

兩岸行政復議制度與訴願制度之比較
—兼論臺中市政府訴願案件爭議問題
之實證研究

服務機關：臺中市政府法制局

姓名職稱：嚴浩芬主任

報告日期：2014年8月26日

目 錄

	頁 次
壹、緒論	3-4
貳、兩岸行政復議制度與訴願制度之比較	4
一、適用範圍之比較	4-12
二、與行政訴訟關係之比較	12-16
三、審查標準與程序進行之比較	16-20
四、決定種類之比較	20-24
五、小結	24-25
參、臺中市政府訴願案件爭議問題之實證研究	25
一、臺中市政府訴願案件之處理是否有「 不利益變更禁止原則」之適用？	25-31
二、「一行為不二罰原則」中有關「行為數 」之認定，臺中市政府訴願案件之實 證情況為何？	31-38

兩岸行政復議制度與訴願制度之比較—兼論臺中市政府訴願案件爭議問題之實證研究

嚴浩芬¹

壹、緒論

大陸行政復議制度與臺灣訴願制度均屬行政救濟制度之一環，係人民於行政體系內尋求行政救濟及行政系統內部自我審查之制度設計；臺灣訴願制度，係主張權利或利益遭受行政處分損害之人民，向原處分機關之上級機關或原處分機關本身請求救濟之方法²；大陸行政復議制度，則係指公民、法人或者其他組織認為行政主體之具體行政行為違法或不當侵犯其合法權益，依法向主管行政機關提出復查該具體行政行為的申請，行政復議機關依照法定程序對被申請的具體行政行為進行合法性、適當性審查，並作出行政復議決定的一種法律制度³。

近年來，由於兩岸人民來往日益增多，社會文化頻繁接觸及經濟貿易合作密集，兩岸地區人民，特別是往返兩岸間之商業活動人士，在兩岸地區受行政管制行為致影響其權利之個案數量，已與日俱增。兩岸間行政管制行為及附隨所生之爭議問題，既有增加之趨勢，為保障眾多於兩岸地區從事商業、文化等活動之兩岸地區人民的權利，故

¹ 作者嚴浩芬為臺中市政府法制局秘書室主任，中正大學法律研究所碩士，本文僅係初稿，尚待修正，請暫勿引用。Email：heaven23@taichung.gov.tw

² 參見吳庚，行政爭訟法論，2012年修訂第6版，頁371。另外，臺灣之訴願法第1條第2項規定，各級地方自治團體或其他公法人對上級監督機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，亦得依本法提起訴願。

³ 中華人民共和國行政復議法第1條至第4條等規定參照。

認識兩岸之行政復議制度與訴願制度，即屬極重要之議題。

此外，臺中市政府訴願案件之處理是否有「不利益變更禁止原則」⁴之適用？又「一行為不二罰原則」⁵中有關「行為數」之認定，臺中市政府訴願案件之實證情況又係如何？希冀臺中市政府相關做法能成為大陸行政復議制度仿效及借鏡之參考。

貳、兩岸行政復議制度與訴願制度之比較

大陸行政復議制度與臺灣訴願制度，同為法院外的行政救濟制度，惟在設計上有顯著的不同。茲僅就大陸行政復議制度及臺灣訴願制度的「適用範圍」、「與行政訴訟之關係」、「審查標準與程序進行」及「決定種類」等四項較重大議題之差異作比較，分別說明如下：

一、適用範圍之比較

臺灣訴願制度之範圍，係針對行政機關所為違法或不當之「行政處分」，或對行政機關拒為或怠為所申請之「行政處分」提起⁶。是以對行政機關之其他公法行為以及私法行為，皆不得提起。任何非行政處分之事項，並不適用訴願程序，若訴願人仍提起訴願者，該訴願事件，依據臺灣之訴願法第 77 條第 8 款前段規定，應為不受理之訴願決定。

⁴訴願法第 81 條第 1 項規定：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分」，所謂「不利益變更禁止原則」，是指禁止訴願人處於較原處分更不利之法律上地位，惟有利與否，理論上應就訴願決定的主文判斷。

⁵又稱「禁止雙重處罰原則」，係指人民就同一違法行為，禁止國家為多次之處罰。

⁶訴願法第 1 條第 1 項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」及第 2 條第 1 項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。」參照。

惟大陸行政復議制度，依據中華人民共和國行政復議法（下稱行政復議法）第 1 條規定：「為了防止和糾正違法的或者不當的具體行政行為，保護公民、法人和其他組織的合法權益，保障和監督行政機關依法行使職權，根據憲法，制定本法」，係以「具體行政行為」為其適用範圍；而可申請行政復議的具體行政行為，依同法第 6 條規定計有 11 款⁷。此外依同法第 7 條規定⁸，行政復議之範圍亦包含「抽象行政行為」（紅頭文件）⁹，惟並非對所有抽象行政行為都可以申請，亦不能單獨針對抽象行政行為提出行政復議申請，只能在對具體行政行為提出行政復議時，才可以一併向行政復議機關提出對該抽象行政

⁷ 行政復議法第 6 條規定：「有下列情形之一的，公民、法人或者其他組織可以依照本法申請行政復議：（一）對行政機關作出的警告、罰款、沒收違法所得、沒收非法財物、責令停產停業、暫扣或者吊銷許可證、暫扣或者吊銷執照、行政拘留等行政處罰決定不服的；（二）對行政機關作出的限制人身自由或者查封、扣押、凍結財產等行政強制措施決定不服的；（三）對行政機關作出的有關許可證、執照、資質證、資格證等證書變更、中止、撤銷的決定不服的；（四）對行政機關作出的關於確認土地、礦藏、水流、森林、山嶺、草原、荒地、灘塗、海域等自然資源的所有權或者使用權的決定不服的；（五）認為行政機關侵犯合法的經營自主權的；（六）認為行政機關變更或者廢止農業承包合同，侵犯其合法權益的；（七）認為行政機關違法集資、徵收財物、攤派費用或者違法要求履行其他義務的；（八）認為符合法定條件，申請行政機關頒發許可證、執照、資質證、資格證等證書，或者申請行政機關審批、登記有關事項，行政機關沒有依法辦理的；（九）申請行政機關履行保護人身權利、財產權利、受教育權利的法定職責，行政機關沒有依法履行的；（十）申請行政機關依法發放撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費，行政機關沒有依法發放的；（十一）認為行政機關的其他具體行政行為侵犯其合法權益的。」參照。

⁸ 行政復議法第 7 條第 1 項規定：「公民、法人或者其他組織認為行政機關的具體行政行為所依據的下列規定不合法，在對具體行政行為申請行政復議時，可以一併向行政復議機關提出對該規定的審查申請：（一）國務院部門的規定；（二）縣級以上地方各級人民政府及其工作部門的規定；（三）鄉、鎮人民政府的規定。」及第 2 項規定：「前款所列規定不含國務院部、委員會規章和地方人民政府規章。規章的審查依照法律、行政法規辦理。」參照。

⁹ 紅頭文件為排除法律、行政法規、地方法規、行政規章以外的「鄉、鎮人民政府的規定、縣級以上地方各級人民政府及其工作部門的規定、國務院部門的規定」。它還應包括各級黨委、人大、政府、政協所出台的各種政策性文件、決定、意見等。紅頭文件特點是「針對不特定對象所發布的，能夠長期、反覆適用的行政規範性文件」，是行政執法的重要依據之一。發布不同於立法法規定的法律、法規、規章的公佈於報刊媒體的方式，而是在權力機關和有關機關及企/事業單位、社會團體內部層層傳達。此類文件的結尾都會有傳達到哪一級的要求，比如省軍級、縣團級等；有的還有密級要求，如加註「絕密」、「機密」、「保密」。因其上部的標題為紅色，人們習慣稱之為「紅頭文件」。

行為的審查申請。而依同法第 8 條規定¹⁰，則列出兩類不得申請行政復議之行政行為，即涉及（一）行政機關對於公務人員的懲戒（大陸稱「行政處分」）或其他人事處理決定，以及（二）對於人民間之民事糾紛所為的調解行為等兩種。這兩大類型的行為，固然均具有具體行政行為的性質，惟依據大陸的現行法仍無提起行政復議的可能。

以「申訴」取代行政復議，作為公務人員，甚至教師之人事行政問題的權利救濟途徑，原屬大陸現行法制的特色¹¹。雖然在臺灣，公務人員、教師等各種人事行政法上之權利救濟，通常亦不依訴願方式進行，而另以復審或（再）申訴等特殊制度代替，似與大陸的情形頗為一致；惟大陸的申訴制度，在各種人事行政法上是唯一且終局的權利救濟機制，法院原則上不再介入；在臺灣，公務人員及教師如係對服務機關或人事主管機關所為之行政處分不服者，係可循復審及（再）申訴程序，嗣後仍有司法救濟的可能，因而於此範圍內，兩岸相關的權利救濟模式其實已殊途。此外，更由於這些人事救濟的問題，傳統上即屬「特別權力關係」的主要範疇，臺灣對於特別權力關係已有所突破。相較於大陸，只要係基於公務人員身份所受之行政處分或人事處理決定，均被排除於行政復議之範圍外，亦不得提起行政訴訟，顯

¹⁰ 行政復議法第 8 條第 1 項規定：「不服行政機關作出的行政處分或者其他人事處理決定的，依照有關法律、行政法規的規定提出申訴。」及第 2 項規定：「不服行政機關對民事糾紛作出的調解或者其他處理，依法申請仲裁或者向人民法院提起訴訟。」參照。

