

## 論行政處分之溯及效力

——以最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決為例\*

胡尊翰\*\*

### 摘要

實務及學說關於行政處分之溯及效力——亦即行政處分之內部效力時間上先於外部效力生效——容許性存有不同見解。實務見解幾乎穩定地認為行政處分得有溯及效力，而僅需符合實務自行創設之三大要件：「法律有明文規定」、「溯及有利於受處分人」或「基於法律之精神於有合理之理由時」，惟此等要件於實務上幾乎不見因違反而不得溯及者，而使要件存在之實益容有疑義；至於學說見解雖於我國討論者不多，惟幾乎可謂一面倒地認為現行實務見解顯屬不當。理由包括違反法律保留原則、違反誠信原則（行政程序法第 8 條）或將使原訴訟訟爭實益大幅降低等。本文對此爭議亦採取與學說相同之看法，認為除有形式意義之法律明定行政處分得溯及生效外，行政處分原則應無溯及生效之空間，而理由則主要植基於現行實務見解將使人民缺乏訟爭實益，且將實質上架空程序權利（正當法律程序）存在之意義。

關鍵字：溯及既往、內部效力、外部效力、信賴保護、訟爭實益。

---

\*112 年度財團法人理律文教基金會法律系所獎學金專題報告。

\*\*東吳大學法律學系碩士班公法組。

## 目錄

壹、研究動機.....	3
貳、研究目的.....	4
一、前導案例.....	4
二、問題提出.....	4
參、研究方法與過程.....	4
一、本案及相關實務見解整理.....	4
(一) 最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決.....	4
(二) 最高行政法院 98 年度判字第 463 號判決.....	5
(三) 最高行政法院 111 年度上字第 13 號判決.....	6
二、小結.....	6
肆、研究結果與問題討論.....	7
一、行政處分得否具備溯及效力？.....	7
二、行政處分之溯及效力容許性為何？.....	7
(一) 學說通說.....	8
(二) 實務見解.....	8
(三) 本文見解.....	9
三、前導案例解析.....	10
伍、結語.....	11
參考文獻.....	12

## 壹、研究動機

行政處分之效力於學說上通常區分為外部效力及內部效力<sup>1</sup>，其中前者係指行政處分對當事人發生規制作用之效力<sup>2</sup>，且係因各個通知而發生<sup>3</sup>並使該行政處分「法律上存在」<sup>4</sup>，行政程序法第 110 條第 1 項之「發生效力」即係指外部效力而言<sup>5</sup>；而後者則係指行政處分規制內容所產生之法律效果<sup>6</sup>，亦即規制內容所產生之拘束力<sup>7</sup>。通常行政處分之外部效力及內部效力係同時發生<sup>8</sup>，惟於行政處分附有停止條件或始期時，內部效力及外部效力所生之時點即發生不一致<sup>9</sup>。

惟除行政處分附有附款時將產生內部效力及外部效力不同時點發生效力之情形外，現行實務見解亦承認於有「法律明文規定」、「溯及有利於受處分人」或「基於法律之精神有合理之理由」時<sup>10</sup>，得容許行政處分之內部效力先於外部效力生效，亦即容許行政處分之溯及效力。而現行實務又多將此等溯及效力概念適用於人事行政之案件上<sup>11</sup>，而使人事救濟案件中，若前訴訟係基於程序上之理由撤銷原退伍、免職或資遣等處分，且行政機關於重為相關法定程序後，復又作成一新的處分而溯及地退伍、免職或資遣等時，人民方所提起之後訴訟，實務幾乎皆肯認後處分之溯及效力，理由不外乎係「基於法律之精神有合理之理由」<sup>12</sup>又或「當事人具有遇見可能性」<sup>13</sup>等，而學說對此等實務見解多有批評，甚至認為此等實務見解無異將程序瑕疵救濟變成一使人民「苟延殘喘」的無實益救濟程序<sup>14</sup>。

對於此等行政處分溯及效力之爭議，本文嘗試以一判決評析之方式，首先以裁判案例作為前導案例，再為問題提出，後再整理相關實務見解及學說見解，最後提出本文見解，並以此見解為前導案例解析，並給出結語。

<sup>1</sup> 陳敏，行政法總論，第 10 版，2019 年，頁 373-374；莊國榮，行政法，第 6 版，2020 年，頁 115-116；程明修，行政處分之溯及效力，收錄於氏著《行政處分的構造》，第 1 版，2016 年 7 月，頁 159；林明鏘，行政處分的溯及生效一評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 185-186。

