



元照出版提供 請勿公開散布

行政法 要義

2019 年第七版補充資料

李惠宗 著

元照出版公司

釋字第759號解釋【省營事業人員撫卹金審判權案】理由書（第6段） 0159
即認為：

勞動基準法第84條本文固謂：公務員兼具勞工身分者，其有關撫卹等事項，「應適用公務員法令之規定」，惟其並未規定因此所生之爭議，究應由普通法院抑或行政法院審判。揆諸前揭本院解釋先例，爰應依爭議之性質定審判權之歸屬。

蓋權利義務實體法規定的內容，固應適用公法，但法律關係的依據仍屬「靜態組織法上」的關係，若不涉及公權力作用，則屬私法關係，故前自來水公司的人員與自來水公司的關係，係組織法的問題，其因此所生的爭議，仍屬私法爭議。（釋759）

釋字第772號解釋【申請讓售國有財產審判權案】認為： 0160

財政部國有財產局或所屬分支機構，就人民依國有財產法第52條之2規定，申請讓售國有非公用財產類不動產之准駁決定，屬公法性質，人民如有不服，應依法提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。

因為讓受與否，涉及國產權公權力行使的作用，該局有「決定裁量權」（邊碼0625），不受當事人主張的拘束。

相對的，釋字第773號解釋【國有土地優先購買權爭議審判權案】針對同樣都是申請讓售國有財產，但法律依據不同，則屬不同法律關係，該解釋認為： 0161

未辦理繼承登記土地或建築改良物之合法使用人就其使用範圍，對財政部國有財產署或所屬分支機構所為之公開標售，依土地法第73條之1第3項前段規定行使優先購買權而訴請確認優先購買權存在事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判。

因為此一法律關係乃基於土地法第73條之1第3項前段規定直接產生，國產局沒有決定售或不售的「裁量餘地」，係屬「強制締約」的性質，乃屬私法關係。

釋字第758號解釋【依民法請求機關返還土地審判權案】即認為： 0167

土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。

亦即，訴訟關係上公法或私法的區別，應以「訴訟標的」作為判斷標準，不以攻擊防禦方法為斷。

08140 公務員退休可以依其意願領取終身俸，此為國家對公務員之照顧。但2006年民進黨全面執政後，開始對過於優渥的軍、公、教人員，縮減其退休給付，而引起退休人員的不服，大量的軍公教人員提起訴願及行政訴訟。此次的軍公教年金改革爭議，可以算是我國自行憲後，大量的法律爭議。此一巨大爭議，在2019年8月23日司法院公布釋字第781號解釋【軍人退除給與案】、第782號解釋【公務人員退撫給與案】及釋字第783號解釋【教職員退撫給與案】而劃下句點。

此次的軍、公、教年金改革的基本結構一樣（條次略有不同，但內容一致），釋憲結果也完全相同，本補充資料以釋字第782號解釋【公務人員退撫給與案】為代表。茲先摘錄該號解釋文如下：

公務人員退休資遣撫卹法第7條第2項規定無涉法律不溯及既往原則及工作權之保障，亦未抵觸比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨尚無違背。

同法第4條第6款、第39條第2項規定，與憲法保障服公職權、生存權之意旨尚無違背。

同法第4條第4款、第5款、第18條第2款、第3款、第36條、第37條、第38條及第39條第1項規定，無涉法律不溯及既往原則，與信賴保護原則、比例原則尚無違背。

相關機關至遲應於按同法第92條為第1次定期檢討時，依本解釋意旨，就同法附表三中提前達成現階段改革效益之範圍內，在不改變該附表所設各年度退休所得替代率架構之前提下，採行適當調整措施，俾使調降手段與現階段改革效益目的達成間之關聯性更為緊密。

同法第67條第1項前段規定：「公務人員退休後所領月退休金，或遺族所領之月撫卹金或遺屬年金，得由考試院會同行政院，衡酌國家整體財政狀況、人口與經濟成長率、平均餘命、退撫基金準備率與其財務投資績效及消費者物價指數調整之」，與同法第36條至第39條設定現階段合理退休所得替代率之改革目的不盡一致，相關機關應依本解釋意旨儘速修正，於消費者物價指數變動累積達一定百分比時，適時調整月退休金、月撫卹金或遺屬年金，俾符憲法上體系正義之要求。

