法律鑑定書

國立政治大學法學院林佳和副教授

1. 待鑑定之法律爭點
2. 前提說明
3. 爭點分析
3.1. 行政法院判決實質確定力之射程
3.2. 行政處分重複處置禁止之事實上影響
3.3. 罹於救濟期間後仍得廢棄原處分之類推
3.4. 負擔處分撤銷訴訟確定判決實質確定力之規範目的
3.5. 確定判決法律效力之破棄
4. 結論

1. 待鑑定之法律爭點

爭點六：提起撤銷教師解聘處分之行政訴訟敗訴確定，再審亦遭駁回，行政爭訟結束後是否能再提申訴，市政府或中山國中能否就此申訴做出撤銷或另為妥適的決定？（按臺北市政府廉政透明委員會所詢爭點記載）

2. 前提說明

2.1. 就所詢爭點略為修正：此時所涉問題應非原撤銷處分相對人之「再提申訴」，否則恐與一般教育領域所周知之「教師申訴程序」相混淆（教師法第29條以下參照）。正確之理解應為：「相對人申請原處分機關或其上級機關（臺北市政府）撤銷原處分或另為妥適決定，原處分機關或其上級機關得否為之？」，亦即雖受行政法院敗訴判決確定，但相對人得否申請原處分或其上級機關撤銷？不論為「依申請而撤銷」或「依性質上實為陳情之機關依職權撤銷」（後者在後述有關行政程序法第117、128條之適用上具有意義）？或是由原處分機關或其上級機關直接另為適法之新處分？此方為爭點之正確描述。

2.2. 就本鑑定書而言，將直接回答「負擔處分之相對人向行政法院提起撤銷訴訟，經行政法院駁回原告之訴判決確定後，就同一原因事實，原處分機關或其上級機關得否逕行撤銷原處分，或另為適法之新處分？」的爭點

提問。在「蕭曉玲老師主張違法解僱請求回復教師資格案」下，本鑑定書僅直接針對此項爭點，提供法律鑑定意見，並不涉及其他作為此提問之「前提認識與確信」，例如原處分機關或其上級機關，究否認定原處分顯有違法之情？換言之，此爭點提問要有意義，則必然須以「對原處分具備違法確信」為前提，否則如無違法確信，邏輯上自毋庸探及「行政法院確定判決之拘束關係」的層次，至屬當然。

2.3. 就法律上而言，此爭點提問涉及「法院確定判決之實質確定力（既判力）範圍」。臺北市立中山國民中學在105年2月17日函覆說明中，所舉列之最高行政法院98年度判字第1388號判決，其中即有所謂«按「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力」，行政訴訟法第213條定有明文。是以，行政處分經人民依行政爭訟手段，而經行政法院就實體判決確定者，即兼有形式上及實質上之確定力。當事人對於同一事項，不得再行爭執，為該處分之機關及其監督機關，亦不能復予變更，從而，法院亦不得為相反之認定»（判決理由之六、（二）），是以，所稱「當事人對於同一事項，不得再行爭執，為該處分之機關及其監督機關，亦不能復予變更」，是否即為本爭點不容質疑，或說：本爭點並無疑慮、絕對必須做成否定的結論？以下謹區分可能涉及之六個面向，對此爭點，站在行政法院所舉陳之實質確定力的出發點上，提出分析與解答。

3. 爭點分析

3.1. 行政法院判決實質確定力之射程

有關行政法院確定判決實質確定力之射程範圍，理論上有兩派之爭：實體法理論與訴訟法理論（*materiellrechtliche und prozessrechtliche Theorie*），相對於民事訴訟法上民事法院確定判決之偏向實體法理論，亦即確定判決對民事法律關係產生實體法上的實質確定效力，所謂實體的法律效力理論（*materielle Rechtskraftstheorien*）所說的「判決的拘束力直接形成實體權利（法）」（*Bindungswirkung mit der unmittelbaren Gestaltung des materiellen Rechts*）[1]，行政訴訟法則傾向於訴訟法理論，亦即考察行政權之積極主動作用與行政訴訟之職權進行主義，行政法院確定判決並不產生行政實體法上之嗣後（*ex nunc*）、絕對拘束行政機關權限暨行為可能性的

[1] Zöllner, Zivilprozessordnung, 24 Aufl., Köln 2004, Vor § 322 Rn. 15.