¹¹ 中華人民共和國行政監察法第 38 條第 1 款規定：「國家行政機關公務員和國家行政機關任命的其他人員對主管行政機關作出的處分決定不服的，可以自收到處分決定之日起 30 日內向監察機關提出申訴，監察機關應當自收到申訴之日起 30 日內作出複查決定；對複查決定仍不服的，可以自收到複查決定之日起 30 日內向上一級監察機關申請覆核，上一級監察機關應當自收到覆核申請之日起 60 日內作出覆核決定。」及中華人民共和國教師法第 39 條規定：「教師對學校或者其他教育機構侵犯其合法權益的，或者對學校或者其他教育機構作出的處理不服的，可以向教育行政部門提出申訴，教育行政部門應當在接到申訴的 30 日內，作出處理。教師認為當地人民政府有關行政部門侵犯其根據本法規定享有的權利的，可以向同級人民政府或者上一級人民政府有關部門提出申訴，同級人民政府或者上一級人民政府有關部門應當作出處理。」參照。

見大陸對公務人員所為之處分，仍存有傳統特別權力關係之特徵。

由上以觀，大陸行政復議制度審查之「具體行政行為」，與臺灣訴願制度審查之「行政處分」，兩者之概念是否相當將會衍生行政復議制度與訴願制度適用範圍之寬廣，故應予進一步釐清之必要。臺灣之行政處分之定義，於行政程序法第 92 條及訴願法第 3 條均定有明文¹²。而大陸最高人民法院 1991 年發布之「關於貫徹執行『中華人民共和國行政訴訟法』若干問題的意見『試行』」第 1 條規定，具體行政行為是指國家行政機關和行政機關工作人員、法律法規授權的組織、行政機關委託的組織和個人在行政管理活動中行使行政職權，針對特定的公民、法人或者其他組織，就特定的事項，作出的有關該公民、法人或者其他組織權利義務的單方行為。惟因學界和實務普遍認為此界定範圍過窄，因而大陸最高人民法院在 2000 年頒布之「最高人民法院關於執行『中華人民共和國行政訴訟法』若干問題的解釋」，放棄對具體行政行為的界定¹³。因而目前在大陸，無論係行政訴訟法、行政復議法抑或其他行政法規，均無關於「具體行政行為」此一概念的具體定義，而如行政復議法第 6 條計 11 款規定可申請行政復議的具體行政行為類型，其中第 2 款規定之「對行政機關作出的限制人身自由或者查封、扣押、凍結財產等行政強制措施決定」，涉及以物理

¹²行政程序法第 92 條第 1 項規定：「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。」及第 2 項規定：「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。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」，訴願法第 3 條第 1 項規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方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。」及第 2 項規定：「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，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。」參照。

¹³參見王青斌，行政復議制度的變革與重構—兼論《行政復議法》的修改，中國政法大學出版社，2013 年 8 月第 1 版，頁 98。

上強制力為手段的執行行為，屬於事實行為；第6款規定之「申請行政機關履行保護人身權利、財產權利、受教育權利的法定職責，行政機關沒有依法履行的」，由於行政機關履行保護人身權、財產權的法定職責的方式，不限於作成「行政處分」，也可以是事實行為，行政機關拒絕履行的答覆，未必對外發生何種法律效果，不一定構成「行政處分」，因此可知大陸行政復議法所稱之「具體行政行為」並非等同於臺灣訴願法所稱「行政處分」之概念¹⁴，而係除臺灣之行政處分外，亦包含「事實行為」，亦即「具體行政行為」係較「行政處分」為廣，而此也代表著大陸行政復議審查範圍較臺灣訴願審查範圍為廣。

另外，大陸的行政救濟制度，包含行政復議及行政訴訟在內，與臺灣的行政救濟制度，包含訴願及行政訴訟在內，非常相似，皆是一種「權利」救濟的制度。換言之，適格之提起行政復議者，雖不以非授益具體行政行為之相對人，抑或授益具體行政行為之申請人（大陸稱「行政對象人」）為限，亦包含與具體行政行為之作為或不作為有利害關係的第三人（大陸稱「行政相關人」）在內；惟無論如何，提起行政復議者，須其權利受系爭具體行政行為之作為或不作為的侵害，始為適格¹⁵。就此而言，兩岸相關制度的限制，其實並無二致。惟何謂「權利(subjektives Recht)」或「權利侵害(Rechtsverletzung)」，臺灣行政爭訟法學界繼受德國法學而有的「相對人理論(Adressatentheorie)」及「保護規範理論(Schutznormtheorie)」

¹⁴參見林文舟，兩岸行政訴訟法制概論—以訴訟類型為中心，五南圖書出版股份有限公司，2012年4月初版，頁146-147。

¹⁵行政復議法第1條、第2條及第9條第1款等規定參照。

等通說¹⁶，目前大陸實務是透過「最高人民法院關於執行『中華人民共和國行政訴訟法』若干問題的解釋」第12條規定，雖已將「權利」的概念定性為「與具體行政行為有法律上利害關係……」，惟在個案中，究竟應以何種標準來界定人民與系爭之具體行政行為間具有「法律上利害關係」，前開規定並無相關說明，實務上標準更不一¹⁷，顯然還有待大陸相關的學說與實務再加釐清。

按行政復議法第7條規定¹⁸，再依據大陸之中華人民共和國憲法及中華人民共和國立法法（下稱立法法）所建構的法律體系為：全國人民代表大會制定之「憲法」；全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會制定之「法律」；國務院制定之「行政法規」；省、自治區、直轄市及較大的市¹⁹的人民代表大會及其常務委員會制定之「地方性法規」、「自治條例」及「單行條例」；國務院各部、委員會、中國人民銀行、審計署和具有行政管理職能的直屬機構制定之「規章」和省、自治區、直轄市及較大的市之人民政府制定之「規章」，其中全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會始得行使國家立法權，亦即國家立法權屬最高國家權力機關所享有，而國務院制定之「行政法規」及國務院各部、委員會、中國人民銀行、審計署和具有行政管理職能的直屬機構制定之「規章」和省、自治區、直轄市及較

¹⁶參見翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，2006年，頁70以下。

¹⁷參見何海波，行政訴訟法，法律出版社，2011年，頁191以下；姜明安主編，行政法與行政訴訟法，北京大學出版社，2011年5版，頁452-454（劉恆執筆）。

¹⁸同註8。

¹⁹立法法第63條第4款規定：「本法所稱較大的市是指省、自治區的人民政府所在地的市，經濟特區所在地的市和經國務院批准的較大的市。」參照。

大的市之人民政府制定之「規章」係屬行政立法之範疇²⁰，性質上為抽象行政行為，惟「規定」並未在上述之法律體系中，如前所述，其亦屬抽象行政行為之一種；實務上未享有規章制定權的地方政府及其部門為加強行政管理，提高行政效率，制定「規定」之規範性文件有其必要性，又大陸幅員廣大，故此類「規定」之規範性文件之數量不可謂之不多，惟「規定」既為行政機關作出具體行政行為之依據，故即有對人民權利造成侵害之可能，其又未如行政法規、規章的審查可依照法律、行政法規辦理，故「規定」之規範性文件如為實務上所不可避免時，則行政復議法第7條規定於對具體行政行為申請行政復議時，可以一併向行政復議機關提出對該「規定」的審查，實屬立意良善。

而觀諸臺灣之訴願制度，僅得針對行政機關所為違法或不當之行政處分，或對行政機關拒為或怠為所申請之行政處分提起，並不得針對系爭行政處分所依據之規定提起訴願，惟大陸就「規定」之規範性文件可提起行政復議之制度可否適用於臺灣，而予以援用？實值得探討。查臺灣之憲法、中央法規標準法及地方制度法規定所建構之法律層級為：國民大會制定之「憲法」、立法院制定之「法律」、行政機關訂定之「法規命令」、地方立法機關訂定之「自治條例」、地方行政機關訂定之「自治規則」及「委辦規則」、其中憲法、法律係專屬中央立法機關（即立法院）之權限，自治條例專屬地方立法機關（即直轄市議會、縣（市）議會）之權限，而法規命令、自治規則及委辦規則則屬行政立法（又稱委任立法）之範疇，而關於法規命令之審查，可

²⁰參見袁曙宏，社會變革中的行政法制，法律出版社，2001年5月第1版，頁185-192。

分為國會之事後監督及司法之事後監督；其中國會之事後監督部分，依臺灣之立法院職權行使法第 60 條第 1 項規定，各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議。復依同法第 63 條第 1 項規定，行政命令經審查後，發現有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之。而關於司法之事後監督部分，依臺灣之憲法第 78 條規定，司法院具有解釋憲法、統一解釋法律及命令之權。故對法規命令是否違法、無效，人民並不得對之提起訴願、行政訴訟，請求對該法規命令予以審查，惟人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有抵觸憲法之疑義者，依臺灣之司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，可聲請解釋憲法。如經臺灣之司法院大法官解釋違憲，並宣告無效者，依臺灣之司法院釋字第 185 號解釋，其受不利確定終局裁判者，得依該解釋為再審或非常上訴之理由。又人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令所表示之見解有異時，亦得依司法院大法官審理案件法第 7 條第 1 項第 2 款規定聲請統一解釋憲法。其解釋結果，依臺灣之司法院釋字第 188 號解釋，亦得據為再審或非常上訴之理由²¹。至自治規則及委辦規則之審查，依地方制度法第 30 條第 4 項規定，如自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例抵觸者，由上級

²¹參見陳敏，行政法總論，2011 年 9 月 7 版，頁 532-533。

監督機關予以函告無效，如委辦規則與憲法、法律、中央法令抵觸者，由委辦機關予以函告無效，復依同條第 5 項規定，如自治規則及委辦規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋。綜上，如性質上為中央行政機關訂定之法規命令，其可透過立法院之監督及司法院大法官之監督予以審查，就行政、立法、司法之權力分立及制衡之角度觀之，立法機關及司法機關（司法院大法官）可就法規命令之行政立法行為予以審查固無疑義，而訴願審議程序究屬行政權之行使，性質上應不適宜對法規命令之行政立法行為予以審查；另地方行政機關所訂定之自治規則及委辦規則，除由上級監督機關或委辦機關予以函告無效外，亦得聲請司法院解釋，故其亦有相關之審查機制，又如上述，訴願審議程序究屬行政權之行使，性質上亦應不適宜對自治規則及委辦規則之行政立法行為予以審查。而臺灣目前訴願實務上，如訴願審議委員會於審議過程中發現該等「法規命令」、「自治規則」及「委辦規則」有抵觸上位階法律抑或窒礙難行之處，通常係以作成附帶決議方式請相關主管機關予以檢討修正²²。

