

## 行政處分2.0\* —— 法治國家的制度工具與秩序理念

### 主題演說

(2017年10月26日)

李建良\*\*

### 摘要

現代國家莫不標榜依法而治，所謂法治國家的表裡形貌由不同層次規範與多重制度系統交織而成。行政處分或具體的行政行為是建構行政法秩序的基本元素，古今中外皆然，殆可謂「凡有行政，即有處分」。「2.0」是數位時代的時髦語彙，以之標誌行政處分，設題論說，除了彰顯科技進化外，是否蘊含前瞻的視野與進步的思想，或增強深潛縝密的法律邏輯與法治理念的深耕內化？本文嘗試以制度工具與秩序理念為分析主軸，依序探討行政處分的理念源流、概念形成、制度功能與法治反思，期能透過對行政處分的系統性論述與全景式觀照，為臺灣法治國原則的落實，建立周整的思維通路與實踐取徑。

關鍵詞：行政處分、法治國原則、制度工具、秩序理念、行政程序、行政訴訟。

\* 本文曾分(上)、(下)刊載於月旦法學雜誌，277期，頁91-108(2018年)及278期，頁141-164(2018年)。

\*\* 中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/42615032.pdf>。



## 目 次

壹、引言：行政處分2.0？	一、行政處分的功能定位
貳、問題提出：行政處分的功能 限定	二、行政處分的體系功能
參、命題設定：行政處分的體系 思維	三、行政處分的效力功能
肆、理念溯源：行政處分的歷史 遺緒	四、行政處分的救濟功能
一、行政處分與目的創設	五、行政處分的類型開展
二、行政處分的原創旨趣	柒、法治思考：行政處分的秩序 理念
三、創設目的與概念遞嬗	一、行政處分與法治圖像
伍、概念思考：行政行為與行政 處分	二、行政處分與權力分立
陸、功能思考：行政處分與制度 工具	三、行政處分與法律保留
	四、行政處分與權利保護
	五、行政處分與正當程序
	捌、結語：法治國家2.0？

## 壹、引言：行政處分2.0？

2.0，或3.0……，代表改變、進化、升級……，數字累增，級別加成！標榜外貌形體的更易、科學技術的躍昇或生活方式的蛻變，還是蘊含視野的前瞻、思想的進步，或文明的開展？行政處分貼上了2.0的符碼，法律人的思維取向，何去何從？

## 貳、問題提出：行政處分的功能限定

「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。

這段出自最高行政法院裁定理由的開宗明義<sup>1</sup>，暫且不問所謂「考究其歷史背景」指涉為何？無疑的是，行政處分在行政法院法官的眼中看似是一種技術性概念<sup>2</sup>，只具有「工具」特質。斯言旨哉？

1930年，「處分」一詞首度出現在訴願法，歷行憲而無改。越40年，1970年，「行政處分」正式成為法制用語並有立法定義。從訴願法經行政訴訟法到行政程序法，由學說討論而實務判解，走過20世紀，進入21世紀，行將50年，行政處分構成了戰後臺灣行政法的主要課題，也刻畫了行政法學與司法實務的基本形貌，貫串了行政實體法、行政程序法與行政爭訟法，連通法律保留<sup>3</sup>、正當程序、有效權利救濟<sup>4</sup>等諸原則，臺灣法治的實踐無不以行政處分作為支撐點與開展面。

行政處分以載錄各種法律訊息的形式，為臺灣法治行政留下無可磨滅的成長軌跡。在轉型社會、數位時代嬗遞快速前進之時，暫且停下腳步，憑藉人力（非AI）思索行政處分是否依然只是一種

---

1 散見於最高行政法院裁判，例如最高行政法院103年度裁字第940號裁定、101年度裁字第1790號裁定、100年度裁字第1537號裁定、100年度裁字第1261號裁定、98年度裁字第1008號判決、98年度裁字第235號裁定、97年度裁字第5164號裁定、97年度裁字第4845號裁定、97年度裁字第4593號裁定、97年度裁字第3778號裁定、97年度裁字第2270號裁定、97年度裁字第139號裁定、96年度裁字第2011號裁定、96年度裁字第1907號裁定、96年度裁字第1308號裁定、96年度裁字第606號裁定、95年度裁字第2432號裁定、94年度裁字第1221號裁定。

2 於司法實務上，行政處分被視為技術性概念，似乎始自最高行政法院88年度判字第2932號判決之原告起訴意旨。

3 參見本文「柒、三」。

4 參見本文「陸、三」、「柒、四」。

「制度工具」，還是蘊藏無窮的「秩序理念」與系統性思維<sup>5</sup>，足以建構縝密井然、客觀有序的行政法體系，作為法治行政不可或缺的有機元素？

### 參、命題設定：行政處分的體系思維

「行政處分」稱得上是行政法的ABC，以此作為言說主題，不免面臨論述過簡或失之繁瑣的兩難困境。本文嘗試從歷史脈絡與法學思維的角度出發，對於行政處分所牽涉的諸般問題進行法學方法上的體系性反思與重構，暫捨「偶發性亮點」，避免「囫圇吞棗的集大成」，期能建立行政法學的「乾淨思維」與「清晰思考」<sup>6</sup>。值茲社會多元化與資訊數位化推波助長下法律與法學的「零碎化」現象<sup>7</sup>，以及由此拓延而出的法律思維漸趨破散與法學輪廓日益模糊的疑慮<sup>8</sup>，

5 基本觀念，參見Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 1.

6 關於乾淨思維或清晰思考的觀念與運用，其他各領域不乏文獻可供參考，例如：L. B. W. Jongkees, Wissenschaft und sauberes Denken, in: 100 Jahre Universitätsklinik und -poliklinik für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten, Basel, 1876-1976, 1976, S. 12-25; Martin Götze/Christian Lotz/Konstantin Pollok/Dorothea Wildenburg/Albert Mues, „Die Watte aus den Ohren ziehen“: Gespräch der Herausgeber mit Albert Mues, in: Götze/Lotz u. a. (Hrsg.), Philosophie als Denkwerkzeug, Zur Aktualität transzendental-philosophischer Argumentation, 1998, S. 15 (15-32); Rolf Dobelli, Die Kunst des klaren Denkens, 2011.

7 於2017年10月4-6日假德國Saarbrücken舉行的第77屆德國公法學者協會年會（Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer），即是以「零碎化」（Fragmentierung）作為會議主題，探討包含政黨、民主、權力分立、國際法、憲法、行政法等領域所存在零碎化與如何建立一致性體系化法治的問題與課題。關於憲法與行政法部分的會前論文，參見Bernhard Stürer, Fragmentierung im öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Einige Anregungen aus Praxissicht, DVBl. 2017, S. 1080 (1080 ff.).

8 早於上世紀即有此疑慮的提出，參見Hans Kelsen, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 40 (1916), S. 1181-1239; Karl Larenz, Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz, JuS 1971, S. 449 (449).

本文問題意識與思維取徑，容有若干時代性與重要意義<sup>9</sup>。

面對行政處分這項耆老級的法律制度，以下採取三種體系思維方法：首先回到歷史現場，尋覓行政處分的制度始源與因子及其概念與用語的交錯關聯（肆、伍）；其次，試著運用歸納與演繹方法，重新思索並定位行政處分的制度功能與開展可能（陸）；繼之，以連袂式或配對思考的研究方法<sup>10</sup>，擇取法治原則的基本概念與行政處分進行對比式的法治反思（柒）；最後立基於行政處分，展望法治國家的進化願景（捌）。以上章節安排只是方便歸整思路、循序論述，未必截然劃分，毋寧是相互有機連通，合先敘明。

## 肆、理念溯源：行政處分的歷史遺緒

行政處分制度與問題的思考，正如行政法院裁定理由「考究其歷史背景」所示，必須回到歷史現場，先將眼光投向過去。任何文本的釋義或詮解，無不受到歷史餘緒的拘束與制約。對於某一文本的真正意涵理解，絕非等於原著者意欲或表現於外的意思；透過一系列、受制於歷史情境的各種不同的詮釋，直接或間接共同決定文本的意涵。因為人的理解多少受到所處情況的制約，時空的距離（時間的淬鍊）或可彰顯出文本內在的真實意涵<sup>11</sup>。

---

<sup>9</sup> 秉此寫作旨趣，本文不處理電子行政處分問題，留待「行政處分3.0……」探討之。

<sup>10</sup> 連袂式或配對式（coupling of concepts）的研究方法，常見於人文及社會科學。例如美國歷史暨文化研究學者Michael Kammen對於自由（liberty）意涵的探索，即採自由與權威（authority）、自由與財產（property）、自由與秩序（order）、自由與正義（justice）、自由與平等（equality）等配對概念（coupled concepts）的方法。參見MICHAEL KAMMEN, SPHERE OF LIBERTY: CHANGING PERCEPTIONS OF LIBERTY IN AMERICAN CULTURE 5 (1986); DAVID HACKETT FISCHER, LIBERTY AND FREEDOM 2 (2005).

<sup>11</sup> 觀念取自Hans-Georg Gadamer 1960年出版「真理與方法」（Wahrheit und Methode）一書中創用的Wirkungsgeschichte，為哲學詮釋學上的基本觀念。參

### 一、行政處分與目的創設

問題思考的起點，可以回到開篇引述的最高行政法院裁判理由。該段文字非最高行政法院所（能）自創，尋究來源，殆係出於德國聯邦行政法院1956年一則判決的理由：

行政處分之概念，係行政法學之目的創設。於行政訴訟審判權之框架下，對於行政處分概念之目的設定，重要在於人民權利保護之利益<sup>12</sup>。

同段文字嗣又出現在同院1969年的判決中，除重複「目的創設」一詞外，再加闡釋：

透過行政處分允應確保人民獲得對抗公權力之有效權利救濟。因此，於解釋及適用此一概念時，主要取決於人民權利保護之必要<sup>13</sup>。

觀諸以上論述意旨，顯示行政處分與行政訴訟之間存有相當程度的緊密關聯<sup>14</sup>，大有「無行政處分，即無行政救濟」的制度性意

---

見Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1960, S. 283 ff.

12 原文：„Der Begriff des Verwaltungsaktes ist eine Zweckerschöpfung der Verwaltungswissenschaft (vgl. dazu Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, S. 59, 93; Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1961, S. 165; Erwin Jacobi, in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 237). Für die Zweckbestimmung des Begriffs des Verwaltungsaktes im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das Rechtsschutzinteresse des Bürgers wesentlich.“（斜體字為作者所強調）。參見BVerwG, Urteil vom 03.05.1956, BVerwGE 3, 258 (262).

13 原文：„Durch ihn soll ein wirksamer Rechtsschutz des Bürgers gegen die öffentliche Gewalt gewährleistet werden. Deshalb ist bei der Auslegung und Anwendung dieses Begriffes das Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers von wesentlicher Bedeutung“；參見 BVerwG, Urteil vom 28. 11. 1969: Anordnung zur Beibringung eines Eignungsgutachtens, NJW 1970, S. 1989.

14 德國有學說將此形容為行政處分的鉸鏈功能（Scharnierfunktion）。參見Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 38. Ed., Stand: 01.01.2018, VwVfG § 35 Rn. 3.

涵與態勢。誠然，上述法院見解出乎德國行政訴訟法頒行未幾之際，無可避免地多少受到歷史遺緒的左右。然二次戰後，德國行政訴訟新制幡然改採概括原則，行政訴訟之提起不再以行政處分之存在為前提要件。其後，隨著時間的逐步推移，受權利救濟觀點制約的行政處分漸趨退居次要，行政處分作為獨立制度蛻而新生，此於上舉二則判決早見端倪。細審判決理由，法院在引述前揭闡釋後，旋即「否定」系爭行政行為具有行政處分之性質。前一（1956年）判決涉及建設細部計畫之確定是否具行政處分之爭議；後一（1969年）判決的爭點是：交通主管機關要求駕駛執照所有人接受醫學鑑定、以確定其駕駛能力之通知，是否具行政處分之性質。聯邦行政法院持否定見解的理由皆是：認定系爭行為非屬行政處分之結果不影響系爭當事人之權利救濟。於前者之情形，細部計畫僅是設定法律框架，主管機關若要據此徵收人民之土地，尚須經法定程序，始得為之，土地所有權人容有主張權利及救濟之機會<sup>15</sup>；於後者之情形，交通主管機關若以駕駛執照所有人拒絕接受醫學鑑定為由而吊銷駕駛執照，該駕照所有人仍得對之提起撤銷訴訟。由此反面可推，將行政行為認定為行政處分非必然有利於人民之救濟。行政處分連結對應出正當法律程序、法律關係確認訴訟等一連串的行政法理論與秩序理念，要非只是一種技術性概念而已！

## 二、行政處分的原創旨趣

前述德國聯邦行政法院1956年判決提及行政處分是行政法學的「目的創設」，主要是引自Otto Mayer「德國行政法」第3版第59頁及第93頁<sup>16</sup>。翻查出處，未見行政處分為「目的創設」之說，倒是有

15 德國此一發生在1950年代的法律爭議，於今之臺灣仍是新興待解的憲法問題，焦點之一是：都市計畫定期通盤檢討變更是否具行政處分性質及其救濟之道？參見司法院釋字第742號解釋。

16 參見Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., 1924, S. 59, 93. 在此之外，該判決同時引用兩筆文獻：Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1961, S. 165; Erwin Jacobi, *Die Rechtsverordnungen*, in:

創設Verwaltungsakt的構想源由與制度旨趣之闡述。

第59頁以下從法治國家理念出發，簡述概念的緣起，謂行政法的前提基礎是憲法國家，憲法的旨趣在於以法秩序建構社會生活。法秩序的內涵不以法律或命令為已足，尚有具個案法拘束力的法院判決。此外，更須為行政權創設類如判決的制度，俾利行政機關得以形成猶似法院判決的法秩序；制度取法對象——法國的acte d'autorité或acte administratif，（當時）是行政權賴以和司法權分庭抗禮的制度，非立法者所創設，而是經由行政運作而自行生成，屬於現實需要之下孕育的產物，構成行政法秩序的中心點<sup>17</sup>。

第92頁以下是「行政處分」的專節，開宗明義指出：法治國家要非以法律抑制所有的行政活動，而是使行政能夠動靜兼顧，讓個人可以知所行止；而足以達成此項目的之「法制度」便是行政處分，也就是：專屬行政之請求高權，得以在個案中對臣民確定其所應當為<sup>18</sup>。在此基礎下，Otto Mayer交相比況法院判決的特質，析述行政處分的制度內涵，歸納要旨如下<sup>19</sup>：

（一）行政處分的範本是法院判決，制度之設，旨在供動態行政之用，並擺脫司法判決特性所生之確定力。是故，司法審判程序與判決確定力（Rechtskraft）未被納入制度要素，此為行政處分與司法判決的主要區隔所在。

（二）法院判決的作成，係由法院或司法機關（Justizbehörde）；相對於此，行政處分則須出自於「行政機關」（Verwaltungs-

---

Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 236 (237).

<sup>17</sup> Mayer (Fn. 16), S. 60.

<sup>18</sup> 原文：ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Anspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll.