實質限制，如果稱之為實質確定力的話，只是產生行政訴訟「程序上」不再受理或禁止為重複之效果[2]－當然，除非是再審。在訴訟法理論作為行政訴訟法學多數說的影響下，德國學說上的標準說法，如引用陳清秀教授的文字：「原則上對於已裁判確定之法律效果，排除任何重新審理及裁判（一事不再理），且在嗣後的訴訟程序上，不得與確定判決為相反內容之裁判（禁止歧異之裁判）」[3]，清楚可見，在此之實質確定力，側重的是行政訴訟程序上的拘束力，是以，與民事訴訟之採取實體法理論截然不同的，如果行政機關本於實體上之事由，特別是針對「根本不正確的、卻可能去形成實體法律狀態的判決」－在此引述德國行政訴訟法理論與實務的通說[4]，即便存有法院確定判決，仍得針對作為訴訟標的之原處分為一定處理，包括廢止或撤銷，無法、亦不能接受「不正義之原處分」尚能產生實體上絕對效力的不幸結果，此結論自然本於「行政訴訟法上拘束效力的法律性質與正當性要求」[5]。

3.2. 行政處分重複處置禁止之事實上影響

就確定判決之效力而言，行政訴訟法上有所謂行政處分重複處置禁止原則（*Verwaltungsaktwiederholungsverbot*）[6]，目的在於相對人之權利保護需求（*Rechtsschutzbedürfnis*），亦即在包括訴願或行政訴訟之行政救濟後，如原處分經廢棄，原處分機關不得再為內容相同的處分，避免行政救濟淪為空談。學說上以為，此原則並無實際意義，簡言之，這個原則不會達成「禁止行政機關另為相同內容之處分」的規範目的，特別在法院確定判決被認為不正確或不當之場合，德國聯邦行政法院即在廣受注意的判決中[7]，直接指稱「此時堅持不得為重複處置，非但無意義，且有問題」。換言之，即便在嗣後未有質疑法院確定判決之場合，因為行政機關本可以主張其他實體法上的實質理由，即得輕易做成新的處分，即便內容相同，法律上亦屬新的處分，同時不違反重複處置禁止原則，如果在「行政機關認為法院確定判決不正確或不當」之時，更是如此。可見，不論在行政訴訟理論與實務上，即便本於確定判決實質確定力所指涉之「行政處分重複處置禁止」，

[2] 陳清秀，行政訴訟法，增訂七版，台北：元照，2015年9月，頁704。
[3] 同前註，頁705。
[4] Kilian in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, § 121 Rn. 64.
[5] 同前註。
[6] BVerwGE 29, 210, 212; dazu auch Kilian in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 2 Aufl., Baden-Baden 2006, § 121 Rn. 71.
[7] DVBl. 1997, 27; JZ 1993, 574.

並未自限於「行政機關絕不得再為變更」之「形式上自言自語」，同樣來自行政權的積極作用，特別針對行政權本身認為不當、有害公益之場合，當得另為新的行政行為無疑，如有爭執，則屬針對新的行政行為之救濟問題。