同法第77條第1項第3款規定：「退休人員經審定支領或兼領月退休金再任有給職務且有下列情形時，停止領受月退休金權利，至原因消滅時恢復之：……三、再任私立學校職務且每月支領薪酬總額超過法定基本工資。」與憲法保障平等權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，失其效力。

本件暫時處分之聲請，應予駁回。

本次爭議最大的有爭點是：縮減月退休金額，是否違反法律溯及既往原則及信賴保護原則，縮減金額的幅度會不會違反比例原則有過度剝奪退休人員財產權？上開三號解釋皆認為皆無違憲，而侵害人民財產權、工作權、生存權與服公職之權利，更與「法律溯及既往原則」無涉。

從結論來看，大法官宣告整體軍公教年金改革的各項爭議，均屬合憲，僅有「再任私立學校職務且每月支領薪酬總額超過法定基本工資」而停發月退休金之部分規定，被宣告違反憲法平等原則（理由125）。

但有部分警告性的宣示：應定期檢討「調降手段與現階段改革效益目的達成間之關聯性更為緊密」（理由122），且給付之金額『應』「於消費者物價指數變動累積達一定百分比時，適時調整月退休金、月撫卹金或遺屬年金，俾符憲法上體系正義之要求。」（理由123）

總體來看，此次的年金改革雖帶來重大爭議，並產生相當高度的社會效應，但並未違反憲政秩序。

最高行政法院108年3月份第1次庭長法官聯席會議已改變見解而認為，「申誡」係屬行政處分，從而大開「針對申誡之措施提起行政訴訟」方便之門。本書認為，基於行政組織管理及領導統御之需要，應從立法論上，對某些懲戒性的措施，限制其進入行政訴訟的系統（邊碼12107）。

08424

行政程序法第32條係屬「列舉條款」的性質，依「明示其一，排除其他」的一般法律原則，各款事由應作限縮解釋。其中第2款所稱「……就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者」，係指法律上已經形成具有「休戚與共」的「共同權利義務主體者」而言，例如「土地共有關係」、「共同繼承關係」等。以訴訟法觀點來看，此種共同關係，將形成行政訴訟法第41條所規定的情形：「訴訟標的對於第三人及當事人一造必須合一確定者，行政法院應以裁定命該第三人參加訴訟。」

11205

至於股票上市公司之董事（長）與「獨立董事」之間，係處於公司財務上監督與被監督關係，尚未形成「共同權利義務主體者」¹，故董事與獨立董事間，非屬應自行迴避的事由。但具體情事，可能構成第33條第1項第2款之「有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞」之被申請迴避事由。

12107 最高行政法院108年3月份第1次庭長法官聯席會議認為：

依司法院釋字第736號解釋理由書意旨，教師因學校具體措施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。

公立學校與所屬教師間雖屬行政契約關係，惟為促進協助教師專業成長、增進教師專業素養、提升教學品質，以增進學生學習成果等立法目的，高級中等教育法第33條及國民教育法第18條第2項明定應對公立高級中等以下學校（下稱「公立高中以下學校」）教師辦理成績考核，並授權訂定公立高級中等以下學校教師成績考核辦法（下稱「教師成績考核辦法」），以資規範。公立高中以下學校應依該辦法第8條及第9條組成考核會，遵循同辦法第10條至第14條之法定程序，依據同辦法第4條第1項及第6條第1項之法定事由，辦理所屬教師之年終成績考核及平時考核獎懲，並報請主管機關依同辦法第15條第2項或第6項核定或視為核定，且直接發生教師得否晉級、給與多少考核獎金及獎懲之法律效果。況與教師間無契約關係存在之主管機關，尚得依同辦法第15條第3項至第5項規定逕行核定或改核。顯見公立高中以下學校或主管機關對所屬（轄）教師所為之年終成績考核或平時考核獎懲，並非基於契約關係所為之意思表示，而係行政機關依公法上之強制規定，就具體事件所為之公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，核屬行政程序法第92條第1項所定之行政處分。