<sup>19</sup> Mayer (Fn. 16), S. 93-101. 本文以下介述採擇要意譯方式，並加註解說，以利閱讀、理解，特此敘明。

behörde)。行政機關是行政處分的制度元素，且呈科層式的組織結構（bureaukratisch organisiert），形塑而成行政機關組織秩序（Behördenordnung），構築出常規行政機關之階層次序。

（三）於行政機關之上層，（舊國家體制）君主位居行政之首，其自身則非行政機關。君主權力之行使，除受法律保留與權力分立原則的制約外，原則上不受拘束；行政機關之下層，配置行政助手與執行人員。必要時，行政機關得將其權力委由其他機關為之，但不得交予非行政機關之單位（ein nichtbehördliches Amt）行使。

（四）國家高權意思表示之生效，須經必要之對外周知（Kundmachung）程序，個別行為尚須特別通知（Mitteilung）當事人，謂之公示（Eröffnung），與法令的公布有別，此點於行政處分尤其重要。對外周知之高權行為，其有效性的前提是合法性；欠缺合法性，則是無效力之行為，不發生其所欲產生之法效力<sup>20</sup>。

（五）前述之無效力，須於具特別重大之法律瑕疵（rechtliche Fehlerhaftigkeit）時，始為無效（Nichtigkeit）。例如行政處分非由行政機關為之，或處分機關完全欠缺作成行政處分的權限。反之，在單純無效力（einfache Ungültigkeit）之情形，於該處分經有權機關審查，並宣告其無效力之前，視為有效。換言之，此所謂之「無效力」，意指一種單純的可廢棄性（eine bloße Vernichtbarkeit）<sup>21</sup>。此點為行政處分與其他個別之法律行為的根本性差異所在<sup>22</sup>。

---

20 Otto Mayer 使用的語彙，分別如下：有效性（Wirksamkeit）、合法性（Rechtmäßigkeit）、無效力（ungültig）、法效力（Rechtswirkung）。

21 Otto Mayer 分別使用「無效」（Nichtigkeit）與「單純無效力」（einfache Ungültigkeit）兩種不同語彙，區隔行政處分「違法且無效」與「違法但有效」，為行政處分的效力理論奠定基礎。

22 Otto Mayer 此處所指之法律行為（Rechtsgeschäft），係指民法領域之法律行為概念。

(六) 行政處分未經廢棄之前，具有同於法院判決之拘束力 (**bindende Kraft**)。類如法規 (**Rechtssatz**) 之拘束力，行政處分此種效力具有雙面性 (**zweiseitig**)，其一方面對規制對象 (人民) 具有拘束力 (含執行力)；另方面對行政機關自身亦有拘束力，且為後續行政處分之基礎。因行政的紛然特質，行政處分的效力較之法院判決更顯豐富而多樣，諸如提供給付、剝奪權利、要求容忍、強制執行、課予負擔、解除禁止、排除障礙等。

(七) 行政處分與法院判決同樣受法律拘束，但行政機關不似法官只是法律的傳聲筒 (**viva vox legis**)。在法律保留或法律授權的範圍內，行政處分的內容有一定自主的空間。法律保留的結果毋寧就是餘留規範漏洞，於此範圍內，行政處分得以自主運作。異於私人間法律行為的法律效果悉自法律，行政處分的效力，在法律未設特別之限制範圍內，源於公權力本身。自主行政處分 (**selbständige Verwaltungsakte**) 擅場之處有二：一、未干預人民之自由或財產，即法律保留領域之外；二、經被干預者之同意，例如公職人員之任用 (經當事人同意之行政處分)<sup>23</sup>。

(八) 法官判決的內容由法律決定；判決的作成，係法官將法規適用於審判程序所獲致之構成要件，且純然對外宣示法律意旨於系爭個案之所應然。縱使法官依法律享有或多或少的裁量權限——法官裁量 (**richterliches Ermessen**)，司法的本質仍然是法律適用與裁判。反觀行政處分的作成，基本上雖亦同於上述過程，但不僅止於此。法律尚且讓諸行政機關透過行政處分進行創造性的補充，使行政處分在解釋法律、將國家意志表現於外之餘，更能權衡共同福祉 (公共利益)，為合目的性考量——行政裁量 (**administratives Ermessen**)。

---

<sup>23</sup> Otto Mayer於此使用 **Verwaltungsakte auf Unterwerfung** (服從關係之行政處分) 一詞。

(九) 法院判決向來分成給付判決(刑罰判決)、確認判決與形成判決三類。不同於司法作用,行政是遂行公共任務之行動中的國家,且行政處分欠缺如判決之確定力,故單純的確認處分應無容身之地,亦無實益。而僅應有判決之其餘二種(給付與形成)效力的行政處分,但功能更勝於判決,例如拒絕裁決(*Versagungsanspruch*),即為司法判決所無,應予關注;若再增添行政裁量的運用,進而可發展出「形成性處分」(*die rechtsgestaltende Verfügung*),作為斟酌損益、權衡得失、遂行任務的高權行為。行政處分設定、變更或消滅之法律關係,乃國家與人民間之法律關係。於此可類比民法領域之法律行為概念,其中需當事人同意之行政處分,與民法上法律行為之相似性尤其明顯。

### 三、創設目的與概念遞嬗

承上可知,「*Verwaltungsakt*」用語的產生與通行,與政治、憲法、行政法的演進和公法學的發展歷史息息相關,行政法學方法與基礎觀念的變遷與確立,亦與之相伴而生。「*Verwaltungsakt*」一詞非Otto Mayer原創,1821年前後即已現諸德國學說著作<sup>24</sup>,逐而被承襲沿用。1850年之後,德國公法學界進入概念界分的爭議階段,1895年始由Otto Mayer對概念輪廓作出決定性的形塑,相沿而為今日之制度。行政處分本身同時即是行政法制化的過程,並由此建立起一門新學科,「猶如給雙手戴上合手的手套」<sup>25</sup>。行政處分在威瑪憲法時期繼續發展,與行政程序法的法典化<sup>26</sup>暨行政訴訟審判制

24 參見Markus Engert, *Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt*, 2002, S. 51.

25 參見Michael Stolleis, Engert, Markus, *Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 121 (2004), S. 830 (830).

26 例如1926年Thüringen邦行政法(*Landesverwaltungsordnung*)草案與1931年Württemberg邦行政程序法草案中均有行政處分的定義與相關效力規定。參見Georg-Christoph von Unruh, *Kodifiziertes Verwaltungsrecht*, *NVwZ* 1988, S. 690 (692 ff.).

度的建構同步並進，卻在納粹奪權之後戛然止步，法律對行政權的制約力逐步退讓，公法學說亦隨之推波助瀾，扭曲行政處分的概念，使其界說丕變為「乃於具體事件中直接以團體形成為目的之行政行為<sup>27</sup>」或「透過對個別人民同志之介入以實現團體目的<sup>28</sup>」之行政行為。行政處分概念被注入「集體思維」或所謂「新法律思想」的元素之後<sup>29</sup>，與原旨理趣漸行漸遠，遂而反身成為極權的統治工具<sup>30</sup>。

回視歷史演進縱深，宏觀以視，行政處分作為一種法律制度，於德國19世紀誕生成形的過程中，一方面使公法與私法的制度分野與思維分殊益形穩固，另一方面讓行政權服膺於法律保留與法律優位原則之下，得為司法審查暨權利救濟的標的，建立了法治行政的基本格局。行政處分的制度遞嬗背後蘊含的是歐陸立憲運動之下代議民主立法體制的勝出，確立起立法與行政的權力秩序關係，形成國家高權與人民權利的整體法治結構。與此同時，行政法學因之開展，與法治行政並肩同進、相互作用。行政法學是鞏固法治行政的根基；憲政實踐與行政運作的法治需求，則又對行政法學構成逐步革新、乃至蛻變的反饋力量。行政處分既是行政法學的結晶，同時是法制行政的礎石，二者交叉砌築、互相牽引。以史為師，行政處分的正解牽動人民與國家（行政）之間具體而微的行政法秩序關係，法制本身同時寓有保障個人權利的旨趣目的，其法治意義與重

---

27 原文：„Der Verwaltungsakt ist somit eine auf unmittelbare Gesellschaftsgestaltung in einem Einzelfall gerichtete Verwaltungshandlung“，參見Theodor Maunz, *Verwaltung*, 1937, S. 184.

28 參見Otto Koellreutter, *Deutsches Verwaltungsrecht. Ein Grundriss*, 2. Aufl., 1938, S. 96.

29 參見Theodor Maunz, *Neues Rechtsdenken in der Verwaltung*, DV 1935, S. 65 (65 ff.). 關於Theodor Maunz於納粹時期的反法治思想與論著，參見Michael Stolleis, *Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben*, *Kritische Justiz* 26 (1993), S. 393 (393-396).

30 關於行政處分概念於德國納粹時期的異化過程，參見Engert (Fn. 24), S. 198-231.

要性日新月異，豈「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」？

## 伍、概念思考：行政行為與行政處分

行政處分於20世紀初葉進入臺灣法領域，先見諸學說<sup>31</sup>；繼之，拜日本訴願法於1923年在臺灣施行之賜，行政處分成為法制概念<sup>32</sup>。二次戰後，「民國一切法令，均通用臺灣」，制定於民國初年的訴願法與行政訴訟法，亦不例外。隨著訴願法與行政訴訟法的施行與修正，「行政處分」成為Verwaltungsakt（直譯：行政行為）的對應學理名詞<sup>33</sup>與法制用語；相對於此，「行政行為」則躍升為上位概念<sup>34</sup>，除行政處分外，指涉對象包括行政命令、行政契約、行政事實行為等行政的行為。

- 
- 31 例如：佐佐木忠藏、高橋武一郎，臺灣行政法論，頁88-89（1909年）（行政處分是，決定、拘束實際存在的法律關係之國家權力意思表示。相較法律、命令之形式來說，其與法規之間的相異處在於，法規之目的是規律一般、抽象的法律關係，符合法規所定的要件標準時，均應該適用。與之相反，行政處分之目的僅在於規律特定、實際存在的法律關係，某一行政處分，其形式如同法規，須具備一定的形式，根據一定的方法公布。然而，對於處分之接受，也能透過便宜的方法告知，例如以口頭的方式，亦可以書面的方式。但是如同納稅的告知等，特別須以文書方式為之，就必須依照其方法）；長尾景德，臺灣行政法大意，頁193（1931年）（行政處分是，對於某特定事件，決定其法律關係之行政機關單方行為。是故，第一，行政處分相對於法規，法規是一般性且抽象性的，與之相反，處分是關於特定事件、實際存在的東西。第二，行政處分相對於法院的裁判，雖法院裁判也是關於特定事件，其與行政處分不同之處在於，其內容是關於民刑事的司法事件。對於法規與行政處分間的區別，再更進一步說，雖法規與處分都屬於行政行為中的公法行為，然兩者的效力範圍不同。法規是抽象得在某事件發生時，必須被適用的，其效力所及範圍是一般性的，與之相反，處分是關於某特定事件，其效力所及範圍亦是特定的）。
- 32 參見李建良，台灣行政訴訟法制的沿革、演進與發展課題，收於：湯德宗、王鵬翔編，2006年兩岸四地法律發展（上冊），頁267-269（2007年）。
- 33 學理奠基之作：翁岳生，論行政處分之概念，收於：行政法與現代法治國家，頁1-30（2015年）。
- 34 反觀日本，行政行為是學理概念，實定法中無此用語，而是使用「行政處分」

如前所論，行政處分發端於19世紀初法國的*acte administratif*，原為學理概念。19世紀後半葉，Otto Mayer將之轉譯為*Verwaltungsakt*，並建立德國行政處分之制度與體系<sup>35</sup>，20世紀初入法而為法制概念<sup>36</sup>。反觀法國的*acte administratif*（行政行為）則未成為實定法上之固定概念，學說界定頗為分歧，涵蓋範圍不以具體的個案決定為限，抽象規範的行政命令亦在其內<sup>37</sup>。再查歐盟法領域，歷有*administrative act*、*acte administratif*、*administrative decisions*、*acte de l'administration*等用語出現在官方文件上，字意上皆是「行政行為」，概念指涉對象不僅是「行政處分」（具體行政行為），尚及於個案的事實行為與一般抽象之法規範，如*regulatory or non-regulatory*等<sup>38</sup>。

*Acte administratif*或*Verwaltungsakt*為「行政」與「行為」二詞的組合，不問是學理概念或法制用語，前者（行政）涉及行政法的入門課題<sup>39</sup>；後者（行為）屬開放性概念，單就字義來看，可以包

---

（地方自治法第242條之2第1項第2款）或「處分」（行政手續法第2條第2款、行政不服審查法第2條第1項、行政事件訴訟法第3條第2項）。「處分」一詞，不只代表作為法律行為的行政行為，也包含一定的事實行為（行政不服審查法第2條第1項）。又行政不服審查法與行政事件訴訟法中所說的「處分」，因為是以行政上不服申訴或抗告訴訟為對象所刻劃的概念，行政基準（按：行政命令）或行政計畫，也有可能被當成是「處分」。「行政行為」與「處分」的概念於日本並非完全一致。參見宇賀克也，*行政法*，頁155（2012年）。

35 參見Engert (Fn. 24), *passim*.

36 德國聯邦行政法院最初將行政處分看作一種「目的創制」時，行政處分的定義僅見諸當時第156號軍政府命令（*Militärregierungsverordnung Nr. 165*）第25條：行政處分，指「行政機關於公法領域為規制具體事件所為之處分、命令、決定或其他措施（*jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird.*）」。

37 參見王必芳，*行政命令的抽象司法審查——以法國法為中心*，中研院法學期刊，11期，頁137-148（2012年）（行政行為的法制度）。

38 Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl., 2014, § 35 Rn. 343 ff.

39 儘管「行政無法定義，只能描述」（Ernst Forsthoff語），學理上仍區分出形式意義與實質意義的行政概念，法律亦加以定義，例如行政程序法第2條第2項對於「行政機關」的定義，即屬實質意義的行政概念。

羅各種行政活動態樣，以「處分」一詞區隔出「具體個案決定」的行政行為，較之直譯為行政行為為妥，儘管未必周延<sup>40</sup>。此為中文語言侷限性使然<sup>41</sup>，在所難免。

鑑於語言文字概念的多義性，問題探討、法律比較或法學思維不宜受到字義的框範，允應同時參照概念所處的法秩序與法實踐。「行政處分」作為一種行政作用型態與制度，跟隨時間步履的推移，已逐漸擺脫「概念」與「名詞」之爭，在學說理論、司法實務、立法規範交互作用之下，行政處分已有相對穩定的內涵要素與規範效力。需要回頭反思的是，在民主法治國家原則的脈絡下，「誰」決定或形成了行政處分的制度內涵？誰「有權」決定或形成？有無一定的法秩序「理念」？與「法治」的關聯又如何？

## 陸、功能思考：行政處分與制度工具

### 一、行政處分的功能定位

行政處分是Otto Mayer類比法院裁判的創制，讓具有拘束力之行政個案決定從諸行政行為中脫穎而出，賦予特殊的獨立制度意涵，尤其是行政處分未經撤廢者，存有一定的終局拘束力。儘管彼時對於行政處分的全面構想與精緻設計，一度被侷限在行政救濟範疇，與創造者的初衷相左。隨著各國法治的逐步演進，行政處分的制度功能已突破行政救濟的框限，逐漸「回歸」Otto Mayer的原始

---

40 中國古籍中「處分」一詞雖有處置之意，例如「處分有序」，但率多作「處罰」解，例如「准法處分」（唐，通典），故「處分」一詞容易被窄化為「處罰」或「懲處」，時而產生觀念上的混淆。1995年司法官特考試題二：「比較說明公務員之行政處分與懲戒處分之異同。」即是一例。

41 中國使用「具體行政行為」一詞，以增加形容詞的方式，區隔「非具體」之行政行為，原因在此。相對於中文，外文有較多選項。以德文為例，表達「行為」的語詞，除Akt外，至少還有Handlung、Verhalten、Handeln等。

創念<sup>42</sup>。固然，今日之行政處分只是行政行為中之一種，且行政機關原則上得於諸多行為形式中選擇最適方法（行為形式選擇自由）<sup>43</sup>，行政處分仍然是行政權行使與行政法規秩序最為重要的制度工具。

從行政機關遂行任務的角度出發，行政處分是主要的法律形式，得以單方片面對人民作成授予利益或課予義務之具拘束力（法效性）的決定，縱使違法，原則上仍有效力。就此而言，行政處分具有穩定行政法秩序的功能。時至今日，此種行政法秩序的形成與確立，包含對等的「合作關係」，不再侷限於行政與人民之間的「上下隸屬關係」，且更有以行政處分為基礎，透過法規直接連結出多面甚或全面的行政法律關係。後者之例，可稱為行政處分的「樞紐功能」，早見於傳統的行政法領域。例如外國人透過「歸化」（行政處分）取得本國國籍，由此串接以「國籍」為要件之權利義務相關法律規定。

行政處分作為行政適用法律的一種制度工具，基本上是一種「三段論式」的法律解釋適用過程——法律規定的解釋、法律事實的認定、事實與法律（要件與效果）的涵攝。因此，行政處分的根本意義是：行政法學方法的建立<sup>44</sup>與法律思維的基礎訓練。行政處

---

42 例如德國行政程序法（第35條以下）、社會法典第十編（第31條以下）、稅捐通則（Abgabeordnung, AO）（第118條以下）有關行政處分的定義與相關內容，不僅形成一定的行政法秩序理念，且與行政處分的原初制度相去不遠。至於純粹救濟導向的行政處分概念，僅存於法院組織法施行法（EGGVG）第23條第1項第1句及刑罰執行法（StVollzG）第109條第1項第1句所謂之「司法行政處分」。

43 不過，行政機關的單方規制處分權，係法律所賦予，行政機關有無選擇其他行為形式的權限，並非源自行政處分的「定義」規定，而是取決於其他的實體規定。例如行政程序法第137條第2項允許行政機關於一定條件下為「代替行政處分之行政契約」，即屬之。

44 至有無所謂專供特定法領域（例如行政法）的法學方法，或毋寧只是一套法學的思考方法或解釋方法，但在運用時須特別關照重點領域（例如行政法）的問題特性（參見Hans Blasius/Hans Büchner, *Verwaltungsrechtliche Methodenlehre*, 2. Aufl., 1984, Vorwort.），於此暫且闕疑，容待另文深論。

分要件的分解與判定，包括行政機關、具體事件、外部效力、規制效果等，皆是行政法規範體系的奠基要素。

行政處分的作成，既是行政機關經由三段論法所進行的法律適用，同時亦是行政機關在法律授權或法定職權範圍內形成行政法秩序的制度工具。行政透過法律授權進行形成性規制者，所在多有，不僅是行政命令的訂定（命令訂定者之裁量自由）<sup>45</sup>，行政處分的作成亦然。此法律賦予之行政形成權，可稱之為「行政形成自由」，非僅止於所謂之形成處分，於行政計畫，如國土計畫、都市計畫等，所謂計畫形成自由或「計畫裁量」<sup>46</sup>，尤其常見。從維持社會秩序與公共安全的警察行政<sup>47</sup>，到形成人民的政治<sup>48</sup>、經濟、文化、教育、交通等生活的秩序行政與給付行政，乃至於大型開發與公共建設的計畫與實施，構築出法治圖像莫不以行政處分為制度要環<sup>49</sup>。行政處分可謂是法治國家的鏈結機制，連通相對穩固的法律脈絡，在科層體制中建立平行逐步延展的關節，如身之使臂、臂之使指；在間接行政的組織分立，行政處分亦是重要的居間機制，中央與地方的垂直監督關係為要例之一<sup>50</sup>。

在含有具體法規範力的諸行政行為中，行政處分有別於行政契約之處，在於其具「單方性」（單方規制權力），與行政的主動性互為條件。觀念上，行政處分的單方特性及其受法律保留原則拘束的

---

45 *Manfred Zuleeg*, Die Ermessensfreiheit des Verordnungsgebers, DVBl. 1970, S. 157 (157).

