

112-2學期 行政救濟法課輔

課程助理：吳英綸（臺大法研所公法二）

第一章 行政訴訟之基本概念

壹 行政訴訟之功能

行訴§1

行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。

一. 人民主觀公權利之保障

人民之權益，除從實體面向保障外，於人民權利受侵害時，提供整全無漏洞且及時有效的權利救濟體系，讓人民得以透過司法程序請求救濟，應是行政訴訟最重要的功能，此亦是憲法保障人民訴訟權（憲§16）之意旨¹

二. 客觀法秩序之維持

貳 行政訴訟與行政行為

行政訴訟制度旨在使人民得對於行政行為所造成的侵害或不法結果，循法律途徑訴請排除或請求救濟。是以，相較於民事法或刑事法之實體與程序法區隔較為明顯，行政實體法之於行政訴訟法，則非如此，非得分門研究、分科教學，蓋行政訴訟法既然旨在使人民得對不法侵害其權利之公權力行為救濟，其係以行政行為的類型作為制度設計的藍本；行政行為與行政訴訟之間有緊密的對應關係，包括訴訟類型、爭訟程序、起訴期間、裁判方式與內容等。是以，行政行為的法律態樣，為行政訴訟法學的基礎，要掌握行政訴訟的基本構造，必須先辨明行政行為的概念要素與表現態樣²。人民之權利受違法行政行為侵害，在行政訴訟法上應依循的爭訟管道，必須視所受的行政行為類型而定³：

一. 請求撤銷行政處分：訴願→撤銷訴訟（行訴§4）

二. 請求作成行政處分：訴願→課予義務訴訟（行訴§5）

三. 請求確認行政處分無效：行政處分無效確認訴訟（行訴§6I 前）

四. 請求確認行政處分違法：行政處分違法確認訴訟（行訴§6I 後）

1 111年憲判字第20號判決：「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本庭111年憲判字第11號判決參照）。」

2 李建良（2022），《行政訴訟十講》，第3版，元照〔以下簡稱：李建良，行政訴訟十講〕，頁17-18

3 李建良（2022），《行政法基本十講》，第12版，元照〔以下簡稱：李建良，行政法基本十講〕，頁16

- 五．請求作成行政處分以外之事實行為：一般給付訴訟（行訴§8I）
六．請求確認行政法律關係存在或不存在：一般確認訴訟（行訴§6I 前）

第二章 行政訴訟審判權

行訴§2

公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。

一．原則：公法上爭議，均為行政訴訟審判權所及

(一) 公法上

1. 文義解釋

指一切應適用公法解決之爭議而言，包括國際法、憲法、行政法、刑事法、訴訟法等，行政法為其中之一

2. 比較法解釋

我國行訴§2 主要仿襲德國行政法院法之規定（德國行政法院法§40I：「凡不具憲法性質之公法上爭議，均得向行政法院提起行政訴訟。」）是以，本條規定，在解釋上，亦應侷限於「不具憲法性質之公法爭議」

(二) 爭議

指當事人間具體權利義務法律關係之存否有關之爭執

二．例外：法律別有規定

法律基於事件性質之考量，非不得將行政事件交由其他法院或機關管轄⁴。因行訴§2 除書「法律別有規定」，而不屬行政法院審判權所及的公法上爭議，概有以下：

(一) 民事法院

1. 國家賠償事件

國賠§12

損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。

→國家賠償事件應由民事法院審判之原則，容有例外。行訴§7：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」行政法院得於人民提起合法之行政訴訟，並附帶請求國家賠償時，例外取得國家賠償之審判權

2. 選舉罷免事件

選舉或罷免無效之訴、當選無效之訴、罷免案通過或否決無效之訴等選舉罷免事件，均屬公法上爭議，惟依法應由普通法院依民事訴訟法規定

4 立法者將本質上的公法上爭議，劃歸由行政法院以外審判系統法院審理，屬於立法形成自由，並無違憲之問題。參釋字第418號解釋：「司法救濟之方式，有不論民事、刑事或行政訴訟之裁判，均由普通法院審理；有於普通法院外，另設行政法院審理行政爭訟事件，我國即從後者。……至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。」

審理（公職人員選舉罷免法§118, 120, 121, 124, 126, 128、總統副總統選舉罷免法§102, 104, 105, 108, 110, 112）；非屬上開案件者，例如關於選舉人登記涉訟之事件，仍應依行政訴訟法審理（行訴§10）

(二) 刑事法院

1. 違反社會秩序維護法事件

社會秩序維護法所定之處罰，亦屬廣義之行政罰。惟被處罰人不服警察機關之裁處，應向該管地方法院簡易庭聲明異議（社會秩序維護法§55）；不服地方法院之裁定者，應向同法院合議庭提起抗告（社會秩序維護法§58）

2. 爭議：假釋事件

(1) 撤銷假釋事件

A. 過去實務

最高法院93年2月份庭長法官聯席會議決議
假釋之撤銷屬刑事裁判執行之一環，為廣義之司法行政處分，如有不服，其救濟程序，應依刑事訴訟法第四百八十四條之規定，即俟檢察官指揮執行該假釋撤銷後之殘餘徒刑時，再由受刑人或其法定代理人或配偶向當初諭知該刑事裁判之法院聲明異議，不得提起行政爭訟。

B. 釋憲實務

釋字第681號解釋
受假釋人對於撤銷假釋執行殘刑如有不服，仍得依刑事訴訟法第四百八十四條規定，向當初諭知該刑事裁判之法院聲明異議，以求救濟。是上開最高法院決議及刑事訴訟法第四百八十四條規定並未剝奪人民依法向法院提起訴訟尋求救濟之機會，與憲法保障訴訟權之意旨尚無牴觸。惟受假釋人之假釋處分經撤銷者，依刑事訴訟法第四百八十四條規定向法院聲明異議，須俟檢察官指揮執行殘餘刑期後，始得向法院提起救濟，對受假釋人訴訟權之保障尚非周全。相關機關應綜合考量相關因素，就該部分儘速予以檢討改進，俾使不服主管機關撤銷假釋之受假釋人，於入監執行殘餘刑期前，得適時向法院請求救濟。

C. 現行法律

- (A) 假釋出監之受刑人以其假釋之撤銷為不當者，得於收受處分書之翌日起10日內向法務部提起復審（監獄行刑法§121I後段）
- (B) 受刑人對於撤銷假釋之處分不服，經依本法提起復審而不服其決定，或提起復審逾2個月不為決定或延長復審決定期間逾2個月不為決定者，應向監獄所在地或執行保護管束地之地方法院行政訴訟庭提起撤銷訴訟（監獄行刑法§134I）

(2)拒絕假釋事件

受刑人合於假釋要件，法務部若不予假釋之決定，受刑人對該否准之行政行為，應如何救濟？

A. 過去實務

(A) 行政法院：應依據刑事訴訟法§484向高等法院聲明異議

(B) 普通法院：假釋與否非由檢察官決定，不生檢察官執行之指揮是否違法或執行方法是否不當，而得向法院聲明異議之問題，於現行法下僅得依監獄行刑法相關規定提出申訴

B. 釋憲實務

釋字第691號解釋

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。

C. 現行法律

(A) 受刑人對於不予許可假釋之處分，如有不服，得於收受處分書之翌日起10日內向法務部提起復審（監獄行刑法§121I）

(B) 受刑人對於不予許可假釋之處分不服，經提起復審而不服其決定，或提起復審逾2個月不為決定或延長復審決定期間逾2個月不為決定者，應向監獄所在地或執行保護管束地之地方行政法院行政訴訟庭提起撤銷訴訟（監獄行刑法§134I）

(三)懲戒法院

1. 公務員之懲戒

公務員之懲戒，由懲戒法院審理（公務員懲戒法§23, 24）

2. 律師之懲戒

律師之懲戒，由附屬於高等法院及最高法院內之「律師懲戒委員會」及「律師懲戒覆審委員會」審理（律師法§41, 43）；且此等委員會具有職業法院之性質，其所為決定相當於法院裁判，不得再提起行政訴訟⁵

第三章 行政訴訟之訴訟類型

壹 概說

一. 訴訟類型的概念與分類方式

行政訴訟法上的訴訟類型，包括取向於原告基於權利保護之必要，以其請求所欲追求的（勝訴）判決內容，亦即「訴訟目標」，而為的第一層面分類；以及考量訴訟所涉之「行政行為」，而為的第二層面分類⁶：

(一) 第一層面分類：依訴訟目標分類

行訴§2

公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。

行訴§3

前條所稱之行政訴訟，指撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟。

(二) 第二層面分類：依行政行為分類

5 釋字第378號解釋：「依律師法第四十一條及第四十三條所設之律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會，性質上相當於設在高等法院及最高法院之初審與終審職業懲戒法庭，與會計師懲戒委員會等其他專門職業人員懲戒組織係隸屬於行政機關者不同。律師懲戒覆審委員會之決議即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，自不得再行提起行政爭訟……。」