二、與行政訴訟關係之比較

大陸係採取多元糾紛解決機制，原則上行政復議與行政訴訟作為法定途徑在救濟管道具有優先性，信訪制度²³則居於補充性地位，惟

²²如 2014 年 3 月 14 日臺中市政府訴願審議委員會會議附帶決議：「有關救護車之使用範圍於緊急醫療救護法中並未規定，僅見於救護車裝備標準及管理辦法中，似有逾越母法範圍，建請衛生局向中央主管機關提出修法建議。」「……有關限制人民權益應為法律保留事項，臺中市建築物恢復使用及供水供電審查作業要點為行政規則，建請都發局速為檢討……」。

²³是大陸特有的政治表達及申訴方式。按照大陸官方定義，信訪指中華人民共和國公民、法人或者其他組織採用書信、電子郵件、傳真、電話、走訪等形式，向各級政府、或者縣級以上政府工作部門反映冤情、民意，或官方（警方）的不足之處，提出建議、意見或者投訴請求等。

實務上大陸民眾似普遍存在信「訪」不信「法」的觀念，信訪制度仍是不少人首選的糾紛解決方式。大陸現行的行政復議與行政訴訟間是屬於一種「選擇性」關係，人民因具體行政行為侵害其權利而尋求救濟時，依據大陸之中華人民共和國行政訴訟法第 37 條第 1 款規定²⁴，雖既能先行提起行政復議，對行政復議結果不服時，再提起行政訴訟，也能從一開始則捨棄行政復議，而逕行訴訟，不過此一原則，非無例外。

首先，依據大陸之中華人民共和國行政訴訟法第 37 條第 2 款規定²⁵，人民就行政復議與行政訴訟之間的程序選擇自由，得因其他法律、國務院之行政法規，甚至各地方之地方性法規另有「行政復議前置」的要求，而產生變動。雖然在此，現行大陸之法律或法規所設計的行政復議前置制度，原則上與臺灣的訴願前置原則完全相同，皆要求人民在對具體行政行為不服時，應先提起行政復議，並且只有在對復議結果不服的情形下，始能進行行政訴訟²⁶，然而仍必須注意若干法律所為的特殊規定，例如大陸之中華人民共和國海關法第 64 條及中華人民共和國稅收徵收管理法第 88 條第 1 款規定²⁷，人民在與稅務

²⁴ 中華人民共和國行政訴訟法第 37 條第 1 款規定：「對屬於人民法院受案範圍的行政案件，公民、法人或者其他組織可以先向上一級行政機關或者法律、法規規定的行政機關申請覆議，對覆議不服的，再向人民法院提起訴訟；也可以直接向人民法院提起訴訟。」參照。

²⁵ 中華人民共和國行政訴訟法第 37 條第 2 款規定：「法律、法規規定應當先向行政機關申請覆議，對覆議不服再向人民法院提起訴訟的，依照法律、法規的規定。」參照。

²⁶ 如中華人民共和國集會遊行示威法第 31 條、中華人民共和國國家安全法第 31 條、中華人民共和國海關法第 64 條、中華人民共和國稅收徵收管理法第 88 條第 1 款、中華人民共和國行政復議法第 30 條第 1 款、中華人民共和國專利法第 41 條、中華人民共和國商標法第 32 條、第 33 條、第 49 條、中華人民共和國工商保險條例第 53 條、中華人民共和國城市居民最低生活保障條例第 15 條、中華人民共和國企業法人登記管理條例第 32 條及價格違法行為行政處罰規定第 16 條等屬之。

²⁷ 中華人民共和國海關法第 64 條規定：「納稅義務人同海關發生納稅爭議時，應當繳納稅款，並可以依法申請行政復議；對復議決定仍不服的，可以依法向人民法院提起訴訟。」及中華人民共

機關發生納稅爭議時，無論如何必先繳清系爭稅款，抑或至少提供相當擔保，始能提起行政復議，乃至事後必要的行政訴訟。此舉，法律的目的固然在於確保國家財政的收入，惟這種「先納稅、再抗爭」的立法政策，限制人民行政爭訟權的行使；適當與否，實有探討的空間²⁸。

其次，在大陸的現行法制中，人民不服行政復議的決定，固然得以提起行政訴訟，以資救濟，然而此一原則，仍有例外。依據行政復議法第5條但書規定²⁹，法律原即有將行政復議決定視為「最終裁決」的可能。據此，人民對於具體行政行為不服，固得申請行政復議，惟對於行政復議的結果，則再無法院救濟的機會。行政復議法第5條但書之規定而設有此一例外者，雖然相當罕見，但同法第30條第2款規定：「根據國務院或者省、自治區、直轄市人民政府對行政區劃的勘定、調整或者徵用土地的決定，省、自治區、直轄市人民政府確認土地、礦藏、水流、森林、山嶺、草原、荒地、灘涂、海域等自然資

和國稅收徵收管理法第88條第1款規定：「納稅人、扣繳義務人、納稅擔保人同稅務機關在納稅上發生爭議時，必須先依照稅務機關的納稅決定繳納或者解繳稅款及滯納金或者提供相應的擔保，然後可以依法申請行政覆議；對行政覆議決定不服的，可以依法向人民法院起訴。」參照。

²⁸ 稅務爭訟在臺灣向來為行政救濟實務的大宗，每年皆有數萬件之譜，反之在大陸卻相當罕見。依據大陸官方統計，稅務訴訟在2009年及2010年，全國僅有293及398件，數量之少，令人難以想像！這種現象的成因雖多，但前開中華人民共和國海關法第64條及中華人民共和國稅收徵收管理法第88條第1款的特殊規定，或許也是一個主要的原因；惟依據臺灣之稅捐稽徵法第39條第1項規定：「納稅義務人應納稅捐，於繳納期間屆滿30日後仍未繳納者，由稅捐稽徵機關移送強制執行。但納稅義務人已依第35條規定申請復查者，暫緩移送強制執行。」及同條第2項規定：「前項暫緩執行之案件，除有下列情形之一者外，稅捐稽徵機關應移送強制執行：一、納稅義務人對復查決定之應納稅額繳納半數，並依法提起訴願者。二、納稅義務人依前款規定繳納半數稅額確有困難，經稅捐稽徵機關核准，提供相當擔保者。三、納稅義務人依前二款規定繳納半數稅額提供相當擔保確有困難，經稅捐稽徵機關依第24條第1項規定，已就納稅義務人相當於復查決定應納稅額之財產，通知有關機關，不得為移轉或設定他項權利者。」納稅義務人不服復查決定提起訴願者，亦應納稅額繳納半數，或提供相當擔保始得為之，與上開大陸特殊規定並無二致，惟兩岸何以稅務訴訟案件數量差異極大，實有再深入探究之空間。

²⁹ 行政復議法第5條規定：「公民、法人或者其他組織對行政復議決定不服的，可以依照行政訴訟法的規定向人民法院提起行政訴訟，但是法律規定行政復議決定為最終裁決的除外。」參照。

源的所有權或者使用權的行政復議決定為最終裁決」，即屬其中最具代表性的規定；若不服上開行政復議決定提起行政訴訟，則依據中華人民共和國行政訴訟法第 12 條第 4 項規定：「人民法院不受理公民、法人或者其他組織對下列事項提起的訴訟：……（四）法律規定由行政機關最終裁決的具體行政行為。」辦理。

在大陸的現行法制中，另有一種有關行政復議與行政訴訟之選擇關係的特殊類型設計，即人民不服具體行政行為時，固然得以自行決定是否提起行政復議，抑或直接進行行政訴訟，惟當人民選擇提起行政復議時，則該行政復議之決定即屬「最終裁決」，當事人不得再提起行政訴訟表示不服，行政復議法第 14 條之規定³⁰即為一例；除此之外，中華人民共和國外國人入境出境管理法第 29 條第 2 款規定³¹及中華人民共和國公民出境入境管理法第 15 條³²，也均屬同一種類的規定。由於這種特殊的設計，並不全然排除人民尋求真正司法救濟的機會，所以學說中亦有將之稱為「相對的終局行政決定」，而與前開行政復議法第 30 條第 2 款全然排除行政訴訟可能的「絕對的終局行政決定」作一明顯的區別。惟以行政復議決定作為行政爭訟的最後手段，而不再允許人民尋求司法救濟，在臺灣相當罕見³³。

³⁰ 行政復議法第 14 條規定：「對國務院部門或者省、自治區、直轄市人民政府的具體行政行為不服的，向作出該具體行政行為的國務院部門或者省、自治區、直轄市人民政府申請行政復議。對行政復議決定不服的，可以向人民法院提起行政訴訟；也可以向國務院申請裁決，國務院依照本法的規定作出最終裁決。」參照。

³¹ 中華人民共和國外國人入境出境管理法第 29 條第 2 款規定：「受公安機關罰款或者拘留處罰的外國人，對處罰不服的，在接到通知之日起 15 日內，可以向上一級公安機關提出申訴，由上一級公安機關作出最後的裁決，也可以直接向當地人民法院提起訴訟。」參照。

³² 中華人民共和國公民出境入境管理法第 15 條規定：「受公安機關拘留處罰的公民對處罰不服的，在接到通知之日起 15 日內，可以向上一級公安機關提出申訴，由上一級公安機關作出最後的裁決，也可以直接向當地人民法院提起訴訟。」參照。