又因公立高中以下學校對所屬教師年終成績考核考列為教師成績考核辦法第4條第1項第2款之決定，或依同辦法第6條第1項第6款規定所為申誡之懲處，將對教師之考核獎金、名譽、日後介聘或升遷調動等權利

¹ 實務上，2018年1月間開始產生之台大校長管中閔教授遴選事件，即涉及到台大校長遴選委員會中有臺灣大哥大電信公司副董事長蔡明興先生擔任委員，其與校長候選人管中閔教授為該公司獨立董事間，是否有應自行迴避之事由的問題。本書認為，此種情形，非屬行政程序法第32條第2款所規定之「共同權利人或共同義務人」的自行迴避事由。

或法律上利益產生不利之影響，均屬侵害教師權益之具體措施。從而，教師因學校上開具體措施認其權利或法律上利益受侵害，自得以同辦法第16條第3項規定之考核機關為被告，依法向行政法院提起撤銷訴訟，以落實首揭解釋理由書所揭示有權利即有救濟之憲法原則。

本件決議見解，肯定公務員「年終考績乙等之評價」及對公務員「申誡之懲處」係屬「行政處分」，符合學理的概念。因為「重大影響理論」不是處理行政處分本質的問題，而是作為是否需要何種層級法律保留的問題。故不得認為，對公務員產生「重大影響」才認定其屬「行政處分」，故此一見解對於行政處分的內涵有正確性的知，可資贊同。

影響較輕的領導統御措施（警告、申誡、乙等年終考績），雖具有行政處分的性質，但從行政管理角度出發，一定程度以下的申誡，本書認為從「立法論」來看，應該可以透過「立法排除」在行政訴訟之列。亦即，警告、申誡及年終考績考為乙等，或高中以下教育人員年終考績考列為乙等（四條二），雖屬行政處分，基於行政管理的必要，兩害（無助於機關的領導統御及行政管理）相權取其輕的法理，以不進入訴訟程序為當，但應透過公務員懲戒法明文規定。蓋訴訟過程，通常會形成當事人間的焦慮、報復、糾結等情緒，無助於行政系統的和諧。

本書認為，包括記過以上的懲戒²及年終考績考丙等以下的決定，始有必要使其進入行政訴訟程序，而不是因為該決定（申誡、乙等年終考績）並非行政處分之故。換言之，應透過立法論解決此一問題。

最高行政法院107年7月份第1次庭長法官聯席會議認為：

12108

內政部依建築法第97條之2授權訂定之違章建築處理辦法第5條、第6條分別規定：「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，認定必須拆除者，應即拆除之。認定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。」「依規定應

² 本書認為，公務員懲戒法第9條規定的9種懲戒手段，包括：一、免除職務；二、撤職；三、剝奪、減少退休（職、伍）金；四、休職；五、降級；六、減俸；七、罰款；八、記過，皆可提起行政訴訟，但申誡則不可。換言之，同屬行政處分，有些輕微的行政處分，不得提起行政訴訟。

拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。」準此，直轄市、縣（市）主管建築機關對於符合拆除要件的違章建築，自應作成行政處分，課予違建人拆除之作為義務，於違建人未履行時，逕為強制執行。本件違章建築補辦手續通知單（下稱補辦通知單）僅係確認B所有之甲房屋為程序違建及通知其補辦建造執照，並未命B拆除其所有之甲房屋，尚難以此作為執行拆除之名義。而違章建築拆除通知單（下稱拆除通知單）雖係接續補辦通知單的行政行為，但其內容既係認定B逾期未補辦申請建造執照手續，構成拆除要件，並表示「依違章建築處理辦法第5條規定應執行拆除」係屬違章建築之甲房屋，即含有命B自行拆除，否則逕為強制執行之意思，自應認該拆除通知單屬於確認及下命性質之行政處分。

