

東海大學法律學研究所
碩士論文

指導老師：黃啟禎博士

行政法院確定判決對機關拘束力之研究

A Study of the Res Judicata of
Administrative Court's Decisions on
Administrative Agencies

研究生：陳碧玉
中華民國 102 年 7 月 25 日

論 文 摘 要

「行政法院確定判決對機關拘束力之研究」，探討焦點在違法行政處分經過司法確定判決之後，其確定判決之既判力可否容許行政機關有突破之空間，此一研究，本文界定係屬法律適用論層次之問題，兼至解釋論在內，因此，全篇論文亦係圍繞相關法律適用與解釋範圍進行論述。

本論文首將切入憲政架構中區辨出憲法賦予機關職權之本旨，並從法本質進行至立法及相關原理原則之意涵，歸納判決拘束力不應觸及的違法行政處分，究竟能透過何種合理之作用，給予新貌，再就法院確定判決之拘束力作一綜合之論述，其中亦將述及行政處分生效後之效力與確定判決效力兩者關聯、民事審判與行政審判二者既判力之比較等面向，從而探求行政法院確定判決拘束力射程合理範圍，界定出行政法院判決拘束力可能必須獨立處理之區塊，並接著以開啟行政程序重新進行議題之探討，其中學界與實務針對是否容許行政機關針對「法定救濟期間經過」之裁量延伸至已經判決確定之行政處分部分加以分析，並論行政程序重開與再審間之相關性，及是否將行政程序法第 128 條與行政訴訟法的再審，同等視之？然後針對所採行機關拋棄勝訴利益之作法，其合法性與可行程度，提出所可引據之立論基礎，最後由機關拋棄確定判決之勝訴利益，及機關對於案件之掌控權源相關觀點，並借鏡德、日見解，認為國家機關為避免違法行政處分繼續侵害人民權益，應容許並賦予機關義務將違法處分去除，作為本文之總結。

【關鍵字】

行政法院 (Administrative Court)、確定判決 (Administrative Court's Decisions)、拘束力 (Res Judicata)、案件掌控權 (Sachherrschaft)

謝 辭

一篇論文的完成，相信除了喜悅，還有更多的感謝，誠摯真意地感謝東海，為我孕育碩士學位，對於一位轉換學習跑道而來的資淺法律人，學習歷程的辛苦是必然的，但是東海的環境與老師群供給我源源不斷的動力，故以4年時間而取得之法學碩士學位是值得萬分欣喜之事，事實上，此刻內心所充斥的是感謝與感動。

首先，要感謝的是指導教授黃啟禎恩師，老師所給予的教導是全面性的，完完全全落實東海博雅教育之理想。而在學業部分，尤其在行政法領域之學習就如同被打通任督二脈般的通暢，其中建立體系清楚與架構分明的學習之道，乃是老師諄諄教誨的首訣；當然，學業之外的待人接物、為人處世之叮嚀，然後是對宏觀的公平正義的堅持，點點滴滴的學習都是累積得以完成論文的能量，所以沒有指導恩師就沒有本篇論文的產出，因此對老師的感謝非筆墨所可形容，而我也深知本篇論文並無法展現老師深厚的教學功力，惟有付諸行動的再提昇，期許自我的程度向上躍升，方能不辱師門。其次，與口試委員林昱梅老師於98年6月底渠擔任保訓會專任委員期間，所建立極其短暫但是相當難得之緣分，是在參加當年度薦任升簡任官等訓練之時，此次再蒙林老師於口試中諸多指導，所提示許多寶貴意見，受益良多，更豐富了論文的內在，實誠感恩之至。而與另一位口試委員蕭淑芬老師之緣分更是難得，老師是將我從日文門外漢帶入至略具程度與具有興趣之歷程中居於首功者，她親切、善良如鄰家姐姐的特質，是我學習之外的發現，而對老師給予本論文之指教意見，自然感謝之意早已溢滿胸懷。

法律課程之學習生涯中，有一段特別之際遇，就是有幸得到機關長官之關愛，給予我一年完整之學習時間，在此留職停薪期間，我長期累積病痛的身體獲得一定程度的恢復，而自身法律基礎亦有更加

紮實之感受，雖然有此自我肯定之念頭，卻也不得不承認，學習的愈多，愈發現自己昔日的無知與不足，因此，未來學習是無盡期的，而讓我有這層深切體悟的良師們，就是東海大學法律系的飽學之師們，陳運財老師、溫豐文老師、高金桂老師、簡良育老師、林恩璋老師、石佳立老師、高得潤老師、卓俊雄老師、洪秀芬老師、伍開遠老師等等，在各個不同的法律領域中導引我，打好法律基礎。猶記有日巧遇伍老師，送我一本供論文寫作參考的書籍，簡良育老師則時時關心學習與身體健康之情況，並贈與一本繼承之教科書籍供研讀，而石佳立老師親切甜美的笑容不時溫暖疲憊的心，而其精練的英文給予本論文的英文譯稱最佳詮釋，高金桂老師則常讓其破費請吃飯，黃啟禎老師在我開刀後殷殷詢問癒後、陳運財老師、蕭淑芬老師要我多珍重，這些都是老師們對學生之關懷，心意之動人讓我銘感五內。另外修習張麗卿老師、李惠宗老師、梁松雄老師、黃源銘老師、張慶宗老師、林朝榮老師等學識豐沛之良師所開設課程，收穫亦相當之豐碩，而此刻最令我懷念的是已故的林朝榮老師，祈願祂一切安好。另外，短暫與郭振恭老師結緣，腦海也留下大師所展現的丰采。說到大師級，不能不提東海的土地公溫豐文老師，早已桃李滿天下，而陳運財老師在刑事法領域中的地位，已如日中天，黃啟禎老師在公務界的威名早已響噹噹。真的，何其幸運在東海的園地中，我見識到好多大師的深厚功力，當然東海很多的明日大師均已嶄露了鋒芒，就要發光發熱在法律舞台之上。

學習路上不可少的同伴與貴人好多，助教耀州學長、美蘭學姊、芳瑜學姊、鐘範、芊苒在行政程序上的幫忙，學校圖書館人員關於借閱與尋找圖書的協助，學長姚其聖給予好多論文有關的寶貴意見，學姐林麗芬指導論文格式的寶貴意見，學長林明聖提供很多健康資訊，班代致魁與其賢內助秀芬、同學秉樑、振均、雅慧、世佳、裕隆、龍飛、文川、正孟、晨賢、曉蕃、懋銓、逸雯、一彬、世豐、健東、智

威、筱雯及明河等，學妹函均、梅華、楚茵、芝岑、美芳、文婷、依芸、詩瑩、佳盈、嘉彬、甄智，學弟寶明、茂庭、宗祐、宣佑、威宏、亮逢、庭憲、韋允、秉睿、文毅等在我求學期間所給予豐富的意見與實質的協助，一路走來，4年的時光在腦海彷彿如剎那，匯成滿滿的感激，當然還有漏未感謝的貴人們，請體諒我已經好努力的整理腦中紛亂的思緒，如果因而淡忘而未及感謝您的給予，請記得寫信通知我喔。還有公職20年以來結交的好朋友們、98年薦任升簡任官等訓練的HA2A一班好學長們、我最親愛家人們，沒有你們的支持與鼓勵，求學的路不會如此順遂，所以除了感謝，已無他言。

「想得開心，做得開心，你就真的會覺得開心。」這是我對於法律的感受，因為做自己有興趣的事情，我一點都不覺得無聊與痛苦，而且非常開心，這完全歸功於在法律學習的路上，遇到太多的貴人，值得我再三的感激，得之於人者太多，出之於己者太少，因此，我想學習陳之藩¹先生——謝天，感恩我生命中的一切人、事、物，因為老天爺為我鋪排的路，讓我成長、讓我懂得喜悅、讓我感恩，衷心地祝福我身邊的每個人都幸福美滿。

¹陳之藩（1925年6月19日—2012年2月25日），字範生，河北省霸縣人，英國劍橋大學電機哲學博士。作為電機工程學者及從事科學教學研究，著有電機工程論文百餘篇，《系統導論》及《人工智慧語言》專書兩冊。陳之藩亦深具人文素養，擅長寫作散文。散文作品入選兩岸三地的中學國文課本。引自維基百科，自由的百科全書

<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E9%99%B3%E4%B9%8B%E8%97%A9>，最後瀏覽日2013年7月28日。

目 錄

第一章 前言	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究目的	4
第三節 架構與方法	6
第一項 研究架構	6
第二項 研究方法	7
第四節 研究之範圍與限制	8
第一項 研究之範圍	8
第二項 研究之限制	9
第二章 違法行政處分之撤銷在法治國原則上之意義	10
第一節 引言	10
第二節 論行政權在權力分立之意義—以行政特質為中心	11
第一項 依法行政下行政權之重新認識	11
第二項 司法權之本質	12
第三項 行政權之特性	13
第四項 行政權與司法權之關係	14
第三節 憲法上人民訴訟權之闡釋	16
第一項 訴訟權保障之範圍	16

第二項	行政訴訟是救濟權行使之管道	18
第三項	訴訟權保障之真義	20
第四節	依法行政原則應以憲法為指標	21
第一項	行政機關對違法處分之處理方式	21
第二項	憲法是最高指導原則	22
第三項	賦予行政機關權限新義之理念基礎	23
第五節	依法行政下行政機關對違法行政處分應有的作為	24
第一項	正義之實踐	24
第二項	法解釋論之概念運用在違法處分之撤銷	24
第三項	違法行政處分之撤銷係行政機關之義務	27
第六節	小結	29
第三章	法院確定判決之拘束力	33
第一節	概說	33
第二節	拘束力之意涵	34
第一項	行政訴訟法第 213 條確定力相關概念	34
第二項	析論行政訴訟法第 216 條立法理由及拘束力意涵	36
第三項	既判力得否作為行政機關對違法處分撤銷之限制	38

第四項	本文對拘束力定義之理解	39
第三節	行政處分生效與訴訟上確定判決之效力	41
第一項	行政處分之效力	41
第二項	行政訴訟判決之效力	42
第三項	行政處分實質存續力與法院判決之實質確定力 之區別	43
第四項	行政機關是否受已經確定判決之違法行政處分 之拘束	44
第一款	界定行政法院確定判決拘束力之射程範圍	44
第二款	行政機關對系爭案件之掌握程度	44
第四節	行政訴訟法與民事訴訟法之間的相輔相成	45
第一項	行政訴訟與民事訴訟	45
第一款	兩者之關係	45
第二款	兩者之差異	46
第三款	兩者在執行上相輔相成	47
第二項	淺談民事訴訟在行政訴訟之運用	47
第一款	達成個人權利救濟目的之回復原狀	47
第二款	從人民放棄審級利益概念談當事人拋棄勝	

訴利益之可行性·····	48
第三款 最終效力之齊一化·····	49
第五節 行政訴訟判決拘束力之範圍 ·····	49
第一項 瑕疵行政處分之法律效果·····	49
第二項 違法處分經判決確定之實務現況·····	50
第一款 確定判決效力之相關規定 ·····	50
第二款 法務部函釋讓判決效力之射程有擴大之虞 ·····	50
第三項 司法實務對行政訴訟法第 216 條拘束力之見解·····	51
第一款 行政法院 60 年判字第 35 號判例與司法院釋字第 368 號解釋吳庚大法官協同意見 ···	51
第二款 司法院大法官釋字第 368 號解釋文 ·····	52
第四項 維持原處分判決之拘束力 ·····	52
第六節 小結·····	53
第一項 行政訴訟法第 216 條拘束力之實際案例 ·····	53
第二項 權利保護之意涵 ·····	53
第三項 最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議簡評 ·····	55

第四項	本文對課予義務訴訟之訴訟標的所持之見解	56
第四章	行政程序重開之探討	58
第一節	問題之提出	58
第二節	依申請之行政程序重開	60
第一項	引言	60
第二項	行政程序重開	61
第一款	行政程序法第 128 條及第 129 條	61
第二款	法定救濟期間是否包括行政法院確定判決 之探討	62
一	學理	62
1	肯定見解	62
2	否定見解	65
二	實務	68
1	肯定見解	68
2	否定見解	69
第三項	重覆處分與第二次裁決	72
第四項	程序重開之實例	74
第五項	小結	76
第三節	行政機關開啟之行政程序	77

第一項	行政程序法第 117 條（救濟期間經過後依職權 之主動撤銷）	77
第二項	訴願法第 58 條（救濟期間行政機關之被動撤 銷）	79
第四節	再審與行政程序重開之異同	82
第一項	再審程序概述	82
第一款	再審之性質與屬性	82
第二款	再審之立法體例及其功能	82
第三款	再審之事由	83
第二項	行政程序重開及其與行政訴訟法再審之比較	85
第一款	行政程序重開事由	85
第二款	行政程序重開與行政訴訟法再審之比較	85
第三項	行政程序重開與行政訴訟法再審之關係	86
第五節	小結	86
第一項	程序先行是落實「正當法律程序」保障權利之基 石	86
第二項	行政程序重開實務執行之芻議	88
第三項	違法行政處分之撤銷	91
第一款	撤銷之時點	91

第二款	行政程序法第 128 條、第 117 條及第 123 條 的競合處理	91
第四項	最高行政法院 98 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席 會議決議簡評	92
第一款	決議文說明及評析.....	94
第二款	決議理由七說明及評析.....	95
第五章	機關拋棄勝訴利益之可行性	99
第一節	行政機關主動權發動.....	100
第二節	行政程序之重新進行.....	102
第三節	落實救濟機制之觀點.....	104
第四節	比較法之觀點.....	107
第一項	我國學者介紹德國拋棄勝訴利益之相關見解	107
第二項	我國學者介紹日本拋棄勝訴利益之相關見 解	109
第三項	德國「案件掌控權 (Sachherrschaft)」之於我 國的意義.....	109
第五項	他山之石.....	110
第五節	小結	111
第六章	結論與展望.....	113

第一節 國家本位角色的再省視	113
第二節 法規面向的審視與落實	116
第三節 展望-突破現行作法桎梏.....	119
參考文獻.....	122



表 目 錄

表一：行政程序法第 117 條、第 128 條及訴願法第 80 條中「法定救濟期間經過後」，是否包括行政法院確定判決之學說整理…66

表二：重覆處分與第二次裁決比較簡表 ……………72



第一章 前言

第一節 研究動機

行政機關作成行政處分，人民認為違法¹或不當，致損害其權利²或法律上利益³者，得依法提起訴願、行政訴訟，案件經行政及司法機關實體審查決定與判決後，產生既判力，形成了社會的一種穩定狀況。惟穩定的狀態中，發現了缺口（違法行政處分⁴未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在），這就如同一部運作順暢之機器，生產了瑕疵的產品，具有專業能力的技師，對於找出生產線背後隱藏之瑕疵成因總顯得躍躍欲試。筆者既為法律人，雖亦存有探究違法行政處分成因之慾望，但更在意這類違法行政處分之繼續存在，對人民是否會有損害？會造成多大程度之損害？有無可行作法進行彌補？⁵筆者服務於公部門，前些年因機緣接辦訴訟案件，⁶理解法律在行政實務界扮演之重要性，也熟悉機關內部在法律規範中之運行模式，針對前述筆者提出之問題，在歷經數年的法律專業課程學習之後，欲嘗試於實務與理論之間找尋可行之道。

首先談談筆者曾承辦之案件，案件爭點為當事人對渠等所支領之

¹包括違反明文規定的條文及行政法的一般原則，如平等原則、禁止專斷原則、誠信原則、權利不得濫用原則及信賴保護原則等。請參閱翁岳生，法治國家之行政法與司法，月旦，初版，1994年6月，第226頁。

²權利是指人民被法秩序所承認或賦予的一種貫徹自己利益之法律地位。學者林昱梅之見解，請參閱行政法實務研究第二冊，臺中高等行政法院，2010年6月，第295頁。

³法律上利益可理解為人民受到比一般人更為具體的損害，得透過行政訴訟之權力制衡機制，依賴行政合法性之控制，使行政機關貫徹依法行政而受保護之利益，此與事實利益尚屬有間。學者林昱梅之見解，請參閱行政法實務研究第二冊，同前揭註2引書，第295頁至第296頁。

⁴行政處分之違法性是一個叢集的概念，係指行政處分「不正確的適用現行有效的法律原則」，包含行政處分違反適用法律、有拘束力之解釋、判例與一般法律原則，及認定事實之程序違反法定程序、論理法則與經驗法則等瑕疵，而是否違法的判斷基準時點，學者認為應以行政處分發布時或訴願決定作成時的事實與法律狀態判斷之。請參閱行政法實務研究第二冊，同前揭註2引書，第305頁。

⁵相對地，亦有可能產生公法上不當得利之問題，所涉者乃行政處分存否之判斷，而關於行政處分存續力作為影響公法上不當得利構成要件，並無爭議。請參閱行政法實務研究第二冊，同前揭註2引書，第25頁。

⁶公務人員保障暨培訓委員會94公審決字第0198號復審決定書參照。

主管職務加給⁷數額不服所起，茲當事人係以警察官任用，⁸服務於內政部所屬臺灣警察專科學校，任職期間兼任主管職務，其主管職務加給⁹之支給，依行政院待遇支給原則，公務人員之俸給向係配合支領人任用（警察官任用）方式，自無疑義，惟當事人認為渠等服務於學校，理應按「公立各級學校主管人員主管職務加給支給標準表」支給主管職務加給，遂起訟爭歷 10 餘年。

次由行政業務執行（作用法領域）面向觀之，以上例所歷之爭訟期間，政府機關與人民存在著緊密互動——行政機關作出行政處分→針對處分，其相對人有不服者，即依法提起救濟→處分經判決撤銷或變更後→行政機關須重新作一行政處分→該處分相對人如再不服，仍是循提起救濟管道，以維護其權益；觀此循環，不難發現，爭議案件原則上如不經有權機關作出明確決定，尚難期待該一紛爭可予以終結，當然，國家公權力的貫徹意志是被持續的，基此，案件原據之行政處分¹⁰不受影響，效力繼續存在，¹¹以確保國家行政機能之有效運作，維護公益及法之安定性，¹²亦即行政院¹³既已對警職教官主管職務加給如何支給明文規範，中央警察大學（前身為中央警官學校）及臺灣警察專科學警職教官兼任主管職務加給者，即應依警察人員專業加給暨主

⁷按公務人員之加給，依公務人員俸給法第 5 條規定為職務加給、技術或專業加給及地域加給三種，公務人員加給給與辦法第 3 條參照。而主管職務加給為職務加給之一種，依據公務人員加給給與辦法第 4 條，職務加給係衡酌主管職務、職責繁重或工作危險程度等因素支給。

⁸警察人員人事條例第 3 條，本條例所稱警察人員，指依本條例任官授階執行警察任務之人員。

⁹有關警察人員之敘薪及加給規定於警察人員人事條例第 22 條至第 27 條。其中第 22 條第 1 項規定，警察人員之俸給，分本俸（年功俸）及加給，均以月計；第 27 條規定，警察人員加給分勤務加給、技術加給、專業加給、職務加給、地域加給；其各種加給之給與，由行政院定之。可知以警察人員任官授階者之俸給，悉依其任用方式。

¹⁰包括違法行政處分。

¹¹行政程序法第 110 條第 3 項，行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。

¹²請參閱宋燁玲、林彥百，速解行政程序法，永然，初版，2002 年 1 月，第 209 頁。

¹³行政院 83 年 1 月 7 日台 83 人政肆字第 00567 號函對警職教官（中央警官學校、警察專科學校）主管職務加給如何支給加以明文規範，因此，函釋所涉警職教官兼任主管職務者，係在上開行政院 83 年函頒之前者，基於當時規定除不甚明確外，尚涉及中央警官學校人員，恐有造成行政實務執行誤解，故為保障中央警官學校警職教官兼任主管職務者之信賴保護，其中針對改支後若較原支標準為低，准予補足差額，並隨同待遇調整而調整，惟此既得權益保障並不適用該函實施時尚未經核派兼任主管職務之人員。然該函雖係為考量當事人既得利益之保障，卻也因此違反平等原則，導致日後行政院人事行政局（按，現行行政院人事行政總處）訴訟敗訴之主因之一。

管職務加給支給標準表支給主管職務加給。

行政處分經有效成立後，一方面作成行政處分之行政機關本身與客體相對人及關係人應受其合法拘束，不得違反，對於因行政處分所引起權利義務的得喪變更，負有容忍義務；同時，作為行政主體之一切國家機關，在行政處分未經有正當權限機關予以撤銷或廢止前，均應承認其效力，而受其拘束，¹⁴據此，有關之系爭案件一經行政法院判決確定維持原處分時，原行政處分及效力繼續存在，並產生判決上之拘束力，拘束著機關與受處分之相對人、及第三人，¹⁵即便行政處分是違法，亦不例外¹⁶。

然在目前行政機關實務並不乏出現違法行政處分因行政法院判決駁回確定後繼續生效之案例，故不難發現人民權益受到戕害之案例，機關卻視若無睹之情形或可謂係常態，¹⁷讓人不忍、亦難以接受類此之事實。

本文雖忝於筆者所學之不足，仍嘗試針對實務運行不合法理之處提出相關意見，茲為避免研究之初即受主觀意思之左右，故對探討內容並不加設限，分別自法律體系、邏輯之確認，及法律解釋學、法律適用論等相關面向切入分析，並由立法論範疇探究立論基礎，續並論及是否佐以修法之道等途徑進行全盤之考慮，希冀由研究過程中獲得一可行、可用之結論，盼能提供實務界參酌引用，或可為現行行政機關之處理方式注入新思維，期待產生與以往不同之作法，調整以因應時代之脈動，在保障人民權利及增進社會總體利益願景的思維中，能

¹⁴請參閱張家洋，行政法，三民，三版一刷，2002年2月，第493頁。

¹⁵行政訴訟法第214條，確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力（第1項）。對於為他人而為原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力（第2項）；行政訴訟法第215條，撤銷或變更原處分或決定之判決，對第三人亦有效力；行政訴訟法第216條，撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。

¹⁶公法上行為之當然違法致自始不生效力者，須其瑕疵已達重大而明顯之程度（學理上稱為Gravitäts- bzw. Evidenztheorie）始屬相當，若未達到此一程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。請參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，新學林，二版五刷，2011年10月，第357頁。

¹⁷財政部所屬海關、稅捐稽徵機關有案可稽，請參照民國100年6月14日法律決字第1000013953號函、法務部民國100年7月6日法律字第1000016263號。

更為周延。然長時間之研究，本文發現所主張之理念，可界定屬法律適用領域，而可謂與立法論較無關涉，雖本文研究後係持此見解，卻不排除有主張立法論者所提之意見可更周延法規範之可能，祇本文仍須強調現行之法制可足敷使用。

第二節 研究目的

公法上之爭議，除法律別有規定外，得依行政訴訟法提起行政訴訟，訴訟種類包括撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟。其中撤銷訴訟為傳統訴訟種類，指人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向高等行政法院提起之。而人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，或予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得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為給付訴訟。確認訴訟，係確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，此訴訟非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。

按人民提起行政訴訟，應以中央或地方機關之違法處分或決定，致損害其權利，為先決要件。人民對於撤銷原訴願決定之再訴願決定，固非不得提起行政訴訟，但要以該再訴願決定違法，且有損害其權利者為限，否則即屬欠缺訴訟法則上之權利保護要件，其起訴不能認為有理。¹⁸在此點出救濟制度乃在於保障人民之權利，違法行政處分應透過什麼方式除去，則由受處分相對人依法選用訴訟種類，屬救濟手段之運用，無妨於制度，殆無庸深究。然當事人於終局判決後，

¹⁸請參照最高行政法院 48 年判字第 54 號判例要旨。

不得就同一法律關係更行起訴，此為一事不再理之原則。¹⁹此際，違法行政處分已無法藉用訴訟手段除去，是一確定判決效力拘束著機關與行政處分相對人，人民救濟制度已窮。

政府機關依據法律，發動行政作用行使公權力，本意在達成行政目的，惟公權力行政常涉及人民權利義務上之創設、確認、變更或廢止，²⁰其中對人民影響最深的莫過於行政處分。對於行政處分，在判斷確有損害人民權利之違法行政行為存在下，判決在救濟程序一事不再理原則支配下，產生既判力，則此判決一旦確定後，即拘束原告與被告當事人，甚至繼受人。按行政訴訟制度，為司法制度之一環，係憲法第 16 條²¹、第 7 章司法²²、憲法增修條文第 5 條及其相關法理共同保障之制度²³，質言之，我國行政訴訟制度之憲法規範基礎，成文者為憲法第 16 條與第 77 條²⁴，至於非明文者，則為「法律賦與權利於先，必設救濟於後」及「權利救濟必須完善」兩大要求或憲法思想。羅馬法諺云：「有權利，即有救濟」(Ubi jus, ibi remedium)、又曰：「法律恒須規定救濟」(Lex semper dabit remedium)，另有曰：「有救濟，斯為權利」(Ubi remedium, ibi jus)，英國法諺亦云：「有權利，而無救濟，非權利也」(Right without remedy is not right)，可知，權利與救濟間之關係是何等密切。²⁵德國基本法第 19 條第 4 項所蘊涵之「權利保護無漏洞」(Lücklosigkeit des Rechtsschutzes) 及「權利保護有效性」(Effektivität des Rechtsschutzes)，²⁶明白揭示權利保護真義，吾人亦可理解成權利之保護應凌駕於法律之上，

¹⁹請參照最高行政法院 44 年判字第 44 號判例要旨。

²⁰請參閱吳庚，行政法之理論與實用，三民，增訂十一版，2011 年 8 月，第 11 頁。

²¹憲法第 16 條，人民有請願、訴願及訴訟之權。按司法院釋字第 396 號解釋文亦闡釋訴訟權之範圍略以，國家應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨。

²²憲法第 77 條至第 82 條。

²³憲法所保障之訴訟權，關於司法制度所有內涵均應包括，始為完整，

²⁴憲法第 77 條，司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒參照。

²⁵請參閱蔡志方，行政救濟法論，月旦，初版，1995 年 10 月，第 91 頁。

²⁶請參閱蔡志方，行政救濟法論，同前揭註 25 引書，第 92 頁。

易言之，確定判決之拘束力不應及於違法行政處分。

然而，是確定判決所產生之拘束力，實務上常讓原處分機關藉著案件已經判決，並以尊重司法之大帽扣住，而徒呼負負，司法審判實務之見解亦然。然原處分機關果真無法可施？其實頗值得玩味，究竟是制度不許，抑或機關不為？行政機關作為國家政務推動之主體，處理國家各項繁雜之政務，偶有未符法令之行為，勢所難免，此或出於公務員疏忽、亦有出於恣意、甚或曲解法令等原由，不一而足。於此，並不探觸違法行政處分之形成原因，而係聚焦在行政機關如欲進行補救措施時，為其找到支撐之理由，讓行政機關大膽為已經判決確定而效力仍繼續存在之違法行政處分，本於其行政主體地位、亦基於行政之主動性與自省機制，重為實體上之審究進而為適法之處分，亦即，機關可拋棄該確定判決之勝訴利益，或對於案件之掌控權源，將違法處分去除，其用意只為避免違法行政處分繼續損害人民權益，是一觀念，如成為政府機關施政之準繩，相信對人民權益保障定能進一步落實。換言之，任何行政機關於救濟程序中或確定判決後，針對違法行政處分之處理，要能依循權利保護必須完善（Rechtsschutz muß vollständig und schön zu sein）、完善之行政救濟，須契符正確、完整、實現、經濟與迅速等五大要求（Ein guter Verwaltungsrechtsschutz muß den fünf Anforderungen genügen, die sind Richtigkeit, Vollständigkeit, Verwirklichung, Wirtschaftlichkeit und Beschleunigung）之施政準繩，真真正正落實救濟本旨，才是符合法治國原則之最佳體現。

第三節 研究架構與方法

第一項 研究架構

關於本論文之研究架構，第一章為前言段，概述本文研究之動機、目的、架構、方法與範圍、限制等，於第二章切入憲政架構中區

辨出憲法賦予機關職權之本旨，並從法本質進行至立法及相關原理原則之意涵，歸納判決拘束力不應觸及的違法行政處分，究竟能透過何種合理之作用，給予新貌，第三章係就法院確定判決之拘束力作一綜合之論述，其中亦將述及行政處分生效後之效力與確定判決效力兩者關聯、民事審判與行政審判二者既判力之比較等面向，從而探求行政法院確定判決拘束力射程合理範圍，界定出行政法院判決拘束力可能必須獨立處理之區塊，並接著以第四章開啟行政程序重新進行議題之探討，其中學界與實務針對是否容許行政機關針對「法定救濟期間經過」之裁量延伸至已經判決確定之行政處分部分加以分析，並論行政程序重開與再審間之相關性，及是否將行政程序法第 128 條與行政訴訟法的再審，同等視之？然後第五章即是針對所採行機關拋棄勝訴利益之作法，其合法性與可行程度，提出所可引據之立論基礎，並在第六章結論與展望中作出本文之總結。

第二項 研究方法

在研究方法部分，本文係在現行法令規定架構中，尋求其原理原理，其範圍自憲法起始，往下涵蓋司法院、法務部等行政機關之函釋均在其中，各項法律亦包括之，當然不在話下，是以，本文主要採行者為質性研究之文獻分析法。其次學說見解，亦常有其獨到之處，故常為法院判決所採，行政機關在既判力之影響下，產生實質影響力，且學者亦常援引德國、日本立法例、學說，甚至思想，相關論著深具參考價值，此法學比較之研究方式亦為本文所採用。關於本文所擬採用之研究方法將循法解釋論之思維，從基礎理論之描述，由抽象而具體（由憲法而法律）以進行研究，逐步建構本論文，期層次分明，達到論文說理之目的，當然亦希望可藉他山（外國學說）之石以攻錯，採用同步呈現國內、外之學說，用以強化所闡述之論說，供實務界參酌。

第四節 研究範圍與限制

第一項 研究範圍

本論文之研究範圍，乃以經過行政法院確定判決之干預處分為探討之中心，以其是否應為訴訟法所具的拘束力所及之命題進行分析，研究之主軸在行政程序法、訴願法、行政訴訟法等法規中找出行政機關據以作為之法律基礎，並由法治國原則、依法行政原則探尋「違法處分撤銷」在憲法架構下行政義務作為課予的合目的性與羈束性。在此，因顧慮違法處分態樣形成原因不一而足，故本文並不加探討；至於違法處分發生之時點常係屬變動之狀態，因與本文所論違法處分課予行政機關主動權義務規範之判斷息息相關，本文認為有先予界定之必要，亦即，本文研究範圍關於經過行政法院確定判決之違法性干預處分，於歷經司法體系審查之後，違法原因出現之時點應進行界定²⁷，主因乃權力分立制衡機能觀點之下，司法與行政間之微妙關係，衍生法院確定判決已生之既判力行政應予尊重之問題，申言之，本文研究標的之範圍，侷限於訴訟中未經爭執之觀點，而造成違法處分所具之事實或證據，係在確定判決（已生既判力）後方始產生者²⁸。

關於研究所需蒐集資料除法律專書、相關法學雜誌外，亦包括法學方法、法理等書籍，同時兼及司法及行政實務之見解，涉及範圍廣泛，惟均僅圍繞行政機關面對「違法處分撤銷」之問題時，應採取之態度與作為。雖本論文議題之主軸探討內容明確，惟涉及層面仍然非常瑣細，囿於能力，有時僅能點到為止、甚至必須割棄，於此先予說

²⁷例如，被上訴人就處分時已存在而未斟酌之新事實或新證據。最高行政法院 99 年 11 月 11 日 99 年判字第 1161 號判決要旨略以，行政程序法第 128 條第 1 項所謂新事實或新證據，係指行政處分作成時業已存在，但未經斟酌之事實或證據者而言，且以如經斟酌可受較有利益之處分及非因申請人之重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者為限。

²⁸行政處分於法定救濟期間經過後，具有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；其所指之發生新事實，應非僅限被繼承人死亡時已發生之事實，最高行政法院 100 年度判字第 1751 號判決參照。又行政程序法第 128 條第 1 項所謂新事實或新證據，係指行政處分作成時業已存在，但未經斟酌之事實或證據者而言，且以如經斟酌可受較有利益之處分及非因申請人之重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者為限，最高行政法院 99 年度判字第 1161 號判決參照。

明之。

第二項 研究限制

又前提及研究者目前服務於行政機關，故深切瞭解政府體系內行政類之公務員之作業與其思考模式，觀之實務之現況即為，行政機關之公務同仁接到法院判決時，均篤信法院之判決並於執行判決內容時完全落實，其自然之反應就如同人類每日食、衣、住、行本能的發揮；是以，在此不諱言，吾人實對立於擔任挑戰法院判決拘束力應有其限制之角色，心態上確存有擔憂，譬如恐因所學之不足致無法盡情發揮，當然，更擔心研究失了意義，而讓受違法行政處分侵害之相對人，少了一份回復權益之期待，且憂慮實務上多了一個救濟制度之缺憾；如此之隱憂，在某種程度上也造成本文研究之限制，吾人唯有盡所能的予以突破。

再就參考文獻而言，由於研究者之外文能力不足以閱讀外國文獻，因此本文所引述外國立法例、學說，甚至思想之相關論著，均係來自學者之翻譯與介紹，因此受有限制，需先予以說明。

第二章 違法行政處分之撤銷在法治國原則上之意義

第一節 引言

民主國家強調國家之統治須得人民的同意，並將人民之基本權保障視為國家首要任務，為了確實保障人民基本權，首須將國家權力分散，使國家各種權力分屬不同機關職掌，使互相制衡，¹此係民主國家組織上之最基本原則，也是厲行法治²的第一要務。法儒孟德斯鳩³認為國家權力須分為三，分屬不同機關，為行政、立法及司法，⁴以確保這些權力相互「牽制與均衡」的制度，其目的在於維護國民的權利與自由。⁵

而我國向來均將行政權優越⁶的精神貫徹在公法領域中，縱使近來經由司法院大法官一直不遺餘力的在解釋中闡述人權保障在我國憲法秩序中所佔有核心地位與正當性來源，行政權雖有逐漸改變其對人民之行為方式，但在各種法規與執行實務中仍或多或少保有此一傾向，⁷如此發展突顯權力分立制度在現代國家關於行政權所應擔負之

¹此乃根植於長久以來專制政治，權力集中統治者，故而在歷史的軌跡中發展出「有權必濫權，絕對權力，絕對腐敗」之經驗，所以為保障人民基本權利，因此主張分權。

²分權思想是法治主義的前提，「法治」的要求係針對「人治」之嚴重缺陷而提出之時代進化性修正；法治主義強調人民之自由與權利，應由法律保障之，人民之義務應由法律規定之，行政機關或司法機關應「依法行政」或「依法審判」，非根據法律，不得限制人民權利或使負擔義務，法治主義被普遍接受與順利推行，亦正所以證實分權論之精當，可以襯托出分權論之真諦。請參閱請參閱城仲模，行政法之基礎理論，增訂三版，三民，1999年10月，第23頁至第24頁。

³孟德斯鳩（Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Baron de 1689-1755），法國啟蒙運動思想家、政治哲學家、文學家。他說：「當立法與行政權統一於同一人或同一機關，自由即不可能存在，因為擔心類似過去君主或元老院制定殘暴的法律，並以殘暴的手段執行之恐懼感，必將油然而生。」同樣的，「如果裁判的權力與立法權相結合，權利主體的生命與自由將面臨恣意妄為的統治，因為法官將同時扮演立法者。如果裁判權與行政權結合，法官的所做所為將與迫害者同樣暴力。」請參閱陳志華，行政法概要，初版一刷，三民，2007年1月，第23頁至第24頁。

⁴請參閱李惠宗，中華民國憲法概要-憲法生活的新思維，九版一刷，元照，2011年9月，第197頁。

⁵請參閱蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，初版一刷，元照，2001年4月，第255頁。

⁶如行政權當然具有命令權及形成權，基於行政權所為處分應具有公定力、存續力、執行力、不因爭訟而停止之原則、適法性及有效性之推定等，均為行政權優越之佐證。請參閱城仲模，行政法之基礎理論，同前揭註2引書，第905頁。

⁷請參閱陳慈陽，行政法總論-基本原理、行政程序及行政行為，二版，翰蘆，2005年10月，第469頁。

任務是被加重的，而行政活動之大量增加，亦提高人民權利相對被侵害之可能性。

憲法第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務，⁸申言之，行政機關在施政同時負有不得侵害人民權利之絕對義務，若果真有侵害人民權利情事⁹，在行政權獨大之今日，將侵害予以排除當然是行政機關責無旁貸之義務。

惟事實上卻是這樣：行政權優越的想法，在面對已經判決確定之違法處分，可發揮其行政之積極主動面向而理所當然居於主導地位時，卻又似乎顯得格外的內斂，¹⁰甚至可說幾乎完全棄守。¹¹由於此項行政權被行政機關選擇性的執行，從現代法治國的產生，是為了人民在社會上之自由民主生活的利益，而整個法秩序的規範是為了保障人民的基本權利¹²之觀點而言，可認為行政機關前開作為已與依法行政之原則相悖離，即與憲政架構下所賦予行政機關權限相扞格，本章即從行政性質為始，且專從憲法角度檢視行政機關面對違法行政處分時，其行使撤銷違法行政處分之作為，究係屬行政機關所擁有的權力，抑或行政機關應遵循依法行政原則之作為義務。

第二節 論行政權在權力分立之意義——以行政特質為中心

第一項 依法行政下行政權之重新認識

⁸司法院大法官釋字第 499 號解釋文參照。

⁹薩孟武先生謂關於權力的行使，我們不要表示信任，我們須用憲法之鎖，拘束有權的人，使其不能作出違法的事。請參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，二版五刷，新學林，2011 年 10 月，第 132 頁。

¹⁰請參照法務部 99 年 6 月 18 日法律字第 0999012429 號、法務部 99 年 6 月 21 日法律決字第 0999026605 號等函。

¹¹請參照法務部 100 年 7 月 6 日法律字第 1000016263 號、法務部 100 年 6 月 14 日法律決字第 1000013953 號、法務部 99 年 11 月 30 日法律決字第 0999047851 號等函。

¹²請參閱董保城，法治與權利救濟，初版，元照，2006 年 4 月，第 116 頁至第 117 頁。

從字源而言，行政有執行（英executive、德vollziehen）、經營管理（英Administration，德Verwaltung）之義；從權力分立觀點，執行主要是指執行立法者所制定之法律，因此，我國行政院譯為Executive Yuan（德文中相對於立法權者稱為vollziehende Gewalt）；經營管理則打破權力分立之界限，存在於各權力之中，例如立法行政、司法行政，¹³若想為行政下一個定義，確實困難，原因即在人文社會科學領域裏，常因觀察與所學角度之不同，¹⁴所給予之定位亦隨之而變，故此「相對」之概念，在社會科學中容易各自成理並獲得其支持者之認同，但不容否認此等不同見解亦常為見解歧異之所在。雖時代發展趨勢容易接受多元見解，然而所持見解是否經得起試驗，得以決定該見解於該領域能否佔一席之地，本文在此，並不為行政下定義，而是嘗試從本文所研究「行政法院確定判決對機關拘束力」之議題中，特著眼於行政之特性（其與司法之不同），談一談貫徹行政權之具體作為，此行政機關基於權力分立原則而享有之行政權，¹⁵其範圍究竟有多寬廣。