46 相對應的德文是Planungsermessen，為德國行政計畫法的專有名詞。相關文獻豐富，僅參見*Peter Badura*, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Domcke (Hrsg.), Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1972, S. 157 (157 ff.).

47 如臨檢，司法院釋字第535號解釋。

48 如選舉，司法院釋字第546號解釋。

49 參見本文「柒、一」。

50 如中央對地方之適法性監督，參見訴願法第1條第2項、司法院釋字第553號解釋。

法治要求<sup>51</sup>，應與牧民家父的監護角色相區隔。行政處分的作成與存續，不表示行政機關與人民之間處於「單向」關係。行政處分亦有形塑雙方關係的面向，與此相對應的是行政與人民之間關係的變遷，人民不再只是行政高權措施的對象，同時亦為行政的合作夥伴<sup>52</sup>。行政程序法就行政處分所定之正當程序，如陳述意見等，顯示合作要素；或特別法（如促進民間參與公共建設法）之公私協力合作模式，行政處分不僅未退居次要地位，反而扮演舉足輕重的工具角色。隨著民營化浪潮的推促，公私領域版圖位移、界線趨於模糊，定分的制度工具尤其重要，方能止爭於先。抽象法規容有不足，行政處分的形式本身展現行為理性是行政處分的調控作用長處，為其他行政行為類型所不及。

## 二、行政處分的體系功能

行政處分的作成必須合於法律規定，為促使行政受法律拘束的重要媒介之一。法治國家之行政處分，有別於專制高權時代的行政處分，在於受法律保留與法律優位原則的制約。行政法律的適用是

---

51 行政處分的作成須有法律依據，不表示法律中必須出現「行政處分」的用語，而是立法者透過，於此涉及法律解釋問題，公法上不當得利之返還請求，得否以行政處分為之，足為適例。行政程序法第127條第1項：「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。……」此項規定是否授予行政機關以行政處分命受益人應返還因該處分所受領之給付，頗有爭議。最高行政法院持否定說[最高行政法院104年度6月份第1次庭長法官聯席會議決議（一）]，理由為：「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。」嗣立法院修正，新增第127條第3項：「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。」另參本文「柒、三」。

52 參見Thorsten Siegel著，李建良譯，行政程序法作為秩序理念——行政程序法的合作要素，收於：李建良編譯，人民與國家關係的變遷，頁305以下（2017年）。

法治行政的基本要求，行政處分作成本身即是法律適用的體現。在行政行為體系中，行政處分作為一種「制度」，重要性與日俱增，足以產生穩定作用，形成社會生活。缺乏行政處分，行政法秩序無從建立，部門行政亦無從開展遂行、發揮規範社會的功能。例如金融監督、食品管理、環境保護、社會福利等，不一而足。作為法律制度，行政處分精密設計建構，核心零件是個案的規制效力，形成力、創造力、確認力，行政法總則與部門行政法之間的連鎖與輸送關係<sup>53</sup>，於行政處分的表現最為極致。行政處分允應為功能最全面、完整、周密的制度工具，要之有四：

- (一) 法律關係的形塑機制。
- (二) 正當程序的連結標的。
- (三) 行政執行的基礎要件。
- (四) 行政爭訟的構造元素。

行政處分概念規範的重要關聯，不是個別點狀分布，更在於其間的交互連動關係，以及內涵的秩序理念與責任分配。從規制的效力而言，行政處分的作成，一方面是行政機關在其法定權責的範圍內，形成意志的外部展現；與此同時對外釋放訊息，讓受規制對象（相對人或利害關係人）預期到或期待行政機關將在其權責範圍內有所作為<sup>54</sup>。是以，行政處分可以作為一定法律地位或狀態之證據，一旦生效，其所規制之實體法律關係即告確立（未必確定）。行政處分若課予特定之給付義務者，其所構成者，不僅是一定之給付義務，尚且是該法律關係之基礎。因此，在系爭行政處分被撤銷或解消之前，處分相對人至少享有該處分所確立法律關係的信賴利益，行政機關不得恣意請求處分相對人返還依該處分所給予之給付。

---

<sup>53</sup> 參見李建良，行政程序法的秩序理念與思維理路——行政法體系構成的方法論反思，收於：李建良編譯，人民與國家關係的變遷，頁317以下（2017年）。

<sup>54</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 5), S. 338.

行政處分概念的法制化與立法定義，有助於行政行為的體系化，將眾多繁雜的各類行政行為在同一準據下歸整、系統化。猶如行政法總論與各論的系統關聯，行政處分制度得以讓各部門行政在共同的基礎下，將之運用於各該規範對象，再發展出符合部門需求的表現型態、程序機制與效力類型<sup>55</sup>。對行政機關與人民而言，行政處分同具重要性。行政程序法的規範建構與法律適用，行政處分居於樞紐地位。行政程序（法）與行政處分互為條件、彼此相依。

行政處分是行政機關產出法律上個案拘束力之制度工具；具體行政法律關係與行政法秩序，取決於行政處分的規制內涵；也因此，人民不服行政處分得循法律途徑撤銷之，既是權利，同時也是一種「負擔」。行政處分的效力面向與救濟關聯，一定程度影響到行政行為是否具備行政處分的判斷，故行政處分的認定需要進行體系性的交互思維，考量重點包括<sup>56</sup>：

（一）事前程序因素：系爭行政行為應否或能否踐行正當程序，如聽取當事人意見、資訊公開、附具理由、要式送達等。

（二）事中規範因素：系爭行政行為引動之行政法律關係是否適合由行政機關單方予以規制？是否造成人民過大的救濟「負擔」（不救濟，即告確定）？

（三）事後救濟因素：系爭行政行為之作成與遂行是否期待人民對之提起救濟（有無提起行政救濟之期待可能性）？

---

55 參見Christian Bickenbach, Charakteristik, Unterarten und Unarten des Verwaltungsaktbegriffs, JA 2015, S. 481 (481).

56 另參本文「陸、三、四」。

### 三、行政處分的效力功能

#### (一) 行政處分的效力面向

行政程序法第92條第1項有關行政處分的立法定義中，「決定或其他公權力措施」一詞彰顯出「行政機關為終局意思表示」的意旨，其產生的「規制」效力（發生法律效果），乃行政實體法具體規範結果的展現。行政處分的強項與特點是：法律關係的釐清與具體化功能，尤其在複雜事實情況的規制上，例如大型開發案、建築、環境及技術法等領域的事務。根據德國學說歸納，行政處分形構具體行政法秩序的功能面向主要有：合法化效力<sup>57</sup>、構成要件效力<sup>58</sup>、集中效力<sup>59</sup>、除權效力<sup>60</sup>等。（實體）行政處分的作成，一方面是行政程序的終結，另一方面是開始另一程序的環節，步步遞進，不必重新回頭審究檢視各階段的法律適用問題，提升行政效率，減少法律關係的不確定性。平行面向展開、遞延行政法律關係（廣義之構成要件效力）。行政處分的規制功能不單是課予相對人以負擔，於其發生規制效力的範疇內，同時可以確保法安定性，便於人民自行形成、自我負責，並減輕自我評估與決策所生的各種風險。例如許可處分之於投資風險<sup>61</sup>。

#### (二) 行政處分的名義功能

行政處分的效力功能，首要是作為行政強制的執行名義，將人民的義務具體化，此亦為法明確性原則之旨趣所在，為行政處分的功能之一<sup>62</sup>。行政處分的「執行名義功能」（下稱「名義功

57 對應德文：Legalisierungswirkung。

58 對應德文：Tatbestandswirkung。

59 對應德文：Konzentrationswirkung。

60 對應德文：Präklusionswirkung。

61 參見Rudolf Steinberg, Zulassung von Industrieanlagen im deutschen und europäischen Recht, NVwZ 1995, S. 209 (212).

62 行政處分作為行政執行的名義，與行政機關於執行前是否（能否）作成行政處分，為不同層面的問題，應予區隔。

能」)<sup>63</sup>，一言以蔽之，得為強制執行之義務的具體化（抽象規範＋具體事實），主要用於干預行政領域，含公法上金錢給付義務（例如課稅處分）與公法上行為、不行為或容忍義務（例如拆除處分、禁止駕駛或強制注射）；於給付行政領域，則是請求返還給予之給付，含人民公法上之不當得利返回義務（例如命返還溢領之救濟金）。至兼含干預與給付性質之授益處分，於負擔（附款）之履行，亦有適用行政執行法之可能。

於立法政策上值得商榷、法律適用上時生爭議的問題是，行政執行法第11條第1項、第27條第1項規定「義務人依法令或本於法令之行政處分……負有……義務」，顯示得為強制執行之名義，除行政處分外，尚包括「法令」在內。同條雖分別規定「法令負有義務，經以書面通知限期履行者」（第11條第1項第3款）、「另以書面限定相當期間履行」（第27條第1項），作為啟動行政執行程序的門檻要件。惟究之制度本質與規範體系，實則混淆了行政法上之抽象義務與行政執行之具體義務兩種不同層次之問題，且造成行政處分與行政執行法制上之體系扞格與規範漏洞，要之有三：

1. 「以書面限定相當期間履行」之所謂「書面」者，其法律性質為何？是否為「依法令負有義務」之具體化？若是，且具行政處分之性質，則何異於「本於法令之行政處分負有義務」？若否，且不具行政處分之性質（觀念通知），則得為強制執行之「法令上負有義務」如何具體化？若未經具體化，又如何強制執行？

2. 行政執行的基本構造是：先有義務，再經告戒，而後執行，「告戒」為行政執行正當程序之一環，此行政執行法第27條第2項之所由設。於依法令負有義務而得為強制執行之情形，「以書面限定

---

63 德文稱為Titelfunktion。參見Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 37. Ed., Stand: 01.10.2017, VwVfG § 35 Rn. 60-61.

相當期間履行」似應具有告戒之性質。然從行政救濟的角度以言，人民於此強制執行政序中，認其權利受有損害時，如何對之提起行政救濟？若以此一「通知」為標的，爭執的是「告戒」的合法性？抑或依法令義務之存否？其訴訟類型又為何？

3. 行政機關因情況急迫而須對「依法令負有義務之人」即時採取強制措施者，所在多有，非能「以書面限定相當期間履行」者，洵屬事之常理。行政執行法第三章對此特殊情形未設例外規定，顯有疏漏，此之重大法律漏洞非能轉介同法第四章「即時強制」規定而獲填補。

以上三大法治疑點導因於行政執行立法之不善，加上後繼釋義者之不察，因循延誤迄今，允宜修法改正，以利行政任務之遂行與人民權利之維護。

### （三）行政處分的要件效力

行政處分的名義功能，旨在標定行政執行的具體法律關係，同時區隔出「課予應受執行義務的處分」（基礎處分）與「執行基礎處分的各種行政行為」（執行行為）。於執行政序中，基礎處分構成執行行為的前提要件（行政處分的要件效力），執行行為的「合法性」取決於基礎處分的「有效性」，而非「合法性」<sup>64</sup>。行政處分作為執行名義既是採取「強制方法」的法定要件，亦是執行機關向義務人收取「所生費用」（例如代履行費用）的法律基礎。基礎處分之相對人若不訴請撤銷基礎處分，即可能陷入被執行而無法救濟的危險（撤銷負擔）。反之，基礎處分若經撤銷，則執行行為（例

<sup>64</sup> 德國學說與實務見解，參見Ralf Poscher, *Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung*, *VerwArch* 89 (1998), S. 111 (123); Matthias Ruffert, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., § 27 Rn. 17; Wolfgang Mosbacher, in: Engelhardt/App/Schlatmann (Hrsg.), *VwVG VwZG*, 11. Aufl., 2017, *VwVG* § 6 Rn. 1c; Stelkens (Fn. 38), § 35 Rn. 41; BverwG, NJW 1984, S. 2591 (2592); BVerwGE 122, 293 (296).

如代履行費用處分)即隨之構成違法。至於該行為是否符合行政執行法之規定,則非所問。準此以言,已執行完畢之基礎處分,其效力未必即告「消滅」<sup>65</sup>,尤其基礎處分的執行若伴生出執行費用之處分時,縱使基礎處分之執行程序業已終結,該基礎處分的效力並不因此而「消滅」,仍有提起或續行撤銷(基礎處分)訴訟之實益<sup>66</sup>。觀念上尤須強調者,凡符合行政程序法第92條所定行政處分「要件要素」之行政行為者,即取得行政處分的「適格性」,至於該行政行為的「合法性」,則屬另一層面之問題<sup>67</sup>。

除具有執行力行政處分(下命處分)之於執行行為外,行政處分要件效力亦表現在其他行政處分上。例如禁止停車之交通標線(一般處分)為違規停車之罰鍰處分的前提要件。同上之理,罰鍰處分的合法性取決於交通標線的有效性,而非合法性。行政處分要件效力的正當理據,係建立在行政處分的制度理性與行政救濟的體系關聯上,要之有三:

1. 行政處分的法效性來自作成個別決定之行政機關(意欲發生一定的法律效果),其規制性與合法性則繫於行政機關所依據的法律規定。行政處分所由之法律依據未必咸同,有權作成行政處分的機關亦有差異。法律若建構多階段且多機關的行政程序結構,則後

---

<sup>65</sup> 此所以行政訴訟法第6條第1項後段:「確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟」修改為「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」之理由。

<sup>66</sup> 德國學說與實務見解,參見Christoph Enders, Der Verwaltungsakt als Titel für die Anforderung der Kosten seiner Vollstreckung, Selbstverständlicher Rechtsgrundsatz oder grundsätzliches Missverständnis?, NVwZ 2009, S. 958 (958 ff.); Christoph Labrenz, Keine Erledigung durch Vollziehung – Eine vollstreckungsrechtliche Entscheidung des BVerwG und ihre Folgen für die Effektivität des Rechtsschutzes, NVwZ 2010, S. 22 (22 ff.); BVerwG, NVwZ 2009, S. 122; BGHZ 172, 368 = NVwZ-RR 2008, S. 316.

