

**勸誤**

**鍾禾的行政法完全打擊** **上** 二版

【本書作者】鍾禾

【修正日期】2026/05/04

# 鍾禾的行政法

## 完全打擊



體系、解題、爭點一次搞定

——（上冊）——

## CONTENT

圖表目錄	0-4
爭點地圖	0-6
本書使用方式	0-11
文獻略稱	0-13

## 1 行政法總論

CHAPTER 1

SECTION 1 緒論	1-2
壹、行政法的解題架構與思維	1-2
貳、行政法的體系簡介	1-6
SECTION 2 行政法總論：定性	1-8
壹、行政的意義	1-8
貳、行政的分類	1-9
參、 <span style="border: 1px solid red; padding: 2px;">公司法</span> 區分	1-21

公私法

<b>SECTION 3 行政法總論：合法性</b>	<b>1-68</b>
壹、行政法的法源	1-68
貳、行政的拘束性：依法行政原則	1-113
參、個別行政領域之層級化法律保留	1-117
肆、行政的自由性：不確定法律概念與行政裁量	1-167
<b>SECTION 4 行政法總論：救濟論</b>	<b>1-204</b>
壹、行政法律關係	1-204
貳、特別權力關係	1-218

---

## 2 行政作用法

### CHAPTER 2

---

<b>SECTION 1 緒論</b>	<b>2-2</b>
壹、行政行為的類型	2-2
貳、行政訴訟類型	2-3
<b>SECTION 2 行政處分</b>	<b>2-12</b>
壹、行政處分的要件	2-12
貳、行政處分的分類	2-91
參、行政處分之通知、生效、效力與終止	2-97
肆、行政處分的合法性	2-131
伍、行政處分的廢棄論	2-157
陸、 <span style="border: 1px solid red; padding: 2px;">行政處分</span> 重新進行 <span style="color: red;">行政程序重新進行</span>	2-171
柒、行政處分的附款	2-183
<b>SECTION 3 行政契約</b>	<b>2-217</b>
壹、行政契約之區辨	2-218
貳、行政契約之類型	2-234
參、行政契約之容許性與合法要件	2-237
肆、行政契約之瑕疵	2-242
伍、行政契約之履行	2-248

# 圖表目錄 ✓

## CHAPTER 1 行政法總論

### SECTION 1

定性論	1-3
合法性：瑕疵論	1-4
救濟論	1-5

### SECTION 2 行政法總論：定性

侵益行政與授益行政的區別實益	1-10
直接適用、間接適用與民法條文之關係	1-15
選擇自由與行政分類之關係	1-20
公私法區分之區別實益 區別實益	1-21
國有財產法相關之大法官解釋	1-27
公私法區分之整理列表	1-31 ~ 1-39
雙階理論重要事件總整理	1-42

### SECTION 3 行政法總論：合法性

信賴保護效果之展現方式	1-87
預期利益的判斷方式	1-91
信賴保護原則與法律禁止溯及既往原則	1-97
是否符合相對法律保留之審查方式	1-128
授權明確性原則操作之總整理	1-143
符合授權明確性之立法例	1-148 ~ 1-150
不確定法律概念與行政裁量	1-184
不確定法律概念與行政裁量之區別	1-191

### SECTION 4 行政法總論：救濟論

公務員之行政救濟：懲戒處分與人事行政行為	1-227
實務見解與特別權力關係：權益侵害說	1-246
公務人員保障暨培訓委員會發布之「人事行政行為一覽表」	1-253 ~ 1-259

---

## CHAPTER 2 行政作用法

---

### SECTION 1 緒論

行政行為的要件	2-3
---------	-----

### SECTION 2 行政處分

法效性歡樂包	2-26
多階段行政處分示意圖	2-59
行政處分與一般處分之區分實益	2-76
行政處分之認定	2-76
行政程序法中行政處分之瑕疵態樣與其影響	2-138
廢棄行政處分的架構圖	2-157
行政程序重新進行之二階段審查說	2-178

### SECTION 3 行政契約

行政契約之履行 (§ § 144-147)	2-251
公立大學作成解聘、停聘或不續聘決定時，教師應如何救濟？	2-274
私立學校作成之核准、解聘、停聘和不續聘 <sup>·</sup> 實務見解與學說 見解之比較	2-280

# 爭點地圖 ✍

## CHAPTER 1 行政法總論

### SECTION 2 行政法總論：定性

#### ★重要爭點

國庫行為理論——國庫行為是否應受到公法原則拘束？	1-13
組織與行為形式選擇自由之意義為何？	1-19
「雙階理論」之意義，學說上有何不同見解？	1-40
2021 年法院組織法修正——審判權消極衝突解決規範	1-57
「雙階理論」之意義，學說上有何不同見解？	1-62
▶ 動手試試看	
【107 年地特三等 行政法第一題】	1-50
【102 年律師 51】	1-53
【105 年身特四等 46】	1-53
【105 年普考 5】	1-54
【102 年退除役四等 2】	1-55
【107 年司律 21】	1-55
【107 年台北大法研 行政法第四題】	1-64

公私法區分與審判權—  
「法院」職權或「原告」主張？

### SECTION 3 行政法總論：合法性

台北大學

#### ★重要爭點

信賴保護原則應如何操作？	1-84
信賴保護原則的信賴利益——如何認定「預期利益」？	1-91
法律禁止溯及既往原則與信賴保護原則的操作方式	1-97
如何操作「法律授權明確性原則」？	1-140
裁量收縮理論——裁量瑕疵與裁量收縮的關係	1-185
區分「不確定法律概念」與「行政裁量」之必要性？	1-190
▶ 動手試試看	
【105 年台大法研 行政法第一題】	1-108
【97 年台大法研 行政法第一題】	1-112

行政程序法第 102 條「限制或剝奪人民自由或權利」之行政處分，是否包括駁回處分？	2-135
行政程序法第 111 條第 6 款，是否應「限縮解釋」？	2-150
行政處分轉換之「法律性質」與「行政救濟」？	2-152
行政程序法第 121 條第 1 項「知有撤銷原因」之意義為何？	2-161
經判決確定之行政處分得否申請再開行政程序？	2-175
行政處分「附款」與「非附款」之區辨	2-188
<b>切緒書</b> 的法律性質為何？ <b>切結書</b>	2-192
▶ 動手試試看	
【102 司法官 -49】	2-9
【105 司律 -24】	2-9
【100 司法官 -49】	2-10
【104 司律 -67，多選題】	2-10
【103 司律 -49，多選題】 <b>69</b>	2-11
【節錄自：洪家殷〈行政處分之準備行為及程序行為〉】	2-49
【112 年四等書記官 行政法第一題】	2-51
【97 年高考二級 行政法第三題】	2-55
【101 年輔大法研所 行政法第四題】	2-64
【95 年東吳法研 E 組 行政法第一題】	2-67
【109 年地特三等法制 行政法第一題】	2-81
【93 年司法官 行政法第二題】	2-88
【112 年司律 憲法與行政法第一題第(一)(二)題】	2-112
【105 年高考三級法制 行政法第一題】	2-118
【103 年輔大法研 <b>行政法</b> 第一題】 <b>行政法</b>	2-120
【108 年地特三等法制 行政法第一題】	2-168
【106 年台大法研 行政法第一題】	2-169
【107 年台北大學法研 行政法第三題】	2-195
【節錄：103 年律師 憲法與行政法第二題(一)】	2-196
【105 年台大法研 行政法第二題】	2-215

## SECTION 3 行政契約

### ★重要爭點

- 契約主體要件之檢討——PPA 購售電合約之性質？ 2-229
- 行政契約無效後，履約處分之效力為何？ 2-245
- 對於「履行行政契約之行政處分」，人民應如何請求？ 2-260
- 公立大學作成「不續聘」決定之法律性質？ 2-270
- 「解聘」與「一定期間不得聘認為教師」決定之性質？聘任 2-276
- 私立學校對教師作成的解聘、停聘和不續聘之性質？ 2-280
- 主辦機關因政策變更不簽約，人民應如何主張權利？ 2-294

### ▶ 動手試試看

- 【104 年台北大學法研 行政法第三題】 2-223
- 【109 年成大法研 行政法第三題】 2-228
- 【92 年律師 行政法與強制執行法第一題】 2-252
- 【100 年中正法研 行政法第二題】 2-284
- 【107 年司律 - 35】 2-287
- 【108 年司律 - 37】 2-287
- 【100 年高考三級法制 行政法第一題】 2-301
- 【108 年政大法研 行政法第四題】 2-302

## SECTION 4 行政命令

### ★重要爭點 還有明天

- 職權命令是否還有明天——職權命令的容許性？ 2-304
- 「間接對外效力」和「行政自我拘束原則」之意義 2-317
- 解釋函令（行政函釋）之法律性質？ 2-326

### ▶ 動手試試看

- 【105 年高考三級 行政法第一題】 2-323
- 【110 年關稅三等法務 行政法第四題】 2-330

## SECTION 5 行政事實行為 行政事實

### ▶ 動手試試看

- 【92 年高雄大學法研 行政法第一題】 2-339

或「私法」手段完成，二者法律領域所應適用的法律原則不同，且因為採取「二元訴訟制度」下，亦涉及民事訴訟與行政訴訟審判權之劃分。私法事件應由普通法院具有審判權，公法事件原則上則由行政法院具有審判權。因此，解題時必須先定性個案中之國家行為是否為「公法行為」，才能決定是否適用以下的公法原則、行政訴訟處理爭議。