第二項 司法權之本質

首從司法權之本質¹⁶（特性）論起，主要如下：

- （一）被動性：法院必須嚴守「不告不理」的原則，不僅當事人未經請求者，不得給予救濟，所給予之救濟，亦應以受請求之範圍為限¹⁷（亦即禁止訴外裁判）。因此，所謂司法「被動性」，其

¹³請參閱李震山，行政法導論，八版，三民，2010年6月，第1頁。

¹⁴由於行政本質的多樣性（vielfältig）、多義性（mehrdeutig）及複雜性，雖經學界長久以來的努力，迄今仍未有通說的定義出現。一般而言，對行政的界定通常受到學科的限制，蓋行政係一種龐雜的生活事實，因而也是許多學門所關注的對象，加以行政本身是「現實存在」，故人們對之多已有一定程度的理解與觀感，甚至予以概念化。就此而言，行政的概念並非各個學門可以單獨修改或予以變更者。不過，各個學門於選定行政的「外圍部分」或若干主題時，仍有一定程度之選擇自由。請參閱翁岳生編，行政法（上），三版，元照，2006年10月，第1頁。

¹⁵請參閱蔡志方，行政法三十六講，初版，自版，1995年3月，第339頁。

¹⁶請參閱陳怡如，功能取向分析法在我國釋憲實務之運用—兼評釋字第四九九號解釋，政大法學評論，第64期，2000年12月，第3頁至第5頁。

¹⁷此於民事訴訟尤其明顯，一般稱之為「處分權主義」，意謂當事人之訴訟發動權，語云：「無原告則無法官」，其意義在此。請參閱陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），七版一刷，三民，2009

內涵實包含「不告不理」與「訴外裁判之禁止」(即「個案性」)。

18

- (二) 正確性：司法活動最高的價值在於實現正義，為達此目的，通常透過正當法律程序的保障，以臻至司法正確性，進而確保人權，實現正義。
- (三) 獨立性：司法獨立性具廣狹二義，狹義係指審判獨立，亦即法官行使職權的獨立性；廣義係包含司法部門的獨立性。
- (四) 權威性（拘束性）：司法就事實認定與釋法適法所為之決定，具有終局拘束力。
- (五) 政治性（權力性）：司法權為國家權力之一，勢必具有權力性格，加以近代立憲國家為了強化司法權以對抗行政權與立法權，紛紛採行違憲審查機制以確保立憲民主捍衛人權的核心價值不為侵犯，而違憲審查係以憲法（政治法）為操作標的，更使其無可避免的具有政治性格。

是以，司法乃是針對具體事件的國家作用，追求當事人之間「個案正義」為目的，著重於所處理的事實現狀，至於事實的過去與未來，原則非屬審究範圍。¹⁹

第三項 行政權之特性

再次，因權力分立制度之設計與其制衡，讓行政權顯現出如下之特性：²⁰

- (一) 總體性與主動性：行政具有主動性與整體性，行政作為時會綜

年 11 月，第 45 頁。

¹⁸近代司法權漸次蛻變，從消極性走向積極性，尤其在民事訴訟與行政訴訟領域，其具體作為展現諸如：(一) 法院於法規有欠缺而形成法律漏洞時，仍須依據「平等原則」，以類推適用方式，進行法律漏洞之補充，而不得以法規欠缺拒絕審判、(二) 司法院大法官在行使憲法解釋及統一法令解釋時，除確認被解釋之憲法條文之真義及法令是否違憲外，並得進一步對行政權積極地提出國政方向之指示等。請參閱李惠宗，中華民國憲法概要-憲法生活的新思維，同前揭註 4 引書，第 271 頁。

¹⁹請參閱李建良，行政法基本十講，三版一刷，元照，2012 年 9 月，第 49 頁。

²⁰請參閱李惠宗，行政法要義，五版，元照，2010 年 9 月，第 5 頁至第 6 頁。

合考量時間與空間、均衡公益與私益之維護，注重「平均正義」²¹之發揮；且行政之積極主動性，透過行政程序法第 34 條²²具體展現，蓋行政作用既在形成社會生活，實現國家目的，行政自須主動行事，積極介入社會、經濟、文化等各項關係人民生活的領域，²³即「國家為人民而存在」，國家權力機關行政作用具有「實質正當性」。

(二) 公益取向性：國家既為人民而存在，國家任務的遂行無非在使國民因此享有利益，故行政任務之遂行皆有其「公益取向性」，²⁴亦稱「行政之合目的性」，而司法則藉由對行政合目的性作審查以為控制。

(三) 權宜性：又稱行政自由性，主要肇因於行政任務之多樣性，而不得不賦予行政權「決定的自由」與「手段選擇之自由」，行政權固有裁量空間，但並非完全自由，裁量是負有法律上之義務。²⁵

第四項 行政權與司法權之關係

由行政權之主動與權宜特性觀之，不難理解依法行政之法理原則首要拘束者正是行政權。又，行政處理具體事件，通常會做個案以外的整體考量，且隨時應付社會中不斷出現的問題，故行政的運作並非

²¹司法案件注重具體個案正義，重在「分配正義」的實踐，請參閱李惠宗，行政法要義，同前揭註 20 引書，第 5 頁。「平均正義」，指透過國家的力量將社會先天的不平等改為立足點的平等；「分配正義」則謂人在基本的立足點都平等，往後個人的發展隨著其努力給予應得的東西。請參閱蔡志方，行政法三十六講，同前揭註 15 引書，第 25 頁。

²²行政程序之開始，由行政機關依職權定之。但依本法或其他法規之規定有開始行政程序之義務，或當事人已依法規之規定提出申請者，不在此限。

²³請參閱李建良，行政法基本十講，同前揭註 19 引書。

²⁴惟此非即謂公益必大於私益，其實公益與私益並不衝突，正確地保障私益亦為實現公益的態樣。請參閱李惠宗，行政法要義，同前揭註 20 引書，第 6 頁。

²⁵學理上亦有定義「裁量萎縮至零」之情形，此見於司法院釋字第 469 號解釋，其解釋理由書略以，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為，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。此類裁量收縮情形，在行政行為中係相對少數，主要存在人民重要法益遭受急迫損害時，行政機關已不能有不必要之遲延，如確有過度或可能將構成違法之事由。

固定在過去的「點」上，而是集「點」成「線」，連「線」成「面」，聚「面」成「體」，層層相連，綿延不斷。²⁶職是，行政講究主動、積極與效率，於法律許可之多種作為方式中，行政機關基於行政效率之考慮及自我實現行政目的之職能，有義務選擇最有效能之行政作為手段，以達成其施政目標。而行政法院存在之目的，主要係提供人民於其權利受侵害時救濟之管道，而無代替行政機關為行政處分之理。²⁷

據上，可見行政權與司法權之性格設計上是截然不同，惟究其中兩者最明顯皆具備者，非政治性（權力性）莫屬²⁸，凡為保持國家安寧，增進人民幸福起見，所有諸般政務，悉皆歸於行政之作用，²⁹故行政權之政治性甚至更凌駕於司法權之上；³⁰是以，兩權所肩負憲法上賦予任務自有不同。

進一步言，行政與司法間除有制衡外，須有更多、更前瞻的看法，共同為國家發展、為人民福祉而努力，即行政與司法間可以協力、可以合作，切切別僅止於限制或制肘而已。在美國，行政機關兼具立法與司法的功能，其最高法院未解釋為違憲，亦對此種現象拒作考慮，主要理由除無明文禁止三權配合外，並認為三權彼此不相配合有礙行政效率，且三權分立的真意，在制衡的制度中，既能達到，殊無形式苛求之必要。³¹

蓋權力分立作為憲法基本原則之一，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地，要亦在於

²⁶請參閱李建良，行政法基本十講，同前揭註 19 引書。

²⁷高等行政法院民國 100 年 03 月 30 日 100 年度高等行政法院法律座談會提案及研討結果第 8 號甲說理由（第三段）參照。

²⁸因行政與司法同為行使法律適用之國家權力。

²⁹請參閱日·織田萬，清國行政法汎論，影印一版，華世，1979 年 3 月，第 1 頁。

³⁰司法院前院長翁岳生曾說過：「司法不是統治者的工具」，這句話明白地刻畫出民主政治的核心價值就是--透過司法獨立為手段，建構一個權力分立並互相制衡的政治制度，來保障人民的權利。請參照隋杜卿，司法不是統治者的工具，國政評論，2003 年 1 月 28 日，憲政(評)092-022 號 (<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/092/CL-C-092-022.htm>)，最後瀏覽日 2012 年 4 月 29 日。

³¹請參閱教育部世界名著譯述委員會，戴維斯著，馬君碩譯，美國行政法，再版，中華文化，1964 年 12 月，第 17 頁。

權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利³²之立論，乃宣示權力分立之功能旨在保障人民權利，而行政旨在執行法律，處理公共事務，形成社會生活，追求全民福祉，進而實現國家目的，³³國家絕對是為人民而存在，³⁴其所採取之手段，最終目的仍歸於促進人民之福祉。故權力分立原則，消極方面無侵害人民權利可能性，積極方面能更進一步達成其服務人民與促進人民福祉之任務。³⁵

第三節 憲法上人民訴訟權之闡釋

第一項 訴訟權保障之範圍

訴訟係一種程序，是一種如何依憑經驗法則「發現真實」與如何根據論理法則「判斷是非」，以達正確適用法律及保護權利的過程。³⁶ 訴訟權³⁷係為保障實體權利而存在之程序基本權，除公益原因外，尚須合乎程序法理，非可任意限制，³⁸保障訴訟權，目的在使「實體權利」可以於受侵害時，有回復的可能性，或使應予實現的權利狀態獲得真正之實現。³⁹從憲法保障人民之基本權利與訴願、訴訟權角度而言，國家設立訴願與行政訴訟這類行政救濟程序之終極目的之一，應不脫離人民權益之保障，而非只是重視形式上之過程是否經過？更非僅僵化重視其是否拘束原處分機關而已，⁴⁰本節即從憲法上訴訟權功

³²司法院大法官釋字第 613 號解釋理由書參照。

³³同前揭註 32。

³⁴在二次大戰後之民主國家必先確立國民為國家主權者，且所有國家權力之行使正當性亦唯有來自國民主權，此一前提之存在是不容許以任何理由--包含國民自由權利的自願放棄與多數決議之剝奪等理由--來為否定的，因為此乃一自由民主憲法秩序之基本規範，亦是此秩序中所有規範力正當性之來源。請參閱陳慈陽，人權保障與權力制衡，初版，新學林，2001 年 3 月，第 102 頁。

³⁵請參閱陳慈陽，人權保障與權力制衡，同前揭註 34 引書，第 57 頁。

³⁶請參閱李惠宗，憲法要義，六版一刷，元照，2012 年 9 月，第 305 頁。

³⁷訴訟權，係「權利保護請求權」，德國憲法學上稱其為「程序基本權」，日本憲法上稱其為「接受裁判的權利」。請參閱李惠宗，憲法要義，同前揭註 36 引書，第 309 頁。

³⁸請參閱李惠宗，中華民國憲法概要-憲法生活的新思維，同前揭註 4 引書，第 131 頁至第 132 頁。

³⁹請參閱李惠宗，憲法要義，同前揭註 36 引書，第 309 頁。

⁴⁰請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，四版，元照，2011 年 9

能如何被實現，方屬落實人民合法權益保障之有效實踐。

立法及行政機關因應需要，以國家的強制力訂定抽象對外發生法律效果之規定，作為對人民之一種社會生活規範，此法規對行政之意義與立法及司法的關聯性主要存在於依法行政原則上，⁴¹當行政行為違反依法行政原則時，其明文依據即在於行政程序法第 4 條⁴²，易言之，人民得以此主張該行政行為之違法，以進行後續行政救濟程序。⁴³復依行政程序法第 1 條：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法」之規定，可知整部行政程序法最重要之立法精神即在保障人民權益，又國家之建立可謂為人民而存在，國家公權力行使亦被期待係為保障人民權益而發動，國家透過程序正義保障實體正義，而實體正義除由行政程序法中保障行政程序之正義外，亦藉由司法救濟程序給予保障。

我國人民對於行政機關之行政行為不服，請求救濟之法律途徑大致可分為二：一為請求行政體系本身之救濟，主要以訴願為主；二為訴諸法院之救濟途徑，即指行政訴訟。⁴⁴關於行政程序正義被實現之途徑，包括行政程序重開及訴願程序，在此不加論述；至司法救濟之訴訟權，攸關各種權利的行使與確保，司法院釋字第 243 號解釋所闡釋「有權利即有救濟」之法理，是指人民在權利受到侵害時，有提起訴訟請求法院救濟的權利，不容許被剝奪，是憲法所保障訴訟權的重要內涵。⁴⁵

按憲法所保障人民之訴訟權⁴⁶僅係程序上之權利，包括接受裁判

月，第 317 頁。

⁴¹請參閱陳慈陽主編，行政法案例研習，初版一刷，元照，2011 年 11 月，第 3 頁。

⁴²行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。關於一般法律原則，除行政程序法已明文之明確性原則、平等原則、比例原則、誠信原則、信賴保護原則外，尚包括如尊重與保護人性尊嚴原則、公益原則、效能原則、最佳選擇原則、情事變更原則、禁止恣意原則等。請參閱陳慈陽，行政法總論-基本原理、行政程序及行政行為，同前揭註 7 引書，第 135 頁。

⁴³請參閱陳慈陽主編，行政法案例研習，同前揭註 41 引書，第 16 頁。

⁴⁴請參閱翁岳生，法治國家之行政法與司法，初版，月旦，1994 年 6 月，第 235 頁。

⁴⁵請參閱，守護憲法 60 年，初版二刷，司法院，2008 年 12 月，第 124 頁。

⁴⁶憲法第 16 條明定人民有訴訟之權，固在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟

請求權、接受公平法院之裁判，其限制除公益原因外，尚須合乎程序法理，非可任意限制。⁴⁷保障範圍⁴⁸包括：一、有權利就有救濟原則；⁴⁹二、受憲法上法官審判之權利；⁵⁰三、訴訟程序之法律保留與法治國家之正當法律程序原則；⁵¹四、審級救濟應發揮實際效果。⁵²

第二項 行政訴訟是救濟權行使之管道

行政訴訟，旨在解決人民與公權力主體（行政機關）法律紛爭之制度，⁵³乃憲法所保障之訴訟權，屬基本權利之一種，在人民的其他權利一旦發生爭執時，應有合理適當的訴訟程序，或其他法定程序可以依循，才能具體實現權利自由的內涵，⁵⁴所揭示者是行政救濟管道務必不能被限制或阻塞，亦即，國家不得以任何方式或形式致妨礙、阻絕人民救濟權之行使，罔顧人民權利之保護。

現行行政訴訟法區分訴訟之種類，包括撤銷、確認、給付與民眾訴訟幾種類型，其中第9條民眾訴訟，係人民為維護公益，在法律有特別規定時，始得對於行政機關之違法行為，提起行政訴訟。其餘三種訴訟類型補充說明如次：⁵⁵

一、撤銷訴訟⁵⁶係法律賦予行政法院有權對於行政機關之違法行政處分，事後加以廢棄，以達保障人民權利之目的。當然其本身也如

之權利，法院亦有為公平審判之義務。司法院大法官釋字第591號解釋理由書參照。

⁴⁷請參閱李惠宗，中華民國憲法概要-憲法生活的新思維，同前揭註4引書，第129頁至第133頁。

⁴⁸請參閱劉宗德，制度設計型行政法學，初版，元照，2009年5月，第372頁至第373頁。

⁴⁹請參照司法院大法官釋字第187、201、243、266、295、298、338、430、462、491等號解釋。

⁵⁰請參照司法院大法官釋字第220、295、436等號解釋。

⁵¹請參照司法院大法官釋字第298、384、393、396、523等號解釋。

⁵²請參照司法院大法官釋字第256、368等號解釋。

⁵³公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟，行政訴訟法第2條參照。

⁵⁴請參閱，守護憲法60年，同前揭註45引書，第127頁。

⁵⁵請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，同前揭註40引書，第327頁至第334頁。

⁵⁶行政訴訟法第4條第1項，訴訟提起要件為人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟參照。故得提起撤銷訴訟之客體為受到行政處分侵害之權利或法律上之利益。請參閱行政法實務研究第二冊，臺中高等行政法院，2010年6月，第298頁。

同其他判決，同時具有包含確認行政處分是否違法之效力。⁵⁷

二、給付之訴可再區分課予義務之訴⁵⁸及一般給付之訴⁵⁹，前者乃人民請求行政法院判令機關作成授益處分，如各類許可或證照之核發；後者則無關行政處分，主要請求行政法院就機關與人民間之一般給付案件為判決或人民請求行政法院判令機關作成事實行為，以為給付。

三、確認訴訟⁶⁰之範圍僅及於：行政處分無效之確認、公法上有無法律關係⁶¹之確認、以及已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分違法之確認三類。

上開訴訟種類之訴訟標的為「行政處分」者，如撤銷訴訟、課予義務之訴，為尊重行政機關對於行政處分合法性判斷的第一次審查權，程序上依法應先經訴願，至於一般給付之訴得逕行起訴，無此限制。⁶²另行政程序法第 109 條規定：「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行政程序。」故經聽證程序作成之行

⁵⁷最高行政法院 94 年度判字 106 號判決，其要旨略以，上訴人提起之撤銷系爭行政處分訴訟（先位之訴）本質即包含確認該行政處分是否違法在內（備位聲明）參照。

⁵⁸行政訴訟法第 5 條，人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向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。（第 1 項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向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。（第 2 項）參照。

⁵⁹行政訴訟法第 8 條第 1 項，人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同參照。

⁶⁰行政訴訟法第 6 條，確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。（第 1 項）確認行政處分無效之訴訟，須已向原處分機關請求確認其無效未被允許，或經請求後於三十日內不為確答者，始得提起之。（第 2 項）確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。但確認行政處分無效之訴訟，不在此限。（第 3 項）應提起撤銷訴訟、課予義務訴訟，誤為提起確認行政處分無效之訴訟，其未經訴願程序者，行政法院應以裁定將該事件移送於訴願管轄機關，並以行政法院收受訴狀之時，視為提起訴願。（第 4 項）參照。

⁶¹所謂「公法上法律關係」，乃指特定生活事實之存在，因法規之規範效果，在兩個以上權利主體（人）間所產生之權利義務關係，或產生人對權利客體（物）間之利用關係。行政法上法律關係之成立有直接基於法規規定者，亦有因行政處分、行政契約或事實行為而發生者，但法規、行政行為及事實行為均非法律關係本身，皆不得以其存否為確認訴訟之標的。最高行政法院 93 年度裁字 1201 號裁定參照。

⁶²請參閱行政法實務研究第一冊，臺中高等行政法院，2010 年 6 月，第 43 頁。

政處分，免除訴願及其先行政程序，以符合程序經濟原則及提高行政效能之立法目的，⁶³併予附帶說明。

因此，行政訴訟制度相關之設計內容，包括合理適當的訴訟程序、訴訟之類型等，均是為了輔助具體權利實現之管道，因為管道暢通才有機能發揮之肯定。

第三項 訴訟權保障之真義

訴訟在法院的審理過程，必須要遵循「先程序，後實體」的程序加以審理，實務上之案件審理程序，其作業步驟係針對事件之上訴合法要件先為審究，首先責由審查科書記官作初步的程序審查；如需補正者，即行發交原審法院或由受理案發法院審查庭之審判長裁定限期命為補正，所謂「程序不備、實體不究」即係指此。附帶言之，行政問題亦具備實體法結合程序法（訴訟法）或實體法兼及程序法（訴訟法）之特色，所涉者為行政行為是否合法或請求權是否存在的「實體問題」與應循何種救濟途徑的「程序問題」兩端，基於功能考量及訴訟實務觀點，在具體個案審查步驟，程序問題先於實體問題，⁶⁴此程序要件之齊備，係實體權利得以主張之入門卷。爰此，法務部認為行政處分如經司法實體判決，則應尊重實體判決之既判力，不宜再由行政機關依職權撤銷致破壞實體判決之既判力函釋⁶⁵，在程序上已對人民救濟途徑設下藩籬，形同剝奪權益受損者之救濟權利行使，已然與憲法保障人民訴訟權的規定相牴觸，明顯違憲，有檢討必要。

行政訴訟制度係為保障人民訴訟權之實施所由設，並藉訴訟權之保障，達到保護其他實體性之基本權，⁶⁶法規之維持，只係保護人民權益之手段，⁶⁷人民透過程序上之法律規定，才有機會實現實體上之

⁶³請參閱行政法實務研究第二冊，同前揭註 56 引書，第 310 頁。

⁶⁴請參閱李建良，行政法基本十講，同前揭註 19 引書，第 14 頁。

⁶⁵法務部 100 年 6 月 14 日法律決字第 1000013953 號及 97 年 2 月 4 日法律字第 0960043161 號函參照。

⁶⁶請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 62 引書，第 318 頁。

⁶⁷請參閱蔡志方，行政法三十六講，同前揭註 15 引書，第 398 頁。

權利，而訴訟法上之訴訟類型，提供人民依需要作選擇，即係基於權利保障之完整、無漏洞，立法者於訴訟制度之建構上，必須思考侵害權利之類型，進而就不同之侵害行為，設置不同訴訟類型，⁶⁸所謂「工欲善其事，必先利其器」，即係指此，故倘無程序，實體的權利就無法確保，所以如不給其一定程序的保障，則實體的權利會落空，是以，如程序完備，推定或擬制實質正當；如程序不完備，視為或推定實質不正當。⁶⁹同樣地，程序的完備，要在行政程序中被貫徹，這才是憲法保障訴訟權之真義。

第四節 依法行政原則應以憲法為指標

第一項 行政機關對違法處分之處理方式

目前行政實務上對於事後發現原作行政處分為違法時之處理方式區分二端：(一)違法行政處分發生形式上確定力後，基於依法行政之原則，行政機關依其職權撤銷違法之行政處分⁷⁰；(二)違法行政處分如經司法實體判決產生既判力後，則不宜再由行政機關依職權撤銷致破壞實體判決之既判力。⁷¹本文以為前者之實務見解與五權分立設計之機能若合符節，但其權限範圍，將再下節討論；而後者之實務見解則容有可議。關此本文以為目前行政實務依違法行政處分是否經司法裁判而採區隔處理之作法，似屬多餘，何以言此？乃係著眼被不同對待之違法行政處分本質上並無差異，可卻為遷就裁判之既判力遭不同對待，試問：是否有此必要？又對權利遭受損受之人民有否違反

⁶⁸請參閱行政法實務研究第二冊，同前揭註 56 引書，第 270 頁。

⁶⁹學者李惠宗見解，請參閱司法院大法官九十二年度學術研討會論文集及紀錄--正當法律程序與人權之保障，第一版，司法院，2004 年 10 月，第 161 頁。

⁷⁰行政處分發生形式之確定力後，該違法行政處分是否撤銷，屬行政機關之裁量範圍。關於經訴願決定後之做法，行政處分屬違法行政處分，按行政程序法第 117 條之規定，除撤銷對公益有重大危害，或已逾該法第 121 條之撤銷權除斥期間，而不得撤銷外，其餘是否撤銷，原則上仍應委請行政機關遵守一切限制裁量之。法務部民國 99 年 6 月 21 日法律決字第 0999026605 號函、民國 99 年 6 月 18 日法律字第 0999012429 號函參照。

⁷¹請參照民國 100 年 6 月 14 日法律決字第 1000013953 號函、法務部民國 100 年 7 月 6 日法律字第 1000016263 號。

平等原則？進一步言之，是否係對積極主張自我權利之人民之懲罰？問題的答案正是突顯現行行政機關對違法處分之處理方式可議之處。

第二項 憲法是最高指導原則

憲法乃是最高法規⁷²，在整個國法秩序上具有最強之形式效力，像這樣重視憲法實質的最高法規性之立場，乃是將憲法規範視之為一價值秩序，認為這是以「尊重個人」原理及以此為基礎之人權體系，來作為憲法的根本規範（basic norm），並當然肯定憲法規範的價值序列，⁷³此「人權優先性」係符合民主國家憲法潮流之立法模式，亦為德國 1949 年基本法所採行，可知憲法之目的首在保障人權。⁷⁴

我國憲法架構下之司法權旨在解決具體法律爭議及作憲政秩序最後確認，其本質為「是非對錯」的判斷，非僅屬「好惡抉擇」而已，且學者亦認為各種司法權之行使，其本質應含有「緊急處分權」，但避免有害於行政權與立法權，此種「作成暫時處分以定暫時狀態」權限⁷⁵之行使，應訂有期限⁷⁶之作法，同時宣告司法權之行使絕對有其界限，⁷⁷按分權制衡原則之始意在於防止權力集中、避免專制，⁷⁸可見司

⁷²憲法第 171、172 條，法律與憲法抵觸者無效、命令與憲法或法律抵觸者無效。

⁷³請參閱蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，同前揭註 5 引書，第 37 頁至第 38 頁。

⁷⁴請參閱陳新民，中華民國憲法釋論，修訂四版，自版，2001 年 1 月，第 113 頁。

⁷⁵司法院釋字第 590 號解釋略以，……訴訟或非訟程序裁定停止後，如有急迫之情形，法官即應探究相關法律之立法目的、權衡當事人之權益及公共利益、斟酌個案相關情狀等情事，為必要之保全、保護或其他適當之處分。參見司法院釋字第 585 號解釋略以，……司法院大法官依憲法規定獨立行使憲法解釋及憲法審判權，為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而有異。本件暫時處分之聲請，雖非憲法所不許……。參見司法院釋字第 599 號解釋略以，司法院大法官依據憲法獨立行使憲法解釋及憲法審判權，為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而異。如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態……參照。

⁷⁶請參閱李惠宗，中華民國憲法概要-憲法生活的新思維，同前揭註 4 書，第 276 頁至第 277 頁。

⁷⁷保全制度固屬司法權核心機能，惟其制度具基本權利與公共利益重要性，當屬法律保留範圍；然於系爭內容對人民基本權利或憲法基本原則造成不可回復或難以回復之重大損害，若作成暫時處分顯然利大於弊，自可准予暫時處分之宣告。請參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，同前揭註 9 引書，第 118 頁。

⁷⁸請參閱李建良，行政法基本十講，同前揭註 19 引書，第 207 頁。

法權在權力分立下有其限制--限制包括期限，亦涵蓋事件之性質，⁷⁹此乃實務運作難以避免之情況，但在權力分立之機能⁸⁰配置中，終究還是須回歸憲法作最後的價值抉擇，違法行政處分所涉之權利保障，亦應如是。

第三項 賦予行政機關權限新義之理念基礎

行政法為具體的憲法⁸¹，故憲法基本權利規定及其所蘊含的人性尊嚴與立國精神等價值基礎，應構成行政法學重心，並透過立法、行政與司法的方式，不斷地闡微與落實。⁸²換言之，行政機關執行法令時，均須回應憲法的要求，當然亦應及於憲法上之原理原則。⁸³復從憲政主義強調「所有國家權力源自人民」、制定憲法之首要目的在保障人民基本權利⁸⁴觀點出發，在在支撐本文為何要力主行政權在依法行政下應該適時發揮其功能之原因所在，學者李建良認為「行政絕不會也不該是法律的奴隸，而應作法律的主人」，積極主動體現法律之構思與意欲，從而，行政作用之發動與實施，非單只是遵守法律設定之框架，尚須斟酌行政目的，權衡公益與私益，作通盤之考量⁸⁵之說法，本文是持贊同意見⁸⁶，蓋統治者亦是存在於「法」之下，其權限

⁷⁹此係指假若事件非引起高度關注--例如對一般人之人權造成侵害（一般性處分）時，恐難讓司法權介入，於此，事件之內容如係人民權利受到侵害（違法行政處分）時，人民僅得循一般訴訟程序救濟，案件如經判決確定，通常司法權就終結運作。不諱言，本註解後段所敘案件如經判決確定，通常司法權就終結運作，乃為目前實務之常態。

⁸⁰權力分立原則（separation of powers），其並非僅強調「分權」（separation of powers），亦同時強調「制衡」（checks and balances），現代民主憲政國家的憲法，均是以該原則設計政府的組織，並賦予適當的權力。請參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，同前揭註9引書，第131頁。

⁸¹1959年，德國聯邦行政法院院長Fritz Werner謂：「行政法作為具體化的憲法。」（Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht）。請參閱翁岳生，法治國家之行政法與司法，同前揭註44引書，第220、269頁。

⁸²請參閱翁岳生編，行政法（上），同前揭註14引書，第28頁。

⁸³今日之依法行政，行政不僅是受制定法（法令）之拘束，尚且受非制定法（Recht）之拘束，包括一般法律原理原則及憲法理念。請參閱李震山，行政法導論，同前揭註13書，第39頁。

⁸⁴請參閱李震山，行政法導論，同前揭註13書，第39頁至第40頁。

⁸⁵請參閱李建良，行政法基本十講，同前揭註19引書，第216頁。

⁸⁶雖說「行政絕不會也不該是法律的奴隸，而應作法律的主人」之措辭，在權力分立、法治國家之建構功能中顯得踰越，但卻十分貼切表現行政所應展現依法行政下的主動個性，因此本文是贊同的。

之行使非不受限制，乃取決於行使是否是否合法的內容，且為實現法與確保法存在之行使，⁸⁷本乎於此，違法行政處分，行政機關之作為權限，尤須再賦予新義，方可與依法行政內涵相符合。

第五節 依法行政下行政機關對違法行政處分應有的作為

第一項 正義之實踐

亞里斯多德說：智慧的人知道什麼時候、怎麼樣調整規則，最重要的是，智慧的人做這種規則調整，是為著正義的目的。⁸⁸而依法行政變成執行行政之一般性基準，與機械式適用或遵守法律有些不同⁸⁹時，法律規定應符合該法律本身所達成之目標，亦即法律規定內容應保持體系上的一貫，⁹⁰惟法律係以文字所組合而成的抽象規範，因其並非具體，故在適用上應先對法律加以解釋，使其內涵具體、明確，⁹¹實證上，幾乎沒有不經過解釋的法律概念，⁹²法律解釋的任務在探求法律意旨，而這個意旨在追求正義在人類共同生活的體現，故法律解釋必須把握這個意旨，並幫助它的實現，即在正義及其衍生價值的指引下，以衡平、被理解之方式滿足人類生活於法律上之需要，⁹³凡為社會生活的基礎者，同時也是法的存立基礎，⁹⁴而法的存立基礎以「正義」為必要。⁹⁵

第二項 法解釋論之概念運用在違法處分之撤銷

第一款 理解法律之方式與導引

⁸⁷請參閱陳慈陽，人權保障與權力制衡，同前揭註 34 引書，第 150 頁。

⁸⁸請參閱沈宜生，實用的智慧（參），請參司法周刊 1628 期第 3 版。

⁸⁹請參閱蔡志方，行政法三十六講，同前揭註 15 引書，第 64 頁。

⁹⁰請參閱李惠宗，案例式法學方法論，一版，新學林，2009 年 10 月，導讀第 15 頁。

⁹¹請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 62 引書，第 311 頁。

⁹²請參閱李惠宗，案例式法學方法論，同前揭註 90 書，第 226 頁。

⁹³請參閱黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂三版，自版，1993 年 7 月，第 278 頁。

⁹⁴請參閱美濃部達吉著，林紀東譯，法之本質，二版三刷，臺灣商務印書館，1998 年 3 月，第 81 頁。

⁹⁵請參閱美濃部達吉著，林紀東譯，法之本質，同前揭註 94 書，第 116 頁。

行政法上依法行政之原理與民法上之誠信原則、刑法上之罪刑法定主義一樣，緣起於時代背景，發展於社會需要，故難求其一成不變，⁹⁶基此，吾人用「法」不可過份拘泥法條文字，而應作最合法理之運用，「陶侃用法，恒得法外意」始足以當之。⁹⁷按法律之解釋，具有三種功能，即（一）闡明法律文字疑義，（二）補充法律不備，（三）推陳出新之功能，⁹⁸法諺所云：「法律之解釋，不外闡明、引申及限縮而已」、「法律解釋權屬於法律制定之人」可為補充，⁹⁹但不可誤會，認為法諺是據以解釋的不二法門，法諺充其量只是加強論證的補助手段，¹⁰⁰故此而言，法律解釋有其規則，亦應兼顧主觀與客觀之面向，並能保持法律效力，方為妥適之解釋。

蓋成文法係以文字作為法律的形式，此形式乃基本的形式，故法律之意義，應先就其文字加以解釋。但文字不過為其基本形式而已，如該文字之解釋，確有疑義時，自應參照法理或立法精神，而探其真意也。¹⁰¹法律解釋雖可不拘泥於文字，但不得與文字相刺謬，就與法律明文作相反之解釋，屬於惡解釋，¹⁰²法律解釋必須以法律所使用之文義作為出發點，同時必須符合立法之目的，否則即會發生錯誤解釋的問題。¹⁰³因此，法律文字其意義有欠明瞭，容有種種解釋的餘地，¹⁰⁴然關於法律條文之解釋務求謹慎，切不可掏空法律之基礎，亦不可悖離依法行政¹⁰⁵之原則為是，用法之際，合法之外，並須求其適當¹⁰⁶。

⁹⁶請參閱城仲模，行政法之基礎理論，同前揭註 2 引書，第 15 頁至第 16 頁。

⁹⁷「法無精確之定義，而委諸善良人之判斷。」請參閱鄭玉波譯解，法諺（二），初版，三民，1988 年 12 月，第 21 頁。

⁹⁸請參閱施茂林、劉清景編著，法律精解大辭典，初版，世一，2010 年 1 月，第 10 頁。

⁹⁹請參閱鄭玉波譯解，法諺（二），同前揭註 97 書，第 23 頁。

¹⁰⁰請參閱吳庚，憲法的解釋與適用，三版，三民，2004 年 6 月，第 498 頁。

¹⁰¹請參閱鄭玉波譯解，法諺（二），同前揭註 97 書，第 66 頁至第 67 頁。亦即法律之解釋固不限於文義解釋，其毋寧以文義為起點，立法目的、法律體系更是解釋須參考之因素，請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 62 引書，第 311 頁。

¹⁰²請參閱鄭玉波譯解，法諺（二），同前揭註 97 書，第 52 頁。

¹⁰³請參閱李惠宗，案例式法學方法論，同前揭註 90 書，導讀第 16 頁。

¹⁰⁴請參閱美濃部達吉著，林紀東譯，法之本質，同前揭註 94 書，第 124 頁。

¹⁰⁵學者城仲模在闡述依法行政原則的現代意義時指出，行政除須有形式法律根據外，尚須受實質法律如公益、行政目的、誠信原則、行政道德及法之一般原理等規範拘束。請參閱城仲模，行政法之基礎理論，同前揭註 2 引書，第 12 頁。

¹⁰⁶請參閱林紀東，大法官會議憲法解釋析論，初版三刷，1993 年 9 月，第 209 頁。

或可言之，依法行政下行政機關撤銷違法行政處分，是機關之義務，屬機關無裁量權之行政作為。

第二款 檢視行政程序法第 117 條規範之淺見

按行政程序法第 117 條：「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。」從法律之文義及體系解釋而言，文義解釋乃透過規範所使用的文字的解析，以正確理解法律的意涵，倘無立法定義，文義解釋是法律解釋首先且必須使用的方法；¹⁰⁷而體系解釋係基於體系與目的之觀點去充實或確定法律的內容及意旨。¹⁰⁸

是以，從其文義與體系來看，本條文適用之範圍為違法行政處分，關於其處理，¹⁰⁹由條文本文得知原則須撤銷，其認定從寬，惟有但書之例外不撤銷，其認定則應從嚴；準此以言，依法行政下行政機關撤銷違法行政處分，是機關之義務，屬機關無裁量權之行政作為。申言之，違法行政處分之撤銷係行政機關依職權為之的事項，但在依法行政原則支配下，應把違法排除視為機關之義務，機關無裁量權，而且僅在但書所列撤銷對公益有重大危害或有信賴不值得保護之情形時，始不具排除之義務¹¹⁰之見解，本文以為可以再予討論。按此乃昔日¹¹¹訴願法第 17 條第 2 項，¹¹²訴願因逾越法定期限決定駁回時，若原行政處分顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職

¹⁰⁷請參閱李惠宗，案例式法學方法論，同前揭註 90 書，第 234 頁。

¹⁰⁸請參閱黃茂榮，法學方法與現代民法，同前揭註 93 書，第 311 頁。

¹⁰⁹按行政程序法第 117 條之行政處分之撤銷權係針對違法之行政處分而為規定，所指行政處分之違法，或係於該處分作成時已發生，或係於大法官宣告所適用之規定違反上級規範時發生，不一而足。最高行政法院 100 年 04 月 14 日 100 年判字第 504 號判決參照。

¹¹⁰行政程序法第 8 條規定，行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。是信賴保護原則之適用，係以已取得之權利合法正當，應受保障者為限，倘其權利之取得不合法令之規定，即無仍予保障之可言。最高行政法院 100 年 06 月 09 日 100 年判字第 951 號判決參照。

¹¹¹民國 59 年 12 月 23 日全文修正之版本。

¹¹²民國 87 年 10 月 28 日全文修正版本已調整至第 80 條。

權變更或撤銷之的規定，過於強調行政權，行政機關可不考慮存續保護或既得利益，而以公益為由任意撤銷行政處分，學者多有批判看出，故目前已於訴願法第 80 條採用與行政程序法第 117 條之文字而獲改正，¹¹³該條文之立法理由即明示略以：「原行政處分有違法或不當之情形，如仍任其存在，顯與依法行政之原則有違，原行政處分機關或其上級機關自得依職權撤銷或變更之，以糾正其缺失。……但書之設，即信守比例原則及信賴保護原則，以維護法治之基本精神。」觀此立法理由可知，立法所賦予行政機關之作為義務極其明確，行政機關殆不可遽認自身具有裁量之權限而違逆立法者之本意，是行政程序法第 117 條但書規定不得撤銷之情形，係為防止行政權之恣意，而非有該條但書情形時行政權即可怠惰，此屬不同層次之處理判斷，故在此點之差異，本文不得不再予重申，以期明瞭立法之本旨。