³³ 臺灣僅於司法院大法官釋字第 382 號解釋理由書中所稱「如學生所受處分係為維持學校秩序、

臺灣訴願與行政訴訟之關聯性，其中臺灣之行政訴訟法第 4 條之撤銷訴訟及同法第 5 條之課予義務訴訟係採訴願前置主義，亦即撤銷與課予義務訴訟除有臺灣之行政程序法第 109 條規定³⁴，原則上必須踐行訴願（或相當於訴願）之前置程序，始得向行政法院提起行政訴訟，而同法第 6 條之確認訴訟及同法第 8 條之一般給付訴訟則無訴願前置之要求，得逕行向行政法院提起行政訴訟。故臺灣並不存在人民可自由選擇行政救濟方式之空間。

三、審查標準與程序進行之比較

作為法院外的行政救濟制度，臺灣訴願制度與大陸行政復議制度，在程序上另外值得比較者，為審查標準與程序進行等兩項議題。

（一）審查標準之比較

首先，在審查標準方面，作為行政權內部的自我審查程序，臺灣訴願制度始終將訴願是否有理由的關鍵，定位在行政處分的「合法與否」及「適當與否」³⁵。行政處分之合法與否，係取決系爭行政處分有無違反法規規定，乃至一般法律原則，如比例原則及平等原則等的問題；至於行政處分是否適當，則與系爭行政處分在合法的裁量

實現教育目的所必要，且未侵害其受教育之權利者（例如記過、申誡等處分），除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地」一例。為這種傳統「特別權力關係」之見解，似乎已因司法院大法官釋字第 684 號解釋的作成而走入歷史。

³⁴ 行政程序法第 108 條第 1 項規定：「行政機關作成經聽證之行政處分時，除依第 43 條之規定外，並應斟酌全部聽證之結果。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定。」及同法第 109 條規定：「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先程序。」參照。

³⁵ 訴願法第 1 條第 1 項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」及同條第 2 項規定：「各級地方自治團體或其他公法人對上級監督機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，亦同。」參照。

(Ermessen)³⁶或判斷餘地(Beurteilungsspielraum)³⁷之範圍內，有無政策良窳選擇之合目的性(Zweckmasigkeit)³⁸的考量有關。由於訴願的審查係於行政權內部進行，原則上無司法與行政對立的權力分立問題，因此訴願的審查標準也隨之放寬，俾利人民權利的有效救濟。不過相反地，萬一訴願審查涉及地方自治權保障的問題，則基於所謂「垂直權力分立」之考慮，訴願的審查標準必須退縮，而僅回復到與法院審查相同的合法性(Rechtmäßigkeit)³⁹。

大陸的行政復議制度，與臺灣的訴願制度完全相同，也是一種行政權內部審查的機制。行政復議法不但在第1條直接表明「違法的或者不當的具體行政行為」為行政復議制度存在所要「防止和糾正」的對象，並且於其後若干條文中，如同法第3條或第28條等，也重複不斷出現「合法與適當」或「違法與不當」等規定，惟何謂「適當」或「不當」？乃至其與「合法」或「違法」的界限何在？審查標準為何？在目前大陸的學說與實務則似未有明確之說明。

(二) 程序進行之比較

臺灣的訴願制度，自從2000年7月1日新制的訴願法施行後，

³⁶係指國家為推行行政業務，對於行政機關就其職權範圍內之事項，賦予在法令限制內藉自身公正合理之判斷來做成必要決定的權力。

³⁷係指行政機關於適用法律作成行政決定時，由於法律之構成要件所採用之不確定法律概念，導致無論在解釋上或涵攝上，均可能欠缺明確性。且由於不確定法律概念之適用，須經過評價及估測之程序，不同之法律適用者詮釋法律所產生之結果，有時候是見仁見智的問題，即難期待其一致。在此一情形之下，法院對於行政行為之審查產生相對性，亦即承認在特定範圍之內，法院無法加以審查，此即為所謂之「判斷餘地」。

³⁸係指國家所採取的措施必須是有助於達成所欲追求之目的者。

³⁹訴願法第79條第3項規定：「訴願事件涉及地方自治團體之地方自治事務者，其受理訴願之上級機關僅就原行政處分之合法性進行審查決定。」參照。

已刪除「再訴願」程序，而改採僅由原處分機關之上一級機關一次審查為限的原則。雖然這種訴願一級制度，同樣也適用在大陸之行政復議的設計，惟兩岸在程序進行上，仍存在以下兩點差異：

1、有關管轄機關之認定：臺灣訴願制度係採「訴願管轄單一性原則」，否定當事人之可選擇性，原則上係以原處分機關之上一級機關或業務監督機關為訴願管轄機關；而大陸之行政復議管轄依行政復議法第12條至第15條規定，採用的是一種以「條塊結合」為主、「條條管轄」和「原機關管轄」為輔的混合管轄體制，此係基於上下級行政機關之間的行政隸屬關係而設置。其中「條塊結合」規定於行政復議法第12條第1款規定⁴⁰，理由主要在於體現申請人意思自治精神及落實便民原則，此規定看似立意良善，惟大陸學者亦指出相關立法之缺失，如雖賦予申請人選擇權，則其既向本級人民政府又向上一級主管部門申請行政復議，應由何機關受理，行政復議法未明確規定；另申請人對行政復議機關的行政復議決定不服，再向另一個行政復議機關就原行政行為提出行政復議申請，如此一來可能造成兩個行政復議決定相互衝突之結果。故行政復議法第12條第1款規定，並未明確規定受理機關的唯一性。同時行政復議法第四章雖規定行政復議機關對行政復議申請應進行審查，對不符合規定的不予受理，但是卻沒有明確規定對重複申請者不予受理⁴¹。此外，行政復議法第14條前段規定⁴²，即所謂之「原機關管轄」，惟

⁴⁰ 行政復議法第12條第1款規定：「對縣級以上地方各級人民政府工作部門的具體行政行為不服的，由申請人選擇，可以向該部門的本級人民政府申請行政復議，也可以向上一級主管部門申請行政復議。」參照。

⁴¹ 參見崔紅，關於我國行政復議管轄若干問題的思考，深化改革，2007年11月，頁28-29。

⁴² 行政復議法第14條前段規定：「對國務院部門或者省、自治區、直轄市人民政府的具體行政行

此規定似乎破壞了行政復議體系的完整性及公正性，其一為自己作自己案件的法官，違反了公正原則，其二為行政復議作為一種監督行政行為，具有上級審的特徵，惟由原機關管轄即破壞了行政復議監督機制的系統性及完整性⁴³。臺灣訴願管轄具有單一明確之特色，而大陸行政復議管轄則具有彈性，賦予申請人選擇權，兩者並無法區分何者為優，何者為劣，重要之處毋寧在於無論採取何種管轄模式，其相關之配套規定應予完善，以落實訴願或行政復議制度保障人民權利之功能。

2、有關實際審查單位：在臺灣，訴願案件的審查，依據臺灣之訴願法第 52 條規定，係由訴願管轄機關內部所設置的「訴願審議委員會」，以合議方式進行。反觀大陸的行政復議機關內部雖亦設有專職的法制單位，稱「行政復議機構」實際辦理相關業務⁴⁴，然其復議審查之進行，卻不以合議方式為限；該機構在經所屬的行政復議機關負責人同意後，即可直接作出行政復議之決定⁴⁵。

3、有關實際審查經過：在臺灣，訴願人提起訴願後，係由訴願管轄機關設置之訴願審議委員會進行審查⁴⁶；依據訴願法第 58 條規定⁴⁷，

為不服的，向作出該具體行政行為的國務院部門或者省、自治區、直轄市人民政府申請行政復議」參照。

⁴³ 參見韋寶平/範晶波，行政復議管轄若干問題芻議，南京師大學報(社會科學版)，2003 年 11 月第 6 期，頁 38-43。

⁴⁴ 行政復議法第 3 條及行政復議法實施條例第 2 條至第 4 條等規定參照。

⁴⁵ 行政復議法第 28 條第 1 款規定：「行政復議機關負責法制工作的機構應當對被申請人作出的具體行政行為進行審查，提出意見，經行政復議機關的負責人同意或者集體討論通過後，按照下列規定作出行政復議決定：……。」參照。

⁴⁶ 訴願法第 52 條第 1 項規定：「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。」參照。

⁴⁷ 訴願法第 58 條第 1 項規定：「訴願人應繕具訴願書經由原行政處分機關向訴願管轄機關提起訴願。」、第 2 項規定：「原行政處分機關對於前項訴願應先行重新審查原處分是否合法妥當，其認

訴願案件應由原處分機關先自行重新審查，並且惟有在原處分機關經自行審查後仍不願撤銷或變更原處分時，始由訴願管轄機關所設置之訴願審議委員會進行後續的審查工作。而大陸之行政復議制度，實際審查與決定工作，完全由行政復議機關及其所屬的行政復議機構負責；至於原具體行政行為機關，在相關的程序中，最多僅以所謂「被申請人」的身分出現。這種被申請人的角色，與訴訟上之被告的地位相同；其雖能就復議案件提出辯護⁴⁸，但卻不能自行撤銷或變更原具體行政行為，以終止行政復議之進行⁴⁹。

四、決定種類之比較：

大陸行政復議機關與臺灣受理訴願機關受理案件後，除有申請人撤回之情形者外，行政復議機關與受理訴願機關均需作成決定以終結程序。大陸行政復議決定種類計有：維持原具體行政行為、責令履行、撤銷原具體行政行為、責令重作出具體行政行為、變更原具體行政行為、確認原具體行政行為違法、駁回行政復議申請、賠償決定及調解決定等 9 種類型；而臺灣訴願決定種類計有：不受理決定、訴願無理由（訴願駁回）之決定、訴願有理由之決定（包含撤銷原處分、變更原處分及發回原處分機關另為處分）及情況決定等類型。由於大陸之具體行政行為係包含臺灣之行政處分及事實行為，而事實行為因不具

