


## 許宗力老師學說精要(中)

[許宗力老師學說精要\(上\)](#) 編目：行政法

## 四、職權命令的問題註 1：

## (一)職權命令之意義及定位：

Q：「職權命令」在我國憲法秩序與現行法律規定下應如何界定？其訂定應經何種程序？

A：關於「職權命令」如何界定及是否應承認其法地位？許宗力老師分別於三篇文章探討，其最早期的文章係採「行政規則說」，次採「獨立法規命令說」，而於近期文章則更進一步確定「職權命令」的適用範圍，並肯定其法律地位。茲分述之：

(一)甲說—行政規則說(許宗力註 2、廖義男教授)：中央法規標準法第七條係規定以「下達」之方式為之。只有行政機關內部上下層級關係中，才有所謂「下達」行政規則，生內部法之效力，而不具對外效力。

(二)乙說—獨立法規命令說(許宗力老師在翁岳生教授祝壽論文集註 3)：此說認為職權命令為理論上「應領而未領通行證」，事實上具有獨立法規命令之性質，法院應採用最嚴的審查標準(強烈內容審查標準)。蓋其原屬法律保留的範圍，應經法律授權卻未經授權的「事實上」獨立命令。此等命令未經立法者監督，開啓行政權僭越立法者地位以命令代替法律。因此，法院應適用強烈內容審查標準。從而，法院必須對命令內容作具體而詳盡的深入分析，若法院無法確信命令訂定機關的評價是正確的，舉證責任應由行政機關負擔。

(三)丙說—職權命令之承認說(許宗力老師註 4)：所謂職權命令，係指行政機關無庸法律授權，依法定職權對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定註 5。其與授權命令同屬法規命令，所不同者，在於職權命令無法律之授權；而授權命令有法律之授權。

1.從最適功能結構理論推衍出行政機關有訂定職權命令的合憲性基礎：行政權在憲法上是否擁有獨立訂定法規命令的固有權限？關此問題，追根究底，須從法律保留的源頭，亦即權力分立原則談起。許宗力老師註 6 提出功能取向分析法以詮釋權力分立原則。換言之，權力的區分與不同功能配置不同機關，其主要目的無非在於要求國家決定能夠達到「盡可能正確」的境界。從而，為求能達到該境界，各個國家事務只能視其性質、內容，分配由在組成結構與決定程序等各方面均具備最佳條件者，亦即，由「功能最適」的國家機關來擔當作成。據此推演，以立法權而言，其功能具有



多元民主基礎、立法程序繁瑣、謹慎與公開、並透明。從而，導出某特定國家事務僅能由立法者以法律定之，始能符合「盡可能正確」的境界，而驗證出法律保留原則。以行政權而言，其功能為行政權具有專業性、靈活、彈性、快速、效率等功能。因此，導出某些特定事項無須法律授權，由行政權自行以命令規範，反而更能達到「盡可能正確」的境界，而驗證出職權命令的合憲性基礎註 7。

2. 行政程序法並未否定職權命令，僅係不使其適用嚴格的法規命令之制訂程序註 8：行政程序法第 150 條第 1 項有意不規定職權命令的原因，並非立法者明文否定職權命令之存在，而係有意不使同為法規命令的職權命令適用嚴格的行政程序法規定的程序。其未規定職權命令的原因有二註 9：

(1) 避免行政機關誤以為「有組織法即有行為法」：本法係為避免延續與中央法規標準法第 7 條相同的立法體例，以避免行政機關繼續誤以為「有組織法即有行為法」的錯誤印象。又本法雖然未將「職權命令」納入規範，但並不表示「職權命令」並非「法規命令」之下位概念，僅係行政程序法所規定之嚴格的命令制定程序僅適用於授權命令，而不適用於職權命令。

(2) 職權命令本質上不須適用行政程序法所規定的程序要求：若吾人肯認職權命令僅止於對人權影響輕微、比較不具公共利益重要性之技術性、細節性事項，及緊急事項，則以職權命令之本質而言，其根本不須適用嚴格的命令制定程序之程序法要求。

(四) 丁說一有條件限制職權命令存在說(董保城、法治斌教授)：董教授認為，於現今行政不但應對立法負責，也同時應對人民負責，特別是當行政直接來自於人民之選舉產生者(即行政之民主正當性係基於人民之選舉)。在法治國原則下，行政固然應遵循依法行政原則，惟法律或法律授權未完備，致法律之立法意旨及目的無法達成時，此時行政本於對人民負責之職責，即應訂定相關補充規定(職權命令)以補法之未備，此乃為法治責任政治之落實註 10。惟其係肯認行政機關須在符合相當之條件下，才可以制訂職權命令註 11。而董教授尚提出職權命令有三點繼續存在的必要性與必然性註 12：

1. 職權命令的存續係實然問題：我國過去長期戒嚴的結果，造成立法不彰，行政權獨大而孳生繁衍。時至今日，職權命令無論其名稱、定義如何，其數量相當龐大，其存續已非「應然」面而是「實然」面之問題。大法官會議亦肯認其存在，僅審查其是否侵害人民之基本權利，而不問其有無法律之明文授權註 13。

2. 給付行政效能的考量：今日社會變遷不已，行政機關的職能由消極干預進而積極給付，舉凡大小事項概以法律定之，一切法典化，而不讓行政機關有可乘之機，不使政府藉無法律授權，而停擺一切給付行政事項，若堅守最嚴格意義之法律保留原則而有違給付行政的效能，則此實非人民之福。釋字第四四三號，亦肯認行政機關對於非重要之給付行政事項得制訂職權命令。

3. 國會仍可對職權命令作事後監督：我國中央法規標準法第七條規定，行政



機關基於法定職權所訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。又依立法院職權行使法第六十條規定，各機關基於法定職權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議，均屬於國會對於職權命令的事後監督。既然國會仍可就職權命令作事後監督，則立法院不致使該職權命令有如脫韁之野馬般被行政機關恣意制訂。

4.小結：職權命令為數眾多，亦與人民生活息息相關，不宜全然否定其存在。否則全面廢除的結果，反而影響人民原先存在的權利。例如大法官釋字第三百九十號解釋所審查的工廠設立登記規則即為職權命令之適例。