<sup>2</sup> 莊國榮，行政法，第 6 版，2020 年，頁 116。

<sup>3</sup> 陳敏，行政法總論，第 10 版，2019 年，頁 373。

<sup>4</sup> 程明修，行政處分之溯及效力，收錄於氏著《行政處分的構造》，第 1 版，2016 年 7 月，頁 159。

<sup>5</sup> 同上註，頁 160。

<sup>6</sup> 同註 2，頁 116。

<sup>7</sup> 同註 3，頁 373。

<sup>8</sup> 同上註。

<sup>9</sup> 同上註。

<sup>10</sup> 最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決參照。

<sup>11</sup> 程明修，再論行政處分之溯及效力，頁 1，發表於第 19 屆東吳公法研討會，2023 年。另可參考：最高行政法院 97 年度判字第 607 號判決、最高行政法院 98 年度判字第 463 號判決與最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決等。

<sup>12</sup> 同註 10。

<sup>13</sup> 最高行政法院 97 年度判字第 607 號判決參照。

<sup>14</sup> 同註 4，頁 140。

## 貳、研究目的

本段中，本文將提出一以裁判案例改編之前導案例，作為問題提出之基礎：

### 一、前導案例<sup>15</sup>

某甲於空軍服志願役中，因感情糾紛及違規租屋等問題受一大過處分，並遭評定年度考績為丙上。後經召開人事評審會評議不適服現役，而經國防部空軍司令部核定不適服現役退伍（原處分），並使甲於 X 日辦理退伍。惟甲不服原處分，經訴願後決議因程序瑕疵而撤銷原處分，嗣國防部空軍司令部經重為法定程序後，於 Y 日仍決議甲「經考核不適服現役退伍」（後處分），並溯及於 X 日生效。甲對後處分仍不服，經訴願駁回，復再提起本案行政訴訟。

### 二、問題提出

行政處分得否具備溯及效力？若得具備溯及效力，其容許性為何？

## 參、研究方法與過程

本段中，本文將以前述之「問題提出」為基礎，整理本案及相關實務見解：

### 一、本案及相關實務見解整理

#### （一）最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決

針對行政處分之溯及效力爭議，最高行政法院（下稱「最高行」）除肯認行政處分得具備溯及效力外，於本案中亦對容許性要件採取了十分寬鬆的見解，其認為僅須於「法律有明文規定」、「溯及有利於受處分人」或「基於法律之精神於有合理之理由時」，行政處分即具備溯及效力之容許性，其謂：「又按行政處分一經發布而生效，所稱生效，基本上是指發生外部效力；至其規制內容所欲發生之法律效果，即所謂內部效力，原則上固與外部效力同時發生，但如果行政處分規定內容溯及既往，則其內部效力即早於外部效力發生；故而，行政處分之外部效力與內部效力發生之時間並非必然同一。而行政處分於法律有明文規定或溯及有利於受處分人或基於法律之精神於有合理之理由時，行政處分亦得於內容中規定其效力（內部效力）溯及既往。」另最高行復再論述若原處分係因程序上之瑕疵而遭撤銷，則人民方應可對完備程序後所作之後處分具有「可預測性」而可認為符合上述「基於法律之精神於有合理之理由時」之要件，進而得為溯及效力之行政處分，其謂：「而行政處分不溯及既往之法理主要在保障人民權利免受不可預期之侵害。行政機關所為行政處分若因程序上之瑕疵而非實體之理由，於行政救濟程序中遭撤銷，若行政機關仍基於原行政處分之同一實體事實再重為相同內容之行政處分，因原行政處分之實體事實既未變更，亦未被排除；且踐行正當法律程序之目的，亦含有藉以檢視實體公平正義之意旨；故一實體事實若經正當法律

<sup>15</sup> 改編自最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決案例事實。

程序再為檢驗，其認定仍為同一，處分亦為相同時，則受處分人對該處分因已具有可預測性，故行政機關因此再為之行政處分，於內容中為處分溯及第 1 次處分生效時發生效力之規定，應認乃行政救濟相關法律精神下係具有合理之理由，應予容許。」