換言之，是否為行政處分，不以有後續的命令或執行的動作，即否認其具有行政處分的性質，因為確認特定法律關係合法與否的決定，本身即具有確認性行政處分之意涵。

第三項 命令迴避

12224 行政程序法第33條第5項規定為：

「公務員有前條所定情形不自行迴避，而未經當事人申請迴避者，應由該公務員所屬機關依職權命其迴避。」

此為「命令迴避」之規定，以補充「自行迴避」及「申請迴避」的不足。但本書認為，本項有關「有前條所定情形不自行迴避……」的規定，應屬法制上一大漏洞。蓋本條「申請迴避事由」，有兩大類：1.「有自行迴避事由，而不自行迴避」；2.「執行職務有偏頗之虞之具體事由」，但主管機關可以「命令迴避」，「文義上」卻僅限於「前條」的自行迴避事由，而不包括「有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞者。」

換言之，具體個案上如公務員（或受託行使公權力之個人）「有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞」，但當事人不知情而未申請迴避，主管機關亦無從命其迴避。此規定的結果，將造成公務員有「執行職務有偏頗之虞」的情事，主管機關「縱使」事後知悉，亦不得「依職權命其迴避」，而形成一大漏洞。

蓋命令迴避制度，係以填補「申請迴避」不足所由設，特別是具有競爭性質（例如行程 § 138：大學校長遴選程序）的決定，有具體事實，足

認其執行職務有偏頗之虞的情事，當事人若未完全揭露重要資訊，則競爭當事人未必有能力及機會申請迴避。且此種情形，當事人未能申請迴避所作成的行政處分，理論上雖未至於「當然違法」，但至少有一「不當」之處，應屬顯然。

迴避制度係為擔保行政程序之公正而設，自行迴避事由因採列舉規定模式，而應嚴格解釋，但申請迴避及命令迴避之事由則應寬鬆解釋，故第33條申請迴避事由，以「執行職務有偏頗之虞」即可申請迴避，且其事由僅需「釋明」（簡單證明）即可；再者，違反第33條第1項的情形，並非依行政程序法第114條可以「補正」的類型，故違反違反第33條第1項所作成的行政處分，已屬「不適當」，當然也可能「違法」，若針對「有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞」，規定應由該公務員所屬機關依職權命其迴避，應屬適當。

本書認為，在立法上行政程序法第33條第5項應修正為：

「公務員有第一項（不僅限於前條）情形，而未經當事人申請迴避者，應由該公務員所屬機關依職權命其迴避。」始為正辦³。

至於環境影響評估法第23條第2項第2款中所稱之「開發單位未依主管機關審查結論或環境影響說明書、評估書之承諾執行，致危害人體健康或農林漁牧資源者」之「承諾」，究應視為「條件」或「負擔」之類的附款，或另屬「行政契約」性質，學理及實務容有不同見解⁴。

12332

五、行政契約與行政處分併用之禁止原則

行政契約係透過行政機關與當事人的雙方意思表示改變公法關係，故除非法律有特別規定，在行政契約關係中，行政機關不得就該行政契約所產生的權利義務及其所衍生的關係，再透過行政處分的方式作成單方的下命

13218

³ 實務上，2018年持續延燒的台大校長遴選「管中閔事件」，教育部曾經於2018年5月4日行文要求台大校長遴選委員會應重啟「遴選程序」，即屬命該公務員迴避之意。（蔡明興副董事長係屬以「受委託行使公權力之個人」的地位參與台大校長遴選程序），參李惠宗，從法學方法論談公立大學遴聘校長之爭議，月旦法學278，2018/7，頁121-140。