第三項 違法行政處分之撤銷係行政機關之義務

綜前所述，本文認為違法行政處分之撤銷係行政機關之義務，是落實依行政原則之具體表現，惟目前司法及行政實務，均認為違法行政處分之撤銷係委諸行政機關依職權為之，學者吳庚亦謂違法行政處分性質上乃行政機關裁量之事項，¹¹⁴此類以為違法行政處分之撤銷與否係取決於機關意思之見解，本文以為恐與前揭所論依法行政意涵未符，有檢討必要。在此，本文摘錄數則關於撤銷違法處分屬機關權限的見解供參，臚列如次：

壹、行政機關見解摘錄：

- (一) 如核定資遣行政處分，確係因年資計算錯誤而作成，應屬違法行政處分，主管機關仍得職權撤銷之，惟仍宜由主管機關就具體個案是否有違法情事本於職權審酌認定。¹¹⁵

¹¹³請參閱吳庚，行政法之理論與實用，增訂十一版，2011 年 8 月，第 367 頁至第 368 頁。

¹¹⁴學者李建良亦持相同見解，請參閱蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏合著，行政程序法實用，三版二刷，新學林，2007 年 7 月，第 306 頁。

¹¹⁵法務部 101 年 08 月 08 日法律字第 10100096260 號參照。

- (二) 如地方政府機關人員後婚經法院判決婚姻無效確定，而相關補助必須有結婚、生育事實發生且以合法有效婚姻關係為前提，故原核發結婚及生育補助處分屬違法處分，至於是否撤銷，應由原處分機關裁量。¹¹⁶
- (三) 案件如為行政罰法第 26 條第 1 項所定事件，且原罰鍰處分違反該條項刑事處罰優先規定者，屬違法之行政處分，雖已逾訴願法定期間，原處分機關或其上級機關仍得依職權撤銷原罰鍰處分。¹¹⁷

貳、司法機關見解摘錄：

- (一) 行政程序法第 117 條固亦係針對已發生形式確定力之行政處分所為之例外規定；惟依本條文中關於「原處分機關或其上級機關『得依職權』為違法行政處分之全部或一部撤銷」之文字，足知本條規定之「撤銷」係委諸行政機關為裁量，即其僅係賦予行政機關得自為撤銷違法行政處分之職權。¹¹⁸
- (二) 行政程序法第 117 條規定違法之行政處分僅原處分機關或其上級機關有權予以撤銷，¹¹⁹ 故是否依職權發動調查，乃委諸原處分機關或其上級機關之裁量。¹²⁰
- (三) 訴願法第 80 條第 1 項及行政程序法第 117 條之規定係基於行政處分有違法或不當之情形，如任其存在，顯與依法行政原則有違之意旨，就已具形式確定力之行政處分，賦予原行政處分機關或其上級機關得為撤銷或變更之職權。¹²¹
- (四) 又司法實務針對行政機關行使違法行政處分之撤銷權時，同時應有除斥期間與信賴不值得保護情形之適用，亦即違法之行政處

¹¹⁶法務部 101 年 07 月 12 日法律決字第 10100128820 號參照。

¹¹⁷法務部 101 年 04 月 20 日法律字第 10100024910 號參照。

¹¹⁸最高行政法院 102 年 1 月 17 日判字第 29 號判決參照。學者吳志光贊同，請參閱吳志光，行政法，四版一刷，新學林，2010 年 9 月，第 203 頁。

¹¹⁹最高行政法院 101 年 11 月 8 日判字第 957 號判決參照。

¹²⁰最高行政法院 101 年 8 月 17 日判字第 765 號判決參照。

¹²¹最高行政法院 101 年 10 月 31 日裁字第 2220 號裁定參照。

分，原處分機關於法定救濟期間經過後，仍得依職權自為撤銷，僅是其撤銷受有行政程序法第 121 條自知有撤銷原因時起 2 年之除斥期間，暨同法第 117 條但書 2 款情形之限制，¹²²是以，此除斥期間之限制，旨在限制行政機關對授益處分撤銷權，以保護人民對法安定性之信賴，至於違法之「負擔處分」，除對公益有重大危害外，原處分機關及其上級機關得隨時撤銷，不受二年除斥期間之限制。¹²³

正義的內容必然要以時代和社會為準，在某時代或社會所認的正義，必有一定的指導原理，其指導原理安定，社會亦安定，其指導原理動搖，社會亦動搖，¹²⁴依法行政是民主國家之指導原則，其內涵之實踐，必須符合人民之需求，確保人民之權利，同時亦避免消極束縛行政之反作用，¹²⁵亦即，人民內心主觀的正義需要國家在客觀上正向地加以實現，質言之，使人民權益遭受侵害之違法行政處分，亟需國家行政機關積極的作為，始得以除去，故而人民主觀正義之具體實踐，在符合依法行政精神之下，可謂已明確引領行政機關對違法行政處分應有的作為，此正義具體實踐之鵠的，已明確引領依法行政下行政機關對違法行政處分應有的作為，夫依法行政之最高境界，在追求「正義之法」(richtiges Recht)之實現。¹²⁶

第六節 小結

法治政治者，謂民主國家之政治須依法律而為，不特人民，國家亦同，其目的在於保護人民的自由權利。而欲令人民自由權利獲得保護，必須採用分權之制，將國家權力分為立法、行政、司法三種，每

¹²²最高行政法院 101 年 5 月 25 日判字第 473 號判決參照。

¹²³請參閱李惠宗，行政程序法要義，初版三刷，五南，2004 年 10 月，第 324 頁。

¹²⁴請參閱美濃部達吉著，林紀東譯，法之本質，同前揭註 94 書，第 119 頁。

¹²⁵請參閱城仲模，行政法之基礎理論，同前揭註 2 引書，第 16 頁。

¹²⁶請參閱陳清秀，行政訴訟法，四版一刷，元照，2011 年 10 月，第 3 頁。

個機關只得行使其固有權限，彼此相互制衡，¹²⁷此乃由消極面向切入以觀，倘由積極面向而言，為保障人民之權利，各機關就其權限戮力而為，方是當政者實質發揮權力分立意涵，期許締造新時代之里程碑所該追尋之首要鵠的。是以，基於行政積極主動之特性，縱使已逾提起訴願之法定期間，違法行政處分已發生形式上之確定力，行政機關仍得依職權撤銷違法行政處分，以符合依法行政之原則，¹²⁸此由立憲主義係立基於人民權利之保障之理念，可知不論是立法、司法或行政權，都不得對人民基本權造成不當侵奪¹²⁹觀點切入驗證，自更彰顯其價值。

又行政處分之廢止及撤銷規定，是對行政處分之存續力加以突破所加的條件及限制，即一方面許可行政機關對行政處分之存續效果加以侵犯，同時也對侵犯的條件加以限制，¹³⁰充份看出立法權對行政權之複雜情結。但本諸依法行政原則內涵之法理，本文認為行政處分確定後，原處分機關或其上級機關發覺有違誤之處時，縱案件業經人民提起救濟而未果，仍應課予行政機關責任，行使機關之職權對違法之行政處分作出撤銷或變更決定，以減少違法行政處分對人民精神或財產之實質損害，此一作法之落實與否，適可由法國人權宣言所謂「凡權利之保障不確實，權力分立不確定之社會，即無憲法可言」¹³¹話中所闡述之理念中獲得檢驗。

雖於憲法架構中賦予行政機關應追求之目標極其明確，但在實務運作中亦仍難免形成阻礙，揆諸為國家去不肖，監察機關與懲戒機關，同負有重大責任，必須密切求其配合，以發揮監察與懲戒之功能，¹³²但有時也造成反面之效果，茲凡法律如刀之兩刃，監察與懲戒之功

¹²⁷請參閱施茂林、劉清景編著，法律精解大辭典，同前揭註 98 書，第 92-93 頁。

¹²⁸請參閱翁岳生，法治國家之行政法與司法，同前揭註 44 引書，第 19 頁。

¹²⁹請參閱黃建輝，憲法體制與法治行政-城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，初版，三民，1998 年 8 月，第 472 頁。

¹³⁰請參閱陳新民，行政法學總論，修訂八版，自印，三民經銷，2005 年 9 月，第 347 頁。

¹³¹此係 1789 年人權宣言第 16 條之內容，請參閱城仲模，行政法之基礎理論，同前揭註 2 引書，第 95 頁。

¹³²請參閱方庭諧，憲法上彈劾權與懲戒權運用之研究，初版，豪峰，1986 年 1 月，第 11 頁。

能一旦盡情揮灑時，難保不造成從業之公務同仁畏縮之心態，此應驗在實務運作中，似恰成為阻擋已獲勝訴之行政機關不敢貿然作成拋棄勝訴利益決定¹³³之首因，蓋違法之原行政處分作成之時，有無隱含失職或違法情事於其內？恐因機關作成拋棄勝訴利益決定之時，繼之浮上檯面，成為關注焦點，尤其是來自媒體的關注，已目前身處第四權已然形成並異常壯大的氛圍中，公務體系對外作用的事件常常會被放大檢視，縱然案件決定之初並無甚違誤，倘於事件成為注目焦點之後，恐難避免讓負責第一線執行之公務同仁陷入秋後算帳之窘境，亦或將形成惡性循環，致使公務同仁視違法處分之撤銷為畏途，此從民主法治程序發展的角度及其運作而言，均並非幸事。

審究根源即在於行政處分之違法性 (Rechtswidrigkeit)，茲以行政處分之違法性是個叢集的概念，基本的定義是行政處分「不正確的適用現行有效法律原則」，或稱為行政處分「不合乎」法秩序要求者。¹³⁴簡言之，有關撤銷原因在理論上主要歸納有四：「1. 行政處分的意思瑕疵：行政機關作成行政處分時，有錯誤、或被詐欺、脅迫等情事存在；2. 行政處分的違法不當：行政機關作成行政處分時，就權限內的事項在解釋或適用業務法規方面有違法不當的情事，致使當事人或關係人的權益受到損害者；3. 行政處分違反公益：行政機關以自由裁量所作行政處分，有違反國家社會公益情事；4. 行政處分程序不合：行政處分未經法定應備程序」¹³⁵，然在實務，其樣態不勝枚舉，¹³⁶事實上，有些違法行政處分之性質並不易認定，故無須強求，¹³⁷是

¹³³學者彭鳳至認為行政機關要拋棄勝訴利益，要考量者例如拋棄時點不違反依法行政，及涉及第三人效力之處分，最好不要拋棄。請參閱行政訴訟之研討（一），初版一刷，台灣法學，2012年10月，第454頁。

¹³⁴請參閱李惠宗，行政法要義，同前揭註20引書，第341頁。

¹³⁵請參閱張家洋，行政法，三版一刷，三民，2002年2月，第501頁。

¹³⁶學者李惠宗將行政處分違法的類型歸納為六大類，簡述如下：

一、行政管轄權限之欠缺：（一）機關權限認定錯誤。（二）多階段行政處分欠缺其他機關協力兩類。

二、行政處分所依據之規範具違法性：（一）行政處分所依據規範違反法律保留原則：1.直接以行政命令代替法律限制人民基本權利；2.雖有授權，但不合乎授權明確性原則。（二）行政處分所依據規範違反法律優越原則。（三）規範內容解釋之錯誤。

三、對不確定法律概念之判斷錯誤。

以，本文於此並不深入探討，僅特提出在此需作考量者乃在違法行政處分之瑕疵，其原因通常較無效處分不明顯、不嚴重，因此容許機關介入審查，並本職權或依人民申請加以撤銷，這是立法形成之制度，將無效處分與違法處分作區別對待，自然有其考量，故於課責上作分別處理，應屬當然，亦符合立法區隔二者之本旨。

職此之故，本文建議在不妨害國家彈劾與懲戒功能行使以合於其制度設計之目的作為前提，兼顧官箴維護與鼓勵公務員之積極任事，對於行政處分作成有重大或明顯之違法時，懲戒機關始依法規進行事證蒐集與調查，貫徹國家內部管理權，亦即，違法行政處分得撤銷之原因已然係無效處分程度時，國家懲戒權自然應介入究責，蓋因行政事務錯綜複雜，且管轄權範圍亦經常變動，如何正確地區分各行政機關之管轄權範圍，非但對於人民，即使在機關本身，亦非易事，¹³⁸茲鑒於此，國家懲戒權若能節制，如此，公務員才可放膽根據違法行政處分之侵益情形，作出適切決定；亦當如此，方可期待人民權利得到周延之維護。是以，為利行政機關行使拋棄勝訴利益行為之自我審查機制時，給予行政機關全面審酌違法行政處分存在與法規、事實與其他情事變遷之關係，本於權責作出合宜決定，不妨暫停國家彈劾與懲戒權之介入，俾權力分立之積極內涵得以展現。

四、確認事實之程序違法：(一) 認定事實不依證據。(二) 違反經驗法則之證據取舍。(三) 行政機關未盡舉證責任之違法。

五、未遵循法定程序。

六、行政處分本身之錯誤：(一) 因對法規效力認知錯誤所導致之為行政處分：1.增加法律所無之程序；2.違反一行為不兩罰原則；3.處罰性質的誤認。(二) 新舊法適用之選擇錯誤。(三) 錯誤的法律適用方法。(四) 對行政處分性質的誤認。(五) 罹於消滅時效之行政處分。(六) 行政裁量之違法。

請參閱李惠宗，行政法要義，同前揭註 20 引書，第 345 頁至第 354 頁。

¹³⁷請參閱洪家殷，行政處分撤銷之研究，國立政治大學法律研究所博士論文，1992 年 6 月，第 117 頁至第 118 頁。

¹³⁸請參閱洪家殷，行政處分撤銷之研究，同前揭註引書，第 71 頁。

第三章 法院確定判決之拘束力

第一節 概說

在民主法治國家內，人民之各種自由權利受憲法保障。行政權之行使，受憲法及法律之拘束，不得違反。因此，在制度上，首先應由行政內部之監督，確保行政行為之合法及妥當，防範於未然，或主動糾正違法不當，改善於事後。惟行政權之行使，如違反憲法或法律，侵害人民自由權利，又不主動糾正改善，人民自亦應有救濟之途徑，始能實際享有其憲法所保障之法律地位，憲法第16條所定：「人民有請願、訴願及訴訟之權」之制度，一般稱為「行政救濟」，其中訴願及行政訴訟學界通稱係狹義行政救濟，¹目的在於保護人民於其權利遭受侵害時，得循法律途徑為救濟之制度性保障，屬受憲法保障之核心領域。²

法律既保障人民有尋求救濟之權，而行政爭訟僅為權利保護之手段，其實，人民權利保護更包括在其權利受有損害時給與之補償。因此，人民如得以行政爭訟排除侵害其權利之公權力行為，即不須其後之損害賠償。就此意義而言，行政爭訟為首先應採取之救濟手段，故為「第一次權利保護」，於損害既已發生之後，填補其損害，則為「第二次權利保護」。人民如本得以「第一次權利保護」排除損害，而不為之，任由損害發生，而後再請求「第二次權利保護」，在法律上應不許可為之。³換言之，此一權利保護層次之區分，其本意是為使人民理解渠等之權利應在權利遭受損害時踐行法律賦予之爭訟權之情

¹請參閱陳敏，行政法總論，新學林，六版，2009年9月，第1261頁。另補充言之，「行政救濟」之概念其實很含混，依請願法規定，人民對國家政策、公共利害或其權益之維護，得向職權所屬之民意機關或主管行政機關請願，惟此請願對該接受請願之機關並無拘束力，因此，尚難有救濟之實效，毋寧認為係提供人民抒發不平之管道。故在此，本文將界定行政救濟之手段為訴願及行政訴訟，而不包括請願。

²請參閱陳慈陽主編，行政法案例研習，元照，初版一刷，2011年11月，第148頁。

³請參閱陳敏，行政法總論，同前揭註1引書，第1262頁。

況下，始能獲得保障。

易言之，人民權利受有損害，須先進行爭訟盼獲實質正義，一旦法律所給予權利伸張之程序完全終結後，案件依法產生既判力，此時，「第二次權利保護」才可成為人民可能之選項。即便制度如此，在事實多元又極具變化之現代人生百態，人民期望獲得賠償之本心，僅可能認為係多數，而非當然唯一選項，亦即，除非當然不能，否則權益之受損並非定能由金錢之賠償獲得滿足與回復，此由行政訴訟法針對訴訟種類之設計即可證之。亦因此「第一次權利保護」在行政法領域中，如同扮演救世主之地位，吾等寧相信人民企盼其自身權利獲得保障之想望是大過其因權利受損後所給與之賠償，故而吾等得出國家制度與法律所保障實質正義之充分實踐，於人民之重要性絕非同小可之結論，此亦即謂法院確定判決之拘束力，如已對人民權益造成侵害且人民救濟程序窮盡時，同受既判力主觀範圍拘束下之公權力主體容有深思餘地，從而人民或可免受「第一次權利保護」不週之戕害，亦或許得免卻國家進行「第二次權利保護」機制之啟動而節省公帑。

是以，本文於面對可兼顧人民權利保護、又能提高國家有限資源效用之雙重利得，認為透過審慎檢視現行權利保護法制下應存在⁴更理想選擇之信念，將它尋出之使命感油然而生，順此思考之脈絡，本文研究問題背後之答案已然浮現。

第二節 拘束力之意涵

第一項 行政訴訟法第 213 條確定力相關概念

行政法院確定判決之效力，行政訴訟法第 213 條明文規定：「訴

⁴學者劉宗德在其所著「制度設計型行政法學」一書之自序中提及，任何制度均為「將一定政策更有效果地實現之手段或構造」，故人為成立之制度並非恆久不變，一旦發生需求，將遭逢變革之命運，即制度僅為「令已形成之政策容易運作之軌道」而已。而「行政法律制度」尤然，須契合時代脈動及社會環境，不斷開發、創新、改革各種行政組織、行政活動、行政手段等國家制度，方能達成行政任務之現代使命。可見任何不敷實際所需之規定或見解，均存在改善之空間，等待有心人予以精進。請參閱劉宗德，制度設計型行政法學，元照，初版，2009年5月，自序。

訟標的⁵於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。」所謂「確定力」⁶與民事訴訟法第 400 條第 1 項規定之「既判力」⁷相同，均要求法院不得為相反之判斷與要求當事人不得重為起訴，兩者均以「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者」為其客觀範圍。⁸是以，判決一旦確定後，無論是否違法，當事人及行政法院均受其拘束，不得就該判決之內容更為爭執。⁹

既判力之意涵，按最高法院 73 年台上字第 3292 號判例：「民事訴訟法第四百條第一項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第二項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力。」僅認「判決主文所判斷之訴訟標的」有既判力，判決理由中之判斷，原則上無既判力，行政訴訟採相同看法。惟近年，實務見解基於「程序上誠信原則」¹⁰與「訴訟經濟」有條件地賦予判決理由之判斷有一定之拘束力。¹¹是關於賦予判決理由判斷拘束力，係實務上為避免反覆紛爭、歧異判決而主張採行，即學說所謂之爭點效¹²之概念，亦由此

⁵學者陳敏認為，「訴訟標的」之意義，主要在於說明判決確定力所及之範圍。請參閱行政法實務研究第二冊，台中高等行政法院，2010 年 6 月，第 554 頁。

⁶為訴訟標的之法律關係於確定終局判決中經裁判，該確定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人即不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，其積極作用在避免先後矛盾之判斷，消極作用則在禁止重複起訴。最高行政法院 93 年度判字第 782 號判決參照。

⁷為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中已經裁判者，就該法律關係有既判力，當事人不得以該確定判決事件終結前所提出或得提出而未提出訴之其他攻擊防禦方法，於新訴訟為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於該確定判決意旨之裁判。最高行政法院 72 年度判字第 336 號判例參照。

⁸請參閱行政法實務研究第一冊，臺中高等行政法院，2010 年 6 月，第 321 頁。

⁹請參閱徐瑞晃，行政訴訟法，五南，三版一刷，2012 年 9 月，第 461 頁。

¹⁰「誠實信用」是一個「只能描述，不能定義」的不確定法律概念，用在檢視國家權力之行使，要求遵守程序正當實質合理。請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 8 引書，第 284 頁。

¹¹請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 8 引書，第 321 頁至第 322 頁。

¹²最高法院 97 年台上字第 2688 號裁定：「民事訴訟法第四百條第一項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第二項所定關於抵銷之情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷為有既判力。又學說上所謂之爭點效，係指法院於確定判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，除有顯然違背法令，或當事人已提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人就與該重要爭點有

而來，其偏重者仍在既判力之客觀範圍。

承此，拘束力其效果在行政訴訟法上之主要目的在於排除互相矛盾衝突之法院裁判，¹³「日本裁判法時代拘束力之規定，具有行政內部監督之性格，目的是上級監督機關對於下級機關的指導糾正，而行政事件特例法時代的拘束力，是基於三權分立原則，由司法機關來審查行政處分之合法性，為確保對行政處分的司法救濟制度而設，特別是由於司法不得直接命行政機關為一定之行為，只允許其為事後之審查，受撤銷判決之行政機關，應為如何之改正措施，以擔保撤銷判決之實效性¹⁴，因有此『拘束力』之規定，日本現行行政事件訴訟法則與行政事件特例法相同。」¹⁵本文在此要進一步說明者，乃判決既判力與判決拘束力在概念上並無分軒輊，既判力既有客觀範圍，亦存在主觀範圍，拘束力亦然¹⁶。

第二項 析論行政訴訟法第 216 條立法理由及拘束力意涵

是以，行政法院之確定判決，按行政訴訟法第 216 條規定：「撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。（第一項）原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之。（第二項）前二項判決，如係指摘機關適用法律之見解有違誤時，該機關即應受判決之拘束，不得為相左或歧異之決定或處分。（第三項）前三項之規定，於其他訴訟準用之。（第四項）」有拘束原處分機關之效果，考其立法理由如下：

關所提起之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相反之判斷，以符民事訴訟法上之誠信原則而言。是爭點效之適用，必須前後兩訴訟當事人同一，且前案就重要爭點之判斷非顯然違背法令，及當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷等情形始足當之。」及最高法院 96 年台上字第 2569 號判決參照。

¹³請參閱吳綺雲編譯，德國行政訴訟事件裁判選輯，司法院，1997 年 6 月出版，第 153 頁。

¹⁴我國行政訴訟法第 216 條第 1 項，撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力，具有相同機能。

¹⁵請參閱吳東都，行政訴訟與行政執行之課題，學林，一版，2003 年 10 月，第 5 頁至第 6 頁。此見解係參自日本之學說。

¹⁶學者賴恆盈見解，請參閱賴恆盈，行政訴訟裁判拘束力之研究，台灣法學，初版一刷，2012 年 10 月，第 418 頁至第 424 頁。

- 一、按行政訴訟法第二百十六條立法意旨，係為課原處分機關以尊重判決內容之義務，以防杜原機關依同一違法之理由，對同一人為同一處分或決定。又原處分或決定經判決撤銷後，原機關有須重為處分或決定者，亦應依判決之意旨為之，藉以督促機關有依判決意旨作為之義務。
- 二、司法院釋字第三六八號解釋亦表示：『行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證另為處分時，該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證。倘依重為調查結果認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，雖得維持已撤銷之前處分見解；若行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束。』準此，行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證後另為處分者，該機關依判決意旨或本於職權再調查事證，倘依調查結果重為認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，而維持已撤銷之前決定之見解者，於法固非有違；惟如係指摘原決定及處分之法律見解有違誤者，該管機關即應受行政法院判決所示法律見解之拘束，不得違背。
- 三、是以，本法第二百十六條增訂第三項以針對行政法院判決係指摘機關適用法律之見解有違誤時，命該機關即應受判決之拘束，不得為相左或歧異之決定或處分。

茲據上開立法理由綜合而言之，本文歸結其要旨如下：

- 一、撤銷或變更原處分或決定之判決，原機關有須重為處分或決定者，應依判決之意旨為之，係課原處分機關尊重判決內容之義務，旨在防杜行政機關之違法。
- 二、行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證後另為處分者，該機關依判決

意旨或本於職權再調查事證，倘依調查結果重為認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，而維持已撤銷之前決定之見解者，於法固非有違。

三、行政法院判決係指摘機關適用法律之見解有違誤時，命該機關即應受判決之拘束，不得為相左或歧異之決定或處分。

明顯地，行政法院確定判決之拘束力，在防堵行政權之恣意，除去疑慮後行政機關之行政作為，理論上是可以被允許與支持的，申言之，行政機關在原行政處分因事實原因受司法機關撤銷或變更後，行政機關在現行條文中仍有重為原處分之空間，則非受撤銷或變更而係受駁回原處分之判決，其事實原因自可由原機關調查事證後，另為適法之處分，應在容許之列，主要理由在取得二者處理之一致性。又駁回原處分之判決，並不在行政訴訟法第 216 條第 1 項規範之列，解釋¹⁷上可認為並無拘束各關係機關之效力，倘機關原適用法律之見解有違誤時，該機關無須受判決之拘束，得自為適法之處分，此類同於學者陳清秀引自德國見解之主張，「在駁回原告之訴的情形，其確定判決僅是確認行政處分並未損害原告權利以及並無請求行政機關撤銷原處分之權利，因此行政機關如嗣後發現原處分違法或其他錯誤，仍得本於其行政職權，自行撤銷、變更或廢止原處分。」¹⁸均充分的給予行政機關得以隨時發揮省察之機能。

第三項 既判力得否作為行政機關對違法處分撤銷之限制

第一款 學者見解

關於已有既判力的行政處分可否賦予行政機關再為撤銷或變更

¹⁷此係由法學解釋方法之「體系解釋」著眼，所採用其中的「反面解釋」獲得之結論，思考邏輯及推論依據如下：法規範由法律規定所組成，非由法條組成，故必須被整體的瞭解，即法規範底下之各個法條實際上先是一個領導性的觀點下組合成一個規定單元，而後才發揮其不矛盾的規範功能（請參閱黃茂榮，法學方法與現代民法，自版，增訂三版，1993年7月，第117頁），而適用「反面解釋」須同時符合兩個要件：1.法規範就可窮盡列舉的事項，選擇部分加以規定（相互包含及內涵包含）。2.僅就「正面」或「反面」加以規定（請參閱李惠宗，案例式法學方法論，新學林，一版，2009年10月，第245頁）。

¹⁸請參閱陳清秀，行政訴訟法，元照，四版一刷，2011年10月，第608頁。

之職權，此在稅務業務中特別受到矚目，學者陳清秀持肯定見解，渠謂：「在稅捐訴訟上，德國學者亦有謂駁回原告之訴之判決，並不妨礙稽徵機關，在相同事實狀態下，另為與判決相異之有利於原告之處置，只要此項處置基於公平合理之理由為法之所許，或進一步實體審理乃屬稽徵機關之裁量範圍，即得為之。」¹⁹、「稽徵機關就所已知悉之事實，對於納稅義務人有利，而為納稅義務人所不知者，則稽徵機關於發生既判力之後，仍可為有利於納稅義務人之更正處分，甚至納稅義務人對於稽徵機關亦有請求更正之法律上請求權，對之稽徵機關不得以既判力為理由加以拒絕。」²⁰上揭引自德國之見解，可供借鏡。

第二款 實務運作

雖我國稅務實務亦可見肯定見解，卻屬鳳毛麟角，譬如：財政部 47 年台財參發第 8326 號令釋：「為確切保護人民權益，對於僅具形式上確定力之行政處分，原處分機關及其上級官署，自仍應就實體上注意查核，如確有違法或不當，致損害人民權利或利益者，即應依職權撤銷變更。又於訴願之決定確定後，如發現錯誤，有損害訴願人權利或利益者，亦應依職權予以糾正。」²¹、行政院 70 年 8 月 10 日台 70 財 11286 號函亦提及，在行政救濟程序中，財稅主管機關變更法令解釋問題，在有利於人民範圍內，縱使行政法院未及斟酌而裁判駁回原告之訴，原處分稽徵機關仍可斟酌司法院 25 年院字第 1557 號解釋，本其行政權自行撤銷原處分。²²

第四項 本文對拘束力定義之理解

既判力、確定力與拘束力，背後之規定與意涵所連結之概念在法律學習上是不相同的，判斷上自亦不應相類，按既判力係就訴訟標的

¹⁹請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註 18 引書，第 609 頁。

²⁰請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註 18 引書，第 625 頁。

²¹請參閱張本德，稅捐核課處分撤銷問題之研究，私立東海大學法律研究所碩士論文，2011 年 1 月，第 2 頁。

²²請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註 18 引書，第 625 頁；併參閱曾華松，論行政訴訟撤銷判決之拘束力（上），軍法專刊，36 卷 4 期，第 13 頁（註二）。

之判斷，僅有拘束後訴之效力，若要禁止原處分機關為相同之行政處分，並使其有遵從判決意旨之義務，則須有特別規定，行政訴訟法第216條即為此項特別規定，²³同法第213條規定，訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力，其中形式確定力，拘束當事人不得上訴請求上級法院將該判決廢棄或變更；實質確定力，謂訴訟標的經裁判者有法律上之拘束力，當事人於其他訴訟，不得為與該判決內容相反之主張，行政法院不得為與該判決內容相抵觸之判決，此又稱為既判力，²⁴此一概念前亦提及，本文在此擬補充說明，文內所稱之拘束力乃此三者之綜合體，就當事人與法院之間存在之效力，隨法院判決確定而生，惟因應本文之需，擬把焦點偏重於行政機關實質確定力有關概念之探討，即本文所謂之拘束力係針對行政機關在已獲得勝訴判決後得否拋棄其勝訴利益而論，而與實質確定力存在與否無涉²⁵，合先敘明。

為法律體系之清晰及分明，關於行政法院確定判決對機關之拘束力究竟如何，不妨拉高層次加以理解，而非僅拘泥各名詞所代表之意義，「英國上議院的一句名言：『法院強迫行政機關接受他自己的方法，是強人所難的行為。』美國最高法院，表示完全同意。司法與行政因功能的歧異，程序方面也確難強同；行政機關對本身行為的程序，有決定權。又該國憲法第五次修正案，並未保證當事人施行任何特定程序，只要實際權利有保障，程序方面，不妨稍有出入。」²⁶

學者楊仁壽亦認為發現結論的過程比理論構成更重要，茲舉日本我妻榮教授所說：「理論構成不過是『價值判斷以後，披上說服當事人的外衣』而已。」提出一件判決，結論與理論構成都有其正當性及

²³請參閱徐瑞晃，行政訴訟法，同前揭註9引書，第475頁。

²⁴請參閱徐瑞晃，行政訴訟法，同前揭註9引書，第461頁。

²⁵蓋確定判決之既判力，為一存在之狀態，即便個案當事人主觀不受拘束，客觀上仍屬不能，因為公權力之作用介入其中；但有關勝訴利益之實現與否，則可任由勝訴當事人決定，主觀上要不要去實現自我的權利，客觀上可以是選擇權行使之標的。

²⁶請參閱教育部世界名著譯述委員會，戴維斯著，馬君碩譯，美國行政法，中華文化，再版，1964年12月，第132頁。

合法性，如果欠缺其一，吾人寧取正確結論，而非惑人耳目漂亮外衣——理論構成，²⁷順此脈絡，本文探討之癥結及其造成之影響與結論之間，有了明確性的導引，故關於拘束力之意涵，乃側重之處不過追求標的之價值選擇如何被執行而已。當然，理論之建構與結論能夠一致，有助於立論之被實現，是以，拘束力之意涵在本文立論上需要先定義，方可繼續研究並導引出正確之結論，以供運用與實踐。

第三節 行政處分生效與訴訟上確定判決之效力

第一項 行政處分之效力

行政處分概念原由行政法學者仿倣法院之判決所塑造，²⁸為國家具有法效性之意思表示，²⁹其發生效力前提有三，首先須具備行政處分之要素，其次須使相對人知悉，其三須非當然無效之行政處分，若非無效而僅屬得撤銷者，在未經撤銷前對其效力不生影響。³⁰關於效力內容包括：1. 行政處分之相對人或利害關係人，應服從該行政處分要求之拘束力；³¹2. 行政處分之執行力，常係行政機關以自己名義，依法律規定以自力強制其內容實現；³²3. 存續力區分形式存續力³³與實質存續力，前者係指人民不能以通常救濟途徑變更或撤銷；後者則係處分內容對相對人、關係人及原處分機關發生拘束效力；³⁴4. 構成要件效力或確認效力，指涉行政處分對其他機關、法院或第三人之拘束效果而言。³⁵

²⁷請參閱司法周刊 1627 期第 2 版--完整的思考方法(楊仁壽)。

²⁸請參閱翁岳生，法治國家之行政法與司法，月旦，初版，1994 年 6 月，第 11 頁。

²⁹司法院大法官釋字第 553 號解釋文參照。

³⁰請參閱吳庚著，行政法之理論與實用，三民，十一版，2011 年 8 月，第 361 頁。

³¹請參閱陳敏，行政法總論，同前揭註 1 引書，第 398 頁。

³²請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，元照，四版，2011 年 9 月，第 155 頁。

³³學者陳新民有謂此形式存續力具有訴訟法上的意義，如判決之「既判力」，請參閱陳新民，行政法學總論，自印，三民經銷，修訂八版，2005 年 9 月，第 346 頁。

³⁴請參閱吳庚著，行政法之理論與實用，同前揭註 30 引書，第 364 頁。

³⁵請參閱吳庚著，行政法之理論與實用，同前揭註 30 引書，第 370 頁。

第二項 行政訴訟判決之效力

至於行政訴訟判決之效力，依行政訴訟法相關規定及學理，可分為下列各種效力：³⁶

(一) 羈束力

行政訴訟法第 206 條規定：「判決經宣示後，為該判決之行政法院受其羈束；其不宣示者，經公告主文後，亦同。」此所謂之受其羈束是指行政法院之判決經宣示、公告後，縱有違法或不當，該行政法院亦不得自行廢棄或變更之。

(二) 形式確定力

形式確定力是指當事人於法定期間屆滿後，不得以上訴之方法，請求廢棄或變更行政訴訟判決之效力，又稱為不可爭力。行政訴訟法第 212 條第 1 項規定，判決於上訴期間屆滿時確定，亦即有當事人不可再事爭執之力。同條第 2 項也規定，不得上訴之判決，於判決宣示時確定，判決不宣示者，於公告主文時確定。

(三) 實質確定力

學理上又稱為實質既判力，係就判決內容之拘束力而言，³⁷亦即行政訴訟標的之法律關係，經行政法院判決確定者，當事人對該法律關係，不得另行提起訴訟。行政訴訟法第 213 條規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。」實質確定力之拘束範圍包括：

1. 實質確定力之主觀範圍：指行政法院判決之實質確定力對那些人發生效力，如當事人、參加訴訟人等。
2. 實質確定力之客觀範圍：僅及於訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者。³⁸

³⁶請參閱林騰鵠，行政訴訟法，三民，三版二刷，2009 年 1 月，第 444 頁至第 454 頁。

³⁷我國實務上似有時以拘束力指稱既判力。請參閱吳東都，行政訴訟與行政執行之課題，同前揭註 15 引書，第 17 頁。

³⁸請參照行政訴訟法第 213 條規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。」；最高行政法院 93 年度判字第 782 號判決：「為訴訟標的之法律關係於確定終局判決中經裁判，該確

3. 實質確定力之時間範圍：乃既判力所及之時點，亦即既判力之標準時。

(四) 形成力

指原告或被告之法律關係，因行政法院判決之確定，使其法律關係發生、變更或消滅效果之效力，惟僅形成判決有之。

(五) 執行力

指確定之判決得作為執行名義請求強制執行之效力，然僅限給付判決有之。

第三項 行政處分實質存續力與法院判決之實質確定力之區別

關於前述行政處分實質存續力與法院判決之實質確定力，概念雖有雷同，惟兩者仍有如下之相異處：³⁹

- (一) 實質存續力乃隨行政處分之宣示（送達或公告）而發生，並非先有形式上之不可撤銷性而後出現，而民事法院之判決，其形式確定力乃產生實質確定力之前提條件。
- (二) 具確定力之判決，當事人不得就該法律關係更行起訴，法院亦不得就該事件重為審理，但具有存續力之行政處分在特定條件下，行政機關並非不得依職權而變更或取消。
- (三) 存續力之概念並非否認行政處分之確定效果，而係較確定力具有彈性，亦即存續力與確定力之差異不在本質而在程度。

再進一步言之，行政爭訟實體審查之決定常因個案之事實與適用法律之差別而有差異，譬如維持原處分或決定、單純撤銷原處分或撤銷原處分由原處分機關另為適法之處分屬之，這些不同結果的爭訟決定，對原處分機關之拘束力自然有所不同，⁴⁰是關於司法機關之判決，

定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人即不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，其積極作用在避免先後矛盾之判斷，消極作用則在禁止重複起訴。」

³⁹請參閱吳庚著，行政法之理論與實用，同前揭註 30 引書，第 364 頁。

⁴⁰請參閱學者黃啓禎於 2011 年 8 月 11 日「100 年直轄市法制及行政救濟業務研討會」（臺北市政府訴願審議委員會、臺北市政府法規委員會、臺北市議會共同主辦；新北市政府法制局、臺中市政府法制局、臺南市政府法制處、高雄市政府法制局共同協辦）第三場次中發表「訴願決定與確

對於原處分機關拘束之範圍實應予以區分。

第四項 行政機關是否受已經確定判決之違法行政處分之拘束

第一款 界定行政法院確定判決拘束力之射程範圍

行政法院確定判決之拘束力，首從行政訴訟法第 216 條第 1 項規定撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力，所謂「各關係機關」應指原處分機關而言；次依第 2 項規定原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之，可知原處分機關針對撤銷或變更原處分或決定之判決須重為處分或決定，應依判決意旨為之，不可恣意逾越而為，此乃確定判決拘束力所及，係法有明文；最後再由行政法院之裁判認為原行政處分為合法、訴訟為無理由，因之法院決定維持原處分之觀點而論，法院所作駁回訴訟（上訴）之判決時，此時對原處分機關之拘束程度，法無明文，則解釋上就不必然有同受拘束之理，尤其在原處分係存有違法之前提下，此一見解，更值得被肯定。

依此，本文認為針對原處分已有違法情事時，在原處分之行政機關嗣後基於主動本於職權撤銷或變更原處分，或行政機關被動因應人民申請行政程序之重開，應認為不在拘束力之有效射程。⁴¹

第二款 行政機關對系爭案件之掌握程度

再從案件繫屬來看行政處分生效後與行政訴訟確定判決之效力上之區別，茲案件在行政機關據以作成行政處分之後，一直繫屬於機關未曾脫離，⁴²即便當事人不服原處分而提起訴願、訴訟程序、再審，甚至申請重開行政程序，案件仍在行政機關管轄之中，從不曾脫離行政機關之繫屬，亦即謂機關隨時得對案件繼續處理，例如進行行政處