## (二) 最高行政法院 98 年度判字第 463 號判決

### 1. 案例事實

某乙原於臺北縣政府擔任農業局技佐，因對工作不適任，自行陳請臺北縣政府獎勵後將其資遣。惟臺北縣政府僅同意資遣部分，而將乙資遣，後乙拒辦理相關資遣手續，臺北縣政府即作成原處分，核定乙於 A 日資遣生效。乙不服原處分，且原處分於行政救濟程序中以程序瑕疵為由而遭撤銷，臺北縣政府於踐行法定程序後，於 B 日作成資遣乙之決定（後處分），並溯自 A 日生效。乙仍不服，遂提起本件訴訟。

### 2. 本件判決立場

本件判決於前述判決採取相同立場，認為行政處分得具備溯及效力且於「法律有明文規定」或「基於法律之精神，於有合理之法律理由時」即具備容許性，且主張釋字第 368 號解釋採取相同看法，並亦肯認若原處分係因程序瑕疵而遭撤銷，則可認定人民方對於重為法定程序後之後處分具備「可預測性」，而該當前述之「基於法律之精神，於有合理之法律理由時」要件，其謂：「按『行政訴訟法第 4 條（按現行法為第 216 條第 1 項）行政法院之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力，乃本於憲法保障人民得依法定程序，對其爭議之權利義務關係，請求法院予以終局解決之規定。故行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證另為處分時，該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證。倘依重為調查結果認定之事實，認前處分適用法規並無錯誤，雖得維持已撤銷之前處分見解；若行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束。』司法院著有釋字第 368 號解釋可參。再按行政處分一經送達或發布而生效，所稱生效，基本上是指發生外部效力；至其規制內容所欲發生之法律效果，即所謂內部效力，原則上固與外部效力同時發生，但如果行政處分規定內容溯及既往，則其內部效力即早於外部效力發生；故而，行政處分之外部效力與內部效力發生之時間並非必然同一。而行政處分於法律有明文規定或基於法律之精神，於有合理之法律理由時，行政處分亦得於內容中規定其效力（內部效力）溯及既往。行政機關所為行政處分，除適用法律之見解，經行政法院判決予以指明並撤銷者外，若因程序上之瑕疵，於行政救濟程序中遭撤銷，嗣後行政機關仍基於原行政處分之同一實體事實，再重為相同內容之行政處分，因原行政處分之實體事實既未變更，亦未被排除；且踐行正當法律程序之目的，亦含有藉以檢視實體公平正義之意旨；故一實體事實若經依正當法律程序再為檢驗後，其認定仍為同一，處分亦為相同時，則受處分人對該處分因已具有可預測性，故行政機關因此再為

之行政處分，於內容中為處分溯及第 1 次處分生效時發生效力，參諸上開司法院解釋意旨，應認乃行政救濟相關法律精神下係具有合理之理由，應予容許。」

### (三) 最高行政法院 111 年度上字第 13 號判決

#### 1. 案例事實<sup>16</sup>

某丙為陸軍蘭陽地區指揮部（下稱「蘭指部」）少校會計審計官，C 日因酒後駕車遭查獲，惟該酒駕案並未向上回報。後遭審計部發現國軍酒駕裁罰案件數與國防部掌握之酒駕人數有落差，蘭指部追查後認定丙係於 D 日間酒駕，而依法定程序認定丙不適服現役而作成原處分，並於 E 日生效；惟丙不服原處分，訴願後原處分遭撤銷，蘭指部仍依程序認定丙係於 D 日酒駕，並作成退伍處分（後處分），且溯及自 E 日生效。丙仍不服後處分，提起本件訴訟。其中國防部陸軍司令部於本件主張依最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決之立場，若受處分人對行政處分已具可預測性時，行政機關即得重作具溯及效力之行政處分。