<sup>67</sup> 此所以訴願法第3條第1項於1998年修正時,刪除舊法中「基於職權」的原因所在。蓋行政行為的「合法性」(是否基於法定職權)不是行政行為構成行政處分要件要素。

階段之行政機關應受前階段之有效行政處分之拘束，此於公法上金錢給付義務專由法務部行政執行分署執行之情形，尤其明顯。行政執行分署專司基礎處分之執行，自應以基礎處分有效存在為前提，而無權審查基礎處分之合法性。

2. 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。」明定行政處分實質之存續效力，除彰顯行政處分的有效性外，更蘊含有行政處分拘束力的規範意旨。蓋行政處分之拘束力為實質存續力的必要內涵。處分機關與處分相對人受行政處分之拘束，為行政處分具法效性之所應然，無待法律特別規定，其他機關（包括法院）受有效行政處分之拘束，方為上開規定的旨趣所在。儘管行政處分之類型繁多，其拘束效力須視各該規定與具體情況而定，要難定於一尊<sup>68</sup>。

3. 行政處分存續力的概念與體系建構，係承襲判決確定力的制度與觀念，而有形式與實質之二分，前者近乎判決的確定力，又稱不可爭訟性，為確保法安定性的重要法門之一。凡以有效行政處分為程序標的之救濟制度，如訴願、撤銷訴訟、課予義務訴訟等，皆設有「不變期間」規定，其理在此；部分規定且將行政執行之容許性繫於行政處分「確定」者，俾以確保人民權利<sup>69</sup>，同時強化有效行政處分之拘束力<sup>70</sup>。

68 參見Michael Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl., 2014, § 43 Rn. 7.

69 例如行政程序法第127條第4項：「前項行政處分未確定前，不得移送行政執行。」司法院釋字第491號解釋謂：「……復依公務人員考績法第十八條規定，服務機關對於專業考績應予免職之人員，在處分確定前得先行停職。受免職處分之公務人員既得依法提起行政爭訟，則免職處分自應於確定後方得執行。……」其旨亦同。

70 行政處分的形式確定力暨拘束力，為學理與制度之所應然，德國社會法院法第77條：「除法律另有規定外，以行政處分為標的之法律救濟未經提起或未獲救濟者，該行政處分於實體上對當事人具有拘束力。」則洵屬少見的立法例。參見Benjamin Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt (Hrsg.), *SGG*, 12. Aufl., 2017, § 77 Rn. 1 ff.

承上理據，當無可期待人民對基礎處分或前階段處分提起救濟時，允應例外讓基礎處分之「違法性」擴及於執行措施或後續處分<sup>71</sup>，至於基礎處分是否有效，則非所問，特別是在行政處分立即執行之情形。例如集會遊行之解散命令若屬違法，則強制驅離行為即當然違法<sup>72</sup>。此外，因不可歸責於處分相對人之事由，致處分相對人未對基礎處分提出救濟者；或行政機關濫用強制執行之權力，例如行政機關明知基礎處分違法者<sup>73</sup>；或基礎處分作成後，基礎事實或法律有變動者<sup>74</sup>等情形，基礎處分之違法性均可作為判斷執行行為或後續處分違法性之基礎。

#### 四、行政處分的救濟功能

##### (一) 形式意義的行政處分

行政處分作為一種法律制度，於行政程序法與行政爭訟法上須具備特定且相同之實質內涵<sup>75</sup>，方得與其他行政行為彼此區隔，相互為用，此行政處分兼備制度工具與秩序理念之所應然。在行政爭訟程序上，行政處分另具「程序標的」的制度功能，行政訴訟類型

71 德國學說稱之為：「違法性關聯」(Rechtswidrigkeitszusammenhang)，相關討論，參見Jost Pietzcker, Der „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ beim Verwaltungszwang, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1045 (1045 ff.); Veronika Schweikert, Der Rechtswidrigkeitszusammenhang im Verwaltungsvollstreckungsrecht, 2013.

72 比較之例，參見BVerfG, NJW 1993, S. 581 (581 ff.); BVerfG, NVwZ 1999, S. 290 (292); BVerwG, NVwZ 2009, S. 122.

73 比較之例，參見VGH Mannheim, NVwZ 1993, S. 72 (73).

74 Veronika Schweikert, Der Rechtswidrigkeitszusammenhang im Verwaltungsvollstreckungsrecht, 2013, S. 238 ff.

75 民法之法律行為，係以意思表示為要素，意思表示是法律行為所必備的核心要素。法律行為由一方當事人的意思表示所構成，稱單方行為；由多數當事人意思表示所構成，稱為多方行為（參見王澤鑑，民法總則，增訂新版，頁299（2014年））。行政處分發生法律上之效果，應為一種法律行為，惟是否如民法之法律行為，亦以意思表示為要素，向有爭議，於今猶然。參見Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., 2018, § 35 Rn. 31.

的基本骨架繫於行政處分（但須注意：非行政處分不等於無行政訴訟）。其中，撤銷訴訟旨在除去「不法、但有效」的行政行為，為落實憲法保障人民基本權之防禦功能的必要制度。是則，行政行為是否具行政處分的性質，從行政爭訟的角度思維，允應大於行政程序法所定行政處分之實體概念。學說上有「行政程序法意義之行政處分」與「行政爭訟法意義之行政處分」的觀念區隔，或所謂「形式行政處分<sup>76</sup>」概念的提出，其理據在此。例如行政機關於公函上載有救濟教示，縱使該公函不具行政處分要件要素，相對人仍可將之理解為「得予撤銷行政處分」，依法提起行政爭訟，以除去因「形式違法行政處分」之存在，而可能遭受的權利侵害<sup>77</sup>。對於行政法院而言，須分辨系爭行為「是否」為行政處分與行政機關就系爭事件「能否」以行政處分為之兩種不同層次的問題。從行政救濟的觀點出發，行政處分是否違法而應予撤銷，不僅只是系爭行政處分的「內容」抵觸法律規範，或其作成違反正當法律程序之規定，尚包括行政機關得否就系爭行政措施以行政處分「形式」為之（行政處分之形式容許性）。系爭行為若不得以行政處分形式為之，例如應以行政命令形式為之，或系爭法律關係屬私法性質，非得以行政處分片面課予人民義務，則行政法院仍應認定其為行政處分，並以判決「撤銷」之，俾除去其表面之形式法效性。此關乎暫時權利保護（停止執行）的落實，於爭執標的為「形式下命處分」時，尤其重要。蓋處分相對人因「形式」行政處分之存在，而處於被強制執行的危險狀態。

76 「形式行政處分」的德文用語不一，有formelle Verwaltungsakte或Verwaltungsakte durch Form。

77 德國實務與通說見解，參見：BVerwGE 18, 1 (4); VG München, NuR 1991, S. 491; VGH München, BayVBl. 1995, S. 565 (566); BayVBl. 1996, S. 660 (661); NJW 1997, S. 3391 (3392); BFH, NVwZ 1987, S. 1118; OVG Koblenz, NJW 2003, S. 3793 (3794); VGH München, NVwZ 2000, S. 222; BayVBl. 2003, S. 212 (213); BVerwG, NVwZ-RR 2005, S. 343; OVG Schleswig, NJW 2000, S. 1059 (1060); OVG Münster, NVwZ-RR 2010, S. 587 (587 f.); Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 436.

## (二) 實質意涵的行政處分

「形式行政處分」(主要是下命處分)可以作為撤銷訴訟之程序標的,得由行政法院予以撤銷,係基於權利救濟之考量<sup>78</sup>,故原告須釋明該「形式處分」之存在損及其權利,滿足權利保護必要之要件,始具備起訴要件。也因此,在概念與邏輯上必須注意的是:「形式」之行政處分不等於實質之行政處分。所謂純粹形式之行政處分,究實而言,並非行政程序法第92條規定之行政處分。蓋後者係以行政處分之「實質要素」為規範內涵,並與相關實體規範相連結,包括行政處分的生效、效力存續等規定(行政程序法第110條)。

行政行為的詮釋與定性,形式外觀固然是重要的參考因素之一。例如書面載明救濟教示或表現其為行政處分的意旨(如註明「將移送強制執行」之字句)。然須指出者,行政機關對於行政處分並無「實質的定性權」,儘管行政機關原則上有行為形式之選擇自由<sup>79</sup>。諸如行政行為是否具有具體事件之規制效力,或具體行政行為是否具「外部效力」,或私法關係之權利義務得否以行政處分規制等實質行政法律關係的確立,非取決於行政機關的片面決定,而須回歸行政機關所據以為決定的法律基礎。行政機關所為之書面行政行為,徵諸法律意旨,若無授予行政機關以行政處分予以規制者,尤其僅確認法律關係之存否或對是否該當法定要件之闡明,縱使載有「救濟教示」,亦不影響該行政行為的「實質法律定性」(仍非實質之行政處分)。此類「處分」相對人縱未於法定期間內(例如訴願期間)對之提起救濟,該「形式(確認或形成)行政處分」亦不會因此而產生「形式存續力」(不可爭訟性)。「處分」相對人

78 此種情形猶如對「無效之行政處分」或「不生效力之行政處分」提起撤銷訴訟。蓋行政行為是否違法而無效或不生效力,未必明顯,故亦得以撤銷判決除去之。參見Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 11. Aufl., 2010, § 44 Rn. 69.

79 所謂「行為形式選擇自由」,只是一種法律上的可能性,並非原則或前提,須有法律上的基礎或理據,方足以得出此項結論或論斷。

如有不服，仍得對之提起行政訴訟，以資救濟，比如提起法律關係不存在確認訴訟，此為基於憲法第16條保障人民訴訟權之合憲性解釋所應然。舉例言之，某行政機關之聘僱人員請求服務機關發給「服務證明」，該服務機關以「行政處分」之形式予以拒絕（例如載有救濟教示）。聘僱人員之法律關係若為私法關係，則服務機關並無以「行政處分」給予「服務證明」之權限，故該形式上之「拒絕處分」不具實質行政處分之性質，該當事人無從提起撤銷訴訟暨課予義務訴訟之可能（無權利保護之必要）<sup>80</sup>，但同時也不會因未提起行政訴訟而受有不利利益。如發生有無於該機關服務之爭議時，該聘僱人員仍得向民事法院提起確認法律關係存在之訴。

### （三）宣示作用的行政處分？

行政法律關係或人民的法律上請求權，於具體事實與法律規定合致時，即已發生者，是否尚須由行政機關以行政處分確認之？又，當行政機關對人民之請求為「准駁」之表示時，其法律性質為何？頗值探討，德國學說上有所謂「宣示性行政處分」概念之提出<sup>81</sup>，用以區隔形成性行政處分。不過，「宣示性」與行政處分的概念要素（法效性）是否相容，非無疑問。嚴格而言，行政行為若只有「宣示作用」，即不具法效性而非屬行政處分；反之，實體法上已成立之權利尚須經行政處分之作成始得行使，則該處分實具確認效力（確認處分）。至於究為何種情形，端視行政實體法規範而定。例如稅捐稽徵法第28條第1項前半規定：「……納稅義務人得自繳納之日起十年內提出具體證明，申請退還；屆期未申請者，不得再行申請。」核其規範旨趣，係賦予人民稅法上不當得利返還請求權，解釋上，應於法定構成要件該當時，亦即納稅義務人自行適用

80 參見德國行政法院實務見解，BVerwG, NVwZ-RR 1993, S. 251 (252); VGH München, NVwZ 2002, S. 1392.

81 即所謂deklaratorischer Verwaltungsakt，參見Stelkens (Fn. 75), § 35 Rn. 33.

法令錯誤或計算錯誤，並為繳納（溢繳）之行為時，其稅法上不當得利之返還請求權即已成立，並開始計算請求權時效。縱使稅捐稽徵機關作成准予返還之決定，亦僅具「宣示意義」；稅捐稽徵機關若拒絕人民之申請，則人民得直接提起一般給付訴訟，而非課予義務訴訟<sup>82</sup>。蓋納稅義務人因自行適用法令錯誤或計算錯誤而溢繳稅款者，非因行政處分所生之不法結果，基於憲法保障財產權之意旨，人民自得請求返還（排除不法結果），無由行政機關以行政處分予以確認的餘地。

## 五、行政處分的類型開展

### （一）行政處分的制度彈性

權且跳開法解釋論的思維框架，切換觀察視鏡，行政處分作為行政的「行為形式」之一，並非封閉性或終局性的目的創設，而是可以填充、續造，進而「建立新典範」的開放概念與制度工具。將某些類型的行政行為「定性」為行政處分，意味的不外乎是賦予特定行政措施以「行政處分」相關聯的法律效果。行政行為的定性非僅具行政救濟的意義，與之相連結的（實體法）法律效果，尤不能忽略。後者的開展超越司法救濟程序標的之技術性問題，也因此行政處分並無所謂「種類限定」，行政訴訟法第5條所稱得提起課予義務訴訟的「依法申請之案件」，於解釋適用時，允應注意及此。

---

<sup>82</sup> 比較法上之觀察，德國稅捐通則第38條規定：「基於稅捐債務關係所生之請求權（Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis），於法律規定之給付義務構成要件現實時，即已發生。」此項規定所稱「基於稅捐債務關係所生之請求權」，包括同通則第37條所定之稅法上不當得利返還請求權（Erstattungsanspruch）（參見BVerwG, Beschluß vom 14.12.1984 - 8 B 112/84 (München), NVwZ 1985, S. 276）。同通則第128條雖規定，基於稅捐債務關係所生請求權之實現，須基於核課處分（Steuerbescheide）等行政處分（確認處分）。然該條所稱須以行政處分作為稅法上不當得利返還請求之基礎者，解釋上係指因稅捐稽徵機關撤銷或變更核課處分所生之不當得利返還請求權，而不包括因納稅義務人自行計算錯誤而溢繳稅款所生之不當得利返還請求權。參見Jens Intemann, in: Koenig (Hrsg.), AO, 3. Aufl., 2014, § 218 Rn. 10.

行政處分作為一種法律思想的結晶，固有其歷史上之義理傳承與法制沿革，卻不表示（國家）立法者不能對行政處分的制度內涵有所形塑，乃至改造、賦予新意。行政程序法第92條規定行政處分的「通案」要素，並未設定行政處分的樣式。行政處分的類型基本上是處於開放狀態，可依時代需求持續演化；行政處分的意義與角色亦可因時而異或重心轉移。例如在資訊時代下，行政處分可以作為形成或引導資訊的制度工具，或者形成私法關係或規範私法關係的制度工具。又如於民營化時代下，將所謂「第三部門」納入行政任務遂行體系之中，蔚為時代風潮與需求。法律機制上的選項與運作方式，行政處分殆不可少<sup>83</sup>。再如針對設施興建或開發行為的許可制度，如何突破當前以環境介質為取向的「分散型許可」制度，興革為具有集中效力的「整合型許可」制度<sup>84</sup>，並兼而強化財產權暨營業自由之存續保障、加速事實調查認定與專業評估、提升許可的形式確定力<sup>85</sup>。

## （二）概念演化的體系思維

行政處分類型拓展的動因與取向有二：一是橫向的體系思維；二是縱向的領域關聯，此二端的交錯互連構成行政法總論與各論整合的課題之一。行政法總論（一般行政法）不單是行政法的學科分類，抑且是行政法學的思考方法。行政處分作為一種通用於所有行政法領域的制度工具，除必須具備通案之概念要素外，亦得因時應勢，基於規範需求與事物特性，從特定個別領域中提煉抽繹出可資運用於其他領域的制度元素，組構出行政處分的一般新型。近如因應電子化時代的趨勢，逐有「E行政處分」概念與制度的創設，即

83 參見 *Claudio Franzius, Gewährleistung im Recht*, 2009, S. 336 ff.

84 我國特有的環境影響評估審查機制，寓有「整合型許可」的制度內涵，卻因缺乏審查標準而容易流於恣意。關於整合型許可制之發展，參見 *Britta Welke, Die integrierte Vorhabengenehmigung*, 2010, S. 80 ff.

85 相關討論，參見 *Christoph Engel, Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*, 1992, S. 133 ff.