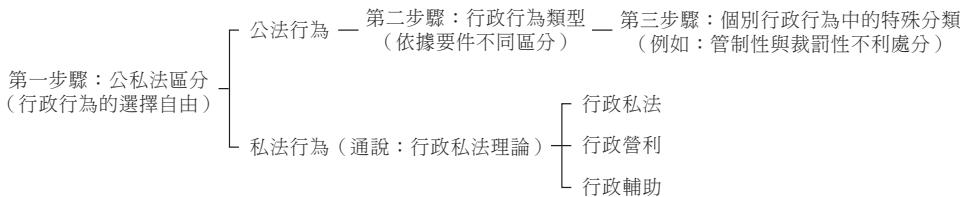
再來，是②「行政行為類型」的定性：倘確認該行政機關所作成之國家行為屬於「公法行為」時，則應進一步判別國家在個案中所作成之行政行為類型，究竟屬於何種類型。原則上可以區分為：行政處分（行政程序法第 92 條）、行政契約（行政程序法第 135 條）、法規命令（行政程序法第 150 條）、行政規則（行政程序法第 159 條）、公法上事實行為（行政程序法第 165 條之「行政指導」為其中一種類型）、職務指令等。透過行政行為類型的定性，可以決定後續各類行政行為的合法性要求，以及救濟程序等。

最後，是③「個別行政行為中的特殊分類」定性：在個別行政行為類型當中，可能會因為行政行為所要追求的目的不同、受管制要求程序不同，而有不同分類。例如：在行政程序法第 92 條的行政處分中，又可以依照其是否有「非難」行為人過去違反行政法上義務之目的，區分為「管制性不利處分」或「裁罰性不利處分」，後者應適用行政罰法之規定，有不同的合法性要求。

關於行政行為的定性，我們可以區分成以下三大步驟：

稍向右縮排

⊖ 定性論



政」與「給付行政」：

(一) 干預行政（侵益行政）

干預行政，又稱為「干涉行政」、「侵益行政」。指國家實施公權力手段對人民課以義務及負擔，限制人民自由權利。干預行政通常採取命令或禁止之方式作成，例如：交通管制、罰鍰、課稅處分等。

(二) 給付行政（授益行政）

給付行政，又稱為「授益行政」，指國家以「提供人民某種優惠或給付行為」做為行政手段，使人民受有利益。國家從事給付行政時<sup>4</sup>，通常會採取補助或獎勵之方式。例如：提供社會救助、實施各種社會保險、公費留考補助等。

⊖ 侵益行政與授益行政的區別實益

	干預行政	給付行政
正當程序的要求	高	低
行政法原則的適用	比例原則	信賴保護原則
訴訟類型的選擇 (原則)	撤銷訴願、訴訟（訴願法第 1 條、行政訴訟法第 4 條第 1 項）；一般給付訴訟（行政訴訟法第 8 條）	課予義務訴願、訴訟（訴願法第 2 條、行政訴訟法第 5 條） <input checked="" type="checkbox"/> 一般給付訴訟（行政訴訟法第 8 條）
授權基礎寬嚴程度	嚴格	寬鬆（J443）

4 給付行政之概念具有雙重意義，可作為「行政目的」或「行政手段」。給付行政與干預行政相對比時，給付行政之意義為行政手段；與秩序行政相對比時，給付行政之意義為行政目的。

## □ 參考擬答（作答字數：1082 字）

### 一、醫院乙應向行政法院提起訴訟，分述如下：

本案醫院乙依全民健康保險法第 62 條第 1 項、第 3 項（下稱系爭規定）向健保署請求相關費用，應向普通法院或行政法院提起訴訟，應判斷本案屬於「公法」或「私法」事件，說明如下：

#### （一）法規屬性與事件性質判斷

依通說見解，應先判斷本案所適用之「法規屬性」，倘法規屬性不明時，再以「事件性質」判斷，說明如下：

##### 1. 法規屬性：系爭規定應屬公法

法規屬性的判斷方式只要彼此不互相衝突者，得以加以援用<sup>24</sup>，就各說涵攝如下：

##### （1）公益說 利益說

系爭規定之規範目的係為維護全體國民健康、追求公益，並確保醫事服務機構、相關人員能持續提供醫療服務，系爭規定應屬公法規定。

##### （2）主體說、新主體說

系爭規定適用之法律主體為「健保署」與「醫事服務機構」，由於適用系爭規定之一方必為行政機關「健保署」，依主體說、新主體說之見解，系爭規定應屬於公法。

##### 2. 事件性質：系爭規定仍為公法

退步言之，倘認為系爭規定之法規屬性仍不明，則進一步以因

24 參釋字第 772 號解釋詹森林大法官不同意見書：「目前學說上有關公法與私法區分之重要理論，有利益說、權力說、主體說及修正主體說。惟以上各說皆有其可能欠缺或無法全面涵蓋之處，故於判斷有爭議之問題時，通常無法僅單獨適用其一即可獲得正確之結果，而應針對具體個案，綜合運用上述全部理論解決之。」

(D)政府機構依身心障礙者權益保障法之規定，優先向身心障礙福利機構採購生產之產品

### 📖 解題要點

正確答案：(B) (A) (A)

行政私法是指國家以私法形式「直接」履行行政目的之行為，本題選項(B)應屬行政營利行為，並非行政私法。

### Q3.【105年普考-5】

臺灣省自來水公司與臺北市自來水事業處均提供供水服務，下列敘述何者錯誤？

- (A)臺灣省自來水公司與用戶之間的供水服務僅能為私法關係
- (B)臺北市自來水事業處與用戶之間的供水服務僅能為公法關係
- (C)無論是臺灣省自來水公司或是臺北市自來水事業處，其水價之訂定與調整，均受自來水法之限制
- (D)無論是臺灣省自來水公司或是臺北市自來水事業處，在其供水區域內，對於申請供水者，非有正當理由，不得拒絕

### 📖 解題要點

正確答案：(B)

在給付行政的「組織與行為形式選擇自由」下，公法組織仍得從事公法或私法行為形式，故選項(B)錯誤。又自來水事業無論公營或民營，均受自來水法之限制，且不得任意拒絕供水（自來水法第 61 條第 1 項）。

院」，依同條第 2 項定義為：「前項所稱終審法院，指最高法院、最高行政法院或懲戒法院第二審合議庭。」然而，例外在符合法院組織法第 7 條之 4 第 1 項但書規定之二種情形，受移送法院不得裁定停止訴訟程序請求終審法院指定：「但有下列情形之一者，不在此限：一、原法院所屬審判權之終審法院已認原法院無審判權而為裁判。二、民事法院受理由行政法院移送之訴訟，當事人合意願由民事法院為裁判」。

## 2. 指定效力

法院組織法第 7 條之 5 規定：「（第 1 項）前條第一項之終審法院認受移送法院有審判權，應以裁定駁回之；認受移送法院無審判權，應以裁定指定其他有審判權之管轄法院。（第 2 項）前項受指定之法院，應受指定裁定關於審判權認定之羈束。（第 3 項）受移送法院或經前條第一項之終審法院指定之有審判權法院所為裁判，上級審法院不得以無審判權為撤銷或廢棄之理由」。本條規定在終審法院作成裁定後，明定受指定法院應受指定裁定之羈束，不得再行移送至其他審判權之法院；且為使審判權爭議儘速確定，明定受移送法院或經指定之有審判權法院所為裁判，上級審法院不得以無審判權作為撤銷或廢棄之理由。

## 3. 受移送法院變更見解

### 受移送法院

受移送法院請求終審法院指定有審判權法院後，如變更見解而認為自身有審判權時，為謀迅速解決當事人紛爭，**受訴法院**可依當事人聲請或依職權撤銷停止訴訟程序之裁定，續行審理，並應速通知受理其指定請求之終審法院。法院組織法第 7 條之 6 第 1 項規定：「（第 1 項）第七條之四第一項停止訴訟程序之裁定，受移送法院得依聲請或依職權撤銷之。（第 2 項）第七條之四第一項停止訴訟程序之裁定及前項撤銷停止之裁定，得為抗告。（第 3 項）受移送法院為第一項裁定後，應速通知受理其指定請求之終審法院。（第 4 項）受移送法院所為第一項裁定確定之同時，視為撤回其指定之請求。」

(二) 學說見解：釋字第 758 號解釋之正反見解

在釋字第 758 號解釋作成後，共計有 12 名大法官參與或提出意見書（6 份協同意見書、1 份部分不同意見書、3 份不同意見書），堪稱是歷來統一解釋案件中，意見分歧最多的解釋。筆者試著將大法官、學者間對於本號解釋的不同正反見解及觀點，透過「107 年 臺北大法研所行政法第四題」之題目，整理各家不同見解。

臺北大學

► 動手試試看

臺北大學

【107年臺北大法研所 行政法第四題】

「…至於締約雙方主觀願望，並不能作為識別契約屬性之依據，因為行政機關在不違反依法行政之前提下，雖有選擇行為方式之自由，然一旦選定之後，行為究屬單方或雙方，適用公法或私法，則屬客觀判斷之問題…。」（摘錄自釋字第 533 號解釋吳庚大法官協同意見書）。主觀解釋作為法學解釋方法的一種，在公私法事件的區別上，能否（或是如何）發揮其影響力？行政機關在（其認為）具有公用地役關係的私人土地上鋪設柏油，土地所有人若主張該土地不符合公用地役關係之要件，欲依民法第 767 條第 1 項請求剷除柏油路面，此一事件當由行政法院抑或普通法院審理。（25 分）

