量空間，必須予以裁罰，但訴願機關以原處分本無罰鍰處罰，若撤銷重為適法處分，將對於當事人造成更為不利的效果；而後案的情形中，原處分機關本來對於法律效果應先處以罰鍰與勒令停工或補辦手續，必要時得拆除違建，但原處分機關直接命拆除違建，係考量本案已無補辦手續可能，直接命當事人自行拆除，而免受罰鍰處罰，訴願機關也多認為此種處理雖與法不合，但相較處以罰鍰併命拆除違建為輕，故仍適用不利益變更禁止。由於行政機關並未處以罰鍰的情形下，當事人提起訴願時，訴願聲明不可能包含罰鍰，此時基於不利益變更禁止的基礎（禁止訴外裁判），訴願機關自無法變更（處以罰鍰）或撤銷原處分，命原處分機關處罰罰鍰。

如原裁量處分屬於違法的情形，在裁量逾越的案例中，若當事人因原處分機關逾越裁量，如果撤銷違法處分，反而使人民享有更多「不正」利益，則應適用不利益變更禁止。例如，在噪音管制法案件，因訴願人違反噪音管制標準，如行政機關逾越法定改善期限，臺北市府府訴字09870262600號訴願決定書，「原處分機關認訴願人營業場所之冷卻水塔產生噪音之音量超過管制標準，以 98年 5月8日N031436號通知書，限訴願人於98年 6月8日22時2分前改善完成，**該限期改善期限顯已超過30日，揆諸前揭規**

定，雖有未合，基於不利益變更禁止原則，本件原處分仍應予維持」。在本案例中，行政機關得要求違規者於30日內限期改善完成，但行政機關給予超過30日以上的期限，應屬於裁量逾越之情形，屬裁量違法。如貫徹學理，行政機關應撤銷原處分，要求原處分機關重為處分，但此時人民將享有更多的改善期限，也顯然與立法目的不合，因此此時撤銷原處分，反而也使得人民事實上享有更多不正利益(更長的改善期限)。又，基於不利益變更禁止，如訴願機關將原處分之改善期限縮短至30日，也將使訴願人處於更不利的地位，因此在此情形下，本文贊同此時應有不利益變更禁止之適用。

其次，當原處分機關違反裁量基準時，構成違法行政處分是否仍得適用不利益變更禁止，本文認為如裁量基準所涉全屬法律效果，而與事實無關，依目前訴願法規定應得適用不利益變更禁止。例如，在兒童及少年福利法案例中，原處分機關未遵守裁量基準裁罰罰鍰或其他種類處分時，但仍在法定裁罰範圍內，訴願機關多以不利益變更禁止，維持原處分。臺北市政府府訴字第09970016800號訴願決定書，「本件既屬第2次查獲訴願人違反兒童及少年福利法第29條第2項規定，依前揭本府處理違反兒童及少年福利法事件統一裁罰基準，**本應裁處訴願人20萬元罰鍰及公告其姓名，並令其停業6個月，原處分機關僅處訴願人10萬元罰鍰及公告其姓名，並命立即改善，雖與前揭統一裁罰基準規定未符，惟基於不利益變更禁止原則，原處分仍**

應予維持」。

然而，對於違反裁量基準的行政處分，是否屬於違法行政處分，應視具體情形而定。由於行政罰法第18條規定，行政機關對於非典型的案例(例外情形)，仍得違反裁量基準，依據罰鍰的審酌要素，酌予加重或減輕，並敘明理由²⁴。從上述訴願決定書，原處分機關並未逾越裁量範圍，但未遵守行政規則性質的裁罰基準規定，訴願機關得尊重原處分機關對於個案特殊性的衡酌。在此情形下，原處分並不當然違法。但如果訴願機關認為原處分機關無正當理由卻未遵守裁量基準，而原處分違法時，因原處分機關通常選擇最低額的罰鍰與最低度的管制罰手段，因此如果撤銷原處分重為處分，結果都會使得訴願人處於較為不利之地位，基於不利益變更禁止，訴願機關僅能維持原處分。

另一種違反裁罰基準的案例，是裁罰基準涉及構成要件之具體化與不同的法律效果選擇，因涉及事實認定有誤，本文認為應與構成要件事實認定錯誤相同處理，排除不利益變更禁止，而以事實錯誤或不明，由原處分機關重新認定為宜。例如，在廢棄物清理事例中，由於臺北市府區分丟棄廢棄物的行為，類型化為不同的違規情節，而有不同的裁罰準。臺北市府府訴字第09902599200號訴願決定書，「原處分機關以訴願人違反廢棄物清理事例第 12

24 王韻茹，罰鍰裁量與司法審查，收於：2010 行政管制與行政爭訟，2011，頁 229。

條第 1 項規定，輕認其違規情節為棄置資源垃圾，依同法第 50 條第 2 款規定及裁罰基準，處訴願人 1,800 元罰鍰，**雖與訴願人所棄置之髒污塑膠袋、菜葉、使用過之衛生紙應屬家戶垃圾，依前揭裁罰基準規定家戶垃圾未使用專用垃圾袋且未依規定放置應處 2,400 元罰鍰未合，惟基於不利益變更禁止原則，原處分應予維持**」。類此情形，例如，臺北市府府訴字第 10009167700 號訴願決定書，「訴願人變更系爭建物使用類組之情形，應係屬建築物使用類組及變更使用辦法第 2 條所規定之按摩場所(將場所加以區隔或包廂式為人按摩之場所)，屬 B 類商業類第 1 組，B-1，則依前揭統一裁罰基準規定，**原處分機關本應對訴願人第 1 次違規行為處 12 萬元罰鍰，並限期改善或補辦手續；然原處分機關卻僅處訴願人 6 萬元罰鍰，並限期改善或補辦手續，雖與前揭規定不符，惟基於不利益變更禁止原則，原處分應予維持**」。對於涉及構成要件之具體化的裁量基準，本文認為此時所涉及的是事實認定問題，而非僅屬單純法律效果選擇，因而訴願機關如認為行政機關對於構成要件事實認定有所錯誤，仍應撤銷發回，由原處分機關重為認定，較為適當，而非以不利益變更禁止為由，維持原處分的違法性。

最後，必須與法律效果之違法適用相關的案例是涉及行政罰法的量科罰鍰的爭議。行政罰法設有法定減輕事由之規定，但原處分機關在個案並未有法定減輕事由卻依照行政罰法減輕規定，予以減輕罰鍰裁鍰，此時所為裁罰應屬違法處分，但考量撤銷後，當事人將受有更不利益之，

因此適用不利益變更禁止，維持原處分。類此的案例，實務上相當常見²⁵，本文以下舉一例說明，例如，初次違犯並非屬於法定減輕事由，僅為衡酌事由，並不能減輕法定罰鍰額度，但實務上行政機關多減輕法定最低額之二分之一。臺北市政府府訴字第10009167300號訴願決定書，「本件原處分機關因考量訴願人為初犯、情節較輕微及獲利甚低，乃依行政罰法第8條但書及第18條第3項規定，衡酌減輕罰鍰至法定最低額3萬元之二分之一即1萬5,000元罰鍰，然訴願人是否為初犯、情節較輕微及獲利甚低，非行政罰法第8條但書規定得減輕或免除處罰之事由，其僅為原處分機關依行政罰法第18條第1項規定就訴願人違規情節所作之裁量，自無行政罰法第18條第3項規定之適用。從而，原處分機關核認訴願人屬初犯、違規情節較輕微且獲利甚低，處訴願人法定最低額3萬元之二分之一即1萬5,000元罰鍰，雖與行政罰法第18條第3項規定不合，惟基於不利益變更禁止原則，原處分應予維持」。

又，如個案當事人違犯之一行為該當數法條之構成要件，原處分機關未遵守行政罰法的競合規定予以處罰，例如，在食品衛生管理法案例中，訴願人販售之產品，除有標示不清之情形之外，還同時有不實廣告之情形，同時該當食品衛生管理法第17條第2項(食品標示)與同法第19條第

25 類似的案例，例如，違反菸害防制法事件，臺北市政府府訴字第10009101400號訴願決定書；或食品衛生管理法事件，例如，臺北市政府府訴字第099305591號訴願決定書。

1項(不實廣告)，本依據行政罰法規定處罰，但原處分機關卻僅以最低罰鍰處罰，基於不利益變更禁止，訴願機關自無法加以撤銷。臺北市政府府訴字第09870011900號訴願決定書，「本案訴願人違反食品衛生管理法第17條第2項及第19條第1項規定，依行政罰法第24條規定，應從重以食品衛生管理法第32條第1項規定為本案裁處罰鍰之依據，且不得低於該條文所定罰鍰最低額4萬元；是原處分機關處訴願人3萬元罰鍰，並命違規產品於97年10月31日前回收改正完成，揆諸前揭規定，雖有未合，惟基於不利益變更禁止原則，本件原處分仍應予維持」。由於行政罰法立法較晚，對於該法所揭示之規定，例如法定減輕事由或者競合事由規定，行政機關於裁罰時，應具有普遍適用之效果，如違反時，應構成裁罰處分之違法。目前訴願實務上，即使認為此類處分違法，但基於不利益變更禁止而仍予以維持。

本文以為此類案件凸顯了依法行政原則與不利益變更禁止之矛盾，是否僅能依據訴願法不利益變更禁止之規定，而不能撤銷原處分？本文以為主要的爭議在於訴願人所爭議的是「原處分裁罰之金額額度」低於法定最低罰鍰的金額，此時，對於「不足法定最低罰鍰金額」的部份，當事人不可能聲明不服，同樣基於訴外裁判之原理，訴願機關不可能變更增加這個部份。但此種情形確實牴觸依法行政原則，應如何加以思考，本文目前的想法認為，可從行政罰法角度加以補充。因我國行政罰法之規定包含罰鍰

與其他種類之處罰，倘個案所涉及之處罰僅有罰鍰，考量罰鍰的功能仍有所發揮，僅未能正確適用罰鍰的衡酌，加上考量訴外裁判之原理，本文贊同目前實務之作法。但如個案中涉及之處罰有罰鍰與其他種類之處罰，則認為處罰功能與目的未能達成，而認為此時應依據依法行政原則，撤銷違法行政處分，才是妥當之作法。

肆、結論

本文試圖從憲法訴訟權角度思考行政救濟程序之功能與定位，繼而對於行政救濟程序中不利益變更禁止的適用與相關爭議，提出本文分析。我國行政救濟程序同樣強調人民權利保護與行政合法性確保，因而當適用不利益變更禁止之規定時，必須同時考量到兩個目的與兩者間的衡平。

本文認為不利益變更禁止並非屬於普遍有效的法律原則，毋寧是立法者的實證的明文規定。於個案適用時，仍必須注意到與其他法律規定或原則之關係。從目前訴願實務案例可看出，不利益變更禁止與依法行政原則常處於對立，在訴願決定書中，時常可看到「基於不利益變更禁止原則」，因而不撤銷「違法」行政處分。本文對此提出應區分構成要件事實錯誤與法律效果適用違法兩種類型，探討不利益變更禁止適用之可能。對於前者，應無不利益變更禁止之適用，訴願機關應發回原處分機關，重新為事

實認定。對於後者，並非均有不利益變更禁止之適用，而必須同時考量依法行政與不利益變更禁止於個案的衝突為何，尋求衡平的解決方式，而非一味地以不利益變更禁止，而維持違法行政處分。

與談實錄

政治大學法律系劉教授宗德：

非常感謝報告人用了30分鐘左右時間，剩下與談時間法定是20分鐘，在座有諸多貴賓，乃至於實務界及學術界，都會有爭點想請3位協助釐清。我們依安排順序，先請有信賴保護原則著作的林三欽教授，各位我們歡迎林三欽教授。

東吳大學法律系林教授三欽：

劉老師、報告人王老師、在座各位先進，很高興有機會來開研討會，謹遵劉老師指示，克制在12分鐘以內。

不利益變更禁止原則主要在保障人民的訴訟權，讓人民在提起行政爭訟時不要擔心適得其反。問題是我們行政爭訟制度的建構除了充分讓民衆可以提起行政爭訟外，是否亦有落實依法行政的想法。行政爭訟制度其實是兼籌並顧，希望二個原則都可以落實。在二個原則衝突時，我認為在整個爭訟制度中，保障人民爭訟權的成分高一些，畢竟憲法大費周章建立訴訟權保障制度。立法者透過訴願法第81條排除更不利益的變更。我認為這樣的立法也不完全是錯的，畢竟，給人民有實效、不至於有太多恐懼感的行政爭訟是必要的。但我希望不利益變更禁止原則不是無限上綱，而是有一些限制。其實本文在第10頁快要結束的地方提到，到底訴願程序的性質是行政程序還是行政救濟程

序？這確實會影響到問題的走向。訴願程序如果是行政程序，那行政機關是在訴願程序後，才把決定形塑，行政機關的態度要等訴願走完才知道。但如果訴願程序是行政救濟程序，行政機關的答案就是行政處分，訴願機關就扮演事後檢視的角色，就要給人民一個較高程序的保障。國內目前多數認訴願係行政程序，所以在訴願程序直接把行政程序法拿來用。我個人傾向認為訴願有行政救濟的本質。有許多文獻，包括本文，都會拿德國來比較。但在德國，異議或訴願被當作行政程序的延伸，不像我國，訴願是成熟完備的救濟程序。所以，在我國訴願是救濟程序無疑，應該要有行政救濟程序的基本配備。再來本文也提到，訴願先行程序也同樣面臨究竟是行政程序或行政救濟程序的問題。如同本文提到的，訴願先行程序通常是在原處分機關，循原來的程序本質使原處分機關有機會再檢視一遍，例如課稅處分的復查。先行程序是救濟程序的第一站，該給的基本配備，例如不利益變更禁止還是要給。看起來我的答案和本會的意見不太一樣。再來，本文第4頁末段提到，如果觸犯不利益變更，可能有訴外裁判的問題。我想，如果是同一事件，僅裁決結果與原來有所偏離，是否即是訴外裁判？依我來看，「訴」的主要界定元素是當事人、聲明、事實。如果三者都一樣，只是以結果有利或不利作訴外裁判的認定，可能有一點勉強。再來，本文提出二個反對不利益變更禁止原則的立論：第一個，認為訴願決定既是行政處分的屬性，訴願決定撤銷與行政程序法第

117條職權撤銷並無不同，既然行政程序法第117條都可任意變更，那為何訴願決定的撤銷，卻被限制？行政程序職權撤銷與人民提起爭訟而撤銷，在本質上有相當差異，但本文卻認為是同樣一件事情，我覺得可能有待商榷。再來，本文認為，如果貫徹不利益變更禁止原則，好像讓違法處分有阻卻違法事由，或導致鼓勵人民興訟。不過，我認為還不到阻卻違法這種程度，也不會導致鼓勵人民興訟，另一種詮釋是保障人民爭訟權行使。至於如何限制避免濫用，稍後再跟大家報告。另外本文在第5頁提到，不利益變更禁止原則適用的前提為事件同一性，只有事件同一性才可適用此原則，行政處分如果有事實錯誤或法律錯誤即喪失同一性，不適用利益變更禁止原則。但是否一旦有事實錯誤或法律錯誤即無同一性，成為另一案件？我認為值得進一步省思。如果認定事實稍有錯誤（例如：違法日期記載錯誤），是否即成為另一新案？與一般認知及實務操作不同。至於如何認定不利益？以整體總驗收或看個別爭點？請大家思考。至於剛剛提到的，不管是事實錯誤或法律錯誤都是常見的，也是訴願案件審查中撤銷的重點，但不會認為是另一案件，要原處分機關捲土重來，而認為不適用不利益變更禁止原則。尤其事實錯誤有程度大小之分，如已經到認為事實是一個新面向，那可撤銷原處分，當作另一個案件來處理，但本文所舉案件皆尚未達到那樣的情形。至於法條適用錯誤的情形，研修中的訴願法修正草案打算將法條適用錯誤排除於不利益變更禁止原則

範圍外。我個人認為，所稱「法條錯誤」，非指單純將法律效果選擇錯誤，其實是指明顯重大誤用法條之情形。因為於此情形，人民自始可知道這種情況是行政機關犯的錯誤，就沒有值得保護的信賴可言。再者，訴願法第81條所稱「不服的範圍內」，須尊重訴願人所提起訴願的範疇。不過，我建議可稍稍擴張，及於訴願聲明的相關範疇內。至於我剛剛所提到，關於不利益變更禁止原則的限制，為避免濫用應注意二點：一、基於公益的考量而不利益變更的必要性。二、當事人信賴不值得保護。因為本原則出於信賴保護的考量，若當事人確實用了不當手段、勾串承辦人等，當然不能主張不利益變更禁止原則。因為時間的關係，我的意見如上，謝謝。

政治大學法律系劉教授宗德：

謝謝林老師精闢的分析跟與談。我們歡迎最高行政法院林文舟法官。

最高行政法院林法官文舟：

主席、王教授、林教授、各位女士先生，本人非常榮幸有機會來此表示淺見，首先欽佩王教授有勇氣提出不同意見書，在實務界雖是少數說，但有些見解如同林教授所說，已納入訴願法修正案。我個人基於言責，表示幾點意見。第1點，所謂不利益變更禁止原則，有狹義及廣義之分。狹義的不利益變更禁止原則，限於禁止訴外裁判，不

得於主文中為更不利益之變更或處分；廣義的不利益變更禁止原則，除禁止訴外裁判以外，尚不可在主文中撤銷原處分(形式上有利於受處分人)，理由中卻有更不利受處分人的指摘，要求原處分機關重為更不利的處分，重為處分時也不可對當事人為更不利的處分。在實務上，訴願機關的見解，我看到的都採廣義說，而行政訴訟上，誠如本文所引的2個判例：31年判字第12號判例及62年判字第298號判例，1個針對訴願決定(31年判字第12號判例)，認為訴願機關不可超越訴願聲明為更不利益當事人的變更；而62年判字第298號判例係針對復查決定，有條件適用該原則，認為除了適用法規錯誤以外，復查決定不可有不利益變更，2個判例似乎不完全一致。在實務操作上，誠如王教授所引2個判決，第1個，99判字第28號判決—認為認定事實錯誤不適用不利益變更禁止原則，意思是說，認定事實沒有利益不利益，但該判決也認為，利益或不利益要看最後的處分結果，因此，認定事實錯誤還是受不利益變更禁止原則限制。例如，稅捐案件有扣除額或減除成本費用等問題，最後審理時，如發現扣除額或應減除的費用額應該更少(當事人希望可以多一點)，基於不利益變更禁止原則，還是維持原來認定，隱含認定事實錯誤還是要適用不利益變更禁止原則。第2個，100年判字第196號判決，認為適用法律錯誤不適用不利益變更禁止原則(引用62年判字第298號判例)，並非通說。再來，96年判字第1236號判決指出，行政訴訟不像刑事訴訟法對於適用法規錯誤不適用不利益變更

禁止原則，有明文規定，意思是說，行政訴訟不管是不是適用法規錯誤，只要有不利益，就要適用不利益變更禁止原則。換句話說，行政法院的見解並非完全一致，所以這是個大問題。

不過，從另 1 個角度，所謂有利不利，有時不好判斷。例如，勞保投保薪資，以多報少，是否對當事人有利？多報者，多繳保險費（不利），但將來受領給付（例如，老年給付）比較多（有利），反之，則相反。實務上發生過，當事人在申請、爭議審議階段要求多報薪資，但在訴願及行政訴訟時卻要求少報薪資。我個人覺得有利與否要以當事人主觀為主（因為受到訴之聲明的限制）。

再來，我想回應本文作者的觀點。作者基於行政救濟目的在確保依法行政及維護人民權益的雙重功能，為求平衡，認為不要一味偏袒人民，在第 6 頁提出事件同一性說，在法律效果選擇上採不利益變更禁止原則；卻又進一步，區分法律效果選擇是否基於事實認定錯誤，或是否漏未選擇更有效的處罰方法，認為如果法律效果選擇是基於事實認定錯誤，或漏未選擇更有效的處罰方法，即有違法問題，應該撤銷原處分，由原處分機關另為適法之處分。但這種論述模式，個人認為不易操作，且本文前後論述不完全一致。例如，第 8 頁提到：「由於行政機關並未處以罰鍰的情形下，當事人提起訴願時，訴願聲明不可能包含罰鍰，此時，基於不利益變更禁止的基礎，訴願機關當然無法變更或撤銷原處分，命原處分機關處罰罰鍰。」，第 9 至第

10 頁提到：「本文以為主要的爭議在於訴願人所爭議的是『原處分裁罰之金額額度』低於法定最低罰鍰的金額，此時，對於『不足法定最低罰鍰金額』的部分，當事人不可能聲明不服，同樣基於訴外裁判之原理，訴願機關不可能變更增加這個部分。」於此情形，作者認為可接受，但接著又說：「如個案中涉及的處罰有罰鍰與其他種類之處罰，則認為處罰功能與目的未能達成，而認為此時應依據依法行政原則，撤銷違法行政處分，才是妥當的作法。」與第 8 頁的論述明顯不一致，請王教授參考。

另外，提本人要出呼籲，與其在行政救濟階段討論不利益變更禁止原則，不如在作成行政處分前就調查清楚、考慮周詳。尤其對於需要從一重處罰的案件，牽涉到各行政機關不同職掌的法規，是否及如何從一重處罰，不是 1 個機關可解決，建議市府可設 1 個聯合裁罰中心處理各種案件，使各機關表示意見，不要各行其事，最晚在提起訴願後由原處分機關自我審查時就要更正處理完畢，否則，由訴願機關撤銷發回重為不利處分，恐造成民怨。

最後，指出一些本文的小瑕疵：第 5 頁提及「構成要件事實涵攝錯誤」，似應更正為「構成要件事實認定錯誤」，蓋所謂「涵攝」，係指適用法律於事實。又第 6 頁、第 7 頁提及的訴願案例，似宜增列事實概要，以便利讀者瞭解案件爭議內容。第 7 頁倒數第 2 行的「感善期限」，係「改善期限」的誤寫。

政治大學法律系劉教授宗德：

個人有些問題請報告人一併惠酌：一、剛才提到爭訟由來，憲法第 16 條在司法院大法官解釋有所謂核心保障。到底「不利益變更禁止原則」是否自民國 3 年訴願法實施以來一直構成憲法第 16 條核心保障內容？二、剛才報告人口頭報告提到，裁罰處分與管制處分，管制處分當然有不利益變更禁止，例如社會保障，核算中低收入戶核列或資格錯誤，到底有無不利益變更禁止？剛才報告人提到裁罰處分與管制處分不同，言下之意，似乎認為裁罰處分與管制處分都有不利益變更禁止，故此部分請報告人確認。三、訴願決定本質是上級機關的處分，在釋字第 368 號解釋下，指摘的是法理錯誤，如果法理錯誤難道也適用不利益變更禁止？四、剛才林法官提到法律適用錯誤的問題。行政罰法有所謂高額主義，但法務部目前採特別法主義，例如不實廣告，依公平交易法處 5 萬元至 2500 萬元罰鍰，公平會為管轄機關，但依食品衛生管理法則應處 20 萬元至 100 萬元罰鍰，採特別法主義就有不同管轄機關，管轄錯誤是否亦在不利益變更禁止範圍內？以上請報告人惠酌。

討論與回應

中正大學法律系王教授韻茹：

謝謝與談人的意見。針對林教授意見，我在本篇文章中，的確提到保障人民爭訟權與依法行政應該並重，未回答到底何者優先。我想指出在訴願案件審理過程，似只聽到權利救濟的聲音，卻沒聽到依法行政的聲音，所以我才主張應同時考量兩者。但就這二者關係而言，就像林教授講的，主要必須考慮到權利救濟的問題。所以在文中強調，毋寧回到處分權主義，強調當事人聲明不服的部分有利益變更禁止的問題。結論上應與林教授沒有太大差異才是。林教授提出不利益變更禁止限制或排除適用的標準，的確比我明確多了，但林老師提出的標準與行政程序法撤銷違法授益行政處分似乎相同。另外，林法官提出的意見，我大致贊同。關於書寫上，在案例中未提到事實，是因為承辦人告訴我，論文限於一萬字，這部分事後會補充。另外，林法官提出勞保投保薪資案件案例。如果大家仔細看就發現我舉的案例多與行政罰法有關，稅法案件只提出1個案例，因為有幾個老師已提出相關文章。陳愛娥老師在委外研究計畫中，最後結論認為應可將不利益變更禁止原則刪除，回到行政法各論，透過個別行政法規去規定。例如社會福利或社會保險，行政罰法也一樣，這是另外一種可能性。立法例上，奧地利行政罰法也有相關規定。郭介恆老師的文章指出，在稅法案例中，最難的是，不利益變更禁

止會與租稅法定原則相衝突。本文讓林法官發現前後矛盾的地方，在第 8 頁及後面的說法看起來的確有矛盾。因為寫文章當時，考量依法行政之要求，在很多訴願案例中無法支持原因是認為會有違法爭議。我原本想，如果立法者規定處罰種類不能只罰一種，會有違法問題；但如果是可以選擇，行政機關先選擇比較重的，並沒有選擇比較輕的，於此情形，我認為可適用不利益變更禁止，著眼於有裁量權的情況。希望有大致回答與談人的意見。關於劉老師的意見，亦即第一個問題，我認為不利益變更禁止原則並非訴訟權保障核心領域，所以認為沒放進來應無違反訴訟權保障之意旨。第 2 個問題，關於裁罰與管制處分之區分，我認為可以在個別行政法上調整與依法行政的衝突。第 3 個問題，我未考量到釋字 368 號解釋，之後會做補充。第 4 個關於管轄錯誤的問題，我還沒想到這種情況，回去再進一步研究。

政治大學法律系劉教授宗德

報告人大致上都回應了問題，現在把時間還給現場。現場如果沒有指教，再給 2 位與談人各 2 分鐘補充指教。先請林三欽老師。

東吳大學法律系林教授三欽

剛剛報告人提到我提出的，不利益變更禁止原則的限制標準，剛好切中行政程序法有關撤銷行政處分，認為訴

願撤銷與行政程序法上撤銷是殊途同歸，但我認為還是有很大差異。行政程序法的撤銷是針對授益行政處分，訴願上撤銷則針對負擔處分。行政程序法第 117 條著眼於撤銷權的要件，此處則導向於可否做成更不利益的訴願決定，本質上並不同。非常感謝劉老師提出的問題，我同意報告人的意見，認為不利益變更禁止原則不屬於訴訟權核心保障內容，但立法者應該審認面對。最後我覺得兩個問題非常精采，有關當食品宣稱療效案件，適用食品衛生管理法或公平交易法處罰？我認為不能一下子看罰鍰高低，應先看是否有特別法與普通法的關係。與本文有關的是，假設有普通法與特別法關係，某機關誤判，先介入管轄，可否撤銷原處分，回到較高額度，有無不利益變更禁止原則適用？我個人認為，於管轄錯誤的情形，無管轄權機關的攔截處理，對本案處理欠缺基本的正當性，所以不應該基於不利益變更禁止原則，就斬斷該案件回到有管轄權機關妥適處理的機會。以上是我簡單補充。

最高行政法院林法官文舟

個人見解與林老師接近，如果 2 個法規是不同的主管機關，要從一重處斷，訴願時發現管轄錯誤，應由另一機關適用較重的處罰，則無論駁回訴願或撤銷發回，均無法禁止有權力處罰的機關另外作處分。此種情形，在行政救濟時，依比較輕法律的處分應該予以撤銷（移由應從一重處斷的機關為處分），依較重法律的處分應該予以維持。

但如果是同 1 個機關，如第 9 頁所舉案例，適用食品衛生管理法之不同法條，就沒有管轄錯誤的問題，而有不利益變更禁止原則適用的問題。最後我還是呼籲，市府應成立 1 個聯合裁罰中心，1 次處理完畢，避免爭議。否則只是讓學者花時間研究賺稿費，對業務推展、法治形象並無好處。

政治大學法律系劉教授宗德

請問在座先進是否還有進一步指教？如果沒有，有幾點意見請各位指教，提供未來參考。報告人王老師是我們臺北市政府訴願委員後面數來第 2 個新秀，但是，是第 1 號悍將。每次初審閱卷大家都搶先，在不知不覺中引導後面的人作痛苦思維，考慮要作相同或對立意見，所以初審意見都是字字血淚。報告中有十幾個地方都是王老師她個人的綜合見解。第 2 點，坦白說，民主輸送帶理論還是讓人有小小的擔心。目前市府法務局訴願會的機關內委員包含丁副市長只有 3 位，其餘都是外聘委員。原處分機關辛苦作出的處分，訴願會是否可不予維持？這可能要從民主輸送帶的理論來考慮。但相反的，如果此理論被濫用，處分相對人事實上可勾串原處分機關，先用較低的處罰的方式，送到訴願會指摘發現原處分違法，但在不利益變更下，雖是訴願駁回，其實是拿到低（弱）的處分的美果，這樣是否符合信賴保護？各直轄市乃至中央的訴願會不是萬能的，尤其在民主輸送帶理論下，原處分機關站在第一線，原處分應獲得遞予維持的一般原則才對，但鑑於不是每個

原處分機關都有明確的裁量基準，各承辦人在時間地域限制下，不一定能正確作出判斷餘地，還是要靠訴願會作出民主正當合法性的事後矯正。今天這樣 1 個重要議題，我個人也大開眼界。報告人王老師提及陳愛娥、郭介恆、洪家殷等幾位先進的文章，我相信王老師在定稿前一定會再詳細研讀。因為時間的關係，今天是週末，整天的學術饗宴在歡欣鼓舞聲中結束。感謝臺北市政府法務局帶給我們學習的機會，祝各位身體健康，謝謝。

102 年度雙北訴願實務研討會議程

時 間：102 年 6 月 27 日（星期四）9:00 至 13:30

地 點：交通部鐵路改建工程局（板橋車站辦公大樓）20 樓會議室

主辦單位：新北市政府、臺北市政府

執行單位：新北市政府法制局、臺北市政府法務局

時 間	內 容
09:00-09:20	報 到
	開幕致詞
09:20-09:30	新北市政府 出席長官 致詞
	臺北市政府 出席長官 致詞
【第一場】主持人：邱局長惠美（新北市政府法制局）	
09:30-10:40	主 題－房屋稅條例房屋評價標準之性質與行政爭訟
	報告人：盛子龍（中正大學財經法律學系教授）
	與談人：陳清秀（東吳大學法律學系教授）
	討論與回應
10:40-11:10	茶 敘
【第二場】主持人：蔡局長立文（臺北市政府法務局）	
11:10-12:20	主 題－試論行政命令受行政爭訟審查之可能與現況
	報告人：吳秦雯（政治大學法律學系助理教授）
	與談人：劉建宏（中正大學法律學系教授）
	討論與回應
12:20-13:30	午 餐