3.3. 罹於救濟期間後仍得廢棄原處分之類推

行政程序法第117條明文：「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。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益有重大危害者。二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者」。換言之，已經罹於法定救濟期間的行政處分，即便已具形式上的確定力，原處分機關仍得本於職權為全部或一部之撤銷，只要具有「處分違法之確信」；是以依相同法理，只要行政機關確信原處分違法，例如本案之程序明顯重大瑕疵與實體顯無理由，則類推此規定，自亦得撤銷原處分之全部或一部。同理，行政程序法第128條規定：「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得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之」[8]，在必須限於相對人或利害關係人未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的情形下，如果涉及新事實、新證據（同條第1項第2款），或是足以影響行政處分之相當於再審事由（同條第1項第3款），相對人均可請求原機關加以撤銷、廢止或變更，德國聯邦行政法院亦同此見解，認此時行政機關當得開啟行政程序，並不受所謂確定判決實質確定力之拘束[9]。行政程序法第117條與第128條，雖然區別「依職權」與「依申請」、「違法行政處分」與「不分合法違法行政處分」，但其制度本旨相同，都是針對已具備形式上確定力的行政處分，提供行政機關嗣後再加撤銷與廢棄之可能

[8] 行政程序法第128條：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得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。
前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。

[9] BVerwGE 70, 110, 111f.; 82, 272, 273ff.

性，核心之目的與價值都是「廢棄公益」與「相對人得否歸責」之考量，是得以類推至爭點所稱確定判決實質確定力的場合，同樣開放行政機關得以重啟行政程序、廢棄原處分，德國聯邦行政法院見解即屬如此。

3.4. 負擔處分撤銷訴訟確定判決實質確定力之規範目的

就負擔處分相對人所提起之撤銷訴訟而言，其目的在於維護相對人之權利與利益，是以涉及行政法院確定判決的實質確定力，其本旨即在乎「不容許行政機關脫逸確定判決之既判力範圍，反續行作成對相對人較確定判決更不利之新處分」，雖然說，如同前述，確實很難阻止行政機關絕對遵守「重複處置之禁止」原則，但基本上仍須注意與維護此目的。相對的，這個目的並不在阻止「行政機關針對已經確定判決之負擔處分，發現違法，而試圖作成較相對人更為有利之處分」，否則將違依法行政暨保障人民權利的憲法誡命，在此，「對人民負擔或授益？」、「對人民更有利或更不利？」之區別，顯然具有關鍵地位，針對違法之干預處分，即便存有具實質確定力的法院確定判決，本於制度目的，仍無法阻止行政機關對人民有利之嗣後作為，甚至，至少從憲法法治國原則的觀點，應該更加催促行政機關主動為對人民有利之新處分或撤銷原不利處分。德國聯邦行政法院即認為：在此撤銷訴訟的場合，即便已駁回相對人之訴確定，「仍不能阻止行政機關放棄執行其干預負擔的處分」[10]，雖然說，究竟是「直接廢棄原處分」，「還是僅為不執行原處分」？學說與實務上存在些爭議，個人認為，就相對人而言，特別是涉及特定的法律上權利或地位，兩者既無差別，則為了避免困擾與無謂爭論，當以前者之直接廢棄原處分為佳。

3.5. 確定判決法律效力之破棄

針對行政法院確定判決之實質確定力，理論與實務上皆有一特殊之情形，所謂確定判決法律效力之破棄（*Durchbrechung der Rechtskraft*）：如法院之判決，係本於有意識的、故意的錯誤事實或偽造之文件資料（*Urteil durch wissentlich falschen Sachvortrag oder Beibringung gefälschter Unterlagen*），或是系爭判決所造成之狀態「根本無法接受」（*schlechthin untragbar*），而其執行，將產生德國民法第826條所稱之違反善良風俗之故意損害

[10] BVerwGE 91, 256；學理上相同見解亦見：Erfmeyer, DVBl 1997, 27。

（*sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*）者[11]，則認此時應無執行力，進而形成判決法律效力、亦即實質確定力的破棄[12]。在此，直接援引德國民法第826條（類似我國民法第184條第1項後段「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人」侵權行為類型），並未排除法院確定判決的效力，而是阻止判決的執行與轉化[13]；特別值得注意的是，陳清秀教授在論述此問題時，則認為根本應「不具有既判力」，因為「該確定判決所創造之狀態之維持，明顯無法忍受，尤其如果就確定判決進行強制執行時，將使形式上權利人違反民法第184條第1項後段規定時」[14]，則更進一步直接排除該確定判決的實質確定力，較德國實務通說更加激進。當然，這個見解來自於德國聯邦最高法院（民事庭）[15]，認為如果確定判決「與正義理念完全不相容，使權利人濫用其形式上的法律地位，在藐視實體之法律狀態下，為不利於其相對人之行為」，則判決之法律效力務必退讓，此時，必須符合三項要件：確定判決實質之不正確、權利人已知悉該判決的不正確、存在「如貫徹其權利將有礙善良風俗」，在行政訴訟法上，一般咸認亦有此原則之適用[16]，如果考量前述「行政權之積極主動」、「職權主義」、「違法之負擔干預處分的撤銷利益」等情節，尤可見此原則適用之必要性。