#### 2. 本件判決立場

本件中，最高行並未採納國防部陸軍司令部之主張，而認為本案及最高行政法院 99 年度判字第 441 號並無得比附援引之基礎，蓋本案中所涉及之基礎事實發生改變（懲罰事實未經正確認定），而於最高行政法院 99 年度判字第 441 號中基礎法律並未變更（僅為程序上瑕疵），進而得以肯認處分內容對受處分人而言具有可預測性，其謂：「又，行政處分不溯及既往之法理，主要在保障人民權利免受不可預期之侵害。上訴人雖援引本院……99 年度判字第 441 號判決……主張受處分人對行政處分已具可預測性時，行政機關重作行政處分得使其效力溯及云云，惟本院……99 年度判字第 441 號判決……行政機關先後所為退伍處分之基礎法律關係（因考績丙上而啟動不適服現役之評鑑程序）均未變更，故法院以處分內容對受處分人而言具有可預測性，而認為處分效力溯及不違法。惟本件前退伍處分係因所依據之基礎事實（懲罰令為因個人因素一次受記大過 2 次以上，因而啟動不適服現役之評鑑程序）發生改變，此由前訴願決定係以『原處分所依據之基礎事實（按實指發動適任性評量之實體懲罰事實及其懲罰效果論知等前置法律關係。實則本件中前置懲罰事實始終未經正確認定），已因懲罰令之撤銷而失所附麗』，而撤銷前退伍處分即明。是本件情形與前述判決之情形並不相同，自難比附援引。」從反面解釋之角度觀察，似可自上開判決見解發現實務至今仍未改變抑或動搖判決先例所建立之「程序瑕疵對人民方應具可預見性」之見解。

### 二、小結

在前引三號判決中，可以觀察出現行行政法院實務仍肯認行政處分得具有溯及效力，且容許性要件包括：「法律有明文規定」、「溯及有利於受處分人」或「基於法律之精神於有合理之理由時」<sup>17</sup>，其中最具實益之要件為最後者，且實務多

<sup>16</sup> 本案案例事實較為複雜，為節省篇幅，僅取與本文關聯部分改編精簡。

<sup>17</sup> 另有最高行政法院 97 年度判字第 607 號判決採取：1. 受處分之相對人有遇見可能性 2. 須不損及第三人之利益 3. 須有溯及之可能性等三要件，惟適用上與上述要件判斷結果幾無差異。可另參

將此要件連結至「受處分人之可預測性」為判斷，並認為若原處分僅為程序上瑕疵，則可認定人民方對於後處分之溯及效力具有可預測性；反之，若原處分具實體認定上之瑕疵，則不得涵攝至此要件中，而不得為溯及效力之行政處分<sup>18</sup>。

## 肆、研究結果與問題討論

本段中，本文將以前述之「問題提出」為基礎，分別整理相關學說見解後，再提出本文見解，最後再以本文見解為前導案例解析：

### 一、行政處分得否具備溯及效力？

針對此一問題——與上述實務見解相同——學說原則上亦均一致地持肯認之態度<sup>19</sup>，惟理由之構成略有不同，較多之學說見解認為此係行政處分對內生效（內部效力）與對外生效（外部效力）二元區分下的結果<sup>20</sup>，但少數學說則認為運用行政處分內部效力及外部效力「可能不一致」之學說分類，套用在行政處分之溯及問題容有誤解之處<sup>21</sup>，少數說論者謂：「蓋內部效力與外部效力區別的主要目的在於說明：內部效力可能晚於外部效力，但並未容許或討論內部效力早於外部效力之溯及問題。因為此種溯及有損當事人之正當法律程序之保障。」而應改依據法律不溯及既往之法理操作<sup>22</sup>。

本文對此爭點之理解亦採取肯定說之立場，理由不外未見全面禁止之理由，而重點應落於後述之爭點，亦即容許性範圍之控制；且於上述二種肯定說理由中，亦較肯認「行政處分內部效力及外部效力二元區分說」之立場，蓋此種解釋方法，應較合乎現行行政程序法之整體立法意旨<sup>23</sup>，而實無再須透過行政法上之一般原理原則（「法律不溯及既往原則」）為「橋接」。

### 二、行政處分之溯及效力容許性為何？

針對此一爭議，實務及學說見解分歧之程度不可謂不大，綜整如下：

考：程明修，行政處分之溯及力／最高行九七判六〇七，台灣法學雜誌，第 128 期，2009 年 5 月，頁 243-244。

<sup>18</sup> 最高行政法院 111 年度上字第 13 號判決參照。

<sup>19</sup> 程明修，行政處分之溯及效力，收錄於氏著《行政處分的構造》，第 1 版，2016 年 7 月，頁 162；陳敏，行政法總論，第 10 版，2019 年，頁 373-374；林明鏘，行政處分的溯及生效—評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 184-185。

<sup>20</sup> 程明修，行政處分之溯及效力，收錄於氏著《行政處分的構造》，第 1 版，2016 年 7 月，頁 162；陳敏，行政法總論，第 10 版，2019 年，頁 373-374。