職權命令僅止於規範對人權影響輕微、比較不具公共利益重要性之技術性、細節性事項，及緊急事項，則以職權命令之本質而言，其根本不須適用嚴格的命令制定程序之程序法要求。

按行政程序法第一五八條第二款規定，法規命令無法律之授權而剝奪或限制人民之自由或權利者，無效。可知，本款係明文規定法規命令之無效，除未經法律授權外，尚須符合剝奪或限制人民之基本權的要件，其法律效果才會無效。所以，如果行政機關就給付行政為職權命令之制訂，且該職權命令亦未侵及人民之權利、或侵害極微，則該職權命令似乎並不會無效  
[註 14](#)。

## (二)我國歷屆大法官關於職權命令的解釋：

我國歷屆大法官對於職權命令的解釋，大致上可區分為三種態度：

- 1.法定職權說：大法官釋字第 155、172、341 號解釋認為，只要行政機關係根據其法定職權範圍內所為之職權命令，均不違憲。
- 2.執行法律說：大法官釋字第 189、247、344、363、367、425、479 等號解釋認為，行政機關只要是為執行法律所必要，毋待法律之授權，即有訂定命令之權限。且限於執行法律之補充性、細節性、技術性事項。
- 3.層級化法律保留說[註 15](#)：大法官釋字第 443 號解釋提出「層級化法律保留」之概念。亦即，該號解釋區分行政機關所為之法規命令，視其涉及人民基本權之程度與公共利益之大小而決定何等事項應由法律規定或法律授權或由行政機關本於固有權限得自行以職權命令定之。換言之，該號解釋區分為「絕對法律保留」(或「國會保留」)、「相對法律保留」(或「單純法律保留」)、「法律保留範圍外」(得由行政機關自行發佈命令之事項)。

## (三)職權命令之適用範圍(許宗力老師的見解)：

綜觀我國歷屆大法官解釋，似乎承認職權命令之存在，僅其適用範圍大小程度不同罷了。

- 1.對人權影響輕微的干預行政：根據大法官釋字第 443 號解釋，以干預行政的領域而言，涉及剝奪人民生命或限制人民身體自由者，屬於絕對法律保留範圍，須由立法者親自制定法律規範之；若涉及人民其他自由權利之限制，則屬相對保留範圍，宜由法律直接規範或由有法律明確授權之法規命令定之；若僅涉及對人民「產生不便或輕微影響」的其他自由權利之限制，則係指「執行法律之細節性、技術性次要事項」，並不適用法律保留原則，得由行政機關自行發佈命令為必要之規範。
- 2.不涉及公共利益重要性的給付行政：依上述大法官之相關解釋，於給付行政之領域，若涉及公共利益之重大事項，屬相對法律保留範圍；若並不涉及公共利益之重大事項，則不適用法律保留，而得由行政機關自行發佈命令以規範之。



3. 緊急事項：根據學者提出的「機關功能最適理論」，則不僅是非重要事項，即遇突發緊急事故而有採取急速應變措施必要的場合，縱使該急速措施可能侵及人民之基本權，或該急速措施所欲規範之公共事務極具重要性，但只要現實上無任何因應之法律存在，且未至總統發佈緊急命令的地步，則主管機關得自行發佈職權命令，以採取緊急救援或纾困措施，此即一般所稱「行政緊急權限」註 16。

#### 肆、行政處分

行政處分係國家機關對於特定之人民所為具體之法的意思表示，而具有外部法之性質。其對人民權益之影響甚大，所以學說對其討論甚廣，本文僅就此領域一些重要的概念及學說上較具爭議者加以整理，至於基本概念部分，則請讀者自行閱讀教科書及相關文獻。

##### 一、行政處分的概念註 17

司法院大法官釋字第 423 號解釋：「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分」此外，行政程序法第 92 條第 1 項與訴願法第 3 條亦規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」因此，行政處分之概念要素如下：(一)行政機關的行為；(二)直接發生法律效果的行為；(三)公法行為；(四)單方行為；(五)外部行為；(六)針對特定具體事件的行為。

Q：(一)行政處分與觀念通知之區別為何註 18、19？下列行為是否為行政處分？

- (二)公平交易委員會對於人民檢舉不成立之函覆？
- (三)公平交易委員會之「行業導正」？
- (四)行政執行程序之告誡？

A：

##### (一)行政處分與觀念通知：

行政處分係直接發生法律效果的行政行為；觀念通知則係不發生法律效果的行政上事實行為。行政法院曾提出關於行政處分與觀念通知之區別，即視行政機關所表示內容，是否對人民之請求有所准駁而定。換言之，有准駁的意思者為行政處分；無准駁者為觀念通知。若從行政機關所使用之文義無法一望即知「准」或「駁」者，學者(吳庚教授)提出「應不拘泥於公文書所使用之文字，而應探求行政機關之真意」，亦即從文義判斷行政機關之真意究竟是否有「准駁」之意。

由於行政處分與觀念通知之區別不易，學者(吳庚教授註 20)提出三項判斷標準以資區分：

1. 不拘泥於公文書所使用之文字，應探求行政機關之真意。亦即，應客觀判斷，而不受行政機關主觀意思之拘束。
2. 以是否有後續處置為斷。若有後續處置，則可視為先行政處分而到達之觀念通知；反之，無後續處置者，則為行政處分。前者，如行政機關要求相對人補齊文件以憑辦理(仍有後續處置)；後者，如行政機關雖要求於期限內補齊文件，但若逾期不補則視為銷案(沒有後續處置)。但是，若該先行行為已經具有明確的效力時，如「空污舉發通知書」、機車排放濃度之「違規舉發通知書」，因已就違規事實加以認定，實已影響人民權益，仍為行政處分。(釋字 423 號解釋)
3. 表意行為為行政處分抑或觀念通知，此一爭議本身即得成為「確認公法關係存在不存在之訴」的標的。(行政訴訟法第 6 條 1 項)