訴願為有理由者，得自行撤銷或變更原行政處分，並陳報訴願管轄機關。」及第 3 項規定：「原行政處分機關不依訴願人之請求撤銷或變更原行政處分者，應儘速附具答辯書，並將必要之關係文件，送於訴願管轄機關。」參照。

⁴⁸ 行政復議法第 23 條第 1 款規定：「行政復議機關負責法制工作的機構應當自行政復議申請受理之日起 7 日內，將行政復議申請書副本或者行政復議申請筆錄影本發送被申請人。被申請人應當自收到申請書副本或者申請筆錄影本之日起 10 日內，提出書面答復，並提交當初作出具體行政行為的證據、依據和其他有關材料。」參照。

⁴⁹ 行政復議法實施條例第 39 條規定：「行政復議期間被申請人改變原具體行政行為的，不影響行政復議案件的審理。但是，申請人依法撤回行政復議申請的除外。」參照。

法律效果，不宜使用撤銷決定，應確認其違法，故大陸行政復議決定有確認原具體行政行為違法之決定種類；又行政復議機關可作行政賠償決定及和解、調解決定。綜上，大陸行政復議決定種類為臺灣訴願決定種類所無者計有確認原具體行政行為違法決定、行政賠償決定及和解、調解決定。而由於臺灣訴願標的不含事實行為，故無確認行政處分為違法決定。而臺灣訴願決定種類為大陸行政復議決定種類所無者則為情況決定，由於情況決定係臺灣參考日本立法例所引進之制度，其目的原在受理訴願機關發現原行政處分雖然違法或不當，但若其撤銷或變更對於公益顯有重大損害時，仍應維持行政處分之效力，不因訴願人受有損害而逕予變更，以維公私利益之平衡發展，立意良善。惟有學者認為，行政及訴願相關法制已趨於完備之今日，在不牴觸依法行政原則下，已有行政處分瑕疵之補正、轉換及信賴利益保護，亦有在事實及法律關係不明下可為和解契約的締結等方式，可達到情況決定之功能，是以情況決定是否應予刪除，宜再檢討⁵⁰。

此外，行政復議機關可以決定行政賠償，依行政復議法第 29 條規定⁵¹，所謂行政賠償，依中華人民共和國行政訴訟法第 67 條及國家賠償法第 3 條、第 4 條等規定⁵²，係指行政機關及其工作人員於行使

⁵⁰ 參見林石根，訴願法制之檢討及訴願法修正之建議，臺灣海洋法學報第八卷第一期，頁 129。

⁵¹ 行政復議法第 29 條第 1 款規定：「申請人在申請行政復議時可以一併提出行政賠償請求，行政復議機關對符合國家賠償法的有關規定應當給予賠償的，在決定撤銷、變更具體行政行為或者確認具體行政行為違法時，應當同時決定被申請人依法給予賠償。」及同條第 2 款規定：「申請人在申請行政復議時沒有提出行政賠償請求的，行政復議機關在依法決定撤銷或者變更罰款，撤銷違法集資、沒收財物、徵收財物、攤派費用以及對財產的查封、扣押、凍結等具體行政行為時，應當同時責令被申請人返還財產，解除對財產的查封、扣押、凍結措施，或者賠償相應的價款。」參照。

⁵² 中華人民共和國行政訴訟法第 67 條第 1 款規定：「公民、法人或者其他組織的合法權益受到行政機關或者行政機關工作人員作出的具體行政行為侵犯造成損害的，有權請求賠償。」、同條第 2 款規定：「公民、法人或者其他組織單獨就損害賠償提出請求，應當先由行政機關解決。對行政機關的處理不服，可以向人民法院提起訴訟。」及同條第 3 款規定：「賠償訴訟可以適用調解。」；

職權過程中違法侵犯公民、法人或者其他組織的合法權益（人身權、財產權）而造成其損害時，國家對受害者所負的賠償責任，類似於臺灣的國家賠償，但其範圍較小。行政復議機關可以在決定撤銷、變更具體行政行為或確認具體行政行為違法時，一併依申請決定行政賠償數額，甚至依職權責令賠償相應的價款，此為臺灣訴願法所無之制度設計，惟該等行政賠償性質上不適合引進於臺灣訴願制度，乃因臺灣係實施司法二元制，將公法（行政訴訟）與私法（國家賠償）事件分別歸屬行政法院與普通法院審理，而為避免人民直接提起國家賠償訴訟，使普通法院審查行政處分的違法性，而有侵犯行政法院審判權之虞，同時亦使提起行政爭訟之期間限制形同虛設，故將權利救濟程序區分為第一次權利保護及第二次權利保護，亦即人民需針對系爭行政處分先向行政法院請求撤銷或確認違法成立後（第一次權利保護），始得向普通法院提起國家賠償（第二次權利保護）；然大陸係採司法一元制，行政訴訟與民事訴訟均歸同一法院審理⁵³，且行政賠償亦適用行政訴訟程序，與其他行政訴訟案件都分配由行政庭審理，行政庭既可受理提起行政訴訟合併請求行政賠償之訴，則於受理單獨提起行政賠償訴訟時，即無不能一併審查確認加害的具體行政行為是否違法之理。而臺灣訴願制度既屬行政訴訟之前置程序，則受制於臺灣採司

中華人民共和國國家賠償法第3條規定：「行政機關及其工作人員在行使行政職權時有下列侵犯人身權情形之一的，受害人有取得賠償的權利：（一）違法拘留或者違法採取限制公民人身自由的行政強制措施的；（二）非法拘禁或者以其他方法非法剝奪公民人身自由的；（三）以毆打、虐待等行為或者唆使、放縱他人以毆打、虐待等行為造成公民身體傷害或者死亡的；（四）違法使用武器、警械造成公民身體傷害或者死亡的；（五）造成公民身體傷害或者死亡的其他違法行為。」及同法第4條規定：「行政機關及其工作人員在行使行政職權時有下列侵犯財產權情形之一的，受害人有取得賠償的權利：（一）違法實施罰款、吊銷許可證和執照、責令停產停業、沒收財物等行政處罰的；（二）違法對財產採取查封、扣押、凍結等行政強制措施的；（三）違法徵收、徵用財產的；（四）造成財產損害的其他違法行為。」參照。

⁵³ 參見徐名駒，臺灣與大陸行政訴訟法制之比較研究，中國文化大學中山與中國大陸研究所中山學術組博士論文，2011年11月，頁101-102。

法二元制之因素，亦即需先踐行行政訴訟程序，始得提起國家賠償，如此於訴願程序中即不宜為國家賠償之決定。

大陸之行政復議程序亦可進行和解與調解，其中調解規定於行政復議法實施條例第 50 條規定⁵⁴。至於和解，則於同條例第 40 條規定⁵⁵，而和解與調解最大的差異為行政復議調解是在行政復議機關主導下進行的，而行政復議和解則係依雙方當事人之自發行為而產生⁵⁶。

早期一般認為行政復議案件原則上不能調解或和解，這是基於傳統行政法理論認為行政權不能隨意處分的觀念，惟此觀念並不甚準確，因為行政行為可分為羈束性及裁量性，對於行政機關行使自由裁量權作出的具體行政行為，行政機關是有權處分的。另外，在涉及行政賠償的行政復議案件中，因行政賠償問題涉及申請人的民事損害賠償權益，申請人對此應有自由處分權，因此雙方可協商解決賠償數額問題。又由於調解與和解協議是雙方自願達成的，有利於徹底解決紛爭，減少行政訴訟案件。實務上行政機關也大量運用調解、協調或者和解的手段，有效解決了很多行政爭議。而且，從實踐效果看，調解、和解等審理手段的運用，使行政爭議的解決方式更加靈活，更有利於行政

⁵⁴ 行政復議法實施條例第 50 條第 1 款規定：「有下列情形之一的，行政覆議機關可以按照自願、合法的原則進行調解：（一）公民、法人或者其他組織對行政機關行使法律、法規規定的自由裁量權作出的具體行政行為不服申請行政覆議的；（二）當事人之間的行政賠償或者行政補償糾紛。」、同條第 2 款規定：「當事人經調解達成協議的，行政覆議機關應當製作行政覆議調解書。調解書應當載明行政覆議請求、事實、理由和調解結果，並加蓋行政覆議機關印章。行政覆議調解書經雙方當事人簽字，即具有法律效力。」及同條第 3 款規定：「調解未達成協議或者調解書生效前一方反悔的，行政覆議機關應當及時作出行政覆議決定。」參照。

⁵⁵ 行政復議法實施條例第 40 條規定：「公民、法人或者其他組織對行政機關行使法律、法規規定的自由裁量權作出的具體行政行為不服申請行政覆議，申請人與被申請人在行政覆議決定作出前自願達成和解的，應當向行政覆議機構提交書面和解協議；和解內容不損害社會公共利益和他人合法權益的，行政覆議機構應當准許。」參照。