定判決對原處分機關拘束力之比較-兼評法務部 98 年 4 月 15 日法律字第 0980003338 號函」內容。

⁴¹此一見解係整理自學者黃啓禎於東海大學法研所講授課程之內容，同時黃教授亦在 2011 年 8 月 11 日「100 年直轄市法制及行政救濟業務研討會」第三場次中發表「訴願決定與確定判決對原處分機關拘束力之比較-兼評法務部 98 年 4 月 15 日法律字第 0980003338 號函」文章中闡述相同的想法。

⁴²此一見解整理自學者黃啓禎於東海大學法研所講授課程之內容。

分之撤銷或變更；反之，案件在司法程序中，會因當事人之上訴產生審級之變更，且因審級之不同而產生移審之效力，即使訴訟案件與為判決之法院脫離，而移由上級法院調查及裁判，⁴³此時案件脫離原裁判法院之繫屬，原裁判法院不再具有管轄之權限，可見原審法院不得再就案件進行審理，且案件一旦判決確定，則司法機關亦再無權限可對案件加以過問。可見司法權與行政權針對案件之掌握程度，本即不同，且行政訴訟與民、刑事訴訟於此尚有如下之差異，蓋行政機關為行政訴訟案件當事人，對於案件之決定權明顯與民、刑事案件當事人處於對等之地位而言並不相同，甚至案件在訴願之程序中，被人民質疑是球員兼裁判，而見一般。⁴⁴植基於此，嗣於機關職能之實現中，自亦有所不同，方有利於界定行政權與司法權行使界線。

第四節 行政訴訟法與民事訴訟法之間的相輔相成

第一項 行政訴訟與民事訴訟

第一款 兩者之關係

行政訴訟法之制定，尤其是 87 年行政訴訟法的大幅修正，在整個訴訟之法理、訴訟之原則很多是參考民事訴訟法而來，學者蔡志方嗣後曾做過統計，「從行政訴訟法二十五條文個條文所列舉可資準用之民事訴訟法規定，計有二百四十一個條文，約佔全部民事訴訟法條文六百四十條之百分之三十八。」⁴⁵是項歸納數據與目前情形相去不遠，此由行政訴訟法目前條文⁴⁶而觀即知，且其中第 307 之 1 條更明定：「民事訴訟法之規定，除本法已規定準用者外，與行政訴訟性質

⁴³請參閱吳明軒，民事訴訟法，修訂九版，三民，2011 年 10 月，第 1309 頁。又，氏主張不合法之上訴，亦有移審之效力。

⁴⁴此一見解係整理自學者黃啓禎於東海大學法研所講授課程之內容。

⁴⁵請參閱蔡志方，論行政訴訟與民事訴訟共通之制度與法理，月旦法學雜誌，第 47 期，1999 年 4 月，第 48 頁。

⁴⁶請參照行政訴訟法第 18、28、36、48、56、60、83、104、115、132、176、186、217、218、221、237、241 之 1、272、297、303、307 之 1 條等條文。

不相抵觸者，亦準用之。」⁴⁷可知民事訴訟與行政訴訟的確存有不少共通之制度與法理。⁴⁸

第二款 兩者之差異

事實上民事訴訟與行政訴訟仍存有相當範圍之差異，以制度之目的而言，行政訴訟制度於歷史沿革上並非因「紛爭解決」此一前法律性格之要求而生，而係基於對行政之適法性控制與對貫徹人民權利保護之要求而生，⁴⁹且民事訴訟與行政訴訟最大之原則性差異在於前者適用於當事人提出原則（辯論主義），而後者則適用職權調查原則，所以導致民事訴訟法相關規定之準用於行政訴訟受到限制，⁵⁰茲再摘要列舉學者所提兩種訴訟不同之處：

1. 從法制、學說，甚至實務之角度，總體上論，行政訴訟其目的、機能取向與爭訟標的法律關係及牽涉之法益，均與民事訴訟法在本質上有異。⁵¹
2. 行政訴訟並無合意管轄制度之設計。⁵²
3. 行政訴訟程序舉證責任分配規則之適用並非必與民事訴訟程序相同。⁵³
4. 「基本訴訟類型與特殊訴訟類型併存」規定之模式，不同於民事訴訟。⁵⁴

⁴⁷有關行政訴訟法本身未規定之事項，是否可準用或類推適用民事訴訟法之規定，學者張文郁提出區分行政訴訟舉證責任究係誰屬而決之，其中證據職權提出者，須先經審查，僅於兩種訴訟程序不因此項原則性差異（謂民事訴訟之當事人提出原則與行政訴訟職權提出原則之不同）排斥其準用或類推適用時，始得準用或類推適用；證據當事人提出者，行政訴訟法本身未規定之事項，一般而言應可準用或類推適用民事訴訟法之規定。請參閱張文郁，權利與救濟-以行政訴訟為中心，元照，初版，2005年9月，第235頁至第236頁。

⁴⁸請參閱蔡志方，論行政訴訟與民事訴訟共通之制度與法理，同前揭註44引書，第48頁。

⁴⁹請參閱翁岳生編，行政法（下），元照，三版一刷，2006年10月，第351頁。

⁵⁰請參閱張文郁，權利與救濟-以行政訴訟為中心，同前揭註46引書，第234頁至第235頁。

⁵¹學者蔡志方依此而主張行政訴訟法自應在此訴訟特質要求下，力求形成獨立之規範體系。請參閱蔡志方，論行政訴訟與民事訴訟共通之制度與法理，同前揭註44引書，第48頁。

⁵²行政訴訟法第18條98年修法理由參照。

⁵³此乃因行政訴訟案件常有涉及公益者，且行政法之領域亦常存在多極之關係，而與民事訴訟兩極對立之性質有異。請參閱張文郁，權利與救濟-以行政訴訟為中心，同前揭註46引書，第35頁。

⁵⁴民事訴訟法並無「形成、確認及給付訴訟」此等訴訟類型之明文。請參閱翁岳生編，行政法（下），同前揭註48引書，第365頁。

5. 行政訴訟之撤銷訴訟及課予義務訴訟，應先經訴願程序，行政法院審判之權限，常屬學理上所謂之後置管轄；民事訴訟通常屬原始管轄。⁵⁵

第三款 兩者在執行上相輔相成

綜而言之，行政訴訟與民事訴訟之間必須加以釐清，卻又難以一分为二，學者張文郁於是建議「行政訴訟法與民事訴訟法在訴訟技術上大致相同，因此，為求立法經濟，行政訴訟法僅須自行定出與行政訴訟之特性有關之條文，其餘與民事訴訟共通，而與行政訴訟之特性無重要關聯之事項，則可準用民事訴訟之規定。至於準用之立法方式，除於各章節之後將應準用之條文列出外，更應再以一條文為概括準用之規定，亦即『行政訴訟，本法所未規定之事項，於無原則性差異之範圍內，準用民事訴訟法之規定』。如此，一方面可消除何條文應準用之爭議，另一方面亦可免掛一漏萬之弊。」⁵⁶本文以為可以贊同，畢竟訴訟是一種程序，著重者在程序被公平的執行，是以，制度上之設計是被容許的，尚無庸置喙。所論公平的本質，展現在兩造當事人地位處於不平等時亦能審慎衡量，同時給予弱勢者協助與引導，這就是正義⁵⁷，特別是行政訴訟領域強烈需求正義的實踐，因為人民訴訟的對造是握有公權力的國家機關；相對地，在兩造當事人地位處於平等時所能使用之武器，在正義的大帽下，自在允准之列。

第二項 淺談民事訴訟在行政訴訟之運用

第一款 達成個人權利救濟目的之回復原狀

行政訴訟之審理，基本上與民事訴訟並無太大不同，兩者均以訴訟達成個人權利救濟之目的，⁵⁸惟行政訴訟之目的在保護人民之公權

⁵⁵請參閱徐瑞晃，行政訴訟法，同前揭註9引書，第21頁。

⁵⁶請參閱張文郁，權利與救濟-以行政訴訟為中心，同前揭註46引書，第262頁。

⁵⁷江元慶先生提出：真正的正義，是宏觀的正義，是全然的正義。這般全然的正義，是可以讓社會制度得以建立的正義；這般宏觀的正義，是可以讓人類生命得以存續的正義；這般讓人民道德與良知可以獲得實踐的正義，並願意奉行、甚至誓死維護的真正正義，它叫「人間正義」！請參閱江元慶，鹿港幽魂，報導文學，一版二刷，2011年1月，第276頁。

⁵⁸請參閱徐瑞晃，行政訴訟法，同前揭註9引書，第19頁。

利，其性質介於民事訴訟及刑事訴訟之間而接近民事訴訟。⁵⁹按民法第 213 條及 215 條分別規定，負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀，不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害，是故於私法體系原則上係以回復原狀為原則，債務人遇不能回復原狀，或原狀之回復顯有重大困難之情形時，自不得不使其得以金錢賠償其損害，藉資救濟，為處理上之例外情形。對應行政法體系中對於違法行政處分造成之損害，如何訴請回復原狀，並無明確之規定，⁶⁰本文以為在不涉及公益或統治行為之行使時，可以借鏡民法典之規定，即以回復原狀為處理原則，達到個人權益救濟結果。

第二款 從人民放棄審級利益概念談當事人拋棄勝訴利益之可行性

在民事訴訟上，獲得勝訴之當事人，可否放棄勝訴之利益？就如同憲法上所保障之審級利益，人民可否放棄之議題相類似。如果人民是單純的主動放棄上訴，當然國家應予尊重；如果人民之主動放棄上訴是為了提前向司法院聲請解釋確定終局判決所適用之法令違憲，此時司法院之受理與否引發學者討論——依據目前實務作法，大法官堅持聲請解釋客體須是用盡通常救濟程序後的確定終局判決，如此程序限制是否構成對人民訴訟權之不當負擔？不無疑義。如果訴訟是權利，審級對於人民也是利益，為何不能放棄，⁶¹同樣地，勝訴一方既享有實質上之請求（確認）利益，為何不能拋棄？尤其勝訴一方是握有權力之國家機關，卻不能聽任其本於職權審查作出撤銷或變更原處分之決定，而任違法行政處分繼續存在，此所謂貫徹既判力之見解，對人民所造成之損害自非單純放棄權利之後果所可比擬，當政者應詳加審究，既判力與人民權利保障之間之抉擇，夫如單純以一方著眼均非妥

⁵⁹請參閱張文郁，權利與救濟-以行政訴訟為中心，同前揭註 46 引書，第 72 頁。

⁶⁰請參閱徐瑞晃，行政訴訟法，同前揭註 9 引書，第 19 頁。

⁶¹請參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，新學林，二版五刷，2011 年 10 月，第 438 頁。

適，學者陳清秀提出「政府應施行『正義之法』，有關法令制定規章內容及其解釋運用，應能符合天道（法）、順應民情（情），並符合事物自然法則之事理（理），『應化之道，平衡而止。輕重不稱，是謂失道。』處理事務，應符合『中庸之道』，各方利益均衡，把握適度，剛柔並濟，以達情理法兼顧」⁶²之理想境界，正是施政者可以努力之目標。且關於行政訴訟之目的，學說上亦有認為不僅在於解決當事人之紛爭，同時在透過紛爭之解決，以保護人民之權利與保障行政目的之達成，因此在立法上傾向較民事訴訟更注意實體上真實之探求。⁶³

第三款 最終效力之齊一化

關此，對於行政訴訟法與民事訴訟法之既判力實無區別，亦無區辨之必要，所需釐清者為民事訴訟在訴訟終結後，獲得勝訴之當事人可以本於自我之決定，不對敗訴當事人行使權利，此乃基於私法之自由，惟此一自由之選擇，可否容許行政訴訟領域之國家，亦有援引行使之空間？本文認為國家立於當事人之地位，所獲得勝訴判決之利益，在符合法治國家嚴格規範之要件中，可以容許拋棄之想法，值得進一步探究。

第五節 行政訴訟判決拘束力之範圍

第一項 瑕疵行政處分之法律效果

行政處分應合法並實現公益要求，行政處分若違反合法要件之要求者，屬違法行政處分，換言之，行政機關違反法令、一般法律原則或公共利益而作成行政處分時，為瑕疵行政處分，⁶⁴其法律效果依據行政程序法第110條第3項：「行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在」之規定，係繼續有效，質言之，

⁶²請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註18引書，第3頁。

⁶³請參閱徐瑞晃，行政訴訟法，同前揭註9引書，第20頁。

⁶⁴請參閱陳慈陽主編，行政法案例研習，同前揭註2引書，第139頁。

違法行政處分一經法院判決確定後，其效力繼續存在。⁶⁵

第二項 違法處分經判決確定之實務現況

第一款 確定判決效力之相關規定

依據行政訴訟法第 206 條：「判決經宣示後，為該判決之行政法院受其羈束；其不宣示者，經公告主文後，亦同。」及第 216 條第 1 項規定：「撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。」考其立法本旨⁶⁶在拘束原處分機關再為與原處分內容相同之處分，以確保人民之權益。時至今日，反倒成為機關所持不得變更違法行政處分之理由，令人扼腕。⁶⁷經稽司法裁判實務亦持相同見解，⁶⁸此類因違法行政處分而權益遭損者，產生救濟權空轉現象，同樣地，亦重創政府施政之形象。

第二款 法務部函釋讓判決效力之射程有擴大之虞

法務部近來⁶⁹參照行政程序法第 117 條⁷⁰本文規定，認為行政機

⁶⁵高雄高等行政法院 101 年 10 月 11 日 101 年訴字第 245 號判決略以，按受處分人並未於法定訴願期間內對錯誤換敘之行政處分提起行政救濟，該行政處分即發生實質及形式的存續力。依行政程序法第 110 條第 3 項規定，如未經撤銷、廢止或未因其他事由失效，則其效力繼續存在。

⁶⁶行政訴訟法第 216 條之立法理由如下：為使行政院所為撤銷或變更原處分或決定之判決，對於原告之權利救濟具有實效，應課原機關以尊重判決內容之義務，以防杜原機關依同一違法之理由，對同一人為同一之處分或決定。又原處分或決定經判決撤銷後，原機關有須重為處分或決定者，亦應依判決之意旨為之，藉以督促原機關有依判決意旨作為之義務。

⁶⁷此於稅捐稽徵機關尤其多見，請參閱張本德，稅捐核課處分撤銷問題之研究，同前揭註 21 引書，第 2 頁。另公務人員保障暨培訓委員會（98）公審決字第 0114 號復審決定書略以，按行政訴訟法第 216 條第 1 項規定：「撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。」次按行政訴訟法第 213 條之規定，訴訟標的於確定終局判決中經裁判者，有確定力。當事人自不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷。

⁶⁸最高行政法院 72 年判字第 336 號判例參照，其要旨以，為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中已經裁判者，就該法律關係有既判力，當事人不得以該確定判決事件終結前所提出或得提出而未提出訴之其他攻擊防禦方法，於新訴訟為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於該確定判決意旨之裁判。又以高雄高等行政法院 97 年訴字第 415 號裁判要旨，行政程序法第 128 條規定，係針對於法定救濟期間經過後，已發生形式確定力之行政處分，為保護相對人或利害關係人之權利及確保行政之合法性所為之例外規定，賦予行政處分之相對人或利害關係人於具有該條規定之一定事由時，得向原處分機關請求重開行政程序請求權之規範。又行政程序法第 128 條雖是針對已發生形式確定力之行政處分所為之例外程序，然該條既又明文規定適用之對象為「於法定救濟期間經過後」之行政處分，若對行政處分提起行政訴訟，因經最高行政法院判決即告確定，並無通常救濟程序所稱之「法定救濟期間」；並其對最高行政法院判決不服，亦可循再審程序謀求救濟，故其自不得再主張有行政程序法第 128 條之事由，請求重開行政程序。

⁶⁹法務部 100 年 6 月 14 日法律決字第 1000013953 號函參照。

⁷⁰行政程序法第 117 條：「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

關本應依職權撤銷違法之行政處分，惟行政處分如經司法實體判決，則應尊重實體判決之既判力，不宜再由行政機關依職權撤銷致破壞實體判決之既判力。此函釋所持見解固然貫徹維護既判力之穩定性，卻放任了判決效力射程之擴大。諸如前述，本文以為司法機關之判決，對於原處分機關拘束之範圍可以再加以區分，主因乃法務部之見解已讓行政實務現存之問題陷入膠著，亦即不能解決目前實際存在的某些令人難以接受之現況⁷¹，為期清晰本文所指之爭點，本文將針對行政訴訟法第 216 條拘束力之意涵再予補充。

第三項 司法實務對行政訴訟法第 216 條拘束力之見解

第一款 行政法院 60 年判字第 35 號判例與司法院釋字第 368 號解釋
吳庚大法官協同意見書

行政法院 60 年判字第 35 號判例謂：「本院所為撤銷原決定及原處分之裁判，如於理由內指明由被告官署另為復查者，該官署自得本於職權，調查事證，重為復查之決定。其重為復查之結果，縱與已銷之前決定持相同之見解，於法亦非有違。」此判例目前仍係有效之判例，其同意行政機關於調查事證後，可重新作成與原處分完全相同之處分，可謂給予行政機關相當大之裁量權限，有放任行政權恣意之危險，對此學者吳庚於其擔任司法院大法官時，在司法院釋字第 368 號解釋之協同意見書中，提出如下之批評：「允許行政機關無須受行政法院判決之拘束，不僅影響人民尋求審級救濟之權益，使歷盡各種爭訟層級，最後全程終了，卻因行政機關維持原處分而徒勞無功，抑且使行政行為應受司法監督之法治主義無從貫徹，形成訴訟權保障範圍之明顯缺漏。……行政訴訟之救濟功能，端賴行政法院之判決為行政官署所遵守，為貫徹此一理念，行政訴訟上又出現一種制度：即違法之行政處分，經行政法院撤銷，而被告機關於事實及法律狀態並未改變之情形下，重覆作成內容相同之行政處分，此際原告對重覆處分提起撤銷訴訟，若依一般既判力之理論，係屬訴訟標

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。」

⁷¹例如本文第四章註 71 所引述案例。

的之同一，理應以起訴不合法駁回，惟德國通說，均認為行政法院應不受一事不再理原則限制，不僅應予受理，且基於受前一案件判決既判力之拘束，逕為原告勝訴之裁判。焉有如上開行政法院判例所示，被告機關得無條件合法的作成與被撤銷處分相同之重覆處分，而原告再次提起訴訟於行政法院時，又可能遭敗訴之命運，其不合理孰勝於此！」

第二款 司法院大法官釋字第 368 號解釋文

復按司法院大法官釋字第 368 號解釋文以：「……行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證另為處分時，該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證。倘依重為調查結果認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，雖得維持已撤銷之前處分見解；若行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束。行政法院六十年判字第三十五號判例謂：『本院所為撤銷原決定及原處分之裁判，如於理由內指明由被告官署另為復查者，該官署自得本於職權調查事證，重為復查之決定，其重為復查之決定，縱與已撤銷之前決定持相同之見解，於法亦非有違』，其中與上述意旨不符之處，有違憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，應不予適用。」從而，行政機關針對行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束，此見解與行政訴訟法第 216 條規定之立法本旨並無二致，亦即謂，針對撤銷原處分發由原處分機關重為處分之司法判決，其拘束力之範圍，法制與司法實務見解若合符節。

第四項 維持原處分判決之拘束力

綜上而知，行政法院確定判決對機關之拘束力，對於撤銷原處分發由原處分機關重為處分時，司法機關之判決，對於原處分機關拘束之範圍，法制或司法實務，並無二致；至於維持原處分之判決，對原處分機關之拘束力，則未規範。⁷²

⁷²請參閱學者黃啓禎於 2011 年 8 月 11 日「100 年直轄市法制及行政救濟業務研討會」第三場次中發表「訴願決定與確定判決對原處分機關拘束力之比較-兼評法務部 98 年 4 月 15 日法律字第 0980003338 號函」內容。

第六節 小結

第一項 行政訴訟法第 216 條拘束力之實際案例

本文於前言章所提承辦案例⁷³中，行政法院⁷⁴88 年度判字第 1803 號判決所質疑中央警官學校如當事人等情形之教官所領主管加給均與當事人等相同時，亦即未對於 83 年以前即依公立各級學校主管人員主管職務加給支給標準表領取主管加給者，而迄 85 年、87 年間退休之警監、警正教官邊○○、崔○○等，追繳主管加給之差額，基於行政公平原則，當事人等當無不可依上開標準表領取主管加給之理，此係指摘人事局（原處分機關，現已改制為行政院人事行政總處）適用法律之見解有違誤，而非指摘事件之事實尚欠明瞭，且該判決未依法訴請廢棄，則原處分機關即應受該臺北高等行政法院判決所拘束。此依行政訴訟法第 216 條第 1 項、第 2 項之規定及司法院釋字第 368 號解釋意旨綜合觀之，得出行政院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束之結論，已極明確。是故，縱原處分機關就個案之處置，係本於權責之合法處分，因囿於確定判決之拘束力，不得與判決意旨有違，如與判決意旨相違，則原處分機關在復審程序面對公務人員保障暨培訓委員會作出「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分」之決定，是可預見的。是以，在法令規範之中，行政機關針對行政法院之確定判決應受拘束。

第二項 權利保護之意涵

國家公力，不准其侵害私人利益，故若行政機關，違反法令規定，

⁷³即當事人為警察官任用之人員，對渠等依警察人員應支領之主管職務加給數額不服所起，茲當事人認為渠等服務於學校，理應按「公立各級學校主管人員主管職務加給支給標準表」支給主管職務加給訟爭案件。公務人員保障暨培訓委員會民國 94 年 08 月 16 日(94)公審決字第 0198 號復審決定書參照。

⁷⁴民國 89 年 7 月 1 日後改制為最高行政法院。

又適用不當，於是，私人被侵害其利益之結果生焉，則為私人，用排除其侵害行為，主張自己利益之道，是誠法治國家之特徵，而立憲制度之精神，於是乎始為得其全也。⁷⁵人民因行政權之行使而造成權利受損之際，人民有權利要求國家予以救濟。此種對國家行政行為之違法不當所提起之救濟，稱為行政救濟，為人民之第一次權利保護，分為（1）內部救濟，如請願、異議、訴願；（2）外部救濟，如行政訴訟。人民透過第一次權利保護，以請求行政機關或行政法院將違法、不當之行政行為除去，使回復至未受侵害之狀態。⁷⁶是以，救濟制度之落實，如因法院確定判決而產生相反結果時，此際救濟反成侵害，則有違救濟制度設立目的，即所謂訴訟制度如僅為形式上聊備一格之程序設置，實質上並不具備有效權利保護功能，則可認為並不具備訴訟權必備之基本內容。⁷⁷

德國基本法第 19 條第 4 項所蘊涵之「權利保護無漏洞」（Lücklosigkeit des Rechtsschutzes）及「權利保護有效性」（Effektivität des Rechtsschutzes），⁷⁸明白揭示權利保護真義，吾人亦可理解成權利之保護應凌駕於法律之上，質言之，確定判決之拘束力不應及於違法行政處分。又我國⁷⁹行政程序法⁸⁰基於維持法律秩序之安定，對行政機關撤銷違法行政處分權限設除斥期間之規定，關於類此因確定判決繼續存在之違法行政處分，應否同受除斥期間之拘束？本文以為救濟制度要能落實，似宜放寬除斥期間之認定標準，惟為兼顧法律行為之信賴性，則可透過限縮適用行政程序重開範圍之方

⁷⁵請參閱日·織田萬，清國行政法汎論，華世，影印一版，1979年3月，第74至第75頁。

⁷⁶請參閱施茂林、劉清景編著，法律精解大辭典，世一，初版，2010年1月，第116頁。人民因行政權之行使而造成權利受損，有時亦會造成財產上之損失，倘僅有第一次權利保護之救濟，尚無法填補人民財產上之損失，依憲法保障人民財產權之旨意，必須給予人民適當之賠償，此即國家賠償制度，稱為「第二次權利保護原則」。

⁷⁷司法院釋字第569號解釋大法官林子儀協同意見書參照。

⁷⁸請參閱蔡志方，行政救濟法論，月旦，初版，1995年10月，第92頁。

⁷⁹德國聯邦行政程序法早即針對行政機關撤銷權限設除斥期間之規定。請參閱吳綺雲編譯，德國行政訴訟事件裁判選輯，同前揭註13引書，第27頁。

⁸⁰行政程序法第121條第1項：「第一百十七條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起二年內為之。」參照。

式，以明確要件匡定之⁸¹，期適度調和公益與私益。

第三項 最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議簡評

最高行政法院關於課予義務訴訟⁸²之確定力（既判力）之範圍，97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議作出決議⁸³如下：「課予義務訴訟之訴訟標的，依行政訴訟法第 5 條規定，應為『原告關於其權利或法律上利益，因行政機關違法駁回其依法申請之案件，或對其依法申請之案件不作為致受損害，並請求法院判令被告應為決定或應為特定內容行政處分之主張』。又依同法第 213 條規定，上開課予義務訴訟之訴訟標的，於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。是原告提起課予義務訴訟如經判決駁回確定者，該判決之確定力（既判力）不僅及於確認『原告對於請求作成其所申請行政處分依法並無請求權』，且及於『被告機關原不作為或否准處分為合法』、『不作為或否准處分並未侵害原告之權利或法律上利益』之確認；若行政法院依行政訴訟法第 200 條第 3 款規定判決原告勝訴確定者，該判決之既判力，不僅及於確認原告對被告依法有作成所請求行政處分之權利，及命令被告機關作成特定內容之行政處分，且及於被告機關之否准處分為違法並侵害原告之權利或法律上利益之確認；如行政法院依行政訴訟法第 200 條第 4 款規定判決原告勝訴確定者，該判決就原告對被告是否有依法作成所請求行政處分之權利雖未加以確認，亦未命令被告機關作成特定內容之行政處分，惟該判決之既判力，仍及於系爭否准處分或不作為為違法並侵害原告之權利或法律上利益之確認。」此一決議，似已擴大既判力之範圍，與行政訴訟法第 216 條第 4 項規定不盡相符，應予檢討。按行政訴訟法第 216 條第 4 項規定：「前三項之規定，於其他訴訟準用之。」準此，課予義務之訴之拘束力範圍，按同條前三項規定之準用為：法院作成原告有對

⁸¹違法行政處分，雖有實質存續力，但仍得於一定要件下撤銷。請參閱簡仕宸，課稅處分職權撤銷之研究，國立政治大學法律學系碩士論文，2008 年 7 月，第 60 頁；併請參閱蔡茂寅、林明鏘、李建良與周志宏合著，行政程序法實用，三版二刷，新學林，2007 年，第 289 頁。

⁸²行政訴訟法第 5 條：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向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。（第 1 項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向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。（第 2 項）」參照。

⁸³民國 97 年 12 月 26 日最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議（二）決議參照。

被告機關有所請求行政處分之訴訟上之權利之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力，機關須依判決意旨為之，判決如係指摘機關適用法律之見解有違誤時，該機關應受判決之拘束，依此而為之決議內容，方始符合規範意旨。

第四項 本文對課予義務訴訟之訴訟標的所持之見解

是以，「課予義務訴訟之訴訟標的為『原告請求作成其所申請行政處分之請求權』。原告如提起課予義務訴訟經駁回確定者，該判決之確定力（既判力）僅及於確認『原告對於請求作成其所申請行政處分並無請求權』，並不及於『被告機關原不作為或否准處分為合法』、『不作為或否准處分並未侵害原告之權利或法律上利益』之確認；其獲勝訴判決確定者，該判決之既判力，僅及於『確認原告對被告有作成所請求行政處分之訴訟上權利』及『命令被告機關作成行政處分』，並不及於『被告機關之否准處分為違法並侵害原告之權利或法律上利益』之確認。因後者並非課予義務訴訟之訴訟標的，僅係裁判之先決問題。行政法院就此所為之判斷，並不生既判力（拘束力）」⁸⁴。

值得在此進一步說明者，乃從第 216 條第 1 項反面解釋，亦即，確認原告對於請求作成其所申請行政處分並無請求權之判決，似不在拘束力所及之列，也就是該原處分經過法院實體審查後，認原告之訴為無理由為判決之駁回時，原處分機關並不受第 216 條第 1 項之規範，換言之，如發現原處分確實違法時，原處分機關得主動依職權撤銷原處分，或依人民申請被動開啟行政程序，是故，本文建議將既判力拘束之範圍自行政程序重開之認定上予以脫鉤，並期在行政上之各種訴訟在拘束力意涵之界定上，取得一致之共識。又行政訴訟法第 214 條規定，確定判決之效力固及於當事人及其繼受人，惟對被告機關而言，撤銷訴訟之確定判決，係課以其不得重為被撤銷之行政處分；課予義務訴訟之確定判決，係課以其應為判決所命行政處分之義務。行政法院之確定判決，並未限制被告機關廢棄負擔處分或作成授

⁸⁴民國 97 年 12 月 26 日最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議（二）甲說意見參照。

益處分。因此，原行政處分因行政法院判決而確定者，亦不妨礙行政機關重為實體之決定。⁸⁵



⁸⁵高等行政法院民國102年03月20日102年度高等行政法院法律座談會提案七討論意見乙說(肯定說，得再申請程序重開)內容參照。

第四章 行政程序重開之探討¹

第一節 問題之提出

學者董保城對於人民程序上之權利保障，認為「基本權利之程序保障功能，乃基本權利得以有效實現所不可或缺，學者更將基本權利的程序保障功能自各該基本權利中抽離出來，主觀化爲『程序基本權』，使人民得以主張程序基本權，藉以保障實體基本權利，其保障範圍及於所有的基本權利，並得由人民消極的向國家主張排除程序上之不利益，甚至得以積極向國家爲請求。」²關乎程序之意義，乃指為達到某項目的，而繼續進行多數法律行為或事實動作而言，是則，行政程序法包括行政上關於此類手續之一切法規在內，³學者李建良則謂：程序，乃作成決定之規則與（或）流程的體系總稱，此等規則或手續若被正確地遵守，則其所作成之決定即具有程序上之正當性，⁴學者湯德宗則直指行政程序法乃規範行政機關作成行政決定時，所應遵循的正當程序（due process）⁵。

按行政程序法旨在規範行政機關做成行政行為時所應遵循的正當⁶程序，在現代法治國家中負有體現憲法價值的任務，⁷其主要目的析論有五：深化民主原則、貫徹依法行政、保障人民權益、提高行政

¹德國法上，廣義的行政程序重開，除包含德國聯邦行政程序法第 51 條外，尚包含第 48 條及 49 條之行政機關依職權所爲的撤銷與廢止。請參閱翁培祐，我國核課處分程序重開之探討，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2008 年 5 月 9 日，第 52 頁至第 53 頁；併參傅玲靜，論行政程序之重新進行—以遺產稅之核課與剩餘財產差額分配請求權價額之扣除爲例，月旦法學雜誌，第 147 期，2007 年 8 月，第 104 頁；洪家殷，論行政處分程序之再度進行—以德國一九七六年行政程序法第五十一條之規定爲中心，政大法學評論，第 45 期，1992 年 6 月，第 311 頁至第 314 頁。本文係依德國廣義說爲基礎，同時對照我國行政程序法相類規定予以論述，又以本文係針對違法行政處分部分探討，故不論及行政程序法第 123 條授予利益之合法行政處分之廢止。

²請參閱董保城，法治與權利救濟，元照，初版，2006 年 4 月，第 33 頁。

³馬君碩，中國行政法總論，台灣商務印書館，增訂一版，1984 年 2 月，第 14 頁。

⁴請參閱司法院大法官九十二年度學術研討會論文集及紀錄--正當法律程序與人權之保障，司法院，第一版，2004 年 10 月，第 95 頁注釋 5。

⁵請參閱翁岳生編，行政法（下），元照，三版一刷，2006 年 10 月，第 25 頁。

⁶正當意味著平等處理所有事物，只要它們在一定的觀點上相同。請參閱陳愛娥譯，Karl Larenz 著，法學方法論，五南，初版，1996 年 12 月，第 55 頁。

⁷請參閱翁岳生編，行政法（下），同前揭註 5 引書，第 93 頁。

效能及維護權力分立，⁸申言之，行政程序法所欲兼顧者固然多元，卻也可只舉一端以概括，那便是創造人民最大福祉，目標極為明確，惟其過程必不免阻礙，雖立法程序與司法程序亦能解決問題，但總不及行政程序的切實有效，⁹爰此，我國行政程序法之訂定，有助於行政機關於進行行政行為，尤其是立於高權地位所為對人民權利義務直接產生影響的行政處分¹⁰時，機關業務承辦者可藉以提醒時時謹慎、常常自問已否落實了行政程序法立法之意旨。

關於行政程序重開之重要性，德國學者H. Maurer曾舉一案例：某不動產所有人甲被通知（附有法律途徑教示）繳納一筆道路沿線附加費，甲如數繳交，未申請覆議或起訴。兩個月後，甲自鄰居乙處得知，乙並未被要求繳納此筆費用。甲認為其不動產狀況與乙並無不同，收費決定違法，於是將其意見告知行政機關，要求退還已繳納之費用。行政機關以收費決定已不可撤銷為由拒絕甲之申請，如無程序重開之制度，甲所受到之違法行政處分，將無法獲得平反。¹¹

職是之故，程序重開制度，係提供行政機關而用，使行政機關之作為，能達到最佳化的狀態，¹²其能真正落實，方為人民所樂見，同時彰顯國家、機關為人民存在之目的，乃我國立法關於保障人民權益而設之途徑，舉其瑩瑩大者，為司法機關之訴訟程序及行政機關之訴願程序，筆者不加贅述，而先聚焦在上開德國案例如發生於我國時，依據現行法規之規定，原處分機關或其上級行政機關所可據以作為者為何。

⁸請參閱湯德宗，行政程序法論（論正當行政程序），元照，二版，2005年2月，第52頁至第83頁。

⁹教育部世界名著譯述委員會，馬君碩譯，戴維斯著，美國行政法，再版，中華文化，1964年12月，第8頁。

¹⁰請參閱行政法實務研究第一冊，台中高等行政法院，2010年6月，第41頁。

¹¹請參閱翁培祐，我國核課處分程序重開之探討，同前揭註1引書，第52頁；併參閱高家偉譯，Hartmut Maurer 著，行政法學總論，元照，初版第1刷，2002年9月，第285頁。

¹²請參閱李惠宗，行政程序法要義，五南，初版三刷，2004年10月，第331頁。

第二節 依申請之行政程序重開

第一項 引言

行政程序¹³之開始，係指行政機關之公務員自行處理，或因其他機關之移送或當事人之申請等，著手進行行政程序之謂，爰此，行政機關有依行政程序法或其他法規有開始進行行政程序之義務。¹⁴我國於90年1月1日施行之行政程序法，主要包括行政處分（第二章）、行政契約（第三章）、法規命令及行政規則（第四章）、行政計畫（第五章）、行政指導（第六章）及陳情（第七章）六大部分，亦可謂係六大行政決定之類型；而行政程序法所欲彰顯之功能為貫徹保障人民權利、促進人民參與、落實依法行政及減少行政救濟。¹⁵

進一步言之，行政機關作為國家政務推動之主體，處理國家各項繁雜之政務，偶有未符法令之行為，事所難免，此或出於公務員疏忽、亦有出於恣意、甚或曲解法令、情事變更等原由，不一而足。本文於此，並不探觸違法行政處分之成因，而擬聚焦於行政機關進行補救措施時，擁有堅實合法、合理、合情理由之支撐，¹⁶讓行政機關大膽為已經判決確定而效力仍繼續存在之違法行政處分，本於其行政主體地位、亦基於行政之主動性與自省機制，重為實體上之審究進而為適法之處分，基於行政機關，在憲法五權分工之規劃中，握有大量之行政作為內容，亦即掌有國家多數之權力，其行政作為在不違反憲法之規範中，擁有一定限度之自由性，亦有其責無旁貸之責任與義務，尤其在面對人民作出侵益性之行政處分時，更應該展現謹慎並抱持著謙

¹³指某種行政決定之過程，它本身構成一種制度。黃默夫著，基礎行政法 25 講，一品，六版，2010 年 10 月，第 597 頁。

¹⁴請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，元照，四版，2011 年 9 月，第 224 頁至第 225 頁。

¹⁵請參閱黃默夫著，基礎行政法 25 講，同前揭註 13 引書，第 598 頁。學者吳庚亦從比較法之理論層次析述行政程序法之功能，包括貫徹依法行政、維持處分之正確性、提供人民參與決策之機會、代替行政爭訟程序及保障人民權益 5 項，請參閱吳庚著，行政法之理論與實用，十一版，三民，2011 年 8 月，第 552 頁至第 555 頁。

¹⁶之前行政機關實務常不免存在擔憂其作為有違反刑法圖利罪之疑慮，雖目前相關法令已修正，但公務機關沿襲已久的保守心態，以筆者服務於公部門之觀察，亦不得不承認難以突破。

抑的個性；在發現國家行政作為存在違誤時，亦應勇敢承認並改正，即針對已經確定判決之違法行政處分，在相對人或利害關係人依行政程序法第 128 條向行政機關申請撤銷、廢止或變更原行政處分（學理稱行政程序重開或重新進行，本文稱行政程序重開）時，確實落實法規保障意旨，方符人民期待，冀能完整實現現代法治國家應具備之機能。

第二項 行政程序重開

第一款 行政程序法第 128 條及第 129 條

行政程序之重開，係指行政機關基於關係人（行政處分之相對人或利害關係人）之申請，就已確定之行政處分所規律之事項，重為實質審查，以達成適當之新決定而言，¹⁷按「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，應自法定救濟期間過後 3 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。但自法定救濟期間過後已逾 5 年者，不得申請。」及「行政機關認前條之申請為有理由者，應撤銷、廢止或變更原處分；認申請為無理由者或雖有重新開始程序之原因，如認為原處分為正當者，應駁回之。」分別為行政程序法第 128 條¹⁸

¹⁷請參閱林錫堯，行政法要義，三版，元照，2006 年 9 月，第 537 頁。

¹⁸我國行政程序法第 128 條與德國行政程序法第 51 條程序重開(Wiederaufgreifen des Verfahrens.)規定大致相當。請參閱劉建宏，既判力與行政程序重開及違法行政處分之撤銷，行政訴訟法第 18 次研究會報告，2010 年 11 月 27 日，第 2 頁（註 1）。

§ 51VwVfG: “ (1) Die Behörde hat auf Antrag des Betroffenen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes zu entscheiden, wenn

1. sich die dem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat;

2. neue Beweismittel vorliegen, die eine dem Betroffenen günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden;

3. Wiederaufnahmegründe entsprechend § 580 der Zivilprozessordnung gegeben sind.

(2) Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend

及第 129 條所明定。

從上開行政程序法第 128 條條文第 1 項觀之，行政處分於法定救濟期間經過後，無但書情形，且具有該項各款情形之一者，相對人或利害關係人得於一定期間向行政機關申請撤銷、廢止或變更原行政處分，此即行政程序重開之要件，要件當中具有爭議者，係條文中「法定救濟期間經過後」¹⁹，是否應包括行政法院之確定判決？探究問題之癥結主要在於所謂「法定救濟期間經過後」應不應包括已經司法判決確定之「違法行政處分」？即業已獲得勝訴判決之行政機關，在該情形中，是否要接受違法行政處分侵害之相對人提出重開行政程序之請求。

第二款 法定救濟期間是否包括行政法院確定判決之探討

關於是一行政機關之疑慮，學理與實務各有不同之見解，茲就實務與學理之看法分析如下：

(一) 學理

1. 肯定見解

- (1) 學者吳庚謂以，違法行政處分在其產生形式的存續力之後，亦即關係人已不得循爭訟程序請求撤銷者，行政機關對授益處分之處理恒受兩項原則之支配：一為依法行政原則，一為信賴保護原則。而負擔處分既對人民不利，其撤銷通常不發生既得權或信賴保護之問題，故行政機關對違法負擔處分，得不問其是否已屬確定，得隨時加以撤銷，俾恢復合乎法律之狀態。²⁰

zu machen.