壹、長官致詞：略

貳、研討議題 1

房屋稅條例房屋評價標準之性質與行政爭訟

(初稿)

盛子龍*

綱 要

壹、問題之提出

貳、房屋評價標準之法律性質

一、行政法院對房屋評價標準性質之界定

二、行政法院對其他經公告之行政行為之性質界定
與區分標準之比較

三、行政處分、對人一般處分與法規命令區分標準
之建構嘗試

四、本文見解

參、結論

* 國立中正大學財經法律學系教授。

本文為初稿，請暫勿引用。

壹、問題之提出

我國房屋稅係以房屋現值為稅基，由稽徵機關依據不動產評價委員會評定之標準加以核計（房屋稅條例第 10 條第 1 項規定）。不動產評價委員會則係依據下列事項分別評定房屋標準價格，並由直轄市、縣（市）政府公告之（房屋稅條例第 11 條規定）：

- 一、按各種建造材料所建房屋，區分種類及等級。
- 二、各類房屋之耐用年數及折舊標準。
- 三、按房屋所處街道村里之商業交通情形及房屋之供求概況，並比較各該不同地段之房屋買賣價格減除地價部分，訂定標準。

前項房屋標準價格，每三年重行評定一次，並應依其耐用年數予以折舊，按年遞減其價格。

各縣市就此分別訂定房屋評價標準，亦即「房屋構造標準單價表」、「折舊及耐用年數表」、「房屋街路等級調整率評定表」，以為房屋標準價格評定之準據。計算房屋現值時，則以下列公式對照各表數值計算得出：

- (1) 核定單價 = 標準單價 \times (1 \pm 各加減項之加減率) \pm 樓層高度之超高（或偏低）價
- (2) 房屋現值 = 核定單價 \times (1 - 折舊年數 \times 折舊率) \times 街路等級調整率 \times 面積

由於後續階段房屋現值核計處分及最終階段之房屋稅核課處分均必須受前階段評價標準亦即「房屋構造標準單

價表」、「折舊及耐用年數表」及「房屋街路等級調整率評定表」之拘束，在納稅人針對房屋現值核計處分或房屋稅核課處分不服所提起之行政爭訟中，上開房屋評價標準之法律性質為何，實務上經常成爲徵納雙方爭訟之焦點，本文將嘗試就此一問題作一個初步研究。

貳、房屋評價標準之法律性質

一、行政法院對房屋評價標準性質之界定

有關「耐用年數暨折舊率標準表」，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 492 號判決認爲，房屋折舊率及耐用年數爲計算房屋課稅現值之要素之一。各類房屋折舊率及耐用年數一經評定公告後，即成爲課徵房屋稅之依據，將直接影響人民財產利益之負擔，故應認爲其屬於「發生具體法律效果」之行政行爲。就此行政行爲作用之對象而言，其雖非針對人民擁有之個別房屋課稅現值有所決定，但各該構造等級範圍內之個別房屋所有權之歸屬，可透過地政機關或由土地登記簿中查得，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」，職是之故，「各類房屋折舊率及耐用年數」公告之法律性質應爲行政程序法第 92 條第 2 項行政處分中之「一般處分」，該處分經縣市政府公告時，對受處分之相對人即房屋所有權人，已具有拘束力，相對人如有不服應循行政救濟程序請求救濟。相對人如未在法定救濟期間內請求行政救濟，該處分即告確定，法院

亦無從審查。

另有關「段落等級表」方面，臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3778 號判決，亦以地段率一經公告後將直接影響人民財產利益之負擔，再相對人由「一般性特徵可得確定其範圍」，而認定其法律性質為一般處分。相對人如未在法定救濟期間內請求行政救濟，該處分即告確定，法院亦無從審查。

相對於高等行政法院見解，最高行政法院在判決理由中則並未正面就房屋一般評價標準中有關「耐用年數暨折舊率標準表」或「段落等級表」之性質，但是卻強調：「桃園縣不動產評價委員會之組成，係由縣長、稅捐稽徵處長、財政科長、建設科長或公務局長、地政科長、稅捐稽徵處主管課長為當然委員，另由縣政府聘請當地議會代表二人、農會代表一人、營造業公會代表一人及建築師公會之專門技術人員一人為委員，並以縣長、稅捐稽徵處長為正副主任委員，復為不動產評價委員會組織規程第 3 條第 2 款所明定，則該委員會成員既係由當地地方各級主管人員、建築技術專門人員及民意代表、有關人民團體推派之代表等所組成（參照房屋稅條例第 9 條），其所評定之價格，自具有專業性及公信力，除其評定過程有未遵守相關之程序，或其判斷、評定有顯然違法或不當之情形外，基於尊重其專業性及法律授權之專屬性，其所為判斷，自應予以尊重。」（最高行政法院 98 年度判字第 1458 號判決）。上開論述無疑是係引用行政法上不確定法律概念判斷餘地或判

斷授權理論。不過此一理論本是在處理行政法院審查行政機關在具體個案中適用不確定法律概念之司法審查密度，並不適用在法規命令之司法審查。因此，如果最高行政法院的前後法理邏輯是一貫的，則至少亦可由此間接推論出：最高行政法院亦認定「耐用年數暨折舊率標準表」或「段落等級表」不屬於法規命令，而是一般處分。

二、行政法院對其他經公告之行政行為之性質界定與區分標準之比較

行政法院上開界定是否正確，在進行學理上探討之前，有必要透過行政法院對其他經公告之行政行為之性質界定，進一步嘗試歸納整理出實務上區分一般處分與法規命令之標準，並與上開界定作比較。

有關區分一般處分與法規命令之判準，臺北高等行政法院 98 年訴字第 197 號裁定提出相當具有代表性之見解，其略謂：「按行政程序法第 92 條第 2 項：「前項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，適用本法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。」……可知「一般處分」除需符合行政處分要件外，尚需具備下列特徵：

- (1) 相對人雖非特定，但依一般性特徵可得確定其範圍，並非如「新北市人民」此等不特定或非可得確定者。
- (2) 係針對具有 1 次完成性質之具體事件，而非反覆

實施者。」

以上開判斷標準適為前提，行政法院認為「電子遊戲場業之營業場所，應距離醫院、學校等 1,000 公尺以上」之公告自不屬一般處分，蓋關於系爭公告之適用對象為並不特定或非可得確定之臺北縣人民（含法人），且該公告對臺北縣民（含法人）可反覆實施，並非就具體事件一次完成之單方行為¹。反之，行政法院認為「85 年及 86 年警察特考錄取人員訓練計畫」則屬一般處分無疑，蓋係針對參加 85 年及 86 年警察特考錄取而未經中央警察大學、臺灣警察專科學校畢業或四個月以上訓練合格之人員所擬定，訓練對象為可得確定。觀其內容具體明確地規範訓練對象的權利義務關係，且有一次完成之性質，其效力不及於其他年度之警察特考錄取人員（不具有反覆實施之特質）。……就此而言，顯係公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，並對抗告人之身分待遇及人身自由等事項直接產生規制作用，是已對外產生法律效果，則屬一般處分無疑²。

不過，有時行政法院似乎並未完全遵循上開判斷標準，例如最高行政法院 98 年度裁字第 2368 號裁定略謂：「電信法於 91 年 7 月 10 日修正為現行電信法第 26 條條文時，

1 最高行政法院 97 年度判字第 789 號判決。

2 最高行政法院 95 年度裁字第 320 號裁定。

其立法理由以：「法律授權以法規命令限制人民權利或課人民義務時，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，原條文第 3 項增列有關授權事項，以資明確，俾使各項第一類電信事業之資費管理有所遵循。」足認立法者當時將該條文第 3 項增列有關授權事項，係因同條各項第一類電信事業之資費管理等包括『調整係數』之訂定，均係「法規命令」，茲因該「法規命令」限制人民權利或課人民義務，為符授權明確性原則乃增訂該第 3 項之授權條文，則從此立法理由之說明，業已明確表示依據電信法第 26 條第 3 項第一類電信事業之資費管理等包括「調整係數」之訂定而公告者為法規命令，本件係由交通部訂定第一類電信事業資費管理辦法，並於該資費管理辦法第 5 條明文規定關於「調整係數」由其所屬交通部電信總局訂定並定期公告之，本件所爭執之公告即係電信法第 26 條第 3 項之授權事項其中「調整係數」所訂定者，揆諸首揭規定及說明，其應為法規命令。」「從上開系爭公告內容觀之，系爭公告所定之各項第一類電信事業調整係數 X 值及其適用年限，係依電信法第 26 條第 3 項規定之授權所為，且此係數之訂定將拘束所有經營各該業務之第一類電信事業，同時影響廣大而不特定之多數用戶應負擔之通信費率，適用系爭公告之對象為所有第一類電信事業，且嗣後凡經特許而經營之第一類電信事業均同受拘束，如有退出市場不經營該業務者則將不在適用之列，其所規範者為多數不特定人民，應為法規命令。」在此一案例中，行政法院除了以立法理由之

說明作為其定性之論據外，還強調有關第一類電信事業通信費率係數調整所規制之相對人之不特定性，亦即其用戶廣大而不特定以及嗣後第一類電信業者向將來之開放性，但並未特別提及第一類電信事業費率係數調整所具有向將來反覆實施之性質。

若相較於前開案例之判斷標準，則行政法院對房屋評價標準性質之界定所依據之判斷標準幾乎是與前開案例之判斷標準相互矛盾的，例如：

- (1) 上述各種房屋評價標準亦是以整個縣市之房屋所有人為規制對象，其數量較一個縣市內電子遊戲場所業者遠遠過之而無不及。但前者竟屬可得特定，而後者卻是不特定人。
- (2) 對於所規制之相對人向將來之開放性成為第一類電信事業費率係數調整被定性為法規命令之理由，但儘管在各種房屋評價標準表公告後新興建的房屋所有人亦仍必須受該套標準之拘束，這個特徵卻並未在房屋評價標準之定性上納入考量。
- (3) 各種房屋評價標準表並非僅是一次性下命，其也具有持續性效力，亦即具有向將來反覆實施之性質，但這個特徵在房屋評價標準之定性上卻根本未被納入考量。

姑且不論行政法院在各種不同案例中所提出區分一般處分與法規命令之判斷標準及其具體應用結果是否妥適，由以上的分析至少可知，行政法院自始自終欠缺一套有系

統而且可以一貫地區分一般處分與法規命令之判斷標準，這無形中更增加行政機關在實務上區分一般處分與法規命令之困難。

三、行政處分、對人一般處分與法規命令區分標準之建構嘗試

按我國行政程序法第 92 條第 1 項規定：本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權利措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。同條第二項前段規定：前項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，適用本法有關行政處分之規定。學理上稱為對人的一般處分。同條第二項後段則規定：有關公物之設定變更廢止或其一般使用者亦同。學理上稱為對物的一般處分。

上開規定基本上是參考德國聯邦行政程序法第 35 條而制訂，故有關對人的一般處分之界定，尤其是其與法規命令之區別，自可參考德國學說及實務發展的成果。

在此必須先釐清的是，行政程序法第 92 條第 2 項前段規定在體系上係承接同條第一項規定而來，因此一個行政行為基本上仍必須符合同條第一項規定之要素，方可構成對人一般處分。而其與法規命令之關鍵區別，正是其仍必須是「就具體事件所為之規制」，亦即必須是一個「為規制具體案件」(zur Regelung eines Einzelfalls) 所為之行政行為。行政程序法第 92 條第 2 項前段之規範意義僅是在闡

明，即使是在規制相對人並非特定，而僅能依一般性特徵予以確定或有確定之可能者，仍有構成「就具體事件所爲之規制」之可能。但不可以將行政程序法第 92 條第 2 項前段規定孤立地解釋爲：在規制相對人並非特定，而僅能依一般性特徵予以確定或有確定之可能者，即當然構成「就具體事件所爲之規制」³。

究竟一個規制在何種情況下，可以歸屬於「就具體事件所爲之規制」或（更精確地說）「爲規制個案」所爲之行政行爲，由德國學說實務之發展以觀，這可以分別由「受規制之相對人範圍之特定性」以及「受規制之生活事實之具體性」兩個基本因素加以斟酌考量。此外規制之地域範圍及規制之時間範圍也會納入作爲斟酌考量「受規制之相對人範圍是否可得特定」以及「受規制之生活事實是否具體」因素⁴。以上因素究竟應以何者爲重，各種因素可能的排列組合又應如何定性，德國實務及學說歷經長期的討論及案例的累積、沈澱，亦發展出不少共識。以下將嘗試歸納德國實務及學說見解，針對各種可能的排列組合，建構一套系統化解釋規則。

1. 行政行爲規制之相對人特定

首先只要在作成行政行爲時，受規制相對人是特定、確定者，即可將之歸屬於行政處分。

3 Stelkens, in: Stelkens / Bonk / Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 35, 2008, Rn.267.

4 Vgl. Stelkens, in: aaO. § 35, 2008, Rn.283.

例如對於特定相對人作成一次性下命或禁止，例如要求特定相對人繳納一定租稅，或要求特定相對人拆除危險建築，即屬適例。此外，對於特定相對人作成持續性（不間斷）之下命或禁止亦同，例如限制相對人出境，勒令相對人在一定期間內停工、停業，學理上稱為具有持續性效力行政處分。

比較特殊的是，為了避免甲的門前通道因積雪造成行人打滑跌倒之危險，課予甲在每次下大雪時有清除門前積雪之義務，學理上稱為特定－抽象規制。雖然這種下命性的規制行為隨著每次下大雪之情境發生而持續性、反覆地發生效力，但由於僅針對特定相對人而為，德國實務及學理亦將之歸屬於行政處分。

2. 行政行為規制之相對人不特定

在行政行為規制之相對人不特定時，是否構成行政程序法第 92 條第二項規範下之對人一般處分，或應歸屬於法規命令，必須進一步審查。依據行政法學界共識，對人一般處分是屬於「一般－具體規制」。因此其必須同時滿足下列兩個要素：

(1) 必須相對人範圍依據一般性特徵可得確定

在規制性行政行為作成當時，相對人人數在客觀上雖已經確定，但尚無法個別認識或確定相對人之姓名者，只要相對人範圍可以透過「種類」(Gattung)來加以描述，即屬依據一般性特徵可得確定。

惟若是在規制性行政行為作成當時，相對人人

數在客觀上仍無法確定，亦即其可能仍是浮動的，尤其是嗣後相對人仍有增加可能的情形，則是否構成對人一般處分，在德國行政程序法制訂前容有爭議，但是在德國行政程序法制訂後，所謂依據一般性特徵可得確定之概念。只要相對人範圍可以透過「種類」(Gattung) 來加以描述已足，至於規制性行政行為作成當時，相對人人數在客觀上並無須達到已經確定之程度。例如德國警察機關事前針對預定在七月一日某地舉行之特定遊行活動發佈禁止參加令，在該禁令作成當時，可能參加之遊行群眾人數在客觀上仍無法確定，但該禁令之相對人範圍仍符合依據一般性特徵可得確定之要素，即屬適例⁵。

(2) 必須是就具體事件所為規制

所謂就具體事件所為規制，首先可以解釋為以具體生活事實為對象所採取之規制行為。基本上，規制性行政行為若僅屬於一次性下命或禁止，亦即其僅是要求依據一般性特徵可得確定之相對人履行一次作為或不作為義務，例如在某次強烈颱風過後要求某地受災居民必須負清理受災後居家周邊環境義務，由於規制對象本身就是一個受災後居家周邊環境髒亂之具體生活事實，故符合就具體事件所為規制之要素，將

5 Vgl. Stelkens, in: aaO. § 35, 2008, Rn. 284; 惟亦有反對德國通說者，請參閱陳敏，行政法總論，2007，頁 329，註 10 提出之反對意見。

此歸屬於對人一般處分，解釋上自無疑義。

然而如果針對可得確定之相對人作成具有持續性效力之下命或禁止，亦即要求可得確定之相對人持續性地履行作為或不作為義務時，該行為究竟仍屬於對人一般處分，或應歸屬於法規命令，解釋上即不無疑義。德國實務上基本上認為，針對特定、個別相對人既可以作成具有持續性效力之行政處分（個別處分），則法理上也不應當然排除有所謂具有持續性效力之對人一般處分成立之可能。這又可以進一步區分為下列不同情形：

(a) 原因事件具體性之判準

首先，依據德國實務解釋，其所以促使行政機關作成具有持續性效力之下命或禁止行為之原因事件如果是屬於一個具體生活事實，亦可以歸屬於對人一般處分。早在德國聯邦行政程序法施行前，聯邦行政法院在 1961 年作成的判決中，即建立了此一解釋規則。按 1952 年底在 Stuttgart 及其周邊區域發生因食用萵苣而感染傷寒之傳染病例，隨著病例增加，主管機關發佈下述禁令：「自即日起凡是有發生感染傷寒之傳染病例之地區之商店不得再販賣萵苣。」該禁令並無時間上之明文限制。本案若是以涉及地區之商店販賣萵苣之行為作為販賣萵苣禁令之規制對象，則其所規制之「販賣萵苣」之生活事實在數量上無疑是

不特定的，亦即該禁令本應屬於就抽象事件所爲之規制。然而德國實務將規制對象往前拉，亦即將促成該禁令之原因事件 — Stuttgart 及其周邊區域發生因食用萵苣而感染傷寒之傳染病之生活事實 — 解釋爲其規制對象。從而在此種觀察角度下，該禁令是一個就「具體危險事件」所採取之防禦性措施，故可以歸屬於對人一般處分⁶。

當然德國實務將對人一般處分作如此之擴張解釋引發部分學者批評，持反對觀點者認爲這個解釋規則混淆了作爲規制對象之相對人之行爲與作爲規制目的之原因事件，進而混淆了對人一般處分與法規命令之界限⁷。不過德國聯邦行政程序法第 35 條規定，其法律用語係「爲規制具體案件」(zur Regelung eines Einzelfalls) 所爲行政行爲，因此要判斷一個行政行爲究竟屬於具體規制或抽象規制，依據上開規定規範意旨，具有決定性的毋寧是採取規制行爲之目的，而非規制效力所針對之相對人之行爲。我國行政程序法既是繼受自德國上開規定，所謂「就具體事件所爲」之概念自亦應爲同一之解釋⁸。

6 BVerwGE 12, 87 ff.

7 請參閱陳敏，行政法總論，2007，頁 317，註 64。

8 學者李建良認爲在美國發生狂牛症疫情後，主管機關發佈禁止美國牛肉及製品輸入之公告。該行爲是起因於美國發生狂牛症疫情，屬特定具體案件；就

不過必須注意的是，上開解釋規則僅係適用在行政機關針對已經發生之具體危險而採取之防禦措施，若行政機關是針對抽象之危險而採取防禦措施，則尚不構成「為規制具體案件」或「就具體事件所為」之規制。例如若是因為爆發禽流感疫情，而為了防止這個具體危險禁止傳統市場業者宰殺活禽，其性質即應歸屬於對人一般處分。反之，若是並無禽流感具體疫情爆發，主管機關禁止傳統市場業者宰殺活禽，純粹是基於宰殺活禽可能增加禽流感由禽傳人之機率，亦即僅出於抽象危險而為管制者，其性質即應歸屬於法規命令。

此外，上開解釋規則之重點在於將原因事件具體性納入「為規制具體案件」或「就具體事件所為」之範疇，但並非僅以具體危險防禦為限併此敘明。例如在某個城市主辦世界博覽會活動，故特別公告延長該城市商店之打烊時間，以利遊客觀光及消費。德國實務認為其亦屬於「為規制具體案件」所為，其性質為於對人一般處分，即屬適例。

「進口牛肉及其製品」此一特徵而言，禁止對象是進口牛肉及其製品的業者，其相對人範圍可得特定，應可歸類於一般處分。此一解釋亦是將原因事件之具體性作為判斷標準而產生之當然結論，請參閱李建良，台灣本土法學雜誌，104期，2008年3月，頁63。

(b) 有限時間規制之判準

其次必須特別補充的是，如果針對可得確定之相對人作成具有持續性效力之下命或禁止，並非是為了一個特定具體之原因事件而為者，固然不能依據適用上述解釋規則，但由德國實務之操作以觀，若該規制效力僅侷持續有限的、短暫的時間，亦可以構成對人一般處分。不過這個有限時間之解釋規則在實際運用上並不是十分明確。因為究竟所謂有限時間可以持續多長，實務見解並非一致。例如警察機關公告：凡是在一個特定毒品交易或流通現場出現，顯然可歸屬於尋求毒品交易或流通的人，必須立即離開該地點。若無可證實之正當利益，在三個月內不得再踏入該特定區域。這個禁令課予依一般性特徵可得確定之受規制相對人具有持續性效力之不作為義務（不得再踏入該特定區域），基於這個禁令之規制效力僅侷限於一個極為有限特定空間（例如某條街道或某個廣場）及有限時間，故德國實務中有肯定其仍屬於對人一般處分者⁹。不過，亦有以上開案例中禁令之規制時間已經過長，而否定或質疑其可歸屬於對人一般處分者。近來有德國學者主張，可以參考一般處分公告後起算之法定救濟期

9 Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR, 1997,225 f.

間為基準，對於可得確定之相對人之規制持續時間超過其公告後一個月者，即不得再適用有限時間之解釋規則，亦即不得再以該規制之時間很短作為支持其屬於對人一般處分之理由。但是否可以透過其他理由將之定性為對人一般處分，則另當別論¹⁰。

3. 專業行政法規特別規定

最後必須注意的是，有關在行政程序法第 92 條規範下所發展出來之對人一般處分及法規命令之區別標準充其量僅是普通法性質，並不具有憲法位階，對於專業行政法規之立法者並無拘束力。因此原則上並不能排除專業行政法規之立法者，將原本可以透過一般處分予以規制之案型，明文規定為應以法規（法律、法規命令或自治法規）之行為形式作成¹¹。故在解釋時，應特別注意專業行政法規在行為形式上有無特別明文規定。

四、本文見解

經由上述分析，可以整理出一套解釋規則，並藉此檢討行政法院見解，以釐清本文主題所要探討之房屋評價標準之法律性質。

首先必須確定的是，依據房屋稅條例所擬定並公告之

10 Vgl. Stelkens, in: aaO. § 35, 2008, Rn. 285.

11 Vgl. Stelkens, in: aaO. § 35, 2008, Rn. 19.

各種房屋評價標準，亦即「房屋構造標準單價表」、「折舊及耐用年數表」及「房屋街路等級調整率評定表」等，其成爲後續房屋現值核計及房屋稅核課處分之基礎，只要其仍有效存在，稽徵機關及房屋所有人均應受其拘束，故可以認爲其已屬直接對外發生法律效果之行政行爲，而非僅是內部行政行爲。就此行政法院見解可資贊同。

其次要分析的是，各種房屋評價標準所規制相對人是否符合「依據一般性特徵可得特定」之要素。就此，行政法院予以肯定。其提出之理由則是：「各該構造等級範圍內之個別房屋所有權之歸屬，可透過地政機關或由土地登記簿中查得，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。」上開理由其實並未掌握「相對人依據一般性特徵可得特定」要素之正確理解。蓋依據民國 90 年 6 月 20 日修正公布前之房屋稅條例規定，房屋標準價格係於物價總指數有達 30% 以上增減時，始需重行評定。惟查我國官方統計之躉售物價總指數自 73 年以來其漲跌幅度均未達 30%，故各縣市房屋評價標準多沿用多年。現行房屋稅條例第 11 條則規定房屋標準價格應每 3 年重行評定 1 次，故各縣市房屋評價標準每 3 年應重新檢討並決定是否調整。因此，無論修法前或修法後，在各縣市房屋評價標準公告後到失效前，仍會有許多新的房屋興建，因此在公告時，相對人之範圍並非是固定的，也不是當時就可以由登記簿調查而得的。況且，「相對人依據一般性特徵可得特定」之要素，也並不是以規制行爲作成當時相對人姓名

已經可以透過調查而得出為必要。不過，其結論仍可支持。蓋依據前述解釋規則，相對人在該標準公告時雖非在數量上已經特定，但可以透過「oo 縣或 oo 市之房屋」這種「一般性特徵」加以描述，即已符合「依據一般性特徵可得特定」之要素。

最後，各縣市房屋評價標準之定性，必須考量其是否符合「為規制具體案件」或「就具體事件所為」之要素。在此，無論是房屋稅條例修法前或修法後，在各縣市房屋評價標準公告後到失效前，其規制效力均會持續一段相當長的時間，並反覆成為後續房屋現值核計及房屋稅核課處分之基礎。由於各縣市房屋評價標準之制訂並非是為了處理一個具體的原因事件，在規制之時間持續上也絕非僅是短暫。是故應認為其並不符合「為規制具體案件」或「就具體事件所為」之要素，其法律性質毋寧應歸類為法規命令，而非對人一般處分。

有待進一步思考的是，由相對人權利有效保護的觀點以觀，是否有突破上開法釋義學所發展之規則之必要。其實由許多實務爭議案例來觀察，即使是各縣市房屋評價標準公告時已經存在之房屋所有人有提起行政救濟可能，但通常都不會注意這些公告內容，亦無從得知其法律性質。因此真正想要提起行政救濟時，往往是在接獲房屋稅核課處分後，方感受事態嚴重。若將各縣市房屋評價標準解釋為對人一般處分，納稅人反而會因未及時對該處分提起行政救濟，使該處分發生形式存續力而導致後續訴訟之不利。

對於各縣市房屋評價標準公告時方興建房屋之房屋所有人而言，將各縣市房屋評價標準解釋為對人一般處分，對其權利保護更是不利，蓋其自始面對的就是一個早已經發生形式存續力之一般處分。這與德國葛荳案基於相對人權利救濟考量而有擴張解釋必要之情形恰好是相反的。

參、結論

綜上所述，行政法院將各縣市房屋評價標準解釋為對人一般處分在法理上並不正確，其性質應歸類為法規命令。納稅人於對後續依據各縣市房屋評價標準作成之後續處分提起行政爭訟者，自得請求法院附帶審查其是否違法。至於在將各縣市房屋評價標準界定為法規命令後，司法機關對上開房屋評價標準之司法審查準則及密度，則是涉及租稅法上類型化法規之司法審查之問題¹²。限於時間，作者將另文處理。

12 相關研究，請參閱盛子龍，租稅法上類型化立法與平等原則，中正財經法學，第3期，2011年6月，頁149以下。

與談實錄

主持人：邱惠美 / 新北市政府法制局局長

我們非常謝謝盛教授相當精闢的講解，盛教授首先從臺北高等行政法院 96 年度訴字第 492 號判決講起，針對房屋評價標準的定性，這個判決見解不論從其法律效果或是對象依其一般性特徵可得特定，認為是一個一般處分，但這也和行政法院之前的見解是互相矛盾，所以盛教授就嘗試著從德國實務及學說所發展出的一些共識，來作一個解讀，依照德國的見解，如果相對人可以從種類或人數來確定的話，可以被認為是一般處分，就事件而言，如果是為了規劃一個具體的事件而有一個持續性的效力，也可以被認為是一般處分，從這幾點來解釋房屋評定的標準，它可能沒有辦法被認為是一個一般處分，應該是比較傾向為法規命令的性質，這也對人民的權利比較有保障，讓人民在後續爭執稅額時，一併的請求法院去審查先前的法規命令有無違法之處。接下來我們就請陳教授來進行與談。

與談人：陳清秀 / 東吳大學法律學系教授

謝謝報告人盛教授提出很精闢的見解，針對房屋稅條例有關房屋的評價標準，它的法律性質，提出了很多實務問題，分析的非常深入，個人基本上都非常的敬表贊同。房屋的評價標準是一個財產估價的問題，而財產的估價大

概有幾個面向，一個就是市場交易價格，這是一種估價的方式，另外一個是財產的收益價格，按照它收益的能力，譬如說它出租可以收到多少的租金，用租金來還原成收益價格，另外還有一種是建造成本價格，而課稅的價格到底要用什麼樣的價格來加以掌握，也是一個有趣的問題，也涉及到課稅的法理基礎，它背後的指導原則是什麼，假設我們說財產稅是一個收益稅，把它認為是一個財產的收益，按照它收益的能力來課稅的話，也許財產的估價就要用財產的收益價格來評定。如果認為財產表彰的價值不只是收益，像現在房地產飆的這麼高，市場的交易價格就遠高於它的收益價格，因為出租的時候租金才那麼一點點，可是房屋的交易價格卻是高的嚇人，從這個觀點來看，如果導入社會福利國家原則，財產重分配的精神，財產本身就代表一種經濟上的負擔能力，要能夠反應它的經濟上的負擔能力，最直接的就是它的市場交易價格，因為這個人如果擁有市場交易價格一億的財產，代表他經濟上的負擔能力很強，所以如果我們用市場的交易價格來作為財產稅的估價基礎，從量能課稅或是財富重分配的觀點來看也是可以找到依據的，那我們的房屋稅條例它採取的是什麼樣的立場呢？從第 11 條來看，第一個是用建造價格來計算，這個價格不是收益價格，也不是交易價格，第二個是折舊，那當然房屋會折舊，這會影響到它的使用收益，第三個是房屋坐落的商業交通情況、房屋的供需情況，這和它的使用收益可能也有關聯性，但不是那麼的明確，另外還有一個

是比較各不同地段的房屋買賣價格，這就有一點交易價格的精神，所以我們房屋稅條例的估價原則，基本上是建造價格，再考慮到使用收益價格，再來就是交易價格，所以我們的房屋稅條例的估價標準是採多元性的，這跟其它國家不一樣，其它國家依照財政部所蒐集到的資料，基本上都是採取市場交易價格作為估價的基準，比較不像我國的情況。

那在建造價格部分，現在一坪房屋的實際造價可能要十幾萬，豪宅可能還不止，可是建造價格可能只要一、兩萬，它是遠低於市場上實際造價的，換句話說我們實際的執行面，行政法院的判決說這些都是專業人士要尊重他的判斷餘地，但是我要跟大家報告，我們臺灣實際上標準單價應該都是偏低的，至少以臺北市來講是偏低的，而且是低於市場行情的建造價格好幾倍，甚至於高達十倍都有，所以我們開玩笑的來講，一個豪宅的管理費，繳的都比我們房屋稅還多，這是在臺灣房屋稅被嚴重扭曲的一個現象，也可以看出我們房屋稅的估價標準是明顯扭曲的一個法律規定，明顯是違法偏低的，那這樣是誰受到好處呢？就是有房屋的人受到好處，沒有房屋的人就吃虧了，這是沒有依法行政的結果，我們每三年要評定一次，聽說臺北市是三十年來從來沒有調整過，所以房屋的建造價格跟市場行情有很大的差異，法律規定每三年要調整一次，我們卻是不動如山，這是我們先天制度已經設計不良，因為人家都用市場交易價格，我們是用建造價格，又沒有反應實際，