📖 解題要點

本題屬於「法研所」的題目類型，筆者試著將釋字第 758 號解釋見解的相關見解，整理於下方擬答當中，也希望能透過有限的篇幅，讓大家更快了解本爭點所在。

📄 參考擬答（作答字數：1994 字）

（一）主觀解釋仍有可能發揮影響力

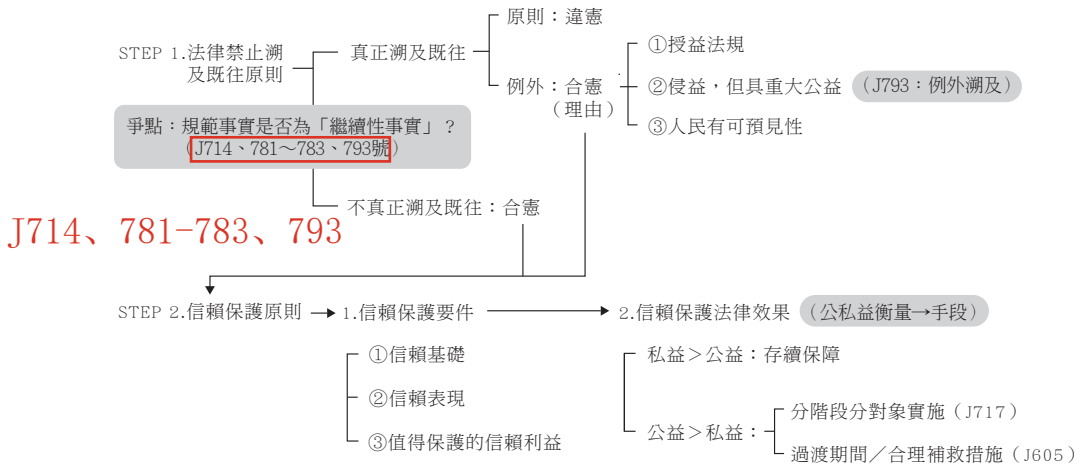
1. 通說認為，行政行為的定性原則上應採取「客觀判斷」，應就行政行為本身之內容加以判斷，不受行政機關主觀願望所拘束，「法規屬性與事件性質」的公私法區分判斷方式，即屬客觀判斷。又我國司法院大法官解釋對於行政處分（釋字第 423 號解釋）、行政契約（釋字第 533 號解釋）之定性，同樣都採取客觀判斷。

★重要爭點

法律禁止溯及既往原則與信賴保護原則的操作方式

如果國家機關修正抽象法規範（法律或行政命令），致使依舊法規享有利益之人民喪失原有利益，在討論「信賴保護原則」前，應該要先討論「法律禁止溯及既往原則」，才是最完整的論述架構（釋字第 781-783 號解釋、釋字第 793 號解釋參照）。上述二原則，皆是基於法安定性原則而生，應該共同討論。

☉ 信賴保護原則與法律禁止溯及既往原則



(一) 法律禁止溯及既往原則之意義

法律禁止溯及既往原則，要求法律原則上制定後僅能向未來生效，不得溯及既往對過去「已完結之事實」，重新給予法律評價。通說依據該法規規定之「規範事實」為何，將溯及既往區分成「真正」與「不真正」溯及既往。在過去發生的許多法律爭議中，區分法律所規範事實是屬於真正或不真

執照，與汽車所有人違規罰鍰未清繳，欠缺實質上之關聯，故二者不得相互聯結，前開道路交通安全規則第八條有關罰鍰繳清後始得發給行車執照之規定，亦有悖「不當聯結禁止」原則。

## 8. 期待可能性原則

期待可能性原則，要求國家行為（包括立法及行政行為）對人民有所規制時，須以有期待可能為前提，其構成人民對公眾事務負擔義務的界限。倘行政機關課予人民義務，依客觀情事參酌義務人之特殊處境後，在事實上或法律上不能期待人民遵守時，上開行政法上義務即應受到限制或歸於消滅。期待可能性之適用不限於行政罰，已逐漸地被行政法院適用於各種行政法律關係，凡公權力行為課予人民義務者，舉凡行政法規、行政處分或行政契約等行政行為，均應符合期待可能性原則<sup>48</sup>。

## 三、法源之位階

法源之位階，又可以區分成「效力優先順序」與「適用優先順序」二個層次：

### （一）效力優先順序

效力優先順序，指法源效力之優先等級，將各種法源按效力等級順序，由上而下排列，在法源間相互抵觸時，位階較高者有效，予以適用；而高位階法源相抵觸之低位階法源，則為無效，採取「上位法優於下位法」原則。原則上，成文法源位階較為明確，效力優先依序為：

而與高位階法源相抵觸之低位階法源

48 吳志光，頁 41-42；李建良（2022），〈期待可能性與行政法秩序（之一）——廣播電視法「黨政軍條款」的法制與實踐〉，《台灣法律人》，15 期，頁 127。

## □ 參考擬答（作答字數：2464 字）

（一）茲分述如下：

1. 就乙、丁主張是否有理由，依規定不同，分述如下：

系爭規定以及土地登記規則第 42 條第 3 項對人民財產權行使產生限制，屬於釋字第 443 號解釋所稱之相對法律保留事項，得以法律或法律授權制定之法規命令為之，惟仍應符合「法律授權明確性原則」，就上述二規定是否合法分述如下：

（1）系爭規定不符合法律授權明確性原則

丁地政事務所雖主張系爭規定依據「民法」相關規定所訂立，但民法當中並未有一具體授權訂定系爭規定之法律條款，其是否符合法律授權明確性原則，不無疑問。

① 授權明確性採中度審查

法律授權明確性原則，要求授權條款（母法）明確程度應與所授權訂定之法規命令（子法）對人民權利影響程度相稱（參照釋字第 522、680 號解釋）。系爭規定要求財團法人就不動產之購買、處分或負擔須經董事會一定程序決議，且尚須主管機關核准。本文認為，系爭規定一方面要求「內部決議門檻」外，尚有應經主管機關「核准」之行政管制，係對於人民憲法第 15 條財產權自由行使之重大限制，故應採中度審查標準，法律授權內容、目的、範圍應具體明確。

② 雖有授權規定，但不符合授權明確性原則之要求

經查，丁地政事務所似以民法第 32 條、第 33 條和第 59 條等規定，作為法律授權條款。然本文認為，系爭規定對於人民憲法第 15 條財產權有重大影響，已如前述，其授權內容、目的和範圍自應具體明確。惟民法當中

並無明文

授權地方

收益、處分之權能（釋字第400號解釋）。要求財團法人處分不動產應經主管機關核准，對於人民處分財產權採取「事前許可」的限制方式，應該已屬於對財產權行使之重大限制，應採取嚴格審查。

- ②處分不動產應經主管機關許可之目的在於確保財團法人公益性，屬於特別重要之公共利益，且確實足以達成目的。但直接採取「事前許可」並非侵害更小之相同有效手段，主管機關仍然可以選擇「報備」或「事後處罰」等侵害更小手段，顯已逾越必要之程度，故系爭規定違反憲法第23條比例原則。

## (2) 違反憲法第7條平等原則

- ① 憲法第7條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等（釋字第485號解釋）。處分不動產應經主管機關許可之規定，僅適用於「財團法人」而未及於其他法人團體，存有差別待遇。
- ② 系爭規定目的是為了維持財團法人之公益性，避免財團法人藉公益不當處分不動產，目的洵屬正當。惟本文認為，其他法人團體同樣可能具有公益性質，倘有管制必要均應納入規範，系爭規定僅以「財團法人」作為規範主體涵蓋過窄，有違憲法第7條平等原則。

過窄

## (二) 茲分述如下：

### 1. 丙得依撤銷請求權，提起撤銷訴願、訴訟

- (1) 倘系爭註記為行政處分，因為丙為受處分相對人，就憲法基本權保障而言，撤銷訴訟之目的是為了落實基本權的防禦功能，排除國家行為對於基本權之侵害。故丙認為系爭註記侵害憲法第15條財產權時，得主張撤銷違法侵害權利行政處分之請求權。

(2) 甲對於違法行政處分，應依訴願法第 1 條、行政訴訟法第 4 條第 1 項循序提起撤銷訴願、訴訟。

## 2. 丙得依結果除去請求權，提起一般給付訴訟

(1) 倘系爭註記如為公法上事實行為而侵害人民權利時，得基於基本權之防禦功能主張「結果除去請求權」，請求行政機關排除侵害行為。是以，丙認為系爭註記侵害其憲法第 15 條財產權，得主張結果除去請求權，請求主管機關排除系爭註記（原最高法院 99 年 3 月庭長法官聯席會議決議）。

丙 (2) **甲**應依行政訴訟法第 8 條提起一般給付訴訟，請求行政法院判令行政機關除去系爭註記（請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付）。

## 3. 丙之主張有理由，內容如下

### (1) 公法上事實行為仍應符合法律保留原則

① 系爭註記雖屬公法上事實行為而不具有法律上拘束力，未如同行政處分「依法」產生限制人民財產權自由使用、處分或收益等之法律效果，惟仍有可能間接對於財產權之權能產生干涉。

② 就本案言，系爭註記雖未依法（土地法等）直接限制丙之財產權，但因其於土地登記簿其他登記事項欄加註「公益用途」後，將影響一般人之購買意願與交易價格，限制丙作為財產權人之權能，間接侵害財產權。既對於基本權產生侵害，故仍應符合法律保留原則。

### (2) 「系爭註記」之作成，違反法律保留原則

① 法律保留之規範密度，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重，決定規範密度，為層級化法律保留（釋字第 443 號解釋）。系爭註記間接影響人民憲法第 15 條財產

外，不具權利能力的行政組織（例如：行政機關），亦得為行政法律關係的主體。只要該主體能享受行政法上權利或負擔行政法上義務，均得為行政法律關係之主體。在行政法律關係中，如同民法般應認定當事人是否具有權利能力（享有權利和負擔義務之資格）、當事人能力（作為行政程序或訴訟當事人之資格）或行為能力（法律主體得以自己行為產生行政法上法律效果之資格）等。