6 林明昕（2006），〈論行政法上之訴訟類型——從日、德比較法制觀察〉，氏著，《公法學的開拓線——理論、實務與體系之建構》，元照，頁358

行政訴訟法上，將行政爭訟所欲攻擊的對象係屬行政處分，抑或其他類型的行政行為，區分為「特別訴訟類型」與「一般訴訟類型」等兩大範疇。這個分類存在的意義，在於所分類後的「特殊訴訟類型」，乃與行政處分有關的訴訟，須適用一般訴訟類型所未有的「特別實體判決要件」，諸如訴願前置（行訴§4, 5）、其他先行程序（行訴§6II）、起訴期間限制（行訴§106）等。至於「一般訴訟類型」，則無設定如此限制，原告起訴而進入實體判決的門檻較低⁷

1. 撤銷訴訟

原告起訴請求行政法院以判決除去行政處分效力、使行政處分規制內涵喪失之訴訟

2. 給付訴訟

(1)特別類型：課予義務訴訟

原告起訴請求行政法院以判決命行政機關作成行政處分或特定內容之行政處分之訴訟，可分為以下二種：

A. 怠為處分訴訟（行訴§5I）

行政機關若於法定期間內不為准駁之決定者，雖無行政處分之存在，人民亦得提起課予義務訴訟

B. 駁回處分訴訟（行訴§5II）

行政機關對人民依法申請之案件予以駁回者，人民得以該駁回之處分為標的提起課予義務訴訟

(2)一般類型：一般給付訴訟

行訴§8I

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。

原告起訴請求行政法院以判決命他方作成行政處分以外之給付之訴訟。所謂行政處分以外之給付，種類多樣，包括財產上給付，非財產上之作為（積極之行政事實行為）、非財產上之不作为（消極之行政事實行為）、締結行政契約之意思表示等⁸

3. 確認訴訟

行訴§6I

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。

(1)特別類型

7 林明昕，前揭註6，頁354-355, 368-369；林明昕（2006），〈警察臨檢與行政救濟——重返司法院大法官釋字第五三五號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，85期，頁76

8 李建良，行政訴訟十講，頁115-116

A. 行政處分無效確認訴訟

原告就「嚴重違法」之行政處分，請求行政法院以判決就該處分是否無效為具拘束力之確認之訴訟

B. 行政處分違法確認訴訟

原告就「已消滅」之行政處分，請求行政法院以判決就該處分是否違法為具拘束力之確認之訴訟

(2)一般類型：一般確認訴訟

原告就公法上法律關係之成立或不成立、存在或不存在為具拘束力之確認之訴訟

二. 訴訟類型之決定

【例題】改編自最高行政法院109年大字第1號裁定

被徵收土地所有權人甲對主管機關所核定之徵收補償價額不服，認補償價額過低，依土地徵收條例第22條第2項規定以書面提出異議，經主管機關為維持原補償價額之查處，如仍不服，循序提起行政訴訟，甲應提起之訴訟種類為何？

土地徵收條例

第20條第1項

徵收土地或土地改良物應發給之補償費，應於公告期滿後十五日內發給之。但依第二十二條第五項規定發給應補償價額之差額者，不在此限。

第22條第2項

權利關係人對於徵收補償價額有異議者，得於公告期間屆滿之次日起三十日內以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關提出異議，該管直轄市或縣（市）主管機關於接受異議後應即查明處理，並將查處情形以書面通知權利關係人。

第30條第1項至第3項

被徵收之土地，應按照徵收當期之市價補償其地價。在都市計畫區內之公共設施保留地，應按毗鄰非公共設施保留地之平均市價補償其地價。前項市價，由直轄市、縣（市）主管機關提交地價評議委員會評定之。各直轄市、縣（市）主管機關應經常調查轄區地價動態，每六個月提交地價評議委員會評定被徵收土地市價變動幅度，作為調整徵收補償地價之依據。

【擬答】

（一）（程序標的之定性）甲乃以行政處分為程序標的提起行政訴訟

1. 按行政救濟制度之建構，係以行政機關之行政行為態樣為基準，分設不同訴訟類型及其程序要件。本件甲不服主管機關核定之徵收補償價額，應提起何種訴訟類型，首須探究所請求程序標的之法律性質。

2. 查土地徵收條例第30條第1項及第2項規定：「被徵收之土地，應按照徵收當期之市價補償其地價。在都市計畫區內之公共設施保留地，應按毗鄰非公共設施保留地之平均市價補償其地價。」「前項市價，由直轄市、縣（市）主管機關提交地價評議委員會評定之。」是被徵收土地之補償價額，須經主管機關提交地價評議委員會評定其徵收當期之

市價，並據以作成核定補償金額之「處分」後，始得確定人民之給付請求權。準此，本件甲所請求之程序標的，為行政處分。

(二) (訴訟目的之確認) 甲應提起課予義務訴訟

1. 承前述，甲係以「行政處分」為程序標的提起行政訴訟。而以行政處分為程序標的之訴訟類型，可資考量者，有撤銷訴訟及課與義務訴訟兩端。
2. 按課予義務訴訟與撤銷訴訟，雖均以行政處分為訴訟之程序標的，惟前者係在於請求作成授益處分，以貫徹人民對行政機關之請求權，並使人民取得強制執行之名義；後者則在於除去已作成之行政處分，以排除行政機關強制執行之可能性。
3. 基於此訴訟目的之不同，本案被徵收土地所有權人甲認補償價額不足而提起行政訴訟之情形，應提起課予義務訴訟請求主管機關另作成給付補償差額之授益處分，或變更原補償處分另為補償價額較高之授益處分，方可取得對主管機關強制執行之名義，以達成其提起訴訟之目的；而提起撤銷訴訟，請求撤銷對其授益之補償處分，否則將僅能使甲回歸至未受處分之狀態，未能達成其訴訟目的，而欠缺權利保護之必要。

【例題】112 國防法務官

甲女為不具原住民身分之中華民國國民，參加民國 110 年度消防警察人員考試，考試及格獲錄取。於民國 111 年至內政部消防署訓練中心接受教育訓練，經檢測身高後，至南投醫院進行體格複檢結果，甲女身高為158.9 公分，未及 160.0 公分，不符合公務人員特種考試一般警察人員考試規則規定，不具原住民身分女性所定之身高標準。經訓練中心報請內政部消防署函請公務人員保障暨培訓委員會，以 A 函廢止甲女受訓資格。甲女對 A 函不服，欲提起爭訟，如果您是甲女的律師，請依相關法規範與實務見解回答下述問題：甲女應對何機關提起何種類型訴訟？提起行政訴訟前，是否應向何行政機關踐行訴願程序？

第四章 行政訴訟之實體判決要件

壹 概說

一. 意義

行政訴訟作為一種「正式之權利救濟程序」，其與請願、陳情等「非正式之權利救濟」之最大不同，在於其程序面上要件之嚴格要求。原告所提起之訴訟，萬一不符合訴訟程序面的要求，縱使其本案上請求可能有理由，法院仍然不得進行本案審理裁判。這些訴訟程序面的要件，乃作成本案裁判的前提要求，訴訟法學稱之「實體判決要件」⁹

二. 內涵

行政訴訟法上的實體判決要件，類型多樣，且可依該實體判決要件係適用於一切訴訟類型抑或僅為某一訴訟類型所特有，而分為「一般實體判決要件」與「特別實體判決要件」

(一)一般實體判決要件

主要臚列於行訴§107I~III，包括：審判權（§107I①）、管轄權（§107I②）、當事人能力（§107I③）、訴訟能力（§107I④）、訴訟代理權（§107I⑤）、重複起訴（§107I⑦）、一事不再理（§107I⑧,⑨）、訴訟權能（§107III①）、權利保護必要等（§107III①）

(二)特別實體判決要件

貳 撤銷訴訟之特別實體判決要件

行訴§4

(I)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。

(II)逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。

(III)訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。

一. 須以存在之行政處分為程序標的

(一)行政處分客觀存在

此涉及行政行為是否具備行政處分之要件要素（行程§92）

(二)行政處分效力存在

撤銷訴訟之提起，旨在請求行政法院除去行政處分之效力，故自起訴時至判決作成時，行政處分均須效力存在¹⁰。效力存在的行政處分，以「生效」、

9 林明昕（2006），〈淺論行政訴訟法上之實體裁判要件〉，氏著，《公法學的開拓線——理論、實務與體系之建構》，元照，頁322-323

10 李建良，行政訴訟十講，頁160-161

「有效」並「未失效」為前提：

1. 行政處分生效

行政處分須符合生效要件（行程§110）。若未生效力（例如書面行政處分未合法送達、一般處分未公告），行政法院應以程序標的不存在為由，裁定駁回

2. 行政處分有效

已生效之行政處分如有無效事由（行程§111），自始不生效力，行政法院無從撤銷，應曉諭原告為訴之變更，改提行政處分無效確認訴訟；原告不為變更者，應以行政處分效力不存在為由，裁定駁回之（行訴§107I ⑩）