是顯例。尤須指出的是，行政程序法第164條所定「計畫確定裁決」<sup>86</sup>，亦是一種新型的行政處分，在一定條件下，可以運用在「有關一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置，涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限」的各種行政任務領域。可惜截至目前為止，該項制度工具僅停留在「立法定義」，無法付諸實踐，更因同法第163條有關行政計畫的「描述性」定義（行政機關為將來一定期限內達成特定之目的或實現一定之構想，事前就達成該目的或實現該構想有關之方法、步驟或措施等所為之設計與規劃），造成觀念上的誤解與混淆<sup>87</sup>，行政計畫法學發展的障礙，非此莫屬。

### （三）類型創設的縱向關聯

承續上述思路，行政處分類型創設的另一驅動力來自部門行政法，特別是在電信、環保、科技、食安、資訊等專業領域。最為學者熟知、時而出現於實務裁判者，要推所謂「暫時性行政處分」（暫時性的行政決定作為一種行政處分）。此一概念承襲自德國<sup>88</sup>，初時常見於稅法領域，後明文於社會法典<sup>89</sup>，再漸次普及於各種行

86 本條繼受自德國行政程序法第72條以下規定之計畫確定程序（Planfeststellungsverfahren），計畫確定裁決的原文是Planfeststellungsbeschluss，其中Beschluss（裁決）為一種行政處分。

87 最主要的混淆是，行政程序法第163條的「行政計畫」，係指行政機關所為之計畫（Planung），例如都市計畫；同法第164條所稱確定其「計畫」之裁決，德國法的用語是Plan或Vorhaben，係指申請許可之規劃，屬一種特殊的（開發）許可程序，計畫主體（Vorhabenträger）得為任何自然人、私法人或公法人。換言之，我國行政程序法第163條有關行政計畫之定義規定，相當於Planung；反之，第164條所稱「確定其計畫之裁決」，則相當Vorhaben，德文Vorhaben與Planung二詞，語意上雖皆有計畫之意，但指涉內涵有所差異，性質迥然。

88 即德國學理與實務概念：Vorläufiger Verwaltungsakt，最初由德國聯邦行政法院所創用（BVerwGE 67, 99）。參見Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 9 Rn. 66.

89 德國社會法典第一編第42條第1項第1句（預為給付）、第43條第1項第2句（暫時性給付）、社會法典第三編第328條第1項第2句（暫時性決定）。

政法領域，如公害防治、廢棄物清理、水資源管理等<sup>90</sup>。另一重要範例是，近年在電信（通訊）法領域有關「管制處分<sup>91</sup>」的討論，並由此拓衍出「管制裁量」及其司法審查的新興課題<sup>92</sup>。又如採購法或經濟行政法領域中常見的甄選程序，業已累積相當程度的制度元素，足以形成所謂「決選處分」或「分配決定<sup>93</sup>」的概念類型。

於法政策上，源於部門行政法的行政處分類型，固然可以將之一般化而為通案性的行政法制度，惟須注意從「個別領域、特定性」進階到「跨領域、全面性」之間所可能產生的量變或質變。從法律規範技術來看，總則性的規範密度低於部門行政法的專業立法（尤其是行為法）。是以，行政處分（例如暫時性行政處分）一般化的結果，能否觀照部門領域的事物特性，是否導致構成要件規範密度的降低，進而使法律保留原則受到侵蝕於無形之中，為法治影響評估的要項之一。

## 柒、法治思考：行政處分的秩序理念

### 一、行政處分與法治圖像

於現代民主法治國家中，行政處分不是統治工具，而是一項法

---

90 關於暫時性行政處分的體系關聯及類型，參見 *Ulrich Jan Schröder*, *Der vorläufige Verwaltungsakt*, Jura 32 (2010), S. 255 (255 ff.).

91 即德國學理與實務概念：Regulierungsverfügung，主要示範領域是德國聯邦網路署（Bundesnetzagentur）依德國電信法（Telekommunikationsgesetz）第9條以下規定確立（Festlegung）電信市場的管制規範。參見 *Stelkens* (Fn. 75), § 35 Rn. 296.

92 參見 *Klaus Ferdinand Gärditz*, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005 (1005).

93 即德國學理與實務概念：Auswahlentscheidung、Verteilungsentscheidung，參見 *Markus Pöcker*, *Das Verfahrensrecht wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verteilungsentscheidungen: Der einheitliche Verteilungsverwaltungsakt*, DÖV 2003, S.193 (193 ff.); *Stelkens* (Fn. 75), § 35 Rn. 160 ff.

律制度，確立人民與行政之間具體的法規範秩序。行政處分為學理所創設，從觀念的發想，歷制度要素的賦予與內涵體系的建構，到成文化與實際運作，不是自明之理，20世紀初葉，學說仍有爭議<sup>94</sup>。

法治國家不是法與國家的字面合體，而是寓有以法律節制行政權力之規範意旨。法治國家若是以憲法國家為前提、行政法井然大備的國家<sup>95</sup>，則行政處分作為法治國家的基本元素、建構原則與制度工具，一方面可以對特定或可能特定的人民「令行禁止」，另一方面可讓人民舉措有方，形成相對穩定的行政法秩序，故行政處分兼具執行法律與自主引導社會生活制度的雙重法治功能<sup>96</sup>。傳統行政法學發展以行為形式理論為中心，行政處分居於核心地位，導引行政法體系思維與秩序理念的建立，其理在此。

行政處分為個案規制之法律工具，將法律規範意旨具體化，明確行政法律關係與法秩序，並使之發生法律拘束力<sup>97</sup>。行政機關透過行政處分，得以確認經調查之特定事實（人地時事物）（行政程序法第36條至第43條），並檢視其是否該當於法律明定之抽象構成要件，再而將之與特定的法律效果相連結。行政機關之個案決定，乃公法秩序賴以維繫之基本要件要素，故縱使對人民具有干預性，行政處分的具體化功能對人民亦可產生法治國家之保護作用<sup>98</sup>。

---

94 例如Hans Kelsen反對公法與私法的區別，同時也反對行政處分制度。參見Hans Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, AöR 31 (1913), S. 190 (195).

95 Mayer (Fn. 16), S. 55, 58.

96 此項基本功能可追溯至Otto Mayer建構行政處分制度的始意。參見Mayer (Fn. 16), S. 93:「經由行政處分，行政機關得對其臣民於具體個案確定何者對其為應屬正確之事（durch VA dem Untertanen gegenüber im Einzelfall bestimmt wird, was für ihn rechtens sein soll）」。深入分析，參見Reimund Schmidt-De Caluwe, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, 1999, S. 7 ff.

97 Ivo Appel/Hansjörg Melchinger, *Rechtsanwendung und feststellender Verwaltungsakt*, VerwArch 84 (1993), S. 349 (349).

98 參見Stefan Haack, *Der Eigenwert der Verwaltungsentscheidung*, AöR 133 (2008), S. 43 (77).

從法學方法的角度而言，行政處分的作成與法律適用之基本法則，緊密相關、互為表裡。行政機關首先必須就其所依據之法律的構成要件進行解釋（建立大前提）；其次（或同時）就法律構成要件相關聯之事實（法律事實）進行調查與認定（確認小前提）；再者就所認定之法律事實與所解釋之法律要件進行比對（涵攝），最後作成法律要件是否該當之論斷（得出結論）。系爭法律事實該當於法律要件者，行政機關須決定是否作成法律效果；若是，則再進一步選擇何種法律效果。也因此，行政處分之主旨、法規依據與理由，為行政處分不可或缺之成分，此不僅適用於書面行政處分（行政程序法第96條第1項第2款），於非書面之行政處分，亦應同此法治要求。

人事無窮，法條有限，法律之於行政，亦然。法律莫及之處，非行政之所終，給付行政尤為要例<sup>99</sup>。在此領域中，行政法的「法源」與其說是行政命令（行政規則或職權命令），不如說是行政處分。蓋行政自我拘束的規範性建立在行政處分的平等實踐上。行政處分將法律關係予以具體化，並非單純法律意旨的重述，毋寧具某種程度的「（具體）規範創造力」<sup>100</sup>。正面言之，行政處分兼具形塑行政法秩序與個人權利的功能；反面以思，行政處分得以讓行政權挾著自力執行力片面介入私領域。**觀念重於形式**，行政處分的法治思維重心不是「書面」外觀，而是其內含規制效力的生成與消長，尤其如何在保障個人權利與維持行政秩序之間取得平衡。

行政處分為落實法律的制度工具，但未必與法律亦步亦趨，尚可填補法律之留白，甚或濟法律之窮，展現行政權的機動性與自主

99 參見司法院釋字第443號解釋理由書。

100 參見Friedrich Schoch, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 199 (233 f.); Schmidt-Aßmann (Fn. 5), S. 338. 行政處分（個別規範）作為法源之觀念，可溯自Hans Kelsen的法位階理論。參見Hans Kelsen, Reine Rechtstheorie, 2. Aufl., 1960, Nachdruck, 2000, S. 3 ff.

性。於風險社會中，國家決策於未知之中，風險行政法的建構與實踐，不管是立法或行政，毋寧都是一種「試誤」的過程。作為「調控機制」，行政處分較之其他的行政行為，例如行政契約或所謂非正式的行政行為，非但不會相形見绌，甚至可能是「功能最適的制度工具」。蓋行政處分的形式結構與效力體系，足以產生穩定法秩序的作用，避免行政舉措無章而失控。也因此，行政處分的功能應作全方位思維，並突破既有制度框架，舉其要者：行政處分的附款、暫時性行政處分、多階段行政處分（多階段、一處分）與多階段程序之行政處分（多程序、多處分）、具集中效力之行政處分（一機關、一程序、一處分）等，不一而足。此外，認證與驗證（行政處分）制度的一般化，亦是新時代行政處分革新新課題。

民主法治國家中，行政機關對於人民所為之行政行為亦須具備民主正當性，為行政程序法的規範預設與法治應然。在所謂「不間斷的民主正當性鎖鏈」的憲法誠命之下<sup>101</sup>，行政「機關」自身及其行為的民主正當性，比之民意機關或直選的行政首長，相對較為薄弱。透過行政與人民之間的互動，設法取得人民的同意與支持，自可提高行政決定的民主正當性。行政契約如是，（合作式）行政處分亦然，此尤其體現在行政機關原則上須聽取相對人意見（給予陳述意見之機會），始能作成不利處分（行政程序法第102條）或行政處分的作成原則上必須敘明理由等正當程序要求。

## 二、行政處分與權力分立

行政程序法第92條的立法定義規定<sup>102</sup>，係行政處分之實體規

---

101 德國聯邦憲法法院曾針對人事代表的參與權問題，指出：「國家權力之所有功能，皆需有民主正當性（demokratische Legitimation）。不間斷的民主正當性鎖鏈（eine ununterbrochene Legitimationskette）對國家任何職位擔當人（Amtsträger）所建立的民主正當性關聯（Legitimations zusammenhang），適用於在此正當性過程中所賦予之各種職位，捨此無他。」（BVerfGE 93, 37 [67]）。

102 大抵繼受自德國行政程序法第35條第1項，此項規定則又承襲自1947年第156

範，通用於所有領域，屬行政程序法之一般性規定。行政程序法第3條之除外規定（「不適用本法之程序規定」），其排除適用之「程序規定」不包括同法第92條行政處分的定義規定；凡法律（不僅僅是行政程序法）提及行政處分者，均有行政程序法第92條規定之適用，即使是行政程序法第3條規定排除適用之特殊領域。例如司法機關或民意機關所為之行政行為，是否為行政處分之認定，悉依行政程序法第92條規定；於傳統所謂「特別權力關係」的領域，如公務員、學校、教師等，亦同。例如公務人員保障法第25條第1項所定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（……）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。……」，其中所稱「行政處分」之認定，亦應適用行政程序法第92條規定。

回顧行政處分在臺灣的生成與意義變遷軌跡，初非源於行政處分的制度建構，毋寧是與行政救濟的入口關卡密切相連。現行訴願法的前身1930年3月24日國民政府公布之訴願法第1條僅稱「人民因中央或地方官署之違法或不當處分。致損害其權利或利益者。得提起訴願。」未設定義。1970年12月23日總統公布之訴願法改稱「行政處分」，並明定其意義：「謂中央或地方機關基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上效果之單方行政行為」。1997年3月21日，司法院公布釋字第423號解釋，著有稍異於前揭訴願法規定之行政處分定義：「所謂行政處分係指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為，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。」1998年修正公布之訴願法與1999年公布之行政程序法同步設有「內容一致」的行政處分定義，其中法效性之要件要素微調為「直接對外發

---

號軍政府命令（Militärregierungsverordnung Nr. 165）第25條之定義，並增加「und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist」（以直接對外發生法效力為目標）的要件要素。

生法律效果」，並另設「一般處分」的新規定；行政程序法同時在第2條第2項設有「行政機關」之一般性定義：「指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織」。

上揭有關行政處分定義的「法律變動」，究竟是出於立法者的創設或擬制（立法形成自由），抑或得由法院透過解釋予以形塑，屬司法造法、漏洞填補的任務（行政處分定義作為一般法律思想）<sup>103</sup>？值得翫味，於此涉及行政、立法、司法三權分立之憲法課題。

#### （一）立法形成自由與界線

行政處分之為法制度，先由學說創設、建構，再形諸法律條文，內涵迭有更易，已見前述，可知行政處分的制度內涵非憲法所預設，其立法定義自不具憲法位階；行政行為之性質究為一般抽象之規定（行政命令），抑或規制具體個案之決定（行政處分），亦非屬憲法層次之爭議<sup>104</sup>。不過，從權力分立原則的觀點出發，立法機關授權行政機關作成行政處分，或者行政機關基於法律為具體之行政決定，寓有個別具體的決定原則上應由行政權為之<sup>105</sup>、一般性、

---

103 德國學說中有謂：德國行政程序法第35條之行政處分定義「為行政程序法之一般法律思想」（allgemeiner Rechtsgedanke des Verwaltungsverfahrensrechts），主要係因該國聯邦行政程序法、稅捐通則（AO）、社會法典及各邦行政程序法對於行政處分皆為一致之定義規定（參見Stelkens (Fn. 75), § 35 Rn. 12）。不過，德國行政處分的定義遞經演化，於二次戰後始趨於穩定，所謂「一般法律思想」之說，恐有過甚。持保留態度者，如von Alemann/Scheffczyk (Fn. 14), § 35 Rn. 15.

104 德國實務與學說見解，參見BVerwG, NVwZ 1985, S. 39 (40); Stelkens (Fn. 75), § 35 Rn. 13.

105 德國聯邦憲法法院於2015年宣告Bremen邦法律有關由立法機關決定是否賦予某宗教團體以公法人資格之規定違憲（BVerfG, NVwZ 2015, S. 1434 [1439 f.]），其理由即系爭規定牴觸權力分立原則，蓋個案決定原則上應由行政機關為之。

抽象性的規範屬立法權核心領域之憲法規範意旨。準此以言，行政處分作為一項法律制度與規範工具，得由立法者為一般抽象性之內涵形塑，立法者亦得於部門領域創設「特殊的一般處分」，縱使其內涵係一般抽象之規範<sup>106</sup>。此種將具一般抽象規範之行政行為「立法擬制」為行政處分，或有出於權利救濟的考量，未必當然構成違憲<sup>107</sup>。然行政處分作為一種制度工具，提供行政任務的遂行，基本上仍應儘可能維持行政處分的規制特徵與規範構造，不宜過度脫離行政處分的原旨，以致淘空行政處分的制度內涵，馴至悖於法治國之法安定性原則<sup>108</sup>。況且，何種行政行為得為行政爭訟之程序標的，與行政行為之性質並無本質性之必然關聯。除立法者限制或剝奪行政行為受司法救濟之機會，而涉及是否侵害人民訴訟權之憲法爭議外，行政行為不論其定性為何（法規命令、行政處分、行政契約或行政事實行為），均不應影響該行為受司法審查之可能性。至於因行政行為的特性而須有特別之生效要件與訴訟救濟程序設計，則是另一立法形成自由的問題<sup>109</sup>。

---

106 德國學說稱之為Allgemeinverfügung sui generis。例如前述德國電信法創設的「管制處分」(Regulierungsverfügung)，旨在設定網路市場的基礎規範，德國立法者將之明定為一種「特殊的一般處分」，而非法規命令，即屬一例。相關討論，參見Steffen Wandschneider, Die Allgemeinverfügung in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis, 2009, S. 217 ff.