後天又失調了，就像天災加人禍一樣，雪上加霜，導致財產稅的課稅受到扭曲，我們減少太多的稅收了，應該收稅沒有收稅，使有房地產的人獲得利益，臺灣也變成了房地產的炒作天堂，是因為我們的租稅制度受到扭曲，除了土地增值稅沒有按照實際交易價格課稅以外，房屋稅也一樣有這樣的情況，這是一個背景的說明。

我們進一步的要來探討，這個法律規定是要由縣市政府來公告下列三個項目來評定房屋標準價格，盛老師有提到這三個項目第一個是房屋構造標準單價表，房屋構造標準單價表就是說，假設是鋼筋混凝土造，那它一平方公尺是多少的標準建造價格，剛剛講了這已經是不合實際了，第二個是折舊耐用年數表，我想所得稅也有折舊耐用年數，所得稅法的折舊耐用年數表大家會認為是法律授權訂定的法規命令，沒有人會質疑說它是一個行政處分，那我們看看所得稅那邊，這種折舊耐用年數表都是一個法規命令，那這邊怎麼會變成是一個行政處分呢？這是一個通案要適用的，是不特定的人要適用的，房子也是不特定人會蓋出來的，有些也還沒有蓋，如果是行政處分要有相對人，那這邊相對人都還沒有產生出來，怎麼會是一個行政處分，所以把它理解為行政處分是太荒謬了，畢竟房子都還沒有蓋，都還沒有所有權人或納稅義務人，因為房屋的所有權人才是納稅義務人，我覺得盛老師講的很好，它反覆實施，有開放性持續向將來開放的，所以這個構造單價表，不管你房子蓋了沒有，因為通案就是這個標準。那我跟大家報

告一下，爲什麼我了解剛剛那個房屋稅的問題，因爲今年年初的時候，監察委員在調查豪宅稅有沒有違法，監察委員就找我們學者專家去諮詢，我才了解這些資訊，以前我沒有特別注意到，那這個豪宅稅實際上也是偏低，他給它乘上三倍之後，剛剛有提到，那原本一平方公尺一萬多塊，現在大概五萬塊，一個豪宅一平方公尺五萬塊蓋得出來嗎？那就表示說這實際上是偏低的，那應該要考慮到它的交易價格，這邊還有一個交易價格可以考慮，所以它的建造價格可以考慮，交易價格也可以考慮，那你這個豪宅稅還是偏低，還是不合法，這不合法是有利納稅義務人，那現在納稅義務人還去監察院去陳情說這個豪宅稅是違法，當然這個是違法沒有錯，客觀上是違法的，但是你沒有權利保護必要，因爲你是不當得利受領人，對不對，因爲你不是受害人，受害人是我們臺北市地方自治團體，因爲這是地方稅，租稅債權人是二百六十三萬市民同胞共同共有，所以我不曉得監察委員後來要怎麼處理，因爲這個案子調查到最後是稅捐機關違法，但是沒有損害到人民的權利，只有損害到利害關係人的權利，誠實納稅的人、薪資所得者，他們一毛錢也沒有少繳，結果你們這邊少了這麼多，該課稅的沒課稅，那你這不就是圖利了少數了所有權人嗎？

在這個地方我們再回過頭來說明一下，這個標準表我個人蠻贊同這是一個法規命令，不過我想這個問題在土地公告現值，也會有這個問題，因爲最近最高行政法院也在

研究土地現值的公告，它是那一種性質？這個目前實務上有三說，有一說是行政處分說，另一說是行政規則說，第三說是法規命令說，那把它當成行政處分的認為它是一般處分，這是最高行政法院 96 年度判字第 1926 號判決，他把它當成是一個行政處分，所以說人民對這個土地現值的公告不服，像對物處分一樣，可以來訴願及行政訴訟，另外在 55 年判字第 223 號這個判例，他認為不是行政處分，但是他也沒有講說是什麼，到 90 年度財字第 588 號裁定，他認為是一個行政命令的性質，不是對特定人具體案件所為之行政處分，所以不可作為訴訟的標的，到 100 年度判字第 808 號這個判決，他把它定位為一個行政規則，把這個公告現值定位為行政規則，他說這是機關內部運作的一個基準，作為當事人申報移轉現值的一個參考依據，所以只能對依據該公告現值作成的行政處分，比如說土地增值稅或遺產稅的課稅處分，不服的時候一併來爭執公告現值的妥當性及合法性。不過不管是理解成行政規則或是法規命令，當它後續的行政處分是依據這一個公告現值來課稅時，行政救濟機關就可以一併來審查它的合法性及妥當性，納稅義務人也可以來爭執它的合法性及妥當性，那如果把它理解成行政處分的話，確實如同報告人盛教授所提的，如果理解為行政處分就比較麻煩了，因為行政處分有拘束力、存續力，那因為在先前程序已經有拘束力了，那麼後續的處分就只能遵照辦理了，上游沒有撤銷變更，那你下游就只能照單全收了，所以就會有這樣一個問題，當然有

一個例外，像日本有發展一種理論，叫做違法性的承繼理論，它是說先前程序的行政處分如果說它有違法，那後續的行政處分在爭訟過程中，可以主張這個後續的行政處分也承受了先前處分的違法性，對於先前處分的違法性，也可以來一併爭執，那當然這是有條件的，比如說可能前後有一個因果關係，是一系列的，就好像多階段的行政處分，所以先行的行為雖然是一個行政處分，但它的違法性會被後續的處分所承受了，承受的結果就是說，也可以一併來爭執，如果我們把它定位為行政處分，前面給它救濟，如果後面也要給它救濟的話，就要引進違法性承繼的這個理論，用這個法理來准許它爭執，否則如果照我們一般的不談這個理論的話，先前的處分等於是一個先決問題，這個行政處分已經有拘束力了，後續的就只能照單全收了，就要受拘束了，除非這先前的處分有撤銷變更，所以我想這把它理解為行政處分是比較不合理的，因為剛剛講過了，它的反覆實施性，以及它的開放性，相對人是可以持續增加的，而且它是一個通案的，房屋的單價路段率還有一個折舊的耐用年數表，這些看起來都是通案的一個法令的性質，所以我個人覺得盛老師這樣一個分析相當的深入，雖然這是以稅法為例，但是可以讓我們了解這種對人的一般處分的一個情況。

那我當然建議一下，盛老師如果行有餘力的話，要不要分析一下對物的一般處分，因為我覺得這個還比較像是一個對物的一般處分，比較不像對人，因為對物是說對你

這個標的物房屋所作的處分，比較不像是說針對人，而是針對標的物本身，如果從這樣來理解的話，要不要再來分析一下它會不會構成對物的一般處分，還是說分析的結果應該也不是，因為它有反覆實施性和開放性，否則像盛老師剛剛一開始講的那個很荒謬的例子是，房屋建造前那個行政處分已經確定了，那麼他房屋蓋好了之後，他連爭執的機會都沒有，那這是很奇怪的，我們訴訟權的保障，應該是有權利侵害就有救濟，怎麼會說他都還沒有出生就已經被判死刑了，對不對？這就表示說行政處分說有它的荒謬之處，因為有處分的話就要有救濟，總不可能認為是行政處分，又讓人民沒有救濟機會，這個是法規命令或是行政規則才會是通案的向將來的不特定人生效，那在將來的法院訴訟過程中，還是會給它一個救濟的機會，法院去一併的審查，我們訴願機關也可以去審查，應該是這樣會比較合理，這是我個人在這邊的看法，我想時間的關係，我就補充報告到這裡，主要是因為如果只針對這個主題，我可能講三分鐘就與談完畢了，只好再附帶講一些其它的東西，讓大家對房屋稅有更完整的了解，對整個財產稅它的法理基礎在哪裡，有一些瞭解，所以國內有一些學者受到德國學說的影響，認為財產稅要廢除，我是覺得可能不太合適，因為財產稅其實它代表著經濟上的負擔能力，很多所得都是免稅所得，他把很多所得偽裝成海外所得，那麼大家了解海外所得六百萬元以內是免稅的，很多的海外的租稅天堂，它讓我們臺灣稅收流失很大，所以所得稅那邊

課不到，至少財產稅這邊就像補破網一樣，像當捕手一樣，那如果連財產稅都不要了，那我們還課什麼稅呢，所以我個人是主張財產稅尤其像這種不動產稅它還是有存在的價值，那我就補充報告到這邊，請多多指教，謝謝。

討論與回應

主持人：邱惠美 / 新北市政府法制局局長

謝謝與談人陳教授，陳教授首先提出房屋價值評定的不合理現象，及其他國家是用市場交易價格來評定，不像我們的標準都沒有反映市場的現況。就房屋評價標準部分，陳教授他是贊同盛教授的見解，認為其實房子還沒有蓋，這些標準也是反覆的實施，也是開放性的不是針對一個特定的事實，而認為是法規命令，不是一般處分的性質。另外也提出有關土地公告現值的性質，究竟是行政處分、行政規則還是法規命令，幾個行政法院的裁判，意見都是不一樣的，也會增加我們在法令適用上的困擾，時間上的關係，我們就先開放給現場的佳賓來提問，最後再請盛教授總結地一併回應，不曉得在座各位先進有沒有問題要請問兩位教授？

提問人：陳明燦 / 國立臺北大學不動產與城鄉環境學系教授

謝謝主席，與會的各位學者、專家、先進大家早，聆聽剛剛盛教授精闢的論文，我的問題跟剛剛陳清秀老師提到的有點類似，我想我們對行政程序法第 92 條第 1 項典型的行政處分比較沒有爭議，有四個構成要件，比較有爭議的是今天文章中提到的第 92 條第 2 項的對物的一般處分，跟行政命令的界線在哪裡？當然在報告的第三頁和第

四頁，有提到兩個要件，第一個要件可得確定，似乎它不該當，更重要的第二個要件，它如果不是一次性的，也不會是屬於一般處分，而是屬於行政命令，我想提到的是每年一月一日依平均地權條例所公告的公告現值它的定性問題，剛剛與談人陳清秀老師已經講得非常清楚了，基本上我也是比較贊成第三說，在日本法上所謂的違法的承繼性理論，以及德國法上附隨的審查理論或附隨的審查主義，就是說在作為徵收補償爭執的時候，公告現值有沒有違法性的部分，是比較從納稅人或土地所有權人的保護以及行政機關的角度兩方面去兼顧。

我現在要請教盛教授的是一個土地的問題，司法院釋字第 148 號及第 156 號解釋，對於都市計畫的變更，比方說有甲有 A 地是位於住宅區的住宅用地，建蔽率百分之八十，容積率百分之八百，因為都市計畫主管機關依照都計法第 26 條，把它變成公共設施保留地或是公共設施用地，公告出來以後，究竟它如何定性，是屬於第 92 條第 2 項的對物處分，還是法規命令，不管是行政規則或法規命令，因為釋字第 148 號解釋它已經被第 156 號解釋所取代，第 156 號解釋說如直接限制有直接性的話，不妨把它解為第 92 條第 2 項的對物處分，這個直接性我在盛老師的文章中，似乎找不到，我的意思是說，回應到第 156 號解釋的這個直接性，究竟它有沒有一些問題，那我想陳清秀老師也可以來幫我們解惑，謝謝。

主持人：邱惠美 / 新北市政府法制局局長

不曉得還有沒有哪位先進要提問？如果沒有的話，我們是不是就一併地請盛教授來作一個回應。

報告人：盛子龍 / 國立中正大學財經法律學系教授

謝謝主持人、評論人還有陳教授提問的寶貴問題。陳清秀教授一開始就把問題點拉到整個量能課稅來討論現行房屋稅的估價標準是不是顯然違反量能課稅的精神，這也是我非常贊成的，其實我本來很擔心陳教授的看法會和我不同，因為現在國內很多人都把德國的那一套拿來講，說德國憲法法院有講財產稅是應有收益稅，那我們整個設計都和德國那套不同，是違憲的，甚至還有人主張要廢除這樣的制度，認為它的存在本身就是違憲的，可是這種說法真的是忽略了我們和德國的不同，德國有人在炒房地產，炒到一個人工作四、五十年買不起嗎？絕對沒有，一般在德國年輕人大約五到七年就可以買一棟房子了，我們是幾十年都買不起，也就是當臺灣的房子脫離了民生必需品，成為炒作的標的的時候，我們忽略了這種社會結構面的不同，去把德國的法理照抄一遍，來說我們的違憲，這樣的思維真的是太可怕了，如果任何的法律思維都不考慮時空環境和社會結構的不同，而一定要把德國的法理原封不動的移植的話，是一種很危險的事情，與很多老師交換意見，他們都說那個是違憲的，今天非常高興陳清秀老師這樣想，這樣我就敢寫文章了，本來不敢寫文章，先不講重分配，

從量能課稅的觀點來看，這是非常不公平的，我們的勤勞所得幾乎是滴水不漏，可是對於很多地下經濟的所得，當然所得稅是不課，到了他買房子的時候，卻因為稅基的顯然偏低，使得整個量能課稅嚴重的扭曲了，所以在臺灣反而應該去思考的是，對於地下經濟所得能夠有效的被課徵所得稅之前，去大談財產稅要廢止這種事情，我覺得有點今夕不知何夕的感覺，就是怎麼把德國的環境和我們的環境整個抽離出來，完全只作法理的對比，有了今天陳教授的背書，我就敢寫了，不然以前我很孤單，都只能放在心裡面不敢講，我要趕快寫一篇不同的說法，這個財產稅在臺灣應該有不同的思維，甚至從社會國原則它應該有一個更作為保障人民生存所必需的必需品能夠落實，進一步的重新思考和設計。

接下來是陳教授有提到本案的情況是比較特殊，當然有一些少數個案比較不合理，大多數都是顯著偏低，顯著偏低受害的是誠實納稅的一般人民，像在座的各位一定都是受害者，因為大家都是領政府機關的薪資所得，絕對不可能少的，滴水不漏，所以我們看到一些人利用地下經濟，然後又買豪宅，都不繳稅，報稅時我們覺得我們受害了，可是在法律上被認為這不是權利的受害，甚至連利害關係它都不承認，在現行的體制下會被認為繳稅是依法繳稅，納稅標準訂太低，便宜了別人，他只是法律執行間接的受害者，基本上連利害關係都沒有，連提訴訟都沒機會，所以這邊我也要提到陳教授多年以前的建議，後來這在立法

上沒有實現，我要呼應他的是說，是不是稅法上要認真的考慮所謂的公民訴訟，也就是我們一般的納稅人，因為我們納稅的不公平導致政府財稅收入的不足，現在一堆工作都沒有辦法，包括十二年國教、營養午餐都要排富，政府為什麼會沒錢，是因為稅有問題，可是稅有問題我們的稅捐並沒有減少，還繳的更多，像我們的健保有變相向我們收稅，而我們不斷的繳的更多，來支持這個快要殘破的財政體系，可是不繳的人還是繼續不繳，我們可不可以提起一個行政訴訟或違憲審查，去主張這違反稅法上的平等權侵害我們。希望將來不管是從行政法院還是立法機關，把這種顯然是歧視我們勤勞所得的現行各種標準，從法規命令到實質法律來聲請救濟，有沒有可能，當然這是我希望能這麼做，可是目前好像是不行，我記得陳清秀教授在多年前就有這樣一個建議，我再呼應他，我也是非常贊成，改天有時間我再呼應一下來寫一篇文章。

那接下來談陳教授提到，可不可以針對對物的一般處分來分析一下，嚴格來講，看目前德國實務界對於對物的一般處分的解釋，大概不外乎有幾種，一種是對於個人財產權的一種限制的規定，目前實務上有解釋成對物的行政處分的趨勢，例如在德國實務上把一個地方劃為水源保護區，這是屬於對物的一般處分，這是限制了這個區域所有的人對於財產權的使用，或是在私人所有的建築物，因為具有紀念的文化的保存價值，把它認定成是古蹟，這時候也涉及了個人對財產權的使用，在德國實務上也有從寬把

它認為是對物的處分的趨勢，另外一種比較典型的是，在行政法上教科書常看到的是，把物作成公共使用的行為，例如對於道路的宣告開始啓用，這也把它解釋成對物的一般處分，也包含對它的廢止公用及對它的用途性質的變更，這些都是把它解釋成對物的一般處分，第三個類型是對公物的一般使用規則，例如像圖書館及游泳池這種公營造物它的一般使用的規定，也透過立法的擴張解釋的方式，把它認為是對物的一般處分，從德國實務上承認的這些對物的一般處分來看，和本案處理的這個評價標準是比較不同的，首先基本上它沒有任何的限制使用的問題，我是規定你這個房屋的價值是多少，而不是去限制你的使用，更談不上是對物供公用的行為，也不是公營造物的一般使用規則，所以如果就目前德國實務上行政法上所承認的案例來講的話，各種標準表的制定，所涉及到估價的一般規則的設定，包括耐舊、折價表等，都尚能認為構成對物的一般處分，這是我的理解，當然不知道理解的對不對，以剛才的例子來看，德國法上不是全面性，至少在某些案子裡面，個人財產權的限制，比如說今天把你限制成一個古蹟，或是一個水源保護區，因為這樣是對個人財產權的使用收益產生限制，可以構成對物處分的話，那我們回過頭來看公設保留地，這個性質是比較相似的，所以就公設保留地的設定來講，我個人認為對於個人財產權已經施加了限制的時候，我認為有機會解釋成對物的處分，當然這個沒有那麼絕對性，至少在法理上它和過去的案例是有比較多的類

似性，那當然對都計法第 26、27 條我是還沒有仔細看過條文，這只是暫時的思考，比較正式的回答，要等到我思考過相關條文的結構、性質還有效力之後，有機會我再好好寫一篇文章來回應這個問題，或許明年也可以，我們好好的再全面性的從上游到下游作一個總檢討，這只是我暫時的一個簡單的回應，如果有錯誤的地方，還請各位指正，謝謝。

主持人：邱惠美 / 新北市政府法制局局長

很高興在第一場有關房屋評價標準的定性以及行政爭訟的部分，兩位大師不管就量能課稅的觀點來看這個問題，或在定性上將之定性為法規命令，及對它違法的附帶審查，或就日本法的違法性的承繼理論上，意見都相當的一致，因為時間的關係，我們這一場研討就到這邊，茶敘後再請臺北市政府法務局繼續第二場的研討，現在我們再以最熱烈的掌聲來謝謝兩位教授，謝謝。

參、研討議題 2

試論行政命令受行政爭訟審查 之可能與現況

吳秦雯*

(本論文尙未完稿，內文註解容有增補之處，若欲引用請註明係研討會初稿)

一、前言

不論從法規範位階理論的理論面觀察，或是從人民日常生活所適用、遭遇的法律實證經驗面探究，行政機關所發布之行政命令，不但在數量上遠多於立法機關制定的法律，其對人民所發揮的影響力、拘束力與重要性，往往更甚於法律。儘管憲法第172條明文規定「命令與憲法或法律牴觸者無效」，確立命令於我國法規範體系之定位，但何以行政機關得發布行政命令，且對人民產生拘束力，其正

* 國立政治大學法律學系助理教授。

當性基礎並無法直接從憲法條文中明確得知¹。必須從中央法規標準法第7條、行政程序法第150條第1項與第159條第1項與立法院職權行使法第60條第1項，方能得出行政命令之制定，主要源於立法者之委任，或基於機關的法定職權。然而，不論行政命令之正當性基礎何來，基於憲法第172條揭示的法位階效力，不論行政機關基於何種法源以制定行政命令，都不影響命令牴觸法律或憲法時，命令將被認定為無效之結果。

由於很難想像，制定行政命令之行政機關，會主動地在無任何人爭執之情況下，自行認定行政命令牴觸法律而不生效力。因此，在制度設計上必須有其他機關，對於行政命令是否符合法律，進行審查；或至少設計相關制度，讓行政機關得以知悉行政命令遭到質疑，並進而檢討改進。以便一方面確保法規體系受到尊重，行政權未逾越其所得行使之範圍；另一方面保護人民權利不被違背法律或憲法之命令侵害。而這正是目前我國對於行政命令已然設計之審查途徑的制度現況：不但由非行政權的其他權力機

1 這樣的規範模式，並非無法就理論上推導出行政機關制定命令之權限；只是行政權所擁有之命令制度權究竟是固有權限或是傳來權限，依據不同的憲政體制安排，有著各國不同的法制安排。普遍而言，崇尚議會至上傳統的國家，通常將其設計為傳來權限，因而以法律保留作為制約。但這並非是舉世皆然的制度，像是法國第五共和憲法的設計，就是在該國憲法第34條中「列舉」國會立法之事項與範圍；並在憲法第37條第1項規定「凡是法律領域以外之事項，即屬行政命令權之範圍」。參陳淳文，行政保留之比較研究——以半總統制之行政命令權為中心，中研院法學期刊，10期，2012年3月，頁47。

關(監察權、考試權、立法權、司法權)行使外部審查權；同時在行政機關內部，亦透過訴願機制以進行審查。

就行政命令之正當性基礎觀之，立法審查最應當發揮實質審查之功能。因為當行政命令之制定權限，係來自於立法者之委任，則行政權制定行政命令時，可視為立法者之受任人，不得逾越立法者設定之授權範圍、目的、內容，乃屬當然；且立法者基於委任人之地位，自有義務，認定並監督審查行政權之委任立法行為。即便係來自於機關的法定職權，立法者此時並未具備委任之地位，但基於法律制定者之角色，監督行政權是否誤解或違背立法者建立之法規範價值，亦屬正當。然目前立法審查部分，不論是中央法規標準法第7條，或是立法院職權行使法第10章，均未依據行政命令之制定權限來源不同，而對審查方式為不同的規範。再觀察目前我國具體實施之立法審查狀況，立法者並未自行於實際進行審查時，區分行政命令之正當性基礎而異其審查，事實上連基本之審查都成效不彰，不分行政命令之類型，幾乎均僅為「單純送置義務之課予」²。依據憲法第95條與第97條賦予監察院之權限，監察院對於行政命令之直接審查，僅有提出「促其建議改善」糾正案之方式；雖然尚可能以行政院及其各部會未遵守建議改善之糾正案，對於辦理該項違法行政命令之公務

2 陳清雲，我國行政命令之國會監督機制，軍法專刊，55卷2期，2009年，頁34-35。

員提出糾舉或彈劾，但無論何種監督方式，都無法導致違背法律之命令無效之結果。至於考試院，受限於憲法第83條對於考試院權限之界定，考試院所得行使之行政命令審查權，應僅限於與該院權限相關者，亦即有關考銓業務者（考試院組織法第1條）；遍觀相關考試院相關權限法律，並未明確規定如何監督審查違法之行政命令，僅廣泛規定考試院相關部會，對於其權限內之事務，具有指示監督之權（考選部組織法第2條）。顯然考試監督，對於行政命令之效力，影響有限。

在我國之制度運作下，監察審查、考試審查範圍效力有限，應得發揮相當拘束力的立法審查卻又幾乎流於形式³，因此我們只得期待行政機關的自我監督，以及司法機關的外部監督。因此，本文目的就設定在探究我國於2000年行政爭訟制度大幅翻修，以及2001年實施行政程序法以來，訴願審議機關與行政法院對於行政命令之規範審查權實施狀況。由於此二機關之審查權行使並非基於相同的理論基礎，故先從理論上區別訴願審議機關與行政法院之監督權能與限制，再進一步地透過案例分析理解訴願階段是

3 學者對於國會可以發揮的行政命令監督職責事實上曾有不少著墨，參許宗力，論國會對行政命令之監督，收於氏著，法與國家權力，2版，元照，1994年，頁269-300；李建良，行政命令與國會監督，台灣本土法學雜誌，6期，2000年，頁159-162。也有學者直接表示我國國會對於行政命令之監督很遺憾只徒具形式，陳清雲，我國行政命令之國會監督機制，軍法專刊，55卷2期，2009年，頁16-50。

否展現其行政監督之面向，進行不同於行政法院的行政命令審查；甚且與行政法院進行適當的分工，以降低向來由大法官承載之行政命令違法違憲審查之負擔？

二、行政命令受行政爭訟審查之理論基礎

首先必須先界定，此處所謂受行政爭訟審查之「行政命令」意義與範圍所指為何；接著再探究目前行政命令受行政爭訟審查之法規範基礎。

(一)現行法下「行政命令」之意義

我國目前關於行政命令之定義，依據行政命令制定主體、權限來源與拘束效力的不同，分別有中央法規標準法、行政程序法、立法院職權行使法與地方制度法四種法源。

中央法規標準法第7條為最早之法源，但因為用詞相當精簡，加上其法條明定各機關「依其法定職權」或「基於法律授權」訂定命令，因而產生「職權命令」此一爭議性之行政命令種類⁴。不過，爭議並非其存在本身，因為依

4 若回顧中央法規標準法之立法歷程，可發現一開始的法條草案係使用「規章」，而非「命令」。參照當時行政院代表田炯錦之說明「『命令』一詞，當係指就一般事項為抽象規定之『法規命令』而言。與單純之行政命令，即通常就某個具體事件所為之宣告、訓飭或指令之命令不易區分，在觀念上亦茲混淆。本草案特予明定……以『規章』表示中央各機關依據職權或基於授權制定之規章，用資辨別。」立法院公報，59卷，56期，委員會記錄，1970年，頁32。

據行政權之本質，其原本就有爲了達成行政一體之目的，而對下級屬官行使規制權之本質，可謂屬於行政權之核心領域。然而，此等原本僅具備內部性的指令行爲，「例外」地對人民權益構成影響時，其正當性即產生疑義。是故，倘若是不影響人民權益之職權命令，似乎未必有「趕盡殺絕」之必要。一直以來，我國學者對於職權命令的相關討論相當豐富⁵，在行政程序法公布施行已經超過十年後的現在，市面幾乎每一本行政法教科書都仍有相當篇幅對此一概念進行討論說明，足證其完全「消聲匿跡」之困難與不可能。因此，本文所稱之行政命令，並不排除「職權命令」。立法院職權行使法第60條第1項之規定，基本上與中央法規標準法第7條之規定相互搭配，亦肯定各機關依其法定職權訂定命令，因此也包括在本文的討論範圍內。

行政程序法第150條與第159條，分別對法規命令及行政規則設定定義與規範要件，是目前最無爭議的行政命令類型。只是行政機關制定法規命令之權限來自於法律授權，也因此必須受到授權法律之拘束，不得逾越法律授權之範圍與立法精神(行政程序法第150條第2項參照)。而行政規則主要是爲了規範機關內部秩序及運作，因此必須與

5 董保城，本土化「職權命令」法理建構之嘗試，台灣本土法學雜誌，11期，2000年6月，頁93以下；蘇永欽，職權命令的合憲性問題——地方自治是否創造了特別的合憲存在基礎——，同出處，頁107以下；許宗力，職權命令是否還有明天？——論職權命令的合憲性及其適用範圍，收錄於：台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究(上)，2001年8月，頁339以下。

其權限或職權具備關連性，內容上因此被設定必須是關於機關內部之組織、事務分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定；或是協助下級機關或屬官解釋法令、認定事實與行使裁量權。

中央層級之行政命令類型，因著行政權與立法權之關係有不同之類型化態樣，在實施地方自治之地方層級，相同地也有著行政與立法分立的關係，因此在地方制度法當中，也賦予地方自治團體的行政機關，擁有一定限度的行政命令權限，類型也可區分為「法規命令」與「行政規則」兩種，只是又因為自治事項與委辦事項之區別，在地方行政命令部分，可能導因出四種行政命令之態樣。首先，依據地方制度法第23條第1項規定「直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或基於法律、自治條例之授權，訂定自治規則。」因此「地方自治規則」可能基於地方自治團體之「法定職權」，或是依據立法者（不論是中央或是地方）之「法律授權」，就概念上相當於「地方自治行政規則」與「地方自治法規命令」。其次，地方自治團體除自治事項外，尚負擔大量委辦事項，為了執行委辦事項，地方制度法第29條第1項規定「直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂定委辦規則。」依據相同邏輯，此等委辦規則，又可依據係源自法定職權或法律授權，而區分為「地方委辦行政規則」與「地方委辦法規命令」。

由以上關於現行法中「行政命令」不同指涉範圍之討論可歸納得出，所謂行政命令，係指中央或地方行政機關，基於上位階法規範之授權，或是依據制定機關本身之權限或職權，所為之抽象、普遍性之行政行為。本文即以此廣泛定義作為以下討論之基礎。

(二) 行政命令受行政爭訟審查之規範基礎

我國目前探討行政命令受司法審查之多數文獻，雖然可以顯現行政法學者對於行政命令受司法監督之議題有著相當程度的關懷，但正如同楔子與前文提及之法教授文獻，主要聚焦於探討大法官與行政法院對於行政命令之監督狀況⁶，依據憲法第172條的規定，以法規範位階理論的角度，論述命令若違反憲法或法律將由何機關進行監督審查。由於憲法只規定法律牴觸憲法之疑義，由司法院解釋（憲法第171條第2項），解釋上再配合憲法第78條與第79條第2項的規定，確認法律牴觸憲法之疑義由司法院大法官所獨佔⁷。但是命令牴觸憲法則欠缺憲法明文規範，學說與實

6 翁岳生，論命令之違法審查，收於氏著，行政法與現代法治國家，11版，國立台灣大學法學叢書編輯委員會，1990年，頁2以下；同氏著，論法官之法規審查權，台大法學論叢，24卷2期，1995年，87頁以下；陳敏，行政法院有關依法行政原則裁判之研究，政大法學評論，36期，1987年，頁109-136。

7 另可參考大法官解釋第2號「憲法第七十八條規定司法院解釋憲法並有統一解釋法律及命令之權，其於憲法則曰解釋，其於法律及命令則曰統一解釋，兩者意義顯有不同，憲法第一百七十三條規定憲法之解釋由司法院為之，故中央或地方機關於其職權上適用憲法發生疑義時，即得聲請司法院解釋，法律及命令與憲法有無牴觸，發生疑義時亦同。」