##### (二)公平交易委員會對於人民檢舉不成立之函覆：

關此問題，學說容有不同意見，茲分述之：

1. 甲說－觀念通知說：(蘇永欽註 21、陳敏註 22、吳庚註 23 等教授、實務最新見解)  
公平交易法或其他法令上之「檢舉」與專利法上任何人皆得「舉發」不同。專利法不問舉發人或異議人有無利害關係一律准其對舉發或異議之審定不服時，得提起行政爭訟。(專利法第 73、46 條)，學理上將此種爭訟稱為「民眾訴訟」。公平交易法或其他法令上之檢舉並無相同規定，且其性質既屬國民基於公益發動公權力之行使，主管機



關處理與否對檢舉人權益不生影響，故有關此檢舉不成立之函覆，係屬觀念通知，而非行政處分。

2.乙說—行政處分說：(許宗力、廖義男註 24、李建良註 25 等教授)

檢舉事項不成立的函覆是否對檢舉人發生法律效果，須視法律是否賦予檢舉人有向國家請求制止或處罰被檢舉人的權利，以及立法目的於保護公益外，是否亦同時保護私益而定。(規範保護理論)該請求權是否存在？於法有明文時，固無問題；若法無明文時，檢舉人之請求權是否存在，宜探求立法者真意，而不可過度執著法律條文之表象文字。換言之，一般的檢舉在欠缺請求權的後盾下，乃係檢舉人基於國民一份子，為公益目的，促成調查、制止與處罰等國家公權力的發動而提出，故檢舉事項不成立的函覆，自不可能對檢舉人發生任何影響權利或義務的法律效果，從而並非行政處分，充其量僅為觀念通知。惟該檢舉所根據的實體法，課予國家機關有調查、處罰被檢舉人的作為義務，且除公益外，亦同時保護檢舉人的私益，即不難推知立法者有意賦予該檢舉人有權請求國家保護，以免遭受第三人的侵害。而由於檢舉的提出即無異於保護請求權的行使，且檢舉事項不成立的函覆即等同於對檢舉人保護請求的拒絕，則不成立的函覆自對檢舉人產生不利的法律效果，而得將其定性為行政處分註 26。

(三)公平交易委員會之「行業導正」

行業導正為公平會的一種軟性執法方式。係指公平會確認事業的特定行為違反公平法，僅因該違法行為由來已久，是該行業的普遍現象，且與產業特性有關，在公平法施行初期，該行為之違法性尚未為該行業所普遍認知，倘一一處分，稍嫌過苛，公平會乃基於行政裁量不予處罰，而以「導正」的方式為之。亦即，函知該行業所屬各事業或公會，告知該行為違反公平法，應於一定期限內改正，於期限過後倘經調查發現事業仍持續該違法行為，則將逕行處罰。關此「行業導正」之法律性質為何？

1.甲說—事實行為之行政指導說(公平會見解)：

行業導正充其量僅為對事業所發的一種警告，尚未直接發生使相對人受到拘束的法律效果。

2.乙說—行政處分說(許宗力教授)：

行業導正之內容，若就文義觀之，固屬單純警告，但其有屆期不履行(不改正)即予以處罰的恫嚇，其強制性已強至使相對人幾乎不可能抗拒的地步。從而實際上，該「行業導正」已課予相對人不再從事該行為之不作為義務的法律效果。從而，應屬行政處分註 27。

3.丙說—個案區別說(廖義男教授註 28)：

原則上，行業導正僅生事實上拘束力，因在期限屆至前，公平會皆不發動公權力取締，相對人之此種心理上的強制力，尚不得謂為具有法律上之拘束力，故為行政指導。反之，若行業導正個案中，其內容已明確要求特定業者應在期限內為一定之改正行為，並課予期限要求業者應將改正結果回報之義務，則其實已對特定相對人，課予行政法上作為義務，直接對外產生法律效果，此當為行政處分。

(四)行政執行程序之「告誡」

告誡書中通常記載，相對人倘不於一定期間內履行法定作為或不作為義務，將被處以強制金或採取代履行措施。則此等告誡是否為行政處分？

1.甲說—觀念通知說：

行政執行程序之告誡，其目的在於預先告知未來將採取特定強制措施，本身則非強制措施，從而並未影響相對人的權利，故為觀念通知。

2.乙說—行政處分說(許宗力教授)

該告誡係屬於強制措施的先行行為，一經告誡，則將來強制措施的採行將不再存有若何法律障礙。從此觀點而言，相對人的法律地位因該告誡而遭到一定程度的弱化。因此，應定性為行政處分註 29。

Q：何謂「重複處置」、「第二次裁決」？行政程序法第 128 條的程序重新進行後所為處分的法律性質為何？

A：人民針對同一事實先後提出多次申請，行政機關一一為批駁。第一次批駁為行政處分故無疑義。至於其後的批駁是否仍屬行政處分則有疑義。

(一)重複處置：不是行政處分



倘行政機關對於人民第一次以後的申請並未作出新的實質決定，僅重申第一次的決定，亦即並未重新實質審查。因此第二次處分的內容並未產生法律效果，故不能認係行政處分。此等情形，學說謂為「重複處置」。

(二)第二次裁決：屬行政處分

倘行政機關對其後申請重新為實質審查，根據新的事證作成新的實質決定，縱使其結果與過去第一次處分的內容並無二致，依然認定其屬一個新的行政處分，學說謂為「第二次裁決」。

(三)重新進行後所為的決定：

行政程序法第 128 條規定「行政程序之重新進行」。此法律賦予處分之相對人於救濟期間經過後在特定條件下，得向行政機關申請撤銷、廢止或變更原處分的情形。係屬一種程序性權利，故倘行政機關拒絕其申請，該拒絕的決定因影響到相對人的權利，而得定性為行政處分。又倘行政機關核准重新進行，經重新實質審查後，不論是否有利於相對人，因係針對同一事件重作實質決定，故應定性為「第二次裁決註 30」，而為「行政處分」。

## 二、行政處分、法規命令、一般處分之區分

| 相對人／事實關係／法律性質 | 相對人特定      | 相對人不特定(一般) |
|---------------|------------|------------|
| 事實關係具體(一次性)   | 行政處分       | 一般處分       |
| 事實關係抽象(反覆性)   | 行政處分(德國通說) | 法規命令       |