4. 結論

針對本案爭點：「負擔處分之相對人向行政法院提起撤銷訴訟，經行政法院駁回原告之訴判決確定後，就同一原因事實，原處分機關或其上級機關得否逕行撤銷原處分，或另為適法之新處分？」，提出以下的鑑定結論：

4.1. 行政訴訟確定判決之實質確定力，係採取訴訟法理論，考察行政積極主動作用與職權進行主義，確定判決並不產生行政實體法上之嗣後、絕對拘束行政機關權限暨行為可能性的實質限制，僅產生行政訴訟「程序上」不再受理或禁止為重複之效果。

---

[11] 例如德國聯邦行政法院見解：BVerwGE 16, 36, 40。

[12] Clausing in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Bd. II, München 2010, § 121 Rn. 115.

[13] Kilian in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, § 121 Rn. 123.

[14] 陳清秀，行政訴訟法，頁712-713。

[15] BGHZ 101, 380 (383) = NJW 1987, 3256.

[16] Clausing in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, § 121 Rn. 115; Gottwald in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I, 5 Aufl., München 2013, § 322 Rn. 211.

4.2. 不論在行政訴訟理論與實務上，本於確定判決實質確定力之「行政處分重複處置禁止」，並未自限於「行政機關絕不得再為變更」之形式拘束，同樣來自行政積極作用，特別針對行政權本身認為不當、有害公益之場合，當得另為新的行政行為。

4.3. 行政程序法第117條與第128條，雖然區別「依職權」與「依申請」、「違法行政處分」與「不分合法違法行政處分」，但其制度本旨相同，都是針對已具備形式確定力的處分，提供嗣後再加廢棄之可能性，核心目的為「廢棄公益」與「相對人得否歸責」考量，得以類推至確定判決實質確定力的場合，同樣開放行政機關得廢棄原處分，德國聯邦行政法院見解亦同。

4.4. 撤銷訴訟確定判決本旨在於：「不容許行政機關脫逸確定判決之既判力範圍，再作成對相對人較確定判決更不利之新處分」，相對的，這個目的並不在阻止「行政機關針對確定判決之負擔處分，發現違法，試圖作成較相對人更為有利之處分」，否則將違依法行政暨保障人民權利的憲法誡命。

4.5. 所謂確定判決法律效力之破棄：如法院之判決，係本於有意識的、故意的錯誤事實或偽造之文件資料，或是系爭判決所造成之狀態「根本無法接受」，而其執行，將產生德國民法第826條、我國民法第184條第1項後段之「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人」，則認應無執行力，進而形成判決法律效力、實質確定力的破棄，國內學者認為應更進一步，認其根本「不具既判力」，直接排除判決的實質確定力。

4.6. 前五項意見，均有德國及我國學說暨實務諸多見解之佐證。

是以，本鑑定意見以為，負擔處分之相對人向行政法院提起撤銷訴訟，雖經行政法院駁回原告之訴判決確定後，就同一原因事實，只要存有「原處分違法或不當之確信」，原處分機關或其上級機關當得逕行撤銷原處分，亦可另為適法、例如回復相對人原有之法律上權利或地位之新處分，兩者均無疑問。在此情形下，一般所稱行政法院確定判決之實質確定力，不論其效力射程與範圍，均應為一定之合目的性的、合乎憲法誡命與要求的修正或解釋。