⁵⁶ 參見樊華輝，行政復議制度新論，法律出版社，2012 年 7 月第 1 版，頁 246-252。

爭議的和平解決。

調解或和解既有助於行政爭議解決之功能，惟未規定於臺灣訴願法中，因此訴願實務上，縱使訴願人與原處分機關成立和解，除訴願人自行撤回其訴願外，受理訴願機關亦僅能於原處分機關自行撤銷原行政處分後，再以行政處分已不存在為由，依訴願法第 77 條第 6 款規定為不受理決定以終結訴願程序，程序上甚為繁瑣。是以大陸行政復議調解或和解是否適合引進於臺灣訴願制度，應採贊同之見解，理由為於行政程序中，行政機關如對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，行政機關得依臺灣之行政程序法第 135 條規定⁵⁷，與人民締結和解行政契約，以代替行政處分。又於行政訴訟中，當事人就訴訟標的具有處分權且其和解無礙公益之維護者，此時行政法院依臺灣之行政訴訟法第 219 條第 1 項規定⁵⁸，不問訴訟程度如何，得隨時試行和解。故不論於訴願程序前之行政程序，抑或訴願程序後之行政訴訟程序，雙方當事人均得和解，則訴願程序中自無不許和解之理，惟囿於訴願僅得就行政處分予以審查且基於裁量權行政處分始得處分之法理，故和解之標的應僅限於具裁量權之行政處分；另臺灣訴願程序中並不如大陸之行政復議程序可就行政賠償或者行政補償糾紛作成調解決定，故和解之標的並不包含國家賠償⁵⁹。

五、小結

⁵⁷ 行政程序法第 135 條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」參照。

⁵⁸ 行政訴訟法第 219 條第 1 項規定：「當事人就訴訟標的具有處分權且其和解無礙公益之維護者，行政法院不問訴訟程度如何，得隨時試行和解。受命法官或受託法官，亦同。」參照。

⁵⁹ 參見楊文智，中國大陸行政復議制度與我國訴願制度之比較研究，2014 年 3 月，頁 91-93。

綜上總結，作為法院外的行政爭訟程序，兩岸的行政復議與訴願制度，彼此間其實存在著許多的差異。只是兩種制度間孰優孰劣，很難立下斷言，而有待學者將來更深入的研究。

參、臺中市政府訴願案件爭議問題之實證研究

一、臺中市政府訴願案件之處理是否有「不利益變更禁止原則」之適用？

(一) 訴願法第 81 條第 1 項但書⁶⁰「不利益變更禁止原則」之解釋

臺灣行政救濟制度乃繼受德國行政救濟制度而來，但與德國仍有差異，其中之一，即為明文禁止在訴願決定時為更不利於訴願人之決定。

立法者認為，訴願制度為合乎有權利必有救濟，權利保護完整性所設置，因此創設權利救濟程序內之訴願制度。提起訴願之目的，既為其個人權利之保障，為免來自於國家機關違法或不當行政處分所侵害，而能夠主動要求國家機關發動其監督權。機關因為訴願之提起，被動開始其行政之自我審查，在審查之過程中，如發現原處分確有違法或不當，但撤銷之結果反而會給訴願人帶來更大的不利益時，因為權利救濟之本質，訴願人因而受到該違法不當卻對已有利的行政處分之保障，訴願機關不能再做更不利的決定。

訴願機關對於案件之審查結果，應以作成訴願決定而終結訴願程序。並且就該訴願決定之作成有行政上之義務，逾期作成訴願決定訴

⁶⁰ 訴願法第 81 條第 1 項規定：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」參照。

願人尚可逕提行政訴訟。若嚴格訴願不得為更不利益決定之限制，則訴願機關的決定應作最廣義的解釋，除了當然不能做出不利益變更之訴願決定外，亦不得以另一個行政處分來代替，甚至訴願決定維持原處分，但命有監督關係之下級機關應依其訴願決定中所示之要旨另為適法但不利於訴願人之決定。

換言之，訴願法第 81 條第 1 項但書依法條文義及立法解釋，都要求不得因訴願之提起，使訴願人法律上狀態變得更糟。反之，倘訴願人法律上地位受到不利，並非因訴願提起所致，即非訴願法第 81 條第 1 項但書所規範範圍之內⁶¹。

關於訴願程序中「禁止不利益變更」的理由，李震山大法官認為，訴願既係人民認為行政機關的違法或不當處分損害其權利或利益，據以請求救濟的方法，自不得較原處分更為不利；質言之，其依據在於訴願程序的權利救濟功能⁶²。對此見解，吳庚前大法官顯然並不支持，其認定「……受理訴願機關應就訴願事件為全面性之審查……，舉凡行政法院對行政裁量行為之審查應受限制、對不確定法律概念應尊重行政機關之判斷餘地等原則，在訴願決定理論上皆不適用……」⁶³；質言之，其強調訴願程序對行政處分的控制功能。關於此一議題，臺灣文獻中作最廣泛探討的應屬洪家殷教授，其分別列舉行政救濟程序支持或反對「不利益變更禁止原則」的理由、加以權衡，最後則歸結以反對「不利益變更禁止原則」之普遍適用⁶⁴。

⁶¹ 參見董俊德，論訴願程序上之不利益變更禁止原則，2006 年，頁 103。

⁶² 參見李震山，行政法導論，修訂 7 版 2 刷，2008 年，頁 553-554。

⁶³ 參見吳庚，前揭文（見註 3），頁 429-430。

⁶⁴ 參見洪家殷，訴願與不利益變更之禁止，收錄於：臺北市政府訴願審議委員會編，訴願專論選

除了訴願法規定「不利益變更禁止原則」之立法妥當性外，應進一步檢視，此一法律規定之確切意涵如何？首先應探究：訴願法第81條第1項但書所稱「更不利益之變更或處分」究何所指？學理上多有從寬理解者。吳庚前大法官就主張，訴願決定機關多不願自為變更，而以撤銷發回作為終結，故是否不利益亦應就理由欄全部而為觀察，依吳庚前大法官的見解，「禁止不利益變更」非僅適用於自為變更之訴願決定，發回重為處分亦受其拘束⁶⁵；如是，有無必要就理由是否「更不利益」而為審查，尚可斟酌。

如原行政處分適用法律錯誤，是否應比照臺灣之刑事訴訟法第370條第1項但書的規定⁶⁶，不受「不利益變更禁止原則」之限制？李震山大法官就此持肯定見解⁶⁷。陳敏大法官雖未援引前揭刑事訴訟法規定，惟其似採類似見解：「不僅受理訴願機關不得自為不利之變更，於其命原處分機關另為合法適當之處分時，原處分機關亦同受此一規定之限制，不得為更不利之變更。惟科處行政罰之原行政處分，因適用法律錯誤，遭訴願管轄機關撤銷，發回原機關另為處分，而正確法條之處罰下限亦較原處分為重時，似應仍可按該正確規定之下限

輯—訴願新制專論系列之八，頁72-77。

⁶⁵參見吳庚，前揭文（見註3），頁425-426。洪家殷教授亦主張，是否「不利益」亦應考量訴願決定理由，惟其似認發回重為處分之機關，不受「不利益變更禁止」之限制；洪家殷，前揭文（見註64），頁78-79。惟就訴願法第81條第1項規定之文義而言，似難支持其見解。蓋該項規定前段明定，「受理訴願機關……得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分」，則但書所稱「不得為更不利益之變更或處分」，自應兼指訴願決定之逕為變更與原行政處分機關之另為處分而言。陳新民教授則主張，依訴願法第81條第1項之文義，行政處分發回原處分機關另為處分時，並不受「不利益變更禁止」之拘束，惟「就本原則之精神而言，……應採肯定說」；陳新民，行政法學總論，8版，2005年，頁603。

⁶⁶刑事訴訟法第370條第1項規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」參照。

⁶⁷參見李震山，前揭書（見註62），頁554。

處罰之」⁶⁸。張文郁教授亦論述⁶⁹，由臺灣之刑事訴訟法第 370 條第 1 項的規定可知，「法律之遵守應更重於訴願人及被告救濟之請求」，在臺灣訴願制度不收取訴願費用，其訴願遭駁回無須負擔費用，且由於不利益變更禁止原則，因違法不當處分獲有不正利益者，反得以提起訴願確保其不正利益（蓋未提起訴願者，行政機關於該處分發生形式存續力後，若相對人無信賴保護之情形，仍得依職權撤銷之，而剝奪其不正利益），此等立法方式未免過猶不及；其具體的結論為：立法者雖有權決定是否採用「不利益變更禁止原則」，然而從法治國原則之貫徹及公平正義之維持而言，臺灣訴願法第 81 條第 1 項但書關於「不利變更禁止」之規定，實應參考臺灣之刑事訴訟法 370 條第 1 項修正始為妥當。

（二）立法論上修法之建議

權利保護功能是否為訴願制度之首要考量，甚至更重於依法行政原則之要求，在解釋上應在訴願制度之目的及當事人權利之保護上作妥善之安排。訴訟上不利益變更禁止原則之重要基礎為處分權主義，但是此原則在訴願程序上並不存在，訴願為一個行政程序，但不是原程序的繼續進行。在訴願程序中，原處分機關對於原行政處分仍可爭執，此與附帶上訴之目的是為避免上訴人受不利益變更禁止之保障，因而使被告受不利益雷同，因此，立法論上將訴願人之利益擺在第一位，恐非上策。

訴願並無使原行政處分提前確定之效力，因此原處分機關仍得撤

⁶⁸參見陳敏，行政法總論，2011 年七版，頁 1351-1352。

⁶⁹參見張文郁，訴願決定之不利變更禁止，月旦法學教室，第 6 期，2003 年 4 月，頁 25。

銷原行政處分，即便當時對原行政處分猶有訴願程序在進行。縱使原行政處分已確定，在合乎法定要件下，容非不得使行政程序再開，對此只要重視到相對人之信賴保護的要求。倘謂訴願人得因訴願之提起而受法律所保障，即便該法狀態是國家機關基於錯誤所作成，如此一味要求對當事人權利保護，卻忽視公共利益之維護，在行政法制先進國家的德國，猶未敢於法律中作不利益變更禁止之規定，其考量恐是希望在留給行政機關一個更正之機會，臺灣行政法典初創，法治成熟度尚待努力，以現行法之規定，處分一經作成，訴願人得以藉發動訴願權來「保障」其最差的法律地位，如此未衡酌公私益之權重，蓋以其信賴保護保障為先，不啻要求臺灣每一個公務員在下行政處分時，必需有超越先進法治國家公務員之能力，如有錯誤，該公益之損失由全民共同承擔，在重視法益權衡之現代行政法上容有再思考的餘地。