(一)從「特定」、「不特定」、「具體」、「抽象」等特徵區分

1. 「特定」及「具體」為行政處分；「不特定」及「抽象」為法規命令：

凡行政行為之相對人「特定」，並所涉及事實關係「具體」者，為「行政處分」的特徵；反之，相對人「不特定」(一般)，並所涉及事實關係「抽象」者，為「法規命令」。相對人範圍在行政行為「發布時」確定或可得確定，亦即具有封閉性，謂為「特定」；至於判斷事實關係是否「具體」，原則上可以規範效力究具一次性或反覆性作為輔助判斷標準，具一次性者為「具體」；具反覆性者為「抽象」。故凡行政行為具「特定」、「具體」之特徵者，得定性為「行政處分」；具「一般」(不特定)、「抽象」之特徵者，得定性為「法規命令」。依前揭特徵區分二者並不困難。但實務上時常出現變體的行政行為，如具備「一般」、「具體」或「特定」、「抽象」之特徵時，如何定性？

2. 變體的行政行為

(1) 「一般」、「具體」的變體行政行為：定性為「一般處分」

一般處分得區分為「屬人性」及「屬物性」二者，其中「屬物性」又得區分為「物之公法性質」及「公物之一般使用」的一般處分二者。

A. 屬人性的一般處分

行政程序法第 92 條第二項前段規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。」從此規定可知，凡行政行為具「一般」、「具體」之特徵者，為「一般處分」，仍具行政處分之性格。亦即，一般處分並不具有「發布時相對人特定」的特徵，但其與法規命令的區別在於其具有「事實關係具體(一次性)」之特徵。此等情形稱為「屬人性的一般處分」。

B. 屬物性的一般處分

行政程序法第 92 條第二項後段規定：「有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」係屬「屬物性的一般處分」。依前揭條文規定，「屬物性的一般處分」尚得區分為「物



之公法性質或法律狀態的一般處分」與「公物之一般使用的一般處分」二者。

a. 「物之公法性質或法律狀態的一般處分」

前揭條文稱「有關公物之設定、變更、廢止」，係屬「物之公法性質或法律狀態的一般處分」。如公告某路段開放通車，供公眾使用，或公告停止通車等。惟許宗力教授認為，此等「物之公法性質或法律狀態的一般處分」其實應係具「一般」、「抽象」特徵的法規命令。蓋因公物之設定、變更、廢止之對象為不特定之多數人，且具有反覆性而非一次性，因此，其特徵已趨近「法規命令」，而非「行政處分」。其與法規命令不同者，在於其並未直接明白規範使用者的權利、義務，而僅以公物之法律狀態作為規範內容。以道路之提供公眾使用為例，其便是允許不特定之一般人於未來任何情況均可使用該道路，而具「一般」(不特定)及「抽象」(反覆性)之特徵註 31。

b. 「公物之一般使用的一般處分註 32」

前揭條文所稱有關公物之「一般使用者」，係屬「公物之一般使用的一般處分」。若從條文文義觀之，則公物之「一般使用」實與前述公物之「設定」難以區分。德國之有力學說認為，「公物之使用規則」指涉「規定公物之一般使用」的處分，並明白指出此種使用規則的內容在於確定公物使用者的權利與義務。許宗力教授認為，此等公物之使用規則，具有「一般」、「抽象」之特徵，實與法規命令或自治法規無異。唯一不同者，在於法規命令須遵守行政程序法所規定之一定程式與程序，並刊登政府公報或新聞紙；而使用規則作為一般處分，則直接公告於公物所處之場所即為已足註 33。

(2) 「特定」、「抽象」的變體行政行為：定性為「行政處分」

「特定」、「抽象」的變體行政行為，得定性為「行政處分」。例如，行政機關命某一冷凍庫經營者甲，凡因冷凍庫蒸氣外洩造成周遭結冰，即有加以清除的義務。因相對人甲特定，事實關係為須清除結冰，該結冰義務在於只要一結冰即應清除，故具有反覆性，而為「抽象」特徵。德國法院認定此例為「行政處分」，學說從之。但理由不一，(甲說)認為，相對人被課予的義務內容已相當具體，縱具反覆性，亦不因之變成抽象規定；(乙說)認為，雖具反覆性的事實關係，倘其空間關聯具體(即冷凍庫周遭路面)，即不至於喪失「具體」的特徵；(丙說)認為，只要相對人特定，以相對人權利義務為內容的事實關係也就必然特定、具體。許宗力教授認為乙說較為可採。蓋從我國行政程序法第 92 條規定觀之，對於行政處分的定義，強調事實關係之「具體」尤勝於相對人之「特定」，因此，德國之丙說不可採；其次，甲說以為義務內容既已具體為除冰義務，其事實關係即屬具體的說法，並不足採。蓋就法規命令所規定的作為或不作為義務而言，在判斷其規範內容的具體性程度時，若不以是否為「一次性」來區分，則法規命令所規範者將皆被認為係「具體」之事實關係，如此則事實關係是否「具體」將難以判斷。綜上，乙說較為可採註 34。

Q：試問交通號誌、標誌如何定性？

A：關於交通號誌、標誌之定性，可大別為二種情形：一為自動或手動紅綠燈號誌；二為其他標誌，如單行道、速限、禁鳴喇叭、禁止停車或禁止超車等交通標誌與標線。茲分述之：

(一)自動或手動紅綠燈號誌：得定性為「行政處分」

由於每一次紅綠燈的變化，係以在場範圍可得確定之用路人為規範相對人，並以當時具體的交通狀態(具一次性)作為規範的事實關係，因此具有「相對人特定」且「事實關係具體」之特徵，而得定性為「行政處分」。