務向來主張分別由大法官與各級法院法官分享此一權限：大法官依據憲法第78條之統一解釋命令權，當然擁有對於命令的違憲審查權；而各級法院法官，則以憲法第80條之依據「法律」獨立審判為據，透過行憲之初民國37年6月15日院解字第4012號「與憲法或法律命令牴觸之命令，法院得逕認為無效，不予適用」與數則大法官解釋之宣示⁸，肯定各級法院之法官，至少擁有於審理個案中，消極不予適用法官認為牴觸憲法或法律之命令。

惟學者與實務向來採用之見解，非全無檢討空間。首先，以行憲初期司法院解釋作為法院對於命令進行司法審查之基礎，未必適當。考證當時之解釋背景，司法院之解釋係因為江西高等法院第三分院首席檢察官向司法院院長詢問憲法第172條適用問題，再由司法院統一解釋法令會議進行解釋⁹。其性質近似司法行政體系之法規解釋適用。其次，憲法第80條之「法律」，依據大法官釋字第38號之說明「所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外與憲法或法律不相牴觸之有效規章均行排斥而不用。」，大法官事實上只說明「法律以外與憲法或法律不相牴觸之有效規章」均為審判之主要依據，至於有效規

8 大法官解釋第38、137、216號。

9 司法院解釋彙編第5冊3422頁，其原問題為「司法院院長居鈞鑒(一)查中華民國憲法第一百七十二條規定命令與憲法或法律牴觸者無效此項與憲法或法律牴觸之命令法院是否得逕認為無效拒絕適用抑須鈞院解釋無效後始得拒絕適用。

章若牴觸法律應如何處理，並未進一步說明。大法官釋字第137號解釋的對象係「各機關就其職權所做有關法規釋示之行政命令」，意義上並非現行法意義下之法規命令，而為行政規則。法官於審判案件時，對於行政規則，尚不能「逕予排斥而不用」，只得依據法律表示其合法適當之見解。雖然後來於釋字第216號，加上「不受其拘束」，但仍然只限於行政規則，並不及於法規命令。因此，如果只以現行司法院解釋與大法官解釋作為法官得進行對於行政命令之規範性審查，似乎仍容有論理上的討論空間。此外，法官對於行政命令具備審查權限，並不因此可推得行政爭訟的另一途徑：訴願，當然地可以適用相同理論而進行審查。因為訴願的審查階段，性質上屬於行政監督而非純司法監督¹⁰。

因此，以本文設定的行政爭訟範圍而言，行政法院之法官或是訴願審議委員會，何以擁有行政命令違法審查權，可從兩方面著手。首先，訴願法與行政訴訟法是否明文賦予訴願委員或行政法官擁有命令違法審查權；其次，依據權力分立的理論，探究行政立法權之審查空間。

1. 行政爭訟之相關規定

行政爭訟制度之功能有不同學說，目前我國學者關於

10 吳庚教授表示「訴願係行政體系內部之『自省的救濟程序』」。參氏著，行政爭訟法論，2011年，頁365。另參李震山，行政法導論，2007年增訂七版，頁521；陳敏，行政法，2011年六版，頁1265；蔡志方，行政救濟法新論，2007年三版，頁25。

行政爭訟制度之功能，多集中於客觀法律價值之維護的法規維持說，以及人民主觀法律權利之保障的權利保護說此二說，並以後說為制度主軸¹¹。因而在適用行政訴訟法時，往往著重人民個別權利之保護，將訴訟客體限縮以行政處分為中心。我國訴願法並不像行政訴訟法第1條一般，明文揭示「保障人民權益，確保國家行政權之合法行使」，因此不能直接從法條推出制度立論。但依據訴願法第1條與第2條之規定可知，訴願法基本上相同地也以行政處分是否侵害人民之權利或利益為其保障主軸。雖然訴願法第77條第8款規定「對於其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者。」應為不受理決定，論理上似乎寓有縱然非行政處分仍有可能屬於訴願救濟範圍之事項，但一般以為該規定係指「根本非公法性質之民事事件或公權力之單方行政行為但另有替代訴願之途徑者」¹²。若然，從訴願法之具體條文規定中，似乎無法推導出得對行政命令進行直接審查之法律依據。

行政訴訟法雖然在第2條廣泛承認「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」，依據文意解釋，並未將行政訴訟的審查範圍限制於行政處分。但從第4條到第10條之規定進一步觀察，行政法院得審查之對

11 參彭鳳至、劉宗德，行政訴訟制度，收於翁岳生，行政法（下），2006年10月三版，頁355-356；蔡志方認為應著重權利保護說，參氏著，前揭註書，頁28、138。

12 吳庚，同前註書，頁442。

象，仍然不包括抽象一般性質之行政命令。由於訴願法與行政訴訟法對於審查客體限縮性的法律規定，因此無法直接援引法規，而必須透過論理解釋或推導大法官解釋的方式，方得出行政法院對於行政命令之監督權限。

關於訴願的命令審查權限，大法官解釋第2號曾揭示「至適用法律或命令發生其他(非憲法)疑義時，則有適用職權之中央或地方機關皆應自行研究，以確定其意義而為適用，殊無許其聲請司法院解釋之理由，惟此項機關適用法律或命令時所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者，苟非該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解，則對同一法律或命令之解釋必將發生歧異之結果，於是乃有統一解釋之必要，故限於有此種情形時始得聲請統一解釋。」因而可推知行政機關內部本可依據上下的層級管轄，對於行政命令進行審查。但倘若是平行不相隸屬之機關，既然不受其他機關見解之拘束，當意見分歧時，方必須依據憲法，由司法院大法官進行統一解釋法令。

我國限縮行政法院與訴願審議機關審查範圍的行政爭訟相關規定，主要考量到法院功能主要在個案審查，而非法規審查。但此一功能限制之選擇並非舉世皆然。

若參考我國向來援引之德國行政訴訟法相關規定，德國於行政法院法(VwGO相當於我國之行政訴訟法)第47條明定有「規範審查程序」(法規審查程序)，第一項之內容為「高等行政法院在其審判權範圍內，依聲請而審理

下列法規之效力：一、依建設法規定所制訂之規章，以及根據建設法第二百四十六條第二項所訂定之法規命令。二、在邦法有明文規定之範圍內，其他位階低於邦法之法規」¹³，雖有學者認為該制度的目的在盡早確認法規命令或自治條例之合法性，仍以原告之利益為受理要件，並未承認客觀訴訟¹⁴。但確實已經使得行政法院擁有直接審查行政命令之權限，而非只得間接於個案拒絕適用。另外，學者亦指出德國立法政策上已然承認規範審查之客觀訴訟類型¹⁵，也有更積極的「規範制度之訴」存在可能性¹⁶。亦即，我國目前將行政命令排除於行政爭訟直接審查範圍之外的相關規定，非有德國法之比較法上之全然支持。當然，每一個國家制度選擇有其機關權力功能之預設與價值判斷，我國在行政爭訟制度上選擇功能限縮，可能涉及考量權力分立之運作，而對於行政爭訟審查權進行適度設定。

13 參黃錦堂，環境法上之當事人適格 --- 高雄高等行政法院 95 年度訴字第 1061 號判決評論，頁 14；詹鎮榮，論法規命令的司法審查基準 --- 兼對司法院大法官相關解釋之分析，2007 海峽兩岸抽象行政行為之審查與監督學術研討會論文集，頁 11。

14 黃錦堂，同前文，頁 14。

15 陳清秀，行政訴訟法，2011 年四版，頁 156；林明鏘，歐盟行政法，頁 252。

16 盛子龍，行政訴訟法上「請求法規命令制度之訴」初探，收於翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會，當代公法新論（下），2002 年，頁 193 以下；程明修，請求行政機關訂定法規命令之行政訴訟，收於：司法院，行政訴訟制度相關論文彙編（第 5 輯），2005 年，頁 125-174。

2. 行政爭訟制度之功能設定

前已論及，訴願與行政訴訟之制度功能並不相同，前者實為行政內部之監督審查，後者方為司法權之外部審查。因此，若以權力分立之理論探究行政爭訟制度功能設定之問題，訴願審議事實上並無司法權「侵害」行政權之疑義，縱然目前我國訴願制度設計以其訴願委員會之組織必須有二分之一社會公正人士擔任，而認定為具備「準司法」之性質，但委員會組成係由機關首長任命各個委員，且並無身分保障，實難將訴願委員與行政法院相提並論。而在司法權運作之設計中，將行政法院抽離於普通法院另行設置，是否有著賦予行政法院特別功能之含義，不得不探尋一開始創設公私二元制度之法國。更進一步言，我國行政處分之概念，雖源於德國，但依據學者說明，德國行政處分之概念實由Otto Mayer翻譯自法文之「actes administratifs」（行政行為）¹⁷，故法國行政爭訟制度上，是否如我國一般將爭訟範圍相同地加以限縮，即有認識比較之基礎。首先，法國法上之「actes administratifs」，概念並不局限於個別性的具體行政行為，而是包括所有行政法院得加以審查之行政機關行為¹⁸。其次，法國行政法院誕生之初，是以行政監督為中心，中央行政法院（Conseil d'Etat）的任務是為國家元首提出建議，最後由

17 陳敏，行政法總論，2011年七版，頁294。

18 詳細的法國行政行為概念中文介紹，參王必芳，行政命令的抽象司法審查，中研院法學期刊，11期，2012年9月，頁137-142。

國家元首以自己之名義做出最後決定，因此是基於確保行政機關的良好運作(Bonne administration)而產生的監督機制，雖然中央行政法院後來脫離國家元首之控制進行獨立審判，這種維護客觀價值精神的訴訟內涵，仍然深埋於法國行政爭訟之制度內在中¹⁹。

甚且，法國行政訴訟之訴訟種類並非一開始即透過成文法加以界定，而是學者觀察行政法院之審判實務後整理而來²⁰，近年並已經編纂為成文的行政裁判法典。由法國行政訴訟的實施實務顯示，最為典型、也最大宗的行政訴訟類型，乃是越權訴訟(le contentieux de l'excès de pouvoir)²¹。此一訴訟類型之提出，係當事人爭執行政行為合法性之訴訟，此時並非因為該受爭執之行政行為侵害當事人自己之權益，而是以該行政行為超越行政機關應遵守

19 Guy Braibant, Bernard Stirn, *Le droit administratif français*, 6e édition, Dalloz, 2002, p. 506-507.

20 主要開始於 Aucoc 並由 Edouard Laferrière 發揚光大，後者於一九八六年出版的「行政法院與行政救濟論」(Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux) 所提出之標準，是目前行政法院裁判時大多依循之標準，係依據法官權限之大小，將行政訴訟分為四大類，而此四大類又可依據在迄今行政訴訟實務的使用數量之多寡(quantitativement)區分為兩大類：數量上較少，且法官權力也小的為：「制裁之訴」(le contentieux de la répression)與「解釋之訴」(le contentieux de l'interprétation)；以及頻繁使用，法官在訴訟個案的權利較廣泛者：「撤銷之訴」(le contentieux de l'annulation)與「完全之訴」(le contentieux de la pleine juridiction)。

21 René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., Montchrestien, 2010, p. 788.

的合法性原則，或逾越該機關之權限、職權，以一個合法性保衛者的身分，請求行政法院恢復合法的法律秩序。總言之，法國之所以將行政法院自普通法院抽離，最初的目的是透過行政法院確實監督行政機關，使其遵守法律以執行行政行為。因此，身為行政法之母的法國，行政法院得直接審查行政命令係制度之必然。

由以上比較法之相關文獻介紹，不論是法制度面之設計，或是審查功能權限之考量，對於行政命令的抽象監督審查權，並非絕對不能授與行政法院，而訴願審議階段，更有對於行政命令的抽象監督審查權。若更極端地思考此一問題，甚至可發現事實上，不論是具體特定的行政處分，或是抽象一般的行政命令，依據行政功能的角度檢視，都是行政機關為了具體落實法令規定，所為的一種執行法律之行為。既然都相同是以執行法律為目的之行政行為，法院在合法性監督上進行差別對待之立論基礎必須更加強化，而職司行政體系內部自省救濟程序之訴願審議機關，迴避行政命令之抽象審查職責，實無堅強理由。我國行政訴訟法與訴願法都未有此一類型之訴訟或訴願類型，似有限制人民訴訟權行使之疑。當然，制度上設計如此，未必見得我國行政爭訟實務運作上如此限縮，尤其學者對於大法官與行政法院應如何進行命令審查之分工，開始有審查密度上之轉變²²，只是幾乎未提及訴願監督之情況與

22 例如：陳淳文 2007 年撰述的「現行行政命令合法性審查之檢討 --- 以不利益

可能採行之密度或範圍，事實上形成行政爭訟研究的空缺。因此以下將嘗試對行政爭訟制度中對於行政命令之監督實際狀況，進行分析。

三、行政命令受行政爭訟審查之趨勢

大量行政命令對全體社會日復一日地產生規範效力，從上述分析可知，對於人民而言，現行制度下爭執行政命令的方式，係透過行政爭訟，並據以聲請大法官解釋。即便大法官於現行制度下有必要承載此項任務，但待大法官做出解釋，恐已非即時之救濟，行政爭訟程序理應發揮其應有的行政命令審查監督功能。行政爭訟法制修正逾十年後，究竟行政爭訟程序運作的制度現況，是否已然負擔起

處分所引發之司法審查為中心」一文，以數則不利益處分引發的行政法院判決為指標判決進行理論分析，相較於國內多數學者，罕見地提出大法官應適當限縮其介入命令審查的範圍，主張應由行政法院擔負起實質審查的功能，並提出目前行政法院受到大法官積極行使規範審查權的影響，逐漸偏向形式審查的弊病，甚至提出適度放寬法律保留與授權明確性的主張。收於黃舒苕編，2007 行政管制與行政爭訟，中央研究院法律所籌備處，頁 105-169。又如李建良教授 2010 年所發表的「法治國視角下之行政裁斷權與法規制定權的關聯分析——試觀台灣法治國圖像的一個剖面」，內容相當程度提及法規釋示、行政規則、法規命令、職權命令的司法審查問題，認為行政釋示成為大法官審查的標的後，可能僭越各級法院的命令審查權，並主張法官對於法規命令的審查密度比之行政規則理當較低，對於干預性的真正職權命令，法院並應嚴格審查。收錄於政治思潮與政國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，頁 649-668。

監督行政、保障人民權利之功能，有必要全面性地探究行政爭訟實際運作狀況。

向來我國學者對於行政命令之研究較少採取量化研究方法，多半挑選重要的案件進行細部分析，目前僅有葉俊榮與張文貞兩位學者於2002年共同發表的「轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢」²³一文係關於行政法院審查行政命令的量化研究，兩位學者利用司法院法學資料檢索系統，以最高行政法院裁判為其選取資料庫對象，日期則以該資料檢索系統開放的範圍進行搜尋，由於該文投稿日期為2001年12月，故推定其判決搜尋期間至2001年12月為止，其所使用的關鍵字，係以大法官所據以宣告命令違憲之理由用語：「逾越授權範圍」、「逾越法律授權」、「增加母法所無之限制」、「增加法律所無之限制」做為檢索語詞，並以「原告主張系爭行政命令違法」做為搜尋對象的分母，進行判決趨勢研究。該文依據統計資料，指出在2000年行政訴訟法大幅修正後，最高行政法院明顯地對於行政命令審查轉趨積極；並進一步進行具體個案研究，發覺最高行政法院雖然採取與大法官相同的審查方式，即以行政法院是否逾越母法授權或增加法律所無之限制進行審查，但謹守合法性審查之詞彙，僅為個案拒絕適用之宣告。且偏向以「形式」與「法律字面文義」進行論斷，未進一步從實質的立法目

23 人文與社會集刊，14卷4期，2002年12月，頁515-559。

的或管制功能進行論述；對所有領域一概適用，並未依據領域之不同而異其審查。該文為2000年行政訴訟新制上路後，首篇也唯一一篇，以量化方法分析行政法院對違法行政命令之期刊論文，不過其著重點放在轉型國家的法院面對轉型時期的審查態度分析，也因為如此，該文提出對於應逐漸走向常態法院之我國司法權，邁向實質辯論、大法官與行政法院進行適當分工的期許。限於該文設定的主軸，其未能針對訴願與行政法院間的分工進行研究，亦未能進一步探究後續行政法院對於行政命令之審查態度。

本文也同樣透過量化的研究，一窺行政法院與訴願審議之審理模式。關於行政法院判決之蒐集整理部分，因為司法院法學資料檢索系統對於該日期之後的各級行政法院判決書皆以電子化並上網公告，搜尋上困難度不高。本研究使用司法院法學資料檢索系統²⁴，檢索對象為「裁判書查詢」，法院則逐次設定為今年以前之四所行政法院，判決字號、案由均空白，日期設定為新制行政訴訟法實施之2000年7月1日後到2011年12月31日為止，最為關鍵者，乃是「全文檢索語詞」的設定。本計畫設定的研究對象為當事人於行政爭訟程序中指摘系爭案件適用之行政命令違法，但因為實務制定行政命令所使用的名詞甚多，如何設定出能有效搜尋出所有案件的檢索語詞，關係本研究之良窳。本研究原初擬採用與葉俊榮與張文貞兩位學者合著的

24 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>.

「轉型法院與法治主義：論最高行政法院對違法行政命令審查的積極趨勢」一文，相同的檢索關鍵字，但因為搜尋期程壓縮，故最後改以「行政命令」進行搜尋。

審查方式部分，首先區分行政法院係採形式審查或實質審查。所謂形式審查，意指行政法院僅從形式上審查行政命令是否增加法律所無的限制，亦即僅僅針對法律保留的形式進行審查。實質審查，則指行政法院並非只判斷法律保留，而更進一步地針對行政命令是否符合所有的行政法上原理原則(如：平等原則、誠信原則、比例原則等)進行論述。其次，佐以個案分析，亦即逐案摘要行政法院論證過程，將相同或相似的論證過程彙整，以尋得行政法院實際使用的審查方式。尤其將區分行政命令種類，以及行政命令規範領域，以進一步分析是否依據行政命令正當性基礎的不同，而適用不同的審查方式。訴願決定書部分，受限於訴願審議機關之龐大，故僅針對已電子化並上網公告的行政院訴願委員會與臺北市政府訴願審議委員會進行研究，由於前者僅公告兩年內之訴願決定，故研究範圍因而共同限縮於兩年內之決定；搜尋方法也與行政法院之判決相同，以「行政命令」為關鍵字進行搜尋²⁵。

25 行政院訴願會曾於94、95兩年度進行訴願案件統計，與本文相關者主要包括：行政院及所屬機關訴願案件收辦統計表與訴願決定經行政法院裁判結果及撤銷理由分析統計表兩種，提供基本的量化統計資料；由統計表可知哪些部會每年平均收辦的訴願案件量較大、訴願中不受理、撤銷、由原處分機關另為處分、駁回的比例；亦可知訴願決定經行政法院裁判，被駁回、撤銷之比例，

(一) 偏重形式審查的行政法院

由於依據前述之搜尋方式、期程與關鍵字，搜尋結果如下：智慧財產法院行政部分為2筆、最高行政法院4671筆、臺北高等行政法院3686筆、臺中高等行政法院526筆、高雄高等行政法院977筆。案件量過於龐大，無法進行細緻分析，因此限縮研究最高行政法院之相關裁判，並排除裁定，僅針對判決進行研究。共計研究468筆案件。初步觀察最高行政法院審查行政命令之態度，審查仍然偏重於法律保留原則之形式面審查：468筆案件中，共有366筆案件僅為形式審查，約佔總體案件之78%；進行實質審查者，計有102筆案件，僅佔總體案件之22%。其次，就案件類型而言，本研究另外針對稅務、教育、公私協力與公務員領域進行進一步搜尋。初步發現最高行政法院對於稅務案件較常進行實質面的審查，其他領域之案件類型，雖亦可見實質審查之案件，但仍以形式審查為多，而且審查寬嚴標準並不一致。由於近年來大法官在稅務領域之案件著墨甚多，而教育領域之案件往往與從事教育工作者息息相關，故以下先暫以此二領域進行初步比較介紹。

1. 稅務案件

以及被撤銷的初步原因。可惜一方面並未持續，無法藉由官方資料持續進行了解；另一方面，其所使用的統計方法，並未針對受爭執之標的進行分析，因而無法得知本研究想了解的行政命令受監督之情形。<http://www.ey.gov.tw/np.asp?ctNode=44&mp=1> 其中 94 年度與 95 年度行政院及各級行政機關訴願業務統計 (2012/10/25 瀏覽)。

最高行政法院與稅務案件有關的行政命令審查上，除了對於行政命令是否符合法律保留原則進行形式審查外，亦常見探究系爭行政命令之制定目的、行政命令的用語內涵等是否合於母法意旨、甚至行政命令於該個案應如何或可否適用。若再進一步觀察判決的論述過程，最高行政法院似乎在大法官釋字第597號解釋做成之後，即相當程度地援引該號理由書²⁶，審查行政命令是否遵守租稅法律主義、實質課稅原則、量能課稅與公平原則等稅法上原理原則。試分析如下：

(1) 形式審查之說明較為簡略

多半採取的審查方式為：先闡釋系爭行政命令之目的、立法意旨或規範內容(A)，接著表示該命令之法源(B)，最後論述違反/或不違反依法行政原則(= or ≠ C1)或該稅法欲追求之法理，即租稅法律主義、實質課稅原則、量能課稅與公平原則等稅法上原理原則(= or ≠ C2)。但審查順序未必皆為A+B=C1 or C2 或是A+B ≠ C1 or C2。試舉例如下：最高行96年

26 該號解釋理由書謂：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。惟法律之規定不能鉅細靡遺，有關課稅之技術性及細節性事項，尚非不得以行政命令為必要之釋示。故主管機關於適用職權範圍內之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定為闡釋，如其解釋符合各該法律之立法目的、租稅之經濟意義及實質課稅之公平原則，即與租稅法律主義尚無違背(本院釋字第420號、第460號、第519號解釋參照)。」

判字第969號關於營利事業所得稅：「所得稅法施行細則第48條之10第4項規定：『本法第66條之9第2項第2款所稱彌補以往年度之虧損，係指營利事業以當年度之未分配盈餘實際彌補其以往年度累積虧損之數額』，將法定得予扣除之項目為限縮之規定(A)，難謂與母法之規定意旨相符(C1)。基於課稅應符合公平合理之原則(C2)，本院於審判案件時，自得就所得稅法第66條之9(B)之規定，表示合法適當之見解。」此一判決認定施行細則不符合母法之規定，其審查順序為 $A \neq C1$ 且 $B \neq C2$ 。而最高行95年判字第1522號關於地價稅之判決「另財政部81年11月25日台財稅第000000004號函，係財政部依其法定職權而為闡釋(B)，就徵收田賦之土地，經稅地清查發現公共設施已完竣，應自何時改課地價稅一案，認為應查明公共完竣年期，並自完竣之次年期起改課地價稅(A)，核與土地稅法第14條、第22條之規定無違，亦無違反同法施行細則第25條第2項之規定(C1)。」採取之審查模式為 $B+A=C1$ 。個案中偶見具體推論是否符合稅法原理原則部分，即屬實質審查部分。

(2) 實質審查之說理趨於詳盡

最高行政法院若對稅務案件進行實質審查，態度並不寬鬆，針對行政機關之命令制定方式甚至提出批評，例如最高行95年判字第2092號關於綜合所得稅之判決中表示「目前稅捐稽徵機關所擬定之準則均

過於齊一、僵化，未能斟酌個案之差異性，在立法論上，宜以通案式之抽象準則劃定固定範圍，但留給承辦公務員個案調整之機會。此等設算規則方屬適當。」又如最高行100年判字第1052號關於綜合所得稅之判決，進一步探究函釋文字背後的意義：「本院亦認為：(1)上開函釋或許並非如上訴人所指：『故意限縮成本費用之認列範圍，違反稅捐法定原則』，而僅是『成本費用認列所需具備之證據方法』為適度之規範指示，以利所屬下級機關有所遵循。(2)然而既然上開函釋僅是對待證事實證明方法之通案性例示，法院在參酌時，即需考量該函釋意旨是否思慮不周之處，並依法律之規範意旨予以闡明。不能緊守函釋之字義，而忽略文字背後之規範意旨。……此時原審法院實在應該思考此等情形之特殊性，明瞭債權憑證只能證明債權未獲完全滿足而已，而不是證明『財產交易所得』成本費用金額之最佳途徑，不要被財政部98年7月21日台財稅字第09800177380號函釋之文字本身所拘束，而去體現隱藏在文字背後之真正規範意旨，讓實質課稅原則得以真正落實。」

2. 教育案件

目前分析的12則相關案件，只有1件係高中以下教師，其餘都是大專以上之爭議案件，若依據案件中身分別的不同，又可分成「學校vs.教師」與「學校vs.學生」兩大類案件。在審查角度上，最高行政法院都考慮到大學自治

之制度性保障，因而採取相對寬鬆的審查態度。此一寬鬆審查態度在「學校vs.學生」的案件類型最為顯著，最高行政法院更明白承認大學擁有大學法所賦予的自治權。

(1) 依據身分不同採取不同審查程度的形式審查

例如最高行90年判字第851號中表示「依大學法第一條規定，大學以研究學術、培育人才、提升文化、服務社會、促進國家發展為宗旨，故大學教育為實現上開宗旨，非不得建立一套考核標準以決定學生是否得畢業、准予提前畢業或延後畢業，對於距離考核標準太遠之學生，不但不准畢業，甚至使其退學，藉以督促學生努力向學，至於遭退學之學生，仍可選擇適合自己個性、才能或興趣之學科及學校，重新參加入學考試，再接受教育，無損於其受教育之基本權利。故大學法施行細則第二十九條容許退學之規定，與被告依大學法等相關法令所訂定之「學則」第二十二條第二項第四款規定「修讀學士學位學生學期成績不及格科目之學分數達該學期修習學分總數二分之一或三分之二者應予退學」之規定，並未逾越大學自治權範疇，亦未違背大學法規定大學設立之宗旨……被告依據大學法所賦予之自治權制訂，於八十五年十二月二十一日以台85高二字第八五一—一三二八〇號函向教育部呈報核備，並自八十六年元月四日公布施行之「學則」，自始即為有效。從而被告以原告應修學分及格未超過二分之一而令其退學之處分行為，

自無違法可言」最高行政法院明確肯定大學自治保障學校對於學生的篩選權，亦同時指明背後功能最適的意涵：教育事務的繁雜、專業的特殊需求，使得大學最適於訂定學生入學及退學的規範內容，法院不應動輒予以審查介入。

在「學校vs.教師」的案件類型當中，最高行政法院的態度雖不若前述案件類型般寬鬆。但仍多採取形式審查，如最高行89年判字第3627號：「按大學教師之『降等』，乃對於大學教師之處罰性行政處分，關係大學教師素質與大學教學、研究水準，並涉及人民工作權與財產權之喪失、變更，對於大學教師資格等身分上之權益有重大影響，其處分之構成要件與法律效果，應由法律或依法律具體明確授權之行政命令定之，倘無法律或授權命令，即不得予以「降等」，方符憲法第二十三條法律保留原則……被告以『……考量若依據前揭辦法第十二條第二項規定處理，對本件申訴人而言，其處分將過於嚴苛，而改以考量其以該論文送審升等當年之時空因素，及依據過去教育部學審會審理類似論文抄襲案件之往例，採較輕之處分，即自申訴人現在教師等級降一等，三年內不受理其升等送審為其結論。』，而以往例作為處分原告之依據，顯然欠缺法律依據，縱其處分較前開辦法為輕，仍有違反前述法律保留原則。」採取大法官解釋第443號解釋理由書所建構的層級化法律保留原

則，認定只要是涉及身分權益上之重大影響，應有法律或依法律具體明確授權之行政命令定之；學校採用「往例」，顯非符合法律保留原則。

(2) 尊重大學自治精神的實質審查

此部份以最高行92年判字第696號為例說明。最高行政法院對於原審作了以下的指摘：「本件被上訴人僅係未能升等，並未遭受免職處分，且本件不予升等之行政處分係經上訴人機關內部組成立場公正之教師評審委員會作成，原判決引用上開司法院解釋據以撤銷一再申訴決定及原決定，是否合法妥適，即不無商榷之餘地」此似乎可以看出，最高行政法院考量到原告並非失去教師資格而僅是未能升等，尚非身分權益之重大影響，認為此處尚無需進行嚴格的審查。原告在起訴時主張國立大學所訂之教師升等審查辦法與升等計分表不得牴觸大學法及司法院釋字第四六二號解釋關於教師升等應基於客觀專業知識與學術成就之考量，始能落實憲法保障學術自由之真諦。並針對國立大學所發布的升等辦法與計分表內容有所爭執。最高行政法院審查認為：「上開升等計分表上訴人已主張係依大學法第一條第二項、第十八條、第二十條、專科學校法第八條、第二十四條及教育人員任用條例第十四條第四項以及教師法第十條規定，本乎大學自治之原則所制定，通過後對上訴人所有教師一體適用，難謂有違司法院釋字第四六二號解釋意旨之可

言。此猶如大學學生考試得將選擇題定為每題五分，是非題每題僅三分等差異之情形，核屬大學學術自治之範疇，乃原判決竟據以為原決定有違反平等原則及司法院釋字第四六二號解釋意旨，因而為撤銷一再申訴決定及原決定之判決，自有可議，上訴意旨指摘原判決違法不當，難謂無理由，爰將原判決廢棄，發回高雄高等行政法院，詳為審酌，另為合法妥適之判決，以臻適法。」因而可知最高行政法院肯定大學得本於大學自治自訂一體適用於該校全部教師之內部命令，縱該升等計分表與其他學校之規定不同，亦屬大學自治之範疇。法院並未運用層級化法律保留的形式審查公式來判斷本案，而實質地探究大學自治精神，肯定大學對於教師升等所為的細項規範合法。

從以上兩類案件初步可發現，最高行政法院對於行政命令的審查，基本上回應原告個案中的具體指摘，對於個案具體適用的行政命令採取形式審查方式，探究是否遵守法律保留原則，但仍有採取實質審查之空間與可能性。只是最高行政法院在形式與實質審查間如何進行選擇，尙未可知。

(二)消極審查的訴願審議

目前我國的訴願制度，雖然屬於行政爭訟之一環，但誠如前述，學者幾乎皆認定，係屬行政自我控制、審查之行政程序性質，於訴願程序當中，除爭執行政處分之合法性外，亦可對其適當與否，進行爭執。則人民對於行政