無論從比較法之觀點，訴願制度之功能目的，以及當事人權利之保護，不利益變更禁止原則既非立法論上所當然，則有關不利益變更禁止原則應作最嚴格之認定，只限於如訴願法第 81 條第 1 項但書已立法明文禁止之部分，不及於如複查等之訴願先行程序。訴願法第 81 條第 1 條但書亦應有例外之規定，如原處分機關對於該行政處分亦表示不服、或者行政處分明顯違法時，應該例外同意能夠作不利益變更。當然，在作不利益變更之前，應該給予當事人陳述意見之機會，以免造成突襲。再者，訴願法第 81 條第 1 條但書立法禁止之部分應作最限縮的解釋，不及於撤銷處分後由原處分機關所另為之適法處分⁷⁰。

⁷⁰參見董俊德，前揭文（見註 61），頁 104-105。

（三）臺中市政府訴願案件之實證

訴願案件實例（案號 1010309）：訴願人係非法人團體，於原行政處分事實欄所載時間及地點提供場所供人跳舞娛樂並收取費用，惟未於開業前依臺灣之娛樂稅法第 7 條規定⁷¹，於事前向原處分機關（即本府地方稅務局）辦理登記及代徵報繳娛樂稅之手續，原處分機關以訴願人違反娛樂稅法第 7 條規定之事實，爰依同法第 12 條及稅務違章案件裁罰金額或倍數參考表之規定，處訴願人新臺幣 1 萬 5,000 元整之罰鍰。此外，原處分機關另依臺中市娛樂稅徵收率自治條例第 3 條第 1 項第 5 款所定「舞廳或舞場」之徵收率 25%，並以查獲時之總收費額 1,000 元核課訴願人代徵娛樂稅額 192 元，惟其正確稅額應為 $((1,000/1+0.25) 25\%) = 200$ 元。本案依據訴願法第 81 條第 1 項但書有關不利益變更禁止原則之規定，原行政處分應予以維持，故本案訴願為無理由，訴願決定駁回。

訴願案件實例（案號 1010458），訴願人為診所負責醫師，現登記執業科別為西醫一般科，未具有婦產科專科醫師證書，非屬人工流產指定醫師，經查該診所 2011 年管制藥品申報領用美服培酮（Mifepristone，為施行人工流產管制藥品）390 顆，使用 345 顆，原處分機關（即本府衛生局）審認訴願人違反臺灣之優生保健法第 5

⁷¹ 娛樂稅法第 7 條規定：「凡經常提供依本法規定應徵收娛樂稅之營業者，於開業、遷移、改業、變更、改組、合併、轉讓及歇業時，均應於事前向主管稽徵機關辦理登記及代徵報繳娛樂稅之手續。」、同法第 12 條規定：「違反第 7 條規定，未於開業、遷移、改業、變更、改組、合併、轉讓及歇業前，向主管稽徵機關辦理登記及代徵報繳娛樂稅手續者，處新臺幣 1 萬 5,000 元以上 15 萬元以下罰鍰。」、稅務違章案件裁罰金額或倍數參考表：「稅法：娛樂稅法；稅法條次及內容：第 12 條；違章情形及裁罰金額或倍數：一、經查獲未辦登記及代徵手續者。處新臺幣 1 萬 5,000 元罰鍰。二、查獲後經通知補辦登記及代徵手續而未依限補辦者。處新臺幣 7 萬元罰鍰。但於裁罰處分核定前已補辦登記及代徵手續且補繳所漏稅額者，處新臺幣 3 萬元罰鍰。」及臺中市娛樂稅徵收率自治條例第 3 條第 1 項第 5 款規定：「臺中市娛樂稅徵收率如下：五、舞廳或舞場，課徵百分之 25。」參照。

條規定⁷²，爰依同法第 12 條規定處訴願人新台幣 1 萬元罰鍰，惟按現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第 2 條規定：「現行法規所定金額之貨幣單位為圓、銀元或元者，以新臺幣元之 3 倍折算之。」，故優生保健法第 12 條罰鍰之最低額，應為新台幣 3 萬元。本案參考前揭李震山大法官、陳敏大法官及張文郁教授之見解，及臺灣之刑事訴訟法 370 條第 1 項規定之法理，原行政處分未記載係依據何規定而得減輕處罰？原行政處分自與上開現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第 2 條規定不合，有適用法條不當之違誤，難謂適法，故本案訴願有理由，訴願決定將原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分。

二、「一行為不二罰原則」中有關「行為數」之認定，臺中市政府訴願案件之實證情況為何？

(一) 涉及不同行政法規，或相同行政法規之不同條或同條不同項、款規定時之行為數認定

臺灣之行政罰法第 24 條第 1 項規定⁷³，有關行為數之認定，臺灣學說主要類型，即參照德國法例，將「一行為」區分為「自然的一行為」及「法律的一行為」⁷⁴，所謂的「自然的一行為」係指行為人只

⁷² 優生保健法第 5 條規定：「本法規定人工流產或結紮手術，非經中央主管機關指定之醫師不得為之。」、同法第 12 條規定：「非第 5 條所定之醫師施行人工流產或結紮手術者，處 1 萬元以上 3 萬元以下罰鍰。」及現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第 2 條規定：「現行法規所定金額之貨幣單位為圓、銀元或元者，以新臺幣元之 3 倍折算之。」參照。

⁷³ 行政罰法第 24 條第 1 項規定：「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。」參照。

⁷⁴ 參見林錫堯，行政罰法，2005 年 6 月初版，頁 51 以下；吳庚，行政法之理論與實用，2007 年 9 月 10 版，頁 503；洪家殷，行政罰法論，2006 年 11 月 2 版，頁 221, 239 以下；蔡震榮/鄭善印，行政罰法逐條釋義，2006 年 1 月初版，頁 53 以下；蔡志方，行政罰法釋義及適用解說，2006 年 11 月初版，頁 99 以下。

有一個動作，或是有多數動作，在多數動作間具有直接的時間及空間關係，當第三人以自然的方式觀察時，可以認為其整體的活動是一個單一的綜合作為。至於「法律的一行為」，係指結合多數自然意義的動作成為單一的行為，而此種單一的行為只構成一個違法，並只得受一個行政罰之處罰。因此，法律的單一行為著重於法律上之意義，而與自然的行為是否單一，並無必然之關係。通常在於雖有多數的自然單一行為，但立法政策上將其視為單一行為⁷⁵。至於「多數行為」，係指實現多數行政罰構成要件或多次地實現一個行政罰構成要件，且非自然的或法律的單一行為之行為。此種多數行為構成多次違法，並得受到多次行政罰之處罰⁷⁶。

由於此原則之目的，在於避免人民的一行為受到國家多次的處罰，而過度的侵害人民基本權，故應從保護人民基本權之角度出發。此必須立在人民角度觀察，若其主觀上僅具單一之意思，外在客觀上整體表現為一行為，則應屬一行為，至於是否有多數之動作、是否符合多數法律規範之意旨、是否該當於多數之構成要件等，應皆非判斷之標準，否則若從法規範之角度出發，將與此原則保障人民基本權之目的相衝突。臺中市政府訴願案件之實證如下：

1、違反臺中市休閒娛樂服務業管理自治條例第 4 條第 1 項及建築法第 73 條第 2 項規定⁷⁷

⁷⁵ 參閱洪家殷，前揭文（見註 74），頁 222；林錫堯，前揭文（見註 74），頁 51 以下；蔡震榮/鄭善印，前揭文（見註 74），頁 55。

⁷⁶ 參閱林錫堯，前揭文（見註 74），頁 63；洪家殷，前揭文（見註 74），頁 232。

⁷⁷ 臺中市休閒娛樂服務業管理自治條例第 4 條第 1 項規定：「經營休閒娛樂服務業，依法辦妥公司登記或商業登記後，應向主管機關申請營業場所地址、代表人或負責人許可，始得營業。變更時，亦同。」、同條例第 13 條規定：「違反第 4 條第 1 項規定擅自營業者，處休閒娛樂服務業者新臺幣 5 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並勒令停止營業，如拒不停止營業，得按次處罰。」，及建

訴願案件實例（案號 1010524），訴願人之商號未經核准休閒娛樂服務業許可登記，擅自經營「飲酒店業」，違反臺中市休閒娛樂服務業管理自治條例第 4 條第 1 項及建築法第 73 條第 2 項等規定。由於行為人僅有一個經營「飲酒店業」之行為，雖同時違反前述兩項規定，但仍屬一行為，故有一行為不二罰原則之適用；又訴願人之違規營業行為既同時違反臺中市休閒娛樂服務業管理自治條例及建築法規定，即應依法定罰鍰額最高之建築法規定裁罰，則本件原處分機關依臺中市休閒娛樂服務業管理自治條例第 13 條規定處以訴願人新台幣 5 萬元之罰鍰，顯已違反行政罰法第 24 條第 1 項規定之一行為不二罰原則，於法即有未合。故本案訴願為有理由，訴願決定將原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分。

2、違反販賣菸品場所標示及展示管理辦法之不同條或同條不同項、款規定之違反菸酒防制法行為

訴願案件實例（案號 1010774），訴願人之經營場所之菸品展示架以銀色背板特殊排列方式展示特定品牌菸品，並利用彩色價格標籤為特定品牌菸品之展示標示，客觀上屬以引人注意之方式為菸品展示，已逾越使用消費者獲知菸品品牌及價格之方式為菸品展示；另現場所販賣之菸品有陳列展示超出單一牌面及菸品展示架正面距外部未逾 2 公尺情形。上述行為已違反臺灣之販賣菸品場所標示及展示管理辦法第 4 條第 1 項第 3、4 款、第 8 條及菸害防制法第 10 條第 1 項及第 23 條等規定⁷⁸。