(二)其他標誌、標線：得定性為屬物性之「公物之一般使用的一般處分」  
其他交通標誌、標線設置時，並無從特定何人將進入其效力範圍，所以受其規範之相對人為不特定之一般人。其次，此等交通標誌係要求任何人只要進入其規範領域，就必須遵守其指示而決定行為舉止，明顯具有「反覆性」。從此二特徵，可知其法律性質為「法規命令」。然而，行政程序法第 92 條第 2 項後段所規定「公物之一般使用」之一般處分在此是否有適用？關鍵在於，此等「屬物性之一般處分」是否如同德國學說般能將其定性為「公物之使用規則」，而將交通標誌、標線理解為對用路人之用路秩序之規範。若肯定，則吾人得將其定性為屬物性之「公物之一般使用的一般處分註 35」。

### 三、混合處分、第三人效力處分

(一)混合處分：同一處分對同一相對人同時產生有利或不利效果者，即謂為「混合處分」。例如，衛生機關強制人民接種疫苗或教育機關強迫人民接受國民義務教育。對於混合處分應當作受益處分或負擔處分處理？許教授認為，視於各該案中何種處分類型將受較嚴格之限制而定。如在混合處分面臨撤銷或廢止的場合，若視為受益處分，其撤銷或廢止有信賴保護原則之適用；若視為負擔處分，則無該原則適用之可能。所以於此等場合，應視為受益處分來處理，對於混合處分之相對人較為有利註 36。

(二)第三人效力處分註 37：係指同一處分不僅對於相對人產生影響，對於相對人以外之第三人的法律地位亦產生影響之謂也。此等行政處分概念之提出，目的在於該第三人雖非行政處分的相對人，但既然受到不利影響，有許其提起訴願與行政訴訟之必要。而此第三人究係「權利」受損，或僅是「反射利益」受損？德國法院發展出「保護規範理論」，亦即，視被行政處分所違反的法規是否於保護公益外，尚具有同時追求保護私人利益之目的而定。而判斷該法規是否有保護私益之意圖，須透過法規解釋，依一般法律解釋方法與原則為之。許教授認為，倘若受益人範圍確定或可得確定，即可認定有保護私益的意圖註 38。例如，商標法第 37 條第 1 項第 12 款關於商標圖樣「相同或近似於他人同一商品或同類商品之註冊商標」者，不得申請商標註冊之規定，此規定，即明顯於保護公益外，亦同時兼及保護私益。則因商標核准處分而權利受損之第三人，即得根據前揭保護規範理論，進行商標評定程序、訴願、及行政訴訟；至若係違反同條項第 5 款「有妨害公共秩序或善良風俗者」，不得申請註冊之規定，則因本款情形明顯只有保護公益，並未保護私益，所以，受該處分影響之第三人不得進行前述之行政救濟程序。

### 四、規制私法關係的處分

規制私法關係之行政處分註 39，有形成私法關係者；亦有確認私法關係者。例如，教育主管機關依據私立學校法第五十八條規定，核准私立學校處分與教學無直接關係或無使用價值的不動產；或縣市政府根據土地法第二十條，核准外國人租賃或購買土地；或地政機關根據土地登記規則所為之土地登記等。

Q：「規制私法關係之行政處分」是否比「規制公法關係之行政處分」具有較強的存續力，而不許主管機關嗣後撤銷或廢止之？  
A：  
1.甲說—「規制私法關係之行政處分」具有較強的存續力  
「規制私法關係之行政處分」具有形成私法關係的法律效果，對於法安定性有較強烈的需求，為維護其法的安定性，有必要賦予其更強的存續力。所謂更強的存續力，係指規制私法關係的行政處分，是否得在處分作成後允許其撤銷或廢止，應視個案有無信賴保護情事



而定。亦即，此說主張只要個案有信賴保護之情形，則不容許處分機關事後撤銷或廢止該處分。

## 2.乙說－「規制私法關係之行政處分」不具有更強的存續力(許宗力教授)

許教授認為前說不免過於忽視撤銷或廢止所代表之公益的缺失。基此缺點，德國近來的有力說認為，私法關係中善意第三人的保護不必然優先，而仍應就法安定性與公益的衝突，依個案的利益衡量，以決定是否允許行政機關撤銷或廢止。從而，有疑問者，在於吾人是否有必要為保護善意第三人的信賴利益，而賦予規制私法關係的行政處分較強的存續力？許教授認為，「規制私法關係之行政處分」的撤銷或廢止，應依一般行政處分撤銷或廢止法則處理。其理由如下：

### (1)民法本身已經有保護善意第三人的規定：

民法本身已有妥善安排以保護善意第三人的交易安全。例如，善意第三人信賴土地登記此一「規制私法關係之行政處分」而取得土地權利，該權利根本就不會因該登記處分被撤銷或廢止而有影響。(司法院院字第 1919 號解釋意旨參照)。

### (2)民法對於未要求在公簿登記的「規制私法的處分」並無絕對保護善意第三人的規定或見解：

民法規定、學說或實務見解，對於未要求在公簿登記的「規制私法的處分」並無絕對保護善意第三人的規定或見解。行政法在此當然沒有必要越俎代庖，擅自堅持對善意第三人的絕對保護。

形成私法關係之行政處分，若為一個拒絕處分，則其是否得因有瑕疵而事後撤銷或廢止？許教授認為，規制私法關係之行政處分若是拒絕核准的行政處分，則此等拒絕核准處分，基本上不允許事後撤銷、廢止。蓋因一個需要行政機關核准處分，才能生效的私法行為，在行政機關核准前，其私法行為之效果屬於效力未定。其後，行政機關一旦拒絕核准，該原本效力未定的私法行為，即歸於無效。其之所以產生無效的法律效果，乃係源自於規範該具體事件之法律本身的禁止規定，行政機關不過是根據該法律之禁止規定而作出核准保留與否之處分罷了。既然該無效的法律效果，係基於法律之禁止規定，而非該拒絕核准處分本身，則當無事後撤銷或廢止該『規制私法處分』之必要註 40。