3. 行政處分未失效（／解決／消滅）

失效（／解決／消滅）的行政處分，應提起行政處分確認違法訴訟（行訴§6I 後）

二. 須具備訴訟權能

(一) 概念

行政訴訟制度之首要目的，在於保障個人之權利免於受到行政權之違法侵害，故提起行政訴訟之原告，在訴訟上須「主張自己之權利有受到侵害之可能性」，此即「訴訟權能」¹¹

(二) 權利之判斷標準

1. 行政處分相對人：相對人理論

對於違法之行政處分，行政處分之「相對人」即有權利受侵害之可能性，本於憲法基本權之防禦功能，具備提起撤銷訴訟之訴訟權能¹²

2. 行政處分利害關係人：保護規範理論

行政處分相對人以外之第三人，認為該處分違法侵害其權利，且與處分相對人處於利害相反之關係者，原則上不能直接本於基本權之防禦功能，而須藉由保護規範理論，視相關規定是否可解釋為立法者保護該第三人的法規範，始能確定之¹³

判定訴訟權能時，保護規範理論之運用，在具體操作上可分為以下三個層次¹⁴：

(1) 第一層次：確認原告主張系爭處分違法所引據之法令規定

→ 原告原則上須具體指摘系爭處分違反何等法令規定

11 李建良，行政訴訟十講，頁162

12 李建良，行政訴訟十講，頁163-167

13 李建良，行政訴訟十講，頁164, 168-169

14 李建良，行政訴訟十講，頁169

(2)第二層次：解釋系爭規定是否屬於「保護規範」

→該法規的規範目的，除保護公共利益外，是否兼及保護特定範圍或可得特定範圍之個人的法律上利益

(3)第三層次：判斷原告是否屬於系爭法規的保護對象

→系爭規定除具有保護規範之性質外，原告尚須為該保護規範所及

(三)訴訟權能之判斷標準

1. 主張說

2. 可能說

【例題】取自林明昕，〈撤銷訴願及撤銷訴訟之訴訟權能〉

甲有一座落於A市某都市景觀特別保護區之房屋，因私自加蓋樓層，違反景觀保護之法令，致遭A市下令立即拆除。甲不服，認為A市之主管機關違法錯認事實，遂決定以訴願及行政訴訟之方式，保護自己之權利。

此外在爭訟過程中，甲復因意外得知某乙將於同樣位在該景觀特別保護區內之土地，起造樓層同高之房屋一棟，並已得A市主管機關發給建造執照。就此一事實，該主管機關雖已向甲解釋，某乙之情況與甲完全不同，是無違背景觀保護之問題；惟甲仍認定主管機關偏袒某乙，故出於憤怒，決心另行提起訴願，以某乙擬建之房屋亦違反景觀保護法令為由，請求撤銷某乙已取得之建造執照。

在此之際，與乙之土地緊鄰之某屋屋主丙，因鑒於乙所取得之建造執照，雖無違反景觀保護之慮，但卻另有違背在乙擬建屋與丙屋間設置防火巷規定之可能，亦提出訴願，請求撤銷某乙取得之建造執照。

最後另有鄰人丁者，其屋雖與乙之土地亦相鄰，但其間因仍有相當距離，故並無設置防火巷問題。不過縱使如此，丁仍遽爾以乙之擬建屋與丙屋間未有防火巷設置之設計為由，提起訴願，請求撤銷某乙之建造執照。

試問：甲、丙、丁等人各自提起之訴願四件，及其於不服訴願決定時將提起之行政訴訟，究竟有無使訴願機關及行政法院就本案進入實體審查及判斷之可能？

【答題提示】

訴請撤銷之訴訟權能	判斷標準	判斷結果
甲對「令拆除處分」		
甲對「乙之建照」		

丙對「乙之建照」		
丁對「乙之建照」		

【例題】106高考二級

A 縣政府對甲作一不利處分；甲不服，提起訴願。嗣受理訴願機關撤銷該處分，惟 A 縣政府認為原處分並無違誤，反而是撤銷原處分之訴願決定始屬違法。準此，試問：

1. A 縣政府針對該訴願決定得否提起行政訴訟？而提起行政訴訟之前，有無先行訴願之必要？
2. 前一小題之結論，得否套用於公立大學對其所屬教師所為之不予續聘決定於再申訴程序中遭撤銷後，該公立大學不服再申訴決定，而思欲提起行政訴訟之情形？

教師法（舊法）

第31條

教師申訴之程序分申訴及再申訴二級。

教師不服申訴決定者，得提起再申訴。學校及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同。

第33條

教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。

【答題提示】

（一）

1. A 縣政府對訴願決定訴請撤銷之訴訟權能

(1) 最高行政法院 107 年判字第 89 號判決：「按訴願程序乃行政程序之一種，係行政體系內部自省之救濟程序，原處分機關為訴願程序之相對機關，並非訴願法第 1 條第 1 項所稱之「人民」，亦非同法條第 2 項所規定之處分相對人之自治團體或公法人。再按行政訴訟法對於原處分機關之地位，依本法第 24 條「經訴願程序之行政訴訟，其被告為左列機關：一、駁回訴願時之原處分機關。二、撤銷或變更原處

分時，為撤銷或變更之機關。」之規定，其為被告。是故，不論現行訴願法或行政訴訟法之體制，原處分機關縱認訴願決定違法時，亦不允許其對於訴願機關提起撤銷訴訟。亦即原處分機關對上級之訴願決定，本即應受訴願決定之拘束（訴願法第95條前段），自不得再為不服之表示，以符行政一體性原則之適用（另參見本院106年度6月份第2次庭長法官聯席會議決議）。」

(2) 臺北高等行政法院106年訴字第309號判決：「地方自治團體之自治權，係在行政爭訟保障之範圍。若有地方自治團體就其主管之自治事項所為之行政處分，經訴願決定予以撤銷時，應可認為訴願機關之訴願決定係對地方自治團體之自治權所為之不利處分（已非僅屬內部性事件，而是具有外部性事件之行政處分，參釋字第553號解釋意旨）。為保障地方自治團體之自治權，基於前述法律規範目的及保護對象之認知，宜解釋為該地方自治團體屬於行訴§4III之利害關係人，得對撤銷自治事項行政處分之訴願決定提起行政訴訟，始符合法律規範保護之本旨。」

2. 訴願先行之必要？

(1) 按以行政處分為程序標的之撤銷訴訟，原則上均應先行訴願程序（行政訴訟法第4條第1項參照），此規定旨在使撤銷訴訟的訴訟對象為「經訴願決定所維持或獲得的原處分」，只有當行政處分獲訴願（行政內部自省程序）決定維持，才是整個行政系統對外的最終型態決定，也才是法院撤銷訴訟所應審理之對象。

(2) 惟以上將原處分與訴願決定視為一體之原則，容有例外。蓋訴願決定可能將原處分撤銷或變更，而於原處分之外，自居處分機關身分首次損害訴願決定利害關係人之權益。於此情形，為使訴願決定之利害關係人之權益獲得救濟，制度上允許利害關係人無庸再向訴願機關之上級機關尋求行政救濟，而得逕以訴願機關為被告，向法院單獨求為撤銷訴願決定，以回復有利於己之原處分效力，此即行政訴訟法第4條第3項之所由設。於此情形，提起撤銷訴訟即無踐行訴願先行政程序之必要。

(3) 於本件，A縣政府所作成之行政處分，遭訴願決定機關撤銷，其受憲法保障之地方自治權，有受訴願決定侵害之可能性。其得逕依行政訴訟法第4條第3項，以訴願決定為程序標的提起撤銷訴訟，無庸踐行訴願先行政程序。

（二）公立大學對再申訴決定之訴訟權能

1. 最高行政法院106年6月第2次庭長法官聯席會議：「教師法第29條、第31條、第33條規定教師對有關其個人措施得提出申訴、再申訴及循序提起行政訴訟之程序，係為糾正主管教育行政機關或學校違法或不當損害教師權益行為所設之特別行政救濟制度。大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨。參酌教師法第33條僅規定「教師」得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，此與同法第31條第2項後段特別規定「學校」亦得對申訴決定提起再申

訴之情形顯不相同；又綜觀教師法第 33 條規定之立法歷程，立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍，並非立法上有所疏漏。從而，大學自不得針對不予維持其不予續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟。」