107 德國實務見解，參見BVerfGE 106, 275 (305)。本件涉及醫療機構得申報領取全民健保醫療費用最高數額的標準。聯邦社會法院（Bundessozialgericht, BSG）認為社會法典第五編將此標準定性為「一般處分形式之形成處分」(gestaltender Verwaltungsakt in der Form der Allgemeinverfügung)，而非法規命令，違反法治國原則而構成違憲。惟聯邦憲法法院認為此一標準的訂定程序及生效要件並無違反法治國原則之瑕疵，非能單以法律形式而認定其違憲。關於以此標準為標的之行政訴訟問題，另參見Sebastian Kluckert, Zur Klagebefugnis der Hilfsmittelerbringer bei der Anfechtung von Festbetragsfestsetzungen, NZS 2015, S. 931 (931 ff.)。

108 批評見解，參見Angelika Emmerich-Fritsche, Kritische Thesen zur Legaldefinition des Verwaltungsakts, NVwZ 2006, S. 762 (762 ff.)。

109 參見Ulrich Stelkens, Das Verkehrsschild, die öffentliche Bekanntgabe, das BVerfG und der VGH Mannheim, NJW 2010, S. 1184 (1184 ff.)。

## (二) 司法造法與違憲審查

行政處分的立法定義若不具憲法位階，行政行為是否具行政處分性質，亦非憲法層次之爭議，則行政行為的定性允應不屬違憲審查之標的與課題。徵諸釋憲實務，司法院就行政行為定性問題著之為憲法解釋者，所在多有，甚或於解釋中提出行政處分之司法定義，已如前揭。推究其原因，乃舊行政訴訟法僅有以行政處分為標的之撤銷訴訟，形成「無行政處分、無司法救濟」的法治漏洞，連帶亦使行政處分的內涵與形貌，在「憲法解釋」之下被擴張或扭曲。1979年，司法院釋字第156號解釋一方面謂「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質」(解釋文)，另一方面又指「此項都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更(都市計畫法第26條參照)，並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同」(理由書)，前後不一，理路欠通，即是要例之一，影響至今。2016年底，司法院釋字第742號解釋雖以「都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權與訴訟權之意旨。」補充司法院釋字第156號解釋，但所稱「應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟」，復又造成行政處分與行政法規<sup>110</sup>的混淆與訴願制度適用範圍的疑義。

---

<sup>110</sup> 司法院釋字第742號解釋僅謂都市計畫變更「屬法規性質」，其未必即是法規命令，亦有可能是自治規章。

本文開篇所舉德國聯邦行政法院裁判中，其中一則涉及建設細部計畫確定是否具行政處分性質之爭議。聯邦行政法院持否定見解，同時指出：認定系爭行為非屬行政處分之結果不影響系爭當事人之權利救濟，未刻意將細部計畫強解為行政處分，留下都市計畫法制形塑及相關司法救濟體系建置的空間。

### （三）依法行政與司法審查

立法與行政二權功能的基本分野是：前者職司法律的制定，後者執掌法律的執行，並負有公平適用法律之義務（法律之前、人人平等）<sup>111</sup>。行政權此項特質與司法權相同，但行政作用以公益為取向，非僅忠實地將法律意旨具體化，尚可且須在法律框架內自主形成行政法秩序，尤其是技術規範的訂定<sup>112</sup>。儘管如此，行政機關並無形塑、改造或擬制行政行為性質的正當權力<sup>113</sup>。行政行為是否具有行政處分的性質，悉依行政程序法第92條所定構成要件要素認定之，亦為依法行政原則的射程範圍所及。除法律明文授權外，行政機關無權以行政命令（特別是施行細則）規範相關行政行為的法律性質；縱使為之（例如於行政命令中規定：某某措施的性質是行政處分），亦無拘束效力，遇有爭議，仍得由行政法院審認之。此項基本觀念與原則尤其適用於地方自治團體。蓋行政行為之定性與司法救濟之提起相互連動（訴願法與行政訴訟法之適用範圍）。因司法權非屬地方自治事項，地方自治團體（尤其地方立法機關）自不得以自治法規形塑、改造行政行為或擬制行政行為之性質，並藉此間接更動司法救濟程序與管轄體系。

111 法律規定如違反平等原則，則「法律之前人人平等」原則的嚴格遵行，即可能導致不公平的結果。但此涉及法律違憲，而非法律適用違憲的問題。關於平等與正義的反思，參見Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, 1953, Nachdruck, 2000, S. 35 ff.

112 參見Friedrich Schoch, Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21 (51); Chien-Liang Lee, Eigentumschutz und Bestandsschutz im Immissionsschutzrecht, 1994, S. 105 ff.

113 Stelkens (Fn. 75), § 35 Rn. 14.

行政處分是行政行為之一種，在權力分立的憲法架構之下，行政處分的圖像始終有賴行政法院形塑之。立法權對於行政處分的內涵雖享有一定的形成自由，且於行政程序法第92條設有一般性規定，但行政行為是否具有行政處分性質，行政法院才是決戰的法律場域。表面上行政機關得以透過（有意運用）「行政處分」具體形成社會生活，但該等行政行為是否為行政處分？是否為合法？其效力為何？在在需要由行政法院確認、審查之。行政法院的「事後觀點」是行政法的特色所在（與刑事法院的基本區隔）。以行政處分及其附隨而生之「行政法律關係」為行政法的思維方法與內涵建構，不單是行政法層次的問題，更具權力分立的憲法高度。行政程序法第92條行政處分的立法定義，與其說是如檢查清單般的判斷準據，毋寧是國家權力界分的互動平臺與行政法學進化的基本素材。

### 三、行政處分與法律保留

#### （一）行政處分的職權規範

行政處分的「內容」是否合法與行政機關「得否」作成行政處分，均涉及行政處分的合法性問題，互有關聯，但層次不同，應予區隔。行政機關如欲對人民作成特定之行政處分（尤其侵益處分），基於法律保留原則（干預保留）之憲法意旨，須有法律之授權依據，始得為之<sup>114</sup>，屬於後一層次（得否處分）的法治課題。

基於訴願法、行政訴訟法、行政程序法、行政執行法相關規定，行政處分具有類如法院確定裁判之確定力暨執行力，對於處分相對人而言，形同負有提起行政爭訟撤銷（不利）行政處分之「義務」或「負擔」<sup>115</sup>，儘管行政機關可能欠缺作成行政處分之職權。

114 德國學說及實務稱之為 *Verwaltungsaktbefugnis*（行政處分職權），參見 *von Alemann/Scheffczyk* (Fn. 14), § 35 Rn. 95-98.

115 即德國學說所謂之 *Anfechtungslast*，參見 *Jan Ziekow*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Aufl., 2019, § 35 Rn. 14.

相對而言，行政機關若欠缺作成行政處分之職權，從行政實體法與訴訟法的角度以論，行政機關應尋求「契約」之解決方案，或設法取得行政法院的確定判決（提起一般給付訴訟），方足以遂行行政對人民之法律要求。

行政程序法第92條為行政處分的「定義」規定，非屬作成行政處分的「授權」條款，除行政機關依職權撤銷或廢止行政處分外（行政程序法第117條至第128條），行政機關作成行政處分的法律依據不是行政程序法，而是個別之行政實體法（行為法）<sup>116</sup>。

行政機關作成不利於人民之行政處分，特別是行政機關課予人民一定之義務，例如命為一定之金錢給付義務，須有實體法上法律授權依據（行為法）的法治要求，於實際運作上，尚須視法律如何規定，以及如何進行法律解釋。由於法律通常不會直接使用「行政處分」字眼，故法律中有無「行政處分權限」規定，屬法律解釋問題，不以法律明文「行政處分」為限。法律若規定行政機關得要求人民為一定之作為或不作為者，原則上得解釋為行政機關得以行政處分為之<sup>117</sup>。以建築法為例，第25條第1項前段規定：「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。」其中所稱「許可」、「執照」等語，解釋上為「行政處分」（形成處分）；同法第58條：「建築物在施工中，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關認有必要時，得隨時加以勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人

---

116 參見司法院釋字第535號解釋。德文相關文獻，參見Christoph Druschel, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 63 ff.; Christiane Fischer, Der Verwaltungsakt als staatsrechtlich determinierte Handlungsform, 2000, S. 3 ff.; Harald Kracht, Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfügung, 2002, S. 248 ff.

117 德國實務通說，參見BVerwG, NVwZ 1991, S. 267; BVerwGE 97, 117 (120); BVerwGE 108, 1 (3 f.) = NVwZ 1999, S. 779; BVerwGE 119, 123 (124 f.) = NJW 2004, S.1191 (1191 f.); BVerwG, NJW 2009, S. 2905 Rn. 24; BVerwG, NVwZ 2011, S. 1193; BVerwG, NVwZ 2012, S. 1123.

或監造人，勒令停工或修改；必要時，得強制拆除：……」。其中「以書面通知……勒令停工或修改」、「強制拆除」等語，解釋上亦為行政處分（下命處分）。類例甚多，不一而足。

於法律解釋時，所應考量的重點不是法律是否寓有授予行政處分權之意旨，而是從系爭法律關係的角度出發，該法律關係的規範屬性是否原則上「排斥」行政處分的行為形式<sup>118</sup>。例如行政程序法第148條第1項規定：「行政契約約定自願接受執行時，債務人不為給付時，債權人得以該契約為強制執行之執行名義。」據此反面可推，行政契約若未約定自願接受執行者，該契約不得作為強制執行之執行名義，除法律特別規定外，行政機關亦不得以（具執行力）行政處分命行政契約當事人之一方履行契約之義務<sup>119</sup>。反之，基礎法律關係若為行政處分關係，而法律規定行政機關得命人民為一定之給付，或人民對行政機關負有一定之給付義務者，解釋上行政機關得以行政處分命人民為該法律規定之給付。

## （二）確認處分與法律保留

以上所論是否一體適用於所有（效力）類型之行政處分，尤其是「確認處分」，有待探討。所謂「確認處分」者，係著眼於行政處分「規制效力」內涵的一種類型概念。不同於課予相對人公法上義務之下命處分與發生權利或法律關係變動之形成處分，確認處分僅對具體的法律狀態（法律規範+具體事實）產生拘束效力<sup>120</sup>。換言之，從規制內涵以觀，確認處分的功能旨在使抽象的行政法律關係（結合具體的人地時事物）具體化既無義務不履行之行政執行問

118 參見 *Stelkens* (Fn. 75), § 35 Rn. 28.

119 相關討論的近期文獻，參見 *Mehrdad Payandeh*, *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsaktbefugnis*, DÖV 2012, S. 590 (590 ff.).

120 基本概念，參見 *Michael Hoffmann-Becking*, *Der feststellende Verwaltungsakt*, DÖV 1972, S. 196 (196 ff.); *Hans-Günther König*, *Der feststellende Verwaltungsakt*, BayVBl. 1987, S. 261 (261 ff.).

題，亦不發生權利之得喪變更。惟鑑於行政處分具有存續力（行政程序法第110條第3項）與拘束效力，行政機關所為之「確認」往往是後續行政處分（下命處分或形成處分）的基礎，若具行政處分性質，即可產生構成要件效力，其對人民權利之影響不亞於下命處分或形成處分，需有法律上之授權依據，始得為之<sup>121</sup>。準此以論，法律規定賦予行政機關就特定「法律狀態」為具有拘束力之確認權限者，行政機關據此所為之「確認」，具行政處分之適格性<sup>122</sup>，固無疑問。反之，若法無明文，行政機關「本於職權」就特定法律構成要件之該當性（例如某人民是否具備申請特定給付之資格）或特定法律關係、事實狀態或身分地位之存否（例如某公務員是否因犯罪而喪失公務員身分）所為之「確認」，則不宜當然將之視為具拘束效力之行政處分，讓人民處於「撤銷負擔」之被動地位。如有爭議，應透過一般確認訴訟（行政訴訟法第6條第1項前段第2選項），解決行政法律關係成立或存否之爭議<sup>123</sup>。

121 相同見解，參見BayVGH, BayVBl. 1976, S. 556 ff.，其理由（略以：對於具爭議性法律問題之確認，原則上專屬法院之權限，基於憲法上之權力分立原則，行政僅得於法律明文授權下，作成確認法律問題之行政處分）與本文略異，旨趣則一，亦可參照。

122 例如兵役法對於兵役體位設有明文規定，且為徵兵及兵種之依據（兵役法第17、23條），故「兵役體位的認定」（兵役體位標準＋特定役男身體狀態）為一種確認處分。司法院釋字第459號解釋肯認兵役體位認定屬行政處分之理據為「對役男在憲法上之權益有重大影響」，容有未足，且有誤導之虞。蓋影響人民憲法上權益之行政行為，未必是行政處分。

123 德國實務與學說見解相當分歧，多數認為：確認處分之作成，若與相對人之意見相左者，縱使該處分對系爭法律狀態具有澄清釐定的作用，且未必不利於相關當事人之實體權利，仍須有法律特別之授權規定。參見BVerwGE 72, 265 ff.; BVerwG, NVwZ 1991, S. 267; BVerwGE 114, 226 (227 f.); 119, 123 (124 f., 143, 203); VGH Kassel, NVwZ 1993, S. 497; OVG Münster, DÖV 1997, S. 428 (429); VG Saarlouis, NVwZ-RR 2008, S. 670; Hartmut Bauer, Zum Gesetzesvorbehalt für die Handlungsform des Verwaltungsakts, NVwZ 1987, S. 112 (112 f.); Appel/Hansjörg (Fn. 97), S. 369 ff. 此外，若涉及中央與地方財政之劃分，由於涉及垂直分權與地方自治的保障，除法律有明文授權規定外，中央亦不得單方以行政處分確認其金額。參見Michael Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., 2018, § 44 Rn. 59.

以不確定法律概念作為一般抽象之構成要件，再連結特定之法律效果，為法規範的典型基本構造，行政法規亦然。法律解釋與個案涵攝，為法規適用的常態。行政法之法律事實及狀態的認定，需經行政機關透過三段論式，進行個案涵攝。不過，此點尚不足以推導出行政機關必然要以「行政處分」確認法律事實。例如對於人民是否具有駕駛能力一節，行政機關得於核發或吊銷駕駛執照時一併確認之，無須就此獨立作成一確認處分<sup>124</sup>。

### （三）無權處分的法律後果

行政機關是否有權作成行政處分的另一重要且棘手之法律問題是，行政機關若欠缺作成行政處分之職權規範時，其所為之行政決定（無權處分），於法律上如何評價？其法律效果或後果為何？在觀念上，應作以下之區隔<sup>125</sup>：

1. 行政機關能否作成發生存續力（即使違法）之行政處分？
2. 行政機關於實體法上是否具有作成行政處分之合法權限？

從訴訟法的角度來看，前者主要是訴訟種類暨程序合法要件問題；後者則涉及程序合法與（或）訴訟實體有無理由（視行政處分違法程度而定）。在思維層次上，行政機關若無權作成發生存續力之行政處分，則縱使欠缺職權規範，行政機關所為之行為仍非屬行政處分，其救濟方法為一般給付訴訟或一般確認訴訟，而非撤銷訴訟。反之，行政機關若得作成發生存續力之行政處分，但於實體法上欠缺具有作成行政處分之合法權限者，行政機關所為之行為即具行政處分之性質，且構成違法，得循序訴請撤銷（撤銷訴訟）或確認其為無效（無效確認訴訟）。

---

124 參見德國實務案例與法院見解，BVerwG, NJW 2012, S. 96 Rn. 25，爭點：人民持捷克核發之駕駛執照得否於德國境內行駛，如果系爭駕駛執照核發時，該執照持有人之住所設於德國？

125 參見Stelkens (Fn. 75), § 35 Rn. 26.

著眼於行政處分的效力類型，前揭觀念上的分辨，尤其重要。承前所論，行政機關若無權對法律關係或法律事實為具拘束力之**確認處分**者，其所為之確認行為，即非屬行政處分，無從產生存續力。當事人對之如有爭執而提起行政訴訟，行政法院應以一般確認訴訟程序審理之（無需踐行訴願程序），而非撤銷訴訟。反之，行政機關所為之行政決定，若課予相對人義務（例如命停工或返還受領之給付）或剝奪相對人之權利（例如免除職務或退學），縱使行政機關無權為之，該決定無論如何都具有行政處分之性質，得予撤銷或確認其無效。附此說明者，行政程序法第111條第6款規定行政處分之無效事由：「未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者」，其中「欠缺事務權限者」<sup>126</sup>，須從嚴解釋，否則欠缺行政處分權限之行政處分，概皆無效，影響法安定性甚鉅<sup>127</sup>。

行政機關於實體法上是否具有作成行政處分之合法權限，於解釋及認定上時存疑義或爭議，值得探討的情況問題是：行政機關若自認無作成行政處分之權限，因而逕向行政法院提起一般給付訴訟，請求人民為特定之公法上給付，行政法院應為如何之判決？被告人民得否主張行政機關應以行政處分為之，而非提起一般給付訴訟？對此情形，司法實務多以原告（行政機關）欠缺權利保護必要為由，駁回訴訟。實則，原告之訴有無權利保護之必要，須視情況

---

126 我國行政程序法第111條規定係繼受自德國聯邦行政程序法第44條，與第6款規定相當之規定為第44條第2項第3款：「行政機關於第3條第1項第1款所定管轄範圍（按：專屬管轄）之外、非經授權所為之行政處分」（den eine Behörde außerhalb ihrer durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 begründeten Zuständigkeit erlassen hat, ohne dazu ermächtigt zu sein），其中「非經授權」者，係指行政處分之作成欠缺專屬管轄權「且」無法律特別之授權。換言之，行政機關若違反專屬管轄規定，但獲有法律特別之授權者，其所為之行政處分仍非無效（參見Sachs (Fn. 123), § 44 Rn. 138.）。我國行政程序法第111條第6款與之頗有出入，條文草擬者對德國前揭規定之規範意旨有無誤解，抑或有意為不同之規範，值得研究，足為比較法方法論的重要案例。

127 參見Friedrich Schoch, Die behördliche Befugnis zum Handeln durch Verwaltungsakt, Jura 32 (2010), S. 670 (677).