### 三、行政法律關係之變動<sup>87</sup>

行政法規對於人民所賦予之權利或義務，原則上僅「抽象地」存在於人民與國家之間，充其量只是一種「抽象法律關係」。此時，尚須進一步的具體化，使人民與國家之間發生具體的關聯，進而形成一定的法律關係。

#### (一) 行政法律關係之成立

原則上，行政機關會透過「行政處分」實現法律規定之構成要件，具體化行政法律關係（例如：社會局核定某人之低收入戶補助）；亦有可能透過締結「行政契約」或因為「公法上事實行為」（例如：公法上不當得利）等而成立。

#### (二) 行政法律關係之消滅 **法律主體消滅或死亡而消滅**

行政法律關係可能因①「**法律主體消滅或死亡**」，例如：公務員死亡，其公務員關係消滅。如果行政法律關係之權利義務具有「一身專屬性」，通常因主體之死亡或解散消滅；不具一身專屬性者，可能產生繼受問題。此外，可能②「**因法律關係標的物滅失而消滅**」，例如：主管機關下令拆除違建，該違建因火災而焚毀。亦有可能③「**因作成行政處分而消滅**」，以行政處分撤銷或廢止設定之法律關係，例如作成免職處分消滅公務員關係。也可能④「**因履行完成給付而消滅**」，履行給付義務內容後權利義務消滅。

87 李建良（2014），〈第六講：行政法律關係序說〉，《行政法基本十講》，頁199-201。

音管制法第 9 條規定之要件時，可以選擇「連續處罰」、「停工」或「停業」等手段，那憑什麼 A 市政府一定要乖乖的照乙的意思作成「停止使用」之決定，這不是行政機關的裁量權嗎？所以就要搭配釋字第 469 號解釋的「裁量收縮理論」，告訴行政機關現在就是要直接「停止使用」擴音設備！

因此，本題使用釋字第 469 號解釋的「保護規範理論」與「裁量收縮理論」，才是最完整的回答。保護規範理論，告訴行政機關為什麼你有向他請求的權利；而裁量收縮理論，則告訴行政機關為什麼你只能選擇某個方式，來保護我的權利。

### □ 參考擬答（作答字數：867 字）

（一）乙得依噪音管制法相關規定，請求 A 市政府禁止甲繼續使用擴音**措施**

1. 乙具有請求 A 市政府禁止甲繼續使用擴音**措施**之公法上權利

人民是否具有公法上權利，應依保護規範理論判斷，視相關規範是否為保護規範而定。保護規範理論，指探求法規規範意旨，該法規目的除了維護公益外，並有兼及保護特定人之意旨，系爭法規即為保護規範，該被保護之特定人民即具有公法上權利。（釋字第 469 號解釋）

（1）噪音管制法、噪音管制標準之相關規定，雖然沒有明文賦予人民請求主管機關制止噪音之權利。惟查噪音管制法之法條結構，第 1 條立法目的，係為「維護國民健康」、「提高國民生活品質」，且同法第 9 條規定要求噪音管制區不得超出噪音管制標準，欲產生保護附近居民身心健康之規範效果，應可認為所要適用對象包含附近住民。此外，就社會整體結構觀之，噪音對於人民身心健康確實有重大影響，有必要由國家介入加以管制。

設施

### ⊖ 釋字第 785 號解釋

✎ 僅節錄本案解釋爭點 1，申訴、再申訴部分！

解釋爭點：

1. 根據公務人員保障法，公務人員就影響其權益之不當公權力措施，於申訴、再申訴後，不得續向法院請求救濟，是否違憲？

解釋理由書：

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分之不同，即予剝奪（本院釋字第 784 號解釋參照）。

✎ 再次強調突破特別權力關係！（突破特別權力關係的金句）

行政訴訟法於 87 年 10 月 28 日全文修正公布（自 89 年 7 月 1 日施行）時，第 2 條特別規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」乃公法上爭議之訴訟救濟之概括保障規定，明定公法上爭議，除法律另設訴訟救濟途徑者外，均得依行政訴訟法提起行政訴訟，俾符合有權利即有救濟之憲法原則。至於因公法上爭議而提起行政訴訟，自須具備行政訴訟法所定各種訴訟之要件，合先敘明。

✎ 論及行政訴訟法之「訴訟要件」，埋下伏筆

公務人員與國家間雖具有公法上職務關係，但其作為基本權主體之身分與一般人民並無不同，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，人民因其公務人員身分，與其服務機關或人事主管機關發生公法上爭議，認

注意救濟教示內容；已受理公務人員就改認為行政處分之事件提起救濟時，勿再依申訴程序處理，請通知渠等改提復審，並依保障法第 44 條規定辦理。

⊖ 高雄高等行政法院高等庭 112 年度訴字第 316 號 **判** 判決

參諸司法院釋字第 785 號解釋文……業已闡述是否違法侵害公務人員之權利，於整體考量行政機關所採取措施之目的、性質以及干預之程度，如依個案具體判斷屬顯然輕微之干預，難謂構成權利之侵害。準此，如依個案具體判斷屬顯然輕微之干預，而不構成權益侵害之可能，即欠缺訴訟權能，而為原告不適格，應以判決駁回其訴（參照最高行政法院 110 年度抗字第 350 號裁定、111 年度上字第 258 號判決、112 年度抗字第 299 號裁定意旨）。

3、原告於 111 年 12 月間提出之多筆休假申請，被告未予核准，為兩造所不爭，並有上述駁回假單及駁回原因一覽表為證，固屬可信。然被告核定請假之否准，並未因此對外直接發生法律效果，性質上屬於行政管理措施，並非行政處分。參對保訓會 109 年 10 月 5 日公保字第 000000000 號函所附「人事行政行為一覽表」，將「核定請假」之機關行政行為類型，定性為「管理措施」，亦有相同見解之行政解釋意旨。又依上述司法院釋字第 785 號解釋意旨，原告固得主張其權利遭受違法侵害或有主張權利之必要，據以提起性質上相應之一般給付訴訟。惟查：(1)衡諸公務人員請假規則第 10 條第 1 項、第 11 條第 1 項及第 12 條之規範意旨，公務人員請休假之准否，各機關之權責長官自得衡酌實際人力調配及業務運作情形，本於權責為準假與否之措施，如機關確有業務

名譽或升遷調動等權利或法律上利益產生不利之影響，自屬侵害軍人權益之具體措施。從而，軍人因機關上開具體措施認其權利或法律上利益受侵害，自得依法向行政法院提起撤銷訴訟，以落實有權利即有救濟之憲法原則。

進一步地，立法院在2024年7月三讀通過「軍人權益事件處理法」，由於軍人為廣義公務員，就軍人與國家間之公法爭議，參考釋字第785號解釋之見解建立保障制度，確保對軍人服公職及訴訟等基本權利之保障，統一並整合軍人權益遭受違法或不當侵害之救濟規範，爰將現行國軍多元併行之訴願、申訴及官兵權益保障或其他相類機關內部救濟管道等整合立法，建立復審、申訴及再申訴之救濟制度：於①地方軍事法院設置專責之官兵權益保障會（權保會）審議復審及再申訴事件；另於②高等軍事法院設勤務法庭（勤務法庭）審理軍人與國家間公法爭議之第一審行政訴訟；如③仍不服勤務法庭判決，得再向高等行政法院提起上訴，期以客觀、專業且有效率之法定程序，處理上開爭議事件（詳細內容請再參見軍人權益事件處理法之規定，**施行日期未定**）。

### （三）各級學校教師

已於114年8月6日施行

釋字第298號解釋對於公務員救濟採取「重大影響說」，當時聲請人之一包含一位「公立學校教師」，本號解釋之作成即意味著釋字第298號解釋之效力亦及於教師。我國後來對於公務員與教師二者朝「公教分流」的方向修法，在分別制定「公務人員保障法」與「教師法」後，教師不服學校或教育主管機關之管理措施能否提起行政救濟，又再度成為法律爭議。

首先，釋字第462號解釋採取「重大影響說」認為：「是各大學校、院、系（所）及專科學校教師評審委員會關於教師升等之評審，

係屬法律授權範圍內為公權力之行使，其對教師之資格等身分上之權益有重大影響，均為各該大學、院、校所為之行政處分。受評審之教師於依教師法或訴願法等用盡行政救濟途徑後，仍有不服者，自得依法提起行政訴訟，以符憲法保障人民訴訟權之意旨。」後來，經釋字第 736 號解釋和最高行政法院 108 年 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議作成後，對於「教師」突破特別權力關係改採取「權益侵害說」。

⊖ 釋字第 736 號解釋理由書

✎ 對於教師之不利措施

教師法第三十三條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」<sup>106</sup>僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等）認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則。至受理此類事件之法院，對於學校本於專業及對事實真象之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第三八二號、第六八四號解釋參照）。

107 ←

107 教師法第 33 條對於教師應如何救濟，原本只不過是區分「公立」和「私立」教師，按其性質適用不同救濟方式。對於教師的救濟體制，自始就未考量使用基礎關係與經營關係理論，應該認為所有侵害教師權利之決定或措施，都可以提起行政救濟。然而，過去法院見解卻認為教師法第 33 條「按其性質」是依據「措施性質」採用「基礎關係與管理關係理論」。例如：最高行政法院 103 年度裁字第 891 號裁定：「而公立學校之教師，與學校間則具有公法上勤務關係，與所服務學校間之身分關係，與公務人員類似，故司法院關於公務人員因身分而受處分，得否提起行政訴訟之解釋，於公立學校教師亦應比照適用。而參諸司法院釋字第二四三號解釋、第二六六號、及第二九八號解釋……」