2. 憲法法庭 111 年憲判字第 11 號判決：「公立大學對所屬教師之不續聘措施，其性質係公立大學單純立於聘約當事人地位所為之契約上意思表示，而公立大學就未維持其對教師所為不續聘措施之申訴決定，依法得提起再申訴，係因再申訴乃於大學自治之內部機制無法解決其內部爭議，始由中央主管機關裁決雙方爭議之特別紛爭解決機制。是為解決不續聘措施爭議之再申訴決定，如公立大學認侵害大學聘任教師之自治權時，自得對中央主管機關不予維持其不續聘措施之再申訴決定，循序提起行政訴訟。……系爭議決議關於公立大學就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得循序提起行政訴訟部分，牴觸憲法第 11 條保障學術自由及第 16 條保障訴訟權之意旨，應自本判決公告之日起不再援用。」

三．須經訴願程序而未獲救濟

(一) 意義

撤銷訴訟之提起，須1、經依訴願法提起訴願而不服其決定；或2、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，始得為之（行訴§4I）

所謂「依訴願法提起訴願」，包括訴願§1I但書「法律另有規定，從其規定」之情形，故¹⁵：

1. 踐行法律上「相當於訴願程序」（如公務人員保障法、會計師懲戒法、教師法之救濟程序等），均屬本條所稱之「依訴願法提起訴願」
2. 法律若規定免除訴願等先行政程序，即無踐行訴願先行政程序之必要。例如：經聽證程序作成之行政處分，免除訴願及其先行政程序（行程§109）

(二) 例外

行訴§4III

訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。

訴願決定在撤銷或變更原處分時，因為變更了原處分的規制內涵，本身亦可能有獨立於原處分之外的侵害權利作用，而影響第三人（原處分利害關係人）之權利。此時，訴願決定已取代原處分，自居處分機關首次造成人民權利受侵害之可能性，應賦予該利害關係人毋庸再次訴願，直接以訴願決定為

15 李建良，行政訴訟十講，頁175-176

程序標的，請求撤銷訴願決定（以回復有利於己之原處分）之救濟機會¹⁶

四．須於法定期間內提起

行訴§106

(I)第四條及第五條訴訟之提起，除本法別有規定外，應於訴願決定書送達後二個月之不變期間內為之。但訴願人以外之利害關係人知悉在後者，自知悉時起算。

(II)第四條及第五條之訴訟，自訴願決定書送達後，已逾三年者，不得提起。

(III)不經訴願程序即得提起第四條或第五條第二項之訴訟者，應於行政處分達到或公告後二個月之不變期間內為之。

參 課予義務訴訟之特別實體判決要件

行訴§5

(I)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。

(II)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。

一．須以（特定內容的）行政處分為程序標的（依法申請之案件）

（一）實務舊例

人民向行政機關請求為（特定）行政處分之請求權基礎，應具有請求權結構之法規範始得為之。亦即所稱依法申請之案件，係指人民依據法律有向行政機關申請對其作成一定行政處分之權利而言。法律未規定人民有申請權，或法律並非規定人民得申請行政機關對其作成一定之行政處分者，均非上開法條規定之依法申請案件¹⁷

（二）實務近例

行訴§5所稱「依法申請之案件」，係指法令有賦予人民請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權。而個人是否具有公法上權利之認定，參照司法院釋字第469號解釋係採保護規範說，乃指法律明確規定特定人得享有權利；或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求者；或是如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨者為判斷標準¹⁸

（三）學說

行訴§5所稱「依法申請之案件」，指人民依法規享有請求行政機關作成特定行政處分之公法上權利。人民有無請求行政機關作成行政處分之權利，屬法律

16 台北高等行政法院108年訴字第546號判決

17 最高行政法院100年判字第2050號判決

18 最高行政法院110年度上字第53號判決

解釋問題，不以法律明文規定人民有「申請權」或明定人民「得申請」行政機關對其作成一定之行政處分者為限¹⁹

二．須行政機關「怠為處分」或「予以駁回」

三．須具備訴訟權能（怠為或駁回行政處分侵害權利或法律上利益）

（一）對已課予義務訴訟²⁰

1. 請求對自己作成行政處分

須為法律所定之申請人，始有權利受侵害之可能性

2. 請求對與自己利害相同之人作成行政處分

【案例】

本國人民甲與外國人民乙在國外結婚後，乙以依親為由，向我國駐外館處申請居留簽證遭駁回，甲提起課予義務訴訟，請求駐外館處作成居留簽證之行政處分，是否具備訴訟權能？

【實務、學說見解】

（1）肯定說²¹

A. 婚姻及家庭係受憲法制度性保障，應在憲法第22條概括保障範圍

B. 公政公約§23I規定：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」於兩公約施行後，家庭應受國家之保護，已經具法律效力之兩公約明文確認。有關維持家庭關係方面，民法親屬編且有具體規範。其中民法§1001規定夫妻之一方有請求他方與其同居之權利，該規定亦寓有促使夫妻共同生活，互助圓滿形成家庭，發揮前揭家庭功能之內涵。本國人民因其生活重心在我國，有選擇與其配偶在我國同居，展開家庭生活之自由。此夫妻在臺團聚目標之達成，端賴其外籍配偶向我國駐外館處申請之居留簽證獲准，始得實現。鑒於夫妻團聚共同生活係屬家庭制度之核心領域，從而，本國人民其外籍配偶向我國駐外館處申請簽證遭否准，應認該本國人民受國家法律保護之權益直接受有損害，其得以利害關係人身份循序提起行政訴訟

（2）否定說（實務²²）

人民根據行訴§5II提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為其要件。如果對於人民依法申請遭駁回之事件，法令上並未賦予第三人有為其申請之公法上請求權，第三人即不可能因主管機關之駁回該項申請而有權利或法律上利益受損害之

19 李建良，行政訴訟十講，頁209

20 主要整理自李建良，行政訴訟十講，頁217-220

21 最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議林玫君法官研究意見

22 最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議。

情形。依申請居留簽證之相關法令規定²³可知，得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，該外國國民之本國配偶，並無為其申請居留簽證之公法上請求權。因此，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴

(3) 肯定說²⁴

訴訟權能之判斷，並非就特定之個案事實判斷系爭權利之實際歸屬問題，而僅取決於原告提出之主張，由行政法院審酌原告之權利或法律上利益是否可能因行政行為之作為或不作為而受有損害。駁回處分之利害關係人，如憲法或其他法律保障之權利受有損害，亦具備提起課予義務訴訟之訴訟權能

本件中，甲得主張其受憲法保障之婚姻權與家庭權，因內政部拒絕許可其配偶乙長期居留而（可能）受有損害。是以，甲應為系爭駁回處分之利害關係人，而具備提起課予義務訴訟之權能

然而，縱使甲具備訴訟權能，亦不具備提起課予義務訴訟之「本案適格」，蓋實體法上請求居留簽證之權利係歸屬於外籍配偶乙，乙之本國配偶甲並非居留簽證之法定申請人，非系爭課予義務訴訟之「本案適格原告」，其請求與實體法要件不符，行政法院應以「無理由判決」駁回之

【例題】104司法官

本國籍男子甲於民國 104 年初與 A 國女子乙，在 A 國辦理結婚登記，乙持結婚證書向外交部所屬駐 A 國代表處申請結婚文件證明及來臺居留簽證，駐 A 國代表處經面談結果，以甲及乙對結婚重要事實陳述不一及作虛偽不實之陳述，依外交部及駐外館處文件證明條例第 11 條第 1 項第 3 款及外國護照簽證條例第 12 條第 1 項第 4 款規定，分別以函文不予受理乙結婚文件證明之申請及駁回乙來臺居留簽證之申請（以下

23 外國護照簽證條例§11：「居留簽證適用於持外國護照，而擬在我國境內作長期居留之人士。」§12：「外交部及駐外館處受理簽證申請時，應衡酌國家利益、申請人個別情形及其國家與我國關係決定准駁；……」同條例施行細則§6：「外交部及駐外館處應審酌申請人身分、申請目的、所持外國護照之種類、效期等條件，核發適當種類之簽證。」

24 李建良（2022），〈訴訟權能、訴訟實施權與本案適格的觀念辨正——兼論行政訴訟法之「當事人不適格」〉，《月旦法學教室》，238期，頁47, 50；李建良，行政訴訟十講，頁220。相同意旨，參111年憲判字第20號判決謝銘洋大法官不同意見書：「課予義務訴訟，其實重要的是人民的權利或法律上利益，因為行政機關依法有為特定內容的行政處分的義務而拒絕為之或怠於作為而受有損害，而訴請行政機關為特定內容的行政處分。至於人民提出的申請是否「依法」為之，或者是否有公法上請求權，此乃判斷請求是否合於程序要件（例如是否於法定期間內提出），或是其請求實體上是否有理由的問題，而不應該是訴訟主體資格的問題，或是得否提出課予義務訴訟的前提要件。更何況，人民縱使依其所申請事項所依據之法規範無法從解釋上得出其具有公法上請求權，其於其他憲法上所保障之基本權利或法律上利益仍可能因行政機關未為授益之行政處分而受有損害。」