## 五、程序行為註 41 之拒絕係屬行政處分：

行政機關在行政決定作成之前往往出現準備性行為，諸如，拒絕證據調查之請求、拒絕准予閱覽卷宗或拒絕當事人到場陳述意見等涉及程序正義的程序行為。行政機關針對當事人此類程序行為之拒絕，是否屬於行政處分，而得許由當事人單獨針對此等「程序行為」進行行政救濟？此類行為雖然與行政機關最終作成的實質決定(行政處分)有所區別，但吾人無法否定此等「程序行為」之拒絕不會直接發生一定的法律效果。至少如程序法承認的程序權，乃至於憲法基本權的程序權保障功能即受到不利影響。故許宗力老師認為其屬於行政處分，而非觀念通知註 42。而我國行政程序法第一七四條規定：「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。但行政機關之決定或處置得強制執行或本法或其他法規另有規定者，不在此限。」從此規定可知，當事人或利害關係人除非符合但書規定，否則不能單獨對程序行為提起救濟，僅能於針對實體決定不服時，一併聲明不服程序行為之決定。

## 六、行政處分之構成要件效力

行政處分之構成要件效力拘束的對象為原處分機關以外的其他國家機關，此包括原處分機關以外的行政機關及法院。

### (一)對其他行政機關的拘束效力：

係指一個已發布、生效的既成的行政處分，對處分機關以外的其他行政機關同樣具有拘束力。其



他機關有義務將該處分當作一個既定的構成要件，或一個既成事實，而予以承認、接受，並充作其自身管轄事務之決定的基礎。例如，農地所有權之移轉，其承受人以自耕農為限。(土地法第 30 條)今買受人持鄉鎮公所開立之自耕能力證明(屬確認處分)，向地政機關辦理所有權移轉登記。地政機關受該確認處分之拘束，應將其當作一個既成事實，而作為決定許可移轉登記的根據。

此構成要件效力，乃係源於憲法所定之部會權限分配原則，對機關權限分配秩序之尊重。蓋因國家既然分官設職，或依事務種類，或地域範圍，而構成一個層次井然的權限分配秩序，從而，一個機關依其職責所為之行政處分理應受到其他機關的尊重。

至於不受處分拘束的其他機關有二：一為原處分之上級機關，因通常其對該處分擁有適法與適當的審查權限，自無受該處分拘束之理；二為真正的權責機關，蓋因非權責機關所作處分不能拘束真正的權責機關，乃權限分配秩序之法理要求也註 43。

## (二)對法院的拘束效力：

法院對於一個合法有效的行政處分，原則上僅能將其當作一個既成事實，而承認其存在，並納為自身判決的一個基礎構成要件事實，此係基於憲法之權力分立原則的要求。從權力區分的觀點而言，擁有行政權的行政機關所為的行政處分理應受到法院之尊重。反之，從權力制衡的觀點而言，其要求法院對行政處分應作適法審查。

Q：刑事法院可否審查行政處分的合法性？

A：行政處分對刑事法院有無構成要件效力？學說如下：

### 1.甲說－全面肯定說：(有構成要件效力)

此說認為，刑事法院一律無權審查行政處分的適法性。蓋，因刑事法律之所以以人民對於行政處分的抗拒作為犯罪構成要件，在於維護國家法秩序及權威。所以只要人民抗拒一個生效的、有執行力的行政處分，既已該當刑事法之構成要件，刑事法院即應課予刑責，不能審查該處分之合法性，而應尊重行政權。

### 2.乙說－全面否定說：(無構成要件效力)

此說認為，刑事法院不僅有權，亦有義務審查該處分的適法性。蓋因刑事法之所以將其當成構成要件，在於要求其須為一個『合法』的行政處分始能構成刑責，所以該系爭處分是否合法，應由刑事法院加以審查，以保障人民之基本權利。

### 3.丙說－折衷說：

此說認為，應視該行政處分是否經有權機關廢棄而定是否可科以刑責。亦即，若該行政處分嗣後經訴願管轄機關或行政法院撤銷，則不罰；反之，若未經撤銷，即應予以處罰。

小結：許教授認為，從實質合法性與人權保障之觀點，全面否定說優於其他二說。但應有例外情形，而容許行政處分對於刑事法院亦有構成要件效力。諸如，為能達到有效保護某些較脆弱、不具回復可能性的法益(交通秩序與環境法益等)的目的，即有必要要求人民須無條件即時遵守、服從行政機關的決定。故立法者基此理由，直接以對行政處分的不服從作為刑事法的犯罪構成要件，刑事法院當然不得亦無須審查該行政處分之合法性註 44。

## 七、行政處分之跨程序拘束力

行政處分的跨程序拘束力，係指行政處分對同一處分機關於後續程序作成後續處分的拘束效力註 45。

此跨程序拘束力，並不禁止處分機關對同一事件以新的程序重新進行新的決定，僅係禁止處分機關針對同一事件為更不利的決定，亦即，此效力係源於「不利變更之禁止」的法理要求。

行政處分具有跨程序拘束力的理由有三：其一，避免矛盾：避免兩個相矛盾的行政處分同時出現；其二，對既得權的尊重：相對人基於原處分而得之既得權，在同一事件之後續程序中應受尊重；其三，防止規避撤銷或廢止之法定要件：防範處分機關藉新處分的作成，而達到規避行政程序法上對於授益處分撤銷或廢止之要件的規定註 46。



## 八、行政處分的一部瑕疵：

一個行政處分如果部分違法、部分合法，則無效或撤銷的法律效果是否僅及於該「違法」的部分，而不及於「合法」的部分？基於法安定性與公法行為存續性的公益要求，行政處分之一部瑕疵，不宜如民事法的規定註 47 般，以全部無效或全部撤銷為原則。反之，應以「一部無效或一部撤銷」為原則，以全部無效或全部撤銷為例外。故行政程序法第 112 條規定：「行政處分一部份無效者，其他部分仍為有效。但除去該無效部分，行政處分不能成立者，全部無效。」至於，在行政機關對於瑕疵處分的撤銷部分，雖然行政程序法第 117 條僅概括規定行政機關得依職權為全部或一部的撤銷，但解釋上仍應以「一部瑕疵、一部撤銷」為原則註 48。

又「一部無效或一部撤銷」之原則，係以行政處分之可分性為判斷基礎。則吾人如何判斷行政處分是否可分？學說上容有二說：

### 1. 甲說－處分機關意思說：

此說認為，系爭行政處分是否可分，應以原處分機關之意思為準。

### 2. 乙說－客觀標準說：

此說批評前說，若以原處分機關之主觀意思為判斷，則不免使公法落入濃厚的私法自治色彩，亦不利於法安定性之維護。故主張應以行政機關對於剩餘的合法部分是否有義務作成為斷。