機關具體適用行政命令所爲之處分有所爭執，並不排除人民以該受適用之行政命令違反法律或逾越權限爲其爭執理由。基此，訴願審議委員會既屬行政審查之一環，自應有權對於行政命令之合法性與適當性進行附帶審查；又因訴願法第95條明定，訴願決定就其事件，有拘束各關係機關之效力。是以，就制度理論層面觀之，行政權應有足夠權力並有可能使違法之行政命令歸於無效。不過，就訴願此一行政監督程序而言，因訴願階段之後，又有行政訴訟，故訴願決定並非一定爲終局決定，則受爭議之行政命令即非僅因訴願決定而確定無效。或許因爲如此，在訴願案件的分析過程當中，很遺憾地發現，擁有行政內部審查權限的訴願委員會，對於行政命令的審查，顯得十分消極。訴願部分的行政命令審查，顯現出以下幾點特徵：

1. 行政命令的合法性並未成爲訴願決定衡酌之重心

行政院與臺北市訴願審議委員會所搜尋到的訴願決定中，絕大部分的決定集中於個案事實的調查以涵攝相關法規範，大部分的行政命令也幾乎毫無疑問地被作爲決定的法理基礎，也因此很難判斷訴願審議的法令審查態度與密度。臺北市訴願審議受限於地方主管機關之權限，無法質疑或不適用中央法規係情有可源，但行政院訴願委員會實可發揮較爲具體的審查功能，卻罕見相關審查案件。例如院臺訴字第1010121089號訴願決定，訴願人主張：「眷改條例第5條第2項配偶承受權益之規定，並無未遵期即喪失

承受權益之法律效果，亦未授權主管機關制頒行政命令加以規範，改建注意事項貳之十七規定，逾越母法範圍且增加母法所無之限制，有違授權明確性及法律保留原則。」惟行政院訴願審議委員會的訴願決定並未回應這項質疑，並予以駁回決定。

2. 訴願審查似採較寬鬆之審查態度

儘管訴願審議並未以行政命令為審查重心，但本文考量到法律保留原則在給付行政與干預行政的要求並不相同，因此再進一步審查是否訴願審議會因此有不同的審查態度。

(1) 給付行政

給付行政部分，通常並未見關於法律保留、法律優位等行政命令合法性的審查，不論是否該個案事實中訴願人有無爭執，訴願理由中都是直接援引行政命令作為涵攝個案事實的法規範基礎。搜尋的案件當中，僅有一例真正實質地審查行政命令之適法性：2011年7月11日之院臺訴字第1000099599號決定。該案訴願人主張：「訴願人不服，以辦理國軍老舊眷村改建注意事項(以下簡稱改建注意事項)伍之三規定，逾越眷改條例第22條規定，增加母法所無之限制，參照臺北高等行政法院99年度訴字第1346號判決意旨，屬無效之規定，應不得類推適用其係不同意改建之眷戶，逕依非法律授權之裁罰性行政規則而剝奪其權利」，而訴願決定之理由為：「參諸最高行政法院99年度判字第391號、第986號及臺北高等行政法院99年度訴字第1613號

等判決意旨，以眷改條例施行細則、改建注意事項及無法辦理交屋處理原則等規定，並無悖離眷改條例，且係辦理國軍老舊眷村業務細節性、技術性規定，乃屬規範母法授權範圍事項之行政命令或行政規則，核均無悖於法律保留原則，惟行政機關仍應依此行政，始屬合法。」於此仍可看出縱然進行形式審查，仍採取較寬鬆的立場，並未見太多論證。但此例亦屬難得地係人民訴願有理由之訴願決定結果，雖非是指摘行政命令之違法。

而行政院訴願會對於給付行政領域的行政命令審查採取寬鬆並且尊重制定行政命令機關之立場，亦可從院臺訴字第1000101376號觀察得出：「又給付行政係給予人民一定利益，受法律保留原則拘束較寬鬆，屬低密度法律保留，在不違背一般法律原則下，行政機關自得本於職權訂定行政規則，規範有關給付方式與利用之關係，此與法律保留原則並不違背。故給付行政措施應對何一群體、何種事項為給付，給付之種類、項目為何，應由行政機關基於其行政之積極性、公益性，酌量當時之社會經濟狀況，財政收支情形，除非涉及公共利益之重大事項，應有法律或法律授權之命令為依據之必要外，自應有行政機關整體性考量之自由形成空間(參照臺北高等行政法院99年度簡字第750號及100年度訴字第505號判決意旨)。」

(2) 干預行政

依據層級化法律保留原則，干預行政的法律保留要求程度較高，理論上行政機關於此領域的命令，應受到較

高密度的審查。然而，訴願實務仍看不出這樣的趨勢。院臺訴字第1010123468號的論述可為其中之代表：「查法律授權訂定命令，如涉及限制人民自由權利時，其授權之目的、範圍及內容固須符合具體明確之要件，若法律僅為概括授權時，則應就該項法律整體所表現之關聯意義推知立法者授權之意旨，而非拘泥於特定法條文字，為司法院釋字第394號及第497號解釋釋明。」訴願審議委員會接續表示：「是以兩岸人民關係條例第37條第2項雖僅概括授權主管機關訂定許可辦法，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就大陸地區影視節目得在臺灣地區發行映演播送之內容、數量、類別及時數等，依其行政專業之考量，訂定法規命令予以規範，並無悖於法律保留原則及授權明確性原則。」以尊重行政專業考量的方式，肯定制定行政命令機關的命令制定權，而未以人民爭執的立場，具體地審查行政命令之妥當性。

由以上關於行政法院與訴願審議委員會的案件初步分析可發現，行政法院雖然較之於行政訴訟法修正前積極地審查行政命令之合法性，但仍著重以形式審查方式進行監督；訴願審議機制對於行政命令的審查，仍顯現消極與尊重行政權的「寬大為懷」審查態度，並未發揮與行政法院分工之預期功能。

四、結論：尚待努力的深度研究

強勢的行政領導風格向來是東方民族重要的領導統御方式，尤其在強調競爭與快速接軌的時代背景下，賦予行政機關制定命令的權限，必要也不可或缺。然而，行政機關的命令制度權，在權力分立的政府架構下，應該有必要的監督控制機制。我國現行的行政爭訟制度，透過論理與大法官解釋的方式，賦予行政法院個案的審查權力，雖然行政法院的審查轉趨積極，但是偏向形式的審查方式，審查的密度也未見類型化，對於受到行政命令至影響權益之人民，保障並非足夠。而職司行政自我救濟的訴願審議機關，消極地接受行政機關制定行政命令的「專業」，未能發揮內部的自我審查機制，導致訴願審議階段只在事實認定上進行審酌，實屬遺憾。德國與法國的行政爭訟制度，早已經開啓人民對於行政命令的直接審查請求權利，也並未造成行政法院無法負荷之重，我國或許可以考慮適度引進類似之請求管道，以更完善保障人民權利。

與談實錄

中正大學法律系劉教授建宏

主持人、報告人、各位在場先進，很高興有這個機會參與吳教授本次論文的與談，首先，對吳教授本篇論文的撰寫是非常佩服，其撰寫的方式不但是有實質的內容，且如同剛才主持人所談到的，其加入許多量化的研究，讓本篇論文的學術性能夠有不同的變化。法學的研究一般來講是就某個案來研究，個人覺得這是非常好的一個研究方式，使其研究成果呈現多樣性。不過，一開始接獲本次任務時，感到有些困擾，因為吳教授學術專長是留法，我則是留德，與談應該是要有個共同的基礎，事實上若光是看吳教授論文的外觀，可以知道吳教授寫作的風格除邏輯嚴謹外，亦不失優雅，充滿留法的色彩；我的話一看就是留德的，以功能取向的結構組織，但既然接受本次任務，仍要針對本篇論文提出一些相關的討論。基本上，個人對於吳教授論文所提論點是非常贊成，其自權力分立的架構來思考現代訴願審議委員會的職能問題，個人非常的贊成。如報告人一開始所講的，這個問題可以說是老問題，若以行政訴訟或行政救濟制度來講，只要一句話就講完了，也就是現行行政訴訟之訴訟類型中沒有這種規範審查之訴，訴願當然就更不用講，因為訴願的類型很少，所以這不是行政法院或訴願機關的職權，句點就結束了。倘從這個角度來討論

就非常的狹隘，吳教授就非常正確的以比較大的視野來談論這個問題，也就是應該回到高層次的角度來討論，為何當時司法體系裡對於法律、命令的審查界定為抽象的法律規範審查權，以行政法院為例，行政法院法官可否審查法規是否違法？是可以的，但是沒有權限去宣告法規無效，憲法也好、法律也好，我們常說與上位階法規範抵觸者無效，這個無效不會跟民法的無效一樣當然無效，而是一定要有個權責機關去宣告無效，制度上誰有這個職權，大家都知道這是大法官的職權，行政法院的法官也只能夠表示意見，最多就是在其個案中排斥不用，將原處分撤銷。從實務的現況來講，會產生一些很可笑的情況，記得前幾年在公訓中心上課，有二個學員問我一個問題，他們說他們依據一個法規去處罰人民，後來這個法規命令的母法已被立法院廢止，他們應該如何適用法律？我回答說母法已很清楚不存在了，原處分會被撤銷。他們說行政法院法官在開庭時把他們罵了一頓，說母法都不存在了怎麼還用這個法規處罰，我就問說你們的問題講完你們也自己回答了，你們還要問我什麼？他們回說他們的問題是將來還可不可以用這個法規處罰？我接到這個問題有點發愣了，母法不存在，這個法規當然不可以再用，可是，從法律技術上來講，我也不能跟他們說一定不行，因為這個法規在沒有被權責機關廢止前還是在，所以，這個問題乍看之下好像非常可笑、很荒謬，但其實制度的後面都有某一種理性，若從權力分立的架構來思考的話，為何不賦予行政法院法官

直接非難、宣告法規失效的權力，是考慮到司法權與行政權的互動，因為法規命令的訂定是行政機關的職權，如果我們讓行政法院可以直接說法規命令是違法、無效的，這樣子會不會造成司法權過度侵犯行政權而導致權力分立的失衡？所以，我在想，一開始制度上這樣子設計也是從權力分立的角度來思考這個問題，所以制度面做這樣子的規劃。不過，就像吳教授剛剛講到的，這樣子的觀念慢慢的從比較法上的制度看到一些轉變，比方最常被提到的就是德國行政法院法第 47 條的規範審查之訴，因為德國的行政訴訟向來都是主觀訴訟，跟法國是比較不一樣的，因此，必須人民的主觀公權利受到侵害，才有開啓行政救濟的必要性。但若是規範審查的話，其實已經超過了那個程度。仔細思考實務上、立法例為什麼會有這種轉變，除了涉及主觀訴訟與客觀訴訟的爭執之外，還有必須注意到的一個現象是說，司法權的功能慢慢的要求到人民權利保護的因素是愈來愈重要，我們以前談到司法權的功能，以行政訴訟來講，像是糾正行政機關的不法，另外就是保護人民的權益，這些都是規範目的之一。但是，現在呢，以人民權利保護為重心的思考愈來愈重要，所以，自其必要性或說是有效的權利保護，如前所舉例子，這個法規明顯已經有問題，可是行政法院法官很無可奈何，只能一直不斷的把處分撤銷，若是如此，行政機關不願意調整其心態的話，人民的權益會一再的受到損害。所以，從有效的權利保護的觀點來思考，其直接衝擊到的是原來權力分立的概念，

我這幾年剛好在做國科會的計畫，是有關德國行政訴訟的新發展，其中有一個是在調整權力分立的概念，比方說在學公法的時代，權力分立本身就是一個目的，講到權力分立就結束了，牴觸權力分立那就是不可以。但是，現在權力分立被討論的是說，為什麼要權力分立？舉例來講，以行政訴訟的角度來說，在最早的時候是不能想像課予義務訴訟的，行政法院法官怎麼可以命令行政機關去作成行政處分，因為各位都熟知第一次適用法律與第二次適用法律的界限，行政機關是第一次適用法律，司法機關是去審查行政機關第一次適用法律的結果是否違法，如果行政機關還沒有做第一次適用法律，司法機關就去幫行政機關作決定，如發執照、考試要給予及格等，這是侵犯權力分立的，所以有這樣子的界限存在。但就像我剛剛講的，這些觀念一直慢慢被挑戰，因為如果維持權力分立的代價是要犧牲人民的權利保護請求權的話，其本身是否還具有正當性？就很值得懷疑！尤其在這個時代，民意的問題、人民的權益保護，幾乎就是施政的最高目標，司法機關也難逃這樣子的一個潮流。所以，從保障人民權益的角度出發，原來認為法院不能過度介入的想法，該界限在哪裡，已有鬆動的跡象，這也是為什麼德國這樣子的國家也會承認其行政法院法第 47 條規定的規範審查之訴的原因。接續這個話題來講，個人認為行政法院當然具有此等職權，就算不去修法增設訴訟類型，但就現狀來講，行政法院當然有權力可以審查，也該積極去審查，而且事實上若行政法院在個案

上多撤銷幾次，行政機關應不會明知處分會被撤銷還硬要去作。行政機關如果若有這種心態，其實是因為行政法院好像不太會去審查，所以可以試試看，雖然這法令看起來是有問題的，但是法院照准，就像我剛剛舉的例子。這本身就像主持人開始所說的，行政法院本身是有他的怠惰存在的。比較困難、困惑的是訴願機關！報告人有提到訴願機關的組織上是屬於行政機關，其作成訴願決定也被定義為廣義的行政處分，那自己可不可以去否定法規命令？還是說自己也要受到法規命令的拘束？個人在訴願實務上常碰到此等問題，譬如說財政部公布的解釋函，我們如有意見，就有訴願審議委員主張說這是部裡發出去的解釋函，不可以違背，這若從行政機關的組織程序來思考這問題便是無解，就是不可以；可是訴願制度本身就不是單純的行政機關的一個行政程序，如果是這樣，那就適用行政程序法就好了，訴願法本身有準司法性，是行政訴訟的前置程序，其審查的密度與範圍應該與行政訴訟相結合，組織上與外觀上還是隸屬行政機關，因為是行政機關的自我省查，故組織上不放在法院而是行政機關。其實若仔細看訴願法的規定，訴願審議委員會的組織並沒有區分地方或中央，且報告人也提到訴願法第 95 條規定，訴願決定有拘束關係機關的效力，訴願決定的效力是可以和行政法院的判決作一個類比，而不能單純的定義其為某一個行政機關所作成的行政處分認為只能拘束本身，上級機關完全不受拘束，若是如此定義，那就是把訴願與行政訴訟制度間的關聯性

給整個切斷，因為這個問題將來行政法院是不會審查的，訴願的審查範圍是不能包括，個人看法，訴願審議委員會的組織依據並不是各個機關的組織法規，而是訴願法，是一個中央的法律。所以，其本身是有一定的獨立性存在，所以我並不認為說在審議時遇到中央的法令就不去碰，是地方的也許就審查一下，若照這樣講法，在不同的訴願審議委員會時，角色可能就不一樣，如是地方好像就比較低一點，中央就比較高，其實在組織上並沒有這樣子的區別。再講另外一點，也是剛才吳教授有提到，就是個人的研究是行政爭訟方面，那有時候我們常常會講，訴願的職權、功能常會受到垢病，從這個例子可以看到，如果認為行政法院本身可以審查，訴願審議委員會不能審查法規命令的合法性，那這樣子會有很多案子變成是制式文章，就是把法律抄一抄予以駁回，如此相當程度是矮化訴願於體系、組織的功能，個人也是很期待，訴願審議機關能夠認清自我角色去做一些突破，讓訴願的功能可以發揮。講到這個問題，各位也許聽說德國這最近 10 年來一直在討論一個問題，即訴願制度本身存廢的問題，當然訴願制度，如果問我，其對疏減行政法院的訟源具有一定的貢獻，不過，如果問一個普通人民的話，他會說這跟我有什麼關係，為什麼要犧牲我的利益？就是說，非要人民提起訴願，其目的不是為了保障人民權益，而是讓行政法院法官的訟源可以比較少，人民一定不會認同這樣子的說法。其實，訴願制度本身面臨一個相當大的挑戰，個人最近在研究德國一些

制度的時候有提及將競爭的觀念導入司法體系，個人也贊成這樣的想法，談到訴願制度的存廢，訴願本身是有憲法上依據，是人民的權利，不可能把訴願廢止掉。但個人的看法是，不須要強制訴願的程序，除非法律另有規定，因為如剛才講的，為什麼要強迫提起訴願，目的是讓行政法院訟源可以減少，如果將來採取德國的觀念，把競爭的觀念導進來，那是不是人民也覺得很好用、又不須花錢、快速，且不是一個虛有其表的，像每次打訴願都被駁回，人民就願意來使用，而具有存在的價值。一個制度的價值是透過使用者來檢驗的，德國稱之為使用者導向的司法救濟的新觀念，若是如此，我們才更要去檢討訴願制度本身能否有積極發揮其功能的空間，倘只要是上級機關法令就不去審查，縱有理由也僅能將原處分撤銷發回，來回二、三次還是作同樣的處分，原處分也沒有辦法救濟，此有失訴願制度作為人民權益救濟第一階段的功能，個人認為訴願機關應該多發揮其角色功能，我也期待此見解實行。臺北市和新北市在地方層級的訴願審議委員會是發揮相當大功能，個人在撰寫論文時也常參考其訴願決定，希望其能發揮走在時代尖端的角色，突破現行的限制，開拓訴願不同的格局，以上經驗跟各位分享，謝謝。

討論與回應

臺北市政府法務局蔡局長立文

謝謝劉老師精闢的與談，因為時間的關係，現在開放提問，對於有關審查的部分，文中對於訴願機關多所期待與批判，不知各位先進有什麼意見或是表示，提問時請先說明您的姓名。

新北市政府違章建築拆除大隊蔡法務文峰

吳教授於第 13 頁提到行政院訴願審議委員會就行政命令合法性罕見有審查案件，個人曾遇到行政院訴願審議委員會就中央原住民族委員會的行政函釋認為其解釋有問題，而於訴願決定中要求廢止該函釋，該案係關於大學得標國科會的研究案，原住民族委員會認為得標大學屬於政府採購法規範的得標廠商，而要求得標大學繳納原住民就業代金，甚至要追繳其 5 年之代金，該大學校長接獲公文便責成其人事室處理，即提問人同學承辦，並委託提問人處理訴願事宜，行政院訴願審議委員會認同得標大學非屬政府採購法得標廠商之見解，而要求原住民族委員會應廢止該函釋，該委員會亦於今年 2、3 月廢止該函釋，以上一點經驗，提供各位分享。

臺北市政府法務局蔡局長立文：

謝謝您經驗的提供，我想從這個案子中的確是還可以看到行政自我省查的功能，但是更多的案子可能看到的是，訴願機關在審查時所受到的侷限，這個侷限就是行政層級的考量，有關行政命令的審查大多集中在地方層級一級機關的行政命令或行政規則的部分來做審查，而沒有及於中央各部會甚或是府級的行政命令，我們的確是可以好好的嘗試未來訴願積極作為的可行性來作研究。

東吳大學法律學系陳教授清秀

跟大家報告我們行政院訴願審議委員會的情況，的確我們對各主管機關發布的解釋令函或是行政命令都儘量採取尊重的立場，是因為考慮到各主管機關的權責，類似於一種立法裁量，或是如解釋的一種判斷餘地一般，故基本上會加以尊重。不過，就像剛剛同仁提到的例子，原住民族委員會有一些要求繳納代金之案件，我們認為該委員會的法令解釋見解有問題，所以相同案件類型均一律予以撤銷。所以，如要檢視我們有沒有去審查到解釋令函或裁量準則、基準，有沒有違法，有無做此等合法性的監督，可能要看人民打贏官司的，即將原處分撤銷的案件，此大多是認其引用的裁量基準疏忽未考量到行政罰法第 18 條比例原則須考慮四個因素，必須故意過失、違規的可歸責程度、違規所生的影響，有無獲得不法利益及當事人的資力。前

陣子碰到一個盜採砂石的案子，卡車司機被依裁罰基準處罰最高額 5 百萬元，但我們認為其違規的情節沒有那麼嚴重而將原處分撤銷。個人常在臉書上發表一些行政院訴願決定讓人民打贏訴願的案件類型，以抽象的法律問題方式作介紹，歡迎前往查閱行政院訴願審議委員會最近訊息。實際上，我們雖然是本著尊重的立場，但是解釋令函仍可以作合法性審查，當然常常很多法律問題是見人見智，沒有一個很客觀標準的答案，所以個人有些看法其他委員不一定接受，反之亦然，因為是採取多數決原則，也不那麼容易通過，但基本上我們還是會有審查。至法規命令我們通常是不審查，僅能透過法規之合目的性解釋、體系解釋或法律的漏洞補充來填補法規命令的漏洞，但基本上不會去宣告法規命令違法或違憲，因為較傾向認為法規命令的審查應由行政法院較為合適，訴願審議委員會通常採取保守的看法，行政院公布的法規命令，我們若拒絕適用，好像說不太過去，照行政程序法規定，法規頒布後各級機關均受其拘束，訴願審議委員會是否也要受拘束？因為我們知道法官依據法律獨立審判，法官可以不受拘束，但以行政機關所屬的訴願審議委員會來講，要對法規命令作處理相對較為困難。不過，倘發現有不合理的地方，會建議修法，另一個可能是透過法律漏洞補充，透過合目的性解釋，調整法規命令之內容、適用範圍，但不是直接拒絕適用，只是透過法律漏洞補充的方式讓法規命令的適用範圍合理化，目前的處理方式是如此，以上補充說明，謝謝。

臺北市政府法務局蔡局長立文

謝謝陳老師的補充說明，不知各位對於題目還有沒有提出疑問或分享的，若沒有的話，請吳老師和劉老師幫我們作最後的補充，先請吳老師。

政治大學法律學系吳教授秦雯

謝謝與談人劉老師，還有二位提問人的補充，其實我很高興聽到劉老師也贊成訴願審議的部分，甚至想的比我還前面，認為說不應該自限於地方或中央的訴願審議委員會，都應該以訴願審議委員會在組織上的法令依據是來自於訴願法，所以應該是不要自限於自己的行政層級，這是很好的一個想法，以後可以援引進來。另提到用競爭的概念導入司法體系，這是一個蠻新的討論與想法，尤其是在司法權的功能部分，以往我們一直認為採取權利保護說的結論會讓人民沒有辦法針對客觀法規來提起訴訟，但從劉老師剛才的提示，反而我們現在強調權利保護說作為主軸且更加強化，而開啓人民可以提出客觀之訴的可能性，我覺得這是一個很有趣的角度，與法國法的想法是不一樣的。法國法對於主觀訴訟的要求是很嚴格的，以劉老師剛才講到的課予義務之訴為例，若人民要提課予義務之訴，與客觀之訴不同，必須要找訴訟代理人並繳訴訟費及主張自己有什麼權利受到侵害；若是客觀訴訟，單純的爭執行政機關的行為是違反依法行政的，或行政命令違反了行政機關的權限，此時人民接近法院的程度是容易的，不必找訴訟

代理人或繳訴訟費用，這是可以再進一步比較的部分。很感謝提問人蔡先生的補充，因為是新進的案件，我的案件是搜尋到 2011 年，所以近年的案件還沒有搜尋到，也感謝提問人陳教授的補充，陳教授提示了一個很好的方式，也許我在搜尋訴願案件時可以直接搜尋原處分撤銷案件，就可以比較快的找到有無審酌行政命令的部分。陳老師還提示一個重點是，解釋令函會做合憲性審查，但是法規命令的部分通常不會審查，這表示行政院訴願審議委員會事實上有層級化的審查，也就是在審查命令上作了區分，即當事人所爭執的對象是解釋令函還是法規命令，這也是我想要進一步研究的，就是在行政命令當中，不論是行政法院或訴願審議委員會，是否會依據審酌對象不一樣而有不同的審查密度，像是法規命令可能比較不審，如果是行政規則可能就審的比較多，或是職權命令可能也審的比較多，這是要再進一步作考量。另外要補充一點剛才提到法國行政法院的設置，我其實逐漸的傾向認為我們的訴願比較像法國的行政法院，法國的行政法院是自普通法院拆開來特別設的行政法院，其法官有一半以上是公務員，法國高階行政人員都是從國家行政學院出來的，自學院畢業的學生可以選填志願，分數較高的學生都會去擔任行政法院的法官，所以法國行政法院法官的來源跟高階行政文官是相同的，具有高度行政權性質，所以他們為什麼很願意、很敢去否決行政機關的法規，就是因為出於同源。幾乎中央所有的法規命令在公告前都必須送法國最高行政法院審查

沒問題後才能公告，且能回過頭來去審酌命令是否違法，違憲審查則是在憲法委員會，這部分其實很有趣，以前訴願、再訴願被維持下來，且準司法化，既然考量希望訴願可以留下來，其實可以將訴願導向如法國行政法院的性質，具有高度的審酌行政機關的行政命令是否有問題的權限。因為現在又有地方法院行政訴訟庭，訴願審議委員會愈來愈被邊緣化，以上簡單的回應。

中正大學法律系劉教授建宏

我再補充一點有關剛才提到最後一個問題，訴願決定機關本身定位的問題，與談時我已一再強調，訴願審議委員會本身是準司法性，其法源依據在訴願法，並非視設於哪一個機關就附屬於該機關而認權力是自該機關而來，故自組織層級上來講，訴願審議委員會是下級，但能否去審中央的法令，如自訴願法第 53 條規定即可理解，訴願審議委員會行使職權係由委員過半數行之，訴願委員有外聘組織上也不是隸屬於某個機關，當然不受此拘束，發表意見時就不會考慮那是中央的法律就不去講，但若有半數以上委員認為不該受拘束，那訴願決定就會這樣子作成。其實這個例子可以很明顯發現，在法源上並沒有問題。當然陳老師剛才提到的，可能考量的是行政倫理，或擔心法規命令發布後你拒絕適用，他也拒絕適用，會不會天下大亂等。我的觀念比較不一樣，有些法律上的爭議，與其說是過去所定義法治學的紊亂或法律適用的不一致，從另外一個角

度講，第一個這是必然的現象，第二個這就是德國學者在討論的交換意見，今天訂定一個法規，我覺得不對拒絕適用，即是一個機制以廣泛多元去開啓行政命令被審查的原因。就像文林苑都更案問題一樣，什麼叫公益，不是被行政機關定義是公益就是公益，這本身就是一個對話的過程，人民參與行政程序本身就是一個交換意見的機制，當然多元參與就會引起不同意見，行政效率就會降低，此等問題原就複雜須經這種討論過程，我倒不認為如此作法會構成法秩序的混亂，即使是地方機關，如真的認為法令是不對的，拒絕適用也不會是亂講，必須要有很好的依據，這個依據是什麼，則原來頒布法令的就會被討論，而可以透過某種機制來研究這個問題，如果法令頒布後就沒有挑戰，立法院是不會立法審查，大法官一定沒空，行政機關在法規頒布後很少會有動力去檢討。所以，怎麼樣有一個機制可以廣泛的去檢討，我認為這是一個機會，不過，就像我一開始講的，學者見解也許一開始聽起來太過於大，但或許這是一個大家可以認真去思考的問題，我也回應剛才吳教授所說的，現代社會的東西不外就是一個商品，放在展示架上展售，最近看到德國文獻行政訴訟學者在講說，不然乾脆把行政法院給私有化、民營化，看會不會好一點，因為德國也在講行政法院之效率不彰，因為這個制度本身就是限制競爭，德國司法改革 20 年為什麼不成功，有很多學者說這是制度的問題，因為只有法院一家，沒有人與之競爭，法院為什麼要改，所以要有一個競爭元素的進入，

這些觀念慢慢被提及，訴願機關真的要找到自己的一個角色定位，才能在人民權利保障的體系中去積極發揮他的功能，並爭取到該有的尊嚴，以上。

臺北市政府法務局蔡局長立文

這個議題大家都很有興趣，最後提供個人的一點觀察跟大家分享，其實早期我們臺北市政府訴願審議委員會的確就營業稅的案件，針對財政部的行政釋示作了一連串的自我審查的機制，不過，這個審查的結果大家都知道，最後營業稅就變成中央管轄。不過，這個議題的確是值得我們去思考，就是歷如此長久的發展，從 80 幾年就稅捐案件作出這樣子的審查到現在，由行政法院審查的密度上來看，其雖偶爾在稅捐以外的案件有如提問人蔡先生所舉的案例，但總的來說，在行政法院或是訴願審議機關對於稅捐以外案件的審查密度都比較低，這是吳老師和劉老師所期待的，若稅捐案件曾有這樣子的突破，那在其他的案件也是可以嘗試去突破的，因為法律的生命就在於經驗，不斷的累積經驗才能夠不斷的進步，不斷的推陳出新才可以有新的機制去適應新的問題。我們今天很感謝吳老師精闢的報告，也很謝謝劉老師的與談及各位先進的參與，今日的會談到此結束，謝謝各位。

第貳編

鑑定意見書



以公寓大廈管理委員會為行政處分 相對人之相關法律問題

劉建宏*

壹、鑑定案背景說明

公寓大廈中區分所有人共有部分違章建築之拆除，應以何人為義務人？委託鑑定機關向來認為應以公寓大廈管理委員會為行政處分之相對人。例如：臺北市政府府訴二字第 10209031500 號訴願決定、府訴二字第 10209031600 號訴願決定，均持上述之見解¹。

惟司法實務上，則有不同見解，認為應以全體區分所有權人為行政處分之相對人。以臺中高等行政法院 98 年度訴字第 482 號判決為例，原處分機關查得建築物有未經申請許可擅自將原有防空避難地下室變更為停車空間使用之違規情形，經通知限期完成變更使用，屆期仍未完成，乃對於原告（區分所有權人之一）裁處罰鍰，並命其辦理變更使用完成。法院認為：「……該建物並非原告單獨所有，其區分所有權人有數人，而原告僅為其中之一；另依原處

* 國立中正大學法律學系教授。

¹ 上述訴願決定中，原處分機關均以公寓大廈管理委員會為拆除違建處分之受處分人。受處分人不服提起訴願，受理訴願機關均以訴願無理由駁回之。

分上開記載，係以該建物有違章之事實，尚無從區分本件違章行為係該大樓住戶全體所為或原告個人之行為，而僅對原告個人裁罰，自有裁罰事實之認定未明確之瑕疵。再者，被告僅令原告限期改善或補辦手續，而非對全體區分所有權人為之，所為改善之要求，依上開所述，尚非原告所得單獨為之，此一改善方法，並無法達成改善之目的。是本件原處分，自無從依其記載之內容，認定對原告裁罰已合法定之要件，自有違誤。……」。最高行政法院 98 年度判字第 452 號判決亦持相同之見解而謂：「……公寓大廈之區分所有權人就其共用部分是按其應有部分成立分別共有關係，共用部分及其相關設施之拆除、重大修繕或改良，應依區分所有權人會議之決議為之；所謂應有部分，係指分別共有人得行使權利之比例，而非指共有物之特定部分，因此分別共有之各共有人，係按其應有部分之比例，對於共有物之全部行使權利並負擔義務。足見公寓大廈之共用部分，其共有人如對該共用部分之危險狀態負有恢復原狀的責任，每一分子均須參與，缺一不可，且其標的性質不可分割，而必須合一確定，否則無法完成恢復原狀之目的。則原處分命限期改善部分未以全體系爭建物之區分所有權人為受處分人……，即因無法完成處分目的，而難以維持，……。」。