⁴ 參王毓正，環評審查結論之條件與環評承諾於行政訴訟中相關爭議問題之探討，興大法學23，2018/5，頁109-144。

行為，此稱為「行政契約與行政處分併用之禁止原則」，否則即失去訂定行政契約之目的。

但如果係屬行政契約外的公法關係，或法律另有規定⁵，自另當別論。

第九節 行政契約準用民法規定

行政程序法第149條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」

最高行政法院106年3月份第1次庭長法官聯席會議認為：

民法有關違約金之規定與行政契約不相牴觸，自得準用於行政契約。警察專科學校為執行確保國家培養警察人員且能及時補充警員人力之行政職務，辦理95年專科警員班第25期正期學生組行政警察科學生招生，於招生簡章……載明「前列各科畢業生在99年12月31日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用」，係為確保學生應於99年12月31日前通過警察特考及格並分發任職之義務之履行，經應考錄取並就學者，其性質即屬違約金之約定。而契約雙方約定之違約金是否相當，須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，為斟酌之標準。

(一)管制性不利益處分

17139 為順利完成行政公共任務，法規上常賦予行政機關可以作成管制性的措施，此些措施雖具有「干預性」，但不必然係屬行政處罰措施，例如交通法規的速限、超重之規定；建築法上「容積率」、「建蔽率」的管制；土地使用分區的指定、藥品廣告之限制、香菸禁止販售予未滿18歲之人等。

17141 最高行政法院106年4月份庭長法官聯席會議認為：

106年1月4日修正公布前公路法第77條第2項後段「……其非法營業

⁵ 例如促進民間參與公共建設法第52條及第53條，有關主管機關對民間參與公共建設，「於興建或營運期間，如有施工進度嚴重落後、工程品質重大違失、經營不善或其他重大情事發生」，主辦機關依「投資契約」應為下列處理……。

之車輛牌照並得吊扣2個月至6個月，或吊銷之」規定，73年1月23日增訂時「至於未經申請核准而經營公路經營業、汽車運輸業……除處以罰鍰並勒令停業外，並增訂吊扣非法營業之汽車牌照或吊銷汽車牌照之規定，以利執行」及106年1月4日修正時「……為達到遏止非法之效果，復提高吊扣非法營業車輛牌照之期限，……」之立法理由，參諸條文內容亦未以所吊扣或吊銷之車輛牌照為同條項前段之違規行為人所有者為限。考其意旨當係基於「使該車輛無法再繼續供作違規使用」並利於主管機關執行健全公路營運制度之目的，賦與主管機關得為吊扣或吊銷車輛牌照之處分，故其性質應認屬管制性行政處分。

換言之，雖名稱與行政罰種類完全相同，但仍應審視其規範依據的法規的立法目的而定其性質，因為如果係屬「管制性行政處分」，其作成就未必受到行政罰法第27條三年裁罰權時效的限制。

類似爭議，包括政府採購法上「追繳押標金」的措施。

（二）管制性不利益處分與行政罰的區別實益

17148

1.有無裁罰權時效的限制（行政罰 § 27）

2.裁量權限的有無。

釋字第754號解釋【一張進口報單三個處罰案】即屬此一問題的經典。本號解釋其本質也是「裁判憲法審查」的問題，其事件背景是：

17449

「聲請人朱田江即一路通商行於中華民國97年向財政部高雄關稅局（現改制為財政部關務署高雄關，下稱原處分機關）報運進口貨物，經原處分機關稽核發現該批貨物之實際交易價格，與報單申報內容不符，有繳驗偽造發票、虛報所運貨物價值及逃漏稅款情事，原處分機關除追繳所漏進口稅、營業稅外，另依海關緝私條例第37條第1項第2款，按所漏進口稅額處2倍罰鍰新臺幣（下同）328萬1,708元，並依行為時加值型及非加值型營業稅法（下稱營業稅法）第51條，按所漏營業稅額處1.5倍罰鍰73萬8,380元。」

本號解釋直接審查最高行政法院庭長法官聯席會議決議而認為：

最高行政法院100年度5月份第2次庭長法官聯席會議有關：「……進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為3個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第37條第1項第4款、貨物稅條例第32條第10款暨

營業稅法第51條第7款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題」之決議，與法治國一行為不二罰之原則並無抵觸。」