小結：許教授認為，應視系爭處分究為「羈束處分」抑或「裁量處分」，而異其判斷標準。若為「羈束處分」則應採客觀標準說；若為「裁量處分」則應採處分機關說。蓋因剩餘合法部分倘屬羈束處分，處分機關依法本有發布義務，則該剩餘部分是否應繼續維持，當然不能任由處分機關決定。反之，若剩餘部分為裁量處分，因該處分是否作成，本為該有權機關之裁量權限，因此，自應依原處分機關之意思決定註 49。

## 九、行政處分的附款註 50

Q：行政處分之附款是否得為獨立之行政爭訟標的？附款與訴訟類型之選擇有何關係？

A：關此問題，學說容有如下數說：

### 1. 甲說－僅「負擔」及「負擔之保留」得為獨立之爭訟標的說(翁岳生註 51、李建良註 52 教授)

此說認為，除「負擔」及「負擔之保留」以外，其他附款均不能獨立成為爭訟之標的。蓋因行政處分之附款中，僅「負擔」與「負擔之保留」係獨立於主行政處分以外的一個獨立處分。而條件、期限、及廢止權之保留均為主行政處分之一部，故若處分相對人僅就此等附款(條件、期限、及廢止權之保留)不服，仍應以整個處分為爭訟標的提起行政救濟。

### 2. 乙說－區分主處分為「羈束處分」或「裁量處分」說(許宗力、陳敏註 53 教授)：

許教授認為，附款原則上可為獨立之爭訟標的，但應區分處分之性質為「羈束處分」或「裁量處分」而異。若為「羈束處分」，則該附款得獨立成為爭訟標的；若為「裁量處分」，則該附款不能獨立成為爭訟標的。蓋因一個行政處分之所以得區分為「主行政處分」與「行政處分之附款」二部分，即在說明附款與主行政處分原本即具有明顯的可分性。然而，縱使吾人得以區分附款與主行政處分二者，並不當然表示附款即可獨立成為爭訟標的。附款可否獨立廢棄？基本上應區分主行政處分係「羈束處分」或「裁量處分」而異。在羈束處分之情形，一般承認得對附款獨立廢棄；在裁量處分之情形，因處分機關可能因為該附款之存在，始為該授益之主處分，若該附款不存在，原處分機關即不予相對人為授益處分者，於此情形，即不應承認該系爭附款得獨立廢棄註 54。

### 3. 丙說－綜合考量說(吳庚教授註 55)

吳庚教授提出三項法則，以綜合判斷附款可否單獨為行政爭訟之標的：

(1)以附款是否具獨立性質為準：



期間、條件及廢止權之保留皆不可與主行政處分分離而存在，故僅能與主處分一併聲明不服；反之，負擔與負擔之保留原本即為獨立處分，所以得獨立以其為行政爭訟之標的。

(2)視附款屬於授益或負擔效果為準：

若附款與主處分不可分，則不問負擔之附款抑或授益之附款，一律以撤銷訴訟為之。蓋因原告得主張因附有負擔之附款而違法，或主張因附加之授益附款有瑕疵而違法；若附款與主處分係可分時，對負擔之附款自得提起撤銷訴訟，對授益之附款則應提起課予義務訴訟中之「不服拒絕申請之訴」(行政訴訟法第5條2項)，以請求行政法院命被告機關為特定內容之附款之判決。

(3)以行政處分為羈束處分或裁量處分為準：

羈束處分之附款可分者，得單獨撤銷，不可分者應一併對處分及附款起訴；若為裁量處分之附款可分者，因無該附款之存在，行政機關即不欲為該處分，此係其裁量權之行使，因而其作成與否並不構成違法與否之問題。倘若對之起訴，為起訴無實益。

## 十、行政過程與行政處分：

傳統的行政處分概念是否足以應付現代新興複雜的行政事務？例如大型建築物、核能電廠或其他類似大型措施之興建計畫等，其行政過程相當複雜，傳統的行政處分概念是否足以因應？

關此問題，德國發展出「階段化的行政程序」，針對審查費時的建築或若干重大開發計畫，於可分的個別核准要件或申請內容的一部審查完竣時，允許主管機關對此先行完竣的部分，作出先行決定或部分核准的行政處分，以因應越趨複雜的行政事務。

此等「階段化的行政程序」，得以區分為「先行決定」、「部分核准」、「核准」。所謂「先行決定」，係指僅針對所有法定要件中的一個或數個要件是否具備所作成的決定。例如人民申請興建核能電廠，廠址之選定是否符合相關法令，主管機關得以先行決定。倘若「先行決定」認為廠址之選定不當，申請人得單獨針對此「先行決定」提起救濟。即便敗訴，廠商可立即停止後續電廠興建計畫，以減少不必要的時間與金錢的浪費。所謂「部分核准」，係指行政機關針對整體興建計畫的一部所作的許可決定，例如人民申請興建 123 層的高樓建築，主管機關基於飛航安全，對於 100 層以上的部分仍有意見，則此時主觀機關得「部分核准」100 層以下之興建。所謂「核准」，係指行政機關針對整體興建計畫所為的許可決定。只有當所有的法定要件皆具備時，始得核發註 56。

註 1：八十五年司法官第一次試題：某甲及其家人合計六口在家中經營家庭手工業，其生產之各種家常食品均在市場叫賣，全家生計賴以維持。某縣政府依經濟部所訂定並經行政院核定之工廠設立登記規則第 19 條第 1 項「工廠不依照本規則之規定設立登記，或不依照核定登記事項經營，或違反其他工廠法令者，得由省(市)建設廳(局)予以局部或全部停工或勒令歇業之處分」規定，以「處分」令甲及其家人務必歇業。試從行政作用中相關法理與制度，申論某甲及其家人之遭遇，及縣政府之措置是否正當適法。