<sup>21</sup> 林明鏘，行政處分的溯及生效—評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 184-185。

<sup>22</sup> 同上註，頁 185。

<sup>23</sup> 行政程序法第 110 條第 1 項等參照。另可再延伸參考：程明修，再論行政處分之溯及效力，頁 7-9，發表於第 19 屆東吳公法研討會，2023 年。程老師在其文章中詳加論述了德國法上類似條文採取所謂「不予理會」之規範，實係經過縝密思考後所為之慎重立法決定。

(一) 學說通說：侵益處分限於有法律明文規定時始可<sup>24</sup>

本說為我國學說多數意見，認為於侵益處分部分，應恪守法律保留原則之要求，僅能於有法律明文規定時始可為溯及效力，惟於釋字第 443 號解釋「層級化法律保留原則」的角度分析，有學說見解認為此可「勉強」認定歸屬於「相對法律保留」之層級即可<sup>25</sup>，但亦有學說見解認為自釋字第 663 號解釋關於正當法律程序之意旨出發，認為此應屬「絕對法律保留」之層級<sup>26</sup>，而不得以行政命令層級規範處理。

至於理由之構成面向而言，有學說見解認為係「拆解事實法律關係之繁簡難易，並非得以犧牲人民之權益作為代價<sup>27</sup>」，亦即不應以行政事實上之不得已情事（例如前後處分間事實上停職之俸給或公法上請求權等問題），以司法造法之方式解決之<sup>28</sup>，且現行實務見解恐將使人民方之程序上利益成為「苟延殘喘」而已<sup>29</sup>；另亦有學說見解認為以司法造法方式為行政處分效力之溯及，有違反行政程序法第 8 條（誠信原則）之嫌，蓋「（按：依行政程序法第 118 條第 1 項前段本文之規定<sup>30</sup>）不論是因程序瑕疵或實體違法，凡受行政法院依行政訴訟法第 216 條第 1 項加以撤銷後，其第一次行政處分內容即應不再存在，而非再另創『程序瑕疵，實體不受影響』的理由。<sup>31</sup>」，且亦與信賴保護原則有違<sup>32</sup>。

(二) 實務見解：「基於法律之精神而有合理之理由」並以此連結「當事人具有遇見可能性」要件<sup>33</sup>

此為最高行之穩定見解，而開創性地將行政處分之溯及效力容許性要件設定為「法律有明文規定」、「溯及有利於受處分人」或「基於法律之精神於有合理之理由時」，其中最具有判斷實益之要件為最後者，實務並將此要件連結「當事人具有遇見可能性」要件為判斷，且以原處分係「實體瑕疵」或「程序瑕疵」為實質

<sup>24</sup> 程明修，再論行政處分之溯及效力，頁 11-12，發表於第 19 屆東吳公法研討會，2023 年；程明修，行政處分之溯及效力，收錄於氏著《行政處分的構造》，第 1 版，2016 年 7 月，頁 173；林明鏘，行政處分的溯及生效一評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 185。

<sup>25</sup> 程明修，行政處分之溯及效力，收錄於氏著《行政處分的構造》，第 1 版，2016 年 7 月，頁 170。

<sup>26</sup> 林明鏘，行政處分的溯及生效一評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 185、187。

<sup>27</sup> 程明修，再論行政處分之溯及效力，頁 11，發表於第 19 屆東吳公法研討會，2023 年。

<sup>28</sup> 類似見解：林明鏘，行政處分的溯及生效一評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 187。

<sup>29</sup> 同註 14。

<sup>30</sup> 行政程序法第 118 條：「違法行政處分經撤銷後，溯及既往失其效力。但為維護公益或為避免受益人財產上之損失，為撤銷之機關得另定失其效力之日期。」

<sup>31</sup> 林明鏘，行政處分的溯及生效一評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 186。

<sup>32</sup> 同上註。

<sup>33</sup> 例如：最高行政法院 98 年度判字第 463 號判決與最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決，其餘最高行政判決見解整理可另參考：程明修，行政處分之溯及效力，收錄於氏著《行政處分的構造》，第 1 版，2016 年 7 月，頁 155-173。