(3) Der Antrag muss binnen drei Monaten gestellt werden. Die Frist beginnt mit dem Tage, an dem der Betroffene von dem Grund für das Wiederaufgreifen Kenntnis erhalten hat.

(4) Über den Antrag entscheidet die nach § 3 zuständige Behörde; dies gilt auch dann, wenn der Verwaltungsakt, dessen Aufhebung oder Änderung begehrt wird, von einer anderen Behörde erlassen worden ist.

(5) Die Vorschriften des § 48 Abs. 1 Satz 1 und des § 49 Abs. 1 bleiben unberührt. ”

¹⁹行政程序法第 117 條之「法定救濟期間經過後」、訴願法第 80 條「逾法定期間而為不受理決定時」均應作相同認定。

²⁰請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 396 頁至第 398 頁。故學者吳志光指出，行政程序法第 117 條但書，應專指授益處分之情形較妥，請參閱吳志光，行政法，四版一

- (2) 學者陳敏認為，具有「拘束力」之行政處分，仍得由行政機關在符合法定要件（行政程序法第 117 條、第 123 條及第 128 條之規定）下決定是否依職權變動，而於法律救濟程序外廢止或撤銷該行政處分，排除該行政處分所產生之拘束力，稱「有限制之廢棄²¹可能性」。²²復由行政程序法第 128 條第 1 項但書之反面解釋，當事人非因重大過失，而未在法律救濟程序中主張得申請重新進行行政程序之事由者，即不在排除之範圍。因此，對行政法院判決確定之行政處分，應亦得申請重新進行行政程序。²³
- (3) 學者黃啟禎主張，從行政程序法第 128 條第 1 項但書「但相對人或利害關係人因重大過失而未能在……救濟程序中主張其事由者，不在此限」規定可知，該條之適用範圍，並不止限於，未經訴願或行政訴訟之案件。亦即如果已經行政爭訟程序未獲救濟，而遭致駁回者，如果有該條所列各款情形之一者，人民仍得在法定期間內，向原處分機關聲請重開行政程序。此一條文也沒有將訴願決定與法院判決分別對待，而一體適用。²⁴

刷，新學林，2010 年 9 月，第 204 頁。

²¹係指行政程序法第 117 條「違法行政處分在權利救濟程序外之廢棄（Aufhebung eines Verwaltungsakts außerhalb eines Rechtsmittelverfahrens）」。請參閱林明昕，論訴願之再審與行政處分之廢棄——一道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題，收錄葛克昌、林明鏞主編「行政法實務與理論」，台大法學論叢公法特（一），2003 年 3 月，第 282 頁。

²²請參閱陳敏，行政法總論，六版，新學林，2009 年 9 月，第 445 頁至第 446 頁。學者黃俊杰亦持相同見解，請參閱黃俊杰，行政程序法，元照，二版，2010 年 3 月，第 171 頁。學者陳志華則指出，行政程序之重新進行之要件之一為「行政處分須已不可爭訟（救濟期間已經過或已用盡救濟方法）」，請參閱陳志華，行政法概要，初版一刷，三民，2007 年 1 月，第 243 頁；陳志華、趙達瑜、劉華美合著，行政法基本理論，初版二刷，國立空中大學，2001 年 10 月，第 272 頁。學者張家洋亦提出，行政處分常因其自身的瑕疵或其他方面的因素而致被撤銷或廢止，亦即具有「有限制之廢棄可能性」，請參閱張家洋，行政法，三版一刷，三民，2002 年 2 月，第 493 頁。

²³關於此一理由，學者陳敏謂：固然，行政訴訟法第 214 條明文規定，確定判決之效力及當事人及其繼受人。惟對被告機關而言，撤銷訴訟之確定判決，係課以其不得重為被撤銷行政處分；課予義務訴訟之確定判決，係課以其應為判決所命行政處分之義務。行政法院之確定判決，並未限制被告機關廢棄加負擔處分或作成授益處分。因此，原行政處分因行政法院判決而確定者，亦不妨礙行政機關重為實體之決定。請參閱陳敏，行政法總論，同前揭註 22 引書，第 493 頁。

²⁴請參閱學者黃啟禎於 2011 年 8 月 11 日「100 年直轄市法制及行政救濟業務研討會」第三場次

- (4) 學者許宗力謂，行政處分於法定救濟期間經過後，原已發生不可爭力，基於法安定性之維護，原不得容相對人或相對人再予爭執。然不可爭力究非絕對，即然有不可爭力(既判力)的法院判決，也就是所謂確定判決，都允許有經由再審程序重被審查之可能，更何況程序縝密性與嚴謹性都遠無法與之相提並論的行政處分？所以，站在保護相對人權利與確保行政合法性的立場，行政程序法第 128 條正式承認一個與訴訟法上再審之訴類似的程序進行制度，是有其正當性的。²⁵
- (5) 學者劉宗德與彭鳳至謂：確定判決後，行政機關不欲執行該行政處分時，如在依法行政範圍內，不妨「拋棄」對自己有利之法院判決之確定力(利益)，而撤銷或變更經法院判決確定之原處分，以滿足人民與判決結果不同之請求。²⁶
- (6) 學者陳清秀以為：雖然行政法院駁回原告之訴，而確定系爭行政處分並無違法，但正如同民事訴訟當事人在訴訟程序外，得拋棄基於確定判決所生之權利一般，在此，既判力之拘束力並不妨礙行政機關滿足原告被確定判決駁回之要求，亦即在相同事實及法律狀態下，仍不妨依行政程序法第 117 條及第 128 條等有關規定，本於職權撤銷或廢止系爭原行政處分，或為有利原告之變更，或作成其所要求之行政處分，故稽徵機關於駁回原告之訴判決確定後，

中發表「訴願決定與確定判決對原處分機關拘束力之比較-兼評法務部 98 年 4 月 15 日法律字第 0980003338 號函」內容。

²⁵請參閱翁岳生編，行政法(上)，三版，元照，2006 年 10 月，第 513 頁。學者李建良亦持相同見解，請參閱蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏合著，行政程序法實用，三版二刷，新學林，2007 年 7 月，第 316 頁。另學者李震山見解類似，以為未來修改行政程序法第 117 條、第 128 條、訴願法第 97 條訴願再審與行政訴訟法第 273 條再審之訴規定時，均宜朝向偏重個人權益保障予以明定，請參閱李震山，行政法導論，三民，八版，2010 年 6 月，第 359 頁。學者張永明亦認為，行政處分之重新進行處理，類似訴訟法上之再審，請參閱張永明，行政法，三民，初版一刷，2001 年 10 月，第 285 頁。

²⁶請參閱翁岳生編，行政法(上)，同前揭註 25 引書，第 459 頁。

仍不妨為與判決相異之有利於原告之處置，祇要基於公平合理之理由（Billigkeitsgründen）為法之所許（或被要求）或再為實體審理乃屬稽徵機關之裁量範圍時，即得為之。²⁷

(7) 學者林明昕根據德國「案件掌控權（Sachherrschaft）」之概念，提出原處分機關對於原處分、甚至訴願決定之廢棄，均可不理會因送達生效或法定救濟期間經過而告確定之行政處分所生之效力，依據行政程序法相關規定取得處理之管轄權。²⁸此一行政機關之「案件掌控權」絕非自外於法律的既定公理，而是立法者可依立法政策考量所做的法律內之安排。²⁹

2. 否定見解

學者林錫堯認為，行政程序法第 117 條所謂「法定救濟期間經過後」係指提起提起訴願、行政訴訟或其他司法實體裁判前依法得提起之救濟期間經過而行政處分已告確定而言。蓋如已經司法實體裁判，則應尊重實體判決之既判力，不宜授權行政機關依職權撤銷致破壞實體判決之既判力。³⁰

²⁷請參閱陳清秀，稅法總論，元照，五版一刷，2008年11月，第802頁。文中所述，以民事訴訟當事人在訴訟程序外，得拋棄基於確定判決所生之權利，作為立論基礎，雖因公私法兩元論之區別而不盡妥適，但其主張背後理由乃涉及當事人兩造針對訴訟所得之利益究竟是否須強迫予以實踐之層次，似不須與行政處分之作成是基於國家之公權力行政之高權行政概念掛鉤，亦即，單純從訴訟當事人兩造是否要選擇落實其判決內容部分，可放任勝訴當事人之自由意志予以決定，基此本文對此論點學者之說明，係採贊同。惟同文中所主張雖然行政法院駁回原告之訴，而**確定系爭行政處分並無違法**，即稽徵機關於駁回原告之訴判決確定後，仍不妨為與判決相異之有利於原告之處置一節，本文以為針對行政處分並無違法時，為權力分立設計之初衷乃在於制衡，故在確定系爭行政處分並無違法之下，是否仍容許行政機關做出不同處置之想法，實應更加慎重為適，蓋行政處分是國家行政機關在依法行政原則拘束下，本於裁量權之公權力行政，在無違法情事而容許行政機關恣意變更原處分作法之下，難免有行政權不當擴大之疑慮。

²⁸請參閱林明昕，論訴願之再審與行政處分之廢棄——道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題，同前揭註 21 引書，第 289 頁。

²⁹請參閱林明昕，論訴願之再審與行政處分之廢棄——道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題，同前揭註 21 引書，第 300 頁。

³⁰請參閱林錫堯，行政法要義，同前揭註 17 引書，第 335 頁。

表一：行政程序法第 117 條、第 128 條及訴願法第 80 條，所指「法定救濟期間經過後」，是否包括行政法院確定判決之學說整理

學者	肯定見解摘要
吳庚、吳志光	行政機關對違法負擔處分，得不問其是否已屬確定，得隨時加以撤銷，俾恢復合乎法律之狀態。 ³¹
陳敏、黃俊杰、陳志華、張家洋	<p>1. 行政程序法第 128 條第 1 項但書之反面解釋，當事人非因重大過失，而未在法律救濟程序中主張得申請重新進行行政程序之事由者，即不在排除之範圍。因此，對行政法院判決確定之行政處分，應亦得申請重新進行行政程序。³²</p> <p>2. 具有「拘束力」之行政處分，仍得由行政機關在符合法定要件下決定是否依職權變動，而於法律救濟程序外廢止或撤銷該行政處分。³³</p>
黃啟禎、詹鎮榮	從我國行政程序法第 128 條第 1 項項但書分析，「但相對人或利害關係人因重大過失而未能在……救濟程序中主張其事由者，不在此限」規定可知，其適用範圍，並不限於未經訴願或行政訴訟之案件 ³⁴ 。亦即案件縱使已經行政爭訟程序而未獲救濟，訴願機關或行政法院審查後認應維持原處分而駁回並已確定者，如果有該條所列各款情形之一者，人民仍得在該條所定期間內，向原處分機關聲請重開行政程序。考其條文並未將訴願決定與法院判決分別對待，則於救濟程序均有適用之可能。 ³⁵

³¹請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 396 頁至第 398 頁；併請參閱吳志光，行政法，同前揭註 20 引書，第 204 頁。

³²請參閱陳敏，行政法總論，同前揭註 22 引書，第 493 頁。

³³請參閱陳敏，行政法總論，同前揭註 22 引書，第 445 至第 446 頁；併請參閱黃俊杰，行政程序法，同前揭註 22 引書，第 171 頁；併請參閱陳志華，行政法概要，同前揭註 22 引書，第 243 頁；併請參閱陳志華、趙達瑜、劉華美合著，行政法基本理論，同前揭註 22 引書，第 272 頁；併請參閱張家洋，行政法，同前揭註 22 引書，第 493 頁。

³⁴此由法條之文義解釋中得出，且從憲法救濟制度所保障之內涵亦可證之。惟高等行政法院民國 102 年 03 月 20 日 102 年度高等行政法院法律座談會提案七：「行政程序法第 128 條所謂「法定救濟期間經過後」其意義為何？如行政處分業已經過行政訴訟終結確定，事後發生該條第 1 項各款情形，是否仍得再申請程序重開？」所採見解以：「(一)行政程序法第 128 條所謂「法定救濟期間經過後」，係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，予以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言。非經實體判決確定之行政處分，符合上開規定者，自得依上揭規定申請重新進行行政程序；若經行政法院實體確定判決予以維持之行政處分，因其得依再審程序謀求救濟，自不得再依上揭規定申請重新進行行政程序。(二)惟如具體個案情形無從依再審程序謀求救濟，因捨申請重新進行行政程序之外別無他途，解釋上，當容許其申請重新進行行政程序，以求周延（參照最高行政法院 101 年度判字第 134 號、99 年度判字第 1016 號判決，法務部 97 年 2 月 4 日法律字第 0960043161 號函，林錫堯，行政法要義，95 年 9 月 3 版，第 539 頁）。」此一見解增加行政程序法第 128 條規定所無之限制，亦與憲法救濟制度悖離，實不足採。

³⁵請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，同前揭註 14 引書，第 316 頁至第 317 頁。

³⁶請參閱詹鎮榮，行政程序重新進行之程序標的-我國與德國法制之比較，東吳法律學報，第 23 卷第 1 期，第 121 頁。

	行政程序法第 128 條第 1 項項但書文義明白揭示有「救濟程序中」，顯然意味著立法者並不排除相對人或利害關係人得提起訴願及行政訴訟，就不利益之行政處分尋求救濟之可能性。 ³⁶
許宗力、李建良、張永明	行政處分不可爭力究非絕對，在有不可爭力（既判力）的法院判決（即確定判決），都允許有經由再審程序重被審查之可能，更何況程序縝密性與嚴謹性都遠無法與之相提並論的行政處分？所以，站在保護相對人權利與確保行政合法性的立場，行政程序法第 128 條正式承認一個與訴訟法上再審之訴類似的程序進行制度，是有其正當性的。 ³⁷
李震山	未來修改行政程序法第 117 條、第 128 條、訴願法第 97 條訴願再審與行政訴訟法第 273 條再審之訴規定時，均宜朝向偏重個人權益保障予以明定。 ³⁸
劉宗德、彭鳳至	確定判決後，行政機關不欲執行該行政處分時，如在依法行政範圍內，不妨「拋棄」對自己有利之法院判決之確定力，而撤銷或變更經法院判決確定之原處分，以滿足人民與判決結果不同之請求。 ³⁹
詹鎮榮	行政程序法第 128 條所適用之程序標的，應不限於法條文義上所規定之「逾法定救濟期間之行政處分」而已，毋寧應包括「基於任何原因而產生形式存續力之行政處分」，尤其是已提起行政救濟，並經行政法院判決確定之行政處分。 ⁴⁰
謝榮堂	依法行政之目的，非僅程序合法，更應發現真實，實現社會正義。故主管機關於事後發現錯誤，自應依法主動撤銷、變更或廢止原違法行政處分。 ⁴¹
蔡志方	行政處分雖發生形式確定力，惟因存在若干原行政處分未確定前未發現或存在之原因，如不例外允以救濟機會，則非但對當事人權保障不週全，亦對行政處分客觀合法性之確保產生疑慮。 ⁴²
劉建宏	德國行政程序法第 51 條規定，認為行政法院判決與行政權之效力可分別視之，縱該行政處分事後經行政法院判決確定，仍得申請程序重開，且行政機關可為與原判決歧異之決定，二者效力相同，但行政處分存續力不當然變更法院判決。我國行政程序法第 128 條既係源自德國行政程序法第 51 條，似應為相同解釋，亦即，基於有效權利保護、訴訟經濟及

³⁷請參閱翁岳生編，行政法（上），同前揭註 25 引書，第 513 頁；併請參閱蔡茂寅、林明鏘、李建良與周志宏合著，行政程序法實用，同前揭註 25 引書，第 316 頁；併請參閱張永明，行政法，同前揭註 25 引書，第 285 頁。

³⁸請參閱李震山，行政法導論，同前揭註 25 引書，第 359 頁。

³⁹請參閱翁岳生編，行政法（上），同前揭註 25 引書，第 459 頁

⁴⁰請參閱詹鎮榮，行政程序重新進行之程序標的-我國與德國法制之比較，引自月旦法學知識庫(釋讀文摘-經典文獻)，第 17 期，第 12 頁。併參東吳法律學報，第 23 卷第 1 期，第 121 頁。

⁴¹請參閱謝榮堂，行政處分於法定救濟期間經過後之救濟，月旦法學教室，第 115 期，2012 年 5 月，第 14 頁。

⁴²請參閱蔡志方，行政法三十六講，初版，自版，1995 年 3 月，第 236 頁。

	法律適用平等之原則之要求，在符合德國行政程序法第 51 條之情況下，仍得請求程序重開或撤銷違法處分。 ⁴³
林明昕	違法行政處分之撤銷，無論是確定前，或非因法定救濟期間經過，而是因其他理由確定後，均得依行政程序法相關規定辦理。又我國行政程序法第 128 條乃以德國法為範本，故我國得參照德國行政程序法，賦予原處分機關隨時撤銷、廢止原處分之權限。 ⁴⁴
傅玲靜	行政處分之存續力並非牢不可破之觀念，為確保行政處分之合法性及合目的性，即使行政處分具有存續力後，仍應給予行政機關重新進行審查之機會，以符合實際法律關係真正之利益狀態及個案正義。 ⁴⁵
甘德清	原處分如經訴願、行政訴訟依程序上之理由決定維持者，雖已具有形式上之確定力，但尚未具實質上之確定力，如果原處分機關或其上級機關認為該項原處分確有違反法令之規定，則為公益上之理由，未嘗不可再依職權糾正。 ⁴⁶
學者	否定見解摘要
林錫堯	認為行政程序法第 117 條所謂「法定救濟期間經過後」係指提起提起訴願、行政訴訟或其他司法實體裁判前依法得提起之救濟期間經過而行政處分已告確定而言。蓋如已經司法實體裁判，則應尊重實體判決之既判力，不宜授權行政機關依職權撤銷致破壞實體判決之既判力。 ⁴⁷
李惠宗	行政處分之重新進行之容許，係以濟行政救濟之不足，其係針對不當而未至違法之行政處分，透過此制度進行救濟。 ⁴⁸

(資料來源：自行整理)

(二) 實務

1. 肯定見解

(1) 最高行政法院 95 年度判字第 01695 號判決以，為避免按

⁴³請參閱劉建宏，既判力與行政程序重開及違法行政處分之撤銷，台灣法學第 187 期（行政訴訟法第 18 次研究會，2011 年 11 月 1 日），第 46 至 64 頁。

⁴⁴請參閱林明昕，論訴願之再審與行政處分之廢棄——道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題，同前揭註 21 引書，第 298、302、288 頁。

⁴⁵請參閱傅玲靜，論行政程序之重新進行——以遺產稅之核課與剩餘財產差額分配請求權之扣除為例，同前揭註 1 引書，第 103 頁。併請參閱傅玲靜，遺產稅之核定與行政程序之重新進行，月旦法學教室，第 55 期，2007 年 5 月，第 20 頁。

⁴⁶請參閱甘德清，逾越法定救濟期間原處分仍得撤銷變更，稅務旬刊，2004 年，第 1887 期，第 29 頁。

⁴⁷請參閱林錫堯，行政法要義，同前揭註 17 引書，第 335 頁。

⁴⁸請參閱李惠宗，行政程序法要義，同前揭註 12 引書，第 331 頁。

行政程序法第 128 條第 1 項第 1 款事由之程序重開，係以廢止「有持續效力之合法行政處分」為目的，非有持續效力之行政處分，其合法性之判斷，以作成時之法律及事實狀況為準。同條項第 2 款「發生新事實或發現新證據者」，係指於作成行政處分之時業已存在，但未經斟酌之事實或證據而言……除發現新證據外，尚包括「發生新事實」，其顯指行政處分後所發生之事實，而本件上訴人被判決無罪，係屬發生新事實，是請求撤銷……等行政處分，於法並無不合。原判決認定「發生新事實」係指行政處分時已存在之事實，因而認為本案不符合程序重開之要件，顯有判決不適用法規或適用不當之違法。

- (2) 最高行政法院 100 年 10 月 06 日 100 年判字第 1751 號判決認為，行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款係規定，行政處分於法定救濟期間經過後，具有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。最高行政法院 100 年 09 月 08 日 100 年判字第 1559 號判決則以，所謂發生新事實乃係指對原決定據以作成之構成要件事實，有所變更；所謂發現新證據則係指處分時已存在各種可據以證明事實之存否或真偽之認識方法，為申請人所不知，且未經行政機關斟酌，現始知之者而言。惟行政機關是否准予重開行政程序，則應視申請人之請求是否符合該條規定之要件，始得就原處分是否有其主張之違法事由進行實體審查。

2. 否定見解

- (1) 法務部 101 年 09 月 11 日法律字第 10103106420 號函釋，為避免行政處分存續力與行政法院判決既判力造成衝突，並為防止重複救濟、浪費司法資源，若經行政法院實體確定判

決予以維持之行政處分，相對人或利害關係人得依再審程序謀求救濟，故不在准予依前述規定重開程序之列。

- (2) 最高行政法院 101 年 4 月 26 日 101 年判字第 354 號判決略以，行政程序法第 128 條所規定之程序重開乃係在一般行政救濟途徑外，另設之特別救濟途徑，其既屬特別救濟途徑，本諸例外從嚴之原則，該條所謂法定救濟期間經過後，自應認係指行政處分因法定救濟期間經過後，不能再以通常之救濟途徑，加以撤銷或變更，而發生形式確定力者而言。若當事人或利害關係人已依法提起行政救濟，無論在行政救濟程序中或已終結，均應依行政救濟之程序進行及定其效果，自無再許其另闢蹊徑申請程序重開之理，否則不但有違訴訟經濟原則，亦使行政處分存續力與法院判決既判力產生衝突。⁴⁹

茲就行政法院確定判決在一定條件下，對行政機關無既判力，學者肯定見解約有：「(1) 撤銷訴訟之確定判決，係課以其不得重為被撤銷行政處分，行政法院之確定判決，並未限制被告機關廢棄加負擔處分或作成授益處分——即依職權撤銷原告提起撤銷訴訟，經行政法院駁回原告之訴的確定判決，所依據之行政處分。(2) 行政機關於駁回原告之訴判決確定後，仍不妨為與判決相異之有利於原告之處置，祇要基於公平合理之理由 (Billigkeitsgrunden) 為法之所許 (或被要求) 或再為實體審理乃屬行政機關之裁量範圍時，即得為之。(3) 法未明文規定行政處分經法院判決確定後，行政機關可否撤銷或廢止該行政處分，將來修改相關法律時，均宜朝向偏重個人權益保障予以明定之。」⁵⁰ 本文亦表贊同且極力希冀司法實務能予認同進而影響行政實務，甚至行政實務能自行發現本文主張之論證背後欲貫徹之意

⁴⁹其他相同判決意旨者尚有，最高行政法院 102 年 01 月 17 日 102 年判字第 29 號判決、最高行政法院 101 年 02 月 09 日 101 年判字第 134 號判決、最高行政法院 100 年 12 月 15 日 100 年判字第 2163 號判決、最高行政法院 100 年 11 月 30 日 100 年判字第 2094 號判決、臺中高等行政法院 101 年 07 月 19 日 101 年訴字第 166 號判決等參照。又法務部 100 年 07 月 06 日法律字第 1000016263 號函以，參照行政程序法第 117 條、第 128 條規定，如核課所得稅之原行政處分，既經行政法院實體判決予以維持，原行政處分相對人如有爭執，應依再審程序謀求救濟，自無該等規定之適用。

⁵⁰請參閱姚其聖，論行政法院確定判決對行政機關有既判力之商榷——以撤銷訴訟為例說明，中律會訊雜誌 2012 年 14 卷 4 期，第 6 頁。

涵而能加以採納，則本文對權利救濟已遭遇阻滯之人亦具有了價值。

按人民提起行政訴訟，應以中央或地方機關之違法處分或決定，致損害其權利，為先決要件。人民對於撤銷原訴願決定之再訴願（按，目前訴訟前置之救濟制度僅有訴願一級）決定，固非不得提起行政訴訟，但要以該再訴願決定違法，且有損害其權利者為限，否則即屬欠缺訴訟法則上之權利保護要件，其起訴不能認為有理。⁵¹在此點出救濟制度乃在於保障人民之權利，違法行政處分應透過什麼方式除去，則由受處分相對人依法選用訴訟種類，屬救濟手段之運用，無妨於制度，殆無庸深究。然當事人於終局判決後，不得就同一法律關係更行起訴，此為一事不再理之原則。⁵²惟於原告上訴遭最高行政法院判決駁回、再審之訴駁回在案之時⁵³，權益受損人民其救濟制度已窮，違法行政處分已無法藉用訴訟手段除去，是一確定判決效力拘束著機關與行政處分相對（關係）人，值得上開採否定見解之學者與實務，以同理心面向再予深思，或許答案可以不同。

是以，行政程序法第 128 條行政程序重開關於「法定救濟期間經過後」，本文贊同前揭多數學者之見解係包括經行政法院確定判決之行政處分，所持主要理由在法律定有明文，以行政程序法第 128 條但書法條之意，如當事人非因重大過失，而未在法律救濟程序中主張得申請重新進行行政程序之事由者，即不在排除之範圍。足見，該條所謂「法定救濟期間經過後」，並無限制未提起行政訴訟之情形。因此，對經行政法院判決確定之行政處分，應亦得申請重新進行行政程序。又行政處分經行政訴訟確定後，如有再審事由，當事人固得提起再審，如有行政程序法第 128 條規定之事由，亦得申請程序重開，此二權利乃請求權競合，當事人得擇一行使⁵⁴，不能因人民得以再審救濟，

⁵¹請參照最高行政法院 48 年判字第 54 號判例要旨。

⁵²請參照最高行政法院 44 年判字第 44 號判例要旨。

⁵³實務上之類似案例，例如財政部有一訴願案件，當事人不服最高行政法院判決三次提起再審之訴，均遭高雄高等行政法院駁回（高雄高等行政法院 95 年度再字第 35、36 號判決、高雄高等行政法院判決 98 年度再字第 59、60 號、高雄高等行政法院 99 年度再字第 61 號判決參照）。

⁵⁴此乃憲法保障之訴訟權範圍，司法院釋字 591 號解釋文略以：「……基於國民主權原理及憲法

即剝奪程序重開之權利，加以我國行政程序法第 128 條既係源自德國行政程序法第 51 條，似應為相同解釋。⁵⁵

第三項 重覆處分與第二次裁決

重覆處分指先前已作成並對外生效之行政處分，即所謂第一次裁決 (Erstbescheid) 後，又重為內容與之相同之處分，建構重覆處分的實益，在於確定救濟期間仍以第一次裁決起算為準，換言之，重覆處分不影響第一次裁決行之形式及實質存續力，⁵⁶其訴願期間仍自先前的原處分起算，⁵⁷通常所稱重覆處分不具法律效力者，即指此而言。⁵⁸而第二次裁決，係指第一次裁決發生形式存續力 (即不可變性 Unanfechtbarkeit) 後，再就實體上考量重為審查，但仍以第一次裁決之事實或法律狀況為基礎，⁵⁹關於其實益前已提及，係在界定其性質屬新的處分，⁶⁰故訴願期間應自該裁決生效起計算，⁶¹亦即，重覆處分與第二次裁決最大的區別是，就同一原因事實有無重新審查並有意作成新的價值判斷而定。⁶²學者吳庚提出判斷第二次裁決以及重覆處分之參考如下：(一)作成第二次裁決之前，原處分機關有無重新做實體審查；(二)主文有無變更，無論有利或不利；(三)理由或教示記載有無變更；(四)內容是否在法律上有意義的改變。⁶³

表二：重覆處分與第二次裁決比較簡表

	重覆處分	第二次裁決
意義	指先前已作成並對外生效之行政	係第一次裁決發生形式存續力

對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權……」參照。

⁵⁵整理自高等行政法院民國 102 年 03 月 20 日 102 年度高等行政法院法律座談會提案七討論意見乙說 (肯定說，得再申請程序重開) 內容。

⁵⁶請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 330 頁。

⁵⁷請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 334 頁。

⁵⁸請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 330 頁。

⁵⁹請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 332 頁。

⁶⁰請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 406 頁。

⁶¹請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 334 頁。

⁶²請參閱李惠宗，行政法要義，五版一刷，元照，2010 年 9 月，326 頁。

⁶³請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 333 頁。

	處分，即所謂第一次裁決後，又重為內容與之相同之處分。	(即不可變性)後，再就實體上考量重為審查，但仍以第一次裁決之事實或法律狀況為基礎。
性質	行政處分。 ⁶⁴	行政處分。
訴願期間之起算	訴願期間自先前的原處分起算。	自該裁決生效起計算。
判斷標準之參考	<ol style="list-style-type: none"> 1. 作成第二次裁決之前，原處分機關有無重新做實體審查。 2. 主文有無變更，無論有利或不利。 3. 理由或教示記載有無變更。 4. 內容是否在法律上有有意義的改變。 	
訴訟客體之標的	是。	是。

(資料來源：自行整理)

承上，於一定情形，依法律規定，當事人有請求行政機關重開行政程序之權利時（例如行政程序法第 128 條），行政機關自應依其請求重開行政程序。人民對已不可爭訟之行政處分，請求行政機關予以撤銷或廢止時，其實包含兩項請求；其一，請求行政機關重開行政程序；其二，請求行政機關經由重開之行政程序，廢棄該原已不可爭訟之行政處分。對上述人民之請求，行政機關如僅對原行政處分為指示，根本拒絕重開行政程序，即所謂之「重覆處分」，此一決定雖非實體法之決定，但其內容係拒絕重開程序，為程序法上決定，亦即「程序法之行政處分」。反之，行政機關如應人民之請求而重開行政程序，並經由該程序為是否廢棄原行政處分之決定，則係對事件再次作成實體決定，亦即所謂之「第二次裁決」。行政機關於實體上作成第二次裁決者，縱然未經明示，實際上亦包含重開行政程序之程序上決定。

⁶⁴請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 330 頁。關此學者持不同見解，例如學者陳新民、李建良認重覆處分（置），僅重申先前所為之確定處分，而未重為實質決定，在性質上則屬一種觀念通知，而非行政處分，司法實務亦傾向此見解，請分別參閱陳新民，行政法學總論，三版，三民，1992 年 1 月，第 219 頁、及蔡茂寅、林明鏘、李建良與周志宏合著，行政程序法實用，同前揭註 25 引書，第 254 頁。而學者吳志光見解亦類似，謂重覆處分，僅係單純事實敘述，請參閱吳志光，行政法，同前揭註 20 引書，第 181 頁。惟本文則以為學者吳庚之見解為是，即重覆處分（第二次裁決）乃不折不扣之行政處分，主要著眼處係行政處分之拘束力於原行政處分（第一次裁決）作成時即生，如認為第二次裁決為事實通知（認定係非行政處分），其裁決之內容又與第一次裁決之內容（行政處分）相同，則兩次的裁決在性質上之認定，產生邏輯之矛盾。

⁶⁵司法實務關於人民對已不可爭訟之行政處分，認為依行政程序法第128條規定，請求行政機關重開行政程序，予以撤銷或廢止，而經行政機關拒絕者，其不服而訟爭之原處分乃該否准重開申請之程序上行政處分，並非已確定之前行政處分或決定，自不得藉由對否准程序重開申請之原處分爭訟，轉而對已確定之前行政處分，聲請停止執行⁶⁶之見解，係就原處分效力予以持續，亦有避免人民藉提起行政程序重開繼而干預行政執行程序之進行，尚無不妥。

是以，關於重開程序之決定可分為兩階段，第一階段准予重開，第二階段重開之後作成決定將原處分撤銷、廢止或維持原處分，均係新處分，受處分不利影響之申請人或第三人均可提起爭訟。⁶⁷準此以言，行政機關對於重複請求之事項，如有重新裁決之情事者，仍非不得認定其為新之行政處分，以維人民行政爭訟上之權益，⁶⁸可見行政處分的重要性在以往是決定是否開啟行政爭訟之管道，如今則是決定提起行政訴訟之類型，⁶⁹保障之層次上益見鮮明。

第四項 程序重開之實例

值得欣喜之事，在最近財政部之訴願程序中，本文找到此類已經行政法院確定判決之案例仍同意以程序重開（即撤銷原否准程序重開之行政處分）方式，補救違法行政處分所造成之損害，摘錄臚列如下：

（一）財政部訴願決定書⁷⁰（案號：第10000645號）略以，訴願人因申

⁶⁵高雄高等行政法院100年10月11日99年訴字第666號判決參照。

⁶⁶請參照最高行政法院95年度裁字第02210號裁定。

⁶⁷請參閱吳庚，行政法之理論與實用，同前揭註15引書，第406頁。

⁶⁸請參閱蔡茂寅、林明鏘、李建良與周志宏合著，行政程序法實用，同前揭註25引書，第255頁至第256頁。

⁶⁹請參閱吳志光，行政法，同前揭註20引書，第162頁。

⁷⁰請參照財政部100年9月19日台財訴字第10000124260號訴願決定書（原處分機關：財政部高雄市國稅局）略以，因該公司之增資股份登記業經經濟部撤銷，且經高雄地院99年度訴字第755號判決確認不存在，則該件課稅之稅基亦應自始不存在，原處分機關自無法對該不存在之事由課稅。本件原認定之課稅事實既經法院判決變更，則原處分機關先前之核定難謂無適用法令錯誤、計算錯誤之情事，從而訴願人以此判決向原處分機關申請重開87年度綜合所得稅及罰鍰程序，並退還稅款，洵屬有據，原處分機關以訴願人既已踐行通常之救濟程序，即與行政程序法第128條得申請重開行政程序之規定不符，否准訴願人重開87年度綜合所得稅及罰鍰行政程序，並退還稅款之申請，洵有未洽。

請程序重開 87 年度綜合所得稅及罰鍰，並退還稅款事件，不服原處分機關 100 年 2 月 1 日財高國稅新綜所字第 1000010305 號函，提起訴願，本部決定如下：原處分（100 年 2 月 1 日財高國稅新綜所字第 1000010305 號函）撤銷。⁷¹

- (二) 依功○社公司臺北高等行政法院 101 年 6 月 12 日 101 年度訴更一字第 38 號判決，已變更本案相關事實，則本案是否符合行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款及行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款或第 11 款（按，再審事由）程序重開之要件，核有

⁷¹一、本案事實概要：

(一) 原告等夫妻均為仁英投資股份有限公司（下稱仁英公司）股東，民國 87 年度分別獲配源自仁英公司之營利所得各為新臺幣（下同）14,240,000 元，原告等於辦理該年度綜合所得稅結算申報時，敘明該 2 筆收入係被虛報，已檢舉及訴訟中，而未將上開金額列入所得總額。案經被告（財政部高雄市國稅局）查證後，以其不符免稅規定，乃併課其當年度綜合所得稅。上訴人等不服，申經復查結果，未獲變更；提起訴願，亦遭決定駁回，乃循序提起行政訴訟。經原審法院 90 年度訴字第 1740 號判決駁回其訴，並經最高行政法院 95 年度判字第 1747 號判決駁回其上訴確定。

(二) 原告民國 87 年度綜合所得稅結算申報，涉嫌短漏報營利、利息及其他所得計新臺幣（下同）28,508,487 元，違反行為時所得稅法第 71 條第 1 項規定，經被告（財政部高雄市國稅局）初查以原告漏報課稅所得額 28,508,487 元，核定漏報稅額 10,863,411 元，除補徵稅額外，並依同法第 110 條第 1 項規定處以漏稅額 0.2 倍之罰鍰 2,172,600 元（計至百元止）。原告對於罰鍰部分不服，申請複查及提起訴願，均遭駁回，遂提起行政訴訟。嗣分別經高雄高等行政法院 92 年度訴字第 502 號及最高行政法院 95 年度判字第 1746 號判決駁回。

二、法院見解：

(一) 最高行政法院 98 年度判字第 935 號判決略以：1. 上訴人所主張扣繳憑單已經臺灣高等法院高雄分院 93 年度上訴字第 798 號刑事確定判決證明為偽造，上訴人實際上並未獲得該筆款項一節，經查，該事證業經上訴人於前審上訴時主張略以「……並經 95 年 6 月 27 日臺灣高等法院高雄分院 93 年度上訴字第 798 號判決，以吳汶達部分，偽造不實之 87 年『各類所得扣繳暨免扣繳憑單』，足生損害於上訴人甲○○等人之罪刑在案明確。被上訴人課徵上訴人營利所得所得稅，於法即難謂當……」等語，即已依上訴主張其事由，依首揭規定，自不得據為再審理由，原判決理由雖有不同，但結論相同，仍應予維持。2. 另原確定判決據為判決基礎之臺灣高雄地方法院刑事無罪判決，業經臺灣高等法院高雄分院 93 年度上訴字第 798 號有罪確定判決所撤銷而予以變更一節，經查，該臺灣高等法院高雄分院 93 年度上訴字第 798 號刑事判決，前經上訴人於前審上訴時提出主張，並經原確定判決斟酌在案，並本於職權自行審認事實，而臺灣高雄地方法院 90 年度訴字第 2137 號無罪判決之判決理由，僅供原確定判決之參考，原確定判決並未援引該刑事判決為判決基礎，並無上訴人所指原確定判決無視於臺灣高等法院高雄分院上開刑事判決情事，本件再審之訴，自與行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款規定之再審事由要件不合，並無違誤。3. 原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷，並無違背論理法則或經驗法則；又證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。

(二) 最高行政法院 98 年度判字第 844 號判決略以，本院就原確定判決認再審原告短漏報營利、利息及其他所得，違反行為時所得稅法第 71 條第 1 項規定予以核定漏報稅額，並依同法第 110 條第 1 項規定予以處罰，並無行政訴訟法第 273 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤之情事，再審原告起訴意旨，仍執前詞，指摘原確定判決有再審事由，請求廢棄原確定判決及撤銷不利再審原告之原處分（含復查決定）與訴願決定，難認為有理由，應予駁回。