### (五) 受羈押被告與受刑人

承認←

釋字第 653 號解釋認為，基於無罪推定原則，應沒有任何附加條件限制地承認「受羈押被告」，享有一般人民相同之訴訟權保障，不得僅以內部申訴制度取代羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之權利：「考其立法之初所處時空背景，係認受羈押被告與看守所之關係屬特別權力關係，如對看守所之處遇或處分有所不服，僅能經由申訴機制尋求救濟，並無得向法院提起訴訟請求司法審判救濟之權利。司法實務亦基於此種理解，歷來均認羈押被告就不服看守所處分事件，僅得依上開規定提起申訴，不得再向法院提起訴訟請求救濟。惟申訴在性質上屬機關內部自我審查糾正之途徑，與得向法院請求救濟之訴訟審判並不相當，自不得完全取代向法院請求救濟之訴訟制度。是上開規定不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨有違。」<sup>109</sup>

突破「羈押被告」的特別權力關係後，釋字第 755 號解釋更進一步地認為承認「受刑人」有向外部請求司法救濟之權利；釋字第 756 號解釋則認為限制受刑人表現自由之相關規定應符合法律保留原則，

109 釋字第 653 號解釋理由書末段曾指示立法者：「為保障受羈押被告之訴訟權，相關機關仍應至遲於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。」然而，立法者在二年後仍然遲未立法，導致羈押被告仍然無從對於看守所作成之處遇或處分提起行政救濟。是以，大法官遂又作成釋字第 720 號解釋諭知：「羈押法第六條及同法施行細則第十四條第一項之規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，業經本院釋字第六五三號解釋，以其與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違，宣告相關機關至遲應於解釋公布之日起二年內，依解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範在案。在相關法規修正公布前，受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，應許其準用刑事訴訟法第四百十六條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。本院釋字第六五三號解釋應予補充。」具體指明未修法時的救濟方法。就此，同學們可以思考：當司法權基於權力分立原則，尊重立法權給予立法形成空間形塑法律制度時，立法者怠為立法而使人民基本權利之保障落空時，到底違憲宣告的效力和範圍應該怎麼在權力分立維護和基本權利保障間取得平衡，其實並不容易。

土地，茲因系爭註記使得其無法依「建」地目使用（例如申請建造執照），是當事人無法以建地使用其土地，純係因系爭註記所引起，已屬甚明。乙說理由謂本件土地於使用上所受之限制，係地政機關依土地使用管制法令所為之處分所生，並非系爭註記發生之效果云云，恰恰與事實相反，顯難成立。

## （二）違章建築之拆除：各違建通知書之法效性

行政機關作成之「決定」或某一行政行為是否具有「規制作用」（即法效性），原則上應依該決定是否有作成之法規依據、以及該法規規範內容本身加以判斷，作為行政處分與公法上事實行為（觀念通知）間之區別。因此，行政處分與事實行為間的區分並非以是否有「權利侵害」為據。行政處分和事實行為均有可能對於人民權利產生侵害，但應各自選擇不同的行政訴訟類型排除違法侵害。排除

在建築法「違章建築」拆除的案例中，更可見此種以「法律規定及其規範內容」判斷是否具有「法效性」的情形。對於「違章建築」之認定，依違章建築處理辦法第 5 條分別區分為程序違建、實質違建：「直轄市、縣（市）主管建築機關，應於接到違章建築查報人員報告之日起 5 日內實施勘查，認定①（實質違建）必須拆除者，應即拆除之。認定②（程序違建）尚未構成拆除要件者，通知違建人於收到通知後 30 日內，依建築法第 30 條之規定補行申請執照。違建人之申請執照不合規定或逾期未補辦申領執照手續者，直轄市、縣（市）主管建築機關應拆除之。」倘違章建築遭認定為實質違建的情形，則依同處理辦法第 6 條規定：「依規定應拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。」，應馬上拆除。因此，實務上對於行政機關認定某一違章建築構成程序違建、實質違建時，陸續作成之通知書法律性質為何，因為違章建築處理辦法第 5 條、第 6 條規定，有不同認定。

(二)關於確認 108 年 3 月 29 日拆除通知違法部分：

……又所謂行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。經查，系爭建物已經被上訴人以① 108 年 3 月 28 日違建認定通知書認定屬應予拆除之違章建築，並命上訴人應於文到 5 日內自行拆除，而此違建認定通知書之性質即為行政處分，人民因此負有拆除之義務。至於違章建築之拆除，性質上屬作成應予拆除違章建築之行政處分後，為執行該行政處分之事實行為。②被上訴人 108 年 3 月 29 日拆除通知單僅係通知上訴人應執行拆除日期之觀念通知，不另發生法律效果，非屬行政處分。上訴人對之提起確認行政處分違法之訴，即與行政訴訟法第 6 條第 1 項規定之確認行政處分違法訴訟要件不符，其起訴有不備要件情事。原判決認被上訴人 108 年 3 月 29 日拆除通知為 108 年 3 月 28 日違建認定通知書之執行行為，其中關於強制拆除日期，於就代履行期日開始之指定發生法律規制效力，亦為行政處分等語，固有未洽，惟其駁回之結論，並無不合，仍應予以維持。

(三) (二)私法形成之行政處分

行政處分具有直接對外發生「法律效果」之特性，所謂的「法律效果」除了「公法上」法律效果外，亦包含「私法上」法律效果。原則上基於私法自治原則，行政機關無須介入私法領域的法律行為；惟為了保障交易安全及公共利益，立法者在某些情形會於法律中特別規定「應經主管機關核准、許可」後，私人間法律行為方生效。例如，民法第 758 條規定：「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」行政機關「登記」行為本身即為行政處分。

(四) (三) 行政處分法效性的傳統爭點

行政處分具有「直接設定法律效果」之特徵，藉以與觀念通知加以區別。關於行政處分法效性之爭點，除了上述判斷行政處分之法效性外，以下「四大爭點」也屬於「法效性」爭點，涉及行政處分與觀念通知的區辨。

⊖ 法效性歡樂包

爭點一：個別法規中行政機關「核准」行為之性質？

爭點二：檢舉函覆之性質為何？

爭點三：準備行為、程序行為之性質為何？

爭點四：重複處置與第二次裁決之性質為何？

公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為而言。又於人民向行政機關陳報之事項，如僅供行政機關事後監督之用，不以之為該事項之效力要件者，為「備查」，並未對受監督事項之效力產生影響，其性質應非行政處分。公寓大廈管理委員會之成立，係依公寓大廈管理條例第 28 條第 1 項（或第 26 條第 1 項、第 53 條、第 55 條第 1 項）規定，經由召集區分所有權人會議，並依同條例第 31 條所定人數及區分所有權比例之出席、同意而決議為之，屬於私權行為，其依公寓大廈管理條例施行細則第 8 條及公寓大廈管理組織申請報備處理原則第 3 點、第 4 點規定程序申請報備（報請備查），係為使主管機關知悉，俾便於必要時得採行其他監督方法之行政管理措施，核與管理委員會是否合法成立無涉。故申請案件文件齊全者，由受理報備機關發給同意報備證明，僅係對管理委員會檢送之成立資料作形式審查後，所為知悉區分所有權人會議決議事項之觀念通知，對該管理委員會之成立，未賦予任何法律效果，並非行政處分；同理，主管機關所為不予報備之通知，對於該管理委員會是否合法成立，亦不生任何影響，仍非行政處分。

### 三、~~問題~~：祭祀公業條例第 19 條規定「備查」之性質：觀念通知

祭祀公業條例第 19 條規定：「祭祀公業管理人之變動，應由新管理人檢具下列證明文件，向公所申請備查，無需公告：一、派下全員證明書。二、規約（無規約者，免附）。三、選任之證明文件。」該備查決定是否為行政處分？

#### ⊖ 最高法院 105 年 1 月份第 1 次庭長法官聯席會議

法律問題：

甲以其經某祭祀公業派下員大會選任為新管理人，提出相關資料請求主

管機關就其為新任管理人為備查，遭主管機關否准。該否准備查之行為是否為行政處分？

決議（否定說）：

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

#### 四、~~問題~~：人民團體法第 54 條「核備」之性質：觀念通知

人民團體法第 54 條規定：「人民團體經核准立案後，其章程、選任職員簡歷冊或負責人名冊如有異動，應於 30 日內報請主管機關核備。」該核備決定是否為行政處分？

##### ⊖ 最高行政法院 105 年 1 月份第 2 次庭長法官聯席會議

決議：（採乙說）

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

#### 四、直接對「外」發生效力（對外性）

行政處分「對外」直接發生法律效果，故行政處分須於法律上對於外部人民或法人設定權利義務。行政機關對組織體內成員所作成之規制，因為欠缺對外性質而非行政處分，例如：長官對於下級公務員所為之指令。然而，我國實務上存有以下二種雖然欠缺外部性，但仍認定為「行政處分」的情形：


(一) ①對公務員權利義務發生得喪變更之行政處分：

如果對公務員作成之指令使其權利義務發生得喪變更時，應該認定為「行政處分」（例如：免職處分、退休俸核定等決定）。

(二) ②行政機關立於與人民同一地位所受之裁罰處分：

學說認為，行政處分是否具備對外性，應以行政處分之相對人「是否為處分機關以外獨立組織體」作為判斷標準。現代行政法理論對「行政機關」組織獨立性之重視，超越所屬公法人。行政機關依其組織法所享有之事務權限、人事和預算執行權，構成「機關權」<sup>22</sup>。此外，行政罰法第3條將行政機關列為處罰主體，行政機關可能成為其他行政機關作成行政罰之裁罰對象。