而定：行政機關若明知得以行政處分命人民為特定之給付，且法律上客觀明確無爭議，則行政機關提起一般給付之訴，即屬權利濫用，不具訴訟利益。反之，行政機關得否以行政處分命人民為特定之給付，存有疑義與歧見，而被告（人民）所爭執者，主要是系爭給付義務不存在，而非行為形式，則基於爭訟一次解決與訴訟經濟之考量，行政法院允應受理該訴訟，並就實體有無理由（行政機關有無系爭公法上之給付請求權）作成判決<sup>128</sup>。

#### 四、行政處分與權利保護

##### （一）行政處分與訴訟法制

以行政處分作為提起行政訴訟的門檻，源於19世紀南德邦國與二次戰後初期德國法制<sup>129</sup>，為我國所繼受，導致人民行政訴訟的管道長期受到侷限，此救濟的制度瑕疵，同時成為行政處分概念被擴大解釋或扭曲的潛在因素。21世紀以降，行政訴訟法制全面革新，行政處分不再是人民進入司法救濟體系的必要通行證。儘管如此，司法實務至今不乏認為行政處分「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」，或是以行政行為「是否對人民權利有影響」反向判定其「是否為行政處分」者<sup>130</sup>，多少受到歷史遺緒的左右。

128 類此德國聯邦行政法院認為原告（行政機關）有權利保護必要之例。參見 BVerwGE 29, 310, 312; 58, 316, 318 = NJW 1980, S. 852; BVerwG, NVwZ-RR 2011, S. 561.

129 主要是1946年南德各邦之行政訴訟法，以及1948年發布之行政訴訟令（VGVO）。參見 Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Schenk, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: Lfg. 23 Januar 2012, Einl. Rn. 70 ff.; Engert (Fn. 24), S. 158 ff.

130 前述司法院釋字第459號解釋認定兵役體位屬行政處分的理據（對役男在憲法上之權益有重大影響），即為一例。於舊法階段，或有必要，於今則應從正面理析其規制內涵（確認處分）判定之。

行政訴訟審判權改採概括原則後，行政處分的制度與概念於行政爭訟法上仍具規範功能與重要意義。行政訴訟法所稱行政處分之內涵，基本上應以行政程序法第92條之定義規定為準<sup>131</sup>。但從權利救濟的角度出發，行政行為是否具行政處分性質，非以完全滿足行政處分之「實體要件要素」為必要，所謂「形式行政處分」概念或行政訴訟法上之行政處分概念的提出<sup>132</sup>，旨趣在此，已如前述<sup>133</sup>。行政訴訟類型中，撤銷訴訟（行政訴訟法第4條）、課予義務訴訟（行政訴訟法第5條）、行政處分無效確認訴訟（行政訴訟法第6條第1項前段第1選項）、行政處分違法確認訴訟（行政訴訟法第6條第1項後段），均以行政處分為程序標的，與此相連結的訴願先行原則、訴願及起訴期間、暫時權利保護（停止執行），亦以行政處分為聯繫要素，故將行政行為定性為行政處分，人民可以獲得相對較為便捷且完整的權利救濟（包含訴願救濟）。

## （二）行政處分與救濟爭點

行政行為對人民權利影響與否，非屬行政行為具處分性質的充分條件，非謂行政處分不具保護人民權利的功能。以行政處分為座標，進行法治行政的線性觀察與階層思維，重點即在權利救濟的提前與定錨，尤其是秩序行政的領域。概而言之，行政機關原則上應先作成行政處分，課予人民公法上義務（基礎處分），於人民不履行義務時，始得強制執行，非有必要，不能動用無行政處分基礎之即時強制。著眼於權利的及時有效救濟，公法上爭議應儘可能在

131 行政程序法第92條規定：「本法所稱行政處分，係指……」，解釋上，應僅適用於行政程序法所稱之行政處分。不過，訴願法第3條有關行政處分的定義規定，內容同於行政程序法，故行政訴訟法所稱之行政處分，體系解釋上亦應相同。

132 Benjamin Rusteberg, Der funktional-akzessorische Verwaltungsaktsbegriff der VwGO, ZJS 2012, S. 449 (449 ff.); Sebastian Müller-Franken, Der Verwaltungsaktsbegriff der VwGO beim Handeln von Landes- und Kommunalbehörden, VerwArch 90 (1999), S. 552 (552 ff.).

133 參見本文「陸、四、(一)」。

「基礎處分階段」解決，不宜延至「行政執行階段」。一則，行政執行的司法救濟於我國學理與實務的觀念較弱，發展稍嫌遲緩，不若於基礎處分階段進行救濟；另則，於行政執行階段中，義務人對於執行命令、執行方法、執行程序或其他侵害權益之爭議，未必皆能透過行政處分之停止執行而獲得暫時權利保護。例如人民因欠繳稅款而被稽徵機關移送某行政執行分署執行，該分署以義務人有逃匿之虞聲請法院裁定管收獲准，被管收人如有因管收而受到難以回復損害之虞時，例如為結婚已訂妥宴席、廣發喜帖。於此情形，顯無法透過對法院裁定聲請停止執行。至於能否以發生於執行程序之獨立事由作為聲請停止基礎處分（例如核課處分），實務上見解不一<sup>134</sup>，有待釐清。

行政處分與權利救濟的關聯，從法律爭點的視角出發，須跳脫行為形式的思維框架，掌握司法審查管控的實質爭點，也就是基礎處分與行政執行的分野是行為形式（是否為行政處分），而在於基礎處分的有效性是執行行為合法性的前提<sup>135</sup>。至於行政執行行為屬行政處分者，所在多有，例如代履行費用的徵收<sup>136</sup>。基礎處分的效力一旦不存在（或無效或失效），執行行為即歸於違法。也因此，基礎處分的效力，不會因行政執行而當然解消。是故，以除去基礎處分「有效性」為目的之行政訴訟，於行政機關啟動行政強制程序後，恆有權利保護之實益。現行警察職權行使法規定之「身分查證及資料蒐集」（第二章）與「即時強制」（第三章）等所謂「（警察）標準措施」<sup>137</sup>，原則上均須先作成行政處分（未必以書面為

134 否定說：臺北高等行政法院92年度停字第58號裁定；肯定說：最高行政法院92年度判字第1249號裁定。

135 參見本文「陸、三、(二)」(行政處分的名義功能)。

136 惟實務及學說至今仍有行政執行為概為行政事實行為之說。

137 警察職權行使法第三章之標題雖使用「即時強制」，究其內容，實係繼受自德國各邦警察法中之「標準措施」(Standardmaßnahmen)，包括資料蒐集(Datenerhebung)、調查或盤查(Durchführung von Ermittlungen, Befragungen)、對人、物或住宅之搜索(Durchsuchung von Personen, Sachen oder Wohnungen)、

之)，而後執行之。基礎處分與行政執行的二分程序階段，為現代法治國家的行政法基本思維。課予義務之處分與具體義務之執行，非僅是形式上的程序分段，而是關乎實體法上「行政是否有權為之」與「行政以何種方法與程序為之」的基本觀念課題，前者為行政權啟動的規範原點，往往是行政合法控制的問題核心。於司法審查時，行政法院除須檢視行政處分的作成有無具行為法性質之法律依據外，尚須準確分辨行政處分所依據之規定。實務上，行政機關時而不明確其行為的法律形式，行政法院若不審慎細辨，將影響行政處分的保護功能與行政救濟的有效性。例如在給付行政領域（作成核發補助金之授益處分），行政機關常以寄交請求人民支付特定款項之方式，取代撤銷授益處分與命返還公法上不當得利的行政處分形式，有違反法明確性原則<sup>138</sup>與法治國正當行政程序原則<sup>139</sup>之虞，且有模糊法律依據與救濟爭點之嫌。蓋撤銷授益處分與命返還公法上不當得利的法律依據不同，前者為後者的前提要件，授益處分若未經行政機關（合法）撤銷，即不生公法上不當得利返還請求權。此外，行政機關若依法律規定，在一定行政程序下負有作成行政處分的義務而不為，或不表明行政處分之形式與意旨時，即違反「執行法律之義務」，人民得提起「怠為處分」之課予義務訴訟；如有損害，尚得請求國家賠償<sup>140</sup>。

### （三）行為形式與權利救濟

行政處分的制度核心要素固然是個案規範，但不表示行政處分

---

查證措施 (Erkennungsdienstliche Behandlung)、確認身分 (Identitätsfeststellung)、管束 (Ingewahrsamnahme)、清除現場 (Platzverweisung)、警察觀察 (Polizeiliche Beobachtung)、扣留 (Sicherstellung)、傳喚 (Vorladung) 等。德國學說與實務一般認為，此等警察措施具行政處分之性質。

<sup>138</sup> 比較之例，參見 BVerwGE 74, 124 = NJW 1986, S. 2447; OVG Münster, NVwZ-RR 1993, S. 289.

<sup>139</sup> Heribert Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl., 2018, § 9 Rn. 57.

<sup>140</sup> Stelkens (Fn. 75), § 35 Rn. 27.

是個案規範的唯一制度。除行政契約外，以法律、行政命令或自治規章規範個案者，所在多有，所謂「個別性法律」，即是一例<sup>141</sup>。是以，依法律制定程序、行政命令訂定程序或自治規章訂定程序而產出之法律行為，縱使其規範內涵符合行政程序法第92條之要件要素，性質上仍非行政處分，相關救濟程序仍依各該行為形式所定之規定<sup>142</sup>。質言之，「個別性法律」應直接聲請司法院解釋，而非提起行政訴訟<sup>143</sup>；法規命令或地方民意機關通過之自治規章，應循「法規審查」之訴訟程序，而非行政處分為程序標的之救濟程序。尤其是國土或都市計畫的領域，有關特定土地使用之規範，以「一般處分」為之，或以「法規命令」或「自治規章」為之，立法者原則上有形成自由，二者間不存在本質性之區別<sup>144</sup>。問題只是，現行行政訴訟法制與實務是否提供足夠及完整之權利救濟途徑。

## 五、行政處分與正當程序

行政處分規制的實體內涵，須符合法治國之正當法律程序；相對而言，行政處分的作成亦賴一定的行政程序。就此以言，行政處分本身具有確保人民「行政程序權」的功能。換言之，行政機關依

---

141 司法院釋字第520號解釋理由書謂：「立法院通過興建電廠之相關法案，此種法律內容縱然包括對具體個案而制定之條款，亦屬特殊類型法律之一種，即所謂個別性法律，並非憲法所不許。」可資參照。

142 例如於德國，依建設法典（BauGB）第10條規定所為之建設細部計畫規章（Bebauungsplansatzungen），究其規範內涵，旨在規範特定土地之利用方式，究其性質，亦屬行政處分。然因其發布程序為地方立法程序，加上行政法院組織法（VwGO），即德國行政訴訟法，第47條第1項第1款明文此種自治規章得為行政法院審查之標的，故不適用有關行政處分之救濟規定。

143 憲法訴訟法第59條第1項：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」一律要求須窮盡訴訟救濟，始能聲請釋憲，未能兼顧此種特殊情況，允應檢討改進，以符人民訴訟救濟之需求。

144 關於法規命令與自治規章的選擇自由，德國學說見解，參見Schmidt-Aßmann (Fn. 5), S. 300; 實務見解，參見BVerwG, NVwZ 1985, S. 39 (39, 40); VGH München, NVwZ-RR 1995, S. 114 (115).

法須作成行政處分而使人民連帶享有正當行政程序的權利，行政處分制度同時促成正當行政程序的體系建構與法制發展。行政程序法有關「行政處分」之程序規範，最為詳密，可為例證。從行政過程的觀點來說，行政處分為行政程序「終結」（但非終局）的基本要素與形式表徵<sup>145</sup>，行政程序法第174條規定所稱之「實體決定」，主要即指行政處分<sup>146</sup>。

正當程序旨在確保實體決定之正確性與合法性，行政處分具程序功能的正向思維是：行政機關選擇使用行政處分作為規制手段，即同時受到法治國家程序規範的要求，程序違法亦將導致行政處分的違法性，從而行政程序規定，包括聽取意見義務、資訊公開義務、敘明理由義務、送達或公告等公示要求，一定程度會影響到行政處分的內涵。

正當程序之於行政處分的反向思考則是，正當程序的法治要求是否必然與行政處分緊密掛勾？如果行政機關享有行為形式選擇自由，是否意味行政機關得藉此規避行政處分的程序規定，形成另類「避難到私法」或「避難到行政處分以外之行政行為」的脫法現象？答案為否。基於體系思維與秩序理念，為防止行政機關捨棄使用行政處分以脫免正當行政程序，允應使行政處分之程序規範亦能「類推」適用於具相同效果的私法行為或行政事實行為。例如主管機關針對特定廠商發布新聞稿，指明其特定產品有致癌之虞，呼籲或「警告」消費者注意，或與人民締結代替行政處分之私法契約，均應遵守行政程序法有關行政處分之程序規定<sup>147</sup>。

145 Maurer/Waldhoff (Fn. 88), § 9 Rn. 38.

146 本條係繼受自德國行政法院法第44a條，所稱「實體決定」為Sachentscheidung之中譯。依德國學說與實務見解，Sachentscheidung指行政處分，至於是否包含行政契約、行政事實行為或行政命令，則存有爭議。參見Herbert Posser, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 44. Ed., Stand: 01.10.2017, § 44a Rn. 19.

147 行政私法（Verwaltungsprivatrecht）理論的適用範圍，應擴及於程序規範。參見Ulrich Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen, 2005, S. 1015 ff.

從行政流程以觀，行政處分是行政程序終結的重要表徵，在此意義下，行政處分是行政過程的重要環節之一。行政處分必須滿足外部化的生效要件，如通知或送達，始生程序終結的效力。至於行政處分的實質規制內涵是否生效，例如有無效事由或設有停止條件等，則非所問<sup>148</sup>。行政處分作為一種程序環節與行政處分的內在實體規制<sup>149</sup>，應予區隔，二者未必始終合一，加以行政處分與行政程序之組合關係多樣，由此可衍生出行政實體法、行政程序法與行政訴訟法既聯立又交錯的秩序思維與制度關聯：

（一）生效的行政處分，程序終結，但規制內涵無效或尚未發生（生效但規定內涵無效之行政處分，或生效但尚未發生規制效力之行政處分）。

（二）行政機關於單一行政程序中，作成單一、但規制相對人多數之行政處分。在行政程序上，除一般處分外，須分別通知或送達於相對人，始分別發生效力<sup>150</sup>。

（三）行政機關於單一行政程序中，對單一相對人，作成單一、但規制內涵多數之行政處分。於訴訟法上，相對人如有不服而（經訴願）提起行政訴訟，核其性質，屬一種「訴的客觀合併」，此於計算訴訟費用時，有其意義。

（四）行政機關於單一行政程序中，對單一相對人，作成單一且規制內涵單一之行政處分，嗣主管機關依職權或依申請為同一處分之變更者<sup>151</sup>，在行政實體法與行政程序法上，該變更之行政處分

148 Schmitz (Fn. 139), § 9 Rn. 196.

149 德國學說乃有行政處分作為Vorgang（過程）與materielle Seite（實質面向）之概念區分。後者又稱為materieller Verwaltungsakt（實質之行政處分）。參見Stelkens (Fn. 75), § 35 Rn. 45.