判斷基準，此部分已於第參大段「研究方法與過程」整理，於茲不贅。

### （三）本文見解——學說見解：限於有法律明文規定時始可

本文對於行政處分溯及效力之容許性爭議，亦採取上述學說之「法律保留」見解——而不採實務見解——惟理由之構成與上述學說稍有不同，析述如下：

#### 1. 最高行此等穩定見解似有鼓勵行政機關不為正當法律程序之嫌

經過上述最高行判決見解爬梳整理後，應可發現法院若判斷一行政處分之瑕疵原係程序上之瑕疵「而非」實體上之瑕疵時<sup>34</sup>，則幾乎可得出具有侵益行政處分溯及效力之容許性，惟此結論無異於助長行政機關輕視人民方擁有正當法律程序之權利！<sup>35</sup>蓋若一行政機關於作成原處分時即得知程序上具有瑕疵，其亦未將有動機即時修正其程序瑕疵，因最高行實務見解將允許人民救濟成功後，機關再為一具溯及效力之處分，同時此見解也將消滅人民方提起程序瑕疵救濟程序之動機，此等見解實有不當限縮人民正當法律程序權利之虞。

2. 行政處分之實體瑕疵與程序瑕疵有時不易區分，實務見解似有將兩者視為排他互斥之關係，論理上應有不當

同樣自上述判決見解爬梳整理後，亦應可發現最高行雖用諸如「基於法律之精神而有合理之理由」與「當事人具有遇見可能性」等要件「包裝」判斷行政處分溯及效力容許性之要件，惟追根究底應可發現最高行最終實係以原處分存有「程序瑕疵」或「實體瑕疵」為區分標準，而以此區分之前提即係將程序瑕疵及實體瑕疵作排他互斥之理解。此種判斷標準雖於操作上似有「判斷簡便」之優勢，惟本文於此必須詢問該等判斷之依據（法源）何在？在以上判決整理後，應可得出此係法官造法之結論<sup>36</sup>，而以此作為限制人民權利之依據，於法律保留原則之判斷上即應認有所不足。且另若再退步言，前述實務之「排他互斥關係理論」，於個案上亦恐有不當之處，蓋畢竟最高行也曾於最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決中認為「……且踐行正當法律程序之目的，亦含有藉以檢視實體公平正義之意旨」<sup>37</sup>；故一實體事實若經正當法律程序再為檢驗，其認定仍為同一，處分亦為相同時，則受處分人對該處分因已具有可預測性，故行政機關因此再為之行政處分，於內容中為處分溯及第 1 次處分生效時發生效力之規定，應認乃行政救濟相關法律精神下係具有合理之理由，應予容許，基此，何能於法院之判決先例中實質剝奪人民之行政處分程序瑕疵救濟權利？

#### 3. 最高行實無須如此用心良苦地為行政實務困境「解套」

從以上最高行判決爬梳後，本文認為現行實務見解如此限縮適用法律之目

<sup>34</sup> 換句話說，最高行係將行政處分之實體瑕疵與程序瑕疵採取排他互斥之區分立場。

<sup>35</sup> 類似見解：程明修，再論行政處分之溯及效力，頁 9，發表於第 19 屆東吳公法研討會，2023 年；林明鏘，行政處分的溯及生效——評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 185。

<sup>36</sup> 相同見解：林明鏘，行政處分的溯及生效——評最高行政法院九八年度判字第四六三號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 187。

<sup>37</sup> 也就是說，此理由實應係行政處分「實體瑕疵」與「程序瑕疵」某種程度上係「包含關係」之論述基礎！

的，實係為填補前後處分之空窗期<sup>38</sup>，蓋若不肯認行政機關得作成一具溯及效力之行政處分，可能造成前後處分間產生事實上的困境，諸如人民方實質停職間之俸給請求權等，惟本文對此最高行之「用心良苦」則同學說見解<sup>39</sup>認為其實無庸如此「熱心」，而不應將事實上之困境以法律上之限縮見解「解套」，否則人民之信賴保護恐將蕩然無存。

#### 4. 小結

綜上所述，本文認為最高行應恪守法律保留原則之要求，並以此要件作為行政處分溯及效力容許性之判斷，至於基於釋字第 443 號解釋之「層級化法律保留原則」之意旨，本文於此同部分學說見解認為應較係屬「絕對法律保留」之層級，蓋此等形式意義法律之要求，應較可使人民方具備預見可能性。