22 吳庚、張文郁，頁 70-74。

序法第 109 條規定得免除訴願程序，直接提起行政訴訟。而第 2 題則為「多階段行政處分」的題目，各位同學可以分列傳統見解與新近見解，最後以新近見解作結（最高行政法院 94 年度判字第 1932 號判決），特別提醒各位同學，在說明這題是「多階段行政處分」的案例背景時，一定要引用題目所附的平衡稅及反傾銷稅課徵實施辦法第 11 條和第 12 條規定，說明財政部（後機關）依上述規定，應尊重經濟部貿調會（**後機關**）之判斷，作成課稅處分（最終決定），一定要記得善用題目給的法條喔！關於第 3 題，前機關，只要把握「審查密度」的概念即可：貿易調查委員會是由專家所組成的委員會，雖然行政法院應基於判斷餘地，尊重貿調會所作成之決定，採取「低密度審查」，但如果貿調會認定事實或適用法律具有判斷瑕疵（釋字第 553 號解釋），仍得撤銷其所作成之違法決定。

## 五、對具體事件所作成（個別性）對「個」別具體事件作成

行政處分是針對「具體事件」或「特定相對人」所作的行政行為，與法規命令加以區別。我國行政程序法第 92 條第 1 項雖僅規定「具體事件……」，但另依據同條第 2 項所稱「前項決定或措施之相對人雖非特定……」即可推知相對人是否特定亦為行政處分之要件，共同展現行政處分的「個別性」。

### （一）「個別性」之概念

「個別性」作為行政處分與法規命令的區分標準，要求「相對人」必須是特定或可得確定，且涉及「事實關係」是具體事件。

#### 1. 相對人（特定／可得確定／不特定）

相對人是否特定，應以行政機關作成決定時，客觀上相對人範圍是否「已確定或仍有繼續擴大之可能性」作為判斷標準。行政處分所設定之相對人人數，並不限於單一或特定數目，如果相對人範圍已經「可得確定」仍為行政處分（行政程序法第 92 條第 2 項「一般處分」）。

#### 2. 涉及事實關係（具體／抽象）

行政行為所涉及事實關係是否為「具體事件」，原則上得以規範效力是「一次性」或「反覆性」作為判斷標準。規範效力屬於「一次性」者，原則上可認定為涉及具體事實關係；屬於「反覆性」者，則是抽象事實關係<sup>29</sup>。對於行政處分「個別性」的認定，「事件」具體相較於「相對人」特定與否更為重要，此可由行政程序法第 92 條第 2 項「一般處分」設定之要件得證。例如：警察禁止民

29 許宗力老師認為，規範效力屬於「一次性」和「反覆性」的判斷方式，只能作為判斷事件是否具體的一個輔助標準，不能認為只要規範一次性的事實就必然屬於具體事件，可以例外地判斷規範事件在「時間」和「空間」關聯是否足夠具體來認定。例如：行政機關作成決定，課以冷凍庫經營者 A，對於未來一段時間因冷凍庫蒸氣外洩所造成之路面結冰之清除義務。學說稱上述處分為「發生繼續效力之行政處分」。

書館借閱規則、閱覽室使用規定和公立博物館禁止攝影規定等），將此理解為規範「公物之一般使用」<sup>37</sup>。然而，此種利用規則也未必均應視為對物之一般處分，仍有可能另以行政規則或法規命令為之，仍應視個案而定。

排版錯誤：空一行

### ㊟ 臺灣高雄地方法院 108 年度簡更一字第 1 號判決

被告完成系爭下水道之設施後，在完成公物設置啟用前，純屬政府機關之公有物，尚難認屬公共用物。又依下水道法第 23 條規定「下水道用戶非使用他人之排水設備不能排洩下水者，應申請下水道機構核准，始得聯接使用，並應按受益程度分擔其設置、使用及維護費用。前項用戶排水設備如需擴充、改良始得聯接使用者，其擴充、改良費用，由申請聯接之用戶負擔。」可知，除有上開規定情形應經主管機關許可外，位於公共下水道區域內之民眾納管使用公共下水道排水並無資格之限制（惟使用方式仍須符合法律規定），無須主管機關特許，故主管機關對外為提供下水道公共使用之意思決定後，其公共下水道之公有物屬性始轉換為公共用物，依行政程序法第 92 條第 2 項後段、第 100 條第 2 項之規定，此設定屬對物之一般處分，該處分之送達得以公告或刊登政府公報或新聞紙代替之。學理上，公物之成立（設定），除因事實狀態成立者外，一般認為應以法律行為（行政處分）設定。是以民眾使用系爭下水道除有前述下水道法第 23 條之許可，應由主管機關以普通處分為許可外，主管機關將所轄之公物（下水道）提供公用之意思表示對外表示時，且為民眾所知悉或可得而知悉時，即屬對物之一般處分且已完成送達，而完成公物之設定。實務上行政機關對於人工公物之設定，常以舉行啟用典禮、張貼公告或發布使用、管理規章等方式為之，上開方式雖未必符合行政處分之概念要素，然為使民眾對公物之利用有請求救濟之機會，應認為公物之設定，行政機關對外為提供

37 莊國榮，頁 109-110；吳志光，頁 219。

## ★重要爭點

## 對人之一般處分的「一般性特徵」應如何認定？

行政程序法第 92 條第 2 項規定：「相對人……可得確定其範圍」，指行政處分作成時，尚未確定處分相對人多寡，必須透過「規制內容」中顯現之「一般性特徵」加以認定。惟「一般性特徵」之具體判斷標準為何，目前並無任何一個一般有效之公式<sup>38</sup>。以下整理學說與實務見解，**提拱**「一般性特徵」可供涵攝的標準：**提供**

## 一、相對人：向「未來」可得確定

通說見解認為：相對人依「一般性特徵」可得確定並非意味著在處分作成時，必須針對處分作成時「已可數」之相對人發生規制效力，而是針對「未來」可得確定之相對人發生效力。如果採取嚴格認定的見解，「確定」和「可得確定」之區分將失去意義，「可得確定」的意義並非「已可數」<sup>39</sup>。

## 二、透過與「具體事實」之關聯，可得確定相對人之範圍

一般性特徵，得藉由某種「規律」個別化已出現或未來將出現之人的特徵，透過「相對人」與「規制內容發布時所欲規制之具體事實」關聯確定<sup>40</sup>。以下提供二種標準：

38 蕭文生（2010），〈禁停紅線，一般處分，對物一般處分——評最高行政法院 97 年裁字第 4905 號裁定〉，《月旦裁判時報》，4 期，頁 35-36。

39 陳敏老師認為，時間上是否可得確定，應限於「處分作成時」可得確定相對人之範圍者，如果採「寬鬆認定見解」（向「未來」可得確定），將使一般處分與法規命令二者造成混淆。例如：「危樓禁入之公告性質」，應定性為法規命令。然而，這樣的見解是「少數說」，採此說的話，將使得一般處分的概念等同於對「可數之多數人」作成之行政處分，也就是所謂的「聚合行政處分」。陳敏，頁 332；蕭文生（2010），〈禁停紅線，一般處分，對物一般處分——評最高行政法院 97 年裁字第 4905 號裁定〉，《月旦裁判時報》，頁 36。

40 林錫堯，頁 253-254。

「行經該處之用路人」，屬於「對人之一般處分」<sup>46</sup>。最高行政法院 107 年度裁字第 1913 號裁定認為：「禁止臨時停車之標線屬禁制標線，屬可依一般性特徵確定其相對人，且係就行人、車輛駕駛人之用路權、停車等事項予以規範，為具有規制性之標線，其性質應認為一般處分，一經主管機關對外劃設完成，即發生效力。」

### 3. 對物之一般處分說

此說認為，禁制性交通標誌（線）僅改變設定道路提供公用時之法律狀態，對於特定地點、多數人、長期時間發生規範效力，要求任何人進入該規範領域就應遵守指示，故依行政程序法第 92 條第 2 項後段規定，其屬於對「個別路段」一般使用之對物一般處分<sup>47</sup>。

## 二、生效時點：禁制性交通標（線）劃設完成交通標誌（線）

行政處分之生效時點會影響當事人提起行政爭訟之救濟期間（訴願法第 14 條）。依據實務見解，如果將禁制性交通標誌（線）認定為對人之一般處分，該標誌（線）對外劃設完成時，即完成「公告」而發生效力（行政程序法第 100 條和第 110 條第 2 項），訴願期間自公告之次日起起算 30 日。

但有學者認為，倘認定禁制性交通標誌（線）為「對人之一般處分」，因為其以「用路人」作為規制對象，應以「用路人初次進入該交通標誌（線）之規範範圍時」，作為該標誌（線）之生效時點<sup>48</sup>。如果採取此種見解，訴願期間即自用路人初次到達時，始起算 30 日訴願期間。

46 張文郁（2010），〈交通號誌、標誌、標線之性質及其救濟〉，《台灣法學雜誌》，157 期，頁 112-113。

47 許宗力（2020），〈行政處分〉，翁岳生（主編），《行政法（上）》，4 版，頁 632；蕭文生（2010），〈禁停紅線，一般處分，對物一般處分——評最高行政法院 97 年裁字第 4905 號裁定〉，《月旦裁判時報》，4 期，頁 40-41；吳志光，頁 220-221。

48 張文郁（2010），〈交通號誌、標誌、標線之性質及其救濟〉，《台灣法學雜誌》，157 期，頁 113-114。

對於輔助購宅款金額之多少，並無影響內容形成之權利，故此類案件均非行政契約，而僅為需當事人協力之行政處分，自無上訴人所稱之要約、承諾、意思合致、成立契約之存在。……因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴，核無不合，亦無上訴人所指判決不備理由之違法。