此外，新北市政府北府訴決字第 1012352299 號訴願決定中，原處分機關查得社區開放空間有違規使用情形，命公寓大廈管理委員會補行申請建築執照。受理訴願機關

認為該處分應以全體系爭建物之區分所有權人為行政處分之相對人，故而撤銷原處分。其謂：「……查本案被處分人為訴願人，依前揭公寓大廈管理條例第3條第9款規定，其權責僅在執行區分所有權人會議決議事項及公寓大廈管理維護工作。再查系爭建築物不符規定應改善項目係位於該公寓大廈之共用部分，依首揭公寓大廈管理條例第3條第2款及第4款之規定……，該共用部分為該公寓大廈各區分所有人共有，並按其應有部分有所有權，原處分命補辦手續部分未以全體系爭建物之區分所有權人為受處分人，即有未洽，爰將原處分撤銷，由原處分機關查明後，另為適法之處分，以資妥適。……」。

上述實務見解之歧異，其所涉及之法律問題為何？應如何處理？本鑑定報告析論如下：

貳、公寓大廈管理委員會之法律地位

（一）為非法人團體並擁有部分權利能力

民事訴訟法第40條第1項規定：「有權利能力者，有當事人能力」。公寓大廈管理委員會並無法人格²，原無訴訟上之當事人能力。民事訴訟法第40條第3項規定：「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力」。

² 內政部 85.4.17 台內營字第 8502532 號函有謂：「按法人係指自然人以外，由法律創設之團體。公寓大廈管理委員會雖依法有當事人能力，惟除另依法取得法人資格者外，尚不得當然視為法人。……」，可資參照。

公寓大廈管理條例第 38 條第 1 項規定：「管理委員會有當事人能力」，明文承認公寓大廈管理委員會為「非法人團體」³，具有訴訟上當事人之資格，得以其名義起訴或被訴，就與其執行職務相關之民事紛爭享有訴訟實施權。

此外，公寓大廈管理條例並於第 6 條第 3 項、第 9 條第 4 項、第 14 條第 1 項、第 20 條第 2 項、第 21 條、第 22 條第 1 項、第 2 項、第 33 條第 3 款但書，規定其於實體法上亦具享受特定權利、負擔特定義務之資格，賦與公寓大廈管理委員會關於其與住戶間紛爭之部分權利能力⁴。

（二）有行政程序之當事人能力並得為行政處分之相對人及行政罰之處罰對象

公法之領域中，相關程序法規諸如訴願法、行政訴訟法及行政程序法等，均仿效前述民事訴訟法第 40 條第 3 項之規定，承認設有代表人或管理人之「非法人團體」具有程序之當事人能力⁵。據此，公寓大廈管理委員亦得為訴

3 臺北地方法院 86 年重訴字第 1227 號判決要旨：「依現行公寓大廈管理條例規定，管理委員會雖具有訴訟當事人之能力（訴訟法上），但因管理委員會僅為公寓或大廈區分所有權人團體之代表機關，是自僅具『非法人團體』之性質，……」，可資參照；內政部 90 年 8 月 17 日台 90 內營字第 9085020 號函釋有謂：「依據公寓大廈管理條例相關規定成立之公寓大廈管理委員會雖有當事人能力，惟其性質相當於非法人團體，……」，亦可供參考。

4 惟此等「賦予非法人團體權利能力」之作法，純係基於實務操作便利性之考量，混淆權利能力與當事人能力之分際，因此受到學者批評；參閱：黃國昌，當事人能力，月旦法學教室，第 66 期，頁 50，2008 年 4 月。

5 訴願法第 18 條、行政訴訟法第 22 條及行政程序法第 21 條參照。

願、行政訴訟及行政程序之當事人。行政程序法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱行政程序，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」。就體系解釋之觀點而言，公寓大廈管理委員自得為行政處分之相對人。

此外，行政罰法第 3 條規定：「本法所稱行為人，係指實施違反行政法上義務行為之自然人、法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織」，亦得以設有代表人或管理人之「非法人團體」作為處罰之對象。我國學說之見解，亦認為公寓大廈管理委員會得為行政罰之處罰對象。林明鏘教授即採此一見解⁶，並謂：我國常有「利用假人頭」之現象，如以自然人為處罰對象，「換人頭」即可架空行政罰效力。故宜放寬行政罰法上非法人團體之認定標準，只要團體設有代表人或管理人，即可認定為行政罰法上之非法人團體⁷。此外，洪家殷教授亦認為公寓大廈管理委員會得為行政罰之處罰對象⁸。

6 林明鏘教授甚至認為：於公寓大廈未成立管理委員會時，亦得考慮以全體住戶或區分所有人為管理人而受公寓大廈管理條例之處罰；參閱：林明鏘，論行政罰之處罰對象，載：廖義男編，行政罰法，頁 154，元照出版公司，2007 年 11 月。

7 林明鏘，論行政罰之處罰對象，載：廖義男編，行政罰法，頁 153，元照出版公司，2007 年 11 月。

8 洪家殷，行政罰法論，頁 167，五南圖書出版公司，2006 年 11 月二版；同作者，行政罰之處罰對象，月旦法學教室，第 44 期，頁 48，2006 年 6 月。

參、拆除公寓大廈中區分所有人共有部分違建之義務人應為全體區分所有權人

按公寓大廈管理條例第 3 條第 2 款、第 4 款及第 9 款規定：「本條例用辭定義如下：……二、區分所有：指數人區分一建築物而各有其專有部分，並就其共用部分按其應有部分有所有權。……四、共用部分：指公寓大廈專有部分以外之其他部分及不屬專有之附屬建築物，而供共同使用者。……九、管理委員會：指為執行區分所有權人會議決議事項及公寓大廈管理維護工作，由區分所有權人選任住戶若干人為管理委員所設立之組織」。同條例第 10 條第 2 項規定：「共用部分、約定共用部分之修繕、管理、維護，由管理負責人或管理委員會為之……」。同條例第 11 條第 1 項規定：「共用部分及其相關設施之拆除、重大修繕或改良，應依區分所有權人會議之決議為之」。

依據上述規定，公寓大廈之區分所有權人就其共用部分是按其應有部分成立分別共有關係，共用部分及其相關設施之拆除、重大修繕或改良，應依區分所有權人會議之決議為之；分別共有之各共有人，係按其應有部分之比例，對於共有物之全部行使權利並負擔義務。依此，公寓大廈中區分所有人共有部分如有違規使用建築物之情形，其拆除之義務人，應為全體區分所有權人。公寓大廈管理委員會之權責僅在執行區分所有權人會議決議事項及公寓大廈管理維護工作，並非拆除之義務人。

肆、行政機關得否基於程序便利性選擇公寓大廈管理委員會為行政處分之相對人？

（一）民事訴訟中程序選擇權之法理

民事訴訟中，有所謂當事人「程序選擇權」之法理，認為：訴訟制度之設計應考慮當事人之立場，儘可能擴大其紛爭解決之功能，並尊重當事人尋求最有利之紛爭解決機制之權利⁹。

依據上述程序選擇權之法理，最高法院 98 年度台上字第 790 號民事判決有謂：「……公寓大廈管理委員會倘基於規約約定或區分所有權人會議決議所為職務之執行致他人於損害，而應由區分所有權人負賠償責任時，其本身縱非侵權行為責任之權利義務歸屬主體，亦應認被害人得基於程序選擇權，並依上開同條例第 38 條第 1 項規定及訴訟擔當法理，選擇非以區分所有權人而以公寓大廈管理委員會為被告起訴請求，俾迅速而簡易確定私權並實現私權，避免當事人勞力、時間、費用及有限司法資源之不必要耗費。且因同條第 2 項明定：『管理委員會為原告或被告時，應將訴訟事件要旨速告區分所有權人。』與民事訴訟法第 65 條訴訟告知之規定旨趣相當，而受訴法院亦得依同法第 67 條之 1 規定，依職權通知各區分所有權人，賦與各區分

⁹許世宦，程序選擇權與訴訟當事人（下），台灣本土法學，第 80 期，頁 86,2006 年 3 月。

所有權人參與該訴訟程序之機會，則將來確定判決之既判力，依同法第 401 條第 2 項規定及於各區分所有權人，即具正當化之基礎。對於未受告知或通知之區分所有權人，因係非可歸責於己之事由而未獲參與訴訟程序機會，即未獲事前之程序保障，如認有不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法，致對其不利之情事，自得依同法第 507 條之 1 以下有關事後程序保障規定之第三人撤銷訴訟程序行使權利，其應有之權益亦獲確保。否則，公寓大廈管理條例規定管委會有當事人能力，即失其意義，當非立法本意。……」。

（二）行政法上依法行政原則之要求

上開民事訴訟判決中所提及「原告得不以侵權行為人即全體區分所有權人為被告，選擇以非侵權行為責任之權利義務歸屬主體即公寓大廈管理委員會為被告起訴請求，俾迅速而簡易確定私權並實現私權，避免當事人勞力、時間、費用及有限司法資源之不必要耗費」之見解，為民事訴訟中尊重當事人尋求最有利之紛爭解決機制之程序選擇權法理。在強調依法行政之行政法領域中能否適用？

委託鑑定機關似採肯定見解。有關「有關公寓大廈管理委員會興建違章建築時能否成為行政處分之相對人」之問題，臺北市政府法規委員會北市法二字第 09231084900 號函有謂：「……公寓大廈管理委員會不具法人資格，……惟是否即得導出『其不具法人格，對系爭構造物亦無處分之權能，原處分機關遽對之為處分，於法即有不合』

之結論？按……管理委員會具有行政程序之當事人能力及行為能力……。……本案係因0000公寓大廈管理委員會未經核准增建構造物，經本府工務局審認系爭構造物違反建築法相關規定，構成違建並不得補辦手續，乃以違建查報拆除函通知該管理委員會依法拆除。按公寓大廈管理條例第三條及第三十四條規定，公寓大廈管理委員會之權責，係維護管理該公寓大廈，並執行區分所有權人會議事項，因而就類此案件，應予以究明者為建造該系爭構造物者為何人，如為區分所有權人會議決議興建，而交由管理委員會執行，雖管理委員會僅為執行機關，就系爭構造物無處分之權能，惟……管理委員會既屬非法人團體性質，其代表的即為全體區分所有權人，且法律亦明定其具有當事人能力，而主任委員為管理委員會之代表人，則於程序上便宜之計，似得以管理委員會為處分之相對人，此亦符合行政程序法第二十一條及第二十二條之規定。……」。

如前所述，公寓大廈中區分所有人共有部分如有違規使用建築物之情形，其拆除之義務人，應為全體區分所有權人。行政機關可否依據上述民事裁判之法理，基於程序便利性，選擇公寓大廈管理委員會為命拆除違建之行政處分相對人，頗有疑義。

蓋行政機關負有依法行政之義務，如欲作成侵益行政處分課予處分相對人義務，該相對人須為法律上負有該公法上義務之人。如係行政制裁，亦應辨明受處罰者是否實施違反行政法上義務之「行為人」（行政罰法第3條參照），

始能加以處罰。原處分機關如以第三人為行政處分之相對人或行政罰之處罰對象，於法即有未合。

(三)縱有多數義務人時行政機關應依合義務之裁量以決定行政處分之相對人

有時法令規定負有行政法上義務者有數人之情形，例如：建築法第95條之1第1項規定：「違反第七十七條之二第一項或第二項規定者，處建築物所有權人、使用人或室內裝修從業者新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦，逾期仍未改善或補辦者得連續處罰；必要時強制拆除其室內裝修違規部分」。最高行政法院92年度判字第138號判決有謂：「……建築法……條文中規定處罰之對象既為建築物所有權人、使用人，……應係指『建築物所有權人或使用人』，意即行政機關究應處罰建築物所有權人或使用人，應就其查獲建築物違規使用之情形為適當、合理之裁量，並非容許行政機關得恣意選擇處罰之對象，擇一處罰，或兩者皆予處罰。另基於行政罰係以行為人為其處罰對象之原則，對行為人以外之人科處行政罰，則為例外。是以，行政機關於法律對於處罰之對象得為適當裁量之情形，如須對行為人以外之人科處行政罰，自應具備充分、合理及適當之理由。本件建築物之使用人為訴外人林○德與林○美，二人開設未依法辦理商業登記之『○○餐飲店』，未維護建築物合法使用與其構造及設備安全，經被上訴人聯合稽查小組稽查屬實，有使用人林○德、林○美簽名之『臺北縣(市)建築物公共安全之構造

及設備檢(複)查紀錄表』等件可稽。此為原審所認定之事實。則被上訴人不對該使用人處罰，而逕對行為人以外之建築物所有權人即上訴人處罰，復未說明何以應逕對上訴人處罰之正當理由，適用法則即與禁止恣意原則有違。……」。

由此可知，縱使法令規定負有行政法上義務者有數人之情形，行政機關作成行政處分課予人民義務時，仍應依合義務之裁量以決定行政處分之相對人，不得恣意選擇受處分之對象¹⁰。遑論基於程序便利性而選擇非行政法上之義務人為行政處分之相對人？

(四)小結

綜上所述，於同一建築物有數區分所有權人，如有於共用部分違規使用建築物之情形，主管機關應以全體區分所有權人為拆除建物行政處分之相對人。不得基於程序之便利，以公寓大廈管理委員會為行政處分之相對人。

伍、結論

有關「以公寓大廈管理委員會為行政處分相對人之相關法律問題」，本鑑定報告結論如下：

¹⁰ 學說上之見解，認為此種情形，原則上應以負「行為責任」者為受處分之對象，例外情形始得以負「狀態責任」者為受處分之對象；參閱：李建良，行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題—「制裁性不利處分」概念之提出，月旦法學雜誌，第181期，頁151-155，2010年6月。

- (一) 公寓大廈管理委員會為非法人團體，依特別法之規定具享受特定權利、負擔特定義務之資格，關於其內部紛爭之處理有權利能力。
- (二) 公寓大廈管理委員會有行政程序之當事人能力，得為行政處分之相對人及行政罰之處罰對象。
- (三) 公寓大廈中區分所有人共有部分有違規使用之情形時，有關罰鍰及命恢復原狀之處分，應依如下原則處理：
 1. 有關罰鍰之部分，應究明實施違反行政法上義務之「行為人」為何人，以其為處罰對象。如違規使用建築物係區分所有權人或使用人之其中個人行為，主管機關自得對該行為人予以處罰。如係管理委員會(未經區分所有權人會議授權)之行為，亦得對之加以裁罰。
 2. 公寓大廈管理條例第11條第1項規定：「共用部分及其相關設施之拆除、重大修繕或改良，應依區分所有權人會議之決議為之」，管理委員會之權責僅在執行區分所有權人會議決議事項及公寓大廈管理維護工作。故有關限期改善或補辦手續等處分，應對全體區分所有權人為之，不得以管理委員會行政處分之相對人。

陸、鑑定參考資料

(一) 實務資料

最高行政法院92年度判字第138號判決

最高行政法院98年度判字第452號判決

臺中高等行政法院98年度訴字第482號判決

最高法院98年度台上字第790號民事判決

臺北地方法院86年重訴字第1227號判決

臺北市政府府訴二字第10209031500號訴願決定

臺北市政府府訴二字第10209031600號訴願決定

新北市政府北府訴決字第1012352299號訴願決定

內政部85年4月17日台內營字第8502532號函

內政部90年8月17日台90內營字第9085020號函

臺北市政府法規委員會北市法二字第09231084900號函

(二) 專書及期刊論文

- 李建良，行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題—「制裁性不利處分」概念之提出，月旦法學雜誌，第181期，頁133-163，2010年6月。
- 林明鏘，論行政罰之處罰對象，載：廖義男編，行政罰法，第6章，元照出版公司，2007年11月。
- 洪家殷，行政罰法論，五南圖書出版公司，2006年11月二版。
- 洪家殷，行政罰之處罰對象，月旦法學教室，第44

期，頁44-56，2006年6月。

—許世宦，程序選擇權與訴訟當事人(下)，台灣本土法學，第80期，頁84-103，2006年3月。

—黃國昌，當事人能力，月旦法學教室，第66期，頁44-55，2008年4月。

淺論檢舉獎金之性質¹

張文郁*

目次

- 壹、各行政法規規定對檢舉人發給檢舉獎金之法律性質
 - 一、發給檢舉獎金之相關規定
 - 二、發給檢舉獎金規定之法律性質
- 貳、行政法規對檢舉人發給檢舉獎金之規定與公法請求權
 - 一、法規明文規定，對他人之違法事實提出檢舉而作出裁罰者，發給檢舉獎金
 - 二、法規明定，須因檢舉而作出裁罰處分，且被裁罰人已經繳納罰鍰者，始發給檢舉獎金
 - 三、法規規定須法院判決有罪（確定）者，始發給檢舉獎金
 - 四、本文見解
- 參、結論

* 臺北大學法律學系教授。

1 囿於本委託案履約期間之限制，本文僅簡略探討，未能深入就各相關問題深入評析，至感抱歉。

壹、各行政法規規定對檢舉人發給檢舉獎金之法律性質

一、發給檢舉獎金之相關規定

在我國之各種行政法規中，常見給予檢舉不法事實之人民獎金之規定，例如廢棄物清理法第 67 條規定：「I. 對於違反本法之行為，民衆得敘明事實或檢具證據資料，向所在地執行機關或主管機關檢舉。II. 主管機關或執行機關對於前項檢舉，經查證屬實並處以罰鍰者，其罰鍰金額達一定數額時，得以實收罰鍰總金額收入之一定比例，提充檢舉獎金予檢舉人。III. 前項檢舉及獎勵辦法，由直轄市、縣（市）主管機關定之。IV. 主管機關或執行機關為前項查證時，對檢舉人之身分應予保密。」。根據該條第 2 項、第 3 項之規定，臺北市政府訂定臺北市檢舉違反廢棄物清理法案件獎勵辦法，該辦法第 5 條規定：「I. 民衆檢舉違反本法案件且檢舉事項有具體證據資料，經查證屬實處新臺幣一千二百元以上罰鍰者，依實收罰鍰金額百分之三十至五十發給獎金；其檢舉事項及其獎金發給基準如附表。II. 民衆檢舉非前項附表所列事項，且檢舉事證有具體證據資料，經查證屬實者，依實收罰鍰金額百分之三十發給獎金。III. 民衆檢舉僅敘明具體事實，而無檢附日期之違規事證之照片、錄影帶或其他證據資料，經環保局再行調查確認始予處罰者，依實收罰鍰金額百分之十發給獎金。IV.

違反本法之案件，經民衆指認，環保局因而查明違規行為人身分，查證屬實者，依實收罰鍰金額百分之十發給獎金。

V. 已依其他規定領取政府提供與本辦法同性質之補助費或獎金者，不得再依本辦法申領獎金。

VI. 第一項至第四項獎金之發給以每件新臺幣五萬元為限；按日連續處罰或同一案件未改善而多次處罰者，其獎金以第一次處分之實收罰鍰金額為計算基準。」。與此相類似之規定甚多，如臺北市檢舉市區道路挖掘違規案件獎勵要點：「……七、I. 檢舉案件經查證屬實且依本裁罰基準處以罰鍰確定者，檢舉人得領取實收罰鍰百分之十至五十獎金，新工處並依所得稅法於給付時按獎金金額扣繳百分之二十稅款；檢舉案件屬經新工處按日連續處罰或同一案件經限期改善未改善而多次處罰者，其獎金仍以第一次裁罰之實收罰鍰金額為計算基準。II. 前項罰鍰因受處分人提起行政救濟尚未確定者或受處分人尚未繳納罰鍰，暫不發給獎金。」。此外，空氣污染防治法第 42 條第 2 項規定：「人民得向主管機關檢舉使用中汽車排放空氣污染物情形，被檢舉之車輛經主管機關通知者，應於指定期限內至指定地點接受檢驗，檢舉及獎勵辦法由中央主管機關定之。」、使用中汽車排放空氣污染物檢舉及獎勵辦法第 7 條規定：「I. 經人民檢舉，直轄市、縣（市）主管機關通知檢驗之案件或經直轄市、縣（市）主管機關評定污染減量成效績優者，檢舉人得領取獎勵金、獎章、獎品、獎狀、錦旗、獎牌等獎項。II. 二人以上先後檢舉同一車號之案件，於主管機關未結案前，

視為同一案件，僅獎勵最先檢舉者。III. 符合下列規定之檢舉案件，檢舉人每案得領取獎勵金新臺幣三百元：一、檢舉人對同一輛有污染之虞車輛，檢附三張以上可顯示車輛確為行進中之照片，每張照片均可判別拍攝日期及時間，且任一張照片可判別地點、車號及排煙污染情形嚴重供佐證者；或檢舉人對同一輛有污染之虞車輛，檢附十五秒以下行進中之影片，且影片可清晰顯示拍攝日期、時間、地點、車號及排煙污染情形嚴重供佐證者。二、所檢舉之車輛經直轄市、縣（市）主管機關通知檢驗不符合排放標準，或前款佐證照片或影片顯示之排煙污染情形經直轄市、縣（市）主管機關據以評定達下列目測判定不透光率標準以上者：（略）三、檢舉人留下國民身分證統一編號者。四、檢舉人檢附之照片或影片非於怠速停等、起步或發動時所拍攝者。」；此外，所得稅法第 103 條規定：「I. 告發或檢舉納稅義務人或扣繳義務人有匿報、短報或以詐欺及其他不正當行為之逃稅情事，經查明屬實者，稽徵機關應以罰鍰百分之二十，獎給舉發人，並為舉發人絕對保守秘密。II. 前項告發或檢舉獎金，稽徵機關應於裁罰確定並收到罰鍰後三日內，通知原舉發人，限期領取。III. 舉發人如有參與逃稅行為者不給獎金。IV. 公務員為舉發人時，不適用本條獎金之規定。」²

2 其他類似規定例如檢舉組織犯罪獎金給與辦法（民國 86 年 5 月 7 日公（發）布）第 7 條：「I. 檢舉之組織犯罪，經法院判決有罪者，給與檢舉人獎金二分之一，經判決有罪確定者，給與其餘部分獎金。II. 前項給與之獎金，經判決無罪確

二、發給檢舉獎金規定之法律性質

以人民完成一定行爲（有效檢舉）作爲要件而發給檢舉獎金，其法律性質爲何，並不明確，文獻上亦鮮少探討者，以下試析論之。

1. 行政法上之事實行爲說

有學者認爲，舉發（檢舉）是依申請與依職權開啓行政程序之中間態樣，其與行政程序之關係，與陳情類似³。亦有實務見解認爲：**「……故此所謂「檢舉」，應是單純「密報」之事實行爲，其作用僅在促使主管機關注意執行職務**

定者，不予追回。」、第8條：「應給與檢舉人之獎金，受理檢舉機關應不待請求，依職權審核後，檢具檢察官起訴書、法院判決書及有關檢舉之資料，報請法務部撥付。檢舉人亦得於法院爲有罪判決後，向受理檢舉機關請求給與。」；臺北市政府獎勵檢舉貪污瀆職作業要點（民國100年11月21日公（發）布）：「……三、檢舉人於貪污瀆職之罪未發覺前，向本府政風機構（以下簡稱政風機構）檢舉，經法院判決有罪者，給與獎金。II. 前項獎金，依附表之標準發給之。」；南投縣政府鼓勵民眾檢舉盜濫採土石獎金核發作業要點（民國93年12月9日公（發）布）三、獎金核發條件：經檢舉而依法查獲盜濫採行爲人並經依法處分罰鍰者。四、獎金核發額度：檢舉盜濫採土石案件，每件最高按罰鍰金額之百分之三十核發獎金。但檢舉案件有連續處罰情形者，連續處罰部分不予核發獎金。五、獎金核發程序：（一）符合獎金核發條件，經本府依土石採取法辦理行政罰鍰處分者，先發給檢舉人獎金新臺幣五萬元。（二）盜濫採土石案件經繳清罰鍰或移送行政執行處執行完畢者，再核發其餘獎金，行爲人未繳清罰鍰或移送行政執行處未執行完畢者，不辦理後續獎金核發。」

3 林昱梅，論行政法上人民舉發之制度與救濟機制，月旦法學雜誌第二零四期（2012.05），第六十一頁以下參照。

……」⁴。

拙見認為此說僅針對檢舉（舉發）行為探求其性質，卻忽視法規規定中「檢舉與發給獎金之關係」，不但無法闡明行政機關何以發給檢舉人獎金，而且，發給檢舉獎金之行為又屬於何種性質？是否屬於行政機關任意之單方授益行為？因此，本說似仍有商榷之處。

2. 類似懸賞廣告之公法行為

法學前賢史尚寬認為，欲治公法者，亦應對民法有所了解，而後始可得其真諦⁵，由於我國行政法總論，特別是公法契約部分，不若民法發達，體系完整，因此探討檢舉獎金之性質，似有參考民法之必要。依民法第 164 條規定：「I. 以廣告聲明對完成一定行為之人給與報酬者，為懸賞廣告。廣告人對於完成該行為之人，負給付報酬之義務。II. 數人先後分別完成前項行為時，由最先完成該行為之人，取得報酬請求權；數人共同或同時分別完成行為時，由行為人共同取得報酬請求權。III. 前項情形，廣告人善意給付報酬於最先通知之人時，其給付報酬之義務，即為消滅。IV. 前三項規定，於不知有廣告而完成廣告所定行為之人，準用之。」。懸賞廣告係聲明對於完成一定行為之人給予報酬，應完成之行為包括犯罪或名譽侵害事實之通告及其行為人之摘發⁶。我民法第 164 條係參考德國民法第

4 臺中高等行政法院 100 年度簡字第 198 號裁定。

5 史尚寬，債法總論，民國六十七年版，序言。

6 史尚寬，前揭書，第三十二頁、第三十四頁參照。

657 條而來⁷，德國民法第 657 條之用語係公告 (öffentliche Bekanntmachung)，我民法之用語雖為廣告，但實際概念應屬相同，僅須以不特定人得知悉之方法為之即可，不論書面或口頭皆屬之⁸。相較於懸賞廣告，國家機關以法規明文規定，對於檢舉（致查獲）他人之違法行為者，將給予獎金，由於法規之性質乃是國家（法人）意思表示之一種，若法規明文規定【類於以公告公開表示】，人民檢舉（致查獲）他人之違法行為者【完成一定行為】，將給予獎金【給與報酬】，則此等給予檢舉獎金規定之性質似與民法之懸賞廣告相類。然而，目前文獻上並無類此之主張。

懸賞廣告之性質為何本有爭議，有認為係契約者，亦有採單獨行為者，有學者認為，我民法第 164 條之體例係在契約通則，故應採契約說，但因舊法規定「對於不知有廣告而完成該行為之人亦同」，因此多數學者採單獨行為說⁹。立法者為解決此爭議乃修改該條，將該條第 4 項規定改為：「前三項規定，於不知有廣告而完成廣告所定行為之人，準用之。」，但修正後學者認為懸賞廣告實質上含有單獨行為說之特性並不因此被排除，特別是無行為能力

7 § 657 BGB(Bindendes Versprechen):” Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.”