建築法第 73 條第 2 項規定：「建築物應依核定之使用類組使用，其有變更使用類組或有第九條建造行為以外主要構造、防火區劃、防火避難設施、消防設備、停車空間及其他與原核定使用不合之變更者，應申請變更使用執照。但建築物在一定規模以下之使用變更，不在此限。」參照。

⁷⁸ 販賣菸品場所標示及展示管理辦法第 4 條第 1 項規定：「菸品展示方式如下：……三、同一品

原則上，對於同時違反法規之不同條或同條不同項、款規定，應否併予處罰之判斷，重點應不在於所違反之相關規定是否同條或不同條、項、款，而應以自然意義觀察是否為單一行為？就前述之案例而言，訴願人以銀色背板特殊排列方式展示，並利用彩色價格為特定品牌菸品之展示標示，此外，現場所販售之菸品有陳列展示超出單一牌面及菸品展示架正面距外部未逾 2 公尺。訴願人將違反規定之展示架置於不符合距離之地方展示。上述不論是特殊方式展示、彩色價格之展示標示、展示超出單一牌面或展示未逾 2 公尺等，皆出於訴願人展示意思之展示方式。又菸害防制法第 10 條第 2 項：「前項標示與展示之範圍、內容、方式及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」係販賣菸品場所標示及展示管理辦法之授權規定，而訴願人之各種展示方式，即為上開管理辦法所規範之對象。因此，依上開管理辦法之規定，縱使於條文中將展示區分成不同種類規範，惟其皆歸屬於展示概念之下。行為人之行為固然該當於上開管理辦法中之數個不同條項規定，然皆屬展示行為，故僅論以一個違規展示行為即可。否則若依其所涉不同條、項、款，各視為一個行為，分別論處，將超出必要程度，除違反比例原則及母法授權之意旨，亦違反一行為不二罰原則。故本案訴願為有理由，訴願決定將原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分。

（二）同時涉及行政罰及刑罰時，是否仍為同一行為？

項之菸品展示，以所販賣最小單位菸品之最大表面為限。四、菸品展示以不正對販賣場所外之不特定人為限。但菸品展示正面距場所外部 2 公尺以上者，不在此限。……。」、同辦法第 8 條規定：「販賣場所不得以電子螢幕、動畫、移動式背景、聲音、氣味、燈光或其他引人注意之方式為菸品展示。」、菸害防制法第 10 條第 1 項規定：「販賣菸品之場所，應於明顯處標示第 6 條第 2 項、第 12 條第 1 項及第 13 條意旨之警示圖文；菸品或菸品容器之展示，應以使消費者獲知菸品品牌及價格之必要者為限。」及同法第 23 條規定：「違反第 5 條或第 10 條第 1 項規定者，處新臺幣 1 萬元以上 5 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰。」參照。

1、同時施用第二級毒品及第三級毒品時，因涉及臺灣之「毒品危害防制條例」第 10 條第 2 項之刑事責任及第 11 條之 1 第 2 項之行政罰⁷⁹，是否為一行為而有臺灣之「行政罰法」第 26 條第 1 項規定⁸⁰之適用？

訴願案件實例（案號 1020229），係員警執行搜索時，現場雖未查扣任何物品，惟訴願人有毒品前科，主管機關（即本府警察局）經其同意採集尿液檢體送檢結果同時呈現第二級毒品及第三級毒品陽性反應，認定訴願人之違法施用行為係基於單純的一個決意一個動作去同時施用二種毒品之行為（即「自然一行為」），並按行政罰法第 26 條規定，就訴願人施用第二級及第三級毒品部分，僅論以刑事責任，復以原行政處分，併予裁處「具有維護公共秩序並達教育行為人毒品嚴重危害之行政目的」之其他種類行政罰（即毒品危害防制條例第 11 條之 1 第 2 項所定之毒品危害講習處罰），係一行為同時違反刑罰（即毒品危害防制條例第 10 條第 2 項）及行政罰（即同條例第 11 條之 1 第 2 項）。本件因訴願人否認施用毒品，主管機關（即本府警察局）採取對其較有利之解釋，並以倘嗣後依相關事證足資證明訴願人係分別施用，則就其施用第三級毒品之行為部分，仍應再依毒品防制條例第 11 條之 1 第 2 項規定處以罰鍰。

本案涉及所謂同時施用之判斷，由於本案訴願人係因否認施用毒

⁷⁹ 毒品危害防制條例第 10 條第 2 項規定：「施用第二級毒品者，處 3 年以下有期徒刑。」及同條例第 11 條之 1 第 2 項規定：「無正當理由持有或施用第三級或第四級毒品者，處新臺幣 1 萬元以上 5 萬元以下罰鍰，並應限期令其接受 4 小時以上 8 小時以下之毒品危害講習。少年施用第三級或第四級毒品者，應依少年事件處理法處理，不適用前項規定。」參照。

⁸⁰ 行政罰法第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」參照。

品，經尿液檢驗結果，始認定為同時施用。是以，若有證據，足資證明訴願人係先後於不同時間施用時，即可視為兩個行為，可分別處以刑罰及行政罰。所謂的「自然一行為」，並不只限於單一動作，其可包含數個動作，只要行為人出於單一之決意，另從第三人客觀角度上觀察，可以涵蓋在一個行為之概念下時，即可視為一行為。因此，本件訴願人之施用第二級及第三級毒品，除同時一起施用外，不論是以吸食、施打或服用等不同動作，即使有先後次序，只要是連續未經間斷，客觀上可認定皆是在從事施用行為時，即可涵蓋在施用行為之內，應可視為一行為。此時即應依行政罰法第 26 條規定，就訴願人同時施用二種毒品之行為，先論以刑事責任，至於行政罰中其他種類行政罰則仍可併罰。故本案訴願為無理由，訴願決定駁回。

（三）多次為相同行為時之行為數判斷

涉及行為人之多數相同動作或行為，是否應視為一行為或多數行為問題。行為人反復相同之動作或行為，在行政罰之行為態樣上，分述如下⁸¹：

- 1、「連續行為」：係行為人基於整體之故意，從事多數具備構成要件合致性及可罰性之個別行為，在客觀上顯示外形單一，並具有空間及時間關聯性之行為，如於捷運上之連續性騷擾。
- 2、「繼續行為」係指行為人實現單一構成要件後，並維持構成要件之實現，且持續地侵害同一法益之行為，如不帶駕照行車。
- 3、「狀態行為」係指行為人於實現構成要件後，行為已經結束，僅係

⁸¹參閱洪家殷，前揭文（見註 74），頁 222 以下。

違法結果仍然存在，如興建完成之違建。

4、「持續行為」係指行為人出於相同之動機，反覆地實現同種類之構成要件，其間具有直接的時間及空間關係，對該行為之處罰係基於單一之保護目的，如企業長期之違規營業行為。

5、「接續行為」係來自於刑法之「接續犯」概念⁸²，係指在同一機會為同一性質之行為，以一般社會觀念言，此數次行為並無時間間斷，認係一個行為之持續動作而言；或如數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，如連續施打毒品。

上述幾種違反行政法上義務之行為，原則上可歸類於「法律的一行為」，亦即只得受到一個行政罰之處罰。臺灣實務界向來即不接受「連續行為」屬單一行為之見解。另如與「繼續行為」有關之司法院大法官釋字第 604 號解釋，即以主管機關得藉由舉發違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數，從而對此多次違規行為得予以多次處罰。此外，對於「狀態行為」僅得受到一次之處罰，若以違章建築為例，臺灣則較少爭議。至於「持續行為」及「接續行為」二者，臺灣迄今仍罕見有相關之討論，仍有待進一步之觀察。

訴願案件實例（案號 097117），係訴願人被檢舉於多數電線桿、柱子或台電電箱違規張貼廣告，經原處分機關（即改制前臺中市環境

⁸² 參照黃榮堅，基礎刑法學（下），2006 年 9 月，3 版，頁 1009 以下。

保護局)依臺灣之廢棄物清理法第 27 條第 10 款規定⁸³，按同法第 50 條第 3 款規定，就上開違規行為分別裁處新台幣 3,000 元。訴願決定之理由，主要係依臺灣之行政院環保署 62 年 2 月 16 日環廢署字第 14014 號函釋：「關於在不同一地點張貼廣告構成違規行為之處罰，應認定非一行為，因污染地不同，屬於獨立性質，依法應分別處罰。」並依行政罰法第 25 條之規定，以訴願人係於不同地點分別張貼廣告物，核屬不同污染行為，依法自應分別處罰。

本案訴願人多次張貼廣告傳單之行為，臺灣實務向來採「連續行為」之見解，即係訴願人基於整體之故意，從事多數具備構成要件合致性及可罰性之個別行為，在客觀上顯示外形單一，並具有空間及時間關聯性之行為。即訴願人基於張貼廣告之整體決意，從事多數違規張貼違規廣告之行為，在客觀上顯示皆係張貼違規廣告，且間隔一定地點並連續地從事張貼行為，故可認係違規張貼廣告之連續行為。由於臺灣實務界向來不承認行政罰上之「連續行為」可視為一行為，即法律上一行為之見解。即使在修正前臺灣之刑法對連續犯只視為一行為時，實務上仍不接受行政罰上之「連續行為」係法律上一行為之概念。故本案訴願為無理由，訴願決定駁回。

⁸³ 廢棄物清理法第 27 條第 10 款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：十、張貼或噴漆廣告污染定著物。」、同法第 50 條第 3 款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣 1,200 元以上 6,000 元以下罰鍰。經限期改善，屆期仍未完成改善者，按日連續處罰：三、為第 27 條各款行為之一。」及行政罰法第 25 條規定：「數行為違反同一或不同行政法上義務之規定者，分別處罰之。」參照。