## 貳、行政處分的分類

行政處分依據不同標準分類，可以區分為以下幾種類型：

### 一、依規制內容區分

仿造法院判決內容，依行政處分之「規制內容」區分為~~絕對~~（下命）、形成和確認處分：

#### (一) 下命處分

下命處分，指命「相對人為特定作為、不作為或容忍義務」之行政處分。僅有下命處分可能因~~為~~義務人不履行行政法上義務，產生行政執行的問題。相對人因為下命處分之作成，必須履行處分所設定之行政法上義務，否則行政機關得直接以下命處分作為行政執行之執行名義。例如：禁止集會或拆除違建之決定等。

#### (二) 形成處分

形成處分，指可以「直接設定、變更或消滅某具體法律關係」之行政處分。形成處分作成後，直接產生法律關係發生、變更或消滅的效果，不會產生行政執行的問題。例如：營業許可之發給、學生之註冊及入學資格等。

#### (三) 確認處分

確認處分，指確認「法律關係、法律上權利或具有法律上重要意義之身分或資格等存在與否」之行政處分。雖然確認處分僅宣示某種

營業時，即為「免除」。

#### (四) 小結：我國法下並無區分許可、特許和免除之必要

德國學說認為，「許可」、「特許」與「免除」的區別實益在於，如果在①「許可」或「特許」的情形下，原則上人民擁有請求核發許可之公法請求權；而②「免除」則應由行政機關考量是否應例外解除禁令，因為該禁止事項本質上為有害社會事項，不在基本權保護範圍內（基本權內在界限），故人民原則上無公法請求權。然而，我國通說並不採取「基本權內在界限」之見解，實際上沒有必要嚴格區分形成處分是「許可」、「特許」或「免除」，只要有侵害人民權利之行政處分，即應允許人民提起行政救濟<sup>54</sup>。

### 參、行政處分之通知、生效、效力與終止

#### 一、行政處分之通知與生效

行政機關作成行政處分應通知相對人後，該行政處分始發生效力（行政程序法第 110 條）。行政處分之送達，依照是否為書面或一般處分區分通知方式。是以，行政程序法第 100 條：「（第 1 項）書面之行政處分，應送達相對人及已知之利害關係人；書面以外之行政處分，應以其他適當方法通知或使其知悉。（第 2 項）一般處分之送達，得以公告或刊登政府公報或新聞紙代替之。」行政處分經合法通知或送達後，除非因具有重大明顯瑕疵而自始無效，否則皆發生效力（行政程序法第 111 條）。

#### 二、內部效力與外部效力

行政處分的效力可以區分為外部效力與內部效力。①外部效力，指行政處分對當事人發生規制作用之效力，只要行政處分經送達或通知當事人後，即產生外部效力。當事人「救濟期間」之起算，與行政機關職權撤銷或

54 許宗力（2020），〈行政處分〉，翁岳生（主編），《行政法（上）》，4 版，頁 635-636。

★重要爭點

行政處分的構成要件效力及其界限

構成要件效力，指其他行政機關與法院在處理案件時，原則上應視已生效之行政處分為既存事實，尊重該行政處分之存在，以其為作成決定之基礎（先決問題）。基於行政一體原則，行政處分拘束其他行政機關原則上並無問題，惟不包括訴願機關（訴願程序之有權撤銷機關）。然而，行政處分是否對於「法院」亦有拘束力，此涉及「權力分立原則」的問題。雖然法院應尊重行政機關所作之決定，但在特定情形下仍有必要考量人民權利之保障，例外地可以審查行政處分之適法性，符合「構成要件效力的例外」<sup>61</sup>。以下整理構成要件效力對於其他行政機關、法院之各類型問題。

一、行政處分對於「其他行政機關」之構成要件效力

行政處分對於「其他行政機關」原則上具有構成要件效力，應無疑問。但要特別注意，並不是任意某一個行政處分，必定會對於另一行政機關所作成之行政處分發生構成要件效力，仍要視處分作成之目的、依據和機關權限而定，不可一概而論。此可見 106 年律師憲法與行政法第二題第(一)題部分。

司法官

▶ 動手試試看

【106 年律師 憲法與行政法第二題】

甲公司經 A 縣政府以民國（下同）91 年 1 月 29 日函（下稱 A 函），依工廠管理輔導法核准工廠變更登記，增加混合石膏（燃燒後之底灰）及

61 吳庚、盛子龍，頁 345-347；許宗力（2020），〈行政處分〉，翁岳生（主編），《行政法（上）》，4 版，頁 655。

## ★重要爭點

## 行政程序法第121條第1項

## 第 121 條第 1 項「知有撤銷原因」之意義為何？

行政程序法第 121 條之「撤銷原因」，指導致行政處分違法而應予以撤銷之原因，包括「認定事實」和「適用法規」的瑕疵。參考行政法院實務見解，對於「知有撤銷原因」之認定時點，應以行政處分之撤銷原因是「認定事實」或「適用法規」之瑕疵，加以區分：

## ◎案例引導

## 【107 年高考二級 行政法第一題】

甲原為臺北市天龍國小教師，經臺北市政府教育局核定甲於 99 年 8 月 1 日退休。後臺北市政府教育局就公立學校教師辦理退休時，曾任私校年資得否採計為增核退休給與疑義，函請教育部釋示。於 101 年 6 月 25 日收受教育部書函。該函釋略謂，公立學校教師服務滿 35 年，須於公立學校擔任專任教師或校長 30 年，辦理退休時往前逆算連續任教師或校長 5 年以上，成績優異者，始得增核退休給與。臺北市政府教育局隨後據此全面清查此類案件，於 102 年 10 月 24 日發現對甲之退休金之核定處分涉及私校年資部分有適用法令錯誤，乃變更審定並追繳溢發之退休金，於 103 年 6 月 30 日送達於甲。請問上開變更處分是否已逾行政程序法第 121 條第 1 項規定除斥期間？若上例改為臺北市政府教育局隨後清查時，於 102 年 10 月 24 日發現對甲之退休金之核定處分涉及私校年資部分有事實認定錯誤，又有無不同？（25 分）

### 3. 具有相當於行政訴訟法所定再審事由（第 3 款）

行政訴訟法第 273 條第 1 項~~提起~~共規定 14 款再審提起事由，其中包含形式、程序和實質內容之瑕疵，依本條~~第~~項第 3 款規定，均得作為行政程序重新進行之事由。因為既然連行政法院確定判決都可以透過「再審」獲得救濟，倘具有形式存續力之行政處分罹有重大瑕疵時，不得享有比確定判決更強之效力，應允許得對該重大瑕疵之行政處分申請行政程序重新進行。

#### (四) 非因重大過失未提出上述理由

倘申請人在第一次行政程序和行政救濟程序中，已知悉或依當時情形應知悉重新進程序之事由存在，卻未及予以處理時，即具有重大過失。例如：未及時向行政機關提示現存或可利用之證據。

#### (五) 須於法定期間內提起（行政程序法第 128 條第 2 項）

申請行政程序重新進行，應自法定救濟期間經過後 3 個月內為之，事由發生或知悉在後者，自發生或知悉時起算（主觀），但應在法定救濟期間經過後 5 年內為之（客觀）。

行政機關接受行政程序重新進行之申請後，卻在實體上作成「無理由決定」時，申請人應依「處分內容」決定訴訟類型。例如：在「原處分為裁罰處分」之案例中，如果行政機關受理後仍作成相同處罰額度（不同理由）之行政處分，則申請人應對於新行政處分提起「撤銷訴願和訴訟」。

⊖ 最高行政法院判決 111 年度上字第 925 號

行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款：「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：……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。」而申請行政程序重開，係使當事人對已不可爭訟之行政處分，在法定事由具備下，得請求行政機關重開行政程序，以決定是否撤銷、廢止或變更原行政處分，以兼顧法安定性及行政合法性，類似訴訟法上的再審程序。行政程序重新進行之決定，可分為 2 個階段，第 1 階段應先審查申請重開行政程序是否符合法定事由，如不符合重開行政程序法定事由之要件，行政機關既無從開啟已終結之行政程序，即無進入第 2 階段續行審究原處分是否具有應予撤銷、廢止或變更情事之必要。

▶ **直球對決** 動手試試看

【112 年司律憲法與行政法第二題第一題】

原住民甲與乙比鄰而居住於 A 縣。A 縣 B 鄉 C 段 360-1 地號土地為原住民保留地，登記所有權人為中華民國，管理機關為原住民族委員會，土地使用編定類別為森林區林業用地，原登記面積為 5000 平方公尺（下

行股票並提供投資方案人回饋方案之行為，均為公司營運方法，並「無」故意或過失違反衛廣法第 5 條第 1 項規定之情形，甲並無故意或過失。又 A 處分要求甲「限期 6 個月內改正」之部分為「管制性不利處分」，無須認定甲是否有故意或過失，併予敘明。

## （二）甲應提起課予義務訴訟，其主張有理由

### 1. 甲應提起課予義務訴訟

(1) 依 C 處分許可函說明欄記載內容，係 NCC 在許可甲換照申請申請之授益處分外，另課以甲改正先前對乙、丙投資行為違反衛廣法第 5 條第 1 項規定之作為義務，且非以該內容作為處分生效之要件，處分作成時業已生效，故該附款為行政程序法第 93 條第 2 項第 3 款之「負擔」。甲對於 NCC 所作成之「負擔」如何提起行政訴訟，有以下不同見解：

#### ① 附款類型決定說

有認為，應判斷附款是否有「獨立規制之內容」，負擔或負擔保留本身即為獨立行政處分，故得單獨對之提起撤銷訴願、訴訟；但如果是「期限、條件和廢止權保留」已成為授益處分內容之一部分，故應就主處分與附款合併提起課予義務訴訟。