本號解釋在理由書中，提出判斷一行為或數行為的標準，其理由：

違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時，如係實質上之數行為，原則上得分別處罰之。至行為數之認定，須綜合考量法規構成要件、保護法益及處罰目的等因素。進口稅係對國外進口貨物所課徵之稅捐；貨物稅乃對國內產製或自國外進口之貨物，於貨物出廠或進口時課徵之稅捐；營業稅則為對國內銷售貨物或勞務及進口貨物所課徵之稅捐。是進口貨物可能同時涉及進口稅、貨物稅及營業稅等租稅之課徵。立法者為使主管機關正確核課租稅，並衡諸核課之相關事實資料多半掌握於納稅義務人手中，關稅法第17條第1項規定：「進口報關時，應填送貨物進口報單、並檢附發票、裝箱單及其他進口必須具備之有關文件。」貨物稅條例第23條第2項規定：「進口應稅貨物，納稅義務人應向海關申報，並由海關於徵收關稅時代徵之。」營業稅法第41條規定：「貨物進口時，應徵之營業稅，由海關代徵之；其徵收……程序準用關稅法及海關緝私條例之規定辦理。」明定人民於進口應稅貨物時，有依各該法律規定據實申報相關稅捐之義務。納稅義務人未據實申報，違反各該稅法上之義務，如致逃漏進口稅、貨物稅或營業稅，分別合致海關緝私條例第37條第1項、貨物稅條例第32條第10款及營業稅法第51條第1項第7款之處罰規定，各按所漏稅額處罰，3個漏稅行為構成要件迥異，且各有稅法專門規範及處罰目的，分屬不同領域，保護法益亦不同，本得分別處罰。至於為簡化稽徵程序及節省稽徵成本，除進口稅本由海關徵收（關稅法第4條參照）外，進口貨物之貨物稅及營業稅亦由海關代徵，且由納稅義務人填具一張申報單，於不同欄位申報3種稅捐，仍無礙其為3個申報行為之本質，其不實申報之行為自亦應屬數行為。

換言之，大法官認為「行為數之認定，須綜合考量法規構成要件、保護法益及處罰目的等因素。」

該解釋結論認為：「納稅義務人填具一張申報單，於不同欄位申報3種稅捐，仍無礙其為3個申報行為之本質，其不實申報之行為自亦應屬數行為。」

此一解釋固然解決了報關案件的複雜性，但本書認為，稅制之形成，各稅皆有其不同目的，但法益的保護則屬相同，蓋各種稅捐的法規，皆有

保護國家財政收入的目的，上開進口稅、貨物稅及營業稅固有不同稅種的目的，無非都在增進國家稅捐收入，雖然各稅規範構成要件不同，但所擬保護的法益，就「國家收入」而言，何嘗有異？特別是此三種稅捐義務，都在稅法上，申報行為又有高度密接性（實務上的狀況，填入報關貨物價額，貨物稅及營業稅額，即會自動產生）。本書認為，此三種稅，對進口貨物而言，固屬不同稅捐負擔，但一個報關行為，在「不同欄位申報3種稅捐」，終究只是一個申報不實行為，應從一重處罰即足以達成目的。由於稅捐債務係屬法定債務，但處罰係屬額外責任之追究，故此種案型的行為，當事人固應補繳三種稅捐，但處罰應只針對單一的申報行為。

再就「處罰目的」而言，處罰不就是責任的追究？都是侵害國家財政收入的行為，故其處罰目的亦屬同一。

最高行政法院105年10月份庭長法官聯席會議認為：

17467

藥事法第65條：「非藥商不得為藥物廣告。」違反此規定者，應依同法第91條規定裁罰。因此，藥事法第65條係課非藥商不得為藥物廣告之行政法上不作為義務。又同法第24條規定：「本法所稱藥物廣告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。」而「廣告」乃集合性概念，一次或多次利用傳播方法為宣傳，以達招徠銷售為目的之行為，均屬之。非藥商多次重複地利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為，如係出於違反藥事法第65條之不作為義務之單一意思，則為違反同一行政法上義務之接續犯。該多次違規行為在法律上應評價為一行為，於主管機關裁處後，始切斷違規行為之單一性。依題意，甲係出於同一招徠銷售「遠紅外線治療儀」之目的，在民國103年2月11日至3月23日共41日期間，擅自刊播該藥物廣告達76次，核其時間密集、行為緊接，如無其他相反事證，應可認為是出於違反藥事法第65條行政法上義務之單一意思，該當於一個違反藥事法第65條行政法上義務之行為，為一行為而非數行為。