8 史尚寬，前揭書，第三十四頁參照。

9 史尚寬，前揭書，第三十三頁參照。

人完成懸賞行為之情形，故爭議仍然存在¹⁰。

不論採契約說抑或單獨行為說，若接受檢舉獎金規定類於懸賞廣告之見解，則此項性質之認定將影響檢舉人對主管機關權利行使，蓋檢舉人於完成行為（檢舉）後，若法規未設其他條件，檢舉人即對廣告人（主管機關）取得報酬（檢舉獎金）請求權，若法規對於發給檢舉獎金，除檢舉行為外，另設有條件，則應依民法關於條件之分類而異其處理與效果，如條件係屬於純粹隨意條件，且繫於債務人一方之停止條件者，該行為無效¹¹，例如贈與人（債務人）高興時，則贈送受贈人（債權人）一百萬元。因此，若法規規定以主管機關之裁罰作為給予檢舉獎金之條件，而又認為主管機關是否裁罰享有不受審查之自由裁量權者，事實上類似前述繫於債務人一方之純粹隨意停止條件，該規定應屬無效。反面而言，若認為此等給獎規定有效，則主管機關對於是否裁罰，即不應享有不受審查之自由裁量權限。

貳、行政法規對檢舉人發給檢舉獎金之規定與公法請求權

人民何時享有公法上之權利，應如何判斷，往昔文獻上之見解並非一致，今日實務、通說則依大法官釋字第

10 王澤鑑，債法原理，二零零九年版，第二八八頁以下參照。

11 王澤鑑，民法總則，二零零八年版，第四五四頁以下參照。

469 號解釋所揭示之規範目的理論（保護規範理論）認定，「……倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該主管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行爲，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。……」。據此，若法律明確規定特定人得享有權利，或法規之目的（同時）含有保護特定人之意旨時，被保護之人對於該主管機關即享有具體之法規執行請求權，換言之，該主管機關是否執行職務或其執行職務是否合法、適當，受法規保護之請求權人若認為侵害其權益而有不服，即得提起訴願或行政訴訟請求救濟。

由於設有發給檢舉獎金之行政法規甚多，且其條文用語（規定）各不相同，發給檢舉獎金之要件，有僅規定對

他人之違法事實提出檢舉而作出裁罰者，例如南投縣政府鼓勵民衆檢舉盜濫採土石獎金核發作業要點；有規定須因檢舉而作出裁罰處分，且被裁罰人已經繳納罰鍰者，例如臺北市檢舉市區道路挖掘違規案件獎勵要點；有規定須法院判決有罪（確定）者，例如檢舉組織犯罪獎金給與辦法。各種規定型態不一而足，限於篇幅，以下僅針對前揭三種類型分別析述之。

一、法規明文規定，對他人之違法事實提出檢舉而作出裁罰者，發給檢舉獎金

若行政法規明文規定，對他人之違法事實提出檢舉而作出裁罰者，發給檢舉獎金，是否可認為檢舉人享有公法上之權利，而於行政機關認為其檢舉無效，拒絕發給獎金時，得對行政機關提起爭訟。就此問題，文獻上有不同見解，簡述如下：

1. 否定說：

採此說者認為，「……若檢舉獎金以裁罰確定並已執行為前提，則舉發不成立，舉發獎金請求權亦無從成立。二者雖有關聯性，但非謂舉發不成立將對舉發人領取獎金之權利有影響，即可認為對舉發不成立之訴訟具備訴訟權能。舉發獎金應俟舉發成立，裁罰確定並已執行後，才成立請求權，此時舉發人才有提起行政訴訟之訴訟權能」¹²。

12 參照林昱梅，論行政法上人民舉發之制度與救濟機制，月旦法學雜誌第二零

2. 肯定說：

採此說者則認為，「……獎金之核發亦直接涉及檢舉人之利益，因此是否符合核發獎勵金之要件，甚至獎勵金數額之爭執皆應允許檢舉人透過法院訴訟程序來貫徹其主觀公法上的權利；觀諸核發檢舉獎金更明顯具有公益性質的檢舉賄選獎金，最高行政法院基本上皆以判決，亦即實質（體）審理來處理，換句話說，檢舉人之訴權是被承認的，僅是訴訟是否有理由，由法院作最終之決定。……」¹³

3. 實務見解：

實務見解對此問題原本兩歧，正反見解皆有¹⁴，限於篇幅，在此不列舉，但最高行政法院民國 99 年 6 月庭長法官聯席會議（四）認為：「……公平交易法第 26 條：『公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。』乃明定任何人對於違反該法規定，危害公共利益之情事，均得向公平會檢舉，公平會則有依檢舉而為調查處理行為之義務。至於對檢舉人依法檢舉事件，主管機關依該檢舉進行調查後，所為不予處分之復函，僅在通知檢舉人，主管機關就其檢舉事項所為調查之結果，其結果因個案檢舉事項不同而有不同，法律並未規定發生如何之法律效果。縱使主管機關所為不予處分

四期(2012.05)，第八十三頁。

13 蕭文生，檢舉獎金與主觀公權利 - 評最高行政法院 97 裁字第 3228 號裁定，法令月刊，第六十一卷第七期(2010.07)，第三十四頁、第三十五頁參照

14 參見蕭文生與林昱梅於前揭文所列之裁判。

之復函，可能影響檢舉人其他權利之行使，乃事實作用，而非法律作用。系爭復函既未對外直接發生法律效果，自非行政處分。檢舉人如對該復函向行政法院提起撤銷訴訟，行政法院得以其並非行政處分，而以不合法裁定駁回其訴。……」。此見解作成後，一般而言，實務見解率皆傾向否定說¹⁵，例如最高行政法院 101 年度裁字第 1218 號裁定認為：

「……三、本件原裁定（臺中高等行政法院 100 年度簡字第 198 號）以：抗告人因相對人對其系爭檢舉事件之處理結果，得否依獎勵辦法領取獎勵金，並非空氣污染防治法第 42 條第 2 項所要保護之範圍，抗告人自不得執該獎勵辦法而認其因相對人之系爭函文有權利或法律上利益受到損害提起課予義務訴訟。又其所為之檢舉，既非得請求行政機關作成裁罰行政處分之公法上權利，自亦不符合所謂「依法申請」之要件。本件相對人以系爭函文答覆抗告人，應僅係告知抗告人檢舉事項之處理結果，核其性質係屬單純事實通知，與否准人民依法申請之程序不同，並非對抗告人有所處分，亦不因系爭函覆之告知而發生具體的法律上之效果，或造成其權利或利益之損害，故非屬行政處分。抗告人依行政訴訟法第 5 條第 2 項之規定提起課予義務訴訟，請求相對人應作成核發系爭檢舉獎勵金之行政處分，

15 相同意旨例如最高行政法院 101 裁字第 1004 號、同院 97 裁字第 1942 號裁定。但於檢舉貪瀆獎金案件，亦有以實體判決為之者，例如最高行政法院 101 年度裁字第 1079 號裁定、最高行政法院 101 年度裁字第 737 號。

其起訴即不備訴訟之要件，應以裁定駁回之。四、抗告意旨略謂：依空氣污染防治法與其相關法規，檢舉獎金之設計是為給人民檢舉違規行為之誘因，因此可判斷空氣污染防治法第 42 條及其相關附屬法規，已賦予人民檢舉之權利，且此項檢舉權利，與檢舉人之私益有關，因此得認定上開法規兼有保護檢舉人私利之目的。另上開 299 件檢舉案既經臺中市環境保護局通知被檢舉車輛之車主依限至指定地點接受檢驗，姑不論後續辦理情形為何，該被檢舉車輛係事先依抗告人檢附之照片經查證確有污染之虞者，則相對人事後再以相片無法判別車號、車輛排放情形不明顯或車輛排煙煙度不足等理由否准抗告人之請求，即屬可議等語，為其論據。惟核其所陳上述理由，無非係就原審已詳為論明、指駁事項，以上訴人歧異見解，據以指摘原裁定違法，並無所涉及之法律見解具有原則性，需由本院加以闡釋必要之情形。另上訴人所舉高雄高等行政法院 95 年度訴字第 1117 號判決，係就所得稅法第 103 條第 4 項適用所為之爭執，其案情與本件不同，尚難執此主張原裁定「就同類事件所表示之法律見解與其他高等行政法院之見解相互牴觸」。抗告人提起抗告，依首開規定及說明，不應許可，其抗告難謂合法，應予駁回。……」

臺中高等行政法院 100 年度簡字第 198 號裁定認為：「……一、次按「公平會所為『檢舉不成立』之函文非屬行政處分，檢舉人如對之向行政法院提起撤銷訴訟者，行政法院得以不合法裁定駁回其訴。……另查『法律規定之

內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地』，則該『可得特定之人』得向該管機關請求為特定行為……。查『檢舉人』本非『可得特定之人』；而行為時公平交易法第 19 條、第 22 條及第 24 條規定，縱有保護人民生命、身體及財產等法益之目的，惟各該法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項，並未明確規定，難謂該管機關依此規定對人民負有特定作為義務而無不作為之裁量餘地。是檢舉人以第三人違反公平交易法第 19 條、第 22 條及第 24 條規定，而依同法第 26 條規定向公平會檢舉者，本非主管機關應依檢舉、以檢舉人與被檢舉人為處分對象、作成有個案規制效力之行政處分以及作成如何內容之行政處分之規定，又縱依前開司法院釋字第 469 號解釋意旨（『保護規範理論』），亦難認定該檢舉人得請求主管機關為特定有利於自己而不利於第三人之行政處分。是檢舉人如依行政訴訟法第 5 條之規定，向高等行政法院提起請求主管機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，其起訴亦不備訴訟之要件，應裁定駁回其訴，併予指明。」最高行政法院 99 年度 6 月份庭長法官聯席會議決議可資參照。另行政訴訟法第 5 條規定：……，係以人民因中央或地方機關對其「依法申請之案件」，……，認為其權利或法律上利益受損害者，……向高等行政法院提

起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。而所謂「依法申請」，係指有依法請求行政機關作為的權利之謂，……，故除與該申請人權利無關之陳情、建議，並非所謂「依法申請」之外，另對他人是否涉及違章行為所為之檢舉，若其所應適用之各該法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項，並未明確規定，或難謂該管機關依此規定對人民負有特定作為義務而無不作為之裁量餘地，參酌前開決議意旨，亦非所謂之「依法申請」案件。苟為檢舉而目的不遂，逕為課予義務訴訟之提起，即屬不具備起訴要件，應以裁定駁回之。二、本件原告……分別檢舉車號 TJN-866 等 299 輛機車為烏賊車輛，並……向被告所屬環境保護局請求核發該 299 件烏賊車檢舉獎勵金，案經被告以……府授環空字第 xxxx 號函復略以：「……不予發放獎勵金。」等語。原告不服，……遂依行政訴訟法第 5 條第 2 項規定提起本件課予義務訴訟……。三、按使用中汽車排放空氣污染物檢舉及獎勵辦法第 1 條……第 2 條規定：「本辦法係為鼓勵人民向各級主管機關檢舉有污染之虞之車輛，由直轄市、縣（市）主管機關通知被檢舉車輛至指定地點檢驗，經檢驗不符合排放標準或未依規定檢驗者，依法處罰；提出檢舉之民眾由各級主管機關給予獎勵。」復依空氣污染防制法第 1 條規定：「為防制空氣污染，維護國民健康、生活環境，以提高生活品質，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」足見，上開法令賦與主管機關透過人民之檢舉處罰被檢舉人之職

權，旨在維護公益。雖使用中汽車排放空氣污染物檢舉及獎勵辦法第 7 條第 1 項規定：「經人民檢舉，……，檢舉人得領取獎勵金、獎章、獎品、獎狀、錦旗、獎牌等獎項。」然觀諸使用中汽車排放空氣污染物檢舉及獎勵辦法之規定內容，旨在規範行政機關如何處理檢舉案件及獎勵金、獎章、獎品、獎狀、錦旗、獎牌等獎項之核發等事項，並未賦予檢舉人得向行政機關請求對被檢舉人作成裁罰行政處分之公法上請求權。**故此所謂「檢舉」，應是單純「密報」之事實行為，其作用僅在促使主管機關注意執行職務。**另依空氣污染防治法第 42 條第 2 項規定：「人民得向主管機關檢舉使用中汽車排放空氣污染物情形，被檢舉之車輛經主管機關通知者，應於指定期限內至指定地點接受檢驗，檢舉及獎勵辦法由中央主管機關定之。」僅是對汽車使用者課以一定之作爲或不作爲義務，及課以主管機關管理相關汽車排氣檢驗之作爲義務，但行政機關就如何執行管理仍具有裁量餘地，亦即此等法規規範目的並未賦予人民有請求行政機關作成裁罰行政處分之公法上權利。因此，檢舉人依上開使用中汽車排放空氣污染物檢舉及獎勵辦法，於其所檢舉之案件經主管機關查明屬實，得就該案件經檢驗不符合排放標準或未依規定檢驗者，依法處罰，發放一定之獎勵金，乃屬檢舉人對主管機關職務之執行所享有之反射利益，並非直接利益，故檢舉人之私益顯未在上開法令之保護範圍。從而，原告因被告對其系爭檢舉事件之處理結果，得否依上開獎勵辦法領取獎勵金，並非空氣污染

防制法第 42 條第 2 項所要保護之範圍，原告自不得執該獎勵辦法而認其因被告之系爭函文有權利或法律上利益受到損害提起課予義務訴訟。又其所為之檢舉，既非得請求行政機關作成裁罰行政處分之公法上權利，自亦不符合前揭所謂「依法申請」之要件。……原告……向本院提起課予義務訴訟，……，其起訴即不備訴訟之要件，應以裁定駁回之。」

二、法規明定，須因檢舉而作出裁罰處分，且被裁罰人已經繳納罰鍰者，始發給檢舉獎金

若法規規定，須主管機關因檢舉而作出裁罰處分，且被裁罰人已經繳納罰鍰（已執行），檢舉人始得領取檢舉獎金者，類似規定者例如南投縣政府鼓勵民衆檢舉盜濫採土石獎金核發作業要點三：「……獎金核發條件：經檢舉而依法查獲盜濫採行為人並經依法處分罰鍰者。四、獎金核發額度：檢舉盜濫採土石案件，每件最高按罰鍰金額之百分之三十核發獎金。但檢舉案件有連續處罰情形者，連續處罰部分不予核發獎金。五、獎金核發程序：（一）符合獎金核發條件，經本府依土石採取法辦理行政罰鍰處分者，先發給檢舉人獎金新臺幣五萬元。（二）盜濫採土石案件經繳清罰鍰或移送行政執行處執行完畢者，再核發其餘獎金，行為人未繳清罰鍰或移送行政執行處未執行完畢者，不辦理後續獎金核發。」。此種給獎規定係以主管機關以外第三人之行為，亦即被裁罰人繳清罰鍰作為給獎條

件，於被裁罰人尚未繳納罰鍰時，檢舉人是否享有公法上請求權？關於此問題，文獻上有學者認為，若法規規定須經裁罰確定，並已執行後，才發給檢舉獎金者，其請求權應於執行後才發生¹⁶。

三、法規規定須法院判決有罪（確定）者，始發給檢舉獎金

屬於此類規定者，例如檢舉組織犯罪獎金給與辦法第7條第一項規定：「檢舉之組織犯罪，經法院判決有罪者，給與檢舉人獎金二分之一，經判決有罪確定者，給與其餘部分獎金。」，此種給獎規定係以主觀機關以外之第三人，亦即法院作出有罪判決為給獎條件，若條件未成就，則權利並未發生。

四、本文見解

就上舉一之案件類型，例如廢棄物清理法及臺北市檢舉違反廢棄物清理法案件獎勵辦法明文規定，主管機關對於檢舉之違規案件作出裁罰者，應給與檢舉獎金，依據前述之規範目的理論，本規定並非單純關於公共利益之維護而已，同時應含有授予特定人（檢舉人）權利之目的，蓋法規訂定者藉由發給檢舉獎金之手段，追求取締違法，維持社會秩序之目的，並以檢舉獎金彌補檢舉人因檢舉行為

16 參見林昱梅，前揭文，第八十三頁。

可能遭受之不利¹⁷，於檢舉事件違章成立時，對於檢舉獎金之發給，即享有公法上之請求權¹⁸。前揭反對說認為，若法規規定以主管機關之裁罰作為給予檢舉獎金之條件，於主管機關尚未裁罰前，請求權尚未發生，且又認為主管機關是否裁罰享有不受審查之自由裁量權，故檢舉人並不享有訴願及訴訟之權。此種見解實質上將該種規定認定為類似前述繫於債務人一方之純粹隨意停止條件，該獎勵規定之目的事實上無法真正達成，若認為此等給獎規定真正欲給予檢舉人獎金使其協助公共行政任務之完成，則主管機關對於是否裁罰，即不應享有不受審查之自由裁量權限，若主管機關認為檢舉不成立，檢舉人應可藉由行政救濟爭執，由法院就此爭議進行審查，如此理解，應認為檢舉人於檢舉（違章成立）後應享有公法上之獎金請求權，受理機關若認為違章不成立，檢舉人應得提起訴願及訴訟請求救濟。學者許宗力亦認為，如果檢舉所根據的實體法課以國家機關有調查處罰被檢舉人之義務，且所保護之法益除公益外，同時及於檢舉人之私益時，吾人即不難推知，立法者有意賦予檢舉人某種法律地位，使其有權請求國家保護其該受法律保護之私益¹⁹。

17 蕭文生，前揭文，第三十四頁以下；林志潔，貪汙犯罪檢舉人之保護與獎勵——以廣義的貪汙共犯為核心，月旦法學雜誌，第二零三期(2012.04)，第一六二頁以下參照。

18 詳細論述亦請參照蕭文生，前揭文，第二十八頁以下。

19 參照許宗力，行政處分，於翁岳生編，行政法(上)，2000年版，第五四九頁。

就上舉二與三之案件類型，由於檢舉獎金之發給，並非僅取決於檢舉人之檢舉與主管機關之裁罰而已，法規訂定者應是將檢舉獎金之發給繫於第三人之行為，以之作爲停止條件，因此，若欠缺第三人行爲之要件，應認爲請求權尚未發生，檢舉人對此即無請領檢舉獎金之公法上權利。

但應注意者乃是，有無實體法上權利與是否享有訴權應予區分，蓋實體與程序要件不容混爲一談。當事人適格與否與本案適格與否一涉程序，一涉實體，前者僅需主張其權利被侵害（主張說）且有此可能性（可能說），原告即有訴權，若欠缺實體權利，乃訴訟無理由之問題，屬於後者之範圍，若以原告欠缺實體權利爲由，卻作出（以欠缺訴權爲由）裁定程序駁回，顯有誤解²⁰。

行政機關對檢舉人提出之檢舉認爲違章不成立之復函究屬何種性質，似應視檢舉人之地位而定。若檢舉人就檢舉事件具有法律上之利害關係，或者其認爲被檢舉人之違章行爲侵害其權益（例如競爭者或是相鄰人²¹），或是藉由其檢舉成立將可獲得公法上之權益，則行政機關之處理結果與檢舉人之權益攸關。於此情形，若行政機關對檢舉人提出之檢舉認爲違章不成立而函覆，參照大法官釋字第

20 參照陳清秀，行政訴訟法，2011年版，第二三七頁以下；林昱梅，前揭文，第八十三頁註七十九以下之敘述，但註八十一以下之論述「……舉發獎金應俟舉發成立，裁罰確定並已執行後，才成立請求權，此時舉發人才有提起行政訴訟之權能……」前後見解似乎不一。

21 具第三人效力之行政處分所涉及之第三人常爲競爭者或是相鄰人。

423 號解釋之意旨：「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，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。若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，如以仍有後續處分行為，或載有不得提起訴願，而視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符。……」。若檢舉人提出檢舉而主管機關認為檢舉案件違章不成立，該回覆應非單純之意思通知而已，同時並包含不給予檢舉獎金之法律效果，應認為屬於行政處分²²。職是之故，若主管機關不作出裁罰處分，因影響受領獎金之權利，檢舉人應可提起行政救濟，以貫徹其權利。最高行政法院民國99年7月庭長法官聯席會議之見解認為：「……縱使主管機關所為不予處分之復函，可能影響檢舉人其他權利之行使，乃事實作用，而非法律作用。系爭復函既未對外直接發生法律效果，自非行政處分。……」，其就主管機關對檢舉所為不予處分之復函，既然（可能）影響檢舉人其他權利之行使，究係依據何種標準認為屬於事實作用而非法律作用，並未詳細說明，而且既然「影響

22 高雄高等行政法院九十三年度訴字第八八六號判決認為：「……未按前揭被告九十三年三月四日南區國稅審三字第0九三00九三四0六號函，係就原告請求發給檢舉獎金說明不採之理由，實質已生否准原告請求之法律效果，為拒絕意思表示之行政處分，業如前述，訴願決定為不受理之決定，雖有未洽。……」

檢舉人其他權利之行使」，何以認為未對外直接發生法律效果，亦令人困惑，職是之故，此決議之見解頗值商榷。行政院訴願審議委員會就同類之公平交易檢舉案件並不依循最高行政法院之見解，認為檢舉人若係與被檢舉人處於競爭之地位，則行政機關對檢舉人提出之檢舉認為違章不成立之復函應屬行政處分，檢舉人得對該復函提起行政救濟²³。

若檢舉人純粹係為維護公益而提出檢舉，例如路人對交通違規之錄影檢舉，該檢舉案件與檢舉人個人之權益無關，則行政機關對檢舉人提出之檢舉認為違章不成立之復函應屬意思通知而非行政處分，蓋該復函之內容對檢舉人並不生任何規制作用，亦即對其權益不生影響。因此若檢舉人對該復函不服，因欠缺訴權，不得對之提起行政救濟²⁴。

23 參照行政院 2010/12/20 院台訴字第 0990107989 號決定書：「……訴願人因檢舉他事業違反公平交易法事件，不服本院公平交易委員會公參字第 0990004303 號函，提起訴願，本院決定如下：主文：訴願駁回……」。

24 行政法院 56 年判字第 218 號判例：人民提起訴願，須以官署之處分致損害其權利或利益為前提。所謂損害其權利或利益，係指原處分所生具體的效果，致損害其確實的權利或利益而言。查公地承領人違反臺灣省公有耕地扶植自耕農實施辦法之規定，經人檢舉而由政府撤銷其承領，收回土地另行放領時，原檢舉人並不享有優先承領權或其他確實之權利或利益，被告官署拒絕辦理原告之檢舉案件，並無損害原告確實之權利或利益，原告自難對之提起訴願。

參、結論

行政法規設有發給檢舉獎金之規定者，因其態樣繁雜，故性質並非一致，因探討檢舉獎金性質之文獻欠缺，應有必要依個別規定比附援引民法之類似規定解析其性質，以判定檢舉人何時始享有請領檢舉獎金之公法上權利。此外，最高行政法院認為檢舉獎金之設主要仍在維護公益，檢舉人並不因而享有公法上請求權，此外，行政機關對檢舉人提出之檢舉認為違章不成立之復函皆屬觀念通知而非行政處分，且因非申請案件，故檢舉人不得提起行政訴訟救濟²⁵，其見解應有商榷之餘地。

25 對此之詳細批判，參照蕭文生及林昱梅前揭文。

授益行政處分之撤銷與信賴 保護要件之判斷

孫迺翊*

2013年8月14日

壹、待鑑定之事實與法律問題

一、臺北市政府府訴一字第10109148000號訴願決定書(以下稱第一次訴願決定書)

訴願人甲為極重度植物人之身心障礙者，安置於某私立護理之家。甲於民國96年12月4日向原處分機關臺北市政府社會局申請身心障礙者托育養護費用補助，原處分機關經審認其符合補助資格後，自96年12月4日起至101年3月31日止持續給予補助，在此期間，原處分機關進行兩次複查資格作業，均未發現違誤。嗣後原處分機關於比對社福資料時，才發現甲之受補助資格認定有誤，依照臺北市身心障礙者於護理之家托育養護費用補助標準表，甲應屬於未滿20歲之「一般身分者」，而非「年滿30歲或年滿20歲以上父母一方年逾65歲以上身心障礙者」，但原處分機關自

* 國立政治大學法律學系副教授。

96年12月4日起均依後者給予較高之補助金額，乃於101年4月27日通知甲，請求其返還自96年12月4日起至101年3月31日止溢領之補助費用共計205,412元(以下稱為第一次溢領返還處分)。甲不服提起訴願。

甲於訴願理由中主張，其不知補助對象有未滿或年滿30歲以上補助金額不同，原處分機關因承辦人員疏失而要求受益人返還溢領之補助費用乃欠缺正當性，請求撤銷原處分。訴願決定書針對甲是否有信賴不值得保護之情形，甲之法定代理人(即其父親)為甲填寫之申請書中，係勾選「一般戶」，其他資格欄位包括身障者年滿30歲以上、身障者年滿20歲以上父母一方年逾65歲以上、同戶內人口有兩名以上身障者同時安置於機構等選項均未勾選，由此尚無從判斷甲有何行政程序法第119條所規定信賴不值得保護之情形。又原處分機關是否依行政程序法第118條但書規定，為維護公共利益或為避免受益人財產上損失而另定失其效力之日期，亦有未明，乃撤銷原處分，並要求原處分機關另為處分。

二、臺北市政府府訴一字第10209070200號訴願決定書(以下稱第二次訴願決定書)

臺北市政府社會局依照上述訴願決定書之意旨重新審查後，於101年12月4日再次作成處分，將甲溢領之補助費用205,412元，自101年12月起由甲所享領之身心障礙者托育養護費補助費用按月扣抵8,500元，至103年11月扣抵完

畢為止(以下稱為第二次溢領返還處分)。換言之，原處分機關於前次訴願決定發回再次審酌事實之後，並未改變請求返還溢領補助金額之決定。甲對第二次溢領返還處分表示不服，再次提起訴願。

依照訴願決定書之理由所載，訴願人之法定代理人於第二次溢領返還處分作成前曾向臺北市政府社會局表示，原處分機關溢撥補助金額係承辦人員之疏失，責任不應全由甲承擔，而應由雙方共同分擔以求公平，其願意返還100,000元金額，並分三年攤還。其一方面主張信賴保護，另一方面亦有與原處分機關「和解」之意思。關於甲是否有值得保護之信賴利益，原處分機關認為臺北市身心障礙者於護理之家托育養護費用補助標準業經公告在案，訴願人之法定代理人「依常情」應知一般身分之補助金額，屬於行政程序法第119條第3款「明知或因重大過失而不知者」信賴不值得保護之情形；除此之外，原處分機關持兩點理由堅持請求返還溢領補助費用亦值得注意：1. 訴願人之家庭經濟狀況足以負擔繳還溢領費用，2. 繳還溢領之補助費用亦未對訴願人之財產造成負擔。第二次訴願決定書對於原處分機關上述三項理由一一予以駁斥，撤銷第二次溢領返還處分，其內容為：1. 原處分機關僅以系爭補助標準表已經公告進而推認訴願人之法定代理人明知或因重大過失而不知，有率斷之嫌。2. 訴願人家庭經濟狀況與信賴利益是否值得保護係屬二事，不得以前者作為認定訴願人是否有信賴不值得保護之事實基礎。3. 繳還溢領補助費用

將使訴願人喪失已得之利益，非僅喪失額外利益而無任何財產上損失。

三、待鑑定之法律問題

誠如送請鑑定之事實背景說明所示，行政機關依各項補助法令核發民衆補助之後，發現資格認定有誤或核發金額計算錯誤，多以當事人並無值得保護之信賴利益，撤銷原授益處分，請求返還溢領金額。其理由包括：1. 當事人知悉或可得而知相關法令之規定；2. 當事人提供不實資料，或隱匿、拒絕提供主管機關所要求之資料；3. 以詐欺或其他不正當方法，對於涉及資格變動之重要事項未盡陳報義務；4. 於提供金錢給付之情形，受益人如欲主張信賴利益，須有因該金錢之給付而耗用之積極行為，或作成不能回復或難於回復之財產處置，其間並須有因果關係，若僅消極受領給付，將現存之利益予以消費，而非積極為上開行為者，難認有信賴表現之行為；5. 社會福利資源有限，請求溢領返還係為確保福利資源之公平合理使用，所欲維護之公益大於信賴利益。本件臺北市社會局的第一次溢領返還處分並未具體說明系爭個案中之信賴利益保護問題，第二次溢領返還處分則持上述第1種理由依然請求訴願人返還溢領金額；相對地，第一次與第二次訴願決定書於訴願階段即要求原處分機關應具體適用行政程序法上關於授益行政處分撤銷信賴利益保護之規定，並詳細追究其事實認定與法律解釋適用之間的關連性，此種重視受益人信

賴利益保護之立場，即便參照行政訴訟實務，亦屬值得肯定之少數見解。

針對事實背景說明所示問題，以下將於第貳部分先闡明行政程序法上有關授益行政處分撤銷之信賴保護要件，第參部分說明社會給付行政於信賴保護原則之解釋適用上是否有其特殊性，第肆部分則討論行政機關得否就溢領金額與當事人成立和解或另訂返還之金額比例。

貳、行政程序法有關授益行政撤銷與信賴保護要件之解釋適用問題

一、信賴保護要件之適用步驟

信賴保護原則為憲法法治國原則的一環，行政程序法第8條已明文規定，其保障人民因正當合理信任國家行政行為所生之利益。在涉及違法授益處分撤銷之情形，行政程序法第117條至第121條就「撤銷違法授益處分以維護公共利益」與「保障人民信賴利益使違法授益處分繼續存續」二者之間如何進行衡量，作了更具體的規範。依條文規範結構，其適用步驟如下：

依照行政程序法第117條前段與但書之意旨，原處分機關原則上得撤銷違法授益行政處分，以維護依法行政原則，但有該條但書所列兩款情形者，不得撤銷。對照我國向來強調公共利益，輕忽信賴保護的實務經驗，在此應特別強調的是，行政程序法第117條是賦予行政機關撤銷違法

授益處分的裁量權，而非撤銷義務¹。

(一)撤銷對公益有重大危害。在此情形下，撤銷授益處分既無助於公共利益之維護，無需再行考量當事人是否有合法正當之信賴利益。

(二)當事人之信賴利益值得保護，且信賴利益大於撤銷處分所欲維護之公共利益。當事人之信賴利益是否值得保護，行政程序法第119條採取反面列舉的規定方式。

1. 行政處分相對人如有行政程序法第119條所列三款事由者，信賴不值得保護，原處分機關自得撤銷授益處分，以維護依法行政之公共利益。

2. 相對地，相對人如無行政程序法第119條所列三款事由，解釋上即應肯認其有正當合理之信賴，此時繼續就該信賴利益與公共利益之間進行衡量。

(1) 倘若相對人之信賴利益大於公共利益，此時原處分機關不得撤銷原處分。

(2) 倘若公共利益大於相對人之信賴利益，原處分機關得撤銷原處分以維護公共利益，惟相對人之信賴利益既為正當合法，在撤

¹ 林三欽，論授益處分之撤銷，收錄於氏著，「行政爭訟制度」與「信賴保護原則」之課題，2008年，頁371。

銷授益處分的同時，也應給予考慮給予相對人相當程度之保障。行政程序法提供行政機關幾種處理方式²：

2 德國聯邦行政程序法第 48 條第 2 項及第 3 項將授益處分區分為給付裁決 (Leistungsbescheid) 與其他類型兩種，前者指金錢給付或以可分之物為給付內容者。依照德國聯邦行政程序法上述條文之規定，違法之給付裁決，於相對人有值得保護之信賴時，即不得撤銷；而其他類型之違法授益處分，如相對人有值得保護之信賴利益，行政機關仍得經補償而予以撤銷。

我國行政程序法並未作此分類，學者吳庚認為我國法律既未明文，應無區分之必要，徒增複雜；陳新民教授、許宗力教授根本未提及此種德國聯邦行政程序法上之分類，推測其應無採納之意；而認為應參酌德國聯邦行政程序法第 48 條意旨，區分兩種違法授益處分之類型，於相對人有值得信賴之利益時，異其撤銷之效果者，則有陳敏及林三欽兩位教授。陳敏教授認為：

一、供金錢 (如生活補助金、獎學金) 或給予可分物 (如衣物、期刊) 之授益處分如屬違法，依照行政程序法第 118 條之規定，行政機關予以撤銷並使其溯及失效時，受益人應依行政程序法第 127 條第 1 項返還所受領給付；反之，行政機關如依行政程序法第 118 條但書規定「向後」撤銷處分，受益人無須返還前所受領給付，即不致遭受財產上損害。

二、至於其他類型之授益處分如屬違法，而受益人有值得保護之信賴利益時，原處分機關撤銷原處分時，應依行政程序法第 120 條規定給予受益人補償。

林三欽教授雖未依照德國聯邦行政程序法第 48 條之意旨來解釋我國行政程序法之規定，不過林教授認為，金錢或可分物給付授益處分撤銷時，如受益人之信賴利益值得保護，直接適用行政程序法第 118 條但書作成「不溯及既往撤銷」即可，無須依照第 120 條溯及既往撤銷後又給予補償。就結論而言，與陳敏教授見解相同。

以上參見吳庚，行政法之理論與實用，增訂 12 版，頁 389-390；陳新民，行政法學總論，修訂 8 版，2005 年，頁 358-360；許宗力，收錄於翁岳生主編，行政法 (上)，第十一章行政處分，頁 545-546；陳敏，行政法總論，2011 年 9 月 7 版，頁 451-453；林三欽，違法授益處分受益人