再行審酌之必要。⁷²

第五項 小結

上開程序重開所舉財政部訴願決定撤銷原處分之實例（一）中，該案件已經當事人提起第三次之再審之訴，同時當事人以其原課稅及罰鍰處分經最高行政法院駁回再審之訴而判決確定係不可爭訟之行政處分，爰依行政程序法第 128 條提出行政程序重開之申請，惟經原處分機關以當事人所提情事無該法條之適用而否准其申請在案⁷³。

矧行政程序之重開，旨為關係人提供一種突破存續力的特殊救濟方法，猶如對法院判決可依法提起再審之訴⁷⁴般，讓行政機關具備一種開啟已終結之（行政）程序的手續規定，⁷⁵俾一繼續性之侵害得以有機會藉行政程序之重新開啟被除去，受侵害之人民權益有獲得回復之法律機制，此設計既重保障人民之權利，關乎行政處分違法者，行政機關固得依職權撤銷或依訴願、行政訴訟程序撤銷，⁷⁶卻也與相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之行政程序重開之主張不相妨，乃同屬於程序權之實踐。是以，行政程序重開之機制在於開啟行政機關已終結之行政程序，一旦事件處理終結，此動態之行為結束，權利義務關係歸於靜態。

職此，行政程序重開，是行政上之程序，而「程序」，乃「實體」的對稱，係為達成特定目的所採取的系列行動、步驟或方法，⁷⁷故行政機關在行政主動性之貫徹下，實施行政程序重開賦予人民體現實體權利的過程中，首先，自當落實程序之基本權，同時在權力分立架構下，恪盡積極依法行政賦予行政機關之職責，使其從業人員以更開放之心態，接受程序重開之申請案件，期以實踐程序權保障先行，以取

⁷²請參照財政部 101 年 09 月 21 日台財訴字第 10100135470 號訴願決定書。

⁷³財政部高雄市國稅局 100 年 2 月 1 日財高國稅新綜所字第 1000010305 號函參照。

⁷⁴請參閱林錫堯，行政法要義，同前揭註 17 引書，第 537 頁。學者李建良亦持相同見解，請參閱蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏合著，行政程序法實用，同前揭註 25 引書，第 315 頁。

⁷⁵請參閱吳庚著，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 405 頁。

⁷⁶請參閱陳慈陽主編，行政法案例研習，初版一刷，元照，2011 年 11 月，第 146 頁。

⁷⁷請參閱翁岳生編，行政法（下），同前揭註 5 引書，第 26 頁。

得權益遭受侵害者對法治之信心，亦係植基於人民對行政機關會為完善國家機能而努力之確信；其次，系爭案件之管轄權自始至終均掌握在行政機關，未曾脫離，試問如此緊密之關係，行政機關可否以法院移審所具之效力進而主張行政機關應被動的等待司法之決定？如果憲法賦予五權相殊機能、不同法效之本意均不能落實與適切運用，則國家無需建構三權或五權而分別掌理國家之諸事項；再者，以前述之訴願案件訴願機關將原處分撤銷之見解之一為：「依稅捐稽徵法第 28 條申請退稅，乃人民對政府機關之『退稅請求權』（公法上之不當得利請求權），非對原『課稅處分違法』之權利救濟（復查、訴願、行政訴訟），兩者訴訟標的本即不同，不應一味地執著其所謂對原『課稅處分違法』爭訟判決之既判力，來拘束人民退稅請求權」⁷⁸，並據以認定原處分機關否准訴願人所請（行政程序重開），確有不當且違法，本文對此一見解至表贊同，並將於後續章節中進一步補充說明相關之規定、學理與本文論理意見，俾以明確區別既判力與行政程序重開之關聯性。

第三節 行政機關開啟之行政程序

針對違法行政處分之撤銷，行政機關開啟之行政程序，大別有二：其一，行政程序法第 117 條關於法定救濟期間經過後主動撤銷違法行政處分；其二，訴願法第 58 條於訴願（救濟）期間被動之行政程序重開。

第一項 行政程序法第 117 條⁷⁹（救濟期間經過後依職權之主動撤銷）

違法行政處分於法定救濟期間經過後，按行政程序法第 117 條本文規定，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，

⁷⁸請參照財政部 101 年 09 月 21 日台財訴字第 10100135470 號訴願決定書。

⁷⁹在此係指原處分機關知悉原處分係違法時，主動撤銷或變更原處分而言，概念上依救濟時期之不同，將行政權撤銷原處分之作為作一區分，又因行政機關已作撤銷原處分之作為，所以認為係開啓行政程序。

亦得為之，此乃立基於依法行政原則，自應容許行政機關依職權撤銷該違法之行政處分，即使該處分已發生形式上之確定力，亦然。惟否定見解認為，行政處分如經司法實體判決，則應尊重實體判決之既判力，不宜再由行政機關依職權撤銷致破壞實體判決之既判力。⁸⁰是以，行政處分如違反實質上合法，原則上構成得撤銷原因，未撤銷前處分仍屬有效，例外在法定情形下始構成自始無效，又違反形式上合法，亦以構成得撤銷理由為原則，無效為例外，⁸¹而行政講究主動、積極與效率，於法律許可之多種作為方式中，行政機關基於行政效率之考慮，及自我實現行政目的之職能，有義務選擇最有效能之行政作為手段，以達成其施政目標。⁸²次以，行政程序重新進行此一制度的本質，乃係希望行政機關重新且完整的再回頭檢視原處分之適法性，以維護人民權益，而否定見解側重者為維護法安定性，故不免有害依法行政原則，⁸³侵害人民權利，此一見解卻適與行政本質及憲法保障人民基本權之本意相違，本文以為切不可採。

至於行政程序法第 117 條違法行政處分於法定期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷之規定，僅賦予行政機關具有此權限，人民無從據以申請。是以，行政處分之相對人或利害關係人既不得依上開規定，申請原處分機關或其上級機關撤銷違法行政處分之全部或一部，其縱使為形式上之申請，在性質上亦僅可認係促使行政機關發動職權，非屬於依法申請之案件，行政機關並無應依其申請而發動職權之義務。⁸⁴

又行政機關撤銷其對於人民之授益性行政處分，須符合行政程序法第 117 條及第 119 條規定。若行政處分之受益人對重要事項，並無

⁸⁰請參閱林錫堯，行政法要義，同前揭註 17 引書，第 335 頁。另參照最高行政法院 98 年裁字第 3303 號裁定、法務部 100 年 6 月 14 日法律決字第 1000013953 號及 97 年 2 月 4 日法律字第 0960043161 號函參照。

⁸¹請參照法務部 100 年 11 月 15 日法律字第 1000028486 號函。

⁸²高等行政法院民國 100 年 03 月 30 日 100 年度高等行政法院法律座談會提案及研討結果第 8 號甲說理由段。

⁸³請參閱行政法實務研究第二冊，臺中高等行政法院，2010 年 6 月，第 154 頁。

⁸⁴請參照最高行政法院 101 年 03 月 22 日 101 年裁字第 540 號裁定。

提供之不正確資料或不完全陳述，而致原處分機關作成違法行政處分，則行政處分之受益人並無信賴不值得保護之情事，⁸⁵不可撤銷原處分。惟行政機關於作成行政處分之後，如發現該處分違法者，按行政程序法第 117 條規定及依法行政原則，非不得依職權撤銷該違法之處分以回復合法之狀態，而其撤銷權行使之方式法無明文，解釋上以客觀能顯現行政機關行使其撤銷權之意思即足當之，非必然以使用撤銷之字樣者為限。⁸⁶

第二項 訴願法第 58 條（救濟期間行政機關之被動撤銷）

學者葉俊榮認為，訴願法，可以是「行政程序法」，同屬落實憲法對於人民於行政程序中的程序保障的具體規範。⁸⁷按訴願法第 58 條：「（第一項）訴願人應繕具訴願書經由原行政處分機關向訴願管轄機關提起訴願。（第二項）原行政處分機關對於前項訴願應先行重新審查原處分是否合法妥當，其認訴願為有理由者，得自行撤銷或變更原行政處分，並陳報訴願管轄機關。（第三項）原行政處分機關不依訴願人之請求撤銷或變更原行政處分者，應儘速附具答辯書，並將必要之關係文件，送於訴願管轄機關。（第四項）原行政處分機關檢卷答辯時，應將前項答辯書抄送訴願人。」其目的在發揮訴願程序賦予原處分機關重新反省審查原處分之合法妥當性的功能，並便於就近調查事證，以提高行政效率。⁸⁸

訴願程序是介於行政機關作成行政決定、行政訴訟繫屬法院之間，從制度設計之目的乃希冀看到行政主動性之展現，此由早期司法

⁸⁵請參照臺北高等行政法院 101 年 01 月 11 日 100 年訴更二字第 34 號判決。

⁸⁶請參照最高行政法院 100 年 06 月 09 日 100 年判字第 951 號判決。

⁸⁷請參閱葉俊榮，面對行政程序法，二版一刷，元照，2010 年 3 月，第 237 頁。

⁸⁸按 87 年 10 月 28 日訴願法第 58 條之立法理由以，為發揮訴願程序賦予原處分機關重新反省審查原處分之合法妥當性的功能，並便於就近調查事證，以提高行政效率，爰明定原處分機關對於訴願案件，應先行重新審查原處分之合法性及妥當性，如認為訴願為有理由，即得給予救濟。如不予救濟，始附具答辯書將訴願案件移送訴願管轄機關審理。爰參考德國行政法院法第 72 條規定，將第 2 項但書修正為第 2 項，並將第 2 項本文移列第 3 項，同時修正其部分文字，俾資明確。

院實務見解即見一般，⁸⁹且從行政法院早年判例之見解，例如，(1) 24 年判字第 4 號判例：「未經訴願決定之案件原處分官署既自覺其處分為不合法，本於行政上之職權作用，原得自動的為撤銷原處分之處分或另為處分。」、(2) 44 年判字第 40 號判例：「行政官署對其已為行政行為發覺有違誤之處，而自動更正或撤銷者，並非法所不許」，亦早已肯認行政機關所擁有之主動性。

當然，這也充份體現行政權與司法權之差異，亦即，司法制度在先天上，即不適宜接受新的任務，法院傳統消極的態度（不告不理），在日常事務的管理是行不通的，且法官執行法律，難免以一己的良知為準則，而忽視立法者的原旨，甚至在司法制度上，亦存在程序過於繁重、遲緩與花費太大之慮，以上種種，無疑是促成行政機關權力日益擴張的因素，⁹⁰時代演進之趨勢，顯示行政機關所掌握影響人民權益之權力，其實是大於其他權力，又行政機關並得基於行政主體地位對該行政處分得隨時作審查，案件之管轄權自始至終均掌握在行政機關手中，一刻未脫離，不若司法審判機關，案件一旦上訴後，產生移審效力，原審判機關喪失管轄權。

按訴願制度的功能，一方面為原處分機關之自我反省⁹¹，如認人民提起訴願有理由，得自行撤銷或變更原處分；一方面為行政監督之行使，即本於上級機關之監督角色與立場，對下級機關違法或不當的行政處分予以撤銷或變更。故案件於訴願期間，原處分機關仍本其職權重新審視原作處分之合法性，此類充分展現行政自我審查之案例⁹²，亦從實務上找到不少，茲摘錄案例如下：

⁸⁹司法院 26 年 05 月 08 日院字第 1666 號解釋略以，受理訴願或再訴願（按，現已無再訴願）之官署，於原處分或原決定官署已逾訴願法第 6 條所定 10 日之限期，不將答辯書及必要關係文件送到時，自得以職權調查事實，逕為決定。

⁹⁰教育部世界名著譯述委員會，馬君碩譯，戴維斯著，美國行政法，同前揭註 9 引書，第 9 頁至第 12 頁。

⁹¹訴願制度是給予行政機關對於行政決定有自我審查的機會，客觀促進「決策加值」的一種程序建制。請參閱葉俊榮，面對行政程序法，同前揭註 79 引書，第 235 頁。

⁹²學者蔡志方對於原處分機關或應為處分之機關此種重新審查決定行為，係採「行政程序說」，認為受理訴願機關仍須予以審議決定，如認為原處分機關之處置合法妥當，則受理訴願機關應依訴願法第 77 條第 6 款，以處分已不存在或訴願已欠缺實益，為不受理之決定。請參閱翁岳生編，

- (一) 本件訴願人因虛報進口貨物名稱，逃漏進口稅款事件，不服原處分機關 96 年 2 月 6 日高普緝字第 0961002692 號復查決定，向本部提起訴願，案經原處分機關依首揭訴願法第 58 條第 2 項規定重新審查原處分結果，認訴願人之主張有理由，乃以 96 年 5 月 14 日高普前字第 0961008691 號重審復查決定，將原處分(即 96 年 2 月 6 日高普緝字第 0961002692 號復查決定)撤銷。是本件訴願人據以不服之原處分已不復存在，依首揭規定，本件訴願應不予受理。⁹³
- (二) 訴願人因補徵營業稅及罰鍰事件不服，申請復查，未獲變更，訴願人仍表不服，遂向本部提起訴願。案經原處分機關依訴願法第 58 條第 2 項規定重新審查原處分結果，認訴願人之主張為部分有理由，乃以 96 年 5 月 3 日財北國稅法一字第 0960223811 號重審復查決定，將 96 年 2 月 9 日財北國稅法一字第 096215825 復查決定撤銷並追減罰鍰 501,000 元。是本件訴願人原據以不服之原處分已不復存在，依首揭規定，本件訴願應不予受理。⁹⁴

事實上，憲法第 16 條有關人民訴願權的保障，可以從訴願法等同於行政程序法之角度，認為我國行政權之行使，應依正當法律程序 (due process of law) 為之的重要規範基礎。⁹⁵ 近年來，行政體系中掌理訴願之機關除致力培訓法制專業人員，積極推動訴願新制業務外，更借重府外委員專業素養及客觀公正特質參與審議，祛除外界「球員兼裁判」、「官官相護」的疑慮；又積極加強宣導訴願新制，使人民瞭解訴願權之行使，並妥善運用此一值得信賴之新行政救濟制度；另透過組織結構的公正合理化及審理程序的透明化，強化訴願人在程序上之主體地位，盼藉其自身的參與，使其了解訴願程序，進而信賴訴

行政法(下)，同前揭註 5 引書，第 334 頁。

⁹³財政部 96 年 06 月 20 日台財訴字第 09600226710 號訴願決定書參照。

⁹⁴財政部 96 年 06 月 15 日台財訴字第 09613009900 號訴願決定書參照。

⁹⁵請參閱葉俊榮，面對行政程序法，同前揭註 79 引書，第 237 頁。

願決定，達到提升訴願決定威信及疏減訟源的目的；機關亦期透過上述各方面的努力，達到確保人民合法權益及行政機關落實「依法行政」之最終目標，⁹⁶如此之發展，著實令人對行政機關訴願法治業務質的提升充滿期待，當然，我們更加樂見的是正當法律程序在訴願業務處理的過程已深化其中。

第四節 再審與行政程序重開之異同

第一項 再審程序概述

第一款 再審之性質與屬性

針對已確定裁判之非常救濟程序，向為裁判之原行政法院聲明不服之救濟途徑，稱為再審程序。⁹⁷再審在性質上乃屬非常救濟方法之一，亦即謂再審在訴訟制度中不屬於審級救濟，其因係裁判已確定而理當不再有審級救濟之可言，⁹⁸且再審之訴因不具移審效力與阻斷確定之效力，⁹⁹自然不被認為具有審級救濟之屬性。

第二款 再審之立法體例及其功能

行政訴訟之再審與民事訴訟之再審，同屬對確定之終局判決的非常救濟手段，德國行政法院法只設一個條文（第 153 條¹⁰⁰），使行政訴訟之再審適用民訴法之有關規定，簡單明瞭，¹⁰¹而我國行政訴訟法再審程序之立法體例則選擇全部由該法自行規定，惟除一、二條文外，幾乎與民事訴訟法規定之再審制度相同，引發學者對立法策略、

⁹⁶引自台北市政府訴願審議委員會網站

<http://www.appeal.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=27771708&ctNode=44027&mp=120031>，最後瀏覽日 2013 年 2 月 3 日。

⁹⁷請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，同前揭註 14 引書，第 343 頁。

⁹⁸請參閱翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，初版三刷，五南，2004 年 2 月，第 719 頁。

⁹⁹請參閱黃啓禎/陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，司法院印行，2002 年 10 月，第 1709 頁。

¹⁰⁰德國行政法院法第 15 節再審，第 153 條（再審程序）規定：「確定終結之程序，得依民事訴訟法第 4 編規定再審。（第 1 項）公益代表人亦有提起無效之訴與回復之訴之權限，以聯邦行政法院為第一審及終審管轄法院者，亦得由高等聯邦檢察官提起之。（第 2 項）」請參閱黃啓禎/陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，同前揭註 91 引書，第 1708 頁。

¹⁰¹請參閱吳庚著，行政爭訟法論，五版，元照，2011 年 1 月，第 328 頁。

立法技巧之質疑，¹⁰²值得未來修法時納入考量。

再審程序一般公認之功能有二：一在於糾正確定終局判決程序上之重大瑕疵，二係可能與確定終局判決密切相關之基本事項已經動搖，致影響判決之正確性，¹⁰³故再審其目的在於恢復因該判決所依基本事實發生變化，所致判決正確性難以維持而影響之當事人之應有權益，¹⁰⁴目標在排除確定判決的確定力，將本案重新審理，故屬於形成訴訟的性質。¹⁰⁵

第三款 再審之事由

再審既係對確定判決聲明不服之方法，為免輕易動搖確定判決之效力，對於再審之理由，自應明文加以限定，嚴格規定其程序，¹⁰⁶依據行政訴訟法，其事由臚列三大類如下：

一、一般再審事由¹⁰⁷

- (一) 適用法規顯有錯誤。¹⁰⁸
- (二) 判決理由與主文顯有矛盾。
- (三) 判決法院之組織不合法。
- (四) 依法律或裁判應迴避之法官參與裁判。
- (五) 當事人於訴訟未經合法代理或代表。
- (六) 當事人知他造之住居所，指為所在不明而與涉訟。但他造已承認其訴訟程序者，不在此限。
- (七) 參與裁判之法官關於該訴訟違背職務，犯刑事上之罪。
- (八) 當事人之代理人、代表人、管理人或他造或其代理人、代表人、管理人關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響於判決。

¹⁰²請參照林騰鶴，行政訴訟法，三版二刷，三民，2009年1月，第480頁。

¹⁰³請參閱吳庚著，行政爭訟法論，同前揭註93引書，第329頁。

¹⁰⁴請參照林騰鶴，行政訴訟法，同前揭註94引書，第480頁。

¹⁰⁵請參閱陳清秀，行政訴訟法，四版一刷，元照，2011年10月，第656頁。

¹⁰⁶請參閱翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，同前揭註90引書，第717頁。

¹⁰⁷行政訴訟法第273條第1項參照。

¹⁰⁸所稱適用法規顯有錯誤者，係指確定判決所適用之法規顯然不合於法律規定，或與司法院現尚有效之解釋，或最高行政法院尚有效之判例顯然違反者而言。最高行政法院97年判字第360號判例參照。

- (九) 為判決基礎之證物係偽造或變造。
- (十) 證人、鑑定人或通譯就為判決基礎之證言、鑑定或通譯為虛偽陳述。
- (十一) 為判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更。
- (十二) 當事人發現就同一訴訟標的在前已有確定判決或和解或得使用該判決或和解。
- (十三) 當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物。但以如經斟酌可受較有利益之裁判為限。¹⁰⁹
- (十四) 原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌。

第 7 款至第 10 款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者為限，得提起再審之訴。¹¹⁰

二、確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者，其聲請人亦得提起再審之訴。¹¹¹

三、為判決基礎之裁判，有再審事由者。¹¹²

承此，再審訴訟相對於在原先進行的訴訟程序上之不服表示，尤

¹⁰⁹本款之證物係指證物在前訴訟程序事實審言詞辯論終結前已經存在，因當事人不知有此證物或因故不能使用該證物，致未經斟酌，現始知悉或得使用之者，包括證書及與證書有相同效力之物件或勘驗物，不包括證人在內。請參閱翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，同前揭註 90 引書，第 721 頁。

¹¹⁰行政訴訟法第 273 條第 3 項參照。

¹¹¹行政訴訟法第 273 條第 2 項參照。按司法院釋字第 185 號解釋略以：「……確定終局裁判所適用之法律或命令，……，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。……」僅係重申司法院釋字第 177 號解釋「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」之意旨，須解釋文未另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力。最高行政法院 97 年判字第 615 號判例參照。

¹¹²行政訴訟法第 274 條參照。其立法理由如下：按再審之訴為對確定之終局判決聲明不服之方法，原須該終局確定判決之本身有再審之事由時始得提起，惟若其本身雖無再審之原因，但據為判決基礎之裁判有再審之理由時，則該終局判決亦有瑕疵。爰設此條，允許當事人據以對該判決提起再審之訴，以資救濟。請參閱翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，同前揭註 90 引書，第 722 頁。

其相對於各項法律救濟方法（上訴、抗告等），具有補充性。¹¹³

第二項 行政程序重開及其與行政訴訟法再審之比較

第一款 行政程序重開事由

行政程序之重開與否，目前學界多持肯定、實務界則多持否定之見解，兩者各有所論，已如前述，本文在此不贅述。惟關於行政程序之重開，依據行政程序法第 128 條規定之行政程序重開事由如下：

1. 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。
2. 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。
3. 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。

第二款 行政程序重開與行政訴訟法再審之比較

行政程序法第 128 條之行政程序重開，在其定位上，學者多主張具有類似訴訟法再審之制度，本文綜合比較二者約有下述之異同：

- (1) 行政程序重開為行政機關內部之程序，為行政救濟範疇；再審則屬司法機關非常救濟方法，屬司法救濟之一環。
- (2) 再審與行政程序重開均有法定之事由，惟從行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款規定觀之，可以進行行政程序重開之範圍判斷是大於再審的。
- (3) 再審之訴不具移審效力與阻斷確定之效力，不屬審級之救濟；行政程序重開則為法定救濟期間經過之救濟程序，行政處分應以不得爭訟者為限（包括經行政法院判決確定）¹¹⁴，是行政自我審查，亦與司法審級救濟無涉。
- (4) 再審與行政程序重開均係對經行政法院判決確定之違法行政處分，賦予之救濟途徑，其目的均在落實人民權益之保障。

¹¹³請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註 97 引書，第 665 頁。

¹¹⁴請參閱陳敏，行政法總論，同前揭註 22 引書，第 493 頁。

第三項 行政程序重開與行政訴訟法再審之關係

本文以為行政程序法第 128 條對於行政處分於法定救濟期間經過後，具有一定事由者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之的規定，具備訴訟程序再審制度之特質，實無庸置疑，又再審之設計在濟訴訟審級制度之不足，所顯示在舊行政訴訟法時代，因制度上僅一級法院一審終結，並無上訴之救濟程序之設計，再審程序幾被當成上訴程序加以運用¹¹⁵之時代已經過去，但制度之設計再完善，亦不表示不會有缺憾，所以本文積極力主上開條文之法定救濟期間應涵括已經確定判決之違法行政處分，意即在此。更進一步言之，對於業經再審亦無法排除侵害之情況亦應納入行政程序重開之範疇，始可將救濟制度發揮的更加完善。

學者陳清秀認為再審與行政程序重開之關係為：「再審訴訟程序容許排除判決的確定力，並續行先前的訴訟程序。而行政程序法第 128 條規定也容許排除行政處分的確定力，並續行原先的行政程序。上述二個再審的可能性原則上彼此獨立存在。因此，依據行政程序法第 128 條規定聲請行政程序的再審（再開行政程序），並不受確定判決的影響，再者上述行政程序法的規定，也不因此排除再審訴訟的可能性。」¹¹⁶易言之，行政程序之重開，可將其視為輔助司法救濟已窮之途徑。

進一步言之，本文依據司法院釋字 591 號解釋文意旨，認為人民為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，固享有程序選擇權，質言之，行政處分經行政訴訟確定後，如有再審事由，當事人固得提起再審，如有行政程序法第 128 條規定之事由，亦得申請程序重開，乃當事人之程序選擇權，關於其行使國家應予尊重。

第五節 小結

第一項 程序先行是落實「正當法律程序」保障權利之基石

¹¹⁵請參閱翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，同前揭註 90 引書，第 719 頁。

¹¹⁶請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註 97 引書，第 666 頁。

行政程序法第 117 條及第 128 條之設計，考其立法本意應係給予行政機關類似司法機關之再審機制，¹¹⁷立法者並考量行政與司法之不同，¹¹⁸設計給行政機關兩種手段：一為被動之依申請、一為主動之依職權，俾其運用，以為善後之依據，諸如本章前兩節所述。惟規定雖明，卻仍於適用上遭到限縮、甚至排除，尤其是行政實務界完全將「已經司法判決確定之『違法行政處分』」之救濟管道予以封閉，此舉讓人不解，試問：該已經行政法院之確定判決之行政處分，即便其違法，為尊重司法，仍不容行政機關再作行政處分之變更？之主張，是否因司法既判力之故，而牢不可破？其實容有思量，按正義始於程序終於程序，為了實體正義可以實現，程序正義可以讓步，依此，所有的實體正義，都可用程序的方式來解釋，¹¹⁹總而言之，「正當法律程序」¹²⁰理念是為了確保國家權力公平、合理行使，防止政府行為恣意與錯誤的重大基本原則，¹²¹此將公權力以程序來拘束，對人權加以程序保障的思想，乃是英美法特別顯著的特徵，像這種「自由的歷史，絕大部分是程序保障的歷史」的想法，在人權保障上，乃是極為重要的觀點，¹²²而我國在司法院釋字第 384 號解釋引用美國「正當法律程序」的概念，強調法律程序必須正當，法律內容也必須實質正當，從此以後，正當法律程序就成了大法官用以衡量訴訟程序或行政程序是否合憲的重要原則。¹²³承此脈絡，行政法院確定判決之既判力及於違法行政處分，是否具有「正當法律程序」所保障之權利，即不得不謂無審酌

¹¹⁷學者亦有提出相同意見，按行政程序重新進行之正當化法理，乃為「依法行政原則」之貫徹、公共利益之維護與個案正義之調和，又相較程序較為縝密與嚴謹之行政訴訟判決，既允可依再審變動既判力，行政處分自可容許重新審理並進而變動其效力。

¹¹⁸司法權之本質（特徵）之一係極具被動性，所謂不告不理，即謂於此；而司法之被動、消極、事後，恰對應行政之主動、積極、事先。

¹¹⁹學者許玉秀主張，請參司法周刊 1628 期第 4 版。

¹²⁰美國聯邦憲法增修第 14 條（1868 年）第一項有如下條文，謂「……任何州，非依法律正當程序，不得剝奪任何人的生命、自由和財產。」請參閱蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，初版一刷，元照，2001 年 4 月，第 217 頁（註一）。

¹²¹請參閱司法院大法官九十二年度學術研討會論文集及紀錄--正當法律程序與人權之保障，同前揭註 4 引書，第 2 頁。

¹²²請參閱蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，同前揭註 112 引書，第 216 頁。

¹²³請參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，二版五刷，新學林，2011 年 10 月，第 443 頁。

空間。本文認為行政程序法第 128 條有關行政程序重開之規定，如行政機關在人民提出申請的程序時，亦即於程序開啟之階段即予以嚴格把關，則程序正義亦將蕩然無存。

第二項 行政程序重開實務執行之芻議

故今日在行政程序法、訴願法、行政訴訟法等法均明文規範救濟程序，於行政程序法之行政程序重開，關於「法定救濟期間經過後」法文適用時，本文對行政機關提出如下之建議作法並附敘理由如下：

(一) 關於違法行政處分之撤銷與其撤銷之界限

行政處分之所以會被撤銷，係以其違法為前提，¹²⁴行政程序法第 117 條，於行政處分之法定救濟期間經過後，原處分機關及其上級機關得依職權為全部或一部撤銷、與同法第 128 條相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之行政處分，限縮於不具公益¹²⁵考量或與第三人利益無涉¹²⁶之「積極地侵益性或負擔性之違法行政處分¹²⁷」。

理由：為保護信賴行政處分為合法之人民信賴利益¹²⁸，以及維護誠信原則與法安定性，機關之行使撤銷應予限制，¹²⁹故無論行政處分是違法撤銷或合法嗣後廢止，均強調其具體公益性維護或

¹²⁴請參閱洪家殷，行政處分撤銷之研究，國立政治大學法律研究所博士論文，1992 年 6 月，第 55 頁。

¹²⁵「公益」概念甚為模糊及不確定，在法律上的呈現方式，常見者約為「公益」、「公共利益」、「國家利益」、「社會福祉」、「社會福利」及「公共安全」等等。請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 10 引書，第 562 頁。

¹²⁶學者彭鳳至認為行政機關要拋棄勝訴利益，要考量者例如拋棄時點不違反依法行政，及涉及第三人效力之處分，最好不要拋棄。請參閱行政訴訟之研討（一），初版一刷，台灣法學，2012 年 10 月，第 454 頁。

¹²⁷指致使關係人受有不利益之行政處分，亦即干涉關係人之權利或拒絕其授益之請求，又可分為兩方面言之，一為積極地要求關係人作為、容忍或抑制，其剝奪或限制相對人之權利，及其他設定或確認法律上重大之不利益；二為消極地拒絕關係人有利益之請求。請參閱洪家殷，行政處分撤銷之研究，同前揭註 116 引書，第 142 頁至第 143 頁。

¹²⁸信賴保護原則是憲法層次之基本原則，對一切行政行為均有適用，就行政處分而言，亦有認為信賴基礎不限於授益處分，亦包括負擔處分。請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 10 引書，第 539 頁。

¹²⁹請參閱翁岳生，法治國家之行政法與司法，初版，月旦，1994 年 6 月，第 41 頁。

影響，¹³⁰是以，公益上如認為不撤銷為宜時，縱使負擔處分亦不得撤銷，¹³¹此於行政程序法第 117 條但書之規定訂有明文。故在依法行政原則、信賴利益保護、社會公益考量¹³²、法安定性及維護當事人權益等因素之通盤考量下，本文相信法治時代之行政機關有能力適度予以調和上述相關因素，賦予機關重新審酌原行政處分之機會，俾利機關對於侵益性或負擔性之違法行政處分之撤銷與否作出最佳決定，有效落實權力分立。

(二)「法定救濟期間經過後」，行政機關可審查之標的範圍，應涵蓋「已經司法判決確定之違法行政處分」

理由：我國有訴願制度之設計，賦予行政機關自省之機會，惟行為人對所遭受之違法行政處分，透過訴願並續提起行政訴訟而經確定判決者，即便該行政處分之作成，機關事後發現所作處分當時確實違法者，日後亦無翻盤機會，此際，相對人自不如沉住氣，在經訴願救濟不果後暫且等待時機，或許尚有機會主張行政程序法第 128 條撤銷、廢止或變更原行政處分。故此一「法定救濟期間經過後」如僅限縮於未經行政法院確定判決之違法行政處分之見解，無異具有引導或鼓勵受處分之相對人，不應利用訴訟救濟程序進行救濟造成自我限制，避免平白失去回復權利之機會，申言之，目前法務部關於行政處分如經司法實體判決，則應尊重實體判決之既判力，不宜再由行政機關依職權撤銷之實務見解，實與法治國原則救濟之本旨有所悖離。

(三)形式上符合行政程序法第 117 條但書第 1 款（危害公益）內容之行政處分，即便具有第 2 款（信賴保護）情形，行政機關應重開行政程序，無裁量權，亦即，放寬行政程序重開之程序要

¹³⁰請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 10 引書，第 596 頁。

¹³¹請參閱翁岳生，法治國家之行政法與司法，同前揭註 120 引書，第 43 頁。

¹³²公益對於法治國家之設計目的，係以維護全體合理性、合法性之利益存續為宗旨，而全體性之利益概念，又恐須隨時間、空間、思想及制度的變遷而變異，故現行行政法院對於公益原則的適用模式，傾向以個案具體化行之。請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註 10 引書，第 605 頁。

件判斷標準，讓案件得以進入實體之審究

理由：1. 在行政程序重開之程序面向：所謂「法定程序」必須「實質正當」，此概念的形成，可溯於英國大憲章，然後移植於美國，¹³³在美國法制之運用，正當法律程序常與平等原則同列，故在審酌程序正當時，除最低限度之程序保障外，可採取平等原則，進而確保基本權之受同等保護，¹³⁴此並非表示有關「實質正當之法定程序」，非以美國憲法之規定如何為據，而係應以國內實定法之制度如何為依歸，¹³⁵亦即，我國之行政程序重開之程序，應落實正當程序之保障，良以國家決定的作成，不僅須有實質上之準據，尚須輔以正當之程序，始具有正當性與適法性，所謂「縱令實質正當亦不可取代程序合法」，其理在此，¹³⁶且行政程序法在性質上是準憲法的法律，與憲法上正當法律程序要求緊密連結，甚至具有落實正當法律程序的作用，¹³⁷因此，行政機關依據行政程序法進行行政程序之重開，自然必須符合正當法律程序之要求。

2. 關於行政程序重開之裁量權面向：在德國廣義程序重開是否重開程序，原則上原處分機關依裁量決定之，但在裁量萎縮至於零的情形下，當事人是否可依申請為之，實務上是採肯定之態度，¹³⁸通說亦肯認廣義程序重開機關裁量減縮至零之可能性，如行政機關已於類似情形重開行政程序，即有行政自我拘束之適用，¹³⁹夫行政之自我拘束係基

¹³³施茂林、劉清景編著，法律精解大辭典，初版，世一，2010年1月，第105頁。

¹³⁴請參閱司法院大法官九十二年度學術研討會論文集及紀錄--正當法律程序與人權之保障，同前揭註4引書，第43頁。

¹³⁵引自司法院釋字第384號解釋大法官孫森焱之協同意見書第二段。

¹³⁶請參閱司法院大法官九十二年度學術研討會論文集及紀錄--正當法律程序與人權之保障，同前揭註4引書，第95頁。

¹³⁷請參閱葉俊榮，面對行政程序法，同前揭註79引書，第67頁。

¹³⁸請參蔡震榮，行政程序重開之探討，收錄於中華警政研究學會會訊，2003年9月，第9頁。

¹³⁹請參翁培祐，我國核課處分程序重開之探討，同前揭註1引書，第53頁

於行政機關實踐平等原則而來，¹⁴⁰其於法制上之明定見於行政程序法第6條¹⁴¹，故我國行政程序重開，應依法行政，不應塑造行政機關尚具有裁量權限之假象，造成對人民權益之侵害。

第三項 違法行政處分之撤銷

第一款 撤銷之時點

前述行政機關行使撤銷係以行政處分違法為前提，然而行政處分違法係依據那個時點決定，關於撤銷訴訟，尤其重要，¹⁴²目前德國實務與學界通說，係以行政處分作成之時點為判斷標準，換言之，即以行政處分作成時之事實或法律基礎，來決定其為合法或違法，同時，為行政處分依據之事實或法律基礎，若於事後有所變更，亦不再影響該行政處分之違法或合法¹⁴³，可讓法律關係之判斷處於穩定，不致徒生困擾。

然而，本文必須強調面對該等經過行政法院確定判決之違法性干預處分，於歷經司法體系審查之後，違法原因出現之時點應予以界定，主要的理由是權力分立制衡機制之落實，是故，司法體系設計之既判力，行政應予尊重，亦即，違法處分發生事實或證據，應以在確定判決（已生既判力）後產生者始符合本文所述違法處分之範疇。

第二款 行政程序法第128條、第117條及第123條的競合處理

關於行政程序法第128條之撤銷或廢止，與第117條之撤銷及第123條之廢止的競合問題，德國聯邦行政程序法第51條（相當我國行政程序法第128條）末項規定：「本條之規定不影響第四十八條第一項及第四十九條第一項之適用」（第48條、第49條分別相當於我

¹⁴⁰請參閱行政法實務研究第一冊，同前揭註10引書，第165頁。

¹⁴¹行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。

¹⁴²有關判斷行政處分之違法時點在行政訴訟上之問題，請參閱陳清秀，行政訴訟上違法判斷基準時，憲政時代，第15卷第2期，第68頁至第85頁。

¹⁴³請參閱洪家殷，行政處分撤銷之研究，同前揭註116引書，第119頁至第120頁。

國之行政程序法第 117 條及第 123 條)。在德國法認為本項規範意旨在於：重開程序之撤銷、廢止與先前（第 48 條第 1 項及第 49 條第 1 項）撤銷、廢止各自獨立，是平行適用之條文。我國之行政程序法第 128 條在起草時，將德國第 51 條末項（第 5 項）刪除，惟適用時仍應作相同於德國之解釋。¹⁴⁴

準此以言，我國實務界實應借鏡他國，進而建立行政機關主動重開行政程序之立論基礎，學者陳愛娥亦認為鑑於我國憲法對行政程序未特別明定何等程序要求，似應以各該基本權規定為依據來推導（影響各該基本權之）行政措施的程序要求。¹⁴⁵

第四項 最高行政法院 98 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議¹⁴⁶簡評

¹⁴⁴請參閱吳庚著，行政法之理論與實用，同前揭註 15 引書，第 406 頁至第 407 頁。

¹⁴⁵請參閱司法院大法官九十二年度學術研討會論文集及紀錄--正當法律程序與人權之保障，同前揭註 4 引書，第 35 頁。

¹⁴⁶稽徵機關對於納稅義務人依所得稅法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報並造成漏稅結果等違法情事之構成要件該當、違法且有責，已確實證明者，得依所得稅法第 110 條第 1 項規定對之處以罰鍰。其罰鍰金額，法律明定為所漏稅額兩倍以下。至個人綜合所得稅漏稅額之計算，依現行所得稅法規定，係以個人綜合所得總額（包括稽徵機關核定之個人財產交易所得）為計算基礎，並不因所得核定方式之不同而有不同。是稽徵機關如依查得之資料按財政部頒定財產交易所得標準推計核定財產交易所得，該核定所得額之行政處分未經依法單獨或併隨相關行政處分撤銷或變更，且其所核定之所得額已得作為核定補徵稅額之計算基礎者，則於稽徵機關證實納稅義務人違反所得稅法第 110 條第 1 項規定而應對之處以罰鍰時，自亦得以該核定之財產交易所得，作為核定其漏稅額之計算基礎，並無針對漏稅額之計算，應另行舉證證明該筆財產交易有無所得或所得多寡之法律或法理依據。理由：