此一見解，值得贊同。

最高行政法院107年4月份第1次庭長法官聯席會議宣示：

18105
改

對具行政處分性質之執行命令不服，經依行政執行法第9條之聲明異議程序，應認相當於已經訴願程序，聲明異議人可直接提起撤銷訴訟。本院97年12月份第3次庭長法官聯席會議（三）決議末句：「其具行政處分之性質者，應依法踐訴願程序」，應予變更。

蓋「執行命令」本身係屬下命行政處分，係本於確定下命性的行政處分，為避免疊床架屋的救濟程序，既已針對第9條各式的事項，聲明異議，該異議結果，認定其屬「訴願決定」，亦屬適當。

四、債務人異議之訴

18133 最高行政法院107年10月份第2次庭長法官聯席會議認為：

現行行政訴訟體系下之債務人異議之訴，係由債務人於強制執行程序終結前向行政法院提起，旨在排除執行名義之執行力。至於作為執行名義之行政處分本身是否違法之爭議，則係由受處分人向行政法院提起撤銷訴訟，對未形式確定之行政處分，尚得依法聲請停止執行，以為救濟，二者之制度目的及規範功能均屬有別。在行政處分是否違法之爭議，已有撤銷訴訟及停止執行制度作為權利保護方式下，當無再許受處分人以行政處分之違法事由提起債務人異議之訴，以免混淆並破壞行政訴訟權利保護機制。從而，行政處分之受處分人，於行政機關以該行政處分為執行名義之強制執行程序終結前，主張有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，而向行政法院提起債務人異議之訴，其所得主張之異議事由應以執行名義「成立後」之事由為限。本院97年5月份第1次庭長法官聯席會議（一）決議應予補充。

20164 有關不利益變更禁止原則，最高行政法院105年8月份第1次庭長法官聯席會議認為：

訴願法第81條第1項：「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。」此項本文規定係規範受理訴願機關於訴願有理由時，應為如何之決定。其但書明文規定「於訴願人表示不服之範圍內」，顯係限制依本文所作成之訴願決定，不得為更不利益之變更或處分，自是以受理訴願機關為規範對象，不及於原處分機關。……原行政處分經訴願決定撤銷，原行政處分機關重為更不利處分，並不違反訴願法第81條第1項但書之規定。惟原行政處分非因裁量濫用或逾越裁量權限而為有利於處分相對人之裁量者，原行政處分機關重為處分時，不得為較原行政處分不利於處分相對人之裁量，否則有違行政行為禁止恣意原則。

不提起訴訟之範圍，釋字第774號解釋則認為：

21074
補

都市計畫個別變更範圍外之人民，如因都市計畫個別變更致其權利或法律上利益受侵害，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其提起行政訴訟以資救濟，始符憲法第16條保障人民訴訟權之意旨。本院釋字第156號解釋應予補充。」

換言之，訴訟權的保障不以行政處分的相對人為限，若具第三人效力之行政措施，使可得特定之人受到權利的損害，應無拒絕予以救濟之理。

所謂「損害其權利或法律上利益」，係指依法本得享有，因該處分而未給予者，若特定措施本非屬法律上既有之地位，而係附隨於特定地位而產生者，行政機關不作成該決定，並非有損其權利。

21081

以下事例，實務上認為非損害當事人權利或法律上利益：

- A. 司法院令「免兼庭長之人事行政行為，僅免除庭長之行政兼職，於其擔任法官職司審判之本職無損，對其既有之官等、職等、俸給亦無不利之影響，故性質上僅屬機關行政業務之調整。」（釋539），非行政處分，當事人無訴訟保護必要。
- B. 大學教師免兼行政主管（系主任、院長）之措施⁶。
- C. 中小學教師免兼行政職（組長、導師）之措施⁷。
- D. 由主管人員調任為同一機關非主管人員，但仍以原官等官階任用並敘原俸級及同一陞遷序列，雖使其因此喪失主管加給之支給，惟基於對機關首長統御管理及人事調度運用權之尊重，且依公務人員俸給法第2條第5款規定，主管加給係指本俸、年功俸以外，因所任「職務」性質，而另加之給與，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給，故應認該職務調任，未損及既有之公務員身分、官等、職等及俸給等權益，不得提起行政訴訟請求救濟。（最高行104年8月2次決議(一)）