### 三、前導案例解析

本文於此將以前述本文見解為基礎作前導案例解析，惟避免與上段內容相同而重複論述，學生與此僅為相關理由之提示。

本案中，行政法院因原行政處分「僅」係程序上之瑕疵而肯認行政機關得於後行政處分為溯及效力之見解容有不當，理由分述如下：

#### (一) 行政處分之程序瑕疵及實體瑕疵有時難以判斷

現行穩定之實務見解將行政處分之瑕疵二元區分為「實體瑕疵」及「程序瑕疵」，惟此等區分有時不易判斷，作為判斷基準應有所不足。<sup>40</sup>

#### (二) 法院此種見解恐將鼓勵行政機關輕視人民方之正當法律程序權利

法院實無須如此「熱心」地為行政機關解決相關行政實務上之困境，而應恪守法律保留原則之要求，否則無異係變相鼓勵行政機關輕忽人民方之正當法律程序權利。<sup>41</sup>

#### (三) 行政處分之溯及效力應建立在法律保留原則之要求上

雖學說上對於行政處分溯及效力之法律保留層級仍有爭論，惟皆異口同聲地認為不應僅係「法官造法」之位階，而應至少有相對法律保留原則或絕對法律保留原則之程度始得為之，而本文對此爭議採取「絕對法律保留」之立場，亦即須要具有形式意義之法律始得為之。<sup>42</sup>

<sup>38</sup> 相同見解：同上註。

<sup>39</sup> 程明修，再論行政處分之溯及效力，頁 10-11，發表於第 19 屆東吳公法研討會，2023 年；林明鏞，行政處分之溯及生效——評最高行政法院九八年度判字第 463 號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 187。

<sup>40</sup> 還請另參：本文見解中之第 2 點。

<sup>41</sup> 還請另參：本文見解中之第 1 點。

<sup>42</sup> 還請另參：肆、二、(一) 段。

#### (四) 小結

綜上所述，本案中因缺乏法律保留原則的遵守，行政法院不得肯認行政機關得於後處分具溯及效力之容許性，而應判決人民方勝訴。

#### 伍、結語

本文謹以最高行政法院 99 年度判字第 441 號判決之案例事實為出發點，提出行政處分得否具備溯及效力以及若具備溯及效力則其容許性為何之二難題，分述如下：

首先，於行政處分得否具備溯及效力之部分，本文同多數實務及學說見解採取肯認之立場，而認為焦點應置於「容許性之寬狹」，蓋溯及效力本應係行政處分區分二元效力（對內效力及對外效力）之必然結果，或亦有學說見解認為此與「法律不溯及既往」之法理相同。而本文之理由則係認為肯認行政處分之內部效力及外部效力應較符合我國行政程序法之立法意旨，進而得出肯定說之結論。

至於行政處分之溯及效力容許性爭議，則係本文及學說相較實務見解大相逕庭之部分。實務見解對此爭議採取以有「法律有明文規定」、「溯及有利於受處分人」或「基於法律之精神於有合理之理由時」等三要件模式，其中最具判斷實益之要件為最後者，且實務並將此要件連結「當事人具有遇見可能性」之要件為判斷，後再實質連結原處分係「實體瑕疵」或「程序瑕疵」為實質判斷基準。至於本文同多數學說意見採取批判上開實務穩定見解之立場，原因不外此等見解「將無異係鼓勵行政機關不為正當法律程序之嫌」、「行政處分之實體瑕疵與程序瑕疵有時不易區分，實務見解似有將兩者視為排他互斥之關係，論理上應有不當」及「最高行實無須如此用心良苦地為行政實務困境『解套』」等理由，並提出應恪守法律保留原則為行政處分得否具備溯及效力之要件，惟學說上對法律保留原則之層級容有爭論，有見解認為以「相對法律保留」即為足夠，惟本文同其他學說認為應以「絕對法律保留」始為較為妥適之層級。

## 參考文獻

### 專書

陳敏，行政法總論，10 版，新學林，2019 年。

莊國榮，行政法，6 版，元照，2020 年。

### 論文集

程明修，行政處分的構造，1 版，新學林，2016 年。

### 研討會論文

程明修，再論行政處分之溯及效力，頁 1-13，發表於第 19 屆東吳公法研討會，2023 年。

### 期刊論文

林明鏘，行政處分的溯及生效—評最高行政法院九八年度判字第 463 號判決，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，頁 183-187。

程明修，行政處分之溯及力／最高行九七判六〇七，台灣法學雜誌，第 128 期，2009 年 5 月，頁 243-244。