#### ② 處分裁量決定說

另有認為，行政法院應尊重行政機關添加附款之裁量權，故應視授益處分之性質而定：因為行政機關對於「羈束處分」原則上無裁量權決定是否作成附款，故得單獨對該附款提起「撤銷訴願、訴訟」；但因為「裁量處分」與附款間有不可分關係，允許法院單獨撤銷該附款等同剝奪行政機關之裁量權，故應就該附款與主處分共同提起「課予義

方得徵收乙方提供土地之全部或一部」，而參加人以上訴人違反上開系爭聯合開發契約之規定，向被上訴人申請核准徵收，其徵收仍應符合土地徵收法律規定。故原判決以「依聯合開發契約書第 12 條約定解除契約並予以徵收，是可以成為徵收的唯一依據，而且這個徵收並不需要具備合於徵收的必要性及合理性（無需該當徵收之構成要件），僅需要完成徵收作業的實現法律效果的相關程序（如事前議價程序、事後提存程序等）。」「（聯合開發契約）第 12 條所稱之徵收是替代地主提供土地的一種措施，是聯合開發契約的內控手段之一，來自於行政契約之約定。這樣的徵收機制，自然無需考量一般土地徵收的徵收要件（如 90 年捷運法第 6、7 條等），因此以聯合開發契約書第 12 條為單獨的徵收依據，是契約的形成自由之範疇，無可厚非。」等語，違反土地徵收法律保留原則之要求，是原判決以本件徵收不需要具備徵收的必要性及合理性，排除一般土地徵收應嚴格遵守的要件，有適用土地徵收條例及大眾捷運法不當之違背法令。

## 肆、行政契約之瑕疵

我國行政程序法對於違法行政契約僅有「無效」一種法律效果，未如同違法行政處分依照瑕疵程度區分不同法律效果。如果行政契約有行政程序法第 141 條與第 142 條規定之違法情形效力「無效」；對於罹有其他瑕疵之行政契約，則仍然承認其效力。**違法情形，效力應為「無效」**

### 一、行政契約之一般無效原因

行政程序法第 141 條規定：「（第 1 項）行政契約①準用民法規定之結果為無效者，無效。（第 2 項）行政契約②違反第一百三十五條但書或③第一百三十八條之規定者，無效。」本條是行政契約之「一般無效原因」，

指無論是對等契約或隸屬契約，都一律適用之無效事由。依行政程序法第 141 條第 1 項規定，足以導致民法契約無效之原因同時存在於行政契約時，行政契約無效。例如：行為人一方無行為能力、雙方通謀虛偽意思表示，或者契約內容違反公共秩序善良風俗之情形等。此外，行政契約未以書面作成（行政程序法第 139 條）時，因為準用民法第 73 條「法律行為，不依法定方式者，無效」之要式規定，即為無效。

此外，民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限」，行政程序法第 141 條第 1 項是否準用上開規定？從文義來看似無法排除適用。但有學者認為，基於「依法行政原則」行政法規通常~~即為~~是強制或禁止規定，如果違反行政法規之行政契約均一律準用民法第 71 條，所有行政契約將動輒無效，嚴重影響行政契約締結之可能性，故應限縮解釋「違反強制或禁止之規定」，將違反行政法規之情形區分為「普通違法」和「嚴重違法」：如果是「嚴重違法」始準用民法第 71 條規定<sup>149</sup>。

倘行政契約違反行政程序法第 135 條但書「依其性質或法規規定不得締約者」，以及行政程序法第 138 條「應事先公告應具之資格及決定之程序」之規定時，其效力係無效（理由詳前所述）。

## 二、行政契約之特別無效原因（隸屬契約）

行政程序法第 142 條規定：「代替行政處分之行政契約，有下列各款情形之一者，無效：……。」本條規定僅適用於「代替行政處分之行政契約」，即指「隸屬契約」，因為隸屬契約本質上具有高權性質，故特別規定

149 學者認為，行政契約違反某一行政法規是「嚴重違法」或「普通違法」，應參酌①抵觸法律嚴重程度、②公公益衡量結果，或者③違反的是「實體」或「程序」法規：如果行政契約違反之行政法規的規範內容，係完全否定行政契約約定內容（實體）時，即根本否定契約所欲達成之結果，此時應該準用民法第 71 條規定認違反「強制規定」無效；如果違反之法規僅在規範締結行政契約之行為或過程者（程序），則僅屬普通違法，契約仍為有效。詳參：陳敏，頁 597。

## 陸、行政契約之其他重要爭議

### 一、行政契約與行政處分得否併用——雙行為併用禁止原則

行政機關與人民締結行政契約後，如果人民發生違反契約義務之情形時，行政機關可否不以「行政契約」條款內容主張違約效果，另以「行政處分」要求人民履行契約內容，課予人民不利益。我國學說和實務有不同見解：

### ◎案例引導

#### 【105 台北大學法研 行政法第三題】

行政機關是否得先與人民簽訂行政契約，而於人民不履行該契約中所定之給付義務時，行政機關又以行政處分之方式，命人民履行行政契約中所負之義務？（15分）

#### （一）否定說：不得併用（學說見解、部分實務見解）

否定說認為，如果行政機關選擇與相對人締結行政契約，①代表「默示」放棄以行政處分建立法律關係，除非當事人或法律另有約定，行政機關在契約關係存續中，不能再以行政處分此種單方、高權之行政行為實踐契約內容之手段，以符合當事人間之信賴。②特別在「隸屬契約」的情形，行政機關已透過締結行政契約取代理行政處分，「行政契約」與「行政處分」間屬於競爭關係；既已選擇以夥伴性之行政契約形成法律關係，為符合當事人間之信賴，不得准許嗣後作成行政處分，即稱為「雙行為併用禁止原則」或「行為形式併用禁止原則」。

#### （二）折衷說：符合「一定條件」仍得併用（部分實務見解）

部分實務見解認為，行政機關在雙方締結行政契約後，仍得以作成行政處分之方式，單方要求對方履行契約內容或宣告停止或終止契約關係。有認為，最高行政法院 95 年 7 月份庭長法官聯席會議<sup>2</sup>決議，**（二）**以及 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（下簡稱最高行 95 年

2022 年 12 月 2 日促參法第四次修正（同年月 21 日公布施行），總計增修 20 個條文，為歷次之最。財政部稱本次修法為「促參 2.0」，認為對於我國公共建設發展具有三大效益：①新增公共建設類別，擴大促參案源範疇。②引進國際常見的「政府有償取得公共服務機制」（PFI）。③財政部設置履約爭議調解會，有效解決履約爭議。其中，上開舊促參法第 47 條第 1 項規定亦遭修正。然而，依新法同條第 4 項規定授權訂定之「民間參與公共建設申請及審核爭議處理規則」第 30 條規定：「審議判斷視同訴願決定，並應附記如不服審議判斷，得於審議判斷書送達之次日起二個月內，向高等行政法院提起行政訴訟。」對於促參法律關係仍維持「前公後公」之雙階法律關係。

## （二）甄審決定嗣後經撤銷後，行政契約之效力：應為無效

ETC 判決認為，在雙方簽訂 ETC 建置契約後，「甄審決定」之效力並未消滅；但如果簽訂 ETC 建置契約後，甄審決定嗣後遭有權機關撤銷時，行政契約之效力如何？因為依舊促參法第 45 條第 1 項規定僅有最優申請人才能取得締約之權利「強制規定」，ETC 建置契約依行政程序法第 141 條第 1 項準用民法第 71 條規定，其效力為無效。有學者肯認 ETC 判決之見解，甄審決定乃第二階段投資契約之「法律上原因」，二者間存有緊密因果關聯，當該原因不存在時，第二階段投資契約將失所附麗，產生「失其效力」的結果<sup>168</sup>。

### ⊖ 臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號判決

(1)違反促參法第 45 條 1 項→行程法第 141 條 1 項→民法第 71 條

經查，本件建置營運契約係行政契約（詳細理由如本院 94 年度停字第

### 新增分隔線

168 林明鏞(2006)，〈促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析〉，《台灣法學雜誌》，82 期，頁 222-224。

## 📖 解題要點

這題當年在考場讓很多考生瞬間傻眼，很多人搞不清楚第(二)題和第(三)題的差別是什麼，尤其又搞不清楚為什麼第(三)配分會高達 40 分？這時候，我們一定要認真思考這兩題有什麼不同，同時注意甲提起訴訟的對象也不同。第(二)題要先區辨行政處分與事實行為的不同，要理解「法效性」並不等於「權利侵害」。第(三)題又多考了什麼爭點。其實，第(三)題還隱藏了一個「公法區分」的問題，進而要分辨「第一次權利保護」與「第二次權利保護」的區別。請求「公開道歉」到底是排除侵害？還是請求損害賠償？大家不妨可以用民法的角度思考看看，民法第 195 條第 2 項是放在民法體系的哪裡呢？也許心中就會有答案了。

## 📄 參考擬答（作答字數：1572 字）

### (二) (一) 茲分述如下

#### 1. 甲應對於系爭新聞稿提起行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟

(1) 系爭新聞稿是 A 市政府就甲公然侮辱 A 市政府警察局之員警之具體事件所為，惟查系爭新聞稿內容，並未對於甲之法律上權利義務直接發生變動，未「依法」對甲發生法律效果；即使甲名譽權、隱私權等權利受有侵害，亦不具有「法效性」，系爭新聞稿應為「公法上事實行為」。

(2) 系爭新聞稿為公法上事實行為，甲應提起行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟，請求撤下系爭新聞稿（作成行政處分以外之其他非財產上之給付）。

#### 2. 請求權基礎為「結果除去請求權」

(1) 結果除去請求權，指人民權利受公權力違法侵害時，得請求排除