合稱原處分)。請問：

甲就乙之文件證明及簽證申請是否具有法律上之利害關係？若甲不服原處分，提起訴願被駁回後，得否以自己名義提起行政訴訟（請分別就撤銷訴訟及課予義務訴訟論述之）？

【答題提示】

（一）甲之訴訟權能

111年憲判字第20號判決：「憲法第22條所保障之婚姻自由，除保障人民是否結婚及選擇與何人結婚外，還包括與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利（司法院釋字第791號解釋參照）。於本國人與外國人成立婚姻關係之情形，如國家為維護國境安全、防制人口販運、防範外國人假借依親名義來臺從事與原簽證目的不符之活動等，而否准外籍配偶來臺簽證之申請，勢必影響本國（籍）與外籍配偶之共同經營婚姻生活，而限制其婚姻自由。就此等婚姻自由之限制，外籍配偶固得依法提起行政救濟，本國（籍）配偶亦應有適當之行政救濟途徑，始符合憲法第16條保障人民訴訟權，有權利即有救濟之意旨。」

（二）得否提起訴訟

111年憲判字第20號判決：「行政訴訟法第5條第2項規定：「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。」其中「依法申請之案件」之規定，為人民依本條規定提起課予義務訴訟之要件。按外國護照簽證條例（下稱簽證條例）第1條及第6條規定，外交部或駐外館處核發簽證之對象為持外國護照者。故僅持外國護照者始能依簽證條例之規定，依其申請來我國之目的及條件，申請外交部或駐外館處核發適當之簽證，屬持外國護照者專屬之權利，本國（籍）配偶尚非得依簽證條例所定得申請簽證之人，並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，故依法尚無提起課予義務訴訟之權利。然而有關機關之拒發簽證予其外籍配偶之否准處分，就本國（籍）配偶之上開憲法上權利而言，自己具侵害其權利或法律上利益之不利處分之性質，本國（籍）配偶就此等不利處分，自非不得對之例外依法提起訴願及撤銷訴訟，以保障其訴訟權。」

1. 撤銷訴訟(+)

2. 課與義務訴訟(-)

(二)對第三人課予義務訴訟

請求人請求「對與其利害相反之第三人」作成特定之行政處分，須有足以支

持其請求之「保護規範」，始具備提起課予義務訴訟之訴訟權能²⁵

四．須先經訴願程序

(一) 怠為處分之課予義務訴願（訴願§2I）

(二) 駁回處分之課予義務訴願（訴願法無明文）

關於課予義務訴訟之訴願先行政程序，訴願法就「駁回處分之課予義務訴願」並無明文，必須透過法律解釋，將訴願§1I所稱之「行政處分」，解為包括「駁回處分」在內，俾以建構課予義務訴願之體系²⁶

五．須遵守法定訴訟期間（行訴§106）

(一) 須經訴願程序者

1. 訴願人：訴願決定書送達起 2 月

2. 利害關係人：知悉起 2 月，或至訴願決定書送達起 3 年

(二) 不須經訴願程序者

1. 駁回處分之課予義務訴訟：處分達到或公告起 2 月

2. 怠為處分之課予義務訴訟：應作為期間屆滿起 3 年

肆 行政處分無效確認訴訟之特別實體判決要件

行訴§6I

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。

一．須以行政處分之無效性為確認標的

二．須先經行政程序請求確認行政處分無效

行訴§6II

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。

三．須有即受確認判決之法律上利益²⁷

(一) 就處分相對人而言，因無效之行政處分，乃嚴重違法的行政處分，原則上應具備具備確認利益

(二) 就處分利害關係人而言，其是否具備確認利益，解釋上與行程§113II「正當理由」相同，須依原告之主張，就個別具體情況判斷其是否為值得保護之利益，可資考量者如：系爭處分有強制執行或重複發生的危險、系爭處分之存在對第三人產生某種負面效應等。原告之利益（包括法律上、經濟上或情感上利益）若得因系爭處分無效之確認而獲得改善者，即屬之

25 李建良，行政訴訟十講，頁217

26 李建良，行政訴訟十講，頁221-223

27 李建良，行政訴訟十講，頁294-295

伍 行政處分違法確認訴訟之特別實體判決要件

一. 須以「因已執行完畢或其他事由而消滅之行政處分」為確認標的

行程§110III：「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。」是以，行政處分如經「撤銷」、「廢止」或「因其他事由而失效」者，其效力即不復繼續存在。此即所謂行政處分之「失效」，學理上習稱之「解決」或「消滅」。其情形包括²⁸：

(一) 因撤銷或廢止而消滅

(二) 因已執行且無回復原狀可能而消滅

「已執行」(含強制執行、自動履行)之行政處分，如亦「無回復原狀可能」，該行政處分歸於消滅²⁹：

1. 若行政處分執行後所生之權利變動狀態，於行政處分撤銷後，得還原至執行前之權利狀態者，尤其該行政處分之存在，構成執行狀態的法律上基礎者，此類處分不因執行完畢而消滅

【如】以剝奪人民特定動產所有權為規制內涵之行政處分(如沒入處分)，於執行後，該處分為國家取得該物所有權之法律上基礎，其效力不因執行完畢而消滅；不過，若沒入物因銷毀或拍賣而不存在者，即構成無回復原狀可能而消滅

2. 若行政處分係課予一次或一時性的義務，一旦執行即達規制目的，既不具持續效力，亦無後續之執行費用等衍生性義務，此類處分經執行完畢即告消滅

【如】臨檢措施中，警察命特定人接受檢查、出示證件等(屬課予容忍義務、行為義務之不利處分)，此類處分一旦執行，其目的即已達成，亦無回復原狀之可能，處分即歸於消滅

(三) 因其他事由而消滅

其他行政處分的廢棄「毫無意義(實益)」的情形³⁰：

1. 因期間經過而消滅
2. 因規制標的滅失或不存在而消滅
3. 因處分相對人死亡而消滅

【例題】110司律

A醫院係全民健康保險特約醫事服務機構，於民國(下同)103年間因違反有關規定，先後經衛生福利部中央健康保險署(下稱健保署)依全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法(下稱特約及管理辦法)第36條規定，予以違約記

28 李建良(2002)，〈行政處分的「解決」與行政救濟途徑的擇定〉，《台灣本土法學雜誌》，40期，頁106-109

29 李建良，行政訴訟十講，頁255-261

30 李建良，行政訴訟十講，頁262-266

點，共達3次，但A醫院對此3次記點均未提起救濟。同年12月間A醫院再有違反，健保署乃依特約及管理辦法第38條第2款規定，予以停約一個月（自104年1月1日起至同月31日止）。104年11月間，A醫院又因違反有關規定，經健保署依特約及管理辦法第40條第1項規定，終止特約1年（105年1月1日起至同年12月31日止）。嗣A醫院於106年1月間向健保署申請特約，健保署乃依特約及管理辦法第5條第1項第1款規定，通知A醫院不予特約。試問：如A醫院於103年12月20日收到停約一個月之通知後，對其遭受停約一個月之處置有所不服，經複核、爭議審議等程序後未獲救濟，104年3月間欲提起行政訴訟，其訴訟類型應為何？

【擬答】

（一）程序標的為行政處分

1. 按行政救濟制度之建構，係以行政機關之行政行為態樣為基準，分設不同訴訟類型及其程序要件。本件A醫院不服系爭「停約一個月」之處置，應提起何種訴訟類型，首須探究系爭處置之法律性質。
2. 查全民健康保險法有關停約之規定，乃法律為限制契約自由、維護公益，授權健保署作成單方高權行為。故系爭停約處置，應係健保署立於機關地位，就醫事服務機構是否符合法定要件予以判斷，所作成發生法律效果之單方高權行為，具行政處分之性質（最高行政法院95年7月份第1次庭長法官聯席會議決議參照）。

（二）A應提起違法確認訴訟

本件A醫院既係以行政處分為程序標的提起行政訴訟，可資考量之訴訟類型，為行政訴訟法第4條之撤銷訴訟。惟查，A醫院提起行政訴訟時，該停約一個月之期間早已經過，系爭停約行政處分之效力業已消滅，無從提起撤銷訴訟。是以，甲應依行政訴訟法第6條第1項後段，提起「行政處分違法確認訴訟」，以滿足其救濟需求。

二、須有即受確認判決的法律上利益

違法確認訴訟之所由設，在於確認行政處分的違法性或公法上請求權之存在，蘊含保護人民免於公權力侵害、建立無漏洞權利保護體系的旨意。是以，此確認利益，應作「原告有請求確認之正當理由」解，著眼於透過法院判決確認行政處分違法，得以讓原告獲得何種法律上的保護。原告有請求確認之正當理由，主要有以下案型³¹：