- 一、行政訴訟以保障人民權益為目的，惟其審判權限，乃以「確保國家行政權之合法行使」（行政訴訟法第 1 條參照）之方式行之。是行政法院於審判上之職權調查權限，除法律有特別規定者外，乃在確保行政機關依法行政之前提下，就行政機關所應（得）適用法令之構成要件事實之調查與認定是否合法之爭議（訴訟標的）範圍內，依職權調查事實、證據，行政法院於審判時，原則上並無就個案一切相關原因事實，具有排除行政機關於行政程序及行政救濟程序所應（得）適用法令之授權與限制之廣泛職權調查權限，俾免混淆行政法院與行政機關之功能，以符憲法上權力分立原則。
- 二、「納稅義務人已依本法規定辦理結算、決算或清算申報，而對依本法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報情事者，處以所漏稅額兩倍以下之罰鍰。」「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」所得稅法第 110 條第 1 項、行政罰法第 7 條第 1 項分別定有明文。又「行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法。」本院 39 年判字第 2 號判例闡明甚詳。是納稅義務人是否涉及對應申報課稅之所得額有漏報或短報情事，且對該漏報或短報情事有故意或過失，須由稽徵機關舉證證明後，始得依所得稅法第 110 條第 1 項規定，處以罰鍰。
- 三、本件納稅義務人假借他人名義，買進法拍屋登記為所有人後，再進行出售，將自己本應誠實申報之所得隱藏於他人所得內，係屬「隱瞞」或「掩飾」課稅所得存在之積極違章行為，其財產交易所得，復經稽徵機關依法核定，則本件納稅義務人具有掩飾、隱瞞與正確核定稅捐相關法律事實之意圖，對於此分散所得之行為造成自己短漏所得之結果，具有故意。稽徵機

- 關對於納稅義務人依所得稅法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報並造成漏稅結果等違法情事之構成要件該當、違法且有責，已確實證明，自得依所得稅法第 110 條第 1 項規定對之處以罰鍰。至其罰鍰金額，所得稅法第 110 條第 1 項明定為所漏稅額兩倍以下。
- 四、所得稅法採自行申報制，先由納稅義務人自行申報所得及應納稅額，並自行繳納稅款（所得稅法第 71 條參照），稽徵機關於接到結算申報書後，再予以調查核定其所得額及應納稅額（所得稅法第 80 條參照）。綜合所得總額經稽徵機關核定後，減除免稅額及扣除額（所得稅法第 17 條參照）為綜合所得淨額，按累進稅率計算出應納稅額（所得稅法第 13 條、第 5 條第 2 項參照），再減除暫繳稅額、未抵繳之扣繳稅額、可扣抵稅額及申報自行繳納稅額後之餘額（所得稅法第 100 條第 1 項參照），為納稅義務人之本次應補徵稅額；於稽徵機關舉證證明納稅義務人故意或過失漏報或短報所得額之情形，亦為其漏稅額。是依現行所得稅法規定，無論補徵稅額或漏稅額，皆以個人所得總額（即稽徵機關核定之各類個人所得額）為基礎，依法計算，行政法院在審判上並無排除所得稅法相關規定，依職權逕行「調查」漏稅額之權限。上開以個人所得總額為基礎依法計算之應補徵稅額或漏稅額，其金額可能相同，但意義截然不同。納稅義務人縱有應補徵稅額，但除稽徵機關舉證證明納稅義務人有故意或過失漏報或短報所得額之情形外，並不當然發生漏稅情事，即無漏稅額可言，其理甚明。
- 五、個人出售房屋，如能提出交易時之成交價額及成本費用之證明文件者，其財產交易所得，依所得稅法第 14 條第 1 項第 7 類規定核實認定；個人出售房屋未申報，或雖已申報但未能提出證明文件者，其財產交易所得，依所得稅法施行細則第 17 條之 2 第 1 項規定，稽徵機關得依財政部核定標準核定之。此一核定所得額之法令規定，除其標準應本經驗法則，力求客觀、合理外，與憲法並無抵觸，業經司法院釋字第 218 號解釋在案。所得稅法第 14 條第 1 項第 7 類規定之核實認定，及所得稅法施行細則第 17 條之 2 第 1 項規定之推計核定，均屬現行所得稅法及其施行細則（行政實體法）明定如何確認個人財產交易所得之法定方式，並不當然發生對納稅義務人有利或不利之結果，故非租稅處罰。行政法院於審判上，除在確保稽徵機關依法定方式核定個人財產交易所得之範圍內，應依職權調查事實及證據外，原則上並無排除上開法定方式，另行依職權調查個案財產交易所得，以取代行政機關依法核定之個人財產交易所得之法律或法理依據。
- 六、稽徵機關核實認定或推計核定個人之所得，乃屬行政機關就公法上具體事件所為之決定而得對外直接發生法律效果之單方行政行為（行政處分），其縱使係依法定「推計」方法而「核定」之所得，亦屬主管機關依法所為之核定處分，此一核定個人財產交易所得之行政處分生效後，具有依法確認個人出售房屋有所得，以及所得金額多寡之法律效果，既非法律上之推定或擬制，尤非虛構。是稽徵機關無論核實認定或推計核定之個人財產交易所得，皆係基於行政處分所發生之法律效果，各該行政處分如未經依法單獨或併隨相關行政處分撤銷或變更者，其所確認之個人財產交易所得於所得稅法上之意義完全相同，乃適用現行所得稅法其他相關規定（如核定所得總額、所得淨額、應納稅額、補徵稅額、應退稅額或漏稅額）時之前提要件與事實基礎，個人綜合所得稅應補徵稅額或漏稅額之計算，依現行所得稅法規定，並不因所得核定方式之不同而有不同。行政法院除依法全部或一部撤銷或變更相關之核定處分外，不得於維持合法行政處分之同時，排除該行政處分全部或一部之法律效果，換言之，原核定之個案財產交易所得合法而應予維持者，並無針對漏稅額之計算，應另行舉證證明該筆財產交易有無所得或所得多寡之法律或法理依據，否則除動搖合法行政處分之效力外，亦將使同一個人、同一財產交易是否有所得，以及所得金額多寡之認定歧異，以致國家與人民之租稅法律關係無從確定。
- 七、稽徵機關核實認定個人之所得，原則上優先於以推計方法核定個人之所得。是稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人如提示有關各種證明所得額之帳簿、文據供核者，稽徵機關應核實認定，而不得逕行推計核定個人之所得（所得稅法第 83 條第 1 項前段參照）。惟個人出售房屋未申報，或雖已申報但未能提出證明文件者，納稅義務人於稽徵機關通知進行調查或復查時仍未提示（本院 55 年判字第 347 號判例、57 年判字第 305 號判例參照）有關各種證明所得額之帳簿、文據供核時，依所得稅法第 83 條第 1 項後段、同法施行細則第 17 條之 2 第 1 項規定，稽徵機關即已依法取得如何核定其所得額之裁量權（本院 56 年判字第 235 號判例、61 年判字第 198 號判例參照），並得依財政部核定標準核定其個人財產交易所得，不再受核實認定優先原則之拘束。惟查財政部台財稅字第 790367340 號函釋略謂「查現行所得稅法第 83 條第 3 項既已刪除『不得提出異議』之規定，營利事業於行政救濟時，如已提示符合法令意旨規定之帳簿及文據，申請查帳核定者，稽徵機關應予受理，以符修法意旨。」

第一款 決議文說明及評析

一、決議文內容：

稽徵機關對於納稅義務人依所得稅法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報並造成漏稅結果等違法情事之構成要件該當、違法且有責，已確實證明者，得依所得稅法第 110 條第 1 項規定對之處以罰鍰。其罰鍰金額，法律明定為所漏稅額兩倍以下。至個人綜合所得稅漏稅額之計算，依現行所得稅法規定，係以個人綜合所得總額（包括稽徵機關核定之個人財產交易所得）為計算基礎，並不因所得核定方式之不同而有不同。是稽徵機關如依查得之資料按財政部頒定財產交易所得標準推計核定財產交易所得，該核定所得額之行政處分未經依法單獨或併隨相關行政處分撤銷或變更，且其所核定之所得額已得作為核定補徵稅額之計算

該函釋之理由雖有未洽，但財稅主管機關既已依職權將稽徵機關上開法定裁量權限縮為零，行政法院自應予尊重。至於該函釋所謂「行政救濟」，則應指行政機關所進行之救濟程序（司法院釋字第 642 號解釋參照）而言，否則如包含行政院所進行之司法救濟程序在內，則除所得稅法第 83 條第 1 項後段、同法施行細則第 17 條之 2 第 1 項規定將形同具文外，國家與人民之租稅法律關係，亦將因人民得隨時變更法定調查方式而趨於延滯與複雜，與稽徵經濟、租稅公平及有效法律保護原則，均有未符。因此，納稅義務人對推計核定所得額之相關行政處分如有不服，於行政機關所進行之行政救濟程序（訴願）終結前，提示有關帳簿、文據供核者，原稽徵機關依上開法令即應予受理，否則各該決定即屬違背法令；當事人如對訴願決定所維持之推計核定之行政處分不服提起行政訴訟時，雖得就稽徵機關通知進行調查、復查或訴願時，納稅義務人是否未提示有關帳簿、文據供核，以及推計核定所依據之法令標準是否合法、合理，亦即得就原核定、復查、訴願決定之法定合法要件是否具備為爭執，且在此一訴訟標的範圍內，事實審行政法院即應依職權調查相關事實及證據（行政訴訟法第 125 條第 1 項及第 133 條前段參照）；但如當事人就調查、復查或訴願時未提示有關帳簿、文據供核，以及推計核定所依據之法令標準合法、合理，亦即當事人就原核定、復查、訴願決定符合法定合法要件不爭執，而於提起行政訴訟時，始提示有關帳簿、文據供核者，對於稽徵機關推計核定所得額程序之合法性既不生影響，納稅義務人亦無請求改以查帳核定之法律依據，行政法院自無命稽徵機關改以查帳核定所得額，而撤銷合法行政處分之權限與法律依據。

八、結論：本件稽徵機關舉證證明納稅義務人有故意漏報所得額並造成漏稅結果之違法情事，應依所得稅法第 110 條第 1 項規定對之處以罰鍰，已如前述。其罰鍰金額，法律明定為所漏稅額兩倍以下。至個人綜合所得稅漏稅額之計算，依現行所得稅法規定，係以個人綜合所得總額（包括稽徵機關核定之個人財產交易所得）為計算基礎，並不因所得核定方式之不同而有不同。是稽徵機關如依查得之資料按財政部頒定財產交易所得標準推計核定財產交易所得，該核定所得額之行政處分未經依法單獨或併隨相關行政處分撤銷或變更，且其所核定之所得額已得作為核定補徵稅額之計算基礎者，則於稽徵機關證實納稅義務人違反所得稅法第 110 條第 1 項規定而應對之處以罰鍰時，自亦得以該核定之財產交易所得，作為核定其漏稅額之計算基礎，並無針對漏稅額之計算，應另行舉證證明該筆財產交易有無所得或所得多寡之法律或法理依據。

基礎者，則於稽徵機關證實納稅義務人違反所得稅法第 110 條第 1 項規定而應對之處以罰鍰時，自亦得以該核定之財產交易所得，作為核定其漏稅額之計算基礎，並無針對漏稅額之計算，應另行舉證證明該筆財產交易有無所得或所得多寡之法律或法理依據。

二、說明及評析：

- (一) 本決議旨在說明稽徵機關只要可以確實證明納稅義務人具所得稅法規定應申報課稅之所得額之漏報或短報並造成漏稅結果等違法情事，其構成要件該當、違法且有責時，即得依所得稅法第 110 條第 1 項規定對之處以罰鍰之處理；而據以責罰之基準數額，稽徵機關可依個人綜合所得總額（包括稽徵機關核定之個人財產交易所得）為計算基礎、或依查得之資料按財政部頒定財產交易所得標準推計之（如依核定之財產交易所得），而無須另行舉證證明該筆財產交易有無所得或所得多寡。
- (二) 本決議文之內容係司法實務支持稅務稽徵實務（行政實務）之運行，按稽徵實務執行之法令規範乃屬立法形成¹⁴⁷之事項，行政機關據以施行，司法予以尊重，自為當然，是以，從決議文本本身而言並無不妥，惟立法形成自由之範圍，如有發生自相矛盾情事時，則有釐清之必要。

第二款 決議理由七說明及評析

一、決議理由七之內容：

- (一) 稽徵機關核實認定個人之所得，原則上優先於以推計方法核定個人之所得。是稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人如提示有關各種證明所得額之帳簿、文據供核者，稽徵機關應核實認定，而不得逕行推計核定個人之所得。惟個人出售房屋未申報，或雖已申報但未能提出證明文件者，納稅義務人於稽徵

¹⁴⁷請參照司法院釋字第 587 號、第 578 號、第 554 號等解釋文。

機關通知進行調查或復查時仍未提示有關各種證明所得額之帳簿、文據供核時，依所得稅法第 83 條第 1 項後段、同法施行細則第 17 條之 2 第 1 項規定，稽徵機關即已依法取得如何核定其所得額之裁量權，並得依財政部核定標準核定其個人財產交易所得，不再受核實認定優先原則之拘束。

(二) 惟查財政部台財稅字第 790367340 號函釋略謂「查現行所得稅法第 83 條第 3 項既已刪除『不得提出異議』之規定，營利事業於行政救濟時，如已提示符合法令意旨規定之帳簿及文據，申請查帳核定者，稽徵機關應予受理，以符修法意旨。」該函釋之理由雖有未洽，但財稅主管機關既已依職權將稽徵機關上開法定裁量權限縮為零，行政法院自應予尊重。至於該函釋所謂「行政救濟」，則應指行政機關所進行之救濟程序而言，否則如包含行政院所進行之司法救濟程序在內，則除所得稅法第 83 條第 1 項¹⁴⁸後段、同法施行細則第 17 條之 2 第 1 項¹⁴⁹規定將形同具文外，國家與人民之租稅法律關係，亦將因人民得隨時變更法定調查方式而趨於延滯與複雜，與稽徵經濟、租稅公平及有效法律保護原則，均有未符。

(三) 因此，納稅義務人對推計核定所得額之相關行政處分如有不服，於行政機關所進行之行政救濟程序（訴願）終結前，提示有關帳簿、文據供核者，原稽徵機關依上開法令即應予受理，否則各該決定即屬違背法令；當事人如對訴願決定所維持之推計核定之行政處分不服提起行政訴訟時，雖得就稽徵機關通知進行調查、復查或訴願時，納稅義務人是否未提示有關帳簿、文據供核，以及推計核定所依據之法令標準是否合法、合理，

¹⁴⁸所得稅法第 83 條第 1 項：「稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據；其未提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。」參照。

¹⁴⁹所得稅法施行細則第 17 條之 2 第 1 項：「個人出售房屋，如能提出交易時之成交價額及成本費用之證明文件者，其財產交易所得之計算，依本法第十四條第一項第七類規定核實認定；其未申報或未能提出證明文件者，稽徵機關得依財政部核定標準核定之。」參照。

亦即得就原核定、復查、訴願決定之法定合法要件是否具備為爭執，且在此一訴訟標的範圍內，事實審行政法院即應依職權調查相關事實及證據；但如當事人就調查、復查或訴願時未提示有關帳簿、文據供核，以及推計核定所依據之法令標準合法、合理，亦即當事人就原核定、復查、訴願決定符合法定合法要件不爭執，而於提起行政訴訟時，始提示有關帳簿、文據供核者，對於稽徵機關推計核定所得額程序之合法性既不生影響，納稅義務人亦無請求改以查帳核定之法律依據，行政法院自無命稽徵機關改以查帳核定所得額，而撤銷合法行政處分之權限與法律依據。

二、說明及評析：

- (一) 本決議文共提出 7 點理由，本文僅將針對第 7 點理由中認為不妥部分依序於後說明並提出理由。
- (二) 本理由中提出所謂「行政救濟」，應指行政機關所進行之救濟程序（屬行政程序一環）而言，不包含行政院所進行之司法救濟程序在內之見解，明顯與行政程序法第 128 條第 1 項但書「但相對人或利害關係人……未能在…救濟程序中主張…」之規定相左，以其條文內之救濟程序並非僅專指行政救濟階段，又以稽徵程序亦屬行政程序，理應有行政程序法之適用¹⁵⁰，是以，最高法院之決議明顯限縮行政程序法適用範圍，已與實定法規定有違，有檢討必要。
- (三) 稽徵機關核實認定個人之所得，原則上優先於以推計方法核定個人之所得，復依所得稅法第 83 條第 1 項後段（納稅義務人未提示有關各種證明所得額之帳簿、文據）、同法施行細則第 17 條之 2 第 1 項（個人出售房屋，未提出交易時之成交價額及成本費用之證明文件者）規定，則稽徵機關依法取得如何核定其

¹⁵⁰行政程序法第 3 條第 1 項：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」茲以所得稅法並未有救濟係僅指行政救濟階段之明文，故類此事項應適用行政程序法。

所得額之裁量權，依最高行政法院見解係認同財政部依相關核定標準核定其個人財產交易所得，不再受核實認定優先原則之拘束。至此，相關稽徵程序之明定，本文認為均在立法形成範圍，惟最高行政法院所提納稅義務人對推計核定所得額之相關行政處分如有不服，於行政機關所進行之行政救濟程序（訴願）終結前，提示有關帳簿、文據供核者，原稽徵機關始有其拘束，而納稅義務人於提起行政訴訟時，始提示有關帳簿、文據供核者，已對於稽徵機關推計核定所得額程序之合法性不生影響，且納稅義務人亦無請求改以查帳核定法律依據之見解，則產生侵害人民救濟權利之疑慮，且最高行政法院此一提前賦予案件當事人失權效之作法，實極為不當，蓋所得稅法第 83 條第 1 項後段及同法施行細則第 17 條之 2 第 1 項之規定，乃為稽徵程序實施、辦理之依據，並非裁判實務據以裁判之法律，兩者之區別在執行面向中不可不明辨，唯有明確區分，方利憲法上保障基本人權事項被真正落實。

第五章 機關拋棄勝訴利益之可行性

學者張文郁提出，「公益常是由私益組成，即公益乃是私益之集合，私益之保護亦屬公益，因其涉及社會秩序之維持之故，因此私益與公益應有同等之價值（等價性）。如同Leisner中肯地指出：『公益之合法性即在於使私人生活順暢而無摩擦，最終，就國家之和平維護權而言，私益同時亦是公益』。」¹換言之，國家保障之私益，亦是公益的實現。目前行政實務上對於事後發現原作行政處分為違法時之處理方式區分二端，本文提出違法行政處分本質上並無差異，但遷就裁判之既判力被不同對待，是否違反平等原則等疑義，茲不贅言，惟值得深思的是，行政機關如此放任違法行政處分繼續侵害人民，難道未與公益目的相扞格！就如前述，從憲法角度之檢視，答案無庸置疑。

是以，關於違法行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在之現況缺口，雖由我國五權分立的制度設計上，人民對違法行政處分得經由訴願、訴訟救濟制度獲得緩和，但在行政處分經行政法院判決確定產生既判力後，損害之排除已非救濟制度所能達到，探討機關事後（尤指經行政法院確定判決之行政處分）發現原行政處分確係違法時，是否容許原處分之行政機關，在現行法下擁有拋棄勝訴利益之裁量權？按行政法是一門攸關行政，而含有高度價值觀念，以尊重「人性尊嚴」為基礎，並以均衡、調和及保護公、私利益之目的為導向的社會規範體系，²秉承此一觀念及延續本文前開數章節提出論點以言之，本文針對行政機關就已經確定判決之行政處分得否廢續發動公權力作出適切決定一事，已然持正面肯定之見解，茲本章再從法律適用之範疇中切入檢視，分別由行政機關主動權發動、行政程序之重新進行、訴訟救濟及比較法之觀點諸相關面向作出補充式之總結，期突顯明確方向，俾利本文之主張能夠清晰的被理

¹請參閱張文郁，權利與救濟-以行政訴訟為中心，元照，初版，2005年9月，第59頁。

²請參閱蔡志方，行政法三十六講，初版，自版，1995年3月，第1頁。

解與接受。

第一節 行政機關主動權發動

行政機關行使撤銷權撤銷行政處分，依行政程序法第 121 條第 1 項規定，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起 2 年內為之。蓋違法行政處分之撤銷因涉及法安定性原則與依法行政原則之衝突，在法安性之維護上，行政程序法自保障人民既得權利與限制國家權力濫用之觀點出發，設有「信賴保護原則」與「除斥期間」之相關規定，以限制原處分機關或上級機關撤銷權之行使，³意在避免行政之濫權，非為行政權發動之設限，故有關違法行政處分之撤銷，無論期間經過情形，概無妨行政機關主動職權之開啟，此亦為學界多數之主張，當然亦為處分相對人所樂見。

例如，稅務會計基金會法規委員會主委甘德清早在 2004 年即撰文呼籲「對於僅具形式上確定力之行政處分，既逾法定期間而未提起訴願，或曾經提起訴願，但因程序上不合法經決定駁回者，當事人既不能再依行政救濟程序請求救濟，若原處分確有違法失當，當事人之損害亦無法補救，殊有未允，自應於訴願法規定，凡行政處分確有違法不當者，縱形式上業已確定，亦應由原處分機關或其上級機關，為保護人民權益之理由，依職權撤銷變更之。」⁴足見這樣的需求是一直存在於權益受損一方內心，亟須加以實現。

學者黃啟禎更直接由從行政程序法第 117 條之條文結構予以分析，「可知在立法上，係以依法行政追求行政合法性為原則，以信賴保護原則為例外。在此原則下，賦予原處分機關於法定救濟期間經過後，具有確定力時，仍得再開程序撤銷原處分。駁回原處分之救濟決定或判決，其確定力固然來自信賴保護與法安定性之考量，但是若發生爭訟程序未能發揮救濟之功能，確保依法行政，保障人民權益特殊情形時，在訴願與行政訴訟已結束繫屬，為貫徹依法行政，例外同意原處分機關仍得援引

³請參閱行政法實務研究第二冊，臺中高等行政法院，2010 年 6 月，第 131 頁。

⁴請參閱甘德清，逾法定救濟期間原處分仍得撤銷變更，稅務旬刊，第 1887 期，2004 年，第 29 頁。

行政程序法第 117 條本於職權撤銷違法之原處分，此一結果係對人民有利，既合乎依法行政，亦保護人民合法權益，似無反對之必要」⁵，此一見解對法治國追求之目標，一針見血。況行政程序法係以人民為權利主體的思想作為指導原則，其考量重點在於人民所關心行政行為是否能順利運行以及是否能發生效力⁶可知，公務員能主動積極地適用行政程序法，始能符合民心期待。

復從法治國原則以觀，國家實無理由坐視違法存續，而以程序害實體。此外，依法行政之法律知識以及公權力，事實上並非由訴願機關或行政院所獨占，行政機關更不應忘記自己才是行政法規之主要執行者、行政案件之率先認定與決定者，行政法院僅係仲裁行政法律爭議之主體，並非取代行政機關。⁷此從行政與司法在憲法上之定位著眼，當然更期待或可督促行政機關在違法處分處理者之角色上更加盡情的發揮，不再僅止於司法機關判決之被拘束者。

目前行政程序法正在研擬修正，其中行政程序法第 117 條之修正草案為：「違法之行政處分，原處分機關得隨時依職權為全部或一部之撤銷。(第 1 項) 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，其信賴利益大於撤銷所欲維護之公益者，不得撤銷。(第 2 項)」⁸，據林錫堯大法官表示⁹，為落實依法行政內涵，未來有關違法之行政處分，原處分機關不管在訴訟進行中或判決確定後，均得隨時撤銷之，¹⁰惟為顧及授予利益之信賴保護¹¹，對原處分機關設有 2 年撤銷權行使之除斥期

⁵請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，元照，四版，2011 年 9 月，第 316 頁。

⁶請參閱葉俊榮，面對行政程序法，元照，二版一刷，2010 年 3 月，第 69 頁。

⁷請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，同前揭註 5 引書，第 316 頁。

⁸請參閱「102 年度直轄市法制暨行政救濟業務研討會」會議資料第 132 頁。又草案條文是超過 100 場次研修會議之共識，惟並非定案之草案版本。

⁹關於行政程序法之研修，係由法務部組成研修小組負責，而林錫堯大法官其於擔任法務部常務次長時亦為參與之成員，是以，與會人之建議意見與考量均極為熟知。

¹⁰此係林錫堯大法官於民國 102 年 6 月 21 日台中市辦理「102 年度直轄市法制暨行政救濟業務研討會」專題演講「行政程序法修正之進度與趨勢」中所述內容，同前揭註 8。

¹¹信賴保護原則係法的安定性所衍生，雖出於法的安定性之要求，卻仍不能損害法的安定性，信賴保護端在謀減輕人民之損害，而非在使新法律所欲達到之公益，反而受到拖累，司法院釋字第 580 號解釋大法官楊仁壽部分不同暨協同意見書參照。

間，其第 121 條第 1 項修正草案為：「授予利益之違法行政處分之撤銷，應自原處分機關知有撤銷原因時起二年內為之。但有第一百十九條第一款之情形者，不在此限。」¹²觀此修正草案，對現行行政程序法第 117 條規定「法定救濟期間經過後」實務及學說兩歧之見解，形式上已得到解決，在立法論之層次中似乎已有所依據，惟本文仍針對此修正草案再次重申，違法行政處分之撤銷是法治國家行政機關之義務，是其處理原則，僅在例外情形下，違法行政處分才毋須被撤銷，因此，草案第 1 項：「違法之行政處分，原處分機關得隨時依職權為全部或一部之撤銷」之條文中似可刪除「得」字，俾法治國原則之實踐益臻完善。

第二節 行政程序之重新進行

行政處分具不可撤銷性後，原則上所生之結果是：該行政程序已終結，對該處分已不能再訴請法律救濟（訴願及行政訴訟）。但行政處分具不可撤銷性後所生之存續力並非不得修改變更，茲因行政處分不可能具有較法院裁判更強之存續力（拘束力），且以法院裁判之確定判決所具之既判力尚可經由提起再審之途徑予以排除，更遑論是嚴謹程度不及司法程序的行政程序，是以，立法者乃於行政程序設有相當司法再審的機制，亦即行政機關行政程序之重新進行，俾以防堵制度缺口。質言之，行政程序之重新進行是在消除行政處分因具不可撤銷性而生之存續力；至行政處分具不可撤銷之原因為何，對程序之重新進行無關重要。即對已經法院判決確定之行政處分，依德國學說及判例見解向來之通說，亦能申請重新進行行政程序，其用意在於獲得一更合理公平之裁決決定，行政程序應重新進行，且根據新的證據基礎，應作成與已確定、具既判力之第一次裁決不同、符合申請人請求之行政決定之情形，此時，對行政機關裁決所存之法的固定持續性的

¹²請參閱「102 年度直轄市法制暨行政救濟業務研討會」會議資料第 132 頁，又草案條文是超過 100 場次研修會議之共識，所引之內容非定案之草案版本，同前揭註 8。

利益，依該法律規定，即必須退縮讓步於--在法治國上同樣重要之--正確性利益；此於行政機關違法駁回程序重新進行之申請，而該裁決導致應受法院之審查且經法院予以更正者，亦同樣適用。¹³

學者黃啟禎從我國行政程序法第 128 條第 1 項但書分析：「『但相對人或利害關係人因重大過失而未能在……救濟程序中主張其事由者，不在此限』規定可知，其適用範圍，並不限於未經訴願或行政訴訟之案件。亦即案件縱使已經行政爭訟程序而未獲救濟，訴願機關或行政法院審查後認應維持原處分而駁回並已確定者，如果有該條所列各款情形之一者，¹⁴人民仍得在該條所定期間內，向原處分機關聲請重開行政程序。考其條文並未將訴願決定與法院判決分別對待，¹⁵則於救濟程序均有適用之可能。」¹⁶又該但書之反面解釋，重開行政程序旨在使人民得依法請求行政機關重為行政處分合法性之審查，以貫徹法治國依法行政原則及行政目的之追求，故縱已經行政法院為確定判決者，亦無礙行政機關行使公權力自為廢棄處分，¹⁷人民自得依行政程序法第 128 條規定申請行政程序之重開。

學者陳清秀亦主張，行政機關在有發現新事實證據等行政程序法第 128 條第 1 項所定各款之程序重開事由存在之情形，以及根據平等處理之理由，或因原處分顯失公平，基於衡平之妥當性理由，行政機關甚至負有義務重新審查原處分，¹⁸充分可以展現出行政機關保障人民權利之積極主動面向。

至於撤銷只限於對違法行政處分，而不及於合法之行政處分，是

¹³吳綺雲編譯，德國行政訴訟事件裁判選輯，司法院，1997 年 6 月出版，第 150 頁至第 154 頁。

¹⁴行政程序法第 128 條第 1 項，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：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。

¹⁵依據行政訴訟法第 216 條規定，撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力；可知，確定判決之拘束力，應僅限於「撤銷或變更原處分」之判決，而未及於「維持原處分」之判決。

¹⁶請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，同前揭註 5 引書，第 316 頁至第 317 頁。

¹⁷請參閱陳敏，行政法總論，新學林，六版，2009 年 9 月，第 493 頁。

¹⁸請參閱陳清秀，行政訴訟法，元照，四版一刷，2011 年 10 月，第 609 頁。

否及於不當之行政處分宜採肯定見解，¹⁹學者李惠宗提出行政程序重新進行之容許，係針對不當而未至違法之行政處分²⁰觀點，本文以為可以再補充，按訴願之對象為行政處分之違法或不當²¹、行政訴訟之撤銷訴訟其行使對象僅為行政處分之違法²²，兩者範圍並不相同，是以，不當之行政處分並無法進入司法體系審查，在行政程序之重開限縮不當處分之情形下，固然有助訴願法規定之落實，卻也相對限縮行政權行使之範圍，對人民權益之保障有所不周，值得再衡量。另外，學者蔡志方早在行政程序法第 128 條尚未完成訂定之前，即提出主張以為，當然由行政機關主動再(重)開行政程序者，更屬無庸明文者，²³實具指標作用。

最後，從前開節中所述法務部擬修之行政程序法第 117 條修正草案條文中，已放寬行政機關主動撤銷違法行政處分之規定已及於經確定判決之行政處分，則行政程序法第 128 條行政機關之依人民申請之被動撤銷違法行政處分之處理標準，理應一致，即對於已經確定判決之違法行政處分包括在機關行使撤銷權之範圍，換言之，本文主張「法定救濟期間經過後」應將已經確定判決之違法行政處分之見解可以被肯定及被採用之。

第三節 落實救濟機制之觀點

權利分立原則為自十八世紀末以來，自由民主國興起後最為重要之憲法原則之一，其中司法權屬消極面作用，在執行監控立法權受憲法規範拘束及行政權之受憲法與法律拘束之機能，達到憲法法治國與

¹⁹請參閱蔡志方，行政法三十六講，同前揭註 2 引書，第 227 頁。

²⁰請參閱李惠宗，行政程序法要義，五南，初版三刷，2004 年 10 月，第 331 頁。

²¹請參照訴願法第 1 條，人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。

²²請參照行政訴訟法第 4 條，人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。

²³請參閱蔡志方，行政法三十六講，同前揭註 2 引書，第 236 頁。

民主國原則所要求之目的，²⁴提供人民維護權利最基本之手段。學者葉俊榮提出憲法有價值鎖定功能，意即將一些人類社會認為應予永世遵循的價值，將它們「鎖定」在憲法裏，亦即提高受到人們高度認同價值的穩定性，而這些被鎖定的價值包括程序價值與實體價值，如基本權利、正當法律程序、權力分立、責任政治、有限政府等等，²⁵是以，憲法之本質在於其不僅是限制國家權力而授權各國家機關以一定權能的法，而且是借此限制或授權來保障人權的法。²⁶

「我國司法院早期的見解，已明白贊成在發現處分違法而且另為處置係對訴願人有利之原則下，可以再開程序廢棄原處分，司法院認為：『……訴願（再訴願），均為人民之權利或利益因官署之違法或不當處分致受損害而設之救濟方法，苟原處分原決定或（再訴願）官署，於訴願（再訴願）之決定確定後，發見錯誤或因有他種情形，而撤銷原處分另為新處分，倘於訴願人、（再訴願人）之權利或利益並不因之而受何損害，自可本其行政權或監督權之作用另為處置，不在該條應受拘束之範圍。』」²⁷鑒於行政事務總以主管機關瞭解最深，如經訴願決定確定後之違法行政處分，原處分機關發現錯誤或因有他種情形，可撤銷原處分而為新處分，則該等經確定判決而非行政訴訟法第 216 條規定所涵蓋撤銷或變更之處分，倘此違法行政處分繼續存在，自亦應賦予主管機關自我省察之機會為適。

蓋行政訴訟法第 216 條之規定旨在防杜行政機關之違法，易言之，法規範之目的在防堵行政不受司法機關之拘束而恣意，故而針對撤銷或變更原處分或決定之判決，原機關有須重為處分或決定者，應依判決之意旨為之；至於駁回原處分之判決，並不在行政訴訟法第 216 條第 1 項規範之列，解釋上可認為並無拘束各關係機關之效力，於此，違法處分可以在行政機關職權下主動重新開啟其程序，此際，

²⁴請參閱陳慈陽，人權保障與權力制衡，新學林，初版，2001年3月，第188頁。

²⁵請參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，二版五刷，新學林，2011年10月，第16頁。

²⁶請參閱蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，初版一刷，元照，2001年4月，第5頁（原作者序言）。

²⁷請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，同前揭註5引書，第317頁。

與所謂既判力、拘束力、實質確定力等效力無涉²⁸，而純屬機關對其勝訴判決利益之拋棄，此作法對權利之救濟與保障是更加周延的。

又行政訴訟法第 2 條規定，公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟，乃仿效德國行政法院法第 40 條第 1 項規定，採概括主義，認為一切公法上爭議，原則上均得提起行政訴訟，²⁹我國司法院釋字第 691 號即予以肯定，其解釋理由書中提及有關受刑人不服假釋之決定，在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第 2 條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理，³⁰有見於此，學者陳清秀更進一步主張，「為貫徹行政訴訟法第 2 條概括主義之立法意旨，似應對同法第 3 條所定行政訴訟之種類從寬解釋，亦即行政訴訟之三大類型：撤銷訴訟、給付訴訟及確認訴訟，並不以同法第 4 條至第 11 條所規定之情形為限，尚應包括第 4 條至第 11 條所規定情形以外之其他行政訴訟三大類型所能涵蓋之訴訟種類。如此解釋，方能廣泛的有效保護人民權利，免於行政權之侵害。」本文基於人民救濟機制應予落實之觀點，十分贊同此一主張，蓋唯有救濟機制運行順暢，方可彰顯我國乃不折不扣之民主法治國家。

前述在司法階段之程序，固然具有指標作用，然於完成訴訟程序人民仍不能獲得權利之回復時，又該如何？本文以為要讓人民權利保障能夠無縫接軌，可依訴願法第 80 條第 1 項及行政程序法第 117 條

²⁸學者賴恆盈見解，請參閱行政訴訟之研討（一），台灣法學，初版一刷，2012年10月，第441頁。

²⁹請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註18引書，第159頁。

³⁰司法院大法官釋字第691號解釋理由書末段參照：假釋與否，關係受刑人得否停止徒刑之執行，涉及人身自由之限制。現行假釋制度之設計，係以受刑人累進處遇進至二級以上，悛悔向上，而與假釋要件相符者，經監獄假釋審查委員會決議後，由監獄報請法務部予以假釋（刑法第七十七條、監獄行刑法第八十一條規定參照）。是作成假釋決定之機關為法務部，而是否予以假釋，係以法務部對受刑人於監獄內所為表現，是否符合刑法及行刑累進處遇條例等相關規定而為決定。受刑人如有不服，雖得依據監獄行刑法上開規定提起申訴，惟申訴在性質上屬行政機關自我審查糾正之途徑，與得向法院請求救濟並不相當，基於憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，自不得完全取代向法院請求救濟之訴訟制度（本院釋字第653號解釋參照）。從而受刑人不服行政機關不予假釋之決定，而請求司法救濟，自應由法院審理。然究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多，諸如爭議案件之性質及與所涉訴訟程序之關聯、即時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第二條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。

規定，暨其等係基於依法行政之立法理由，肯認行政機關就違法行政處分本應依職權撤銷之義務，即使該行政處分已因救濟期間經過而生形式確定力者，亦然。

第四節 比較法之觀點

按德國學者Schoch對於該國行政訴訟法有關判決確定力之規定認為「適用上，如撤銷訴訟判決確定多年後，敗訴之當事人發現有利之證據，但已非再審程序所得救濟，行政機關斟酌該證據後，亦認為應變更經行政法院判決確定之行政處分時，如不違反依法行政原則，似不妨於訴訟程序外，拋棄對自己有利之行政判決之確定力。」³¹

在訴願程序方面德國亦持相同見解，即該國學界與實務界接受，由贏得訴願之原處分機關拋棄實體確定力，用以解決此一確定力與依法行政、人權保障間衝突之難題，也彌補救濟制度失靈之缺憾，貫徹法治國家理想之努力，值得參考。³²

第一項 我國學者介紹德國拋棄勝訴利益之相關見解

承上開德國一脈之見解，我國學者劉宗德與彭鳳至提出贊同判決勝訴利益拋棄之意見，³³本文分項整理其關鍵之點略以：

一、原則：

判決的確定力乃程序上之制度，用以保護訴訟資源不被浪費，因此當事人不得任意處分判決之確定力，而應於其後任何程序中受其拘束，不得拋棄。但當事人於訴訟程序之外，仍有不受判決拘束之可能。

³¹請參閱翁岳生編，行政法（上），三版，元照，2006年10月，第459頁（註370）。

³²請參閱林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啓禎合著，行政法入門，同前揭註5引書，第317頁。

³³請參閱翁岳生編，行政法（上），同前揭註31引書，第459頁。又本文以「拋棄勝訴利益」替代「拋棄實質確定力」之說法，乃考量判決之確定力有其一貫之定義與效力，如使用「拋棄實質確定力」用語，易引發從事司法、甚或行政實務者之誤解與排斥，果因此而讓本文之主張提前被判出局，當不為樂見。

二、例外：

機關拋棄勝訴利益，以對敗訴當事人有利為原則，如係對敗訴當事人更為不利，須得其同意。

三、機關具體作法與所持理由：

以行政機關於撤銷訴訟中，獲得有利判決（即原告或上訴人受駁回訴訟之判決確定，亦即維持原行政處分）為例，系爭行政處分之合法性已獲確認，惟判決確定後，行政機關不欲執行該行政處分時，如在依法行政範圍內，不妨「拋棄」對自己有利之法院判決之利益，而撤銷或變更經法院判決確定之原處分，以滿足人民與判決結果不同之請求。

四、人民之相對拋棄權：

人民如獲得有利判決後，於訴訟外自願拋棄對其有利判決之利益，亦無不可。

五、適用時機：

僅於訴訟程序之外始為合法。

六、概念釐清：

判決確定力之拋棄與判決確定力之排除不同，在判決確定力未排除前，當事人於任何後續程序中，皆應受其拘束；所謂「拋棄」對自己有利之法院判決之利益，僅於訴訟程序之外為之始為合法。