- A. 依照行政程序法第120條規定，因信賴該處分致遭受財產上損害者，原處分機關應給予合理之補償。補償額度不得超過受益人因該處分存續可得之利益。
- B. 另外依照行政程序法第118條「違法行政處分經撤銷後，溯及既往失其效力。但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」規定。解釋上原處分機關得訂定原處分失效之日期，例如以撤銷之日起原處分向後失其效力，而非自始溯及既往失其效力，則受益人在處分失效之前受有之利益並非無法律依據，仍得繼續保有無須返還。對於金錢給付之授益處分，此種處理方式應能衡平公共利益與信賴保護之間的衝突。

二、幾個解釋適用上的難題

從上述法律規定結構以觀，行政程序法已經就公共利益與人民信賴利益二者之間的衡量公式與適用步驟作了明確規定。不過於個案適用中，經常遇到兩種難題，其一為

之信賴保護—以金錢或可分物給付之授與行政處分爲中心，中研院法學期刊，第9期，2009年11月，頁29-30。

事實認定問題，包括相對人有無信賴利益存在、信賴利益是否有不值得保護的情形存在，以及撤銷行政處分所欲追求之公共利益為何；其二為公共利益與信賴利益之間孰輕孰重的價值判斷問題。

(一) 行政處分相對人是否有信賴表現及信賴利益是否值得保護之判斷

究竟如何判斷授益處分之相對人是否基於該處分之存在而有信賴利益，行政程序法並無明文規範。參照學說及司法院釋字第529號解釋，一般而言，須有信賴基礎與信賴表現。信賴基礎在此應指授益處分本身；至於信賴表現，係指受益人因相信行政處分合法有效，且相信效力將繼續存在的情形下作出具體行為。司法院釋字第529號解釋謂：「對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為，始受信賴之保護」，排除純屬內心期待等無客觀、具體事實可供考據之行為。學理上，則認為受益人已耗用原授益處分給予之給付，或作成不能回復之財產處置或生活安排，或須蒙受不可期待之不利益才可能回復原狀者，通常即足以認定其具有信賴行為³。這樣抽象的描述適用到在具體個案上，行政機關通常採取非常保守的態度，不願輕易承認受益人有信賴表現，尤其在金錢給付的情形，與受益人原有之金錢混同使用後，行政機關即認為受益人無積極之信賴表現。但是在以提供金錢給付為常態的社會給付行政是

3 陳敏，行政法總論，2011年9月，7版，頁454。

否也作此解釋，本鑑定意見認為容有討論空間，將於以下「參、一、(一)」段說明。

同樣地，受益人是否有行政程序法第119條所列各款信賴不值得保護之情形，也有認定上的困難。尤其是第3款「明知行政處分違法或因重大過失而不知者」，學者陳新民認為應由行政機關負舉證責任，證明人民的「明知違法性」或「重大過失而不知違法性」，這對行政機關舉證能力及負擔，將是一大考驗⁴。

(二) 公共利益之認定

公共利益究竟如何認定，行政法相關教科書幾無著墨。除了從整體法規之立法目的加以探究外，本鑑定意見認為，也須分析個案中所適用之個別法律規定之立法目的為何，尤其在社會給付行政中應注意者，同一法律中常定有不同之給付，各該條文之立法目的與給付功能未必相同，而相同功能之社會給付，可能分別定於不同法令中，彼此處於請求權競和關係或有先後適用上的關係。此時，行政機關應具體界定撤銷違法授益處分所欲達到的公共利益為何，又不予撤銷而使違法授益處分繼續存續，是否造成重大公平性違反的問題、是否因此維護國家財政利益⁵，這些都是判斷個案中「公共利益」何在的指標之一。

(三) 公共利益與信賴利益之間的價值判斷問題

4 陳新民，行政法學總論，修訂8版，2005年，頁358。

5 林三欽，違法授益處分受益人之信賴保護—以金錢或可分物給付之授與行政處分為中心，中研院法學期刊，第9期，2009年11月，頁16-17。

公共利益與信賴利益孰輕孰重，必須於個案中作具體判斷，難以抽象描述，相關文獻上僅能列出幾項判斷標準以供參考，例如⁶：

1. 撤銷對受益人的影響程度。例如撤銷將對受益人之生計陷入困境，應特別予以評估。
2. 不撤銷對公眾或第三人之影響。
3. 行政處分是否經由較正式的行政程序所為。
4. 違法的嚴重程度。
5. 作成行政處分之後已過的時間長短。經過時間越久，信賴越值得保護。

三、小結

從上述說明可知，行政程序法已明確規範撤銷授益處分時受益人信賴保護之適用步驟，問題集中在如何認定事實、如何進行價值判斷，實務上行政機關撤銷違法授益處分時，鮮少依照法律規定一一檢視要件，詳細說明其所認定之事實以及利益衡量的理由。以本件待鑑定事實為例，原處分機關第一次撤銷授益處分時，根本未具體適用操作行政程序法相關規定，經訴願機關撤銷原處分發回之後，第二次撤銷授益處分才以法令既經公告，受益人之法定代理人「依常情」應知悉相關規定為由，認定其有行政

⁶ 陳敏，行政法總論，2011年9月，7版，頁455；林三欽，論授益處分之撤銷，收錄於氏著，「行政爭訟制度」與「信賴保護原則」之課題，2008年，頁384-385。

程序法第119條第3款信賴不值得保護之事由。問題是原處分機關僅「依常理」推斷，並未真正負起學理上所要求的舉證責任，更何況兩次撤銷原處分，對於申請書上僅勾選「一般身分」而未勾選其他較為有利身分之明確事證均未置一詞，亦未說明撤銷原處分所欲追求之公共利益為何，何以此時維護公共利益之重要性大於受益人之信賴利益。此種論述不足的情形相當普遍，也使得行政程序法第117條以下之規定未能真正發揮信賴利益保護之功能。

參、社會給付行政之特殊性與信賴保護要件之解釋適用

抽象的法律規定如何適用於具體個案？究竟如何認定事實、進行公益與私益之間的衡量？社會給付行政類型之案件，有無不同於其他行政領域之考量？按我國並未像德國於一般行政程序法外，另定有社會行政程序法（德國聯邦社會法法典第10編第1章），社會給付行政之授益處分撤銷事項，仍適用行政程序法之規定。本鑑定意見檢視民國97年至102年社會行政法中撤銷授益處分之行政訴訟判決，歸納幾種值得檢討的法律見解或案例類型，希望藉此讓爭點更能聚焦，再簡介德國社會給付行政程序法有關信賴利益保護之特別規定，供作參考。

一、社會給付行政訴訟實務上常見之信賴保護條款適用疑義

(一) 金錢或可分物給付與受益人之信賴表現

社會給付常以金錢給付方式為之，或提供多次性的實物給付或福利服務，例如每週三次居家照護服務，此時如何判斷受益人是否有「信賴表現」？學理上要求須有「客觀上具體表現行為」是否限於積極行為？行政訴訟實務上，法院認為：「適用信賴保護原則須有信賴表現行為，而信賴表現是指受益人基於對該違法行政處分的信賴，作成不能回復或難於回復之財產處置，其間並有因果關係而言，始足證實或表徵其信賴；若僅為單純消極受領給付，而非積極為上開行為者，即難認有信賴表現，而無信賴保護原則之適用。查原告受領上開福利津貼，純屬消極受領金錢，且該福利津貼具有高度可替代性及普遍使用性，原告領取後，縱因日常生活支用一空，亦非屬作成不能回復或難於回復之財產處置。則原告僅係消極受領系爭款項，於法律評價上，難認有何積極之信賴表現行為，而不符合信賴保護原則之要件」⁷。

上述見解似乎是援引自最高法院有關民法不當得利返還範圍中「所受利益不存在」之判例⁸。依照此種極度限縮之見解，幾乎所有金錢給付均無從主張信賴利益保護，如

7 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 3211 號判決、高雄高等行政法院 99 年度簡字第 237 號判決、最高行政法院 100 年度裁字第 540 號裁定。

8 最高法院 41 年台上字 637 號判例；最高行政法院 95 年度判字第 984 號判決，轉引自林三欽，違法授益處分受益人之信賴保護—以金錢或可分物給付之授與行政處分為中心，中研院法學期刊，第 9 期，2009 年 11 月，頁 26-27。

果日常支用不能算信賴表現，那麼究竟應有何種「積極」行為始足該當信賴表現？如此，等於架空行政程序法第117條至121條、第127條等於金錢給付或可分物給付之適用可能性。

比較法上，前述註5所提德國聯邦行政程序法第48條第2項第2句區分「金錢或可分物授益行政處分」與「其他類型行政處分」，給予前者較大程度之保障，如果金錢給付「已消費」或「作成難以回復原狀之財產處置」，即推定受益人之信賴利益較公益值得保護，原處分機關不得撤銷該授益處分⁹，我國行政程序法並無此區分已如前述。不過學術文獻上對信賴表現並未採取實務見解如此嚴格認定：陳敏教授認為，受益人將老年年金用以購買民生必需品或贈與孫子女即屬耗用，用以支付養老院費用，即屬財產處置¹⁰；學者林三欽則認為將金錢給付消費掉亦屬信賴表現之一種，如受益人無信賴不值得保護之情形，不宜逕行排除其適用信賴保護條款之可能性，行政機關在考量原處分撤銷之失效時點時，應適度將受益人消費金錢給付之信賴表現，納入整體考量¹¹。

本鑑定意見認為，學理上關於有無信賴表現的幾項判

9 詳見林三欽，違法授益處分受益人之信賴保護—以金錢或可分物給付之授與行政處分為中心，中研院法學期刊，第9期，2009年11月，頁30-33。

10 陳敏，行政法總論，2011年9月，7版，頁454。

11 林三欽，違法授益處分受益人之信賴保護—以金錢或可分物給付之授與行政處分為中心，中研院法學期刊，第9期，2009年11月，頁26-27。

斷標準，例如是否與受益人自己的金錢混同、用於支付日常開銷等，係歸納自一般行政法相關實務見解，未必適用於社會給付行政。金錢給付性質之社會給付，其立法目的或者在於所得替代(社會保險給付)，或者在於最低生存保障(社會救助給付)，或在保障基本經濟安全基礎(如老人福利津貼)，或者在於填補較常人更為沈重之生活支出(如身心障礙托育養護費用補助)等。這些均屬「日常生活支出」範疇，有了國家提供這些給付，受益人才得以穩定經濟安全、維繫日常生活，這正是社會給付的目的所在。如果按照上述實務見解用以支付日常生活所需均不算信賴表現，受益人均無主張信賴利益保護之可能，其結果無異表示即便是行政機關辦事人員疏失導致認定錯誤溢發給付，後果也須由完全受益人承擔，此種解釋結果不僅背離行政程序法之立法意旨，返還溢領金額也將造成原需要社會給付協助的受益人不小的經濟負擔，與最初提供社會給付之目的背道而馳。將上述各種社會給付用以支付日常生活支出、用以支付養護費用，正是符合法令所設定之用途，不應逕行否定其為「信賴表現」才是。林三欽教授以該違法授益處分引起受益人「非常態奢華消費」認定有無信賴表現¹²，此項標準適用於在社會給付領域恐怕過於嚴苛，尤其是低收入戶或有身障者經濟負擔沈重的家庭而言，領得

12 林三欽，違法授益處分受益人之信賴保護—以金錢或可分物給付之授與行政處分為中心，中研院法學期刊，第9期，2009年11月，頁27。

款項幾乎不太可能用於非常態性消費。

在此前提之下，或可視具體個案狀況作進一步判斷受益人是否有信賴表現：如行政機關將補助款直接匯給提供服務之第三人，如照護機構或職業訓練機構，可以明確分辨得出受益人的確將該筆給付作合乎立法目的之使用，其應已具備信賴表現；如社會局每月固定給予低收入戶生活扶助金，而低收入戶家庭也的確用於維持生活開銷，如果事後要求返還前已溢領款項，產生動搖該家庭經濟穩定之不適當後果(Unzumutbarkeit)，此時亦應視為有信賴表現¹³；相對地，如果能明確證明社會給付受益人未使用或僅部分使用給付，該部分或可認定其並未因授益處分之存在而有信賴表現。

(二) 受益人是否為不完全陳述、是否明知或因重大過失不知行政處分違法之認定

行政程序法第119條所定三款信賴不值得保護的情形中，受益人是否為「不完全陳述」，是否明知行政處分違法或因重大過失不知，經常發生認定上的疑義，行政機關大多未經詳細調查即作不利於受益人之認定。實務上為免爭議，行政機關多在申請書特別列印一項欄位要求申請人勾選，表明申請人已知悉相關法令規定，其陳述屬實，例如受益人不符資格，仍在「本人如不符資格而領取敬老福利生活津貼，其溢領金額願意由本人或法定繼承人負責繳

13 Eichenhofer/ Wenner, SGB I, IV, X, 2012, § 45 SGB X, Rn. 26.

還」欄位簽名蓋章，行政法院即認為其屬行政程序法第119條第2款信賴不值得保護之情形¹⁴。

對此，本鑑定意見持較為保留態度。即使受益人簽有此類切結文件，原處分機關、訴願機關及行政法院仍應具體調查收益人當初申請時，收件承辦人是否確實告知其正確法令資訊、使其明白權利義務為何，確認其是否「明知」或「因重大過失不知」行政處分違法，或知悉應陳述之事實而為不完全之陳述。按社會給付法令繁複，各項社會給付立法彼此之間及其與行政程序法之間欠缺體系上的連貫性，即使是行政機關承辦人員也未必均能完全掌握法令之間的適用關係，又如何期待受益人申請給付之初完全知悉並瞭解法令規範之要求¹⁵？舉例而言，同樣是職業訓練生活津貼，即有就業服務法子法「就業促進津貼實施辦法」及就業保險法的失業給付兩種請求權基礎，其請領資格、要件不同，申請人未必清楚二者之間的區分，需要行政機關臨櫃承辦人員提供詳細的資訊與解說；且兩種法令分屬勞委會職訓局與勞保局管轄，申請人究竟符合哪一種身分還需要進行行政勾稽；再者，如果兩項身分均備，以何者優先也需要法律解釋。在未經承辦人員正確解說、申請人確實瞭解法規內容的情形下，直接以切結條款認定申

14 臺北高等行政法院 100 年度簡更一字第 7 號判決。

15 德國聯邦社會法法典第 1 編總則第 14 條、第 15 條即明文規定行政機關有諮詢與提供資訊之義務。參見孫迺翊，行政法上社會給付請求權之成立與存續保障，收錄於李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，2007 年，頁 649-650。

請人有不完全陳述的情形，顯然過於嚴苛。再舉一例，已領取退休金者，即不符合就業促進津貼實施辦法之對象，申請人書面具結：「本人確實未領取勞動基準法第53、54條規定之退休金，若有不實領取，依本辦法第33條規定主動繳回」。申請人主張訓練單位給的資訊是「只要沒領過勞保老年給付就能請領生活津貼」，那麼承辦人員當初是否誤將勞保老年給付認定為勞基法退休金？申請人是否確實知悉二者為不同請求權基礎之退休金？這些前提事實均影響申請人是否為不完全陳述、提供不正確資料的判斷。惟行政法院認為：「原告既不符合領取津貼之要件，於法律上本就不應受有津貼之利益，訓練單位縱有回答錯誤之情事，亦不因此而使原告取得領取津貼之法律依據」¹⁶。完全未考量切結內容與行政機關提供資訊不符的情形，對受益人的信賴保護明顯不足。

此外應注意者，各個社會給付法令多訂有溢領返還條款，如公教人員保險法第21條、勞工保險條例第24條、社會救助法第9條第2項等。這些條文仍應與行政程序法規定結合適用，如各該法令給予受益人較優越的信賴利益保護，應優先適用各該法令規定；如果各該法令未完整規定授益處分撤銷之要件，仍應適用行政程序法第117條至第121條、第127條之規定¹⁷。

16 例如臺北高等行政法院 99 年度簡字第 116 號判決。

17 孫迺翹，社會給付行政中受益人之信賴利益保護－以德國社會行政程序法為借鏡，輔仁法學，第 37 期，2009 年 6 月，頁 157-159。

(三) 信賴利益值得保護的前提下能否追繳溢領款項？

實務上常見行政機關公務員因行政作業疏失或怠於查核，錯誤認定受益人之請領給付資格，或誤算其給付金額，事後發現向受益人追回溢領款項，有些情形甚至已事隔多年才發現錯誤，一併要追繳多年累積之鉅額款項，本件待鑑定事實即為典型案例。此時，如果受益人本身有行政程序法第119條信賴不值得保護之情形，例如受益人(被保險人)知情或同意提出不實薪資基礎資料申報投保薪資¹⁸，此時追繳溢領款項固無疑義。相反地，如果受益人無信賴不值得保護之情形時，原處分機關是否仍能追繳溢領款項？

基於社會資源有限性，為求合理平等之分配、避免資源錯置，追回溢領款項固然有其公益之正當性。但實務上仍過於偏重公共利益，而忽略了行政程序法第119條以「排除法」來界定值得保護之信賴，只要受益人不具有該條列舉的三種情形之一，其信賴就應被評價為「值得保護」，此時即應朝向保障受益人的方向作裁量，盡量維持原處分¹⁹。惟原處分機關進行利益衡量之後如仍欲撤銷原處

18 例如臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2026 號判決。

19 行政院勞工委員會職業訓練局職法字第 1010170020 號訴願決定書。本件訴願人接受嘉南區就業服務中心之推介，聘僱本國籍長照服務員後，依法向該中心申請補助，嗣後嘉南區就業服務中心發現該照護人員資格不符，要求訴願人繳還補助款。此項照護人員資格認定錯誤係行政機關承辦人之疏失所致，訴願人接受政府推介之長照人員，本身並無任何信賴不值得保護之處，原處分機關即不得以拒絕訴願人之補助申請。

分，依照行政程序法第118條或第120條，必須同時衡酌受益人值得保護的信賴利益，採取不溯及既往撤銷的作法，或給予適當補償。惟仍有行政法院判決認為，「原告縱有信賴利益，亦無顯然大於撤銷所欲維護之公益，故被告以原處分撤銷先前違法之核付，並命原告返還已給付，於法尚非無據，原告主張有違信賴保護原則不應撤銷，尚非可採」²⁰。由此可以發現，原處分機關、訴願機關甚至行政法院只考慮到公共利益，信賴保護原則完全沒有發揮應有的作用。

二、國外立法例之參考－德國聯邦社會法法典第10編有關授益行政處分信賴利益保護之規定

德國聯邦社會法法典第10編第1章對於社會給付行政有不同於聯邦行政程序法之規定，給予受益人較高程度之信賴利益保護。社會法法典第10編第45條第2項第1句規定，如受益人對該行政處分產生信賴且其信賴利益值得保護者，行政主體即「不得」予以撤銷。同項並對「信賴值得保護」與「信賴不值得保護」分別作更明確的規範²¹：

20 臺北高等行政法院 101 年度簡字第 15 號判決。

21 有關德國社會行政程序法上信賴利益保護之相關規定，詳見孫迺翊，社會給付行政中受益人之信賴利益保護－以德國社會行政程序法為借鏡，輔仁法學，第 37 期，2009 年 6 月，頁 133-136。

該篇文章介紹德國社會給付行政中，授益處分之撤銷或廢止，以及具持續效力授益處分之撤銷或作成後法規或事實發生變更等情形之受益人信賴保護規定，並附有德國聯邦社會法法典第 10 編第 44 條至第 50 條條文之中譯

- (一)同項第2句定有信賴值得保護之情形，只要受益人已使用其所獲得之社會給付或已為財產上處置，其無法再回復或回復將造成受益人重大不利益時，即肯認受益人之信賴利益值得保護²²。
- (二)相對地，依第45條第2項第3句規定，當事人信賴利益不值得保護之情形有三：1. 受益人以詐欺、脅迫或賄賂之方法，使行政機關作成行政處分者；2. 受益人因「故意或重大過失」，對重要事項提供不正確資料或為不完全之陳述，致行政機關依該資料或陳述為作成行政處分者；3. 明知行政處分違法或因重大過失不知者。非有上述三種因受益人主觀因素導致作成違法行政處分時，行政機關不得撤銷授益行政處分。

上述社會行政程序法關於違法授益處分存續力之規範，與德國聯邦行政程序法第48條第1項及3項規定相較，給予相對人信賴利益更為周延的保護：

一、以構成要件而言，因受益人對重要事項提供不

文可供參考，本鑑定意見在此僅摘錄其中德國聯邦社會法法典第10編第45條撤銷授益處分相關規定。

22 例如地域性法定健康保險人(AOK)通知受益人可以其配偶眷屬身份加入法定健康保險，享有免繳保費之利益，受益人因此終止其私法上的健康保險契約加入法定健康保險。嗣後法定健康保險人發現該授益處分有瑕疵，而私人健康保險公司又拒絕與受益人再次締結新約時，受益人之信賴利益應值保護，法定健康保險人即不得撤銷原處分，應讓受益人及其配偶得以繼續投保法定健康保險。Dörr/ Francke, Sozialverwaltungsrecht, Kap. 7 Rn. 90.

正確資料或為不完全之陳述者，在社會行政程序法嚴格限定在受益人有「故意或重大過失」之情形，其信賴利益始不受保護，相較於行政程序法第48條第2項第3句第2款則未作此限制，受益人因陳述不完全或提供資料不正確，以致喪失信賴利益保護的可能性較社會行政程序法為高。受益人是否具有重大過失，必須考量受益人之知識水準及語言能力是否足以掌握其應陳述之完整事實為何，受益人若未作積極之陳述，也不構成重大過失²³。

二、以法律效果而言，依社會法法典第10編第45條第4項第1句規定，僅於受益人「惡意」 - 即有第45條第2項第3句各款事由，其信賴利益不值得保護的情形下，違法授益處分撤銷始得溯及既往失其效力；若受益人為善意，且其信賴利益較公益更值得保護者，行政機關即不得撤銷違法的授益處分，如果公益較其信賴利益更值得保護，行政機關撤銷授益行政處分時，只能使原處分向後失效²⁴。

23 Kopp/ Raumsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 48 Rn. 47; Diering/ Timme/ Washull (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch X*, 2. Aufl., 2007, § 45 Rn. 33-35; Fichte/ Plagemann/ Washull (Hrsg.), *Sozialverwaltungsverfahrenrecht*, 2008, § 4 Rn. 152-154.

24 Von Wulffen, *SGB X*, 6. Aufl., 2008, § 45 Rn. 77.

上述差別，也是德國聯邦社會法法典第10編第45條與我國行政程序法規定的差異所在。舉例而言，某人因失能請領失能補助金，其失能狀況未達一級的程度，失能保險人卻誤將其認定為失能一級，依該級數給予失能補助金，嗣後才發現錯誤，而該錯誤是因為受益人未作完全陳述所致。假設受益人不完全陳述不是基於故意或重大過失，依我國行政程序法第117條及第119條之規定，失能保險人仍得撤銷該認定之給付，使該授益處分溯及既往失效，此時受益人必須返還已經受領之失能補助金；反之，如果依照德國社會行政程序法第45條第2項第3句第2款之規定，受益人並不構成信賴不值得保護的情形，即使失能保險人經衡量私益與公益的結果仍撤銷該處分，也不能使其溯及既往失效，受益人即無須返還已受領之給付。

肆、行政機關得否就溢領金額與當事人成立和解或另訂返還之金額比例

行政程序法有關行政法上和解契約之訂定設有嚴格要件，依照行政程序法第136條之規定，行政機關必須對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的並解決爭執，始得與人民和解，締結行政契約以代行政處分。

一般社會給付行政出現授益處分違法之情形，多半因承辦公務員行政疏失所致，或受益人未完全瞭解法律規定

所致，事實相對單純，經合理調查後多能釐清事實、適用法律。原處分機關如對明確之事證不予採納，或怠於調查事實逕與人民「協調」，締結和解契約，恐難符合行政程序法第136條之規定，已構成行政程序法第142條第3款行政契約無效之事由²⁵。

那麼以待鑑定事實而言，除和解契約或撤銷處分溯及失效追還溢領款項之外，有無其他「解套」方式？承前所述，原處分機關仍應逐一審酌受益人是否享有信賴利益、信賴是否值得保障，如受益人並無行政程序法第119條信賴不值得保護之情形，而基於充分之理由，認為撤銷授益處分所欲追求之公益的確大於受益人之信賴利益。例如而授益處分未予撤銷即難昭公平、有損公益，此時原處分機關得依照行政程序法第118條但書規定，給予該處分較後之失效日期，在失效日期之前之給付，受益人所受領之給付即無須返還。就結果而言，與締結和解契約無異。

伍、建議與結論

我國未另定社會行政程序法，但在行政程序法授益處分撤銷相關規定已提供完整的適用步驟，並給予行政機關充分的事實認定權責與裁量空間，理論上應有充分保障信賴利益之法治基礎。但實務上原處分機關撤銷授益處分

25 陳敏，行政法總論，2011年9月，7版，頁591。

甚少真正考量受益人之信賴利益，推測其原因，可能是承辦行政人員發現疏失如未追回溢領款項，可能面臨行政責任，而未敢於個案上適用行政程序法之規定。就此，訴願機關及行政法院應可更積極發揮監督角色，督促原處分機關確實依法行政，使信賴保護原則能夠真正落實，例如本件第一次訴願決定書先督促原處分機關重新審酌事實、適用法律，第二次訴願決定書再將原處分機關錯誤適用法律之決定予以撤銷。

而行政程序法第117條至第121條、第127條適用於社會給付行政上，本鑑定意見參酌德國立法例以及我國實務上常見之適用疑義，爰歸納以下幾點改進建議，敬供參酌：

- 一、各社會給付行政機關應強化官方網頁資訊內容，使人民能夠清楚瞭解法令規定與請領要件，並強化第一線臨櫃承辦人員對承辦業務的法律知能，給予社會給付申請人正確資訊，個案上提供充分之諮詢，減少嗣後發現錯誤需要撤銷原處分的情形。
- 二、我國社會給付法令大多給予金錢或可分物之給付，其給付目的通常即在確保受益人之日常生活經濟安全或因失能、單親等因素導致的經濟負擔，此時受益人將溢領給付用以支付日常生活開支或養護費用等合乎立法目的之使用，原則上應足以認定其有信賴表現。

- 三、考量社會給付對象經常為低收入戶、老農、身障者等社會經濟弱勢者，即便中產階級公務人員亦難以期待其嫻熟複雜且經常修正的社會給付法令。因此行政程序法第119條第2款「不完全陳述」之認定宜適度限縮在受益人有故意或重大過失的情形。亦即在申請之初承辦人員已給予詳盡解說使其瞭解權利義務的前提下，受益人仍未提供正確資料，始屬信賴不值得保護的情形；同條第3款「明知」或「因重大過失不知」行政處分違法之認定亦應由行政機關具體舉證；如受益人簽有切結聲明，仍須再次調查確認受益人簽署當時，是否獲得正確資訊、是否確實理解法令規章之意義。
- 四、只要受益人無信賴不值得保護之情形，原處分機關即須依照行政程序法第118條但書或第120條規定，以「不溯及失效」方式撤銷原處分或給予適當補償等，通常金錢給付採前者方式處理最為適當，不得罔顧受益人信賴利益要求全數繳回溢領款項。

參考文獻

中文文獻

- 吳庚，行政法之理論與實用，增訂12版，2012年，三民。
- 林三欽，「行政爭訟制度」與「信賴保護原則」之課題，2008年，新學林。
- 林三欽，違法授益處分受益人之信賴保護 – 以金錢或可分物給付之授與行政處分爲中心，中研法學期刊，第9期，2009年11月，頁1-48。
- 孫迺翊，行政法上社會給付請求權之成立與存續保障，收錄於李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，2007年，頁643-663。
- 孫迺翊，社會給付行政中受益人之信賴利益保護 – 以德國社會行政程序法爲借鏡，輔仁法學，第37期，2009年6月，頁111-183。
- 陳敏，行政法總論，2011年9月，7版，新學林。
- 陳新民，行政法學總論，修訂8版，2005年，三民。
- 翁岳生主編，行政法(上)，3版，2006年，元照。

德文文獻

- Diering, Bjorn/ Timme, Hinnerk/ Waschull, Dirk (Hrsg.): Sozialgesetzbuch X, Lehr- und Praxiskommentar, 2. Aufl., 2007.
- Dörr, Gernot/ Francke, Konrad: Sozialverwaltungsrecht, 2001.
- Eichenhofer, Eberhard/ Wenner, Ulrich: SGB I, IV, X, 2012.
- Fichte, Wolfgang/ Plagemann, Hermann/ Waschull, Dirk (Hrsg.): Sozialverwaltungsverfahrenrecht, 2008.
- Kopp, Ferdinand/ Ramsauer, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl., 2008.
- Wulffen, Mathias von: SGB X Kommentar, 6. Aufl., 2008.

國家圖書館出版品預行編目 (CIP) 資料

訴願專論選輯：訴願新制專論系列。 十四 / 臺北

市政府法務局編。 -- 臺北市：北市法務局， 民

102.12

面： 公分

ISBN：978-986-03-9734-5 (平裝)

1. 訴願法

588.15

102026362

訴願專論選輯—訴願新制專論系列之 14

出版者：臺北市政府法務局

編印者：臺北市政府法務局

發行者：局長 蔡立文

地址：臺北市信義區市府路1號8樓東北區

臺北市民當家熱線：1999，外縣市：(02) 2720-8889

傳真：(02) 2759-3266

網址：<http://www.legalaffairs.taipei.gov.tw/>

電子信箱：za25000@mail.taipei.gov.tw

印刷者：均亮設計有限公司

地址：台北市士林區中正路607號2樓

電話：(02) 2812-8392

展/銷售處：1. 五南書店

106臺北市和平東路2段339號4樓 02-2705-5066

<http://www.wunan.com.tw/>

2. 國家書店

臺北市松江路209號1樓 02-2581-0207

<http://www.govbook.com.tw/>

定價：新臺幣100元

ISBN：978-986-03-9734-5

GPN：1010203375

出版時間：102年12月



GPN：1010203375

定價：新台幣100元

地址：臺北市信義區市府路1號8樓東北區
8F North-east Wing No.1, Shi Fu Rd, Taipei,
Taiwan, R.O.C. 11008

臺北市民當家熱線：1999，外縣市：(02) 2720-8889

傳真：(02) 2759-3266

電子信箱：za25000@mail.taipei.gov.tw

網址：<http://www.legalaffairs.taipei.gov.tw/>



臺北市政府



法務局

Department of Legal Affairs, Taipei City Government