（一）防止違法之重複發生

行政機關有重複作成已消滅行政處分之可能，且原告再次對之提起行政爭訟，亦將再次發生消滅之情形，經由違法確認判決可確立未來的法律適用原則，應認為具備確認利益

31 主要整理自李建良，行政訴訟十講，頁269-272

釋字第546號解釋

本院院字第二八一〇號解釋：「依考試法舉行之考試，對於應考資格體格試驗，或檢覈經決定不及格者，此項決定，自屬行政處分。其處分違法或不當者，依訴願法第一條之規定，應考人得提起訴願。惟為訴願決定時，已屬無法補救者，其訴願為無實益，應不受理，依訴願法第七條應予駁回。」旨在闡釋提起行政爭訟，須其爭訟有權利保護必要，即具有爭訟之利益為前提，倘對於當事人被侵害之權利或法律上利益，縱經審議或審判之結果，亦無從補救，或無法回復其法律上之地位或其他利益者，即無進行爭訟而為實質審查之實益。惟所謂被侵害之權利或利益，經審議或審判結果，無從補救或無法回復者，並不包括依國家制度設計，性質上屬於重複發生之權利或法律上利益，人民因參與或分享，得反覆行使之情形。是人民申請為公職人員選舉候選人時，因主管機關認其資格與規定不合，而予以核駁，申請人不服提起行政爭訟，雖選舉已辦理完畢，但人民之被選舉權，既為憲法所保障，且性質上得反覆行使，若該項選舉制度繼續存在，則審議或審判結果對其參與另次選舉成為候選人資格之權利仍具實益者，並非無權利保護必要者可比，此類訴訟相關法院自應予以受理，本院上開解釋，應予補充。

(二) 作為請求賠償的基礎

(三) 除去違法處分造成的負面效應

【如】主管機關對於某商店進行臨檢措施，該臨檢處分雖因執行完畢而消滅，但該商店因遭臨檢而對外界產生的負面效應仍然存在，有藉確認判決予以除去之法律上利益

三. 須原告不得提起撤銷訴訟

四. 須遵守起訴期間

行政處分於其效力消滅前，因處分相對人或第三人逾越救濟期間或未踐行法定先行程序，而生形式存續力者，即使處分嗣後效力消滅，應不許再提起違法確認訴訟，以免破壞行政處分效力制度。就此意義言，行政處分效力消滅前應遵守之救濟期間，構成違法確認訴訟之救濟期間³²；原告若怠於提起訴願及行政訴訟，聽任行政處分確定，始提起無起訴期間限制之確認訴訟，即為法所不許

32 李建良，行政訴訟十講，頁272-274

【例題】98書記官改編

甲經營一家瓦斯公司，於營業處所存放有液化石油氣鋼瓶80桶。經主管機關稽查發現其未申請領有液化石油氣儲存場所證明書，乃認甲違反消防法第15條規定，於112年3月1日，依消防法第42條規定，將裁處甲10萬元罰鍰，並停業60日之處分書，送達於甲。試問：

（一）甲不服，於112年3月2日提起訴願，遭駁回後，續向高等行政法院提起行政訴訟。訴訟進行中，於112年5月10日，甲應為如何之聲明，始得續行訴訟？

（二）甲不服，於112年4月10日提起訴願，遭駁回後，續向高等行政法院提起行政訴訟。高等行政法院應為如何之裁判？

【擬答】

（一）甲應聲明轉換為行政處分續行違法確認訴訟

1. 按撤銷訴訟進行中，如行政處分有消滅之事由而失效者，因行政法院已無從撤銷，依行政訴訟法第196條第2項，於原告有確認利益時，行政法院得依聲請，將撤銷訴訟轉換為處分違法確認訴訟，此即學理上所謂「續行違法確認訴訟」。
2. 查本件，甲對系爭處分提起撤銷訴訟，於撤銷訴訟進行中，系爭處分在「命停業60日」部分，因命停業期間業已屆滿，其效力歸於消滅（至「裁處10萬元罰鍰」部分，縱已執行，仍有回復原狀可能，系爭處分效力尚有效存在）。準此，甲應聲請法院，於系爭處分「命停業60日」之範圍內，轉換為行政處分（續行）違法確認訴訟。
3. 又依行政訴訟法第196條第2項，行政處分續行違法確認訴訟之提起，須原告有「即受確認判決之法律上利益」。而此確認利益，應作「原告有請求確認之正當理由」解，如原告提起確認訴訟，係為防止違法之重複發生、除去違法處分之負面效應，或作為請求國家賠償之基礎，即應認有確認利益。
4. 查本件，甲對於系爭處分之違法，是否有經由行政法院判決確認之必要，可資考量者，為經由法院判決之確認，得「作為請求賠償的基礎」。甲如在行政訴訟程序中確認系爭處分之違法性，即得以之為基礎，就所生之營業損失，提起國家賠償訴訟請求賠償。是應認甲提起續行違法確認訴訟，具確認利益。

（二）高等行政法院應以裁定駁回甲之訴訟

1. 按違法確認訴訟之制度旨趣，乃為濟撤銷訴訟之窮，在撤銷訴訟無從提起時，提供無漏洞之權利保護。在此前提下，如原告因逾越訴願期間或怠於提起訴願，致行政處分已發生形式存續力（行政程序法第110條第3項參照），依法不得提起撤銷訴訟者，應不許其再提起違法確認訴訟，否則與違法確認訴訟之制度意旨有背，更破壞行政處分之效力制度。
2. 查本件，甲提起訴願時，已逾越訴願提起之法定期間（訴願法第14條第1項參照），行政處分已發生形式存續力，依法不得提起撤銷訴訟。此時，其提起違法確認訴訟，應認起訴不合程式，又不可補正，行政法院應以裁定駁回其訴（行政訴訟法第107條第1項第10款參照）。

陸 一般確認訴訟之特別實體判決要件

行訴§6I

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。

一. 須以「公法上法律關係之成立或不成立」為確認標的

最高行政法院111年抗字第312號裁定

確認公法上法律關係成立或不成立訴訟，其所稱之公法上法律關係，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。至法規、行政行為及事實均非法律關係之本身，故皆不得以其存否為確認訴訟之標的。

二. 須有即受確認判決的法律上利益

確認利益的判斷，指「原告主觀上認為其法律上之地位處於不安危險之狀態，且此種不安危險之狀態，能以且應立即以確認判決除去者」而言³³

三. 須原告不得提起撤銷訴訟（補充性原則）

行訴§6III

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。

補充性原則的法理基礎：

（一）訴訟經濟考量

因確認判決僅具有「宣示性」作用，不若撤銷訴訟、課予義務訴訟、一般給付訴訟判決具有形成、作為執行名義之效力，且撤銷判決、給付判決亦兼含確認之功能，故原告若能藉形成訴訟、給付訴訟而獲得救濟者，本於訴訟經濟的考量，立法者以此備位規定明文排除一般確認訴訟之適用³⁴

（二）防止規避撤銷訴訟與課予義務訴訟之實體裁判要件

撤銷訴訟與課予義務訴訟具有特殊的實體裁判要件，其中「訴願前置」與「起訴期間」此二要件，具有維護行政處分存續力的功能。原告如遲誤起訴期間、未提起訴願者，仍得提起無起訴期間限制之一般確認訴訟（確認行政處分所生法律關係存否），則無異於使撤銷訴訟、課予義務訴訟有關起訴期間、訴願前置規定的功能隨之落空。是以，備位原則具有「藉由鞏固撤銷訴訟、課予義務訴訟的專屬排他性，以維護行政處分存續力」的功能³⁵

33 主要整理自李建良，行政訴訟十講，頁359-360

34 李建良，行政訴訟十講，頁360；劉淑範（2003），〈論確認訴訟之備位功能：行政訴訟法第六條第三項之意涵與本質〉，《人文及社會科學期刊》，15卷1期，頁61-65

35 劉淑範，前揭註34，頁66-69

柒 一般給付訴訟之特別實體判決要件

行訴§8I

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。

一. 須以「行政處分以外之財產上或非財產上給付」為程序標的

一般給付訴訟之程序標的，為「行政處分以外之行為」。行政處分以外之行為，行訴§8I 將之分為「財產上之給付」、「行政處分以外之其他非財產上之給付」及「公法上契約發生之給付」；又所謂「給付」，非僅指請求（積極）之作為，尚包括請求（消極）不作為。一般給付請求之體系，可以救濟目的（排除侵害／請求給付）區分³⁶：

(一) 排除侵害之訴訟

1. 排除侵害之作為訴訟：公法上結果除去請求權訴訟

(1) 意義

人民權利受公權力行為侵害，對於仍持續存在、具回復原狀可能之不法事實狀態，本於基本權之防禦功能，具有請求行政機關以行政處分以外之行為排除此一不法事實狀態，以回復原狀的行政法上實體權利，即「公法上結果除去請求權」³⁷