150 司法院釋字第663號解釋同此旨趣，但係基於行政救濟的觀點。

151 例如環境影響評估法第16條規定：「已通過之環境影響說明書或評估書，非經主管機關及目的事業主管機關核准，不得變更原申請內容。前項之核准，其應重新辦理環境影響評估之認定，於本法施行細則定之。」

屬另一行政處分，且原則上須踐行另一行政程序。也就是，同一基礎事件，但不同行政處分、不同行政程序。

（五）行政程序法有關行政處分的一般性規定，不排除部門行政法律針對特定的事務性質對於行政處分的分階或分層，並且使行政處分的概念衍生垂直的類型分類或下位亞型，並且形構部門行政所需的特殊樣態。

行政處分的分層或分階，部分涉及行政處分的類型（效力集中或程序分段），部分則更進一步涉及行政決定的專業分殊化與程序分段化。後者已非單純行政處分的制度問題，而是行政程序的整體規劃與政策考量，包括基礎性的「許可」處分或涉及土地利用（國土計畫法）的所謂「行政計畫處分」等。行政程序法的現代化<sup>152</sup>，乃至於區域化<sup>153</sup>或國際化。行政處分類型的改造與新創，一定程度與行政效率有關，也就是行政程序的加速<sup>154</sup>。德國聯邦行政程序法第42a條<sup>155</sup>有關「擬制許可」的制度，內容為：「（第1項）申請之許

---

152 參見Martin Burgi/Wolfgang Durner, *Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG*, 2011.

153 在歐盟領域，歐洲法院持續致力於正當程序的建立，值得注意。參見Winfried Huck, *Das System des rechtlichen Gehörs im europäisch geprägten Verwaltungsverfahren*, EuZW 2016, S. 132 (132). 此外，歐洲議會法制委員會之行政法工作小組（Die Arbeitsgruppe für Verwaltungsrecht im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, JURI）業已在2016年1月11日提出一份適用於歐盟機關、機構及行政機關之行政程序規則草案，後續發展，亦值關注。參見[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253DE.pdf)。

154 德國行政程序法於1990年代的修正主軸。

155 抄錄原文，以供對照：(1) Eine beantragte Genehmigung gilt nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt (Genehmigungsfiktion), wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist. Die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten und über das Rechtsbehelfsverfahren gelten entsprechend. (2) Die Frist nach Absatz 1 Satz 1 beträgt drei Monate, soweit durch Rechtsvorschrift nichts Abweichendes bestimmt ist. Die Frist beginnt mit Eingang der vollständigen Unterlagen. Sie kann einmal angemessen verlängert werden, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Angelegenheit

可，於法定作成決定之期限屆滿者，視為許可（許可擬制），如該許可為法規所明定，且申請合於法律規定者。關於行政處分存續力及救濟程序之規定，準用之。（第2項）第1項第1句之法定期間，除法規另有規定外，為3個月。期間於完整申請文件資料送件時，開始起算。系爭申請事件困難而有正當理由者，期間得延長一次。期間延長應附具理由並及時通知之。（第3項）許可擬制之開始，經申請，應給予第41條第1項所定應通知之人書面證明。」即為一例。

## 捌、結語：法治國家2.0？

現代法治國家由不同層次規範與多重制度系統交織而構成，儘管時代變之再變，行政處分始終是法治行政的基本元素與建構原則，足為法制建設扎根築基的練功馬步。以行政處分2.0標舉法治新觀念，意味舊世界奉行的法治規矩或行政文化<sup>156</sup>在進入了新時代之後，已然典範轉移，還是形成路徑依賴？吾人悉承前人之弊而不自知，抑或出陳布新、突破前例？該如何設想現代法治國的前瞻課題與理想前景？

如果把法治建設比喻成一場運動競技，最最需要培養的是運動員？還是裁判？運動若旨在健身，則競技輸贏是否至關重要？公務體系的成員猶如法治國不可分割的原子，排列簇集成法治內在結構的各種質素。行政行為作成與定性的過程中，對於行政與人民之間的關係而言，首要的課題固然還是系爭行為是否具行政處分的性

---

gerechtfertigt ist. Die Fristverlängerung ist zu begründen und rechtzeitig mitzuteilen.  
(3) Auf Verlangen ist demjenigen, dem der Verwaltungsakt nach § 41 Abs. 1 hätte bekannt gegeben werden müssen, der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich zu bescheinigen.

156 我國行政實務慣有的「切結書」運作模式，傳達出何種行政文化意涵，值得省思與研究！

質，對行政機關來說，更重要的其實是檢視是否具備作成系爭行為之法律要件；行政法律關係中的人民則是如何在行政決定作成過程中影響行政機關的決定。法治行政的新思維（法治國家2.0）是跳脫「病理行政法」的格局，進階到「生理行政法」，以依法行政為基點，朝「良善行政」（good administration）的目標邁進，從「法治」（rule of law）升級為「善治」（rule of good governance）<sup>157</sup>，建立法治國原則的整全性思維通路與實踐取徑。

---

<sup>157</sup> 關於「良善行政」（good administration）與「善治」（rule of good governance）的基本概念與法治關聯，參見李建良，法治原則與良善行政——法治國圖像的進化課題，收於：台灣行政法學會編，行政法學作為調控科學，頁173-203（2018年）。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Thorsten Siegel著，李建良譯（2017），行政程序法作為秩序理念——行政程序法的合作要素，收於：李建良編譯，人民與國家關係的變遷，頁305-316，臺北：元照。[Siegel, Thorsten (2015), *Verwaltungsverfahren als Ordnungsidee: Kooperative Elemente im Verwaltungsverfahren*, in: Ziekow/Lee (Hrsg.), *Wandlungen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 35-43.]
- 王必芳（2012），行政命令的抽象司法審查——以法國法為中心，中研院法學期刊，11期，頁129-202。
- 王澤鑑（2014），民法總則，增訂新版，臺北：自版。
- 李建良（2007），台灣行政訴訟法制的沿革、演進與發展課題，收於：湯德宗、王鵬翔編，2006年兩岸四地法律發展（上冊），頁259-323，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2017），行政程序法的秩序理念與思維理路——行政法體系構成的方法論反思，收於：李建良編譯，人民與國家關係的變遷，頁317-358，臺北：元照。
- （2018），法治原則與良善行政——法治國圖像的進化課題，收於：台灣行政法學會編，行政法學作為調控科學，頁173-203，臺北：元照。
- 翁岳生（2015），論行政處分之概念，收於：行政法與現代法治國家，頁1-30，臺北：三民。

## 2. 外文部分

### (1) 日文

宇賀克也 (2012), 行政法, 東京: 有斐閣。

佐佐木忠藏、高橋武一郎 (1909), 臺灣行政法論, 臺北: 日本物產合資會社臺北支店。

長尾景德 (1931), 臺灣行政法大意, 臺北: 杉田書店。

### (2) 西文

von Alemann, Florian/Scheffczyk, Fabian (2017), in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 37. Ed., Stand: 01.10.2017, München: C. H. Beck, VwVfG § 35.

—— (2018), in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 38. Ed., Stand: 01.01.2018, München: C. H. Beck, VwVfG § 35.

Appel, Ivo/Melchinger, Hansjörg (1993), Rechtsanwendung und feststellender Verwaltungsakt, VerwArch 84, S. 349-382.

Badura, Peter (1972), Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Domcke (Hrsg.), Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München: Richard Boorberg, S. 157-182.

Bauer, Hartmut (1987), Zum Gesetzesvorbehalt für die Handlungsform des Verwaltungsakts, NVwZ, S. 112-113.

Bickenbach, Christian (2015), Charakteristik, Unterarten und Unarten des Verwaltungsaktbegriffs, JA, S. 481-488.

Blasius, Hans/Büchner, Hans (1984), Verwaltungsrechtliche Methodenlehre (1977), 2. Aufl., Stuttgart: W. Kohlhammer.

Burgi, Martin/Durner, Wolfgang (2011), Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, Baden-

Baden: Nomos.

- Dobelli, Rolf (2011), *Die Kunst des klaren Denkens*, München: Hanser.
- Druschel, Christoph (1999), *Die Verwaltungsaktbefugnis*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Ehlers, Dirk (1984), *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Emmerich-Fritsche, Angelika (2006), Kritische Thesen zur Legaldefinition des Verwaltungsakts, NVwZ, S. 762-765.
- Enders, Christoph (2009), Der Verwaltungsakt als Titel für die Anforderung der Kosten seiner Vollstreckung, Selbstverständlicher Rechtsgrundsatz oder grundsätzliches Missverständnis?, NVwZ, S. 958-962.
- Engel, Christoph (1992), *Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Engert, Markus (2002), *Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Fischer, Christiane (2000), *Der Verwaltungsakt als staatsrechtlich determinierte Handlungsform*, Bonn: University of Bonn.
- Fischer, Hackett David. 2005. *Liberty and Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Forsthoff, Ernst (1961), *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Allgemeiner Teil (1950), 8. Aufl., München: C. H. Beck.
- Franzius, Claudio (2009), *Gewährleistung im Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gadamer, Hans-Georg (1960), *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2009), „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ, S. 1005-1010.
- Götze, Martin/Lotz, Christian/Pollok, Konstantin/Wildenburg, Dorothea/

- Mues, Albert (1998), „Die Watte aus den Ohren ziehen“: Gespräch der Herausgeber mit Albert Mues, in: Götze/Lotz/Pollok/Wildenburg (Hrsg.), Philosophie als Denkwerkzeug, Zur Aktualität transzendental-philosophischer Argumentation, Würzburg: Königshausen & Neumann, S. 15-32.
- Haack, Stefan (2008), Der Eigenwert der Verwaltungsentscheidung, AöR 133, S. 43-78.
- Hoffmann-Becking, Michael (1972), Der feststellende Verwaltungsakt, DÖV, S. 196-203.
- Huck, Winfried (2016), Das System des rechtlichen Gehörs im europäisch geprägten Verwaltungsverfahren, EuZW, S. 132-135.
- Intemann, Jens (2014), in: Koenig (Hrsg.), AO, 3. Aufl., München: C. H. Beck, § 218.
- Jacobi, Erwin (1932), Die Rechtsverordnungen, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 236-255.
- Jongkees, L. B. W. (1976), Wissenschaft und sauberes Denken, in: 100 Jahre Universitätsklinik und -poliklinik für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten, Basel, 1876-1976, Basel: S. Karger AG, S. 12-25.
- Kammen, Michael. 1986. *Sphere of Liberty: Changing Perceptions of Liberty in American Culture*. Madison, WI: University of Wisconsin Press.
- Kelsen, Hans (1913), Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, AöR 31, S. 190-249.
- (1916), Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche 40, München: Duncker & Humblot, S. 1181-1239.

- (2000), *Reine Rechtstheorie* (1934), 2. Aufl., 1960, Nachdruck, Wien: Österreichische Staatsdruckerei.
- (2000), *Was ist Gerechtigkeit?* (1953), 1953, Nachdruck, Leipzig: Reclam.
- Kluckert, Sebastian (2015), *Zur Klagebefugnis der Hilfsmittelerbringer bei der Anfechtung von Festbetragsfestsetzungen*, NZS, S. 931-936.
- Koellreutter, Otto (1938), *Deutsches Verwaltungsrecht. Ein Grundriss* (1936), 2. Aufl., Berlin: Junker & Dünhaupt.
- König, Hans-Günther (1987), *Der feststellende Verwaltungsakt*, BayVBl., S. 261-266.
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich (2010), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 11. Aufl., München: C. H. Beck.
- Kracht, Harald (2002), *Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfügung*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Labrenz, Christoph (2010), *Keine Erledigung durch Vollziehung – Eine vollstreckungsrechtliche Entscheidung des BVerwG und ihre Folgen für die Effektivität des Rechtsschutzes*, NVwZ, S. 22-26.
- Larenz, Karl (1971), *Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz*, JuS, S. 449-455.
- Lee, Chien-Liang (1994), *Eigentumschutz und Bestandsschutz im Immissionsschutzrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- Maunz, Theodor (1935), *Neues Rechtsdenken in der Verwaltung*, DV, S. 65 ff.
- (1937), *Verwaltung*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian (2017), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1982), 19. Aufl., München: C. H. Beck.
- Mayer, Otto (1924), *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), 3. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Mosbacher, Wolfgang (2017), in: Engelhardt/App/Schlatmann (Hrsg.),

- VwVG VwZG, 11. Aufl., München: C. H. Beck, VwVG § 6.
- Müller-Franken, Sebastian (1999), Der Verwaltungsaktsbegriff der VwGO beim Handeln von Landes- und Kommunalbehörden, VerwArch 90, S. 552-560.
- Payandeh, Mehrdad (2012), Verwaltungsvertrag und Verwaltungsbefugnis, DÖV, S. 590-596.
- Pietzcker, Jost (2011), Der „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ beim Verwaltungszwang, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 1045-1060.
- Pöcker, Markus (2003), Das Verfahrensrecht wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verteilungsentscheidungen: Der einheitliche Verteilungsverwaltungsakt, DÖV, S. 193-200.
- Poscher, Ralf (1998), Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung, VerwArch 89, S. 111-136.
- Posser, Herbert (2017), in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 44. Ed., Stand: 01.10.2017, München: C. H. Beck, § 44a.
- Ruffert, Matthias (2010), in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin: De Gruyter, § 27.
- Rusteberg, Benjamin (2012), Der funktional-akzessorische Verwaltungsaktsbegriff der VwGO, ZJS, S. 449-457.
- Sachs, Michael (2014), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl., München: C. H. Beck, § 43.
- (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 43, 44.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund (1999), Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2006), Das allgemeine Verwaltungsrecht

- als Ordnungsidee (1998), 2. Aufl., Berlin: Springer.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schenk, Wolfgang (2012), in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: Lfg. 23 Januar 2012, München: C. H. Beck, Einl.
- Schmidt, Benjamin (2017), in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt (Hrsg.), SGG, 12. Aufl., München: C. H. Beck, § 77.
- Schmitz, Heribert (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., München: C. H. Beck, § 9.
- Schoch, Friedrich (1992), Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25, S. 21-53.
- (1994), Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden: Nomos, S. 199-244.
- (2010), Die behördliche Befugnis zum Handeln durch Verwaltungsakt, Jura 32, S. 670-677.
- Schröder, Ulrich Jan (2010), Der vorläufige Verwaltungsakt, Jura 32, S. 255-264.
- Schweikert, Veronika (2013), Der Rechtswidrigkeitszusammenhang im Verwaltungsvollstreckungsrecht, Berlin: Duncker & Humblot.
- Steinberg, Rudolf (1995), Zulassung von Industrieanlagen im deutschen und europäischen Recht, NVwZ, S. 209-219.
- Stelkens, Ulrich (2005), Verwaltungsprivatrecht, Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen, Berlin: Duncker & Humblot.
- (2010), Das Verkehrsschild, die öffentliche Bekanntgabe, das BVerfG und der VGH Mannheim, NJW, S. 1184-1186.
- (2014), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl., München: C. H. Beck, § 35.

- (2018), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl., München: C. H. Beck, § 35.
- Stolleis, Michael (1993), *Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben*, *Kritische Justiz* 26, S. 393-396.
- (2004), Engert, Markus, *Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 121, S. 830.
- Stürer, Bernhard (2017), *Fragmentierung im öffentlichen Recht: Diskursvergleich im Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Einige Anregungen aus Praxissicht*, *DVBl.*, S. 1080-1084.
- von Unruh, Georg-Christoph (1988), *Kodifiziertes Verwaltungsrecht*, *NVwZ*, S. 690-697.
- Wandschneider, Steffen (2009), *Die Allgemeinverfügung in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis*, Bern: Peter Lang.
- Welke, Britta (2010), *Die integrierte Vorhabengenehmigung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ziekow, Jan (2019), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, § 35.
- Zuleeg, Manfred (1970), *Die Ermessensfreiheit des Ordnungsgebers*, *DVBl.*, S. 157.

**Administrative Act 2.0:**  
Institutional Apparatus and Systematical Concept  
of the Legal States

Keynote Speech  
(Delivered on October 26, 2017)

*Chien-Liang Lee\**

**Abstract**

The modern legal states consist of different levels of norms and multiple institutions. The administrative act should be the basic element and the construction principle of the legal states. With the concept “Administrative Act 2.0”, this article explores the genesis, evolution and institutional functions of the administrative act. And finally it tries to provide some reflections and forward-looking perspectives for the implementation of the rule of law.

KEYWORDS: administrative act, rule of law, institutional apparatus, systematical concept, administrative procedure, administrative litigation.

---

\* Distinguished Research Professor & Director, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.