有關何機關始為適格之被告，最高行政法院106年6月份第2次庭長法官聯席會議認為：

21085

⁶ 參高行92訴797；最高行95判141。北高行102訴821；最高行103判450。

⁷ 參最高行108裁893。

教師法第29條、第31條、第33條規定教師對有關其個人措施得提出申訴、再申訴及循序提起行政訴訟之程序，係為糾正主管教育行政機關或學校違法或不當損害教師權益行為所設之特別行政救濟制度。大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨。參酌教師法第33條僅規定「教師」得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，此與同法第31條第2項後段特別規定「學校」亦得對申訴決定提起再申訴之情形顯不相同；又綜觀教師法第33條規定之立法歷程，立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍，並非立法上有所疏漏。從而，大學自不得針對不予維持其不予續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟。

亦即「學校」固然可以針對校級教師申評會的決議，向教育部中央申評會提起「再申訴」，但針對教育部中央申評會的決定，不能提起「行政訴訟」，只有「教師」本人才可以繼續進行救濟。此與原處分機關不得對上級機關的訴願決定提起行政訴訟的法理一樣。

釋字第736號解釋（理由書2）亦肯認之：

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。」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。

21087 七、選定適格的被告

最高法院107年9月份第1次庭長法官聯席會議決議

「公務人員如單就年終考績評定不服，原則上應以服務機關為被告；如對銓敘部基於掌理公務人員敘級、敘俸職權所為考績獎懲結果（晉級、獎金、留原俸級）之銓敘審定不服，則應以銓敘部為被告」

其他如對縣市政府土地徵收，該徵收雖須經內政部同意，內政部僅是合法性監督的機關，本身並非作成行政處分的機關，仍應以徵收機關之縣市政府為被告。

大學對其所屬教師停聘、解聘、不續聘依教師法第14條至第16條規定，須經教育部「核准」，但教育部此之「核准」本身只是大學解聘教師行政處分的生效要件，係多階段行政處分的合法性監督階段，故教師針對解聘等處分的不服，仍應以大學為被告，非以教育部為被告。

至於應以何種訴訟提起公益訴訟，則應視個別法律所規定的內容而定。最高行政法院106年11月份第1次庭長法官聯席會議即認為：

21153

廢棄物清理法第72條第1項規定，受害人民或公益團體先以書面敘明主管機關疏於執行法令之「具體內容」告知主管機關，且主管機關於該書面送達之日起60日內仍怠於執行該具體職務行為時，得直接訴請行政法院判令其執行該具體之職務行為，乃行政訴訟法第9條所稱法律特別規定之公益訴訟。而其訴訟類型之選擇，應與受害人民或公益團體所申請主管機關疏於執行之具體內容相互對應，亦即視其所申請主管機關應為具體措施之法律性質究屬行政處分（例如限期清除處理、命令停工、停業或歇業、撤銷操作許可證等）或事實行為（例如實施檢查或鑑定、代為清除處理之措施或進入公私場所採樣或檢測等），而分別提起「課予義務訴訟」或「一般給付訴訟」，始符合系爭規定要求受害人民或公益團體須先以書面告知主管機關疏於執行法令之「具體內容」的立法本意。



元照出版提供 請勿公開散布

行政法要義

七版增補資料

2019年9月

作 者 李惠宗
出 版 者 元照出版有限公司
100臺北市館前路28號7樓
網 址 www.angle.com.tw
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890元照出版有限公司

此為增補資料，僅供參考使用，不得作為出版，銷售使用
版權所有・翻印必究