最高行政法院99年3月第1次庭長法官聯席會議

人民之財產權應予保障，憲法第15條定有明文。憲法所保障之人民基本權利，具有防禦權功能，人民於其基本權利受到國家侵害時，得請求國家排除侵害行為。國家之侵害行為如屬負擔行政處分，受害人民得主張該行政處分違法，損害其權益，依行政訴訟法第4條規定提起撤銷訴訟，以排除該侵害行為。國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第8條第1項所稱之「公法上原因」，受害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第8條第1項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵害行為。

(2) 要件³⁸

A. 須為公權力行為所造成的不法權利侵害事實狀態

(A) 執行結果：因行政處分之執行所造成之不法結果

(B) 一般結果：因行政處分之執行以外之公權力行為（行政事實行為）所造成之不法結果

B. 須侵害結果之除去在事實上可能

36 李建良，行政訴訟十講，頁303

37 林三欽（2002），〈公法上「結果除去請求權」之研究〉，《當代公法新論（下）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照，頁239

38 林三欽，前揭註37，頁245-250

倘違法侵害結果已不存在、無排除或回復可能，或違法結果已經合法化，即不得主張結果除去請求權；在救濟體系上應改為行使「損害填補請求權」（國家賠償或損失補償）

(3)救濟方式

A. 執行結果除去：撤銷訴訟（行訴§4）→回復原狀訴訟（行訴§196I）

行訴§196I

行政處分已執行者，行政法院為撤銷行政處分判決時，經原告聲請，並認為適當者，得於判決中命行政機關為回復原狀之必要處置。

應先訴請撤銷，以排除該行政處分之效力³⁹（撤銷判決）；再依行訴§196I聲請法院命行政機關回復原狀（給付判決）。回復原狀訴訟的訴訟類型，須視回復原狀行為之性質而定：

(A) 須以行政處分回復原狀：課與義務訴訟

(B) 須以行政處分以外之行為回復原狀：一般給付訴訟

B. 一般結果除去：一般給付訴訟

【例題】109司律

甲不滿立法院刻正審議的社會改革法案，利用A市政府舉辦國際運動會開幕之際，試圖持抗議布條闖入開幕典禮會場，以引起國際媒體的關注，結果遭到A市政府警察局所屬員警阻擋，並強制驅離。甲未達目的，氣憤難消，於是在個人臉書上發文：「A市政府警察局阻擋抗議的員警都是腦殘分子，躲在後面的市長乙是標準的龜孫子，其領導的市政府是烏龜集團」。甲發文一出，立即獲得網友交相按讚呼應。市長乙獲悉後震怒，乃透過市政府官方網站發布新聞稿（下稱系爭新聞稿），對甲進行反擊，痛斥：「甲不顧國家顏面，恣意妄為，簡直就是王八蛋」。

（一）甲認系爭新聞稿對其構成公然侮辱，欲請求自市政府網站移除，應提起何種訴訟？其請求權基礎為何？

（二）甲認為系爭新聞稿對其名譽及人格構成嚴重侵害，欲請求市長乙在市政府官方網站上公開道歉，應提起何種訴訟？其請求權基礎為何？

【擬答】

（一）

1. 甲應提起一般給付訴訟

(1) 按行政行為如侵害人民權利，應視該行政行為之態樣，由人民提起相應之行政訴訟以資救濟。國家之侵害行為如屬侵益行政處分，人民得依行政訴

39 因為行政處分有「存續力」（行程§110III：「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。」）如未先撤銷，其效力繼續存在，那執行行為自無不法可言，難以主張結果除去請求權

訟法第 4 條規定提起撤銷訴訟，以除去該行政處分之效力；國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之「公法上原因」，受害人民得主張該行政事實行為違法，侵害其權益，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵害行為（最高行政法院 99 年 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議參照）。

(2) 查本件，甲認為乙市長以新聞稿對其公然侮辱。該新聞稿雖係市長個人的發言，但與市長之職務有關，且刊登於市政府網站上，依其事務關聯判斷，應屬公權力行為（公法行為），惟並未發生法律效果，核屬行政事實行為。從而，甲應提起一般給付訴訟，請求行政機關排除該侵害事實行為所造成之不法事實狀態。

2. 請求權基礎為憲法基本權防禦功能所推導出之「結果除去請求權」

(1) 按行政機關之事實行為侵害人民權利，如造成持續存在且仍可排除之不法結果，受害人民得請求行政機關排除該違法侵害之事實狀態，回復至人民未受侵害前之原有狀態，此即學理上之「公法上結果除去請求權」。

(2) 又公法上結果除去請求權之法律依據，實務咸認為係由「基本權防禦功能」推導而出。是以，本件甲因系爭新聞稿，影響其名譽權之圓滿狀態；名譽權，為憲法第 22 條保障之權利（釋字第 656 號解釋、112 年憲判字第 8 號判決參照）。準此，甲請求移除系爭新聞稿的請求權基礎，乃憲法第 22 條保障人民名譽權之規定所推導而出之「結果除去請求權」。

（二）

1. 按人民之權利受行政行為侵害，如權利侵害之情事仍有排除之可能，應循行政爭訟程序，行使「權利防衛請求權」；若侵害排除已無排除之可能，損害已然造成，則應利用國家賠償制度，行使「損害填補請求權」。

2. 本件甲認為系爭新聞稿對其名譽及人格構成侵害，欲請求市長乙在市政府官方網站上公開道歉。考其救濟之目的，並非在於除去侵害其權利之新聞稿，而是欲填補該新聞稿對其權利所造成「無法除去」之非財產上損害；其所行使者，應係「填補損害」之請求權。

3. 從而，本件甲的請求權基礎，乃國家賠償法第 2 條第 2 項之規定。而國家損害賠償之方法，依同法第 5 條規定，適用民法規定。故甲得依民法第 195 條第 1 項後段，請求市長乙以「在市政府官方網站上公開道歉」之方式，作為回復其名譽之適當處分。

2. 排除侵害之不作為訴訟：預防性不作為訴訟

(1) 容許性⁴⁰

預防性不作為訴訟，旨在針對潛在可能發生之公權力侵害行為，事前予以防阻。此種訴訟在觀念上、制度上均應予肯認，蓋：

- A. 憲§16保障的訴訟權，最重要的是提供人民「及時有效」的權利救濟。因此，以落實人民權利救濟為旨趣的行政訴訟，其所提供的救濟管道自不應僅止於就已然發生的權利侵害，而應包含事前的預防救濟，以使權利救濟得具有「及時性」與「有效性」
- B. 司法權可能過度侵犯行政權的疑慮，或可透過提高起訴門檻的方式排除之，在權利保護必要性的判斷上嚴格要求，不應一概否定預防性不作為訴訟之制度存在

(2) 適用類型

A. 請求不作成行政事實行為

【如】某市立體育館即將舉行演唱會，預計在晚間十點以後發出大量噪音。鄰住戶甲認為系爭演唱會的舉行將危害其居住安寧，而侵及其憲法上保障之健康權，提起預防性不作為訴訟，請求行政法院判令市立體育館「未來不得在晚間十點以後舉行演唱會」

B. 請求不作成行政處分

【如】某縣政府對外表示，即將命乙建設公司停止興建摩天大樓。乙唯恐系爭命停工處分影響其憲法上保障之財產權、營業自由，提起預防性不作為訴訟，請求行政法院判令縣政府「不得作成命乙停工之處分」

(3) 權利保護必要性

預防性不作為訴訟，在行政機關作成特定行政行為之前，即由行政法院以判決預以阻斷之，不無司法權干預行政權之疑慮。因此，人民提起預防性不作為訴訟須有特殊之正當理由（何以不能等到行政行為作成後再循事後救濟除去之），始具備權利保護必要⁴¹。在判斷上，應綜合判斷以下⁴²：

- A. 權利侵害的重大性
- B. 重複發生的可能性
- C. 事後救濟的不可期待性

(A) 以特定行政處分（之不成）為程序標的

行政法院預先介入行政處分權的作成，將干預行政機關的決定先手權，更有架空行政訴訟相關規範（尤其是行訴§116「停止執

40 李建良（2021），〈行政法上之預防性不作為訴訟〉，《月旦法學教室》，230期，頁34

41 李建良，行政訴訟十講，頁319

42 李建良，行政訴訟十講，頁319-320；李建良，前揭註40，頁38-43

行」)的制度旨趣、規避訴願前置程序的可能。因此，於是否有「事後救濟的不可期待性」，應從嚴審視。可資考量的因素如：系爭處分是否已多次以同樣內容作出、是否可能瞬息消滅、是否一旦執行將造成難於回復之損害