學者陳敏亦提出類似見解，謂：存續力並不能絕對防阻對行政處分再為審查，縱然法院之判決，亦可經由「再審」而重為審查，如有違法，並予以廢棄。行政處分之作成，通常未經正式程序，其正確性亦不如法院之判決，尤應給與重新審查之機會，因此，對於人民已不可爭訟之行政處分，在一定條件下，行政機關不僅有權，甚且有義務重新進行行政程序。³⁴

³⁴請參閱陳敏，行政法總論，同前揭註 17 引書，第 492 頁。

又德國行政法院法第 153 條之再審與該國行政程序法第 51 條之重新開啟之可能性是併行不悖的：依據行政程序法第 51 條之聲請不受確定判決之排除，行政程序法第 51 條也不排除再審訴訟之可能性。³⁵

第二項 我國學者介紹日本拋棄勝訴利益之相關見解

針對此議題，日本亦執與德國相同之見解，歸納學者所引述之內容與說法如下：

- 一、日本撤銷判決的拘束力，認為乃是對於行政機關課以尊重認為處分或裁決違法的判決內容，且關於該事件依照判決之旨趣為行為之義務。又因原告敗訴的判決，不影響行政機關撤銷變更行政處分，故有拘束力之問題，乃在於原告勝訴之撤銷判決。³⁶
- 二、關於行政法院之判決，拘束行政機關之根據及其法律性質，日本學說通說係採特殊效力³⁷說，此說認為，撤銷判決之拘束力係實定法為擔保撤銷判決之實效性，特別賦與之特殊效力，行政機關對於認定行政處分違法之判決內容，應予尊重，就該事件有遵從判決旨趣之義務。³⁸
- 三、德國行政訴訟法上通說及實務見解，概亦認為行政機關仍不妨滿足原告被確定判決駁回之要求，尤其在相同事實及法律狀態下，仍不妨撤銷、撤回原處分，或為有利於人民之變更，或作成其所要求之行政處分，此一見解，亦為日本通說及實務所採。³⁹

第三項 德國「案件掌控權 (Sachherrschaft)」之於我國的意義

³⁵請參閱黃啓禎/陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，司法院印行，2002 年 10 月，第 1710 頁。

³⁶請參閱吳東都，行政訴訟與行政執行之課題，學林，一版，2003 年 10 月，第 6 頁。

³⁷日本「特殊效力」說認為，一般所稱「既判力」，乃指法院就該判決對於系爭訴訟標的所下判斷，不容該案之當事人再行爭執，亦即具有一事不再理之效力。而「拘束力」，則係對於撤銷判決的關係行政機關，對其將來重為處分所為行動，給予拘束，而具有課予實體法上遵照判決意旨行事義務之效力。因此「拘束力」與「既判力」，其性質各異，而具有其本身所具有的特殊效力。請參閱曾華松，論行政訴訟撤銷判決之拘束力（上），軍法專刊，第 36 卷第 4 期，第 11 頁。

³⁸請參閱徐瑞晁，行政訴訟法，五南，三版一刷，2012 年 9 月，第 474 頁。

³⁹請參閱陳清秀，行政訴訟法，同前揭註 18 引書，第 608 頁至第 609 頁。

又德國法中，法學界主要運用「案件掌控權 (Sachherrschaft)」之概念，巧妙地分配原處分機關及訴願機關就行政程序法訴願決定撤銷、廢止及程序重開等的管轄權問題，⁴⁰茲此一「案件掌控權」之概念，貼切地說明機關與機關權限之範圍，就如同本文前所闡述案件在行政機關據以作成行政處分之後，一直繫屬於機關未曾脫離其管轄之意，且訴願程序亦為廣義行政機關⁴¹之範疇，故德國法界以「案件掌控權」分配原處分機關及訴願機關管轄權之問題⁴²，在我國並不發生疑義，⁴³反而在區分行政權與司法權時彰顯其明確性，茲鑒於此，「案件掌控權」代表的是一種權力以及機關作為之正當權源，其賦予行政機關、尤其是原處分機關具備主動的依職權撤銷違法處分、或被動接受人民申請行政程序重開之行政程序開啟之適法性及其責無旁貸應作為義務之理由。

第四項 他山之石

- 一、德國行政法院法之再審與行政程序之重新開啟對該國人民而言均可主張，沒有排斥之問題，可資學習。⁴⁴
- 二、在符合一定要件下，由贏得判決之機關拋棄勝訴利益，是德國法與日本法所贊同，在我國法理上並無不可之規定，復可接濟訴訟

⁴⁰請參閱林明昕，論訴願之再審與行政處分之廢棄——道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題，收錄葛克昌、林明鏘主編「行政法實務與理論」，台大法學論叢公法特(一)，2003年3月，第298頁。

⁴¹首先，掌理訴願之機關係設立於行政體系之中。其次，訴願制度的功能，一方面為原處分機關之自我反省，如認人民提起訴願有理由，得自行撤銷或變更原處分；一方面為行政監督之行使，即本於上級機關之監督角色與立場，對下級機關違法或不當的行政處分予以撤銷或變更。又訴願程序制度設計之目的乃希冀看到行政主動性之展現，此由行政法院判例之見解，例如，44年判字第40號判例：「行政官署對其已為行政行為發覺有違誤之處，而自動更正或撤銷者，並非法所不許」，可見行政機關一體之特性。另司法院25年院字1557號解釋略以，訴願為人民之權利或利益因官署之違法或不當處分致受損害而設之救濟方法，苟原處分原決定或訴願之決定確定後，發見錯誤或因有他種情形，而撤銷原處分另為新處分倘於訴願人之權利或利益並不因之而受何損害，自可本其行政權或監督權之作用另為處置。

⁴²德國行政法院法第73條第1項第2句第1款之規定，特別確定了訴願的移審效力。請參閱李惠宗/陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，同前揭註35引書，第727頁。

⁴³最高行政法院24年判字第4號判例：「未經訴願決定之案件原處分官署既自覺其處分為不合法，本於行政上之職權作用，原得自動的為撤銷原處分之處分或另為處分。」參照。

⁴⁴即本文主張落實人民程序選擇權之理念。

制度之不足，是值得行政實務界借鏡之作法。

三、藉由「案件掌控權」之概念，賦予原處分機關隨時可依行政程序法規定將原處分撤銷，而不受法定救濟期間經過之限制。蓋原處分機關自處分作成後，無論何時（即案件不論處於行政或救濟之程序）均握有所涉案件之管轄權（「案件掌控權」）。

第五節 小結

法治國思想所孕育出來的行政機關之一切作為，應以適法及適當為依歸，其必須以依法行政之原則為其指標；而福利國家更須有法治國家思想為其基礎。⁴⁵

林紀東先生有謂：法條有限，人事無窮，欲以有限的法條，規範無窮的人事；以機械不變之法條，控馭變動繁複無常的社會，勢所不能。⁴⁶申言之，法律是社會的產物，它無關真理，只是價值的選擇，各個法律均有其規範目的與範圍，正係如此，不合時宜的法律觀點可以被揚棄、能夠被修正，當然亦可以被賦予新義，而習法者自不能固守舊念，並當須依循社會之脈動，調整行進的步伐，才不致與社會所需產生扞格，形成人心之間溝通之障礙，造成社會進步之遺憾。

基此，行政機關面對違法行政處分時，考量其往往涉及第三人或公共利益之維護，⁴⁷故應斟酌具體個案之狀況，衡酌相關之利益，分別認定之，賦予之法律效果朝向儘量縮小無效之範圍，亦即，除非違法程度已達無法忍受的地步，否則毋寧優先考慮解為僅具得撤銷效果較妥，⁴⁸此係立於行政處分成立與否之觀點所為之判別，蓋行政處分若不曾成立，即此行政處分不存在，遑論其生效或有效、無效之問題。

⁴⁵請參閱城仲模，行政法之基礎理論，增訂三版，三民，1999年10月，第826頁。

⁴⁶請參閱楊仁壽，完整的思考方法（壹），請參司法周刊1627期第2版。

⁴⁷請參閱李惠宗，行政法要義，五版，元照，2010年9月，第357頁。

⁴⁸請參閱洪家殷，行政處分撤銷之研究，國立政治大學法律研究所博士論文，1992年6月，第118頁至第119頁。

⁴⁹至於違法之行政處分，依據行政程序法第 117 條，行政機關原則應為撤銷，例外應予保留之作法，係著眼於行政處分效力是否應容其繼續發生之面向介入加以審查，兩者乃分屬不同階段之行政機關行政作為，自係由行政機關本於權責分別判斷，不容混為一談。進一步言之，行政機關基於職權對違法行政處分為撤銷時，屬機關之義務，旨在判斷違法行政處分是否有信賴保護原則或公益考慮，若無，即應予以撤銷，不該受行政處分成立階段所涉因素干擾。

揆以法律規定之目的，在乎保護權利，因而無益無用之事，法律必不加以規定，既規定矣，勢必求其實現也。⁵⁰而法律的實質內涵應該產生於經驗，而不應該只是邏輯的操作，慎子曰：「法非從天下，非從地出；發乎人間，合乎人心而已。」⁵¹法律係為人之利益而制定（*Hominum causa jus constitutum*）⁵²正是如此。所以，行政程序法第 117 條與同法第 128 條之規定，在行政實務上需要被踐行，換言之，可督促行政機關從業人員儘速建立使法律規範目的，積極的落實在個案中之心態，並進而外顯於機關行政行為中之實現。

⁴⁹請參閱蔡志方，行政法三十六講，同前揭註 2 引書，第 203 頁。

⁵⁰「無益無用之事，法不要求。」鄭玉波譯解，法諺（二），三民，初版，1988 年 12 月，第 17 頁。

⁵¹請參閱李惠宗，案例式法學方法論，一版，新學林，2009 年 10 月，第 9 頁。

⁵²請參閱鄭玉波譯解，法諺（二），同前揭註 49 引書，第 7 頁。

第六章 結論與展望

第一節 國家本位角色的再省視

「有權利，必有救濟」(ubi ius ibi remedium)，乃權利之本質，故立法者於制定關於訴訟法律及具有訴訟程序性的法律規定時，應遵守此法理，期藉由程序上訴訟權保障，以擔保人民個案上實體權利完整性，亦即，立法所建構出來的制度，不得掏空訴訟救濟的本質，而侵害訴訟權的核心。¹且民主法治國家應以民為主、依法為治，作為司法救濟制度一環之行政訴訟制度，即係確保人民基於法律保護之權利與利益，不受行政機關違法行政行為所侵害之最後一道防線；且無論就資本主義社會或社會主義社會而言，其均已成為文明國家之普遍價值。²是以，在訴訟制度上，應讓所有受到侵害的權利都有獲得有效率救濟的可能，³尤其行政救濟制度本有其欠週之處，法治國家之人民，其權利或利益受有因行政機關處理事務之違法、緩慢、偏頗、不周全、不友善或其他不妥適等致遭受損失⁴時，豈能不將法規執行面加強，消弭人民冤屈，予以充分救濟與保障。蓋「過去的法律只是當今之人處理當今之事，在規範上的『出發點』，而非其『最後的依據』。必如是，才不致以古泥今。所以，法律之適用本身帶有演進法律的任務與作用。」⁵故正確适用法律除可落實規範意旨，亦有增進法律展望性之功能。有謂國家司法權的行使，對人民而言，人民是處於相對的弱勢，因此，人民一旦認為自己的權利受到剝奪或侵害，司法就有義務和責任加以保護。司法的角色和行政、立法不一樣，司法是人權的守護者，所執行的職務和人民的生命、財產、自由、名譽都

¹請參閱李惠宗，憲法要義，六版一刷，元照，2012年9月，第307頁。

²請參閱張國勳，中共行政訴訟制度，保成，初版，1996年8月，第353頁。

³請參閱李惠宗，憲法要義，同前揭註1引書，第309頁。

⁴請參閱城仲模，行政法之基礎理論，增訂三版，三民，1999年10月，第831頁。

⁵請參閱黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂三版，自版，1993年7月，第89頁。

息息相關，執法人員稍有不慎，就很有可能造成司法制度下的被害人，⁶是以，行政與司法縱有業務執掌之不同，但同為公權力行使之特性尚無差異，事實上，行政之公權力強度不亞於司法，其廣度甚至高過於司法，故而上述所談及司法權作用之內容，倘將其代換成行政權實亦完全適用。

職此，國家任何具有對外直接發生法律效果之措施與法律上爭議之行政行為，皆應賦予人民有行使具有訴訟程序性權利之機會，如此，不致剝奪人民之訴訟權，亦得藉以調整過去所制定之法律內容。復從司法院大法官解釋⁷強調當事人之爭議，皆得依法定程序請求救濟觀點而言，救濟制度之落實，是國家權力之展現，亦是國家義務的實踐。

又「行政處分」概念之產生，考究其歷史背景，不過是一個「讓行政作為能受司法審查」的功能性、技術性概念而已，具有「工具」特質，僅是人民提起行政爭訟，而受理機關與法院進行在案件合法性審查時，引為說理之過渡性媒介而已。所以應該儘量朝合目的性方向來掌握此一概念，讓對人民實體權利造成衝擊、而有必要接受合法性檢證之行政作為，能儘早獲得司法審查。⁸法律的解釋起於文義，亦終於文義，超越可能文義範圍，法律所未規範的部分，即可能成為明顯的法律漏洞，應以類推適用加以填補，使未規範的事項，得依類似事件之規範，為相同之處理，以符合平等原則之要求，⁹或透過修法、立法之方式予以規範，俾行政作為有所依據。

然法學之研究，本文認為重在提供實務運用，如若現行法律已足可據以引用而得以實踐之際，實無須引頸而盼立法之填充，然而多元社會創造多元想法，本文提出的見解未必能說服所有現行法令之適用者與評價者，或有認為唯有立法之明確，始得以杜絕疑慮，如此見解，

⁶請參照馬英九總統於 2010 年司法節致詞之摘要。

⁷司法院釋字第 220、229 號解釋意旨參照。

⁸最高行政法院 95 年裁字第 02432 號裁定參照。

⁹請參閱行政法實務研究第二冊，臺中高等行政法院，2010 年 6 月，第 471 頁至第 472 頁。

固非無理，究其心態實顯保守，倘一憲法位階之概念之實現，樣樣皆需藉助立法之制定，則國家行政行為之行使豈非可逕以電腦器械之類者擔任，而得將公務員排除於體系之外，因為公務員應全體轉變角色成為發號施令之立法者角色即可，因為執行職務者自有執行力超強之輩來取而代之，固然，這是句玩笑話，然而隨著時代與觀念之逐漸轉變，是否會在未來時代裡發生，恐值得深思。是以，一心一意將行政程序的要求作被動的「遵守」或「依法辦理」的機關，最有可能讓程序僵硬，形成人民無法信服的冰冷程序；相反的，當機關將行政程序法作積極面對，希望能在程序時代更進一步運用程序面對人民，逐漸透過與人民的互動發展出受人信服的機關文化。¹⁰

一個國家現代角色之扮演，是多重與多元的，在多元角色的概念中架構了平行之機能，而多重角色是垂直功能之貫徹，其最終的依歸是憲法，垂直與平行兩者之交互作用雖錯綜但存在根本之道，即不論在何領域國家作用均以憲法及其衍生原則為基準，以此為準據之國家一切之作用，才是符合人民期待之國家本位角色。是以，由案件管控權之概念中更是明證國家行政機關扮演之角色，在平行分工中與司法機關是截然不同，就如審判實務在不同審級中所生移審效果，是在行政機關中絕跡的，因為行政案件之處置權自始至終¹¹均握在行政機關之手中，因而，縱使行政程序已經結束且已經法院判決確定，但只要個案符合行政程序法第 128 條之行政程序重開要件及行政訴訟法第 216

¹⁰請參閱葉俊榮，面對行政程序法，二版一刷，元照，2010 年 3 月，第 390 頁。

¹¹以上有關行政機關對具體個案之管轄，始自行政處分之作成（行政機關），繼之為相對人對個案不服提起訴願及行政訴訟之救濟程序（行政、司法機關），終至案件確定（回歸行政機關），甚至案件確定後之重新開啓及伴隨而來的撤銷或變更原處分（行政機關），原案之主控權一直在行政機關，因此，在符合一定之要件及範圍之下，只要行政機關願意，即便案件已繫屬法院甚至判決確定，行政機關均仍可有所作為（撤銷或變更原處分），絲毫不受影響，此從訴願法第 58 條第 2 項（按最高行政法院 58 年判字第 397 號判例略以，訴願及行政訴訟之目的，在請求撤銷或變更原處分以排除損害權益之原因，……若原處分已不復存在，則訴願及行政訴訟之標的已失，自無許其提起訴願及行政訴訟之餘地），行政程序法第 128 條，行政訴訟法第 216 條之規定（行政法院維持違法行政處分，亦即已發生司法失能情形）即可明白，整理自學者黃啓禎於東海大學法研所上課筆記，渠主張之理念係於權力分立之下，均有其應遵循之界線或領域，而此可視為司法制衡行政拘束之例外，確是憲法上法治國原則之貫徹，並認可作為德國、日本學說之拋棄勝訴利益見解之補充。

條反面所指非屬撤銷或變更原處分或決定之判決之範圍者(司法維持違法處分產生司法失能情形)，行政機關仍隨時可以對原違法處分進行處置或變更，如此行政權之特質，行政機關本身不能不察，更不能自廢機能。¹²

第二節 法規面向的審視與落實

史尚寬教授於其所著「行政法論」自序中略謂「行政法一科，範圍至廣。……其性質雖為公法，而與私法之理論相通者至多。」¹³如此論點，在行政訴訟法與民事訴訟法中卻也能發現相通之處，蓋法律本身即是一門社會科學，是因應人類社會紛爭解決之判別而生，其理自然有其共通，亦因此，法律強制之規定需要被遵守、法律之任意規範則可以被尊重。是以，在民事法律中採處分權主義，訴訟與否、提起訴訟之範圍，甚至勝訴一方是否要貫徹其主張，均可聽任當事人之意思決定，在此領域，行政法律，亦有採用之空間，就如本文主張違法行政處分經判決確定後，獲得勝訴之行政機關得在未涉及公益或第三人利益時，賦予行政機關拋棄其勝訴利益之權限，俾其本於職權撤銷原違法處分，符合法治國之依法行政。

夫所有的制定法，由於意識它是「正當」而從以制定者，其內容必含有正義與感情，¹⁴但不可諱言，沒有一部法律是完美的，就如行政程序法無論是制定或施行的環境，或是法律的內容本身，都不是完美的，它的許多規定均有待各機關不斷強化實施量能，才能化被動遵守為積極運用，¹⁵行政程序法第 117 條違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關及其上級機關得依職權為全部或一部之撤銷，但有信賴保護之適用，亦即，違法行政處分在沒有信賴保護之情形下，

¹²整理自學者黃啓禎於東海大學法研所上課筆記。

¹³請參閱城仲模，行政法之基礎理論，同前揭註 4 引書，第 904 頁。

¹⁴請參閱美濃部達吉著，林紀東譯，法之本質，二版三刷，臺灣商務印書館，1998 年 3 月，第 115 頁。

¹⁵請參閱葉俊榮，面對行政程序法，同前揭註 9 引書，第 6 頁。

行政機關即應主動之予以撤銷，即便處分已經判決確定，亦無妨行政機關主動權之發動。此法律之明文，機關據以為之者乃為人民除去侵益之處分而非為侵權之逾越行為，同時符合行政之主動性，雖有少數學者影響實務，認為維持既判力，行政機關不得撤銷原處分，惟此見解在行政實務之運作已產生窒礙，尤其在稅務行政與授益行政處分¹⁶方面更屬明顯，且此見解已產生鬆動¹⁷，其未來規劃透過立法論之補充，適用上將更清晰。

至行政程序法第 128 條規定之行政程序重開，屬行政機關被動開啟行政程序，故在法制上本文認為係與行政程序法第 117 條行政機關主動程序發動立於相對，矧兩者所欲達成之行政目的殊無二致，僅於機關開啟程序原因之差異而已，處理方式依等同標準，當無不妥。第於法律條文規定：「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。」可知，行政程序法第 128 條處理之範圍（行政處分）大於行政程序法第 117 條（違法行政處分）之範圍¹⁸，而行政機關可據以行使之手段包括行政處分撤銷、廢止或變更，此乃基於權力分立原則明白區隔行政處分之違法與否及機關所可採用之處理方式之不同，對法條規範目的並不相妨。再從法律條文所稱「法定救濟期間經過」切入以論，憲法上之救濟制度在規劃上本即無區分行政與司法之救濟，且條文亦未作分別處理之規定，則關於此一法律之要件之判斷，應係定位於法條之適用或解釋，尚無涉及立法論之領域，爰無違權力分立原則。¹⁹

¹⁶最常見於公務人員加給發放錯誤之情形，例如公務人員專業加給表別核定之錯誤、警察人員警勤加給表級別核定之錯誤。

¹⁷法務部研修小組草案條文，請參閱「102 年度直轄市法制暨行政救濟業務研討會」會議資料第 132 頁。又草案條文是超過 100 場次研修會議之共識，惟並非定案之草案版本。

¹⁸惟行政程序法第 128 條但書訂有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之規定，而行政程序法第 117 條但書則訂有不得撤銷之事由，併予說明之。

¹⁹學者李惠宗就此提出見解略以，「法解釋論」是假設「立法論」皆無疑義後，所進行「法意涵」發現的程序；又基於權力分立原則，不可使用法解釋取代立法論，因為立法論是立法機關的職權，解釋論是行政及司法機關的職權。請參閱李惠宗，案例式法學方法論，一版，新學林，2009 年 10 月，第 228 頁。

關於最高行政法院 98 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議理由七，所謂「行政救濟」，指行政機關所進行之救濟程序，不包含行政法院之司法救濟程序在內之見解，明顯與行政程序法第 128 條第 1 項但書「但相對人或利害關係人……未能在…救濟程序中主張…」之規定相左，是以，最高法院之決議已明顯與實定法之規定相違，應予檢討。

再則，行政訴訟法第 216 條規定亦與行政程序法第 128 條類似，即僅從法條之解釋與適用即可獲得解決之道，以撤銷訴訟為例，有關行政法院之確定判決各關係機關就事件受有拘束者，僅撤銷或變更原處分或決定之判決，又原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之，如係指摘機關適用法律之見解有違誤時，該機關即應受判決之拘束，不得為相左或歧異之決定或處分。諳法條中，有關撤銷訴訟中針對駁回原告之訴之拘束力並未明文及於各關係機關，又明文具拘束力者，乃立法者恐行政權過大且恣意，故而以司法權制衡行政權之用。是以，由立法觀點，只要行政非濫權，尚難為立法規範之所及。綜言之，行政爭訟實體審查之決定常因個案之事實與適用法律之差別而有差異，譬如維持原處分或決定、單純撤銷原處分或撤銷原處分由原處分機關另為適法之處分等，這些不同結果的爭訟決定，對原處分機關之拘束自然有所不同。²⁰

如果行政法院之裁判是維持原處分，也就是認為原處分合法故訴訟為無理由而駁回時，此時對原處分機關之拘束程度為何？嗣後，原處分機關得否以及有無本於職權撤銷或變更原處分之可能？是否仍有行政程序法第 117、128 條適用之餘地重開行政程序？

是國家立於統治高權主體地位所為之行為，多屬對人民限制自由、增加負擔或課予義務之下命處分，其行為之合法性除在形式上應

²⁰請參閱學者黃啓禎於 2011 年 8 月 11 日「100 年直轄市法制及行政救濟業務研討會」第三場次中發表「訴願決定與確定判決對原處分機關拘束力之比較-兼評法務部 98 年 4 月 15 日法律字第 0980003338 號函」內容。

符合法律保留原則外，並應符合比例原則、平等原則等一般法律原則，使其同時具備實質正當性；誠信原則雖非憲法上所明文之法律原則，但從法治國原則保障基本權之觀點，應可推論出國家行政之行使應正當合理，以符誠信原則。²¹司法院釋字第 525 號解釋理由書即揭示：法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守，故誠信原則已具憲法位階。所以，國家行政行為之發動固有其高權性質，卻也有其限制，特別是有關人民權益相關之事項，尤其可以被要求，憲法所蘊涵原則可以被實現，故本此原則所為依法規之行政行為，均可肯認係成文法所欲保障之內涵，是符合制定法之正義與情感。

因此，本文以為在我國法規面向而言，針對經過行政法院確定判決，已生既判力之違法行政處分，只要符合行政程序法第 128 條程序重開之法定要件，同時符合行政訴訟法第 216 條非屬撤銷或變更原處分或決定之判決之範圍者，基於法治國家原則追求行政合法性，以及案件管轄權一直握於行政機關之手未曾脫離，自可容許機關具有撤銷或變更原處分之可能性，以確保行政行為之合法及人民權益。

第三節 展望-突破現行作法桎梏

由於歷史上之緣故，大陸法系的德、日及我國行政法的發展實現，均相當程度受制於下列數則桎梏：(一)官權優位、行政權優勢，對人民基本權益之保障，總是叫人詬病，(二)形式法治主義的跡象特別明顯，(三)權力分立原理總有扶得東來又西歪之矛盾，(四)權限規範特多而行為規範奇少的失衡狀態，(五)實體法優位，程序法擺一邊的法實證主義傾向，²²時至今日，據觀察：行政權優越依舊，但已或多或少的受到節制、權力分立原則衡平之發展仍然未見穩妥、

²¹請參閱行政法實務研究第一冊，臺中高等行政法院，2010 年 6 月，第 284 頁。

²²請參閱城仲模，行政法之基礎理論，同前揭註 4 引書，第 944 頁。

行為規範奇少部分，在行政程序法之制定施行後，稍彌補了失衡，而形式法治主義跡象與實體法優位似窺見了鬆動，本文認為行政實務如落實了本文所持之立論，當可有效矯正形式之法治主義並得以拉近程序法與實體法向來之差距。

又以程序是否可以重開之考量，不應悖離國家設立訴願與行政訴訟制度存在目的，主要係為保障人民權益及確保國家行政權合法之行使，因此，對於維持原處分之確定判決，發現行政處分確有違法時，實難認同再放任其存在，而且在行政訴訟無法確保依法行政時，不應再僵化固守，拘泥於枝節之規定，以程序害實體。²³縱法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。但法律發生變動，原則係自法律公布生效日起，向將來發生效力，惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響，除法律有溯及適用之特別規定者外，此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，有其自由形成空間。²⁴因此，即便法律不溯既往原則是法治國基本原則，它在一定條件下²⁵，還是容許立法採用。同樣地，容許行政機關對已經判決確定之違法行政處分予以撤銷，就如容許法律有溯及既往之例外²⁶，又如基本人權（又稱為人權或基本權），其概念是隨人權思想的歷史變化、人權譜

²³請參閱學者黃啓禎於 2011 年 8 月 11 日「100 年直轄市法制及行政救濟業務研討會」第三場次中發表內容，同前揭註 17。

²⁴司法院釋字第 574 號解釋理由書參照。

²⁵關於其條件，最高行政法院 98 年 12 月份第 2 次庭長法官聯席會議著有決議：「法律不溯既往原則為法治國家基本原則之一，除有下列情形外，立法者原則上不得制定溯及性法律：（一）人民預見法律將有所變更；（二）現行法律規定有不清楚或紊亂之現象，立法者欲藉由溯及性法律加以整理或清除；（三）現行法律違憲而無效，立法者以新規定取代；（四）因溯及性法律所造成之負擔微不足道；（五）溯及性法律係為達成極為重要之公益上目的，且其重要性高於法安定性之要求。行政機關基於法律授權而訂定對將來一般抽象事項所為發生法規範效力之法規命令，除有上述例外情形外，亦應遵守法律不溯既往原則。」

²⁶基於法安定性原則，法律不應溯及既往；基於公益之維護及人民信賴利益之保護，行政處分不應隨意撤銷、廢止或變更。按《唐律疏議·名例》規定：「諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；其應入罪者，則舉輕以明重。」此雖係針對刑事處罰而設之規定，然而此法理卻也可助吾人理解：嚴格程序產生之法律都可以因應社會事實在一定條件下由立法機關作出溯及之規範，則行政機關本於權責作出之行政處分，倘係違法，亦得在一定之要件下賦予行政機關撤銷權限。

典的歷史變遷及人權保障方式的不同，而作不同理解。²⁷雖司法在現代社會所扮演者乃保障人權及解決紛爭之最後及最權威角色，如果具既判力之違法處分可以透過程序重開得到矯正，亦不減損司法在現代社會中所扮演保障人權之角色。²⁸

末了，本文衷心希望，透過「案件管轄權」、「行政機關拋棄勝訴利益」理念之提出，以及訴願法第 58 條第 2 項、行政程序法第 128 條程序重開之法定要件、行政訴訟法第 216 條非屬撤銷或變更原處分或決定之判決範圍所形成之法規範基礎，能讓行政機關（從業人員）擺脫現行觀念之束縛，將既判力之拘束自現行作法中被剔出，讓客觀上依法行政原則得以貫徹，落實行政程序重開之立法目的²⁹，俾給予個案最佳之處理，或適法除去已生之侵害，則人民之幸也。當然在此亦期望本文能發揮拋磚引玉之效，更期盼本文因囿於能力未能細緻表達之處，有能之士再著文予以補充，則吾之幸也。

²⁷請參閱蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，初版一刷，元照，2001 年 4 月，第 93 頁。

²⁸請參閱學者黃啓禎於 2011 年 8 月 11 日「100 年直轄市法制及行政救濟業務研討會」第三場次中發表內容，同前揭註 17。

²⁹學者林明昕認為，違法行政處分之撤銷，乃至於程序重開等制度，目的重在客觀上依法行政原則之貫徹；主觀的人民權利保護問題，不過是附隨利益。請參閱林明昕，論訴願之再審與行政處分之廢棄——道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題，收錄葛克昌、林明鏘主編「行政法實務與理論」，台大法學論叢公法特（一），2003 年 3 月，第 296 頁。惟本文以為，無論是客觀上依法行政原則之貫徹，抑或主觀上人民權利保護，均同等重要，且亟需於現代法治國家中被實踐。

參考文獻

一、專書（依字首、姓氏筆劃順序排列）

- 日·織田萬，清國行政法汎論，華世，影印一版，1979/3
- 方庭諧，憲法上彈劾權與懲戒權運用之研究，豪峰，初版，1986/1
- 吳庚，行政法之理論與實用，增訂十一版，2011/8
- 吳庚，行政爭訟法論，元照，修訂五版，2011/1。
- 吳庚，憲法的解釋與適用，三民，三版，2004/6
- 吳志光，行政法，新學林，四版一刷，2010/9
- 吳東都，行政訴訟與行政執行之課題，學林，一版，2003/10
- 吳明軒，民事訴訟法，三民，修訂九版，2011/10
- 李惠宗，中華民國憲法概要-憲法生活的新思維，元照，九版一刷，2011/9
- 李惠宗，行政法要義，元照，五版，2010/9
- 李惠宗，行政程序法要義，五南，初版三刷，2004/10
- 李惠宗，案例式法學方法論，新學林，一版，2009/10
- 李惠宗，憲法要義，元照，六版，2012/9
- 李震山，行政法導論，三民，八版，2010/6
- 李建良，行政法基本十講，元照，三版一刷，2012/9
- 宋燁玲、林彥百，速解行政程序法，永然，初版，2002/1
- 林紀東，大法官會議憲法解釋析論，初版三刷，1993/9
- 林錫堯，行政法要義，元照，三版，2006/9
- 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，元照，四版，2011/9
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，憲法權力分立，新學林，二版五刷，2011/10
- 林騰鶴，行政訴訟法，三民，三版二刷，2009/1
- 美濃部達吉著，林紀東譯，法之本質，臺灣商務印書館，二版三刷，1998/3
- 城仲模，行政法之基礎理論，三民，增訂三版，1999/10
- 施茂林、劉清景編著，法律精解大辭典，世一，初版，2010/1
- 洪家殷，行政處分撤銷之研究，國立政治大學法律研究所博士論文，1992/6

- 翁岳生，法治國家之行政法與司法，初版，月旦，1994/6
- 翁岳生編，行政法（上），三版，元照，2006/10
- 翁岳生編，行政法（下），三版一刷，元照，2006/10
- 翁岳生編，行政訴訟法逐條釋義，初版三刷，五南，2004/2
- 高家偉譯，Hartmut Maurer 著，行政法學總論，元照，初版第1刷，2002/9
- 馬君碩，中國行政法總論，增訂一版，台灣商務印書館，1984/2
- 徐瑞晃，行政訴訟法，五南，三版一刷，2012/9
- 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂三版，自版，1993/7
- 黃俊杰，行政程序法，元照，二版，2010/3
- 黃建輝，憲法體制與法治行政-城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，三民，初版，1998/8
- 黃默夫著，基礎行政法 25 講，六版，一品，2010/10
- 張家洋，行政法，三民，三版一刷，2002/2
- 張文郁，權利與救濟-以行政訴訟為中心，元照，初版，2005/9
- 張永明，行政法，三民，初版一刷，2001/10
- 張國勳，中共行政訴訟制度，保成，初版，1996/8
- 湯德宗，行政程序法論（論正當行政程序），元照，二版，2005/2
- 董保城，法治與權利救濟，元照，初版，2006/4
- 劉宗德，制度設計型行政法學，元照，初版，2009/5
- 葛克昌、林明鏘編，行政法實務與理論（林明晰，論訴願之再審與行政處分之廢棄——一道介乎行政爭訟法與行政程序法之間的法學課題），台大法學論叢公法特（一），2003/3
- 葉俊榮，面對行政程序法，二版一刷，元照，2010/3
- 陳敏，行政法總論，新學林，六版，2009/9
- 陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，司法院印行，2002/10
- 陳慈陽，人權保障與權力制衡，新學林，初版，2001/3
- 陳慈陽，行政法總論-基本原理、行政程序及行政行為，翰蘆，二版，2005/10

- 陳慈陽主編，行政法案例研習，元照，初版一刷，2011/11
- 陳新民，行政法學總論，自印，三民經銷，修訂八版，2005/9
- 陳新民，中華民國憲法釋論，修訂四版，自版，2001/1
- 陳志華，行政法概要，三民，初版一刷，2007/1
- 陳志華、趙達瑜、劉華美合著，行政法基本理論，國立空中大學，初版二刷，2001/10
- 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），三民，七版一刷，2009/11
- 陳清秀，行政訴訟法，元照，四版一刷，2011/10
- 陳清秀，稅法總論，元照，五版一刷，2008/11
- 陳愛娥譯，Karl Larenz 著，法學方法論，五南，初版，1996/12
- 鄭玉波譯解，法諺（二），三民，初版，1988/12
- 蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏合著，行政程序法實用，新學林，三版二刷，2007/7
- 蔡志方，行政救濟法論，月旦，初版，1995/10
- 蔡志方，行政法三十六講，初版，自版，1995/3
- 蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，元照，初版一刷，2001/4
- 二、期刊、論文（依姓氏筆劃順序排列）
- 甘德清，逾法定救濟期間原處分仍得撤銷變更，稅務旬刊，第 1887 期，2004
- 洪家殷，論行政處分程序之再度進行—以德國一九七六年行政程序法第五十一條之規定為中心，政大法學評論，第 45 期，1992/6
- 姚其聖，論行政法院確定判決對行政機關有既判力之商榷—以撤銷訴訟為例說明，中律會訊雜誌 14 卷 4 期，2012
- 曾華松，論行政訴訟撤銷判決之拘束力（上），軍法專刊，36 卷 4 期，1990/4
- 傅玲靜，論行政程序之重新進行—以遺產稅之核課與剩餘財產差額分配請求權價額之扣除為例，月旦法學雜誌，第 147 期，2007/8
- 傅玲靜，遺產稅之核定與行政程序之重新進行，月旦法學教室，第 55 期，2007/5
- 詹鎮榮，行政程序重新進行之程序標的—我國與德國法制之比較，東吳法律學報，第 23 卷第 1 期，2011/7

劉建宏，既判力與行政程序重開及違法行政處分之撤銷，台灣法學第 187 期，
2010/11

陳怡如，功能取向分析法在我國釋憲實務之運用——兼評釋字第四九九號解釋，政
大法學評論，第 64 期，2000/12

蔡志方，論行政訴訟與民事訴訟共通之制度與法理，月旦法學雜誌，第 47 期，
1999/4

蔡震榮，行政程序重開之探討，中華警政研究學會會訊，2003/9

陳清秀，行政訴訟上違法判斷基準時，憲政時代，第 15 卷第 2 期，1989/10

謝榮堂，行政處分於法定救濟期間經過後之救濟，月旦法學教室，第 115 期，
2012/5

三、學位論文（依姓氏筆劃順序排列）

洪家殷，國立政治大學法律研究所博士論文，行政處分撤銷之研究，1992/2

翁培祐，國立政治大學碩士在職專班碩士論文，我國核課處分程序重開之探討，
2008/9

張本德，稅捐核課處分撤銷問題之研究，私立東海大學法律研究所碩士論文，
2011/1

簡仕宸，國立政治大學法律學系碩士論文，核課處分職權撤銷之研究，2008/7

四、政府機關出版品（依字首筆劃順序排列）

司法院大法官九十二年度學術研討會論文集及紀錄——正當法律程序與人權之保
障，第一版，司法院，2004/10

守護憲法 60 年，初版二刷，司法院，2008 年 12 月守護憲法 60 年，初版二刷，
司法院，2008/12

司法周刊 1627 期第 2 版，楊仁壽，完整的思考方法

司法周刊 1628 期第 3 版，沈宜生，實用的智慧

行政法實務研究第一冊，臺中高等行政法院，2010/6

行政法實務研究第二冊，臺中高等行政法院，2010/6

行政訴訟之研討（一），台灣法學，初版一刷，2012/10

吳綺雲編譯，德國行政訴訟事件裁判選輯，司法院，1997/6/

教育部世界名著譯述委員會，戴維斯著，馬君碩譯，美國行政法，再版，中華文化，1964/12

賴恆盈，行政訴訟裁判拘束力之研究，初版一刷，台灣法學，2012/10

劉建宏，既判力與行政程序重開及違法行政處分之撤銷，行政訴訟法第 18 次研究會報告，2010/11/27

五、網路資料

司法院法學資料檢索系統 (<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>)

法務部全國法規資料庫 (<http://law.moj.gov.tw/>)

法務部主管法規資料庫—綜合查詢 (<http://mojlaw.moj.gov.tw/LawQuery.aspx>)

法源法律網 (<http://www.lawbank.com.tw/>)

維基百科，自由的百科全書 (<http://wikipedia.tw/>)

臺北市政府訴願審議委員會網站 (<http://www.appeal.taipei.gov.tw/ct.asp>)

隋杜卿，司法不是統治者的工具，國政評論，2003/1/28