註 2：許宗力，論國會對行政命令之監督，收於氏著，法與國家權力，頁 291。

註 3：許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，載於當代公法理論—翁岳生教授祝壽論文集，頁 281 以下；同文收於氏著「憲法與法治國」，頁 197。

註 4：許宗力，職權命令是否還有明天？，收於行政法爭議問題研究(上)，五南出版，頁 342。

註 5：許宗力，職權命令是否還有明天？，收於行政法爭議問題研究(上)，五南出版，頁 342。

註 6：許宗力，職權命令是否還有明天？，收於行政法爭議問題研究(上)，五南出版，頁 347；許宗力，論法律保留原則，收於氏著，法與國家權力，頁 138 以下。

註 7：許宗力，職權命令是否還有明天？，收於行政法爭議問題研究(上)，五南出版，頁 348。

註 8：八十八年高考一級試題：法規命令是否包括職權命令？試就大法官解釋及行政程序法之規定，說明職權命令之合法性。

註 9：許宗力，職權命令是否還有明天？，收於行政法爭議問題研究(上)，五南出版，頁 356。

註 10：董保城，本土化「職權命令」法理建構之嘗試，發表於「職權命令之過去、現在與未來」學術研討會，載於



台灣本土法學雜誌，第十一期，2000年6月，頁99。

註11：關於董保城氏提出的限制條件，詳參本文下述之變體的行政命令。

註12：董保城，本土化「職權命令」法理建構之嘗試，發表於「職權命令之過去、現在與未來」學術研討會，載於台灣本土法學雜誌，第十一期，2000年6月，頁95—96。

註13：大法官會議釋字第一五五、三四四、三六七、三九〇、四四三、四五四、四七九號解釋參照。

註14：此款規定，是否違反立法者本意而不作此種解釋，尚待學說之探討，本文之提出，僅供參考。

註15：八十七年律師試題：法律保留原則中有所謂「層級化之保留體系」(或稱「分別等級之保留」)，試就中外法制及司法實務說明此一理論之內容。

註16：許宗力，職權命令是否還有明天？收於行政法爭議問題研究(上)，五南出版，頁353。

註17：86年司法官試題：我國研擬中之行政程序法草案與訴願法草案，均擴大行政處分之概念範圍而包含「公權力措施」，試舉例說明此一「公權力措施」之內涵。

註18：87年律師試題：行政處分與觀念通知如何分辨？主管環境保護機關以「通知書」對違反空氣污染防治法之行為人加以舉發，以及主管兵役機關對役男所為體位之判定，究竟屬於行政處分抑觀念通知？試分別說明之。

註19：85年司法官第一次試題：下列事件，何者為行政處分、公法上之觀念通知或私法行為？(一)鄉(鎮)公所或縣(市)政府依三七五減租條例所為之調處。(二)主管機關依行政執行法對義務人所為之告誡。(三)某甲向主管地政機關申請所有權移轉登記，主管地政機關答覆略以：申請登記之標的物，因另案經該管法院來函囑為查封登記，希某甲逕向上開法院申請塗銷該項查封之預告登記等語。此一公文之性質為何？

註20：吳庚，行政法之理論與實用，第七版，頁315。

註21：蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分之覆函得否提起訴願，公平交易季刊，第5卷第4期，頁1以下。

註22：陳敏，行政法總論，頁275以下。

註23：吳庚，行政法之理論與實用，頁316。

註24：廖義男，行政處分之概念，收於行政法爭議問題研究(上)，頁405。

註25：李建良等著，行政程序法實用，頁203。

註26：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁549。

註27：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁551。

註28：廖義男，行政處分之概念，收於行政法爭議問題研究(上)，頁412。

註29：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁552。

註30：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁582。

註31：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁565。

註32：90年司法官試題：在甲市市政府公報及其他新聞紙刊登一則有關甲市市立圖書館開放時間之公告，其內容為：自民國九十一年一月一日起，每週星期一下午停止開放，暫停所有服務。甲市市民乙是市立圖書館的經常使用者，其認為此項公告並未附有任何理由，且並未舉行聽證程序或未給予人民陳述意見之機會，因此並不合法。試問：(一)此項公告之法律性質為何？(二)試評論乙之看法。

註33：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁566。

註34：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁567。

註35：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁566；陳敏，行政法總論，頁285；廖義男，行政程序法草案之重要內容(一)適用範圍、行政處分與法規命令，收於行政程序法草案研討會論文集，1999年2月，頁31，註20。

註36：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁573。

註37：86年律師試題：何謂第三人效力處分？試舉我國行政法院上所承認之第三人效力處分以實其說。又此項分類上之概念有何實益存在？併予說明之。

註38：許宗力，行政處分，收於翁岳生編行政法2000(上)，頁574。

註39：另亦可詳參，許宗力，論規制私法的行政處分---以公行政對私法行為的核准為中心，收於氏著，憲法與法治國行政，頁313以下。

註40：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法2000(上)，頁576。

註41：許老師最近有二位學生撰寫有關程序行為的碩士論文，足見許老師最近對此領域的重視，考生宜多加留意。

註42：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法2000(上)，頁551。

註43：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法2000(上)，頁587。

註44：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法2000(上)，頁589。

註45：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法2000(上)，頁585。

註46：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法2000(上)，頁586。

註47：民法第111條規定：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」



- 註 48：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法 2000(上)，頁 618。
- 註 49：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法 2000(上)，頁 618。
- 註 50：85 年律師試題：行政機關作成行政處分無裁量權時，是否得為附款？又附款中之條件與負擔有何不同？試說明之。
- 註 51：翁岳生，論行政處分，收於氏著，法治國家之行政法與司法，頁 23。
- 註 52：李建良，月旦法學教室(公法學篇)，頁 103。
- 註 53：陳敏，行政法總論，頁 481。
- 註 54：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法 2000(上)，頁 628。
- 註 55：吳庚，行政爭訟法論，修正版，頁 99。
- 註 56：許宗力，第十一章行政處分，收於翁岳生主編，行政法 2000(上)，頁 542，註 6；陳春生，行政過程與行政處分，收於氏著，行政法之學理與體系(一)，頁 68 以下。