(B) 以特定行政事實行為（之不作为）為程序標的

請求不作为特定事實行為的預防性不作为訴訟，問題複雜性較低，僅須個案判斷是否有事後救濟的不可期待性

(二) 請求給付之訴訟

1. 請求非財產上給付之訴訟

(1) 請求具體行政行為：事實行為給付請求權

【如】請求修築道路、設置隔音牆、設置無障礙設施設備

(2) 請求抽象行政行為：法規命令制定請求權

人民在實體法上如有「規範制定請求權」⁴³，得主張行政機關未發布特定法規而違法（包括已發布之法規涵蓋過窄），並以「請求發布法規」為程序標的提起一般給付訴訟

2. 請求財產上給付之訴訟：以公法上不當得利請求權為例

(1) 因行政契約所生之公法上不當得利請求

行政機關如欲貫徹契約權利，與私法契約相同，須向行政法院起訴，取得勝訴判決後，再以之作為執行名義，依行政訴訟法規定聲請強制執行⁴⁴

(2) 因行政處分所生之公法上不當得利請求

A. 一般給付訴訟說

最高行政法院104年度6月份第1次庭長法官聯席會議(一)

按行政程序法第127條第1項規定，目的在使行政機關所為授益行政處分因違法經撤銷等原因而溯及失其效力，受益人應返還因該處分所受領之給付，其條文立法原係繼受德國聯邦行政程序法第48條，但並未有如該法第49條之1第1項後段之規定「應返還之給付，以書面之行政處分核定之」而賦與行政機關得以行政處分命人民為給付之法律基礎。本件原告雖有將申購之優惠漁船油用於從事非漁業行為，而該當漁業動力用油優惠油價標準第13條第1項第7款之規定，惟該標準內並未另賦與主管機關得以行政處分命人民為給付之依據，該規定僅係重申漁業人應返還公法上不當

43 此種實體法上的規範制定請求權，必須從法律推導而出，亦即存有一課予行政機關制定法規命令義務之法律，且該法律同時具有保護個人利益之意旨，因未發布特定法規而受害之人民始有此請求權。參程明修（2005），〈請求行政機關訂定法規命令之行政訴訟〉，司法院行政訴訟及懲戒廳編，《行政訴訟制度相關論文彙編第4輯》，頁152-154

44 江嘉琪（2008），〈行政契約：第六講 行政契約請求權的貫徹與行政契約的爭訟〉，《月旦法學教室》，67期，頁33

得利之意旨，並不得解為主管機關有單方以行政處分裁量命漁業人返還不當得利之核定權。至行政執行法施行細則第2條第4款所稱之「其他公法上應給付金錢之義務」應指除該條第1至3款稅款等外，得由行政機關單方以行政處分裁量核定人民金錢給付而言，惟本件被告機關既未有得單方以行政處分裁量命原告返還不當得利之核定權，自無由依行政執行法第11條第1項以處分文書或書面通知限期履行作為執行名義，而須另行提起給付訴訟，以取得執行名義。本件被告機關以函文通知漁業人繳回優惠油價補貼款，並未對外直接發生下命原告繳回優惠油價補貼款或確認給付種類、金額之法律效果，核屬觀念通知，而非行政處分。

B. 作成行政處分說

(A) 德國實務的「反面理論」⁴⁵

在行政機關溯及撤銷或廢止授益行政處分後所產生的公法上不當得利，聯邦行政法院認為，相關的問題點均適用與原作成該處分的法律基礎；因此，行政機關在無其他法律明文授權的情況下，亦得逕以行政處分付諸行政執行，以實現其公法上返還請求權。這種公法上不當得利返還請求權，正好是人民原有、對於授益處分之給付請求權的反面，故稱「反面理論」。反面理論原在德國學說有正反意見，但因為德國聯邦行政程序法將之明文化，爭議隨之失其實益

(B) 反面理論探微：法律保留的適用範圍⁴⁶

「反面理論」之贊成說與反對說所相持不下者，其實與我國實務中的爭議同，盡在於行政機關，在無法律明文授權下，究竟得否逕以行政處分之方式行使公法上不當得利返還請求權的問題：

- I. 否定論者認為，該請求權之行使，為對於人民的一種負擔，應受法律保留的限制
- II. 肯定論者則從法理解釋，認為法律既授權行政機關得以行政處分方式撤銷或廢止原處分，殊無撤銷或廢止原處分的終極目的，亦即公法上不當得利返還請求的此一法律效果，不能自為決定，反而必須轉交法院處理的道理

(C) 法律保留的適用意見

法律保留原則是否必須嚴格到一切干預保留的程度，相當令人懷疑；德國聯邦行政程序法，為平息爭議所為的規定，也不過是「應返還之給付，應以書面行政處分確定之」簡單一語，其

45 林明昕（2006），〈行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利——以因授益處分所造成之給付型不當得利為中心〉，氏著，《公法學的開拓線——理論、實務與體系之建構》，元照，頁272-274

46 林明昕，前揭註45，頁275

規範的實質內涵，與直接依據法理，而作成返還請求的書面處分，有何兩異？⁴⁷

實務見解似乎認為「凡未法律明文，即不得為行政處分」，浙江「把法律保留原則推向另一個高峰」，因為法律保留其實只需要控制「侵益行為」有法律依據，不應該控制到連「侵益行為的『形式』（行政處分、行政契約、行政事實行為等）」都要受到法律的束縛⁴⁸

C. 爭議的落幕：新修正行程§127IV

行程§127

(I)授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付。其行政處分經確認無效者，亦同。

(II)前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定。

(III)行政機關依前二項規定請求返還時，應以書面行政處分確認返還範圍，並限期命受益人返還之。

(IV)前項行政處分未確定前，不得移送行政執行。

【例題】111郵政

因為 COVID-19 疫情擴大影響經濟弱勢生計，衛生福利部於民國 110 年提出「110 年因應疫情擴大急難紓困實施計畫」，申請期間僅限同年 6 月 4 日至 30 日。甲市市民 A，因疫情導致收入大幅減少，自認符合申請條件，爰於該期間內申請生活補助，經甲市公所核定給付新臺幣兩萬元，經造冊後報請衛生福利部撥款匯入 A 之金融帳戶。事隔一年，經審計部查核，以 A 不符合申請紓困金資格並通知甲市公所。因此，甲市公所遂撤銷原處分並函知 A 應於一個月內返還急難紓困金兩萬元。請申論下列問題：甲市公所要求返還兩萬元，是否合法？該通知函的法律性質為何？如 A 逾期仍不還款，甲市政府應如何處理？

二. 須具備訴訟權能

提起一般給付訴訟，亦須原告之權利受有侵害之可能性（行訴§9 反面解釋）

47 林明昕，前揭註45，頁275-276

48 林明鏘（2016），〈撤銷授益行政處分之返還義務與執行——兼評最高行政法院104年6月份第一次庭長法官聯席會議決議及104年12月30日修正行政程序法第127條〉，《月旦法學教室》，165期，頁11-12

三．須不得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟

(一)一般給付訴訟與撤銷訴訟的備位關係

行訴§8II

前項給付訴訟之裁判，以行政處分應否撤銷為據者，應於依第四條第一項或第三項提起撤銷訴訟時，併為請求。原告未為請求者，審判長應告以得為請求。

【如】請求排除被徵收土地上之柏油及交通設施，須先循序提起撤銷訴訟，於請求撤銷徵收處分時併為請求

(二)一般給付訴訟與課予義務訴訟的備位關係⁴⁹

最高行政法院109年上字第996號判決

行政法院並未具有上級行政機關之功能，不得取代行政機關而自行決定，故依行政訴訟法第8條所規定因公法上原因發生財產上之給付，而提起一般給付訴訟，其請求金錢給付者，必須以該訴訟可直接行使給付請求權時為限。如依實體法之規定，尚須先由行政機關核定或確定其給付請求權者，則於提起一般給付訴訟之前，應先提起課予義務訴訟，請求作成核定之行政處分。

1. 法規若明文規定或依其規範體系及意旨可知，人民之請求須具備核准處分之要件，例如法律明定行政機關須對人民之請求為準駁之決定，或者法律設有申請要件（積極要件或消極要件）、申請程序（例如申請期限）等事項，又或行政機關對於給付之提供享有判斷餘地或裁量空間，須進行價值判斷或利益權衡方能作出准駁之決定者，則受請求之行政機關即應為準駁之行政處分，人民受駁回或怠為處分時，應提起課予義務訴訟救濟
2. 反之，若無前述情形，行政機關對於人民請求所為之准駁決定，原則上不具獨立行政處分之性質，而僅屬附隨於行政事實行為之必要程序，人民請求未果時，即可直接提起一般給付訴訟

【如】土地徵收之徵收補償費請求，雖係請求「行政事實行為（公法上財產給付）」，惟因土地徵收條例§30I, II規定：「被徵收之土地，應……補償其地價。」「前項市價，由直轄市、縣（市）主管機關提交地價評議委員會評定之。」是被徵收土地之補償價額，須經主管機關據以核定補償處分後，始得確定人民之給付請求權，故人民應先循序提起課予義務訴訟，不得直接提起一般給付訴訟⁵⁰

⁴⁹ 李建良，行政訴訟十講，頁233-236

⁵⁰ 最高行政法院109年大字第1號裁定